

הקדש בדבר שאינו ברשותו

תוכן:

הקדמה	3. הגדרת 'רשות'
א. אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו	מחלוקת בעל המאור והרמב"ן
ב. אין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו	דעת בעל המאור
1. הצגת הנושא	דעת הרמב"ן
2. מקור הדין	משמעות המעכב 'דאינו ברשותו'
3. אופי הדין והיקפו	סיכום ביניים
ג. עיון בדברי הגמרא והראשונים	אופי ההלכה דאינו ברשותו
1. ברייתא דצנועין	קנייני גזילה
הרשאה על מטלטלין – שיטת הרשב"א	פקדון
קושיית הקונטרסי שיעורים	קרקעות ומטלטלים
2. הגונב אחר הגנב פטור מכפל	סיכום
ביאור דעת ר"ל – עיון בפסוקים	

הקדמה

הגמ' בב"ק (סח: – ע.) ובכמה מקומות מביאה את דברי רבי יוחנן: "גזל ולא נתייאשו בעליהם, שניהם אינן יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו". מדברי רבי יוחנן הללו אנו לומדים ב' הלכות: א. אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו. ב. אין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו. ההלכה השנייה נתונה במחלוקת בין רבי יוחנן לבין ברייתא דצנועין הסוברת שאדם יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו. אנו נעסוק בהלכה לפיה 'אין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו', אך קודם לכן נעיר הערה בנוגע להלכה ש'אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו'.

א. אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו

א. רבי יוחנן עצמו לא מביא מקור לדרישה שהמקדיש יהיה בעליו של החפץ אותו ברצונו להקדיש, אך בב"ק סח: הגמ' דורשת זאת באופן הבא: "איש כי יקדיש את ביתו קדש, מה ביתו שלו אף כל שלו". רבים מתקשים מדוע היה על הגמ' להביא לכך פסוק, והלא זהו דבר פשוט שאדם איננו יכול להקדיש דבר שאינו שלו. אמנם לענ"ד ניתן לתרץ את קושייתם, וזאת בהקדם חקירתם המפורסמת של האחרונים במהותו של מעשה ההקדש – האם מדובר במעשה הקנאה לרשות גבוהה או במעשה הקדשה (החלת חלות על החפץ) או שלמעשה שני התהליכים הללו מתרחשים ע"י פעולת ההקדשה באופן בנפרד¹.

¹ הקובץ יסודות וחקירות (עמ' 332) הביא אפשרויות רבות בנושא עיי"ש.

אם מדובר במעשה הקנאה, אזי ברור שהחפץ אמור להיות שייך לבעלים, ולא צריך פסוק לשם כך, אך אם מדובר במעשה הקדשה (איסור) לכאורה היה מקום לומר שאדם יכול להקדיש דבר שאינו שלו ומובן מדוע התורה הייתה צריכה לכתוב זאת, ובס"ד ראיתי שכע"ז כתב בשיעורי הגרב"ד פוברסקי (ב"ק פרק שביעי אות קד)². לפי דברינו ניתן להבין את חידושו של הפסוק בשני אופנים:

1. הקדש זה מעשה קניין ולכן צריך שיהיה 'שלו'.

2. למרות שהקדש איננו מעשה קניין, אנו צריכים שיהיה 'שלו'.

באופן אחר תירצו האחרונים, שהפסוק נצרך לגנב וגזלן שיש להם בעלות מסוימת בחפץ ולחדש שאין די בכך ע"מ להקדיש את החפץ וכן כתב הקונטרסי שיעורים (ב"ק).

3. רש"י כותב "מה ביתו שלו אף כל שלו גרסינו", ובכך רומז שלפניו עמדו גרסאות אלטרנטיביות.

הלחם אבירים כותב וז"ל:

"הגירסא האחרת היא מה ביתו שלו וברשותו, אף כל שלו וברשותו משום דקרא משמע בשניהם שלו וברשותו,

ופי' בקונטרס מה ביתו שלו גרסינו הכא, דבהכי סגי הכא למילף דאין אדם מקדיש דבר שאינו שלו..."

אמנם ברי"ף מופיעה גירסא אחרת וז"ל:

"א"ר יוחנן גזל ולא נתיאשו הבעלים שניהן אינן יכולין להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו

דאמר קרא ואיש כי יקדיש את ביתו מה ביתו שהוא ברשותו אף כל שהוא ברשותו".⁴

אמנם השיטה למהריק"ש כתב שהגירסה החלופית אליה התכוון רש"י היא מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו.⁵

המהריק"ש מבאר שלדעה זו כלל לא צריך שיהיה 'שלו', אלא רק 'ברשותו' ע"מ שהאדם יוכל להקדיש את החפץ, ולכן הקשו על ר"ל שהחפץ אינו ברשותו של הגזלן.

אם כך, לפי המהריק"ש יוצא דבר מעניין מאוד. באופן פשוט אנו מניחים שלכו"ע אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו, אלא שר"י ור"ל נחלקו האם 'אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו'. ברם, לפי הגירסא אותה מביא המהריק"ש יש שיטה החולקת על ההלכה 'אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו', ועדיין מכירה בהלכה 'אין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו'.⁶

ראינו כאן תפיסות שונות לחלוטין על מהות ההקדשה – איזה גורם יותר קריטי – 'שלו' או 'ברשותו', ויל"ע.

ב. אין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו

1. הצגת הנושא

כעת נפנה לעסוק בדין 'אין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו':

² אמנם לכאורה דברינו נסתרים מהכלל אותו הביאה הגמ' בכמה מקומות: 'אין אדם אוסר דבר שאינו שלו' (פסחים ז.), ומוכח משם שגם לגבי החלת חלות חלות נדרש שהחפץ יהיה תחת בעלותו של האדם, אלא ש"ל בפשיטות שהלבוש (י"ד ה, ג) כתב שהמקור לכלל זה הוא מהדרשה 'איש כי יקדיש את ביתו' ואנו דנים כאן מה היה הדין ללא הפסוק הנ"ל (אמנם הקרית ספר כתב שהמקור הוא 'ופסיליהם תשרפון באש', והדרא קושיא לדוכתא וכנראה שלשיטתו נצרך לומר את אחד משני ההסברים הללו: א. הה"א בגמ' חולקת על כלל זה וסוברת שאדם אוסר דבר שאינו שלו. ב. גם לה"א אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, אלא שהיינו חושבים שהיה ניתן להסתפק בקנייני גזילה ע"מ להקדיש וקמ"ל שלא ניתן להסתפק בכך, כפי שנביא בהמשך בשם הקונטרסי שיעורים).

³ לכאורה כך מדויק מהלבוש ביו"ד הנוקט שהמקור לכלל 'אין אדם אוסר דבר שאינו שלו' הוא מהפסוק איש כי יקדיש את ביתו קדש. אמנם לא ניתן לדיוק מהלבוש שפעולת ההקדש היא פעולה של החלת חלות גרידא, מאחר שייכתן שהלבוש נוקט ששני התהליכים הללו (חלות וקניין) מתרחשים ע"י פעולת ההקדש, אך בכל אופן מוכרח שפעולת ההקדש כוללת בתוכה פעולה של החלת חלות, ועל כן ניתן ללמוד משם שאין אדם אוסר דבר שאינו שלו.

⁴ ייתכן שהלחם אבירים סבר שלא זוהי הגירסא אליה רש"י התכוון, מאחר שמלשונו של הרי"ף משמע שהתכוון להמשך הגמ', שם הגמ' אכן דנה בחידושו של ר"י לעניין דין ברשותו.

⁵ מעניין לציין שבכל מקום שהגמ' מביאה דרשה זו היא כותבת מה ביתו ברשותו, למעט בסוגייתנו אליבא דרש"י.

⁶ להלן נחקור האם דין 'ברשותו' הוא הרחבה לדין 'שלו' וזה חיסרון בבעלות או שמא זוהי הלכה נפרדת. לפי שיטה זו נהיה מוכרחים לומר שמדובר בדינים נפרדים לחלוטין.

1. עלינו ללמוד על מקורו, אופיו והקיפו של דין זה, ומהי הגדרת רשות לעניין דין זה.
2. עלינו להבין מהי המחלוקת בין ר"י לצנועין.

2. מקור הדין

הגמ' (ט:): דורשת דין זה מהפסוק "איש כי יקדיש את ביתו קדש" - "מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו". לכאורה עלינו לחקור האם הצנועין חולקים על הדרשה הנ"ל וסוברים שאדם יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו, או שמא אף הם מודים שאין אדם יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו, אלא שלדעתם לא שייכת מציאות כזאת, מאחר ש'כל היכא דאיתיה ברשותיה דמאריה קיימה' ואין הגזול יכול להפקיע את החפץ מרשותו של הבעלים, ושו"ר שהאריך בכך הזכר יצחק (סי' ל) עיי"ש⁷.

3. אופי הדין והיקפו

יש לחקור שלוש חקירות יסודיות בנושא:

1. האם 'ברשותו' משמש סיבה להקדש או שה'אינו ברשותו' משמש סיבה לשלילת ההקדש. במילים אחרות, האם אינו ברשותו הוא היעדר סיבה חיובית להחלת ההקדש או שמא הוא סיבה שלילית למניעת ההקדש⁸.
2. האם העיכוב הוא מה שזה ברשות אחרים, או העיכוב הוא מה שזה אינו ברשותו וייתכן שתהיה לכך נפק"מ במצב בו החפץ נמצא ברשות ניטרלית ואיננו נגיש לאף אחד או במצב בו החפץ נתון בו זמנית ברשות הבעלים וברשות אחרים ויל"ע⁹.

3. ניתן להבין את אופיו של דין זה בכמה אופנים:

א. זהו דין **בבעלות** - כאשר החפץ איננו ברשותו של הבעלים, זהו חסרון בבעלות. לפי דרך זו, דין 'ברשותו' מהווה הרחבה לדין 'אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו'.

ב. זהו דין **בהקנאה** - דרך זו אפשרית אך ורק אם אנו מבינים שפעולת ההקדשה היא פעולה קניינית, והרחבנו בכך לעיל עיי"ש. לפי צד זה יש לחקור האם זה חסרון ביכולת ההקנאה של המוכר, חסרון ביכולת הקניין של הקונה או שמא שני החסרונות הללו קיימים בכהאי גוונא וראיתי שהאריך בכך הקוב"ש (קידושין אות צג) והבית ישי¹⁰.

כמו כן יש לחקור האם מדובר בחיסרון בצורת הקניין או בגמירות הדעת (מצד הקונה או המקנה), שהרי ככל שהחפץ פחות נגיש גמירות הדעת היא ברמה פחותה יותר, וצ"ע¹¹.

הבית ישי מביא לשאלה זו נפק"מ חשובה: אם החיסרון הוא מצד המקנה, אין כאן כלל מעשה הקנאה, אך אם החיסרון הוא מצד הקונה יש כאן מעשה הקנאה, אלא שבפועל נמנעת עיי"ש.

ג. זהו דין **בהחלת חלויות** - דרך זו אפשרית אך ורק אם אנו מבינים שפעולת ההקדשה היא פעולה של החלת חלות, ולא מעשה קניין גרידא והרחבנו בכך לעיל עיי"ש. גם לצד זה יש לחקור האם אין כאן כלל מעשה של

⁷ רק נעיר שאם הצנועין חולקים על הדרשה הנ"ל, אזי בהנחה ש'ברשותו' זוהי הלכה בבעלות ניתן להבין את דעתם בכמה אופנים: 1. 'ברשותו' לא מהווה חסרון בבעלות ולכן ניתן להקדיש דבר שאינו ברשותו. 2. 'ברשותו' מהווה חסרון בבעלות, אלא שניתן להסתפק בבעלות חלקית לעניין הקדש. 3. באופן יותר קיצוני ניתן לומר שלדעתם כלל לא צריך בעלות ע"מ להקדיש חפצים, ועיין לעיל שם הארכנו בשאלה זו, אך זהו דוחק.

⁸ לאחר החיפוש ראיתי שעסק בכך המידות לחקר ההלכה (מידה יד אות נו).

⁹ בס"ד מצאתי שחקרו בכך הבית זבול על ב"מ (סי' י' אות מג) והמנחת אשר על ב"ק (סי' לח אות ב').

¹⁰ לקמן נאריך בשאלה זו, כאשר נדון בקושייתו של הקונטרס שיעורים עיי"ש.

¹¹ להלן נטען, שמאחר שדין זה שייך אף במוסר חפץ לרשות להקדש, קשה לומר שמדובר בחיסרון בגמירות הדעת של הקונה, מאחר שזהו דוחק לומר שיש חיסרון בגמירות הדעת של רשות ההקדש (שמיא), ועל כן מסתבר שאם מדובר בחיסרון בגמירות דעת - זהו חיסרון מצידו של המקנה בלבד.

החלת חלות, או שמא בפועל החלות נמנעת.

ד. זהו דין מיוחד להקדש - הנצי"ב בהעמק שאלה (שאלתא קנ"ס"ה ושאלתא ק ס"ז) כותב:

"גז"כ הוא בהקדש, שאין קדושה תופסת אלא כשהוא בכוחו לעשות בו מה שהוא חפץ, ולא כשתפסו אחר."

- יש דין מיוחד בתהליך יצירת קדושה, הדורש שהבעלות על החפץ תהיה מלאה, ודין זה מיוחד דווקא להקדש.

ג. עיון בדברי הגמ' והראשונים

כמובן שלהבנת אופיו של הדין, תהיינה השלכות בנוגע להיקף התחומים בהם דין זה יהיה רלוונטי. על כן, בבואנו לעמוד על אופיו של הדין, נתבונן במקרים אותן מביאה הגמ' בהקשר זה:

1. ברייתא דצנועין

ננתח את מהלך הגמ':

1. אומרת המשנה (מעשר שני ה, א):

"הצנועין מניחים את המעות ואומרים: כל הנלקט מזה יהא מחולל על המעות האלו."

כוונת המשנה היא, שמידת חסידות היתה לבעלי שדות שעוברי דרכים היו אוכלים משדותיהם, שכדי למנוע תקלה שיאכלו מפירות כרם רבעי, היו מחללים את הפירות שנלקחו על מעות שבידיהם. משמע, שניתן לבצע פעולת חילול אף כשהפירות אינם ברשותו, וכדעת ריש לקיש.

2. עיקרון דומה מופיע בברייתא העוסקת בבעל בית הרוצה שהעניים המלקטים בשדהו לא ייכשלו באיסור גזל:

"רבי יהודה אומר: שחרית בעל הבית עומד ואומר - כל שילקטו עניים היום יהא הפקר. ר' דוסא אומר:

לעיתותי ערב אומר - כל שלקטו עניים היום יהא הפקר".

לדעת ר' דוסא מסתבר, שניתן להפקיר דבר אף אם אינו ברשותו.

3. המשנה בריש 'מרובה' אומרת: "אין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל", ומדייקת הגמ' שמכאן סיוע לר' יוחנן:

"אמאי? בשלמא לגנב ראשון לא משלם, 'וגונב מבית האיש' - ולא מבית הגנב; אלא לבעלים נשלם? אלא לאו,

ש"מ זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו".

4. בסיום הסוגיה (ע). דנה הגמ' בשאלה האם ניתן לכתוב הרשאה על מטלטלין, ומביאה שתי לישנות: ללישנא קמא לא ניתן, שכן לומדים מדברי ר' יוחנן שלא ניתן להקדיש דבר שאינו בעולם, וכיון שהרשאה טעונה הקנאה - לא ניתן לכתבה, שהרי לא ניתן גם להקנות דבר שאינו בעולם. אולם ללישנא בתרא רק על "מטלטלי דכפריה" לא כותבים, אולם על מטלטלין סתם - ניתן לכתוב.

הרשאה על מטלטלין - שיטת הרשב"א

לאור הפרטים הללו נוכל להעלות הבנות שונות בטעם דינו של ר' יוחנן:

מהעובדה שהגמ' משווה בין הקדש לבין דינים שונים - חילול, הפקר, גניבה וקניין, מסתבר, לכאורה, שאין כאן דין מיוחד לגבי הקדש, אלא דין כללי.

אמנם הרשב"א (ע) טוען שזוהי מחלוקת בין שתי הלישנות דנהרדעי¹² וז"ל:

¹² בניגוד לתוס' (שם), למשל, המבינים שללישנא בתרא יש רק הבנה אחרת בעניין הרשאה - מדין שליחות, אך המחלוקת בין הלישנות אינה חורגת לתחומים אחרים.

"איכא דאמרי לא כתבינן אורכתא אמטלטלי דכפריה משום דמיחזי כשקרא הא לא כפריה כתבינן. ונפקא מינה לגזול שהוא בעין ביד גזול ולא נתיימשו הבעלים ואי נמי מלוה בשטר שאף על פי שאינו יכול להקדיש גזירת הכתוב היא מדכתיב כי יקדיש את ביתו מה ביתו ברשותו אבל במכר או במתנה יכול ליתן ולזכות אגב קרקע או בחליפין בכל מקום שהן כמו שאמרנו".

בעוד שלפי הלישנא קמא מדובר בדין כללי השייך גם למקח וממכר, הרשב"א טוען שלפי לישנא בתרא, מדובר בגזירת הכתוב הרלוונטית להקדש דווקא. לדעת הרשב"א שיטה זו חולקת עקרונית על כל הסוגיה, וסוברת שאין לקשר בין דינו של ר' יוחנן לגבי הקדש, לבין נושאים אחרים. את דברי הרשב"א ניתן להבין בשתי דרכים:

1. זהו דין מיוחד להקדש בלבד. הנצי"ב בהעמק שאלה (הובא לעיל) ביאר את דברי הרשב"א באופן הבא: "גזה"כ הוא בהקדש, שאין קדושה תופסת אלא כשהוא בכוחו לעשות בו מה שהוא חפץ, ולא כשתפסו אחר". יש דין מיוחד בתהליך יצירת קדושה, הדורש שהבעלות על החפץ תהיה מלאה, ודין זה מיוחד דווקא להקדש. 2. הקונטרסי שיעורים (אות יז) הבין את דברי הרשב"א הללו באופן אחר. לפי דברי הרב גוסטמן אף שיטה זו מכירה בכך שאין מדובר בהלכה השייכת לתחום ההקדש בלבד, אלא לכל תחום הקשור להחלת חלויות וז"ל: "נראה דסובר רשב"א כצד השני דאינו ברשותו הוא רק הלכה בחלות על החפצא ואין לו שום שייכות לדיני וכח בעלות וזהו כונתו במש"כ וכדדייק קרא את ביתו קדש כונתו בזה דאי נימא דאינו ברשותו היא הלכה בבעלות היה לו לכתוב דין זה בפרשת וכן תמכרו ממכר לא בפרשת הקדש ומוכח דאינו ברשותו הוא דין בחלות על החפץ ולא נאמר אלא בהקדש שחיללא קדושה על החפץ דמעיירא הוא חול ועכשיו נעשה קדש אבל במקח שאין שום השתנות בדיני החפץ גופא רק בהבעלים דאותו חפץ עצמו מעיקרא הוא של ראובן ועכשיו של שמעון ורק הבעלים נשתנו לא דיני החפץ לא נאמרה בזה הלכה דאינו ברשותו".

קושיית הקונטרסי שיעורים

הרב גוסטמן מחדש חידוש נפלא ביותר ונרצה להרחיב בו. הרב גוסטמן טוען "דאי נימא דאינו ברשותו היא הלכה בבעלות היה לו לכתוב דין זה בפרשת וכן תמכרו ממכר לא בפרשת הקדש ומוכח דאינו ברשותו הוא דין בחלות על החפץ".

אמנם לענ"ד יש מקום לומר שעל התורה היה לכתוב זאת דווקא בהקדש למרות שמדובר בהלכה כללית בבעלות:

לעיל הבאנו את חקירת האחרונים בנוגע למהותה של פעולת ההקדש, האם מדובר במעשה הקנאה או במעשה הקדשה (החלת חלות על החפץ) או ששני התהליכים הללו מתרחשים בו זמנית בשני מסלולים נפרדים¹³.

אם מדובר במעשה הקנאה, אזי פשוט וברור שצריך בעלות על החפץ ע"מ שיהיה יכולת להקדישו, אך אם מדובר בהחלת חלות גרידא, אין הדברים מוכרחים. אמנם הגמ' בכמה מקומות מביאה את הכלל התלמודי 'אין אדם אוסר דבר שאינו שלו', אך מעבר לעובדה שלפי דעת הלבוש המקור לדין זה הוא מהפסוק 'איש כי יקדיש את ביתו', ובמידה והתורה הייתה כותבת דין זה בפרשת מקח וממכר לא היינו לומדים ש'אין אדם אוסר דבר שאינו שלו' (מאחר שפעולת הקניין איננה פעולה של החלת איסור), הרי אף אם ננקוט כדעות הסוברות שדין זה נלמד ממקור אחר, יש חילוק יסודי בין הדינים הללו.

דין זה דורש שהחפץ יהיה שלו, אך איננו דורש שהחפץ יהיה 'ברשותו'¹⁴. על כן, אם התורה הייתה כותבת

¹³ הקובץ יסודות וחקירות (עמ' 332) הביא אפשרויות רבות בנושא עיי"ש.

¹⁴ למעשה הדבר נתון במחלוקת בין האחרונים: הקובץ הערות (השמטות כב ד"ה ולפי (לסימן עב-ד)) סובר שגם לעניין החלת איסור קיימת דרישה ל'ברשותו', בעוד שלדעת העונג יום טוב (פב ד"ה תשובה) אין בכך כל צורך.

חידוש זה ב'וכי תמכרו ממכר', היינו יכולים לסבור שהלכה זאת איננה שייכת להקדש, מאחר ששם מדובר בהחלת חלות גרידא ולא מעשה קניין ועל כן ניתן להסתפק ברמת בעלות פחותה יותר (שלו ואינו ברשותו) וחידשה התורה שאין זה כך.

את חידוש התורה ניתן להבין בשני אופנים:

א. למעשה בהקדש מדובר במעשה קניין גרידא, ועל כן דרוש 'ברשותו', בניגוד להחלת חלות בה אנו מסתפקים ברמת בעלות פחותה מזו (לפי הסבר זה נאלץ לומר שהכלל 'אין אדם אוסר דבר שאינו שלו' נלמד ממקור אחר, מאחר שהקדש אינו פעולה של החלת חלות).

ב. מדובר במעשה קניין ובמעשה החלת חלות ואלו שני מסלולים שונים. ע"מ להחיל את החלות נדרש שהחפץ יהיה שלו, וע"מ לבצע את הקניין החפץ אמור להיות אף ברשותו.

יש להוסיף שהרב גוסטמן מקשה את קושיתו אך ורק על השיטה הרואה בדין ברשותו כהלכה בבעלות, אך לכאורה ניתן להקשות קושיא זו אף אם מדובר בהלכה במעשה הקנאה, שהרי אף בכהאי גוונא היה על התורה לכתוב דין זה בפרשת וכי תמכרו ממכר ולא בפרשת הקדש.

ברם, מסתבר לענ"ד שאף במידה ומדובר בהלכה בקניינים, על התורה היה לכתוב זאת דווקא בהקדש, ולא בפרשת וכי תמכרו ממכר. זאת מאחר שאם התורה הייתה כותבת זאת בפרשת וכי תמכרו, היה ניתן לטעות ולומר שאף אם הקדש זה מעשה קניין, אין בהקדש חסרון דאינו ברשותו וזאת משלוש סיבות עיקריות:

א. כפי שביארנו לעיל, היינו יכולים לנקוט שפעולת ההקדש איננה פעולה קניינית, אלא פעולה של החלת חלות גרידא ואם התורה הייתה כותבת זאת ב'וכי תמכרו ממכר' היינו עלולים לחשוב שדין זה אינו נוגע אליה ועל כן התורה נזקקה לכתוב דין זה בפרשת הקדש, ע"מ להבהיר לנו שזוהי פעולה קניינית לכל דבר ועניין.

ב. אם 'אינו ברשותו' הוא הלכה בקניינים, יש לחקור האם מדובר בחסרון במצד הקונה או בחסרון מצד המקנה. כמו כן יש לחקור האם מדובר בחסרון בצורת הקניין או בגמירות הדעת (מצד הקונה או המקנה). כעת נלך לפי הדרך שמדובר בחסרון בצורת הקניין:

אם נאמר שמדובר בחסרון מצד הקונה, אזי הסיבה לכך היא שהוא חסרון בצורת הקניין כיון שאחר ההקנאה החפץ אינו מגיע לרשותו של הקונה.

אם אכן החסרון הוא מצד הקונה, אזי חסרון זה אינו קיים בהקדש. זאת מאחר שלגבי רשות הקדש אמרינן דכל היכא דאיתיה בי גזא דרחמנא איתיה ואם כך החפץ נמצא ברשות הקונה ואין את החסרון דאינו ברשותו כלל וכן כתב להדיא הקו"ש (קידושין אות צג)¹⁵.

לפי דבריו מובן מדוע התורה צריכה לכתוב את הדין דאינו ברשותו דווקא בפרשת הקדש ולא בפרשת וכי תמכרו ממכר, וזאת ע"מ שנבין שמדובר בחסרון מצד המקנה, שאין בכוחו להקנות באופן דהדבר אינו ברשותו שאין כאן העברה והוצאה מרשותו כל דאין הדבר ברשותו, וזה שייך גם בהקדש.

אמנם אני חוכך בדעתי האם לקבל הסבר זה. זאת מאחר שאף אם החפץ נמצא ברשותו של הקונה (רשות ההקדש), הרי סו"ס החפץ לא נמצא ברשות ההקדש באופן בלעדי, ובפועל הוא עדיין נמצא גם ברשותו של הגזול וייתכן שרשותו של הגזול מעכבת את התהליך.

¹⁵ אמנם ראיתי שהבית ישי השיג על כך וז"ל:

"ואינה ראייה דשפיר י"ל דהגרעיותא מצד הקונה דהיינו ההקדש, שאף הקדש א"א לו לקנות תחילת קנין דבר שאינו ברשותו, ולא אשכחן הך סברא דכל היכא דאיתיה בי גזא דרחמנא איתיה אלא בדבר שכבר קניו להקדש ובאנו לומר דליפקע קנינו מפני אבדתו או שיהא המקדיש חייב באחריותו ע"ש, אהא אמרינן כל היכא דאיתיה כו' וסברא פשוטה היא לחלק בין תחולת חלות לבין מיעוט פקיעתה (עיין אתון דאורייתא כלל ט ובהשמטות ועמש"כ לעיל ס"ס א)".

ננסח את דברינו בצורה חדה יותר: בהנחה שדין ברשותו פירושו חסרון מצד יכולתו של הקונה לקנות את החפץ, יש לחקור האם חסרון זה קיים כל עוד החפץ לא יהיה לבסוף ברשותו הבלעדית, או שמא כל עוד החפץ נמצא גם ברשותו, אין בעיה שבו זמנית החפץ נתון אף לרשותם של אחרים.

לאחר החיפוש ראיתי שהבית ישי כתב בפשיטות וז"ל: "אבל מצד הקונה אין גריעותא דמה איכפת לן שיש לגזול קצת קנין בחפץ סו"ס יקנה הקונה מה שיש לו למקנה בחפץ" ויל"ע.

לפי דרך זו ניתן להבין את חידושה של התורה, בכך שדין 'אינו ברשותו' שייך גם בהקדש בשתי דרכים:

1. החסרון הוא מצד הקונה, אלא שכל עוד החפץ לא יהיה לבסוף באופן בלעדי ברשות הקונה, כגון בנידון דידן בו הוא נמצא אף ברשות הגזול, יש חסרון ד'ברשותו'.

אמנם עדיין יש לחקור האם התורה חידשה זאת אך ורק במצב בו לגזול יש קנייני גזילה בחפץ, או אף במצב בו אין לגזול קנייני גזילה בחפץ, והוא רק מעכב את הבעלים ומשאיר את החפץ ברשותו וצ"ע.

2. אם החסרון היה מצד הקונה, אזי אף אם החפץ לא יהיה לבסוף באופן בלעדי ברשות הקונה, אין בכך בעיה, אלא שחידשה התורה שהחסרון הוא מצד המקנה.

ג. המידות לחקר ההלכה (מידה יא אות קט) הסתפק בנוגע לפשרו של הכלל התלמודי 'אמירה לגבוה כמסירה להדיוט' וז"ל:

"ולכאורה גם שם יש להסתפק אם זהו במציאות ממש, ואנו חושבים את האמירה למציאות של מסירה או שזה

רק בדין, שיש לאמירה דין של מסירה, אבל ס"ס מציאות של מסירה אין כאן¹⁶."

אם נאמר דאין ברשותו מהווה חסרון מצד המקנה, שאין בכוחו להקנות באופן דהדבר אינו ברשותו שאין כאן העברה והוצאה מרשותו כל דאין הדבר ברשותו, יש להסתפק האם מדובר בחסרון דיני או בחסרון מציאותי ונרחיב את דברינו:

האם פירוש הדבר, שמבחינה דינית אין ביד האדם חפץ בו הוא יכול לבצע פעולת מסירה, או שמא מבחינה דינית יש בכוחו של האדם למסור את החפץ, אלא שמבחינה מציאותית אין ביכולתו לבצע פעולת מסירה, מאחר שהחפץ איננו ברשותו.

אם באמירה לגבוה אין מציאות של מסירה, אזי החסרונות המציאותיים המקשים על פעולת המסירה, אינם מהווים מטרד עבור האמירה לגבוה¹⁷, מאחר שאין זוהי פעולת מסירה ממש. ברם, אם זהו חסרון דיני, אנו נאלץ לומר שחסרון זה יהיה שייך גם באמירה לגבוה, ואם אין האדם יכול מבחינה דינית למסור את החפץ להדיוט, הוא לא יוכל לעשות זאת אף ע"י אמירה לגבוה.

לפי דברינו, במידה ואמירה לגבוה איננה מהווה מציאות של מסירה, והחסרון של ברשותו הוא חסרון מציאותי, אזי בהקדש לא שייך החסרון הנ"ל.

אם כך ניתן להבין את חידושה של התורה בשני אופנים:

1. אמירה לגבוה נחשבת כמסירה במציאות.

לפי דרכו של הבית ישי, ניתן לומר שזה גופא מה שבאה התורה ללמדנו – שגם בהקדש שייך חסרון מצד הקונה, מאחר שלעניין תחולת החלות לא אמרין כל היכא דאיתיה בי גזא גרמנא איתיה.

אמנם לכאורה יש להשיג על דבריו מהירושלמי בקידושין האומר שהמקור לכך שאמירה לגבוה כמסירה להדיוט היא מהפסוק לה' הארץ ומלאה, ואם כך מצינו שימוש בסברה זו אף לעניין תחולת החלות וצ"ע.

¹⁶ למעשה הרב עמיאל מכריע שמדובר בדין בלבד ואכמ"ל.

¹⁷ כפי שהרב עמיאל בעצמו הוכיח (שם) מכך שאמירה מועילה בשטרות, למרות שמסירה לבד איננה מועילה בכהאי גוונא עיי"ש.

2. החסרון דאינו ברשותו מהווה בעיה דינית, ומהווה בעיה אף באמירה לגבוהה, למרות שהאמירה איננה נחשבת כמסירה במציאות.

לאור כל זאת, מובן מדוע על התורה היה לכתוב את הדין של 'אינו ברשותו' בפרשת הקדש, אף אם מדובר בהלכה בקניינים.

כעת נלך לפי הדרך שמדובר בחיסרון בגמירות דעת:

1. אם החיסרון הוא מצד הקונה, אזי לכאורה מסתבר שלא ניתן לומר שיש חיסרון בגמירות דעת של 'רשות ההקדש' / כלפי שמיא.

על כן על התורה לכתוב זאת בפרשת הקדש, ע"מ שנבין שמדובר בחיסרון מצד המקנה, באופן ששייך אף בהקדש.

2. אם החיסרון הוא מצד גמירות דעתו של המקנה, אזי ייתכן שזה אך ורק כאשר נדרש ממנו למסור את החפץ באופן ממש, ואז כל עוד אין לו גישה אל החפץ, הוא איננו גומר בדעתו להקנות אותו. ברם, בהקדש האדם פועל ע"י אמירתו והיינו יכולים לטעון שבכהאי גוונא יש גמירות דעת, ועל כן התורה הוצרכה לחדש לנו שאף בכהאי גוונא יש חיסרון בגמירות דעתו של המקנה.

2. הגונב אחר הגנב פטור מכפל

מעיון בסוגיה מתקבל מימד נוסף בדינו של ר' יוחנן: ההשוואה בסוגיה לחילול, הפקר וקניין נובעת, כאמור לעיל, מעניין הכוח לבצע פעולות שונות (החלת חלויות/ מעשה הקנאה). אך לגבי תשלומי כפל, אין בפשטות שום קשר לכוח לביצוע פעולות, אלא להגדרת רשותו. על כן נצטרך להסיק שדין 'ברשותו' היא הלכה בבעלותו של האדם על נכסיו. כאשר נכסי האדם אינם ברשותו, בעלותו עליהם פוחתת ובס"ד ראיתי שכך כתב הקהילות יעקב (זרעים ס' כ).

אמנם, לכאורה היה ניתן לדחות ראייה זו ולומר דאין כוונת הגמ' לדמות החסרון דאינו ברשותו לענין הקדש, לחיסרון דאינו ברשותו לעניין כפל, אלא כוונת הגמ' רק להוכיח ד'ביתו' ממעט אינו ברשותו, וכמו דלעניין כפל בעינן וגונב מבית האיש, ובית הגנב לא חשיב בית האיש כיון דאינו ברשותו, ה"נ לגבי הקדש בעינן איש כי יקדיש את ביתו, וכשאינו ברשותו לא חשיב ביתו.

אך ראיתי שהזכר יצחק (ס' ל) דחה ביאור זה וז"ל:

"ואין לומר דהכי מיייתי דכמו דדרשינן מבית האיש שיהיה ברשותו, כמו"כ גמי נדרוש כי יקדיש את ביתו דווקא ברשותו, זה א"א לומר כן, דעדיין לא הביא כלל הראיה מהקרא, רק לבתר הכי מסיים דמסייע ליה קרא".

אמנם ייתכן שיש מקום לדחות את ההוכחה שמדובר בהלכה בבעלות באופן אחר, וזאת עפ"י דבריו של הזכר יצחק (ס' ל) בהמשך דבריו:

"לעיל הסתפקנו האם הצנועין חולקים על הדרשה של 'מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו', או שהם מודים לדרשה הנ"ל, אלא שהם סוברים שאין בכוחו של הגזול להפקיע את החפץ מרשות הבעלים, מאחר שכל היכא דאיתיה ברשותיה דמאריה קיימא. אם ננקוט שהם מודים לדרשה הנ"ל, אזי ניתן לומר שרבי יוחנן מביא ראיה כנגדם מכך שאנו ממעטים מ'בית האיש' את ביתו של הגנב, בעוד שלפי ר"ל וברייתא דצנועין אף בית הגנב קרוי בית האיש, מאחר שכל היכא דאיתיה ברשותיה דמאריה קיימא. אם כך, למרות שאופי הפטור מכפל, יכול לשאת אופי שונה מאופיו של דין 'ברשותו', העיקרון אותו רבי יוחנן מבקש ללמוד, לפיו חפץ הנמצא בידי של גנב או גזלן, איננו נחשב כמצוי ברשותו של הבעלי, ולוונטי לשני הדינים הללו¹⁸".

¹⁸ האחרונים חקרו ביסוד האם דינא דפטור הגונב אחר הגנב מתשלומי כפל, האם זהו חסרון במעשה הגניבה, הדורש הוצאה ישירות מביתו של הבעלים, או שמא מדובר בחסרון בבעלות על החפץ הגזול. לפי השיטות שמדובר בחסרון

אמנם לכאורה גם על הסבר זה יש להקשות את קושייתו של הזכר יצחק, שהרי עיקר הקושיא היא מהפסוק 'ביתו', והרי מהגמ' לא משמע שהקושיא היא מהפסוק הנ"ל כפי שציין הזכר יצחק, אלא שאולי ניתן לומר שקושיית רבי יוחנן איננה מהפסוק 'ביתו', אלא מעצם הדין אותו מביאה הברייתא המחלק בין בית הגנב לבית האיש, בעוד שלדעת צנועין ור"ל גם דין זה איננו נכון מאחר שגם בית הגנב קרוי בית האיש, שהרי אמרינן דכל היכא דאיתיה ברשותיה דמאריה קיימא.

למעשה העולה מדברינו הוא כך: אם ר"ל חולק על דרשתו של ר"י, מוכח שדין 'ברשותו' זה דין בבעלות. ברם, אם ר"ל מסכים באופן עקרוני לדרשתו של רבי יוחנן, אזי יש מקום לדון האם זה הלכה בבעלות, הקנאה או בהחלת חלויות.

ביאור דעת ר"ל - עיון בפסוקים

רבי יוחנן מביא ראיה כנגד ברייתא צנועין ור"ל מהברייתא הפוסקת שהגונב אחר הגנב פטור מתשלומי כפל. מדוע ר"ל ממאן בהוכחתו של רבי יוחנן?

הזכר יצחק בסי' ל' טוען שהדבר תלוי בהבדל בין הפסוקים ורוב ניכר מדברינו להלן יבוסס על חידושי (שם): ישנו הבדל מרכזי בין הופעת הבית בפטור כפל לבין הופעת הבית בהקדש, וע"מ להקל על המשך הדיון נצטט את שני הפסוקים הללו:

"ואיש, כי-יקדש את-ביתו קדש לה".

"כי-יתן איש אל-רעהו כסף או-כלים לשמר, וגנב מבית האיש-אם ימצא הגנב, ישלם שנים".

בעוד שבהקדש הבית מופיע בתור האובייקט הנמסר לרשות גבוה, בפטור כפל הבית מופיע בתור המיקום הגיאוגרפי של ההתרחשות.

ר"ל טוען שדווקא כאשר הבית מופיע בתור מיקום, יש להסיק מכך שקיימת דרישה ל'ברשותו', אך כאשר הבית מופיע בתור האובייקט הנמסר לרשות גבוה תכונה זו שהבית ברשותו של האדם איננה רלוונטית ונרחיב בביאור הדבר:

לעיל ביארנו שניתן לבאר את דעת ר"ל סובר אחד משני הדברים: הוא יכול לנקוט שאף חפץ גזול נמצא ברשותו של הבעלים, מאחר 'דכל היכא דאיתיה ברשותיה דמאריה קיימא' או שהוא יכול לנקוט ש'אינו ברשותו' לא מהווה חיסרון.

אם דעת ר"ל היא שחפץ הגזול מצוי ברשותו של הבעלים, מאחר שכל היכא דאיתיה ברשותיה דמאריה קיימא, אזי נצטרך להניח שלעניין פטור כפל, הבעיה איננה בכך שהחפץ איננו נתון ברשותו של הבעלים, אלא שבכל אופן ישנו דין מיוחד שע"מ לחייב בתשלומי כפל, החפץ צריך להיגנב מבית הבעלים דווקא¹⁹. בעוד ש'ברשותו' במובן השכיח, איננו מצטמצם דווקא לרשות הגיאוגרפית של הבעלים, בנידון דידן קיימת דרישה שהחפץ ילקח מביתו של הבעלים. הירושלמי (שבועות ה, א) אף הקצין גישה זו וז"ל: "וגונב מבית וכו' ולא מראש גגו שאינו מבוצר" למרות שבמיקום זה החפץ נמצא ב'רשותו' לכל הדעות, אין בכך ע"מ לחייב את הגנב בכפל. אם כך דין זה איננו קשור לגדרי ברשותו, אלא הוא משמש כתוספת על גביו, ועל כן מובן מדוע ר"ל לא קישר בין הסוגיות הנ"ל, שלא כדעת רבי יוחנן.

במעשה הגניבה, אזי ברור שהקשר היחיד בין דין ברשותו לפטור כפל, הוא בכך שמוכח שבית הגנב אינו קרוי בית האיש וזוהי הייתה מטרתו של רבי יוחנן, ואם כך בכל אופן נהיה מוכרחים לבאר את כדרכם של הזכר יצחק, אליבא דהשיטות שמדובר בחסרון במעשה הגניבה ודו"ק.

¹⁹ אמנם הפסוק עוסק בבית השומר, אך יש מקום לראות את בית השומר כבית האיש עפ"י דעת הרשב"ם בב"ב פה. שרשות הפקדון קנויה למפקיד.

במידה ור"ל נוקט שחפץ גזול איננו נתון ברשות הבעלים, אלא שאין זה מהווה חיסרון, יש לומר שלדעתו דווקא כאשר הבית מופיע בתור מיקום, התורה רוצה ללמדנו שיש חשיבות ל'ברשותו', אך כאשר הבית מופיע בתור האובייקט הנמסר לרשות גבוהה, תכונה זו איננה רלוונטית.

לפי הסבר זה ייתכן שלדעת ר"ל גדר 'בית האיש' לעניין פטור כפל, זהה לגדר של 'ברשותו' לעניין הקדש אליבא דר"י, ולא מצטמצם דווקא למיקום הגיאוגרפי של בית האיש²⁰, אלא שהוא נוקט שדרישה מעין זו מתעוררת אך ורק כאשר התורה מדברת על מיקום²¹.

ביאורו זה של הזכר יצחק, לפיו ר"ל סובר שהבית בפרשיית כפל משמש כמיקום, מבוסס על כמה הנחות יסוד:

א. רשות הפקדון קנויה למפקיד, ועל כן יש מקום לראות בבית השומר שלוחה של בית האיש.
 ב. יש מקום לומר שלעניין חיוב כפל, אין אנו מסתפקים מגניבה מ'רשותו' של הבעלים במובן השכיח, וקיימת דרישה שהחפץ ילקח מרשותו הגיאוגרפית של הבעלים (הנחה זו קיימת לפי חלק מההסברים שהבאנו לעיל).
 ניתן לומר שרבי יוחנן חלק על אחת מהנחות היסוד הללו:

א. ייתכן שרבי יוחנן נקט שרשות הפיקדון איננה קנויה למפקיד. מאחר שהפרשייה מדברת על בית השומר ולא על בית הבעלים, מוכח שדין זה איננו שייך דווקא במיקום הנ"ל, וזה משמש כדוג' לחפץ הנמצא ברשותו של הבעלים ותחת שליטתו.

ב. ייתכן שגם רבי יוחנן מסכים שרשות הפיקדון קנויה למפקיד, אלא שהוא נוקט טעם אחר בביאור הפטור. האחרונים חקרו ביסוד האי דינא דפטור הגונב אחר הגנב מתשלומי כפל, האם זהו חסרון במעשה הגניבה, הדורש הוצאה ישירות מביתו של הבעלים, או שמא מדובר בחסרון בבעלות על החפץ הגזול.

אם ברצוננו לראות את הבית כמיקום הגיאוגרפי, אנו נצטרך לומר שמדובר בחיסרון במעשה הגניבה. לפי דרך זו, יש מקום לומר שרק כאשר הגנב לוקח את החפץ מרשותו הגיאוגרפית של הבעלים מעשה הגניבה מתבצע בצורה שלימה. ברם, אם סיבת הפטור נובעת מחיסרון בבעלות על החפץ, אזי כל עוד החפץ נמצא ב'רשותו' (שליטתו וכו') של הבעלים חיסרון זה איננו קיים, אף אם החפץ איננו נמצא ברשותו הגיאוגרפית, ואין מקום לומר שבית האיש, פירושו רשותו הגיאוגרפית.

לאור זאת ניתן להבין מדוע רבי יוחנן לא ראה הבדל בין הפרשיות, והביא ראייה לדין ברשותו מפרשיית כפל. הוא נקט ש'בית האיש' איננו קרוי בית הבעלים במובן הגיאוגרפי. על כן בשני הפרשיות הללו אין להתיחס לבית כמיקום גיאוגרפי, אלא כגדר של 'ברשותו' ויש מקום לקשר בין הפרשיות.

לסיכום: ר"ל טען שאין להשוות בין הפרשיות, מאחר שבפרשיית כפל הבית מופיע כמיקום ועל כן מתעוררת דרישה ל-'ברשותו' / המיקום הגיאוגרפי ספציפי, בעוד שבפרשיית הקדש הבית משמש כאובייקט ואין לאפיין את הבית בתכונה זו. רבי יוחנן חולק וסובר שלא ניתן לומר שבפרשיית שומרים הדגש הוא על הבית בתור מיקום משתי נימוקים: מדובר על בית שאיננו שייך לבעלים, ואין היגיון לפטור מתשלומי כפל בכל מקרה בו החפץ ייגנב שלא מבית הבעלים הפיזי, ועל כן הבית המופיע בפרשייה זו שייך לגדרי 'ברשותו' לכל דבר ועניין וההיקש בין הפרשיות הולם ומתבקש.

3. הגדרת רשות

מחלוקת בעל המאור והרמב"ן

בעל המאור (ב"ק לו:): מחדש דכל היכא דהגזלן איננו מסרב, יש בכוחו של הנגזל להקדיש את החפץ הגזול

²⁰ שלא כדעת הירושלמי שהובאה לעיל.

²¹ כמובן שאף לפי דרך זו, ניתן לטעון שגדר 'בית האיש' הוא הרשות הגיאוגרפית של הבעלים, ואין לכך קשר לגדרי 'ברשותו', אך אין זה מוכרח.

ובמילותיו הוא "דלא אמרינן אינו ברשותו בדבר שאינו מסרב הלה ליתנו לו". ואילו הרמב"ן במלחמות מאריך להשיג על בעל המאור ולבסוף כותב "שאע"פ שהלה רוצה ליתן לו אינו קדוש כיון שבתורת גזל הוא אצלו".

דעת בעל המאור

בעל המאור משתמש בלשון שלילה 'אין הלה מסרב ליתן לו' ולא בלשון חיובית 'הלה רוצה ליתן לו'²². מכך ניתן להסיק שלדעת בעל המאור, החסרון איננו בכך שהחפץ נמצא אצל האחר, אלא נעוץ בהקפדתו של הגזולן ובסירובו להשיב את החפץ לבעליו. על כן, כאשר הוא מסיר את הקפדתו, ביכולתו של הגזולן להקדיש את החפץ. לפי דברינו, החסרון דאינו ברשותו קיים אך ורק כאשר הגזולן מונע מהגזול גישה אל החפץ, אך כאשר הגזולן יכול לגשת אל החפץ, אין בכך בעיה.

ע"מ להבין את בעל המאור נצטרך להעמיק בהבנת השינוי שהתרחש כאשר הגזולן הסכים להשיב את החפץ. ניתן להצביע על שני נקודות:

א. כעת הגזול יכול להשתמש בחפץ הגזול, ויש לו גישה אליו.
ב. הרב צבי מיכל שפירא בשו"ת ציץ הקודש (ס' ו) חקר האם ע"י הודאה ניתן לתקן את הלאו של גזילה. בהנחה שהדבר אכן אפשרי, וההודאה מתקנת את הלאו דגזילה, אזי ע"י הודאתו של הגזולן פוקעים קנייני הגזילה של הגזולן מהחפץ (עיי"ש שרצה להוכיח זאת מתוס' בב"מ ו.).

לפי ההבנות הללו ניתן להסביר את דברי בעל המאור בשתי דרכים:
דרך אחת – החיסרון דאינו ברשותו, הוא בכך שנמנעת מהבעלים גישה ויכולת שימוש בחפץ. על כן, במידה והגזולן מאפשר לבעלים להשתמש בחפץ ולא מסרב ליתנו לו, לא קיים החיסרון דאינו ברשותו. לפי דרך זו הדגש הוא על הסכמה שהגזול ישתמש בחפץ.

דרך שנייה – החיסרון דאינו ברשותו, הוא בכך שיש לגזולן קנייני גזילה בחפץ הגזול, וע"י הודאתו של הגזולן הקניינים הללו פוקעים. לפי דרך זו הדגש הוא על הודאה של הגזולן.

ברם, לענ"ד נראה שמלשוננו של בעל המאור מדוקדק כדרך הראשונה, מאחר שהוא מתבטא בלשון שלילית (אין הוא מסרב) ולא בלשון חיובית (הגזולן רוצה). מסתבר שאם הדגש היה שע"י הודאתו מתבטלים קנייני הגזילה, זה היה נעשה ע"י מעשה הודאה אקטיבי מצד הגזולן, והיה על בעל המאור לנקוט בלשון חיובית (הגזולן מודה ובכך מבטל את קנייני הגזילה), אך מהלשון הגזולן איננו מסרב משמע שהגזולן נוהג בפאסיביות ומאפשר לגזולן להשתמש בחפץ ולא מעבר לכך, וצ"ע האם די בכך ע"מ להפקיע את קנייני הגזילה.

לאחר מכן ראיתי שבחידושי השרידי אש על ב"מ כתב וז"ל:

"דחקנין גזילה הוא בזה שאמר שלי הוא ואין לך קנין גדול מזה כי כל המושג של קנין בגזול אינו אלא ענין סמלי שמראה שלוקח את החפץ לעצמו ע' לקמן ביתר ביאור ועפ"י אפשר שגם כאן בטלית בעצם לא ה' קנין גזילה ממש דהגבהה שלו מתבטלת ע"י הגבהת הבעלים וברור שאם יבוא אחד בפנינו ויתפוס בטלית של חברו כשעדיין חברו טפוס בו וודאי לא עשה בזה קנין גזילה וכללית מוחזקות לבד איננה בגדר קנין ואכמ"ל וכל הקנין הוא בזה שאמר שלי מפני שאין אנו יודעים של מי הטלית ולמעשה ע"י שאומר שלי הוא מונע מהבעלים לממש את זכותו כבעלים ומכיון שכאן ה' בדעתו להודות כלומר לוותר על הצהרתו שזה שלו הרי בזה גופא מתבטל ממילא הקנין גזילה שעשה וממילא הוי ברשותו של המקדיש ועפ"י אין כבר צורך להגיע לזה שפיקדון והקדש באין כאחד אלא זה נהיה פיקדון עוד טרם שהקדיש ע"י שהי' בכוונתו להודות".

²² מעניין לציין שכאשר הרמב"ן חולק על דעתו של בעל המאור, הוא השתמש בלשון חיובית וכתב "שאע"פ שהלה רוצה ליתן לו אינו קדוש" ויל"ע.

לפי דבריו ייתכן שגם אי סירוב להשתמש, יכול להפקיע את קנייני הגזילה, אך בכל אופן מסתבר ללכת בדרך הראשונה בה ביארנו את בעל המאור ויל"ע.

דעת הרמב"ן

בהנחה שהאמת כדברינו ובעל המאור הולך בדרך הראשונה בה צעדנו, ניתן ללכת בשני מסלולים מרכזיים בביאור המחלוקת:

מסלול אחד – הרמב"ן מסכים באופן עקרוני לחידושו של בעל המאור, לפיו כאשר הגזלן נותן את אישורו לפעולת ההקדשה, יש בכוחו של הגזלן להקדיש את החפץ, אלא שלדידו צריך הסכמה ברמה גבוהה יותר. בנידון דידן, יש ביכולתו של הגזלן לחזור בו מהסכמתו, ועל כן אין בכך ע"מ לאפשר לגזלן להקדיש את החפץ. לפי דרך זו, מסתבר שאין בין הרמב"ן לבין בעל המאור מחלוקת עקרונית בגדרי 'ברשותו'.

לפי הסבר זה ביאור דברי הרמב"ן הוא כך: כיון דבתורת גזל הוא בידו, אנו חוששים שיחזור בו מהסכמתו ועל כן אנו מחשיבים זאת כאינו ברשותו.

מסלול שני – הרמב"ן חולק באופן עקרוני על בעל המאור, וסובר שאף אם הגזלן איננו מקפיד, אין ביכולתו של הגזלן להקדיש את החפץ.

ניתן לומר שלדעת הרמב"ן החסרון דאינו ברשותו, נעוץ בקנייני הגזלה של הגזלן כפי שמדויק מלשונו 'כיוון דבתורת גזילה הוא אצלו'. הרמב"ן נוקט כצד השני בחקירתו של ציץ הקודש, לפיו קנייני הגזלה אינם פוקעים ע"י הודאתו ועל כן עדיין קיים החסרון דאינו ברשותו.

באופן נוסף ניתן לומר שהרמב"ן כלל איננו סובר שקנייני הגזילה מעכבים, אלא שלדעתו רצונו של הגזלן להשיב את החפץ לבעליו, איננה מועילה להחשיב את החפץ ברשותו של הגזלן, מאחר שסו"ס החפץ הגיע לידו **בניגוד לרצונו של בעה"ב וראיתי שכע"ז כתב במנחת אשר וז"ל:**

"הרמב"ן ס"ל דשאני גזלן משומר, דבשומר נמצא החפץ ברשותו עפ"י רצון הבעלים ולתועלתם שהם הפקידוהו ברשותו ולכן הוי רשותו כרשות הבעלים ואף בשומר אבידה ודאי רצון הבעלים הוא שכל המוצא יכניסנו לרשותו וישיבנו להם ולטובתם מוחזק החפץ ברשות השומר, אבל בגזילה שאין רצון הבעלים כלל שיהיה ברשות הגזלן ואין להם תועלת בזה אלא אדרבה קרוב להפסד הוא אין רשות הגזלן כרשותם, אף כשהוא מסכים להחזירו".

כמו כן ניתן לבאר את דברי הרמב"ן באופן אחר, לפיו אף אם ההודאה אכן מפקיעה את קנייני הגזילה, אין בכך ע"מ שיהיה בכוחו של הגזלן להקדיש את הגזלה, מאחר שלדעתו גדר "אינו ברשותו", גזה"כ היא שהחפץ יהיה דווקא ברשותו הגאוגרפית, ולא די בשלטון בפועל על החפץ²³. על כן אף אם הגזלן מוכן לתת לו את החפץ, כל עוד החפץ איננו נמצא ברשותו הגאוגרפית קיים החסרון דאינו ברשותו.

ברם, הסבר זה איננו מתיישב בלשונו של הרמב"ן, מאחר שלפי דברינו הרמב"ן יכול היה להשמיט את המילים 'תורת גזילה' ולכתוב: "שאע"פ שהלה רוצה ליתן לו אינו קדוש כיון שהוא אצלו".

הרי אם דין ברשותו, דורש שהחפץ יהיה ברשותו הגאוגרפית של המקדיש, אזי אף אם החפץ איננו גזול, אלא נמצא אצל השומר בתורת פקדון, לא יהיה ניתן להקדיש את החפץ, כפי שנראה לקמן בשיטת הראב"ן לגבי פקדון, מאחר שלמעשה הוא איננו נמצא ברשותו הגאוגרפית של המקדיש. אם כך מדוע הרמב"ן מדגיש שזה

²³ דוגמא לעקרון זה ניתן להביא משיטת הרמב"ן (בפירושו עה"ת, שמות י"ב, יט) ע"פ המכילתא, לגבי דין "בל יראה ובל ימצא" – "שלא הוזהרנו מן התורה אלא שלא נקיים חמץ שלנו ברשותנו, בין בבתינו בין בגבולינו, אבל אם הפקדנו אותו ביד גוי בבית שלו – אין אנו עוברים עליו ב'בל יראה ובל ימצא'" (וכ"כ בחידושי לפסחים ו:). שוב רואים, כי דבר שאינו נמצא בביתו של האדם – אינו מוגדר כרשותו. אמנם כמובן שיש מקום לחלק בין הגדרת רשות לעניין 'בל יראה' ו'בל ימצא' לבין הגדרת רשות לעניין הקדש ואכמ"ל.

אצלו בתורת גזילה? אלא מוכח שזוהי לא כוונתו של הרמב"ן ולכן נראה כדרכים הקודמות שהעלנו בביאור דעת הרמב"ן.

משמעות המעכב 'דאינו ברשותו'

לעיל חקרנו האם החסרון דאינו ברשותו הוא בכך שהחפץ אינו ברשות הבעלים או בכך שהוא ברשות אחרים. לכאורה יש להוכיח שבעל המאור נקט כצד הראשון, שהרי אף לאחר שהגזלן מוכן להשיב את החפץ לבעליו, הגזלן עדיין בעל יכולת שימוש בחפץ, ובכך שבעל המאור לא רואה בכך חסרון דאינו ברשותו, מוכח שלדעתו החסרון הוא בכך שאין החפץ ברשות הבעלים, אך במידה והחפץ נמצא ברשות הבעלים, אין בעיה בכך שהחפץ נמצא אף ברשותו של הגזלן.

כפי שצינו, לדעת בעל המאור גדר רשותו הוא יכולת שימוש בחפץ, ולדעת בעל המאור אין בעיה שלאדם אחר יש יכולת שימוש, כל עוד גם לבעלים עצמם יש יכולת שימוש.

לכאורה, אם 'ברשותו' הוא הלכה בבעלות, אזי יש מקום לכאן ולכאן. יש מקום לומר שכל עוד לבעלים יש יכולת שימוש אין חסרון בבעלות, ויש מקום לומר שכל עוד אין הוא היחיד בעל יכולת השימוש בחפץ יש בכך חסרון בבעלות.

מסברה יש מקום לחלק בין פיקדון לגזל לעניין זה משני נימוקים:

1. יכולת השימוש בפיקדון ניתנה לשומר ע"י הסכמתו של הבעלים, בעוד שיכולת השימוש של הגזלן בחפץ ניתנה לו בעל כורחו של הבעלים וללא אישורו. ניתן לומר שכל עוד יש לגזלן את יכולת השימוש, זה מראה על חולשתו של הבעלים, ועל כן רשותו של הגזלן מעכבת.

2. בפיקדון יכולת השימוש של הבעלים מעולם לא נלקחה ממנו, בעוד שבחפץ הגזול יכולת השימוש נלקחה מהבעלים, וכעת היא שבה אליו בהסכמתו של הגזלן. ניתן לומר שיכולת שימוש התלויה בחסדיו של הגזלן וברצונו הטוב, מראה על רמה חלשה של בעלות. אמנם גם בידי השומר למנוע יכולת שימוש מהמפקיד, אך על עוד הוא לא פעל כך, יכולת השימוש של הבעלים איננה תלויה בחסדיו של השומר ונחדד זאת ע"י הבאת משל. ישנו הבדל בין אדם חולה המבקש תרופה מפלוני, לבין אדם המעמיד את עצמו במצב פגיע כלפי אלמוני. לאדם הראשון כבר נגרם נזק והוא זקוק לחסדיו של פלוני ע"מ להירפא, בעוד שהאדם השני נמצא כעת בשליטה מלאה, אלא שאלמוני יש יכולת להרע לו, במידה ויחפץ בכך. מה עוד שבמקרה הראשון האדם נכנס לסיטואציה זו בעל כורחו, בעוד שהאדם השני בחר מרצונו החופשי להעמיד את עצמו במצב פגיע מול אלמוני וזה נעשה מבחירתו.

ברם, אם זוהי הלכה בקניינים, אזי מסתבר שרשותו של האחר איננה מעכבת את התהליך. נדגיש שדברינו אמורים אך ורק לפי השיטות שגדר 'רשות' הוא יכולת שימוש ונבאר את דברינו: לעיל ביארנו שבמידה וזוהי הלכה בקניינים, יש מקום להסתפק האם החיסרון נעוץ בצורת הקניין (ישנה מניעה לדאוג שהחפץ ימסר לקונה) או בגמירות הדעת של המקנה. חיסרון זה איננו קיים כאשר יש למקנה גישה אל החפץ, וביכולתו לדאוג לכך שהחפץ יגיע לרשותו של הקונה. עצם העובדה שלגזלן יש יכולת שימוש בחפץ, איננה מונעת מהמקנה למסור את החפץ לקונה ועל כן אין חיסרון לא בצורת הקניין ולא בגמירות הדעת של המקנה. מסברה נראה שהוא הדין במידה וזוהי הלכה בהחלת חלויות וצ"ע.

לפי דברינו, ניתן להסביר את דעת הרמב"ן באופן חדש: הרמב"ן מסכים לבעל המאור שגדר 'ברשותו' הוא יכולת שימוש, אלא שסובר שהחיסרון איננו בכך שהחפץ איננו נמצא ברשותו, אלא בכך שנמצא ברשות אחרים, ועל כן הסכמת הגזלן איננה מועילה בכהאי גוונא. לפי הסבר זה עלינו לומר שלדעת הרמב"ן זוהי הלכה בבעלות, מאחר שצד זה קיים, לפיו יכולת שימוש של האחר מעכבת, קיים רק לצד של בעלות.

סיכום ביניים

בדעת בעל המאור נקטנו:

א. גדר 'ברשותו' הוא יכולת השימוש של הבעלים.

ב. המעכב הוא העובדה שהחפץ איננו ברשות הבעלים ולא בכך שהחפץ נמצא ברשות אחרים.

ג. ניתן לסמוך על הסכמתו של הגולן להשיב את החפץ לבעליו, ולהחשיב זאת כאילו חזרה לבעלים יכול השימוש בחפץ.

בדעת הרמב"ן נקטנו בכמה דרכים:

א. גדר 'ברשותו' הוא יכולת השימוש של הבעלים ויכול היה לחלוק על בעל המאור בשני אופנים: לסבור שהמעכב דאינו ברשותו הוא בכך שהחפץ נתון ברשות אחרים (ומוכח שזוהי הלכה בבעלות) והסכמה איננה מועילה למצב זה, או שמודה שהמעכב הוא אכן מה דאינו ברשות הבעלים, אלא שסובר שלא ניתן לסמוך על הסכמתו של הגולן להשיב את החפץ לבעליו.

ב. העלנו חלוקה בין רשות בה החפץ נשמר לטובתו של בעל הבית (פיקדון) לבין רשות בה אין תועלת לבעה"ב שהחפץ מצוי בה (גולן), ועדיין יש לחדד את הדברים.

ג. גדר 'ברשותו' הוא שאין לאדם אחר קניינים בחפץ. הסקנו שהרמב"ן נוקט שההודאה איננה מפקיעה את קנייני הגזילה ועל כן אף לאחר ההסכמה מצד הגולן קיים החיסרון דאינו ברשותו.

אופי ההלכה דאינו ברשותו

כפי שאמרנו יש להסתפק האם ההלכה ד'ברשותו' היא הלכה בהחלת חלויות, קניינים או בבעלות.

הקונטרסי שיעורים (אות יח) טען שאם גדר רשות הוא קנייני גזילה, ולא אי יכולת שימוש בחפץ, אזי מסתבר שזוהי הלכה בבעלות. אי יכולת שימוש גרידא איננה עילה מספקת ע"מ לומר שהבעלות הוחלשה, ועל כן במידה וזהו גדר רשות, אזי יש להסיק שזוהי הלכה בהחלת חלויות או קניינים עיי"ש.

אמנם לענ"ד דבריו אינם מוכרחים, ויש מקום לומר מחד גיסא שאי יכולת שימוש מהווה פגם בבעלות ומאידך גיסא ניתן לומר שאף קנייני גזילה אינם פוגמים בבעלות, אלא מונעים את החלת החלות או את ביצועו של מעשה הקניין ויל"ע.

כעת נביא דברים נפלאים מספר בית ישי, היוצאים מנקודת הנחה שמדובר בדין בקניין וחקר האם מדובר בחיסרון מצד המקנה או מצד הקונה וז"ל:

"ומעתה נראה פשוט דמצד סברת הרז"ה הוי אינו ברשותו גריעותא מצד הקונה דאין תחלת קנינו של אדם יכול להיות בחפץ שאין לו גישה אליו במציאות אע"פ שאי"ז מפקיע בעלות הקיימת כבר אבל מצד המקנה אין שום גריעותא במה שאין החפץ בשליטתו בפועל דמה איכפת לן בזה²⁴ אכן הגריעותא שמצד סברת הרמב"ן דהיינו מה שבעלותו של הנגזל פגומה מפני קניני הגזלה שיש להגולן היא אי רק מצד המקנה שאין לו כוח לעשות הקנאה והקדשה והפקרה וחילול וכיו"ב מתוך שבעלותו אינה שלימה אבל מצד הקונה אין גריעותא דמה איכפת לן שיש לגולן קצת קנין בחפץ סו"ס יקנה הקונה מה שיש לו למקנה בחפץ".

הבאנו לעיל שהבית ישי תלה בכך (בחקירה האם החיסרון מצד המקנה או מצד הקונה) את השאלה האם אין כאן מעשה הקדשה, או שמא יש מעשה הקדשה אלא שהחלות נמנעת. הוא טען שלדעת הרמב"ן שהחיסרון מצד המקנה, אין כלל מעשה הקדשה.

²⁴ אמנם אעיר שלענ"ד יש מקום רב להסתפק בדבר. ייתכן שיש חיסרון בגמירות דעתו של המקנה, ובאופן אחר ניתן לבאר שאכן יש חיסרון בצורת הקניין דאין הוא יכול להקנות דבר שאינו נמצא ברשותו וצ"ע

קנייני גזילה

בדעת הרמב"ן הסתפקנו האם גדר 'ברשותו' הוא מצב בו אין לאדם אחר קניינים בחפץ הגזול, או שמא סיטואציה בה לבעלים יש יכולת שימוש בחפץ. אמנם, בדעת בעל המאור הוכחנו שקנייני הגזלה אינם מהווים מטרד, ולדיו 'ברשותו' נמדד על פי יכולת השימוש של הבעלים בחפץ.

לכאורה דבריו צ"ב, דהרי אם אי יכולת השימוש של הבעלים בחפץ, מוציאה את החפץ מרשותו, אזי קל וחומר שקניין גזילה אמור לעכב את תהליך ההקנאה / החלת החלות / חיסרון בבעלות וכיצד בעל המאור מתעלם מגורם זה?

לענ"ד ניתן לענות על כך בכמה דרכים אפשריות:

דרך א' – הפרי משה (גניבה וגזילה א) כתב שנחלקו הראשונים במהותם של קנייני הגזלה. יש ראשונים שנקטו שהגזול קונה את החפץ לגמרי, אלא שמחויב לשלם דמים ואילו יש החולקים וסוברים שאינו קונה את החפץ להיות שלו, אלא רק להתחייב באונסין.

אם ננקוט שמדובר בקניין רגיל לכל דבר ועניין, אזי אכן מדובר במעכב חמור יותר מאי יכולת שימוש בחפץ. ברם, אם מדובר בקניין חלקי, אזי מסתבר שחייב אונסין איננו מעכב. זאת מאחר שמעבר לכך שמדובר בקניין חלקי גרידא, כל מטרתו של הקניין הזה היא לתועלת הבעלים ואם כך ברור שאין הוא משמש כמעכב²⁵.

למעשה לפי דרך זו עלינו לומר שבעל המאור נקט שקנייני גזילה קלים יותר מאי יכולת שימוש, ועל כן אין לראות בהם גדר דאינו ברשותו. מסתבר שבעל המאור יכול היה לומר זאת, אך ורק אם נקט שקניין גזלה איננו קניין גמור לכל דבר ועניין.

דברינו יוצאים מנקודת הנחה שקנייני גזילה הם הסיבה לכך שהחפץ מוגדר כאינו ברשותו, ועל כן יש מקום לומר שבמידה ומדובר חייב אונסין אין בכך ע"מ להוציא את החפץ מרשותו של הבעלים, מאחר שבסופו של דבר מדובר בקניין שכל מטרתו היא לטובת הבעלים האמיתי.

אמנם לאחר החיפוש ראיתי שהברכת אברהם (ב"מ ז.) מבאר שקנייני הגזילה אינם סיבה לכך שהחפץ איננו ברשותו של הבעלים, אלא משמשים כסימן לכך שהחפץ רחוק מהבעלים. הוא מבאר שהתורה הטילה חיוב אונסין על הגזול, מאחר שהיא מחשיבה את החפץ כברשותו ועל כן הטילה עליו את כל האחריות. לפי דרכו, יש בכוחם של קנייני הגזילה להגדיר את החפץ כאינו ברשותו, אף אם לא מדובר בקניין גמור.

אם אנו ננקוט שהרמב"ן חולק על בעל המאור, וסובר שקנייני גזלה מהווים גדר דאינו ברשותו, ניתן להסבירו בכמה דרכים:

1. ייתכן שהרמב"ן נקט שקנייני גזלה הם קניינים רגילים לכל דבר ועניין, ועל כן הם מעכבים יותר מאי יכולת שימוש בחפץ.

2. ייתכן שהרמב"ן נקט שקנייני גזילה קלים יותר מאי יכולת השימוש בחפץ, אלא שבכל אופן נקט שגם קנייני גזילה מעכבים את התהליך. לפי דרך זו נצטרך לומר שלפי הרמב"ן שני הגורמים הללו: אי יכולת שימוש וקנייני גזילה הינם בגדר 'אינו ברשותו'.

²⁵ ב"ה ראיתי שכך כתב אף הרב אשר וייס בשיעורו בנושא 'גניבה וגזילה – קניינים (תשס"ט)', המופיע באתר המכיל את שיעוריו וז"ל: "ואפשר דפליגי בזה הראשונים במה דגזילה הוי אינו ברשותו אצל הבעלים ואינם יכולים להקנותו, דבעל המאור חידש (בב"ק בדף ל"ו): דאם הגזול רוצה להחזירו כבר נחשב ברשות הבעלים ובידם להקדישו ולהקנותו, אך הרמב"ן במלחמות דחה דבריו ונקט דאף בכה"ג אינו ברשותו, והאחרונים ביארו דלדעת המאור הוי אינו ברשותו משום דאין הגניבה בשליטת הבעלים, ולהרמב"ן אינו ברשותו משום קניין הגנב כמבאר בקו"ש אות י"ג והדברים ידועים, ואפשר דלדעת המאור אין קניין הגנב אלא לחובתו לחייבו באונסין וא"כ לא מסתבר שקניין הגנב מגרע את שלימות קנינים של הבעלים, דאדרבה כל גדר הקניין הוא זכות הבעלים וחובת הגזול, ולהרמב"ן הוי קניין גם ליזכות ויש בו גדר בעלות מסוימים ולפיכך נגרע על ידו שלימות קנין הבעלים ודו"ק".

3. ייתכן שהרמב"ם נקט שקנייני גזילה משמשים כסימן לכך שהחפץ איננו מוגדר ברשותו של הבעלים, הגדרה השייכת אף במידה ומשמעות הקניין היא חיוב אונסין גרידא.

דרך ב' – ייתכן שאף לדעת בעל המאור בכוח קנייני הגזלה לעכב, אלא שלדעתו בכוח ההודאה לתקן את הלאו גזולה, כפי שטען צ"ץ הקדש (ס' ו) ועל כן קנייני הגזילה פוקעים. לפי הסבר זה, ייתכן שאף אם קנייני הגזילה אינם הסיבה לכך שהדבר איננו ברשותו, אלא סימן לכך שהחפץ איננו ברשותו של הבעלים, ההודאה מועילה להגדיר את החפץ כברשותו של הבעלים, מאחר שעצם הפקעתם מסמלת שהחפץ חוזר לרשות הבעלים.²⁶

פקדון

בסיום הסוגיה בב"ק (ע.) מביאה הגמ' שתי לישנות בעניין הרשאה על מטלטלין, אותן הבאנו בתחילת דברינו. תוס' על אתר טוענים שכל הסוגיה עוסקת בגזל, אך בפקדון לכו"ע ניתן לכתוב הרשאה (וכ"פ הרי"ף, הרמב"ם ערכין ו, כב ועוד), ואת החילוק בין פקדון לגזל מסבירים תוס' משתי סיבות – בהתאמה לשתי הסיבות שהועלו לעיל בהסבר ההלכה שאין אדם מקדיש דבר שאינו בעולם:

1. "דווקא אמטלטלין דגזליה, אבל אמטלטלין דפקדון כתבינו, דהא תלי טעמא בהקדש, ויש כח לאדם להקדיש פקדון שיש לו ביד חבירו" – כלומר, אין חסרון בבעלותו של אדם כאשר חפציו מופקדים ביד אחר, שהרי אין מי שמערער על בעלותו. תוס' מוכיחים את שיטתם מהסוגיה בב"ב פח. – "ההוא גברא דאייתי קרי לפומבדיתא, אתו כ"ע שקלי חדא חדא. אמר: הרי הן מוקדשין לשמים", ומשמע שם שעקרונית ההקדש חל. מ"מ, תוס' מתייחסים בהסבר זה להיבט של כח ועוצמה של הבעלים.²⁷

2. "ועוד, דלעיל אמר אין הגונב אחר הגנב משלם כפל משום דאין הבעלים יכולין להקדיש, וגונב מבית הנפקד משלם כפל לבעלים... ועיקר קרא בגונב מבית שומר כתיב". כאן דנים תוס' בהיבט הגדרת "בית", ומציינים כי הפסוק עצמו מגדיר את בית השומר כביתו של הבעלים לעניין זה.²⁸

אף לסברת הנצי"ב, שזהו דין מיוחד בהקדש, ישנו הסבר מדוע לחלק בין פקדון לבין גזל: "דבשלמא פקדון מיקרי ברשותו, שהרי השאיל לו מקום לזה החפץ לטובת המפקיד, משא"כ גזל ומלוה – אפילו לאו להוצאה

²⁶ יש להעיר שמסתבר שהצד לפיו הודאה מועילה לתקן את הלאו נוקט שקנייני גזילה איננו קניין גמור, אחרת הודאה גרידא איננה מועילה להפקיע אותו, ואם זהו המצב, אז איננו צריכים להגיע לחידושו של צ"ץ הקדש ע"מ להסביר את בעל המאור, אך לא התעמקתי בנקודה זו ויל"ע.

בס"ד ראיתי שכן כתב השרירי אש בחידושו על הש"ס (ב"מ דף ו.) בביאור דברי התוס' בהקדישה בלא תקפה וז"ל: "דהקנין דגזילה הוא בזה שאמר שלי הוא ואין לך קנין גדול מזה כי כל המושג של קנין בגזלן אינו אלא ענין סמלי שמראה שלוקח את החפץ לעצמו ע"י לקמן ביתר ביאור ועפ"י אפשר שגם כאן בטלית בעצם לא ה' קנין גזילה ממש דההגבהה שלו מתבטלת ע"י הגבהת הבעלים וברור שאם יבוא אחד בפנינו ויתפוס בטלית של חברו כשעדיין חברו טפוס בו וודאי לא עשה בזה קנין גזילה וכללית מוחזקות לבד איננה בגדר קנין ואכמ"ל וכל הקנין הוא בזה שאמר שלי מפני שאין אנו יודעים של מי הטלית ולמעשה ע"י שאומר שלי הוא מונע מהבעלים לממש את זכותו כבעלים ומכיון שכאן ה' בדעתו להודות כלומר לוותר על הצהרתו שזה שלו הרי בזה גופא מתבטל ממילא הקנין גזילה שעשה וממילא הוי ברשותו של המקדיש".

²⁷ לכאורה מדבריהם משמע ש'אינו ברשותו' מהווה חסרון ביכולת של האדם להקדיש (חסרון ביכולת החלת חלויות או הקנאה), אך ניתן לומר שחסרון זה נובע מבעלותו המוחלטת ואם כך זוהי הלכה בבעלות ויל"ע.

²⁸ הקונטרס שיעורים (ב"מ שיעור יט אות א) ביאר מדוע התוס' בב"מ ו. לא הביאו ראיה זאת וז"ל: "והנראה בנה דשתי הלכות הן דין דבית האיש דבעי להתחייב כפל ודין דאיש כי יקדיש את ביתו קדש מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו דוגונב מבית האיש הכוונה שהיא בחזקת אותו האיש ולכן פקדון כיון דכל אימת דבעי בעלים שקיל לה הרי היא בחזקתו וקרינן ביה מבית האיש לחייב הגנב כפל, אבל כי יקדיש את ביתו בעי דומיא דביתו שהיא ממש ברשותו בפועל והוא משתמש בה ודר בה ואינה ביד אחרים כלל, ולכן פקדון נהי דהוא בחזקתו, מכל מקום אינו ברשותו ואינו דומה לביתו ולזה הוצרכו להוכיח מההיא דהמוכר את הספינה דפקדון מקרי דומיא דביתו גם לענין שיוכל להקדישו ולפי"ז צריך לומר דהא דיליף ר' יוחנן בב"ק דף סט ב דאין יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו מהא דתנן אין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל אע"ג דשתי הלכות הן מכל מקום יליף בקל וחומר דאם דבר הגונב אינו מקרי בית האיש כל שכן שאינו דומה לביתו".

ניתנה, שהמקום אינו שאול להנגזל או המלוה, והגזול והלווה לטובת עצמו הניחם שם, ומש"ה א"י להקדיש" (העמק שאלה שאלתא קנ).

אולם, רש"י (שם ד"ה דכפריה)²⁹ והראב"ן (סי' עט) טוענים שהסוגיה עוסקת בפקדון, ולפי"ז ללישנא קמא לא ניתן להקדיש ולמכור פקדון, אפילו לא כפר בו הנפקד - כיון דהוי דבר שאינו בעולם. ובמאירי מובאת דעה הפוסקת כך להלכה, שלא ניתן להקדיש פקדון אף ללא כפירה (אם כי המאירי כתב דאין דבריהם נראים כלל). נראה, שראשונים אלו הבינו שללישנא קמא גדר "אינו ברשותו" נתפס באופן קיצוני - גזה"כ היא שהחפץ יהיה דווקא ברשותו הגאוגרפית, ולא די בשלטון בפועל על החפץ.

דוגמא לעקרון זה ניתן להביא משיטת הרמב"ן (שמות יב, יט) ע"פ המכילתא, לגבי דין "בל יראה ובל ימצא" - "שלא הוזהרנו מן התורה אלא שלא נקיים חמץ שלנו ברשותנו, בין בביתנו בין בגבולינו, אבל אם הפקדנו אותו ביד גוי בבית שלו - אין אנו עוברים עליו ב'בל יראה ובל ימצא'" (וכ"כ בחידושי לפסחים ו:). שוב רואים, כי דבר שאינו נמצא בביתו של האדם - אינו מוגדר כרשותו. אמנם כמובן שיש מקום לחלק בין הגדרת רשות לעניין 'בל יראה' ו'בל ימצא' לבין הגדרת רשות לעניין הקדש ואכמ"ל.

אמנם יש לשים לב לדגש חשוב בדברי הראב"ן. לדעתו לישנא קמא מרחיבה את חידושו של רבי יוחנן, בעוד שרבי יוחנן עצמו הסתפק בדרישות מצומצמות יותר ע"מ להחשיב את החפץ ברשותו של הבעלים. הראב"ן מביא לכך ראיה, מהעובדה שרבי יוחנן עסק במקרה של גזילה, בעוד שאם היה סובר כלשינא קמא, יכול היה לדון במקרה של פיקדון. על כן ברור שלדעת רבי יוחנן, ברשותו אין פירושו רשותו הגאוגרפית של הבעלים. אם כך לדעת הראב"ן יש ג' דעות בסוגיא: צנועין ור"ל, רבי יוחנן ונהרדעי (לישנא קמא).

קרקעות ומטלטלים

בסוגיית "ההיא מסותא" (ו:). הגמ' הגיעה למסקנה שהמסותא, שהבעלות עליה היתה נתונה בוויכוח, אינה מקודשת (לאחר שאחד הצדדים הקדישה), שכן - "כל ממון שאין יכול להוציא בדיינים - הקדישו אינו קדוש". ומקשה הגמ' - "הא יכול להוציא בדיינים קדוש - אע"ג דלא אפקיה? והאמר ר' יוחנן: גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדישו, זה לפי שאינה שלו וזה לפי שאינה ברשותו!".

ותשובת הגמ':

"מי סברת במסותא מטלטלין עסקינן? במסותא מקרקעי עסקינן, דכי יכול להוציא בדיינים ברשותיה קיימא". הזכר יצחק (סי' ל) ורבים מהאחרונים חקרו האם 'אינו יכול להוציא בדיינים' הוא משום דין דאינו ברשותו או מדין דאינו שלו.

למעשה מדובר בשאלה עקרונית. הרי מחד גיסא החפץ אכן שייך לפלוני, אך מאידך גיסא אין לו יכולת להוכיח את זה ועל כן ב"ד יפסוק הממע"ה. האם במצב זה קיים חיסרון דאינו שלו, מאחר שבית הדין לא מתייחס לחפץ כשלו, או שמא אנו הולכים אחרי מה דגליא כלפי שמיא ועל כן לא קיים החיסרון דשלו. האם הולכים אחרי מה דגליא כלפי שמיא או אחרי דין הממון הנפסק בב"ד ועפ"י חו"מ³⁰?

²⁹ אמנם קצוה"ח (קכג, א) ביאר את דברי רש"י באופן אחר עיי"ש.

³⁰ לכאורה היה ניתן לפשוט את הספק, מכך שמבואר בגמ' דכי יכול להוציא בדיינים ברשותיה קיימא ואם כך עלינו להסיק כאשר אינו יכול להוציא בדיינים אנו מתמודדים עם דין ברשותו ומצאתי בס"ד שכן כתב בחידושי רבי נחום: "ומד' הגמ' יש לדייק דיסוד הדין הוא מדין אינו ברשותו דבגמ' אמרי' מי סברת במסותא מטלטלי עסקינן במסותא מקרקעי עסקינן דכי יכול להוציא בדיינים דרשותיה קיימא ומדויק דדוקא כשיכול להוציא בדיינים ברשותיה קיימא אכל כשא"י להוציא בדיינים לאו דרשותיה קיימא וזהו הטעם דלא חייל ההקדש".

אמנם ייתכן שיש לדחות את הדיוק הנ"ל, מאחר שניתן לומר שלגמ' היה ברור לאורך כל הדרך שיש חילוק בין 'יכול להוציא בדיינים' ל'אינו יכול להוציא בדיינים' לעניין דין שלו, אלא שבכל אופן היה קשה לגמ' מדין ברשותו, ועל כך עונה הגמ' שרב נחמן דיבר על קרקעות בלבד. במילים אחרות, ייתכן שהגמ' סברה שכאשר אינו יכול להוציא בדיינים

ישנן כמה הבדלים בין קרקע לבין מטלטלים:

א. בב"ק קיז: מובאת מחלוקת בין רבי אליעזר לחכמים האם קרקע נגזלת או לא. בפשיטות לפי דעת חכמים בקרקע אין קנייני גזילה ואילו לפי דעת ר' אליעזר יש קנייני גזילה בקרקע.³¹

ב. יכולתו של הגזולן בקרקע מוגבלת יותר לעומת היקף יכולותיו במטלטלים. את המטלטלים הגזולן יכול לקחת עימו לכל מקום אשר יחפוץ, בעוד שהקרקע "מקורקעת" למקום ואפשרויותיו של הגזולן יחסית מוגבלות.

ג. קרקע איננה מחוסרת גוביינא, ונמצאת תכף ברשותו ברגע שמביא עדים שהקרקע שייכת לו, בעוד שמטלטלים הם מחוברים גוביינא (עיי' כע"ז בר"ן על ב"מ ז).

עד לשלב זה מצינו ג' הגדרות בראשונים לגדר דאינו ברשותו:

1. אין לאחר קנייני גזלה באובייקט – הדבר נתון במחלוקת בין ר"א לרבנן בקרקעות. עובדה זו שייכת אף בקרקע שאינו יכול להוציאה בדיינין.

2. יכולת שימוש – לכאורה אם יכול להוציאו בדיינים אזי ברור שאין בעיה מצד יכולת השימוש הן בקרקע והן במטלטלים.

3. האובייקט נתון ברשותו הגיאוגרפית של המקדיש – בעניין זה יש הבדל בין קרקע שאיננה מחוסרת גוביינא, לבין מטלטלים המחוסרים גוביינא. לכאורה הדבר נכון אף בקרקע שאינו יכול להוציאה בדיינים, אלא א"כ נטען שהיא איננה נחשבת שלו ודנו בכך לעיל (אמנם בכל אופן הוכחנו שלמעשה רבי יוחנן עצמו אינו מגדיר כך את 'ברשותו').

לכאורה מכך שקרקע שאיננה יכול להוציאה בדיינים מוגדרת כאינה ברשותו, למרות שאין בה קנייני גזילה, לפחות לדעת חכמים, מוכח שקנייני גזילה אינם הדבר היחיד שביכולתו להגדיר את החפץ 'כאינו ברשותו', ואף חוסר יכולת שימוש מגדיר את החפץ כאינו ברשותו, ועל כן נהיה מוכרחים לומר שאף הרמב"ן מודה בכך לבעה"מ (ועיי' במה שהוכחנו שזוהי דעת הרמב"ן בסוגיית הקדישה ולא תקפה).

בקרקע שיכול להוציאה בדיינים לא קיימים חסרונות, למעט קנייני גזילה אליבא דר"א ואכן האחרונים הסתפקו האם החילוק הנ"ל תואם את שיטת ר"א או שמא הוא נאמר אך ורק אליבא דחכמים. למעשה זה תלוי בשאלה האם קנייני גזילה מהווים חיסרון דאינו ברשותו או לא, ועיי' באחרונים (עונג יו"ט סי' צג ואחיעזר ח"ג לה והקונטרס שיעורים על ב"ק).

אמנם לכאורה אף במטלטלים שיכול להוציאן בדיינים, באופן שלא שייך קנייני גזילה, לא קיימים החסרונות הללו ומדוע אנו טוענים שבכהאי גוונא זה מוגדר כאינו ברשותו? ראיתי שאיילת השחר הקשה קושיא זו ותיירץ בשם החזו"א (ב"ק סי' טז אות ט) שמאחר שאפשר להבריש ולהפסיד את המטלטלים אזי אע"פ שיכול להוציאם בדיינים זה מוגדר כאינו ברשותו.³²

קיימים שתי חסרונות: אינו שלו ואינו ברשותו וכאשר יכול להוציאה בדיינים זה שלו, אלא שהגמ' סברה שזה אינו ברשותו ועל כך הקשתה מדברי רבי יוחנן והשיבה שאין בעיה 'דאינו ברשותו'.

³¹ הרא"ש בתשובותיו (סי' צה) והרמב"ם (הל' גניבה פ"ז ה"א) נחלקו האם חכמים מיעטו את הקרקע מלאו דלא תגזול, או שמא הקרקע מועטה מקנייני גזילה בלבד ותו לא. אמנם, הרב ישראלי במאמרו בנושא, אשר התפרסם בחמדת הארץ ח"א, טען שאין מחלוקת בין הראשונים בנושא עיי"ש.

³² לכאורה קיימת סתירה בדברי רעק"א, דאילו מגיליון בש"ס בסוגייתנו משמע שהגדר דאינו ברשותו הוא קנייני הגזילה, ואילו לעיל הבאנו את דבריו בגיליון על השו"ע ביו"ד מהם משמע שאף אליבא דהרמב"ן לא קנייני הגזילה הם המעכבים, אלא דווקא העובדה שלא ניתן לסמוך הגזולן שיעמוד בדיבורו ויל"ע. אמנם יש להעיר שרעק"א עוסק במטלטלים שיכול להוציאן בדיינים, והרי לאור המבואר בדברינו, יש מקום לומר שלא קיים החיסרון של אי שליטה במטלטלים שיכול להוציאן בדיינים, ואם כך ייתכן שנצטרך לומר שלדעת רעק"א יש שתי הגדרות לאינו ברשותו: קנייני גזילה ואי שליטה, אלא שבסוגייתנו התעלם מאי השליטה, מאחר שמדובר במצב בו יש לו שליטה (לפחות לשיטתו) ולאחר מכן ראיתי שכע"ז כתב הברכת אברהם עיי"ש.

באופן אחר ניתן לתרץ עפ"י דברי הר"ן (ב"מ ז.), הטוען שכל דבר המחוסר גוביינא מוגדר כאינו ברשותו והרי מטלטלים מגודרים כך אף במידה ויכול להוציאם בדיינים.

סיכום

א. מקור הדין - ר' יוחנן לומד מהפסוק "ואיש כי יקדש את ביתו קדש לה" - "מה ביתו ברשותו - אף כל ברשותו", ועל כן לא ניתן להקדיש דבר שאינו בעולם. לדעת ריש לקיש אדם יכול להקדיש דבר שאינו בעולם, ויתכן שזו מחלוקת תנאים, ע"פ הסוגיה בב"ק סח: - ע..

ב. טעמי הדין:

1. דין כללי של חסרון בבעלות הגורם להגבלת הפעולות שאדם יכול לבצע בנכסיו כשאינם ברשותו (משמעות הסוגיה בב"ק).

2. דין בהחלת חלויות

3. דין מיוחד בהקדש ובהחלת קדושה (הנצי"ב).

4. דין בקניינים

ג. גדרי דבר שאינו בעולם - מצינו בראשונים גדרים שונים למושג "ברשותו":

1. בעלות ממונית מלאה (לאפוקי חפץ גזול, אף כשהגזלן מודה).

2. בעלות פיזית - שליטה על החפץ.

3. רשותו הגיאוגרפית (לאפוקי פקדון).

4. דבר שאינו מחוסר גוביינא.