

## בענין גדרי בעלות טבעיות

קרל מרקס בספרו "הקפיטל" מסביר שבחיים טבעיים, לא צריכים גדרי הבעלות שבהם אנחנו רגילים להשתמש. גדרי בעלות נוצרו כתוצאה מפעולות מקח וממכר, ועכשיו קיימים בתודעה אנושית כאילו נעשו בששת ימי בראשית. מרקס ציפה למצב היותר טבעי שאנשים יעבדו בשביל הכלל ויהנו מהכלל, ולא יהיו גדרי בעלות. ויש לשאול, האם קיים בדיני התורה גדרי בעלות טבעיות בלי שום פסוק, או שהם יוצאים רק מפסוק של "לא תגזול"?

הגמ' בכתובות (לב:) בסוגיא דקם ליה בדרכה מיניה בביאה הגמרא ממשנה במכות (ד.) שיש מחלוקת ר' מאיר וחכמים אם עדים זוממים שכיוונו לחייב ממון והוזמו, אם חייבים מלקות וממון או רק ממון. חכמים סוברים שכל המשלם אינו לוקה, ופטורים ממלקות. ור"מ סובר שלוקין (מ"לא תענה") ומשלמין ממון, "שלא השם המביאו לידי מכות מביאו לידי תשלומין". נחלקו הראשונים בפירוש המלים האלו. רש"י מפרש ש"שם" היינו פסוק, ור' מאיר מחייב מלקות וממון רק כששני החיובים באים מב' פסוקים שונים, כמו כאן שמלקות בא מ"לא תענה" ותשלומי ממון מ"כאשר זמם". הרמב"ן (ד. ד"ה מתני') מביא שבתוספתא משמע כפירוש רש"י. אבל תוס' (שם) הקשו על רש"י מב"מ (צא.) שהגמ' מביא שיטת ר"מ שלוקין ומשלמין בקשר לענין של חסימת שור. הפסוק מזהיר "לא תחסום שור בדישו", וכתוב בברייתא שמי ששכר חמור מחבירו וחסם החמור בדישו, חייב מלקות וממון. והקשו ותוס' דלפי רש"י שר"מ סובר שלוקין ומשלמין רק אם ב' החיובים נובעים מב' פסוקים, הרי כאן החיובים באים בפסוק א' של "לא תחסום", והגמ' הבין דר"מ סובר גם שם דלוקין ומשלמין! בהמשך, תוס' מפרשים פירוש אחר במלים "שלא השם". בתוך הדברים תוס' מסבירים "שאזהרה דלא תחסום לא אתיא אלא למלקות, דתשלומין ממילא נפקא דכיון דאינו רשאי לחסום דין הוא שישלם מה שראויה לאכול באותה שעה". משמע מדברי תוס' אלו וקושית תוס' על רש"י ש"לא תחסום" הוא הפסוק המחייב גם ממון וגם מלקות. חייב מלקות משום דעבר על ל"ת של "לא תחסום", אבל גם תשלומי ממון

מתחייב מחמת פסוק שמגדיר הממון כאינו שלו. לולי הפסוק היה הממון כאן שלו בהחלט, אבל כיון שנתחייב שלא לחסום פי פרת חבירו וחסמו, הממון שבידו נהפך לממון שאמור להיות של חבירו, ונתחייב הוא לשלם לו ממנו. לכן, ממון ומלקות של "לא תחסום" הוא שם אחד לממון ולמלקות.

הרמב"ן (שם) מחזיק שיטת רש"י ואומר "דלעולם לא משכחת שם אחד בממון ומלקות דגבי לא תחסום גופיה תשלומי ממון מ"והשיב את הגזילה אשר גזל" נפקא, וכן ודאי דאי לאו משום "לא תחסום" לא מחייב בהשבה דכלום, מיהו כי כתיב נמי לא תחסום אי לא כתיב "והשיב את הגזילה" לא מיחייב בהשבה מאחר שכבר חסם, הלכך ב' שמות נינהו". פירוש, שכל ממון שנתחייב איש לחבירו מחמת פסוק, הפסוק רק מגדיר הממון להיות ממון שאינו שלו, אבל מי אמר שממון שאינו שלו צריך להשיב לבעליו? רק מכח "והשיב את הגזילה" למדנו שממון שאינו שלו צריך להחזיר לבעליו, ולכן כשמחייבים אותו ממון, באים מכח צירוף של "והשיב" ו"לא תחסום" ולכן אין כאן שם אחד. דברי הרמב"ן קשים, דמשמע דמדין תורה אין שום חיוב לאדם לפרוע ממון שאינו שלו בלי הפסוק של "והשיב". הגם שזה קשה בסברא, אבל גם סותר לדברי הרמב"ן בעצמו בסוגיא דשעבודא דאורייתא (ב"ב קעה: ד"ה הא) דמסביר דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא, הפסוקים בתורה שמחייבים אדם לשלם, כמו "מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם", ו"חיים שנים ישלם", פירושם דהתורה עשה חוב בממון האדם, ואז האדם מחויב לפרוע החוב מטעם פריעת בעל חוב מצוה (כתובות פו. ועוד), ואם הוא אינו רוצה לקיים מצותו, ב"ד יורדים לנכסיו ומקיימין לו מצותו. כמו שכופין אדם בגופו לקיים מצוה, כך כופין אדם בממונו לקיים מצוה. והמצוה של פריעת בעל חוב הוי מ"הין צדק" לפי רש"י, או מפסוק של "והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך העבוט" לפי רמב"ן. מכל זה משמע שחיוב ממון לא בא מ"והשיב", ואיך יתכן שלעולם חיובי ממון של אדם יהיו מפסוק זה?

רבינו יונה בריש מסכת אבות כותב "שהרי כתיב לא תגזול וכל נזיקין בכלל אותו הלאו (עיין ב"מ סא.)." יש שלמדו מכאן מקור לדברי הגמ' (ב"ק ס: ) דאסור להציל עצמו בממון חבירו, ודברי הטור (חו"מ ריש סימן שפח) דיש איסור במזיק, לא רק תשלומי ממון. אבל נראה ש"נזיקין" המוזכר ברבינו יונה לא מיירי בהיזק מצומצם, אלא בכל דיני ממונות שבכל סדר נזיקין (כשיטת ר"י מיגאש שבועות ב:) או במסכתות ב"ק ב"מ

וב"ב (כשיטת רש"י וריטב"א ע"ז ז.). כמאמר הגמ' בב"ק קב. "כולה נזיקין חדא מסכתא הוא". אבל מה פירוש דבריו? הרי אדם עובר על לא תגזול רק כשגזול דבר מידו בכח, כמו הפסוק "ויגזול את החנית מיד המצרי" (כמש"כ רש"י ב"מ כו:!) ועוד, איפה מציינו דתשלומי נזיקין מוגדרים כהשבת גזילה? אם כן, היאך כ"ד אבות נזיקין מיוחדים?

נראה לבאר דברי הרמב"ן ורבינו יונה על פי הגמ' בתמורה ו. דשם פליגי (ד:): אביי ורבא בענין אדם שעבר על אחד ממצות התורה שתלויה בחלות, ואם מעשיו מבוטלים יכולים לקיים דברי התורה (כי לא יתכן למשל שאם עירב בשר בחלב לא יחול האיסור כמש"כ המהרי"ט סימן סט וש"ך ונתיבות חו"מ סימן ר"ח ס"ק ב') אי עביד מהני או לא מהני. אביי ס"ל דמהני, ולכן נענש. רבא סובר דלא מהני, ונענש דעבר אמירא דרחמנא וניסה לעשות דבר נגד התורה. הגמ' מקשה על רבא, "והא כתיב לא תגזול, ותנן גזל עצים ועשאן כלים, צמר ועשאן בגדים, משלם כשעת הגזילה." פירוש, שקנין שינוי של הגזלן הוא תלוי בכח של קנין הראשון בחפץ שפעל על ידי גזילתו. אם הגזילה לא מהני, לא יכול לקנות בשינוי אח"כ. הסביר השיטה מקובצת, דכח אי עביד מהני הוא, שלולי הפסוק "והשיב את הגזילה", היינו לומדים שגם קודם שינוי הגזילה מהני לקנות החפץ לגזלן, אלא דעכשיו שיש שתי פסוקים, עושים פשרה ואינו נקנית לגזלן אלא ע"י שינוי. עכ"פ, מבואר דגזילתו מהני, וקשה לרבא. ותירצה הגמ' לדעת רבא יש גזירת הכתוב מיוחד, "אשר גזל" – אם כעין שגזל יחזיר, ואם לאו, דמים בעלמא בעי לשלומי. הקשה החזו"א (ב"ק סימן טז אות יג) אמאי דסלקא דעתיה דגמ': איך יכול להיות שגזילה נקנית לבעלים רק מכח אי עביד מהני, האם יתכן שממון של אדם יצא מרשותו בלי רצונו? דהיינו, החזו"א תמה שפשוט בלי פסוק שיש נכסים של בני אדם פרטיים, דכל אדם "בעלים" על מה שהוא שלו. לכן, לאו דגזל לא נצרך לאסור השתמשות בממון של אחרים, אלא שלא לקחת ממון של חברו באלמות (כלשון הרמב"ם פרק א' הלכות גזילה). אבל קושיית החזו"א מדגיש הנקודה שיוצא מהגמ', דאדרבה מ"לא תגזול" גופיה למדנו שיש גדרים של בעלות וממון שלו ושל חברו. לכן, אם אדם עבר על "לא תגזול" ומהני גזילתו, הוא עבר על אזהרת התורה והעביר החפץ לרשותו, והרי הוא שלו! מוכרח מכאן שגדרי בעלות של האדם נוסדו מפסוק של לא תגזול. וגם דברי רש"י גיטין לו: נוטים לזה, דפירש דבפרוזבול החכמים תקנו שהלואה יהיה גזלן על פיהם. וקשה, דבהלואה לא צריך להשיב מחמת גזילה, דבהיתירא אתי לידיה. ועוד דאם שעבודא דאורייתא

מחויב רק משום "הן צדק"<sup>1</sup>? אלא הפשט הוא, שנמצא שהוא משתמש בממון שאינו שלו, ורואים מגזילה שיש ענין בתורה של ממון שאינו שלו. וזה הפשט בדברי רבינו יונה באבות, דאין לדבר על כל דיני ממונות שבסדר נזיקין אם אין גדרים של בעלות, והגדרים האלו נוסדו על ידי "לא תגזול".

ובהכנה זו בדברי רבינו יונה אפשר להבין דברי הרמב"ן כאן. אחרי שהוכחו מהגמ' דתמורה שגדרי בעלות נוסדו רק על ידי "לא תגזול", חזינו דקרא הדא מגדיר הממון כממון שאינו שלו. ולכאורה יש להקשות, מאי משמע? דילמא הוא רק לענין דינים מסויימים בתורה שמצריכים ממון שלו כמו ד' מינים וקידושין וכדומה, אבל לא מספיק לחדש שיש איסור להשתמש בממון הזה שהגדרנו כאינו שלו ושיש לו אחריות להוציא הדבר הזה מתחת ידו מכח דהוא של אחר, וליתן החפץ למי שמיוחס אליו! נראה שחידוש של הרמב"ן הוא שאם היה רק פסוק של "לא תגזול", היינו סוברים שרק לענין דין "לכם" הוא אינו שלו. אבל עכשיו דכתיב "והשיב", הפסוק מוסיף רובד ומרחיב הבנת הבעלות שיוצא מפרשה זו, שהתייחסות לממון אחרים אינו רק לענין בעלות לעיני מצוות ולדינים מסויימים, אלא דאסור להשתמש בו וגם עליו להחזיר לבעלים אמיתיים דכיון שלמדנו מ"והשיב" שגדר בעלות הוא לא רק תואר אלא גם תביעה, מי שעובר על זה ומשתמש בממון אחרים שגזולים תחת ידו עובר על לא תעשה, כמש"כ הרמב"ם (גזילה ואבידה פרק ג הל' ו). הכלל הוא, שגדרי ממון של בעלות ותביעה מאחרים נוצרו על ידי "לא תגזול" ו"והשיב". וכיון שכן, כל שאר דינים וחייבים פועלים בתוך המערכת שנעשה על ידי פסוקים אלו.

מאיך גיסא, תוס' במכות שהבאנו לעיל חולקים על זה, וסוברים דכל ממון שמוגדר כאינו שלו ממילא גורם לו חיוב להוציא הממון מידו ליד הבעלים. כנראה הם סוברים דגדרי בעלות כבר מונחים בטבע והם הנחת יסוד בכל משפטי התורה, כמו שמניח החזו"א, והלאו של גזילה מתייחס רק לאופן אחד של הוצאת ממון שאינו שלו באלימות. וקשה עליהם דברי הגמ' בתמורה. באמת, החזו"א (שם) מסביר הגמ' בתמורה על פי דברי תוס' ב"ק סה: ד"ה הן, דהתם פירשו דיש ב' מקורות לקנין שינוי ("אשר גזול" ו"הן ולא שינויהם") – א' לשינוי החוזר וא' לשינוי שאינו

<sup>1</sup> ורש"י קידושין יג: סובר דמח' שעבודא דאורייתא או דרבנן גם על הלוה עצמו, ודלא כמש"כ בתוס' ב"ב קעה:

חוזר. והגמ' שם מדבר על אפשרות שינוי החוזר לבריאתו לקנות, שאם אומרים בעלמא אי עביד מהני, אזלינן בתר השתא דנשתנה ויש לה לקנות. אבל אם אומרים בעלמא אי עביד לא מהני, אז חייב הגזלן להחזיר הגזילה לקדמותו וליתנו לבעלים, ולא יהא נקנית בשינוי החוזר? והגמ' מתרץ בפסוק של "אשר גזל" דממנה תוס' לומדים ששינוי החוזר ג"כ קונה. אבל בכל הסוגיא, לא דברנו על עיקר הדין של גזילה המועלת ושינוי רגיל. לפי זה, אין ראייה מדברי הגמ' לזה שאין גדר ממון שאינו שלו בלי לאו גזל.

ואפשר לראות שתי שיטות אלו בהבנת הראשונים בסוכה ל-ל: . דאיתא בגמ' התם: "אמר להו ר' הונא להנהו אוונכרי (מוכרים), כי זבניתו אסא מעכו"ם לא תגזו אתון אלא לגזוה אינהו. מאי טעמא? סתם עכו"ם גזלני ארעתא נינהו וקרקע אינה נגזלת". בגמ' מבואר דאזוהרה זו היתה רק כדי שיוכלו האוונכרי עצמם לקיים המצוה, דאם מכרו האסא לאחרים היו אחרים קונים ביאוש ושינוי רשות. רש"י מפרש (ד"ה וקרקע) דפשוט שכבר היה יאוש על הקרקע, אבל לא חל על החפץ עד היותו מטלטלין. אז אם יאוש לבד אינו קונה, האסא אינו שלו, ובעינין "לכם". וגם אם יאוש לבד קונה הוי מצוה הבאה בעבירה. רש"י גם מפרש (ד"ה מ"ט) דאזוהרה זו רק משום "שמא אותו קרקע מישראל הוה". אבל אם ברור שהיה גזול מעכו"ם (או לכאורה רוב), אין עיכוב לצאת בו. משמע מרש"י שגזל עכו"ם אינו מעכב הדין של "לכם" וגם אינו מצוה הבאה בעבירה. והקשו עליו (פנ"י, שעה"מ, שו"ת שער אפרים סי' ב) דהרי פוסקים דגזל עכו"ם אסור, ור' הונא גופיה פסק הכי (ב"ק קיג), אז צריך להיות ב' עיכובים אלו כמו בישראל! ותרץ בשו"ת שער אפרים (הובא בב"ש סימן כח ס"ק ה) דרש"י הולך לשיטתו (סנהדרין נז). דאפילו למאן דאסר גזל עכו"ם הוא רק איסור דרבנן משום חילול השם. לכן, אין חסרון "לכם". והמג"א (או"ח תרל"ז ס"ק ג) פירש דלשיטת רש"י גם אין עיכוב של מצוה הבאה בעבירה בגזל עכו"ם. הרי דלשיטת רש"י בגוים דאין לנו דין רגיל של "לא תגזול" ו"והשיב" אלא איסור על מעשה גזילה דגורם חילול השם, אין חסרון של "לכם" ואין קיום החפץ בידו נחשב כעבירה כדי שיהיה נטילת לולב שלו מצוה הבאה בעבירה, והולך לשיטתו כאן.

היראים בסימן תכ"ב (הובאו קצת מדבריו במג"א הנ"ל) חולק על רש"י, והוכיח מזה דגזל עכו"ם שרי, ובלבד שלא יהיה חילול השם בדבר. כי אילו היה גזל עכו"ם אסור, גם לאחר קנין על פי שינוי השם או שינוי מעשה (ב' אפשריות בגמ' להלן שם) היה לנו לאסרו מטעם מצוה הבאה

בעבירה<sup>2</sup>. אלא ודאי מוכח דאין איסור של גזל עכו"ם. וכן כתב היראים בסימן קכ"ד דגניבת נפשות וממון מעכו"ם מותר, אבל גניבת דעת עכו"ם אסור<sup>3</sup>. היראים גם כותב דר' הונא בסוכה היה מזהיר גם מלגזול מעכו"ם. אם גזל עכו"ם מותר, כמו שהוכיח מגמ' זאת, למה ר' הונא הזהיר אותם מלגזול? היראים מפרש "ואע"ג דגזל עכו"ם שרי, כל כמה דלא נפיק מרשות עכו"ם לא מיקרי לכס". מדבריו נראה ברור שהוא סובר כמו שיטת תוס' במכות לעיל, דגם במקום שאין לאו ד"לא תגזול", דהרי גזל עכו"ם מותר לגמרי ואין כאן שום איסור גזל, עדיין החפץ לא נחשב כ"לכס" דגדרי הבעלות קיימים בטבע גם כשאין לאו ד"לא תגזול" פועל.

הרמב"ן במלחמות שם (יד: בדפי הרי"ף) מנסה לדחות הוכחות הבעה"מ שאין קפידא על מצוה הבאה בעבירה. בגמ' דאוונכרי הסביר ד"יש להשיב דארעתא דנכרי גזלי ולא של ישראל דלא שכיחי, ומשום לכס איתמר דלמקני מינייהו בעיא יאוש ושינוי רשות ומיהו מצוה הבאה בעבירה ליכא". ונחלקו האחרונים בהבנת דבריו. רעק"א (סוכה ל:) פירש דדעת הרמב"ן כהיראים דגזל עכו"ם מותר, ולכן אין מצוה הבאה בעבירה, אבל עדיין אינו נחשב "לכס" דגדרי הבעלות קבועים גם בלי האיסור. וכן פירש השעה"מ, והניח דבריו בצ"ע כי ר' הונא גופיה פסק שגזל עכו"ם אסור, ואיך רמב"ן פירש דברי ר' הונא דהוא מותר? אבל הרבה אחרונים פירשו אחרת ברמב"ן. החת"ס (בחידושו לסוכה ל.) והאו"ש (הל' סוכה פרק ה הל' כה) פירשו דבריו דאע"פ שהוא אסור כיון דאין מצוה בהשבה לא הוי מצוה הבאה בעבירה והוי כמו שלא בא המצוה על ידי העבירה. ובדברי יחזקאל (סוף סימן ס') דימה זה לתוקף חבירו והוציאו מסוכתו דליכא מצוה הבאה בעבירה, אע"פ שעבר על איסור גזל, כיון דקרקע אינה נגזלת ולא קני ליה הגזלן, ברשותא דמריה קאי. אבל צריך להבין דבריהם, אם גזל עכו"ם אסור מדאורייתא, למה אין חיוב השבה בגזל עכו"ם? לכאורה הם מדמים גזל עכו"ם אחר הגזילה להפקעת הלואת עכו"ם דמותר שלא במקום חילול השם (ב"ק קיג:), ולכן כתבו דאסור במקום חילול

<sup>2</sup> ובאמת הבעה"מ שם (יד: בדפי הרי"ף) מוכיח מזה דלהלכה אין קפידא במצוה הבאה בעבירה.

<sup>3</sup> [נדברי החת"ס בחידושו לסוכה ל.) שהשיג על הבנת המג"א בדברי היראים מסימן קכ"ד אינם מובנים כי שם אדרבה מבואר כמג"א דגזל עצמו מותר ולא רק הפקעת הלואה, וגם כאן בסימן רכ"ד לא צריך ראייה לדברי הגמ' הפשוטים בב"ק קיג: דהפקעת הלואה מותר במקום דליכא חילול השם

השם. אם כנים דבריהם, דברי הרמב"ן כאן הם כפתור ופרח במה שהסברנו לעיל בדבריו במכות. בנכסי עכו"ם יש רק איסור "לא תגזול", וזה מגדיר בעלות על החפץ דהוי של עכו"ם ולא "לכם". אבל אין דין של "והשיב" לחייב אותו להחזיר הממון לבעליו, ולכן גדרי בעלות של העכו"ם מצוצמים לשם בלבד לענין דינים מסוימים, ולא מגיעים לאיסור השתמשות כדי שיהיה מצוה הבאה בעבירה בנטילתו. בישראל, כיון שכתוב "לא תגזול" ו"והשיב", מערכת בעלות מורחבת יותר לכלול בתוכה גם אלה הדברים, וגם איסור השתמשות וחיוב להחזיר, ולכן הוי מצוה הבאה בעבירה לצאת בד' מינים גזולים מישראל.

לפי זה יוצא דהרמב"ן סובר דאין חיוב השבה על גזל עכו"ם דהוי כמו הפקעת הלואה דמותר שלא במקום חילול השם. תוס' פסחים כט. ד"ה בדין הניחו דיש חיוב אחריות אם גזל ישראל מנכרי. במאי פליגי? לפי דברינו נחא, דשניהם סוברים דבגוי אין דין מפורש של השבה אלא איסור גזל לבד. אבל הם חולקים על תוצאתו. לפי שיטת הרמב"ן כיון דאין פסוק של השבה בנכרי, נשארה מערכת בעלות מצומצמת, ופשוט שהפקעת הלואה מותר, דאינו מחויב להחזיר ממון שאינו שלו לבעלים, משום שהוא של עכו"ם. לכן, גם כאן דגזלו, בעלות העכו"ם לא מחייב אתו להשיב, והוי כהפקעת הלואה. אבל לפי שיטת תוס' שגדרי בעלות שלימים מונחים בטבע, עכשיו שהתורה הגדיר גזילת עכו"ם כרכישת ממון שאינו שלו, פשוט שחייב להחזירו וכתוצאה מחיוב השבה זו חייב באחריותו.

מצינו דברים דומים לשיטת הרמב"ן בשו"ת רשב"א (חלק ה' סימן יח) בענין קם ליה בדרכה מיניה. המשנה בסנהדרין (עב). פוסק דהבא במחירת ושיבר כלים, פטור מתשלומין, דכל בא במחירת חייב מיתה באיזה מדה, ולכן אין מת ומשלם. רב מפרש שהגזולן פטור גם אם חפץ הגזול הוא בעין. מאי טעמא? בדמים קננהו. הרשב"א מפרש הביטוי של בדמים קנינהו: "ולא חשבינן ליה כמזיק ממון חבירו אלא כמזיק ממון עצמו. הלכך אפילו נטל כלים נמי בדמי קננהו ודידיה נינהו". וביאר מו"ר הרב מנחם מנדל בלכמן דכוונת הרשב"א היא שבמצב של חיוב מיתה, האיסורים וחיובים של גזילה נופלים, ולכן גדרי בעלות נופלים גם כן. ביחס לגזולן באותו רגע, כל הדברים שבעולם הם שלו באותו מדה שהם של אחרים, כלומר שאין להם בעלים. ולכן אינו מחויב על היזקו, וגם אינו מחויב אפילו אם נמצא החפץ בעין בידו, דבאותו זמן הוא זכה בזה כחפץ בלי בעלים.

הרמ"א באה"ע סימן כח סעיף א פוסק מתשובת מהרי"ו: "קדשה בגזל או גניבת עכו"ם הוי מקודשת דהא אינה צריכה להחזיר רק מכח קידוש השם". ותמהו עליו הרבה (ח"מ ס"ק ג, גר"א ס"ק ה', ש"ך חו"מ שמ"ח ס"ק א) דהרי מצינו בהרבה מקומות שגזל עכו"ם אסור מדאורייתא וכן פסקו הרמב"ם והטור! ואין ראיה מדברי מהרי"ו דשם איירי בהפקעת הלואה בלבד דלכו"ע (חוץ מהרמב"ם) מותר במקום דאין חילול השם. הב"ש (סימן כח ס"ק ה) תירץ דשיטת רש"י בסנהדרין ובסוכה, ומשמעות תוס' ב"ק קיג דגזל עכו"ם אסור רק משום חילול השם, והרמב"ם הסמ"ג והטור חולקים וסוברים דהוי אסור דאורייתא, ודברי הרמ"א אלו הולכים לפי שיטת רש"י, שכן כתב דאפילו גזל אינה צריכה להחזיר רק מכח קידוש השם. ובאמת כשמעיינים בתשובה רואים דהשואל רצה להוכיח דמקדש בגזל עכו"ם אינה מקודשת מחיטי דקורדנייתא בפסח (דהוי אסור דרבנן) דהמקדש בהם אינה מקודשת כמבואר בפסחים ז, והמהרי"ו דחה דבריו דרק שם בחיטי קורדנייתא אינה מקודשת דהוי אסור הנאה, אבל כאן דאינו אסור הנאה מקודשת. וברור שכל המשא ומתן בין השואל למהרי"ו הוא בהנחה שגזל עכו"ם אסור רק מדרבנן, והם חולקים אם לדמות הדבר הגזול לשאר דברים שאסורים מדרבנן או לא. וכן דייק האבנ"מ דכל התשובה סובב אליבא דפוסקים דגזל עכו"ם אינו אלא מדרבנן, וממילא לפוסקים דגזל עכו"ם אסור דאורייתא ודאי אינה מקודשת. וגם מה שטענו הפוסקים שהתשובה מדבר רק על הפקעת הלואה, המעיין יראה דטענה זאת של הפקעת הלואה היא חדא מתרי ותלת טעמי וכל טעם מספיק לפסוק שהיא מקודשת.

הנתיבות (חו"מ סימן שמח ס"ק א) מתרץ לדברי הרמ"א באופן אחר. הוא מפרש שלדברי הרמ"א, אפילו אם נימא דגזל עכו"ם דאורייתא מכל מקום איסורא דעבד עבד ובהשבה אינו חייב אלא משום קידוש השם. ולכן אחרי שכבר יש לו החפץ בידו ואין עליו חיוב להחזירו, יכול לקדש אשה בו, ולא נחשב מקדש בגזל. לכאורה כונתו שעכשיו שיש לו החפץ בידו, לא להשיב החפץ לעכו"ם הוי רק הפקעת הלואה, והרי זה חייב להחזיר רק משום חילול השם.

אבל האבנ"מ והנתיבות העלו עוד קושיא על דברי הרמ"א מדברי היראים הובאו במג"א (או"ח סימן תרלז ס"ק ג), דנהי דאינו חייב בהשבה, מכל מקום הא לאו ידיה הוא דלא קנה אותו, ואמאי מקודשת הא קידשה בדבר שאינו שלו, וגם אינה שלה אחר הקידושין, דעדיין הוא של העכו"ם? ותירץ הנתיבות שבעלות הנדרש בקידושין הוא רק יכולת



הנאה ולא בעלות ממש. ולכן, אע"פ שאין לו בעלות על החפץ, כיון דפטור מלהשיב ויכול להשתמש בו, יכול גם לקדש בו. דברי הנתיבות אלו תמוהים, כי אדרבה גדרי הבעלות של קידושין הם חמורים, כמש"כ החת"ס בשו"ת או"ח סי' קעט. וכן משמע ברש"י סוכה לה. (ד"ה דין ממון) דיכולת לקדש אשה הוא דוגמא למה שצריך דין ממון ולא מספיק עם היתר אכילה לבד. הנתיבות לשיטתו סובר דלקידושין צריך רק זכות השתמשות ולא בעלות, ולכן היה יכול לתרץ דברי הרמ"א גם למי שסובר דגזל עכו"ם מדאורייתא משום דאין דין השבה ולכן יכול להשתמש בו. אבל לפי דברינו לעיל ברמב"ן, אם יש איסור גזל עכו"ם, אע"פ שאין חיוב השבה, אינו נחשב "לכם". וכמו שהבאנו מחת"ס, הבעלות הנדרש בקידושין הוא יותר חמור מ"לכם" בד' מינים, ולכן אם הרמב"ן מחשיב גזל עכו"ם כאינו שלו בד' מינים, כל שכן שהוא יפסול קידושין שנעשו עמו. ומוכרחים לומר דדברי הרמ"א הם כשיטת הפוסקים דגזל עכו"ם מעיקרו אסור רק משום חילול השם, וכמו שדייק האבנ"מ מגוף התשובה.

אגב, יש להקשות על הנחתנו שלשיטת הרמב"ן דיש איסור גזל עכו"ם אבל אין מצות השבה, החפץ אינו נחשב לכם לענין קידושין מדברי הרמב"ן בקידושין נו ע"ב. כתוב במשנה שם שאם מכר איסורי הנאה, יכול לקדש אשה בדמיהם. הרמב"ן שם מביא דברי הירושלמי "זאת אומרת שמקדשין בגזילה", דהיינו שדמים שקיבל ממכירת איסורי הנאה אינו נחשב דמים למכר כדי שיהיה אסור לו להשתמש בהם, אלא דהם גזל בידו. הרמב"ן מקשה לפי שיטת הבבלי שאין מקדשין בגזל, איך מפרשים המשנה? אחד מתירוציו הוא, שמכרן לנכרי, וכן הובא ברשב"א, ריטב"א, ר"ן, ורא"ש. לכאורה מדברי הראשונים למדנו שדמי המכר שהם גזל עכו"ם נחשבים שלו לעשות קידושין, ולמה הרמ"א הביא דינו מתשובת מהרי"ו ולא מדברי הראשונים על הדף? וגם למה האחרונים שהקשו על דבריו לא תירצו מדברי הר"ן והרא"ש (שבודאי היו נדפסים בימיהם). אלא מוכרח דכאן לא הוי גזל עכו"ם רגיל, כי בגזל עכו"ם רגיל לדברי הרמב"ן וכל הראשונים הנ"ל דסוברים דגזל עכו"ם אסור מדאורייתא, החפץ או הדמים אינם נחשבים "לכם" בשביל קידושין, ויש חסרון בנתינה. אלא פירוש דבריהם הוא כמש"כ החזו"א (בכורות יז (ב) אות ז) דהדמים שהנכרי נתן לו, אע"פ שאינם נחשבים דמי המכר [אע"פ שלנכרי הם מותר], הנכרי שילם לו בעד הנאתו שהמציאו. ולכן, הנכרי מותר על זכות הבעלות שלו על החפץ, ולכן יכול לקדש בו. האוקימתא בנכרי אינו משום

דגזילתו מותר או אין חיוב להשיב אליו, אלא משום דרק נכרי מקבל שום הנאה מדברים שאסורים לישראל ולכן ויתר על בעלותו.

עכשיו שדחינו תירוץ הנתיבות, איך נתרץ קושיתו? מוכרחים אנו לומר דמהרי"ו ויראים חולקים במח' הזאת שפירשנו בין רמב"ן לתוס'. המהרי"ו סובר כמו רמב"ן דגדרי בעלות נעשו על ידי איסור גזל, ואם אין איסור גזל רגיל כמו בעכו"ם, אין עיכוב של "לכם" ובעלות בקידושין. אבל היראים סובר דגדרי בעלות הם טבעיים, ולא צריכים קרא. לכן, גם אם גזל עכו"ם מותר, אין כאן "לכם" ובעלות לקידושין, ולכן הוא יפסוק נגד מהרי"ו ורמ"א דאינה מקודשת, כמו שפסק שאינו יוצא בחפץ גזול בד' מינים משום דאינו "לכם".