

ראש הישיבה הגאון החסיד רבי נחום רוטשטיין

גדרי החיוב בנוטל ממון שאינו שלו

מצאנו בתורה כמה אופנים במחזיק בממון חבירו בניגוד לרצונו:

א. **גנב**, ואזהרתו מ'לא תגנבו' (ויקרא י"א). והוא הבא בסתר ונוטל את של חבירו. והוכפל ענשו לשלם כפל, כי עשה עין של מטה כאילו אינה רואה.

ב. **גזלן**, ואזהרתו מ'לא תגזול' (ויקרא ט"ז). והוא הלוקח מה שביד חבירו בחזקה. וכלשון הרמב"ם (פ"א מגזלה ס"ג) 'איזה הוא גזול, זה הלוקח ממון האדם בחזקה. כגון שחטף מטלטלין מידו, או שנכנס לרשותו שלא ברצון הבעלים ונטל כלים משם, או שתקף בעבדיו ובבהמתו ונשתמש בהן, או שירד לתוך שדהו ואכל פירותיה, וכל כיוצא בזה'. ובשני אלו בא ממון חברו לידו באיסור.

ג. **עושה**, ואזהרתו מ'לא תעשוק את רעך' (ויקרא ט"ז). והוא שמעכב ממון חבירו הנמצא בידו. וכלשון הרמב"ם בספר המצוות (ל"ח רמז) 'והעושה הוא שיהיה לזולתך אצלך דבר בעין, ר"ל שקבלת עליך ובאמונתך ממון, ותחזיק בו ולא תתנהו לו, באונס, או בלא אונס אבל בדחיה ורמיה'.

וכתב בספר החינוך (מ"טו כח): 'ואף על פי שהעושה והגזילה והגניבה ענין אחד הוא עם היות שהמעשה חלוק זה מזה, כי כוונת שלשתן שלא יקח האדם ממון מזולתו משום צד, לפי שבשלשה דרכים אלו יחמסו בני אדם זה את זה פרטן הכתוב כולן והזהיר בכל אחד בפני עצמו'.

גניבה וגזילה

ב"ק ד: 'תני ר' חייא, עשרים וארבעה אבות נזיקין, תשלומי כפל, ותשלומי ארבעה וחמשה, וגנב, וגזלן וכו'. ופירש רש"י 'תשלומי כפל, אם המצא תמצא בידו הגנבה. תשלומי ארבעה וחמשה, בטובח ומוכר. וגנב, שמשלם ע"פ עצמו ואינו משלם כפל אלא קרן בלבד, וכגון שהודה מעצמו דמודה בקנס פטור. וגזלן, נמי אב הוא דכתיב והשיב את הגזלה אשר גזל'.

הנה יש לבאר מה שחילק ר' חייא גנב ותשלומי כפל לשני אבות, דלכאורה הרי זה וזה אב אחד הם, שהם במעשה גניבה אחד, ועל מעשה זה הטילה התורה ב' חיובים, האחד חיוב ממון, והוא הקרן, והשני קנס, והוא הכפל. וע"כ צ"ל ששני החיובים האלו הם על שני מעשים חלוקים, אלא שהם נעשים בבת אחת, במעשה הגניבה. והדא בעי עיונא, מה הם שני מעשים אלו, שעל האחד יש חיוב קרן ועל השני חיוב כפל.

עוד יש לעיין בהא דחילק ר' חייא גניבה וגזילה לשני אבות, דמאחר ובאב דגניבה חייב רק בקרן כנ"ל, א"כ מה לי גניבה מה לי גזילה, הרי כל החילוק ביניהם הוא שהגנב הגדיל חטאו שעושה עין של מטה כאילו אינו רואה, ועל כך חייבו הכתוב בכפל, משא"כ הגזלן, כדאיתא בב"ק (ע"ט), וא"כ לבתר דמנה ר' חייא כפל כאב נפרד ואינו בכלל גניבה, על כרחך דהא דתנא ליה גנב הוא לענין הקרן בלא הקנס של הכפל, ובלא הכפל, מה לי גנב מה לי גזלן.

וגמ' ערוכה היא בב"מ (ס"א) דמצינן למילף גניבה מגזילה. דהקשו בגמ' שם, 'לא תגנובו דכתב רחמנא למה לי', ומשני 'לא תגנובו על מנת למיקט וכו'". ופירש הערוך (ע"ד ל"א), וכן הוא בתנחומא (פ' נח ס"ד), דהקושיא היא דנילף איסור גניבה מ'לא תגזול', הרי דילפינן איסור גניבה מאיסור גזילה, וא"כ ה"נ לגבי תשלומי הקרן חדא הם, דלכאורה כל הנפ"מ ביניהם לגבי התשלומין אינו אלא בכפל ודו"ה, ולא לגבי הקרן, א"כ למה חילקם ר' חייא לב' אבות גם לגבי הקרן.

ואכן לבתר הכי אמרו בגמ' בב"ק (ז') דרבי אושעיא לא מנה גנב וגזלן, כיון שהם כלולים בהא דתנא שומר חנים והשואל, דבשומר חנים נכלל גם החיוב כשטוען טענת גנב דהוא כגנב, וכשטוען טענת גזלן דהוא כגזלן.

ולכאורה טעמא בעי, אמאי שומר אינו חייב כפל אלא כשטוען טענת גנב ולא כשטוען טענת גזלן, כמבואר בב"ק (מ"ג), הרי בתרווייהו החיוב הוא משום שע"י טענתו נפטר השומר מחיוביו, וא"כ מה הנפ"מ באיזו טענה הוא פוטר את עצמו, הרי בכל טענה שהוא נפטר בה, הוא גונב מהבעלים. ומסתברא שבכל טענה שהיא הרי הוא בבחינת גנב שאמרו בגמ' (ס"ט ע"ט) שהחמירה התורה בגנב יותר מגזלן לפי שכביכול עשה עין של מטה כאילו אינה רואה, וא"כ שומר שבא לפטור את עצמו בכל טענה שהיא גם הוא בבחינת עושה עין של מטה וכו', והיה צריך להתחייב בכפל בכל ענין.

ונראה שחיוב גניבה וחיוב גזילה שני דינים חלוקים הם גם לגבי הקרן, דחיובם הוא משני שרשים שונים. והגנב עצמו שנה בחטא, דשרשי המעשה האחד שעשה מפרצלים לשתי רשעיות, שפעל ועשה תרתי לריעותא בבת אחת. ובענפיהם תלויין גם שומר חנים הטוען טענת גנב, והטוען טענת גזלן. ואהכי אקדים בעזה"י בבירור עניניהם מהכתובים בפרשה, ומהמבורר בש"ס ובראשונים.

א. החילוק בין גנב לגזלן בדיון הרי שלך לפניך

עוד חילוק מצינו בין גנב לגזלן לענין הרי שלך לפניך. דאיתא בתוספתא (כ"ק פ"י) 'זה הכלל כל גזילה שהיא בעינה ולא שינה אותה מבריייתה, אומר לו הרי שלך לפניך, ואם שינה אותה מבריייתה משלם כשעת הגזילה, והגנב לעולם משלם כשעת הגניבה'. והקשה בחסדי דוד 'לא ידענא מה היא, שהרי דין גנב וגזלן שוה בכל עניינים אלו'. וכן הקשה במגן אברהם (על התוספתא), 'והגנב לעולם משלם וכו' משמע אפי' לא שינה אותה, וצ"ע למה'.

ונראה שאכן יש חילוק בין גנב לגזלן. דהנה הקשו בתוספות (ב"ק סה. ד"ה גופא) על הא דאמר רב (ב"ק עט) 'קרן כעין שגנב', מה קמ"ל, מתני' היא דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, ותיריך חידושי הרי"ם (ב"ק עט ד"ה אמר רב), דרב בא לחדש שגם כשהוא בעין והזול, דמשלם את הקרן כשעת הגניבה, דהיינו שחייב להשלים שויו שהיה כשעת הגניבה, ויליף לה מקרא ד'שנים חיים ישלם' אחיה לקרן כעין שגנב, שצריך לשלם לו כשויו שהיה אז, דאל"כ מפסיד את השיווי שהיה יכול למכור אז.

אך הקשה החידושי הרי"ם, ממתני' (נ: דגול חמץ ועבר עליו הפסח, דאומר לו הרי שלך לפניך. ותיריך, דהתם בגמ' (נח: יליף לה מקרא ד'אשר גזל' אם כעין שגזל יחזיר, מכאן לחמץ שעבר עליו הפסח דאומר לו הרי שלך לפניך, וכיון דצריך קרא, י"ל דדוקא בגזלן דכתיב בקרא, אבל גנב, כיון דכתיב ביה אחייה לקרן דהוי למעליותא (כמ"ט תוספות ב"ק יא. ד"ה אין שמוין) ולא לגרוע, אין יכול לומר הרי שלך לפניך. והוכיח את דבריו ממה שכתבו התוספות (סג) בשם הירושלמי, דהא דאין שמוין בגזלן נלמד מ'אשר גזל', ובגנב נלמד מ'חיים' אחיה לקרן, הרי דלא ילפינן מהדדי.

ולפי זה ביאר חידושי הרי"ם את דברי רב בסנהדרין (עג:), דסבירא ליה דהבא במחתרת פטור אפילו אם החפץ בעין, וטעמו משום שכל גנב קונה את החפץ, אלא שיש עליו חיוב תשלום, והבא במחתרת שנפטר בקלב"ם מהתשלום, הרי החפץ שלו. והיינו משום דרב יליף מ'חיים שנים ישלם', דקרן כעין שגנב גם כשהוא בעין, ועל כרחק שבשעת הגניבה קנאו. וכל זה אינו אלא בגנב, אבל בגזלן כשהוא בעין אומר לו הרי שלך לפניך, משום שאינו קונה את החפץ אלא לחיוב אונסין.

ומעתה מבוארים דברי התוספתא שיש חילוק בין גנב לגזלן, דגנב חייב לשלם כשעת הגניבה אף אם החפץ בעין, ואין יכול לומר הרי שלך לפניך, משא"כ גזלן שכל זמן שהחפץ בעין יכול לומר לו הרי שלך לפניך, ורק אם החפץ אבד או השתנה משלם כשעת הגזילה.

ואכן הדברים מפורשים בתוספות רי"ד (ב"ק סה:), דבגניבה, אפילו אם החפץ בעין, אין הגנב יכול לומר הרי שלך לפניך, אלא חייב להשלים כשויו של החפץ בשעת הגניבה, משא"כ בגזילה, דכל זמן שהחפץ בעין, יכול הגזלן לומר הרי שלך לפניך. ובמרכבת המשנה (פ"א מגניבה ה"א-י"ג) כתב שהרמב"ם מחלק לענין קצת דברים בין גזילה לגניבה [וציין לדברי הרמב"ם פ"ב מגזילה ה"ט"ו ופ"ג מגזילה ה"ד], ולא הזכיר הרמב"ם דין הרי שלך לפניך בגנב, ואדרבא משמע מדבריו (פ"א מגזילה ה"ג) דגנב שמנה והכחישה משלם כשעת הגזילה, אפי' כחשא דלא הדר, משא"כ בגזלן (כמו שכתב פ"ג מגזילה ה"ז). [ועיין במשך חכמה (ויקרא טו ה), שהביא את התוספתא הנ"ל ואת תוספות הרי"ד, וביאר לפ"ז את התורה כהנים שהביא שם].

אולם לא נתבאר מנלן לחלק בזה בין גניבה לגזילה.

ב. ביאור החילוק בין גנב לגזלן

איתא בתוספתא (ב"ק פ"ו) ובגמרא (ב"ק עט:): 'שאלו תלמידיו את ר' יוחנן בן זכאי, מפני מה החמירה תורה בגנב יותר מגזלן, אמר להם זה השוה כבוד עבד לכבוד קונו, וזה לא השוה כבוד

עבד לכבוד קונו, כביכול עשה עין של מטה כאילו אינה רואה, ואוזן של מטה כאילו אינה שומעת, שנאמר (ישעיהו כט טו) 'הוי המעמיקים מה' לסתיר עצה והיה במחשך מעשיהם', וכתוב (תהלים ד ז) 'ויאמרו לא יראה י-ה ולא יבין א-להי יעקב', וכתוב (יחזקאל ט ט) 'כי אמרו עזב ה' את הארץ ואין ה' רואה'.

וביאר המהרש"א (צ"ק ע"ג), שהגב כיון שירא מדין של מטה ואינו ירא מדין של מעלה, הרי הוא כופר בהשגחה ובשכר ועונש של מעלה, אבל הגזלן אינו כופר בכל זה, שהרי גם מדין של מטה שהוא רואה בחוש אינו ירא, אלא שהוא מחשיב לו מה שהוא נשכר בגזילו יותר ממה שהוא מפסיד בעונש שלמעלה ושלמטה.

ובמאירי (ספ) כתב 'אפ"י שהעבירה מגונה, על כל פנים העובר עבירה בסתר הרי זה כאלו דוחק רגלי שכינה ר"ל, כאלו שלל בשכלו מציאות השגחתו יתברך ממקום שעובר בו לומר אין ה' רואנו. וזהו שהחמירה תורה בגנב יותר מגזלן, מפני שהגזלן הושה כבוד עבד לכבוד קונו, והגנב לא הושה כבוד עבד לכבוד קונו, כביכול עשה עינו כאלו לא רואה ואזנו כאלו אינה שומעת, הדא הוא דכתוב הוי המעמיקים מה' לסתיר עצה'.

1. ויש לעיין מה ענין שמיטה להר סיני, דמה ענינו של תשלום כפל לכפירתו של הגנב בהשגחתו יתברך.

ונראה לבאר, עפ"י הגמ' בברכות (לה). 'רבי לוי רמי, כתיב (תהלים כד א) לה' הארץ ומלוואה וכתוב (שם קטו טז) השמים שמים לה' והארץ נתן לבני אדם. לא קשיא, כאן קודם ברכה כאן לאחר ברכה. אמר רבי חנינא בר פפא כל הנהנה מן העולם הזה בלא ברכה כאילו גזול להקב"ה. משמע שתמורת הברכה מקבל האדם את הארץ, ולכן כשלוקח מן הארץ ואינו מברך הרי הוא גזול להקב"ה. והענין, שבברכה מודה שהכל מאתו יתברך, ובהודאה זו מזכהו הקב"ה משלו.

ולכן גנב שכופר בהשגחתו יתברך, כי אמר עזב ה' את הארץ, מן הדין שיפסיד ממה שהיה ראוי לו, ולא זו בלבד שלא יזכה בקרן שאינה שלו, אלא יחסר לו כשיעורו של הקרן ממה שהיה ראוי לו. דכל מה שאדם זוכה במתנת ה' הוא מכה הברכה שבה הוא מודה שהדבר מאתו יתברך, וא"כ גנב, שלא זו בלבד שאינו מודה, אלא שהוא כופר בהשגחתו יתברך, נקנס בערכו של החפץ שגנב שבזה הורה על כפירתו. אבל גזלן שאינו כופר בהשגחתו יתברך, אלא שהוא מחשיב מה שהוא נשכר בגזילו יותר מההפסד שיפסיד בעונש שלמעלה ושלמטה, מן הדין שלא יהא נשכר בגזילה זו, אבל אינו מן הדין להפסידו עוד ממה שהיה ראוי לו, לכן אין בו כפל.

אולם יש לעיין, דרש"י בברכות (לה: ד"ה גזול) כתב 'כאילו גזול להקב"ה את ברכתו', וכתב בשפת אמת (ברכות שם) 'ולכאורה הא הוי גזול ממש כפשוטו, כיון דקודם ברכה לה' הוא. ומהרש"א הניח בקושיא. ולפי הנ"ל אינו קושיא, כי עיקר רצון השם יתברך שישפיע ושנכיר טובתו להודות לו ולשבחו, כי כן רצונו, וגזול ההכרת טובה, אבל גוף הדבר שלנו היא כדכתיב והארץ נתן לבני אדם, ומה שכתב חבר הוא לאיש משחית, הפירוש הוא כי כיון שכל הבריאה היה כדי להכיר הטובה, וכשנהנה בלי ברכה הרי הנאה זו השחתה היא, מאחר שלא ניתקן הרצון שהיה בהבריאה, וחבר לירבעם וכו', כי באמת זה כמעט עבודה זרה, מה שאינו יודע להכיר טובה, וכאילו יש דבר בלי היותו יתברך שמו'.

הרי שאין הברכה תנאי בנתינה, כי הנתינה היא מוחלטת, אלא שגזול להקב"ה את הברכה וההודאה שהכל מאתו יתברך, ואולי מחמת זה עצמו חייב הגנב כפל, חדא על מה שלקח מחבירו, והכפל על שגזול להקב"ה, דקל וחומר הוא, אם בהעדר הברכה בלבד כבר גזול, כל שכן שכופר בהשגחתו יתברך.

דברי בעל העקידה החיובא דכפל הוא מהמת הפסיד הזמם להפסיד לחבירו

אולם בספר עקידת יצחק (טעם מו אות י) כתב בטעם הכפל, 'דהגנב גמר בלבו לחסר ממון חבירו, וכאשר זמם ראוי לעשות לו, והוא שיחסרו ממנו כשיעורו, וזה לא יתכן כי אם בתשלומי כפל'. וכן משמע לשון הרמב"ם (פ"א מגניבה ה"ד) שכתב, 'משלם שנים בדמיה, נמצא מפסיד כשיעור שביקש לחסר את חבירו'. הרי שדין הכפל הוא כעונש מדה כנגד מדה על מה שרצה להחסיר לחבירו.

אך לפ"ז קשה להבין מה החילוק בין גנב לגזלן, מה הטעם שדוקא גנב שכופר בהשגחה פרטית נידון במדה כנגד מדה לחייבו כפל על מה שרצה להפסיד לחבירו, אבל בגזלן שאינו כופר בהשגחה פרטית [אלא שמחשיב שכר הגזילה יותר מהעונש שלמעלה ושלמטה, כנ"ל מהמהרש"א], לא קנסניהו בכאשר זמם, ולא דנינן ליה במדה כנגד מדה על מה שהחסיר לחבירו.

ונראה לחלק בין גנב לגזלן, על פי מה שכתב בשו"ת אבני נזר (יו"ד סי' קמה) בשם המהר"ל (גור אריה ויקרא כה לו), דאיסור רבית נאמר בתורה בשם נשך ובשם תרביית, לומר דטעם האיסור הוא גם משום שממון הלואה מתחסר, וגם משום שממון המלוה מתרבה. וכ"כ בשיטמ"ק (ב"מ ס: ד"ה אי אהיה) בשם הריצב"ש, שאסר הכתוב ריבית מפני שממונו של זה מתרבה וממונו של זה מתחסר, ומפני זה קראו בשני שמות הללו. ובמהר"ם שיף (ב"מ פ"ג ד"ה ולא חלקו) כתב שכן הוא גם דעת רש"י, דעובר מפני שנושך ומחסר לחבירו, וכן עובר על שמתרבה ממונו מכספו של חבירו [וראה כלי יקר ויקרא כה לו בשורש איסור רבית]. וכל זה ברבית, אבל מזיק, בודאי אין חיובו מצד שמתרבה ממונו, שהרי נזק הוא רק חסרון לחבירו.

וגניבה וגזילה, לכאורה יש לומר שהם כרביית, שאיסורם וחיובם הוא גם על שנשכר משל חבירו, וגם מצד הנזק שהזיק לחבירו שמחסרו ומצערו. והא דכלל רבי חייא (בב"ק ז: ד) את הגנב והגזלן בכ"ד אבות נזיקין, יש לומר שזה גופא אשמעינן שמחייבים משום דאית בהו תרתי.

אולם י"ל שחלוק הוא הגנב מהגזלן בזה, דהגנב שכופר בהשגחה פרטית, חייבו וקנסו רחמנא גם על מה שבא להרויח לעצמו וגם על מה שזמם לעשות לחבירו, ולכן חייב כפל, אבל הגזלן שאין מעשיו מוכיחים שכופר בהשגחה פרטית, לא קנסו רחמנא על מה שזמם לעשות לחבירו, אלא על מה שבא להרויח לעצמו משל חבירו, ולכן אינו משלם אלא קרן².

2. וטעמא דמילתא, דבכל אחד מהם יש לדון במניעים הפנימיים המסובכים את מעשיהם. דגזלן העושה מעשיו בגלוי ומסתכן בדין שלמטה, בודאי אין תכלית מעשהו להפסיד לחבירו בעלמא, דבשביל זה גרידא לא היה מסתכן בדין (על דרך אין אדם חוטא ולא לו), ועוד, שאין לחשוד בו שיש לו כוונה כזו, דמאתר ואין לנו הוכחה שכופר בהשגחה, אין לנו לחשוד בו שיש לו כוונה להרע לחבירו. והיינו על דרך דאיתא במדרש (בראשית רבה פרשה כד אות ח) "שלא תאמר הואיל ונתבזיתי יתבוזה חברי עמי וכו', אם עשית כן דע למי אתה מבזה בדמות אלקים עשה אותו וכו'" עי"ש (וראה ירושלמי נדרים פ"ט ה"ד), די"ל שאדם המאמין באמונה ובהשגחה פרטית, אין

ולפי דברים אלו אתי שפיר החילוק בין גנב לגזולן לענין הרי שלך לפניך. שגזולן חייב ועובר על מה שבא להרויח ולהשתכר, ולא על מה שזמם להפסיד לחבירו, ולכך כשהגזילה בעין אומר לו הרי שלך לפניך, דזהו החפץ שהיה רוצה להרויח ולהשתכר, וכמו שגזול כך מחזירו. אבל גנב שחייב על מה שזמם להפסיד לחבירו ולצערו, א"כ אם בשעת הגניבה היה שוה יותר ועכשיו הוזל, הרי הבעלים מפסיד ומצטער בזה, ולכן חייב הגנב לפצותו. וכיון שנתחייב במלוא התשלום, ס"ל לרב בסנהדרין שבהאי חיובא קנאו לחפץ ואינו חייב אלא בתשלום, ולכן הבא במחותר פטור גם כשהחפץ בעין. ורבא בסנהדרין (סג) חולק על רב, וס"ל שאע"פ שנתחייב במלוא התשלום, אינו קונה בזה את החפץ.

ג. גניבה ע"מ למיקט

איתא בגמ' בב"מ (ס"א): 'לא תגנובו דכתב רחמנא למה לי, לכדתניא לא תגנוב על מנת למיקט, לא תגנוב על מנת לשלם תשלומי כפל'.

ונראה להביא ראייה לחילוק הנ"ל בין גנב לגזולן, מדברי התורת כהנים (פ' קדושים פרשה ט). וז"ל: 'לא תגנובו מה תלמוד לומר, לפי שנאמר גניבה שנים ישלם, למדנו עונש, אזהרה מנין, תלמוד לומר לא תגנובו. לא תגנובו על מנת למיקט, לא תגנובו על מנת לשלם תשלומי כפל'. ולכאורה בעי עיונא, דפתח דלא תגנובו הוא האזהרה לעונש כפל, ומסיים בדרשה דלא תגנובו על מנת למיקט, ומה ענין זה לזה.

לחשוד בו שמעשיו מכוונים להפסיד לחבירו, שהרי בדמות אלקים עשה אותו, והמבזה או מפסידו הרי הוא מבזה כלפי מעלה כביכול, ועל כרחך שגזולן עושה את מעשיו רק משום שבהול על הממון, להשתכר ולהרויח, שלפי דמיונו כדאי לו להכניס את עצמו בדין שלמעלה ושלמטה, כדברי המהרש"א הנ"ל. (ואף שגם שכרו ורווחו הוא מלמעלה, והיה לו לבטוח בה' שימציא לו מחסורו, מ"מ אפשר שאע"פ שאינו כופר בהשגחה פרטית, לא הגיע לדרגת הבטחון, דכמה מעלות ודרגות יש בין זה לזה). והואיל וכל כוונתו של גזולן אינה אלא להרויח, לכן די לחייבו בהשבת הקרן לבד, שלא ישתכר ולא תהיה לו התועלת שביקש להשיג במעשה הגזילה שלו.

אבל גנב, שלפי דמיונו אין מי שמשגיח במעשיו לא למעלה ולא למטה, כי יסתר במסתרים ומדמה בנפשו שאין רואה, שפיר יכול להיות שמעשיו הם לא רק להרויח לעצמו, אלא גם כדי להפסיד לחבירו, והוא בבחינת מכה רעהו בסתר, והואיל ואינו מאמין בהשגחה פרטית, בודאי גם אינו חס לפגוע ולהפסיד לחבירו שהוא בדמות אלקים. ולכן מן הדין לדונו כפי המעשה שעשה, שיש בו גם ריוח לעצמו וגם הפסד של חבירו, ועל כן לא די בזה שמחזיר את הקרן שלא יהיה לו ריוח ממעשה הגניבה, אלא דין הוא שיענש במדה כנגד מדה ויפסיד לעצמו מה שביקש להפסיד לחבירו.

ונראה לבאר בזה את סדר הכתובים, דפרשת הגנב וחיובי כפל וד' וה' נכתבה בתורה בין פרשת שור המזיק בקרן לפרשת שן ורגל (ראה שמות כא לה - כב ד). ולפי האמור י"ל שהכתוב בא לרמוז שכמו דחיובא דקרן הוא משום שכוונתו להזיק אע"פ שאין הנאה להזיקו, ובזה חלוק הוא מחיובא דשן שהוא משום שיש הנאה להזיקו, כמו"כ חיובא דגנב הוא על מה שזמם להפסיד לחבירו, ולא רק על מה שבא להרויח. וסמך לשון שחייב משום שיש הנאה להזיקה אף שאין כוונתו להזיק, לומר גם לאידך גיסא, שחייב גם עבור מה שבא להרויח.

ועוד, דבגמ' ב"מ (ס) פריך 'לא תגנובו דכתב רחמנא למה לי', והיינו ד'לא תגנובו' הוא מיותר, דאפשר ללמדו מגזל, או מרבית ואונאה [בתנחומא (פ' נח ס' 7) ובערוך (ענך לא) פירשו שאפשר ללמוד מ'לא תגזול'. ורש"י (נ"מ ע"ג ד"ה לא) פירש דאפשר ללמדו מרבית ואונאה]. ולפי התורת כהנים, הרי צריך ל'לא תגנובו' לאזהרה לכפל. ועוד קשה, איך דריש בתורת כהנים לא תגנובו על מנת למיקט כו', הרי דרשה זו היא רק משום יתורא ד'לא תגנובו', ואי לאו דמופנה לא דרשינן ליה, וא"כ לתורת כהנים דמיצרך צריך ל'לא תגנובו' לאזהרה על כפל, איך דריש לא תגנובו על מנת למיקט.

ולכאורה יש ראייה מכאן לשיטת הפוסקים שגניבה על מנת למיקט אינה אסורה אלא מדרבנן, וקרא אסמכתא בעלמא הוא. [וראה חתם סופר (נ"מ ס), שהרמב"ם פסק שעל מנת למיקט הוא דרבנן, והקשה דא"כ 'לא תגנובו' למה לי. וראה לחם משנה פ"א מגניבה א, ויד המלך גניבה שם ה"ב].

אולם בספר המצוות (ל"ט רמז) כתב הרמב"ם 'שהזהירנו שלא לגנוב ממון וכו', ובספרא, לפי שנאמר בגניבה שנים ישלם למדנו עונש, אזהרה מנין תלמוד לומר לא תגנובו, לא תגנובו על מנת למיקט, כלומר לצער הבעלים ולהטרידן ואחר כן תשיבהו לו'. וכע"ז כתב ביראים (יראים ע"ג ס' קל), ומשמע מדבריהם שגניבה ע"מ למיקט אסורה מדאורייתא. וכן מבואר בחינוך (מלוה רכז), וז"ל: 'מדיני המצוה, מה שאמרו ז"ל שאסור מן התורה לגנוב אפילו על מנת להחזיר או על מנת למיקט'.

ונראה לבאר את התורת כהנים לפי דברי בעל העקידה, שטעמא דכפל הוא מחמת שזמם להפסיד לחבירו. דלפ"ז י"ל דכך כוונת התורת כהנים, דמזה שנאמר בגניבה שנים ישלם למדנו עונש על פסידא דחבירו, שהרי טעם הכפל הוא על אשר זמם להפסיד לחבירו כנ"ל. וא"כ עונש שמענו, אבל אזהרה על פסידא דחבירו מנין, ת"ל 'לא תגנובו', דלהא שמרבה ממנו, לא צריך קרא, דאפשר למילפה מגזילה, ועל כרחך ש'לא תגנובו' הוא אזהרה על פסידא דחבירו, דזה לא מצינן למילף מלא תגזול, דשאני לא תגזול שהוא על רווחו שלו דייקא, וכיון ד'לא תגנובו' קאי על מה שזמם להפסיד לחבירו, א"כ אינו בפסידא דממונא דייקא, אלא בכל צערא דאיכא לחבירו מחמת הגניבה, כגון ע"מ למיקט, ואפילו כשהגנב אינו מרויח, וכפי שמבואר בתנחומא (פ' נח ס' 7), דהאיסור בע"מ למיקט הוא 'כיון דעד דמהדר ליה אית ליה צערא'.

גזילה על מנת למיקט

ואם כנים אנו בזה, נמצא דהאיסור דעל מנת למיקט ועל מנת לשלם נוהג רק בגניבה ולא בגזילה, דהאיסור הוא מחמת צערא, וא"כ זה רק בגנב שחייב על פסידא דחבירו, וה"ה על צערא, אבל גזלן שאינו חייב אלא על הרווח, אינו עובר אם גזול על מנת למיקט.

ומישוב בזה מה שהקשו המפרשים על הא דאמרו בגמ' (נ"ב ע"ג). שאיוב היה גזול שדה יתומים ומשביחה ומחזירה להם, והרי גם גניבה על מנת לשלם אסורה [ראה יד רמ"ה ב"ב שם, ומהר"ם שיף שם, ובאר יעקב ס"י קסא, שהקשו כן], ולפי האמור אתי שפיר, שדוקא גניבה אסורה, אבל גזילה שרי.

אולם בשאלות (פרשת נח שאילתא ד) מבואר שאסור גם לגזול על מנת למיקט. וז"ל: 'ברם צריך הני מילי דקא גזיל אדעתא למשקליה לנפשיה, היכא דקא בעי למיתן ליה מתנה לההוא נגזל ולא קא מקביל מיניה, ואמר אישקול מידי מיניה כי היכי דאיחייב ליה תשלומי כפל, דלישקליה לממוניה בעיינה ולישקול כפליה. אי נמי קא חזי ליה דלא מיזדהר בממוניה, ואמר אי גנביה מיניה והדר אהדריה ניהליה, כי היכי דלא ליפשע בממוניה, מאי מי אמרינן כמאן דלהנאתיה דנגזל הוא דקא עביד שפיר דמי, או דילמא כיון דעד דמהדר ליה אית ליה צערא אסיר, ת"ש דתניא לא תגנוב לא תגנוב על מנת למקט לא תגנוב על מנת לשלם תשלומי ד' וה'.' [יעו"ש בעמק שאלה ס"ק ה-ו]. וכן הוא בתנחומא (פ' נח סי' ז). וכן מבואר בריטב"א (נ"מ ס"א), שכתב דלא תגזול על מנת למיקט אתיא מגניבה ולא איצטריכא ליה קרא. וכן הוא בשו"ע (ח"מ שנט ט) 'אסור לגזול אפילו על מנת לשלם דבר יפה ממנו', וצ"ע.

ד. ביאור נוסף בחילוק בין גנב לגזול

על כן נראה לחלק בין גניבה לגזילה בסברא הפוכה. שהגנב, בגלל שכופר במעשיו בהשגחה פרטית, קנסוהו גם על זה שרצה להרבות ממנו ע"י הגניבה, מלבד החיוב על אשר זמם להפסיד לחבירו, משא"כ גזול, שאינו חייב אלא על מה שבא להחסיר לנגזל.

וכך מבואר באבני נזר (יו"ד סי' קס"א אות יב), שאיסור גזל אינו מצד ריבוי ממנו של הגזול, אלא רק מחמת חסרון הנגזל. וכתב שכן מבואר בתוספות בע"ז (עב. ד"ה ומ"א), שאין האיסור בגזל משום ריבוי ממון הגזול, שהרי לא קנאו כלל ולא נתרבה ממנו, שהרי שניהם אין יכולין להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו, אלא האיסור הוא משום חסרון הנגזל, דמ"מ נעשה אינו ברשותו ומצטער על כך.

וכן משמע מלשון הטור (ח"מ סי' ע"ח) שכתב 'כשם שאסור לגנוב ולגזול ממון חבירו, כך אסור להזיק ממון שלו, אפי' אם אינו נהנה'. ומשמע ששורש האיסור להזיק ממון חבירו הוא משום לתא דלא תגזול. וזה גופא נתחדש בפרשת נזיקין, דלא תימא שרק גנב וגזול דאית בהו תרתי, גם שמחסר ממון חבירו וגם שהוא נהנה ומרבה הונו ממון חבירו, אבל נזיקין שהוא רק מחסר לא, קמ"ל שגם כשאינו נהנה ואינו מרבה ממנו, כל שהזיק והחסיר לחבירו חייב בנזקיו. ומינה שמעינן, שגם גנב וגזול חיובם על זה שמחסרים ומזיקים, ולא על זה שמשתכרים. וזהו שכתב הטור 'כשם' שאסור לגנוב ולגזול ממון חבירו 'כך' אסור להזיק ממון שלו 'אפילו אם אינו נהנה' דגם בגניבה וגזילה אין האיסור מחמת שנהנה, אלא משום שמחסר, וזה איתא גם בנזיקין.

וכן משמע מדברי רבינו יונה (אבות פ"א מ"א) שכתב דכל עניני נזקין הם בכלל הלאו דלא תגזול. ואם נאמר שלא תגזול אינו אלא כשהגזול מרויח, מה השייכות לנזיקין שהם רק חסרון לחבירו, אלא על כרחך שגם לא תגזול הוא משום שמחסר לחבירו.

וכן מוכח נמי מהא דקאמר רבה (ב"ק נ"ט), הזורק מטבע של חבירו לים הגדול פטור, והני מילי דאדייה אדויי, אבל שקליה בידיה מיגזל גזליה, השבה בעי מיעבד. הרי שגם כשלא רצה

לזכות במטבע מ"מ הוה גזלן. ומכאן למד אחי הגרע"מ ז"ל בספרו נחלת משה (כ"ג פרק מוונס), דגזלן הוי מי שעושה מעשה קנין בחפץ של חברו כדי להוציאו מרשות הבעלים, אף שאינו מתכוין לזכות בו. ומביא מחדושי הגר"ח הלוי (פ"ו מחובל ומזיק 7) שכתב שהלוקח על מנת להזיק מקרי גזלן.

וכן מבואר ברשב"א ב"ק (קס). בדין גזל פחות משו"פ, וז"ל: 'אבל מ"מ אסור הוא, דאע"ג דממונא ליכא צערא מיהא איכא, כדאיתא בסנהדרין בפ' ד' מיתות (מ.נ). וכן משמע ברש"י סנהדרין (טס ד"ס לע"א), דאיסור גזל הוא מחמת הצער של הנגזל.

אלא דכל זה רק לגבי גזלן, שאינו קונה את החפץ, כמו שכתב האבני נזר על פי התוספות בע"ז הנ"ל, אבל גנב, לפי דברי חידושי הרי"ם שהוא קונה את החפץ אלא שיש לו חיוב תשלום (כ"ל אות ט), א"כ חייב גם מצד ריבוי הממון שלו, וגם מצד שמחסר לחבירו³.

3. אולם א"כ צ"ע בחיובא דכפל, למה גנב חייב וגזלן פטור. הרי מבואר בעקידת יצחק הגנב בכפל הוא משום שזמם להפסיד לחבירו, לכן הוא נעש במדה כנגד מדה (כ"ל אות ב), ואם גם חיובו ואיסורו של גזלן הוא משום שזמם להפסיד לחבירו, א"כ מאי שנא מגנב.

ותו מה באמת הטעם שהתורה נתנה לגנב להרויח, שחל קנינו בחפץ שגנב ולהכי מתחייב על רווחו, ובגזלן לא נתנה לו תורה להרויח, שלא חל קנינו, ואינו קונה אלא להתחייב באונסין, וממילא אינו מתחייב על רווחו. ועוד, איך ההבדל בקנין שבין גנב לגזלן, תלוי בחילוק באופן מעשיהם, שהגניבה היא בסתר והגזילה בגלוי. גם מה שחילקו בגמ' בין גנב שכופר בהשגחה פרטית, לגזלן שאינו כופר בהשגחה פרטית, לכאורה אינו מובן כדי לבאר את ההבדל בקנין שביניהם.

ומן הנראה דהדברים עמוקים ונשגבים, דהכל הולך אחר תכלית המחשבה הפנימית של המעשה. והיינו דהגנב שאינו מאמין בהשגחה פרטית, כשהוא עושה קנין גניבה הרי הוא מתכוין לקנין גמור שיהיה שלו. דלפי מחשבתו דלית דין ולית דין ח"ו, אין מי שמעכב בעדו מלהיות שלו. ואינו מאמין לא ב'לה' הארץ ומלוואה' ולא ב'הארץ נתן לבני אדם', כי אם במעשיו ובתחבולותיו הנלוות. וממילא גמר בדעתו לקנות בקנין הגניבה להיות שלו. ומאחר ובכל קניני התורה עיקר הקנין הוא הגמירות דעת, לכן אמרה תורה שהגנב שגמר בדעתו לקנות, הוא קונה את החפץ וחייב בתשלום כפי שווי החפץ בשעת הגניבה. וכיון שבמעשהו עשה קנין בשל חברו, וגם הפקיע רשות ובעלות של חברו, חייב בכפל. אבל גזלן שאינו כופר בהשגחה פרטית, והוא נשאר בחזקת מאמין ד'לה' הארץ ומלוואה', מסתברא שגם כשעושה קנין גזילה, לא גמר בדעתו לקנות להיות שלו, שידוע הוא שבדרך איסורא דגזילה אין 'הארץ נתן לבני אדם', ואינו יכול לקנות דבר שאינו שלו, וכוונתו רק לצער את חברו. לכן אינו קונה את החפץ להיות שלו, אלא להתחייב באונסין. וכיון שאין במעשהו רווח ושכר, אלא רק הפסד וצער לחבירו, די לחייבו בקרן, דבמקום שאין בו אלא חדא לגריעותא לא קנסוהו בכפל.

ואפשר להוסיף וליתן טעם לשבח, על פי מש"כ הכלי יקר (ויקרא כה לו) בטעם האיסור של ריבית, לפי שהוא מסיר הבטחון מן האדם, כי כל בעל משא ומתן עיניו נשואות אל ה' לפי שהוא מסופק אם ירויח אם לא, אבל הנותן ריבית ריוח שלו ידוע וקצוב וסומך על ערבונו שבידו ומן ה' יסור לבו וכו', וע"כ נסמכה מצוה זו לפ' השמיטה וכו', לא הזכיר בכל הפ' זו לשון ומטה ידו כי אם בזו הפרשה כי בא להזהיר את המלוה שלא ימוט וכו' כי אם תתן וכו' נכסין מתמוטטין ואינו עולין אם תחשוב להרבות הונך בנשך ובמרבית. דלפ"ז י"ל דה"נ בנכב שכופר בהשגחה פרטית, ומזה בא לידי גניבה מהזולת שאינו מאמין בהשגחתו יתברך שזן ומפרנס הכל, ואין אדם

גניבה וגזילה על מנת למיקט – לפי ביאור זה

ולפי זה אתי שפיר דעת השאלות והראשונים שהובאו לעיל (א"ת ג) שגם גזילה על מנת למיקט אסורה, כיון שגם איסור גזל הוא מחמת פסידא וצערא דהגזל.

ובזה יש ליישב את שיטת רש"י בגמ' ב"מ (ס"א: ד"ה לא תגנובו) שפירש דהקושיא 'לא תגנובו למה לי', היא דאפשר למילף מרבית ואונאה. ולכאורה קשה, אמאי לא פירש דאפשר למילף מגזל, כמו שפירשו בערוך (ע"ך לא) ובתנחומא (פ' נח ס"ז ד).

ולפי המבואר עתה, מגזילה א"א ללמוד לגניבה, שהרי התורה לא זכתה את החפץ לגזלן, ודוקא בגזלן שאינו קונה את החפץ, וכל רגע ורגע מחזיק בחפץ שאינו שלו, אמרה תורה שעובר, אבל גנב שיש לו קנין בחפץ, סלקא דעתך אמינא שאינו עובר בלאו על מה שמחזיק את החפץ, שהרי בשלו הוא מחזיק [וכעין סברא זו איתא בחי' ר"ש שקאפ (ב"ק ס"ו לו אות א, הובא לקמן אות י"א), עי"ש]. ואין לומר שנילף מגזלן שיעבור על קנין הגניבה שעשה, שהרי עבירה זו לא מצינו בגזלן, שהגזלן אינו קונה.

ועוד, דלפי הנ"ל הרי בגזלן ליכא איסור על מה שהרויח והשתכר, כיון שלא קנה ולא הרויח. וכל האיסור והחיוב אינו אלא על צערו והפסידו של חברו, א"כ לא נוכל למילף מגזלן על הדין הנוסף שיש בגנב שעובר על מה שהרויח.

לכן כתב רש"י דלא פריך אלא מרבית ואונאה, שהרי גם ברבית קנה המלוה את דמי הריבית, כמ"ש הראשונים בר"פ איזהו נשך (לאה רש"א וריעב"א ב"מ ס:), אלא שיש לו חיוב להחזיר, ואעפ"כ אסרה תורה את הנשך שמפסיד לחבירו ואת הרבית שמרויח לעצמו, וכן באונאה, קנה מוכר את דמי האונאה ואעפ"כ אסור, וא"כ הכי נמי בגנב יש לאסור גם את הרויח וגם את הפסידו של חברו, ולא תגנובו למה לי, ומשני, דאתי לאסור לגנוב על מנת למיקט וכו', שאין בו שום ריוח לגנב, והוה אמינא דשרי, וקמ"ל שאסור גם כשאין לו ריוח, משום פסידא וצערא של חברו.

ה. החילוק בין גנב לגזלן בטעם הפטור ממלקות

ואם כנים אנו בחילוק הנ"ל בין גניבה לגזילה, שגנב קונה את החפץ ואינו חייב אלא תשלומים, אבל גזלן אינו קונה את החפץ ולפיכך יכול לומר לבעלים הרי שלך לפניך (נ"ל אות א), נראה שאפשר ליישב את שיטת הרמב"ם שמחלק בין גנב וגזלן בטעם הפטור ממלקות.

נוגע בשל חברו וכו', ולכן דין הוא לכופלו בקנס ולהפסידו בסכום שרצה להרויח בכפירת ההשגחה. דוגמת האזהרה של ומטה ידו. אבל בגזלן שאינו כופר בעין שלמעלה, א"כ מסתבר שלא בא להרבות הונו, שהרי יודע שהכל בהשגחה, אלא ודאי לצער את חברו בא, ולכן גורם לו הפסד [וזה ביכלתו מצד הבחירה], לכן די לו בחיוב השבחה וא"צ לכופלו בקנס.

לענין גזילה, כתב הרמב"ם (פ"א מגזילה ה"א) 'כל הגזול את חבירו שוה פרוטה שוה עובר בל"ת שנאמר לא תגזול. ואין לוקין על לאו זה שהרי הכתוב נתקן לעשה, שאם גזל חייב להחזיר, שנאמר והשיב את הגזילה אשר גזל, זו מצות עשה. ואפילו שרף הגזילה אינו לוקה, שהרי הוא חייב לשלם דמיה, וכל לאו שניתן לתשלומין אין לוקין עליו.

הרי שחילק הרמב"ם בין גזילה דאיתא בעיניה לגזילה דליתא בעיניה, דבאיתא בעיניה אינו לוקה משום שהוא ניתק לעשה, ובלייתא בעיניה אינו לוקה משום שהוא ניתן לתשלומין. והיינו משום דסבירא ליה שבתשלומי דמים אינו מקיים עשה דוהשיב, דאי נימא דבתשלומי דמים נמי מקיים עשה דוהשיב, אמאי לא פירש דגם בלייתא בעיניה אינו לוקה משום דהוא ניתק לעשה. וכמו כן חזינו מהרמב"ם שבאיתא בעיניה אינו בגדר לאו הניתן לתשלומין. דאם היה בכלל לאו הניתן לתשלומין, לא היה הרמב"ם מחלק שבאיתא בעיניה אינו לוקה מטעם לאו הניתק לעשה, ובלייתא בעיניה מטעם לאו הניתן לתשלומין.

וכל זאת לגבי גזילה, אולם לגבי גניבה כתב הרמב"ם (פ"א מגניבה ה"א) 'כל הגונב ממון משהו פרוטה ולמעלה עובר על ל"ת שנאמר לא תגנוב, ואין לוקין על לאו זה שהרי ניתן לתשלומין, שהגנב חייבתו תורה לשלם'. הרי שבגנב לא חילק הרמב"ם בין איתא בעיניה לליתא בעיניה, וכלל כולוהו בדין דניתן לתשלומין. וקשה אמאי בגנב באיתא בעיניה אינו לוקה משום שניתן לתשלומין, ובגזולן משום שניתק לעשה. [וראה באבן האזל פ"א מגזילה שהעיר בזה, ומה שתירץ].

ובספר המצוות באיסור גניבת ממון (ל"ט רמ"ב) כתב הרמב"ם, 'והעובר על לאו זה הוא חייב לשלם מה שזכר הכתוב, אם תשלומי כפל או תשלומי ארבעה וחמשה או להשיב הקרן לבר', ובאיסור גזל (ל"ט רמ"ב) כתב הרמב"ם 'והוא לאו הניתק לעשה, והוא אמרו והשיב את הגזלה, אבל הוא אפילו בטל את העשה שבה אינו לוקה לפי שהוא לאו שניתן לתשלומין, שאם שרף את הגזלה או השליכה בים יתן מה שהיתה שוה'. הרי לנו שבגניבה לא הזכיר הרמב"ם את העשה של והשיב, ורק בגזילה כתב 'והוא לאו הניתק לעשה'. [וראה מה שכתב במצות עשה קצד לענין גזילה, וצ"ע].

ולכאורה היה אפשר לחלק בטעם הפטור ממלקות בין גנב וגזולן. דהנה טעם עונש הכפל בגנב לפי שכביכול עשה עין של מטה כאילו אינה רואה, ואוזן של מטה כאילו אינה שומעת וכו', והואיל והאזהרה לעונש הכפל היא מ'לא תגנובו', כמבואר בתורת כהנים (שהובא לעיל אות ג), לכן לאו דגניבה אינו ניתק לעשה. דלאו הניתק לעשה היינו שהעשה מתקן את הלאו. ובשלמא בגזילה שהאיסור הוא בזה שהגזולן נשכר, או בזה שהחסיר לחבירו, תיקון הלאו הוא ע"י השבה, שכבר אינו נשכר, וגם אין חבירו חסר, אבל בגניבה שעשה עין של מטה וכו', ואת זה הרי אינו מתקן כלל בהשבתו, לכן אינו ניתק לעשה. ומ"מ הוא לאו הניתן לתשלומין.

אמנם לפי המבואר לעיל בחילוק שבין גנב לגזולן, שהגנב קונה את החפץ ואינו חייב אלא תשלומים, אבל גזולן אינו קונה את החפץ אלא לחיוב אונסין, דברי הרמב"ם אתי שפיר טפי. והוא על פי מש"כ האחרונים דהחזרת חפץ בעין שלא קנאו לא מקרי תשלומין, כיון דאינו אלא משיב לחבירו את שלו (כ"ה רעק"א ומעייני החכמה ר"ט פ"ק איזכו נקן), ולפ"ז גזולן שמשיב את החפץ

עצמו, הרי זו 'השבה' ולא תשלומים, כי החפץ שייך לבעלים כדמעיכרא. אבל גנב שמשיב את החפץ, אע"פ שהחפץ בעין, מ"מ לא הוי 'השבה' אלא תשלומים, לפי שהגנב כבר קנה את החפץ ונתחייב בתשלום שוויו כפי שהיה בשעת הגניבה. לכן דייק הרמב"ם בלשונו הזהב, שבגנב לא חילק בין איתא בעינא לליתא בעינא, כי גם באיתא בעינא לא הוי לאו הניתק לעשה, אלא לאו הניתן לתשלומין, דעשה ד'והשיב', נאמר רק בגזלן, שאינו קונה את החפץ, וכשהוא משיב, את של הבעלים הוא משיב. ולפיכך רק בגזלן חילק הרמב"ם בין איתא בעינא לליתא בעינא, דבאיתא בעינא איכא עשה ד'והשיב', ורק בדליתא בעינא הוו תשלומים.

ו. גניבה וגזילה דבר שאינו ברשות הבעלים

עוד יש לבאר לפי החילוקים הנ"ל שבין גנב לגזלן, בדינא דגניבה וגזילה של חפץ שאינו ברשות הבעלים, כגון שנגנב מהם. דתנן (פ"ק ס"ג): 'אין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל', ואיתא בגמ' (ס"ט ס"ט): דדרשינן לה מדכתיב 'וגונב מבית האיש', ולא מבית הגנב. ונחלקו הפוסקים אם התורה מיעטה אותו מכל דיני גניבה, או שרק מכפל פטור. והסכימו קצוה"ח (סי' ל"ט ס"ג) ונתיבות המשפט (ס"ט ס"ט) שכל דיני גניבה אינם נוהגים בו, דאינו עובר ב'לא תגנובו' ובי'לא תגזול', ופטור מאונסים. ופליגי בגנב ששבר את החפץ או קנה אותו בשינוי. שדעת קצוה"ח שאף ככה"ג אינו חייב משום גנב או גזלן, וחייב רק מטעם מזיק, ודעת נתיבות המשפט שחייב מדין גזלן, כיון ששנה בחטא, דמעיקרא רק הוצא את החפץ מרשות הבעלים ועכשיו הוציאו גם מבעלותו.

ונראה שהחיוב הזה אינו אלא מדין 'לא תגזול', אבל ב'לא תגנובו' לכו"ע אינו עובר.

ולפי האמור י"ל הטעם, דגנב שקונה את החפץ במעשה הגניבה (כ"ל אות ט), בעי קנין של בעלות, והגונב מן הגנב אינו יכול לקנות את החפץ כיון שאינו ברשות בעלים. אבל גזלן דלא בעי אלא קנין להתחייב באונסין, עובר נמי כשאינו מוציאו מרשות בעלים. עוד י"ל שגנב עובר על עצם מעשה הגניבה, כיון שעושה מעשהו בסתר, ובזה יש לחלק בין גניבת חפץ מרשות הבעלים לגניבת חפץ שכבר אינו ברשותו, דבהכנסו לרשות חברו לגנוב הוא מגונה יותר מהגונב מן הגנב. אבל בגזלן, מה לי מרשותו ומה לי שאינו ברשותו.

שוב ראיתי בחידושי ר"ש שקאפ (סי' ל"א אות ט) שכתב לחלק שבגנב בעי דוקא מבית האיש, משא"כ בגזלן שהגזול דבר שאינו מבית האיש נמי חייב. וכ"כ בקובץ שיעורים. ולפי האמור לעיל, מסתברא מילתא בטעמא כנ"ל.

ולפי קצוה"ח, י"ל שגם גנב וגם גזלן אינם עוברים כשהחפץ אינו ברשות הבעלים. והטעם משום שבשניהם האיסור הוא על ההפסד לחבירו, וא"כ אפשר ש'לא תגנובו' ו'לא תגזול' נאמרו רק כשמפסיד לחבירו דבר שהיה לו בו גם בעלות וגם רשות, שהיה יכול להשתמש בו וגם היה יכול להקדישו ולמוכרו. לכן גנב או גזלן אינם עוברים ב'לא תגנובו' או ב'לא תגזול' אלא אם כן מוציאים את החפץ מרשותו ושליטתו של הבעלים, דתו אינו יכול להקדישו ולמוכרו, אבל אם קודם הגניבה כבר אין החפץ ברשות הבעלים, אף שעדיין לא נתייאש ממנו, מ"מ אין

לבו כ"כ עליו ואין צערו כ"כ גדול בהפסד בעלותו, שהרי גם לפני הגניבה כבר לא היה החפץ ברשותו ובשימושו ולא היה יכול להקדישו ולמוכרו, לכן הגונבו ממנו אינו עובר ב'לא תגנובו' או ב'לא תגזול'.

ז. בדין קרקע אינה נגזלת

ובהאי חילוקא שבין גנב וגזול, יש לבאר אמאי בעינן דרשה למעט כפל בקרקע אע"פ שכבר דרשו מקרא שקרקע אינה נגזלת. דבגמ' (ב"ק ק"ז:) ילפינן מכלל ופרט וכלל למעט קרקע מחיוב אונסין ומדין 'והשיב', וילפינן נמי (ס"ס ס"ג:) למעט קרקע מכפל. ולכאורה אחר שנתמעטה קרקע מדיני גזילה, איך ס"ד לחייב כפל על הגניבה, ואמאי צריך קרא למעט. ולא מיבעיא לדעת הפוסקים שבגזול קרקע אין איסור לא תגזול (ראה תוספות ב"מ ס"א. ד"ה אלא, ותשובת הרא"ש כלל לה ס"א), פשיטא שלא שייך חיוב כפל. אלא אפילו לפוסקים דסבירא להו שעובר ב'לא תגזול', אלא שאינה נגזלת לענין חיובי אונסין, ולענין השבה, ולקנותה בשינוי רשות (ראה רמב"ם גניבה פ"ז ה"א, ושו"ת מהר"ם מרוטנברג [ד"פ ס"א תתקט"ו], נמי קשה, דמ"מ כפל מה עבדתיה, אם אינו חייב בהשבת הקרן, כ"ש דכפל אינו חייב. (וראה ברכת שמואל ב"ק ס"א לג אות ט).

ולפי האמור לעיל (אות 7) דאיסור גניבה הוא גם מצד ריבוי הממון וגם מצד שזמם לחסר לחבירו, אבל איסור גזילה אינו מצד ריבוי הממון, אלא אדרבה, רק מחמת חסרון הנגזל, י"ל דאי כתיב בקרקע רק מיעוטא וגזילה, הייתי אומר שהפטור הוא רק מחיוב הבא מחמת פסידא דבעלים, דקרקע כל היכא דאיתא ברשותא דמאריה איתא, וממילא לא החסיר הגזול לחבירו, אבל חיוב גנב שהוא על הריוח סד"א דאיכא גם בקרקע, דכל זמן שהגנב מחזיק בה הוא מרויח, קמ"ל קרא למעט גם בזה.

עוד י"ל כמו שכתבנו לעיל, שחלוק גנב מגזול, שגנב עובר על עצם מעשה הגניבה, שעושה מעשהו בסתר. לכן הוה אמינא דדוקא גזילה ליכא בקרקע, דאין הגזול מחסר לחבירו, כנ"ל, וכן אפשר דלא חשיב שמרויח. אבל איסור גניבה שהוא על המעשה המגונה, הוה אמינא דאיכא גם בקרקע, קמ"ל קרא למעט גם בזה.

ובקובץ שיעורים (ח"א ב"ק אות 5) כתב 'יצאו קרקעות וכו', מהכא ילפינן דאין גניבה בקרקע, ולקמן (ק"ז:) יליף מקרא אחרתא בגזילה ור"א פליג לענין גזילה, והכא בגניבה לא מצינו פלוגתא. ומבואר מזה דגניבה וגזילה לא ילפינן מהדדי. וכן הוא בתוספות (לעיל י"א. ד"ה אין שמיין) מירושלמי גבי אין שמיין, דאיצטריכו תרי קראי לגניבה וגזילה. ולפי זה בהא דנתמעט גונב אחר הגנב מקרא ד'וגונב מבית האיש', אפילו אי נימא דהמיעוט הוא גם לענין קרן ולא לכפל גרידא, מ"מ אין זה אלא בגניבה דכתיב קרא, ולא בגזילה דליכא קרא, וזה דלא כמ"ש בקצוה"ח (ס"א) ללמוד גזילה מגניבה.

[עיי' בקובץ שיעורים שם דשקו"ט בזה וכתב: 'אבל קשה, דא"כ בהא דילפינן מקרא דאשר גזל דשינוי קונה בגזילה, אכתי מנ"ל דקונה בגניבה. ולפי מה שכתבו בתוספות (ב"ק ס"ה: ד"ה סן) דשינוי שאינו חוזר ילפינן מקרא דהן ולא שינויהן דכתיב גבי אתנן נחא. אבל אכתי תיקשי, בשינוי החוזר מנ"ל דקונה בגניבה, דזה נלמד מקרא

דאשר גזל דכתיב בגזילה. מיהו בר"פ הגזול עצים מבואר, דהא דאין שמין לגנב הוא רק אי שינוי קונה, וכיון דבירושלמי יליף מקרא הא דאין שמין, ממילא נלמד דשינוי קונה בגנב. עוד אפשר לומר, דכמו דאפשר ללמוד הא דשינוי קונה מאתנן, והיינו דחזינן באתנן דע"י שינוי פנים חדשות באו לכאן, ומסברא ידעינן דבכה"ג נפקע חיוב השבה, וא"כ הוא הדין דאפשר ללמוד גזילה מגניבה, או איפכא אף דלכל מילי לא ילפינן להו מהדדי, מ"מ לענין שינוי אינו אלא גילוי מילתא דנעשה פנים חדשות].

ח. שיטת הרמב"ם שמחלק בין גזל עכו"ם לגניבת עכו"ם

ולפי החילוקים שנתבארו לעיל בין גניבה לגזילה, נראה לבאר את שיטת הרמב"ם גבי גזל עכו"ם. דכתב הרמב"ם (פ"א מגזילה ה"ב) 'ואסור לגזול כל שהוא דין תורה, אפילו עכו"ם אסור לגזולו או לעשקו, ואם גזלו או עשקו יחזיר'. וכתב הכסף משנה, מדדייק לכתוב אסור לגזולו או לעשקו, ולא כתב שעובר על לא תעשה, מוכח שכוונתו שאין אסור זה מן התורה.

ואיכא למידק מהא דכתב הרמב"ם (פ"א מגניבה ה"א) 'כל הגונב ממון משה פרוטה ולמעלה עובר על לא תעשה שנאמר לא תגנובו, ואין לוקין על לאו זה, ואחד הגונב ממון ישראל או הגונב ממון עכו"ם ואחד הגונב את הגדול או את הקטן'. הרי שבחודא מחתא כלל הרמב"ם את הגונב ממון עכו"ם והגונב ממון מישראל, ומשמע שעל שניהם פתח ואמר שעובר בלאו דלא תגנובו, ותימה מאי שנא גניבה מגזילה.

ולפי הנ"ל אתי שפיר, דגזילה שאיסורה מחמת הפסדו וצערו של הנגזל, א"כ כל שהנגזל הוא עכו"ם ליכא איסור לאו, דיש הבדל בין צערו וחסרונו של עכו"ם לצערו וחסרונו של ישראל. אבל גניבה שאיסורה מחמת עצם מעשה הגניבה הנעשה בסתר, בזה אין הבדל בין ישראל לעכו"ם.

ובמנחת חינוך כתב נמי כעין זה. בהא דכתב החינוך (מנ"ה נ"ד) כלשון הרמב"ם (גניבה ס"ט) 'ואחד הגונב ממון ישראל או הגונב ממון עכו"ם', וכתב על זה המנחת חינוך (נ"ז ד) 'אך נראה לי לכאורה, דאף להסוברים גזילת גוי דרבנן, מ"מ גניבת גוי אפשר דמן התורה אסור, להסוברים דאף על מנת למיקט, ואף שלו (פי"ב ז"ק כ"ג) אסור לגנוב מן התורה, מזה נראה דהתורה לא אסרה זה מדין ממון לבד, רק המדה הגרועה הזאת בעצמה התורה אסרה, א"כ בשלמא גזל דהוא רק דהתורה אסרה ממון חבירו, א"כ אפשר דשל גוי לא אסרה, כי הממון שלו הפקר לאותן שיטות, אבל גניבה דאף שלו אסור לגנוב כדי שלא ילמוד מדה הגרועה הזאת, א"כ אף מגוי אסור כדי שלא ירגיל בזה ועל זה הקפידה התורה'.

[שו"ר באבן האזל (פ"א מגזילה ה"ב) שהביא מספר חוט המשולש מהגר"ח מוואלוז'ין, שמחלק בין גזילה דכתיב לא תעשוק את רעך ולא תגזול, ואמרינן שגם לא תגזול, הוא דוקא לרעך. אבל בגניבה כתיב לא תגנובו, ואע"פ שבסיפא דקרא כתיב 'ולא תכחשו ולא תשקרו איש בעמיתו', לא אמרינן ד'איש בעמיתו' קאי גם על 'לא תגנובו', דהאנתחתא שיש על לא תגנובו באה ללמד שעובר בלא תגנובו גם אם אינו איש בעמיתו].

ט. החילוק בין גנב לטוען טענת גנב

הנה בגניבה עצמה מצינו שני אופנים, האחד, נטילת ממון מחבירו בסתר. והשני, שומר שרוצה לעכב את הפקדון בידו, ובא להפטר בטענה שהפקדון נגנב ממנו. ואע"פ שדבר זה לכאורה הוא כ'עושיק', שבא ממון חבירו לידו ברצון הבעלים ואינו מחזירו (נראה רמב"ם פ"א מגזילה ה"ד), חידשה התורה שאם השומר בא להפטר בטענת גניבה, הרי זה בכלל גניבה וחייב כפל.

בפ' משפטים כתיב 'כי יגנב איש שור או שה וטבחו או מכרו חמשה בקר ישלם תחת השור וארבע צאן תחת תחת השה וכו' אם המצא תמצא בידו הגניבה משור עד חמור עד שה חיים שנים ישלם' (שמות כא' א – כ"ג). ופרשה זו נאמרה בחיוב כפל ודו"ה של גנב. ובפרשת שומרים (ס"ב כ"ו-כ"ז) חזר הכתוב ושנה, 'כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור, וגונב מבית האיש אם ימצא הגנב ישלם שנים. אם לא ימצא הגנב ונקרב וגו' על כל דבר פשע וגו' אשר ירשיעון אלקים ישלם שנים לרעהו'. ובגמ' ב"ק (ס"ג:) נחלקו אם קרא ד'אם ימצא הגנב' איירי בגנב ממש, או בטוען טענת גנב כמו המשך הכתוב 'אם לא ימצא הגנב'.

והחילוק בין גנב לטוען טענת גנב, דטוען טענת גנב אינו חייב כפל אלא אם כן נשבע על טענתו שהחפץ נגנב, ואח"כ נמצא שהוא עצמו גנבו, דרק כאשר 'ונקרב בעה"ב אל האלקים' לשבועה, חייבו רחמנא כשנמצא שהוא גנבו, אבל גנב חייב כפל גם בלא שבועה. וביאר בשיטמ"ק (פ"ק ס"ז:) בשם ה"ר יהונתן, בהא דאמרו בגמ' (ס"ג) דגנב חייב כפל אפילו שלא בשבועה, 'כלומר לא בעינן שיחשדוהו תחילה ויכפור וישבע מאליו על זה, ואחר כך נודע שהוא גנבו, אלא אף על פי שלא חשדוהו בדבר עד שהוכר הגנב ישלם שנים'.

הטעם שאין הטוען טענת גנב אינו חייב כפל אלא בשבועה

הנה הא דתלה הכתוב חיוב כפל דטוען טענת גנב בשבועה דוקא, יש לבאר בד' אנפי:

חדא, משום שכל זמן שלא נשבע השומר אינו נפטר מהתשלומים, וממילא לא הפסיד לבעלים כלום, ורק משנשבע ונפטר נגמרה גניבתו. ולפי זה, במקום שנפטר בלי שבועה, יתחייב כפל גם בלי שבועה, שהרי כבר נגמרה גניבתו. אלא שכל זאת רק אחרי דאסיק בגמ' שגנב חייב כפל גם בלא שבועה, דלפ"ז אפשר לומר שגם הטוען טענת גנב, אם נגמרה גניבתו בלא שבועה חייב כפל, אבל לס"ד בגמ' שגם גנב אינו חייב כפל אלא בשבועה, פשיטא שהטוען טענת גנב אף אם נגמרה גניבתו אינו חייב כפל בלא שבועה.

ובאור שמח (פ"ד מגניבה ה"י) כתב בדעת הרמב"ם (ס"ג), דמשום הכי טוען טענת גנב אינו חייב כפל אלא כשנשבע שנגנבה, משום דכל זמן דלא נשבע הרי השומר עדיין חייב בתשלומי הפקדון לבעלים, ועדיין לא הפסידו דהרי אומר לו או השבע או שלם, ורק כשנשבע ונפטר אז נגמרה גניבתו, היינו כפירתו, ואז שויה רחמנא כגנב לשלם כפל.

ופירש באור שמח ע"פ זה את דברי התוספות בב"ק נו': (ד"ה גמלא). דאיתא בגמ' (ס"ג) דלא משכחת טוען טענת גנב בשומר שכר [שהרי בסתם טענת גנב הוא חייב], והקשו בתוספות, 'וא"ת

אכתי נמצא שומר שכר משלם כפל בטוען טענת גנב בבעלים, וכתבו 'ושמא אין שייך כפל בטוען טענת גנב בענין זה', והרי בכה"ג אין השומר חייב שבועה, אלא מוכח דס"ל לתוספות כצד הראשון שהבאנו, שהשבועה היא רק כדי להפטר מהבעלים, ולפיכך שומר שכר שטוען טענת גנב בבעלים, כיון שפטור משבועה, אשתכח דבטענתו שנגנבה הוא נפטר מתביעת המפקיד, והוי גנב. עוד כתב האור שמח, שיתכן שזו כוונת התוספות במה שכתבו 'ושמא אין שייך כפל בטוען טענת גנב בענין זה', והיינו דנסתפקו בספק הנ"ל. [נראה קצוה"ח סי' רצא ס"ק יח].

ולכאורה צ"ב לצד הספק דלא בעינן שבועה לחייב כפל בטוען טענת גנב אלא משום שבשבועה נגמר כפירתו, אי משום הא, אמאי בעי קרא להצריך שבועה, הרי פשיטא שאם לא נשבע ולא נגמר כפירתו במה יחשב כגנב. וי"ל שלולי הכתוב היה ס"ד שיחשב כגנב גם בשלא נגמר כפירתו, והוא עפ"י מה שאמרו בגמ' ב"ק (ט) דלא כתבינן אורכתא אמטלטלי דכפריה משום שאינו יכול להקדישו, ופירש רש"י (ד"ה מקום לר' יוחנן) דמיירי במטלטלין דפקדון, והקשו בתוס' (ד"ה לא כתבינן), הרי הא דלא כתבינן משום שאינו יכול להקדישו, והרי בפקדון יש כח לאדם להקדישו, ותירץ קצוה"ח (סי' קנ"ט) דאפי' במטלטלי ופקדון וציית דינא, אלא שיש לו איזה טענה או תביעה על הפקדון שאינו רוצה הנפקד להחזיר עד שיקוב הדין ביניהם, נמי הו"ל דבר שאינו ברשותו כיון שאינו עתה ברשות המפקיד, ע"ש. והיינו כי כל הענין שברשות שומר נקרא ברשות בעלים, כי יד שומר כיד בעלים ורשות שומר כרשות בעלים, אבל בדכפריה שאינו מחזיקו בתורת פקדון, שוב אין רשותו רשות בעלים, א"כ בעצם הכפירה הוציאו מרשות בעלים והכניסו לרשות עצמו, כי מקודם הרשות היה של בעלים ועכשיו הרשות הוא של עצמו, וא"כ בעצם הכפירה נחשב כגנב שהוציא מרשות בעליו, ולכן ס"ד דלא בעי שבועה, קמ"ל קרא דמ"מ בעי שבועה. והטעם, או משום שאינו נחשב כגנב לחייב כפל אלא בנגמר כפירתו בשבועה שנפטר מתשלומים, או שענין השבועה לאו משום נגמר כפירתו אתינן עליה, כי גם אם נגמר כפירתו בלא שבועה, מ"מ אינו חייב כפל אלא בשבועה. [נראה ח"י הרי"ם ב"מ לה: ד"ה והשאלה, תוה"ד המתחיל אך כל הנ"ל וכו', מש"כ כשכפר כתי' והשיב את הגזילה וכו' או את הפקדון וכו' דכלתה שמירתו ואינו ברשותו דמאריה בשעת כפירה וכו' ממילא חיוב השבה עליו וכו'].

גם י"ל שזה גופא תלוי במחלוקת רש"י ותוס' בשמעתתא דאורכתא, שלפי רש"י שבפקדון דכפריה נחשב כאינו ברשות מפקיד להקדישו ולהקנותו, א"כ בעצם הכפירה כבר הוציא מרשות בעלים לרשות שומר, ומן הדין היה להחשיבו כגנב, ומ"מ גזרה תורה בשבועה דייקא, א"כ גם כשנגמר כפירתו בלא שבועה בעינן שבועה דייקא. אבל לתוס' שבפקדון דכפריה עדיין נחשב כרשות בעלים, א"כ בכפירה בעלמא לא עביד מידי כי רק בשבועה שנגמר כפירתו ונפטר הוציא מרשות בעלים ונעשה גנב. א"כ אפשר שזה הספק בתוס', דאפשר שטעם הכתוב שהצריך שבועה הוא כי בלא שבועה לא נגמר כפירתו וליכא גניבה לחייבו בכפל כנ"ל. ולפ"ז כשנגמרה כפירתו בלא שבועה באמת חייב כפל גם בלא שבועה, או שכשלא נגמר כפירתו לא היה צריך קרא למעט שהרי לא עביד מידי, וכל הכתוב שאינו חייב כפל אלא בשבועה לא בא אלא לחדש שגם כאשר נגמר כפירתו ונעשה מעשה גניבה בלא שבועה, שאעפ"כ אינו חייב כפל אלא בשבועה.

אולם מו"ר בגידולי שמואל (ב"ק סג:) הוכיח מדברי התוספות בב"ק סב: (ד"ה ילאו קרקעות), דהיכא דנפטר השומר בלא שבועה, ליכא כפל בטוען טענת גנב. דהקשו התוספות, כיון דהתמעטו קרקעות משבועה כדאמרינן בפרק הזהב (ב"מ טו:), תיפוק ליה דאין בהם כפל בטוען טענת גנב דלא משלם אלא בשבועה, ואי נימא שבמקום שהשומר נפטר בלי שבועה חייב כפל גם בלא שבועה, אדרבה אם לא בעי שבועה בקרקע ונפטר בטענתו לבודה, נימא דיתחייב כפל אף כשאינו נשבע, כגנב עצמו, ומדלא הזכירו כלל צד זה, משמע דפשיטא להו שבכל ענין שאין שבועה, אין כפל בטוען טענת גנב.

ולפ"ז י"ל שתוס' שהקשו בקרקעות עבדים ושטרות, תיפוק ליה דאין בהם כפל בטוען טענת גנב דלא משלם אלא בשבועה, על כרחך דס"ל כצד הספק בתוס' הנ"ל (ב"ק טו:), שגם בנגמר כפירתו בלא שבועה אינו חייב כפל בטוען טענת גנב אלא בשבועה.

אולם לא נתפרש טעם הדבר, למה באמת כאשר נגמרה כפירתו בלא שבועה לא חייבה תורה בכפל אלא בשבועה. והנה רש"י (ב"ק טו: ד"ה קרנא בלא שבועה) כתב 'ואע"פ שיש בשומר שכר כפל בטוען טענת לסטים מזוין, אין זה חומר, דכפל אינו בשומריין עד שישבע לשקר שנגנבה הימנו וכו', הלכך קנסא משום שבועה הוא דקנסיה רחמנא'. ולהנ"ל י"ל דרש"י לשיטתו, שאין תנאי השבועה מטעם דבעינן שיהיה נגמר כפירתו, כי גם בלי שנגמר כפירתו נעשה גניבה שיצא מרשות לרשות, ועל כרחך שתנאי השבועה הוא כי כל חיוב הכפל בשומר שטוען טענת גנב אינו אלא קנס על השבועה, כנ"ל.

ואכן רש"י לשיטתו בשמעתתא דר"ח (ב"ק טו: ד"ה תנא ליה), שכתב: 'והא דנקט הכא והשואל, לאו דוקא, דהא לא משכחת ביה דנפטר לא בטוען טענת גנב ולא בטוען טענת גזולן שהרי הוא חייב בכלור', והקשה בהגהות פורת יוסף, הא אשכחן בשאלה בבעלים דפטור, וכמ"ש התוס' (ב"ק טו: ד"ה ממלא) ע"ש, ולהנ"ל אתי שפיר, דרש"י לשיטתו שגם אם נגמר כפירתו אינו חייב כפל אלא בשבועה שהכפל הוא קנס על שנשבע לשקר, וא"כ גם בטוען טענת גנב בבעלים אף שנגמר כפירתו, מ"מ כיון שאינו נשבע אינו חייב כפל.

והענין שחייביה רחמנא קנסא דכפל על שנשבע לשקר, י"ל שאינו קנס על שבועת שוא בעלמא, שלא מציינו מי שישבע שבועת שוא שיתחייב קנס, רק בהאי שבועה דוקא, שבגמ' ב"מ (לה:) אמרינן שהוא להפיס דעתו של בעה"ב, ופי' ר"ח מטלז (רי"ג ב"מ בגדלי שבועה) דהוי כעין תשלומין, שבמקום שאין כח לחייבו תשלומי ממון חייבתו התורה לפחות תשלום שבועה שבזוה תתפייס במקצת דעת התובע, דאם ישבע על שקר יהיה לו עונש שבועה. והביא רביה מהגמ' ב"ק (קו:) בהא דאר"ה אמר רב מנה לי בידך וכו' כיון שקבלו הבעלים שבועה שוב אין משלם ממון וכו', הרי שענין השבועה הוי תשלומין שבזוה נתפייס התובע, ע"ש. וא"כ לפ"ז כשנשבע לשקר, הרי התשלום ששילם עם השבועה היה תשלום שוא, לכן קנסו רחמנא בכפל על שבשבועת שקר בא לשלם לבעלים.

גם י"ל עפ"י מה שחקרו האחרונים במה שחייבה התורה לישבע ואם לא ישבע ישלם, אם הפירוש הוא שעיקר החיוב הוא שבועה אלא שיכול לפטור עצמו מן השבועה אם ירצה

לשלם, או דלמא עיקר החיוב הוא שישלם אלא שיכול לפטור עצמו מן התשלומין ע"י שבועה. ובחידושי ר"ח מטלז (כ"ח בענין חיוב טענת מוכמ"ק) רצה לפרש שבזה פליגי ב' התירוצים בתוס' ב"מ (ה. ד"ה טכנגזו) עי"ש. ומעתה י"ל שאם החיוב הוא שישלם אלא שפוטר עצמו מן התשלומין ע"י שבועה, א"כ זה שבא לפטור עצמו מתשלום ע"י שבועת שקר, קנסו רחמנא באותה מדה, שלא רק שלא ירויח לפטור עצמו אלא אף לקנסו בסכום שכנגד להפסיד כיון שבשבועת שקר בא לפטור עצמו.

כל זה מבואר בשיטת רש"י, אולם בשיטת הרמב"ם נראה שדרך אחרת עמו. כמו שדייק הגרי"ח סנקביץ ז"ל בחידושו ל"ב"ק (סי' כה) מלשון הרמב"ם (פ"ד מנייב"ה ה"א) שכתב 'הטוען שנגנב מביתו הפקדון אם נשבע ואח"כ באו עדים ששקר טען ושהפקדון הזה אצלו הרי זה משלם תשלומי כפל שהרי הוא עצמו הגנב וכו'', הרי שחיוב הכפל אינו משום קנס על השבועה, אלא משום לתא דגניבה שהרי הוא עצמו הגנב. ולפי דבריו, טעם החיוב בשבועה הוא כמו שכתב באבן האזל (גניבה טז) שבהכחשה שהוא דיבור בעלמא לא נעשה גנב משום שאין בו מעשה והוי כגונב בלי מעשה לכן צריך שבועה, ומה"ט גם במקום שנפטר מלשלם ע"י כפירה בעלמא צריך שבועה, עי"ש. והענין כי בכפירה בעלמא אף שיצא מרשות לרשות שמקודם רשות שומר כרשות בעה"ב ובכפירתו כלתה שמירתו והרי הוא ברשות שומר גרידא, מ"מ ההוצאה מרשות לרשות לא עשה במעשה ככל גנב, רק בדיבור בעלמא, ובגנב לחייבו כפל בעינן גם מעשה, לכן אין החיוב אלא בשבועה שהוא כמעשה. ואף שבכפירתו נחשב לדיבורא דאתעביד מעשה, כי בכפירתו נעשה מעשה של הוצאה מרשות לרשות כנ"ל, מ"מ י"ל שלחייבו בכפל הצריכה תורה מעשה מעליא יותר, ולכן החמירה תורה בשבועה דייקא.

והנה משיטת התוס' משמע שאינו לא כרש"י ולא כרמב"ם, כי התוס' תירצו בקרקעות עבדים ושטרות דס"ד שחייב כפל מחמת גלגול שבועה, והקשה בקובץ שיעורים דלא מצינו כפל אלא היכא דנשבע שבועת השומרים, אבל שבועה ע"י גלגול אינה שבועת השומרים אלא שבועה אחרת, ומן הנראה שזה תלוי בהנ"ל, כי בודאי אם חיוב השבועה לחייבו בכפל הוא משום שהשבועה היא המעשה של הגניבה שבכפירתו, א"כ בגלגול שבועה שחלות הגניבה נעשה בכפירתו בלבד ומעשה השבועה אינו לעשות מעשה הגניבה, אלא מדין גלגול שבועה ממק"א, א"כ אינו ענין לחייבו במעשה זה על הגניבה שבכפירתו. וכן אם נפרש כרש"י שהכפל הוא קנס על השבועה, ופירשנו שאין הקנס על שבועת שוא בעלמא, אלא על השבועה הזו שעל ידו בא לפטור עצמו מהתשלום, א"כ אם הפטור מהתשלום ניפטר גם בלי השבועה, ואין השבועה הגורמת לפטור התשלום, למה יתחייב עליה בקנס של כפל, ועל כרחך שדעת התוס' אינו לא משום מעשה גניבה ולא משום קנס, אלא מגזה"כ שאין לחייב טוען טענת גנב בכפל בלי שיהיה לו שבועה, ולכן גם אם השבועה לא באה אלא ע"י גלגול סגי לן בהא, כן נראה פשוט.

ומעתה אחרי כל החזון הזה יש לפנינו ד' שיטות:

שיטה ראשונה, דבעינן שבועה לחייבו בכפל, כי בשבועה נגמר כפירתו ונעשה גנב. ולפ"ז אם נגמרה כפירתו בלי שבועה, כמו בטוען טענת גנב בקרקעות עבדים ושטרות וכיו"ב, מן הדין היה לחייבו בכפל גם בלי שבועה. ושיטה זו נכונה לפי האמת בגמ' ב"ק (סג:) שרק בטוען

טענת גנב בעינין שבועה לחייבו בכפל ולא בגנב עצמו, כי לפי מה דס"ד שגם בגנב עצמו בעינין שבועה לחייבו בכפל פשיטא שבטוען טענת גנב גם בנגמר כפירתו בלי שבועה אינו חייב כפל, ורק לפי האמת שיש חילוק בין גנב לטוען טענת גנב, אז י"ל החילוק, כי בטוען טענת גנב ע"י השבועה נגמר כפירתו כנ"ל.

שיטה שניה, שגם בנגמר כפירתו בלי שבועה אינו חייב כפל אלא בשבועה, כי בהעדר השבועה נעשה הגניבה כדיבורא בעלמא בלי מעשה, ולא חייבה תורה בכפל אלא ע"י מעשה דידה.

שיטה שלישית, שאין ענין הכפל בטוען טענת גנב מצד הגניבה, אלא מצד השבועה, שרחמנא קנסיה בכפל משום שנשבע לשקר.

שיטה רביעית, שאין תנאי השבועה אלא מגזירת הכתוב, שאינו חייב כפל בטוען טענת גנב אלא בשבועה.

ובטוען טענת גנב בבעלים, לפי השיטה הראשונה, מן הדין היה לחייב בכפל גם אם אינו נשבע, אבל לפי השיטה השניה והשלישית והרביעית, אם אינו נשבע בטוען טענת גנב, בבעלים פשיטא דליכא כפל. ומה שנסתפקו בתוס' (ו:): אם יש כפל, פירש קצוה"ח (סי' לא ס"ק יח) שנסתפקו אם בשמירה בבעלים נשבע שבועת השומרים, ע"ש. ובאור שמח הנ"ל פירש, שבודאי לא נשבע שבועת השומרים, רק הספק של התוס' הוא בהא גופא, אם הא דבעינין שבועה לחייבו בכפל הוא משום שבלי שבועה לא נגמר כפירתו כשיטה ראשונה, ולכן בטוען טענת גנב בבעלים שנגמר כפירתו בלי שבועה יש לחייבו בכפל גם בלי שבועה, או שגם בנגמר כפירתו בלי שבועה גזרה רחמנא שאינו חייב כפל בטוען טענת גנב אלא בשבועה, ולכן גם בטוען טענת גנב בבעלים אינו חייב כפל אף שנגמר כפירתו, דמ"מ ליכא שבועה.

הטעם שטוען טענת גנב אינו חייב אלא בשבועה אף היכא שנפטר בלא שבועה

עוד זאת י"ל בטעם שהגנב מתחייב בכפל גם בלי שבועה, וטוען טענת גנב אינו מתחייב אלא בשבועה, דגנב שבאיסורא אתא לידיה, ולכתחילה בא לגנוב, חמור יותר משומר שבהתירא אתא לידיה, ולא בא עליו בגניבה מתחלה, אלא שבעוד החפץ בידו נתפתה לגנוב, ובזה מן הדין לא היה לקונסו בכפל, אם לאו שכפירתו באה בשבועה, שמחומר השבועה החמירה התורה לקונסו בכפל.

והדין נותן כן, דגנב חטא בכפלים, גם בזה שהוציא את החפץ מרשות בעליו ועשה קנין גניבה, וגם בזה שמחזיק בידו חפץ של חברו שלא כדין, דזה שמחזיקו שלא כדין נמשך מהגניבה שעשה, לכן מן הדין לחייבו בכפל. אבל הטוען טענת גנב, הרי החפץ לא בא לידו בקנין גניבה, אלא שבטענת הגניבה נשאר חפץ של חברו בידו שלא כדין, לכן אינו חמור כ"כ לחייבו כפל, ורק כאשר הטענה השארת החפץ בידו באה ע"י שבועת שוא, החמירה בו תורה לחייבו כפל.

וכיון דאתינא להכא שיעקר החיוב בטוען טענת גנב אינו על גוף המעשה אלא על הטענה שבזה בא לפטור עצמו, לכן יש חילוק בין טוען טענת גנב לטוען טענת גזלן [שתמהנו בראש הדברים

מה הנפ"מ באיזו טענה הוא פוטר את עצמו, הרי בכל טענה שהוא נפטר בה, הוא גונב מהבעלים, והוא בבחינת עושה עין של מטה וכו'], דמאחר והטענה היא המחייבת, חיובו הוא לפי מידת הטענה.

י. גזל שיש בו צער ואין בו חפרון ממון

הרמב"ם (פ"א מגניבה ה"ב) כתב 'אסור לגנוב כל שהוא מדין תורה'. וכ"כ גבי גזל (פ"א מגזילה ב ה"ז) שאסור לגזול כל שהוא דין תורה. וכתב הרב המגיד (גניבה ט"ז) שהוא מדין חצי שיעור. ובשו"ת שואל ומשיב (מהדורא רביעאה ח"ג סי' ק) הביא שהקשו למה ליה לדין חצי שיעור, תיפוק ליה דאית ליה צערא אף בפחות מכשיעור. (וראה ב"ח חו"מ סי' קט"ו ש"מ).

והנה הקשו האחרונים על הרשב"א (ב"ק קט). שכתב בפחות משה פרוטה 'אע"ג דממונא ליכא צערא מיהא איכא', דא"כ בפחות משה פרוטה ילקה משום 'לא תגזול' כיון דאיכא איסור ולא שייך ביה השבה [ועי' ח"י הרי"ם חו"מ סי' שמח ס"א ד"ה והנה בש"ס, ועמק יהושע דיני חמץ סי' ה ד"ה ולי נראה].

ואמנם נראה שהרשב"א דייק בלשונו, שלא כתב 'מ"מ עבר', אלא 'מ"מ אסור', והיינו שאין בזה אלא איסורא בעלמא, אך אינו עובר, ולכן אינו לוקה. אולם לכאורה אי לא תגזול הוי על צערא לחודא, א"כ גם הגזול פחות משה פרוטה עובר על הלאו ממש, ולא הוי רק איסור בעלמא.

אלא ביאור הענין, שבדאי עיקר הלאו דלא תגזול הוא בדאיכא תרתי, גם שמחסר ממון חבירו, וגם על צערו של חבירו, וכל דאיכא רק חדא מינייהו אינו עובר. ומ"מ גם בדאיכא חדא מינייהו אסור מה"ת מדין חצי שיעור באיכות. והיינו כעין שכתב הרב המגיד (פ"ח ממאכלות אסורות ה"י) שאיסור הנאה הוא כדין חצי שיעור, שאסור מן התורה ואין לוקין עליו. וכתב השפת אמת (פסקים לא): בשם חידושי הרי"ם בביאור דברי המגיד משנה, שבתורה כתיב איסור אכילה, וכל אכילה כוללת את עצם האכילה ואת ההנאה שמהאכילה, לכן הנאה לחוד אסורה מדין חצי שיעור באיכות, ששיעור האיסור הוא כשיש בו גם מעשה אכילה וגם הנאה. והכי נמי בגזל, שיעור האיסור הוא כשיש בו גם חסרון ממון וגם צערא, ובדאיכא רק צערא הרי הוא חצי שיעור באיכות, ולכן בפחות משה פרוטה שאין בו משום חסרון ממון, אינו לוקה אף דאיכא צערא. ומדוייק לשון הרשב"א שלא כתב 'עובר', אלא 'אסור', דאינו אלא איסור בעלמא מדין חצי שיעור באיכות.

ולפ"ז אתי שפיר שיטת הרב המגיד שפחות משה פרוטה אסור מדין חצי שיעור, ולא כתב שאסור משום דאית ליה צערא, שכוונתו לחצי שיעור באיכות, והוא מחמת הצער.

והנה נחלקו הפוסקים בגניבה על מנת למיקט, או על מנת לשלם תשלומי כפל, אם איסור זה הוא מן התורה, או שהוא מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא (ראה לעיל אות ג). ונראה דלכאורה הדבר תלוי בביאור הנ"ל בגדר איסור גזילה, שאם האיסור הוא משום צערא לחודא, א"כ עובר גם על מנת למיקט או על מנת לשלם. אבל אם הלאו הוא רק בדאיכא תרתי, ובצערא לחוד אינו אלא חצי שיעור, א"כ על מנת למיקט ג"כ אינו אלא חצי שיעור.

ומעתה יש לומר, דגזילה על מנת למיקט שאיסורה מחמת צערא, אינה אסורה אלא בישראל. אבל בעכו"ם, כמו שאין איסור לחסרו, כך גם אין איסור לצערו. אלא דזהו רק בגזילה, דאין איסורה מצד גנות המעשה, אבל בגניבה שהאיסור הוא מחמת גנות המעשה, לא שנא ישראל ולא שנא עכו"ם אסור, כדברי המנחת חינוך הנ"ל.

ולכאורה נראה, דמזה הטעם כלל המחבר בשו"ע (סי' שמח סעי' 6) דין גניבת כל שהוא ודין גניבה על מנת לשלם בחדא מחתא, שכתב 'אסור לגנוב אפילו כל שהוא דין תורה, ואסור לגנוב אפילו דרך שחוק, ואפילו על מנת להחזיר או כדי לשלם תשלומי כפל או כדי לצערו, הכל אסור כדי שלא ירגיל עצמו בכך'. והיינו משום דבשניהם הטעם משום צערא. אך זה אינו, כי המחבר דייק להפריד בין האיסור לגנוב כל שהוא, לבין האיסור לגנוב דרך שחוק. שבאיסור לגנוב כל שהוא כתב המחבר שהוא דין תורה, ועל דרך שחוק כתב איסור בסתמא ולא כתב שהוא דין תורה. ולא עוד אלא שנתן טעם 'שלא ירגיל עצמו בכך', ומסתברא שהוא הרחקה דרבנן.

ואכן הרמב"ם בהל' גזילה (פ"א ה"ב) כתב 'ואסור לגזול כל שהוא דין תורה, אפי' עכו"ם אסור לגזולו או לעשקו ואם גזלו או עשקו יחזיר', ובכסף משנה כתב דמדדייק לכתוב אסור לגזול או לעשקו, ולא כתב שעובר על לא תעשה, מוכח כוונתו שאין איסור זה מן התורה. וכמו כן יש לדייק מלשון הרמב"ם הל' גניבה (פ"א ה"ב) 'אסור לגנוב כל שהוא דין תורה, ואסור לגנוב דרך שחוק, או לגנוב על מנת להחזיר, או לגנוב על מנת לשלם'. והמחבר עצמו העתיק את לשון הרמב"ם, ומוכח שמחלק בין כל שהוא לדרך שחוק.

עושק

כאמור לעיל, עושק הוא עיכוב ממון חבירו הנמצא בידו. ואיסור העושק הוא בשני אופנים. האופן הראשון, הוא עיכוב ממון שהיה כבר ביד חבירו, כלשון הרמב"ם (פ"א מגזילה ה"ה) 'איזה הוא עושק, זה שבא ממון חבירו לתוך ידו ברצון הבעלים, וכיון שתבעוהו כבש הממון אצלו בחזקה ולא החזירו, כגון שהיה לו ביד חבירו הלואה או פקדון או שכירות והוא תובעו ואינו יכול להוציא ממנו מפני שהוא אלם וקשה'.

האופן השני, הוא עושק שכר שכיר. ומצד אחד יש בו קולא לעומת האופן הקודם, וכן לעומת גניבה וגזילה, שהממון שמעכב לא היה מעולם ברשות בעליו. אך מצד שני חמור הוא מכולם, כיון שהפועל טרח בו. וכמבואר בגמ' (ב"מ קיא:–ק"ב). 'ואליו הוא נושא את נפשו, מפני מה עלה זה בכבש ונתלה באילן ומסר את עצמו למיתה, לא על שכרו'.

יא. מחלוקת רש"י והרמב"ם מהו עושק

שיטת רש"י שעושק הוא הכובש שכר שכיר

והנה בגמ' באיזהו נשך (ב"מ ס"א), איתא: 'לאו בגזול למה לי, לכובש שכר שכיר. כובש שכר שכיר בהדיא כתיב לא תעשוק שכיר עני ואביון, לעבור עליו בשני לאוין'. וכתב רש"י (ס"ד ד"ה

ובעניינא) 'כל עושק כבישת שכר שכיר הוא'. וכן פירש"י על התורה, בכתוב 'לא תעשק את רעך' (ויקרא יט יג), 'זה הכובש שכר שכיר'. ובכתוב 'לא תעשק שכיר עני ואביון' (דברים כד יד) פירש"י 'והלא כבר כתוב, אלא לעבור על האביון בשני לאוין, לא תעשוק שכר שכיר שהוא עני ואביון, ועל העשיר כבר הוזהר לא תעשוק את רעך'. הרי ששיטת רש"י ד'עושק' היינו כובש שכר שכיר.

ובגמ' בהמקבל (ב"מ קיא.) 'כל הכובש שכר שכיר עובר בחמשה שמות הללו, ועשה. משום כל תעשק את רעך, ומשום כל תגזל, ומשום כל תעשק שכיר עני, ומשום כל תלין, ומשום ביומו תתן שכרו, ומשום לא תבא עליו השמש'.

עוד בגמ' שם 'איזה הוא עושק ואיזהו גזל. אמר רב חסדא, לך ושוב לך ושוב, זה הוא עושק, יש לך בידי ואיני נותן לך, זה הוא גזל וכו'. אלא אמר רב ששת, נתתו לך, זהו עושק, יש לך בידי ואיני נותן לך, זה הוא גזל וכו'. אלא אמר אביי, לא שכרתוך מעולם, זה הוא עושק, נתתו לך, זה הוא גזל וכו'. רבא אמר זה הוא עושק זהו גזל, ולמה חלקן הכתוב, לעבור עליו בשני לאוין. ופירש רש"י (ד"ה גזל) 'גזל, משמע שאנסו בידו מידו ממש, טפי מעושק, דכתיב (שמואל ב ג) ויגזול את החנית מיד המצרי וכן (סופטים ט) בבעלי שכם ויגזלו את כל אשר יעבור עליהם בדרך'.

מכל הלין שמענו שעושק משתעי בכובש שכר שכיר, אך אינו כולל סירוב להשיב הלואה או פקדון.

שיטת הרמב"ם וסייעתו שעושק הוא כל עיכוב ממון

אולם הרמב"ם חולק, שכתב (פ"א מגזלס ה"ג-ד): 'איזה הוא גזול, זה הלוקח ממון האדם בחזקה, כגון שחטף מטלטלין מידו, או שנכנס לרשותו שלא ברצון הבעלים ונטל כלים משם וכו', וכל כיוצא בזה הוא הגזול, כענין שנאמר ויגזול את החנית מיד המצרי'. איזה הוא עושק זה שבא ממון חבירו לתוך ידו ברצון הבעלים, וכיון שתבעוהו כבש הממון אצלו בחזקה ולא החזירו, כגון שהיה לו ביד חבירו הלואה או פקדון או שכירות, והוא תובעו ואינו יכול להוציא ממנו מפני שהוא אלם וקשה, ועל זה נאמר לא תעשוק את רעך'. ומבואר בדבריו, שגם עיכוב הלואה ופקדון הוא בכלל עושק.

וכן בספר המצוות (ל"ט ז) הגדיר הרמב"ם את הגניבה, הגזילה והעושק. וז"ל: 'שהזהירנו מהחזיק במה שאצלנו בעין שהתחייבנו בו ושלא לעכב אותו ולא נתנהו, והוא אמרו יתעלה לא תעשוק את רעך. וזה שהגנבה היא לקיחת מה שאצל אחר בתחבולה ובסתור וכו'. והגזל הוא לקיחת מה שאצל אחר באונס והכרח ובמריבה וכו'. והעושק הוא שיהיה לזולתך אצלך דבר בעין, רוצה לומר שקבלת עליך ובאמונתך ממון ותחזיק בו ולא תתנהו לו באונס או בלא אונס אבל בדחיה ורמיה, הוזהרנו גם כן מזה הפועל באמרו לא תעשוק. ובבאור אמרו בספרא, לא תעשוק עושק שהוא של ממון ואי זה זה הכובש שכר שכיר, וכן כל מה שדומה לו. ואמנם המשיל בשכר שכיר בעבור היותו חוב גמור עליך, ואע"פ שהוא לא נתן לך מאצלו ממון ולא הגיע לידך מצדו ממון עם כל זה אחר שבא לו אצלך חוב ידוע הוזהרת מהחזיק בו.

גם בספר החינוך (מלו"ה רכח) במצוה שלא לעשוק, כתב: 'שלא נחזיק במה שיהיה בידנו מזולתנו דרך אונס או דרך דחייה ורמאות, כמו אנשי און שדוחים בני אדם לאמר להם לך ושוב כדי לסבב שישאר להם מה שבידם מזולתם וכו'. ובכלל עושק הוא ג"כ כל שחייב לחברו ממון מעויין [מסויים] ועושק אותו, כגון כובש שכר שכיר וכיו"ב. דלא בעינן שיבוא ממש ממון מיד העשוק ליד העושק, אבל כל שיש לו אצלו תביעת ממון מעויין והוא דוחה אותו מחמת אלמות שיש בו או כל צד רמאות, נקרא עושק'. וכ"כ בשו"ת מהרשד"ם (חו"מ סי' קפג): 'ולדעתי לא נפיק זה מדין גזלן, דתרי לאוי נינהו, חד לא תעשוק לרעך ולא תגזול. וכתב הרב בעל החינוך וז"ל: כל שיש אצלו תביעת ממון מענין והוא דוחה אותו מחמת אלמות שיש בו או כל צד רמאות נקרא עושק"⁴.

וכן כתב הטור (חו"מ סי' קנט): 'וכשם שאסור לגזול כך אסור לעשוק וכו'. ועושק זה שבא ממון חברו לידו ברצון חברו, כגון בהלואה או בפקדון או שכירות, וכשבא לתבעו אינו מחזירו ומחזיק בו בחזקה'. וכע"ז כתב השולחן ערוך (סס סעי' ח).

וכן כתב בחתם סופר (כ"מ ס"א): 'דע כי לא תעשוק כולל כל מיני ממון שבאים ליד אדם בהיתר, כגון מלוה או פקדון או שכר שכיר וכדומה, והוא כובשו תחת ידו'. וכן בפני יהושע (כ"מ ס"ג ד"ה לענור עליו), כתב 'סתם עושק היינו היכא דמעיקרא בהיתרא אתא לידיה, לא שנא שכר שכיר לא שנא אינש דעלמא'. והוכיח כן מהגמ' בב"מ (סס).

אולם הגרע"א (בדלו"ה וחלו"ה כ"מ ס"א). כתב על הגמ' בב"מ (סס) 'אלא לאו בגזל למה לי, לכובש שכר שכיר, וז"ל: 'מכאן משמע להדיא דקרא דלא תעשוק את רעך מיירי ג"כ משכיר, מדלא קאמר דל"ת קאי לכבוש מה שבידו מחבירו בהלואה או פקדון וכובש ש"ש מאן דכר שמה. וגם מדאמרינן בענינא דשכיר כתיב, משמע להדיא דה"נ קרא מיירי בשכיר. והיינו כפירש"י בחומש אהך קרא דלא תעשוק דמיירי בשכיר. אבל מדברי הרמב"ם ריש הל' גזילה, ובסמ"ג מבואר דכובש הלואה או פקדון היינו עושק, וצ"ע'. [ע"ש ברעק"א דשקו"ט בשיטת רש"י, ומה שפירש בדברי התוס' בב"מ (כו: ד"ה אינו עובר), וע"י בשו"ת רעק"א מהדו"ת סי' קמב].

באנו א"כ למחלוקת בגדר 'עושק'. שלדעת רש"י רק עושק שכר שכיר הוא בכלל 'לא תעשוק'. אבל לרמב"ם והחינוך וסייעתם, 'לא תעשוק' כולל כל מיני ממון שבאים ליד אדם בהיתר והוא כובשם תחת ידו.

4. וכ"כ בשו"ת הרשב"ש (סי' תטז) 'בפרק המקבל אמר רבא גזלן ועושק חד הוא אלמא חלקן הכתוב בשנים לחייבו בשני לאוין. ובפרק איזהו נשך משמע נמי דגזלן ועושק חד הוא וחלקן בשנים לעבור עליהם בשני לאוין. והרמב"ם ז"ל כתב בספר המצוות שלו שהעובר על העושק דינו ודין הגזלן שוה, והאריך שם הרבה בדבר, להראות פנים שלא בעושק שכר שכיר בלבד נאמרו הדברים, אלא לכל הדומה לו, כלומר כל מי שנתחייב בממון ואינו רוצה לתתו, בין בחזקה בין בדחיה ורמיה, והביא לזה ראיות מספרא וספרי, ולשון מקרא הוא בפקדון או בתשומת יד או בגזל או עשק את עמיתו או מצא אבדה וכחש בה'.

והמאירי בב"מ (ק"א). כתב 'מי שבא ממון חברו בידו בהיתר וכפר או כבש בחזקה ולא החזיר כגון הלואה או פקדון או שכירות הרי זה עושק, ואין זה נקרא בשם גזל. ומ"מ אין במין זה חלוקה להיות אחד נקרא בשם גזל ואחד בשם עושק, אלא בכל שבמין זה עובר על שני לאוין משום לא תגזול ומשום לא תעשוק'.

ביאור שיטת רש"י

והטעם של רש"י, דפשוטו של מקרא 'לא תגזול' הוא זה שבאיסורא אתא לידיה, אבל כל שבהתירא אתא לידיה, גם אם אח"כ כובשו אינו בכלל גזילה, וכן אינו בכלל 'עושק'. ורק הכובש שכר שכיר הוא בכלל 'עושק', כיון דהשכיר טרח גביה, ואליו הוא נושא את נפשו, שעבור שכרו עלה בכבש ונתלה באילן ומסר את עצמו למיתה, כדאיתא בב"מ (ק"ג.), ובזה אם כובש את שכרו הרי הוא גזולן ממש, שגזל ממנו את טירחתו ואת מסירות נפשו.

ביאור שיטת הרמב"ם

ובטעמם של הרמב"ם וסיעתו נראה כדברי האבני נזר (או"ח סי' שכו אות יח) 'דכל שנתחייב לעשות ולא עשה כאלו פעל ההיפוך וכו', דמאן דאית ליה למלייה ולא מלייה כמאן דכרייה דמי. דהנה מי שנתחייב ממון לישראל ולא שילם עובר בלא תעשוק ונתחייב כמו גזולן כדכתיב והשיב את העושק. ואיתא בירושלמי (גיטין פ"ה ה"א) מלוה שנעשה כפרנית גובה מעידית דחשיב כמו גזולן דמשלם מעידית, הרי אף שלא עשה לו דבר רק שלא עשה מה שנתחייב כאילו פעל ההיפוך שלקח הממון מידו. ולפי סברא זו, אין הבדל בין שכר שכיר לפקדון והלוואה, שכל שאינו מחזיר חובו נחשב כגזולן.

המעכב גזילה ואינו מחזירה, אם נחשב כמעשה גזל חדש

והנה לפי סברת האבני נזר, יש מקום לחקור בגזילה גופא, אם מעכב גזילה ואינו מחזירה, האם יהיה נחשב כגזילה חדשה, דמאחר והוא מחויב בהשבה ואינו משיב, הרי הוא כגזולו מחדש.

ואולי זהו הביאור בסברת החזון איש (ב"ק סי' ע"ז אות טו). דהריטב"א בכתובות (לד): כתב בשם רש"י, שגנב בשבת וטבח בחול חייב, ואע"פ שעל הגניבה בשבת קים ליה בדרבה מיניה, הטביחה בחול היא כגניבה חדשה, וחייב. והוכיח הריטב"א כן מהגמ' בב"ק (ס"ה) בתברא או שתייה, שבתברה או שתייה נעשה גנב מחדש. וביאר החזון איש שאין זה כמו הגונב אחר הגנב, 'דכל שגנבה מבית האיש חומר חטאו נמשך בכל זמן שמחזיק הגניבה'. ויתכן שהביאור בסברת דבריו הוא כדברי האבני נזר, שכיון שמחוייב בהשבה, כל עוד שאינו משיבו הרי הוא כגזולו מחדש.

אבל בקובץ שיעורים (ח"א ב"ק ס"ה) כתב: 'היכא שכבר היתה ברשותו, אין זו מעשה גניבה כלל אם הוציא את הגניבה מיד ימינו לשמאלו, ורק בשברה היא מעשה גניבה חדשה, ותלה זאת במחלוקת בעה"מ והרמב"ן (ב"ק ית. כלפי ס"י) בגזולן שמסכים להשיב את הגזילה, אי הוי ברשותו.

ובחידושי ר"ש שקאפ (ב"ק סי' לו אות ו' ב"ה וס"ה לכאורה) חקר בכל גזילה שהגזולן רוצה להחזירה, אם ע"י רצון זה חוזרת לרשות הבעלים. וחילק בין גזילה שקנאה הגזולן להתחייב באונסין, דאז לא חשיב ברשותו של הבעלים עד ששייבנה הגזולן, ובין גזילה שאין לגזולן בה קנייני גזילה, שאז בריצויו הגזולן להחזיר מהני להחשיבו כפקדון. ולפי"ז גזילה שנעשית בחיוב אונסין, היא

גזילה אחת משעה הראשונה עד שעת השבה גמורה ליד הבעלים, אבל בלא חיוב אונסים, אזי כל רגע ורגע שמחזיק אותה הגזלן תחת ידו, הוא מוציאה מרשות הבעלים.

ולפי סברת האבני נזר הנ"ל אינו תלוי במחשבתו, אלא עצם הדבר שמחוייב בהשבה ואינו משיב, הרי הוא כאילו גזלו מחדש, ועד אשר מקיים את חיוב ההשבה, הגזילה נמשכת, כנ"ל. [וראה מה שכתב הרמב"ם פ"א מגניבה הי"ד, ובאפיקי ים סי' כא אות י בשם הגר"ח, ובאבן האול פ"א מגניבה הי"ד, ובהשמטות שם בשם הברכת שמואל, ובחדושי הגר"ח הלוי פ"ז מחובל ומזיק ה"ד, ובאבני נזר או"ח סי' שכה אות יג].

והנה בשער המלך (פ"א ממחן ומל"ה סי' ד"ה ומעלה) הביא את דברי הרמב"ן (מכות טו.) שטמא הנכנס למקדש אינו לאו הניתק לעשה, משום דהעשה הוא להבא, שלא יוסיף להיות במקדש, אבל אינו מתקן את שעבר. והקשה עליו בשער המלך, דגם בגזילה נימא הכי, שהעשה של 'והשיב' אינו לתקן הלאו, אלא שלא יוסיף בעבירת הגזל. ותירץ בקהלות יעקב (מכות סי' טו אות ט) שגזל אינו עובר אלא בשעה שגזל, אבל אח"כ כבר הוא דבר הגזול, ואינו עובר עוד, וא"כ בהכרח שהעשה 'והשיב' הוא לתקוני הלאו הקודם, ולא להזהיר על להבא.

ולענ"ד יש להקשות מדברי הריטב"א שהבאנו, שגנב בשבת וטבח בחול חייב, דהטביחה היא כגניבה חדשה. וביאר החזון איש 'דכל שגנבה מבית האיש חומר חטאו נמשך בכל זמן שמחזיק הגניבה'. וכיון שהעבירה נמשכת, הדרא קושיית שער המלך, מנין לנו שבא לנתק ולתקן את העבר, דילמא 'והשיב' מזהיר על להבא שלא יוסיף לעבור. וביותר קשה לפי האבני נזר שבכל רגע שאינו מקיים השבה הרי הוא כגוזלו.

יב. ביאור שיטת הרמב"ם שעושה גזל חם שני לאוין

הרמב"ם (פ"א מגזלה סי' ג-ד) חילק לאוין דגזל ועושה לשני לאוין, ותמה עליו הרב המגיד (ס"ה סי' ג), שהרי בגמ' ב"מ (ס"א) אמרו דלא תגזול קאי אכובש שכר שכיר, דגזל גמור מבינייהו דרבית ואונאה אתיא, וא"כ היאך נעשות מצוות חלוקות.

אם לאו דעושה הוי ניתק לעשה

ונראה ליישב לפי מה שכתב בפנים מאירות (ח"א סי' טו), בהא דאמרינן בב"מ (ס"ג) 'אמר רבא למה לי דכתב רחמנא לאו ברבית, לאו בגזל, לאו באונאה וכו', אמרי הכי נמי, אלא לאו בגזל למה לי, לכובש שכר שכיר. כובש שכר שכיר בהדיא כתיב ביה לא תעשק שכיר עני ואביון, לעבור עליו בשני לאוין. והתוספות (ד"ה לעבור) כתבו 'וא"ת ולוקמיה בגזל גופיה ולעבור עליו בשני לאוין. וי"ל משום דלא לקי אלאו דגזל משום דניתק לעשה, אבל כי מוקמינן אכובש שכר שכיר באם אינו ענין לקי שפיר'. והקשה המהרש"א, הא עושק נמי לאו הניתק לעשה, דכתיב והשיב את הגזילה או את העושק וכו'. ותירץ בפנים מאירות, 'דלא דמי כלל לגזל, דהא כל אזהרות הנאמרים בכובשי שכר שכיר, דאמרינן שעובר בחמשה לאוין, מיירי אף שמשלם אח"כ שכרו, כיון שעבר על ביומו תתן שכרו, וא"כ אף במשלם אין זה תיקונו של לאו ולא דמי לגזל שמתקן הלאו'.

וכעי"ן כתב גם בשו"ת שואל ומשיב (מהדו"ק ח"ב סי' קכו) על פי התוספות (כתובות לז: ד"ה גלא) דבקיורם 'כאשר זמם' לא נעקר 'לא תענה', שעדות השקר נעקרה כבר בהזמה, ולא ע"י התשלומים, וה"ה ב'לא תעשוק', שהתורה הקפידה שלא ישהה שכרו, ואף שמחזיר אח"כ, אינו מקיים מה שאמרה תורה שלא יכבוש שכר שכיר, ולא הוי ניתק לעשה. ובספר מעיני החכמה (ב"מ סה.) כתב דלאו דלא תעשוק הוי לאו הניתק לעשה ע"י שמחזיר העושק, ומ"מ אכתי הימים שעכב שכרו איך יתוקן, וע"כ ע"י שישלם לו וכו'.

ולפ"ז מיושבים דברי הרמב"ם שחילק גזל ועושק לשני לאוין, די"ל שבכובש שכר שכיר יש גזל כפשוטו, במה שמחסר לחבירו, ויש בו גם את עיכוב חובו, ולכן שינה הכתוב בשמם, וקראו גזל וקראו עושק, כי הם ב' ענינים שנודמנו במעשה אחד.

אך הפנים מאירות (ס) מביא שהסמ"ע (סי' גלג) כתב דבלאו ד'לא תבוא' עובר מיד שעבר זמנו אף שדעתו לשלם לו, אבל שאר לאוין דחשיב בש"ס אינו עובר אלא אם כן אין דעתו לשלם לו כלל. וכן כתב הב"ח. ומדפריך בב"מ (ס) מ'לא תעשוק שכר עני ואביון', ש"מ דמיירי שרוצה לגזול את שכרו לגמרי, וכשמחזיר לו מתקן את הלאו בהכי, וא"כ הדרא קושיית המהרש"א לדוכתה, דהא עושק נמי ניתק לעשה.

ואפשר שהיתה למהרש"א ראייה מהתוספות שס"ל כהסמ"ע. דבפרק המקבל (קיא.) רבא אמר זה הוא עושק זה הוא גזל ולמה חלקן הכתוב לעבור עליו בשני לאוין. וכתבו התוספות (ס) ד"ה ולמה 'לאו משום דכתיב גזל ועשק ששנה בלשון דייק, אלא משום דכתיב תרי לאוין'. ופירש הפנים מאירות (ס) דלא ניחא להו לפרש שרבא דייק מדשינה הלשון, דהתוספות באיזהו נשך (ס: ד"ה ד"ה למה) כתבו 'וא"ת למה שינה בלשון וכו', וי"ל כיון שהוצרך שני לאוין אורחא דקרא לכתוב לשון משונה שהוא נאה יותר, א"כ התוספות אזלו לשיטתם דלא דייק רבא מדשינה בלשון, דאורחא דקרא לכתוב בלשון משונה, אלא ע"כ מדכתיב תרי לאוין. ולפ"ז על כרחך שלתוספות עושק וגזל חדא הוה.

וכן מוכח בתוספות בחולין (פ: ד"ה הגת), שכתבו דהא דאמרינן בתמורה (י:) דלא אתי חד עשה ועקר תרי לאוין, היינו דוקא היכא דשני הלאוין סמוכין זה לזה, והביאו ראייה לזה מהא דאמרינן במכות (עז.) דלא לקי אלאו דלא תגזול משום דניתק לעשה דוהשיב את הגזלה אשר גזל, ואף דאיכא נמי לאו דלא תעשוק, דאמר רבא בב"מ (קיא.) היינו עשק היינו גזל ולמה כתיביה בשני שמות לעבור עליו בשני לאוין. הרי דס"ל לתוספות שגזל ועושק שניהם היו אמורים להיות נתקנים ע"י ההשבה, וע"כ דהתוספות ס"ל כסמ"ע.⁵

5. וראה שם בפנים מאירות שהביא ראייה דהתוספות סברי דעושק שכר שכיר לא הוי ניתק לעשה, דבחגיגה (ה) גבי הא דאמר ר' חנינא 'כל העושה דבר עבירה ומתחרט בו מוחלין לו מיד שנאמר ולא יראוני, הא יראוני מוחלין להם מיד'. וכתבו התוספות (ד"ה הא) 'גבי עושק שכר שכיר כתיב, דהוי ליה לא תעשה, ופליגא דרבי ישמעאל בפרק בתרא דיומא (פו.) דאמר תשובה תולה ויוה"כ מכפר'. ואי ס"ד דהוי לא תעשה שניתק לעשה, הא גם דרבי ישמעאל מודה בזה, דהא לכולהו תנאי התם הוי לא תעשה הניתק לעשה שוה לעשה, אלא ע"כ דסברי דעושק

חמס

כאמור לעיל, גזילה היא נטילת ממון מיד חבירו בחזקה. אופן נוסף הכלול בגזילה הוא 'חמס', וגם הוא נטילת חפץ מיד זולתו בעל כרחו, אלא שמשלם לו עבור החפץ.

בגמ' בבא קמא (סב.) 'א"ל רב אדא בריה דרב אויא לרב אשי, מה בין גזלן לחמסן, אמר ליה חמסן יהיב דמי, גזלן לא יהיב דמי. אמר ליה אי יהיב דמי חמסן קרית ליה, והאמר רב הונא תלוה וזבין זביניה זביני. לא קשיא הא דאמר רוצה אני, הא דלא אמר רוצה אני'.

עוד איתא בב"ק (קט.): 'א"ר יוחנן, כל הגזול את חבירו שוה פרוטה כאילו נוטל נשמתו ממנו, שנאמר וכו', ואומר מחמס בני יהודה אשר שפכו דם נקי בארצם וכו', מאי ואומר וכו', וכי תימא הני מילי היכא דלא יהיב דמי, אבל היכא דיהיב דמי לא, ת"ש מחמס בני יהודה וכו'. והיינו שלמרות שנותן החמסן תמורה, הרי הוא כאילו נוטל את נשמתו, כי אף שבתמורה שנותן פיצה את הבעלים על שויות החפץ וערכו, מ"מ את החפץ עצמו לקח ממנו שלא ברצונו.

יג. מה הוא חמס

יש לברר באיזה אופן נחשב חמסן, האם דוקא כשנוטל את החפץ מיד בעליו בעל כרחו, ובכח, ככל גזלן. או אף אם כפה את הבעלים שיתן לו בעצמו את החפץ, דמ"מ כיון שהדבר נעשה מתוך כפיה, הוי חמס.

רש"י בביצה (טו: ד"ה נחמסת) פירש: 'חמסן יהיב דמי, אלא שלוקח בכח'. וכן ברש"י בקידושין (נב. ד"ה חמסן) 'חמסן יהיב דמי על כרחו של בעל חפץ, ומשמע שלוקח בכח מידי הבעלים. אולם במקום אחר בקידושין (יג. ד"ה חמסן) כתב רש"י 'חמסן דיהיב דמי אבל לא נתרצו בעלים מעולם למכור'. וכן ברש"י סנהדרין (כט: ד"ה חמסן) 'חמסן יהיב דמי, אלא שאין רצון הבעלים למכור'.

והרב המגיד (פ"י ממכירה ה"ה) כתב 'הלוקח באונס נקרא חמסן כל זמן שלא נתרצה המוכר, אע"פ שנותן דמים כדאיתא בסוף הכונס (כ"ק סב.)'.

שכר שכיר לא הוי ניתק לעשה. ושקו"ט שם בהא דאין עשה מנתק תרי לאוין. גם הרעק"א בב"מ סא. שקו"ט בזה, וכן בזרע יצחק שם. ובשו"ת שיבת ציון (סי' ק) כתב: 'מה שתירצת קושית התוס' על הרמב"ם דלכך אוקמו אכובש שכר שכיר לעבור בשני לאוין דכובש שכר שכיר לא הוי ניתק לעשה דלא אתי חד עשה ועקר תרי לאוין ובעושה הם תרי לאוין דסמיכי לא תעשוק ולא תגזול, משא"כ בגזל, אהובי תלמידי נעלם ממך דברי התוס' במסכת חולין (פ: ד"ה הנח) כתבו התוס' בהדיא דלא תעשוק ולא תגזול לא הוו תרי לאוי דסמיכי, ע"ש. ובאמת צריך ביאור, דהא בפרשת קדושים כתיבי הני תרי לאוין בהדדי לא תעשוק ולא תגזול. וצריכין אנו לומר דס"ל להתוס' דדוקא לא יחליף ולא ימיר הוו תרי לאוי דסמיכי שאין הפסק ביניהם, אבל לא תעשוק את רעך ולא תגזול אינן סמוכין, דאת רעך מפסיק בין השני לאוין דה"ל למכתב לא תעשוק ולא תגזול את רעך, וכיון דהפסיק בהנך שתי תיבות את רעך, שוב לא הוו סמיכי וכו'. ועיין בנו"ב מהדורא קמא יו"ד סי' פא, סוף סוף איכא הפסק בין הני תרי לאוין ולא הוי סמיכי'. ועל קושית מהרש"א, ראה מה שתירץ בפני יהושע.

ובלחם משנה (פ"ד מאיקוט ה"א) כתב: 'ונראה וכו' שה"ה מפרש מ"ש בגמרא הא דאמר רוצה אני בזה האופן, דמתחלה הקשו אי יהיב דמי חמסן קרית ליה, כלומר אע"ג דמי שעובר בלאו זביניה זביני, כדכתב ה"ה ז"ל בפ"א מהלכות גזילה לדעת רבינו ז"ל, מ"מ קשה ליה דאין ראוי לקרותו חמסן אלא למי שגזל ממון חבירו, דכך הוא פירוש חמס בלשון המקרא, אבל כיון דזביניה זביני לא מיקרי חמסן. לכך תירץ דיש חילוק, ויש ב' אופנים, האחד שגזל את חבירו ולוקח הדבר בעל כרחו מידו, כלומר שהוא אינו עושה כלל אלא על כרחו חוטף אותו מידו, אבל יש אופן אחר, שכופה אותו ועל כרחו נותן הוא בעצמו הדבר בידו מחמת ההכאות, שזה נקרא עושה מעשה, כלומר שהוא עושה הפועל. ולאופן הראשון מיקרי שלא אמר רוצה אני, כיון שהוא צווח מתחלה ועד סוף, ולשני מיקרי אמר רוצה אני, כיון שהוא עושה הדבר בידו'.

והנה הרמב"ם והראב"ד (פ"א מגזילה ה"ט) נחלקו בלאו דלא תחמוד. דהרמב"ם כתב 'כל החומד עבדו או אמתו וכליו של חבירו או כל דבר שאפשר לו שיקנהו ממנו והכביד עליו ברעים והפציר בו עד שלקחו ממנו, אעפ"י שנתן לו דמים רבים, הרי זה עובר בלא תעשה, שנאמר לא תחמוד'. והשיג עליו הראב"ד 'ולא אמר רוצה אני'. והרב המגיד כתב: 'ואמרינן פ"ק דמציעא (ה:) מורה ואמר דמי קא יהיבנא, ואמר והא קעבר בלאו דלא תחמוד, אלמא שהקונה בדמים כל זמן שלא היה בדעת המוכר למכור וזה לקחו שהפציר בו כמ"ש הרב עבר משום לא תחמוד. וכתב עליו הר"א ז"ל, ולא אמר רוצה אני, דעת הרב ז"ל, מפני שאם אמר רוצה אני מקחו קיים ולא גרע מתליוהו וזבין דזביניה זביני, וכיון שכן אין בו לאו, ולא כן דעת הרב ז"ל, אלא מקחו קיים אע"פ שעבר. ואע"ג דאמר רבא בתמורה (ז:) כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני מידי, והאי דלקי דעבר אהורמנא דמלכא, הרי הוא כעין גזול צמר ועשה ממנו בגד שאינו משלם אלא כשעת הגזלה וקנה הדבר בשינוי כדאיתא התם, אף כאן קנה בדמים'.

ובשו"ת תורת חיים (ח"ב קונטרס מודעא ואונס ד"ה אמר הכותב) הביא את מה שהקשה מהרש"ך (נחלק א' מפסקיו) על המגיד משנה, מהא דאמרינן בפרק הכונס מה בין גזלן לחמסן א"ל חמסן יהיב דמי וכו', א"ל אי יהיב דמי חמסן קרית ליה והא אמר רב הונא תלוהו וזבין זביניה זביני, ומשני לא קשיא הא דאמר רוצה אני הא דלא אמר רוצה אני. ולדבריו שכתב דאפילו שיאמר רוצה אני והמקח קיים עובר בלא תחמוד והוי חמסן, א"כ מאי פריך מההיא דרב הונא דאמר זביניה זביני, כי לעולם זביניה זביני ואפילו הכי הוי חמסן. ועוד מאי משני הא דאמר רוצה אני, דמשמע דאם אמר רוצה אני לא הוי חמסן, דהא לדבריו אפילו אמר רוצה אני הוי חמסן. **ועוד** דקדק במה שכתב הרב המגיד בהלכות מכירה (פ"י ה"ה) 'הלוקח באונס נקרא חמסן כל זמן שלא נתרצה המוכר וכו'', דמשמע שאם נתרצה המוכר לא הוי חמסן, ואילו ממה שכתב בהלכות גזלה יראה שאעפ"י שנתרצה נקרא חמסן.

וכתב התורת חיים: 'והנה לקושיא הא' יש לדחות ולומר דהרמב"ם לא כתב בזה הענין דנקרא חמסן, דנהי דעבר אלאו דלא תחמוד, אבל מ"מ חמסן מיהא לא הוי לפוסלו לעדות, דחמסן לא הוי אלא מי שחוטף מיד ליד בזרוע, ובהא הוא דאמרינן בגמרא דדוקא בדלא אמר רוצה אני, אבל הכא דמרבה עליו רעים עד שמפייסים אותו ליתן לא הוי חמסן, אבל מ"מ עבר בלאו דלא תחמוד ואפילו אמר רוצה אני. ואע"ג דבהגהות כתוב בשם ריב"ם דחמסן ג"כ הוי,

איכא למימר דהרב המגיד חולק וסובר דנהי דעבר אלא תחמוד אבל חמסן לא הוי. והביא את דברי התוספות בב"מ (ה' ד"ה בלא) שכתבו דחמסן היינו 'שחצוף לחטוף מיד ליד בידיעת הבעלים', וכן כתוב בהגהות מרדכי (ב"מ סי' תיט) עי"ש.

עוד כתב התורת חיים: 'ולקושיא האחרת ג"כ היא מתורצת מאליה במה שכתבנו, דאע"ג דכתב דאפילו דאמר רוצה אני עבר אלא תחמוד, מ"מ חמסן לא הוי אלא בחוטף בזרוע ובלא אמר רוצה אני. ותו דבר מן דין יש לדחות דמה שכתב הרב המגיד בהלכות מכירה דנקרא חמסן כל זמן שלא נתרצה, אין הכוונה דלא אמר רוצה אני, אלא אפילו אמר רוצה אני מ"מ מחמת האונס אמר כן'.

גם ביד המלך (פ"א מגזילה ה"ט) הקשה על הרב המגיד כקושיא הנ"ל, 'דאיך עלה בדעתו דדעת רבינו הוא דאף באמר רוצה אני עובר בלאו דלא תחמוד ומקחו קיים אעפ"י שעבר, והלא גמרא ערוכה הוא בפרק הכונס (ב"ק סג) מה בין גזלן לחמסן וכו', הרי לך בפירושו דשתי אלה אגודים יחד, ואף אם יהיב דמי בכל זאת אם הוא חמסן ועבר על לאו דלא תחמוד אין זביניה זבינא, ומדזביניה זבינא, על כרחך דבדיהיב דמי אינו קרוי חמסן, וממילא אינו עובר על הלאו דלא תחמוד כלל. וע"ז השיב לו ר' אשי, דהא דתלוהו וזבין הוי זבינא מיירי באמר רוצה אני, וברוצה אני אינו עובר על לאו דלא תחמוד'. ולפי דברי התורת חיים מיושב, דבשמעתתא דב"ק איירי בחמסן, והה"מ משתעי בלאו דלא תחמוד גרידא, כנ"ל.

יד. אם חמסן אסור מדאורייתא

מה שחילקו בגמ' בב"ק (סג) בין גזלן לחמסן, 'מה בין גזלן לחמסן, חמסן יהיב דמי, גזלן לא יהיב דמי', אין הכוונה שכאשר משלם אינו עובר באיסור גזילה, שהרי במפורש אמרו בגמ' (סג ס) 'חבול ישיב רשע גזילה ישלם, אע"פ שגזילה משלם רשע הוא', וכן אמרו בגמרא בב"מ (סא): 'לא תגנוב על מנת לשלם תשלומי כפל', ומפרש רש"י (ד"ה על מנת) 'שרוצה לההנותו ויודע בו שלא יקבל', הרי שגם כשרוצה לשלם, וגם כשמטרת הגניבה הוא לגרום לו הנאת הכפל, בכל זאת אסור. וראה לעיל (ל"א) דעת הסוברים שהוא איסור דאורייתא. ולפי זה צ"ל הא דאמרו שגזלן אינו נותן תמורה, זהו לגבי הלאו עצמו, אבל איסור גזילה איכא גם כשנותן תמורה. [וראה ביאור הגר"א חו"מ סי' רה ס"ק א].

והחילוק בין הלאו לאיסור, הוא על פי מה שנתבאר לעיל (ל"א) בענין גזל פחות משהו פרוטה, שבמעשה הגזילה פועל ב' ענינים, האחד שמחסר ממון חבירו, והשני גורם לו צער, וכשיש שניהם יחד אזי איכא לאו גמור, ואם איכא צער לחוד, אינו אלא כחצי שיעור. ונראה דזהו מה שאמרו בב"ק (ס) 'אע"פ שגזילה משלם רשע הוא', דאף שבתשלומין הוא מתקן את חסרון הממון, אבל אינו מתקן את הצער שגרם לו, ועל הצער רשע איקרי. וזהו האיסור לגנוב על מנת למיקט ועל מנת לשלם, שבודאי אינו לוקה כי אין בו חסרון ממון, אבל איסור איכא מחמת הצער.

וכן נראה ממה שכ' בספר החינוך (מנ"ה רמ"ה) 'ואף על פי שהעושה והגזילה והגניבה ענין אחד הוא עם היות שהמעשה חלוק זה מזה, כי כוונת שלשתן שלא יקח האדם ממון מזולתו

משום צד, לפי שבשלשה דרכים אלו יחמסו בני אדם זה את זה, פרטן הכתוב כולן והזהיר בכל אחד בפני עצמו וכו', והוא לאו הניתק לעשה, כלומר ששייב החמס אשר בכפיו וירצה את חבריו על שהקניטו והכעיסו, וכבר הודיעונו זכרונם לברכה (נלכות לז). שגדול כח בעלי תשובה וכו'". הרי שלתיקון החטא בעי גם שירצה את חבריו על שהקניטו וכו'.

ובזה מבואר החילוק בין גזלן לחמסן, שבודאי גם כשרוצה לשלם אסור, אלא שהלאו דלא תגזול הוא רק כשאינו נותן תמורה, אבל איסור לחודיה איכא גם כשנותן תמורה.

והנה המקנה (בפונטום לחון אהע"ז סי' ד"ה או בחמס), הביא את קושיית הב"י על הטור סי' לח שכתב דחמסן הוא גזלן מדבריהם, מהא דהטור סי' שנט הביא את לשון הרמב"ם בהל' גזילה (פ"א ה"ט) שאפילו נתן דמים והפציר עד שמתרצה הרי עובר על לא תחמוד. וכתב המקנה, שכמו כן קשה על הרמב"ם עצמו, שכתב בהל' עדות (פ"י ה"ד) 'וכן כל העובר על גזל של דבריהם הרי הוא פסול מדבריהם, כיצד החמסנים והם הלוקחים קרקע או מטלטלין שלא ברצון הבעלים אע"פ שנותנין הדמים הרי אלו פסולי מדבריהם'. וקשה למה קרא לו גזל דבריהם, הא עובר על לא תחמוד.

ותירץ המקנה, דס"ל להרמב"ם דאינו עובר על לא תחמוד עד שקנה אותו קנין גמור להיות שלו, כדמשמע מלשונו וכמו שהביא הטור משמו שאינו עובר בלאו עד שיקנה החפץ שחומד, ר"ל שיעשה בו קנין כגון שנתן דמים ואמר הנגזל רוצה אני, וקי"ל תליוהו וזבין זביניה זביני, או אפילו לא אמר רוצה אני וקנה בשינוי מעשה, אבל אם לא אמר רוצה אני ולא קנה אותו בשינוי מעשה אינו עובר על לא תחמוד וכו', ואם כן חמסן שלא ראינו שקנה אותו בשינוי הוא בכלל הגזלנין מדבריהם. וכ' שם דלפ"ז צ"ל דאיכא בגזל תרי לאויזן, אחד על הדמים ואחד על החפץ, דלא תגזול עובר על דמים אפילו אינו קונה החפץ, ולא תחמוד עובר על החפץ בשעה שעושה בו קנין, ומשמע להו לאינשי דוקא בלא דמים אבל האמת הוא שעבר על לא תחמוד בשעת קנין אפילו נתן דמים. וכתב שמה שכתב הרמב"ם בסוף דבריו דחמסן הוא גזל דבריהם, היינו באופנים שפירש שם, כגון שגזל קרקע או חטף מטלטלין, כיון דבקרקע אינו קונה אותה כלל וכן מטלטלים בשעת חטיפה אינו קנין, מש"ה אינו פסול אלא מדבריהם, ע"ש.

איסור לא תחמוד

טו. שיטת הרמב"ם ש'לא תחמוד' ו'לא תתאוה' הם שני לאויזן

הרמב"ם בספר המצוות (ל"ט נסו) כתב: 'שהזהירו מהשים מחשבתנו לחמוד מה שיש לאחינו ולהתאוות בו שזה יהיה מביא לעשות תחבולה לקנותו. וזהו לשון האזהרה שבאה בזה הענין, אמרו ולא תתאוה בית רעך (דברים ה יח). ואין השני לאויזן אלו בענין אחד, אבל הלאו הראשון והוא לא תחמוד מזהיר שלא לקנות מה שיש לזולתנו, והלאו השני מזהיר אפילו להתאוות בלבנו לבד. ולשון מכילתא (מכילתא דרשב"י שמות כ יד) לא תחמוד בית רעך, ולהלן הוא אומר ולא תתאוה בית רעך, לחייב על התאוה בפני עצמה ועל החימוד בפני עצמו. ושם אמרו

מנין שאם התאווה שסופו לחמוד שנאמר ולא תתאוה ולא תחמוד, מנין שאם חמד סופו לגזול, תלמוד לומר וחמדו שדות וגזלו. וביאור זה, שאם ראה דבר יפה אצל אחיו, אם גברה מחשבתו עליו והתאוה בו עבר על אמרו יתברך לא תתאוה, ואם תתחזק בו אהבת הדבר ההוא עד שישתדל להגיעו אצלו ולא יסור מחלות פניו ולהכביד עליו שימכרנו לו או יחליף אותו אליו במה שהוא יותר טוב ממנו ויותר שוה, ואם הגיע אל בקשתו הנה כבר עבר על לא תחמוד גם כן אחר שקנה הדבר שהיה לחבירו ולא היה רצונו למכרו אבל הכביד עליו והערים עד שלקחו ויהיה שלו כבר עבר על שני לאוין כמו שביארנו. ואם נמנע האיש ההוא מלמכור אותו או להחליפו לאהבתו בדבר ההוא, הנה הוא יקחהו באונס והכרח לחזק אהבת הדבר ההוא בנפשו ויהיה אז כבר עבר על לא תגזול גם כן. והבן זה הענין בסיפור אחאב ונבות. הנה התבאר לך ההפרש בין אמרו לא תתאוה ובין אמרו לא תחמוד.

ובהלכות גזילה ואבידה (פ"א ה"ט-יג) כתב הרמב"ם: 'כל החומד עבדו או אמתו או ביתו וכליו של חבירו או כל דבר שאפשר לו שיקנהו ממנו והכביד עליו ברעים והפציר בו עד שלקחו ממנו, אף על פי שנתן לו דמים רבים הרי זה עובר בלא תעשה שנאמר לא תחמד וכו', ואינו עובר בלאו זה עד שיקח החפץ שחמד כענין שנא' לא תחמוד כסף וזהב עליהם ולקחת לך חימוד שיש בו מעשה. כל המתאוה ביתו או אשתו וכליו של חבירו וכל כיוצא בהן משאר דברים שאפשר לו לקנותן ממנו כיון שחשב בלבו היאך יקנה דבר זה ונפתה לכו בדבר עבר בלא תעשה שנא' לא תתאוה ואין תאוה אלא בלב בלבד, התאוה מביאה לידי חימוד והחימוד מביא לידי גזל שאם לא רצו הבעלים למכור אע"פ שהרבה להם בדמים והפציר ברעים יבא לידי גזל שנא' וחמדו בתים וגזלו, ואם עמדו הבעלים בפניו להציל ממונם או מנעוהו לגזול יבא לידי שפיכות דמים וכו', הא למדת שהמתאוה עובר בלאו אחד והקונה דבר שהתאוה בהפציר שהפציר בבעלים או בבקשה מהן עובר בשני לאוין לכך נאמר לא תחמוד ולא תתאוה ואם גזל עבר בשלשה לאוין'.

והרב המגיד (גזילה ט"ז) כתב, שלדעת הראב"ד (ט"ז ה"ט, הובא לקמן) דהא דעובר ב'לא תחמוד' אינו אלא כשלא אמר רוצה אני, איסור 'לא תתאוה' הוא שיתאוה לקנות בדמים שלא ברצון הבעלים.

ובשו"ת הרא"ש (כלל ט"ז ס"א) כתב: 'ועתה אבאר דין גזל קרקע. כך הוא האמת, דשלוש עבירות הן בענין גזל, הראשונה במחשבה, שמתאוה בלבו לממון חבירו, והשנייה בדיבור, שמדבר, אילו היה אותו הממון שלו, והשלישית במוציא מחשבתו ודבורו לפעל והולך וגזול ממון חבירו.

ובסמ"ג (במזות ל"ח קנח) כתב על דברי הרמב"ם 'ולא יתכן לומר כן, כי כן כתוב בדברות לא תחמוד אשת רעך ולא תתאוה בית רעך, ולפי דבריו החמיר בבית מבאשת איש, אלא החימוד והתאוה הכל אחד וכן פירשו אונקלוס לא תרוג, וכן נחמד למראה מתרגמינן דמרגג למיחזי, וכן פירש רבינו שלמה כי הכל אחד'.

טז. אם עובר ב'לא תחמוד' כאשר נותן דמים

בגמ' סנהדרין (כ): 'תנא הוסיפו עליהן הגולנין והחמסנין וכו', החמסנין מעיקרא סבור דמי קא יהיב אקראי בעלמא הוא, כיון דחזו דקא חטפי גזרו בהו רבנן'. ובתוספות (ד"ה מעיקרא) ואם תאמר וליפסול מדאורייתא דקא עבר אלאו דלא תחמוד, ויש לומר דלא תחמוד משמע דלא יהיב דמי, וכי יהיב דמי ליכא לאו דחימוד כלל. ואם תאמר והא אמרינן בפ"ק דבבא מציעא (ס): לא תחמוד בלא דמי משמע להו, משמע לאינשי דוקא הוא דמשתמע כך, אבל הם טועים, דלא תחמוד הוה אפילו בדיהיב דמי. ויש לומר דמשמע להו דקאמר, ר"ל נמי דכן הוא האמת. ועוד י"ל דהכא הכי קאמר, דמי קא יהיב והיו מפייסים אותם עד שיאמרו רוצה אני, אם כן לא עברי אלאו דלא תחמוד'.

מבואר שנחלקו שני תירוצי התוספות. שלתירוץ הראשון דוקא בדלא יהיב דמי עובר ב'לא תחמוד'. אולם לתירוץ שני של התוספות גם בדיהיב דמי עובר, אלא שאם אמר 'רוצה אני' אינו עובר.

והנה התוספות בב"ק (סכ. ד"ה חמסן) כתבו: 'וכשלא אמר רוצה אני כדמפרש. אבל מן התורה אינו פסול אלא היכא דלא יהיב דמי, אבל היכא דיהיב דמי כשר אע"ג דלא אמר רוצה אני, ואע"פ שעובר על לאו דלא תחמוד, הא אמרינן בפרק שנים אווזין (כ"מ ס): לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו. וההיא דסוף מכילתין (כ"ק ק"ט). דמייתי מחמס בני יהודה דאפילו היכא דיהיב דמי הוה כאלו נוטל נשמתו, לאו דרשה גמורה היא אלא אסמכתא בעלמא, דחמסן דקרא היינו גזלן דלא יהיב דמי'.

אם טעו אינשי ועברו על לאו אינם נפסלים מחמת כך לעדות

ובדרוש וחידוש רבי עקיבא איגר (סנהדרין כ: תול"ה מעיקרא) כתב, שמדברי התוספות בב"ק מבואר דלא תחמוד היינו אף בדמים, וחולקים על תירוץ ב' בסנהדרין, שהרי בב"ק כתבו להדיא דבאמר 'רוצה אני' אף מדרבנן כשר, והחמסנים דקתני בברייתא היינו בלא דמי.

וכתב, שהתוספות בב"ק לא חשו לקושייתם בסנהדרין, מפני שביארו הגמ' בסנהדרין ד'מעיקרא סבור דמי קא יהיב', היינו דכשר, מחמת דלא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו. והיינו, כי אף שלפי האמת גם בדיהיב דמי עובר, מ"מ לא נפסלו לעדות, משום שלאינשי משמע דבלא דמי בלבד אסור.

וכה"ג כתבו התוספות בפרק המניח (כ"ק ל: ד"ה וחמסין אומרים) והרא"ש (כ"ק פ"ג סי' ח) ד'לא תשימון' לאינשי במלוה ולוה משמע, ולהכי לא מפסלי הערב והעדים של שטר שיש בו רבית. חזינן להדיא דאף שבאמת עוברים העדים מדאורייתא על לאו דלא תשימון, כדתנן 'אלו עוברים בלא תעשה המלוה והלוה והערב והעדים', מ"מ כיון דלא משמע לאינשי שיהא בזה איסור דאורייתא, לכך לא מפסלו מדאורייתא.

וביותר, שהתוספות שם בעצמם הביאו ראיה לתירוצם, מהך דלא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו, הרי להדיא דהתוספות עצמם מפרשי דבאמת בלא דמי עובר מדאורייתא בלא תחמוד, ורק כיון דלאינשי לא משמע להו לא מפסלי בהכי.

וכ"כ בהגהות מיימוניות (פ"א מגזילה ואכילה ה"ט), וז"ל: 'והיינו חמסן, ואע"ג דלא פסלינן ליה לעדות אלא מדרבנן כדאיתא פרק זה בורר, היינו טעמא שאין סבור לעבור בלאו דלא תחמוד אלא בלא דמים, כדאמרינן פ"ק דב"מ לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו, פירוש, להו בלא דמי משמע, אבל לפי האמת לא תחמוד בדמים'.

גם בשו"ת מהרי"ל (סי' לו, וראה גם בחזקות סי' קמה וסי' רל) כתב 'וכן עדי ריבית מכשרינן מטעם דלא תשימון לאינשי במלוה ולוה משמע להו, וכן לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו, אלמא דהיכא דמצי למידן להו שלא כיוונו להרשיע והיה בעיניהם היתר, לא פסלינן להו, וכן מסיק הרא"ש (סנהדרין פ"ג סי' ז, ב"ק פ"ג סי' ח)'.
אם להרמב"ם 'לא תחמוד' הוא דוקא בלא דמים, או שכך משמע לאינשי

וכן יש להוכיח בשיטת הרמב"ם. שבהלכות גזלה (פ"א ה"ט) כתב שעובר ב'לא תחמוד' גם בדיהיב דמי, והקשה בערוך לנר (סנהדרין כה): הלא הרמב"ם עצמו כתב בהלכות עדות (פ"י ה"ד) דחמסן דיהיב דמי לא הוי אלא מדרבנן, ומשמע שאינו עובר ב'לא תחמוד'. ולהנ"ל מבואר לנכון, דאף שעובר מן התורה, מ"מ כיון דלאינשי בלא דמי משמע, אינו נפסל מן התורה, דהיכא דמצי למידן להו שלא כיוונו להרשיע והיה בעיניהם היתר, לא פסלינן להו.

אך צ"ע ממה שכתב הכסף משנה (פ"י מעלות ה"ד) וז"ל: 'תנא הוסיפו עליהם הגזלנים והחמסנין, ומקשה גזלן דאורייתא הוא, ומוקי לה בגזלן דרבנן. ומדפרכינן הכי בגזלן ולא בחמסן, משמע דמדרבנן הוא דפסילי. ואע"ג דבפ"ק דמציעא (ה) אמרינן לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו, דמשמע דלאינשי משמע אבל קושטא לא הוי, כבר כתבו התוספות די"ל דהכי פירושו דמשמע להו וקושטא הכי הוי נמי'. ומשמע שבאמת 'לא תחמוד' הוי דוקא כשאינו נותן דמים.

והכסף משנה לשיטתו בב"י (חו"מ סי' לה) שהקשה למה חמסן אינו פסול מן התורה, והרי איתא בש"ס לא תחמוד משמע לאינשי בלא דמי, ומדקאמר 'משמע' מדוייק שהאמת אינו כן, וחירק כתוספות בסנהדרין 'דמשמע להו דקאמר ר"ל נמי דכן הוא האמת'.

והבית שמואל הקשה על הבי"י: 'איני יודע מה קשה ליה, דהא עכ"פ משמע לאינשי בלא דמי ואינו פסול, וכן ס"ל להרמב"ם דכתב דעובר על לא תחמוד וס"ל חמסן מדרבנן פסול, וע"כ היינו טעמא, דהוא סבר לא תחמוד בלא דמי משמע, וכן משמע בתשובת ריב"ש (סי' ע"א) והביא הבית יוסף שם'. וא"כ הבי"י שהקשה, על כרחך שאינו מסכים עם דין זה שאם משמע לאינשי שאינו עובר לא מיפסל, ולכן הוכרח [בכסף משנה] לפרש שהרמב"ם ס"ל כתירוץ קמא של התוספות בסנהדרין, שבאמת לא תחמוד בלא דמי דייקא.

אולם בלחם משנה שם (פ"י מעלות ה"ד) כתב על דברי הכסף משנה 'ואני אומר דאי אפשר לומר שסובר רבינו כן, דבפרק ראשון מהלכות גזלה כתב דאפילו נותן דמים עובר על לאו דלא תחמוד, וכן התירוץ בתרא שתירצו התוספות דהיו מפייסים אותו עד שיאמר רוצה אני, אי אפשר גם כן שרבינו סובר כן, דשם כתב הרב המגיד בדברי רבינו דאפילו שיאמר רוצה אני עובר על

לאו דלא תחמוד. ואולי יש לתרץ דלא כתב שם הרב כן אלא כשהפציר הרבה והרבה עליו רעים, אבל אם לא הרבה עליו רעים והפציר הרבה ואמר רוצה אני, אינו עובר, וסובר רבינו כתירוץ בתרא דתוספות'.

ולכאורה היה אפשר ליישב את קושיית הלחם משנה בפשטות כדברי הראשונים הנ"ל, דכל טעמי ביה אינשי לא נפסל לעדות מן התורה, ועל דרך שכתבו בלאו ד'לא תשימו' דלאינשי במלוה ולוה משמע, ולהכי לא מפסלי בהכי, אף שבאמת עברו העדים מדאורייתא על לאו דלא תשימו, אפ"ה כיון דלא משמע לאינשי שיהא בזה איסור דאורייתא, לא מפסלו מדאורייתא. דכל היכא דמצי למידן להו שלא כיוונו להרשיע והיה בעיניהם היתר, לא פסלינן להו.

אם לא ידעו שיש שום איסור במעשה אינם נפסלים כלל

ונראה בדעת הכסף משנה והלחם משנה, שחילקו בין 'לא תחמוד' ל'לא תשימו' עליו נשך'. וזהו על דרך שכתב במשנה למלך (פ"ד ממלוה ולא ס"ו) בשיטת התוספות לחלק בין ריבית דלא משמע ליה איסורא כיון דמדעתיה יהיב, לבין לא תחמוד, דשאני היכא שהם יודעים שיש איסור באותו מעשה, כגון חמדה, אלא שהם מחלקים מדעתם דהיינו דוקא בדלא יהיב דמי, אז הוא דפסילי מיהא מדרבנן, אבל היכא שהם טועים דמעולם לא נאסר להם איסור זה, אז אפילו מדרבנן כשרים, דומיא דעדי רבית. וכתב שכעין חילוק זה חילק מהר"ש הלוי, הובאו דבריו בתשובת בעל פני משה (ח"צ ס"י כח), וסיים 'וההיא דהמלוה ברבית נמי יודע הוא שהרבית אסור אלא שטועה דהוי דוקא על כרחך אבל מדעתיה לא, ומש"ה פסול מדרבנן דומיא דחמידה, וכו', דאי לא תימא הכי א"כ העובר על אחד מהחוקים לא יפסל משום דלא משמע ליה איסור'.

ולפ"ז י"ל שכעין זה הוא גם דעת הכסף משנה, אלא שהוא סובר שאם מצד הדין לא תחמוד גם בדיהיב דמי אלא שאינשי טעי, מאחר והם יודעים שיש איסור באותו מעשה אלא שהם מחלקים מדעתם דהיינו דוקא בדלא יהיב דמי, בזה מן הדין לפוסלם גם מן התורה, משא"כ בלא תשימו' עליו נשך, שהם טועים שמעולם לא נאסר להם איסור זה, בזה גם הכסף משנה יודה שכשרים כמבואר.

והנה בשו"ת פנים מאירות (ח"א ס"י טו) כתב 'תמיה לי טובא, דפסק המחבר בשו"ע (ח"מ ס"י לז סעי' ט) דמלוה בריבית קצוצה פסול מדאורייתא, וקשיא לי הא אמרינן בסוף פרק ארבעה ראשי שנים הם, דחשיב שם אלו הפסולין המשחק בקוביא ומלוה בריבית, ופירש רש"י מלוה בריבית לאו גזלן דאורייתא למיפסליה משום אל תשת עד חמס, דהא מנפשיה יהיב ליה. והתוספות כתבו דאפילו בריבית קצוצה נמי לא משמע לאינשי איסורא כשנותן לו מדעתו, וא"כ היה להם להזכיר חילוק זה. וביותר תמיה לי על הב"י דהסכים דהערב והעדים כשרים מטעם ד'לא תשימו' עליו נשך' משמע להו לאינשי במלוה ולא בעדים וערב, וכן כתבו הש"ך והסמ"ע (ס"ק נב), ולפי דברי התוספות כיון דמלוה בריבית נמי לא משמע ליה לאינשי לאיסור, יש להכשיר גם מלוה בריבית, ועכ"פ גבי ערב ועדים היה להם לפסול מדרבנן, ומסתמת הפוסקים משמע דאף מדרבנן העדים כשרים'.

ולכאורה לפי החילוק הנזכר של המשנה למלך לא קשיא מידי, מפני שבזה גופא טעו אינשי, שהם יודעים שיש איסור רבית, רק הם טועים וחושבים שכשנותן לו מדעתו אין איסור, והרי זה דומה ללא תחמוד כמו שכתב שם במשנה למלך, ומן הדין לפוסלם.

ונראה כמו שכתב בספר זרע יצחק (פסנהרין כה): על דברי הרמב"ם בהלכות עדות דמלוה בריבית קצוצה פסול מדאורייתא, וכתב שדעת הרמב"ם דבריבית לא טעו אינשי, שלא כדברי התוספות במשנה. אמנם בלא תחמוד גמרא ערוכה היא דטעו אינשי, וכך הסברא נותנת דבריבית לא טעו דסתמא כתיב את כספך לא תתן, מכל מקום, אמנם לשון חמדה משמע בלא דמי, ע"ש. [וראה מה שנשא ונתן בזה בבבא מציעא (ה:)].

והנה הסמ"ג (ל"ת קנת) הקשה על דברי הרמב"ם (פ"א מגזילה ה"ט) ורבי אליעזר ממיץ (ירושלמי פ"ט ס"ו) שאף על פי שנתן לו דמים רבים עובר ב'לא תחמוד', 'שהרי בפרק זה בורר (פסנהרין כה): אומר דחמסן שנותן דמים אינו פסול אלא מדברי סופרים', ומחמת קושיא זו כתב שיש לפרש 'בלא דמי משמע להו' שכך הוא האמת. וכן כתב הסמ"ע גבי חמסן, דלא תחמוד בלא דמי משמע, וכתבו התוספות שכן האמת.⁶

6. ובשו"ת יוסף אומץ (סי' קא) כתב: 'ראיתי להרב הגדול מהר"ם גאלנטי ז"ל (בספר קרבן חגיגה סי' מ) שהביא דברי הסמ"ג (לאוין קנח) על מה שאמרו בגמרא 'לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו', דמשמע דהאמת אינו כן דאפילו עם דמים עובר בלא תחמוד, ובפרק זה בורר אמרו דחמסן דיהיב דמי אינו פסול אלא מדברי סופרים. ויש לפרש בלא דמי משמע להו וכן הוא האמת, עד כאן לשון הסמ"ג. וכתב עליו הרב הנזכר ז"ל: ולעניות דעתי אין הקושיא קושיא כלל, דלפי דלאינשי כפי טעותם אינם עוברים בלאו דלא תחמוד, להכי אינם פסולים מן התורה, כההיא דאמר בהנהו קבוראי שקברו את המת ביום טוב (סנהדרין כו:), שלא ראו לנדותם, דמשמע להם דמצוה קעבדי ואינו במרד, והיינו הא דהכא, דלפי דלאינשי לא משמע להו דעברי אלאו דלא תחמוד, כי להו משמע בלא דמי, להכי מן התורה כשרים וכו'. הגם שהתוספות פירשו כסמ"ג לתירוצא קמא, עם כל זה האמת אתנו'.

ואח"כ כתב: 'ויש להעיר על הרב ז"ל, דבביאורי מהר"ר אייזק שטיין הנדפסים אצל הסמ"ג כתב תירוצו, והקשה על הסמ"ג מאי קשיא ליה, שמא משום הכי כשר מן התורה הואיל ושווגג הוא ומבין 'לא תחמוד' בלא דמי, כמו שפירשו התוספות בהדיא פרק איהו נשך (ב"מ עב. ד"ה שטר) וגם הוא עצמו לקמן, כשהעבירה אינה כל כך ידועה וקרוב העושה להיות שווגג שצריך להזהירו ואח"כ יפסל. וי"ל שדעת הרב המחבר הואיל והתם תניא הוסיפו עליהם החמסנים וכו', משמע בכל ענין שהוא מדרבנן, אפילו אם התרו בהם, עכ"ל. ענין תחזינה מישרים דכתב תירוץ הרב המג"ן בדרך קושיא על הסמ"ג דמאי מקשה, ופריק לה דהסמ"ג לא ישר בעיניו תירוץ זה. והרב המג"ן היה לו להקשות מדברי הסמ"ג שהקשה מהר"ר אייזק. וגם נעלם מהרב ז"ל שכך כתבו התוספות במציעא דף עב שרמו דבריהם מהר"ר אייזק כמו שנאמר'.

וראה בנחלת דוד (ב"מ ה:): שכתב על דברי התוספות שם דעת התוספות דלא תחמוד גם לפי האמת הוא בלא דמי, כמו שכתבו המפרשים. והוכיחו כן התוספות מסוגיא דפרק זה בורר (סנהדרין כה:), עיי"ש בתוספות ד"ה מעיקרא שהקשו וא"ת לפסול מדאורייתא משום דקא עבר אלאו דלא תחמוד, וע"ז תירצו ב' תירוצים, האחד דלא תחמוד לאינשי כו' וכן הוא האמת, וזהו שיטת התוספות דשמעתין, ועוד תירצו לחלק בין אם מפייסים אותם עד

יז. הגדרת הלאוין דלא תגזול ולא תחמוד

בגמ' ב"מ (ס): איתא 'אלא הא דאמר רב הונא משביעין אותו שבועה שאינה ברשותו, נימא מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, התם נמי מורה ואמר דמי קא יהבנא ליה. אמר

שיאמרו רוצה אני דאז לא עברי מדאורייתא, ובין אם לוקחים שלא ברצונם כלל דאז עברי מדאורייתא אף דיהבי דמי.

והנה הרמב"ם (פ"א מגזילה ה"ט) כתב להדיא דלא כהתוספות, דאף דיהבי דמי ומפייסים אותם עד שיאמרו רוצה אני, אפילו הכי קא עברי על לא תחמוד מדאורייתא. ולכאורה תקשה ליה קושיית התוספות, כיון דלא סבר כהנך ב' התירוצים שכתבו התוספות.

אך באמת עיקר קושיית התוספות דשם תמוה מאוד, דמאי קא קשיא להו דלפסול מדאורייתא, דהא כיון דאמרינן דלאינשי משמע דלאו דלא תחמוד הוא בלא דמי, אף שלפי האמת הוא עובר אפילו אי יהיב דמי, מ"מ כיון דלאינשי משמע בלא דמי והם סבורים שאינם עוברים בלאו לכך לא מפסלי לעדות מדאורייתא. וכה"ג כתבו התוספות (ב"ק ל: ד"ה וחכמים אומרים) והרא"ש (ס"ח) בפרק המניח דלא תשימון לאינשי במלוה ולוה משמע ולהכי לא מפסלי בהכי, הרי חזינן להדיא דאף דבאמת עברי העדים מדאורייתא על לאו דלא תשימון, כדתנן אלו עוברים בלא תעשה המלוה והלוה והערב והעדים, אפילו הכי כיון דלא משמע לאינשי שיהא בזה איסור דאורייתא, לכך לא מפסלו מדאורייתא.

וביותר תימה, שהתוספות עצמם בפרק המניח הביאו ראייה לתירוצם מהך דלא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו, הרי להדיא דהתוספות עצמם מפרשי דבאמת הוא עובר מדאורייתא בלא תחמוד, רק כיון דלאינשי לא משמע להו לא מפסלי בהכי. ובמהרש"א בסנהדרין כתב דהתוספות דפרק המניח אודא לפי תירוץ השני, ולא דק, דבאמת ע"כ התוספות דפרק המניח לא סברי כשום אחד מהתירוצים שכתבו התוספות דמסכת סנהדרין, דאם לא כן לא הוי מייתי ראייה כלל מהא דלא תחמוד, וזה פשוט ומבואר.

ובמהרש"א שם בסנהדרין הרגיש קצת בזה דקושיית התוספות אינה קושיא, ולכך רצה להסב כוונת התוספות בקושייתם לומר דהכי קא קשיא להו, דנהי דלא מפסלו מדאורייתא, מ"מ כיון דעבר על לא תעשה מדאורייתא, אם כן עכ"פ היה להם לחכמים לפסלו כמו כל הנך דתני במתניתין דהוי נמי בכהאי גוונא, עיי"ש. ובאמת רחוק לפרש כן כוונת התוספות.

אך אם נאמר כדבריו דכן הוא כוונת התוספות, עם כל זה אני אומר דאין זה קושיא כלל. חדא, דאין לדמות גזירות חכמים זה לזה כדאמרינן בכמה דוכתי. ועוד, הא הגמרא עצמה מפרשת שם הטעם דלהכי לא גזרו מעיקרא בהן משום דהוי סברי דהוא אקראי בעלמא, ורצונה לומר דהוי כמילתא דלא שכיחא ולכך לא חששו רבנן לגזור עלייהו שיהיו פסולין. ועוד, דהא חזינן לפי האמת גבי עידי ריבית דלא גזרו רבנן כלל, וכמו שכתבו התוספות בפ' המניח והרא"ש שם, וכן פסק להלכה בשו"ע, ועיין ש"ך (ח"מ ס"ו נב, ויו"ד ס"ו קסא), וא"כ גם זה אינו קושיא כלל.

לכך צדקו דברי הרמב"ם דפסק דלא כהנך ב' תירוצים של התוספות וכו', וכן פסק בשו"ע (ח"מ ס"ו נט) כהרמב"ם. והא דכתב הרמב"ם (פ"י מעדות ה"ד) והובאו דבריו בשו"ע (ס"ו לד סעיף יג) וז"ל: 'אבל העובר על גזל של דבריהם כגון החמסנים הם פסולים מדבריהם', לאו למימרא דאינו בלאו, רק כוונתו שהוא גזל מדבריהם, ור"ל דמדאורייתא נהי דעובר בלאו, מ"מ אינו מחויב להחזיר הגזילה דתליוהו וזבין זביניה זבינא, ומדרכנן עשאוהו כגזל שיהיה חייב להשיב לבעליו, ולכך קרי ליה הרמב"ם גזל מדבריהם, כן כתב בתומים ונכון הוא. ודברי הכסף משנה הם תמוהים, גם דברי הסמ"ע בסי' לד (ס"ק לב) ובסי' שנט (ס"ק יד) סתרי אהודי'.

ליה רב אחא מדיפתי לרבינא והא קא עבר על לאו דלא תחמוד, לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו. ובתוספות (ס' ד"ה בלא) 'וא"ת תיפוק ליה מלא תגזול, וי"ל לעבור עליו בשני לאוין וכו'.

שיטת התוס' דבלאו הניתק לעשה ליכא נפק"מ לשני לאוין

והקשה בערוך לנר (סנהדרין כה) לפי מש"כ התוספות בריש פרק איזהו נשך (כ"מ סא. ד"ה לעבור) דלכך מוקמינן לאו דלא תגזול באם אינו ענין אעושה שכר שכיר לעבור עליו בב' לאוין, ולא מוקמינן על לא תגזול גופא, משום דעל לא תגזול אין לוקין, דניתק לעשה. פי' שאם ניתק לעשה, ליכא נפק"מ אם איכא ב' לאוין, והיאך כתבו כאן לעבור עליו בב' לאוין. ותירץ ע"פ הר"מ הלוי שהובא בריטב"א (מטות טו.) שפירש דהא דאין לוקין אגזילה, היינו משום שצריך לשלם, וא"כ גם משום לא תחמוד אין לוקין מהאי טעמא, וא"כ קושיית התוספות במקומה עומדת. וי"ל דר"מ סובר כתירוץ השני של התוספות בסנהדרין, דלפי זה לא צריך כלל להך תירוץ דלעבור עליו בב' לאוין, וזהו שיטת הראב"ד (פ"א מגזילה ע"ג) דכתב דאין לוקין אלא תחמוד כיון דמשלם ממון, ומ"מ לא קשיא לדידיה לאו דלא תחמוד למה לי, די"ל דאתיא לאומר לא רוצה, כמ"ש הראב"ד גופא שם. אכן לשיטת הרמב"ם שם דלא תחמוד שייך גם בדיהיב דמי ובאמר רוצה אני, קושיית התוספות בכאן במקומה עומדת, דלא שייכי בו תירוץ התוספות כמובן.

ובשו"ת פנים מאירות (ח"א סי' טו) כתב 'וגם ראיתי מה שכתבו התוספות ריש בבא מציעא (ה: ד"ה בלא), וא"ת תיפוק ליה מלא תגזול, וי"ל לעבור עליו בשני לאוין, ורבים נתקשו בזה, דהא כתבו התוספות ריש איזהו נשך דלא מוקמינן בלאו יתירה אגזל משום דלא לקי וכו', נראה דאין כאן קושיא, דהתם מקשו התוספות דמוקמינן אכובש שכר שכיר, משום דבענינא דשכיר כתיב ע"ז, ומקשו התוספות דטפי הוי ליה לאוקמיה אגזל גופיה, ותירצו דיותר מסתבר לאוקמיה אכובש שכר שכיר, דנכתב באותו ענין, משנוקמיה אגזל, כיון דלא לקי, אבל באמת אי לא היה שכר שכיר בזה הענין, יותר מסתברא לאוקמי בגזל בלאו יתירה אף דאין לוקין, משנוקמיה על לאו אחר דלא נכתב בהאי ענינא כלל. ולפי זה ניחא בלא תחמוד דמיותר לגמרי, ויותר מסתברא לאוקמיה על לא תחמוד גופיה שעובר בשני לאוין, משנוקמיה על לאו דלא כתיב בהאי ענינא'.

ועוד כתב בפנים מאירות 'דאף דגזל ניתק לעשה, אבל לא תחמוד לא ניתק, דאף שמחזיר הגזל, מ"מ עובר על לא תחמוד, דהחומד מביא לידי גזל. ואמרת דבר זה אתי כתנאי, דפליגי אביי ורבא בסנהדרין אי בעינן רשע דחמס. דאביי סבר מומר להכעיס פסול, דלא בעינן רשע דחמס, ורבא מכשיר, דרשע דחמס בעינן. ונראה דפליגי בזה, אי לא תחמוד בלא דמי משמע. דאם האמת כן הוא, א"כ חמסן דיהיב דמי אינו פסול מן התורה, וחמסן דקרא היינו גזלן שנוטל בלא דמים, כמו שכתבו התוספות, א"כ קרא דעד חמס מיירי בלא דמי, וא"כ דוקא היכא דנחשד על דמים הוא דפסול, אבל אם אינו נחשד על דמים, כשר להעיד. אבל אביי סבר כהתירוץ השני של תוספות, דלא תחמוד לפי האמת אף בדמי אסור, וא"כ חמסן, אף דיהיב דמי פסול מן התורה, א"כ עד חמס, אף שאינו חשוד על ממון, פסול, ולכך לא בעינן רשע דחמס, ר"ל שנחשד

על דמי, ומשומד להכעיס פסול', עכ"ל. וע"ש מה שהביא מתשובת בית יעקב (סי' קיג) שפילפל ג"כ בסוגיא זו.

אפשר לדרוש לאו יתירא משום שגזל וחימוד הם שני לאוין נפרדים

ועוד נראה לתרץ, דהא דכתבו התוספות בפרק איזהו נשך (ב"מ סא. ד"ה לעזור) שאם אין לוקין לא מוקמינן בלאו יתירה, אין זה אלא בענין דמשמע שם דגזל ילפינן מרבית ואונאה, דהתם מכיון שלא מתחדש בתוספת הלאו מידי, אין לאוקמי לאו דלא תגזול ללאוי יתירה, שהרי גם מצד הילפותא, הלאו הוא על מה שרוצה להרבות לעצמו ולחסר לחבירו, וגם מצד לא תגזול כן הוא, ומאחר ולא לקי, אין מקום לדרוש בלאו יתירה, משא"כ בלא תחמוד.

ובביאור הדברים נראה דבתוספות (ב"מ סא. ד"ה לעזור) הקשו על הא דאמרו בגמ' לעבור עליו בשני לאוין, ולוקמיה בגזל גופיה ולעבור עליו בשני לאוין, ויתרצו משום דלא לקי אלאו דגזל משום דניתק לעשה, אבל כי מוקמינן אכובש שכר שכיר באם אין ענין, לקי שפיר. והקשה במהרש"א דהא עושק נמי לאו הניתק לעשה הוא, דכתיב והשיב את הגזילה או את העושק, ועי"ש מה שתירץ.

והנה איתא בגמ' ב"מ (קיא.) רבא אמר זה הוא עושק זה הוא גזל, ולמה חלקן הכתוב, לעבור עליו בשני לאוין. וכתבו התוספות (ס"ד ד"ה למה חלקן) 'לאו משום דכתיב גזל ועשק שנינה בלשון דייק, אלא משום דכתיב תרי לאוין. ותימה, בשלמא הכא חילקן כדי לעבור עליו בשני לאוין, אבל גבי אשם גזילות, למה נכתבו שניהם או בגזל או עשק'.

וכתב בשו"ת פנים מאירות (ת"א סי' טו) שתחילת דבריהם יש לפרש כפשוטם, דלא ניחא להו לפרש דדייק רבא מדשינה בלשון, דהא כתבו התוספות ריש איזהו נשך (ס: ד"ה למה חלקס) וא"ת למה שינה בלשון וכו', וי"ל כיון שהוצרך שני לאוין, אורחא דקרא לכתוב לשון משונה שהוא נאה יותר, עכ"ל. א"כ אזלו לשיטתם דלא דייק רבא מדשינה בלשון, משום דאורחא דקרא לכתוב בלשון משונה, אלא ע"כ מדכתיב תרי לאוין, וזה פשוט וברור וכו'.

והנה על הא דהקשו התוספות (ס"ט) בהא דמסיק בגמ' דנשך ומרבית לעבור עליו בב' לאוין, למה שינה הכתוב בלשון לכתוב 'כספך לא תתן לו בנשך, ובמרבית לא תתן אכלך', הביא בשו"ת אבני נזר (יו"ד סי' קמ"א אות ג) בשם המהר"ל בגור אריה, דהתורה כתבה טעם האיסור, דמשום שממון הלואה מתחסר וממון המלוה מתרבה, עיי"ש. ומן הנראה דזהו הביאור בלעבור בב' לאוין, שהוא עובר במעשהו על ב' הענינים, דהיינו לאו מיוחד על ריבוי ממונו ולא מיוחד על מה שמחסר ממון חברו.

ונראה שלפי שיטתו, גם בדלא לקי שייך לאוקים בשני לאוין, כיון ששני הלאוין הם על ב' ענינים נפרדים שמזדמנים בפונדק אחד. ולפי זה אתי שפיר שגם בעושק וגזל אפשר לאוקים בב' לאוין, דהתם נמי איכא ב' ענינים, ענין הגזל שמחסר לחברו, וענין העושק שמעכב את אשר מגיע לחברו, דכל שמעכב ואינו משלם עובר בלאו דלא תעשוק. ולפי זה לא היה קשה קושיית התוספות גבי אשם גזילות למה נכתבו שניהם, נדבאבן עזרא פי' בקרא דלא תעשוק ולא

תגזול, דכוליה קרא בגזל, אלא דעושק הוא בסתר וגזל הוא בגלוי, וא"כ יש בו ב' הענינים], אך מאחר והתוספות הקדימו שאין משמעות בשינוי הלשון, וכמ"ש בפנים מאירות הנ"ל דאזלי לשיטתם בר"פ איזהו נשך דאורחא דקרא לכתוב לשון משונה שהוא נאה יותר, וא"כ לעבור עליו בב' לאוין אינו אלא משום דכתיב תרי לאוין, הלכך הקשו מאשם גזילות.

ואכן לפי שיטה זו הדרא קושיית המהרש"א בדברי התוספות (כ"מ סא. ד"ס לעגו), דהא עושק נמי לאו הניתק לעשה, דכתיב והשיב את הגזילה או את העושק. ואין לומר דאוקים לעבור בב' לאוין כי הם ב' ענינים כנ"ל, שהרי לתוספות אין משמעות בשינוי הלשון, ועל כרחך לתרץ שם כתי' המהרש"א שם, או כמו שתירצו שאר המפרשים ואכ"מ. אך לעניננו גבי לא תחמוד, לפי שיטה זו לכאורה לא שייך שיעבור בב' לאוין.

אולם לפי המהר"ל שמכח שינוי הלשון ברבית עובר על ב' לאוין, שהם ב' ענינים על הריבוי ועל החסר, א"כ גם בעושק וגזל י"ל שהם ב' ענינים. וה"ה בלא תחמוד ולא תגזול, אף דלא תחמוד בלא דמי, מ"מ יסוד האיסור הוא החימוד, ויסוד איסור גזל הוא מה שמחסר לחבירו, א"כ שייך לומר שיעבור על ב' לאוין, והיינו שעובר על זה שחומד ועל זה שמחסר.

ובטעם שאינו לוקה על לא תחמוד, כתב הרמב"ם דמשום שהוא לאו שאין בו מעשה, והראב"ד כתב שהוא לאו הניתן לתשלומין. ומן הנראה שלדעת התוספות דלא תחמוד הוא רק בדלא יהיב דמי ליתא לב' הטעמים. דטעם הרמב"ם אינו אלא לשיטתו שעובר אף בדיהיב דמי, ועל כרחך שהאיסור אינו הלקיחה אלא החימוד שאין בו מעשה, אבל לתוספות שאינו עובר אלא בדלא יהיב דמי, לדידיה פשיטא שהלקיחה היא האיסור, והלקיחה יש בה מעשה. וכן טעם הראב"ד לא שייך לשיטת התוספות, שהרי גם לראב"ד אם תהיה מציאות של גזילה בלי חימוד (כגון הגזול על מנת שלם וכיו"ב) בודאי שלא יעבור על לא תחמוד. ועל כרחך שהגזול בחימוד אית ליה ב' לאוין, האחד על החימוד והשני על הגזל, וה'והשיב את הגזילה' יכול לתקן הנטילה, שהוא הגזול, אך במה שעבר על החימוד לית ליה תקנתא, דעל זה אינו בתשלומין.

יח. מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בנדר איסור לא תחמוד

הרמב"ם (פ"א מגזילה ס"ט) כתב 'כל החומד עבדו או אמתו או ביתו וכליו של חבירו או כל דבר שאפשר לו שיקנהו ממנו והכביד עליו ברעים והפציר בו עד שלקחו ממנו אף על פי שנתן לו דמים רבים הרי זה עובר בלא תעשה, שנאמר לא תחמד. ואין לוקין על לאו זה מפני שאין בו מעשה. ואינו עובר בלאו זה עד שיקח החפץ שחמד, כענין שנאמר לא תחמד כסף וזהב עליהם ולקחת לך, חימוד שיש בו מעשה'.

והשיג עליו הראב"ד ז"ל בתרתי, חדא דהא דעובר אינו אלא כשלא אמר רוצה אני, ועוד שהטעם דאין לוקין אינו משום שאין בו מעשה, דהיכן מעשה גדול מנטילת החפץ, אלא מפני שהוא לאו הניתן לתשלומין, שהרי הוא כגזולן שאינו לוקה משום שהוא חייב להשיב את הגזולה, וכמו כן החומד אינו לוקה משום שחייב להשיב את החפץ לבעליו.

ולכאורה בטעם שאין לוקין, נחלקו הרמב"ם והראב"ד בתרתי. חדא, דלהרמב"ם נחשב ללאו שאין בו מעשה ולראב"ד נחשב ללאו שיש בו מעשה. ועוד, שלראב"ד נחשב ללאו הניתן לתשלומין, ולרמב"ם לא נחשב ללאו הניתן לתשלומין. ונראה לבאר בסייעתא דשמיא דהא בהא תליא, ותליא גם בפלוגתא הראשונה שביניהם, שלרמב"ם עובר גם כשלבסוף נתרצה המוכר ואמר רוצה אני, ולפי הראב"ד אינו עובר אלא כשלא אמר רוצה אני.

דיסוד המחלוקת בין הרמב"ם והראב"ד אם עובר גם כשלבסוף נתרצה המוכר ואמר רוצה אני, דלפי הרמב"ם עיקר האיסור הוא בחימוד, אלא שהתנאי הוא עד שיקח החפץ. והוא כעין מה שכתב הסמ"ק (מנו"ט) 'שלא לחמוד, דכתיב לא תחמוד, ואף על גב דאמרינן במכילתין יכול בדברים תלמוד לומר ולקחת לך, מה להלן מעשה אף כאן מעשה, מכל מקום נראה שאף בלב אסור, אך אינו נגמר להתחייב עליו עד שיעשה מעשה, ובדיהיב דמי חייב אחת, ובדלא יהיב דמי חייב שתיים, ונראה דלא תחמוד ולא תתאוה הכל אחד הוא וכפל מלה הוא'. ואפשר להוסיף בהגדרת הלאו, דכאשר החימוד גדול כ"כ עד שהגיע ללקיחת החפץ, אזי עובר על החימוד.

ולכן, לשיטת הרמב"ם שעיקר האיסור הוא בחימוד, אין נפ"מ בין אם בסוף אומר רוצה אני או לא. ומשום הכי החימוד אין בו מעשה, ולכן אינו לוקה.

אבל הראב"ד ס"ל דעיקר האיסור הוא הלקיחה, והחימוד הוא התנאי לאיסור, ולכן ליתא ללאו אלא כשלא אמר רוצה אני דאז חל חלות האיסור על הלקיחה. ומה"ט נחשב כלאו שיש בו מעשה.

ונראה דמיניה וביה בין נבין הטעם שהרמב"ם ס"ל שאינו לאו הניתן לתשלומין, כי מה שייך תשלומין על החימוד. אבל לראב"ד שהאיסור הוא הלקיחה, אתי שפיר שניתן לתשלומין, שיחזיר מה שלקח.

ויש להוסיף, שלפי הראב"ד הא דלא מועיל זה ששילם דמיו, הוא כי גם כשאין בו גזילת שיווי החפץ, מ"מ גוף החפץ שנטל הוא האיסור, כדברי המקנה (בקונטריס אחרון אה"ט) סי' כח ד"ה או במ"ס), דהא דכתב רחמנא תרי לאוין לא תגזול ולא תחמוד, דלא תגזול קאי על דמי שיווי החפץ, אבל אם נותן דמיו לא עבר על לאו דלא תגזול, ולאו דלא תחמוד קאי על גוף החפץ דכל שחמדו וקנאו להיות שלו עובר על לאו דלא תחמוד.

אבל הרמב"ם ס"ל דהא דלא מועיל זה ששילם לו דמיו, הוא לפי שעיקר האיסור הוא בחימוד. והוא ע"ד שכתב ביד המלך (גזילת ס) 'לענין עבירת לאו דלא תחמוד, דעצם הלאו אף דתכונת ענינו הוא בין אדם לחבירו, בכל זאת עיקרו הוא בין אדם למקום, דהא אפילו יהיב דמי וחבירו נתנו לו מדעתו ואין הדבר נוגע לחבירו עוד, בכל זאת אם הנתניה היתה ע"י הפצר שהכביד עליו ריעים הרי זה עובר עליו, ומשום דהתורה אסרה להפצר זה'. [אולם שם ביד המלך רצה לחדש שגם הראב"ד ס"ל דעיקרו של לאו תחמוד הוא בין אדם למקום כנ"ל, אלא דס"ל שעל זה מועיל זה שאומר רוצה אני, וצ"ע בסברתו].

וכעי"ן כתב המגיד משנה, על מה שכתב הרמב"ם ואין לוקין על לאו זה שאין בו מעשה, 'כתב הר"א ז"ל א"א לא ראיתי דבר תימה גדול מזה וכו'. הלך הרב המשיג לשיטתו שכתב שאם אמר רוצה אני המוכר שהלוקח פטור, אבל דעת רבינו ז"ל שהאיסור אף ברצון המוכר הוא, וע"כ כתב שאין בו מעשה לפי שנטילת החפץ ברצון המוכר הוא נעשה, אבל ההשתדלות אשר השתדל כדי לרצותו הוא האיסור, ונגמר בשעת המקח, ובהשתדלות לא היה מעשה, ולכך לא נתן טעם לפי שהוא חייב להחזיר החפץ, שכיון שברצון המוכר נעשה אין כאן חיוב השבה'.
(וראה מנחת חינוך מ"וה לז).

[והנה היסוד שהחמוד הוא שורש האיסור, מבואר בראשונים ובמפרשי התורה. האבן עזרא (שמות כ"ג) כתב 'אנשים רבים יתמהו על זאת המצוה, איך יהיה אדם שלא יחמוד דבר יפה בלבו כל מה שהוא נחמד למראה עיניו, אלא שכמו שלא יתאוה שיהיו לו כנפים לעוף השמים, וכל כיו"ב, ככה כל משכיל צריך שידע כי ממון לא ימצאנו אדם בעבור חכמתו ודעתו, רק כאשר חלק לו השם, ואמר קהלת ולאדם שלא עמל בו יתגנו חלקו, ואמרו חכמים בני חיי ומזוני לאו בזכותא תליא מלתא אלא במזלא, ובעבור זה המשכיל לא יתאוה ולא יחמוד, וידע שממון רעהו שהשי"ת אסרה לו היא נשגבה בעיניו מבת מלך בלב הכפרי, על כן הוא ישמח בחלקו ולא ישים אל לבו לחמוד ולהתאוות דבר שאינו שלו, כי ידע שהשם לא רצה לתת לו לא יוכל לקחתו בכחו ובמחשבותיו ובתחבולותיו על כן יבטח בבוראו שיכלכלנו ויעשה הטוב בעיניו. ורבינו בחיי (שמות ט"ז) כתב 'כי החמדה תלויה בלב, ועיקר המצוה שיתייאש האדם מכל מה שיש לחברו קרקע ומטלטלין ויפנה לבו מן המחשבה הזאת שלא יחשוב בהם ולא יחמדם'.

ואפשר שזו גם שיטת הרמב"ם שכתב (פ"א מגזילה ה"י-יב) 'כל המתאוה ביתו או אשתו וכליו של חברו וכל כיוצא בהן משאר דברים שאפשר לו לקנותן ממנו, כיון שחשב בלבו היאך יקנה דבר זה ונפתה לבו בדבר עבר בלא תעשה, שנאמר לא תתאוה ואין תתאוה אלא בלב בלבד, התאוה מביאה לידי חימוד והחימוד מביא לידי גזל, שאם לא רצו הבעלים למכור אע"פ שהרבה להם בדמים והפציר ברעים יבא לידי גזל שנ' וחמדו בתים וגזלו וכו', הא למדת שהמתאוה עובר בלאו אחד, והקונה דבר שהתאוה בהפציר הפציר בבעלים או בבקשה מהן עובר בשני לאוין לכך נאמר לא תחמד ולא תתאוה, ואם גזל עבר בשלשה לאוין'.

בדעת הרמב"ם שחימוד הוא לאו שאין בו מעשה

היוצא מהנ"ל, שלרמב"ם אף שהתנאי בלא תחמוד הוא שיעשה מעשה לקיחה, מ"מ כיון דעיקר האיסור הוא החימוד שאין בו מעשה הרי הוא כלאו שאין בו מעשה. אך יש להעיר בזה, דבמשנה למלך (פ"ג מביאת מקדש כ"א) כתב 'ודע שמה שכתבנו דאפילו לרב אשי לא חשיב שהייה כמעשה אלא כשתחילת המעשה היה באיסור, כגון לבישת כלאים או מי שנכנס למקדש וטימא עצמו בשוגג, שהרי תחילת האיסור היה ע"י מעשה של איסור וכו', ועד כאן לא אמרינן דכל שתחלת הפעולה היתה ע"י מעשה דאף דלבסוף ליכא מעשה דחשיב כמעשה היינו כשהתחלת הפעולה היתה באיסור אבל כשהיתה בהיתר אינה מצטרפת עם סופה להחשיבה כמעשה. כך היה נראה לי מסברא, אך אחרי העיון נראה דהא ליתא וכו', אשר על כן נראה דאליבא דתוספות כל שתחלת הדבר היה ע"י מעשה אף שהיה בהיתר חשיב כמעשה אם נעשה איסור אח"כ בלתי מעשה, ומש"ה נזיר שנכנס לבית הקברות בשידה תיבה ומגדל ובא חברו ופרע מעליו המעזיבה לוקה על השהייה אע"פ שאין מעשה בשהייה לפי שתחילת ביאתו לבית הקברות ע"י מעשה

היתה ואף שהיתה בהיתר, ודברי התוס' שכתבנו הכי דייקי שכתבו דלאו שיש בו מעשה הוא במה שאינו יוצא משם כשנודר, ודאי שאין כוונתם דס"ל דעקימת שפתיו שנודר בנוזיר חשיב מעשה, דהא קי"ל דעקימת שפתים לא חשיב מעשה, ועוד דאי טעמא דתוס' הוא משום עקימת שפתים הכי הוה להו למימר דלאו שיש בו מעשה הוא במה שנודר בנוזיר בבית הקברות, אלא ודאי דמה שנודר בנוזיר לא חשיב מעשה ולא חייבוהו מלקות אלא משום דאינו יוצא משם ואע"ג דאינו עושה מעשה במה שאינו יוצא כיון שהביאה היתה על ידי מעשה אף מה שאינו יוצא חשיב כמעשה'.

ובמעשה חושב (בשע"מ פ"א מחו"מ ה"ג אות קלו) מוכיח מרש"י חולין (פג. ד"ה שאין בו מעשה), ומרש"י שבועות (ג), שאף אם המעשה היה בהיתר, מצטרף לאיסור דשב ואל תעשה, ומקרי לאו שיש בו מעשה. והקשה מרש"י סנהדרין (סג. ד"ה ר"ל אמר), עי"ש. ולפ"ז מיושבין דברי רש"י, כי הביאה לבית הקברות נחשבת למעשה, ואף שביאתו בהיתר, מצטרפת האי מעשה לשהייתו בבית הקברות, כשנדר בנוזר. [וראה שו"ת דבר משה להגאון מהר"ם תאומים סי' סז].

ומעתה לפ"ז בלאו דלא תחמוד, לכאורה מן הדין שיחשב כלאו שיש מעשה בק"ו, כי מה בהנ"ל נחשב ליש בו מעשה שהמעשה מצטרף גם כשהמעשה הוא בהיתר, ק"ו בלא תחמוד שמעשה הלקיחה הוא תנאי בגוף האיסור, אף שעיקר האיסור הוא החימוד מ"מ מצטרף מעשה הלקיחה כנ"ל.

וי"ל שהרמב"ם אזיל לשיטתו שכתב (בפ"א מתגיגה ח) 'ומי שבא לעזרה ביום ראשון ולא הביא עולה, לא דיו שלא עשה מצות עשה אלא עובר על לא תעשה שנאמר לא יראו פני ריקם, ואינו לוקה על לאו זה שהרי לא עשה מעשה'. משמע קצת דאם המעשה היה בהיתר, הוה לאו שאב"מ. אך אי משום הא לא איריא, כי אפשר שדוקא בלאו דלא יראה וכו', שיסוד האיסור הוא זה שהוא ריקם, אלא שאין האיסור של ריקם אלא בתנאי של יראה, כי היראה הוא האמצעי והתנאי לאיסור של ריקם, והרי זה שהוא ריקם אין בו מעשה וגם אין בו תחילת מעשה, לכן אין לוקין. משא"כ בנוזיר בבית הקברות, שהאיסור הוא עצם השהייה בבית הקברות, ושהייה זו בביה"ק תחילתה בביאה שהיא במעשה, בזה מודה דלוקין.

אך יש להוכיח מהרמב"ם (פ"ה ממלכ"ה ט"ח) שכתב 'ומותר לחזור לארץ מצרים לסחורה ולפרקמטיא וכו' ואינו אסור אלא להשתקע שם, ואין לוקין על לאו זה שבעת הכניסה מותר הוא, ואם יחשב לישוב ולהשתקע שם אין בו מעשה'. הרי שמעשה ההיתר אינו מצטרף לשהיית האיסור להקרא מעשה, וכן מוכיח במעשה חושב (סג). וראה מנחת חינוך (מנ"י יא אות ה) בשם משנת חכמים, שהביא את שתי הראיות.

שו"ר ביד המלך (פ"א מגזילה ט"ו) שכתב 'עיין במה שכתב הרב המגיד להסביר דעת רבינו דלאו דלא תחמוד הוי לאו שאין בו מעשה, לפי שגוף נטילת החפץ ברצון המוכר הוא נעשה, רק ההשתדלות אשר השתדל כדי לרצותו הוא עיקר האיסור, אלא דלא נגמר רק בשעת המקח, ובהשתדלות לא היה בו מעשה, ע"כ. הנה דברי הרב המגיד נראין נכונים בזה, דדבר זה ברור דבין לדעת רבינו ובין לדעת הראב"ד לא הונח עצם הלאו דלא תחמוד רק על החמדה ופעולת

ההפצר, אבל לקיחת החפץ בעצמה אם הוא מדעת המוכר לא יצויר בה שום לאו, דאיך תהיה אזהרת התורה על לקיחת חפץ מחבירו שהוא מדעת הנותן, ואנו לא מצינו אזהרה כזו רק בריבית דמתנה הוא והתורה אסרתה, אבל כל שאר דברים הנעשים מדעת בעליהם לא מצינו בהם שום מקום איסור, ואם לקיחת החפץ הוא שלא מדעת המוכר אזי חמסן הוא ועובר על לאו גמור דלא תגזול. אלא ודאי דשורש ועיקר הלאו דלא תחמוד לא הונח רק על החמדה ופעולת ההפצר, אלא דעבירת הלאו לא יצא מכח אל הפועל רק בלקיחת החפץ, ולכן רבינו וגם הראב"ד דעת כל אחד נכון דעתו לפי שיטתו, דרבינו תפס בזה דעתו דפסק בפ"א מהלכות חגיגה (הלכה א) דאינו לוקה על לאו דלא יראו פני ריקם ומשום דאין בו מעשה, ואף דאם לא הלך להראות לא הי' עובר כלל על לאו זה, בכל זאת אין מצרפין מעשה ההליכה לעבירת הלאו להיות לאו שיש בו מעשה. גם בפ"ה מהלכות מלכים (הלכה ט) פוסק רבינו ג"כ בהלך למצרים ונשתקע לדור שם דעובר בג' לאוין ואינו לוקה, משום שההליכה בלי השיקוע אין בה איסור ובשיקוע שנשתקע שם אח"כ אין בו מעשה. ואף דאי לאו ההליכה לא היה בא לידי איסור השיקוע, בכל זאת אין מצרפין מעשה ההליכה להשיקוע להיות מיחשב לאו שיש בו מעשה, וכמו כן הכא כיון דבמעשה של לקיחת החפץ אין בה איסור, אף דעל ידי זה נגמר האיסור של ההשתדלות, בכל זאת אין אנו מצרפין מעשה הלקיחה לאיסור לאו של ההשתדלות להיות לאו שיש בו מעשה, והלכך שפיר אין לוקין על לאו זה אף שעשה מעשה ולקחו לבסוף וכו', אמנם גם הראב"ד דחולק על רבינו כאן וסובר דנטילת החפץ הוי מעשה לענין עבירת הלאו דלא תחמוד, גם הוא תפס שיטתו בזה וכו'.

והנה במעשה חושב (סג) מוכיח מהא דכתב הרמב"ם שאינו לוקה משום ב"י וב"י על חמץ שהיה לו בערב פסח כיון דשהייתו הוה לאו שאין בו מעשה, ודוקא בקנה בפסח או חימצו בידים בפסח לוקה, הרי שבקנה או חימצו בידים מערב פסח, אף ששהייתו בפסח באיסור באה ע"י מעשה חימוץ של ערב פסח, אינו מצטרף מעשה ההיתר לאיסור השהייה. ובשער המלך עצמו שם הוכיח מהרמב"ם (פ"ג ממלוה ה"ט) ומדברי הרב המגיד (סג), שאף אם תחלתו בא במעשה, כיון שהמעשה היה בהיתר והאיסור הוא בשוא"ת, מקרי לאו שאין בו מעשה, ע"י ש.

אולם מהרדב"ז (ספ"ז ממזירות ה"ט) משמע שאם תחלתו בא במעשה, גם כשהמעשה היה בהיתר והאיסור הוא בשוא"ת נחשב ללאו שיש בו מעשה. שכתב שם הרמב"ם בנכנס בשידה ובא חבירו ופרע עליו את המעזיבה ונטמא, אע"פ ששהה שם אינו לוקה, אבל מכין אותו מכות מרדות, וכתב הראב"ד ז"ל על בבא זו אין דרך הסוגיא כך וכו' עכ"ל, וכתב הרדב"ז ואני תמיה על השגה זו, שהרי הבעיא של רבא כבר פסקה רבינו בפרקין דלעיל שאם פרע עליו את המעזיבה מדעתו לוקה שתיים אחת משום לא יטמא ואחת משום לא יבא, ושניהם באים עליו כאחת, ואם פרע עליו את המעזיבה שלא מדעתו או שהיה שוגג אם התרו בו ושהה כדי שיעור השתחויה לוקה, ואם לאו פטור, אבל הכא איירי רבינו כגון שפרע עליו את המעזיבה שלא מדעתו דאינו לוקה לא על לא יטמא ולא על לא יבא, ולא התרו בו ואמרו לו אל תשתה [תשהה] שאם התרו בו ושהה פשיטא שהוא לוקה, הילכך מלקות ליכא וכו' כיון שלא התרו בו, ועלו דברי רבינו כהוגן. הרי שדעת הרדב"ז בשיטת הרמב"ם, שאף שבשהייה אין מעשה, מ"מ כיון שאיכא מעשה הכניסה, אף שהמעשה היה בהיתר, נחשב ללאו שיש בו מעשה, ולכן רק משום שלא

התרו בו אינו לוקה. וכ"כ מוהר"י בי רב בדעת הרמב"ם, שאם תחלתו ע"י מעשה, אף שהיה בהיתר, מ"מ מצטרף ומקרי לאו שיש בו מעשה. [וראה שאגת אריה סי' לב, ובחדשות סי' יב].

בדעת הראב"ד שהימור הוא לאו הניתן לתשלומין

והנה ביד המלך הקשה על שיטת הראב"ד דאין לוקין על לאו דלא תחמוד משום שחייב בתשלומין. וז"ל: 'איך עלה במחשבה הזכה של הראב"ד דחיוב התשלומין פוטרים ממלקות, הלא גוף התשלומין אינם פוטרים אותו מעבירת הלאו, ואיך יהיה חיוב התשלומין עצום כחו מהתשלומין עצמן, ואנו רואין דגוף עבירת הלאו הונח לכתחילה אף אם נותן כסף מלא דמי שווי החפץ, ושוב אין עוד כאן שום לתא דתשלומין, ובכל זאת עובר על הלאו דגזרת התורה כך הוא, ולא זו דלא תחמוד דומה בתכונתו כמו שאר אזהרות לאווין של כל האיסורים כולם, כגון דאכילת חלב ודם וחמץ וכדומה דלוקין על מעשה אכילתו, וכמו כן אם היה מעשה בלאו דלא תחמוד היו לוקין עליו ולא היה לחיוב התשלומין שום ענין עם חיוב המלקות של הלאו, ואף אם נאמר דכוונת הראב"ד הוא על חזרת גוף החפץ דמנתק הלאו לפטרו ממלקות, ובאמת סיום דבריו מורים בדעתו כוונה זו, דכתב שהרי הוא כגולן שחייב להשיב את הגזלה ולפיכך אינו לוקה וגם זה חייב להשיב החפץ לבעלים, ע"כ. אמנם גם זה תמוה, דאף אם נאמר דסבירא ליה להראב"ד דהיכי דלא אמר המוכר רוצה אני והלוקח עובר על לאו דלא תחמוד גם המכירה בטלה וצריך להחזיר החפץ, בכל זאת אין כח בחזרה זו לנתק הלאו ולפטרו ממלקות, ואין זה דומה להשבה דגזלה, דבגזלה ההשבה הוא בכח העשה דחייבה אותו תורה לתקן הלאו בכך ולהשיבו, ואף לאביי דס"ל דכל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני, בכל זאת בגזלה לא מהני ומחויב להשיב מצד חק התורה דוהשיב, והשבה זו אשר הוא לתקן הלאו כל זמן שלא ביטל להתיקון למ"ד (מטפ טו:) ביטלו ולא ביטלו מנותק הלאו בכך לפוטרו מחיוב מלקות שבו וכו'. אמנם כל זה לא שייך רק בהשבה דגזלה, דעשה דההשבה הוא מכח הלאו דלא תגזול, משא"כ בלאו דלא תחמוד, דאף אם המכירה בטלה ומחזיר החפץ לבעליו מ"מ אין השבה זו מצד לתא דגזלה, דגוף הבאת החפץ מדעתו ורצונו של המוכר בא ליד הלוקח, רק דלרבא דאמר דכל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, וכאן אמר רחמנא דלא יחמוד בשל חבירו להכביד עליו לקחתו מידו, והוא עבר לקחת חפץ מיד חבירו, על כן לא אהני מעשיו והוי כאלו לא לקחו, וממילא קאי לחזרה כמו כל חפצי חבירו אשר באו לרשותו של אדם שלא בדרך גזלה כלל, אבל אין לחזרה זו כח השבה לתקן ולנתק את הלאו ולפטרו מהמלקות של הלאו אשר נתחייב בלקיחתו.

הנה מה שכתב יד המלך דכוונת הראב"ד הוא על חזרת גוף החפץ דמנתק הלאו לפטרו ממלקות, ובאמת סיום דבריו מורים בדעתו כוונה זו, דכתב שהרי הוא כגולן שחייב להשיב את הגזלה ולפיכך אינו לוקה וגם זה חייב להשיב החפץ לבעלים ע"כ, י"ל דהביאור הוא לפי מה שכתב המקנה (סוואא לעי), דלא תגזול קאי על דמי שיווי החפץ, אבל אם נותן דמיו לא עבר על לאו דלא תגזול, ולא דלא תחמוד קאי על גוף החפץ דכל שחמדו וקנאו להיות שלו עובר על לאו דלא תחמוד.

ומה, שכתב יד המלך 'דאף אם נאמר דסבירא ליה להראב"ד דהיכי דלא אמר המוכר רוצה אני והלוקח עובר על לאו דלא תחמוד גם המכירה בטלה וצריך להחזיר החפץ, בכל זאת אין כח בחזרה זו לנתק הלאו ולפוטרו ממלקות, ואין זה דומה להשבה דגזלה, דבגזלה ההשבה הוא בכח העשה דחייבה אותו תורה לתקן הלאו בכך ולהשיבו', לענ"ד אינו מובן, שהרי הראב"ד לא כתב שאינו לוקח משום שהוא ניתק לעשה, אלא משום שניתן לתשלומין, והרי גם בגזילה כתב הרמב"ם (פ"א מגזילה ה"א) שאין לוקין על לאו דלא תגזול 'שהרי הכתוב נתקו לעשה שאם גזל חייב להחזיר שנאמר והשיב את הגזילה אשר גזל, זו מ"ע, ואפילו שרף הגזילה אינו לוקח שהרי הוא חייב לשלם דמיה וכל לאו שניתן לתשלומין אין לוקין עליו'. ובגניבה כתב הרמב"ם (פ"א מגניבה ה"א) 'כל הגונב ממון משו"פ ולמעלה עובר על ל"ת שנאמר לא תגנוב, ואין לוקין על לאו זה שהרי ניתן לתשלומין שהגנב חייבתו התורה לשלם'.

ובשו"ת חות יאיר (סי' קנ"ג) הביא את דברי הרמב"ם בהל' סנהדרין (פ"ח ה"ב) שכתב כללות לאווין שאין בהם מלקות, וזכר שם לאו הניתק לעשה כגון לא תקח אם על בנים ופאה ולא זכר גזל, רק גבי מ"ש שם מקמי הכי כל לאו שניתן לתשלומין כגון לא תגזול לא תגנוב. ואח"כ הביא מהרמב"ם דבהל' גזילה כתב דאינו לוקח משום דניתק לעשה, אבל בהל' גניבה כתב דאינו לוקח משום שניתן לתשלומין. וביאר בדעת הרמב"ם, שבגבי גניבה דלא מצינו בפירוש בתורה מצות השבתו, לא מקרי לאו הניתק לעשה, עיי"ש. וכעיי"ז כתב בשו"ת שואל ומשיב במהדר"ק ח"ב (סי' קנז).

ובאחיעזר (ח"א אה"ע סי' כ"ה) כתב דאף דהתשלומין לא כתוב בגדר עשה, יש לו דין ניתק לעשה, דכל מה שהלאו הוא משום הפסד ממון חבירו ומשלם ההפסד הרי התשלומין תקון הלאו בפועל, דעיי" התשלומין יתוקן העון אשר חטא וכמו דלאו הניתק לעשה אין לוקין עליו, ה"נ לאו הניתן לתשלומין אין לוקין עליו.

אולם האחיעזר (ס"ס סי' כ"ג) הביא מש"כ הרמב"ם שאין לוקין על לאו דלא תחמוד מפני שאין בו מעשה, והראב"ד השיג על זה, והביא את קושיית שער המלך על דברי הראב"ד דהא בלא תחמוד לא גלי קרא שישלם כמו בגזילה, א"כ נימא דמילקי לקי וממונא לא משלם, וכתב באחיעזר 'ולמש"כ נראה בשיטת הרמב"ם דלא ס"ל הטעם לפי שחייב בתשלומין, משום דמאי דמחויב להחזיר החפץ או דמיו לבעלים מצד עשה דוהשיב את הגזילה, אין זה ניתן לתשלומין רק ללאו דגזילה, אבל לא ללאו דלא תחמוד, דעל זה לא קאי העשה, והא לשיטת הרמב"ם גם באמר רוצה אני וקנה החפץ עובר משום לא תחמוד ולא שייך בו השבה, א"כ הא דוהשיב לא קאי על לאו דלא תחמוד [ואעפ"י שצריך להחזיר החפץ ומ"מ אפשר שילקה משום לא תחמוד דתשלומין דגזילה אינו דוחה לאו אחר המעורב בו], ולא שייך לשיטת הרמב"ם הטעם דלאו הניתן לתשלומין, ולהכי כתב לפי שאין בו מעשה. והראב"ד לשיטתו דלא תחמוד הוא רק בלא אמר רוצה אני, וא"כ עצם לקיחת החפץ הוי יש בו מעשה, וכיון דלשיטת הראב"ד בכל גזילה ישנו לאו דלא תחמוד ג"כ וזה ענין אחד וכיון דגזילה הוי לאו הניתן לתשלומין להכי אינו לוקח ג"כ משום לא תחמוד שזהו ענין אחד'.

ומה שכתב יד המלך 'אמנם כל זה לא שייך רק בהשבה דגזילה, דעשה דההשבה הוא מכח הלאו דלא תגזול, משא"כ בלאו דלא תחמוד, דאף אם המכירה בטלה ומחזיר החפץ לבעליו מ"מ אין השבה זו מצד לתא דגזילה, דגוף הבאת החפץ מדעתו ורצונו של המוכר בא ליד הלוקח, רק דלרבא דאמר דכל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, וכאן אמר רחמנא דלא יחמוד בשל חבירו להכביד עליו לקחתו מידו, והוא עבר לקחת חפץ מיד חבירו, על כן לא אהני מעשיו והוי כאלו לא לקחו, וממילא קאי לחזרה כמו כל חפצי חבירו אשר באו לרשותו של אדם שלא בדרך גזילה כלל, אבל אין לחזרה זו כח השבה לתקן ולנתק את הלאו ולפטר מהמלקות של הלאו אשר נתחייב בלקיחתו, כבר כתבנו שגם אם נכון הדבר כפירושו ואין כאן ענין לאו הניתק לעשה, מ"מ לאו הניתן לתשלומין בודאי דהוה, וזהו כוונת הרמב"ם.

[וביד המלך שם כתב (כסוגייס) 'ובחידושי על מס' תמורה כתבתי וביארתי מה שיש לתמוה בסוגיא שם (תמורה ו). דפריך הגמרא לרבא דאי עביד לא מהני והרי גזל דאמר רחמנא לא תגזול ותנן (כ"ק נג): הגזול עצים ועשאן כלים אינו חייב להחזירו, ומשני הגמרא [שאני התם] דכתיב אשר גזל אם כעין שגזל יחזיר ואם לאו לא יחזיר. ומאי פריך הגמרא לרבא, הא כל כמה דלא ידע המקשן עדיין מדרשה זו דאשר גזל קשה קושיא זו גם לאביי, דהא בגזל אין שום חילוק כלל בין רבא לאביי, ואף לאביי לא מהני ומחוייב להחזיר הגזילה, דמקרא מלא דיבר הכתוב [שם] והשיב את הגזלה, ובין לרבא ובין לאביי קשה קושיית הגמרא זו דלמה בגזל עצים ועשאן כלים לא יחזיר, ואמאי מהני השינוי והא כתיב והשיב, אלא על כרחך דיש איזה לימוד על זה דשינוי יהיה פוטר אותו מחזרה, ולימוד הזה יהיה מה שיהיה כאשר פוטר מחזרה לאביי מכח עשה דוהשיב כמו כן פוטר לימוד זה מחזרה גם לרבא מכח הסברא דאי עביד לא מהני.

ותמיהני עליו, הרי בגמ' ב"ק (סא:) ילפינן מדרשא דב"ה דהן ולא שינוייהם, דשינוי מעשה קונה. וכתבו בתוס' שמהן ולא שינוייהם שמעינן שכשנשתנה נעשה כדבר אחר והחפץ שגזל איננו. ומצד הלימוד הזה ביאר החי' הרי"ם דזה שמיפטר בהשבה כשנשתנה לא בעי קרא דאשר גזל, כי בחיוב השבה כתיב והשיב את הגזילה, ואחר שנשתנה אינו הגזילה, אך עדיין לא שמענו קנין שיהיה שלו, ועל כך דרשינן מיתורא דאשר גזל. ולפ"ז יוצא חידוש דין, כמ"ש בחי' הגר"ח הלוי (פ"א מגזילה ס"ט) שגם בשינוי כעין בהמה והזקינה מיפטר מחיוב השבה ולכן אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, אף שהגזלן לא קנאו להיות שלו ע"ש, והוא להיפך מסברת היד המלך שחידש שגם אחרי שקנה בשינוי יש לו מצוה של והשיב, וצ"ע].

יט. אי אמרינן עביד לא מהני בלאו דלא תחמוד

הרמב"ם בהלכות גזילה (פ"א ה"ט) כתב: 'כל החומד עבדו וכו', אעפ"י שנתן לו דמים רבים הרי זה עובר בלא תעשה, שנאמר לא תחמוד'. וכתב המגיד משנה, שאע"פ שעבר על 'לא תחמוד' מ"מ מקחו קיים, 'ואע"ג דאמר רבא בתמורה (ג): כל מילי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, הרי הוא כעין גזול צמר ועשה ממנו בגד, שאינו משלם אלא כשעת הגזילה וקנה הדבר בשינוי כדאיתא התם, ואף כאן קנה בדמים'.

קושיות האחרונים על דברי המגיד משנה

והקשו המפרשים בבתי כהונה (חלק בית ועל ס' ח), וביד המלך (פ"א מגזילה ה"ט), והגאון הגרי"ש נטנזאהן בספר דברי שאול יוסף דעת (ס' טג) על תירוץ הרב המגיד דלא דמי דין 'לא תחמוד'

לדין 'לא תגזול', וכמ"ש במנחת חינוך (מנחה לח) דב'לא תגזול' גזירת הכתוב היא, דדרשינן 'אשר גזל' דרק אם הגזילה עודנה כעין שגזל יחזיר, אבל כאן מנא לן.

גם בחידושי הרי"ם (תו"מ סי' לד ס"ק טו ד"ס עור י"ל) הקשה על דברי הרב המגיד שתירוצו אינו מובן כלל, דגבי שינוי גלי קרא דאף שעשה האיסור מהני, ואף אם נוקים דקרא ד'אשר גזל' איירי בשינוי דממילא דקנה משום דלא עבר בו איסור, מ"מ נשמע מיניה שגם כשעביד האיסור בידיים קנה, וכמ"ש התוספות בריש תמורה (ד: ד"ה רבא אמר) גבי צורם אוזן בכור, שהרי גם אם נאמר דלא מהני מעשיו, מ"מ לא גרע מאילו נעשה מאליו, אבל כאן אף שאמרה התורה דקנין דמים מהני לקנין, היינו רק היכא דליכא איסור, משא"כ כשעובר איסור שייך שפיר לא מהני וכו'.

והנה בקובץ שיעורים (כ"ק אות קא) הקשה עוד על מה שמדמה הרב המגיד לאו ד'לא תחמוד' ללאו דגזל, דלא דמי, דרק בשינוי מעשה שהקנין נעשה ממילא לא שייך לומר דלא מהני, שהרי סוף סוף נשתנה, משא"כ בתליוהו וזבין שצריך לקנין דעת קונה ומקנה, אפשר דלא מהני.

גילוי רחמנא בקרא ד'אשר גזל' דכל שאינו כאשר גזל קנה

ולכאורה תמוה למה הקשה הקובץ שיעורים על הרב המגיד, הרי קושיא זו קשה נמי על הש"ס דפריך ארבא דס"ל דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, והקשתה הגמ' (תמוכה ו): 'והרי גזל דרחמנא אמר לא תגזול, ותנן הגזול עצים ועשאן כלים, צמר ועשאן בגדים משלם כשעת הגזילה', ומאי פירכא היא, הרי שינוי מעשה קונה גם בנשתנה מאליו [וראה קצוה"ח סי' לד ס"ק ג וסי' שנד ס"ק ה, ונתיבות סי' שסא ס"ק א], וא"כ לא שייך לומר אי עביד לא מהני, וכמ"ש התוספות בתמורה (ד: ד"ה רבא אמר) בצורם אוזן בכור דאע"ג דלא מהני, מ"מ לא גרע מנפל בו מום מאליו, ולא אמרו אי עביד לא מהני אלא היכא דע"י עשייתו נעשה מה דאמר רחמנא לא תעביד, א"כ הכי נמי בשינוי שאינו חוזר לבריותיו כיון דגם שינוי ממילא קונה, לכן גם אם אי עביד לא מהני לא גרע מנעשה מאליו ולכך קנה [וראה במשובב נתיבות סי' לד ס"ק ה].

וצריך לומר שהקובץ שיעורים לא הקשה על הגמ', משום דיש לומר דזה עצמו הוא גילוי רחמנא בקרא ד'אשר גזל' דכל שאינו כאשר גזל קנה, בין אם נעשה בידיים ובין אם נעשה מאליו, ולכך לא שייך ביה אי עביד לא מהני. אבל הרב המגיד, שרצה ללמוד מהגילוי בשינוי מעשה שגם קנין דמים מהני, קשה דלא דמי דבגזילה גם שינוי דממילא קני, וכנ"ל, והן הן דברי החידושי הרי"ם הנ"ל.

[והנה בקובץ שיעורים תירץ, שדעת הרב המגיד שגם בשינוי צריך דעת גזול לקנותה ואינו קונה בעל כרחו, וכיון דצריך דעת לקנין שייך לומר לא מהני, ושפיר דמי ללאו ד'לא תחמוד'.

ויש לסתור דבריו דהרמב"ם (פ"ב מגזילה ט"ו) כתב 'גזל כלי ושברו אין שמין לו הפחת אלא משלם דמיו והכלי השבור של גזולין', והקשה הרב המגיד, למה לא קני בשינוי מעשה, ותירץ האור שמח, ששיטת הרמב"ם שאם אינו רוצה לקנותו אינו קונה, והביא כן בשם המחנה אפרים, יעו"ש.

וא"כ הרב המגיד שהקשה ולא ניחא ליה בתירוץ האור שמח, מוכח דס"ל שגם באינו רוצה לקנותו קני, וכדברי הנתיבות (סי' שסא ס"ק א) שכתב בשינוי מעשה קונה אפילו באינו רוצה לקנות, וכמו כן מוכח גם דס"ל בשינוי

מעשה ממילא קנה, כי הב"ח (ס' טגז) תירץ שהרמב"ם מייירי שנשבר מאליו וס"ל דשינוי מעשה קונה בידים ולא בנשתנה מאליו, וא"כ הרב המגיד דלא ניהא ליה בתירוץ הב"ח, מוכח דס"ל שגם שינוי מאליו קני, וא"כ הדרא קושיא לדוכתא מה ראייה משינוי מעשה דקני גם בלא דעת הגולן וגם כשנעשה מאליו, משא"כ בקנין דמים ד'לא תחמוד'.

אם אמר המוכר רוצה אני לא עובר הקונה בלאו ד'לא תחמוד'

והנה החידושי הרי"ם אחר שהקשה על תירוץ הרב המגיד כתב, דעיקר התירוץ הוא דהכא לא שייך אי עביד לא מהני, דבגוף הקנין שנתרצה ליכא איסור כלל כיון שאמר רוצה אני, רק במה שאנסו מקודם, אלא שהתורה לא אסרה האונס שמקודם בלי שיהיה לקיחה אח"כ, אבל האיסור הוא האונס ולא הקנין, ולכך לא שייך על הקנין לא מהני, כיון שהקנין הוא היתר כנ"ל.

ולפום ריהטא אינו מובן אם החידושי הרי"ם בא לתרץ מעצמו את קושיית הרב המגיד, או שכוונתו להעמיס את הדברים בדברי הרב המגיד, ואם כוונתו להעמיסו בדברי הרב המגיד אינו מובן מה הביא הרב המגיד, ומה היה צריך להביא מדין שינוי מעשה דקני, מה הקשר מהתם לחילוקו דהכא.

ומן הנראה דאכן הדברים מתפרשים בדברי הרב המגיד, דהשער המלך (פ"א מגזילה ה"ט) פירש דברי הרב המגיד, דכי היכי דגבי גזל אהני קנין שינוי אע"ג דעבר על לאו ד'לא תגזול', הכי נמי בלאו ד'לא תחמוד' אהני לן קנין דמים וכו', ומ"מ לגבי הא מילתא ילפינן מגזל דכל שיש קנין אהני אע"ג דעבר אמירא דרחמנא. וכתב שדברי הרב המגיד אינו אלא באומר רוצה אני, דבשעת גמר הקנין אינו עובר בלאו, כי נטילת החפץ ברצון המוכר נעשתה, ורק ההשתדלות שמקודם הוא האיסור, דבזה שפיר ילפינן משינוי מעשה, שגם שם בשעת קנין השינוי אינו עובר, כי על לא תגזול עבר מעיקרא, אבל אם לא אמר רוצה אני שבשעת גמר הקנין עובר על 'לא תחמוד', אי אפשר למילף מגזל, דשאני גזל שבשעת גמר הקנין אינו עובר על הלאו, ובזה גלי קרא דהלאו דמעיקרא אינו מבטל הקנין דעכשיו, אבל ב'לא תחמוד' שבשעת קנין עובר לית לן בה. ומעתה לפי זה גם בדברי החידושי הרי"ם אפשר לפרש כן.

[והנה דברי השער המלך בפלוגתא תליא, שהקצוה"ח (ס' לז ס"ק ג) כתב שבשעת שינוי מעשה אינו עובר בלא תגזול, ופירש במשובב נתיבות (סס ס"ק ה) שקושיית הגמ' (תמורה ו) והרי גזל דרחמנא אמר לא תגזול וכו', היינו כי כל הקנין של שינוי מעשה הוא מכח מעשה הגזילה דמעיקרא שקנה להתחייב באונסין, ומכח זה כאשר נשתנה אח"כ ממילא קני, וזהו מאחר ובשעת הקנין להתחייב באונסין עבר על 'לא תגזול' היה לן לומר דלא מהני להיות לו מזה קנין כאשר ישנתה, לכן גלי קרא דמהני. אך הנתיבות (ס' לז ס"ק ה) חולק וסובר דעל כרחך בשעת שינוי עובר לא תגזול, דאל"כ לא היה שייך לומר בזה אי עביד לא מהני, ולא היה פריך מזה בגמ' על רבא, יעו"ש. והחידושי הרי"ם בפרק מרובה הרבה לישא וליתן בשתי השיטות. ומדברי שער המלך מוכח דלא כהנתיבות, וגם לא כהקצוה"ח, ויש בזה אריכות דברים אלא שאכ"מ, והבן].

עיקר כוונת התורה היה רק שלא יחמוד מעיקרא ובוזה עובר אף בנתרצה המוכר

ובחידושי הרי"ם תירץ את קושיית הרב המגיד בדרך נוספת, והוא עפ"י מה שכתב בשו"ת מהרי"ט (ח"א סי' ט) דלכך השוחט בשבת שחיטתו כשירה ולא אמרינן דאי עביד לא מהני, משום דלא שייך לא מהני רק היכא דאם נאמר לא מהני יתוקן האיסור, וכמו בתמורה דאם לא מהני התמורה נתקיים מאמר התורה שלא ימיר, משא"כ שוחט בשבת דאף אם אי עביד לא מהני מ"מ איסור נטילת נשמה שעבר עבר, לכך מהני. דכמו כן כאן, שהרי הרמב"ם כתב דגם בגזלו אח"כ עובר בלא תחמוד אף שאינו קונה כלל, א"כ ממילא בתליוהו וזבין ואמר רוצה אני, לא שייך כלל אי עביד לא מהני שיתבטל המקח, דמאי בכך שיתבטל, הא גם אם יתבטל המקח, מ"מ האיסור דלא תחמוד נעשה, ובמה שנאמר לא מהני לא יתוקן האיסור כלל, לכן שפיר מהני והמקח קיים, ע"ש שתירץ בזה גם את קושיית הלחם משנה.

וכן כתב בספר דברי שאול יוסף דעת (סי' ע"ג) שלפי המהרי"ט הנ"ל, הוא הדין ב'לא תחמוד', דעיקר כוונת התורה היה רק שלא יחמוד, אף שבאמת נתרצה בפירוש למוכרו, לכן לא שייך לומר כל מילי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, דאף אם לא מהני מ"מ עבר על לא תחמוד וכו', וגם הוא תירץ בזה את קושיית הלחם משנה.

גם במנחת חינוך (מנחת לא אה"ט) תירץ קושיית הרב המגיד עפ"י המהרי"ט הנ"ל, דכאן אף אם נימא לא מהני ואין הקנין כלום, מ"מ עבר בלא תחמוד לכו"ע, ואף להרמב"ם (פ"א מגזילה סי' צ) שכתב דגזול נמי עובר ב'לא תחמוד', א"כ לא יתוקן כלל האיסור, ואדרבה יתוסף איסור גזל, א"כ לכו"ע מהני, וגם הוא פלפל בזה לתרץ את קושיית הלחם משנה.

שקו"ט בשמעתתא דפרק הכונס בביאור הס"ד והמסקנה

ונראה שהמהלך הזה מוכרח ומבואר מיניה וביה בשיטת הרב המגיד. דבנתיבות המשפט (סי' כה ס"ק א) הביא את קושיית המהר"ש, דמאי מקשה בש"ס אי דיהיב דמי חמסן קרית ליה הא תלוהו וזבין וכו', דילמא אף דזביניה זבינא מ"מ עובר. ותירץ, 'דהוכחתו הוא דודאי לא עבר, דאי עבר ממילא זביניה לאו זבינא, דהא אמר רבא בתמורה דף ד' דכל מידי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני. והא דהרמב"ם דפסק דעובר אע"ג דמכירתו מכירה, הוא מטעם שכתב הרב המגיד, דבשעת מכירה כבר נתרצה שאמר רוצה אני, והעבירה הוא החימוד הקודם, אבל בשעת מכירה שוב ליכא עבירה כלל כשאמר רוצה אני, משא"כ בס"ד דהש"ס דסבר דתלוהו וזבין זביניה זבינא אפילו לא אמר רוצה אני, הוכיח שפיר דליכא שום עבירה ביהיב דמי, דאי לא תימא הכי, אי עביד לא מהני'.

וביד המלך (פ"א מהלכות גזילה ואכילה ס"ט) כתב כע"ז בדרכו שלו, 'דהן אמת דכוונת ר' אדא בקושייתו שהקשה לר' אשי מהא דר' הונא ה' עפ"י כללא דרבא דכל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, ואם עובר על לאו דלא תחמוד איך הוי זבינא, ואולם קושיא זו דר' אדא אין לה מקום רק לפום ההו"א שלו דלא ידע עדיין מהא דאמר רוצה אני ואמירת רוצה אני מסלק מעליו עבירת הלאו, ועלה על דעת ר' אדא דדעת ר' אשי הוא דהוי חמסן בכל אופן בין אם אמר רוצה אני ובין לא אמר, ולפום הו"א זו מונח עבירת הלאו דלא תחמוד בגוף עשית

האיסור, דהיינו במה שאנסו למכור או שהפציר והכביד עליו ריעים כל כך עד שמכר לו, ובאופן עבירת איסור כזה שפיר שייך כללא דרבא דכל מלתא כו', דכיון דרחמנא אסרתה לעשיה זו אזי בטל כחה ואף אם עשאה אינה מועלת, והרי היא לענין התועלת אשר יצא ממנה כאילו לא עשאה לעשיה זו כלל. אבל השתא דחידש לו ר' אשי דבאמר המוכר רוצה אני אין הלוקח עובר כלל על לאו דלא תחמוד, הרי ממילא אין לעבירה זו של הלאו דלא תחמוד שום מקום כלל לכללא דרבא דכל מילתא, דכלל זה לא שייך רק היכי דתכונת הלאו של העשיה הוא באופן שאין מקום בעשיה זו להמלט בה מעבירת הלאו וכו', משא"כ בלאו דלא תחמוד דעיקרו הוא על התפעלות זרות, להכריח או להשתדל מחבירו מכירת חפציו, רק אם פעל ועשה כ"כ עד שאמר חבירו רוצה אני אף דגם אמירה זו היה בכח ההשתדלות וההכרח ההוא אשר הכריחו אותו בו לגוף המכירה, בכל זאת מסלקת האמירה זאת מעליו הלאו דלא תחמוד.

ולפיכך השתא אחר שחידש לו ר' אשי לר' אדא דאמירת רוצה אני אף דגם האמירה היתה ע"י כפיה והפצר מסלקת מעליו הלאו, הרי לפום זה שוב אין בידנינו לומר על קנין המכירה זו כללא דרבא דכל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד, דהרי גוף המכירה אף אם היתה באונס ההפצר היתה יכולה להמלט מאזהרת הלאו, דאם היה הלוקח כופהו או היה מפציר בו כל כך עד שהיה המוכר אומר רוצה אני לא היה בעצם המכירה עבירת הלאו כלל, ולכן כל עיקר דעבר על מימרא דרחמנא הוא ע"י מניעת אמירת רוצה אני של המוכר, ובכגון זה לא שייך הכלל דכל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד, ומשום דגוף העשיה היתה יכולה להעשות בלי עבירת הלאו, וכיון דלא שייך בעבירת לאו זה כלל זה דכל מלתא הרי ממילא אף בלא אמר רוצה אני ועבר על לאו דלא תחמוד אין עבירת הלאו מבטל קנין המכר, והילכך לפי המסקנא שחידש ר' אשי לר' אדא קיימת המכירה בכל אופן בין אם אמר רוצה אני ובין לא אמר וכמו שביארתי'. [וראה גם מה שכתב בזה במנחת חינוך שם, ע"ש היטב].

והנה ראה ראיתי בקובץ שיעורים (נ"ק אות ק) שהקשה מזה על הרב המגיד, למה הקשה מהלאו ד'לא תחמוד' הרי הלאו דלא תחמוד אינו תלוי בחלות הקנין, דאפי' לא אמר רוצה אני דלא קנה, מ"מ איכא לאו דלא תחמוד, וא"כ לא שייך לומר ככהאי גוונא לא מהני, ע"ש.

וראה זה פלא, כי בב' התמיהות על הרב המגיד, שתמהו המפרשים גם על הקושיא, דאפשר לתרצו כהמהרי"ט, וגם על תירוצו שאינו מוכן הדמיון לשינוי מעשה, מצינו שיטה המפרשת דברי הרב המגיד באופן שקושיא האחת מתרצת את חברתה, דהשדי חמד (ככללים מערכת ק"ב כלל ג) הביא שבספר אהל יעקב כתב שמדברי הרב המגיד מוכח דלא ס"ל כהמהרי"ט, כי לפי המהרי"ט לא קשה קושיית הרב המגיד ב'לא תחמוד' דנימא אי עביד לא מהני, כי הכא לא יתוקן האיסור במה שיתבטל המקח, דאיסורא דחימוד דעבר עבר משעת לקיחה ולא מיתקן האיסור בחזרה, וכתב השדי חמד, שבאמרות טהורות (תלק אה"ע) סי' מג דף טו עמוד ג כ"ה עוד הקשה) כתב שדעת הרב המגיד כדעת המהרי"ט, וזה עצמו הפירוש בתירוצו של הרב המגיד, שבשינוי מעשה הטעם הוא דאי עביד מהני, כי כבר עשה הגזילה ובוזה דלא מהני לא יתוקן, וזה עצמו הטעם בחימוד, יע"ש. הרי לנו שיטה המפרשת בדברי הרב המגיד שב' הקושיות מיישבות זו את זו, והוא כעין המהלך שביאר השער המלך בפירוש דברי הרב המגיד שהזכרנו לעיל.

נולפי דברי האמרות טהורות על כרחך שהרב המגיד לא ס"ל כהנתיבות (נסי' לז) שבשינוי מעשה הוה גזילה חרשה, ועל כך פריך בגמ' דנימא דלא מהני, דלפי הנתיבות פשיטא דאם נימא דלא מהני יתוקן האיסור של הגזילה החדשה. וצריך לומר דס"ל כהקצוה"ח (סס) שבשינוי מעשה אין זה גזילה חרשה. ובמשוכם נתיבות (סס) ביאר קושיית הגמ', שקנין שינוי מעשה הרי הוא מכח קנין הגזול דקני בגזילה להתחייב באונסין, א"כ פריך בגמ' דנימא לא מהני על הגזילה הראשונה, ע"ש.

ולפ"ז אפשר שלזה גילה הכתוב שגם אם לא יהני לקנין שינוי דאחר כך, מ"מ הרי לאו ד'לא תגזול' יעבור ולא יתוקן, לכן ממילא מהני כדברי המהרי"ט הנ"ל. אך צ"ע מלשון הגמ' בב"ק (סח). שנשתרש בחטא, ששנה בחטא, דא"כ אם לא יהני הרי יתוקן לפחות שלא יהיה נשתרש בחטא, ולא יהיה שנה בחטא.

אי עביד לא מהני בלאו ד'לא יחשב' ובלאו ד'לא תחמוד'

ובעיקר קושיית הרב המגיד נראה שאפשר ליישב, בהקדמת קושיא אחריתא שראיתי בנתיבות הקודש להרב מחארקוב (פ"ק זכחים) ששאל את הגרי"ז מבריסק, גבי כל הזכחים שנזכחו שלא לשמן כשרין, הרי עובר ב'לא יחשב', כמ"ש ברש"י זכחים (ב: ד"ה ונדה מי) דאסור לחשב בקדשים, א"כ נימא דאי עביד לא מהני, ויפסל אף בדיעבד. והשיב לו הגאון מבריסק דלא שייך אי עביד לא מהני, משום דכל היכא שחושב שלא לשמה אין זה חסרון בעיקר פעולת השחיטה, אלא שהוא איסור גברא כמה שעובר במחשבתו, אבל בעצם השחיטה אינו נוגע כלל, ולא שייך אי עביד לא מהני אלא במקום שעצם המעשה הוא האיסור.

ובזה פירש הגאון מחארקוב את קושיית הגמ' (זכחים ד:)' מאי שנא שינוי בעלים דלא הוי פסולו בגופו, מחשבה בעלמא, שינוי קודש נמי מחשבה בעלמא הוא, והיינו דשלא לשמה אין זה חסרון בעצם הפעולה, אלא שהוא פסול במחשבתו ואין זה פסול בחפצא, ואיסור צדדי הוא מה שעירב מחשבתו הרעה בתוך פעולת הקרבן יעו"ש.

ומן הנראה דסברא זו נכונה רק אם נפרש ד'לא יחשב' הוא דין צדדי שעל הגברא, שהתורה אסרה עליו בשחיטה והקרבה לחשוב מחשבה שלא לשמה, אבל אם נפרש שהוא דין בשחיטה, דהיינו שציווי התורה הוא שלא ישחט במחשבה שלא לשמה, א"כ לכאורה י"ל אי עביד לא מהני, אך לשון הכתוב מעיד שאינו דין בשחיטה כי 'לא יחשב' כתיב, ולא מיבעיא לדעת הפוסקים שכתבו דאירי בכהן שחשב שלא לשמו, כיון שהפסול הוא ע"י מחשבה בעלמא אפי' היזק שאינו ניכר לא הוי, כיון דלא עביד שום מעשה בידים, לדידם בודאי שאין זה דין בגוף השחיטה, ואפי' לפוסקים שמ"מ נחשב להיזק שאינו ניכר, גם לדידם הוא דין במחשבה (רא"ה זכחים ב"ז דנימא דגמ', אלא אפי' לדעת רש"י בב"ק (ס. ד"ה מפגל), לפי מה שפירש בפני יהושע (סס) דהיזק הניכר הוא, כיון דגוף השחיטה מעשה בידים הוא, וכיון ששחטו שלא כהוגן הוי ליה כאילו קטליה בידים וכו' ע"ש, גם לדידיה י"ל שדוקא לענין נזקין נחשב למעשה בידים, כי אין החיוב על המחשבה, שבמחשבה בעלמא לא היה מעלה ולא מוריד, אם לא שמחשב על העבודה שעושה, וא"כ החיוב הוא על זה שבמצב שהיה במחשבה כזו לא היה לו לשוחטו, לכן נחשב למזיק בידים, אלא שכל זה לענין נזקין, אבל איסור הלאו ד'לא יחשב' אף שהוא בחלות שחיטת הקרבן, מ"מ אין חלות השחיטה איסורו אלא מחשבתו הפסולה, לכן לא שייך לומר על חלות מעשה השחיטה אי עביד לא מהני.

האיסור ב'לא תחמוד' הוא במה שחמד מקודם לקנין ולא בקנין עצמו

ומן הנראה דכמו כן הוא בלאו ד'לא תחמוד', שאין האיסור במעשה הקנין שהמוכר מקנה לו, אלא בזה שהוא חמד בלבו, וכדברי המפרשים הנ"ל שגם אם לא יקנה יעבור על 'לא תחמוד' כמ"ש הרמב"ם (פ"א מגזילה ה"ב) שגם הגוזלו עובר בלא תחמוד, א"כ כמו בשוחט שלא לשמה שאין זה חסרון בעיקר פעולת השחיטה, אלא איסור צדדי הוא מה שעירב מחשבתו הרעה בתוך פעולת הקרבן, ואין האיסור אלא בגברא מה שעובר במחשבתו ולא פסול בחפצא, שבעצם השחיטה אינו נוגע כלל, כמו כן אין מחשבתו החומדת פסול לקיום עצם הקנין דמים, ולא שייך אי עבד לא מהני אלא במקום שעצם המעשה הוא האיסור.

ולכאורה הוא מילתא דתמיהא על קושיית הרב המגיד, דלא קשה מידי הרי החימוד אינו חלק ממעשה הקנין, כי מעשה הקנין כשלעצמו הרי אינו עבירה, אלא בזה שהוא בא ע"י עבירת חימוד, ומה הדמיון לכל הני דאמרינן בהו אי עבד לא מהני, שבהם עצם חלות המעשה הוא העבירה, משא"כ כאן שמעשה הקנין אינו העבירה אלא שהקונה בשעת מעשה הקנין עושה עבירה המוטלת עליו והוא החימוד.

ונראה לבאר בדעת הרב המגיד עפ"י מה שכתבו המהרי"ט בקידושין והגר"י ענגיל בציונים לתורה (כלל ט), שבכל מעשה קנין אין המעשה בעצם הקנין, אלא הגמירות דעת והרצון לקנין הוא הקנין, אלא שמעשה הקנין הוא הגילוי לגמירת דעתו ורצונו, שהתורה ירדה לסוף דעתו של אדם שאם בדבר זה הוא יעשה כך ובדבר זה כך, שבזה הוא מגלה את דעתו האמיתית לקנין. וא"כ י"ל שזה החומד עיקר קנינו הוא החימוד, דמעשה הקנין שעושה לקנות הוא הגילוי דעת על גמירת דעתו ורצונו, והרי גמירת דעתו ורצונו היה בחימוד, א"כ החימוד והמעשה הם תרי רעין דלא מתפרשין.

מחלוקת הפוסקים בדעת אחרת מקנה אותו מי עושה את הקנין המוכר או הקונה

אולם הדבר הזה תלוי במחלוקת הפוסקים בדעת אחרת מקנה אותו, אם המקנה עושה את עיקר הקנין, וכל דיני הקנינים בו תליא, וכן לענין איסור קנין בשבת ויו"ט, דאיהו דעבר אמימרא דרחמנא, או שהקונה עושה את עיקר הקנין, דכל הנ"ל נכון לשיטה זו שעיקר הקנין עושה הקונה, ולגבי הקונה הרי מעשה הקנין הוא הגילוי לגמירת דעתו ורצונו, וגמירת דעתו ורצונו היה בחימוד, אבל לשיטה הסוברת שעיקר הקנין עושה המקנה, א"כ אין שום שייכות ממעשה הקנין שעושה המקנה לאיסור החימוד שעובר הקונה, ולא שייך לומר בזה דאי עבד לא מהני.

אך אם אתינא להכא, בלא"ה קושיית הרב המגיד מתורצת, כמ"ש במפרשים עפ"י דברי הפנים מאירות (סי' טז) שכתב דפלוגתא דאביי ורבא בתמורה (ג:) דוקא במה שהוא עושה לעצמו ואין לאחרים חלק בו בזה אמרינן אי עבד לא מהני, אבל במקח שנעשה באיסור באופן שהמוכר עושה איסור ולא הלוקח, או הלוקח ולא המוכר פשיטא דמהני, דמה שהוא גומר ע"י אחרים ולדידיה איכא איסורא ולאחריני ליכא איסורא מעשיו קיימים, ע"ש. דכמו כן כאן ב'לא תחמוד' שהוא גומר ע"י אחרים, אף שלדידיה איכא איסורא אבל למוכר ליכא איסורא, מעשיו קיימים.

וראה במנחת חינוך (מנוח לח לוח 3) שתירץ קושיית הרב המגיד, וכתב 'דאף אם נאמר כרבא והרמב"ם פוסק כוותיה, מ"מ לפי דברי המהרי"ט (שו"ת ח"א סי' סט) דאם לא יתוקן האיסור אם נאמר לא מהני אף רבא מודה דמהני וכו', א"כ כאן אף אם נאמר לא מהני ואין הקנין כלום, מ"מ עבר ב'לא תחמוד' לכולי עלמא, ואף להרמב"ם (פ"א מגזילה ה"ט) דבגזול ג"כ עובר בלא תחמוד, א"כ לא יתוקן כלל האיסור ואדרבה יתוסף איסור לא תגזול, א"כ לכולי עלמא מהני, על כן שפיר פוסק הרמב"ם דהמקח קיים אע"פ שעבר על הלאו. ועיין בשער המלך (פ"ג מנידושן ה"ט) מה שפלפל בזה. ועיין שם מה שתירץ עוד על קושיית הרב המגיד.

ביאור החתם סופר בדברי המגיד משנה

ובשו"ת חתם סופר (יו"ד סי' 1) כתב בביאור דברי המגיד משנה וז"ל: 'דהא דגזר רחמנא בהני דאי עביד מהני, היינו שהקיל הקב"ה באיסור ועבירה זו דאי עבר אמימרא דרחמנא מ"מ יועילו מעשיו, ומש"ה קונה שינוי רשות אע"ג דעבר ומכר שאינו שלו מ"מ מהני, היינו מדגלי רחמנא דשינוי מעשה קונה בגזילה ש"מ קילא להם הך לאו דגזילה ואי עבר עליו מהני מעשיו, מה לי מעשה דשינוי מעשה או מעשה דשינוי רשות, לאו בעיקר הקנין תליא מילתא אלא בחומר האיסור, ומדחזינן דהקיל רחמנא באיסור גזל א"כ מה לי שינוי מעשה או שינוי רשות וכו', ועתה יליף הה"מ ק"ו אם גזילה דאיכא תרווייהו חימוד וגזילה הקיל רחמנא דאהני מעשיו, כ"ש חומד וקונה דליכא אלא לא תחמוד מכ"ש דמהני מעשיו'.

עוד כתב בחתם סופר (נבא בתרא 101) 'ונבוא לבאר דברי ה"ה ספ"א מגזילה, דלרמב"ם צ"ל איך קנה אי עבר על לא תחמוד הא כל מה דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, וצ"ל דאמרינן שם בתמורה דשינוי קונה בגזילה גזרת הכתוב הוא, וס"ל לרמב"ם לאו דוקא שינוי אלא גזירת הכתוב דכל קניני גזילה קונה אע"ג דעבר אמימרא דרחמנא, והיה קשה לרמב"ם, כיון דליתא בהשבה דהרי קנה, א"כ ה"ל ללקות אלאו דלא תחמוד, ומיפסל מדינא באומר רוצה אני טפי מלא אמר, דהאי ליתא בהשבה וארבעים בכתפיה, אע"כ הוכיח הרמב"ם דהוי לאו שאין בו מעשה, דהחמדה היה בלב והלקיחה אח"כ הוא ברצון הנותן, אע"ג דהרצון היה ע"י חמדתו וכפייתו, מ"מ אותו החמדה היה בלב והנתנה היה ברצון, וה"ל לאו שאין בו מעשה ואין לוקין, זהו שיטת רמב"ם. אמנם הראב"ד ס"ל, עד כאן לא גילה רחמנא אלא שינוי קונה אע"ג דאמר רחמנא לא תעביד, אבל שארי קנינים בגזילה לא גילה רחמנא. והשתא אפילו לאבבי דס"ל מהני, הלא כתבו תוס' בתמורה לא פליג אב"י אלא בעובר במזיד הא דמהני אבל בשוגג לא מהני, והכא לאינשי בלא דמי משמע להו והוי כשוגג ולא מהני, ואיך קנה והוי זביניה זבינא, וע"כ דוקא בלא אמר רוצה אני דלא קנה, ואיתיה בהשבה, לא לקי משום דניתן להשכון, אבל באומר רוצה אני לא עבר כלל אלאו דלא תחמוד'.

הנה חידש לן החתם סופר, שהרמב"ם והראב"ד חלוקין הם, אם אחרי שגילה הכתוב בשינוי מעשה דקנה, שמעינן גם בקנין דמים וכו', ולכאורה טעמא בעי מהו יסוד במחלוקת.

ונראה דלכאורה סברת החתם סופר צריך ביאור, דמה ענין קנין דמים לקנין שינוי מעשה, דבשינוי מעשה גלי קרא דמהני, ומנין לן גם על קנין דמים. ולא מיבעיא לשיטת הנתיבות

(סי' לה ס"ק ט) דהא דפריך בתמורה (ו) והרי שינוי מעשה דרחמנא אמרה לא תגזול ותנן וכו', הכוונה על לא תגזול שעובר בשעת השינוי, דלדידיה בודאי שקנין שינוי מעשה אינו ענין לקנין דמים, אלא אפי' לקצוה"ח (ס"ס ס"ק ג, ונמשונו נתיבות ט"ז) שפירש דכוונת הגמ' להקשות מצד הלא תגזול שבשעת הגזילה, דס"ל שמעשה הקנין של הגזולן בשעת הגזילה שמחייבו באונסין הוא חלות הקנין שקונה בשינוי מעשה דאח"כ, דלכאורה היה אפ"ל דדמי לקנין דמים בלא תחמוד, אך גם זה אינו, דלא גלי קרא אלא בקנין שיועיל כשישתנה ויעשה כדבר אחר, אבל בקנין דמים דבעי בעצם הקנין הזה לקנות מאן יימר.

ומן הנראה לבאר, בהקדם החקירה והספק ביסוד דברי רבא דאמר כל מה דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, אם הוא דין בחלות הדברים, כמו חלות מצוה, הקדש, קנין, גיטין וקדושין, ושחיטה, וכל כיו"ב, שחלות כל הדברים האלו אינם נפעלים בכח עצמיות המעשה גרידא, אלא מכח התורה שננתנה לו הכח שבמעשה זו שעושה יחול חלות הדבר הזה, ועל כך הסברא נותנת שהתורה לא נתנה לו הכח להחל חלות הדבר רק כאשר הוא עושהו בהיתר, ולא כאשר הוא עושהו באיסור. או דאי עביד לא מהני אינו הוראה בחלות הקנין שלא יחול כי אם בהתיירא כנ"ל, רק הוא הגדרה במשמעות הלאו, שכל מה דאמר רחמנא לא תעביד, אינו בא לאיסור בלבד, אלא גם לשלול ממנו יכולת העשה.

[ויש לפרש שהטעם דאי עביד לא מהני הוא כדי להצילו מן העבירה, כמו שהביא בשדי חמד (מערכת כ"ף כלל ט), וזהו יסוד דברי המהרי"ט (סי' ט"ז) שכתב שאם גם בדלא מהני לא יתוקן העבירה אזי גם לרבא מהני, והיינו כי כל הדין דלא מהני הוא רק כדי להצילו מן העבירה, ואם גם בלא מהני לא ינצל, אמרינן דמהני. עוד י"ל דאי עביד לא מהני הוא מטעם קנס, כמו שהביא בשדי חמד (ט"ז). ומאידך יש לפרש שאין זה ענין של קנס וגם לא כדי להצילו מהעבירה, אלא שכך הוא פירוש המקרא, שלא תעשה הכוונה גם לאסור העשיה וגם לשלול ממנו כח העשיה, כי במה שאמרה תורה לא תעשה דבר זה הרי הוא כאילו אמרה שלא יהיה קיום לדבר הזה, שהתורה סילקה כחו ורשותו מעשות הדבר הזה. ורמו לדבר, דכתיב במתן תורה והגבלת את העם סביב לאמר השמרו לכם עלות בהר וגו' לא תגע בו יד וגו', ואח"כ הזהירו שוב רד העד בעם פן יהרסו וגו', ומשה רבינו השיב להקב"ה, לא יוכל העם לעלות אל הר סיני כי אתה העדתה בנו וגו', ועמדו בחז"ל ובראשונים בפירוש הכתוב, ולהנ"ל אפשר שכוונת משה היתה לומר, שמאחר והעדתה בנו וכו' לכן לא יוכל, כי אזהרת הכתוב אינו לאזהרה בעלמא אלא שלילת היכולת כנ"ל. וראיתי בשד"ח שם בשם החתן סופר ששק"ט בסברא כעין זה, וכתב שלפ"ז יש לחלק בין לא תעשה ששייך לפרש שלא יהיה קיום לדבר הזה, למצות עשה, והוא כשיטת הפני יהושע בגיטין שבעשה גם רבא מודה דמהני, עי"ש.

ובחדושי הגרי"ז בתמורה ג"כ הסתפק אם הלא מהני הוא דין חדש הנאמר בכל הלאוין שלא מהני המעשה, או דמימרא דרבא הוא פשט בהמקראות דהיכא דכתיב לא תעביד היינו שלא מהני המעשה, ולא משום האיסור הוא אלא דזהו ביאור בהמקרא. וכתב שמכל הסוגיא מוכח דלא מהני הוא פשט בהמקראות, אבל מקושיית התוס' מצורם אוזן בככור ליתסר, משמע שהוא דין חדש דלא מהני, שהרי שם ההיתר לא שייך למעשה האיסור, ואין שייך דלא תעביד שמעשה האיסור יובן שלא תהני ולא יהיה בו ההיתר, אם לא דנימא דהוה דין חדש בלאוין שלא מהני, ושייך זה גם על היתר צדדי יעו"ש. ואם אכן אין זה פירוש המקראות אלא דין חדש בכל הלאוין, צ"ל שטעמא דדינא הוא או כדי להצילו מעבירה או מטעם קנס כנ"ל.]

ונראה דפליגי בזה רבוואתא, דבשו"ת רעק"א קמא (סי' קנט) כתב 'אילו הייתי כדאי להרים ראש נגד רבותינו הקדושים הראשונים, הייתי אומר דאי עביד לא מהני שייך רק היכא דהלאו על ענין פרטי, כמו הני דריש תמורה הלאו דלא יחליפנו ולא תפדה דמפרשינן לקרא דלא יהא כח להחליף ולפדות וחילופו ופדויו כלא היה, משא"כ במקום שנאמר דרך כללי, כמו לא תעשה כל מלאכה דא"א לפרש שלא יהא לו כח לעשות מלאכה, דודאי אם יבנה בית או יטע כרם יהיה בנוי ונטוע, וא"כ פירושו דאינו רשאי לעשות, מש"ה כל שישנו בכלל זה הלאו ל"ש ביה אעל"מ, וניחא בפשוטו מנתי' דהשוחט בשבת וכו' ויראה לי ראייה מגט שכתבו על איסורי הנאה וכו' וכן בשוחט מסוכנת בסכין של ע"ז וכו' וא"כ ה"ה בנד"ד דאיסור בל יחל פירושו רק אי אתה רשאי ליחל ולא שאין לו כח וכו'. ובתנינא (סי' קמח) חזר שוב על החידוש הזה, ותירץ בזה על הקושיא שהקשו על הרמב"ם (פי"א מחמץ ומלאה ס"ג) שכתב הקונה חמץ בפסח לוקה, דנימא אי עביד לא מהני, ולהנ"ל מיושב, דאי אפשר לפרש בל יראה שהתורה נטלה הכח שא"א להיות לו חמץ ברשותו, דהא בחמצו לעיסתו יש לו חמץ ברשותו ועובר, לכן לא שייך בזה אי עביד לא מהני.

ובמנחת חינוך (מלוה ספא) חידש מעצמו כדברי הרעק"א, ומסיים שם 'וזה ברור בסברא, וממילא מיושבים כל הקושיות הנ"ל נכוונתו לקושיית תוס' מנשבט שלא לגרש, וקושיית השלטי גבורים מעוקן לי תאנה, וקושיית מהרי"ט משוחט בשבת, וקושיית האחרונים מכתב גט על איסורי הנאה, וקושיית השער המלך ממקח הנקנה באיסור ריבית], וכן שאר קושיות שהקשו הראשונים והאחרונים, נקוט האי כללא בידיך ויהיה למישור לפניך, ומקום הניחו לי בעזה"ת'. [והוא פלא שכתב שם חידושו כמעט בלשונו של הרעק"א, ולא הזכיר שקדם לו הרעק"א בזה, וצ"ע].

אך הרעק"א עצמו הביא בשם הטורי אבן (רי"ס כח. ד"ס שלמים) שכתב סברא הפוכה מסברתו, שכתב שאפילו לאביי דס"ל בתמורה כל מילי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני, היינו דוקא היכא דרחמנא אסריה בפירוש, כמו לא יחליפנו דעכ"פ מיד שהמיר עבר אמירא דרחמנא [שאיין האיסור בא ע"י המצוה ואין תלויין זה בזה דאפילו תימא דלא מהני אפ"ה איסורא דעביד עביד וכו', דהא בהדיא אזהיר עליה קרא], מש"ה ס"ל לאביי התם שמהני, אבל בתוקע בשופר של עולה ושלמים, דלא אזהיר רחמנא להדיא שלא לתקוע בהן, אלא דאזהיר שלא להנות מן ההקדש, אלא דממילא האיסור בקיום המצוה תליא, והשתא אי אמרת דלא יהני אין כאן איסור כלל, אא"כ תאמר שיצא יש כאן איסור וכו', בזה כו"ע מודו דלא מהני, ואין יוצא ידי חובתו, עכ"ד. וכתב הרעק"א, שמדברי תוס' בע"ז (סכ. ד"ס גלמיהו) משמע כטורי אבן. אך מקושיית תוס' בתמורה (ו). מנשבט שלא לגרש משמע לא כטורי אבן, ולא כשיטתו של הרעק"א, יעו"ש.

אולם מהנודע ביהודה וסייעתו חזינן דהפירוש דאי עביד לא מהני אינו דין הנובע מכח הלאו, אלא שאי עביד לא מהני הוא דין בחלות הדברים, שחלות כל הדברים אינם נפעלים בכח עצמיות המעשה גרידא, אלא מכח התורה שנתנה לו הכח שבמעשה זו שעושה יחול חלות הדבר הזה, ועל כך הסברא נותנת שהתורה לא נתנה לו הכח להחל חלות הדבר רק כאשר הוא עושהו בהיתר, ולא כאשר הוא עושהו באיסור.

דבנוב"י (תנינא לוח"ס סי' קלו, ויו"ד סי' ט) הביא בשם בנו ר"ש, שפירש הטעם שהשוחט בשבת שחיטתו כשרה, וכן גבי שחיטת קדשים בחוץ וחולין בפנים, ולא אמרינן אי עביד לא מהני, דהתוס' בתמורה (ז): הקשו לרבא למה השוחט פסח על החמץ שחיטתו כשרה הרי עבר על לא תשחט על חמץ דם זבחי, ותירצו שבירושלמי איכא קרא להכשיר, א"כ י"ל דגלי לן קרא בזה שבשחיטה שנעשה באיסור גם לרבא אמרינן אי עביד מהני, וממילא כן הוא גם בשחיטת קדשים בחוץ וחולין בפנים, דכולן נכללין בשחיטת איסור, דגלי לן קרא בשוחט פסח על חמץ דמהני.

ובדרך זה פירש ר"ש (תנינא לוח"ס סי' קכט) בשיטת המרדכי שהנשבע שלא לגרש אשתו ועבר וגירשה שמגורשת, וכן הנשבע שלא לקדש אשה פלונית ועבר וקידשה דמקודשת, כי במעשה דאשכחן דרחמנא אמר דמהני, אזי מהני בכל אופן, ולכן בקידושין דגלי רחמנא בכהן גדול שקידש אלמנה, דמועיל אפי' עביד נגד מה דאזהר רחמנא, א"כ ה"ה בכל אזהרות דאזהר רחמנא אין מבטלין הקידושין, וה"ה בגירושין מאחר דגלי רחמנא באונס שגירש דמהני, א"כ בכל ענין דאזהר רחמנא בגירושין אי עביד מהני, יעו"ש.

וכדבריו מפורש באור חדש בקידושין (י): במשנה המקדש בערלה וכו', שכתב דאפשר לומר דגבי קידושין מודה רבא דאי עביד מהני, שהרי אותבינן שם בתמורה (ז): מאלמנה לכה"ג ומשני דאמר קרא לא יחלל וכו', א"כ י"ל כיון דגלי קרא בחייבי לאוין אע"ג דעבר אמימרא דרחמנא מהני הקידושין, ה"ה אי עבר על איסורי הנאה דקילי מחייבי לאוין לשיטת הרמב"ם (פ"ח ממאכלות אסורות ה"ז) שבכל איסורי הנאה אין לוקין, פשיטא דאי עביד מהני. והביא ראיה מתוס' שהקשו מנשבע שלא לגרש וכו', ולמה לא נקטי בקידושין במי שנשבע שלא לקדש אשה פלונית ועבר וקידשה, אע"כ דלענין קידושין כיון דגלי קרא בחייבי לאוין דאי עביד מהני אמרינן הכי בכל מילי דקידושין, ומש"ה הקשו התוס' מגירושין. אך הקשה דא"כ נימא כן גם בגירושין, שהרי איתקש ויצאה והיתה וכו', ומה הקשו בתוס' מהנשבע שלא לגרש, יעו"ש.

והנה אם נפרש דאי עביד לא מהני כרעק"א, שהלאו אינו רק לאיסור בעלמא אלא גם לשלילת הכת, א"כ אע"פ שהתורה גילתה בלאו דלא תשחט על חמץ וכו' שאינו שולל את כח עשיה, מ"מ הלאוין של שחיטה בשבת והלאוין של שחיטת קדשים בחוץ וחולין בפנים אפשר שהם אכן שוללים את כח עשיה. וכן בקידושין, גם אם גלי קרא דלא יחלל אינו שולל מעשה הקידושין של אלמנה לכה"ג, מ"מ קרא דלא יחל דברו שבשבועה, או הלאו האוסר בהנאה, אפשר שהם אכן שוללים מעשה הקידושין, כי כלפיהם אין גילוי קרא. ועל כרחך שהנוב"י והאור חדש הבינו דהא דלא מהני הוא שהתורה לא נתנה כח החלות של הדברים אלא בהיתר, ולכן במקום שמצינו גילוי בתורה על חלות מעשה מסויים שחל באיזה איסור, מן הדין שחלות המעשה הזה יחול בכל איסור שהוא, שהרי רחמנא גלי שחלות הדבר הזה ניתן גם כשהוא נעשה באיסור.

ומאידך, לפי הרעק"א וסייעתו, גם אם יש גילוי על חלות דבר מסויים שחל באיסור מסויים, לא נלמד מזה על חלות הדבר כשנוגע לאיסור אחר, דלרעק"א היסוד של אי עביד לא מהני הוא במשמעות הלאו שבא לשלול את כח עשיה. אך לפ"ז יתחדש לן חידוש אחר,

שאם גלי קרא על הלאו הזה שאינו שולל כח עשיה מסויימת, יש לנו לחדש שכל חלות דבר יחול במקום הלאו הזה, כי על הלאו הזה גלי קרא שאינה באה לשלול כח עשיה.

ומעתה בין נבין שזהו הפירוש בדברי המגיד משנה, על פי ביאורו של החתם סופר בשו"ת הנ"ל, דמבואר ומפורש בחתם סופר בשיטת הרב המגיד שכל לאו דגלי ביה קרא שהוא אינו שולל קנין מסויים, אמרינן ביה אי עביד מהני לכל הקנינים, שלאו בעיקר הקנין תליא מילתא אלא בחומר האיסור, ומדחזינן דהקיל רחמנא באיסור זה, א"כ מה לי קנין זה או קנין אחר. והיינו דהחתם סופר מפרש בשיטת הרמב"ם כדברי הרעק"א, דאי עביד לא מהני היינו שכוונת התורה בלאוין אינו לאיסור בעלמא אלא גם לשלילת כח העשיה, ולכן כאשר יש גילוי על לאו מסויים שבא לאיסור בלבד ולא בא לשלילת כח העשיה, שוב אמרינן שבכל חלות קנין חל, כביאור החתם סופר בשי' הרמב"ם.

אבל הראב"ד ס"ל כשיטת הנוב"י והאור חדש הנ"ל, שהם חידשו שבמקום דגלי רחמנא על חלות דבר מסויים דמהני באיסור, חלות הדבר הזה מהני בכל האיסורים, כי בחלות הדבר תליא מילתא ולא במהות האיסור. ולפי דבריהם, אם יהיה קנין אחר או חלות דבר אחר בהדי לאו זה, בהם ישאר הכלל דלא מהני. וא"כ י"ל דלכן ס"ל לראב"ד שגילוי הכתוב בשינוי מעשה אינו אלא שחלות הקנין של שינוי מעשה חל גם באיסור, אבל בקנין דמים לא מצינו שום גילוי, לכן הדרינן לכללא דאי עביד לא מהני, דו"ק ועיין כי נכון הוא בעזה"י.

