

# תפיסה ובעלות

ועד טוב  
גבעת שמואל  
ניסן תשע"ז

'ועד טוב' הינה חבורת לומדים שנפגשת יחדיו פעם בחודש ללבן סוגיא למדנית לאחר שעמלו עליה כל אחד בלימודו שלו ובמיפגש המשותף מתלבנים הדברים במלחמתה של תורה.

זה הוא החיבור השני היוצא במסגרת זו, ובעז"ה נזכה יחדיו שיתקיימו בנו דברי הלקח טוב (שיר השירים ה יב) : "עיניו כיונים על אפיקי מים. אלו תלמידי חכמים שהם גלגל עיני של אדם. על אפיקי מים... בשעה שהם יושבים ועוסקים בתורה השם מביע להם חכמה ומאיר עיניהם, שנאמר (תהלים יט, ט) מצות ה' ברה מאירת עינים. ואומר (שם יח) גל עיני ואביטה נפלאות מתורתך".

בשם חבורת הלומדים  
רפאל שטרן

חבורת לומדי הסוגיא :

הרב אבינדב אבוקרט  
הרב יהושע גב  
הרב יהודה יונגסטר  
הרב חנניה כהן  
הרב איתי ליפשיץ  
הרב אלון מנור  
הרב עופר שוורץ  
הרב יצחק קראוס

תוכן העניינים:

- הקדמה..... - 4 -
- ספק בכור / ספק הינוח..... - 5 -
- היתר תפיסה ובעלות..... - 7 -
- תפיסה מותרת / מכלל גזל יצא ולכלל בעלות לא הגיע..... - 10 -
- בעלות שאין אפשר לממשה / תפיסה לשימוש ללא בעלות..... - 12 -
- ספק הינוח – זכיה בו..... - 14 -
- בעלותו של הגזלן על החפץ שגזל (תפס)..... - 16 -
- בעלות הבאה ממילא ומחמת הימנעות אחרים מלקחתו / תפיסה .... - 18 -
- מצוות התלויות בבעלות כאשר יש חיוב לצאת ידי שמים להשיב.. - 23 -

## הקדמה

א. פעמים אדם מחזיק בחפץ שיש מי שמערער על בעלותו למרות שלבית דין אין הוכחה שחפץ זה הוא שלו, כיון שאין להוציא חפץ זה מידו מחמת הכלל של "המוציא מחבירו עליו הראיה" (ואף אם המוחזק טוען טענת שמא לא תמיד ניתן להוציא ממנו עיין בפירוט בא"ת בערך בערכו).

וכן קיימים מקרים בהם הדין הוא "כל דאליס גבר" ובית דין מסלקים ידם ומי שגוברת ידו תופס (ואכמ"ל בגדרי "כל דאליס גבר" ואחר שתפס - לדעת השו"ע בחו"מ קל"ט א' אין השני יכול להוציא מידו ולדעת הש"ך בס"ק ב' יכול. ובטעם השו"ע כתב ערוה"ש בסעיף ב' כדי למנוע קטטות ומריבות אבל העובדה שאין מוציאים מידו אינה מוכיחה את צדקתו).

ונראה שגם במקרה בו בית דין הכריע 'יחלוק' (כמו בשנים אוחזין בטלית) ההחלטה איננה מלמדת על הכרעה מהותית של הספק אלא על פתרון מעשי למקרה בו קיים ספק שאין דרך להכריעו.

המשותף לאמור לעיל שהספק לא נפשט לבית דין (ופעמים אף למחזיק עצמו) ואין ידיעה ברורה מי הם הבעלים. ומכאן שיש לעיין האם מי שמחזיק חפץ זה יכול לנהוג בו כדין בעלים לכל דבר וענין כגון לקדש בו אשה (שאדם יכול לקדש אשה רק בחפץ שלו) או להקדישו לגבוה או לקיים בו מצוות התלויות בבעלות (כגון, אתרוג, ציצית, מזוזה, הבאת ביכורים מקרקע שלו) וכן יש לעיין האם יהיה מותר לו לכלות את החפץ.

יתכן שהמחזיק עצמו יאמר שברי לו שהחפץ שלו והוא יקיים בו מצוה כגון נטילת לולב בברכה, אבל לבית דין הספק עומד במקומו (ואכמ"ל לגבי ידיעה של האדם שאינו יכול להוכיחה לאחרים. ועיין בקונטרס "עדותו של הפסול לעדות" שם עמדנו על שאלה זו ביחס לדיני עדות).

ב. דיני והגדרות בעלות ותפיסה נידונו באריכות (כגון, תקפו כהן לש"ך, קונטרס הספיקות, שערי ישר שער ה' פרק ו' ואילך, המידות לחקר ההלכה ח"ב פרק י"א). הדיון לקמן יתמקד בעיקר ביחס לקיום מצוות הן בקרקעות והן במטלטלין, בתפיסה בה יש לתופס טענה ובתפיסה בה אין לו טענה ובמושג הבעלות באופן כללי וביחס לקיום מצוות (ועיי' פתחי חושן, גניבה, פרק ו' ס"ק א', הליכות שלמה, מועדים פי"א סעיף ו' לגבי היחוד של מוחזק במקרה של תרי ותרי).

#### ספק בכור / ספק הינוח

ג. בדין ספק בכור פסק הרמב"ם בפרק ו' מבכורות הלכה ג' ובעקבותיו השו"ע ביו"ד סימן שט"ו סעיף ט' וסימן שי"ח סעיף ו' שאם תקפו (תפסו) כהן אין מוציאין מידו ואע"פ כן אסור לכהן לנהוג בו מנהג בכור ודאי שמותר באכילה לכהן, והכן יכול לאוכלו רק אחר שיפול בו מום.

נמצא שהתפיסה איננה פושטת את הספק האם מדובר בבכור או לא אלא רק מאפשרת לכהן להחזיק בו (ורבים האריכו בביאור שיטת הרמב"ם ויש שהעמידו דבריו במכירי כהונה ופוסקים רבים חלקו על הרמב"ם ונקטו שמוציאים מיד הכהן התוקף הואיל והכהן עצמו בשעה שתקף יש לו ספק האם מדובר בבכור (רמ"א יו"ד שט"ו א' וט"ז ס"ק א', שו"ע שי"ח ו' ועיי' גליון מהרש"א לגבי פסיקות הרמ"א).

יש לעיין האם שיטת הרמב"ם שהתפיסה איננה פושטת את הספק הינה רק במקרה בו יסוד הספק הוא בשאלה הנובעת ממצוה ואיסור (דין בכור) או גם במקרים בהם מדובר בספק ממוני בלבד, אין בכח התפיסה להכריע את הספק.

יש מקום להציע, כיון שהכהן אוכל את הספק בכור במומו הרי שפשוט

שמבחינה ממונית הבהמה נחשבת של הכהן לכל עניין. אולם אין לו דין בכור לענין הלכותיו כיון שס"ס תפיסתו אינה פושטת את הספק האם הבהמה היא בכור אלא רק גורמת להכרעת הדין שהכהן יזכה בו ממונית מחמת הספק. אולם אפשרי גם לומר שהעובדה שהתירו לו לאכול אינה מלמדת בהכרח על בעלות אלא שמכח הספק אי אפשר למונעו מאכילה (ואם אי פעם יתברר שלא היה בכור יתחייב לשלם לבעלים).

ובליקוט שבביאור הגר"א בחו"מ סימן רס"ב ס"ק כ"ב ביאר שפסיקת הרמב"ם (בפס"ז מגזלה ואבדה ה"ב) במציאת שלשה מטבעות זה על גב זה עשויין כשיר או כשורה או כחצובה או כסולם (שספק האם מדובר בהינוח) היא שלא יטול, אבל אם נטל אינו צריך להכריז (או להשיב) כיון שאין מוציאים ממון מספק וצייין לדברי הרמב"ם בדין ספק בכור הנ"ל (והחידוש בדברי הגר"א הוא שהרמב"ם לא כתב מה הדין אם נטל והגר"א ביאר זאת לשיטת הרמב"ם)

כלומר שיטת הרמב"ם הינה שיטה כללית בדיני תפיסה. ולכאורה נוכל להסיק מדבריו שכשם שבדין ספק בכור לא יכול הכהן להתייחס לבכור שבידו כבכור ודאי אף באבירה זו (וכן במקרה שבסימן רס"ב סעיף י') שביד המוצא, אין הוא יכול להתייחס למציאה שבידו כודאי שלו ולא יוכל לקיים באבירה מצוות התלויות בבעלות וכו' למרות שלא נוציא מידו.

אבל מסקנה זו לא הכרחית ויתכן לומר שהקרבת בכור תלויה בהיותו בכור ודאי וזה לא נפשט ע"י התפיסה, אך שאלת הבעלות הממונית נפשטת ע"י התפיסה, ולכן כל מצווה שתלויה בבעלות יהא רשאי לקיימה ע"י חפץ זה, רצ"ע.

ויש לעיין האם במקרה בו ישוב ישראל ויתקוף מהכהן נוציא מידו או לא. אם ננקוט שלא נוציא מיד הישראל (כפי העולה מדברי תוס' בב"מ ו. ד"ה

"והא" וכ"כ בערוה"ש יו"ד שט"ו א'), נוכל לומר שדוקא במקרים בהם תפיסה מועילה לא יכול התופס להתייחס לחפץ שבידו כודאי שלו ולא יוכל לקיים בו מצוות התלויות בבעלות, אבל במקרים בהם תפיסה חוזרת לא תועיל, יש מקום לומר שיכול התופס להתייחס לחפץ כודאי שלו ויכול לקיים בו מצוות התלויות בבעלות, וכך נקט בקונטרס הספיקות כלל א' סימן ח', עי"ש (ולקמן בדבריו באות כא וע"ע לקמן באות המשך הדיון לגבי ספק הינוח באות יד).

### היתר תפיסה ובעלות

ד. קיימים מקרים בהם למרות שאדם מוחזק בחפץ, יש לבעל דינו זכות תפיסה ולא נוציא מידו. וכן מקרים בהם מעיקרא אין בכלל מוחזק ומי שיתפוס יחזיק ("כל דאליס גבר") ולאחר שיתפוס פעם אחת לא נוציא ממנו למנוע מריבות (אבל לא מסיבה מהותית – עיין אות א'). ויש לעיין האם העובדה שיש יכולת תפיסה היא עצמה מלמדת על חוסר בעלות מצידו של המוחזק עוד קודם שתפסו ממנו.

ה. בגמ' ב"ב דף לד: סובר רב נחמן שאם שני אנשים מתווכחים אודות בעלות על קרקע ו"זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי" ואין לאחד מהם חזקה (או עדות), הדין הוא שכל דאליס גבר. ולגבי מקרה זה נאמר בגמ' שם בדף לה: :

אמרי נהרדעי אם בא אחד מן השוק והחזיק בה אין מוציאין אותה מידו (רשב"ם: ) ובא זה השלישי וחטפה מיד השנים... אין מוציאין אותה בבית דין מידו של זה השלישי ואע"ג שלא טעין מידי דשמא גם לבי הראשונים אין להם חלק בה).

ונהרדעי מביאים ראייה לשיטתם מברייתא ואילו רב אשי מפרש את הברייתא באופן אחר (עי"ש) וחולק על נהרדעי כמבואר בדברי הרשב"ם

בד"ה "רב אשי":

הואיל ולא טעין מידי ומוציאים מידו ומעמידין אותה בפני השנים הראשונים.

ו. להלכה פסק השו"ע (חו"מ קל"ט ב, קמ"ו כ"ב) שמוציאין מידו של אותו אדם שחטף בלא טענה ואפילו אם לשני אלו אין שום ראיה לטובתם מוציאין אותו כי הוא אינו טוען שום טענת בעלות על הדבר (סמ"ע קמ"ו ס"ק נ"ד). ובשער משפט סימן קל"ט ס"ק ב' ביאר מדוע מוציאין אותו מהקרקע:

כיון שיש מערער דשלו הוא, קודם שהחזיק זה בלא טענה כלל, א"כ מן הדין שייך לזה שטוען בברי דשלו הוא, דברי ושמא ברי עדיף

אבל במקרה בו אדם מחזיק בקרקע בלא שום טענה ורק לאחר זמן באים שנים ומערערים וכל אחד טוען לבעלות אף אם אין לו ראיה שהקרקע שלו, לא מוציאין אותו:

...דזה שהחזיק בה בלא שום טענה החזיק בה כדין, דבעת שהחזיק בה לא אמר לו שום אדם דבר, אם כן דלמא הפקיר השדה או שמא מוחל לו בעל השדה וכדין מחזיק בה. ולכך אין המערער יכול להוציאו מידו אם לא שיביא עדים שהוא שלו דהמוציא מחבירו עליו הראיה.

נמצא, שלשיטת נהרדעי אם יבוא אדם מן השוק ויתפוס לאחר ששנים מתוכחים על קרקע (ואין להם שום ראיה) לא נוציא מידו ואילו לרב אשי נוציא מידו. אולם אם הוא תפס ללא טענה קודם הויכוח של אותם שנים שטוענים שהדבר שלהם, אין להוציא מידו לכולי עלמא (ועיין גם נתיבות קמ"ו ביאורים ס"ק ט').



ז. במקרה של "זה אומר של אבותי..." הנ"ל, אם אחד מהשנים הנ"ל יגבר וירצה לקיים בקרקע מצוה שתלויה בבעלות (כגון הבאת ביכורים מארצך) האם יוכל ?

יתכן שהדבר תלוי במחלוקת נהרדעי ורב אשי. לשיטת נהרדעי לא יוכל, שכיון שאפילו אחד מהשוק יכול לתפוס, הדבר מלמד על כך שאין למי שהצליח להחזיק בקרקע 'בעלות' כלל. אבל לשיטת רב אשי שאדם מן השוק אינו יכול לתפוס, יש מקום לומר שהמוחזקות של המחזיק עתה יכולה להקנות לו בעלות, שהרי ביחס לשאר העולם ודאי שהוא בעלים (ואולם אינו מוכרח ועיין בשיטתו של ספר המקנה לקמן אות יט ואילך).

ח. הדיון לעיל נסב על קרקעות ויש לעיין מה הדין במטלטלין כשיבוא אחד מן השוק ויתפוס חפץ מאדם שמוחזק בו אבל על פי הדין יש זכות לבעל דינו שמערער עליו לתפוס ממנו. האם תועיל תפיסתו של אותו אחד מהשוק שאין לו שום טענה ומה המשמעות של המוחזקות של אותו אדם שמוחזק בחפץ שיש לגביו היתר תפיסה ?

לשיטת רב אשי פשוט שתפיסתו לא תועיל, אולם לשיטת נהרדעי יש להסתפק שמא שיטתם היא שיכולת תפיסה מלמדת על כך שאין כלל משמעות למוחזקות שכזו אף במטלטלין וממילא כל אחד יכול לתפוס ולכן המחזיק אינו יכול לקיים שום מצוה בחפץ בידו ואף אם יקדש בו אשה, אין לחשוש לקידושיו ואין משמעות לנטילת אתרוג זה שבידו וכו' (אמנם, כנ"ל הלכה כרב אשי) או שנהרדעי אמרו את דבריהם רק בקרקע ובמציאות עליה מדובר שם בסוגיא, רצ"ע.

ט. בקונטרס הספקות כלל א' אות ח' דן על משמעות התפיסה וכתב (בלא לציין למחלוקת נהרדעי ורב אשי):

וראיתי לחקור בכל ספק ממונא דקי"ל קולא לנתבע והמוציא מחבירו עליו הראיה, אם קידש הנתבע אשה בהאי ספק ממונא, או כשתפס התובע וקידש בו, מהו דין הקדושין הללו... ולהסוברים דמהני תפיסה בספיקא, או בגוונא דמהני וכמו שיתבאר בס"ד, קידושי שניהן קידושי ספק נינהו.

כלומר יכולת התפיסה בכוחה לעורר ספק בקידושין. ומשמע שאם יבוא המחזיק לקיים מצוה שתלויה בבעלות כגון נטילת אתרוג, לא יצא ידי חובתו שספיקא דאורייתא לחומרא ואם אין לו אתרוג אחר, בודאי לא יברך על פי הכלל שספק ברכות להקל (והוא כלל לא דן על אפשרות של תפיסה של אדם חיצוני שאינו טוען לבעלות ומסתבר שנקט להלכה כרב אשי או שאף נהרדעי אמרו את דבריהם רק בקרקעות ובמקרה בו אין מוחזק).

אמנם, אם האדם עצמו סובר שהחפץ שבידו (או שתפס) הוא שלו והוא יודע זאת רק לא הצליח להוכיח זאת בבית דין, הוא כלפי עצמו יכול לברך על האתרוג שבידו וכו'.

תפיסה מותרת / מכלל גזל יצא ולכלל בעלות לא הגיע

י. ספר יראים סימן תכ"ב:

וצריך להזהר שלא יגזול אלו ד' מינין אפילו לעכו"ם ואע"ג דגזל עכו"ם שרי, כל כמה דלא נפיק מרשות עכו"ם (=ע"י שינוי רשות נוסף, עיי"ש) לא מיקרי 'לכם'

דברי היראים הובאו בקצרה במג"א תרל"ז ס"ק ג' שביאר שאף שאין כאן מצוה הבאה בעבירה כיון שאין איסור גזל (לשיטה זו שגזל עכו"ם מותר) אבל לא נחשב 'לכם' (ועיין חידושי חת"ס סוכה ל. שתמה על שיטה זו

ועיין בספר סוכה וארבעת המינים סימן ט"ו שהאריך לדון בשיטת היראים).

ומעין דברי היראים כתב הב"ח ביו"ד סימן קמ"ו (ובש"ך ס"ק א') שאם ישראל הגביה אבידת עכו"ם קודם יאוש "לא זכה בה ישראל". כלומר למרות שאין חובת השבה, הישראל לא זכה בבעלות על החפץ (וע"ע בב"ח או"ח תקפ"ו לגבי שופר של ע"ז שיש לו בעלים נכרי שלא זכה בו. ועיין גם בפתחי חושן גניבה בפרק ו' ס"ק א' בשם הגהות חכמת שלמה לאו"ח תרל"ז שבגזל בפחות משו"פ אין חסרון של מצוה הבאה בעבירה אבל לא מיקרי 'לכם' ועי"ש).

ובביאור שיטת היראים כתב בשו"ת מחנה חיים או"ח חלק ב' סימן ל"ג אות ט' בשם אחיו הרב נפתלי (ואחיו הנוסף הוא בעל ספר המקנה, לקמן אות יט):

וראיתי במכתבך חקירה נאה, הגם דגזל גוי מותר, אבל הגוי ההוא מותר לתפוס בחזרה ולא עובר על גזל שיהיה חייב מיתה שאזהרתו הוא מיתתו, דשלו תפס וזה הוא כוונת ספר יראים. הגם דגזל הגוי מותר, לא מיקרי 'לכם' דהא הגוי יוכל לתפוס בחזרה ו'לכם' לא הוה רק כל מי שיקח אותו יהיה גנב או גזלן וכאן אותו גוי יוכל לתפוס ולא הוה גנב וגזלן....

כלומר (בניגוד לדברי קונטרס הספיקות לעיל אות ט') שבמקרה שבו מותרת תפיסה קיים ספק לגבי הקידושין, מדברי המחנה חיים בביאור היראים, בכל מקרה בו יש יכולת תפיסה, אף ספק אין כאן ואינו נחשב בעלים.

אמנם יתכן להציע חילוק בין המקרים כיון שבמקרה של היראים מדובר בגזל גוי שמותר, רק תהליך הקניין לא הושלם ולכן לא נחשב 'לכם'

ומסתבר גם שאם יקדש אשה בחפץ זה לא תתקדש. אבל בספיקא דממונא עליו דן קונטרס הספיקות, כל אחד מבעלי הדין טוען שהקנין כבר הושלם מבחינתו אלא שיש ביניהם מחלוקת מי הוא שעשה את הקנין ולכן קיים ספק, וצ"ע.

בעלות שאין אפשר לממשה / תפיסה לשימוש ללא בעלות

יא. יש לעיין האם תתכן מציאות בה אדם בעלים על רכוש אבל אין לו יכולת לממש מבחינה מעשית את בעלותו ולכן יכולים אחרים לתפוס את רכושו ואף אם לא יוכלו לזכות ברכוש לעצמם תהיה להם זכות שימוש בנכסים אלו.

יב. חידושי הרשב"א, נדרים דף פה. :

ושמעין מיהא דהאוסר הנאת פירותיו על עצמו יכולין אחרים ליטול אותם בעל כרחו ואינו יכול לעכב

אמנם שיטת הרשב"א איננה לכו"ע, המחנה אפרים בהלכות זכיה מהפקר סימן ד' חלק על דבריו :

הגם שאיני כדאי להשיב על דברי הרשב"א דנראה... מ"מ קנין אית ליה בנכסים ויכול ליתנם לבניו או לאחיו או לוה ובעל חוב באים ונפרעים מהם...

מדברי המחנה אפרים לא התברר האם הוא חולק על היכולת של אדם לגדור ולאסור נכסיו באופן שלא יוכלו בעלי חובות לגבות ממנו וכו' או שהוא מודה שיש כח בנדרים להגיע למציאות שכזו רק נדר 'רגיל' אינו בכלל זה אבל אם יפרש בנדרו ויכלול גם את המקרים אליהם שאינם נתפסים בנדר רגיל (שציינ להם המחנה אפרים) נדרו יחול ויורה לשיטת

## הרשב"א.

ובביאור שיטת הרשב"א יש לעיין האם כוונת הרשב"א היא שרכוש הופקר באמצעות הנדר או שהוא עדיין בעלים רק אין לו יכולת לממש בעלות זו וכל הרוצה ליטול יכול ליטול. ואם ננקוט כאפשרות השניה, יש לעיין האם מי שיש לו ספר תורה בבעלותו ונדר ממנו הנאה הפקיע מעצמו את הבעלות לגמרי (עיין תורת חיים סנהדרין כא:) ומעתה אינו שלו והפסיד את המצוה או שכיון שהוא בעלים המצוה היא שלו אולם לאחרים יש זכות שימוש.

אולם, המחנ"א (הנ"ל) בהביאו את דברי הרשב"א הנ"ל כתב בפשטות שמדובר בהפקר.

ולשיטת הרשב"א, איסור ההנאה מונע כל שימוש בפירות ולמעשה הופקעה בעלותו ולכן כל אדם יכול ליטול או לתפוס את הפירות והעובדה שהוא מחזיק בפועל בממון אינה מקנה לו שום עדיפות על פני אדם אחר. ולכן הוא אינו יכול לקיים בפירות אלו מצוות התלויות בבעלות אפילו לא בא אדם ונטל ממנו כיון שבעלותו הופקעה והתופס אינו זוכה מהנודר אלא מהפקר.

נמצא, ששיטת הרשב"א לא נוכל לפשוט את הספק שבאות יא.

יג. בדין זה נהנה וזה לא חסר, הבעלים יכולים למנוע מעיקרא שימוש ברכושם אף אם אינם חסרים, אבל כתב הרמ"א שאם אין לבעלים יכולת שימוש ברכושם לעצמם אינם יכולים למנוע אף לכתחילה (רמ"א חו"מ סימן שס"ג סעיף ו') ועל פי דרך זו נוקט הגר"ז גולדברג שליט"א שאם יש תחת בנין 'חללים' סגורים שהקבלן לא יכול לנצלם, אף שהם בבעלות כל הדיירים, כיון שאין לדיירים יכולת גישה לאותו חלל, יש זכות למי

שהחלל סמוך אליו להשתמש בו אף שאין לו בעלות עליו (ואכמ"ל לגבי דינא דמלכותא וכו').

כלומר, קיימת מציאות בה לאדם יש בעלות ואין לו יכולת לממשה ולכן מי שרוצה לתפוס ולהשתמש יכול לעשות זאת, אבל אין הדבר הופך אותו לבעלים ואין הקרקע נחשבת שלו, ונמצא שקיימת תפיסה שאין בה בעלות אבל יש בה זכות שימוש אפילו כנגד רצון הבעלים.

#### ספק הינוח – זכיה בו

יד. רמב"ם פרק ט"ו מגזלה ואבדה הלכה א' (ובעקבותיו השו"ע בחו"מ סימן ר"ס סעיף ט'):

כל המוצא אבידה בין שיש בה סימן בין שאין בה סימן אם מצא דרך הנחה אסור ליגע בה שמא בעליה הניחוה שם עד שיחזרו לה ואם יבא ליטול אותה והיה דבר שאין בו סימן הרי אבד ממון חבירו בידו שהרי אין לו בה סימן להחזירה בו ואם היה דבר שיש בו סימן הרי זה הטריחן לרדוף אחריה וליתן סימניה ולפיכך אסור לו שיגע בה עד שימצא אותה דרך נפילה. אפילו נסתפק לו הדבר ולא ידע אם דבר זה אבוד או מונח הרי זה לא יגע בו, ואם עבר ונטלו אסור לו להחזירו לשם, ואם היה דבר שאין בו סימן זכה בו ואינו חייב להחזירו.

כלומר, בדבר שהוא ספק הינוח ואין בו סימן, למרות שאסור לגעת בו, אם עבר ולקח זכה בה לעצמו (ועיין באות ג'). ויש לעיין מה היא מהותה של זכיה זו, האם יכול המחזיק לקיים בחפץ זה מצוה התלויה בבעלות ?

מפשט לשונו של הרמב"ם שכתב "זכה בו" מוכח שזכה בו לכל דבר וענין והרי הוא שלו. ויש לעיין כיצד יתכן שתפיסה שהיתה אסורה מעיקרא

מועילה להיות שלו ומה עוד שהוא יודע שחפץ זה מעיקרו אינו שלו ?

יתכן לבאר שכוונת הרמב"ם באומרו "זכה בו" שאין להוציא מידו ומותר לו להשתמש בו וכפי שכתב הסמ"ע בחו"מ סימן ר"ס ס"ק מ"ב "דיחזיקנו המוצא לעצמו" (ועיין לקמן בעיקר שיטתו) אבל אין מכאן ראייה שהזכיה הינה להחזיקו כבעלים גמור גם לענין מצוות התלויות בבעלות. ומה עוד שהרמב"ם סיים את דבריו "זכה בו ואינו חייב להחזיר" ולכאורה אם מדובר בקנין לכל דבר וענין מדוע סיים הרמב"ם וכתב "ואינו חייב להחזיר" ולפיכך יש מקום להסיק מדבריו שאין זו זכיה ובעלות גמורה, רק שאי אפשר להוציא מידו, וצ"ע.

אמנם מעיון בסוגייתא הגמ' בב"מ דף כה. ניתן לומר שהספק שכאן הוא בצדדים הבאים :

- (א) שמא מעלמא אתו ומותרים דהיינו שהבעלים איבד אותם במקום אחר ונתגלגלו לכאן וממילא התייאש וכל המוצא בהם זכה.
- (ב) הבעלים הניחם כאן ואין זה אבוד כלל.

כלומר לפנינו ספק בניתוח המציאות האם זו אבידה שזייכ למוצא או כלל איננה אבידה. ולכן נוקט הרמב"ם שאם כבר נטל, אז ננקוט כפי הצד הראשון שזכה זה במה שבידו מחמת הספק. ומשמע מלשונו "זכה בו" שזכה בכל עניין. וכן נראה שמפרש כאן האבן האזל בדעת הרמב"ם. (וכך גם משמע מהליקוט שבביאור הגר"א לחו"מ סימן רס"ב ס"ק כ"ב שהבאנו לעיל) וכן היא שיטת קונטרס הספיקות בכלל א' אות ח' היא שבמקום בו אין להוציא מידו של התופס, המחזיק הינו בעלים גמור.

אמנם, ניתן לומר כי בנידון של אבידה אין אפשרות להוציא מידו כיון שאין סימן וא"כ אין למי להשיב ואין בעל דין שיכול לטעון ששלי היא

(למעט אם יש לו עדים), אבל במקרים בהם יש מי שטוען שהדבר שלו ויש לו סמך כלשהו לדבריו, אף אם הדין הוא שאין מוציאים מיד המחזיק, לא יכול המחזיק לנהוג בחפץ מנהג בעלים לענין מצוות התלויות בבעלות. ומאידך כאן מדובר בספק הינוח כלומר שיש צד שאולי המניח עתיד לחזור ולקחת את החפץ ולכן לצד זה יש להשאיר את החפץ במקומו ועדיין לרמב"ם הנוטל זכה בו לגמרי ואין צריך להחזיר החפץ למקומו. משמע שבכל מקרה שיש צד התובע התפיסה היא מוחלטת, וצ"ע.

טו. הדרישה (חו"מ סימן ר"ס ס"ק י"א ובסמ"ע ס"ק מ"ב ובביאור הגר"א בס"ק ל"ג ובס"ק כ"ז) מבאר ששיטת הרמב"ם היא שמדובר שמעיקרא נטל על מנת להשיב ולא ידע שאסור ליטול את האבידה וכיון שמדובר בחפץ שאין בו סימן זוכה בו (לאחר יאוש בעלים ונראה שמדובר גם במקרה של ודאי הינוח). ולפי זה מדובר במקרה 'מיוחד' בו יש כח ביאוש הבעלים להקנות את האבדה למוצאה ואין מכאן ראייה למקרה של תפיסה רגילה.

בעלותו של הגזולן על החפץ שגזל (תפס)

טז. בגמ' בע"ז דף עא : נאמר שבן נח שגזל נהרג על פחות משהו פרוטה וזאת על ידי שמשך את הגניבה ומוכח שקנין משיכה קיים בבני נח ורש"י בדף עב. ד"ה "אמאי": פירש את הספק בגמ' לגבי קנין משיכה בבן נח :

אמאי נהרג - הא לא קניא להך גזילה וכל היכא דאיתא של ישראל היא.

כלומר, כדי לחייב בגזילה יש הכרח שהגזולן יקנה את החפץ הגזול ועונשו הוא על כך שקנה את החפץ הגזול. ולעומת זאת תוס' בדף עא. ד"ה "ואי"



## כתבו:

וקשה, דהא ישראל נמי לא קנה הגזילה להיות שלו ואפ"ה קנייה להתחייב באונסין החיוב דשייך ביה וה"נ יש לנו לומר בבן נח שקנאו להתחייב בה מיתה דהיינו החיוב דשייך בה. וי"ל, דודאי אי גזל שוה פרוטה, דהוי ממונא לגבי ישראל, וחיסרו, אית לן למימר כדפי'. אבל פחות משוה פרוטה, שלא חיסר הישראל, דלאו ממונא הוא, וגם ממון העובד כוכבים לא נתרבה שהרי לא קנאה, משום הכי פריך אמאי נהרג. ומשני, צערא דישראל.

נמצא, שרש"י ותוס' נחלקו בשאלה מיהו גזלן. רש"י סובר, שגזלן הוא מי שקונה ממון בעלים ללא דעת הבעלים. ותוס' סוברים, שגזלן הוא מי שהוציא ממון מיד הבעלים בניגוד לרצונם, וגרם להם חיסרון ואין צורך לבעלות עבור כך.

ויתכן שיסוד המחלוקת נעוץ בשאלת הגדרת המושג "בעלות". לפי רש"י, בעלות היא תולדה של היכולת הבלעדית לשלוט בחפץ, ר"ל: בעלות היא דין, שהוא תולדה של המציאות. ואילו תוס' סוברים לאיפוך, שהיכולת הבלעדית לשלוט בחפץ היא תולדת הבעלות, ר"ל, בעלות היא מציאות שהיא תולדה של דין.

לפי רש"י, כיוון שהגזלן התכוון לקנות, והחפץ אינו ברשותם של הבעלים, העובדה שהוא שולט בגזלה הופכת אותו לבעליה. אולם תוס' סבורים, כי בעלות היא מעמד משפטי של החפץ וממנו נגזרת זכות השימוש, וכאשר יש לחפץ מעמד משפטי מסוים, כדבר שהוא בבעלותו של פלוני, לא ניתן לשנות את מעמדו המשפטי הנ"ל ללא הסכמת הבעלים, ולכן מה בכך שעתה אין לבעלים שליטה? מ"מ את בעלותם הם לא העבירו.

יז. על פי האמור נראה להשליך לדין תפיסה, לשיטת רש"י יש מקום לומר

שכל תפיסה שלא תגדיר את התופס כגזלן היא עצמה מקנה דין בעלות לתופס. אבל לשיטת התוס', העובדה שאדם אינו גזלן אין בה די כדי להקנות לו גדר של 'בעלים' ולכן לשיטת תוס' הוא לא יוכל לקיים בחפץ שבידו מצוות התלויות בבעלות.

בעלות הבאה ממילא ומחמת הימנעות אחרים מלקחתו / תפיסה

יח. בעל שדה שרגיל לתת תרומה או מעשר לכהן או לוי מסויים, נקראים אותם כהנים או לויים 'מכירי כהונה ולויה (גיטין ל.)'. וכאשר בעל השדה קורא שם תרומה או מעשר על תבואתו, ממילא זוכה הכהן או הלוי בחלקו אף ללא מעשה קנין. ובביאור הדבר כתב רש"י בגיטין דף ל. :

שהם מכיריו ואוהביו דאינו רגיל לתת תרומות ומעשרות אלא לכהן זה הלכך כיון דמלתא דפשיטא היא דלדידהו יהיב להו, אסחי להו שאר כהני דעתייהו והוה כמאן דמטו לידייהו דהני.

ועל פי דרך זו מבוארים גם דבריו של ר' יוחנן בב"מ דף מט. :

דאמר רבי אבהו אמר רבי יוחנן ישראל שאמר לבן לוי כור מעשר יש לך בידי בן לוי רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר

כלומר, די באמירה של ישראל כדי שהלוי יזכה במעשר וטעם הדבר מבואר בשטמ"ק שם בשם הרא"ש :

כתב ר"מ אף על פי שלא קנאו בן לוי לא במשיכה ולא בהגבהה, איירי במכירי לויה דחשיב כאלו בא לידו כדאיתא בגיטין פרק כל הגט

כלומר, מכירי כהונה זוכים אף ללא מעשה קנין (וקצ"ע מדוע ב'כור

מעשר' יש צורך באמירה של ישראל לבן לוי שהוא הפריש שלכאורה אף ללא אמירתו המעשר שייך לו בהיותו מכירי לוי(ה). ורש"י ביאר שהקנין נובע מכך ששאר הכהנים הסיחו דעתם מתרומה או מעשר זה ונחשב הדבר כאילו כבר הגיע לידי מכירי הכהונה. וכתב על כך בשו"ת בית אפרים יו"ד סימן ס"ו שאפילו ללא דין מכירי כהונה יש מציאות של הקנאה ללא מעשה קנין (וציין גם לדברי הקצות בסימן ר"ד ס"ק ג').

וגבי כור מעשר כו' נראה לי דאתי שפיר בפשיטות, דהתם זכה ליה רחמנא ללוי מעשר זה. ואם לא היה בן לוי אחר בעולם רק זה אין צריך שום קנין משיכה או מסירה. והיינו טעמא דמכירי כהונה ולויה כיון דשאר כהנים ולוים אסחו דעתייהו ממתנות אלו דמסתמא לא יתנו לאחר רק להם ממילא זכו בהו הנך מכירין והוי כמאן דמטו לידייהו ואין צריך שום קנין אחר.

וא"כ הוא הדין בזה אף שאינו ממכירי כהונה ולויה כיון שאמר לו כור מעשר יש לך בידי וכיון דאין לבעלים רק טובת הנאה והוה ליה מתנה מועטת ובודאי דברו לא ישנה משום שארית ישראל כו' ממילא נעשה כמכורין וזכי ביה ממילא וא"צ שום קנין.

ומכל מקום למדנו שקיימת מציאות בה אדם יכול לזכות בחפץ מכח העובדה שאחרים הסיחו דעתם מחפץ זה ואינם סוברים לזכות בו ואז אותו אדם זוכה בחפץ ממילא אף ללא מעשה קנין. וכשם שאם היה רק לוי אחד בעולם, הוא היה זוכה במעשר אף ללא מעשה קנין כי תורה זיכתה לו, כך גם אם יש כמה לויים בעולם והם הסיחו דעתם מהמעשר, אותו לוי שאמור לזכות במעשר (מכירי לוי(ה) זכה בו.

אמנם היה מקום לומר שרק בדבר בו מעיקרא שותפים בו רבים או שייך לרבים יכול יחיד מבין רבים אלו לזכות בו באמצעות ההסתקלות של האחרים (ואכמ"ל מהת הסילוק והאם הוא עצמו מעשה הקנאה) ולכן

במתנות כהונה ולויה שמעיקרא בבעלות השבט, די בסילוק של האחרים כדי שכהן או לוי יחיד יזכה בהם, אבל אין מכאן ראיה למקרה בו לא היתה בעלות משותפות מעיקרא, אולם עיין לקמן.

יט. אשה המתגרשת צריכה לזכות בגיטה וגם קנין גט בארבע אמות שלה מועיל (עיין רמב"ם פרק ה' מגירושין הל' ט' ועוד) ולמרות שקנין ד' אמות הוא קנין מדרבנן, גירוש חלים מן התורה וכתב על כך בשטמ"ק בב"מ דף י'. בשם תלמיד רבנו פרץ:

והיכי שרו רבנן אשת איש לעלמא ? ויש לומר כיון דתקינו רבנן ארבע אמות, שלה הם מדאורייתא דהפקר בית דין הפקר והוי כמו ירושה.

ויש לעיין מה הוא הדמיון לירושא. ובספר המקנה (הרב אליעזר זוסמן סופר), חלק א' קנין אודיתא, כלל ב' פרט י' דף ט. מדפי הספר האריך בביאור הענין :

כי ידוע שאין שום דבר יבוא לרשות אדם אם לא שעושה או בעצמו או בשלוחו קנין בו על ידי זה מביא לרשותו. ונראה לי סברא אחת שרק בדבר אשר יש כח גם לאדם אחר לזכות בו כמו במציאה מכל שכן להוציא מרשות בעלים ראשונים, גילה התורה שאי אפשר בלא קנין לקנות. אבל אם רק הוא לבדו יש כח לזכות בחפץ זה ואין לשום אדם זכות בו כמו אדם הראשון שאמרו חז"ל 'אדם כי יקריב מכם קרבן' בלא גזל, כי אדם הראשון לא היה צריך קנין כי הארץ נתון לבני אדם ושלו היה בלא קנין. אם כן חפץ זה שלו ממילא בלא קנין.

וכן מצאתי בבית אפרים .... (לעיל).

א"כ מובן שירושה גם תינוק בן יומו יורש יען שהשי"ת ציוה קרוב קרוב קודם א"כ אין שום אדם יש לו זכות בנכסים אלו רק הבן ואם הוא בן יחיד, לא צריך קנין כי ממילא שלו ולא צריך למימר שהתורה הקנה לו, רק שלו בלא קנין. אבל באחים שניהם יחדיו צריכים קנין יען ששניהם יש זכות...

א"כ כל רעש הראשונים רק האידך יש כח לחכמים להעמיד לרשות אחר, אבל בודאי להפקיר יש להם כח בית דין הפקר. והקשה (=השטמ"ק בשם הר"פ) האידך בד' אמות מותרת אשת איש לעלמא ?

ותירץ כיון דחכמים הפקירו מכל אדם בעולם ד' אמות אלו שעומדת האשה ואין לשום אדם בעולם שיש לו כל בד' אמות לזכות, ממילא היא לבדה בעולם ושלה הם בלא קנין והרי כמו ירושה שלא צריך קנין (-וע"ע ח"ג כלל נ פרט א' ד"ה "הערה").

כלומר, אדם הראשון כל העולם היה שלו, כי לא היה מי ש'יתחרה' איתו על הבעלות של העולם (עיי' רש"י ויקרא פרק א' פס' ב' "שהכל היה שלו". ולהבנת בעל ספר המקנה, הכל שלו אף ללא מעשה קנין. ועיי' ליקוטי שיחות, יב ויקרא עמ' 9-8 שנו"נ בענין זה) וכך גם יורש זוכה ללא מעשה קנין אם אין יורשים נוספים וכך גם כהן או לוי זוכה במתנות כהונה אם אין עוד כהן או לוי בעולם. וגם כאשר יש 'מתחרים' נוספים על התרומה והמעשר, אם הם משכו ידיהם ממילא זכה המכיר כהונה או לוייה.

ובעל ספר המקנה חידש שלא רק במציאות בה אנשים מושכים ידיהם מרצונם מלזכות בחפץ כלשהו, ממילא זוכה אותו אדם שהדבר מיועד עבורו, אלא גם במקרה בו על פי דין אסור לאחרים לזכות, גם כן זוכה אותו אדם שיש לו זכות לקנות והזכיה היא ממילא כמו בד' אמות בגט (וע"ע תורת חיים חו"מ ח"ב סימן מ"א להרב חיים סופר אחיו של בעל ספר המקנה ובשבילי דוד לרב יהודה דוד זילברשטיין אבהע"ז סימן קל"ט אות ז' שציינו לסברא זו. ויש לעיין האם סברא זו תועיל בכל קנין דרבנן

שיהפוך להיות קנין דאורייתא כיון שכולם ימנעו מליטול).

כ. על פי האמור נוכל להציע שכל חפץ שברשותו של אדם ואין מי שמעלה על דעתו לקחת ממנו או שחכמים אסרו על אחרים לקחת ממנו, ממילא נעשה שלו. ולכן גם אם מעיקרא בית דין הותירו את החפץ בידו ולא זיכו אותו למערער מכח הדין של "המוציא מחבירו עליו הראיה" או במקרה של חלוקה של שנים או חזין בטלית ואפילו במקרה בו המחזיק עצמו מסופק האם חפץ שבידו הוא שלו רק אין כח להוציא ממנו, בכל המקרים הללו, כיון שאין זכות לאף אחד לתפוס, ממילא נעשה שלו ויכול לקדש אשה בו ולקיים בחפץ זה מצוות שתלויות בבעלות כמי שהדבר שייך לו ללא ספיקות כלל.

כא. קונטרס הספיקות, כלל א' אות ח':

וראיתי לחקור בכל ספק ממונא דקיי"ל קולא לנתבע והמוציא מחבירו עליו הראיה, אם קידש הנתבע אשה בהאי ספק ממונא, או כשתפס התובע וקידש בו, מהו דין הקדושין הללו. ולא מצאתי דין זה מפורש,

אבל כך דעתי נוטה דלהסוברים דלא מהני תפיסה מספיקא, קדושין של הבעלים המה קידושי ודאי, כיון דהתורה לא חייבתו להחזירו כשלו הוא ממש, והשני שתפס אין בקידושיו חשש קדושין כלל. דאף שהספק במקומו עומד, ודילמא שלו הוא, מה בכך כיון דמפקינן מיניה נמצא דלא יהיב לה מידעם....

בענין הגדרת הבעלות דן באריכות בשערי ישר שער ה (פרק ו-ט) ובספר המידות לחקר ההלכה חלק ב' (מידה י"א אות ח) ביאר שבאיסור חֲלָב ברור הדבר שיש מציאות של חֲלָב בעולם והתורה אסרה לאכול חֲלָב. וכך ניתן גם לומר שתחילה יש מציאות של 'בעלות' שעליה נאמר איסור לא

תגזול אולם יתכן גם לומר שבעלות איננה מציאות (כמו המציאות של איסור חלב) אלא כיון שקיים איסור של 'לא תגזול' שמונע מאחרים ליטול ממילא נוצר דין של בעלות אצל המחזיק (כלומר, אין בעלות 'חיובית' אלא כל מהותה של בעלות הינה השלייה מאחרים ובעל המדות לחקר ההלכה נוקט כאפשרות הראשונה, עיין שם באריכות).

ומכאן שפשטות דבריו של קונטרס הספיקות יכולה להתפרש שכל מהותה של בעלות היא יכולת השלייה של אחרים לקחת ממנו וכיון שאין אפשרות לאחרים לתפוס, די בכך כדי להגדיר את המחזיק בעלים לכל דבר וענין ואם המחזיק קידש אשה בחפץ זה – הרי היא מקודשת כמבואר בדבריו.

אולם, יתכן לבאר את דבריו על פי העקרון של בעל ספר המקנה, והיינו שעצם העובדה שחכמים אסרו על אחרים ליטול, ממילא נעשה הדבר שלו ולכן יכול לעשות בחפץ כל כל מצות שתלויה בבעלות ואין צורך להכריע בחקירה מה היא הגדרת בעלות כנ"ל.

מצוות התלויות בבעלות כאשר יש חיוב לצאת ידי שמים להשיב

כב. קיימים מקרים בהם לא מוציאים חפץ מחזקתו של אדם, אבל אם הוא בא לצאת ידי שמים חייב לשלם. כגון, האומר לחבירו גזלתיך ללא תביעה מצידו של חבירו (ב"ק קח. וע"ע חו"מ ע"ה סעיף ט'). במקרה זה אין כח להוציא ממנו בבית דין (שהרי אין מי שתובע ממנו) אבל הוא עצמו יודע שחפץ זה שבידו הוא גזול.

ויש לעיין האם כל עוד החפץ אצלו הוא יכול לקיים בו מצוות התלויות בבעלות. יתכן שעל פי שיטת ספר המקנה הנ"ל אפילו בדבר שביד אדם ויש עליו חיוב לצאת ידי שמים, כיון ששאר אנשים משכו ידיהם ואין להם

זכות לקחת מעצמם, הדין הוא שהמחזיק יכול לקיים בחפץ זה מצוות התלויות בבעלות, כיון שאף אם עליו יש מצוה או חיוב לתת, אחרים אין להם זכות לקחת ממנו וכמבואר לעיל.

אמנם מסתבר יותר לומר שאם הוא עצמו סובר שהחפץ שבידו אינו שלו, לא יוכל לקיים מצוות שתלויות בדין בעלות כיון שאינו יכול לסתור את עצמו. אמנם, יש לעיין אם קידש אשה בחפץ זה האם מבחינתה של האשה מדובר בקידושי ודאי או בקידושי ספק.

ועוד יש לעיין האם תפיסה מצידו של האדם שמחזיק החפץ טוען שהוא הנגזל תועיל לו, שיוכל לומר לו התופס לשיטתך הרי חפץ זה הוא שלי, רצ"ע.

אמנם כל האמור הוא אם ננקוט שחיוב לצאת ידי שמים יוצר חיוב לגבי החפץ עצמו, אבל אם ננקוט שחיוב בידי שמים הינו חיוב על האדם ולא על החפץ, יכול מחזיק החפץ לקיים בו מצוות שתלויות בבעלות ובוראי שלא תועיל בו תפיסה (ועיין מאירי ב"ק נו:, קצות ל"ב ס"ק א', ועוד).