

שיעורי הגר"א עוזר שליט"א

בענין:

לא תגנבו
ולא תגזלו

- קנ"ט -

נמסר בש"ק פרשת אחרי מות - קדושים ה'תש"ע

נכתב בידי הרב יוסף בן ארזה שליט"א

בשבת פרשת אמור יהל השיעור בשעה 5:10 אה"צ אי"ה ויהיה בענין: 'איסור חדש וספירת
העומר בזמן הזה' [מנחה ב- 4:45 ואחרי השיעור].

המארגנים

לקבלת השיעורים באימייל יש לכתוב בקשה לכתובת:

timnal@zahav.co.il

לא תגנבו ולא תגזלו; לאו הניתק לעשה ולא הניתק לתשלומין

(ב) ונראה לבאר היטב חילוק זה עפ"י חילוקים נוספים המדויקים בלשון הרמב"ם באותן שתי הלכות; -

הנה בהל' גניבה כתב 'כל הגונב ממון משה פרוטה ולמעלה עובר על לא תעשה וכו' ואחד הגונב ממון ישראל או הגונב ממון עכו"ם ואחד הגונב את הגדול או את הקטן' משמע בפשיטות מהגונב מגוי עובר בעיקר הלאו, ואילו בהל' גזילה כתב 'כל הגוזל את חברו שוה פרוטה עובר בלא תעשה' - משמע דדוקא בחברו עובר בלאו ולא בנכרי [והכי דייק קרא דכתיב 'לא תעשק את רעך ולא תגזול' - משמע דברעך דוקא מיירי קרא (כדדרשינן בב"מ ק"א: ועתוס' שם סא סע"ב), וזהו שדקדק הרמב"ם לפרש הלאו ב'חברו' דוקא. וכן לענין עושק כתב (בה"ד) 'אי זהו עושק זה שבא ממון חברו לתוך ידו ברצון הבעלים וכו'']. ואם כי בה"ב כתב 'אסור לגזול כל שהוא דין תורה אפילו עכו"ם אסור לגזול או לעשקו' דמשמע בפשוטו דגזול עכו"ם אסור מהתורה (וכמוש"כ הרבה פוסקים), מ"מ אין זה בכלל עיקר הלאו אלא איסורא הוא דילפינן מקרא (בב"ק ק"ג:). וכן נקט בשו"ת נודע ביהודה (קמא יו"ד פא) עפ"י דקדוק לשונות הרמב"ם דבגניבה הלאו עצמו נאמר גם בגוי משא"כ בגזילה אינו אלא מילפוטא (וע' בחדושי הר"ן סנהדרין נו שעמד בעיקר לשונות הרמב"ם). אלא שצריך ליתן טעם לחילוק זה.

אכ"י דקדוק זה מסייע למה שצדד המנחת-חינוך (רכד) מסברת עצמו, דאף למ"ד גזל עכו"ם מותר מהתורה - גניבתו אסורה מהתורה לכו"ע. ונימק דבריו, דבגזל ההקפדה היא על הפסד ממון חברו, ולהך מ"ד לא הקפידה תורה אלא ב'רעך', משא"כ בגניבה הקפידה על המעשה עצמו, שהתורה תיעבה את מעשה הגניבה [מלבד התוצאה של הפסד ממון חברו]. וכנראה כוונת המנ"ח לדברי הגמרא (בב"ק ע"ט): מפני מה החמירה תורה בגנב יותר מבגזל, שזה השוה כבוד עבד לכבוד קונו וזה לא השוה, כביכול עשה עין של מטה כאילו אינה רואה. הלכך בגניבה שעיקר איסורה מצד המעשה, לא חילק הכתוב בין מעשה גניבה מישראל או מנכרי. ואם כן הרי מבוואר לפי סברתו שאף לפי מה דקיי"ל גזל עכו"ם אסור מהתורה, שאני מגניבה, דבגזל נתרבה מילפוטא נוספת שאסור לגזול את הגוי, אבל לא נכלל בגוף הלאו דגזילה האמור בישראל, משא"כ בגניבה עיקר הלאו אמור הן בישראל הן בגוי.

ג ש"ך חו"מ ש"ח, ב ועוד - ע' אה"ע כח, ח; חכם צבי כו; חוט המשולש יד; נוב"י יו"ד פא. ואולם בחדושי הר"ן ובכס"מ שם כתבו בדעת הרמב"ם שאסור מדרבנן (וע' גם רש"י סנהדרין שם). וצ"ע ממה שכתב הרמב"ם (גזילה יא, ג) לימוד מקרא דאבידתו מותרת, ועוד, מי גרע מהטעמית שאסורה מהתורה כדילפינן מ'חושב' וכמו שהאר"ך הרמב"ם בפיה"מ (כלים יב, ז) ומשמע מדבריו שהוא מדאורייתא. גם תמחו (מתנ"א גזילה ג בהשמטות; רע"א חו"מ שנט) מסוגית הגמרא בבכורות דלמ"ד גזל עכו"ם אסור היינו דאצטרף קרא למישרי אונאה, הרי משמע דמדאורייתא הוא. וכיו"ב הקשו מב"מ פנ (ע' שעה"מ גזילה א, ב) - ונראה דדברי הר"ן והכס"מ אמורים רק כלפי הלאו דלא תגזל גופיה [דוק בלשונם] אבל מורו דאסור משום 'חושב'. וזהו כפי האמור בפנים, דעיקר לאו דגזילה אמור ב'רעך' בלבד, ואילו גזילת הנכרי אסורה באיסור לעצמו. ובוה מדוקדק היטב לשון הרמב"ם 'ואסור לגזול כל שהוא דין תורה אפילו עכו"ם אסור לגזול או לעשקו', דמחד משמע מסמיכות דבריו דלאורייתא אתא שאף בעכו"ם אסור מהתורה, מאידך מלשון 'אפילו עכו"ם אסור לגזול' משמע שהוא משפט לעצמו ואינו המשך לאיסור גזילה הראשון, דא"כ הול"ל 'ואסור לגזול כל שהוא דין תורה אפילו עכו"ם' ותו לא - אלא בא לומר דנהי דאף עכו"ם בכלל איסור תורה, אבל אינו כלול בלאו זה גופא.

ד אם כי מסברא אין הכרח כלל לחידוש זה, דאם גזול מותר מהתורה, הלא אין בגניבתו שום הוראת זלזול בעין של מעלה. וכן מפורש ביראים (רנה) דלמ"ד גזל עכו"ם מותר ה"ה גניבה. גם יל"ה"ע על המנ"ח דהא דגזל עכו"ם אסור ילפינן מ'חושב' עם קונוה' שלא יגלום עליו, והרי בזה הוא בא בעקיפין כגניבה, ומשמע דלדעת החולק אף בזה מותר הגם דדמי לגניבה [אם כי אינה גניבה ממש], וכן בבכורות יג מקשה דלמ"ד גזול מותר לא אצטרף קרא להתייר אונאתו, וכיו"ב בב"מ לענין פול לענין אכילת פועל - הרי משמע שאין חילוק אם בא ברוע או בעקיפין ובהחבא, וי"ל. אמנם עיקר הדקדוק ברמב"ם א"ש היטב סברת המנ"ח גם בלא חידושו זה, דכ"פ למאי דקיי"ל גזול אסור מהתורה תו הדרא עיקר הסברא דלא השוה כבוד עבד לכבוד קונו, וממילא מסתבר שעובר בלאו דגניבה גופא.

א) בפרשת 'קדושים תהיו' נצטוינו בשני לאוין, גניבה וגזילה; 'לא תגנבו וגו' [אזהרה לגונב ממון, אבל לא תגנוב שבעשרת הדברות אזהרה לגונב נפשות, דבר הלמד מענינו וכו'. רש"י], 'לא תעשק את רעך ולא תגזול'. וזו לשון הרמב"ם ריש הלכות גזילה ואבידה: 'כל הגוזל את חברו שוה פרוטה עובר בלא תעשה שנאמר לא תגזול. ואין לוקין על לאו זה שהרי הכתוב נתקו לעשה, שאם גזל חייב להחזיר שנאמר והשיב את הגזלה אשר גזל - זו מצות עשה. ואפילו שרף הגזלה אינו לוקה שהרי הוא חייב לשלם דמיה וכל לאו שניתן לתשלומין אין לוקין עליו'. ומקור דבריו בסוגית הגמרא במכות (טז). שאין לוקין על לאו דגזול משום שניתק לעשה ד'השיב', ומ"מ אף כשאין הגזילה בעין אין לוקין כיון דחייב בתשלומין [ולהלן יתבאר ענינו של טעם זה].

ובריש הלכות גניבה כתב הרמב"ם 'כל הגונב ממון משה פרוטה ולמעלה עובר על לא תעשה שנאמר לא תגנבו, ואין לוקין על לאו זה שהרי ניתן לתשלומין שהגנב חייבתו לשלם. ואחד הגונב ממון ישראל או הגונב ממון עכו"ם ואחד הגונב את הגדול או את הקטן'. הנה כאן לא הזכיר הטעם של לאו הניתק לעשה כשהגניבה בעין אלא ניתן לתשלומין בלבד. ויש לעיין מה נשתנה זה מלאו דגזילה.

והיה מקום לומר שבגניבה אכן ליכא לעשה ד'השיב' שאינו אמור אלא בפרשת גזילה (בסו"פ ויקרא). ולכאורה כך נראה שנקט בשו"ת עונג יום טוב (ק"ח, בהגהה). אלא שרחוק לומר כן שהרי הגניבה והגזילה הושו וז"ל בדיני ההשבה והתשלומין, ובכלל זה כל הדינים שנלמדו מהך קרא ד'השיב את הגזלה אשר גזל', כגון 'אשר גזל' - אם כעין שגנב יחזיר ואם לאו קנאו בשינוי, וא"כ נראה דהך עשה איתא גם בגנב. וכן נקט השאגת-אריה (פא). וביחוד נכון הדבר למש"כ הרי"ף בתשובה (קלג) שכל גנב עובר גם בלאו דגזילה שהרי ממון חברו תחת ידו והגזילה בכלל גניבה היא, וכן כתב רבנו בחיי (קדושים), א"כ הרי מסתברא דעשה ד'השיב' אמור גם בגנב. וא"כ אין מובן שינוי לשון הרמב"ם דבגזילה כתב הטעם דלאו הניתק לעשה, ולא בגניבה.²

א ונראה שלכך מציינו כ"פ לשון 'גזילה' במשמעות כללית של עיכוב ממון השייך לאחר, גם ע"י לקיחה בסתר וערמה - ע' ב"מ סא: גבי טומן משקלותיו גזל מעליא'. ושם כו: לענין נטילת אבידה ע"מ לגזולה. וע' גם ברש"י שבועות מז. ד"ה לסיני. וערמב"ן ושר"ב מ"מ צא. שהדש בפרה חסומה חייב לשלם לבעל הפרה משום 'השיב את הגזלה' - הרי שכל מניעת זכות ממון של חברו בכלל גזילה היא, גם בלא מעשה גזילה. וזה מתאים מאד עם הגדר המבואר בפנים להלן.

ב לכאו"י כל בפשיטות דלאו דגניבה לא ניתק בהשבה בלא שישלם ככל דין הגנב כלומר כפל, ואם השיב הגנב בלא שקיים כל דין התשלומין נהי דניתק בזה הלאו דגזילה כמה שממון חברו בידו שלא כדן, אבל הלאו דגניבה לא תוקן בכך. ובפרט הדעה המיוחדת לגנב הוא דין התשלומין כמו שמנה הרמב"ם (בעשה רלט וברמזי המצוות שבתחילת הל' גניבה) שהיא מצות עשה דגנב. [וגם השא"ג לא הזכיר עשה דוהשיב אלא כתב דלאו דגניבה הוי ניתק לעשה הואיל ואינה בתשלומין. ונראה שהבין דהך מ"ע דתשלומין הגנב היא הניתק לעשה].

ועוד יתכן שהואיל ויצא גנב לידון בעשה לעצמו, הרי בזה הוציאו הכתוב מכלל מצות עשה דוהשיב (שלכך גם הרמב"ם מנה עשה דוהשיב רק בגזול ואילו בגניבה מנה עשה לעצמו שבפרשת משפטים), ועל כן אף כי חיוני הממון דבהך קרא שייכים בעצם בכל נטילת ממון, ואף בגניבה, שלכן ודאי מוטל על הגנב להחזיר הגניבה בעצמה לבעליה, מ"מ המצוה המיוחדת לגנב אינה אלא דין התשלומין.

ושמא י"ל עוד שאף אם גנב נתרבה למצות 'השיב', אפשר דלא חשיב 'ניתק לעשה' אלא כמה שמפורש בתורה. ובוה היה נראה לבאר מש"כ הרמב"ם (פסוה"מ יח, א-ב) הדפוסל את הקדשים במחשבה לא לוקה משום שאי"ב מעשה, ולכאורה הול"ל הטעם משום שניתק לעשה דשריפה, דהא כל הקדשים שנפסלו מצות עשה לשרפם (כמש"כ שם יט, ט) וכמו שכתב טעם זה לענין נותר (ק"פ יא), ולא כתב משום שאי"ב מעשה (ע' בחדושי הגרי"ז פ"ק דתמורה ובחדושי הגר"מ) - אך להאמור נוחא, דדוקא בנותר מפורש העשה דשריפה ואילו בשאר פסוה"מ מדרשא הוא (בפסחים פב). אך צ"ע מתמורה ע: דחשיב מקדים תרומה לבכורים לאו הניתק לעשה משום עשה ד'מכל מעשרותיכם תרימו' הגם שאינו אלא דרשא. אלא שהרמב"ם (תרומות ג, כג ובסנה"א צ) השמיט הטעם, וע"ש ברדב"ז שאינו לאו הניתק לעשה הרגיל, וצריך בירור ובדיקה.

איסורא הוא אף ע"מ להחזיר [והרי להרמב"ם איכא לאו דלא תגזול אף בקרקעות]. ותירץ באופן אחד די"ל דוקא בגניבה אסור ע"מ להחזיר אבל בגזילה מותר, דהא לא נתרבה אלא מקרא דגניבה. ולפי האמור הרי יש לחילוק זה מקום גדול בסברא וכדברי המנ"ח, וגם יש לו יסוד בדברי הרמב"ם, דדוקא מעשה הגניבה המתועב מצד עצמו אסרתו תורה אף אם כוונתו להשביח או לשלם כפל, משא"כ גזל שיסוד איסורו משום הפסד ממון, הרי אם עושה ע"מ להשביח ולהחזיר שרי.

עוד תירץ הגרא"ו שם די"ל דוקא בישראל אסר הכתוב ע"מ למיקט וכד', אבל גוי הנוטל ע"מ להחזיר ולהשביח שרי, ורבה דדריש קרא דאיוב ס"ל דאיוב מאומות העולם היה ולא ישראל, הלכך שפיר שבח הוא לו שגזול ומשביח ומחזיר. וכיוון הגרא"ו בתירוץ זה לדברי היד-רמה שם.¹

וגם חילוק זה יוסבר היטב לפי האמור, שהרי כתב הרמב"ם (מלכים ט, ט) 'בן נח חייב על הגזל, בין שגזל עכו"ם בין שגזל ישראל, ואחד הגזול או הגונב ממון או גונב נפש או הכובש שכר שכיר וכיו"ב, אפילו פועל שאכל שלא בשעת מלאכה - על הכל הוא חייב, והרי הוא בכלל גזלן - מה שאין כן בישראל'. וכוונתו (כן פירש בכס"מ) שבוה שונה בן נח מבישראל, דבישראל יש לאוין חלוקים על גניבה ועל כבישת שכר שכיר ועל פועל שאכל שלא בשעת מלאכה. ואין מובן מאי נפ"מ בזה, ומה בעי ללמדנו בתוך הלכות בני נח באמרו שהכל נכלל בגזילה שלא כבישראל שהם לאוין פרטיים - אך להאמור מובן היטב שמלמדנו כאן דבב"נ יסוד כל איסורי ממון חברו הוא משום הפסד ממון הזולת, ולא משום המעשה המסויים המתועב, שעל כן בישראל מעשה גניבה וכד' הוא איסור חלוק לעצמו, משא"כ בב"נ שהכל משום שנוטל ממון חברו. ועל כן שפיר מובן דלא נתרבה גונב ע"מ למיקט או להחזיר אלא בישראל אבל בב"נ לא, שאין שם הפסד ממון לחברו.

ויסוד הדבר מובן עפ"י מה שדברנו כמה פעמים באריכות על פי דברי רב נסים גאון בהקדמתו לש"ס והר"ן בדרשותיו (יא) וכן מורים דיוקי לשונות הרמב"ם בכ"מ (ע' הל' מלכים יא, ועוד) שז' מצוות בני נח ענינם משום סדרו של עולם ומניעת השחתתו ותיקון הנימוס המדיני, שלא כבישראל שמלבד ענין תיקון העולם ניתנו להם תרי"ג מצוות לצרפם ולקדשם במדרגה עליונה. אשר על כן בישראל הקפידה תורה על מעשה הגניבה משום פחיתותו של המעשה כשלעצמו והשפעתו הרעה על האדם העושהו, גם אם אין נזק לזולת והשחתת הנימוס החברתי, כגון גונב ע"מ להשביח ולהחזיר, משא"כ בבני נח. [ויש לבאר בזה תוספת לשון ברמב"ם (גניבה א, ב) בהביאו איסור גניבה דרך שחוק או ע"מ להחזיר הוסיף טעם: 'שלא ירגיל עצמו בכך' - י"ל שמבאר בזה את יסוד האיסור, שלא משום הפסד חברו קאיתין עלה, דהכא הלא ליכא שום נזק לחברו, אלא משום מעשה הגניבה הפוגם באדם הגונב הוא].

וזוהו מה שלמדנו כאן הרמב"ם באמרו דלב"נ כל אופני עיכוב ממון חד הם, משום 'גזל', שלא כבישראל שהם אזהרות מסוימות מצד המעשים השונים - וכל זה מתאים היטב עם הדקדוקים הנ"ל בדברי הרמב"ם שהגזל ענינו משום הפסד חברו ואילו בגנבה משום תיעוב המעשה לכשעצמו.

ח וקשה הלא בב"נ שגזל מישראל פחות מש"פ חייב אע"ג דישאל מחיל משום שיש לו צער בשעתו, כדמ' בסנהדרין נז. וברש"י. וא"כ הלא אף ע"מ למיקט דאיכא צערא בשעת מעשה יש לו להתחייב. וליישב דברי הרמ"ה י"ל שהיה איוב לוקח השדה בלא ידיעתם בענין שלא נצטער עד שהחזירה להם [ו'גזול' שאמרו לאו דוקא]. ועכ"פ ע"מ למיקט נראה לכאורה שב"נ חייב כמו בגזול פחות מש"פ בישראל.

ט ע' שיעוריים כח, ה; לה, ד; לט, ה; קב, ג; קה.

וכתב המנ"ח שם לסייע לסברתו שעיקר אזהרת הגניבה הוא משום המעשה המתועב ולא משום הפסד הממון, דאמרינן (בב"ק כז:): בן בג בג אומר אל תכנס לחצר חברך ליטול את שלך שלא ברשות שמא תראה עליו כגנב אלא שבור את שיניו ואמור לו שלי אני נוטל - ומדויק מדברי הסמ"ג (לא תעשה קנה) שאף זה בכלל אזהרת לא תגנובו [וכן הוא נדרש בילקוט קדושים על הך קרא, אם כי אין משם הכרח דהוא מדאורייתא]. והלא התם ליכא הפסד ממון חברו כלל, דאת שלו הוא נוטל, אלא דמ"מ יש בזה צורת מעשה גניבה שעושה במחשך מעשיו - הרי מוכח מזה שעיקר הלאו הוא על פעולת הגניבה. ויש להוסיף דאף שבסמ"ג אין זה אלא דיוק אבל בשו"ת הרי"ף (קלג) משמע להדיא שהוא דין תורה. וזה יסוד גדול לסברת המנ"ח.

ואם נקבל את דיוק המנ"ח בסמ"ג, הרי זה מתאים בסברא גם להמשך דברי הסמ"ג, שהוסיף שגם גניבת דעת גוי אסורה, וכתב לדייק כן מפיוסוק טעמים [שהוא מדאורייתא כדאמרינן בנדרים לו:]: דכתיב 'לא תגנובו, ולא תכחשו ולא תשקרו איש בעמיתו' - הפסיק הכתוב באתנתחא בלא תגנובו, לומר ד'איש בעמיתו' דכתיב בסיפא לא קאי אלא על לא תכחשו ולא תשקרו אבל לא תגנובו דרישא כולל אף נכרי. הרי יש לשמוע שאיסור זה דגנבת דעת הוא מהתורה מחמת לאו זה גופא [דומיא דדינא דבן בג בג שכתב הסמ"ג בסמוך, שדקדק המנ"ח מדאורייתא הוא] - הרי מוכח דלדעתו אין ענין לאו זה משום הפסד ממון אלא משום מעשה הגניבה עצמו, שלכך אף גניבת דעת בכלל 'לא תגנובו'.

ועכ"פ מלשונות הרמב"ם מדוקדק מאד כסברת המנ"ח דחלוקים לאוין דגזילה וגניבה בעיקר ענינם; בגזילה האזהרה היא על נטילת ממון חברו והפסדו שלא כדנין, ובגניבה האזהרה היא על מעשה הגניבה גופא. ובוה מבואר דיוק נוסף, דהנה כתב המנ"ח שם לפי סברתו, דהא דנתרבה בגמרא (ב"מ סא): מלא תגנובו - אפילו על מנת למיקט (- להקניט) או ע"מ לשלם תשלומי כפל, דוקא בגניבה נתרבה אבל לא בגזילה. דגניבה שהמעשה עצמו מתועב, כך לי אם מפסידו ממון אם לאו, כגון ע"מ להחזיר ולשלם, סו"ס עשה מעשה גניבה, משא"כ גזילה שהקפידא הוא על הפסד הממון לחברו, יתכן שאין שייכת 'גזילה' בכגון זה [ומ"מ יש לאסור מצדדים אחרים, שמצער את חברו וכד']. כן אמר המנ"ח מסברא דנפשיה. ואף כי בחדושים המיוחסים לריטב"א (בב"מ שם) כתב להדיא לא כך, אך יש לדייק כן ברמב"ם שלא הביא דין זה אלא גבי גניבה ולא בגזילה. והרי הדברים מוסברים בטעמים לפי האמור בשיטת הרמב"ם דחלוקים לאוין דגניבה וגזילה בעיקר ענינם.¹

ובזה יש לפרש דברי הגמרא בב"ב (טז). דרש רבא 'ברכת אובד עלי תבוא ולב אלמנה ארנין' [שאמר איוב בשבח עצמו] - מלמד שהיה גזול שדה מיתומים ומשביחה ומחזירה להן. והקשה הגרא"ו הלא

ה וע' בצוואת הגר"י מליסא (בסו"ס נחלת יעקב, אות יט) במה שהאריכו בני הגאון להוכיח דלהלכה לא קיי"ל כבן בג בג מדינא אלא ממדת חסידות.

1 אם כי ממה שהגדיר הרמב"ם (ברייתא הל' גניבה ובסמ"ג ז) לאו דלא תגנובו בגניבת ממון דוקא, וכל עיקר דין גניבת דעת הביא בהלכות אונאה ולא בהל' גניבה, משמע שנקט דאגניבת דעת אינו משום לא תגנובו אלא מלא תוננו. וצ"ל לפי"ו דאונאת דעת דגוי מדרבנן, דהא אימעית מאונאה, וכדעת הסמ"ק הב"ח והגר"ז בהל' אונאה [דלא כדיוק הסמ"ג (ע' בשו"ת הרי"ב"ש המיוחסת לג) והיראים (קעד) והריטב"א בחולין צד בשם התוס' דגנבת דעת הגוי אסורה מהתורה].

2 בטורובי (ח"מ שנט) מ' דאף בגזילה אסור ע"מ להחזיר. וכן הכריח בשא"ג (פא), דהא אפילו שואל שלא מדעת גזולן הגם שאינו מחסר ממון ואינו מקלקלו כלום, והרי כל שואל שלא מדעת ע"מ להחזיר הוא. וגם הביא להוכיח כן מב"ק ס: ונראה די"ל לאידך גיסא, דהא דלא נדרש בגזילה ע"מ למיקט וע"מ לשלם ולא הביאו הרמב"ם - משום מדרבנן, החוטה בחזקה לא אצטרף קרא, דסו"ס גזולן הוא שחוטף מיד חברו ומחזיק בממנו בעל כרחו, ופשיטא שאין להתיר בגלל כוונתו לטובת חברו או לשחוק בעלמא, ורק בגנבה דהבעלים אינם יודעים בשעת מעשה הוה סו"ד דלא חשיב מעשה גניבה. ומ"מ כמובן שאין זה סותר לעיקר החילוק והדיוקים האמורים בפנים, דבגזילה עיקר הקפידא הוא על החזקת ממון חברו בידו שלא כדנין [גם אם אינו מופסד מכך], משא"כ גניבה עיקר הקפידא על מעשה הגניבה.

ק"ז). לא נתמעטו מלאוין דידהו, שלכך המסיג גבול רעהו, מלבד הלאו המסוים דלא תסיג, עובר גם בלא תגזל - אם עשה בחזקה, או בלא תגנבו - אם הסיג בסתר. ודלא כדעת התוס' (בב"מ סא.) שאין לאו דגזילה בקרקעות.

[והואיל ואתא לידן, יש לבאר דברי התוס' והראשונים בהך ענינא. כתבו שם התוס' דהא דקרקע אינה נגזלת אינו מן המקרא אלא משום שאי אפשר להזיזה ממקומה, הלכך בעבדים דניידי איכא לא תגזל אע"ג דהוקשו לקרקעות. וכבר תמה מהרש"א על דבריהם והלא מפורש בפרק הגזול דקרקע נתמעטה מגזלה ב'כלל ופרט וכלל', וגם העבדים נתמעטו מהך קרא מדהוקשו לקרקעות. אך הפירוש הנכון בדבריהם כתב בספר פני יהושע דלא נתמעטו מכלל ופרט וכלל אלא לענין קניני גזילה וחיובי ההשבה והתשלומין דכתיבן בההיא פרשתא דאשם גזולות בסוף סדר ויקרא, אבל התוס' מיירו כלפי הלאו דגזילה האמור בפרשת קדושים, והתם לא נאמר שום מיעוט על קרקעות, וזהו שכתבו דלא נתמעטו קרקעות מקרא, רק דמ"מ קרקע אינה נגזלת מצד המציאות שא"א להבריחה מבעליה לרשות אחרת ועל כן אין בה 'לא תגזל', אבל עבדים דשפיר מצוי לגולם ולהבריחם - עובר עליהם משום לא תגזל".]

וחילוק זה מבואר גם בדברי הנתי"מ (שסג) והגר"ח (פ"ט מגזלה) בישוב שיטת הראב"ד (שם) דקרקע אינה נגזלת ולא מהני בה שינוי להיקנות לגזלן, וכן הדין בעבדים כדתנן (ב"ק צו) גזל עבדים והזקינן משלם כשעת הגזילה, ומאידך לענין יאוש פסק הראב"ד דמהני בעבדים. וקשה הלא עבדים הוקשו לקרקעות ובקרקעות לא מהני יאוש (ע' סוכה ל: וברש"י ותוס'), וא"כ בדין הוא שאף בעבדים לא יועיל יאוש לקנות לגזלן [או לקונה מן הגזלן, למ"ד יאוש כדי לא קני] וכמו דלא מהני שינוי. ותיצרו הנתיבות והגר"ח דשאני שינוי שיסודו מכח קניני גזילה, והרי הקרקע נתמעטה מקניני גזילה ואם כן ה"ה לעבדים שהוקשו לקרקע, אין בהם כלל קניני גזילה הלכך לא מהני שינוי. משא"כ יאוש אין יסודו משום קניני גזילה שהרי מקור דינו הוא באבידה, אלא שאף בגזילה מהני יאוש מפני שכל גזילה חשיבא אבודה מבעליה והו"ל כאבידה. וכיון שכן הרי מה דאין יאוש בקרקע אינו נובע משום שנתמעטה הקרקע מקניני גזילה - דהא לאו מתורת קניני גזילה קאיתנין עלה - אלא משום שבמציאות אין הקרקע אבודה. [תדע לך, דהא בנשתקע שם בעליה כתבו התוס' דמהני יאוש בקרקע - הרי דאין הקרקע ממועטת מדינא אלא שבמציאות אינה 'אבידה', הלכך כשנשתכח שם בעליה ברבות השנים, שפיר מהני בה יאוש]. ועל כן בעבדים דשפיר שייך בהם מציאות דאבידה, מועיל בהם יאוש.

הרי ראינו שתי נפקותות בהבחנה זו שבין מיעוט קרקעות מחיובי גזילה מגזרת הכתוב [הכולל גם עבדים שהוקשו לקרקעות], למיעוט קרקעות מצד הסברא המציאותית שאין הקרקע נגזלת [דאין עבדים בכלל]; האחת לענין הלאו דגזילה לדעת התוס' (כפירוש הפנ"י) שאינו ממועט מגזלה אלא מסברא, והשניה לענין חלות דין יאוש בגזילה (לדעת הראב"ד כהסבר הנתיבות והגר"ח), שאינו משום מיעוט הקרקע מקניני גזילה אלא משום המציאות.

ובזה מיושבת קושית רעק"א על התוס' בסוכה (לא.) שכתבו דהא דממעטינן (שם כז:): סוכה גזולה מ'לך', הגם דקרקע אינה נגזלת

יב ומה דמצרכינן מיעוטא מקרא דקרקע אינה נגזלת והלא סברא היא דאין בה לא תגזול, י"ל דאצטריך קרא להיכא דנשתקע שם בעליה או כגון עציץ נקוב, או כגון דבר המחובר לקרקע הנמצאת ברשות הגזלן, או כדי ללמוד על עבדים. אמנם בלא"ה לא קשה וכמוש"כ הגר"ח שם, דאילו לא מיעוטא דאינה נגזלת הו"א שאף ההשתלטות עליה חשיבא גזילה לעמוד ברשותו וממילא ודאי עובר בלא תגזל דהא נכנסה לרשותו וקנה בה קניני גזילה [כי היכי דלר"א דאמר קרקע נגזלת עובר בלאו, דלהכי סוכה גזולה פסולה לשיטתיה], ורק לבתר דגלי קרא דאין הקרקע עומדת ברשות הגזלן, שפיר י"ל דכל כה"ג לא חשיבא גזילה במציאות.

ויש להוסיף לפי"ז שני דקדוקים נוספים בלשון הרמב"ם המדוקדקת הדק היטב: בריש הלכות גזילה נקט 'כל הגזול את חברו', לעומת הלשון בריש הלכות גניבה 'כל הגונב ממון' ולא הזכיר חברו - דבגזל עיקר הלאו הוא על ההפסד והעוול כלפי חברו ואילו בגניבה עיקר הלאו [מלבד הגזילה דפתיכא ביה כנ"ל] הוא על מעשה הגניבה, ולא משום הפגיעה בחברו.

[וברומה לחילוק זה יש בתרגום יונתן על המקראות דפרשת קדושים: גבי גניבה כתב 'עמי בני ישראל לא תהוון גנבין' ואילו גבי איסור גזילה ושאר איסורים כתב רק הפעולה 'לא תניס', 'לא תכפרון ולא תשקרון' - ולא תרגם לא תהיו גולנים וכד', להורות כי בגניבה יסוד האיסור הוא מבחינת פחיתות המעשה ופגימת האדם על ידו].

ומדוקדק בזה חילוק נוסף בלשון הרמב"ם שם: בגזילה כתב 'כל הגזול את חברו שוה פרוטה' ואילו בגניבה 'כל הגונב ממון משהו פרוטה ולמעלה' - נראה ברור שרמזו בחילוק לשון זה לדברי הגר"ח והגר"י, שהביא הגר"י בשם אביו דבגזילה יש איסור לאו נפרד על כל פרוטה ופרוטה שבידו, הגם שהחפץ אחד והמעשה אחד, ואמר הגר"י שנראה לו דהיינו דוקא באיסור גזילה אבל באיסור גניבה אין איסור נפרד על כל פרוטה ופרוטה. ונראה שבאור החילוק פשוט עפ"י הנ"ל, דבגזילה יסוד האיסור הוא במה שממון חברו תחת ידו וחברו מופסד בו, הלכך כשנוטל חפץ של מאה פרוטות יש כאן מאה 'גזולות' של שוה פרוטה, שהרי אין האיסור משום המעשה אלא משום הממון שתחת ידו, והרי מאה פרוטות גזולות בידו. לא כן בגניבה שהוא משום המעשה המתועב, הלכך גם אם הגניבה שוה מאה פרוטות סו"ס מעשה הגניבה הוא אחד. וזהו שכתב הרמב"ם גבי גזילה 'הגזול את חברו שוה פרוטה', כי כן גדר האיסור לעולם, בגזולת שוה פרוטה מחברו, ואם גזל דבר השוה כמה פרוטות הרי בעצם גזל כמה וכמה 'שוה פרוטה'. לא כן בגניבה שהאיסור משום המעשה עצמו, הרי המעשה הוא אחד בין אם גנב שוה פרוטה אחת או שוה שתי פרוטות, ועל כן כתב 'כל הגונב ממון משהו פרוטה ולמעלה', שאין איסור נפרד על כל שוה פרוטה אלא על כללות הממון שנעשה בו המעשה.

הרי זכינו עד הנה לארבעה חילוקים שבין איסור גניבה לאיסור גזילה המרומזים בלשונות הרמב"ם, הנובעים כולם מיסוד אחד: נטילת ממון מגוי, נטילה ע"מ לשלם וכד', 'נטילה מחברו' או 'נטילת ממון', נטילה יותר משהו פרוטה. ועוד זכינו לפי זה דבבן נח הנוטל ממון מאחר אין חילוק בין גזילה לגניבה אלא לעולם הוא מגדר 'גזילה' ונפ"מ לגונב ע"מ למיקט. [וכן ראינו שמחילוק זה מסתעף ענין גניבת דעת וכן גניבה ליטול את שלו].^א

ג) לאור זה יתבאר החילוק הנוסף שפתחנו בו, לענין 'לאו הניתק לעשה'. ויש להקדים שיטת הרמב"ם (גניבה ז,יא) שאף בקרקעות שנתמעטו מחיובי השבה ותשלומין דגניבה וגזילה (ב"ק סא: צה.

י ויתכן לפי"ז שאף הגונב דבר הפקר מביתו של חברו או מכיסו, בכלל לא תגנבו הוא דסו"ס מעשה גניבה יש בזה [גם אם נימא דלהיכנס ליטול את שלו אין איסור מעיקר הדין]. ומדויק היטב שלא כתב הרמב"ם 'הגונב את חברו' אלא 'גונב ממון' בלבד, כי אסור גם אם אינו של חברו.

יא והנה עד כה לא דובר אלא בגדרי הלאוין דגניבה וגזילה. ואולם גם לענין חיובי התשלומין יש בספרי האחרונים לחלק כענין זה, דבגניבה בעינן מעשה גניבה דוקא ואילו בגזילה סגי במה שממון תחת ידו גם בלא מעשה (ע' אמרי משה לב ועוד). וע' בחדושי הגר"ש"ד סנהדרין (ז) שהקשה מסתירת דברי מהרש"ל לענין גזילה באונס אי מייחב אם לאו. ולפי החילוק הנ"ל יש לומר דלא קשיא, דמהרש"ל בהגזול בתרא בהגזול מייחב בגזילה שחיובו על מציאות הממון שבידו ולא על המעשה, ואילו במרובה שכתב לפטור - שם מייחב בגניבה דחיובו משום המעשה, והוי כשאר מוזיקין שפטורים באונס גמור (הר"ג שליט"א).

אכן בעיקר הדבר אין הדברים תלויים בהכרח, דאף אם לענין חיובי התשלומין לא נחלק בין גניבה לגזילה, שפיר יש לחלק ביניהם לענין האיסור כפי שנראה מכל דברי הרמב"ם שבפנים.

ויש לחזק סברא זו, דהנה יש להקשות קושיא אלימתא שעמד עליה המנ"ח (לו, רכט): להרמב"ם שעוברים בקרקעות בלאו גזילה, מדוע אין מלקות על גזילת קרקע [כדמשמע מסתימת הדברים בכ"מ, דלא אשתמיט מאן דאמר דלקין] והלא אין בה עשה דהשבה ולא חיובי תשלומי גזילה.¹⁰

והמחזור בזה הוא מה שייסד הגר"א קוטלר (בשו"ת משנת ר' אהרן כא) שאף במקום שאין קיום מצות עשה ממש, כל שענין העשה עכ"פ מתקיים, שפיר חשיב לאו הניתק לעשה. וכיון שגילתה תורה במטלטלין שההשבה מנתקת הלאו, תו אף כשחשיב בלא קיום המצוה, כגון בקרקעות דליכא מצות והשיב, שפיר איתקן הלאו בכך, כי עצם ההשבה מתקנת ולא קיום המצוה שבה מתקן. ונראה שלאור האמור דאיכא שני מיני 'ניתק לעשה', מצד הכתוב ומצד הסברא, יש מקום לחלק ולומר שאמנם הניתוק מצד הכתוב מתקיים רק בקיום המצוה כמאמרה, דמהיכי תיתי לחדש ניתוק אף בלא קיום העשה, אבל לענין הניתוק שמצד הסברא מיהת, ודאי צדקו דברי הגר"א דענין ותוכן המצוה הוא המנתק, וכמוש"כ התוס' דסברא הוא דההשבה עוקרת הגזילה, וא"כ הרי סברא זו קיימת הן במטלטלין הן בקרקעות, הגם דליכא בהו 'מצוה'.

והגר"א"ק הוכיח דבריו משני מקומות; מבואר בגמרא (מכות טז.) וברמב"ם (מלוה ולוה ג,ד) שהממשכן את הלווה בזרוע אינו לוקה משום 'לא תבא אל ביתו לעבט עבטו' משום דהוי לאו הניתק לעשה שנאמר 'השב תשיב לו את העבט כבוא השמש'. והקשה המשל"מ הלא קיי"ל דהלאו שלא למשכן בזרוע נאמר בין בעני בין בעשיר (ע' ב"מ קטו ורמב"ם שם) ואילו העשה דהשבה נאמר רק בעני כדכתיב 'ואם איש עני הוא לא תשכב בעבטו השב תשיב לו את העבט כבוא השמש'. וא"כ אמאי הוי לאו הניתק לעשה הלא בעשיר ליכא עשה דהשבה והו"ל ללקות, ואף בעני בדין הוא דליילקי לפמ"ש"כ הרמב"ם הנ"ל דכל דהלאו כולל יותר מהעשה לא חשיב ניתק לעשה. [אמנם לפמ"ש"כ בספר קדושת יום טוב (יט) עפ"י הספרי שיש עשה דהשבה אף בעשיר, מעיקרא ל"ק מידי. וכן נראה קצת מסתימת דברי הרמב"ם בספר המצוות שלא חילק בין עני לעשיר. ואולם מסוגית הגמרא קשה]. ותירץ הגר"א"ק כסברא הנ"ל דענין העשה הוא המנתק ולא קיום המצוה מנתק, והואיל ובעני גילתה תורה שהשבת העבט מתקנת את העוול שנעשה, א"כ גם בעשיר ההשבה מתקנת הגם שאין בה קיום מצוה בפועל. וממילא לא קשה גם מהרמב"ם ה'ל' תמורה הנ"ל, שהרי ענין העשה קיים גם בעשיר ואין הלאו כולל יותר מענין העשה, וזהו כיסוד דלעיל שבניתק לעשה מכח הסברא לא אכפת לן שמתקן יותר.¹⁰

¹⁰ ש"מא י"ל דכיון דהגזול קרקע חייב כל שעה לצאת ממנה, חשיב לאו הניתק להשבון די"ל שיעקר הסברא הוא שהלאו לא הוחלט אלא ניתן להשיבו למצב הקודם. ומהאי טעמא אין מלקות אלא דלא תסיג גבול רעך (כנראה ברמב"ם פ"ט מסנהדרין שלא מנאו בין המלקות) הגם שאין עשה כלפי לאו זה. ואף אם שטפה נהר וכד' י"ל דחשיבא השבה כשמתלק ממנה ומחזירה למצב הקודם. ואפילו כגון גזל עבדים ומתו או שטרות ונשרפו דינים בעולם, הנה לא מיבעיא לדעת רש"ל דאף בעבדים ושטרות איכא חיוב השבה הגם דלא קנאם הגזול, ודאי חשיב ניתק להשבון, אלא אף לפי מה שהוכיח הש"ך (שפו סק"ג) שפטר, מ"מ נראה דבדיני שמים ודאי חייב דהא ודאי לא עדיף זה הגזול מהרואה אבידה ולא השיבה או מיודע עדות לחברו ואינו מעיד לו שחייב לשלם בדיני שמים, וע"כ שפיר חשיב ניתק להשבון, דסו"ס מחויב להחזירו למצב הקודם.

¹⁰ צ"ב הלא איסור לקחת המשכון בעשיר אינו משום חסרת הכלי מביתו, תדע דהא אינו מחויב כלל להחזירו [וגם בעני אינו מחויב אלא כבוא השמש], ובהכרח האיסור הוא רק משום מעשה הנטילה בזרוע, וזה הרי לא נתקן בהשבה. ועל כרחק הניתוק כאן אינו מסברא כגזילה אלא מגוזה"כ דעשה הסמוך ללאו, וא"כ הדרן קושיין לדוכתייהו דבעשיר ליכא עשה וגם הלאו כולל יותר מהעשה. גם קשה לחדש שאפשרות ההשבה תבטל המלקות בזמן שאינו חייב כלל להשיב [ולא דמי לגזלת קרקע דמ"מ חייב להוציא הגזלה מת"כ], וכן הוזרת רבית שהיא מחויבת לחזור ללווה].
ושמא י"ל באופן אחר, שגם בעשיר איכא אפשרות לקיים העשה, שהרי אם יצטרך עתה לאותו כלי כגון שיעני וכד' הלא יחויב הממשכן להחזיר לו, הרי חשיב שהעשה קיים תמיד, להשיב ללווה לכשיצטרך אליו, הגם דהלאו היה אף בשעה שלא נצרך אליו.

[ורש"י העמיד בסוכה המיטלטלת, כגון ע"ג עגלה], היינו באופן שהסוכה עומדת ברשותו של הגזול, כגון שאחד בנה סוכה ברשותו של חברו וגזלה בעל הרשות ממנו, דלא דמיא לקרקע דבחזקת הבעלים עומדת ולכך אינה נגזלת. ותמה רעק"א הלא קרקע אינה נגזלת אף באופן שכבר איננה ברשות בעליה, וכגון ששטפה נהר ביד הגזול או כגון שגזל עבדים והכניסתם לביתו. אך יש לפרש (וכבר עמד על זה בקה"י שם) שאמנם קרקע נתמעטה מחיובי גזילה בכל אופן, אבל להחשב 'סוכה גזולה' סגי בסוכה הגזולה במציאות שעבר עליה הגזול בלא תגזל, שאף היא בכלל 'גזולה' הגם שאין בה קניני גזילה וחיובי ממון דגזילה¹¹, ואזלו התוס' לשיטתייהו בב"מ שבקרקע אין עוברים בלא תגזל כיון שלא יצאה במציאות מרשות בעליה (כמו שביאר הפנ"י), הלכך באופן שהקרקע ברשות הגזול הרי זו 'סוכה גזולה' שהרי היא גזולה במציאות ועבר עליה בלאו, הגם דלא קנאה הגזול להתחייב באונסיה וכד'. עד כאן בענין פלוגתת הראשונים בענין איסור לא תגזל בקרקעות].

ויש להקשות (ע' מנ"ח לו), להרמב"ם שהלאו דגזילה כולל גם קרקעות, אמאי חשיב לאו הניתק לעשה, והרי דעת הרמב"ם (ריש הל' תמורה - עפ"י גירסתו בתמורה ד: ע"ש ברש"י בשם ספרים אחרים) שאם הלאו כולל דברים יותר מהעשה לא חשיב לאו הניתק לעשה ולוקים עליו, שלכך העושה תמורה לוקה ואינו לאו הניתק לעשה ד'היה הוא ותמורתו יהיה קדש', מפני שהלאו כולל אף קרבן השותפין וקרבן ציבור ואילו העשה אינו אלא בקרבן יחיד. וא"כ הכא נמי הלאו כולל גם גזילת קרקעות ואילו העשה דהשיב אינו אלא במטלטלין, דהא קרקעות נתמעטו מכל חיובי גזילה.

ומכח קושיא זו צריך לומר דתרי גוויי איכא בלאו הניתק לעשה, ויסוד לזה בדברי התוס' בכתובות (לב:): שכתבו דלא חשיב 'לאו הניתק לעשה' אלא כשהעשה נכתב סמוך ללאו [כמו לא תותירו - והנותר באש תשרפן] ולא במרוחק, והקשו התוס' הלא גזילה חשיבא לאו הניתק לעשה (כדאמרינן במכות טז. ובחולין קמא). הגם שהלאו והעשה אינם סמוכים. ותירצו דגזילה ודאי חשיב ניתק לעשה שהרי עוקר גזילה מתחת ידו. הרי מבואר מדבריהם ששני דינים הם ב'ניתק לעשה'; יש לאו שהכתוב ניתקו לעשה, בכך שסמכם זל"ז, ויש לאו הניתק לעשה מכח הסברא, שהעשה מתקן ומנתק את הלאו - כגון בגזילה. [ויש להראות ששני מיני 'ניתק לעשה' אלו הם שני ענינים החלוקים בעיקרם. ואכ"מ]. ואם כן יש לומר שהכלל שכלל הרמב"ם שאם הלאו כולל יותר מהעשה לא חשיב 'ניתק לעשה', זהו דוקא בכגון תמורה שאנו באים לנתק הלאו מכח גזרת הכתוב שהסמיכם, בזה אמרינן דעשה המצומצם מן הלאו אינו מנתקו, אבל כשהניתוק נעשה מכח הסברא דעוקר הלאו במציאות, י"ל שאף אם אין העשה כולל כל האופנים מ"מ באופנים שהוא קיים שפיר מנתקו, דסו"ס עוקר את הלאו מצד המציאות בקיום העשה. [וכן לענין הכלל השני שנתן הרמב"ם שם, דעשה אחת אינה מנתקת שני לאוין כגון בתמורה - י"ל דהיינו דוקא כשהניתוק מגוזה"כ ולא כשהניתוק מסברא]. וא"כ שפיר גזל חשיב לאו הניתק לעשה הגם שהלאו כולל יותר, שהרי הניתוק כאן הוא מכח הסברא וכמוש"כ התוס' בכתובות.

¹¹ ובהו א"ש הא דאצטרין קרא (בב"ק סב) למעט קרקעות ועבדים מכפל והלא קרקע אינה נגזלת (ע"ש קוב"ש) - אך הו"א כיון דמ"מ שם גנוב עליה עכ"פ באופן שהוציאה מרשות הבעלים - מיחייב כפל.
ולפי"ז נראה לכאור' דאף אחרים שלא עברו ואינם מתכוונים לגזול אינם יוצאים בסוכה זו, דסו"ס שם סוכה גזולה עלה [וכמו שלפי הרמב"ם דבמחבר לקרקע יוצא אע"פ שעבר בלאו, דלא תליא באיסור אלא בשם גזולה, וא"כ מסתבר שבסוכה המטלטלת אינו יוצא אע"פ שלא עבר], וכמו שדייק המח"ש מהמג"א, ולא כבאה"ל (תרל"ג, ד"ה לא יצא) שצדד להתיר [ובלא"ה צ"ע בדבריו דהלא כתב הרמב"ם (גזילה ה,ג) שאסור להיכנס לבית גזול] - אא"כ נימא כסברא הנוספת שכתב שם דאפשר דניחא ליה לבעלים דליעבדו אחרים מצוה בממוניה. וכן נפ"מ לגונב מן הגנב דלא עבר בלא תגנבו (ע' קצוה"ח לד סק"ב) ואעפ"כ לא יצא דע"פ סוכה גזולה היא.

אינו לוקה והרי ליכא מצות עשה דהשבה ולא תשלומין [ואם משום חסרון התראה, הלא משמע ברמב"ם דאין זה טעם מספיק להעדר מלקות, מדכתב טעם אחר, וכ"מ מרהטת הסוגיא בחולין (קמא). וי"ל משום דמשכח"ל התראה בלסטים מזוין למ"ד גנב הוא, או בשאר אופנים].

(ד) ולתרץ זאת צריכים אנו לעמוד על יסוד הדין ד'לאו הניתן לתשלומין' שאין לוקין עליו. הנה בגמרא (מכות טז). מקשינן דמשכחת לה מלקות ב'לא תגזול' וב'לא תבא אל ביתו לעבט עבטו' הגם שנתקין לעשה, באופן שביטל העשה כגון ששרף הגזילה או העבוט. ומשני התם כיון דחייב בתשלומין אין לוקה ומשלם. ופירשו התוס' הלכך לא משכחת לה לבטל העשה [ואכתי לאו הניתק לעשה הוא, ואזלי התוס' לשיטתם בב"מ כו: דס"ל דאף בתשלום הדמים מקיים העשה ד'והשיב את הגזילה']. והריטב"א הביא בשם הרמ"ה פירוש אחר, דכיון דחייב בתשלומין אינו לוקה משום הדין הכללי דאין אדם לוקה ומשלם [כדילפינן (בכתובות לב): מ'כדי רשעתו' - משום רשעה אחת אתה מחייבו ולא משום שתי רשעיות]. והתוס' כתבו לדחות פירוש זה שהרי בכל מקום אמרינן לוקה ואינו משלם, מלבד בחובל בחברו ובעדים זוממין (כדאמרינן בכתובות שם), ואמאי הכא משלם ואינו לוקה. אמנם הריטב"א תירץ דעת הרמ"ה שכאן גילה הכתוב שישלם, הלכך אינו לוקה. וכוונתו לקרא ד'ושלם' הכתוב בפרשת אשם גזלות, דדרשינן מיניה בתו"כ חיוב תשלומין בגזולן כשהגזלה אינה בעין.

והנה ברמב"ם ריש הל' גזילה לא משמע כפירוש התוס' שהרי חילקם לשני טעמים, 'לאו הניתק לעשה' - כשהגזילה בעין, ו'לאו הניתן לתשלומין' כששרף, ואילו להתוס' הרי הכל בעצם טעם אחד דלאו הניתק לעשה". וכתבו השע"מ (חמץ ומצה פ"א) שהרמב"ם מפרש כפירוש הרמ"ה, דמשום 'כדי רשעתו' הוא דאינו לוקה ומשלם. אך פירוש זה קשה להולמו, דבגמרא בכתובות (לב): מבואר שיש רק שני דינים היוצאים מן הכלל דמשלם ואינו לוקה, חובל בחברו ועדים זוממין, ולא מנו גם גזילה והשבת עבוט. גם מדברי הרמב"ם גופא לא משמע הכי, דבחובל בחברו נימק הטעם (בהלכות סנהדרין טז, יב) שאין אדם לוקה ומשלם משום 'כדי רשעתו', ולכך כשאין בחבלה שוה פרוטה שאין שם תשלומין - לוקה, ואילו גבי גזילה והעבטה פירש משום לאו הניתן לתשלומין ולא הזכיר כלום מהא דאין אדם לוקה ומשלם.

והמחזור בזה מה שכתב הגרא"ז (אבן האזל גניבה ז, א) מכירה יב, א מלוה ולוה ד, ג) שהרמב"ם מפרש פירוש שלישי בגמרא, שהואיל וחייב בתשלומין הרי זה סוג לאו בפני עצמו, 'לאו הניתן לתשלומין', ואין לוקין על לאו כזה דלא ניתן בעיקרו לעונש מלקות אלא לתשלומין. וכפי שמבואר הדבר בדברי הרמב"ם (סנהדרין יח, ב) שבמנותו את הלאוין שאין לוקים עליהם, חילקן לכמה מחלקות: לאו שאין בו

יח היה נראה לכאורה לפרש ברמב"ם כהתוס' ד'ניתן לתשלומין' אינו דין לעצמו אלא משום ניתוק עשה, רק שיש עשה דהשבת החפץ ויש עשה דתשלומין. וכמו שפורש בריטב"א במכות שם דניתק לעשה דתשלומין. וכן מפורש לפנינו בספ"מ לרמב"ם (ל"ת רמה) 'הוא לאו הניתק לעשה והוא אמרו והשיב את הגזילה, ואפילו בטל העשה אינו לוקה לפי שהוא לאו ניתק לעשה לתשלומין שאם שרף את הגזילה וכי'. [וכן נראה שנקט השאג"א (פג) בדת הרמב"ם]. אמנם בתרגום החדש הלשון הוא 'ניתן לתשלומין' כמו בספק היד. אכן אם נימא כן אכתי קשה ממש"כ הרמב"ם גבי רבית (מלוה ד, ג) שאין לוקין משום דניתן להשבון, ואם הכוונה לניתוק לעשה, הלא יש ברבית כמה לאוין והרי דעת הרמב"ם (ריש הל' תמורה) שאין ניתוק לעשה בשני לאוין. אך י"ל עפ"י האמור בפנים דניתוק זה שהוא מצד הסברא שייך אף בשני לאוין. ומ"מ קושיית האמרי בינה דבפנים בסמוך אכתי במקומה עומדת. גם לשון הרמב"ם בהל' סנהדרין מורה שהם שתי חלוקות שונות, 'ניתק לעשה' ו'ניתן לתשלומין', כמבואר להלן בפנים.

הוכחה נוספת הביא הגרא"ק מדברי הרמב"ם (מלוה ולוה ד, ג) שאעפ"י שהמלוה והלווה ברבית עוברים בכמה לאוין, אין לוקים עליהם מפני שניתן להשבון. ובפשטות הכוונה ללאו הניתק לעשה וכמו שאמרו בגמרא (ב"מ סא-סב) שרבית ניתנה להשבון דאמר קרא 'וחי אחיך עמך' - אהדר ליה כי היכי דניחי. וקשה (ע' לח"מ), התיינה לגבי המלוה שמצווה להחזיר הרבית, אבל ללווה שנתן הרבית אין עשה ומדוע אינו לוקה¹⁰. ואמר הגרא"ק שאמנם מצות עשה אין לו אבל ענין העשה שייך גם לגביו, שבהחזרת הרבית נתקן גם הלאו דלווה.

ובאור הדברים [הלא לכאורה סו"ס אף ענין המצוה ליכא כלפי הלווה] עפ"י שתי הנחות שנתבארו באורך במקום אחר¹¹; האחת שלשיטת הרמב"ם הרבית נבחת בדין התורה כגזול, כלומר לקיחת הרבית וחייב החזרתה נבחנות [במערכת דיני איסור והתר, לא מבחינת דיני ממונות של תורת המשפטים] כמו איסור לקיחת ממון שלא ביושר וחייב בהשבתו כמו ממון שאינו שלו [ועל כן סובר הרמב"ם (שם ד, יג) שמועילה מחילת הלווה על החזרת הרבית, כשם שמועילה מחילה על החזרת גזול, ודלא כדעת הגאונים דל"מ מחילה דסו"ס חייב להקיא האיסור שבלע כמו שבאר הריטב"א שיטתם]. והנחה שניה ששיטת הרמב"ם כהתוס' (ב"מ ע). שאיסור הלווה ברבית מסתעף מאיסור המלוה, שלכך אם המלוה אינו מוזהר, כגון לסוברים שמותר להלוות לישראל מומר - אף על הלווה אין איסור [שעל כן המלוה למומר אינו מכשיל את הלווה באיסור לקיחת רבית]. וא"כ בצירוף שתי הנחות אלו מוטעמים דברי הגרא"ק, שהואיל והשבת הרבית נבחת כהשבת גזלה הרי ההשבה מנתקת את הלאו מסברא ולא מגזרת הכתוב - כמו בגזילה, וכיון שכן הרי סגי בקיום ענין העשה אף בלא קיום מצוה, הלכך גם איסור הלווה ניתק על ידי ההשבה שהרי איסור הלווה מילתא תלי באיסור המלוה, והואיל ואיסור המלוה נתקן בהשבה הרי ממילא ניתקן גם איסור הלווה בהשבת המלוה, הגם שאין ללווה מצות עשה.

ועב"פ זכינו שניתוק לאו דגזילה הוא רק מצד הסברא שעוקר את הגזול בכך שמשיבו, ולא מפאת גזרת הכתוב - שלכן חשיב לאו הניתק לעשה אעפ"י שהלאו כולל יותר מהעשה ואעפ"י שאינו סמוך לו בכתוב, ושעל כן מהני אפילו בגזלת קרקע דליכא מצות עשה, דמ"מ ענין העשה מתקיים אף בקרקע ודי בכך כל שהניתוק הוא מצד הסברא. ואם כן הרי נתבאר בזה החילוק בין גזילה לגניבה, דדוקא בגזל שענינו של הלאו הוא היות ממון חברו בידו - לפיכך קיימת הסברא שבהשבתו מנתק הגזלה ומתקנה, אבל לאו דגניבה שעיקר ענינו הוא מעשה הגניבה לכשעצמו, הלא המעשה אינו נעקר בהחזרת הממון לבעליו, וא"כ לאו הניתק לעשה לא מצד הסברא וגם לא מצד הכתוב - שהרי אינם סמוכים, וגם מפני שהלאו כולל קרקעות ועבדים ולא העשה.

אלא שיש לשאול לפי"ז דלענין גניבה מיהת תחזור קושית המנ"ח השניה למקומה, דלהרמב"ם שהגונב קרקע עובר בלא תגנובו, מדוע

טו נראה דלאו הניתק לעשה אינו משום העשה המוטל על העובר אלא כל שהתורה אמרה עשה עם הלאו שנעשה, אין בו מלקות. תדע, ד'והיה הוא ותמורתו' בפשוטו אינה מצוה המוטלת על הממיר אלא דעם הלאו חלה המצוה אכ"ע. וכן מוכח מהתוס' בכתובות לב: דאילו 'יעשיתם לו כאשר זמם' היה סמוך ל'לא תענה' הו"ל לאו הניתק לעשה, והלא העדים עצמם אינם מצווים ב'ועשיתם' אלא לב"ד קמוזהר רחמנא - הרי שגם זה בכלל לאו הניתק לעשה. ובוהו ג"כ יש לפרש שהיא דתמורה ד: שהמקדים סדר ההפרשות אינו לוקה משום דניתק לעשה דכתיב מכל מעשרותיכם תרימו, הגם דמשמע ברמב"ם (תרומות ג, כג וברדב"ז) שאין זו מצוה מעשית אלא דגלי קרא דאיכא קיום עשה אף אם עבר ושינה הסדר, וכיון דאיכא 'עשה' עם הלאו תו לאו הלאו שולקין עליו.

[ומחלוקת הראשונים בדבר^א], וא"כ קשה מדוע אינו לוקה בכה"ג דאין בו תשלומין - ומוכח שוב דכל לאו הניתן לתשלומין אין בו מלקות בכל גווני.

ובן פירש הגרא"ז לענין רבית, שמבואר ברמב"ם (מלוה ד,ג) שאין לוקין עליו מפני שניתן להשבון. ופירש דהיינו משום שהוא סוג לאו הניתן לתשלומין [וכלשונו באונאה 'שניתן להשבון' והיינו ניתן לתשלומין, ולא כתב 'ניתק לעשה']. והבנה זו מומתקת לפי האמור לעיל בדעת הרמב"ם דלאו דרבית ענינו כלאו דלקיחת גזל, ולכן נחשב זה כלאו ממוני שהוא סוג לאו שאין בו מלקות, וכלאו דלא תגזל. ובוה מיושבת קושיא גדולה שהקשה בספר אמרי בינה (בשו"ת סי' ב), הלא הרמב"ם פוסק בכל לאו הניתק לעשה שאם בטלה אפשרות קיום העשה לאחר זמן - לוקה [כן פירש בסוגיא במכות טז בדעת האומר 'קיימו ולא קיימו' ופסק כהך מאן דאמר, דלא כרש"י ותוס'], וא"כ קשה הלא אם מת המלוה תו ליכא עשה על היורשים להחזיר הרבית (כדאמרינן בב"מ סב.). והרי בטלה אפשרות קיום העשה ומדוע לא ילקה. [וכאן רחוק לומר כסברת הגרא"ק דלעיל שענין העשה הוא המנתק ולא קיום המצוה ממש, כי נראה שאף אם יחזירו היורשים, מתנה בעלמא הוא דיהבו ואין זו החזרת הרבית] - אך לדברי הגרא"ז לא קשה מידי, דלא משום לאו הניתק לעשה אתינן עלה אלא משום לאו הניתן לתשלומין שלא נאמר בו מלקות בשום גווני, ולא תליא כלל בקיום העשה.

עוד יש ליישב ביסוד זה דברי הרמב"ם (שכירות יא,א) לענין איסור בל תלין, שהמלין שכר שכיר הגם שעבר בלא תעשה אינו לוקה שהרי הוא חייב לשלם. והקשה בשו"ת אחיעזר (ח"א כא) הלא נראה לפי פשוטו שהטעם הוא משום דאין אדם לוקה ומשלם, והלא חיוב הממון חל מיד בגמר העבודה ואילו הלאו אינו עובר אלא בתום היום או הלילה, ומדוע לא ילקה וישלם שהם חייבים נפרדים החלים בשני זמנים.

אך עפי"ד הגרא"ז לא קשה, שגם כאן כוונת הרמב"ם לאותו גדר דלאו הניתן לתשלומין שאין בו מלקות כלל, ולא משום שהממון פוטר את המלקות אלא משום שהוא סוג לאו שלא ניתן מעיקרא לעונש מלקות.

ולאור כל זה הרי מתורצת גם כן הקושיא דלעיל, מדוע אין מלקות בגניבת קרקעות להרמב"ם דאיכא לאו וליכא עשה - כי לאו ד'לא תגנבו' מעולם לא ניתן לעונש מלקות, גם באופן דליכא עשה, מאחר והוא 'לאו הניתן לתשלומין', וכלאו דגזלה ולאו דעיוות מדות ומשקלות, ואונאה, ורבית ובל תלין.²²

ה) אלא שיש כאן קושיא גדולה על עיקר היסוד, הלא בהמשך הסוגיא במכות שם פריך הגמרא הא איכא משכוננו של גר ומת הגר [כלומר כשמיישכן את הגר בזרוע ונשרף המשכון ומת הגר, שהואיל ואין לו יורשים הרי נפטר הממשכן מתשלומין, ומה טעם לא ילקה על הלאו הלא איבטל העשה]. ומתריך, התם גברא בר תשלומין הוא ושיעבודא דגר הוא דקא פקע [כלומר, אכתי ניתן לתשלומין הוא אלא דזכה הוא בתשלומי הגר]. וקשה טובא, בשלמא לפירוש התוס' מובנת הקושיא דבמיתת הגר נתבטלה אפשרות קיום העשה. וכן לפירוש הרמ"ה - כיון שנפטר מלשלם בפועל ליכא ממון שיפטרנו מהמלקות. אבל לפי הפירוש הנ"ל בדעת הרמב"ם דלאו שניתן לתשלומין הוא סוג לאו שאין בו מלקות, אין מובנת כלל הקושיא שילקה, דהא לא אכפת לן כלל אם בפועל אינו משלם ממון, סו"ס הוא לאו שניתן לתשלומין.

כא וע' שיעור קיב.

כב וה"נ הגונב ע"מ למייקט אינו לוקה, הגם שלא בא ליקח ממון - ודלא כהמנ"ח רכד,א ודברי חיים הל' גניבה א- דסו"ס לאו דלא תגנבו הוא סוג לאו שניתן לתשלומין.

מעשה, לאו הניתן לאזהרת מיתת ב"ד, לאו הניתן לתשלומין, לאו שניתק לעשה, ולא שבכללות - הרי להדיא דלאו הניתן לתשלומין הוא מין לאו לעצמו שאין בו עונש מלקות, דלתשלומין ניתן ולא למלקות, ולא משום שהעשה מנתקו. ודומה ללאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד או לאו שבכללות שהם מיני לאוין שאין בהם מלקות.

ובזה חלוק לאו דגזילה מלאו דחובל, דחובל לא חשיב הלאו 'לאו הניתן לתשלומין', והיינו משום שעיקר הלאו אינו שייך כלל להפסד ממון, דהא על כל הכאה הוזהרנו, הלכך בעצם יש בלאו זה ד'לא יוסיף להכתו' עונש מלקות, שעל כן אם הכה בהכאה שאין בה שוה פרוטה - לוקה. ורק גזרת הכתוב היא שאם חבל בחברו באופן שמחויב לשלם ממון, משלם ואינו לוקה, דהתשלומין מפיקיעים ממנו עונש מלקות האמור בו בעצם. לא כן גניבה וגזילה שהלאו נאמר על 'ממון' דוקא, ובפחות משהו פרוטה ליכא לאו [אם משום דאינו 'ממון' או משום 'חצי שיעור' כדהארנו במק"א²³], א"כ הרי זה סוג לאו לעצמו, לאו 'ממוני', ומעיקרא לא נאמר בו עונש מלקות. ועל כן לאוין אלו לא הוזכרו בגמרא וברמב"ם עם אלו שמשלם ואינו לוקה, שלא הממון הוא שפוטר ממלקות אלא הלאו עצמו ממועט ממלקות.²⁴

וביו"ב כתב באבי עזרי (תנינא סנהדרין יח,ב) מדנפשיה. ותירץ בזה קושיא אחרת בסתירת דברי הרמב"ם; בהלכות חובל ומזיק (ד,ט) פסק הרמב"ם שהחובל בחברו ביוהכ"פ משלם ואינו לוקה, שתשלומי החובל פוטרים גם מלקות של לאוין נוספים הבאים עמו, ולא רק לאו דחובל גופא [ומקור דבריו עפי" פשט המשנה ב"ק פז. וע' בהפלאה כתובות לב שהאריך בבאור הסוגיא לשיטת הרמב"ם], ואילו לענין גניבה פסק הרמב"ם (גניבה ג,ג) שהגונב ביוהכ"פ באופן שעשה מלאכה - לוקה משום יוהכ"פ ואינו משלם על הגניבה. והרי לפי הבנת השעה"מ ברמב"ם שלכך בגזלה וגניבה משלם ואינו לוקה, משום דגלי קרא דמשלם ועל כן נפטר ממלקות משום 'כדי רשעתו' (וכמוש"כ הריטב"א בדעת הרמ"ה), הלא הו"ל לומר גם כאן שישלם הגנב ויפטר ממלקות דיוהכ"פ כמו שפסק גבי חובל - אך לפי האמור לא קשה, דבחבלה בעצם יש מלקות אלא שגזרה תורה שהממון פוטר המלקות, הלכך כשם שפוטר מעונש מלקות דחובל כך פוטר מכל עונש מלקות. לא כן בגניבה וגזילה מעיקרא ליכא מלקות בהנך לאוין, אבל אין דין מסוים בחיוב הממון דגזל הפוטר ממלקות, הלכך כשנודמן לאו אחר כגון שגנב ביוהכ"פ, חוזר הדין הכללי דכל התורה דלוקה ואינו משלם.

ובזה ביאר הגרא"ז כמה הלכות נוספות בדברי הרמב"ם. בהל' גניבה (ז,א-ב) פסק שהשוקל או מודד במידה חסרה עובר בלא תעשה שנאמר 'לא תעשו עול במשפט במדה במשקל ובמשורה', ואין לוקין על לאו זה מפני שהוא חייב בתשלומין. והקשה המנ"ח הלא כתב הרמב"ם (שם ח,ז) שאסור לרמות במשקולות אפילו במדה קטנה ביותר שהרי התורה הקפידה על המדות בכל שהוא שנאמר 'ובמשורה' והיא מדה קטנה משלשים ושלשה בלוג. הרי משמע דעובר בלאו זה אף בפחות משהו פרוטה שאין בו דין תשלומין. וא"כ מדוע אינו לוקה, וכדרך שלוקה בחובל בהכאה שאין בה שוה פרוטה. ותירץ הגרא"ז עפי"י יסודו, דהכא שאני שהוא 'לאו הניתן לתשלומין' כי עיקרו של לאו הוא לאו שבממון, הלכך לאו זה מעיקרא אין בו עונש מלקות, גם בגוונא דליכא תשלומין.

וביו"ב לענין לאו דאונאה כתב הרמב"ם (מכירה יב,א) שאין בו מלקות מפני שניתן להשבון. ודייק הגרא"ז מלשון הרמב"ם שאפילו בפחות משותף שאין בו חיוב החזרת אונאה - עובר בלאו דאונאה

יש שיעור כח.

כ יש להעיר א"כ למאי כתב הרמב"ם דלאו דגזילה ניתק לעשה שהוא טעם חלקי ומיותר, דהלא הוא סוג לאו שאין בו מלקות בכל גוונא ולא תליא כלל בעשה. ואילו ברמב"ם משמע לכאורה דכל שהגזילה בעין אינו בכלל 'ניתן לתשלומין' אלא 'ניתק לעשה'.

[וצ"ע על רבותינו האחרונים שלא העירו מסוגית הגמרא כלום. ושמא נקטו שהיתה להרמב"ם גירסה אחרת בגמרא, כמו שצדד המ"מ ג,ד].²⁰

ונראה ליישב בהקדם תמיהה נוספת על דברי הרמב"ם בהך ענינא, שפסק (מלוה ג,ד) שהנכנס לבית הלווה ומשכנו או שחטף המשכון בזרוע - עובר בלאו ואינו לוקה שהרי ניתק לעשה. ואם לא קיים העשה שבה כגון שאבד המשכון או נשרף - לוקה, ומחשב דמי המשכון ומנכהו מחובו. וקשה טובא מסוגית הגמרא המפורשת שאינו לוקה אף כשנשרף המשכון כיון דחייב בתשלומין. וכן הסברא אינה מובנת: מאי שנא מגזילה וגניבה דכיון דחייב בתשלומין אין בו מלקות. ובנוסף לזה אין מובן מה שפסק הרמב"ם שחייב בתשלומין המשכון [שלכך מנכים אותו מחובו], והלא אין אדם לוקה ומשלם. וכבר השיג הראב"ד על הרמב"ם.

ובתב המ"מ ליישב מצד הסברא, דנקט הרמב"ם שחייב התשלומין כאן אינם שייכים ללאו הלכך אין זה לאו הניתן לתשלומין, שהרי לא אסרה תורה ליטול המשכון בגלל הפקעת ממון מחברו דהא בחובו נוטלו ואינו גוזל את חברו, רק גזרת הכתוב היתה שלא לעשות כל אדם דין לעצמו, הלכך אין כאן נידון ממון ביניהם ע"י לקיחת המשכון, אלא להכי לא לקי, דלאו הניתק לעשה הוא מפאת חיובו להשיב המשכון כבוא השמש, הלכך כשנתבטל העשה בשריפת המשכון - לוקה, כשאר לאו הניתק לעשה שא"א לקיים העשה. ומטעם זה גם כן משלם, שהרי הלאו הוא בשעת נטילת המשכון ובאותה שעה לא נתכוין לגזולו אלא ליטלו בחובו, וחייב הממון לא חל אלא אח"כ כשאבד, דאז נפקע חובו בכדי שווי המשכון [וע"ע בענין חיוב אחריות המשכון בחדושי הגר"ח סנטסיל ובחזו"א חו"מ יט]. והסיק המ"מ 'כל זה היה נראה לדעת רבינו, אבל הסוגיא שבאלו הן הלוקין לפי גירסת ספרינו מורה בביאור כדברי הר"א ז"ל דמשהו לאו זה ולא דגזילה'.

ונראה ליישב סוגית הגמרא, דהנה פליגי שם אמוראי בלאו הניתק לעשה, אם ביטול העשה בידיים מחייב מלקות [ביטולו ולא ביטולו], או אי-קיומו מחייב [קיימו ולא קיימו], ושלוש שיטות בראשונים בדעה זו: אם כל שלא קיים העשה לאלתר חייב מלקות, או כל שאינו רוצה לקיימו כשהוא בא לב"ד לענוש - לוקה (ע"ש רש"י ותוס'), או כל זמן שעדיין ישנה אפשרות לקיים העשה אינו לוקה, ורק כשבטלה האפשרות לוקה [ולא כמ"ד 'ביטולו ולא ביטולו' שרק אם ביטל בידיים לוקה, אלא אף אם בטלה מאליה]. וכן מורה שיטת הרמב"ם (שחיטה יג,א) להלכה. ועוד נחלקו הראשונים בגירסת הגמרא ובפירושה; לרש"י ותוס' מסקנת הסוגיא כמ"ד ביטולו ולא ביטולו, ולפירושהם ההבנה בשיטה זו דהלאו נשלם במעשה העבירה אלא שיש תנאי לענין מלקות שאינו נענש אלא אם ביטל בידיים את העשה. ואולם לגרסת הרמב"ן וסיעתו - שכן גרס ג"כ הרמב"ם - מבואר איפכא, דלמ"ד 'ביטולו' עבירת הלאו נחלטת ונשלמת רק בביטול העשה בידיים, ואילו למ"ד קיימו' [שכך נקטינן לשיטה זו] כבר נגמר הלאו מקודם להתחייב מלקות אלא שיש לו אפשרות להיפטר כל עוד יכול לקיים העשה הלכך אינו לוקה.

והשתא נראה שסברת המ"מ דהלאו דמשכון הוא ענין נפרד לגמרי מהחזרת המשכון, שיסודו משום עשיית דין לעצמו בזרוע ולא משום הפקעת ממון, זהו רק לפי מה שפסק הרמב"ם 'קיימו ולא קיימו' והיינו משום דהלאו הוחלט כבר מקודם, אבל למ"ד 'ביטולו' דס"ל שלא הוחלט הלאו אלא באיבוד המשכון בידיים, אין נראה שיסוד הלאו הוא משום המישכון בזרוע, דמה ענין זה לאיבוד המשכון [ורחוק

לומר משום דבכך שאיבדו נשתרש בחטא חוזק היד] - ובהכרח דלהך מאן-דאמר יסוד הלאו הוא הפקעת הממון, שלכך הוא נשלם לחיוב מלקות רק כאשר שרף המשכון. ואם כן י"ל דסוגית הגמרא אתיא כמ"ד ביטולו ולא ביטולו דהלאו נחלט רק באיבוד המשכון ובע"כ יסוד הלאו הוא משום הפקעת ממון כאמור, ולכך נקטה הסוגיא דהוי כלאו הניתן לתשלומין, ואף אם שרף המשכון אינו לוקה. משא"כ הרמב"ם שפוסק כמ"ד 'קיימו' הרי הלאו נשלם בלקיחה לבד, ושפיר י"ל כפשטא דמלתא שיסוד הלאו הוא משום עשיית דין בזרוע כמוש"כ המ"מ, ואין זה אלא לאו הניתק לעשה הלכך כשאבד המשכון לוקה. ונתיישב פסק הרמב"ם עם סוגית הגמרא.

אכן נראה עוד שאף לפי סוגית הגמרא דחשיב כלאו הניתן לתשלומין - אינו דומה ממש לגזילה. דהנה יש לדקדק בסוגית הגמרא דבתחילה פריך מגולה ומהעבטת עבוט דהווי ניתק לעשה, וקאמר דאפילו איבד הגולה והמשכון אינו לוקה משום דחייב בתשלומין, ותו ממשך להקשות ממשכנו של גר שמת - וקשה מדוע שביק גזילה דעסיק בה ומקשה רק ממשכון, הלא יכול היה להקשות גם מגזול גר ומת הגר שילקה [וכמובן אין זה שייך לפרשת גזל הגר שמחויב בקרן וחומש ואשם - דההוא בנשבע דוקא מיירי].

אמנם נראה מזה דלאו דמשכון אינו בגדר 'לאו הניתן לתשלומין' כגזילה וככל הנך דלעיל דמעיקרא לא נאמר בו מלקות, אלא עניינו לאו 'הניתק' לתשלומין (ע' בדקדוק לשון המ"מ שם). ובאור הדבר בהקדם מה שחידש בשו"ת אחיעזר (כא) בשיטת הרמב"ם [עפ"י דיוק לשונו בהל' חובל ג,ג] בדין חובל בחברו שמשלם ואינו לוקה, שאין הטעם משום 'כדי רשתו' אלא משום שהתשלומין מתקנים את הלאו [בדומה ללאו הניתק לעשה שהעשה מתקן], שעל כן בפחות משוה פרוטה שאינו משלם - לוקה. ואם כי כל דבריו שם מופלאים ומחודשים מאד, ואין זו פשוטות הסוגיא בכתובות, וגם לשון הרמב"ם בהל' סנהדרין (טז,יב) מורה הפך מדבריו, שכתב 'אבל אם יש בה שוה פרוטה הואיל והוא חייב לשלם ממון אין אדם משלם ולוקה כמו שביארנו בכמה מקומות' [ודיוק האחיעזר מלשון הרמב"ם בהל' חובל - ע' באבן האזל הל' גניבה שם שפירש אחרת, ואמנם א"צ לזה, אלא כוונתו שמשלם בפועל ולא דוקא שניתן לתשלומין]. אמנם יש מקום לומר כאותו גדר שחידש הגאון ז"ל בחובל, לענין לאו דהעבטת עבוט, שתשלומי המשכון מהוים ניתוק ללאו דהעבטת [אבל לא שהלאו חשיב 'לאו הניתן לתשלומין' שאין בו מלקות מעיקרא כמו גזילה]. וכשהשיבו בגמרא על גזילה ומשכון דחייב בתשלומין, אין הגדר שוה בשניהם, אלא בגזילה עיקר הלאו אין בו מלקות משום דניתן לתשלומין שהרי עיקרו הוא משום הפסד הממון, ואילו בעבוט הוא מגדר ניתוק ע"י התשלומין בפועל אבל בעיקר הלאו איכא מלקות, שהרי בפשוטו אין יסוד האיסור משום הפסד ממון דהלא נוטלו בחובו, אלא משום מעשה ההעבטת²¹. ולהכי פריך ממשכנו של גר דליכא תשלומין והו"ל ללקות, ולא פריך מגזלת הגר, דבגזילה ידע דלא תליא כלל אם משלם בפועל אם לאו וכמו שייסד הגרא"ז, ורק בעבוט נקטה הגמרא דתליא באפשרות התשלומין בפועל, שע"י שמשלם הוא מנתק את הלאו ונפטר ממלקות.

ועכ"פ קמו וניצבו דברי הגרא"ז והאבי-עזרי בבאור 'לאו הניתן לתשלומין' בשיטת הרמב"ם, ומתורץ מדוע אין מלקות בגונב קרקע הגם דליכא עשה ותשלומין - דסוג לאו הניתן לתשלומין אין בו מלקות כלל.

כד וצריך לחלק בין זה לבין גניבה שהגם שנתבאר שעיך הלאו הוא על מעשה הגניבה ולא על הפסד חברו, מ"מ חשיב 'ניתן לתשלומין' שלכך אין לוקה אף בגונב דאינו משלם, כגון בקרקעות. וצ"ע.

כג לכאורה היה נראה שענין לאו הניתן לתשלומין הוא מפאת חלות חיוב תשלומין בעצם [וכלשון הגמרא והרמב"ם בכמה מקומות 'מפני שחייב בתשלומין'], ואף אם בפועל נפקע חיוב זה מסיבה צדדית. וכך יפרש הרמב"ם תירוץ הגמרא 'התם גברא בר תשלומין הוא' כלומר שבעצם היה כאן חיוב אלא שנפקע מסיבה חיצונית, וכיו"ב ברבית כשמת המלוה. וה"נ גבי אונאה פחות משות, ורמאות דמשקל פחות מש"פ, דמשום מחילה אתינן עלה אבל בעצם יש כאן חיוב ממון לולא המחילה - או בסגנון זה: כאילו שילם את חובו, דמחילה כהתקבלתי [וגם בגניבת קרקע דאיכא חיוב ע"פ כ"ד בדיני שמים וכנ"ל בהערה].