

בס"ד

שיעור הגר"א עוזר שליט"א ראש ישיבת אתרי

המתקיים בבית הכנסת "מאור ישראל", בראנד 18, הר נוף

בענין:

ביבוש מלחמה

- תקצח -

נמסר בש"ק פ' חקת ה'תשע"ט

בש"ק פ' בלק יחל השיעור אי"ה בשעה 17:50 ויהיה בענין:

יין נסך

מנחה בשעה 17:30

השיעור לעילוי נשמת:

אמי מורתי מרת רבקה ע"ה בת ר' אריה זצ"ל הכ"מ

ר' שלמה ב"ר בן ציון זצ"ל

ר' שמואל יצחק ב"ר דוד זצ"ל

בברכת שבת שלום

המארגנים

כיבוש מלחמה

אבן כבר כתב הרשב"א שרש"י הציל עצמו מקושיא זו, שפירש 'נכרי מישראל' - כגון עבד זה דשייך במצוות. הרי דלפירושו לא בישראל גמור מיירי הסוגיא אלא בעבד כנעני הקנוי לישראל [דמיירי ביה מתניתין] דשייך ביה קנין חזקה ושייך ביה יאוש-בעלים כשורו וחמורו, ועל זה ילפינן דגוי קונה מישראל.

נמצא אם כן שלפירוש התוס' והרשב"א בסוגית הגמרא, קרא ד'וישב ממנו שבי' מיירי בשביית ישראל גמור, ולמדנו כאן קנין מחודש של 'כיבוש מלחמה' אף בגוי מישראל. ואילו לפרש"י מיירי קרא רק בשבי דעבדים, והגמרא אזלה כדברי המדרש הנ"ל דשפחה כנענית היתה, וכמו שהביא רש"י ורמב"ן בפירוש התורה. ולפי זה אין לנו מקור לקנין מחודש של כיבוש מלחמה, אלא הקנין הוא משום מעשה חזקה של השבאי בצירוף יאוש דבעלים. וכן פירשו להדיא הרמב"ן והרי"ד שם, דכולא סוגיא מדין יאוש וקנין חזקה מיירי, ובעבד-כנעני דישראל שנשבה ביד גוי.

ולשיטת התוס' והרשב"א, מה שהוצרך רבא להעמיד מתניתין לאחר יאוש דוקא, ואמאי לא סגי בכיבוש מלחמה לבד [שהרי קונה מיד בשעת השביה אף קודם יאוש, וכדמוכח מהא דעמון ומואב טיהרו בסיוחן ולקחו את ארצם - הרי דכיבוש קונה בלא יאוש, דהא אין יאוש בקרקע] - כן הקשה הרשב"א. ותירץ הרשב"א דמשום סיפא דמתניתין הוא, דקתני אם לשם חירות פדאו יצא לחירות, וזה דוקא ע"י יאוש אבל קודם יאוש - ישתעבד לרבו ראשון (ביאור דבריו יבוא בסוף דברינו בע"ה). ואולם הריטב"א פירש דעד שלא היה יאוש, לאו שבאי קרינן ביה. כלומר, לא חשיב שהכיבוש נסתיים עד שהנכבש נתייאש מלהשיב מלחמה וכבר אינו יכול להציל הו"ל [דאי קודם יאוש הרי ודאי יכול להציל, דאי אין יכול להציל הו"ל זוטו של ים דחשיב יאוש אפילו עומד וצווח, וכיון דיכול להציל לא מקרי 'שבי'. כ"כ הריטב"א והר"ן]. ואולם גם לדבריו אין היאוש נצרך כדי להכשיר את קנין החזקה [כדלפרש"י והרמב"ן והרי"ד] אלא היאוש הוא מודד בעיקר הגדר של כיבוש, וסוף דבר הכיבוש לבדו הוא שקונה'.

ולכאורה יש להביא ראיה לשיטת התוס' והרשב"א מדברי הגמרא בסנהדרין (צד:): גבי ממון סנהריב שהתירו הנביא לישראל, ושאלו הלא ממון עשרת השבטים מעורב בו, ואמר להם הנביא 'כמשק גבים שוקק בו' - מה גבים הללו מעלין את האדם מטומאה לטהרה אף ממונם של ישראל כיון שנפל ביד גויים מיד טיהר. ופשטות הדברים נראה דמהני מדין כיבוש מלחמה לקנות הממון לכובש, דמיד שנפל לידם טיהר, וכפי שהביא מכאן הרשב"ץ (ע' בתשו' ח"ב קלו קלז), וכן מהר"ם מרוטנבורג (ד"פ תתרט) - וכדעת התוס' והרשב"א. אולם צ"ל שסיעת החולקים תפרש דלאו משום קנין מחודש דכיבוש הוא אלא משום יאוש שנתיאשו הבעלים

ג וצ"ל ששייך יאוש במציאות אף באדם על עצמו, דלכך מהני כיבוש מלחמה באדם, ואי לא מיאש הרי אין זו שביה וכיבוש. ומה שאמרו בב"ק סח: גניבה בנפש תוכיח שאין יאוש בעלים וחייב, היינו שאין תורת יאוש להפקיע בעלות באדם על עצמו [בדומה ליאוש מדבר שברשותו].

א וישמע הכנעני מלך ערד ישב הנגב כי בא ישראל דרך האתרים וילחם בישראל וישב ממנו שבי'. פרש"י, וישב ממנו שבי - אינה אלא שפחה אחת. והוא ממדרש רז"ל (בילק"ש חקת). וכתב הרמב"ן שפירשו רבותינו הכתוב הזה ששבה ממנו את השבי שהיה בידו והיא השפחה הזו ששבו אותה ישראל מהם, כלשון 'בכור השבי' שהוא 'בכור השפחה' [כלומר דכתיב (בפרשת בא) 'עד בכור השפחה', ולהלן קוראו 'עד בכור השבי' הרי דהיינו הן].

וכבר עמד הגרי"ז בספרו על התורה (חקת) שרש"י ז"ל הולך לשיטתו בפירוש הסוגיא בגטין (לז:), דתנן התם עבד שנשבה ופדאוהו, אם לשום עבד - ישתעבד, אם לשום בן חורין - לא ישתעבד. והעמידה רבא לאחר יאוש, שרבו הראשון נתיאש ממנו כשנשבה, וכשפדאו ישראל אחר לשם עבדות דינו להשתעבד לשני, ואם לשם חירות פדאו - הרי הוא בן חורין. ופירשו בגמרא דהשני קני ליה משבאי, ושבאי גופיה קני ליה למעשה ידיו. [ואף דלגבי השבאי ליכא אלא יאוש בלא שינוי רשות, יש לפרש כמאן דאמר יאוש כדי קני, או כמוש"כ הנתיבות (סוס"י שעא. וע' גם בתרומת הכרי שם, דברי יחזקאל ס, ה חזו"א ב"ק טז, יט) דכיון דבעבדים ליכא חיוב 'השיב' הכל מודים דסגי ביאוש לבדו]. ואמרינן בהמשך הסוגיא (לח). מנין שגוי קונה גוי אחר למעשה ידיו בחזקה [דבשלמא בכסף ילפינן דקונה בק"ו, אם קונה ישראל דכתיב 'מכסף מקנתו', כל שכן שקונה גוי אחר] - אמר רב פפא: עמון ומואב טהרו בסיוחן [שהוזהרו ישראל מלהילחם בעמון ומואב, וע"י שכבש סיוחן את ארצם נטהרה על ידו והוכשרה לישראל ליכבש - הרי שהגוי קונה בחזקה מגוי אחר]. אשכחן גוי גוי [שקונהו בחזקה כדרך שסיוחן קנה את ארץ מואב ועמון], גוי ישראל מנין - דכתיב 'וישב ממנו שבי'.

והנה רש"י פירש שנידון הגמרא הוא על קנין חזקה של עבדים, דעבד כנעני נקנה בחזקה כדתנן בקדושין (כב:): וכדתניא (שם) הלבישו הנעילו והרחיצו לרבו. וע"י שנתיאשו הבעלים הראשונים מהני קנין חזקה של הגוי לקנות. והתוס' הקשו הלא אפילו עבד עברי אינו נקנה בחזקה אלא בכסף ובשטר (כבדושין יד:). כל שכן שאין הגוי קונה ישראל בחזקה. וכוונתם להקשות (ע' מהר"ם שיף. וכן מפורש ברשב"א) דהא מייתי בגמרא דהגוי קונה ישראל מדכתיב 'וישב ממנו שבי' - דמשמע שקונה אפילו ישראל בן חורין, והלא אדם מישראל אינו נקנה בחזקה כלל, אף לא לישראל אחר וכ"ש לגוי. ועוד הוסיף הרשב"א להקשות, הלא אין שייך יאוש בבן חורין, דאין אדם מתייאש מעצמו ורק בממונו של אדם איכא יאוש - ולכן פירשו התוס' והרשב"א דמשום כיבוש מלחמה קונה ולא מתורת קנין חזקה, ומהני כיבוש לקנות אפילו ישראל גמור'.

א וכן פירש הרשב"א גטין לו: וכיו"ב דרשו בספרי ריש תצא על 'ושבית שבי' לרבות כנענים שבתוכה, כלומר שבי ששבה הוא, וכדפירש שם המלבי"ם.

ב וא"ת מאי נפ"מ בקנין זה, דהא ודאי שרי ליה לישראל לברוח מיד שוביו דלא נאמר 'וחשב עם קנותו' אלא במוכר עצמו לגוי מדעתו, ומצוה כמו"כ על כל אחד מישראל להבריחו. וצ"ל דנפ"מ למ"ד דהגואל עבד שנמכר לגוי משתעבד לגואל (קדושין טו), שאם פדאו ישראל מהגוי ששבה, מעש"י שייכים לפודה. [ולדעת הסוברים דגופו קנוי לגוי (ע' נמו"י יבמות מו וב"ח י"ד רסו), יצא לכאן דגופו קנוי לפודה לעולם ואף בוטן דליכא יובל. וזאת לא שמענו. אך נראה דכי היכי דישראל מישראל לא שמענו דין כיבוש, והיינו מפני שדין התורה מפקיע אצל הישראל את היכולת לקנות, כך ישראל הפודה אין לו כל זכויות הממון של השבאי אלא כפי גדר דיני ישראל בעבד עברי] אך למאי דקיי"ל כחכמים דכולן לשחרור צ"ע, דבפשיטות נראה שכל דיני גאולה בנמכר לגוי איכא גם בנכבש לגוי. וי"ל דנפ"מ אם קנה גוי מהכובש ומחזיקו תחת ידו אינו נהרג, דממונו הוא ואינו גזול.

הראשונים מממונם כשנפל לידי הגויים, ואלו קנאום באחד מדרכי הקנין שלהם, וכפי שפירשו הרמ"ה והמאירי שם (וע' דב"א ח"ב ו,ג).

ב ובהשגות הראב"ד (גזילה ט,א) מבואר שנקט גם הוא כשיטת הרמב"ן והרי"ד דמתורת יאוש וחזקה אתינן עלה ולא משום קנין 'כיבוש מלחמה', שכתב שם שהעבדים נקנים לגזולן ביאוש כדאמרינן העבד שנשבה ופדאוהו לשם בן חורין אחר יאוש יצא לחרות - אלמא מועיל יאוש בעבדים, וכדכתיב 'וישב ממנו שבי'. הרי נקט להדיא דשבי הכנעני מלך ערד בישראל משום יאוש הוא דמהני, דמיירי בשביית עבד כנעני הקנוי לישראל, שעל כן הוכיח מכאן דמהני יאוש בעבדים.

והנה הש"ך (חו"מ שסג סק"ג) תמה הלא עבדים הוקשו לקרקעות וקרקע אינה נגזלת וה"ה עבדים אין בהם קניני גזילה כגון 'שינוי' להיקנות לגזולן (ע' משנה ב"ק צו), וא"כ כשם שבקרקע לא מהני יאוש (ע' סוכה ל: ורש"י ותוס') כך צריך להיות בעבדים. אך כבר פירשו הנתיבות (שסג) והגר"ח (פ"ט דגזילה) דלדעת הראב"ד דוקא מדיני גזילה נתמעטו עבדים אבל לא מיאוש, כלומר שאני קנין שינוי שכחו מחמת קניני גזילה והרי הקרקע נתמעטה מגזה"כ מקניני גזילה, אם כן ה"ה לעבדים שהוקשו לקרקע נתמעטו גם הם מקניני גזילה מחמת הך גזה"כ, משא"כ יאוש אין יסודו משום קניני גזילה שהרי מקור דינו הוא באבידה (ע' ב"מ כז. וירושלמי שם ב,א), אלא שאף בגזילה איכא דין יאוש מחמת שכל גזילה חשיבא אבודה מבעליה והו"ל כאבידה, ואם כן הרי מה שאין יאוש בקרקע אין הטעם מפני שנתמעטה הקרקע מקניני גזילה מגזה"כ - דהא יאוש לאו משום קניני גזילה הוא - אלא משום שבמציאות אין הקרקע אבודה, שא"א להבריחה מבעליה, ועל כן בעבדים דשפיר שייך בהם מציאות דאבידה, מועיל בהם יאוש.

ב וזה מבואר דברי התוס' בב"מ (סא.) שכתבו דהא דקרקע אינה נגזלת אינו מקרא אלא מפני שא"א להזיזה ממקומה, הלכך בעבדים דניידי איכא לא תגזל אע"ג דהוקשו לקרקעות. וכבר תמה מהרש"א הלא 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 בפרשת אשם גזלות, אבל התוס' מיירו כלפי הלאו דגזילה האמור בפרשת קדושים, והתם לא נאמר שום מיעוט על קרקעות, וזהו שכתבו דלא נתמעטו קרקעות מקרא - לענין לאו דגזילה - רק דמ"מ קרקע אינה נגזלת מצד המציאות שא"א להבריחה מבעליה לרשות אחרת ועל כן אין בה 'לא תגזל' [ודלא כשיטת הרמב"ם], אבל עבדים דשפיר מצי לגזלם ולהבריחם, עובר עליהם משום לא תגזל.

ב וזה מתיישבת קושית הרשב"א (בגטין לז:): לשיטה זו; האין אפשר לומר דכיבוש אינו קונה אלא ע"י יאוש וחזקה, והלא ילפינן גוי מגוי מהא דעמון ומואב טהרו בסיחון והתם בקרקע מיירי כדכתיב 'ויקח את כל ארצו מידו' ובקרקע לא מהני יאוש וא"כ היאך הועיל הכיבוש - אך כבר תירץ הרמב"ן (בהשמטות שם, בתירוץ אחד) דמלחמה שאני. ופשטות כוונתו נראה כמוש"כ הפנ"י על פי דברי התוס' בסוכה (שם) בשם הירושלמי דאם נשתקע שם בעליה מהני יאוש בקרקע, והיינו משום דהא דאין יאוש בקרקע אין זה מדינא [שכאמור, דין יאוש אינו נוגע לפרשת גזילה הלכך

אינו ממועט מהא דקרקע אינה נגזלת] אלא מסברא דקרקע א"א להבריחה מבעליה, הלכך אם נשתקע שם בעליה מרוב השנים וכד' מהני יאוש דסו"ס אבודה היא מבעליה ובאבידה מהני יאוש. וכיו"ב כתב הנתיבות (שסג שעא) שקרקע שיצאה מידי בעליה ואי אפשר להוציאה בדיינים מהני בה יאוש, והיינו מהאי טעמא שלמעשה אבודה היא ממנו ואינה ברשותו. וכיון שכן אף בכיבוש מלחמה חשיב אבודה בהחלט, על כן מהני בה יאוש.

ג אכן כשנעיינ בדברי רש"י נראה שיש לו שיטה ממוצעת בדבר, שכבר דקדק בספר דבר אברהם (ח"א יא,ג. - ע"ש בסימנים י יא בכללות ענינא דא) שלא הזכיר רש"י ענין היאוש גבי עמון ומואב טהרו בסיחון ורק גבי דינא דעבד שנשבה חזר ושנה כמה פעמים דמיירי ביאוש בעליו, ומשמע דבעמון ומואב מהני אף בלא יאוש. [והיה אפשר לומר משום דאין יאוש בקרקע, אך הלא טענת הרמב"ן מחוורתא דאף בקרקע שייך יאוש במלחמה. ועוד, סו"ס הלא שמעינן דא"צ יאוש וא"כ אף בעבדים נימא כן].

והרי"ש בדבר אברהם שלרש"י גוי מגוי קונה בכיבוש מלחמה בלא דין יאוש אלא מתורת קנין מחודש דכיבוש, ורק גוי מישראל אינו קונה בכיבוש, הלכך רק בגוונא דעבד של ישראל כתב רש"י דהגוי קונה בחזקה ע"י יאוש דישאל.

א יש להעיר דלא מצינו חבר לשיטה זו, וברמב"ן וברי"ד מבואר שאין חילוק בדבר [ולא היו לפני הדב"א דברי הרמב"ן בהשמטות שיצאו לאור בדורנו]. עוד יש לדקדק על דבריו, שהרי גם בהא דקאמר הגמרא דגוי קונה מישראל מדכתיב 'וישב ממנו שבי' לא הזכיר רש"י יאוש [והכי הוא פשטא דמלתא שלא נתיאשו ישראל אלא נדרו והתפללו ונלחמו עד שנתנם ה' בידיהם, וכמו שכתב הרשב"א] - הרי משמע דאף בכיבוש מישראל א"צ יאוש, ולא כמוש"כ רש"י בכל הסוגיא גבי עבד שנשבה. עוד יש לדייק שלגבי עמון ומואב [וכן ב'וישב ממנו שבי'] הגם שלא הזכיר רש"י יאוש, כתב דקונה הגוי בחזקה, והרי לפי הדב"א זהו קנין מחודש של כיבוש ולא מתורת חזקה דכל התורה.

א ופירש לבאר בדרך זו, דהנה חקר בדבר אברהם (י) אם ענינו של קנין 'כיבוש מלחמה' הוא רק הפקעה, כלומר שבכח הכיבוש בטל קנין הנכבש, אבל אין הכיבוש פועל קנין באופן חיובי אלא צריך הכובש למעשה קנין באחת מדרכי הקנינים, או דלמא הכיבוש עצמו פועל קנין באופן חיובי ואין צריך הכובש למעשה קנין נוסף. והנה בתוס' וברשב"א מבואר שהכיבוש פועל קנין בחיוב, שהרי כתבו שגם ישראל גמור שאין שייך בו קנין חזקה, נקנה הוא בכיבוש מלחמה. אכן כבר הראה שם שהאחרונים נחלקו בזה, דאמרינן בקדושין (כו:): קנין חזקה בקרקע מנלן, דבי ר' ישמעאל תנא 'וירשתם אתה וישבתם בה' - במה ירשתם בישיבה. והקשה מהרי"ט מנין שחזקה קונה לאפוקי ממרא קמא, דלמא דוקא לקנות מן ההפקר מהניא. ומדנקט דהוי הפקר משמע שסבר שהועיל הכיבוש רק לאפוקי מהבעלים אבל לא לפעול קנין בחיוב. אכן המקנה שם הקשה להדיא מנין למילף חזקה, הלא כיבוש מלחמה אין צריך שום חזקה אחרת. ופירש דכוונת הגמרא לקנין הפרטי של כל אחד בנחלתו, דלגבי לא מהני קנין הכיבוש אלא קנאום בישיבה דהיינו קנין חזקה. [ואילו מהרי"ט דחה סברא זו, דהא על פי הגורל

ה אך מהרי"ט לא הזכיר דין כיבוש כלל. וגם הו"ל לפרש דכיבוש מהני רק להפקיע ולא לקנות ולא להניח זאת כהנחה פשוטה שאין צריכה להאמר. אך נראה שנקט בפשיטות דשפיר ילפינן חזקה מכיבוש, דהכיבוש מהני גם כן מצד החזקה, וכפשטות הגמרא בגטין שם דילפינן חזקה בגוי מהא דעמון ומואב טהרו בסיחון, אלא שהוקשה לו פשטות שהארץ לא היתה שייכת לגויים שישבו בה שהרי ניתנה לאברהם [גם אם לא נחשיבה 'מוחזקת' לנו באותה שעה], או עכ"פ היתה שלהם עד לזמן שיבואו ישראל, וכשבאו הרי הם כווכים מן ההפקר.

לתוך ידו. ונתחדש בדיני הקנינים שבתורה שאף מעשה המסמל שליטה בלא שליטה מציאותית סגי לחול בו קנין, וכגון משיכה דקורא לה והיא באה, דסגי במעשה של הוראת בעלות להיות קנוי לו, וכן נעל גדר או פרץ וכד'. הרי לפי"ז יש לומר שלא רק לענין פקיעת בעלות קובע כח שליטה, דבאיבוד השליטה פקעה הבעלות, אלא אף החלת בעלות תליא בשליטה, וכדרכי הקנינים דקודם מתן תורה [שלא בטלו אף לאחר מ"ת אלא שנוסף עליהם דרכי קנין במעשים סמליים של הוראת בעלות]^ט, וא"כ אף כיבוש מלחמה מהני לעשות קנין מפני השליטה המוחלטת. אך פשוט ששליטה בדרך גזילה גרידא אינה עושה קנין לגזלן, אלא שע"י הכיבוש במלחמה שאין מידם מציל הו"ל כזוטו של יום וממילא נקנה לכובשים משום שליטתם המוחלטת.

וי"ש להעמיק עוד, דהנה לשון הגמרא 'ואימא הני מילי בכספא אבל בחזקה לא, אר"פ עמון ומואב טהרו בסיחון' - בפשוטו מורה כשיטת רש"י והרמב"ן והרי"ד דמשום קנין חזקה אתינן עלה ולא משום קנין מחודש דכיבוש, אך הרשב"א פירש 'דלאו כספא ממש וחזקה ממש אלא כל קנין שהוא מדעת קרי כספא כלומר כסף או דומה לו שהמקנה מקנה, אבל חזקה כלומר מה שזוכה בו בחזקת יד שמחזיק בו שלא מדעת וכגון שתפסו במלחמה מנין, ומיית ליה מעמון ומואב שטהרו בסיחון ובמלחמה'. ונראה שאין כוונתו לפרש הפשט המילולי 'בחזקה' - בחזקה, ד'כספא' ו'חזקה' משמע כפשוטו, אך הכוונה בזה עפ"י האמור בבאור שיטת התוס' והרשב"א, שקודם מתן תורה הקנין נעשה ע"י החזקה ותפיסה מציאותית ונתחדש בתורה שאף מעשים המסמלים החזקה של בעלים מהני. ובזה מובן מה דבפ"ק דקדושין שמונה התנא את דרכי הקנינים בנכסים השונים ובעבדים, וכן בשאר מקומות, לא חשיב התנא כיבוש מלחמה וגם לא קנין יד - דקנינים אלו 'קנינים טבעיים' הם עוד קודם מתן תורה, שחלות קנינים מצד השליטה המציאותית, ולא הוצרך התנא למתני אלא קנינים שנתחדשו בדין התורה הפועלים ע"י מעשה סמלי. [וקנין חצר הנזכר במשנה בגטין, היינו משום שיש אופנים שאין שם שליטה מציאותית, וכגון אויר חצר שאין סופו לנוח (ע' ב"מ יב), והתם הוא רק מענין הוראת בעלות ושליטה, ולכך בעינן לדין קנין מחודש הנלמד מקרא]. ולפי"ז נראה דקנין חזקה דנעל גדר ופרץ יסודו מדין חזקה מציאותית של החפץ, דהיינו כיבוש והשתלטות, אלא דנתחדש דסגי בפעולת הוראת שליטה כגון נעל או פרץ אף בלא שליטה מציאותית מוחלטת. וא"כ זה עומק דברי הגמרא 'ואימא ה"ב בכספא אבל בחזקה לא - אר"פ עמון ומואב טהרו בסיחון', שיסוד קנין חזקה הוא בכיבוש ושליטה בחזקת יד וא"כ כיבוש מלחמה וקנין חזקה הרי הם כאב ותולדה ידיה, ושפיר קרי ליה הגמרא לכיבוש 'חזקה', שהוא שורש הדין לקנין חזקה.^ט

על בדיניו שלש שיטות; שיטת הראב"ד הרמב"ן והרי"ד שאין קנין מחודש של 'כיבוש מלחמה', אלא מתורת יאוש וחזקה אתינן עלה [ועל כן אין מועיל כיבוש מלחמה בישראל גמור אלא בעבד כנעני הקנוי לישראל]. שיטת התוס' והרשב"א שכיבוש-מלחמה מהוה קנין גמור [ולהרשב"א מהני אף בלא יאוש כלל, ולהרי"ב א"א ועוד ראשונים צריך יאוש בכדי שייחשב 'כיבוש']. ובשיטת רש"י צדדנו

ואו"ת היו חולקים ולא בעי חזקה. אך דעת המקנה י"ל דס"ל דלא היה גורל ליחידים אלא לחלוקת השבטים, או עכ"פ אין גורל היחידים עושה קנין, וכבר האריכו בזה האחרונים - ע' בית הלוי סוס"י כא ודבר אברהם י"ב-טו, ודיברנו בזה במק"א]. הרי נקט המקנה בפשיטות דהכיבוש עושה קנין באופן חיובי. וכאמור מבואר כן בשיטת התוס' והרשב"א האמורה, שהרי כתבו שאף בישראל גמור דלא מהניא ביה קנין חזקה, מהני כיבוש לקנותו - הרי להדיא דהכיבוש מהוה מעשה קנין בלא שום מעשה קנין אחר.

אכן בדעת רש"י י"ל כהצד הראשון, דס"ל שהכיבוש מהני רק להפקיע קנין הבעלים אבל אינו 'מעשה קנין' לעצמו, ומובן אם כן שלא הזכיר רש"י יאוש גבי עמון ומואב טהרו בסיחון וגבי 'וישב ממנו שבי' אלא חזקה לבד, דהכיבוש הועיל להפקיע הבעלות [הלכך אין צריך לתורת יאוש להפקיע] אבל לא הועיל למשוי קנין אלא ע"י חזקה, ולכך פירש רש"י דמיירי בעבד כנעני כיון דמתורת קנין חזקה אתינן עלה דהכיבוש לבדו אינו עושה קנין, ואין חזקה אלא בעבד כנעני. אמנם גבי דינא דמתניתין שהזכיר רש"י יאוש, היינו טעמא כי בפשוטו מיירי בשבאי יחידי ואין בזה תורת כיבוש מלחמה אלא דין סיקריקון' דלא קנה מדינא (כדתנן בגטין נה:); דאין דין כיבוש אלא במלחמה של אומה או עכ"פ גדוד שבאים (כמוש"כ החזו"א אה"ע קמז דף לח בעניני עבדים סקי"א). וכבר עמד בזה האמרי-משה (כג) דגוונא דשבאי בפשטות אינו בגדר כיבוש מלחמה.^י

[וי"ש להעיר שאם כי כן יש לדקדק מלשונות רש"י כאמור, אבל הרשב"א [וכן הפנ"י] נקט בדעת רש"י דאף גבי 'וישב ממנו שבי' מהני מדין יאוש, שעל כן הקשה על רש"י דבענין ד'וישב ממנו שבי' לא משמע דהוי יאוש. אכן לפי מה שנתבאר בדעת רש"י מתורצת קושיא זו וכדלעיל].

ד) ויש לבאר יסוד מחלוקת זו, אי כיבוש עושה קנין או רק מפקיע קנין, דדעת רש"י דהכיבוש הוי כדין זוטו של ים ושלוליתו של נהר (בב"מ כב:), שהואיל ואין לו אפשרות להציל משטף מים רבים, נעשה החפץ הפקר אפילו עומד וצוות. וביארו הגרש"ק והגרנ"ט דלעולם בעלות תלויה ביכולת שליטה בפועל ואיננה תואר מופשט, הלכך כשבטלה אפשרות השליטה לגמרי פוקעת ממילא הבעלות, וכדין תרנגולת של הקדש שמרדה וברחה למדבר שפקעה קדושתה (חולין קלט), והיינו משום דקדושת בדק הבית תליא בבעלות ממונית וכשברחה ואין אפשרות להחזירה פקעה בעלות וממילא פקעה קדושת בדק הבית (ע' ברשב"א וריטב"א שם). [ופעמים שהשליטה לא אבדה לגמרי אבל היא מוגבלת, ואז גם הבעלות הורעה אעפ"י שלא בטלה לגמרי, וכגון חפץ גזול שיש אפשרות להחזיר הגזילה, ועל כן נשאר החפץ של הנגזל אבל אינו ברשותו, למכרו או להקדישו וכד']. ואם כן יש לפרש שגם כיבוש מלחמה הוי כזוטו של ים שא"א להציל, ופקעה ע"כ הבעלות, אבל אכתי אין כאן מעשה קנין בחיוב.

ודעת התוס' והרשב"א דהכיבוש פועל חלות קנין, יש לפרש עפ"י דחת"ס (י"ד שי) שביאר היאך נעשו הקנינים קודם מתן תורה - על ידי שליטה מציאותית בחפץ כגון שהכניסו לביתו או

ט וכדי לפי קנין כסף משה עפרון (ע' ריש קדושין ותוס' שם כו. ד"ה אמר) ולא מחלקינן דקודם מ"ת שאני.

י ע"ע בענין שליטת החפץ בקנין חצר ויד, בשיעור פ.ב.

יא וכן נראה מלשון הראשונים דקרו לכיבוש 'חזקה' או 'חזקה גמורה' (ע' בתוס' וריטב"א בגטין שם), וזה באור התוס' בבכורות (ג. ד"ה אם) דגוי קונה ישראל או גוי אחר בחזקה רק כשיש מלחמה. והיינו משום שבאופן זה השליטה שע"י החזקה מוחלטת.

ו ע' שיעור ע"ב, כו.

ז ולכאורה דין זה לא אתי לדעת הסוברים דכיבוש מהני רק משום דינא דמלכותא, דמסתבר דל"ש דינא דמלכותא בגדוד שודדים, אף שאין המלכות מוחה בידם.

ח ואף הרשב"א שפירש מתניתין משום כיבוש מלחמה, מוקי למתניתין בשבאי במלחמה. וכן מבואר בטור י"ד (וסו, מהרמ"ה) שיש חילוק בין שבאי בשעת מלחמה או בשעת שלום. ויתכן דרש"י רצה להעמיד בכל גווני לכך פירש משום יאוש הוא.

ענין ממוצע [וכמו שנקט הדבר-אברהם בדעת מהרי"ט], שכיבוש מלחמה מועיל רק להפקיע קנין אבל לא לחדש קנין.

ה) עתה יש לברר שיטת הרמב"ם. הנה מחד גיסא נקט הרמב"ם דין כיבוש מלחמה, שמלך שכבש ארץ הרי היא שלו (מלכים ד, י), וכן אם עשה מלחמה והביא שביה ומכרה, או שהרשה לכל מי שירצה שילך ויגנוב מאומה שהיא עושה עמו מלחמה, שיביא וימכור לעצמו וכד' - דיניו דין, ועבד הנלקח בדינים אלו הרי הוא כעבד כנעני לכל דבר (עבדים ט, ד). הרי פשט דבריו שכיבוש-מלחמה קונה. ומאידך הביא (שם ח, טו) המשנה דשבאי כפשוטה, שקנה השבאי את העבד משום יאוש. ופשוט י"ל משום שבאי אינו בגדר כיבוש מלחמה אלא סיקריקון בעלמא הוא, דדוקא ע"י מלחמת מלך [או כיו"ב] הוי בגדר כיבוש כלשונו הנ"ל.

אלא שיש לשאול ממה שכתב (שם ח, כ) 'ישראל שתקף עכו"ם קטן או מצא תינוק עכו"ם והטבילו לשם גר הרי זה גר. לשם עבד הרי זה עבד. לשם בן חורין הרי זה בן חורין'. והנה בכס"מ הראה מקורו מהא דגר קטן מטבילין אותו על דעת בית דין (כתובות יא). אך כבר הקשה הלח"מ הלא אין מוזכר ברמב"ם הדין דאם הגדיל יכול למחות כבגר קטן. ועוד, אי מהתם לא שמענו אלא גירות גמורה שזכות היא לו ליכנס ליהדות, אבל להיות עבד לא שמענו. והמחוויר בזה מה שכתב הגר"י זוסמנביץ (חלקו של יוסף סי' י) דמדן 'כיבוש מלחמה' הוא, שע"י שתקפו או מצאו, נעשה דינו כדין אביו שיכול למכור בניו ובנותיו הגויים (כדכתב הרמב"ם שם ט, ב). ואמנם הוא דבר מחודש, להיות גדר כיבוש כפי האי גוונא, אך כבר היה לעולמים - דהנה הטור (יו"ד רסו) הוסיף על דברי הרמב"ם דהגונב עכו"ם וכבשו להיות לו לעבד הרי זה 'עבד כנעני'. ותמה הב"ח מנליה הא, ופירש שאף על פי שאסור הדבר באיסור תורה, אם עשה כן קנאו מדין כיבוש מלחמה. ובמאירי (יבמות מו) איתא גבי לוקח עבד מגוי שמטבילו לשם עבדות ובכך קונה קנין הגוף, והרי זה כאילו כבשו במלחמה. הא קמן שיש סוברים ששייך 'כיבוש מלחמה' אף ביחיד הכובש (וע' קה"י יבמות לה שעמד על כך), וא"כ נראה שזו גם דעת הרמב"ם כאן בתוקף קטן, וכמו שביאר בחלקו של יוסף. ואם תאמר הלא גבי שבאי ששבה עבד משמע ברמב"ם שאין בו דין כיבוש אלא מחמת יאוש אתינן עלה - אך נראה ברור דבכל הנך דמהני מדין כיבוש מיירי באופן שגם על פי דין אי אפשר להוציא ממנו, אם מפני שהמלכות מרשה לעשות כן או כיוצא בזה כגון שכבשו והלך למדינה אחרת, דאז הוי כגוונא דכיבוש ששליטתו מוחלטת, משא"כ כשאפשר להוציא ממנו בדיינים או על ידי משפט המלך, אין כאן שליטה מוחלטת ולא קנה אלא הריהו כגולן דעלמא.

ו) אלא שעדיין יש מקום עיון ברמב"ם, דמחד גיסא נראה שהולך הרמב"ם לשיטתו הנ"ל שכיבוש מלחמה קונה, במה שכתב (בית הבחירה ו, טז) שבחורבן ראשון בטלה קדושת הארץ למצוות התלויות בה, ש'חיוב הארץ בשביעית ובמעשרות אינו אלא מפני שהוא כבוש רבים וכיון שנלקחה הארץ מידיהם בטל הכבוש'. ופשט הדברים כמו שכתב החת"ס (בתשובה יו"ד רלג) דבטל קנין הכיבוש מכח דין כיבוש מלחמה, שהגויים שכבשו את הארץ קנהו בכיבוש. וא"כ הרי מוכח לפי"ז שהרמב"ם סובר דכיבוש מלחמה קונה אף בלא דין יאוש וחזקה, שהרי גבי קנין הארץ ודאי ליכא יאוש דכלל ישראל, וכמו שכתב בספר כפתור ופרח (פ"ד) שתפילותינו ובקשותינו בכל יום יוכיחו שאין אנו מתייאשים מן הארץ. וא"כ

מוכח שמועיל הכיבוש לקנות אף בלא יאוש בעלים². והנה מדברי הרמב"ם האלו מוכח עוד דס"ל דאיכא קנין כיבוש מלחמה אף בכיבוש גוי מישראל [וכהתוס' והרשב"א הנ"ל, ודלא כחידוש הדבר אברהם לחלק בכך], ולא זו בלבד אלא מוכח שאף בארץ ישראל מהני כיבוש הגויים לקנות להם את הקרקע.

אולם מאידך גיסא נראה לכאורה ברמב"ם דבא"י אין להם קנין, דהנה כתבו הגאונים (מובא בהרחבה באוצה"ג קדושין דף כח, וכו"ה בתוס' וש"ר ב"ב מד: ועוד) שכל אדם מישראל יכול לכתוב בהרשאה 'ונתתי לו ארבע אמות בחצרי' אעפ"י שאין לו קרקע במקום מגוריו, משום שאין לך אדם שאין לו ארבע אמות בארץ ישראל, 'שהרי הגויים שהחזיקו בה אין להם חזקה דקיי"ל קרקע אינה נגזלת וארץ ישראל בחזקתנו עומדת לעולם אעפ"י שאין אנו שולטין בה'. הרי מבואר שקנין ישראל בארץ אלים משאר קנינים ואינו נפקע בכיבוש. וכבר ביאר הגרש"א (במעדני ארץ שביעית כ), וכן רמז הגרא"ו (בקובץ שיעורים ב"ב קצב), דלשיטתם תימצא נפ"מ בענין נידון האחרונים אי איכא 'דינא דמלכותא דינא' בא"י במלך גוי³, דהנה כתבו הרשב"א והר"ן בנדרים (כח) בשם התוס' והיראים דלא אמרינן, דינא דמלכותא דינא במלכי ישראל בא"י, דדוקא בחו"ל שהארץ של המלך ויכול לגרשנו משם דינו דין, משא"כ בארץ ישראל שזכות כל ישראל שוה בה, כמלך כהדיוט [וזהו דלא כדעת הרמב"ם (גזילה ה, יא) והשו"ע (ח"מ שסט)], אך מדבריהם אין הוכחה על מלך גוי בא"י, די"ל דוקא במלך ישראל שאין לו זכות בארץ עפ"י דין תורה יותר משאר כל ישראל, אין בו דינא דמלכותא דינא, משא"כ במלך גוי שכבש את הארץ וקנאה בכיבוש, אבל לפי דברי הגאונים ימצא שה"ה במלך גוי והיינו מפני שאין כיבושו בארץ אלא גזילה אבל הארץ נשארת קנויה לנו.

וי"ש להטעים הדבר, שכבר דייק הגר"ז (בהל' הפקר) מלשונות הרמב"ם (בהל' עבדים ומלכים הנ"ל) דכיבוש מלחמה מהני מכח דינא דמלכותא דינא, דמדן המלכות יש לה כח לכבוש לה נכסים ועבדים. ולעומת זאת בדבר אברהם (א ס"ק ה ו) הביא מהרשב"א וריטב"א (ביבמות מו וריטב"א ב"מ עג) שכתבו להפך, שישוד דין 'דינא דמלכותא דינא' הוא מכח כיבוש מלחמה, שהיות והכיבוש קונה לו מדין התורה לפיכך יש לו כח לחוקק ולדון כפי שהוא חפץ [ובלבד שלא יסתרו דיניו לדין התורה]. ובאמת אין זו מחלוקת הפכית אלא שתי פנים של מטבע אחת, שהרי כבר נתבאר שגדר הבעלות אחד הוא עם השליטה בפועל, וא"כ כיון שיש למלך כח שלטון המוכר עפ"י דין התורה, הרי בכח שלטון המלכות ממילא לקנות או להפקיע-קנין ע"י כיבושו, שהשליטה נותנת לו בעלות, או כלל לדרך זו: כיון שהתורה נתנה למלך כח כיבוש וקנין - כי כן משפט המלוכה, לכבוש ארצות ולספחם - הרי מוכח זה יוצא דדין המלכות דין הוא, שהבעלות מחייבת כח שליטה. ומ"מ לפי"ז מוטעמים דברי המעדנ"א והקוב"ש דלפי שיטת הגאונים דבא"י אין לגויים כח כיבוש וקנין עפ"י התורה ממילא אין להם כח שלטון וחקיית דינים.

יב ולכא"ו נראה דלהריטב"א והר"ן דלעיל דבעינן יאוש למהוי חשיב 'שביה' (וכ"כ הב"ח רסו דכור פשוט דלא סגי בכיבוש בלא יאוש), אין מועיל כיבוש מלחמה בא"י דהא ליכא יאוש. ואי"ל דהני דאין יאוש לעולם אבל יאוש לזמן ההווה מיהא איכא וסגי בזה להחשב 'כיבוש' - דהא מקוים ומצפים אנו לישועה בכל יום שבתואר [וגדר היאוש מבואר בראשונים שהוא הסרת הדבר מהלב ואין דעתו עליו עוד].
אכן לפי החילוק המבואר להלן בפנים, י"ל שיאוש פרטי של כל אדם מנחלתו יש [ועל כרחנו צ"ל כן לרש"י וסיעתו דלא מהני כיבוש אלא ע"י יאוש וחזקה, ובכל זאת עתה שייכת הקרקע ליושביה ולא ליושבי היושבים בה בדור החרבן].

יג מתשובות הרשב"א (ח"ב רצ ח"ג שצג ח"ד שיא ח"ה רלח, מובאות בחלקו בב"י ח"מ סוס"י שפח ובס"י ב), גבי מעשה דרבי אלעזר בר"ש בב"מ פג: נראה שסובר דאמרינן דינא דמלכותא דינא במלכי גויים אף בא"י [ונראה שזו כוונת הריטב"א בחדושו שם]. ואמנם הרשב"א בנדרים כח בשם התוס' הדגיש 'מלכי ישראל' דוקא. וזה מתאים גם כן לשיטתו בסוגיא בגטין שפרש מתניתין דשבאי משום כיבוש מלחמה, והרי פשטא דמלתא מיירי מתניתין בא"י.

שהקנתה לו [וכפי שמבואר בדברי המאירי והרמ"ה (בב"ב ק"ט)], ומוטעם הדבר היטב לפי הנ"ל דיסוד הבעלים הוא שליטה, ואין לך שליטה מוחלטת יותר מהבטחת הקב"ה, על כן היא עושה קנין. אכן תוכן הקנין כתוכן ההבטחה, והלא ההבטחה היא כללית לזרעו של אברהם כדכתיב 'ודור רביעי ישובו הנה', לא לאנשים פרטיים ולא לזמנים ולנחלות מסויימים, והרי נאמר בתורה שהארץ תעזב מהם בעתיד עד אשר תשוב עולמית. וא"כ גם הקנין כן הוא, קנין כללי של כלל ישראל בכלל הארץ, ולא קנין פרטי של אברהם או של יורשיו המסויימים, רק כלל ישראל שמזרע אברהם ועד סוף כל הדורות הנחשב כגוף אחד הוא שקונה את הארץ קנין עולם, ובזמן מן הזמנים כאשר יבוא בני ישראל אל הארץ וישבו בה, יזכו באותה שעה בקנין הגוף של הקרקע המסויימת אף במישור הפרטי, ובכך תתממש בפועל הבעלות הכללית של עם ישראל לדורותם. ועל כן מובן שבזמן יהושע כשנכנסו לארץ הוצרכו לקנין, כדי שתחול בעלות פרטית של אותם אנשים באי הארץ, ומ"מ הבכורות נטלו פי שנים כדנין 'מוחזק' שהרי הארץ בבעלות כל ישראל מקדמת דנא במישור הכללי [אבל סדר חלוקת הנחלות הפרטיות נעשית לפי הבעלות הפרטית של באי הארץ, ואין ענינה לבעלות הכללית, ולכך לא חילקו לפי סדר יורשי אברהם]. ובזמן החורבן בטל אותו כיבוש ובטלה הבעלות הפרטית וחזר הדבר להיות כעד שלא נכנסו לארץ, שהיה להם קנין כללי מהבטחת הקב"ה לאברהם אך לא קנין פרטי.

והם הם דברי הרמב"ם הנ"ל דהבעלות הפרטית בטלה בהיבטל הכיבוש ולכן בטלה קדושת הארץ, דהרי הקדושה תליא בקנין דכיבוש יהושע וכל ענינו של כיבוש יהושע הוא הבעלות הפרטית, דהא בעלות כללית כבר היתה מזמן אברהם. ועל כן אין כאן גזילה בישיבת ישראל עתה בזה"ז בקרקע לא להם, שהרי הבעלויות הפרטיות הקודמות שהיו קודם החורבן פקעו על ידי כיבוש הגויים. והגאונים חידשו שלענין הרשאה סגי בבעלות הכללית שיש לכל אחד מישראל בארץ בהיותו חלק מכלל ישראל. ועל זה אמר הרמב"ם דהדברים רעועים וקלים. וכוונתו באמרו 'שזה מי יאמר שיש לו חלק בא"י' היא כמו שפירש החזו"א שם: מאן יימר שיבוא הגואל בחייו ויתממש הקנין בחיי המרשה, שמא רק בדור אחר יתממש¹⁰. והן הן הדברים הנ"ל, שאם לא התממש הקנין בחייו הרי לא היה לו קנין פרטי, וס"ל להרמב"ם דבקנין כללי לא סגי להרשאה. ועוד הוסיף הרמב"ם 'ואפילו הוא ראוי אינו ברשותו' - כלומר, גם אם בימיו תמומש ההבטחה, סו"ס עתה אין הקרקע ברשותו להקנות אגבה, ואין לו עתה אלא קנין כללי ובה ס"ל להרמב"ם דלא סגי לענין הרשאה.

נמצא אם כן דאדרבה, הולך כאן הרמב"ם לשיטתו שיש קנין כיבוש מלחמה ואפילו בארץ ישראל [דמש"ה בטל קנין דכיבוש יהושע], ודוקא משום כך יצא לחלוק על שיטת הגאונים, דכיון דפקעה הבעלות הפרטית ע"י הכיבוש, אי אפשר לאדם לעשות קנין על ד' אמות שיש לו בא"י.

*

(ז) הנה הובא לעיל מהרשב"א שפירש לשיטתיה דכיבוש מלחמה מהני אף בלא יאוש, דמה שהעמיד רבא המשנה דשבאי לאחר יאוש

טו ואפשר עוד לפרש - ע' לעיל בהערה - באופן זה: מי אומר לו למרשה שיהא לו חלק פרטי בחייו, והרי הוא מתייאש מקנינו הפרטי.

אך לפי"ז יש להקשות, הלא הרמב"ם הביא דין הגאונים (בהל' שלוחין ג,ז) ופקפק בו: 'ודברים אלו דברים קלים הן עד מאוד ורעועים, שזה מי יאמר שיש לו חלק בא"י ואפילו הוא ראוי אינו ברשותו'. ופירש בכס"מ מה שכתב 'מי יאמר שיש לו חלק בא"י' - שמא בן גרים או עבדים משוחררים הוא. ומשמע דבעיקר היסוד מודה הרמב"ם לגאונים שיש לכל אחד מישראל חלק בארץ אף בזמן הגלות, אלא דחיישינן שמא בן גרים הוא, וגם טען דלא מהני לענין הרשאה דסו"ס אין הקרקע ברשותו. וקשה אם כן מהו זה שכתב הרמב"ם דבחורבן הראשון בטל הכיבוש דיהושע, והלא להגאונים אין קנין כיבוש מלחמה לגויים בא"י. ואמנם אילו היינו מפרשים דברי הרמב"ם דלעולם קנין ישראל בארץ לא בטל ורק דהקדושה תלויה בכיבוש בפועל, וכשבטל הכיבוש בטלה הקדושה לענין מצוות התלויות בארץ, הוה ניחא, אבל פשט הדברים מורה יותר כהחת"ס דהקדושה בקנין תליא מלתא ובהיבטל הכיבוש בטל הקנין משום שהגויים קנו בכיבוש מלחמה.

אכן עיקר פירושו הכס"מ קשה, וכפי שעמד בחזו"א (חו"מ א,כז; שביעית כא,ה) דמהי תיתי לחוש למיעוט גרים כדי לבטל ההרשאה. וגם יש לדקדק שהקדים טענה רחוקה זו שמא הוא בן גרים, לטענת 'אינה ברשותו' שהיא נראית אלימא ופשוטה טפי.

אך באור הדבר, דלכאורה יש להקשות על הגאונים, אם כיבוש הארץ לא קנה לגויים כלום, א"כ היאך ישראל יושבים עתה בזה"ז בבתיים ויש להם זכות בגוף הקרקע לחפור בה בורות וכד', והלא גזילה היא בידם שהרי כל נחלה ונחלה פרטית שייכת עתה ליורשי יושביה שבשעת החורבן.

אך כבר ביארנו הדבר בהרחבה במקום אחר¹¹ עפ"י מה שאמרו בגמרא (בע"ז נג וברש"י) שארץ ישראל ירושה היא מהאבות, שעל כן לולא דפלחו ישראל לעגל וגילו בדעתם דניחא להו בעבודת כוכבים, לא היה בכח הגויים לאסור האשרות, שהרי הארץ וכל המחובר לה שייך לישראל בירושה מאברהם יצחק ויעקב. הרי שעוד קודם כניסת ישראל לארץ היתה קנויה להם בירושה. ועוד אמרו (בב"ב ק"ט) שבחלוקת הארץ בימי יהושע, הבכור נטל פי שנים מאחיו דחשיבא 'מוחזק' ולא 'ראוי', דכתיב 'ונתתי אתה לך מורשה אני ה' - ירושה היא לך מאבותיכם. ומבואר ביד רמה שם שפירוש 'מאבותיכם' - מאברהם יצחק ויעקב, שזכו בה האבות והורישה לזרעם כשאר נכסים המוחזקים. ואכן כך מורה ריהטת הכתוב, ד'מורשה' היא מאברהם ויצחק ויעקב המזוכרים ברישיה דקרא [ודלא כדמשמע לכאורה ברשב"ם (ק"ט) ד"ה לעולם וד"ה מוחזקות] שמפרש 'מוחזקת לך מאבותיכם' - מציאת מצרים ואילך]. ויש לשאול אם כן, מדוע לא היתה החלוקה לפי סדר ירושה מהאבות לבניהם אחריהם רק בסדר ירושה חדש דבאי הארץ או יוצאי מצרים (כמבואר בפ"ח דב"ב). ועוד קשה (כן עמדו המהרי"ט והמקנה בקדושין כו), היאך ילפינן קנין חזקה מ'זירשתם אתה וישבתם בה' - מדוע נצרכו לקנין מאחר וכבר הארץ ירושה ומוחזקת להם מאבותיהם.

ובארנו דאמנם כבר נקנתה הארץ לאברהם אבינו, אך לא היה זה קנין פרטי של אברהם אלא קנין האומה הישראלית ככלל, שהרי קניינו נובע מהבטחת הקב"ה ליתן הארץ לזרעו, וההבטחה היא

כן בדעת רש"י וסיעתו]. ובאמרי משה (כגו) הקשה עוד קושיות על סברא זו.

אך מחוורתא בכוונת הרשב"א [וכמבואר בלשונושם] כמו שכתב הגרשש"ק (ע' בספר הזכרון וזאת ליהודה, ועוד) עפ"י מה שכתב בספר מחנה אפרים (זכיה מהפקר ט - עפ"י ב"ק מט ותוס' ורשב"א שם) שמי שהשכיר בית לגר ומת השוכר הגר באמצע תקופת השכירות ואין לו יורשים - חוזר הבית למשכיר ואין אומרים כל הקודם זוכה לגור בו עד תום מועד השכירות. וביאר הגרשש"ק בטעם הדבר שיש להבחין בין בעלות עיקרית על החפץ לבעלות על זכויות בו (ועיקר היסוד נתבאר אצלו במערכת הקנינים), והבעלות העיקרית כוללת ממילא כל הזכויות, אלא אם כן מכרן או נתנן לאחר, ואולם כל שפקעו אותן זכויות מאחר הרי הן ממילא של הבעלים העיקרי ואינו צריך כלל לזכות בהן דממילא הם שלו בכלל בעלותו העיקרית. וכיון שהמשכיר הוא הבעלים העיקרי, הרי ממילא זכות הדיורין שלו מכח בעלותו העיקרית מיד כשפקעו הזכויות מהשוכר, הלכך לא מהני שאחר יקדם ויזכה. והכי נמי בנידון דידן, מיד כשפקע קנין השבאי חוזר הוא אצל רבו הראשון, שהרי אין לשבאי הגוי בישראל אלא קנין למעשה ידיו ולא קנין הגוף, ונמצא דהבעלות העיקרית נשארה אצל הראשון וא"כ כשפדה השני לשם בן חורין חזרה ממילא זכות מעשה ידיים לבעלים הראשונים שהוא הבעלים העיקרי שיש להם קנין הגוף בו, ואין אומרים יזכה העבד במעשה ידיו, דהא קנוי קנין הגוף לראשון ובהיבטל זכות השבאי במעשה ידיים הרי ממילא זוכה הבעלים העיקרי באותן זכויות.

דוקא, אינו משום הרישא, דלעולם כשפדאו לשם עבדות מהשבאי משתעבד לרבו השני אף בלא יאוש בעלים הראשונים, דהא קני שבאי בלא יאוש וקני זה מהשבאי, אלא משום דקתני סיפא שאם פדאו לשם בן חורין לא ישתעבד, וזהו דוקא לאחר יאוש דאי בלפני יאוש ישתעבד לרבו ראשון, דאכתי רשות אדון ראשון עליו וקנין שבאי פקע מיניה וחוזר אצל רבו ראשון. ולכאורה הדבר תמוה, כשם שאם פודה לעצמו הוא קונהו כעבד אף שלא נתייאשו בעלים ראשונים - מחמת כיבוש השבאי - כך כשפודה לשם חירות מ"ט לא נאמר שיקנה העבד את עצמו, ומדוע יחזור לרבו הראשון והלא כבר קנאו השבאי.

ובדבר אברהם רצה לחדש שקנין כיבוש מועיל רק לזמן משך הכיבוש, אבל כשתם הכיבוש בטל ממילא הקנין וחוזר לבעליו הראשונים, הלכך אם השני פדה לעבדות אין כאן ביטול הכיבוש אלא המשכו, דהשבאי ממשיך את כיבושו בכך שמוכרו לאחרים, משא"כ כשפדאו לשם בן חורין פקע כיבושו ממנו, וממילא חוזר הראשון וקונהו. אך הקשה על סברא זו מדעמון ומואב טהרו בסיחון, ואם נימא שהכיבוש אינו אלא קנין לזמן, הרי בשעה שכבש ישראל את סיחון חזר הקנין לעמון ומואב ושוב לא הועיל כלום כיבושו של סיחון בהם. וכיו"ב הקשה לו הג"ר אברהם לופטביר (בדב"א ח"ב ו,ג) מדברי הגמרא בסנהדרין (צד): גבי ממון עשרת השבטים שטהר אצל סנחריב [ודחה שם דאין משיבין מן האגדה. ועוד דלמא היה שם יאוש, כלומר דאמנם מדין כיבוש מלחמה לא הועיל אלא מחמת יאוש וחזקה. וכמו שנתבאר לעיל שבהכרח לומר