קניין בשלל מלחמה

הרב ישי יסלזון

סוגיית לקיחת השלל במלחמה רחבה היא עד מאוד. יש לעיין בה הן מהצד ההלכתי – היקף איסור גזל הגוי, גדרי קניין בכיבוש ובייאוש, עקרונות דינא דמלכותא דינא ועוד; והן מן הצד המוסרי־מחשבתי, האם מותר וראוי לקחת את שלל האויב. את השיעור הראשון בנושא נקדיש לשאלה ההלכתית, האם יש חלות קניינית בשלל המלחמה; ואת השיעור השני נקדיש לשאלת ההיתר והאיסור בעצם לקיחת השלל.

בסיפורי התנ"ך מצאנו מלחמות רבות, בחלקן נמנעו אבותינו מלשלוח יד בשלל: כדוגמת מלחמת אברהם בארבעת המלכים (בראשית יד, כא-כד), מגילת אסתר (פרק ט), מלחמת יריחו (יהושע ו-ז) ומלחמת עמלק (שמואל א פרק טו). לעומת זאת בחלקן מצאנו בפירוש שלא הייתה כל מניעה בכך כמו במלחמת סיחון ועוג (דברים פרק ג) ובמלחמת מדין (במדבר לא), כשבאחרונה התורה מאריכה לתאר את חלוקת השלל והקדשת חלקו לצרכי המשכן ומשרתי ה'.

מסיפורים אלו ברור שלקיחת שלל מועילה בשביל להעביר את הבעלות על השלל מידי הנכבשים לכובשים, אך קשה להסיק האם התורה רואה בלקיחת השלל דבר ראוי ומוצדק, מעשה שלילי ובעייתי או עמדת ביניים כלשהי. כאמור, אנו נדון בשיעור זה בנקודה המוסכמת בסיפורי התנ"ך – העובדה שבפועל לקיחת שלל במלחמה קונה, מסתמא בניגוד לרצון הבעלים הקודמים; וננסה להבין כיצד פעולת הכיבוש מועילה לקנות כאן.

גזל הגוי

ראשית דבר יש לדון האם בכלל שייך איסור גזל כאשר מדובר על רכוש גוי. **הגמרא בב"ק** (קיג.-:) מציעה שני מקורות לכך שגזל הגוי אסור:

אמר ר' שמעון, דבר זה דרש ר"ע כשבא מזפירין: מנין לגזל כנעני שהוא אסור? ת"ל: אחרי נמכר גאולה תהיה לו, שלא ימשכנו ויצא, יכול יגלום עליו? ת"ל: וחשב עם קונהו, ידקדק עם קונהו ... אמר רב ביבי בר גידל אמר ר"ש חסידא: גזל כנעני אסור, אבידתו מותרת; גזילו אסור, דאמר רב הונא: מנין לגזל הכנעני שהוא אסור? שנאמר: ואכלת את כל העמים אשר ה' א-להיך נותן לך, בזמן שהן מסורים בידך, ולא בזמן שאינם מסורין בידך.

ואכן בפשטות כך נפסק להלכה **ברמב"ם** (גזילה פ"א ה"ב) **ובשו"ע** (חו"מ שנט, א), שגזל הגוי אסור.[[1]](#footnote-2) אך בדברי רב הונא מובלע פתח להתיר גזל הגוי, כאשר העמים מסביב 'מסורים בידך', ויש לדון מה גדרו של היתר זה.

**הראב"ד** (ב"ק שם) עמד על סתירה בין פשטות הגמרא בסוגייתנו לבין דברי הגמרא בסנהדרין (נז.), המביאה תוך כדי דיון בשבע מצוות בני נח התייחסות גם לדין גזל ישראל את הגוי:

ועל הגזל בן נח נהרג? והתניא: על הגזל, גנב וגזל, וכן יפת תואר, וכן כיוצא בהן - נכרי בנכרי ונכרי בישראל - אסור, וישראל בנכרי – מותר.

אם כן, מהסוגיה בסנהדרין משמע שלישראל מותר לגזול את הגוי, ואילו בזו שבב"ק מפורש לאיסור?! מתרץ הראב"ד שאין כל סתירה כלל וכלל:

ההוא (=הסוגיא בסנהדרין) בכבוש מלחמה קאמר, כעין יפת תואר, כדכתיב: ואכלת את כל העמים, ודרשינן ליה הכא בזמן שהן מסורין בידך, כלומר בכבוש מלחמה כשימסרם הקב"ה לידך.

תירוץ זה בנוי על הסיוג של רב הונא, ומבאר את מילותיו – הכוונה ב'מסורים בידך' היא דווקא בשעת מלחמה; כאשר ישראל כובשים את האויב הנכרי, מותר לקחת מרכושו מי שהוסיף והלך בכיוון הזה הוא **המהרש"ל** ב**ים של שלמה** (ב"ק פרק א סימן מא):

בזמן שהן מסורים בידך, ולא בזמן שאינם מסורים בידך. ואין הפירוש בזמן שהן כבושין תחת ידך... אלא נראה דהכי פירושו, בזמן שהן מסורים בידך. כלומר שצוה הקדוש ברוך הוא להלחם בהם. או אפילו מלחמת רשות, הקדוש ברוך הוא נתן לך רשות להלחם עם אויביכם מסביב. אבל מי שהוא כבוש תחת ידיך, ואינו מז' אומות, גזילו אסור.

להבנתו, אין כוונתו של רב הונא לגוים היושבים תחת ידינו בשעות שגרה ושלום, שאז איסור גזל עומד בכל תקפו; ההיתר הוא דווקא במהלך המלחמה.

קניין כיבוש

מפשטות דברי רב הונא עולה הרושם שגם לקיחת רכוש במלחמה נחשבת 'גזל', אלא שהיא הותרה. ויש לדון האם כך פני הדברים או שמא רכוש שנלקח במלחמה קנוי בקניין גמור ואין כאן גדר של 'גזל' כלל. שאלה זו תלויה בסוגיית קניין כיבוש, שדנה בה **הגמרא בגיטין** (לז:-לח.):

דאמר ריש לקיש מנין לעובד כוכבים שקנה את העובד כוכבים למעשה ידיו שנאמר וגם מבני התושבים הגרים עמכם מהם תקנו אתם קונים מהם ולא הם קונים מכם ולא הם קונים זה מזה יכול לא יקנו זה את זה... אמרת ק"ו עובד כוכבים ישראל קונה עובד כוכבים עובד כוכבים לא כ"ש ואימא הני מילי בכספא אבל בחזקה לא אמר רב פפא עמון ומואב טהרו בסיחון אשכחן עובד כוכבים עובד כוכבים עובד כוכבים ישראל מנלן דכתיב וישב ממנו שבי.

בגמרא מפורש שעכו"ם קונה עבד מישראל ב'חזקה', ונחלקו רש"י ותוספות מה טיבה של אותה חזקה. לדברי **רש"י** (שם) מדובר על מעשה קניין של 'חזקה' כמו שמצאנו בקניין עבד רגיל:

בחזקה – כגון שבאי שהחזיק בו וקנאו בחזקת יאוש כשהפקירו רבו כשנתייאש הימנו חזקה שעבד כנעני נקנה בו היינו חזקה של עבדות הלבישו הנעילו הרחיצו לרבו כדתני' בהאשה נקנית.

וכך פירש רש"י גם את ההוכחה מקניין הקרקע של סיחון את עמון ומואב:

עמון ומואב טהרו בסיחון – אלמא עובד כוכבים קונה מחבירו קרקע בחזקה והאי עבד נמי כיון דאפקריה ישראל ביאוש קנה ליה עובד כוכבים בחזקה.

**התוספות** (שם, ד"ה 'אבל בחזקה')הקשו על שיטתו, שכן עבד עברי אינו נקנה בחזקה כלל, ולכן פירשו את גדר ה'חזקה' כאן בצורה שונה לגמרי שאינה קשורה לעולם הקניינים הרגיל:

פי' בקונטרס חזקה של עבדות כגון הלבישו הנעילו והרחיצו לרבו כדתניא בפ"ק דקדושין (דף כב:) וקשה דאפילו ישראל מישראל לא קני עבד עברי אלא בכסף ושטר... אלא צריך לפרש דהכא בחזקה של כבוש מלחמה איירי וכן פר"ח.

כלומר, לדברי התוספות (וראשונים נוספים שם, ראה למשל ברשב"א) מתחדש בגמרא כאן סוג חדש של קניין, הלא הוא 'קניין כיבוש', שיכול להיחשב כמעשה קניין ממש על אף שהוא לא נעשה ברצון שני הצדדים.

הבנה זו אולי נוחה יותר בגמרא, אך מחדשת דבר שעלינו להבין – מה טיבו של הקניין הזה, וכיצד הוא פועל?

ייאוש

יש שקישרו קניין זה של כיבוש מלחמה עם דין ייאוש בעלים. מצאנו בדיני השבת אבידה שייאוש בעלים מפקיע את הבעלות מחפץ גם ללא רצון חיובי להקנותו, ובצורה דומה ניתן לומר שכאשר ממון ניקח כשלל מלחמה אזי בעליו מתייאשים ממנו – וממילא ייאוש זה מפקיע את הבעלות, ומזכה אותה למי שהשלל בידו. לפי הבנה זו אין כאן גדר חדש של קניין כיבוש כקניין בפני עצמו, אלא יש כאן שימוש במערכת הקניינים הרגילה – בדומה לשיטת רש"י לעיל (לגבי כיבוש עמון ומואב בידי סיחון), אך לא על ידי חזקה אלא דרך המנגנון של ייאוש. בעל ה**דבר אברהם** (ח"א סימן יא)[[2]](#footnote-3) ציין לכמה אחרונים שקישרו בין שני המונחים, וכנגדם הוא יוצא:

וראיתי לרבותינו האחרונים ז"ל שתפסו בהחלט דביאור הסוגיא הוא משום כיבוש מלחמה, וכן מערבי להו כיבוש מלחמה עם יאוש הבעלים, עיי' ש"ך חו"מ (סי' שס"ג סק"ג) וב"ח יו"ד (סי' רס"ז) ועיי' במקנה קידושין (דף י"ד ע"ב) ובחת"ס יו"ד (סי' י"ט) ועוד. אבל לענ"ד יש לפקפק טובא בזה דנראה לכאורה דרוב הראשונים ז"ל לא מפרשי לסוגיין משום כיבוש מלחמה וענין יאוש הבעלים וכיבוש מלחמה שני ענינים נפרדים הם.

ולדבריו הסברה של ייאוש אינה עומדת כיסוד עצמאי לקניין של כיבוש מלחמה.

זיכתה תורה

**הרשב"א** (בחידושיו לגיטין שם) משתמש בלשון מעניינת שיכולה להעיד על כיוון ראשון להבנת קניין כיבוש כקניין עצמאי:

אלא ודאי כדאמרן דכל שלקחו בחזקת מלחמה בין גופו בין ממונו קנאו שהתורה זכתה לו ואם ברח ממנו גם הוא קנה עצמו בן חורין ממנו.

ייתכן שהרשב"א רואה בכך גדר מחודש של קניין, שהתורה חידשה כאשר היא מלמדת אותנו שעמון ומואב טהרו בסיחון. אמנם לא כתוב בפירוש בתורה שקניין כזה מועיל, אך מסיפורי הדברים אנחנו מבינים שאכן קרקע שנלקחה בכיבוש מעבירה את בעלותה; ואם כן אפשר שיש כאן גזירת הכתוב שמחדשת קניין חדש.

דינא דמלכותא דינא

אפשר להציע הבנה אחרת בקניין כיבוש, ולהסמיך אותו על העקרון של 'דינא דמלכותא דינא'. דין זה נאמר ברמה הפרטית בכל מדינה ומדינה, אך ברמה הכללית יותר ניתן להגיד שגם חוקי המשפט הבינלאומי מקבלים תוקף הלכתי בשל עקרון זה. כך משתמע מדברי **הרדב"ז** (על הרמב"ם, מלכים פ"ד ה"י):

ואף על גב דקייל"ן דלא שייך טעמא דיאוש בקרקע משום דקרקע אינה נגזלת אנן לאו מדין גזלן אתינן עלה דפשיטא דגזלן אין לו חזקה אלא מטעם דינא דמלכותא אתינן עלה כי כן דרך המלכים לכבוש מדינות זה מזה וקונין אותם קנין גמור דאלת"ה לא תמצא שום מלך שיש לו חזקה במלכותו שהרי כל מלכותם לוקחים מאחרים וכובשים אותם ע"י מלחמות וזו היא חזקתם.

לדידו, 'דרך המלכים' היא זו שמאפשרת את הקניין. יש שלקחו הבנה זו צעד קדימה והציעו לבסס את כל דינא דמלכותא דינא בכל מקום על היסוד של קניין כיבוש (ראו באריכות ב**דבר אברהם** סימן א אות ו).

הרדב"ז לא מסתפק רק בהזכרת הכלל 'דינא דמלכותא דינא' אלא מוסיף נופך והסבר: "דאלת"ה לא תמצא שום מלך שיש לו חזקה במלכותו". מהסבר זה עולה כי הקניין חל כאן בעקבות 'הסכמת העולם' לחלות קניינית, גם ללא רצון הנכבש. אכן בנוגע לתוקף דינא דמלכותא דינא, מצאנו לרמב"ם (גזילה ואבידה ה, יח) שמסביר שהוא יונק מהסכמת העם למינוי המלך וממילא לסמכויות שיש בידו. באופן דומה מסביר הרדב"ז את קניין הכיבוש – מכיוון שהעולם מסכים להתנהל בדרך הזו, שכיבוש מעביר בעלות על השלל, שכן התנהלות זו נוחה גם לנכבשים כשיהפכו להיות כובשים, ממילא יש כאן חלות של קניין גמור.[[3]](#footnote-4)

להבנה זו ייתכן שבימינו, כאשר יש דין בינלאומי, רק כיבוש שנעשה ע"פ הדין הבינלאומי יהיה לו גדר של קניין כיבוש שהרי רק הוא עומד ב'דינא דמלכותא' כמו שהגדרנו אותו, ויש לעיין בשאלה זו.

קניין חזקה

ייתכן לראות את קניין כיבוש גם כסניף וענף (ואולי כשורש) של קניין חזקה הידוע. מקור קניין חזקה מובא **בגמרא בקידושין** (כו.) בהאי לישנא:

ובחזקה מנלן אמר חזקיה אמר קרא ושבו בעריכם אשר תפשתם במה תפשתם בישיבה דבי ר' ישמעאל תנא וירשתם אותה וישבתם בה במה ירשתם בישיבה.

הפסוק הראשון אותו מביא חזקיה מקורו בנבואת ירמיהו אל גולי הארץ כאשר הם מתיישבים בבבל. שם הישיבה לא הייתה ע"י כיבוש אלא ע"י החזקה בשטח בפועל; לעומת זאת הפסוק שמובא בשם תנא דבי ר' ישמעאל בהחלט מדבר על כיבוש הארץ ורואה את הישיבה בפועל בארץ כקניין שמבטא ויוצר את אותה ירושה הלא היא כיבוש הארץ.

**המקנה** (על הגמ' שם) דן מה היחס בין שני הלימודים, ומתקשה בהבנה לפיה תנא ד"ר ישמעאל לומד מכיבוש הארץ – הרי אין כאן קניין חזקה רגיל, אלא קניין כיבוש! ועל כן הוא מבאר שהלימוד אינו מבוסס על כיבוש הארץ אלא על חלוקתה וההתיישבות בה:

בגמ' ובחזקה מנ"ל כו' אמר חזקי' אמר קרא ושבו בעריכם. הא דלא מייתי מקרא דאורייתא מוירשתם אותה וישבתם בה, משום דהתם אין לפרש דהחזקה הי' לקנות מן הכנענים שהיו שם בתחלה או מדין הפקר דבאמת הי' שלהם ירושה מאבותיהם כדאיתא בפרק יש נוחלין, ותו דכיבוש מלחמה עצמו אין צריך שום חזקה אחרת כדאיתא בגיטין דף ל"ח ע"א, וע"כ הא דקאמרי דבי ר' ישמעאל במה ירשתם בישיבה היינו חלוקה שביניהם כל א' וא' הוא קונה אותה בישיבה.

קושיית המקנה חזקה, ואם נבקש להשאיר את הבנת הלימוד של תנא דבי ר' ישמעאל כפשוטו נציע שקניין חזקה וכיבוש אינם שני מנגנונים נפרדים, אלא שהראשון נלמד ונובע מהשני. היסוד שקונה בכיבוש אינו הכח הצבאי, אלא המציאות בה דבר עובר מיד ליד. זה יסודו של קניין חזקה – שיש מציאות בה חפץ מוחזק אצל מישהו או שמישהו מתנהג בקרקע כשלו. המשנה בקידושין מחדשת שקניין כזה מועיל גם כשהוא נעשה בצורה סמלית, אך הצורה המקורית והיסודית ביותר שלו היא חזקת הכיבוש. על פי זה מתבאר כי קניין כיבוש קונה משום עצם המציאות, בה חפץ עבר מיד ליד ואין צורך בדבר נוסף מלבד זה.

גזל מותר או קניין גמור

רב הונא, בדבריו בסוגייה בב"ק לעיל, לא הזכיר את קניין כיבוש כדרך בה ניתן ליטול את ממון הגויים כשאנו נלחמים בהם. אדרבה, מדבריו, כמו שציינו לעיל, עולה שיש כאן גזל – אלא שהוא לא נאסר. לעומת זאת בחלק השני של השיעור דנו בדיני קניין כיבוש מהם משתמע שיש קניין גמור ואין גזל כלל. ההבדל הזה פותח פתח לשאלה בה נרחיב בשיעור הבא – הוכחנו בשיעור זה שאכן הקניין חל, אך האם מותר לקנות בדרך כזו ולקחת שלל במלחמה?

כמובן שייתכן לתלות שאלה זו בהבנות השונות בפעולת הקניין של הכיבוש: באם מדובר על קניין חזקה או ייאוש אין עדיין ראיה שקניין זה מותר – רק תיארנו כיצד הבעלות הקודמת פוקעת. לעומת זאת, אם מדובר על דינא דמלכותא דינא כדברי הרדב"ז נראה שיש כאן דרך מקובלת לקנות ולכן, על פניו, לא יהיה בה פסול. גם מדברי רב הונא משתמע שאין בעיה בלקיחת שלל במלחמה שהרי כך משתמע מן הפסוק אותו הוא מביא: "אשר ה' אלהיך נתנן לך" ומשמע שהקב"ה התיר את גזל הגוי במקרה של מלחמה.

אך בשאלה כבדה זו לא נכון להכריע אך ורק מסברות הלב ומדיוקי לשון; ובנוסף, גם הדיוקים שהעלנו עד כה לא עוסקים בשאלה האם לקיחת השלל היא ראויה ומומלצת או רק 'מותרת'[[4]](#footnote-5). בשיעור הבא נעיין בסיפורי התורה ובדברי חז"ל ורבותינו הראשונים והאחרונים, וננסה לדלות את דעת התורה בשאלת לקיחת השלל במלחמה – האם מדובר על דבר ראוי ורצוי או דווקא על דבר בעייתי שעדיף להימנע ממנו.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|   | \*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\* | \* |
| \* \* \* \* \* \* \* \* \* \* | כל הזכויות שמורות לישיבת הר עציון ולרב ישי יסלזוןעורך: שמואל פוקס, ה'תשפ"ד\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*בית המדרש הוירטואלימיסודו של  The Israel Koschitzky Virtual Beit Midrash האתר בעברית:  [[http://www.etzion.org.il](http://www.etzion.org.il/)](http://vbm.etzion.org.il)האתר באנגלית: <https://etzion.org.il/en> משרדי בית המדרש הוירטואלי: 02-9937300 שלוחה 5 דוא"ל: office@etzion.org.il | \* \* \* \* \* \* \* \* \* \*  |
| \* | \*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\* | \* |

1. וראה **בש"ך** שם ס"ק ב האם האיסור מדאורייתא או מדרבנן, ואכמ"ל בזה. [↑](#footnote-ref-2)
2. יש לציין שזהו סימן בסיסי ויסודי (וארוך מאוד) על קניין כיבוש והרוצה להרחיב מוזמן לעיין בו. [↑](#footnote-ref-3)
3. מצאנו חלות קניין המבוססת על הסכמת העולם בקניין סיטומתא (וראה באריכות בדבר אברהם ח"א סי' א שייסד את כלל מערכת הקניינים על קניין זה), אך אין כאן מקום להאריך בזה. [↑](#footnote-ref-4)
4. שהרי כידוע לא כל דבר מותר הוא גם מומלץ וכדאי (אשת יפת תואר, בן סורר ומורה ועוד...). [↑](#footnote-ref-5)