

סימן ג ספר תורה שניתן לבית-כנסת

- ראשי פרקים
א. ספר תורה שניתן "סתם".
ב. קיום מצות כתיבת ספר תורה כשהקדישו לבית כנסת.
ג. עדים מהקהל על ההקדש.
ד. חובת ההוכחה בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר.
ה. מתנה ללא קנין.
ו. דעת האחרונים בנוסח ספר תורה "סתם".
ז. הורדה בקדושה.
ח. הצעת פשרה.
ט. ספר תורה גזול.

נידונו בספר תורה שנכתב בכספו של התובע לפני כעשרים שנה, והוכנס לרשות הנתבעים. התובע טען לפני ביה"ד שהכניס את הספר תורה לרשות הנתבעים ללא תנאי וללא שטר, וכעת רצונו להוציא מרשות הנתבעים ולהעבירו לרשות בית כנסת אחר ברמת-גן, שבו מתפללים חתנו, בתו ונכדיו. התובע טוען שהספר תורה שייך לו, ולא לבית כנסת הנתבע, ומאחר והוא או צאצאיו אינם מתפללים שם, רצונו שספר תורה זה שנכתב בכספו, יהיה מונח במקום בו מתפללים צאצאיו. כמו כן טוען התובע שכיום הבית כנסת הנתבע כמעט ואינו מתפקד עקב מספר מועט של מתפללים, כשהמנין מושלם ע"י מתפללים מביכ"י סמוך, בניגוד לעבר, שבו מנה המנין בין ארבעים לחמישים מתפללים. הנתבעים טוענים לעומתו שהביכ"י מתפקד באופן סביר, אף שלפעמים יש קשיים מסוימים בהשלמת מנין. לטענתם- יש בביכ"י כשמונה ספרי תורה. המהודר ביותר הוא הספר שהוכנס ע"י התובע, עוד שני ספרי תורה כשרים, ועוד חמשה שאינם כשרים. לטענתם- אם ילקח מאתם הסי"ת הנידון, הדבר עלול לגרום לקושי נוסף בתפקוד המנין, כשיחסר להם סי"ת שלישי כשר בימים בהם יש להוציא ג סי"ת. כמו כן טוענים הנתבעים שלא שמעו על תקדים בו נלקח ספר תורה מבית כנסת לאחר שהוכנס לרשותו. לטענתם, והיה אם יוצר תקדים בנדונו, יבוא מי שתרום מזגן לביהכ"י וירצה לקבלו בחזרה, וזאת בהסתמך על תקדים הסי"ת. הנתבעים הציגו בפנינו את מעיל הסי"ת עליו רקום; "ספר תורה זה נדבת ר' ... לעילוי נשמת ...", כראיה שהספר נדב והוקדש לביכ"י. ברצוני לציין שאיש מהנתבעים לא הזכיר ששמע מפי התובע שהוא "מקדיש" את הסי"ת לביכ"י, וכן לא הובאו שני עדים כשרים [שאינם ממתפללי הביכ"י] שהעידו ששמעו את הנתבע אומר שהוא מקדיש או נותן במתנה גמורה את הספר תורה לבית כנסת זה. כשבועיים לאחר הדיון, קבלנו תוספת טענות בכתב מהנתבעים, כשעל הכתב חתומים כמנין מתפללים. במכתבם חוזרים וטוענים הנתבעים, שהחזרת הספר תורה לתובע תיצור תקדים, שבעקבותיו יבקשו תורמים נוספים להחזיר את תרומתם. כמו כן טוענים, שהעברת סי"ת למנין

שאינו מתפקד בימות החול]המנין אליו מבקש התובע להעביר את הס"ת], הינה הורדה בקדושה.

א. ספר תורה שניתן "סתם"

מהבחינה ההלכתית יש להגדיר את המציאות, כפי שהיא משתקפת מהטענות, כנתינה "סתם". כלי- לא היה כאן תנאי מפורש מצד הנותן שהוא מפקיד את הס"ת כפקדון בלבד, וכן לא נאמר במפורש שהוא ניתן במתנה גמורה ומוחלטת, וכפי שיבואר עוד להלן.

המהרי"י קולון בתשי' (שורש ע), כתב וז"ל:
"על אודות הס"ת, והוא שנתברר אצלכם שזה הס"ת הוחזק בימים קדמונים לאביו של זה רבי ישראל או לאחד ממורישיו, שאינכם יכולים להחזיק בו, שהרי הדבר ידוע דלא שייך חזקה בס"ת העשוי מתחילתו על מנת כן שיקראו בו הרבים, ושיהיה תמיד מונח בביהכ"נ עד יום פקוד אותו הבעלים, וכן פסקתי לו כבר זה ימים רבים, כאשר כתבתי אל ידיד נפשי החי עובדיה מברוטונולו יצ"ו. ואף כי כתבתם אלי שאחד מנשיאי העדה נשבע, כי שמע מפי אדם נכבד שהספר הוא הקדישו אחי אבא של זה, וגם אחד העיד ג"כ ששמע מאמו שהיתה אשה חשובה וחסידה ..."

המהרי"ק פוסל בהמשך דבריו את העדויות הנז', מכיון שעדות של בני קהילה על ס"ת שבקהילתם הינה עדות פסולה, כמבואר בגמ' ב"ב מג, א שהעדים נוגעים בעדותם.

הרי שלדעת המהרי"ק מי שהוחזק ס"ת שהיה של אבותיו, אין הקהל, שס"ת זה נמצא בחזקתם, יכולים להמשיך ולהחזיק בו בניגוד לרצון היורש, כל זמן שאין עדות כשרה שמי שנתן את הס"ת הקדישו לקהל. כדעת המהרי"ק פסק המחבר בשו"ע (או"ח קנג, כ). ואף שהמחבר עצמו פסק שם בסעיף יח, והוא מדברי המהרי"ק עצמו בשורש קסא, שכלים מכסף שנהגו להביאם תמיד לבית הכנסת, אין יכולים להוציאם לחולין והרי הם בחזקת הקדש, כבר חילק הטי"ז שם בס"ק טו בין ס"ת לכלי כסף, וכמשי"כ במשנה ברורה ס"ק צט.

מפשטות דברי המהרי"ק נראה שאין ידוע בודאות שס"ת זה ניתן במתנה, וכן אין ידוע בודאות שניתן כפקדון, והיינו שניתן "סתם". וכן נראה מדברי האחרונים (הנ"ל והמובאים להלן) שפירשו כן בדברי המהרי"ק. ברם, מדברי האליהו רבה (קנג, לה) מבואר הסבר שונה בדברי המהרי"ק, וז"ל:

"והא דסעיף כ, י"ל דשאני ספר תורה דקאי בקדושתיהו אף שמוכרים. עוד י"ל, שם מיירי שהתנה שלא יחול עליה קדושה, כדלעיל סעיף ח, וכן משמע בתשי' רש"ל סי' טז."

בתירצו הראשון נוקט האליהו רבה שיש חילוק בין ספר תורה לכלי קודש, וכמבואר בדברי הטי"ז. אך בתירצו השני נוקט האליהו רבה שהמהרי"ק מיירי שהשאל את הספר תורה לביכנ"ס, ולא בנתינה "סתם". ולכאורה צ"ע, דמדברי המהרי"ק לא מבואר שהתנה שלא יחול עליה קדושה. ועוד, דאם התנה כן מפורשות, מהיכי תיתי לומר שקנו הציבור את הס"ת, הרי כיון שידוע שהתנה כן, דמי למפקיד בעדים, שאין הנפקד יכול לומר לקוח הוא בידי, ואפילו היה ס"ת דבר שאינו עשוי להשאיל ולהשכיר, ומדברי המהרי"ק משמע שעיקר הטעם מפני שס"ת עשוי להשאיל ולהשכיר. וא"כ נאמר שלא היו עדים כשהתנה כן,

וע"כ יכולים לטעון לקוח במיגו דלהד"ס, וצ"ע, מפני שמדברי המהרי"ק לא מבואר כן.

ברם, כהסבר זה במהרי"ק, מבואר בדברי הגר"א בבאורי. דהנה באו"ח קנג, יח על מש"כ המחבר שאין יכולים להוציא כלי קודש לחולין, כתב הגר"א וז"ל:

"כמש"כ במעשר שני, זלף לתוכן סתם וכו' משגפן וכו', והכי נמי משלבש קנה ס"ת ובית הכנסת אותן, דמנהגא כן בסתמא מביאין לבית כנסת."

ובסעיף כ, בדין ס"ת שהוחזק של אבותיו, כתב הגר"א וז"ל:

"כמש"כ במעשר שני שם, המשאיל קנקנים וכו', וכיון דאין להם חזקה בחיי אביהם מתחילה, אף בבניהם אין להם חזקה."

בדברי הגר"א מובאת המשנה במעשר שני (פ"ג מ"ב):

"המשאיל קנקנין למעשר שני, אע"פ שגפן, לא קנה מעשר. זלף לתוכן סתם, עד שלא גפן, לא קנה מעשר, משגפן-קנה מעשר."

ופירש הרמב"ם שם בפירושו המשניות:

"כשהשאיל אדם קנקניו להוליך בהם מעשר שני, ופירש שהם מושאלים, אפילו שסתם פיות הקנקנים, לא קנה מעשר ... ואם נתן לתוך הקנקנים יין מעשר שני סתם, ולא פירש שנתן אותם הקנקנים בתורת שאלה, כל זמן שלא סתם פי הקנקנים, אותן הקנקנים ברשות המשאיל, אבל אם סתם פי הקנקנים, הרי נתנם למעשר, ונתחייבו למכרם ולאכול בדמיהם מה שראוי לאכול בירושלים, כדן מעשר שני."

הגר"א מביא ראיה לדין המהרי"ק בשורש ע (הנ"ל, והמובא בשו"ע בסעי' כ) מהרישא של המשנה, והרישא מיירי שהשאיל במפורש ולא בנתן סתם, וא"כ מוכח שסובר בדעת המהרי"ק שנתן את הס"ת לביכני"ס בתורת שאלה. ואילו בסעי' יח, בדין כלי הכסף, הביא ראיה מהמשך המשנה, דהיינו שנתן סתם, וכיון שנתן סתם, דינו כמקדיש לביהכני"ס.

לדבריו- אין חילוק בין ס"ת לכלי כסף, רק שבס"ת מיירי בנותנו במפורש בדרך השאלה, ואילו בכלי כסף נתנם בסתם. ומוכח מדבריו דאף בנותן ס"ת סתם, אין יכול להוציאם מהצבור המוחזק בהם.

אלא שראיתו צ"ב, שהרי דין זה הינו דוקא בסתם את הקנקנים, ודוקא ביין קנה המעשר, אבל בשמן ודבש או ביין שלא גפן- לא קנה מעשר. כן מבואר במשנה שם (לענין לא גפן) ובתוספתא (מעשר שני פ"ב מ"ב- לענין שמן ודבש וכו'). וא"כ מהיכי תיתי לדמות מעילים של ספר תורה לכדי יין שגפן שבטלים הם לגבי היין. וצ"ל, דהא דבטלים לגבי היין כשגפן, מפני שכן הוא המנהג, וע"כ גם במעילים, כשהלביש את המעיל על הס"ת, המעיל בטל לגבי הס"ת, דכן הוא המנהג. אך בשלמא במעילים וכלי כסף, אולם בס"ת מה שייך לבטלו לגבי ארון הקודש. ואפשר דס"ל דאף בס"ת המנהג ליתנו לביהכני"ס, ונתינה סתם היא על דעת המנהג, וכמו שמצאנו בקנקנים, וצ"ע.

אך מדברי הט"ז מבואר דמיירי המהרי"ק בנותן ס"ת סתם, שהוא בחזקתו. דהנה בט"ז שם בס"ק טו הביא את המהרש"ל בתשי' (סי' טו) החולק על המהרי"ק, ונידונו באחד שנתן ס"ת להיכל מכמה שנים, ולא שמע אדם שהיה אומר שלי הוא ולא נתתיה לחלוטין. אמת שהיתה נקראת על-שמו כי כן הדרך של העשירים כל אחד קונה ס"ת ונותנה להיכל, וכל אחד מכיר ס"ת שלו להתיחס בה. ופסק המהרש"ל שאם בא הוא עצמו ורצה לקחת לעצמו;

"לאו כל כמיניה אם אין לו ראיה, דחזקה דהוא אקדשה, דהוא

הוה מוציא ועליו הראיה. ומשום הכי ראיתי ושמעתי שבני אדם כשמתנדבים ס"ת לבהכ"נ היו מתנין ברבים שאינה לחלוטין, וא"כ אותו שלא התנה, איהו דאפסיד אנפשיה." וכתב עליו הט"ז, שהוא חולק על פסקו של המחבר שפסק כדברי המהרי"ק. אך הט"ז ס"ל כדעת המחבר, וז"ל:
"דכיון שהיה ידוע שהיתה שלו מתחילה, האיך יחזקוהו הקהל מספק להוציא מחזקה שלו שהיתה ודאי שלו. ומה שהיו לו מעילין של הקהל, אין ראיה כלל, כי כן המנהג להחליף המעילין מס"ת אל ס"ת, הן של יחידים הן של הקהל." הרי שהסכים הט"ז עם דעת המהרי"ק והמחבר, דלא כרש"ל. וע"כ לשיטתם כשנתן אדם ספר תורה לבית כנסת, ולא הביאו הקהל - שעליהם הראיה לדעות הנז', דלא כמהרש"ל - עדים שהקדישו במפורש לקהל, יכול הנותן להוציא ס"ת זה מרשות הקהל. וכדעת המהרי"ק פסק גם הש"ך ביור"ד (סי' רנט ס"ק ו).
ובמגן אברהם (שם ס"ק כב) הפליג עוד יותר והתיר לו למוכרו, וז"ל:

"וצ"ע על מה סומכים העולם שמוכרים ס"ת, אפי' נתנו לביהכ"נ לקרוא בהם, ומשתמשים בדמיהם. וצ"ל דכיון דהמנהג כן, הו"ל כאילו התנה בתחילה שלא תחול קדושת רבים עליהם." הרי שהתיר המג"א למכור ס"ת של יחיד שנתנו לביכ"נ שיקראו בו, ויכול הנותן לקחת את הס"ת מהקהל ולמוכרו, דכיון שהמנהג לתת ס"ת לרבים ולמוכרו בעת הצורך כשהנותן זקוק לכסף, הרי זה כהתנו שלא תחול קדושת הרבים עליהם. וע"ע במש"כ הט"ז (שם בסוס"ק א), וז"ל:
"וצ"ע, ובזמנינו רואים הרבה מוכרים ספרים ולוקחים אחרים בדמיהם, נראה עכשיו כשקונה הספר דעתו לכך שיהיה לו כל זמן שיצטרך לו, ובאם יזדמן לו יותר יפה, ימכור זה ויקח היפה, ואף שלא התנה בפירוש."
הרי שלדעת הט"ז יכול למכור ס"ת ולקנות אחר בדמיו [בניגוד למג"א הסובר שיכול אף להשתמש בדמי הס"ת לשימוש של חולין], שכן היא דעת הקונה בשעת הקניה, אף שלא אמר כן במפורש. וע"ע בשדי חמד ח"ו עמ' (295 ד"ה ובשו"ת), שנראת דעתו להלכה כדעת המג"א.
ובמשנה ברורה שם (בס"ק צט) הביא את דעת המטה יהודה והאליהו רבה [בתרוצו השני- הנ"ל] הסוברים שדוקא כשיודעים בברור שבתחילה לא הניחה לחלוטין רק השאילה שיקראו בה, אבל בהניחה סתם אמרינן דמסתמא אקדשה לעולם. אולם מסקנת המשנה ברורה, לאחר שהביא את דעת המג"א הנ"ל, שאף שלכתחילה טוב להתנות שאינו נותן את הס"ת לחלוטין, מ"מ בדיעבד שלא התנה אין להחמיר בזה.

ב. קיום מצות כתיבת ספר תורה כשהקדישו לבית כנסת

על הנ"ל יש להוסיף בעיה נוספת שמתעוררת, אם אכן רוכשוכותב ס"ת מקדיש אותו לחלוטין. התורת חיים בחידושו למסכת סנהדרין (כא, ב- ד"ה מצוה) כתב, שאם כתב אדם לעצמו ס"ת והקדישה לבית הכנסת, אינו יוצא ידי קיום המצוה, וז"ל:
"ונראה, דיחיד הכותב ספר תורה לעצמו ונותנה לביהכ"נ לקרות בה בציבור ומקדישה, לאו שפיר קעביד, דכיון שמקדישה הרי היא של הקדש ולא שלו היא, ושוב אינו יוצא בה ידי חובתו, ד'לכם' כתיב- שלכם בעינן, כדאשכחן בארבעה מינים שאין אדם

יוצא בשל חבירו, מדכתיב בהו' ולקחתם לכם'. וליכא למימר דבכתיבה לחוד תליא מילתא, דכיון דכתב לעצמו ס"ת יצא ידי חובתו וסגי ליה אע"ג דמקדישה בתר הכי, זה אינו, דיחיד שכתב ס"ת לעצמו ואח"כ נאבדה, פשיטא שצריך לכתוב לו ס"ת אחרת... , לכן נראה דאין להקדיש ס"ת אח"כ כותב לעצמו אחרת."

וכדברי התורת חיים כתב גם החיד"א בברכי יוסף (יור"ד סי' ער אות ז), וכן הביאו הרע"א בהגהותיו על השו"ע (יור"ד ר"ס ער), אך ציין שמדבריו משמע דאינו יוצא בס"ת של שותפין, וע"כ הביא חולק, עיי"ש. וכן נראה דעת החתם סופר בתשי' (או"ח סי' נג), במי שנתן ס"ת לציבור לא על דרך שאלה, שלא יברכו ברכת הטוב והמטיב, דכיון שעיי' זה לא יקיים הנותן מצות כתיבת ס"ת, הוי רעה לדידיה [לנותן] ולא טובה, וע"ע בשדי חמד ח"ו עמ' (294 ד"ה ועל). ואף שבפתי תשובה (יור"ד סי' ער ס"ק ג) הביא חולקים הסוברים שמקיים מצוה גם אם הקדיש לציבור, מ"מ מידי ספיקא לא נפקא, ובודאי כל מי שכתב ס"ת אין בדעתו להפקיע מעצמו את המצוה ואין בדעתו להכנס בספק כלל, ואומדנא דמוכח דלא נתן את הס"ת לחלוטין. ועיין בשואל ומשיב בתשי' (מהדורא תליתא ח"ג סי' פו), באיש זקן שלא היו לו בנים זכרים, וכתב ס"ת ונתנו להיכל בית המדרש להיות לו לזכר עולם, וכמה פעמים אמר בע"פ בפני אנשים שנותן את ספר התורה במתנה גמורה מעכשיו ולאחר מיתה, והבטיח להם שיתן להם בכתב שיהיה לזה תוקף לסלק כל ערעור, שלא יהיה לבנותיו או לחתניו כל ערעור, ומת קודם שנתן את הכתב. ופסק השואל ומשיב שאין הציבור יכול להחזיק בס"ת בניגוד לרצון חתניו, הן מטעם המהרי"ק והן מטעם התורת חיים שאינו מקיים את מצות כתיבת ס"ת, ואמדינן לדעתיה שלא גמר להקנותו באופן שלא יצא ידי חובת המצוה, וכל כוונתו היתה שיהיה רק אחרי מותו, ואחרי מותו הרי אין לו כח להקדיש. ומוסיף השואל ומשיב, וז"ל:

"וגם מה שאמר ברבים שדעתו במתנה גמורה, אבל לא היה רק דרך שיחה בעלמא ולא בדרך הודאה, ומי יוכל להעיד על מה שאמר דרך סיפור אם כוונתו להודאה גמורה ולמתנה גמורה."

[ולהלן יובאו אחרונים נוספים, שעל סמך דברי התורת חיים פסקו שס"ת שניתן "סתם" נשאר בחזקת הבעלים].

ג. עדים מהקהל על ההקדש

ברצוני להוסיף במאמר מוסגר, שעדיין צ"ב אם יכולים מתפללי הביכ"נ להיות עדים בנידון זה. דהנה המחבר בחו"מ לז, כב פסק וז"ל:

"עכשיו נהגו לקבל עדים מהקהל על תקנתם והסכמתם, ועל הקדשות ועל כל עניניהם, וכשרים אפי' לקרוביהם כיון שקבלום עליהם."

מדברי המחבר עולה שיוכלו הקהל להביא שני עדים מבין המתפללים, ויהיו אלו עדים כשרים מכח המנהג.

אולם לכשנעניין במקור הדברים יתבאר דברי המחבר באופן שונה. הרא"ש בתשי' (כלל ה סוף אות ד), כתב וז"ל:

"מנהג פשוט הוא בכל ישראל שאין מביאים עדים מחוץ לעיר להעיד על תקנתם והסכמתם, אלא מקבלים עליהם עדי העיר

להעיד על כל עניניהם, וכשרים אפי' לקרוביהם, כיון שקבלום עליהם אנשי העיר."

חזינן דהרא"ש מיירי רק לענין תקנות הקהל והסכמותיהם, שיכולים להעיד עדים מהקהל, אולם לא לענין דין ודברים בענין הקדשות בין היחיד לקהל.

גם מדברי הרשב"א בתשי' (ח"א סי' תתיא) נראה דמיירי רק לענין תקנות, ואף שנידון שאלתו היתה גם לענין הקדשות, מ"מ בתשובתו לא הזכיר הרשב"א הקדשות. עוד י"ל דהקדשות דומיא דתקנות, שהעדים מעידים שהקדש מטרתו כו"כ [לעניים, לתורה וכדו'], ולא בענין דין ודברים בין מקדיש להקדש. וז"ל הרשב"א:

"העיד במנהג העיר בכל התקנות וההקדשות ועבר אדם עליה, אם מביאים ראייה ממנו או לא. תשובה: באמת כך הוא, וצא וראה בכל קהילות הקודש, שאין מביאים עדים ממדינה למדינה להעיד על תקנותיהם. ויש תקנות במקצת מקומות שכל ישראל נכללין באותה תקנה, א"כ בטלת אותם מן העולם, שאין לה עדים, ובכל כיוצא"ז אמרו בירושלמי, כל הלכה שהיא רופפת בידך ואינך יודע מה טיבה, צא וראה היאך ציבור נוהג ונהוג כן."

ומוכח דהרשב"א מיירי בתקנות או במצבים שאין אפשרות אחרת אלא להביא עדים מן הקהל, שהרי אם נאסור להביא עדים מהעיר לענין תקנות העיר, לא נמצא על כך עדים בשום פנים ואופן, והוא הדין הקדשות באופן שכת' לעיל. אולם לענין דין ודברים בין הקדש ליחיד לא מיירי הרשב"א כאן.

ברם, בתשי' אחרת של הרשב"א נראה דמיירי אף לענין דו"ד כנז'.

וז"ל הרשב"א (מובא בב"י סו"ס לו):

"... וכן אנו נוהגים לעולם בכל עניני הציבור ואפי'

בהקדשות, שאם אי אתה אומר כן מי מעיד על אותו הקדש של שני ספרים שהקדיש פלוני, ובס"ת הכל פסולים אצלו, ואפי' סילוק אינו מועיל. אלא שכך נהגו בכל מקום עכשיו להכשיר פסולי הקורבה בכלל דברים אלו."

הרי לנו מפורש בדברי הרשב"א דהמנהג להכשיר עדים מהקהל גם על דין ודברים בין מקדיש להקדש.

ונלענ"ד שהדבר נמצא במחלוקת אחרונים. מדברי השב יעקב בתשי'

(חו"מ סי' ח) מוכח דאין עדים מהקהל נאמנים להעיד על דין ודברים

בין מקדיש להקדש, דאם לא נימא כן יהיה סתירה בדברי הרא"ש.

ודוקא אם יש מנהג קבוע וידוע שיכולים להעיד שרי, אולם לא באין

מנהג קבוע וידוע, עיי"ש. אך מדברי החתם סופר בתשי' (חו"מ סי'

לח) שכתב "דהיינו דוקא לעירם כגון פלוני מבני העיר הקדיש כלי

זה לביהכ"נ", מוכח דס"ל דאף בכה"ג יכולים להעיד, וצ"ע לדינא.

אמנם מזה שיש לביכ"נ זה עוד ס"ת, נראה דאין להכשיר את העדים

בנידו"ד (עיין ברמ"א לו, יט ובסמ"ע שם ס"ק נג), דכיון דס"ת זה

הינו הס"ת המהודר ביותר בביכ"נ זה, הוי ממש נוגעים בעדותם,

דניחא להו לצאת ידי חובה בס"ת מהודר. מה עוד שמדברי הרא"ש בתשי'

(כלל ג' אות ג) מוכח דאפי' אית להו ס"ת אחר בעי סילוק שלא

יהנו יותר מס"ת זה, וכ"כ בתומים סי' לו ס"ק יז, עיי"ש.

לפי"ז בנידו"ד שלא הועלתה כל טענה מהנתבעים ששמעו מפי התובע

שהוא "מקדיש" את הספר תורה לבית כנסת, וכן לא הובאו שני עדים

על כך [ולאמור לעיל היה על הנתבעים להביא שני עדים שאינם

ממתפללי הביכ"נ, מאחר וצ"ע אם יש בנדו"ד מנהג ברור שיכולים

להעיד], והתובע טוען שהכניס את הס"ת באופן סתמי ללא אומר וללא דברים, לא על נתינה לחלוטין ולא על הפקדה לזמן, יש להגדיר הלכתית נתינה זו כנתינה "סתם", ולאמור לעיל, למש"פ המהרי"ק והמחבר, ה"ט"ז והמג"א, וכדעתם פסק גם במשנה ברורה, יש על הנתבעים להחזיר את הס"ת של התובע לרשותו.

ד. חובת ההוכחה בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר

הטעם שאנו מטילים את חובת ההוכחה על הנתבעים, וזאת למרות שהם המוחזקים בפועל בחפץ הנידון, וקיי"ל (רמב"ם טוען ונטען ח, א ושו"ע חו"מ קלג, א) שכל המטלטלין הם בחזקת מי שהם תחת ידו, נובעת מהא דאיתא בשבועות מו, ב דשלח רב הונא בר אבין דברים העשויין להשאיל ולהשכיר ואמר לקוחין הם בידי אינו נאמן, כי הא דרבא אפיק זוגא דסרבלא וספרא דאגדתא מיתמי בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר. הרי שכל דבר העשוי להשאיל ולהשכיר וידוע שהיה של פלוני, וכעת טוען המוחזק שהם שלו שבמתנה נתנו לו בעליו או מכרו לו, חובת הראיה היא על המוחזק ולא על המוציא. וכ"פ הרמב"ם בפ"ח מטוען ונטען ה"ח, וכ"פ השו"ע בחו"מ קלג, ה, וז"ל:

"אבל בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר ויש למערער עדים שהיה שלו וראו אותו עתה ביד המחזיק, וזה אומר שהשאילו או שהשכירו, אע"פ שאין לו עדים האיך בא לידו, אינו נאמן לומר לקוח הוא בידי ולא ממושכן הוא בידי, וצריך להחזירו."

וספר תורה מוגדר כדברים העשויים להשאיל ולהשכיר לכ"ע. דהנה בהגדרת דבר העשוי להשאיל ולהשכיר, מצאנו מחלוקת בראשונים. דעת התוס' בב"מ קטז, א (ד"ה והא) ושבועות מו, ב (ד"ה וספרא) דכל דבר שיש רגילות להשאילו ולהשכירו דינו כדבר העשוי להשאיל ולהשכיר, שבדין ודברים בין המרא קמא למחזיק חובת ההוכחה היא על המחזיק. ואילו לדעת הרמב"ם (פ"ח מטוען ונטען ה"ט) דוקא דבר שתחילת עשייתו להשאיל ולהשכיר, דינו כדבר העשוי להשאיל ולהשכיר. ודין הספרים כבר הוזכר בגמ' ה"ל (שבועות מו, ב) דספרי דאגדתא חשיבי כדברים העשויים להשאיל. וכתבו התוס' שם (ובב"מ כ"ל), וז"ל:

"דכ"ש שאר ספרים שדרך להשאילם יותר, כדאמרין בפרק נערה בכתובות נ, א 'וצדקתו עומדת לעד' - זה הכותב ספרים ומשאילם לאחרים."

וכן היא מסקנת התוס' שם. אמנם רש"י שם (בד"ה מיתמי), כתב וז"ל:

"דדוקא ספרי דאגדתא שאין אדם עשוי ללמוד בהם תדיר, אבל שאר ספרים אינן עשויים להשאיל ולהשכיר לפי שמתקלקלין, כמו ששינוי במוצא ספרים, לא ילמד בהן לכתחילה ולא יקרא אחר עמו..."

וכן היא דעת הרמב"ם בפ"ח מטוען ונטען ה"ט-י. אמנם זה פשוט שגם לשיטתם ספר תורה עיקרו להשאיל, בפרט בימינו אנו שאין לומדים מס"ת הכתוב על קלף אלא מחומשים, וכל עשייתו היא על מנת לקרוא בו בציבור, וע"כ כל אדם פרטי שכותב לעצמו ס"ת אינו עושה כן כדי שתהא מונחת בקרן זוית בביתו אלא מוסרה לציבור כדי שיקרא בה, גם הרמב"ם יגדיר ס"ת כדבר העשוי להשאיל. וכ"כ מפורשות בגינת ורדים (חו"מ כלל ג סי' יז) דס"ת גם לרמב"ם עשוי להשאיל, וז"פ, וע"ע בשו"ת התשב"ץ ח"ב סי' קלז בסופו.

ע"כ חובת ההוכחה, שהתובע נתן את הספר תורה במתנה גמורה ומוחלטת חלה על הנתבעים, ועליהם היה לטעון ולהביא עדים שהתובע הקנה להם בקנין כנ"ל. ומדלא הביאו כן, ספר התורה בחזקת התובע. ע"כ אין מקום לטענת הנתבעים, כפי שכתבו בכתבם, שחובת ההוכחה חלה על התובע מדין המוציא מחבירו עליו הראיה.

ומה שהביאו הנתבעים כראיה את מעיל הס"ת הנדון ועליו רקום; "ספר תורה זה נדבת ר' ... לעילוי נשמת...". אינו ראיה כלל, שכן נוהגים לכתוב הכל, גם אלה שבפרוש רק משאילים את הס"ת, ונוסח זה כותב גם מי שמשאיל ס"ת לבית כנסת. נוסח זה הוא שיגרת לשון, ואינו מצביע על כל כונה למתנה מוחלטת. הכוונה כאן לומר שפלוני נדב ממון מכיסו לכתיבת ס"ת לעילוי נשמת ..."

[העיר לי ע"כ הגרמ"מ שפרן, שלא שמע שכותבים "זאת נדבת" כשאינו מתכוין לתת, אלא כותבים "לעילוי נשמת". ומסתבר שאם כותב "זאת נדבת" אי אפשר להוציא, דהוה הודאת בעל דין שנתנו במתנה, ולמעשה עדיין צריך ברור. ע"כ דבריו.

ולענ"ד נראה לחלק בין כשכותב "ס"ת זה נדבת פלוני בן פלוני", ולא הוזכר להיכן נדבו את הס"ת, לבין כשכותב "ס"ת זה נדבת פלוני לביכנ"ס פלוני". כאשר מוזכר מפורשות שם המקום שאילו נדבו את הס"ת, בהחלט יש בכך ראיה מסוימת, (רק שעדיין צריך ברור מי נסח כנ"ל, כדי להחשיב נוסח זה כאודיתא, או כיון שראה נוסח זה ושתק, גלי דעתיה שאכן הקדישו, דאפשר דהוי כדרך סיפור בעלמא ולא דרך הודאה, וכמש"כ בשואל ומשיב, וצ"ע). אולם כשנכתב "נדבת" ללא ציון שם ביהכנ"ס, י"ל שהתכוין שנדב מכספו לשם כתיבת ספר תורה, אך אין בכך משום הפקעת בעלותו על הס"ת. ואכן ראיתי מספר ספרי תורה שנתנו במפורש ע"ד פקדון, ועליהם רקום- "נדבת", כנ"ל.]

המתנה ללא קנין

גם אם היו מביאים הנתבעים עדות כשרה שהתובע אמר בפיו שנתן ס"ת זה לבית כנסת, צ"ע אם אמירה לבד ללא קנין מועילה, לפמש"כ השואל ומשיב (שהובא לעיל), וז"ל:

"עוד נ"ל דלא שייך בזה אמירה לגבוה, דבאמת הס"ת בקדושתו, רק שהספק הוא לאיזה ביכנ"ס שייך, ובזה לא שייך אמירה לגבוה כיון שהוא רק שינוי מקודש לקודש. ועיין משנה למלך פ"ו מערכין מש"כ בזה, דהוי כמו מיתומים ליתומים דלא טענין. ואני אמרתי, כיון דלא שייך רווחא להקדש, כיון שהס"ת בקדושתו והרווחא שייך לביהכנ"ס, ובזה לא שייך אמירה לגבוה כמש"כ התוס' קידושין כט ובשו"ע יור"ד סי' רנח."

הרי לנו מדברי השואל ומשיב שאמירה בפיו גרידא, אף שהס"ת היה כבר ברשות ובחזקת ביהכנ"ס, לא מהני ללא קנין, והס"ת ברשותו קאי. וע"כ לכאורה על הנתבעים היה להביא עדים שהתובע נתן והקנה בקנין גמור.

[העיר ע"כ הגרמ"מ שפרן שדבריו תמוהים, חדא- דודאי אם יקדיש ס"ת להקדש יחול עליו בעלות הקדש ויהיה בו מעילה, וכל זמן שלא הקדיש, אין הכי נמי שהס"ת קדוש אבל הוא בבעלות הדיוט, וע"י

ההקדש נעשה בבעלות הקדש, וזה פשוט. וא"כ אם ס"ל דגם לביהכנ"ס שייך אמירה לגבוה, ודאי שייך להקדש ס"ת. ועוד צ"ע מש"כ שאין רווחא להקדש מתוסי קידושין כט, א, דהא מ"מ הרי כאן מרויח ביהכנ"ס ס"ת, ומדוע לא שייך אמירה לגבוה. וכנראה שנמשך לסברתו שבין כך קדוש אין רווחא.

ועוד, אמאי לא יקנה בקנין חצר, עיין קצוה"ח סי' ר ס"ק א לענין קנין חצר להקדש, שהדבר נתון במחלוקת האגודה והרמב"ן, ויש לחוש לדעת הרמב"ן. ע"כ תוכן דבריו. ולענ"ד נראה בהסבר השואל ומשיב, דהנה המחבר כתב ב"ור"ד רנח, יג, וז"ל:

"האומר חפץ פלוני אני נותן לצדקה בכך וכך, והוא שוה יותר, אינו יכול לחזור בו. (רמ"א) דכל אמירה שיש בה רווחא לצדקה אמרינן בה אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט." ודברי הרמ"א מקורם מדברי הר"ן בקידושין (יא, ב בעמוה"ר). ובס"ת אם יקדישו לבית כנסת או יתנו לפקדון, מבחינת ביהכנ"ס אין כל נפק"מ, שבין אם הס"ת שייך לביהכנ"ס או שייך למפקיד, יכול הציבור לקרוא בו, ואין רווחא להקדש מה שהס"ת שייך לגמרי להם, דהא לרבים אסור למכור ס"ת שהוקדש בכ"ע, אא"כ התנו שלא תחול קדושת רבים עליהם, כמבואר בשו"ע או"ח קנג, י ובמג"א שם ס"ק כב, וב"ור"ד רפב, יח. ומה שיכולים הבעלים להוציאו מביכנ"ס זה ולהעבירו לביכנ"ס אחר, כיון שהקדש אחר יהנה מקריאה בס"ת, לדעת השואל ומשיב אין זה בכלל רווחא להקדש, וע"כ לא אמרינן בכגון זה אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט.

ומה שכתב להקשות מדברי קצוה"ח דיש חצר להקדש, ובבית הכנסת קונה כל אחד מציאה מפני שהוא חצר השותפין. ראשית- מפשטות דברי האגודה המובא בקצוה"ח מבואר דאין חצר לביהכנ"ס, וכן הביאו המגן אברהם קנד, כג. ואף לדעת הקצוה"ח שדינו כחצר השותפים, כיון שמסתבר שנותן הס"ת הינו אחד מהשותפים בביהכנ"ס (דבדרך כלל אדם נותן ס"ת למקום שבו הוא חלק מהמנין), א"כ קיי"ל בב"ב פד, ב דאין השותפים קונים זה מזה בחצר השותפים, אלא במדד לתוך קופתו של חברו, ואף אם היינו מחשיבים להנחה בארון קודש כמדידה לתוך קופה, הרי ארון הקודש הוא גם בשותפות, ואינו בכלל "קופתו של חברו", וממילא לא קנו השותפים את הס"ת מהנותן. אך אפשר דמהני, ע"פ מש"כ הקצוה"ח בסי' קעו ס"ק א, וז"ל:

"ואפשר דהא דחצר השותפין אין קונים זה מזה, היינו דוקא לקנותו כולו, אבל הכא דקונין זה מזה להיות הדבר בשותפות, מהני גם בחצר השותפים, ואכתי צ"ע."

וא"כ בנדו"ד שקונים את הדבר להיות בשותפות, והנותן הינו אחד השותפים, י"ל דמהני, ואכתי צ"ע.]

ו. דעת האחרונים בנותן ספר תורה "סתם"

הגר"מ פיינשטיין בתשי' (אגרות משה או"ח ח"א סי' נב) נשאל בדבר ס"ת שנתן אחד "סתם" לביכנ"ס, ולא פירש כלום בעת הניתנה, אם לחלוטין אם לקריאה בעלמא, למי שייך הס"ת. ובתחילת דבריו כתב שמסתבר לו כדעת המהרי"ק (הנ"ל) שהס"ת בחזקת בעליו, והוסיף עוד יותר לחיזוק הדין את דעת התורת חיים (הנ"ל) שאם היה מקדיש את הס"ת לביהכנ"ס היה מאבד את מצותו. והוכיח הגר"מ פיינשטיין

שהלכה כדעת התורת חיים ולא כדעת החולקים, וז"ל:

"ואף אם הוא [נותן סה"ת] עם הארץ, ולא ידע שיאבד מצותו בזה שיתן לביהכ"נ, ואולי עוד היה סבור שיותר יש מצוה שיקדישנה לביהכ"נ, וא"כ אפשר היתה כוונתו להקדישה לביהכ"נ לחלוטין. פשוט לעני"ד שהוא הקדש טעות, דברור אם היה יודע שיאבד מצוותו בזה לא היה מקדישה, ונהי שאין לסמוך על זה כשהקדיש בפירוש משום דאפשר שיודע שאבד מצותו ומ"מ הקדישה, אבל עכ"פ כשלא פירש, ממה נפשך אינו הקדש, דאם יודע הדין, אגן סהדי שלא הקדישה, ואם אינו יודע הוי הקדש טעות."

ולאחר שחלק על הסבר הערוך השולחן, מסיק הגר"מ וז"ל:

"ולכן לדינא, כיון שהמחבר והרמ"א הסכימו למהרי"ק, וגם הט"ז מסיק כן, הוי דעת המהרש"ל דעת יחיד, ובפרט שמוכרח כמותם כדבארתי, ולכן נתן סתם הוא של הבעלים כפסק השר"ע."

לפ"ז יובן החילוק בין מש"כ המהרי"ק בשורש ע למש"כ הוא עצמו בשורש קסא, וכמש"פ המחבר בסעיפים יח.כ. דדוקא ס"ת שאם הקדישו אינו מקיים את מצות ס"ת הוי בחזקתו, אולם כלי הכסף, כתרי תורה, פעמונים וכד', שאין בהם הטעם הנ"ל, הרי הם מוקדשים לחלוטין. הרי לפנינו דעת האגרות משה שאם נתן ס"ת לביכ"נ סתם ולא הקדישה בפרוש, הרי הוא שלו ולא של הביכ"נ.

גם הגר"מ אריק בתשי' אמרי יושר (ח"א סי' עז) דן באחד שכתב ס"ת וגמר בליבו ליתנו לבית מדרש מסוים, וגם אמר זאת בפיו, והיו היריעות של הס"ת תחת ידו של רב בית המדרש, ואח"כ חוזר בו הנותן ורוצה ליתנו לביכ"נ אחר. ורצה הרב השואל לומר שלא יוכל הנותן לחזור בו, שמאחר והוציא זאת מפיו הרי זה נדר גמור כמו אמירה לצדקה. וענה על כך הגר"מ אריק, דלדעתו זה אינו, דהא אפי' נתנו כבר לבית מדרש עדיין ברשותו הוא, ויכול אח"כ אפי' למוכרו ולהוציאו לביכ"נ אחר, כדאיתא באו"ח קנג.כ. והביא כסמך גם את דברי התורת חיים הנ"ל, ואת השואל ומשיב שפסק לפיו שאין הס"ת מוקדש, ושכן פסק המרי"א הלוי (יור"ד ח"ב סי' יט) שיכול להוציאו מביכ"נ זה וליתנו לאחר. וז"ל האמרי יושר:

"וא"כ מאי אולמא הא דהבטיח ליתן להם מאילו כבר נתנו לביהמ"ד שיכול אח"כ להוציאו, וא"כ ממילא יכול לחזור בו לגמרי וליתנו לבימ"ד אחר, דהא לא שייך בזה דין נדר כלל, כיון דבכל שעה יכול להוציאו."

והביא הגר"מ אריק מש"כ המהרי"ט בתשי' (יור"ד סי' ה), והוסיף בזה"ל:

"דזה שייך במקדישו באמת דאח"כ שוב אינו יכול למוכרו, אבל בנותן ס"ת כנהוג בזמן הזה, דבאמת יוכל למכרו אח"כ, א"כ שוב אין בזה דין נדר כלל שיהיה מחויב ליתנו לביהמ"ד שאמר."

עיי"ש בדבריו באריכות.

והגאון מטשיבין מוסיף סברא ודין (בשו"ת דובב מישרים ח"א סי' צא- בנידון דידיה, באשה שצויתה בחוליה לכתוב ס"ת ממעות שהניחה, עיי"ש), דאף אם נאמר שהיה גמירות דעת להקדיש את הס"ת לידי הציבור, מ"מ מי אומר שהיה גמירות דעת למוסרו עולמית לבית מדרש זה, אולי היה בדעתה שבכל עת שתראה יהיה בידה למוסרו לבית מדרש

אחר. בשלמא אם היה ברצונה לחזור וליקח הס"ת לעצמה, שפיר היה מקום לומר שאינה יכולה, אולם בנידו"ד שרצונה לתת את הס"ת לבית מדרש אחר, ודאי שיכולה. והוסיף בדובב מישרים:

"וכן ראיתי בשו"ת מהרי"א הלוי ח"ב סי' יט שהעלה, דאפי' לדעת המהרש"ל שהביא הט"ז דהס"ת שייך לציבור, מ"מ זה דוקא ברוצה ליקח הס"ת לעצמו, משא"כ ברוצה למוסרו לבית מדרש אחר, שפיר י"ל דגם המהרש"ל יודה דמותר לו להוציא הס"ת מבימ"ד זה לבימ"ד אחר, עיי"ש."

הרי שלסברת המרי"א הלוי, וכוותיה הסכים הדובב מישרים, לכ"ע, גם לחולקים על דעת המהרי"ק, יכול להוציא את הס"ת מבימ"ד זה לבימ"ד אחר, והחולקים - חולקים רק באופן שרוצה לקחתו לעצמו. גם הגרמ"י ברייש בשו"ת חלקת יעקב (חאו"ח סי' מד - במהדורה החדשה) דן בשאלה דומה, ומסקנתו;

"שלא מעייל איניש נפשיה בספיקא, ובשעה שנתן הס"ת לביהכ"נ לא עייל נפשיה בספיקא, להפסיד בזה את המצוה שלו של כתיבת ס"ת, ואמדינן נפשיה כאילו פירש להדיא שאינו נותנה לחלוטין לציבור רק בכדי לקרוא, ובפרט שכבר העידו לנו המגן אברהם והאליהו רבה דעכשיו המנהג פשוט שנשארים ברשות בעליהן ... ולפענ"ד זה ברור."

הבאתי בדברי מספר פוסקים, מהמהרי"ק הראשון ועד לאחרוני האחרונים, שמכולם עולה מסקנא ברורה לנידונינו שעל הנתבעים להחזיר את ספר התורה, שהוכנס לרשותם ע"י התובע, לרשותו של התובע, כדי שיוכל להפקידו בבית כנסת אחר לפי רצונו.

ז. הורדה בקדושה

בכתב שהגיע לביה"ד, טענו הנתבעים שהעברת הס"ת ממנין שקוראים בו גם בימות החול, למנין שמתפקד רק בשבתות וימים טובים, וממילא לא יקראו בו בימות החול, הינה הורדה בקדושה. טענה זו של הורדה בקדושה אינה ענין לנדון דידן. ספר תורה נשאר בקדושתו בין אם קוראים בו פעם אחת בשנה או פעמים רבות, ואין בכך כל קדושה פחותה. הדין של הורדה בקדושה נאמר על ספר תורה שנמכר שאסור לקנות בדמיו נביאים וכתובים או פרוכת וכד', כמבואר בשו"ע או"ח קנג, ב.

למצב שבו קוראים פעמים רבות בס"ת וכעת רוצים לשנות ולקרוא בו פעמים פחותות, יש התייחסות הלכתית מזויות שונה.

הרמ"א בחו"מ קמט, לא, כתב וז"ל:

"יחיד שיש לו ס"ת, והחזיק שהציבור קורא תמיד בס"ת שלו, אם היה לצבור ס"ת אחרת כשקראו בשלו, מקרי חזקה ואסורים לשנות, ואם לא היה להן ס"ת אחרת, לא מיקרי חזקה."

ועי"ש בסמ"ע ס"ק נ ובנתיבות שם ס"ק טז ובתומים שם. הרי שטענה זו יכולה להשמע דוקא מצד הבעלים של הס"ת, ולא מהציבור. יתירה מזו - מדברי הרמ"א מוכח שאם בעליו רוצה לשנות ומסכים שיקראו בו פחות, אין כל מניעה בכך, ורק התנגדותו יכולה למנוע קריאה בס"ת אחר, כשהוא בא בטענת חזקה כמבואר שם. בכ"ע הדבר ברור שלאחר שקבענו שהתובע הינו הבעלים של הס"ת, זכותו להעביר את הספר לביכ"נ שלבו יחפוץ, ואפי' לא יקראו בו כלל.

ח. הצעת פשרה

במהלך הדיון הוצע ע"י התובע, שהוא יממן מחצית מתיקון של ספר תורה פסול אחד [הספר הנצרך לתיקונים מינימאליים]. לאור האמור לעיל שהדין פשוט וברור לטובתו של התובע, מ"מ מכח ההלכה יכולים אנו לעשות פשרה ולכוף עליה גם בנידון זה, כדקיי"ל בחו"מ יב, ב, דקודם גמר דין אפשר לעשות פשרה אפי' יודעים להיכן הדין נוטה, ועי"ש בסמ"ע ס"ק ט דאין בזה משום מטעה לחבירו, כי נוח לחבירו שיותר מה לבעל דינו כדי שיתוך השלום ביניהם, אך מצווים אנו שלא להטות את הפשרה, כדקיי"ל בחו"מ שם, ולעשותה קרוב לדין. ע"כ אין מקום לעכב את ביצוע השבת הספר תורה לתובע עד שיתוקן הספר הפסול, אלא יש להשיב את הס"ת תוך שלושים יום מתאריך נתינת פסה"ד, ובמהלך זמן זה ולאחריו יוחל בברור מקצועי ויקבלו הצעות מחיר, שהואיל ומעשה זה מצדו של התובע הינו לפנים משורת הדין, אין מקום לכרוך את השבת הס"ת בתיקון ס"ת אחר.

ט. ספר תורה גזול

ברצוני להבהיר, שאם המתפללים ימשיכו להחזיק בס"ת בניגוד לפסק הדין, ספק גדול אם יצאו ידי חובת קריאה, ומ"מ יש איסור גמור לברך עליו.

הרא"ש במסכת ראש-השנה (פ"ג סה"ט), כתב וז"ל:

"וההיא דלולב ביו"ט שני שיוצא בשאול וגזול, וכן בשופר אם תקע בשופר גזול יצא, והכי איתא בירושלמי (סוכה ג, א) מה בין לולב לשופר, א"ר אסי בלולב כתיב 'ולקחתם לכם' - משלכם - ברם הכא יום תרועה יהיה לכם, מ"מ."

הרי דס"ל לרא"ש כדעת הירושלמי דכיון דאין דין "לכם" בשופר, יוצא גם בשופר הגזול.

ובקרוב נתנאל שם (אות ש) הקשה, דמ"מ יהיה אסור לתקוע בו מדין "מצוה הבאה בעבירה". ותירץ ע"פ מש"כ הירושלמי בהמשך (שם) לחלק בין שופר שמצוותו רק בשמיעת הקול ואין צריך לעשות מעשה בגופו, שאע"פ שלא נגע בו ולא הגביהו- יצא, ובקול אין דין גזל, משא"כ לולב שצריך להגביהו ולעשות מעשה בגופו. וצ"ל, דכיון דאין צריך לעשות מעשה בגופו אין צריך לעשות מעשה גזילה על מנת לצאת ידי המצוה, וע"כ לא הוי מצוה הבאה בעבירה, כן נראה מפרוש הקרבן נתנאל, וע"ע במש"כ הישועות יעקב (או"ח תקפו ס"ק א).

גם הרמב"ם (פ"א משופר ה"ג) פסק שיוצאים ידי חובת מצות שופר בשופר גזול, וז"ל הרמב"ם:

"שופר הגזול שתקע בו- יצא, שאין המצוה אלא בשמיעת הקול, אע"פ שלא נגע בו ולא הגביהו השומע יצא, ואין בקול דין גזל."

ובראב"ד שם כתב:

"דאפי' יהיה בו דין גזל, 'יום תרועה יהיה לכם' - מ"מ."

ועיין בלחם משנה שם שהרמב"ם רצה להרויח את הקושיא ממצוה הבאה בעבירה, וע"כ נקט בטעמו שאין בקול דין גזל, וכ"כ הרבינו מנוח שם, וע"ע ברב המגיד שם בבאור הדברים. וראה עוד בשו"ת חוט המשולש תשובה מנכדו של הגר"ח וואלוז'נר, הגרא"י (בסוף הספר סי' י

(א), ובתורה תמימה (במדבר כט, א אות יא).

ובשו"ע פסק כדעה זו (או"ח תקפו, ב), אולם יש מן הראשונים שפסקו שאין השומע קול שופר משופר גזול יוצא ידי חובתו, ובהם האור זרוע (מובא בהגהות אשרי סוף מסכת ראש השנה, וכן בב"י או"ח תקפו) ש"שופר הגזול פסול", ועיין הסבר דבריו בב"י הנז'. וכן היא דעת הריטב"א (ראש השנה כח, א ד"ה ולענין), וז"ל:

"ומסתברי דהני תרי טעמי מהני להכשיר הגזול מדין גזל שאינו שלו, דלא מתהני מידי מדחבריה, אבל אכתי איכא איסורא אחרינא דאיכא מצוה הבאה בעבירה, כדין לולב דמפסיל מהאי טעמא ביום השני דלא בעינן לכם ויוצא בשאול, שאע"פ שבקולו הוא יוצא מצוה הבאה בעבירה היא, ובמה יתרצה אדם אל אדונו ביום הדין. ובירושלמי דלא חייש להא, משום דלא חייש למימר הכי אלא בגזול שנעשה בו הוא עצמו עבירה בסיוע המצוה, דמצוה הוי שינוי רשות או שינוי השם וקנאו ביאוש ושינוי רשות, הלכך שופר הגזול פסול והשאול כשר. וגזול שקנאו ביאוש ושינוי כראוי קודם מצותו, ליכא משום מצוה הבאה בעבירה."

ואף שלענין קנאו ביאוש ושינוי רשות, שהריטב"א מקל ע"פ הירושלמי ונראה דהאור זרוע מחמיר בכל ענין, מ"מ לתרוייהו היכא שלא קנאו בקניני גזילה לא יוצא ידי חובתו.

ונראה דדין ס"ת כדין שופר, דתרוייהו המצוה בשמיעה, ואין דין שיעשה מעשה בגופו. וא"כ אם יוצאים בס"ת גזול תלוי במחלוקת הראשונים הנ"ל. ואף למש"פ המחבר בשו"ע דיוצא ידי חובתו, כתבו הב"ח והפרי חדש (וכוותיהו פסק המשנה ברורה תקפו ס"ק ט) שכל זה בדיעבד, אבל לכתחילה פשיטא שאסור לתקוע בו. ובמגן אברהם שם בס"ק ד' כתב דאין לברך עליו אף לשיטת המחבר, ועיי"ש בלבושי שרד. וכ"פ באליהו רבה שם, וכ"פ במשנה ברורה ס"ק ט דאפי' היה יאוש ושינוי רשות או שינוי מעשה, אין לברך עליו.

לאור האמור לעיל:

א. הספר תורה הנידון שייך לתובע.

ב. על הנתבעים להשיב את הס"ת לא יאחר מא' שבט תשנ"ד.
ג. התובע יממן מחצית מתיקון ס"ת השייך לנתבעים, וזאת לאחר שהנתבעים יתחייבו לממן את המחצית השניה, ולאחר שתתקבל הערכה מקצועית באשר לס"ת הנצרך לתיקונים המינימאליים.
ד. אין האמור בסע' ג, כרוך בביצוע האמור בסע' ב.

מסקנות

א. מי שנתן ספר תורה לבית כנסת, אין הצבור מוגדר כמוחזק בספר תורה, מאחר והספר תורה דינו כדבר העשוי להשאיל ולהשכיר, אא"כ יש לצבור עדות כשרה שהנותן הקדישו לביהכ"ס. ברם, יש חולקים וסוברים שחזקה שהנותן הקדישה, והוא המוציא ועליו הראיה.

ב. המחבר, הט"ז, הש"ך, המגן אברהם (והמשנה ברורה- בדיעבד),

פסקו שהס"ת בחזקת הנותן, וכדעת המהרי"ק.
ג. יש פוסקים הסוברים, שאם כתב אדם ספר תורה והקדישו לבית
כנסת, לא יצא ידי חובת המצוה, ומוטל עליו לכתוב ס"ת אחר.
ד. אף שיש חולקים על הני"ל בס"ק ג, רבים מהאחרונים פסקו שס"ת
שניתן לצבור "סתם", אין בכך משום מתנה מוחלטת והרי הוא
ברשות הנותן, שאין אדם מכניס עצמו בספק קיום מצוה.
ה. מי שמתפלל בביכני"ס מסוים, פסול להעיד בדין ודברים בין
ביהכני"ס לנותן ס"ת, עקב היותו נוגע בעדות, אא"כ יש בביכני"ס
ספר תורה כשר אחר לצאת בו ידי חובת הקריאה.
ו. ברם, לדעת המחבר- עכשיו נהגו לקבל עדים מהקהל על תקנתם
והסכמתם, ועל הקדשות ועניניהם. אולם לענין דין ודברים בהקדש
ס"ת, נראה דדוקא כשיש מנהג ברור שנהגו כן, יכולים להעיד.
ז. יש שתי הגדרות בראשונים לענין דברים העשויים להשאיל
ולהשכיר. א. דבר שיש רגילות להשאילו או להשכירו. ב. תחילת
עשייתו להשאלה או להשכרה. לפ"ז ס"ת דינו כעשוי להשאיל
ולהשכיר, וע"כ אין הצבור, המוחזק בפועל, דינו כמוחזק לענין
דין המוציא מחבירו שעליו הראיה.
ח. ממה שכתוב על מעיל הס"ת; "ספר תורה זה נדבת ר' ... לעילוי
נשמת...", אין להביא ראיה שאכן הס"ת נתנם לביכני"ס, מאחר
ומדובר בשיגרת לשון שאינה מורה על כוונה למתנה מוחלטת, אלא
שהתורם נדב מכספו לשם מצות כתיבת ס"ת.
ט. לדעת השואל ומשיב- לא תועיל מתנה של ס"ת לביכני"ס ללא ביצוע
קנין בפועל, ולענין זה לא נאמר הדין של "אמירתו לגבוה
כמסירתו להדיוט".
י. מדברי הפוסקים עולה, שמי שנתן לביכני"ס ס"ת "סתם", הוא או
יורשיו רשאים להוציאו ולהעבירו לביכני"ס אחר.
יא. יש סברא להקל אף בהקדישה במפורש, מדין הקדש בטעות, אלא
שלמעשה לא רצו להקל בכך.
יב. אין אסור להעביר ס"ת ממקום שקוראים בו גם בשני וחמישי,
למקום שלא יקראו בו אלא בשבתות וי"ט.
יג. גם כשברור להיכן הדין נוטה, יכול ביה"ד לכוף פשרה, ומ"מ
מצווה ביי"ד שלא להטותה מהדין.
יד. נחלקו הראשונים אם יוצאים ידי חובת מצות שופר, בשופר הגזול.
ואף שלהלכה נפסק שיוצאים, מ"מ אסור לברך עליו. והוא הדין
לענין ספר תורה גזול.