

בית דין ירושלים

לדיני ממונות ולבירור יוחסין

גניבה ונזק בין מתנחלים בשומרון

תיק ממונות מס' 1621-שע

(מחד' כו אלול)

נושא הדין

א' תובע את ב' שהשיג את גבולו בקרקע השייכת לו והזיק בה את עציו. מדובר בהתנחלות בשומרון בארץ ישראל.

השאלות לדין

- א. קרקע שנכבשה בימינו מהערבים.
- ב. גלו מהמקום במלחמה רק מקצת הערבים, ונשארו מקצתם בבתיהם, האם קנו הכובשים במלחמה את מה שכבשו.
- ג. כיבוש שלפי חוקי האו"ם עתידים להחזירו לנכבש, האם קונה אותו הכובש כל זמן שהוא בידו.
- ד. המסיג גבול רעהו והזיק עציו.

תשובה

א. דין כיבוש מלחמה למד רב פסא בגיטין לה א מהכתוב עמון ומואב טהרו צסיתון, ופרש"י אלמא עובד כוכבים קונה מחזירו קרקע צחוקה וכו' והדר ישראל וכבשו מיניה וטהרה להס על ידו, אלמא קנייה צחוקה. אשכחן עובד כוכבים מעובד כוכבים, עובד כוכבים מיראל מנלן, דכתיב וישב ממנו שני. ופרש"י מדקרי ליה שני דידיה ש"מ קנייה צחוקה. ופסק הרמב"ם מלכיס פ"ד ה"י כל הארץ שכובש הרי היא שלו וכו'. וכתב צאו"ע הרב הלי הפקר והשגת גבול (ח"ה דף תתעז הערה ד) שמקורו מזה שעכו"ם קונה מיראל בכיבוש וכל שכן ייראל מעכו"ם.

וחקר צדבר אברהם ח"א סי' י אס כיבוש מלחמה הוא עלמו הקנין וקונה גם צלי קנין כופף, או שע"י

הכיבוש מסתלק האימור גזילה מדין יאוש, וצריך לעשות קנין כדי לקנותו, ותלה חקירה זו במחלוקת רש"י ותוס' ועוד ראשונים, עיי"ש, ועי' הפלאה כמובנת נ א דלריך כוננת קנין כדי לקנות בכיבוש. ועי' ח"י הגר"ח מטלו גיטין סי' ט, ולבוש מרדכי ב"ב סי' ח, וכלי חמדה פרשת כי תלא עמ' קעג. ועי' שו"ת הר צבי או"ח ח"ב סי' עז דכבוש מלחמה הוא הקנין הגדול שהנכבש במלחמה נקנה להכובש, ואף קרקע שאינה נגזלת ולא מהניח לה שום יאוש לענין שיקנה אותה הגזלן, עם כל זה נקנית היא בכיבוש מלחמה. ועי' הר צבי זרעים ח"א סי' יח והלחה. ובקהלות יעקב יצמות סי' לה כתב דקנין חזקה דכבוש וכלשון התוס' גיטין לה א סוף ד"ה אצל, עיקר מעשה המועלת לקנין הוא הכבישה והשליטה, עיי"ש.

(וודוי הרב ח"י לייפקין ז"ל חקר במלחמת עמלק האם זוכה קודם ברכוש ואחרי זוכה מזה למחותו, או שמכיון שצריך למחות לא נקנה להם כלל, ראה "התורה והמדינה" כרך ג עמ' 290).

ועי' דבר אברהם ח"א סי' א שגדר כיבוש הוא כל מקום שאינו יכול להוציא בדין אלא באלימות הוי כיבוש מלחמה. ועי' מג"א סי' תרמט ס"ק ה ומשנה ברורה שם ס"ק י שאם גזל עי"י כיבוש מלחמה קנייה כדאיתא בגיטין לה. ועי' קהלות יעקב יצמות הג"ל עפ"י הטור יו"ד סי' רסו בדין עבד כנעני, דגם יחיד הכובש אית ביה דין כיבוש מלחמה דקונה בחזקה. ולפי"ז י"ל שהי"ה בכיבוש מלחמה בימיו על ארץ ישראל שכבשה הגויים והגלו אותנו מאדמתנו, שכתב בדבר אברהם ח"א סי' י אות ז וסי' יא אות ט בדעת ראשונים שע"י כיבוש פסק כח הכיבוש של ישראל, וחזרו ישראל וכבשוה מידם, אע"פ שאין לנו מלך ולא חלוזי מלחמה וכתב הטוב"ת אזהע"ז סי' קכט שלא שייך כיבוש מלחמה לענין היתר יפת תואר, מ"מ לענין קנין י"ל דמהני, כיון שאין תלוי בכל דיני מלחמה, אלא כל שאינו יכול להוציא בדין אלא באלימות הוי כיבוש מלחמה.

ומלבד זאת, כיון שמדובר בארץ ישראל שנתחלקה בכיבוש ראשון של יהושע שב אף לריך לקנין מחודש של כיבוש, כיון שהגויים שכבשוה מידי ישראל לא קנו אותה בכיבוש אף בזמן הגלות, וכמו שכתב בשו"ת מהר"ם ברי"ב סי' תקלו בשם רב נחשון גאון דקרקע אינה נגזלת ובחזקת ישראל היא וארץ ישראל נקראת על שם ישראל, וכ"כ בתויו"ט עדיות פ"ח, או כמו שכתב בחו"מ חו"מ סי' א אות כז בדעת הרמב"ם שלוחין פ"ג ה"ז שגופה של ארץ ישראל נתנה הקב"ה לאברהם אבינו ולרעו לעולם אף לאחר שגלו ישראל וקנו האויבים הארץ בכיבוש מלחמה ויאוש שנשתקע שם בעלים, חשיבא הארץ של ישראל מזד הבטחת שמו ית' להשיבה אלינו, והוי הגוף שלנו, שאין כח בכיבוש הגויים אלא לקנותה קנין פירות אבל קנין הגוף אין להם והגוף הוא של ישראל, ואע"פ שכל יחיד פקע קנינו מחלקו, מ"מ יש לו חלק בארץ מכח המתנה שניתנה לכל ישראל, ותתחלק לבאי הארץ לעמיד לבוא. ועי' חו"מ א שם שאף למ"ד בגיטין מ"ז א יב קנין לנכרי להפקיע מיד מעשר, היינו משום שזהו די בקנין פירות של הגויים כדי להפקיע. ועי' שו"ת מהרי"ט ח"א סי' מג. ולפי"ז י"ל שכדי להחזיר לנו את הקנין פירות די גם בכיבוש בלי מלך ותלוזי מלחמה.

אלא שבנידון דידן לא הנדדים ענמם כבשו קרקע זו מיד הערבים, אלא שהם באו להתנחל עם ברשות

השלטון הישראלי או שלא ברשותו, וא"כ אי אפשר לומר שקנינם הוא עלם הכיבוש, אלא קנו הקרקע בקנין חזקה, וע"כ מי שהחזיק ראשון קנה.

ב. כתב המאירי גיטין נט א (עמ' 244) בשם גאונים המערב: מלכות שנלחם במלכות אחרת וגלו מקצתם ונשארו מקצתם ומכר אותו המלך קרקעות של אותם שהלכו לאותם שנשארו וחזרו ולא נתיאשו והלוקח זיית דינא, דיין אותו כלוקח מן הסיקריקון וכו', ומ"מ מלכות שנכנסה במלכות אחרת עד שעקרה האחת את חברתה לגמרי והושיב אחרים במקומם, הרי זו מלכות חדשה וקנתה קנין גמור וכמו שאמרו עמוין ומאז טהרו בסיוחן ומקחו קיים ואין לבעלים כלום אפילו לא נתייאשו. ע"כ. ומקורו בשמוצות הגאונים (גנוי קדם ח"ה עמ' 122) ובעיטור אות מ מודעא, ועיי שער החדש על העיטור סם (דף מא עמ' א) אות סא. ועיי "חווה בנימין" ח"א שער ב סי' יג אות ו בשם הגרע"י שבכבוש שלנו כיום שאין בדינו לגרש את הערבים מושבי השטחים ביהודה ושומרון ועזה, והם יושבים ישיבת קבע בחלריהם וטירותם וכו' אין זה בכלל מלוות כיבוש וכו' (ולא הביא דברי המאירי הנ"ל).

לפ"י"ו בהתנחלות בשומרון המוקפת ערבים שלא גלו מאדמתם בכיבוש, אם באנו לדון בקנינה משום כיבוש, י"ל שלא קנו כיון שאין זה כיבוש, וז"ע.

ג. עיי שו"ת הרדב"י ח"ג סי' תתקסח ורדב"י על הרמב"ם מלכים סוף פ"ד שכתב צדעת הרמב"ם שטעם כיבוש מלחמה שקונה הוא משום דינא דמלכותא דינא, דחוק המלכים הוא כשלוכדים המדינה ככה המלחמה כל הצמים והשדות והכרמים הם שלו, וכן דרך המלכים לכבוש מדינות זה מזה וקונין אותן קנין גמור, דאי לא תימא הכי לא תמלא זום מלך שיש לו חזקה במלכותו שהרי כל מלכותם לוקחים מאחרים וכושבים אותם ע"י מלחמות וזו היא חזקתם. וכ"כ בשו"ע הרב ה"א הפקר והשגת גבול סעי' ג.

לפ"י"ו באופן שהכיבוש הוא נגד החוק של האוי"ם לא קנו בכיבוש, דאין בזה דד"מ.

ד. רמב"ם גנבה פ"ו ה"א: המסוג גבול רעהו והכנים מתחום חצירו בתוך תחום שלו אפילו מלוא אלבע, אם בחזקה עשה הרי זה גזלן, ואם הסוג בסתר הרי זה גנב, ואם בארץ ישראל הסוג הגבול הרי זה עובר בשני לאוין, בלאו של גניבה או של גזילה ובלאו של לא תסוג גבול רעך, ואין חייבין בלאו זה אלא בארץ ישראל שנאמר שנחלתך אשר נתחל. וכתב הפרישה סי' ששו שלדעת הטור אין בקרקע לאוין של גניבה וגזילה כיון שקרקע אינה נגזלת. ועיי תוס' ב"מ סא א.

ובהלכות גזילה פ"ט ה"א כתב הרמב"ם: הגזול קרקע מחצירו והפסידה כגון שחפר בה בורות שיחין ומערות או שקלץ את האילנות ושחת המעיינות והרם הבנין, חייב להעמיד לו בית או שדה כשהיו בשעת הגזילה או ישלם דמי מה שהפסיד. ולהלן הלכה ד: גזל שדה והפסידה בידו, כשבעל השדה גובה את דמי מה שהפסיד הגזלן גובה את דמי מה שהפסיד הגזלן גובה אותן מנכסים בני חורין מפני שהוא כמלוה ע"פ, ואם עמד הגזלן בדין ונתחייב לשלם ואח"כ מכר גובה מנכסים משועבדים. ומקורו בגמ' ב"מ יד ב אמר רבא הכא במאי עסקינן כגון שגזל שדה מחצירו מלאה פירות ואכל את הפירות וחפר בה בורות

שיחיון ומערות, בא נגזל לגבות קרן גובה מנכסים משועבדים בא נגזל לגבות פירות גובה מנכסים בני חוריון, ולהלן בגמ' טו א בין לרבא בין לרבה בר רב הונא מלוה ע"פ הוא ומלוה ע"פ אינו גובה מנכסים משועבדים, הכא במאי עסקינן כשעמד בדין וכו'.