

נחלקו האמוראים בדין טביחה ומכירה לאחר יאוש האם יש קניין לגנב או לא. לדעת רבי יוחנן אין קניין לגנב ולכן חייב הגנב בארבעה וחמישה. מה שאין כן לשיטת ריש לקיש שפוסט את הגנב לאחר יאוש הבעלים משום שיש קניין לאחר יאוש, וכך לשון הגמרא (שם סח:):

לאחר יאוש מאי? ר' יוחנן אמר: חייב, וריש לקיש אמר: פטור. רבי יוחנן אמר חייב, חיוביה בין לפני יאוש בין לאחר יאוש. ריש לקיש אמר פטור, חיוביה לפני יאוש הוא, אבל לאחר יאוש - קנה, ושלו הוא טובח ושלו הוא מוכר.

ויש לעיין ביסוד המחלוקת של ריש לקיש ורבי יוחנן. הגמרא בהמשך מביאה עוד מחלוקת בנושא של 'הקדש בדבר שאינו ברשותו' ריש לקיש סבר (כצנועים במשנה שם) שאפשר להקדיש דבר שאינו ברשותו, אך שיטת רבי יוחנן כך (שם סט.):

אמר רבי יוחנן: גזל ולא נתיאשו הבעלים - שניהם אינן יכולים להקדיש, זה לפי שאינו שלו, זה לפי שאינו ברשותו.

רבי יוחנן סובר שאין הגנב והבעלים יכולים להקדיש את החפץ, משום שאין זה בעלותו של הגנב, ואין הבעלים מחזיק ברשותו את החפץ.

ע"כ מה סובר ריש לקיש ביחס להבנה זו של רבי יוחנן? הרי לשיטתו אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו! ועוד הגנב קונה דבר שאינו שלו!

עוד נקודה מעניינת בה נחלקו הראשונים, במקרה שהגנב רוצה להחזיר את החפץ, האם יכול הבעלים להקדישו לפני שהגיע אליו ממש? המאור סובר שיחול ההקדש במקרה כזה, אך הרמב"ן חולק וסובר שאין הבעלים יכולים להקדיש גם שרוצה הגנב להחזיר את החפץ, וזה לשונם (יח. בדפי הרי"ף):

ועוד אנו ידי עניים אנו הרבה כתב בה הרב ז"ל וכו' לא זו הדרך ולא זו העיר דלא אמרי' אינו ברשותו בדבר שאינו מסרב ליתנו לו וכו': אמר הכותב ותמה על עצמך היאך אדם יכול להקדיש מלוה שלו שאינה לא ברשותו ולא ברשות (אביו) [גבאי] בעין ורצה הלה ליתן לו מ"מ לא קנה מעולם ולא בא לרשותו.. וכן במקח וממכר אלמא **כדבר שלא בא לעולם דמיא לענין הקדש נמי דבר שלא בא לעולם הוא** וק"ו הדברים ולא זו בלבד אלא שאף ההפרש שפירש בגזל ולא נתיאשו הבעלים אינו כלום שאע"פ שהלה רוצה ליתן לו אינו קדוש כיון שבתורת גזל הוא אצלו מ"מ זה ברור הוא שאין אדם יכול להקדיש מה שלא הגיע לידי מעולם ואינו שלו.

ויש לעיין ביסוד מחלוקתם של הר"ז והרמב"ן. נראה שיש להגדיר את יסוד הבעלות, ומתוך כך לנסות לברר את כוחה בשלל צדדיה. מו"ר הרב ויצמן שליט"א בספרו מיטב הארץ ביאר בכלל 'הבעלות העצמית על הקניינים' גם את שיטת רבי יוחנן (עמ' 45). בקנייני האדם יש שתי בחינות של בעלות (עיי"ש):

א. בעלות עצמית.

ב. בעלות שימושית.

כלומר, הבעלות העצמית היא הקשר הפנימי שיש בין האדם לחפציו, והבעלות השימושית היא היכולת להשתמש בחפציו. מדברי רבי יוחנן עולה, שחייב ששני הדברים יופיעו כדי להוציא את פעולת החפץ מהכוח אל הפועל. כמו הדוגמא של הגנב, **שהבעלים לא יכול להקדיש משום שאין לו כוח שימושי בחפץ ('אינו ברשותו'), והגנב לא יכול להקדיש משום שאין לו כוח עצמי בחפץ ('אינו שלו').**

לעומת זאת נראה שריש לקיש סובר שכדי להקדיש צריך רק את הבעלות העצמית, ואין צורך שהקניינים יהיו אצל האדם עצמו. וכן סובר שגנב קונה את החפץ לאחר האיבוד בעצמיות הקניין של הבעלים (יאוש), מה שאין כן נכון לרבי יוחנן שהרי הוא איננו שלו.

ונראה שכך יש לבאר את יסוד הבעלות השימושית בין הראשונים. האם הבעלות השימושית היא ביכולת הרוחנית להתשמש בקניין, או ביכולת המעשית העבשווית להתשמש בקניין?

הרמב"ן סובר שרצון הגנב להחזיר את החפץ איננו מקנה את הבעלות השימושית, אלא מתי שיכול הבעלים להשתמש למעשה בחפץ עצמו. לעומת זאת סובר הר"ז שהשליטה הרוחנית העתידית כבר מקנה את הבעלות השימושית על החפץ (ושורש המחלוקת כתבו האחרונים כמה אפשרויות עיי' הגר"ש שקאפ, קובץ שיעורים ועוד).

ע"כ רק סירוב של הגנב לתת את החפץ מונע עפ"י הר"ז את הקדשת הדבר, אך ברגע שיש: א. בעלות עצמית. ב. בעלות שימושית רוחנית. אזי יכול הבעלים להקדיש את החפץ. הרמב"ן סובר שיש אפשרות להקדיש במקרה הנ"ל חפץ שיש בו: א. בעלות עצמית. ב. בעלות שימושית מעשית.