

הועתק והוכנס לאינטרנט
www.hebrewbooks.org
ע"י חיים תשע"א

הערות וציונים

על מסכת
בבא קמא

פרקים
מרובה • הגוזל עצים • הגוזל ומאכיל

נכתב בס"ד ע"י א. אוסטרן

הוצאה שניה
תשס"ז
בני-ברק

דברים אחדים

אודה ה' בפי ובתוך רבים אהללנו על אשר זיכני להפיץ דברי תורה ברבים.

רוב הדברים שנתבארו בחיבור זה נאמרו ברבים בישיבת שערי תורה בבני-ברק בראשות ראש הישיבה הגאון ר' חיים ישראל שפירא שליט"א. יתן ה' שיזכה להרחיב גבולו בתלמידים הגונים להגדיל תורה ולהאדירה.

התודה והברכה להרב יוסף יצחק גולדשטיין שליט"א ולהרב אריה בלסקי שליט"א מארה"ב שע"י השתדלותם יוצא ספר זה לאור.

הכתובת:

הרב סורוצקין 4, בני-ברק
טל. 03-6197124

כמו"כ ניתן להשיג:

רח' שמואל הנביא בלוק 4	רח' נתיבות המשפט 87
ירושלים	קרית-ספר
טל. 02-5828515	טל. 08-9744711

במושב תפרח
טל. 08-9924520



ספר זה יוצא לאור
לזכרו ולעילוי נשמתו הטהורה
של האי גברא רבה

הגאון רבי **מישה צבי** ב"ר **מזביה אליהו וינטרויב** זצ"ל

ר"מ דמתיבתא תורה ודעת ברוקלין נ"י

אשר הרביץ תורה עשרות בשנים והעמיד תלמידים הרבה
למד בישיבות מיר וברנוביץ
והיה מתלמידיו של הגאון ר' אלחנן וסרמן זצוק"ל

קיבל יסורים באהבה
ונפטר בשם טוב ט"ז באב תשס"ד

ת.נ.צ.ב.ה.

הערות וציונים

מסכת בבא קמא

פרק מרובה



דף סה.

קֶרֶן כַּעֲיִן שֶׁגִּנְבָּה. כתבו התוס' שעיקר החידוש של רב אינו שקרן כעין שגנב, דזה ידעינן ממתני' דלקמן, אלא שכפל ודו"ה כשעת העמדה בדין. ושאלת הגמ' מאי טעמא היינו מ"ט דכפל ודו"ה כשעת העמב"ד. ומשני דגניבה וחיים משמע שרק גניבה שהיא הקרן הוא כעין שגנב, ומבואר בשיטמ"ק שגלמד מיתורא דגניבה וחיים, אבל כפל ודו"ה כשעת העמב"ד. וכתב המחנ"א הל' נזק"מ ס' א' דמשמע בתוס' שגם הדין של קרן כעין שגנב נלמד מקרא ואינו סברא דלא הקשו פשיטא למה לי קרא אלא הקשו דחידוש זה מבואר במשנה לקמן, וכתבו דרב חידש שדין הכפל ודו"ה שונה מדין הקרן. אבל גם קרן אינו פשוט ונלמד מקרא. אבל הרא"ש כתב שמה דאמרינן קרן כעין שגנב הוא פשוט מסברא דמעשה הגניבה מחייב כפי הערך של שעת הגניבה ולא צריך קרא ללמד דין זה. דלמה ישלם פחות כשהוזל הרי כבר נתחייב בשעת הגזילה כפי הערך של שעת הגניבה. וכן אם נתיקר אין סיבה לחייב על היוקר שלא היה מעשה גזילה על זה. וכיון שלא צריך את

הפסוק לגופיה אמרינן דאתא לדיוקא דדוקא קרן כעין שגנב ולא כפל ודו"ה. דהיינו שלדברי המחנ"א נחלקו תוס' והרא"ש אם מה שקרן כעין שגנב הוא מסברא או שמסברא משלם כשעת העמב"ד וילפינן מקרא שקרן כעין שגנב.

המחנ"א כתב דנ"מ מזה לענין מזיק שלרא"ש שמסברא גזלן משלם כעין שגנב א"כ גם מזיק משלם כשעת הנזק אבל לתוס' רק בגזל גלי קרא אבל במזיק דליכא קרא משלם כשעת העב"ד. ובביאור המחלוקת כתב המחנ"א דפליגי ביסוד החיוב של מזיק אם החיוב הוא לשלם הפסדו של הנזק וזה תלוי בערך של שעת הנזק או שהחיוב להחזיר את החפץ שהזיק ומקיים את זה ע"י דמים מדין מ"ל הן מ"ל דמיהן וא"כ תלוי בערך של שעת התשלום. וכתב המחנ"א שבזה תלוי מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בפ"ה מטו"נ ה"ב אם התובע דמי נזק של קרקע והמזיק מודה במקצת אם נשבע שבועת התורה או שדמי קרקע כקרקע ונחשב תביעת קרקע. דהרמב"ם ס"ל שחיוב מזיק הוא להשלים את החפץ ולכן ס"ל שתביעת תשלום נזק של קרקע הוא תביעת

החידושים של רבא. וא"כ מה הקשו התוס' שהגמ' תביא מכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה הרי משם אין ראייה אלא לאחד מן החידושים, ולכן הביאו מגזל חמץ ועבר עליו הפסח. ואין זה מה שתירצו התוס', שהתוס' תירצו שיש חידוש בחיוב דמים כשאינו בעין כשאינו בר השבה אילו היה בעין, ולא תרצו שיש חידוש שאם זה בעין יש חיוב השבה אף שאינו ממון.

אמנם דברי התוס' מתבארים היטב ע"פ דברי האו"ש בפ"ג מחמץ ה"ח ד"ה ובכל שכתב שנחלקו רש"י ותוס' בדף ק"ה. בביאור דברי רבא דחייב להחזיר את האגודה אף שהוזלה ואין בה ש"פ. דרש"י כתב שם דאף שעכשיו אין בו ש"פ כיון שבשעת גזילה היה בו ש"פ בעי לאהדוריה ולהוליקה אחריו. ומשמע דס"ל דחייב להחזיר הוא כפשוטו שיש חיוב השבה על האגודה כשהיא בעין אף שעכשיו אין בה ש"פ. אבל התוס' כתבו בד"ה אמר רבא דחייב להחזיר פירוש אם ישנה בעין מחזיר אותה ואם לאו משלם ש"פ. וכתב האו"ש שהתוס' באו בזה לאפוקי מרש"י וס"ל שגם כשנמצא בעין אין חיוב השבה כיון שאין בו שיעור ממון, ומה שאמר רבא דחייב להחזיר היינו שאם לא יחזיר חייב לשלם ש"פ כעין שגנב. וחייב להחזיר הוא רק עצה לפטור מחיוב הדמים וזה פשוט שאם מחזיר נפטור אלא החידוש הוא שאם לא מחזיר משלם דמים כעין שגזל. ומוסיף האו"ש שלרש"י שיש חיוב השבה על האגודה וע"ז הביאו תנא תונא מחמץ ע"כ דס"ל שגם שם יש חיוב השבה על גוף החמץ כל זמן שהוא בעין אף שהוא אסור בהנאה. דהיינו שלרש"י התנא תונא הוא גם ע"ז שכל זמן שהוא בעין יש חיוב השבה אף שעכשיו אינו ממון וגם ע"ז שאם אינו בעין משלם דמים כדמעיקרא. ולרש"י פשוט שלא קשיא כלל קושית התוס' כאן שיביאו מכל הגזלנים דשם אין מקור לחיוב השבה כשהוא בעין. והתוס' שהקשו כאן אצלו לשיטתם דליכא

קרקע, והראב"ד ס"ל שע"י דמים אינו משלים את הקרקע אלא משלם את ההפסד ולכן תביעת הדמים הוא תביעת מטלטלין ולא תביעת קרקע ונשבעין עליו. וע' בשבועות מ"ו. שכתבנו בס"ד שמדברי הר"ן שם מוכח דס"ל שמה שלרמב"ם דמי קרקע הוא כקרקע אינו מפני שחיוב של מזיק קרקע הוא להעמיד לגזיק קרקע אלא שהרמב"ם ס"ל דאזלינן בתר סיבת החיוב ואף שהחיוב עצמו אינו קרקע אם סיבת החיוב הוא קרקע לא נשבעין ע"ז. והנ"מ בזה הוא בתובע תשלום עבור מכירה של קרקע למחנ"א בזה יודה הרמב"ם דאין הדמים דמי קרקע ונשבעין עליהם דבזה אין חיובו של הקונה חיוב קרקע אלא חיוב דמים תמורת קרקע. אבל לר"ן גם זה נחשב כקרקע כיון שקרקע הוא סיבת החיוב. וע' במ"מ פ"ה מטו"ה ה"ה שמסופק בזה וכתב וקרום אני לומר שדמי מכירת קרקע אינו כקרקע ומודה הרמב"ם שנשבעין עליו וזה כהבנת המחנ"א ברמב"ם ולא כהבנת הר"ן.

תוד"ה גופא. הביאו את דברי רבא לגבי ג' אגודות דאגודה שהיתה שוה בשעת גזילה פרוטה ואח"כ הוזלה חייב להחזיר ואמרו ע"ז תנא תונא גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הש"ל. והקשו אמאי לא הביאו מכל הגזלנים משלמים בשעת הגזילה. וצריך להבין קושייתם שבדברי רבא יש לכאורה ב' חידושים. א. שאם האגודה היא בעין יש עליה חיוב השבה ואף שהגונב פמש"פ אינו חייב בהשבה שאני הכא שבשעת גזילה היה ש"פ וכבר נתחייב בהשבה. ב. אם אינה בעין משלם פרוטה דהיינו דמים כשעת הגזילה. ורק את החידוש השני אפשר ללמוד מכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, אבל החי' הראשון שיש חיוב השבה על דבר שעכשיו אינו ממון א"א ללמוד מכל הגזלנים וע"ז צריך להביא דוקא את המשנה של חמץ, דשם מבואר דאומר לו הש"ל, דהיינו שאם הוא בעין יש עליו חיוב השבה, ואם אינו בעין משלם דמים כשעת הגזילה, ומכאן ראייה לשני

חיוב השבה כשהוא בעין, לא באגודה ולא בחמץ, אלא רק חיוב דמים אם אינו בעין וע"ז הקשו הכא שפיר דחידוש זה יכלו להביא מכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה.

ובזה יובן גם תירוץ התוס' כאן שתירצו דמכל הגזלנים ידעינן רק שיש חיוב דמים כעין שגנב כשאין הגזילה בעין רק באופן שאם היה בעין הוי בת השבה, ור"ב חידש שיש חיוב דמים כשאינו בעין גם באופן שאם היה בעין לא היה בר השבה, וזה מוכח רק ממתני' דגזל חמץ ועבר עליו הפסח. ואמאי ליכא הכא חיוב השבה כשהוא בעין הרי רבא אמר שחייב להשיב את האגודה אף שאין בה שוה פרוטה. ואפ"ל שכונתם דמצד המצב של עכשיו אינו בר השבה, ואם היה נגנב במצב שהוא עכשיו לא היה חיוב השבה, וחייבו רק מפני שכבר נתחייב כשהיה ש"פ. אבל לדברי האו"ש ניחא טפי דבאגודה וכן בחמץ ליכא חיוב השבה כיון שאינו ממון. ומה שרבא מחייב להחזיר את האגודה, וכן מה שצריך לומר הרי שלך לפניך בחמץ שעבר עליו הפסח, אין זה חיוב השבה אלא אפשרות ליפטר מחיוב הדמים, וכיון דפקע חיוב השבה ס"ד שגם דמים אינו חייב, קמ"ל מתני' דגזל חמץ ועבר עליו הפסח דאף דליכא חיוב השבה על החמץ כשהוא בעין כשאינו בעין משלם דמים כעין שגנב.

כפ"ל ודו"ה כשעת העמב"ד. שיטת הרא"ש שאין הכפל ודו"ה שוים, דכפל הוא כשעת העמב"ד ממש ודו"ה אינו כשעת העמב"ד אלא כשעת הטביחה שהוא המעשה שמחייב את הדו"ה. ואם התיקף או הוזל בין הטביחה להעמב"ד משלם כשעת הטביחה. ודברי הרא"ש צ"ב דכשם שהמחייב של דו"ה הוא הטביחה כך המחייב של כפל הוא הגניבה, ואעפ"כ משלם כפל כשעת העמב"ד, ולמה דו"ה לא יהיה כשעת העמב"ד. ולכאורה מבואר מזה שהרא"ש ס"ל שהמחייב של כפל אינו מעשה הגניבה בלבד דמבואר לקמן ס"ח: שאם

גנב ולפני העמב"ד חזרה הקרן לבעלים אינו חייב כפל. ופרש"י שם דהוא משום דכתיב אם המצא תמצא בידו. ויבואר שם בס"ד שדעת כמה אחרונים שאין זה מדין מודה בקנס אלא אפי' למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב אם חזרה קרן לבעלים פטור. והביאור הוא דמעשה הגניבה מחייב קרן, ומה שמעכב בידו הגניבה אחר מעשה הגניבה ואינו משיב לבעלים עד שהעמידו אותו בדין זה המחייב את הכפל כדכתיב אם המצא תמצא בידו הגניבה.

יסוד זה שמעתי מח"א שליט"א בביאור דברי ר' חייא שמונה לעיל ד: בכלל כ"ד אבות נזיקין גנב גזלן כפל ודו"ה. ואינו מובן דאמנם גנב וגזלן הם שני מיני נזיקין אבל קרן של גנב וכפל של גנב הם שני חיובים שהגנב מתחייב על מעשה אחד ואמאי נמנה כב' מזיקין. ואמר שמוכח מזה שחיוב הקרן והכפל אינם על אותו מעשה. שמעשה הגניבה מחייב את הקרן, וחיוב הכפל אינו על מעשה הגניבה לבד אלא בצירוף זה שמעכב בידו את הגניבה, וזה מוזק אחר. ולכן כתב רש"י שם כפל דכתיב אם המצא תמצא בידו הגניבה, ואמאי מביא רש"י פסוק זה ולא את הפסוק של שנים ישלם, אלא דשנים ישלם הוא החיוב ולא המזיק, והמזיק שעליו חייבים את הכפל הוא מה שנמצא הגניבה בידו, דהיינו מה שמעכב את הממון בידו עד שהנגנב תובע אותו לדין. ולכן אם חזרה קרן לבעלים נפטר הגנב מכפל דחסר את עיקר המחייב של כפל. וגם ע"ז מביא רש"י את הפסוק של אם המצא תמצא בידו. ולפ"ז ניחא דברי הרא"ש שהמעשה המחייב של דו"ה הוא הטביחה ולכן משלם כשעת הטביחה והמעשה המחייב של הכפל הוא מעשה הגניבה בצירוף עם מה שמעכב בידו את הגניבה עד שעת העמב"ד.

ועיקר יסוד זה מבואר בקצרה באו"ש בחידושי לקמן ע"ו: שכתב בד"ה אולם שהדין

בנתפסמה מאליה. וגם התוס' כתבו כן אך כתבו שלפי האמת גם בנתפסמה מאליה משלם כעין שגנב בגלל הסברא שמבואר לקמן תורא גנבי מינך וכו', וכן מבואר בסוף הסוגיא דטלאים כדמעיקרא לפר"י. אבל עכשיו שעדיין לא ידעו סברות אלו הסברא של אנא פטימנא ואת שקלת הוא רק בפיטמא בידים. ויש לבאר את הסברא של אנא פטימנא ואת שקלת בב' אופנים.

א. אף שעדיין לא ידעה הגמ' את הסברא של תורא גנבי מינך דיכרא גנבי מינך היינו דוקא כשנשתנה מאליו, כגון טלה ונעשה איל, דכיון שהשתנה בלי מעשה של הגנב ס"ד דמה שיש עכשיו הוא מה שגנב, אבל היכא שהשינוי בא ע"י מעשיו של הגנב אין זה מה שגנב, וכיון שהגניבה הוא חלק מן המחייב של דו"ה אין לחייב יותר ממה שגנב. דהיינו אף שלא ידענו את הסברא של תורא גנבי מינך לענין טלה ונעשה איל או לגבי נתפסמה מאליה, לגבי פיטמא בידים ידעו מעיקרא את הסברא של תורא גנבי מינך. וזה גופא הפשט אנא מפטימנא ואת שקלת, דכיון שהשבח בא ע"י מעשיו אין זה מה שגנב.

סברא זו מבוארת בדברי רע"א בריש דף ס"ה: בביאור דברי הרא"ש בדעת הרי"ף. שהרי"ף פסק שרק בכחושה והשמינה בידים משלם כעין שגנב בגלל הסברא של אנא מפטימנא ואת שקלת ולא בהשמינה מאליה. ומבאר הרא"ש דס"ל דקי"ל כרבי אילעא דרק כשיש שינוי אמרינן תורא גנבי מינך וכו'. ומבאר רע"א דאין כונתו שבכחושה והשמינה איכא שינוי ממש דא"כ ליכא חיוב דו"ה אלא כיון ששינה בידים הוי כשינוי לענין סברת תורא גנבי מינך, משא"כ בהשמינה מאליה אינו שינוי כלל ואין בזה הסברא של תורא גנבי מינך. דהיינו שנחלקו תוס' והרי"ף אם למסקנא יש סברת תורא גנבי מינך בכחושה והשמינה מאליה או לא. אבל למאי דסברה הגמ' הכא גם התוס' מודו לסברת הרי"ף דרק כשישנה בידים

של חזרה קרן לבעלים נאמר רק לגבי כפל וממילא אם אין כפל אין דו"ה. אבל אם כבר נתחייב כפל אין פטור של חזרה קרן לבעלים לענין דו"ה שרק לגבי כפל כתיב אם המצא תמצא בידו. ואח"כ בד"ה והנה כתב שלפ"ז מה נעימים אמרות טהורות של רבינו אשר לעיל שכתב דכפל כשעת העמדה בדין ודו"ה כשעת הטביחה. ולפ"ז א"ש דכפל אם יחזיר הקרן לבעליו קודם העמב"ד פטור [א"כ מה שמחזיק בידו עד העמב"ד הוא חלק מן המחייב] לא כן בטביחה ומכירה [ששם המחייב הוא מעשה הטביחה ואין תנאי שיעכב מלשלם עד העמב"ד]. ומסיים האו"ש וזה עיון נפלא בס"ד.

ואכתי דברי הרא"ש צ"ב שלפני זה כתב דסברא שקרן כעין שגנב וכפל ודו"ה כשעת העמב"ד דקרן נתחייב בשעת הגניבה וכפל ודו"ה אינו מתחייב עד שעת העמב"ד דאי מודה מפטר. ואם הטעם הוא משום דאי מודה מפטר למה כתב מיד אח"כ דדו"ה כשעת טביחה הא גם בזה אי בעי מודה ומפטר. עיין בחזו"א ס' ז' סק"ב שמבאר דברי הרא"ש באופן אחר וכתב דאין כונת הרא"ש לומר דאזלינן בתר שעת טביחה לענין שאם הוזל בין טביחה להעמב"ד ישלם כיוקרא דשעת טביחה, דכשם שבגניבה קובע זמן העמב"ד ואינו משלם יותר ממה ששוה בשעת העמב"ד כן הדין לגבי טביחה ומכירה. וכונת הרא"ש רק דלגבי דו"ה מתחשבים גם בזמן הטביחה ואם גנב ד' ובשעת העמב"ד שוה ד' ובזמן הטביחה היה שוה ז' אחד אינו משלם דו"ה אלא לפי ז'ו, דחיוב הטביחה תלוי בג' זמנים, זמן הגניבה, זמן הטביחה וזמן העמב"ד, ומשלם כפחות שבהם. משא"כ לענין כפל יש רק ב' זמנים ולא מתחשבים בזמן הטביחה כלל יעו"ש. ולדבריו ניהא דאין סתירה בין תחילת דברי הרא"ש לסוף דבריו.

אנא פטימנא ואת שקלת. מבואר ברש"י דטענה זו קיימת רק כשפיטם בידים ולא

הערות

מרובה דף סה.

וציונים

ה

חשיב דבר אחר לענין הסברא של תורא גנבי מינך, וזה סברת אנא מפטימנא ואת שקלת כמש"כ רע"א בביאור דברי הרי"ף.

ב. י"ל עוד שעכשיו לא ידעה הגמ' כלל את הסברא של תורא גנבי מינך ואעפ"כ סברא הוא שאין לחייב קנס דדו"ה או כפל, שהם יותר על מה שהזיק, על שבח שהוא בעצמו הוסיף בבהמה, ולולא מעשיו לא היה לבעלים שבח זה. סברא זו כתב הגרש"ש זצ"ל בחידושיו ס' ל"ו אות ב' בד"ה ובביאור.

הרמב"ם בפ"א מגניבה הי"א כתב שאם הגנב הוציא הוצאות ופטם השבח שיין לגנב. וכתב ע"ז המ"מ שהמקור הוא מבריייתא וסוגיא דפרק מרובה. וכונתו שבבריייתא מבואר שאם גנב כחושה והשמינה משלם כפל ודו"ה כעין שגנב. ומבואר בגמ' שהטעם הוא משום שטוען אנא מפטימנא ואת שקלת, ופירש הרמב"ם שטענתו הוא שכיון שהוא פטם בידים השבח שיין לו ולכן אינו משלם אלא כשעת הגניבה ולא על השבח שאין השבח שיין לגנב אלא לגנב. האבן האזל בפ"א מגניבה הי"א כתב ששיטת הרמב"ם בכמה מקומות ששבח שבא מחמת הוצאות, כשאין הממון ברשות הבעלים, הוא שיין למי שמשביח. הלח"מ כתב על דברי המ"מ שאין זה ראייה מוכרחת. וכונתו דאין הכרח לפרש כן דאפשר לפרש כמו שנתבאר לעיל. גם הרמב"ן במלחמות בריש הגזול עצים בד"ה ועוד כתב מפרש דסברת אנא מפטימנא ואת שקלת הוא דכיון שהוא השביח השבח שיין לו. ולטעם זה גם הקרן ישלם כעין שגנב אף שהטביחה היא כתברא ושתיה כיון שהשבח שיין לגנב. משא"כ לטעמים דלעיל רק כפל ודו"ה כעין שגנב אבל הקרן ישלם שמינה כמו שהיתה בשעת טביחה כדין תו"ש, כמו שכתב הרא"ש לענין השמינה מאליה, כך הדין גם בפיטמא בידים דכיון שהשבח שיין לבעלים הגנב משלם קרן כשעת הטביחה כדין תו"ש.

נמצא ג' דרכים בביאור סברת אנא מפטימנא ואת שקלת. א. כעין הסברא של תורא גנבי מינך, אלא דס"ד שרק בפיטם בידים זה נחשב דבר אחר, ולמסקנא אמרינן הכי גם בנתפסמה מאליה. הרי"ף ס"ל שגם למסקנא אמרינן סברא זו רק כשפיטם בידים. ב. סברא שאין לחייב קנס על שבח שהוא הוסיף לבעלים ע"י מעשיו. ג. לרמב"ם ולרמב"ן כיון שפיטם בידים השבח שלו ולא של הבעלים.

כתבו התוס' דלמאי דלא ידעו הסברא של תורא גנבי מינך והא דמשלם כעין שגנב הוא בגלל אנא פטימנא וזה דוקא כשפיטם בידים א"כ הוי מצי לאוקמי דברי רב בהשמינה מאליה. וכתב בזה השיטה בשם הרא"ש דלא הוי מצי לאוקמי כשהשמינה מאליה דא"כ אפילו קרן הוי כשעת העב"ד כדאמרינן לקמן דמעיקרא שויא זוזא ובסוף ד' תו"ש משלם ד'. ומה שהתוס' לא כתבו כן י"ל מתרי טעמי א. דזה ניחא למסקנא דדברי רב קאי דוקא במעיקרא שוה ד' ובסוף זוז. אבל קושית התוס' הוא כשרצו להעמיד דברי רב ביוקרא וזולא ומעיקרא שוה זוז ובסוף ד' אמאי לא העמיד בהשמינה מאליה, וע"ז הגמ' תשאל מתו"ש כמו שהגמ' שואלת על מעיקרא שוה זוז ובסוף ד'. ב. הרא"ש בזה לשטתו דס"ל שגם לגבי השמינה אם שחט חייב קרן של שמינה מדין תברא ושתיה אבל הגאון בס' שני"ד מדייק מתוס' לקמן ד"ה טלאים שחולקים על הרא"ש וס"ל דליכא דין תו"ש לגבי השמינה [ע' בזה באמרי משה ס' ל"ב אות כ"א] א"כ התוס' לשטתם לא יכולים לתרץ כרא"ש.

מ"ל קטלא כולא מ"ל קטלא פלגא. פרש"י דמההיא שעתא דאכחשה אתחלה לה טביחה. דמסתבר ששמין לפי המצב שהיה לפני שהתחיל את המעשה המחייב את הדו"ה ולכן אזלינן בתר מה שהיה שוה לפני תחילת השחיטה, וכיון שמשעת הכחשה אתחלה לה טביחה משלם שמינה. אך ע"ז הקשו התוס'.

שהכחשה אינה טביחה ואין זה חלק מהמחייב. ועיין בנ"י שכתב שכונת רש"י שהכחשה דמי לתחילת השחיטה למ"ד אינה לשחיטה אלא לבסוף, ולדבריו הפשט ברש"י הוא כפירוש השני בתוס'.

התוס' בפי' הראשון כתבו דכשם שבקטלא כולה לא שמין כדהשתא דקנאה בשינוי כך בקטלא פלגא אזלינן בתר המצב שלפני הכחש. עיין בשיטמ"ק בשם תר"פ דמה שבקטלא כולה משלם כלפני הטביחה אינו מפני שקונה בשינוי דאם זה הטעם אין ללמוד מזה לקטלא פלגא דע"כ הכחשה אינו שינוי שאם היה שינוי לא היה מתחייב על הטביחה כלל דשלו הוא טובח, אלא מה שמשלם כדמעיקרא בקטלא כולה הוא מפני שבכל שינוי שיש בבהמה בין הגניבה לטביחה משלם כשעת הגניבה אף שאינו שינוי לקנות וזה כמבואר לקמן דאמרינן תורא גנבי מינך וזה הפשט בטלאים כדמעיקרא לפר"י לקמן. ועיין ברע"א שמוסיף דלשון התוס' קניא בשינוי לאו דוקא אלא הכונה כמו שבקטלא כולה שיש שינוי משלם כדמעיקרא אפילו למ"ד דשינוי אינו קונה בגלל הסברא של תורא גנבי מינך כך בקטלא פלגא כיון שנשתנה הגוף אף שאינו שינוי לקנות מ"מ איכא בזה הסברא של תורא גנבי מינך. וסברא זו קיימת גם בכחשה מאליה.

בפשט השני כתבו התוס' שבקטלא כולה משלם כדמעיקרא אפילו למ"ד אין לשחיטה אלא לבסוף וזה משום דאין סברא לומר שמה שהוא בידיו הפחית את ערך הבהמה יהיה סיבה שישלם פחות, ומזה למדו לקטלא פלגא שמה שהכחישה אינו סיבה שישלם דו"ה לפי כחושה. ומה שכתבו דקאי כמ"ד אין לשחיטה אלא לבסוף הוא לאפוקי מפרש"י שכתב דקטלא פלגא הוא התחלת הטביחה ורק בגלל שזה חלק מן המחייב אזלינן בתר מעיקרא כמו שהיה לפני תחילת מעשה המחייב. וזה תימה דודאי הכחש אינו חלק מן המחייב כמו שהקשו

התוס'. לכן פרשו דאין הטעם משום דאזלינן בתר תחילת מעשה המחייב אלא אפילו למ"ד אין לשחיטה אלא לבסוף שהמחייב הוא הסוף אזלינן בתר ההתחלה ומזה יש ללמוד לקטלא פלגא. ולכן תלו באין לשחיטה אלא לבסוף אע"ג דגם למ"ד ישנה לשחיטה מתוע"ס חיוב דו"ה הוא בסוף דבעינן וטבחו כולו כמבואר לקמן ע"ב. וכתב בקו"ש אות י"א שאמנם החיוב בפועל חל בסוף לכו"ע אבל למ"ד ישנה לשחיטה מתוע"ס כשגומר החיוב הוא על כל מעשה השחיטה משא"כ למ"ד אינה לשחיטה אלא לבסוף המחייב הוא הסוף ואעפ"כ משלם לפי המצב של ההתחלה, ומזה יש ללמוד לקטלא פלגא. דהיינו שפרש"י הוא כפי' השני של תוס' אלא שרש"י כתב שזה חלק מן המחייב ותוס' כתבו שאזלינן בתר מעיקרא גם כשאינו חלק מן המחייב. ולדבריו הנ"י גם רש"י נתכוין לדברי התוס' בתי' השני.

נמצא ששני הדרכים שכתבו התוס' במה לי קטלא כולה הם ממש כשני הסברות שנזכרו בתוס' באנא פטימנא, דמה שכתבו שאנא פטימנא הוא כשפיטם בידים, ונתבאר שהטעם הוא שאין סברא שיקנסו לשלם שהוא הוסיף בידיו, כך כתבו כאן בפשט השני שאין סברא שישלם פחות בגלל שהוא בידיו הכחיש. ומה שכתבו לעיל שלפי האמת גם נתפטמה מאליה משלם כדמעיקרא בגלל הסברא של תורא גנבי מינך כך כתבו כאן בפשט הראשון במה לי קטלא כולה שהוא בגלל הסברא של תורא גנבי מינך, ולכן זה אפי' בכחשה מאליה.

אך יש לעיין בזה דלעיל כתבו דלשון הגמ' משמע שרק בפיטם בידים אמרינן אנא פטימנא אלא שכתבו שאלבא דאמת גם בנתפטמה מאליה משלם כדמעיקרא בגלל הסברא שנזכר לקמן תורא גנבי מינך וכו'. ומשמע שכאן עדיין לא ידעה הגמ' סברא זו. וא"כ קשה איך כתבו בפשט הראשון שמה לי קטלא כולה הוא הסברא של תורא גנבי מינך [כמבואר בשיטה

יכולה לחייב יותר ממה שטבח. הקו"ש באות כ"ג כתב דמשמע מזה דע"י הטביחה מתחייב דו"ה על הגניבה הראשונה. ולכאורה אינו מובן דפשוט שהשיעבוד של דו"ה חל משעת טביחה ולא אמרינן שאם נתקיים התנאי של הטביחה הוברר שהיה חייב משעת הגניבה. ומוכח שהמחייב הוא הטביחה ולא שזה רק תנאי לחיוב של הגניבה. החזו"א בס' ז' סק"ג ד"ה ס"ה כתב וז"ל ואע"ג דמעשה הטביחה נעשה בשור כחוש מ"מ כיון דיש כאן טביחה המחייבת מתחייב בדו"ה של שור השמן שגנב עכ"ל. דהיינו אף שהמחייב הוא הטביחה הקנס של דו"ה הוא שישלם, בגלל שטבח, דו"ה פעמים מה שגנב.

דמעיקרא שויה זוז. מבואר למאי דס"ד דרב קאי כשהתיקור דבכה"ג משלם קרן זוז וכפל ודו"ה ד'. והגמ' חוזרת מזה רק משום שבטביחה דהוי כתברא ושתיא גם הקרן יהיה ד' כדרכה. משמע שגם למסקנא הכפל ודו"ה באופן זה יהיו ד', וכן מפורש בתוד"ה דתניא לשיטת ר"י בתוד"ה טלאים. אך שיטת הרמב"ם אינה כן שפסק בפ"א מגניבה הי"ד שאם היה שוה שתיים בשעת הגניבה וד' בשעת העמב"ד אם איתבר ממילא משלם כפל כשעת הגניבה ורק בתו"ש משלם כפל ודו"ה כשעת העמב"ד. דהיינו שהרמב"ם ס"ל שלמסקנא דדברי רב קאי על זולא ולא ביוקרא א"כ ביוקרא גם הכפל אינו כשעת העמב"ד. הגאון בס' שנ"ד סק"ח תמה על הרמב"ם מכאן דמשמע שאפשר להעמיד דברי רב כשנתיקור אלא דקשה למה אינו משלם קרן כשעת הטביחה הרי בתו"ש משלם כשעת השבירה אבל כפל ודו"ה שפיר משלם כשעת העמב"ד. ואף שגם ר"ת בתוד"ה טלאים ס"ל בזה כהרמב"ם שכפל כשעת העמב"ד רק אם הוזל ולא כשנתיקור, היינו משום דס"ל שבמסקנת הסוגיא כשאמרו טלאים כדמעיקרא הגמ' חוזרת ממה שסברה בתחילת הסוגיא, ולמסקנא כפל ודו"ה הם כשעת העמב"ד רק כשהשתנה לגרעיותא, אבל

בשם תר"פ כמו שהובא לעיל ולכן זה אפי' בכחשה מאליה. ומוכח מזה דיש מקום לחלק לענין הסברא של תורא גנבי מינך בין כחושה והשמינה לבין שמינה והכחישה. ואף דלגבי כחושה והשמינה הגמ' כאן עדיין לא ידעה הסברא של תורא גנבי מינך, היינו משום דס"ד שהטביחה יכולה להוסיף על החיוב של הגניבה. אבל לענין שמינה והכחישה הגמ' ידעה גם כאן את הסברא של תורא גנבי מינך, לפירוש הראשון של התוס', שהחיוב של דו"ה הוא על כל מה שגנב אף שבזמן הטביחה היתה כחושה. ועיין בחזו"א ס' ז' סק"ג ד"ה ונראה שאם אומרים את הסברא של תורא גנבי מינך בהשמינה אין זה מחייב לומר כן בהכחישה, ואם אמרינן כן בהכחישה אין הכרח לומר כן בהשמינה. וכדבריו מוכח בגמ' כאן כמו שנתבאר.

ממה שמבואר בברייתא ששמינה והכחישה משלם כפל ודו"ה כעין שגנב מוכח ששייך להתחייב דו"ה על מה שגנב אף שלא טבח את כל מה שגנב. ועיין בתוס' לקמן ס"ו. ד"ה טלאים שכתבו שהגניבה היא גם חלק מן המחייב של דו"ה דבלי גניבה אין הטביחה מחייבת, לכן א"א להתחייב יותר ממה שגנב. אמנם לכאורה הטביחה הוא בודאי חלק מן המחייב של דו"ה ואיך יתחייב יותר ממה שטבח. עיין בשיטמ"ק בד"ה וריב"א ז"ל שכתב דבתוספתא משמע שמה שבשמינה והכחישה משלם כעין שגנב היינו רק לענין הכפל אבל דו"ה משלם כחושה, והשאלה על רב הוא רק מכפל ולא מדו"ה. וזה כנ"ל שהסברא של מ"ל קטלא כולה, שבנוי על הסברא של תורא גנבי מינך יכול לחייב כעין שגנב בשמינה והכחישה רק כפל אבל דו"ה א"א לחייב יותר ממה שטבח כיון שהטביחה הוא המחייב. אבל בברייתא שמובא כאן מפורש שבשמינה והכחישה גם דו"ה הוא כעין שגנב, ולכן כתב השיטה שאין נראה כדברי הריב"א. אך אכתי הסברא צ"ב איך הטביחה

החבית נמצאת בחצרו, וכל הזמן הוא מעכב את החבית לעצמו ואיכא סיבה חדשה לחיוב כל רגע ואמאי לא יתחייב ד' כשעת היוקר. אלא מוכח מזה דכיון שגזילה זו החדשה אינה מבית האיש אינו חייב ע"ז אפי' קרן. האו"ש בחידושו לדף ס"ו. ד"ה וראיתי כתב על דברי הקצות שמזה יש ראייה רק שאין חיוב קרן אבל אין ראייה שאינו עובר אפי' על לאו דגזילה, דאשכחן לאו בלי חיובי גזילה בקרקע כנ"ל. ומה שכתב האמרי משה בס' ל"ב אות א' לדחות ראית הקצות מאיתבר ממילא ע"פ מה שכתב הקצות בעצמו בס' שמ"ח סק"ב שגזולן אינו מתחייב ע"י קנין לבד אא"כ איכא מעשה גזילה, וא"כ מה שהגזילה נמצאת ברשותו אינו מספיק ליחשב גזילה חדשה, זה מישב רק היכא דלא הגביה את החבית, ואפי' אם לא הגביה אלא רק נעל את דלת ביתו כדי לשמור לעצמו את החבית הרי זה מעשה גזילה כמבואר ברש"י בב"מ י"א. ובאופן זה אמאי אינו משלם אלא זוז.

רע"א בשו"ע ס' צ"ב מביא שנחלקו הפוסקים במזיק ממון חברו אם נפסל לעדות או לא. הב"ח ס"ל דנפסל והיש"ש בפרק הכונס ס' ל' כתב שלא מצאנו מזיק שפסול לעדות. ובמחלוקת זו תלוי הפשט בדברי הקצות בדעת הריב"ש. דלכ"ח צ"ל שהריב"ש מיירי בחולק עם הגנב שמחזיק בממון אבל לא איבד את הממון מן העולם. וכיון שלא הזיק אין לפסלו אלא מדין גזול וגזולן אינו מפני שלא גזל מרשות הבעלים. וליש"ש הוא כשר לעדות אפי' אם איבד את הממון מן העולם דמדין גזול אינו נפסל שלא גזל מבית האיש, ומדין מזיק אינו נפסל ששום מזיק אינו נפסל לעדות. וביאור המחלוקת אם מזיק ממון חברו נפסל לעדות או לא הוא דאף שיש איסור להזיק ממון חברו אין זה לאו שיש בו מלקות, ופליגי אי מזיק ממון חברו נחשב רשע דחמס כיון שהפסיד ממון חברו או דלמא אינו רשע דחמס מפני שלא לקח ממון לעצמו.

הרמב"ם שפוסק בפ"א מגניבה הי"ג דבין שמינה והכחישה בין כחושה והשמינה משלם כפל ודו"ה כעין שגנב ע"כ דלא ס"ל כפירוש ר"ת, וא"כ מנין לרמב"ם לחלק לגבי יוקרא וזולא בין הוזל לנתיקר מאחר שבתחילת הסוגיא מוכח שלא חילקו בזה. וזה כונת הגאון בקושתו על הרמב"ם ע"ש.

תברא או שתיא משלם ד'.

שנחלקו הקצה"ח והנתיבות בביאור דין זה דתו"ש, שהרמ"א בס' ל"ד כתב בשם הריב"ש שהחולק עם הגנב אינו נפסל לעדות. ותמה התומים למה גרע החולק עם הגנב מהכופר בפקדון שנחשב גזולן ופסול לעדות. וכתב בזה הקצות בסק"ג שהכופר בפקדון הוי גזולן מפני שהפקדון הוא ברשות הבעלים וא"כ גזילתו הוא מבית האיש משא"כ החולק עם הגנב הוא גונב מן הגנב ואין גניבתו מבית האיש ואינו נעשה ע"ז גזולן לענין פסול עדות. והחיוב של תו"ש אינו מדין גנב אלא מדין מזיק. וכן מה שמחייב רב חסדא לקמן קי"א: בבא אחר ואכלו אינו מדין גזולן אלא מדין מזיק. וב' חידושים מחדש הקצות בענין גונב מן הגנב. א. שאין זה פטור רק מכפל אלא גם מקרן. ב. אף שאין חיוב קרן כשגונב דבר שאינו ברשות הבעלים אכתי יתכן שיש לאו דגזילה, וכמו שמצאנו בגזילת קרקע דליכא חיובי גזילה ואעפ"כ יש ראשונים דס"ל דלאו דגזילה איכא גם בקרקע. והקצות נקט שאם הגניבה אינה מרשות הבעלים אין אפי' לאו דלא תגזול, ולכן אינו נפסל לעדות.

הקצות מביא ראייה לדבריו דליכא חיוב

קרן כשאין הגניבה מרשות הבעלים מהא דאיתבר ממילא משלם זוז, והוא משום דמעשה הגזילה חייב רק זוז ואין אח"כ עוד מעשה לחייב ד'. ואי אמרינן דגונב מן הגנב חייב קרן אמאי לא יתחייב ד' הא אם הגביה אפי' פעם אחת את החבית אחרי שנתיקר יש גניבה חדשה ויתחייב ע"ז ד'. ואפי' אם לא הגביה כלל הרי

מטעמיה דהקצות, דס"ל לנתיבות שהפטור של גונב מן הגנב הוא פטור גם מקרן, ואין הגומה"ג עובר בלאו. ומה שהנתיבות חולק כשמוסיף השני על גזילת הראשון הוא משום דס"ל שהפטור של גומה"ג הוא רק כשאינו מוסיף, אבל כשמוסיף השני על גזילת הראשון לגבי התוספת סובר הנתיבות שאין זה גונב מן הגנב. ומה"ט תמה האו"ש על הנתיבות דדבריו הם נגד משנה מפורשת דתנן לעיל ס"ב: אין הטובח אחר הגנב משלם דו"ה. הרי מפורש שגם כשמוסיף השני על הראשון איכא פטור של גומה"ג. ואין לדחות דהתם פטור רק מדו"ה וחייב קרן, שהנתיבות ס"ל שאם יש פטור של גומה"ג הוא פטור גם מן הקרן, ומה שחייב קרן כשמוסיף הוא משום שבזה ליכא פטור דגומה"ג א"כ יתחייב גם כפל דו"ה.

האמרי משה בס' ל"ב אות ו' מפרש דברי הנתיבות באופן אחר. שהנתיבות פליג על עיקר יסודו של הקצות וס"ל שהפטור של גומה"ג אינו אלא מכפל דו"ה אבל חיוב קרן איכא. ומה שכשאין תוספת בגניבת השני מודה הנתיבות שאינו משלם אפי' קרן אינו בגלל הדין של גומה"ג אלא דס"ל שבאופן זה אינו גנב כלל, ובזה לא צריך להגיע לפטור של וגונב מבית האיש. ורק כשמוסיף יש עליו שם גנב ובזה הפטור הוא מכח הדין של גומה"ג, והפטור של גומה"ג אינו אלא לענין כפל ולא לגבי הקרן. ולדברי האמר"מ לא קשה כלל על הנתיבות מהמשנה של הטובח אחר הגנב שגם כשמוסיף יש פטור של גומה"ג והפטור הוא מכפל ולא מן הקרן. וכשאנו מוסיף הוא פטור מסברא גם מן הקרן דאין עליו שם גנב כלל.

האו"ש בפ"ג מגניבה ה"ב חולק על הקצות, ולדבריו גם הנתיבות ס"ל כהקצות, וס"ל שגומה"ג פטור רק מכפל דו"ה אבל חייב בקרן, וכ"ש שעובר בלאו דלא תגזול.

נמצא השיטות בזה א. לקצות בין כשמוסיף השני בין שאינו מוסיף הפטור הוא

בב"מ כ"ו: מבואר דמגביה אבידה לפני יאוש ע"מ לגזולה עובר בלאו דלא תגזול. והאמרי משה בס' ל"ד אות ג' מקשה מזה על הקצות דחזינן דאיכא לאו דגזול גם בדבר שאינו ברשות הבעלים. אך מביא האמר"מ שהאו"ש בפ"ג מגניבה ס"ל שאבידה הוי ברשות הבעלים. והאמר"מ מוכיח דאינו ברשות הבעלים. ובדעת הקצות צ"ל כדברי האו"ש. וכן נראה מדברי הקצות בס' רצ"ה סק"ג שכתב בשם הריטב"א שאפשר למכור אבידה דנחשב ברשות הבעלים. אמנם הנתיבות בס' רנ"ט סק"א כתב דאבידה שנמצאת במקום הפקר נחשב שלא ברשות הבעלים ע"ש. נמצא דמגמ' זו בב"מ דאיכא לאו דגזילה בדבר האבוד מוכח או שאבידה הוי ברשות הבעלים או שיש לאו דגזילה גם כשגזול דבר שאינו ברשות הבעלים.

הנתיבות בסק"ה מסכים עם הקצות דמה שהגנב חוזר ועושה מעשה גניבה ע"י שמגביה שוב את הדבר הגנוב או שנמצא בחצרו אינו חייב על הגניבה החדשה אפי' קרן ואינו עובר בלאו דלא תגזול כיון שלא הוסיף כלום על הגניבה הראשונה. ובאופן זה מייירי הריב"ש שהשני רק חלק עם הגנב והגניבה היא בעין בידו ולא עשה כלום אלא רק שינה את מקום הגניבה. אבל היכא שתברא או שתיא או שבא אחר ואכלו שהשני מוסיף על גזילתו של הראשון, שהראשון רק הוציא מרשות הבעלים, והשני הפקיע את בעלותם של הבעלים הראשונים, באופן זה חולק הנתיבות על הקצות וס"ל שיש על השני שאכל או שבר חיוב של גזול כיון שהוסיף על גזילת הראשון, כפשטות לשון הגמ' בב"מ ולשון רש"י כאן דההוא שעתא הוא דקא גזל לה. ודלא כהקצות דס"ל שגם בבא אחר ואכלו אין חיובו של השני אלא מטעם מזיק ולא מטעם גזול.

נחלקו האחרונים בביאור דברי הנתיבות. האו"ש בפ"ג מגניבה ה"ב הבין שמה שמודה הנתיבות לקצות היכא שלא הוסיף הוא

השבירה ואיך מתחייב כפל על גניבה זו. באות י"ב מבאר האמר"מ את שיטת הרמב"ם דס"ל שהפטור של גומה"ג הוא רק בבא אחר וגנבו, וחיובו של בא אחר ואכלו הוא מדין מזיק או מדין גנב וחייב רק קרן ולא כפל. אבל בתו"ש שנעשה ע"י הגנב בעצמו סובר הרמב"ם שכל פעולה שמוסיף הגנב בגניבת החפץ שבידו הוא המשך של מעשה הגניבה הראשון, והשבירה היא סיבה חדשה לחיוב כפל ולכן משלם כפל ד'.

ובזה מבאר האמרי משה באות ט"ו ט"ז את שיטת הרמב"ם בכחושה והשמינה דאף שטבח משלם כפל ודו"ה כעין שגנב. ואמאי לא יתחייב כדהשתא כדין תו"ש, ומ"ש השמינה מיוקרא דסובר הרמב"ם שבתו"ש משלם כפל ד', ויתחייב נמי שמינה על הגניבה החדשה של מעשה הטביחה שהוא כתו"ש. ומבאר האמר"מ שהתו"ש מצד עצמו הוא גומה"ג ואינו סיבה לחיוב כפל. אלא שלגבי מה שהיה בכלל מעשה הגניבה הראשון התו"ש הוא המשך של הגניבה הראשונה ולכן זה סיבה לחיוב חדש של כפל לפי מה ששוה בשעת התו"ש. אבל בשמינה חלק זה שנוסף אחרי הגניבה לא היה בכלל הגניבה הראשונה, ולגבי זה אין הטביחה המשך אלא גניבה חדשה, וכיון שאין הממון ברשות הבעלים יש בזה פטור של גומה"ג וליכא חיוב כפל. והא דכתב הריטב"א בכתובות ל"ד: דגנב בשבת וטבח בחול חייב דו"ה על מעשה הטביחה אף דעל הגניבה הראשונה היה פטור של קלב"מ מ"מ הטביחה היא גניבה חדשה ומחייב דו"ה, ואמאי אין בזה פטור של גומה"ג, ושם אין זה יכול להיות המשך של הגניבה הראשונה שעל הגניבה הראשונה איכא פטור של קלב"מ ואין זה יכול לגרום חיוב. אלא דהתם שאני כמו שמבאר רע"א שם דכיון שהיה פטור של קלב"מ בשעת הגניבה אין הגנב מתחייב באונסין ולית ליה קניני גזילה והוי הממון ברשות הבעלים, והגניבה החדשה שיש בשעת הטביחה היא מבית האיש ומחייב

משום גומה"ג ואינו חייב אפי' קרן ואינו עובר בלאו. ב. הנתיבות להבנת האו"ש ס"ל דהיכא שאינו מוסיף יש לו דין גנב עם פטור של גומה"ג, והפטור של גומה"ג הוא אפי' מקרן. והיכא שמוסיף ליכא פטור של גומה"ג. ג. הנתיבות להבנת האמר"מ ס"ל דהיכא שאינו מוסיף אינו גנב כלל ולא צריך להגיע לדין של גומה"ג ובוזה הוא פטור אפי' מקרן כיון שאינו גנב כלל. והיכא שמוסיף הוא גנב עם פטור של גומה"ג, ובוזה סובר הנתיבות שהפטור הוא רק מכפל ולא מקרן. ב. האו"ש ס"ל שבכל גווני איכא דין גנב עם פטור של גומה"ג והפטור הוא רק לענין כפל ולא לגבי הקרן. ולענין החיוב של תו"ש או בא אחר ואכלו לקצות אין בזה חיוב של גזלן אלא רק של מזיק. לנתיבות ולא"ש יש בזה חיוב של גזלן אבל כפל ליכא כיון דהוי גומה"ג ואפי' כשמוסיף איכא פטור של גומה"ג לגבי כפל כמבואר במשנה לגבי הטובח אחר הגנב.

אמנם ברמב"ם מבואר דתו"ש מחייב גם כפל דהובא לעיל שהרמב"ם כתב בפ"א מגניבה הי"ד שאם בשעת הגניבה היה שוה ב' ואח"כ ד' תו"ש משלם גם כפל ד'. ומדברי הרמב"ם מוכיח האמרי משה בס' ל"ב אות א' דלא ס"ל כהקצות אלא שהחיוב של תו"ש הוא מדין גנב ולא מדין מזיק. ובאות ג' מוסיף האמר"מ דאפי' אי אמרינן שתו"ש מדין גנב היינו שגם גומה"ג חייב קרן ואמאי כתב הרמב"ם שתו"ש מחייב גם כפל הרי לגבי כפל בודאי יש פטור של גומה"ג. ואין לומר שמה שמשלם כפל ד' אינו בגלל שתו"ש הוי גניבה חדשה אלא בגלל שהגניבה הראשונה מחייבת כפל כשעת העמב"ד, דזה ניחא לשיטת התוס' שגם באיתבר ממילא הכפל הוא ד', אבל הרמב"ם ס"ל שבאיתבר ממילא הכפל הוא כשעת הגניבה כמו שנתבאר לעיל, וע"כ שמה שבתו"ש משלם ד' הוא שמעשה השבירה היא סיבה לחיוב חדש, וקשה אמאי אין פטור של גומה"ג לגבי הגניבה החדשה שיש במעשה

דו"ה. וכ"כ הנתיבות בס' שנ"א סק"א דהיכא שהיה קלב"מ בשעת גזילה אין לגזלן קניני גזילה ואינו קונה בשינוי.

נמצא ג' שיטות לענין תו"ש א. לקצות חיובו משום מזיק. ב. לנתיבות חיוב קרן של גזלן. ג. לאמר"מ בדעת הרמב"ם השבירה הוא המושך של הגניבה הראשונה ויש חיוב של גנב על כל מה שהיה כלול בגניבה הראשונה. ולכן חייב כפל כיוקרא דשעת השבירה.

בעיקר דברי הריב"ש שהחולק עם הגנב אינו נפסל לעדות עיין בביאור הגר"א שם סק"י שמבאר באופן אחר וז"ל החולק כמ"כ בב"מ ו: [צ"ל ה:] לא תחמוד לאינשי וכו' עכ"ל. דהיינו שבאמת החולק עם הגנב הוא רשע והיה ראוי שיפסל לעדות כקושיית התומים. ומה שאינו נפסל הוא משום דלאינשי לא משמע להו שיהיה בזה איסור. ודמי להא דמבואר בב"מ לגבי לא תחמוד דכיון דטעו אינשי וס"ל שלא תחמוד הוא רק כשאינו נותן דמים אין הם נפסלים לעדות, וכן כאן.

איתבר ממילא משלם זוו. הרמב"ן בב"מ מ"ג: מקשה אמאי משלם זוו באיתבר ממילא אמנם בשעת הגניבה היה שוה זוו ואח"כ לא עשה עוד מעשה מ"מ יתחייב מכח החיוב אונסין דרמי עליה דגזלן. וכשם ששואל שחייב באונסין משלם כיוקרא דשעת האונס כך גזלן ישלם כשעת השבירה בגלל חיוב אונסים ידיה. ותירץ הרמב"ן ששואל משלם כשעת האונס מפני שחיובו של שואל חל בשעת האונס ולא בשעת שאלה, והפקדון שביד השואל הוא ברשות המשאל למכירה ולהקדש, משא"כ גזל דמשעת משיכה מיחייב באונסיה ונפקא נמי מרשות הבעלים למכירה ולהקדש, לכן חיובו כשעת הגזילה ולא כשעת האונס. הקצה"ח בס' רצ"א סק"א מביא את דברי הרמב"ן וס"ל דעיקר תירוצו של הרמב"ן הוא דגזלן מתחייב משעת משיכה ושואל משעת

אונסין. ומקשה הקצות דזה ניחא למ"ד ששואל משעת אונסין מתחייב אבל למ"ד שואל משעת שאלה מתחייב ישלם כשעת שאלה והמ"מ כתב בדעת הרמב"ם ששואל משלם כשעת האונס אף שהרמב"ם פוסק ששואל מתחייב משעת משיכה. ומבאר הקצות שהרמב"ם ס"ל כשיטת הריטב"א שמובא בשיטמ"ק בב"מ צ"ז: שגם למ"ד ששואל משתעבד משעת שאלה עיקר החיוב חל בשעת האונס אלא שיש שיעבוד נכסים משעת שאלה כמו שמבואר בנ"י בב"ק שבזרק חץ יש שיעבוד נכסים משעת זריקת החץ אף שהחיוב בפועל חל רק בשעת הנזק.

הריטב"א בב"מ מתרץ דכיון ששואל אינו מוציא את הממון מרשות הבעלים חיובו על שעת האונס משא"כ דבר הגזול שאינו ברשות הבעלים חיובו על שעת הגזילה. הקצות מקשה ע"ז דזה ניחא לר' יוחנן דס"ל שא"א להקדיש דבר גזול משום שאינו ברשותו. אבל צנועין ור' דוסא ס"ל לקמן ס"ט: שאפשר להקדיש דבר גזול דנחשב בבית האיש ולדבריהם הגונב מן הגנב משלם כפל כמבואר לקמן א"כ לדידהו היה צריך להיות לסברת הריטב"א שגזלן ישלם כשעת האונס ולא כשעת הגזילה, ואמאי מודו כו"ע דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה. דברי הקצות בזה לכאורה צ"ב דאי קשיא על הריטב"א יקשה נמי על הרמב"ן שגם ברמב"ן מפורש שהחילוק בין גזלן לשואל הוא שבשואל הפקדון הוא ברשות הבעלים וגזל אינו ברשות הבעלים אלא שהרמב"ן מוסיף גם שזמן החיוב של שואל הוא בשעת האונס ושל גזלן בשעת משיכה. ונראה שהביאור ברמב"ן הוא דלא סגי בחילוק זה לבד דהיא גופא קשיא מ"ש גזלן שחיובו משעת משיכה לחיובו של שואל שחל בשעת האונס. אלא הטעם הוא שגזלן שהוציא ממון מרשות הבעלים חיובו על הוצאת הממון מרשותם, לכן משלם כשעת הגזילה. ושואל שלא הוציא את הממון מרשות הבעלים אינו חייב על שעת שאלה אלא על שעת האונס. וכיון שגם תירוצו של הרמב"ן

בנוי ע"ז שגזל אינו ברשות הבעלים א"כ מה שמקשה הקצות על הריטב"א מדברי צנועין ור' דוסא קשה גם על הרמב"ן.

לכאורה נראה דכו"ע מודו דגזלן יש לו קניני גזילה דאוקמא רחמנא ברשותיה להתחייב באונסיה ולכן הוא קונה בשינוי ופטור מלשלם השתמשות. ומחלוקת ר"י עם צנועין ור' דוסא אינו אלא אם מצב זה מונע מהבעלים למכור ולהקדיש דאינו נחשב בית האיש או שגם במצב זה אכתי הוי בית האיש ויכול להקדיש. וכיון שלכו"ע יש לגזלן קנינים בדבר הגזול דמי חיובו במקצת לחיובו של לזה ולכן חיובו כשעת הגזילה, ולא דמי לשואל דלית ליה קנין בגוף הפקדון והוא ברשות הבעלים לכל מילי ואין חיובו משום הוצאה מרשות הבעלים אלא מכח קבלת שמירה ואחריות לכן חיובו כשעת האונס. וכשם שלא קשה לרמב"ן כך לא קשיא על דברי הריטב"א דדברי הריטב"א והרמב"ן שוים אלא שהריטב"א הזכיר רק את הענין של רשות הבעלים והרמב"ן מוסיף שבגלל זה חיובו של שואל הוא משעת שאלה ושל גזלן משעת גזילה. אבל לתרויהו העיקר הוא שבגזלן יש הכנסה לרשותו וזה המחייב של גזלן משא"כ שואל חיובו לא משום הוצאה מרשות הבעלים אלא מכח קבלת אחריות ושמירה.

האו"ש בפ"ב מגניבה ה"א בד"ה נסתפקתי מביא את דברי התוס' לעיל נ"ו: והרא"ש כאן שכתבו שגזלן אינו שומר. וכתב ע"ז האו"ש שמדברי הרמב"ן והריטב"א בב"מ שהקשו מ"ש גזלן שמשלם כשעת הגזילה משואל שמשלם כשעת האונסין מוכח דלא ס"ל כתוס' והרא"ש. אלא ס"ל שגם גזלן יש עליו דין שומר דאל"כ אין מקום לקושייתם. ולולא דבריו היה נראה שאין סתירה מדבריהם לדברי התוס' והרא"ש דזה גופא תירוצם שבשואל שאין הוצאה מרשות הבעלים אין סיבה לחיובו אלא משום קבלת שמירה לכן חייב כשעת

האונסין משא"כ גזלן שאין חיובו משום דהוי שומר אלא מפני שהוציא מרשות הבעלים לכן משלם כשעת הגזילה. והוצרכו להוסיף שגזלן מוציא את הממון מרשות הבעלים דכיון שאינו שומר ע"כ חיובו הוא על הוצאת הממון מרשות הבעלים.

בשו"ע ס' שנ"ד סע' ג' כשמביא את הדין של תו"ש משלם ד' כתב ששברו או אבדו. וכתב ע"ז הסמ"ע בסק"ז שאבדו היינו בפשיעה. ומבואר דס"ל דאף שלא עשה מעשה הוא חייב על פשיעתו כשעת הפשיעה. הקצות שם סק"ב והנתיבות סק"ג כתבו שפשוט שאין הגנב חייב על הפשיעה דאינו שומר וכל חיובו אינו אלא מכח מעשה הגזילה אא"כ עשה מעשה בידים. והביאו ע"ז את דברי התוס' לעיל נ"ו: שגזלן אינו שומר. ולכן כתבו דמה דכתב השו"ע או שאבדו היינו שאבדו בידים ואז יש מחייב חדש כדין תו"ש. ולמה שכתב האו"ש שהרמב"ן והריטב"א חולקים על התוס' בדף נ"ו: וס"ל דגזלן יש עליו גם חיובים של שומר יש מקום לדברי הסמ"ע. אך מדברי הקצות שמביא בס' רצ"א את דברי הרמב"ן והריטב"א ובס' שנ"ד נקט בפשיטות שגזלן אינו שומר נראה דס"ל כמו שנתבאר דגם הרמב"ן והריטב"א מודו לדברי התוס' דגזלן אינו שומר וכל חיובו הוא רק על הוצאת הממון מרשות הבעלים. עיין בשעה"מ שמבאר שכונת הסמ"ע שיש על הגזלן חיוב על פשיעה מדין שומר אבידה.

רש"י ד"ה תברא. מבואר ברש"י דטביחה ומכירה הוי כתברא ושתיא. וכן הוא בלשון השו"ע ס' שנ"ד סע' ג'. רע"א מקשה דבשלמא טביחה הוי תברא ממש אבל במכירה ליכא נזק בגוף הממון ואמאי יחשב כתברא ובפרט כשמכר לפני יאוש דלא אהנו מעשיו ולא חלה המכירה כלל. ואפי' אחר יאוש שחל המכירה מכח יאוש ושינוי רשות והפקיע ע"י המכירה את בעלותו של הנגזל אין הכרח דהוי

כתברא דעיינ ברא"ש בהגזול עצים ס' ג' שכתב שאפי' אם עשה שינוי וקנה עי"ז את הגזילה אין זה נחשב כתברא כיון שלא הזיק את גוף הממון, וא"כ לכאורה גם מכירה לא תחשב כתברא. עיינ בשיטמ"ק לקמן ס"ו. ד"ה לימא בשם תר"פ שכתב בהדיא שרק טביחה הוי כתברא ולא מכירה. וזה כסברת רע"א ולא כמבואר ברש"י ובלשון השו"ע.

עד שלא באו עדים הודה משלם קרן וחומש ואשם. הא דפטור מכפל אף שטען טענת גנב ובסוף באו עדים פרש"י דמודה בקנס פטור. והקשו האחרונים דיקשה מכאן למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב. וכתב בזה החזו"א בס' כ' סק"א בד"ה אם עד דמאן דס"ל מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב יפרש דהא דפטור הכא מכפל כשהודה לפני שבאו עדים אינו מדין מודה בקנס אלא דע"י הודאתו חזרה קרן לבעלים, כמבואר לקמן ס"ח: דהיכא דחזרה קרן לבעלים לפני העמב"ד ליכא חיוב כפל. ואף שגנב ממש לא סגי ליה בהודאה ליחשב חזרה קרן לבעלים שאני הכא דלא עשה מעשה גניבה וכל הגניבה היא ע"י טענתו, בזה כשמודה בטל שם גניבה מיניה וחזרה קרן לבעלים. ומבואר דפשיטא ליה לחזו"א שהפטור של חזרה קרן לבעלים אינו מכח הדין של מודה בקנס ואפי' למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב אם חזרה קרן לבעלים לפני שבאו עדים פטור. והחזו"א סתר משנתו בזה דבס' י"ח סק"א כתב דרק למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור יש פטור של חזרה קרן לבעלים ולא למ"ד מודה ואח"כ באו עדים חייב. עיינ מה שכתבנו בזה בס"ד לקמן ס"ח:.

הקצה"ח בס' רי"א סק"ג כתב שהכופר בפקדון דהוי גזול דינו כגזל ממש דאין הממון ברשות הבעלים ואינם יכולים להקדיש. ואם חזר והודה כתב הקצות דתלוי במחלוקת הרמב"ן ובעה"מ שנחלקו בגזלן שמודה שגזל ורוצה להשיב אם נעשה עי"ז הממון ברשות

הבעלים ויכולים להקדיש או לא. ולדברי החזו"א אין דברי הקצות מוכרחים דדוקא בגנב ממש סובר הרמב"ן דלא סגי בהודאה להחשיב את הממון ברשות הבעלים אבל בכופר בפקדון שנעשה גזלן ע"י כפירתו יכול הרמב"ן להודות שע"י הודאתו פקע שם גזלן מיניה וחזר הפקדון להיות ברשות הבעלים. ולדברי הקצות אין מקום לתירוצו של החזו"א.

האו"ש בפ"ד מגניבה ה"ז גם עמד בשאלה זו דקשה מכאן על מ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב. וכתב דהא דילפינן מקרא דממון שאינו משתלם בראש אינו מוסיף חומש אינו מפני שכפל פוטר מחומש אלא שאין כפל וחומש יחד ויש בכוחו של כל אחד מהם לפטור את השני. ולכן היכא דבאו עדים לפני שהודה וחל חיוב כפל לפני שחל חיוב חומש הכפל פוטר את החומש. וכשהודה לפני שבאו עדים כיון שנתחייב חומש לפני שנתחייב כפל החומש פוטר את הכפל.

נמצא דאיכא ג' דרכים בהא דאם הודה לפני שבאו עדים פטור מכפל. א. למאי דקי"ל מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור הפטור הוא מדין מודה בקנס כדפרש"י. ב. החזו"א כתב שיש לפוטרו גם מדין חזרה קרן לבעלים. ג. לאו"ש כיון שנתחייב חומש תחילה חיוב החומש פוטר מחיוב הכפל.

חומשו עולה לו בכפילו. שיטת רש"י שלר' יעקב אינו נפטר מהחומש ע"י תשלום הכפל אא"כ הם שוים. הריב"א בתוד"ה כפילא חולק וס"ל שגם אם הכפל הוא יותר מהחומש משלם כפל ונפטר מהחומש. הביאור בדברי רש"י הוא דס"ל לר' יעקב דכיון דחומש הוא כפרה בעינן שיהיה ניכר שמשלם תשלום של חומש. וזה כונת רש"י במה שכתב שאם הכפל יותר מהחומש לאו חומשא הוי ולא מפטר עד דמשלם חומש דחומש כפרה דשבועה הוא. דמה דמסיים רש"י דחומש כפרה דשבועה הוא

לא מהני מחילה אלא חולק על התוס' דס"ל דחומש של שבועת הפקדון הוא כפרה והר"ש ס"ל דהוי ממון. וא"כ לא קשיא על הר"ש מלקמן ק"ד: אך מה שמקשה הקו"ש על הר"ש מלקמן ק"ד: יקשה לכאורה על דברי רש"י כאן דמוכח מיניה דס"ל דחומש של שבועת הפקדון הוא כפרה. וצ"ע.

לשיטת הריב"א שר' יעקב פוטר מחומש אפי' כשאין החומש והכפל שוים צ"ב מאי איכא בין ר' יעקב לחכמים. ובשיטמ"ק הביא מזה ראיה לשיטת רש"י. המהר"ם כתב דנ"מ היכא שהחומש הוא יותר מהכפל, דלר' יעקב אינו נפטר מהחומש כיון שאינו בכלל הכפל אבל לרבנן כל שיש חיוב כפל ליכא חיוב חומש אפי' אם הוא יותר מהכפל. ונראה עוד שיש הבדל גדול בין גדר הפטור לר' יעקב לבין גדר הפטור לרבנן. שלר' יעקב הוא חייב כפל וחייב חומש אלא שתשלום אחד עולה לכאן ולכאן, ואם מאיזה סיבה אינו משלם את הכפל הרי הוא מחויב בתשלום החומש. משא"כ לרבנן כל שנתחייב בכפל לא חל עליו חיוב חומש ואפי' אם בפועל אינו משלם את הכפל אינו חייב חומש.

דף סה:

תוד"ה אלמא קרן כעין שגנב. הקשו דאיכא למימר איפכא דקרן כשעת העמב"ד כיון דתו"ש וכפל כעין שגנב. ומשכחת לה שהכפל והחומש שוים כשמעיקרא שוה זוז ובסוף שוה ד'. וב' דרכים נאמרו בביאור דברי התוס' שכתבו שהקרן הוא ד' בגלל הדין של תו"ש. הפנ"י מפרש כפשוטו דכונתם להעמיד שבזמן השבועה, שהוא שעת הגניבה בטוען טענת גנב, היה שוה זוז, ואח"כ נתיקר, וכשהיה שוה ד' תברא או שתיא. אך בשיטמ"ק בשם ר"א מגרמישא הקשה דלא נזכר כאן שאיבד את הפקדון מן העולם. וכתב שאין כוונת התוס' לומר דמיירי בתו"ש ממש אלא שמה שתו"ש

הוא הסבר לתחילת דבריו דבעינן שיהיו שוים, וכן מבואר בשיטמ"ק בד"ה כפילא ע"ש. וא"כ מוכח דרש"י ס"ל שחומש הוא כפרה ממש כמו כופר למ"ד כופרא כפרה, ולא שזה תשלום ממון אלא שיש כפרה ע"י תשלום ממון זה, כמו שמצאנו בכופר למ"ד כופרא ממונא דכתב החזו"א בס' ב' סקט"ו שבדאי גם לדידיה איכא כפרה ע"י תשלום הכופר אלא שאין זה תשלום של כפרה אלא של ממון וע"י תשלום הממון אית ליה כפרה, שאם זה היה חיוב ממון לא מובן אמאי בעינן שיהיו שוים.

אך א"כ דברי רש"י צ"ב דמפורש לקמן ק"ד: דחומש דשבועת הפקדון הוא ממון ולא כפרה. הקו"ש בפסחים אות קל"ג כתב בשם הר"ש בפ"ו מתרומות מ"א דחומש דשבועת הפקדון הוא כפרה. ומקשה הקו"ש מהגמ' לקמן ק"ד: אמנם לא מפורש בר"ש שם דהוי כפרה, דדברי הר"ש קאי על הא דמבואר שם במשנה שכהן אינו יכול למחול על תשלומי תרומה. והתוס' בכתבות ל': ובפסחים כ"ט. כתבו דמה דלא מהני מחילה בתשלומי תרומה הוא משום דהוי כפרה ולא מהני מחילה בכפרה. והר"ש לא ס"ל כן אלא כתב שהטעם הוא משום דאינו חיוב ממון רגיל שהרי התורה הקפידה שהתשלום יהיה מדבר הראוי להיות קודש לכן לא מהני מחילה. וכתב ע"ז הר"ש דאין לומר שהטעם שלא מהני מחילה הוא משום דהוי כפרה כדחזינן מהא דאיכא חיוב חומש, שגם בשבועת הפקדון איכא חומש ואעפ"כ מהני ביה מחילה. והבין הקו"ש שכונת הר"ש להוכיח מחומש דשבועת הפקדון דמהני מחילה בכפרה. ולכאורה אינו מוכרח ד"ל שהר"ש הוכיח שתשלומי תרומה הוא כפרה מהא דאיכא ביה חיוב חומש, וא"כ י"ל שדחיית הר"ש היא דליכא ראיה מהא דאיכא חיוב חומש שהתשלום הוא כפרה דגם בשבועת הפקדון איכא חיוב חומש אף שאינו כפרה כמבואר לקמן ק"ד: דחומשא דשבועת הפקדון הוא ממונא. ולפ"ז מודה הר"ש לתוס' שבכפרה

משלם ד' הוא מפני שברשותא דמריה אייקור א"כ כ"ז שזה בעין החיוב השבה הוא על כל הפקדון כמו שהוא עכשיו א"כ זה נחשב שיש עכשיו חיוב קרן של ד' ולכן החומש הוא זון. וכתב רע"א דמוכח מכאן שהכופר פקדון ונשבע עליו כשהיה שוה זון ואחרי השבועה נתיקר אם הוא בעין משלם חומש כדהשתא אף שבשעת השבועה היה שוה פחות, שכאן ע"כ השבועה היתה לפני שנתיקר ששעת השבועה בט"ג הוא שעת הגניבה ובשעת הגניבה מבואר בתוס' שהיה שוה זון. והטעם הוא שמה שחיוב הקרן הוא ד' אינו מפני שנתחדש חיוב השבה אחרי שנתיקר אלא זה הכל בכלל חיוב השבת החפץ שנתחייב בשעת גזילה וחיוב זה כפר בשבועתו, לכן החיוב חומש תלוי כמה החיוב השבה הוא בשעת השבה. אך זה ניחא לפירוש השיטה, אבל לדברי הפנ"י שהתוס' מפרש בתו"ש ממש מקשה רע"א דכיון שבודאי מיירי שנשבע כשהיה שוה זון ולפני שתו"ש ולכן אי אזלינן בתר שעת הגניבה משלם זון, א"כ למה משלם חומש לפי החיוב שנתחייב בשעת שתו"ש הרי זה חיוב חדש שחל ע"י מעשה השבירה ועל חיוב זה לא היה שבועה.

התוס' תירצו דליכא למימר הכי שאם דרשינן קרא דחיים וגניבה כרב א"כ קרן כעין שגנב וכפל בשעת העב"ד ואי לא דרשינן כרב אין מקור לחלק בין הקרן לכפל. דהיינו שאין צד לומר איפכא מרב אלא או כרב או שקרן וכפל שוים. ודברי התוס' לכאורה אינם מובנים שהרי לא שאלו שנימא איפכא מרב ויהיה תמיד קרן כשעת העב"ד וכפל כעין שגנב, אלא שאלו שאולי קרן וכפל שניהם כעין שגנב אלא שכאן הקרן יהיה כשעת העב"ד בגלל תו"ש, ותו"ש הוא רק סיבה לחייב קרן מדין מזיק או גומה"ג. וכן קשה לפירוש השיטמ"ק שכונת התוס' שהגזילה בעין ולכן יש חיוב השבה כדהשתא וזה בודאי רק סיבה לחייב קרן כדהשתא ולא כפל ואין זה נחשב שמחלקים את דין הקרן מהכפל. ולכאורה יש להוכיח מזה שהתוס' ס"ל

שתו"ש הוא לא רק סיבה לחייב קרן ד' אלא גם כפל. דהובא לעיל שיטת הרמב"ם שבגזל חבית שמעיקרא שוה זון ובסוף ד' ותו"ש משלם קרן וכפל כשעת השבירה, והובא שהאמר"מ מקשה אמאי חייב כפל ד' הא תו"ש חייב מדין מזיק, ולסוברים שחיובו מדין גנב הוא גומה"ג ואינו חייב אלא קרן, ומוסיף האמר"מ דלשיטת התוס' לא קשיא דס"ל שגם באיתבר ממילא משלם כפל כשעת העב"ד כשהתיקר א"כ בודאי שתו"ש לא גרע מאיתבר ממילא וחיוב הכפל כשעת העב"ד אינו מפני שהתו"ש מחייב כפל אלא מפני שהגניבה הראשונה מחייבת כפל כשעת העב"ד. אבל הרמב"ם פסק שבאיתבר ממילא משלם כפל זון ורק בתו"ש משלם כפל ד' וע"כ שחייב כפל על מעשה השבירה. ומוכיח מזה האמר"מ שהרמב"ם ס"ל שתו"ש חיובו מדין גנב ואין זה גומה"ג כיון שזה המשך מהגניבה הראשונה, ולכן התו"ש הוא סיבה לחיוב כפל חדש ולכן קרן וכפל כשעת השבירה. ונראה דאף שכתב האמר"מ שמהתוס' אין ראיה לחידוש זה היינו ממאי דסברי התוס' להלכה, אבל מתוס' זה יש להוכיח דס"ל נמי כסברת הרמב"ם דהתוס' קאי אילו היה הדין דלא כרב אלא דקרן וכפל כעין שגנב אעפ"כ ס"ל שבתו"ש יהיה קרן וכפל כשעת שבירה, ולומר שקרן יהיה כשעת השבירה וכפל כעין שגנב זה נחשב שמחלקים את דין הקרן מדין הכפל ואין לעשות כן בלי מקור מפסוק. וא"כ יוצא שכשם שהוכיחו האחרונים מדברי הרמב"ם דלא ס"ל כחידושו של הקצה"ח בתו"ש כך קשה על הקצות גם מהתוס'.

אמנם כל זה לפי פירוש הפנ"י דתוס' דמיירי בתו"ש ממש אבל למה שמפרש השיטמ"ק את דברי התוס' דמיירי כשהגזילה בעין בזה בודאי אין סיבה להוסיף על חיוב הכפל וא"כ קשה למה זה נחשב שמחלקים את דין הקרן מדין הכפל הא בעלמא תרווייהו כעין שגנב אלא שכאן נוסף על חיוב הקרן כיון

שהגזילה בעין וזה התיקר. וצ"ל דסברת התוס' דבלי קרא אין לחלק בין קרן לכפל הוא דכפל הוא תשלום נוסף של קרן וכיון שצ"ז שהגזילה בעין החיוב קרן מחמת הגניבה הראשונה הוא כדהשתא ממילא גם חיוב הכפל צריך להיות כדהשתא. אבל זה אמת רק לשיטה שחיוב הקרן כדהשתא הוא מפני שנמצא בעין והגניבה הראשונה מחייבת להשיב כדהשתא. אבל לפני שחיוב קרן כדהשתא הוא בגלל שיש מחייב חדש בשעת שבירה בזה אין סיבה שיתחייב כפל כדהשתא דמה שכפל הוא כפול מקרן הוא מהקרן שהגניבה מחייבת ולא נוגע לחיוב שחל עליו אח"כ בגלל מעשה השבירה. ולפני עכצ"ל כמש"כ לעיל דמוכח מתוס' דס"ל שתו"ש הוא המשך הגניבה הראשון והוא סיבה לחיוב חדש של קרן וכפל כמש"כ האמר"מ בדעת הרמב"ם.

נמצא ב' דרכים בביאור דברי התוס'.
א. לפני מיירי בתו"ש ולדבריו מוכח בתירוק דס"ל כרמב"ם שתו"ש הוא סיבה גם לחיוב כפל כדהשתא. וצ"ע לפני למה משלם חומש על שבועה שנשבע לפני השבירה לפי חיוב הקרן שנתחייב אח"כ ע"י מעשה השבירה. ב. לשיטה מיירי שנתתיקק והוא בעין וגם לדבריו יש חידוש שחייב חומש לפי הקרן של עכשיו אף שבזמן השבועה עדיין לא נתיקר. ולדבריו מוכח דלולא קרא לחלק בין כפל לקרן תמיד הכפל הוא תשלום נוסף של הקרן וכשהגזילה בעין ונתיקר משלם כפל לפי ערך הגזילה כשהיא בעין אף שאם לא היה בעין הקרן והכפל היו כעין שגנב.

כגון שנשבע וחזר ונשבע. כתב הרשב"א דע"כ איירי שנשבע והודה בב"ד אחד ואח"כ נשבע והודה בב"ד אחר שאותו ב"ד לא ישיבועו שוב אחרי שהודה שנשבע לשקר והוחזק כפרן. דברי הרשב"א לכאורה אינם מובנים דמניין לרשב"א דמיירי שהודה בין שבועה לשבועה הרי מפורש במשנה בשבועות

לו: דהשביע עליו ה' פעמים חייב על כל שבועה ושבועה הואיל ויכול לחזור ולהודות, ומבואר דכל שבועה נחשב כפירה חדשה אף שבפועל לא הודה בין שבועה לשבועה כיון שהיה יכול לחזור ולהודות. אמנם לפי מש"כ האחרונים נע' אבי עזרי פ"ד משבועות ה"ט ופ"ח הי"ב בשם הגרי"ז זצ"ל ובשם הגר"א קוטלר זצ"ל שבלשון הרמב"ם בפ"ז משבועות ה"ט והל' ט"ו מבואר שמה שמבואר במשנה שהשביע ה' פעמים חייב ה' חיובים אף שלא הודה באמצע הוא דוקא לגבי האשם שחיובו על שבועת השקר שיש בה כפירת ממון ולגבי זה סגי במה שיכול להודות. אבל חיוב חומש הוא על גזילת הממון ע"י שבועה וגזילה חדשה יש רק אם היה הודאה בין שבועה לשבועה. וזה לא כתוס' לקמן ק"ח. ד"ה טען דנקט שגם חומש חייב על כל שבועה אף שלא הודה באמצע. ואם הרשב"א ס"ל כשיטת הרמב"ם ניחא מה שמפרש דאיירי הכא שאחרי כל שבועה היה הודאה. אמנם אכתי דברי הרשב"א צ"ב מאי קשיא ליה דכיון שהוחזק כפרן לא ישיבועוהו ב"ד ולכן הוצרך לפרש שכל שבועה היה בב"ד אחר הא חיוב חומש דשבועת הפקדון אינו דוקא כשנשבע ע"י ב"ד דאפילו קפץ ונשבע חייב כמבואר לקמן ק"ו. ועיין בחזו"א ס' כ' סק"א שעמד בזה.

גנב מלך ונעשה איל. שיטת רש"י שגם לר' אילעא דהוי שינוי אין זה שינוי אלא לענין שאם טבח ומכר דפטור מדו"ה, ורש"י מפרש כן לשון הגמ' נעשה שינוי בידו וקנאו טו"מ שלו הוא טובח, ואחרי שאמרו שקנאו פשיטא דשלו הוא טובח, אלא דכל מה שנעשה שינוי בידו וקנאו הוא לענין שאם טו"מ שלו הוא טובח. אבל לשאר מילי אינו קונה והאיל שייך עדיין לנגזל ומשלם קרן כי השתא כדין תו"ש משלם ד'. אבל הרמב"ם בפ"ב מגו"א הי"ד מפרש כפשוטו דהוי שינוי וקונה לכל מילי וגם קרן משלם כשעת הגזילה. וכ"כ השיטה בשם תר"פ שאפילו תו"ש משלם קרן

הרמב"ם בפ"א מגו"א הט"ו כתב הגזול כלי ושברו משלם דמיו והכלי השבור של הגזול, ואם רצו הבעלים ליטול הכלי השבור נוטלים ומשלם הפחת. והקשה המ"מ אמאי יכולים הבעלים לתבוע את הכלי הא קנה הגזול בשינוי וכתב ואולי בששמו עליו. דהיינו שהכלי נשבר באופן שאינו נחשב שינוי. והקשה הגר"ח שם שאם אינו שינוי אמאי אינו אומר הש"ל בע"כ של הבעלים. וכתב שמה שאינו אומר הש"ל כשנשתנה הכלי אינו בגלל שקנה אלא מפני שאינו כעין שגזל, והיכא שחסר חלק מן הכלי אין הכלי כעין שגזל ואינו יכול לומר הש"ל אבל לקנות אינו קונה כיון שבשאר הכלי אין שינוי. ויוצא מדבריו שממה שהדין הוא שמשלם כעין שגזל ולא יכול לומר הש"ל אין הכרח שקונה בשינוי. ומוסיף הגר"ח דבזה יתישב מה שקשה על ר"ח דס"ל דטלה ונעשה איל אינו שינוי ממתני' דבהמה והזקניה. דגם ר"ח מודה דאין זה כעין שגזל ואינו יכול לומר הש"ל אבל אין זה שינוי לקנות בו וגם בהמה והזקניה לא קונה ואעפ"כ אינו יכול לומר הש"ל. ובזה מיושב קושית הקצות על רש"י והב"ח ואין סתירה מהמשנה של בהמה והזקניה למש"כ התוס' לקמן בדעת ר"א. ועיין באבה"א בפ"ב מגו"א הט"ו שגם כתב כהגר"ח ומישב בזה קושית הקצות. ג' דרכים נאמרו בדברי הרמב"ם הנ"ל א. הב"ח שהוכח לעיל מפרש ששינוי זה אינו קונה מפני שנעשה מאליו. ב. הגר"ח מפרש ע"פ דברי המ"מ שזה שינוי רק לענין שלא יכול לומר הש"ל ולא לענין לקנות כיון שמה שנשאר לא נשתנה. ג. האו"ש והמחנ"א כתבו שאינו קונה מפני שאינו רוצה לזכות.

אכתי צ"ב בסברת רש"י והב"ח מה נ"מ בין שינוי שנעשה בידים לשינוי שנעשה מאליו דשינוי אינו מעשה קנין אלא קונה מפני שאינו כעין שגזל וגם אם נעשה שינוי מאליו אין זה כעין שגזל. ונראה שבדאי הקנין של שינוי אינו תלוי במעשה והחסרון בשינוי הבא מאליו אינו

כדמעיקרא כיון שקנה את האיל בשינוי. וסברת רש"י צ"ב אם אינו קונה וגוף האיל שייך לנגזל ולכן משלם קרן כל דמי האיל אמאי נחשב שלו הוא טובח הא אין לו בעלות על שום חלק מן האיל והוי טבחו כולו באיסורא. וא"ל דכיון שאם יתחייב דו"ה ישלם רק דמי טלה בגלל הסברא של תורא גנבי מינך א"כ ליכא טבחו כולו בחיובא שעל חלק האיל אינו חייב דו"ה, דתניא לעיל כחושה והשמינה משלם דו"ה כעין שגנב ואין בזה חסרון של טבחו כולו, וכן מבואר בסמוך שלב"ש ששינוי אינו קונה מודה ר' אילעא שמשלם דו"ה ומשלם כעין שגנב ואין בזה חסרון של טבחו כולו, אלא מה שפטור מדו"ה הוא בגלל ששינוי קונה. ואינו מובן איזה קנין זה לענין לפטור מדו"ה אם אינו קונה לשאר מילי.

סברת ר' חנינא דטלה ונעשה איל אינו שינוי מבואר ברש"י ד"ה ונקנינהו בשינוי השם שהוא משום דהוי שינוי דממילא. ועיין בפנ"י כאן ולקמן צ"ו: דמש"כ רש"י שגם לר' אילעא אין השינוי קונה אלא להא מילתא הוא משום דס"ל נמי דשינוי אינו קונה אלא כשנעשה ע"י מעשה ולא כשנשתנה מאליו. ורש"י בזה לשיטתו שכתב בסמוך על דברי רבה דשינוי קונה היכא דשני להו בידים. הקצה"ח בס' שנ"ד סק"ג מביא שהב"ח כתב בדעת הרמב"ם דשינוי שנעשה מאליו אינו קונה. ותמה הקצות דמפורש במשנה לקמן דגזל בהמה והזקניה משלם כשעת הגזילה והיינו משום שקונה בשינוי, הרי מבואר שגם שינוי מאליו קונה. ואח"כ מביא הקצות שברש"י ס"ו. משמע דבעינן שיעשה השינוי בידים ותמה הקצות מהמשנה ונשאר בצ"ע. ואף שהב"ח מביא שהחילוק בין שינוי בידים לשינוי מאליו מבואר בתוס' לקמן סח. בדעת ר"א כתב הקצות דרק ר"א ס"ל כן אבל אנן קי"ל כמתני' דגזל בהמה והזקניה. ואינו מובן דמ"מ יקשה על ר"א מהמשנה [ר"א זה אינו תנא].

משום חסרון מעשה אלא זה סימנא בעלמא דשינוי שנעשה מאליו דומיא דטלה ונעשה איל הוא גידול טבעי ומעיקרא עתיד הטלה להיות איל ואין זה נחשב שינוי משא"כ שינוי שאינו טבעי אלא בא ע"י מעשה אדם זה בתחילה לא היה עתיד להיות וזה נחשב שינוי בחפץ. ויש להביא ראיה שאין החסרון לרש"י משום דבעינן מעשה אלא ששינוי כזה אינו שינוי דפריך בסמוך לר"ח ונקנינהו בשינוי השם ופרש"י נהי דשבח דגופיה לא הוי שינוי דממילא קשבח ואזל מיהו שמא ודאי אישתני. ואינו מוכן אם השינוי בגוף לא קונה מפני שנעשה מאליו למה שינוי השם עדיף הרי גם שינוי השם נעשה מאליו ע"י שגדל ונעשה איל. אלא מוכח דלא בעינן מעשה אלא דבר שגודל מאליו אינו שינוי דבכלל טלה יש איל שהרי מהטלה עתיד לצאת איל ואין זה דבר חדש. וע"ז הקשו דמ"מ יקנה ע"י שינוי השם שבשם טלה לא כלול שם איל שמהשם טלה לא יוצא שם איל אלא אחרי שמשנתנה הגוף ממילא משתנה השם ובזה אין חסרון במה שנעשה מאליו.

אך כ"ז ניחא בדברי רש"י לענין טלה ונעשה איל אבל דברי הב"ח בדעת הרמב"ם ודברי התוס' לקמן ס"ח. בדעת ר"א שכתבו לחלק לגבי כלי שנשבר בין אם נשבר מאליו כגון שנפל או שנשבר ע"י מעשה האדם או בין בהמה שמתה מאליה או שהרגה בידים זה לכאורה אינו מוכן מה נ"מ לענין קנין שינוי בין אם נשתנה מאליו או ע"י מעשה ובזה גם כשנעשה מאליו זה אותו שינוי מ"ל מאליו מ"ל בידים וצ"ע.

א"ל רחמנא ניצולן מהאי דעתא.

מבואר דחוק ממה שנחלקו ר' אילעא ור"ח אם טלה ונעשה איל הוי שינוי לפטור מדו"ה או לא פליגי נמי בסברת תורה גנבי מינך, דר"ח ס"ל דאף שטלה ונעשה איל אינו נחשב שינוי לקנות בו מ"מ כיון דסו"ס בשעת גניבה לא היה איל

אלא טלה אין לחייב כפל ודו"ה לפי המצב של עכשיו אלא כשעת הגניבה. ור' אילעא חולק וס"ל דאם אינו שינוי לענין קנין אינו שינוי גם לענין זה אלא נחשב שזה מה שגנב ומשלם כדהשתא. אך כ"ז סובר ר' אילעא לשיטת ר"ח דטלה ונעשה איל אינו שינוי אבל לשטתו דהוי שינוי אפילו לב"ש דשינוי אינו קונה וחייב דו"ה משלם כעין שגנב בגלל הסברא של תורה גנבי מינך כמבואר בהמשך הגמ' בשיטמ"ק בשם הראב"ד ותר"פ.

רש"י ד"ה ונעשה שינוי. כתב דקונה רק לענין לפטור מדו"ה אבל לא נעשה שלו לשאר מילי ולכן משלם קרן כדהשתא מדין תו"ש. ולגבי כפל כתב רש"י דהוי כעין שגנב או כשעת העב"ד. וצ"ב מה מספקא ליה לרש"י לענין הכפל. ואין לומר דמספקא ליה אי תו"ש מחייב רק קרן או גם כפל דמפורש ברש"י מיד אח"כ שתו"ש מחייב רק קרן ולא כפל [וגם הרמב"ם דס"ל שמחייב כפל זה דוקא ביוקרא אבל בכחושה והשמינה או טלה ונעשה איל גם הרמב"ם מודה שרק לענין הקרן משלם כשעת השבירה ולא לגבי כפל]. והיה אפ"ל דרש"י מספקא ליה אם מה שר' אילעא לא ס"ל הסברא של תורה גנבי מינך הוא רק לשיטת ר"ח דטלה ונעשה איל אינו שינוי אבל לדידיה דהוי שינוי מודה דאיכא סברא של תורה גנבי מינך ולכן משלם כפל כעין שגנב, וראיתו של ר' אילעא שהברייתא משבשתא הוא דממ"נ קשה אם זה שינוי למה משלם דו"ה ואם זה לא שינוי למה משלם כעין שגנב או דלמא ר' אילעא לא ס"ל כלל הסברא של תורה גנבי מינך בטלה ונעשה איל וגם לשיטתו קשה אמאי משלם כפל כעין שגנב שהרי לרש"י גם לר' אילעא אינו קונה לשאר מילי אלא רק לענין לפטור מדו"ה. וראיתו שהברייתא משבשתא הוא דבין לר"ח בין לשטתו הכפל צריך להיות כדהשתא. דהיינו שרש"י מספקא ליה כיון דלר' אילעא טלה ונעשה איל הוי שינוי איכא בזה הסברא של תורה גנבי מינך ולכן ישלם כפל כעין שגנב

יתיר באתנן. ועיין בקו"ש אות י"ב מש"כ לישב קושית התורי"ד באופן אחר. ובעיקר דברי התורי"ד שיש נ"מ בין גדר שינוי באתנן לשינוי בגזילה עיין לקמן מש"כ בזה לענין שינוי בראשית הגז.

וניקנינהו בשינוי השם. ומשני דליכא שינוי השם דאיל בן יומו קרוי איל. התוס' בריש פרק הגזול עצים כתבו דשינוי מעשה שאין משתנה שמו בכך אינו שינוי. והובא ברמ"א בס' ש"ס סע' ו'. וקשה מכאן דמבואר דליכא שינוי השם ואעפ"כ לר' אילעא איכא שינוי וקונה. ויש לישב בכמה אופנים. א. הקצה"ח בס' ש"ס סק"ה מבאר דהא דבעינן שינוי השם עם שינוי מעשה אין הכונה שינוי השם גמור דא"כ שינוי השם קונה בפנ"ע בלי שינוי מעשה. וא"כ י"ל שגם למסקנא דאיל בן יומו קרוי איל זה גורם רק שאין זה שינוי השם גמור שיקנה בפנ"ע אבל אכתי שינוי השם כל דהוא איכא שבתחילה היה נקרא גם טלה ועכשיו אין שמו אלא איל. ב. הקצות מקשה על התוס' והרמ"א מגזול חמץ ועבר עליו הפסח דמבואר בגיטין נ"ג: שאם היזק שאינו ניכר שמיה היזק נחשב שינוי. ושם ליכא שינוי השם דמעיקרא לחם ועכשיו לחם. וכתבו בזה הקו"ש באות ק"כ דהא דבעינן בשינוי מעשה שישתנה שמו אינו משום דבעינן צירוף של שינוי השם לשינוי מעשה אלא דהיכא דלא נשתנה שמו ע"י השינוי זה מוכיח שאין זה שינוי גמור. ובמקום דחזינן דהוי שינוי גמור לא בעינן שישתנה שמו. וא"כ י"ל דהכא נמי השינוי מטלה לאיל הוא שינוי גמור [ומה דר"ח ס"ל דאינו שינוי הוא משום דלא נעשה ע"י מעשה] ובזה לא בעינן שישתנה שמו. וכדברי הקו"ש מפורש בביאור הגר"א על דברי הרמ"א בס' ש"ס וז"ל הגר"א שם בסק"י מיהו לאו כלל הוא וכו' וכן בטלה נעשה איל אע"ג דאין בה שינוי השם כמש"כ בב"ק ס"ה: עכ"ל. וזה כדברי הקו"ש דהיכא דחזינן דאיכא שינוי גמור לא בעינן שינוי השם. והגאון מביא ראיה מטלה

א"ד כיון שאינו שינוי גמור אלא רק לענין פטור דו"ה ליכא בזה סברת תורא גנבי מינך וא"כ ישלם כפל כדהשתא. אך צ"ע דמפורש בהמשך הגמ' דהקשו מ"מ קשיא, ופרש"י דקשיא לר' אילעא אמאי משלם דו"ה. ומבאר הרשב"א דאף שבתחילה ר' אילעא הוכיח דברייטא משבשתא מ"מ לדידן דקי"ל כר' אילעא לא ניחא לשבש הברייטא. ומשני דקאי כב"ש דשינוי אינו קונה ולכן משלם דו"ה, ומשמע דעכשיו ניחא למה משלם כעין שגגב דכיון דאיכא שינוי אף שאינו קונה אמרינן בזה תורא גנבי מינך. א"כ מפורש דלשיטת ר' אילעא כפל כעין שגגב ומאי מספקא לרש"י. והעירוני דכונת רש"י דבסמוך הקשו מזה לרב דכפל כשעת העב"ד ומשני טלאים כדמעיקרא וכו'. ורש"י מפרש דתלוי אם משלם טלאים או דמים. ומה שכתב רש"י כאן כפל כעין שגגב היינו אם משלם טלאים, או כשעת העב"ד אם משלם דמים.

התורי"ד מקשה לר' אילעא דטלה נעשה איל הוי שינוי וכי נימא דהנותן טלה באתנן ונעשה איל יוכשר למזבח. ועכצ"ל דאין לדמות פסול הקרבה לגזילה ובסמוך הגמ' מדמה דין שינוי באתנן לשינוי בגזילה. וכתב התורי"ד דמה שהגמ' מדמה גזילה לפסול הקרבה הוא לענין שינוי שנעשה בידים אבל שינוי שנעשה מאליו אף דמהני בגזילה אינו מתיר פסולי הקרבה. ולכאורה אינו מובן אם מחלקים בין הקרבה לגזילה לענין שינוי שבא מאליו למה א"א לומר שב"ש מחלקים ביניהם גם לענין שינוי בידים ומה הראיה מזה שב"ש פוסלים להקרבה שגם בגזילה לית להו שינוי קונה. וע' באו"ש פ"ג מאיסורי מזבח הי"ב שגם מחלק בין גדר שינוי לגבי אתנן לשינוי דגזילה וכתב שפשוט שבאתנן לא יהיה התר בבהמה והזקינה, ומה שהגמ' מדמה אתנן לגזילה כתב האו"ש דהיינו רק שאם שינוי קונה בגזולן מסתבר למעט מקרא דהן שינוי גמור שנעשה ממנו גוף אחר אבל לא כל מה שמועיל בגזול

כשיש שינוי מעשה. ולענין אי שינוי השם תלוי בלשון תורה או לשון בנ"א נחלקו הש"ך והנתיבות בס' שנ"ג לש"ך תלוי בלשון בנ"א ולנתיבות תלוי בלשון תורה כפשטות דברי הגמ' כאן שהביאו ראיה מקרא.

נתן לה באתננה. הוא דמהני שינוי באתנן ובשאר איסור תורה לא מהני שינוי היינו משום שמה שנוצר באיסור הוא אסור בעצמותו ומה שיוצא ממנו כמותו לכן אף שנשתנה אין זה סיבה להתר. משא"כ אתנן שאיסורו רק משום מעשה שנעשה בו וכשנשתנה אין זה החפץ שנעשה בו המעשה. וזה הטעם שמהני שינוי בגזילה שאין זה החפץ שנעשה בו מעשה הגזילה. אמנם ע' בקו"ש באות י"ב שנראה שלא פירש כן.

תוד"ה הן ולא שינוייהם. הקשו דהכא ילפינן שינוי מקרא דאתנן ובסמוך דרש רבה ששינוי קונה מקרא דאשר גזל. עיין מש"כ בזה בקו"ש באות י"ג. הקצה"ח בס' ש"ס סק"ב כתב לישב קושית התוס' ע"פ מה שמבואר בפ"ק בתמורה דף ו'. דלרובא דאית ליה אי עביד לא מהני אמאי שינוי קונה [הנתיבות בס' ל"ד סק"ה למד מזה דגנב שעושה שינוי עובר בלאו דלא תגזול על הפקעת הבעלות של הנגנב ולכן היה צריך להיות שלא יקנה בגלל כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד וכו' ודלא כהקצות שכתב שתו"ש אינו אלא מזיק ומשני דכתיב אשר גזל. וא"כ ניחא דלא סגי דקרא דאתנן דמשם אפשר ללמוד ששינוי הוא סיבה לקנין אבל אכתי בלי קרא דאשר גזל לא יקנה בגלל הדין של אי עביד לא מהני.

דף סו.

לימא תהוי תיובתא דרב. לכאורה תמוה דזה מה ששאלו לעיל אמאי משלם כעין שגנב, ומה שתרצו כאן טלאים כדמעיקרא זה

ונעשה איל דחשיב שינוי מעשה אף שאין בזה שינוי השם.

ג. הרא"ש בסוף ס' ב' כתב דשינוי השם מעליא קונה כגון טלה ונעשה איל. וכן הוא בלשון השו"ע בס' שנ"ג סע' א' דשינוי השם קונה כגון טלה ונעשה איל. תמה ע"ז היש"ש דמסקנת הגמ' דליכא בטלה ונעשה איל שינוי השם וקונה בגלל שינוי מעשה. [הגאון בס' שנ"ג סק"א כתב שהרא"ש מביא טלה ונעשה איל לדוגמא בעלמא ע"ש]. וכתב בזה הש"ך בסק"א דקשה מה הביאו מקראי דאיל בן יומו קרוי איל הא דין שינוי השם אינו תלוי בלשון תורה אלא בלשון בנ"א. ומבאר הש"ך שכונת הגמ' דכמו שמצאנו שבלשון תורה איל בן יומו קרוי איל א"כ יתכן שבזמן ר' אילעא גם לשון בנ"א היה כך, אבל עכשיו שידוע שבלשון בנ"א לא קוראים לטלה איל שפיר כתבו הרא"ש והשו"ע דהוי שינוי השם. הנתיבות בסק"א חולק וס"ל דשינוי השם כדי שיקנה בפני"ע תלוי במה שנשתנה שמו בלשון תורה אבל היכא דאיכא שינוי מעשה ובעינן נמי שישתנה שמו כמבואר ברמ"א לזה סגי במה שנשתנה שמו בלשון בנ"א. וזה כקצות הנ"ל שאם יש שינוי מעשה סגי בשינוי השם כל שהוא והטעם כמש"כ הקו"ש שאין זה אלא כדי להוכיח שהשינוי מעשה הוא שינוי גמור. וא"כ גם למסקנא איכא בטלה ונעשה איל שינוי השם בלשון בנ"א וסגי בזה שיקנה מכח השינוי מעשה. וע"ע מש"כ בזה בס"ד לקמן ס"ו: בדברי הרמב"ן במלחמות.

נמצא הא דטלה ונעשה קונה אף שאין בזה שינוי השם. א. לגאון כשיש שינוי מעשה גמור לא בעינן שינוי השם. ב. גם למסקנא אף דאין שינוי השם גמור איכא שינוי השם כל שהוא דאין האיל נקרא טלה. וכשיש שינוי מעשה סגי בשינוי השם כל דהו כמבואר בקצות. ג. אף דאין בטלה ונעשה איל שינוי השם בלשון תורה מ"מ בלשון בנ"א איכא שינוי השם וסגי בזה

הערות

מרובה דף סו.

וציונים

כא

מה שתירצו לעיל תורא גנבי מינך לפירוש ר"י בתוד"ה טלאים. ועיין ברע"א מש"כ בזה.

טלאים כדמעיקרא.

באופן התשלום שאם משלם טלאים משלם כדמעיקרא היינו כיוקרא דמעיקרא וכסוג הטלה של שעת הגניבה דטלה גנב וטלה משלם, ואם משלם דמים משלם כדהשתא. ובסברא אינו מובן אם יכול לפטור עצמו בטלאים כדמעיקרא למה לא יפטר גם בדמי טלאים דמ"ל הן מ"ל דמיהן. ועיין בתורי"ד שכתב על דברי רש"י שאין הדעת מקבלתו.

שיטת ר"י דטלאים היינו כשיש שינוי

בגוף כגון כחושה והשמינה או שמינה והכחישה או טלה ונעשה איל משלם כפל ודו"ה כדמעיקרא ואף באופן שאינו שינוי לענין לקנות, וזה בגלל הטענה של תורא גנבי מינך וכו'. והיינו דמעשה הגניבה הוא המחייב את הכפל וחיובו על המין שגנב ורק לענין יוקרא וזולה ילפינן מקרא דמשלם כשעת העמב"ד. ואף שהטביחה הוא מחייב את הדו"ה מ"מ כמו כן שעת גניבה גרמה לו. וצ"ב דזה ניחא לענין כחושה והשמינה דאף שטבח שמינה א"א לחייב יותר מכחושה כיון שהגניבה הוא ג"כ חלק מהמחייב ולא גנב אלא כחושה, אבל בשמינה והכחישה אמאי משלם דו"ה שמינה אמנם מעשה גניבה היה על שמינה אבל לא היה טביחה של שמינה ואיך יתחייב על מה שלא טבח. ובקו"ש באות כ"ג כתב שמשמע מזה דע"י הטביחה מתחייב דו"ה על מעשה הגניבה הראשונה. דהיינו שהגניבה מחייבת דו"ה בתנאי שיטבח אח"כ. אך זה תימא שבודאי הטביחה הוא לפחות חלק מהמחייב של דו"ה וליכא שיעבוד על דו"ה עד שעת טביחה. והובא לעיל לשון החזו"א בזה בס' ז' סק"ג ד"ה ס"ה ואע"ג דמעשה הטביחה נעשה בשור כחוש מ"מ כיון דיש כאן טביחה המחייבת מתחייב בדו"ה של שור השמן שגנב.

דהיינו שאף שבודאי הטביחה היא המחייבת דו"ה מ"מ החיוב של דו"ה הוא דו"ה פעמים מה שגנב.

מלשונו של ר"י בתחילת דבריו שאם

נשתנה גוף הבהמה משלם כפל ודו"ה כדמעיקרא כמו קרן משמע שגם בטבח שדינו כתו"ש משלם בכחושה והשמינה קרן כעין שגנב. ומדייק מזה הגאון בס' שנ"ד שתוס' חולק על הרא"ש שכתב שהשמינה מאליה הוי כיוקרא ואם שחט משלם קרן שמינה כדין תברא ושתיא דמשלם ד', ורק דו"ה הוא כשעת הגניבה, ובתוס' משמע שגם בטבח משלם קרן כעין שגנב. וקשה אמאי לא יתחייב על מעשה הטביחה של שמינה לשלם שמינה מדין מזיק או מדין גניבה חדשה כמו שמשלם ד' בהוקרה. וכתה הקו"ש אות כ"ב שמוכח מזה שמה שתו"ש הוי גזילה חדשה הוא בצירוף הגזילה הראשונה ובכחושה והשמינה שגזילה הראשונה היתה רק על כחושה א"א לחייב על התו"ש של שמינה, אבל נשאר בצ"ע בטעם הדבר אמאי לא יתחייב על הגניבה החדשה של השמינה וכן אמאי לא יתחייב מדין מזיק על מה שהזיק שמינה. ועיין באמרי משה ס' ל"ב שבאות כ"א מביא דברי הגאון שמדייק שתוס' חולק על הרא"ש. ותמה האמר"מ כיון שמוכח בגמ' ובתוס' דטלה ונעשה איל וכן כחושה והשמינה מאליה השבח שייך לנגזל אמאי לא יהיה בזה חיוב של גזילה או מזיק כשטובח שמינה. ובאות כ"ב מבאר האמר"מ שא"א לחייב על הטביחה מדין גנב כיון שמעשה גזילה צריך להיות עם מעשה קנין וכאן כבר יש לו קניני גזילה בשבח שהושבח אצלו. ומה שכתו"ש יש חיוב מדין גזול הוא משום דהוי המשך של הגזילה הראשונה וזה שייך רק לגבי יוקרא שעל חפץ זה היה גניבה ראשונה ועכשיו כשמוסיף יש עוד סיבה לחייב לפי היוקרא, אבל בכחושה והשמינה א"א לחייב על שמינה כהמשך לגניבה הראשונה דשמינה הוא דבר אחר שלא היה עליו גניבה ראשונה דכחושה

גנבי מינך. [וכן י"ל בנוסח אחר דמדין גזלן א"א לחייב משום דהוי גונב מן הגנב ופטור אפילו מקרן ורק בתו"ש חייב מדין גנב משום שזה המשך גניבה הראשונה וזה שייך רק ביוקרא ולא בהשמינה].

ואכתי קשה אמאי לא יתחייב מדין מזיק על טביחת שמינה. ובאות כ"ז מבאר האמר"מ תוס' ס"ל כשם שגזלן אינו משלם עבור השימוש שהוא משתמש בחפץ הגזול כמבואר לקמן צ"ו. והוא מפני הקנין שיש לגזלן בגזילה כך אינו משלם את מה שמזיקאת הגזילה. ורק בא אחר ואכלו יש על השני חיוב מזיק כיון שהוא אינו הגזלן אבל הגזלן עצמו אין לחייבו מדין מזיק, והחיוב של תו"ש הוא לא מדין מזיק אלא מדין גזלן ורק כשהגזילה החדשה הוא המשך לגזילה הראשונה וזה דוקא ביוקרא ולא בהשמינה דכיון שהשמינה לא היתה בכלל הגזילה הראשונה אין הגזילה השניה המשך של הראשונה לכן אין לחייב על השמינה לא מדין גזלן ולא מדין מזיק. וכדברים אלו כתב האמר"מ באות ט"ו ט"ז בדעת הרמב"ם שמחלק בין יוקרא והשמינה לענין כפל בתו"ש יעו"ש. ומאי דסבר הרמב"ם לענין כפל סוברים התוס' לענין קרן. אך כ"ז למה שמדייק הגאון מלשון התוס' דפליגי על הרא"ש וס"ל שגם בטבח משלם קרן כדמעיקרא. אבל החזו"א בס' ז' סק"ג בד"ה אבל כתב דמש"כ שקרן כדמעיקרא היינו בהוכחה ולא בהשמינה או בהשמינה ומיתה מאליה אבל השמינה וטבח בודאי יש לחייב מדין מזיק על שמינה כדין תבא ושתיא.

שיטת ר"ת דמה דאמר רב כפל ודו"ה כשעת העב"ד היינו דוקא לקולא כשהוזל או הוכחש אבל כשהתיקר או השמינה אינו משלם יותר משעת הגניבה. וזה במקצת כשיטת הרמב"ם שמחלק לגבי כפל ודו"ה בין נתיקר שמשלם כפל ודו"ה כשעת הגניבה להוזל דמשלם כשעת העב"ד, אך הרמב"ם ס"ל כן רק

לענין יוקרא וזולה משא"כ בשינוי בגוף ס"ל שתמיד משלם כשעת העב"ד ולר"ת גם בזה אזלינן תמיד לקולא.

שינוי קונה. קנין שינוי נלמד מקרא דאשר גזל. והקשו האחרונים דמהתם יש לימוד רק שאם אינו כעין שגזל אין חיוב השבה ואינו יכול לפטור עצמו בהחזרת החפץ אבל מנין שהגזלן קונה ונעשה שלו ואין הבעלים יכולים לתבוע את ממונם. וכתבו כיון דאוקמא רחמנא לגזילה ברשותו של הגזלן להתחייב באונסין כל גזלן יש לו סיבה לזכות בחפץ אלא שחיוב השבה מונע את קנינו וכשפוקע מצות והשיב זוכה גזלן מכח המעשה קנין שעשה בשעת הגזילה. ומה"ט כתב העונג יו"ט בס' כ"ט בדעת הרא"ש שהגזלן קונה בשינוי למפרע משעת גזילה. ואף שבוזה האחרונים חולקים וס"ל שאינו קונה למפרע, וראית העיו"ט מהרא"ש דוחה האמרי משה בס' ל"ב אות ג' ע"ש, מ"מ בעיקר היסוד שבשעת השינוי הוא קונה מכח הקניני גזילה שקיבל בשעת גזילה הסכימו כמה אחרונים. הקהלת יעקב [לנתיבות] באבה"ע ס' כ"ח סע' ה' כתב שאם הנגזל מוחל לגזלן את חיוב ההשבה זוכה הגזלן מכח הקנין שקיבל בשעת גזילה, גם הגר"ח זצ"ל בפ"ט מגזילה כתב שהשינוי מצד עצמו אינו סיבה לקנין אלא שקונה מכח הקניני גזילה כשפוקע חיוב השבה. והובא דבריהם בקה"י על קידושין ס' כ"א ע"ש. וכ"כ הקו"ש כאן באות י"ד.

המקור לסברא זו דכשפוקע חיוב והשיב הגזלן קונה מכח הקנין שעשה בשעת גזילה הביאו מדברי רב בסנהדרין ע"ב. שהבא במחתרת והוציא כלים בדמים קנינהו. וגם שם קשה במה קנה הרי קלב"מ פוטר מחיובים ואינו מעשה קנין, אלא סברת רב הוא דכיון שנפטר מחיוב השבה ע"י קלב"מ ממילא זוכה מכח הקנין הראשון. ואף שרבא חולק בזה על רב וס"ל שאם הגזילה בעין אינו קונה ע"י קלב"מ, כתב בקו"ש דרבא מודה לעיקר היסוד

שמוכח מדברי רב שאם פוקע והשיב זוכה הגזולן בגזילה אלא שרבא חולק שאין קלב"מ מפקיע חיוב והשיב. וביאור מחלוקת רב ורבא אם קלב"מ מפקיע והשיב או לא הוא דרבא ס"ל שוהשיב אינו חיוב תשלומין שאין הגזילה שלו אלא חיוב להחזיר לבעלים ממון שלהם והיא כמצות השבת אבידה שאינו חיוב תשלומין ובודאי קלב"מ לא פוטר מזה. ורב ס"ל דכיון דאית ליה קנין בגזילה דמי לתשלומין ונפטר מזה ע"י קלב"מ.

מדברי הקצה"ח בס' שנ"א סק"ג מוכח דלא ס"ל כן דכתב דאף דקי"ל כרבא ולא אמרינן בדמים קנינהו היינו רק שיכולים הבעלים ליטול את שלהם אבל אין הגזולן מחויב בהשבה כיון שקלב"מ נפטר מחיוב השבה. ומבואר דס"ל שגם רבא ס"ל שנפטר מחיוב והשיב ע"י קלב"מ ואעפ"כ ס"ל שלא קונה את הגזילה. ולא כקו"ש שכתב שלרבא לא פוקע והשיב כלל. ולקצה"ח אין לפרש הקנין של שינוי כדברי האחרונים הנ"ל דלדין דקי"ל כרבא גם כשפוקע והשיב אין הגזולן זוכה בגזילה. ועיין בריש הגזול עצים שהובא מש"כ האחרונים דרכים אחרות בביאור הקנין של שינוי.

לא הספיק ליתנו לו עד שצבעו. יש

לעיין בגדר שינוי בראשית הגז אם הוא מדין שינוי דגזילה ומיירי דוקא כשלקח הגיזה לעצמו ע"ד לגזולו, או שזה מדין שינוי דאתנן דמעשה הגיזה מחייב וכיון שאחר הגיזה נשתנה אין זה הצמר שנעשה בו הגיזה ופקע מינה חיוב ראשית הגז כמו שהשינוי מתיר את האתנן וא"כ יפטר ע"י השינוי גם בלי כונה לגזול. ונראה שנחלקו בזה הראשונים שהרא"ש בחולין פרק ראשית הגז ס' ב' כתב בהדיא דמיירי שנתכוין לגזול. ומבואר דנקט שהוא מדין שינוי דגזילה ולא מדין אתנן. אמנם ברמב"ם מוכח לכאורה דלא ס"ל כן דהרמב"ם פסק בפ"ב מגזילה הי"ב דהגזול צמר ונפצו

ולבנו הוי שינוי ובפרק י' מביכורים ה"ו כתב לגבי ראשית הגז שאם גזז צמר ולבנו לא הוי שינוי ולא כתב שאם נפצו וליבנו הוי שינוי. ועמד בזה הלח"מ בהל' גזילה ע"ש. ובשיטמ"ק לקמן צ"ג: כתב בשם המאירי שהרמב"ם מחלק בזה בין שינוי דגזילה לשינוי דראשית הגז. ובאבה"א שם מבאר שלענין גזילה סגי בשינוי כל שהוא דבזה אינו כעין שגזל אבל לגבי ראשית הגז בעינן שינוי גמור כדי שיחשב עי"ז לדבר חדש. וזה על דרך התוריד שהובא לעיל שמחלק לענין שינוי שנעשה מאליו בין שינוי דגזילה לשינוי דאתנן. ומבואר מזה דהמאירי ס"ל בדעת הרמב"ם דשינוי דראשית הגז דמי לשינוי דאתנן ואינו מדין גזילה ולפ"ז לא בעינן כונה לגזול. וע"ע מה שכתבנו בזה בס"ד בריש פרק הגזול עצים.

ויש לעיין בדעת הרא"ש דהוי מדין שינוי דגזילה ומיירי דוקא בנתכוין לגזול דזה ניחא היכא דגזז ה' רחילות וחל חיוב ראשית הגז א"כ בלקיחה ע"ד לגזול איכא גזילת ממון השבט וקונה בשינוי, אבל היכא דגזז ראשון ראשון וצבעו השינוי הוא לפני שחל החיוב ובזה לכאורה ליכא ממון השבט וא"כ לא שייך בזה גזילה וע"כ דנפטר מכח דין שינוי דאתנן דאין זה הצמר שגזז ולמה כתב הרא"ש דנפטר רק בנתכוין לגזול. ואולי היכא דשינה לפני שחל חיוב מודה הרא"ש שנפטר מדין שינוי דאתנן אפילו בלי כונה לגזול אבל אחרי שחל חיוב ואיכא בגיזה ממון כהן ס"ל שאין לפטור מדין שינוי דאתנן ובזה בעינן דוקא שיכוין לגזול ורק באופן זה ס"ל שהפטור הוא רק מדין שינוי דגזילה.

רש"י ד"ה עד שצבעו. כתב דליכא

חיוב דמים דהוי ממון שאין לו תובעין. בריש הגזול עצים הובא בשם מרן הגר"ש רוזנבוסקי זצ"ל שמה ששינוי קונה הוא משום שע"י השינוי נפטר מוהשיב וחל חיוב דמים ומה שמתחייב בדמי החפץ הוא סיבה לקנות את

החפץ כמו שמצאנו במעילה שע"י המעילה יוצא הקדש לחולין וזוכה בו המועל, ולשון רש"י בב"מ צ"ט. הוא שכיון שמעל ונתחייב בדמיו יוצא לחולין. וכן כאן ע"י חיוב הדמים זוכה בחפץ דכיון שנתחייב בדמיו נעשה החפץ הוא שלו. ויש לעיין בזה משינוי דראשית הגז שכאן אינו מתחייב בדמים שהמזיק מתנות כהונה פטור ואעפ"כ קונה בשינוי. ובשלמא אם שינוי בראשית הגז הוא מדין שינוי דאתנן ניחא אבל אם זה מדין שינוי דגזילה מוכח ששינוי קונה גם במקום שלא מתחייב בדמיו. ולפי הלשון בחולין ק"ל: דהפטור של מזיק מתנות כהונה הוא משום דאין לו תובעין וכתבו התוס' שם דיש חיוב לצי"ש אולי סגי בזה לקנות אבל ללשון שהפטור נלמד מקרא כתבו התוס' שם דליכא חיוב לצי"ש וא"כ יקשה איך יקנה בשינוי. ולפירוש זה עכצ"ל דשינוי דראשית הגז הוא מדין שינוי דאתנן.

ברש"י מבואר דמהני תפיסת הכהן בראשית הגז. וזה כשיטת התוס' ב"מ ו: דמהני תפיסת הכהן במתנות כהונה כמו שציין רע"א. אך ע' בקו"ש דכאן יש תוספת חידוש דהכא ליכא דבר מסוים שהוא ממון כהן ואעפ"כ ס"ל לרש"י דמהני תפיסה.

מירי דהוי אמוצא אבידה. רש"י כתב שהמקור שיאוש קונה הוא מהדין של זוטו של ים דילפינן מאשר תאבד ממנו שאם אבוד ממנו ומכל אדם יכול כל אדם לזכות הואיל ונתיאשו הבעלים. וכן כתבו התוס' בב"מ כ"ז. בסד"ה מה שמלה בשם הירושלמי. ולכאורה מוכח מזה שהתירא דזוטו של ים הוא מדין יאוש, וכן מפורש ברמב"ם בפ"א מגו"א ה"י שההתר של זוטו של ים הוא מפני שהבעלים מתיאשים, ואף שנפסק בשו"ע בס' רנ"ט סע' ז' שההתר של זוטו של ים הוא אפילו שצווח שאינו מתיאש אין מזה ראייה שאינו מדין יאוש דעיין בנ"י ב"מ כ"א: שכתב שבזוטו של ים אפילו מרדף אחריה בטלה דעתו. ולשון הריטב"א שם

כ"ד. הוא דאם אומר שאינו מתיאש שקורי משקר. אמנם השיטה כאן בשם הרא"ש חולק על רש"י וכתב דאין ללמוד יאוש מזוטו של ים ששם אין טעם להתר משום יאוש דגזירת הכתוב הוא שאפילו אינו מתיאש התורה התירה. וכ"כ השיטמ"ק בב"מ כ"א: בד"ה בזוטו של ים וז"ל דלאו מתורת יאוש נגעו בה אלא מגזה"כ עכ"ל. וכן דעת התרה"כ בס' רס"ב בד"ה והנראה ומבאר בזה מה שמבואר בב"מ כ"א: דאף דקי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש בזוטו של ים יש התר זכיה אפילו כשלא ידעו הבעלים שנאבד, וזה מפני שאין ההתר מטעם יאוש אלא מגזה"כ. ועיין מה שכתבנו בס"ד בב"מ כ"א: בשם האחרונים לבאר הא דמהני בזוטו של ים יאוש שלא מדעת לדעת הסוברים שההתר הוא מדין יאוש.

שיטת התוס' כאן ובב"מ כ"ז. שההתר של יאוש נלמד משמלה מה שמלה מיוחדת שיש לה סימנים ותובעין. וכ"כ רש"י בב"מ כ"ז. ולכאורה דבריו שם סותרים את דבריו כאן שכתב שנלמד מזוטו של ים. ואולי י"ל דס"ל דתלוי אם סימנים דאורייתא או דרבנן דאם סימנים דאורייתא קרא דשמלה אתא לסימנים ואז ילפינן יאוש מזוטו של ים ואם סימנים לאו דאורייתא וקרא דשמלה אתא לתובעין א"כ המקור של יאוש הוא מהתם. וכיון שנשאר ספק להלכה אי סימנים דאורייתא או לא לכן רש"י מפרש כאן לצד דסימנים לאו דאורייתא ושם לצד דסימנים דאורייתא.

ויש להוסיף בזה דלכאורה קשה על הראשונים דס"ל שההתר של זוטו של ים אינו מדין יאוש מהירושלמי שהובא בתוס' בב"מ כ"ז. שיאוש נלמד מזוטו של ים, ואם ההתר של זוטו של ים אינו מדין יאוש איך לומדים משם דין יאוש. ויש לישב ע"פ מה שכתב החזו"א בס' י"ח סק"א ב' ג' שהדין של זוטו של ים הוא שכל דבר שהוא אבוד מן הבעלים באופן מוחלט יש בו התר זכיה ובאופן שאינו אבוד

באופן מוחלט וצפויה לו הצלה בעינין שידע ויחיאש, אבל אחר היאוש נתרועעה שליטתו ודמי לאבידה מוחלטת. נמצא לדבריו שההתר של זוטו של ים בלי יאוש ואבידה עם יאוש ביסודם הם דין אחד, דהיאוש מחזק את המצב של אבוד ועי"ז מה שאבוד ממנו ומצוי אצל כל אדם נחשב אבוד כדבר שאבוד ממנו ומכל אדם. א"כ ממה שמבואר בירושלמי שילפינן יאוש מזוטו של ים אין הכרח דזוטו של ים צריך יאוש, די"ל דמהתם ילפינן רק דדבר שהוא אבוד לגמרי מן הבעלים יש בו התר זכיה. ומזה ידיענן דדבר שאינו אבוד באופן מוחלט יש בו התר זכיה אחרי יאוש דע"י היאוש הוא במצב הדומה לדבר שאבוד מכל אדם. והיה אפשר בזה גם לישב את הסתירה ברש"י ולומר דרש"י ס"ל דבעינן תרי קראי להתר של יאוש. א. ליסוד שדבר שהוא אבוד באופן מוחלט יש בו התר זכיה. ב. שגם אם אינו אבוד באופן מוחלט ע"י היאוש הוא מקבל דין של אבוד באופן מוחלט. אבל אין זה מספיק לישב דברי רש"י דבלשון רש"י כאן שכתב שההתר של זוטו של ים הוא הואיל ונתיאשו הבעלים מבואר שצריך יאוש בזוטו של ים כרמב"ם ולא רק שזה היסוד להתר של יאוש וא"כ קשה למה בב"מ הוצרך ללמוד ההתר של יאוש משמלה.

באיסורא אתא לידיה. הקשו התוס'

למה יש צד לומר שגזלן קונה ביאוש אף שבאיסורא אתא לידיה הא קנין יאוש נלמד מאבידה ובאבידה גופא אינו קונה היכא דאתא לידיה לפני יאוש דבאיסורא אתא לידיה כמבואר בב"מ כ"א: וכתבו שלצד שגזלן קונה ביאוש אף שאתא לידיה באיסורא גם באבידה זוכה בחפץ אף שבא לידו לפני יאוש, ומה שמבואר בב"מ שאינו זוכה היינו רק שאם בא לידו באיסורא כשזוכה חייב דמים אבל גוף החפץ הוא זוכה אף שבאיסורא אתא לידיה. דהיינו שיש נ"מ מהספק של הגמ' כאן בגזלן גם לענין אבידה שאם גזלן אינו קונה ביאוש

גם אבידה אינו קונה אם בא לידו לפני יאוש, ואם גזלן קונה ביאוש גם באבידה קונה אף שבא לידו לפני יאוש, אלא שכשם שגזלן שזוכה משלם דמים כך מוצא אבידה שזוכה אם בא לידו באיסור משלם דמים. אמנם ענין חיוב דמים כשזוכה באבידה ביאוש אינו מובן דבשלמא בגזלן הגזילה מחייבת להשיב את החפץ או דמיו ואם זוכה בחפץ בשינוי או ביאוש חייב דמים מפני שמעשה הגזילה מחייב דמים. אבל באבידה אף שהגיע לידו לפני יאוש אין הלקיחה גזילה כיון שמחויב לקחת ולא נתחייב דמים בשעת הגבהה א"כ מה מחייב דמים אח"כ כשזוכה ע"י יאוש. וכתב בזה הקצה"ח בס' שנ"ג סק"ב דהיכא דאתא לידיה באיסורא יש שיעור בקנין יאוש שאינו זוכה בחפץ אלא תמורת דמים. ויש לעיין בזה דאם באבידה יש שיעור בקנין ואינו יכול לזכות אלא תמורת דמי החפץ א"כ גם בגזילה חוץ מחיוב דמים שנתחייב בשעת הגזילה איכא עוד סיבה לחיוב דמים מכח השיעור בהתר זכיה של היאוש, וא"כ היכא דגזל חפץ שהיה שוה זוז והוקר ושוה ד' ואח"כ נתיאשו הבעלים וזכה הגזלן ביאוש, והדין הוא דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה ומשלם רק זוז, ולקצות אמאי לא ישלם ד', הא כ"ז שהחפץ בעין ברשותא דמריה אייקור ומה"ט בתבארא ושתייה משלם ד' א"כ למה כשזוכה ע"י יאוש אינו משלם ד' אמנם מעשה הגניבה חייב רק זוז אבל לא גרע מאבידה דמעשה הראשון לא חייב דמים כלל ואעפ"כ משלם דמים כיון שיש שיעור בהתר זכיה א"כ ה"נ ישלם ד' בגלל השיעור בהתר זכיה. וצ"ל שרק באבידה יש שיעור בקנין אבל בגזילה כשיש התר זכיה פוקע והשיב ושוב זוכה מכח הקנין שעשה בשעת הגזילה, ומה"ט יש צד בתוס' לקמן ס"ט. שהגזלן קונה ביאוש אפילו אינו בחצירו, וכיון שקונה מחמת קנינו הראשון ליכא שיעור בקנינו. ובגזלן החיוב דמים הוא רק מפני שנתחייב בשעת הגזילה לכן משלם כשעת הגזילה. אך עיקר סברת הקצות שיש שיעור בקנין לכאורה אינו מובן למה

הא דגולן שקונה ביאוש חייב דמים ואינו נפטר מחיוב הדמים ע"י יאוש לסוכרים דמהני יאוש בחוב יבואר בס"ד לקמן ס"ז. על תוד"ה הא לאו ע"ש.

בגדר הקנין של יאוש. בפשטות הקנין של יאוש הוא שונה משינוי דשינוי מצד עצמו אינו סיבה לקנין אלא קונה מחמת קנינו הראשון משא"כ יאוש דמי ליאוש דאבידה שהוא סיבה להתר זכיה. ואף שיש צד בתוס' לקמן סט. שגולן קונה ביאוש אף שאינו ברשותו, וע"כ שקונה מחמת קנינו הראשון, היינו רק דאחרי שיש התר זכיה מחמת היאוש ויכול לזכות כמו ביאוש דאבידה, ממילא מכח ההתר זכיה פקע והשיב ושוב זוכה מכח קנינו הראשון בלי מעשה קנין, אבל מה שיש התר זכיה מעיקרא הוא מכח היאוש בלבד וגם בלי הקניני גזילה היה יכול לזכות ע"י היאוש כמו באבידה. אמנם נראה לכאורה שיש ראשונים דס"ל שגם הקנין של יאוש בגולן אינו קונה אלא בצירוף עם קניני הגזילה שיש לגולן מכח מעשה הגזילה, ורק באבידה שבהתירא אתא לידיה קונה ע"י היאוש בפנ"ע אבל בגזילה מה שיש צד שקונה היכא דבאיסורא אתא לידיה הוא רק בצירוף הקנין הראשון. דנחלקו התוס' והרשב"ם בב"ב מ"ד. אם בקרקע הגולן יכול לזכות ע"י יאוש וש"ר. הרשב"ם ס"ל דלא מהני יאוש וש"ר בקרקע דקרקע אינה נגזלת, והתוס' פליגי וס"ל שגם עבדים וקרקעות נקנים ביאוש וכן ביאוש וש"ר. ולכאורה מוכח מהרשב"ם דיאוש קונה רק מחמת קניני גזילה ולכן לא מהני בקרקע. אמנם אין זה מוכרח דהרשב"ם לא מיירי לענין יאוש גרידא אלא לענין יאוש וש"ר. ועיין בקצה"ח בס' שני"ג סק"א שכתב שלסוכרים דמהני ש"ר ואח"כ יאוש הקנין של שינוי רשות הוא משום דהוי שינוי במצב של החפץ והוי כעין שינוי מעשה ושינוי מעשה בודאי קונה רק במקום דאיכא קניני גזילה ולכן סובר הרשב"ם דלא מהני יאוש וש"ר בקרקע

האיסורא אתא לידיה גורם שיהיה שיוור ביאוש. ועיין בקה"י ב"מ ס' כ"ה דזכיית השומר אבידה הוא פשיעה בשמירה ולכן חייב דמים. וזה שייך דוקא באבידה ולא בגולן שאינו שומר. אך גם זה דבר מחודש דאם יש התר זכיה למה יחשב פשיעה בשמירה וצ"ע. ועיין בחזו"א ס' י"ח סק"א שמפרש דברי התוס' באופן אחר שגם התוס' ס"ל כרמב"ן שכשנטל ע"מ להחזיר לא מהני היאוש כלל וכשדעתו אח"כ לגזול נעשה עי"ז גולן וע"ז מתחייב דמים ע"ש.

הרמב"ן במלחמות בב"מ כ"ו: מפרש ענין איסורא אתא לידיה שנאמר בב"מ כ"א: לענין אבידה שאינו מפני שנתחייב בהשבה כמש"כ התוס' אלא כיון שהגביה האבידה ונעשה שומר של הבעלים אין החפץ אבוד והוי יאוש ברשות הבעלים שלא מהני מפני שיאוש מועיל רק בדבר אבוד. וכתבו רע"א כאן והקצה"ח בס' שס"א סק"ב שלדברי הרמב"ן מיושב קושית התוס', דמה שבאבידה פשוט לגמ' שאינו קונה במקום שזה באיסורא אתא לידיה היינו בגלל סברת הרמב"ן דהוי יאוש ברשות, וזה לא שייך בגזילה, לכן בגזילה יש צד דאף שזה באיסורא יקנה ע"י היאוש.

נמצא שלתוס' באיסורא אתא לידיה שנזכר כאן ובב"מ כ"א: הם ענין אחד שכיון שנתחייב בהשבה יש צד שאינו יכול לזכות ויש צד שיכול לזכות אך באופן זה יש שיוור בזכיה וחייב דמים. והספק אם זוכה בגוף החפץ כשזה באיסורא אתא לידיה הוא בין בגזילה בין באבידה. לרמב"ן יש שני עניני איסורא אתא לידיה. א. מה שנזכר בב"מ שהוא מפני שזה ברשות הבעלים ובוזה פשוט שאינו יכול לזכות בחפץ כלל. ב. בגזילה שאינו ברשות הבעלים האיסורא אתא לידיה הוא שנתחייב בהשבה ובוזה הגמ' מסופקת אם זה מונע את ההתר זכיה או לא. ולרמב"ן הספק הוא רק בגזילה ולא באבידה.

הערות

מרובה דף סו.

וציונים

כז

ואין ראייה מזה שלא יועיל יאוש בקרקע למ"ד דיאוש כדי קני.

אמנם רש"י ותוס' בסוכה ל: כתבו דלא מהני יאוש בקרקע דקרקע אינה נגזלת ומשמע שגם למ"ד יאוש כדי קני לא מהני יאוש בקרקע. ומוכח דבלי קניני גזילה אין גזלן קונה ביאוש. אך גם מזה אין ראייה דלעולם י"ל דיאוש קונה מצד עצמו גם בלי קניני גזילה אבל זה דוקא במקום שהדבר הגזול הוא אבוד מן הבעלים וקרקע שא"א לאבדה מן העולם אינה אבודה מן הבעלים לכן לא מהני בזה יאוש. ומה שכתבו הראשונים הטעם מפני שקרקע אינה נגזלת היינו שאם היה קניני גזילה בקרקע זה היה נחשב אבוד מחמת הקנינים שיש לגזלן בזה אבל כיון שאין בקרקע קניני גזילה, ובמציאות אינו אבוד לא מהני בו יאוש. ועיין בחידושי הגר"ח זצ"ל בפ"ט מגזילה שכתב סברא זו לחלק בין יאוש בעבדים ליאוש בקרקע דרק בקרקע שאינו נגזל במציאות לא מהני יאוש דאינו אבוד מן הבעלים, משא"כ בעבדים שיש בהם מציאות של גניבה ואפשר לאבדם מן הבעלים מהני בהו יאוש אף שאין בהם קניני גזילה. וכדבריו כתב הנתיבות בס' שס"ג סק"א ע"ש. וזה שיטת ר' יונה בב"מ מ"ד. [הובא בקו"ש שם אות קפ"ה] שמחלק בין יאוש בקרקע דלא מהני ליאוש בעבדים דמהני.

אך שיטת הרשב"א בגיטין ל"ז: שהובא בש"ך ס' שס"ג סק"ג הוא שגם בעבדים לא מהני יאוש מפני שעבדים אינם נגזלים והא דמבואר בגיטין ל"ז: דעבד נקנה ביאוש אינו מדין יאוש דגזילה אלא מדין כיבוש מלחמה. וצ"ב אמאי לא מהני יאוש בעבדים אמנם אין בעבד קניני גזילה אבל יקנה מדין יאוש דאבידה ובעבד יש מצב של אבוד מצד המציאות, אלא מוכח לכאורה דהסוברים שעבד אינו נקנה ביאוש ס"ל דכיון שגזלן באיסורא אתא לידיה אין יאוש קונה לגזלן אלא באופן

שע"י זכירתו יהיה לו סיבה לזכות מכח קנינו הראשון, אבל היכא דלית ליה קניני גזילה וכל סיבת הזכיה יתחיל עכשיו אינו יכול לזכות כיון שבאיסורא אתא לידה. וכל מה שיש בצד הגמ' שגזלן זוכה ביאוש אע"פ שבאיסורא אתא לידה הוא רק מפני שע"י זכירתו יזכה מכח הקניני גזילה הראשונים.

ולפי ראשונים אלו יתישב קושית התוס' שהקשו איך יש צד לומר שבגזלן יקנה ביאוש אף שאתא לידה באיסורא הא באבידה גופא אינו קונה היכא דבאיסורא אתא לידה. ולדבריהם ניחא שבאבידה שאין קניני גזילה וזכירתו מתחיל עכשיו אחרי היאוש פשוט שאינו יכול לזכות כשאתא לידה באיסורא אבל בגזלן שיש לו קניני גזילה וע"י זכירתו קונה מכח קנינו הראשון בזה יש צד שאין חסרון של איסורא אתא לידה. ומה דילפינן מאבידה הוא יסוד ההתר של יאוש אבל יש צד שגזלן עדיף ובגזלן יועיל גם באיסורא אף שבאבידה לא מהני כה"ג כיון שע"י זכירתו יהיה קנוי לו מכח הקנין שעשה בשעת הגזילה.

נמצא ג' דרכים בישוב קושית התוס'. א. התוס' תירצו שגם באבידה יש צד שקונה אף שאתא לידה באיסורא אלא שבאופן זה יש עליו חיוב דמים. ב. רע"א והקצות תרצו ע"פ הרמב"ן דאיסורא אתא לידה דאבידה גרע כיון דהוי יאוש ברשות הבעלים. ג. לסוברים דיאוש לא מהני בעבדים מוכח לכאורה שהקנין של יאוש במקום שבאיסורא אתא לידה הוא רק במקום דאית ליה קניני גזילה, ולכן באבידה אינו קונה כשבאיסורא אתא לידה אף שגזלן קונה אף כשאתא לידה באיסורא.

תוד"ה כיון שבאיסורא אתא לידה. מכאן משמע שיאוש אינו כהפקר. כתב הנתיבות בס' רס"ב סק"ג שכונת התוס' שבהפקר קי"ל כרבנן דר' יוסי בנדרים מ"ג. שיוצא מרשות הבעלים מיד עוד לפני דאתא

ליד זוכה, ויאוש לענין זה אינו כהפקר דביאוש גם לדידן אין הממון יוצא מרשות הבעלים עד דאתא ליד זוכה דיאוש אינו מפקיע את הבעלות אלא רק גורם התר זכיה. וראית התוס' לחידוש זה מכאן הוא דאם יוצא מיד מרשות הבעלים לא מובן הסברא של באיסורא אתא לידיה דכיון שאינו של הבעלים מה יעכב את זכייתו, אלא מוכח שזה עדיין של הבעלים ובזה י"ל דחיוב ההשבה מונע את ההתר זכיה. גם התרה"כ בס' רס"ב מבאר דברי התוס' כנתיבות, אך בפרט אחר פליגי הנתיבות ותרה"כ, שהנתיבות כתב דכיון שלא יוצא הממון מרשות הבעלים אם בטל סיבת היאוש ממילא בטל ההתר זכיה ואין הבעלים צריכים לחזור ולזכות בממון, ותרה"כ כתב דאף שלא יוצא מרשות הבעלים מ"מ כיון שחל התר זכיה אינו פוקע אפילו בטל היאוש עד שיחזרו הבעלים ויזכו בממונם ואז בטל ההתר זכיה דלא גרע מזכיית אחר. גם הקצה"ח בס' ת"ו והאו"ש בפ"כ ממלוה ה"ב כתבו יסוד זה שביאוש אין הממון יוצא מרשות בעליו עד דאתא ליד זוכה אבל לא הביאו ע"ז מתוס' דידן. ראיתו של הקצות הוא ממה שמבואר בסמוך שאם אין הגזלן רוצה לקנות ע"י יאוש יכול לומר הש"ל, ואי פקע בעלות הבעלים מה בכך שאינו רוצה לזכות הא אין הממון של הנגזל ואיך יאמר לו הרי שלך לפניך. האו"ש קאי לבאר סברת המ"ד שמגביה מציאה לחברו לא קנה דהוי כתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים, ואין זה מפני שחב לאחרים שהיו יכולים למצוא את האבידה אלא משום שחב לבעל האבידה שעדיין הממון שייך לו עד שבא זה זוכה בו.

החזו"א בס' י"ח סק"ג חולק על האחרונים הנ"ל וס"ל שגם ביאוש הממון יוצא מרשותו מיד, ומבאר מש"כ התוס' דיאוש אינו כהפקר באופן אחר יעו"ש. וגם התרה"כ אף דס"ל בדעת התוס' שלא יוצא מרשותו מ"מ מדייק מלשון רש"י בריש אלו מציאות דיאוש הוי כהפקר ויוצא מרשותו מיד. גם הקצה"ח

בס' שס"א סק"א כתב שנראה מרש"י בפרק השולח שיאוש הוא מתורת הפקר ולא כתוס' דידן שכתבו שיאוש אינו כהפקר. וכונתו לרש"י בדף ל"ח. בד"ה חזקה ובד"ה יאוש. אך מרש"י שם ל"ט: שכתב על נתיאשתי מפלוני עבדי דלשון הפקר הוא נראה שאין ראיה דאפילו אם יאוש מוציא מיד מ"מ יאוש הוא ממילא ואין לשון ביאוש, אלא משמע ברש"י דכשאומר נתיאשתי מפלוני עבדי זה לשון הפקר ממש ואין זה יאוש כלל, ודלא כתוס' דידן שהביאו משם שעבד שזוכה בעצמו ע"י יאוש אינו צריך גט שחרור למ"ד מפקיר עבדו א"צ גט שחרור. שו"ר במחנ"א זכיה מהפקר ס' ז' שמוכח מרש"י זה דפליג על תוס' וס"ל דיאוש הוא כהפקר.

גם מדברי הרמב"ן בב"מ י. מוכיח הגרא"ז זצ"ל בהגהותיו שם דס"ל דיאוש מוציא מרשות הבעלים מיד שהרמב"ן כתב שהמ"ד מגביה מציאה לחברו קנה ס"ל דאין זה נחשב חב לאחרים דמה שמונע מאחרים לזכות אין זה חב דמעולם לא היה שלהם, ולבעל האבידה אין זה חב שהרי נתיאש ויוצא מרשותו ביאוש. וזה הפך ממה שכתב האו"ש בסברת המ"ד דהוי חב שחב לבעל האבידה. וברמב"ן מבואר דס"ל שיוצא מיד מרשות הבעלים [ועיין מה שכתבנו בזה בס"ד בב"מ י.].

עוד נחלקו הנתיבות והתרה"כ בענין זה דהתרה"כ ס"ל שגם זוטו של ים אף שאינו מדין יאוש דמי להתר של יאוש ואינו יוצא מרשות הבעלים עד דאתי ליד זוכה, והנתיבות ס"ל דזוטו של ים שאני שבזה יוצא מרשותו מיד.

והא דאמר בהשולח וכו'. דברי התוס' לכאורה אינם מובנים מה הקשו משם ומה נ"מ אם יאוש כהפקר או לא סו"ס יכול העבד לזכות בעצמו ע"י יאוש כמו שזוכה ע"י הפקר ואם בהפקר א"צ גט שחרור למה ביאוש חשבו התוס' שיהיה אחרת. ואולי יש לבאר ע"פ דברי

הריטב"א בקידושין ט"ז. דס"ל שאין האדון יכול להקנות את עבדו לעצמו בדרך מתנה או הקנאה דכ"ז שהוא שייך לאדון אינו יכול לזכות בעצמו, ורק במפקיר עבדו שפקע רשות האדון מן העבד לפני זכיית העבד יכול העבד אח"כ לזכות בעצמו, אבל לקנות עצמו ישר מרשות האדון אינו יכול אלא בדרך שחרור. וקשה לדבריו איך קונה העבד את עצמו ע"י יאוש כמבואר בגמ' נתיאשתי מפלוני עבדי הא למש"כ האחרונים הנ"ל ביאוש לא פקע רשות האדון עד שיזכה העבד בעצמו. ולכאורה מוכח מזה שהריטב"א ס"ל כדעת הרמב"ן שהובא לעיל דיאוש יוצא מרשותו מיד א"נ י"ל כמו שכתבנו לעיל בדעת רש"י שנתיאשתי מפלוני עבדי אינו יאוש כלל אלא הוי לשון הפקר וזה הפקר ממש. ובזה יש לבאר דברי התוס' שאחרי שחדשו שיאוש אינו כהפקר דהיינו שלא יוצא מרשותו מיד, הקשו מיאוש בעבד, דהיה מקום לומר כדברי הריטב"א שאין העבד יכול לזכות בעצמו אא"כ פקע יד האדון מיניה לפני זכייתו וא"כ יהיה ראייה מהא דמהני יאוש בעבד דיאוש כהפקר וגם ביאוש פקע בעלותו מיד ולכן העבד יכול לזכות בעצמו, ותיירצו דאינו כן אלא גם ביאוש אף שאינו כהפקר יכול העבד לזכות בעצמו והתוס' פליגי בזה על הריטב"א.

ר"י אמר יאוש אינו קונה. כתב הרא"ש דק"ל שמדאורייתא שינוי אינו קונה אך מדרבנן קונה לחומרא ולכן המקדש בגזל אחר יאוש צריכה גט. ותמהו האחרונים על דברי הרא"ש דאף דיאוש אינו קונה מ"מ יאוש וש"ר לכו"ע קונה. ומה"ט גנב שהקדיש אחר יאוש חל ההקדש דאיכא יאוש ושינוי השם או יאוש וש"ר ובקידושי אשה יש ג"כ ש"ר א"כ מקודשת מדאורייתא. וכן מבואר ברמב"ם בפ"ה מאישות דהמקדש בגזל אחר יאוש מקודשת, וכתב המ"מ שהוא משום דאיכא יאוש וש"ר. ואמאי כתב הרא"ש דמקודשת רק מדרבנן מפני שלחומרא יאוש קונה הא בזה בודאי מקודשת מן התורה מכח יאוש וש"ר.

וכתב בזה הקצה"ח בס' שני"ג סק"א שבקידושין לא מספיק שתזכה האשה בממון אלא בעינן שיתן הוא מכספו, ומה שמקודשת לרמב"ם מכח יאוש וש"ר הוא משום דס"ל כרשב"א בגיטין נ"ה: שכתב שמה שיכול להקדיש אחר יאוש אף דבעינן שיהיה ממון של המקדיש הוא משום דהקנאתו וזכייתו באים כאחד, וא"כ זה נחשב ממון שלו ויכול לקדש בו. והרמב"ם ס"ל כן בין כשזוכה ע"י יאוש ושינוי השם בין כשזוכה ע"י יאוש וש"ר. והרא"ש סובר שרק כשזוכה ע"י יאוש ושינוי השם אפשר לומר שזכייתו של הגנב והקנאתו באים כאחד שאם היה שינוי השם ברשותו ג"כ היה קונה, וכיון ששינוי השם הוא סיבה שיקנה א"כ גם כשנעשה בשעה שיוצא מרשותו אמרינן שקנינו והקנאתו באים כאחד, אבל כשזוכה ע"י יאוש וש"ר אין סיבה לזכייתו של הגזלן אלא רק ללוקח משום שבהתירה אתא לידיה ובזה אין לומר שקנינו והקנאתו באים כאחד, לכן אף כשזוכה האשה מכח ש"ר אינה מקודשת. ומוסיף הקצות דמחלוקת הרמב"ם והרא"ש בזה תלוי במחלוקת אי קי"ל דש"ר ואח"כ יאוש קונה או לא, שהרמב"ם לשטתו ס"ל שקונה וע"כ אין הקנין של ש"ר משום בהתירה אתא לידיה אלא הוי שינוי במצב של החפץ ודמי לשינוי מעשה כל שהוא שקונה יחד עם יאוש, ולכן שייך לומר בזה קנינו והקנאתו באים כאחד, והרא"ש ס"ל דבעינן דוקא יאוש ואח"כ ש"ר משום דקונה מכח בהתירה אתא לידיה לכן אין זה סיבה לקנינו של הגזלן ולא מהני לקידושין.

מה דנקט הקצות שלרשב"א שקנינו והקנאתו באים כאחת זה נחשב ממון המקדש לכאורה מוכח שאין כונת הרשב"א שהגזלן זוכה בממון כשעושה את הש"ר. וכן מה דנקט הקצות שכדי שיחולו הקידושין בעינן שהממון יהיה שייך למקדש אינו מוסכם. דתנן בקידושין נ"ו: המקדש באיסה"נ אינה מקודשת, מכרן וקידש בדמיהם מקודשת. והקשה הר"ן שם

אמאי מקודשת הא שיטת רש"י בחולין ד: שחליפי איסה"נ אסורים למחליף וא"כ הממון שקידש בו אסור על המקדש. וכתב הר"ן דלא בעינן שיקדש בממון שהוא ממון למקדש אלא סגי בזה שהאשה קבלה מחמתו ממון שבשבילה זה ממון. ומביא הר"ן ראייה לדבריו ממקדש בגזל אחר יאוש דמקודשת כיון שהאשה זוכה ע"י ש"ר אף שאין זה ממון של המקדש. ודברי הר"ן הובאו במל"מ בפ"ה מאישות שמסתפק אי בעינן שיקדש בממון המותר למקדש ומוכיח מהר"ן דסגי בזה דהוי ממון לגבי האשה ע"ש. וכדברי הר"ן כתבו גם הרמב"ן והרשב"א. וגם הרשב"א מביא את הראיה ממקדש בגזל אחר יאוש דלא בעינן ממון של המקדש ולכאורה זה סותר את דברי הרשב"א בגיטין נ"ה: שהובא בקצות שקנינו של הגזלן והש"ר באים כאחד. ומוכח מזה שאין כונת הרשב"א שהגזלן זוכה בממון בשעה שעושה את הש"ר דלא היה הממון שלו אפילו לרגע, אלא כונת הרשב"א דכיון שע"י הקנאתו יש סיבה שיזכה א"כ הוא נחשב מקנה דהש"ר וכח הקנאתו באים כאחד ולכן חל ההקדש וההקנאה, אבל בעלות בפועל מעולם לא היה לו.

אבל הרשב"א עצמו לא ס"ל כן אלא רק שנחשב שהאשה זוכה מחמתו אבל לא שזה נחשב ממון המקדש.

רע"א מביא מחלוקת הר"ן והריטב"א דתרוייהו ס"ל דמקודשת מכח יאוש וש"ר אבל לא מחד טעמא, לר"ן מקודשת משום דלא בעינן ממון של המקדש ולריטב"א מקודשת משום שנחשב ממון של המקדש. ובדעת הרא"ש כתב רע"א דס"ל כריטב"א דבעינן ממון המקדש, וס"ל כר"ן דביאוש וש"ר אין זה ממון המקדש ולכן אינה מקודשת אלא לחומרא מפני שמדרבנן יאוש כדי קונה.

נמצא השיטות בזה: א. לר"ן ולרשב"א מקודשת משום דלא בעינן ממון המקדש. ב. לריטב"א מקודשת מפני שנחשב ממון המקדש. ג. לרמב"ם מקודשת לדעת הקצות משום דנחשב ממון המקדש כריטב"א, וי"ל ע"פ הר"ן דלא בעינן ממון המקדש. ד. לרא"ש בעינן ממון המקדש ובש"ר אין זה נחשב ממון המקדש לכן אינה מקודשת אלא רק מכח הקנין של יאוש גרידא ובה קי"ל דלא קנה אלא לחומרא.

הריטב"א בקידושין נ"ו: על המשנה של מכרין וקידש בדמיהם מקודשת כתב דמקודשת מפני שחליפי איסה"נ מותרין למחליף ולא כרש"י בחולין. ומבואר דס"ל שאם היה אסור על המחליף לא היתה מקודשת אף שזה מותר לאשה דבעינן ממון למקדש. והקשה האב"מ בס' כ"ח סק"ד דיקשה לריטב"א ראית הר"ן ממקדש בגזל אחר יאוש שמקודשת אף שלא היה הממון של המקדש. ומביא האב"מ שהריטב"א בעצמו עמד בזה בקידושין נב: וכתב דכיון דאיכא יאוש וש"ר והיא זוכה בממון גם המקדש זוכה בממון ונחשב ממון המקדש. א"כ בריטב"א מבואר כמו שלמד הקצות ברשב"א שהגזלן בעצמו זוכה בממון בשעה שעושה ש"ר ונחשב ממון של המקדש,

בהא דנקט הרא"ש דלסוברים דבעינן יאוש ואח"כ ש"ר והקנין הוא משום דבהתירה אתא לידיה הקונה זוכה מעצמו מכח היאוש ואין הגזלן נחשב מקנה כלל הקשו האחרונים דמוכח בכמה מקומות שהוא המקנה והלוקח קונה מחמתו. עיין בזה באמר"מ ס' ל"ב אות מ"א ובקו"ש אות ט"ו. וראיותהם הם א. הקצות כתב שלראשונים אלו א"א להקדיש אחר יאוש מכח יאוש וש"ר אלא רק מכח יאוש ושינוי השם ובתוס' וברמב"ן מפורש דהקדש חל מכח יאוש וש"ר. ב. מהמ"ד דס"ל רשות יורש כרשות לוקח משמע דמיד שמת הגנב איכא ש"ר ע"י דין ירושה דאי אמרינן שהיורש זוכה רק כשעושה מעשה קנין לא מובן סברת המ"ד דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי. ואם הש"ר

מקום לומר שבגזילה אם היאוש אינו מחמת הגזלן יכול לזכות אף שאתא לידיה באיסורא. ובאמת האמר"מ בס' ל"ב אות ל"ח כתב לבאר דברי הרמב"ן בב"מ דהיכא דנטל אבידה ע"מ לגזולו שזוכה ע"י יאוש אף שבא לידו לפני יאוש שבזה אין את הדין איסורא של אבידה מפני שלקח ע"מ לגזול ואינו שומר לבעלים. וקשה דאכתי לא יזכה בגלל הדין איסורא אתא לידיה של גזלן דקי"ל יאוש כדי לא קני. ועיין לקמן ס"ז: על תוד"ה רבא שהובא דברי האחרונים בזה. והאמר"מ כתב דשאני גזלן שהוא גרם את היאוש לכן אינו יכול לזכות כשזה באיסורא אתא לידיה משא"כ אבידה שהיאוש אינו מחמת הגזלן. ובדעת הרמב"ן אפשר לומר כן אבל לתוס' פשוט שגם כשהיאוש אינו מחמתו אינו יכול לזכות. והאמר"מ מקשה על עצמו מכאן דמבואר שגם כשיאוש אינו מחמתו אינו יכול לזכות. וכתב לדחות שגם כאן היאוש הוא מחמתו שאם לא היה גנוב היו הבעלים אוכלים לפני זמן איסורו. אך כתב שדוחק לומר כן ומבאר דברי הרמב"ן באופן אחר ע"ש.

אינה סיבה לזכייתו של הגזלן מכח מי יורש היורש. ג. מהא דחייב דו"ה כשמוכר אחר יאוש למ"ד דבעינן אהנו מעשיו ואם הגנב אינו המקנה אלא הלוקח זוכה בעצמו אין זה מכירה לחייב דו"ה. ד. מהא דמבואר לקמן ע: גבי עקוץ תאנה מתאנתי שהגנב יכול להקנות בקנין חליפין ובוזה אין מעשה קנין מצד הקונה אלא מצד הגנב שהוא המקנה. ולכן כתבו [הקו"ש באות ט"ז והאמר"מ באות ל"ז מ"ג ומ"ה] דאף שיאוש כדי לא קני מ"מ יש לגזלן קניני גזילה וזה גורם שאם ישתנה יקנה בשינוי, וזה גורם שפטור מלשלם דמי השתמשות, וקנין זה יכול להקנות ללוקח כמבואר לקמן צ"ו. וגם הקונה יקנה בשינוי ופטור מהשתמשות ולגבי זה צריך הלוקח את הקנאת הגנב ע"ש. ובוזה מבאר האמר"מ גם את הענין של ש"ר ואח"כ יאוש דאינו מוכן איך חל הש"ר הא לפני יאוש אינו שלו להקנותו, אלא דאין הקנין חל על גוף החפץ אלא על הקניני גזילה שיש לגזלן.

דף סו:

כיון דמטא עידן איסורא ודאי מייאש. הקו"ש באות כ"ד מסתפק אם מה שהגזלן לא זוכה ע"י יאוש משום דבאיסורא אתא לידיה הוא דוקא כשהוא הגורם ליאוש אבל אם היאוש הוא מסיבה אחרת יכול הגזלן לזכות מדין יאוש דאבידה או לא. וכתב להוכיח מכאן דאע"ג דמתיאש מחמת איסור חמץ ולא מחמת הגנב אעפ"כ למ"ד יאוש לא קני אין הגזלן יכול לזכות. ולשיטת התוס' בל"ה אין מקום להסתפק בזה דס"ל שהאיסורא אתא לידיה בגזלן הוא אותו דין איסורא אתא לידיה שיש באבידה, ושם אין היאוש מחמת המוצא ואעפ"כ אינו יכול לזכות כיון שנתחייב בהשבה וה"ה שגזלן לא יכול לזכות אפילו שאין היאוש מחמתו. והספק בזה הוא רק לרמב"ן שהאיסורא אתא לידיה באבידה הוא מטעם אחר מפני שזה יאוש ברשות הבעלים א"כ יש

זה מתיאש וזה אינו רוצה לקנות. מכאן מוכיח הקצות בס' ת"ו שיאוש אינו מוציא מרשות הבעלים עד דאתא ליד זוכה שאם יוצא מיד מרשות הבעלים מה בכך שאין הגזלן רוצה לקנות הא אינו של הבעלים ואיך יאמר הרי שלך לפניך. ועיין באמר"מ בס' ל"ב אות מ"ד שבתוך דבריו יש לו צד לומר דאף שיצא מרשות בעלים, כ"ז שלא זכה בזה הגנב יכול לומר הש"ל דכל שלא נשתנה החפץ וזה החפץ שגנב יכול לפטור עצמו בזה אף שכבר פקע בעלותם של הבעלים. ולכאורה יש הכרח לומר כן לדעת הסוברים שאין בעלות על איסה"נ א"כ איך אומר הש"ל הרי כשנאסר בהנאה פקע בעלותם. ועיין בקו"ש פסחים אות כ"ז שהביא ראיה מכאן דיש בעלות על איסה"נ, וקשה מכאן על הסוברים שאיסה"נ אינם שלו. ולדבריהם עכצ"ל כאמר"מ שגם כשפקע בעלות

הנגזל, אם הגזולן לא זכה ואין שינוי בחפץ יכול לקיים מצוה והשיב אף שהחפץ אינו של בעליו, וא"כ ראית הקצות מכאן אינה מוכרחת. והא דמשמע שאם היה רוצה לזכות היה זוכה אף שאין זכיה באיסה"נ מ"מ היה זוכה לפני זמן האיסור שזמן היאוש הוא לפני שמגיע זמן איסורו.

וזה אינו רוצה לקנות. מבואר בגמ' שאף למ"ד יאוש קונה אם אינו רוצה לקנות אינו קונה. ונחלקו האחרונים לענין שינוי אם גם בזה אם אינו רוצה לקנות אינו קונה או ששינוי קונה בע"כ. התרה"כ בס' רס"ב כתב דשינוי קונה בע"כ מגזה"כ דאשר גזל. ומביא ראיה מכאן שלגבי יאוש מבואר שגזל חמץ ועובר עליו הפסח יכול לומר הש"ל ואינו קונה ע"י היאוש דזה מתיישב וזה אינו רוצה לקנות, ואעפ"כ מבואר בגיטין נ"ג: שלמ"ד היזק שאינו ניכר שמיה היזק האיסור של חמץ שעבר עליו הפסח נחשב שינוי ואינו יכול לומר הש"ל, ואמאי לא אמרינן בזה דכיון שאינו רוצה לקנות אינו קונה ויכול לומר הש"ל אלא מוכח דשינוי קונה בע"כ. וכן דעת הנתיבות בס' שני"א סק"א דיאוש צריך רצון לקנות ושינוי קונה בע"כ. וע"ע בנתיבות בס' שס"א סק"ה וס' ל"ד סק"ה[בנדפס בשו"ע]. אמנם האו"ש בפ"ב מגזילה ה"ו וכן המחנ"א על הרמב"ם פ"ב מגו"א ה"ט"ו כתבו שאם אינו רוצה לקנות בשינוי אינו קונה בע"כ ואף שהאוקמא רחמנא ברשותיה להתחייב באונסיה הוא בע"כ של הגנב וגם אם אינו רוצה לקנות יש לו קנייני גזילה ופטור מלשלם עבור ההשתמשות אבל מה שקונה קנין גמור ע"י השינוי הוא רק אם הגזולן רוצה לקנות. ומה שמבואר בגיטין שאם היזק שאינו ניכר שמיה אינו יכול לומר הש"ל בחמץ אף שאינו רוצה לקנות אין זה מפני שקונה בע"כ אלא שגם אם אינו קונה אינו יכול לומר הש"ל כיון שהגזילה אינה כעין שגזל, דרק ביאוש שהחפץ הוא כעין שגזל מה שאינו יכול לומר הש"ל הוא רק מפני

שזוכה בגזילה אבל בשינוי מה שאינו יכול לומר הש"ל אינו תוצאה מהקנין אלא מפני שאין כעין שגזל ואדרבה הקנין הוא תוצאה מהפקעת הוהשיב. וזה כונת רש"י על מה שמבואר לעיל דיאוש אמרי רבנן דניקני וכתב ע"ז רש"י בד"ה יאוש דקונה ודיו אם משלם דמיו. וכונתו דשינוי קונה ואינו יכול להשיב וע"כ משלם דמים אבל ביאוש אם רוצה לקנות קונה ואינו מחויב להשיב אלא יכול לפטור עצמו בדמים ודיו, אבל אם אינו רוצה לקנות יכול לקיים והשיב גם אחר יאוש.

התוס' לקמן צה: בד"ה בשבח כתבו שמה דלר"י הנותן לצבוע לו אדום וצבעו שחור אין הצבע קונה בשינוי הוא משום שאין מתכוין לקנותו. וכתב הקו"ש שם באות ק"א דמשמע דס"ל שגזולן אינו קונה בשינוי בע"כ. אבל בקו"ש כאן באות כ"ו כתב שאין ראיה מהתוס' דיתכן שגזולן קונה בשינוי בע"כ וכונת התוס' שם דאין מתכוין לגזול כלל דאינו גזול ממש אלא משנה מדעת בעה"ב וסובר ר"י דכיון שאינו מתכוין לגזול אינו נעשה גזול וממילא אינו קונה בשינוי. וכן דעת האמרי משה בס' ל"ב אות מ"ד שמוכיח מהגמ' בגיטין נג' שגזולן קונה בשינוי בע"כ, וכתב שמהתוס' בדף צ"ה. אין ראיה שכונתם שאינו מתכוין לגנוב.

קרבתו ולא הגזול. התוס' פרשו ראית הגמ' דע"כ קרא איירי אחר יאוש שלפני יאוש לא חל ההקדש כלל ופשיטא שהקרבת פסול וכיון דאיירי אחר יאוש מוכח דיאוש אינו קונה והקדש חל מכח יאוש וש"ר וכיון שחל בעבירה פסול משום מצוה הבאה בעבירה אבל אם יאוש קונה אין זה מצוה הבאה בעבירה כיון שקנה לפני שהקדיש. וזה ע"פ שיטת ר"י בתוס' ד"ה אמר עולא. והתוס' שם הקשו מכאן על ר"ת דס"ל שגם אחרי שקנה יש פסול של מצוה הבאה בעבירה, מה ראית הגמ' כאן שיאוש אינו קונה. אמנם צ"ב דלכאורה גם לר"י לא מובן ראית הגמ' דחזינן דאתנן אסרה תורה כיון

זה נחשב ש"ר. אך האמרי ברוך מציין עוד לעיין בפנ"י לקמן ע"ו. הפנ"י בסוף דבריו שם כתב שהתוס' קאי אליבא דר"ש דס"ל דגורם לממון כממון דמי וקדשים שחייב באחריותו כממון הבעלים ולדידיה אם חייב באחריותו אין זה ש"ר אבל לרבנן גם אם חייב באחריות זה נחשב ש"ר. ולפ"ז אין ראייה מהתוס' לחידושו של הרשב"ם.

משכבו ולא הגזול. פרש"י גזה"כ שאינו נעשה מדרס אלא ע"י הבעלים ולא ע"י אחר. והתוס' ס"ל דלא בעינן בעלים לטומאת מדרס אלא מיירי שצריך מחשבה כדי ליחדו למדרס ולזה בעינן מחשבת הבעלים. הרמב"ם בפכ"ד מכלים ה"ז כתב שאין אדם מטמא במדרס משכב שאינו שלו שנא' הנוגע במשכבו. וכתב המל"מ שם ששיטת הרמב"ם כשיטת רש"י שאפילו כשאינו מחוסר מחשבה אינו מטמא מדרס כשאינו שלו. ועל קושית התוס' על רש"י מהמשנה בטהרות גבי גנבים שנכנסו לבית שאם יש עמהם אשה או עכו"ם המשכבות טמאים ומוכח שגם מי שאינו הבעלים מטמא במדרס, כתב המל"מ דלא נתמעט אלא גנב וגזול אבל היכא שלא גנבו מטמא אף שאינו שלו לפי שאין אדם מקפיד על דריסת כליו וחשיבי כשלו לענין דריסה. דהיינו דאין הפשט בגזה"כ דיש דין בעלים כדי שיחול טומאת מדרס אלא ששייבה גזולה אינה שימוש חשוב ואינו מטמא מדין מדרס, והיכא דאיכא רשות נטמא המדרס אף שאינו של הטמא. אמנם אף שבודאי מסתבר שגדר המיעוט של משכבו ולא הגזול לשיטת הרמב"ם ורש"י הוא כהבנת המל"מ אכתי אין התירוץ על קושית התוס' ברור, דזה ניחא לענין אורחים שיש להם רשות לשבת בזה יהיה טומאת מדרס אף שאין הם בעלים של המדרס. אבל גנבים שנכנסו לבית בדרך גניבה בודאי אין להם רשות לשבת וכל השתמשות שהם משתמשים הוא בגדר שואל שלא מדעת ובודאי לא ניחא להו לבעלים, א"כ גרע מגנב וגזול שיש להם עכ"פ קנייני גזילה

שניתן עבור דבר עבירה והוא מאוס ופסול להקרבה אף שעכשיו הוא ממון האשה ובשעת ההקדש אין שום עבירה א"כ הכא דכתיב קרא קרבנו ולא הגזול וע"כ קרא איירי אחר יאוש דלפני יאוש לא חל ההקדש א"כ איכא גזה"כ דכיון שהבעלות שלו הוא מחמת גזילה התורה פסלה להקרבה כמו שהתורה פסלה אתנן ולמה מוכח מקרבנו ולא הגזול שיאוש אינו קונה. ולכאורה מוכח מזה כמ"כ הפנ"י לקמן לישב קושית התוס' על ר"ת דאף שייתכן פסול גם כשמקדיש אחר שקנה אבל א"א ללמוד פסול זה מקרבנו דאם יאוש קונה זה נחשב קרבנו ואיך נמעט גזול מקרבנו בזמן שזכה בו והוי קרבנו, לכן כאן א"א לומר דגזה"כ שפסול כיון שנעשה בו עבירה אלא מוכח שיאוש אינו קונה. אבל התוס' שהקשו מכאן על ר"ת ולא ס"ל תירוץ זה לכאורה אינו מובן דגם לר"י קשה אמאי א"א לומר דאיכא הכא גזה"כ לפסול גם אחרי שקנה דומיא דמה שפסלה תורה אתנן.

תוד"ה שמע מינה. מ"מ יש כאן יאוש וש"ר באותן קרבנות שאין הנגזל חייב באחריותו. מבואר בתוס' שרק אם מקדיש באופן שאינו חייב באחריות נחשב ההקדש לש"ר אבל אם המקדיש חייב באחריות אין הקדש זה נחשב ש"ר. וכן כתבו לקמן ס"ז. בד"ה מעיקרא. הרשב"ם בב"ב מ"ד. כתב על מה שהעמידו שם ביאוש וש"ר דמיירי שמכר שלא באחריות. וכתב שם הנ"י שהרשב"ם ס"ל שאם מוכר באחריות אין זה נחשב ש"ר [התוס' שם פרשו דברי הרשב"ם באופן אחר ע"ש]. והש"ך בס' ל"ז סקכ"ט תמה ע"ז דמה ענין אחריות אצל שינוי רשות ולמה מכירה באחריות לא נחשב ש"ר. בהגהות אמרי ברוך מציין על דברי הש"ך לעיין בתוס' בב"ק ס"ז. וכוונתו שגם בתוס' כאן מבואר כסברת הרשב"ם שאם מקדיש עם אחריות אין זה נחשב ש"ר. והסברא בזה הוא דאם זה באחריותו יש למוכר שייכות עם הגניבה גם אחרי המכירה לכן אין

משא"כ גנב שנכנס לבית אין לו שום קנין והשימוש הוא גזול ולמה יטמא.

עושה שום פעולה אלא מיחד את החפץ לשימוש מסוים בזה מסתבר שתלוי בבעלים.

לשיטת התוס' שמשכבו ולא הגזול איירי במחוסר מחשבה ובוזה בעיני דוקא מחשבת הבעלים מסתפק המל"מ הנ"ל בסוף דבריו אם דין זה נאמר דוקא במדרס אבל בשאר טומאות מהני גם מחשבה של מי שאינו בעלים או דילפינן מכאן שכל מקום שצריך מחשבה בעיני מחשבת הבעלים. ומה שיש למל"מ צד לומר שבעלמא יועיל מחשבה של מי שאינו בעלים הוא מפני שמצאנו לענין ניהותא דהכשר מים שיש ראשונים דס"ל דסגי בניהותא של נותן המים אף שאינו בעלים. ולכאורה נראה דלא דמי להתם דבהכשר המחשבה הוא לא בפירות אלא בנתינת המים וכיון שהמים ניתנו לרצון הנותן יש צד לומר דסגי בזה אבל הכא היחוד הוא לא בפעולה שנעשה בחפץ אלא מחשבה למה ישמש גוף החפץ וזה תלוי במי שהוא בעלים על החפץ. ומה"ט יש לעיין בדברי העונג יו"ט ביו"ד ס' צ"ה ד"ה איברא שכתב לדון ע"פ דברי התוס' דלא מהני מחשבה ויחוד של מי שאינו בעלים שא"כ המעבד עורות שאינם שלו לשם ס"ת אינם נעשים לשמה דמבואר בסנהדרין דעיבוד לשמה הוא ענין של יחוד ותלוי בהזמנה מילתא או לא ואם יחוד צריך להיות ע"י הבעלים דוקא עיבוד לשמה נמי צריך להיות ע"י הבעלים. ולכאורה נראה דיש לחלק דהכא מיחד את החפץ לשימוש מסוים וזה תלוי בבעלים, משא"כ עיבוד אינו מיחד את העורות לשם ס"ת אלא עושה את פעולת העיבוד לשם ס"ת וזה תלוי במי שעושה את פעולת העיבוד ולא בבעלים על העורות, ואף שע"י עיבוד לשם ס"ת נעשים העורות מיוחדים לס"ת זה מפני שהעיבוד נעשה לשם ס"ת ממילא הם מיועדים לס"ת, אבל היחוד והלשמה עצמם אינו בעורות אלא בפעולת העיבוד, לכן בזה יש צד לומר שתלוי במי שעושה את העיבוד ולא דמי להכא שאינו

דגזל קרבן דחבריה. פרש"י בל"ק שהבעלים הקדיש ואח"כ גנב הקרבן והגנב הקריבו לפני יאוש. וקמ"ל דלא עלה לבעלים לרצון כלל. וקשה דהתוס' הביאו ראיה מלקמן דאם הקדישו בעלים בבית הגנב חזרה קרן לבעלים דהקרכת הגנב עולה לבעלים. וכתב בזה הדבר אברהם בח"ב ס' י"ב אות ב' בהג"ה דלקמן מיירי שהגנב שחט לשם הבעלים בזה הגנב מקיים ע"י הקרבה לשם הבעלים השבה ופקע שם גזול מיניה, והכא מיירי כששוחט הגנב שלא לשם בעליו ובוזה עדיין שם גזול עליו והקרבן פסול, וגרע מכל שלא לשם בעלים שהקרבן כשר אלא שלא עלה לשם חובה, והכא כיון שזה גזול הקרבן פסול לגמרי. ולפ"ז צ"ל דמש"כ רש"י כאן דאינו עולה לרצון כלל אין כונתו דכשר ולא עלה לשם חובה דבל"ה לא עולה לשם חובה כיון שנשחט שלא לשם בעליו אלא כונת רש"י שלא עולה לרצון כלל היינו שהקרבן פסול לגמרי.

תוד"ה דגזל. ס"ל כפירוש השני של רש"י דפסול בשביל הגזול. והקשו ת"ל דאפילו אם ימכור מדעתו אינו מכור כ"ש שע"י גניבה לא יהיה כשר בשביל הגזול. וכתב הפנ"י די"ל דקאי כריה"ג דקדשים קלים ממון בעלים ויכול למכור לכן ס"ד שגם הגנב יזכה. וידוע מש"כ בזה הקצה"ח בס' ת"ו סק"ב שגם לריה"ג דהוי ממון בעלים יכול למכור רק את הבשר לגבי דין אכילתו אבל המתכפר ישאר מי שהפריש את הקרבן דבעלות על כפרה אינו במכירה אפילו בק"ק לריה"ג. ועיין בשיטמ"ק בשם ר"פ שכתב בהדיא כפנ"י די"ל דאיירי הכא בק"ק לריה"ג. ומבואר דס"ל שגם דין הכפרה אפשר למכור לריה"ג ודלא כהקצות. וגם החזו"א בב"ק ס' ג' סקט"ו חולק בזה על הקצות ע"ש.

שינוי השם בשינוי מעשה דמי.

שיטת התוס' בתי' הראשון בד"ה הא לאו ששינוי השם קטן כההיא דעורות קונה רק עם יאוש ורק שינוי השם גדול קונה בלי יאוש. וכ"כ התוס' בד"ה כגון דשינוי מעשה קטן כקיצוע, לה"א דעיצבא צריכה קיצוע, אינו קונה אלא ביחד עם יאוש. וכ"כ התוס' בסוכה ל: ד"ה וליקנויה שמה שמבואר כאן ששינוי השם החוזר לבריאתו אינו קונה היינו דוקא בפנ"ע אבל עם יאוש קונה גם ע"י שינוי השם החוזר לברייתו. וכן דעת בעה"מ בדף קי"ד. ששינוי מעשה כל דהו או שינוי השם קונה יחד עם יאוש. דהיינו ששיטת התוס' ובעה"מ דאף שיאוש אינו קונה ושינוי השם או שינוי מעשה כל דהו אינו קונה מ"מ יכולים להצטרף ולקנות יחד, והצירוף בזה הוא בג' אופנים: א. בשינוי מעשה כל דהו כמבואר בתוד"ה כגון ובבעה"מ. ב. בשינוי השם כמבואר בתוד"ה הא ובבעה"מ. ג. בשינוי השם החוזר לברייתו כמבואר בתוס' בסוכה ל:.

הרמב"ן במלחמות לקמן קי"ד חולק על

ענין זה של קנין ע"י צירוף של שני דברים שכ"א בפנ"ע אינו קונה וז"ל בסוף דבריו בד"ה ומה שכתב, מכלל זה אתה למד ששינוי השם אינו צריך ליאוש שאם אין שינוי השם בלבד קונה אף ביאוש לא יקנה שהרי יאוש זה אינו כלום וכו' וכשם שאינו קונה אינו מצטרף לקנות לדברי הכל עכ"ל. והא דיאוש קונה עם שינוי רשות מבאר שהוא משום שע"י הש"ר זה בהתירא אתא לידיה וממילא קונה מכח היאוש לבד. אבל קנין ע"י צירוף של יאוש ודבר אחר לא ס"ל לרמב"ן דכיון שכ"א אינו קנין לבד אינו יכול להצטרף לקנות יחד. והא דמבואר בגמ' בה"א דעורות של גנב וגזולן מיירי בקיצען דאיכא קצת שינוי ואעפ"כ מהני רק יחד עם יאוש כדמוכח מדמחלקים בין גנב לגזולן, מבאר הרמב"ן דמה שצריך את היאוש אינו בשביל הקנין דקונה ע"י הקיצוע לבד מדין שינוי מעשה ואעפ"כ לא מהני יחודו להביא טומאה

אלא לאחר יאוש מפני שחושש הגנב שמא יעמדנו הבעלים לדין ויחזירנה לו אף שע"פ דין קנה בשינוי יחזיר שלא יקראהו חמסן או משום שאינו יודע ששינוי קונה וא"כ אין זה יחוד קבוע ודמי לעורות של עבדן דלא מהני יחודו כיון שעתידי לצאת מרשותו. וגם לר' זירא שקונה בשינוי השם מיירי שקיצע וקונה ע"י שינוי השם שנעשה ע"י יחודו וע"י הקיצוע והקנין הוא ע"י שינוי השם לבד ומה שצריך יאוש הוא לא בשביל הקנין אלא בשביל הטומאה דבלי יאוש אף שקנה לא מהני יחודו כמו שלא מהני יחוד של עבדן אף שהעורות שלו. והיכא דאין השינוי השם מצד המציאות אלא רק ע"י יחוד או קריאת שם של הגזולן כגון גנב ותרם או גנב והקדיש בזה בעינן יאוש כדי שיחול השינוי השם דבלי יאוש אין הפרשתו הפרשה. וכן ביחוד של עורות לרב יוסף דמיירי בלי קיצוע, בלי יאוש אין יחודו עושה שינוי השם כמש"כ התוס' בתירוף השני בד"ה הא לאו. ומוסיף הרמב"ן ועוד כיון שאין כאן שינוי במציאות אלא רק ע"י יחוד ואפשר להחזירו לקדמותו עתיד הוא לחזור כשיצאנוהו הבעלים ולכן בעינן יאוש שע"י היאוש אינו עתיד לחזור לבעלים ולא יחזור השינוי לברייתו. [חלק זה של הרמב"ן הובא בנתיבות בס' שס"א סק"א ע"ש].

נמצא דהא דמבואר כאן בעורות של גנב

וגזולן דאף שקונה בשינוי השם בעינן נמי יאוש ולכן יש הבדל בין גנב לגזולן יש בו כמה ענינים. א. לתוס' בתי' הראשון הקנין נעשה ע"י צירוף של יאוש ושינוי השם ולכן לה"א דקיצוע הוא שינוי מעשה כל דהוא הוא קונה בצירוף עם יאוש, וכן דעת בעה"מ. ב. לרמב"ן בשינוי מעשה כל דהו וכן שינוי השם שבא ע"י מעשה, הקנין נעשה ע"י שינוי השם ומה שצריך יאוש אין זה בשביל הקנין אלא כדי שיחודו יביא את העורות לידי קבלת טומאה. ג. היכא דשינוי השם הוא שלא ע"י מעשה היאוש הוא כדי שיחול שינוי השם כתוס' בתי'

השני. ד. ועוד דבעינן יאוש כדי שלא יהיה השינוי חוזר לברייתו כשיוציא הבעלים מהגזלן.

הקצה"ח בס' רס"ב סק"א כתב שלפי הרמב"ן שהיאוש אינו חלק מן הקנין אלא גורם שאין השינוי עשוי לחזור לברייתו לא בעינן דין יאוש אלא סגי במציאות של יאוש ואף דקי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש הכא מהני גם יאוש שלא מדעת, וכ"כ האו"ש בפ"ג מגניבה ה"ב בד"ה ולכאורה. אך מש"כ הקצות שמה"ט הדין של גנב והקדיש או גנב ותרם שחל הקדש ותרומה מדין יאוש ושינוי השם הוא אפילו ביאוש שלא מדעת לכאורה צ"ע דלגבי זה אין כח לגנב לתרום ולהקדיש אלא רק מכח היאוש וז"ל הרמב"ן שם שאין אדם קורא שם לדבר שאינו שלו וכל זמן שלא נתיאשו הבעלים הרי הוא כמי שתרום גרנו של בעה"ב שלא ברשות ואין זה שם כלל ועוד שיחזור לברייתו כשיציאוהו הבעלים מידו עכ"ל. ואף שלענין הועוד יתכן שסגי ביאוש של"מ אבל לגבי הטענה הראשונה דבלי יאוש הוי כתורם גרנו של חברו לגבי זה מסתבר שצריך דין יאוש ולא יועיל יאוש של"מ. וכן הוא בלשון הרמב"ן בהמשך וז"ל אבל לאחר יאוש הואיל ויצא מרשות הבעלים שינוי השם שלו שינוי עכ"ל. הרי דענין היאוש הוא שיצא עי"ז מרשות הבעלים ולזה בעינן דוקא יאוש מדעת. ואם יש מקום לומר דמהני יאוש של"מ הוא רק לענין יחוד לקבלת טומאה ולא לענין תרומה והקדש שהם חלות וא"א לעשות בשל אחר אלא אם אין הבעלים מרדפין. ואכתי צ"ב אם יאוש אינו קונה מה מועיל היאוש שיחול ההקדש והתרומה וכשם שלפני יאוש אינו יכול לתרום דבר שאינו שלו כך אחרי יאוש ויבואר בס"ד לקמן בתוד"ה הא לאו.

שינוי מעשה מ"ט מעיקרא עצים השתא כלים שינוי השם נמי וכו'. הרמב"ן במלחמות לקמן קי"ד. תמה על לשון הגמ' כאן מה למד

רב יוסף משינוי מעשה הא שינוי מעשה ידוע שקונה ור"י חידש שגם שינוי השם קונה. וכתב ע"ז הרמב"ן וז"ל אלא ה"ק שינוי מעשה גופיה כי קני משום שנשתנה שמו הוא הלכך בעיצבא שקצעה אע"פ שאין כאן שינוי מעשה כיון שנשתנה שמה שינוי גמור שאינו חוזר לברייתו קונה בלא יאוש עכ"ל [והיאוש אינו בשביל הקנין אלא בשביל הטומאה כנ"ל]. דהיינו שמה שנשתנה לרב יוסף בטר דיתיב ברישא הוא לא רק שיש קנין של שינוי השם אלא שכל הקנין של שינוי מעשה הוא מחמת שינוי השם שבו, ומשינוי מעשה למד רב יוסף ששינוי השם קונה שגם שינוי מעשה קונה בגלל שעל ידו נשתנה שמו.

לפי דברי הרמב"ן יתבארו דברי התוס' בריש הגזול עצים שכתבו שכל שינוי מעשה צריך שיהיה בו גם שינוי השם והובא להלכה ברמ"א בס' ש"ס סע' ו'. והובא לעיל ס"ה: שהקו"ש באות ק"כ כתב שאין כונת התוס' דבעינן שישתנה שמו בשביל הקנין אלא השינוי השם הוא הוכחה שהשינוי מעשה הוא שינוי גמור והיכא דחזינן דאיכא שינוי גמור קונה ע"י שינוי מעשה גם בלי שינוי השם. ולפי מה שמבואר ברמב"ן אין ענין שינוי השם בשינוי מעשה להוכחה אלא עיקר הקנין של שינוי מעשה הוא מכח שינוי השם שבו. אמנם גם לרמב"ן אין הכרח לומר שהשינוי השם שצריך כדי שיועיל שינוי מעשה הוא אותו שינוי השם שצריך כדי שיקנה בלי שינוי מעשה אלא י"ל כמש"כ הקצות בס' ש"ס סק"ה שאם יש שינוי מעשה סגי בשינוי השם כל דהו אף שלא היה קונה מדין שינוי השם אם לא היה שינוי מעשה. וכ"כ הנתיבות בס' שנ"ג סק"א ששינוי השם לבד קונה רק אם יש שינוי השם בלשון תורה משא"כ כשיש שינוי מעשה סגי בשינוי השם בלשון בנ"א. ואף שלרמב"ן גם כשיש שינוי מעשה הקנין הוא מכח השינוי השם שבו מ"מ כשישינוי השם בא מחמת שינוי מעשה גם שינוי השם כל דהוא חשוב לקנות על ידו.

דף סז.

אלא שצריך את היאוש בשביל הטומאה כמו שנתבאר לעיל.

העובים אלו המרישות. הנתיבות בס'

שנ"ג סק"א מביא ראיה מכאן לשטתו דשינוי השם תלוי בלשון תורה ולא כש"ך דס"ל שתלוי בלשון בנ"א. ולכאורה אינו מוכח די"ל דראית הגמ' שמריש שמו עליו אינה מלשון הפסוק דנקרא עובים שפירושו מריש אלא מלשון הברייתא שמפרשת עובים מריש ולשון הברייתא הוא לשון בנ"א.

שינוי החזור לברייתו בשינוי השם לא

הוי שינוי. פרש"י דהא דמריש אינו נקנה מכח שינוי השם הוא משום דחזור לברייתו משא"כ אברזין תו לא מקרי משכא. ואינו מוכן אמאי אברזין אינו חוזר לברייתו הא יכול לחזור ממחשבתו הראשונה. ובתוס' בסוכה ל: שהובא בגליון הש"ס כתבו שעיצבא אף דהוי נמי שינוי השם החוזר לברייתו מ"מ קונה עם יאוש ובמריש ליכא יאוש, ושינוי השם החוזר אינו קונה אלא בצירוף עם יאוש. אבל ברש"י כאן מבואר דס"ל דעיצבא הוי שינוי השם שאינו חוזר. ועיין ברע"א שמבאר דהתוס' בסוכה ס"ל דאחרי שאמרי דעיצבא שנו כאן ועיצבא אין צריכה קיצוע א"כ מתני' דעורות מיירי ע"י מחשבה לבד בלי קיצוע והוי שינוי החוזר לברייתו, אבל התוס' כאן כתבו דכונת הגמ' עיצבא א"צ קיצוע שאפילו אם קיצע אין זה נחשב שינוי מעשה א"כ לעולם י"ל דגם למסקנא מיירי בקיצע ואף דאין זה שינוי מעשה מ"מ ע"י הקיצוע הוי השינוי השם שינוי שאינו חוזר לברייתו, א"כ י"ל דזה כונת רש"י. וכדברי רע"א מפורש ברמב"ן במלחמות לקמן קי"ד. ומבואר בדבריו דפליגי בזה רב יוסף ור' זירא, דר"י ס"ל דמיירי ע"י מחשבה גרידא בלי קיצוע וצריך את היאוש כדי שיועיל מחשבת יחודו וס"ל דשינוי השם החוזר קונה, וע"ז הקשו ממריש. ור"ז משני דשאני מריש דהוי שינוי החוזר לברייתו משא"כ עיצבא מיירי עם קיצוע ולכן זה שינוי שאינו חוזר וקונה גם בלי יאוש

תוד"ה הא לאו הכי. הקשו התוס' דאם מריש מיירי עם יאוש א"כ יקשה מכאן על מ"ד יאוש קני אע"כ מיירי בלי יאוש א"כ מה הקשו על ר"י הא שינוי השם לא קני אלא עם יאוש וכן הקשה הרמב"ן במלחמות לקמן קי"ד. ויש ברמב"ן תוספת דברים וז"ל וליכא למימר בדאיכא יאוש דהא גזול תנן ולא גנוב וליכא יאוש לרבנן [דסתם גזילה ליכא יאוש בעלים] ואע"ג דבנאו בבירה דמימר אמר ב"ד מחייבי ליה לאהדורא ניהליה ועוד דמדמיה לא מיאש הלכך לאו יאוש הוא כלל דאי לא תימא הכי קשיא לרבא דאמר יאוש כדי קני עכ"ל. ומבואר ברמב"ן דכל זמן שאינו מתיאש מדמי החפץ לא מהני היאוש מגוף החפץ. ויסוד זה כתבו האחרונים בהא דזורק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו שלמ"ד דאזלינן בתר בסוף השובר חייב. וקשה הא הכלי הולך לאיבוד ואיכא יאוש בעלים ולמה יתחייב השני. וכתב בזה האמרי משה בס' ל"א אות ה' ואות ו' דאף שגוף החפץ הולך לאיבוד מ"מ כיון שיוכל לתבוע דמים מן הזורק ליכא יאוש גם מגוף החפץ. והא דמציל מן הארי הרי אלו שלו הוא דוקא בארי הפקר שאז מתיאש גם מדמי החפץ אבל בארי שיש לו בעלים כיון שיוכל לתבוע דמים מן הבעלים ליכא יאוש. ועל דרך זה כתב גם החזו"א בס' י"א סק"ט. ולפי מה שמבואר ברמב"ן אין הטעם כלשון האמר"מ דכיון שיוכל לתבוע הדמים אינו מתיאש מן החפץ מפני שצריך את החפץ כדי שיוכל לתבוע דמים אלא דלא מהני יאוש מגוף החפץ אם אינו מתיאש גם מדמיו.

נחלקו האחרונים אם מהני יאוש בחוב או לא. הרמ"א בס' קס"ג סע' ג' כתב בשם המהרי"ק דמהני יאוש בחוב. והקצות שם בסק"א מביא שהחכם צבי חולק וס"ל דלא מהני יאוש בחוב שאפילו באבידה לא מהני יאוש היכא דבאיסורא אתא לידיה מפני

מהחפץ ולא מן הדמים שאם היה מתיאש מן הדמים היה נפטר מחיוב הדמים ע"י יאוש דלמ"ד יאוש בגזילה קני בודאי מועיל יאוש בחוב. ולרמב"ן צ"ל שאף שמתיאש מהדמים לא מהי יאוש בחוב אף למ"ד דיאוש בגזילה קונה והטעם צ"ע.

ונראה לפרש וכו'. בתי הראשון כתבו דשינוי השם קטן קונה עם יאוש ושינוי השם גדול קונה בלי יאוש. וכתב הגאון בס' שנג"ג סק"ח בליקוט דכ"ז בשינוי השם שאינו חוזר לברייתו אבל כשחוזר אינו קונה כלל אפילו עם יאוש. וכתב שכן דעת רש"י שכתב דאברזין הוי שינוי שאינו חוזר, ומבואר שאם היה חוזר לא היה קונה אף דהתם הוי עם יאוש. ומה שהובא בשו"ע ס' שנג"ג סע' ב' די"א ששינוי השם החוזר קונה עם יאוש זה שיטת התוס' בסוכה ל: אבל התוס' כאן לא ס"ל כן. וכן מבואר בתוד"ה מעיקרא כמש"כ המהרש"א ורע"א שם. וסברת התוס' בסוכה ששינוי מעשה החוזר גרע משינוי השם החוזר ולא מהני אפילו עם יאוש הוא ששינוי מעשה החוזר אינו נחשב שינוי מעשה כלל דכיון שיכול לחזור לקדמותו לא נשתנה גוף הדבר משא"כ בשינוי השם אף שחוזר מ"מ כ"ז שלא חזר הרי נשתנה שמו.

בתירוץ השני כתבו דכל שינוי השם קונה מצד עצמו בלי יאוש אלא דהיכא דשינוי השם הוא ע"י הקדש או הפרשה או ע"י יחוד, בלי יאוש אינו יכול לעשות שינוי השם. וצ"ב מאחר שיאוש לא קונה למה מהני היאוש שיחול שינוי השם, וכמו שבלי יאוש לא חל השינוי השם כך אחרי יאוש לא יחול כיון שיאוש אינו קונה. ובשלמא לענין יחוד בעיצבא י"ל כסברת הרמב"ן בדף קי"ד. שמה שלא מהני יחוד הגזלן הוא משום דעתיד הבעלים להחזירו למצבו הקודם ואחר יאוש שאינו עומד לחזור לבעלים אין חסרון זה, אבל לענין תרומה והקדש מה מוסיף היאוש הא אכתי אינו יכול להקדיש או לתרום דבר שאינו שלו, ואי אמרינן

שנתחייב בהשבה א"כ גם בחוב כיון שכבר נתחייב בפרעון החוב הרי זה כאיסורא אתא לידיה ואינו נפטר ע"י יאוש. והקצות כתב שהעיקר כמהרי"ק דמה שאבידה לא נקנה ביאוש היכא דבאיסורא אתא לידיה הוא כמו שמבאר הרמב"ן באלו מציאות דהוי שומר אבידה והוי יאוש ברשות וזה לא שייך בחוב. דהיינו שענין זה תלוי במחלוקת תוס' והרמב"ן שלתוס' איסורא אתא לידיה היינו שכבר נתחייב א"כ בחוב לא יועיל יאוש, ולרמב"ן אבידה שאני דהוי שומר של הבעלים. אך כ"ז למאי דקי"ל דיאוש בגזילה לא קני משום דבאיסורא אתא לידיה, וסובר הח"צ שגם חוב הוי באיסורא כיון שכבר נתחייב. אבל למ"ד דיאוש קני בגזילה אף דבאיסורא אתא לידיה יודה הח"צ שגם בחוב יועיל יאוש. וא"כ יש לעיין אמאי כל גזלן שזוכה ע"י יאוש חייב דמים אמנם היאוש הוא סיבה רק לזכות בחפץ ואכתי רמי עליו חיוב דמים שהגזילה מחייבת או את החפץ או את דמיו מ"מ למה לא יפטר מחיוב הדמים מפני שיש יאוש בעלים גם על חוב זה ולמ"ד דיאוש קני אין חסרון של באיסורא אתא לידיה א"כ לדידיה לכו"ע מהני יאוש בחוב ולמה לא יפטר הגזלן מחיוב דמים מכח יאוש הבעלים. ובפשוטו צ"ל דאין הבעלים מתיאשים מחוב זה דסופו למצוא את הגנב והגזלן ויוציא הדמים בדין ואינו מתיאש אלא מגוף החפץ, וכן מבואר בשיטמ"ק לעיל ס"ו. בשם תר"פ שגזלן חייב דמים מפני שנתחייב לפני היאוש וכי נתיאש בתר הכי לא נתיאש מדמיה. אמנם לפי מש"כ הרמב"ן דכל שאינו מתיאש מן הדמים לא מהני יאוש מגוף החפץ עכצ"ל דבכל יאוש בגזלן איכא יאוש נמי מן חיוב הדמים וא"כ צ"ב אמאי אינו נפטר הגזלן מחיוב הדמים מכח יאוש דמהני יאוש על חוב ולמה גרע חוב זה משאר חובות. וצ"ע.

נמצא שהרמב"ן מחדש דכל שלא נתיאש מדמי החפץ לא מהני יאוש מגוף החפץ. ותר"פ חולק וס"ל שבכל יאוש בגזילה מתיאש רק

שאתא לידיה באיסורא מ"מ נפיק מרשות הבעלים ולכן חל ההקדש על דרך הקה"י הנ"ל והקדשו וקנינו באים כאחד. אך לפ"ז לענין הקדש ותרומה בעינן דין יאוש ולא יועיל יאוש שלא מדעת אלא לגבי עיצבא ודלא כקצות.

הנה הזכרנו כמה פעמים לעיל את דברי הרמב"ן במלחמות בדף קי"ד. וראיתי לכנס במקום אחד את כל החידושים שיש ללמוד מדברי הרמב"ן שם והכל בד"ה ומה שכתב עוד. א. אם יאוש לבד אינו קונה ושינוי השם לבד אינו קונה לא יתכן שיקנו בצירוף. ב. שינוי השם לבד קונה ויאוש צריך רק כדי שיחודו יועיל לקבלת טומאה או כדי שיחול שינוי השם. ג. כל היכא דלא מתיאש מדמי החפץ לא מהני יאוש מגוף החפץ. ד. עיקר הקנין של שינוי מעשה הוא מחמת שינוי השם שבו. וזוהי מבאר לשונו של רב יוסף. ה. רב יוסף ור"ז פליגי אי עיצבא מיירי בקיצוע או לא. וזוהי תלוי אי הוי שינוי השם החוזר או לא. ו. גם אם יאוש אינו קונה יוצא לאחר יאוש מרשות הבעלים ולכן מהני שינוי השם אחר יאוש. ז. שינוי רשות שקונה עם יאוש אינו צירוף של שני דברים שקונים יחד אלא כיון שבהתירה אתא לידיה קונה הלוקח ע"י יאוש.

צינור שחקקו. הקשו הראשונים [ע' שיטמ"ק בשם הרא"ש הראב"ד ותר"פ] דאפילו אם שינוי השם אינו קונה הא איכא בחקיקת הצינור גם שינוי מעשה שקונה לכו"ע. וכשם שהגמ' שואלת שיפסל המקוה בגלל שינוי השם כך גם יפסל מכח שינוי מעשה. וכתבו דאם קבעו לפני החקיקה וחל על הצינור שם קרקע אין סיבה לפוסלו מפני שנעשה בו שינוי מעשה דאף שנשתנה הקרקע עדיין שם קרקע עליו ורק שינוי השם שחל עליו שם צינור הוא סיבה לפסול את המקוה. ואף שהובא לעיל שהרמב"ן ס"ל ששינוי מעשה קונה מכח שינוי השם שבו א"כ הגונב צינור וחקקו קונה בגלל השם צינור שחל עליו ע"י החקיקה וא"כ גם שינוי מעשה

שקנינו והקדשו באים כאחד ה"נ נימא הכי כשמקדיש לפני יאוש כיון שעכשיו ס"ל ששינוי השם קונה בלי יאוש. וראיתי באמרי משה ס' ל"ב אות מ"ג שעמד בזה. וכתב בדעת הרמב"ן שבאמת היה צריך לחול הקדש גם לפני יאוש כיון שע"י ההקדש יהיה שינוי השם וזה קונה גם בלי יאוש א"כ איכא למימר גם לפני יאוש שהקדשו וקנינו באים כאחת אלא דכדי שיתחיל הקדש בעינן שייחד הגזלן ממון זה לגבוה ויחודו של הגזלן לא מהני לפני יאוש כיון שסופו לחזור לבעלים ויתבטל יחודו.

לדברי האמר"מ יש מקום לדברי הקצה"ח בס' רס"ב סק"א שכתב שלרמב"ן גנב והקדיש חל ההקדש אחר יאוש אפילו ביאוש של"מ. ולעיל כתבנו דזה ניחא רק ביחוד של עיצבא שאינו חלות ולא בהקדש ותרומה ששם צריך את הדין יאוש כדי שיוכל לחול שינוי השם, אבל לדברי האמר"מ גם בזה היה צריך לחול מכח שינוי השם לבד גם בלי יאוש דנימא הקדשו וקנינו באים כאחד אלא דבלי יאוש לא מהני יחודו, ולזה י"ל דסגי ביאוש של"מ. וע"ע בקה"י בס' ל"ח ד"ה ונלענ"ד שמבאר הא דאיכא חילוק בין לפני יאוש לאחר יאוש לענין הקדש ותרומה אף שיאוש לא קונה דמ"מ ע"י היאוש הוקלש כח הבעלים ואין להם בזה דין ממון לכן הגזלן שנמצא ברשותו יכול להקדיש ע"ש. ויש להוסיף בזה דלשון הרמב"ן הוא אבל לאחר יאוש הואיל ויצא מרשות הבעלים שינוי השם שלו שינוי הוא. ומבואר דאף שיאוש לא קונה מ"מ יצא ע"י היאוש מרשות הבעלים. [וכן ראיתי באחיעזר ח"ב ס' ל"ז אות ד' דאף דיאוש לא קונה מ"מ מרשות נגזל יצא ע"ש וכדבריו מבואר ברמב"ן כאן]. ולכאורה הרמב"ן בזה לשטתו דס"ל בב"מ י'. דיאוש מוציא מרשות הבעלים מיד ולא כאחרונים שכתבו דאינו יוצא מרשות הבעלים עד דאתי ליד זוכה, וכמו שמדייק הגרא"ז זצ"ל בהגהותיו על הרמב"ן שם ולענין זה הואיל היאוש, ואף דאין הגזלן יכול לזכות מפני

הוא סיבה לפסול את המקוה, אך כל זה רק לרב יוסף דס"ל שינוי השם קונה היינו משום דס"ל דשינוי מעשה קונה מכח שינוי השם שבו ואה"נ לדידיה קשה דבצינור איכא נמי שינוי מעשה וזה הכל בכלל שאלת הגמ', אבל המ"ד דשינוי השם אינו קונה ס"ל דגם שינוי מעשה אין קנינו מכח שינוי השם שבו ולדידיה לא קשיא מצינור דשינוי מעשה אינו סיבה לפסול את המקוה.

הקדשן הקדש ותרומתן תרומה.

פרש"י הקדשן הקדש ואסור להנות ותרומתן תרומה ואסור לזר. וכתב הפנ"י דרש"י ס"ל דאף שחל ההקדש הקרבן פסול משום מהב"ע ולכן כתב שהקדש חל לענין שאסור להנות. אבל אכתי קשה לשון רש"י לגבי תרומה דלכאורה אף שיש עבירה בהפרשה כיון שחל שם תרומה הותרו השיראים ואמאי פרש"י שחל רק לענין שאסור לזר. וכתב בזה האו"ש בחידושיו שהגמ' מביאה ראיה מכאן לרבה שיאוש קונה וקשה על רב יוסף דס"ל שאינו קונה, ומשמע שלרבה ניחא אפילו לצד שיאוש קונה רק מדרבנן, והיה קשה לרש"י אם יאוש קונה רק מדרבנן ומן התורה לא קנה אמאי תרומתו תרומה ועל סמך הפרשה זו הותר הטבל האכילה. לכן פרש"י שקונה רק לחומרא ולגבי הקדש קונה רק לענין איסור הנאה, אבל אם נהנה, לא יביא ע"ז קרבן מעילה, וכן לגבי תרומה חל הפרשתו רק לחומרא לאסור לזר ולא הותר החולין. ורש"י בזה לשטתו דס"ל בב"מ מ"ח. דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא ולא עשו בזה הפקר ב"ד ואינו שלו אלא מדרבנן. ולפ"ז צ"ל דמה דקתני מעשרות מעשר היינו מע"ש דאי במעשר ראשון קי"ל דמותר לזר ואין שום חומרא בזה אלא רק קולא שהותר הכרי. ובשיטה בשם הרשב"א כתב ב' פשטים בזה אי איירי במע"ש או במעשר ראשון ע"ש. ולכאורה מוכח מדברי הרשב"א דס"ל שההפרשה חלה גם לקולא שאם רק לחומרא לאסור לזר ע"כ מיירי במע"ש ולא במע"ר.

מעיקרא טבל והשתא תרומה. מדלא קאמר מעיקרא טבל והשתא חולין מדייק האחיעזר בח"ב ס' ל"ז אות ג' דמטבל לחולין אינו נחשב שינוי דהוי כאסור ומותר, ורק מטבל לתרומה הוי שינוי השם. וא"כ קשה אמנם קנה חלק התרומה ע"י שינוי השם אבל אכתי לא זכה בשאר הפירות והוי כתורם משלו על של חברו. ומוסיף האחיעזר דאין לומר שיכול לתורם משלו על של חברו מדין זכין, דזכין שייך רק באופן שהבעלים בעצמם יכולים לתורם א"כ אחר נעשה שלוחו לתורם בשבילו, אבל הכא דאינו ברשות הבעלים והם בעצמם אינם יכולים לתורם א"כ גם אחר אינו יכול לתורם מדין זכין כמש"כ התוס' בקידושין נ"ו. וכתב האחיעזר שאין כוונת הגמ' שהפריש הגזול מן הגזול על הגזול אלא מן הגזול על שלו ובזה שפיר חל דחלק התרומה קנה ע"י שינוי השם והוי כתורם משלו על שלו אבל אם הפריש מיניה וביה לא יחול כיון דליכא שינוי השם בחלק החולין. אך באות ד' כתב האחיעזר די"ל דמה שא"א לתורם על דבר שאינו ברשותו היינו רק דלא יכול לחול חלות תרומה על מה שאינו ברשותו אבל התורם מדבר שברשותו על מה שאינו ברשותו י"ל דמהני דחלות תרומה הוא כהקדש אבל פטור הכרי הוי מילתא דממילא וסגי בזה שהוא בעלים אף שאינו ברשותו. וא"כ יכול הגזול לתורם משלו על של הנגזל מדין זכין ולכן סגי בזה שקונה את התרומה בשינוי השם ויכול לתורם על הכרי הגזול מדין זכין כיון שלגבי פטור הכרי אין חסרון של אינו ברשותו ע"ש. ומה דפשיטא ליה לאחיעזר דכשם שא"א להקדיש דבר שאינו ברשותו כך א"א לעשות תרומה על דבר שאינו ברשותו כך נקטו החזו"א בב"ק ס' י"ח סק"ג ואבן האזל פ"ב מגזילה ה"ה, אבל הדבר אברהם בח"ב ס' ט"ז אות ד' כתב לחדש דדוקא הקדש שהוא כעין קנין לא מהני על דבר שאינו ברשותו אבל תרומה יכול לעשות גם על דבר שאינו ברשותו ע"ש. שו"ר בחי' הגרש"ש זצ"ל בס' ל"ה אות א' שכתב שגם מטבל לחולין הוי

הערות

מרובה דף סז.

וציונים

מא

שינוי השם דאל"כ איך חל הפרשתו הרי אין לו קנין בחלק החולין.

תוד"ה מעיקרא חולין. הקשו אמאי צריך להגיע לשינוי השם ת"ל דאיכא שינוי רשות. וכתבו דנקטו שינוי השם משום דאיירי אפילו בחטאת ואשם ואע"ג דמעיקרא תורא דראובן וכו' מ"מ שינוי השם יש כאן. אפשר לפרש דברי התוס' בב' אופנים. א. בחטאת ואשם וה"ה כל קדשי מזבח ליכא שינוי רשות בגלל הסברא של מעיקרא תורא דראובן דכשם שמבואר לקמן ע"ו. דאין זה נחשב מכירה לחייב דו"ה כך אין זה שינוי רשות ואעפ"כ שינוי השם איכא, וכן מפורש ברשב"א כאן דמה"ט אין זה נחשב שינוי רשות. וא"כ יהיו דברי התוס' כאן סותרים את דבריהם לקמן ע"ו. ששם כתבו דאף שאין זה מכירה לחייב דו"ה מ"מ נחשב שינוי רשות. ב. שמה שבחטאת ואשם ליכא ש"ר אינו בגלל הסברא של מעיקרא תורא דראובן אלא מפני שחייב באחריות, וה"ה דהוי מצי למימר שאר קדשים שחייב באחריות, וכמבואר בתחילת דבריהם שרק קדשים שאינו חייב באחריות חשיב שינוי רשות וכמו שנתבאר לעיל סו: על תוד"ה ש"מ. ולפ"ז אין סתירה בין התוס' כאן לתוס' לקמן ע"ו. ויוצא שנחלקו הרשב"א ותוס' אי איכא שינוי ברשות בקדשי מזבח שאינו חייב באחריות בגלל הסברא של מעיקרא תורא דראובן או לא.

הרשב"א מבאר למה בתרומה צריך להגיע לשינוי השם ולא קונה בשינוי רשות במה שנעשה ע"י ההפרשה ממון השבט. וז"ל הרשב"א כפי שמוכח בשיטמ"ק, דתרומה ממון כהן הוא ועוד עד דאתי לידיה דכהן לא זכה ביה הלכך אינו בה אלא שינוי השם לבד עכ"ל. וצ"ב מה כונת הרשב"א במש"כ בתחילה דאין זה ש"ר משום דתרומה ממון כהן הוא אדרבה מה"ט הוי ש"ר. ועוד דמה כתב אח"כ דעד דאתי ליד כהן לא זכה ביה דלכאורה סותר

תחילת דבריו דהוי ממון כהן. ולכאורה היה נראה דכונתו דאיכא שני חלקים בזכיית הכהן בתרומה. א. דהוי ממון השבט. ב. דהוי ממון פרטי של כהן מסוים. ואין בדברי הרשב"א ב' תירוצים אלא בתחילה כתב דליכא ש"ר בזה שע"י ההפרשה נעשה ממון השבט דתרומה ממון כהן הוא, היינו שלמאי דקי"ל מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמי איכא ממון השבט בטבל ולא נתחדש ממון השבט ע"י ההפרשה. א"כ ממ"נ ליכא ש"ר בהפרשה, דממון השבט איכא לפנ"כ, וממון פרטי גם אח"כ אין עד שבא ליד כהן. אבל א"א לפרש כן דא"כ מאי קשיא ליה לרשב"א במע"ש למ"ד ממון גבוה דאיכא ש"ר הא מבואר בקידושין נ"ד: שאם מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמי איכא ממון גבוה בטבל וא"א ליתן טבל הטבול למע"ש במתנה למ"ד מע"ש ממון גבוה. וע"כ דס"ל דאף דאיכא בטבל ממון גבוה מ"מ כשמברר שחלק מסוים הוא החלק של גבוה זה נחשב ש"ר א"כ למה הפרשת תרומה שנעשה ממון השבט לא יחשב ש"ר ומה הפשט בתחילת דברי הרשב"א. ובאמת בחי' הרשב"א יש שינוי בלשון והושמט תיבת ועוד וז"ל דתרומה ממון כהן הוא ועד דאתי לידיה דכהן לא זכה בה עכ"ל. ולפ"ז מה דנעשה ממון השבט אינו ש"ר ורק מממון פרטי היה קשה לרשב"א, וע"ז כתב דלא הוי ממון פרטי של הכהן עד שמגיע לידו.

ממה שהקשה הרשב"א שיחול תרומה מכח שינוי רשות מוכח כדברי האחיעזר שהובא לעיל דאין הגזלן קונה ע"י הפרשתו אלא את חלק התרומה שרק בזה יש שינוי השם אבל חלק החולין אין בו שינוי השם ואינו קונה והא דחלה הפרשתו הוא או משום דאיירי שהפריש מן הגזול על שלו או דהוי מן הגזול על של הנגזל ומהני מדין זכין וסגי במה שקנה את החלק שעליו חל שם תרומה, דאי נימא דהפריש על של נגזל וחל משום דגם בחלק החולין איכא שינוי השם דמעיקרא טבל

והשתא חולין א"כ אין מקום לקושיית הרשב"א שיחול מדין ש"ר שש"ר בודאי יש רק בחלק התרומה ולא בשאר הכרי ומוכח דסגי בזה.

ממה שהקשה הרשב"א שבהפרשת מע"ש יחול מכח ש"ר למ"ד מע"ש ממון גבוה והוצרך לתרץ דאיירי במעשר ראשון או במע"ש לרבנן דלית להו ממון גבוה מוכח דמע"ש ממון גבוה הוי ממש של רשות גבוה ודמי להקדש ולא כמו שכתבו האחרונים משמיה דהגר"ח זצ"ל [הובא בגר"ז זצ"ל על זבחים ו. ובתורת זרעים פ"ד ממע"ש מ"ח] דאינו שייך לגבוה ממש אלא שדין הקדושה מונע מלמכור, ולדבריו אין סיבה שיחשב ש"ר, אלא מוכח ברשב"א דהוי ממון גבוה ממש. ועי' מש"כ בזה בס"ד בקידושין נ"ג. ושם נ"ד: .

הרמב"ן במלחמות לקמן ק"ד. בד"ה עוד כתב ה"ג, עמד בקושיית הרשב"א למה צריך בתרומה להגיע לשינוי השם ולא קונה מכח ש"ר. וז"ל דאילו משום ש"ר לא הויא תרומתו תרומה אלא דקני כהן והוי ממוניה אבל מ"מ חולין גמורין הוא ואידך דברשותיה טבל אלא דמשום שינוי השם הוי תרומה ברשותיה דגזולן ומתקן אידך עכ"ל ואין הדברים ברורים. וראיתי באמר"מ ס' ל"ב אות מ"ב שמבאר דשינוי השם הוא סיבה לקנינו של הגזולן וקנינו והפרשתו באים כאחד וכיון שקנה שפיר מתקן הכרי ע"י הפרשה זו. אבל ש"ר הכהן זוכה אבל אין לגזולן זכיה בחלק התרומה [על דרך הקצות בס' שנ"ג לענין קידושי אשה] וא"כ לא יתוקן הכרי ע"י הפרשה זו. ואולי יש לבאר באופן אחר דהובא לעיל דברי האחיעזר דהקשה איך חל ההפרשה הרי השינוי השם הוא רק בחלק התרומה ולא בחולין. וכתב שתורם משל גזול על שלו. וזה משום דנקט דמעיקרא טבל והשתא חולין לא חשיב שינוי השם. אבל בדעת הרמב"ן י"ל דס"ל שגם זה נחשב שינוי השם ומיירי שתורם משל גזול על של גזול, וא"כ שפיר צריך להגיע לשינוי השם דזה סיבה

שיזכה גם בתרומה וגם בחולין ויחול ההפרשה, אבל שינוי רשות איכא רק בחלק התרומה ולא בחולין ולא יתוקן הכרי בזה. ולשון הרמב"ן יתפרש לפ"ז דמשום שינוי רשות לא הוי תרומתן תרומה אלא דקני כהן, דהיינו רק על חלק הכהן איכא ש"ר, אבל חולין גמורים הם, היינו דלא יכול לחול קדושת תרומה כיון שלא מתקן את הכרי, ואידך דברשותיה טבל, משום דבחלק זה ליכא ש"ר, אלא דמשום שינוי השם הוי תרומה ומתקין אידך, היינו משום דשינוי השם איכא גם בחלק התרומה וגם בחלק החולין ושפיר חל ההפרשה וקונה הכל והוי תורם משלו על שלו. וע"ע בחזו"א ס' י"ז סק"ז ד"ה והא מש"כ בדברי הרמב"ן.

תוד"ה מעיקרא טיב"א. הקשו דהוי

שינוי השם החוזר כיון שיכול לישאל והכא ס"ל דשינוי השם החוזר אינו קונה אפילו אם יאוש ולא כמש"כ בסוכה ל: דבהדי יאוש מהני גם שינוי השם החוזר [עי' מהרש"א ורע"א וגאון ס' שנ"ג סק"ח בליקוט השני ואו"ש בחידושים כאן]. ותירצו דאין זה נחשב שינוי החוזר כיון דלא שכיח שישאל. וכתב ע"ז הרשב"א וז"ל ואכתי לא מחזור בעיני דהא אפילו צמר וצבעו חשבינן חוזר לברייתו אע"ג דלא שכיח. ולכאורה נראה ביאור המחלוקת דיש להסתפק בחסרון של חוזר לברייתו אם החסרון הוא מפני שסופו לחזור לקדמותו או שאין חסרון במה שעתידי לחזור אלא זה סימנא בעלמא דמה שיכול לחזור מוכיח שמעיקרא אינו שינוי גמור. ואם החסרון הוא במה שבפועל סופו לחזור מוכן סברת התוס' דאם לא שכיח שיחזור אין בזה חסרון אבל אם זה סימנא בעלמא ואין החסרון במה שעתידי לחזור אלא מה שיש אפשרות להחזיר מוכיח שאינו שינוי גמור א"כ אין נ"מ בין שכיח ללא שכיח. ועי' מה שכתבנו בס"ד בחקירה זו לקמן צ"ג: על מתני' דגזול פרה ונתעברה אצלו וכן בדף צו: על הגמ' שלא מידע ידיע שיחמייהו.

הערות

מרובה דף סז.

וציונים

מג

דהיכא דקנה לפני שהקדיש או לפני מעשה המצוה ליכא פסול דמהב"ע. א. מהא דפריך בסוכה ל. ולקנינהו בשינוי השם, ומבואר דאי קנה תו לא הוי מצהב"ע. ב. בסוכה ל"א. מבואר דהיכא דקנה מחמת תקנת השבים הסוכה כשירה ולא הוי מהב"ע, ואם קנין של תקנ"ח מהני לסלק פסול דמהב"ע כ"ש דמהני קנין דאורייתא דשינוי או יאוש.

במה שהקשו על ר"ת מלקנינהו בשינוי השם דחזינן דאחר שקנה אין בו משום מצהב"ע כתב הקה"י בסוכה ס' כ"א דדברי ר"ת הם דוקא כשקנה ביאוש אבל היכא דקנה בשינוי מודה ר"ת שאין בזה משום מהב"ע שהרי באתנן גם ר"י מודה דאף שבזמן ההקדש ליכא עבירה התורה פסלה אתנן להקדשה וזה גזו"כ משום דמאוס לגבוה ואעפ"כ היכא דאיכא שינוי זה פנים חדשות והוכשר להקדשה, וא"כ בודאי שגזול לר"ת לא חמור יותר מאתנן ואף שכל זמן שלא נשתנה פסול גם אחרי שקנה הגזול מ"מ אם נשתנה אין זה נחשב הדבר הגזול ומודה ר"ת שכבר אין בו משום מהב"ע. ודברי הקה"י ברורים וצ"ב מה הקשה ר"י על ר"ת משם הא פשוט דבשינוי מודה ר"ת כדמוכח מאתנן.

ונראה דבגמ' בסוכה הקשו בתחילה ולקנינהו בשינוי מעשה ומשני דהוי שינוי החזיר ואח"כ הקשו ולקנינהו בשינוי השם. ועיין בשעה"מ פ"ח מלולב ה"ט בטעם המלך בד"ה ועוד תמה דהתוס' כאן ובסוכה ובגיטין הקשו על ר"ת ובכל מקום הקשו מהשאלה השניה של הגמ' ולקנינהו בשינוי השם ואמאי לא הקשו מהשאלה הראשונה ולקנינהו בשינוי מעשה. אך לפי דברי הקה"י הביאור הוא פשוט דמשינוי מעשה אין להקשות על ר"ת דהוי פנים חדשות ומהני להתיר אתנן א"כ בודאי שיתיר גם גזול. ובדוקא הקשו משינוי השם דס"ל לעיל בתוד"ה הא לאו בתירוץ הראשון ששינוי השם קטן קונה רק בצירוף עם יאוש ושינוי כזה

אמנם הרשב"א מביא ראיה דגם מה שלא שכיח נחשב חוזר לברייתו מצמר וצבעו דיכול להעבירו ונחשב חוזר לברייתו אף דלא שכיח שיעביר את הצבע ויקשה משם על התוס'. לכן נראה שגם התוס' מודו שאם אפשר להחזיר אף שלא שכיח נחשב חוזר לברייתו ושאיני שאלה דלא רק שלא שכיח שישאל אלא כדי לשאל צריך פתח או חרטה ולא שכיח שיתחרט מהפרשת תרומה. א"כ אין כונת התוס' שלא שכיח שיחזור אלא שלא שכיח שיהיה אפשרות להחזיר, ולא דמי לבגד שצבעו דאף שלא שכיח שיעבירו מ"מ תמיד יש אפשרות להעבירו, משא"כ תרומה לא שכיח שיהיה אפשרות לבטל דלא שכיח שיתחרט וכל זמן שאינו מתחרט א"א לבטל את ההפרשה, ורק באופן זה ס"ל דלא שכיח גורם שיחשב אינו חוזר לברייתו. ולפ"ז ליכא ראיה מהתוס' שחסרון דחוזר לברייתו הוא מה שבפועל סופו לחזור דלעולם זה הוכחה שאינו שינוי גמור ושאיני תרומה שבאופן הרגיל אין אפשרות להחזיר נחשב שינוי גמור.

הרשב"א מתרץ דאין זה נחשב חוזר לברייתו מפני שאינו יכול להחזיר בלי סיוע אחרים דצריך שלושה להתיר נדרו. האו"ש בפ"ה מגו"א ה"ד בד"ה ודע כתב דגזול שתורם וחל מכח יאוש ושינוי השם אינו יכול לישאל ומבאר הטעם בשני אופנים ע"ש.

תוד"ה אמר עולא. שיטת ר"ת דעולא ס"ל יאוש קונה ומה דאמר עולא כאן ובגיטין נ"ה. דיאוש אינו קונה היינו דלא מהני הקנין להכשיר הקרבן שהוקדש מכח הקנין של יאוש דהוי מצוה הבאה בעבירה. ור"י חולק וס"ל שאם היה קונה ע"י יאוש ובזמן שהקדיש הבהמה היא שלו לא היה בזה פסול של מצוה הבאה בעבירה אלא עולא ס"ל דיאוש אינו קונה ואעפ"כ חל ההקדש מכח יאוש וש"ר או שינוי השם וכיון שקנינו נשלם ע"י מעשה ההקדש יש בזה פסול של מהב"ע. ור"י מביא ב' ראיות

אחרי שקנה אכתי שם גזול עליו דכל קנינו הוא מחמת הקניני גזילה, א"כ רק באופן זה סובר ר"ת שגם אחרי הקנין הוי מהב"ע אבל אם קונה קנין שלא מחמת הגזילה מודה ר"ת דאין בזה מהב"ע, א"כ לא קשיא מתקנת השבים דאף שהסיבה לתקנ"ח הוא בגלל הגזילה אבל עצם הקנין הוא מכח תקנ"ח והפקר ב"ד והוי כאילו שקיבל מתנה מהגזול דאין בזה פסול של מהב"ע ולא דמי לקנין של יאוש שהוא מחמת הגזילה. [וכשקונה בשינוי אף שקונה מחמת הקניני גזילה יש טעם אחר להתיר דהוי פנים חדשות כנ"ל].

ר"ת מביא ראיה לשיטתו מהא דפסלין לולב הגזול ביו"ט שני ומפרש ר' יוחנן משום מהב"ע ומשמע דסבר שבעלמא יאוש קונה ואעפ"כ איכא פסול של מהב"ע. ומבואר דנקט ר"ת דר' יוחנן ס"ל יאוש קונה. וזה תמוה דמפורש לקמן ס"ח: דר' יוחנן ס"ל דחיובא דדור"ה הוא בין לפני יאוש בין לאחר יאוש ופליג על ר"ל דס"ל דלאחר יאוש פטור דשלו הוא טובח, ומוכח דר"י ס"ל דיאוש לא קונה, כן הוכיחו התוס' בהמשך דבריהם וכתבו דע"כ מה דס"ל בסוכה שקונה הוא משום דאיכא יאוש ושינוי השם.

בישוב שיטת ר"ת בזה עיין בשיטמ"ק בד"ה עוד כתבו התוס', שכתב בשם התוס' שאנץ דר"ת ס"ל שר' יוחנן סובר דאף שקונה הגזול ביאוש והוי שלו מ"מ חייב דו"ה על הטביחה ובין ר"י בין ר"ל ס"ל יאוש קונה אלא דר"י ס"ל דאעפ"כ גזה"כ שחייב על הטביחה אף אחר שקנה ביאוש. ור"ל ס"ל שהחייב הוא רק לפני יאוש. וכן מפורש בתוס' ר' פרץ לקמן סח: בשם ר"ת. וגם בזה פשוט שאם ימכור הבעלים את הגזילה לגזלן ואח"כ הוא יטבח בודאי יודה ר"ת שגם לר"י לא יתחייב דו"ה על הטביחה ורק כשקונה ע"י יאוש סובר ר' יוחנן לשיטת ר"ת דאף שקנה מ"מ שם גניבה עליו כיון שקנינו מחמת גזילתו כנ"ל. ור"ת לשטתו

שאינו קונה בפנ"ע בודאי אינו נחשב פנים חדשות ובאתנן לא יהיה התר בשינוי כזה דיאוש אינו סיבה להתיר אתנן, ואם בגזל אחרי יאוש ושינוי השם ליכא מהב"ע מוכח שאחרי שקנה לא הוי מהב"ע אף שאינו פנים חדשות ומזה הקשו על ר"ת. ובדעת ר"ת י"ל דס"ל כתי' השני בתוס' לעיל ששינוי השם קונה בלי צירוף של יאוש ויאוש צריך רק כדי שיוכל לעשות שינוי השם אבל הקנין הוא מכח שינוי השם לבד וא"כ שינוי השם יועיל גם להתיר אתנן ולא קשיא משם על ר"ת. דהיינו שבשינוי מעשה כו"ע מודו שאין פסול של מהב"ע כדמוכח מאתנן ובשינוי השם תלוי בשני התירוצים לעיל אי קונה בפנ"ע או רק בצירוף עם יאוש, דר"י שמקשה על ר"ת ס"ל שקונה עם יאוש ור"ת ס"ל דקונה בפנ"ע והוי כשינוי מעשה שמתיר גם אתנן ורק כשקונה ע"י יאוש לבד סובר ר"ת דנשאר מהב"ע כיון שאינו פנים חדשות.

במה שהקשו תוס' על ר"ת מהא דאחרי שקונה בתקנת השבים לא הוי מהב"ע לכאורה נראה דפשוט שגם לר"ת לא חל פסול על החפצא של דבר הגזול וגם לר"ת גזול לא הוי כאתנן שהרי פשוט שאם החזיר לבעלים והבעלים הקריבו דהוי כשר ולא הוי כאתנן שחל פסול לכל העולם, וכן נראה שאם יסכים הנגזל למכור את הבהמה לגזלן יודה ר"ת שיכול הגזלן להקריבו דקנין זה אינו מחמת עבירת הגזילה, ורק כשקונה בע"כ של הבעלים ע"י היאוש שהוא מחמת הגזילה בזה בעלותו והכח להקדיש קיבל בעבירה לכן נשאר פסול של מהב"ע גם אחרי שקנה. ויש להוסיף דלעיל ס"ו. כתבנו שלראשונים דס"ל שלא מהני יאוש בעבד אף שיש מציאות של גזילה בעבדים מוכח לכאורה שהקנין של יאוש בגזל שבאיסורא אתא לידיה הוא מכח הקניני גזילה שקיבל בשעת גזילה ולכן בעבד דליכא קניני גזילה אין קנין יאוש, א"כ הקנין שקונה הגזלן ביאוש הוא מחמת הדין גזלן שיש לו ולכן גם

הערות

מרוכה דף סז.

וציונים

מה

בזה דכשם שס"ל שנשאר גזול אחרי שקונה ביאוש לענין מהב"ע כך ס"ל דנשאר ע"ז שם גזול לענין שיתכן שיהיה גזה"כ שיתחייב דו"ה על הטביחה אף דהוי שלו. ובזה מישב התוס' שאנץ מה שהקשו התוס' בסוף העמוד דמגופא דברייטא יש סיוע לעולא וקושיא על רב יהודה דבלי הקדש אינו נפטר מדו"ה אף דאיירי אחר יאוש ומוכח דיאוש לא קונה דאם קונה גם בלי הקדש יהיה פטור מדו"ה דשלו הוא טובח, ולר"ת נוחא דר' יוחנן ס"ל דאף שקונה ביאוש אכתי חייב על הטביחה.

רע"א בתשובה [מובא בחי' רע"א כאן] דן במי שאכל מוח ע"י שבירת עצם בפסח אם מקיים מצוה באכילה או דהוי מהב"ע. וכתב דלר"י דאחר שקנה ביאוש לא הוי מהב"ע א"כ גם כאן בשעת קיום המצוה אודא העבירה ומקיים המצוה. ואפילו לר"ת דגם אחר הקנין הוי מהב"ע זה דוקא בגזל דהעבירה בגוף המצוה דזכייתו בלולב ע"י עבירה שגזלו, אבל הכא אין בבשר עצמו עבירה אלא שמכשיריה ע"י עבירה ששבר עצם כדי ליטול את המוח. ולכאורה כונתו כנ"ל דדוקא בגזל ר"ת ס"ל כן מפני שזכייתו מכח הגזילה אבל היכא דקנה ע"י תקנת השבים אין הגזילה אלא גורם לקנין והוי כשובר עצם בפסח. [אך רע"א מביא שבמג"א משמע שאינו מחלק בזה ע"ש].

אמנם אפשר לבאר דברי רע"א באופן אחר דבשבת ק"ה: מבואר שהקורע על מתו בשבת אע"פ שחילל שבת יצא יד"ח קריעה. והב"י ביו"ד ס' ש"מ מביא שהירושלמי מקשה אמאי אין בזה משום מהב"ע ומ"ש ממצה גזולה. ומתרץ הירושלמי דמצה גזולה היא גופא עבירה. דהיינו שיש פסול בחפצא של המצוה משא"כ הקורע על מתו הגברא עבד איסורא אבל בחפצא אין שום חסרון. [ועפ"ז כתב רע"א בתש' קע"ד ד"ה אמנם דמי שמל מילה שלא בזמנה בשבת אין בזה משום מהב"ע דדמי לקורע בשבת שעבירה של הגברא לא פוסלת

את המצוה]. והירושלמי מביא ראייה לחילוק זה דמי שהוציא מצה בשבת ואח"כ אכלו יוצא יד"ח ומ"ש ממצה גזולה אע"כ שבגזולה החסרון בחפץ ובהוצאה בגברא. והקשה רע"א דלדברי ר"י הכא אין ראיה הירושלמי מובנת דבהוצאה מה שאינו מהב"ע אין הכרח שזה מפני שאין העבירה בחפץ ד"ל שהטעם הוא מפני שנגמרה העבירה לפני קיום המצוה אבל בקורע שהעבירה הוא בשעת קיום המצוה אולי הוי מהב"ע אף שהעבירה בגברא ולא בחפץ. ויתכן שמש"כ רע"א לחלק בין גזל שהעבירה בגוף המצוה לשובר עצם שאין בבשר הפסח עצמו עבירה אלא במכשיריה כונתו לדברי הירושלמי שמחלק בין עבירה בחפצא לעבירת הגברא ולא כמו שכתבנו בפשט הראשון.

ר"ת מביא ראייה לדבריו מהגמ' בגיטין שמקשה על עולא מגנב והקדיש ואח"כ טו"מ אמאי הביאו מתני עלה ולא מזה גופא שחל ההקדש ומוכח דיאוש קונה אע"כ דגם עולא ס"ל יאוש קונה אלא דפסול להקרבה וע"ז הקשו מתני עלה דמוכח דחזי להקרבה. דברי ר"ת בזה לכאורה תמוהים דמפורש בגמ' שגם אם יאוש אינו קונה מ"מ בגנב והקדיש אחר יאוש חל ההקדש מכח יאוש ושינוי השם או ש"ר. וכתב בזה בחי' רע"א דר"ת ס"ל שגנב והקדיש חשיב ש"ר ושינוי השם דוקא בקדשי בדק הבית אבל בקדושת מזבח דאיכא סברא של מעיקרא תורא דראובן אין זה נחשב לא שינוי רשות ולא שינוי השם. ומתני' דלקמן דגנב והקדיש ואח"כ טו"מ איירי בקדשי מזבח דאל"כ חייב דו"ה על עצם ההקדש דמ"ל מכרו להדיוט מ"ל מכרו להקדש, וכיון דאיירי בקדשי מזבח מוכח ממה שחל ההקדש דיאוש קונה ואמאי לא הקשו לעולא מזה. אע"כ דעולא ס"ל יאוש קונה לכן קשה עליו רק מהתני עלה.

ולפ"ז איכא ג' שיטות לענין קדושת מזבח. א. לתוס' לקמן ע"ו. וכן כאן בד"ה מעיקרא גם בקדשי מזבח איכא שינוי השם וגם

שינוי רשות, והסברא של מעיקרא תורא דראובן נאמר רק לענין דלא הוי מכירה לחייב דו"ה. ב. לרשב"א בקדשי מזבח ליכא ש"ר בגלל הסברא של מעיקרא תורא דראובן אבל יש שינוי השם. ג. לר"ת אין בקדושת מזבח לא שינוי רשות ולא שינוי השם ולא חל אלא למ"ד יאוש קונה.

במה שהקשו התוס' על ר"ת מהגמ' לעיל דפריך מקרבנו ולא הגזול דע"כ איירי אחר יאוש ומוכח דיאוש לא קונה, ולר"ת מה ראית הגמ' הא י"ל דאף שקונה ע"י היאוש מ"מ הקרבן פסול משום מצהב"ע. וכתב בזה הפנ"י שבדברי עולא שלומד מקרא דוהבאתם את הגזול סובר ר"ת שי"ל דאף שיאוש קונה התורה פסלה משום מצהב"ע, אבל לעיל דיילפינן מקרבנו, ולא נזכר בפסוק גזול אלא מקרבנו ממעטים גזול, אין למעט מקרא דקרבנו אלא כשיש חסרון בבעלות ואין זה נחשב קרבנו, אבל לאחר יאוש שקונה אין חסרון בקרבנו וא"א מפסוק זה ללמוד פסול לגזול אא"כ יאוש אינו קונה, ושפיר הוכיח מזה אביי לעיל דיאוש לא קני.

מדברי התוס' בביאור שיטת ר"ת משמע דס"ל שלעולא שיאוש בעלמא קונה כשמקדיש קרבן אחר יאוש חל ההקדש כיון שיאוש קונה ואעפ"כ הקרבן פסול, ולכן מגוף המשנה דגנב ואח"כ הקדיש שחל הקדש אחר יאוש לא קשה לעולא אלא קשה רק מתני עלה דמוכח שהקרבן כשר וחזי לפתח אוהל מועד. אבל מדברי הראשונים נראה דס"ל שאף שלעולא יאוש קונה מ"מ כיון שהקרבן יהיה פסול משום מהב"ע א"כ אין קרבן זה ראוי למזבח ולא חל עליו קדושת מזבח. כן מבואר בשיטמ"ק בשם התוס' שאנן וז"ל ר"ת מפרש דבהמה תמימה דחזיא להקרבה אין הקדש חל כלל לעולא עכ"ל. ומה שהקשו על עולא רק מהתני עלה מבאר התוס' שאנן דבלי תני עלה אפשר לפרש בבעל מום דלא חזי למזבח ובזה חל הקדש

אחר יאוש, אבל מהתני עלה מוכח דמיירי בחזי להקרבה ומוכח דגם בחזי להקרבה חל הקדש אחר יאוש. דהיינו שלתוס' הראיה היא מהא דענוש כרת, ולתוס' שאנן הראיה הוא מהא דחל הקדש אף שראוי למזבח. וכן כתב השיטמ"ק בד"ה וז"ל ה"ר ישעיה ז"ל שלר"ת לעולא אף דיאוש קונה כיון שהקרבן יהיה פסול משום מהב"ע לא חל הקדשו כלל ע"ש. וגם לעיל ס"ו: כתב השיטה בשם ר' ישעיה דהיכא שהקדיש אחר יאוש ואיכא יאוש וש"ר וצריך לחול גם למ"ד דיאוש לא קונה מ"מ כיון שיהיה פסול של מהב"ע אין רצון ההקדש לקנותו בש"ר זה. וכן מפורש בחי' הרמב"ן בגיטין נה: שלר"ת כשיש עבירה לא חל ההקדש כלל כיון שאינו ראוי למזבח.

הרמב"ן במלחמות לקמן קי"ד. בד"ה עוד כתב ה"ג, וכן בחי' הרמב"ן בגיטין נה: מבאר דברי עולא באופן אחר דלעולם ס"ל דיאוש אינו קונה ואעפ"כ חל ההקדש מכח יאוש ושינוי השם או ש"ר. ומה שהקרבן פסול הוא גם בלי הדין של מצהב"ע בגלל שהמקדיש לא היה בעלים על הקרבן, ואף שההקדש חל על ידו מכח יאוש וש"ר זה סיבה שההקדש יקנה אבל המקדיש מעולם לא היה בעלים על קרבן זה ואיך יקרב קרבן בלי בעלים. ואח"כ כתב הרמב"ן די"ל עוד דפסולו משום מהב"ע.

בסוכה ל. הגמ' לומדת שיש פסול של מהב"ע מקרא דוהבאתם את הגזול. וכתב שם הרמב"ן במלחמות בתחילת ד"ה כתוב בספר המאור וז"ל אף גזול אין לו תקנה כלל וקרבן פסול הוא ואפילו לאחר יאוש ואמאי הא קניא גבוה ביאוש וש"ר ונהי נמי דמקדיש לא קניה ניהוי כשוחט שלא לשמה שכשר אלא שלא עליו לבעלים לשם חובה אלא לאו משום מצהב"ע עכ"ל. דהיינו שהיה קשה לרמב"ן מה הראיה מכאן לדין של מהב"ע אולי הפסול הוא משום דאין לקרבן בעלים שרק הקדש זכה ע"י יאוש וש"ר אבל המקדיש מעולם לא היה

בעלים. וכתב ע"ז הרמב"ן דמה שאין לקרבן בעלים אינו סיבה לפסול אלא רק סיבה שלא יעלה לשם חובה כדין השוחט שלא לשם בעליו. וזה דלא כרמב"ן כאן שכתב בתחילה שהקרבן הוא פסול משום דלית ליה בעלים, והיינו דקרבן שאין לו בעלים כלל גרע מקרבן שיש לו בעלים ונשחט שלא לשם בעליו דהתם אף שלא עלה לבעלים מ"מ יש לקרבן בעלים משא"כ הכא ליכא בעלים כלל. [רע"א לעיל ס"ו. הוכיח מהרמב"ן הזה דאין הגנב זוכה ע"י הש"ר אלא רק הלוקח. ועיין לעיל ס"ו. שכתבנו שאין מזה סתירה לרשב"א בגיטין נ"ה: שכתב שהקדשו וקנינו באים כאחד שהרי ברשב"א בקידושין נ"ו: מבואר נמי שאין הגזול זוכה וע"כ שכוונת הרשב"א בגיטין רק דהגזול נחשב מקנה ולא שהלוקח זוכה מעצמו כזוכה מן ההפקר אלא הש"ר וכח ההקנאה באים כאחד. אבל גם לרשב"א הגנב מעולם לא היה בעלים על גוף הממון].

נמצא הדרכים בביאור דברי עולא א. לר"ת עולא ס"ל דיאוש קונה וחל ההקדש ואעפ"כ הקרבן פסול משום מצהב"ע. ב. לר"ת לפי איך שהובא בתוס' שאנן ור' ישעיה עולא ס"ל דיאוש קונה ואעפ"כ כיון שיהיה בקרבן פסול משום מהב"ע לא חל ההקדש כיון שאינו ראוי למזבח. ג. לר"י עולא ס"ל דיאוש אינו קונה וחל ההקדש מכח יאוש וש"ר ופסול משום מהב"ע. ד. לרמב"ן ס"ל דיאוש אינו קונה וחל ההקדש מכח יאוש וש"ר והקרבן פסול מפני שהגנב לא זכה ואין לקרבן בעלים.

ור"ת הקשה וכו'. ר"ת מפרש דנטלו מוכסים חמורו ונתנו לו חמור אחר מיירי שנתנו לו בע"כ וס"ל דנתינה בע"כ אינו נחשב שינוי רשות והמשנה והברייתא איירי אחר יאוש ופליגי אי יאוש קונה או לא. ולר"י המשנה איירי אחר יאוש וקונה ביאוש וש"ר והברייתא איירי שלא היה יאוש עד אחרי הש"ר. ועיין לקמן קי"ד. שכתבנו בס"ד שיטות שאר

הראשונים בביאור מחלוקת המשנה והברייתא. ומבואר דשיטת ר"ת שאם הגנב נתן ללוקח בע"כ של הלוקח אין זה נחשב ש"ר, ואין הכרח שר"י חולק ע"ז דרך ר"ת ס"ל דהנתינה היתה בע"כ דאל"כ איכא יאוש וש"ר אבל לר"י דס"ל שבברייתא היאוש היה אחרי הש"ר י"ל דהנתינה לא היתה בע"כ דאחרי שלקחו את חמורו ניחא ליה לקבל חמור אחר. וכן מפורש בגאון ס' שס"א סק"ה דאין הכרח לומר שנתנו לו חמור אחר בע"כ. ומבואר דכדי שיחשב ש"ר בעינן הקנאה של הגנב ללוקח ולכן אם הנתינה היתה בע"כ של הלוקח ולא חל הקנין אין זה אין זה נחשב ש"ר אף שנמצא ביד הלוקח ועכשיו הוא רוצה לזכות. וכן מבואר ברשב"א לקמן קי"א: שאם הגנב לא נתן ללוקח אלא שהלוקח לקח בע"כ של הגנב אין זה נחשב ש"ר. והובא דין זה בשו"ע ס' שס"א סעי' ה'. ועיין בגאון שם סק"ב שהקשה מלקמן קי"ד. דהמציל מן הלסטיין אם נתיאשו הבעלים הרי אלו שלו וזה משום שקונה ביאוש וש"ר אף שהמציל לקח בע"כ של הלסטיין. ועי' מש"כ בזה הנתיבות שם סק"ב. ועוד כתב הרשב"א בתשובה, והובא ברמ"א בס' שס"א סעי' ה', שאם נתינת הגזול ללוקח היתה בטעות אין זה נחשב ש"ר. ומוכח מכל זה דש"ר הוא דוקא באופן שחל ההקנאה אבל כשלוקח בע"כ של הגזול או שהגזול נותן בע"כ של המקבל או שנתנתו היתה בטעות אף שהגיע ליד הלוקח אחר יאוש אינו זוכה.

ויש לעיין מכל זה במש"כ הקצה"ח בס' שנ"ג שלסוברים דלא מהני ש"ר ואח"כ יאוש ענין יאוש וש"ר הוא דהגזול לא קונה ע"י יאוש מפני שבאיסורא אתא לידיה אבל הלוקח שהגיע לידו בהתירא קונה ע"י היאוש ולפ"ז זכיית הלוקח אינה מכח הקנאת הגזול אלא זוכה מעצמו ע"י יאוש כדין יאוש דאבידה. ולא מובן לפ"ז למה בעינן שיחול ההקנאה ולמה לא יזכה אף שנטל בע"כ של גזול או שהגזול נתן לו בע"כ או שהיה טעות בנתינה הא יכול

הלוקח לזכות בעצמו מכח היאוש ואינו צריך להקנאת הגזלן. והקצות בעצמו הרגיש בזה בס' שס"ב סק"א שמסתפק שם אם גנב נתן אחר יאוש לקטן אם זוכה הקטן ע"י הקנאת הגנב מדין דעת אחרת מקנה או שאין זה נחשב דעת אחרת מקנה ולא זכה הקטן. וכתב הקצות שלסוברים ששינוי רשות הוא משום בהתירא אתא לידיה זכיית הלוקח הוא ע"י עצמו ולא מכח הקנאת הגנב שאין הש"ר סיבה לזכיית הגנב משא"כ לרמב"ם דס"ל דמהני ש"ר ואח"כ יאוש דש"ר נחשב שינוי בחפץ וקונה עם יאוש א"כ זה סיבה לזכיית הגנב וזכייתו והקנאתו באים כאחד ונחשב דעת אחרת מקנה וזוכה גם קטן. וזה ממש כדברי הקצות בס' שנ"ג לענין קידושי אשה. ובתוך הדברים מוסיף הקצות שלפי הצד שהלוקח זוכה בעצמו כיון שבהתירא אתא לידיה ואינו זוכה מכח הקנאת הגזלן קשה אמאי אם לקח בע"כ של הגזלן אינו זוכה. ותי' ע"פ התוס' לקמן ס"ט. דאסור לאחר לזכות בגזילה אחר יאוש מפני שהיא צריכה לגזלן לקיים והשיב. דהיינו שמה שאין הלוקח זוכה בע"כ של הגזלן אינו בגלל שחסר בש"ר ונשאר של הנגזל אלא שהגזלן מעכב את זכייתו של הלוקח. וכדברים אלו כתב גם האו"ש בפ"ה מגזילה ה"ד בד"ה והנה לשיטת דאף שאין הלוקח צריך להקנאת הנגזל בשביל עצם הקנין של ש"ר מ"מ אם לקח בע"כ של הגזלן זה נחשב באיסורא אתא לידיה אף שלקח אחר יאוש הבעלים דאסור לקחת מחמת הגזלן שצריך לקיים בזה והשיב. ולפ"ז כתב האו"ש שאם הגזלן היה עכו"ם ולקח הלוקח ממנו בע"כ אחר יאוש בעלים זכה ע"י יאוש וש"ר דלא בעינן הקנאה בשביל הש"ר דהלוקח זוכה בעצמו אלא שהגזלן מונע זכייתו ובגזלן עכו"ם אין מונע מצד הגזלן ובזה זוכה הלוקח בע"כ של הגזלן.

אמנם דברי הקצות האו"ש מישבים רק שלא יקשה מהא דאם נטל בע"כ של גזלן אינו זוכה אבל אכתי קשה מהא דמבואר בתוס' שאם

הגזלן נתן ללוקח בע"כ אינו זוכה והכונה אף שאח"כ רוצה לזכות אינו זוכה דלא היה ש"ר כיון שלא חל המקח שלא היה דעת קונה ואמאי צריך להקנאת הגזלן הא יכול לזכות מעצמו מכח יאוש וכאן אין חסרון מחמת שהיא צריכה לגזלן שהרי הגזלן נתן לו מדעתו. ועוד נראה שמהרשב"א שכתב בדף קי"א: שאם לקח בע"כ של הגזלן אין זה ש"ר מוכח דאין הטעם מפני שהיא צריכה לגזלן אלא משום דלקיחה בע"כ של הגזלן אינה נחשבת ש"ר, שהרשב"א מביא ראיה לדבריו דאם גם לקיחה בע"כ נחשב ש"ר א"כ למ"ד דש"ר ואח"כ יאוש קונה למה לא יחשב עצם מעשה הגזילה לש"ר ויקנה אח"כ בשעת יאוש אלא מוכח דלקיחה בלי הקנאת המקנה אינו נחשב ש"ר. ומזה מוכיח הרשב"א שגם למ"ד דבעינן יאוש ואח"כ ש"ר בעינן דוקא הקנאת הגזלן. ומוכח דס"ל שגם למ"ד דבעינן דוקא יאוש ואח"כ ש"ר אין הלוקח קונה מעצמו אלא צריך הקנאת הגזלן ולכן בע"כ של הגזלן או בע"כ של הלוקח או כשהנתינה בטעות ליכא ההקנאה ואין זה ש"ר. [ובעיקר ראית הרשב"א עיין מה שכתבנו בס"ד לקמן קט"ו].

בדברי ר"י שכתב שהבריייתא איירי כגון שידוע שלא נתיאשו עד אחר הנתינה והוי ש"ר ואח"כ יאוש ולכן לא קנה משמע דאילו היה ספק אם היה יאוש לפני הש"ר או לא היה זוכה מספק. עיין באו"ש הנ"ל בפ"ה מגזילה ה"ד בד"ה ודע דהיכא דאיכא ספק בודאי החפץ בחזקת מ"ק ואין הלוקח זוכה מספק, ומש"כ התוס' דידוע שלא נתיאש מבאר האו"ש שכתבו כן בגלל המשך דבריהם, שאפילו למ"ד יאוש קונה ויכול הלוקח לזכות מ"מ חייב דמים כיון שבאיסורא אתא לידיה, וזה דוקא מפני שידוע שלא היה יאוש לפני הש"ר אבל אם היה ספק היה נפטר מדמים מספק. והא דכתבו דמתני' מיירי בידוע שנתיאש הוא משום דלעולא דיאוש לא קני הנ"מ אם היה יאוש לפני הש"ר או אחרי הוא לגבי זכיית הגזילה כשהוא בעין

אין סיבה לקנין עד היאוש. ועי' בזה באמר"מ בס' ל"ב אות ל"ה שהעונג יו"ט למד מזה דשינוי קונה למפרע ואח"כ הוברר שחל הש"ר. האמר"מ חולק ומבאר באות ל"ז שגם לפני יאוש יש לגזל קניני גזילה וקנין זה גורם שפטור מלשלם עבור השתמשות ובגלל הקנין הזה קונה אח"כ כשמשנתנה הגזילה, וקנין זה יכול למכור לאחר גם לפני יאוש ועי' הקנין יהיה הלוקח פטור מהשתמשות והוא יקנה בשינוי. וכיון שחל הקנין לענין זה יש עליו דין ש"ר ומצטרף אח"כ עם היאוש לקנות קנין גמור, יעו"ש.

דף סז:

תוד"ה רבא אמר. אחרי שהוכיחו שרבא ס"ל דיאוש לא קני הקשו מדברי רבא בב"מ כ"ו: נטלה לפני יאוש ע"מ לגזול עובר בכולן ואע"ג דאהדריה בתר יאוש מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה, וקשה כיון דיאוש לא קני אמאי הוי מתנה. וכתבו דאעפ"כ כיון דהועיל יאוש למוכרה או להקדישה חשיב גזלן. ואינו מובן הא כל זמן שלא היה ש"ר גוף הממון שייך לבעלים ואמאי אינו מקיים בזה והשיב ואמאי הוי מתנה בעלמא. בקו"ש באות כ"ז מוסיף דלעיל מפורש לגבי גזל חמץ ועבר עליו הפסח דהיכא דלא קנה ע"י היאוש יכול לומר הש"ל ומקיים והשיב גם אחרי יאוש. התוס' בב"מ כ"ו: בד"ה מתנה הקשו אמאי הוי מתנה הא מקיים בהשבה עשה דהשב תשיבם. ולכאורה כונתם כמו שהקשו כאן דיאוש לא קני והאבידה היא של הבעלים ולמה לא יקיים בזה השב תשיבם [ועיין במה שכתבנו שם דיש לפרש קושיתם באופן אחר אבל יותר נראה להשוות קושיתם דהתם לדהכא]. ותרצו דהא דאמרו דהוי מתנה בעלמא ואינו מתקן ע"י ההשבה קאי רק על לאו דלא תוכל להתעלם שעבר שלא החזיר קודם יאוש וזה לא יתוקן ע"י השבה אבל לאו דגזילה ומה שביטל עשה

ולגבי זה איכא לבעלים חזקת מ"ק ואין הלוקח יכול לזכות אא"כ ידוע שהיה יאוש לפני הש"ר.

בסוף הדיבור כתבו שאפילו למ"ד דיאוש קני יש נ"מ בין אם היה יאוש ואח"כ ש"ר לש"ר ואח"כ יאוש דהיכא דאתא לידיה באיסורא אף דקונה ע"י יאוש הרי הוא חייב דמים אבל אם בא לידו אחר יאוש זה בהתירא אתא לידיה ואינו מחויב בדמים. ומשמע בתוס' דהיכא דהיה יאוש ואח"כ ש"ר שזוכה הלוקח לכו"ע מכח יאוש וש"ר ליכא על הלוקח חיוב דמים. וזה דלא כשיטת הרמב"ם בפ"ה מגניבה ה"ג שלוקח שזוכה מכח יאוש וש"ר חייב דמים. ובביאור המחלוקת בזה עיין מש"כ בס"ד בריש פרק הגוזל ומאכיל.

עיקר הנידון דש"ר ואח"כ יאוש הוא מחלוקת בגמ' לקמן קט"ו. ובתוס' משמע דס"ל דקי"ל שלא קנה אבל הרמב"ם בפ"ה מגניבה ה"ג פסק דקנה. ובסברת המ"ד דקנה כתב הקצות בס' שני"ג סק"א דס"ל דש"ר אינו רק אופן שיהיה בהתירא אתא לידיה אלא הש"ר נחשב כשינוי במצב החפץ וקונה עם יאוש. הקה"י בב"מ ס' כ"ה אות ד' כתב דלעולם י"ל דענין ש"ר הוא שאצל הלוקח זה בהתירא ואעפ"כ ס"ל לרמב"ם דמהני ש"ר ואח"כ יאוש דשיטת הקצות בס' ל"ד הוא שגונב מן הגנב אינו גנב כלל ולא רמי עליו חיוב אונסין כלל ואפילו קרן אינו חייב ולא עבר כלל על לאו דלא תגזול, וא"כ גם כשהשינוי רשות הוא לפני יאוש אין זה נחשב באיסורא אתא לידיה לגבי הלוקח. ודברי הקצות בס' שני"ג סק"א שנקט דש"ר ואח"כ יאוש נחשב באיסורא אתא לידיה לכאורה סותרים את דבריו בס' ל"ד דכתב שאין שום חיוב על הגונב מן הגנב וא"כ אין זה באיסורא אתא לידיה. ועיין באמר"מ בס' ל"ב אות ל"ד שהקשה כן על הקצות. ועוד צ"ב איך יש צד שיועיל ש"ר לפני יאוש הא לא חל ההקנאה לפני יאוש ואיזה ש"ר יש בזה, ולגבי זה ליכא למימר באים כאחת שגם אחרי הש"ר

דהשב תשיבם יתקן ע"י השבה. וגם דבריהם שם צ"ב למה לא תיקן לאו דלא תוכל להתעלם הרי מבואר שם שאם נטל לפני יאוש ע"מ לגזולה ושוב נמלך והשיב לפני יאוש לא עבר על לא תוכל להתעלם דבסוף השיב ולא התעלם, א"כ למה כשהחזיר אחר יאוש אינו מתקן לאו זה הא כיון דיאוש אינו קונה מ"ל השיב לפני יאוש מ"ל השיב אחר יאוש.

ונראה שדברי התוס' בב"מ והתוס' כאן משלימים זה את זה וגם כאן אין כונת התוס' לומר שבגלל שהועיל היאוש למוכרה או להקדיש אינו מקיים השב תשיבם ואינו מתקן הלאו דלא תגזול דכל זמן שגוף הממון של הבעלים בודאי מקיים מצות השבה, אלא כל מה שכתוב שם דהוי מתנה בעלמא היינו רק לענין שאינו מתקן לאו דלא תוכל להתעלם, אבל הא גופא קשיא אמאי לא מתקן לאו זה כיון שלא קנה ע"י יאוש, וע"ז שפיר כתבו דכיון דע"י שהתעלם הגיע למצב שהיה יציאה כל דהו מרשות הבעלים, דאף שגוף הממון הוא עדיין של הבעלים מ"מ הועיל היאוש שעכשיו הממון הוא במצב שאם ימכור או יקדיש יחול הקנין וההקדש, וכיון שההעלמה עשתה רושם כבר עבר על לאו דלא תוכל להתעלם, וזה לא יתקן אף שיחזיר אח"כ, ולא דמי להיכא דהחזיר לפני יאוש דהתם לא אהני העלמתו כלל, ובזה אם השיב הוברר דלא עבר על לא תוכל להתעלם. ואפילו את"ל דדוחק להכניס בדברי התוס' כאן מש"כ בב"מ דהעיקר חסר מן הספר מ"מ הועלנו בדברינו לבאר התוס' בב"מ דמה שכתבו דלאו דלא תוכל להתעלם אינו מתקן ע"י השבה אחרי יאוש אף דיאוש לא קני הוא מפני מה שכתבו כאן דכיון שהועיל היאוש משהו יש ע"ז שם העלמה משא"כ כשהחזיר לפני יאוש לא אהני העלמתו כלל ולכן לא עבר על לא תוכל להתעלם.

בעיקר סברת התוס' דאף שיאוש אינו קונה יש הבדל בין לפני יאוש לאחר יאוש כיון

שעכשיו אם ימכור או יקדיש יחול ההקדש מצאנו סברא זו בריש הגזול ומאכיל דאמר ר"ח גזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה וכו'. וזה דוקא אם בא אחר ואכלו לפני יאוש אבל אם אכלו אחר יאוש האוכל פטור. וכתבו שם התוס' שגם למ"ד דיאוש לא קני אין האוכל חייב משום מזיק אחרי יאוש. ומסקנת התוס' שם דליכא ע"ז לימוד אלא סברא הוא דלאחר יאוש ליכא דין מזיק אף שיאוש אינו קונה והממון עדיין של הבעלים מ"מ אחרי יאוש אין הממון כל כך ברשות מריה שנקל לצאת מרשות הבעלים בשינוי רשות או שינוי השם ע"ש.

הרמב"ן במלחמות בב"מ כ"ו: כתב לבאר הא דאם החזיר אחר יאוש הוי מתנה בעלמא שבאופן זה יאוש קונה ואף שבא לידו לפני יאוש הוא זוכה ע"י היאוש, דשיטת הרמב"ן שמה שבאבידה אינו זוכה ע"י יאוש כשאתא לידה באיסורא אינו משום שנתחייב בהשבה אלא מפני שנעשה שומר אבידה והוי כיאוש ברשות הבעלים, והכא כיון שלקח ע"מ לגזולה אינו נעשה שומר ולכן מהני היאוש אף שבא לידו לפני יאוש. אבל זה מישב רק דליכא הכא הדין איסורא אתא לידה של אבידה, אבל אכתי קשה דקי"ל כמ"ד דבגזילה יאוש לא קני ובזה האיסורא אתא לידה אינו שנעשה שומר אלא מפני שנתחייב בהשבה וא"כ אמאי הוי מתנה הא נעשה גזולן וחייב בהשבה. וכתב ע"ז הרמב"ן שם שרק גזולן אינו קונה אבל הכא שזה אבידה כל שלא נעשה שומר הוא זוכה ע"י היאוש אף שבא לידו לפני יאוש. ואינו מובן אמאי ליכא הכא הדין איסורא אתא לידה של גזילה. וכמה דרכים נאמרו בזה. הקצה"ח בסי' קס"ג סק"א כתב שרק גזילה נחשב שבא לידו באיסורא שהיה איסור בלקיחה משא"כ באבידה הלקיחה מותרת ומצוה לקחת אלא שצריך לקחת ע"ד להשיב והוא לקח ע"ד לגזול וכיון שהלקיחה עצמה היתה כדין אין זה נחשב באיסורא אתא לידה. ויוצא לדברי הקצות

מחמת הגזלן לכן אין זה נחשב באיסורא אתא לידיה. סברא זו כתבו גם האו"ש בחידושיו לב"מ כ"ו: והחזו"א הנ"ל בס' ט"ז סקכ"א ד"ה ב"מ. וגם האבי"ע בפ"ד מגו"א ה"ו כתב על דרך זה ע"ש. אך האמר"מ העיר בזה דלגבי דגזל חמץ ועבר עליו הפסח מוכח דגזלן לא קונה ביאוש גם כשאין היאוש מחמתו ע"ש מש"כ בזה וגם הקו"ש באות כ"ד מביא ראיה זו כמו שכתבנו לעיל.

תוד"ה אין הגונב. הקשו למ"ד תרוויחו בטט"ג מנין ילפינן שגונב מן הגנב פטור. וכתב בזה השיטמ"ק בשם ר' ישעיה דדרשינן הכי דחייב כפל של טט"ג הוא דוקא שטוען שנגנב מבית האיש דהיינו כשביתו של השומר הוא בית האיש שהפקדון הופקד אצלו ע"י הבעלים, אבל אם הופקד אצלו ע"י גנב אין ביתו בית האיש ואינו חייב כפל אם טען טענת גנב. והפטור הוא משום דגניבתו של השומר אינה מרשות הבעלים ומזה ילפינן לכל גונב דבר שהוא שלא ברשות הבעלים דאינו חייב כפל. ויש לעיין באופן זה שהשומר לא קיבל את הפקדון מן הבעלים אלא מן הגנב למה צריך לפוטרו מכפל דטט"ג מפני שאין גניבתו מבית האיש שהחפץ המופקד אצלו אינה ברשות הבעלים ת"ל שאינו שומר של הבעלים כלל כיון שלא קיבל הפקדון מן הבעלים ולא נתחייב לשמור לבעלים, ואם אינו שומר של הבעלים בודאי אין בו דין טט"ג שהוא דין מדיני השמירה. ונראה שמוכח מדברי ר' ישעיה דמי שמפקיד אצל שומר חפץ שאינה שלו אין השומר נעשה שומר של המפקיד אלא של בעל הממון, וזה דלא כמבואר בריטב"א בב"מ מ"ב: בעובדא דספסירא דכתב שהמוסר לשומר אפילו שהודיע לשומר שישמור לבעלים אין השומר נעשה שומר של הבעלים. ועיין בקה"י בב"מ ס' ל"ג אות ג' שמביא דברי הריטב"א ומוכיח מהראשונים לקמן ע"ט. לגבי נתנו לבכורות בנו שחולקים על הריטב"א וס"ל דאף שהשומר חושב שהחפץ הוא של הגנב הוא

דהתוס' והרמב"ן פליגי בתרתי. דלעיל נתבאר דפליגי בהא דבאבידה לא מהני יאוש אחרי שבא לידו דתוס' ס"ל שהוא מפני שנתחייב בהשבה ולרמב"ן מפני שנעשה שומר והוי יאוש ברשות. אבל לענין גזילה כתבנו לעיל שהרמב"ן מודה לתוס' דלמ"ד יאוש אינו קונה משום דאתא לידיה באיסורא זה נחשב באיסורא מפני שנתחייב בהשבה. ולדברי הקצות פליגי גם בגזילה דלתוס' האיסורא אתא לידיה הוא מפני שנתחייב בהשבה ולרמב"ן האיסורא הוא מה שלקח באיסור, אבל באבידה שהלקיחה מצד עצמה מותרת אין זה נחשב איסורא ורק אם לקח ע"מ להשיב לא מהני היאוש מפני שהוא שומר אבידה אבל אם לקח אבידה ע"ד לגזול אין בזה לא את האיסורא אתא לידיה של אבידה ולא של גזילה וזוכה לכו"ע ע"י יאוש אף שבא לידו לפני יאוש.

הנתיבות בס' רנ"ט סק"א כתב דהא דנטל אבידה ע"מ לגזלה זוכה ע"י יאוש ואין בזה הדין איסורא אתא לידיה של גזילה שהוא מחמת שנתחייב בהשבה, דזה דוקא כשגזול מרשות הבעלים, אבל הלוקח אבידה ע"מ לגזלה אין זה גזל מרשות הבעלים ואין זה נחשב איסורא אתא לידיה [אא"כ לקח ע"מ להשיב שאז נעשה שומר והוי יאוש ברשות]. ועי' בקה"י בב"מ ס' כ"ח שמבאר דבר זה ע"פ הקצות בס' ל"ד שגונב מן הגנב אינו חייב אפילו קרן, לכן באבידה נמי שאינה ברשות הבעלים ליכא חיוב השבה לכן אין זה נחשב באיסורא אתא לידיה ע"ש. ואכתי צ"ב אמנם אין זה באיסורא מחמת חיוב השבה דגזלן אבל אכתי רמי עליה חיוב השבה דאבידה ומכח זה לא יוכל לזכות ע"י היאוש שכבר נתחייב בהשבת אבידה. עיין בחזו"א ס' ט"ז סקכ"א בד"ה בב"מ שהקשה כן.

האמרי משה בס' ל"ב אות ל"ח כתב דאיסורא אתא לידיה היינו כשהיאוש נגרם על ידו אבל הכא היאוש הוא מחמת שאבוד ולא

נעשה שומר של הבעלים ולא של מי שהפקיד אצלו. וכן מוכח מדברי ר' ישעיה כאן דאף שהשומר קיבל פקדון מגנב הוא נעשה שומר של הבעלים ומה שאין בו דין ט"ג הוא משום דבעינן שבזמן שטוען טענת גנב יהיה הפקדון ברשות הבעלים.

דף סח.

מפני ששנה בחטא. היינו דאף שלא חל המקח מ"מ חייב על מה שעשה מעשה הקנאה. ופשוט שזה דוקא כשהקנין מצד עצמו ראוי לחול אילו הממון היה שלו. אבל היכא שיש חסרון במקח וגם אם היה שלו לא היה חל בודאי אינו מתחייב דו"ה על מכירתו. כ"כ המנ"ח במצוה נ"ד וכן מוכח מלקמן ע: דהיכא דלא חל המקח בגלל קלב"מ ליכא חיוב דו"ה וכמש"כ הקו"ש שם באות ל"ד. ומפורש לקמן ע"ז: דר"ל מעמיד הא דמחייב ר"ש הגונב קדשים שחייב באחריותן מבית הבעלים בדו"ה הוא בשחט בעל מום ולא פירש כר"י שמעמיד ששחט תמימים שלא לשם בעלים משום דהקדש ליתא במכירה ור"ל ס"ל דכל דליתא במכירה ליתא בטביחה. הרי דר"ל ס"ל דהגונב קדשים שחייב באחריותן ומכרן אינו מתחייב דו"ה כיון שלא חל המכירה אף דר"ל אית ליה בסמוך דחיוביה לפני יאוש ולא בעינן אהנו מעשיו אעפ"כ אם יש סיבה אחרת שבגללו לא חל המקח אין חיוב דו"ה. ובדעת המ"ד דבעינן נשתרש בחטא לשון הגמ' לקמן מה שחיטה דאהנו מעשיו אף מכירה דאהנו מעשיו, ומשמע מלשון זה שהמכירה אחר יאוש חלה מכח הקנאת הגנב, והאמר"מ בס' ל"ב אות מ"א מקשה מזה על הקצות שכתב בס' שני"ג סק"א שלסוברים דש"ר ואח"כ יאוש לא מהני וענין ש"ר הוא משום דבהתירא אתא לידיה אין הלוקח זוכה מכח הקנאת הגנב אלא זוכה מעצמו מכח היאוש כיון דאתא לידיה בהתירא, ולדברי הקצות קשה הלשון אהנו מעשיו דמשמע שהקנין חל מכח הקנאת הגנב.

פרט לשהקנה ל"ל' יום. פרש"י דלא מכר מכירה עולמית אלא רק ל"ל' יום ואין זה נחשב מכירה לחייב דו"ה דאינו אלא כשכירות. הרמב"ם בפ"ב מגניבה הי"א כתב גנב והקנה לאחר ל' יום ובתוך ל' יום הוכר הגנב אינו משלם אלא כפל. דהרמב"ם מפרש פרט לשהקנה ל"ל' יום היינו שמכר באופן שיחול הקנין לאחר ל' יום והוכר הגנב לפני שחל הקנין פטור מדו"ה. והקשה הלח"מ דלקמן ע"ח: בעי ר' ירמיה מכרה חוץ ל"ל' יום מהו ולא נפשט הספק, והובא ברמב"ם שם הל' י"ב. ומ"ש ספק זה ממה דפשוט לגמ' כאן לפירוש הרמב"ם דמכירה לאחר ל' אינה מחייבת דו"ה. וכתב הלח"מ דמאי דפשוט לגמ' כאן שאינו חייב היינו כמו שכתב הרמב"ם שהוכר הגנב לפי ל' יום, אבל היכא דלא הוכר עד לאחר ל' יום זה הספק דלקמן ובאופן זה איירי הרמב"ם בהל' י"ב. וכתב בזה האו"ש דפשוט שאם מכר מכירה לאחר ל' ליכא שיוור במכירה אלא שתחול רק אחר ל' ובזה אם נמצא הגנב לפני ל' עדיין לא היה מכירה ופטור ואם נמצא אחר ל' פשוט שחייב. והספק בדף ע"ח: ודברי הרמב"ם בהל' י"ב אינם במכירה לאחר זמן אלא במכירה שחלה עכשיו אלא ששייר המוכר לעצמו שימוש של ל' יום, ובזה הספק אם זה נחשב שיוור במכירה וחסר בומכרו כולו א"ד כיון שלא שייר בגוף הבהמה אין זה שיוור, ובזה אין ג"מ בין לפני ל' לאחר ל' דאם זה נחשב שיוור לא יתחייב גם אחר ל' דאכתי היה שיוור בשעת מכירה, ואם אין זה שיוור הוא חייב מיד כיון שהמכירה היא מעכשיו.

גנב ובא אחר וגנבו הראשון משלם תשלומי כפל והשני אינו משלם אלא קרן בלבד. ובגמ' מבואר דהא דאין השני משלם כפל לראשון הוא או משום דמיירי לפני יאוש או משום דיאוש לא קני. והחיוב קרן שיש על הגנב השני אם הוא לבעלים או לגנב הראשון לכאורה תלוי במחלוקת האחרונים שהובא לעיל אם הפטור של גונב מן הגנב הוא רק

שלקח לגנב את החפץ שיש לו בו קנין לכשיפקע חיוב והשיב.

נמצא דחיוב גנב השני לבעלים אין באופן שאם היה אוכל היה פטור כגון למ"ד דפליג על רב חסדא או לאחר יאוש לכו"ע. ולפני יאוש לר"ח תלוי במחלוקת הקצות והאו"ש אם גומה"ג נתמעט גם מקרן או רק מכפל. וחיובו של גנב שני לגנב הראשון לאמר"מ הוא מדין גרמי ולקו"ש חיובו משום שהראשון נחשב בעלים על הזמן של אחר הפקעת והשיב. ועיין באו"ש פ"א מגניבה הי"ז שמקשה לר"ש דאית ליה דבר הגורם לממון כממון דמי וחייבים על גול"מ כפל ודו"ה אמאי אין הגומה"ג מתחייב כפל לגנב הראשון מדין גורם לממון.

ש"ר בלא יאוש מי איכא למ"ד דקני. מבואר דהיכא דמכר הגנב לפני יאוש ובא אחר וגנב מהלוקח הוא פטור מכפל מפני שלא גנב מבית האיש. וכתב בזה הקצה"ח בס' שני"ד סק"ד דלכאורה מיירי שהלוקח הוא ציית דינא, ואם היה יודע שזה גנוב היה מחזיר לבעלים ואינו מעכב אלא מפני טעותו שחושב שקנה מהבעלים, ואעפ"כ זה נחשב אינו ברשותו של הבעלים ואין הגנב משלם כפל לבעלים. ומקשה מזה הקצות על הראשונים שמביא שם דס"ל דאם מחזיק ממון חברו מפני שחושב שזה שלו, ואילו ידע שאינו שלו היה מחזיר זה נחשב ברשות הבעלים. ויש לדחות ראייה זו דהובא לעיל שהאחרונים כתבו דגם במכירה לפני יאוש שלא קנה הלוקח קנין גמור מ"מ זכה בקניני גזילה שהיו לגנב הראשון והוא פטור מהשתמשות וקונה בשינוי. א"כ י"ל דמה דהוי אינו ברשות הבעלים הוא מחמת הקניני גזילה של הלוקח ואין ראייה מזה למקח טעות שאין ללוקח קניני גזילה שבוה כתבו הראשונים שאם הלוקח ציית דינא זה ברשות הבעלים. וע"ע באמר"מ בס' ל"ד אות י"א שכתב בנוסח אחר דהכא שאני דכבר יצא מרשות הבעלים ע"י הגזלן ולא חוזר לרשותם עד שיהיה השבה

מכפל אבל קרן חייב או שפטור גם מקרן. ונחלקו בזה הקצה"ח והאו"ש. א"כ מדברי רש"י שכתב כאן בהדיא שהשני חייב קרן לראשון משמע שאינו חייב כלום לבעלים מוכח לכאורה כהקצות שגומה"ג פטור אפילו מקרן. אך כתב בזה האמר"מ בס' ל"ד אות ב' דיש לדחות הראיה מרש"י דפליגי אמוראי לקמן קי"א: בגזל ובא אחר ואכלו אם יש חיוב על האוכל ורצה מזה גובה רמ"ג או שא"א לגבות אלא מן הגנב ולא מן האוכל. וכל הנידון אם יש חיוב קרן לבעלים על הגנב השני הוא רק למאי דקי"ל כר' חסדא דס"ל שאפשר לגבות מהאוכל א"כ יש צד לומר שהגנב השני חייב קרן לבעלים מדין גנב אבל הכא דאיירי אליבא דרב, ואביי בדף קט"ו. ס"ל דרב פליג על ר"ח ואית ליה דא"א לגבות מן האוכל א"כ לדידיה גם החולקים על הקצות מודו דאין על הגנב השני חיוב כלל, ולכן פרש"י שהשני משלם לראשון ולא לבעלים. ומוסיף האמר"מ שלפי המ"ד שמפרש שהברייתא איירי אחרי יאוש ובזה גם ר"ח מודה דאין לחייב את האוכל א"כ לכו"ע צ"ל דחיובו של הגנב השני הוא לראשון ולא לבעלים.

אכתי צריך להבין מהו חיובו של הגנב השני לראשון הא אין הממון של הראשון. וגם בזה עמד האמר"מ בס' מ' אות ח' וכתב שחיובו מדין גרמי, וגם רבנן דפליגי על ר"ש ואינם מחייבים כפל ודו"ה בקדשים שחייב באחריותן מודו דמשלם קרן מדין גרמי. אך מקשה האמר"מ דלקמן ס"ט: מבואר דהא דגומה"ג אינו משלם כפל לגנב הראשון נלמד מקרא דוגונב מבית האיש ול"ל קרא הא אין הממון של הראשון וחיוב הקרן הוא מדין גרמי וזה סיבה לחייב רק קרן ולא כפל ע"ש. ובקו"ש באות י"ז כתב דמוכח מכאן דכל גזלן נחשב משעת הגזילה בעלים על הזמן של אחר הפקעת חיוב ההשבה, ולכן לולא קרא היה חיוב כפל לגנב הראשון, ונתמעט רק כפל אבל קרן חייב ואין חיובו מדין גרמי אלא על מה

גמורה, ומה שנותן ללוקח אינה השבה דשמה לא יהיה ציית דינא, אבל כשלא היה מעשה גניבה אלא מקח טעות, כל זמן דלא חזינן שהוא לא ציית דינא אין סיבה שיצא מרשות הבעלים.

ואיפוך סיפא למצינתא. לפי מה שרצו להפוך הכל מיירי בלי יאוש ובמצינתא קתני דגנב ומכר ובא אחר וגנבו הראשון משלם תשלומי דו"ה והשני אינו משלם אלא קרן, ולפי מש"כ רש"י לעיל דחייב קרן דגנב שני ברישא הוא לגנב ראשון ולא לבעלים א"כ גם כאן החייב קרן הוא ללוקח. וצ"ב מהו החייב ללוקח הא אין הממון שלו. ובשלמא לפי מה שהובא לעיל בשם הקו"ש שחייבו של גנב השני לראשון הוא מפני שגם לפני יאוש הגזילה קנויה לגזולן על הזמן של אחר הפקעת והשיב זה שייך גם אצל הלוקח שהלוקח זוכה בקניני הגזילה שהיו לגזולן כמו שהביאו האחרונים מהגמ' לקמן צ"ו. דאמרינן בזה מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו. אבל לפי האמר"מ שמפרש שחייבו של הגנב השני לראשון הוא מדין גרמי זה רק בגנב שיש עליו חיוב אונסין אבל היכא שקנה דבר שלא היה של המוכר אין על הלוקח חיוב אונסין וא"כ הגנב שגנב מהלוקח לכאור' לא גרם הפסד ללוקח ולמה משלם לו קרן, וצ"ע.

ולא תימא דבעינן יאוש וש"ר וכו'. כתב בזה השיטמ"ק בשם תר"פ דע"כ הקנין הוא מחמת היאוש לחודיה שאם צריך את הצירוף של ש"ר בעינן דוקא שיהיה ש"ר ואח"כ יאוש, דכל הענין של ש"ר הוא שעיי"ז הוי בהתירא אתא לידיה וזה שייך רק כשהיאוש הוא לפני הש"ר. ומוסיף תר"פ וז"ל דאם לא כן וכי גנב וגזול נמי איכא ש"ר עכ"ל. וכונתו בזה דאי אמרינן שהשינוי רשות הוא ענין בפנ"ע והוי כעין שינוי שקונה עם היאוש, ולא רק

שע"י הש"ר הוי בהתירא אתא לידיה והלוקח קונה ע"י היאוש, ולכן יש צד שיועיל גם ש"ר ואח"כ יאוש, א"כ בכל גנב וגזולן למה אינו קונה ע"י יאוש כדי ויהיה עצם מעשה הגניבה כשינוי רשות ויקנה יחד עם היאוש. אך דברי ר"פ צ"ב דענין זה דש"ר ואח"כ הוא מחלוקת בגמ' לקמן קט"ו. ומחלוקת הראשונים בזה הוא רק כמאן קי"ל ואיך ר"פ מכריע מסברא בדבר שנחלקו בו אמוראים. ובעיקר טענת תר"פ כבר עמד בזה הרשב"א [הובא לעיל] בריש הגזול ומאכיל דהקשה למ"ד דמהני ש"ר ואח"כ יאוש יקנה כל גנב ע"י יאוש מדין יאוש וש"ר ויחשב מעשה הגניבה שינוי רשות. ומוכיח מזה רשב"א דמה שהלוקח לוקח בע"כ של הגנב אין זה ש"ר ומה"ט לקיחת הגנב מהבעלים ג"כ אינו ש"ר כיון דליכא הקנאה מהבעלים. דהיינו שהרשב"א ותר"פ קשיא להו אמאי לא יחשב מעשה הגניבה ש"ר ויקנה ע"י יאוש של אח"כ. תר"פ מוכיח מזה דבעינן יאוש ואח"כ ש"ר וצ"ע מה יענה למ"ד דמהני ש"ר ואח"כ יאוש. והרשב"א למד מזה דש"ר הוא דוקא ע"י הקנאה ולא ע"י לקיחה בע"כ.

תוד"ה מה טביחה. כתבו דר"א ס"ל דשינוי שאין הגזולן עושה בידים אינו קונה. עיין לעיל סה: שגם ברש"י שם נזכר דיש לחלק בין שינוי שעשה בידים לשינוי דממילא וכ"ה ברש"י ס"ו. ד"ה שינוי קונה. אך התם י"ל דשינוי שנעשה מאליו היינו כטלה ונעשה איל שהוא שינוי טבעי שעומד לכך וכיון שנעשה מאליו אין זה נחשב דבר אחר. אבל כאן בדעת ר"א התוס' מחלק בין בהמה שמתה מאליה לבהמה שנשחטה ובזה השינוי הוא אותו השינוי ואעפ"כ ס"ל שיש נ"מ אם השינוי נעשה ע"י מעשה או מעצמו. וצ"ע בסברת החילוק דשינוי אינו מעשה קנין שצריך מעשה אלא קונה מפני שאינו כעין שגזול ולמה יהיה חסרון במה שהשינוי הוא בלי מעשה.

דף סח:

חויבה בין לפני יאוש בין לאחר יאוש. מבואר ברש"י שהצד לחייב אחר יאוש הוא משום דיאוש לא קני וכ"כ התוס' לעיל בשם ר"י בסוד"ה אמר עולא דמכאן מוכח דר"י אית יאוש לא קני. אבל ר"ת ס"ל התם דלר' יוחנן יאוש קונה. והובא לעיל שבתוס' רבינו פרץ כאן ובשיטה לעיל בשם התוס' שאנץ כתבו שלר"ת ר' יוחנן ס"ל דאף שקונה ביאוש איכא גזה"כ דאעפ"כ חייב על הטביחה וע"י מה שכתבנו בזה לעיל ס"ז. ולפ"ז מה שאמרו בסמוך אי ס"ד יאוש קני שלו הוא טובח היינו למאן דסבר דאחר שקנה ליכא חיוב דו"ה, אבל ר' יוחנן לנפשיה ס"ל דאף שקנה חייב דו"ה.

גנב והקדיש ואח"כ מו"מ וכו'. הא דפטור מדו"ה מפרש רש"י דרעהו אמר רחמנא וכיון שאין חיוב כפל להקדש אם אין כפל אין דו"ה. וקשה דבל"ה ליכא חיוב כפל להקדש שהרי לא גנב משל הקדש אלא הוקדש אחרי הגניבה. ועיין באמר"מ ס' מ' מאות י"א שמבאר בכמה אופנים, וע"ע שם בס' ל"ב אות ל"ה שמביא ראייה מקושית הגמ' כאן אילימא לפני יאוש מי קדוש נגד חידושו של העונג יו"ט דגזלן שקונה בשינוי קונה למפרע, דהכא מיירי שאח"כ שחט ובשחיטה איכא שינוי א"כ קנה למפרע והוברר שחל ההקדש שהקדיש קודם, אלא מוכח דלא קנה למפרע ע"ש.

מה ביתו שלו אף כל שלו. מבואר בגמ' דמהאי קרא ילפינן שאין הגנב יכול להקדיש. וצ"ב ל"ל קרא הא פשיטא שא"א להקדיש דבר שאינו שלו ורק לנגזל דהוי שלו ואינו ברשותו צריך ללמוד מקרא דאינו יכול להקדיש. ובקידושין נ"ב. לענין קדשה בגזל דאינה מקודשת מביאה הגמ' את דברי ר' יוחנן דגזל ולא נתיאשו הבעלים וכו'. והקשו שם התוס' למה הביאו מר' יוחנן הא עיקר חידושו של ר"י הוא שהנגזל לא יכול להקדיש אבל מה

שהגזלן לא יכול להקדיש הוא מוכח בכמה משניות. ומשמע דלא קשיא דלא צריך כלל להשמיע דין זה שהוא פשוט מסברא אלא הקשו דהוא מוכח מכמה משניות ומאי קמ"ל ר"י. ומשמע דכיון שהגזילה אינה ברשות הבעלים והיא ברשות הגזלן ועוד שיש לו קניי גזילה היה מקום לומר שיוכל להקדיש, וא"כ ה"נ בסוגיין י"ל דמה"ט בעינן קרא למימר דאין הגזלן יכול להקדיש.

והרי חזרה קרן לבעלים. פרש"י דמקרא דאם המצא תמצא בידו ילפינן שרק אם נמצא הגניבה בידו כשבאו עדים יש חיוב כפל וכל שחזרה קרן לבעלים הוא פטור. בדברי תשובת הרשב"א שהובא בקצה"ח ס' ש"נ סק"ד מבואר שדין זה דחזרה קרן לבעלים נלמד מקרא דאשר ירשיעון אלוקים. והבין הקצות שלרשב"א אין פטור מיוחד של חזרה קרן לבעלים אלא זה בכלל הדין של מודה בקנס דהחזרת הגניבה לבעלים כלול בו הודאה שגנב, והקצות מקשה דזה ניחא היכא שהגנב החזיר אבל הכא מבואר שגם כשלא חזר ע"י הגנב אלא ע"י הבעלים שהקדישו נפטר הגנב מכפל וע"כ שאין הפטור משום מודה בקנס אלא זה דין אחר דבעינן שימצא הגניבה בידו. ועיין לעיל ס"ה. שנתבאר דאין זה פטור צדדי אלא שעיקר המחייב של כפל הוא שמעכב בידו הגניבה ואינו משיב עד שב"ד מחייבים אותו להשיב. ולכן כפל הוא מכ"ד אבות נזיקין, ופרש"י בדף ד: דנחשב אב משום דכתיב אם המצא תמצא בידו הגניבה, דהיינו שזה כל המחייב מה שנמצא בידו, דמעשה הגניבה מחייב קרן ומה שמעכב בידו את הגניבה עד שבאו עדים זה המחייב של כפל.

לדברי הרשב"א הדין של חזרה קרן לבעלים הוא דוקא למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור שהרי פטורו מפני שנחשב כהודאה אבל לקצות שאין זה פטור של מודה בקנס יהיה פטור אפילו למ"ד מודה בקנס

בעיקר המחייב כנ"ל וזה פשוטה דקרא דאם המצא תמצא בידו.

האו"ש בחידושים לקמן ע"ו: ד"ה אולם כתב שהדין של חזרה קרן לבעליו הוא רק לגבי כפל דלגבי כפל כתיב אם המצא תמצא וממילא אם אין כפל אין דו"ה אבל היכא דעמד בדין על הכפל ואח"כ טו"מ ולפני שעמד בדין על הטו"מ חזרה קרן לבעלים אינו נפטר בזה מדו"ה. וכדבריו כתב גם החזו"א ס' י"ח סק"א בד"ה ויש, אך החזו"א מבאר ע"פ דרכו דס"ל דיסוד הדין של חזרה קרן לבעלים הוא מדין מודה בקנס ולכן ס"ל התם דהמ"ד דס"ל מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב לית ליה נמי הפטור של חזרה קרן לבעלים, א"כ הפטור הוא רק מכפל דהחזרת הקרן הוי כהודאת גניבה אבל אין בזה משום הודאה על טו"מ לכן אין זה סיבה לפטור מדו"ה.

בעיקר דברי הרשב"א שהובא בקצות בס' ש"נ סק"ד נשאל הרשב"א שם אם מי שגנב והשיב את הגניבה לפני שתבעוהו בב"ד אם משלם כפל ואת"ל שאינו משלם כפל מה הדין אם באו עדים שגנב והגנב טוען שכבר החזיר את הקרן לפני שבאו עדים האם הוא נאמן לומר שהחזיר את הקרן כדי לפטור עצמו מן הכפל. וכתב בזה הרשב"א דאף שאם יתברר בעדים שהשיב את הקרן לפני שבאו עדי גניבה יפטר מכפל מ"מ אם יש עדי גניבה אינו נאמן לומר שהחזיר את הקרן כדי לפטור את עצמו מן הכפל, ואף שלגבי הקרן עצמו יש ראשונים דס"ל דנאמן בטענת החזרת מ"מ אין נאמן בזה לענין לפטור עצמו מן הכפל. [ועל השאלה הראשונה לא השיב הרשב"א כלל דמפורש כאן בגמ' שהחזרת הקרן לבעלים פוטרת מכפל]. ודברי הרשב"א לכאורה אינם מובנים שאם החזרת הקרן פוטרת מכפל למה לא יהיה נאמן לומר שהחזיר את הקרן ונפטר מן הכפל. וא"ל דטענת החזרת בגזלן היא טענה גרועה ודמי לטענת מחילה דאינו נאמן עליה, שהרי לענין

ואח"כ באו עדים חייב. אמנם הנתיבות בס' ש"נ סוף סק"א חולק על הקצות וכתב שגם הרשב"א מודה שחזרה קרן לבעלים הוא פטור בפנ"ע ולא מדין מודה בקנס שהרי לא הודה בב"ד אלא שהרשב"א סובר שפטור זה נלמד מקרא דאשר ירשיעון אלקים. ולהבנת הקצות ברשב"א י"ל דרק כשמרשיע את עצמו ע"י הודאה צריך הודאה בב"ד אבל כשמחזיר ממש זה נחשב מרשיע את עצמו גם בלי ב"ד. החזו"א בס' י"ח סק"א כתב דאף שדין חזרה קרן לבעלים אינו ממש הדין של מודה בקנס שבהודאה לא סגי במודה שהקרן הוא של הבעלים אלא בעינן שיוודה שגנב ולא שנתחייב קרן מטעם אחר דבעינן שיוודה בחיוב כפל, ובהחזרת הקרן לבעלים כלול רק הודאה שהקרן שלהם אבל אין בזה הודאה על גניבה וחיוב כפל, וע"כ יש בדין של חזרה קרן לבעלים דין נוסף, וכן מוכח מהא דמבואר כאן שאפילו חזר ע"י מעשה הבעלים ולא ע"י הגנב מ"מ פטור מכפל, אעפ"כ כתב החזו"א שפטור זה הוא דוקא למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור אבל למ"ד חייב דריש קרא דאם המצא תמצא לדרשה אחרינא וא"כ אין לו מקור לחדש פטור של חזרה קרן לבעלים.

אמנם החזו"א סתר משנתו בזה דבס' כ' אות י"א ד"ה אם עד מקשה מהא דאיתא לעיל ס"ה. שהטוען טענת גנב והודה ואח"כ באו עדים פטור מכפל למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב. וכתב דמ"ד חייב יפרש טעם הפטור דטט"ג שמודה ואח"כ באו עדים מדין חזרה קרן לבעלים דכיון שכל גניבתו הוא ע"י טענה ולא ע"י מעשה כשמודה הוי השבה. הרי שנקט דהיכא דחזרה קרן לבעלים פטור אפילו למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב, וזה דלא כדבריו בס' י"ח. ומה שכתב החזו"א בס' י"ח דלמ"ד מודה ובאו עדים חייב אין פסוק ללמד פטור של חזרה קרן אולי יש לדחות דאמנם אין יתור של המצא תמצא מ"מ הדין של חזרה קרן לבעלים לא בעי יתור דאין זה פטור אלא שחסר

שידוע לב"ד שחזרה קרן שגם בזה פטורו משום דהוי מרשיע את עצמו כמבואר ברשב"א, בזה כיון שתחילת דינו ע"פ עצמו זה נשאר מרשיע את עצמו גם כשבאו אח"כ עדים. אבל היכא דבאו עדים לב"ד שגנב והוא טוען שהודה לפני"כ בב"ד אחר או שטוען שהחזיר את הקרן לפני שבאו עדים, בזה אם היה לו נאמנות ודאית שהודה או שהחזיר לפני שבאו העדים היה נפטר אבל כשאין ע"ז אלא טענת הבע"ד הרי זה נחשב שתחילת דינו הוא ע"פ העדים שבאו לב"ד ואפילו אם כלפי שמיא גליא שהודה קודם אין זה פוטר דקרינן ביה ירשיעון אלוקים כיון שיש עדים בב"ד ואין לב"ד ידיעה שהוא הרשיע את עצמו קודם.

וזה כונת הרשב"א במה שכתב שכל שבאו עדים והעידו שגנב אינו יכול ליפטר מכפל שכבר נמצאת הגניבה בעדים. וזה מה שמביא הרשב"א מהא דאינו נאמן בטענת החזרתי להכשיר את עצמו שאם היה נאמן בודאות היתה נאמנות זו גורמת שיהיה ידיעה לב"ד שהודה לפני"כ והיה נחשב מרשיע את עצמו, אבל כיון שאין לו נאמנות ודאית אלא רק דין טענה לענין לפטור מממון א"כ לא נתברר לב"ד שהיה הודאה קודם א"כ לגבי ב"ד זה נחשב ירשיעון אלוקים דתחילת חיובו בב"ד הוא ע"פ עדים ולא ע"פ הודאתו לכן אינו נאמן בטענת הודאה או בטענה שחזרה קרן לבעלים כיון שגם אם זה אמת אין זה פוטר אלא אם כן נודע לב"ד שאז הוברר לב"ד שתחילת חיובו היה ע"פ עצמו וחשיב מרשיע את עצמו. אך כ"ז ניחא רק אי אמרינן שמודה בקנס אינה עושה חלות פטור אלא שא"א לחייב כיון שגם אחרי שבאו עדים זה נשאר מרשיע את עצמו. נמצא שמצד אחד מבואר ברשב"א לא כדינו של הקצות אלא שאחרי שהודה בב"ד אחד אין ב"ד אחר יכול לחייב אבל מאידך מוכח ברשב"א כיסודו של הקצות דאין הודאה עושה חלות פטור.

לפטור עצמו מן הקרן נאמן לומר החזרתי וא"כ למה לא יפטר ע"י טענה זו גם מהכפל כיון שהאמת היא שאם החזיר את הקרן הוא פטור מן הכפל. ומה שמדמה הרשב"א ענין זה לגנב שמודה שהחזיר שנאמן לפטור עצמו מן הקרן ואינו נאמן להכשיר עצמו אינו מובן דהתם פשוט שאין לו נאמנות ודאית לומר שהחזיר ואין יהיה נאמן להכשיר עצמו אבל לענין פטור ממון סגי בטענה ולא צריך נאמנות ודאית דהמע"ה וא"כ כמו שנאמן בטענתו לפטור עצמו מן הקרן יפטר נמי בטענה זו מן הכפל.

ונראה שהביאור בדברי הרשב"א הוא ע"פ היסוד שכתב הקצות בס' ש"נ סק"ב שמודה בקנס אינו עושה חלות פטור וב"ד אחר יכולים לחייבו. ולדבריו מה שב"ד זה אינם יכולים לחייבו הוא מפני שכדי לחייב קנס צריך ירשיעון אלוקים וא"א לחייב כשמרשיע את עצמו, והמ"ד דמודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב ס"ל דנחשב מרשיע את עצמו רק כ"ז שלא באו עדים דאח"כ אפשר להרשיע ע"פ העדים, אבל המ"ד דפטור גם כשבאו אח"כ עדים ס"ל דכיון דתחילת ידיעת הב"ד היתה ע"פ הודאתו זה נשאר מרשיע את עצמו גם אחר שבאו עדים ולכן ב"ד אינם יכולים לחייב אף דלא חל חלות פטור ע"י הודאתו. ואף שעל חידוש זה של הקצות, שאחר הודאה בב"ד אחד יכולים ב"ד אחר לחייבו רבו החולקים, וגם הקצות עצמו כתב שברשב"א הזה מבואר שלא כדבריו ע"ש, אין הכרח מזה דפליגי על עיקר יסודו של הקצות דהודאה לא עושה פטור, דלעולם י"ל דמודו דלא חל חלות פטור אלא דס"ל דאין לחלק בין ב"ד לב"ד, וכמו שב"ד הראשון לא יכול לחייב גם אחרי שבאו עדים דאכתי נחשב מרשיע את עצמו כך ב"ד אחר גם לא יכולים לחייב כיון שבב"ד הראשון הרשיע את עצמו לפני שבאו עדים. ולענין זה סובר הרשב"א שמה שגם אחרי שבאו עדים נשאר ע"ז שם מרשיע את עצמו הוא מפני שיש ידיעה ודאית לב"ד שהיה הודאה לפני שבאו עדים או

אחרי גמ"ד זה נשאר אינה ברשותו ולא כדברי הראב"ד שכתב שמה שבצא תן לו בטל שם גניבה הוא משום דנעשה כפקדון והוי ברשות הבעלים. ולר"פ ולחזו"א שגם אחרי העב"ד זה נשאר שלא ברשות הבעלים צ"ל דהא דבטל שם גניבה מיניה אינו מפני שנהפך לפקדון כדברי הראב"ד אלא כיון שכבר עמדו לדין וגמרו את הדין פקע מיניה שם גנב אף שהחפץ הוא עדיין שלא ברשות הבעלים.

והא דנחשב הטביחה לגזילה ולא לגניבה יש לבאר עוד ע"פ מש"כ הרמב"ם בפ"ד מגניבה ששומר שגנב טלה מן העדר או סלע מן הכיס שהופקד אצלו חייב כפל. וכתב ע"ז הראב"ד זה אינו כלום. וכונתו כמש"כ המ"מ דאין כפל בשומר אלא דוקא בטוען טענת גנב ודוקא בנשבע. וכתב בזה האו"ש שם שמה שאין בשומר דין גנב אלא בטט"ג הוא דוקא במפקיד דבר המנוי ויודע המפקיד מה נמצא אצל השומר ואם יגנוב יודעים הבעלים את מי לתבוע ולא נשלם גניבתו של השומר עד שנשבע ונפטר מן הבעלים. אבל בגנב טלה מן העדר וסלע מן הכיס שאין הבעלים יודעים שנחסר ולא יתבעו את השומר נשלם הגניבה בעצם הלקיחה בזה חייב הגנב כפל גם בלי שבועה. לפ"ז י"ל גם כאן אחרי שאמרו צא תן לו והוברר חיובו להחזיר את החפץ או דמיו גם אם יטבח בסתר אין זה דרך גניבה דלא דמי לגונב טלה מן העדר אלא לגונב דבר המנוי. ולפ"ז ניחא לשון הגמ' דהוי ליה כגזלן דאף שלא רואים את הטביחה כיון שידוע שנמצא אצלו והבעלים יודעים את מי לתבוע זה דומה לגזילה, אבל לחזו"א שכתב דהוי גניבה אלא שאין על גניבה זו דו"ה דהוי גומה"ג צ"ל דלשון הגמ' גזילה לאו דוקא דאין הפטור משום דהוי גזילה אלא כיון שאין זה גניבה מרשות הבעלים דינו כגזילה.

נמצא בהא דצא תן לו מבטל שם גניבה הראשונה ב' דרכים. א. לראב"ד משום דנעשה

צא תן לו טו"מ פטור מ"ט כיון דפסקוה למילתיה טו"מ הוי ליה גזלן וגזלן אינו משלם דו"ה. צריך להבין א. למה פסק של צא תן לו מפקיע את הדין גניבה הראשונה. ב. למה הטביחה נחשב גזילה ולא גניבה חדשה. כתב השיטה בשם הראב"ד דמה שאחרי צא תן לו בטל הגניבה הראשונה הוא משום דנעשה ע"י פסק ב"ד כפקדון בידו ויצא מתורת גניבה משא"כ בחייב אתה ליתן לו לא סמכא דעתיה דסבר מעייני בדינאי ועדיין שם גניבה עליו. וזה דלא כשיטה בשם ר"פ שמקשה על מה שהעמידו בעמד בדין דא"כ אמאי צריך להעמיד כצנועין שאפשר להקדיש דבר שאינה ברשותו הא אחרי העב"ד הוי לה כפקדון והוי ברשות הבעלים. ותי' דנהי דעמד בדין מ"מ כיון שאין הגנב מודה דטוען שנתחייב שלא כדין אכתי אין זה כפקדון ואינו ברשות הבעלים [ומשמע שאם מודה הגזלן הוי ברשות הבעלים ולכאור' זה תלוי במחלוקת הרמב"ן ובעה"מ בריש דו"ה]. ולכאורה משמע שלר"פ גם בצא תן לו אין הממון ברשות הבעלים כיון שאין הגנב מודה ור"פ לא ס"ל סברת הראב"ד דדוקא בחייב אתה ליתן לו לא סמכא דעתיה. וא"כ צריך להבין אמאי בטל שם גניבה מיניה.

החזו"א בס' י"ח סק"י מבאר הא דאין הטביחה גניבה חדשה אלא גזילה, ובתחילה כתב דמיירי שטו"מ בפרהסיה ואינו מטמר מאינשי ולכן זה דרך גזילה ואעפ"כ בחייב אתה ליתן חייב כיון שנשאר עליו שם גנב מפני שתחילת הלקיחה היתה דרך גניבה, ושוב חזר מזה וכתב שאפילו טבח בסתר דרך גניבה אין לחייב מצד גניבה חדשה דאף שאמרו צא תן לו אכתי אין ע"ז שם פקדון ועדיין אין הגניבה ברשות הבעלים ולכן הגניבה החדשה היא גונב מן הגנב, ולכן צריך לחייב מכח הגניבה הראשונה ובחייב אתה ליתן אכתי לא בטל שם גניבה הראשונה משא"כ בצא תן לו דבטל שם גניבה מיניה. ומבואר בחזו"א כדברי ר"פ שגם

דפטור משום דליכא טבחו כולו באיסורא וכתבו דמשמע שלולא זה היה חייב אע"ג דלא עמד בדין דאי עמד בדין לא מחייב קנס דשלו הוא טובח ומוכר. הרי שכתבו בהדיא דהא דליכא חיוב דו"ה אחרי שאמרו צא תן לו הוא משום דשלו הוא טובח ומוכר וזה כמש"כ המהר"ם לדעת הנ"י. אך פירוש זה צ"ע כמו שהקשה המהר"ם דמנין לגמ' לפרש שב"ד חייבו דמים אולי חייבו להשיב את החפץ ואז אין זה שלו הוא טובח. ועוד יש לעיין דאפילו אם חייבו דמים מפני שחשבו שאין החפץ בעין מ"מ אח"כ כשמתברר שהיה בעין ומה שפסקו חיוב דמים היה בטעות א"כ בטל זכיותו בגניבה וכמבואר בב"מ ל"ה. במעשה דכיפי דאחרי שנמצאו הכיפי הוברר שהיה שומא בטעות ולא זכה בכיפי. וכן כאן נימא דהחיוב דמים שחייבו היה בטעות והוברר שהגניבה לא היתה שלו ויתחייב דו"ה על טביחתו. וצ"ע.

תוד"ה הוא דאמר כצנועין. הקשו דר"ל ס"ל יאוש קונה ומצנועין מוכח דס"ל דיאוש אינו קונה שסתם גניבה יאוש בעלים ואיך יחללו אחרי שזכה הגנב ע"י יאוש דזה לא רק אינה ברשותו אלא גם אינה שלו. והקשה הקה"י בס' ל"ז אות ד' דאף שיאוש קונה מ"מ כאן אין הגנב יכול לזכות ע"י היאוש דאיירי בנט"ר שדינו כמע"ש וקי"ל כר"מ דמע"ש ממון גבוה וא"א למוכרו א"כ גם א"א לזכות בו. וכתב הקה"י דמוכח מקושת התוס' דס"ל שיאוש מפקיע את בעלותם של הבעלים גם לפני שבא ליד זוכה וא"כ שפיר הקשו דאף שהגנב לא זכה מ"מ אין הבעלים יכולים לחלל כיון שאין הפירות שלהם, אבל לשיטת הקצות והנתיבות דלא יוצא מרשות הבעלים עד דאתי ליד זוכה א"כ כאן שא"א לזכות זה נשאר של הבעלים ולא מוכן קושת התוס'. ושם באות ו' מביא הקה"י שבחי' הגר"ח זצ"ל בפ"ד מזכיה כתב נמי דלר"מ שמע"ש ממון גבוה א"א לזכות במע"ש שאין לו בעלים, אך הקה"י שם מוכיח מהתוס' לקמן ס"ט. ד"ה והצנועין דס"ל

כפקדון וחזור לרשות הבעלים. ב. לר"פ ולחזו"א אף שעדיין זה שלא ברשות הבעלים כיון שנגמר הדין על הגניבה הראשונה כלתה גניבה הראשונה וכל מה שעושה אחרי צא תן לו הוא ענין חדש בפנ"ע. והא דהטביחה אחרי צא תן נחשב גזילה ולא גניבה חדשה. א. החזו"א בפשט הראשון כתב דמייירי שטבח בפרהסיה ואה"נ אם טבח דרך גניבה יחשב גניבה חדשה ויתחייב. ב. החזו"א בפשט השני כתב דאין לחייב על הטביחה משום גניבה חדשה דהוי כגונב מן הגנב כיון שאין הגניבה ברשות הבעלים. ג. לפי דברי האו"ש בדעת הרמב"ם י"ל דנחשב גזילה כיון שידוע הבעלים את מי לתבוע ודמי למוסר לשומר דבר המגוי דאין בזה גניבה ולא דמי לשומר שגנב טלה מן עדר וסלע מן הכיס. ולגבי השאלה אם אחרי גמ"ד החפץ הגזול הוא ברשות הבעלים או לא, אחרי חייב אתה ליתן לו מוכח בגמ' דהוי אינו ברשותו, ולר"פ הטעם הוא משום דאין הגנב מודה, ולרמב"ן י"ל דאף שמודה אכתי לא פקע קניני הגזילה. לראב"ד הוי אינה ברשות הבעלים משום דלא סומך דעתו על פסק זה. בצא תן לו משמע בר"פ דלא נחשב ברשות הבעלים וכ"כ החזו"א ובראב"ד מבואר דבצא תן לו זה נחשב כפקדון דהוי ברשות הבעלים.

הנ"י כתב טעם אחר בהא דאין חיוב על טו"מ אחר שאמרו צא תן לו וז"ל אמרו צא תן לו כך בעד הגניבה ואח"כ טו"מ הגנב פטור מדין דו"ה דשלו הוא טובח שלו הוא מוכר דכיון שנגמר הדין אין כח בידם לחזור בהם עכ"ל. ומפרש המהר"ם דמייירי שגמרו את דינו על חיוב דמים וע"י חיוב דמים שחל עליו קונה את הגניבה ולכן הוא פטור על הטביחה דשלו הוא טובח. ומקשה המהר"ם דבגמ' מבואר שטעם הפטור משום דהוי גזול ולא משום שלו הוא טובח. וכתב המהר"ם דאפשר שהיה לנ"י גרסא אחרת בגמ'. וכגרסת הנ"י מפורש בתוס' בכתובות לח': בד"ה יש בגר שמביא הא דאיתא לקמן דגנב משל אביו ומת אביו ואח"כ טו"מ

שאפשר לזכות במע"ש של הפקר אף שא"א למוכרו. ומבאר הטעם דאף שאין בעלות על גוף המע"ש מ"מ זכות אכילה איכא אלא שא"א למכור זכות זו אבל כשאין בעלים על זכות אכילה כל מי שזוכה נעשה בעלים על זכות האכילה. ולפ"ז כתב הקה"י דליכא ראייה מתוס' דידן שיאוש מוציא מרשות הבעלים גם לפני שבא ליד הזוכה. ויש להוסיף בזה דהובא לעיל ס"ו. שהאחרונים כתבו בשם הגר"ח דמע"ש אינו ממון גבוה ממש אלא הוי ממון של הבעלים אלא שדינו כממון גבוה שא"א למוכרו, ולפ"ז מה שא"א למכור מע"ש דמי למה שא"א למכור איסה"נ דנחשב אינה ברשותו כמבואר בקצות בס' ת"ו, ועיין בקצות במשובב ס' ס"ו סק"א שכתב שרק למכור איסה"נ א"א דאין המקנה יכול להקנות ממון שאינה ברשותו אבל לזכות איסה"נ של הפקר יכול דאין חסרון של אינה ברשותו מצד הזוכה, וא"כ גם במע"ש י"ל כן דאף שא"א למכור מ"מ לזכות אפשר וזה שהקשו התוס' דאם יאוש קונה זוכה הגנב ואין הבעלים יכולים לחלל.

וא"ת אבתי יכול לחלל מע"ש של חברו וכו'. הקשו איך הלוקח יכול לחלל מעות שביד המוכר הרי המעות שייכים למוכר. ותוצו דכיון דאי לא ברח מבואר שם שיחזרו דמים למקומם דהיינו שבטלו את המקח א"כ המעות עדיין של הלוקח ואין זה אינו שלו אלא רק אינו ברשותו וס"ל כצנועין דאפשר לחלל דבר שאינו ברשותו. התוס' בקידושין נ"ו. כתבו על קושיא זו בשם רבינו מאיר דהתם אף שהמעות שייכים למוכר יכול הלוקח לחלל מדין זכין דכיון שלגבי המוכר זה שלו וברשותו והוא יכול לחלל א"כ גם הלוקח יכול לחלל בשבילו מדין זכין, ולא דמי לצנועין דאין הגנב בעלים ואינו יכול לחלל בעצמו לכן הבעלים לא יכולים לחלל מדין זכין, ובלי זכין לא מהני חילולם דהוי אינה ברשותו.

וביאור מחלוקת רבינו מאיר ותוס' דידן הוא דמבואר שם שאם לא ברח יחזרו דמים למקומם, דהיינו שבטלו את המקח, ובריייתא דקתני יאכל כנגדן מיירי בברח. ויש להסתפק בכונת הגמ' אם גם בברח בטלו את המקח דמעיקרא אמרו שמקח זה לא חל אלא שאם ברח לא הועילו בזה כיון שאינו נמצא כאן ולא יחזיר המעות לכן אמרו שבאופן זה יאכל כנגדן א"ד באופן זה דברח כיון שאין תועלת מביטול המקח לא בטלו את המקח אלא במקום זה אמרו דיאכל כנגדן. וברור שבזה פליגי התוס' הכא ורבינו מאיר דבתוס' כאן מפורש שגם בברח בטלו את המקח והדמים הם של הלוקח והוי שלו ואינו ברשותו, וכיון שבטלו את המקח אין המוכר בעלים על המעות ואינו יכול לחלל לכן הלוקח אינו יכול לחלל מדין זכין [ואף שבסוף הדיבור הקשו על צנועין אמאי לא מהני מדין זכין מ"מ בגמ' מבואר דלא מהני לכן לא יכלו לתרץ דהתם מהני מדין זכין]. ורבינו מאיר ס"ל שבברח לא בטלו את המקח ולכן המוכר יכול לחלל ואז הלוקח יכול לחלל בשבילו מדין זכין.

הקצה"ח בס' שנ"ד סק"ד מביא בשם התור"ד [ולא נמצא שם אלא בחי' הריטב"א קידושין נ"ו]. שמתרץ את קושית התוס' כמו שכתבו כאן דבטלו המקח והמעות הם של הלוקח. אך התוס' כתבו דקאי כצנועין דאפשר לחלל דבר שאינו ברשותו והריטב"א כתב דכה"ג נחשב ברשות הבעלים דאין המוכר מתכוין לגזול אלא שהיה מק"ט. והקצות שם מביא ראיות שגם כה"ג שהוא ציית דינא אלא שחושב שהממון שלו זה נחשב שלא ברשות הבעלים. עיין בזה לקמן בדברי ר' דוסא.

עוד הקשו התוס' מהא דהמוסר פירות שביעית לע"ה מחללם אף שאינם שלו. ותירצו דאפקינהו רבנן מרשות ע"ה ואוקמינהו ברשות זה כדי שיוכל לחלל דהפקר ב"ד הפקר. וכתב הרש"ש דההפקר ב"ד מהני רק להחשיב את

בעיקר דברי התוס' שהפקיעו קנינו של הע"ה ואוקמינהו ברשות זה שיוכל לחלל ידוע מה שדנים האחרונים אם הפקר ב"ד מהני גם להקנות הממון לאחר או רק להפקיע בעלות הבעלים והשני אינו זוכה אלא ע"י מעשה קנין. עיין בזה שו"ת רע"א ס' רכ"א אות ו' ד"ה ויראה [מהג"ר שלמה איגור], מחנ"א קנין משיכה ס' ב' ד"ה איברא ודבר אברהם ח"א ס' א' אות י"ד. והמנ"ח במצוה י"א אות י"ח מביא ראיה מתוס' זה שהפקר ב"ד מהני גם להקנות שכתבו דאוקמינהו ברשותו כדי לחלל וכאן אין המעוה אצלו שיוכל לעשות מעשה קנין אלא זוכה ע"י הפקר ב"ד.

ומיהו דבר תימה וכו'. הקשו מה ראיה הגמ' דצנועין ס"ל שאפשר לחלל דבר שאינו ברשותו אולי מחלל מדין זכין. התוס' בקידושין נ"ו. כתבו דלא שייך הכא זכין דזוכין המחלל מחלל בשביל הבעלים עם הכח של הבעלים [בין אם זכיה מטעם שליחות בין אם אינו מטעם שליחות] וזה שייך רק במקום שהבעלים בעצמם יכולים לחלל, אבל הכא שהגנב אינו יכול לחלל איך יחלל אחר שבשבילו מדין זכין. ואינו מוכן סברת התוס' דהכא אמאי קשיא להו שבצנועין יוכלו לחלל מדין זכין הא פשוט דלא שייך בזה זכין כדברי התוס' בקידושין. המהרש"א הרגיש בזה וכתב על דברי התוס' דקושיתם הוא רק אי צנועין איירי אחר יאוש וס"ל דיאוש קני ואז הגנב יכול לחלל וממילא הבעלים מחללים מדין זכין.

כדברי המהרש"א מבואר בשיטמ"ק בד"ה הוא דקאמר שכתב וז"ל וא"ת למ"ד סתם גנבה יאוש בעלים א"כ שפיר מהני מטעם זכות דהא קנינהו גנבי ביאוש עכ"ל. הרי שמקשה קושית התוס' שיחלל מדין זכין אחרי שמקדים דאיכא יאוש ויאוש קונה. והשיטה מתרץ דלא מהני יאוש דהוי יאוש שלא מדעת א"נ דקאי כמ"ד סתם גנבה לא הוי יאוש בעלים. אך בדעת

הדמים של הנותן ולא קשה איך מחלל דבר שאינו שלו, אבל אכתי הוי אינה ברשותו, וכונת התוס' שגם ברייתא זו קאי כצנועין שאין חסרון של אינו ברשותו. ועיין בקו"ש באות י' שכתב שבסוגיא דצנועין מבואר דשייך הפקר ב"ד גם לענין אינו ברשותו. ומוכיח מזה הקו"ש דאינה ברשותו אינו מחמת שאינו בשליטתו דלענין זה לא יועיל הפקר ב"ד אלא מחמת קניני גזילה וע"י הפקר ב"ד הפקיעו את קנינו של הגזולן וממילא הוי ברשות הבעלים. אמנם נראה דאין כונת הקו"ש לתוס' זה אלא לתוס' לקמן ס"ט: ד"ה ה"א שכתבו דהיה מקום לומר דצנועין ור' דוסא הם תקנ"ח והתם שפיר י"ל שהאינו ברשותו הוא מחמת קניני גזילה דצנועין איירי בגנב ממש ור' דוסא אף דמיירי בעניים שלוקחים בשוגג ואין כונתם לגזול מ"מ כתבו האחרונים דכיון שלקחו הממון בכונה יש להם דין גזולן בשוגג ואית להו קניני גזילה. אבל הכא במוסר דמי שביעית לע"ה בודאי אין הע"ה גנב אלא שרבנן בטלו את קנינו, ואם כאן זה נחשב אינו ברשות הבעלים ע"כ שאין זה מחמת הקניני גזילה ובוזה לא יועיל הפקר ב"ד, וכיון דמוכח מקושית התוס' מאין לוקחין בהמה טמאה במעוה מע"ש דס"ל שגם היכא דליכא קניני גזילה הוי אינו ברשותו ולא כריטב"א שהובא בקצות הנ"ל א"כ קשה מה מועיל בזה הפקר ב"ד, ובדעת התוס' עכצ"ל כרש"ש דכונת התוס' דקאי כצנועין. אבל א"כ יקשה על התוס' לקמן מה מהני התם הפקר ב"ד אמנם הפקיעו את הקניני גזילה הא מ"מ יחשב אינה ברשותו מצד חסרון השליטה כמו במק"ט. דהיינו שדברי התוס' לכאורה סתרי אהדדי דהכא מוכח דאינו ברשותו הוא גם כשאין קנין וע"כ מה שמהני הפקר ב"ד הוא רק לצנועין כמש"כ הרש"ש, ולקמן כתבו דמהני הפקר ב"ד על אינו ברשותו ומוכח שהוא מחמת הקנין כמו שמוכיח הקו"ש, וצ"ע. וע"ע לקמן ס"ט: על תוד"ה ה"א צנועין.

התוס' קשה לפרש כן שהרי כתבו בתחילת דבריהם דליכא הכא קנין יאוש או משום דהוי יאוש של"מ או משום דסתם גניבה לאו יאוש בעלים א"כ למה בסוף דבריהם נשארו בקושיא. ועוד כתב הקצה"ח בס' שנ"ד סק"ה שאפילו אי איכא יאוש ויאוש קונה לא מוכן קושית התוס' שמבואר לקמן בתוד"ה כל הנלקט דאמירת כל הנלקט אינה אחרי הלקיטה אלא לפני הלקיטה ויחול אחר הלקיטה ואם כל כוחו של המחלל הוא מפני שזכה הגנב ביאוש ואז יכולים הבעלים לחלל מדין זכין אינו יכול לחלל לפני זכיית הגנב דהוי דשלב"ל.

לכן מוכח לכאורה שהתוס' כאן חולקים על התוס' בקידושין וס"ל שאף שלא זוכה הגנב יכולים הבעלים לחלל מדין זכין. ואולי יש לבאר ע"פ מה שמבואר ברמ"א באבה"ע ס' כ"ח סע' ד' שאשה שגנבה מעות מאיש ואמר לה הרי את מקודשת לי בהם ושתקה אינה מקודשת דאין ראייה משתיקתה דהוי שתיקה דלאחר מתן מעות. וכתב הב"ש שם סקט"ז דמשמע שאם אמרה אין מקודשת, וקשה איך היא זוכה בממון הרי זה אינו ברשותו של המקדש ואינו יכול להקנות לה. וכתב ע"ז הב"ש דמוכח מכאן דאף ששניהם אינם יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפני שאינו ברשותו היינו רק שכ"א לבדו אינו יכול להקדיש אבל אם שניהם מתרצים להקדיש שפיר חל ההקדש.

האב"מ בס' כ"ח סקי"ג כתב על דברי הב"ש דמדברי התוס' בקידושין שכתבו שבצנועין א"א לחלל מדין זכין כיון שהגנב עצמו לא יכול לחלל מוכח לא כב"ש דאי אמרינן שבריצוי הגנב והגנב חל הקדש א"כ יכולים הבעלים לחלל כיון שזה שלו ואף שאין זה ברשותו הדין זכין יגרום שיחשב שיש כאן ריצוי של שניהם ויחול החילול. ומבואר באב"מ שלפי סברת הב"ש צריך להועיל חילול הבעלים מדין זכין אף שלא זכה הגנב א"כ י"ל

דזה שיטת התוס' כאן, והתוס' כאן ובקידושין פליגי בסברת הב"ש דהתוס' שם לא ס"ל כב"ש כמו שהוכיח האב"מ, והתוס' כאן ס"ל כב"ש. [ובישוב דברי הרמ"א כתב האב"מ דאף שלמכור לאחר א"א גם בריצוי שניהם מ"מ יכול הנגנב למכור לגנב עצמו ע"ש]. ואף שלעיל הקשו התוס' על אין לוקחין בהמה טמאה איך יכול לחלל ולא תרצו כתוס' בקידושין שמחלל מדין זכין היינו משום דס"ל דבצנועין מבואר דלא מהני מדין זכין. ובסוף הדיבור הקשו אמאי באמת לא מהני מדין זכין.

אמנם בעיקר דברי הב"ש, מדברי האב"מ נראה שהבין כונתו דאף שהגנב לא יכול להקדיש מפני שחסר לו השלו והבעלים לא יכולים להקדיש שחסר להם הברשותו שניהם יחד יכולים להקדיש דבזה יש הקדש של מי שהממון שלו ושל מי שהממון ברשותו ובהצטרף שניהם חל ההקדש. ומה"ט מקשה האב"מ מהתוס' בקידושין שאם הבעלים מחללים וזה זכות לגנב א"כ במעשה של הבעלים איכא צירוף של ב' כוחות ויחול החילול. אך מסברא לא נראה שיכולים לצרף מעשה הקדש של השלו ושל הברשותו דכיון דכ"א בפנ"ע אינו ראוי לחול א"כ לא חזו לאצטרופי. ועוד שמלשון הב"ש נראה שאין זה כונתו דכתב דהא דמהני הקנאת המקדש לאשה שגנבה ממנו הוא משום דכיון דאמרה אין ורוצה שיקנה לה הרי זה כמו שנתרצה להשיב את הגניבה לבעלים ואז נעשה כפקדון בידה וחוזר להיות ברשות הבעלים וחל הקנין. דהיינו שהב"ש ס"ל כבעה"מ שכתב בריש דו"ה שאם הגנב רוצה להשיב נחשב הגזילה ברשות הבעלים. ומש"כ הב"ש דלפ"ז אם יתרצו שניהם להקדיש יחול ההקדש אין הטעם משום שמצרפים מעשה הגנב למעשה הגנב אלא כיון שנתרצה הגנב להקדש של הגנב הוי כמו שנתרצה להשיב לבעלים וחוזר החפץ להחיות ברשות הבעלים וחל הקדשם. ואם זה כונת הב"ש לא קשיא קושית האב"מ על הב"ש

מהתוס' בקידושין שהדין של זכין יכול לעשות שיחול החלות בזמן שזה זכות למי שעושים את החלות בשבילו, אבל הדין זכין לא יעשה שיחשב השבה דכ"ז שלא השיב בפועל או שגילה דעתו שרוצה להשיב ליכא השבה והממון אינו ברשות הבעלים. וא"כ מה שכתבנו לבאר דברי התוס' כאן ע"פ הב"ש זה רק להבנת האב"מ בב"ש אבל למה שנראה מלשון הב"ש אין לבאר דברי התוס' על פיו.

מה שיוצא מדברי התוס' לענין חילול אי בעי בעלים או לא הוא דאיכא ד' חילולים. א. חילול הקדש לא תלוי בבעלים כיון שבזמן שהוא של הקדש אין המקדיש בעליו. ב. פדיון פט"ח למ"ד שפט"ח אסור בהנאה לא צריך בעלים וכ"א יכול לפדותו אבל לא דמי לגמרי להקדש דהתם פדיונו פדוי לפודה ובפט"ח למסקנא פדוי לבעלים. ג. חילול דמי פירות שביעית כיון שיש לו בעלים צריך שיתחלל דוקא ע"י הבעלים. ד. חילול מע"ש אף דהוי ממון גבוה מ"מ כיון דיש בעלות לענין אכילה צריך שיתחלל ע"י הבעלים דוקא [עיי' בחי' הגר"ח בפ"ד מזכיה ה"ו ד"ה ונראה].

דף סט.

גופא אמר ר"י. ידוע מה שדנים האחרונים אם הדין של אינה ברשותו הוא מחמת הקניני גזילה או מחמת המציאות שאין הממון בשליטת הבעלים. וכתבו דפליגי בזה הרמב"ן ובעה"מ בריש שור שנגח דו"ה לענין גנב שרוצה להשיב, דבעה"מ ס"ל דהוי ברשות הבעלים כיון שהוא בשליטתם, והרמב"ן ס"ל דאכתי אין זה ברשותם כיון שעדיין יש לו קניני גזילה. והיכא דהוי איפכא שאין הממון בשליטת הבעלים אבל אין לאחר קנינים בחפץ נחלקו האחרונים אי הוי ברשות הבעלים או לא. שיטת רע"א בב"מ ז'. דתלוי רק בקנינים ואם אין לגזול קנין זה נחשב ברשות הבעלים

אף שאין הממון בשליטתו. וכן דעת רע"א בכתובות ל"ד: דהגונב בשבת כיון דאיכא קלב"מ וליכא חיוב אונסין אין לגזול קניני גזילה ונחשב ברשות הבעלים ולכן אם טבח אח"כ בחול הטביחה נחשב גניבה חדשה ואין זה גומה"ג. ומבואר דאף שאין הממון בשליטת הבעלים כיון שאין לגנב קנינים זה נחשב ברשות הבעלים. וכן איפכא היכא דהוי בשליטת הבעלים אבל יש לגנב קנינים סובר רע"א בשבועות ל"ג: דהוי אינה ברשות הבעלים. וכתב האחיעזר בח"ג ס' ל"ח דרע"א בזה לשטתו דס"ל שהכל תלוי בקניני גזילה. והחזו"א ב"ק ס' ט"ז סק"ט והקו"ש לעיל אות ט' כתבו דהיכא דאין הממון בשליטתו זה נחשב אינה ברשותו אף שאין קניני גזילה והיכא דאיכא קניני גזילה זה אינה ברשותו אף שהממון בשליטת הבעלים.

ובזה תלוי מחלוקת הראשונים שהובא בקצה"ח בס' שנ"ד סק"ד במק"ט שאין הלוקח מתכוין לגזול אלא שחושב שזה שלו דלתוס' זה נחשב שלא ברשות הבעלים ולתורי"ד זה נחשב ברשות הבעלים. ובזה תלוי נמי מה שדנים האחרונים אם אבידה נחשב ברשות הבעלים או לא. שהאמרי משה בס' ל"ד אות ג' כתב דאבידה אינה ברשותו ובאות ה' מביא שהאו"ש כתב דאבידה הוי ברשותו. ובריטב"א בריש המפקיד [הובא בקצה"ח בס' רצ"ה סק"ג] מבואר שאפשר להקנות דבר האבוד דנחשב ברשותו וכן מבואר בריטב"א בב"מ כ"ו: הובאו דבריו באבן האזל פי"ד מגו"א ה"ו וע"ש שמאריך בענין זה אי אבידה הוי ברשותו או לא. הנתיבות ס' רנ"ט סק"א נקט דאבידה אינה ברשותו. ובזה תלוי נמי מש"כ הקצה"ח בס' ת"ו דמה שא"א להקנות איסה"נ אף שיש בעלות על איסה"נ הוא משום דנחשב אינה ברשותו, וזה ניחא אי הדין אינה ברשותו תלוי בשליטת הבעלים א"כ מה שאסרה תורה את השימוש בחפץ מונע את שליטת הבעלים על החפץ אבל אם רק קניני גזילה גורם אינה

ברשותו אין סיבה שאישה"נ יחשב אינה ברשותו.

תוד"ה והצנועין. אי שביעית נוהג בכרם רבעי וכו' מבואר דמספקא להו אם כרם רבעי הוא הפקר בשביעית. וכתב הקה"י בסי' ל"ז אות ז' דפשוט שכל דיני קדושת שביעית איכא ברבעי והספק של תוס' הוא רק לגבי הדין של הפקר דיש צד לומר כיון דהוי ממון גבוה ואין לבעלים אלא זכות אכילה דאין בזה דין הפקר דשביעית. ואולי יש לבאר הספק של התוס' דידוע מחלוקת הפוסקים בהפקר דפירות שביעית אם זה מצוה על הבעלים להפקיר ואם לא הפקירו בטלו מצוה אבל הפירות אינם הפקר א"ד התורה הפקירה ואפילו לא הפקירו הבעלים רחמנא אפקריה לפירות שביעית. שיטת המהבי"ט בח"א ס' י"א שגם פירות עכו"ם הם הפקר דס"ל דהוי הפקר מעצמו ואף שעכו"ם אינו מצוה להפקיר זה הפקר מאליו. והב"י חולק וס"ל שאפילו בישראל אין הפירות הפקר על שיפקירם א"כ בודאי שפירות עכו"ם אינם הפקר. וע' בזה במהרי"ט ח"א ס' מ"ב שמביא דברי הב"י וחולק. ולדעת הסוברים שזה חיוב על הבעלים להפקיר ואם לא הפקירו אינו הפקר פשוט דלא נוהג הפקר בנטע רבעי של שביעית דכיון דהוי ממון גבוה אינו יכול להפקיר. ועוד דאינו חייב להפקיר כיון שאין הוא בעל הממון. וא"כ י"ל דבזה גופא תלוי הספק של תוס' אם זה חיוב להפקיר ואז רבעי אינו בכלל הפקירה דשביעית א"ד זה הפקר מאליו וא"כ יתכן שגם רבעי הוא הפקר כיון שיש בו קדושת שביעית.

כתבו דאי שביעית נוהג ברבעי צ"ל דצנועין קאי אשאר שני שבוע דבשביעית אחרי שזכו מן הפקר אין הבעלים יכולים לחלל. הובא לעיל שהקה"י בסי' ל"ז מוכיח מכאן דאף שמע"ש ממון גבוה וא"א למוכרו אפשר לזכות בו מן ההפקר. וע"ע קה"י זרעים ס' כ' שהאריך בזה. וכתבנו לבאר הטעם דמה שא"א למכור

הוא משום דדמי לאישה"נ דכתב הקצות בס' ת"ו דאינו ברשותו ושיטת הקצות במשובב בס' ס"ו סק"א דלזכות אפשר דלגבי זכיה אין חסרון של אינו ברשותו. ויש להוסיף דהכא קאי כצנועין דס"ל שאפשר להקדיש או למכור דבר שאינו ברשותו, ועיין בקו"ש באות ק"נ שמסתפק אם לצנועין דס"ל שאפשר למכור דבר שאינו ברשותו אפשר למכור גם אישה"נ א"ד באישה"נ מודים צנועין שא"א למכור. ואי נימא דלצנועין אפשר למכור אישה"נ א"כ י"ל דלדידהו אפשר למכור גם מע"ש אף דהוי ממון גבוה ומאי דקי"ל שא"א למכור מע"ש הוא למאי דקי"ל דלא כצנועין. א"כ אין ראייה מתוס' שאפשר לזכות במע"ש של הפקר דדברי התוס' הם רק לצנועין.

הרמב"ם בפ"ט ממע"ש ה"ז מביא את דברי צנועין להלכה והקשה הכ"מ דצנועין ס"ל שאפשר להקדיש דבר שאינו ברשותו והרמב"ם פסק כר"י שא"א להקדיש דבר שאינו ברשותו ואיך פסק כצנועין. וכתב בזה רע"א ע"פ דברי התוס' שכתבו דבשביעית שהם זוכים בכרם רבעי אין הבעלים יכולים לחלל. וזה דוקא לשיטת התוס' כאן אבל לשיטת התוס' בקידושין נ"ו. בשם ר"מ כשאחר זוכה אפשר לחלל מדין זכין ובאופן זה אפילו מאן דפליג על צנועין מודה. והרמב"ם מביא את דברי צנועין לגבי שנת השמיטה כמפורש בדבריו ובזה מהני החילול גם לדין מדין זכין, ומה שהגמ' מוכיחה מצנועין דס"ל שאפשר לחלל דבר שאינו ברשותו הוא משום דצנועין קאי גם על שאר שנים. וכדברי רע"א כתב גם הקצה"ח בס' ס"א סק"ג בשם אהיו.

הלעיטתו לרשע וימות. יש לעיין אמאי אין בזה חיוב לאפרושי מאיסורא ומה בכך שהם רשעים. וי"ל דכתב הש"ך ביו"ד ס' קנ"א סק"ו דמאי דקי"ל שאסור להושיט איסור לחברו גם בחד עברא דנהרא אף דליכא בזה לפני עיור משום דמסייע ידי עובדי עבירה זה

דוקא בישראל כשר אבל בעכו"ם או ישראל מומר ליכא איסור מסייע, דלשון הרא"ש בשבת ג'. הוא דאיסור לסייע הוא משום דאיכא חיוב לאפרושי מאיסורא וכ"ש שאין לסייע לעבירה, וכתב הש"ך דהחיוב לאפרושי מאיסור אין בעכו"ם ולא בישראל מומר לכן גם דין מסייע אין בזה. וכתב ע"ז בגליון מהרש"א שם שמש"כ הש"ך שאין חיוב לאפרושי מאיסורא בישראל מומר לא ידעתי מאין פשיטא ליה להש"ך, ואי מפרק מרובה ס"ט. דהלעיטהו לרשע וימות י"ל דשאני התם דבאותו דבר שעושה רשעות שגוול אין אנו מצווים שלא יתערב בו איסור אחר. א"כ הא דליכא הכא חיוב לאפרושי מאיסורא לפי הש"ך הוא משום שבישראל מומר ליכא חיוב זה, ולרש"א בעלמא יש חיוב לאפרושי מאיסורא גם במומר והכא שאני שעושה עבירה במעשה זה ובאופן זה לכו"ע אין חיוב למנוע מאותו מעשה איסור נוסף.

תוד"ה כל הנלקט. הקשו דאם אמרו כן בערב לא הועילו למה שאכלו לפני האמירה. ותירצו שאמרו כן בבוקר אבל לא אמרו שיחול מיד דאז תלוי בברירה אלא שיחול אחר הלקיטה שאז כבר מבורר ואינו תלוי בברירה. ולגבי לקט לא יכלו להפקיר בבוקר מהטעמים שכתבו התוס'. ומבאר המהרש"א דהתם ליכא חשש שיאכלו לפני ההפקר דאין איסור טבל עד שיקבע למעשר, ועל דרך זה כתב גם השיטמ"ק בשם הרא"ש ע"ש. ומבואר מדברי התוס' דהעושה מעשה קנין על דבר שנמצא ברשותו שיחול כשיצא מרשותו לר' יוחנן שא"א להקנות דבר שאינו ברשותו לא יחול הקנין, דהיינו דאין החסרון דוקא במעשה הקנין אלא גם בחלות. והיכא דהוי איפכא שבזמן המעשה הממון אינו ברשותו ובזמן החלות יהיה ברשותו אי מהני או דהוי כדבר שלא בא לעולם עיין בחי' רע"א בב"ב מ"ג. שכתב בדעת הרמ"ה שהובא בשיטמ"ק לעיל ל"ג. דחל כה"ג ואין בזה חסרון של דשלב"ל.

בעיקר דברי התוס' דהיכא דבזמן החלות מבורר אף שבזמן המעשה לא היה מבורר דאין זה תלוי בברירה ולכן כשאומר כל הנלקט אף שאומר כן לפני הלקיטה זה לא תלוי בברירה כיון שיחול אח"כ, יסוד זה כתב הנוב"י מה"ק אבה"ע סי' צ"א מעצמו ולא כתב שמבואר כן בתוס' כאן. השאג"א גם כתב כלל זה, והובאו דבריו ברע"א בתש' קנ"ט בד"ה והנה בימא, ומוסיף השאג"א שכן מבואר בב"ק בסוגיא דצנועין, וכונתו לתוס' זה. החזו"א בדמאי ס' ט' סק"י מביא את דברי השאג"א והנוב"י וכתב שהוא מוכח מכל הנלקט דלא חשיב ברירה אף שאומר בשחרית כמש"כ תוס' בב"ק ס"ט. ד"ה כל הנלקט. ומה"ט מקשה החזו"א למה צריך תנאי כדי לעשר על מה שעתידי להפריש בשבת הרי יכול להפריש מע"ש שיחול בשבת ואין זה תלוי בברירה כיון שבזמן החלות יהיה מבורר. והחזו"א ס"ל שאפשר לעשות חלות בע"ש שיחול בשבת [ולא כרע"א בתש' הנ"ל שמסופק בזה]. וע"ש מש"כ בזה.

הקצה"ח בס' ס"א מביא ג"כ שבתוס' ידין מבואר שאם בזמן החלות מבורר על מה יחול אין זה נוגע לברירה, אך מוכיח הקצות שהרשב"א חולק ע"ז וס"ל שאם אין ברירה לא מהני גם אם יהיה מבורר בזמן החלות. ומבאר הקצות דהרשב"א ס"ל דיש בזה חסרון של דשלב"ל. דהיינו שמצד ברירה גם הרשב"א מודה שאם בזמן החלות זה מבורר אין זה תלוי בברירה, אבל ס"ל דכיון שעכשיו אינו מבורר א"כ עכשיו אין החלות ראוי לחול וא"כ גם כשעושה שיחול לאחר זמן לא חל משום דהוי דשלב"ל. ומה"ט כתב הקצות דלמ"ד אדם מקנה דשלב"ל יודה הרשב"א שאם בזמן החלות זה מבורר מהני. ולפ"ז כתב הקצות לישב קושית התוס' בגיטין כ"ה: שהקשו סתירה בדברי ר"מ דלגבי שני לוגין שאני עתיד להפריש אית ליה ברירה ובבכורות לגבי נתנו עד שלא חלקו מספקא ליה אם יש ברירה או לא. וכתב הקצות דר"מ ס"ל שאפילו אם אין

הראשונים אם יש בזה חסרון של דשלב"ל או לא. ולדעת הקצה"ח קי"ל בזה כרשב"א דהוי דשלב"ל ולדעת רע"א השאג"א הנתיבות והחזו"א קי"ל כתוס' שאם בזמן החלות זה מבורר מהני ואין זה תלוי בברירה ולא הוי דשלב"ל.

וא"ת כיון שיש חילול במחבור למה לא היו מחללים כל הכרם בבת אחת. ות' שהיו רוצים להוליך שאר הפירות לירושלים. עיין באו"ש פ"ב משקלים ה"ט בד"ה עיין שהקשה דיכול לחלל את כל הכרם בתנאי שילקטו היום א"כ מה שלא ילקט לא יהיה בכלל החילול. וכתב דלא היו מניחים דמי כל הכרם. אך הקצות בס' ס"א סק"ג בד"ה הדרן כתב דבקושית התוס' שיחללו את כל הכרם מבורר דשייך להעמיד שהניח מעות כנגד כל הכרם, א"כ מה תירצו דרוצים להוליך לירושלים הא מ"מ יכולים לחלל עם תנאי שילקט. ועוד מקשה האו"ש לגבי הפקר בסמוך נמי יכול להפקיר את הכל בתנאי שילקט. ומצדד האו"ש לומר דא"א להפקיר על תנאי כיון דליתא בשליחות ע"ש.

וא"ת כי קאמר כל המתלקט הא לא היה מועיל למה שגדל אח"כ. משמע דלמ"ד כל הנלקט ניחא דכיון שחל אחר הלקיטה גם מה שגדל אח"כ הוא בכלל החילול. ותמה רע"א שהתוס' כתבו דגם למ"ד כל הנלקט האמירה היא בבוקר וא"כ איך יועיל למה שגדל אח"כ הרי בזמן מעשה החילול חלק זה הוא דשלב"ל ואף שהחלות הוא אח"כ לא מהני. והעירוני דיש להוסיף דע"כ חילול זה הוי דשלב"ל ולא מהני דאל"כ למה למ"ד כל המתלקט אין עצה לחלל את מה שעדיין לא גדל הא מה דלמ"ד כל המתלקט א"א לעשות כל הנלקט הוא משום דס"ל דא"א לחלל דבר שאינו ברשותו אבל אכתי יכול לחלל שיחול רגע לפני הלקיטה ואז זה עדיין ברשותו, ואף שזה תלוי בברירה הא

ברירה מהני הפרשה של ב' לוגין כיון שאח"כ יהיה מבורר ור"מ ס"ל אדם מקנה דשלב"ל, ורק למ"ד אין אדם מקנה דשלב"ל יש חסרון של ברירה בב' לוגין. דברי הקצות בזה לכאורה תמוהים דרק באופן שיחול החלות כשיהיה מבורר אין חסרון מצד ברירה אלא רק מצד דשלב"ל ובזה לר"מ מהני, אבל בב' לוגין בעינן שיחול עכשיו שהרי הוא מיחל ושותה מיד והיכא שבזמן החלות זה לא מבורר בודאי זה תלוי בברירה ובזה גם לר"מ לא יחול, וגם לר"מ דאדם מקנה דשלב"ל בודאי שלא חל חלות על דבר שאינו בעולם אלא דס"ל דחל אח"כ אבל הכא דבעינן שיחול עכשיו גם לר"מ לא יחול אא"כ יש ברירה.

עוד כתב הקצות שם שמה שהתוס' ס"ל שאם בזמן החלות יהיה מבורר מהני ואין בזה משום דשלב"ל אף שעכשיו אין זה ראוי לחול הוא משום דס"ל כשיטת המרדכי דאין חסרון של דשלב"ל כשאומר לכשיהיה בעולם אבל למאי דקי"ל שגם בכה"ג א"א מקנה דשלב"ל יהיה הדין כרשב"א שגם כשזה מבורר בזמן החלות הוי דשלב"ל ולא מהני. ומדברי השג"א ורע"א והחזו"א שהובאו לעיל וכן הנתיבות בס' ס"א סק"ג שכתבו להלכה כדברי התוס' מוכח דלא ס"ל כהקצות. ולכאורה צ"ל דהא דאין בזה משום דשלב"ל הוא משום שהחפץ שעליו חל החלות ראוי שיחול עליו ואין חסרון לא מצד המקנה ולא מצד החפץ אלא שהחלות נעשה באופן שאינו ראוי עכשיו לחול כיון שלא בירר על מה שיחול בזה אין חסרון של דשלב"ל. כגון בשני לוגין הרי בסוף כשמפריש ב' לוגין הוברר שעל ב' לוגין אלו חל החלות למפרע ואם היה אומר אז שיחול על ב' לוגין אלו היה חל א"כ חלות זה היה ראוי אז לחול אלא שאז עדיין לא היה מבורר, באופן זה ס"ל לתוס' שאין זה נחשב דשלב"ל.

נמצא שמצד ברירה לכו"ע אין חסרון כשבזמן החלות הדבר מבורר אלא שנחלקו

המ"ד כל המתלקט ס"ל יש ברירה. אע"כ דכיון שבזמן האמירה חלק זה עדיין לא גדל הוי דשלב"ל ולא יחול החילול גם כשיבא לעולם. וא"כ בודאי קשה קושית רע"א דגם למ"ד כל הנלקט לא יועיל החילול למה שגדל אח"כ כיון שבזמן האמירה חלק זה אינו בעולם.

ולפי דברי הקצה"ח בס' ס"א סק"ג שהובא לעיל יתישב קושית רע"א. שהקצות ס"ל דכל חלות על דבר שאינו מבורר שיחול בזמן שיהיה מבורר נחשב דשלב"ל כיון שאין ברירה ואינו ראוי לחול עכשיו, ומה שכתבו התוס' דמהני הוא משום דהתוס' ס"ל כשיטת המרדכי שהובא ברמ"א בס' ר"ט סע' ד' דהא דאין אדם מקנה דשלב"ל הוא רק בסתמא אבל אם אמר שיקנה כשיגיע לעולם קנה. א"כ למ"ד כל הנלקט לא רק מה שעתיד לגדול הוא לא בא לעולם אלא גם מה שכבר גדל הוי לא בא לעולם כיון שאינו מבורר ולא ראוי לחול עכשיו ואעפ"כ מהני כיון שפירש שיחול אח"כ א"כ גם מה שעדיין לא גדל שהוא בודאי לא בא לעולם יחול כשיבא לעולם כיון שפירש שיחול אח"כ. אך א"כ קשה כנ"ל למה למ"ד כל המתלקט אינו יכול לחלל שיחול סמוך ללקיטה ויועיל גם למה שעתיד לגדול ואין חסרון של דשלב"ל כיון שפירש שיחול אח"כ. ומזה מוכח דתוס' לא ס"ל כמרדכי וא"כ הדרא קושית רע"א לדוכתה.

ואע"ג דדבר שיש לו מתירין לא בטי"ל מ"מ מדאורייתא בטיל. בשיטמ"ק בד"ה וכן פירש הר"ר ישעיה ז"ל כתב דהא דדבר שיש לו מתירין לא בטל היינו באיסור שניכר ואח"כ נתערב אבל זה שלא הוכר מעולם מתבטל. יסוד זה דדבר שתחילת איסורו בתערובת בטל אף דהוי דבר שיש לו מתירין מבואר גם במרדכי בסופ"ג דשבת לגבי ענבים שנתבקעו בשבת בגיגית של יין שהמשקה שזב אסור משום גזירת משקין שזבו ואעפ"כ זה בטל אף דהוי דבר שיש לו מתירין כיון

שתחילת איסורו בתערובת דמיד שזב ונאסר הוא נמצא בתערובת. והובא דין זה באו"ח ס' ש"כ סע' ב' וביו"ד ס' ק"ב סע' ד'. והגאון ביו"ד שם סקט"ז כתב מקור לדין זה מב"ק ס"ט. וכונתו דלפ"ז מיושב קושית התוס' כאן דמה שגודל אח"כ בטל ברוב וכדברי השיטמ"ק. וגם רע"א שם כתב שמדברי התוס' כאן מוכח דלא ס"ל כמרדכי.

ויש לעיין בחידוש זה של המרדכי אם מה שגורם את הקולא הוא מה שתחילת איסורו הוא בתערובת דלפני שזב היין לא היה עליו איסור ומיד בתחילת איסורו כבר היה עליו דין ביטול לכן זה קל יותר משאר ביטול דכל ביטול צריך להפקיע איסור וכאן הביטול מונע שלא יאסר מעיקרא א"ד לא מספיק שתחילת איסורו בתערובת אלא בעינן שתחילת יצירתו יהיה בתערובת דתחילת יצירת היין הוא בשעת פרישתו מן הפרי וכן תחילת יצירת הרבעי הוא כשגודל ורק באופן שהדבר שבאים לבטלו נוצר בתערובת הוא בטל אף דהוי דבר שיש לו מתירין אבל היכא שהדבר נוצר לפני שנתערב אף שנאסר רק אחר שנתערב לא יהיה קולא זו.

רע"א ביו"ד ס' ק"ב כתב שלפי דברי המרדכי אם נתערב קמח חטיטין בקמח שעורין ואח"כ נדר מקמח חטיטין יתבטלו החטיטין בשעורין אף דנדר הוי דשיל"מ כיון שתחילת איסורו היה בתערובת. ומביא רע"א שהמקו"ח בס' תמ"ז סק"ח נקט בפשיטות שלא יתבטל הקמח דהוי דשיל"מ. גם רש"א בגליון מהרש"א שם מסתפק בנדר מדבר אחר שנתערב אם בטל או שזה דשיל"מ ולא בטל. וצ"ב מאי מספקא ליה ובמאי פליגי רע"א והמקו"ח. ונראה דתלוי בספק הנ"ל שהמקו"ח למד דהקולא של המרדכי הוא דוקא כשכל יצירת הדבר המתבטל היה בתערובת אבל קמח שנתערב ואח"כ נדרו הנאה ממנו לא היה יצירתו בתערובת אלא שתחילת איסורו היה בתערובת, ורע"א נקט דתלוי בחלות האיסור

של אין דמיו ידועין ואפשר לחלל לכתחילה במחבור.

צנועין ור"ד אמרו דבר אחד.

דתרוייהו ס"ל שאין חסרון של אינה ברשותו. ומבואר דלר' יוחנן כשם שא"א להקדיש דבר שאינו ברשותו כך א"א להפקיר דבר שאינו ברשותו. ומכאן מקשה הקצות בס' רי"א סק"ד על הב"ח שכתב שלגבי הפקר אין חסרון של אינו ברשותו. ועוד למד הקצות בס' שנ"ד סק"ד מכאן דאף שאין העניים גונבים בכונה אלא טועים בדין מ"מ זה נחשב שלא ברשות הבעלים. ומקשה הקצות מכאן על התורי"ד שמביא שם שכתב דלוקח שמחזיק בידו מקח שהוא חושב שהוא שלו והאמת היא שהיה מקח טעות זה נחשב ברשות הבעלים כיון שאין דעת הלוקח לגנוב. דהיינו שהתורי"ד ס"ל שרק גנב דאית ליה קניני גזילה הוי שלא ברשות הבעלים משא"כ במקח טעות אף שמעכב ממון הבעלים ואין הממון בשליטתם זה ברשות הבעלים כיון שאין ללוקח קניני גזילה. ומכאן מוכח דגם זה נחשב אינה ברשותו. וכתבו בזה האמר"מ בס' ל"ד אות י"א והדברי יחזקאל ס' נ"ד אות ג' דאף שאין כונת העניים לגנוב מ"מ כונתם לקחת הממון ויש כאן גניבה בשוגג וגם גנב בשוגג אית ליה קניני גזילה ולא דמי למק"ט שקיבל הממון מן הבעלים ואין בזה מעשה גניבה אפילו בשוגג.

ונראה דענין זה הוא מחלוקת הראשונים בסמון שהתוס' כתבו בד"ה כל שלקטו דמה שהיו צריכים להפקיר ואינו נפטר ממעשר מכח יאוש הוא משום שרק הגזולן יכול לזכות ע"י היאוש, ויש צד בתוס' לומר שאפילו אם אין הממון ברשות הגזולן זוכה הגזולן כשהבעלים מתאשמים. והא דזוכה הגזולן ע"י יאוש הבעלים בלי מעשה קנין ע"כ הוא מכח הקניני גזילה שיש לו וע"י היאוש נעשה התר זכיה וממילא פקע חיוב והשיב וזוכה מחמת קנינו הראשון. וכיון שהתוס' כתבו כן על דברי ר' דוסא דמיירי

ולא ביצירת החפץ. ובוזה תלוי ספקו של רש"א. לשון המג"א בס' ש"כ סק"ה כשמביא דברי המרדכי הוא שאני הכא כיון שלא ניכר קודם שנתערב בטיל שלא היה עליו שם יין מעולם. מלשון זה משמע שההתר הוא רק כשתחילת יצירת הדבר הוא בתערובת ולא כרע"א. ויותר מפורש כן בנוב"י תנינא יו"ד ס' נ"ד וז"ל שהמבטל קנה לו הויה לעצמו והמתבטל הוא הבא אחריו ונתערב תיכף יציאתו לגדר ההויה אז דין הוא שיתבטל ביותר עכ"ל. מפורש דלא תלוי בזמן חלות האיסור אלא בזמן יציאת דבר המתבטל לגדר ההויה.

ולכאורה המחלוקת בזה תלוי ביסוד דין ביטול ברוב אם הביטול הוא על האיסור או שהדין ביטול מחשיב את החפץ כמי שאינו וממילא נעשה כהתר. שאם הביטול אינו על החפץ אלא על האיסור א"כ אין נ"מ אם החפץ נוצר לפני"כ או לא דלא באים לבטל את החפץ אלא תלוי אם האיסור התחיל בתערובת או לא שאם האיסור חל בתערובת הוא מתבטל יותר בקל. אבל אם הביטול הוא על החפץ תלוי אם יצירת החפץ בתערובת או לא שאם יצירתו בתערובת הביטול מונע לכתחילה שלא יבא לגדר ההויה. ולפי מה שמבואר בר"ן בנדרים נ"ב. לכאורה פליגי בזה ר"י ורבנן דר"י ס"ל שמין במינו לא בטל דאזיל בתר המין, ורבנן ס"ל דאזיל בתר איסור והתר דאם אחד אסור ואחד מותר זה נחשב כמין שלא במינו דלרבנן הביטול הוא על האיסור ולא על החפץ.

תוד"ה אימא. כתבו דטעמא דאין פודין

במחבור משום דאין דמיו ידועין. כתב המהר"ם שכונת התוס' דכיון שהטעם הוא משום דאין דמיו ידועין אין זה אלא דין דרבנן ובדיעבד חל חילול במחבור לכן היו מחללים במחבור כדי להציל ממכשול. ובשיטמ"ק בד"ה אימא כתב דכיון שהטעם משום שאין דמיו ידועים זה שייך רק בזמן שהיו מחללים שוה בשוה אבל בזה"ז שמחללים שוה מנה על ש"פ בטל הטעם

בעניים שמלקטים שלא כדין מבואר דס"ל שגם בזה דינם כגנבים ויש להם קנייני גזילה. אמנם השיטמ"ק שם בד"ה ותלמידי כתב בשם ר"פ שהעניים אינם קונים ע"י יאוש כיון שאין כונתם לגנוב אלא ללקט לקט ובשגגה הם מלקטים יותר הלכך לא גנבים ולא גזלנים הם ולא קנו ביאוש. וזה כדברי הקצות שאין לעניים דין גזלנים ואעפ"כ זה שלא ברשות הבעלים, א"כ מחלוקת הקצות והאמר"מ והדברי יחזקאל הוא מחלוקת התוס' ור"פ.

תוד"ה כל שלקטו. כתבו שמה שהיו מפקירין הוא תקנה כדי לפוטרו מן המעשר. והא דלא פרשו שהיו מפקירים כדי שלא יכשלו העניים בגזל הוא כמבואר ברשב"א בעמ' ב' בשם הראב"ד שהבין שההפקר הוא כדי להציל מגזל והקשה שבשביל זה לא בעינן הפקר אלא סגי במחילה דהיינו שיתן רשות להשתמש בממונו ולגבי זה אין חסרון של אינו ברשותו. ותי' דאף שלענין גזל סגי בזה מ"מ כדי לפוטרו ממעשר בעינן הפקר גמור. לכן לא פרשו התוס' שההפקר היה משום גזל. וכתבו התוס' דצ"ל דמייירי שלא נתיאשו הבעלים דאל"כ למ"ד יאוש קונה אין זה של הבעלים ולא יכולים להפקיר אפילו למאן דלא ס"ל כר' יוחנן. אבל הא לא קשיא ל"ל הפקר הא בל"ה פטור ממעשר מכח היאוש דרק יאוש דאבידה פטור ממעשר ולא יאוש דגזילה דאין אחר יכול לזכות ע"י היאוש אלא הגזלן. ולמ"ד דיאוש אינו קונה והגזלן לא יכול לזכות ע"י יאוש ואחרים כן זוכים אעפ"כ אין זה פטור ממעשר כיון שאסור לזכות והזוכה צריך לשלם דמים לגזלן.

הנתיבות בס' רס"ב סק"ג כתב דלפי מש"כ לחדש דיאוש אינו מוציא מרשות הבעלים עד דאתי ליד זוכה מיושב קושית התוס' דכשם שהפקר דר' יוסי אינו פטור מן המעשר כך יאוש דגזילה כשנמצא ביד הגזלן ויאוש לא קני ואחרים יכולים לזכות מ"מ אין

פטור ממעשר כיון שעדיין לא יצא מרשות הבעלים. ומה שמבואר בב"מ שיאוש פטור ממעשר היינו אחר שזכה המוצא ויצא מרשות הבעלים אבל הכא שנמצא ביד הגנב והוא אינו זוכה משום דיאוש לא קני א"כ עדיין הממון ברשות הבעלים ואין סיבה לפטור ממעשר ולכן היו צריכים להפקיר. ומדברי התוס' שלא כתבו כן מוכח לכאורה דס"ל שיאוש דמי להפקר ויצא מרשות הבעלים מיד. וכתב בזה הקה"י בס' ל"ז אות א' דליכא ראייה דהתוס' ס"ל דאף שלא יצא עדיין מרשות הבעלים מ"מ צריך להיות פטור ממעשר ולא דמי להפקר דר"י דהתם כ"ז שלא זכו יכול לחזור מההפקר משא"כ ביאוש כל זמן שהממון נמצא במצב של אבוד אין היאוש תלוי בדעת הבעלים אלא בע"כ של הבעלים ואין בידם לחזור מהיאוש אא"כ יתבטל הסיבה שגרמה ליאוש וא"כ יד הכל שווים בממון זה ופטור מן המעשר, לכן הוצרכו התוס' לבאר דאינו נפטר ממעשר מטעם אחר.

במה שהסתפקו התוס' אם החפץ אינו נמצא ברשות הגזלן בשעת היאוש אם זוכה הגזלן או שכל הקודם לזכות זכה ביאור הספק הוא דבשינוי חזינן דקונה ע"י השינוי בלי מעשה קנין והטעם משום דכיון דפקע חיוב השבה זוכה ע"י מעשה הקנין הראשון שעשה בשעת הגזילה א"כ י"ל שגם ביאוש כיון שיש התר זכיה פוקע חיוב השבה וממילא קונה מכח הקנייני גזילה. אך מאידך י"ל דדוקא בשינוי פוקע והשיב מפני שאינו כעין שגזל משא"כ ביאוש שהחפץ הוא כעין שגזל ואפשר לקיים בו והשיב א"כ אף שיש התר זכיה לא פוקע חיוב השבה עד שיזכה וא"כ צריך הגזלן לעשות מעשה קנין. כ"כ הקו"ש באות כ"ה והאמר"מ בס' ל"ב אות מ"ג מ"ד מ"ה. אלא שהקשו דלעיל ס"ו: מבואר דלא פוקע והשיב ע"י יאוש ואם אינו רוצה לזכות יכול לקיים והשיב אחרי יאוש ולא דמי לשינוי שגם אם אינו רוצה לזכות אינו יכול לקיים בזה והשיב.

גזילה זוכה ע"י היאוש בלי מעשה הקנין דההתר זכיה גורם להפקעת הוהשיב. ג. יתכן שכל מה שהגזלן יכול לזכות ע"י היאוש אפילו כשנמצא ברשותו הוא רק משום הקניני גזילה שקיבל בשעת גזילה ובלי זה אינו יכול לזכות ע"י היאוש משום שבאיסורא אתא לידיה ולכן במקום דליכא קניני גזילה כגון בעבדים אינו קונה ע"י יאוש.

על מה שכתבו התוס' שהגזל לא יכול לתבוע מן המחזיק בגזילה דדוקא גזל ולא נתיאשו הבעלים רצה מזה גובה רמ"ג אבל אחרי יאוש א"א לחייב את האוכל, תמה האו"ש בחידושו דמה שפוטרים אחרי יאוש הוא רק בבא אחר ואכלו שאינו בעין אבל היכא דהוי בעין ביד מי שלקח מהגזלן אף לאחר יאוש חייב להשיב לבעלים. ואם כונת התוס' דקונה מדין יאוש ושר"ר וס"ל דגם כשלוקח בע"כ של הגזלן זה נחשב שינוי רשות ונדלא כרשב"א בדף קי"א: שהובא לעיל סו: א"כ פשיטא דפטור ולא צריך להביא מהגמ' של ר"ח. וכבר עמד בזה בחי' רע"א יעו"ש.

מה שכתבו בסוף הדיבור דמסתמא אינו מתיאש אלא לגבי עניים ולא מהני לפטור מן המעשר עד שיהא הפקר לעניים ולעשירים כשמיטה לכאורה אינו מובן דיאוש הוא חלות שחל ממילא מכח המצב של יאוש ואינו יכול לשייר ביאוש ואם מתיאש בגלל העניים היאוש פועל בין לעניים בין לעשירים. וראיתי שעמד בזה הקה"י בקידושין בסוף ס' כ"ד ע"ש מש"כ בזה.

דף סט:

הלוקח יין מבין הכותים. ידוע מה שנחלקו הראשונים אם למ"ד אין ברירה לא חל ההפרשה כלל ונשאר הכל טבל או שחל אלא שלא סומכים שמה שמברר בסוף הוא הדבר שעליו חל ההפרשה וא"כ אף שהטבל נתקן

וכתב בזה האמר"מ באות מ"ה דלעיל מבואר רק שיכול לקיים והשיב יאוש אבל אין הכרח משם שיש חיוב והשיב דיש צד לומר דחיוב השבה פוקע כשנעשה התר זכיה וממילא אם רוצה לזכות יכול לזכות בלי מעשה קנין מכח הקניני גזילה, אלא שאם אינו רוצה לזכות יכול עדיין לקיים והשיב. דהיינו שהספק של תוס' הוא אם ההתר זכיה שנעשה ע"י היאוש מפקיע חיוב והשיב וממילא זוכה ע"י הקניני גזילה [אף שעדיין יכול לקיים והשיב אם אינו רוצה לזכות] או שהתר זכיה אינו מפקיע והשיב וממילא כ"ז שלא עשה מעשה קנין לא קנה.

אפילו לצד של התוס' שגזלן קונה ביאוש גם כשאינו ברשותו וע"כ שהקנין הוא מכח הקניני גזילה אין הכרח מזה שכל הדין שגזלן קונה ביאוש הוא מכח קניני גזילה דלעולם יתכן שלמ"ד יאוש קני ואין חסרון של באיסורא אתא לידיה יכול הגזלן לקנות ביאוש גם באופן שאין לו קניני גזילה אבל אז בעינן שיעשה מעשה קנין, אבל לעיל ס"ו. כתבנו שמדברי הראשונים דס"ל שלא מהני יאוש בעבדים משום דעבדים אינם נגזלין מוכח לכאורה דס"ל דכיון דגזלן באיסורא אתא לידיה לא מהני יאוש מצד עצמו אלא מה שקונה למ"ד יאוש קני הוא רק משום דע"י היאוש יזכה מכח הקניני גזילה ולכן בעבדים דליכא קניני גזילה לא מהני יאוש. ובשלמא לגבי קרקע שנחלקו הראשונים אם נקנה ביאוש [ע' רשב"ם ותוס' ב"ב מ"ד. ורש"י ותוס' ריש לולב הגזול] י"ל דס"ל דאין מציאות של גזילה בקרקע דאינו אבוד מן הבעלים אבל בעבדים יש מציאות של גזילה ונחשב אבוד מן הבעלים א"כ מה בכך דליכא בזה דין גזילה, אלא מוכח לכאורה דס"ל שגזלן קונה ביאוש רק מכח קניני גזילה. דהיינו שיש ג' צדדים בזה, א. היאוש עושה התר זכיה כדין יאוש דאבידה ולא פוקע חיוב והשיב עד הזכיה ובלי מעשה קנין לא יזכה הגזלן. ב. אם עושה הגזלן מעשה קנין זוכה כדין יאוש דאבידה ואז אין זכיתו מכח הקניני גזילה אבל כשיש קניני

יש ברירה או אין ברירה אין מחלוקת בראשונים אלא המחלוקת היא למ"ד א"ב שלעולם לא יתברר על מה חל אם זה גורם שלא יחול כלל או שחל ולא ידוע על מה חל. בקושי רע"א משמא יבקע הנוד ונמצא שותה טבליים למפרע עיין מה שכתבו דס"ד בסוגיא דברירה בגיטין כ"ה.

אחין שחלקו לקוחות ומחזירין זל"ז
 ביוביל. שיטת הר"ן בגיטין הוא דמאי דקי"ל בדאורייתא א"ב ובדרבנן יש ברירה הוא משום דקי"ל דהוי ספק אם יש ברירה או שא"ב ובדאורייתא אזלינן לחומרא ובדרבנן לקולא. והיש"ש בפרק הפרה מקשה א"כ למה קי"ל דמחזירין זל"ז ביוביל נימא הממע"ה. וכתב השעה"מ בפ"ג מגירושין ה"ד דחזרה ביוביל נידון כספק מצוה וצריך להחזיר גם במקום ספק. ובעיקר חיוב ההחזרה נחלקו הראשונים שיטת רש"י שמחזירים לתפוסת הבית וכ"א חוזר ונוטל חלקו ולדבריו פשוט שאין בזה ענין של ממון אלא קיום מצוה, ולרמב"ם כ"א מחזיר לשני ומחליפים חלקים. עיין מש"כ בזה באב"ע פ"א משמיטה ה"ב.

תוד"ה אלא. כתבו דסתמא דצנועין לית ליה ברירה. ולכאורה אינו מובן דמשמע בתוס' לעיל דלמ"ד כל הנלקט מהני החילול גם למה שגדל אח"כ כיון שחלות החילול הוא אחר הלקיטה, ואף שרע"א הקשה אמאי חל הא הוי דשלב"ל מ"מ מבואר ברע"א שמשמע בתוס' שחל משא"כ למ"ד כל המתלקט שחל החילול מיד לא מועיל החילול למה שגודל אח"כ אלא דסומכים על ביטול ברוב אבל בודאי עדיף לומר כל הנלקט שאז הכל מתחלל ולא צריך להגיע לביטול ברוב, אלא דהמ"ד כל המתלקט ס"ל שא"א לעשות כל הנלקט כיון שאינו ברשותו, אבל לצנועין דאין חסרון של אינו ברשותו בודאי כל הנלקט עדיף מכל המתלקט, א"כ מה ראית התוס' דצנועין לית להו ברירה

מ"מ הכל אסור משום ספק תרומה ספק חולין. ונחלקו בזה התוס' ור"י בעירובין ל"ז: ונ"מ מזה אם מותר לכהן דאם נשאר טבל אסור גם לכהן ואם איסורו משום תערובת תרומה מותר לכהן. רע"א במערכה לעירובין כתב שמלשון רש"י בחולין י"ד. שכתב שהחשש הוא שאוכל תרומה משמע דס"ל שההפרשה חלה אלא שלא מתברר על מה חל. וכן מבואר בלשון רש"י כאן שכתב דלית להו ברירה לומר מן החולין הוא שותה ותרומה ומע"ר נותרים בנוד. משמע שאין צד טבל אלא תרומה וחולין מעורבים.

ויש לעיין בשלמא לסוברים שההפרשה חלה אלא שאם אין ברירה לא מתברר על מה חל מובן שהמחלוקת אם יש ברירה לגבי הפרשה היא אותה מחלוקת שנחלקו בשאר מקומות, דמ"ד י"ב ס"ל דמה שהיה בסוף מברר שזה מה שעמד להיות מתחילה, ומ"ד א"ב ס"ל שאין הכרח שמה שקרה בסוף הוא מה שעמד להיות מתחילה, בזה תלוי המחלוקת באחים שחלקו אם הוברר שהחלק שקיבל הוא מה שעמד מעיקרא להיות שלו, וכן במגרש שעה קודם מיתתו אם כשמת הוברר שעמד למות שעה לפני"כ, ובזה פליגי נמי לגבי הפרשת תרומה. אבל אם המחלוקת הוא אם חלה ההפרשה או לא א"כ פליגי אם יכול חלות לחול על דבר שאינו מבורר ואין זה נוגע למחלוקת דברירה בשאר דוכתי. אך הביאור הוא פשוט דגם אם למ"ד א"ב לא חלה ההפרשה כלל אין זה עיקר הדין של א"ב ולא בזה פליגי אלא לשיטה זו כו"ע מודו שהפרשה צריכה לחול על דבר מסוים ואם לעולם לא יתברר על מה חל אין זה דבר מסוים ולא יחול כלל. וגם לשיטה זו המחלוקת אם יש ברירה או אין ברירה הוא אם מה שיפריש בסוף יברר שזה מה שעמד להיות מופרש מעיקרא וממילא למ"ד יש ברירה יכול החלות לחול דחל באופן שעמיד להתברר על מה חל. והמ"ד א"ב ס"ל דכיון שלעולם לא יתברר על מה חל לא חלה ההפרשה כלל. דהיינו שבעיקר המחלוקת אם

נחשב ברשותו להקנאה, ולצנועין דס"ל שיכול להקנות והמצב של אינה ברשותו לא גורם שום דין א"כ זה נחשב בית האיש ויש חיוב כפל לבעלים כשגונב מבית הגנב. ועוד מבואר כאן דהא דאין הגומה"ג משלם כפל לגנב הראשון הוא משום דאין זה בית האיש. וקשה ל"ל קרא ת"ל דאין הממון של הגנב, ואף דמבואר לעיל שגומה"ג משלם קרן לגנב ראשון היינו משום שגורם לו הפסד אבל אין סיבה שישלם כפל ול"ל קרא למעט. ועמדו בזה האמר"מ בס' מ' אות ח' ובקו"ש אות י"ז ע"ש. והובאו דבריהם לעיל ס"ח.

תוד"ה ה"א צנועין. כתבו שכונת הגמ' דלולא שאמר ר"י צנועין ור"ד אמרו דבר אחד היה אפ"ל דצנועין אינו מדינא אלא תקנ"ח דאוקמי רבנן ברשותיה לחלל שלא יכשלו עניים וגנבים. ומבואר בתוס' שגם על חסרון של אינה ברשות מהני הפקר ב"ד. ואינו מובן דסו"ס אין הממון ברשותו. עיין מה שכתבנו בזה בס"ד לעיל ס"ח: על תוד"ה הוא דאמר. וכעת ראיתי שהחזו"א בס' י"ח סק"ו נקט בפשיטות דלא שייך בזה הפקר ב"ד והקשה על התוס' כאן ועל התוס' לעיל. גם האמרי משה עמד בזה בס' ל"ד סק"ט וכתב דמוכח מזה דאינה ברשותו הוא מחמת הקניני גזילה ועל קנין זה שייך הפקר ב"ד. אך מקשה האמר"מ דזה ניחא בצנועין דכונתם לגנוב אבל בר' דוסא אינם גנבים אלא טועים א"כ לית להו קניני גזילה ואעפ"כ נחשב אינה ברשותו וא"כ מה יועיל בזה הפקר ב"ד. וכתב האמר"מ כמו שהובא לעיל מהדברי יחזקאל דאף שהעניים לא כווננו לגנוב מ"מ למעשה הם לוקחים ממון של אחר בלי רשות ויש להם דין של גנב בשוגג. אך זה מישב רק כאן אבל לעיל ס"ח: התוס' כתבו כן על הנותן דמי פירות שביעית לע"ה והתם בודאי אינו גנב שהרי קיבל מיד הבעלים וא"כ האינה ברשותו הנה אינו מחמת קנין ומה שייך בזה הפקר ב"ד וצ"ע.

אולי אית להו ברירה ואפשר לעשות כל המתלקט אלא דעדיף לעשות כל הנלקט כדי שיתחלל גם מה שיגדל אח"כ. אמנם עיין באו"ש בחידושו על תוד"ה כל הנלקט שכתב שסוף דברי התוס' הם גם למ"ד כל הנלקט וגם לדידה לא חל החילול על מה שגדל אח"כ דהוי דשלב"ל נובזה מבאר האו"ש שאין ראייה מתוס' שחולק על המרדכי לגבי דבר שיש לו מתירין דלמ"ד כל הנלקט מה שגודל אחר מעשה החילול חל עליו איסור בשעת גידולו ורק אח"כ אחר שנלקט חל החילול ונעשה הביטול א"כ אין תחילת יצירתו במצב של ביטול. ואף שדברי האו"ש הם דלא כפשטות לשון התוס' לעיל שהקשו בהדיא למ"ד כל המתלקט מ"מ מתוס' זה יש סיוע לאו"ש דלדבריו ניחא מש"כ שיש ראייה מצנועין דס"ל דאין ברירה שלא"ש אין עדיפות בכל הנלקט א"כ למה שלא יאמרו כל המתלקט אלא מוכח דס"ל דאין ברירה.

במה שכתבו התוס' לחלק בין מתנה בפירוש לברירה דממילא קשה א"כ מה הגמ' מקשה מר' יוחנן דאחים שחלקו לקוחות לר' יוחנן דכל המתלקט הא אחין שחלקו הוא מאליה וכל המתלקט הוא ע"י שהתנה. עיין במהרש"א ובמהר"ם שהביאו התוס' בגיטין שכתבו דהוי מצי לשנויי הכי אלא דניחא ליה למימר כל הנלקט כדקתני מתני'.

דתנן אין הגונב אחר הגנב משלם כפל. מבואר בגמ' דלמ"ד דפליג על ר"י וס"ל שאפשר להקנות דשלב"ל הגונב מן הגנב חייב כפל דנחשב וגונב מבית האיש. ולכאורה היה נראה דכו"ע מודו דדבר גזול אינו ברשות הבעלים אלא דס"ל שגם במצב זה אפשר להקדיש ולהקנות דסגי בשלו ולא בעינן שיהיה ברשותו וא"כ לגבי גומה"ג היה מקום לומר דגם צנועין מודו דאינו נחשב בית האיש וליכא חיוב כפל. אבל כאן מבואר דאינו כן אלא כל מה שלא נחשב בית האיש הוא בגלל שלא

דף ע.

לא כתבין אורכתא אמטלמלי.

מבואר דהרשאה צריכה קנין ולל"ק ממון שאינו ברשות הבעלים ואינם יכולים להקנותו א"א לכתוב עליו הרשאה. והטעם מבואר בדברי נהרדעי דכל הרשאה דלא כתיב ביה זיל דון וזכי ואפיק לנפשך לית ביה משא משום דא"ל היאך לאו בעל דברים ידידי את. והקשה הרא"ש לקמן ק"ד. בס' כ"א אמאי בעינן הקנאה ולא סגי בשליחות הא גם בשליחות נפטר הנתבע מאחריות מיד כשמוסר לשליח וא"כ למה אינו חייב למסור לשליח ואיך יכול לטעון לאו בע"ד ידידי את הא שלוחו של אדם כמותו ופיו של השליח כפי הבעלים ועשייתו כעשייתו. וכתב הרא"ש שמה שהנתבע אינו חייב למסור לשליח הוא משום דחיישין שמא התובע יבטל את השליחות בפני עדים ואז לא יפטר הנתבע ע"י נתינה לשליח, אבל ע"י הרשאה שמקנה הממון לשליח אינו יכול לבטל את השליחות. המרדכי כאן מביא שר' יואל שאל את הראב"ן אמאי בעינן הרשאה ולא סגי בשליחות. והשיב שאם ידוע שהמשלח חי לא בעינן הרשאה אלא סגי בשליחות אבל חיישין שמא מת המשלח ולכן יכול הנתבע לעכב את הפרעון אא"כ כתבו הרשאה. וטעם זה הובא בשו"ע ס' קכ"ב סע' א'.

הש"ך שם סק"ד כתב בדעת הרי"ף שגם בלי הרשאה יכול לתבוע ע"י שליח ואם מודה הנתבע בחיובו אינו יכול לעכב הפרעון דשלוחו של אדם כמותו ונפטר מאחריותו ע"י נתינה לשליח ולא חיישין לביטול השליחות או למיתת המשלח, ומה שצריך הרשאה ובלי זה יש טענת לא בע"ד ידידי את הוא דוקא כשיש לנתבע טענה וצריך לדון עם התובע בב"ד, בזה יכול לטעון שאינו רוצה לדון אלא עם התובע בעצמו ולא עם שלוחו ולענין זה צריך הרשאה

ה"א מאן תנאי צנועין ר"מ. דברי

הגמ' בזה לכאורה אינם מובנים, שבפשטות למ"ד מע"ש ממון גבוה זה לא רק אינו ברשותו אלא אינו שלו, וא"כ אם באנו ללמוד דאף דמע"ש אינה ברשותו מ"מ אוקמא רחמנא ברשותו שאין חסרון של אינה ברשותו לענין חילול מע"ש, א"כ נלמד נמי שאין חסרון של אינה שלו כיון שבל"ה מע"ש אינו שלו ואעפ"כ יכול לחלל א"כ יוכל לחלל גם מע"ש של אחרים, ולעיל מוכח שא"א לחלל מע"ש של אחר כמבואר בתוד"ה הוא דאמר כצנועין. ואיך ילפינן ממה שמע"ש הוא ממון גבוה ואינו שלו דאין חסרון של אינה ברשותו לגבי חילול אף שא"א לחלל מע"ש שאינו שלו. ולכאורה נראה שיש ראייה מכאן למש"כ האחרונים בשם הגר"ח זצ"ל דמע"ש ממון גבוה אין הפשט שזה שייך לרשות גבוה ממשי, דלעולם המע"ש הוא שלו אלא שדיני הקדושה שיש על המע"ש גורם שנחשב כאינו ברשותו ולכן אינו יכול להקנות את המע"ש לאחר. ולפ"ז ניהא דא"א ללמוד ממה שאפשר חלל מע"ש אף שהוא ממון גבוה שאפשר לחלל דבר שאינו שלו שמע"ש הוא שלו, ואפשר ללמוד מזה רק שאפשר לחלל דבר שאינו ברשותו. ואם נאמר דמע"ש ממון גבוה הוא כפשוטו דאינו שלו כלל צריך לומר שכונת הגמ' שלגבי החסרון של אינה שלו האוקמא ברשותו הוא שהתורה נתנה לו בעלות לענין חילול וא"א ללמוד מזה שאפשר לחלל דבר שאינו שלו, אבל לגבי החסרון של אינה ברשותו אין האוקמא רחמנא ברשותו יכול לסלק את החסרון של אינה ברשותו שבמציאות זה אינה ברשותו [ונכמו שהקשו האחרונים שלגבי אינה ברשותו לא מהני הפקר ב"ד] ולכן אפשר ללמוד מכאן שלגבי חילול אין חסרון של אינה ברשותו. ובעיקר דברי הגר"ח עיין מה שכתבנו בס"ד לעיל ס"ז. ובקידושין נ"ד:.

עם זיל דון וזכי ואפיק לנפשך. וכן מביא הש"ך בשם מהרש"ל. וכן נראה מלשון הרמב"ם בפ"ג משלוחין ה"א וז"ל מי שהיתה לו קרקע וכו' או שהיו לו מטלטלין ורצה לעשות שליח לדון עם זה וכו' כותב לו הרשאה עכ"ל. משמע שכל מה שצריך הרשאה הוא רק כשיש לנתבע טענת פטור וצריך לדון עמו, אבל אם מודה בחיובו אינו יכול לעכב את הפרעון אף שאין הרשאה דלגבי זה סגי בשליחות ולא כרא"ש והמרדכי. וכן הוא בלשון הרמב"ן במלחמות כאן וז"ל אלא ש"מ דשליח לא יכול לאישתעווי דינא בהדיה עכ"ל. ואח"כ כתב אע"ג דשליח שעשאו בעדים שליח הוא אינו יכול לכופו לבע"ד לדון עמו. בלשון רש"י בד"ה משום משמע שמה שצריך הרשאה הוא כדי שיהיו המעות באחריות השליח ואם אינו מקנה לשליח אם יאבדו המעות מן השליח יחזור ויתבע מיד הנאמן. ותמה הב"י בס' קכ"ג, והובא בקצה"ח ס' קכ"ג סק"א, דלענין אחריות סגי בשליחות ולא בעינן הקנאה.

נמצא ד' דרכים בהא דבעינן הרשאה עם הקנאה ולא סגי בשליחות. א. ברש"י משמע דבשליחות לא יהיו המעות באחריות התובע והב"י תמה דאינו כן. ב. לרא"ש חוששים שיבטל התובע את השליחות. ג. למרדכי בשם הראב"ן חוששים שמא ימות התובע. ד. לש"ך בדעת הרי"ף וליש"ש כשמודה הנתבע בחיובו חייב לפרוע גם לשליח ורק במקום שיש לו טענה וצריך לדון בב"ד לא סגי בשליחות אלא בעינן הקנאה וכן משמע ברמב"ם וברמב"ן. ועיין בש"ך ס' קכ"ב סקט"ז שאם לא כתב זכי ואפיק לנפשך לרא"ש ולמרדכי אין הנתבע חייב לפרוע כלל ולש"ך בדעת הרי"ף חייב לפרוע אלא שאם יש לו טענת פטור אינו חייב לדון עמו בב"ד.

אורכתא אמטלטלי. כתבו התוס'

דמיירי במטלטלין דגזילה דכיון שאינם ברשותו ואינו יכול להקנות אינו יכול לכתוב הרשאה

אבל מטלטלין דפקדון אף שאינו תח"י נחשב ברשותו וכותבים עליו הרשאה. ובלשון רש"י אם אבד יכול לתבוע מיד הנאמן משמע דאיירי בפקדון. וכתב בזה הקצה"ח בס' קכ"ג סק"א שבודאי רש"י מודה שפקדון הוא ברשות הבעלים כמו שהוכיחו התוס', אלא דהכא מיירי שיש לשומר איזה טענה או תביעה על הפקדון ואינו רוצה להחזירו לבעלים עד שיעמדו לדין, ואף שהוא ציית דינא ואין כוונתו לגנוב מ"מ כיון שלמעשה אינו רוצה להשיב זה שלא ברשות הבעלים. ומביא הקצות ראייה מזה למה שכתב בס' שנ"ד בשם התור"י דגם במק"ט אם הלוקח מעכב מפני שחושב שחל המקח זה שלא ברשות הבעלים אף שאין כוונתו לגנוב והוא ציית דינא. ואף דל"ק איירי בלא כפריה היינו שמודה שגוף הפקדון הוא של המפקיד אבל טוען שיכול לעכב הפקדון בשביל תביעה אחרת שיש לו על המפקיד. ובל"ה צ"ל כן שהש"ך ס"ל בדעת הרי"ף שכל מה שצריך הרשאה הוא רק כשלנתבע יש טענה על הממון וצריך לדון עמו בב"ד, ואף דל"ק לא איירי בכפריה מ"מ איירי דאית ליה טענה על הממון ואעפ"כ אין זה נחשב כפריה כיון שמודה בגוף הממון.

א"ד אמרי נהרדעי. ללשון השני אפשר

לכתוב הרשאה אפילו במטלטלין דגזילה ורק בכפריה לא כתבינן משום דמחזי כשיקרא. וכמה דרכים נאמרו בביאור דברי הל"ב אמאי כתבינן הא א"א להקנות מטלטלין דגזילה. שיטת התוס' דאע"ג דקי"ל כר"י שא"א להקנות דבר שאינו ברשותו וקי"ל דהרשאה צריכה קנין וכל הרשאה דלא כתיב ביה דון וזכי ואפיק לנפשך לית ביה מששא אעפ"כ קי"ל הלכתא שליח שוויה דעיקר ההרשאה הוא שליחות ותקנו חכמים שיחשב כאילו היה קונה קנין גמור. ולכן מהני הרשאה במלוה אף שאינו בר הקנאה דלא גרע ממטלטלי דגזילה שא"א להקנות ואעפ"כ תקנו חכמים שיחשב כאילו הקנה ה"נ במלוה.

בזה על הקצות וכתב שבעלמא בדשלב"ל לא מהני הגילוי הראשון והכא שאני דהממון נמצא בעולם והמקנה הוא בעלים על הממון בין בחוב בין בגזילה שאם מת הוא מוריש ממון זה ליורשיו אלא שאין הממון ברשותו להקנותו לאחר, בזה אמרינן דמהני כח אמירתו הראשון שיוכל הקונה לקנות כשיבא לעולם מכח האמירה הראשונה, אבל כשמקנה דבר שאינו בעולם כלל בטלה אמירה הראשונה וצריך הקנאה חדשה אחרי שבא לעולם.

שיטת הרשב"א כאן ובשבועות ל"ג: דל"ב ס"ל דמה דסבר ר"י שממון שאינו ברשותו א"א להקדיש הוא גזה"כ לענין הקדש דכתיב כי יקדיש את ביתו אבל במכר ליכא גזה"כ ואפשר למכור דבר שהוא שלו אף שאינו ברשותו ולכן יכול לכתוב הרשאה על מטלטלין דגזילה אף שהרשאה צריכה קנין. והקצות הנ"ל תמה על דברי הרשב"א דמבואר לעיל שהדין של אינה ברשותו הוא לא רק לגבי הקדש אלא גם להפקיר ולחלל אי אפשר, וכשם שילפינן הפקר וחילול מהקדש ה"ה דנלמד מכירה מהקדש. החזו"א בחו"מ ס' א' סק"א כתב שבודאי מודה הרשב"א שא"א למכור דבר שאינו ברשותו אלא דס"ל דאין זה נחשב כדבר שלא בא לעולם ומהני אמירתו הראשונה שיוכל הקונה לזכות ע"י אמירה זו כשיבא לעולם. וגדולה מזו מצאנו ברמ"ה לעיל ל"ג. שבכלל אין חסרון של דשלב"ל לגבי דבר שאינו ברשותו וקונה כשיבא לרשות המקנה מכח מעשה הקנין שנעשה בזמן שלא היה ברשותו [כך מפרש רע"א בב"ב מ"ג. את דברי הרמ"ה]. וכ"ש הכא דיכול לקנות ע"י הקנין שעושה אח"כ מכח האמירה הראשונה. הקה"י בנדרים ס' ל"א אות א' ד"ה ונראה מפרש דברי הרשב"א כפשוטו שבמכר אין חסרון של אינה ברשותו כלל, ומה שהקצות מקשה מהפקר כתב הקה"י דכיון דהפקר חל ע"י דיבור דמי להקדש משא"כ מכירה דאיכא מעשה קנין ע"ש.

שיטת הרמב"ן דל"ק ס"ל שהרשאה צריך הקנאה גמורה והמורשה זוכה בממון ותובע מצד הקנין שלו בלי דין שליחות ולכן לא מהני הרשאה בגזילה או במלוה. ול"ב ס"ל שגם באופן שאינו קונה עכשיו מ"מ הועיל ההקנאה שיכול לזכות כשיוציא את הממון מן הנתבע, ואף שאם יחזור התובע מהקנאתו לפני שהשליח יגבה את הממון יתבטל הקנין אבל כ"ז שלא חזר יתקיים הקנין כשיוציא מהנתבע. ולפי הל"ב הרשאה מורכבת משליחות ומקנין, דבלי שליחות לא מהני הקנין כיון שעדיין אין הממון שלו, ושליחות לבד לא מהני כיון שאין מזה נ"מ לשליח יכול הנתבע לומר לו לאו בע"ד ידי את, אבל כשיש גם שליחות וגם נ"מ לשליח, שאם יוציא יזכה בממון, יכול לתבוע את הנתבע. וכיון שעיקר התביעה של השליח הוא בתורת שליח והקנין הוא כדי שיהיה גם לו נ"מ מתביעה זו כדי לסלק טענת לאו בע"ד ידי את סגי במה שהועיל הקנין שיזכה בממון כשיוציא את הממון מהנתבע דע"ז התביעה היא בשבילו כדי שיזכה כשיוציא את הממון.

הקצה"ח בסי' קכ"ג סק"א כתב שמדברי הרמב"ן מוכח כשיטת התה"ד שהובא בש"ך בס' ס"ו סקס"ו שהמקנה דשלב"ל ולא חזר המוכר עד שבא לעולם והחזיק הקונה בממון אפילו שלא מדעת המקנה זכה הקונה ותו לא מצי המקנה למהדר ביה. דאף שמעשה הקנין הראשון לא מהני לקנות אח"כ דהוי דשלב"ל מ"מ הגילוי דעת שניחא ליה למקנה להקנות קיים אח"כ ויכול לזכות אח"כ בלי הקנאה מחודשת. והש"ך מקשה על התה"ד וס"ל דבעינן הקנאה חדשה ומהני תפיסת הלוקח כשבא לעולם רק מדעת המקנה. וכתב הקצות שברמב"ן כאן מבואר כהתה"ד שאם היה צריך הקנאה חדשה לא היה נחשב השליח בע"ד, אלא מוכח ברמב"ן דזוכה אח"כ ע"י הגילוי הראשון שהוא עדיין קיים וזה שפיר סיבה שיחשב בע"ד לתבוע כדי שיוכל לזכות במה שהקנו לו. החזו"א בחו"מ ס' א' סק"ו חולק

חכמים שיועיל אף דאינה ברשותו אבל בעינן דוקא באופן שאילו היה ברשותו היה מועיל. לכן במעות בעינן אגב ולא מהני סודר. והרמ"ה חולק וס"ל שגם זה בכלל התקנה ומהני קנין כל דהו וגם על מעות מועיל הרשאה ע"י סודר. ג. הרמב"ן ס"ל דאין זה תקנ"ח אלא כיון שהוא שליח וכל ענין הקנין הוא כדי שלא יהיה טענת לאו בע"ד ידידי את סגי במה שאחרי הגבייה יזכה השליח בממון מכח ההקנאה הראשונה. ד. הרשב"א ס"ל דגם לל"ב בעינן קנין המועיל אלא דס"ל שאפשר למכור דבר שאינו ברשותו ורק בהקדש גזה"כ שלא חל על אינו ברשותו.

בשיטת התוס' צריך להבין מאחר שאינו קונה א"כ אין הממון שלו ואינו אלא שליח ומה נעשה ע"י הקנין ומה גדר תקנ"ח בזה. לשון הרשב"א בשבועות לג': כשמבאר שיטת הרי"ף שהוא כתוס' דהוי תקנ"ח וז"ל לפי שההרשאה אפילו בפקדון אינו קונה קנין גמור דהא קי"ל דשלוחי שויה, אלא לגבי נפקד שויה כקונה וכבעל דברים ידידיה דלא מצי למדחיה ולמימר לאו בע"ד ידידי את עכ"ל. ואולי יש להוסיף בזה לשון רש"י בשבועות ל"ג: וז"ל בבא בהרשאה שמינהו אפוטרופוס על כך עכ"ל. מבואר בלשון רש"י דהמעלה של הרשאה על סתם שליחות הוא שמשליטתו על נכסיו לענין גביה זו ולגבי תביעה זו הוא נעשה כאפוטרופוס. ותנק"ח היתה שמינוי האפוטרופוס לענין זה כיון שאינו אפוטרופוס גמור על כל נכסיו יעשה ע"י מעשה קנין. ועיין בס' ק"ה סע' א' דקי"ל שהתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה אפילו עשאו שליח אבל אם התופס הוא אפוטרופוס מהני תפיסתו אף שחב לאחרים. ומבואר דאפוטרופוס נחשב בע"ד יותר משליח א"כ י"ל דזה גדר תקנ"ח בהרשאה כמבואר בלשון רש"י. [ואף שבתופס לבע"ח מבואר דגם הרשאה לא מהני אלא רק אפוטרופוס אין זה סתירה לדברינו דאף דגדר תקנ"ח היתה שיחשב כאפוטרופוס מ"מ אינו

הרמב"ם בפ"ג משלוחין ה"ו פסק כל"ב שא"א לכתוב הרשאה על פקדון שהשומר כופר משום מחזי כשיקרא. ומשמע דלולא זה היה מועיל הרשאה אף שאינו ברשות הבעלים ואף שהרמב"ם כתב פקדון ופקדון הוא ברשות הבעלים מ"מ כיון שכופר הכופר בפקדון הוי גזלן ואינו ברשות הבעלים [ע"י קצה"ח ס' קכ"ג סק"ב] ואעפ"כ משמע שלולא מחזי כשיקרא היה מועיל ההרשאה, וזה כל"ב שמהני הרשאה גם באופן שעכשיו אינו ראוי להקנאה. ובהל' ז' כתב הרמב"ם שאם היו לו מעות פקדון ביד אחר אינו יכול להרשות ע"י קנין סודר דמעות אינם נקנים בחליפין אלא צריך להקנות המעות לשליח אגב קרקע. ומשמע דבענין הקנאה גמורה בקנין המועיל, וקשה א"כ למה במטלטלין דכפריה צריך להגיע למחזי כשיקרא ת"ל דאינו ברשותו וא"א להקנות. וכתב החזו"א בחו"מ ס' א' סק"י"ח ד"ה וזה שהרמב"ם ס"ל כשיטת התוס' דהיה תקנ"ח לל"ב שיועיל הרשאה אפילו על דבר שאינה ברשותו, אך התוס' למדו מזה שמהני הרשאה גם במלוה אף שא"א להקנותו דתקנו שיחשב כאילו הקנה, והרמב"ם ס"ל שהתקנה היתה דוקא לענין אינה ברשותו שיחשב אינה ברשותו כברשותו אבל בעינן דוקא קנין שהיה מועיל אילו הממון היה ברשותו, ולכן במעות לא מהני חליפין אלא דוקא קנין אגב. והרמ"ה שהובא בטור ס' קכ"ב ובש"ך שם סק"י"ג חולק על הרמב"ם וס"ל דכמו שתקנו שמועיל הרשאה על דבר שאינו ברשותו אף שאינו ראוי להקנאה מ"מ תקנו שיועיל כאילו הקנה כך מהני קנין סודר גם למעות אף שאינם נקנים בסודר דלגבי הרשאה לא בעינן קנין המועיל בעלמא אלא סגי בקנין כל דהו. וע"ע בס' קכ"ג בש"ך סק"א.

נמצא השיטות בהא דמהני הרשאה לל"ב אף באופן שאין הממון ברשותו א. שיטת התוס' דתקנו חכמים שיחשב כאילו קנה ולכן מהני גם במלוה שאינו בר הקנאה. ב. שיטת הרמב"ם [לדעת החזו"א] כשיטת התוס' דתקנו

אפוטרופוס ממש ובמקום שחב לאחרים לא מהני תפיסתו].

ואמרי נהרדעי אורכתא דלא כתיב ביה וכו'. בפשטות אין כונת הגמ' דסגי בכתיבה אלא בעינן שבאמת יקנה והכתיבה היא רק לראיה. ולל"ק בעינן קנין גמור באופן המועיל ולל"ב מהני גם הקנאה של דבר שאינו ברשותו כמו שנתבאר לעיל. אך הקצה"ח בס' קכ"ג סק"א מביא בשם המרדכי שכונת הגמ' דאין צריך להקנות אלא סגי בכותב זיל דון וזכי. ולומד הקצות שלפי המרדכי גם לל"ק היה תקנ"ח שיועיל בלי מעשה קנין אם כותב לשון קנין אלא דל"ק ס"ל דתקנו רק באופן שהממון הוא ברשותו וראוי להיות נקנה אם יעשה מעשה קנין. ומוסיף הקצות שברמב"ן משמע דלל"ק בעינן קנין ממש. והיינו שהרמב"ן כתב דלל"ק אינו שליח כלל אלא הוא בעצמו התובע שקנה את הממון ורק לל"ב הוא שליח והקנין הוא רק כדי שיהיה נ"מ בשבילו ולא יהיה טענה של לאו בע"ד ידי את. נמצא שבגדר דין הרשאה לל"ב נחלקו הראשונים שהובאו לעיל, והרמב"ן והמרדכי נחלקו לל"ק שלרמב"ן זה הקנאה גמורה ולמרדכי לא בעינן אלא לשון הקנאה וגם לל"ק זה תקנ"ח שיחשב כאילו הקנה.

למחצה לשליש ולרביע. כתב היש"ש, הובא בש"ך ס' קכ"ב סקי"ט, דמה שמועיל הקנאה למחצה הוא דוקא באופן שהקנה את המחצה בקנין גמור באופן המועיל שאז השליח הוא בעלים ממש על הממון בזה סגי במה שהוא בעלים על חלק ויכול לתבוע את הכל, אבל אם הקנה מטלטלין דגזילה או חוב שבעלמא אינו נקנה ורק לענין הרשאה תקנ"ח שיחשב כאילו הקנה בזה יכול לתבוע רק החלק שהקנו לו ולא מספיק הקנאה של מחצה כדי לגבות את הכל. ומדברי המרדכי הנ"ל שהביא הקצות בס' קכ"ג סק"א שמפרש בהא דאמרי

נהרדעי שצריך לכתוב זיל דון וזכי לנפשך היינו דתקנו דסגי בזה שכותב כן ולא בעינן שיקנה בקנין וע"ז קאי אביי ואמר דאי כתב למחצה דמהני על הכל, ומבואר שגם באופן שלא היה מעשה קנין וכח תביעתו על המחצה הוא מכח תקנ"ח אעפ"כ אמרינן מגו דמשתעי דינא אפלאגא משתעי דינא אכולה.

הראב"ד בפ"ג משלוחין ה"ב כתב דהא דסגי בהקנאת מחצה שליש ורביע הוא דוקא באופן זה אבל הקנה סכום מסוים כגון מאה דינרים ממה שיש לו ביד פלוני אינו דין אלא על חלקו. וכתב הב"ח בס' קכ"ב דסברת הראב"ד הוא דמה דסגי בהקנאה של חלק הוא שאם הקנה לשליח שליש א"כ מה שיוציא יותר יגדל חלקו לכן נחשב בע"ד על הכל. משא"כ כשהקנה לו חלק מסוים אין זה סיבה שיחשב בע"ד על הכל. והסמ"ע שם סקי"ב והש"ך סקכ"א דחו טעם זה וס"ל דסברת הראב"ד הוא דכשנותן למחצה לשליח ולרביע יש לו חלק בכל החוב. ולשון הגאון שם סקט"ז הוא שבאופן זה נעשה שותף בחוב וכל אחד מן השותפים יכול לתבוע את כל החוב, משא"כ כשהקנה סכום מסוים אין הוא בעלים אלא על חלק זה ואינו נעשה שותף בשאר החוב. והנ"מ הוא דלב"ח בעינן דוקא שיקנה לו מחצה או שליש ממה שהוא יגבה, ולסמ"ע ולש"ך אפילו אם באופן שיגבה רק שליש הכל יהיה למשלח מ"מ יכול לדון על הכל.

אמר אמימר אי תפס לא מפקינן מיניה, ר"א אמר וכו' שליח שויה. ללשון השני ברש"י פליגי אמימר ור"א אי תפס השליח ומעכב הממון שהוציא מן הנתבע לעצמו אם מהני תפיסתו או לא. אמימר ס"ל דכיון שהקנה הממון מהני תפיסתו ור"א ס"ל שאינו אלא שליח ולא מהני תפיסתו. ובביאור מחלוקתם יש כמה דרכים בראשונים. א. התוס' כתבו בד"ה אמטלטלין דסברת הל"ב דמהני הרשאה גם בגזל אף שא"א להקנותו דלהאי ליטנא מסקינן

של אדם כמותו סגי בשליחות בלי קנין וא"א לומר לו לאו בע"ד ידידי את. ומוסיף בעה"מ דקי"ל כר"א לכן נהגו לכתוב הרשאה על מטלטלי דכפריה דרק כשצריך להקנות איכא מחזי כשיקרא ולר"א דסגי בשליחות בלי קנין אין חשש של מחזי כשיקרא.

ד. הרמב"ן במלחמות מבאר ע"פ דרכו שהובא לעיל שהרמב"ן מבאר דל"ק ס"ל שצריך קנין גמור ובזה לא בעינן שליחות אלא תובע מפני שהוא בעלים על הממון. ל"ב ס"ל דהוי שליח אלא כדי לסלק טענת לאו בע"ד בעינן שיהיה נ"מ לשליח מתביעתו ולכן בעינן שיקנה לשליח את הממון ואף שלא חל הקנין כיון שאין הממון ברשותו מ"מ כשיוציא הממון מהנתבע ויהיה ברשות התובע יחול הקנין וא"כ יש לשליח נ"מ מתביעתו שע"י שיוציא את הממון יחול קנינו ויזכה בממון. ולכן סובר אמימר שגם לל"ב אי תפס לא מפקינן מיניה שאחרי שמוציא את הממון חל הקנין. ור"א פליג וס"ל דאף שכותב לו זכי ואפיק לנפשך אין הכונה שמקנה לו את גוף הממון אלא הוי כאומר לו הוציא לי מעות מיד פלוני ותשתמש בהם לנפשך ותחזירם לי כאן. דהיינו שאם יוציא את הכסף מן הנתבע יש לו רשות להשתמש בממון עד שיחזור למקום משלחו, וגם זכות השתמשות זו היא מספיק שיחשב שיש נ"מ לשליח מתביעתו וזה מספיק לסלק טענת לאו בע"ד ידידי את אף שאין לו קנין במעות כלל, ולכן אי תפס מפקינן מיניה. דהיינו שלרמב"ן איכא ג' שיטות מה צריך כדי לסלק טענת לאו בע"ד א. לל"ק בעינן קנין גמור. ב. לל"ב אליבא דאמימר לא בעינן שיהיה עכשיו בעלים על המעות אבל צריך שיקבל קנין אחרי שיוציא את המעות מהנתבע. ג. לר"א סגי בזה שיהיה לו זכות השתמשות עד שיגיעו המעות למשלחו.

כל זה ללשון השני ברש"י שאי תפס דאמר אמימר קאי על תפיסת השליח הממון לעצמו אבל לל"ק מיירי דתפס השליח מן הנתבע

דשליח שויה ועשו תקנה לענין שליחות כאילו היה קונה. משמע דל"ב הוא כר"א דשליח שויה אלא דלא סגי בשליחות גרידא ובעינן הקנאה אבל לא בעינן הקנאה שמועילה בעלמא אלא סגי בקנין כל דהו ותקנו שיחשב כאילו קנה. וכיון שלא קנה לא מהני תפיסתו דתקנ"ח היתה רק שיועיל לענין הרשאה אבל אין הממון נעשה שלו. ומשמע דאמימר דס"ל דקונה ומהני תפיסתו יסבור כל"ק דבעינן קנין המועיל ולא כתבינן אורכתא אמטלטלי דגזילה. דהיינו שאמימר ור"א פליגי בב' הלשונות דנהרדעי. אמימר ס"ל כל"ק דקונה קנין גמור ורק באופן שמהני הקנין כותבים הרשאה ולכן מהני תפיסתו. ור"א ס"ל כל"ב דשליח שויה והקנין אינו אלא תקנ"ח לאלומי לשליחותו ולא בעינן קנין המועיל בעלמא ולכן לא מהני תפיסת השליח.

ב. החזו"א בחו"מ ס' א' סקי"ב כתב בדעת התוס' שאמימר ור"א פליגי אליבא דל"ב, דאמימר ס"ל דאף שא"א להקנות גזילה מ"מ תקנו חכמים שיחשב כאילו קנה ולכן מהני תפיסתו. ור"א פליג וס"ל דתקנ"ח לא היתה אלא לענין ההרשאה לסלק טענת לאו בע"ד ידידי את אבל אין הממון נעשה שלו ולא מהני תפיסתו. דהיינו דפליגי במה שכתבו התוס' שתקנו שיחשב כאילו קנה קנין גמור עד כמה נחשב הכאילו הזה כקנין. ועיין בחזו"א שמקשה לדבריו למה כתבו התוס' דל"ב סברה שליח שויה הא לדבריו גם אמימר יכול לסבור כל"ב ע"ש מש"כ בזה.

ג. בעה"מ מפרש דלתרי לישני דנהרדעי צריך קנין ופליגי רק אם צריך קנין המועיל או שסגי בקנין שבעלמא אינו מועיל. ולנהרדעי בעינן שיכתוב זיל דון וזכי ואפיק לנפשך. ואמימר קאי בשיטת נהרדעי לכן ס"ל דאי תפס לא מפקינן מיניה. ור"א פליג על שתי הלשונות של נהרדעי וס"ל דלא בעינן קנין כלל ולא צריך לכתוב זיל דון וזכי ואפיק לנפשך ואינו אלא שליח בלי שום קנין. ור"א ס"ל דכיון דשלוחו

הערות

מרובה דף ע.

וציונים

עט

ומהני תפיסתו אף שלא כתב לו זכי ואפיק לנפשך דסבר אמימר דרק לענין שיוכל לתבוע ולא ידחנו בטענת לאו בע"ד צריך קנין אבל אם עבר ותפס מהני תפיסתו. ור"א חולק וס"ל דאם לא כתב כן ולא הקנה לו לא מהני תפיסתו דהוי כתופס לבע"ח דלא קנה. ומבואר ברש"י כאן בדעת ר"א דאפילו היכא שהמלוה עשה את התופס לשליח אמרינן דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה. וקשה דשיטת רש"י בב"מ י'. דהיכא דעשאו שליח מהני תפיסתו והתוס' שם ובכתובות פ"ד: ובגיטין י"א: חולקים על רש"י בזה. עיין בתומים ס' ק"ה סק"א שמוכיח מרש"י כאן דרש"י פירש כן רק בה"א בב"מ אבל למסקנא רש"י מודה לתוס' דגם אם עשאו שליח לא מהני. גם הקצה"ח בס' ק"ה סק"ג כתב דאין כונת רש"י בב"מ כמו שהבינו התוס' וגם רש"י מודה דלא מהני אפילו עשאו שליח, ומביא הקצות ראייה לדבריו מרש"י כאן. אבל כ"ז בדעת ר"א אבל אמימר לכאורה חולק בזה וס"ל שאף בלי קנין מהני תפיסת השליח ואין בזה משום תופס לבע"ח כיון שעשאו שליח ובזה גופא פליגי אמימר ור"א לל"ק דרש"י.

עוד למד התומים בס' ק"ה סק"ג מדבריו רש"י כאן בל"ק דנפסק בשו"ע שם סע' ב' שאם הלוח חייב גם לתופס מהני תפיסתו אף שתפס בשביל אחר דמגו אי בעי זכי לנפשיה זכי נמי לחבריה. ונחלקו הש"ך והסמ"ע שם אם יכול לתפוס רק לפי שיעור החוב שלו או גם יותר מחובו. וכתב התומים להביא ראייה מכאן דלמ"ד שותפא הוי יכול למתפס פלגא. ולל"ק ברש"י היינו שבחלק זה מהני תפיסתו מהנתבע כיון שתופס בשבילו ועל השאר הוי תופס לבע"ח ולא מהני תפיסתו, ולדעת הש"ך דהיכא שיש לו יד לזכות בחלק יכול לזכות בכולו גם אם הוא רק שותף יכול לתפוס הכל דבכה"ג שיכול לזכות חלק לעצמו אין דין של תופס לבע"ח, אלא מוכח מרש"י שלא יכול לתפוס יותר מחלקו. נמצא דב' הלכות יש

ללמוד מל"ק דרש"י בענין תופס לבע"ח. א. שלר"א דקי"ל כוותיה אפילו עשאו שליח תופס לבע"ח לא קנה. ב. אפילו אם יכול לזכות חלק לנפשיה אינו יכול לתפוס יותר מחלקו בשביל אחר.

כיון דכתביה כל דמתעני מן דינא קבילית עלי שליח שויה. הב"י והסמ"ע בס' קכ"ב ס"ל שרק אם כתב כן המשלח אחראי על ההוצאות שהיו לשליח ורק באופן זה אמרינן דשליח שויה ולא מהני תפיסת השליח אבל היש"ש כתב שאפילו לא כתב כן מסתמא אדעתא דהכי הרשה. דבריהם הובאו בש"ך ס' קכ"ב סקכ"ג עי"ש.

תוד"ה אמטלטלין דכפריה. כתבו בשם ר"ח דהאידינא נהגו לכתוב הרשאה אפילו על מטלטלין דכפריה וקשה דבכפריה לשתי הלשונות לא כתבינן. וג' דרכים נאמרו בביאור מנהג זה. א. ר"ת מפרש דקי"ל כל"ב וקי"ל דלמחזי כשיקרא לא חיישינן. ב. בעה"מ כתב דר"א חולק על שתי הלשונות של נהרדעי וס"ל דסגי בשליחות ולא בעינן הקנאה כלל ולכן ליכא חשש של מחזי כשיקרא כיון שאינו כותב לשון הקנאה. וקי"ל כר"א. ג. ברמב"ם פ"ג משלוחין ה"ז מבואר דאף דקי"ל כל"ב דהיכא דמחזי כשיקרא לא כתבינן מ"מ תקנו הגאונים שכותבים גם על מלוה אף שאינו נקנה וכן תקנו שכותבין אף בכפריה. והובא מחלוקת הראשונים בזה בס' קכ"ג סע' א' דדעה ראשונה שם הוא הרמב"ם שמדינא לא כותבים אבל הגאונים תקנו שכותבים אע"פ שכפר. והי"א הוא שיטת ר"ת דמדינא כותבים דלא חיישינן למחזי כשיקרא. עיין בגאון שם סק"י וסקי"ד. והא דסובר הרמב"ם שלהלכה חיישינן למחזי כשיקרא אף שבכתובות פ"ה. מבואר דליתא לדרב פפי עיין בריטב"א שם בכתובות דרב פפי מחדש שגם בכתובה לבד יש מחזי כשיקרא ובזה לא קי"ל כוותיה אבל בחתימה גם לדין

חוששים למחזי כשיקרא, הובא בש"ך ס' ל"ט סקל"ח ע"ש. הרשב"א בגיטין כ"ו: כתב דמה דלא חיישינן למחזי כשיקרא בדרכי פפי הוא משום שהוא רק מחזי כשיקרא בשעת כתיבה אבל אח"כ לא נשאר המחזי כשיקרא משא"כ הכא דלעולם הוי מחזי כשיקרא כיון שנכתב על ממון שהנתבע כופר בו. והובאו דברי הרשב"א בגאון בס' קכ"ג סוף סקי"ד.

הגמ' בשבועות ובבכורות מפרשת מתני' דהתם ע"פ ל"ב דנהרדעי. והקשו התוס' איך ל"ק דנהרדעי יפרשו משניות אלו. וכתבו שהמשנה בשבועות י"ל דמיירי בקרקע וקרקע הוי ברשות הבעלים אבל המשנה בבכורות אין להעמיד בקרקע דהמשנה שם סברה דאין פודין בקרקעות. והקשו רע"א והקו"ש דמשמע שלולא זה היה אפשר להעמיד בקרקע ואמאי הא כ"ז שלא כתב הרשאה אינו יכול להוציא הממון מהכהן שהוא דוחה כ"א מהם וא"כ הוי ליה ממון שאי אתה יכול להוציאו בדיינים ומבואר בב"מ ז'. דהיכא שא"א להוציא בדיינים גם קרקע נחשב שלא ברשות הבעלים. וכתבו דכיון שע"י כתיבת ההרשאה יכולים להוציא זה נחשב ממון שאתה יכול להוציאו בדיינים ושפיר נחשב ברשותו. ומביא הקו"ש שכ"כ הקצות בס' ל"ז סק"י. והקצות שם מדמה ענין זה לדברי הרשב"א של יאוש וש"ר דקנינו והקנאתו באים כאחד וה"נ הכא זה נחשב ברשותו מפני שיכול להקנות ויכול להקנות מפני שזה ברשותו.

כתבו דל"ק דנהרדעי יפרשו מתני' דבכורות בשיעבודא דר"נ א"נ במעמד שלשתן. ומבואר דפשיטא להו דאף שחוב זה גרע מכל חוב והוא נחשב אינה ברשותו כיון שהכהן יכול לדחות כ"א בטענה שהמת אינו בנו מ"מ הוא נקנה במע"ש. דהיינו דס"ל שלגבי קנין מע"ש אין חסרון של אינו ברשותו וגם דבר גזול אפשר להקנות במע"ש. ונחלקו בזה הרמב"ן ובעה"מ בריש שור שנגזר דו"ה שבעה"מ שם

מוכיח שחוב נחשב ברשותו ואפשר להקדיש חוב דאל"כ איך חוב נקנה במע"ש. ומבואר דפשיטא ליה שגם מע"ש לא מהני בדבר שאינה ברשותו. והרמב"ן כתב דלעולם מלוה נחשב אינה ברשותו ואעפ"כ נקנה במע"ש דהוי הלכתא בלא טעמא. ועיין בקו"ש ב"ב אות תפ"ג שכתב שלרמב"ן גם דבר גזול נקנה במע"ש. ומדברי התוס' כאן מוכח דס"ל כרמב"ן שלגבי מע"ש אין חסרון של אינה ברשותו. ואף שהתוס' דחו תי' זה דשמא לא מהני מע"ש כיון שהוא עצמו לא היה יכול להוציא מידו אין כונתם משום דהוי אינה ברשותו דא"כ מה תרצו מעיקרא אלא משום דדמי לכתובה שלא נקנה במע"ש כיון שלא נתנה לגבות מחיים.

ועל מה שכתבו התוס' דמיירי בשיעבודא דר"נ עיין באו"ש בפ"ב ממלוה ה"ו שמקשה דדינו של ראובן לגבות מלוי מכח שדר"נ הוא רק משום שבגביה זו יפטר שמעון מחובו לראובן אבל הכא כשיגבה האב המלוה מהכהן יחזור ויתבע שוב את הלזה שלו שהוא האב שני ויטען שמה שגבה מהכהן זה היה חיוב ישיר אליו שהמת היה בנו, ובטענה זו יחזור ויגבה דהשני טוען שמא והוי כאיני יודע אם פרעתיך שמשלם מספק מכח חזקת חיוב וכיון שע"י הגביה מהכהן לא יתבטל תביעתו על הלזה שלו א"כ אינו יכול לבא לכהן מכח הלזה שלו דחוב של הלזה לא יפרע ע"י גביה זו. ע"ש באו"ש מש"כ בזה.

דף ע:

דבר ולא חצי דבר. מבואר בסוגיא דיש ג' אופנים בזה. א. שנים אומרים אחד בגבה וכו' לכו"ע יש חסרון של חצי דבר. ב. עדי קידושין ועדי ביאה וכן עדי גניבה וטביחה לכו"ע אין חסרון של חצי דבר. ג. בעדי חזקה לר"ע הוי חצי דבר לרבנן אין זה נחשב חצי דבר. והא דמודו כו"ע בעדי קידושין וביאה

הערות

מרובה דף ע:

וציונים

פא

הוא משום דאע"ג דעדי ביאה צריכי לעדי קידושין כיון דעדי קידושין לא צריכי לעדי ביאה דבר קרינא ביה. הביאור בזה הוא שתמיד החסרון של חצי דבר הוא בכת הראשונה שאינה מעידה דבר שלם אבל אחרי שנתקבלה הכת הראשונה אין חסרון של חצי דבר בכת השניה כיון שהיא מעידה על גמר הדבר. ולכן כשהעדות של הכת הראשונה הוא דבר שלם בפנ"ע כגון בעדי קידושין או עדי גניבה ומתקבלת עדותם שוב אין חסרון בכת השניה, אף שהיא לבדה אינה דבר שלם מ"מ כיון שע"י עדותם יש גמר דבר אין זה נחשב חצי דבר. ויש לעיין אם זה דוקא כשהעידו כסדר שבתחילה באו עדי קידושין או עדי גניבה ונתקבלה עדותן ואח"כ באו עדי ביאה ועדי טביחה אין זה חצי דבר אבל אם העידו קודם עדי ביאה ועדי טביחה ואח"כ העידו עדי קידושין ועדי גניבה יהיה חסרון של חצי דבר בעדי ביאה ועדי טביחה כיון שלא הועילה עדותן עד אחר שבאו עדי הקידושין ועדי הגניבה או דלמא גם כשהעידו עדי טביחה ועדי ביאה קודם אין זה חצי דבר שהביאה היא גמר החיוב אלא שחסר ידיעה מוקדמת אם נתקדשה או לא ולא דמי לעדי אכילה של שנה ראשונה שאיננו גמר החזקה אלא תחילתו.

בהא דמודו רבנן בסמני גדלות דהוי חצי דבר ולא הוי כעדי חזקה שלרבנן אין בו משום חצי דבר יש ג' שיטות, שיטת הרי"ף, שיטת התוס' ושיטת רש"י. שיטת הרי"ף שהובא בתוס' הוא שבחזקה לרבנן אין חסרון של חצי דבר מפני שיש נ"מ מעדותם לחייב פירות על אכילת שנה זו אם לא היו עדים על כל הג' שנים, השיטה בשם המאירי מקשה על סברת הרי"ף למה יחשב דבר שלם בגלל שע"פ עדותם אפשר לחייב פירות הרי זה הפך ממה שבאים לפסוק ע"י צירוף העדים. שעל הצד שלא החזיק ומוציאים ממנו הוא חייב לשלם את הפירות שאכל ועל הצד שאכל ג' שנים הוא זוכה בקרקע ופטור מלשלם את הפרות שאכל.

ובדעת ר"ע גם הרי"ף מודה לסברת המאירי שמבואר בגמ' שבעדי קידושין וביאה מודה ר"ע דלא הוי חצי דבר כיון שעדות על קידושין הוא דבר שלם בפנ"ע דנ"מ לענין לאוסרה על כל העולם, ואמאי פליג ר"ע בעדי חזקה הא גם בזה יש נ"מ מהעדות של שנה ראשונה לענין חיוב פרות, אע"כ דפרות שאני דהוא הפך הדין שרוצים לפסוק ע"פ עדותן, אלא שהרי"ף סובר שרבנן אינם מחלקים בזה וס"ל דגם הנ"מ של פירות הוא סיבה שלא יחשב חצי דבר. והמאירי ס"ל שפשוט שפירות הוא לא נ"מ בזמן שבאים לקבל מכח עדותם דבר שהוא הפך חיוב פירות.

ביאור מחלוקת הרי"ף והמאירי בדעת רבנן [וכן ביאור מחלוקת ר"ע ורבנן לדעת הרי"ף] הוא ביסוד הדין של חצי דבר שהרי"ף ס"ל לדעת רבנן שזה חסרון בקבלת העדות שא"א לקבל עדות שלא אומר דבר שלם וכיון שעכשיו יש נ"מ לגבי פירות וב"ד מקבלים את העדות ונודע לב"ד שאכל א"כ אח"כ יכולים לפסוק חזקה ע"פ עדות זו בצירוף עם עוד ב' כיתות. והמאירי ס"ל שאין החסרון בקבלת העדות אלא דין בפסק ב"ד דא"א לפסוק דין ע"פ עדים אא"כ נפסק ע"פ כת אחת ולא ע"י צירוף של כמה כיתות שכ"א העיד על חלק ממה שצריך בשביל הפסק. ובעדי קידושין וביאה ליכא חסרון זה כיון שעדי קידושין הוי דבר שלם לגבי האיסור לעולם ונפסק על פיהם שאסורה לעולם, ואח"כ פוסקים חיוב מיתה ע"י עדי ביאה. אבל בעדי חזקה לא מהני מה שיש נ"מ לפירות דאף שנתקבלה עדותן בתחילה לגבי פירות מ"מ אח"כ כשיש ג' כיתות ובאים לפסוק חזקה על פיהם לגבי פסק זה כל כת הוא חצי דבר דאין נ"מ לגבי החזקה אלא מכולם יחד א"כ הפסק יהיה ע"י צירוף של חלקי עדויות וזה הוי חצי דבר. ולדעת הרי"ף פליגי בזה ר"ע ורבנן דר"ע ס"ל כסברת המאירי שזה דין בפסק ולכן לא מהני נ"מ של פירות דזה לא נוגע לפסק של חזקה. ורבנן ס"ל דחצי דבר הוא חסרון בקבלת העדות וכיון שבזמן שהעידו היה

עדותם נוגע לפירות ונתקבלה העדות תו אין בזה חסרון של חצי דבר.

שיטת התוס' שמה שלרבנן אין חסרון של חצי דבר בעדי חזקה הוא מפני שראו כל מה שהיו יכולים לראות באותה שעה ולכן זה נחשב דבר שלם משא"כ בעדים על סימני גדלות לא ראו כל מה שהיו יכולים לראות. וכ"כ הרשב"ם בב"ב נ"ו: והרשב"א שם כתב ע"ז וז"ל ולא ירדתי לסוף תירוץ זה דמ"מ התורה אמרה דבר ולא חצי דבר ומ"ל שהיו יכולים לראות בזמן אחד או לא מ"מ עדות דבר שלם בעיני עכ"ל. וכתב בזה הקו"ש שם באות רנ"ה דשיטת התוס' והרשב"ם הוא דהפסול של חצי דבר לרבנן אינו דין בהגדת העדות אלא בראיית העדות שצריך שיראו דבר שלם והיכא דראו כל מה שהיו יכולים לראות באותה שעה זה נחשב ראיית דבר שלם. ועיין בחי' האו"ש בב"ב נ"ו: שכתב נסתפקתי בדינא דדבר ולא חצי דבר מי תלי בהגדה או בראיה, ולפי שיטת התוס' והרשב"ם לכאורה פליגי בזה ר"ע ורבנן.

שיטת רש"י הוא שחזקה לרבנן אינו נחשב חצי דבר מפני שכולם מעידים שהיה מוחזק בה משא"כ בעדי גדלות הני אמרי קטנה היא והני אמרי קטנה היא. וברמב"ן במלחמות כאן כתב וז"ל והרוצה לעמוד על העיקר יבא ויסמוך על דברי רבינו שלמה ז"ל עכ"ל. ומבאר הרמב"ן את שיטת רש"י שעדים שמעידים על שער אחד אינם מעידים על גדלות ולא על התחלת גדלות ואם לא נולד שם דבר אחר אפילו עמדה בשער אחד כל ימיה קטנה היא משא"כ בחזקה מי שמעיד על שנה אחת מעיד על מצב שאם ימשך מצב זה ג' שנים יהיה חזקה לכן כל חלק מן החזקה נחשב דבר שלם לרבנן. דהיינו שסימני גדלות אינם עצם הגדלות אלא סימן ושער אחד אינו אפילו חלק מהוכחה על גדלות וכיון שכל קיום העדות תלוי בצירוף לכת השני הוי חצי דבר אבל חזקה כל שנה הוא חלק מהראיה ואף שלא נשלם הראיה עד ג' שנים

מ"מ כל חלק מהג' שנים הוא חלק מן הראיה וכיון שעדותם אומר משהו לב"ד זה נחשב דבר שלם ואין בזה חסרון של חצי דבר.

התוס' הקשו על הרי"ף מגיטין ס"ג: שאשה צריכה ב' כיתי עדים להוכיח שהיא גרושה שנים שיאמרו בפנינו אמרה ושנים שיאמרו שהשליח קיבל את הגט מהבעל. ואמאי אין זה חצי דבר הא אין נ"מ מעדי אמירה בלי עדי הגירושין, אלא מוכח דכיון שראו כל מה שיכלו לראות באותה שעה אין זה חצי דבר. וכתבו שאפילו למ"ד שליש נאמן ולדבריו עדי אמירה אינם צריכים לעדי קבלה מ"מ זה נחשב חצי דבר כיון שצריך עדים שיראו הגט ביד השליש ורק אז הוא נאמן לומר שקיבל. התוס' בגיטין נשארו בתירוץ זה דאם שליש נאמן אין זה נחשב חצי דבר. וצריך להבין מה בכך דשליש נאמן הא מ"מ העדים שמעידים שאמרה הוא חצי דבר ומה נ"מ אם כדי להשלים את מה שחסר צריך עוד כת עדים או שצריך נאמנות של שליש. ועיין בשיטמ"ק כאן בשם ר' ישעיה שהקשה כן על תירוץ זה וז"ל ובלאו הכי יש לדחות תירוץ זה שהרי אין עדות הראשונים מועיל אלא ע"י השליח והגט שבידו ולא דמי לשנים אומרים אכלה שנה ראשונה דמהני להוציא פירות בלא כח אחר עכ"ל.

ב' דרכים נאמרו בזה. התורת גיטין שם מבאר דלעולם כל שצריך עוד נאמנות בין של עדים בין של אחר העדים הם חצי דבר ושאני נאמנות דשליש דאינו מדין נאמנות אלא מדין המניה, דהיינו שהבעל מוסר את הגט לשליש ע"ד שאם יאמר השליש שניתן לגירושין באמת הוא נותן לגירושין, וא"כ אמירת השליש אינה אלא קיום תנאי ואפילו אם משקר השליש היא מגורשת כיון שהבעל נתן ע"ד מה שיאמר השליש. והוי כעדים שראו גירושין שנתנו ע"מ שירדו גשמים ואח"כ רואים שירדו גשמים כך כאן בעיני רק עדי אמירה ושיאמר השליש

שקיבל לגירושין וחזינן שאומר כן. ובזה מיושב מה שמקשה הרש"ש שם בגיטין שגם בעדי חזקה אם יש עדים על שנה אחת ויהיה הודאת בע"ד על שאר השנים לא יצטרכו עוד עדים ולמה הוי חצי דבר. ולתו"ג ניחא דכל שצריך עוד נאמנות הוי חצי דבר ושאני שליש דאינו נאמנות.

האו"ש בריש הלכות סוטה מוכיח מכמה מקומות דעדי קינוי וסתירה אינם צריכים להיות אותם עדים, ומקשה אמאי אין זה חצי דבר. לשיטת התוס' קשה רק לר"ע ולרבנן ניחא דראו כל מה שהיו יכולים לראות באותה שעה. אבל לר"ף קשה לכו"ע שאין נ"מ מעדות הקינוי בלי עדי סתירה. וכתב בזה האו"ש שלר' אליעזר דס"ל מקנא ע"פ שנים ומשקה ע"פ עצמו י"ל דאימת הוי חצי דבר היינו היכא שכדי להשלים את מה שחסר בעינן עוד כת עדים דחצי דבר היינו חצי ממה שצריך עליו בירור של עדים, אבל היכא שאפשר להשלים את החסר ע"י נאמנות אחרת ולא בעינן עוד כת עדים א"כ מה שהעידו העדים אינו חצי דבר. ונראה דאף שלא הזכיר האו"ש בתוך דבריו את התוס' כאן ובגיטין מ"מ דבריו מיוסדים על תוס' זה ולא פירש דבריהם כפירוש התור"ג שזה דין מיוחד בנאמנות של שליש אלא כונת התוס' דאם שליש נאמן ואין העדים זקוקים לעוד כת עדים אין זה חצי דבר אף שצריכים צירוף של נאמנות השליש. ולפ"ז יקשה קושית הרש"ש דגם בעדי חזקה אפשר להשלים בלי עדים ע"י הודאת בע"ד. וצ"ל דהודאת בע"ד שאני שהוא כמאה עדים והוא דין נאמנות כעדים ורק במקום שאינו נאמן מדין הודאת בע"ד אלא מדין נאמנות אחרת שאינה כעדים בזה אמרינן שאין החלק שהעדים מעידים עליו חצי דבר שהעידו על כל מה שצריך עליו דין נאמנות של עדים.

האו"ש הנ"ל מישב קושיתו על הרי"ף מעדי קנוי וסתירה גם למאי דקי"ל שאין הבעל

משקה ע"פ עצמו, דכל מה דסבר הרי"ף שלרבנן זה לא חצי דבר דוקא כשיש נ"מ מהעדות לפירות הוא רק בחזקה שאין האכילה גורם את עצם הדין, ואינו אלא הוכחה שקנה, בזה חצי הוכחה אינה כלום והוי כשער אחד לגבי גדלות שאינו כלום נרש"י ס"ל דלא דמי דשער אחת אינה אפילו קצת הוכחה משא"כ אכילת שנה הוא חלק מן ההוכחה אבל הרי"ף לא ס"ל כן. אבל היכא שמעידים על דבר שהוא עצמו גורם את הדין כמו גניבה ומכירה בנפש שהגניבה הוא חלק מן המחייב אין זה חצי דבר לרבנן. וכן קנוי וסתירה אינם רק הוכחה על זנות אלא עצם הקנוי וסתירה גורמים איסור אפילו אם באמת לא זינתה, וכיון שהקנוי הוא חלק מעצם הדין אין זה חצי דבר אף שאין מזה נ"מ בלי צירוף עדי סתירה. ובזה יתישב קושית בעה"מ על הרי"ף כמו שיבואר בס"ד לקמן.

הרשב"א בגיטין ס"ג: ובב"ב נ"ו: וכן הרמב"ן שם כתבו לישב קושית התוס' על הרי"ף מעדי אמירה וקבלה דאף שלענין הגירושין עדי אמירה אינם דבר שלם מ"מ ענין השליחות הוא דבר בפנ"ע שידו כיד האשה והוא שלוחה לקבל גט בשבילה ודמי לעדי קידושין שאינם צריכים לעדי ביאה. הטור באבה"ע ס' קמ"ב כתב בשם הרמ"ה ששליח הולכה שמביא גט ויש עדים שהוא שליח אינו צריך לומר בפ"נ ובפ"נ אבל בעינן דוקא שעדי השליחות יהיו עדי הגירושין דאל"כ הוי חצי דבר. והקשה הב"י אמאי הוי חצי דבר הא שליחות לחדוד וגירושין לחדוד וכ"א הוא ענין שלם בפנ"ע. ובשערי יושר ש"ז פ"ג מוסיף להקשות ממתני' דשנים אומרים אמרה ושנים שקיבל ומבואר דאין זה נחשב חצי דבר. ומביא שהריב"ש מבאר דברי הרמ"ה ע"פ סברת הרשב"א והרמב"ן שמה שעדי אמירה וקבלה אינם חצי דבר הוא משום שהשליחות הוא ענין בפנ"ע, וסובר הרמ"ה שיש לחלק בזה בין שליח להולכה לשליח לקבלה. ששליח לקבלה

שירוע שהבהמה ששחט אינה שלו אלא שלא ידוע שעשה בו מעשה גניבה א"כ אף שלגבי חיוב דו"ה הטביה היא חצי דבר מ"מ יש נ"מ מהעדות לחייב מדין מזיק. ועיין בשיטה בשם המאירי כשמביא קושית בעה"מ על הרי"ף מוסיף דעדי טביחה לבד אינם מחייבים שיכול לומר שלי טבחתי וגם רש"י מפרש שעדי טביחה לבד אינם מחייבים מפני שיכול לומר שטבח שלו וא"כ אין חיוב אפילו מדין מזיק בלי עדי גניבה. אבל בדעת הרי"ף י"ל דמאירי שירוע שאינו שלו אלא שאין עדים שנגנב ולכן צריך צירוף רק לענין דו"ה ולא לענין חיוב קרן מדין מזיק. ועוד כתב רע"א דו"ל שגם בה"א הגמ' ידעה את הסברא דכיון שעדי גניבה אינם צריכים לעדי טביחה אין זה חצי דבר אלא דס"ד שזה רק לרבנן דסגי בנ"מ של פירות ה"נ סגי במה שעדי גניבה מחייבים כפל אבל לר"ע כשם שעדי חזקה הוי חצי דבר אף שמחייבים פירות כיון שלגבי החזקה הם חצי כך עדי גניבה אף שמחייבים כפל לגבי חיוב דו"ה הם חצי. ומשני שרק בפירות ר"ע חולק שהוא הפך ענין החזקה משא"כ בעדי גניבה מודה ר"ע שהוא דבר שלם ואינו חצי דבר.

נמצא ד' תירוצים על קושית בעה"מ. א. תירוצ' הרמב"ן דלס"ד רבנן לית להו חצי דבר כלל. ב. תירוצ' רע"א דנ"מ לחייב מדין מזיק. ג. תירוצ' רע"א דלרבנן גם בה"א ידעו הסברא שעדי גניבה לא צריכי לעדי טביחה. ד. לדברי האו"ש מודה הרי"ף במקום שמעידים על עצם המחייב.

הלח"מ בפכ"א מעדות ה"ט מקשה על הרי"ף מעדי גניבה בנפש ומעדי גניבה של בן סורר שמצטרפים לחייב אף שאין נ"מ מהגניבה עצמה, ובשלמא לתוס' ניחא דראו כל מה שיכלו לראות באותה שעה. ותירץ שבגניבה של בן סורר יש נ"מ לחייב ממון וגניבה בנפש נ"מ למלקות. האו"ש מישב ע"פ דרכו שבמקומות אלו הגניבה הוא חלק מן המחייב

אינו שליח לקבלת גט מסוים א"כ זה ענין בפנ"ע שנוגע לא רק לגירושין אלו ולכן אין זה חצי דבר. אבל שליח הולכה אם נעשה שליח לגרש דוקא בגט זה אין נ"מ משליחותו אלא לגירושין אלו בלבד לכן סובר הרמ"ה דהוי חצי דבר. ועיין מה שכתבנו בס"ד עפ"ז בגיטין ס"ג: לישב קושית רע"א על התוס' בגיטין ג'.

לתוס' שמה שבאמרה וקיבל אין זה חצי דבר הוא משום שראו כל מה שיכלו לראות באותה שעה א"כ מתני' דהתם הוא לרבנן ולא כר"ע. ולפי מש"כ בגיטין דכיון דשליש נאמן עדי אמירה הם דבר שלם וכן למש"כ הרשב"א והרמב"ן דמינוי השליחות הוא ענין בפנ"ע ואינו חצי דבר א"כ המשנה שם היא גם לר"ע.

בעה"מ מקשה על הרי"ף דלמאי דס"ד שעדי טביחה הוי חצי דבר אף שעדי גניבה לא צריכי לעדי טביחה אמאי הקשו רק דמתני' דלא כר"ע הא גם לרבנן הוי חצי דבר דמה דפליגי רבנן בחזקה הוא משום דאיכא נ"מ לפירות והכא אין נ"מ מעדי טביחה בלי עדי גניבה כלל. [עוד כתב בעה"מ דקידושין וביאה אין הכונה כפרש"י אלא ביאה היינו נישואין וכן פירש הרשב"א ע"ש]. ולדברי האו"ש שהובא לעיל מיושב קושית בעה"מ דדוקא בחזקה בעינן נ"מ לפירות כיון שאינו גורם את עצם הדין אלא זה ראייה שקנה, משא"כ גניבה וטביחה הם חלק מעצם המחייב של דו"ה ובזה לרבנן אינו חצי דבר אף שאין נ"מ מעדותם.

הרמב"ן מישב את קושית בעה"מ דבתחילה ס"ד דרבנן לא סברי כלל הדין של חצי דבר דאל"כ יקשה כמאן אזלא מתני'. ורק אחרי שתירצו שכאן אין זה חצי דבר ומתני' אפילו לר"ע א"כ י"ל דרבנן נמי מודו לדין של חצי דבר כשאין נ"מ מהעדות לפירות. ובזה ניחא דברי הגמ' דהקשו לרבנן האי דבר למעוטי מאי רק אחר שתירצו דמתני' אתיא גם כר"ע. רע"א כתב לישב קושית בעה"מ שבאופן

ואין זה חצי דבר לרבנן. וע"ע בקצה"ח ס' ר"ה סק"ד שלדעת הרי"ף עדים על מסירת מודעה ועדים אחרים על אונס בשעת מכירה הוי חצי דבר כיון שאין נ"מ מהמודעה אלא לענין ביטול המקח. ונראה שלדברי האו"ש גם לרי"ף אין זה חצי דבר שהמודעה והאונס הם עצמם גורמים לביטול המקח ודמי לקנוי וסתירה בסוטה דמודה הרי"ף דאינו חצי דבר. דהיינו שביסוד של האו"ש מיושב א. קושיתו מקינוי וסתירה. ב. קושית הלח"מ מגניבה בנפש וגניבה דבן סורר. ג. קושית בעה"מ מהה"א של הגמ'. ד. דברי הקצות ממודעה.

נמצא השאלות על שיטת הרי"ף א. קושית התוס' משנים שאמרה ושנים שקיבל. ב. קושית בעה"מ מהה"א של הגמ'. ג. קושית הלח"מ מגניבה בנפש ומגניבה של בן סורר. ד. קושית האו"ש מקינוי וסתירה.

חצי עדות הוא. מבואר דלהעיד על גדלות בעינין ב' עדים וקשה דקי"ל באבה"ע ס' קנ"ה סע' ט"ו דבדיקת סימני גדלות הוא ע"י נשים ואפילו אשה אחת נאמנת, ונחלקו הראשונים בטעם הנאמנות, המרדכי בפרק מצות חליצה כתב שהוא משום דהוי מילתא דעבידא לאגלויי, והריב"ש ס"ל שהטעם משום חזקה דרבא, וקשה מכאן דמבואר שצריך שני עדים. הקו"ש בב"ב אות רנ"ג מביא שהשעה"מ בס' ל' הקשה כן, ותי' דהכא איירי שמעידים על זמן שעבר שהיתה אז גדולה וזה לא עביר לאגלויי ובעינין ב' עדים. וכתב הקו"ש דזה ניחא למרדכי אבל לריב"ש קשה, ע"ש מש"כ בזה.

עקוץ תאינה מתאינתי. יש לדון בזה מצד ג' קנינים א. קנין כסף. ב. קנין חליפין. ג. קנין חצר, דהיינו שעקיצת התאינה אינה מעשה הקנין אלא דמי המקח והקנין הוא קנין חצר. בתוד"ה באומר כתבו שלר"ת דס"ל שבחליפין שוה בשוה פירות עבדי חליפין

אפשר לפרש שקונה בקנין חליפין ולחולקים צ"ל שקנה בקנין חצר. ומבואר שאין צד בתוס' לפרש מדין קנין כסף והיינו משום דס"ל דאחרי שבטלו רבנן קנין כסף במטלטלין לא יתחייב דו"ה ע"י קנין כסף. וכתב הקו"ש באות ל"ד שמבואר בתוס' דלא ס"ל כשיטה לקמן ע"א בסוף עמ' א' שכתב בשם הרמ"ה, על הא דמבואר בגמ' שאם מעשה שבת אסורים מדרבנן זה נחשב שחיטה ראויה וחייבים ע"ז דו"ה כיון שמדאורייתא זה ראוי, שיש ללמוד מזה דהמוכר גניבה בקנין כסף חייב דו"ה אף דרבנן בטלו קנין כסף לגבי חיוב דו"ה אולינן בתר הדאורייתא. וכתב הקו"ש שלדעת התוס' שחולק י"ל דשאני קנין כסף דכיון שרבנן בטלו את הקנין ועשו הפקר ב"ד המקח בטל גם לענין הדאורייתא משא"כ לענין שחיטה שאינה ראויה לא שייך הפקר ב"ד וכיון שמן התורה זה ראוי חייב דו"ה. א"כ לשיטת הרמ"ה אפשר לפרש עקוץ תאינה מדין קנין כסף ולתוס' ע"כ זה קנין חצר או לר"ת קנין חליפין.

הש"ך בס' ר"ח סק"ב דן במקח שנעשה באיסור אם המקח בטל או לא, וכתב שמכאן אין להוכיח שהמקח קיים דשמא מדרבנן המקח בטל, והא דחייב על מכירה זו דו"ה הוא משום שמדאורייתא המקח קיים, ולגבי חיוב דו"ה אולינן בתר הדאורייתא כמבואר בגמ' לגבי שחיטה שאינה ראויה שאם מדאורייתא זה ראוי חייב דו"ה אף שמדרבנן אינו ראוי. ודברי הש"ך לכאורה תלויים במחלוקת התוס' והרמ"ה הנ"ל, שהרמ"ה מדמה מה שמבואר בגמ' לגבי שחיטה שאינה ראויה להיכא דמן התורה המקח קיים ומדרבנן הוא בטל, ולדבריו שפיר י"ל כמש"כ הש"ך דאף דהיכא דאיכא איסור בטלו רבנן את המקח מ"מ כיון שמדאורייתא המקח חל חייב דו"ה. אבל לשיטת התוס' שבקנין כסף ליכא חיוב דו"ה מוכח דהיכא דבטלו רבנן את הקנין ליכא דו"ה ואינו דומה לשחיטה שאינה ראויה מדרבנן, א"כ א"א לדחות כדחיית הש"ך דרבנן בטלו את

הקנין ואעפ"כ חייב דו"ה אלא לתוס' מוכח כאן דאף שיש במקח איסור לא בטל המקח אפילו מדרבנן. ועיין ברע"א כאן בד"ה אבל שמביא דברי הש"ך וכתב ע"ז וז"ל אף שיש לי הרהורי דברים על דמיונו דהש"ך בזה והארכתי במק"א עכ"ל. ואולי כונתו למה שכתבנו דהיכא דרבנן בטלו את המקח שאני כדמוכח מהתוס' דליכא דו"ה בקנין כסף.

בעיקר הדבר דמבואר בסוגיין דאף שהמקח נעשה באיסור המקח קיים הקשה השלטי גיבורים בסוף מס' ביצה [בדפי הרי"ף כ':] אמאי לא אמרינן בזה כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני. והשאלה היא בתרתי. א. מצד החילול שבת שבזה באופנים שזכרו בגמ'. ב. מצד איסור דרבנן של מקח וממכר בשבת. לגבי השאלה מכח החילול שבת כתבו רע"א בתש' קכ"ט בד"ה גם בפ' מרובה והנתיבות בס' ר"ח סק"ב דאמרינן אי עביד לא מהני רק במקום שאם יתבטל החלות שעשה יתוקן העבירה אבל הכא גם אם יתבטל המקח ישאר החילול שבת שבעקיצת התאינה או של זריקת הגניבה לרה"י. והביאו שכלל זה מבואר במהרי"ט ע"ש. ובזה מישבים למה השוחט בשבת שחיתתו כשרה ולא אמרינן אי עביד לא מהני דגם אי נימא כן האיסור של נטילת נשמה לא תתבטל. אך רע"א שם מוכיח דהתוס' לא ס"ל כלל זה וכתב שבדעת התוס' צ"ל כמו שכתבו האחרונים דהיכא דיומא הוא דקגרים ואין הפעולה אסורה תמיד לא אמרינן אי עביד לא מהני. עוד כתב רע"א שם בד"ה זאת לחדש כלל חדש דרך בלאו פרטי אמרינן אי עביד לא מהני אבל לאו כללי כמו לא תעשה כל מלאכה שכולל דברים שהם מציאות כמו בונה ומבשל שבזה לא שייך לומר אי עביד לא מהני ממילא בלאו זה לא אמרינן כן כלל. וכלל זה כתב גם המנ"ח במצוה שס"א ע"ש.

לגבי השאלה שנאמר אי עביד לא מהני על האיסור דרבנן של מקח וממכר כתב רע"א שם בד"ה גם בפ' מרובה די"ל שרק באיסור

דאורייתא אמרינן כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני ולא באיסור דרבנן ואף שבגמ' בכתובות פ"א: משמע שגם בדרבנן אמרינן הכי מביא רע"א בשם הפמ"א שמפרש שם באופן אחר. אבל אח"כ בד"ה וי"ל מביא רע"א שבהגהת מרדכי מוכח שמפרש הגמ' בכתובות כפשוטו וס"ל שגם בדרבנן אמרינן אי עביד לא מהני. וכתב רע"א שלדידהו צ"ל דהיכא דיומא קגרים לא אמרינן אי עביד לא מהני. ועי"ל כמש"כ הש"ך בס' ר"ח סק"ב שהובא לעיל דהיכא שמן התורה המקח קיים ורק מדרבנן בטל איכא חיוב דו"ה ומה שהאיסור דרבנן גורם לביטול המקח בודאי אינו אלא מדרבנן, עוד כתב בזה הנתיבות בס' ר"ח סק"ב שאיסור מקח וממכר בשבת אינו משום שיש קפידא שלא יתקיים חלות מקח שנעשה בשבת אלא אסרו את מעשה המקח גזירה שמא יכתוב ואחרי שהמעשה כבר נעשה לא יתוקן כלום ע"י ביטול החלות. ומה שרע"א לא תירץ כן משום דאזיל לשיטתו דמספקא ליה בתש' קנ"ט אם יש איסור לעשות מעשה קנין בע"ש שיחול בשבת. הרי שיש צד לומר שיש איסור בעצם הדבר שיחול חלות מקח בשבת ואיסור זה יתוקן אם נאמר אי עביד לא מהני. ובנתיבות מבואר דפשיטא ליה דליכא איסור בחלות אלא במעשה.

נמצא התירושים על השאלה שנימא אי עביד לא מהני מחמת החילול שבת א. לא יתוקן בזה האיסור. ב. יומא קגרים. ג. בלאו כללי לא אמרינן אי עביד לא מהני. ומצד האיסור דרבנן א. י"א שבדרבנן לא אמרינן אי עביד לא מהני. ב. יומא קגרים. ג. ביטול המקח בזה הוא מדרבנן ולגבי דו"ה אזלינן בתר הדאורייתא. ד. גם בזה לא יתוקן האיסור. ותי' זה תלוי אם איסור מקח בשבת הוא רק על המעשה או גם על החלות.

כי תבע קמן בדינא וכו' הא מכירה נמי לאו מכירה היא. נתקשו האחרונים בזה

דקלב"מ פוטר מחיובים ואינו סיבה לבטל קנין, וכדמוכח מהמשך הגמ' דאם קונה בחצר אין המקח בטל אף שיש חיוב מיתה בשעת המקח ונפטר בזה מדו"ה מ"מ המקח קיים ואמאי כאן בעקוץ תאינה הגמ' שואלת שיתבטל המקח. ולמד מזה הגרש"ש זצ"ל [בשערי יושר ש"א פ"י בד"ה והא דכתב, וביתר אריכות בקונטרס בגדרי קנין כסף ס' ב'] שאין מעשה הקנין של כסף ע"י נתינה לבד אלא הקנין הוא שע"י נתינת הכסף משתעבד המוכר להחזיר תמורת הכסף ושיעבוד זה עושה את הקנין. וע"ז שפיר הקשו דכיון דקלב"מ ואי תבע ליה בדינא לא אמרינן ליה זיל שלים חסר כאן בעיקר הקנין של כסף. [ולמסקנת הגמ' סגי לזה במה שמחויב לצאת ידי שמים דאתנן אסרה תורה אפילו בא על אמן]. אמנם למסקנת התוס' בד"ה באומר שאין הגניבה נקנית כאן ע"י כסף ולא ע"י חליפין אלא בקנין חצר וקושית הגמ' אינה שיתבטל המקח אלא על לשון מכירה, דכיון שהכסף אינו מחייב אין זה מכירה אלא מתנה, ליכא ראייה ליסוד זה מן הגמ' כלל. וראית האחרונים היא רק מדברי התוס' שהיה להם צד לפרש שהקנין אינו חצר אלא עקיצת התאנים הוא מעשה הקנין, ולענין זה ניחא להו שאלת הגמ' שיתבטל המקח בגלל קלב"מ ומוכח כנ"ל.

ועוד יש להעיר בזה דאם מוכח מהתוס' כדברי הגרש"ש מוכח שלא רק בקנין כסף הקנין הוא מחמת השיעבוד שנוצר ע"י נתינת הכסף אלא מוכח שגם בקנין חליפין זה גדר הקנין שהרי כתבו שלר"ת אפשר לפרש הקנין כאן בחליפין ואז ניחא מה שהמקח מתבטל בגלל קלב"מ. וזה חידוש גדול דאי אמרינן שגם חליפין אינו סתם מעשה קנין אלא חל מכה השיעבוד שהסודר עושה א"כ מאי איכא בין קנין כסף לחליפין. ואין לדחות שרק בחליפין שוה בשוה לר"ת הקנין הוא מחמת השיעבוד דהוי בגדר קנין כסף ולכן מהני פירות, דמוכח מדברי התוס' שלמ"ד פירי עבדי חליפין היה

אפשר לפרש הגמ' מדין קנין חליפין גם לא לר"ת, ובתוס' לא נזכר כלל קנין כסף אלא רק חליפין ואם מוכח מכאן שקנין כסף הוא מחמת השיעבוד א"כ מוכח מכאן שזה גם גדר קנין חליפין.

בקידושין ז': הגמ' מסתפקת באומר שתי בנותיך לשני בני בפרוטה אם מהני לקידושין או שצריך פרוטה לכ"א. וכתב שם הקו"ש באות ע"ד שמה שיש צד שמקודשות אף שכ"א מהם נתן חצי פרוטה ואי תבע קמן בדינא לא אמרינן זיל שלים שאין ב"ד נזקקין לפמשי"פ מ"מ לא גרע מקלב"מ שמבואר כאן דכיון דחייב לצי"ש אף שאין ב"ד נזקקין מהני לקנין.

רש"י בד"ה בדינא. פרש"י שאי תבע ליה בדינא שיחזור את התאנים לא אמרינן ליה זיל שלים. והקשה רע"א שבסנהדרין מבואר דאם הגזילה בעין אינו נפטר מהשבה ע"י קלב"מ. וע' במחנ"א שעמד בזה בדיני ריבית ס' ב' בד"ה עוד וע"ש מש"כ בזה. ולכאורה השאלה על רש"י תלויה במחלוקת האחרונים שהובא לעיל בסוגיא דשינוי בטעמו של רבא דס"ל דלא אמרינן בדמים קנינהו ואינו זוכה בגזילה כשהוא בעין אפילו שיש קלב"מ. שהקו"ש לעיל כתב שגם רבא מודה דהיכא דפקע חיוב השבה הוא זוכה בגזילה אפילו שהוא בעין אלא ס"ל שאין הקלב"מ פוטר מחיוב והשיב כיון שאינו חיוב תשלומין אלא חיוב להביא לבעלים את שלהם. ולפ"ז קשה קושית רע"א על רש"י שאם הגזילה בעין אינו נפטר מחיוב השבה ע"י קלב"מ ואי תבע ליה קמן בדינא אמרינן ליה זיל שלים ואין הקלב"מ סיבה שלא יחול הקנין ושלא יחשב מכירה.

אך לפי מש"כ הקצה"ח בס' שני"א סק"ג שגם למאי דקי"ל כרבא ליכא חיוב השבה אפילו שהגזילה בעין, ורבא חולק רק לענין זה דאף שפוקע השבה אין זה סיבה שיזכה בגזילה אלא זה נשאר של הבעלים ויבואו ויטלו את

שמקשה י"ל דס"ל כהקו"ש שלהלכה אין קלב"מ מפקיע והשיב כלל. ועיין באמרי משה ס' ל' אות כ"ה שכתב דכיון שלהלכה לא אמרינן בדמים קנינהו והתאנה נשארית של הקונה, אם ירצה אח"כ שוב להקנות לו הקנאה זו תעשה קנין [ובהקנאה זו ליכא קלב"מ ויתחייב דו"ה] אלא דהכא איירי שדעתו להקנות בנתינה הראשונה שע"י עקיפת התאנה ע"ש.

ממונם. ולכאורה אין זה מספיק כדי שיחול ע"ז שם מכר או כדי שיחול הקנין דבעינן שהכסף ישעבד ויחייב את המוכר בתמורתו, ורק כשהוא חייב תמורת הכסף שקיבל יש ע"ז שם מכר ורק אז הכסף ראוי לעשות קנין. אבל אם אין על המקבל חיוב ושיעבוד אלא שהכסף נשאר של הבעלים בכל מקום שהוא אין זה מספיק לקנין כסף. וא"כ לשיטת הקצות לכאורה יתישב קושית רע"א על רש"י. ורע"א

פרק הגזול עצים



דף צג:

המקור לסברה זו הוא מהגמ' בסנהדרין דף עב. דסובר רב הבא במחתרת והוציא כלים בדמים קנינהו. כיון שאינו חייב בוהשיב משום קלב"מ ממילא זוכה בגזילה ואף דקלב"מ אינו קנין ואיך קנה אלא מוכח דכל שנפטר מוהשיב זוכה ע"י משיכת הגניבה. והעונג יו"ט מבאר בזה את דברי המחנ"א בגזילה ס' א' דגזול פמ"ש"פ קנה הגזילה וזה מפני שאין חיוב השבה על פמ"ש"פ ממילא קונה ע"י מעשה הגזילה והקהילת יעקב מבאר בזה את דברי רש"י בקידושין נב. דמקדש בגזול דידה מקודשת אם שדיך או שאמרה אין ואינו מוכן אמנם האשה הסכימה אכתי אינו ממונו של הבעל. וכתב שם רש"י דכיון דקבילתיה אחילתיה, וכדברי רש"י כתב גם הרא"ש בפ"ק דקידושין ס' כ', ואינו מוכן דמחילה מהני רק בחוב ולא בחפץ בעין כמו שכתב הקצה"ח בס' רמ"א סק"ג בשם המהרי"ק. וכתב בזה הקהילת יעקב דכיון שמחלה חיוב והשיב ממילא זוכה הבעל בממונו, דהיינו שמצאנו ד' אופנים שהפקעת הוהשיב גורם לקניית הגזול. א. שינוי. ב. קלב"מ. ג. פמ"ש"פ. ד. מחילת הנגזל.

הגזול עצים ועשאו כלים משלם כשעת הגזילה. קנין שינוי נלמד מקרא דאשר גזל. והקשו האחרונים דמהכא אפשר ללמוד רק שאם אינו כעין שגזל פקע מצות השבה אבל מנין שהגזול קונה ע"י שינוי. רוב האחרונים והם העונג יו"ט ס' כ"ט, הנתיבות בספרו קהילת יעקב ס' כ"ח סעיף ה', הגר"ח פ"ט מגזילה, (דבריהם הובאו בקה"י קידושין ס' כ"א ע"ש), והקו"ש בריש מרובה אות י"ד ס"ל דגזול יש לו סיבה לקנות את הגזילה דאוקמא רחמנא ברשותיה כדי שיתחייב באונסיה ומה שמעכב את הקנין הוא מצות והשיב וכשפוקע מצות השבה ממילא זוכה מכח משיכתו הראשונה. וכ"ז שלא פקע והשיב אף שאינו קונה קנין גמור מ"מ כיון שיש כבר סיבה לקנות כשיפקע הוהשיב יש לגזול מקצת קנין, וקניני גזילה אלו גורמים הדין של אינה ברשותו לדעת רע"א בגליון הש"ס ב"מ דף ז. והרמב"ן ריש שור שנגח דו"ה. אבל קנין גמור אין הגזול קונה עד שיפקע הוהשיב.

הערות

הגזול עצים דף צג:

וציונים

פט

דמקרא דהן ולא שינויהם ילפינן דדבר שנשתנה
הוי דבר חדש ואינו אותו דבר שהיה קודם. והא
דחפץ שמשנתנה שיך לבעליו הוא משום דכיון
דהוא ברשות הבעלים ונוצר מממונו דבר חדש
הוי כולד פרתו אבל בגזול שיצא החפץ מרשות
הבעלים ונכנס לרשות הגזול ממילא החפץ
החדש שנוצר ברשות הגזול הוי של הגזול. ויש
להביא מקור לסברא זו דדבר שנוצר מממונו הוי
של בעל הממון רק כשהממון ברשותו ולא סגי
בזה דהוי שלו מדברי הריטב"א בקידושין דף
נו: על הא דמקדש באיסה"נ אינה מקודשת
דהקשו התוס' הרי אפשר להנות מן האפר וכתב
שם הריטב"א דאם שורף איסה"נ אין האפר
שלו. והבין האב"מ בס' כ"ח סקנ"ו דהריטב"א
ס"ל דאיסה"נ אינם שלו והקשה בזה סתירה
בריטב"א מדבריו בסוכה. וכתב בזה בשערי
ישר ש"ג פכ"ה ד"ה ומעתה יתבאר, דודאי
מודה הריטב"א דיש בעלות על איסה"נ אבל
כיון שאין דין ממון באיסה"נ ואינו בשליטתו
והוי כאינה ברשותו אין בזה ההלכה שמה
שנוצר מממונו הוי שלו. אמנם מכאן יש רק
ראיה שאינו של בעליו כיון דאינו ברשותם אבל
לא דהוי של הגזול כיון דהוי ברשותו אע"פ
שלא נוצר מממון שלו. ועיין בתורי"ד לקמן דף
צה: שכתב דשבח שע"ג גזילה לגזול "כגון פרה
ריקנית ונתעברה אצלו ולא ילדה שזה העובר
בבית הגזול נוצר ומש"ה הוי דגזול" ומשמע
מדבריו דכיון דהוי יצירה חדשה שנוצר ברשות
הגזול הוי דגזול אף שנוצר מממון הנגזל. אך
אכתי דברי האבה"א מחודשים מאד דזה ניחא
בעובר דהוי יצירה חדשה אבל בשינויים כגון
צמר וצבעו פשתן ונקתו או אפילו חטין ועשאו
קמח הרי אין זה יצירה חדשה ובמה פקע
בעלותם של הבעלים. [ע' שיטמ"ק דף צ"ח:
בשם ר' יהונתן שמדמה אומן קונה בשבח כלי
להא דשינוי קונה וזה סיוע לפשט זה יע"ש מה
שכתבנו בדבריו].

עוד שמעתי בזה ממרן הגר"ש רזובסקי
וצ"ל דכיון שבשעת השינוי פוקע והשיב

אמנם יסוד זה תלוי בביאור המשך הגמ'
בסנהדרין. שרבא שם חולק על רב וס"ל שרק
בשבר פטור מתשלומין אבל כ"ז שהגזילה בעין
אינו קונה ע"י קלב"מ. וכתב הקו"ש דמה
שרבא חולק אינו מפני שחולק על היסוד הנ"ל
אלא דס"ל דמצות והשיב אינו נפקע ע"י
קלב"מ. דהיינו שבדברי רב יש ב' חידושים. א'
שפוקע מצות והשיב ע"י קלב"מ ואע"ג
דקלב"מ פוטר רק מחיובי תשלומין ולא
ממצוות, ופשוט שלענין השבת אבידה אין
פטור של קלב"מ מפני שהוא מצוה בממון
חברו ולא תשלומין סובר רב דכיון שיש לגזול
קנינים בחפץ הגזול חשיב נמי כתשלום
שמשלם משלו ונפטר ע"י קלב"מ. ב' כשפוקע
והשיב ממילא נקנה לגזול. ובהא דפליג רבא
יתכן שחולק על הא דקלב"מ פוטר מוהשיב
וס"ל דדמי להשבת אבידה דאינו תשלום אלא
מצוה להשיב ממון חברו אבל מודה דאם היה
פוקע והשיב היה הגזול קונה או שמודה
שפוקע והשיב וס"ל שאין הגזול קונה. והקו"ש
כתב כהצד הראשון וממילא נשאר מקור מגמ'
זו לקנין שינוי.

אך מדברי הקצה"ח בס' שנ"א סק"ג,
והנתיבות שם סק"א הסכים עמו, מוכח דפליג
בזה על הקו"ש. דהקצות כתב דמאי דקי"ל
שאם הגזילה בעין לא אמרינן בדמים קנינהו
היינו רק דהוי כפקדון בידי הגזול ויבואו
הבעלים ויקחו את ממונם אבל מצות והשיב
פקע ע"י קלב"מ. הרי שס"ל שמודה רבא
לחידוש הראשון של רב וחולק על חידושו
השני וס"ל דאע"ג דפקע והשיב אין זה סיבה
שיקנה הגזול. ולדעת הקצות להלכה דקי"ל
כרבא א"א לפרש קנין שינוי כפירושם של
האחרונים הנ"ל. וצע"ק בדברי הנתיבות דדבריו
בקהילת יעקב לכאורה סותרים את דבריו בס'
שנ"א סק"א דס"ל כהקצות.

עוד דרך בביאור הדין של שינוי כתב
באבן האזל פ"ז מנז"מ ה"ב ד"ה והנראה בזה,

ומתחייב דמים, חיוב הדמים עבור החפץ הוא סיבה לזכייתו בחפץ. ואמר שזה הפשט במעילה שהקדש יוצא לחולין וזוכה בו המועל ובמה יזכה הוא אלא כיון שנתחייב בדמיו ממילא הוא קונה ודייק כן בלשון רש"י.

גזל פרה מעוברת וילדה. נחלקו הראשונים אם הלידה היא שינוי רק בולד ופרה חוזרת בעיניה ומוסיף דמים עד דמי פרה העומדת לילד או דהוי שינוי בפרה עצמה. עיין בזה ברמב"ן ובעה"מ לקמן דף צה:.

גזל פרה ונתעברה אצלו וכו'. הקצה"ח בס' ש"ס סק"ד מוכיח מדין זה מה שמסתפק בהא דמבואר לקמן צו: גזל נסכא ועבדינהו זוזי לא קנה דהוי שינוי החוזר לברייתו. וזוזי ועבדינהו נסכא קנה דא"א להחזירו לזוזי דהוי פנים חדשות. ובגזל נסכא ועשה מהם זוזי וחזר ועשאו נסכא האם נאמר דכיון דתחילתו נסכא וסופו נסכא הוי כעין שגזל א"ד כיון שבאמצע היה זוזי ונעשה נסכא הוי שינוי. וכתב הקצות דהיינו מתני' דגזל פרה ונתעברה לא הוי שינוי וכתבו תוס' לקמן צה: דהוא משום דחוזר לברייתו. ומעוברת וילדה לא הוי שינוי החוזר דמה שיכולה להתעבר שוב זה ולד אחר כמבואר ברא"ש ובבעה"מ ע"ש. ומבואר במשנה דגזלה ריקנית ונתעברה וילדה הוי שינוי ואף שעכשיו חזר להיות כמו שהיה בשעת הגזילה קנה. וצ"ל דהדין דכעין שגזל לא תלוי דוקא בשעת הגזילה דכ"ז שהגזילה קיימת בלי שינוי נמשך שעת הגזילה ואם נשתנה מהמצב שהיה חיוב השבה לעכשיו נפטר בזה מוהשיב. ועו"ל ע"פ סברת האבה"א הנ"ל שכל שנשתנה ברשות הגזלן זה סיבה שיקנה. אך פשוט דראית הקצות הוא רק לראשונים דס"ל דהלידה הוא שינוי גם בפרה.

מדברי הקצות יש ללמוד חידוש בדין של שינוי החוזר לברייתו. דצריך להבין אם זה נכון

שגזל נסכא ועשאו זוזי וחזר ועשאו נסכא קנה נמצא דהגונב נסכא ועשאו זוזי אין אפשרות להחזיר את הנסכא למצב של כעין שגזל שהרי אם יחזירו מזוזי לנסכא זה עצמו יחשב שינוי א"כ למה אינו קונה בתחילה כשעשה מהנסכא זוזי הרי אין אפשרות להחזיר את הגזילה לכעין שגזל וא"כ הוי שינוי שאינו חוזר לברייתו. ומוכח מזה דהא דשינוי החוזר לברייתו לא קונה אינו מפני שסופו לחזור אלא הוי סימנא בעלמא והוכחה דאין השינוי שינוי גמור כיון ששינוי זה של נסכא ועשאו זוזי חוזר ואף שבפועל כשיחזירו זה עצמו יהיה שינוי ולא יחזור לכעין שגזל אעפ"כ השינוי מנסכא לזוזי לא הוי שינוי.

ויסוד זה מוכח בעוד מקומות דמצאנו בכמה דוכתי דהיכא דאיכא שינוי גדול קונה אע"פ שזה שינוי החוזר לברייתו. א' הסמ"ע בס' ש"ס סק"א כתב דשיטת תוס' דהא דנסכא ועבדינהו זוזי לא קנה זה רק בזוזי אבל אם עשה מהנסכא כלים קנה ואע"פ שאפשר להחזירו לנסכא וכוונתו לתוס' בדף צו: ד"ה ועבדה [הש"ך חולק וס"ל שאין זה כונת התוס' ע"ש] ומבואר דכל מה דשינוי החוזר אינו קונה הוא משום דכזה שינוי בדרך כלל אינו שינוי גמור אבל במקום דחזינן שהוא שינוי גדול לא איכפת לן דחוזר. ב' הש"ך בס' ש"ס סק"ב כתב בשם ר' ירוחם דאע"ג דקי"ל כר' אשי דשינוי החוזר אינו קונה מ"מ צביעה הוי שינוי אף דיכול להעבירו בצפון. והש"ך מתקשה בטעמו וכתב החזו"א ב"ק ס' י"ז אות כ"ב דרבנן סברי דאע"ג דצביעה חוזר לברייתו מ"מ כיון דהוי שינוי גדול קונה. ג' במאירי מבואר דטווי וארגו אף שחוזר קנה כיון שבזמן האריגה בטל צורת החוט ואינו ניכר ע' בסמך. ומוכח מכל זה דאין חסרון בעצם הדבר שחוזר אלא זה הוכחה דאינו שינוי גמור. אמנם מאידך בתוס' לעיל ס"ז. הקשו דגבג והפריש תרומה קנה דמעיקרא

הערות

הגזול עצים דף צג:

וציונים

צא

ולעשות אותם זוזי ממש מ"מ הוי פנים חדשות כיון שבזמן שהיה נסכא בטל שם זוזי לגמרי. ולכן כאן אף שחזרו אותם חוטינ מ"מ הוי פנים חדשות. [ועיין לעיל מה שכתבנו להוכיח מזה בגדר שינוי החוזר]. ע"ע בב"ח הנ"ל שמביא בשם ר' ירוחם דלא הוי שינוי החוזר משום דהוי פנים חדשות. אך הב"ח מפרש כונתו דא"א להחזיר את החוטינ למצבם הקודם אבל במאירי מפורש דאע"ג דחזרו כבתחילה מ"מ הוי פנים חדשות משום שלפני כן בטל מיניה צורת חוט.

ר' אשי אמר וכו'. ברש"י מבואר דר' אשי ס"ל דשינוי החוזר אפילו מדרבנן אינו קונה. וכן כתב הרא"ש וכן נפסק בשו"ע אך החזו"א כתב בב"ק ס' י"ז אות א' דשיטת התוס' לקמן צו: דגם ר' אשי מודה דשינוי החוזר קונה מדרבנן אלא דמתרץ מתני' דמיירי בשינוי דאורייתא. וכן מבואר בגאון בס' שני"ד סק"ב בליקוט השני. אך מה שמביא מהתוס' בדף צו: הוא דלא כהבנת הסמ"ע והש"ך בס' ש"ס ועיין בזה לקמן בדף צו: בעזה"י.

תוד"ה עצים. כתבו דשינוי מעשה בעי נמי שינוי השם. וכתב הקצה"ח בס' ש"ס סק"ה דאין הכונה דבעינן שינוי השם ממש דא"כ ת"ל משום שינוי השם אלא שינוי השם כל דהו. וכ"כ הפנ"י. אבל מדברי הנתיבות בס' שס"א סק"א מבואר שלא ס"ל כן ע"ש. והקשה הקצות שם על האי כללא מגזל חמץ ועבר עליו הפסח דמבואר בגטין נג. דלמ"ד הזיק שאינו ניכר שמיה הזיק הוי שינוי אף דמעיקרא לחם והשתא לחם ולא נשתנה שמו. ומבואר דנקט הקצות דכלל זה נאמר בכל שינוי אך בקו"ש באות ק"כ כתב דהא דבעינן שינוי השם הוא רק להוכחה דהוי שינוי גמור והיכא דחזינן דהוי שינוי גמור מהני גם בלי שינוי השם ובזה מישב הקו"ש קושית הקצות וגם הגאון בס' ש"ס סק"י כתב על דברי הרמ"א שמביא תוס'

חולין והשתא תרומה והא יכול להחזירו ע"י שאלה. ותירצו כיון דלא שכיח שישאל חשיב אינו חוזר לברייתו וזה ניחא אי עצם הדבר שיכולים להחזירו הוא גורם אבל אם זה סימנא בעלמא מה נ"מ אם שכיח או לא. ואולי יש לחלק בזה בין שינוי מעשה החוזר לשינוי השם שחוזר. ע"י ברמב"ן במלחמות פרק הגזול ומאכיל דף קיד. דס"ל דהא דשינוי השם צריך גם יאוש הוא משום דאל"כ סופו לחזור ע"י הבעלים אבל אחר יאוש אין סופו לחזור וגם מזה מבואר דלענין שינוי השם החוזר החסרון בזה שעתיד לחזור כדמוכח מתוס' הנ"ל במרובה. וע' בזה בנתיבות ס' שס"א סק"א. וע' מה שכתבנו לקמן קיד.

בצמר טווי דשינוי דהדר לברייתא

הוא. הרמב"ם מונה בפ"ב מגזילה ה"ב טווי וארגו בין השינויים שקונים וקשה הרי ק"ל דשינוי החוזר אינו קונה ובגמ' מפורש דכה"ג הוי שינוי החוזר. כך מקשים הכ"מ והלח"מ שם. אך הב"ח בס' ש"ס כתב דדברי הגמ' הם לאביי אבל לר' אשי אין הכרח לסבור כן וכן מביא האבה"א בשם הדרישה. אבל אכתי קשה מסברא הרי זה חוזר לברייתו. וכתב בזה השיטמ"ק בשם המאירי דאע"ג שיכול לסתור הבגד ויחזור החוט לקדמותו מ"מ כיון שבזמן שהחוט בבגד נפסדה צורת החוט חשיב פנים חדשות. וזה הבנה חדשה בענין פנים חדשות דברש"י לקמן צו: מבואר דהא דלבינתא וזוזי הוי פנים חדשות מפני שא"א לצמצם שיהא צורת הלבניה החדשה ממש כראשונה משא"כ בנסכא. ולרש"י בודאי כשסותר הבגד וחוזר החוט להיות כתחילתו לא הוי פנים חדשות ומה בכך שכשהיה בבגד נפסדה צורת החוט. אלא דהמאירי לומד אחרת דהא דנסכא ועבדיה זוזי הוי שינוי החוזר הוא משום דגם כשעושה מהנסכא זוזי לא בטל הנסכא מן העולם דזוזי הוא נסכא עם צורה לכן כשמחזירו לנסכא אינו פנים חדשות. אבל זוזי ועבדיה נסכא בטל הזוזי מן העולם לגמרי ובזה אע"פ שיכול לחזור

והאבן האזל שם מבאר דלגבי ראשית הגז בעינן שיחשב ע"י השינוי דבר חדש משא"כ לגבי גזילה סגי בזה דלא הוי כעין שגזל. ומבואר דס"ל דשינוי דראשית הגז אינו מדין גזילה אלא דמי לשינוי דאתנן ולכן בעינן שינוי גמור. אך צ"ע לישב לפ"ז סוגיית הגמ' שמדמה שינוי דגזול לשינוי דראשית הגז.

כחילוקו של המאירי בין דין שינוי בגזילה לראשית הגז מצאנו בעוד מקום. מבואר בע"ז מו: דמשתחוה לקמה מותר הקמח למנחות דיש שינוי לנעבד. וכן פסק הרמב"ם בפ"ג מאיס"מ הי"ד. ואילו לגבי משתחוה לבהמה שהגמ' מסתפקת בדף מז. אי צמרה מותר לתכלת דבגדי כהונה פסק הרמב"ם בפ"ד ה"ז שאסור. וכתב הכ"מ דהרמב"ם מחלק בין שינוי דחטין ועשאן קמח שהוא שינוי גמור לשינוי דתכלת דמעיקרא צמר והשתא צמר וכל השינוי הוא דמעיקרא לבן והשתא תכלת [אינו מובן דאיכא נמי שינוי דטויה ואריגה] זה אינו שינוי גמור ולא מהני בנעבד. וכתב בזה האו"ש שם פ"ג מאיס"מ הי"ב ד"ה ועתה דקשה איך כתב הכ"מ שהרמב"ם פסק דצביעה לא מהני בנעבד דאינו שינוי גמור והא בפ"ב מגזילה פסק דהוי שינוי לענין גזילה. וכתב האו"ש דכונת הכ"מ לחלק בין דין שינוי בגזילה לשינוי בנעבד וההסבר הוא כדברי האבה"א דבנעבד בעינן דבר חדש משא"כ בגזילה סגי במה שאינו כעין שגזל [וע"פ דברים אלו מתרץ האו"ש קושית הקצות בס' שנ"ד סק"א שמדמה שינוי דגזילה לנעבד והקשה סתירה לגבי מעוברת וילדה ע"ש] אך לפ"ז יקשה מהרמב"ם בהל' ביכורים פ"ו ה"ו דפסק לגבי ראשית הגז דצביעה הוי שינוי וכמו שהקשה האו"ש סתירה מנעבד לגזילה תקשי נמי מנעבד לראשית הגז ועכצ"ל לדעת האו"ש שהרמב"ם ס"ל דשינוי דראשית הגז דמי לגזילה. דהיינו דאיכא ב' סתירות בדיני שינוי א' לגבי ליבון מהלכות גזילה דמהני לראשית הגז דלא מהני ואם נתרץ כהאבה"א ע"פ המאירי יוצא דהרמב"ם סובר דשינוי דראשית

זה להלכה דלאו כללא הוא דיש כמה שינוים שקונים אף שאין בהם שינוי השם. וכ"כ החזו"א בס' י"ז סקכ"א אך מה שמביא החזו"א ראייה מאבנים וסתתן דקנה אף שלא נשתנה שמו, אמנם בתוס' בסוכה דף ל: מבואר דאבנים וסתתן אין בו שינוי השם אבל הרא"ש כאן כתב בהדיא דגם באבנים וסתתן איכא שינוי השם ע"ש. ומה שהוצרך הרא"ש לזה אע"ג דיש עוד כמה שינויים שקונים אף שלא נשתנה שם נר' דס"ל דסתתן דמי לשיפוי דמבואר בגמ' דבעי שינוי השם אבל בשאר שינוים מודה הרא"ש, ועל דרך זה מישב החזו"א הא דכתבו תוס' בסוד"ה הגזול דברייטא קמ"ל דהוי שינוי אע"פ שאין שם כלי עליהם. ולכאורה סותר מה שכתבו אחרי זה דבעינן שישתנה שמו. וכתב המהרש"א דהכלל שכתבו בד"ה עצים הוא רק לר' אשי ורבה חולק אבל החזו"א כתב דדוקא שיפוי דבוכני אינו שינוי גמור ובעי שינוי השם אבל שיפוי שעושים לצורך עשיית כלי שפיר הוי שינוי אף שלא נשתנה שמו.

לא הספיק לתנו לו עד שצבעו. יש

לעייין בהא דמהני שינוי לפטור מראשית הגז אי מיירי דוקא במתכוון לגזול הכהן והוי ככל גזולן שקונה בשינוי. או שדמי לשינוי דאתנן ולהא דמבואר בע"ז מו: דיש שינוי לנעבד דאין בו מעשה גזילה אלא דהשינוי מחשיב כדבר חדש וממילא פקע מיניה איסור אתנן ונעבד. וה"ה הכא פקע מהגיזה חיובה דראשית הגז. ולכאורה נראה דנחלקו הראשונים בזה. דהרא"ש כתב בהדיא בחולין פרק ראשית הגז דמיירי כשנתכוון לגזול ומשמע דהוי מדין שינוי דגזילה. אך מדברי הרמב"ם והמאירי לכאורה מוכח דפליגי. דהרמב"ם פסק בפ"ב מגזילה הי"ב דגזל צמר ונפצו ולבנו הוי שינוי ובפ"י מביכורים ה"ו כתב דליבון לא הוי שינוי לגבי ראשית הגז והקשה הלח"מ דסותר את דבריו בהל' גזילה. וכתב השיטמ"ק כאן בשם המאירי דשיטת הרמב"ם לחלק בזה בין דין שינוי לענין גזילה לבין דין שינוי בראשית הגז

הערות

הגזול עצים דף צג:

וציונים

צג

הגז אינו מדין גזילה. ב' לגבי צביעה בנעבד לא מהני ובגזילה וראשית הגז מהני. ואם נתרץ כהאו"ש יוצא דראשית הגז דמי לגזילה. אם כן דברי האבה"א ודברי האו"ש אינם יכולים לדור בכפיפה אחת.

ממה שנתבאר לעיל יוצא דנחלקו הרא"ש והמאירי בגדר שינוי דראשית הגז אם מיירי בנתכון לגזול והוי מדין שינוי גזילה. או אפילו בלי כונת גזילה מהני שינוי כדין נעבד ואתנן ואז יש מקום לחלק בגדרי השינוי בין ראשית הגז לגזילה. ולכאורה נראה דענין זה תלוי בגדר חיובא דראשית הגז. דהא דמהני שינוי להתיר האיסור דאתנן ונעבד ואילו בשאר איסורי תורה אין התיר של שינוי הוא משום דדבר שאסור בעצמותו אותו איסור שיש על הזית של ערלה יש על השמן משא"כ באתנן שאינו אסור בעצמותו אלא נאסר ע"י מעשה שנעשה בו. בזה אמרין דמעשה נעשה בזית ולא בשמן וכן בנעבד המעשה האוסר היה בקמה ולא בקמח. ולגבי ראשית הגז יש להסתפק אי חיובו על הצמר וזמן החיוב הוא אחרי שנגזז. או שמעשה הגזיזה מחייב כמו שקצירה מחייבת בפאה כך גזיזה מחייבת בראשית הגז. ואי נימא דהמחייב הוא הגזיזה יש מקום לומר דגדר השינוי הוא כשינוי דאתנן דאין זה הצמר שנעשה בו מעשה הגזיזה. אבל אי לא בעינן מעשה גזיזה אלא זה חיוב על הצמר לכאורה אין סיבה לפוטרו דאף שאין זה הצמר שגזז מ"מ אכתי הוי צמר ולמה יפטר וע"כ צ"ל דנתכוון לגזול וקונה מדין שינוי דגזילה.

לכאורה יש לפשוט ספק זה מהא דנחלקו תנאי בחולין דף קלז. אם מתחייב בראשית הגז דוקא ע"י מעשה גזיזה או גם ע"י תולש או שוטף ברחלים. והגמ' תולה במחלוקת ר' יוסי ורבנן אם תולש הוי כקוצר לגבי פאה. ומשמע דבעינן מעשה גזיזה ובזה יש מקום לדון אם תולש היינו גזוז או לא. וא"כ יהיה מוכח

דבעינן מעשה גזיזה. אמנם הרמב"ם פסק בפ"י מביכורים ה"ו דתולש חייב בראשית הגז ואילו בפרק פ"ב ממתנות עניים ה"ו פסק לגבי פאה דתולש פטור. והכ"מ בהל' מתנ"ע עמד בסתירת הדברים וכתב דאע"ג דהגמ' תולה זה בזה מ"מ הרמב"ם מחלק משום דלגבי פאה מבואר בירושלמי ותוספתא כר' יוסי דפוטור ולגבי ראשית הגז שלא מבואר כר' יוסי פסק דאין הלכה כיחידאה ומסיים הכ"מ "ואע"ג דבגמ' דידן מדמי תולש צמר לקיטוף מלילות אינו מוכרח ואפשר לחלק ביניהם". ולהנ"ל י"ל דאין כונת הכ"מ לחלק דלענין פאה תולש לאו היינו קוצר ולענין גז תולש היינו קוצר אלא דלענין פאה הקצירה הוא המחייב ובזה קי"ל שתולש אינו קוצר אבל בגז פסק הרמב"ם דאין בכלל דין של מעשה קצירה אלא החיוב הוא על הצמר ולכן פסק דגם תולש חייב והרמב"ם היה לו מקור לפסוק נגד הגמ' בחולין כמו שכתב הכ"מ.

כ"ז הוא לשיטת הרמב"ם דפסק כר"ש דליבון הוי שינוי וס"ל דפליגי בנפצי נפוצי. אבל הטור בס' ש"ס פסק כפשטות הגמ' דפליגי רק בסרקי סרוקי וקי"ל דלא הוי שינוי אלא רק בכורי כוריי.

לענין צביעה נחלקו רבנן ורשב"י אי הוי שינוי או לא. ומבואר בגמ' דנחלקו בצבע שאפשר להעבירו ע"י צפון. ולכאורה יוצא שנחלקו במחלוקת אביי ור' אשי אם שינוי החוזר לברייתו קונה או לא. וכך הבין הטור ולכן פסק כרשב"י משום דקי"ל דשינוי החוזר לברייתו אינו קונה. ומה"ט הקשה הש"ך בס' ש"ס סק"ב על ר' ירוחם שפוסק ששינוי החוזר לברייתו לא קונה ואעפ"כ לגבי צביעה פסק כרבנן דהוי שינוי. וכן קשה בדעת הרמב"ם דפסק דשינוי החוזר לברייתו אינו קונה ואעפ"כ פסק לגבי גזילה ולגבי ראשית הגז דצביעה הוי שינוי ולא הזכיר שזה דוקא בקלא אילן וכתב הב"ח ס' ש"ס שדעת הרמב"ם דכל צביעה הוי

צד הערות הגזול עצים דף צג: – צד. וציונים

שינוי. וכתב בזה החזו"א בס' י"ז סקכ"ב דרבנן ס"ל דצביעה הוא שינוי גדול ואין בזה החסרון של חוזר לברייתו כמו שנתבאר לעיל. ובזה מבאר החזו"א הא דחשיב אביי לרשב"י בהדי תנאי דס"ל שינוי במקומו עומד. ואי טעמא דרשב"י משום דחוזר לברייתו א"כ אינו שינוי כלל. אע"כ דלגבי צביעה כמו שלרבנן אין חסרון של חוזר לברייתו כך לרשב"י והא דלא קנה אינו משום חוזר לברייתו אלא כמו שכתבו התוס' שלא נשתנה גוף הצמר. ורבא פליג וס"ל דרק רבנן ס"ל סברת החזו"א אבל לרשב"י הא דלא קנה הוא משום דהוי שינוי החוזר לברייתו. דהיינו שאביי ורבא נחלקו אי סברת החזו"א הוא רק לדעת רבנן או גם לרשב"י.

ואכתי צריך להבין למה מנו את רשב"י עם הסוברים שינוי במקומו עומד אמנם אין בזה חסרון של חוזר לברייתו לדעת החזו"א מ"מ טעמו משום דאינו שינוי גמור א"כ סו"ס מודה דשינוי קונה וחולק רק דצביעה לא הוי שינוי. ונראה דנתבאר לעיל דאף דקי"ל דצביעה הוי שינוי היינו דוקא לענין גזילה וראשית הגז אבל לענין הא דיש שינוי לנעבד כתב ה"ה בפ"ד מאיס"מ ה"ז דצביעה לא הוי שינוי ונתבאר דטעמא דדוקא לענין גזילה בעינן כעין שגזל בזה סגי בשינוי כלדו אבל בנעבד בעינן שיחשב דבר חדש. וא"כ י"ל דבהא פליג רשב"י וס"ל דגזל שוה לנעבד וכל שינוי אע"ג דלא הוי ממש כעין שגזל במקומו עומד א"כ הוי דבר חדש ממש. ובזה שפיר יש למנותו בכלל הסוברים שינוי במקומו עומד דס"ל שצריך גם בגזילה שינוי כאתנן ונעבד ולא סגי בהא דאינו כעין שגזל דשינוי כזה במקומו עומד עד שיהא דבר חדש ממש. ומאי דס"ל לרבנן בנעבד ס"ל לרשב"י בגזל.

דף צד.

הן ולא ולדותיהן. מבואר בגמ' דיותר סברא להתיר ולדות משינוי והטעם הוא כמו

אין זה מברך אלא מנאץ. נחלקו הרמב"ם והראב"ד בפ"א מהל' ברכות הי"ט אם האוכל דברים אסורים מברך על אכילתו. הרמב"ם סובר דאינו מברך והראב"ד פסק כיון שנהנה מברך. והרא"ש בברכות דף מה. כתב דמגמ' דידן ראיא לראב"ד דמדקתני אין זה מברך אלא מנאץ משמע שצריך לברך אלא דהוי מנאץ. ובדברי הרא"ש יש חידוש שבפשוטות מחלוקת הרמב"ם והראב"ד הוא רק לענין ברכת הנהנין בזה סובר הראב"ד כיון שסו"ס נהנה אסור להנות בלא ברכה אבל בברכת המצות כיון שעושה דבר האסור אין יברך. וכן מפורש כאן בשיטמ"ק בשם המאירי דיש לחלק בזה בין ברכת הנהנין לברכת המצות. הן אמת דמדברי התוס' בברכות דף מה. ד"ה אכל נראה שהיה להם גרסא אחרת בגמ' דידן כמו שכתב רע"א שם בגליון הש"ס ולגרסתם לא מיירי הכא לענין ברכת המצות דהפרשת חלה אלא לגבי ברכה על האכילה ולדבריהם היה ניחא ראית הרא"ש אך אין זה גרסת הרא"ש.

הערות

הגזול עצים דף צד.

וציונים

צה

שמה"ט אין לפרש דחל מדין שינוי השם כיון שבשאר העיסה אין שינוי השם. ע"ע במג"א בריש ס' קצ"ו לענין ברכה אחר שקנה ע"י שינוי. ומש"כ שהאכילה עצמה היא שינוי צ"ע דא"כ למה אינו יוצא במצה גזולה הרי במ"מ שהובא במג"א שם מבואר שאחרי שינוי יוצא. וכבר עמד בזה רע"א בשו"ע ס' תנ"ד סע' ד' ע"ש.

השביחה נופל שבחו כחשה אומר

ל"ו הש"ס. רבא מעמיד בסמוך דברי ר"ש בן אלעזר בשינוי החזור ובסוף העמוד אמר שמואל הלכה כרשב"א. מוכיח מזה הרא"ש בריש פרקין ס"א דקי"ל שינוי החזור אינו קונה אפילו מדרבנן. עיין חזו"א ס' י"ז סק"א שהקשה דאם שינוי החזור קונה מדרבנן זה תקנת השבים ותקנו רק לטובת הגזול כשהשביח אבל לא בכיחש ומה ראית הרא"ש מכאן דקי"ל דשינוי החזור אינו קונה אפילו מדרבנן.

לכאורה נראה דיש לבאר דברי הרא"ש ע"פ מה שכתב השיטמ"ק בשם הרמ"ה כאן ובריש עמ' ב' דיש הבדל בין התקנת השבים דר"ש בן אלעזר לתקנת השבים דר' יוחנן בדף צד: דגזול קונה בשינוי החזור מפני תקנת השבים. דתקנת השבים דר' יוחנן הוא תקנה שיקנה ע"י שינוי החזור לבריייתו בגדרים של קנין שינוי וקונה ע"י השינוי [כשהשינוי הוא לשבח והקנין לטובת הגזול] את גוף הגזילה ולא רק את השבח ומשלם דמים כשעת הגזילה. אבל ר"ש ב"א ס"ל דאפילו מדרבנן שינוי אינו קונה וגוף הבהמה חוזרת והגזול זוכה רק בשבח. ומדייק הרמ"ה בלשון ר"ש ב"א דהשביחה נוטל את השבח ולא שקונה את הגזילה. ומוסיף הרמ"ה דקי"ל כר"ש ב"א ולא קי"ל כר"י. ולפ"ז ניחא ראית הרא"ש דאין כונתו להוכיח מכיחש אלא מהשביח דמדנקט ר"ש ב"א נוטל את השבח מוכח שאינו קונה הגזילה אפילו מדרבנן. ומה דכתב הרא"ש

רע"א בברכות מה. הקשה על ראית הרא"ש דע"כ אין משמעות לשון הגמ' שצריך לברך. דכל מה שיש לדון לענין ברכה הוא רק לרבא דשינוי קונה וממילא חלה הפרשתו אבל לאביי דשינוי אינו קונה בודאי אין ההפרשה חלה והוי ברכה לבטלה ולדבריו ע"כ אין כונת ראב"י שצריך לברך א"כ אולי ה"ה לרבא. וגם לרבא אי הוי מצוה הבאה בעבירה ממש בודאי אינו מברך ורק למה שכתבו תוס' לעיל ס"ז. שאינו מצהב"ע אלא חומרא לענין ברכה בזה יש מקום לאמר שכן מברך ע"ש. והא דנקט רע"א דלאביי בודאי לא חל ההפרשה ע' בקו"ש כאן ובאחיעזר ח"ב ס' ל"ז אות ג' בשם העונג יו"ט שגם לאביי חל ע"י יאוש ושינוי השם. והא דהוי מנאץ אע"ג דאביי ס"ל דאם היה קונה בשינוי לא היה מנאץ היינו משום דאז היה קונה לפני עשיית המצוה משא"כ אם שינוי אינו קונה והקנין נגמר ע"י ההפרשה בזה ודאי הוי מהב"ע כמבואר בתוס' לעיל דף ס"ז. וצ"ב למה רע"א לא נחית לתירוץ זה ויש לבאר בב' אופנים. א. ראיתי בספר אילת השחר כאן שהקשה על תירוץ זה דמסברא היה נראה דמה דמהני יאוש ושינוי השם הוא רק למאי דקי"ל שינוי קונה אבל לאביי דראב"י ס"ל שינוי אינו קונה ה"ה דיאוש ושינוי השם לא יקנה וא"כ י"ל דמה"ט לא תירץ כן רע"א דהיינו שנחלקו אי יאוש ושינוי השם תלוי במחלוקת דשינוי או שכו"ע מודו דיאוש ושינוי השם קנה. ועיין בתוס' בסוכה ל': דשינוי החזור אינו קונה אפי' עם יאוש ושינוי השם החזור קונה עם יאוש. ומוכח דשינוי השם עם יאוש עדיף משינוי מעשה א"כ ה"ה דיש מקום לומר שאפי' למ"ד ששינוי מעשה אינו קונה שינוי השם עם יאוש קונה. ב. האחיעזר הנ"ל הקשה דמה מהני מה שקונה החלה ע"י שינוי השם אכתי הוי תורם משלו על של חברו שבשאר העיסה ליכא שינוי השם ובשלמא הא דאיתא לעיל ס"ז. גנב ותרם תרומתו תרומה י"ל שהפריש מהגזול על שלו אבל הכא מבואר שהפריש על העיסה הגזולה וע"ש מה שכתב בזה וברע"א י"ל דס"ל

צו הערות הגזול עצים דף צד. — צד: וציונים

"ומוקי רבא בכחש שחזור" אין זה מפני שראיתו מכחש אלא דרבא מעמיד בשינוי החזור וכמו שמייירי בכחש החזור ה"ה בשבח החזור והראיה היא משבח דרק נוטל את השבח ואינו קונה גוף הגזילה ומוכח דשינוי החזור אינו קונה אפילו כשזה תועלת לגזולן.

מרחו מעשר ונותן לו. עיין היטב בדברי רש"י בד"ה מרחו והמפרשים הקשו על דברי רש"י א' למה הוצרך רש"י לגמ' בברכות שהוא תקנ"ח כמבואר ברש"י שם ת"ל דהכא מייירי שמירח לפני הפרשת פאה ובכה"ג חייב מן התורה כמבואר במתני' פ"ק דפאה מ"ו דלשו"פ והפקר פטורין מן המעשר רק אם היה פאה או הפקר לפני מירוח אבל אם כבר נתחייב במעשר ע"י מירוח תו לא מהני שם פאה או הפקר לפטור. כ"כ הר"ש שם וכן מבואר בתוס' בב"מ דף כ"א. ועי' בקו"ש שתיירן דכדי שיתחייב מן התורה בעינן מירוח עם ראיית פני הבית. ב' איך כתב רש"י דאם היה מפריש פאה לפני מירוח היה העני פטור אף שעשה מהן כרי וקשה הרי אם עשה כרי מתחייב מדרבנן כמבואר בברכות. ע' במקדש דוד זרעים ס' ס"ב אות ג' ד"ה כתב רש"י שכונת רש"י רק שעשה כרי אבל לא מירח. וכ"כ האפיקי ים בח"ב ס' כ"ח בהג"ה יעו"ש. אבל אם מרח העני בודאי איכא חיוב דרבנן. וכן מרח בעה"ב אחרי שקרא שם פאה חייב מדרבנן ורק במרח בעה"ב [וראה פני הבית] ואח"כ הפריש חייב מן התורה. ומה דהקשו תוס' בד"ה מרחו דיתברר למפרע שהיה פאה לפני מירוח וקשה אמנם זה יועיל שלא יהיה חיוב דאורייתא דהוי כהפריש ואח"כ מירח אבל עכ"פ יהיה חיוב דרבנן עי' רש"י שעמד בזה וכתב דאה"נ אבל כתבו האמת דלא שיך בזה ברירה. וע' במקד"ד ס' ס"ב אות ג' ד"ה אמרינן שכונתם לר"ל דס"ל בירושלמי דבעינן מירוח של הבעלים וכיון דהוברר שהיה ממון עניים לא מהני מירוח דבעה"ב לחייב.

המל"מ בפ"ב מתרומות ה"ט מסתפק אם הפטור של פאה ממעשר חל מיד כשקורא שם פאה או דוקא כשבא ליד העני. ונ"מ לעשיר שלקח פאה ואכלו אי עבר משום טבל. [עי' רע"א במשניות פאה פ"ד מ"ט שתמה מסברא כיון שהפטור הוא משום ובא הלוי בודאי פטור מיד]. וכתב המקד"ד בס' נ"ה אות ג' ד"ה המל"מ דמתוס' דידן מבואר דאילו היה חל שם פאה למפרע היה פטור אף שהמירוח היה לפני שהגיע ליד העני. וע"ע בזה בקו"ש אות ק"ג.

תוד"ה לא. וא"ת וכו' מפקיר כרמו מנליה. ע' ברמב"ם פ"ה ממתנות עניים הכ"ז ובמקד"ד ס' ס"ב אות ג' דהרמב"ם שינה מדרשת הגמ' כדי לישב קושית התוס'. אך הקשה בזה דא"כ למה ממעשר פטור.

דף צד:

וא"ת משנתינו מפני תקנת השבים. הובא לעיל דברי הרמ"ה דתקנה"ש דר"י הוא לענין לקנות גוף הגזילה ולא כר"ש ב"א דהוא רק לענין השבח אמנם בסוף הרמ"ה מסתפק בזה וכתב דאולי גם ר"י דיבר רק לענין השבח. וצ"ע אם ס"ל כן גם בדעת אביי דף צג: דלכאורה אביי ור"י שוים אך א"כ יוצא שרב אשי חולק גם לענין זכיית השבח. וע"ע בזה לקמן בדף צה: בפלוגתא דר"י ור"ש בשבח שע"ג גזילה.

ותנן לא הספיק ליתנו וכו'. הא דפשיטא לגמ' דלענין ראשית הגז לא שיך תקנת השבים יש לבאר בכמה אופנים. א' אי נימא דלא מייירי בנתכונן לגזול ואינו מדין שינוי דגזילה אלא כדין שינוי דאתנן [עיין לעיל] פשיטא דלא שיך בזה תקנה"ש. ב' לסוברים דמייירי בכוון לגזול י"ל דתקנה"ש שיך רק במקום שכשנפטר מהבעין מתחייב דמים אבל הכא דלא יתחייב דמים דהוי ממון שאין לו

הערות

הגזול עצים דף צד:

וציונים

צו

תובעין לא תקנו להפסיד לכהנים. ג' יש לדמות להא דמבואר בעמ' א' דא"א ללמוד מהגזה"כ של תעזוב יתירא ששינוי לא קונה בפאה לעלמא דמתנות עניים שאני דהתורה חסה על הפסידם של העניים ויתכן שה"ה מתנות כהונה שאני דלא רצו להפסיד לכהנים.

הגזלנין וכו' אין מקבלין מהן. יש

לעיין בגדר תקנה זו אם הפקיעו חכמים את החוב לגמרי מדין הפקר ב"ד וחייב רק בדיני שמים או שהחוב קיים ותקנו רק שמצוה על התובע למחול וקושית הגמ' כיון דאין מקבלים אמאי מחזירין הוא דלשון מחזירין משמע שמותר לקבל. ולכאורה נחלקו בזה הרמב"ם והראב"ד בפ"ד ממלוה הי"ג. דהרמב"ם מביא שיש מן הגאונים שס"ל שרבית קצוצה יוצאה בדיינים. ואע"פ שהלוח מוחל לא מהני מחילתו וכתב ע"ז הרמב"ם דאינו נראה ומביא ראיה מגמ' דידן שאין מקבלין מהן מכלל שהמחילה מועלת והראב"ד חולק וס"ל שאע"פ שלא מהני מחילה מ"מ תקנו שאין מקבלין. דהיינו שהרמב"ם ס"ל שתקנו שהלוח ימחול ואם לא היה מועיל מחילה לא היה מקום לתקן והראב"ד ס"ל דאע"ג דלא מהני מחילה פטרו את המלוה. ואולי יש לדחות דגם הרמב"ם מודה שפטרו אפילו בלי מחילה ומה שמוכיח מזה דמהני מחילה דהספק אם מהני מחילה בחזרת רבית קצוצה הוא אם זה מצוה לחברו או מצוה לשמים וסובר הרמב"ם שרבי לא היה מתקן לבטל מצוה לשמים ורק במצוה שבממון יש כח לחכמים לתקן מדין הפקר ב"ד. ומן התקנה מוכח שניתן למחילה אבל לא שכל התקנה היתה שימחול. אמנם מלשון הגמ' הנוטל אין רוח חכמים נוחה הימנו משמע שלא הפקיעו החוב ועי' בשיטה בשם הרמ"ה שכתב דאם רצה לקבל אין כופין אותו שלא לקבל. אך אכתי אין להוכיח מזה שלא הפקיעו החוב דאולי כשבא הגזול לשלם מדעתו א"א לכוף הנגזל שלא יקבל אבל לתבוע אולי אינו יכול. אמנם במגיד משנה בפ"א מגזילה הי"ג מבואר

שאם אין רצונו לקיים תקנה זו ותובע בדין אף שאין רוח חכמים נוחה הימנו מ"מ נזקקין לדין וכופין הגזול לשלם מבואר שס"ל שלא הפקיעו החוב.

אך צ"ב לפ"ז לשון הגמ' מחזירין לצי"ש
הרי לדעת ה"ה כ"ז שאין הנגזל מוחל איכא חיוב גמור על הגזול לשלם. וביותר קשה דהרמב"ם והרי"ף השמיטו הא דאיכא חיוב לצי"ש וכתב השער המשפט בהל' רבית [שנדפס בסוף השעה"מ] ס' קס"א סק"ו שהרמב"ם לומד שלמסקנה דמשני כאן בגזילה קיימת וכו' הגמ' חזרה מהתירוצ' הראשון ולמסקנה אין חיוב לצי"ש. וקשה מצד אחד מבואר בה"ה שיכול לתבוע בדין ולא הפקיעו החוב מאידך כשאינו תובע אינו חייב לשלם אפילו לצי"ש. ועוד ראיתי בי"ש ס' ג' שהקשה על ה"ה דאיך משכחת שיתבענו לדין הרי שיטת הרמב"ם דתקנת רבי היא דוקא כשבא לשוב מעצמו ואם אינו רוצה לשלם הרי אינו נכלל בתקנה זו. ולכאורה היה נראה כונת ה"ה דרצה לשוב ושאל לחכם מה עליו לעשות ואמרו לו כיון שבא לשוב אינו חייב לשלם אלא לצי"ש ולשעה"מ בדעת הרמב"ם אפילו לצי"ש אינו חייב ולכן לא שילם ובא הנגזל ותובע אותו בדין. אך אינו מובן דאם ע"פ דין אינו חייב איך יכול לתבוע ולמה ב"ד נזקקין. ולכאורה מבואר מזה דאף שלא הפקיעו החוב מ"מ כיון שתקנו שצריך התובע למחול נכלל בתקנה זו שאין הנתבע מחויב מעצמו ללכת ולפרוע. וזה כונת הגמ' כיון שאין מקבלין אמאי מחזירין ומשני לצי"ש. דהיינו אם הנתבע תובע מחויב לשלם ע"פ דין אבל ללכת מעצמו לשלם אינו מחויב כיון שראוי שימחול הנגזל ורק לצי"ש חייב לפרוע מעצמו ולרמב"ם אפילו לצי"ש אינו חייב אבל כשיש תביעה חייב דלא הפקיעו החוב.

מה שנתבאר מדברי ה"ה דלא בטלו החוב
נראה דהוא מחלוקת הפוסקים. דתוס' כתבו

בד"ה אי עשה, דלא שייכא תקנה זו גבי בנים. והבין המל"מ שאפילו באופן שאפשר לגבות מהבנים כגון שהניח אביהם אחריות נכסים גובים מהם ותקנת רבי הוא רק לגזול עצמו ולא לבניו. ורע"א חולק וס"ל דתוס' מיירי רק באופן שלא גובים מהבנים אא"כ היה דבר מסוים ובזה כתבו דלא היה תקנה לגבי בנים, דהיינו אפילו לתירוץ ראשון שאצל האב היה תקנה אפילו במסוים מ"מ אצל הבנים לא היה תקנה כיון שלא יפסידו מזה דרך דבר מסוים אפשר לגבות מהם ע"ש. וכן סובר השער המלך בפ"א מגזילה ה"א אבל השעה"מ חולק על המל"מ לא מטעמיה דרע"א דרע"א ס"ל שאם יכול לגבות גם מדבר שאינו מסוים שיך סברת התקנה גם לגבי בנים אבל השעה"מ כתב דאפילו אם אין סיבה לתקן בשביל הבנים מ"מ כיון דאביהם פטור מתקנת הפקר ב"ד הפקר וממונא דיליה קא ירתי ומביא שכ"כ התורת חיים ומדמה הת"ח להא דתקנו ששבח שע"ג גזילה דגזולן מכח תקנת השבים ומבואר דהשביח והוריש לבניו זכו דכיון שתקנו בגלל תקנה"ש שיזכה האב הוי ממונו להוריש לבניו וה"ה לגבי תקנתו של רבי. ומפורש בשער המלך ובת"ח דהפקיעו וביטלו את החוב מדין הפקר ב"ד. אבל המל"מ דס"ל שלבנים לא תקנו ע"כ ס"ל כה"ה דלא בטלו את החוב.

ונראה דמחלוקת זו תלויה במחלוקת הראשונים. דמסקנת הגמ' דתקנת רבי הוא דוקא באין גזילה קיימת ופסק הרא"ש דהא דקי"ל שאין מכירין יעשה בהם צרכי רבים בורות שיחין ומערות היינו דוקא בגזילה קיימת. אבל הטור ושו"ע בס' שס"ו כתבו סתמא ולא התנו שזה דוקא בגזילה קיימת. וכתב הב"ח דסמכו על מה שכתבו שם בתחילת הסימן דגזולן שבא לשוב אם אין גזילה קיימת אין מקבלין ממנו וה"ה לגבי לעשות צרכי רבים. והפת"ת שם סק"ב כתב בשם שו"ת שיבת ציון (בנו של הנוב"י) שתירוץ הב"ח

דחוק ומבאר באופן אחר דהטור והשו"ע ס"ל דתקנת רבי היתה שהנגזל לא יקבל וימחול אבל כ"ז שאינו מוחל איכא חיוב גמור על הגזולן לשלם ואפילו בלי תביעת התובע. ממילא החילוק בין גזילה קיימת לאין גזילה קיימת הוא רק כשיודע מי גזל ויכול הנגזל למחול אבל כשאינו יודע מי גזל אין מי שימחול ובזה חייב אפילו באין גזילה קיימת ולא שיך בזה תקנתו של רבי. ומדברי הרא"ש שכתב שגם כשלא יודע ממי גזל יש תקנתו של רבי מוכח לכאורה דפטרו את הגזולן אפילו בלי מחילת הנגזל. ואמנם יש לדחות ע"פ מה שכתב בשיטמ"ק בשם הרמ"ה דגם כשאינו יודע ממי גזל שיך מחילה ע"י ז' טובי העיר מ"מ הרא"ש סתם שבאין גזילה קיימת פטור מלעשות בורות ולא התנה דבעינן מחילת ז' טובי העיר ומשמע דס"ל דגם בלי מחילה אינו חייב באין גזילה קיימת. ובזה נחלק הרא"ש עם הטור והשו"ע.

אך דברי השיבת ציון בזה לכאורה צ"ע דמפורש בגמ' ועוד אימא סיפא ושאין מכירין וכו' ובפשטות כונת הגמ' להקשות על רבי למה חייבים לעשות צרכי רבים הא רבי תיקן שאין מקבלין וא"כ מבואר כהרא"ש ועיינתי בדבריו בפנים וראיתי שאדרכה מגמ' זו מביא ראיתו. דקשה מה קושית הגמ' מהסיפא הא איכא למימר גם בסיפא שחייב לעשות בורות לצי"ש כדמשני ברישא לכן הוא מפרש דאין כונת הגמ' להקשות למה עושה בורות, שיפטר מתקנתו של רבי. אלא קושית הגמ' על התירוץ של חייב לצי"ש דבסיפא קתני יעשה צרכי רבים ובזה פשוט לגמ' שלא שיך תקנת רבי כיון שאין מי שימחול וא"כ בסיפא פשוט שחייב חיוב גמור וקתני רישא דומיא דסיפא. וקשה על מה שרצו לתרץ דרישא מיירי בבא לצי"ש. ולשיטת הרא"ש דס"ל שגם בסיפא איכא תקנתו של רבי וע"כ מפרש הגמ' כפשוטו שהקשו מהסיפא שיפטר בגלל התקנה צ"ע אמאי לא משני שחייב לצי"ש.

הערות הגזול עצים דף צד: — צה. וציונים צמ

גזילה קיימת שהרי מבואר במתני' דגזיות הצמר הוי שינוי בצמר, ואין לדחות דכיון שמעשה הגזילה הוא הגזיזה אין הגזילה והשינוי יכולים להיות ביחד דמוכח לקמן דף צ"ו. האי מאן דקטיל דיקלא דהגזילה והשינוי יכולים להיות כאחד כמש"כ בקו"ש שם. אך יש לדחות דגוזז לצורך הבעלים ואח"כ לוקח קצת לעצמו א"כ אין שינוי אחרי הגזילה.

ונשיא בעמך לא תאור בעושה

מעשה עמך. מבואר בגמ' דאין חיוב כבוד אביו כשאביו אינו עושה מעשה עמך. והטור ביו"ד ס' ר"מ הקשה מכאן על הרמב"ם דכתב בפ"ו מממרים ה"ז דאפילו אביו רשע חייב הבן בכבודו ובמוראו. והלח"מ שם כתב דאחר מיתת אביו מודה הרמב"ם דאין חיוב כיבוד אם אביו רשע. ובפשטות כונתו דחיוב כיבוד באביו רשע הוא מדרבנן דחזינן דאינו חייב מיתה על הכאתו וקללתו ורבנן חייבו רק בחייו.

דף צה.

תוד"ה משלם. וכל שבח שמשעת גזילה עד שתלד לגזלן. לגרסא זו שיטת תוס' כהרא"ש שכל השבח שבא לפני השינוי שייך לגזלן ואף שאם היה מחזיר לפני הלידה היה חוזר לבעלים עם השבח מ"מ כשבסוף יש שינוי זוכה הגזלן בכל השבח. ושיטת הרשב"א וכן דעת התוס' לגרסת הגר"א דשבח שבא לפני השינוי לנגזל ומשלם דמים כרגע לפני השינוי. וב' דרכים נאמרו בביאור המחלוקת. העונג יו"ט בס' כ"ט לומד שהרא"ש ס"ל דע"י השינוי זוכה בגזילה למפרע משעת משיכה ותוס' ס"ל דזוכה רק משעת השינוי ואילך. אך זה תמוה מסברא למה יזכה למפרע הרי הוהשיב לא נפקע למפרע וכל זמן שהוהשיב קיים זה מונע את הזכייה וכשפוקע זוכה עכשיו מכח משיכה ראשונה כמו שמבאר הקו"ש בריש מרובה אבל למה יזכה למפרע. האמרי משה בס' ל"ב אות

מחזירין לצי"ש. כתב הטור בס' שס"ו דאם מחזיר לצי"ש מותר לקבל ממנו. והקשה ע"ז היש"ש בס' ג' דבברייתא קתני מחזירין וע"ז אמרינן שאין מקבלין ולמה מחזירין לצי"ש. משמע דמחזירין דקתני היינו לצי"ש וע"ז כתוב ואין מקבלין. ועיין במל"מ פ"ד ממלוה ה"ה שהרגיש בזה וכתב שכונת הטור דבפעם הראשונה שבא להחזיר אין מקבלין ממנו ואם אמר שאעפ"כ רוצה לשלם מותר לקבל, ע"ש.

רש"י ד"ה אין חייבין להחזיר, פירש משום יאוש ושינוי רשות. ע' מל"מ פ"ד ממלוה ה"ד שהקשה בשם הג"ת דאין זה מסקנת הגמ' בריש הגזול ומאכיל אלא דילפינן מקרא דלדידה אוהר רחמנא ולא לבריה. ע' מה שכתב בזה המל"מ ומה שכתב בזה רע"א כאן.

תוד"ה בימי. דחו הפשט דמיירי דוקא בבא לשוב אך הרמב"ם כן כתב פשט זה והנ"י צירף שני הפשטים דמיירי בגזלן מפורסם שרוב עסקו בכך ובא לשוב ובזה מישב קושית התוס' דיכול להערים. ועיין לשון השו"ע ס' שס"ו ובגאון שם סק"ב.

כאן בגזילה קיימת וכו'.

פ"ד ממלוה ה"ה שס"ל שגזלן שקונה בשינוי וחייב דמים חשיב כאין גזילה קיימת אמנם בשיטת"ק בד"ה וכתב הר"מ, מפורש דאף שקנה בשינוי נחשב גזילה קיימת כיון שאם קשה לו לשלם דמיו יכול להחזיר הגזילה עצמה. וגדולה מזו כתב הרשב"א בשם הראב"ד שאפילו אין הגזילה קיימת אלא חילופיו חשיב גזילה קיימת. וכן צ"ל בדעת רש"י דמפרש דרועין היינו שרועין בשדות אחרים ולא כמו שכתבו התוס' שגונבים הגזיות ויקשה על רש"י איך משכחת ברועין גזילה קיימת וע"כ צ"ל דס"ל כראב"ד. ומדברי התוס' שכתבו שגונב הגזיות לכאורה מוכח דלא כהמל"מ הנ"ל אלא דאע"ג דקנה בשינוי חשיב

ומבאר למה הרא"ש לא ס"ל כן. נמצא דבזה פליגי תוס' והרא"ש אם זכיית ממון הנגזל הוא סיבה לחיוב דמים.

עייין ברש"ש בריש פרקין שכתב דבריו הרא"ש בזה אזלו לשטתו דס"ל שלידה והגיזה הוא לא רק שינוי בולד ובגיזות אלא גם בבהמה עצמה ולכן זוכה בכל השבח שהשביח לפני השינוי. ולכאורה לפ"ז היה מקום לומר דבעיקר דברי הרא"ש מודים תוס' אלא דס"ל דהשינוי הוא רק בולד ואינו זוכה בבהמה כלל. ולכן כל השבח שע"ג הבהמה חוזר לבעלים. אך אין נראה לפרש כן דשבח שיש בין הגזילה ללידה אינו רק בבהמה אלא העובר עצמו הולך ומשביח מזמן הגזילה עד סמוך ללידה ומשמע בתוס' דגם שבח העובר עד הלידה שייך לנגזל. אע"פ שאת העובר הוא בודאי קונה בשינוי. אע"כ שנחלקו תוס' והרא"ש בדבר הנקנה בשינוי אם משלם דמים כשעת הגזילה או כרגע לפני השינוי. ועוד דיתבאר בעזה"י בעמ' ב' דגם שיטת תוס' כשיטת הרא"ש דהלידה הוא שינוי בגוף הבהמה ולא רק בולד.

בדברי העיו"ט שלומד בדעת הרא"ש שהגזול זוכה למפרע ע"י השינוי שמעתי מקשים מהדין של תבא ושתייה משלם ד' ולמה לא נימא דע"י השינוי בחבית שנאבד מן העולם זוכה הגזול למפרע ונמצא ששלו התיקן וישלם רק זוז כשעת הגזילה. וכעין זה הקשה האמרי משה בס' ל"ב אות ג' בסוף ההגה דכל טובח יפטר מדו"ה דהטביחה הוא שינוי וזוכה למפרע ונמצא דשלו הוא טובח. אך בזה מישב האמר"מ דע"ז חייבה תורה כיון שעד הטביחה היה של הבעלים וע"י הטביחה יצא מרשות הבעלים ע"ש וזה מתרץ רק מטביחה אבל תבא ושתייה אכתי קשה למה משלם כדהשתא ובזה אין שום גזה"כ.

מה שהכריח את הגר"א לשנות את הגרסא בתוס' ולומר דתוס' חולק על הרא"ש בפשטות

ג' בהגה כתב דגם הרא"ש מודה שקונה רק בשעת השינוי ואע"כ משלם דמים כשעת הגזילה דזמן חיוב הדמים הוא בשעת גזילה ולא בשעת שינוי כדמוכח מהא דאיתבר ממילא משלם וזוא דאם החפץ אינו בעין משלם הגזולן כשעת הגזילה א"כ אע"ג שקונה החפץ עם השבח אינו משלם דמים אלא מה שהתחייב בשעת גזילה. ואין זה דומה לתבא ושתייה דמשלם ד' דהתם התבא היא סיבה חדשה לחיוב דמים או מדין מזיק או דהוי גזילה חדשה אבל כאן שלא הזיק אלא עשה שינוי אין זה סיבה לחיוב דמים חדש ומשלם כשעת הגזילה. והא דפליגי התוס' [לגר' הגר"א] אין לומר דהוא משום דס"ל דהשינוי עצמו הוי כגזילה חדשה והוי כתבא ושתייה. וכמבואר בנתיבות ס' ל"ד סק"ה דכיון שעד עכשיו היה של הבעלים ורק לא ברשות הבעלים וע"י השינוי פוקע בעלות הנגזל נחשב גזילה חדשה. אך זה מספיק לבאר רק הא דפליגי התוס' לגבי טעונה וגזזה שעושה השינוי בידים אבל מעוברת וילדה דהשינוי נעשה מאליו בזה בודאי לא הוי כתבא ושתייה. [נדברי הנתיבות הנ"ל דשינוי הוי גזילה חדשה הם לכאור' דלא כמבואר ברא"ש כאן [ע' קו"ש אות ק"מ שכתב כן] אך עייין באמרי משה ס' ל"ב בסוף אות כ"ב שמחלק בזה בין הגנב עצמו שעשה שינוי לאחר ע"ש].

לכן צ"ל דשיטת תוס' דאע"ג דאין מעשה גזילה מ"מ כיון שעד השינוי היה שייך לבעלים והגזולן זכה בממון הבעלים בזמן שהוא עם השבח, הזכיה בממון הנגזל מחייב את הגזולן בדמים. וזה עצמו סיבה לחיוב דמים חדש חוץ ממה שנתחייב בשעת גזילה. אך זה דוקא בשינוי שזוכה בחפץ אבל באיתבר ממילא שהחפץ נאבד מן העולם והוא לא זכה בו בזה אין סיבה לחייב כדהשתא אא"כ שברו בידים. משא"כ מעוברת וילדה שזכה בבהמה עם השבח זה סיבה לחייבו דמים. ועייין באמרי משה בס' ל"ב אות ל"א שהרגיש בסברא זו

הערות הגזול עצים דף צה. – צה: וציונים קא

בפרה ומה דמשלם דו"ה על הפרה הוא משום דקאי כר"מ דקנסו שלא יקנה בשינוי ועל הולד פטור לא בגלל שינוי אלא דלא היה שה בשעת גניבה. דהיינו לפשט של הרמב"ן הקנס אינו גורם לחייב דו"ה ולפשט של האו"ש הקנס גורם שיתחייב דו"ה דהפקיעו לגמרי בעלותו של הגזול.

דף צה:

לצבוע לו אדום וצבעו שחור. מבואר

בגמ' דהא דזוכה הצבע בצמר הוא משום דקונה בשינוי. ומכאן למדה הגמ' בב"מ עח: דמעביר על דעת בעה"ב נקרא גזול. דהיינו אע"ג דאין כונתו לגנוב הבגד מ"מ כמו ששואל שלא מדעת הוי גזול אע"ג דאין רצונו לגנוב החפץ כך הלוקח ממון בעלים ועושה בו פעולה שונה מרצון הבעלים גם זה בכלל גניבה אך כמו שכל גזול בעי קנין בודאי מעביר ע"ד בעה"ב בעי נמי קנין ומיירי שזה בחצרו וע"י שמשנה חשיב גנב וקונה בשינוי. ואע"ג דהגמ' בב"מ דוחה לעולם מעביר ע"ד בעה"ב אינו גזול ושאיני הכא שעשה שינוי ואינו מובן איך יקנה בשינוי אם אינו גנב. ועי' בשיטמ"ק בשם הרמב"ן והריטב"א שעמדו בזה ותירצו דבודאי גם במסקנה הוי גזול מדין מעביר ע"ד בעה"ב אלא דכונת הגמ' דאין ראייה ממעביר באופן כזה שהוא שינוי גדול מדעת בעה"ב לשואל בהמה להוליכה בהר והוליכה בבקעה דאינו שינוי גדול.

אמנם בשיטמ"ק שם בשם ר"פ כתב דס"ד

דשינוי קונה רק אם קונה להתחייב באונסין ומשני דאע"ג דאינו גזול ולא התחייב באונסיה מ"מ קונה בשינוי ומשמע לכאורה דס"ל דלמסקנת הגמ' אע"ג דאינו גזול כלל מ"מ קונה בשינוי והוא דבר תמוה. ושמעתי דבר נכון בביאור דבריו ע"פ מה שמבואר בקו"ש לקמן דף צו. דהוכיח מהגמ' דמאן דגזול דיקלא מחבריה דאע"ג דכדי לקנות בשינוי בעינן

הוא דמשמעות התוס' הוא שבאו לבאר לשון המשנה משלם דמי פרה העומדת לילד ולשון זה משמע דמשלם כרגע לפני הלידה. והרא"ש לשיטתו באמת מתקשה בלשון המשנה ונדחק לישב ע"ש והתוס' משמע דמפרשים לשון המשנה כפשוטו לכן כתב הגר"א דס"ל דשבח עד הלידה הוי דנגזל. אמנם יש להוסיף בזה דאולי מקורו של הגר"א הוא מתוס' לקמן עמ' ב' בד"ה מני דנראה מוכח מתוס' דפליגי על הרא"ש, ועיין לקמן מה שנכתוב בזה שם בס"ד.

הכא קנסא הוא דקא קנים. בגדר

הקנס לר"מ אם עשו הפקר ב"ד ועקרו לגמרי קנינו של הגנב או לא תלוי בביאור דברי התוספתא שמביא הרמב"ן במלחמות בד"ה כתב בספר המאור. דשיטת בעה"מ דלידה הוי שינוי גם בפרה ולא רק בולד והרמב"ן חולק ומביא הרמב"ן ראייה מן התוספתא פ"ז מ"ה דקתני גנב פרה מעוברת וילדה וטבח הולד פטור מדו"ה ואם טבח הפרה אחרי הלידה חייב דו"ה. ולמד הרמב"ן דהא דפטור על טביחת הולד הוא משום שקונה הולד בשינוי ומדקתני שעל הפרה חייב מוכח דאינו קונה הפרה ע"י הלידה אלא רק הולד. והעיר בזה האו"ש בפ"א מגניבה ה"א דבהמשך התוספתא קתני הטובח לע"ז משלם דו"ה דברי ר"מ ומשמע דגם הרישא קאי כר"מ והרי ר"מ ס"ל דאין הגזול זוכה בולד מפני שקנסו ולמה פטור מדו"ה וכתב האו"ש דצ"ל בדעת הרמב"ן דאע"ג שקנסו היינו רק להחזיר הולד אבל לא לענין לחייבו דו"ה. ולכאורה כונתו דלא עקרו קנינו של הגזול ע"י הפקר ב"ד ומן התורה נשאר שלו ולכן פטור מדו"ה. אבל האו"ש בעצמו מבאר באופן אחר את התוספתא דמה שפטור בטביחת הולד אינו מפני שקונה בשינוי אלא משום דבשעת גניבה היה הולד עובר ולא הוי שור ושה א"כ החיוב כפל שאינו בשור ושה אינו מצטרף לחיוב ד' צאן תחת השה ע"ש. וכתב דלעולם יתכן שהלידה הוי שינוי גם

דאם אינו גזולן אינו קונה בשינוי מ"מ צ"ע בזה מהא דחגיגה דף יא. דגזבר שנטל אבני בנין אינו מועיל בלקיחתו כיון שחשב שהאבנים הם שלו ואין כאן הוצאה מרשות הקדש, כ"כ התוס' בב"מ דף צו: ד"ה אמר, ויש מבארים דאפילו ידע שאינו שלו מ"מ כיון שבל"ה זה ברשותו אין כאן מעשה גזילה. ואם בנאו בתוך ביתו כיון שדר תחתיו שוה פרוטה מעל ושואלת הגמ' בחגיגה למה אינו מועיל אפילו לא דר תחתיו מיד כשבנאו והא שנויי שנייה ופרש"י וקניה בשינוי [וועיין תוס' ב"ק כ: שהקשו דהוי שינוי החוזר]. ותימא כיון שאין מעשה גזילה איך יקנה בשינוי וצ"ע.

דמי צמרו ושבתו בני למיתב ליה.

לשון זה אינו מובן דאם שינוי אינו קונה הצמר והשבת חוזרים לבעלים וידו של צבע על התחתונה כשיטת ר"י במתני'. וכתב הרשב"א דלשון הגמ' לאו דוקא והכונה כר"י. ועוד הקשה הרשב"א מה הראיה דטעמיה דר"מ משום שינוי קונה אולי קונה השבח מדין אומן קונה בשבח כלי. ועי' בגאון ס' ש"ו סק"ח שגם הקשה כן והוכיח מזה דק"ל שאומן אינו קונה בשבח כלי. אמנם למה שכתב הרא"ש בתש' שהובא בקצה"ח ס' ש"ו סק"ה שלענין צביעה לא אמרינן אומן קונה בשבח כלי יתישב קושית הרשב"א אך הקצות תמה על הרא"ש מגמ' מפורשת לקמן צט. דגם בצביעה יש דין אומן קונה ולכן הקצות כתב שאין כונת הרא"ש כפשוטו. אמנם לפי מה שכתב בשע"י ש"ג פכ"ה דדברי הרא"ש תלויים בספק של הגמ' לקמן קא. אי חזותא מלתא או לא והרא"ש ס"ל שלצד שחזותא לאו מלתא אין בצביעה דין אומן קונה בשבח כלי והגמ' בדף צט. קאי לצד שיש שבח סמנים ע"ג צמר דהיינו שחזותא מלתא. ולפ"ז י"ל דהכא ראית הגמ' היא לצד שחזותא לאו מלתא.

תוד"ה חמשה. ויש לדחות דשמואל הוה מפרש שאין בו אחריות היינו שמפורש שלא

שיהיה גזולן לא בעינן דוקא שיקדם מעשה הגזילה לשינוי אלא יכול גם להיות גזילה ושינוי באים כאחד ומוסיף דכן מוכח נמי מלצבוע אדום וצבעו שחור דהשינוי הוא מעשה הגזילה. אך ראיה זו דוחה הקו"ש דיתכן דמיד כשמכניס ליוורה הוי שינוי מדעת בעה"ב עוד לפני השינוי נמצא דהגזילה קדמה לשינוי. לפ"ז כונת ר"פ דזה פשוט דבעינן שיהיה גזולן כדי לקנות בשינוי אלא דהה"א של הגמ' היתה דבעינן שיקדם מעשה הגזילה לשינוי ולכן הגמ' חשבה שע"כ נעשה גזולן ע"י תחילת ההכנסה ליוורה לפני קליטת הצבע וזה דמי להוליקה בהר והוליקה בביקעה ומזה הגמ' מוכיחה שמעביר ע"ד בעה"ב הוי גזולן [אבל מעצם שינוי של הצביעה הגמ' ידעה גם בה"א שאין לדמות להר וביקעה] ומשני דאין צורך שיקדם הגזילה לשינוי אלא סגי בזה שנעשה גזולן בשעת השינוי והמעביר ע"ד בעה"ב שיש בשעת השינוי אינו דומה להר וביקעה. דהיינו שזה פשוט שבלי שיהיה גזולן אינו קונה בשינוי אלא שהה"א היתה דבעינן שיקדם מעשה הגזילה לשינוי ובמסקנה סגי בזה שהגזילה והשינוי באים כאחת.

הא דנתבאר דשינוי אינו קונה בלי שיהיה גזולן, מדברי הסמ"ע מבואר שלא ס"ל כן דכתב בס' צ"ז סק"ס על הא דמבואר שם דאין בע"ח גובה מבגדים שצבע בשביל אשתו ופירש בסמ"ע דמייירי בבגדים שלו שצבע לשם אשתו והיא זכתה בבגדים ע"י שינוי וכן מביא הקצה"ח שם סקי"ד בשם שו"ת צמח צדק. והקצות תמה על דבריהם דקנין שינוי הוא דוקא בגניבה. ודברי הסמ"ע נשנו בס' שמ"א סקי"א ביתומים שהניח להם אביהם פרה שאולה וטבחו שזכו היתומים בעורות מפני שקנו בשינוי וגם שם הקשה הקצות בסק"ב דרק גזולן קונה בשינוי.

אמנם אף שמסברא בודאי נראה כהקצות וכן מבואר בראשונים הנ"ל בב"מ דפשיטא להו

הערות

הגזול עצים דף צה:

וציונים

קג

קיבל עליו אחריות. אין הכרח לאמר שכונת התוס' דבזה אין את הדין של שמואל דאין סברא לחלק בין פירש שלא יהיה אחריות לסתם שממילא אין אחריות ובפרט לראשונים שמפרשים בב"מ טעמו של שמואל ששטר שלא משעבד הוי מפי כתבם כודאי אם פירש בלי אחריות נמי פסול. אלא כונת תוס' דכל ההכרח של הגמ' דקאי כר"מ הוא מדמשמע דאחריות לאו ט"ס אבל אם נפרש דמיירי כשפירש בלי אחריות א"כ אין ראייה דקאי כר"מ. ותוס' כאן ס"ל שכל חידושו של שמואל ששטר שאין בו אחריות נכסים פסול זה רק לדעת ר"מ ורבנן פליגי ובדבר זה נחלקו רש"י ותוס' בב"מ דרש"י ס"ל שם בדף יג: ד"ה ורבנן דשמואל אמר כן רק בדעת ר"מ ורבנן פליגי אבל תוס' שם בדף יד. ד"ה מ"ט כתבו דשמואל אמר כן מסברא וס"ל כן אליבא דכו"ע אלא דרבנן פליגי מפני שס"ל אחריות ט"ס. ולמה שכתבנו התוס' כאן אולו בשיטת רש"י. [המחלוקת תלויה בגר' בברייתא שם דף יג:].

מאי לאו בע"ה. לכאורה ה"ה דהוי מצי למימר כגון שלא ידע. וע' מש"כ בזה הרשב"א ולפי מה שכתבו התוס' דבשוגג כי האי לא קנסו ע"כ צ"ל דמיירי שידע. וברשב"א מוכח שחולק על תוס'. וכן משמע ברש"י שחולק בזה על התוס'.

תוד"ה דאתא. דהא התם בפלוגתא דרב ושמואל וכו' היינו ע"כ בשבח היתר על היציאה. כונתם למאי דלא קי"ל כר"מ דקניס.

בשבח שע"ג גזילה קמפלגי. בפשטות

כוונת הגמ' דר"י ור"ש נחלקו בגזל ריקנית ונתעברה אצלו ועדיין לא ילדה אם שבח העיבור שיך לגזלן או לא אבל בגזל ריקנית ונתעברה אצלו ואח"כ ילדה לכו"ע הולד שיך לגזלן. אמנם יתכן שיהיה נ"מ ממחלוקתם גם בילדה אך זה תלוי במחלוקת ראשונים שהובא לעיל על תוד"ה משלם. דלשיטת הרא"ש גזל

מעוברת וילדה זוכה הגזלן בכל השבח שמשעת גזילה עד הלידה א"כ בגזל ריקנית ונתעברה אצלו וילדה בין למ"ד שבח שע"ג גזילה דגזלן וקנה העובר מיד בשעת העיבור בין למ"ד שבח שע"ג גזילה דנגזל שלא קנה עד שעת הלידה מ"מ לכו"ע כשילדה זוכה בכל השבח ואין נ"מ ממתני הוי שינוי. אבל לגר' הגר"א בתוס' לעיל דזוכה הגזלן רק משעת השינוי א"כ גם בילדה יש נ"מ ממתני הוי השינוי ולמ"ד שבח שע"ג גזילה דגזלן כל שבח העיבור של הגזלן ומשלם דמי פרה ריקנית ולמ"ד שבח שע"ג גזילה דנגזל והשינוי הוי רק בשעת לידה א"כ כל שבח העיבור לנגזל. ולפ"ז ניחא דכל הברייתא מיירי בנתעברה אצלו וילדה כדברי ר"מ, ור"י ור"ש שנחלקו בשבח שע"ג גזילה יש נפ"מ מדבריהם גם בילדה. והמעין היטב בלשון רש"י בד"ה דר' יהודה יראה שמפרש פלוגתתם גם במקרה שילדה. ובחי' הגר' מאיר שמחה זצ"ל כתב שמוכח מדברי רש"י שחולק על הרא"ש. דלדעת הרא"ש בילדה לא יהיה שום נ"מ בין ר"י ור"ש.

לפ"ז נראה דיש מקור להגהת הגר"א בתוד"ה משלם מתוס' כאן בד"ה מני דכתבו אליבא דר"פ דהגמ' נקטה דר"ש מיירי אפילו בילדה דקאי על דברי ר"מ דמיירי בילדה. דהיינו דע"כ צריך להיות נ"מ בין ר"י לר"ש גם בילדה, ואם הגמ' הבינה כך לר"פ ה"ה דצריך לאמר כן נמי לר' זביד וזה יתכן רק אם תוס' חולק על הרא"ש דלשיטת הרא"ש אחרי שילדה אין שום נפ"מ ממתני היה השינוי.

ר"י סבר שבח שע"ג גזילה דנגזל.

בסברת ר"י לר"ז נאמרו ג' טעמים. א' לתוס' ר"י ס"ל שינוי אינו קונה ובשבח שלא ע"ג גזילה קונה מתקנת השבים. ב' לר"ת ר"י ס"ל שינוי קונה ולכן בשבח שלא ע"ג גזילה מודה ר"י אבל שבח שע"ג גזילה לא קונה דהוי שינוי החוזר לברייתו. ג' הרמב"ן כתב דכיון שאת גוף הבהמה אינו קונה, וגוף הגזילה ברשות מ"ק

קונה ומחלוקת לענין שבח שע"ג גזילה הוא משום דהוי שינוי החזור ומ"ד דגזולן ס"ל שינוי החזור קונה מדרבנן. ועי' בביאור הגר"א סי' שנ"ג סק"ו שכתב דלר"ת אף דהא דשינוי החזור קונה הוא ג"כ מדרבנן מ"מ אין זה תקנת השבים ולפשט הראשון דתוס' הוי תקנת השבים. וכתב הגאון דנ"מ באופן דלא שיך תקנת השבים כמש"כ תוס' בסוכה דף ל: ד"ה ושינוי. ואולי יש להוסיף דהרמ"ה מסתפק לעיל צ"ד. בדעת ר' יוחנן ששינוי החזור קונה הגזולן מפני תקנת השבים אם הכונה שתקנו שיחשב שינוי מדרבנן וקונה כל הבהמה או רק תקנו שיזכה בשבח וי"ל דבזה פליגי תוס' ור"ת. דלתוס' דהוי תקנה"ש רק השבח שלו דהיינו הולד אבל שיחשב שינוי לקנות כל הבהמה מדרבנן זה לא תקנו אע"ג דהוי שינוי בבהמה כיון דהוי שינוי החזור לברייתו. ולר"ת תקנו בגדר שינוי קונה ויקנה כל הבהמה מדרבנן וכן מבואר לקמן בתוד"ה לר"ש דלטעמא דתקנה"ש זוכה רק בשבח כמו שיבואר שם בסמוך. ועי' חזו"א ב"ק ס' י"ז סק"ב שתמה על הגאון דכל שינוי דרבנן הוא משום תקנה"ש אבל להנ"ל ניחא דאמנם טעמא דתקנתא הוא תקנה"ש אבל יתכן שתקנו בגדר שינוי קונה ויתכן שתקנו שיזכה רק השבח בלבד וזה מאי דאיכא בין תוס' לר"ת. ג' הרא"ש פסק לעיל בריש פירקין דשינוי החזור אינו קונה אפילו מדרבנן ואילו הכא פסק כמ"ד שבח שע"ג גזילה דגזולן. וכתב הגאון בס' שנ"ג סק"ו בדעת הרא"ש דס"ל דשבח שע"ג גזילה לא הוי שינוי החזור. וטעם הדבר י"ל ע"פ מה שנתבאר לעיל בריש פירקין דמצאנו בכמה מקומות דאם השינוי הוא שינוי גמור קונה אף שחזר לברייתו וכן י"ל הכא. והעירוני דאפשר עוד לבאר ע"פ מה שכתבנו לעיל בריש פירקין להקשות על מה שכתב הקצות דגזל נסכא ועבדינהו זוזי וחזר ועשה מהזוזי נסכא דקנה בשינוי ולמד כן מריקנית ונתעברה וחזרה וילדה. וקשה אם כשמחזיר הזוזי למצב של נסכא זה נחשב שינוי אף שגם בשעת גזילה זה היה נסכא א"כ למה בתחילה

קיימא ולדידיה אשבח ואין כאן שינוי עד שיגזוז שכל המחובר לה כמוה. ובעה"מ כתב כסברת התוס' דר"י ס"ל שינוי אינו קונה או דהוי שינוי החזור נלשון בעה"מ כיון שגדל מאליו וסופו לינטל. ומה שהקשה הרמב"ן על בעה"מ דאי ר"י ס"ל שינוי אינו קונה אפילו שבח שאינו ע"ג גזילה נמי כבר תירצו התוס' דבזה איכא תקנת השבים. ופשוט דהרמב"ן ובעה"מ בזה לשיטתם דפליגי לענין גזל מעוברת וילדה אי הלידה הוי שינוי רק בולד או גם בפרה דשיטת בעה"מ דהוי שינוי גם בבהמה והרמב"ן הוכיח מסברא ומן התוספתא דאינו שינוי בבהמה אלא רק בולד. וכמו שנחלקו לענין מעוברת וילדה כך בודאי פליגי לענין ריקנית ונתעברה לצד שזה שינוי אם זה שינוי רק בעובר או גם בבהמה דכמו שסובר הרמב"ן דמעוברת וילדה אינו שינוי בבהמה דהוי כבהמה מלאה והטילה גללים א"כ מה"ט נמי ריקנית ונתעברה אינו שינוי בבהמה ולכן סובר הרמב"ן דממילא גם אין שינוי בעובר דכיון שגוף הבהמה נשאר של הבעלים גם השבח שגודל הוא של הבעלים שכל המחובר לה כמוה אבל בעה"מ ס"ל דכמו שמעוברת וילדה הוי שינוי בבהמה כך ריקנית ונתעברה הוי שינוי בבהמה ממילא כיון שקונה את כל הבהמה אין מקום לסברת הרמב"ן. לכן כתב בעה"מ דטעמא משום דהוי שינוי החזור וגם זה לשטתו דכיון דהוי שינוי בבהמה כלפי הבהמה הוי שינוי החזור ממילא לא זוכה בעובר אבל לרמב"ן שאין שינוי בבהמה וכל השינוי הוא רק בולד אין מקום לדון מצד שינוי החזור דכלפי העובר אין השינוי חוזר. ולפ"ז מדברי התוס' שכתבו שטעמו של ר' יהודה הוא משום דהוי שינוי החזור מוכח דס"ל כשיטת בעה"מ דעיבור הוי שינוי בבהמה וכן לידה.

בסברת המ"ד שבח שע"ג גזילה דגזולן
איכא נמי ג' פשטים. א' לתוס' הוא תקנת השבים שהרי ר"י אליבא דר"פ ס"ל דגזולן ור"י ס"ל שינוי אינו קונה. ב' לר"ת ר"י ס"ל שינוי

הערות

הגזול עצים דף צה:

וציונים

קה

כשעושה מהנסכא זוזי זה שינוי החוזר הרי אין אפשרות להחזיר למצב של כעין שגזל שהרי אם יחזיר למצב של נסכא זה לא יהיה כעין שגזל שזה עצמו שינוי א"כ ברגע שעשה מהנסכא זוזי כבר א"א שוב להחזיר לכעין שגזל. וזה שאלה גם על רקנית ונתעברה למה הוי חוזר לברייתו הא כשתלד תחשב הלידה שינוי בבהמה א"כ א"א להחזיר למצב של כעין שגזל. וע"ש מה שכתבנו לישב שחוזר לברייתו אינו חסרון מצד עצמו אלא סימן שהשינוי אינו שינוי גמור אבל בדעת הגאון שכתב שיש צד לאמר דעיבור הוי שינוי שאינו חוזר יש לבאר ע"פ סברתנו הנ"ל. ובזה גופא נחלקו ר"י ור"ש בשבח שע"ג גזילה.

תוד"ה בשבח. והא דלא קני בצבע לפי שאין מתכוין לקנותו. נחלקו האחרונים אם כדי לקנות בשינוי צריך הגזול כוונה או שקונה בע"כ. הנתיבות בס' שני"א וס' שס"א וס' ל"ד סק"ה [רק בנדפס בשו"ע] כתב דאוקמא רחמנא ברשותיה בע"כ כדי להתחייב באונסין וממילא גם קונה בע"כ בשינוי. וכן דעת תרומת הכרי בס' רס"ב. אבל האו"ש פ"ב מגזילה הט"ו והמחנא"ע על הרמב"ם פ"ב מגזילה ס"ל דבלי כונת קנין אינו קונה. אך כ"ז לענין לקנות ע"י השינוי אבל לענין שלא יוכל לאמר הש"ל בזה לכו"ע אינו יכול לאמר הש"ל אף שאינו רוצה לקנות כדמוכח מהגמ' בגטין נ"ג דאם היזק שאינו ניכר שמיה היזק א"כ גזל חמץ ועבר עליו הפסח לא יוכל לאמר הש"ל, אף שבודאי אינו רוצה לזכות באיסה"נ כמבואר לעיל סו: דהא דאינו קונה החמץ ע"י יאוש משום דזה מתיאש וזה אינו רוצה לקנות. אבל אין ראיה מזה דקונה ע"י השינוי אלא רק שאינו יכול לאמר הש"ל כ"כ בקו"ש מרובה אות כ"ו. ומדברי התוס' כאן שכתבו דהא דאינו קונה לר"י בלצבוע אדום וצבעו שחור משום דלא כיון לקנות כתב הקו"ש באות כ"ו דאין ראיה שכונתם שצריך כונת קנין לקנות בשינוי אלא כונת תוס' דלא כיון לגזול ור"י לא ס"ל דנעשה

גזול מאליו ע"י שמשנה מדעת בעה"ב. אמנם בפרקין באות ק"א כתב הקו"ש דמשמע לכאורה מדברי התוס' דקנין שינוי צריך כונה. נמצא דאיכא ג' דרכים לפרש מחלוקת ר"י ור"מ לגבי נותן צמר לצבע. א' לשיטת התוס' פליגי אי שינוי קונה או לא. ב' לר"ת פליגי אי בלי כונה לגזול הוי גזול דהיינו אי מעביר ע"ד בעה"ב הוי גזול או לא. ג' קו"ש באות ק"א מפרש לר"ת דפליגי אי לקנות בשינוי צריך כונה או לא. ומדברי הגמ' בדף קב: מוכח לכאורה דפליגי דמעביר ע"ד בעה"ב אי נקרא גזול או לא כמו שיבואר שם בס"ד.

תוד"ה לר"ש. כתבו דלר"י דשבח שע"ג דגזול כיון דמתקנת השבים זוכה בשבח פשיטא דמגופיה שקיל. בהגהות הב"ח כתב דהרא"ש כתב בהיפך. לשונו של הב"ח משמע שלרא"ש לר"י פשיטא שמסלק הנגזל לגזול בזוזי אבל האמת אינו כן דהרא"ש כתב דלר"י פשיטא דמסלק הגזול לנגזל בדמים דהיינו שס"ל שזוכה הגזול בכל הבהמה ולא רק בשבח ומשלם לנגזל דמים כשעת הגזילה. וכונת הב"ח דלתוס' זוכה הגזול רק בשבח ולקוח גוף השבח והם שותפים בבהמה ולרא"ש זוכה הגזול בכל הבהמה ומשלם דמי בהמה. ונידון זה אי זוכה הגזול כשיש שבח ע"ג גזילה רק בשבח או בכל הגזילה תלוי בטעמא דשבח שע"ג גזילה דגזול דלתוס' לעיל הוי מתקנת השבים ולר"ת הוי משום שינוי קונה. והנה אם זה מדין שינוי תלוי אם עיבור הוא שינוי בבהמה או רק בולד ולעיל כתבנו דזה תלוי במחלוקת הראשונים אם לידה הוי שינוי בבהמה או רק בולד. והרא"ש לשטתו דס"ל כבעה"מ דלידה הוא שינוי בבהמה וה"ה עיבור. ואם ששעג"ג הוי דגזול בגלל תקנת השבים זה תלוי בספק של הרמ"ה בדף צד. בדברי ר"י שכתב דהא דקונה במתני' בגזול עצים משופים ועשאן כלים דהוי שינוי החוזר הוא מתקנת השבים ומסתפק הרמ"ה אם כונת ר"י לאמר דמפני תקנה"ש זוכה בכל הגזלה

דהיינו שתקנו מדרבנן שיחשב שינוי או שקונה רק השבח כשיטת ר"ש ב"א שם צד. א"כ שיטת הרא"ש שאפילו לצד שזוכה מתקה"ש זוכה בכל הגזילה לכן הגזולן לוקח הגוף עם השבח ומשלם דמים כשעת הגזילה. ותוס' ס"ל דמתקה"ש תקנו רק שיזכה בשבח. ונראה דתוס' זה קאי רק לפשט של תקה"ש כמדויק בלשון התוס' אבל לר"ת דקונה מדין שינוי מודה התוס' לרא"ש דקונה את כל הבהמה שהרי מוכח מתוס' לעיל דס"ל שלידה ועיבור הוא שינוי בגוף הבהמה כמו שנתבאר לעיל ורק לשיטת הרמב"ן יהיה הדין שקונה רק את הולד ולא את גוף הבהמה. ומדברי התוס' כאן יש סיוע למש"כ לעיל דנ"מ בין תוס' לר"ת הוא אם קונה את כל הבהמה או רק את השבח.

והא דנקטו התוס' דכיון שזוכה בשבח מתקה"ש לוקח הגזולן את גוף השבח ואין הנגזל יכול לסלקו בדמים הרמ"ה בשיטמ"ק בדף צד. בדברי ר"ש ב"א שם לא ס"ל כן דכתב דמסלקינן לגזולן מהשבח בדמי. וכונתו למסקנת הגמ' כאן וס"ל דה"ה למ"ד דכל השבח של גזולן ג"כ מסלקינן ליה בדמי דלא כתוס'.

שלשה שמין את השבח ומעלין אותן בדמים. בפשטות הגמ' פושטת מזה דה"ה הכא יכול הנגזל לסלק הגזולן בדמים וכן מבואר בתוד"ה שלשה וכן מוכח מהרמ"ה הנ"ל. וכן דעת הרשב"א כאן אך מביא שר"ח פירש איפכא דדוקא בשלשה אלו מסלקין בדמים.

דף צו.

תוד"ה הא. כתבו דמיתמי גובים שבח אף שאין להם על מי לחזור משום דכרעיה דאבוהון נינהו. הרא"ש פ"ק דב"מ כשמביא את שיטת התוס' מוסיף דכרעיה דאבוהון נינהו ומצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם.

והרא"ש חולק על תוס' וס"ל שבאמת מיתומים אין בע"ח גובה את השבח ומה שהוכיח התוס' ממזון הבנות כתב הרא"ש דהתם שאני דמלכתחילה חוב זה הוא על הבנים. אך צ"ע לדבריו למה הגמ' בבכורות שואלת מכח דברי שמואל דבע"ח גובה את השבח הא כל חידושו של שמואל הוא שגובה מלוקח אבל מיניה פשיטא שגובה וחי' של שמואל לדעת הרא"ש הוא רק בלוקח ולא ביתומים אלא דמזון הבנות שאני דהוי כחוב של היתומים א"כ למה הגמ' שואלת מכח שמואל. הש"ך בס' קט"ו סק"ב מביא ראשונים שתרצו דבבכורות מיירי בשבח שהשביחו נכסים מעצמם וזה נחשב כגוף הקרקע ובע"ח גובה אפילו מיתומים אבל שבח שבא מחמת יציאה וטורח אין בע"ח גובה מיתמי. ודין זה אי גובים מיתמי שבח ששבחו נכסים מעצמן הוא מחלוקת הרי"ף ובעה"מ הובא ברא"ש בב"מ שם ולהלכה נחלקו בזה המחבר והרמ"א בס' קט"ו סעי' ג', ועי' בקצה"ח שם סק"ט.

כגון דשויא אפותיקי. שיטת תוס' דיש בזה מעלה וחסרון. מצד אחד ע"י האפותיקי גובה שבח אפילו לא מסיק שיעור ארעא ושבחה דאמרינן ארעאי אשבח ומשלם רק יציאות ומאידך אפילו מסיק שיעור ארעא ושבחה משלם יציאות. (אך מחלק זה תוס' בסוף חזור במקצת). ועי' במגיד משנה פכ"א ממלוה ה"ו וכן בש"ך ס' קט"ו סקכ"ו דהראשונים חולקים על תוס' וס"ל דאין באפותיקי דין ארעאי אשבח ולא יכול לגבות שבח שיותר על שיעור החוב.

ביאור המחלוקת אי לוקח מצי לסלק בזווי או לא עי' בכתובות דף צא: בתוס' ובר"ן שם ומבואר דבעיקר דינא כו"ע לא פליגי דכיון שהקרקע משועבדת לבע"ח אין הלוקח יכול לסלקו בדמים אלא שיכול להעלות בדמים את ערך השדה כשנותן הברירה לקחת כסף ועי"ז יכול תמיד לסלק יעו"ש היטב.

השביח לוקח מזהו. מבואר בגמ' דכל זכותו של הלוקח הוא מדין מה מכר אבל ללוקח עצמו אין סיבה לתקן תקה"ש שהרי לא גזל וצריך להבין א"כ למה פשוט לגמ' דעכו"ם שקנה מישראל והשביח אינו זוכה בשבח וכל הספק הוא רק כשחזר העכו"ם ומכר לישראל וקשה הרי גם ישראל שמכר לישראל אין סיבה לתקן לקונה ואעפ"כ זכה מדין מה מכר א"כ למה העכו"ם שבא מחמת ישראל לא יזכה מדין מה מכר. וצ"ל דסברת מה מכר הוא דכיון שהמוכר שהוא הגזולין היה לו זכות לזכות השבח, הקונה ג"כ מקבל את זכותו של המוכר אבל זה רק כשהלוקח, אילו הוא בעצמו היה גנב, היו מתקנים לו. אבל מה מכר אינו עדיף מאילו הוא בעצמו היה הגנב וכיון שאילו הגנב היה עכו"ם לא היו מתקנים תקה"ש א"כ כשלוקח הוא עכו"ם ג"כ אין תקנה דדיו ללוקח להיות כגנב עצמו. וא"ל א"כ נימא איפכא דישאל שלקח מעכו"ם יהיה מה מכר דאילו הגזולין המוכר היה ישראל היו מתקנים דז"א כיון שלמעשה אין למוכר זכות אין מה מכר. אך צ"ע מה שיש כאן הענין של מה מכר כיון דמיירי לפני יאוש ולא חל המכירה כלל. ועיין באמרי משה ס' ל"ב אות ל"ז שמהני המכירה לענין שזוכה הלוקח בקניני הגזילה שהיו לראשון ועכשיו השני יקנה בשינוי ופטור מהשתמשות ע"ש.

מה שצריך להגיע למה מכר בישראל שמכר לישראל והשביח לוקח צ"ב דע"כ מיירי שקנה לפני יאוש דאל"כ זכה ביאוש ושינוי רשות וכ"כ הפנ"י ע"ש. ואם מיירי לפני יאוש הרי דינו כגנב ובא אחר ואכלו דרצה מזה גובה רצה מזה גובה א"כ דינו של הלוקח כגזולין ולמה לא יהיה לו תקה"ש בפנ"ע. ולשיטת הקצה"ח בס' ל"ד דגונב מן הגנב אינו עובר בלא תגזול ופטור מקרן וחייבו דבא אחר ואכלו הוא מדין מזיק נחא דאין תקה"ש כ"א בגזולין. אבל לחולקים צ"ע. עכ"פ כן מבואר בגמ' דלוקח מן הגנב אין בו תקה"ש אלא רק מדין

מה מכר. מה"ט צל"ע בדברי החזו"א ב"ק ס' י"ז סק"ב שכתב דהא דמבואר בגמ' דלוקח מעכו"ם לית ליה שבח היינו דוקא בהשביח העכו"ם ומכר לישראל אבל מכר לישראל והישראל השביח זוכה בשבח כיון שמכר לפני יאוש הרי הישראל עצמו כגזולין ויש לו תקנת השבים עצמי בלי מה מכר. ואף דמסברא היה נר' כן אך לכאורה בגמ' מבואר לא כך דלדבריו למה ישראל מישראל והשביח השני צריך להגיע למה מכר ת"ל שהוא עצמו גזולין. ואולי יש לפלפל בזה ולאמר דישאל שלקח מישראל אין לו דין גזולין דהוי גונב מן הגנב אבל ישראל הלוקח מעכו"ם הרי עכו"ם נהרג על פמש"פ ולא ניתן להשבין והביאו תוס' בע"ז עא: ד"ה בן נח בשם רש"י דאינו נותן להשבין משום קלב"מ ואפילו בש"פ וגנב שיש עליו קלב"מ כתב הנתיבות בס' שני"א דאין לו קניני גזילה ואינו קונה בשינוי [האו"ש בסוף הל' גניבה חולק וס"ל דקונה בשינוי] ורע"א בכתובות לד. כתב דגנב שיש לו קלב"מ כיון שאין לו קניני גזילה הוי ברשות הבעלים והגונב ממנו דינו כגונב מבית האיש ואין בזה פטור של גונב מן הגנב. ורע"א בזה לשטתו שכתב בגליון הש"ס ב"מ דף ז. דהיכא דאין קניני גזילה הוי ברשות הבעלים. והחזו"א ב"ק ס' ט"ז סק"ט חולק ע"ש א"כ דוקא לוקח מישראל אין לו דין גזולין דהוי גומה"ג ולכן צריך להגיע למה מכר אבל לוקח מעכו"ם לא נחשב גומה"ג ולכן ללוקח יש דין גזולין בעצמו ולא צריך בזה להגיע למה מכר. אך בודאי שזה לפלפולא בעלמא ואין זה כונת החזו"א וא"כ דבריו לכאורה צ"ב.

כל הנידון בגמ' דמה שהשביח מכר ומה מכר ראשון לשני וכו' הכל לענין שבח שזוכה מדין תקה"ש. ולעיל נתבאר דשבח שע"ג גזילה לחלק מן הראשונים אינו מדין תקה"ש אלא דקונה בשינוי. ונראה דמה"ט פרש"י כאן דקאי לר"ש דס"ל שנוטל הגזולין למחצה לשליש ולרביע וזה ודאי אינו מדין שינוי אלא תקה"ש. אמנם הרא"ש הביא להלכה כל דברי הגמ' כאן

אף שלא קי"ל כר"ש וי"ל דנ"מ לשבח כההיא דר"ש ב"א לעיל צד. דזה לכו"ע מדין תקה"ש ואינו ענין לשבח שע"ג גזילה דהכא כמו שמבאר החזו"א סי' י"ז סק"ו ע"ש.

בעי רבא השביח עכו"ם מהו.

מסקנת הגמ' דמיירי שישאל גנב ומכר לעכו"ם והשביח העכו"ם וחזר העכו"ם ומכר לישראל והספק אם העכו"ם מפסיק או לא. וצריך להבין כיון שמבואר בגמ' דלוקח מגזול אין בו סיבה עצמי לתקנה"ש אלא זכותו מדין מה מכר א"כ כיון שקנה מהעכו"ם שלא היה לו זכות זו מהיכן יקבל הקונה זכות על השבח הרי לא שיך אצלו מה מכר ובודאי עכו"ם מפסיק. אך למה שנתבאר לעיל א"ש דשאלנו למה באמת העכו"ם הלוקח מישראל לא יזכה בשבח מדין מה מכר ובארנו דה"נ שיש גם אצל העכו"ם מה מכר אך מקבל רק זכות שהיה לגנב וזכות שהיה לגנב הוא שאם הוא ישראל יש לו תקנה"ש אבל העכו"ם שגם אם היה הגנב לא היה לו תקנה"ש א"כ מה מכר אינו עדיף מאילו בעצמו גנב. לפ"ז ניחא הכא דעכו"ם שקנה מישראל קיבל את הזכות שהיה למוכר אבל הזכות היא שאם הוא ישראל יקבל שבח וזכות זו מכר העכו"ם לישראל שקנה ממנו לכן יש צד שהעכו"ם באמצע אינו מפסיק.

בספק של רבא פסק הטור דאם תפס

הלוקח השבח לא מפקינן מיניה כשיטת הרמב"ם דת"כ אין מוציאין מידו. ועי' בסמ"ע סי' שס"ב סק"ג וש"ך סק"ג למה השמיט הטור כאן את שיטת הרא"ש שפסק שמוציאין מהתופס בספק. וע"ע בקצה"ח שם סק"ג דבספק תקנ"ח לכו"ע לא מהני תפיסה א"כ דברי הטור אינם מובנים אפילו לרמב"ם ע"ש מש"כ בזה.

האי מאן דגזל דיקלא וכו'.

בגמ' דאילו היה זה נחשב שינוי היה הגזול קונה ואף דגזול בעי מעשה קנין כתב החזו"א

ב"ק סי' י"ז סקט"ו דמיירי שאוחז הדקל בידו ומיד עם הקציצה מוגבה הדקל על ידו. אך אכתי קשה דהא דשינוי קונה הוא רק בגזול וכאן נעשה גזול רק בשעת עשיית השינוי ולא קדם מעשה גזילה לעשיית השינוי. כך הקשה העונג יו"ט והובאו דבריו בדבר אברהם ח"א ס"ח וע"ש מה שתירץ העיו"ט ותירוצו של הדבר אברהם שם באות ד'. והקו"ש כאן כתב דמוכח מכאן דלא צריך שיקדם מעשה גזילה לשינוי אלא סגי שבאים כאחת וכן למד מכאן האמרי משה סי' ל"ב אות ז' בהגה. והחזו"א ב"ק סי' י"ז סקט"ו. ועי' מה שכתבנו בזה לעיל דף צ"ה.

נחלקה התיומת מהו וכו'.

בגמ' דאם נחלקה התיומת פוסל הלולב למצוה ה"ה דהוי שינוי. ולכאורה היה נראה דמוכח מכאן שפסול נחלקה התיומת הוא דלא חשיב לולב דאין צורתו עליו ולכן כמו שזה פסול כך זה נחשב שינוי. אך א"כ היה צריך להיות שגם ביום השני יהיה פסול בנחלקה התיומת והמג"א באו"ח סי' תרמ"ה פסק דפסול רק ביום הראשון. וע"כ צ"ל דאף דעדיין שמו עליו מ"מ כיון שעומד לשימוש של מצוה ואינו ראוי לשימוש זה הוי שינוי. ולפ"ז פשוט דבלולב שאינו עומד למצוה בודאי לא יחשב שינוי כשנחלקה התיומת.

תוד"ה נחלקה התיומת. כתבו ג' פשטים

לבאר מהו נחלקה התיומת ולא מבואר כ"כ בלשון התוס' מאי איכא בין פשט אחד לחברו. ולכולהו מיירי בלולב שכלה בב' עלין ונחלקה פירושו שנפרדו שני עלים אלו זה מזה. והט"ז בס' תרמ"ה סק"ד מביא בשם הב"י שמבאר הנ"מ בין הפשט הראשון לפשט האחרון בתוס' דלפשט הראשון שכתב ר"י בשם תשובת הגאונים בעינן שיהיו שני העלין דבוקים ממש כאילו הם גוף אחד. ולפירוש אחרון שכתב ר"י בשם י"מ אין צורך שיהיו דבוקים ממש כגוף אחד אלא סמוכים זה לזה שנראים כשנים אלא

הערות

הגזול עצים דף צו. – צו:

וציונים

קט

שאין ביניהם חילוק כלל. אך לא ביאר הנ"מ בין הפשט השני לשלישי. אך הפמ"ג שם מוסיף לבאר דלפירוש שהביאו בשם הקונטרס נפסל רק אם נסדק קצת מן השדרה ועי"ז נראין העלין חלוקים זה מזה ור"י בשם י"מ מחמיר קצת יותר מרש"י ומיקל יותר מהגאונים.

דף צו:

האי מאן דגזל עפרא וכו' פנים חדשות באו לכאן. ברש"י מבואר דפנים חדשות היינו דאי אפשר לצמצם שיהיה הלבנה החדשה ממש כישנה לכן הוי שינוי שאינו חוזר שא"א להחזיר למצב הקודם. ולעיל בדף צג: כתבנו שהמאירי לומד פשט אחר שאפילו אם יהיה הלבנה החדשה כישנה מ"מ כיון שבזמן שהיה עפר בטלה הלבנה מן העולם לגמרי כשחוזרת זה נחשב יצירה חדשה ולא שחזרה אותה לבינה משא"כ עפר ועשה ממנו לבינה לא בטל העפר מן העולם גם כשהוא בצורת לבינה לכן כשחוזר למצב של עפר לא הוי פנים חדשות. ולכן כתב המאירי דשיטת הרמב"ם שטווי וארגו הוי שינוי שאינו חוזר אף שאפשר להחזיר למצב של חוטים מ"מ כיון שבזמן שהיה בגד בטל מכאן שם חוט הוי אח"כ פנים חדשות ע"ש. וזה דלא כב"ח שכתב בס' ש"ס שסברת הרמב"ם דא"א להחזיר את החוט ממש לקדמותו.

מידע ידיע שיחמייהו. לכאן פשוט דאם מלכתחילה היה משנה את המטבעות החדשות למצב הזה של חדשות שידיע שיחמייהו לא היה נחשב שינוי וכן השינוי שא"א לצמצם לבינה מלבינה בודאי אם היה משנה קצת צורת הלבנה לא היה נחשב שינוי וא"כ צריך להבין למה זה נחשב שינוי שאינו חוזר הרי בידו להחזיר למצב שיהיה כעין שגזל. ומה בכך שלא יהא בדיוק כראשון הא אין בזה כדי שינוי. ונראה שמוכח מזה

דהחסרון של שינוי החוזר אינו משום שאפשר להחזירו למצב הקודם אלא זה הוכחה שלא היה שינוי במהות הדבר. וכל שא"א להחזיר ממש למצב הקודם נחשב שינוי ולא רק מחמת אותו מקצת שא"א לצמצם אלא כולו נחשב שינוי. וע' מש"כ עוד בענין זה בריש פרקין.

תוד"ה ועבדיה. הרשב"א חולק על דברי התוס' וס"ל שאפילו עשה כלים הוי שינוי החוזר ואינו קונה. הסמ"ע בס' ש"ס סק"א מביא להלכה מחלוקת זו. והש"ך שם חולק וס"ל שדברי התוס' אינם להלכה שמדמים לעצים משופים ועשאו כלים שנחלקו בו אביי ור' אשי בריש פרקין וקי"ל כר"א דשינוי החוזר אינו קונה אפילו מדרבנן. ומה שהכריח את התוס' לפרש דר"פ ס"ל כאביי דשינוי גמור קונה אפילו אם הוא חוזר לברייתו ולא פרשו כפשוטו דר"פ ס"ל כר"א דשינוי החוזר אינו קונה בכלל כתב המהרש"א דקשיא לתוס' מדברי ר"פ לעיל דשבח שעג"ג דגזלן וכתבו שם התוס' דהוי שינוי החוזר ואעפ"כ ס"ל לר"פ אליבא דר"י שקנה וכאן ס"ל לר"פ דשינוי החוזר אינו קונה לכן כתבו דבשינוי גמור מודה ר"פ. אבל מבואר במהרש"א דלדברי התוס' ר"פ פליג על ר"א ולדבריו צדקו דברי הש"ך דאין דברי התוס' להלכה. אך החזו"א בס' י"ז סק"א כתב דתוס' ס"ל דאפילו ר"א מודה דשינוי גמור החוזר לברייתו קונה מדרבנן ומה שפרש מתני' דהגזול עצים ששיפן דהוי שינוי שאינו חוזר הוא משום שרוצה לפרש מתני' בשינוי דאורייתא אבל מודה ר"א דגם שינוי החוזר קונה מדרבנן. וכדברי החזו"א כתב הגאון בס' שני"ד סק"ב בליקוט השני אך גם לדבריהם אין דברי התוס' להלכה דנפסק בשו"ע דשינוי החוזר דעצים משופין ועשאו כלים אינו קונה אפילו מדרבנן. נמצא דאיכא ג' דרכים בזה. א' הסמ"ע הביא דברי התוס' להלכה והבין שכונתם דאפילו לר"א דשינוי החוזר אינו קונה בשינוי גמור דנסכא ועשאו כלים קונה אלא שדבריו צ"ע שתוס' מדמה

לעצים ועשאו כלים וזה קושית הש"ך. ב' המהרש"א לומד שהיה לתוס' הכרח שר"פ חולק על ר"א. ג' הגאון והחזו"א ס"ל דגם ר"א מודה דשינוי החוזר קונה מדרבנן. אך מדברי כולם מבואר דיש נ"מ לענין שינוי החוזר בין שינוי גמור לשינוי שאינו גמור וזה מפני שאין החסרון בשינוי החוזר משום דנידון ע"ש סופו אלא שזה הוכחה דאין השינוי שינוי גמור ובמקום דחזינן שהוא כן שינוי גמור מהני אפילו שאפשר להחזירו.

גנב מלח ונעשה איל וכו'.

מבואר בגמ' דכדי לקנות בשינוי לא בעינן מעשה אלא מהני גם שינוי הבא מאליו. וכן מבואר במשנה בסמוך לגבי בהמה והזקינה. אמנם בגמ' במרובה סה: מבואר דר' חנינא פליג על ר' אלעא וס"ל דטלה ונעשה איל לא הוי שינוי וכתב שם רש"י בד"ה וניקניהו דטעמא דר' חנינא משום דהשינוי נעשה מאליו, ואפילו לר' אלעא שס"ל שכן קונה לומד רש"י כאן ולעיל סה: דקונה רק לענין שאינו משלם דו"ה. ומשמע דס"ל דלכו"ע כדי לקנות קנין גמור בעינן שינוי שנעשה בידים. וע' פנ"י כאן ושם שלומד דשיטת רש"י דשינוי שנעשה מאליו אינו קונה. וע"ע בקצה"ח בס' שנ"ד סק"ג בשם הב"ח שכתב בדעת הרמב"ם דשינוי אינו קונה אא"כ עשאו בידים והקשה הקצות מטלה ונעשה איל ומבהמה והזקינה. וע' באבן האזל פ"ב מגזילה סוף הל' ט"ז דממתני' דבהמה והזקינה אין ראייה שקונה בשינוי אלא רק דאינו יכול לאמר הש"ל והמקום שנזכר שקונה הוא בדברי ר' אלעא וע"ז פרש"י דקונה רק לענין פטור דו"ה. וכן מבואר בלשון רש"י דף סו. בד"ה שינוי קונה "היכא דשני בידים". עוד מצאנו חילוק בין שינוי שנעשה בידים לשינוי הבא מאליו בדברי התוס' רי"ד לעיל סה: שהקשה על דינא דר' אלעא וכי נימא דאם נותן טלה באתנן ונעשה איל יותר למזבח והרי הגמ' מדמה אתנן לגזילה לענין שינוי קונה. ותירץ

דלענין שינוי שנעשה בידים אין לחלק בין גזילה לאתנן אבל שינוי הבא מאליו מהני בגזילה ולא באתנן. וע' באו"ש פ"ג מאיסורי מזבח שגם הקשה מטלה ונעשה איל לענין אתנן וכתב דע"כ אין לדמות אתנן לגזילה והקשה על הקצות בס' שנ"ד סק"א שמשוה אותם. אמנם בקו"ש לעיל אות י"ב כתב דאין להקשות לענין אתנן שיהיה התר בטלה ונעשה איל דאין שינוי מרגע לרגע אלא בסך הכל אם דנים משעת גזילה לעכשיו יש שינוי וזה מהני רק לגבי גזילה שסיבת החיוב הוא שעת גזילה בלבד משא"כ אתנן כל הזמן יש עליו איסורא ובעינן שבבת אחת ישתנה כדי להתירו ע"ש, ובזה יתישב מה שהקשה האו"ש הנ"ל על הקצות.

אמנם צריך להבין הסברא לחלק בין שינוי

שנעשה בידים לשינוי הבא מאליו דשינוי קונה מפני שאינו כעין שגזל ואין זה מעשה קנין ומה נ"מ אם נעשה ע"י מעשה או מאליו. והיה נר' דאין החסרון משום דבעינן מעשה אלא דדבר שנעשה מאליו כגון טלה ונעשה איל או בהמה והזקינה הם דברים טבעיים שמתחילה עמד לכך ואין זה נחשב שינוי. אמנם בתוס' בדף ס"ח. גם חלקו בדעת ר' אליעזר בין שינוי הנעשה בידים לשינוי הבא מאליו וכתבו שאם בהמה מתה מעצמה אין זה שינוי ואם טבח הוי שינוי וכאן הרי זה אותו שינוי אלא שיש נ"מ בין שנעשה מאליו או שנעשה ע"י מעשה וצ"ע. עכ"פ המקומות שמצאנו שיש נ"מ בין שינוי ע"י מעשה לשינוי מאליו הם א' רש"י סה: בסברת ר' חנינא. ב' רש"י שם ובסוגין דגם לר' אלעא לא קונה לכל דבר. ג' רש"י סו. ד' תוס' דף סח. בדעת ר' אליעזר. ה' תורי"ד דף סה: ו' קצות בשם הב"ח בדעת הרמב"ם.

גזלנא עתיקא בעינן למקנסיה.

בדברי הרי"ף לענין אם דנים בבבל קנסות דרבנן עיין מה שכתבנו בס"ד בגיטין מ"ד.

הערות

הגזול עצים דף צו:

וציונים

קיא

גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו
הש"ל. יש לעיין בגזול חמץ מי עובר מן התורה בכל יראה, הנגזל מפני שזה שלו או הגזול מפני שזה ברשותו וחייב באונסין או אולי שניהם עוברים. לענין הנגזל תלוי במחלוקת הפוסקים דבאו"ח ס' ת"מ סע' ד' מבואר דישראל שהפקיד חמץ אצל ישראל אחר וקיבל השומר אחריות שניהם עוברים בב"י. והרא"ש בפ"ק דפסחים כתב שמה שהבעלים עוברים הוא משום דהשומר מקנה לו מקום בביתו והוי כביתו של המפקיד. ומביא הביאה"ל שהגר"ז למד מדברי הרא"ש דאם הניח חמצו ברשות חברו שלא מדעתו באופן שלא מקנה לו ביתו אין הבעלים עוברים בב"י כיון שאין החמץ בביתו. ומביא הביאה"ל שהט"ז והפמ"ג והמקור חיים חולקים וס"ל שגם בכה"ג עוברים הבעלים אף שאין החמץ בביתם. ולענין גזול לדעת הגר"ז בודאי שאינו עובר ולדעת החולקים יש להסתפק אם זה דוקא כאן שאינו גזול ואף שאין החמץ בביתו מ"מ הוי ברשותו להקדישו משא"כ בגזול שאין החמץ ברשות הבעלים לענין להקדישו אולי בזה גם הם מודים שאינו עובר ואולי סגי בזה דהוי שלו אף שאינה ברשותו ע' בנובי"ק או"ח ס"כ ד"ה ומכל מקום שנקט שהנגזל אינו עובר כיון שאינה ברשותו וכדבריו מבואר ברמב"ן שהובא באו"ש פ"ג מהל' חמץ ה"ח. אמנם מדברי רע"א בתשובה כ"ג משמע שנקט שהנגזל עובר. שמבואר בגמ' דחמץ זה שנמצא אצל הגזול נאסר משום חמץ שעבר עליו הפסח ודן רע"א אם נאסר משום הב"י של הנגזל או של הגזול וכתב רע"א דלא מסתבר שנאסר בגלל הנגזל דהוא אנוס שלא יכול לבער כיון שנמצא ברשות הגזול וגם לבטל אינו יכול כמו שאינו יכול להקדיש. אע"כ דנאסר בגלל איסורו של הגזול ולמד מזה רע"א שגם המקבל אחריות על חמץ של עכו"ם נאסר החמץ אחר הפסח יעו"ש. ומשמע שנקט שהנגזל עובר בב"י אלא כיון שהוא אנוס אין איסורו גורם איסור אחר הפסח.

לענין הגזול נקט הנוב"י הנ"ל שעובר משום דהוי באחריותו וכן משמע מרע"א הנ"ל וכן נקט הקצה"ח בס' שס"ג סק"א וכן מפורש ברמב"ן שמביא האו"ש הנ"ל. אך השיטמ"ק כאן בשם הר"מ מסרקסטא כתב דתרויהו אינם עוברים והא דאין הגזול עובר בגלל אחריותו ככל שומר מבאר האו"ש הנ"ל דאחריות מחייב בב"י רק כשחיובו הוא על שעת הנזק כשומר אבל גזול אינו חייב אחריות כשומר אלא מעשה הגזילה מחייבת להחזיר החפץ או דמיו וכשנאבד אינו חייב בגלל שנאבד אלא מעשה הגזילה מחייבת דמים ואין לזה דין אחריות לענין ב"י. אך צ"ל דמדרבנן אחד מהם עובר דאל"כ לא היה נאסר אחר הפסח. [נוע' בביאה"ל הנ"ל דגם לדעת הגר"ז שאין הבעלים עוברים אם אינו בביתו מ"מ מד"ס חייב לבער וה"ה כאן].

הקצות הנ"ל בס' שס"ג סק"א מביא בשם הח"י דרק בחמץ שעבר עליו הפסח יכול לאמר הש"ל אבל בפסח עצמו אינו יכול דכשרוף דמי והקצות חולק וכתב דאם בפסח א"א לאמר הש"ל א"כ חשיב שינוי ואחר שקנה בשינוי גם אם עבר הפסח לא יוכל לאמר הש"ל ועוד הקשה מאי שנא מתרומה ונטמאת דאומר הש"ל אע"ג דגם הוא טעון שריפה כחמץ בפסח. וע' באו"ש פ"ג מחמץ ה"ח מש"כ לישב קושית הקצות הראשונה דנחלקו הקצות והח"י בגדר היזק שאינו ניכר יעו"ש. ומה שהקשה הקצות מתרומה ונטמאת אינו קשה כ"כ דאמנם דינו בשריפה מ"מ אין איסור להשהותו מן התורה ורק בחמץ בפסח שטעון שריפה מיד סובר הח"י דכשרוף דמי.

בהמה ונעבדה בה עבירה. פרש"י נרבעת או נעבדה פסולה לקרבן. יש לעיין הא אין אדם אוסר דבר שאינו שלו. ועיין בג"י שכתב בכל המשנה כלשון רש"י וכאן כתב נרבעה או רבעה ולא כלשון רש"י שבפנינו נרבעה או נעבדה ואולי ט"ס איכא ברש"י. אך

דף צו.

התוקף בעבדו של חברו. מבואר בגמ' דאם עבדא כמטלטלין דמי פטור מלשלם עבור ההשתמשות כדין גזולן שאינו משלם השתמשות. הנתיבות בס' שס"ג סק"ב הקשה על מתני' דגזול עבדים והזקינו למה נפטור בהש"ל ואינו משלם על מה שביטלו ממלאכתו והא מבואר בהחובל דיש חיוב שבת שלא במקום נזק כגון דהדקיה באינדרוניא והחובל בעבד כנעני של חברו משלם שבת לרבו וה"נ ישלם מדין חובל. וכן יש להקשות כאן למה אם עבדא כמטלטלי פטור הרי גם בגזולן איכא חיובא דמזיק דהוי כתברא ושתיא דמשלם ד'. ועיין בקצה"ח סק"ב שכתב על דרך זה לישב שיטת הרי"ף דפסק דלענין גזילה עבדא כמטלטלין ואעפ"כ פסק דאם בטלו ממלאכתו משלם וכתב הקצות דאף שיש דין גזילה על עבדים אם הן כמטלטלין מ"מ משלם מדין חובל בעבדו של חברו דהוי כהדקיה באינדרוניא. ומה שמבואר בגמ' דאם עבדים נגזלים פטור היינו דאפשר לפרש שתקף שלא בשעת מלאכה שאז אין חיוב שבת אלא רק מדין זה נהנה וזה לא חסר וס"ד דחייב ומחויב זה נפטור אם עבדים נגזלין ומסיק דאפילו אם אינם נגזלין פטור שלא בשעת מלאכה דניחא ליה דלא ליסתור עבדיה. אמנם הנתיבות כתב על קושייתו דיש לעיין למה יש חיוב שבת בעבד כנעני דחידוש התורה בשבת הוא כשיש הפסד לאדם הנחבל. אבל הפסדו של האדון בחבלת עבדו אין זה הפסד בגופו של האדון אלא בממונו ולגבי האדון אין זה אלא כשבת דבהמתו. ותי' דצ"ל דעיקר חיוב שבת הוא לעבד עצמו ורבו מניה קזכי. ממילא אם גזול העבד מבעליו אבל העבד במקום שנמצא יש לו רשות לעבוד לעצמו בזה אין חיוב שבת כלפי העבד וכלפי האדון הוי שבת דבהמתו ולכן פטור.

גם לגר' דידן לק"מ דמשכחת כגון שעשה מעשה שניסך לה יין בין קרניה כמבואר בע"ז נ"ד. ועוד דשיטת הרמב"ם פ"ד מאיס"מ ה"ו דאיסור נעבד למזבח הוא בין בשלו בין בשל חברו והראב"ד תמה דק"ל א"א אוסר דבר שאינו שלו. וכתב הכ"מ דהרמב"ם ס"ל דרק לענין לאסור להדיוט אמרין א"א דבר שאינו שלו ולא לענין איסור למזבח. ולשיטת הרמב"ם ניחא דברי רש"י אפילו שלא עשה מעשה.

רש"י ד"ה שנפסלה. במום שאין ניכר כדוקין שבעין. ע' הגהות הב"ח ותרומת הכרי בס' שס"ג סע' א' ד"ה ודע בשם התורת חיים. וע"ע בקו"ש כאן.

תוד"ה מחליף ומיהו יש לחלק וכו'. הרשב"א מוסיף דקרא דמקיש עבדים לקרקעות הוא והתנחלתם דמיירי לענין ירושה שהוא ענין של העברת בעלות ולזה כו"ע מודו דהוקש לכן בקנינים דינו כקרקע ורק בגזול ושבועה חולק ר"מ. אך הרי"ף ס"ל שיש גם לחלק בין שבועה לגזילה דלענין גזילה פסק שעבדא כמטלטלי ובעה"מ מקשה מאי שנא מלענין שבועה דק"ל דאין נשבעין על העבדים. וע' במלחמות שמישב דהרי"ף מחלק בין שבועה לגזילה. ומה שהגמ' מדמה היינו רק דסברות ר"מ ורבנן הפוכות יעו"ש.

תוד"ה והלה שותק. מה שכתבו התוס' דמאן דס"ל בו"ש לאו ברי עדיף יפרש מדין שתיקה כהודאה לכאורה אינו מוכרח לדעת כל הראשונים שהרי הגמ' בב"מ מעמידה מתני' דמחליף פרה בחמור דקיימא באגם א"כ אין כאן מוחזק אלא רק חזקת מ"ק. ושיטת הראב"ד דכנגד מ"ק לכו"ע מהני בו"ש. אך שיטת הרמב"ן דאפילו נגד מ"ק לא מהני בו"ש ולפ"ז ניחא דברי התוס'. ומחלוקת הראב"ד והרמב"ן בזה מובא בקנה"ס כלל א' אות ז'.

הערות

הגזול עצים דף צז.

וציונים

קיג

יוכת שער. וצ"ל דבעבד נמי לולא הסברא של ניחא ליה דלא ליסתרי עבדיה יש חסרון ע"י ההשתמשות בעבד.

התוקף ספינתו של חברו. מבואר בגמ' דהיכא דאית ליה דין גזלן אינו משלם שכרה אלא רק פחתה. והקשה השיטמ"ק בשם הראב"ד דמשמע דמשלם פחת ומחזיר שאר הספינה. וקשה ממ"נ אי פחת זה הוי שינוי יקנה כל הספינה וישלם דמיו ואי אינו שינוי יאמר הש"ל ויפטר מדמי הפחת. הרמב"ם כתב בפ"ב מגזילה הט"ו דגנב כלי ושברו אם רצו הבעלים ליטול הכלי השבור נוטלין ומשלם הגזולן הפחת והקשה ה"ה אמאי נוטלים הא קנה הגזולן את הכלי בשינוי וע"כ הוי שינוי דאל"כ יאמר הש"ל. וזה כקושית הראב"ד על גמ' דידן. וע' בגאון ס' שנ"ד סק"ג שכתב שמקורו של הרמב"ם הוא מגמ' דידן. ובתחילה כתב הראב"ד בזה"ל איכא למימר דהתם הדרא והכא לא הדרא ואינו מחזור עכ"ל. וביאור דבריו כתב הקו"ש באות קכ"ג דאמנם אינו שינוי בכל הספינה לכן אינו קונה כל הספינה מ"מ על חלק זה שחסר אינו אומר הש"ל לכן צריך לשלם דמי הפחת. ודבריו הם ממש כמו שכתב הגר"ח בפ"ב מגזילה לבאר הרמב"ם הנ"ל יעו"ש. והאו"ש והמחנ"א כתבו על דברי הרמב"ם דאינו רוצה לקנות בשינוי ואינו קונה בע"כ אבל פחת צריך לשלם כיון דאיכא שינוי ואינו יכול לאמר הש"ל. וכן י"ל הכא לגבי ספינה.

עוד תירץ הראב"ד דהא דאמרינן דנחית אדעתא דגזלנותא אין הכונה שכיון לגזול ממש אלא כיון להשתמש ע"מ להחזיר בלי לשלם עבור ההשתמשות והוי ליה שואל שלא מדעת. ומבאר הקו"ש באות קכ"ד בפשט הראשון וכן כתב הדברי יחזקאל בס' נ"ב דהראב"ד ס"ל דאע"ג דשואל שלא מדעת גזול אין זה אלא לענין חיוב אונסין אבל אינו קונה בשינוי [ע' בזה באמרי משה ס' ל"ד אות י"ג] וזה דלא

בקושית הנתיבות דשבת בעבד כנעני הוי שבת דבהמתו כתב הקה"י ס' מ' דלא מסתבר לאמר שהחיוב הוא לעבד דלמה יתחייב לעבד הרי לא גרם שום הפסד לעבד דבל"ה אין המע"י שלו. לכן כתב דכיון דמעשה החבלה הוא באדם שיך לפרשת חבלה ולא לפרשת מזיק ובפרשת חבלה יש חיוב שבת גם כלפי הפסד האדון. ועוד יש להעיר בדברי הנתיבות דגם בחובל בעבד עברי יש חיוב שבת לרבו כמבואר לעיל פו. ובזה ממ"נ אם החיוב ישר לרבו הרי זה שבת דבהמתו ואם החיוב לעבד במה זוכה האדון הרי בעבד עברי אין מה שקנה עבד קנה רבו. וצ"ל דגם בע"ע זה חיוב לעבד ומה שזוכה האדון בתשלום של שבת הוא משום דהוי כמעשה ידיו. ונראה שבנידון זה נחלקו הראשונים בקידושין דף יז. דשיטת הריטב"א שם דעבד עברי שברח ופגע בו יובל אינו משלים העבדות שלא עבד וכתב הריטב"א דגם לשלם מדין מזיק על מה שהפסיד לרבו פטור דהוי כמבטל כיסו של חברו. ובספר המקנה שם הקשה דהוי בכלל חיוב שבת כהדקיה באינדרוניה ולומד המקנה בדעת רש"י דבאמת מדין תשלומין חייב העבד לשלם לאדון וכן כתב המל"מ פ"ב מעבדים ה"ד בדעת הסמ"ג. ותלוי בהנ"ל דלשיטת הנתיבות אין לחייב בורח מדין שבת שהרי כלפי האדון זה שבת דבהמתו וכלפי עצמו אין כאן שום היזק דאדרבא כשבורח עובד העבד לעצמו. אבל לשיטת הקה"י דהחיוב ישיר לאדון ולא הוי שבת דבהמתו כיון שבא ע"י חבלת אדם א"כ גם בורח יש לחייב מדין שבת. שו"ר מש"כ בזה החזו"א אבה"ע ס' קמ"ז לדף מב. ד"ה ומיהו ע"ש.

בשלמא התם בין למ"ד ביתא מיתבא יתיב וכו'. מה שצריך טעמים אלו התם אף דבל"ה הוי זה נהנה וזה לא חסר כתב הרשב"א לעיל דף כ. דלולא זה היה נחשב חסר דהדירה נחסרת קצת ע"י דריסת הרגל אלא שכנגד זה יש תיקון של מיתבא יתיב ושאינה

כשיטת הנ"י בדף יא. דס"ל שגם שואל שלא מדעת קונה בשינוי.

ובמחלוקת זו לכאורה תלוי הא דנחלקו הראשונים בב"מ דף צט. דבתחילה כתבו התוס' דהלוקח חפץ של הקדש להשתמש בו ולהחזירו לא מעל בכולו ודחו התוס' דכיון דשואל שלא מדעת גזלן צריך למעול בכולו והמל"מ בפ"ו ממעילה מביא שהריטב"א חולק על תוס' וס"ל שאינו מועל בכולו ועל הא דהקשו התוס' דשואל שלא מדעת הוא גזלן כתב המל"מ דהריטב"א לא שת ליבו לקושית התוס'. ותלוי בזה דתוס' ס"ל דנעשה גזלן ומקבל קניני גזילה בכל החפץ לכן מועל בכולו אבל הריטב"א ס"ל דאין לו קניני גזילה בגוף החפץ ואינו קונה בשינוי לכן לא מעל בכולו. אך אכתי צריך להבין אם הראב"ד ס"ל שאין לו קניני גזילה ולכן אינו קונה בשינוי למה פטור מלשלם דמי השתמשות. אך הביאור הוא פשוט דכמו שהלוקח חפץ כולו ע"מ לגזולו נעשה גזלן על גוף החפץ כך הלוקח חפץ ע"מ להשתמש בו ולהחזירו הרי אינו גזול את גוף החפץ אלא את זכות ההשתמשות וכמו שקונה חפץ קונה את כולו ושוכר קונה השתמשות של החפץ כך הגזלן גזול את כולו ושואל שלא מדעת גזול את ההשתמשות א"כ הקניני גזילה שיש לו הם רק קנינים בהשתמשות ודומה לקנינו של שוכר וזה סיבה לפטור מלשלם שכרה אבל לענין לקנות גוף החפץ בשינוי אינו קונה דבגוף החפץ אין לו קנינים.

עוד נתקשו האחרונים בדברי הראב"ד דעיקר קושיתו אינה מובנת. דכתב דאם אין שינוי יאמר הש"ל ולא ישלם דמי פחתה והקשה האו"ש פ"ג מגזילה ה"ח דהא דנפטר בהש"ל כשאין שינוי הוא רק בהיזק דממילא כחמץ ועבר עליו הפסח דאין לחייבו מדין מזיק אלא רק מדין גזלן ומחויבא דגזלן נפטר ע"י הש"ל אבל במקום שהזיק בידים וחייב מדין מזיק אין הש"ל פוטר מחיוב מזיק. ועיין בקה"י

ס' מ' שכתב ומביא שכן מבואר בחזו"א ב"ק ס' כ' סק"ב דשיטת הראב"ד דכמו שקניני גזילה גורמים שאין הגזלן משלם עבור השתמשותו בחפץ כך הקנין גורם שאין לחייבו מדין מזיק והא דתברא ושתיא חייב מדין מזיק זה דוקא כשאינו יכול לאמר הש"ל שאין החפץ בעין אבל כאן אם אינו שינוי ויכול לאמר הש"ל נפטר ע"י גם מחיוב מזיק. נוע' רע"א ב"מ דף מג: שהוכיח מהסוגיא שם דשומר שנעשה גזלן ע"י שליחות יד חייב רק מדין גזלן ופקע מיניה חיובים מדין שומר ואפילו בנשבר ואינו יכול לאמר הש"ל חייב רק מדין גזלן ולא מדין שומר וע' מה שכתבנו מזה לקמן דף קה:]. אך הדברי יחזקאל כתב שאין ראיה מהראב"ד שאין דין מזיק בגזלן דיתכן שלמד שהפחת נעשה באופן שאין עליו דין מזיק כגון שלא הזיקו בידים אלא איתבר ממילא ובזה אם אומר הש"ל פטור. וע' מה שכתבנו בזה לקמן קא. על תוד"ה דצבע. ולשיטת הראב"ד לפי הבנת החזו"א דבגזלן אם אומר הש"ל אין חיובי מזיק אין מקום לטענת הקצות והנתיבות שהובאו לעיל דלמ"ד עבדים נגזלין ישלם על מה שביטל העבד ממלאכת רבו מדין שבת ודימו להא דגזלן חייב בתברא ושתיא. ולשיטת הראב"ד דוקא בתברא ושתיא חייב כיון שאינו אומר הש"ל אבל במקום שאומר הש"ל נפטר בזה גם מחיובי מזיק.

הא דעבידא לאגרא הא דלא עבידא לאגרא. הפשט הפשוט בגמ' הוא דהכל מיירי בנחית אדעתא דאגרא ובמקום דעבידא לאגרא אינו גזלן ולא שואל שלא מדעת. והא דחייב על פחת משום דכיון שרשות בפועל לא קיבל אין בזה הפטור דמיתה מחמת מלאכה נכ"כ הקצה"ח בס' ש"ח סק"ג ותמה על רש"י שכתב שחייב בפחת מפני שהוא גזלן דאם היה גזלן לא היה משלם שכרה ע"ש וכיון שאין לו קניני גזילה רצה שכרה נוטל רצה פחתה נוטל. משא"כ כשלא קיימא לאגרא אף שלא כיון לגזול מ"מ הוא שואל שלא מדעת

הערות

הגזול עצים דף צז.

וציונים

קמו

ודינו כגזולן ופטור משכרה ומשלם רק פחתה. וכן מבואר ברמ"א בס' ש"ח סע' ז' בשם התה"ד ומקורו מסוגין כמבואר בגאון שם. ומבואר שם בתה"ד נדבריו הובאו בקצה"ח שם] דאם לקח בהמת חברו על דעת לשלם שכרו ולהחזירו אם עומד הבהמה לשכירות אין דינו כגזולן אבל אם מיחו בו שלא יקח דהיינו שעכשיו לא עמד לאגרא אלא שלקח אדעתא דאגרא הרי הוא שואל שלא מדעת והוי כגזולן ואינו משלם שכרה כי אם פחתה. אמנם מלשון רש"י נראה קצת דמפרש בע"א דכתב בד"ה עבידא לאגרא "מסתמא כי נחית לה אדעתא דאגרא נחית" משמע דהא דבלא עבידא לאגרא הוי גזולן הוא משום דבלא עבידא לאגרא בסתם כונתו אדעתא דגזולנותא. דהיינו שהתירוץ הא דעבידא הא דלא עבידא הוא ממש כתי' השני הא אדעתא דאגרא הא אדעתא דגזולנותא אלא שהפשט הראשון דיבר באופן שסתמא הוא כך. ואם זה נכון בדעת רש"י יוצא שאם בפירוש דעתו לא לגזולנותא אפילו לא עבידא לאגרא יהיה הדין רצה שכרה נוטל רצה פחתה נוטל. וטעמו צ"ל דס"ל דשואל שלא מדעת אין לו קנייני גזילה ולא רק לענין לקנות גוף החפץ בשינוי כמו שנתבאר לעיל בראב"ד אלא גם לענין לפוטרו מהשתמשות ולכן ס"ל דוקא דנחית אדעתא דגזולנותא ממש פטור מדמי השתמשות ובלא עבידא לאגרא בסתם דעתו לגזולנותא אבל אם פירש לאגרא אינו אלא שואל שלא מדעת ומשלם השתמשות ודלא כהתה"ד. וברשב"א מפורש כה"ד דבלא קיימא לאגרא ונחית אדעתא דאגרא פטור מהשתמשות דדינו כגזולן כדין שואל שלא מדעת.

ויהבי דכשיש חסרון כל שהו משלם עבור כל ההנאה. ומה דהרמ"ה ס"ל דפטור מדין זנוול"ח הוא לשטתו דפליג על תוס' וס"ל דכשיש חסרון קצת משלם רק כנגד החסרון אבל לענין מה שההנאה יתירה על החסרון נשאר זה נהנה וזה לא חסר. ע' קצה"ח ס' שס"ג סק"ד שמביא שיטת הרמ"ה בזה ומבאר דאין כונתו דחייב על החסרון מדין מזיק אלא גם באופן שהחסרון נעשה ע"י גרמא ואינו חייב מדין מזיק זה סיבה לחייב על ההנאה כשהיא באה מחסרונו של חברו. ובזה פליגי תוס' ס"ל דכשיש חסרון כל דהו זה סיבה לחייב על כל ההנאה דכל ההנאה באה מחסרונו של חברו והרמ"ה ס"ל דרק ההנאה שכנגד החסרון נחשב שנהנה מחברו אבל היתר נשאר כנהנה בלי חסרון. אך אכתי צריך להבין אם דינו כגזולן צריך להיות פטור אפילו דזה נהנה וזה חסר ולמה הוצרך הרמ"ה לסברת זנוול"ח. ואי נימא כמו שכתבנו לעיל בדעת רש"י דשואל שלא מדעת לית ליה קנייני גזילה הוי נחיא אבל שיטת הרמ"ה מובא בנ"י בדף י"א. דשואל שלא מדעת קונה בשינוי וע"כ דס"ל שיש לו קנייני גזילה. ושור"ר במחנ"א דיני גזילה ס' ט"ז שמחלק בזה דין שואל שלא מדעת לשוכר שלא מדעת יעו"ש.

נמצא דבביאור דברי הגמ' הא דקיימא לאגרא הא דלא קיימא לאגרא איכא ג' פשטים. א' בלא קיימא לאגרא אפילו נחית לאגרא הרי הוא שואל שלא מדעת. רשב"א ותה"ד. ב' בלא קיימא לאגרא סתמא כונתו לגזולנותא. כן משמע ברש"י. ג' כיון דלא קיימא לאגרא פטור מדין זנוול"ח. רמ"ה.

פסלתו מלכות. ביאור המחלוקת אי פסלתו מלכות הוי הזיק ניכר כנסדק או הזיק שאינו ניכר כתרומה ונטמאת ע' או"ש פ"ג מחמץ ה"ח שנחלקו בגדר דינא דהזיק שאינו ניכר אם תלוי במה שנשתנה והופסד החומר או סגי בזה שניכר וידוע ההפסד וכן כתב הקו"ש כאן. והאו"ש כתב עפ"ז לבאר מחלוקת הקצות

הנ"י מביא בשם הרמ"ה דבלא קיימא לאגרא מה שפטור מלשלם שכרה אינו משום דהוי גזולן אלא משום זה נהנה וזה לא חסר. ומה דלשאר הראשונים הפטור משום דהוי גזולן ולולא זה היה חייב משום דכיון דאיכא פחת הוי זה נהנה וזה חסר. ואפילו שההנאה הוא יותר מהפחת שיטת התוס' לעיל דף כ"א. ד"ה

בס' שס"ג והח"י אם גזל חמץ והגיע פסח אם יכול לאמר הש"ל בתוך הפסח ע"ש. ומדברי התוס' לקמן ק: דאם רואים תערוכת של גפן ותבואה או שרואים שרץ מונח ע"ג דבר שאינו צריך הכשר הוי הויק ניכר מוכח דהכל תלוי בניכר ולא בעינן היזק ממשי. אבל בלשון הרמב"ם פ"ז מחובל ה"א משמע דבעינן שיופסד גוף הדבר כדי ליחשב ניכר. וע' מש"כ בזה האבן האזל בפ"ד מחובל ה"ד.

תוד"ה המל"ה. שיטת רש"י ותוס' דבסתם הלואה משלם מטבע שלוח אע"פ שנפסל ולא דמי לגזלן שחייב לפי שויות של שעת גזילה מפני שגזולן הוא מאבות נזיקין ומזיק חייב שויות ולא חפץ בעין משא"כ חיובו של לוח הוא לפי כמות ולא לפי שויות ומה דס"ל לרב שנותן מטבע היוצא זה רק במלוה על פרקמטיה לרש"י או במפרש לתוס'. והרמב"ם בפ"ד ממלוה הי"ב חולק ומפרש הגמ' בהלואה סתם ואעפ"כ חייב להחזיר מטבע היוצא. והיה מקום לאמר דבעיקר הדין מודה הרמב"ם לרש"י ותוס' אלא דס"ל דבסתם הלואה האומדנא הוא כך וסתם לרמב"ם הוי כפירש לתוס'. אמנם במחנ"א מבואר שלא למד כך שהקשה בדיני רבית ס' כ"ו על תוס' אם ההלואה מחייב רק מטבע שלוח אפילו שנפסל א"כ מה מועיל שמפרש לחייב יותר מזה הא קי"ל דהזהב קונה את הכסף דהיינו משיכת מטלטלין מחייבת כסף והכסף אינו מחייב את הזהב. ומוסיף המחנ"א דלשיטת הרמב"ם ניחא. דהיינו שלמד שלרמב"ם אין זה מדין תנאי ואומדנא אלא זה עיקר חיובו של הלוח לפי השויות של שעת הלואה. דהיינו שנחלקו תוס' ורש"י עם הרמב"ם אם חיובו של לוח הוא לפי שויות או לפי כמות. אך יקשה לרמב"ם מהוכחת התוס' ממלוה אדם כור חטין הוזלו נותן חטין הוקרו נותן דמיהם. ולתוס' ניחא דהוזלו נותן חטין דזהו חיובו מעיקר הדין לפי כמות והא דהוקרו נותן דמיהם ולא משלם לפי כמות אין זה משום דזה עיקר חיובו אלא משום

דנראה כרבית. אבל לרמב"ם אינו מובן למה הוזלו נותן חטין. ולכאור' לדעת הרמב"ם צ"ל דהא דחטין והוזלו נותן חטין הוא ג"כ מדין רבית ומה שכתב הריב"ש הובא במחנ"א ובקו"ש אות ק"ל דהוא מעיקר הדין ולא מדין רבית זה רק לשיטת התוס'. או שיש מקום לחלק בזה בין הלואה מעות להלואה חטין שהובא לעיל קושית המחנ"א על תוס' אם מדינא חייב רק מטבע שלוח מה מהני תנאי לחייב יותר הא אין הכסף מחייב את הזהב ע' לשון החזו"א ב"ק ס' י"ז סקכ"ג ונראה שכונתו לישב קושית המחנ"א וז"ל והא דבהלואה סתם נותנו מטבע פסול פי' בתוס' משום דבהלואה אפשר לקובעה בתרי גווני כגון מלוה סאה חטין בחטין אפשר לקבוע את ההלואה על החטין שיהא חוב הפרעון סאה חטין בין יוקרו בין יוזלו ואפשר לעשות לה דמים ולקבוע החוב על דמים קצובים עכ"ל דהיינו שאין זה תנאי אלא אופן אחר של הלואה דאם מפרש הרי לא הלוח לו מטבעות אלא שוים אבל סתם ההלואה מתיחסת לכמות ולא לשויות. וא"כ יתכן שהרמב"ם חולק רק בהלואה מעות דבזה סתמן לשויות אבל בשאר מטלטלין ואוכלין מודה הרמב"ם דההלואה נקבעת על החפץ ולא על השויות ולכן סאה חטין והוזלו מחזיר סאה חטין.

הש"ך בס' רצ"ב סק"ט מביא שהרי"ף כתב לגבי המפקיד אצל חברו מעות מותרים משתמש בהן לפיכך חייב באחריותו והוי הלואה גביה וקמו ברשותו להתחייב באונסין. וכתב ע"ז הש"ך דמה שכתב והוי הלואה גביה כונתו שאם נפסל אח"כ המטבע נותן מטבע היוצא באותה שעה כדין הלואה כמבואר בתוס' בב"ק פרק הגזול. ורע"א בשו"ע ס' ע"ד סע' ז' כתב דדברי הש"ך צ"ע. וכונתו דבתוס' מפורש איפכא דבסתם הלואה נותן מטבע שלוח אע"פ שנפסל. וכן תמה הנתיבות שם בסק"א על הש"ך וכדי לישב דברי הש"ך כתב הנתיבות חידוש דין דהא דכתבו התוס' דבסתם הלואה

הערות

הגזול עצים דף צז. – צז: **וציונים** קיז

נותן מטבע פסול היינו דוקא ביכול להוציאו במישן ואית ליה אורחא למישן. ומה דס"ל לשמואל בפירש שמלוה על מטבע היוצא שאם יוצא במישן ואית ליה אורחא יכול לאמר לך הוציאו במישן ס"ל לרב בסתם הלואה ורב רק חולק דאם פירש על מטבע היוצא לא סגי ביוצא במישן. דהיינו שלשמואל אין נ"מ בין סתם לפירש ולרב בסתם מהני מה שיוצא במישן ובפירש לא מהני אא"כ יוצא כאן. וע' חזו"א ב"ק ס' י"ז סקכ"ז שחולק על הנתיבות בזה.

דף צז:

אבל לית ליה אורחא למישן לא.
ברש"י ד"ה ומשני דלא בחשי מבואר דאית ליה אורחא פירושו שבל"ה צריך ללך לשם ולא מספיק מה שיש אפשרות ללכת לשם. וכן מבואר ברש"י ד"ה מחללין דראית הגמ' דאחרונים דומיא דראשונים מחללין אע"ג דלית ליה אורחא להתם הוא דצריך להביא המעות לירושלים. אבל הרשב"א פירש באופן אחר דאם אית ליה אורחא אין זה דומיא דמעות הראשונות ומדלא פירש כרש"י דע"כ לית ליה אורחא מפני שצריך להביא המעות לירושלים משמע לכאור' דס"ל שאית ליה אורחא היינו שאפשר להגיע לשם אפילו שאין דעתו ללכת לשם. ולדעת הרשב"א יתישב מה שהקשה הקו"ש דלענין מע"ש תלוי בשם מטבע ולא מסתבר שהשם מטבע יהיה תלוי אם בפועל דעתו ללכת או לא. אבל אם הקובע הוא אם אפשר ללכת ניחא דאם א"א להגיע למקום שיוצא בהוצאה אין ע"ז שם מטבע.

איתיביה רבא לר"ג אין מחללין וכו'.
משמע שקשה רק לשמואל דס"ל שיכול לאמר לך הוציאו במישן ואדרבה לרב גם אם אינו יכול להוציאו במישן אינו יכול לפרוע אא"כ יוצא כאן וכ"ש דקשה לדידיה למה מחלל מע"ש אע"ג דהוי דומיא דראשונים ואינו יוצא

כאן. וע' מש"כ בזה הפנ"י כאן והחזו"א ב"ק ס' י"ז סקכ"ה וכן מפורש ברשב"א כאן בשם הראב"ד ע"ש.

אין מחללין על מעות של כאן והן בבבל.
שיטת הרמב"ם בפ"ד ממע"ש הי"ד דתלוי אם הכסף שעליו הוא מחלל יוצא בהוצאה במקום שהמחלל נמצא ולא תלוי אם יוצא במקום שהכסף נמצא. והראב"ד חולק וכתב דמשמע בסוגיא שתלוי אם יוצא במקום שהכסף נמצא ולא תלוי אם יוצא במקום שהמחלל נמצא. וע' בכ"מ דהרמב"ם מפרש אין מחללין על מעות של כאן והן בבבל היינו שהבעלים נמצא בבבל ולא כהבנת הראב"ד דקאי על הכסף. ובלשון רש"י בסוגין משמע דתלוי גם במחלל וגם במעות ע"ש.

תוד"ה דובין. הקשו דאין לוקחין בהמה במעות מע"ש. והרשב"א מוסיף להקשות דטיבעא אפירא לא מחללינן וכן הקשו תוס' בב"מ דף מד: ותי' כיון דאין אפשרות אחרת מותר לחלל על פירות. ואע"ג דקרא דוצרת הכסף דילפינן מיניה דבעינן חילול על כסף צורה הוא לעיכובא ע' סוכה דף מ"ו דמן התורה דין זה הוא רק על פרי ראשון ולא בפרי שני. אך צ"ע דברש"י שם בב"מ מבואר דהא דאין מחללין מטבע שדינו כטיבעא על מטבע שדינו כפירא משום דטיבעא אפירא לא מחללינן הוא דין דאורייתא וגם הריטב"א שם שחולק על רש"י רק חולק בשני מיני מטבעות אבל על פירות ממש מודה הריטב"א שם דלא מחללין מדאורייתא וקשה מסוכה דבפרי שני אין דין של וצרת וצ"ע.

והא קא זיילין פירי. פרש"י והוי רבית משמע דמצד דיני הממון מחזיר לו המטבע היוצא היום אף שהוסיפו עליו ושוה יותר. ומדברי הרי"ף שמביא הרא"ש כאן דס"ל שאם הקטינו את המטבע ושוה פחות ג"כ הדין שצריך להוסיף כדי שיהיה שוה כמו שהיה בשעת הלואה ובזה לא שיק טעמא דרבית

ומוכח דהרי"ף פליג על רש"י וס"ל דעיקר דין הממון הוא לשלם אותו סוג מטבע שקיבל. והרא"ש כתב שהראב"ד חולק על הרי"ף. ומדברי רש"י מוכח דס"ל בזה כהראב"ד.

דף צח.

עד י' בתמניא. הא דבשיעור זה אין איסור ע' ברא"ש וע"ש ש"ך יו"ד ס' קס"ה מה שכתב בזה.

ה"מ דאדיה אדויה אבל שקליה בידיה מגזול גזלה השבה בעי למיעבד. מבואר בגמ' דאע"ג שלא לקחו על דעת לגזול אלא ע"מ לאבד נעשה עי"ז גזלן וחייב בהשבה. והקשה הפנ"י דבריש הכונס כתבו התוס' בשם הירושלמי דהוציאו ליסטין ליסטין חייבים מיירי שהוציאו ע"מ לגזלה ומשמע שאם כונתם היתה שתלך הבהמה לאיבוד אין להם דין גזלן. וע' בש"ך ס' שצ"ו סק"א שהרגיש בקושיא זו וכתב דלענין אונסין וחייב השבה גם אם לקח ע"מ לאבד חייב אבל בשמירת נזקין אינו חייב אלא כ"כ לקח ע"מ לגזלה. וביאור דברי הש"ך הוא כמו שכתב הדברי יחזקאל ס' נ"ב דכדי להתחייב באונסין וחייב השבה א"צ קניני גזילה וסגי במה שלקח החפץ והוציאו מרשות בעלים אבל חייב הגזלן בשמירת נזקין הוא בגלל קניני גזילה וזה יש דוקא כשלקח ע"מ לגזול. ויש לדמות גזול ע"מ לאבד לגזלן שמשך ברה"ר שנעשה גזלן להתחייב באונסין אבל קנינים כתבו כמה אחרונים שאין לו דברה"ר יש הוצאה מרשות הבעלים ובוזה סגי להתחייב באונסין אבל כדי שיקבל הגזלן קנין צריך הכנסה לרשותו וזה אין ברה"ר וכן בגזול ע"מ לאבד.

בכיצד הרגל דף כ"ו: מבואר דהזורק כלי של חברו מראש הגג והיו תחתיו כרים וכסתות ובא אחר וסלקן או אפילו קדם הוא וסילקן

פטור דאינו אלא גרמא. וכתב הש"ך בס' שפ"ו סק"כ דמיירי שלא הגביה הכלים דאם הגביה חייב מדין גזלן כמבואר כאן בגמ'. והחזו"א ב"ק ס' ב' סק"ב חולק וכתב דהתם פטור אפילו שהגביה. וע"ש מה שכתב לבאר טעם הדבר.

וה"מ במים צלולים. מבואר דהיכא דגזל אפילו אם זרק למים צלולים מחויב להשיב. וכתב הש"ך בס' שפ"ו סק"ח בשם היש"ש דאף דחייב השבה מוטלת על הגזלן היינו רק דעליו מוטל לשלם הוצאת הבר אמוראה וכל ההוצאות שיש כדי שיגיע לנגזל אבל הטירחא שצריך לטרוח בגופו לא מחויב הגזלן לטרוח בעצמו להתעסק בהשבה והיש"ש למד חידוש זה מתוס' לקמן קא. ד"ה הא מנחי. והש"ך חולק וכתב דפשוט שבכלל מצות השבה גם לטרוח בגופו ודחה ראית היש"ש מהתוס' לקמן ע"ש. והא דמבואר לקמן ק"ג. דדוקא בגזל ונשבע חייב ללכת למדי אבל בלי שבועה אין חייב השבה מחייב ללכת למדי אין מזה ראיה ליש"ש דהתם מיירי שאחר שגזל את חברו כאן הלך חברו למדי ובלי שבועה אינו חייב ללכת אחריו למדי דחייב השבה הוא למקום שגזל משם. ולדעת היש"ש דמקיים מצות השבה בתשלום הוצאות ואינו חייב לטרוח בגופו לכאורה ה"נ בהשבת אבידה סגי בזה דמאי שנא השב תשיבם דאבידה מוהשיב את הגזילה. וע' בספר אהבת חסד דיני תשלומי שכר שכיר פ"ט שבמצות ביומו תתן שכרו אינו חייב להביא השכר לפועל אלא סגי בזה שיודיע שמוכן לשלם ויבא ויקח. אך זה אינו נוגע למחלוקת הנ"ל דהתם אין מצות השבה אלא רק שלא לימנע מלשלם ואפילו הוצאות כדי שיגיע הכסף לפועל אינו מוטל על בעה"ב.

תוד"ה עכורין. כתבו דאין נ"מ בין עכורין לצלולים אלא תלוי אם מצי בר אמוראה למשקלינהו או לא אלא אורחא דמלתא נקט. וע' קצה"ח ס' שפ"ו סק"ט שכתב דמדברי

הערות

הגזול עצים דף צח.

וציונים

ק"ט

אמר רבה השף מטבע של חברו
פטור. הקצה"ח בס' שפ"ו סק"א מביא בשם היש"ש דהיכא דשקליה בידיה חייב מדין גזולן כמו בזורק מטבע לים ואף דאינו חייב כששף מדין מזיק מ"מ שינוי הוי כגזול זוזי ועבדינהו נסכא. ומדברי התוס' בד"ה השף מוכח דס"ל שגם בגזולן פטור דכתבו דרבה ע"כ ס"ל דפסלתו מלכות לאו היינו נסדק והתם מיירי לענין גזולן. ודברי התוס' לכאורה אינם מוכרחים דיתכן ששף הוי כנסדק וחשיב היזק ניכר והוי שינוי ואעפ"כ פטור מדין מזיק דאינו אלא גרמא. וע' בקצה"ח הנ"ל שהקשה כן על דברי התוס' וכתב דמתוס' מוכח דלא כיש"ש ומביא שברשב"א כאן מבואר כיש"ש. אך התרומת הכרי בס' שפ"ו סע' ג' כתב דברשב"א בפרק הגזול משמע בהדיא דלא ס"ל כיש"ש, ואין בזה מחלוקת בהבנת דברי הרשב"א אלא שיש ב' נוסחאות בדברי הרשב"א דבחי' הרשב"א מובא שהרשב"א שואל מאי שנא שף מטבע מגזול זוזי ועבדינהו נסכא. ותי' דשאני התם שיש מעשה גזילה וקנה בשינוי. והכא לענין נזקין דא"ל מאי אפסדתין דהיינו דהוי גרמא. ולפ"ז מבואר כיש"ש דכשיש מעשה גזילה חייב גם בשף, אמנם בשיטמ"ק הובא דברי הרשב"א עם תוספת דאע"ג דהכא נמי מדאגבה מגזול גזליה מ"מ כיון שעיקר כונתו אינו לגזול אלא להזיק והיזק אין כאן דלא חסריה כלום גם גזולן אינו ע"ש. ולפ"ז מבואר דלא כיש"ש ולזה כיוון תרה"כ. וסברת הרשב"א אינה מובנת דכיון דמוכח מזורק מטבע לים דגזול ע"מ להזיק הוי גזולן למה כאן אינו גזולן. ואולי כונתו למה שכתב התרה"כ שם לחלק בין חיוב אונסין לחיוב השבה יע"ש. וע' בתוס' רי"ד שכתב ג"כ דבשף פטור אפילו אם הגביה כשיטת תוס' ודלא כיש"ש.

אמנם מה דנקט הקצות דמדברי התוס' מבואר דלא כיש"ש אולי יש קצת לדחות, דלעיל בדף צ"ז. נתבאר בשם הקו"ש והאו"ש דביאור מחלוקת ר"ה ור' יהודה אם פסלתו

הרמב"ן ובעה"מ לקמן קא. מוכח דפליגי על תוס' וס"ל דאם המים צלולים יכול לאמר הא מנח קמך אפילו היכא דלא מצי למישקלינהו. וע' מה שנכתוב בזה בס"ד לקמן. וצ"ע שברמב"ן בקונטרס דינא דגרמי כתב בהדיא כתוס' שמה שפטור במים צלולים הוא דוקא כשיכול להוציאו ואם לא דינו כעכורין.

תוד"ה וה"מ. מבואר בתוס' דאין דין בהגבהה שיגביה דוקא למעלה אלא כל שהביא החפץ למצב של מוגבה סגי בזה. כדמוכח מהא דב"מ גבי טלית שראשו ע"ג עמוד. ואין להקשות מכאן על דברי הט"ז שהובאו במ"ב ס' שפ"ו סקנ"א דאם הניחו העירוב ע"ג ידו המוגבהת צריך להגביה את ידו טפח כדי לקנות ולא סגי במה שמוגבה על ידו כשעומד במקומו. דהתם שאני דהוא לא הביא את החפץ למצב של מוגבה ולא שינה את מצב החפץ כלל בזה בעינין שיגביה ידו אבל במקום שהיה מונח ע"ג עמוד והוא משכו מן העמוד והביאו למצב של מוגבה זה חשיב מעשה הגבהה וא"צ דוקא להגביה כלפי מעלה. אך זה פשוט דאפילו לסוברים דהגבהה צריכה ג' טפחים היכא דידו נמצאה למעלה מג' טפחים והניחו חפץ בידו סגי שיגביה ידו טפח דמה שצריך ג' טפחים כדי שיצא מכלל לבוד אבל בשביל מעשה הגבהה מסתבר דלכו"ע סגי בטפח. ועיין מה שכתבנו בזה בכתובות ל"א.

שיטת הרשב"א בקידושין כ"ו. דהא דהגבהה קונה ברשות מוכר היינו דוקא שמגביה בידו אבל כשאינו בידו אלא מוגבה מכחו אף שקונה מ"מ אין בזה מעלת הגבהה וקונה רק במקום שמשיכה קונה. והקצות בס' רע"ג מוכיח מתוס' דידן דפליג דגם הגבהה זו קונה בכל מקום ע"ש ומה שהוכיח שם הקצות מקושית תוס' על אדייה אדויי אינה ראייה דלענין גזילה קי"ל דמשיכה קונה אפילו ברה"ר. עיין מה שכתבנו בזה בקידושין כ"ו.

אלא רק בכח השמיעה אבל לש"ך שבכל כלי חייב ורק במטבע פטור מפני שצורת המטבע אינה אלא החלטת המלכות מנין לדמות חרשו לשף מטבע. וצ"ל דקלקול צורת כלי חשיב כקלקול החומר משא"כ במטבע לא הוי קלקול החומר אלא גרם שלא יהיה ראוי לשימוש ובחרשו נמי אין שום קלקול של החומר אלא שאינו ראוי לשימוש.

תוד"ה מתיב וא"ת אמאי עבד יוצא בהן לחרות הא בעינן מומין שבגלוי וכו'. נחלקו תירוצי התוס' בגדר מומין שבגלוי דלתירוץ ראשון לא מהני מה שאבר גלוי אלא בעינן שהמום יהיה גלוי אבל לא בעינן שיראו את המום עצמו אלא סגי בזה שניכר השפעת המום. ותירוץ שני ס"ל דלא בעינן כלל שהמום יהיה גלוי אלא רק שהאבר שבו נעשה המום יהיה אבר גלוי. וע' בפתחי תשובה יו"ד ס' רס"ז סק"ה על הא דקי"ל שחתך לשון עבדו אינו יוצא לחרות דלא נחשב מום שבגלוי שמביא בשם התפארת למשה שזה דוקא כשהיה אלם ובל"ה אינו מדבר ודנים רק מצד חסרון אבר בזה קי"ל דלשון אינו אבר גלוי ואינו יוצא לחרות אבל אם היה מדבר ונעשה אלם יוצא לחרות דאע"ג דהלשון אינו גלוי מ"מ ניכר שנעשה אלם ע"ש. וזה נכון לתירוץ הראשון של תוס' אבל לתי' השני לא מספיק מה שניכר הקלקול אלא בעינן שהאבר שבו נעשה הקלקול יהיה אבר גלוי לפ"ז אפילו היה מדבר ונעשה אילם אינו יוצא לחרות כיון שלשון אינו אבר גלוי. וע' במס' קידושין דף כ"ה. שכתבנו בס"ד לתלות בזה מחלוקת הרמב"ם והרא"ש שמובא בכ"מ פ"ה מעבדים ה"ד לענין סירוס דקי"ל שאין העבד יוצא בו לחרות והרא"ש כתב דזה דוקא כשכרתו ועודן תלויים בכיס אבל אם נתקן מן הכיס לגמרי לכו"ע הוי מום שבגלוי. והכ"מ כתב דהרמב"ם ס"ל שגם בזה אינו יוצא. ותלוי בזה דהרא"ש ס"ל דתלוי אם ניכר הקלקול או לא וקי"ל שסירוס נחשב שלא ניכר הקלקול אבל זה רק

מלכות דמי לנסדק או לא הוא בגדרי היזק שאינו ניכר אם בעינן היזק ממשי או סגי בזה שידוע ההיזק. אך בדעת תוס' קשה לפרש כן דמדבריהם לקמן בדף ק: ד"ה חייב מפורש דס"ל דאם ידוע ההיזק חשיב ניכר אף שאין היזק ממשי. דכתבו שאם רואים השרץ חשיב היזק ניכר לולא דבעינן הכשר. ולא משמע דדבריהם שנויים במחלוקת אמוראים, לכ"נ שתוס' מפרש דלכו"ע אם ידוע הנזק נחשב ניכר והא דפליגי לענין פסלתו מלכות הוא משום דר"ה ס"ל דפסלתו מלכות כיון שאין החסרון בגוף המטבע אלא שהמלך פסל צורה זו וביטל הכשר המטבע גרע מטומאה שבאמת החפץ מקולקל אבל מטבע שנפסל נחלקו ר"י ור"ה אי חשיב שהוא באמת מקולקל או שדבר חיצוני גורם שאינו ראוי. אמנם כ"ז בפסלתו מלכות דאכתי צורת מטבע עליו אבל גזל מטבע ושף לכו"ע חייב דבזה ודאי איכא שינוי דהיה מטבע ועכשיו הוי נסכא אבל לענין מזיק אי שף הוי גרמא או מזיק ממש, תלוי במחלוקת ר"ה ור"י לענין גזלן. דהיינו דאיכא ב' נ"מ במחלוקת ר"ה ור"י א' אי פסלתו מלכות הוי שינוי לגבי גזלן ב' אי שף חשיב מזיק ממש או גרמא. ולכן כתבו דרבה ס"ל כר"ה דפסלתו מלכות לא הוי כנסדק דאי הוי כנסדק ונחשב שהמטבע מקולקל ולכן הוי שינוי ניכר א"כ גם לגבי מזיק שף מטבע הוי מזיק ממש. דחסרון צורה הוי קלקול אבל בגזל מטבע ושף דעשה ממטבע נסכא בודאי הוי שינוי אף שלענין מזיק הוי גרמא.

הש"ך במ' שפ"ו סק"ז מביא בשם היש"ש דמה שרבה פטור שף מטבע הוא לאו דוקא במטבע אלא ה"ה כל כלי שלא הפחית את משקלו אלא רק את צורתו פטור לרבה. והש"ך חולק דרק במטבע חסרון הצורה אינו היזק ממשי כנ"ל אבל כלי אחר הצורה הוא עיקר שיווי הכלי. אך לדעת הש"ך צריך להבין הדמיון לחרשו. דבשלמא ליש"ש חרשו כיון דס"ד שלא נעשה חבורה א"כ לא פגם בחומר

הערות

הגזול עצים דף צח.

וציונים

קכא

כשלא נתקן מן הכיס אבל אם נתקן בודאי ניכר הקלקול. אבל הרמב"ם ס"ל שתלוי אם האבר הוא גלוי או לא וכיון דקי"ל שסירוס נחשב אבר שאינו גלוי א"כ אפילו כרתן ונתקן לגמרי מ"מ האבר אינו אבר גלוי ואף שניכר הקלקול אינו יוצא לחרות.

במה שכתבו התוס' דסגי בזה שניכר הקלקול אף שהמום אינו גלוי כתב השיטמ"ק בשם הר"ש משאנץ שצ"ע לענין מומי כהנים וקרבות שגם שם בעינן מום גלוי אי התם נמי סגי במה שניכר הקלקול או אולי שם בעינן שהמום עצמו יהיה גלוי. ועיין ברשב"א קידושין דף כ"ה. שבפירוש מחלק בין גדר גלוי לענין שן ועין שלגבי זה חרשו נחשב גלוי לבין מומין שחרש לא נחשב מום בקדשים ע"ש. ועיין באו"ש פ"ה מעבדים ה"ד שלומד שענין זה אם מספיק שניכר הקלקול או בעינן שהאבר יהיה גלוי הוא מחלוקת תנאים בקידושין כה. יעו"ש. ועיין מה שכתבנו בזה בקידושין כ"ה.

מה שכתבו התוס' שאם יש קצת חסרון חייב על כל הקלקול עיין קה"י ב"ק ס"י ד"ה אבל שמבאר סברת דין זה.

נחלקו הראשונים אם דברי רבה לענין זורק מטבע לים ולענין שף מטבע הם לשטתו שלא דאין דינא דגרמי אבל להלכה שקי"ל גרמי חייב גם בזה חייב או דהכא גרע ואינו גרמי אלא גרמא וגם לדידן פטור. שיטת הרא"ש והראב"ד דהכא הוי גרמא וגם לדידן פטור ורק שורף שטר הוי גרמי. שיטת הרמב"ם דכיון דקי"ל גרמי חייב גם שף מטבע חייב. ולהלכה נחלקו בזה המחבר והרמ"א בס' שפ"ו ולרש"י שיטה מחודשת בזה דס"ל שגרמי וגרמא חד הוא ומה דמבואר בכמה מקומות שגרמא פטור היינו למאן דלא דאין דד"ג. כך לומד הרמב"ן בקונטרס דד"ג בדעת רש"י והסכים עמו הש"ך בס' שפ"ו סק"ד ודלא כיש"ש שחולק בזה על הרמב"ן כמו שמובא

שם בש"ך. דהיינו דאיכא בזה ג' שיטות. א' הרא"ש והראב"ד מחלקים בין גרמא לגרמי וס"ל דזורק מטבע ושף מטבע הוי גרמא. ב' הרמב"ם ושו"ע מחלקים בין גרמא לגרמי ופוטרים בגרמות דריש הכונס ובזורק ושף מחייבים דס"ל דהוי גרמי. ג' רש"י ס"ל דלהלכה כל גרמא חייב כיון דקי"ל כמאן דדד"ג. אמנם המעיין ברא"ש בסוגין יראה שלמד בדעת רש"י כיש"ש ולא כרמב"ן והש"ך שכתב דמזה שכתב רש"י טעמא דזורק ושף פטור משום דגרמא בנוזקין פטור משמע דס"ל דכו"ע מודו בזה. הרי מפורש שלומד גם לדעת רש"י שיש הבדל בין גרמא לגרמי.

הקצות בס' שפ"ו סק"י מביא שהמרדכי שואל על המחייבים דס"ל דזורק מטבע ושף מטבע הוי גרמי אף שלמטבע עצמה אין נזק אלא שיש הוצאה להוציא מן המים מאי שנא מחובל בבהמת חברו שמשלם רק נזק ואינו משלם ריפוי. וכתב ע"ז הקצה"ח דמוכח מהמרדכי שחולק על מה שכתבו התוס' בד"ה מתיב דהיכא דאיכא קצת חסרון משלם כל הנזק דלתוס' קשה אפילו לדעת הפוטרים הרי קי"ל שאפילו במקום נזק לא משלמים ריפוי על בהמה ומאי שנא משף מטבע דהיכא דאיכא קצת חסרון משלם הכל אלא מוכח דהמרדכי חולק בזה על תוס'. אך לדעת תוס' נשאר הקצות בצ"ע למה באמת לא משלמים ריפוי במקום נזק ולרמב"ם ושו"ע דמחייבים זורק מטבע לים אפילו בלי חסרון קשה גם מריפוי שלא במקום נזק. ועיין בנתיבות ס' ש"מ סק"ג שכתב שמה שלא משלמים ריפוי הוא רק במקום שיתרפא מאליו והריפוי הוא רק כדי למהר רפואתו. אבל במקום שלא יתרפא בלי ריפוי הוי בכלל נזק ומשלמים גם בבהמה. ועוד כתב שם הנתיבות דהא דאין חיוב שבת בבהמה היינו רק שלא משלם שבתו שבכל יום אבל מה שיורד ערך הבהמה מחמת שאינה יכולה לעבוד ודאי הוי בכלל נזק וחייב. אך אם נרצה לישב סוגין ע"פ דברי הנתיבות נצטרך לומר דגם

למאן דמחייב בזורק מטבע אינו משלם כל דמי הבר אמוראה אלא רק מה ששוה המטבע פחות למכירה מפני שיש הוצאה של בר אמוראה וצ"ע.

הראב"ד בשיטמ"ק שואל למה זורק מטבע ושף מטבע פטור מאי שנא ממטמא מדמע ומנסך שחייב עכ"פ מדרבנן. ולכאוי' אינו מובן דהתם אינו גרמא כלל אלא היזק שאינו ניכר אבל כאן הפטור מפני שהחפץ עצמו לא ניזוק והפסד של בר אמוראה אינו אלא גרמא וצ"ע.

תוד"ה הצורם. וי"ל דמתני' איירי בבהמה קדושה. בבאיור דברי התוס' ע' קו"ש לעיל אות קי"ד.

תוד"ה הא. לא בעיא אלא שיהא ניחא ליה לעושה [ולא לבעלים] וכן בהכשר וכו'. בתוס' בב"מ דף ל. ד"ה אף יש שני תירוצים אי תלוי בעושה או בבעלים. ושיטת הרמב"ם בפיי"ב מטו"א ה"א דלענין הכשר זרעים תלוי בבעלים ע"ש בכסף משנה. ולכאורה ה"ה לענין פרת חטאת וקושית התוס' יתרץ הרמב"ם כתי' השני דתוס' הנ"ל בב"מ דהכא מיירי שגם המזיק היה שותף בבהמה.

ואמר רבה השורף שטרו של חברו פטור. גם המוכר שט"ח וחזר ומחלו פטור למאן דלא דדד"ג כמבואר בכתובות פו. אבל מה ששורף לא הוי מזיק ממש ומה שמוחל אינו מזיק הם מתרי טעמי. דשורף שטר הוי גרמי מפני שלא הזיק את עצם החוב אלא גרם שהמלוה יוכל לכפור ואילו מוחל הזיק את החוב והא דלא הוי מזיק ממש הוא משום דמה שיש לו כח למחול אחרי שמכר הוא לשיטת ר"ת מפני שמוכר רק את השיעבוד נכסים ושיעבוד הגוף נשאר שלו וכשמחל שיעבוד הגוף ממילא פוקע שיעבוד הנכסים. נמצא שלא עשה פעולה בממון חברו אלא מחל את השיעבוד ששייך לו ועי"ז נגרם נזק לממון חברו לכן לא הוי מזיק ממש.

שיטת היש"ש שגם שורף שטר פטור רק אם לא הגביה אבל הגביה חייב מדין גזלן. והש"ך בס' שפ"ו סק"ג תמה ע"ז דשטר נתמעט מחיובי גזילה. ומה דמבואר בתוס' בשבועות לו: וכן לעיל בריש מרובה דאם השטר בעין איכא חיוב השבה היינו לולא המיעוט.

דף צח:

אי דאיכא פהדי ליכתבו ליה שטרא מעליא. כתבו התוס' דלא הוי מפי כתבם כיון שמעידים על עדות שנחקרה. כלל זה שמבואר כאן בתוס' לענין מפי כתבם מבואר בראשונים גם לגבי עד מפי עד. וטעמא משום דפסול מפי כתבם ועד מפי עד הוא שצריך שיהיה לעד ידיעה מעצמו ולא שסומך על כתב או עד אחר, אך כ"ז כשמעיד על המעשה עצמו אבל אם מעיד רק ששמע מפלוני למה לא יהיה נאמן שפלוני אמר וב"ד יפסקו ע"פ אמירתו של פלוני. אך גם זה לא מהני דפלוני אין לו נאמנות כיון שלא העיד בפני ב"ד ולא נחקרה עדותו. אבל בשטר שדינו כעדות שנחקרה מעיד העד על עדות שנחקרה ולא על גוף המעשה וב"ד פוסקים ע"פ העדות שנחקרה ואין בזה לא מפי כתבם ולא עד מפי עד. ומדין זה למד רע"א בתשובה קכ"ג ד"ה ולכאורה דכל עדות שנאמן גם חוץ לב"ד לא שייך בו הפסול של עד מפי עד כיון שיש לו נאמנות בלי ב"ד ובלי דו"ח א"כ תמיד הוי כעדות שנחקרה ומזה דמבואר בשבת קמ"ה: ויבמות קכ"ב. דהקילו בעדות אשה להכשיר עד מפי עד מוכיח רע"א דעדות אשה צריך הגדה בב"ד דאל"כ לא משכחת פסול דעמ"ע שתמיד הוי כראינו עדות שנחקרה.

אמנם שיטת הסמ"ע בסי' ל' הוא דגם אם מעיד על עדות שנחקרה איכא חסרון דעמ"ע. וכתב ע"ז הקצה"ח שם סק"י שהסמ"ע ילמד דמה שכתבו תוס' כאן דמהני הוא רק בשט"ח

הערות

הגזול עצים דף צח:

וציונים

קכג

דהוי כגבוי לכמה ענינים וחשיב כעדות על פסק דין אבל עדות שנחקרה בלי פס"ד לא מהני. וקצת סיוע לשיטת הסמ"ע יש בלשון הרשב"א כאן שכתב דהא דליכא הכא פסול דעמ"ע הוא משום דהוי "כעדים המעידים על פס"ד דדיינים החתומים על הקיום כפסק דין הוא". משמע דבעינן דוקא עדות על פס"ד ולא סגי בעדות על עדות שנחקרה. אך הקצות מביא מהרא"ה בכתובות כ"ח. דיכולים להעיד גם על עדות שנחקרה אף שלא היה פסק דין. וכן נקט רע"א הנ"ל. וכן מפורש בר' יונה בב"ב דף קס"ה והובאו דבריו בקובה"ע סי' כ"ז אות ז' ע"ש.

במועד פטור שהכל מצווים ע"יו

לבערו. קי"ל בפ"ק דפסחים שלך אין אתה רואה אבל אתה רואה של אחרים ושל גבוה. ונחלקו הפוסקים אי נתמעט מהאי קרא דוקא חמץ של עכו"ם או גם חמץ של ישראל אחר רק הבעלים עוברים ולא אחרים. וכתב כאן הקו"ש דפשוט בגמ' כאן תלוי במחלוקת זו, דלדעת הסוברים דרק חמץ של עכו"ם נתמעט הוי הגמ' כפשוטה דהכל מצווים לבער ולסוברים דגם על חמץ של ישראל אינו עובר אלא רק הבעלים צ"ל כונת הגמ' שהכל מצווים לבער כדי להפריש את הבעלים מאיסורו. ודבריו בזה לכאן אינם מובנים דכל מה שנחלקו הפוסקים הוא רק כשהחמץ ברשותו בזה י"א דאע"ג דאין החמץ שלו כיון דהוי ברשותו עובר בב"י דרק חמץ של עכו"ם אתה רואה ברשותך ולא חמץ של ישראל אבל אם אין החמץ ברשותו פשיטא דאינו עובר על חמצו של ישראל אחר. דאטו אם ישראל אחד מחזיק חמץ בפסח כל ישראל עוברים בב"י. וא"כ הכא דהחמץ הוא ברשות הגזול בודאי שאין חברו עובר בב"י וע"כ לכו"ע כונת הגמ' הכל מצווים לבערו היינו להפריש את הבעלים מאיסור דידהו.

וכדברי הקו"ש ראיתי גם במ"ב בס' תמ"ג דבס"ק י"ד מביא המ"ב מחלוקת הפוסקים

הנ"ל דהמג"א ס"ל שאינו עובר על חמצו של ישראל אחר שנמצא ברשותו אא"כ קיבל עליו אחריות. והגר"א ס"ל שעובר וכתב שם בשעה"צ דכדברי הגר"א מבואר ברי"ץ גאות ובה"ג ומוסיף השעה"צ "וכפשטות הגמ' בב"ק הכל מצווים לבערו", ואינו מובן דגם לפי הגאון לא יתכן לפרש הגמ' בב"ק כפשטו כיון שמדובר שהחמץ ברשות הגזול וע"כ הפשוט בגמ' משום לאפרושי מאיסורא. וגם עיקר הדבר שכתב שעה"צ שבה"ג ס"ל כהגאון אינו מובן וזה לשון בה"ג בהלכות פסח כשמדבר על ישראל שהפקיד חמץ אצל ישראל אחר, אע"ג דלא קביל עליה אחריות שריף ליה שהכל מצווים עליו לבערו עכ"ל. והבין השעה"צ שכונת בה"ג שאע"פ שלא קיבל אחריות מ"מ עובר השומר בב"י וע"ז מביא בה"ג את לשון הגמ' בב"ק שהכל מצווים לבערו. אך א"א לפרש כך כמו שנתבאר שבגמ' בב"ק בודאי שאין השורף עובר כיון שאין החמץ ברשותו. אלא כונת בה"ג דאע"ג דלא קיבל אחריות ואינו עובר בב"י מ"מ צריך לשרוף כדי להפריש את הבעלים מאיסור ב"י וע"ז מביא לשון הגמ' בב"ק. ולפ"ז אדרבה מבואר בה"ג כשיטת המג"א. וראיתי בהגהות בן אריה על ספר ה"ג [להגאון ר' זאב ליפקין אביו של מרן הגר"ר ישראל מסלנט זצ"ל] שכתב שמלשון בה"ג משמע שס"ל כהמג"א ואולי כונתו כנ"ל מדהביא בה"ג הגמ' בב"ק ושם ע"כ אין הפשוט שעובר השורף בב"י.

מה שפטור המזיק בגלל סברת הכל מצווים לבערו נחלקו הקצה"ח והחק יעקב בטעמו. דהובא לעיל ששיטת הח"י דמה שהגזול יכול לומר הש"ל הוא רק אחר הפסח אבל בפסח אינו נפטור בהש"ל כיון שעומד לשריפה. וראית הח"י הוא מזה שהשורף במועד פטור מלשלם לגזול. והקצות בס' שס"ג סק"א חולק וכתב דמכאן אין ראיה דאע"ג שגם בפסח אומר הש"ל והוי גורם לממון מ"מ כיון שמצוה על כל אדם לבערו א"א לחייבו מדין מזיק.

מאן דדד"ג מגבי ביה דמי שטרא מעליא. נחלקו הראשונים אם דינא דגרמי הוא מן התורה או מדרבנן. שיטת הרמב"ן בקונטרס דד"ג שחיובו מן התורה. ותוס' בכמה מקומות כתבו שהוא מדרבנן [ע' לעיל דף נד. ד"ה חמור ודף סב: ד"ה יצאו שטרות] והש"ך בס' שפ"ו סק"א האריך להכריע דחיובו מדרבנן. ראית התוס' בדף נד: דהוי מדרבנן הוא מהא דמספקא לגמ' בסוף הכונס דף סב. אי עשו תקנת נגזל במסור שחיובו מדין גרמי ואי נימא דגרמי חייב מדאורייתא למה שלא יהיה בזה תקנת נגזל כמו בכל מזיק. וכתב ע"ז המהרש"ל ביש"ש דאינה ראייה דאע"ג דגרמי חייב מן התורה מ"מ יתכן שתקנת נגזל שתקנו שישבע ויטול תקנו רק במזיק בגופו ממש ולא בגרמי. וכתב ע"ז הש"ך בס' שפ"ו סק"א בד"ה ועוד נ"ל ראייה דדינא, דדברי היש"ש אינם נראין דאם גרמי מן התורה מה לי גופו מה לי גרמי הא בכולהו יש לו אותו דין מזיק. דהיינו שנחלקו הש"ך והיש"ש לסוברים דגרמי מן התורה אי הוי ממש כמזיק רגיל או שזה דין מזיק מחודש. עיין לקמן דף קי"ז. שהובא שכן הוא שיטת הש"ך בג' מקומות.

בשאלה זו אי גרמי למאן דמחייב מן התורה הוא כמזיק ממש או דין מזיק מחודש יש לתלות כמה מחלוקות בראשונים. א' הקצה"ח בס' ש"ח סק"ב מביא בשם הרמ"ה דחובל בחברו באופן שחיובו מדין גרמי משלם רק נזק ולא ד' דברים. ומדברי הרמב"ן בקדד"ג מוכח דלא ס"ל כן דכתב (בעמ' רי"ב טור ב') על מה דמבואר בהחובל דהדקיה באינדרונה חייב שבת וז"ל ואי קשיא לרבנן דלא דד"ג היכי מחייב והא גורם הוא וכו' עכ"ל ומשמע דלר"מ ניחא ליה אפילו אי נימא דחיובו מדין גרמי ומוכח דס"ל דעל מזיק של גרמי יש חיוב שבת. וע' במחנ"א דיני גזילה ס' י"א שלומד אליבא דאמת שחיובו דהדקיה באינדרונה הוא מדין גרמי ופשיטא ליה דאיכא שבת בחובל ע"י גרמי ודלא כרמ"ה. וזה שיטת התוס' בריש

אימור דשמעת ליה לר"ש דדבר הגורם לממון כממון דמי בדבר שעיקרו ממון. מבואר בגמ' דיותר סברא לחייב המזיק קדשים שחייב באחריותו או שורף חמץ שעבר עליו הפסח משורף שטר של חברו. אך התוס' לעיל עא: ד"ה וסבר כתבו דאיכא נמי סברא למימר איפכא דבשורף שטר יש מעלה דהוי ממון הראוי לכל העולם משא"כ איסה"נ דאינו ממון רק לשומר או לגזול. וע' בקצה"ח ס' שפ"ו סק"א שלדעת הרמב"ם דמכירת שטרות דרבנן גם שטר אינו ממון לכל העולם כיון שמן התורה אינו נמכר. ולולא דבריו היה נראה דאין נ"מ אם אפשר למכור או לא דמ"מ השטר הוא ממון לכל אדם שזה נמצא ברשותו ומה בכך דאין אפשרות למכור ורק איסה"נ דאינו ממון לאחרים אפילו אם היו הם הבעלים בזה פטור אם גורם לממון לאו כממון.

עוד כתבו שם התוס' דמדין גרמי חייבים רק קרן ולא כפל ודו"ה ורק מדין גורם לממון אפשר לחייב כפל ודו"ה. והש"ך בס' שפ"ו סק"א ד"ה ועוד נ"ל ראייה מהא, הקשה על ב' תירוצי התוס'. על תי' הראשון הקשה דבגמ' נזכר רק סברא שיותר מסתבר לחייב בגול"מ ולא נזכר סברא הפוכה. ועל תי' השני הקשה דא"כ למה הגמ' תולה דין השורף חמץ שעבר עליו הפסח במחלוקת ר"ש ורבנן אולי ע"כ לא פליגי רבנן אלא שלא חייב כפל ודו"ה אבל לענין קרן מודו. ואף שבסק"א הש"ך דוחה וחולק על דברי התוס' מ"מ בסקי"א משתמש הש"ך בתוס' זה לישב דברי הרמב"ן בקונטרס דד"ג שפסק להלכה דהשורף חמץ שברשות הגזול חייב. והיש"ש תמה עליו דהגמ' תולה דין זה במחלוקת ר"ש ורבנן וקי"ל כרבנן דדהגל"מ לאו כממון דמי. וכתב הש"ך דהרמב"ן ס"ל כתי' שני דתוס' ולכן ס"ל דרבנן פליגי רק לענין כפל ודו"ה אבל לגבי קרן מודים רבנן דחייב. והרמב"ן ילמד דסוגיא דמרובה ודאלו נערות שעליהם כתבו התוס' דבריהם פליגי אסוגיא דידן.

הערות

הגזול עצים דף צח:

וציונים

קכה

השוכר את האומנים שהקשו בשוכר פועל ונמצאת השדה לחה שאין להם אלא תערומת והקשו התוס' למה לא יתחייב לשלם לפועל מדין גרמי. והקשה הקצה"ח בס' של"ג סק"ב מה קושיית התוס' הרי אין זה אלא מבטל כיסו של חברו. ומוסיף הקצות דאין לתרץ דכונת התוס' שיתחייב מדין שבת שמבואר ברמ"ה שהובא בקצות בס' ש"ח דעל גרמי אין חיוב של ד' דברים. אבל למה שנתבאר דהרמב"ן והמחנ"א ס"ל שגם בגרמי איכא ד' דברים י"ל שזהו גם דעת התוס'. ותלוי אי גרמי הוי מזיק ממש ככל אדם המזיק א"כ בודאי צריך להתחייב ד' דברים אבל אם זה דין מחודש שאדם שמירת גופו עליו ואין לו דין מזיק ממש א"כ דמי לנזקי ממונו דאין בו חיוב ד' דברים. ב' לקמן בדף ק: יתבאר בס"ד מחלוקת ראשונים אי איכא במזיק ע"י גרמי דין אדם מועד לעולם וחייב אפילו על אונס או לא וגם זה תלוי בשאלה זו אי הוי מזיק ממש או דין מזיק מחודש וע"ע בזה לקמן קי"ז. ג' הנ"י לעיל דף מח: מביא בשם הרא"ה דרק אדם המזיק חייב בגרמי אבל אינו חייב על גרמי דבהמתו. ואילו שיטת הרי"ף לפי איך שלומד בו הנ"י שגם על גרמי דבהמתו חייב. ואין לדחות שהרא"ה שפוטרי גרמי דבהמתו הוא משום דס"ל דגרמי מדרבנן דגם הרמב"ן בקדד"ג (עמ' רי"ד טור ב') ס"ל כרא"ה אע"ג דס"ל גרמי מן התורה נואע"ג דהש"ך בס' שפ"ו סק"ה כתב דהרמב"ן מסיק דלא כרא"ה המעיין בלשון הרמב"ן יראה דלא חזר בו אלא שמחלק בין גרמי דשור שנפל לבור והבאיש מימיו לבין בהמה שהזיקה שטר ורק בזה הרמב"ן מחייב. וכן מבואר בפנ"י שמביא הקצה"ח בס' שפ"ו סק"ח ודלא כהקצות שם]. וגם זה תלוי בהנ"ל דהרא"ה ס"ל דגרמי אינו מזיק ממש אלא דין הכשר נזקין וגרמי דבהמתו דמי להא דממעטין מקרא איש בור ולא שור בור. והחולקים ס"ל דהוי מזיק ממש לכן חייב גם על גרמי של בהמתו. [לשון הגר"א בס' שפ"ו סק"ב דכל גרמי של בהמה אינן אלא

גרמא כיון שאינו עושה בעצמו, צ"ב וכתבנו בזה במק"א בס"ד]. שו"ר שחלק ממה שנתבאר כתב הקה"י ב"ק ס' ל"ה אות ב' וב"מ ס' מ"ז. וע"ע בחי' הר"ן סנהדרין עז: שגרמי נחשב מעשיו רק לענין חיוב נזקין ולא לענין חיוב מיתה של רוצח ומוכח דגרמי הוי דין מחודש ולא מעשה האדם ממש ככל מזיק. ומדברי הר"ן שם מוכח שגרמי דאורייתא שמוכיח מזה על אשו משום חציו. ומבואר בר"ן שם שמה שבנזיקין גרמי חייב וברציחה לא הוא משום דמזיק חייב גם על אונס משא"כ לענין מיתה שאונס פטור גרמי נמי פטור. ולפ"ז לענין ד' דברים וכן לענין ממון המזיק דליכא חיוב באונס גם בגרמי פטור.

הזה עובדא ומפיה רפרם לר"א.

פרש"י שרב אשי שרף שטר של חברו בילדותו. מדברי רש"י אלו למד ההגהות אשרי בפרק החובל על מתני' דחשו"ק פגיעתן רעה דקטן שהזיק חייב לשלם כשיגדיל. ובשו"ע חו"מ ס' תכ"ד סע' ח' נפסק שאפילו כשמגדיל פטור וכתב שם הגאון סקט"ו שזה דלא כהג"א ורש"י ב"ק צח: ע' בזה מל"מ פ"ד ממלוה הי"ד ד"ה והיכא שהקטנים, וט"ז או"ח שמ"ג סק"ב.

אומרים באיסה"נ הש"ל. הא דלא

נחשב נהנה מאיסה"נ הוא משום דאין זה בגדר תשלומין אלא נותן לבעלים הממון ששיך להם ובוזה נפטר מחיובו. כן מבואר בקו"ש פסחים קרוב לסוף אות י"ז ע"ש. וסברת רבנן אליבא דר"ח דס"ל אין אומרים באיסה"נ הש"ל אינו משום דנחשב נהנה דזה רק סברא דאיכא איסורא אבל מ"מ בדיעבד היה צריך להפטר בזה אלא צ"ל דס"ל דהיזק שאינו ניכר שמיה היזק ולא הוי כעין שגזל. ולמסקנת הגמ' דפליגי אי גומרין דינו של שור שלא בפניו ע' תוס' לעיל מ"ה. ד"ה השתא שמבאר דאם גומרין דינו שלא בפניו חשיב היזק שאינו ניכר ואם לא גומרים שלא בפניו הוי היזק ניכר כיון

שרואים השור בב"ד ע"ש. וע' בענין אומרים באיסה"נ הש"ל בתרה"כ ס' שס"ג סע' א' ד"ה ובהאי מה שמביא בשם הח"י וחולק עליו.

כאן שהרקיבו כולן כאן שהרקיבו מקצתן. ע' בחזו"א ב"ק ס' י"ז אות ט"ו בגדר כולן ומקצתן.

הבנאי וכו' ושיבר אבנים או הזיקן חייב. אם הזיק לאחרים ע' בשיטמ"ק בשם כמה ראשונים דאם היה קבלן כל החיוב עליו ובעה"ב פטור ואם הוא שכיר יום מוטל גם על בעה"ב לשמור שלא יזיקו פעליו ושניהם חייבים.

היה סותר מצד זה וכו' פטור. לשיטת תוס' בהמניח דף כז: דאדם המזיק פטור באונס גמור י"ל דטעמא דמתני' משום דהוי אונס. ולשיטת הרמב"ן בב"מ דף פב: דאדם המזיק חייב אפילו באונס גמור צ"ל כמו שתירץ הרמב"ן על הא דטבח אומן שקלקל פטור וז"ל הרמב"ן שאין באומן הטועה במלאכתו משום מזיק עכ"ל. וכוונת הרמב"ן למה שכתב המחנ"א בהל' נזקי ממון ס' ה' בדעת רש"י דבמקום שמוטל עליו להתעסק בדבר זה אין עליו דין אדם המזיק כיון שמתעסק ברשות וכן מביא שם בשם ריב"א ע"ש.

אומן קונה בשבח בלי. הקצה"ח בס' ש"ו סק"ד מביא בשם מהר"ש הלוי שמסתפק אם אינו קונה אלא בשבחו אבל לא בגוף הכלי או שע"י השבח זוכה בגוף הכלי. ומביא הקצות שבתה"ד מבואר דזוכה רק בשבח דלא כמסקנת מהר"ש הלוי. ראיתו של מהר"ש היא מהא ד"א שאם נתן כלי לאומן עכו"ם לתקן הוא חייב בטבילה כיון שאומן קונה בשבח כלי. אך בתה"ד מבואר דאין להוכיח משם דאפילו אם זוכה רק כשיעור השבח גם זה מספיק לחייב טבילה. וצריך להבין ספיקו של מהר"ש דמאיזה טעם יזכה בכל הכלי הא טעמא דאומן

קונה הוא משום שהוא יצר את השבח ממילא הוי שלו אבל אין זה סיבה שיזכה במה שהוא לא יצר. ואע"ג דבשיטמ"ק כאן בשם ר' יהונתן מדמה הא דאומן קונה לקנין שינוי בודאי אין כונתו לענין לקנות את כל הכלי שהרי נתבאר לעיל בדף צה. דרק בגזול יש דין של שינוי קונה. אלא כונת ר' יהונתן דחלק השבח זוכה האומן מפני שחלק זה נוצר על ידו כמו שגזולן שיש לו קניני גזילה קונה את כל החפץ ע"י שינוי מפני שנשתנה ברשותו. ולולא דברי הקצות היה נראה לפרש ספיקו של מהר"ש הלוי באופן אחר. דפשיטא דאינו זוכה בכל הכלי אלא מספקא ליה כגון בשבח צביעה אם האומן הוא בעלים רק על החזותא או שנעשה שותף בכל הכלי לפי ערך השבח. וכן הוא לשון המהר"ש כפי שהובא בקצה"ח "או נימא דע"י השבח זוכה בגוף הכלי להיות כשלו" דהיינו שהזכיה היא בגוף הכלי ולא רק השבח הוא שלו אבל בודאי שאינו זוכה בכל הכלי. ובזה שפיר הביא ראיה מטבילת כלים דאם רק השבח הוא של העכו"ם אין ע"ז שם כלי ואינו סיבה לחייב טבילה. אלא מוכח דהוי שותף בגוף הכלי. ולפ"ז אין סתירה בין מהר"ש הלוי לתה"ד דהת"ד רק כתב דאינו זוכה בכל הכלי אבל מודה דשפיר מוכח מטבילה דהזכיה היא בגוף הכלי. שו"ר שכדברים אלו כתב החזו"א ב"ק ס' כ"ב סק"ח.

בשאלה זו אי רק השבח שייך לאומן או שזוכה כערך השבח בגוף הכלי לכאורה נחלקו הקצות והנתיבות דהקצות מביא בסק"א בשם שו"ת הרא"ש דאומן שצבע ציור ע"ג טבלה ואסרה על הבעלים אינו נאסר אפילו למ"ד אומן קונה בשבח כלי דשבח צביעה שאני. ודבריו תמוהים דמפורש בסוגין דגם לגבי צביעה אמרין אומן קונה בשבח כלי. ומבאר הקצות ע"פ הגמ' לקמן דף קא. דכיון דחזותא לאו מלתא אפילו צבע בגד בקליפי ערלה לא היה נאסר לולא ריבוי מקרא ולכן הכא אע"ג דשבח צביעה שייך לאומן וחל עליו הקונם אין

משא"כ בנגר שהשבח בא ע"י פעולת האומן בזה אפילו כל החומר של בעה"ב האומן קונה ולשון הרשב"א בזה הוא דנגר אומנותו הוא סממניו. אך כ"ז רק לענין צביעת בגד שנעשה מאליו אבל כתיבת גט בודאי דמי לנגר ולא לצביעת בגד שפעולת הסופר היא שיוצרת הגט ולא הסממנים. ומצאתי בס"ד בפת"ת אבה"ע ס' ק"כ סק"ז בשם הגט פשוט שכתב דסופר שכתב גט זוכה הסופר בשבח כדין אומן קונה בשבח כלי ומוסיף הג"פ שבנו רצה לחלק דאם הדיו והקלף של הבעל אין הסופר זוכה בשבח הגט כמבואר בסוגין דהיכא דצמר וסממנים דבעה"ב אין האומן קונה [וזה ממש כדברי הנתיבות הנ"ל] ודוחה הג"פ את דבריו דדוקא בצמר לצבע שאין האומן עושה מעשה גדול אבל בנגר שעושה מעשה גדול קונה אפילו שהעצים של בעה"ב. וזה ממש כמו ששאלנו על הנתיבות. אמנם לא נעלם מהנתיבות טענה זו דבהמשך דברי הפת"ת מביא שהתורת גטין שם מביא דברי הג"פ וכתב דמהרשב"א משמע דרק בנגר שאין צורך בסממנים קונה האומן בגלל אומנותו אבל במקום שצריך סממנים אינו קונה אא"כ הסממנים שלו ולכן כתב שגם בסופר אם הדיו אינו שלו אינו קונה. והנתיבות בזה לשטתו, אבל אעפ"כ מסביר נר' לכאורה יותר כהגט פשוט כמבואר בלשון רש"י שהובא לעיל.

לענין פסק הלכה במחלוקת אי אומן קונה בשבח כלי או לא. בשו"ע אבה"ע ס' כ"ח סע' ט"ו הובא מחלוקת ובחור"מ ס' ש"ו סע' א' סתם המחבר שאינו קונה והש"ך בסק"ג מכריע דהרי ספיקא דדינא. ובסע' ג' פסק המחבר לענין נותן צמר לצבע והקדיחו יורה דמשלם דמי צמרו. ומביא הש"ך בסק"ד דהתירו"ט והלח"מ הקשו דבסוגין מבואר דלמ"ד שאין אומן קונה בש"כ אם הקדיחו אחרי קליטת הצבע משלם דמי צמרו ושבתו ולמה סתם המחבר דבכל גווני משלם דמי צמרו אף שפסק שאין אומן קונה בש"כ. וכתב בזה רע"א בגליון השו"ע

זה אוסר על בעל הבגד דרק החזותא נאסר וחזותא לאו מלתא. והקשה הנתיבות דאין הפשט באומן קונה בשבח כלי שהוא בעלים על השבח אלא שזוכה בגוף הבגד לפי ערך השבח וכיון דהוי שותף בכלי אין סיבה שלא יאסר ע"י הקונם. והנתיבות מוכיח כדבריו מבגד שנתנו לאומן לרכוכי דמבואר בגמ' דגם בזה אומן קונה בשבח כלי אף שאין שבח חוץ מגוף הבגד ע"כ שנעשה שותף בבגד עצמו. ונראה דזהו הנידון של מהר"ש הלוי ומסקנתו כדברי הנתיבות שזוכה גוף הכלי אבל לא שזוכה בכל הכלי. ובא רק לאפוקי מסברת הקצות שזוכה רק בשבח עצמו. וע' בנתיבות בסק"ג שכתב לבאר דברי הרא"ש באופן אחר. וע"ע לקמן בדף ק"א.

דף צט.

כגון דצמר וסממנים דבעה"ב.

מבואר בגמ' דלענין צביעה מה דאומן קונה בשבח כלי הוא דוקא כשהסממנים של האומן ועפ"ז כתב הנתיבות בס' ש"ו סק"ג לישב קושיית הפני"ב בגטין על הא דחשו"ק כותבין גט בגדול עומד ע"ג והא למ"ד אומן קונה בשבח כלי זוכה הקטן בחלק מהגט ואינו בר הקנאה ובענין שהגט יהיה שייך לבעל. ותירץ הנתיבות דע"כ מיירי שהדיו של הבעל דאל"כ קשה גם אם אין אומן קונה הרי הדיו שייך לקטן ואם מיירי בדיו של הבעל הא מבואר כאן דבצבע של בעה"ב אין אומן קונה בשבח כלי. דברי הנתיבות בזה לכאור' תמוהים שמפורש בגמ' דבנגר אמרינן אומן קונה אע"ג שהעצים של בעה"ב וכן בבגד שנתן לרכוכי הבגד של בעה"ב ואין האומן נותן משלו כלום אלא רק מלאכה ואעפ"כ קונה בשבח כלי והא דצביעה שאני מפרש רש"י "דסממנים הוא דמשבחי ליה" דהיינו שבצביעה האומן אינו עושה פעולה בעצם השבח אלא מניח בתוך הסממנים והצבע נקלט מאליו בזה כיון שהסממנים הם שעושים השבח תלוי מי בעלים על הסממנים.

דבמחנה אפרים בדיני משיכה ס' ו' מבואר דמה דפשוט לגמ' שאם אינו קונה משלם דמי צמרו ושבתו כיון שהשבח שייך לבעה"ב זה רק לצד של הגמ' בדף קא. שחזותא לאו מלתא ואין שבח סממנים ע"ג צמר וא"כ אין שבח הצביעה נחשב דבר בעין אלא שבח הבגד ובוזה תלוי אי אומן קונה או לא. אבל לצד של הגמ' שיש שבח סממנים ע"ג צמר ונחשב שהצבע הוא בעין ע"ג הבגד בזה בודאי השבח שייך לאומן דהוי כהוסיף נופך משלו ובמה יזכה בזה בעה"ב. ולפ"ז מיושב קושית הש"ך דכיון דהוי ספק פטור מלשלם לבעה"ב דמי שבחו.

מבואר בגמ' ב' נ"מ מהשאלה של אומן קונה בשבח כלי. א' אם משלם גם על השבח כשהזיק אחרי שהשביח. ב' אם עובר בבל תלין או לא דאם קונה הוי כמכירה ואין בזה בל תלין. עיין ברע"א בגליון השו"ע ס' ש"י שכתב עוד נ"מ אם קיבל על עצמו לעשות מלאכה לחברו בחנם ועשה ואח"כ חוזר בו דאם אומן קונה בשבח כלי הוי כמי שאמר ליתן מתנה לחברו שיכול לחזור בו ואם אינו קונה בש"כ הכלי וכל שבחו שייך למקבל וכיון שעשה המלאכה על דעת שלא יתחייב חברו בדמים א"כ הפעולה לא חייבה תשלום א"כ חייב להביא הכלי המשובח ואינו יכול לתבוע דמים.

אך מוסיף רע"א דיש להסתפק אם יש דין אומן קונה בשבח כלי כשעושה בחנם. אך לא ביאר רע"א צדדי הספק. ומאי דמספקא ליה לרע"א נחלקו בו הקצות והנתיבות הקצות בסק"ד כתב דאם עושה בחנם אינו קונה ומבאר הקצות ע"פ מה שמביא מהר"ן בשבועות ומהריטב"א בפ' האומנין שאין הקנין שקונה האומן בש"כ קנין גמור אלא רק כקנין משכון על דמי השבח וממילא כשעושה בחנם אינו קונה כלל. ועפ"ז כתב הקצות לישב קושית הפנ"י שהובא לעיל דגם אם הקטן קונה בשבח הגט כשהבעל משלם שכרו ממילא פקע קנינו כיון דאינו קנין גמור אלא רק בגדר משכון.

[ה"ה דהוי מצי למימר דמיירי שכתב החשו"ק בחנם ואז אינו קונה בש"כ]. אך גם הקצות לא ביאר טעמא דמלתא דהא דאומן קונה בש"כ הוא משום דכיון דהוא יצר את השבח ממילא זה סיבה שיהיה שייך לו וזה סברא שיהיה לגמרי שלו ולא רק קנין משכון. אך הביאור הוא ע"פ דברי הרשב"א בסוגין שהובאו בנתיבות בסק"ג וסק"ד דהא דאומן קונה בש"כ הוא כשקלקל אבל אם לא הזיק השבח שייך לבעלים "דאדעתא דבעה"ב אשבח" דהיינו שהמ"ד דס"ל אומן קונה בש"כ ס"ל דכיון שיצר השבח זה סיבה שהשבח כולו יהיה שלו. אבל בסתם דעת האומן בשעת עשיית השבח לזכות בשביל בעה"ב כיון שאין דעתו לעכב השבח לעצמו. אבל האומן משייר לעצמו קנין בשבח לענין מה שהוא צריך לתועלתו. דהיינו על הצד שיהיה נזק ע"ד כן לא זכה לבעה"ב ואם לא יהיה נזק משייר לעצמו קנין משכון לגבות דמי השכירות. אך ממילא אומר הנתיבות דגם אם עושה בחנם יהיה הדין אומן קונה בש"כ לענין שאם יזיק יהיה פטור מלשלם, יעו"ש.

עוד כתב הקצות בסק"ג על דברי התוס' בד"ה דאגריה לביטשי, שהקשו על רש"י דמה בכך שמשלם שכר לפי הדריכות הא מ"מ קבלן הוא וכוונתם דחשבון הדריכות הוא רק אופן לחשב את השכר אבל אין זה מפקיע מזה דין קבלנות כיון שאם לא ישביח לא יקבל שכר. ולכן הביאו דברי רש"י בהמקבל דאפילו אם לא יהיה שבח מקבל שכר לפי הדריכות ושכר זה הוי כשכיר יום. וכתב בזה הקצות דבכה"ג ארכבי אתרי רכשי שאם לא יהיה שבח הוי כשכיר יום ואם כן יש שבח יהיה בזה הדין של אומן קונה בשבח כלי ע"ש. ואע"ג דשיטת הקצות דכשעושה בחנם אין האומן קונה בש"כ והכא הרי אינו מקבל שכר עבור השבח שהרי גם אם לא ישביח יקבל שכר א"כ על השבח אינו מקבל שכר אעפ"כ קונה ולא דמי לעושה בחנם דכיון דסו"ס יש שכר ממלאכה זו משייר

הערות

הגזול עצים דף צט.

וציונים

קכט

לעצמו קנין בשבח שיהיה כמשכון על חיוב השכר עבור הטירחא.

אלימא אותו ממון וכו' אלא במאי מקדשא. בהא דפשיטא לגמ' שלפני הגעת הנזמים לידה לכו"ע אינה מקודשת כתבו התוס' בד"ה אלא ב' דרכים. בתחילה כתבו דהוא אומדנא שאין דעתה להתקדש. ועוד אור"י שאפילו שניהם רוצים אינה מקודשת ואע"ג דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף ואפילו למ"ד מקדש במלוה מקודשת לא יחולו הקידושים אא"כ קידש אחר הגעת הנזמים לידה. ונחלקו הפוסקים בכונת דברי התוס'. המחנ"א בהל' קנין מעות ס' ג' למד מדברי התוס' דאפילו למ"ד דמקדש במלוה מקודשת לא חלים הקידושים אא"כ הגיע זמן הפרעון ורק אז יש במה לקדש אבל לפני זמן הפרעון אף שחל חיוב מ"מ כיון שבפועל לא הגיע זמן הגביה אינה מקודשת. ולומד המחנ"א שחוב של שכירות למ"ד שישנה מתחילה ועד סוף ואעפ"כ אינה משתלמת אלא לבסוף דמי לחוב שלא הגיע זמן הפרעון. והקצה"ח בס' קכו סקי"ג לא ס"ל כן. אלא שכירות שאני מכל חוב שלא הגיע זמן הפרעון דשם יש חוב גמור ואף שלא הגיע זמנו מקודשת למ"ד מקדש במלוה מקודשת. ודוקא בשכירות הדין של אינה משתלמת אלא לבסוף הוא שאין חוב כלל עד הסוף. והא דפליגי אי אינה לשכירות אלא לבסוף או ישנה מתוע"ס היינו רק לענין אם בסוף חל חיוב למפרע אבל לפני הסוף לכו"ע אין חוב כלל. דהיינו שנחלקו הקצות והמחנ"א בפשט אינה משתלמת אלא לבסוף למחנ"א אין זה אלא זמן פרעון ולקצה"ח זהו זמן חלות החיוב אלא שאז חל למפרע מתחילה ועד סוף. ועיין בבית שמואל ס' כ"ח סקל"ח שמסתפק בשאלה זו אי יש ללמוד מדברי התוס' לכל חוב שלא הגיע זמנו או שאני שכירות שאין חוב כלל אלא לבסוף. [דבריו הובאו בסוף דברי הקצות הנ"ל].

בדברי הקצות מבואר דס"ל כן בין לענין שכירות פועלים בין לענין שכירות מטלטלין דהתם נמי כיון שאינה משתלמת אלא לבסוף אין חוב כלל עד הסוף ואז חל למפרע. ודברי הקצות קאי על דברי השו"ע שם שמדבר על שכירות מטלטלין. אמנם בחי' הג"ר מאיר שמחה זצ"ל כתב שהקצות לא דק בזה ומסכים עם הקצות רק בשכירות פועלים דאין ראוי שיחול חיוב על בעה"ב לפני שמגיע לידו הפעולה אבל כ"ז במקום שחזרת החפץ הוא לטובתו של המתחייב. אבל בשכירות מטלטלין אין סיבה לעכב חיוב השוכר עד לחזרת החפץ למשכיר ובזה ס"ל כדעת המחנ"א דהוי ככל חוב שלא הגיע זמן הפרעון.

עוד נחלקו בכונת התוס' אם מה שדנים שתתקדש לפני הגעת כלי לידה ע"י מחילת המלוה כונתם בהנאת מחילת מלוה או דקאי למ"ד מקדש במלוה מקודשת. דהבית שמואל הנ"ל כתב דכיון דמקדש במלוה אינה מקודשת ע"כ כונת תוס' בהנאת מחילת מלוה וגם בזה לא מהני תוך זמנו או בשכירות לפני הגעת כלי לידה. וכן הביין המחנ"א הנ"ל ולמד מזה דבחוב תוך זמנו א"א לקדש אפילו בהנאת מחילת מלוה. אבל השעה"מ בפ"ה מאישות בתחילת הל' כ' חולק וס"ל דבהנאת מחילה תהיה מקודשת אפילו לפני זמן הפרעון או בשכירות לפני הגעת ממון לידה וכל דברי התוס' הם על הא דמשמע בגמ' שאין שום צד שתהיה מקודשת לפני הגעת ממון לידה אפילו למ"ד מקדש במלוה מקודשת וע"ז כתבו דלפני זמן החיוב אין עדיין מלוה. אבל בהנאת מחילת מלוה מהני גם בכה"ג.

דהיינו שיש ב' ספיקות בכונת התוס'. א' אם יש לדמות כל מלוה תוך זמנו לשכירות שאינה משתלמת אלא בסוף. ב' אם תוס' מדבר על הנאת מחילת מלוה או מחילת מלוה למ"ד מקדש במלוה מקודשת.

שלמד בטעמא דלא הוי מלוה למ"ד אינה אלא לבסוף דמלוה הוא רק כשחל חוב ומוחל לשם קידושין. אבל במקום שעדין אין חוב ואם לא תתקדש תתחייב והוא מקדשה ועי"ז אינה מתחייבת אין בזה חסרון של מקדש במלוה. ולפ"ז מבאר האבנ"מ את שיטת הר"ן בהא דמקדש לאחר ל' אין בו חסרון של מקדש במלוה דהאשה זוכה מיד בכסף ואם בסוף ל' לא תרצה להתקדש יחול עליה חיוב להחזיר הדמים אבל אם תתקדש נמצא שלא היה כאן מלוה מעולם לכן מקודשת ומדמה האבנ"מ להא דלמ"ד אינה לשכירות אלא לבסוף לא הוי מלוה. אבל מסברא אין זה מובן ואדרבה כשיש כבר חוב ומוחל יש יותר נתינה מאשר כשאין חוב והיה צריך לחול חוב והוא מוחל שלא תתחייב. אלא הביאור הוא כמו שמבאר הקו"ש כאן באות קמ"ד דהמחייב של שטר פעולה הוא משום דבעה"ב מקבל מן האומן את פעולתו, וזמן החיוב תלוי מה נחשב זמן קבלת הפעולה. למ"ד ישנה לשכירות מתוע"ס נחשב שכל רגע מקבל פעולה וחל חיוב ולדבריו א"א לקדש בעצם הפעולה כיון שאין דעתה להתקדש עד שיגיע הממון לידה ואז אין זה זמן קבלת הפעולה ולכן מקדש במחילת החוב שחל קודם וזה מקדש במלוה. אבל למ"ד אינה אלא לבסוף זמן קבלת הפעולה הוא בסוף והסוף הוא כשמקבלת החפץ לשיטת רש"י והריטב"א שהובא לעיל א"כ מקדש בעצם נתינת הפעולה וזה שוה כסף ואינו מלוה. אבל בנידון של האבנ"מ שבסוף ל' אינו נותן כלום ורק מוחל שלא תתחייב עבור מה שקיבלה קודם בזה לכאורה איכא חסרון דמלוה וגרע מיניה ולא דמי לאינה לשכירות אלא לבסוף. וע"ע מה שכתבנו בזה בס"ד בפ"ב דקידושין בענין מקדש במלוה.

דף צט:

מסקנת הגמ' דבשכר חייב בין אומן בין הדיוט ובחנם אומן פטור והדיוט חייב. ובתוס'

אין לשכירות אלא לבסוף. נחלקו הראשונים מהו הסוף, דהיינו מהו זמן חלות החיוב למ"ד א"א לבסוף. הריטב"א בקידושין מ"ח. כתב שהסוף היינו כשמחזירו לבעלים וכן הוא בלשון רש"י כאן בד"ה אינה לשכירות אלא לבסוף כי מהדר להו ניהלה. והריטב"א מביא ראיה דאל"כ גם למ"ד אינה אלא לבסוף הוי מלוה שהחיוב חל בגמר המלאכה והקידושין אינם חלים עד שיבא ממון לידה כמבואר בגמ' וכמו שביארו התוס' הנ"ל וא"כ בזמן הקידושין זה כבר מלוה אלא מוכח דהסוף הוא כשמגיע לידה ובאותו רגע מתקדשת ואינו מלוה. אבל שיטת הרשב"א שם דהסוף הוא זמן גמר המלאכה, ע"ש. ולשיטת הריטב"א ניחא נמי מה שלמ"ד ישנה לשכירות מתוע"ס הוי מלוה ולא אמרינן שתתקדש בפרוטה אחרונה כמו שלמ"ד א"א לבסוף החיוב שחל בסוף אינו מלוה כך למ"ד מתחילה ועד סוף הפרוטה שמתחייב בסוף אינה מלוה ותתקדש בזה. ולריטב"א א"ש דהסוף של אינה אלא לבסוף הוא הזמן שמגיע ממון לידה והוא זמן חלות הקידושין לכן אין זה מלוה אבל הסוף של מ"ד מתחילה ועד סוף הוא ודאי גמר המלאכה שכל חלק מהמלאכה מחייב דמים. וכיון שגם בפרוטה אחרונה נתחייב לפני שהגיע ממון לידה גם פרוטה זו הוי מלוה. אבל לרשב"א קשה. וראיה זו מביא התורי"ד שם בקידושין מח. ובתחילה רצה התורי"ד לישב דגם פרוטה אחרונה הוי מלוה דתחילת פרוטה אחרונה אינה ראויה לקידושין עד שיגיע לפרוטה ואז זה כבר מלוה. אך התורי"ד דוחה תי' זה דפמש"פ לא חל עליו דין מלוה. ולכאורה כונתו דלא חל החיוב עד שמגיע לפרוטה. אבל בדעת הרשב"א י"ל שס"ל שחל גם פמש"פ ולכן גם פרוטה אחרונה הוי מלוה. ועיין בשעה"מ פ"ה מאישות ה"כ שכתב כן בדעת הראב"ד ע"ש.

מבואר בגמ' דאם ישנה לשכירות מתוע"ס הוי מלוה ואם אינה אלא לבסוף אין זה מלוה. מדברי האבנ"מ בס' מ' סק"א נראה

הערות

הגזול עצים דף צט:

וציונים

קלא

בריש המניח דף כז: מבואר דטבח אומן הוי אונס כעין גניבה ולכן בחנם פטור דאינו ש"ש ומדין אדם המזיק אינו חייב על אונס כעין גניבה אבל בשכר חייב מדין ש"ש שחייב גם על גניבה. והדיוט שקלקל הוי אונס כעין אבידה ולכן חייב גם בחנם. ואע"ג דש"ח פטור על אונס כעין אבידה מ"מ חייב מדין אדם המזיק. ושיטת הרמב"ן בב"מ דף פב: שאדם המזיק חייב אפילו באונס גמור והכא שאני שאין באומן דין אדם המזיק וכוונתו דכיון שמתעסק ברשות אין עליו דין מזיק וכמו שמביא המחנ"א נזק"מ ס"ה בשם הריב"א. ולומד כך גם בשיטת רש"י שכתב כאן בד"ה דקעביד בשכר, דמדקרי ליה מזיק לחייבו באונס ש"מ בעושה בשכר קאמר דלא חשיב ליה אונס אלא פשיעה. ודברי רש"י אינם מובנים אדרבה אם קרי מזיק יתחייב אפילו בחנם דאדם המזיק חייב גם באונס. וע' בקו"ש לעיל אות קי"ט שעמד בזה, וכתב ע"ז המחנ"א דמוכח דרש"י ס"ל כשיטת ריב"א שאין כאן דין אדם המזיק כיון שעושה ברשות ואם כאן הוא חייב על אונס כאדם המזיק בעלמא ע"כ שמיירי בעושה בשכר, לכן קתני פושע לאשמועין דאינו אונס וחייב אפילו בחנם.

אלא הא ר"מ דתנן נשברה כדו. ע' בקו"ש אות קמ"ו שהדמיון של נתקל פושע לטבח אומן הוא דלענין הילוך בדרכים כל אדם הוא אומן ואין טענה למה הלך אעפ"כ אם נתקל הוי פושע כך טבח אומן.

זיל אייתי ראיה דממחית לתרגומים. מבואר בגמ' דמוטל על הטבח להוכיח שהוא אומן כדי ליפטר. וכן פסק הרמב"ם בפ"י משכירות ה"ה וע"ש במ"מ. ונתקשו הפוסקים בזה בתרתי. א' למה עליו להביא ראיה הרי הוא מוחזק ויפטר מספק. ב' אפילו נימא דעל הטבח להביא ראיה למה לא סמכינן על רוב מצוין אצל שחיטה מומחין. ועל שאלה זו כתב הש"ך ביו"ד ס"א סק"ד דבכה"ג

לא אזלינן בתר רובא דרוב מומחין. והבין רע"א שם בגליון השו"ע דכונת הש"ך כיון שקלקל בפנינו איתרע ליה רוב מומחין דהיינו דאיכא נמי רוב דמומחה אינו מקלקל א"כ למה נאמר שהוא מהמיעוט מומחין שמקלקלים נימא דהוא מהמיעוט שאינו מומחה. [ע' פמ"ג שם שכתב סברא זו וע"ע בביה"ל ח"ג ס"כ אות ה']. וע"ז הקשה רע"א דאטו אדם שפעם קלקל בשחיטתו אסור לאכול משחיטתו. הפמ"ג לומד שכונת הש"ך דלא סמכינן הכא על הרוב דאין הולכין בממון אחר הרוב. והקשה דהטבח מוחזק ואין הרוב להוציא. ועל השאלה הראשונה ע' קו"ש לעיל אות קי"ט שכתב ב' דרכים. א' לרמב"ן שחיובו מדין שומר על כל שומר מוטל להוכיח או לישבע שלא פשע ואפילו לתוס' דחיובו מדין מזיק מ"מ איכא עליו גם דין שומר ובספק אף שא"א לחייב מדין מזיק יתחייב מדין שומר ב' כיון שהוא ודאי מזיק ואיכא בודאי סיבת חיוב והאונס הוא דבר הפוסט וכוון דיש ודאי סיבת חיוב וספק פטור חייב מספק. דאין ספק מוציא מידי ודאי. ומדמה להא דכתב ה"ה בספק שמירה בבעלים דלדעת הרמב"ם שפשיעה מדין מזיק חייב מספק כיון שיש ודאי מעשה היזק וספק פטור וע' בזה קו"ש ב"ב אות תרנ"ח. [ולענין ודאי מזיק וספק קלב"מ ע' קו"ש כתובות אות פ"ד בשם רש"י בסוף המניח ומה שמביא שם בשם רע"א]. ועיין בליקוטי רע"א כאן שגם מתקשה בהא דעל הטבח להביא ראיה ובתוך דבריו כתב ב' הפשטים שכתב הקו"ש ע"ש.

הש"ך בס' שו"ס סק"א מביא מהר"י בן לב שפסק בהא דנחלקו הראשונים [ע' לקמן] באומן כדנכו ואיסור אם פטור דוקא בחנם או אפילו בשכר דמספק פטור. וצריך להבין מאחר ומבואר בגמ' שאם יש ספק אם יש לאומן פטור אונס או לא עליו להוכיח שהוא אנוס א"כ הכא נמי נימא כיון שיש ראשונים דס"ל דבשכר גם דנכו ואיסור חייבים א"כ יש ספק אם יש פטור אונס ולמה לא יתחייב מספק. ובפרט שכאן

בחנם בודאי פטור והספק אם חייב בשכר הוא רק מדין שומר ועל השומר להוכיח שהיה אונס. וצריך לחלק דספיקא דדינא שאני דכיון שיש צד שפטור, בגלל שאין אנו יודעים להכריע הדין א"א להוציא ממון ורק בספק במציאות על השומר לברר.

ההוא מגרומתא. מבואר בגמ' דעל הצד שהשחיטה כשרה אינו מזיק אע"פ שלמעשה אוסרין הבהמה באכילה מספק ולכן הוא ספק גזל. והקשו האחרונים למה לא נימא כיון שע"י מעשיו נאסר מספק שיהיה לו דין מזיק ודאי וכמו שמצאנו לגבי מדמע דאף שלא נאסר אלא מספק הוא מזיק. והאריכו בזה האו"ש פ"י משכירות ה"ה ושערי יושר ש"א פ"ט. ובקה"י כאן תלה קושיא זו בדברי התוס' בד"ה מנעך דלר"ת דהוי חומרה מוכן למה לא הוא מזיק אבל לר"י שאסור מדינא מספק למה לא יחשב מזיק ודאי על זה שגרם ספק איסור. וכדבריו מבואר בביאור הגר"א בס' ש"ו. דהמחבר בסע' ה' כתב דהאוסר בהמת חברו בספק איסור אע"ג דנאסר מספק אינו משלם מדין מזיק. ומוסיף הרמ"א שיש מי שחולק. כתב הגאון בסקי"ב על דברי הפוסטים ז"ל עיין ב"ק שם סד"ה מנעך, ור"י מפרש וכו' עכ"ל ובס"ק י"ד על החולקים כתב בסקי"ד ז"ל כדעת ר"ת בתוס' הנ"ל ע"ש עכ"ל. דהיינו שלר"ת אין מקור מכאן לפטור במזיק בספק גמור דהכא שאני שאינו נאסר אלא מחומרה בעלמא. וגם האו"ש כשהקשה למה אינו מזיק ודאי כתב שלר"ת א"ש קצת ע"ש.

האו"ש כתב לישב ע"פ דברי הרמב"ן בקדד"ג [שהובא בקצה"ח ס' ש"ו סק"ט] שהקשה בשלמא טבח שקלקל בהגרמה או עיקור הוא היזק ניכר אבל בשהיה למה חייב הרי זה היזק שאינו ניכר. ותירץ הרמב"ן דכל שיש פסול בשחיטה עצם הריגת הבהמה הוא המזיק והוי היזק ניכר כאילו התיז ראשה בסייף ורק מפגל שאינו פסול בשחיטה כלל אלא

איסור מצד אחר הוי היזק שאינו ניכר. וכתב האו"ש דהא דאוסרים בספק איסור על הצד שבאמת מותר הרי זה איסור צדדי ודמי למפגל דהוי היזק שא"נ. ובתחילה חשבתי דתירוצו האו"ש מוכן רק בספק שהיה שע"ז הקשה הרמב"ן דהוי השא"נ וע"ז תירץ דהוי כמתיו ראשה ותירוצו זה הוא רק כשיש ודאי איסור ולא בספק אבל על הגרמה לא הקשה הרמב"ן שזה בודאי היזק ניכר. ובזה אין צורך להגיע לטעם דהוי כמתיו ראשה אלא משום דהגרמה עצמה ניכרת א"כ בזה גם ספק איסור הוי היזק ניכר. אבל ז"א דאחר תירוצו הרמב"ן הגרמה ושהיה שוים דודאי הגרמה ניכר וכן ודאי שהיה אבל מה שנאסר מספק כיון שעל הצד שזה כשר האיסור מספק הוא דבר צדדי ממילא כמו ספק שהיה אינו ניכר כך ספק הגרמה. ועיין בשערי יושר ש"א פ"ט שגם תירץ כהאו"ש ומפורש בדבריו שגם ספק הגרמה על הצד שכשר הוי היזק שא"נ.

אמנם בדברי הקצה"ח בס' ש"ו סק"י מבואר שלא למד כדבריהם דכתב היכא שמדינא השחיטה כשירה אלא שנהגו להחמיר יש נ"מ בין חומרה בהגרמה לחומרה בשהיה. דחומרה בשהיה בעצם הוי השא"נ. ומה שחייב בודאי שהיה הוא כתירוצו הרמב"ן. וכשאסור משום חומרה לא שייך תירוצו הרמב"ן ואינו כמתיו ראשה ודמי לפיגול. אבל בחומרה בהגרמה אע"ג דאינו כמתיו ראשה מ"מ הוי היזק ניכר כיון שהגרמה עצמה ניכרת. והנתיבות בסק"ח חולק וס"ל דאיסור דרבנן או מחמת חומרה הוי כעין דאורייתא וחשיב הכל חסרון בשחיטה והוי היזק ניכר. ויתכן שבספק איסור יודה הנתיבות דעל הצד שהוא כשר גמור מה שאוסרין מחמת ספק הוי השא"נ. אבל מה שמחלק הקצות בין הגרמה לשהיה לדבריו יהיה חילוק זה גם בספק. ובסברא לכאורה נראה יותר כהאו"ש ושערי יושר דאמנם ההגרמה ניכרת אבל על הצד שזה כשר אין זה הגרמה ואסור רק מכח ספק והוי היזק שא"נ.

הערות הגזול עצים דף צט: – ק. וציונים קלג

עכ"פ לדברי הקצה"ח תחזור קושית האחרונים למקומה דעיקר קושיתם היא על ספק הגרמה.

בעיקר קושית האחרונים מאי שנא ספק הגרמה ממדמע לולא דבריהם היה נר' לחלק בזה בין ספק במציאות לספיקא דדינא. דספק במציאות הוא ספק גמור משא"כ ספיקא דדינא החסרון הוא בחיק הדיין [לשון הקונה"ס כלל א'] ואיך יוציא ממון מהמזיק בזמן שאינו יודע הדין ויתכן שאין כאן היזק כלל. וחלוק זה מצאנו בכמה מקומות. בהא דס"ל לסומכוס ממון המוטל בספק חולקים כמה ראשונים ס"ל שהוא רק בספק במציאות אבל בספק בדין מודה סומכוס דא"א להוציא ממון ולשון הרשב"ם בב"ב קס"ו "הואיל ואין הדיינים יודעים לפסוק הדין יהיו שותקים והמחזיק יחזיק כמה שבידו" [הובאו דבריו בקונה"ס כלל א' אות א']. וכן לענין תפיסה בספק יש מחלקים בין ספק במציאות לספיקא דדינא וגם זה מאותו טעם דכשאנו יודע הדין אין יכול לשנות המצב הקיים. וכן י"ל לענין ספק מזיק דספק בדין אין עליו שם ספק ואין הדיין יכול לחייב המזיק מחמת חסרון ידיעתו. וע' לעיל שכתבנו כעין זה לבאר דברי המר"י בן לב שהובא בש"ך ס' ש"ו סק"א לענין הא דמוטל על האומן להוכיח שיש לו פטור של אונס שזה רק בספק במציאות ולא בספק בדין. וכן יש ראשונים שס"ל שבספק בדין לא מעמידים על החזקה [הובאו דבריהם בקונה"ס כלל ד' אות ד', ה']. ועיין באו"ש פ"י משכירות ה"ה שמבאר בזה לשון הגמ' כאן לא אוכלך ספק איסורא ולמה אינו ודאי איסור מכח חזקה דבהמה בחיה בחזקת איסור עומדת. וכתב כיון דהוי ספיקא דדינא לא מוקמינן אחזקה.

תוד"ה ותניא. תירוצם לכאורה אינו מובן דאמנם לענין הכרת מטבע אפילו אומן אם אינו כדנכו ואיסור דינו כהדיוט וחייב אפילו בחנם מ"מ מצי לשנויי דתרווייהו מיירי באומן כדנכו ואיסור כאן בשכר כאן בחנם. ולכאור

מוכח מזה דתוס' ס"ל דאומן כדנכו ואיסור דלא צריכי למיגמר כלל פטור אפילו בשכר וא"כ לגבי מטבע אין חילוק כלל בין חנם לשכר. וכן מפורש ברשב"א אבל הרמב"ם בפ"י משכירות ה"ה כתב דאפילו כדנכו ואיסור חייב בשכר וה"ה שם מביא שהרשב"א חולק. אמנם מה שכתבנו שמתוס' מוכח דס"ל כרשב"א ע"כ אינו נכון דגם הרא"ש כתב כדברי התוס' וברא"ש מפורש כרמב"ם דבשכר תמיד חייבים. ומה שלא תרצו הא והא כדנכו ואיסור כאן בחנם כאן בשכר עיין בש"ך ס' ש"ו סק"א מה שכתב בזה.

דף ק.

מחיצת הכרם וכו'. מבואר בגמ' דהא דחייב בעל הכרם הוא מדינא דגרמי. ידוע בזה קושית הרמב"ן בקונטרס דד"ג למה לא יהיה חייב על מה שהכרם נכנס ומזיק את התבואה כדין שורו ולא טפח באפיה. ותירץ הרמב"ן כיון דבעינן יאוש של בעל הכרם נמצא דאין הכרם בעצמו מזיק אלא יאושו של בעל הכרם הוא הגורם לאסור התבואה ומזיק ע"י יאוש הוי גרמי שגורם שהכרם יאסור את התבואה. ומדברי הרמב"ן יש לפשוט מה שיש להסתפק בגדר היאוש שצריך בכלאים. דיתכן שהוא ממש כדין ניהותא דהכשר זרעים דיש תנאי לאיסור שיהיה ניהותא ובעינן ניהותא חיובית של בעל הכרם. ונלמד מקרא כמש"כ התוס' בד"ה נתיאש. או דלמא לא בעינן ניהותא חיובית דהתערובת בעצמה אוסרת אלא שאם דעתו לעקור זה מונע האיסור מלחול וענין היאוש הוא רק שלא יהיה דעתו לעקור אבל לא בעינן ניהותא חיובית. ואי נימא כהצד השני אין מקום לת' הרמב"ן דאין היאוש האוסר אלא הגפן אלא שאם היה דעתו לעקור זה היה סיבה להתיר וכשאין סיבה להתיר הוי הגפן ממון המזיק. אלא מוכח דס"ל דבעינן יאוש חיובי וזה גורם את הנזק.

כמ"ד דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו בכלאים. ועיין מה שכתב בזה הקה"י בב"ב ס' ד'.

במחלוקת תוס' והרמב"ן הנ"ל נתבאר למה לא פרשו תוס' כרמב"ן משום דס"ל שמה שלא ידע שעליו לגדור אינו סיבה שלא יחול האיסור והא דלא פירש הרמב"ן כתוס' מבואר בלשון הרמב"ן בקדד"ג וז"ל מיהו הגורם נזק ניכר חייב לר"מ בין בשוגג בין במזיד בין באונס שאדם מועד לעולם וזו שאומרים גדור לאו משום התראה הוא לחייבו אלא מפני שאינו נאסר אא"כ התרה בו עכ"ל. דהיינו דאם היה נאסר אין סיבה לפטור משום שלא ידע דאדם מועד לעולם. ומדברי התוס' מוכח דס"ל דבנזק של גרמי אין דין של אדם מועד לעולם. ודבר זה תלוי במחלוקת הראשונים שהובא לעיל בדף צח: אם למאן דדד"ג הוי גרמי ככל מזיק או שזה דין מזיק מחודש יעו"ש. אמנם העיר אחי הג"ר זכרי' שליט"א דדברי הרמב"ן בזה סותרים את מה שכתב במלחמות פרק הגוזל ומאכיל [דפי הרי"ף מ"ג]. דבמזיק ע"י גרמי לא נאמר הדין של אדם מועד לעולם ע"ש. וע' מה שכתבנו בזה לקמן קי"ז. שברמב"ן בדינא דגרמי מחלק בהדיא בין גרמי של מוסר לשאר אופנים של גרמי.

תוד"ה מחיצת הברם. בהא דסברי ר"י ור"ש דאמרינן לגבי כלאים אין אדם אוסר דבר שאינו שלו נחלקו התוס' ביבמות פ"ג. והר"ש בפ"ז מכלאים מ"ה אם זה הדין של אין אדם אוסר דבר שאינו שלו דכל התורה או שזה גזה"כ מיוחד לענין כלאים. עיין מש"כ בזה רע"א בשו"ע או"ח ס' רנ"ג, ובח"א הל' שבת כלל כ"ז דין ד', ובקובה"ע ס' ס"א אות ב'.

דף ק:

תד"ה אומר לו גדור. כתבו דחויב הרחקה הוא על בעל הכרם דד' אמות שאמרו

מאידך מדברי התוס' יש לכאור' להוכיח דס"ל דלא בעינן ניהותא חיובית שכתבו דהוי הזיק ניכר משום שרואים הגפן כתבואה משא"כ מטמא אף שרואים השרץ מ"מ לא ניכר שהיה הכשר. וקשה הא גם בכלאים לא ניכר שהיה יאוש. כן הקשה הקו"ש בב"ב אות י'. ואי נימא דלא בעינן ניהותא חיובית א"ש דאין הניהותא מה שאוסר אלא שהגפן בעצמו אוסר וזה ניכר. ומה שאם דעתו לעקור זה מונע את האיסור זה לא גורם שיחשב הזיק שאינו ניכר. והרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי בתירוץ השני חולק על תוס' וס"ל שכלאים הוי היזק שאינו ניכר כמו שמביא הקו"ש בב"ב אות י' בשמו. וגם בתירוץ הראשון שכתב דהוי היזק ניכר לא כתב כן מטעמיה דהתוס' אלא מטעם אחר ע"ש. והרמב"ן בזה לשיטתו דס"ל דבעינן יאוש חיובי והוא האוסר.

לכאורה נר' דהרמב"ן ותוס' לשטתם בזה דנחלקו בטעמא דאומרים לו גדור. תוס' כתבו דאל"כ אינו חייב באחריות כיון שלא ידע שעליו מוטל לגדור. ומשמע דזה רק טענה לפטור בעל הכרם מתשלומין אבל האיסור חל גם בלי התראה. והרמב"ן בריש ב"ב וכן בקדד"ג כתב דאם אין התראה אינו נאסר כלל דכיון דלא ידע שעליו מוטל לגדור חסר בניהותא. וזה מפני שסובר הרמב"ן דבעינן ניהותא חיובית וכ"ז שאינו יודע שעליו לגדור אין הוכחה ממה שאינו גודר שניחא ליה אבל תוס' ס"ל שאין שום סיבה שלא יאסר דאמנם לא ידע שמוטל עליו ואין הוכחה על ניהותא מ"מ אין מצב של עומד לעקור לכן פרשו דהתראה אינו כדי שיאסור אלא כדי לחייבו באחריות. וגם ברמב"ם מוכח דס"ל בזה כרמב"ן שמביא את הברייתא של מחיצת הכרם רק בהל' כלאים לענין שאם לא גדר קידש ואינו מזכיר בכלל את חיוב האחריות ואעפ"כ כתב אומרים לו גדור ומוכח דאין זה בשביל חיוב האחריות אלא דאל"כ לא קידש. ומה שלא הזכיר הרמב"ם חיוב אחריות הוא משום דפסק

הערות

הגזול עצים דף ק:

וציונים

קלה

והאיסור הוא רק על התבואה לכן הגפן נחשב המזיק ועליו להרחיק ואה"נ אם שניהם נאסרים החיוב על שניהם לגדור בשותפות.

בהא דכתבו התוס' דקתני ב' פעמים אומרים לו גדור להשמיע שאמרינן קמא קמא בטיל ולא מצרפים ב' פעמים ע' רמב"ן בריש ב"ב שכתב איפכא דאשמעינן שכן מצרפים ב' פעמים ולא אמרינן בזה קמא קמא בטיל. ועוד ח"י יש שם ברמב"ן בגדר הוסיף מאתים דאין הפשט שמיד התוספת אסורה אלא שבטל ברוב, אלא שלא חל איסור על התוספת עד שיוסיף מאתים. וע' מה שנכתוב בזה בס"ד בב"ב.

הנותן צמר לצבע והקדיחו יורה וכו'. הובא לעיל קושית הלח"מ שמביא הש"ך בס' ש"ו סק"ד דהפוסקים כתבו סתמא דנותן דמי צמרו ואע"ג דקי"ל אין אומן קונה בשבח כלי ומבואר בדף צט. דאם אינו קונה משלם דמי צמרו ושבוהו ומתני' מיירי בהקדיח בשעת נפילה והפוסקים לא הזכירו תנאי זה. והובא דהמחנ"א כתב דהגמ' לעיל קאי לצד שאין שבח סמנים ע"ג צמר אבל אם יש שסעג"צ השבח שיך לאומן אע"פ שאינו קונה בשבח כלי, וכעת ראיתי בשערי יושר ש"ג פכ"ה שכתב להפך מהמחנ"א דכל מה ששיך אומן קונה בשבח כלי בשבח צביעה זה רק אי אמרינן יש שבח סמנים ע"ג צמר ואם אין שבח סמנים ע"ג צמר האומן לא יקנה שבח צביעה. וכתב בזה לישב מה שהקשו הקצות והנתיבות על שו"ת הרא"ש דכתב שעל שבח צביעה לא אמרינן אומן קונה בשבח כלי וקשה מלעיל צט. דמפורש שגם בזה אומן קונה. ותי' דהתם קאי לצד שיש שבח סעג"צ והרא"ש קאי לצד שאין שבח סעג"צ.

לצבוע לו אדום וצבעו שחור טעמא דר"מ משום דס"ל מעביר ע"ד בעה"ב הוי גולן וקונה בשינוי ור"י ס"ל לפשט אחד בתוס' צ"ה: דשינוי אינו קונה או שמודה דשינוי קונה ושאני

להרחיק הוא משום עבודת הכרם. ובפשטות לומדים דאע"ג דחיוב הרחקה של בעל הכרם משום עבודת הכרם אינו נוגע לדיני כלאים אלא מדיני הרחקת נזקין מ"מ כיון שלמעשה חיוב הרחקה עליו ממילא הוא אחראי לנזק שנגרם ע"י שלא הרחיק. אמנם המעיין בסוגיא בעירובין דף צ"ב: וצ"ג. יראה שאין זה הפשט. דאיתא התם בדף צג. כל ד' אמות לגבי כרם עבודת הכרם ופרש"י בד"ה הכי גרסינן דהד' אמות של עבודת הכרם כיון דצריך לכרם הוי ככרם עצמו. ודמי להא דאיתא התם צב: חצר גדולה וקטנה והקטנה פרוצה במלואה לגדולה ולשיטת תוס' שם בד"ה גפנים מבואר שאם נטע גפנים בגדולה אסור לזרוע בקטנה דקטנה טפילה לגדולה ומקבלת שם כרם ע"י שיש כרם בגדולה. אבל אם נטע כרם בקטנה מותר לזרוע בגדולה דאין על הגדולה שם כרם. ומוסיף תוס' דאף שע"י זריעת הגדולה מקבל הקטנה שם שדה ונמצא שהגפנים נטועים בשדה אין בכך כלום דהאיסור הוא לזרוע בכרם ואין איסור לנטוע כרם בתוך שדה. נמצאינו למדים משם ב' יסודות, א' דמקום הטפל לכרם מקבל שם כרם וזה הדין של ד' אמות שאמרו משום עבודת הכרם היינו כיון שמקום זה משמש את הכרם הוא בעצמו מקבל שם כרם כמו שחצר הקטנה מקבלת שם כרם כיון שזה טפל לחצר הגדולה. ב' האיסור הוא זריעה בכרם ולא איפכא. לפ"ז מובן למה חיוב הרחקה הוא על בעל הכרם דע"י נטיעת כרם הוא נותן שם כרם עד ד' אמות מסביב הגפנים ואע"ג דגם הזרעים גורמים שם שדה על המקום שסביבו מ"מ אין זה גורם שום איסור דאין איסור לנטוע בשדה אלא אסור לזרוע בכרם והשם כרם שיש במקום הזרעים הוא בגלל הכרם שנטוע בסמוך לו. לכן חיוב הרחקה הוא על בעל הכרם. אך כ"ז הוא לשיטת התוס' אבל הרמב"ן כתב בריש ב"ב דאינו בגלל עבודת הכרם אלא מפני שענפי הגפן גדלים לתוך התבואה והם גורמים את התערובת. ובשיטמ"ק כאן בשם ר' יהונתן והרמ"ה כתבו דמיירי הכא שאין ענבים בגפן

הכא דלא כוון לקנות ובזה יש ב' פשטים באחרונים א. שלא כוון לגנוב וס"ל דמעביר ע"ד בעה"ב אינו גזלן. ב. מודה דהוי גזלן דאעפ"כ אינו קונה בלי כוונה לקנות וכתבנו כל זה לעיל דף צה: יעו"ש. הרמב"ם בפ"י משכירות ה"ד פסק כר"י דידו על התחתונה ומסיים הרמב"ם שאפילו אם רוצה האומן לשלם דמי הצמר ולקחת הצמר לעצמו אין שומעין לו ובפשטות הטעם הוא מפני שלא קונה בשינוי אבל הרמב"ם לא כתב כן אלא דאין אומן קונה בשבח כלי, ולכאורה אינו מוכן דאפילו אם אומן כן קונה בשבח כלי הרי אינו קונה אלא השבח ואיזה זכות יש לו בכל הבגד בע"כ של הבעלים. [נאפילו לשיטת מהר"ש הלוי שמוכא בקצות ס' ש"ו סק"ד כבר נתבאר לעיל דאין כוונתו כהבנת הקצות שקונה את כל הכלי אלא רק שקונה בגוף הכלי לפי ערך השבח]. וצ"ע.

דף קא.

איבעיא להו יש שבח סמנים ע"ג צמר וכו'. מבואר בגמ' דאם גזל רק הצבע וצבע בזה צמר שלו אפילו אם יש שבח סמנים ע"ג צמר אינו מקיים השבחה ע"י שאומר הא מנח קמך. כיון שא"א לקחת את הצבע דצפון עבורי מעבר, אך כשגזל צמר וסמנים וצבע הצמר בסמנים אם יש שבח סעג"צ מקיים השבחה הצבע ע"י החזרת הצמר ואע"פ שא"א להוריד הצבע מהבגד. ונקט רע"א דאין נ"מ בין צבע צמר של בעה"ב או צמר שלו אלא תלוי אם נותן הצמר יחד עם הצבע או לא ואם גזל צבע לבד וצבע צמר שלו ומוכן לתת לבעל הצבע את הצמר עם הצבע יקיים בזה השבחה לצד שיש שבח סעג"צ. וקושית הגמ' היא רק מפני שבפשטות אם הצמר הוא של הגזלן אינו נותן לבעל הצבע את הצמר וכשהצמר נשאר ברשות הגזלן ליכא השבחה על הצבע, לכן היקשה רע"א שנוקמא שהזול הצמר ורוצה לתת את צמרו כדי לקיים השבחה על הצבע.

ואפשר ללמוד ישוב לקושית רע"א מדברי האו"ש בפ"ג מגו"א ה"י שהקשה למה כשגנב צמר וסמנים מקיים השבחה הרי גם בזה הצמר שייך לגזלן שקנאו בשינוי למ"ד דגזל צמר וצבעו הוי שינוי בצמר. וכתב האו"ש די"ל שאף שקונה הבגד ואינו חייב להשיב הצמר עצמו אלא דמיו אבל אם ירצה להחזיר הבגד בתורת דמים יקיים השבחה על הצבע כיון שלמעשה הצבע חזר לבעליו עם הצמר וכתב דכן מבואר בסמ"ע וש"ך בס' שס"ג. וזה כסברת רע"א אבל בדעת הרמב"ם לומד האו"ש דלא ס"ל כן אלא דוקא כשצבע ע"ג בגד של הבעלים ונשאר הבגד של הבעלים מקיים השבחה בבגד ובצבע אבל כשצבע בגד שלו או שקנה הבגד בשעת צביעה אף אם ירצה לתת הבגד שלו לגזלן לא יקיים השבחה בצבע, וכתב שהרמב"ם מפרש הגמ' למ"ד דצבע לא הוי שינוי בבגד וכיון שהרמב"ם פוסק שזה כן שינוי לכן לא הביא הגמ' באופן שגזל כסוגיא דידן. ולפ"ז אין מקום לקושית רע"א. וסברת האו"ש הוא כמבואר בסוף דבריו דמוכח בגמ' דגזל סמנים שרוין וצבע בהם אין זה שינוי בצבע מדיכול לאמר הש"ל לצד שיש שבח סעג"צ, וע' בפנ"י שגם כתב דמוכח בגמ' דלא הוי שינוי לגבי הצבע ונתקשה בטעם הדבר והאו"ש כתב "דזה קיום של סמנים שרונים לצבוע בהם ובע"א אינו מתקיים אין זה גביהו שינוי". וכוונתו כיון שאין שום שימוש בצבע אא"כ צובעים בו לכן אין זה נחשב שינוי. אבל כ"ז כשצובע ע"ג בגד של בעל הצבע אבל כשהבגד של הגזלן [בין אם היה שלו מתחילה בין אם קנה בשינוי] "כיון דהמה מונחים על דבר שהוא של גזלן באופן דאם יסיר אותם יהיו אבודים תו לא מקיים בהו השבחה ואין לך שינוי גדול מזה". דהיינו שבאופן זה שצבע ע"ג בגד שלו ואין הצבע משמש הבעלים כיון שאם ירצה לא יחזיר את הבגד ולהוריד את הצבע א"א בכה"ג הוי הצביעה שינוי. ולכן אפילו אם ירצה לתת לגזלן הצמר שלו בתורת דמים או בתורת מתנה [כגון שהזול באופן של רע"א] לא

הערות

הגזול עצים דף קא.

וציונים

קלז

יכול לאמר הש"ל על הצבע כיון שנעשה בו שינוי. ומה שבה"א שהגמ' חשבה שגזל רק הצבע הגמ' שאלה הא אפסדינהו והגמ' לא שואלת שקנה הצבע בשינוי אע"ג דמיירי שצבע צמר שלו וכן בפשט שאחר זה לצד שיש שסעג"צ אומר הש"ל אע"ג שצבע צמר שלו היינו למאי דס"ד שאפשר להוריד הצבע ולקיים בו השבה א"כ אין זה שינוי אבל למסקנה דאמרינן צפון עבורי מעבר השבה לא עביר כל שצבע בגד שלו הוי שינוי בצבע. ומה שכתב הרמ"ה בשיטמ"ק לגבו זל ציבעא דבודאי חשיב שינוי לגבי הצבע אע"ג דהתם מיירי דצבע צמר של הנגזל לק"מ דהרמ"ה קאי לצד שאין שסעג"צ. ולצד הזה פשיטא דהוי שינוי כיון דנחשב שאין הצבע קיים וכל מה שכתב האור"ש שמבואר בגמ' דלא הוי שינוי הוא לצד שיש שסעג"צ. עכ"פ לדברי האור"ש בדעת הרמב"ם יתישב קושית רע"א.

תוד"ה הא מנחי קמך. מ"מ אגרא בעי למיתב וכו'. מתוס' זה לומד היש"ש דהא דמבואר לעיל בזורק מטבע לים דאם שקליה בידיה בעי למעבד השבה סגי בזה שישלם הוצאות ואינו חייב לטרוח בגופו לקיים מצות והשיב את הגזילה. והש"ך בס' שפ"ו סק"ח חולק וס"ל דבמצות והשיב כלול גם טורח ההשבה בגופו אלא תוס' מיירי באופן שאינו מקפיד ע"ש וגם לענין השבת אבידה לכאור' יהיה תלוי במחלוקת זו דליש"ש סגי בזה שמשלם הוצאות ואינו מחויב בגופו להחזיר, ולענין מצוה דביומו תיתן שכרו ע' בספר אהבת חסד פ"ט סע' י"א דלא מוטל על בעה"ב בכלל להביא השכר לבית הפועל ואפילו לשלם הוצאות אינו חייב דחיובו רק להודיע לפועל ולא לעכב הממון בידו.

לא צריכא דזל ציבעא ואיב"א כגון שצבע בהו קופה. כתב בעה"מ דהתירוצ' של צבע בהו קופה קאי למאן דלא דאין דד"ג. אבל

להלכה שגרמי חייב יתחייב הגזולן לשלם דמי הצבע. והרמב"ן הסכים עמו וכתב דלכן השמיט הרי"ף תירוצ' דצבע בהו קופה משום דקיי"ל כמאן דדד"ג. וכונתם בזה דאמנם אם יש שבח סעג"צ מקיים השבה על גזילת הצבע ע"י החזרת הבגד הצבוע מ"מ אכתי יתחייב לשלם מדין מזיק על מה שנתן הצבע במקום שא"א ליטלו. והוי כזורק מטבע לים, ובשלמא אם לא צבע קופה ואיכא שבח מהצבע אינו נחשב מזיק שיש תועלת מהצבע, אבל כשצבע קופה שלא השביח ע"י הצבע קשיא להו דיתחייב מדין מזיק על הצבע. ותי' דדמי לזורק מטבע דתלוי בגרמי והגמ' קאי למאן דפוטרי ולהלכה חייב. ומפורש ברמב"ן וכן משמע בבעה"מ דקושיתם רק על התי' דצבע בהו קופה אבל על התי' של זל ציבעא לא קשיא להו ותירוצ' זה אמת גם לדין דמחייבים גרמי. אמנם הנ"י כתב דגם התירוצ' של זל צבעא הוא רק למאן דלא דדד"ג. וכתב הש"ך בס' שס"ג סקט"ז דלדינא לא פליגי אלא דהנ"י הבין כוונת הגמ' שלפני הצביעה זל ציבעא וא"כ הוא מזיק בצביעה שאין הצבע משביח את הצמר ודמי לצבע בהו קופה. אבל בעה"מ והרמב"ן לומדים שזל צבעא אחרי שצבע וכיון שבשעת צביעה היה שבח אין עליו דין מזיק. וכן מפורש בלשון הרמב"ן וז"ל היינו דכתב רבינו הגדול ז"ל בעיא דזל ציבעא פ"י דזל לאחר שצבעו ולא כתב דצבע בהו קופה עכ"ל הרי מפורש דהא דזל ציבעא לא הוי מזיק הוא משום דזל אחר הצביעה.

הקצה"ח בס' שפ"ו סקט"ט כתב דמדברי הנ"י והרמב"ן ובעה"מ מוכח דס"ל דלמאן דלא דדד"ג פטור בזורק מטבע למים צלולים אפילו באופן שא"א להוציא את המטבע, דהא הכא א"א להשיב הצבע ואעפ"כ למאן דלא דדד"ג פטור. וזה דלא כתוס' לעיל צח. שכתבו שצלולין ועכורין לאו דוקא והכל תלוי אי מצי למישקלינהו או לא. והקשה הקצות לשיטת תוס' יקשה קושית בעה"מ והרמב"ן דאמנם מקיים השבה כשמחזיר הצמר הצבועה וא"א

לחייבו מדין גזולן אכתי יתחייב על מה שהניח הצבע במקום שא"א ליטול אותו מדין מזיק ואפילו למאן דלא דדד"ג יתחייב הכא כדין מים עכורים. דהיינו אע"ג דתוס' בד"ה דצבע בהו, הקשו על פרש"י דהוי מזיק ומשמע דלפירושם אין זה מזיק היינו רק לענין מזיק ממש דלרש"י קשה לתוס' דהוי מזיק גמור ולא רק כזורק מטבע ולפירושם אינו מזיק גמור. אבל אכתי קשה שיהיה מזיק על מה שהניח הצבע במקום דלא מצי למישקלינהו כדין זורק מטבע לים. וזה מה שהיה קשה לנ"י ושאר הראשונים ותירוצם דתלוי בגרמי לא יתירץ לשיטת תוס' דבמים עכורים לכו"ע חייב. ונשאר הקצות בזה בצ"ע.

ולכאורה יש לישב קושית הקצות דתוס' ס"ל כשיטת הראב"ד שהובא לעיל בדף צז. דס"ל דהא דמבואר לענין תברא ושתיא דגזולן מתחייב מדין מזיק על שבירת החפץ היינו דוקא באופן ששבר שאינו יכול לאמר הש"ל אבל באופן שלא נשתנה החפץ ואומר הרי שלך לפניך נפטר בזה גם מחיובי מזיק. כך לומד הקה"י בס' מ' בדעת הראב"ד ומביא שכן כתב החזו"א ב"ק ס' כ' סק"ב בדעת הראב"ד. ולפ"ז לק"מ קושית הקצות על תוס' דכיון שמקיים והשיב על הצבע למ"ד יש שבח סעג"צ נפטר בזה גם מחיוב מזיק. ולכן התוס' מדגיש בקושייתו על רש"י דאם צבע קוף הוא מזיק "וכה"ג היזק ניכר הוא" שהרי גם לפירוש התוס' הוא מזיק כדין זורק מטבע אבל כיון שהצביעה אינו שינוי בצבע ויכול לאמר הש"ל כמפורש בגמ' ונפטר בזה מחיובי גזילה ה"ה דנפטר בזה מחיוב מזיק. אבל על רש"י קשיא להו כיון דהוי מזיק ממש והיזק ניכר ואינו יכול לאמר הש"ל א"כ יתחייב גם מדין מזיק.

עוד מוסיף בעה"מ דלתי' דצבע בהו קופה מיירי שלא עשה מעשה גזילה בצבע אלא שזרק הקופה לתוך הצבע, ולא הבנתי למה צריך לזה. אמנם ס"ל דדמי לזרק מטבע לים והתם מבואר

דשקליה בידיה חייב. זה דוקא שם שאינו מחזיר המטבע לרשות בעליו אבל הכא שמחזיר הקופה ועליו הצבע והצבע נחשב בעין כיון שיש שסעג"צ א"כ נפטר בזה מדין גזילה רק אכתי קשה שיתחייב גם מדין מזיק ע"ז תירץ דהוי גרמי אבל מדין גזולן הא איכא השבה מעליא ולמה הוצרך לומר שלא עשה מעשה גזילה. ואם ס"ל דבתי' דצבע בהו קופה הגמ' חוזרת לאוקימתא הראשונה שהקופה היא שלו וא"כ קשה דלא מקיים השבה וע"ז תירץ דמיירי שלא עשה מעשה גזילה א"כ עיקר התירוצן חסר מן הספר. ועוד למה לא פירש כפשוטו דגזול הצבע והקופה כתי' דזל צבעא וענין הקופה הוא עוד אופן שלא נתיקר בדמי ע"י הצביעה ואולי ס"ל דמה שנתבאר לעיל דאם צובע בגד של הנגזל אין זה שינוי לגבי הצבע זה דוקא כשיש שבח צביעה וזהו קיום הצבע כמו שהובא לעיל בשם האו"ש אבל במקום שלא השביח ס"ל דהצביעה הוי שינוי בצבע ואיך יאמר הש"ל. ובשלמא זל ציבעא איכא למימר שהזול אחר הצביעה לכן אין שינוי אבל בקופה בשעת צביעה איכא שינוי בצבע. לכן פירש דמיירי שלא עשה מעשה גזילה ואינו קונה בשינוי והספק הוא דאם יש שסעג"צ הצבע עדיין בעין וא"כ אינו מזיק ממש אלא כזורק לים ולמאן דפוטרי גרמי פטור. אבל אם אין שסעג"צ הרי שאין הצבע בעולם ואז חייב כדין מזיק ממש גם למאן דלא דדד"ג.

רבינא אמר וכו' דאמר ליה הב לי סמנאי דגבך נינהו. צריך להבין אפילו אם יש שסעג"צ למה עדיף מיורד לשדה חברו שלא ברשות שיכול לאמר לא ניחא לי בהנאה זו טול עיצין ואבניך כמבואר בראשונים בב"מ ק"א. ולדברי הנתיבות בס' שע"ה סק"ב ניחא דכתב דיכול לאמר טול עיצין ואבניך רק במקום שיש אפשרות ליטול אבל הצובע ביתו של חברו שלא מדעתו אינו יכול לאמר טול כיון שא"א ליטול הצבע. אמנם החזו"א בב"ב ס' ב' אות ו' כתב בהדיא דאם באמת אינו רוצה הנאה זו

הערות

הגזול עצים דף קא.

וציונים

קלט

יכול לאמר טול גם במקום שא"א ליטול את השבח ולדבריו צ"ל דאה"נ אם יאמר טול בודאי יהיה פטור והכא מיירי שמודה שיש לו הנאה וניחא ליה בצביעה זו ובאופן זה אם יש שבח סעג"צ חייב לשלם.

תוד"ה או דלמא. הקשו אפילו אם אין שבח סעג"צ אמאי לא יתחייב מדין נהנה. ותי' דחייב נהנה הוא דוקא כשנהנה גופו או שממונו נהנה ע"י מעשיו או מעשה בהמתו. וביאור דבריהם כתב בשערי יושר ש"ג פכ"ה דבנהנה אינו חייב עבור הקורת רוח שיש לו מממון חברו אלא משלם בשביל ההשתמשות בממון חברו ורק באופנים אלו שכתבו התוס' נחשב שהשתמש בממון חברו אבל כשנהנה ממנו בלי מעשיו הוי כהנאה הבאה מאליו ולא נחשב שהשתמש בממון חברו כדי לקבל ממנו הנאה זו, ועוד תרצו התוס' דאם הזותא לאו מלתא אין זה נחשב הנאה כלל.

השער המשפט בס' רצ"א סק"ד [הובא בשערי יושר ש"ג פכ"ה] והאו"ש בפ"ג מנזק"מ ה"ב הקשו על דברי התוס' בתירוצם הראשון מגמ' בהמפקיד דף מב: גבי ההוא גברא דאפקיד כשותא גבי חבריה וכו' דפריך והא קמשתרשי ליה, ומבואר דאע"פ שאין לחייב השומר מדין פושע או מזיק מ"מ כיון שהשביח השכר שלו מהכשות של חברו חייב אף שלא נהנה גופו ולא היה ע"י מעשיו ולא ע"י מעשה בהמתו. ולתי' השני ניחא דהכא שאני דלא חשיב הנאה. וכתב האו"ש וכן בשערי יושר ש"ג פכ"ה דחלוק דין נהנה מדין משתרשי ליה ע"פ דברי התוס' בחולין קלא. ויסוד הדברים מבואר בקצה"ח בס' רמ"ו סק"ב. והדברים ידועים. אך מה שצריך ביאור הוא דהכא אינו רק נהנה אלא ממנו משובח יותר ושוה יותר כלשון התוס' בקושיתם שצמרו מעולה בדמים. וע' מה שכתב בזה בשע"י ובקו"ש כאן אות ק"נ.

הש"ך בס' שצ"א סק"ב כתב ע"פ תוס' זה דהמאכיל בהמת חברו אוכל של אדם שלישי אין בעל הבהמה חייב לבעל האוכל אע"פ שנהנה כיון שלא היה ע"י מעשיו ומעשה בהמתו [ומשתרשי ליה אין כאן דיכלה להתענות כמש"כ התוס' בחולין] ורק אם בעל האוכל האכיל בהמת חברו חייב בעל הבהמה מדין יורד. אך כתב הש"ך דנראה לו העיקר כתירוץ השני של תוס' דמנין לחדש כללים שלא נזכרו בגמ' ועוד מקשה הש"ך דלדברי התוס' לא מובן המשך הגמ' ת"ש בגד שצבעו בקליפי ערלה ידלק. וכוונת הש"ך דבשלמא לתי' השני של תוס' כמו שחזותא לא נחשב הנאה לענין חיוב תשלומין כך אין זה נחשב הנאה לענין איסה"נ דערלה. אבל לתי' ראשון כן נחשב הנאה אלא שיש כללים מתי הנאה מחייבת תשלום אבל לענין איסה"נ בכל גווני אסור וא"כ מה ראית הגמ' דיש שסעג"צ מבגד שצבעו בערלה הא אפילו אם אין שבח סעג"צ הרי נהנה וראיתי בספר דרכי דוד שכתב על קושית הש"ך דבספר ים התלמוד כתב דראית הגמ' היא מדקתני ידלק. וכוונתו דאה"נ אפילו אם אין שבח סעג"צ אסור להנות מבגד שצבעו בערלה דנהנה מהצבע אבל דין שריפה הוא רק על ערלה בעין ומדקתני ידלק מוכח דיש שסעג"צ ונחשב שהצבע בעין ויש עליו מצות שריפה [מצות שריפה בערלה כתב רש"י בסוף תמורה דנלמד מכלאי הכרם] ובזה יתישב קושית המשנה ראשונה בפ"ג מערלה מ"א שהקשה למה צריך לשרוף הבגד הרי כל איסורו משום שנהנה מהצבע הא יכול להעביר את הצבע ע"י צפון ולהנ"ל ניחא דע"י צפון יתבטל מצות שריפה וכל ראית הגמ' הוא מדקתני ידלק ולא כהמשנה ראשונה שם שכתב שידלק לאו דוקא וה"ה שיכול להעביר בצפון.

ויש נ"מ גדולה מזה דלמה שנתבאר יוצא דלצד שאין שסעג"צ הצובע באיסה"נ [חוץ מערלה דגלי קרא] אם מותר להנות מהבגד תלוי בשני תירוצי התוס'. דלתי' ראשון אסור

לבער מן העולם "שורף באש או משליך לים המלח ומאבדן לכל דבר שמאבד" אבל לשיטת הרמב"ן בפרשת בהר שהחיוב הוא רק לבער מרשותו ואחרי שמפקיר יכול לזכות ומותר באכילה א"כ אין שום דין לאבד פירות שביעית ולמה ידלק. ועיין בר"ש סיריליאו בסוף פ"ט משביעית שהאריך בענין זה והרבה להקשות על שיטת הרמב"ן ובין קושיותיו הקשה מגמ' דידן. אך החזו"א שביעית ס' י"א אות ו' כתב דצ"ל לדעת הרמב"ן דמיירי שהגיע זמן הביעור ועבר ולא ביער ובוזה מודה הרמב"ן דהפירות נאסרים כמפורש בדבריו [ומסופק שם הרמב"ן אם זה אסור מן התורה או מדרבנן]. אבל מוסיף החזו"א באות ז' דעדיין קשה דלא מצאנו שיש דין לאבד מן העולם לרמב"ן ולמה קתני ידלק בשלמא לרמב"ם י"ל דידלק לאו דוקא וה"ה בכל דבר המאבד אבל לרמב"ן קשיא.

להלכה מסיים שם החזו"א דנהגו להקל כשיטת הרמב"ן אמנם בספר שערי צדק לבעל החכמת אדם בפ"ט סע' ו' כתב דמי שיכולת בידו יחמיר כשיטת הרמב"ם ומוסיף בזה"ל וכן דעתי לעשות אם יזכני ה' לעלות לאה"ק עכ"ל.

תוד"ה ולא יצבע. כתבו דאיצטרך קרא לצביעה והדלקה דצביעה ס"ד חזו"א לאו מלתא ובהדלקה ס"ד כיון שכלה האיסור מותר להנות. מלשון רש"י בד"ה הנראה לעינים משמע דגם לגבי הדלקה שייך הענין של חזו"א. מה שכתבו דס"ד להתיר הדלקה משום שכלה האיסור יש לבאר בב' אופנים. א. בפסחים כו: נחלקו תנאים אם יש שבח עצים בפת או לא ומבואר בגמ' דכשאופה בגחלים של איסה"נ לכו"ע הפת מותרת דכלה האיסור לפני ההנאה דהנשרפים אפרן מותר והמחלוקת הוא באבוקה כנגדו שהעץ קיים בשעת שרפתו ואעפ"כ רבנן מתירים וכתבו שם התוס' דסברתם דהאש בא ממה שכלה והוי כגחלים וזה הפשט אין שבח עצים בפת אך בשמן כתבו התוס' בסמוך דהנאה באה מהשמן לכן אסור וזה מה

דאף שאין איסור בעין מ"מ הנאה איכא כקושית הש"ך ורק מצות שריפה אין. ולתי' השני בתוס' מותר להנות דחזו"א לא נחשבת הנאה. ולפ"ז אין מקום לדברי הקצה"ח בס' ש"ו סק"א שמביא שו"ת הרא"ש שכתב שאומן שקיבל טבלה לצבוע ואחר שגמר מלאכתו אסרו בקונם על בעה"ב דלא חל הקונם ואפילו למ"ד אומן קונה בשבח כלי שבח צביעה שאני וקשה דמפורש לעיל צט. דגם לגבי צביעה אומן קונה. וכתב הקצות שמודה הרא"ש שקונה שבח צביעה וחל ע"ז הקונם ואעפ"כ אינו נאסר על בעה"ב דמבואר בסוגין דאם אין שבח סעג"צ וצבע בצבע של איסה"נ אין הבגד נאסר ורק בערלה גלי קרא א"כ אף שחל הקונם על שבח הצבע אין זה אסור על בעה"ב. ולמה שנבאר לעיל כ"ז אמת רק לתי' השני של תוס' אבל לתי' הראשון של תוס' אסור להנות אפילו אם אין שסעג"צ והנ"מ בין אם יש שבח עג"צ או לא הוא אם נחשב שהאיסור בעין ויש עליו מצות שריפה או לא. ואם זה נכון א"כ א"א לאמר תירוצו של הקצות בדעת הרא"ש שהרא"ש מביא רק את התירוצ' הראשון של תוס' כמו שכתב הש"ך הנ"ל וצ"ע.

בגד שצבעו בקליפי שביעית ידלק.

פרש"י דהוא משום איסור סחורה. ולכאורה דבריו תמוהים דאיזה סחורה יש בזה שצובע לעצמו ומפורש במתני' פ"ז דשביעית דמותר לצבוע בחנם ורק בשכר אסור משום סחורה ואפילו נדחוק דכונת רש"י שצבע בשכר אכתי קשה למה ישרף הבגד וכי מפני שעבר על איסור סחורה ישרפו פירות שביעית. עי' במלאכת שלמה פ"ז משביעית שתמה בזה על רש"י ודבריו מובאים בקו"ש כאן, ועיין לקמן בעמ' ב' מה שכתבנו בזה.

הפשט הפשוט בגמ' הוא כמו שכתב השיטמ"ק בשם המאירי שצבע בצבע שהגיע זמן ביעורו, אך אכתי הניחא לשיטת הרמב"ם בפ"ז משמיטה ה"ג דס"ל דמצות ביעור הוא

הערות

הגזול עצים דף קא.

וציונים

קמא

ע"ג מכתו יש אותו תועלת שהיה לו אילו היה מניח דבר שדרכו להניח. ול"ב חידש שגם זה נחשב שלא כדרך וכ"ש אוכל חלב חי. ונראה שזה כוונת התוס' דהא דנתחדש בערלה שאסור אפילו שלא כדרך זה באופן השני כגון לעשות צבע מפירות הראוים לאכילה דהצבע משובח וטוב אבל אין הפרי עומד לזה ושמן יקר שלא משתלם להדליק בו אע"פ שהוא טוב להדלקה ובסוג הזה של שלא כדרך איכא ב' פסוקים ללמד שאפילו שלא כדרך כלל אסור. אבל באופן שאין הדבר טוב לשימוש כההיא דגוריה דערלה שרש"י מפרש שם שעשה שמן מבוסר דאינו שמן טוב ודמי לאוכל חלב חי, שלא כדרך כזה לא נאסר אפילו בערלה. כן נראה בכוונת התוס'.

שנתחדש בקרא דלא ידליק דנחשב הנאה מהשמן ולא אמרינן שהנאה באה אחרי כילוי השמן כמו בעצים. ב. בתרומה טמאה ילפינן מקרא דמותר להנות בשעת שריפתו ומבואר בתוס' בפסחים מו. דגדר ההתר הוא דכיון שעיקר השריפה הוא לצורך מצות שריפה אגב מצות שריפה התירה תורה להנות ע"ש וא"כ י"ל דהכא נמי כיון דאיכא מצות שריפה ס"ד שמותר להנות בשעת שריפה, אך לשון התוס' כאן משמע יותר כפשט הראשון אבל לשון התוס' בפסחים כב: "ס"ד דשריא כיון דהוי דרך ביעורו" משמע יותר כפשט השני והראוני דהפשט השני מבואר בתוס' ר' פרץ על פסחים וגם בחי' הר"ן שם משמע שמדמה להתר של תרומה טמאה ע"ש.

ור"ת מפרש וכו', צריך להבין לר"ת שהחידוש הוא שבערלה אסור גם שלא כדרך הנאתו למה צריך חד קרא לצביעה וחד להדלקה וצ"ל דיש דרגות בשלא כדרך והפסוק השני מלמד שאפילו שזה יותר שלא כדרך מ"מ אסור בערלה ולכן תוס' כתבו לגבי הדלקה שאין עומד להדלקה כלל. אבל א"כ צריך להבין המשך דברי התוס' שהקשו מפסחים כה: מההוא דשייף לברתיה בגוהרקי דערלה ותיירצו דהתם הוי שלא כדרך הנאה כלל ואינו מובן דאחר דאיכא תרי קראי והשני בא להוסיף אפילו שלא כדרך כלל לא מסתבר דאיכא ג' דרגות שלא כדרך. ונר' כונת התוס' ע"פ מה דאיתא בפסחים כד: ב' לשונות לענין שלא כדרך דבל"ק ר' אבהו מתיר אוכל חלב חי ובל"ב מתיר להניח חלב של שור הנסקל ע"ג מכתו וכ"ש לאכול חלב חי. וכתב המל"מ בפ"ה מהל' יסודי התורה דהק"ו הוא משום דאיכא ב' אופני שלא כדרך. א. אוכל חלב חי שאינה אכילה משובחת ואין בזה כל התועלת שצריך להיות מאכילה. ב. מניח חלב חי ע"ג מכתו היא הנאה משובחת ומה דהוי שלא כדרך הוא משום דסתם חלב לא עומד לשמוש זה דיש שימושים יותר טובים אבל כשכן מניח

אמנם יש לעיין בזה מהגמ' בפסחים כ"ד: דאמר ר' זירא אף אנן נמי תנינא דאין לוקין שלא כדרך דתנן אין סופגים את המ' משום ערלה אלא על היוצא מזתים וענבים ולא בשאר מי פירות וס"ד דטעמא משום דהוי שלא כדרך ודחי הגמ' דאולי הטעם הוא משום דהוי זיעא בעלמא, ולר"ת קשה איך יתכן לפרש מדין שלא כדרך הא גלי קרא דבערלה לוקה אפילו שלא כדרך והכא ליכא לישנויי כההיא דגוריה דערלה מפני שמי פירות בודאי לא דמי לאוכל חלב חי דהם ראויים וטובים לשתיה אלא שאין הפרי עומד לשימוש זה. ואולי יש לישב קצת דהתוס' הקשו על ר"ת מסוגין דמשמע בהדיא דחי' הפסוק הוא דלא נתיר משום חזותא לאו מלתא. ולכאור' צ"ל בדעת ר"ת דאה"נ על הצד שאין שסעג"צ וחזותא לאו מלתא י"ל דחי' הפסוק דאעפ"כ אסור בערלה אבל היה קשה לר"ת לצד שיש שסעג"צ מאי קמ"ל קרא ולא מסתבר לר"ת לאמר דבפסוק זה דערלה גילתא התורה דיש שסעג"צ ומהכא ילפינן לכל מקום. לכן פר"ת דלצד שיש שסעג"צ הפסוק חידש דבערלה אסור שלא כדרך. לפ"ז י"ל דלא קשה על ר"ת מהגמ' הנ"ל דאולי קאי לצד שאין שבח סעג"צ ולצד זה אין פסוק לחדש לענין

קמב הערות הגזול עצים דף קא. — קא: וציונים

שלא כדרך אבל מגורהקי דערלה קשה איך רבינא התיר למעשה הרי זה בעיא דלא איפשטא ואולי יש שבח סעג"צ ואז הפסוק מלמד איסור שלא כדרך.

הקשו עוד התוס' איך יתכן שאסור לצבוע בצבע שנעשה מערלה הרי אפילו לשתות מי פירות מותר כ"ש מים שנשורו בהם הקליפין. הרש"ש כתב לעיין מה שכתב בזה במס' ערלה ושם כתב דק"ו זה של תוס' תלוי במחלוקת הרשב"א והרא"ש בברכות לישב הסתירה מגמ' ברכות ל"ח. דעל מי פירות מברכים שהכל לך לט. דמי שלקות מברכים בפה"א והרא"ש תירץ דמי פירות גרע ממי בישול דע"י הבישול יוצא טעם מגוף הפרי. וכתב הרש"ש דלפ"ז מיושב קושית תוס', ותוס' בזה לשטתם דהקשו בפסחים כ"ד: איך יתכן דעל מי פירות של ערלה אינו לוקה הרי לא גרע ממי בישול דק"ל טעם כעיקר דאורייתא. וגם שם כתב הרש"ש דלדברי הרא"ש אין מקום לקושית התוס'.

ואע"ג דהוי השתא טפל חמור מן העיקר יש ליתן טעם וכו'. נראה דהטעם הוא פשוט דהא דנתמעט מי פירות לענין ערלה הוא משום דערלה הוא רק על פרי והזיעא לא חשיב חלק מהפרי וזה הכל לענין הפרי שכל איסורו מפני שהוא פרי אבל השומר הרי בל"ה אינו אוכל והדין ערלה שלו אינו מחמת שם פרי אלא מחמת דין שומר א"כ מה בכך דהוי זיעא הרי גם הזיעא הוא חלק מהשומר. וכמו שאין להקשות טפל חמור מן העיקר אהא דהפרי צריך להיות ראוי לאכילה והשומר לא צריך להיות ראוי לאכילה כך גם לענין זיעא לק"מ.

דף קא:

דם תבוסה דרבנן. בנדה עא. נחלקו תנאים איזהו דם תבוסה שמטמא מדרבנן. ר"א בר' יהודה ס"ל דיצא רביעית דם ספק כולו בחיו ספק כולו במותו. ורבנן הקשו ע"ז דממ"נ

אי ברה"י טמא מדאורייתא שהרי יש צד שכל הרביעית היה לאחר מיתה ואיכא טומאה דאורייתא ואם ברה"ר אינו טמא אפילו מדרבנן. לכן פרשו רבנן דודאי לא יצא רביעית לאחר מיתה אלא רק רוב רביעית ואע"ג דמן התורה אינו טמא עד שיצא רביעית שלם לאחר מיתה מדרבנן טמא אפילו יצא רק רוב הרביעית אחר מיתה ועוד החמירו רבנן דאפילו אם לא ודאי שיצא רוב לאחר מיתה ויתכן שהרוב יצא מחיים מ"מ כיון שחלק בודאי יצא לאחר מיתה ויש צד שהרוב יצא אחר מיתה טמא מדרבנן. ומקשה הרש"ש על דברי רש"י כאן שפירש דם תבוסה כר"א בר"י ולא כהלכתא. [בנדה סב: נזכר דם תבוסה דרבנן ושם פרש"י כרבנן ע"ש]. וכתב בזה הרש"ש בשם ספר מי נפתוח דרש"י ס"ל דמה דרבנן פליגי הוא רק לענין רה"י דאם יש צד שהכל יצא לאחר מיתה ברה"י טמא מדאורייתא. אבל לענין רה"ר מודו רבנן שטמא מדרבנן גם בספק כולו מחיים ספק כולו לאחר מיתה ואף דמצד אחד זה יותר קל שיתכן שלא יצא כלום לאחר מיתה מ"מ מאידך יותר חמור שיתכן שהכל יצא לאחר מיתה ויש צד טומאה דאורייתא. [ברמב"ם בפ"ב מטומאת מת הי"ד מפורש לא כך אלא בספק כולו מחיים ספק כולו לאחר מיתה ברה"ר טהור דרך כשיש חלק שבדאי יצא לאחר מיתה גזרין]. ומוסיף הרש"ש דאף דהכא מירי לענין כלים שבבית שהוא רה"י מ"מ כיון דהדם יצא מן המת ברה"ר דינו כס"ט ברה"ר אף לאחר שנכנס לבית. ומחלק הרש"ש בין זה להא דמבואר ברפ"ו דטהרות דמסוכן שהעבירו אותו מרה"ר לרה"י והיה כל הזמן ספק חי ספק מת הנוגע ברה"ר טהור, ברה"י טמא, התם שאני דהוא ספק שיכול להשתנות לכן כל מקום נידון לעצמו משא"כ כאן אחרי יציאת הדם לא יכול להשתנות והוי כל הזמן אותו ספק שהתחיל ברה"ר, ומוסיף הרש"ש דנידון זה דמי לטהרות שנגעו ברה"ר בספק שרץ שנשארים בטהרתם אפילו אם נכנס אח"כ לרה"י, ודברי הרש"ש בחלק זה תמוהים דנידון דידן לא דמי לטהרות

הערות

הגזול עצים דף קא:

וציונים

קמג

שנגעו בספק שרץ אלא לספק שרץ עצמו שנמצא ברה"ר ואח"כ הכניסוהו לרה"י דהנוגע ברה"ר טהור וברה"י טמא והכא נמי אין הבית נטמא מהבגד אלא מהדם והדם הוא כספק שרץ. וראיתי בחזו"א טהרות ס' ה' אות ה' שכתב בפשיטות דמה דמחלקים בין רה"י לרה"ר לענין דם תבוסה לא תלוי במקום יציאת הדם אלא במקום הנגיעה בדם כדין מסוכן וכדין ספק שרץ שעבר מרשות לרשות. היכא שאדם נגע בספק שרץ ברה"ר וטהרוהו ושוב נגע אותו אדם באותו ספק שרץ ברה"י יוצא מדברי המקדש דוד ס' מ"ו אות ב' ד"ה הנה שיהיה טהור משום דשבע לה טומאה ואין הנגיעה ברה"י סיבה חדשה לטומאה.

מה שהגמ' מעמידה בדם תבוסה דרבנן הוא לצד שחזותא מלתא ולהלכה בספק של שסעג"צ פסקו הרא"ש והנ"י וכן הרמב"ם בפ"ג מגו"א ה"י דהוי ספק וכיון שיש צד שחזותא מלתא צריך להחמיר גם לגבי טומאה ולא לטהר כשלא יוצא רביעית ע"י כיבוס אלא בדם תבוסה ואילו הרמב"ם בפ"ד מטומאת מת הי"ג הביא דין זה סתמא משמע אפילו בדם שמטמא מדאורייתא. אך לפי מה שכתבו התוס' דסוגיא זו כר"ל ולר"י בנדה ס"ב: אין צורך להעמיד בדם תבוסה א"ש.

ספיחי סטים וקוצה יש להם שביעית פרש"י בד"ה יש להם, דאסור לצבוע בהן דהיינו סחורה ומותר להסיקן דהוי דומיא דאכילה. דברי רש"י בזה לכאורה תמוהים בתרתי. דמה שאסר צביעה משום סחורה תמוה כמו שנתבאר לעיל דמפורש במשנה דמותר לצבוע בחנם. ומה שהתיר הסקה אינו מובן דמפורש דהסקה הוי הנאתו אחר ביעורו וא"כ הוי כמשרה וכביסה דאסור לרבנן בסמוך. ע"י בזה ברע"א ברש"ש ובחזו"א שביעית סי' י' סק"ד. ובספר תורת זרעים שביעית פ"ז מ"א כתב לבאר שיטת רש"י [ומביא שכ"כ הפנ"י כאן] ע"פ מה שכתב רש"י בסוכה לט. בגדר

איסור סחורה בשביעית וז"ל לאכלה ולא לסחורה שכל פירות שביעית חייבין להתבצר בשביעית הן ודמיהן ולא שיעשה בהם סחורתו להצניע לאחר שביעית ולהעשיר עכ"ל דהיינו שיש קשר בין איסור סחורה לדין ביעור ויסוד איסור סחורה הוא דהוי פעולה המקיימת את הפירות וגורם שיהיה תועלת מהפירות גם אחר זמן הביעור. ולכן ס"ל לרש"י דאסור לצבוע אפילו בחנם דגם צביעה מקיימת את הפירות והוי בכלל איסור סחורה. ומה שמבואר במשנה דמותר לצבוע בחנם היינו באותן שאין להם ביעור. וצריך להוסיף דאין כונתם לאמר דדבר שאין לו ביעור אין איסור סחורה שהרי מפורש שם במשנה דלצבוע בשכר אסור ולדבריהם מיירי באותן שאין להם ביעור. וצ"ל דסחורה ממש אסורה בכל גווני, אבל פעולה שאינה סחורה ממש אלא דדמי לסחורה בזה שמקיים את הפירות זה אסור רק בדברים שיש להם ביעור. אך דברים אלו יש בהם לישב רק דברי רש"י לגבי צביעה אבל בסמוך כתב רש"י דגם משרה וכבוסה אסורים משום סחורה וזה צ"ע. ואולי במשרה יש לדמות לצביעה אבל כביסה הוא שימוש חד פעמי כאכילה ואינו מתקיים ולמה יהיה בזה איסור סחורה.

ובמה שרש"י מתיר להסיק במיני צבעין כתב התורת זרעים דס"ל שמה שהקפידה תורה שישתמשו בפירות שביעית לדבר שהנאתו וביעורו שוה זה רק במקום שיש לו כזה שימוש אבל ספיחי סטים אינו עומד לאכילה ולרש"י אסור גם לצבוע בו א"כ אין לו שום שימוש של הנאתו וביעורו שוה ובכה"ג לא אסרה תורה שאר שימושים וכעין יסוד זה כתב גם הכ"מ בפ"ה משמיטה ה"ו דפסק הרמב"ם דחל קדושת שביעית על מיני כובסין ומותר לכבס בהם אע"פ שבפירות שביעית קי"ל שלא ניתנו לכביסה וכתב הכ"מ דמיני כובסין כיון שלא שיך בהם אכילה מותרים בתשימש שהנאתו אחר ביעורו. ואולי יש להוסיף בזה דמיני צובעין ומיני כובסין שאינם ראויים לאכילה אף

קמד הערות הגזול עצים דף קא: – קב. וציונים

תוד"ה והאיכא. כתבו דאף שיש מיעוט עצים שמשמשים בהם למשחן מ"מ כיון שרוב שימושם להסקה אין בהם קדושת שביעית. עי' חזו"א שביעית ס' י"ד סק"י ד"ה וכל זה, שלמד מכאן דמאכל אדם שנפסל מאכילת אדם ועדיין ראוי לבהמה ואין רוב בנ"א שומרים את זה לבהמה פקע קדושת שביעית מיניה.

דף קב.

עצים להפקה תנאי. רש"י כאן פירש פשט מחודש שלכו"ע קדו"ש חל רק על דבר שהנאתו וביעורו שוה. ולכו"ע מותר לעשות בפירות שביעית רק שימוש שהנאתו וביעורו שוה. ונחלקו בדבר העומד לאכילה ולקטו ע"ד להשתמש תשמיש שאין הנאתו וביעורו שוה אם מהני מחשבת לקיטה להפקיע קדו"ש. ובזה תלוי גם איפכא אם לקט עצים שבסתם אין להם קדו"ש לצורך שימוש של הנאתו וביעורו שוה אם מהני מחשבת לקיטה לגרום שיהיה קדו"ש. ועיין פנ"י שמבאר למה נדחק רש"י להוציא הגמ' מהפשט הפשוט. וכתב שהיה קשה לרש"י דלא יתכן שיהיה מ"ד שיתיר לתת פירות שיש להם קדו"ש למשרה וכבוסה ואפילו בלי הלכה של הנאתו וביעורו שוה דשימוש זה בדבר הראוי לאכילה הוא הפסד. ולכן נדחק רש"י שמה שר"י מתיר הוא משום דס"ל דכשלוקט לצורך משרה בטל קדו"ש מהפירות. ולא ידעתי למה הוצרך הפנ"י לענין של הפסד ולא כתב מה שמפורש פרש"י ד"ה לתוך המשרה שכתב דמשרה וכבוסה אסורים משום סחורה וכבר כתבנו לעיל דצ"ע איזה סחורה יש בכיבוס ועוד תמוה דבגמ' מפורש דטעם האיסור משום דאינו דומיא דאכילה ואין הנאתו וביעורו שוה וכמו שרש"י בעצמו כתב מיד אח"ז ולמה הוצרך לטעם של סחורה. ועל דרך הפנ"י יש קצת לישב דחוץ מהאיסור דאין הנאתו וביעורו שוה [שע"ז יש מקום לאמר דר'

שחל עליהם קדושת שביעית דמי למאכל בהמה דהותר לעשות בו מלוגמא לאדם כמבואר במשנה פ"ח משביעית מ"א וה"ה שמותר לעשות ממאכל בהמה משרה וכבוסה כמש"כ החזו"א שביעית ס' י"ג סק"ו וסק"ז. לכן התיר רש"י להסיק במיני צובעין ולכן התיר הרמב"ם לכבס במיני כובסין.

תוד"ה שהנאתן הקשו על פרש"י שכתב שהנאת צביעה וביעור הצבע הם בשעת צביעה, דלענין שביעית ילפינן מתהיה דחזותא מילתא וא"כ אין זה הביעור של הצבע. ומבואר מזה דרש"י ותוס' פליגי בריבוי דתהיה דתוס' ס"ל דנתרבה דלענין שביעית חזותא מילתא והוי כאילו הצבע בעין ורש"י ס"ל דאף שאינו בעין יש איסורי שביעית גם על חזותא דהנאה הנראה לעינים אסרה תורה. ורע"א מקשה על תוס' מנין להו לפרש כך את הגזוה"כ ועדיף היה לתוס' להקשות דמה יעשה רש"י לצד שחזותא מילתא. אך גם זה אומר רע"א דלק"מ דכללא דהנאתו וביעורו שוה אינו דבעינן דוקא שיהיו יחד אלא העיקר שלא יהיה הביעור לפני ההנאה שהוא כעין הפסד אבל אם הנאה קודם הביעור הוי כהנאתו וביעורו שוה, וא"כ אפילו אם חזותא מילתא והביעור אינו בשעת צביעה מ"מ כיון שההנאה היא בשעת צביעה הוי כהנאתו וביעורו שוה. ובתוס' מבואר דס"ל דבעינן שוה ממש.

שיטת התוס' דהנאת הצביעה הוא בשעת לבישה וזהו גם זמן ביעורו שהצבע מתבער ע"י הלבשה. עיין חזו"א שביעית ס' י' סק"ב שהקשה על מה דמבואר בירושלמי דאין קדושת שביעית על פשתן, ולמה לא חשיב הנאתו וביעורו שוה דעומד ללבישה והנאתו וביעורו שוים בשעת לבישה כמו צבע לשיטת תוס'. ובס' י"ג סק"ח הקשה כן על עצים העומדים לבנין או לעשיית כלים למה אין עליהם קדושת שביעית הרי הנאתו וביעורו שוה בשעת שימוש. וע"ש מה שכתב בזה.

הערות

הגזול עצים דף קב.

וציונים

קמה

יוסי חולקן יש גם איסור סחורה ולכן לא יתכן שר"י מתיר ולכן הוצרך רש"י לפרש דלר"י אין קדו"ש כשלקט לצורך מו"כ. דהיינו ממש כפנ"י אבל במקום הפסד נאמר מה שרש"י בעצמו כתב דהוי סחורה. אבל אכתי צ"ע למה זה נחשב סחורה.

מה שלרבנן לא נפקע קדו"ש כשמלקט לצורך מו"כ כתב רש"י וז"ל פירות סתמן לאכילה ומשעת יצירתן חיל קדושתן ותו לא מהני מחשבה לאפקועי עכ"ל, ורש"י כתב בזה שני תנאים א. שסתמן לאכילה. ב. שא"א להפקיע הקדושה בשעת לקיטה כיון שכבר נתקדש בשעת יצירתו. וראיתי בספר מעדני ארץ על הל' תרומות פ"ב ה"ז אות ב' ד"ה והנה לענין ערלה, שמדייק מלשון זה דמחשבה בשעת זריעה מהני גם לרבנן להפקיע קדו"ש ממאכל אדם. ומה דבעלי קנים ועלי גפנים מהני מחשבת לקיטה ולא אמרינן כבר חל קדושה בשעת לקיטה דהתם חסר התנאי הראשון דאינו עומד סתמא לאכילה אלא להכי ולהכי, כמו שמבאר החזו"א שביעית סי' י"ג אות כ"ה.

לכם לכל צרכיהם מבואר בגמ' שמה שמותר לעשות בפירות שביעית כל שימוש שהנאתו וביעורו שוה ולא רק אכילה נלמד מקרא דלכם. וצריך להבין לפ"ז דברי הרמב"ם בפ"ה משמיטה ה"א שכתב דמה שמותר להדליק ולצבוע בפירות שביעית נלמד מקרא דתהיה והכ"מ כתב שכך דרשו בת"כ. וקשה ת"ל מלכם, ואולי י"ל דיש שני חידושים בהתר של צביעה והדלקה ובעינן לזה תרי קראי. דעיין חזו"א שביעית סי' י"ג אות כ"א שמוכיח דהתר צביעה והדלקה הוא גם בדבר הראוי למאכל אדם ואין זה נחשב הפסד. א"כ י"ל דבעינן תרי קראי חד ללמד שזה בכלל אכילה ועוד שזה שימוש חשוב ואינו הפסד ולא דמי להא דאסור להאכיל מאכל אדם לבהמה משום הפסד אף דהנאתו וביעורו שוה כמבואר ברמב"ם פ"ה משמיטה ה"ה. אך אכתי צ"ע דהחזו"א שם כתב דקרא דלכם ע"כ מיירי

בראוי לאדם מדממעטינן מלאכלה מלוגמא ומשרה וכבוסה וכ"ז אסור רק במאכל אדם וע"כ דהתר דלכם קאי נמי אמאכל אדם וא"כ קשה למה צריך דרשה דתהיה. וצ"ע.

תוד"ה ה"ג. לשיטת תוס' וכן פרש"י בסוכה דף מ. הכלל על מה חל קדו"ש ואיזה שימושים מותר לעשות בפירות שביעית תלוי זב"ז. ולפ"ז לרבנן דאסור לכבס בפירות שביעית ה"ה דלא חל קדו"ש על מיני כובסין. והרמב"ם אע"פ שפסק כרבנן דפירות אסור לכבס בהם מ"מ פסק דקדו"ש חלה על מיני כובסין, ע' מש"כ בזה החזו"א שביעית סי' י"ג אות ו' ששיטת הרמב"ם דיש ב' דרגות של הנאתו וביעורו שוה. דלענין חלות קדו"ש רק על עצים שההנאה מתחילה רק אחרי הכילוי לא חל קדו"ש אבל מיני כובסים ההנאה מתחילה מיד אלא שלא נגמר עד אחר הכילוי בזה חל קדו"ש ורק לענין השימוש בפירות שביעית גם כה"ג חשיב אין הנאתו וביעורו שוה. ובפשט בגמ' כתב החזו"א דהרמב"ם מפרש על דרך רש"י אך קצת שונה דלרש"י מחשבת כביסה לר"י גורם שלא יהיה בכלל קדו"ש ולרמב"ם שגם בכובסין יש קדו"ש המחשבה רק גורם שהקדושה תהיה כדין מיני הכובסים ולא כדין אוכל אדם. ונ"מ דבמיני כובסין מותר לכבס ובאוכלין אסור. ומחשבת מו"כ לר"י גורם שקדושתו יהיה כדין מיני כובסין וגורם שיהיה מותר לכבס בזה.

וא"ת לר"י היאך מותרים עצים בא"י. עי' חזו"א שביעית סי' ו' אות י"ב שהקשה ב' קושיות על דברי התוס'. א. עצים אין להם ביעור כוון שלא כלה. ב. כל העץ נחשב כפרי אחד וכיון שנשרש לפני שמיטה דמי לפרי שחנט לפני שמיטה שכולו מותר אף שרובו גדל בשביעית. יעו"ש.

מלזה ע"פ נפרעין מהם מפני שהוא כמציל מידם עיין בר"ן בע"ז דף ז. שיש

קמו הערות הגזול עצים דף קב. – קב: וציונים

לפרש בב' אופנים. א. במע"פ אין חשש דאזיל ומודה כיון שבל"ה היה יכול להכחיש ולא היה טרוד מחוב זה. ב. גם בזה אזיל ומודה ואעפ"כ לא אסרו משום הפסד ממון דאם לא עכשיו אימתי.

סתם בב"מ דתנן כל המשנה ידו על התחתונה. מבואר בגמ' דבמאי דפליגי ר"מ ור"י איכא סתם משנה בב"מ, והקשה רע"א למה שכתבו התוס' לעיל דף צ"ה: בפשט הראשון דר"מ ור"י נחלקו אי שינוי קונה או לא א"כ במחלוקת זו איכא נמי סתם מתני' בחולין דשינוי קונה דתנן לא הספיק לתנו לו עד שצבעו. ועוד הקשה רע"א דמבואר כאן דר' יוסף ס"ל הלכה כר' יהודה ולעיל ס"ו. משמע דס"ל שינוי קונה ונשאר רע"א בצע"ג ומסיים דלתירוצן שני בתוס' שם ניחא הכל. אמנם בביאור הגר"א ס' ש"ו סק"ח כתב דמגמ' זו יש סתירה לפשט השני של תוס'. [הגאון מביא את התוס' בע"ז דף ז. שהקשו סתירה בר"י כמו שהקשו לעיל צ"ה: ושם תירצו התוס' ממש כתי' השני תוס' לעיל ועל דבריהם כתב הגאון דצ"ע מגמ' דידן]. והמעייין בביאור הגר"א יראה שכתב תירוצן חדש לא כשני תירוצי התוס' אלא דר"י ס"ל שינוי קונה ומעביר ע"ד בעה"ב הוי גזלן ומה שאינו קונה בשינוי הוא תקנ"ח שקנסו אותו מפני ששינה וזה פשוט לשון המשנה בב"מ כל המשנה ידו על התחתונה משמע מפני שעשה שלא כהוגן ושינה אמרו שידו על התחתונה. וכתב הגאון דמפורש כך בגמ' דידן דמבואר דהמשנה בב"מ הוא סתם משנה כר"י ומבואר דטעמו דר"י משום כל המשנה וכו', ולא משום שלא נתכוון לגזול כפירוש השני בתוס' וגם לא משום דשינוי אינו קונה כפירוש הראשון של תוס'. וכדברי הגאון מבואר בלשון רש"י במשנה לעיל דף ק: דטעמיה דר"י משום דקניס ליה משום ששינה יעו"ש.

כולה נזקין חדא מסכת. נחלקו הראשונים אם כונת הגמ' כל סדר נזקין או רק השלש

בבות. [הובאו דבריהם במהרי"ץ חיות כאן]. המהרש"א בריש ב"ב נקט דקאי על כל סדר נזיקין. אבל אם נאמר דקאי רק על ג' בבות יובנו דברי התוס' שם.

משום דקתני לה גבי הלכתא פסיקתא. ע' בקו"ש שהקשה דמבואר בנדה דף ז' דאפילו היכא דקתני בפירוש במשנה הלכה אין למידים הלכה מן המשנה ומה עדיף מאי דקתני גבי הלכתא פסיקתא מאילו פירשה המשנה הלכה כר"י. ולכאורה י"ל ע"פ מה שכתב המהרש"א בע"ז דף ז. דקשה לפירוש התוס' דלישנא דכל החוזר משמע שהוא פסק הלכה דאכתי קשה הרי לשון זה כתוב גם לגבי כל החוזר ושם אין זה הלכה א"כ מה הראיה שלגבי כל המשנה זה הלכה וכמו שהקשו תוס' על רש"י כמו כן קשה לדידהו. וכתב המהרש"א דעל רש"י שפיר הקשו דס"ל דכל הראיה שזה הלכה הוא משום דקתני סמוך לדבר שהוא הלכה וע"ז הקשו דכל החוזר אינו הלכה אבל לתוס' שהלשון משמע שהוא פסק הלכה היינו שבסתם לשון זה הוא הלכה אא"כ פרשו שאינו הלכה. ואף שלענין כל החוזר פרשו דאינו הלכה מ"מ כל זמן שלא פרשו שאין הלכה כההיא דכל המשנה נשאר משמעות הלשון שהוא הלכתא. וה"ה די"ל כן לגבי הכלל שאין למדים הלכה מן המשנה היינו רק דביד האמורא להכריע נגד פסק המשנה אבל בסתם זה הלכתא וכן לענין הלכתא פסיקתא.

דף קב:

הא ר"מ דאמר שינוי קונה הא ר"י דאמר שינוי אינו קונה. אין לפרש לשון הגמ' כפשוטו דהכא לא עשה שום שינוי במעות אלא שינה מדעת בעה"ב וכונת הגמ' לפי פירוש השני דתוס' צה: הוא דלר"מ שינוי קונה בלצבוע אדום משום דס"ל דמשנה מדעת

הערות

הגזול עצים דף קב:

וציונים

קמז

כאן התוס'. ועי"ל דאפילו לשיטת תוס' בביצה הכא עדיף טפי דאיכא דעת אחרת מקנה ובוזה אין צורך בדעת קונה כמבואר ברשב"א בגטין דף כ: ונ"י ב"ב מ"א. בשם הראב"ד כמו שמביא הקצה"ח בס' ער"ה סק"ד. ושור"ר שכל דברים אלו כתבם המחנ"א הל' שלוחין ס' ט"ז יעו"ש.

על הא דכתבו התוס' דכשהמשלח אינו קונה גם השליח אינו קונה כיון שלא כוון לקנות הקשה הפנ"י א"כ למה לר"מ כששינה השליח הוא קונה והותירו לו גם בזה נימא דלא יזכה לעצמו כיון שלא כוון לקנות. ות"י הפנ"י דכל דברי התוס' הם לר"י דאינו קונה בשינוי אבל לר"מ שנעשה גזול קונה גם בלי כוונה. אך בסברא אינו מובן דאמנם על הכסף נעשה גזול מדין מעביר ע"ד בעה"ב גם בלי כוונה אבל כשקונה עם כסף זה את השעורין איך זוכה בשעורין בלי כונת קנין הרי כוונתו היתה לקנות למשלח. וע' בקצה"ח ס' קפ"ג סק"א שגם הקשה כעין קושית הפנ"י אך על קושית הקצות לא יועיל תירוצו של הפנ"י. דבתי' של ר"א הא והא ר"מ כאן לאכילה כאן לסחורה מבואר דגם בלקח לסחורה שלא הוי שינוי לקנות מדין גזול ולכן הותירו לאמצע מ"מ בפחתו אמרינן פחתו לו משום לתקוני שדרתיך וקשה נימא כיון שאין המשלח זוכה בגלל טענת לתקוני שדרתיך יתבטל המקח וגם השליח לא יקנה כיון שלא כוון לזכות לעצמו. ובוזה לכאור' אין את תירוצו של הפנ"י שהרי בסחורה חטין ושעורין לא הוי שינוי. אך גם בזה כתב הקצות על דרך הפנ"י דאמנם אם הותירו אין זה שינוי אבל בפיתחו הרי זה נחשב שינוי ולר"מ הוי גזול וקונה גם בלי כוונת קנין. וגם בזה יש להקשות כדלעיל בדברי הפנ"י ועוד איך יתכן שהדין גזול בשעת השינוי תלוי ועומד ואם יותירו הוברר שלא שינה מדעת בעה"ב ואם פיתחו הוברר שעבר על דעת בעה"ב ומתברר למפרע שהיה גזול וצ"ע. אמנם בלשון רש"י בד"ה אבל לסחורה משמע כהקצות שכתב וז"ל

בעה"ב הוי גזול וכיון דהוי גזול על הצמר ממילא כששינה קונה בשינוי ולר"י אינו קונה בשינוי מפני שס"ל שלא הוי גזול במה ששינה מדעת בעה"ב, וה"ה הכא לר"מ הוי גזול על המעות כיון ששינה מדעת בעה"ב ואף שלא קנה המעות קנין גמור שהרי לא עשה שינוי בגוף המעות מ"מ דינו כגזול שגזול מעות וקנה בזה והרויח הרוח לגזול ומשלם כעין שגזול. ולר"י שאינו גזול על המעות הרוח לבעלים. וע' בגר"א הנ"ל בס' ש"י סק"ח שכתב דלשון הגמ' לר"י שינוי אינו קונה הכונה שבכה"ג אינו קונה בשינוי אך הגאון מבאר ע"פ דרכו דלר"י אינו קונה משום שקנסו כל המשנה ידו על התחתונה. אך לפירוש הראשון בתוס' דלעיל דלכו"ע מעביר ע"ד בעה"ב הוי גזול אלא דפליגי אי שינוי קונה או לא, לא מובן מה הגמ' תולה בר"מ ור"י הרי לכו"ע הוי גזול על המעות ויהיה השבח שלו. וצ"ע.

ומגמ' זו לומד הרשב"א דאם שלח שליח לקנות חטין וקנה חטין אבל לא היתה כוונתו לקנות למשלח אלא לעצמו דיהיה הרווח לעצמו. דכשקונה לעצמו בחטין וחטין דמי לקונה למשלחו בחטין ושעורין לר"מ. וחולק בזה הרשב"א על בעל המתיבות יעו"ש. וע' בזה בשו"ע ס' קפ"ג סעי' ג' ונתיבות שם סק"ד ובאבה"א פ"ז מכירה הי"ב.

תוד"ה מי הודיעו. תוס' מסתפקים בשליח שכוון לקנות למשלחו והמשלח אינו קונה מפני חסרון דעת מקנה אם השליח קונה לעצמו או שהמקח חוזר, וצריך להבין מה הצד שיקנה לעצמו הרי לא היה כוונה לקנות לעצמו. אך מצאנו כעין זה ברש"י בביצה דף ל"ט שלומד בדעת ר' ששת דמגביה מציאה לחברו לא קנה חברו אלא המגביה זוכה לעצמו והקשו שם תוס' על רש"י דלא מסתבר שיקנה לעצמו היות ולא כוון לקנות לעצמו. ובדעת רש"י צ"ל דדעתו כשקונה לאחר שאם האחר לא יזכה רוצה הוא לזכות לעצמו. ויתכן שבזה הסתפקו

המשלח אלא שפעולת השליח מהני למשלח. ועיין באו"ש פ"ב מגירושין הט"ו שדן בזה ותלה בספק זה כמה מחלוקות בראשונים. ובמסכת קידושין דף כג: כתבנו דמוכח מהרשב"א שם לחלק בזה בין שליחות ממש לזכין דרך בשליחות ממש יש צד לאמר שהשליח נעשה המקנה אבל בזכין בודאי שהמקנה נשאר המשלח אלא שמעשה הזוכה מועיל בשבילו. וא"כ י"ל דכל מה דס"ל לבני מערבא דבעשה שליח שליחותו אין טענת מי הודיעו זה רק בשליחות ממש אבל במקום שאינו שליח אלא שמעשיו מועילים למשלח מדין זכין בזה אין ידו ממש כיד המשלח ובוזה לא מועיל אלא א"כ דעתו של בעל החטין להקנות למשלח.

שיטת הרשב"א והרא"ש דאיכא ב'
מחלוקות בין בני מערבא ור' שמואל בר ססרטי. דבני מערבא ס"ל דדעתו תמיד להקנות לשליח אע"פ שאינו בעל המעות ולכן איכא טענת מי הודיעו ואעפ"כ אם עשה שליח שליחותו קנה המשלח. ורשב"ס ס"ל דאם המשלח הוא בעל המעות דעתו להקנות לבעל המעות וליכא טענת מי הודיעו אבל במקום שהשליח בעל המעות דעתו לשליח ובוזה יש טענת מי הודיעו וכשיש טענת מי הודיעו ס"ל לרשב"ס דאפילו עשה שליח שליחותו לא מהני. [ולשיטת תוס' כו"ע מודו שבלא עשה שליח שליחותו איכא מי הודיעו ופליגי רק אם להעמיד בהודיעו או לא והיכא דעשה שליח שליחותו נחלקו אי קונה המשלח בלי להודיע]. לענין המחלוקת אי דעתו להקנות לשליח או לבעל המעות קי"ל דלא כבני מערבא. אבל באופן שהשליח הוא בעל המעות שלכו"ע איכא טענת מי הודיעו אי בעשה שליחותו קונה המשלח או לא נחלקו הפוסקים איך לפסוק להלכה. דהש"ך כתב בס' קפ"ג סק"ב דשיטת ר' ירוחם דאם השליח קנה בכסף שלו ומתכוון לקנות לחברו לא קנה חברו אא"כ הודיעו למוכר ואילו הטור כתב בשם הרמ"ה דשליח

בכל מידי דאיכא רווחא ניחא ליה וכי הותירו לאו שינוי הוא עכ"ל משמע בהדיא דאם פיתחו גם בסחורה הוי שינוי.

מתקין לה רשב"ם א"ה אפילו חטין
וחטין נמי לא, ע' בקצה"ח ס' קפ"ג סק"א וסק"ג דיש ב' דרכים בביאור דברי הגמ' שיטת תוס' דהחולקים על בני מערבא גם מודים לטענת מי הודיעו אלא שס"ל דמיירי שבאמת הודיע ובני מערבא ס"ל דמיירי שלא הודיע וע"ז הקשה לרשב"ס אם לא הודיע אפילו חטין וחטין נמי. והתדע הוא דמתני' דאחד המקדיש נכסיו ע"כ מיירי שלא הודיע כמש"כ תוס' בסד"ה שאני. שיטת הרשב"א ושיטמ"ק בשם הרא"ש דסברת החולקים הוא דס"ל שתמיד דעת המקנה להקנות לבעל המעות. והתדע הוא דהתם הבעל הוא בעל המעות ובוזה כו"ע מודו דאין דעתו להקנות לאשה ואעפ"כ מוכח במשנה שזכתה אלא מוכח דחטין וחטין שאני. ופסקו הרא"ש ושאר הראשונים כר' יוחנן ולא כבני מערבא דתמיד דעתו להקנות לבעל המעות.

שאני חטין וחטין דשליחותיה קא עביד. דהיינו אע"ג שכוונת המקנה לשליח מ"מ מהני למשלח כיון שהשליח הוא כמותו הקנאה לשליח הוי כהקנאה למשלח. וצריך להבין מה נ"מ בין חטין וחטין לשעורין הרי משמע דלולא הטענה של מי הודיעו גם בחטין ושעורין היה זוכה המשלח אע"ג שלא עשה השליח שליחותו ועכצ"ל שאע"פ שדעתו היה לקנות חטין מ"מ בדיעבד שהוציאו ממון שלו ניחא ליה לפחות לזכות בשעורין ומהני מדין זכין וא"כ צ"ב מאי שנא כשזוכה מדין שלוחו כמותו דמהני הקנאה לשליח בשביל המשלח ה"נ נימא כשזוכה מדין זכין הרי זכין מדין שליחות, ולכאורה צ"ל דידוע מה שדנים האחרונים בגדר שלוחו של אדם כמותו אם השליח הוא כמותו ממש והוא נחשב המקנה והקונה והמקדש והמגרש או שהמקנה נשאר

הערות

הגזול עצים דף קב:

וציונים

קמט

תוד"ה מי הודיעו ביאור דברי התוס' הוא דאם חיוב השכירות הוא על האשה אף שבודאי יכול הבעל לפרוע חובות של האשה זה רק מדעת התובע שמסכים למחול לאשה ע"י פרעון הבעל אבל אינו יכול לפרוע חוב של חברו בע"כ של התובע נכ"כ הגרש"ש בחידושו על ב"מ ס' ט"ז ולמד כן מתוס' דידן. וזה דלא כמו שכתב בקו"ש בקידושין אות ל"ד בשם הגרש"ש ע"ש. וע"ע בדברי יחזקאל ס' מ"ו אות ה'. ובשלמא אם אין סברת מי הודיעו או שאמרינן שליחותיה קעביד ונתינת האומן לבעל חשיב כנתינה לאשה ובשביל נתינה זו הסכים לקבל תשלום מהבעל א"כ אינו יכול לתבוע שוב את האשה. אבל אם לא אמרינן שליחותיה קעביד ויש טענת מי הודיעו אם כן הסכמת האומן לקבל תשלום מהבעל היה עבור נתינת הפעולה לבעל וא"כ אין זה פוטר את חיובה של האשה. וכיון שלא נפטרה האשה א"כ לא זכה האומן בתשלום הבעל ויחול ע"ז הקדש. ומה שכתבו דאע"ג דחזו"ת לאו מלתא מ"מ חייבת האשה על הנאתה אף דלעיל ק"א. כתבו שאין חיוב נהנה אם חזו"ת ל"מ או משום דבעינן מעשיו או מעשה ממנו או משום דחזו"ת לא הוי הנאה. הכא שאני כיון שנתכוון להשביח ממון חברו איכא חיוב מדין יורד כמש"כ הש"ך ס' שצ"א סק"ב. כן כתב המחנ"א בהל' נו"מ ס' ב' ושערי יושר ש"ג פ כ"ה. וע"ע בקצה"ח ס' קפ"ג סק"א דמוכח מדברי התוס' דס"ל דמעו"ת מק"ט הוי פקדון ויכול להקדישם ולא כראשונים דס"ל דהוי הלואה.

מה שקשה מסוגיא זו על היסוד של שלוחו של בעל הממון ע' בזה חי' הגר' מאיר שמחה.

הלוקח שדה בשם ר"ג וכו' מכלל דמקנא קניא. ברש"י ד"ה הלוקח מבואר דמיירי שאמר למוכר שקונה בשביל ר"ג ובאמת כוונתו היתה לקנות לעצמו והדין הוא שמקנא קניא

אף שקנה בכסף שלו קונה המשלח אפילו בלי להודיע למוכר. והדרכי משה כתב דדברי הרמ"ה הם דלא כר' ירוחם והש"ך כתב דאין סתירה בין הרמ"ה לר"י דהרמ"ה מיירי בשליח שעשה שליחותו ובזה אין הטענה של מי הודיעו ור' ירוחם מיירי כשלא עשה שליח שליחותו וקונה מדין זכין. והקצות בסק"ד כתב דלא קי"ל כתי' הגמ' דחטין וחטין שאני דזה נאמר בדעת בני מערבא וקי"ל כר' יוחנן. ודברי הקצות לכאורה אינם מוכרחים שכל מה דמוכח מר' יוחנן שחולק על בני מערבא הוא רק לענין אם מקנה לשליח או לבעל המעות אבל לענין אם יש מעלה בעשה שליח שליחותו אין הכרח שר"י חולק על בני מערבא, אמנם רשב"ס חולק אבל מר"י אין הכרח שחולק בזה א"כ יתכן שאע"ג דקי"ל כר"י שמקנה תמיד לבעל המעות וכשהשליח הוא בעל המעות יש טענת מי הודיעו מ"מ בעשה שליח שליחותו יתכן שקי"ל שהקנאה לשליח מהני למשלח. ובזה נחלקו הש"ך והקצות וע' בקצה"ח ס' צ"ז סקי"ג שמביא מחלוקת ראשונים לגבי בגדים חדשים שלקח לאשתו אם יכול למוכרם או לא ותלוי אי קי"ל שהאשה קונה מיד משום דעשה שליח שליחותו א"כ אינו יכול למכור או שגם בזה יש טענת מי הודיעו ומה שלא חל ע"ז הקדש הוא משום שמקנה לאשה לפני ההקדש. וא"כ יכול למכור שאז אינו מקנה לאשה. ומחלוקת הראשונים בזה תלוי במחלוקת הש"ך והקצות הנ"ל. ועי' במחנ"א הלכות שלוחין ס' י"ח שמביא מחלוקת הראשונים בזה אי קי"ל כסברת שליחותיה קא עביד או לא.

כל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה וכו'. כתב הרשב"א דאע"ג דלא עשו מעשה קנין כל שדעתו קרובה להן הרבה גמר דעתו בהקנאה וזכייה לקנות ע"ש. ועי' חזו"א ב"ק ס' כ"א סק"ה דהוי תקנ"ח, ולשון הקצה"ח בס' צ"ז סקי"ג הוא שעשו אינו זוכה כזוכה.

לעצמו וע"ז פריך דפליגא אבני מערבא שהרי דעת המקנה היה להקנות לר"ג. זה הפשט הפשוט בגמ' וכן הבינו הקצות בס' קפ"ג סק"ד והנתיבות שם סק"ב והמחנ"א שלוחין ס' י"ח. אך הביאו שמדברי הש"ך בס' קפ"ג סק"ב מבואר שלא למד כך אלא שבאמת דעת הלוקח היה לקנות לר"ג וחשב שאח"כ יקנה מר"ג ולמוכר לא הודיע שקונה לר"ג ומכלל דמקנא קניא קאי על ר"ג ולכן שואל הש"ך דקשה לא רק לבני מערבא שהרי כאן הלוקח הוא בעל המעות ולכו"ע איכא טענת מי הודיעו. ואף שאין זה כפשטות הגמ' ודלא כמבואר ברש"י ודלא כראשונים בשיטמ"ק מ"מ אין הש"ך יחיד בזה. ע' בט"ז ס' קפ"ד שגם למד כהש"ך וגם שם תמה הקצה"ח בסק"א על דבריו והמחנ"א הנ"ל כתב דבשו"ת הרא"ש משמע כפירוש הש"ך. ובחי' ר' מאיר שמחה כאן מביא שגם מהריט"ן הבין כהש"ך והקשה בזה סתירה בביאור הגר"א כמו שיבואר בסמוך.

בשיטמ"ק בשם הרא"ש ועוד ראשונים הקשו דבמסקנת הגמ' אמרינן דאודעיה לבעל השדה ואודעינהו לסהדי וקשה דגם למי שלא סובר כבני מערבא ולא צריך להעמיד שהודיע למוכר מ"מ צ"ל שהודיע לסהדי דאל"כ באמת ר"ג יקנה מדין עבד כנעני וכתב דאה"נ גם בה"א צ"ל שהודיע לעדים ואגב שפרשו במסקנה שהודיע למוכר כתבו גם לעדים. אך קושית הראשונים הוא רק מפני שנקטו דגם בממון איכא דין ע"כ אבל למה שכתב הר"ן בקידושין דף ז'. ששיטת הרמב"ם שדין ע"כ הוא רק בקידושין שנלמד מע"כ ולא מהני בשדה לא קשה קושית הרא"ש שהרי ר"ג אינו יכול לקנות מפני שלא נתן מעות א"כ יש סיוע מגמ' זו לשיטת הרמב"ם. ואילו בביאור הגר"א בס' ק"ץ סק"ו כתב דדברי הרמב"ם צ"ע מגמ' דידן מכלל דמקנא קניא. וכתב בחי' רמ"ש כאן דמבואר מזה שהגאון למד כהש"ך שכונת הגמ' שר"ג קונה וע"ז שפיר הקשה דאיך ר"ג קונה הא לא נתן מעות אע"כ דהוי מדין ע"כ. אבל

לפי הפשט הפשוט אדרבה יש סיוע לרמב"ם מגמ' זו. והקשה בזה סתירה בגר"א דבס' ס' סקמ"ד כתב בהדיא דמקנא קניא קאי על הלוקח. ולולא דברי הגאון רמ"ש זצ"ל היה נראה דאין שום ראיה דהגאון פירש כהש"ך אלא כונת הגר"א דמה קושית הגמ' איך הלוקח קונה הרי דעתו של המוכר להקנות לר"ג ומי הודיעו ואי נימא כהרמב"ם איך יכול המוכר לחשוב שקונה לר"ג הרי יודע המוכר את האמת שהמעות הם של הקונה ואין כאן מעשה קנין בשביל ר"ג לשיטת הרמב"ם ואם מבואר בגמ' דצריך להודיע ע"כ שיש כאן קנין שיכול להועיל לר"ג וזה מה שהקשה הגאון על הרמב"ם.

ובעיקר קושית הגר"א על הרמב"ם מסוגין [בין להבנת האו"ש דס"ל כהש"ך ובין למה שכתבנו דיכול ללמוד כפשט הפשוט] לכאור' נראה דיש לישב שלא יקשה מכאן על הרמב"ם, דהרא"ש שהובא לעיל שואל למה ר"ג לא יקנה מדין ע"כ. וצריך להבין למה הוצרך לדין ע"כ ולא הקשה מדין זכין שהרי הקונה קונה מכספו בשביל ר"ג ובודאי הוי זכות וכיון שהשטר כתוב ע"ש ר"ג יוכל לטעון אח"כ שבאמת ר"ג קנה מדין זכין, אך דבר זה תלוי במחלוקת רש"י והריטב"א בקידושין דף ז'. דרש"י כתב דהא דמהני קידושין מדין ע"כ מיירי כשעשאו המקדש שליח לבעל המעות והקשה הריטב"א א"כ לא צריך לדין ע"כ דהא שלוחו כמותו ומבואר דנחלקו רש"י והריטב"א בשליח לקדש אם יכול לקדש בכסף שלו בלי דין ע"כ או לא. וא"כ י"ל דהרא"ש שהקשה מדין ע"כ ולא מדין זכין ס"ל כרש"י דאפילו אם הוא שלוחו מ"מ כדי שיוכל לקנות בכסף שלו בשביל חברו בעינן דין ע"כ אבל הרמב"ם יתכן שס"ל כשיטת הריטב"א דאם הוא שליח לא צריך להגיע לדין ע"כ ולכן ס"ל דכיון דהוי זכות ומהני מדין זכין יכול ר"ג לקנות ע"י הכסף של השני מדין זכיה שהוא מדין שליחות ולא צריך בזה להגיע לדין ע"כ. ואף שיש מקום לחלק

הערות הגזול עצים דף קב: – קג. וציונים קנא

לא נשבע המצוה של והשיב את הגזילה אינו מחייב ללכת למדי. והקשה המנ"ח במצוה ק"ל מאי שנא מצות והשיב מכל מצוה שצריך לטרוח בגופו ולהוציא עד חומש ממונו לקים מ"ע. וקושית המנ"ח היא רק לשיטת הש"ך בס' שפ"ו סק"ח שמצות והשיב מחייב לטרוח בגופו להביא הגזילה לבית בעליו ולא רק שלא לעכב מהבעלים לקחת את ממונם ולשלם ההוצאות שיש כדי שזה יגיע לבעלים אבל לדעת היש"ש שהובא שם בש"ך אין מצוה להביא הממון בעצמו לבעליו ורק בנשבע נתחדש חיוב זה. אך פשוט שגם לדעת הש"ך לק"מ דפשוט שאם גנב ממדי בודאי חייב ללכת למדי ולהשיב אפילו בלי שבועה והחידוש בנשבע הוא שצריך ללכת אחריו למדי דהיינו שאחר הגניבה הלכו הבעלים למדי בזה אין מצות והשיב ללכת למדי דהמצוה הוא להשיב למקום שמשם גנב ורק בנשבע מחויב להוציא גזילה מתח"י וצריך ללכת אחרי הבעלים למדי, ודבר זה מפורש בלשון הרמב"ם בפ"ז מגזילה ה"ט וז"ל הגזול את חברו אע"פ שכפר בו הואיל ולא נשבע אם חזר והודה אינו חייב לרדוף אחר הבעלים עד שיחזיר להם ממון שבידו עכ"ל ובנשבע כתב "חייב לרדוף אחר הבעלים עד שיחזיר להם אפילו הם באי הים". הרי שההבדל בין נשבע ללא נשבע הוא שבלי נשבע אינו חייב לרדוף אחרי הבעלים ובנשבע חייב לרדוף אחריהם, ופשוט דצריך לטרוח וללכת לקים והשיב אבל והשיב פירושו להחזיר למקום שגזל משם ולא לרדוף אחר הבעלים.

וכן מפורש ברשב"א כאן שלמד ממשנה זו דמי שנשבע שיפרע הלואתו לזמן פלוני שאינו צריך להוליך המעות אחריו למדי שלא נשבע לו אלא שיפרענו במקום שלווה הא אם הלך לו המלוה למקום אחר אין לחזור אחריו. מפורש דענין מדי הוא שאינו חייב רק להחזיר למקום שמשם גזל א"כ אין מקום לקושית המנ"ח.

בזה ולאמר דגם הריטב"א כתב כן רק בשליחות ממש ובזכין יודה לרש"י ע"פ מה שנתבאר לעיל דיש לחלק בזה בין שליחות לזכין מ"מ בדעת הרמב"ם י"ל שס"ל שגם בזכין הרי הוא כשלוחו ויכול לקנות בכסף שלו לאחר בלי דין ע"כ. ורק במקום דהוי חוב ולא עשאו שליח בזה צריך דין ע"כ ומיושב בזה קושית הגאון על הרמב"ם.

דף קג.

תוד"ה כגון הקשו שהעדים יכתבו בעצמם שטר בשמו. וצ"ב איך יכתבו שטר בלי דעת המתחייב הרי זה יהיה מפי כתבם כמ"ש תוס' בב"ב דף לט: דהקשו דשטר מחאה ומודעה הוי מפי כתבם ע"ש. אבל באמת כלל זה דבעינן דעת המתחייב אינו מוסכם והובאו בזה ב' דיעות ברמ"א בס' ל"ט סע' ג' וע' בגאון שם סק"ט דתלוי בב' תירוצי התוס' בכתובות דף כ: דת' בתירוצ' ראשון דשטר צריך דעת המתחייב וזה כשיטת בעה"מ ביבמות דף ל: שהובא בקצה"ח ס' כ"ח סק"ו. ובת' השני כתבו דלא בעינן דעת המתחייב אלא כל שנכתב בנוסח שטר יש עליו דין שטר וזה כשיטת הרמב"ן בקצות הנ"ל. אך ברמב"ן היה אפ"ל דזה עצמו הוא נוסח שטר שכותב שנצטוה ע"י המתחייב אבל בתוס' מפורש בת' זה דלא בעינן דעת המתחייב. א"כ יתכן שתוס' כאן ס"ל כת' השני דכתובות. ושור"ר מה שכתב על דברי התוס' כאן בנתיבות ס' ס' סק"כ יעו"ש [ומה שמביא שם מהש"ך בס' מ"א סק"י הוא ט"ס וצ"ל סק"ז].

רב כהנא יהיב זוזי אכיתנא. בדברי הרי"ף כאן ע' מש"כ בקצה"ח ס' קפ"ג סוף סק"ד וכעין זה כתב גם הפנ"י ע"ש.

הגזול את חברו ש"פ ונשבע לו
יוליכנו אחריו למדי. מבואר במשנה דאם

הריטב"א בשבועות ל"ט: כתב שהחוב להוליך אחריו למדי הוא רק בגזול ולא בחוב אחר ואפי' שנשבע עליו. והוא חידוש גדול.

חוב שבועת הפקדון הוא קרן חומש ואשם. ויש לעיין בחיוב הקרן אם נשאר כמו שהיה בתחילה דחיבו מדין והשיב את הגזילה רק נוסף חיוב הולכה למדי כיון שצריך כפרה או כמו שחל חיוב חדש של חומש יש גם סיבה חדשה לחיוב קרן וחוב זה יש לו דינים שונים מחיוב והשיב ולכן צריך להוליך למדי. ולכאורה נר' דזה ספיקו של המל"מ בפ"ג מגזילה ה"ה. דמבואר לקמן דף ק"ה: דגזל חמץ ועבר עליו הפסח יכול לאמר הש"ל ואם נשבע והודה חייב קרן חומש ואשם דנחשב כפירת ממון כיון שאם יאבד החמץ יתחייב דמים. ומסתפק המל"מ כשהחמץ עדין בעין אם נפטר בחזרת החמץ אף שהוא אסור בהנאה או שצריך להחזיר חמץ מעליא או דמיו. ובפשטות הספק כנ"ל דאי אמרינן שחיוב הקרן לא השתנה וחובו נשאר רק מדין והשיב את הגזילה א"כ והשיב אינו מחייב יותר מלהחזיר החמץ כמו שהוא ויכול לאמר הש"ל. אבל אם יש חיוב חדש של קרן דשבועת הפקדון בזה יתכן שאין דין של הש"ל. והמל"מ תולה ספיקו במחלוקת ראשונים יעו"ש. ואח"כ מביא המל"מ שבירושלמי מבואר דאם נשבע לפני פסח ואח"כ עבר עליו הפסח חייב לשלם דמי חמץ מעליא אבל נשבע אחר הפסח אומר הש"ל. וכתב המל"מ דמה שנחלקו הראשונים הוא רק בנשבע לאחר הפסח שאז יש צד לאמר שגם השבועה לא מחייבת יותר מחמץ כזה שהרי נשבע על חמץ שכבר נאסר. אבל בנשבע לפני פסח ואח"כ עבר עליו הפסח לכו"ע משלם חמץ מעליא. אע"ג דמדין והשיב יכול לאמר הש"ל, ומבואר לכאור' דס"ל דע"י השבועה חל חיוב קרן חדש וחוב זה הוא על השויות ואינו יכול לאמר הש"ל אם נאסר בהנאה.

יתכן שבספק זה תלוי מחלוקת ראשונים בהא דתנן הרי זה משלם חומש על חומש עד שיתמעט הקרן משהו פרוטה. וכתב רש"י שחייב חומש עד שלא יכפור לו ש"פ. ומבואר ברש"י דכל זמן שיש בכפירה ש"פ מתחייב חומש אף שהחומש עצמו לא יהיה בו ש"פ. וכן מבואר ברמב"ם פ"ז מגזילה הי"ב ז"ל מוסיף חומש על חומש עד שיתמעט החומש שיכפור בו וישבע עליו מש"פ עכ"ל. אך בשיטמ"ק כאן בשם המאירי חולק וס"ל דאם נשבע על ג' פרוטות כיון שחומשו פחות מש"פ לא חל חיוב חומש. וכמו שהגזול פמש"פ לא חל חיוב והשיב על פמש"פ כך לא חל חיוב חומש כשהחומש הוא פמש"פ, אך כ"ז אי אמרינן דחיוב החומש הוא חיוב בפנ"ע ואינו חלק מחיוב הקרן א"כ כדי שיחול חיוב חומש בעינן שהחומש בפנ"ע יהיה בו ש"פ אבל אם חומש הוא תוספת על חיוב הקרן א"כ מצטרף לחיוב הקרן וכיון שבין שניהם איכא ש"פ הרי הוא חייב חומש. ודבר זה תלוי בספק הנ"ל דאם לא נתחדש כלום בחיוב הקרן ע"י השבועה וחובו הקרן הוא מזמן הגזילה א"כ מסתבר יותר שחומש שחל בשעת שבועה והודאה הוא חיוב בפנ"ע. אבל אם השבועה מחדשת חיוב קרן חדש א"כ יתכן שחל חיוב אחד של קרן וחומש ואז לא בעינן שהחומש בפנ"ע יהיה ש"פ. ובזה לכאור' תלוי גם ספיקו של הרש"ש אם חצי פרוטה קרן מצטרף לפרוטה מהחומש לענין חיוב הולכה למדי יעו"ש.

אמנם יתכן שאפילו אם החומש הוא חיוב בפנ"ע אעפ"כ ס"ל לרש"י והרמב"ם דחל על פמש"פ ומצטרף לחיוב הקרן. דהאחרונים דנים בהא דאין חיוב השבה בפמש"פ אם זה מפני שיש מחילה כפשטות הגמ' בסנהדרין דף נ"ז. או שזה שיעור מהלל"מ פרוטה בממון ככזית באיסורין כמבואר במגיד משנה פ"א מגניבה ה"ב. ועיין בזה במחנ"א הל' גזילה ס"א ובמנ"ח במצ' ל"ח ומצ' ק"ל. במצוה ק"ל

הערות

הגזול עצים דף קג.

וציונים

קנג

מסתפק בזה המנ"ח וכתב כמה נ"מ. ובתוכם כתב דאם גזול פמש"פ ואח"כ עוד פמש"פ דאם זה מחילה הרי שכבר מחל על גזילה ראשונה ואינו מצטרף אבל אם זה שיעור מצטרף אפילו אחר זמן מרובה. [ובמצ' ל"ח נקט דהעיקר שאינו מדין מחילה אלא שיעור בממון] וא"כ י"ל דאף שחומש הוא חיוב בפנ"ע מ"מ מצטרף לחיוב הקרן ולכן מתחייב אפילו פמש"פ.

והיה מקום לתלות הספק אם יש חיוב קרן חדש במחלוקת הסמ"ע והש"ך בס' שס"ז במקור של חיוב הולכה למדי. דהסמ"ע כתב בסק"ד שנלמד מקרא דלאשר הוא לו וכו' והש"ך כתב בסק"ה דלמסקנת הגמ' זה סברא כדי שיהיה לו כפרה וא"כ בשלמא לסמ"ע דנלמד מקרא י"ל דנתחדש בפסוק זה חיוב קרן חדש אבל לש"ך זה רק סברא שצריך ללכת למדי כדי שיתכפר אבל אין מקור לחיוב קרן חדש. ומה שתמה הקצה"ח בסק"ב על הש"ך דמפורש בגמ' דנלמד מפסוק וכן הוא בלשון רש"י במשנה, כונת הש"ך הוא כמש"כ החזו"א ב"ק ס' כ' סק"ח דלמסקנת הגמ' כיון דאודי הוי כמאן דא"ל יהיו בידך א"כ נתקיים בזה קרא דלאשר הוא לו יתננו ולכן חיוב הולכה למדי הוא רק סברא.

ונ"מ למעשה מספק זה לכאורה יהיה באופן שהביא אשמו לפני ששילם הקרן [ויש אופן שהאשם יהיה כשר כמו שיתבאר בסמוך] אם עדין מחויב ללכת למדי כדי לשלם הקרן דאי נימא דחל חיוב חדש של קרן וזה מחייב ללכת למדי יתכן שזה חיוב ממוני ואפילו שכבר נתכפר מחויב מקרא דלאשר הוא לו יתננו אבל אם חיובו עדין מדין והשיב את הגזילה ומה שצריך ללכת למדי הוא משום דבעי כפרה ואינו יכול להביא האשם עד שישלם הקרן היכא דכבר יש לו כפרת אשם יתכן שאינו חייב ללכת למדי. והאופן שאפשר להקריב אשם לפני ששילם הקרן הוא כשמחל על הקרן חוץ מפמש"פ בקרן שיש מ"ד בדף

קה. דאם גזילה קיימת צריך ללכת למדי שמא יתיקר ואיכא דאמרי לשמא תתיקר לא חיישינן. ונחלקו הרשב"א והרא"ש בשיטמ"ק בדף ק"ה. בכונת הא"ד הרשב"א ס"ל דלא חיישינן שיתיקר ויכול להביא אשמו אבל אם אחר הקרבת האשם התיקר הקרן הוברר דהאשם היה פסול ומשלם הקרן וחוזר ומקריב אשם אחר. והרא"ש חולק דלא מסתבר שיקריבו אשם כשיתכן שיבא לפסול אע"כ דכיון שבזמן הקרבת האשם לא היה מחויב קרן קרב האשם כהלכתו ולשון הגמ' לא חיישינן הוא לאו דוקא. נמצא לדברי הרא"ש דאיכא היכא תמצא דנתכפר כפרת האשם ועדין לא שילם הקרן. ויש לעיין אם יש חיוב הולכה למדי על קרן זה שהתיקר אחר הקרבת האשם או לא דלא מפורש ברא"ש שצריך ללכת למדי. ותלוי בהנ"ל דאם כל חיוב הולכה למדי הוא כדי שיוכל להקריב האשם כאן שקרב האשם אינו חייב ללכת למדי אבל אם יש חיוב חדש של קרן מקרא דלאשר הוא לו יתננו יתכן שחייב חיוב ממוני גם אחרי שנתכפר ע"י האשם. ומהא דכתב הרא"ש דגם בזה"ז אף שאין אשם צריך להוליך הקרן למדי אין הכרח כ"כ דמהרה יבנה ביהמ"ק ויצטרך להקריב אשם. [וע' לקמן דף ק"ד: שכתבנו ראייה ברורה לזה מדברי ר' פרץ שם שמפורש בדבריו דגם באופן דליכא כלל חיוב אשם מ"מ יש אופן שחייב ללכת למדי לשלם הקרן יעו"ש].

אי נימא דכל החיוב של הולכה למדי הוא רק משום שבלי לשלם הקרן אינו יכול להקריב האשם א"כ מה שהמשנה מחלקת בין קרן לחומש לענין הולכה למדי הוא ממש מה שמבואר במשנה לקמן ק"י. דתשלום הקרן מעכב האשם ותשלום החומש אינו מעכב את האשם. אבל אי נימא שאף כשקרב האשם אכתי יש חיוב הולכה למדי א"כ יש ב' חילוקים בין קרן לחומש. א. קרן מעכב כפרת האשם וחומש אינו מעכב. ב. בקרן יש חיוב הולכה למדי ובחומש אין. [בהא דכתב הרא"ש דבזה"ז

אין חומש ע' מנ"ח שתמה למה לא יהיה חומש בזה"ז וע' או"ש פ"ב מטו"נ הי"א].

מחל את הקרן. לקמן בדף קה. אמר רב פפא בלישנא בתרא דמתני מיירי אפילו בגזילה קיימת. וצריך להבין מה מועיל מחילה בגזילה קיימת הא על חפץ בעין בעינן הקנאה ולא סגי במחילה. כמבואר בקצה"ח בס' רמ"א סק"ג בשם המהרי"ק. ועיין בקה"י קידושין ס' כ"א שמבאר ע"פ היסוד שכתבו האחרונים דכל שפקע מצות והשיב זוכה הגזול בגזילה וכיון שמהני מחילה על חיוב השבה ממילא זוכה הגזול. אמנם נר' שאין ראיה ליסוד זה ממתני דאין הכרח במשנה שע"י המחילה זוכה הגזול בחפץ אולי רק נפטר עי"ז מחיוב השבה.

חזן מפמ"ש"פ בקרן. למה שכתבו התוס' לקמן דף קה. ד"ה אמר רבא דהגזול כמה פרוטות והשיב הכל חזן מפמ"ש"פ אינו מחויב בוהשיב א"כ הא דקתני במתני' מחל או שילם הקרן חזן מפמ"ש"פ אינו צריך ללכת למדי הוא לאו דוקא לענין מדי אלא ה"ה דאין בכלל מצות והשיב בכה"ג. אך הרמב"ם כתב בפ"ז מגזילה הי"א דאינו צריך להוליך אחריו אלא יבא הגזול ויטול את השאר. ולמדו מזה המחנ"א גזילה ס"א והתיו"ט על משנתנו דהרמב"ם ס"ל דנפטר רק מהולכה למדי. וע' לקמן ק"ה. שנבאר בס"ד אם כונת הרמב"ם שמחויב בוהשיב ונפטר רק מהולכה למדי והרמב"ם חולק על תוס' הנ"ל או שגם הרמב"ם מודה שפטור מוהשיב וכונתו רק דאינו זוכה בגזילה ואסור לעכב מהבעלים לקחת אבל מצות והשיב אין עליו כלל. וע' בתיו"ט מש"כ על פי הרמב"ם לישב קושית תוס' לקמן קד: למה המשנה חוזרת שאם נשאר פמ"ש"פ בקרן אין צריך ללכת למדי הא תנן בתחילת המשנה הגזול פרוטה ונשבע משמע שפחות מפרוטה אינו חייב ללכת למדי. וע"ע מה שכתבו בזה הרש"ש כאן ורע"א במשניות והשיטמ"ק בשם הרא"ש.

תוד"ה הגזול ואפילו בשבועת עצמו מחייב חומש וכו' בפני כ"ד ושלא בפני כ"ד מפי עצמו. ע' ברש"ש שהקשה מהיכן ראית התוס' ממשנה זו דאפילו נשבע מעצמו חייב חומש הא מה דקתני התם מפי עצמו הכונה שהוציא שבועה מפיו ולא היה מושבע מפי אחרים אבל יתכן שב"ד חייבוהו לישבע. ומהא דקתני שלא בפני כ"ד אין ראיה דגם שבועת הדיינים יכול לישבע חוץ לב"ד דהא דמבואר לקמן דף קו. שאם נשבע חוץ לב"ד אינו חייב כפל של טט"ג זה גזה"כ דוקא לענין טוען טענת גנב אבל כל שבועת הדיינים יכולה להיות גם חוץ לב"ד. אך מאי דפשיטא ליה לרש"ש הוא מחלוקת הראשונים בדף קו. דהשיטמ"ק שם כתב בשם ר"ח שלמד משם דכל שבועת הדיינים אם נשבע חוץ לב"ד אין זה שבועה ולא נפטר מחיובו וצריך לחזור ולישבע דס"ל דאין זה גזה"כ דוקא לענין טט"ג. והרשב"א חולק. ובדעת תוס' י"ל דס"ל כשיטת ר"ח ומיושב קושית הרש"ש. דאם חזינן דחייב חומש חוץ לב"ד ע"כ דגם כשאינו שבועת הדיינים איכא חיוב חומש ואשם.

תוד"ה ואם מת. אתא לאשמועינן דאפילו ליורשים יולין למדי. דברי התוס' מובנים לשיטת הסמ"ע שהובא לעיל דחיוב הולכה למדי נלמד מקרא דלאשר הוא לו וס"ד דרק לו יש חיוב זה ולא ליורשיו אבל לשיטת הש"ך דלמסקנת הגמ' חיוב הולכה למדי הוא סברא דבעי כפרה בזה לכאורה אין שום ה"א לחלק בין הגזול עצמו ליורשיו. ואולי זה גופא קמ"ל דהוי סברא ולא לימוד מפסוק ולכן חייב להוליך גם לבנים.

דף קג:

גזל אחד מחמשה ביאור מחלוקת ר"ע ור"ט למאי דס"ד דפליגי בין בנשבע בין בלא נשבע הוא דר"ט ס"ל דמדינא אין מקום לחייבו לשלם לכ"א ואפילו למ"ד ברי ושמא ברי עדיף

הערות

הגזול עצים דף קג:

וציונים

קנה

תוס' ד"ה דברי ר"ט. הקשו על דברי ר"ט למה לא יתחייב לכולם מדין ברי ושמא למ"ד ברי עדיף. לכאורה נראה דמדבריהם מוכח דלא כהפנ"י הידוע בכתובות דף יב: שהקשה למה לא מחזירים אבידה בטביעות עין לכל אדם מדין ברי ושמא והכא לכו"ע ברי עדיף כיון שאינו להוציא ממוחזק. ותירץ דכיון דהספק הוא אם זה של התובע או שאינו שלו אלא של אחד משאר העולם א"כ הוי ברי ידידה נגד רובא דעלמא ולא מהני. והאחרונים דחו תירוץ זה דרוב הוי דוקא כשיש ב' מינים כגון כשר וטרף או עכו"ם וישראל בזה אמרינן שפרש מהמין שהוא רוב אבל הכא אין ב' סוגי בני"א אלא רק רובא דעלמא והוא בכלל רוב זה וכשאומרים שנפל ממנו אין זה מנגד את הרוב. ע' בזה בשערי יושר ש"ו פ"ד. והנה בכל בו"ש בודאי שאין לדון דהוי נגד רוב כיון שאין שום צד ספק שחייב לאדם אחר אבל הכא שבודאי גזל מאחד וספק למי לשיטת הפנ"י הוי טענתו של כ"א מהם נגד הרוב ומה הקשו שנאמר בזה בו"ש ברי עדיף. אלא מוכח כסברת החולקים דכיון שאין כאן ב' מינים כ"א מהם הוא בכלל הרוב.

ראב"צ אומר תקנה גדולה התקינו

וכו'. אף דמדינא האשם פסול כ"ז שלא שילם הקרן ואיך יש כח ביד חכמים להכשיר האשם כתב החזו"א ב"ק ס' כ' סק"ו דפסולו של האשם הוא כשהקריבו כשעדיין מוטל עליו חיוב לשלם הקרן וכיון שיש כח ביד חכמים לפוטרו מחיוב זה מדין הפקר ב"ד ע"י נתינה לב"ד א"כ האשם כשר מן התורה. וכן כתב בקו"ש פסחים אות קל"ג ע"ש. ואי קי"ל להלכה כראב"צ בתקנה זו או לא תליא בשני תירוצי תוס' בד"ה ור"ט דלתי' קמא גם המשנה שלנו סוברת תקנה זו אלא דמתני' סברא שאם אין ב"ד חייב להוציא הוצאות כדי להגיע לב"ד או לנגזל אפילו הוצאה יתירה על הקרן. אבל לתירוץ השני המשנה שלנו לא סוברת תקנה זו כלל. וע' בחזו"א דדברי התוס' הרוב.

הכא לאו ברי עדיף כמש"כ התוס' שכאן הוא ברי שאינו חייב לכל הה'. ומה שהגמ' אומרת שמתני' דלא כר"ט הוא משום דכמו במשנתנו אף שמצות והשיב אינו מחייב לרדוף אחר הבעלים מ"מ כשנשבע מחויב להוציא ממון מת"י א"כ ה"ה הכא אף שמעיקר חיוב והשיב אינו מחויב לשלם לכל החמשה מ"מ כמו שצריך להוציא הוצאות כדי להגיע למדי כשנשבע כך מחויב להוציא ההוצאות כדי שיהיה בטוח ששילם לנגזל. והתשלום לכל החמשה הוא ממש כהוצאות כדי להגיע למדי.

ובסברת ר"ע כתבו התוס' דאפילו למ"ד לאו ברי עדיף הכא שאני שהרי מנה אחד הוא חייב בודאי. לכאורה כונת התוס' כמו שכתב בשיטמ"ק ב"מ דף לז: בד"ה וזה לשון שיטה, שנקט דכיון שבודאי חייב לאחד הוי כאיני יודע אם פרעתין. אך הרמב"ן שהובא שם בשיטמ"ק ד"ה א"ל אביי כתב דלא דמיא כלל לאיני יודע אם פרעתין והיינו משום דאף שבין כולם יש חיוב ודאי אבל כלפי כ"א הוי ספק חיוב לכן כתב הרמב"ן דטעמו של ר"ע הוא קנסא ולא רק לרשב"א דס"ל בסמוך שר"ע מיירי דוקא בגזילה אלא אפילו לת"ק דר"ע מחמיר גם בלקח מה' היינו נמי קנסא דהוי ליה למידק. אמנם מתוס' משמע דס"ל דלא הוי קנסא דא"כ מה הקשו מר"ע למ"ד לא ברי עדיף. וכן כתב החזו"א ב"ק ס' כ' סק"ח דמה שמבואר בגמ' בסמוך דדינו של ר"ע הוא קנס זה רק לרשב"א אבל לת"ק ר"ע מחייב מדינא.

אך צ"ע לפ"ז מה קושית הגמ' דמתני' דלא כר"ע דמה שר"ע מחייב לשלם לכל החמשה אפילו שלא נשבע הוא משום דבכה"ג חייב מדינא אבל ללכת למדי שהוא לא המקום שמשם גזל אינו חייב מדינא ובזה יודה ר"ע שאינו חייב אלא א"כ נשבע. נכל מה שכתבו תוס' דלר"ע חייב מדינא זה רק לה"א ולמסקנה דר"ע מיירי אפילו בלי נשבע אבל לפשט שר"ע מדבר דוקא בנשבע א"כ ר"ע ס"ל כמו שכתבו התוס' בדעת ר"ט.

הם לא רק לאוקימתא זו אלא גם למסקנה תלוי בב' תירוצי התוס' אם מה שצריך להוליך למדי לתנא דידן הוא דוקא כשלא מוצא ב"ד או אפילו כשיש ב"ד. והש"ך בס' שס"ז סק"ח כתב ע"פ התוס' דלא קי"ל כתקנת ראב"ז אבל החזו"א בסוף סק"ח כתב דרוב הראשונים ס"ל כתי' הראשון של תוס' שקי"ל כראב"ז. וכתב שזה גם שיטת רש"י דלפי תי' הראשון מיושב מה שהקשו התוס' על רש"י למה מתני' דלא כר"ט הא לר"ט מניח בב"ד וגם מתני' סברה שמניח בב"ד לפרש"י אבל למש"כ כאן התוס' ניהא דר"ט ס"ל מניח בב"ד אפילו בגזול אחד מה' שאין תועלת מלהניח וא"כ ה"ה דס"ל שאם הוצאה עד ב"ד יתירה על הקרן יכול להניח בידו ולכן ר"ט דלא כמתני' אע"ג דגם מתני' ס"ל כתקנת ראב"ז.

לשוננו של ראב"ז הוא שתקנו שישלם קרן וחומש לב"ד ומביא אשמו. וצ"ב למה נזכר כאן חומש הרי תקנה זו היא במקום הולכה למדי וחייב הולכה למדי הוא על הקרן ולא על החומש. וחומש אינו מעכב האשם וביותר קשה על לשון הרמב"ם שכתב בפ"ז מגזילה ה"י וז"ל ואם הביא את הגזילה ואת החומש לב"ד שבעירו ה"ז מביא אשמו ומתכפר עכ"ל משמע שאפילו בדיעבד אם הביא הקרן ולא החומש אינו יכול להקריב האשם. וצ"ל שלמד הרמב"ם מלשוננו של ראב"ז דאע"ג דאם מוליך הקרן למדי ומקיים עיקר הדין יכול להקריב האשם לפני תשלום החומש מ"מ כשבאו חכמים ועקרו דבר מן התורה והקילו שיביא לב"ד התירו להביא האשם על סמך תקנתם רק אחר שמביא לב"ד גם קרן וגם חומש.

מכדי היכא דאשתבע לא סגיא

דלא הודעה. הא דפשיטא לגמ' דבלי הודאה אין חיוב חומש ואשם אינו מוסכם דבסוגיא בב"מ דף ג: מבואר דר"מ ס"ל דאם פיו מחייב חומש ואשם עדים כ"ש וכל סוגיות הגמ' דבעינן הודאה הם דלא כר"מ כ"כ התוס' שם

בב"מ. ולא ניהא לגמ' להעמיד מתני' דידן כר"מ ומיירי בלי הודאה. אך אכתי קשה דאמנם בעינן הודאה מ"מ משכחת חיוב חומש גם בלי בא לצי"ש כגון שבאו עדים שנשבע והודה וכעת הוא כופר שלא נשבע ולא הודה ובכה"ג מסתבר שהעדים מחייבים אותו חומש דלדבריהם נתחייב ממון בהודאתו. וחומשה ממונא כמבואר לקמן ק"ד: דיוורשים משלמים חומש כשהאב נשבע והודה ומת אף שלא שיק ענין כפרה אחר מיתה מ"מ חל חיוב ממון ונשתעבדו הנכסים וה"ה שלכאורה עדים יחייבו חומש אף שכעת הוא כופר ואינו בא לצי"ש.

אמנם עיין באו"ש פ"ז מגזילה ה"ח שכתב לישב הסוגיא דב"מ הנ"ל שלא תסתור שאר הסוגיות דפשיטא להו דבלי הודאה לכו"ע אין חומש ואשם דאין כונת הגמ' בב"מ דלר"מ עדים מחייבים חומש בלי הודאה אלא כי היכי דלר"מ עדים שהעידו שאכל חלב מחייבים אותו חטאת, הכא נמי עדים שמעידים שנשבע והודה, שהם תנאי החיוב חומש, והשבועה וההודאה לענין חומש הם כאכילת חלב לענין חטאת, בכה"ג עדים מחייבים לר"מ. אבל עדים שמעידים שנשבע לשקר ולא מעידים על הודאה גם לר"מ לא יחייבו חומש. ומבואר באו"ש דלרבנן דפליגי אר"מ אפילו בכה"ג אין העדים מחייבים חומש. ולדבריו א"ש סוגין דלא רצו להעמיד כר"מ ולרבנן אין שום אופן לחייבו חומש אא"כ כעת הוא מודה ובא לצי"ש. אך עיין באבי עזרי פ"ז מגזילה שתמה על דברי האו"ש דכיון דקי"ל חומשה ממונא א"כ כשהודה חל חיוב ממון גמור ואין שום סברא שעדים לא יחייבו חיוב זה גם לרבנן. ואף שמסברא נראין דברי האבי עזרי מ"מ מסוגין יש לכאורה סיוע לדברי האו"ש. דלדברי האבי עזרי הוי מצי לשנויי שאינו בא לצי"ש ועדים חייבו חומש כגון שהעידו שנשבע והודה. [נועד יש להעיר למה צריך פסוק בב"מ נד: ללמוד שאם כפר בחיוב חומש ונשבע

הערות הגזול עצים דף קג: – קד. וציונים קנז

חייב אפילו בבא לצי"ש כיון דאודי זה דוקא בלא נשבע אבל בנשבע כמו שלר"ע חוזר להיות כמו גזל אחד מה' שחייב מדינא ללכת למדי כך לר"ט בנשבע חייב ללכת למדי בבא לצי"ש א"כ יכול המשנה להיות כר"ט וכוונת המשנה שצריך ללכת למדי בבא לצי"ש ובל"ה מתני' מיירי שבא לצי"ש דע"כ מיירי בהודה.

כיון דידע למאן קגזליה ואודי ליה וכו' כמאן דאמר יהיו לי בידך. שיטת תוס' דמיירי שהודה שלא בפניו אבל הודה בפניו הוי כפרעון ממש ואפילו נשבע אינו צריך ללכת למדי. והקצות בס' שס"ז סק"ג לומד שהרמב"ם חולק וס"ל דנשבע אפילו הודה בפניו לא מהני לפטור מללכת למדי ובזה מבאר הקצות את דברי הרמב"ם שכתב בהל' ט' שמה שבנשבע צריך ללכת למדי הוא משום דנתיאשו הבעלים ותמה הש"ך למה כתב הרמב"ם טעם חדש שלא נזכר בגמ'. ותי' הקצות שבודאי עיקר הטעם הוא משום דבעי כפרה אבל משמע לרמב"ם שחייב בנשבע אפילו הודה בפניו ובזה קשיא ליה אמאי לא יחשב כפקדון כשהודה בפניו ותי' ע"ז הרמב"ם דכיון שנשבע נתיאשו הבעלים ולא סומכים על הודאתו לכן אין זה נעשה כפקדון ע"י הודאתו וממילא כיון דבעי כפרה צריך ללכת למדי. והיכא דלא נשבע אם כדי ליפטר מהולכה למדי צריך להודיע לנגזל או סגי במה שדעתו להחזיר כשיבאו נחלקו הפוסקים עי' ש"ך ס' שס"ז סק"ג וקצה"ח שם סק"א. וע' חזו"א שכתב שאפילו הראשונים שכתבו שצריך להודיע אין זה אלא מדין השבת אבידה.

בהא דנחלקו רש"י ותוס' אם מה דאודי ליה פוטר מללכת למדי הוא דוקא לענין החיוב לצי"ש דר"ט או גם בחיוב מדינא לר"ע כתב בחי' הג"ר מאיר שמחה זצ"ל דתלוי במחלוקת הרמב"ן ובעה"מ בריש שור שנגח דו"ה אם הנגזל יכול להקדיש כשהגזול מודה ורוצה להחזיר הגזילה דתוס' ס"ל כבעה"מ דיכול

והודה שמשלם חומש על חומש הא לדברי האבי עזרי פשיטא מאי שנא מכל כפירת ממון וע"ש בתוד"ה ד"ה מוסיף שכתבו אפילו למ"ד דבעינן יחוד כלי מ"מ ס"ד שלא יתחייב חומש על חומש דס"ד כיון שבא מתורת חומש אין מוסיף עליה חומש אחר. הרי מבואר דאף דחומשה ממוןא מ"מ שמו עליו וצ"ע]. ואולי י"ל דאע"ג דחומשה ממוןא ועדים שיעידו שנשבע והודה יחייבו חומש מ"מ חיוב הולכת הקרן למדי אינו חיוב ממוני אלא שצריך להתכפר וחיוב זה עדים לא יוכלו לחייב לרבנן דר"מ אפילו אם יעידו שנשבע והודה ולענין זה יודה האבי עזרי לאו"ש א"כ א"ש דבמתני' קתני יוליכנו אחריו למדי וע"כ מיירי בבא לצי"ש.

דף קד.

רש"י ד"ה אלא אמר רבא. מתני' דברי הכל היא ולא דמיא לאין יודע דהתם בין נשבע בין לא נשבע הוא דפליגי. לולא דברי רש"י לכאורה הפשט הפשוט בגמ' שלמסקנה הגמ' נשארתי שחולקים דוקא בלי שבועה אבל בשבועה לכו"ע משלם לכל החמשה ומה שהיה קשה דלר"ע אפילו בלי נשבע צריך ללכת למדי כמו שמשלם לכל הה' וכן לר"ט כמו שחייב לשלם לכל הה' בבא לצי"ש כך יתחייב ללכת למדי כדי לצאת ידי שמים ע"ז הגמ' מתרצת דהכא שאני כיון דאודי וכו'. אבל למה דפרש"י שגם בנשבע פליגי ור"ט ס"ל שאפילו בנשבע אינו משלם לכל הה' א"כ כ"ש לענין להוליד למדי שלא יתחייב אפילו בנשבע ואיך תיקום מתני' כר"ט. וזה הסיבה שלכתחילה הגמ' אמרה מתני' דלא כר"ט ומה השתנה במסקנה. וצ"ל דמה שהיה קשה בתחילת הסוגיא אי ר"ט אפילו נשבע נמי זה רק לפני שידענו שבבא לצי"ש מודה ר"ט דחייב אבל עכשיו שהגמ' הביאה את הברייתא שמודה ר"ט בבא לצי"ש שמשלם לכל הה' ואע"פ שללכת למדי אינו

דאינו ברשות הבעלים ה"ה דלא הוי ברשות הבעלים לענין לפוטרו מללכת למדי.

תוד"ה אמר רבא, מה לי נתן ביד ב"ד. ע' מה שכתב המהרש"א ובמה שכתב על דבריו החזו"א ב"ק ס' כ' סק"ח.

שליח שעשאו בעדים. יש לעיין בסברת ר"ח דס"ל דהוי שליח ויצא מאחריות הלוח משום דלהכי טרחי ואוקמיה בעדים דליקו ברשותיה. דמבואר במשנה בב"מ צח: דאם אמר השואל למשאל שלח הוי באחריות השואל מיד כשהגיע ליד השליח. ונחלקו הראשונים שם בטעמא דמלתא. וג' טעמים נאמרו בזה. א. השיטמ"ק כתב שם בשם הראב"ד דכיון דגילה דעתו דניחא ליה השליח זוכה לו מדין זכין ואע"ג דהוי חוב, חבין לאדם שלא בפניו מדעתו ע"ש. ב. עוד כתב שם הראב"ד דבאמירת שלח כלול שהשואל ממנה שליח את כל מי שהמשאל ישלח על ידו. ולפי ב' פשטים אלו קבלת השליח הוי כקבלת השואל מדין שלוחו של אדם כמותו או מדין זכין שהוא ג"כ מדין שליחות. ג. הר"ן שם בשיטמ"ק וכן הנ"י כתבו דהוי כאומר תן מנה לפלוני ואתחייב לך דחייב מדין ערב והכא נמי נחשב שקיבל השואל ומתחייב באונסין מדין ערב. [צ"ע איך אפשר לפרש שלח מדין שליחות הא רבה ס"ל דשליח שעשאו בעדים לא הוי שליח ואיך שלח יחשב שעשה את שלוחו של המשאל לשלוחו יותר מאשר אם בעצמו מינה שליח לקבל מהמשאל שלא מהני לרבה. ועיין בר"ן הנ"ל שהקשה כן ולכן פירש מדין ערב אבל לראב"ד צ"ע. ועו"ק דאפילו לר"ח דמהני שליחות היינו דוקא בשליח שעשאו בעדים וצ"ל דלדעת הראב"ד בעינן נמי אמירת שלח בפני עדים והפוסקים נחלקו בזה ע' לקמן] והכא בסוגין לגבי מלוה ולוה דג"כ מהני שלח לכו"ע כמבואר בתוד"ה שליח תלוי בפשטים הנ"ל. [אמנם לענין פרעון חוב מדין ערב יהיה תלוי במה שדנים האחרונים בגדר דין

להקדיש דנעשה ע"י הודאתו כפקדון ממש ולכן אפילו לר"ע חשיב כפקדון ונפטר מללכת למדי [כשלא נשבע]. ורש"י ס"ל דלא הוי כפקדון ורק לענין חיוב לצי"ש שתלוי בגזול, לגביו כיון שיודע שעתיד לשלם הוי כפקדון ע"ש. ודבריו צ"ב דלכאורה לא נחלקו הרמב"ן ובעה"מ במצב של הגזילה אחרי הודאת הגזול דלכו"ע החפץ הוא בשליטת הבעלים ועדין יש לגזול קניני גזילה וחיוב אונסין וכל מחלוקתם הוא רק אם בכה"ג יכולים הבעלים להקדיש או לא. דהיינו אם הקניני גזילה הם סיבה למנוע את הקדשם של הבעלים או לא אבל לענין אם נחשב השבה לפוטרו מללכת למדי לכאנ"ל לא תלוי במחלוקת זו. והיה נראה שהאו"ש למד במחלוקת הרמב"ן ובעה"מ אחרת ממה שרגילים ללמוד דכו"ע מודו דקניני גזילה הם סיבה למנוע את ההקדש אלא דבעה"מ ס"ל שע"י הודאה נעשה כפקדון ממש ופקע קניניו והרמב"ן חולק וס"ל דעדיין נשאר לגזול קניני גזילה ולכן כתב דלבעה"מ נפטר מללכת למדי דהוי פקדון ממש ולרמב"ן אכתי הוי גזל לכן צריך ללכת למדי לר"ע. אך א"א לפרש כן דא"כ יהיה הדין לבעה"מ דע"י ההודאה נפטר הגזול מחיוב אונסין ומהגמ' לקמן דף קה: מוכח בהדיא דגזולן שמודה ומוכן להחזיר עדין מחויב באונסין כמו שנבאר שם בס"ד. ועכצ"ל שלכו"ע נשאר לגזול קניני גזילה וחיוב אונסין עד שיחזיר לבעלים והמחלוקת היא כמו שלומדים פשוט אם קניני גזילה הוא סיבה למנוע את הקדשת הבעלים ומה שתלה האו"ש מחלוקת רש"י ותוס' במחלוקת הרמב"ן ובעה"מ הוא משום שהמחלוקת לגבי הקדש הוא אם כה"ג שהממון הוא בשליטת הבעלים נחשב ברשותם או שהקניני גזילה מחשיבים את זה לאינו ברשותם. וההשבה דבעינן כדי לפטור את הגזול מהולכה למדי הוא השבה לרשות הבעלים. ולדעת הבעה"מ שבמצב כזה נחשב הממון ברשות הבעלים א"כ נפטר מללכת למדי ולדעת הרמב"ן שאינו יכול להקדיש משום

הערות

הגזול עצים דף קד.

וציונים

קנט

ערב. דהמחנ"א בדיני רבית סי' י"א והקו"ש בקידושין ז'. כתבו דיש ראשונים דס"ל דדין ערב הוי דחשיב כאילו הערב קיבל הממון כיון שהוציא על פיו ויש ראשונים דס"ל דלא נחשב שקיבל הממון עצמו אלא שמתחייב בההיא הנאה שנתן לחברו על פיו. ואף דההנאה היא פחות מהממון שנתן כדי להתחייב סגי בהנאה פרוטה. אמנם כדי שפרעון של מנה לאחר יחשב כאילו שפרע למלוה מנה זה רק אי דין ערב הוא דהוי כאילו קיבל הערב אבל אם זה מדין הנאה יהיה הפרעון רק לפי ערך ההנאה].

והא דנחלקו בסוגין בשליח שעשאו בעדים כתבו התוס' דמיירי שלא אמר שלח. ובזה יש להסתפק בסברת ר"ח. אם מה שטרח לעשות שליח בעדים גורם שמפרשים כונתו לעשות שליח קבלה שיהיה כמותו ויחשב כקבלת המלוה מדין שלוחו של אדם כמותו או אולי אינו מדין שליחות אלא כיון דטרח ושלח שליח בעדים מוכח שרצונו שהלוח ישלח על ידו והוי כאומר שלח ושלח לדעת הר"ן הוא מדין ערב וה"ה כאן יהיה מדין ערב ולא מדין שליחות. ולכאורה נראה דנחלקו בזה הראשונים. דהרי"ף כתב דאפילו להלכה ששליח שעשאו בעדים הוי שליח היינו רק לענין שיצא מאחריות הלוח אבל אם אינו רוצה לשלוח על ידו אינו מחויב. ונחלקו הראשונים בטעם הדבר ועיין בטור בס' קכ"ב שהביא ב' טעמים. א. שיטת הרא"ש שיכול לעכב התשלום מחשש שיבטל המלוה את השליח לפני נתינת הלוח לשליח ואז ישאר באחריות הלוח. ב. דחיישין שמא ימות המלוה לפני קבלת השליח. טעם זה כתב המרדכי בפ' מרובה והביאו הגאון ס' קכ"ב סק"ד. ועוד כתב הטור שם דבעל העיטור חולק על הרא"ש וס"ל דאפילו ביטל המלוה השליח כיון שלא הודיע ללוח יצא הממון מאחריות הלוח דמאי הוי ליה למעבד. וכתב הב"י דבעל העיטור חולק רק בביטל המלוה השליח אבל במת המלוה בודאי נשאר הכסף באחריות הלוח אף שלא ידע. והמרדכי שכתב חשש מיתה ולא חשש לביטול

השליח ס"ל כשיטת בעל העיטור. והרא"ש שכתב חשש ביטול שליח כתב הגאון בסק"ח דס"ל כרמב"ן במלחמות בסוגין דלא חיישין למיתה ואין הלוח יכול לעכב פרעון מחשש מיתה והא דאמרינן דלמא שכיב ר' אבא היינו אולי יהיה ידוע שמת ונמצא שליח טרח שלא לצורך אבל אי לא ידעין לא חיישין. [ע' ש"ך סק"ד שכתב שאין כונת הרי"ף שיכול לעכב הפרעון אלא דוקא כשיש טענה שאינו חייב וצריך לדון בב"ד בזה יכול לאמר לשליח לאו בעל דברים ידידי את ואינו רוצה לדון עמו אבל אם מודה חייב לפרוע לשליח]. נמצא דנחלקו הראשונים בשליח שעשאו בעדים וביטל המלוה השליח אם נשאר באחריות הלוח או לא.

המחבר בס' קכ"ב השמיט סברת הרא"ש דפסק כבעל העיטור ורק במת משלח ס"ל דנשאר באחריות הלוח. והקשה שם הש"ך דהרמ"א כאן מודה דאם מת בטל השליחות והוי באחריות הלוח ובס' ש"מ כתב הרמ"א בסוף הסימן דאם אמר השואל שלח ומת השואל לפני שנתן המשאל לשלוחו הוי ספק אם בטל השליחות או לא. וכתב בזה הנתיבות בס' קכ"ב סק"ג דיש נ"מ בזה בין שלח לשליח שעשאו בעדים. דשליח הוא מדין שלוחו כמותו ובזה פשוט שאם מת המשלח בטל השליחות אבל בשלח מספקא ליה לרמ"א בס' ש"מ מפני שתלוי בראשונים הנ"ל בב"מ אם שלח הוא דין שליחות א"כ כשמבטל המשלח את השליחות או שמת המשלח בטל השליחות והוי באחריות הלוח אבל אם זה מדין ערב ביטול השליחות לא מהני כ"ז שלא הודיע ללוח דכיון שאמר ללוח לתת לשליח ונתן ע"פ ציווי הרי זה כאילו נתן למלוה כ"ז שלא אמר המלוה ללוח שלא יתן ומוסיף הנתיבות דאם זה מדין ערב אפילו מת המלוה אין הממון באחריות הלוח. וז"ל הנתיבות, וכן אפילו מת והוא לא ידע דהוי כנתחייב מעכשיו אם יוציא זה הממון על פיו עכ"ל. ודברי הנתיבות בזה מחודשים מאד דאם

אמר אדם תן מנה לפלוני ואני ערב ומת הערב ואח"כ נתן המלוה נתחייב הערב למפרע וגובים מנכסיו.

ע"פ דברי הנתיבות נראה דביאור מחלוקת בעל העיטור והרא"ש לגבי שליח שעשאו בעדים וביטל המלוה את השליח אי הוי באחריות הלזה או לא תלוי במה שהסתפקנו לעיל. דצריך להבין סברת בעה"ע מה בכך דמאי הוי ליה למעבד והוא אנוס ולא היה צריך לחשוש שיבטל המלוה את השליח מ"מ למעשה השליחות בטילה ולזה חייב באונסין. ונראה דאמנם הנתיבות נוקט בס' קב"ב סק"ג וכן בס' קכ"א סק"ד דשליח שעשאו בעדים הוא מדין שליחות ורק בשלח תלוי במחלוקת אם הוא שליחות או ערב אבל בדעת בעל העיטור נראה דס"ל שגם שליח שעשאו בעדים אינו מדין שלוחו של אדם כמותו וכמו ששליח שלא בעדים לא מהני מדין שליח קבלה כך בעדים נמי. ומעלת עדים הוא כלשון הגמ' כיון דטרח וכו' זה מראה שרצונו שישלח והוי כאמר שלח. ולסוברים ששלח הוא מדין ערב גם שליח שעשאו בעדים הוא מדין ערב ובזה ס"ל כסברת הנתיבות דלענין ערב בודאי לא מועיל חזרה שלא בפני חברו דכ"ז שלא הודיעו הרי השני הוציא מעות על פיו אמנם כ"ז לענין ביטול השליח אבל במת סובר בעל העיטור דאפילו שזה מדין ערב מ"מ במת לא מתחייב דהחויב חל משעת הוצאת המעות ובזה לא סובר בעל העיטור כסברת הנתיבות אלא כהפשטות שלענין מיתה לא מהני סברת ערב. והרא"ש חולק וס"ל דרק שלח הוא מדין ערב ושליח שעשאו בעדים הוא מדין שליחות ולכן אם ביטל השליח נשאר הכסף באחריות הלזה.

נמצא שמה שהסתפקנו בגדר שליח שעשאו בעדים הוא מחלוקת הרא"ש ובעל העיטור אם מהני ביטול השליח, ולכאורה היה נראה דבזה נחלקו הפוסקים בס' קכ"א. דבסעיף ב' כתב המחבר דשליח שעשאו בעדים היינו

שאמר לשליח אם יתנם לך הביאם לי. וכתב הש"ך בסק"י דהיש"ש פליג ע"ז וס"ל דלא מהני לשון הבאה אלא בעינן דוקא שיעשנו שליח בלשון קבלה לקבל בשבילו את המעות ולכאורה תלוי בהנ"ל דאם זה מדין שליחות בעינן דוקא לשון קבלה שקבלתו של השליח יחשב כקבלת המשלח. אבל אם כיון דטרח הוי כאומר שלח ומהני מדין ערב לא בעינן דוקא לשון קבלה. אמנם ברא"ש בסוגין מבואר דס"ל דמהני לשון הבאה כלשון השו"ע ומאידך מהא דס"ל שמהני ביטול השליח בשליח שעשאו בעדים מוכח דס"ל דהוי מדין שליחות ולא מדין ערב. וצ"ל דהרא"ש ס"ל דאע"ג דהוי מדין שליחות מ"מ מהני לשון הבאה דכיון דטרח להעמיד עדים אמרינן שכוונתו שיהיה שליח קבלה אף שלא פירש כן.

הנתיבות בס' קכ"א סק"ד מבאר את מחלוקת הסמ"ע והש"ך אם אמירת שלח צריך בפני עדים או לא תלוי בהא דנחלקו הראשונים בב"מ אם שלח הוא מדין שליחות או מדין ערב וכתב דנ"מ בזה אם בעינן בר שליחות או לא [צ"ע מב"ב פז: גבי השולח קטן עם פונדיון דמבואר בתוס' דהוי כשלח והרי שם מיירי בקטן שאינו בר שליחות]. ולהנ"ל יהיה נ"מ זו גם בשליח שעשאו בעדים ולא רק בשלח דגם בזה יש צד שאינו מדין שליחות אלא מדין ערב.

תוד"ה שליח שעשאו כתבו דמוכח דבעינן שיאמר שלח דוקא בפניו דאל"כ מאי בעי לקמן לשמואל מאי תקנתא הל"ל שאמר שלח, ותוס' בב"מ צח: דחו ראיה זו דהגמ' רוצה לאמר שיש תקנתא שיועיל אפילו אם ימות המלוה לפני קבלת השליח ולזה בעינן דוקא שיקנה אגב קרקע, והא דתוס' כאן לא ס"ל דחיה זו הוא משום דס"ל דגם בשלח מהני אפילו מת המלוה לפני קבלת השליח. כן מבואר בביאור הגר"א בס' ש"מ סק"כ שכתב שמה שמסתפק הרמ"א בשלח ומת המלוה אם

הערות הגזול עצים דף קד. – קד: וציונים קסא

דלמא שכיב ר' אבא. שיטת הרמב"ן דלא חיישינן למיתה ואינו יכול לעכב בשביל חשש זה את הפרעון וכונת הגמ' שאולי עד שיחזור השליח יתפרסם שר' אבא מת ואז בודאי בטל השלחות. ולדעת החולקים דס"ל כפשטות הגמ' דחוששים למיתה כתב הסמ"ע בס' קכ"ב סק"ג דאע"ג דבשאר דוכתי מעמידים בחזקת חי הכא לענין ממון אם רוצה לחשוש משום הפסדו רשאי לחשוש ולא לפרוע אע"ג דבאיסורין התורה לא חששה. ובשם י"א כתב הסמ"ע דאם הוא זקן חיישינן וכונתו לדברי רש"י שכתב שר' אבא זקן היה והכונה כנ"ל דאע"ג דבאיסורין גם בזקן לא חיישינן מ"מ אם הלוה חושש להפסידו רשאי בזקן לחשוש ולא לפרוע. ומש"כ הקצה"ח בס' קכ"ב ע"פ התוס' בב"מ לט: דבמקום פסידא דיתמי חיישינן למיתה צ"ב איזה פסידא דיתמי איכא הכא.

ניקניהו ניהליה אגב קרקע. אע"ג דמבואר בב"ב דף קנ"ב שא"א להקנות מלוה אלא דוקא במתנת שכ"מ או מעמד שלשתן כתבו התוס' בב"ב עז: דתקנ"ח לענין הרשאה דמהני אגב. וע"ע בתוס' לעיל דף ע. וברשב"א ונ"י כאן.

תודה אגב. וההיא דפ' הזהב גבי היה עומד בגורן וכו'. תוס' בב"מ מו. הקשו קושיא זו ונשארו בקושיא. וביאור מחלוקת שני דיבורי התוס' נאמרו ב' דרכים. הקצה"ח בס' קצ"ד סק"ד למד מהתוס' בב"מ דהא דמבואר בב"ב קמ"ט דיש קנין אודיתא אין זה כהבנת ה"ט"ז בהל' רבית שהוא רק הודאת בע"ד ולא משתנה הבעלות כלפי שמיא אלא זה תקנ"ח שע"י הודאתו נעשה קנין ומדרבנן זה מעשה קנין כמשיכה והגבהה. ולכן הקשו התוס' שיועיל גם לענין איסורא לפטור מחומש. ומה שתוס' דידן ס"ל שלא מהני אודיתא לפטור מחומש אין זה מפני שחולק בגדר קנין אודיתא אלא דס"ל שקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא ובזה נחלקו שני התוס' וזה ממחלוקת ר' ירוחם והב"י שהובא באב"מ ס' כ"ח סקל"ג יעו"ש

הוי באחריות הלוה או לא הוא מחלוקת תוס' דידן ותוס' בב"מ צח: דתוס' שם כתבו בפ"י שלא מהני שלח במת אבל תוס' כאן ס"ל ששלח מהני אפילו מת מלוה ושפיר הוי מצי לשנויי דאיכא תקנתא לשמואל לאמר שלח ומדלא אמרו תקנה זו ש"מ ששלח לא מהני שלא בפניו. ולמה שנתבאר למעלה בשם הנתיבות יוצא שמחלוקתם תלוי אי שלח הוי מדין ערב או מדין שליחות.

תוד"ה רבה. ע' ברע"א מה שהקשה על דברי התוס' וכן במה שהקשה על תוד"ה הכי וע' בזה בפנ"י.

דף קד:

אין משלחין מעות בדיוקני. ע' פרש"י. והרמב"ן במלחמות כתב דרש"י ס"ל שמייירי שלא כתב שלח כלל אלא רק נתן לשליח דיוקני שלו לראיה שהוא שלוחו וס"ל לשמואל שאף שיש עדים על הדיוקני מ"מ כיון שלא מעידים על מינוי השליחות לא הוי כשליח בעדים ור"י ס"ל דעדים על דיוקני הוי כשליח בעדים כיון שטרח. ולפ"ז אין החסרון של דיוקני משום חשש זיוף אלא אפילו מודה ששלח אין דינו כשליח בעדים. והרמב"ם בפ"א משלוחין ה"ח לומד שכתב שלח ואילו היה כותב שלח בכת"י היה מועיל דלא בעינן שלח בפניו והכא מייירי שמכחיש המלוה שאין זה דיוקני שלו אבל אם היה מודה היה דינו כשלח. ולדבריו החסרון של דיוקני הוא שיכול להזדייף. וזה גם שיטת התוס' בתי' הראשון ולכן הקשו מגיטין דשם חזינן דהוי כחתימה. ובתי' שני ס"ל דשלח בעינן דוקא בפניו והכא לר"י הוי כשליח שעשאו בעדים ושמואל ס"ל כרבה דשליח שעשאו בעדים לא הוי שליח. ומה שכתבו בד"ה ור' יוחנן דשמואל ס"ל כרבה הוא לפירוש שני בתוד"ה אין, וכמו שכתב המהרש"א על תחילת דברי התוד"ה אין יעו"ש.

ב' דרכים אלו בביאור מחלוקת תוס' דידן ותוס' בב"מ כתבם רע"א בחי' רע"א על ב"ק דף י"ב. שמספקא ליה בכונת התוס' אם כוונתם דלא מהני לענין חומש מפני שאודיתא אינו קנין או מפני שקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא ומדייק רע"א דתחילת לשון תירוצם משמע משום דקנין דרבנן לא מהני וסוף לשונם משמע דאינו קנין כלל. וע"ע ברע"א תשובה רכ"א אות ו' ורכ"ב אות כ"א.

הקצות הנ"ל כתב לישב את קושית התוס' על הגמ' בב"ב מד: דהא דמהני הודאתו שיש לו קרקע כדי להקנות באגב, על הצד שאין לו קרקע אין זה קנין אגב אלא קנין אודיתא [אלא בעינן שיודה שהקנה בקנין המועיל וכאן מודה שהקנה באגב] וכדי לשעבד מטלטלין בעינן דוקא קנין אגב וקנין אחר לא מהני דעשה שורו אפותקי ומכרו אין בע"ח גובה ממנו. ואודיתא של אגב אינו קנין אגב ולא מהני לשעבד מטלטלין. ואין הדברים ברורים לי דאמנם הקצות סובר שאודיתא הוא מעשה קנין אבל בודאי יש בזה גם הודאה ואם בשעת הלואה הוא מודה בפני עדים שיש לו קרקע ומשעבד מטלטליו אגב קרקע ואח"כ מכר מטלטליו בודאי יגבו הבע"ח מהלקוחות ומה בכך דמצד הקנין שבאודיתא לא מהני מ"מ ת"ל מצד ההודאה שבוזה. וכמו שלרע"א בפשט השני תוס' ס"ל דאינו קנין ואעפ"כ הקשו מב"ב מד: שיודה ויועיל מדין הודאה ולענין זה לא הועיל הקצות בתירוצו.

רע"א בב"מ מז. וכן הקצה"ח בס' מ' ומהרש"א בגטין יג: נקטו דקנין אודיתא בלי עדים לא מהני דהקנין מיוסד על הראיה שבו. וכתבו רע"א והקצות לישב בזה את קושית התוס' מהיה עומד בגורן דהתוס' בב"ב דף מ. הוכיחו מהיה עומד בגורן דקנין חליפין לא צריך עדים דא"כ מה קושית הגמ' שיקנה בחליפין אולי לא היו עדים. וא"כ על קושיתם כאן שיקנה באודיתא י"ל דמיירי שלא היו עדים

ולפ"ז מוכח דתוס' דידן ס"ל דאגב הוא דאורייתא דבגמ' בב"מ מבואר דאגב מועיל לפטור מחומש וא"כ דברי התוס' כאן סותרים לדבריהם לעיל י"ב. שכתבו דאגב דרבנן. והקה"י בגליון הקצות הנ"ל כתב דברשב"א בתשובה מבואר דאודיתא אינו מדרכי ההקנאה אלא מדין הודאה ודלא כהקצה"ח וכתב דא"כ י"ל שגם תוס' דידן ס"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא אלא תירוצם הוא דאודיתא אינו קנין כלל ובוזה נחלקו על תוס' בב"מ, ולפ"ז יתכן שגם תוס' דידן ס"ל שאגב אינו אלא דרבנן.

ומה שמביא הקה"י מהרשב"א בתשובה מבואר כן בהדיא גם בחי' הרשב"א בקידושין דף כו: במעשה במרוני אחד שביקש להקנות מטלטליו ואמרו לו אין לו תקנה עד שיקנם ע"ג קרקע והקשה הרשב"א אמאי לא הקנה באודיתא ותירץ וז"ל שאלו נכסים ידועים לו ובא לישאל באיזה קניה יכול להקנותם והודאה לא מדרך הקנאה היא עכ"ל. אמנם לכאורה א"א לפרש כפשוטו דהוי הודאת בע"ד בלבד ולא משתנה כלום ע"י הודאתו דא"כ איך רב מרי החזיק במעות הרי הוא ידע האמת שהיו המעות של איסור וא"כ זכה בהם רבא ולא מסתבר לאמר דכוון שהיה הודאה ממילא רבא לא כיוון לזכות. אלא נר' דכונת הרשב"א כמו שלומד החזו"א ב"ק ס' י"ח סק"ו דאף שאודיתא אינו מעשה קנין מ"מ דין הממון נקבע לפי מה שנתברר לב"ד וא"כ אין זה גזל אפילו למי שיודע האמת והנ"מ בין החזו"א לקצות היא דלקצה"ח זה מעשה קנין ואפשר לאמר למי שבא לישאל איך להקנות נכסים הידועים שיקנם באודיתא ומהני רק על דבר שברשותו ככל הקנינים אבל לחזו"א אין זה מעשה קנין ומהני גם על דבר שאינו ברשותו כמו שמביא החזו"א בשם הרמ"ה ומי שבא לישאל איך להקנות נכסיו לא שייך לאמר לו שיקנם באודיתא אא"כ בא ומודה בעצמו כמו שכתב הרשב"א.

הערות

הגזול עצים דף קד:

וציונים

קסג

לכן לא מהני אודיתא. אמנם הנתיבות בס' מ' כתב על דברי הקצות שלא ידע איך מלאו ליכו לחלוק על התוס' דמוכח מקושית התוס' דס"ל דאודיתא לא בעיא עדים לקיום הדבר.

במה שכתבו התוס' בב"ב שיכול להקנות אגב ד' אמות בא"י ע' ברמב"ם פ"ג משלוחין ה"ז.

אלמא חומשא ממונא. פרש"י דהראיה מזה שהיה ה"א שצריך ללכת למדי. ובשיטמ"ק בשם הרא"ש והראב"ד פירשו דמזה שמבואר במשנה דמהני מחילה על חומש מוכח דהוי ממון דעל כפרה לא מהני מחילה. יסוד זה דעל כפרה לא מהני מחילה כתבו התוס' לעיל מ"ג. בד"ה מאי לענין כופר וכן בכתובות דף ל: ובפסחים כט. הוכיחו דתשלומי תרומה הוי כפרה מדתנן פ"ו דתרומות מ"א דאין הכהן יכול למחול על תשלומי תרומה. ומדברי רש"י דלא פירש כן מוכח דס"ל דמהני מחילה על כפרה כשיטת הר"ש בפ"ו דתרומות מ"א שכתב טעם אחר להא דלא מהני מחילת הכהן בתשלומי תרומה משום דהקפידה תורה על דבר הראוי להיות קודש. אבל לולא זה אע"ג דהוי כפרה סובר הר"ש דמהני מחילה. סברת הראשונים דס"ל דלא מהני מחילה בכפרה ע' קו"ש ריש ב"ב דסיבת החיוב אינו מצד תביעת התובע אלא מצד הנתבע שהוא צריך כפרה ממילא לא שייך בזה מחילה וסברת הר"ש דמהני מחילה כתב שם הקו"ש דהוי כשילם וחזר ולקחו והפוכי מטרתא למה לי. ובזה מבאר הא דבתשלומי תרומה לא מהני מחילה דהמחילה והריני כמי שנתקבלתי יכול לחשב כפרעון אבל אין בזה את המעלה של דבר הראוי להיות קודש דבעינן שיחול ע"ז קדושת תרומה.

אמנם המשך דברי הר"ש שם צ"ב דכתב דאין לאמר דהא דלא מהני מחילה בתשלומי תרומה הוא משום דבכפרה לא מהני מחילה

שמבואר בב"ק דבחומש מהני מחילה אע"ג דהוי כפרה. ודבריו תמוהים דעל משנה זו אומרת הגמ' אלמא חומשא ממונא. ולא מיבעיא לראשונים שלומדים שראית הגמ' מדמהני מחילה א"כ דברי הר"ש הם ממש הפך דברי הגמ' אלא אפילו לרש"י דראית הגמ' אינה מזה דמהני מחילה מ"מ הרי מבואר בגמ' דחומש הוא ממון ולא כפרה ואיך מוכיח הר"ש מזה דמהני מחילה בכפרה. וכבר עמד בזה בקו"ש פסחים אות קל"ג. נומה דרצה שם לדחות ראית הר"ש דבעצם לא מהני מחילה על חומש אלא כיון שמחל הקרן ממילא בטל חיוב החומש דבריו בזה תמוהים דמפורש במשנה מחל את החומש ולא את הקרן הרי שיכול למחול על החומש לבדו בלי מחילת הקרן. ולכאורה נראה שכונת הר"ש דמאי דאמרינן בסוגין חומשא ממונא אין הכונה שאינו בא לכפרה דעיין לשון רש"י דף ס"ה. "חומש כפרה דשבועה הוא" ויותר מפורש כן בלשון הרמב"ם בפ"ז מגזילה ה"ח דהא דמשלם חומש רק כשהודה משום דחומש בא לכפרה. והא דאמרינן חומשא ממונא בא לאפוקי דלא נימא דהוי חיוב כפרה גרידא ואין חברו תובע ע"ז והוי כחטאת ואשם שהוא חיוב לשמים אלא מדאיצטריך למימר שא"צ ללכת למדי מוכח דבשביל הכפרה הטילה תורה עליו חוב ממון של חומש והוי חברו תובע ע"ז ויש ע"ז שיעבוד נכסים ולכן מת ישלמו יורשיו אף דענין הכפרה לא שייך לאחר מיתת מ"מ חל עליו חוב ממון. ומה דקשיא לר"ש הוא דאמנם יש בזה גם חוב ממון מ"מ כיון שעיקרו כפרה אי נימא דעל כפרה לא מהני מחילה משום שיש סיבת חיוב מצד כפרת הנתבע שאינו תוצאה מתביעת התובע א"כ בחומש לא יועיל מחילה אף דהוי נמי ממון מ"מ הא בעי כפרה א"כ שיתחייב בגלל כפרה אלא מוכח דמחילה הוי כפרעון ומהני גם לענין כפרה. זהו ראית הר"ש. וראית הגמ' דחומשא ממונא ילמד הר"ש כרש"י ולא כרא"ש והראב"ד.

ובדעת תוס' דס"ל בכמה מקומות שלא מהני מחילה על כפרה וכן בדעת הרא"ש והראב"ד דס"ל שראית הגמ' דהוי ממון הוא מהא דמהני מחילה לכאורה מוכח דס"ל דחומשא ממונא היינו שהוא ממון ממש ולא כפרה כלל דלא כרש"י והרמב"ם הנ"ל. ואולי י"ל דמודים לרמב"ם ורש"י שעיקרו כפרה אבל ס"ל דכיון שלצורך הכפרה הטילה תורה חוב ממון כפרתו אינה מחייבת יותר מפרעון חוב ממון ואם חוב ממון זה נמחל אינו חייב יותר. משא"כ בתשלומי תרומה דהוי כפרה גרידא בזה לא מהני מחילה. או י"ל בנוסח אחר דגם בכפרה שייך מחילה משום דהוי כפרעון אבל זה רק במקום דאיכא חוב ממון א"כ התובע הוא בעלים למחול ומחילתו הוי כפרעון ומהני גס לכפרה אבל בתשלומי תרומה דהוי כפרה בלי חוב ממון אין הכהן בעלים למחול דאין לו שום תביעה ממילא אין מחילתו כפרעון.

יורשים משלמים קרן וחומש ופטורים מן האשם. פשוט דאין חיוב על היורשים ללכת למדי דאם חיוב הולכה למדי היא משום דבעי כפרה כאן לא שייך כפרה אחר מיתה ואפילו נימא דחל חיוב ממוני בקרן ללכת למדי דכמו שחומשה ממונא כך חיוב הולכת הקרן למדי היא חוב ממוני מ"מ על הבנים בודאי אין חיוב זה שהרי אין עליהם שום חיוב הגוף דהם לא גזלו ולא נשבעו וכל חיובם הוא או משום דגזילה קיימת או משום שיעבוד נכסים וכיון שאין על הבן שיעבוד הגוף פשוט שאינו חייב ללכת למדי. והא דלא הקשו על חיוב חומש של הבנים דמע"פ אינו גובה מן היורשים ע' שיטמ"ק בשם הרא"ש דחומש הוי מלוה הכתובה בתורה ולכו"ע גובה מן היורשים משא"כ קרן דגזילה לא הוי מלוה הכתובה בתורה.

יש תלמוד קאמר מר או ישתלמו קאמר מר. תוס' הקשו לצד שיש תלמוד למה צריך

פטוק לחייב קרן הרי הגמ' מעמידה בעמד בדין ואיכא אחריות נכסים ובכה"ג כל חוב גובים מן היורשים, ועוד הקשה הרשב"א מה קושית הגמ' אי לא הודה קרן נמי לא משלם אולי מייירי בלא הודה ובאו עדים לכן חייב קרן. ותי' הרשב"א דאי מייירי בבאו עדים פשיטא שהבן פטור מחומש הא בכה"ג גם אביו היה פטור. אך אין דברי הרשב"א פשוטים דגם כשהגמ' העמידה כשלא הודה האב ולא הבן קשיא א"ה אפילו אביו כה"ג פטור מחומש ובגמ' לא הקשו כן אלא הקשו א"ה אפילו קרן נמי וע"ז שפיר יכלו לתרץ דמייירי שבאו עדים. אלא כונת הרשב"א דאי הוי משני שבאו עדים היו מקשים א"ה אביו נמי. ועוד יש להעיר דמה נוגע הספק יש תלמוד או ישתלמו לקושית הגמ'. וכ"ז יתישב בפשיטות ע"פ חידוש שראיתי בר' פרץ בסוף הסוגיא דמבאר ה"א לחייב הבן חומש על גזל אביו כשנשבע האב והודה הבן דכיון שהבן כרעיה דאבוה ס"ד שהודאתו תחייבו כפרה על שבועת אביו. והקשה ר' פרץ למה לי קרא לחייב הבן קרן הא פשיטא דחייב קרן כקושית התוס' ותי' דקמ"ל קרא שצריך להוליד הקרן למדי. דהיינו כמו שהיה ה"א לחייב את הבן חומש בנשבע האב והודה הבן כך אליבא דאמת נתמעט רק חומש אבל חיוב קרן ידיה אינו מדין שיעבוד נכסים בלבד אלא איכא על הבן חיוב קרן דשבועת הפקדון וצריך ללכת למדי. [מה שכתבנו לעיל שפשוט שאינו צריך ללכת למדי זה בנשבע האב והודה האב אבל נשבע האב והודה הבן לר"פ צריך ללכת למדי]. לפ"ז אין מקום לקושית הרשב"א כלל דקושית הגמ' היא דרק חומש נתמעט ומשמע דקרן שלא נתמעט יש בו חיוב מדין שבועת הפקדון ואם לא הודה למה יש חיוב קרן של שבועת הפקדון וחייב ללכת למדי ואין לתרץ שלא הודה ובאו עדים דא"כ אין חיוב הולכה למדי על הקרן. ובזה מיושב למה הגמ' הביאה הספק של ישתלמו או יש תלמוד דהגמ' מוכיחה דע"כ מייירי בהודה מדנתמעט רק חומש וקרן חייב ולא רק דאין מיעוט על קרן אלא יש ריבוי

הערות

הגזול עצים דף קד:

וציונים

קסח

שקן כן חייבים ומדצריך ריבוי ע"כ ילפינן מקרא שיש עליו חיוב קרן דשבועת הפקדון וצריך ללכת למדי דאל"כ ל"ל קרא. וע"ז בנוי כל קושית הגמ' דאילו ישתלמו קאמר היה אפשר לפרש דהוי קרן רגיל ואז אפשר לאמר דמיירי בבאו עדים אבל עכשיו דיש תלמוד קאמר ע"כ לא מיירי בבאו עדים מדצריך להוליק הקרן למדי. ומבואר מדברי ר' פרץ דגם במקום שאין חיוב אשם כלל אעפ"כ יש דין הולכת הקרן למדי. אך כל דברי ר"פ שייכים רק באופן שנשבע האב והודה הבן דנתמעט מפסוק שאינו מוסיף חומש בזה איכא קרן דשבועת הפקדון אבל בנשבע הבן והודה הבן שפטור מחומש הוא משום דהוי שע"ק או שחשב שנשבע אמת בזה בודאי שפטור מכל פרשת שבועת הפקדון וגם את הקרן לא צריך להוליק למדי. אך לשונו של ר"פ משמע דקאי גם ע"ז וצ"ע.

ונחייב חומש אשבועה ידיה. מוכח מכאן דשבועת הפקדון אינו דוקא כשכופר חיוב הגוף או חיוב אחריות דהכא שגזילה בעין אין שום חיובים על הבן אלא רק שיש ברשותו ממון חברו ואעפ"כ חייב בזה משום שבועת הפקדון.

מלוא ע"פ אינו גובה מן היורשים.

כתבו התוס' דקושית הגמ' למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא ובברייתא משמע שגובה מן התורה [צ"ע לפ"ז לשון הגמ' מע"פ דאפילו אם היה מלוה בשטר אינו גובה מן התורה למ"ד של"ד]. ומוכח מדברי התוס' דלתירוץ הגמ' שעמד בדין גובה מן היורשים מן התורה וע' רע"א בתשובה קל"ב ד"ה אמנם שכתב שמתוס' דידן מוכח דמהני מן התורה. אך צריך להבין טעם הדבר. דהא דאחר העמדה בדין גובים ממשעבדי כתב רש"י בב"מ טו. דהוא משום דע"י העמדה בדין יש קול וזה רק סברא שיגבו מדרבנן אבל מן התורה אין נ"מ בין אם יש קול או שאין קול. ועיין ברי"ף ב"מ דף יז. על הא דאיתא התם דאחר העמדה בדין נאמן

הנתבע לטעון פרעתי והקשה הרי"ף הרי מבואר בדף טו. דאחר העמדה בדין גובים ממשעבדי וע"כ דהעמדה בדין נחשב כמלוה בשטר א"כ כמו שנחשב כמלוה בשטר לענין משעבדי כך יחשב כמלוה בשטר לענין שלא יהיה נאמן לטעון פרעתי. וכן הקשו ר"ח ור' אפרים בשיטמ"ק ב"מ טו. ודבריהם לכאורה אינם מובנים דאמנם הוי כמלוה בשטר לענין משעבדי משום דאיכא קול אבל אין זה סיבה שלא יהיה נאמן לטעון פרעתי וע' בשיטמ"ק ב"מ טו. בשם הר"ן שמתרץ כך את קושית הרי"ף ומוכח מדברי הרי"ף דס"ל דהעמדה בדין אינו רק ענין של קול. ותוס' בב"ב דף קע"ה: כתבו שמספקא לרבי אם העמדה הוא מצד קול או שגורם שיחשב התובע מוחזק בנכסי הנתבע וזה מה שגורם שיגבה ממשעבדי. ומסקנת התוס' שם דאינו דין מוחזק. אבל בדעת הרי"ף לכאורה צ"ל דס"ל כצד של תוס' דהוא דין מוחזק ולכן שפיר הקשה דכמו שהדין מוחזק גורם שיעבור כך צריך לגרום שלא יוכל לטעון פרעתי. ולפ"ז ניחא נמי תוס' דידן דהא דהעב"ד נותנת לתובע דין מוחזק זה סברא שמן התורה יגבה ממשעבדי. ושור"ר דברי הקצה"ח בס' קי"ט סק"א שמבאר על דרך זה בנוסח אחר יעו"ש.

אכתי צריך להבין מה שהרי"ף מדמה הא דבהעמדה בדין לא צריך להיות נאמן לטעון פרעתי להא דמלוה בשטר אינו נאמן לטעון פרעתי ואמנם כתבנו שיש סברא שבהעב"ד לא יוכל לטעון פרעתי משום דהוי כמוחזק בנכסי הלואה מ"מ אין זה נוגע להא דבשטר אינו נאמן לטעון פרעתי שהוא בגלל שטרך בידי מאי בעי. כן הקשה הקו"ש בב"ב אות תר"ג. וכתב להוכיח מזה דהא דאין נאמן לטעון פרעתי במלוה בשטר אינו מפני הראיה שלא לקח השטר וע"ש מה שמבאר לדעת הרי"ף גדר הדין של שטרך בידי. וע' לשון החזו"א אבה"ע ס' ע"ב סק"ז שכתב שהמלוה נחשב ע"י השטר כמוחזק בחוב לענין זה שאין הלואה נאמן לטעון

פרעתי. ולפ"ז שפיר מדמה הרי"ף מה שאינו נאמן לטעון פרעתי במלוה בשטר למה שקשה לו שלא יהיה נאמן לטעון פרעתי אחר העמב"ד.

רש"י ד"ה וכי איכא ע' מהרש"א שתמה על דברי רש"י ומה שהקשה רש"י על גרסת הגמ' ע' שיטמ"ק בשם תוס' שאנץ. וע' היטב בשיטמ"ק בשם הרמ"ה שנראה שהיה לו גירסא אחרת בגמ' דכתב שאם אין גזילה קיימת ואיכא אחריות נכסים ולא עמד בדין ונשבע והודה הבן חייב קרן וחומש אבל אם היה העמדה בדין אינו חייב חומש משום דהוי שע"ק. דהיינו שלגבות מהיורש גובים גם בלי העב"ד ואז לא הוי שע"ק כיון שאינו גובה מלקוחות אבל כשיש העב"ד גובה מלקוחות ואז הוי שיעבוד קרקעות ופטור הבן מחומש אשבועה דידיה. ולכאורה גרסתו בגמ' היתה דאחרי התי' דחייב קרן משום דאיכא אחריות נכסים הקשו א"ה אפילו חומש נמי וע"ז משני כשעמד בדין ולכן אין חומש.

לפי שאין משלמין חומש על כפירת שע"ק. הרא"ש [מובא בשיטמ"ק] כתב דלפ"ז קרא דממעט גזל אביו הוי אסמכתא בעלמא. והא דמשמע במרובה סז. דהוי דרשה גמורה כתב הרא"ש דקאי כרבא וקמ"ל קרא דפטורא דהאדם בשבועה הוא גם לענין חומש ולא רק על באשם. ומוכח מהרא"ש דס"ל דלרהבדר"י כל הדרשה של גזלו ולא גזל אביו הוא אסמכתא ואינו מובן דאמנם מה שהברייתא מביאה פסוק זה על נשבע הבן והודה הבן שבזה פטור משום שע"ק זה אסמכתא אבל הא דפטור כשנשבע האב והודה הבן זה לא בגלל שע"ק דפטור אפילו בגזילה קיימת ולענין זה הוי דרשה גמורה. וכן מבואר בחי' ר' פרץ וכך יוצא מפשטות הגמ'. אמנם בדעת הרמב"ם נתקשו האחרונים דבפ"ז מגזילה ה"ג מביא הרמב"ם את הפסוק אשר גזל על אופן שנשבע

הבן ובהל' ו' כתב שאם נשבע האב והודה הבן פטור הבן מחומש ולא הביא ע"ז את הדרשה דאשר גזל. וזה הפך מפשטות הסוגיא. כן הקשה המנ"ח במצ' קכ"ט. וע' מש"כ בזה בחי' הגר"ח פ"ח משבועות הי"ג ובאבי עזרי בסוף חלק משפטים במכתב להגרא"ז זצ"ל אות ה' ד"ה אמנם. וע"ע באבה"א פ"ז מגזילה ה"ג.

דף קה.

רש"י ד"ה לפי. כתב דהא דאין חומש על שע"ק הוא משום דאין נשבעין על הקרקעות וכן הוא ברש"י שבועות ל"ז: וע' מה שכתב בזה הרש"ש שם בשבועות וכן לעיל קג. ובאו"ש פ"ח מגזילה הי"ד.

לשמה תיקר לא חיישינן. ג' דרכים יש בזה בראשונים. א. שיטת הרשב"א דגם לא"ד אם יתיקר חייב להוליך למדי והוברר שקדם האשם לקרן והאשם פסול ומביא אשם אחר אלא דלא חיישינן שמא יתיקר. ב. שיטת הרא"ש דהא"ד ס"ל שכיון שבשעת הקרבת האשם לא היה מחויב בתשלום הקרן א"כ האשם קרב כדינו ואע"פ שאח"כ נתיקר וחייב לשלם הקרן אין זה פוסל את האשם ומבואר דכשנתיקר באמת חייב ללכת למדי [עכ"פ אם נתיקר לפני שהקריב האשם ולעיל בדף קג. הסתפקנו אם נתיקר אחר שקרב האשם שכבר היה לו כפרת האשם אם צריך ללכת למדי או לא]. ג. הטור בס' שס"ז כתב בשם ר"י דאפילו אם נתיקר אינו חייב להחזיר ומלשון הטור משמע דלא רק שאינו חייב ללכת למדי אלא אין והשיב כלל כיון שהיה בתחילה פמש"פ. וכ"כ הפרישה שם בסוף סק"ג ולא כמו שמשמע בלשון הב"י דפליגי לענין הולכה למדי. ושיטת הרמ"ה שהובא בטור שאם נתיקר חייב להחזיר היא כדעת הרא"ש והרשב"א שתרווייהו ס"ל שחייב להשיב ונחלקו אם נפסל האשם.

ובדעת תוס' שכתבו חייב להחזיר לו אחרת ואם לא משלם כשעת הגזילה לומד האו"ש שבאו בזה לאפוקי מרש"י דאין מצוה להחזיר האיסה"נ אלא חייב להחזיר כדי שלא יצטרך לשלם דמים כשעת הגזילה. ולרש"י אומר לו הש"ל בחמץ שעבר עליו הפסח זה חומרה שחייב להשיב ולתוס' זה קולא שיכול לפטור עצמו בזה מהחוב דמים אבל לא רמי עליו מצות והשיב על גוף החמץ. וע' בב"י בס' ש"ס שכתב שמרש"י משמע דמפרש דברי רבא לענין להוליך למדי והבין שכונת רש"י להוליך אחריו למדי אבל לדברי האו"ש אין הכרח דכונת רש"י על מדי אלא בא לאמר שיש מצוה בהשבת החמץ ולא רק עיצה ליפטר מדמים. ולשיטת תוס' מבאר האו"ש לשון הגמ' בתנא תונא טעמא דאיתא בעיניה וכו' ולמה צריך לזה הא מעצם הדין שאומר הש"ל יש ראייה לדברי רבא. ולתוס' ניחא דכל חידושו של רבא הוא שאם לא מחזיר האגודה צריך לשלם דמים. וראיתי בתוריד"ד כאן שעמד בזה ע"ש ולשיטת תוס' ניחא.

הקצה"ח בס' פ"ח סק"ד למד מדברי רבא דהגזול כלי פמש"פ שיש ראשונים דס"ל דכלי יש לו תורת ממון אפילו בפמש"פ ויש עליו חיוב והשיב אם אינו בעין חייב לשלם אף שזה פמש"פ והתשלום אינו כלי. דכמו שבדינו של רבא אע"ג דעכשיו אינו ש"פ נשאר חיוב כיון שבשעת גזילה היה פרוטה כך בזה אע"ג דעכשיו חיובו הוא פמש"פ מ"מ כיון שבשעת גזילה היה כלי וחל והשיב חייב לשלם דמיו ובכה"ג ב"ד נזקקין גם לפמש"פ. לכאורה נר' דדברי הקצות אינם מוכרחים כלל ואינו דומה לההיא דרבא. ולא מיבעיא לשיטת התוס' דבאמת אינו מחויב להשיב האגודה שהיא פמש"פ אלא דיש עליו חוב של פרוטה שחל בשעת גזילה ולזה ב"ד נזקקין אלא שאם ירצה יכול ליפטר מזה ע"י החזרת האגודה. א"כ בודאי אין מקור מכאן שב"ד נזקקין לפמש"פ כשבתחילה היה פרוטה. אלא אפילו לרש"י

ביאור מחלוקת ר"י ורמ"ה י"ל בב' אופנים דתרוייהו ס"ל דכל זמן שלא נתיקר פטור מהשבה כמו שכתבו התוד"ה אמר רבא דהגזול ה' פרוטות והחזיר ד' ומחצה פטור מוהשיב על החצי פרוטה ודינו כגזול חצי פרוטה שאינו חייב להשיב. ונחלקו כשמתיקר אם כן חייב וה"ה דפליגי בכל גונב פמש"פ ונתיקר אם חייב להשיב. ובשאלה זו נסתפק המנ"ח במצ' ק"ל וכתב שתלוי בשאלה אם הפטור בפמש"פ הוא משום מחילה או משום דאינו ממון דאם זה משום מחילה כיון שבשעת גזילה היה פמש"פ ונפטר לא יחזור החיוב אבל אם זה חסרון בשעור כשמתיקר חוזר והשיב א"כ י"ל דבזה פליגי ר"י והרמ"ה. אמנם דברי המנ"ח אינם מוכרחים דאפילו אם זה דין מחילה כתבו הרא"ש ותוס' שאנץ בשיטמ"ק כאן דכשמתיקר בטל המחילה דעל דעת כן לא מחל. וגם לצד שזה חסרון בשעור אינו מוכרח דאם יתיקר יהיה חייב דלפי מה שכתבו האחרונים דהיכא דפוקע חיוב והשיב זוכה הגזולן א"כ כבר זכה. וא"כ יתכן דבזה פליגי דר"י ס"ל כיון שנפטר זכה בגזילה וממילא גם אם מתיקר אינו חייב והרמ"ה ס"ל דאינו זוכה ולכן כשמתיקר חוזר החיוב למקומו. ואם דעת הב"י דפליגי רק לענין הולכה למדי ולכו"ע חייב בוהשיב יתכן שנחלקו במה שהסתפקנו בדף קג. אם אחר שהיה לו כפרת אשם עדין נשאר חיוב הולכת הקרן למדי כיון שכבר נתחייב בזה או שזה רק כדי שיתכפר ואחר שכבר היה לו כפרת אשם אינו צריך ללכת למדי. נמצא ג' דרכים בביאור מחלוקת ר"י והרמ"ה.

אמר רבא גזל ג' אגודות בג' פרוטות וכו'. כתב האו"ש בפ"ג מחמץ ה"ח שיש מחלוקת יסודית בין רש"י ותוס' בסוגיא זו בגזול פרוטה והזול או גזול חמץ ועבר עליו הפסח דרש"י כתב בד"ה חייב להחזיר לו, בעי לאהדוריה ולהוליכה אחריו. דהיינו שרש"י למד שיש מצות השבת הגזילה על פמש"פ או על איסה"נ כיון שבשעת גזילה היה פרוטה.

שיש מצות השבה על האגודה אף שהיא פמש"פ מ"מ כל מה שב"ד נזקקין לזה הוא משום דאם לא יחזיר הפמש"פ יש עליו חיוב פרוטה משא"כ בנידון של הקצות אף שהכלי היה לו דין ממון מ"מ בשעת גזילה לא חל חיוב דמים דדמיו הם פמש"פ אלא רק חיוב החזרת החפץ שיש לו דין ממון אבל כשאין הכלי בעין למה יהיו נזקקין לפמש"פ.

תוד"ה אמר רבא. כתבו דגול ג' פרוטות ושילם ב' ומחצה אינו חייב להשיב החצי פרוטה שנשאר בידו. והוי כגזל מתחילה חצי פרוטה שעל חצי פרוטה זה שנשאר בידו מעולם לא היה בפנ"ע חיוב והשיב ולא דמי למקרה של רבא שהחצי פרוטה שבידו היה בשעת גזילה ש"פ וחל עליו חיוב והשיב בפנ"ע. וגם לספק של רבא לא דמי דהתם אע"ג דבפנ"ע לא היה והשיב על החצי שנשאר בידו מ"מ בכללות הגזילה היה חיוב והשיב ועדיין לא קיים והשיב על כללות הגזילה משא"כ בדין של תוס' קיים על כללות הגזילה והשיב וחיוב בפנ"ע על מה שנשאר בידו מעולם לא היה. והא דסיימו התוס' ולשמא תתיקר לא חיישינן צריך להבין כונתם דחיישינן שמא תתיקר שייך בנשבע שצריך להקריב אשם לפני הקרן ואי חיישינן שמא תתיקר אינו יכול להקריב אשם. אבל כשלא נשבע מה יש לדון אי חיישינן או לא הא כ"ז שלא נתיקר למה ישלם ואם יתיקר ישלם אז ומה שייך בזה חשש. ונר' שזה מה שהיה קשה לב"ח בריש ס' ש"ס שכתב על דברי התוס' ולא חיישינן שמא תתיקר פירוש שאפילו אם נתיקר אינו חייב להשיב דאזלינן בתר שעת גזילה וזה כשיטת ר"י שהובא בטור בס' שס"ז. והיכן מרומז בתוס' שאם יתיקר אינו חייב להשיב הא רק כתבו דלא חיישינן אלא כונתו כנ"ל דבלא נשבע לא שייך ענין חיישינן וע"כ כונת תוס' שאפילו נתיקר פטור כשיטת ר"י.

כתב הרמב"ם בפ"ז מגזילה הי"א דאם שילם הקרן חוץ מפמש"פ בקרן א"צ ללכת למדי "אלא יבא הנגזל ויטול את השאר" מלשון זה למדו התיו"ט על מתני' דהגזול את חבירו והמחנ"א בדיני גזילה ס"א שאם נשאר פמש"פ בקרן פטור רק מללכת למדי אבל אם יבואו הבעלים צריך להחזיר להם, ולא ברור אם כוונתם לאמר דלרמב"ם איכא חיוב והשיב ע"ז ופטור רק מהליכה למדי כפשטות לשון המשנה לעיל וא"כ יהיה בזה מחלוקת בין הרמב"ם ותוס' דידן או שגם הרמב"ם מודה שאין והשיב כשיטת תוס' אלא דס"ל שאין זה סיבה שיוכה בממון ויבואו הבעלים ויטלו את שלהם. וראיתי בדרישה ס' שס"ז סוס"ק ד' שכתב בהדיא דאין כוונת הרמב"ם דב"ד נזקקין לזה אלא שאין הגזולן זוכה בממון. אבל בסמ"ע ס' שס"ז סק"ז כתב בזה ב' דרכים בכונת הרמב"ם יעו"ש. ואי אמרינן דהרמב"ם חולק על תוס' צ"ל דס"ל דכ"ז הוי בכלל ספיקו של רבא ונצטרך לאמר דהרמב"ם ס"ל דהגמ' פשטה לחיוב דאם הפשיטות הוא לפטור בספיקו של רבא כ"ש בנידון זה. ובפ"א מגזילה ה"ו נחלקו ה"ה והכ"מ בדעת הרמב"ם אם הפשיטות הוא לחיוב או לפטור. ולפירוש ראשון של הסמ"ע דהרמב"ם ס"ל שיש ע"ז חיוב השבה ע"כ נצטרך ללמוד כה"ה. ונראה יותר כפירוש השני של הסמ"ע וכמו שכתב בדרישה שאין מחלוקת בין תוס' לרמב"ם והספק של רבא הוא דוקא כשכל הגזילה היה פרוטה ולא קיים השבה כלל.

אע"פ שגזילה אין כאן מצות השבה אין כאן. בעה"מ לא גרס אע"פ וס"ל שהגמ' פושטת שאף שלא קיים מצות השבה מ"מ אינו מחויב ולשון הגמ' מתפרשת לפ"ז דבתחילה הגמ' הבינה השבה אין כאן שלא קיים השבה ומשמע שעדיין מחויב להשיב ומשני דהשבה אין כאן היינו מצות השבה אין כאן שאינו מחויב להשיב. והרמב"ן מפרש

הערות

הגזול עצים דף קה.

וציונים

קסט

דהרמב"ם ס"ל כמו שכתב רש"י בנזיר מ"ב. דאף שלא קיים השבחה וחייב להשיב אלא דאין זה מפני שגזילה אין כאן אלא אע"פ שגזילה אין כאן. והרא"ש כתב בשם הרמ"ה דכונת הגמ' דב"ד אינם נזקקין לכופו כיון שגזילה אין כאן אבל הוא כשלעצמו מחויב להחזיר כדי לקיים מצות והשיב. ומספקא ליה לרמ"ה אם מדין כופין על המצות ב"ד כופין לקיים מצוה זו או אולי כיון שזה מצוה של ממון והממון הוא פמ"ש נכלל באין ב"ד נזקקין לפמ"ש שגם לא יכופו על מצוה זו. ולצד של הרמ"ה שיש בזה דין כפיה מדין כופין על המצות צ"ע מה נ"מ מהא דאין נזקקין מדין ממון הא גם מדין כפיה על המצות כתבו הראשונים דעד שתכפנו בגופו תכפנו בממונו ואפשר לרדת לנכסיו גם מדין כפיה על המצות ואולי נ"מ בחשו"ק דלאו בני מיעבד מצות נינהו. ובדעת תוס' י"ל או כרמ"ה שאין המצוה מעכב היינו שאין כפית ב"ד אבל מצותו לא קים והוא לעצמו חייב להשיב. או שכונת תוס' כבעה"מ שאף שהמצוה לא קיים מ"מ כיון שגזילה אין כאן אין עליו מצות השבחה. ובדעת הרמב"ם הובא לעיל שנחלקו ה"ה והכ"מ ע"ש.

תוד"ה אנף הציה. כתב החזו"א בליקוטים ס' י"ט לדף קה. שאחרי שכתבו לישב השאלה השניה דסתימת שמרים לאו סתימה מעליתא היא מיושב גם קושייתם הראשונה דאנף הציה לא דמי לאילו היה מתחילה נקב חצי שיעור. ואינו מובן דאנ"ג דלאו סתימה מעליתא היא מ"מ מודים התוס' דאילו היה סותם כל הנקב בשמרים הוי סתימה וא"כ למה שאנף הציה לא יועיל למעט שיעור הנקב. ונראה דכונת החזו"א בזה על דרך שכתבו התוס' בב"ב דף כ. דמבואר שם בסוגיא דרקיך דכדי למעט החלון ששיעורו טפח צריך לבטל את הדבר שסותם את החלון וכתבו שם התוס' שמה שצריך ביטול הוא דוקא כשאינו סותם החלון כולו אלא רק ממעטו מטפח אבל אם סותמו כולו אפילו לא בטלו חוצץ בפני הטומאה. וביאור דבריהם דמה ששיעור חלון הוא טפח אינו משום דטומאה צריכה טפח כדי לעבור דטומאה יכולה לעבור בכל שהו אלא שהטומאה עוברת דוקא בפתח ושעור לקבל שם פתח הוא טפח. ומה שצריך ביטול הוא לענין ביטול שם פתח ע"י שממעט שיעורו ורק כשאינו סותמו לגמרי אבל כשסותם לגמרי אף שלא בטלו ועדיין שם פתח עליו מ"מ אין מקום לטומאה לעבור. וה"ה בנידון דידן דגם שיעור נקב של כונס משקה בכלי המוקף צמיד פתיל אין הפשט שטומאה צריכה שיעור נקב כזה כדי ליכנס אלא זה שיעור לבטל דין צמיד פתיל. ואפשר למנוע כניסת הטומאה או ע"י שממעט שיעור הנקב ולזה בעינן סתימה מעליתא [כמו שלענין ביטול שיעור חלון צריך ביטול] וכיון שיש צד ששמרים אינו סתימה מעליתא לכן יש

איפכא דגם למסקנה נשאר הפירוש השבחה אין כאן שלא קיים השבחה וחייב להשיב אלא דאין זה מפני שגזילה אין כאן אלא אע"פ שגזילה אין כאן. והרא"ש כתב בשם הרמ"ה דכונת הגמ' דב"ד אינם נזקקין לכופו כיון שגזילה אין כאן אבל הוא כשלעצמו מחויב להחזיר כדי לקיים מצות והשיב. ומספקא ליה לרמ"ה אם מדין כופין על המצות ב"ד כופין לקיים מצוה זו או אולי כיון שזה מצוה של ממון והממון הוא פמ"ש נכלל באין ב"ד נזקקין לפמ"ש שגם לא יכופו על מצוה זו. ולצד של הרמ"ה שיש בזה דין כפיה מדין כופין על המצות צ"ע מה נ"מ מהא דאין נזקקין מדין ממון הא גם מדין כפיה על המצות כתבו הראשונים דעד שתכפנו בגופו תכפנו בממונו ואפשר לרדת לנכסיו גם מדין כפיה על המצות ואולי נ"מ בחשו"ק דלאו בני מיעבד מצות נינהו. ובדעת תוס' י"ל או כרמ"ה שאין המצוה מעכב היינו שאין כפית ב"ד אבל מצותו לא קים והוא לעצמו חייב להשיב. או שכונת תוס' כבעה"מ שאף שהמצוה לא קיים מ"מ כיון שגזילה אין כאן אין עליו מצות השבחה. ובדעת הרמב"ם הובא לעיל שנחלקו ה"ה והכ"מ ע"ש.

אע"פ שיעור אין כאן מצות גילוח
אין כאן. הפשט הפשוט בגמ' הוא שהגמ' פושטת שלא קיים מצות גילוח וצריך להמתין עד שיגדל שוב ויקיים מצות גילוח. כן מבואר ברמב"ן במלחמות ובזה גם בעה"מ מודה כמפורש בדבריו. אמנם בספר החינוך במצוה שע"ז כתב דקיים מצות גילוח וצ"ל שפירש מצות גילוח אין כאן שכבר אין מצות גילוח מפני שכבר קיים המצוה או שגרס מצות גילוח יש כאן ובעה"מ מביא גרסא זו אך כתב דגם אי גרסינן יש כאן הכונה שעדיין יש כאן המצוה אבל החינוך פירש יש כאן שנתקיימה המצוה. ובדעת הרמב"ם מדייק הלח"מ פ"ח מנזירות ה"ז דבהל' ו' כתב הרמב"ם שאם גילח ושייר ב' שערות לא עשה כלום ובנשר אחד וגילח אחד כתב אין כאן מצות גילוח. וכתב הלח"מ

צד שאינו מועיל למעט שיעור הנקב אבל כ"ז כשלא סתם לגמרי ויש מקום לטומאה ליכנס אבל כשסותמו כולו אף שאינו סתימה מעליתא ולא בטל שם נקב מיניה ע"י סתימה זו מ"מ כיון שלמעשה סתם כולו אין מקום לטומאה ליכנס.

דף קה:

בעי רבא נשבע עליו מהו. האבן האזל בפ"ג מגזילה ה"ה מסתפק במה דפשו רבה דחייב כיון דאי מגנב וכו' אם הפשט הוא דאף שעכשיו אינו כופר ממון מ"מ כיון שיכול לצאת מכפירתו כפירת ממון חשיב עכשיו כפירת ממון או שנחשב עכשיו כפירת ממון ממש כיון שגם כשהחמץ קיים רמי על הגזול חיוב דמים שחל עליו בשעת גזילה שאם יאנס הגזילה ישלם דמיו והוא כופר חוב זה. ונ"מ בתובע את חברו שהוא שואל וחברו כופר שאינו שואל אלא ש"ח דחיובו של שואל חל בשעת האונס נע"ש שזה אפילו למ"ד משעת שאלה מתחייב מ"מ עיקר המחייב הוא שעת האונס כמבואר בריטב"א שהביא הקצות בס' רצ"א סק"א] ואם נימא דחיובו על מה שכופר היום חיוב אונסין זה שיש רק בגנב ולא בשואל. ובספק זה דין הקצה"ח בס' פ"ז סק"א לענין שבועת מודה במקצת כשמודה בגוף הבהמה וכופר בחיוב אחריות של שואל ובתחילה רצה לדמות לגמ' דידן וכתב שיש לחלק בזה בין גנב לשואל כנ"ל. ומביא שם האבה"א שמרן הגרא"מ שך שליט"א הביא ראייה מהראב"ד ובעה"מ שהובאו בשיטמ"ק ב"מ דף צח: דגם כפירת דין שואל חשיב כפירת ממון [נע' בזה באבי עזרי סוף חלק נזקין במכתב להגרא"ז זצ"ל באות ה' שהאריך בזה ומביא הקצות הנ"ל]. דשיטת בעה"מ שם דהא דהילך פטור משבועה דוקא שהמעות מזומנים בידו לפרוע מיד זה דוקא בחוב שמחוסר גוביינא אבל בפקדון דהוא של בעליו בכל מקום שהוא בזה

הוי הילך אפילו קאי באגם. והראב"ד חולק, ואחד מראיותיו של הראב"ד הוא מגמ' דידן דמבואר בגמ' דאם כופר חיוב אונסין דגנב ומודה שהוא ש"ח אי אמר הילך לא הוי כפירת ממון ואי קאי באגם הוי כפירת ממון. הרי שבאגם לא חשיב הילך ולא מובן כונת הראב"ד דכאן אם יש צד אונס הוי כפירת ממון ואם נותן מיד אין צד אונס אינו כפירת ממון ומה זה נוגע להילך דמודה במקצת. אך כונת הראב"ד כמו שמבואר בהמשך דבריו שם שכמו דאמרין הכא דאם נמצא באגם הוי כפירת ממון משום שיש אפשרות שיגנב או יאבד כך אפשרות זו היא סיבה שלא יהיה הילך כיון שיש צד שיתחייב בדמי הפקדון. ומה שכתבו האבה"א והאבי עזרי שמהראב"ד מוכח דגם כפירת חיוב שמירה הוי כפירת ממון לכאורה כונתם דאי נימא דהא דחשיב הכא כפירת ממון אינו מפני הצד שיגנב בעתיד אלא שעכשיו יש כפירה ודאית של חיוב אונסין דגנב ומה שהזכירו שיגנב או יאבד זה רק דבעינן אפשרות שיהיה נ"מ למעשה מכפירתו א"כ מה הוכיח מזה הראב"ד אולי באמת לא חיישנן וממילא אין זה סיבה שלא יחשב הילך ואעפ"כ הוי כפירת ממון מפני שכופר חיוב אחריות של גזול. ומזה הוכיחו שהראב"ד ס"ל דגם בשואל אף שאינו כופר חיוב שיש עליו עכשיו אלא רק הצד שיגנב בזה שפיר הוכיח הראב"ד דאם משום צד זה הוי כפירת ממון א"כ ה"ה דמשום צד זה לא יחשב הילך. כך הבנתי דבריהם אף שקצרו ולא ביארו הראיה כל הצורך.

ואולי אפשר לבאר ראיית הראב"ד באופן אחר. דהא דמבואר בגמ' דכשואמר הילך לא הוי כפירת ממון אין זה רק מפני שאין היכא תמצא שיגנב כיון שמיד הבעלים לוקחים את ממונם אלא כיון שאומר הילך הרי בזה באמת נפטר מהחיוב אונסין גם לצד שהיה גזול. ומזה דמבואר בגמ' דאי קאי באגם איכא כפירת ממון יש להוכיח דגזולן שמודה שגזול ורוצה להחזיר אפילו מודה בפני הבעלים אם אינו נותן מיד

הערות

הגזול עצים דף קה:

וציונים

קעא

כגון שנמצא באגם אכתי חייב באונסין ואף לדעת הבעה"מ שיכולים הבעלים להקדיש אין זה מפני שפקע ע"י הודאתו חיוב אונסין וקנייני גזילה אלא משום דס"ל דקנייני גזילה אינם סיבה לעכב הקדשו של הבעלים אם הממון בשליטתו. [ועי' מה שכתבנו לעיל דף קד. בדברי האו"ש]. דאי נימא דהיכא דהורה הגזולן נעשה פקדון ממש ופקע חיוב אונסין א"כ כשכופר שאינו גזולן ומודה דהוי ש"ח למה יש כאן כפירת חיוב אונסין הרי גם לפי האמת שהוא גזולן אינו חייב באונסין כיון שמודה ורוצה להחזיר הממון שהרי הוא אומר שהוא ש"ח. אלא מוכח דאף שמודה נשאר עליו חיוב אונסין. ואולי זה כונת הראב"ד דפטורא דהילך הוא משום דנחשב ששילם ואי נימא דפקדון הוי הילך גם כשנמצא באגם דנחשב כשילם ע"י הודאתו היה צריך ליפקע ע"י הודאתו חיוב אונסין ואם מוכח מהגמ' שאף שמודה נשאר חיוב אונסין דגזולן מוכח שגם כשמודה בממון בעין שאינו מחוסר גוביינא אין זה נחשב כפרעון אא"כ מזומן לפרוע מיד. ואם זה כונת הראב"ד אולי אין ראיה מדבריו לספק של האבה"א. אך צריך עוד לעיין בזה דאולי לא הבנתי כראוי את ראיתם מהראב"ד. וע"ע באבה"א שמבאר ע"פ חקירתו הנ"ל את מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בפ"ג מגזילה ה"ה אם הא דנשבע על חמץ שעבר עליו הפסח הוי כפירת ממון זה דוקא כשאין החמץ תח"י או אפילו בידו. דהרמב"ם ס"ל שבכל גווני חייב וסברתו כמו שמבאר ה"ה דהנ"מ בין אגם להילך הוא רק כשמודה שזה ממון חברו אבל בחמץ שאינו מודה א"כ מה בכך שנמצא בידו הא עדיין יכול ליגנב וסברת הראב"ד צ"ע והאבה"א מבאר דבריו יעו"ש.

שקול תורך וזיל. מדנקט שקול תורך ולא קא אמר שקול זוזי למד האו"ש בפ"ח משבועות שאם היה נותן דמים ומעכב גוף הבהמה לעצמו היה נחשב כפירת ממון אף

שאומר הילך על המעות דאכתי יש כפירת ממון לגבי גוף הבהמה ונ"מ אם אח"כ יתיקר דלפי האמת היוקרא שייך לבעלים ולפי טענתו יהיה שלו. ומביא שגם הקצות דן בזה בס' ע"ג סק"ב לענין שבועת הדיינים היכא דמודה בדמים וכופר החפץ יעו"ש. ונראה דיש להביא ראיה לחידושו של האו"ש גם מדברי הרשב"א בסוגין. דהרשב"א מבאר טענת הלוקח לקחתה ולא נתתי דמיו שקול תורך בב' אופנים. א. שטוען שהיה תנאי במקח שישלם עד זמן פלוני ולא נתקיים התנאי ובטל המקח ולכן הוא מחזיר את המקח. ב. המקח קיים ונותן השור במקום דמים ויכול לעשות כן כיון שהמוכר מסכים לקבל חזרה שורו שהרי הוא טוען שזה גזול. וצריך להבין לפשט השני דמשמע בגמ' דכל ברייתא זו הא דלא הוי כפירת ממון הוא משום דאומר הילך אבל אם לא יאמר הילך יתחייב בכולהו וכן מפורש ברמב"ם דגם באופן שאמר לא גנבתי אלא לקוחה היא בידי מיירי בהילך. וקשה לפירוש השני של הרשב"א איזה כפירת ממון יש גם אם אינו אומר הילך הרי כמו שלפי האמת שהוא גנב אם יאנס חייב לשלם כך גם לפי טענתו שנתקיים המקח והוא חייב דמים ישאר בחיובו אפילו אם יאנס ובשלמא לפשט הראשון דבטל המקח א"כ דינו כש"ח על השור אבל אם נתקיים המקח וחייב דמים לא יתבטל חיובו ע"י מיתת הבהמה ואיזה כפירת ממון יש כאן. אלא ע"כ צ"ל דהכפירת ממון הוא שלפי טענתו שחל המקח וחייב רק דמים אם אינו אומר הילך על הבהמה ירויח בכפירתו במקרה ויתיקר ומוכח מזה דגם כה"ג חשיב כפירת ממון.

המל"מ פ"ג מגזילה ה"ה מביא מחלוקת ראשונים בנשבע על חמץ שעבר עליו הפסח אם חייב קרן חמץ מעליא או סגי שיאמר הש"ל כ"ז שהחמץ בעין ומביא שבירושלמי מבואר דנשבע לפני פסח ודאי אינו יכול לאמר הש"ל וכל מחלוקת הראשונים הוא רק בנשבע אחר הפסח. וע' לעיל דף ק"ג. מה שכתבנו בזה.

במחלוקת של ר"ש ורבנן לענין קדשים שחייב באחריותן דהרשב"א בשבועות לב: הקשה דהכא קי"ל כרבנן דפטור וגול"מ לאו כממון והתם ס"ל דקי"ל כר"ש ותיירן דלא תלוי זה בזה ע"ש טעמא דמלתא. וכן דעת הרמב"ן בקדד"ג שמביא שיש ראשונים שלמדו מהא דמבואר בשבועות לב. דבגורם דגורם לכו"ע פטור דה"ה לענין מזיק אף דגרמי חייב גורם דגורם פטור וכתב ע"ז הרמב"ן דמי שעירב ענינים אלו חייב משום כלאים דאין שייכות בין הגול"מ הזה לההיא דר"ש ורבנן ומחלק ביניהם כחילוקן של הרשב"א הנ"ל. אמנם כתב הקצה"ח בס' שפ"ו סק"ג דבעה"ת מדמה ענינים אלו להדדי ולמד משם דגם במזיק גורם דגורם פטור.

הכופר בפקדון נעשה עליו גזלן וחייב באונסין. מבואר בגמ' דהכא דקאי באגם אינו נעשה גזלן אלא דוקא כשנמצא ברשותו. וצריך להבין אם בשעת כפירה הפקדון נמצאת ברשותו מה חידש ר"ש ול"ל קרא ואזהרה הא ילפינן לעיל ס"ה. גגו חצרו מנין ת"ל תמצא הרי שנעשה גזלן ע"י קנין חצר ע"י כונה לגנוב וא"כ פשיטא דכופר בפקדון כשנמצא ברשותו הוי גזלן גמור. ובפרט למה שדן רע"א בגליון השו"ע ס' רצ"ד שאולי בעינן דוקא שיהיה בחצרו דכל גזלן בעי קנין א"כ בודאי קשה מה חידש ר' ששת. ע' בשיטמ"ק בשם הרא"ש שעמד בזה וכתב ב' דרכים. א. דכלי ר"ש ה"א דאינו נעשה גזלן עד שישלח בה יד. ב. מיירי שאינו ברשותו ובאופן דלא שיך אשתמוטי. ובתי' השני מפורש ברא"ש מה שמסתפק רע"א דלא בעינן שיהיה ברשותו ולא כמו שנקט רע"א שם מסברא אלא כמו שכתב רע"א שמשמע מפשטות הגמ'. והתירוץ הראשון של הרא"ש יש לבאר בב' אופנים א. הקצה"ח בס' שמ"ח מדייק מלשון רש"י דהא דנעשה גזלן ע"י גגו וחצרו אין זה ע"י כוונה בלבד אלא בעינן שיעשה מעשה גזילה לכן כתב רש"י שנעל בפניה ע"מ לגזולה. א"כ

לימא איבעי לך לאהדוריה ל' פרש"י ואין לך גנב גדול מזה משמע שמפרש דקושית הגמ' היא לא רק איך הוא מצדיק את עצמו שאינו גנב הרי גם לדבריו עשה שלא כהוגן אלא כונת הגמ' דאין כאן כפירה על חיוב אונסין דגם לדבריו הרי הוא גנב וחייב באונסין. וכן מפורש בתורי"ד דקושית הגמ' שאין כאן כפירה כלל. ולפ"ז מבואר כאן בגמ' שהגונב חפץ שהוא אבוד מן הבעלים יש עליו דין גנב להתחייב באונסין. ומוכח מזה או דאבידה הוי ברשות הבעלים וחשיב וגונב מבית האיש או שמוכח מכאן דאע"ג דאינו מבית האיש יש עליו חיוב קרן ואונסין ודלא כשיטת הקצות. ולדעת הקצות ע"כ צ"ל דאבידה הוי ברשות הבעלים. וכעין זה יש להוכיח מב"מ כו: דמבואר דלקח אבידה ע"ד לקחת לעצמו עובר בלא תגזול ולשיטת הקצה"ח גונב מן הגנב אינו עובר בלא תגזול ע"כ שאבידה נחשב בית האיש והסוברים דאבידה הוי אינה ברשותו ע"כ יחלקו על הקצות. ועיין מה שכתבנו בזה בב"מ כו:.

ג' שבועות הן. שיטת רש"י דהא דבה ובמוצאה הוי גורם לממון הוא משום שאפילו אם היה מעיד יכול המוצא לטעון שנאנס. וכתב המהרש"א במה"ב דלרש"י מיירי אפילו בשני עדים ואפ"ה הוי רק גורם לממון ולא גר' ברש"י ע"א. הראב"ד בשיטמ"ק מפרש דמיירי בע"א והוי גורם מפני שאפשר להכחיש העד. והא דבה ולא במוצאה, במוצאה ולא בה לא הוי גורם דגורם הראב"ד כתב דמיירי שידוע מי המוצא וחסר רק עדות שזה אבידת פלוני וכן איפכא ולכן הוי חד גורם. שיטת הרא"ש שבזה לכו"ע פטור והמחלוקת הוא רק לענין בה ובמוצאה דהוי חד גורם. שיטת ר"פ שבה ובמוצאה מיירי בע"א, בה ולא במוצאה ואיפכא מיירי בב' עדים ותרוייהו הוי חד גורם.

נחלקו הראשונים אי הא דפליגי תנאי במשביע ע"א אם גול"מ כממון דמי או לא תלוי

הערות

הגזול עצים דף קה:

וציונים

קעג

בפקדון ואיני מבין למה העמיד האמר"מ דבריו על הקצות שאפילו נימא דגזולן לא בעי מעשה מ"מ זה פשוט שקנין צריך כדי להתחייב באונסין ונחלקו אמוראים בכתובות דף לא: אי מהני משיכה ברה"ר בגנב. והפסוק שמרבה גג וחצרו לחיובים של גנב הוא המקור לקנין חצר מבואר דכדי שגזולן יתחייב באונסין צריך מעשה קנין ואילו בכופר בפקדון מתחייב באונסין בלי מעשה קנין. ובאמת רע"א הנ"ל נקט מסברא שגם כופר בפקדון צריך שיהיה ברשותו כדי שיהיה לו קנין אך כתב דפשוטות הגמ' לא משמע כך דמשמע שבאגם החסרון הוא רק מצד אשתמוטי וכן ברא"ש הנ"ל מפורש בתי' השני שאפילו אינה ברשותו מתחייב באונסין וע"ז היה צריך האמר"מ להקשות דכל גזולן בלי קנין יתחייב מדין כופר בפקדון. ולכאורה י"ל דאה"נ תמיד בלי קנין ובלי מעשה גזילה יתחייב באונסין מדין כופר בפקדון אלא דיש נ"מ בין גזולן גמור לכופר בפקדון. דמבואר בב"מ מג: ובתוס' שם דאע"ג דשומר שקיבל חפץ שהיה שוה וזו ונתיקר ושוה ד' ופשע בודאי חייב ד' נע' קצה"ח ס' רצ"א סק"א שזה אפילו למ"ד משעת משיכה מתחייב] ולא דמי לגזול דחייב כה"ג וזו, מ"מ שומר ששלח יד בפקדון ונעשה גזולן עי"ז ואחרי השל"י התיקר משלם רק כשעת השל"י אפילו פשע ולא אמרין דאמנם מדין גזולן חייב וזו אבל לא גרע משומר רגיל שחייב ד' אלא כיון שנעשה גזולן פקע מיניה החיוב בתורת שומר וחייב רק כשעת של"י. וע' ברע"א שם ב"מ מ"ג: שהקשה למה בטל מיניה דין שומר אבל מסכים שכן מבואר שם בסוגיא. ומאידך שומר שכופר בפקדון כתב רע"א בשו"ע ס' רצ"ד דנראה שנשאר שומר ואם יתיקר יתחייב בפשיעה כשעת היוקר. דהיינו שנקט שיש הבדל בין שומר ששלח יד לשומר שכפר בפקדון. ומרן הגרא"מ שך שליט"א הוכיח מדברי רע"א דס"ל דכופר בפקדון הוא גזולן רק לענין חיוב אונסין אבל קניני גזילה לענין לקנות בשינוי וליפטר מדמי השתמשות אין לו

בלי חידוש של ר"ש הכופר בפקדון לא היה נעשה גזולן אע"פ שנמצא בחצרו. ב. התרומת הכרי בס' רצ"ב כתב לבאר בשיטת התוס' בהמפקיד דהא דצריך פרשת שליחות יד בשומר ואינו מתחייב מדין גזולן דכל התורה היא משום דכיון דהוי שומר והוי ברשותו בל"ה הרי לא הוסיף כלום ע"י מעשה הגזילה ודמי לגזבר שאינו מועל עד שיוציא מרשותו ע"ש. א"כ ניחא דבלי חידוש לא היה נעשה גזולן אפילו אם יעשה מעשה קמ"ל ר"ש דכיון שכפר בפקדון הוי גזולן.

בספר אמרי משה ס' ל"ב אות ב' כתב להקשות על היסוד של הקצה"ח דגזולן בעי מעשה גזילה מהא דכופר בפקדון הוי גזולן אף שלא עשה מעשה. דהיינו אף שמצד אחד מדברי ר' ששת יש מקור לקצות דאם גזולן לא בעי מעשה מה חידש ר"ש אבל אחרי חידושו של ר' ששת הרי מבואר דע"י כפירה נעשה גזולן בלי מעשה גזילה ואיך כתב הקצות שלפי האמת בלי מעשה גזילה אינו מתחייב באונסין. וכעין קושית האמרי משה על הקצות הקשה הריטב"א בב"מ כ"ו: על רש"י שם שכתב דמגביה אבידה ע"מ להחזיר לבעליו ואח"כ נמלך לגנוב דאינו עובר בלא תגזול כיון שבא לידו בהתר ואינו דומיא דויגזול את החנית. והקשה הריטב"א מכופר בפקדון דהוי גזולן אף בלי מעשה ותי' הריטב"א דכופר בפקדון שאני כיון דכפר בב"ד הרי הוא כגזול מידו. ובזה לכאורה יהיה גם תירוץ על דברי הקצות אך בסברא לא מובן למה נחשב כפירה בב"ד למעשה. [האמר"מ בעצמו מזכיר דברי הריטב"א בהמשך דבריו ע"ש]. והא דנקט הריטב"א דכופר בפקדון בעי כפירה בב"ד כ"כ המאירי כאן וכן הוא בלשון הרמב"ם פ"ג מגזילה הי"ד. והאו"ש שם הקשה למה השו"ע והפוסקים לא הזכירו תנאי זה.

וגם אם לא נאמר כריטב"א הנ"ל נראה לכאורה שאין להקשות על הקצות מכופר

ולכן גם לא פקע מיניה דין שומר ורק בשל"י שהוא גזול גמור ויש לו קניני גזילה כמו שמבואר לעיל שאינו משלם אגרא והובא שם שדעת הראב"ד דאין גם דין מזיק על הגזול ה"נ אין עליו דיני שומר אבל כופר בפקדון שאין לו קניני גזילה חייב בכל דדינו כגזול רק לענין חיוב אונסין. ולמה שמבואר ברא"ש שלא צריך שיהיה בחצרו בע"כ שאין לו קנינים שהרי לא עשה מעשה קנין. וא"כ י"ל דכל מה שכתב הקצות דגזול בעי מעשה גזילה היינו כדי לקבל קניני גזילה עם כל דיני גזול אבל אה"נ חיוב אונסין שייך בלי זה. אך עדיין אין זה מישב הכל דבההיא דכתובות לא: מוכח דבלי קנין גם חיוב אונסין אין. ועוד דאמנם ברע"א מוכח דכופר בפקדון אין לו קניני גזילה מ"מ בקצות בעצמו מוכח דס"ל שכופר בפקדון יש לו קניני גזילה. דכתב בס' רי"א סק"ג דכמו שנחלקו הרמב"ן ובעה"מ בגזול שרוצה להחזיר אם יכולים הבעלים להקדיש כך בכופר בפקדון והורה לדעת הרמב"ן אינו יכול להקדיש וזה יתכן רק אי אמרינן שיש לשומר קניני גזילה. א"כ הקצות לשטתו אכתי קשה. שו"ר בחזו"א ב"ק ס' כ' סק"א בסופו, שגם באופן שאין קניני גזילה סובר הרמב"ן שא"א להקדיש אפילו אמר שיחזיר דאולי יחזור בו.

אמנם באמת לק"מ על הקצות מכופר בפקדון דע' קצה"ח ס' רצ"ד סק"א שמביא כמה פוסקים שס"ל ששומר שאינו כופר אלא שמעכב ממון הבעלים ואינו רוצה להחזיר הפקדון הוי גזול כדין כופר בפקדון והקצות חולק וס"ל דבעינן דוקא כופר בפקדון אבל מעכב ממון חברו אינו גזול. ואפילו שמעכב ממון חברו באופן שאם היה עושה מעשה גזילה בודאי היה מתחייב מ"מ בכופר בעינן דוקא כפירה כפשטות לשון הגמ' דאזהרה לכופר בפקדון הוא מלא תכחשו והעונש הוא על עבירת הכפירה. וא"כ הכל פשוט דגזול שגזול ממון חברו אבל אינו כופר ומודה שזה של חברו ואעפ"כ גזול ממון חברו חיובו רק

מפרשת גזול ואין לחייבו מדין כופר בפקדון כיון שלא עבר על לא תכחשו. וכדי לחייבו מדין גזול בעינן מעשה קנין ולשיטת הקצה"ח בעינן נמי מעשה גזילה. אבל בכופר בפקדון היות ועבר על וכיחש ענשינן ליה שיקבל דין גזול בלי קנין ובלי מעשה. וזה חידושו של ר"ש ובכל גזול א"א לחייב מדין זה כיון שלא כפר בממון חברו. ואה"נ גזול שכופר בודאי לא גרע מכופר בפקדון. נמצא דלא רק שלק"מ מר"ש על יסודו של הקצה"ח אלא יש מכאן מקור לדבריו. דאל"כ קשה מה חי' ר"ש הרי באופן דהוי בחצרו ת"ל דהוי גזול גמור. אבל לקצות ניחא ומה שקשה שכל גזול יתחייב מדר"ש ז"א כמו שנתבאר. ומצאנו גם במקום אחר שכפרן גרע מגזול דהרבה ראשונים ס"ל שגזול נאמן בטענת החזרתי ומי שהוחזק כפרן אינו נאמן בשום טענה באותו ממון. והקצות עמד בזה בס' ע"ט סק"ה ועיין מה שכתבנו בזה בכתובות י"ח.

תוד"ה מאי. ע' באבי עזרי מה שכתב לישב קושית התוס' ע"פ מה שהוכיח מרע"א הנ"ל שכופר בפקדון אין לו קניני גזילה וע"פ דברי הרשב"א בפ"ק דב"ק שמצאנו חיובי ממון שהם בגדר עונש. ומה שכתבו התוס' דקרובן בעי אזהרה בפשטות זה נגד מסקנת הגמ' במכות י"ג: שקרבן לא בעי אזהרה והא דבפסח ומילה אין קרבן אינו מפני שאין אזהרה אלא מפני שעובר בשב ואל תעשה. וע' בזה רע"א בגליון הש"ס במכות ובמה שמביא שם מתוס' זבחים קז.

דף קו.

שבועה קונה. גדר הפטור כתב החזו"א בב"ק ס' כ' סק"א ד"ה שם א"ר דהוא כדין קם דינא דע"י פסק ב"ד נפטר מחיובו ולכן מסתברא במלוה אבל בפקדון איך יפקע בעלותו על הפקדון ומה דרב ס"ל כן גם בפקדון כתב החזו"א דרב לשטתו דס"ל

הערות

הגזול עצים דף קו.

וציונים

קעה

לפוטרו ואעפ"כ לא מתחייב כפל דטט"ג אלא ע"י שבועה אלימתא בפני ב"ד כדכתיב ונקרב בעה"ב וכו'. וכן לענין שבועה קונה. וע' לעיל קג. בתוד"ה הגזול דמוכח מתוס' דס"ל כשיטת ר"ח ולא כרש"ש שם שנקט כשיטת הרשב"א וע"ש מה שכתבנו בזה.

ונראה דבמחלוקת זו יש תלות הא דנחלקו הראשונים בכתובות דף פח. דהר"ן והרא"ש בריש פרק שבועת הדיינים מביאים שהרי"ף כתב בתשובה דהנשבע שבועת הסית בלי נקט"ח ואח"כ נתחייב שבועה דאורייתא כגון שבא ע"א חוזר ונשבע בנקט"ח. ודין זה נפסק בשו"ע בס' פ"ז. ומשמע דאילו היה נשבע בתחילה בנקט"ח כגון שנשבע בתחילה שבועת המשנה או לדעת הסוברים שגם הסית בעי נקט"ח לא היה חוזר ונשבע אף שנשבע בתחילה לפני שהיה סיבה לחייבו שבועה דאורייתא. והרי"ף בזה לשטתו דאיתא בכתובות דף פח. דאשה שנשבעה שבועת ע"א מעידה שהיא פרועה, אי פיקח הבעל מייתי לה לידי שבועה דאורייתא ע"י שיפרע ויחזור ויתבע פרעון ראשון בע"א ותתחייב שבועת ע"א. וכל הראשונים שם רש"י ותוס' והרי"ף טרחו למצוא נ"מ בזה בין שבועה דרבנן לדאורייתא והרי"ף ס"ל דאין בזה נ"מ של נקט"ח דס"ל דגם שבועת המשנה בעי נקט"ח וכתב נ"מ אם תפסה ע"ש. וכתב ע"ז הראב"ד בהשגות על הרי"ף שאינו מבין כלל בשביל מה טרחו הרי"ף ושאר הראשונים למצוא נ"מ, הרי זה עצמו הנ"מ שאע"ג דכבר נשבעה שבועת המשנה חוזר ומשביע אותה שבועת התורה. וכתב הראב"ד שאפשר דעת הרי"ף דאם אין נ"מ אין להשביע אחרי שכבר נשבעה פעם אחת. ומשמע דהראב"ד בעצמו לא ס"ל כן. דהיינו שנחלקו במי שנשבע שבועה דרבנן עם נקט"ח ואח"כ נתחייב על אותו ממון שבועה דאורייתא לדעת הרי"ף אינו חייב לחזור ולשבע ולראב"ד חוזר ונשבע. ונראה דהראב"ד קאי בשיטת ר"ח והרמ"ה דקפץ

בסנהדרין ע"ב. הבא במחלת בדמים קנינהו דכל שפוקע חיוב והשיב ממילא זוכה בגזילה והכא נמי פקע חיוב והשיב ע"י הפס"ד ממילא זוכה וכדברי החזו"א כתב גם הג"ר מאיר שמחה זצ"ל בחידושיו כאן. אך צריך להוסיף דהא דס"ל לרב שזוכה בגזילה כשפוקע והשיב זה מפני שבשעת גזילה מקבל קנינים וכאן מיירי בפקדון ולא בגזילה וע"כ כונת החזו"א כיון דכפר בפקדון נעשה גזול ונתחייב בוהשיב וכשפקע והשיב קונה. אך מוכח מזה דס"ל דכופר בפקדון אית ליה קניני גזילה כמו שהובא לעיל דס"ל לקצה"ח ודלא כרע"א. הפנ"י בריש פרק המפקיד נקט שגם אם נשבע על האמת הוא קונה ע"י השבועה. ולדברי החזו"א בודאי שאינו קונה בפקדון אלא בשקר דאז נעשה גזול. ועיין מה שכתבנו בזה בב"מ לה: בדברי רע"א שם.

כגון שנשבע חוץ לב"ד. מבואר בגמ' דדינא דרב דשבועה קונה וכן הדין של טט"ג הוא דוקא בנשבע ע"פ ב"ד ובפני ב"ד ובעיני נמי שיהיה מחויב שבועה דאורייתא ולא סגי בשבועת הסית והא דאמר רב מנה לי בידך וכו' דמיירי בכופר הכל צ"ל דמיירי בשומר או שיש ע"א כ"כ החזו"א ב"ק ס' כ' סק"א וכן מבואר בר' פרץ. ובטעמא דמלתא דבעינן דוקא שבועה בב"ד נחלקו הראשונים. ר"ח והרמ"ה בשיטמ"ק למדו מכאן דהמחויב שבועת הדיינים ונשבע חוץ לב"ד או קפץ ונשבע בב"ד אינו נפטר מחיובו וצריך לחזור ולשבע ע"פ ב"ד ובפני ב"ד. ומה"ט בקפץ אין כפל של טט"ג ואין שבועה קונה משום דשבועה קונה הוא משום שנפטר מחיובו ע"י השבועה וכן כפל דטט"ג הוא משום שפטר עצמו בשבועה ובאופן שלא נפטר ע"י השבועה אין דינים אלו ולמדו ר"ח והרמ"ה דאין שום גזה"כ מיוחד בזה אלא פשוט משום שבאופן זה לא נפטר ולכן למדו מכאן לכל שבועת הדיינים. אבל הרשב"א וכן הרמב"ן בגטין ל"ה. כתבו שאין להוכיח דין זה מכאן דיתכן שמהני שבועה זו

שאף שנשבע לפני שהיה מחויב מן התורה אין זה נחשב כקפץ ונשבע כיון שנשבע ע"פ ב"ד.

תוד"ה איתיביה. שיטת רש"י דהגמ' ידעה כאן בתחילת הסוגיא שמודה רב בהודה ומודה רב בט"ג. ותוס' פליגי לענין הודה ומודים לרש"י לענין ט"ג. וכתב מהרש"א דה"ה דמודו תוס' בט"ג ולא באו עדים אלא שהודה. דאל"כ למה הגמ' לא שואלת מסיפא דסיפא. אך צ"ע לדבריו א"כ מאי מקשה רבא לקמן מט"ג ומה שהקשו תוס' על רש"י קשיא נמי לדידהו. וראיתי במהרש"א מה"ב שהקשה כן על המהרש"א ולכן כתב דהגמ' ידעה עכשיו רק ט"ג ובאו עדים ומה שלא הקשו מסיפא דסיפא משום דאפשר לפרש בקפץ כרישא וכן מפורש בשיטה בשם הרא"ש. ולפ"ז מה שרבא הקשה בסמוך מט"ג היינו מט"ג והודה.

אם עד שלא באו עדים הודה וכו'. בפשטות הא דפטור מכפל הוא משום מודה בקנס וא"כ מוכח מהברייתא דמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור. והקשה החזו"א ס' כ' סק"א ד"ה אם עד, למה הגמ' לעיל במחלוקת רב ושמאל לענין מודה בקנס ואח"כ באו עדים לא הוכיחה מכאן. ותירץ דיש טעם אחר לפטור הודה ואח"כ באו עדים דהוי כחזרה קרן לבעלים דאף דגנב ממש לא נפטר מכפל ע"י הודאה בלבד שאני התם דעשה מעשה גזילה ממש ובעי השבה גמורה משא"כ ט"ג שנעשה גנב ע"י כפירתו כשמודה הוי כחזרה קרן לבעלים. ומה דנקט החזו"א דאם החזיר הקרן לפני שבאו עדים שאינו משלם כפל לכו"ע הוא מגמ' לעיל סח: דאם הבעלים הקדישו ברשות גנב למ"ד שחל ההקדש חזרה קרן לבעלים ונפטרו מכפל. וע' קצה"ח ס' ש"צ סק"ד שמביא שו"ת הרשב"א דמשמע מיניה שאם שילם הקרן פטור רק מפני שזה כהודה והקצות הקשה מגמ' הנ"ל וע' נתיבות שם בסוף הסימן שכתב שגם הרשב"א מודה דאינו מדין מודה

ונשבע אין נפטר מחיובו וצריך לחזור ולישבע. וס"ל דאף שנשבע ע"פ ב"ד מ"מ כיון שנשבע לפני שהיה מחויב שבועה דאורייתא א"כ כלפי חיוב שבועה דאורייתא הרי הוא כקפץ ונשבע דרך אחרי שנשבע פסקו ב"ד שמחויב שבועה דאורייתא. ובדעת הרי"ף יש להסתפק אי טעמיה דס"ל כשיטת הרמב"ן דגם קפץ ונשבע נפטר [בתנאי שנשבע בנקט"ח]. או שס"ל שכה"ג עדיף מקפץ כיון דסו"ס נשבע ע"פ ב"ד ובפניהם.

מדברי הרמב"ם בפרק י"א משבועות נראה נמי דס"ל דשבועת הדיינים צריך לישבע דוקא ע"פ הדיינים כשיטת ר"ח והרמ"ה שהרמב"ם מחלק חיובי השבועה לג' סוגים. א. שבועת התורה. ב. שבועת המשנה. ג. שבועת הסית. ובהל' ד' כתב ששבועת התורה נקראים שבועת הדיינים. בהל' ו' כתב שגם שבועות המשנה אף שהם מדרבנן גם הם נקראים שבועת הדיינים. ובהל' ז' כתב ששבועה שתקנו חכמי הגמ' נקראת שבועת הסית ואע"פ שב"ד משביעין אותה אינה נקראת שבועת הדיינים. וביאור הדברים נראה דשבועת הסית אין הלכה שצריך דוקא שישבע ע"פ ב"ד אלא הוא מחויב שבועה וב"ד מחייבים שבועה זו כמו שמחייבים ממון אבל שאר שבועות ב"ד לא רק מחייבים אלא שם השבועה הוא שבועת הדיינים ובעינן דוקא שישבע ע"פ דיינים ובפניהם. א"כ לכאורה מבואר בזה דס"ל כר"ח והרמ"ה. ולשון זה של הרמב"ם הובא גם בשו"ע בס' פ"ז סע' ח' וכתב שם הגאון דנ"מ משם שבועת הדיינים הוא לענין נקט"ח. וע' בריש פרק שבועת הדיינים מה שכתבנו בס"ד בביאור דבריו שהדין נקט"ח הוא רק במקום שיש דין שישבע ע"פ ב"ד דוקא יעו"ש. אך אם הדברים נכונים יצא שמוכח דפסק השו"ע כר"ח והרמ"ה ואעפ"כ מביא שם בסע' י"ד את שו"ת הרי"ף הנ"ל דמשמע מיניה שאם נשבע עם נקט"ח ואח"כ נתחייב שבועה דאורייתא אינו חוזר ונשבע. א"כ יהיה מזה ראייה למה שהסתפקנו לעיל

הערות

הגזול עצים דף קו.

וציונים

קעז

בקנס אלא כו"ע מודו דאם שילם לא הוי אם המצא תמצא בידו ופטור מכפל. אמנם ע' חזו"א ב"ק ס' י"ח סקי"א שכתב דכל הדין חזרה קרן לבעלים הוא רק למ"ד מודה ואח"כ באו עדים פטור וזה לכאו' סתירה לדבריו כאן. ועיקר קושית החזו"א הקשה גם האו"ש בפ"ד מגניבה ה"ז ותיירץ דהא דילפינן במרובה ס"ה: ממון שאינו משתלם בראש אינו מוסיף חומש אין הטעם דוקא מפני שכפל פוטר חומש אלא הוא לימוד שאחד פוטר חברו ואם באו עדים קודם וחל חיוב כפל הכפל פוטר החומש ואם הודה קודם וחל חיוב חומש החומש פוטר הכפל. ויסוד זה כתב גם הרש"ש לקמן קח. ע"ש.

כל הודה לא אמר רב. מבואר בגמ'

דאע"ג שאם יבואו עדים לא יתחייב דנפטר מחיובו הראשון מ"מ אם הודה מתחייב קרן. ולכאורה מוכח מזה מה שכתבנו לעיל דף קג. דע"י שבועה והודה כשם שחל חיוב חומש כך יש סיבה חדשה לחיוב קרן ובזה א"ש דאע"ג דנפטר מקרן דגניבה חייב קרן מכח השבועה כמו שחייב חומש. וכך לומד החזו"א בב"ק ס' כ' סקי"א ד"ה נראה וסקי"ד ד"ה והא נמה שהקשה בסקי"ז דלא יועיל מחילה על הקרן איני מבין דכמו דעל חומש מהני מחילה אף שההודאה מחייבת חומש אעפ"כ חומשא ממונא ומהני מחילה ה"ה בקרן אמנם בסקי"ז ד"ה יש כתב דאפשר לפרש באופן אחר דאין שבועה קונה אלא בלא הודה ובאו עדים אבל בהודה יש גם חיוב גזילה. והכונה דהפטור דשבועה תלוי ועומד ואם בסוף הודה הוברר שלא נפטר. ואולי יש לבאר בזה המשך הגמ' אא"ב נשבע ובאו עדים חייב להכי חייב על כל שבועה אבל אם עדים לא יחייבו אין כפירת ממון ולמה חייב על כל שבועה. ומשמע בגמ' דר' אשי שהקשה לא ס"ל סברא זו. וכתב החזו"א בסקי"א ד"ה קו: דר' אשי סבר כיון דחייב להודות ולשלם בשביל להתכפר חשיב כפירת ממון. ואולי יש לתלות בב' פשטים

הנ"ל דאי אמרינן דחיובה דגזילה פקע וע"י הודאתו חל חיוב חדש שהוא כפרה על שבועת שקר איך יתכן לומר שנחשב כפירת ממון כיון שחייב להודות אמנם חייב כפרה לשמים והודאתו יוצר חיוב חדש אבל אין זה סיבה להחשיב שיש היום כפירת ממון. וזה טענת הגמ' נגד ר' אשי אבל ר' אשי ס"ל דעיקר החיוב הראשון עדיין תלוי ועומד ואמנם אם לא יודה יוברר שפקע החיוב הראשון אבל כיון שאם יודה יתברר שנשאר החיוב הראשון והוא מחויב להודות בזה יש צד להבין שנחשב כפירת ממון דע"י כפירתו גורם לביטול החיוב הראשון שהרי אם יודה יחזור החיוב ויתברר שלא בטל מעולם בזה יש מקום להבין את סברת ר' אשי.

כי קא אמר רב כגון שמעון טענת

אבד. הראב"ד בשיטמ"ק הקשה הא קרא דרב הוא בפרשת שומר שכר וש"ש חייב באבידה ואיך יתכן שרב מיירי בטענת אבד. ותיירץ הראב"ד דמיירי בש"ש שטען שהוא ש"ח ושאבד ונמצא שהוא ש"ש. ויש לעיין בדבריו דהגמ' מעמידה דברי רב דוקא בטענת אבד ולא בטענת גנב ומשמע דבטענת גנב היה מתחייב כפל ומבואר לכאו' לפי דברי הראב"ד דש"ש הטוען שהוא ש"ח ונגנב ממנו ונפטר בטענה זו ע"י שבועה ואח"כ נמצא שהוא ש"ש חייב מדין טט"ג. ומסברא היה נראה דאין זה נחשב טט"ג שלא הטענת גנב פטרתו אלא טענת ש"ח אני. והוי ק"ו מדברי השיטמ"ק בדף נ"ז: שהקשו תוס' ששומר שכר יתחייב בכפל דטט"ג כגון שהיה בעליו עמו וכתבו דשמא אין חיוב טט"ג בענין זה. וכמה דרכים נאמרו בביאור דברי התוס' נע' מש"כ בזה בס"ד בריש פרק השואל ובשיטמ"ק שם כתב בשם ר"א מגרמיזא דאינו חייב בכה"ג כיון שלא נפטר מחמת טענת נגנבה אלא הפוטר הוא בעליו עמו. וכן י"ל כן על קושית הקצות ס' ש"מ סק"ג דמשכחת טט"ג בשואל בטוען נגנבה מחמת מלאכה. ומדברי הראב"ד כאן לכאורה

שם והאמר"מ ס' ל"ה דהרמב"ם נקט בדוקא טלה מן העדר וסלע מן הכיס דמיירי שאין המפקיד יודע כמה בהמות יש בעדרו וכמה מעות יש בכיס ובזה נגמר הגניבה ע"י הלקיחה ושפיר הוי מעשה גניבה אבל בשומר שהפקידו אצלו חפץ מסוים והשומר לוקח החפץ לעצמו ע"מ שאח"כ יטען נגנבה הרי לא נשלמה גניבתו במעשה לבד שעדין צריך לישבע או לשלם ורק כשטוען נגנבה ונשבע נשלמה הגניבה ובזה חדשה תורה דהשלמת הגניבה צריכה להיות דוקא ע"י שבועה וטענת גנב.

נמצא דאיכא ג' דרכים בהא דצריך לחידוש התורה דטט"ג ואינו גנב ממש. א. שיטת הראב"ד דבשומר לא שייך מעשה גניבה כיון שכל"ה נמצא ברשותו וכמו שמצאנו באבני בנין המסורות לגזבר דאינו מועל בלקיחת האבנים וכמו שביאר התרומת הכרי בס' רצ"ב מה שצריך לפרשת שליחות יד בשומר ואינו גנב ממש ע"ש. ב. שיטת הרמב"ם לדעת הכ"מ אינו גנב ממש מפני שהפקדון עומד במקומו ובעינן מעשה גניבה. ג. שיטת הרמב"ם לדברי האו"ש לא נשלמה הגניבה עד שנפטר מהבעלים ע"י טענת גנב ושבועה. [ע"ע חזו"א ב"ק ס' כ' סק"א ד"ה אם עד, שכל שמעכב השומר הפקדון חשיב גזילה ולא גניבה יעו"ש].

צא תן לו טו"מ פטור. ביאור דין זה הוא דע"י פסק של צא תן לו בטל מיניה שם גנב מצד המעשה הראשון והא דלא אמרינן דנעשה גנב מחדש ע"י הטביחה עיין בחזו"א ב"ק ס' י"ח אות י' שבתחילה כתב דמיירי שטבח בפרהסיה דרך גזילה והוי גזלן ולא גנב ובחייב אתה ליתן חייב אף דהטביחה הוא דרך גזילה דאכתי שם גנב עליו בגלל תחילת המעשה שהיה דרך גניבה. ואח"כ כתב החזו"א דאפילו טבח דרך גניבה אין לחייבו מצד גניבה חדשה דכיון שעדין לא חזר החפץ לבעליו אינו ברשות הבעלים והוי כגונב מן הגנב דפטור

נראה דכל שהיה צריך לצרף טענת גניבה יש לחייבו משום טט"ג. ושור"ר שמה שדייקנו כאן מדברי הראב"ד הוא מפורש בראב"ד שהובא ברשב"א לקמן קי"ב. דאיתא התם דשואל שטבח בשבת פטור משום קלב"מ וכתב רש"י דהיה גרסא דפטור מקרן ואם אין קרן אין כפל ודו"ה. וכתב רש"י ולא גר' ליה דכל"ה לא שייך כפל בשומר אלא בטט"ג ובשואל לא שייך טט"ג דחייב בגניבה. וכתב שם הרשב"א דהראב"ד מישב הגרסא דשייך כפל דטט"ג כגון שטען שאינו שואל ונגנב. הרי מפורש בראב"ד דכה"ג איכא כפל דטט"ג והראב"ד כאן לשטתו.

דף קו:

הטט"ג משלם תשלומי כפל טו"מ
משלם דו"ה. קמ"ל דאע"ג דטט"ג אינו גנב ממש אלא דין גנב מחודש אעפ"כ יש בו גם הדין של טו"מ משלם דו"ה. ומה שטט"ג לא נעשה גנב ממש ע"י לקיחת הפקדון וצריך לחידוש מיוחד ודוקא ע"י שבועה תלוי במחלוקת הרמב"ם והראב"ד בפ"ד מגניבה ה"י. דהרמב"ם כתב שם שומר שגנב טלה מן העדר או סלע מן הכיס חייב כפל כדין גנב. והראב"ד כתב זה אינו כלום. וכונת הראב"ד כמו שמבאר ה"ה שאין דין גנב בשומר אלא א"כ טט"ג ונשבע ולדעת הרמב"ם קשה למה כל טט"ג לא יתחייב בלי שבועה כגנב ממש ולמה בטענת אבד אינו מתחייב. וכתב הכ"מ דהרמב"ם ס"ל דאם עשה מעשה גניבה הרי הוא גנב ממש ומה שצריך החי' של טט"ג הוא באופן שהפקדון עומד במקומו וע"י הטענה בלבד נעשה גנב בזה בעינן דוקא טענת גנב ושבועה. אך האמרי משה בס' ל"ה תמה ע"ז דמפורש במשנה לקמן ק"ח: טען טענת אבד ובאו עדים שאכלו אינו חייב כפל וכאן הרי עשה מעשה שאכלו ואעפ"כ כיון שלא טען טענת גנב אינו חייב כפל. וכתבו בזה האו"ש

הערות

הגזול עצים דף קו:

וציונים

קעט

הרי"ף השמיט כל דיני טט"ג המבוארים בפוגין. והקשה בעה"מ אמנם אין דנים דיני קנסות בזה"ז מ"מ נ"מ היכא דתפס. וכתב ע"ז הרמב"ן שכאן גם תפיסה לא יועיל דחיוב כפל דטט"ג הוא דוקא כשנשבע בפני ב"ד וכיון דב"ד דידן אינם סמוכין הוי כנשבע חוץ לב"ד ואינו מתחייב כפל. וע' במל"מ פ"ד מגניבה ה"ב שמביא דברי הרמב"ן והקשה מאי טעמא דהרא"ש והטור שכן הביאו דיני טט"ג. אמנם ע' בחי' הג"ר מאיר שמחה זצ"ל כאן שתלה ענין זה בהא דנחלקו הראשונים לעיל בטעמא דבעינן דוקא שבועה בפני ב"ד. שיטת ר"ח והרמ"ה דבעינן שיפטור עצמו ע"י שבועתו ונשבע חוץ לב"ד לא נפטר בשבועה זו לכן אינו מתחייב כפל לפ"ז אם נשבע בזה"ז בב"ד דידן דשליחותיהו עבדי הרי הוא נפטר בשבועה זו ויתחייב כפל. אבל לרשב"א והרמב"ן דכתבו שאפילו אם מהני שבועה חוץ לב"ד לפטור עצמו מחיוב שבועה מ"מ כדי להתחייב כפל בעינן דוקא שבועת ב"ד א"כ בעינן סמוכים ממש ולא יתחייב כפל בזה"ז. אך לכאורה נר' דדבריו תלויים במחלוקת הש"ך והנתיבות בהבנת דברי הרמב"ן דהש"ך כתב בס' א' סקט"ז דכונת הרמב"ן דכיון שאין לנו ב"ד סמוכים השבועה בפני ב"ד דידן הוי כנשבע שלא בב"ד והנתיבות שם סק"ד שואל דכיון דשליחותיהו עבדינן הרי זה נחשב כשבועה בב"ד ממש אלא כונת הרמב"ן דאין ב"ד יכולים להשביע כלל כיון דכל הנ"מ מן השבועה הוא רק לענין לחייב כפל [איני מבין כונתו דגם שומר שטען אבד נשבע דצריך שבועה לפוטרו בכל טענת השומרים ולמה כתב שכל מטרת שבועת נגנבה הוא לחייב כפל של טט"ג] וכיון שכפל לא דנים א"כ אין שליחותיהו לענין שבועה זו. ומה שתלה האו"ש במחלוקת ראשונים הנ"ל הוא רק להבנת הש"ך דיש שליחותיהו ונשבע ונפטר בזה אך כלפי דאורייתא אין לזה דין ב"ד סמוכים בזה תלוי בר"ח ורשב"א. ולדברי האו"ש הרמב"ן בזה לשטתו דחולק בגטין ל"ה

מדו"ה ורק בחייב אתה ליתן לו אכתי יש עליו דין גנב מקודם. אך כ"ז לגרסא דידן דטעמא דפטור בצא תן לו משום דפסקיה למילתיה אבל הנ"י בדף סח: מעתיק הגמ' דצא תן לו טו"מ פטור דשלו הוא טובח ושלו הוא מוכר וכתב שם מהר"ם דכך היה גרסת הנ"י ופירושו דב"ד פסקו חיוב דמים כגון שחשבו שאין הגזילה בעין וכשאמרו צא תן דמי הגניבה זוכה הגזולן בגזילה ופטור מדו"ה דשלו הוא טובח. וע' בתוס' בכתובות דף לח: ד"ה יש בגר שגם גרסו כגרסת הנ"י וז"ל דאי עמד בדין לא מחייב קנס דשלו הוא טובח ומוכר עכ"ל ע"ש.

חדא מתרי ותלתא נקט. בשיטמ"ק

בשם הרא"ש כתב דהוי מצי נמי לשנויי דמיירי שאחר שטט"ג באו עדים שטבח עוד לפני שטען נגנבה נמצא שקדמה הטביחה לגניבה ואינו חייב דו"ה. ומאי דפשיטא לרא"ש דאם טבח לפני שטט"ג אינו חייב דו"ה אינו מוסכם דבראב"ד פ"ד מגניבה ה"ב כתב דגם בכה"ג שטבח לפני הטענה חייב דו"ה. וסברת הראב"ד כתב האמרי משה בסי' ל"ה דאמנם בשומר הלקיחה עצמה אינה נחשבת מעשה גניבה כמו שנתבאר לעיל מ"מ כשמשלים גניבתו ע"י כפירה ושבועה זה גורם שנעשה גנב משעה שלקח החפץ לעצמו נמצא דהגניבה קדמה לטביחה. ומקורו של הראב"ד לחידוש זה כתב האמר"מ מגמ' לקמן קי"ב. שואל שטבח בשבת פטור משום קלב"מ והראב"ד שמוכא ברשב"א שם גורס דאם אין קרן אין כפל ודו"ה ומיירי שטט"ג כמו שהובא לעיל ועכצ"ל דמיירי שטבח לפני שטט"ג דאל"כ נתחייב קרן וכפל בלי קלב"מ ואח"כ יתחייב דו"ה ע"י טביחה דעל קנס אין קלב"מ כמבואר שם בדף קי"ב. וע"כ מיירי שטבח בשבת ואח"כ טט"ג ונעשה גנב למפרע משעת טביחה ולולא קלב"מ היה חייב דו"ה ובגלל קלב"מ פטור מקרן ואם אין קרן אין כפל ודו"ה. ולדברי הראב"ד אין מקום לקושית הרא"ש בגמ' דידן.

על ר"ח ולמה שנתבאר לעיל זה גם שיטת הרי"ף בכתובות לכן שפיר השמיט דיני ט"ג. וע"ע בפרק החובל דף פד. שכתבנו לבאר מחלוקת הרמב"ן ובעה"מ באופן אחר.

כי יתן איש אין נתינת קטן כלום.

עיי' בר"ן שבועות מ"ב. שמביא שיטות הראשונים בזה ומובא בדבריו שיש ג' שיטות בראשונים בדרשה זו דכי יתן איש ולא קטן. א. הראב"ד פ"ב משכירות ה"ז והרשב"א ס"ל דמהאי קרא ממעטינן דאין דין שמירה בנתינת קטן ודמי להא דנתמעטו עבדים שטרות וקרקעות דאין בהם דין שמירה וממילא גם אין בהם שבועת השומרים. ב. הרמב"ן מספקא ליה דאולי לא נתמעט דיני שמירה ואם יודה הש"ח שפשע או הש"ש שנגנב ישלם והמיעוט הוא רק דאין נשבעין על פקדון של קטן. ג. שיטת הרי"י מגש והרמב"ם פ"ב משכירות ה"ז ופ"ה מטו"נ ה"ט דיש דיני שמירה בפקדון של קטן ונשבעין שבועת השומרים על טענת קטן כיון דלא בעינן טענת ברי והמיעוט דאיש ולא קטן כתב הרי"י מגש דקאי על אם כסף תלוה וילפינן מהכא דאין נשבעין שבועת מודב"מ או שבועת ע"א על טענת קטן ועירוב פרשיות כתוב כאן.

על שיטת הרמב"ם והרי"י מגש הקשו הראשונים בשבועות (הרמב"ן הרשב"א והר"ן) מסוגייתנו שהקשו על רחב"א אמר ר"י שאמר שיש דין טט"ג בשומר אבידה מהא דממעטינן נתינת קטן. ובשלמא לראב"ד ולרשב"א כונת הגמ' דבנתינת קטן אין דיני שמירה וא"כ ממילא גם לא יהיה דין טט"ג ולרמב"ן אמנם יש דיני שמירה אבל כיון שלא נשבעין לא יתכן דין טט"ג. אבל לרמב"ם ור"י מגש שלא נתמעט בפרשת שומרים כלל אלא נלמד מכאן שלא נשבעין שאר שבועות בטענת קטן א"כ אין בזה סתירה לדינו של רחב"א ומה קושית הגמ'. ולכאורה נראה דאף שהרמב"ם והרי"י מגש תרוייהו ס"ל דנשבעין שבועת השומרים לקטן ומודב"מ וע"א לא נשבעין על טענת קטן מ"מ

אינם לגמרי שיטה אחת. שהרי"י מגש כתב דהמיעוט קאי אמלוה וממדה במקצת ילפינן נמי שבועת ע"א דכל שבועה שצריך טענת ברי לא נשבעין על טענת קטן. והרי"י מגש בזה לשיטתו דס"ל ששבועת ע"א הוא דוקא בטענת ברי כמו שמביא הרא"ש בשמו בפרק שבועת הדיינים ס' ה'. אבל בדעת הרמב"ם כתב ה"ה בפ"ד מגזילה ה"ז דס"ל דנשבעין שבועת ע"א בטענת שמא. ואף שאין זה סתירה למה שסובר הרמב"ם דשומרים נשבעין על טענת קטן וע"א לא דשאני שבועת ע"א משומרים דבע"א אמנם לא צריך טענת ברי אבל טענה ותביעה עכ"פ בעינן כלשון הגמ' שעל טענה וכפירה הם באים משא"כ שומרים השבועה הוא מחיובי השמירה וא"צ לזה אפילו דין טענת שמא לכן בזה סגי בתביעת קטן. [ע' תוס' סנהדרין דף סח: שכתבו שנשבעין שבועת ע"א על טענת קטן]. אך כ"ז ניחא אילו היה מקור להא דאין נשבעין שבועת ע"א על טענת קטן היה אפ"ל סברא זו להבין החילוק בין ע"א לשומרים. אבל הרי"י מגש כתב דקרא דאיש קאי על מודב"מ מדין עירוב פרשיות וע"א נלמד מסברא דמודמין ע"א למודבמ"ק וזה ניחא רק לר"י מגש לשטתו דע"א צריך טענת ברי אבל לרמב"ם דע"א נשבעין על טענת שמא איך אפשר ללמוד ע"א ממודבמ"ק הא יש מקום גדול לחלק דדוקא במודה במקצת שצריך טענת ברי ממש לא מהני טענת קטן משא"כ ע"א. וראיתי באבה"א פ"ה מטו"נ שעמד בזה ע"ש.

לכן נראה דהרמב"ם כיון שחולק על הרי"י מגש לענין ע"א דסגי בטענת שמא גם כאן נטה קצת משיטת הרי"י מגש. דהרמב"ם לא מביא הפסוק של איש ולא קטן בפ"ה מטו"נ על הא דאין נשבעין ע"א ומודבמ"ק על טענת קטן אלא רק בפ"ד מגניבה ה"ט מביא מיעוט זה לענין דאין דין טט"ג בנתינת קטן. וכתב האו"ש בפ"ב משכירות ה"ז דשיטת הרמב"ם דאמנם לא נתמעט דין שמירה ולא שבועת השומרים אבל המיעוט הוא על פרט זה מדיני השמירה

הערות

הגזול עצים דף קו:

וציונים

קפא

דעל נתינת קטן ליכא דינא דט"ג. ובגדר המיעוט לענין ט"ג ראיתי בברכת שמואל ב"ק ס' מ"א בשם הגר"ח זצ"ל דאף דשבועת השומרים לא בעי טענה ותביעה ואפילו טענת שמא לא בעינן מ"מ דין ט"ג אף שגם הוא לא צריך טענת ברי מ"מ דין טענה בעינן ומזה נתמעט קטן. נמצא דממיעוט זה דנתמעט ט"ג בנתינת קטן כאן נתחדש דגם במקום דלא בעינן טענת ברי אם צריך עכ"פ טענת שמא אין לקטן דין טענה ומכאן מקור נאמן להא דאין נשבעין שבועת ע"א על טענת קטן אף לדעת הרמב"ם דע"א לא בעי טענת ברי. וע"ע מה שכתבנו בזה לקמן דף קט: על הגמ' דגר קטן. ולשיטת הרמב"ם אין צורך לאמר עירוב פרשיות לענין מיעוט דאיש ולא קטן אלא עיקר המיעוט הוא על ט"ג ומזה ילפינן שבועת ע"א וכ"ש מובמ"ק שצריך טענת ברי ממש. וע' באו"ש הנ"ל שכתב שאדרכה פשוטות הגמ' בסוגין הוא כרמב"ם שקושית הגמ' היא על עיקר חידושו של ר' יוחנן לענין ט"ג. ולשיטת הראב"ד והרשב"א לא מובן למה הקשו על רחב"א אמר ר"י הרי השאלה היא על עיקר הדין דשומר אבידה שאין זה מתאים עם יתן איש ולא קטן. ורחב"א לא חידש את דין השמירה אלא רק שיש בזה ט"ג. ובשלמא לרמב"ן יש לישב דלולא רחב"א אמרינן דאמנם יש שמירה באבידה אבל אין שבועה וברחב"א מבואר שיש שבועה וע"ז מקשים ולרמב"ם ניחא טפי דהשאלה על הדין ט"ג. אבל לרשב"א ולראב"ד בלי רחב"א קשה מעצם הדין דשומר אבידה. ובדעת הראב"ד והרשב"א צ"ל דלולא רחב"א היה אפ"ל דאה"נ כי יתן איש ממעט מפרשת שומרים אבל מדין שומר אבידה באמת יהיה שומר ונ"מ שלא יהיה בזה הדין דט"ג שהיא הלכה בפרשת שומרים הרגיל אבל לרחב"א שחידש שגם בפרשת שומר אבידה יש כל דיני שומרים וגם דין ט"ג א"כ למאי נ"מ מיעוט נתינת קטן ת"ל דלא גרע משומר אבידה.

אמנם כ"ז לדעת הרמב"ם אבל הר"י מגש כתב דעקרינן למיעוט דאיש ולא קטן מפרשת שומרים וקאי על מודה במקצת ושבועת ע"א נלמד ממובמ"ק והר"י מגש לשטתו שפיר יכול ללמוד ע"א ממודבמ"ק דתרוייהו בעו טענת ברי. ולשטתו קשה מה קושית הגמ' בסוגין על רחב"א. אך בדעת הר"י מגש י"ל כמו שכתב הפנ"י כאן דכל מה שכתב הר"י מגש דדרשת איש ולא קטן לא קאי על פרשת שומרים בגלל עירוב פרשיות זה רק לשיטת רחב"א דס"ל בסמוך עירוב פרשיות לענין כי הוא זה ה"ה לענין כי יתן איש. אבל לרחב"א דלא ס"ל התם עירוב פרשיות ה"ה כאן דלא ס"ל כן. א"כ בדעת רחב"א מודה הר"י מגש וא"ש קושית הגמ'. והפנ"י חזר מפשט זה משום דקשיא ליה דלפ"ז יוצא שלהלכה דקי"ל כרחב"א דהמיעוט לא קאי על פרשת שומרים יהיה דין ט"ג גם בנתינת קטן והרמב"ם בפ"ד מגניבה מביא להלכה דבנתינת קטן אין דין ט"ג. ולכן חזר הפנ"י מפשט זה ופירש על דרך האו"ש הנ"ל. אבל למה שנתבאר פירוש האו"ש הוא נכון בדעת הרמב"ם ופירוש הפנ"י הוא נכון בדעת הר"י מגש.

לשיטת הרשב"א והראב"ד צריך להבין דברי הגמ' בשבועות מ"ב. דאמרינן על מתני' דאין נשבעין על טענת חשו"ק דקאי על שבועת מובמ"ק מ"ט כי יתן איש ולא קטן. ובשלמא לרמב"ן דיש דיני שמירה בקטן ונתמעט שאין שבועה כ"ש שאין שבועת מבמ"ק בטענת קטן. ובשלמא לרמב"ם דנתמעט בפסוק זה דאין דין ט"ג ע"י טענת קטן ה"ה דאין שבועת ע"א ומבמ"ק על טענת קטן וכן לר"י מגש דעירוב פרשיות קאי המיעוט על שבועת מובמ"ק אבל לרשב"א והראב"ד הפסוק ממעט שאין בכלל שמירה על נתינת קטן וממילא אין שבועה ומנין המקור מפסוק זה שאין שבועת מובמ"ק או ע"א בטענת קטן. וע' ברמ"ה שהובא בשיטמ"ק כאן שס"ל כראב"ד והרשב"א ובתוך דבריו

כתב דמסברא מדמינן דכמו שנתנית קטן לא מחייבת דיני שמירה כך טענת קטן אינה מחייבת שבועה. ועי"ל ע"פ דברי הר"ן בשבועות מ"ב: דהקשה מאי שנא עבדים שטו"ק דנתמעטו מכל דיני שמירה וב' כסף שנלמד מאותה פרשה מכסף או כלים נתמעט רק משבועה ולא משמירה. ותי' דכל מה שנתמעט רק בפרשת ש"ח קאי המיעוט רק על השבועה ומה שחזרה התורה ומיעטה שוב בפרשת ש"ש כעשו"ק נתמעטו לגמרי משמירה דמיעוט אחד קאי על שבועה ומיעוט אחד קאי על דין שמירה. א"כ פשוט דכי יתן איש כתוב בשתי הפרשיות א"כ יש מיעוט אחד לאין נשבעין על נתינת קטן ומזה ילפינן כל השבועות כמו שלא נשבעין על עשו"ק ומיעוט שני שאין דין שמירה בנתינת קטן כמו שאין דין שמירה בעשו"ק.

אמר רחב"א אר"י הטט"ג בפקדון

אינו חייב עד שיכפור במקצת ויודה במקצת. הפשט הפשוט בגמ' הוא דרחב"א לא אמר בזה שום חידוש בדיני טט"ג אלא חידוש דשבועת השומרים צריכה הודאה במקצת כשיטת רמב"ח ולא כרחב"א. וממילא כיון שאינו נשבע אין טט"ג. כך לומד הרא"ש בשיטמ"ק וכן מבואר בתוס' בד"ה עירוב דכתבו דרחב"א ורב"ח אולו באותה שיטה. אך א"כ יש סתירה מפורשת מגמ' זו לדברי האו"ש בפ"ד מגניבה ה"י דאחר שביאר שמה שטט"ג צריך שבועה ואינו נעשה גנב בעצם לקיחת הממון דלא נשלמה גניבתו עד שנפטר מהבעלים ולזה צריך טענת גנב ושבועה מוסיף האו"ש עוד חידוש גדול דבפשטות אף שענין השבועה הוא כדי שיפטר מן הבעלים מ"מ גזה"כ דבגזילה באופן זה בעינן דוקא טענת גנב ולא אבד ודוקא שיהיה ע"י שבועה ואפילו במקום שנאמן בלי שבועה אין דין טט"ג אלא ע"י שבועה. אך בדעת התוס' בהכונס דף נ"ז: רוצה האו"ש לחדש דבמקום שנאמן בלי שבועה כגון בבעליו עמו יש צד בתוס' שיהיה דין טט"ג בלי

שבועה. ודברי האו"ש בזה מחודשים ובראשונים בכמה מקומות מפורש לא כך. ואלו הם: א. תוס' ריש מרובה הקשו אם אין נשבעין על קרקעות ל"ל מיעוט שאין טט"ג בקרקע ולדברי האו"ש אדרבה כיון שנפטר בלי שבועה ס"ד שיהיה טט"ג בלי שבועה. ב. בדף קו. מבואר דקפץ ונשבע אינו חייב כפל דטט"ג והניחא לר"ח ורמ"ה שכתבו דמוכח מכאן דאינו נפטר בשבועה זו לכן אין טט"ג אבל הרמב"ן והרשב"א כתבו שאפילו אם נפטר בשבועה זו מ"מ לכפל בעינן שבועה בפני ב"ד דוקא ומבואר דאף שהועיל בשבועתו ליפטר מן הבעלים אין זה מספיק לחייב כפל דטט"ג. ג. בתוס' ק"ו: ד"ה אבל מבואר דהיכא דאית ליה לשומר מגו ונאמן לטעון נגנב בלי שבועה אין דין טט"ג ומפורש לא כהאו"ש. ד. דף קו. כבר יצא ידי בעלים בשבועה פרשו התוס' דשוב אינו נשבע דאית ליה מגו וכיון שאינו נשבע אין דין טט"ג. ה. דף ק"ו. כי יתן איש ולא קטן לדעת הרמב"ן קושית הגמ' דאין שבועה על נתינת קטן וממילא אין טט"ג. [ומצאתי שחלק מראיות אלו מביא הקה"י בס' ל"ו יעו"ש] אמנם בודאי כ"ז לא נעלם מהאו"ש ומודה דדעת הראשונים אינו כן וחידושו כתב רק בדעת התוס' בהכונס ומכל מה שהבאנו אין שום סתירה מגמ' אלא רק מדברי הראשונים.

אמנם מגמ' דידן שלרחב"א היות וס"ל דשומר שכופר הכל אינו נשבע ממילא אין טט"ג בכופר הכל לכאורה מפורש בגמ' דבאופן שנאמן בלי שבועה אין דין טט"ג וזה סתירה ליסוד של האו"ש. וראיתי באמרי משה ס' ל"ה שהקשה כן וחולק על האו"ש מכח גמ' זו. אך דברי האו"ש עניים במק"א ועשירים במק"א דבחידושו כאן כתב דנר' לבאר כונת רחב"א דאינו חולק כלל על רחב"א בעיקר דין שבועת השומרים וס"ל נמי דשומר נשבע בלי הודאה אלא דס"ל דלא נעקר כי הוא זה לגמרי מפרשת שומרים כרחב"א אלא קאי על פרט אחד מדיני שומרים דכופר הכל נתמעט מדין טט"ג. וכתב

הערות

הגזול עצים דף קו: – קז.

וציונים

קפג

דכן נראה מפשטות לשונו של רחב"א דאמר הל' בהל' טט"ג כדבריו הקודמים ולפשט הפשוט הל' כלשון רמב"ח דשומרים צריכים כפירה והודאה ולמה הזכיר טט"ג. ולפ"ז אין שום סתירה לחידוש של האו"ש הנ"ל דכמו דגזה"כ דבעינן טענת גנב ולא טענת אבד כך גזה"כ דבעינן מודה במקצת אבל שבועה בעינן רק כדי שיהיה נאמן והיכא דנאמן בלי שבועה יתכן שיש דין טט"ג בלי שבועה. ועיין בתורי"ד כאן שכתב בהדיא פירוש זה דהאו"ש בגמ' דרחב"א לא ס"ל כרמב"ח אלא כרחב"י והמיעוט קאי רק על כפל דטט"ג וכן משמע בר' יהונתן שמוכא כאן בשיטמ"ק. והמעין בלשון רש"י יראה שמדויק כן גם ברש"י. דרש"י בד"ה דאמר קרא כתב דדרשת רחב"א מכי הוא זה הוא משום דכתיב כי הוא זה בפרשת טוען טענת גנב. ולפי הפשט הפשוט אין צורך לזה דנתמעט משבועת השומרים וממילא אין טט"ג אלא מבואר ברש"י דרחב"א חידש דין בטט"ג. ולכן דייק רש"י בלשונו בסוף הסוגיא וכתב דרמב"ח פליג על רחב"י ולא כתב דסבר כרחב"א. אמנם אף שהפשט בגמ' כאן משמע דרש"י ס"ל כהאו"ש מ"מ בחי' הנ"ל של האו"ש מבואר ברש"י דלא ס"ל כן דכתב בסוף הסוגיא דלרמב"ח דס"ל שבכופר הכל אין שבועה ממילא בכופר הכל גם לא יהיה טט"ג ולא"ש אין זה מוכרח. יוצא לרש"י דבין לרחב"א בין לרמב"ח אין טט"ג בכופר הכל אבל לכ"א מטעם אחר לרחב"א חייב שבועה ואעפ"כ נתמעט כופר הכל מטט"ג. לרמב"ח מפני שאינו נשבע ממילא אין דין טט"ג דבעינן דוקא שבועה.

דף קז.

תד"ה עירוב פרשיות. בסוגיא בפרק השואל מבואר דכדי לחייב שבועה בשוכר אמר שכורה מתה בעינן ב' פרות כדי שיהיה הודאה במקצת ולרמב"ח בעינן ג' פרות. מכאן הקשו

התוס' גם על רש"י וגם על ריב"א לרש"י קשה לרחב"י דפליג על רמב"ח כופר הכל חייב בפקדון בין בטענת נאנסו בין בטענת כפירה ולמה הצריכו שם ב' פרות גם למ"ד שחולק על רמב"ח וכן קשה על ריב"א דאמנם טענת שכורה מתה הוי טענת כפירה וצריך הודאה לריב"א מ"מ כיון שלריב"א נאנסו נשבע בלי הודאה אפשר לגלגל מנאנסו לשכורה מתה. כך מבאר הרש"ש את קושית התוס' על ריב"א אך את זה יש לישב כמו שכתבו תוס' שם בב"מ צ"ז. דא"א לגלגל כשהנתבע טוען איני יודע. ומשמע בתוס' דלר"ת ניהא סוגיא דהשואל אך באמת גם לר"ת צ"ע למה לרמב"ח בעינן ג' פרות הא טענת שכורה מתה הוי כפירה שטוען שאינו שואל על הבהמה שמתה ובכפירה כתבו דלכו"ע סגי בהודאה וכפירה בלי נאנסו. ובפרק השואל הקשו כן התוס' וכתבו שבאמת מוכח מהתם דלרמב"ח לא סגי בכפירה והודאה בלי נאנסו. ולתוס' כאן צ"ע. אך רש"י שם בב"מ מבאר באופן אחר הא דבעינן לרמב"ח ג' פרות ואולי תוס' הכא ס"ל בזה כרש"י. דבדברי רמב"ח איכא ב' חידושים א. גם בטענת נאנסו בעינן הודאה. ב. כל מודה במקצת צריך כפירה גמורה ולכן לא סגי בכפירה של נאנסו אלא בעינן דוקא להד"ם או החזרתי וגם בלהד"ם בעינן כפירה ודאית ואיני יודע לא הוי כפירה. וחידוש השני של רמב"ח אינו דוקא לענין פקדון אלא חידוש בכל מודב"מ. ומה"ט כתב רש"י דרמב"ח פליג על הא דרבא דחמשין ידענא וחמשין לא ידענא שמחויב שבועה ומשיל"מ. ולרמב"ח בכה"ג אין חיוב שבועה כלל כיון שאין כפירה גמורה. ומה שצריך לרמב"ח ג' פרות אינו בגלל חידושו הראשון דשומר צריך הודאה במקצת, דלזה הוי סגי בכפירה והודאה בב' פרות. אבל כיון שס"ל שצריך כפירה ודאית לכן צריך ג' פרות. ועיין בחי' הרמב"ן שם שמבאר שיטת רש"י ומבאר דיסוד המחלוקת של רבא ורמב"ח לענין איני יודע הוא דלרבא המחייב של מודה במקצת הוא הודאה בחלק מהתביעה ואין צורך בכפירה

דכל שמודה בחלק ועל השאר אין הודאה חייב שבועה על השאר. אבל רמב"ח ס"ל דתנאי החיוב הם הודאה וכפירה לכן באיני יודע אינו מחויב שבועת מוב"מ.

לפ"ז יתישב נמי קושית תוס' על רש"י מה שלפני שהביאו את רמב"ח הוצרכו לב' פרות ולשיטת רש"י לרחב"י סגי בפרה אחת אך י"ל דגם בתחילה הגמ' הלכה בשיטת רמב"ח דגם בפקדון צריך הודאה אבל עדין הגמ' לא ידעה את החידוש השני של רמב"ח דאיני יודע לא הוי כפירה לכן סגי בב' פרות דהוי הודאה וכפירה ואח"כ הגמ' אומרת דלרמב"ח היינו לחי' השני של רמב"ח שצריך כפירה ודאית בעינן ג' פרות וע"ע במהרש"א שם בב"מ שכתב לישב שיטת רש"י באופן אחר. וע' מה שכתבנו בזה בס"ד שם בב"מ.

לשיטת רמב"ח דנאנסו בעי כפירה והודאה ואילו כפירה והודאה חייב בלי נאנסו [לתוס' דידן] הקשה הפנ"י למה הוצרכה תורה לחדש שבועת השומרים על נאנסו הרי בל"ה נשבע על הכפירה כדין מוב"מ וממילא יכול לגלגל שבועת נאנסו. ותי' דאיכא נ"מ לסוברים שא"א לגלגל בשמא ועוד כתב הפנ"י דלולא החידוש של שבועת השומרים ה"א דלא נפטר בשבועה אלא משלם עד שיביא ראיה שהיה אונס ואין החי' בחיוב אלא שנפטר בשבועה. וכקושית הפנ"י הקשה תלמיד ר"פ בשיטמ"ק ב"מ דף ה. ותירץ כתירוצו הראשון של הפנ"י. ולולא דבריהם היה נראה דאין צורך שיהיה הכפירה והודאה ראוי לחייב שבועה מצד עצמו כדי לחייב שבועה על נאנסו ולא בעינן שבכפירה לבד יהיה ב' כסף ובאופן זה לולא שבועת נאנסו לא היה נשבע וכן בנתינת קטן לרמב"ם דמוב"מ לא נשבעין ושומרים נשבעין אם יש כפירה ונאנסו ישבע נאנסו אף שעל הכפירה אינו נשבע ואולי אפילו בטענת שמא על כל הג' פרות ומודה אחד וכופר אחד וטוען נאנסו על אחד ישבע נאנסו כדין שומר שנשבע

על שמא אף שעל טענת הכפירה אין נשבעין בטענת שמא. אך מדברי הפנ"י והשיטמ"ק הנ"ל משמע שהבינו שכדי שיחשב נאנסו בהדי כי הוא זה בעינן שהכי הוא זה יהיה ראוי לחייב שבועה על הכפירה ורק אז נשבעין על נאנסו והוי כעין גלגול דבל"ה חייב על כפירה והודאה אך חידשה תורה שבאופן זה יהיה מחויב ממש כעיקר השבועה. אמנם בדעת תוס' בהשואל בודאי שא"א ללמוד כך דכתבו דלרמב"ח כפירה והודאה בלי נאנסו אינו חייב וע"כ הגדר כשיש כפירה והודאה ונאנסו אינו דבעינן חיוב שבועה מכח כפירה והודאה אלא שזה תנאי לחיוב שבועת נאנסו ואף אנן נימא הכי לתוס' דידן. אמנם לכאור' יש להביא ראיה להבנת השיטמ"ק והפנ"י מב"מ ה: דפריך על הא דרמב"ח דבעי הודאה וכפירה בהדי נאנסו נימא מגו דחשיד אממונה חשיד אשבועה. ופרש"י בשלמא טענת נאנסו אינו חשוד אממונה דאולי פשע ומשתמיט מלשלם עד שיהיה לו זוזי לכן טוען נאנסו אבל בטענת הכפירה חשבה הגמ' דלא שייך אשתמוטי ע"ש בסוגיא. ואינו מובן דמה בכך דבטענת הכפירה אין אשתמוטי וחשוד אממונה הרי באים להשביעו על טענת נאנסו ולא על טענת הכפירה אלא שא"א להשביע נאנסו אא"כ יש גם כפירה והודאה אבל למה שהחשוד אממונה בטענת הכפירה ימנע שלא ישביעו על טענת נאנסו שכזה יש כן חשש אשתמוטי ויש תועלת מהשבועה. אלא משמע דכדי שיחשב כי הוא זה בהדי נאנסו בעינן שיהיה חיוב שבועה על כי הוא זה ואגב שבועת הכפירה יש גם שבועה על נאנסו. וא"כ יצא שצריך ב' כסף על כפירה והודאה לחוד ויצטרכו טענת כפי וטענת גדול. ואכתי צ"ע בכל זה. ושו"ר דהראב"ד בשיטמ"ק ב"מ צ"ח בד"ה והראב"ד תירץ דאיכא, הקשה ת"ל משום גלגול ותי' דנ"מ במחל שבועת הכפירה והרשב"א הקשה דא"כ לא ישבע נאנסו לרב"ח. ולשון הרשב"א שם משמע בהדיא דלרמב"ח הוי בגדר גלגול ופליגי במה שהסתפקנו.

הערות הגזול עצים דף קז. – קז: וציונים קפה

סברא לחלק בין ממון לשבועה שהרי מגו דהעזה לכו"ע לא מהני בשבועה אף שבממון מהנין וכתב הקצות לדעת הרא"ש דהא דמהני מגו דהעזה בממון הוא משום דכיון דחשוד לעכב ממון חברו חשוד נמי להעיז משא"כ בשבועה תולים באשתמוטי ואינו חשוד על ממון לכן גם אינו מעיז. וכעין זה כתב גם הש"ך בביאורו השני בתוס' דידן ע"ש. ג. בקו"ש ח"ב ס"ג כתב לבאר ע"פ היסוד של כח הטענה דבממון סגי במגו אף שאין בו ראייה משא"כ לפטור משבועה בעינן דוקא ראיה המגו לכן מגו דהעזה לא מהני. וע' בקה"י ב"מ ס"ג שמבאר בנוסח אחר ויתכן שמה שכתב שם הוא עומק כונת האחרונים ביסוד של כח הטענה יעו"ש.

דף קז:

בעומדת על אבוסה שנו. הסברא לפטור ט"ג אחרי שליחות יד כתב רש"י דכיון ששל"י נעשה גזלן וקמא ברשותיה ובפשטות הכונה בזה דכמו בכל גנב בעינן וגונב מבית האיש וגונב מן הגנב פטור מכפל כך בטט"ג בעינן שבשעת הטענה והשבועה שהוא מעשה המחייב כפל יהיה הפקדון ברשות הבעלים וכיון ששל"י לפנ"כ אין גניבתו מבית האיש. ורע"א בתשובה קצ"ב כתב עוד טעם שאין דין טט"ג אחרי של"י שאחד מתנאי טט"ג הוא שיפטור עצמו בטענת גנב וכיון ששל"י נתחייב באונסין ואף שלא ידעו ופטרו אותו מ"מ אח"כ מתברר שלא נפטר בטענת גנב. וסברא זו כתב הראב"ד כאן בשיטמ"ק. ולכאורה דברי הראב"ד סותרים את מה שכתב לקמן דף קי"ב. והובאו דבריו לעיל דמשכחת טט"ג בשואל כגון שטוען ש"ח אני ונגנב ואח"כ נמצא שהוא שואל דאע"ג שבאמת לא נפטר בטענת גנב מ"מ כיון שלמעשה נפטר בטענה זו כיון שב"ד חשבו שהוא ש"ח חייב כדין טט"ג וא"כ הכא נמי אע"ג דבאמת של"י וחייב באונסין מ"מ

בסוף ד"ה עירוב פרשיות. הקשו על הא דמבואר בדברי רבה דמגו דהעזה לא הוי מגו מהני עיזי ומשדה זו של אביך היתה. ומה שתירצו קשה להבין כונתם. וע' מה שכתבו בזה הפנ"י כאן, הש"ך בס"פ בכללי מגו כלל ו', התומים שם כלל ע"ב והקצה"ח ס' פ"ב סקי"ד. התוס' בב"ב נ"ב: והר"ן בריש כל הנשבעין כתבו דהא דלא מהני מגו דהעזה הוא רק לפטור משבועה אבל לפטור מממון מהני מגו דהעזה וכן נקטו הפוסקים להלכה ע' ש"ך הנ"ל. והקצות בפשט הראשון וכן הש"ך בפירושו השני רצו להעמיס חילוק זה גם בכונת תירוצ' התוס' כאן. אך מה שנכנס יותר בלשון התוס' הוא פירושו השני שכתב הקצות בשם אחיו דכדי שיחשב מגו דהעזה בעינן שיהיה העזה וגם שבטענת המגו יכפור יותר מטענתו הראשונה. ולפ"ז תוס' כאן חולק על מה שחילקו שאר הראשונים בין לפטור משבועה לבין לפטור מממון. וכן כתב הגאון על הש"ך הנ"ל דשיטת התוס' כאן דמגו דהעזה לא מהני גם בממון.

ובסברת החילוק בין מגו דהעזה לפטור מממון לפטור שבועה נאמרו כמה דרכים. א. הר"ן בשבועות הובא בקצה"ח הנ"ל כתב דיותר בקל פוטרים ממון כיון דמוציאים ממון ממוחזק סגי במגו כל דהו משא"כ לפטור משבועה שאינו הוצאת ממון בעינן מגו טוב. ב. הקצות הוכיח דהרא"ש לא ס"ל כסברת הר"ן שהקשה על הר"י מגש דס"ל שכל מגו לא מהני לאפטורי משבועה דאין בזה סברא דאטו שבועה לאו מממונא הוא ויקשה הרא"ש לנפשיה ממגו דהעזה דמהני בממון ולא בשבועה [ובמק"א כתבנו שזה שהוכיח הר"י מגש שיטתו ממוב"מ דנשבע אף שיש לו מגו ותמוה דהתם תי' רבה דהוי מגו דהעזה ואמנם האחרונים תי' דלא יסתור דברי רבה לר"י מגש אבל אכתי מה מוכיח הר"י מגש משם הרי רבה תי' דהוי העזה אבל להנ"ל כונת הר"י מגש לאפוקי מטענת הרא"ש דע"כ חזינן דאיכא

כיון שהוא מכחיש ולמעשה נפטר בטענת גנב יתחייב כפל. אך הראב"ד לשטתו ניחא דפסק בפ"ד מגניבה ה"ב דשל"י ואח"כ ט"ג חייב כפל א"כ להלכה קי"ל דאע"ג דבאמת חייב באונסין מ"מ כיון שהכחיש ונפטר בשבועה חייב כפל ולפ"ז ה"ה שואל שטען שהוא ש"ח ונגנב מתחייב כדין ט"ג.

רע"א בתשובה הנ"ל נשאל דמשמעות הסוגיא הוא דרצו לפשוט ספיקן של ר' זירא מדברי רי"ח דטט"א ואח"כ ט"ג ודחו דאין הטעם שם מפני שקנה בשבועה ראשונה אלא מפני שיצא ידי בעלים בשבועה ראשונה. ומשמע דנשאר ספק בדעת ר' יוחנן ולמה לא פשוט מהא דאמר ר' אבין בשם ר"י דטעמא משום דיצא ידי בעלים בשבועה ומשמע דלולא זה היה מתחייב כפל אע"ג דקנה בשבועה ראשונה ומוכח מזה דשל"י ואח"כ ט"ג חייב. וטענה זו ששאלו את רע"א מפורשת ברא"ש כאן ובראב"ד בפ"ד מגניבה ה"ב שכתבו דקי"ל של"י ואח"כ ט"ג חייב ולא כר' ששת משום דר"י אמר טעמא משום שיצא ידי בעלים בשבועה ראשונה. וכונת השואל הוא לשיטת הרמב"ם דפסק ששל"י ואח"כ ט"ג פטור למה דחה דברי ר"י מקמיה דר' ששת ובישוב שאלת השואל הנ"ל או שיטת הרמב"ם שפסק כר' ששת יש ג' דרכים: א. המגיד משנה כתב שם דאף דהטעם לפטור מכח שקנה ע"י השל"י נדחה מכח דברי ר"י שהוצרך לטעמא דיצא ידי בעלים בשבועה ראשונה מ"מ אפשר לקיים דברי ר' ששת בלי סברא הנ"ל מגזה"כ דאם לא שלח ידו הא שלח פטור, ולכן הגמ' לא פשטה הספק של ר"ז בדעת ר"י. ב. רע"א כתב דבשל"י יש ב' סברות לפטור. סברת רש"י דנעשה גזול והוי ברשותו ועוד דאינו נפטר בטענת גניבה כיון שחייב באונסין ובטט"א ואח"כ ט"ג למד רע"א דמירי שאינו טוען שנגנב אחר שבועתו הראשונה אלא מחליף טענתו הראשונה בטענת גניבה וטוען שנגנב לפני שבועתו הראשונה ואם האמת כדבריו

נפטר בזה שאז עדין לא נתחייב באונסין. א"כ בזה יש רק טעם אחד לפוטרו דבזמן השבועה השניה כבר לא היה ברשות הבעלים. וראית הגמ' בק"ו אם כאן שיש רק סברא אחד לפטור הוא פטור ק"ו בשל"י וטט"ג שיש ב' סברות לפטור. ולפ"ז כתב רע"א דאחרי שהגמ' מביאה שר"י אמר טעמא דיצא ידי בעלים בשבועה מוכח רק דהכא שיש רק הסברא שנעשה ברשותו אין זה סיבה לפטור אבל אכתי איכא למימר דהיכא דאיכא הסברא שנתחייב באונסין ולא נפטר בט"ג כגון של"י וטען שנגנב אחרי זמן השל"י בזה יכול ר"י להודות שפטור. לכן אין פשיטות לספק של ר' זירא. וע' באו"ש פ"ד מגניבה ה"ב שכתב שלפי דברי רע"א הנ"ל ניחא דברי הרמב"ם וכונתו דהרמב"ם פסק כר' ששת ואין זה סתירה לדברי ר"י כנ"ל. אך יצא שהא דפטר הרמב"ם בשל"י ואח"כ טט"ג היינו דוקא כשטוען שנגנב אחרי זמן השל"י אבל אם טוען שנגנב קודם פטר עצמו בגניבה ובזה יש רק הטעם שזה לא ברשות הבעלים וטעם זה נדחה. [ע' באבה"א פ"ד מגניבה ה"ב ובמנ"ח מצ' נ"ד שהעירו דהרמב"ם פסק דינו של ר"י שטט"א ואח"כ טט"ג פטור ולא כתב הטעם דיצא ידי בעלים בשבועה אלא שיצא הפקדון מרשות בעלים בשבועה ראשונה, וע"ש בדבריהם מש"כ בזה].

עוד יש לישב את מה ששאלו את רע"א וכן את שיטת הרמב"ם ע"פ דברי התוס' בד"ה ושלח שהקשו לר"ש דשל"י ואח"כ טט"ג פטור איך משכחת טט"ג הא ר"ש בעצמו ס"ל לעיל דכופר בפקדון הוי גזול א"כ משעת כפירה קמה ברשותיה. ותרצו דדוקא בשל"י פטור מטט"ג אבל בכופר בפקדון אינו גזול אלא לענין חיוב אונסין. וביאור דברי התוס' אמר מרן הגרא"מ שך שליט"א ע"פ מה שהוכיח מרע"א בשו"ע ס' רצ"ד שכופר בפקדון אין לו קניני גזילה והא דנפטר מטט"ג ע"י של"י הוא משום דהוי ברשותו כלשון רש"י ובכופר בפקדון כיון שיש רק חיוב אונסין ולא קניני גזילה אם טט"ג

הערות

הגזול עצים דף קז:

וציונים

קפו

משה בס' ל"ה דגניבתו מתחילה משעת של"י והוי מעשה גניבה שמתחילה בשל"י ונגמרת בשבועתו ולכן לא הוי גונמה"ג דתחילת הגניבה היתה מרשות הבעלים. וזהו שהוסיף הראב"ד הנ"ל בהשגתו על הרמב"ם שגם אם טבח ואח"כ טט"ג חייב דו"ה ואין זה נחשב שקדם הטביחה לגניבה דנעשה גנב למפרע ובזה ביאר הראב"ד הא דאין בזה פטור דגונמה"ג כיון שהגניבה מתחילה בשל"י. אך הראב"ד הוסיף בזה חידוש דלא רק מתחיל הגניבה מתחילת לקיחת החפץ אלא שנעשה אח"כ גנב למפרע ממש ומתחייב דו"ה על הטביחה שלפני השבועה.

ע"פ מה שנתבאר הפשט בתוד"ה ושלח דהיכא דאין קניני גזילה אין פטור על טט"ג ומה"ט כופר בפקדון ואח"כ טט"ג חייב יש לישב קצת את הקושיא הידועה שהקשה מרן הגאון מפוניבז' וצ"ל דלר' ששת דשל"י ואח"כ טט"ג פטור לא משכחת לב"ש טט"ג דב"ש סברי בסוף המפקיד דהחושב לשל"י חייב כדין של"י וכל טט"ג אפילו שעדין לא של"י מ"מ דעתו לשלוח יד ובמחשבה זו [לסוברים דסגי במחשבה ולא בעינן אמירה] נעשה גזלן ושוב לא יתחייב משום טט"ג. וי"ל דכמו שנתבאר לעיל דכופר בפקדון לית ליה קניני גזילה מסתבר מאד דאף שב"ש מרבים מקרא דגם חושב לשלוח יד הוי גזלן מ"מ הרי מעשה קנין לא עשה ובמה קנה קניני גזילה ודמי לגונב ע"י משיכה בר"ה דמתחייב באונסין וכתבו האחרונים דקניני גזילה לא יהיה לו. וא"כ אף שחייב באונסין אין זה אלא ככופר בפקדון שאם טט"ג אח"כ חייב. והא דמבואר בסוף המפקיד דבשל"י יש קניני גזילה וקונה בשינוי זה רק בשל"י ממש ולא בחושב לשל"י אפילו לב"ש. וגם לפשט של החזו"א הגזה"כ דשל"י וטט"ג פטור הוא על פשטיה דקרא ששלח יד ממש ולא על הריבוי של חושב לשל"י. אך כ"ז מישב רק שלא יקשה לר' ששת אבל אכתי קשה לצד של הגמ' דטעמיה דר"י בטט"א ואח"כ

אח"כ חייב. וצריך להבין לפ"ז איך היה ה"א ללמוד פשט בהא דטט"א ואח"כ טט"ג דפטור מפני שקנה בשבועה ראשונה הרי קנינו הוא מדין כופר בפקדון כמבואר ברש"י אלא שבשבועה כו"ע לא פליגי אבל גם בזה אין קניני גזילה. וצ"ל דכיון שהגמ' חשבה שכונת ר"י מפני שקנה בשבועה ראשונה א"כ ס"ד שגם במקום שאין קניני גזילה היות ויש חיוב אונסין נפטר ע"י זה מטט"ג וכ"ש בשל"י דהוי גזלן ממש [וקונה בשינוי כמבואר בב"מ מ"ג: בשבח שע"ג גזילה פליגי ע"ש] ואה"נ לפי ה"א זו יהיה ראייה שכופר בפקדון בלי שבועה אינו גזלן דאל"כ לא משכחת טט"ג. אבל למסקנה שאמר ר"י דיצא ידי בעלים בשבועה ראשונה איכא למימר דהא דלא אמר טעמא דקנה בשבועה ראשונה הוא כסברת התוס' דהכא שאני דלית ליה קניני גזילה. אבל בשל"י שיש קניני גזילה יתכן שמודה ר"י לר"ש דשל"י ואח"כ טט"ג פטור מפני שנעשה גזלן. וניחא הסוגיא דלא פשטו הספק של ר' זירא וניחא פסק הרמב"ם.

אמנם למה שנתבאר לעיל שיטת הקצה"ח והחזו"א דגם כופר בפקדון אית ליה קניני גזילה א"כ א"א לפרש בתוס' כפשט הנ"ל ובאמת החזו"א ב"ק ס' כ' סק"א מפרש באופן אחר דרק בשל"י גזה"כ דנפטר ולא בשאר עניני גזילה וזה על דרך ה"ה הנ"ל.

נמצא דיש ג' סברות לפטור של"י ואח"כ טט"ג. א. הוי ברשות הגזלן ודמי לגונב מן הגנב. ב. לא טען טענה הפוטרת כיון שנתחייב באונסין ג. גזה"כ אם לא שלח ידו. ובדעת המ"ד דמתחייב הא דלא פטרינן משום שלא נפטר בטענת גנב כתבו הראשונים דכיון שב"ד למעשה פטרו אותו סגי בזה [וכסברת הראב"ד בדף קיב. גבי שואל שטען ש"ח אני]. והא דאינו נפטר משום גונב מן הגנב כתב החזו"א דטט"ג הוי עונש על השבועה ואין בזה הפטור של וגונב מבית האיש. ועוד כתב בזה האמרי

ט"ג הוא משום דקנה בשבועה ראשונה ובה"א זו הגמ' חשבה שגם במקום שאין קניני גזילה ולא הוי שליחות יד ממש מ"מ פטור אם אח"כ ט"ג וע"ז קשה איך יש ה"א כזו הרי מדברי ב"ש מוכח דבכה"ג חייב דאל"כ לב"ש לא משכחת ט"ג וצ"ע.

רע"א בסוגין הקשה איך משכחת הדין דשל"י ואח"כ ט"ג פטור הרי הוא נשבע שלא של"י ולדבריו חייב כפל על מה שט"ג ואף שיש עדים ששל"י מ"מ דמי לאומר לא לויתי דהוי כאומר לא פרעתי ואף שבאו עדים שלוה ופרע חייב והכא נמי אף שיש עדים ששל"י כיון שהוא מודה שלא של"י יתחייב. ולפוטרו מדין מודה בקנס א"א דבזמן שהודה שלא של"י עדין לא חייב עצמו בקנס עד שבאו עדים שט"ג. ותירץ רע"א דאף שלא הודה בחיוב [ואין בזה דין שהודאתו תגרום פטור] מ"מ א"א לחייבו קנס ע"פ הודאתו. וע' בחי' הגר' מאיר שמחה זצ"ל שמביא מה שמסתפק רע"א בתשובה קמ"ט בדינא דכל האומר לא לויתי אם נחשב כהודאה מפורשת שלא פרע או שזה הוכחה על הודאה מדלא טען פרעתי. ואי נימא דהוי רק הוכחה על הודאה איכא למימר שכאן אין ראיה שהרי שם היה יכול לפטור עצמו בטענת פרעתי ומדלא טען כן ע"כ מודה שלא פרע. משא"כ כאן לאמר שטען שלא של"י מפני שרצה שלא יתחייב קרן ולא מוכרח שיש כאן הודאה לחייבו. אך דבריו בזה מחודשים דדברי רע"א שם הם בלא לויתי שאין בזה הודאה מפורשת שלא פרע ובהו יש צד שזה רק הוכחה שלא פרע מדלא טען אבל כאן הרי אמר בפירוש לא שלחתי בה יד ואף שכונתו היתה לפטור עצמו בפשטות כשבסוף ט"ג אפשר לחייבו ע"פ הודאתו שלא של"י. ולכן הוצרך רע"א לתרץ דכיון דהוי קנס א"א לחייבו ע"פ הודאתו.

והלא ג' שבועות משביעין אותו.
פרש"י לש"ח שטוען נגנבה. וכ"כ רש"י בב"מ

דף ו. וכתב שם הנחל"ד דשיטת רש"י דשבועת אינה ברשותו אינה שבועת נאנסו ונגנבה ולא ס"ל כמו שכתב הרא"ש שם בשיטמ"ק דלשון אינה ברשותו הוא ל"ד אלא ש"ח נשבע נגנבה ש"ש נאנסה ושואל מתה מחמת מלאכה אלא נקט בקצרה לשון השוה לכולם אבל רש"י לא ס"ל כן אלא חוץ מאינה ברשותו נשבע נגנבה או נאנסה ושבועת אינה ברשותי היא שבועה אחרת מחשש שמא אחר שנגנבה נמצא הגנב וחזרה הפקדון לרשות השומר ולכן כתב רש"י דרך ש"ח שטוען נגנבה נשבע שבועה זו אבל ש"ש שטוען מתה כדרכה אינו צריך לישבע שאינה ברשותו דאם מתה הרי אינה ברשותו. ודברים אלו מפורשים במאירי ריש פרק המפקיד דרך ש"ח צריך לישבע אינה ברשותו מחשש שמא חזרה לרשותו ולא ש"ש שטוען נאנסה. אמנם בדבר אחד הנחל"ד כתב בדעת רש"י אחרת מהמבואר במאירי בריש המפקיד דהנחל"ד כתב דג' שבועות הם חוץ מעיקר שבועת השומרים של נגנבה דנשבע שנגנבה וגם שלא של"י ואינה ברשותו ושלא פשע. ובלשון המאירי שם מבואר כרש"י דשבועת נגנבה ונאנסה אינם בכלל אינה ברשותו ולא כרא"ש הנ"ל אבל לא שזה שבועה רביעית אלא הוי בכלל שלא פשעתי שנשבע לא פשעתי אלא נגנבה לא פשעתי אלא נאנסה. וזה נראה יותר מלאמר דלרש"י יש ד' שבועות. אמנם דברי המאירי צ"ע מגמ' דידן. דמפורש בגמ' דהשבועה שמביאה לידי ט"ג הוא שבועת אינה ברשותי ואילו שבועת לא פשעתי אין בה דין ט"ג. ובשלמא לנחל"ד א"ש דאמנם אינה ברשותי אינה שבועת נגנבה מ"מ אם שיקר באינה ברשותי וגם בנגנבה חייב כפל ובלא פשעתי אם שיקר ופשע והופסד החפץ ע"י פשיעתו לא יבא לידי כפל אבל למאירי דלא פשעתי היינו נגנבה א"כ שבועה זו מביאה לידי כפל וצ"ע.

בע' רמב"ח ממוזן המחייבו וכו'.
הרש"ש מסתפק לסוברים דאין השומר נשבע

הערות

הגזול עצים דף קז: – קח. וציונים קפט

אבד מ"מ גוף החפץ כופר ואם יתיקר אח"כ ירויח היוקרא וא"כ שפיר הוי כפירת ממון.

דף קח.

בעי רבינא חומשא וכפילא בתרי גברי מאי. הגמ' נשאתר בזה בתיקו וכתב הרמב"ם בפ"ד מגניבה ה"ז שקרן משלמים שניהם וחומש משלם מי שנשבע והודה והכפל של זה שנשבע ובאו עדים הוא ספק ומהני תפיסה. ותמה הטור בס' שנ"ב דהספק הוא אם הכפל פוטר את החומש א"כ כפל בודאי חייב מי שבאו עליו עדים והספק לענין החומש של חבריו. וכתבו בזה האו"ש שם והרש"ש כאן על תוד"ה חד דהרמב"ם ס"ל דכמו שכפל פוטר חומש כך חומש יכול לפטור כפל ומי שקדם פוטר את חבריו. והאו"ש מוכיח את זה מגמ' בסמוך שיש צד שתרי כפילי פוטרין אחד את השני א"כ מפורש שגם כפל נפטר ע"י ממון אחר. וכדבריהם מפורש כאן בשיטמ"ק בשם הרא"ש וגם הרא"ש מביא ראיה מתרי כפילי דמשמע שאם החומש קדם החומש פוטר את הכפל. וג' שיטות יש בזה בראשונים לענין היכא דקדם החומש לכפל. א. שיטת הרמב"ם והרא"ש הנ"ל דאם החומש קדם החומש פוטר את הכפל. ב. בדברי הטור שהקשה על הרמב"ם מבואר דס"ל דאפילו אם חיוב החומש קדם הכפל שבא אח"כ פוטר את החומש שלפניו שהרי תוס' כתבו דגרסינן הודה תחילה וכן בלשון הרמב"ם והטור כתוב הודה תחילה ואעפ"כ ס"ל לטור שכפל הוא בודאי חייב וספק לגבי החומש. א"כ מבואר בטור ב' חידושים דאין דין שחומש פוטר כפל אלא רק שכפל פוטר חומש ועוד דגם לאחר שחל חיוב חומש הוא נפטר ע"י הכפל שאחריו. ג. בשיטמ"ק בשם הראב"ד על הספק של רמב"ח אם ממון המחייבו כפל פוטר מן החומש או שבועה המחייבו כפל פוטר מן החומש כתב הראב"ד דע"כ מיירי שבאו עדים

בטענת נגנבה אא"כ מודה במקצת מה הדין במקום שכופר הכל אך יש ע"א שלא נגנב שמחייב שבועה ונשבע כנגד העד ואח"כ בא עוד ע"א ומעיד שגנב אם מצטרף עם הראשון לחייב כפל מדין טט"ג. דאף דמבואר בראשונים לעיל דף קו. וכן נפסק בשו"ע בס' פ"ז דע"א המחייב שבועה ונשבע כנגדו יכול אח"כ להצטרף עם אחר להוציא הממון, מ"מ כאן גרע דכדי לחייב כפל בעינן תרתי חיוב שבועה ועדות שנמצא בידו ואולי בזה אין הע"א יכול להיות ביחד גם ע"א לשבועה וגם להצטרף עם אחר לחייב ממון. ורצה לדמות לדברי הש"ך בס' צ"ב סק"ח ע"ש. ובתחילה דברי הרש"ש היו חידוש בעיני דאפילו אם מהני ע"א כה"ג להצטרף וגם לחייב שבועה הרי שבועה זו אינה שבועת השומרים אלא שבועת ע"א ולדעת הסוברים דשבועת ע"א צריך טענת ברי צריך בזה טענת ברי ולא ככל שומרים שנשבעין בטענת שמא ולכאורה הוי כטענת אבד דאמנם טוען נגנבה אבל טוען באופן שאין טענתו מחייב שבועת השומרים ומה שנשבע הוא כדין האומר להד"ם שאם יש ע"א נשבע ואין זה שבועת נגנבה דכתיב בפ' שומרים. אמנם שוב התבוננתי דחידוש זה מבואר בתוס' בריש מרובה דהקשו ל"ל קרא דאין כפל של טט"ג בקרקע הא אין נשבעין על קרקעות וממילא אין טט"ג דאינה אלא ע"י שבועה. ות"י דאיצטרך להיכא דנשבע ע"י גלגול. והתם נמי אין זה שבועת השומרים אלא כל שטוען טענת גנב ונפטר בזה והיה מחויב שבועה יש בו דין טט"ג.

תוד"ה כגון. כתבו דאם נתחייב באונסין שבועתו השניה אינה אלא כפירת דברים דגם לדבריו שאבד הוא חייב לשלם. האו"ש בפ"ח מה"ל שבועות ה"ח הקשה על דברי התוס' דמוכח לעיל דף ק"ה: דהכופר בחפץ בעין ומודה בדמיו הוי כפירת ממון כמו שנתבאר שם וא"כ אמנם מתחייב בדמי החפץ בטענת

ואח"כ הודה דאם הודה קודם כבר נתחייב בחומש והכפל שיתחייב אח"כ לא יפטור את החומש שקדם לו ויתחייב גם כפל וגם חומש. דהיינו שבמקום שנתחייב בחומש קודם, לרמב"ם חומש פוטר כפל לטור הכפל שאח"כ פוטר החומש ולראב"ד חומש אינו פוטר הכפל אבל גם הכפל לא פוטר החומש.

לשיטת הראב"ד קשה מהגמ' של חומש וכפל בתרי גברי דלשון הגמ' הוא שהודה ואח"כ באו עדים ובזה לשיטת הראב"ד אפילו בחד גברא חייב גם כפל וגם חומש. וצ"ל דהראב"ד גרס איפכא שבאו עדים קודם ואף שתוס' בד"ה חד כתבו שא"א לפרש איפכא דאם העדים קדמו א"כ שניהם יתחייבו כפל ע"פ עדות זו. כבר כתב החזו"א בחו"מ ס' ה' סק"א דיתכן שהעדים ראו הפקדון בביתו של אחד מהם ואולי רק הוא גנבו שלא מדעת חבריו ואח"כ השני הודה שגם הוא גנב יחד עם חבריו. ולפ"ז יתכן שהעדים באו קודם וכך צ"ל לדעת הראב"ד.

בביאור שיטת הטור דכפל פוטר חומש אף שכבר נתחייב בחומש לכאורה נר' דיח' להסתפק בגדר הדין דממון שאין משתלם בראש אינו מוסיף חומש אם הכפל פוטר את החומש או דחדשה תורה כיון שכפל הוא יותר מחומש ובכלל מאתים מנה א"כ תשלום הכפל עולה לכאן ולכאן ומשתלם בזה גם הכפל וגם החומש. וסברא זו היא בודאי נכון בדעת ר' יעקב דס"ל לעיל ס"ה: דחומשו עולה לו בכפילו שאם הכפל והחומש שוים אינו משלם ב' פעמים בזה בודאי מסתבר שאין זה פטור אלא תשלום אחד עולה לשני החיובים וכן י"ל נמי בדעת חכמים דס"ל שאפילו אם אינם שוים התשלום הגדול פוטר הקטן מפני שהוא כלול בו ואין זה פטור. ונראה שבזה נחלקו כאן הראשונים דאם זה פטור לא יתכן שכפל יפטור חומש אחרי שכבר נתחייב בחומש וכן אם זה פטור יש מקום לאמר כמו שכפל פוטר חומש

כך חומש פוטר כפל. וזה שיטת הרמב"ם. אבל הטור למד שאינו פטור אלא שעולה לכאן ולכאן לכן ס"ל שאף שכבר חל חיוב חומש נפטר מזה ע"י תשלום הכפל דאין זה דבר הפוטר אלא שבזה הוי כשילם גם החומש ומה"ט סובר הטור דלא יתכן שחומש יפטור כפל דתמיד צריך לשלם את התשלום הגדול יותר ובזה הוי כשילם גם את הקטן. ושיטת הראב"ד שזה פטור לכן ס"ל שאחרי שחל חיוב חומש אין הכפל פוטרו אבל ס"ל דרק כפל פוטר חומש ולא איפכא לכן ס"ל שאם קדם החומש משלם חומש וכפל יחד. אך צ"ע דמהראב"ד לקמן דף קי. מוכח דס"ל דאינו פטור כמו שיתבאר שם בעזה"י.

כגון שמסר שורו ל'ב' בנ"א. הר"ן והרא"ש בפרק שבועת הפקדון מביאים מחלוקת ראשונים בשנים שלוו מאחד אם אפשר לגבות מכל אחד את כל החוב דכ"א נחשב לזה על הכל ואפילו יש לחבירו מעות אפשר לגבות ממנו את הכל או שכ"א הוי לזה על חצי ורק מדין ערב אפשר לגבות ממנו את חלק חבירו ודוקא כשאין לחבירו מה לשלם. ומגמ' דידן לכאורה מוכח שיכול לתבוע מכ"א את הכל ולכן השומר שט"ג ובאו עדים נתחייב כפל על הכל והשני נתחייב חומש על אותו ממון שחבירו חייב עליו כפל. אבל אי נימא דאפשר לתבוע מכ"א רק חצי א"כ אחד חייב כפל על החצי שלו והשני חייב חומש על החצי השני ואין זה חד ממונא. וע' בחזו"א חו"מ ס' ה' סק"א שכתב שמוכח מכאן שכ"א חייב בכל ולכאורה כונתו למחלוקת הנ"ל. אמנם ע' באו"ש פ"ד מגניבה שכתב דלסוברים דכ"א הוי לזה על חצי וערב על חצי השני א"כ זה שנשבע ובאו עדים יתחייב כפל רק על חצי דרק על מה שחייב מדין שומר איכא דינא דט"ג ולא על מה שחייב מדין ערב אבל זה שנשבע והודה יתחייב חומש על כל הממון שגם על מה שכופר חיוב ערב יש דין חומש וא"כ חלק מהחומש הוא על ממון שיש עליו

הערות

הגזול עצים דף קח.

וציונים

קצא

כפל וא"כ ניהא דברי הגמ' גם לסוברים שכ"א הוא לזה רק על חצי.

תוד"ה טען. הקשו מאי מספקא ליה לר"פ הא תנן השביע עליו ה' פעמים חייב על כל אחת ואחת א"כ מפורש דאין חומש פוטר חומש. בשיטמ"ק בשם הרא"ש מתרץ דהכא מיירי בהודאה בין שבועה לשבועה וכבר נתחייב בחומש ראשון לפני השבועה השניה וכשבא לחול עליו החומש השני כבר אין זה ממון המשתלם בראש דכבר יש לקרן תוספת חומש ובזה יש צד שלא יתחייב חומש שני משא"כ בהשביע עליו ה' פעמים מיירי שנשבע ה' פעמים ובסוף הודה ובכת אחת חל על הקרן ה' חומשין ובשעת החלות עדין הוא ממון המשתלם בראש. ונראה שלכן הקדימו התוס' לקושייתם דל"ג הודה דאילו היה הודאה באמצע היה אפשר לתרץ כהרא"ש.

עוד ישוב על קושיית התוס' הובא באבי עזרי פ"ד משבועות ה"ט בשם הגרי"ז זצ"ל ובשם הגר"א קטלר זצ"ל דהרמב"ם בפ"ז משבועות מביא את הדין שחייבים על כל שבועה בפנ"ע בשני הלכות. בהל' ט' כתב דכפר ונשבע ד' או ה' פעמים חייב אשם על כל שבועה ושבועה. ובהל' ט"ו כתב שנשבע והודה נשבע והודה חייב חומש על כל שבועה ושבועה. ושני שינויים שינה הרמב"ם מהל' ט' להל' ט"ו א. בהל' ט' כתב נשבע כמה פעמים בלי הודאה באמצע ובהל' ט"ו כתב שהודה בין שבועה לשבועה. [דיוק זה מתישב גם ע"פ הרא"ש הנ"ל דהל' ט' הוא מתני' דהשביע עליו ה' פעמים דמיירי בלי הודאה ובזה פשוט שחייב ה' והל' ט"ו מיירי כשהודה ונתחייב כבר חומש ראשון ובזה מסתפק ר"פ וקי"ל שחייב על כל שבועה ושבועה] ב. בהל' ט' כתב הרמב"ם רק אשם ולא הזכיר חומש ובהל' ט"ו כתב חומש. ואמרו בזה דבשבועת הפקדון יש שני חלקים. גזילת הממון ע"י שבועה דהיינו שמחזק את כפירתו ע"י שבועה ועוד

שבועת שקר שיש בה כפירת ממון. וחומש הוא על גזילת הממון שיש בשבועה, ואשם הוא כפרה על שבועת שקר אלא ששבועת שקר של כפירת ממון שונה מסתם שבועת ביטוי. והא דאמרינן שהשביע ה' פעמים חייב ה' חיובים אף שלא הודה בינתיים הואיל ויכול לחזור ולהודות זה סברא רק לענין זה שכל שבועה נחשבת שבועה שיש בה כפירת ממון שהרי אם יודה יתחייב ועדין עומד בחיובו נמצא ששוב כפר ממון ויש כאן ה' שבועות שקר של כפירת ממון. אבל לענין מעשה גזילה שיש בזה כ"ז שלא הודה, כבר גזל הממון בשבועה הראשונה ולא הוסיף כלום בשבועה השניה אא"כ הודה באמצע. ולכן בהל' ט' שמיירי בלי הודה חייב ה' אשמות אבל בזה אינו מתחייב ה' חומשין ומתני' דהשביע עליו ה' פעמים מיירי לענין אשם. וספיקו של רב פפא הוא בהודה בין שבועה לשבועה ובזה איכא ה' גזילות וראוי להתחייב גם חומש על כל שבועה ובזה הסתפק ר"פ אולי חומש פוטר חומש וקי"ל כרבא דחייב חומש על כל שבועה. ומיושב לפ"ז קושיית התוס'.

ובמק"א כתבנו דע"פ יסוד זה יתישב בפשיטות קושיית הרש"ש בריש פרק שבועת הפקדון דתנן התם הדינים של שבועת הפקדון וכתוב ומה חייב על זדונה אשם בכסף שקלים ולא נזכר במשנה שיש גם חיוב חומש על שבועת הפקדון. ולהנ"ל ניהא דמסכת שבועת מיירי בעונש של שבועת שקר ובזה יש כמה דינים שבועת ביטוי, שבועת העדות ושבועת הפקדון ובכל אחד מהם יש עונש אחר על עבירת השבועה אבל חומש אינו שייך לזה שהוא עונש על גזילת הממון ושייך למס' ב"ק ולא למס' שבועות כשבאים להגדיר חילוקי העונשים על שבועת שקר.

תוד"ה וחזר. ע' היטב בדברי המהרש"א בביאור תחילת דברי התוס' דאם מיירי שטוען בשבועה השניה שנגנב באותו זמן שנשבע

ישבע לשקר. ורק בעדות יש פסול רשע מגזה"כ ולא בשבועה. וכדברים האלו כתב גם הנהניכות בס' פ"ז סק"ד ומישב בזה קושיית התומים במי שנשבע בלי נקט"ח דחזור ונשבע וכן נשבע חוץ לב"ד לחלק מהראשונים וקשה ממ"נ אם נשבע באמת אין צורך להשביעו ואם שיקר הרי הוא חשוד יעו"ש ויסוד זה כתבו גם הפני' ורע"א בב"מ דף ג: בביאור שיטת רש"י יעו"ש.

ומה שכתבו תוס' שמוכח בשבועות דחשוד פסול לשבועה רק מדרבנן דקתני כנגדו חשוד על השבועה. ולכאורה כונתם דקשה מה שהקשו בב"מ דף ה. מאי שנא חשוד מכל מי שאינו יכול לישבע דאמרין מתוך ואין התובע צריך שבועה ולמה בחשוד שכנגדו צריך שבועה ושם תירצו תוס' ב' תירוצים ע"ש וכאן הוכיחו מזה התוס' דחשוד פסול לשבועה רק מדרבנן וכיון שמן התורה יכול לישבע אין בזה מתוך אלא מדרבנן ולכן צריך התובע שבועה. וע' בחזו"א חו"מ ס' ט' סק"ד שמבאר קצת באופן אחר ע"ש.

שילם ולא רצה לישבע. הא דאין השומר מקבל הכפל בלי הקנאת הבעלים מעיקר הדין למ"ד גורם לממון כממון דמי כמו בגנב שור הנסקל או קדשים שחייב באחריותן כתב האו"ש פ"א מגניבה הי"ז דרק במקום שאין בעלים אחר שתובע הכפל נחשב בעל הגזול"מ כבעלים אבל כשיש בעלים ממש אין הגזול"מ נחשב כבעלים. וגם הראב"ד בשיטמ"ק בב"מ ל"ד. עמד בשאלה זו וכתב דגול"מ הוא רק בקדשים שחייב באחריותן שבכל אופן שיאבד יתחייב קרבן אחר נמצא דהוי גורל"מ בכל גווני אבל ש"ח שרק אם יאבד בפשיעה יתחייב ובגניבה פטור או ש"ש שפטור באונסין ואפילו שואל שפטור ממתה מ"מ אין זה נחשב גורל"מ כיון שיש אופנים שיופסד ולא יחייבו ממון.

בראשונה עכצ"ל שלא באו עדים באמצע דאם היו עדים אינו יכול לחזור ולישבע נגד דברי העדים וכיון שאין עדים הרי יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה. ואי נימא שטוען שנגנב אחר שבועה ראשונה ואז אפ"ל שבאו עדים ואין הטענה שיצא ידי בעלים בשבועה ראשונה אבל אז קשה שלא נפטר בשבועתו השניה שכבר נתחייב באונסין. וע' בש"מ שתרצו הראשונים דהכא קאי כמ"ד דשל"י ואח"כ טט"ג חייב דב"ד לא ידעו ולמעשה נפטר בשבועתו.

אבל תימה דא"כ לא הוי חד ממונא. ע' חזו"א ב"ק ס' כ' סק"א שהקשה אולי לא קיבל חיובי שמירה חדשים אלא רק מחלו הבעלים החיוב אונסין. ותירץ דא"כ חיוב פשיעה אינו מדין שומר ואין בזה דין טט"ג. ושמעתי מקשים לפי מה שנתבאר לעיל דשיטת רע"א בשו"ע רצ"ד דכופר בפקדון אף שנעשה גזלן אכתי לא בטל מיניה דין שומר א"כ אף שנתחייב באונסין מדין כופר בפקדון מ"מ אם יתיקר יתחייב על היוקרא מדין שומר אם פשע וא"כ כשמוחל החיוב אונסין חוזר לחיוב שומר. ונראה דלק"מ דרע"א מייירי רק בכופר בפקדון דאין עליו אלא חיוב אונסין אבל טט"ג שנתחייב בכפל בודאי יש עליו דין גנב ממש ופקע מיניה דין שומר כמו בשל"י שכתב רע"א בעצמו בב"מ דפקע מיניה דין שומר.

תוד"ה ותרי כפילי. כתבו שחשוד על השבועה פסול לשבועה מדרבנן. הקצות בס' צ"ב סק"א מבאר דאע"ג דמבואר בפ"ק דב"מ דלמ"ד מגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא א"א להשביע מן התורה אלא במקום דאיכא למימר אשתמוטי קא משתמיט זה רק במקום שבשעת השבועה ממש הוא חשוד על ממון וא"כ מה נרויח בשבועה דאם חשוד לגנוב גם ישבע לשקר אבל אם ברגע זה אין ראייה שהוא חשוד אלא שלפנ"ז גנב או נשבע לשקר אין זה סיבה לפוסלו עכשיו דאולי עכשיו חזר בו ולא

הערות

הגזול עצים דף קח:

וציונים

קצנ

דף קח:

תבעוהו בעלים לשומר וכו'.

כאן דהא דמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור הוא דוקא כשהודה בפני התובע ובספר תרומת הכרי ס' א' הקשה מהא דאיתא בדף ע"ד: לגבי טבי עבדו של ר"ג שלא יצא לחרות מפני שר"ג הודה וקשה דהתם משמע שלא הודה בפני העבד. ותי' דכל מה שצריך הודאה בפני התובע הוא רק משום דבממון הודאה שלא בפני התובע אינה מחייבת דיכול לאמר משטה אני בך ובקנס בעינן הודאה שהיתה מחייבת אילו היה ממון. וטענת משטה שיש רק במקום שאין התובע מוחזק בממון אבל בעבד שהוא מוחזק בעצמו לא שיש טענת משטה וזוהי הודאה היה מחייב אפילו שלא בפני התובע ולכן מהני גם לפטור. וע' בקצה"ח ס' פ"א סק"י שגם כתב כדברים האלו אך כתב דתלוי במחלוקת ראשונים דתוס' בסוגין הקשו למה הגמ' לא הסתפקה לגבי הקרן ומבואר דס"ל דהודאה בממון שלא בפני התובע אינה מחייבת וא"כ י"ל דהא דבקנס צריך הודאה בפניו כדי לפטור אינו דין מיוחד בקנס אלא דבעינן הודאה שבממון ראוייה לחייב. אמנם בשו"ע שם סע' כ"ד נפסק כשיטת הראשונים שא"א לטעון משטה כשמודה בממון שלא בפני תובע. וע' בגאון שם שמקור שיטות אלו הוא מגמ' דידן שמסתפקת לגבי כפל ולא לגבי קרן ודלא כתוס'. ולדבריהם הא דבעינן בקנס הודאה בפני התובע הוא דין מיוחד בקנס כמו שצריך הודאה בפני כ"ד. ולשטתם קשה מטבי עבדו של ר"ג דלענין זה אין מעלה בהא דהוי מוחזק בעצמו ונשאר הקצות בזה בצ"ע. ובחי' הגרמ"ש כאן כתב דבשחרור עבדים כל ישראל מצווים שלא ירדה בו ותובעים שחרורו וכעין זה כתב החזו"א ב"ק ס' י"ח סק"ז וז"ל דב"ד צריכים להגן על הגרים והם בעלי דברים וכו' ע"ש.

עוד כתב התרומת הכרי הנ"ל בהא דאיתא לעיל דף עא: גנב משותפין והודה לאחד מהם

דהקשה הב"ח בס' ש"נ איך משכחת הודאה לאחד שלא יחשב הודאה לשניהם [וע' מה שתירץ הב"ח ובמה שכתב בזה הקצה"ח בס' ש"נ]. וכתב התרה"כ דרש"י שם כיון לישב קושית הב"ח וכתב הודה לאחד מן השותפים בחלקו דהיינו שמודה שגנב ושחצי הבהמה שייכת לאחד מן השותפים אבל טוען שהחלק השני הוא שלו ולא של השותף השני. אך הקשה מה קשה לב"ח ומה היה קשה לרש"י הרי לפי מה שמבואר בסוגין דבעינן הודאה לפני בע"ד לק"מ שאמנם הודה שגנב מהשותפים אבל הודה בפני אחד מהם ומהני הודאתו לפטור רק מחלקו של מי שהודה בפניו. וכתב התה"כ דרש"י והב"ח ס"ל כהפוסקים דשותפים שהלוו יכול כ"א לתבוע מהלוו את הכל לכן כ"א מהם נחשב בע"ד לגבי כל הבהמה. ונחלקו בזה הראשונים בביאור דברי הירושלמי שהובא בר"ן וברא"ש בפרק שבועת הפקדון ע"ש. ומצאתי בס"ד דדברי התרה"כ בזה מבוארים כאן בתורי"ד בדף ע"א. שואל התורי"ד את קושית הב"ח דהודאה לאחד הוי הודאה לשניהם ותי' כנ"ל שמכחיש בחלק של השני שאין הוא שותף. ובתוס' רי"ד כאן בסוגין כתב דמוכח מהכא דבעינן הודאה בקנס בפני התובע ומוסיף התורי"ד דלפ"ז אין צורך למה שכתב לעיל בדף עא: אלא אף שהודה בכל הגניבה מ"מ כיון שהודה בפני אחד מהשותפין אין הודאה זו פוטרת מחלקו של השותף השני.

אם באמת נשבע וכו'.

הרמ"ה גורס כגירסא שדחה רש"י דאם נשבע באמת נפטר מן הבעלים ואינו שומר ובהא דכשנשבע בשקר נשאר בע"ד כתב הרמ"ה דכיון שנשבע לשקר נעשה גזול על הפקדון מדין כופר בפקדון ואף שאינה ברשותו ואיכא אשתמוטי מ"מ בשבועה אין אשתמוטי והוי גזול ואם יחזור הפקדון לרשותו יהיה חייב באונסיה. והספק בעמד לישבע הוא דאולי כיון שלמעשה לא נשבע עדין נשאר אשתמוטי או

ידעה שמקנה פרה לכפילא ולא כפל בפנ"ע וא"כ כשהגמ' מתרצת שהקנה הפרה עצמה ע"כ הכונה שמקנה גוף הבהמה ממש ורק שבח שבא מגופה כגיזות וולדות עד שעת גניבה שייר לעצמו. ועל ראית תלמידי הרשב"א מגמ' שלנו כתב הש"ך דאין מוכרח וכוונתו כפי שנראה מהמשך דבריו שם הוא דאורחא דמלתא נקט דבסתם אין לשומר ענין בגוף הבהמה ומחזירו לבעלים ומקבל חזרה כספו אבל אם מקפיד אינו חייב להחזיר.

אך כל זה לפשט הפשוט בגמ' דפשיטא לגמ' שהכפל מגיע לשומר ואעפ"כ יש צד שגם הבעלים נחשב בע"ד לתבוע את הגנב כיון שמן הראוי שיסייע לשומר והוי כשולחו לתבוע את הגנב [לשון החזו"א ב"ק ס' י"ח סק"ז ד"ה הא דאמר, "וכן בשילם אמרו דבעלים חשיב שליח"]. אבל בשיטמ"ק כתב פשט אחר בשם הרמ"ה דאילו היה פשוט שהכפל לגנב בודאי לא היה הבעלים נחשב בע"ד והספק הוא לגבי הכפל אי אמרינן כיון שטרחו הבעלים לתבוע את הגנב יאמרו לשומר שכל מה שהקנו את הכפל לשומר הוא רק כדי שלא יצטרך לטרוח אחר הגנב ומאחר שהוא עשה טובה לשומר וטרח על דעת כן לא הקנה את הכפל ולכן נשארים הבעלים בע"ד או דלמא אעפ"כ מקנה כפל לשומר ולכן אין הבעלים בע"ד. ולשון הגמ' שקלנא אנא ידידי ושקול את ידיך מפרש הרמ"ה דהבעלים יקחו הכפל והשומר את הקרן איפכא מהפשט הפשוט. ולפ"ז בודאי שאין מכאן מקור לדברי הרמב"ם. עיין מה שכתבנו בענין זה בב"מ ל"ד: על הגמ' של הריני משלם ומת.

נמצא ג' דרכים בביאור לשון הגמ' שקלנא אנן דידן. לתלמידי הרשב"א בדעת הרמב"ם גוף הבהמה לבעלים וכפל לשומר. לפי הש"ך בדעת תוס' גוף הבהמה לבעלים ולא מדינא אלא בסתם רצון השומר להחזיר והכפל לשומר. ולפי הרמ"ה כפל לבעלים וקרן לשומר.

אולי כיון שהיה מוכן לישבע כבר אין טענת אשתמוטי ונעשה גזול ע"י הכפירה בלבד. אמנם דברי הרמ"ה בזה מחודשים מאד. דאפילו אי אמרינן כדמשמע לעיל דכופר בפקדון הוי גזול כשאין טענת אשתמוטי אפילו שלא נמצא ברשותו מ"מ זה דוקא כשגזול את הפקדון ע"י כפירתו וכוונתו לעכב הפקדון לעצמו בזה הוי גזול ע"י הכפירה בין בלהד"ם בין בטענת אבד. אבל כאן שבאמת נגנב הפקדון אלא שנגנב בפשיעה באופן שמתחייב השומר והוא פטר עצמו בשקר ונשבע שנגנב בלי פשיעה בזה אינו כופר בפקדון אלא כופר בחיוב ממון דמי הפקדון שנתחייב ע"י פשיעתו. ובמה נעשה גזול על גוף הפקדון ולמה יתחייב באונסיה כשתחזור הפקדון לרשותו.

ברש"י משמע דבשקר נשבע אין הכונה ששיקר מחיוב לפטור אלא מפטור לפטור. וצ"ע מלשון רש"י בד"ה נשבע לשקר מהו דפטר עצמו שלא כדין. וע' במה"ב למהרש"א שעמד בזה. וע"ע במהרש"א על תוד"ה תבעו שמבאר תי' התוס' דלענין קרן בודאי נחשב השומר בע"ד כיון ששיקר ובאמת חייב קרן לבעלים לכן הוא בע"ד לתבוע את השומר והספק הוא רק לגבי הכפל. וכתב החזו"א דכ"ז ניחא רק אם נשבע מחיוב לפטור ולא כדמשמע ברש"י.

שקלנא אנן דידן ושקול את ידיך.

הרמב"ם בפ"ח משאלה כתב דהיכא דש"ח שילם ולא רצה לישבע וזכה בכפל אם הגזילה קיימת גוף הבהמה חוזרת לבעליה. וכתב שם הכ"מ בשם תלמידי הרשב"א דמקורו של הרמב"ם מגמ' דידן וזה כונת הגמ' אנן שקלנא דידן היינו גוף הבהמה חוזרת לבעלים וכפל לשומר. וכתב הש"ך בס' רצ"ה סק"א דמדברי התוס' בריש המפקיד מוכח שחולק על הרמב"ם וכוונתו דכתבו שם התוס' דגם בה"א כשהגמ' שאלה אין אדם מקנה דשלב"ל הגמ'

הערות

הגזול עצים דף קח:

וציונים

קצה

רבה אמר אחד זה ואחד זה עושה עמו דין. הא דמחויב השומר לעשות דין אף שנגנב ממנו באונס כתבו הראשונים דכמו שבתחילה אם היה יכול להציל היה חייב להציל כך בסוף אם יכול להציל ולא מציל בטל שם אונס מיניה וז"ל הרמ"ה היכא דיכול לעשות דין כמאן דלא נאנסה דמי עכ"ל. ואביי ס"ל דרק ש"ש שנוטל שכר חייב לטרוח להעמיד בדין ולא ש"ח. וצריך להבין המשך דברי הגמ' דאף דרבה ס"ל שבין ש"ח בין ש"ש חייב לטרוח להעמיד בדין מ"מ מודה רבא שיש חילוק בין ש"ח לש"ש היכא דקדם ונשבע [ולדעת רש"י ורוב הראשונים היינו שנשבע לפני שהוכר הגנב וכן מפורש ברמב"ם ולא כ"מ שמביא השיטה בשם המאירי שמירי בקדם ונשבע לאחר שהוכר הגנב]. ואינו מובן מאחר דס"ל שתרויהו חייבים לטרוח למה ש"ח נפטר מחיובו ע"י שקדם ונשבע וש"ש אף שקדם ונשבע עדין מחויב להעמיד בדין אחר שהוכר הגנב. וביאור הענין נתבאר בשיטמ"ק בשם הרמ"ה דאף דס"ל לרבא שיש חיוב טירחא גם על ש"ח היינו רק לענין הטירחא להעמיד הגנב בדין אבל לפני שהוכר הגנב לא מוטל על הש"ח לחפש אחריו דזה טירחא יתירא וא"כ כשנשבע לפני שהוכר הגנב נפטר מן הבעלים לגמרי ואינו חוזר אח"כ לחיובו כשהוכר הגנב. אבל ש"ש מחויב לא רק בטירחא מועטת של העמדת הגנב בדין אלא גם מחויב לחזר אחר הגנב. והא דמשביעין אותו כשלא הוכר הגנב היינו רק לפוטרו מלשלם מיד. אבל לא נפטר בשבועתו מחיובו לחזר אחר הגנב וממילא כשהוכר אח"כ הגנב חייב הש"ש להעמידו בדין. דהיינו שבין לאביי בין לרבא חיוב הטירחא שמוטל על ש"ש הוא יותר מש"ח ופליגי רק אם בטירחא של העמדת הגנב בדין גם ש"ח חייב או לא. מבואר בגמ' דגם בהוכר הגנב איכא חיוב שבועה על השומר וקשה מכאן על הסוברים דרק שבועת נגנבה היא עיקר שבועת השומרים ושלא של"י ושלא פשע אינם אלא מדין גלגול א"כ באופן שאין

צריך לישבע נגנבה לא צריך להיות חיוב שבועה כלל. וע' מה שכתב בזה הנתיבות בס' רצ"ד סק"ב. והא דעושה עמו דין רוב הראשונים פרשו שעושה השומר דין עם הגנב אבל אין משלם השומר לבעלים אבל ברש"י מבואר שמשלם השומר והולך ותובע את הגנב. ולרש"י עושה עמו דין היינו הבעלים עם השומר ע' בזה בסמ"ע ס' רצ"ד סק"ז.

רבה זומי בעי ל' הכי וכו'. הרמב"ם מביא ספק זה להלכה בפ"ח משאלה אבל הרי"ף והטור וש"ע השמיטו בעיא זו. וכתבו רע"א כאן והקצה"ח בס' רצ"ד סק"ז דס"ל שמדברי רבא דס"ל שאחרי שנגנב באונס השומר עושה עמו דין בע"כ דס"ל שעדין הוא שומר של הבעלים וא"כ בודאי אם חזרה הפקדון לרשותו שחייב בפשיעה. ורבה זומי חולק על רבא וכיון דקי"ל כרבא אין מקום לספקו של רבה זומי. וכ"כ הרא"ש והרמ"ה בשיטמ"ק. אמנם הראב"ד מפרש בשיטמ"ק דאין סתירה מספיקו של רבה זומי לדברי רבא וכן מוכח דסובר הרמב"ם שמביא הספק להלכה אף שפסק כרבא. וצריך להבין במה נחלקו הראשונים בזה אם יש סתירה בין רבה זומי לרבא או לא. ונראה דיש לעיין בשומר שקיבל שמירה בפירוש רק לל' יום ולא יותר. ונגנב באונס בתוך ל' יום והוכר הגנב אחר ל' יום אם גם בזה סובר רבא דיעשה עמו דין דהיינו שיש להסתפק אם מה שכתבו הראשונים דכשהשומר יכול להציל בטל דין אונס מיניה אם הכונה דכיון שעכשיו עדין הוא שומר מחויב להציל ומכאן ולהבא בטל האונס וא"כ אם נגמר זמן השמירה לפני שהוכר הגנב אינו חייב לחזר אחריו ולעשות עמו דין. או דלמא הא דחייב להעמיד בדין אינו מפני שעכשיו הוא שומר אלא מפני שבזמן הגניבה היה שומר וכיון שבידו עכשיו לתקן הנזק שקרה בזמן שהוא היה שומר החיוב שמירה שהיה לו אז מחייב אותו היום להעמיד בדין ולהציל הנזק שנגרם כשהיה שומר ולפ"ז אפילו אחרי גמר

זמן השמירה אכתי חייב להעמיד בדין. ובזה תלוי מחלוקת הרמב"ם והרי"ף. דהרי"ף ס"ל דחייב להעמיד בדין זה רק אם עכשיו הוא עדין שומר ולכן מדברי רבא מוכח דפליג על רבה זוטי אבל הרמב"ם למד שאפילו לצד של רבה זוטי שמכאן ולהבא אינו שומר ועל נזק חדש שקרה אחרי שחזר לרשותו אינו חייב אעפ"כ סובר רבא שצריך להעמיד הגנב בדין מפני שנוזק זה היה כשהיה שומר ובידו עכשיו לתקן א"כ השמירה של קודם מחייב עכשיו להעמיד בדין אעפ"כ שעכשיו אינו שומר ולכן אין שום סתירה בין רבה זוטי לדברי רבא. ובאופן שקיבל שמירה לל' יום לרי"ף לא יהיה חייב להעמיד בדין ולרמב"ם כן. והעירוני לעיין בפנ"י בענין זה.

הגזול את אביו ונשבע לו וכו'.

הא דצריך להוציא גזילה מתח"י כשנשבע אעפ"כ שירש את אביו כתב השיטה בשם הרא"ש שהוא תקנ"ח. לשון הרשב"א דצריך להראות שרוצה להוציא גזילה מידו וגם בשם המאירי כתב דאינו דין גמור אלא לזכך דעתו שלא להשאיר גזילה בידו. אך החזו"א ב"ק ס' ב' סק"ב כתב דמזה שהגמ' מדמה דין זה להא דגזול הגר משמע שהוא דין דאורייתא מהלל"מ.

הרי זה משלם לבניו או לאחיו. רש"י מפרש לבניו של נגזל דהיינו אחיו של גזולן ואם אין לו אחים נותן לאחי אביו. ותוס' פרשו שנותן לבניו של גזולן או לאחיו של גזולן. ואולי רש"י מודה לתוס' אלא מדבר באופן שאין לגזולן בנים. אמנם הרמב"ם פירש כתוס' דבניו היינו בניו של הגזולן ואחיו היינו אחיו של הגזולן אלא שהרמב"ם הפך הסדר וכתב דאחיו קודמים וע' בגר"א בס' שס"ז סק"ה דהרמב"ם גרס במשנה אחיו קודם בניו. אך צ"ב במאי פליג הרמב"ם על תוס' ולמה לא יקדמו הבנים שאילו האב לא היה חי היו הבנים קודמים בחלקו לאחיו וכשנותנים לבניו אין זה נחשב שהוא מקבל ומוריש לבניו שבניו באים מכח

אביו דאבא. ונראה דתוס' והרמב"ם נחלקו במחלוקת הרשב"א והרא"ש שהובא בקובה"ע ס' מ' אם רחוק במקום קרוב יש לו דין יורש או לא. דהרשב"א כתב דשני אחים שירשים את אביהם ואחד מהם אינו יכול לזכות בירושה מאיזה סיבה, אחיו יורש הכל שכ"א מהם הוא יורש על כל הנכסים ומתחלק ביניהם וכשאחד אינו יכול לזכות השני זוכה בכל הירושה אבל בן ובת או בן ואח אף שאין הבן יכול לזכות בירושה לא יורשת הבת או האח דכ"ז שהבן חי אין על הרחוקים דין יורש כלל. ושיטת הרא"ש דגם הרחוק יש עליו דין יורש אלא שהקרוב קודם לזכות בנכסים ולא נשאר לרחוק מה לזכות אבל כשהקרוב אינו זוכה ממילא יזכה הרחוק. וע"ש בקובה"ע שהאריך בזה. ומדברי התוס' כאן מוכח דס"ל שרחוק במקום קרוב יש לו דין יורש שהרי בנידון דמתני' כיון שצריך להוציא גזילו מתח"י דנים אותו כאילו אינו ראוי לזכות בירושה אבל אין דנים אותו כאילו לא היה חי וא"כ איך ירשו בניו דאף שיכולים לרשת את אבי אביהם מ"מ האב קודם להם והוי האב כלפי הבנים קרוב במקום רחוק ומוכח דס"ל שיש לרחוק דין יורש ולכן לענין חלק אביהם הבנים קודמים לאחים. אבל הרמב"ם ס"ל דכיון שהאב חי הוי בניו רחוקים במקום קרוב ואין להם דין יורש כלל דהם כזרים משא"כ אחיו שכל"ה יורשים חלקם ויש להם דין יורש לכן יורשים גם חלק הגזולן.

אך צל"ע בדברי הקובה"ע שם שמביא דברי רש"י כאן שנותן לאחי אביו וכתב דמוכח מרש"י שרחוק יש לו דין יורש במקום קרוב דאל"כ למה נותן לאחי אביו הא הם כרחוקים ואין עליהם שם יורש כלל ומוסיף דהרשב"א שס"ל שרחוק אין לו דין יורש במקום קרוב ע"כ לא יפרש כרש"י אלא כתוס'. ואין דבריו מובנים דגם מתוס' מוכח דס"ל שרחוק במקום קרוב הוי יורש דאל"כ למה בני הגזולן יורשים והוי ליה למימר דהרשב"א יפרש כהרמב"ם. ואף שגם הרמב"ם מודה שאם אין אחים לגזולן

הערות הגזול עצים דף קח: – קט. וציונים קצו

דף קט.

בחיינו ובמותו אם מת לא ירשנו.

הר"ן בנדרים מ"ז. כתב דאין כונת המשנה שאינו יורש כלל אלא בודאי זוכה בירושה ואעפ"כ אסור להנות. דאי נימא שאינו זוכה כלל איך לזה ובאים ונפרעין. והקשו האחרונים דדברי הר"ן שם לכא' סותרים את דבריו בנדרים דף פ"ה. שמביא הר"ן שהרשב"א מוכיח מהגמ' שם דמי שאסר ממנו על עצמו לעולם נעשה אותו הממון הפקר וכל הקודם זכה בו. והר"ן מסכים שם לדברי הרשב"א אלא שמה שמוסיף הרשב"א שאם אח"כ נשאל על נדרו ופקע האיסור למפרע ה"ה דפקע נמי הפקירו ומי שזכה מחזיר לבעליו ועל זה חולק הר"ן דלא מצאנו שאלה בהפקר. ומבואר דסובר הר"ן דע"י הקונם פקע בעלותו ואין כתב בדף מ"ז. שזוכה בירושה אע"פ שאסורה עליו בהנאה. וכתב בזה המחנ"א הל' זכיה מהפקר ס' ד' שהר"ן מחלק בין האוסר על עצמו לבין הא דאחרים אסרו עליו. וביאור דבריו הוא ע"פ מה דחזינן מדברי הר"ן כמה שחולק עם הרשב"א אם מהני שאלה לבטל את ההפקר שחל ע"י הקונם. וביאור פלוגתתם הוא דהרשב"א ס"ל דמה שנעשה הממון הפקר ע"י הקונם הוא משום דהאיסה"נ בעצמו גורם להפקעת הבעלות ולכן ס"ל שאם נשאל ופקע האיסור למפרע פקע נמי הפקעת הבעלות ואין זה נוגע לשאלה על הפקר. אבל הר"ן ס"ל דהאיסה"נ אינו סיבה להפקיע את הבעלות אלא שכלול בקונם מעשה הפקר דאם אוסר ע"ע לעולם הרי שאינו רוצה שייכות לחפץ ובכלל זה מעשה הפקר. א"כ בעשית הקונם עשה ב' חליות. א. חלות קונם ב. מעשה הפקר, ולכן כתב הר"ן דלא מהני שאלה דאמנם על הקונם יכול לישאל אבל על ההפקר שבזה לא מהני שאלה. ולפ"ז פשוט שכל הפקעת הבעלות שיש בקונם הוא רק כשאוסר על עצמו אבל כשאחרים אסרו עליו לא פקע בעלותו ואין שום סיבה שלא יזכה בירושה.

נותנים לבניו אין זה מדין יורש אלא כדין ארנקי של צדקה ולכן כתב הרמב"ם הדין של בניו בהל' בפנ"ע ולא יחד עם אחיו.

תוד"ה לזה. אע"ג דיש לו שאר נכסים

במה לפרוע. והא דלא אמרינן בזה אין נפרעין ממשועבדים במקום שיש בנ"ח כתב המהרש"א דכונת התוס' שיש לו מטלטלין ולא קרקעות ונקט המהרש"א דאפשר לגבות משועבדים כשלב"ע"ח יש רק מטלטלין. והקצה"ח בס' שס"ז סק"ד חולק וגם רע"א בתשובה קל"ט כתב שדברי המהרש"א הם יחידאי. ולדברי המהרש"א הגבייה הוא מעיקר הדין וצ"ב א"כ מה כתבו אח"ז ונראה שאין צריך לאמר וכו' איזה ה"א יש שצריך לאמר ומ"ש מכל גבייה מלקוחות שלא צריך לאמר בשעת מכירה. ולדעת החולקים צ"ל דמש"כ דגובים אע"פ שיש לו נכסים היינו כמו שכתבו בסוף התוס' דאין דינם כלקוחות ממש שאין הוא נותן אלא כדי להוציא גזילה מתח"י. והנתינה היא ע"מ כן שבע"ח יגבה ובה אין דין של אין נפרעין ולכן ס"ד שצריך להתנות בשעת נתינה אבל צ"ע לפ"ז סדר דברי התוס' דאם ידעו את זה כבר בתחילת דבריהם למה חשבו שבמטלטלין מיירי דוקא שעשאו אפותיקי.

עוד כתבו התוס' דאע"ג דעשה שורו

אפותקי ומכרו אין בע"ח גובה ממנו משום דלית ליה קלא אם נתנו במתנה גובה ממנו דלענין מקבל מתנה אין ענין של פסידא ואין נ"מ בין אם יש קול לבין אם אין קול. רע"א בגליון הש"ס ציין לשו"ת הרשב"א שחולק על תוס' והובא גם במחנ"א גביית חוב ס' ב' ובקצה"ח ס' קי"ז. והקצות הוסיף להקשות סתירה בדברי התוס' מדבריהם לעיל דף יא: דעשה שורו אפותיקי ומת לא גובים מיורשיו ואע"ג דלענין יורשים אין ענין של פסידא דלקוחות מ"מ השוו יורשים ללקוחות ע"ש ולכא' דין יורשים ודין מקבל מתנה שוים בזה.

אך כ"ז לדעת הר"ן אבל שיטת הרשב"א שהאיסה"נ מפקיע הבעלות וס"ל שאין בעלות על איסה"נ א"כ לדבריו אין לחלק בין אסר על עצמו לאחרים שאסרו עליו. וא"כ צ"ב לרשב"א איך הבן זוכה בירושה כשאסרו אביו בחייו ובמותו ואיך לזה ובע"ח באים ונפרעין אמנם המעיין ברשב"א בסוגין יראה שאזיל כאן לשטתו ובאמת מפרש כפשט שמביא בשם הראב"ד דאין הבן זוכה כלל והא דלזה קאי על אביו שהבן לזה ואביו פורע כההיא דילך אצל חנוני ע"ש. נמצא דנחלקו הר"ן בנדרים מ"ז. והרשב"א כאן אם לא ירשנו היינו שאינו זוכה בירושה כלל או שזוכה ואסור עליו בהנאה ותלוי במה שנחלקו הרשב"א והר"ן בנדרים פ"ה. אם מהני שאלה לבטל ההפקר שנעשה ע"י הקונם כשאסור על עצמו.

הא דנותן לאחיו ובניו בסיפא דמתני' בפשטות לא דמי לרישא שחייב לעשות כן אלא אדרבה כתוב החר שמותר לתת לאחיו ולבניו או לפרוע בזה חובו דלא חשיב כנהנה מאיסה"נ וכן הוא לשון הרמב"ם והשו"ע שמותר ולא כתבו שצריך נדלא כדמשמע בשיטמ"ק בשם ר' יהונתן דהכא נמי יש ענין להוציא מתח"י לקיים רצון אביו. ומה דלא חשיב נהנה מאיסה"נ מבאר הר"ן הנ"ל בנדרים דאינו נותן להם בהדיא אלא אומר להם שאסור לו להנות ויעשו מה שירצו בירושתו. והם באים ונוטלין. וכעין זה כתב המאירי הובא בשיטמ"ק כאן. אך הב"י ביו"ד ס' רט"ז כתב דיכול גם לתת ע"ש טעמו. והא דלזה ובע"ח באין ונפרעין ולא נחשב שנהנה כתב הר"ן דכיון שאינו עושה שום מעשה אלא בע"ח מעצמם באים ונפרעין אף שממילא נהנה אין בזה איסור וזה גם כונת התוס' בד"ה ב"ח אבל גם בזה סובר הר"ן שלתת בידים ממש אסור. אבל המאירי כאן כתב דכיון שבל"ה באים ונפרעין א"כ אין זה מוסיף הנאה במה שנותן בידיהם וא"כ גם זה מותר. וממשנה זו ומדברי הר"ן הקשה רע"א בגליון השו"ע יו"ד רכ"ג על הש"ך שם סק"ה

שכתב שמה שמותר לבע"ח ליפרע הוא רק בחוב שאינו ברור כחוב דמזון האשה אבל חוב ברור אסור דחשיב נהנה. וכעין דבריו כתב המג"א באו"ח ס' תמ"א סק"ג דאם הלזה עכו"ם לישראל על חמצו ולא אמר שאם לא יפרע יזכה העכו"ם מעכשיו ועבר הפסח נאסר החמץ בהנאה וכתב המג"א שיתכן שעכשיו צריך לפדות החמץ מן העכו"ם דאל"כ הוי פורע חובו באיסה"נ. והמקו"ח שם הקשה ממתני' דידן כקושית רע"א על הש"ך. וע' מה שכתב בזה בשערי יושר ש"ג פכ"ה.

מאי דמספקא להו לתוס' בד"ה ב"ח, אם ההתר של ילך אצל חנוני הרגיל אצלו הוא דוקא במי שאין לו מה לאכול או שאורחא דמלתא קתני נחלקו בזה הראשונים דהרא"ש כתב בפ"ד בנדרים ס' י' דאפילו יש לו מותר והנ"י בב"מ דף ס"ט: כתב בשם הרמב"ן שרק באין לו מותר.

אמר ר' יוסף אפילו לארנקי של צדקה. הרשב"א כתב בשם הראב"ד דר"י קאי נמי אסיפא וכשנותן לארנקי של צדקה יכול לחזור ולקבל הממון בתורת צדקה. וכתב הרשב"א דמבואר בראב"ד דאע"ג דאסור הנכסים על בנו אינם אסורים אלא כשבא לרשות הבן מרשות האב אבל אם אחר זכה באמצע הותר לבן. וצריך להבין למה שנתבאר לעיל דשיטת הרשב"א דכיון שאסור בהנאה על הבן אינו יורש כלל. וכתב הקוב"ע בס' מ' דהיכא דאסור בהנאה על בן אחד לסוברים דאינו יורש א"כ אחיו יורש חלקו ואפילו אם אין לו אחין הא שיטת הרשב"א שגם רחוק הוי יורש במקום קרוב וא"כ אם הוא אינו יורש זכו שאר היורשים ואיך נותן לקופה של צדקה ממון שאינו שלו. וצ"ל דגם כאן יפרש הרשב"א דקאי על אביו שנותן האב לקופה של צדקה ואז הותר לבנו להנות מממון זה. ולשון הגמ' צריך שיאמר זה גזל אבי קאי ארישא דוקא. אבל שאר הראשונים פרשו דהבן נותן לארנקי

הערות

הגזול עצים דף קט.

וציונים

קצט

של צדקה. והרמב"ם כתב הא דצריך לאמר שזה של אביו גם אסיפא דמתני' כשנותן האיסה"נ לבניו או לאחיו והר"ן בנדרים מ"ז. מבאר כונת הרמב"ם דאסור לתת בהדיא לשם מתנה אלא כמו שנתבאר לעיל שאומר שאביו אסר עליו הנאה ואם ירצו יטלו.

ונמחלה לנפשיה. יש לעיין אי כונת הגמ' דימחול ממש ובעינן מעשה מחילה או שממילא הוי כנמחל כיון שהוא חייב לעצמו. ובכלל יש לעיין אם יש מציאות שאדם חייב לעצמו או שבמצב כזה החוב פוקע מאליו. ויש להוכיח מהגמ' בכתובות פ"ו. דכ"ז שאינו מוחל לעצמו לא פוקע החוב. דמבואר התם בקריבתיה דר"נ שמכרה כתובתה בטוה"נ ונתגרשה ומתה ובאו לקוחות ותבעו הבת וכתבו שם חלק מן הראשונים וכן מפורש ברשב"א בסוגין דמזה שבאו לבת ולא לאביה מוכח שגם האב מת והיא ירשה גם את אביה וגם את אמה ובאו לתבוע ממנה כתובת אמה. ואמר שם ר' נחמן ליכא דליסבא לה עצה שתיזיל ותמחול וכו' ולראשונים הנ"ל היינו שתמחול לנפשה. והתם ליכא למימר דכונת ר"נ היתה שיאמרו לה שכיון שהיא חייבת לעצמה פקע החוב מאליו ופטורה מן הלוקח דאח"כ התחרט ר"נ ואמר עשינו עצמינו כעורכי הדיינים וזה שיש רק אם נתן עיצה שתמחול אבל אם מודיע לה האמת שהחוב פקע מאליו אין זה עושה עצמו כעורכי הדיינים. אלא מוכח שיש מציאות שאדם חייב לעצמו וצריך מעשה מחילה כדי להפקיע החוב. וכן מוכח מכתובות פא: כמו שיבואר בסמוך.

מבואר בהמשך הגמ' דיש מ"ד דס"ל דמחילה דאחריניה מהני ומחילה דנפשיה לא מהני. ונחלקו הראשונים בביאורו. הרשב"א כאן כתב דודאי בכל מקום אדם יכול למחול לעצמו והכא שאני דבעינן שיוציא גזילה מתח"י ולענין זה לא סגי במחילה דנפשיה דאינו ניכר כמחילה דאחרים. אבל בעלמא מהני

ומביא ע"ז הרשב"א את הגמ' הנ"ל בכתובות פו. אמנם בגמ' בכתובות פא: איתא הרי שהיה נושה באחיו ומת והניח שומרת יבם לא יאמר הואיל ואני יורש החזקתי. דהיינו שהלוח יורש את אחיו המלוה ועכשיו חייב לעצמו וכל מה שירש מאחיו משועבד לכתובת היבמה וגם חוב זה שירש מאחיו משועבד לכתובתה. והקשו שם התוס' ולמחול לנפשיה הרי אילו אחיו היה חי והיה מוחל לא היתה אשתו יכולה לתבוע את אחי בעלה וה"נ ימחול לעצמו. וכתב ע"ז השיטמ"ק שם בשם הרא"ה שאין אדם יכול למחול לעצמו. ואח"כ כתב השיטה שם דכן כתב הריב"ש והריב"ש מוסיף דהכי משמע בפרק הגזול דהיינו שלומד דמה שמבואר כאן דמחילה לנפשיה לא מהני אינו משום דצריך להוציא מתח"י אלא בעלמא נמי לא מהני מחילה לעצמו. וגם הרמב"ן שם בשיטמ"ק כ"כ וגם כתב שכן נראה בפרק הגזול והרמב"ן מוסיף הסבר וז"ל לפי שאין אדם יכול למחול לעצמו שאין מחילה אלא ממוחל לנמחל עכ"ל דהיינו שצורת מעשה מחילה הוא שתובע מוחל לנתבע. וכיוצא בזה מצאנו לענין קנינים דתמיד נעשה ע"י מקנה וקונה וכתב הר"ן בריש פרק אלמנה ניונות דף צח. על הא דמבואר התם דאלמנה מוכרת נכסי בעלה כדי לגבות מזונות דנתנו לה כח למכור אבל דוקא לאחרים אבל אם קנתה לעצמה לא מהני דאמרי לה מאן שם לך ומבאר הר"ן טעמא דכיון דהיא נחשבת המקנה אין היא יכולה להיות גם הקונה דקנין הוא הוצאה מרשות לרשות ואף שיש לה כח של מקנה וכח של קונה מ"מ באדם אחד אין זה צורת מעשה קנין וכתב ע"ז הר"ן מהא שמענין דמי שנעשה שליח למכור נכסי חברו אינו יכול לקנות לעצמו אפילו שאין הבעלים מקפידים דאדם אחד לא יכול להיות בבת אחת גם קונה וגם מקנה. וכעין זה כתב הרמב"ן לענין מחילה. מכל זה אנו למדים דכ"ז שלא נעשה מחילה נשאר האדם חייב לעצמו ואין החוב פוקע מאליו אלא שבדרך כלל אין נ"מ מזה אבל בהדיא דכתובות פ"א: ופ"ו. יש נ"מ

וכן בסוגין דכל זמן שלא פקע החוב חייב להוציא גזילה מתח"י.

ר"ע אומר אין לו תקנה עד שיוציא גזילה מתח"י. ג' שיטות יש בראשונים בביאור דברי ר"ע. הפשט הפשוט בגמ' והגאון בס' שס"ז סק"ט כתב שזה שיטת רש"י ותוס' שלר"ע אפילו הודה בחיי הגר לא מהני מחילה לנפשיה וחייב לתת גזה"ג לכהנים ושיטת הרמב"ם שמה שאמר ר"ע שצריך להוציא מתח"י אין כונתו לתת לכהנים אלא כמתני' שלוח ובע"ח נפרעין או נותן לקופה של צדקה ובקושיית הגמ' גזה"ג לכהנים היכי משכחת לה כתב הגאון דהרמב"ם לא גרס כגרסתינו שקשה רק לריה"ג אלא קשה לכו"ע ולכן פסק הרמב"ם בהל' ד' שמוציא מתח"י ובה"ה כתב דאם הודה אחר מיתת הגר נותן לכהנים. ועוד כתב שם הגאון דטעמיה דהרמב"ם דמזה שהגמ' תולה משנתנו בר"ע וריה"ג מוכח דהוי חד דינא. ואם כשיטת רש"י דינא דמתני' להוציא מתח"י אינו מעיקר הדין ואילו הא דנותנים לכהנים הוא דין דאורייתא. וע' לעיל במתני' שהובא דמה"ט כתב החזו"א בב"ק ס' כ' סק"ב דגם דינא דמתני' הוא מן התורה מדמדמינן להא דגזול הגר. דהיינו שהחזו"א למד מזה דמתני' מעיקר הדין, והרמב"ם למד מזה דגם דברי ר"ע אינם מעיקר הדין. שיטת הראב"ד ג"כ דלר"ע בהודה בחיי הגר רק מוציא מתח"י ואינו נותן לכהנים אבל דוקא בזקף עליו במלוה אבל בלי זקיפה אפילו הודה בחיי הגר מתחלק לכהנים וקושיית הגמ' היכי משכחת לה הוא רק לריה"ג.

דף קט:

הב"ע כשגזל וכו' והודה לאחר מיתתו. בשיטמ"ק בשם הראב"ד מבאר הסברא לחלק בין הודה בחיי הגר להודה אחר מיתתו. דאם הודה בחייו כבר נתחייב לגר וכשמת הגר

זוכה במה שחייב לגר משא"כ בהודה אחר מיתת הגר החיוב שחל בשעת הודאה חל ישר לכהנים. ואף שאם שילם קרן לגר בודאי לא היה מתחייב לכהנים בהודאתו אחר מיתתו וה"נ איכא מחילה לנפשיה דמהני לריה"ג מ"מ באופן דהחיוב לגר היה רק חיוב גזילה ולא חיוב של שבועת הפקדון והחיוב מצד השבועה חל לאחר מיתת גזה"ג שכה"ג חייב לכהנים אבל היכא דהחיוב מדין שבועת הפקדון חל לגר ואח"כ מת הגר נפטר הגזול לריה"ג.

גזל הגיורת מהו. במסקנה מרבינן גיורת כגר. ע' במנ"ח מצ' קכ"ט אות כ"ב דהיכא שהגיורת נשואה בעלה יורש את הקרן אם גזילה קיימת דלא הוי ראוי אבל החומש הוי ראוי ואינו יורש ואם אין לה שאר יורשים יהיה הקרן לבעל והחומש לכהנים. אך כ"ז למ"ד ירושת הבעל דאורייתא אבל אם אינו דאורייתא כתב המנ"ח דמסתבר שלא הפקיעו זכות הכהנים מפני ירושת הבעל דרבנן ואף שבטלו ירושת הבנים דאורייתא מפני ירושת הבעל שאני נתינה לכהנים שהוא כפרה ומעכב הקרבת האשם בזה לא מסתבר שעקרו כ"ז מחמת ירושת הבעל דרבנן. ויש לעיין לפ"ז בגיורת שיש לה בנים ויש לה בעל היאך נדיינו דייני להאי דינא הרי במקום בעל עקרו דין ירושה של שאר יורשים והפקר ב"ד הפקר נמצא דהיורש שמונע זכיית הכהנים הוא הבעל ולדעת המנ"ח ירושת הבעל דרבנן לא תקנו במקום זכיית הכהנים ולמי יתנו ירושה זו אם לכהנים הרי הבנים קודמים, אם לבנים הבעל קודם, ואם לבעל הכהנים קודמים. ולא יתכן לאמר שבכה"ג נותנים לכהנים דא"כ כל אשה ישראלית אפילו אינה גיורת אם נשואה הוי כגיורת שאין לה יורשים וזה לא יתכן וע"כ צ"ל או שהעמידו דין ירושת הבעל גם במקום גזה"ג ודלא כמנ"ח או שבמקום שיש יורשים דאורייתא אין דין נתינה לכהנים ואף שבטלו דין ירושתם מחמת ירושת הבעל זה רק כדי שיגיע לבעל אבל ברגע שנרצה לבטל ירושת

הערות

הגזול עצים דף קט:

וציונים

רא

הבעל חוזר ירושת הבנים ואין כאן צד זכיה לכהנים ממילא נשאר דין ירושת הבעל דרבנן.

קטן אי אתה צריך לחזור אחריו.

מבואר דיש דין שבועת הפקדון גם כשהתובע קטן ואף דאין נשבעין על טענת קטן כאן לא בעינן שבועת הדיינים דגם בקפץ ונשבע יש דין שבועת הפקדון נכ"כ תוס' סנהדרין ס"ח: והוסיפו דיתכן שגם שבועת הדיינים איכא בשבועת ע"א דס"ל כיון שנשבעין שבועת ע"א בטענת שמא ה"ה דנשבעין על טענת קטן ודלא כשיטת הרמב"ם דאע"ג דס"ל דשבועת ע"א נשבעין בשמא כמש"כ ה"ה בפ"ד מגזילה הי"ז מ"מ פסק בפ"ה מטו"נ דאין נשבעין שבועת ע"א בטענת קטן ולא כשבועת השומרים דנשבעין בטענת קטן לרמב"ם]. וע' מנ"ח מצ' קכ"ט שבאות ו' מסופק אם יש דין שבועת הפקדון בתביעת קטן ואח"כ באות כ' חזר בו וכתב דאין להסתפק בזה דמפורש בגמ' דידן דאיכא שבועת הפקדון גם בתביעת קטן. וגם הקצה"ח בס' רמ"ג סק"ה מביא שבירושלמי מבואר דאין שבועת הפקדון בתביעת קטן וכתב הקצות דבגמ' דידן מבואר לא כירושלמי. וע' באבי עזרי פ"ז משבועות ה"ו שמאריך בדברי הרמב"ם שמשמע מיניה ששבועת הפקדון צריך תביעה של התובע או שלוחו ולא כפשטות הסוגיא בשבועות דרק בשבועת העדות צריך תביעה ולא בשבועת הפקדון ומביא שם שמפורש בר"י מגש בשבועות שגם שבועת הפקדון צריך תביעה ומישב שם שאין סתירה לזה מהגמ' ע"ש. אך בסוף דבריו הקשה דא"כ היה צריך להיות שבטענת קטן לא יהיה שבועת הפקדון וכאן בסוגין מפורש דאיכא נמי בקטן ונשאר בצ"ע. וראיתי בשיטמ"ק כאן שכתב בשם הרא"ש דלענין קרקעות כמו שב"ד לא מחייבים שבועה כך גם שבועת הפקדון אין משום דאיכא מיעוט נפרד לענין שבועת הפקדון אבל לענין קטן שיש מיעוט רק מחיוב שבועה אין סיבה למעט תביעתו מדין שבה"פ. ומוסיף הרא"ש וז"ל ואם נפשך למעוטי נמי

קטן מדכתיב ואם אין לאיש איכא לאוקמי בגזול מעוברת שנתגיירה ונשבע לה והודה וילדתו ומתה ואח"כ מת הוא בקטנותו בידוע שאין לו גואלין עכ"ל. הרי שכתב הרא"ש שאין הכרח מגמ' זו שיש שבועת הפקדון בתביעת קטן ואפשר לפרש שהיה חייב לאמו ונשבע לאמו ואח"כ מתה ואח"כ צריך לחפש אם אין גואל לאמו אבל אחרי שנודע שאין לאמו יורשים אין צריך לחזור אחר יורשיו של הבן כיון שקטן אינו מוליד. ועוד מבאר הרא"ש המקור שאין שבה"פ בתביעת קטן מקרא דואם אין לאיש גואל. נמצא דיש לרמב"ם ולר"י מגש מקור מהירושלמי שהובא בקצה"ח ולדברי הרא"ש אין הכרח שגמ' דידן חולקת. ויתכן שלפ"ז יש מקור נוסף להא דסובר הרמב"ם דשבועת ע"א אף שלא צריך טענת ברי אעפ"כ לא נשבעין על טענת קטן ולעיל קו': שאלנו מה המקור לזה הרי א"א ללמוד ממדוב"מ דשאני התם שצריך טענת ברי ולעיל כתבנו שהמקור מהא דנתמעט דין טט"ג בנתינת קטן. ולדברי הרא"ש י"ל דהמקור מהאי קרא דאיש ולא קטן דנתמעט תביעת קטן משבה"פ ומכאן מקור דתביעת קטן אינה תביעה גם במקום דסגי בטענת שמא. [ושבועת השומרים שאני דלא בעי תביעה כלל אלא חיובו לישבע הוא מחיובי השמירה]. אך אכתי צ"ע דהגמ' כאן אחרי שמרבה אשה ולא ממעטים אשה מאיש שואלת א"כ מה ת"ל איש ומשני קטן אי אתה צריך לחזור אחריו ולמה לא כתבה הגמ' דאיש ממעט שאין שבה"פ על טענת קטן כמש"כ הרא"ש.

תוד"ה קטן. הקשו איך משכחת לגר קטן

ממון. בסנהדרין ס"ח: תרצו עוד דירש את אביו לפני שנתגיר או שהשכיר עצמו למלאכה. ותירוצם השני צ"ב אמנם המלאכה מחייבת גם לקטן אבל איך יזכה הקטן בממון שיתנו לו. וע' בקצה"ח ס' רמ"ג סק"ד שמתקשה בזה וכתב דכיון שמגיע לו עבור החוב זוכה במה שנותן לו בעה"ב אך לא ביאר טעמא דמלתא. ולפי מה שחידש הנתיבות בס' שד"מ סק"א דפרעון חוב

לא צריך מעשה קנין אלא זוכה המלוה מיד כשמיחד הלוה מעות לפרעון א"כ ניחא דגם קטן זוכה כיון דלא בעינן מעשה קנין. ובעיקר דברי הנתיבות ע' מה שכתבנו בס"ד בגטין דף כ': שלכאור' נחלקו בזה תוס' והרשב"א שם.

כאן תרצו התוס' דמשכחת ממון לקטן בדעת אחרת מקנה וס"ל דקונה מן התורה ושיטת רש"י בסוכה מו: שגם בדא"מ זכיית הקטן מדרבנן וע' ריטב"א בגטין ס"ד: שמביא מחלוקת בזה. וה"ה פכ"ט ממכירה ה"א כתב שהוא מן התורה. וע' בש"ך ס' רמ"ג סק"ו שחולק בזה על הראשונים שכתבו דהא דקטן יש לו זכיה לעצמו ואילו מציאת חשו"ק אינה אלא מפני דרכי שלום הוא משום דשאני מציאה דליכא דא"מ והש"ך כתב דלא מצאנו חילוק זה בגמ' וכתב הש"ך דאין נ"מ בין דא"מ למציאה אלא גם מציאה זוכה קטן מן התורה אחר שהגיע לצרור וזורקו והא דמציאתו יש בה גזילה רק מפני דרכי שלום מיירי דוקא בקטן לפני צרור וזורקו. אך הסכמת הפוסקים הוא דלא כהש"ך. והסברא בזה הוא דהיכא דאיכא דעת מקנה מועילה דעתו של המקנה לפעול הקנין וא"צ דעת קונה. אמנם צריך להבין א"כ למה לפני צרור וזורקו וכן בשוטה לא מהני דא"מ הרי בל"ה לא מהני דעת קטן אלא שהקנין חל מכח דעת מקנה א"כ גם לפני צרור וזורקו יקנה מכח דעת מקנה. ולכאור' היה נראה דאמנם כשעושה הקטן מעשה קנין מהני דעת מקנה שיחול אבל בקטן לפני צרור וזורקו או שוטה שמגביה, חוץ ממה שחסר דעת על חלות הקנין חסר גם במעשה הקנין דכדי שיחשב מעשה קנין צריך להגביה בשביל לקנות ורק אחרי צרור וזורקו יש מספיק דעת להחשיב הגבהתו מעשה קנין ואז מהני דא"מ, אך לכאור' א"א לאמר כן דהקצות מביא שהרשב"א בגטין והנ"י בשם הראב"ד בב"ב דף מ. כתבו דדא"מ מהני אפילו במקום שחשב שמחזיק בשדה שלו ולא היה כונת קנין כלל ומוכח מזה דנחשב מעשה קנין בלי שום כונה וא"כ למה לפני צרור

וזורקו או בשוטה לא מהני דא"מ. והקצות הנ"ל הרגיש בזה וכתב דקטן לפני צרור וזורקו גרע דאין לו יד כלל ואינו מוכן כ"כ ובשלמא לקנות בתורת יד שהוא מדין חצר יתכן דהוי כחצר שאינה משתמרת אבל בהגבהה או קנין אחר חוץ מדעת לא חסר כלום ולמה גרע מגדול שחושב שעודר בנכסי עצמו.

ל' לכהן קנאו השם ונתנו לכהן שבאותו משמר. הא דניתן למשמר ולא לכל כהן שירצה נלמד מקרא דמלכד איל הכיפורים ופרש"י דילפינן למי שזה ניתן זה ניתן. ופשוט דאין הכונה בזה שצריך לתת האשם והכסף לאותו כהן דמפורש במתני' לקמן שאם נתן כסף ליהויריב במשמרתו והאשם לידעיה במשמרתו יצא. אלא ההיקש דלמי שזה ניתן זה ניתן מלמד רק שיש אותו דין נתינה על הכסף כמו על האשם וכמו שהאשם דינו לינתן למשמר כך דין הכסף לינתן למשמר ולא לאיזה כהן שירצה אבל אין חיוב לתת שניהם לאותו משמר. וגדולה מזו כתב החזו"א בב"ק ס' כ' דמשמע בגמ' דכסף של גזה"ג ניתן לכל המשמר אף שכל הקרבנות ניתנים רק לבית אב. ומסתפק החזו"א לגבי האשם ויש לו צד לאמר שאע"פ שהכסף ניתן לכל המשמר האשם ניתן רק לבית אב ואע"ג דבעינן למי שזה ניתן זה ניתן כתב החזו"א דילפינן רק שאין גזה"ג כתרומה שיש לבעלים טוה"נ אלא כקרבנות שהולך למשמר אבל אין דין שינתנו דוקא לאותו מקום.

וראיתי מקשים על החזו"א מהא דפריך הגמ' על כהן שמביא גזה"ג של עצמו שיוצא למשמר והכתיב איש את קדשיו לו יהיו ופרש"י דכיון שהאשם שלו גם הכסף שלו דלמי שזה ניתן זה ניתן. ולדברי החזו"א מה השאלה הא לא ילפינן שינתנו למקום אחד אלא רק דלית ליה טוה"נ. ונראה דלק"מ דודאי מודה החזו"א למה שכתב רש"י דלמי שזה ניתן זה ניתן דהיינו שיש אותו דין נתינה לכסף ולאשם

והחזו"א רק כתב דאין דין שינתנו שניהם דוקא לאותו כהן אבל שניהם ניתנים למשמר והא דהכסף הולך לכל המשמר והאשם רק לבית אב מתקיים בזה למי שזה ניתן דקבלת הבית אב הוא כקבלת כל המשמר והנתינה היא למשמר אלא שהמשמר מחלק כל מתנה כפי דינו ודין הכסף הוא להתחלק לכל המשמר ודין האשם הוא להתחלק לבית אב.

ומה שכתבנו שנתנה לבית אב הוא נתינה למשמר היינו משום דשונה גדר חלוקת המשמרות מחלוקת בתי אבות דמבואר בגמ' ביומא דף ו: דלמ"ד טומאה דחווה בציבור אין התר להקריב בטומאה אא"כ אין טהורים גם בבית אב אחר אבל אם כל המשמר טמאים ויש טהורים במשמר אחר נחלקו הראשונים אם קרב בטומאה או שחייבים להביא טהורים ממשמר אחר. ברש"י בסמוך דף קי. מבואר דאם כל המשמר טמא לא צריך להביא ממשמר אחר [ע' מה"ב שם] וכן מוכח מהשיטמ"ק שם בשם הרא"ש שכתב בהדיא דמיירי דאיכא כהן טהור במשמר אחר ואעפ"כ קרב בטומאה וע' חזו"א ליקוטין חו"מ ס' י"ט לדף ק"י. שמביא דברי הרא"ש בזה. והרמב"ם בפ"ד מביאת מקדש הי"ד כתב דכל שיש כהן טהור אפילו במשמר אחר א"א להקריב בטומאה למ"ד טומאה דחווה בציבור. וצריך להבין שיטת רש"י והרא"ש הא כשם שחלוקת המשמרות דאורייתא כמבואר בסוכה דף נ"ו. כך חלוקת בתי אבות מן התורה ונדרש מקרא בספרי כמש"כ הלח"מ פ"י מעה"ק הי"ד והובא בחזו"א ב"ק ס' כ' סק"ד. א"כ מה הנ"מ בין אם יש טמא במשמר אחר או בבית אב אחר. ומוכח דיש חילוק בין חלוקת המשמרות לחלוקת בתי אבות. דחלוקת המשמרות הוא שכל זכות ההקרבה וזכיית הבשר והעור של אותו שבוע הוא לאותו משמר ולכן אין כהני משמר זה צריכים לוותר על זכותם כדי למצוא כהן טהור ממשמר אחר אע"ג דטומאה דחווה. אבל חלוקת בית אב הוא גדר אחר דכל עבודת

השבוע שיך לכל המשמר וחלוקת בתי אבות הוא בגדר חולקים קדשים כנגד קדשים, ואף שאין חולקין הכא התורה חילקה וזה בגדר חלוקה טול אתה שלי ביום זה ואני אטול שלך ביום השני וחלוקת העבודה הוא כעין פיס דפשוט שהכהן שזכה בפיס ומקריב אין זה הקרבה פרטית שלו אלא של כל הבית אב כך עבודת הבית אב הוא עבודת המשמר ולכן נתינת האשם לבית אב הוי נתינה למשמר ושפיר מתקיים למי שזה ניתן זה ניתן בזה שניתן כסף למשמר ואשם לבית אב. אבל כהן שמביא גזה"ג ידיה שהוא בעצמו מקריב האשם אם יצטרך לתת הכסף למשמר בזה ודאי לא נתקיים למי שזה ניתן וכו' ובזה בודאי מודה החזו"א.

וראיה ליסוד זה דאף שחלוקת הכסף שונה מחלוקת האשם אין זה סתירה לכלל דלמי שזה ניתן זה ניתן יש להביא מרש"י ד"ה אי בכהן טמא, דרש"י מיירי בישראל שמביא גזה"ג שמתחלק למשמר ואיכא במשמר כהן טמא ומבואר בגמ' דהכהן הטמא אינו חולק בכסף של גזה"ג וכתב רש"י שהטעם הוא משום דכהן טמא אינו חולק אפילו בדברים שאין בהם אכילה כגון עורות וגזל הגר הוי נמי קדשי מזבח ואין טמא חולק בו. וקשה למה הוצרך רש"י להוספה זו ת"ל דכיון שאינו חולק באשם לא בבשר ולא בעורות ממילא אינו חולק בכסף דלמי שזה ניתן זה ניתן. ובשיטמ"ק בשם הראב"ד כתב האי טעמא ולא כרש"י. אלא מוכח מרש"י דלמי שזה ניתן פירושו שדין הנתינה של הכסף הוא למשמר כמו נתינת האשם אבל כ"א מהם מתחלק בין כהני המשמר כפי דינו האשם אינו מתחלק לטמאים והכסף כן מתחלק לטמאים וא"כ ה"ה נמי מה שזה לכל המשמר וזה לבית אב בלבד אינו סותר הכלל דלמי שזה ניתן וכו'. אמנם מדברי הראב"ד דס"ל שגם ע"ז אמרינן למי שזה ניתן לכאור' יהיה מוכח דלא כהחזו"א דבראב"ד מוכח דגם דיני חלוקת הכסף הוא כחלוקת

האשם. נאך צל"ע בפשט בגמ' דבה"א דמיירי בכהן טהור הקשו שיקבל הכסף כמו שמקבל האשם ותי' דמיירי בכהן טמא ודחיית הגמ' הוא רק דא"כ הק"ו דבר שיש לו חלק בו עד שבא לרשותו אינו אמת אבל לולא זה ניחא ולכאור' הוי לגמ' להקשות אי בכהן טמא איך אפשר לדון ק"ו שהוא יקבל הכסף הרי האשם בודאי אינו מקבל וא"כ לא יקבל הכסף דלמי שזה ניתן זה ניתן וזה קשה בין לרש"י ובין לראב"ד דהכא האשם ניתן למשמר כיון שהוא טמא והכסף לכהן ואיך יוציא הק"ו מההיקש וצ"ע].

בהא דמחלק החזו"א שהכסף לכל המשמר והאשם לבית אב לשון החזו"א הוא דהסיבה שהכסף אינו לבית אב משום דרך הדברים שיש בהם עבודה נחלקו לבתי אבות. וע' בתורי"ד כאן וע"פ דבריו יש לחלק באופן אחר. דהתורי"ד כתב שהכסף מתחלק לכל המשמר, והקשה מאי שנא מכל הקרבנות שמתחלקים רק לבית אב. וכתב דכל הקרבנות כיון שהם דברים שכיחים מתחלקים רק לבית אב אבל גזה"ג ושדה אחוזה שאינם מצוים מתחלקים לכל המשמר. וגם מזה מוכח כמו שנתבאר לעיל דבעצם כל השבוע שייך לכל המשמר אלא דהוי חלוקה של יום כנגד יום וזה רק בדברים השכיחים והוי כחלקו קדשים כנגד קדשים אבל דברים הלא שכיחים לא שייך בהם חלוקה והוי לכל המשמר אבל לענין חלוקת המשמרות בודאי אף דאינו שכיח זוכה רק אותו משמר דאין שום זכות למשמר אחר בשבוע שאינו שלו ואינו בגדר חלוקה. אך עיין בלשון התורי"ד דמשמע לכאורה דס"ל שבגזה"ג גם הכסף וגם האשם הם לכל המשמר ודלא כחזו"א ואולי יש לדחות דבתחילה כתב שהכל למשמר והכונה כ"א כדינו כסף למשמר ואשם לבית אב והמשך דבריו לבאר החילוק בין כאן לשאר קרבנות קאי על הכסף. עכ"פ מסביר בודאי נראה דסברתו שייכת רק לענין הכסף ולא לענין האשם שאשם גזה"ג אינו פחות

שכיח מאשם שפחה חרופה ואעפ"כ הוי בכלל כל האשמות ונחשב שכיח ועוד שאין בכלל אשם גזה"ג אלא אשם שבועת הפקדון דהאשם לא השתנה כלל בגזה"ג מכל אשם גזילות ורק הכסף נוסף. א"כ אפילו אם אין זה כונת התוס' רי"ד נוכל לאמר חילוקו של החזו"א ולא מטעמיה אלא ע"פ סברת התורי"ד דהכסף שאינו שכיח מתחלק לכל המשמר והאשם שהוא ככל האשמות מתחלק רק לבית אב.

עוד כתב שם החזו"א ב"ק ס' כ' סקי"ד דחלוקת לחם הפנים הוא לכל המשמר ולא רק לבית אב דכיון שזה רק פעם בשבוע וביום קבוע אם יהיה רק לבית אב של שבת יצא ששאר בתי אבות לעולם לא יקבלו חלק בלחה"פ שהרי יש יום קבוע לכל בית אב. וזה על דרך סברת התורי"ד הנ"ל וגם מזה מוכח דחלוקת בתי אבות הוא בגדר חלוקה ושונה מחלוקת המשמרות.

והכתיב איש את קדשיו לו יהיו. פרש"י דמאחר והוא מקריב האשם יקבל גם הכסף דלמי שזה ניתן זה ניתן. ולולא דברי רש"י היה אפשר לפרש קושית הגמ' בלי הדין של למי שזה ניתן וכו'. אלא דשאלת הגמ' על הכסף בעצמו דהוא נמי קדשי מזבח כמבואר ברש"י ד"ה אי בכהן טמא, וא"כ ע"ז נמי קאי קרא דאיש את קדשיו לו יהיו. וראיתי בספר שמועת חיים על מס' יומא שכתב דהא מלתא תליא בב' גרסאות שהביא רש"י בסוף העמוד בכהן בעל מום דגרסת ספרים שלנו אף שאינו ראוי לעבוד כיון שראוי לאכילה חולק בבשר ובעורות אבל לגר' השניה שמביא רש"י וכן פוסק הרמב"ם בפ"ד מכלי המקדש ה"ח כיון שאינו ראוי לעבודה אף שראוי לאכילה אינו חולק בבשר. ובזה תלוי ביאור קושית הגמ' דאי נימא דזכות אכילת בשר הוא לכהן הראוי לעבודה א"כ בכסף של גזה"ג שאין עבודה אין סיבה שיזכה הבעלים בכסף כיון שאינו עושה בזה עבודה אבל לגירסא דבעל מום חולק אף

הערות הגזול עצים דף קט: – קי. וציונים רה

שאינו ראוי לעבודה ה"ה שיחלוק בכסף ולגר' זו לא היה צריך רש"י לפרש קושית הגמ' מדין למי שזה ניתן אבל לגר' ראשונה שפיר הוצרך רש"י לפרש כן.

מסקנת הגמ' דגם בכהן טהור ילפינן משדה אחוזה דמוציא גזה"ג מתח"י ומתחלק לאנשי המשמר. ע' במנ"ח מצ' קכ"ט שכתב שפשוט שזה רק לענין הכסף אבל האשם דינו ככל האשמות שכהן מקריב את שלו. ואף שתמיד אמרינן למי שזה ניתן וכו' הא שאני דילפינן משדה אחוזה. וכדברי המנ"ח מפורש בתורי"ד כאן אמנם מלשון רש"י משמע דלא ס"ל כן. דרש"י פירש קושית הגמ' שהכהן יעכב הכסף לעצמו היות והאשם שלו ולמי שזה ניתן וכו' ולפ"ז תירוצ' הגמ' דילפינן משדה אחוזה בא לאפוקי דהכא לא אמרינן למי שזה ניתן זה ניתן אבל אין הלימוד משדה אחוזה משנה כלל את הדין של איש את קדשיו דדין זה הוא רק לגבי האשם. וברש"י בד"ה אלא כתב כיון דילפינן משדה אחוזה א"כ איש את קדשיו במילי אחריני מתוקמא. ואינו מוכן דאיש את קדשיו לא השתנה כלל ע"י הלימוד משדה אחוזה אלא רק ההיקש דלמי שזה ניתן השתנה. ובשלמא אילו רש"י היה מפרש קושית הגמ' דאיש את קדשיו קאי על הכסף ניחא דאחרי הלימוד לא קאי ע"ז אבל רש"י פירש שקאי על האשם והכסף מדין למי שזה ניתן א"כ הלימוד לא שינה כלום באיש את קדשיו לו יהיו. ומוכח מזה לכאורה דרש"י חולק על התורי"ד וס"ל דכיון דילפינן משדה אחוזה שהכסף לכהנים וקי"ל למי שזה ניתן זה ניתן א"כ כאן גם האשם יוצא מתח"י וקרא דאיש את קדשיו במילי אחריני מתוקמא. א"כ דברי המנ"ח הם מחלוקת רש"י והתורי"ד.

בקרבנות צבור. ומספקא ליה למל"מ אם תלוי ברצון הבעלים ונותן לאיזה כהן שירצה או שלא תלוי בבעלים אלא כל הקודם זכה. ובספק זה תלוי הפשט בסוגיא זו. דמבואר בגמ' דאם הכהן ראוי לעבודה יכול לתת לאיזה כהן שירצה שיעבוד במקומו ואם אינו ראוי לעבודה אינו יכול למסור למי שירצה ואי נימא דגם ישראל יכול לתת לאיזה כהן שירצה א"כ הנידון כאן הוא רק לענין לתת לכהן מבית אב או משמר אחר אבל מאותו בית אב גם אם אינו ראוי נותן לאיזה כהן שירצה ולצד השני של המל"מ הנידון כאן הוא גם לגבי כהן שבאותו בית אב. ודברים אלו מבוארים בקצרה באו"ש פ"ד מכלי המקדש ה"ח ע"ש.

אי דמצי עביד עבודה עבודתה ועורה נמי תהוי ידידה. בפשטות כונת הגמ' שיהיה לבעל הקרבן ואף שבפועל לא הקריב מ"מ כיון שראוי לאכילה אף שנתן לחברו להקריב הוא מקבל הבשר וכן פירש הראב"ד בפ"ד מכלי המקדש ה"ח. אך הרמב"ם כתב שם דכהן שראוי לעבודה ולאכילה שנתן לאחר להקריב השליח מקבל הבשר וכתב הכ"מ דלרמב"ם כונת הגמ' תהוי ידידה היינו לשליח ולא למשמר. ולהבנת הכ"מ מה שהרמב"ם פסק כגר' השניה שהובא ברש"י לעיל זה מוכרח לשטתו דאם ס"ל דראוי להקרבה שמסר לאחר שהבשר למקריב כ"ש כשאינו ראוי להקרבה שאינו מקבל הבשר אף שהוא ראוי לאכילה. אך כ"ז לכ"מ בדעת הרמב"ם אבל המנ"ח כתב במצ' תק"ט שגם הרמב"ם מודה שהבשר לבעלים אלא אורחא דמלתא אמר דבסתם כשנותן נותן גם האכילה למקריב ולפ"ז הרמב"ם והראב"ד לא פליגי.

דף קי.

ואי דלא מצי עביד עבודה שליח היכי משוי. המחנ"א על הרמב"ם פ"ג מגירושין

אם היה בעל מום נותנה לכהן שבאותה משמר. המל"מ בפ"ד מתמידין ומוספין ה"ט מסתפק מי מכהני הבית אב זוכה בעבודת קרבנות היחיד דפייס עושים רק

הט"ו הבין שכונת הגמ' כאן לכלל בשליחות שכל מלתא דלא מצי עביד לא מצי משווי שליח והוכיח מכאן דאמרינן האי כללא גם במקום שהחסרון היא במציאות ולא בדין. אבל הנובי"ת אבה"ע ס' ס"ט כתב דאין כאן שום דין של שליחות אלא מה שיש לו יכול לתת לאחר ומה שאין לו שייך ממילא למשמר ע"ש. ומבואר כאן דהא דאמרינן שאם אינו ראוי לאכול אין לו חלק בבשר אינו דוקא כשאינו ראוי לאכול מצד הדין כטמא אלא גם כשזה רק חסרון במציאות. וע' יבמות צ"ט: בכהן שנתערב בזר וכ"א מהם הוא ספק כהן ואינם חולקים בקדשי המקדש אבל את שלהם אין מוציאים מידיהם ופרש"י שאם הם הביאו קרבן של עצמם נותנים לכל כהן שירצו להקריב ולאכול. ודחה רש"י פירוש זה דכיון שהם ספק אין יכולים לאכול והוי כזקן וחולה שהבשר למשמר. ותוס' שם כתבו דספק שאני שאם יבא אליהו ויאמר שהוא כהן הרי הוא ראוי לאכילה ואינו מובן כ"כ דסו"ס במציאות אינו ראוי.

כהן טמא בקרבן ציבור. כתב התור"ד דהא דעושה שליח להקריב אף שאין הוא בעל הקרבן בקרבן ציבור מיירי באותו כהן שזכה בעבודה ע"י הפייס ואם אינו רוצה להקריב בעצמו יכול לעשות שליח מי שירצה שיקריב במקומו. ואילו היה ראוי לאכול היה מקבל הבשר ואין הכוונה כל הבשר אלא חלקו ככל כהני המשמר והיה יכול לתת חלקו לכהן אחר אבל כיון שאינו ראוי לאכילה אין לו חלק כלל. אך פשוט שכ"ז בכהן שזכה בעבודת קרבן ציבור ע"י פייס. אבל כהן שבא ומקריב קרבן שלו דילפינן מאיש את קדשיו לו יהיו בודאי מודה התור"ד שמקבל את כל הבשר ולא רק חלק. ולא כמו שהבין הרב המגיה בתור"ד שכונת התור"ד שגם בעל הקרבן מקבל רק חלק עם כהני המשמר. ומה שהביא שכן מבואר בשיטמ"ק בשם הרא"ש שהקשה לגבי בעל מום מנין לגמ' דקרא דאיש את קדשיו לו יהיו קאי גם באופן שאינו ראוי להקריב ככהן בעל

מום אולי רק בראוי להקריב נא' לו יהיו. ותי' דאם ראוי להקריב ת"ל מקרא דלכהן המקריב לו תהיה אע"כ דקרא דאיש את קדשיו לו יהיו בא לרבות גם מי שאינו ראוי להקריב כבעל מום כהן שמביא קרבן שלו. וקשה איך אפשר ללמוד מקרא דלכהן המקריב לו תהיה הרי פסוק זה מדבר בכהן שמקריב קרבן שאינו שלו ואין כונת הפסוק שמקבל את כל הבשר אלא חלק עם כהני המשמר ומהתם ה"א דגם בעל הקרבן יקבל רק חלק כאנשי משמר וצריך פסוק איש את קדשיו ללמד שמקבל את כל הבשר ואכתי מנין לרבות מי שאינו ראוי להקריב. וכתב הרב הנ"ל דמוכח מדברי הרא"ש שגם כהן שמביא קרבן שלו מקבל רק חלק כאנשי משמר. ונר' פשוט דאינו כן ומדברי הרא"ש אין ראיה כלל דבקרא דכהן המקריב לו תהיה אין הכהן המקריב בעל הקרבן ואין זה דין הקרבה שלו אלא דין הקרבה של כל הבית אב והבית אב הם "הכהן המקריב" וממילא לו תהיה קאי על כל המשמר ומזה ילפינן דמי שהוא המקריב מקבל הבשר ומזה נלמד שכהן שמביא קרבן שלו מאחר דילפינן מובא ושרת שהוא המקריב א"כ הלו תהיה קאי נמי עליו בלבד. ושפיר אפשר ללמוד מזה דבית אב המקריב מקבל הבשר דהיינו שמתחלק לכולם, לבעל הקרבן שמקריב שיקבל הכל. וקרא דאיש את קדשיו מיותר לבעל מום. וע"ע בשיטמ"ק בשם הרמ"ה על הגמ' של כה"ג אונן שכתב בזה"ל וש"מ דהיכא דלא הוי נמי אונן אע"ג דמקריב להו פלגי להו אנשי משמר למתנות בהדיה מדקתני מקריב ואינו חולק לערב מכלל דאי לא הוי אונן חולק אע"פ שהוא מקריב עכ"ל. ופשוט שדבריו הם בכהן גדול שמקריב בכל עת שירצה אבל אין הוא בעל הקרבן ומקריב כאחד מהמשמר אלא שכה"ג אינו צריך פייס ויכול תמיד לעבוד אבל אין זה דין הקרבה פרטית שלו אלא כה"ג בלי פייס הוי כאחר שזכה בפייס לכן חולק ככל הבית אב ולא מקבל הכל אבל פשיטא דכהן שמביא קרבן שלו מקבל כל הבשר. [ובעיקר חידושו של

הרמ"ה שכה"ג רק חולק ולא נוטל הכל הראב"ד בתו"כ פר' צו פרשה ב' אות ח' כתב שלוקח כל הקרבן לעצמו ובליקוטי הלכות יומא דף יז: בזבח תודה כתב שלוקח עד מחצה כמו בלחה"פ. ור"י מלוניל כתב דלוקח חלק ככל הכהנים אלא שבוחר לו חלק שירצה בראש. וזה כרמ"ה. כ"ז ראיתי בס' שמועת חיים פ"ק דיומא סוף ס' ס"ה וס' ס"ו].

מבואר בגמ' דכהן שזכה בהקרבת קרבן ציבור ע"י הפייס יכול לתת לאחר להקריב במקומו אבל בדעת הרמב"ם כתב האו"ש בפ"ד מכלי המקדש ה"ט דגרס בגמ' נותנה למשמר ולא לכהן שרוצה. וסברת הרמב"ם כתב האו"ש בקצרה [בדרך השני] והאבן האזל שם האריך בזה יותר דהרמב"ם ס"ל דמי שזכה בפייס אינו יכול לשלוח אחר במקומו דאין זה זכות הקרבה פרטית בזכותו של כהן בקרבן שלו אלא דין הקרבה של המשמר מתקיים על ידו ואם אינו רוצה להקריב אינו יכול לשלוח אחר אלא חוזר למשמר. והחולקים ס"ל דאע"ג דהוי הקרבה של המשמר מ"מ כיון שזכה ויכול בעצמו להקריב יכול גם לתת זכותו לאחר. אך נראה דאף דרש"י גרס כגרסא דידן מ"מ מודה לסברת הרמב"ם לענין כהן גדול. שבגמ' בסמוך כה"ג אונן פרש"י שמייירי שיש לכה"ג קרבן של עצמו להקריב. ולמה הוצרך רש"י לזה הרי קי"ל שכה"ג מקריב תמיד בכל עת שירצה וכן נפסק ברמב"ם פ"ה מכלי המקדש הי"ב אלא נר' דכונת רש"י דאמנם יש לכה"ג זכות הקרבה תמיד אבל כשאינו רוצה להקריב אינו יכול להעביר זכותו לכל כהן שירצה ומה דס"ל לרמב"ם בזכית הפייס סובר רש"י בזכותו של כה"ג לכן פירש דמייירי בכה"ג שמקריב קרבן שלו.

תוד"ה אכילה גסה. וי"ל דהתם לא קאמר דיצא אלא דלא מקרי רשע. לכאור' אינו מובן דאטו מי שביטל מ"ע דאכילת פסח לא מקרי רשע ומה קושית הגמ'. אך כונתם דהא

דאמר ר"י צדיקים ילכו בם וכו' כונתו לומר דבאותו מעשה הצדיק נחשב ילכו בם והרשע נכשל במעשה זה עצמו וע"ז הקשה ר"ל אמנם באכילה זו לא קיים מצוה אבל אינו רשע על אכילה זו דאע"ג דביטל מ"ע עבירתו הוא במה שלא אכל אבל אכילתו הגסה אינה מעשה עבירה דיכול אח"כ לחזור ולאכול ולקיים המצוה ואם לא חזר ואכל עבירתו היא במה שלא אכל אבל מעשה אכילה שאכל אינו מעשה עבירה. ועוד תרצו שאין כונת הגמ' שאכל אכילה גסה אלא שאכל לשם אכילה גסה ובוזה יצא יד"ח. והקשו האחרונים הא ר"ל בעצמו ס"ל בפסחים דמצות צריכות כונה א"כ לא קיים בזה המצוה. וכתב בזה הבית הלוי בח"ג ס' נ"א אות ג' דאכילת קדשים שאני מכל אכילת מצוה דאינו מצוה על הגברא כאכילת מצה אלא דין שהקרבן יאכל ולכן ס"ל שמצוה זו מתקיימת גם ע"י אכילה פחות מכזית ובוזה המצוה מתקיימת גם בלי כונה. ובאכילת פסח יש שני דינים. דין אכילת קדשים ככל שלמים ודין אכילת פסח שהוא חיוב על הגברא כמצה. ואם אכל בלי כונה אמנם לא קיים מצות הגברא אבל דין הקרבן נתקיים בזה לכן א"א לקרותו רשע.

תוד"ה לבעלי מומין טהורין. תימה עורה אמאי הוי לבעלי מומין. האחרונים כולם מתקשים בדברי התוס' הא תנן בריש פרק טבול יום דכל שאינו חולק בבשר אינו חולק בעורות ועוד צ"ע מגמ' דידן דזקן וחולה שאינו מקבל בשר מפני שאינו ראוי לאכילה ה"ה דאין לו בעורות וכן כה"ג אונן. וע' מש"כ בזה הפנ"י. וכן יש לתמוה על הכ"מ פ"ד מכלי המקדש ה"ט שלומד ברמב"ם שרק הבשר הולך לבעלי מומין והעורות לשאר המשמר והקשה על הראב"ד שכתב שגם העורות לבעלי מומין. ואינו מובן מאחר ושאר המשמר הטמאין אין להם בבשר ה"ה בעורות. וממתני' דטבול יום היה אפשר לישב דהתם מיירי בטמאים שאינם ראויים לעבודה אבל טמאים שראויים לעבודה

אף שבשר אינם מקבלים זה רק מפני שלמעשה לא יוכלו לאכול אבל בעורות מקבלים חלק מפני שראוים לעבודה. אבל אכתי קשה מזקן וחולה ומכה"ג אונן שראוים לעבודה ואינם ראוים לאכילה ומפורש בגמ' דאין להם לא בבשר ולא בעורות. אמנם ע' בשיטמ"ק בשם הרמ"ה על הגמ' של זקן וחולה שמפורש בדבריו דלא גרס בגמ' לגבי זקן וחולה עורות ומוכיח מדלא קתני עורות שרק הבשר אינו מקבל כיון שאין ראוי לאכול אבל עורות שאינם לאכילה כן מקבל ואולי גם תוס' לא גרסו שם עורות.

אך יש לע' בדברי הרמ"ה דבהמשך הגמ' לגבי כה"ג אונן הרמ"ה בעצמו כתב בפירוש שאין לו בעורות כמו שאין לו בשר. ומאי שנא זקן וחולה שראוי לעבודה ולא לאכילה ומקבל עורות אף שאין לו בשר מכה"ג אונן שראוי לעבודה ולא לאכילה ואין לו חלק אפילו בעורות. ואין לחלק בזה בין אינו ראוי במציאות לאינו ראוי בדין דאם אינו ראוי במציאות נחשב ראוי לאכילה היה צריך לקבל בשר ולתת למי שירצה אלא מוכח דגם אינו ראוי במציאות נחשב אינו ראוי וא"כ מאי שנא כה"ג אונן מזקן וחולה. ונר' לכאור' בדעת הרמ"ה דהא דמבואר בפרק טבול דמי שאינו חולק בבשר אין חולק בעורות זה דוקא בדין חלוקת המשמר דהם אינם בעלי הקרבן ומקבלים הבשר מדין מתנות כהונה בזה ילפינן מקראי בזבחים קג: דמי שאין מקבל בשר אין לו חלק בעורות אבל כהן המקריב קרבן שלו שזוכה בבשר מקרא דאיש את קדשיו לו יהיו אין זה דין של מתנות כהונה אלא דין ממוני כיון שזה קרבן שלו והוא ראוי לאכול ולעבוד לא חייבה תורה לתת למשמר בזה למד הרמ"ה דאע"פ שאינו ראוי לאכול ובע"כ צריך לתת הבשר למשמר אבל עורות כיון שהם שלו ואין בהם אכילה נשאר ברשותו ואין בזה הכלל שהעור הולך אחר הבשר, והא דמודה הרמ"ה בכהן גדול אונן שאין לו בעורות נראה דהרמ"ה אינו מפרש כרש"י דמיירי

בקרבן פרטי של הכה"ג אלא מיירי בכה"ג שבא ומקריב בכל זמן שירצה וס"ל שגם בזה כיון שהכהן גדול יכול לעבוד בעצמו יכול לתת זכותו למי שירצה ודלא כמו שכתבנו לעיל בדעת רש"י. וכיון שאין הקרבן שלו זכותו בבשר כדין כהני משמר שהוא מדין מתנות כהונה ובזה מודה הרמ"ה דאם אין לו בשר אין לו עורות כמבואר בריש טבול יום. וכן בכהן טמא בקרבן ציבור ג"כ אין הוא בעל הקרבן ורק בזקן וחולה מיירי בבעל הקרבן ורק שם סובר הרמ"ה שיש לו עורות אף שאין לו בשר. אך כ"ז נכון בדעת הרמ"ה אבל לענין מה שהקשו על תוס' אין זה מישב שתוס' מדבר על חלוקת המשמר בקרבן ציבור.

נתן הכסף לאנשי משמר ומת וכו'.

בשיטמ"ק כתב בשם המאירי דאפילו אם הנותן היה קטן אין יכול להוציא מידם. וכן מבואר ברמב"ם פ"ח מגזילה הי"א והמנ"ח תמה בזה דקטן אינו בר חיובה ואינו בחיובי שבועת הפקדון. ע' מה שכתב בזה החזו"א ב"ק ס' כ' סק"כ ובאבי עזרי שם.

או אינו אלא המושב זה כפ"ל

ובגניבת הגר הכתוב מדבר. ג' דרכים נאמרו בזה בראשונים. א. השיטה בשם הרא"ש דס"ד שיתחייב כפל על גניבתו וחומש על שבועתו דהיינו שגם בגניבת הגר דאיכא חיוב כפל איכא דין חומש קמ"ל דממון שאינו משתלם בראש אינו מוסיף חומש. ובזה מישב הרא"ש את קושית תוד"ה או אינו. ב. הרשב"א כתב בשם הראב"ד דס"ד דכשם שקרן דגול הגר לכהנים כך כפל דגניבת הגר יהיה לכהנים אם גנב ונשבע ובאו עדים ואח"כ הודה ומת הגר קמ"ל בראשו דקרא מיירי בגזל ולא בגניבה ואם גנב את הגר רק הקרן והחומש לכהנים ולא הכפל. ולרשב"א יתכן שגם לפני דרשה זו הגמ' ידעה את הדרשה דממון שאינו משתלם בראש אינו מוסיף חומש וחיוב חומש אין כשיש כפל אבל

אכתי יתכן שכשיש כפל גם הכפל לכהנים וקמ"ל שגם זה נתמעט וכן נראה מדברי התוס' שהקשו בד"ה או אינו ולא תרצו כהרא"ש. ויתכן שגם הרא"ש מודה לראב"ד אלא דס"ל דשני דברים נתחדשו בדרשה זו. ג. השיטה כתב בשם המאירי דהפסוק ממעט שלא רק הכפל של גניבת הגר אינו לכהנים אלא גם הקרן אינו לכהנים דרק בגזל נתחדש דין זה ולא בגניבה. וחי' גדול יש בדברי המאירי דבפשטות בכלל גניבה איכא גזילה, דגזילה כולל כל לקיחת ממון חברו ורק לגניבה להתחייב כפל יש תנאים מיוחדים אבל בכל גנב יש גם אפשרות לחייב קרן מדין גזלן.

בדברי הרשב"א הנ"ל בשם הראב"ד מבואר דגנב ונשבע ובאו עדים והודה ומת הגר כיון שנתמעט דכפל לא הולך לכהנים משלם לכהנים קרן וחומש. וצריך להבין הרי בחיי הגר כשבאו עדים התחייב לגר כפל וכשהודה לפני מיתת הגר הודאה זו לא חייבה חומש כיון שכבר נתחייב כפל ואח"כ כשמת הגר זוכה הגזלן בחיוב כפל כיון שמת הגר ואין לו יורשים ועל הכפל אין דין נתינה לכהנים א"כ לכאור' היה צריך להיות דנותן לכהנים רק קרן והראב"ד כתב דאחר שפקע הכפל במיתת הגר נותן לכהנים קרן וחומש. ולמה חייב חומש הרי בשעת הודאה לא נתחייב חומש ומה מחייבו עכשיו בחומש. ונראה שמוכח מדברי הראב"ד דגדר הדין דממון שאינו משתלם בראש אינו מוסיף חומש אינו דהכפל פוטר מהחומש אלא שהחומש הוי בכלל תשלום הכפל ולכן אף שפקע חיוב כפל חלק החומש שבו לא פקע. אבל צ"ע דלעיל בדף קח. הובא מחלוקת ראשונים אם קדם חומש לכפל אם הכפל פוטר חיוב חומש שכבר חל או לא וכתבנו שתלוי בספק זה ושם מבואר בראב"ד דאחרי שנתחייב בחומש אין הכפל פוטר וחייב חומש וכפל יחד. וזה מובן אם הכפל פוטר חומש בזה מסתבר שאחרי שכבר נתחייב אין הכפל יכול לפטור אבל אם הגדר הוא דתשלום הכפל כולל

בתוכו חיוב חומש לכאורה אין לחלק בין אם כבר נתחייב חומש או לא. וצ"ע.

גופא אמר רבא גזה"ג שהחזירו בלילה לא יצא. שמעתי מוכיחים מגמ' זו דהא דילפינן מביום צוותו דאין עבודה בלילה אינו פסול בעבודת קדשים אלא דין שאין כפרת קדשים בלילה שאם זה פסול בעבודה לא שיק פסול זה בגזה"ג דאמנם אשם קרייה רחמנא אבל לא עושים שום עבודות באשם זה אע"כ דאין כפרת קדשים בלילה. ולכאורה נראה דאין ראייה זו מוכרחת דמבואר בגמ' דמדקרייה רחמנא אשם ילפינן נמי פסול לחצאין. והא דאשם פסול חצאין כתב בשיטמ"ק בשם הרמ"ה משום דהוי בעל מום ופשיטא דאין כונת הגמ' דבמעו' של גזה"ג יש פסול בעל מום אלא הלימוד של אשם קרייה רחמנא אין הכונה שבגזה"ג סיבת הפסול הוא כאשם אלא זה ילפוטא שאותם פסולים שיש בהקרבת אשם יש בנתינת גזה"ג אבל כ"א מטעמא דידיה. ובשיטה בשם המאירי כתב דפסול לילה בגזה"ג הוא משום דצריך לתת בפרסום ול"ל טעם זה ת"ל דאין כפרת קדשים בלילה. ולא נראה שבא המאירי לתת טעם לפסול עבודת קדשים בלילה. אלא התם פסול עבודה והכא סברא של פרסום ואשם הוא גילוי שיש כאן אותם פסולים שיש בעבודת קדשים.

הא דהחזירו בלילה לא יצא ואינו יוצא בזה שנשאר הכסף אצל הכהנים בבוקר כתב החזו"א ב"ק ס' כ' סקט"ז דמיירי שלפני הבוקר נתאכלו המעות. והאבי עזרי פ"ח מגזילה חולק בזה וס"ל שאפילו נתאכלו המעות כיון שאם לא מתכפר יצטרכו להחזיר המעות הוי כנתינה ביום דשיעבוד המעות קיים. וכדבריו כתב בחי' הגר"ר מאיר שמחה כאן דדמי לכל קנינים דמהני אפילו נתאכלו המעות. וכתב האבי עזרי דנ"מ במת בלילה. ולענין החזירו לחצאין לפי החזו"א הכא נמי מיירי בנתאכלו המעות לפני שנתן החצי השני אבל האבי עזרי כתב דכאן

באמת אין נ"מ למעשה דבזה לא יתכן לאמר שמת אחר שנתן חצי דבל"ה צריך להבין מה הכונה חצאין הרי על כל פרוטה מהגזילה איכא חיוב השבה בפנ"ע וכל מה שהחזיר הרי החזיר כולו ולכן כתב האבי עזרי דע"כ חצאין היינו שבכל נתינה לא היה פרוטה לכל כהן ובוזה ליכא למימר נ"מ במת אחר שנתן החצי הראשון שבזה בודאי מעות חוזרות שאפילו אם מהני לחצאין מ"מ כ"ז שאין פרוטה לכ"א לא חשיב נתינה כלל. וא"כ הספק הוא רק בחזר ונתן ונ"מ למעשה אין דבל"ה אח"כ מקיים ולכן הרמב"ם השמיט ספק זה יעו"ש. ויש קצת להעיר דאם כל הדין של חצאין הוא רק כשאין פרוטה לכל כהן היה רבא צריך להקדים המימרא דבעינן פרוטה לכל כהן ואח"כ לאמר הדין של חצאין. ובעיקר הטענה דכל פרוטה הוא חיוב בפנ"ע ולא הוי חצאין לולא דבריו היה נראה דזה אמת לענין החיוב שחייב מכח הגזילה דכל פרוטה היא גזילה בפנ"ע. אבל גזה"ג וכל דין שבועת הפקדון הוא חיובה דשבועה והשבועה היא אחת על כל הממון כמו שחיוב האשם הוא אחד על כל מה שנשבע כך חיוב הקרן לכהנים שהוא ג"כ כפרת השבועה כמבואר בתוס' ד"ה כסף מכפר, א"כ זה חיוב אחד ושפיר שייך בזה נתינה לחצאין. וכן מבואר בחי' הגרמ"ש וצ"ל שכתב על השאלה דבל"ה יוצא בסוף כשנתן החצי השני דמיירי שנתן חצי למשמר אחד ואח"כ החצי השני למשמר אחר. וע"כ כונתו שבכל נתינה היה פרוטה לכל כהן דאל"כ בל"ה לא מהני. ואעפ"כ כל נתינה נחשבת חצאין כנ"ל. ויש לעיין בנשבע והודה בחיי הגר. ומת הגר לר"ע דגם בזה יש דין נתינה לכהנים אם שילם חצי מהקרן לגר בחיו וחצי השני לכהנים אחר מיתת הגר אם זה נחשב נתינה לחצאין שהרי נותן רק חצי ממה שהשבועה חייב או אולי כיון שזה כל מה שזכו בו הכהנים אינו נחשב חצאין וצ"ע.

גזל הגר שאין בו פרוטה לכל כהן וכהן לא יצא. כתב רש"י ומוסיף משלו עוד

להשלים נוע' במנ"ח מצוה קכ"ט שהביא דין זה שצריך להוסיף וסיים כנ"ל ובהוצאה החדשה של המנ"ח כתבו במקום כנ"ל כן נראה לי ונראה שהוא טעות שהמנ"ח לא כתב מדעת עצמו דבר שהוא מפורש ברש"י אלא צ"ל כמו שנתבאר לעיל והכונה שלעיל כתב שנותן למשמר ומתחלק לכל המשמר וע"ז כתב כאן שצריך להוסיף כדי שיגיע פרוטה לכל כהני המשמר והקשה החזו"א ב"ק ס' כ' סקט"ז איך מצטרף מה שמוסיף הרי אין זה גזה"ג אלא מתנה, וע' בשיטמ"ק בשם הרא"ש שהקשה כן על רש"י. וכתב החזו"א שצ"ל כיון שאינו מתכפר בלי תוספת גם התוספת הוי חלק מן הכפרה. ונראה פשוט דאם מה שמוסיף מדיליה מצטרף כ"ש שחומש מצטרף לחשבון של פרוטה לכל כהן ואפילו גזל שני גרים ובכל אחד אין פרוטה לכל כהן וביחד יש פרוטה לכל כהן לכאורה נראה דמצטרפים דלא גרע ממה שיוסיף משלו, ואולי יש לחלק וצ"ע.

על דין זה שצריך פרוטה לכל כהן כתב השיטמ"ק בשם הרמ"ה דמכאן מוכח דאין הישראל יכול לתת לכהן אחד במשמר אלא מתחלק לכל המשמר. וצ"ב מאי קמ"ל הא אמרינן לעיל למי שזה ניתן זה ניתן והאשם בודאי מתחלק לכה"פ לכל הבית אב ולא נותן לאיזה כהן שירצה. וכן קשה בהמשך דברי הרמ"ה שכתב על הא דבעי רבא אין בו למשמר יהויריב וכו' דמוכיח שלא ניתן הכסף רק לאלו שזכו בפייס אלא לכל בני המשמר דאל"כ אלו שזוכים בפייס שוים בכל משמר. ומאי ס"ד דיתן רק למי שזכה בפייס אך בזה י"ל דהיה לרמ"ה צד לאמר שלמי שזה ניתן זה ניתן אין הכונה שהכסף ניתן למי שמקבל חלק בבשר האשם אלא הכסף נותן למי שזוכה בהקרבת האשם ומכאן מוכיח הרמ"ה דאינו כן אלא ניתן לכל מי שמקבל בשר האשם ולא תלוי בהקרבת האשם. או שנחשב שכל המשמר הקריבו האשם ע"י אלו שזכו בפייס. אבל תחילת דבריו שהיה ה"א שיקבל כהן אחד את הכל אינו

הערות הגזול עצים דף קי. – קי: וציונים ריא

את האשה. ועפ"ז כתב שם בשיטמ"ק באות ה' לישב מה שקשה בסוגין דלענין לילה וחצאין פשיטא ליה לרבא דאשם קרייה רחמנא ולענין לחלק זה כנגד זה מספקא ליה. ותי' דלענין נתינת ישראל למשמר דינו כאשם אבל מדיכול לקדש בו את האשה חזינן דאחר חלוקה הוי ממון כהן ובטל שם אשם מיניה ובוה מספקא ליה בזמן שכבר זכו המשמר אבל עדיין לא חלקו ביניהם אי אכתי הוי בכלל אשם קרייה רחמנא או שבזה כבר יצא מכלל אשם ונכנס לגזה"כ דשלך לקדש בו את האשה. ומסיק רבא דרק אחר חלוקה הוי ממונו אבל לענין החלוקה עדיין יש עליו דין אשם. וזה כונת השיטמ"ק כאן בשם הרא"ש, וגם החזו"א כ"כ בס' כ' סקכ"א מדעת עצמו.

כהנים בגזה"ג יורשים הוו או מקבלי מתנות הוו. המל"מ בפ"ג מגזילה ה"ה הקשה מכאן על הרא"ש שכתב לעיל בנשבע על חמץ שעבר עליו הפסח דחייב קרן ואשם שצריך לשלם חמץ מעליא ואינו יכול לאמר הש"ל וכאן מבואר שלגר עצמו היה יכול להחזיר החמץ והספק הוא רק לגבי הכהנים. ולאמר דהכא מיירי שנשבע לפני פסח כ"ש שיקשה דאפילו הרי"ף שחולק בנשבע אחר פסח וס"ל שאומר הש"ל מודה לדעת המל"מ בנשבע לפני פסח שאינו אומר הש"ל. וסברת המל"מ דלפני פסח יותר סברא לחייב תשלום מעליא דלפני פסח כפר ממון מעליא ואף שגולן עצמו שגול לפני פסח יכול לאמר אחר פסח הש"ל בנשבע אין דין זה דהשבועה מחייבת לפי השויות של הממון שכפר ולא הוי חיוב על החפץ. משא"כ בנשבע אחר פסח שכפירתו היתה על חמץ כזה שאינו שוה ממון לכן סגי בזה שיחזיר מה שכפר. אמנם בשערי יושר ש"ז פכ"ד כתב איפכא דלפני פסח תביעת התובע הוא חמץ בעין וע"ז קאי השבועה לכן אומר הש"ל אפילו לרא"ש ורק נשבע אחר הפסח שאז התביעה היתה דמים השבועה מחייבת דמים ובוה סובר

מוכן. ומוכח מזה כמו שנתבאר לעיל שהדין של למי שזה ניתן זה ניתן אין הכונה שגייע לאותו כהן אלא כמו שזה נותן למשמר כך זה. אבל מי במשמר יזכה בכסף אינו תלוי בדיני חלוקת האשם.

ומזה שהיה ה"א ברמ"ה שיתן הכסף רק למי שזכה בפייס מבואר דהקרבת האשם נקבע לפי פייס ולא כמסקנת המל"מ בפ"ד מתמידים ומוספים ה"ט שהובא לעיל שאין הקרבת קרבנות יחיד נקבע לפי פייס אלא או שנותן הישראל למי שירצה או שכל הקודם זוכה. וברמ"ה מוכח כמו שרצה המל"מ לאמר בתחילת דבריו דמי שזכה בפייס בהקרבת התמיד זוכה גם בהקרבת קרבנות היחיד של אותו יום.

ובעיקר הספק של רבא ע' שיטמ"ק בשם המאירי שרק בחזי לידעיה שהוא מיד אחר יהויריב מספקא ליה אבל אם חזי רק למשמרת אחרת פשיטא שמוסיף ונותן ליהויריב. וע' חזו"א ב"ק ס' כ' סקט"ז שמסתפק היכא דגם לידעיה לא חזי אלא שלידעיה סגי בהוספת קצת וליהויריב צריך להוסיף יותר אם גם זה תלוי בספק של רבא או שבזה פשיטא שנותן ליהויריב.

דף קי:

מהו לחלוק גזה"ג כנגד גזה"ג. תוס' במנחות הקשו דמבואר בספ"ב דקידושין דהא דאין חולקין קדשים כנגד קדשים הוא משום דאינו ממונו לקדש בו את האשה ומשולחן גבוה קזכו. וא"כ מוכח דהכא נמי משולחן גבוה זכו וכלשון הגמ' לעיל קנאו השם ונתנו לכהנים. ובמנחות ע"ג. ילפינן מקרא דגזול הגר הוי ממונו לקדש בו את האשה. ותרצו התוס' דלפני חלוקה אינו ממון הכהנים ולכן לא חולקין גזה"ג כנגד גזה"ג אבל אחר חלוקה זכה כ"א בחלקו ככל ממונו ואז הוי ממונו לקדש בו

הרא"ש שחייב חמץ מעליא. אבל בסוגין מיירי שנשבע לפני פסח ע"ש.

מבואר בגמ' דאם מקבלי מתנה הוו דינם כלקוחות ופטורים ממעשר בהמה. ומוכח מזה דגם במקום שהתורה זיכתה לו חשיב לקוח. ומכאן הקשה המנ"ח במצ' שצ"ה בקומץ המנחה על מה שכתב הר"ש בפ"א דפאה מ"ו דקשה ל"ל קרא לפטור לשו"פ והפקר ממעשר ת"ל דהוי לקוח וכתב הר"ש דמיירי שזכה הבעה"ב בעצמו בהפקר [וה"ה בלשו"פ אם קנה מהענין] ומדין לקוח היה חייב דהוי תבואת זרעך. ובפאה כתב עוד הר"ש דכיון דזכתה תורה לעניים בשדה בעה"ב לא הוי לקוח והבין המנ"ח דכונת הר"ש דכיון שאין זה הקנאה שעושה בעה"ב מדעתו אלא זכות שנתנה תורה לעני אין לזה דין לקוח והקשה מכאן דמבואר דכהנים הוו לקוחות אף שזה זכותם. ותי' המנ"ח דאין זה כונת הר"ש אלא רק במקום שיש לו זכות בתבואת חברו נחשב כלפי העני כתבואת זרעך משא"כ במקום שכל זכותו מקבל בתלוש זה בודאי נחשב לקוח ולק"מ מסוגין ובאמת העירוני דהר"ש כתב תי' זה רק על פאה ולא כמו שהמנ"ח מביא בשם הר"ש שכתב כן על לשו"פ. אך דברי המנ"ח אינם מובנים לכאור' דאין שום ה"א לאמר דבכה"ג שיש לו זכות לא יהיה דין לקוח לענין מעשר דגן, שאין שום דין שמקח פוטר שנאמר דבעינן דוקא מקח ואם יש לו זכות אין זה נחשב מקח דפטור של לקוח הוא משום דאינו תבואת זרעך כדמוכח מזה שאם הבעלים קונה חזרה חוזר לחיובו מוכח דהפטור אינו מפני שנעשה בו מקח אלא משום דאינו תבואת זרעך וע"כ אין כונת הר"ש משום דלא הוי מקח אלא דכיון שיש לו זכות במחבר נחשב תבואת זרעך של העני.

אמנם לענין מעשר בהמה צודק המנ"ח דעיין מהרי"ט אלגזי פ"ח דבכורות אות פ"א בד"ה הן אמת שהוכיח דלענין פטור לקוח

ממע"ב אם נולד אצלו ומכרו וחזר ולקחו נשאר הפטור דלקוח ושאיני גדר לקוח במע"ב ממעשר דגן דמעשר דגן הפטור משום דאינו תבואת זרעך משא"כ במע"ב הפטור הוא דבעינן דומיא דבכור בנך שלא נעשה בו מקח והמקח פוטר. וכ"כ המנ"ח במצ' ש"ס וכ"כ החשק שלמה בכורות י"א. בדברי רש"י שם ע"ש. א"כ לענין מע"ב היה מקום לדון שבמקום שיש לו זכות לא נחשב מקח אך בזה שפיר מוכיח המנ"ח מסוגין דגם כה"ג נחשב לקוח ופטור ממעשר בהמה.

ש"מ מקבלי מתנות הוא ש"מ. ע' חזו"א ב"ק סי' כ' סק"ח שהקשה אולי זה עצמו המתנה שנתנה התורה לכהנים דין יורשים על גזל הגר וע"ש מה שכתב בזה.

תוד"ה למאי. הקשו דממה שאמר רבא שצריך פרוטה לכל כהן מוכח דאינם יורשים דאילו היו יורשים לא שייך לחייב להוסיף דמאי דשבק אבוהון יהב להון. נראה שהקשו בדוקא בנוסח זה ולא הקשו איך יש צד שנפטר בנתינת החמץ הא בעינן פרוטה לכל כהן דע"ז היה אפ"ל דאה"נ אם יורשים הוו נותן החמץ ומוסיף משלו פרוטה לכל כהן ולצד דמקבלי מתנות לא סגי בפרוטה לכל כהן אלא משלם כשויות החמץ בשעת גזילה כמו שכתב הרמב"ם פ"ח מגזילה ה"ח. וע' שיטמ"ק בשם הרא"ש שמתרץ קושית התוס' דהלימוד מהמושב שצריך פרוטה לכל כהן הוא לא שצריך שיקבלו דבר חשוב אלא נתחדש בזה שבהשבת הגזילה לכהנים לא סגי במה שיש השבה בסך הכל לכולם אלא בעינן שיקיים השבה לכל כהן וכהן. והגזול פרוטה ומחזיר חצי פרוטה לא מקים השבה לכן צריך שכל כהן יקבל פרוטה ואפילו אם יורשים הם צריך השבה לכל יורש בפנ"ע משא"כ בחמץ שעבר עליו הפסח שכל כהן מקבל דבר שבשעת גזילה היה ש"פ ואילו היה מחזיר לגזול בעצמו חמץ שעבר עליו הפסח היה נפטר בזה ממצות

הערות

הגזול עצים דף קי:

וציונים

ריג

השבה א"כ שפיר מתקים השבה לכל כהן וכהן. וע"ע בחזו"א ב"ק ס' כ' סקט"ז בזה.

תוד"ה כסף. כתבו דלא מהני מחילת כהנים כיון שזה כפרה ואף שחומש דשבועת הפקדון הוא כפרת שבועה כמבואר ברש"י דף ס"ה. וברמב"ם כמו שכתבנו לעיל קד: מ"מ בחומש חוץ מענין הכפרה התורה חייבה חיוב ממון ולכן אם הודה ומת היורשים משלמים חומש דכבר נתחייבו נכסיו ובזה מהני מחילה כמבואר במשנה בדף קג. משא"כ כאן במת אין היורשים משלמים משום דאינו חיוב ממון כלל אלא רק כפרה גרידא ובזה לא מהני מחילה.

אלא מעתה חטאת שמתו בעליה

וכו'. תירוצ הגמ' אינה מוכנת דמה שיך בזה הלכתא הא ההלכה נאמרה בחטאת ואם אמרין שעל דעת כן לא הקדיש אין זה חטאת. והיה מקום לאמר ששאלת הגמ' היתה שיש אומדנא שעל דעת כן לא הקדיש רק כשהחטאת נשאר בלי שום שימוש ואזיל למיתה כיון שאין מה לעשות אתו בזה יש אומדנא. וע"ז מתרצת הגמ' דדין מיתה אינו מפני שאין מה לעשות עם החטאת אלא היא הלכה מדיני החטאת וכל זמן שמתקים בחטאת דין החטאת אין אומדנא שלא הקדיש על דעת כן. אבל בסברא אינו מסתבר כ"כ שאמנם יש קיום דין במיתת החטאת אבל לא לזה הפריש החטאת אלא לצורך כפרתו. וע' חזו"א חו"מ ליקוטים ס' כ"ד לדף יא: שכתב כיון שתמיד יש אומדנא זו א"כ מההלכה מוכח שרצון התורה שלא יעשה תנאי זה ממילא אסור להתנות כן ויתכן שגם לא יועיל התנאי דהוי כמתנה ע"מ שכתוב בתורה.

אלא מעתה יבמה שנפלה לפני

מוכה שחין. המרדכי בב"מ פרק הפועלים מביא הירושלמי דמקדש ע"מ שלא תזקק ליבום הוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה ותנאו בטל והקשו בזה האחרונים א"כ מה קושית הגמ' שאדעתא דהכי לא נתקדשה הא אומדנא זו

אינה יותר טוב מתנאי מפורש דלא מהני. התי' הפשוט על שאלה זו הוא מה שכתב המעיל צדקה ודבריו הובאו במהרי"ץ חיות כאן שיש שני אופנים להתנות שלא תזקק ליבום. א. שמתנה שרוצה קידושין בלי דין יבום דומיא דע"מ שאין לך עלי שאר וכסות שכונתו שרוצה קידושין בלי חיוב שאר ואם כן יהיה חיוב שאר אינו רוצה קידושין כלל. וזה הוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה. ב. אין כונתו לעשות קידושין בלי דין יבום אלא רוצה קידושין רק בתנאי שלא יגיעו למצב של יבום אבל אם יגיע מצב שתצטרך יבום על צד זה לא היו קידושין כלל א"כ אין כאן שום עקירה דאינו חייב לקדש. ודברים אלו כתב גם רע"א בתש"צ"ג ומוסיף שלא יאמר התנאי בלשון ע"מ שלא תזקק ליבום דלשון זה יכול להתפרש גם כמתנה שיהיו קידושין בלי דין יבום אלא יאמר שמקדש בתנאי שלא ימות בלי בנים אבל אם ימות בלי בנים ויהיה לו אח ע"ד כן לא קידש. ומביא שכ"כ המעיל צדקה ע"ש.

וע' באו"ש פ"י מאישות ה"ב שתירץ באופן אחר ובדבריו חידוש גדול שכתב דכאן הרי בל"ה לא כפל תנאו וחסר כאן משפטי התנאים אלא דתוס' כתבו בכמה מקומות דבמקום דאיכא אומדנא דמוכח לא בעינן תנאי כפול ולומד האו"ש שכונת תוס' דבמקום דאיכא אומדנא אין צורך בשום משפטי התנאים וכמו שלא צריך תנאי כפול כשיש אומדנא כך אין הכלל של ליתא בשליחות ואף שדן האו"ש שם דבחופה הואיל וא"א ע"י שליח לא מהני תנאי כמבואר בכתובות ע"ג. לגבי חליצה מ"מ במקום דאיכא אומדנא יתבטל החופה ומה"ט מהני בגמ' דידן האומדנא אף דהוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה. דמה שבמתנה עמשב"ת תנאו בטל כתבו התוס' כתובות נ"ו. דנלמד מב"ג וב"ר ובמקום דאיכא אומדנא גם בכה"ג התנאי קיים ומעשה בטל.

ובתוס' קידושין דף ו: מוכח בזה לא כהאו"ש. שהקשו במתנה ע"מ להחזיר הרי לא

כפל תנאו ות' דאיכא אומדנא ולא צריך תנאי כפול ומיד אח"כ הקשו דהוי תנאי ומעשה בדבר אחד. וכתב שם הקו"ש באות ל"ט דאע"ג דכתבו דהיכא דאיכא אומדנא לא בעינן תנאי זה רק שלא בעינן כל הדינים שנא' לענין נוסח אמירת התנאי דבמקום אומדנא א"צ אמירה. אבל שאר משפטי התנאים על מה אפשר להתנות ואיזה סוג תנאי אפשר להתנות ודאי נאמרו גם במקום אומדנא.

דף קיא.

התם אנן סהדי דמינח ניחא לה.
פרש"י כיון שהראשון הוא שלם. המרדכי בפ' החולץ מביא בשם הגאונים דס"ל שיבמה שנפלה לפני מומר אינה צריכה חליצה ומביא שהר"מ כתב שמקורם מסוגיא זו דס"ל דתירוק הגמ' הוא רק במוכה שחין דאשה ניחא ליה בכל דהו ומוכה שחין הוי כל דהו אבל מומר אינו אפילו כל דהו ובזה נשאר הטענה שאדעתא דהכי לא קידשה עצמה. [משמע דס"ל שאפילו מן הנישואין אמרינן כן ולא כתוד"ה דאדעתא שכתבו שרק מן האירוסין הגמ' שאלה] ומביא שם המרדכי דרש"י פליג וס"ל שצריכה חליצה. וכתב בזה הבית הלוי בח"ג ס"ג בתחילת דבריו שפלוגתתם תלוי בפשט בתי' הגמ' ורש"י לשטתו. דרש"י ס"ל שגם מוכה שחין אינו כל דהו אלא רק מפני שהבעל עצמו שלם נחשב כל דהו וא"כ ה"ה במומר נאמר כן מחמת הבעל. אבל הגאונים פרשו תי' הגמ' דהמוכה שחין עצמו הוא כל דהו לכן ס"ל דבמומר אין את תי' הגמ'. לפ"ז כתב הבית הלוי דהמקדש אשה ונמצא הבעל מוכה שחין לרש"י יהיה מק"ט ולגאונים לא הוי מק"ט.

אך בסוף חזר הביה"ל וכתב דגם רש"י מודה שהמוכה שחין עצמו הוא כל דהו ומה שהוצרך רש"י לפרש דהבעל הוא שלם הוא משום דאין כוונת הגמ' מינח ניחא לה שבודאי

כל אשה ניחא לה דפשוט שסתם נשים לא ניחא להו וכונת הגמ' רק דכדי לבטל הקדושין בלי תנאי בעינן אומדנא דמוכח וזה אין כיון שיש מיעוט דניחא להו אפילו במוכה שחין. אך כ"ז כשבאים לבטל המקח מדין תנאי צריך אומדנא ולזה מהני מה שיש שניחא להן לבטל האומדנא אבל במקום דאיכא טעות במקח כגון שיש מום במקדש עצמו בזה המקח הוא טעות ואין ביטולו מדין תנאי אלא חסר בדעת קונה על חפץ זה. ובזה לא בעינן אומדנא דמוכח דלא צריך שיחשב כאילו התנה. ולכן אם המקדש עצמו נמצא מוכה שחין היו הקידושין בטלים אע"ג שמוכה שחין הוא כל דהו אכתי הוי מק"ט ורק כשהמקדש אינו מוכה שחין ואין חסרון במקח עצמו אלא חסרון צדדי שאחיו מוכה שחין בזה אין מק"ט אלא רק אומדנא שע"ד כן נתקדשה וזה מדין תנאי ובזה כל שאין האומדנא מוכחת לא יתבטלו הקידושין.

מה דנקט הביה"ל דמק"ט הוא חסרון בכונת קנין על חפץ זה ולא מדיני תנאים רע"א במה"ת ס' נ"א לא ס"ל כן אלא לדעת רע"א כל דין מק"ט [נא"כ הוי ב' חפצים ממש] הוא רק משום דהוי כהתנה ומה"ט כתב רע"א שלשיטת המל"מ פ"ו מאישות דגם בתנאי לשעבר בעינן משפטי התנאים א"כ בנישואין שליתא בשליחות וא"א להטיל בו תנאי לא יהיה דין מק"ט. [שיטת הר"ן בפרק השולח והובאו דבריו באב"מ פ' ל"ח סק"ה שתנאי לשעבר אינו צריך משפטי התנאים]. ולדעת הביה"ל דברי המל"מ הם דוקא בתנאי צדדי בזה אע"פ שהוא בעבר צריך משפטי תנאים אבל כשיש מום במקח הוי מק"ט ולא בעינן משפטי תנאים. וב' נ"מ איכא בין רע"א לביה"ל. א. לרע"א במקום דלא מהני תנאי אין דין מק"ט לביה"ל יש דין מק"ט אף בדבר דליתא בתנאי. ב. לרע"א במק"ט בעינן אומדנא דמוכח, לביה"ל לא בעינן אומדנא דמוכח. אך כל מה שחולק הביה"ל על רע"א הוא רק לענין מק"ט אבל במקום שזה חסרון צדדי מודה דבעינן כל

הערות הגזול עצים דף קיא. – קיא: וציונים רמו

בשיטמ"ק כאן בשם הרא"ש. אבל כונת תוס' כאן הוא כמו שהביאו בזבחים ק"ג: בשם התוספתא שא"א להביא הכסף אחרי שחיטת האשם אף שעדיין לא זרקו את הדם. דהיינו שנחלקו תוס' והרא"ש אם מביא כסף אחרי שחיטת האשם לפני זריקת הדם אם האשם כשר או לא.

רש"י ד"ה קמ"ל. המל"מ בפ"ח מגזילה הי"ב כתב דמשמר שקיבל קרבן בזמן משמרתו ולא הספיק להקריבו עד שעבר משמרתו אין המשמר הבא אחריו מקריבו אלא נשאר זכות הקרבה למשמר שקבלו וכן ראיתי מוכיחין ממתני' דתנן שיקריבו ידעיה את האשם שניתן ליהויריב ופרש"י דהוא קנס שקנסו את בני יהויריב ע"ז שקבלו אשם לפני כסף. אבל לולא הקנס היו מקריבים אף שעבר משמרתם. ומסתפק המל"מ אם זכותם להקריב בכל זמן ככהן שיש לו קרבן פרטי שלו או שצריך לחכות עד שיגיע משמרתו. ומביא ע"ז המל"מ את דברי רש"י כאן שכתב שיקריבו בני יהויריב כשיחזור שבת משמרתם. והקשה המל"מ למה אינו מקריב מיד מקרא דובא בכל אות נפשו ושרת. וצ"ל דזה נאמר רק כשהוא בעלים על הקרבן ולא כשמקבל זכות הקרבה מפני שהוא מכהני המשמר.

דיני תנאים אפילו במקום דאיכא אומדנא ורק האו"ש שהובא לעיל מחדש דכל היכא דאיכא אומדנא דמוכח לא בעינן משפטי התנאים אפילו בתנאי צדדי כההיא דסוגין.

תוד"ה דאדעתא וא"ת אדם שקנה מחברו וכו'. הנהיבות בס' ר"ל סק"א כתב לישב קושית התוס' דהאומדנא שע"ד שימות לא קנה הוא רק כשלא מת מחמת הלוקח אבל כשמת מחמת גרמת הלוקח בודאי שע"ז אין אומדנא שיתבטל המקח. וא"כ אפילו מת מעצמו אמרינן נסתחפה שדהו ומזלו גרם ונחשב שמת מחמת הלוקח. וכדברים האלו כתב גם המחנ"א הל' שכירות ס' ד'. וע' ברע"א דלפי מה שתי' התוס' א"צ למה שכתבו בתחילת דבריהם ע"ש.

תוד"ה אמר רבא לעורו. מבואר בתוס' דכשהקריבו אשם לפני הכסף הוי כנפסל קודם שחיטה והקשה המהרש"א דלפני השחיטה אכתי לא היה שום פסול שהיה יכול להביא הכסף וכתב הפנ"י דכונת תוס' שבשעת שחיטה מיד יש פסול אבל גם זה אינו מובן דלכאורה כ"ז שלא זרק הדם יכול להביא הכסף וא"כ רק בזריקת הדם חל הפסול ואם נפשט העור לפני זריקת הדם לא ישרף. וכן תי'

פרק הגזול ומאכיל



דף קיא:

סעי' ג'. וע' בפנ"י שדברי הרמב"ם צ"ע מסוגיא זו דלרמב"ח הניח לפנייהם פטורים מלשלם מפני שזכו הבנים ביאוש וש"ר וא"כ מפורש דהזוכה ביאוש וש"ר אינו משלם דמים. וכבר הקשה כן המאירי בשיטמ"ק כאן. ועוד צריך להבין את סברת הרמב"ם דגזולן שקונה בשינוי

הגזול ומאכיל את בניו וכו' פטורים מלשלם. שיטת הרמב"ם בפ"ה מגניבה ה"ג דלוקח מגזולן שזוכה ביאוש ושינוי רשות צריך לשלם דמים לנגזל וכן הובא בשו"ע בס' שני"ג

משלם זוזא ואע"ג דנמצא בחצרו והגביה אחר שנתיקף אין זה גניבה חדשה ואין סיבה חדשה לחייב דמים אבל אם עשה שינוי ועי"ז הוציא החפץ מבעלותו של הנגזל בזה יש תוספת בגזילה ויש סיבה חדשה לחייב דמים כדין תברא או שתיא. ואילו הרא"ש כתב דקנין שינוי לא דמי לתברא ושתיא. [ע' אמר"מ ס' ל"ב בסוף אות כ"ב שכתב לישב שלא יקשה מהרא"ש על הנתיבות].

ויתכן שבשאלה זו נחלקו הרמב"ם והראב"ד לענין יאוש וש"ר אם יש חיוב דמים על הלוקח. דעד שקנה הלוקח היה החפץ ברשות הבעלים ועי"י הש"ר פקע בעלותו של הבעלים ואם קנין שינוי דמי לתברא והוי סיבה לחייב דמים ה"נ לקיחת הלוקח הוא סיבה לחייב הלוקח שהוא גרם הפקעת קנינו של הנגזל וזה סברת הרמב"ם כשיטת הנתיבות. אבל הראב"ד ס"ל כסברת הרא"ש שרק כשמוציא מן העולם יש סיבה לחיוב דמים ולא כשגורם לקנין שינוי או יאוש וש"ר. וזה הביאור בדברי רע"א בגטין דף נ"ה. בסוגיא דנודעה שכתב בד"ה והנלע"ד שאפשר לאמר שמה שהרמב"ם מחייב דמים הוא רק בלוקח שעשה מעשה אבל יורש דממילא בא לו א"צ לשלם דהיינו שחיובו מפני שמזיק את הבעלים עי"י הפקעת בעלותם לכן כשלא עשה מעשה אין לחייבו. ובזה יתיישב קושית הפנ"י מסוגין דמיירי ביורש. אך רע"א מסיים דמשמעות הפוסקים אינו כן. אלא שגם ביורש חייב דמים ולדבריהם א"א לפרש כנ"ל. גם בהמשך דברי רע"א שם משמע שלא פירש כן דכתב בד"ה ולפ"ז דדברי הרמב"ם תלויים במחלוקת ראשונים אם בשינוי רשות אמרינן דגם הגזול זוכה וקנינו והקנאתו באים כאחד או כשיטת הר"ן והרמב"ן שהביא שם רע"א שכל הזכיה הוא ללוקח ולא לגזול. וכתב רע"א דהרמב"ם שמחייב דמים זה מפני שס"ל שהגזול אינו זוכה נמצא דהלוקח זוכה בממון הנגזל וזה סיבה לחייבו דמים אבל אם הגזול זוכה

או ביאוש למ"ד יאוש קונה משלם דמים מפני שמעשה הגזילה מחייבת את החפץ או דמיו אבל הלוקח בהתירא אתא לידיה ולמה יהיה עליו חיוב דמים. וזה סברת הראב"ד שחולק על הרמב"ם וצריך להבין סברת הרמב"ם בזה.

הקצה"ח בס' שנג"ב כתב שיש שיור בהתר זכיה שנעשה עי"י יאוש שהוא רק לענין זכיית גוף החפץ ולא לדמיו והוכיח הקצות יסוד זה ממה שמבואר בתוס' לעיל דף סו. דגם באבירה היכא דאתא לידיה באיסורא זוכה בגוף החפץ ויש חיוב דמים ושם אין מעשה גזילה שמחייב דמים וע"כ שיש שיור בקנין היאוש. ולכן גם הלוקח שזוכה עי"י יאוש וש"ר זוכה רק בגוף החפץ וחייב דמים. וגם הנתיבות שם סק"ג הסכים בזה לקצות. אמנם ענין זה שיש שיור בקנין היאוש קשה להבין ולכאורה יש לבאר דברי הרמב"ם באופן אחר.

שיטת הרא"ש לעיל דף צ"ה. דגזול בהמה והשביחה כגון נטענה וגזזה או נתעברה וילדה ואח"כ קנה בשינוי זוכה הגזול בכול השבח ומשלם דמים רק כשעת הגזילה ולא כשעת השינוי ואף שעד שעת השינוי היה כל השבח של הבעלים אינו משלם דמים אלא על מה שגזל. וביאור דברי הרא"ש כתב האמרי משה ס' ל"ב אות ג' בהגה דאין כונת הרא"ש ששינוי קונה למפרע כמו שהבין העי"ט אלא שחיוב דמים חל רק בשעת גזילה ואח"כ אין סיבה חדשה לחיוב דמים. ומוסיף שם הרא"ש וז"ל ולא דמי לתברא ושתיא דהתם איבדה מן העולם דבאותה שעה נעשה גזול אבל היכא דהגזילה בעולם אלא שנשתנית וקנאה באותו שינוי משלם כשעת הגזילה. דהיינו שהמחייב של דמים הוא או מעשה הגזילה או תברא ושתיא שהוא מזיק או גזול והוא סיבה חדשה לחייב דמים. אבל זכיית הגזילה עי"י קנין שינוי אינו סיבה לחייב דמים. וע' בקו"ש לעיל אות ק"מ שכתב שבדברי הרא"ש מבואר לא כנתיבות בס' ל"ד סק"ה שכתב שאיתבר ממילא

הערות

הגזול ומאכיל דף קיא:

וציונים

ריז

הבעלים אלא מממון הגזול. ולפי סברא זו אין לחלק בין לוקח ליורש אלא כמשמעות הפוסקים. או שי"ל שגם הראב"ד ס"ל כשיטת התוס' אלא שס"ל שהגזול זוכה ע"י הש"ר וממילא אין לחייב הלוקח מדין משתרשי ליה. לפי פשט זה שחיובו מדין משתרשי ליה יתישב מה שקשה לרמב"ם דמבואר בסוגין דאחרי יאוש אין דין מזיק על חפץ גזול וא"כ איך אפשר לחייב את הלוקח דמים וכי גרע ממזיק בידים שפטור אחר יאוש. אבל אם חיובו מדין משתרשי ליה נחא.

נמצא כמה דרכים בביאור המחלוקת. א. לקצות והנתיבות פליגי אי איכא שיור בקנין של יאוש. ב. פליגי אם יש חיוב דמים על מה שגרם להפקעת בעלות הבעלים לפ"ז פליגי דוקא בלוקח ולא ביורש. [ע' או"ש פ"ב מגזילה ה"ג שגם כתב שהרמב"ם מייירי דוקא בלוקח ולא ביורש אך מטעם אחר ע"ש]. ופליגי בנידון הנתיבות והרא"ש. ג. פליגי במחלוקת תוס' והרא"ש אם אפשר לחייב מדין משתרשי ליה על מה שזכה בממון הגזול. ד. פליגי אם זכיית הלוקח הוא ישר מהנגזל או שהגזול קנה ומקנה.

בגדר הקנין של יאוש וש"ר ע"י קצה"ח סי' שנ"ג דנחלקו הרמב"ם והרא"ש למ"ד יאוש כדי לא קני אם מקדש בגזל אחר יאוש מקודשת מדין יאוש וש"ר או לא. שיטת הרא"ש דאינה מקודשת ושיטת הרמב"ם שמקודשת. והקצות כתב דמחלוקתם תלוי בגדר הקנין דיאוש וש"ר דשיטת הרמב"ם דקי"ל שינוי רשות ואח"כ יאוש לא מהני דהענין של שינוי רשות הוא דאצל הלוקח הוי בהתירא אתא לידיה וקונה ע"י היאוש. אבל הרמב"ם פסק בפ"ה מגניבה ה"ג דשינוי רשות ואח"כ יאוש קונה וע"כ אינו מדין התירא אתא לידיה אלא שהשינוי רשות נחשב שינוי במצב של החפץ והוי שינוי כל דהו שקונה בצירוף עם יאוש כדין יאוש ושינוי השם. ובזה תלה

והלוקח קונה ממנו הרי הוא זכה בממון הגזול ואין זה סיבה שיתחייב דמים לנגזל. וסיים רע"א והסברא נכונה מאד. ואי נימא דחיובו מדין מזיק או גזול על מה שהפקיע את בעלותו של הנגזל אין שום נ"מ אם הלוקח זוכה מהנגזל או מהגזול דאין חיובו על מה שהוא זוכה אלא על מה שהפקיע הממון מרשות הבעלים. לכן נראה דלפי מה שרע"א רוצה לחלק בתחילת דבריו בין לוקח ליורש הפשט כמו שנתבאר לעיל אבל הכא קאי רע"א למשמעות הפוסקים דגם ביורש איכא חיוב וע"כ אינו מדין מזיק. ובדעת פוסקים אלו צריך לבאר באופן אחר.

תוס' בדף צ"ה. לגרסת הגר"א שם חולק על הרא"ש הנ"ל וס"ל דגזול שקונה בשינוי משלם דמים כשעת השינוי. וצריך להבין שיטת התוס' מאי שנא מאיתבר ממילא דמשלם זוזא. וא"ל דשיטת התוס' כנתיבות הנ"ל דשינוי דמי לתבא ושתיא דזה מישב רק במקום שעשה השינוי בידים כגון טעונה וגזזה אבל מעוברת וילדה שהשינוי נעשה מאליו בזה בודאי לא דמי לתבא ושתיא. דהיינו שהרא"ש שפוטרי מדמי השבח אפילו שעשה שינוי בידים מוכח שחולק על הנתיבות אבל בתוס' שמחייב כשעת השינוי גם בשינוי שנעשה מאליו לא מספיק לומר דס"ל כסברת הנתיבות. וצ"ל דסברת התוס' כמו שכתבנו בס"ד בדף צ"ה. דעצם זה שזכה ע"י השינוי בממון הנגזל ומשתרשי ליה מממון הנגזל זה מחייב דמים. וע' באמר"מ ס' ל"ב אות ל"א שהרגיש בסברא זו ומבאר למה הרא"ש לא ס"ל כן. וא"כ י"ל דבזה פליגי הרמב"ם והראב"ד. דהרמב"ם ס"ל כתוס' ולכן הלוקח חייב דמים אף שלא גזל ולא הזיק מ"מ כיון שזכה בממון הבעלים זה מחייבו תשלומין לבעל הממון והראב"ד ס"ל כרא"ש שאין זה סיבה לחייבו דמים. ובזה שפיר כתב רע"א דדברי הרמב"ם יתכנו רק אם זכיית הלוקח הוא מהנגזל אבל אם הגזול זוכה והלוקח זוכה ממנו אין לחייבו דמים דאינו משתרשי ליה מממון

שהרמב"ם ס"ל שש"ר הוא סיבה לזכיית הגזולן ולכן ס"ל דמקודשת ואע"ג ששיטת הרמב"ם דש"ר ואח"כ יאוש קונה. ומוכח דש"ר אינו מדין התירא אתא לידיה אלא כעין יאוש ושינוי השם וא"כ זה סיבה לקניית הגזולן. אמנם אכתי יתכן שהרמב"ם חולק על סברת הרשב"א ולא ס"ל דזכיותו והקנאתו באים כאחד. לכן הגזולן אינו זוכה ואעפ"כ מקודשת כר"ן.

נמצא ד' שיטות בענין מקדש בגזל אחר יאוש. א. שיטת הר"ן דמקודשת משום דלא בעינן ממון של המקדש. ב. שיטת הריטב"א דמקודשת דנחשב ממון המקדש. ג. שיטת הרא"ש לפי הקצה"ח דאינה מקודשת משום דבעינן ממון המקדש ואין זה ממון המקדש משום דס"ל דש"ר מהני מדין בהתירא אתא לידיה ואין זה סיבה לזכיית הגזולן. ד. שיטת הרא"ש לפי מה שיוצא מדברי רע"א דאינה מקודשת משום דבעינן ממון מקדש ואין כאן ממון המקדש אע"ג דש"ר הוא סיבה לזכיית הגזולן מ"מ י"ל דהרא"ש חולק על סברת הרשב"א ולית ליה באים כאחד. שיטת הרמב"ם להקצות כריטב"א ולרע"א כהר"ן דלא בעינן ממון המקדש ואין כאן ממון המקדש. וטעמא דאין ממון המקדש דהרמב"ם פליג על סברת הרשב"א אבל לא מפני סברת הקצות דש"ר אינו סיבה לזכיית הגזולן שהרי הרמב"ם ס"ל ש"ר ואח"כ יאוש קונה. ומה שקשה אם חולקים על סברת הרשב"א שבאים כאחד אין הגזולן יכול להקדיש ע"י מה שנכתוב בס"ד לקמן דף קי"ד. בדברי הרמב"ן שם.

ביאור המחלוקת אם רשות יורש כרשות לוקח דמי. לכאורה נראה דתלוי במחלוקת שהביא הקצות הנ"ל בגדר ש"ר, דאם זה מדין בהתירא אתא לידיה דכל שלא נתחייב בוהשיב יכול לזכות ע"י יאוש א"כ לכאורה הבנים הוי כאחרים שלא נתחייבו בהשבה. אבל אם השינוי רשות נחשב שינוי במצב של החפץ והוי כשינוי השם שקונה עם היאוש א"כ בזה

הקצה"ח דין הקידושין דאם קונה מדין בהתירא אתא לידיה זה סיבה לקנינו של הלוקח ולא לקנינו של הגזולן וא"כ אף שהאשה זוכה בכסף אין זה מועיל לקידושין דבעינן ממון של הבעל. אבל אם ש"ר קונה מדין שינוי א"כ יש סיבה שהגזולן יקנה ובזה ש"ך לאמר מה שכתב הרשב"א בגטין נ"ה: דקנינו והקדשו באים כאחד ואז מועיל לקידושי אשה. אמנם דברי הקצה"ח בזה אינם מוכרחים דמה דנקט דבעינן בקידושין כסף של הבעל אינו מוסכם. ע' רע"א הנ"ל בגטין נ"ה שמביא דברי הר"ן בספ"ב דקידושין שכתב שמקדש בדבר שאסור בהנאה למקדש ומותר לאשה כגון חליפי איסה"ג לשיטת רש"י שאסור למחליף מקודשת דסגי בזה שהאשה קיבלה ממון מחמתו ולא בעינן שיהיה ממון למקדש. ומדמה הר"ן דין זה להא דמקדש בגזל לאחר יאוש דמקודשת כיון שהיא זכתה ביאוש וש"ר אף שלא היה ממון המקדש. וכן מביא רע"א בשם הרמב"ן ע"ש. ובשם הריטב"א מביא רע"א דס"ל שע"י הש"ר זוכה הגזולן והוי ממון המקדש. דהיינו שהר"ן ס"ל שאין המקדש זוכה ע"י ש"ר ואעפ"כ מהני לקידושין והריטב"א ס"ל דבעינן ממון המקדש וע"י הש"ר חשיב ממון המקדש ובדעת הרא"ש לומר רע"א דס"ל כריטב"א דבעינן ממון המקדש וס"ל כר"ן דע"י ש"ר לא הוי ממון המקדש לכן אינה מקודשת אא"כ יאוש קונה בלי ש"ר. דהיינו שהקצות נקט דבעינן לכו"ע ממון מקדש ומחלוקת הרא"ש והרמב"ם אם מקודשת בגזל אחר יאוש הוא אם ש"ר הוא סיבה לזכיית הגזולן או לא וזה תלוי בגדר ש"ר. אבל לדברי רע"א אפשר ללמוד ברמב"ם או דס"ל כריטב"א שהמקדש זוכה ע"י הש"ר או דס"ל כר"ן שאין צורך שהממון יהיה של המקדש. וכצד זה מבואר בהמשך דברי רע"א שבד"ה ולפ"ז כתב דהרמב"ם שמחייב דמים את הלוקח מן הגזולן אחר יאוש הוא משום דס"ל דאין הגזולן זוכה ע"י ש"ר כשיטת הר"ן וכיון שהלוקח זוכה ישר מהגזול לכן יש חיוב דמים לנגזל. וזה דלא כהקצות שכתב

הערות

הגזול ומאכיל דף קיא :

וציונים

ריט

חזרו מדין זה או שלמסקנה מיירי שקיבל מרצון. אמנם ברשב"א בסוגין מפורש שאם הלוקח לקח בע"כ של הגזולן לא חשיב ש"ר והרשב"א מביא ראיה לדבריו דאל"כ למ"ד דמהני ש"ר ואח"כ יאוש כל גזולן יקנה ביאוש בצירוף הש"ר שע"י עצם מעשה הגזילה וכוונתו שהרי מוכח לעיל צ"ו. דכדי שגזולן יקנה בשינוי לא בעינן שיקדם הגזילה לשינוי אלא גם באופן שהגזילה והשינוי באים כאחת קונה כמו שנתבאר שם א"כ גם הגזילה והש"ר באים כאחד ויקנה אח"כ בצירוף היאוש. אע"כ דכיון שלוקח בע"כ של הבעלים לא חשיב ש"ר נוע' מה שכתבנו בזה לקמן דף קט"ו. דלכאנ' יש לדחות ראית הרשב"א וכן נפסק בשו"ע ס' שס"א סע' ה'. ומה שהקשה ע"ז הגאון שם סק"ב ממתני' דלקמן המציל מן הליסטים ע' בנתיבות סק"ה שמישב שלא יקשה משם. וע' בבעה"מ לקמן קי"ד. שלומד שנחלקו ב' לשונות בגמ' שם אם היה טעות בהקנאת הגזולן ללוקח אי חשיב ש"ר וקי"ל כל"ב דהוי ש"ר והרמ"א בס' שס"א סע' ה' כתב בשם שו"ת הרשב"א דנתינה בטעות לא חשיב ש"ר והרשב"א לשטתו בזה כנ"ל. ולענין גנב והפקיד אצל שומר ע' רע"א שנג' סע' ב'.

גזל ובא אחר ואכלו. שיטת תוס' דמבואר בסוגיא זו דעל חפץ גזול שאינו ברשות הבעלים, לרמב"ח אפילו לפני יאוש ולר"ח אחר יאוש אף דיאוש ל"ק אין דין מזיק. ולתוס' דבר זה הוא סברא והרא"ש כתב כתחילת דברי התוס' דהוי גזה"כ מקרא דאשר גזל. אמנם אין זה שיטת כל הראשונים דשיטת הרשב"א והראב"ד שמוכא כאן בשיטמ"ק והתוס' רי"ד דהא דפטור האוכל אחרי יאוש לר"ח אינו משום דאין דין מזיק אלא מפני שזכה ביאוש וש"ר. ואף שתוס' דחו פשט זה והוכיחו דגם במקום דליכא ש"ר כגון בהניח לפנייה למ"ד רשות יורש לאו כרשות לוקח דמי מ"מ אם אכלום פטורים. המעיין בדברי הראב"ד והרשב"א יראה שכתבו דטעמא דפטורים בזה

יש מקום לאמר דרשות יורש הוי כרשות האב ולא הוי שינוי. וכן י"ל לסוברים דש"ר ואח"כ יאוש קונה דס"ל שהוא מדין שינוי דזה למאי דקי"ל דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי. אבל לסוברים דלהלכה ש"ר ואח"כ יאוש לא קנה דש"ר מהני משום דבהתירא אתא לידיה וקי"ל נמי רשות יורש לאו כרשות לוקח דמי א"כ א"א לאמר כנ"ל אלא צ"ל דגם לסברת בהתירא אתא לידיה רשות יורש אינו כרשות לוקח. וע' נתיבות ס' ק"ג סק"י דכיון דברא כרעיה דאבוהון נינהו חשיב גם לגביהם כאיסורא אתא לידיה. ומישב בזה הנתיבות את קושית הט"ז דאם יש כמה בנים וקי"ל אחים שחלקו לקוחות א"כ שיחשב החלוקה כש"ר ולמה הניח לפנייהם ולא אכלום חייבים. ותי' הנתיבות דכיון שהם במקום אביהם הוי כאילו כל הבנים נתחייבו בהשבת כל הגניבה ודמי לשנים שגנבו יחד ונתחייבו שניהם בכל הגזילה וחלקו ומכרו כ"א לחברו שלא יהיה בזה ש"ר שגם על מה שקנה מחברו נתחייב הוא בהשבה לפני היאוש וכן באחים שחלקו לא יועיל החלוקה אף שדינם כלקוחות. ויוצא לפי מה שנתבאר דרמב"ח דס"ל רשות יורש כרשות לוקח דמי ודאי ס"ל טעמא דהתירא אתא לידיה והמחלוקת הוא רק בדעת רבא. וא"כ יוצא שרבי"ח ודאי ס"ל שש"ר ואח"כ יאוש לא קנה אמנם ז"א דע' בחי' הגרמ"ש כאן שכתב כיון דרמב"ח פליג על ר"ח וס"ל שעל חפץ גזול אין דין מזיק אפילו לפני יאוש א"כ גם אין דין גנב על הלוקח אף שלקח לפני יאוש וא"כ גם אם סברת ש"ר היא משום בהתירא אתא לידיה מ"מ לרמב"ח מהני ש"ר ואח"כ יאוש דגם כשלוקח לפני יאוש הוי התירא לגבי הלוקח ע"ש.

בגדר שינוי רשות אם סגי בכל אופן שיצא מרשות גזולן או בעינן דוקא הקנאת הגזולן ע' תוס' דף ס"ז: בסד"ה אמר עולא שבתחילה כתבו פשט בביריתא דלקמן קי"ד. שאם הגזולן נתן בע"כ של המקבל אינו נחשב שינוי רשות. אבל במסקנה כתבו פשט אחר ואין ראיה אם

דבר גזול אין דין מזיק אלא רמב"ח מיירי נמי בסבר שאינו גזול ופטורו מדין אונס אלא דמאי דס"ל לר"ח שפטור מלשלם דמי בשר בזול אחר יאוש סובר רמב"ח שפטור גם לפני יאוש, דהיינו מאי דפליגי לשיטת תוס' לענין מזיק פליגי לרשב"א לענין נהנה. אבל כשאנו אנוס לכו"ע איכא דין מזיק לרשב"א בין לפני יאוש בין אחר יאוש. ועוד כתב הרשב"א דטעמא דרמב"ח הוא משום דס"ל שאכילה הוא שימוש הגזולן ולא של האוכל. דהיינו אף שבדעת ר"ח חולק הרשב"א על סברת בעה"מ מ"מ בדעת רמב"ח מודה הרשב"א לסברא זו.

לפי שיטת תוס' דאחרי יאוש לכו"ע אין דין מזיק על דבר גזול ופליגי לפני יאוש, לכאורה יוצא שמה שמבואר לעיל ס"ה. בגזול חביתא מעיקרא שויא זוז ובסוף שוה ד' דאיתבר ממילא משלם זוז ותברא ושתיא משלם ד', והיינו משום דבתו"ש יש עוד סיבת חיוב חוץ ממצעו הגזילה דהשכירה עצמו מחייב או מדין מזיק או מדין גזולן. וכ"ז לכאורה יתכן רק לר"ח ודוקא לפני יאוש אבל לרמב"ח אין השכירה סיבה לחיוב חדש כמו שבא אחר ואכלו אינו מחייב ה"ה בגזולן עצמו. וכל זה לשיטת התוס' אבל לרשב"א והראב"ד והתרי"ד בא אחר ואכלו פטור משום יאוש וש"ר משא"כ הגזולן עצמו בודאי חייב בתו"ש לכו"ע ואפילו אחר יאוש. אמנם גם לשיטת התוס' לכא"ל לא יתכן לאמר דתו"ש הוא דוקא לפני יאוש דבשו"ע ס' שס"ב סע' י' משמע בהדיא דגם אחר יאוש איכא דינא דתו"ש משלם ד' ויותר מפורש כן בטור שם ע"ש. ועוד הקשה האמרי משה ס' ל"ב אות כ"ה דלקמן בדף קט"ו. יש צד בגמ' דרב ס"ל כרמב"ח דבא אחר ואכלו פטור אפילו לפני יאוש ובדף ס"ה. מבואר דרב מודה לרבה דתו"ש משלם ד'. וע"כ צ"ל כתי' האמר"מ דכל מה שמבואר בסוגין דאין דין מזיק בדבר גזול זה דוקא לענין בא אחר ואכל אבל הגזולן עצמו בודאי חייב על אכילתו לכו"ע וגם אחר יאוש. דאחר שנעשה גנב כל מה

הוא משום דכסבורים של אביהם ואין בזה דין מזיק משום שאנוסים כמבואר לקמן לגבי הניח להם אביהם פרה שאולה. אך קשה אם זה סיבת הפטור למה הוצרך ר"ח להעמיד ברייתא דר' אושעיא לאחר יאוש הרי טעמא דפטור כאן הוא לא כההיא דבא אחר ואכלו דשם פטור אחר יאוש משום יאוש וש"ר וכאן פטור משום דסבר של אביו הוא. א"כ כמו כן יהיה פטור לפני יאוש. אמנם דבר זה מתבאר בהמשך דברי הרשב"א שהקשה לפי שטתו שהפטור משום אונס אכתי יתחייב דמי בשר בזול מדין נהנה כמבואר לקמן. ותי' הרשב"א דשאני הכא דכבר נתיאשו הבעלים ויצא קצת מרשותם במצב כזה אין חיוב נהנה נומסיף הרשב"א ועוד דאיכא ש"ר כל דהו. וזה כסברת התוס' אלא דתוס' ס"ל סברא זו לענין חיוב מזיק והרשב"א ס"ל דאין זה סברא לפטור ממזיק אלא ממזיק פטור באופן דאיכא ש"ר או כשהוא אנוס ורק לענין חיוב דנהנה סובר הרשב"א כסברת התוס' דכיון שמתחיל לצאת מרשות הבעלים הוי כעין זה נהנה וזה לא חסר דפטור מחיוב נהנה. ובוזה א"ש מה שר"ח צריך להעמיד אחר יאוש דאל"כ יהיה חיוב נהנה.

ומה"ט הקשה הרשב"א על בעה"מ דס"ל דהגזול ומאכיל את בניו פטורים מלשלם אפילו לר"ח אפילו לפני יאוש דהאכילה הוא השתמשותו של המאכיל והוא נחשב המוציא ולא האוכל וקושיית הגמ' על ר"ח ממתני' הוא מהניח לפנייהם ולא ממאכיל. והקשה הרשב"א דע"כ ר"ח מיירי בנתן הגזולן מדעתו ואעפ"כ מחייב ר"ח לפני יאוש דאם לקח שלא מדעת הגזולן אפילו אחר יאוש יתחייב דליכא ש"ר אא"כ נתן מדעתו כמו שנתבאר לעיל. ובדעת בעה"מ י"ל דס"ל כשיטת תוס' דהפטור אחר יאוש אינו מדין ש"ר. וע' באמרי משה ס' ל"ג מש"כ בדברי בעה"מ.

וגם בדעת רמב"ח שס"ל שגם לפני יאוש פטור חולק הרשב"א וס"ל שאין זה מפני שעל

הערות

הגזול ומאכיל דף קיא :

וציונים

רכא

הוא מדין מזיק ולא מדין גזול. והנתיבות מודה במקצת לדברי הקצות דכ"ז שהגנוב מן הגנב לא הוסיף בגזילה על הראשון אינו עובר בלא תגזול וע"ז אומר הריב"ש שאינו נפסל אבל בבא אחר ואכלו או תו"ש ששינה את הגזילה ועי"ז הפקיע את בעלותו של הגזול בזה חיובו מדין גזול. ונחלקו האחרונים בכונת הנתיבות בזה. האו"ש פ"ב מגניבה ה"א ד"ה הן הבין שמה שאם לא הוסיף כלום בגזילה אינו חייב אפילו קרן זה מגזה"כ דגונמה"ג והנתיבות ס"ל בזה כהקצות דבמקום דאיכא דינא דגונמה"ג פטור אפילו מקרן ואינו עובר בלא תגזול ומה דבשינה והוסיף בגזילה סובר הנתיבות דחייב הוא משום דכיון שהוסיף על גזילתו של הראשון אין זה נחשב גונמה"ג. ומה"ט מקשה האו"ש שלדברי הנתיבות יוצא שאם מוסיף יתחייב גם כפל ותמה על הנתיבות דמפורש במשנה בריש מרובה דטובח אחר הגנב אינו חייב דו"ה. אך האמרי משה בס' ל"ב אות ו' כתב דגם במקום שמוסיף איכא גזה"כ דגונמה"ג אך הנתיבות חולק על הקצות וס"ל דגונמה"ג חייב קרן ומה שבמקום שאינו מוסיף פטור אפילו מקרן אינו מקרא דבית האיש אלא מסברא דלא עשה כלום. ולק"מ מטובח אחר הגנב דפטור מדו"ה מגזה"כ. וגם לדעת האו"ש שהנתיבות מודה לקצות שגונמה"ג פטור אפילו מקרן מ"מ האו"ש בעצמו חולק על דבריהם וכתב בכמה מקומות שחייב קרן. ע' פ"ה מגניבה ה"א ופ"ג מגניבה ה"ב ד"ה ולכאורה.

שמוסיף הוא המשך הגניבה הראשונה. וכ"כ החזו"א ב"ק ס' ט"ז סק"ח אלא שמבאר באופן אחר ע"ש. וכן מבואר בדברי האו"ש בפ"ג מגניבה ה"ב ד"ה ובהא לגבי הגמ' בסנהדרין ע"ב. דרב ס"ל בא במחתרת בדמים קנינהו ואמר רבא מסתברא מילתא דרב בשבר ופרשו רש"י ותוס' ובעה"מ שאפילו שבר אחר שיצא מן המחתרת פטור והרמב"ן חולק ע"ש ודברי רש"י ותוס' ובעה"מ אינם מוכנים אמנם בשעת גניבה לא חל חיוב דמים אבל למה לא יתחייב בשעת שבירה כדן תו"ש. וכתב האו"ש דרבא אמר כן אליבא דרב דס"ל בדף קט"ו. כרמב"ח דאפילו לפני יאוש פטור האוכל וה"ה כאן לענין הגנב בעצמו. אך מוסיף האו"ש דהא דדמי לבא אחר ואכלו הוא מפני שבשעת הגניבה היה קלב"מ והוי כאילו אחר גנבו ובוה כשהוא עצמו שבר חוץ למחתרת דמי לבא אחר ואכלו. ומבואר דס"ל נמי דרמב"ח פליג דוקא באחר ולא בגזולן עצמו. פשטות לשון הגמ' שם דשדינהו בנהרא משמע כרש"י ותוס', והרמב"ן שם נדחק בזה ע"ש. וכתב האו"ש בד"ה אמנם דיש לפרש שבדוקא נקטו שדינהו בנהרא והכונה במים צלולים שאין בו דין מזיק וחיובו רק משום דמעשה הגזילה מחייבת השבה ובוה כשהיה קלב"מ בשעת גניבה פטור. [ע"ע באו"ש שם בד"ה ולכאורה שכתב לחדש דהא דלר"ח בא אחר ואכלו פטור אחר יאוש יועיל לענין זה אפילו יאוש שלא מדעת ע"ש טעמא דמילתא].

בגדר החיוב דבא אחר ואכלו. ידוע

מחלוקת הקצות והנתיבות בס' ל"ד בהא דמביא הרמ"א בשם הריב"ש שהחולק עם הגנב אינו נפסל לעדות וקשה וכי גרע מכופר בפקדון. ותי' הקצות דכופר בפקדון לפני הכפירה היה החפץ ברשות הבעלים וקרינא ביה וגונב מבית האיש משא"כ החולק עם הגנב הוי גונב מן הגנב ונתמעט לא רק מכפל אלא גם מחיוב קרן ואפילו על הלאו דלא תגזול אינו עובר. והחיוב של בא אחר ואכלו וכן חיוב של תברא ושתיא

רצה מזה גובה וכו'. עי' שיטמ"ק בשם הרמ"ה שאם מחל לאחד מהם יכול לגבות מהשני, וע' קו"ש ריש ב"ב שלמד מזה דהרמ"ה ס"ל דמחילה אינו נחשב כפרעון ומביא בשם שו"ת הרא"ש ששנים שלוו יחד לדעת הסוברים שאפשר לגבות מכ"א את הכל אם מחל לאחד אינו יכול לתבוע את השני. ויש לעיין באופנים כאלו ששני בנ"א חייבים אותו חיוב ואחד מהם מכר נכסיו אחר העמדה בדין ולא הניח בנ"ח ולחברו איכא בנ"ח אם רצה

אם נאמנים עליו או לא שהרי אם לא ירצה להחזיר לא יחזיר לכן ס"ל דלענין דבר מסוים אין מקום למחלוקת אי מקבלין עדות על קטן או לא.

אמנם לכאורה א"א לאמר כן דיש הכרח לדברי התוס' שם בדבר מסוים כופין דאל"כ מאי רבותא דדבר מסוים הא קי"ל דבכל חוב מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם ממטלטלין שירשו מאביהם א"כ גם בלי דבר מסוים איכא מצוה וע"כ שבדבר מסוים נוסף דחייבין להחזיר דכופין ע"ז. אך גם אי נימא דאין תוס' כאן חולקים על התוס' בכתובות אכתי תקשי לשיטת הרשב"א שהובא בר"ן בכתובות צ"א: דס"ל דהיכא דירשו מטלטלין מאביהם איכא מצוה על היתומים וכופין ע"ז ומה שלא כופין הוא רק לענין לשלם ממטלטלין שלא ירשו מאביהם. וא"כ קשה מה החידוש בדבר מסוים הרי גם בדבר שאינו מסוים יש כפיה ומה שנתרץ לרשב"א נתרץ גם לתוס'. ושוב מצאתי בס"ד דהמל"מ בפ"ד ממלוה ה"ד ד"ה ומ"ש מסתפק ממש בשאלה זו אי יש דין כפיה בהניח להם אביהם דבר מסוים. ומביא התוס' הנ"ל דס"ל שכופין ומביא חולקים. ועל השאלה מאי איכא בין דבר מסוים לדבר שאינו מסוים הא בל"ה איכא מצוה לפרוע חוב אביהם כתב המל"מ [אך מדבריו נר' שהיה קשה לו גם לשיטת התוס' בכתובות ולכאורה לשיטתם לק"מ דנ"מ לענין כפיה אלא קשה לסוברים דגם על דבר מסוים לא כופין וכן לרשב"א דאפילו בלי דבר מסוים כופין] דכיון דאביו רשע אין מצוה ואף דמוקמינן לה בעשה תשובה אעפ"כ באותו דבר שעשה בו עבירה אין מצות כיבוד ובוזה רק בדבר מסוים שיש קלון יש כיבוד בעשה תשובה. א"כ בזה יש לישב תוס' דידן ולאמר דס"ל שדבר מסוים לא כופין מאחר דבל"ה יש חולקים על התוס' בכתובות ואעפ"כ יש תוספת בדבר מסוים ואע"ג דתוס' דידן ס"ל שגם בקלון אין כפיה מ"מ מודו שזה מוסיף מצוה אף דהיה רשע, וכן

בע"ח לגבות מזה שאין לו בנ"ח אם יכול לגבות ממשעבדי או שיאמרו הלקוחות היות וחוב זה אפשר ליפרע מהשני ואית ליה בנ"ח א"כ יש אפשרות לפרוע חוב זה מבנ"ח והוי בכלל אין נפרעין ממשעבדי במקום שיש בנ"ח או שכ"א נידון בפנ"ע. וראיתי במנ"ח במצוה של פדיון הבן שהאב חייב בפדיון בנו וגם הבן מחויב אחר שהגדיל ונקט דאם לאחד אין בנ"ח אפשר לגבות ממשעבדי ידיה אף שלשני יש בנ"ח ע"ש. אך מסברא נר' שיש מקום לאמר דכל שחוב זה יכול להשתלם מבנ"ח א"א לגבות ממשעבדי.

רש"י ד"ה רשות יורש. ע' מש"כ המהרש"א על דברי רש"י.

תוד"ה אין. מבואר שלא ס"ל כבעה"מ שהובא לעיל ולדברי בעה"מ אין מקום לקושית התוס'.

תוד"ה ר"ח. כתבו שלפי רב פלוגתא דסומכוס ורבנן דלקמן הוא אם בקטנים יש חיוב משום כבוד אביהם. ומקשה המהרש"א למה הוצרכו תוס' לפרש פשט חדש לפי רב ולא פרשו כמו שפירשו לפי שאר האמוראים דפליגי אם מקבלין עדות על קטן או לא. ומה שתירץ המהרש"א דכיון דמיירי בדבר מסוים לא צריך עדות תמוה. ולכאורה היה נר' לבאר דתוס' בכתובות פ"ו. כתבו דלא כופין על מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם מפני שזה משום כבוד אביהם וכיבוד אב הוי מ"ע שמתן שכרה בצידה שלא כופין עליה. אבל בדבר מסוים שמחייבים הבנים משום כבוד אביהם כתבו תוס' שם שכופין דהתם אם לא יחזירו איכא קלון. ונר' דתוס' דידן פליג. וס"ל שגם על דבר מסוים לא כופין וחייבין להחזיר היינו שהם מחויבים מצד מצות כיבוד אבל דין כפיה אין ע"ז דהוי מ"ע שמתן שכרה בצידה. וכל הנידון דקבלת עדות שלא בפני ב"ד שיק רק לענין כפית ב"ד אבל במקום שאין כפיה תלוי

הערות הגזול ומאכיל דף קיא: – קיב. וציונים רכג

צ"ל בדעת הרשב"א דס"ל דגם בלי דבר מסוים כופין הכא שאני דהוי רשע.

דף קיב.

הניח להם אביהם מעות של רבית.

מבואר בדברי רמב"ח דאף שהרבית ניתן מדעת הלואה דינו כגזול ביד המלוה כמש"כ תוד"ה אע"פ. ונחלקו הראשונים אם רבא חולק על חידוש זה וס"ל דילפינן מקרא דלבריה לא מזהר ליה רחמנא דאין זה גזול בידו דאם היה גזול לא מסתבר לפטור את הבן אלא נתגלה בפסוק זה דזכה המלוה במעות הרבית וחייב חזרת רבית קצוצה אינה אלא מצוה ולא דין ממוני והבן לא מצווה בזה או אולי גם רבא מודה לרמב"ח דהוי כגזול בידו ואעפ"כ גזה"כ דהבן נפטר מהשבה.

הריטב"א בקידושין דף ו: כתב דלולא חסרון דמקדש במלוה המקדש במחילת חיוב ר"ק היתה מקודשת [וכן משמע מפשטות לשון הגמ' שם] וכ"ש אחר שגבה הרבית אף שיוצאה בדיינים ממונו הוי לקדש בו את האשה. והמחנ"א דיני רבית ס' ב' הקשה על הריטב"א מגמ' דידן דמבואר דהוי גזול ביד המלוה. אך לכאור' לק"מ דהריטב"א למד דע"ז גופא פליג רבא ובאמת מפורש כן בלשון הריטב"א בקידושין וכן בב"מ ס"א: שראיתו שהמלוה זוכה ברבית הוא מהא דאין הבנים חייבים להחזיר. וכן מבואר ברע"א כאן וכן כתב המל"מ פ"ד ממלוה ה"ג שלומד בדעת הרשב"א דס"ל דהמלוה זוכה ברבית והקשה מדברי רמב"ח ות' דע"ז רבא חולק, ע"ש.

אמנם כ"ז לדעת הריטב"א דמקדש בר"ק מקודשת ולא הוי כמקדש בגזול אבל המל"מ פ"ד ממלוה ה"ד ד"ה כתב הטור מביא ששיטת ר' ירוחם דמקדש ברבית הוי כמקדש בגזול ואינה מקודשת. נמצא דשיטת המחנ"א דאין חזרה מהיסוד שהוכיחו התוס' מרב"ח וכן דעת

ר' ירוחם אבל שיטת הריטב"א שרבא חולק בזה על רמב"ח. נבהא דמבואר בריטב"א דאפילו לפני שגבה את הרבית יכול לקדש בחוב של ר"ק ע' חזו"א אבה"ע ס' מ"ב סק"א שתמה ע"ז ונדחק בלשון הריטב"א ומפרש בו כונה אחרת יעו"ש. וע' פת"ת יו"ד ס' קס"א סק"ו בשם רע"א והתפארת צבי. ודבריהם שם תלויים במחלוקת הראשונים הנ"ל אם זוכה המלוה בר"ק או לא.

לא יהא אלא דאזיק אזוקי. ע' מל"מ פ"ד ממלוה הי"ד ד"ה והיכא שהקטנים, שהקשה מכאן על דברי ההגהות אשרי בפ' החובל שמדייק ברש"י בדף צח: דקטן שהזיק חייב לשלם כשיגדיל לדבריו מה שאלת הגמ'. וכתב שמרש"י אין הכרח לחידוש זה.

תוד"ה ולא. מה שצריך מגו ואינו נאמן בטענת לקוח דידוע שבא לידו בתורת גזילה ואין חזקה מה שתח"י שלו. ועוד דאינה טענה טובה שקנה הגזילה והוי כטענת מחילה וסטראי דאינו נאמן בלי מגו אף דהוי מוחזק.

הניח להם אביהם פרה שאוליה.

נחלקו הראשונים אם מתה אין חייבים באונסיה מיירי אפילו משתמשים או שאם רצו להשתמש חייבין באונסיה אלא שאם לא רצו להשתמש אינם חייבים באונסין. ע' נ"י בשם הראב"ד ושיטמ"ק כאן וכתובות ל"ד: וביאור המחלוקת לכאורה תלוי במה שמסתפק המחנ"א דיני שאלה ס' א' אם מה ששואל חייב באונסין בגלל שכל הנאה שלו היינו דמסתמא דעתו להתחייב כן היות ומרצונו נעשה שואל. או שעצם זה שכל הנאה שלו היא הסיבה לחיוב אונסין ורחמנא שיעבדיה בע"כ בחיוב אונסין כשכל הנאה שלו. ומביא המחנ"א שברש"י סנהדרין ע"ב. מבואר דהא דגולן חייב באונסין הוא משום דלא גרע משואל דכל הנאה שלו וגולן אינו מקבל ע"ע חיוב אונסין וע"כ המצב של כל הנאה שלו מחייב. ומאידך בלשון רש"י

משום דלא קבילו נטירותא היינו דאילו קבלו על דעת להיות שואלים קבלה זו היתה מחייבת אע"ג שלא קיבלו ההשתמשות מהבעלים כדין השוכר פרה והשאלה לאחר דקי"ל כר"י שהשואל חייב לבעלים אף שקיבל זכות השתמשות מהשוכר כיון דנחית בפירוש אדעתא דשאלה. דהיינו שבאופן שמקבל כל הנאה שלו מבעל הממון זה סיבה לחייב אונסין בלי שום קבלה וכשאינו מקבל מבעל הממון אז בעינן קבלת אחריות. וא"כ אין לתלות המחלוקת הנ"ל בספיקו של המחנ"א.

לכן נראה דמחלוקת הראשונים כאן צריך לבאר באופן אחר. רע"א בס' שמ"א סע' ג' מסתפק בשוכר בית ועדיין לא שילם השכירות ומת דבניו יורשים את קנין השכירות האם חייבים לשלם השכירות דאולי תשלומי שכירות דמי לחיוב אונסין שאף שמשתמשים אינם חייבים באונסיה כן בן השוכר משתמש בקנין שכירות שירש מאביו אבל החוב שאביו התחייב אין הבנים משלמים. ומסיים רע"א שאח"כ מצא דמפורש בריטב"א בכתובות ל"ד: דאינם משלמים שכירות אף שמשתמשים בבית. וביאור צדדי הספק של רע"א הוא ע"פ מה שנחלקו הראשונים בב"מ סוף פרק השואל בשוכר בית ונפל הבית באופן שאין המשכיר חייב להעמיד לו בית אחר אם השוכר חייב לשלם על הזמן שלא דר בבית. ותלוי בגדר תשלומי השכירות אם משלם עבור הקנין שקיבל ואח"כ משתמש בשלו א"כ דמי לקנה בית ונפל דמשלם עבור הקנין ושלו נפל כך בשכירות קיבל קנין השתמשות בבית לכל זמן השכירות ואם נפל הוי כביתו שנפל וחייב לשלם את כל השכירות אף שאינו משתמש. והחולקים ס"ל דשכירות שאני ממכר דבשכירות התשלום אינו בשביל הקנין אלא בשביל ההשתמשות והקנין שקנה הוא זכות לקבל השתמשות עבור תשלומי שכירות לכן אם נפל ואינו משתמש פטור מלשלם. ובזה תלוי ספיקו של רע"א שאם התשלום עבור

בסוגין שכתב דהא דהבנים אינם חייבים באונסין דלא קבילו עליהו נטירותא. מבואר דאף שכל הנאה שלו אם אין קבלת אחריות אינם חייבין באונסין. וא"כ לכאורה בזה תלוי המחלוקת הנ"ל דאם עצם המצב של כל הנאה שלו מחייב א"כ אף שהבנים לא קיבלו מ"מ אם משתמשים זה סיבה לחיוב אונסין כמו בגזלן. אבל אם צריך קבלה והנאה עצמה אינה מחייבת א"כ אף שמשתמשים לא יתחייבו באונסין.

אמנם נראה דמה שהקשה המחנ"א סתירה ברש"י יש לישב באופן פשוט וממילא יצא שהמחלוקת הנ"ל לא נוגע לספק של המחנ"א. ויסוד הדברים מבואר ברמב"ן בב"מ דף צ"ו: דמספקא לגמ' שם אם בעל בנכסי אשתו שוכר הוי או שואל הוי ומסיק דאינו לא שוכר ולא שואל אלא לוקח. ופירש שם הרמב"ן [דלא כתוס' שם, ועמש"כ בזה בב"מ שם בס"ד] דכונת הגמ' שאם אשה שכרה ואח"כ נישאה אין נ"מ אם הבעל שוכר או שואל דבל"ה אין סיבה לחייב את הבעל שהרי לא קיבל כלום מבעל הפקדון אלא קיבל הזכות שהיה לאשתו. ומדמה את זה הרמב"ן להא דהניח להם אביהם פרה שאולה משתמשים בה כל ימי שאלתה ואין חייבין באונסיה. דהיינו שמה שאינם חייבין באונסין אף שכל הנאה שלהם היינו מפני שאת זכות ההשתמשות לא קבלו מבעל החפץ אלא ירשו זכות זה מאביהם. ומה"ט פטור גם הבעל כמה שאשתו שכרה דהוא לא קיבל זכות השתמשות מהבעלים אלא מאשתו. וא"כ אין שום סתירה ברש"י דפשוט שכל הנאה שלו מחייב בלי שום קבלה כמבואר ברש"י לגבי גזלן. ומה שכאן הבנים אינם חייבין אין זה מפני שלא קיבלו על עצמם אלא משום דכל הנאה שלו מחייב אונסין למי שממנו השואל קיבל את הזכות השתמשות והבנים לא קיבלו הכל הנאה שלו מבעל הממון אלא מאביהם לכן אין זה סיבה לחייבם לבעל הממון. ומה שכתב רש"י כאן שהפטור הוא

הערות

הגזול ומאכיל דף קיב.

וציונים

רכה

הקנין א"כ דמי ממש לקנה בית ומת דהבנים יורשים את הבית ומשתמשים בו ופטורים מלשלם אם לא הניח אביהם אחריות נכסים. אבל אם התשלום הוא עבור ההשתמשות ובנפל הבית אינו משלם א"כ ביורשים כן ישלמו שזכותו של האב היה השתמשות עבור תשלום ובזכות זו זכו הבנים והריטב"א שמביא שם רע"א דס"ל שהבנים אינם משלמים הוא לשיטתו שכתב בסוף השואל בשם הרא"ה דבנפל הבית משלם השוכר וזה משום דס"ל שמשלם בשביל הקנין לכן ס"ל שהבנים אינם משלמים.

כמו שנחלקו הראשונים בגדר תשלומי שכירות בשוכר כמו כן יש להסתפק בגדר חיוב אונסין דשואל שבא בגלל כל הנאה שלו. אם החיוב אונסין הוא מחמת הקנין שאלה שנותן לו זכות השתמשות, קנין זה מחייב אונסין או שההשתמשות כל הזמן הוא סיבה לחיוב אונסין כמו שבשוכר ההשתמשות מחייבת דמים בשואל שאינו משלם זה סיבה לחיוב אונסין. וזוהי תלוי המחלוקת בסוגין. דהסוברים שאפילו שהבנים משתמשים הם פטורים מאונסין ס"ל דחיוב אונסין הוא בגלל הקנין שקיבלו וכאן לא קיבלו הבנים קנין ההשתמשות מהמשאיל אלא מאביהם ותמורת הקנין של אביהם התחייב האב אונסין וא"כ הבנים יורשים זכות ההשתמשות ומותרים להשתמש ואינם חייבים באונסיה כמו שבני השוכר פטורים מדמי השכירות. והחולקים ס"ל דהמציאות של כל הנאה שלו שיש כל הזמן מחייב אונסין ואמנם ירשו מאביהם זכות השתמשות אבל כמו שאצל אביהם ההשתמשות מחייבת אונסין כך גם הם ירשו זכות השתמשות שמחייבת אונסין וכמו שיש צד ברע"א שהבנים משלמים שכירות כך יש ראשונים דס"ל שההשתמשות שירשו מחייבת אונסין. והא דמבואר בגמ' שאינם חייבים באונסיה הוא דוקא אם אינם רוצים להשתמש. וע' לשון השיטמ"ק בכתובות ל"ד: ד"ה

משתמשין שכתב סברת המחייבים דכמו שהאב משתמש וחייב באונסין כך מוריש לבניו זכות להשתמש ולהתחייב באונסין, וזה כמו שנתבאר.

כמבורין של אביהם וכו'.

המניח הוכיחו מכאן דאדם המזיק באונס גמור פטור. והרמב"ן בב"מ פ"ב: חולק וס"ל דאפילו באונס גמור חייב ודחה רוב הראיות של תוס' אך לא ראיתי בדבריו תירוץ על הראיה מכאן. ומה שכתב הרמב"ן על הגמ' של טבח אומן שאין באומן העוסק במלאכתו דין מזיק וכונתו דכיון שמתעסק ברשות אין לו דין מזיק וסברא זו כתב המחנ"א נזק"מ ס"ה אך זה רק מתרץ באומן אבל כאן לא היה רשות לשחוט. וצ"ל דאדם מועד לעולם היינו דוקא כשמזיק ברה"ר או ברשות הניזק אבל ברשותו אין שמירת גופו עליו כמבואר ברמב"ם פ"ו מחובל ומזיק ע"ש ובכה"ג מודה הרמב"ן דפטור באונס. ושור"ר שכן כתב האבה"א פ"א מנזק"מ ה"א אות י"ח ע"ש. וע"ע בקה"י ב"ק ס' כ"ד שמביא שהרמב"ן בכתובות ל"ד מישב גמ' זו באופן אחר. ועיין מה שכתבנו בזה לעיל כ"ז:.

רש"י ד"ה בזול. והעור יחזירנו כמו שהוא. הסמ"ע בס' שמ"א סק"א כתב דאין מחזירים העורות עצמם דקנו אותם היורשים בשינוי והקצות שם סק"ב תמה על הסמ"ע דשינוי קונה רק בגזילה וכאן אינם גזלנים שהרי חשבו שזה שלהם. וע"ע בסמ"ע ס' צ"ז סק"ס ובקצה"ח שם סק"ד ובמה שכתבנו בזה לעיל צ"ה.

שואל משעת משיכה מתחייב.

מבואר בגמ' ב' נ"מ בין אם מתחייב משעת משיכה או משעת אונסין. א. לענין הניח אביהם אחריות נכסים ומתה באונס דאם משעת משיכה מתחייב נשתעבדו נכסי האב ואם משעת אונסין לא חל שיעבוד על נכסי האב. ב. שאל בחול וטבח בשבת אם משעת משיכה מתחייב אין

פטור של קלב"מ ואם משעת אונסין איכא פטורא דקלב"מ. ועוד נ"מ כתב הנ"י כאן בשם הרא"ה כשיש ספק אם נאנס או לא אם מתחייב משעת משיכה הוי איני יודע אם פרעתין וחייב מספק ואם מתחייב רק משעת אונס הוי איני יודע אם נתחייבתי [והא דאינו מחויב מדין מתוך שאינו יכול לישבע נאנסו משלם ע' קצה"ח ס' ש"מ סק"ד]. אמנם נ"מ זו אינה מוסכמת דשיטת הריטב"א בב"מ צ"ז: שאפילו למ"ד משעת משיכה אין הכונה דאיכא חיוב גמור בשעת משיכה אלא לעולם עיקר המחייב הוא שעת האונס אלא דאיכא שיעבוד נכסים, אם בסוף יקרה נזק, למפרע משעת משיכה. ולכן כתב הריטב"א דלכו"ע הוי איני יודע אם נתחייבתי. שיטת הש"ך בסי' רצ"א והיש"ש [הובאו דבריהם בקצה"ח ס' ש"מ סק"ד] איפכא מהריטב"א דאפילו למ"ד משעת אונסין מתחייב הוי איני יודע אם פרעתין דאמנם חיוב תשלומי האונסין חל בשעת אונס אבל חיוב החזרת הפקדון חל בשעת משיכה והאונס פטור והוי איני יודע אם פרעתין לכו"ע. והקצות חולק וס"ל שבשומרים אין חיוב השבה ע"ש.

עוד נ"מ כתב הרמב"ן בסוף פרק המפקיד [הובא בקצה"ח ס' רצ"א סק"א] לענין יוקרא וזולא. דאם מתחייב משעת משיכה דינו כגזול דאם נתיקר ואיתבר ממילא משלם כשעת שאלה אבל אם חיובו משעת אונסין משלם כשעת האונס. אך גם נ"מ זו כתב הקצות דלשיטת הריטב"א אינה. דאפילו אם מתחייב משעת משיכה משלם כיוקרא וזולא דשעת האונס שהוא עיקר המחייב.

ביאור דברי הריטב"א דאף שהמחייב הוא האונס מ"מ שיעבוד נכסים איכא משעת שאלה הוא ע"פ מה שכתב הנ"י בדף כג. בסוגיא דאשו משום חציו דזרק חץ חל שיעבוד נכסים עוד לפני שהזיק ואם מת גובים מנכסיו. דהיינו שחל השיעבוד מיד כשעושה המעשה שיתכן שיבוא לידי חיוב ומשיכת השואל לענין חיוב

אונסין הוא כזריקת חץ לענין ההיזק שנעשה ע"י החץ. ולכאור' נראה שיש נ"מ בין הריטב"א לשאר הראשונים גם למ"ד שואל משעת אונסין מתחייב דמבואר בגמ' דאפילו למ"ד זה אם הניח אביהם אחריות נכסים וטבחוה ואכלוה משלמים דמי כולו ואף שהנזק היה אחר מיתת האב וכתבו הרא"ש והנ"י כאן וכן תוס' בכתובות ל"ד: שאפילו למ"ד שמתחייב משעת האונס אם האונס נגרם ע"י פשיעתו משעת פשיעה מתחייב וחל שיעבוד נכסים. ומה"ט כתב הנ"י בשם הרא"ה דכמו למ"ד משעת משיכה כשיש ספק אונס הוי איני יודע אם פרעתין כן למ"ד משעת אונס אם היה ודאי פשיעה וספק נזק הוי איני יודע אם פרעתין. אך נראה דזה רק לרא"ה לשטתו דס"ל למ"ד משעת משיכה כמו דאיכא שיעבוד משעת משיכה כך נחשב איני יודע אם פרעתין לכן ס"ל שגם למ"ד משעת אונס כיון ששיעבוד חל משעת פשיעה כך אם היה ודאי פשיעה הוי איני יודע אם פרעתין. אבל לריטב"א דלמ"ד משעת משיכה אף דשיעבוד איכא מ"מ הוי איני יודע אם נתחייבתי כך למ"ד משעת אונסין אף דשיעבוד חל משעת פשיעה זה לא עדיף ממשיכה למ"ד משעת משיכה ועיקר המחייב הוא שעת הנזק והפשיעה הוא רק בגדר זריקת חץ ואכתי הוי איני יודע אם נתחייבתי. וכן לענין יוקרא וזולא. לרמב"ן דס"ל שלמ"ד משעת משיכה משלם כזולא דשעת משיכה אף שהתיקר אח"כ כך למ"ד משעת אונסין ישלם כערך זמן הפשיעה משא"כ לריטב"א תמיד משלם כערך זמן הנזק. אך בזה נראה שגם הרמב"ן יודה דאם התיקר אחר הפשיעה משלם כשעת האונס דשואל חייב על אונסין ודל מהכא הפשיעה אך הנ"מ תהיה בש"ש או שוכר כשפשע ובא אונס מחמת הפשיעה לרמב"ן ישלם כשעת פשיעה כמו שלמ"ד משעת משיכה משלם כשעת משיכה ולריטב"א ישלם כשעת נזק כמו שלמ"ד משעת משיכה משלם כשעת הנזק.

הערות

הגוזל ומאכיל דף קיב.

וציונים

רכז

ויש להוסיף בזה דאפשר עוד לישב את שיטת הרמב"ם ע"פ דרכו וגרסתו של רע"א אך בשינוי קטן ע"פ דברי הריטב"א שהובא לעיל דאפילו למ"ד משעת משיכה מתחייב היינו רק לענין שיעבוד אבל עיקר המחייב הוא האונס ולפ"ז אפילו אי אמרינן דמתחייב משעת משיכה מ"מ איכא פטורא דקלב"מ כיון שעיקר המחייב הוא שעת האונס ומה שמוכח דר"פ ס"ל משעת משיכה הוא כמו שכתב רע"א מדהוצרך להשמיע שקלב"מ מוכח דס"ל שמתחייב משעת משיכה. ולכן אף שהרמב"ם פסק משעת משיכה מ"מ פסק דיש קלב"מ.

רש"י ד"ה היתה פרה שאול. כתב דלא גרסינן אם אין קרן אין כפל ודו"ה דבל"ה אין כפל בשואל דכפל בשומר יש רק בטט"ג ולא משכחת לה בשואל כיון שחייב בגו"א. והרמב"ם בפ"ג מגניבה ה"ד כן גריס לה והרמב"ם לשיטתו דס"ל בפ"ד מגניבה ה"י דמשכחת כפל בשומר שגנב טלה מן העדר וסלע מן הכיס. והראב"ד כתב שם זה אינו כלום וכונתו דמזה שיש דין טט"ג וצריך דוקא שבועה מוכח דעצם גניבת הפקדון אינה מחייבת כפל. והאור"ש שם מבאר שיטת הרמב"ם דרק במקום שהחפץ ידוע לבעלים לא נגמרת הגניבה עד השבועה בזה צריך כל התנאים של טט"ג אבל בטלה מן העדר או סלע מן הכיס מיירי באופן שלא יודע הבעלים שחסר ובזה נגמרת הגניבה ע"י לקיחת השומר וחייב כפל בלי שבועה ככל גנב. ומוסיף האור"ש שלכן מדקדק הרמב"ם בפ"ג ה"ד טבחה בשבת דרך גניבה דהיינו באופן שלא ידוע לבעלים כגון טלה מן העדר.

ואף שהראב"ד חולק בפ"ד על הרמב"ם וס"ל שאין בשומר גניבה וכפל אלא ע"י טט"ג אעפ"כ הראב"ד ג"כ גורס בגמ' דידן כגרסת הרמב"ם כמו שמביא הרשב"א כאן בשמו. והראב"ד מפרש דמיירי בשואל שטט"ג

אמנם עיקר דברי הריטב"א לכאור' צ"ע מגמ' דידן דמבואר בגמ' שאם שואל מתחייב משעת משיכה שאל בחול וטבח בשבת חייב שכבר נתחייב בקרן בשעת שאלה. וקשה לשיטת הריטב"א דעיקר המחייב הוא האונס ושעת משיכה הוא רק כזריקת חץ ורק סיבה לשיעבוד א"כ למה לא יהיה פטור של קלב"מ על שעת האונס אפילו למ"ד שואל משעת משיכה משתעבד. וע' בסמוך דלגרסת הרמב"ם ניחא אבל לגר' דידן צ"ע.

בשיטת הרמב"ם הקשה ה"ה דמצד אחד פסק בפ"א משאלה ה"ה דאם הניח אביהם אחריות נכסים משלמים הבנים אם נאנסה ברשותם וזה כמ"ד שואל מתחייב משעת משיכה ודלא כר"פ ומאידך בפ"ג מגניבה ה"א פסק כר"פ דהיתה פרה שאולה וטבחה בשבת פטור שאם אין קרן אין כפל ודו"ה ואינו מוכן למה פטור מקרן הרי הרמב"ם פסק דמתחייב משעת משיכה. ומסיים ה"ה שבודאי יש לרבינו שיטה אחרת בלשונות אלו. וע' ברע"א כתובות ל"ד: שמבאר שהרמב"ם גרס בגמ' איפכא מגר' דידן דר"פ ס"ל משעת משיכה מתחייב ול"ק הוא כר"פ ול"ב דלא כר' פפא. ולומד הרמב"ם שאפילו אם משעת משיכה מתחייב מ"מ שאל בחול וטבח בשבת פטור דאמנם נתחייב קרן בשעת משיכה מ"מ זה קרן מדין שואל וכדי להצטרף לחיוב דו"ה בעינן קרן של גנב וקרן דגנב בא רק בשעת טביחה. לכן אע"ג דס"ל לר"פ משעת משיכה מ"מ פטור בטבח בשבת. ואדרבה מדאצטרך לאשמועין שפטור מדו"ה מוכח דס"ל דקרן עכ"פ חייב ומזה למדה הגמ' דר"פ ס"ל משעת משיכה ואעפ"כ כיון שמקרה דגניבה נפטר ע"י טביחת שבת אם אין קרן דגניבה אין כפל ודו"ה. לפ"ז ניחא פסקי הרמב"ם דקי"ל כר"פ שמתחייב משעת משיכה ואעפ"כ שאל בחול וטבח בשבת פטור כיון שאין חיוב קרן דגניבה.

רכח הערות הגוזל ומאכיל דף קיב. – קיב: וציונים

ומשכחת ט"ג גם בשואל כגון שטען נגנבה ומוסיף לשקר ואומר ש"ח אני עליו ונמצא שהוא עצמו גנבו והיה שואל בכה"ג פטר עצמו בטענת גנב וחייב כפל מדין ט"ג. אמנם ב' חידושים יש בדברי הראב"ד. א. שיש דין ט"ג גם באופן שאין הפטור בא מחמת טענת נגנבה בלבד אלא בצירוף טענת ש"ח אני. ב. ע"כ מיירי שטבח לפני שט"ג דאל"כ התחייב קרן וכפל בשעה שט"ג וע"ז אין קלב"מ ובשעת טביחה יתחייב דו"ה אלא צ"ל שטבח בשבת ואח"כ ט"ג והראב"ד לשטתו דכתב בפ"ד מגניבה ה"ב ששומר שטבח ואח"כ ט"ג מתחייב דו"ה. וע' מה שכתבנו בזה לעיל ק"ו. ובדף קו:.

דף קיב:

הרי מחלוקת סומכוס ורבנן בצידך.
בהא דפליגי רבנן אסומכוס וס"ל דמקבלים עדות על קטן אף דקטן הוי כשלא בפניו, שיטת הרשב"א דרבנן דסומכוס ס"ל דקרא דוהועד בבעליו מיירי דוקא במיתת השור שדינו כנפשות ולא ילפינן ממון מנפשות לפ"ז כל המשך הסוגיא דבממון איכא דינא דאין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד [עכ"פ מדרבנן] הוא כסומכוס וע"כ ס"ל דקי"ל כסומכוס וכן כתב הנ"י דקי"ל כסומכוס. בשיטמ"ק בשם המאירי כתב דרבנן דסומכוס ס"ל דקטן כיון שצריך לחכות עד שיגדיל ויש חשש שימותו העדים ודמי להיו עדיו חולים ולפ"ז ג"כ קי"ל כסומכוס דגם על קטן אין מקבלים עדות. אך הרא"ש כתב דרבנן דסומכוס מודו דקבלת עדות גם בממון צריך בפני בע"ד ומודו שגם על קטן לא מקבלים אלא ס"ל דגזילה קיימת שאני ובוזה ס"ל לרבנן דמקבלים והלכתא כוותייהו. וכן מביא בב"י בס' כ"ח בשם בעה"ת דרבנן דסומכוס ס"ל דגזילה קיימת שאני וכן קי"ל.

בגמ' בסנהדרין ס"ח: יש ה"א שדין בן סורר נוהג לפני י"ג שנים והקשה בחי' הגר"ח בפ"ו מגירושין ה"ט דבן סורר בעי עדים ואין מעידים על הקטן. ותי' דהא דס"ד שיהיה דין בן סורר נוהג בקטן אינו בגדר חיוב מיתה דקטן לאו בר חיובה אלא כיון דבן סורר נהרג ע"ש סופו דין זה שייך בקטן אבל אין זה חיוב מיתה שחל על הקטן אלא דין ע"ש סופו ולענין זה אין הקטן נחשב בעל דין וא"צ להעיד בפניו. והדברים לכאורה צ"ע מסוגין דמבואר דלסומכוס אפילו בגזילה קיימת אין מקבלים עדים שלא בפניו וכאן אין צורך להעיד על חיוב הגברא אלא סגי בזה שיעידו שחפץ זה של פלוני והוי עדות על הממון ולמה צריך בזה עדות לפני בע"ד אע"כ דאף שאינו חיובא דגברא כיון שיש לו הפסד מהעדות שלולא עדותן היה מחזיק הוא בממון זה מחשיבו בע"ד וכ"ש קטן שבאים להורגו בודאי יחשב בע"ד מה"ט, אפילו שאין חיוב על גופו. ואפילו אם רבנן פליגי אסומכוס מה"ט אכתי קשה מהיכא דאית ליה לקטן חזקת אבהתא והתובע מביא עדים שאכל שני חזקה שבזה כתב הרא"ש דרבנן מודו דאין מקבלים שלא בפני בע"ד וגם בזה לא מטילים שום חיוב על גוף הקטן ורק מעידים שהבית אינה שלו. ואולי כונת הגר"ח רק דהדין דאורייתא של עדות שלא בפני בע"ד הוא רק כשיש חיוב על האדם אבל מודה דמדרבנן כל שיש לו הפסד מעדותם בעינן שיעידו בפני בע"ד וצ"ע. ובעיקר דברי הרמב"ם שם פ"ו ה"ט מגירושין דאין קטנה עושה שליח לקבלה משום שצריך עדות ואין מעידים על הקטן הדברים מחודשים והאריכו בזה האחרונים. וע' בשערי יושר ש"ז פ"ז שהרמב"ם ס"ל כשיטת הריטב"א דבמקום שצריך עדות לקיום הדבר שעת ראייה הוי כשעת הגדה לכן בראיית העדות נחשב כמעיד עדות על הקטן.

הערות

הגזול ומאכיל דף קיב:

וציונים

רכט

בחזקתו. ומוסיף הרא"ש דמעשה דרב"ש דמי לתקף בעבדיו. דהיינו שהרמב"ם והרא"ש למדו פשוט בגמ' שהגמ' מחלקת דלהוציא מחזקתו של קטן לא מקבלים עדים אבל להעמיד בחזקת הגדול אפילו באופן שבלי עדות העדים יוציאו מהגדול מ"מ כיון שעדותם הוא להחזיק מקבלים העדות נגד הקטן. כדברי הרא"ש נפסק בשו"ע ס' קמ"ט סע' כ'. ואין להקשות על שיטת התוס' מהגמ' דרבה בר שרשום דמסקנת הגמ' שם שלא היה רב"ש נאמן לטעון לקוחה בידי דהא איכא קלא דארעא דיתמי היא. וע"ש ברשב"ם מה שמבאר דברי הגמ' אבל בחי' הרמב"ן שם [הובאו דבריו בהגהות אמרי ברוך בגליון השו"ע סי' ק"י על הש"ך סקט"ו] מפרש שזה גופא דחיית הגמ' דכיון שקרקע בחזקת הקטנים אין מקבלים עדים להוציא מהם וזה כשיטת התוס' שאפילו אם התובע מוחזק לא מקבלים עדים נגד הקטן ואולי גם התוס' יפרשו כרמב"ן. [מה שנתבאר דתוס' חולק על הרא"ש והרמב"ם זה לפי הפשוט הפשוט בתוס' וכן הבין הש"ך בס' ק"י סקט"ו אבל הסמ"ע שם סק"ד מפרש דברי התוס' באופן אחר כמו שביאר מחלוקתם הנתיבות שם סק"ד ע"ש].

ביאור המחלוקת בין תוס' והרא"ש יש לבאר בכמה אופנים. א. הר"ן בכתובות פרק אלמנה ניוזנת (דף נ"ז. מדפי הרי"ף) כתב דהא דאין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד היינו דוקא לענין להעיד להוציא ממון מהנתבע שלא בפניו אבל עדים שמעידים לפטור את הנתבע יכולים להעיד שלא בפני התובע. וכן פסק המחבר בס' כ"ח סע' י"ח. וא"כ י"ל דבזה פליגי דתוס' ס"ל שגם להחזיק לא מקבלים עדים שלא בפני בע"ד והרא"ש ס"ל כהר"ן. ב. כו"ע ס"ל כהר"ן אלא שנחלקו אם כה"ג שמעידים לטובת המחזיק נגד חמ"ק נחשב להוציא כיון שמוציא מהמ"ק או שנחשב להחזיק. ג. אפילו נימא דכה"ג נחשב עדות להוציא כיון שמוציאין מחמ"ק מ"מ יש לבאר סברת הרא"ש ע"פ מה שכתב הקצה"ח בס'

תינוק שתקף בעבדיו וכו'. נחלקו הראשונים בביאור החילוק בין מעשה דר' ירמיה לבין תינוק שתקף בעבדיו. שיטת תוס' הוא שאפילו אם ר' ירמיה היה מוחזק בבית אעפ"כ היו מוציאים ממנו את הבית ומעמידים אותה בחזקת הקטן שיש לו חזקת אבהתא דכל שצריך הגדול עדים לזכות בדין לא מקבלים עדיו נגד קטן והמחזיק צריך עידי חזקה כדי להוציא מחזקת מ"ק. משא"כ בתינוק שתקף אין הגדול צריך עדים כלל ולכן מוציאים מהקטן. ואף שעכשיו נמצא הממון ביד הקטן ומי יימר שתקף ע"כ שמביא הגדול עדים על התקיפה ולמה בזה עצמו אין חסרון של עדות על הקטן. ע' בראב"ד בשיטמ"ק שהקשה כן וכתב דמיירי שתקף בפני ב"ד ולא תהא שמיעה גדולה מראיה ולענין זה אין חסרון של שלא בפני בע"ד. נמצא לפ"ז שבחילוק הגמ' לא כתוב שום כלל מתי מקבלים עדים על קטן ומתי לא, אלא כל שצריך עדות לא מהני ורק בתינוק שתקף שלא צריך שום עדות כדי להוציא מהקטן לכן מוציאים.

אמנם הרמב"ם בפ"ב ממלוה ה"ז כתב דקרקע שהיא בחזקת קטנים ובא אחר וטען שהיא לקוחה לו אין מוציאין מיד הקטן וכתב ה"ה שמדכתב הרמב"ם שהיא בחזקת הקטן משמע שאם ר' ירמיה היה מוחזק בבית לא היו מוציאין מידו. דהיינו אע"פ שהמחזיק צריך להביא עידי חזקה אעפ"כ כיון שהבית בחזקתו מקבלים עדים. וכתב הלח"מ שם דלפי דברי ה"ה הרמב"ם חולק על תוס' דידן. ושיטת הרא"ש בב"ב ל"ג. בסוגיא דרבה בר שרשום כשיטת הרמב"ם. דמבואר שם דרצה רבה בר שרשום להצניע את שטר המשכנתא ולהביא עידי חזקה ולטעון לקוחה הוא בידי. והקשה הרא"ש איך יביא עידי חזקה הרי יורשי המ"ק היו קטנים ואין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד כמבואר בב"ק. ות"י שבמעשה דר' ירמיה לא היה ר' ירמיה מוחזק בבית משא"כ ברב"ש שהיה מוחזק מקבלים עדיו כדי להעמיד

נאמנות של הודאת בע"ד בקטן ע' קצה"ח ס' צ"ו סק"ב.

יש לעיין בעדות של שטר אם מקבלין על קטן או שלא בפני ב"ד. ובסמוך לענין קיום שטרות יש קולא שאפשר לקיים שלא בפני בע"ד אבל לא מבואר בגמ' אם אחר הקיום אפשר גם לגבות ע"י השטר שלא בפני בע"ד או שרק קיום עושים שלא יצטרכו אח"כ לחפש עדי קיום אבל לגבות לא גובים עד שיגדיל. ומדברי הרמב"ם פ"ב ממלוה ה"ז נראה שלענין שטר אין חסרון זה דכתב על מעשה דר' ירמיה שמה שלא זכה ר' ירמיה הוא רק מפני שהיה צריך עידי חזקה אבל אילו היה לו שטר מהמוכר היו מוציאים מהקטן. [ואף שהרמב"ם כתב שמוציאים מהקטן ע"י העמדת אפוטרופוס מ"מ ברישא כשבא המחזיק עם עדים לא כתב שיקבלו העדים ע"י שיעמידו אפוטרופוס לקטן דרך במקום שיש עדות שמועילה נגד הקטן מעמידים אפוטרופוס לדון].

ואכתי יש לדון בטעמא דמלתא אם זה מפני שהשטר נכתב בחיי האב ובשעת חתימת העדים הוי כמי שנחקרה עדותו ואז היה כמו שנחקרה בפני בע"ד או אולי בעדות בשטר אין בכלל ההלכה של קבלת עדות שלא בפני בע"ד. ולכאורה נראה שנחלקו בזה הרמב"ן והראב"ד והובאו דבריהם בר"ן פרק אלמנה ניוזנת (בדפי הרי"ף דף נט.). דהרמב"ן שואל על הא דאמר האב לפני מיתתו תנו נזקקין אח"כ לגבות מנכסי יתומים קטנים ואין יוציאו מהם הא א"א לקבל עדות נגד קטנים. ומביא הר"ן שהראב"ד תירץ דמיירי במוסר דבריו לב"ד דהיינו שהב"ד ראו בעצמם שהאב אמר תנו [וכאן פשוט שמהני שבזמן ראיית הב"ד היה האב חי והיה בפני בע"ד אך לעיל הובא דשיטת הראב"ד דראיית ב"ד מהני גם על קטן ואין בזה חסרון דקבלת עדות שלא בפני בע"ד ועוד תי' הראב"ד דמיירי שכתבו עדות בשטר. וכתב ע"ז

כ"ח סק"ט בביאור דברי הר"ן הנ"ל דאין כוונתו לאמר דביסוד הדין יש נ"מ בין לפטור לבין לחייב אלא דבכל גווני בעינן בפני הבע"ד שהעדויות לחובתו ואין כונת הר"ן שלענין לפטור יפסקו ב"ד שפטור ע"פ עדות שלא בפני התובע אלא כונת הר"ן רק לענין לדחות תביעת התובע סגי בעדות שלא בפניו דעד כמה שיש כאן תובע יש כאן עדות כנגדו ולענין שבפועל לא יוציאו סגי בעדות זו. ולפי סברא זו נר' דאפילו אם המחזיק נחשב מוציא מ"מ כ"ז שהוא מוחזק בעיני תביעת המ"ק להוציאו מחזקתו וכנגד תביעת הקטן הרי איכא עדים למוחזק ולסברת הקצות בדעת הר"ן צריך להיות שלא ישנו את מצב הממון כ"ז שיש למחזיק עדים. אבל בודאי כשיגדל הקטן יצטרכו לחזור ולהעיד.

התם הוא דמפקינן דלא קיימא אחזקה דאבואה. הובא לעיל קושית הראב"ד דאמנם אם ידוע שתקף מוציאין אבל עכשיו שרואין הממון ביד הקטן מניין לנו שהוא תקף הרי אין מקבלין עדים נגד מוחזקותו של הקטן. ותי' שתפס בפני ב"ד ולענין ראיית הדיינים אין חסרון של קבלת עדות שלא בפני בע"ד. ואין להקשות מאי שנא מדיינים שראו בלילה שאין יכולים לדון ע"פ ראייתם דלילה פסול לקבלת עדות. וגם בראיית הדיינים יש פסול זה ולמה לא נימא הכי נמי לענין שלא בפני בע"ד. אך החילוק הוא פשוט דהדין של אין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד הוא רק במקום דבעינן קבלת עדות משא"כ פסול לילה אינו פסול בעדות כלל אלא הלכה של אין דנים בלילה ועדות כתחילת דין וכיון שלילה זה חסרון בדיינים חסרון זה בודאי קיים גם לענין ראיית הדיינים גם במקום שלא צריך קבלת עדות. דבר זה למדתי מדברי השערי יושר ש"ז פ"ד ד"ה ולענ"ד יעו"ש. ומה שלא תירץ הראב"ד דמיירי שהקטן בעצמו מודה שחטף הוא פשוט דא"כ נאמן לאמר ידי חטפתי במגו שלא חטפתי כמבואר גבי נסכא דר"א ועוד די"א שאין

הערות

הגזול ומאכיל דף קיב:

וציונים

רלא

הר"ן דהרמב"ן הקשה על התי' השני של הראב"ד וז"ל היאך כתבו עדות צואה בשטר מחיים ואם כתבו לאחר מיתה אף בשטר אין מקבלין עדות דבשעת חתימה הוי כמי שנחקרה עדותן בב"ד וזו בב"ד נמי אין מקבלין אותה עכ"ל הרי שכתב הרמב"ן דמה דמהני שטר לגבות מקטנים ושלא בפני בע"ד היינו דוקא מפני שבשעת חתימה שאז הוי כמי שנחקרה היה בפני בע"ד אבל אם חתמו אחר מיתת האב יש חסרון דעדות שלא בפני בע"ד גם בעדות בשטר. וברעת הראב"ד י"ל דבשטר אין בכלל הלכה זו כמו שכל דיני הגדת עדות לא נאמרו בעדות שבשטר כמו שביאר הגר"ח בפ"ג מהל' עדות ה"ב ע"ש. ועיי' ביד רמה בפ"ק דב"ב אות נ' סוד"ה ר"פ שכתב שבשטר אין חסרון של קבלת עדות שלא בפני בע"ד דהוי כמו שנחקרה משעת חתימה ואז היה בפני בע"ד.

כגון שהיה הוא חולץ וכו'. הקשה הרשב"א מאחר וילפינן מקרא דוהועד בבעלי דבעינן קבלת עדות בפני בע"ד למה מקילין בשעת הדחק לקבל שלא בפניו. ותי' דקרא מיירי במיתת השור שדינו כמיתת הבעלים ורק בחיוב מיתה צריך מן התורה עדות בפני ב"ד אבל בממון זה רק מדרבנן ולכן הקילו בחולה. ויוצא דבנפשות כיון שצריך בפני בע"ד מן התורה אפילו עדיו חולים אין מקבלין. אמנם רע"א בתשובה צ"ט מביא בשם שו"ת הרשב"א שכתב שאפילו בנפשות במקום שא"א לקבל בפניו מקבלין שלא בפניו וכתב רע"א דדברי הרשב"א בתשובה סותרים את דבריו בחידושו כאן. וע' בנובי"ק אבה"ע סי' ע"ב סתירת התר ד' שכתב מסבירא דנפשיה כהרשב"א שכן הוא דין התורה דאם אפשר צריך בפניו והיכא דא"א לא צריך בפניו ואפילו בנפשות [הובאו דבריו בפת"ת אבה"ע סי' י"א סקי"ח]. עוד מביא רע"א שם שו"ת הרא"ש שכתב דהא דמקבלין בחולה הוא משום הפקר ב"ד הפקר ומוכיח רע"א מדהוצרך לטעם זה שחולק הרא"ש על הרשב"א וס"ל שגם בממון מה שצריך בפני

בע"ד הוא מן התורה וס"ל שאם זה מן התורה אין התר בחולה. דהיינו שלדינא ס"ל כהרשב"א כאן אבל לא מטעמיה. עוד מביא הב"י בס' כ"ח שהראב"ן הוכיח מהא דבחולה מקבלין דאין הדין שצריך להעיד בפני הבע"ד מעכב. אבל רוב הראשונים כאן חולקים וס"ל דהוי לעיכובא ואעפ"כ בחולה מקבלין. ונ"מ מכל זה בעדות לאסור אשה לבעלה דמביא רע"א שו"ת הרמ"א שדינו כעדות נפשות. ולפי הרשב"א בסוגין והרא"ש בתשובה שבנפשות אין קולא בחולה ה"נ אפילו במקום שא"א אין מקבלין ולרשב"א בתשובה ולנוב"י מקבלין היכא דא"א. אמנם בשיטמ"ק כאן בשם המאירי כתב דבעדות דאיסור והתר לא בעינן כלל בפני בע"ד. ובפת"ת הנ"ל כתב בשם הרדב"ז דטעמא דלענין איסורין כו"ע הוו בעלי דברים. נמצא שיטות הראשונים בזה. א. הרשב"א ס"ל דבממון רק מדרבנן לכן הקילו ובנפשות לא הקילו. ב. הרא"ש ס"ל דגם בממון מן התורה ואעפ"כ בממון הקילו משום הפקר ב"ד ובנפשות לא הקילו. ג. הרשב"א בתשובה ס"ל שגם בנפשות הקילו וכן דעת הנוב"י. ד. הראב"ן ס"ל דהקילו משום שאינו מעכב וכשר בדיעבד. ה. שיטת הרמ"א דלאסור אשה לבעלה הוי כנפשות והמאירי לא ס"ל כן.

כגון דנקט דיסקא מב"ד הגדול. צ"ב לפ"ז מאי נ"מ בין פתחו ללא פתחו וצ"ל דמצד הטענה של לב"ד הגדול קאזילנא באמת אין נ"מ בין פתחו ללא פתחו אבל לענין קבלת עדות שלא בפני בע"ד יש נ"מ כמבואר בתוד"ה ושלחו דאפילו אי אמרינן שבשלחו ולא בא בפנ"ע לא מקבלין מ"מ בפתחו ושלחו מקבלין. וע' בתורי"ד שכ"כ בפשט הראשון ואח"כ כתב דרבינא חולק על מר עוקבא בשם שמואל ע"ש.

תוד"ה מצי טעין. מה שהקשו תוס' מהגמ' בסנהדרין ע' ברשב"א שיי"א דעבד לזה הוא דוקא בהלואה אבל בשאר חובות גם החייב יכול לאמר שרוצה ללכת לבית הועד.

מקיימין את השטר שלא בפני בע"ד. בטעמא דמלתא שהקילו בקיום שטרות יותר משאר עדויות נחלקו הראשונים נוגם לרש"י שכתב שמייירי בעדיו הולכים למדה"י כתב המהרש"א שמודה רש"י שיש תוספת קולא בקיום שתמיד צריכים צירוף של שלחו לו ולא בא וכאן סגי בלי שלחו לן. שיטת תוס' שהקילו מפני שקיום שטרות דרבנן. ובשיטמ"ק בשם הרמ"ה כתב דטעמא משום שאינם מעידים על מנה שבשטר אלא על כתב ידם ולענין זה אינו בע"ד דהוצאת הממון נעשה אח"כ ע"י השטר ולא ע"י עידי קיום. וכן כתב הש"ך בס' מ"ו סק"י בשם שו"ת הרשב"א. ולכאור' איכא נ"מ בין טעמים אלו בקיום כתב ידו דאין לו דין שטר אלא דין הודאת בע"ד בכתב ובפשטות בזה צריך קיום מן התורה וא"כ לסברת התוס' בזה לא יוכלו לקיים שלא בפניו אבל סברת הרשב"א לכאור' שיש גם בזה דאינם מעידים על חיוב המנה אלא רק שזה כת"י של החייב. אמנם הש"ך הנ"ל כתב שגם לדעת הרשב"א בכת"י א"א לקיים שלא בפניו. ולא הבנתי טעמא מאי. ובמה דנקט הש"ך דסברת התוס' לא קיימת בכת"י הקצות שם בסק"ה חולק וס"ל שגם בכת"י הקיום הוא מדרבנן דלא חציף אינש לזיופי. דהיינו שנחלקו הש"ך והקצות אם מה שקיום שטרות דרבנן הוא מדיני השטר דלא חיישינן לזיוף או שסגי בסברא שלא חציף אינש לזיופי אפילו כשאין דין שטר. וע' בגטין דף ג. דקיום שטרות דרבנן דאמר ר"ל עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד ורש"י כתב הטעם משום דלא חציף. וע"ש בריטב"א שהקשה מה הראיה מר"ל אולי ר"ל מדבר בשטר מקום ותי' דמדברי ר"ל הגמ' מביאה שאלמא מילתא דשטרא. ומזה נראה דס"ל כהש"ך דהיינו שיסוד הדין הוא בגלל לא חציף, אבל דין עדות זה מקבל רק מכח הדין שטר וכמו חזקה אין העדים חותמין על השטר אא"כ נעשה בגדול כמבואר בכתובות י"ט. דחזקה זו דינה כעדות מכח דין שטר. ומפשטות הגמ' בגטין דמייתי

מר"ל משמע יותר כהש"ך. ולדעת הקצות צריך לדחוק דר"ל לא הובא כטעם להא דאין חוששין לזיוף אלא שמדבריו רואים שיש לשטר תורת עדות ומייירי בסתם אפילו שאינו מקוים וע"כ דלא חיישינן לזיוף אבל הטעם שלא חוששים הוא בגלל סברת רש"י בלבד ולא בגלל דין שטר.

הובא לעיל דהרמ"ה בשיטמ"ק ס"ל כשיטת הרשב"א דטעמא דמקיימין שלא בפני בע"ד הוא משום שמעידים על כת"י ולא על מנה שבשטר ומוסיף הרמ"ה דכיון שזה הטעם א"כ ה"מ כשבאו עדים אחרים ומעידים על כת"י של העדים אבל כשעדי השטר בעצמם מקיימים יש עדות על מנה שבשטר ואין מקיימין על ידם אלא בפני הבע"ד. ולכאורה אין הדברים מובנים למה יגרע כוחם של עדי השטר אמנם כלול בעדותן גם עדות על מנה שבשטר מ"מ נקבל העדות לענין כת"י. וכן מבואר בקצה"ח ס' ק"ח סק"א שכתב דלענין שובר שיצא לאחר מיתת אביהם דלא מהני קיום אפילו אומרים העדים שזוכרים הפרעון דהוי עדות שלא בפני בע"ד והקשה הב"י דקי"ל מקיימין את השטר שלא בפני בע"ד. וכתב הקצות דלשיטת הרשב"א שמקיימים מפני שמעידים על כת"י הכא לא מהני עדות על כת"י דאמרינן זיופי זייף מדלא הוציאו בחיי אביו ואפילו עדי השובר בעצמם מעידים לא מהני העדות על כת"י אלא רק מצד שזוכרים את הפרעון וזה עדות על מנה שבשטר והוי ככל עדות שצריך להעיד בפני הבע"ד. ומשמע דרק כאן שלא מהני עדות על כת"י צריך בפני בע"ד אבל במקום שמהני עדות אחרים על כת"י ה"ה דמהני עדות עדי השטר על כת"י. ואף דמבואר בכתובות כ"א. דהא דאמרינן על מנה שבשטר הן מעדים זה אפילו להחמיר לענין שנים החתומין על השטר ומת אחד מהם יעו"ש היינו רק דבכל קיום של עדי השטר כלול גם עדות על מנה שבשטר וא"כ למעשה איכא נכי ריבעא דממונא אפומא דחד סהדא

הערות הגזול ומאכיל דף קיב: – קיג. וציונים רלג

דמשמע בתוס' שהוצרכו לסברא זו רק למ"ד סתם גזילה לא הוי יאוש בעלים.

והאמר שמואל דינא דמלכותא

דינא. כמה דרכים נאמרו בראשונים ביסוד הדין של דינא דמלכותא. א. שיטת הר"ן בנדרים כ"ח. כיון שהוא בעלים על המדינה דקנה בכיבוש מלחמה יכול לאמר שאם לא יעשו כמצוותו יגרשם מן הארץ. ועי' ברא"ש שם בפסקיו שכתב דדמי לבעל השדה שאומר שמי שרוצה ליכנס לרשותו ישלם. ומה"ט כתב הר"ן שבא"י אין דינא דמלכותא דאין המלך בעלים על הארץ דירושה היא לכל ישראל מאבותיהם. ולשיטת הר"ן צ"ל דהא דשלחו לדוד לעיל ס': אבל אתה מלך אתה ומלך פורץ לעשות לו דרך ואין מוחין בידו אין זה בגלל דינא דמלכותא אלא מדיני כבוד מלכות שא"א למחות ביד המלך מלעבור. אמנם הרמב"ם מביא בפ"ה מגו"א בדינים של דינא דמלכותא שמלך שהרס בתים ועשה דרך או חומה מותר להנות בה שדין המלך דין וכן הובא בשו"ע ס' שס"ט סע' ב' וכתב שם הגאון בסק"ח שמקורו מהא דאמרו לדוד מלך אתה ומלך פורץ לעשות לו דרך. הרי שס"ל שדין זה הוא מדינא דמלכותא ומוכח שלמד בדעת הרמב"ם והשו"ע שדינא דמלכותא נוהג גם בא"י. ב. הרשב"ם בכ"ב נ"ד: כתב דטעמא דדמ"ד הוא משום דאנשי המדינה מקבלים על עצמם מרצונם חוקי המלכות. ג. מדברי ר' יונה בב"ב שם מבואר דס"ל דהמקור לכח של המלכות לעשות דין הוא מהדין של הפקר ב"ד הפקר דילפינן מקרא בגטין לו: דהפקר ב"ד הפקר וס"ל לר' יונה דאין זה דין דוקא על ב"ד אלא כל שיש לו כח השררה והשלטון דינו דין. וע' בדבר אברהם ח"א ס"א שהאריך בענין זה ומביא שיטות הראשונים בזה. וגם מביא שהב"ש באבה"ע ס' כ"ח סק"ג כתב דהדין של דינא דמלכותא הוא מדרבנן והאב"מ שם חולק עליו וכתב שזה מן התורה וכן מבואר בדברי הראשונים הנ"ל. הרמב"ם פ"ה מגו"א הי"א

אבל הכא מה בכך שיש גם עדות על מנה שבשטר הא איכא נמי עדות על כת"י וחלק זה אפשר לקבל שלא בפני בע"ד.

ואפילו עומד וצווח. ע' שיטה בשם הרמ"ה דקאי על מקיימין שלא בפני בע"ד וקמ"ל שאפילו שיש טענת מזויף של הלוה ואחר שטען מזויף הלך אכתי מקיימין שלא בפניו. ואם התוס' ג"כ ס"ל הכי יהיה מפורש כאן דגם במקום דאיכא טענת מזויף של הלוה אעפ"כ קיום שטרות דרבנן. וזה דלא כשיטת ר' אביגדור כהן שהובא בש"ך ס' מ"ו סק"ט. אך אין להקשות מכאן על דבריו דיתכן שס"ל כשיטת הרשב"א והרמ"ה. עכ"פ לפי שיטת תוס' י"ל דזה חידוש הגמ' דגם בכה"ג קיום שטרות דרבנן ומקיימין שלא בפני בע"ד.

חיישינן שמא תכסיף. ע' סמ"ע ס' צ"ח סק"ז.

דף קיג.

אין פורטין מתיבת המוכסין. תוד"ה אין פורטין כתבו דאע"ג דהוי יאוש ויהיה שינוי רשות ע"י לקיחתו מ"מ אסור לכתחילה משום דדבר מגונה לקחת ממקום המיוחד להצניע בו גזילות. מדהוצרכו לטעם זה משמע דס"ל דלולא זה מותר לכתחילה לקנות מגזולן אחר יאוש. ובפשטות היה נר' שלכתחילה אסור כיון שגורם ע"י השינוי רשות להפקעת בעלות הבעלים וגם ברמב"ם פ"ה מגזילה ה"א ובשו"ע ס' שס"ט סע' א' מבואר דאסור דמחזק בזה ידי הגזולן ומסייע לו. והא דאיתא לקמן קי"ד. נטלו מוכסין חמורו ונתנו לו חמור אחר הרי אלו שלו ע' בנתיבות ס' שס"ט סק"א דלכתחילה אסור לקבל וזה ע"פ דברי השו"ע והרמב"ם הנ"ל אבל בתוס' משמע לכאורה דמותר לקבל וצ"ע. ואין לדחות דרק כאן מתירים התוס' דאין ידוע בבירור שהם של גזל

כתב דדד"מ הוא בין במלך עכו"ם בין במלך ישראל ולכאור' נראה שגם הר"ן הנ"ל אף שלשונו משמע שמחלק בין מלך ישראל למלך עכו"ם מ"מ מתוכן דבריו נר' שהעיקר תלוי אם זה בא"י או בחו"ל ואין נ"מ אם המלך הוא ישראל או עכו"ם אלא שכבר נתבאר דהגאון לומד ברמב"ם שגם בא"י ומלך ישראל איכא דינא דמלכותא.

במוכס שאין לו קיצבה. ע' בתוס' בנדרים כ"ח. ובפי' הרא"ש שם די"מ דאע"ג דכך דינא דמלכותא שיקח בלי קיצבה מ"מ הוי גזילה וע"ש בריטב"א על הרי"ף דלא כל מה שרוצה המלך לעשות הוי בכלל דינא דמלכותא אלא רק מה שנהוג בחוקי המלכים וכן מבואר בשיטמ"ק כאן בשם הראב"ד דדינא דמלכותא אמרו ולא דינא דמלכא. וע' ברמב"ם פ"ה מגו"א הי"ג והי"ד שכתב בנוסח אחר דכל מה שעושה בצורת חוקי המלכות וכולם שוים בזה הוי דינא דמלכותא אבל מה שעושה רק לאדם מסוים זה דרך גזילה ואינו דין. ועוד כתב שם בפי' הרא"ש דאם המוכס לוקח יותר מקצבתו הוי הכל גזל גם מה שכנגד הקיצבה ע' בזה בקצה"ח ס' שס"ט סק"א.

לא יִבֶּשׂ אָדָם כְּלָאִים וכו'.

מבואר בגמ' דלבישת כלאים כדי להבריח את המכס נחשב אין מתכוין ותלוי במחלוקת ר"י ור"ש אם בכל התורה אין מתכוין מותר או לא. וכן מבואר במס' שבת דף כט: לענין מוכרי כסות. וכתבו התוס' בפסחים כ"ה: ד"ה לא אפשר דע"כ מיירי באופן שלבוש בגדים אחרים ואינו פסיק רישיה שיהיה הנאה דבמקום פס"ר מודה ר"ש. וכ"כ התרי"ד כאן. ומוסיף התורי"ד שלא מספיק לאמר דאינו פס"ר שיהיה הנאת חימום אלא צ"ל גם דאינו פס"ר שיהיה מתכבד בבגד כגון שהבגד שמתחתיו יותר מכובד [אינו מובן כ"כ דסו"ס עכשיו שהבגד התחתון מכוסה בעליון הרי הוא מתכבד בעליון] שאם היה מתכבד בו היה אסור אף שאין לו הנאת חימום.

דהיינו דס"ל דמאי דאמרינן ביבמות דף ד: מה לבישה דאית בה הנאה אין הכונה דבעינן דוקא הנאת חימום כדי שיהיה איסור כלאים אלא סגי נמי בהנאת כיבוד. וע' בתוס' גידה דף ס"א: ד"ה אבל שנקטו שגם לענין חיוב ציצית בעינן הנאת לבישה כמו לגבי כלאים ולדברי התורי"ד ה"ה דהתם סגי בהנאת כיבוד ולא בעינן דוקא הנאת חימום. ודבר זה הוא מחלוקת הב"י והדרכי משה באו"ח סוף ס' י'. דהב"י מקשה שם על מלבושים שלנו שיש להם ב' כנפות לפניו סמוך לצואר, וב' כנפות למטה סמוך לארץ למה לא מטילין בהם ציצית. ותירץ דלא מקרי כסות אלא מה שלובשים להגן מהחום או מהקור משא"כ מלבוש זה אין לובשים אותה אלא מפני הכבוד ואינה חייבת בציצית. וכתב ע"ז הדר"מ באות ו' דטליתות שאנו לובשים בשעת התפילה אין לובשים להנאת חימום אלא לקיום המצוה ודמי ללבוש להתכבד וע"כ דגם כה"ג חייב בציצית. ומדברי התורי"ד מבואר לכאור' דלא כב"י. ואף דיש מקום לאמר לא כהתוס' בנדה ולחלק בין ציצית לכלאים דאולי בציצית לא בעינן הנאת לבישה כלל אבל אם הב"י נוקט דבעינן הנאת לבישה מנין לחלק לענין להתכבד בין כלאים לציצית.

הר"ן בחולין פרק גיד הנשה (בדפי הריף ל"ב). חולק על התוס' בפסחים והתורי"ד וס"ל דהא דמתירין לבישת כלאים לר"ש כשאינו מתכוון להנאת לבישה זה אפילו במקום דהוי פס"ר ומוכיח מזה הר"ן דאף דמודה ר"ש בפס"ר היינו דוקא בפעולה אסורה אבל במקום שהאיסור הוא ההנאה כגון בכלאים בזה אפילו פס"ר מותר. וא"ל שכונת הר"ן דכשאנו מתכוין להנאה אין זה נחשב הנאה דא"כ היה צריך להיות מותר גם לר"י ובגמ' מבואר דתלוי במחלוקת אם אין מתכוין אסור או מותר ע"כ דנחשב שנהנה אלא דבהנאה אין הפס"ר מוריד את הפטור של אין מתכוין וצ"ע הסברא בזה.

עוד ח' יש בהמשך דברי הר"ן שם דכתב שבאכילת איסור אין התר של אין מתכוין

הערות

הגוזל ומאכיל דף קיג.

וציונים

רלה

דקי"ל דמתעסק בחלבים ועריות חייב שכן נהנה. דהיינו דס"ל דכלל זה דמתעסק בחלבים ועריות חייב שכן נהנה לא נאמר דוקא לענין הפטור של מתעסק אלא גם לענין הפטור של אין מתכוין לר"ש. ובקו"ש ח"ב ס' כ"ג האריך לבאר דברי הר"ן בזה. ומדברי הר"ן לכאורה מוכח דלא כרע"א בתש' ח' שכתב שם רע"א לחדש דמתעסק אינו התר אלא רק פטור מקרבן ומביא רע"א ראייה מהא דהרואה כלאים בבגד חברו פושטו אפילו בשוק ולמה חייב להודיעו הרי כ"ז שאין חברו יודע שלובש כלאים הרי הוא מתעסק והוי כמו שסבור שאוכל שומן ונמצא חלב דמבואר בשבת ע"ג. דהוי מתעסק לרבא לולא הסברא של שכן נהנה. אלא מוכח דגם במתעסק איכא איסורא. וכתב רע"א דיש לדחות ראייה זו דשאני כלאים כיון שצריך הנאת לבישה הוי כמתעסק בחלבים ועריות שחייב. ולדברי רע"א דכלאים הוי כחלבים ועריות ומפורש בגמ' כאן דבכלאים איכא פטורא דאין מתכוין ומוכח לפי דברי רע"א דאף דבחלבים ועריות ליכא פטור דמתעסק מ"מ אין מתכוין פטור גם בחלבים ועריות וזה דלא כמבואר בר"ן שגם לענין אין מתכוין אמרינן דבחלבים ועריות חייב שכן נהנה. ומאידך מבואר בר"ן דכלאים לא דמי לחלבים ועריות ויש בו פטור של אין מתכוין. ואף שמבואר בר"ן שכלאים הוי כאיסורי הנאה ס"ל דאיכא באיסורא פטור דמתעסק ואין מתכוין ורק באיסורי אכילה חייב שכן נהנה יעו"ש ובקו"ש הנ"ל שמאריך לבאר דברי הר"ן.

בעיקר הנידון של רע"א אם כלאים דמי לחלבים ועריות או לא דבתחילה נקט רע"א שיש בכלאים פטור מתעסק ובסוף דחה דאולי הוי כחלבים ועריות לכאור' תלוי בספיקו של הבית הלוי בח"א ס"א אות ה' בגדר הדין דבעינן הנאת לבישה בכלאים. אם האיסור הוא הלבישה וההנאה אינה אלא תנאי איזה לבישה אסרה תורה אבל אין ההנאה חלק מן האיסור או שגם ההנאה היא חלק מן העבירה. ואי נימא

דאין שום איסור בהנאה והוא רק תנאי לכאורה לא דמי לחלבים ועריות משא"כ אם גם ההנאה היא חלק מן האיסור זה סיבה שלא יהיה בזה פטור של מתעסק. [נאמנם מה שהר"ן ס"ל שבכלאים אין דין חלבים ועריות אינו מטעם זה אלא אדרבה משום דס"ל דדמי לאיסורא נכמבואר בדבריו ע"ש]. והביה"ל פושט ספיקו מהא דמבואר בסוגין ובשבת כ"ט: דהלובש בלי כונת לבישה פטור לר"ש משום אין מתכוין וזה ניחא אי ההנאה היא חלק מן האיסור שפיר חשיב אין מתכוין כיון שלא כיון להנות. אבל אם האיסור הוא הלבישה וההנאה היא רק תנאי ואינה חלק מהאיסור למה יחשב אין מתכוין הרי כיון ללבוש. וע"ש שהביה"ל תולה ראייה זו במחלוקת רש"י ותוס' בביצה ל"ג. אם שייך פטור של אין מתכוין בעושה מדורה ביו"ט שיש בו איסור עשיית אוהל והוא מכוין לעשיית המדורה ולא מכוין לשם אוהל.

הרמב"ם פסק בפ"י מכלאים ה"ח דאסור ללבוש כלאים להבריח את המכס. ותמה הכ"מ דהגמ' תולה דין זה במחלוקת של אין מתכוין וקי"ל כר"ש דאין מתכוין מותר ועוד דהרמב"ם פסק בהל' ט"ז שמוכרי כסות מותרין מפני שלא מתכוונים להנאה. וכתב הכ"מ דהרמב"ם ס"ל דרק בהעלאה בעינן הנאה משא"כ לבישה אסורה אפילו שלא נהנה כלל ומוכרי כסות שמתיר הרמב"ם היינו רק אם אינו לובש ממש. אבל אכתי קשה מגמ' דידן וע' מש"כ בזה הכ"מ שם.

נודרין להרגין. כתבו התוס' בד"ה נודרין דמחשב בליבו היום ואף דדברים שבלב אינם דברים אונסא שאני כמבואר בגמ' בנדרים כח. וכתב שם הר"ן דהא דאונסא שאני הוא משום דהאונס מפרש את דבריו דהיינו שבמקום אונס איכא אומדנא שכוונתו רק להיום. אך תוס' מוסיף דאפילו אם אומר מפורש לעולם אכתי יכול לחשוב בליבו שום תנאי. וצ"ע אם גם בזה שייך סברת הר"ן דאמנם בודאי איכא אומדנא

דרוצה להתנות אבל אין אומדנא על תנאי מסוים ואיך יחשב כאמירה.

ר' אשי אמר במוכס כנעני. ג' פשטים יש בראשונים על מה קאי ר"א. א. שיטת הרשב"א דקאי רק על הא דמותר ללבוש כלאים להבריא את המכס דכיון שהמוכס הוא עכו"ם הפקעת הלואתו מותרת אבל בנודרין סובר הרשב"א דאף שמותר להפקיע הלואתו אין זה נחשב אונס לסמוך על דברים שבלב דמה שמשלם הוא מחויב לשלם ואף שמותר להפקיע אין זה נחשב הפסד כשמשלם. וכן אמתני' אין זה מתרץ דאף שמותר להפקיע הלואתו של העכו"ם מ"מ אם כן משלם אין זה גזילה בידו של המוכס ולמה אין פורטין מתיבת המוכסין. ב. שיטת הראב"ד שמביא הרשב"א דקאי נמי אנודרין להרגין דכיון שמותר להפקיע הלואתו נחשב אונס ומותר לנדור על דברים שבלב. ג. ברמב"ם מבואר דס"ל דתירוצו של ר"א קאי נמי אמתניתין וע' מש"כ בזה ה"ה בפ"ה מגו"א הי"א.

ביאור מחלוקת הרשב"א והראב"ד אם יש התר לנדור למוכס לעכו"ם כדי שיוכל להפקיע הלואתו אם נחשב הפסד ואונס כשצריך לשלם חובו לעכו"ם ורוצה להפקיע חובתו. אולי תלוי במה שיש לדון כשרוצה ומחליט שלא ישלם לעכו"ם [באופן שיש אפשרות במציאות לא לשלם] אם פקע עי"ז החוב או שהחוב קיים אלא שמותר לא לשלם חוב זה. ולכאורה זה תלוי אם בגזול עכו"ם זוכה ישראל בממון העכו"ם ונעשה שלו או שרק הותר איסור גניבה אבל אין הממון נעשה שלו. וידוע שיטת היראים שמביא המג"א בס' תרל"ז סק"ג דאין יוצא באתרוג של גזל עכו"ם, אפילו למ"ד גזל עכו"ם מותר, ביום הראשון דאינו לכם. וכעין זה סובר הב"ח ביו"ד קמ"ו [והובאו דבריו בש"ך שם סק"א] דאבידת עכו"ם אף שאין בה חיוב השבה ומותר לעכב לעצמו מ"מ אינו שלו. אמנם ע' בגליון מהרש"א ביו"ד קמ"ו

שכתב שמדברי התוס' בכתובות ט"ו: מוכח דלא ס"ל כהב"ח וכן בשערי יושר ש"ד פ"ח מוכיח דתוס' ב"מ כ"ד. ס"ל דהוי שלו. ולכאורה החולקים על הב"ח פליגי נמי על היראים. וע' חזו"א ב"ק ס' י' סקי"ד שנקט בפשיטות דלא כהב"ח דזוכה ישראל באבידת עכו"ם וגם מביא שיש חולקים על היראים לגבי גזל עכו"ם. ולכאורה אי אמרין כיראים שאינו זוכה א"כ ה"ה בהפקעת הלואתו אף שהחליט שאינו רוצה לשלם לא זכה בזה בשיעבוד ולא פקע החוב אבל לחולקים, אם זוכה בממון חברו ה"ה דיכול להפקיע חובו לעכו"ם. ואולי בזה פליגי הרשב"א והראב"ד דהראב"ד ס"ל שפקע החוב ולכן הוי הפסד כשמשלם והוי ככל אונס שנודרין אבל הרשב"א ס"ל דלא פקע החוב ולא הוי הפסד כשמשלם מה שהוא חייב לכן אין נודרין.

המל"מ פ"ה מגו"א הי"ב מביא שהר"ן כתב בנדרים דאסור למוכס ישראל לכוף ישראל אחר לשלם המכס אם לא מיראת המלכות ואע"ג דדדמ"ד דקי"ל הפקעת הלואתו מותרת וכיון שמותר להפקיע אסור לכופו לשלם. אבל מוסיף הר"ן דאם קנה המוכס הישראל את המכס מהמלך מותר לו לכוף ישראל אחר לשלם דאין התר לגנוב מהמוכס הישראל. ומביא המל"מ שמהרש"ך שואל על הר"ן מגמ' דידן והמל"מ מישב דברי הר"ן ע"ש ועוד מביא ששואל מהרש"ך דאם מותר להבריא עצמו מהמלך העכו"ם איך הישראל הבא מכח המלך עדיף מהמלך עצמו. וכתב ע"ז המל"מ דאין בדברי מהרש"ך לא טעם ולא ריח דלא קשה מידי דכ"ז שהחוב הוא לעכו"ם הפקעת הלואתו מותר וכשחייב לישראל הפקעת הלואתו אסורה. ונראה לכאורה לבאר דברי מהרש"ך ע"פ מה שנתבאר לעיל במחלוקת הרשב"א והראב"ד. דמה שאומר הר"ן שאסור לכוף את הישראל לשלם המכס כיון שהפקעת הלואתו מותרת הבין מהרש"ך דזה יתכן רק אי אמרין דכשמחליט הישראל להפקיע החוב

הערות הגזול ומאכיל דף קיג. – קיג: וציונים רלז

ההלואה או לא. מהרש"ך למד בר"ן שפוקע ולכן הקשה איך מוכר לישראל. שיטת התומים ושעה"מ דאם רצה להפקיע פוקע החוב. השע"י והחזו"א הוכיחו מלקמן שלא פוקע החוב.

ישראל ועכו"ם שבאו לדין וכו'. מה דר' ישמעאל אין חושש לחילול ה' הוא משום דס"ל כיון שזה הדין וראוי כך לנהוג מה לנו להתחשב בדעת העכו"ם ועשיית דין התורה אינה חילול ה' אלא היכי דמי חילול ה' דוקא כשעושה נגד רצון התורה כמבואר בפ"ח דיומא. וגם ר"ע מודה דמסברא אין בזה חשש חילול ה' אלא דס"ל דילפינן מקרא דוחשב עם קונהו שאסור להטעות את העכו"ם במקום חילול ה' כמבואר בתוד"ה יכול ומכאן לומדים להפקעת הלואתו ואבידתו. והחולקים דס"ל דאין הפסוק הזה מלמד דין חילול ה' באמת יהיה הדין חילול ה' דסוגין רק דין דרבנן כמבואר בחי' הר"ן סנהדרין דף נ"ז.

דף קיג:

כאן בגזילו כאן בהפקעת הלואתו. בגדר החילוק בין גזילה ממש להפקעת הלואתו לכאורה נר' דאין החילוק בין גניבת חפץ בעין לחוב שאין משלם חובתו ולא גנב חפץ מסוים, שהרי בהא דזבין דהבא במר דפרזלא בודאי דהוי מק"ט והוי הזהב פקדון של העכו"ם ברשות ישראל והרי הוא גזול מהעכו"ם חפץ בעין. ואע"ג דהוי טעות עכו"ם הרי אין פסוק שטעות עכו"ם מותרת וכן אבידת עכו"ם מקרא ילפינן רק דאין מצות השבה אבל מה שמותר להשתמש ולעכב הממון לעצמו זה ידעינן מסברא. ומבואר לכאורה מזה דהא דאסרה תורה גזל בעכו"ם היינו דוקא כשעושה מעשה גזילה דומיא דויגזול את החנית וזה טעמא דהתירא דהפקעת הלואתו וכן טעותו ואבידתו וכולהו חד דינא נינהו. ונראה שבזה יתישב מה

פוקע החוב אם יש אפשרות לישמט מהמלך [שאם בע"כ מוכרח לשלם אין לו אפשרות להפקיע הלואתו אז בודאי שאין המלך גזול] בזה שפיר מובן שאסור לכופו לשלם דהוי גזל כיון שכבר הפקיע חוב העכו"ם מעליו. אבל אי אמרינן שלא פוקע החוב כמו שנתבאר לעיל ע"פ שיטת היראים א"כ למה שיהיה איסור לכוף ישראל לשלם חובו לעכו"ם ואף שמותר לו להפקיע הלואתו היינו רק שיש התר באופן זה לגזול את העכו"ם וכי נימא דישראל שיש לו אפשרות לגנוב מעכו"ם למ"ד גזל עכו"ם מותר אסור לישראל אחר למונעו מזה. [ומצאתי בס"ד סברא זו בחזו"א ב"ק סי' סק"א ע"ש] ולכן למד מהרש"ך שמזה שכתב הר"ן שאסור לכוף את ישראל לשלם לעכו"ם ע"כ דס"ל דאם רצה ישראל להפקיע חובו פוקע החוב ולכן אסור לכופו לשלם דהוי גזל וע"ז שפיר הקשה מהרש"ך אם פוקע החוב איך ימכור העכו"ם החוב לישראל. וע"ע חזו"א ב"ק סי' אות ה'.

ולפי מה שנתבאר קושית מהרש"ך הוא ממש כקושית התומים בס' קכ"ו. דמבואר שם בסע' כ"ב שישראל שחייב לעכו"ם ומכר העכו"ם החוב לישראל במע"ש קנה והלואה חייב לישראל הקונה. והקשה התומים איך מכר העכו"ם החוב הרי הפקעת הלואתו מותרת וא"כ פקע החוב וזה ממש קושית מהרש"ך על הר"ן אלא דלולא הר"ן סובר מהרש"ך שלא פוקע החוב. ותי' התומים דמייירי שמכר החוב לפני שהחליט ישראל לגזול ולהפקיע את חובו של העכו"ם מעליו. וכעין זה כתב גם השעה"מ בס' שמ"ח סק"ג לענין שיעבודא דר"נ בחוב של עכו"ם ע"ש. ודברי התומים והשעה"מ הובאו בשערי יושר ש"ה פ"ה אלא שהשע"י הקשה על דבריהם מהגמ' לקמן קי"ד. ותוס' שם ד"ה ולא, דמוכח משם דאין החוב פוקע וראיה זו מביא גם החזו"א ב"ק סי' י' סק"א ע"ש. היוצא מכל הנ"ל הוא דמחלוקת הרשב"א והראב"ד יש לבאר דפליגי אי פוקע

שהקשו דהרמב"ם השמיט הדין של הפקעת הלואתו ולהנ"ל לק"מ מאחר ופסק הרמב"ם דטעותו מותרת ואבידתו מותרת וטעמא אף דבישראל איכא לא תגזול על אבידתו כמבואר ב"מ כ"ו: מ"מ אצל עכו"ם לא אסרה תורה אלא דומיא דויגזול את החנית. א"כ ק"ו דשרי הפקעת הלואתו דליכא מעשה גזילה כלל ובהתירא אתא לידיה. וכן מבואר במחנ"א דיני גזילה ס' ד' דברש"י מבואר כאן דס"ל שטעות מותרת גם באופן שהישראל מטעה את הגוי ומביא המחנ"א בשם המהרש"ל דהתר זה הוא רק בטעות שקנה החפץ כדין ומטעה את העכו"ם בתשלומי החפץ דדמי להפקעת הלואתו אבל היכא שמטעה את הגוי ומוציא ממנו ממון ה"ז גזל ממש ואסור אפילו במקום דליכא חילול ה'. והמחנ"א פליג וס"ל שגם זה מותר וז"ל דכל שאינו מוציא מידו של גוי שלא מדעתו כענין גזל וגניבה אלא שהגוי נותן לו בטעות לא חשיב גזל עכ"ל וגם מהרש"ל שחולק זה רק דס"ל שאם הישראל מטעה את הגוי זה נחשב מעשה גזילה כמו שמבואר ברמב"ם דלהטעותו אסור ולכן כתב דמה שרש"י מתיר להטעותו זה רק בגוונא דדמי להפקעת הלואתו אבל כשטועה מעצמו שאין שום מעשה גזילה בודאי מודה מהרש"ל דמותר אף שטועה בחפץ בעין כדמוכח ממעשה דזבין דהבא במר דפרזלא.

וטעמא דמלתא דמחלקים בעכו"ם בין מעשה גזילה לגזילה בלי מעשה אף דאצל ישראל תרוייהו הוי בכלל לא תגזול דהתוס' כתבו בד"ה הכי דאין לחלק בין גזל עכו"ם לגניבת עכו"ם. אמנם הכ"מ בריש הלכות גזילה פ"א ה"ב מדייק בלשון הרמב"ם דס"ל שאין בגזל עכו"ם אלא איסור מדרבנן והש"ך בס' שני"ט סק"ב הקשה דברמב"ם בפ"א מגניבה משמע שיש בגניבת עכו"ם איסור תורה ולא דלא תגנובו. ולא ס"ל לש"ך לחלק בזה בין גניבה לגזילה. אמנם המחנ"א במצוה רכ"ד כתב דהרמב"ם ס"ל דגניבת עכו"ם אסורה מן התורה

וגזל מדרבנן וכ"כ הגר"ח מואלזין בספר חוט המשולש סי' י"ז. ומבאר המחנ"א דעיקר הקפידא בגזילה הוא הפסד ממון חברו וע"ז לא הקפידה תורה בממון עכו"ם משא"כ גניבה שנעשה ע"י מעשה מיוחד אסרה תורה אפילו ע"מ למיקט אף דאין הפסד לממון חברו דמעשה עצמו הוא מעשה מגונה לכן בזה יש איסור דאורייתא גם בעכו"ם דהאיסור הוא מעשה גניבה של הגנב ולא רק הפסד ממון של הגנב. וכ"ז בדעת הרמב"ם דמחלק בין גנב לגזלן אך שאר הראשונים פליגי וס"ל דגם גזל עכו"ם אסרה תורה אך נראה פשוט דיסוד סברת המחנ"א הוא אמת לכל הראשונים דדבר מסתבר הוא דלא הקפידה תורה על הפסד ממון של עכו"ם ומה דאיכא איסור תורה בגזילתו הוא רק משום דמאי דס"ל לרמב"ם בגניבה ס"ל לשאר הראשונים גם בגזילה דגם בגזילה איכא מעשה גזילה ואת זה אסרה תורה אבל כ"ז רק היכא דאיכא מעשה ממש דומיא דויגזול את החנית אבל במקום שבהתירא אתא לידיה כהפקעת הלואתו או טעותו ואבידתו אף דבישראל איכא בכל זה לא תגזול זה משום הפסד הנגזל אבל בעכו"ם האיסור הוא מצד מעשה הגזלן והיכא דליכא מעשה לא אסרה תורה כסברת המחנ"א. וזה ביאור ספיקו של הפמ"ג או"ח ס' תר"ד במ"ז סק"א [הובא בפת"ת חו"מ ס' שני"ט סק"א] אם חמסן דיהיב דמי אסור בעכו"ם או לא דאף דבישראל בודאי עובר בלא תגזול מ"מ אצל עכו"ם אולי כיון שמשלם לא דמי לויגזול את החנית. ולפי מה שכתבנו דקרא דאבידת עכו"ם רק פוטר מהשבה והא דלוקח הישראל לעצמו הוא מפני שדמי להפקעת הלואתו יתישב קושית הקו"ש פסחים אות ר"ג על הר"ן דבע"ה באמת פטור רק מהשבה ואינו יכול לזכות לעצמו יעו"ש.

ולכאורה נראה על דרך זה לבאר את שיטת רש"י דכתב בסנהדרין נ"ז. דגזל ישראל בכותי מותר ומדרבנן פליגי בהגזול אם יש איסור או לא. ואינו מובן דמאן דאסר אסר מן

הערות

הגזול ומאכיל דף קיג:

וציונים

רלט

לעכב החפץ לעצמו דכיון שבטל המקח הוי גזל ולא דמי להפקעת הלואתו. וצל"ע מאי שנא מהא דמבואר בגמ' בדהבא במר דפרזלא דטעותו מותרת אף דאיכא מק"ט ואומדנא דמוכח דאי הוי ידע לא היה מקנה והוי כהתנה שאם ימצא של זהב יתבטל המקח ואעפ"כ כיון שבא לידו מהעכו"ם ע"מ שיהיה שלו ואין שום מעשה גזילה מותר. ואמנם שם איכא טעות והכא ליכא טעות מ"מ קשה דאטו טעות כתיב בקרא וטעמא דהתירא אינו מפני שטעה אלא דאין כאן מעשה גזילה ודמי ממש לנידון דהחזו"א ועוד שלא נזכר בחזו"א נ"מ בין אם יודע העכו"ם שלא נתקיים התנאי או שאינו יודע. וצ"ע.

לענין אי איכא דינא דשואל שלא מדעת גזלן בממון עכו"ם לכאורה נחלקו המג"א בס' תקפ"ו סק"ה והדגול מרבבה שם ע"ש. ועוד נחלקו שם המג"א והיד אפרים אי איכא חיוב אונסין בגזל עכו"ם.

מפשטות הסוגיא דידן מבואר דלמ"ד גזל עכו"ם אסור הוא מן התורה. והא דמשמע ברש"י סנהדרין נ"ז. דהוי דרבנן וכך לומד בדעת רש"י היש"ש הובא בש"ך ס' שנ"ט והב"ש אבה"ע ס' כ"ח סק"ה הובא לעיל דהגאון בס' שמ"ח סק"ח תמה על רש"י. וכן הובא לעיל דהכ"מ פ"א מגזילה ה"ב כתב בדעת הרמב"ם דגזל עכו"ם דרבנן וע' ברע"א בס' שנ"ט שהקשה על הכ"מ דמשמע בכמה מקומות דהוי דאורייתא. ועוד הקשו על דברי הרמ"א באבה"ע ס' כ"ח סע' א' דגם בדבריו מבואר דס"ל דגזל עכו"ם אסור מדרבנן דכתב דקדשה בגזל או גניבת כותי מקודשת דהא אינה צריכה להחזיר רק מכח קידוש ה'. ומשמע דס"ל דהאיסור ג"ע אינו אלא מדרבנן. והש"ך בס' שמ"ח סק"ב הקשה דשם משמע דג"ע אסור מן התורה. וכתב בזה הנתיבות שם סק"א דודאי מודה הרמ"א דאיסור גזל עכו"ם הוא מן התורה אלא דס"ל דחיוב השבה ליכא מן

התורה ולא נזכר בסוגין מחלוקת אלא כולוהו ס"ל גזל עכו"ם אסור כמש"כ התוס' בד"ה הכי והא דפליגי הוא בהפקעת הלואתו אם אסור משום חילול ה' וע' בגאון ס' שמ"ח סק"ח שהקשה על דברי רש"י. וראיתי בשעה"מ פ"א מגניבה ה"ב שכתב דרש"י קאי על הפקעת הלואתו. ובפשטו תמוה כשרש"י מדבר על גזל עכו"ם סתם איך נדחוק לפרש שכונתו להפקעת הלואתו. אבל למה שנתבאר אין התר מיוחד להפקעת הלואתו אלא מונח בזה דלא הקפידה תורה כלל על הפסד ממון העכו"ם ע"י גניבה וגזילה ומה שאסרה תורה כשעושה מעשה הוא משום לתא דהישראל הגנב ולא משום ממונו של העכו"ם וכל שאינו גזול ע"י מעשה ממש לא אסרה תורה אלא א"כ יש חילול ה' שאז אסור לר"ע.

וישוב ראיתי ברמ"א באבה"ע ס' כ"ח שמביא תשובת המהר"י וויל ובאב"מ שם סק"ג מעתיק לשון התשובה ובתוך הדברים כתב לענין ישראל שקידש אשה במשכון שהיה בידו מהעכו"ם ורצה השואל לבטל הקידושין מדין קדשה בגזל וכתב מהרי"ו בזה"ל לבי מהסס מתרי ותלת טעמי חדא דלא הוי גזל אלא כגון ויגזול את החנית אבל האי דמי להפקעת הלואתו דשרי עכ"ל. הרי שכתב בהדיא דגדר גזל בעכו"ם והפקעת הלואתו הוא דאם יש מעשה דומיא דויגזול את החנית הוי גזילה וכל שלא דמי לויגזול את החנית הוי בכלל הפקעת הלואתו. ומדברי המהרי"ו נראה לכאורה דגם כופר וגזול פקדון של עכו"ם הוי כהפקעת הלואתו כיון שאין בו מעשה גזילה. אמנם ע' חזו"א ב"ק ס"י סק"ד בד"ה והנה שכתב דנראה שאסור לגזול פקדון של עכו"ם ומחלק בין זה לההיא דמהרי"ו אך בזה עדיין אין סתירה למה שנתבאר לעיל דפקדון כיון דהוי ברשות הבעלים שפיר חשיב מעשה גזילה ואף שבא לידו בהתר מ"מ לא ניתן לו כדי שיהיה שלו. אך מש"כ שם החזו"א בד"ה ונראה שאם קנה מעכו"ם על תנאי ולא קיים התנאי אסור

ע"ע גופו קנוי. בקידושין ט"ז. פרשו הראשונים דגופו קנוי דע"ע היינו שיש קנין איסור להתירו בשפחה אבל כאן אין זה כונת הגמ' דעכו"ם אינו קונה בישראל קנין הגוף אלא כאן גופו קנוי פירושו למעשה ידיו. וע' בשיטמ"ק כאן בשם הרא"ש.

בזמן שהם מסורים בידך וכו'. בשיטמ"ק בשם הרמ"ה מבואר דר' הונא דליף מהאי קרא לית ליה דרשה דלעיל ור"ע דדריש מקרא דלעיל ס"ל דאפילו בזמן שמסורין בידך אסור. אמנם בחזו"א אבה"ע סי' קמ"ח לדף ט"ז. מבואר דנקט דגם ר"ע שלומד האיסור מקרא דאחרי נמכר מודה דמקרא דואכלת את כל העמים ילפינן התירא לזמן שמסורין בידך.

בקידושין ט"ז. ילפינן מקרא דנמכר לעכו"ם אסור להפקיע עצמו מאדונו אפילו בעכו"ם שישנו תחת ידיך. ולכאורה סותר למה שמבואר כאן דיש התר בזמן שמסורים בידך. ולדברי הרמ"ה ניחא דהתם לא קאי כר"ה. וע' בחזו"א הנ"ל שבתחילה נקט שבאמת תחת ידיך שנזכר בקידושין הוי כמסורים בידך שנזכר כאן ומה דאסרינן התם אינו מדין גזל אלא משום חילול ה'. אך אח"כ בד"ה ומיהו מחלק החזו"א דהתירא דמסורין בידך הוא דוקא כשכל האומה תחת ידיך ובקידושין מיירי שרק עכו"ם זה הוי תחת ידיך ובזה ילפינן מקרא איסורא ולפ"ז הוי איסור גזל ולא מדין חילול ה'. וע' ביש"ש בס' כ' שכתב דמסורין בידך הוא התר דוקא בשעת מלחמה ואינו ענין לישנו תחת ידיך דקידושין.

רבינא זבן דיקלא וכו'. לכאורה אינו מובן דכיון שקנו יחד והם שותפים וכ"א זכה בחצי א"כ כשלוקח יותר מחצי הרי זה גזל ממש והעכו"ם לא נתן לו אלא לקח לבד והוי גניבה ממש. וע' בשיטמ"ק בשם המאירי שכתב דדברים התלוים במנין מסתמא אין מדקדקים בברירה ומוחלין זל"ז ואין קפידא בכך עכ"ל.

התורה ולכן מקודשת נע' בשעה"מ פ"א מגניבה סוף ה"ב בשם מהר"ם חביב דכתב נמי דליכא חיוב השבה מן התורה בגזל עכו"ם והשעה"מ שם חולק ומוכיח דאיכא חיוב השבה ע"ש. ומוסיף הנתיבות דאכתי קשה דאף שאינו מחויב בהשבה מ"מ איך מקודשת הא אין הממון שלו כמבואר ביראים שמביא המג"א באו"ח ס' תרל"ז ות' דאעפ"כ מקודשת כיון שהמציא לה הנאה זו ודמי למקדש באיסה"נ שאסורים לבעל ומותרים לאשה דאף שאצלו אין זה ממון מ"מ מקודשת כיון שהוא גרם שלה יהיה ממון ומסיים הנתיבות דדמי למדבר עליה לשלטון. וע' באב"מ ס' כ"ח סק"ג שגם רצה לאמר על דרך זה בד"ה הדרן ודחה דאף אי אזלינן בתר מקבל הכא גרע דלא קנתה גוף החפץ ואם בא אחר וחטף ממנה נראה דמותר כיון דלא זכתה ביה אלא דגזילו מותר. דהיינו דלא דמי לאיסה"נ דעכ"פ האשה זוכה משא"כ כאן לא המציא לה כלום דאינה שלה וכל הקודם זכה. אך מאי דפשיטא ליה לאב"מ דליראים בג"ע למאן דמתיר אינו זוכה וכל הקודם יכול לקחת ממנו ע' אמרי משה ס' ל"ז אות ט"ז שנחלקו האחרונים בזה ד"א דאף שאינו שלו מ"מ זכה בזכות לעכב לעצמו ולהשתמש ואסור לקחת ממנו ואולי בזה נחלקו האב"מ והנתיבות. אך ממה שמדמה הנתיבות לאדבר עליך לשלטון משמע דמודה לאב"מ שאינו שלו כלל. אמנם ע' חזו"א ב"ק ס"י סקי"ד ד"ה ומ"מ שכתב שמדברי מהרי"ו שהוא המקור לדברי הרמ"א הנ"ל מוכח דפליג על היראים וס"ל דבאופן שג"ע מותר זוכה בממון ונעשה שלו ולכן מקודשת. ובעיקר דברי המהרי"ו כתבו החלקת מחוקק והגאון שם בס' כ"ח דלא כתב כלל דמקדש בגזל עכו"ם מקודשת כמו שמביא הרמ"א בשמו אלא מיירי במקדש במשכון שקיבל מהעכו"ם והוי כהפקעת הלואתו אבל בגזילה ממש איכא איסור דאורייתא ואינה מקודשת.

הערות

הגזול ומאכיל דף קיג:

וציונים

רמא

ונראה שהיה קשה לו כנ"ל אך תירוצו אינו מובן דמשמע בגמ' שזה התר בגלל שכנגדו היה עכו"ם ולדברי המאירי שאין קפידא אפילו בישראל שרי. אמנם הביאור הוא פשוט דאמנם אינם מקפידים על החלוקה אבל כן מקפידים שאם אחד מקבל חלק יותר גדול שישלם יותר ואין השותף מסכים לשלם חצי ולקבל פחות לכן בישראל צריך להודיע שלקח יותר וישלם חברו פחות אבל בעכו"ם שרי דאין הגניבה בלקיחת העצים דע"ז אינו מקפיד אלא על מה שהעכו"ם משלם בטעות בשביל חלק הישראל זה הוי טעות עכו"ם ודמי להפקעת הלואתו דשרי. וראיתי בספר חוט המשולש לגר"ח מולאזין זצ"ל ס' י"ז ד"ה ונפלאתי שכתב מעצמו לבאר על דרך זה את דברי הגמ' ונראה שזה גם כונת המאירי.

תוד"ה יכול יגלו. כתבו דילפינן מקרא דאסור להטעותו והקשו דקי"ל טעותו מותרת ותירצו דמהכא ילפינן דבמקום חילול ה' אסור. הגאון בס' שמ"ח סק"ג כתב דמכח קושיא זו למד הרמב"ם דהא דטעות עכו"ם מותרת הוא דוקא שטעה מעצמו ומקרא דוחשב ילפינן דאסור לישראל להטעותו. והא דאבלע ליה חד זוזא כתב הגאון דהרמב"ם לא יפרש כרש"י אלא כנ"י ע"ש. וע' מחנ"א דיני גזילה ס' ד' שמביא שהיש"ש הקשה איך כתבו התוס' דלא יגלו אסור משום חילול ה' א"כ איך ילפינן מהכא דגזול עכו"ם אסור וכתב המחנ"א דלק"מ דג"ע ילפינן מאחרי נמכר שלא ימשכנו ויצא. ונר' שהיש"ש למד כמו שיש צד בחזו"א הנ"ל באבה"ע ס' קמ"ח לדף ט"ז. דקרא דאחרי נמכר אינו מלמד איסור גזל אלא רק את עיקר הדין שהוא קנוי לעכו"ם ואפילו אם מותר לגנוב עצמו מהעכו"ם מ"מ יש כמה נ"מ לדעת מתי קנוי לעכו"ם ומתי לא כמו שביאר שם החזו"א ועיקר הלימוד דג"ע אסור הוא מסיפא דקרא וחשב עם קונהו. וע"ז שפיר הקשה היש"ש דלדברי התוס' כאן אין מקור מסיפא דקרא לג"ע אלא לדין חילול ה'.

תוד"ה הכי. כתבו דאין לחלק בין גניבה לגזילה דבגניבה נמי איכא חילול ה'. דבריהם לכאורה אינם מובנים דלמ"ד ג"ע אסור אין זה מדין חילול דמפורש בגמ' דאפילו במקום דליכא חילול ה' אסור טעמא דאיכא קידוש ה' וכו' והתניא וכו' וכבר הקשו כן על תוס' היש"ש ס' כ' והמחנ"א דיני גזילה סוף ס"ד. וע' ב"ש אב"ע ס' כ"ח סק"ה כשמביא שיטת רש"י בסנהדרין דמשמע מיניה דג"ע אסורה רק מדרבנן כתב דכן משמע מתוס' ב"ק קי"ג: וע' בספר חוט המשולש ס' י"ד תשובת הגאון ר' יו"ט ליפמאן זצ"ל להגר"ח מולאזין שכתב דשיטת תוס' דטעמא דקרא בהא דאסרה תורה גזל עכו"ם הוא משום דפעמים איכא חילול ה' אבל גם כשאין ח"ה אסור דלא חילקה תורה ולא דמי להפקעת הלואתו שאסורה רק במקום דאיכא חילול ה' בפועל ואולי י"ל קצת בנוסח אחר דיש איסור גזילה מחמת ח"ה ויש איסור ח"ה גרידא. ומש"כ התוס' דבסוגיא דידן לא נזכר מ"ד דמתיר גזל עכו"ם ע' תוס' ב"מ מ"ח. שכתב דר' אשי דהכא ס"ל ג"ע מותר ואולי לזה כיוון רש"י בב"מ פז: שכתב דפלוגתא היא בפרק הגזול.

תדע דקמ"י דיקל"י וגשרי גישרי. ודלמא משום דאייאוש. שיטת רש"י דליכא הכא שינוי רשות וזה תירוץ הגמ' דיאוש כדי לא קני שיטת הרשב"א דמסירה לרבים הוי ש"ר ובזה מבאר הרשב"א את שאלת הגמ' וכן צ"ל בדעת תוס' שלא פרושו את תי' הגמ' כרש"י והוא משום דס"ל דאיכא ש"ר. ושיטת הטור ס' שס"ט הובא בכ"מ פ"ה מגזילה ה"ב דמותר להנות אחר יאוש אף דיאוש לא קני ולכן הגמ' שואלת דלמא אייאוש אע"ג דליכא ש"ר. וע' בביאור הגר"א ס' שס"ט סק"ז.

הרמב"ם בפ"ה מגזילה והשו"ע בס' שס"ט מביאים אחר הדין של גשר, שטעמו משום דינא דמלכותא, את הדין שהמלך שהרס בתים ועשה דרך או חומה מותר להנות בה

רמב"ם הערות הגזול ומאכיל דף קיג: – קיד. וציונים

ומבואר דגם זה בגלל דינא דמלכותא. וכבר הובא לעיל שהגאון בסק"ח כתב שמקורו מסוף הכונס דמלך פורץ גדר וכו' ומוכח דס"ל דהתם הוא מכח דינא דמלכותא אף דהוי מלך ישראל בארץ ישראל. וע' לעיל דף קי"ג.

מאן דמשתכח בבי דרי פרע מנתא דמלכא. פרש"י דמירי בשותפים וכן מבואר בשיטמ"ק בשם הרמ"ה דרק בשותפים יכול לגבות מאחד בשביל חברו ולכן באריס א"א לקחת ממנו חלקו של בעל הקרקע מפני שאינו שותף בקרקע. ומה"ט כתב הרמ"ה דהא דמבואר בסמוך דבר מתא אבר מתא מיעבט אע"ג דאינם שותפים היינו כשחברו לא נמצא וא"א לגבות ממנו ואפילו כשלא נמצא אפשר רק לקחת בתורת משכון ולא גבייה ממש. וצ"ב לפ"ז הא דלעיל דמלכא אמר קטלו מכל באגי ואינהו אזלו וקטלו מחד באגא. והרי שם אינם שותפים. וצריך לחלק בין עצים דאינו מס קבוע בזה אין עליו לטרוח משא"כ הדברים הקבועים סדר הגבייה הוא שהולך ותובע כ"א. וע' בלח"מ פ"ה מגזילה דהרמב"ם שינה בזה ממה שמבואר בגמ' מפני שאין הדין קבוע ותלוי בדינא דמלכותא בכל מקום וזמן.

הני דדיירי דרי וכו'. ע' פרש"י ומה שהקשה ע"ז הרשב"א וכתב פשוט אחר.

דף קיד.

האי בר ישראל וכו' משמתינן ליה. כתב הרמ"א בס' כ"ח סע' ג' דרק משמתינן ליה אבל אין מחייבין אותו לשלם אא"כ יש עדים ששיקר דיכול לאמר אמת העדתי. והא דאם יש עדים ששיקר כן חייב לשלם הוא מדין גרמי כדין מוסר כמבואר בגאון שם סקכ"ג שציין לב"ק קי"ז. ששם נתבאר דיני מוסר. וא"כ מה שכתב הרמ"א שאם אין עדים ששיקר רק משמתינן ליה ולא מחייבים אותו לשלם לכאורה תלוי במחלוקת שמוכח ברמ"א בס'

שפ"ח סע' ה' על הא דאיתא לקמן קי"ז. ההוא שותא דמנצו עלה בי תרי והלך אחד ומסר לעכו"ם אמר רבא משמתינן ליה ע"ש ומביא ע"ז הרמ"א דאף דמשמתינן ליה אין עליו דין מוסר ממש כיון שטוען שהממון שלו ולא נתכוין להזיק וה"ה הכא טוען שחברו באמת חייב ולא כוון להזיקו אבל לפי היש חולקים שם דס"ל דכיון שאין לו הוכחה שהממון שלו יש לו דין מוסר וצריך לשלם כל הזיקו לכאור' ה"ה הכא חייב לשלם כדין מוסר. וכ"ז בדיני מגיסתא שמוציאים ממון בע"א והוי ברי הזיקא ודמי למוסר אבל בבי דואר שלא מוציאין בע"א אפילו באדם חשוב שיש צד שכן מוציאים ואסור להעיד ע' ב"י ס' כ"ח דלא הוי ברי הזיקא שאולי לא יסמכו עליו ולכן יש צד התר כשלא מצי משתמיט א"כ אפילו לצד שאין התר לכתחילה מ"מ בדיעבד יהיה פטור דכיון דלא ברי הזיקא לא דמי למוסר ואין לחייבו מדין גרמי.

ולא אמרין אלא בחד. צריך להבין מה נ"מ בין חד לתרי הא גם בתרי אין להם נאמנות עד שתתקבל עדותן בפני ב"ד ישראל וכ"ז שלא העידו בב"ד אין בירור שאמרו אמת ומה בינם לע"א. וצ"ל כיון שבידם לאמת דבריהם ע"י שיעידו בב"ד א"א לחייבם ובאופן שמתברר לב"ד שהע"א העיד אמת, גם בע"א לא משמתינן ליה כמבואר ברמ"א בס' כ"ח סע' ג'. אך ע' ברע"א שם על הש"ך סק"ו שכתב שגם כשבע"ד מודה יש נ"מ בין ע"א לב' עדים דאמנם גם בע"א לא משמתינן ליה כיון שידוע לב"ד ישראל שהעיד אמת אעפ"כ לכתחילה אסור להעיד כיון שלמעשה הוצאת הממון שנעשה ע"י הערכאות היה שלא כדין כיון שלא ידעו הערכאות מהודאתו של הנתבע. משא"כ בב' עדים הודאת הממון נעשה ע"פ דין בזה מותר להעיד לכתחילה. וע"ז קשה כנ"ל למה יש נ"מ בין ע"א לב' עדים הרי גם בב' עדים הוצאת הממון הוא שלא כדין כיון שלא היה קבלת עדות ואעפ"כ מתירים להעיד לכתחילה

הערות

הגזול ומאכיל דף קיד.

וציונים

רמג

כיון שבידם להעיד בפני ב"ד ישראל א"כ ה"נ כשידוע בב"ד ישראל הודאת הנתבע למה אסור לע"א להעיד לכתחילה. וצ"ל דכונת רע"א שאין ביד הע"א לאמת דבריו דאולי לא יודה הנתבע כשיבא לב"ד ישראל א"כ בשעת מעשה מוציא ממון ע"י עכו"ם כשאין בידו בירור שיוציל בב"ד ישראל משא"כ בב' עדים. אבל היכא דהודה כבר הנתבע בפני ב"ד ישראל ואין בידם לדונו יודה רע"א דמותר לע"א לחייבו ע"י ערכאות כמו ב' עדים.

תוד"ה ולא אמרן. כתבו דאע"ג

דהפקעת הלואתו מותרת מ"מ לא משמתינן בב' עדים כיון שאינו משלם אלא מה שחייב לו. לשון הרא"ש בזה הוא כיון שאין מפסידים לו משלו יכולים להעיד. ולכאורה נחלקן בזה תוס' והרא"ש דתוס' ס"ל שזה רק סברא שלא משמתינן ליה והרא"ש ס"ל שמה"ט מותר להעיד לכתחילה. וכן הבין התומים סי' כ"ח סק"ט. אבל היש"ש כאן ורע"א על הש"ך סק"ו והשעה"מ ס' ע"ב סק"ד כתבו דתוס' והרא"ש לא פליגי אלא שיש הפקעת הלואתו שמותרת לכתחילה וזה באופן דליכא חילול ה' ובה אסור להעיד לכתחילה שגורם הפסד לישראל ובוזה מיירי התוס'. אבל באופן דאיכא חילול ה' ואסור לישראל להפקיע מותר לכתחילה להעידו כשיש ב' עדים. [ומה שהקשה שם השעה"מ על הש"ך שכתב לגבי עכו"ם שהלוח לישראל על המשכון ואבד המשכון ומצאו ישראל אחר לא יחזירנו המוצא לעכו"ם כמו שכתב הרא"ש בפרק הפרה ס' ו' בשם רבינו מאיר ע"ש וכתב ע"ז הש"ך ס' ע"ב סק"ג דאם עבר והחזיר משלם לישראל והבין השעה"מ שכונת הש"ך דמשלם לישראל כל דמי החוב שגרם שיצטרך לשלם ומנע ממנו אפשרות של הפקעת הלואתו והקשה השעה"מ דדברי הש"ך הם נגד דברי התוס' והרא"ש כאן שכתבו שמה שגרם שישראל ישלם את חובו לעכו"ם אינו הפסד. אך לולא דבריו היה נראה דאין כונת הש"ך שמשלם על מה שגרם שלא יוכל להפקיע

הלואתו אלא משלם את הפסידו שאין בידו המשכון שהוא ממון של הישראל ופקע שיעבודו של העכו"ם והלך זה ומסרו לעכו"ם ומזיקו לענין השתמשותו במשכון. והוי כישראל שנשא ונתן ממון חברו ביד עכו"ם שחייב מדין מזיק כמבואר בדף קי"ז].

ומה דנקטו היש"ש ורע"א והשעה"מ דאם אין חילול ה' ומותר לכתחילה להפקיע הלואתו אסור להעיד לכתחילה אפילו בב' עדים ע' חזו"א ב"ק ס' י' סק"א שכתב דיתכן שגם בזה מותר להעיד לכתחילה וז"ל יש מקום להתיר לכתחילה כמו שאין איסור למנוע ישראל מלגזול לנכרי אפילו למ"ד גזל עכו"ם מותר ואין זה מונע רווחא דישראל שאין רווח זה רווח של ישוב העולם עכ"ל וכעין זה כתב החזו"א גם באבה"ע ס' קמ"ח לדף ט"ז. בד"ה בעכו"ם שישנו תחת ידך, וז"ל ואפשר שהעכו"ם רשאי לכוף את עבד עברי למלאכתו אף שגזלו מותר ואין מסייעין לו לעבד להצילו מכפיתו של האדון כיון שהוא קנינו מן הדין. אך צריך לדעת גדרי הכפיה בזה וצ"ע עכ"ל.

עוד כתב שם החזו"א דמגמ' זו מוכח דאף דהפקעת הלואתו מותרת לא פקע החוב וראיה זו נשנה שוב בחזו"א שם סק"ד ד"ה ובחזו"מ וכן בשערי יושר ש"ה פ"ה הביא ראיה זו והקשה מכאן על שעה"מ והתומים שכתבו שאם רצה להפקיע החוב פוקע החוב. וע' לעיל דף קי"ג. מה שכתבנו בזה. ומה שכתבנו שם דלכאורה ענין זה תלוי אי סבירא לן כיראים שבגזול עכו"ם אין הישראל זוכה א"כ ה"ה דלא פקע החוב ולחולקים וס"ל דזוכה בממון העכו"ם ה"ה דנפטר וזוכה בשיעבודו של העכו"ם על נכסיו. אמנם החזו"א בס' י' סק"ד ד"ה ומ"מ כתב דאפילו החולקים על היראים היינו רק בגזל ממש למ"ד ג"ע מותר אבל הפקעת הלואתו למ"ד ג"ע אסור גרע "שאין לו במה לזכות שאין כאן רק מצוה לפרוע ושיעבוד הגוף".

האי בר ישראל דזבין ארעא לעכו"ם וכו' משמתינן ליה. ע"י שו"ע ס' קע"ה סע' מ' ובגר"א שם שנחלקו הראשונים אם נגרם נזק לישראל ע"י המכירה לעכו"ם אם המוכר משלם מדין גרמי או דאינו אלא גרמא ומשמתינן כדי שלא יזיקנו.

תוד"ה עד. ע' ברא"ש שמה שאם העכו"ם משלם יותר מותר למכור לו הוא דוקא עד כדי דמיו.

מתני' נמלו מוכסים המזורו וכו' המציל מן הלסטים אם נתיאשו הבעלים הרי אלו שלו. לעיל בריש פרקין הובא דברי הרשב"א דס"ל דש"ר הוא דוקא כשנתן הגזולן מדעת אבל הלוקח מגזולן בע"כ של הגזולן וכלי הקנאתו לא הוי ש"ר. וכן נפסק בשו"ע ס' שס"א סע' ה' והגאון שם בסק"ב כתב שדין זה צ"ע ממתני' דידן דהמציל מן הלסטים קונה ביאוש וש"ר אף שלקח בע"כ של הלסטים. וכעין זה הקשה גם רע"א בס' קפ"א סע' א' על הא דלקמן קט"ז: שיירא שמהלכת במדבר ועמד גייס וטרפה ואחד מהם הציל דמבואר שם לפי ר' אשי דזכה ע"י שנתיאשו האחרים וקשה דליכא ש"ר כיון שלקח בע"כ של הגייס. וע"ש שמביא שכן הקשה המחנ"א. והנתיבות בס' שס"א סק"ב כתב דהכא מיירי שנתיאשו הבעלים לפני שבא הגזילה ליד הגזולן וא"כ הוי ממש כיאוש דאבידה דבהתירא אתא לידיה אלא שהגזולן עצמו חייב מדינא דגרמי ע"ז שגרם ליאושם של הבעלים וכן י"ל על קושית רע"א.

תנא אם נטל מחזיר לבעלים הראשונים. כמה דרכים נאמרו בראשונים בביאור דברי הברייטא ואלו הם.

א. שיטת רש"י דברייטא פליגא אמתני' וטעמא דמתני' פרש"י דקנה ביאוש וש"ר ומדכתב רש"י דברייטא פליגא ע"כ שהברייטא

מדברת באותו אופן דמתני'. וביאור המחלוקת לדעת רש"י י"ל בב' אופנים ע"פ התוס' בדף ס"ז. דבתחילה כתבו דסברת הברייטא דלא הוי ש"ר כיון שהגזולן נתן ללוקח בע"כ של לוקח ולפ"ז לרש"י בזה פליגי דהמשנה סוברת שגם כה"ג הוי ש"ר והברייטא ס"ל דלא הוי ש"ר. ועוד כתבו התוס' דברייטא מיירי בש"ר ואח"כ יאוש ולרש"י בזה פליגי דמתני' ס"ל דמהני וברייטא ס"ל דלא מהני. וע"ז הקשה רע"א בגליון הש"ס א"כ מה ראית הגמ' דל"ב ס"ל יאוש כדי קני אולי ס"ל כמתני' דחשיב ש"ר. אך קושיתו רק על רש"י דלתוס' י"ל דמתני' וברייטא לא פליגי אלא מתני' מיירי ביאוש ואח"כ ש"ר וברייטא בש"ר ואח"כ יאוש וע"ז אמרינן בל"ב דקנה ע"כ דס"ל יאוש כדי קני.

ב. שיטת תוס' דלא פליגי מתני' וברייטא אלא מתני' איירי ביאוש ואח"כ ש"ר וברייטא בש"ר ואח"כ יאוש כמו שנתבאר. והמחלוקת בין שתי הלשונוות בברייטא לפי תוס' הוא דל"ק ס"ל דיאוש כדי לא קני וש"ר ליכא מפני שהיה לפני היאוש ול"ב ס"ל דיאוש כדי קני לכן מהני אף שהש"ר היה לפני היאוש דיאוש לבד קונה. אמנם מדברי הגר"א בס' שנ"ג סק"י נראה שלא למד כך דבשו"ע שם סע' ג' פסק המחבר דש"ר ואח"כ יאוש קנה וכתב הגאון שם קי"ד. תנא ומחזיר וכו' ופסק כל"ב עכ"ל דהיינו שברייטא דקתני מחזיר מיירי בש"ר ואח"כ יאוש כמש"כ התוס' וקי"ל כל"ב שגם בזה קנה דהיינו שלומד של"ב ס"ל דמהני משום דש"ר ואח"כ יאוש קנה. אך צ"ע לפ"ז לשון הגמ' יאוש כדי קני אך זה קשה גם לפרש"י כמו שהקשה רע"א וגם לפי' בעה"מ כמו שהקשה הרמב"ן. וע"ש ברמב"ן שכתב שיתכן שבעה"מ לא גרס בל"ב יאוש כדי קני.

ג. שיטת הרמב"ם בפ"ה מגניבה ה"ג שגנב שקונה ביאוש וש"ר אף שזכה בגוף החפץ משלם דמים לבעלים וכתב השע"מ פ"ה מגניבה דמקורו של הרמב"ם הוא מברייטא

הערות

הגזול ומאכיל דף קיד.

וציונים

רמה

דידן ופירש דברייטא לא פליגא אמתניתין אלא כונת הברייטא תנא אם נטל מחזיר היינו דמחזיר דמים וקנה רק את גוף החפץ וזה מפני שיאוש כדי לא קני והקנין נעשה ע"י השינוי רשות לכן חייב דמים אבל ל"ב יאוש כדי קני נמצא דזכה הגזול לפני המכירה לכן הלוקח אינו משלם דמים. ובביאור שיטת הרמב"ם ע' לעיל בריש פרקין.

ד. שיטת הראב"ד שהובא ברשב"א כאן דהא דקונה הלוקח ע"י יאוש וש"ר היינו רק לענין שכשמחזיר לבעלים מקבל מהבעלים דמי החפץ אבל כשנותנים לו הבעלים דמי החפץ מחויב הלוקח להחזיר גוף החפץ לבעליו. וזה כונת הברייטא אם נטל מחזיר ולא פליגי מתני' וברייטא דבאמת קונה ביאוש וש"ר אלא שקונה רק לענין ליטול דמים מהבעלים ואז מחזיר החפץ לבעליו. והרשב"א הקשה ע"ז מהא דמבואר בסוכה שהזוכה ביאוש וש"ר הוא לכה לענין לולב ואי נימא דמחויב להחזירו לבעליו ומקבל רק דמיו אין זה לכה. והקצות בסי' שנ"ג סק"ב כתב שאין דברי הרשב"א מובנים. אך כל דבריו שם הם למה שמביא את שיטת הראב"ד כמו שהובאו דבריו בטור וכבר כתב הגאון שם סק"ג דנוסחה מוטעת נודמנה לטור בראב"ד דברשב"א מבואר בשם הראב"ד דאף אחרי יאוש וש"ר "בדמים בעי לאהדורי" דהיינו שמחזיר החפץ כשמקבל דמים מהגזול והטור העתיק בשם הראב"ד "דמים בעי לאהדורי" דהיינו כשיטת הרמב"ם שקנה גוף החפץ ומשלם דמיו לבעלים. ולפי נוסח זה באמת אין מקום לקושית הרשב"א שהרי את החפץ קנה והוא לכה אף שצריך לשלם דמיו. אבל האמת היא שכונת הראב"ד שמחזיר גוף החפץ ומקבל דמיו וע"ז שפיר הקשה הרשב"א. ומפורש כן בחי' הראב"ד שכתב ע"פ דרכו לבאר מתני' דלקמן קי"ד: ישבע כמה נתן ויטול ורש"י פירש דמיירי לפני יאוש והראב"ד מפרש אפילו אחר יאוש וצריך להחזיר גוף החפץ. אמנם בסברא דברי הראב"ד אינם מובנים למה

יתחייב להחזיר החפץ לבעלים. וראיתי בחזו"א ב"ק ס' ט"ז סק"י שכתב שמדברי הגר"א משמע שלומד שלדעת הטור כל הדין של יאוש וש"ר הוא תקנ"ח וכך תקנו שיוכה בו רק לדמיו.

ה. שיטת בעה"מ דגר' תנא ומחזיר ומיירי שלקחו חמורו ובטעות החזירו לו חמור אחר ששזה יותר מחמורו. ובמתני' קתני דקנה ביאוש וש"ר וברייטא קמ"ל דלענין מה שכנגד חמורו אין טעות בנתינה ושפיר זכה ע"י ש"ר אבל לענין התוספת ששזה חמור זה יותר מחמורו הוא נתינה בטעות ולא הוא ש"ר. ול"ב פליג וס"ל דגם נתינה בטעות הוא ש"ר וכן הלכתא. וע' בש"ך ס' שס"א סק"ג שכתב בשם הרשב"א דנתינה בטעות לא הוא ש"ר וכתב דמדברי הבעה"מ מוכח דלא ס"ל כן וכונתו דבעה"מ כתב דבזה נחלקן שתי הלשונות כאן וכתב דקי"ל כל"ב.

ו. שיטת הרמב"ן במלחמות דכונת הברייטא ומחזיר לצאת ידי שמים ולל"ב אפילו לצאת ידי שמים אינו מחויב אלא אם רצה לעשות לפנים משורת הדין יחזיר ע"ש.

ז"ש אלא לסטים עכו"ם וכו'. בסמוך מפורש דלענין אי בסתמא איכא יאוש או לא יש נ"מ בין גנב לגזול דלרבנן סתם גניבה יאוש בעלים וסתם גזילה לא הוא יאוש בעלים. וא"כ הא דמחלקים כאן בין עכו"ם לישראל אפשר לפרש כב' אופנים. א. הא דבעכו"ם בסתם לא הוא יאוש ובישראל בסתם הוא יאוש מיירי בגנב דהיינו מאי דס"ל לרבנן סתם גניבה יאוש בעלים היינו בגנב ישראל אבל בגנב עכו"ם גם בגנב ליכא יאוש בסתם. ב. החילוק בין עכו"ם לישראל הוא בגזול ומה דס"ל לרבנן דסתם גזילה לא הוא יאוש בעלים היינו בעכו"ם אבל בישראל אפילו גזילה הוא יאוש בעלים. וע' בטור ס' שס"ח שמביא מחלוקת הראשונים בזה. אבל הש"ך שם סק"ב מאריך להוכיח דרבנן ור"ש דפליגי בסמוך מיירי בישראל

והנ"מ בין עכו"ם לישראל לרבנן הוא בגנב אבל גזלן אפילו בישראל אינו מתיאש.

עורות של גזלן אין מחשבה מטמאתן. מבואר בגמ' דכדי שירד תורת קבלת טומאה לעורות בעינן יאוש ולא סגי בשינוי השם גרידא. ונחלקו הרמב"ן ובעה"מ בטעמא דמילתא. שיטת בעה"מ דשינוי השם אינו שינוי גמור ולא קונה אלא בצירוף יאוש והרמב"ן פליג וס"ל דיאוש למאן דס"ל דלא קני, לא חזי לאצטרופי בהדי שינוי שאינו קונה בפנ"ע ולכן סובר הרמב"ן דכמו ששינוי מעשה קונה בלי יאוש כך שינוי השם והא דצריך הכא יאוש אינו בגלל הקנין אלא לענין הטומאה דכ"ז שהבעלים מרדפים וחושש הגזלן שימצאוהו הבעלים ואם ימצאוהו יחזיר העורות, אף שאינו חייב מדינא שקנה בשינוי השם, א"כ חסר ביחוד שלו אף שקנה ודמי לעורות של עבדן שאין מחשבתו מטמאתן אף שהוא בעלים כיון שידע שלא יתקם יחודו. [וזה דלא כנתיבות ס' שס"א סק"א שכתב בשם הרמב"ן דצריך יאוש דאל"כ הוי השינוי כשינוי החזון כיון שהבעלים יחזירוהו. ושור"ר שגם סברא זו נזכרת ברמב"ן ע"ש היטב]. ונ"מ בזה נראה דלרמב"ן דאין היאוש כאן בשביל הקנין אלא לענין שלא יהיו בעלים מרדפין פשוט דלענין זה סגי גם ביאוש שלא מדעת דסוף סוף כשידע יתיאש ומה בכך דאינו יודע עכשיו משא"כ לבעה"מ דצריך את היאוש בשביל הקנין בעינן יאוש בפועל ככל יאוש. אמנם ע' באו"ש פ"ג מגניבה ה"ב בד"ה ולכאורה, שכתב בשם הפוסקים דלענין הקנין דיאוש ושינוי השם סגי נמי ביאוש שלא מדעת דכל ענין היאוש הוא כדי שלא יהיו הבעלים מרדפים. ואין זה סברת מרדפין שנזכר ברמב"ן כאן דהרמב"ן ס"ל דקונה ע"י השינוי השם גרידא גם בלי יאוש ויאוש בעינן רק בשביל הטומאה. וצ"ל שלמד שגם לדעת בעה"מ ענין הצירוף הוא דכיון דאין הבעלים מרדפין סגי בשינוי כל דהו ולכן ס"ל שגם לענין היאוש

שצריך לדעת בעה"מ בשביל הקנין מהני נמי יאוש שלא מדעת. עיין מה שכתבנו בזה לעיל ס"ז.

לענין גנב והקדיש דאיכא יאוש ושינוי השם לדעת בעה"מ הוי כנ"ל צירוף בין יאוש ושינוי השם. לדעת הרמב"ן דשינוי השם קונה לחוד הא דבהקדש בעינן יאוש כתב הרמב"ן דאין היאוש חלק מן הקנין אלא דבלי יאוש לא יחול ההקדש ולא יהיה שינוי השם לכן בעינן יאוש אבל במקום שיש במציאות שינוי השם לא בעינן יאוש. ורק בשינוי רשות בעינן יאוש דכל ענין ש"ר הוא כדי שיהיה בהיתרא אתא לידיה ואז יקנה מכח היאוש. [ע' תוס' לעיל ס"ז שגם כתבו במקצת כרמב"ן].

רע"א בגטין נ"ה מוכיח מדברי הרמב"ן במלחמות בסוכה דס"ל שגנב שמכר או הקדיש דקנה ביאוש וש"ר הקנין הוא רק לקונה ולית ליה לרמב"ן סברת הרשב"א דהקדישו וקנינו באים כאחת. ונראה שגם מדברי הרמב"ן כאן מוכח כן. דאי נימא דהרמב"ן ס"ל דכל שע"י מכירתו או הקדשו יהיה סיבה לקנות קונה הגזלן עצמו ובאים כאחת א"כ למה גזלן שמקדיש לפני יאוש לא חלה הקדישו. ובשלמא לבעה"מ שינוי השם אינו סיבה לקנין אלא בצירוף יאוש אבל הרמב"ן ס"ל דשינוי השם הוא סיבה לקנין גם בלי יאוש אלא דבלי יאוש לא חל ההקדש. וצ"ע למה באמת לא חל הרי גם אחרי יאוש הקשה הרשב"א איך חל ההקדש הרי בשעה שמקדיש עדין אין ש"ר ותי' דבאים כאחת דהיינו כיון שע"י ההקדש יהיה סיבה לקנות אמרינן דהקדישו וקנינו באים כאחד א"כ לרמב"ן דס"ל דשינוי השם לחודי' קניא למה לא יחול ההקדש גם בלי יאוש ונימא שינוי השם שהוא קנינו והקדישו באים כאחד אלא מוכח דלא ס"ל כן. ובאמת צריך להבין א"כ למה אחר יאוש חל ההקדש אי לית ליה סברת הרשב"א אך זה בל"ה קשה מהרמב"ן בסוכה וכבר עמדו בזה האחרונים. ע' אמרי משה ס'

הערות

הגזול ומאכיל דף קיד.

וציונים

רמז

ל"ב אות מ"ב ואות מ"ה וע"ע בקה"י ב"ק ס' ל"ח שמבאר באופן אחר.

תוד"ה לפי שאין יאוש לבעלים.

שלא נתיאשו הבעלים בלבם אפילו שאומרים שנתיאשו. פשוט שאין כאן מקום להקשות דמה בכך דאין מתיאש בליבו הא בפיו אומר שמתיאש ודברים שבלב אינם דברים. דידועים דברי רע"א בתשובה כ"ג על הא דכתב הר"ן דטעמא דבעינן בדיקה ולא סגי בביטול חמץ דחיישינן שמא לא יבטלנו בלב שלם וקשה הא בפיו מבטל והוי דשב"ל וכן הקשה בהא דעכו"ם פסול לכתובת הגט דאינו מכוון לשמה ואפילו ישראל עומד ע"ג לא מהני דעכו"ם אדעתא דנפשיה עבד. וקשה שיאמר בפיו שכותב לשמה ומה שבלבו חושב אחרת הוא דשב"ל. וכתב ע"ז רע"א דביטול חמץ ולשמה הם חלויות שעיקרם תלוי במחשבת הלב ולענין זה בודאי דברים שבלב הוי דברים. והדברים ק"ו לענין יאוש שבדאי כל כולו תלוי במחשבת הלב. וע' חזו"א ב"ק ס' י"ח סק"א שבתוך דבריו כתב בזה"ל שאין יאוש בפה אלא בלב עכ"ל. אמנם המעיין בדברי החזו"א שם יראה שמבאר דברי רבה דס"ל בסוגין דאפילו בידוע לא מהני יאוש בגזלן לרבנן באופן אחר ממשמעות לשון התוס'. דבתוס' משמע דחסר ביאוש דאינו יאוש גמור שבלבו חושב שאולי יוציא מהגזלן והחזו"א כתב דיאוש מהני רק במקום שנתרעה שליטת הבעלים על הממון ולכן בדבר שנמצא ברשותו לא מהני יאוש וע"ז מביא החזו"א "והלא רבה סבר קי"ד. אליבא דרבנן דלא מהני יאוש בגזילה שאין כאן ריעותא מספקת בממון וכו'". דהיינו שאפילו אם בליבו מתיאש לא מהני מפני שחסר בדין אבוד ועל מצב כזה לא מהני יאוש אך מלשון התוס' משמע יותר דיש חסרון ביאוש ולא שלא מהני יאוש במצב כזה.

הגנב והגזלן הקדשן הקדש ותרומתן

תרומה ומעשרותן מעשר. בדף ס"ז. מבואר

דהוא משום דאיכא יאוש ושינוי השם. ותוס' שם הקשו בהקדש ל"ל הטעם של שינוי השם ת"ל דאיכא ש"ר וע"ש מה שכתבו בזה. והרשב"א שם הקשה גם על תרומה ומעשר דאיכא ש"ר דבתרומה נעשה ממון כהן ומעשר ממון הלויים, ואם הכונה מעשר שני א"כ למ"ד ממון גבוה איכא ש"ר ומוכח מהרשב"א דממון גבוה הוא כפשוטו דשיך לרשות גבוה ודלא כידוע בשם הגר"ח [דברי הגר"ח הובאו בכתבי הגרי"ז זכחים ו. ובקו"ש ח"ב ס"כ ובתורת זרעים מע"ש פ"ד מ"ח] דהוי שלו אלא שיש עליו דין ממון גבוה דלדבריו בודאי דלא הוי ש"ר. ותי' הרשב"א דמייירי במעשר ראשון והא דליכא ש"ר בתרומה שנעשה ממון כהן כתב הרשב"א דלא הוי ממון הכהן עד שמגיע לרשותו. ולכאורה אינו מוכן דאמנם אינו ממון פרטי של כהן מסוים עד שיגיע ליד כהן אבל ממון השבט הוי גם לפני"כ ולמה לא סגי בזה ליחשב ש"ר. ולכאורה היה נראה דכוונתו דלמ"ד מתנות שלא הורמו כמי שהורמו יש כבר ממון השבט בטבל א"כ לא נעשה שום ש"ר ע"י ההפרשה דממון השבט היה כבר קודם וממון פרטי אין עד שיגיע לידי כהן. אמנם א"א לפרש כן דא"כ מאי קשיא לרשב"א ממעשר שני למ"ד ממון גבוה הא מפורש בקידושין ג"ד: דלמ"ד מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמי כשם שיש ממון כהן בטבל הטבול לתרומה כך יש ממון גבוה בטבל הטבול למעשר שני וא"א לתת טבל הטבול למע"ש במתנה למ"ד מע"ש ממון גבוה א"כ מאי קשיא לרשב"א דבמע"ש איכא ש"ר למ"ד ממון גבוה אע"כ דלא קאי למ"ד כמי שהורמו דמי וא"כ למה אין ש"ר בתרומה במה שנעשה ממון השבט ע"י ההפרשה. וצ"ל דס"ל לרשב"א דמה שנעשה ממון השבט אינו שינוי רשות ובעינן דוקא ממון פרטי של אדם מסוים. ואף דהרשב"א ס"ל לעיל קי"ג: דמסירה לרבים הוי ש"ר ודלא כרש"י שם שס"ל לגבי גשר דלא הוי ש"ר רבים שאני דדמי לשותפים וחשיב ש"ר משא"כ ממון השבט אינו בעלות גמורה וגרע

רמח הערות הגזול ומאכיל דף קיד. – קיד: וציונים

ומה שבידו טבל וממילא גם חלק התרומה נשאר חולין וליכא ש"ר כלל. "אלא דמשום שינוי השם הוי תרומה ברשותיה דגזולן ומתקין אידך" דהיינו שלכן נקטו שינוי השם דזה מהני גם לחלק התרומה וגם לשאר הפירות ומתקין אידך.

דף קיד:

וכן נחיל של דבורים. אפילו נחיל של דבורים דקנין דרבנן כן הוא גרסת רש"י אבל תוס' גרסו דתקנה בעלמא תקנו ליה. הדבר אברהם בח"א ס' כ"א אות ט"ז מסתפק בגדר קנין מפני דרכי שלום אם אינו קנין כלל מדלא יוצא בדיינים או שתקנו קנין לענין דרכי שלום ולענין זה שאסור לקחת ממנו הוי שלו מדרבנן וקנין זה אינו יוצא בדיינים. וכתב דלגרסת רש"י משמע דהוי קנין ולתוס' יתכן שאינו קנין אך כתב דאין להוכיח מלשונות אלו ע"ש. ולכאורה נר' דנ"מ מספק זה יהיה בבהמה שקנינה לו מפני דרכי שלום וילדה ולד אי אמרינן דכיון שהאם שלו מפני דרכי שלום ממילא גם הולד שלו מפני ד"ש אף שאין סיבה לד"ש על הולד בפנ"ע א"ד בעינן סיבה לדרכי שלום על הולד. ואם זה בגדרי קנינים בודאי ולדה כמותה ואם אינו קנין מסתבר שלא יהיה ד"ש על הולד אא"כ יש סיבה לתקן דרכי שלום על הולד בפנ"ע.

ויש להביא ראיה לשאלה זו מב"מ ק"ב. דקתני התם יוני שובך חייבות בשילוח ואסורות בגזל מפני דרכי שלום ומוקי לה בזמן יציאת רובו של הביצה ועדין לא נפלה לחצר ופריך אי הכי אמאי אסורות משום גזל ומשני אאמין. ופרשו התוס' שם והרמב"ן דקושית הגמ' אמאי אסורות היא דבשלמא האם יש בה גזל מפני ד"ש אבל על הביצה אם עדין לא יצאה כולה לא צריך להיות גזל אפילו מפני ד"ש מפני שאולי יפול במקום אחר ולא יחזור כמו שהאם תחזור. ומפורש לפ"ז דאף שעל האם יש גזל

משותפין שאם יולד כהן לאחר ההפרשה גם לו יש חלק בתרומה. וכן שני כהנים שמתו לאחד בן אחד ולשני הרבה בנים כולם שוים בזכותם בתרומה והוי דין בעלות מיוחדת של ממון השבט ולא דמי לכל שותפות וכה"ג לא הוי ש"ר.

גם הרמב"ן במלחמות בסוגין עמד בשאלת הרשב"א למה אין בתרומה ש"ר וז"ל דאילו משום ש"ר לא הויא תרומתן תרומה אלא דקני כהן והוי ממזניה אבל מ"מ חולין גמורים הוא ואידך דברשותיה טבל אלא דמשום שינוי השם הוי תרומה ברשותיה דגזולן ומתקין אידך ואיכא למימר נמי דלא הוי ממון כהן דכיון דלא תיקן צריך הוא הכהן להחזיר שלא חלה עליו שם תרומה ובטעות בא לידו עכ"ל. ואין הדברים ברורים ואולי הלשון חסר קצת וע' מה שכתב בזה האמרי משה ס' ל"ב אות מב. ואולי יש לבאר דכונת הרמב"ן דאמנם יש שינוי רשות בחלק התרומה אבל שאר הפירות שעליהם תרם לא נעשו תרומה ונשארו ברשות הגזולן ועליהם אין ש"ר ויועיל רק באופן שתורם ממה שגזל על פירות שלו אבל היכא תרם על הגזול מיניה וביה הוי כתורם משלו על של חברו כיון שהקנין של ש"ר הוא רק על חלק התרומה לכן הגמ' אומרת שקנה בשינוי השם דבזה יתכן שיש סיבה לקנות את כל הפירות דכמו שהתרומה מעיקרא חולין והשתא תרומה כך שאר הפירות מעיקרא טבל והשתא חולין. אמנם באחיעזר ח"ב ס' ל"ז אות ג' נקט דמטבל לחולין לא הוי שינוי השם דאינו אלא כאסור ומותר ומפרש דבאמת מיירי שתורם משל גזול על שלו אבל ברמב"ן י"ל דס"ל דזה נמי הוי שינוי השם ולכן נקטו שינוי השם דזה סברא להתיר לתרום גם מיניה וביה. ולפ"ז יתפרש לשון הרמב"ן "דמשום ש"ר לא הוי תרומתן תרומה אלא דקני כהן" דהיינו דרק על חלק התרומה איכא ש"ר. "אבל מ"מ חולין גמורים הוא ואידך דברשותיה טבל" דהיינו כיון שעל שאר הפירות ליכא ש"ר א"כ ההפרשה לא חלה

הערות

הגזול ומאכיל דף קיד:

וציונים

רמט

מפני ד"ש מ"מ כיון שעל הביצה אין סיבה לד"ש אין בזה גזול ומוכח מזה דאינו בגדר קנין. אמנם לפי שיטת רש"י שם שמפרש שקושית הגמ' שלא יהיה גזול על הביצה הוא דהגמ' חשבה שעל האם אין ד"ש ורק על הביצה וע"ז פריך אם עדין לא יצא כולו יהיה הביצה כמו האם ועל שניהם לא יהיה ד"ש ומשני דגם על האם איכא ד"ש וה"ה על הביצה ולרש"י אין ראייה לחידוש הנ"ל ואולי מה"ט שינה רש"י מפרושם של תוס' והרמב"ן משום דס"ל דאם על האם איכא ד"ש ממילא יש גם על ביצה משום דס"ל דהוי בגדרי קנינים.

עוד יש לתלות בזה מה שכתב האו"ש בפ"ט משכירות הי"א לישב קושית התוס' בב"מ י"ב: למ"ד דמציאת עבד עברי לרבו דקתני בקידושין אמה עבריה מציאתה לאביה ולמה אינו לאדון כדין פועל וע"ע. ותירץ האו"ש דהא דמציאת פועל וע"ע לרבו הוא משום דקנה קנין בידיו למעשה ידים כדקל לפירות. וזה שייך רק בגדול שקונה קנין דקנינו הוי כפירות של ידיו אבל אמה עבריה שהיא קטנה וכל קנינה מפני דרכי שלום זה תקנה חיצונית שרבנן תקנו שלא יקחו ממון שהיא עשתה בזה מעשה קנין אבל אין זה נחשב פירות מעשה ידיה. ולכן אין זה לאדון. וכל זה יתכן רק אם דרכי שלום אינו בגדרי קנין בזה שפיר לא חשיב פירות מעשה ידיה אבל אם תקנו שהיא קונה א"כ עד כמה שזה קנוי לה ה"ז פירות שלה ולמה שלא יזכה בזה האדון. וע"ע בב"מ דף י"ב. שכתבנו לתלות בספק זה מחלוקת הרא"ש והריטב"א שם אם שייך לתקן קנין לקטן בלקט על חשבון העניים אי דמי לכל קנין דרבנן או שלא תקנו שיוכל הקטן לעכב ממון ששייך לעניים יעו"ש. וע' תוס' ב"ב ע"ט: שהקשו איך יש מעילה במקדיש יוני שובך הא לא היה למקדיש בזה קנין אלא מפני ד"ש וכונתם דאפילו נימא דהוי בגדר קנין מ"מ הא אינו קנין גמור שהרי לא מוציאים בדיינים וא"כ איך יהיה מעילה על הקדש כזה.

ובזה תלוי מחלוקת הרמב"ן והנ"י בב"ב אי איכא חיוב נזקי ממון בממון שקנוי רק מפני דרכי שלום. שהרמב"ן במלחמות שם י"ח: כתב שאין חיוב שן בדבורים וחרדל מפני שהדבורים אינם שלו אלא מפני דרכי שלום. והנ"י על מרחיקין את השובך כתב שיש בזה חיוב של שן מפני שהיונים הם שלו מפני דרכי שלום. ובזה יש לתלות גם את הנידון של המנ"ח במצוה ט' אם יש תשביתו וכל יראה בחמץ שקנוי מפני דרכי שלום.

כגון שהיו הבעלים מרדפין. פרש"י דרדיפת הבעלים גורם רגלים לדבר ואז נאמנים האשה והקטן. ועמדו בזה האחרונים דמסקנת הגמ' דהנאמנות משום מסיח לפי תומו א"כ קשה למה צריך בעלים מרדפים ועו"ק למה אין הרדיפה מקלקלת את המסיח לפי תומו. ועו"ק מה קושית הגמ' מהא דאין מלפ"ת אלא בעדות אשה שאני הכא דאיכא רגלים לדבר שהבעלים מרדפים. הש"ש בש"ז פ"י כתב בשם היש"ש דענין הרדיפה אינה הוכחה שזה של הבעלים אלא דבעינן הוכחה שלא נתיאשו הבעלים ובזה מישב היש"ש קושית הגמ' מאין מסיח לפי תומו נאמן אלא בעדות אשה דשפיר הקשו דהכא סמכינן לענין הראיה שזה שלו על מסל"ת לבד. וגם ניחא בזה מה שצריך הרדיפה. אך הש"ש כתב לישב באופן אחר דגם בעדות אשה כיון דדייקא ומנסבא הוי כרגלים לדבר ואעפ"כ לא הכשירו רק בעדות אשה בלבד. אך לדברי הש"ש אכתי קשה דיוצא מכאן שגם בדרבנן שיש נאמנות במסל"ת זה רק בצירוף רגלים לדבר וקי"ל דבכל דוכתי מהני מסל"ת בדרבנן כמבואר בפוסקים בכמה מקומות וכן בסוגין לענין שבויה ותרומה ליכא רגלים לדבר ואעפ"כ מהני מסל"ת. ואולי י"ל דכל מה שהצריכו בעלים מרדפין זה לפני שהגמ' תרצה שאני נחיל של דבורים דרבנן אבל למסקנה סגי במסל"ת בלי מרדפין ובאמת הרי"ף השמיט בעלים מרדפין ולהנ"ל ניחא דס"ל דלא קאי למסקנה אבל הרמב"ם כן מביא

והש"ש כתב דבעדות אשה איכא נמי רגלים לדבר.

בענין מסיח לפי תומו בעכו"ם בדרבנן. ע' יו"ד ס' קל"ז סע' ו' דכתב המחבר דלא סומכים על עכו"ם בהגעלת כלים אפילו במסל"ת ואע"ג דסתם כלים אינם בני יומן והוי דרבנן וכתב שם הש"ך בסקי"ט דאע"ג דמבואר בפרק הגזול בתרא דעכו"ם נאמן בדרבנן במסל"ת והוא מוסכם מכל הפוסקים הכשר כלים שאני דהוי בחזקת איסור. וגם בס' צ"ח סק"ב כתב הש"ך דמפורש בסוגיא דפרק הגזול דעכו"ם נאמן בדרבנן במסל"ת ובאמת לא נזכר בסוגין עכו"ם כלל אלא רק אשה וקטן. ועכו"ם נזכר רק ביבמות לענין עדות אשה. ובביאור הגר"א ס' קכ"ב סקל"ב כתב על הא דכתב שם המחבר דכלי סעודה שביד עכו"ם ומסל"ת ואומר שחדשים הם מותר לקנותם ממנו וכתב ע"ז הרמ"א דיש מחמירין והגאון שם כתב שנחלקו בזה הפוסקים "ופליגי בסוגיא דפ"י דב"ק קי"ד: דמסל"ת נאמן בדרבנן אי אמרינן כן אף בעכו"ם או לא". ולפי מה שמדמה הש"ך עכו"ם לאשה וקטן וכתב דבאיתחזק איסורא אין נאמנות של מסל"ת אפילו בדרבנן צ"ל דכל הני דסוגין לא חשיבי איתחזק. וע' בש"ך ס' צ"ח סק"ב שפסק שם המחבר דעכו"ם נאמן בטעימת תערובת איסור במסל"ת כשיטת רש"י בחולין צ"ז. והקשה הש"ך דזה ניחא רק לסוברים דטעם כעיקר לאו דאורייתא אבל לדעת המחבר שפסק דהוי דאורייתא איך סמך על עכו"ם מסל"ת. ומביא הש"ך דיש מתרצים דהא דב"ק מיירי דוקא שמעידים נגד אתחזק ובזה נאמנות דמסל"ת הוא רק בדרבנן אבל היכא דליכא איתחזק איסורא נאמנים במסל"ת גם בדאורייתא. ודחה הש"ך דבריהם דבשבויה איכא חזקת התר. וע' בפמ"ג שם שמישב ראית הש"ך וגם כתב דבתרומה לדעת הי"מ חשיב נמי בחזקת איסור שהיה רוב ישראל ע"ש אמנם

בפ"ו מגזילה הט"ו שצריך בעלים מרדפים ובדעת הרמב"ם צ"ל כהיש"ש דענין מרדפין הוא לסלק חשש יאוש. ולדעת הרי"ף י"ל כשיטת הש"ש. ועי"ל בדעת הרמב"ם דהפנ"י כתב דרק בנחיל של דבורים בעינן מרדפין משום דחוץ מהא דאין נאמנות לאשה וקטן יש עוד חסרון דאין נאמנות לע"א בממון ולכן לא סגי במסל"ת לחוד אלא בעינן צירוף של רגלים לדבר. ומה דפשיטא ליה לפנ"י דלא סגי הכא בע"א אינו פשוט כ"כ. דבשיטמ"ק בשם ר' יהונתן כתב דמיירי הכא בנחיל שנמצא ברה"ר והוא אבידה ואלו מעידים ששיך לפלוני. א"כ אינם מעידים להוציא ממון מהמוחזק. וע' ש"ש ש"י פ"ג שהוכיח מגמ' באלו מציאות שע"א לא מהני בממון גם כשאינו נגד מוחזק אבל כבר הביאו האחרונים דבר"ן בחולין צ"ו. כתב דע"א מהני באבידה וע' בשערי יושר ש"ו פ"ד מש"כ לישב שלא יסתור הגמ' באלו מציאות. וא"כ ה"נ יתכן שע"א נאמן והחסרון הוא רק משום אשה וקטן.

ובדבר השאלה דהרדיפה מקלקלת הלפי תומו ע' ש"ש ש"ז פ"ח דמהרי"ק למד מזה דאף שידע העכו"ם שמחפשים את הבעל ובא ומעיד לפי תומו שמת נאמן להתיר את אשתו וגם כה"ג חשיב לפי תומו אך כתב הש"ש שם בשם היש"ש דס"ל דכה"ג לא נחשב לפי תומו והכא מיירי שלא ידעו האשה והקטן מהרדיפה דאל"כ לא חשיב מסל"ת.

נמצא דעל השאלה למה צריך מרדפין יש ג' דרכים. א. ליש"ש לסלק חשש יאוש. ב. לפנ"י דאל"כ הוי ע"א. ג. צריך צירוף רגלים לדבר וכתבנו דהוא רק לה"א לשיטת הרי"ף. לענין אם הרדיפה מקלקלת ב' דרכים. א. מהרי"ק מוכיח מכאן דחשיב לפי תומו. ב. יש"ש כתב דלא ידעו מהרדיפה. ולענין השאלה מה קושית הגמ' מעדות אשה יש"ש ס"ל דענין הרדיפה אינה הוכחה שזה שלו

הערות

הגזול ומאכיל דף קיד:

וציונים

רנא

לדעת הש"ך בס' קל"ז ע"כ צ"ל דסוגין לא הוי איתחזק דבאיתחזק ס"ל שאפילו בדרבנן אין נאמנות במסל"ת.

אם נאמן עכו"ם במסל"ת להחמיר [לענין להחמיר אין הבדל בין דאורייתא לדרבנן] ע' יו"ד ס' ט"ז סע' י"א דאינו נאמן והש"ך יו"ד ס' שי"ג סק"ד כתב דכשיש קצת אומדנא חוששין לדבריו וע' בפת"ת שם סק"ד שנחלקו הפוסקים בכונתו. וע' בט"ז ס' קכ"ג סק"ד שהובא ברע"א בס' שי"ג על הש"ך סק"ד שכתב שעכו"ם נאמן להחמיר במסל"ת.

הרמב"ן בכתובות כ"ה: כתב שסומכין על מגו באיסורין מפני שבאיסורין לא בעינן עדות גמורה וסגי בכל בירור. ומביא הרמב"ן ראיה לדבריו מהא דסומכין על מסיח לפי תומו באיסורין. ודבריו לכאורה צ"ב דמבואר כאן שרק בדרבנן סומכים על מסיח לפי תומו באיסורין. עיין מה שכתבנו בזה בס"ד בכתובות כ"ה:.

והוציאנו מבית הספר. כתבו התוס' בכתובות כו. דצריך להוסיף את זה דאל"כ חיישינן שהיה עבד כהן. וע' מה שכתב בזה האב"מ בס' ג' סק"ז.

ור' חנינא מסיים בה הכי וחבירי בדילין ממני וכו'. בכתובות הגרסא ור' חייא מסיים בה וכו'. וכתב הבית יעקב שם דר' חייא לשטתו הוצרך להוספה זו דשם בדף כ"ה: פליגי רבי ור' חייא באומר זה בני וכהן אם נאמן להאכילו תרומה דרבי ס"ל דנאמן ור' חייא ס"ל דאינו נאמן. וכשאומר הבן שאכילו תרומה אין זה יותר מאשר אם האב בעצמו היה אומר כן לכן הוצרך ר' חייא להוסיף שאומר חבירי בדילין והיו קורין אותי וכו' להראות שגם אחרים החזיקו אותו לכהן ולא רק אביו אמר כן.

מתני' המכיר כליו וכו'. פרש"י דהא דנוטל כליו משום דהיה לפני יאוש ולפ"ז הא דנוטל דמים הוא משום תקנת השוק. אבל הובא לעיל דשיטת הראב"ד אינו כן אלא ס"ל דמתני' מייירי גם לאחר יאוש ואף שקנה ביאוש וש"ר מ"מ מחזיר החפץ ומקבל דמיו והראב"ד מביא ראיה לשיטתו ממשנה זו ורק לפני יאוש צריך לתקנת השוק ואחר יאוש מדינא נוטל דמים. ושמעתי מאחי הג"ר דוד שליט"א שע"פ דברי הראב"ד יש לבאר דברי התוס' בב"ב מד. שכתבו דשיטת הרשב"ם דגנב ומכר עם אחריות אע"ג דאיכא ש"ר מחזיר את החפץ לבעלים כיון שיקבל דמיו מן המוכר ולית ליה פסידא. ותמה ע"ז הש"ך בס' ל"ז סקכ"ט דמה בכך דלית ליה פסידא הא מ"מ קונה בשנוי רשות. אך לפי מה שמבואר בראב"ד דאם נותן הנגזל דמים ולא יהיה ללוקח הפסד מחזיר הלוקח את גוף החפץ כך סובר הרשב"ם דה"ה כשיקבל דמיו מהגזול המוכר, ולא יהיה לו הפסד חייב להחזיר החפץ [ע' לעיל קיד. שהובא בשם החזו"א דלראב"ד קנין יאוש וש"ר הוא תקנ"ח]. אמנם כ"ז שיטת תוס' בדעת הרשב"ם אבל הנ"י כתב שם דהרשב"ם ס"ל דכשיש אחריות אין זה נחשב שינוי רשות כלל וגם ע"ז תמה הש"ך הנ"ל דלמה האחריות יגרע את הש"ר אמנם כדברי הנ"י מבואר גם בתוס' בדף ס"ז. ד"ה מעיקרא שכתבו דגנב והקדיש הוי ש"ר דוקא בקדשים שאינו חייב באחריותן אבל אם חייב באחריותן אין זה ש"ר. ובהגהות אמרי ברוך בס' ל"ז על הש"ך הנ"ל ציין דבתוס' זה מבואר כסברת הנ"י בדעת הרשב"ם.

ישבע כמה הוציא. הר"ן בשבועות מה: (דפי הריף כו. ד"ה ירושלמי) מביא שיש ראשונים שהוכיחו ממשנה זו דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן דאם אמרינן יהיה הלוקח נאמן בלי שבועה במגו דממך לקחתי. ומביא הר"ן דבירושלמי מבואר דבאמת מעיקר הדין צריך ליטול בלי שבועה משום מגו והשבועה

שלא יצטרכו שם גניבה, דאחזוקי אנשי בגנבי לא מחזקינן. ואין דבריו מובנים דהתוס' כתבו בשבועות מ"ו: דסברא זו שייכת רק כשאומר על אדם מסוים שהוא גנב אבל באומר שלקח מגנב לא שייך סברא זו דכמה גנבי איכא בעלמא. [ואפילו כשאומר שהוא גנב שיטת תוס' שם בד"ה בטוענו דמהני מגו להחזיקו בגנב והרא"ש חולק אבל בנידון דידן לכו"ע אין חסרון של אחזוקי בגנבי לא מחזקינן]. וע' בביאור הגר"א ס' שנ"ז סק"ה שכתב שהעיקר בדעת הרמב"ם כהבנת הטור דאפילו שם גניבה לא בעינן דאית ליה מגו. והקשה על ה"ה כנ"ל. ולכאורה עדיף היה לה"ה לאמר דסברת הרמב"ם דהוי מגו להוציא כתי' השני דתוס'.

וצריך להבין סברת התוס' בתירוץ הראשון וכן שיטת הרמב"ם לדעת הטור והגאון אמאי לא הוי מגו להוציא ובמה פליגי על תירוצו של מורי דודי. וג' דרכים ראיתי בזה. א. הש"ך בס' קל"ג סקי"ג כתב דס"ל בתי' הראשון דכיון שנותן דמים כשנוטל החפץ מהלוקח אין זה נחשב מגו להוציא דתמורת החפץ שמוציא נותן דמיו. ב. הקצות בס' קל"ג סק"ז וס' פ"ב סקי"ב חולק על תירוצו של הש"ך ומוכיח מתוס' ב"מ דף ב. דגם כה"ג נחשב מגו להוציא ולכן כתב דהתי' הראשון בתוס' בשבועות ס"ל דליכא הכא חסרון דמגו להוציא כיון דהוי ברי ושמא ומגו ומבואר בפ"ק דכתובות דבו"ש עם מגו מהני להוציא. ג. הנתיבות בס' קל"ג סק"ח דוחה ראית הקצות מהתוס' בב"מ [וע' לקמן קט"ו. קצת ישוב לטענת הנתיבות על הקצות] ובסי' צ' סק"ח כתב פשט אחר בתוס' בשבועות דס"ל דכיון דמיירי בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר דמי לגודרות שאין להם חזקה ואין החזקתו מחשיבו מוחזק כלל ולא נחשב מגו להוציא. ולכאורה מוכח כתירוץ זה של הנתיבות דדברי הש"ך והקצות מספיקים רק לבאר דברי התוס' בשבועות בד"ה וספרא דקאי על מתני' דמכיר כליו וספרינו. אבל בתוס' שם בד"ה בטוענו כתבו דבכלים העשויים להשאיל

היא תקנ"ח. וע' בר"ן שם אח"כ בדפי הרי"ף דף כז. ד"ה ירושלמי שכתב דמה שקשה לירושלמי זה רק מפני שהירושלמי ס"ל דסגי ביצא שם גניבה לחוד ולא בעינן שאר אומדנות של מחתרת חתורה וכו' לכן ס"ל דהיה נאמן לטעון לקוח אבל לגמ' דידן דמיירי שיש הוכחות שנגנב אינו נאמן לטעון לקחתי ממך. ואולי ראית הראשונים הנ"ל היתה מהמשך הגמ' אמר רבא לא שנו אלא בעשוי למכור כליו אבל אם אינו עשוי למכור כליו לא צריך כולי האי ושיטת הרמב"ם דבזה לא בעינן כל האומדנות אלא סגי ביצא שם גניבה לחוד [ודלא כרש"י] ומשמע דמתני' יכול להתפרש גם בעשוי למכור ואז בעינן כל האומדנות וגם באינו עשוי למכור בלי שאר האומדנות וע"ז קשיא להו דכיון דמיירי בשם גניבה לחוד אף שאינו עשוי למכור יהיה הלוקח נאמן לאמר שהיה צריך ליה זוזי ומכר כמו שלירושלמי מודה הר"ן שיש כאן מגו כך לפשט זה גם לגמ' דידן.

תוד"ה המכיר. הקשו בסוף דבריהם למה נאמן לאמר לקוחים הרי ספרים עשויים להשאיל ולהשכיר, וא"כ אית ליה מגו דהשאלתים לך. ובשבועות מ"ו: כתבו דמיירי באדם שאינו רגיל עמו ואה"נ באופן שרגיל עמו נאמן לטעון לקחת מגנב במגו דשאלים בלי שם גניבה ושאר האומדנות. ובתי' השני כתבו בשם מורי דודי דלא מהני מגו דהוי מגו להוציא. ושיטת הרמב"ם בפ"ה מגניבה ה"י שאם אין דרכו למכור כליו סגי ביצא שם גניבה לחוד ואח"כ כתב הרמב"ם וכן בכלים העשויים להשאיל. ונחלקו הראשונים בכוונת הרמב"ם. הראב"ד וה"ה הבינו שכוונת הרמב"ם דרק שאר תנאים לא בעינן אבל שם גניבה צריך גם בדברים העשויים להשאיל. והכ"מ כתב דהטור לומד בדעת הרמב"ם דלא צריך בזה אפילו שם גניבה וכת' הראשון של תוס' וה"ה מבאר סברת הרמב"ם לפי שיטתו שלמד ברמב"ם דשם גניבה בעינן ולמה לא מהני מגו דשאלים

הערות הגזול ומאכיל דף קיד: – קטו. וציונים רנג

להם אביהם פרה שאולה שאינם חייבים על הטביחה וע"כ משום דחשבו שזה שלהם ואין כאן מעשה גזילה. ודבריהם אינם מובנים דאפילו אם אין כאן גזילה מ"מ מזיק הוי וע"כ פטורים משום אונס וא"כ אולי איכא נמי גניבה וגם מזה פטורים משום אונס. אלא הוכיח מזה הגר"ש זצ"ל דעל גזילה אין פטור של אונס ואפילו באונס גמור דאדם המזיק פטור גזולן חייב. ויסוד זה מוכיח המחנ"א מגמ' דידן. וחדושו זה הוא הפך דברי הקצה"ח בס' כ"ה סק"א שכתב דאפילו באונס שאדם המזיק חייב בו גזולן פטור דלא נתרבה אונס כרצון אלא לענין מזיק.

וסברת הסוברים דגזולן חייב על אונס אף שמזיק פטור הוא ע"פ מה שמבואר בשיטמ"ק בשם הרא"ש לעיל דף ק"ד: דגזולן לא חשיב מלוה הכתובה בתורה דנתרבה ממנו ע"י ממון חברו והוי כלוה דסברא שצריך לשלם משא"כ מזיק שלא משתרשי ליה ממון חברו הוי מלוה הכתובה בתורה. ומבואר בדבריו דחייב דגזולן אינו על הפסד ממון חברו אלא על מה שהכניס לרשותו ממון חברו [ואעפ"כ גזולן נמנה באבות מזיקין וע' מה שכתבנו מזה בריש ב"ק דף ב.]. ומה"ט נמי יש חילוק בין מזיק לגזולן לענין פטור באונס גמור. דכמו שעל משתרשי ליה ונהנה אין פטור של אונס כמבואר בהניח להם אביהם פרה דמשלמים דמי בשר בזול מדין נהנה הכא נמי בגזולן אין פטור אונס.

אמנם כל דברי המחנ"א בזה הם רק אי אמרינן דחייבו של האוכל הוא מדין גזולן או יש מקום לחייבו אפילו באונס גמור אבל לדעת הקצה"ח בס' ל"ד דגונב מן הגנב פטור אפילו מקרן וחייב האוכל מדין מזיק א"כ בודאי אין מקום לחייב כשלא ידע שזה גזול.

ולאביי פליגי בדר"ח. כתב הרשב"א דאם המחלוקת הוא בדר"ח עכצ"ל דמירי באין גזילה קיימת דבגזילה קיימת לכו"ע מוציאים

נאמן הבעלים לטעון גנובים במיגו דשאולים וכן בגודרות נאמן לטעון שהמחזיק גנבם במגו דהלכו מאליהם ובאופן זה אינו משלם דמים וליכא ברי ושמא ואעפ"כ ס"ל דמהני המגו ועכצ"ל כתירוקן הנתיבות דאין זה נחשב להוציא.

במה שכתבו התוס' דאין הבעלים משלמים ללוקח מדין השבת אבידה מפני שמירי שהיו יכולים להציל בעצמם ע' מה שכתב בזה הקצה"ח בס' שני"ו סק"ג.

בדברי הנ"י כאן בענין מגו דהעזה בממון עיין בש"ך כללי מגו אות ו' והגהות אמרי ברוך שם ובמה שכתבנו בזה בב"מ ב. ובב"ב נ"ב:.

דף קטו.

גנב ומכר ואח"כ הוכר הגנב. המחנ"א בדיני גזילה ס' ז' מסתפק בהא דגנב ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רמז"ג אי הוי דוקא בידע האוכל שהחפץ גזול או גם בלא ידע. ומביא שבריטב"א בכתובות וכן ברא"ש בתשובה מבואר דאם לא ידע פטור דאין כונתו לגזול והמחנ"א מוכיח מסוגיא זו דחייב גם אם לא ידע. דמבואר בגמ' דמאן דאמר הדין עם השני מיירי לפני יאוש וכר"ח דרמ"ג רמ"ג דנחשב השני גזולן אע"פ שנתן דמים וע"כ מיירי בלא ידע שזה גזול דאל"כ ליכא תקנת השוק. וטעמא דמלתא דחייב אף שסבור שהוא של המוכר, ומבואר לעיל לגבי הניח להם אביהם פרה שאולה וטבחוה פטורים משום דהוי אדם המזיק באונס גמור כמו שבארו התוס' בריש המניח. א"כ מה"ט יפטר נמי הכא. אמנם הביאור הוא ע"פ מה שהיה רגיל מרן הג"ר שמואל רזובסקי זצ"ל להוכיח מתוס' בקידושין נ"ה. שכתבו דגזבר שלקח חפץ של הקדש וחשב שזה שלו דלא מעל מפני שלא נחשב מעשה גזילה כיון שחשב שזה שלו ולא כוון להכניס לרשותו והביאו ראיה לזה מהניח

הרשב"א אינה מוכרחת לפי מה שפרשו האחרונים דהמחלוקת אי מהני ש"ר ואח"כ יאוש או לא תלוי בגדר ש"ר דאם כל הדין ש"ר הוא כדי שיהיה בהתירא אתא לידיה א"כ בעינן דוקא יאוש ואח"כ ש"ר ואם ש"ר נחשב שינוי במצב של החפץ והוי כשינוי כל דהו ומהני בצירוף עם יאוש א"כ מהני יאוש גם לאחר השינוי רשות. ודינו של הרשב"א דלקיחה בע"כ לא נחשב ש"ר מוכן יותר לצד שענין ש"ר הוא שינוי במצב של החפץ וזה נעשה ע"י הקנאתו לרשות אחרת ולא כשלוקח שלא מדעת בעליו משא"כ לענין סברת בהתירא אתא לידיה לכאורה לא צריך להיות נ"מ בין לקיחה מדעת הנותן לבין בע"כ. א"כ י"ל דהא בהא תליא ואמנם למ"ד דמהני ש"ר ואח"כ יאוש מוכח דס"ל דלקיחה בע"כ אינה ש"ר אבל אין להוכיח מזה למאן דאמר דבעינן יאוש ואח"כ ש"ר. דדוקא למ"ד דמהני ש"ר ואח"כ יאוש והוא משום דס"ל דהוי כשינוי לכן ס"ל נמי דלא מהני בע"כ של הנותן אבל למ"ד דלא מהני ש"ר ואח"כ יאוש משום דס"ל דענין ש"ר הוא בהתירא אתא לידיה מה"ט נמי יתכן שס"ל שגם בע"כ של הנותן איכא ש"ר ואין להוכיח ממ"ד אחד לחברו. [וע' לעיל ריש פרקין שכתבנו דלכאור' רמב"ח דס"ל רשות יורש כרשות לוקח דמי יסבור נמי דש"ר ואח"כ יאוש לא מהני והובא שם דהג"ר מאיר שמחה זצ"ל כתב איפכא דלרב"ח דס"ל דאין מזיק וגזילה בדבר גזול א"כ גם בש"ר ואח"כ יאוש הוי בהתירא אתא לידיה ויועיל].

בגדר תקנת השוק. יש לעיין אם תקנו

שארין זכות לקחת החפץ אלא תמורת דמים או שלא בטלו זכותו אלא שחיבו לשלם ורמי עליה חוב. והנ"מ לכאורה יהיה במקום דאיכא ספק אם עשו תקנת השוק אי נימא דמספק אינו מוציא החפץ עד שישלם דמיו או שמוציא את החפץ ולענין הדמים הוי הלוקח הממזע"ה. ולענין גנב מפורסם נחלקו הפוסקים אי תקנו תקנת השוק. שיטת תוס' שבגנב מפורסם לא

מהלוקח כמבואר בריש פרקין. ודברי הרשב"א לכאורה אינם מובנים נדחלקו לענין מתנות דזרוע לחיים וקיבה ואם אין הגזילה קיימת הרי הוא פטור דהוי כמזיק מתנות כהונה. וע' תוס' חולין קל"ד. שהקשו כן דממ"נ אם קיים אינו נוגע למחלוקת ר"ח ורמב"ח ואם אינה קיימת במתנות בודאי פטור. וכתב בזה המחנ"א דיני גזילה ס' ז' דמיירי בגזילה קיימת ואף דעיקר מחלוקת ר"ח ורב"ח הוא באין גזילה קיימת מ"מ ממחלוקתם באין גזילה קיימת נלמד נ"מ גם בגזילה קיימת. דר"ח ורב"ח פליגי אי בדבר גזול לפני יאוש יש חיובי מזיק או גזול על האוכל ר"ח ס"ל דיש על האוכל דין גזול ורב"ח ס"ל דאין עליו דין גזול. ואף שבגזילה קיימת לכו"ע מוציאים מהלוקח מ"מ לדעת ר"ח מוציאים ממנו כדין גזול ולרב"ח אין עליו שום חיובי גזול אלא כיון שמחזיק ממון חברו לא גרע מפקדון. וכתב בזה המחנ"א דלרבמ"ח כיון שאין עליו דין גזול אמנם אפשר להוציא ממנו מ"מ צריך לשלם דמים מדינא ללוקח דכיון שאין הלוקח גזול אין צריך להפסיד כשמוציאים ממנו משא"כ לר"ח דהשני הוי גזול מוציאים ממנו ואינו מקבל דמים אלא באופן דאיכא תקנת השוק. וע' באו"ש פ"ט מביכורים ה"ד שכתב שנראין דברי המחנ"א בזה ומוסיף בזה קצת ביאור יעו"ש. וכדברי המחנ"א מבואר בתוס' ר"ד כאן. אמנם החזו"א ב"ק ס' ט"ז סקכ"א ד"ה ומש"כ חולק על המחנ"א וכתב דאין דבריו מובנים. ושם בסק"ח ד"ה במאי פליגי כתב ביאור אחר בסוגיא עי"ש.

ש"ר ואח"כ יאוש. הרשב"א בריש

פרקין הקשה למ"ד דמהני ש"ר ואח"כ יאוש כל גזול יקנה ביאוש גרידא בצירוף הש"ר שנעשה בעצם מעשה הגזילה ולמד מזה הרשב"א דש"ר הוא דוקא כשנתן הגזול ללוקח מדעתו ולא בלקח בע"כ. ואף דקי"ל כמ"ד ש"ר ואח"כ יאוש לא קנה מ"מ ממאן דאמר דקנה נשמע לדין דש"ר הוי רק מדעתו. ולכאורה ראית

הערות

הגזול ומאכיל דף קטו.

וציונים

רנה

עשו תקה"ש והרא"ש חולק. המחבר בס' שני"ו סע' ב' פסק כתוס' והרמ"א מביא י"א כרא"ש. הש"ך מביא בשם המהרש"ל שפסק כרא"ש והש"ך מכריע דלא כרא"ש. ורע"א מביא שם בשם המהרי"ט שדן מה יהיה הדין מספק ומדמה לגמ' בב"ב כ"ד: אילן שסמוך לעיר קוצץ. אם העיר קדם קוצץ ואינו נותן דמים אילן קדם קוצץ ונותן דמים. ספק קוצץ ואינו נותן דמים. ומבואר שם טעמא שבודאי צריך לקצוץ והספק הוא על הדמים וה"ה הכא אין ספק לענין החזרת החפץ אלא רק ספק על הדמים ולענין זה הלוקח הוא המוציא. ובגמ' בב"ב גופא צ"ב למה לא אמרין דעל הצד שהאילן קדם אינו חייב לקצוץ אא"כ יקבל דמים ומספק לא יקצוץ בלי דמים וצ"ל דחיוב קציצה אפילו על הצד שהאילן קדם אינו תלוי בנתינת הדמים והדמים הוא מלתא אחריית וה"ה הכא שמדמה המהרי"ט להתם צ"ל דתקה"ש לא היתה שביטלו את זכותו לקבל את החפץ עד שיתן דמים. אלא זכותו במקומו עומד ורמי עליה חיוב דמים לכן מספק אינו נותן דמים. אמנם הראיה מב"ב תלויה במחלוקת הפוסקים. בגדר הדין של קוצץ ואח"כ נותן דמים. ועיין מה שכתבנו בזה בס"ד שם בב"ב כ"ד:.

וגם ממתני' דהמכיר כליו יש להוכיח כן דאי נימא דכל זכותו ליטול החפץ הוא רק עבור דמיו למה צריך הלוקח שבועה כמה הוציא, יביא הנגזל ראייה ששילם פחות כדי להוציא החפץ. וע' בקצה"ח ס' שני"ו סק"ד שיש אופן שבאמת נאמן בלי שבועה. דשיטת הרמב"ם דלוקח מגזולן שקנה ביאוש וש"ר משלם דמים לבעלים אך זה באופן דליכא תקה"ש כגון בגנב מפורסם אבל בגנב שאינו מפורסם אף שמדינא חייב הלוקח דמים מ"מ מתקה"ש הבעלים מחזיר לו דמים א"כ בזה אין הלוקח משלם דמי החפץ אא"כ החפץ שוה יותר ממה ששילם הלוקח שחיובו של הלוקח לשלם דמים לבעלים תלוי בערך החפץ ואפילו קבלו במתנה

משלם משא"כ תקה"ש לא תלוי בשווי החפץ אלא כמו ששילם הלוקח. ובזה כתב הקצות שאין הלוקח צריך לישבע כמה הוציא כיון שכאן אינו מוציא דמים מהבעלים מכח תקה"ש אלא נפטר מלשלם דמי החפץ ובזה הבעלים הם המוציאים ועליהם הראיה. ואילו היינו אומרים שתקנת השוק היתה שזכותו ליטול החפץ תלוי בנתינת דמיו תמיד הבעלים היה המוציא ולא היה הלוקח צריך שבועה.

אולי יש לבאר בזה את דברי הקצה"ח בס' פ"ב סק"ב דהובא לעיל שהש"ך בס' קל"ג סק"ג כתב דהא דכתבו התוס' בשבועות בתירוצו הראשון שאם הכלים עשויים להשאיל נאמן הבעלים במתני' בלי שם גניבה במגו דשאולים וקשה דהוי מגו להוציא ותי' הש"ך כיון שמשלם דמים מתקה"ש אין זה מגו להוציא והובא שהקצות חולק ומוכיח מתו' בריש ב"מ דגם כשמשלם דמים הוי מגו להוציא. וראית הקצות הוא מתוס' ב"מ ב. שכתבו דהא דבזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי אינו נוטל חצי במגו דכולה שלי הוא משום דהוי מגו להוציא. ומתני' דהתם מיירי בין במציאה בין במקח ולענין מקח מוקי לה הגמ' התם בנטל זוזי מתרוייהו אחד מדעתו ואחד בע"כ ואם יזכה אחד יקבל חברו דמיו ואעפ"כ חשיב מגו להוציא. וכתב ע"ז הנתיבות בס' קל"ג סק"ח דאין ראייה מב"מ דהתם הוא נוטל החפץ ואינו נותן דמים אלא חברו מקבל דמיו מהמוכר ואם יאנסו המעות אצל המוכר לא יקבל חברו את מעותיו. לכן שם נחשב מגו להוציא משא"כ הש"ך מיירי באופן שהתובע נותן דמים ומקבל החפץ בזה שפיר כתב הש"ך דלא חשיב מגו להוציא. ולפי מה שנתבאר דתקנה"ש אינה שכל זכותו ליטול את החפץ הוא רק בנתינת דמים אלא לא בטלו את זכות הנטילה אלא חייבו את הבעלים לשלם דמיו ואעפ"כ ס"ל לש"ך דלא נחשב מגו להוציא אף דאין קשר בין לקיחת החפץ לחיוב הדמים בזה

מובן יותר מה שהקצות מדמה הנידון של הש"ך לתוס' בב"מ.

ולכאורה היה אפשר להביא ראיה למה שהסתפקנו בגדר תקה"ש מדברי הירושלמי שמוכר בר"ן בשבועות שהובא לעיל דשבועה דמתני' הוא תקנ"ח ומבואר בר"ן דהיה קשה לירושלמי שיהיה נאמן במגו דלקחתי ממך ולא יצטרך שבועה כמה הוציא ולכאורה הוי מגו להוציא ומה קשה לירושלמי. ואין לאמר דאין זה נחשב מגו להוציא כיון שנוטל מתקנ"ח והמגו בא רק לפטור מהשבועה דהר"ן בריש פרק שבועת הדיינים הקשה למה לא מנו שבועה דמתני' דישיב כמה הוציא ויטול בתוך הנשבעין ונוטלין שנזכרו שם ותי' דהנשבעין ונוטלין דשבועות הם כאלה שמעיקר הדין אינו נוטל כלל ותקנו שישבע ויטול אבל כאן מעיקר הדין נוטל בלי שבועה ומביא גם בזה הר"ן את הירושלמי וטעמא דהירושלמי שמדינא נוטל בלי שבועה הוא משום מגו כמבואר בר"ן שהובא לעיל נמצא דמה דנוטל מעיקר הדין במתני' דידן הוא מכח מגו ולמה לא חשיב מגו להוציא, ולכאור' היה נר' דמבואר מזה שהירושלמי לומד דתקנה"ש היתה שאין זכות להוציא החפץ אלא תמורת דמיו וא"כ הוי המגו של הלוקח להחזיק החפץ בידו עד שיקבל הדמים שנתן ולא הוי מגו להוציא. אמנם אין להוכיח מזה דמבואר בב"ב דף לו. בהני עיזי דנאמן עד כדי דמיהם במגו דלקוחים דלא נחשב מגו להוציא אף שתובע ממון שהזיקו כיון שהעיזי בידו אף שלדבריו אין לו שום תביעה על העיזי וה"ה כאן.

אתמר גנב ופרע בחובו. כל סוגיא זו מיירי באופן שלא נתיאשו הבעלים דאל"כ אינו מוציא מהלוקח כלל ואף דסתם גניבה יאוש בעלים צ"ל שמיירי בבעלים מרדפין כמש"כ תוס' לעיל בד"ה המכיר. וכתב ע"ז בעה"מ דאין לאמר דמיירי בגנב עכו"ם ובעכו"ם סתם

לא הוי יאוש דבלוקח מעכו"ם אין תקנה"ש כמבואר לעיל בדף צ"ו. דכל שיד עכו"ם באמצע לא תקנו שיזכה בשבח. והרמב"ן תמה על דברי בעה"מ דלא דמי לתקנה דהכא שהוא תקנה בשביל הלוקח ובה אין נ"מ אם הגזול הוא ישראל או עכו"ם משא"כ לעיל התקנה הוא לגזול והלוקח לקח זכותו של הגזול בזה אם הגזול הוא עכו"ם ליכא תקנתא. וע' בש"ך ס' שנו"ו סק"ו שכתב שמתוס' לעיל קי"ד: ד"ה המכיר מבואר דס"ל כרמב"ן דגם בלוקח מעכו"ם איכא תקנה"ש. וסברת בעה"מ אולי צ"ל דס"ל דיסוד תקנת השוק היא תקנה למוכרים כדי שיוכלו למכור ולא ימנעו הלוקחות לקנות מחשש גזול ובמוכר עכו"ם מה לנו אם לא יקנו ממנו לפיכך לא תקנו. וע"ע ברמב"ן שכתב עוד כמה אופנים דליכא בסתם גניבה יאוש בעלים. אך כ"ז לדעת הראשונים דס"ל דאם קנה ביאוש וש"ר אינו משלם דמים לפיכך נקטו דאין ענין של תקנה"ש אא"כ לא היה יאוש אבל לשיטת הרמב"ם שגם כשזכה ביאוש וש"ר משלם דמים ולדבריו גם אחר יאוש יש מקום לתקנת השוק לענין שלא ישלם הלוקח דמים כמבואר ברמב"ם פ"ה מגניבה ה"ג א"כ אפשר לפרש הסוגיא כאן גם לאחר יאוש. ואין צורך למה שנדחקו הבעה"מ והרמב"ן. אמנם הגאון בס' שנו"ו סק"ד הקשה מגמ' זו על הרמב"ם דלמה הוצרך ר' פפא לאמר בגלימא כו"ע לא פליגי דהדר למריה ופליגי בעשו תקנה"ש הא לדעת הרמב"ם הוי מצי למימר איפכא דלענין הגלימא כו"ע לא פליגי דזכה הלוקח ביאוש וש"ר ופליגי אם עשו תקנה"ש לענין לפטור הלוקח מלשלם דמי החפץ לבעלים. וכתב הגאון דהיה לרמב"ם גרסא אחרת בגמ' ע"ש.

זבינא שוה מנה במאתים וכו'. כתב השיטמ"ק בשם ר' יהונתן דהסברא שיש בזה תקנה"ש הוא משום דאין אונאה לקרקעות וחשיב דמי המקח. ומבואר דס"ל שגם בקרקע איכא תקנה"ש.

הערות הגזול ומאכיל דף קטו. – קטו: וציונים רנו

כאן גנב הראוי לתקן בגללו ממילא אין תקנה גם ללוקח שני.

לשון הגמ' בנרשאה גנב ספרא הוא דלבסוף הוכר הגנב ובפשטות אינו בדוקא אלא כך היה מעשה אמנם בשיטמ"ק כתב דמחלוקת אביי ורבא הוא דוקא בהוכר הגנב וע"ש טעמו. וכדבריו נראה גם מלשון הרמב"ם פ"ה מגניבה ה"ט שכתב דין זה בהוכר הגנב.

דף קטו:

לימא ליה מהפקירא קא זכינא.
בלשון רש"י מבואר דקושיית הגמ' שיקח את כל הדבש של חברו. וכך באמת הדין כשאין עקל בת הבד כרוך עליה. אמנם בשיטמ"ק בשם ר' גרשום כתב דכשאין עקל בית הבד לוקח בעל היין דמי יינו מתוך דובשנו של חברו. ואולי כונתו דמייירי באופן ששפך יינו כדי להציל דובשנו של חברו ולא היתה כונתו לזכות לעצמו אעפ"כ אמרינן דכנגד דמי יינו מסתמא כיוון לזכות אבל אם ירצה יכול לזכות לעצמו את כל הדבש כמבואר ברש"י. אמנם יתכן שדברי ר' גרשום הם בדוקא וס"ל שאינו יכול לזכות יותר מדמי היין. דמה דפשיטא לגמ' דנעשה הדבש הפקר הוא משום דא"א להציל ואין חיוב על חברו להציל אבל אילו היה חיוב על חברו לשפוך יינו ולהציל הדבש לא היה הדבש הפקר כיון שבעל היין יכול ומחויב להציל. כן מבואר בשיטמ"ק כאן בשם הרא"ש. אך צ"ב לר"י בנו של ריב"ב דס"ל שמחויב בעל היין לשפוך יינו כדי להציל הדבש למה הוי הפקר ונר' דמה"ט פירש ר' גרשום דזוכה רק כנגד דמי יינו דשאר הדבש אינו הפקר כיון שבעל היין מחויב להציל אבל כיון שחיוב ההצלה הוא רק ע"מ לקבל דמי יינו מתוך דובשנו של חברו א"כ חלק הדבש שכנגד דמי היין בודאי הוי הפקר דאם לא יקבל דמי יינו אינו חייב להציל ואז הכל הפקר נמצא דאין לבעלים אפשרות הצלה אלא על מה שהדבש

נרשאה גנב ספרא כו'. אביי ס"ל דתקנת השוק היתה דוקא בלוקח מגנב ולא בכל לוקח ממי שאינה שלו. ולכן ללוקח מלוקח לא תקנו ולכן סובר אביי שרק את מה ששילם לוקח ראשון לגנב יש עליו תקה"ש ואת זה נותנים ללוקח שני אבל מה ששילם לוקח שני לראשון אין עליו תקה"ש. ויש להסתפק בסברת רבא דפליג וס"ל שגם לענין מה שנתן לוקח שני ללוקח ראשון יש תקה"ש אם טעמו משום דפליג לגמרי על סברת אביי וס"ל דאין נ"מ אם לקח מגנב או לקח מלוקח מגנב דכל ששילם עבור חפץ שלא היה שייך למוכר נכלל בתקנה"ש או אולי גם רבא מודה דתקנו רק במקום גנב אלא דאין נ"מ אם קנה ישיר מהגנב או שקנה מהגנב דרך לוקח אחר דסו"ס הגיע אליו ממון של הגנב וגם זה נחשב לוקח מגנב דהאמצעי אינו אלא כספסירא. ולכאורה נראה דבזה נחלקו הרמב"ם והראב"ד בפ"ה מגניבה ה"ט בלוקח מלוקח שלקח מגנב מפורסם, אם גם בזה אמרינן דיש תקנה"ש ולוקח שני מקבל מבעל החפץ את כל מה ששילם ללוקח ראשון אע"פ שבכה"ג ללוקח ראשון אין תקה"ש כיון שלקח מגנב מפורסם או שגם ללוקח שני אין תקה"ש כיון שהגנב היה מפורסם. וע' במגיד משנה שם שכתב שנחלקו בזה הרמב"ם והראב"ד וסיים ואין לי בזה הכרע. ואינו מובן מהו הספק ומה בכך שהגנב היה מפורסם הא לוקח שני לא לקח מהגנב אלא מלוקח ראשון ולוקח ראשון אינו מפורסם ולמה שלא יהיה בזה תקנה"ש אלא תלוי בספק הנ"ל. דאי אמרינן דרבא פליג לגמרי על סברת אביי וס"ל דלא בעינן דוקא גנב אלא דינו של לוקח מגנב כדין גנב א"כ אין שום חסרון במה שהגנב היה מפורסם כיון שהלוקח אינו מפורסם אבל אי אמרינן דרבא מודה לאביי שהתקנה היתה דוקא בגנב אלא דס"ל דזה נחשב כלוקח מגנב ע"י לוקח ראשון בזה רק כשהגנב אינו מפורסם שיש תקנה כלפי לוקח ראשון ממילא יש תקנה גם לשני שבא מכח ראשון אבל במפורסם שאין

שזה יותר על היין. ולכן פירש ר' גרשום קושית הגמ' מהפקירא קא זכינא רק לענין דמי היין וכשאין עקל בית הבד כרוך עליה יכול לזכות רק עד כדי דמי היין ולא יותר. ונראה לכאורה דמה דרש"י לא ס"ל כן אלא שהכל הפקר משום דס"ל דלא קי"ל כר"י בנו של ריב"ב ונחלקו בזה הראשונים [ועיין תוס' לעיל פ"א:] והובא מחלוקת להלכה בחו"מ סי' רס"ד וא"כ אינו מחויב לשפוך יינו ולכן כל הדבש הוי הפקר. אבל ר' גרשום בסוף דבריו כתב דכל מה דפליגי רבנן עליה דר"י בנו של ריב"ב הוא רק לענין לקוץ את סוכו אבל לשפוך יינו כדי להציל הדבש מחויב לכו"ע ולכן ס"ל דלא נעשה כל הדבש הפקר אלא רק כנגד דמי היין.

מי לא תניא הרי שהיה טעון כדי יין

ובו. צריך להבין אם לא פשוט לגמ' מסברא דדבר שהולך לאיבוד הוי הפקר מה ראייה הביאו מבריייתא זה אולי מה שאינו יכול לתרום על דבר שהולך לאיבוד אינו משום דהוי הפקר אלא דהוי כדבר שאינה ברשותו כיון שאינה בשליטתו והוי כדבר גזול דהוי שלו ולא נעשה הפקר ואעפ"כ אין בידו להקדיש או להפקיר ולכן אין יכול לעשותו תרומה ומה ראייה מזה דהוי הפקר. וראיתי בדבר אברהם ח"ב ס' ט"ז אות ד' שכתב דדין אינה ברשותו נאמר רק לענין קנינים והקדש והפקר דדמו לקנין אבל הפרשת תרומה אינה אלא התפסת קדושה ואינו קנין ובזה אין חסרון של אינה ברשותו. ולפ"ז ע"כ הא דאינו יכול לתרום הכא משום דהוי הפקירא וניחא ראית הגמ'. ואף דמפורש לעיל ס"ט: דחילול מע"ש א"א כשהפירות אינם ברשותו אף דאין זה אלא העברת קדושה ולא נעשה בזה שום שינוי בעלות למ"ד מע"ש ממון הדיוט, צריך לחלק דחילול מע"ש נעשה ע"י כסף והוי כמעשה קנין. אך דברי הדבר אברהם מחודשים דבפשטות א"א לעשות שום חלות שתלוי בבעלים בדבר שאינה ברשותו. וכן ראיתי שנקטו האחרונים דגם בהפרשת תרומה בעינן ברשותו. [ע' אבן האזל פי"ב מגזילה

ה"ה וחזו"א ב"ק ס' י"ח סק"ג וכ"כ בקובצה"ע בהשמטה לס' ע"ב בשם הירושלמי]. ולפ"ז קשה מה ראית הגמ' מזה שא"א לתרום דהוי הפקר. ולשיטת רע"א בגליון הש"ס ב"מ דף ז. דרך כשיש קניני גזילה נחשב אינה ברשותו אבל דבר גזול שאין בו קניני גזילה נחשב ברשות הבעלים ניחא אבל למה שכתבו האחרונים לישב קושית רע"א שם [ע' חזו"א ב"ק ס' ט"ז סק"ט וקו"ש ב"ק אות ט'] דגם כשאין קניני גזילה יש דין אינה ברשותו כשאין הממון בשליטתם של הבעלים א"כ ה"נ יתכן שלא חל ההפרשה מפני שאין זה ברשותו. ואכתי יש לישב לפי דברי האו"ש פ"ג מגניבה ה"ב ד"ה הן דס"ל דאבידה לפני יאוש הוי ברשות הבעלים ולשון האו"ש שם הוא דאינה ברשות הבעלים הוא דוקא כשנמצא ברשות אדם אחר אבל כל שלא נכנס לרשות אחר נחשב ברשות הבעלים אף שאינו בשליטתם. א"כ כאן לולא שנעשה הפקר היה יכול לתרום. אך האמרי משה בסי' ל"ד אות ד' חולק ומוכיח דאבידה אינה נחשבת ברשות הבעלים וגם בקצה"ח בס' ת"ו שכתב שמה שא"א למכור איסה"נ אף לסוברים דיש בעלות על איסה"נ הוא משום דהוי כאינה ברשותו והתם ליכא קניני גזילה ואינו ברשות אחר ואעפ"כ נחשב אינה ברשותו ולדבריהם הדרא קושיא לדוכתיה.

אמנם באמת נראה דלק"מ דצריך להבין בכלל מה הגמ' צריכה ראייה דאפשר לזכות הא פשיטא דאם אינם יכולים להציל בודאי מתיאשים הבעלים ולא גרע מכל אבידה אחר יאוש. וצ"ל דס"ד דדוקא בדבר שנאבד ולא נמצא ברשותו מהני יאוש אבל כאן שנמצא היין ברשותו אף שהולך לאיבוד אולי הוי ברשותו ולא מהני בזה יאוש אבל מזה דחזינן דאינו יכול לתרום דבר שהולך לאיבוד מוכח או דהוי ממש הפקר או עכ"פ דהוי אינה ברשותו ואם זה נחשב אינה ברשותו פשיטא דמהני היאוש להחשיבו כהפקר דכל מה שהיה צד שא"א

הערות

הגזול ומאכיל דף קטו:

וציונים

רנט

לזכות הוא רק משום דס"ד שנחשב ברשותו אבל אם במצב זה הוי אינה ברשותו א"כ פשיטא דמהני היאוש ואפשר לזכות. ושו"ר בחזו"א ס' י"ח סק"ג שכתב דע"כ אין הטעם דלא חל משום אינה ברשותו כיון שנמצא ברשותו אע"כ דהיאוש מחשיבו כהפקר.

ושו"ר בקובץ ביאורים על מס' גיטין אות ל"ז שעמד בשאלה זו ומוכיח מכאן שאפשר לתרום על דבר שאינו ברשותו. וזה דלא כדבריו בקובה"ע הנ"ל. וע"ע בענין הפרשה כשהשיריים אינם ברשותו בקונטרס דברי סופרים ס' א' אות י'. ולגבי שחרור עבד שאינו ברשותו עיין רע"א בגליון הש"ס גיטין ל"ח. והרבה אחרונים כתבו שם דליכא דין אינה ברשותו לגבי שחרור.

נמצא כמה דרכים בישוב דברי הגמ'. א. דבהפרשה ליכא דינא דאינה ברשותו, דבר אברהם. ב. לשיטת רע"א דאינה ברשותו תלוי בקניני גזילה. ג. לשיטת האו"ש דכ"ז שלא נכנס ברשות אחר נשאר ברשות הבעלים. ד. באמת ראית הגמ' היא רק דהוי אינה ברשותו וממילא מהני יאוש כדין אבידה לאחר יאוש. ה. דלא שייך הכא חסרון דאינה ברשותו כיון שנמצא ברשותו. ע' בתרומת הכרי ס' רס"ב שהוכיח מגמ' זו דמהני יאוש בדבר שנמצא ברשותו והקשה מכאן על הרמב"ן דס"ל דיאוש ברשות לא מהני אבל בפשטות הרמב"ן ס"ל כן רק במקום שאין הממון הולך לאיבוד אבל במקום שהולך לאיבוד מהני יאוש גם כשנמצא ברשותו וזה החידוש שהגמ' למדה מברייטא דהיה טעון כדי יין. אך בחזו"א הנ"ל מבואר שגם בכה"ג לא מהני יאוש ברשות ולכן מוכח מהברייטא דהוי הפקר.

מי שבא בדרך ואנם כנגדו. מבואר בגמ' דגם בכה"ג אף שלא דמי ממש לחבית שנשברה דהכא מצד עצמו אינו הולך לאיבוד ודבר אחר גורם אעפ"כ הוי כהפקר. ואף

שלענין מנא תבירא חלקו התוס' לעיל דף י"ז: בין זרק כלי מראש הגג לזרק אבן או חץ על הכלי דבזה לא נחשב למנא תבירא ואחר שקדם ושברו יתחייב מ"מ הכא לענין הפקירא לא מחלקים בזה. אך קשה למה בזרק חץ על כלי מתחייב השובר אמנם אינו מנא תבירא מ"מ הא נעשה הכלי הפקר וכל הקודם זכה ולמה יתחייב על שבירתו. וזה בל"ה קשה בזרק כלי מראש הגג למה צריך להגיע למנא תבירא ת"ל דהוי הפקר. ע' חזו"א ב"ק ס' י"א סק"ט ואמרי משה ס' ל"א דכיון שהזורק מתחייב בתשלומי החפץ עדיין יש לבעלים שמוש בחפץ לענין לתבוע דמיו ולכן אינו מפקיר ואה"נ אם א"א לתבוע את הזורק כגון שהיה חשו"ק באמת נעשה הפקר ולא יתחייב השובר.

וכ"ל היכא דאיכא פסידא לכתחילה
לא יאמר והתניא וכו'. שיטת רש"י דקושית הגמ' על הא דבמקום דאיכא פסידא אפילו בהפסד מועט אסור לתרום לכתחילה והכא ביין טמא מותר לתרום לכתחילה אע"ג דאיכא קצת פסידא דאפשר לזלף יין טמא אף שהוא חדש ואינו טוב לזילוף מ"מ קצת הפסד יש בזה ולמה נקטה הברייטא לכתחילה לא יתרום רק בשמן דהוי הפסד מרובה כיון דשמן טמא ראוי להדלקה. ושיטת תוס' דין טמא לא חשיב הפסד כלל כיון שבל"ה הוא טמא ואינו ראוי לשתייה וחדש אינו ראוי לזילוף וקושית הגמ' היא למה חל ההפרשה בדיעבד הרי זה הולך לאיבוד והוי הפקירא. ותי' הגמ' כשעקל בית הבד כרוך עליו לתוס' הוא פשוט דאפשר להציל ע"י הדחק לכן אינו הפקר וחלה ההפרשה. אבל לרש"י צ"ל דהפסד מועט שאוסר לכתחילה היינו דוקא באופן שהיין ראוי לשתייה ותורם דבר שהולך לאיבוד ואפשר להצילו ע"י הדחק ואף דאפשר להציל נחשב הפסד כיון שיש בזה טירחא והוצאה. אבל יין טמא גם אם א"א להציל כלל הוי רק הפסד מועט כיון שבל"ה אין לו שימוש טוב ובזה כשמצטרף מה שאפשר להציל ע"י הדחק הרי

זה מחשיבו שאין כאן הפסד כלל. ולכן תורם אפילו לכתחילה.

ובהמשך דברי הגמ' נתגלתה למאי חזיא לרש"י הכא נמי פריך אמאי תורם לכתחילה הא איכא הפסד מועט שלא יוכל לזלף היין הטמא ומשני כרב נחמיה שאפשר להעבירו במסננת ואע"ג דשמן נמי אפשר להעביר במסננת מ"מ שמן שיש לו שימוש טוב אף בטומאה אף שיוכל להשתמש ע"י העברה במסננת מ"מ חשיב הפסד מועט משא"כ ביין שאין בו הפסד גדול שמתחילה לא היה ראוי אלא לזילוף ויין חדש אינו טוב לזילוף וגם עכשיו אם ירצה לסנן יוכל לזלף א"כ ב' הסברות יחד גורמים דלא נחשב אפילו הפסד מועט. זה הפשט הפשוט בגמ' לשיטת רש"י.

ולשיטת תוס' קושית הגמ' נתגלתה למאי חזיא היינו שלא יחול ההפרשה אפילו בדיעבד כיון שאין היין ראוי לכלום. וב' דרכים נאמרו בזה בביאור קושית הגמ' לשיטת תוס'. הפנ"י כתב דהכא אינו הפקר דאינו הולך לאיבוד אלא רק נאסר ולא גרע מאיסה"נ דיש סוברים דאית להו בעלים אלא שאלת הגמ' דלא יחול ההפרשה משום הפסד כהן. ואע"ג דלעיל מבואר דהפסד כהן הוא סברא רק לענין דלכתחילה לא יתרום אבל בדיעבד חלה הפרשתו הכא שאני דאינו ראוי כלל. ועפ"ז שואל הפנ"י מה ראית הגמ' לעיל דדבר שהולך לאיבוד נעשה הפקר מזה דאין תרומתו תרומה אולי הטעם שאינו תרומה הוא מפני שהולך לאיבוד ואיכא הפסד גמור לכהן כקושית הגמ' על נתגלתה ונשאר הפנ"י בזה בצ"ע. עיקר חידושו של הפנ"י דהפסד גמור הוא סיבה שלא תחול ההפרשה אפילו בדיעבד מבואר בש"ך יו"ד ס' של"א סקנ"א דבשו"ע שם סע' כ' פסק דאם תרם על דבר שהולך לאיבוד אין תרומתו תרומה וכתב ע"ז הש"ך וז"ל שהרי אינו יכול לקיים מתנות כהונה עכ"ל הרי דס"ל דאם אבוד לגמרי ולא יהיה אפשרות לקים דין נתינה לא

חלה ההפרשה. אבל על הש"ך יקשה ביתר שאת קושית הפנ"י דבגמ' מפורש דטעמא בחבית שנשברה הוא משום מהפקירא הוא והש"ך כתב טעם אחר משום פסידא דכהן. ומה שהביא הש"ך לפרש כן הוא המשך דברי המחבר שם שכתב שבזה"ז דבל"ה מפרישים לאיבוד תרומתו תרומה משמע דהא דברישא אין תרומתו תרומה הוא משום דלא חזי לכהן ובאמת הגאון שם בסק"ע תמה על המחבר דרק בעקל בית הבד כרוך עליו ואינו הפקר חלה הפרשתו בדיעבד ובזה"ז אפילו לכתחילה אבל בלי עקל בית הבד הוי הפקירא ולא חל בדיעבד אפילו בזה"ז דאין הטעם בזה משום הפסד כהן אלא משום דהוי הפקר. וגם החזו"א דמאי ס' ט"ז סקי"ז פשיטא ליה דא"א להפריש על דבר שלא יהיה בו שום אפשרות של נתינה לכהן ואפילו בדיעבד לא חל ההפרשה והחזו"א מדבר שם לענין מה שרצו לתקן הפרשה כללית שיחול על כל מה שהולך לאיבוד וכתב החזו"א דלא מהני מכמה טעמי ואחד מהם הוא דכיון שיחול ההפרשה רק אם ילך לאיבוד ולא יבא ליד כהן ואין אפשרות לקים בזה דין נתינה לא חל אפילו בדיעבד. [וע' אריכות גדולה בענין זה בקונטרס לאפרושי מאיסורא בספר מעדני ארץ למוריניו הגאון ר' שלמה זלמן אויערבך זצ"ל אשר עלה בסערה השמימה בשבוע זה ביום ב' כ' אד"א תשנ"ה ושם בס' ה' דן בענין זה אם אפשר להפריש על דבר שאין אפשרות לקים בו נתינה וע"ש מה שהביא בזה מתוס' פסחים ל"ב.] והקשה החזו"א על דבריו דא"כ מה מייתי הגמ' ראייה דדבר שהולך לאיבוד הוי הפקר מזה שאין תרומתו תרומה אולי התם טעמא משום דהולך לאיבוד ואינו ראוי לנתינה. וזה ממש קושית הפנ"י שהובא לעיל. וכתב החזו"א דחבית שנשברה המצב של הולך לאיבוד הוא דבר חיצוני ואם יהיה נס יהיה בזה נתינה לכהן משא"כ כשמתנה צורת ההפרשה היא באופן שיחול רק אם לא יהיה ראוי לנתינה בזה בודאי שלא חל. ובזה מיושב קושית הפנ"י דדוקא בנתגלתה שכבר בשעת הפרשה אינו

הערות הגזול ומאכיל דף קטז: – קטז. וציונים רסא

מה שהביאו התוס' דמבואר ביבמות דמותר לתרום שלא מן המוקף בע"ש, לשיטת רש"י והריטב"א לא מבואר כן בגמ' אלא מיירי התם בתורם על דשלב"ל למ"ד דאדם מקנה דשלב"ל ואעפ"כ לכתחילה אסור וע"ז נאמר שם דבע"ש מותר אבל על דין מוקף לא נזכר קולא בע"ש. ומה שאין שם איסור מצד דהוי שלא מן המוקף כתב שם הריטב"א דכיון שהחלות יהיה רק אחר שיבואו הפירות לרשותו ואז יהיה מוקף סגי בזה. דהיינו שנחלקו תוס' והריטב"א בתורם לאחר ל' ובזמן מעשה ההפרשה לא היה מוקף ובזמן חלות ההפרשה הוי מוקף לתוס' תלוי בשעת מעשה ההפרשה ולריטב"א תלוי בזמן החלות. והיכא דהוי איפכא דבזמן מעשה ההפרשה הוי מוקף ובזמן החלות אינו מוקף ע' בר"ש פ"ג דחלה מ"א דסגי בזה ויתכן שתלוי במחלוקת תוס' והריטב"א אבל אינו מוכרח.

ר' נחמיה אומר אף מן הטמא על הטמא לא יתרום. סברת ר' נחמיה ע' מקד"ד זרעים ס' נ"ה אות ח' ד"ה אמרינן בבב"ק דס"ל דהא דאסור לתרום מן הרעה על היפה נידון לפי מה שיהיה אחר ההפרשה וכיון שמה שנעשה תרומה הוא תרומה טמאה ואינו ראוי לאכילה ואילו שאר הפירות שנשארו חולין מותרין באכילה בטומאתם הוי כתורם מן הרעה על היפה.

דף קטז.

אין הכרעה שלשית מברעת. שיטת רש"י דתלוי אם הזכירו בפירוש אחד בית ואחד שדה הוי הכרעה ואם לא הוי דעת שלשית. וביאור דברי רש"י הוא דאם ב"ש היה מזכיר אחד בית ואחד שדה הרי דמורה דיש מקום לחלק בין בית לשדה דבשדה איכא חשש גדול יותר אלא דס"ל דחיישינן גם לחשש קטן של בית אבל מודה ב"ש דגם מי שחולק עליו בבית יודה בשדה דשם החשש יותר גדול. אבל אם ב"ש לא הזכירו בית ושדה הרי דס"ל דאין לחלק ביניהם כלל אלא תמיד חיישינן ומי שלא

ראוי לכלום לא חל אפילו בדיעבד משא"כ בחבית שנשברה לולא שהיה הפקר היה חל אף שהולך לאיבוד כיון שעדין לא נאבד. אבל כ"ז מישב רק את דברי הפנ"י אבל דברי הש"ך שכתב על נשבר הטעם משום דאינו ראוי לנתינה זה צ"ע מהגמ' שלומדת מזה דהוי הפקירא. [נע' דבר אברהם ח"ב ס' ט"ז שמאריך לבאר שיטת הרמב"ם בסוגיא זו ואולי לדבריו יתבאר דברי הש"ך וע"ע בחזו"א מש"כ בשיטת הרמב"ם].

כל מה שנתבאר הוא ע"פ דברי הפנ"י דמפרש קושית הגמ' נתגלתה למאי חזיא דאין זה הפקר אלא מפני שאינו ראוי לכהן אמנם התוס' ר"ד כתב בהדיא דקושית הגמ' מכח הפקירא דכיון שנתגלתה הרי היא כאבודה והוי הפקר וכל הקודם זכה ומשמע דלולא זה היה חל ההפרשה אף דאינו ראוי לכהן וכאן א"א לחלק כחילוקו של החזו"א דכאן בזמן ההפרשה הוא כבר אינו ראוי.

תוד"ה הרי שהיה טעון. הקשו דת"ל דבעינן הפרשה מן המוקף. ע' מקדש דוד זרעים ס' נ"ה אות ח' ד"ה אמרינן דכתב דלשיטת רש"י בגטין ל: דטעמא דמוקף הוא דחיישינן שמא הפירות אינם בעין א"כ באופן שהתרומה נמצאת בפניו והפירות שתורם עליהם אינם בפניו החשש הוא שאולי הפירות אינם בעין ונמצא הכהן אוכל טבלים וזה לא שייך הכא כיון שהתרומה הולכת לאיבוד ובל"ה לא יאכל לכהן. אמנם דבריו תלויים במחלוקת ראשונים בדעת רש"י דהתוס' שם בגטין הבינו שרש"י ס"ל דזה הטעם לדין מוקף גם בתרומה גדולה וס"ל דלדעת רש"י כל הדין של מוקף הוא תקנ"ח אבל הר"ש בפ"ב מביכורים מ"ה כתב דדברי רש"י הם רק בתרומת מעשר שבזה דין מוקף הוא מדרבנן אבל בתר"ג שדין מוקף הוא מן התורה מודה רש"י דהוא גזה"כ דבעינן סמוכים אף שיודע שהפירות קיימים. ולפ"ז אין מקום לתירוץ המקד"ד דהכא מיירי בתר"ג.

אבל אין זה מתרץ את ראית המהרי"ק דבעיקר הדין אין חילוק. ובענין זה עיין בשערי יושר ש"ד פ"ט שדן בזה לענין כמה דינים כגון עשר חנויות, ד' מוכרות כשרות, ב' מוכרות נבילה ב' טריפה וב' אבר מן החי. אי נחשב רוב לאיסור או שדנים כל סיבת איסור לחוד ויש כנגדו רוב התר. ועוד כמה ענינים יעו"ש. ושוב הראוני דמה שכתבנו שדברי רש"י בסוגין הם דלא כרמ"א בס' כ"ה בשם המהרי"ק כן הקשה בקו"ש פסחים כ"א. ע"ש.

תוד"ה הכרעה וי"ל דלא מכריע הוא דלאו עליהו קאי שלפניהם היה. לפי מה שמבואר ברש"י דענין מכריע היא דהוי יחיד ורבים לא מובן הסברא בזה דמה נ"מ אם ראה דבריהם או לא סו"ס איכא רוב. וע' בש"ך חו"מ ס' כ"ה על דברי הרמ"א הנ"ל שכתב לחלק בזה בין היכא שהדיינים נמצאים יחד ודנים ביניהם בזה אזלינן בתר רוב גם כשזה מתרי טעמי אבל כשלא דנו יחד אלא אנו באים להכריע מתוך ספריהם בעינן שהרוב יהיה מטעם אחד ואולי זה כונת התוס' דאם דנים יחד ס"ל דאף שכ"א מטעם אחר איכא רוב אבל כיון שהיה לפנייהם בעינן שיהיה הרוב מטעם אחד. אבל עיקר דברי הש"ך צריכים ביאור. וע' רע"א על הש"ך הנ"ל ביו"ד שציין לעיין בשו"ת ראש אפרים ובתוך דבריו שם תמה בזה על הש"ך דמה לי מפהם מה לי מפי כתבם.

אמאי ונימא ליה משטה אני בך.

הריטב"א בב"מ דף נ"ו: [הובא בגליון רש"א כאן] הקשה למה צריך להגיע לטענת משטה ת"ל משום דהוי אונאה ולמד מזה הריטב"א דאין אונאה בשכירות פועלים. והנתיבות בס' רס"ד סק"ח מביא שבשיטתו"ק כאן מבואר שבאמת הא דאינו חייב לשלם מה שהתנה הוא משום אונאה ואף דבגמ' מבואר דהוא משום משטה מבאר הנתיבות דצריך להגיע גם לאונאה וגם למשטה. דכמו שקבלת חפץ מחייב דמים כן הפעולה מחייבת דמים ולא שייך בזה

חושש בבית גם לא צריך לחשוש בשדה דאין לחלק ביניהם. והא דקי"ל כדעת המכריע פרש"י משום דהוי כיחיד ורבים ואם פרשו ב"ש בית ושדה נמצא דלענין שדה ב"ש ור' ישמעאל שוים בטעמם אבל אם לא פרשו הרי דב"ש ס"ל דמה שר' ישמעאל חושש בשדה אף שאינו חושש בבית אינו אמת דב"ש ס"ל שאם בבית לא חוששים ה"ה דלא צריך לחשוש בשדה א"כ ב"ש חולק על טעמו של ר"י ואף דלדברי שניהם בשדה תשפך אין זה מטעם אחד ולא נחשב כרבים. יוצא שמבואר כאן לשיטת רש"י דהלכה כרבים נגד יחיד רק אם כל הרבים פסקו מאותו טעם ומדברי רש"י לכאורה יש סתירה למה שפסק הרמ"א בחו"מ ס' כ"ה דאזלינן בתר רוב אפילו אינם מטעם אחד ומקורו מהמהרי"ק וראיתו של המהרי"ק הוא מגמ' בחולין דדם שהותו בתחילת שחיטה על ירק דנחלקו רבי ור' חייא אם ישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף או אינה אלא לבסוף ואמר התם ר' אושעיא מאחר שרבי ור' חייא פליגי באו ונסמך על דברי ר"ש שהיה אומר שדם שחיטה אינו מכשיר כלל. הרי מפורש דאע"ג דר"ש אומר שאפילו בסוף שחיטה לא הוכשר ולא קי"ל כוותיה מ"מ לענין תחילת שחיטה מצרפים דברי ר"ש לדברי ר"ח והוי רוב כנגד רבי. מזה למד המהרי"ק דרוב לא צריך שיהיו כולם מאותו טעם. ולכאורה הא דחולין דמי ממש להכרעה שלישית שמבואר ברש"י כאן דלא חשיב רבים וצ"ע. וע' בש"ך יו"ד ס' רמ"ב בהנהגת איסור והתר ד"ה וכתב שס"ל שרק בדרכנן סמכין על רוב מתרי טעמי. וע' נובי"ת חו"מ ס' ג' (מבן המחבר) שמביא שכמה פוסקים חולקים על המהרי"ק וע"פ דברי הש"ך שמחלק בין דאורייתא לדרכנן מישב הנוב"י את ראית המהרי"ק מחולין דהתם כיון דמעשר ירק דרכנן סמכין על רוב גם מתרי טעמי. אך אין דבריו מובנים לכאורה דאין כונת הש"ך לאמר דבעיקר הדין יש חילוק בזה בין דאורייתא לדרכנן אלא כיון שנחלקו הפוסקים בזה יש להכריע בדרכנן להקל ובדאורייתא להחמיר

משטה שאין זה תלוי בהתחייבות שלו אלא הפעולה מחייבת כמה שקצץ הפועל. אבל הפעולה יכולה לחייב עד כדי אונאה אבל יותר מכדי אונאה אין הפעולה מחייבת אך כיון שידע וחייב עצמו לא שייך לפוטרו מדין אונאה אבל זה כבר לא חיוב שנעשה ממילא אלא התחייבות ידידה וע"ז שפיר שייך טענת משטה. והא דיכול לטעון משטה מביא המחנ"א דיני שכירות ס' ט"ו מחלוקת ראשונים י"א משום דמצוה על חברו להצילו וי"א דאפילו במקום דליכא מצוה אלא כיון שהתחייב מחמת דוחקו יכול לטעון משטה אני. וע"ש מה שמביא בשם הרמב"ן לענין התנה עם רופא ביותר מכדי דמיו וע' בזה גם במגיד משנה פ"ב מגזילה ה"ז. ובהא דמשני הגמ' דכיון דאית ליה פסידא אין יכול לאמר משטה אני כך מביא המחנ"א בדיני שכירות ס' י"ח דברש"י ותוס' בסוגין משמע דגם כשיש פסידא מתחייב רק עד כמה שיש הפסד ולא יותר ובדעת הרא"ש בב"מ והרמב"ם לומד המחנ"א דכל שיש קצת פסידא אין טענת משטה וחייב כל מה שהתנה, וכן מדייק הלח"מ פ"ב מגז"א ה"ז ברמב"ם וע' בזה בקצה"ח ס' רס"ד סק"ב. ובהא דירד להציל ולא הציל דמבואר בגמ' דרק התוספת אינו מקבל אבל שכרו כן מקבל אף שלא הציל מוכיח מזה המחנ"א בשכירות ס' ח' דפועל שנאנס ואין בידו לעשות מלאכתו מקבל שכרו גם על מה שלא עשה והוא מחלוקת בראשונים יעו"ש.

כי הא דר' ספרא וכו'. גמ' זו הוא אחד מן המקורות למה שנחלקו האחרונים בענין יאוש אם יוצא הממון מרשותו ע"י היאוש גם לפני שבא ליד זוכה או שיאוש דמי להפקר לר' יוסי דאינו יוצא מרשות בעלים עד דאתי ליד זוכה. שיטת הנתיבות בס' רס"ב והקצות בס' ת"ו תרומת הכרי בס' רס"ב והאור שמח פ"כ ממלוה ה"ב דאינו יוצא מרשותו והחזו"א ב"ק ס' י"ח סק"ג חולק וס"ל שיוצא מרשותו מיד. הנתיבות מביא ראיה לשטתו מגמ' דידן. שהגמ' מסתפקת בעלה שלו מאליו ומייתי ראיה מר'

ספרא דאמרינן משמיא רחימו עליה. ואינו מובן בשלמא בההיא דר' ספרא דמעולם לא פקע בעלותו של ר' ספרא שהרי הפקיר רק על דעת הארי ויאוש ליכא התם כמו שביארו התוס' דלא דמי למציל מן הארי לכן צריך להגיע לסברת משמיא רחימו עליה דלולא סברא זו היה צריך ר' ספרא להשתתף בהוצאת שאר בני השיירא אבל הכא שחמורו הולך לאיבוד ונתיאש ממנו ופקע בעלותו וחזר וזכה ככל אדם הזוכה מן ההפקר בודאי נחשב שהניח את שלו לאיבוד ומגיע לו דמיו ולמה צריך להגיע בזה לסברת משמיא רחימו עליה אלא מוכח דהיאוש אינו מוציא הממון מרשותו ושפיר דמי להחזו"א דר' ספרא. והחזו"א כתב איפכא דמכאן מוכח דיוצא מרשותו דאת"ל שלא יצא מרשותו הרי שלא הפסיד חמורו ולמה יקבל דמיו אע"כ דפקע בעלותו מחמורו ואעפ"כ לולא סברת משמיא רחימו עליה לא היה מקבל דמיו דסו"ס לית ליה פסידא. ורק במעשה דר' ספרא אע"פ שלא יצא חמורו מרשותו מ"מ אהני סברת משמיא רחימו עליה להחשיב שגם ר' ספרא השתתף בהוצאות השמירה יעו"ש היטב.

עוד כתב הנתיבות ע"פ דבריו לישב קושית תוד"ה אדעתא דבמציל מן הארי היאוש קיים עד שבא ליד המציל משא"כ הכא כשנתברר שהארי לא אכל מיד בטל היאוש ובטל האפשרות לזכות וממילא נשאר ברשות ר' ספרא דמעולם לא פקע בעלותו. דהיינו שבזה ח"י הנתיבות עוד חידוש דכיון שלא יוצא מרשות הבעלים א"כ כשבטל סיבת היאוש אין הבעלים צריכים לזכות אלא ההתר זכיה בטיילה ממילא. ושיטת תרומת הכרי אינה כן דאף דס"ל נמי דלא יצא מרשות הבעלים עד דאתי ליד זוכה מ"מ בסוף דבריו כתב דאעפ"כ נשאר ההתר זכיה אף שבטל סיבת היאוש עד שיחזור הבעלים ויזכו בממון, דא"א לחזור מהיאוש. וראיתו משור הנסקל שהוזמו עדיו דכל הקודם זכה וס"ל דאינו מדין הפקר אלא מדין יאוש ואמאי כל הקודם זכה הא אכתי לא יצא

כשמבאר דלא הוי חב לאחריניה מבאר הרמב"ן דאינו חב לאחרים שהיו יכולים לזכות וגם לא חב לבעל האבידה דכבר יצא מרשותו ע"י היאוש וכתב שם הגרא"ז זצ"ל בהגהותיו דמבואר ברמב"ן דע"י יאוש יוצא מרשות הבעלים ודלא כהקצות והנתיבות ולדברי האו"ש בזה גופא נחלקו תוס' והרמב"ן שם. וע' מה שכתבנו בב"מ שם בס"ד דרע"א מפרש אחרת את מחלוקת התוס' והרמב"ן ע"ש.

דף קטז:

ולא ישנה ממנהג הספנים. עיין תה"ד ס' שמ"ב שמכאן המקור דאזלינן בתר המנהג בעניני מסים, ואפי' מנהג גרוע. ולא דמי למנהגי שותפין דלא אזלינן בתר מנהג גרוע כמבואר בריש ב"ב. וכן נפסק ברמ"א בס' קס"ג סע' ג', וע"ש בגאון סקנ"ו. ועיין מה שכתבנו בזה בס"ד בריש ב"ב.

שיירא שהיתה מהלכת במדבר

וכו'. אם אמר אני אציל לעצמי הציל לעצמו. המל"מ בפ"ב מגו"א ה"ח מאריך בזה לבאר אי בעינן אמירה בפני עדים או סגי בזה שישבע שאמר כן. ומביא שהרשב"א בתשובה כתב דבעינן שיאמר כן בפני עדים והמרדכי כתב בשם ראבי"ה דאם אין עדים נשבע שאמר ואינו צריך להביא עדים. והקשה בזה המל"מ סתירה בדברי הרמ"א ומביא שהש"ך כתב דנשבע שאמר בפני עדים. וביאור הדברים הוא דכמו שכתב המל"מ שאם חשב בלבו שרוצה להציל לעצמו לא מהני דהוי דברים שבלב כמו כן באמירה עדין אין זה מספיק להוציא מכלל דברים שבלב אא"כ אמר בפני עדים או שאמר לבעל דינו דמה שאומר בינו לבין עצמו אף שהוציא בשפתיו חשיב דברים שבלב דאמירה צריך להיות לבעל דין או לעדים שיוכלו להעיד בפני בעל דינו. ואין שום מחלוקת בין הרשב"א לראבי"ה דאין כונת הרשב"א שצריך להוכיח

מרשותו ומיד כשהוזמו עדיו בטלה סיבת היאוש אלא מוכח דלא מהני חזרה מיאוש. ודלא כנתיבות. אמנם הקצות בס' ת"ו כתב דשור הנסקל שהוזמו עדיו מה שכל הקודם זכה אינו מדין יאוש שהרי היאוש בטל כשהוזמו עדיו אלא הוי מדין הפקר ומחדש הקצות מכח זה דדוקא בהוזמו עדיו פקע בעלותו דנתברר דלא היה איסה"נ וחלה הפקירו אבל כשלא הוזמו עדיו לא הוי הפקר דא"א להפקיר איסה"נ. ובזה מישב הא דמבואר בהחובל דשור שהרג ואח"כ הזיק שאם דנו דיני נפשות אפשר אח"כ לחייב ממון וקשה דהוי כנגח ואח"כ הפקיר שפטור ולהנ"ל ניחא דכשלא הוזמו עדיו מעולם לא פקע בעלותו דיאוש לא יוצא עד דאתי ליד זוכה והפקר ליכא כיון דהוי איסה"נ. אך לדברי התרה"כ ניחא טפי דליכא הכא הפקר כלל אלא רק יאוש ויאוש לא מוציא מרשותו לכן לא חשיב נגח ואח"כ הפקיר ואעפ"כ כל הקודם זכה דלא מהני חזרה מיאוש.

עיקר ראית הנתיבות ליסוד הנ"ל הוא

מדלא מהני יאוש בגזילה משום דבאיסורא אתא לידיה וכתבו התוס' לעיל ס"ו. דמשמע מזה דיאוש אינו כהפקר ומפרש הנתיבות דכונת התוס' דיאוש לא יוצא מרשות הבעלים לכן האיסורא אתא לידיה מונע את זכיית הזוכה. וראית הקצות הוא מהא דמבואר ס"ו. דאם נתיאשו הבעלים והגזולן אינו רוצה לזכות אומר הש"ל ואי נימא דיצא מרשות הבעלים איך יאמר הש"ל.

האו"ש בפ"כ ממלוה ה"ב כתב יסוד זה

כדי לבאר דברי התוס' בב"מ י. דס"ל דמגביה מציאה לחברו הוי כתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים והרמב"ן שם פליג דמה שמונע מאחרים לזכות אינו הפסד [לשיטת ר' יוחנן] אלא הוי כמניעת רוח ולא חשיב חב לאחריניה וכתב האו"ש דגם תוס' מודה לזה אלא ס"ל דהוי חב לבעל האבידה דרק בשעת זכיה יוצאת האבידה מרשות הבעלים. ובלשון הרמב"ן שם

הערות

הגזול ומאכיל דף קטז:

וציונים

רמב

הנתיבות שם. ומה שתי הנתיבות יתרון גם את קושית רע"א כאן וע"ע במה שמביא רע"א בשם המחנ"א.

מתני' הגזול שדה מחברו. מבואר

במשנה דכיון דקרקע אינה נגזלת אין חיוב אונסין בגזילת קרקע ומה שאם מחמת הגזול חייב אף בלי אחוי אחויי כמבואר בגמ' כתבו הרשב"א והרמ"ה דאין זה אלא קנס שקנסו את הגזול אבל מדינא אין על הגזול חיוב אונסין בגזילת קרקע, דנתמעט חיוב השבה ואונסין מקראי לקמן קיז: . אמנם נחלקו הראשונים אי איכא לאו דלא תגזול בגזילת קרקע. דרש"י כתב בדברים י"ט על הפסוק דלא תסיג גבול ריעך דקרא אתי לעבור עליו בב' לאוין דהיינו שגם בגזילת קרקע איכא לאו דלא תגזול וכן מפורש ברמב"ם פ"ז מגניבה הי"א דאם לקח דרך גזילה עובר בלא תגזול ודרך גניבה איכא לאו דגניבה. וב' דברים אפשר ללמוד מרש"י והרמב"ם. א. דהא דילפינן מקרא דקרקע אינה נגזלת אין זה מיעוט על הלאו אלא רק על חיוב השבה ואונסין. ב. דיש מציאות של גניבת וגזילת קרקע ואף שלא מכניס הקרקע לרשותו כדרך גזילת מטלטלין מ"מ כיון שעושה מעשה ע"ד לקחת הקרקע לעצמו חשיב מעשה גזילה. אך התוס' בב"מ ס"א. כתבו בד"ה אלא דהא דקרקע אינה נגזלת אינו מן המקרא אלא משום דא"א לזוזה ממקומה אבל עבדי דניידי אע"ג דהוקשו לקרקעות יעבור בלא תגזול עכ"ל דהיינו דמודו התוס' דאין מיעוט למעט קרקע מלאו דלא תגזול אלא רק מחיוב אונסין ואעפ"כ ס"ל דליכא לאו בקרקע כיון שבמציאות אין גזילה בקרקע ופליגי בזה על הרמב"ם אי שייך מעשה גזילה במה שלוקח הקרקע לעצמו בלי להכניסו לרשותו או לא. ולכן בעבדים מודה התוס' דאיכא לאו דלא תגזול. אך זה לפשט הפשוט בתוס' וכן כתב הפנ"י אבל המהרש"א שם כתב דכל דברי התוס' הם לולא המיעוט שנתמעט לקמן קרקע ועבדים מגזילה אבל אחרי המיעוט אין לאו

ע"י עדים שאמר דבזה סגי שישבע כיון שהוא מוחזק אבל צריך עדים כדי להוציא אמירתו מכלל דבשב"ל וסגי בזה שישבע שאמר בפני עדים וזה כונת הראב"ה שלא צריך עדים היינו שלא בעינן שיבואו עדים ויעידו אבל האמירה צריכה להיות בפני עדים. והדברים מפורשים כאן בחי' הרשב"א דכתב והוא שאמר לשותפו או לעדים ומה מהני שאמר לשותפו הרי השותף יכחיש ולעולם בעינן עדים אע"כ דלראיה סגי בשבועה אלא כדי שלא יהא דשב"ל בעינן אמירה בפני עדים או בפני הבע"ד. ויסוד זה דאמירה בינו לבין עצמו הוי דשב"ל [כשאמירתו הוא ענין שבינו לבין חברו] מפורש בריטב"א בקידושין נ"ט. בד"ה לא בא, לענין מקדש לאחר ל' וחזר בו כתב הריטב"א דבעינן חזרה בפני עדים ואם חזר בו בינו לבין עצמו אפילו עמדו עדים אחורי הגדר ושמעו חזרתו לא מהני. וע"כ טעמא משום דהוי כדברים שבלב דאינם דברים.

הכא בפועלים עסקינן. הרמב"ם פי"ב

מגו"א ה"י כתב דמיירי בשוכר פועל להציל אבל רש"י לא פירש כן אלא מיירי שהיה שכור למלאכת הספינה או השיירא ולא לענין הצלה. וע' פת"ת ס' קפ"א סק"ה בשם שו"ת ושב הכהן דרש"י לא הוצרך לפרש בשכרוהו כדי להציל משום דרבא לשיטתו ס"ל בב"מ י: דבכל פועל מציאתו לרבו אפילו לא שכרו ללקט מציאות אבל הרמב"ם ושו"ע פסקו דדוקא בשכרו ללקט מציאות הוי מציאת פועל לרבו לפיכך הוצרכו לפרש כאן דהיה פועל להציל.

גלי דעתיה לעצמו לא גלי דעתיה לאמצע.

רע"א בשו"ע ס' קפ"א הקשה במה זכה הרי אין כאן אלא יאוש דלקח מהגייס בעל כרחם ואין זה נחשב ש"ר כמבואר בס' שס"א סע' ה' ויאוש כדי לא קני. וכבר הובא לעיל בדף קי"ד. במתני' דמציל מן הלסטין דהגאון שס"א סק"ב הקשה כעין זה ממתני' דהתם וכן הקשה

דגזילה בקרקע מגזה"כ וגם בעבדים ליכא לאו דלא תגזול ולדברי המהרש"א תוס' פליגי על הרמב"ם בתרתי גם דליכא מציאות של גזילה בקרקע וגם דאיכא מיעוט מקרא דליכא לאו דלא תגזול בקרקע. וע' בזה במנ"ח ריש מצוה קכ"ט. בגמ' בריש לולב הגזול מבואר דליכא פסול מצוה הבאה בעבירה בגזילת קרקע כיון דקרקע אינה נגזלת וקשה לשיטת רש"י והרמב"ם דהלאו דגזילה איכא נמי בקרקע למה אין בזה משום מצוה הבאה בעבירה. וע' מה שכתב בזה בקה"י ב"ק ס' מ"ג.

ל"א הב"ע כגון דאנסוה עכו"ם וכו'. מבואר בתוס' דהאי לישנא מיירי שגזול ומראה הקרקע הגזולה בתוך שלו וקשה דמבואר במשנה דהיכא דגזול חייב אם ניזוק מחמת הגזול אף שלא הראה והוא משום קנס כמבואר בראשונים כמו שהובא לעיל ולל"ק סיפא מיירי בהראה בלי שיעשה תחילה מעשה גזילה אבל לל"ב דמיירי בגזול הרי בל"ה חייב ולמה בעינן שיראה. וע' ברש"ש שכתב דלל"ב סיפא מיירי במכת מדינה דמדין גנב פטור וקמ"ל דאם הראה חייב אף שהיה מכת מדינה. וכן כתב האו"ש פ"ט מגו"א ה"ב יעו"ש.

דינא או קנסא. בביאור הספק אי דינא או קנסא יש ב' דרכים. א. מדברי הש"ך בס' שפ"ו סק"א ד"ה והנה הרמב"ן, משמע שלמד שהספק הוא על כל דין גרמי אם מה שחייב הוא מדרבנן והוי קנסא או מן התורה מדינא. ומה שנחלקו הראשונים אי גרמי מן התורה או לא תלוי בפשט בגמ' דידן אי נפשט ממתני' דהוי דינא או שלא נפשט. ב. בתורי"ד מבואר דהספק הוא אם מה שחייב במוסר הוא מדינא דהיינו משום דס"ל כמאן דדאין דד"ג וה"ה דמחייב כל גרמי, או דס"ל כמאן דפוטור גרמי ורק במוסר מחייב משום קנסא. וכ"כ הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי. ובזה לכאורה יתישב מה שהקשה הש"ך בס' שפ"ו [הובא בקצות שם סק"א] דהתוס' כתבו בדף ה. בד"ה למעוטי

דמבואר בהגזול בתרא דאפילו מאן דלא דד"ג מחייב מוסר מקנסא והקשה הש"ך דאדרבה מבואר בדף קי"ז: דרק מדין גרמי חייב והא דמספקא לגמ' אם דינא או קנסא כתב הש"ך הספק הוא על כל גרמי אם חיובו מדינא או מקנסא אבל למאן דלא דד"ג פטור ולא מחייבין ליה אפילו מקנסא. ולכאורה שיטת התוס' בדף ה. כשיטת התוס' רי"ד דהספק של הגמ' היא אם הא דחייב המוסר הוא משום דס"ל כמאן דד"ג ודין מוסר כדין כל מזיק ע"י גרמי או אולי תנא דמתני' לא מחייב גרמי ומוסר שאני משום קנס וזה כונת התוס' לעיל דמבואר במתני' דמוסר חייב ויש צד בגמ' דהוא משום קנס ואפילו למאן דלא דד"ג. והא דמבואר לקמן דחייב מדינא דגרמי הוא משום דס"ל כהצד דחיוב דמתני' מדין גרמי. וע' בחזו"א ב"ק ס' ה' סק"ג שמפרש דהספק דינא או קנסא הוא אם כל גרמי חייב וגם אם גרמי דרבנן זה נחשב דינא או קנסא היינו שכל גרמי פטור וכאן זה קנס מיוחד למסור. וזה ממש כמבואר בתוס' רי"ד. לפ"ז אין הספק של הגמ' נוגע למה שנחלקו הראשונים אם גרמי מדרבנן או דאורייתא דאין הספק אלא אי תנא דידן דאין דד"ג או לא.

אמר ל"ה מתני' היא. הקשה הראב"ד מה הראיה מזה דדינא הוא הא מטמא מדמע ומנסך נמי תנן במתני' ואעפ"כ הוי קנסא ולא ילפינן מינייהו. ותי' הראב"ד דבצד של קנסא יש ב' צדדים או קנס שקנס מעצמו כההוא דלעיל דף צ"ו: האי אינש גזלנא עתיקא ובעינא דאינקסיה או קנס קבוע ומדקתני במתני' נפשט דלא היה הוראת שעה וממילא מוכח דהוי דינא ולא קנסא דאילו היה קנס לא היה דין דיני קנסות בבבל ואילו לא היה מבואר במשנה והיה קנס להוראת שעה כן דנים בבבל כמבואר ברי"ף לעיל צו: אבל מזה שכתוב במשנה ודנים בבבל מוכח דדינא היא. ומשמע שהראב"ד סובר שקנסות הקבועים לא דנים

בבבל אפילו בקנסות דרבנן ע' בזה ברא"ש גטין פרק השולח ס' מ"א.

ומדברי הרשב"א משמע שלומד שהספק אי דינא או קנסא לא נפשט אלא רק אמר ר"נ דהדין מבואר במתני' ודלא כראב"ד דס"ל דנפשט ממתני' דאינו קנס למיגדר מילתא וממילא מדרן ר"נ בבבל מוכח דדינא הוא. וכן כתב הגאון בס' שפ"ו סק"י דלדעת הרשב"א רק פשטו שלא היה קנס שקנס מאליו אבל לא נפשט אי דינא הוא או קנסא נוצ"ע דהגאון בס' שפ"ח סקט"ז כתב בשם הרשב"א דנפשט דדינא הוא. וגם הש"ך בס' שפ"ו סק"א כתב בשם הרמב"ן בקנטרס דד"ג דלא נפשט ומוסיף הש"ך דכן נראה. וגם החזו"א ב"ק ס' ה' סק"ג כתב דלא נפשט. אבל מביא הש"ך דה"ה כתב בפ"ח מחובל דנפשט דדינא הוא וכן נראה מדעת הרמב"ם. והמע"ן ברמב"ן בקדד"ג יראה שגם לרמב"ן יש צד לומר שנפשט מלשון המשנה גזול יעו"ש. והש"ך כתב דבזה תלוי מחלוקת הראשונים אם גרמי מדאורייתא או מדרבנן דאם נפשט דדינא, גרמי דאורייתא והסוברים שגרמי דרבנן ס"ל דלא נפשט. אבל לפי מה שהובא לעיל בשם התור"י אין המחלוקת אם גרמי דאורייתא או דרבנן תלוי בספק זה. ומה דס"ל לה"ה דנפשט דדינא יש לבאר או דס"ל כשיטת הראב"ד דפשטו ממתני' כמו שנתבאר לעיל או ע"פ התרי"ד דהספק הוא אם מה שהמשנה מחייבת מוסר הוא משום דס"ל כמאן דדד"ג או שזה קנס מיוחד במוסר וכל גרמי פטור ואם זה הספק א"כ אף אי אמרינן דבמאי דאמר ר"נ מתני' היא אין פשיטות אכתי הספק נפשט ממאי דאמרינן בדף קי"ז: זיל לגבי דר"ש בן אליקים ור"א בן פדת דדייני דד"ג הרי דס"ל דחיובו של מוסר הוא מדינא דגרמי. ואולי לזה כוון ה"ה במה שכתב דמשמע בסוגיא דנפשט הספק והש"ך דכתב דבפשטות נר' שאין פשיטות לספק הוא משום דאזיל לשיטתו דלא ס"ל כהתור"י דבביאור הספק של הגמ'.

ובמה שהקשה הראב"ד דאי קנסא הוי הא אין דנים דיני קנסות בבבל כתב הרשב"א דהא דאין דנים הוא רק מלתא דלא שכיחא או דלית בה חסרון כיס אבל הני שכיחי ואית בהו חסרון כיס לכן דנים. וחי' גדול חידש בזה הרשב"א דמבואר בריש החובל דהא דאין דנים דיני כפל ודו"ה הוא משום דאין דנים דיני קנסות ופריך אדם באדם דממונא נעבד שליחותיהו ומשני כי עבדינן שליחותיהו במלתא דשכיחא ואית ביה חסרון כיס. ובריש החובל הסתפקנו אם במסקנת הגמ' הכל תלוי רק בשכיח וח"כ ואין כלל שלא דנים דיני קנסות בבבל אלא טעמא דכפל ודו"ה הוא מפני שאין בהם ח"כ או שאינם שכיחים או שגם למסקנה יש שני כללים. א. שכיח וח"כ ב. ממון ולא קנס. ונ"מ באופן שזה שכיח ויש ח"כ ואעפ"כ הוי קנסא. וע"ש שהובא בזה מחלוקת הראשונים. ובשאלה זו נחלקו כאן הרשב"א והראב"ד דהראב"ד ס"ל דקנס לא דנים אפילו שכיח ואית ביה ח"כ ומדדנים הכא מוכח דהוי דינא ולא קנסא אבל הרשב"א ס"ל דגם קנסות אם זה שכיח ואית ביה ח"כ דנים. ואין לדחות דהראב"ד ס"ל דהכא לא שכיחא דא"כ גם אם זה דינא לא דנים וע"כ דס"ל דנאמרה הלכה דקנס לא דנים. אך אכתי יתכן דהראב"ד ס"ל דכל קנס חשיב דלית ביה ח"כ ואף דאיכא פסידא במוסר מ"מ כיון דמדינא אינו חייב ואינו אלא קנס ממילא אין זה נחשב ח"כ. ולכאורה גם ראיתנו מהרשב"א יש לדחות דהכא שאני דאינו קנס דאורייתא ובפשטות בקנסות כאלה אין דין של מודה בקנס פטור [ע"י קצה"ח ס' שפ"ח סקי"א] ובזה סובר הרשב"א דהא דאין דנים הוא רק משום דלא שכיח או שאין ח"כ אבל בקנסות ממש אולי מודה דאפילו היכא דשכיח ואיכא ח"כ יש כלל בפנ"ע שקנסות לא דנים. אך ז"א דע' תוס' בדף ט"ו: ד"ה ואי שהקשו על הא דאיתא בדף י"ט: ההוא חמרא דאכל נהמא ופלסיה לסלא חייביה ר' יהודה אסלא חצי נזק וקשה דקי"ל פ"נ קנסא ואין דנים דיני קנסות ותרצו דמירי בתפס.

רסח הערות הגזול ומאכיל דף קטז: – קיז. וציונים

פטור ואף דקדמה חיוב הממון לחיוב מיתה ולא שייך הכא הסברא דעקירה צורך הנחה מ"מ פטור וע"כ הכונה משום דנעשה הכל ע"י מעשה אחד וא"כ למה צריך ר' אבין לסברת עקירה צורך הנחה. וע' מה שכתבו בזה האחיעזר ח"א ס' י"ט אות ז' ובאמרי משה ס' ל' אות ט"ז דתלמיד הרשב"א פוטר מפני שבשעת זריקת החץ יש על הזורק דין רודף ונחשב מחויב מיתה מזמן הזריקה אבל לולא זה לא היה קלב"מ אף שהכל בא ע"י מעשה אחד.

ואכתי יש לעיין אחר סברת עקירה צורך הנחה אם זה רק בצירוף זה שהכל בא ע"י מעשה אחד או שסברת עקירה צורך הנחה מחשיב את זה ממש כזמן המיתה והוי באים כאחת ממש גם אם לא היה מעשה אחד. ולכאורה בזה תלוי ספיקו של הקו"ש בכתובות ל"א. לענין זרק חץ מתחילת ד' לסוף ד' ולפני הנחת החץ קרע בידיו שיראין של חברו אם גם בזה מהני סברת עקירה צורך הנחה לפוטרו או לא.

בעיקר סברת ר' אבין יש ב' דרכים בראשונים. רש"י בכתובות ל"א. כתב דעקירה צורך הנחה היינו כיון דמצד הדין א"א להתחייב אא"כ היה עקירה והנחה מההיא שעתא אתחלה לה מלאכה. דהיינו אע"ג דחיוב מיתה בפועל חל בשעת הנחה מ"מ כל ההעברה כולה הוא חלק מהמחייב ונחשב שעת החיוב. אבל דברי רש"י יתכנו רק למסקנת הגמ' שם אבל למאי דס"ד דגם באכילה אמרינן הגבהה צורך אכילה בודאי א"א לפרש כרש"י דאין ההגבהה חלק מהמחייב אלא ע"כ דלה"א כל פעולה שמוכרחים לעשותה כדי לבא לידי חיוב נחשב הכשר החיוב ונחשב זמן החיוב אבל למסקנה כשהגמ' מתרצת שבאכילה אי בעי גחין ואכיל בלי הגבהה הגמ' חוזרת וסוברת שרק במקום שזה חלק מהמחייב יש את סברת ר' אבין [וע' פנ"י שם שכתב דרש"י

והרשב"א בדף י"ט: גם הקשה קושית התוס' ותירץ דשאני חבלות דשכיחי דבכל מידי דשכיחי עבדינן שליחותיהו. הרי מפורש ברשב"א דגם בקנס ממש אם זה שכיח דנים בבבל וב' חידושים יש בזה. א. דלמסקנת הגמ' הכל תלוי בשכיח וח"כ ובטל הכלל של קנס. ב. דקנס כגון פלגא נזקא נחשב ח"כ ולא אמרינן דכיון שמדינא פטור אין זה נחשב ח"כ. וע' בגאון בס' שפ"ו סק"י שכתב דשיטת הרשב"א דלא תלוי בקנס אלא רק בשכיח וח"כ.

מאי נפקא לך מיניה אי דינא אי

קנסא. ע' לח"מ פ"ח מחובל ה"א שהקשה למה לא אמרו נ"מ לענין אי קנסו בנו אחריו וכן יש להקשות לדעת היש"ש שהובא בקצה"ח ס' שפ"ח סק"א דבקנסות דרבנן מודה בקנס פטור א"כ נ"מ לענין מודה. וכן נ"מ לדעת הראב"ד שהובא לעיל לענין אי דנים בבבל. אך את זה יש לישב ע"פ מה שנתבאר לעיל דהראב"ד לומד שלצד של קנס יתכן דהוי קנס קבוע ויתכן דהוי קנס שחידש ר"נ למיגדר מלתא ושאלת הגמ' מאי נ"מ הוא על הצד דהוי למגדר מלתא ובזה בודאי דנים גם בבבל כמש"כ הרי"ף בדף צ"ו: ובאמת מבואר כן ברש"י דקנס דהכא היינו קנס שקנס ר"נ משום דרגיל היה בכך. אך כבר תמה התורי"ד על רש"י דא"כ מה הספק אם גמרינן מקנסא או לא הא פשיטא דמקנס כזה לא ילפינן.

דף קיז.

מעיקרא סברי כר' אבין ולבסוף

סברי כר' ירמיה. ממה שהוצרך ר' אבין לסברא של עקירה צורך הנחה מוכח דלולא זה אף דהמיתה והממון באים שניהם ע"י מעשה אחד לא היה פטור של קלב"מ כיון שנתחייב ממון לפני שבא לידי חיוב מיתה. והשער המלך בפ"ג מגניבה הקשה מכאן על תלמיד הרשב"א שכתב דזרק חץ וקרע שיראין ואח"כ הרג אדם

הערות

הגזול ומאכיל דף קיז.

וציונים

רסט

בזה בשיטת הרמב"ם דפסק כר' אבין ואעפ"כ פסק כגמ' במרובה וידוע מה שמפורסם בזה בשם הגר"ח והדברים מובאים באבן האזל פ"ג מגניבה ה"ב יעו"ש.

אנסוהו עכו"ם והראה פטור. נטל

ונתן ביד חייב. לשיטת הרי"ף מיירי הכא באנסוהו באונס נפשות להראות ממון חברו ובנשא ונתן ביד חייב דהוי מזיק ממש ואדם מועד וחייב גם על אונס והראה פטור דאין חיובו אלא מדין גרמי. ומזה דגרמי אינו חייב באונס מוכיח הש"ך בס' שפ"ו סק"א בד"ה ועוד נ"ל ראיה ממאי, דגרמי אינו חייב מן התורה דאילו היה לו דין מזיק מדאורייתא היה דינו ככל מזיק דחייב באונסין. אבל שיטת היש"ש דאע"ג דגרמי חייב מן התורה זה דין מזיק מחודש ולא הוי בכלל פרשת מזיק דמכה בהמה ישלמנה. והריבוי דמרכה אונס כרצון לא נאמר על מזיק של גרמי. והש"ך ס"ל דמאן דדד"ג ס"ל דגרמי נחשב מזיק גמור ודינו שוה לכל דיני מזיק ואין לחלק ביניהם. והש"ך והיש"ש בזה לשטתם דבס' שפ"ו סק"א בד"ה ועוד נ"ל ראיה דדינא, כתב הש"ך דהיש"ש דחה ראית התוס' בדף נ"ד. ד"ה חמור דגרמי דרבנן מדמספקא לגמ' בסוף הכונס אם עשו תקנת נגזל במסור ואי נימא דגרמי דאורייתא למה לא יעשו תקנת נגזל במסור ככל מזיק וכתב ע"ז היש"ש דאפילו אם גרמי דאורייתא יש מקום להסתפק דילמא תקנו תקנת נגזל רק במזיק ממש ולא בגרמי והש"ך כתב ע"ז דאין נראה דאי דאורייתא מה לי מזיק ממש מה לי גרמי. ועיין עוד בקצות ס' שפ"ו סק"ג ששיטת בעה"ת הוא דגרמי דגרמי פטור כגון מוסר שטרותיו של חברו דהוי גרמי גם מפני שלא הזיק בידים אלא מסר, וגם מפני שאין זה ממון בעין אלא שטר. והש"ך ס"ל דמוכח מזה דבעה"ת ס"ל גרמי דרבנן. והקצות חולק. ותלוי במחלוקת הנ"ל אם למ"ד גרמי חייב מן התורה זה מזיק גמור ככל מזיק או שזה מזיק מחודש. והש"ך בזה לשיטתו.

קאי למסקנת הגמ' וכן מפורש ברשב"א שם דאחרי התי' של אי בעי גחין אפילו באופן שא"א לאכול בלי להגביה לא יהיה הדין של ר' אבין לענין אכילה וכונת הגמ' רק דכיון שבאופן שאפשר לאכול בלי להגביה מתחייב בלי הגבהה חזינן דאין ההגבהה חלק מהמחייב. ולפ"ז בניסוך פשיטא דלא שייך סברת ר' אבין דאפילו אי נימא דהגבהה צורך ניסוך וא"א לנסך בלי להגביה מ"מ אין ההגבהה חלק מהמחייב של הניסוך. וא"כ צ"ל דהא דמעיקרא סבור דמנסך פטור כר' אבין היינו דהה"א כאן הוא כהה"א דכתובות והמסקנה כמסקנה דכתובות דלענין ניסוך לא שייך סברת ר' אבין. אבל שיטת תוס' אינו כן דכתבו לעיל ע': ובכתובות ל"א. ב' פשטים בביאור גמ' דידן. בתחילה כתבו דר' אבין ור' ירמיה פליגי ולר' אבין גם במנסך יהיה פטור דא"א לניסוך בלא הגבהה ואח"כ כתבו דר' אבין ור' ירמיה לא פליגי אלא דמעיקרא סבור דניסוך דמי לזורק חץ ובסוף סבור דלא דמי כיון דאפשר לנסך בלי הגבהה. ומבואר מכל דברי התוס' דאם א"א לנסך בלי הגבהה סברת ר' אבין שייכת גם לגבי ניסוך אף דבניסוך בודאי אין ההגבהה חלק מהמחייב וס"ל לתוס' דגם במסקנה נשאר שכל שהוא הכרח לחיוב נחשב כזמן החיוב.

ולפ"ז יש ג' דרכים בביאור דברי הגמ' א. ר' ירמיה ור' אבין פליגי ומעיקרא סבור כר' אבין ובסוף כר' ירמיה. ב. מעיקרא סבור דא"א לנסך בלי הגבהה ודמי לר' אבין בסוף סבור שאפשר לנסך בלי הגבהה ולא דמי לר' אבין. ג. מעיקרא סבור דסברת ר' אבין שייכת גם במקום שאין ההגבהה חלק מהמחייב ובסוף סבור דרק במקום שזה חלק מהמחייב יש את סברת ר' אבין.

בקושית התוס' דף ע': על הא דזרוק גניבותיך לחצרי למה לא נפטור מדר' אבין ותי' דהגמ' שם כר' ירמיה דפליג ידוע מה שהקשו

ניחותא בעלמא ואעפ"כ כתב דחייב אפילו באונס.

מה שנתבאר לעיל דנשא ונתן ביד חייב אפילו באונס הוא שיטת הרי"ף וכן פסק הרמב"ם בפ"ח מחובל ה"ד והראב"ד חולק וכתב שאין הגאון מודה לו וכן בדין שאין לך דבר העומד בפני פיק"נ. וכ"כ הראב"ד בהשגות על הרי"ף כאן דאם אנסוהו על ממון חברו פטור אפילו נשא ביד דפיק"נ דוחה. וכתב ע"ז הרמב"ן במלחמות דמבואר בסוף הכונס דף ס: מהו להציל עצמו בממון חברו ומיירי באונס נפשות על ממון מסוים ואף דפשוט שמותר להציל מ"מ מספקא לגמ' אם צריך לשלם ומסקנת הגמ' דמשלם. וכן נדרף ששבר כלים של כל אדם כדי להציל עצמו מיד הרודף חייב לשלם דהוי מציל עצמו בממון חברו. והא דלא פטרינן ליה מדין אדם המזיק באונס גמור, לשיטת הרמב"ן דאפילו באונס גמור אדם המזיק חייב ניחא, ולשיטת התוס' דבאונס גמור פטור צ"ל דהכא אין פטור של אונס שבידו להזיק ע"מ לשלם ולא דמי לישן שמעשה ההזיק נעשה בלי דעת כלל אלא דמי למי שצריך רפואה לצורך פק"נ ויש בידו מעות ובידו לקנות וכי נימא דמותר לגנוב משום פק"נ והכא נמי יקנה הגדיש של חברו ויציל עצמו. ע' חזו"א ב"ק ס' ט"ז סקכ"ה שכתב כעין זה. אבל הראב"ד ס"ל דגם כה"ג הוי בכלל אונס ופטור וס"ל דלא דמי לההוא דמציל עצמו בממון חברו דהתם אף שהוא אונס ואין לו הצלה אחרת חוץ מאיבוד ממון חברו מ"מ לא אנסוהו על מעשה זה והוא בוחר לעצמו דרך הצלה ע"י ממון חברו ככה"ג מודה הראב"ד דלית ליה דין אונס וחייב.

וחילוק זה מצאנו ברשב"א בביאור המשך דברי הגמ' דאמר רבה אם הראה מעצמו כנשא ונתן ביד דמי. מבאר הרשב"א דהא דבהראה פטור הוא כשאנסוהו להראות אבל אם לא פתחו לו להראות אלא רצו להורגו או להכותו

ועיין לעיל דף ק: שכתבנו שענין זה אי גרמי חייב על אונס הוא מחלוקת תוס' והרמב"ן דתוס' שם כתבו דהא דבעינן במחיצת הכרם לאמרו לו גדור הוא משום דבלי זה פטור בעל הגפן לשלם משום דלא ידע שמוטל עליו לגדור ואף דאדם מועד לעולם גרמי שאני או משום דהוי דרבנן לדעת הש"ך או אפילו אם זה דאורייתא לדעת היש"ש. אבל הרמב"ן בקונטרס דד"ג כתב וז"ל מיהו הגורם נזק ניכר חייב לר"מ (דדאין דד"ג) בין בשוגג בין במזיד בין באונס שאדם מועד לעולם עכ"ל ומוסיף הרמב"ן דהא דבעינן אמרו לו גדור דאל"כ אינו נאסר דחסר בניחותא כיון שאינו יודע שעליו לגדור אבל אילו היה נאסר לא היו פוטרים לשלם משום טענת אונס דגרמי חייב גם על אונס ככל מזיק. וכן כתב הרמב"ן אח"כ וז"ל וכן אני אומר בגורם לשרוף שטר וכו' בין באונס בין ברצון שהוא חייב שהגורם כמזיק עכ"ל. והובא לעיל דאחי הג"ר זכריה שליט"א הקשה על דברי הרמב"ן הנ"ל מדבריו במלחמות בסוגין דהוכיח מהא דהראה באונס פטור שדיין שטעה בשיקול הדעת פטור אם לא עשה מעשה ואפילו למאן דדאין דד"ג דאין הגורם כעושה מעשה ואין מחייבין הגורם באונס אע"פ שהעושה מעשה חייב בו ע"ש. ויש לישב ע"פ המשך דברי הרמב"ן בקונטרס דד"ג וחלק זה הובא בש"ך ס' שפ"ו סק"ו וז"ל אע"ג דדינא דגרמי דינא הוא פטור האונס ממש כל זמן שלא עשה מעשה וכן בדין את הדין הורה רבינו שאינו משלם אלא כנשא ונתן ביד דאונס מקרי וכו' ואקילו רבנן בדיבורא ולא עשו בו אונס כרצון מיהו ליתא להאי דינא אלא בהאי גרמא אבל שורף שטרות באונס חייב עכ"ל הרי שהרמב"ן מחלק בזה בין גרמי שע"י דיבור שבזה הקילו לפטור אונס לגרמי לע"י מעשה שבזה חייב אפילו באונס ולפ"ז צ"ל דמה שפטר אונס במלחמות כאן הוא רק בגרמי דמוטר ודן את הדין. אבל אכתי צ"ע במחיצת הכרם דהתם נמי ליכא מעשה ידיה אלא רק

הערות

הגוזל ומאכיל דף קיז.

וציונים

רעא

וכדי להציל עצמו הראה על ממון חברו בזה חייב אפילו בהראה. הרי מבואר דאף דדרגת האונס שוה יש נ"מ בין אם אנסוהו ע"ז או שהוא מרצונו בוחר בהצלה זו. אלא שהרשב"א ס"ל דבנשא ביד חייב בכל גווני כשיטת הרי"ף ומחלק בזה לענין גרמי אבל הראב"ד יחלק חילוק זה לגבי מזיק ממש וממילא לא יקשה עליו ממציל עצמו בממון חברו. [נדברי הרשב"א הובאו להלכה ברמ"א סי' שפ"ח סע' ב' והש"ך כתב שם בסק"א דלא ידע מנין לו והגאון שם ס"ק כ"ז כתב דמקורו מדברי הרשב"א]. ועוד מצאנו חילוק זה בב"י חו"מ סי' ר"ה ד"ה בד"א דמבואר בב"ב מ"ז: דאף דתליוהו וזבין וזביני זה דוקא במכר דאגב אונסא וזווי גמר ומקנה אבל תלוהו ויהיב דליכא זווי המתנה בטילה. והקשה הב"י דמבואר בגטין נ"ה: בסוגיא דסיקריקון דבתרי גזירות הראשונות היה מתנת ישראל לאנס קיים וקשה מאי שנא מתליוהו ויהיב דבטל המתנה. וכתב הב"י דתליוהו ויהיב דבטל היינו כשאנסוהו לתת מתנה ובגטין בא האנס על נפשות והישראל מדעת עצמו נותן המתנה כדי להציל עצמו בזה אמרינן דלא נחשב קנין באונס וחלה המתנה. ועל דרך זה יש לבאר דברי הראב"ד בסוגין. ועיין בזה בקו"ש כתובות מאות ח' ובמג"א סי' ר"ד סק"כ ובמה שכתבנו בס"ד בב"ב מ"ז:.

שיטת הראב"ד ור' אפרים דאם היה אנוס להראות ממון חברו פטור אפילו נשא ונתן ביד. והא דמבואר בגמ' דחייב כתב הראב"ד דמיירי באונס ממון ולא נפשות ואפילו בזה הראה פטור ור' אפרים מפרש באנסוהו סתם והיה יכול להראות שלו ומעצמו הראה על של חברו ובהראה פטור כיון דחיובו רק מדין גרמי אינו חייב אלא א"כ כונתו להזיק. והיינו משום דס"ל דגרמי דרבנן וסגי באונס כל דהו לפוטרו. אמנם להלכה קי"ל דבאופנים אלו חייב גם בהראה כמבואר בתוס' לעיל קט"ז: ובשו"ע סי' שפ"ח סע' ב'.

נמצא דבין לרי"ף ובין לראב"ד ור' אפרים ההבדל בין הראה לנשא הוא דהראה חיובו מדין גרמי ונתן ביד חיובו מדין מזיק אלא שלרי"ף הנ"מ הוא לענין אונס נפשות ולראב"ד ור' אפרים הנ"מ הוא לגבי אונס ממון או כשלא אנסו על ממון חברו. אמנם הרמב"ן במלחמות לומד בדעת ר' האי גאון דאין נ"מ כלל לענין אונס בין הראה לנשא ונתן ביד אלא כונת הגמ' דאם אנסו אותו להראות והראה פטור וה"ה אם אנסוהו לתת נמי פטור והא דנתן ביד חייב היינו כשאנסוהו להראות ומאליו נשא ונתן ביד בזה חייב דלא היה אנוס לתת. ודבריו צ"ב דלכאורה אין תוספת נזק בזה שנתן ביד וכיון שאם היה מראה היה פטור למה נחייבו כשנתן ביד. ובשלמא לחולקים ניחא דעל מזיק בידים אין פטור של אונס אבל לר' האי גאון צע"ק. ועוד פשט חדש בחילוק בין הראה לנתן ביד ראיתי בספר זכרון שמואל למרן הג"ר שמואל רוזבסקי זצ"ל בס' נ"ו דהראה חיובו מדין מזיק ומזיק באונס גמור פטור אבל נתן ביד חיובו מדין גזלן ובגזלן אין פטור אונס. [ובעיקר הנידון אי בגזילה יש פטור של אונס ע' מה שכתבנו לעיל דף קט"ו]. ואף דפשט זה מחודש וכל הראשונים לא פרשו כן מ"מ כדברים האלו ממש כתב היש"ש כאן בסוף סי' מ"ז וז"ל כל דיני גרמי פטרינן באונס והיינו הטעם דאונס רחמנא פטריה ולא מחייבינן אלא נשא ונתן ביד משום דזכה ביה בהגבהתו והוי שלו לענין אחריות וזה עיקר גדול בדין ומיניה אל תזוז עכ"ל. ובזה תירץ הגר"ש זצ"ל את מה שהקשו הראשונים מההוא גברא דהוה מפקיד ליה כסא דכספא דהתם שאני דכיון דהוי שומר אין לחייבו מדין גנב כמו שכתבו האחרונים דלכן צריך חידוש מיוחד של שליחות יד בשומר. וכיון דאין בו דין גזלן חיובו רק מדין מזיק ובזה יש פטור של אונס. נמצא ג' דרכים בביאור דברי הגמ'. א. לרי"ף ראב"ד ור' אפרים חילוק בין גרמי למזיק. ב. לר' האי גאון אנסו להראות ונתן לא נחשב אונס. ג. להגר"ש זצ"ל הראה הוי מזיק ונתן ביד הוי גזלן.

הראיות שהביאו הראשונים לשיטת הרי"ף הם: א. באופן שהראה פטור, והוא כשנאנס להראות ממון חברו, נתן ביד חייב. ב. ההוא גברא דאנסוהו ואחוי אחמרא דרב מרי ופטרוהו משום דכיון דאוקמיה עלויה מעיקרא מיקלי קלייה משמע דלולא זה היה חייב כיון שנתן ביד אע"ג דנאנס להראות ממון חברו. ג. הושיט לי פקיע עמיר זה והושיט לו חייב ומוכח דחייב אף שאנסוהו על ממון זה. כ"ז מביא הרי"ף בעצמו. ד. עוד מביא הראב"ד ראייה לשיטת הרי"ף מההוא גברא דאקדים ואסיק חמרא למברא דלולא דין רודף היה המציל חייב אף שהוא אנוס על ממון מסוים. וגם הרמב"ן ובעה"מ הביאו ראייה זו.

דחיית הראשונים לראיות אלו הם. על ראייה א' תי' הראב"ד דמיירי באונס ממון ור' אפרים תי' דמיירי שלא אנסוהו על ממון חברו והיה יכול לתת ממנו. ועוד יש לדחות ע"פ דברי ר' האי גאון שהובא ברמב"ן דאין כונת הגמ' לחלק בין הראה לנתן ביד אלא שאם אנוס להראות ונתן ביד מעצמו חייב. על ראייה ג' תי' הראב"ד דשם לא אנסוהו כלל והגמ' מביאה מזה רק דאע"ג דהעכו"ם ראה הממון לפני שהביאו לו אעפ"כ נחשבת הנתינה למזיק ודחי דדוקא בתרי עברי דנהרא אמרינן כן. ועוד תי' דמיירי באונס ממון וכן צ"ל על ראייה ב'. ועל ראייה ד' תי' הראב"ד דהיה יכול להציל את אנשי המברא גם ע"י זריקת ממון אחר למים א"כ דמי לאנסוהו סתם ונתן את של חברו דחייב ולכן צריך להגיע לסברא של רודף. ודברי הראב"ד בזה תלויים במחלוקת ראשונים בפשט בגמ' לגבי מברא ויתבאר לקמן בס"ד.

הראיות שהביאו הראשונים נגד שיטת הרי"ף הם א. טענת הראב"ד דאין לך דבר שעומד בפני פיק"נ וכבר נתבאר ענין זה לעיל. ב. ההוא גברא דמפקיד ליה כסא דכספא דאם אינו אמיד ובאו אדעתא דכסא פטור אע"ג דנתן ביד. ראייה זו הביאו הראב"ד ור' אפרים.

ג. הרמב"ן בשם ר"ח הקשה על הרי"ף מדברי הירושלמי ע"ש. על הראיה מכסא דכספא תי' התוס' לקמן וכן הרמב"ן והנ"י דשומר שאני שלדעת כן הפקידו אצלו שיציל עצמו בו. ובעה"מ תי' דגם אם לא היה נותן היו מוצאים הכסא והיו כאוקמיה עלויה דמקלי קלייה והרמב"ן דחה תי' זה דאין שמירה אלא בקרקע ואולי לא היו מוצאים. ועוד תי' דשומר שאני כמו שהובא לעיל בשם הגר"ש רזובסקי זצ"ל. ועל הראיה מהירושלמי כתב הנ"י דגמ' דידן פליגא אירושלמי או שהירושלמי מיירי נמי בפקדון כההיא דכסא דכספא. ועיין בש"ך ס' שפ"ח סקכ"ד שהאריך להכריע דהעיקר בזה כדעת החולקים על הרי"ף.

אמר רבה אם הראה מעצמו כנתן ביד דמי. פרש"י דהראה מעצמו היינו בלי אונס ואז חייב מדין גרמי כנתן ביד דחייב אפילו באונס. ופירוש הרשב"א בזה הובא לעיל דאם לא אנסוהו להראות אלא היכוהו וכדי להציל עצמו הראה בזה ליכא פטורא דאונס וחייב כמו נתן ביד. ועיין בש"ך ס' שפ"ו סק"א בהג"ה שכתב דצריך לגרוס כאן רבא במקום רבה דחיובו דמראה הוא מדין גרמי ורבה לית ליה גרמי כמבואר לעיל צ"ח. והקצות בסק"א כתב דהתוס' בדף ה. גרסו כאן רבה ומזה למדו דאפילו מאן דלא דדד"ג מחייב במוסר משום קנסא וע' לעיל שכתבנו אופן אחר לישב דברי התוס' בדף ה.

ההוא שותא וכו'. בשיטמ"ק בשם הראב"ד ור' יהונתן כתבו דדין השותא הוא כל דאלים גבר ולכן סובר אביי דיכול לאמר אנא כי מסרי ידי מסרי שע"י המסירה הוא גבר וכדין עשה ורבה ס"ל דזכותו רק לקחת לעצמו באופן שיוכל חברו לתקוף חזרה אבל אין לו זכות למסור ביד עכו"ם ולגרום שלא יוכל חברו לתקוף חזרה. ודברים אלו שייכים רק לשיטת תוס' ב"מ ו. דתמיד כשגבר אחד ותפס יכול השני לחזור לתפוס ממנו אבל לשיטת הרא"ש

הערות הגוזל ומאכיל דף קיז. – קיז: וציונים רעג

בב"ב פ"ג ס' כ"ב דא"א לתפוס חזרה בודאי אין מקום לדברי ר' יהונתן והראב"ד ואפילו לשיטת התוס' דמהני תפיסה חזרה חידוש לאמר דאסור לתפוס באופן שלא יהיה אפשרות לתפוס חזרה וע' ברשב"א שהקשה על הראב"ד דלדבריו אם תקף בהמה אסור לשוחטה. עיין עוד במה שכתבנו בס"ד בב"ב ל"ד: בביאור דברי הראב"ד.

א"ל לא תחוי לא תחוי. כתב הרמב"ם בפ"ח מחובל ה"י דמתרין במוסר ואומרים לו לא תמסור ואם אמר לא כי אלא אמסרנו מצוה להורגו. וכתב הרמ"א בס' שפ"ח סע' י' דאם אין פנאי להתרות בו א"צ התראה וכ"כ המל"מ פ"ח מחובל ה"י בשם הריב"ש. וע' בקה"י כתובות ס' כ"ט מש"כ בגדר התראה זו. ומה שכתב הרמב"ם שם דאפילו מוסר ממון קל מצוה להרגו ע' ג"י כאן דמקורו ממצעה דר' כהנא שהיה בהוא גברא דאחוי אתיכנא דחבריה.

בטעמא דמותר להרוג את המוסר כתב הרא"ש דכיון שנפל ליד עכו"ם אין מרחמין עליו ונוטלין היום מקצתו ולמחר נוטלין כולו ולבסוף מיסרין את נפשו והורגין אותו שיודה אולי יש לו יותר ממון וה"ל רודף וניתן להצילו בנפשו עכ"ל וכעין זה כתב הקרית ספר בשם ר' אלעזר ממין דחזקה אין אדם מעמיד עצמו על ממונו וסופו יבא לידי מיתה כדין הבא במחתרת. ולדבריהם אין החיוב מיתה על עצם מסירת הממון אלא מצד שכלול בזה רדיפה להורגו. אבל מדברי האו"ש בחידושינו כאן נראה שלא למד כך. שמביא קושית הפנ"י למה מסור משלם ממון הרי רודף ששבר כלים פטור מדין קלב"מ ותי' הג"ר מאיר שמחה זצ"ל דבכל קלב"מ החיוב מיתה הוא על עבירה לשמים וחיוב ממון על הפסד ממון חברו משא"כ כאן החיוב מיתה הוא על זה שרצה להפסיד ממון חברו א"כ אינו בדין שחיוב זה יפטורנו מתשלומי הממון ע"ש. עכ"פ מבואר

בדבריו דהחיוב מיתה של מוסר אינו מדין רודף אלא על מה שמפסיד ממון חברו בצורה מגונה של מסירה. ולכאורה נידון זה תלוי בפשט בגמ' כיון שנפל בידי עכו"ם אין מרחמים עליו. דמדברי הרא"ש הנ"ל משמע דקאי על האדם דבסוף יהרגוהו ולכן נחשב המוסר רודף אבל בתוד"ה כיון מבואר דקאי על הממון דאף שרק הראה הוי ברי הזיקא דכיון שבא הממון ליד עכו"ם אין מרחמין ובודאי יקחו את הממון וע"ז חייב המוסר מיתה. עכ"פ לשיטת הרא"ש אין מקום לתירוצו של האו"ש. וע' במנ"ח מצ' רל"ו שכתב דאה"נ באופן שהמוסר חייב מיתה באמת פטור ככל רודף ומה שמבואר שחייב הוא באופן שאינו חייב מיתה ע"ש.

וקביל עלך דלא תקשי לר"י שבע שנים. משמע דר' כהנא עשה שלא כדין והיה זקוק לכפרה. וג' דרכים נאמרו בזה. המהרש"א כתב דהיה צריך כפרה על מה שהורה הלכה בפני רבו. במאירי משמע דהיה צריך כפרה על מה שהכניס עצמו לסכנה כיון שלא היה יד ישראל תקיפה. היש"ש כתב דאסור להרוג את המוסר בידים אלא רק מורידין והורגים אותו ע"י גרמא ולכן היה צריך ר' כהנא כפרה וכתב עפ"ז לבאר מה דהשמיט הרי"ף מעשה דר' כהנא דבאמת לא היה כדין [ובמהמשך דבריו כתב גם שני הפשטים הנ"ל ע"ש] וכתב הש"ך בס' שפ"ח סקנ"ו על דברי היש"ש דחלילה לאמר על ר' כהנא שעשה שלא כדין. ובשאלה זו אם מותר להרוג בידים או רק ע"י גרמא ע"ע לקמן קי"ט.

דף קיז:

ההוא גברא דקדים ואסיק חמרא **למברא.** א"ל האי מעיקרא רודף הוה רבה לטעמיה וכו'. יש לעיין אם מה שפוטרים את הרוחף את החמור למים הוא דוקא באופן שנזכר בגמ' שבעל החמור הכניס החמור לספינה אבל באופן שבעל החמור לא פשע כלל וחמורו נכנס מעצמו לספינה ומסכן את אנשי

הספינה יתחייב המזיק או לא שנא. ולכאורה נראה דספק זה תלוי במחלוקת ראשונים. דבלשון הגמ' מבואר דהא דפטר רבה הוא משום דאזיל לטעמיה דפטר את מי ששבר כליו של רודף דהיינו שבעל החמור הוא הרודף והחמור הוא כליו של רודף ולפ"ז אם החמור נכנס לספינה מעצמו שאין בעליו רודף יתחייב המזיק לשלם דמי החמור. אמנם לשון הרמב"ם בפ"ח מחובל הט"ו שהמשא שבה כמו רודף אחריהם להרגם ומשמע מזה דהחמור עצמו הוא הרודף ולפ"ז אפילו אם החמור נכנס מאילו לספינה מותר להזיקו אף שאין הבעלים רודפים מ"מ החמור עצמו יש עליו דין רודף מאחר והוא מסכן את אנשי הספינה ודין רודף הוא אפילו במי שאינו בר דעת כמבואר בפרק בן סורר לגבי אשה המקשה לילד דהיה לעובר דין רודף לולא הסברא דמשמיה קא רדפי לה. ולשון הרמ"א בס' ש"פ סע' ד' הוא דהחמור מקרי רודף וזה כלשון הרמב"ם והש"ך שם סק"ח כתב על דברי הרמ"א דאין לשון זה מדוקדק דאין החמור הרודף אלא בעל החמור מקרי רודף. וכונת הש"ך דהיות ובגמ' מבואר שצריך להגיע לרבה לטעמיה מוכח דהפטר הוא משום שהחמור הוא ממונו של רודף דאילו היה החמור עצמו רודף פשיטא דמותר להורגו ואין זה רבה לטעמיה. ומצאתי בעזה"י בתורי"ד כאן שכתב בהדיא דהחמור עצמו הוא הרודף וכתב דאין צריך בזה לרבה לטעמיה ולא גרסינן ליה. ומאחר דמפורש כן בתורי"ד מסתבר שכן הוא דעת הרמב"ם ולא כש"ך דכתב דלשון הרמ"א הוא לא בדוקא. ומלשונות הראשונים בשיטמ"ק נמי נראה דפליגי בזה דהרמ"ך העתיק כלשון הרמב"ם דהחמור הוא הרודף ור' יהונתן מבאר דהבעלים הוא הרודף בזה שהכניס חמורו למברא וידע שעסקיו רעים. ומשמע דס"ל דאם לא היה פשיעה של הבעלים יתחייב המזיק דמי החמור.

ולכאורה נראה דענין זה הוא מחלוקת הב"י והרמ"א. דרע"א בשו"ע ס' ש"פ סע' ד'

מציין לעיין בשו"ת הרמ"א ס' קי"ג ושם מביא הרמ"א שהב"י כתב בשם המרדכי שאם היה הדרך להכניס חמורים לספינה ואח"כ התחיל החמור לקפוץ והיה סכנה לאנשי הספינה וזרקו החמור למים חייבים לשלם. ותמה ע"ז הב"י למה חייב הרי לא גרע מכלב רע שמצוה להורגו. והרמ"א כתב ע"ז דלק"מ כיון שאין פשיעה מצד בעל החמור הרי זה מציל עצמו בממון חברו דחייב לשלם. וזה ממש הנידון דלעיל דהב"י הבין שהרודף הוא הבהמה שהוא מסכן את אנשי הספינה ולא בעינן פשיעה של הבעלים וזה כשיטת התורי"ד וכלשון הרמב"ם והרמ"א ס"ל כפשטות גמ' דידן דבעל החמור הוא הרודף והחמור הוא כליו של רודף ולכן בעינן פשיעה של הבעלים וכלשון ר' יהונתן שידע בעליו שעסקיו רעים. ולפ"ז צדקו דברי הש"ך שבדעת הרמ"א צ"ל דמה שכתב הלשון שהחמור הוא הרודף הוא לאו דוקא.

אך מסברא צריך להבין את דברי התוס' רי"ד דמה בכך שהחמור הוא רודף אמנם זה התר להזיק את החמור אבל מה פטר מלשלם לבעל החמור אם הוא אינו רודף ולגבי הפסד הבעלים אכתי הוי מציל עצמו בממון חברו. ומה יפטרנו מחיוב מזיק כלפי בעל החמור. עכ"פ נראה דזה הפשט בגרסא דידן ובדברי הש"ך שלא סגי בזה שהחמור הוא רודף. ואולי יש לדחות הראיה מהתרי"ד ולאמר דגם התורי"ד מודה דמה שפטר מלשלם לבעל החמור הוא משום דבעל החמור הוא רודף ולא כב"י דס"ל שאפילו אין בעל החמור רודף כלל מותר לאבד את החמור מפני רדיפת החמור. ומה שכתב התורי"ד דלא גרסינן רבה לטעמיה דכאן לא צריך להגיע לרבה כיון שהחמור עצמו רודף כונתו דודאי עיקר הפטר הוא מפני רדיפתו של בעל החמור אך מה שחידש רבה דמזיק ממונו של רודף פטור, היינו דאף שאין הממון גורם הסכנה ואין הממון רודף מ"מ כיון שהבעלים רודף הותר ממונו להצלת הנרדף אבל באופן שגם הבעלים רודף וגם הממון

הערות

הגזול ומאכיל דף קיז:

וציונים

ערה

רודף פשיטא דמותר לאבד הממון דממ"נ בין אם דנים מצד הבעלים בין אם דנים מצד הממון מותר להזיק. ובזה אין צורך להגיע לחידושו של רבה. אבל אם רק הממון רודף ולא הבעלים. אולי מודה התורי"ד שאין פטור ולפ"ז יתישב לשון הרמ"א בס' ש"פ שכתב שהממון הוא הרודף ואילו בשו"ת הרמ"א הנ"ל מבואר דבעינן דוקא שהבעלים יהיה רודף דהאמת הוא שהממון הוא רודף ולא צריך כאן לחידושו של רבה ואעפ"כ בעינן נמי שהבעלים יהיה רודף דאל"כ צריך לשלם על מה שהפסיד לבעלים.

הא דנחשב בעל החמור רודף.

נחלקו הראשונים בטעמו. ר' יהונתן מפרש דלא היה בזה ענין של תוספת משא אלא שהחמור היו עסקיו רעים ומקפיותיו נגרם סכנה לספינה וכיון שידע בעל החמור שעסקי חמורו רעים נחשב הוא לרודף [כבר נתבאר דלדעת הב"י אין צורך לתוספת זון]. והמאירי מפרש שהסכנה לא היתה מפני קפיצותיו אלא מפני תוספת משא ומה שהוא צריך להטיל למים את חמורו יותר משאר אנשי הספינה הוא מפני שהאחרים נכנסו תחילה ואחר שהיה כדי משאו בא זה והוסיף חמורו ולכן הוא נחשב רודף ולפ"ז לא גרסינן בגמ' קדים וסליק. וגם ברמב"ם פ"ח מחובל הט"ו מבואר שמפרש שהסכנה היתה מפני תוספת משא [ובעיקר דברי הרמב"ם שם ע' מה שהשיג הראב"ד ובמגיד משנה וכ"מ שם ובנ"י בסוגיא]. ובמחלוקת זו נחלקו גם הבעה"מ והראב"ד. דבעה"מ מביא ראיה לשיטת הרי"ף דאם אנסוהו למסור ממון חברו ונתן ביד חייב אע"פ שהיה אונס נפשות על ממון מסוים. דאי נימא דכה"ג פטור למה במעשה דחמרא צריך להגיע לדין כליו של רודף ת"ל דהוא אנוס מחמת נפשות לאבד ממון זה. ותי' הראב"ד דאין הצלת הספינה תלוי דוקא בחמור זה וה"ה אם היו זורקים את משאם היו ניצולים מהסכנה א"כ לולא דין רודף שיש על בעל החמור מפני שהכביד בסוף היה זה נחשב כאנסוהו על ממון

סתם והראה על של חברו. דהוי מציל עצמו בממון חברו וחייב. ותלוי במחלוקת הנ"ל דבעה"מ למד שהסכנה היתה מפני שהחמור קופץ כשיטת ר' יהונתן ולא יועיל לזרוק משא אחר למים דאין הסכנה מחמת תוספת משא אלא מחמת קפיצת החמור [נאפילו אם קדים וסליק החמור אכתי בעל החמור נחשב רודף מפני שידע שעסקיו רעים]. וזה דמי לאנסוהו למסור ממון מסוים והראב"ד לומד כמאירי והרמב"ם דהסכנה היתה מחמת תוספת משא לכן דמי לממון סתם. אך אכתי צ"ע בדברי הראב"ד דלעיל הובא קושית הרמב"ן על הראב"ד ממצייל עצמו בממון חברו דחייב לשלם ולא פטרינן ליה משום אונס ולמה כאן כתב הראב"ד דאם היה אונס על ממון מסוים פטור דאין לך דבר שעומד בפני פיק"נ. וכתבנו לבאר דשאני היכא דהאנס אומר שיתן ממון חברו לבין היכא דנמצא בסכנה וכדי להציל עצמו מוכרח לאבד ממון חברו וא"כ צ"ע למה קשיא לראב"ד קושית בעה"מ ולמה הוצרך לתרץ, הא אפילו אם היה המציאות דאין הצלה אחרת אלא זריקת החמור למים מ"מ לא דמי לאנסוהו לאבד ממון חברו אלא דמי לההיא דהכונס דמעצמו מאבד ממון חברו כדי להציל את עצמו שבזה מודה הראב"ד דחייב כיון שהציל עצמו בממון חברו וצ"ע.

רודף ששבר כלים פטור. שהרי

מתחייב בנפשו. מבואר בגמ' בסנהדרין דהיכא דיכולים להציל הנרדף באחד מאבריו של הרודף אסור להורגו וממילא הרודף חייב על מה שהזיק כיון שלא הותר דמיו. והקשה רע"א בכתובות ל"ג: דהמגיה במל"מ פ"ח מחובל ה"י כתב דהנרדף יכול להורג את הרודף אפילו כשיכול להצילו באחד מאבריו א"כ אכתי הוי כמחויב מיתה ולמה לא יפטור מכלים ששבר. וכתב בזה האו"ש בפ"א מרוצח ה"ג דמה שחיובו של הרודף פוטרו מכלים ששבר הוא רק כשמצוה להורגו אבל דין זה שהנרדף שהורגו לרודף פטור אף שיכול להצילו באחד

דף קיח.

כגון שגזל שדה והיתה פרה רבוצה

בז. פרש"י שלא עשה מעשה קנין בפרה אלא בשדה וגזל את הפרה ע"י הקנין שעשה בקרקע בקנין אגב ולכן דין הגזילה בפרה תלוי בדין הגזילה של הקרקע, מדברי רש"י אלו חידש הקצות בס' ער"ה סק"א דמהני קנין אגב בהפקר והזוכה קרקע של הפקר והיו מטלטלין של הפקר צבורין בתוכו קנה גם המטלטלין אגב הקרקע ואף שאין מקנה דבגזול נמי ליכא מקנה ואעפ"כ קנה באגב. אבל בלא צבורין לא מהני דבעינן אגב וקני ע"ש. וא"ל דלשון רש"י לאו דוקא וכוונתו דנעשה גזולן על הפרה מדין קנין חצר דחצר גזולה אינה נחשבת חצרו לענין קנין חצר. ורבו החולקים על חידוש זה הלא המה הנתיבות בס' ער"ה סק"א וס' ר"ב סק"ב האו"ש פ"ג ממכירה הט"ז ופ"ב מזכיה ה"א והחזו"א ב"ק ס' ט"ז סק"ג. אמנם בטעמא דלא מהני אגב בהפקר לא שוו כוליהו. דהנתיבות והאו"ש ס"ל דקנין אגב הוא קנין שעיקרו נעשה ע"י המקנה דהמקנה מצרף את המטלטלין למכירת הקרקע שלו אבל החזו"א מודה לקצות דמוכח מסוגין דמהני אגב בלי מקנה ואעפ"כ ס"ל דבהפקר לא מהני אגב. דבקנין אגב בעינן דוקא שיבואו הקרקע והממון מאותה רשות משא"כ הפקר שאינו רשות ובזה מישב החזו"א גמ' דידן דכאן שפיר באו הקרקע והפרה מרשות אחת ובזה מהני אף בלי מקנה. והנתיבות מישב גמ' דידן דכונת הגמ' מדין חצר ואף שחצר גזולה לא הוי כחצר ידידיה לקנות בקנין חצר מ"מ לענין לקנות קניני גזילה סגי בזה דעד כמה שקנה הקרקע יקנה נמי הפרה. ועוד כתב הנתיבות דכיון שניחא לבעלים שיקנה הגזולן כדי שיתחייב באונסין הוי כדעת אחרת מקנה וגם האו"ש כתב סברא זו בפ"ב מזכיה ה"א ע"ש.

דהיינו שיש ב' חידושים בדברי הקצות. א. דלא בעינן מקנה. ב. דמהני אגב גם כשלא

מאבריו אין זה מצוה אלא רשות וזה לא גורם קלב"מ. ומוסיף האו"ש דפשוט דבא על הנכרית בפרהסיא דקנאין פוגעין בו אם ישבור כלי יתחייב דאין זה חיוב מיתה ואין מצוה להורגו אלא רק התר ואין בזה קלב"מ. ורע"א הנ"ל אזיל לשטתו דנקט בהדיא בריש אלו נערות דף כ"ט. על תוד"ה ועל הכותית דבועל ארמית ג"כ פטור כדין רודף דס"ל דגם כשיש רק רשות להורגו זה מספיק לפוטרו מחיוב ממון ורע"א לשטתו הקשה על הגהת המל"מ.

יצאו שטרות שאע"פ שמטלטלין

אין גופן ממון. מבואר דשטרות נתמעטו מחיובי גזילה לכו"ע ואפילו למ"ד דקרקע נגזלת מודה דשטרות אינם נגזלים. ומכאן תמה הש"ך בס' שפ"ו סק"ג על דברי היש"ש דכתב דמה שמבואר זורק מטבע של חברו לים דפטור וה"מ דאדיה אדויי אבל שקליה בידיה מגזל גזלה השבה בעי למעבד ה"ה לענין השורף שטר שפטור למאן דלא דדד"ג מיירי נמי דוקא דלא שקליה בידיה וכל חיובו מדין מזיק ובזה יש פטור של גרמי אבל שקליה בידיה חיובו מדין גזולן ובזה אין פטור של גרמא כמו במטבע. ותמה הש"ך דלא דמי למטבע כלל דהתם אין שום מיעוט מחיובי גזילה וכל פטורו רק מדין גרמא בנזקין משא"כ בשטר מה שעשה מעשה גזילה אינו סיבה לחייבו כלל שהרי נתמעטו שטרות מחיובי גזילה וכל חיובו מדין מזיק ומדין מזיק הוי גרמי. ואף דכתבו התוס' בשבועות ל"ז: דהא דשורף שטרותיו של חברו פטור היינו כי קלינהו באתריהו אבל נטלן ושרפן חייב. והבין פסקי התוס' שם שכונת התוס' שכן הוא הדין אליבא דאמת כבר כתב שם הש"ך דפשוט שאין זה כונת התוס' דהתוס' הקשו שם למה לן קרא למעט שטרות מגזילה הא פשיטא דפטור דלא עדיף משורף דפטור ותי' דלולא המיעוט מגזילה ה"א שאמנם מדין מזיק פטור אבל מדין גזולן יתחייב אבל אחרי הפסוק שנתמעט גם מדין גזולן פשיטא דפטור אפילו שקליה בידיה.

הערות

הגוזל ומאכיל דף קיה.

וציונים

רעז

שלוח בישוב אינו פורע במדבר כך לזה בשעת שלום אינו פורע בשעת מלחמה אפילו באותו מקום.

אבידה ופקדון לא ניתנו ליתבע אלא במקומן. בפשטות ההבדל בין מלוה לפקדון הוא דמלוה להוצאה ניתנה וחיובו אינו על כסף מסוים א"כ כל שיש בידו מעות יכול לתבוע וחייב לשלם בכל מקום שהוא אבל בפקדון שהוא חפץ מסוים אם אין החפץ בידו אינו יכול לתבוע שישלם דמים במקום החפץ. וכתב הש"ך בס' רצ"ג סק"א דהקשה הגידולי תרומה מאי קמ"ל הא פשיטא דמלוה להוצאה ניתנה ופקדון חוזר בעין. וכתב הש"ך דקמ"ל דיד מלוה על העליונה ואע"ג דלוה אינו יכול לכוף המלוה לקבל הפרעון מ"מ יכול המלוה לכוף את הלוה לשלם ובפקדון נמי קמ"ל דאע"ג דאית ליה זוזי או חפץ אחר הדומה לפקדון אינו יכול לחייבו לתת דמי הפקדון וכדברי הש"ך מבואר בשיטמ"ק בשם הרמ"ך ע"ש. וכקושית הג"ת הקשה גם הנתיבות ס' ע"ד סק"א בשם התומים דאין שום נ"מ בין מלוה לפקדון אלא אם הדבר שחייב לתת הוא בידו, דהיינו בפקדון החפץ עצמו ובהלוואה דמים, א"כ גם פקדון ניתן ליתבע בכל מקום ואם אינו בידו גם במעות אינו משלם ומוסיף התומים דפשוט שאין לחייבו לתת דבר אחר תמורת הפקדון ודלא כהש"ך שכתב שקמ"ל שאינו חייב לתת דבר אחר. לכן מפרש התומים דבמלוה אם יש ללוה דרך למקום המלוה יכול המלוה לתבוע שכשיבא יביא המעות עמו. משא"כ בפקדון יאמר השומר למפקיד שיבא ויטול את שלו ואין הוא חייב להוליך פקדונו למקום המפקיד. והנתיבות שם חולק דגם הלוה יכול לטעון שאינו רוצה לקבל עליו אחריות הדרך. והנתיבות מתרץ דבמלוה יכול לכופו לשוב עמו לביתו ולהביא לו המעות משא"כ בפקדון צריך המפקיד להמתין עד שימצא את השומר בביתו. ויסוד דברי התומים והנתיבות לחלק בזה בין מלוה לפקדון הוא ע"פ מה שכתב הקצה"ח בס'

באו הקרקע והמטלטלין מרשות אחת. האו"ש והנתיבות פליגי על חידושו הראשון של הקצות והחזו"א חולק על החידוש השני. ומוסיף החזו"א דמאי דמספקא לגמ' בקידושין כ"ז. קרקע לאחד ומטלטלין לאחר אם קנה באגב היינו כשבא ממקנה אחד לשני קונים אבל משני מקנים פשיטא דלא מהני. ומה"ט גם בהפקר לא מהני אגב. וע' באו"ש פ"ג ממכירה הט"ז שגם נקט שמשני מוכרים פשיטא דלא מהני אגב אך מביא שדעת המקנה בקידושין אינו כן.

ונ"מ מזה יהיה לענין דברי רע"א בגליון השו"ע ס' ר"ב סע' ד' שדן אם שליח שמכר מטלטלין של משלחו אגב קרקע שלו אם מהני וכתב רע"א שיתכן שמהני. ומקום הספק בזה יש לבאר בב' אופנים. א. ע"פ מה שהאריך האו"ש בפ"ב מגירושין הט"ו להסתפק בגדר שלוחו של אדם כמותו אם המשלח הוא המקנה והמקדש ע"י מעשה השליח או שהשליח נחשב המקנה והמקדש בשביל המשלח ותלה בזה מחלוקת הפוסקים במגרש ע"י שליח והגט שיש לשליח אם מהני או לא וכן יש לתלות בזה מה שנחלקו הראשונים בפ"ק דקידושין אם מהני קידושין בכסף של השליח בלי דין עבד כנעני ובזה לכאורה תלוי הנידון של רע"א אם מהני קרקע של שליח להקנות אגבו מטלטלין של המשלח. ב. אפילו אי אמרינן שהשליח נחשב המקנה אכתי יש לדון מצד טענת החזו"א דבעינן שיבאו הקרקע והמטלטלין מרשות אחת והבעלות המשותפת של שניהם היא המקשרת בין הקרקע למטלטלין א"כ הכא דהקרקע של השליח והמטלטלין של המשלח לכאורה לא מהני.

מתני' הגוזל את חברו וכו'. משמע

דלוה במדבר פורע במדבר ע"כ של מלוה וכ"כ ה"ה בפ"ג ממלוה ה"ח בשם הרמב"ן. והא דפקדון לא ניתן ליתבע אלא במקומו הוא אפילו מישוב לישוב כמפורש ברמב"ם פ"ז משאלה ה"א. וע' שיטמ"ק בשם הרמ"ה דכמו

וההמשך אי בעינא לאהדרינהו וכו' אינו מדברי הנפקד אלא מלשון הגמ' וזה פירוש בדברי הנפקד. למהרש"א החידוש בזה הוא דאמרינן שכונתו לתנאי אף שלא התנה כן כלל. ולרש"י שהשנפקד אמר בהדיא אי בעית וכו' החידוש הוא דגם זה אינו לשון תנאי. בעה"מ מקשה על רש"י מאי קמ"ל וכתב פשוט מחודש, שהגוזל או לזה בישוב לא יחזיר במדבר אין הכונה שהלזה אינו יכול לפרוע במדבר אלא איפכא שאינו מחויב ללכת אחרי המלוה למדבר כדי לפרוע. ולדבריו התנאי לפרוע במדבר הוא לחובתו של הלזה, וס"ד דבעינן שהמלוה יתנה קמ"ל. הרמב"ן במלחמות תמה על דברי בעה"מ וכתב שח"ו לפרש כן. יעו"ש.

איני יודע אם החזרתי לך חייב

לש"ם. מבואר בגמ' דלמ"ד ברי ושמא לאו ברי עדיף מתני' מיירי כשהתובע טוען ברי ובסיפא פטור משום דלאו ברי עדיף וברישא חייב דבאיני יודע אם פרעתיך לכו"ע ברי עדיף. ובפשטות דין זה הוא צירוף של ברי ושמא עם חזקת חיוב. וא"כ מוכח מכאן דבחזקת חיוב לחודיה לא מוציאים ממון אלא דוקא בצירוף ברי"ש. אמנם שיטת הרשב"א אינה כן דהקשה בגטין ע"ח: בזרק חוב למלוה ספק קרוב לו דהוי ספק פרעון ויחלוקו אמאי אינו חייב לשלם כדין איני יודע אם פרעתיך ומבואר דאע"ג דהוי שמא ושמא מהני חזקת חיוב לחייבו. ודברי הרשב"א הובאו במגיה למל"מ פ"ד משאלה ה"א ובקצה"ח ס' ע"ה סק"ו ובס' ש"מ סק"ד וברע"א ב"מ ל"ו: ד"ה והנה בגוף היסוד, והא דמבואר בסוגין דבלי ברי לא מהני איני יודע אם פרעתיך כתב הקצה"ח דלדעת הרשב"א אין זה מפני שהחזקת חיוב צריך צירוף של ברי"ש אלא משום דאם התובע הוא שמא איכא ריעותא דהוי ליה למידע אבל במקום דלא הוי ליה למידע כההיא דגטין ליכא ריעותא ובזה סגי בחזקת חיוב לחודיה. אמנם מדברי התה"ד שהובא במל"מ הנ"ל מוכח דס"ל דבעינן דוקא צירוף של ברי ושמא שכתב

ש"מ סק"ד דאין על שומר חיוב השבת הפקדון לבעלים אלא רק חיוב אחריות עד שיבא ליד הבעלים וחולק בזה הקצות על הש"ך דכתב בס' רצ"א דשומר שמסופק אם נאנס או לא הוי כאיני יודע אם פרעתיך ואפילו לסוברים דחיוב של שומר חל בשעת פשיעה סובר הש"ך דאעפ"כ הוי איני יודע אם פרעתיך דבדאי נתחייב בהשבת הפקדון וספק אם נפטר ע"י האונס וחולק הקצות וס"ל דבשומר ליכא כלל חיוב השבה. ומה"ט ס"ל לתומים דאע"ג דלוה חייב להביא עמו המעות כדי לפרוע למלוה השומר אינו חייב דאין על השומר חיוב השבה ויכול לאמר למפקיד שיבא לקחת הפקדון. ומטעם זה סובר הנתיבות שאע"ג דמלוה יכול לחייב את הלזה ללכת לביתו ולשלם לו המפקיד אינו יכול לחייב את השומר לעשות פעולה כדי שיוכל הפקדון להגיע לבעלים דכל חיובו הוא רק אחריות ושלא למנוע את הבעלים מלקחת.

הא דפקדון לא ניתן ליתבע בכל מקום היינו בע"כ של השומר אבל אם השומר רוצה להחזיר והבעלים אינם רוצים לקבל מחזיר השומר בע"כ כל שהוא במקום ישוב אפילו אינו במקום ההפקדה. אך כתב ה"ה בפ"ז משאלה הי"א דכל זה כשנגמר זמן השמירה אבל אם קיבל שמירה לזמן אינו יכול להחזיר בתוך הזמן בע"כ של המפקיד. וענין זה אי שומר יכול לחזור בו בתוך ימי השמירה או לא הוא מחלוקת הראשונים בקידושין דף י"ג. כמו שמביא המל"מ שם ובביאור המחלוקת ע' מה שכתב בקו"ש קידושין שם ובקצה"ח ס' ע"ד סק"א וחת"ס בגליון השו"ע ס' רצ"ג.

אי בעינא לאהדרינהו לך התם

מהדרנא לך. גרסת רש"י אי בעית. וכתב המהרש"א שלגרסת רש"י הנפקד בעצמו אמר לשון זה. אבל מביא המהרש"א שיש גורסים אי בעינא, ולגרסא זו כתב המהרש"א שהנפקד אמר רק אנא למדבר נמי בעינא למיפק,

הערות

הגוזל ומאכיל דף קיה.

וציונים

רעט

דכמו למ"ד ברי עדיף בעינן דוקא ברי טוב
ושמא גרוע כך למ"ד לאו ברי עדיף שמודה
באיני יודע אם פרעתין הוא דוקא בברי טוב
ושמא גרוע. וברי גרוע היינו שיודע שאין חברו
מכיר בשקרו וחסר בזה הראיה של ברי אבל
ריעותא בודאי אין בזה דסו"ס טוען ברי אלא
מוכח דס"ל דלא סגי בחזקת חיוב לחודיה
וצריך צירוף של ברי ושמא. ולדברי הרשב"א
בודאי לא בעינן דוקא ברי טוב.

ובגדר החזקת חיוב בפשטות בעינן חזקה
ממש דהיינו שהיה זמן שהיה מחויב וספק אם
נפטר אך הש"ך כתב בס' ע"ה סקכ"ז דגם
כשיש ספק פרעון לפני ההלואה [ע"ש ההיכא
תמצא לזה] שעל הצד שהיה פרעון מעולם לא
היה זמן של חיוב אעפ"כ הוי איני יודע אם
פרעתין דכל שיש ודאי סיבת חיוב וספק פטור
אמרינן דאין ספק פטור מוציא מידי ודאי חיוב.

ומצאנו בכמה מקומות שמחייבים מספק
היכא דאיכא ודאי סיבת חיוב וספק פטור.
א. המזיק את חברו באופן דאיכא ספק חיוב
מיתה כתב בקו"ש בריש אלו נערות דמדברי
רש"י בסוף המניח מבואר דחייב לשלם וכ"כ
בחי' הגרש"ש על ב"ק סוף המניח. ואע"ג דעל
הצד שחייב מיתה פטור מלשלם ומספק נימא
המע"ה מ"מ חייב כיון שיש ודאי מזיק שהוא
בודאי סיבת חיוב וספק אם יש דבר הפוטר אין
ספק פטור מוציא מידי ודאי חיוב ומשלם
מספק. ב. מזיק שיש ספק אם היה אנוס או לא
כגון טבח שקלקל וספק אם הוא אומן או לא.
דלשון הגמ' לעיל צ"ט: הוא אייתי ראייה
דממחית ואפטרך ומשמע דמספק מחייבין אותו
וכתב הקו"ש לעיל באות קי"ט דכיון דאיכא
ודאי מעשה היזק וספק פטור של אנוס אין ספק
פטור מוציא מודאי סיבת חיוב. ופשט זה כתב
גם רע"א הובא בליקוטים על ב"ק צ"ט: ע"ש.
ג. שומר שפשע בשמירתו באופן דהוי ספק
בעליו עמו חייב ואילו לגבי גניבה ואבידה
בספק בעליו עמו פטור כן מבואר ברמב"ם פ"ב
משאלה ה"ח וכתב ה"ה דטעמא דבפשיעה

חייב מספק משום דפשיעה מדין מזיק. ואינו
מובן דקי"ל דגם בפשיעה יש פטור של בעליו
עמו ולמה בספק בעליו עמו מחלקים בין גו"א
לפשיעה. וכתב בקו"ש הנ"ל וכן בב"ב אות
תרנ"ח דכיון דפשיעה מדין מזיק א"כ בעליו
עמו הוא דבר הפוטר מחיוב מזיק וכשיש ספק
הוי ודאי מזיק עם ספק פטור לכן חייב מספק
משא"כ בגניבה ואבידה כשבעליו עמו אין
סיבת חיוב והוי ספק בעיקר החיוב.

אמנם כל זה יתכן רק לדברי הרשב"א
דס"ל דחזקת חיוב הוא מספיק לחייב בלי
צירוף ברי ושמא אבל אי נימא כהתה"ד דבעינן
צירוף של ברי"ש א"כ א"א לחייב כשיש ודאי
סיבת חיוב וספק פטור דגם באיני יודע אם
פרעתין איכא ודאי סיבת חיוב ועדיף מיניה
דאיכא חזקת חיוב ממש ואעפ"כ בעינן נמי
ברי"ש וכ"ש בכל הנ"ל שאין חזקת חיוב ממש.
וכן צריך להוסיף את דברי הש"ך הנ"ל דלא
בעינן חזקת חיוב ממש אלא סגי בודאי סיבת
חיוב.

מנה לי בידך והלה אומר איני יודע. הא
דלא מהני ברי ושמא הוא דוקא כשבא להוציא
אבל כשאנו מוציא ממוחזק לכו"ע ברי עדיף.
והיכא דליכא מוחזק אבל אית ליה לנתבע
חזקת מ"ק נחלקו הראשונים. והובאו דבריהם
בקונה"ס כלל א' אות ז' ע"ש.

רישא בבא לצאת ידי שמים. אע"ג דדברים
אלו נאמרו לדעת ר"ה ור' יהודה ולדידן דקי"ל
ברי ושמא לאו ברי עדיף מתני' מיירי כשטוען
התובע ברי ואין הכרח לחדש דגם בלי טענת
ברי איכא חיוב לצי"ש בספק פרעון מ"מ כתב
הרא"ש דלא מצאנו שחולקים ע"ז. וכן פסק
הרמב"ם פ"א מטו"נ ה"ט כמו שכתב הלח"מ
שם.

תוד"ה רב נחמן. אבל ר"ת אומר
דמספק אין לחייבו שבועה וכו'. מתוס' זה למד
הש"ך בס' פ"ז סק"י דכמו שספק ממון לא

רפ הערות הגזול ומאכיל דף קיח. – קיח: וציונים

מוציאים מספק כך בספק שבועה לא משביעים מספק. ורע"א שם בגליון השו"ע כתב דמתוס' אין ראייה לשבועה דאורייתא דשאני הסית דהוי ספק תקנ"ח ומביא לשון הר"ן בשבועות דהא דלא משביעים בספק שבועת הסית הוא משום דהוי תקנ"ח ומשמע דשבועה דאורייתא כן היו משביעים מספק. אבל מתוס' בשבועות דף מ. ד"ה להודיעך כתב רע"א דיש ראייה שגם בשבועה דאורייתא לא משביעים מספק.

היכא דמודה שחייב אלא שטוען לו פרעתי ראה ר"י את ר"ת לחייב שבועה דס"ל דכה"ג נחשב דררא דממונא. וצ"ב למה לא יפטר בכה"ג במגו דלהד"ם שאז ליכא דררא דממונא והיה פטור משבועה. וע' ברע"א בשבועות מ"א. שהקשה כן על הלישנא בתרא דהתם ותירץ דאה"נ רק באופן שיש עדים על הודאתו שלוח ואח"כ טוען פרעתי חייב שבועה דלית ליה מגו אבל לולא זה אע"ג דנחשב דררא דממונא מ"מ נפטר בגלל מגו אבל בתוס' דידן מפורש דגם בכה"ג דליכא עידי הודאה חייב שבועה. וצ"ל דתוס' דידן ס"ל דלא מהני מגו לאפטורי משבועת הסית וכמו שמביא רע"א בשם הש"ך בס' צ"ה סק"ז דאף למ"ד דאמרינן מגו לאפטורי משבועה דאורייתא בשבועת הסית לא מהני דלא פלוג רבנן בתקנתם. וצע"ק למה רע"א שם לא הזכיר שבתוס' דידן מפורש לא כתירוצו.

אמר רב לדעת צריך לדעת. נחלקו רש"י והרשב"א מהו גניבה לדעת. שיטת רש"י דכל שידעו הבעלים שנגנב ממונם כגון ע"י מנין נחשב לדעת והרשב"א ס"ל דגניבה לדעת היינו דוקא שראו שנגנב ולא סגי במה שידוע להם שנגנב ע"י מנין. וכמו השבחה לדעת דמבואר בגמ' דמנין לא נחשב דעת כן לגבי הגניבה נמי אין זה נחשב דעת. ובזה תלוי הפשט בגמ' בעמ' ב' מאי לאו סלע לדעת דרש"י פירש לשטתו דסתם סלע הוא לדעת

משום דאדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה וזה נחשב גניבה לדעת אבל הרשב"א פירש התם לפי שיטתו שכונת הגמ' דע"כ מיירי לדעת ממש דאל"כ אין מ"ד שצריך דעת דר"ח מיירי בבע"ח דוקא. וע' ברשב"א מה שכתב לבאר סברת רב דלדעת צריך דעת לפי שיטתו אך בדעת רש"י לכאורה צ"ל כמו הי"מ שמביא הרשב"א שם דהוי קנס. אך כבר תמה בזה הרשב"א דאיזה סברא יש לחלק לגבי קנסא בין אם גנב לדעת או שלא לדעת. אך גם הפשט של הרשב"א צ"ב איזה דין זה שצריך להוציא עצמו מחשד ועד שמוציא עצמו מהחשד אין כאן השבחה ונשאר ברשותו לענין אחריות אונסין. וצ"ע.

דף קיח:

מודה רב ברקועתא פרש"י שניכר כשנגנב וניכר לרועה כשנתוסף על צאנו. והקשה הרש"ש דהניחא לה"א דמיירי בגניבה שלא לדעת והיה קשה דבעינן מנין ע"ז שפיר משני דברקועתא הוי כמנין דניכר שחזרה למקומה אבל כיון שניכר גם הגניבה הרי זה נחשב גניבה לדעת ולא סגי במנין אלא בעינן השבחה לדעת וע"ז לא מהני רקועתא דאין זה אלא כמנין. וקושית הרש"ש הוא רק על רש"י לשיטתו דס"ל דלענין גניבה מנין נחשב גניבה לדעת אבל לשיטת הרשב"א ניחא דמנין נחשב גניבה שלא לדעת וסגי בהשבחה ע"י מנין. ואת קושית הרש"ש על רש"י יש לישב ע"פ דברי הרשב"א כאן שמביא פשט אחר בקושית הגמ' דמיירי בגניבה לדעת ממש ושאלת הגמ' היא דבעינן השבחה לדעת ומשני דמיירי ברקועתא ומבאר הרשב"א דזה עדיף ממנין דבמנין יתכן שאין זה שחזר אותו שנגנב משא"כ הכא ניכר וחשיב כהשבחה לדעת ממש. ובזה יתישב גם דברי רש"י דבקושית הגמ' ס"ד דהוי גניבה שלא לדעת ובתי' זה נחשב גניבה לדעת אבל איכא נמי השבחה לדעת.

הערות

הגוזל ומאכיל דף קיח:

וציונים

רפא

תוד"ה מאי לאו. סתם כיס רגיל להיות לדעת כיון שעשוי למשמש בכיסו. מבואר דס"ל כרש"י דמנין נחשב גניבה לדעת. אבל לכאורה דבריהם צ"ע למה הוצרכו לזה ת"ל דבע"כ בכיס מיירי לדעת ובטלה שלא לדעת כמו שכתבו הרשב"א ובעה"מ. שבסלע שלא לדעת אין מ"ד דס"ל דבעינן דעת דאפילו ר"ח שאומר שלא לדעת צריך דעת היינו דוקא בבע"ח ולמה ר"ע מצריך דעת וע"כ מיירי בסלע לדעת. וכן בטלה ע"כ מיירי שלא לדעת דלדעת בעינן לכל הפחות מנין ולמה לר"י לא צריך אפילו מנין. אע"כ סלע הוי לדעת ופליגי בדרכ ושמואל וטלה מיירי שלא לדעת ופליגי בר"ח ור"י.

בשומר שגנב מרשותו קמיפלגי.

דר"י סבר דעדיין שומר הוא ומהני השבתו לרשותו ור"ע סבר דכלתה שמירתו וצריך דעת בעלים. ודברי ר"י אפשר לבאר בב' אופנים ותלוי במה שיש להסתפק באופן שצריך השבה עם דעת בעלים אם מהני דעת שומר כשמחזיר לרשות השומר או בעינן דוקא דעת בעלים והיא דגנב מרשות השומר ומחזיר לשומר ממ"נ מהני דאם דעת שומר לא הוי כדעת בעלים הוי גניבה שלא לדעת ולא בעינן השבה לדעת וזה כונת ר"י או אולי דעת שומר כדעת בעלים והוי גניבה לדעת א"כ הוי נמי השבה לדעת. ואין להקשות לצד הראשון איך מהני השבה לרשות שומר הא קי"ל כר"ח דבבע"ח שלא לדעת צריך דעת וא"כ אם דעת שומר אינה כדעת בעלים למה מהני השבתו לרשותו אך ז"א דלענין הדעת המיוחד של בעלי חיים שהוא משום דאנקטה נגרי ברייתא בזה ודאי מהני דעת שומר משא"כ לענין הדעת שצריך בגניבה לדעת בזה יש צד דלא סגי בדעת שומר. ונ"מ בגונב מרשות שומר ומחזיר לבעלים דאם דעת שומר נחשב כדעת בעלים והוי גניבה לדעת בעינן לכה"פ מנין כשמחזיר לבעלים ואם זה נחשב גזילה שלא לדעת אפילו מנין לא צריך. וממה שר"ע שסובר כלתה שמירתו

ומצריך דעת בעלים אין להוכיח דנחשב גניבה לדעת דהכא מה שצריך דעת בעלים אינו מפני שהיה גניבה לדעת אלא מפני שכלתה שמירתו ואין כאן השבה כלל דאין רשותו כרשות הבעלים לכן בעינן הודאה לבעלים. וע' בחי' הג"ר מאיר שמחה שלומד שענין זה הוא מחלוקת בין הרמב"ן ובעה"מ כאן דבעה"מ ס"ל דדעת שומר לאו כדעת בעלים בין לענין דלא נחשב גניבה לדעת ובין לענין דלא נחשב השבה לדעת. והרמב"ן ס"ל דדעת שומר כדעת בעלים. ובראב"ד בפ"ד מגניבה ה"י מפורש דשומר שגנב מרשותו אם בא להחזיר לרשות הבעלים צריך מנין הרי דס"ל דנחשב גניבה לדעת דדעת שומר כדעת בעלים וזה כשיטת הרמב"ן. [ע' אבה"א שהקשה מ"ט דהראב"ד ולמה שנתבאר ניהא].

אין לוקחין מן הרועים צמר וחלב.

כתב הרמב"ם בפ"ו מגניבה ה"א כל דבר שחזקתו שהוא גנוב אסור ליקח אותו וכן אם רוב אותו הדבר שהוא גנוב אין לוקחין אותו לפיכך אין לוקחין מן הרועים צמר עכ"ל וכתב ע"ז ה"ה נראה שפסק כרב דאמר בפ' הגוזל קי"ט. גזלן מאימתי מותר להנות ממנו רב אמר עד שיהא רוב שלו. אך תמה ה"ה דרב ס"ל דבעינן רוב התר והרמב"ם פסק דאסור רק ברוב איסור אבל מחצה על מחצה מותר וא"כ דברי הרמב"ם הם דלא כרב ולא כשמואל דשמואל מתיר אפילו רוב איסור ורב מצריך רוב התר והרמב"ם פסק דרוב איסור אסור. וכתב הכ"מ דאין זו ענין לההיא דרב דרב מיירי בידוע שאדם זה גזלן משא"כ ברועים לא הוחזק רועה זה לגזלן ובוה אוסרים רק כשיש רוב לאיסור. ובפ"ה מגזילה ה"ח פסק הרמב"ם כשמואל דאם ידוע שמיעוט נכסי הגזלן הם שלו מותר להנות ממנו. והקשה שם ה"ה דזה סותר מה שנראה מדברי הרמב"ם הפ"ו מגניבה דפסק כרב. וכתב ע"ז הכ"מ כבר כתבתי אני שם שאין זה ענין לזה עכ"ל. ודברי הכ"מ בזה לכאורה אינם מובנים דה"ה הקשה ב' קושיות על

על מחצה ומספק מתירין משא"כ ברועים שלא הוחזק התר לא שיך למימר כל קבוע כמע"מ דמי לכן כשיש רוב לאיסור אסרינן. והאבן האזל בפ"ו מגניבה הקשה על הט"ז דהיכא דלא ניכר האיסור לא אמרינן כל קבוע כמע"מ דמי כמו שכתבו התוס' בב"מ דף ו': ובתוס' פסחים ט:.. ובאמת היש"ש בס' נ"ח הקשה מה סברת שמואל דלא חייש לרובא וכתב דא"ל משום כל קבוע כמע"מ דכיון דלא ניכר האיסור לא אמרינן כל קבוע כמע"מ דמי. ולכן מחדש היש"ש דמה שמתיר שמואל הוא דוקא כשגם הרוב אינו ודאי גזול אלא בחזקת גזול והמיעוט המותר הוא ודאי התר אבל כתב היש"ש דמשמעות דברי הראשונים אינו כן אלא דשמואל מתיר אפילו כשהרוב בודאי גזול. ונתימא דהט"ז בעצמו מביא היש"ש ואח"כ כתב בעצמו טעמא דכל קבוע].

ונראה דהט"ז ס"ל דהכא אמרינן הכלל של כל קבוע אע"פ שאין האיסור ניכר. ותלוי במחלוקת הראשונים בטעמא דמלתא דלא אמרינן כמע"מ דמי כשלא ניכר האיסור. דמלשון התוס' בפסחים משמע דהוא כלל בגזה"כ דקבוע דנאמר רק במקום שניכר האיסור. אבל הר"ן בחולין צ"ה: כתב דטעמא דבלא ניכר האיסור ליכא קבוע מפני שהאיסור בטל והדין ביטול מבטל מיניה דין קבוע וממילא יש דין הלוח אחר הרוב ומה"ט כתב הר"ן דבבע"ח דלא בטלי אמרינן כל קבוע כמע"מ דמי אפילו כשלא ניכר האיסור כיון שאין בזה ביטול ממילא אין חילוק בין ניכר לאינו ניכר. ולדברי הר"ן דברי הט"ז מבוארים דלא שיך הכא האי כללא דבאינו ניכר אינו כמע"מ דזה רק מכא ביטול והכא לא שיך ביטול דממון אינו בטל כמבואר בביצה ל"ח: ומה"ט כתבו התוס' בב"מ נ"ג. ד"ה באחד דמה שבכל איסורין שנתבטלו ברוב לא צריך להעלות ובתרומה כן הוא משום דממון לא בטל וע"ע בהאי כללא דממון לא בטל בש"ש ש"ו פ"ד. א"כ לק"מ דהכא כיון דמיירי בממון

הרמב"ם. א. בהל' גזילה הקשה דהרמב"ם שם פסק כשמואל ובפ"ו מגניבה משמע דפסק כרב. ב. בהל' גניבה הקשה ה"ה על מה שנקט שם דהרמב"ם פסק כרב דלרב בעינן רוב התר והרמב"ם הצריך רק שלא יהיה רוב איסור. ועל שאלת ה"ה בהל' גניבה תי' הכ"מ כנ"ל ויוצא מדבריו דכשהוחזק גזול זה יותר חמור מרועים דבהוחזק גזול לרב בעינן רוב התר וברועים אוסרים רק מפני רוב איסור ואיך כתב הכ"מ בהל' גזילה דלדבריו בהל' גניבה יתישב קושית ה"ה בהל' גזילה דשם הקשה דברועים משמע ברמב"ם שפסק כרב ובגזול פסק כשמואל דאפילו ברוב איסור מתירים ואדרבה לסברת הכ"מ מתחזקת קושית ה"ה דאם ברועה שלא הוחזק גזול פסק דאסרינן ברוב איסור איך מתיר בהוחזק גזול ברוב איסור. וע' בביאור הגר"א ס' שנ"ח סק"א שמביא שה"ה הקשה בזה סתירה ברמב"ם וכתב ע"ז וכבר ישבו הכ"מ וכמש"כ הסמ"ע בסק"ב עכ"ל והסמ"ע כתב סברא הפוכה מסברת הכ"מ דבהוחזק גזול מיירי שידוע שעכ"פ מיעוט ממנו שלו וסגי בזה להתיר לשמואל אבל ברועה אין ידיעה ודאית שחלק ממנו שלו. וכונת הגאון הוא דסברת הכ"מ יש בה סברא להחמיר וסברא להקל ומצד אחד רועה יותר חמור ולכן ברועה קי"ל שאוסרין מחמת הרוב ובגזול מתירין כשידוע שמיעוט שלו. אבל מאידך רב שמחמיר בגזול ומצריך רוב התר מודה ברועה שכל שאין רוב לאיסור מתירין וזה כונת הכ"מ בהל' גזילה שלמה שכתב בהל' גניבה אין לרועה ענין לגזול מיושב שתי הקושיות של ה"ה דיש בסברא זו להקל ולהחמיר.

הט"ז בס' שס"ט סע' ג' כתב לישב הסתירה הנ"ל ברמב"ם [וכן קשה בשו"ע] דבהל' גניבה פסק שאוסרין ברוב גזול ובהל' גזילה פסק כשמואל דאפילו מיעוט שלו מתירין דבל"ה קשה מה סברת שמואל להתיר מכא מיעוט נגד רוב וכתב הט"ז דכיון שיש לו מיעוט ודאי שאין גזול אמרינן כל קבוע כמחצה

הערות הגזול ומאכיל דף קיח: – קיט. וציונים רפג

(בדפי הרי"ף מ"ב.) כתב בשם ר"ת דמותר להלוות לבן מומרת ברכית משום דקי"ל דמומרים מורידים ולא מעלין ולא יהא ממונו חמור מגופו. ומוסיף ר"ת דלא דמי להא דאיתא בפרק הגזול לגבי מסור דאע"ג דגופו הותר אסור לאבד ממונו משום דדלמא הוה ליה זרעא מעליא ויכין רשע וצדיק ילבש מומר שאני דכיון דנטמע בין העכו"ם מסתבר שגם זרעו יהיה כמותו. וע' מל"מ פ"ה ממלוה ה"ב שהאריך בזה. ומשמע דנקט ר"ת דקי"ל כמ"ד דאסור לאבד ממון המוסר. וכן פסק הרמב"ם בפ"ח מחובל הי"א וכן פסק הרי"ף. ומביא הרי"ף ראייה לדבריו דהגמ' בסוף הכונס מסתפקת אם תקנו תקנת נגזל במסור ואי נימא דהותר ממונו מאי נ"מ אם תקנו תקנת נגזל או לא הא בל"ה מותר לגזול את המסור. אלא מוכח דקי"ל דאסור לאבד ולגזול ממונו.

כמה דינים יש ללמוד מדברי הרי"ף.
הרמב"ם כתב בפ"ח מחובל ה'י' דהא דמותר להרוג את המוסר הוא רק בשעת מעשה כדי להציל את הנמסר או בהחזק להיות מוסר שאז מותר להורגו גם אח"כ. והש"ך בסי' שפ"ח סקנ"ה כתב בשם המרדכי דמדברי הרי"ף מוכח דפליג על הרמב"ם וס"ל דאפילו לא הוחזק וגם לא בשעת מעשה מותר להרוג את המוסר דאל"כ מה ראיתו מהכונס אולי התם מיירי בלא הוחזק [ואף דבל"ה יש לדחות ראית הרי"ף דהתם מיירי בעשה תשובה מ"מ הרי"ף לא ניחא ליה להעמיד אוקימתא אבל לאמר דמיירי שמסר פעם אחת ולא הוחזק אינו אוקימתא] אלא מוכח דס"ל לרי"ף דגם בלי הוחזק אפשר להורגו גם אחרי המסירה. והש"ך כתב דהעיקר בזה מהש"ס כשיטת הרי"ף. ומוכח דסבר הרי"ף דהריגת המוסר אינו מדין רודף כדעת הרא"ש דא"כ בודאי שצדקו דברי הרמב"ם שמותר להורגו רק להצלת הנרדף אלא עבירת המסירה מחייבת מיתה ואף דאינו חייב מיתת ב"ד מ"מ דמי לשאר המורידים ואין מעלין כגון אפיקורסים שחומר העבירה גורם כך הדין גם

לא שיך דין ביטול והיכא דלא שיך ביטול אמרינן כל קבוע כמע"מ גם היכא דלא הוכר האיסור והיש"ש דלא ס"ל כן הוא משום דנקט דהוא כלל בקבוע ולא מצד דין ביטול.

נמצא בסברת דברי שמואל כמה דרכים
א. מיירי דוקא שהרוב רק הוחזק ואינו גזול ודאי, יש"ש. ב. כל קבוע כמע"מ דמי, ט"ז.
ג. האבן האזל הנ"ל מבאר בע"א דמיירי באופן דאיכא יאוש ומעיקר הדין מותר מכח יאוש וש"ר אלא שלכתחילה אסור להנות ובוזה הקילו כשמיעוט שלו, ע"ש.

הגאון בס' שנ"ח סק"ב כתב דמקורו של הרמב"ם דברועים אוסרים מכח דרובא גזול הוא מלעיל קי"ג: הני דדיירי ומסיים הגאון וע' רשב"א. ודבריו צ"ב דרש"י מפרש התם דמתערב בבהמתם בהמות גזולות ולכן אסור לקחת מהם והרשב"א הקשה דקי"ל כשמואל דכל שיש אפילו מיעוט שאינו גזול מותר לקחת וכ"ש הכא דהרוב אינו גזול לכן פירש הרשב"א דמיירי לענין לקנות כל הזבל שבודאי מעורב בכל חלק תערובת גזל אבל לקנות מהם בהמות מותר. וכונת הגאון כמה שסיים ע' רשב"א שלדברי הרשב"א אין מכאן מקור לרמב"ם אבל גם לרש"י צ"ע דלרש"י מבואר שגם במיעוט גזול אסור כמו שהקשה הרשב"א ואיך זה מקור לרמב"ם שאוסר רק ברוב. ואולי כונת הגאון דהרמב"ם מפרש כפירוש רש"י וס"ל דרוב בהמותיהם גזולים. אך אפילו אם נימא כן אכתי קשה דדמי להא דפליגי רב ושמואל וקי"ל כשמואל דסגי במיעוט שלו וע"כ צריך לחלק בין הרמב"ם לגבי רועים להא דשמואל וא"כ איך יתכן שמקורו של הרמב"ם הוא מכאן הרי זה דמי לנידון של שמואל וצ"ע.

דף קיט.

ממון מסור ח"א מותר לאבדו ביד
וח"א אסור לאבדו ביד. הנימוק"י בב"מ ע"א:

במוסר. ויתישב לשיטת הרי"ף קושיית הקו"ש בפסחים מט: [אות ר"א] שהקשה מאי ק"ו הוא זה דאם גופו מותר לאבד כ"ש ממונו הא באיבוד גופו איכא הצלת הנמסר משא"כ באיבוד ממונו. ולרי"ף גם איבוד גופו הוא אפילו כשאין בזה הצלת הנרדף. ועוד דלרמב"ם צריך לדחוק דהא דמותר לאבד ממון המוסר הוא רק באופנים אלו שמותר להורגו ולרי"ף הוי בכל גווני כסתמא דהגמ'.

עוד יש ללמוד מדברי הרי"ף דהרמ"א כתב בס' שפ"ח סע' י"ג די"א דהא דקי"ל דאסור לאבד ממון המוסר משום יכין רשע היינו רק דאסור לאבדו ולהזיקו אבל לגזולו וליטול לעצמו מותר וסברת הי"א כתב החת"ס והובאו דבריו בפת"ת שם סק"ו דיכין רשע הוא רק סברא שלא לאבד מן העולם ממון שיכול להיות שיגיע לידי שימוש של צדיק אבל לקחת לעצמו שרי דגם בזה יתקים וצדיק ילבש ומה נ"מ אם הצדיק הוא בנו או אדם אחר. וכתבו הש"ך בס"ק ס"ג והגאון סק"פ דמדברי הרי"ף מוכח דלא ס"ל כן דא"כ קשה מה ראיתו מהכונס הא גם לדידן דקי"ל שאסור לאבד קשה דלגזולו מותר אלא מוכח דהרי"ף ס"ל דלמ"ד אסור לאבד ה"ה דאסור לגזול. וע' חת"ס חו"מ ס' קנ"ד שכתב שאין ראיה שהרי"ף חולק ע"ש. אך עיקר ראית הרי"ף מהכונס לכאורה אינו מוכן דמה בכך דמותר לגזולו וכי המוסר חייב להניחו לגזולו משא"כ אם עשו תקנת נגזל ונשבע יכופו ב"ד לשלם. וצ"ע.

מלשון הגמ' ממון מוסר מותר לאבדו בידו ק"ו מגופו למד הש"ך בס' שפ"ח סקנ"ו דגם הא דמותר להורגו הוא אפילו בידיים כשיטת הרמב"ם ולא כמבואר בשו"ת הרא"ש דרק לגרום לו מיתה מותר ולא להורגו ביד. אמנם המעיין בשו"ת הרא"ש כלל ל"ב ס' ד' שהובא במל"מ פ"ה ממלוה ה"ב יראה שהרא"ש מבאר בהדיא שיש שני דיני הריגת מוסר. אחד בשעת מסירה כמעשה דר' כהנא ובה מותר להורגו

בידיים דהוא כדין הריגת הרודף ועוד דין בהוחזק מוסר שאין זה משום הצלת הנרדף אך בזה רק מורידין כלשון הגמ' ע"ז כ"ו: ואסור להורגו בידיים. ומוסיף הרא"ש דהא דמותר לאבד ממונו ביד הוא דוקא בשעת מעשה שאז מותר להורגו בידו וק"ו לממונו. ולדעת הרמב"ם כתב הש"ך דלשון מורידים הוא באופן שא"א להורגו בידיים עכ"פ יגרום לו מיתה אבל היכא דיכול מותר להורגו בידיים כשהוחזק.

נמצא דאיכא ג' שיטות בענין הריגת המוסר. א. שיטת הרי"ף דגם כשלא הוחזק מותר להורגו אפילו אחר מסירתו ולדעת הש"ך בסקנ"ו היינו אפילו להורגו בידיים ולא כיש"ש שהביא שם שלומד בדעת הרי"ף דאפילו בשעת מעשה מותר רק ע"י גרמא. ב. שיטת הרמב"ם דבשעת מעשה הורגים אפילו לא הוחזק ואח"כ דוקא בהוחזק ובכל האופנים מותר להורגו אפילו בידיים. ג. שיטת הרא"ש דבשעת מעשה מותר להורגו בידיים ואם הוחזק מותר להורגו גם לאחר מעשה אבל בזה הותר רק גרמא ולא להורגו בידיים.

ח"א אסור לאבדו ביד. דלמא הוי ליה זרעא מעליא. בפשטות הא דנקטו הלשון אסור לאבד ביד הוא לאו דוקא דה"ה דאסור לגרום לו הפסד. אבל הש"ך בס' שפ"ח ס"ק ס"ב כתב בשם בעל העיטור ומהרי"ו דע"י גרמא מותר. ומדברי התוס' בע"ז כ"ו: שיש להם צד שיש חיוב השבת אבידה למוסר משום יכין רשע מוכח לכאורה דס"ל דאפילו ע"י גרמא אסור לאבד דאם חייב להשיב אבידתו איך יתכן שמותר להזיקו. והש"ך בעצמו מביא דברי התוס' בהמשך דבריו ע"ש. וכן מוכח מהתוס' דס"ל דכמו שאסור להזיק ה"ה דאסור לקחת לעצמו ודלא כ"מ שהובאו ברמ"א סע' י"ג.

בסברת המתירין להזיק ע"י גרמא כתב החת"ס חו"מ ס' קנ"ד דגם כשמזיק נזק גמור

הערות הגזול ומאכיל דף קיט. – קיט: וציונים רפה

בשעה"מ פ"א מגירושין שהקשה על ה"ה מפרק לולב הגזול דמבואר דגם בספק גזול לא מהני שינוי החזור וע"ש מה שתירץ ומסברא דברי ה"ה לכאורה אינם מובנים דקי"ל שינוי החזור אינו קונה והוא דין ודאי ולמה בספק גזול נסמך על שינוי החזור. אמנם כדברי ה"ה מבואר ברשב"א בשם הראב"ד. וע' באו"ש שיש לו צד לאמר דלדברי ה"ה יוצא דין חדש דהא דקתני בסוף המשנה וכולן שאמרו להטמין אסור בפשטות קאי רק כשההתר הוא משום דאין הדרך להקפיד ותלינן דאינו גזול בזה אם אמרו להטמין אסור אבל בכר מלא מוכין דטעמא דהתירה הוא משום דקנה בשינוי בזה ראוי להתיר אפילו אמרו להטמין אבל לדברי ה"ה גם בזה אם אמרו להטמין אסור דכל מאי דסמכין על שינוי החזור הוא רק משום דאינו ודאי גזול אבל באמרו להטמין דאיכא הוכחה דהוי גזול בזה לא סמכין על שינוי החזור.

הב"ל עולין למנין תכלת. המחבר פוסק בס' י"א דאין להטיל צצית בגדיל ואם הטיל בו פסול דאינו נחשב מן הבגד אבל עולה הוא לשיעור קשר אגודל. ואינו מוכן דאם אינו נחשב חלק מן הבגד ואין לתלות בו הציצית מ"ט עולה למנין תכלת ועולה לשיעור קשר אגודל. וכתב הט"ז בס"ק י"ב דמעיך הדין נחשב חלק מן הבגד כ"ז שלא נטל הכובס אלא שאסרו להטיל שם ציצית דיפסל אחר שיטול הכובס משא"כ לענין צירוף לקשר אגודל תלוי בשעת עשייה ואפילו אם אח"כ נתמעט השיעור כשר א"כ בזה אין לחשוש.

אין זה אלא גרמא שגורם הפסד לבן ולכן כשמזיק ע"י גרמא הרי זה גרמא דגרמא. ואין הדברים מובנים דאיסור להזיק איכא גם על גרמא דגרמא ועוד כל זמן שהבנים לא ירשו אין דין מזיק כלפי הבנים דאין הממון שלהם וע"כ הסברא של דלמא הוי ליה זרעא מעליא הוא סברא שלא הותר האיסור מזיק כלפי המוסר וא"כ אין זה גרמא ולמה יחשב גרמא דגרמא.

אין מקבלין מן הנשים דבר מרובה.

אם האשה אומרת שבעלה נתן לה רשות כתב הנובי"ק יו"ד ס' ע"ב דמקבלים ממנה דאין חשש שגונבת במזיד אלא שמורה התר לעצמה ממילא כשאומרת שנתן לה בעלה רשות סמכין עליה. והובאו דבריו בפת"ת יו"ד ס' רמ"ח סק"ב ואחרי זה מביא הפת"ת את דברי הספורנו בפ' ויקהל על הפסוק ויבאו האנשים על הנשים דהוצרכו גם האנשים לבא משום דאין מקבלים מן הנשים. ואולי כונת הפת"ת להקשות מזה על הנובי"ק דלדבריו לא הוצרכו לבא אלא סגי בזה שיאמרו שקבלו רשות מהבעלים.

דף קיט:

ובב"ל מקום לוקחין מהם כר מלא מוכין מ"ט קננהו בשינוי. כתב ה"ה בפ"ו מגניבה ה"ט דאע"ג דהוי שינוי החזור לברייתו מ"מ כיון דאינו ודאי גזול אלא רק חשש סמכין על שינוי החזור, ורע"א בשו"ע ס' שנ"ח ציין לעיין