

פתיחה

נקרא לאו הניתק לעשה אלא לאו הניתן לתשלומין, וכן הביא הקו"ש באות כ"ז שמבואר בדברי הרמב"ם בפיה"מ לקמן בדף ק"ח גבי הגזול את אביו ונשבע לו ומת נותן לבניו או לאחיו לקיים מצות השבה דכתב שם הרמב"ם בפיה"מ שזהו דוקא אם הגזילה היא בעין אבל אם אינה בעין אינו צריך לשלם את דמי' וזהו לטעמי' שבדמים ליכא מצות השבה, וכן ביאר הקו"ש שם את כוונת תוס' בדף ס"ז ע"ב בסד"ה רבא וכו'.

ולפי דברי הרמב"ם בספר המצות במצות עשה קצ"ד הרי הוא נכלל במצות והשיב דעיי"ש שכתב שוהשיב כולל גם את התשלומי דמים היכא שנשתנית, וכ"כ הרא"ש בב"מ דף כ"ו ע"ב והרמב"ן במלחמות שם, וכן מבואר מדברי הרא"ש לעיל בפ"א סי' י"א, וכן הביא הקו"ש בהאות הנ"ל מתוס' והריטב"א במכות דף ט"ז (מיהו אולי כוונת תוס' והריטב"א שם היא משום קרא דושילם רק דס"ל שגם זה הוא בגדר מצות עשה, ודלא כהרמב"ם, וכמו שהקשה הקו"ש שם למה אין הפסוק של ושלם נחשב מ"ע כמו והשיב). ועי' בלשון הרמב"ם בסה"מ ל"ת רמ"ה שכתב וז"ל, אבל אפילו בטל את העשה שבה אינו לוקה לפי שהוא לאו שניתן לתשלומין שאם שרף או השליכה בים יתן מה שהיתה שוה עכ"ל, ומשמע כדבריו בספר היד.

ולדעת רש"י בסנהדרין דף ע"ב ע"א הרי הוא משום שילפינן משליחות יד,

(א) בענין השיעור של שוה פרוטה בגניבה וגזילה ומצות השבה.

עייין בזה לקמן באות ש"ח, שי"ח, שמ"ט, ש"נ, ות"ל.

(ב) בענין המהות של מצות השבה.

יש לעיין בענין מה נכלל בהחיוב של והשיב את הגזילה, דהיינו האם הוא חייב לילך אחרי הבעלים אפילו למדי כדי להחזיר להם, או האם הוא חייב רק לשלוח ולהודיעם שהוא מוכן להחזיר (ואולי אינו חייב להודיעם אלא כשהם באים לעירו של הגזולן), או האם הגזולן אינו חייב לעשות כלום, רק שהבעלים באים ונוטלים את שלהם והתורה קבעה למצות עשה על הגזולן שלא יעכבם מליטול את שלהם. ועיין בכל זה לקמן באות ש"ט.

(ג) עוד במצות השבה.

א. המקור של החיוב תשלומין היכא שהגזילה אינה בעין.

הנה לעיל בחלק א' אות ס"ד הבאנו ג' דעות בענין מה הוא המקור בהתורה להתשלומין שגזולן משלם היכא שאין הגזילה בעין, דלפי הרמב"ם בספר היד הרי הוא מהפסוק של ושלם (כמו שכתב הגר"ח בספרו על הרמב"ם בסוף הלכות גזילה, והביא שכן תניא בספרא), ובכה"ג אין זה

וביאר רש"י שם שטעם התורה למה חייבה גזלן באונסין הרי זה משום דלא גרע משואל שמתחייב באונסין משום העובדא שכל הנאה שלו דמהאי טעמא גם גזלן צריך להיות חייב באונסין משום שכל הנאה שלו עיי"ש בדברי רש"י ובמהרש"א שביאר כן את דבריו. ובאמת בגמרא גופה שם איתא שגזלן חייב באונסין "מידי דהוי אשואל" אלא שמתוך דברי רש"י שם אנו למדים שאין זה רק בגדר משל בעלמא אלא הרי זה בגדר טעם וסברא וכהנ"ל. וע"ע באות ו', ובריש אות כ"ז, וכן באות שי"א, ושנ"א, ושס"ו סק"א, ושס"ז, ושס"ט, בנוגע לדברי רש"י שם.

ולכאורה יש להביא ראיה לדברי רש"י מב"ב דף פ"ח ע"א דמבואר בתוך הסוגיא שם שלפי המ"ד שסובר ששואל שלא מדעת הוא גזלן הרי הוא כמו כל גזלן שצריך להשיב מדעת בעלים או לכל הפחות למקום המשתמר, אבל לפי המ"ד שסובר ששואל שלא מדעת הוא שואל מספיק בהשבה להמקום שנטלו משם גם בלי דעת בעלים וגם אם אינו מקום המשתמר, ולכאורה יש לתמוה דכיון דס"ל להך מ"ד שהוא שואל א"כ למה שונה הוא מכל שואל שחייב אם החזיר למקום שאינו משתמר.

ונראה שלפי המ"ד שסובר שהוא שואל, אין הכוונה שהוא נעשה שואל ממש שחייב בשמירת החפץ, אלא לעולם אין עליו חובת שמירה, וכן אין עליו תורת גזלן לפי הך מ"ד, וממילא מה שהוא חייב באונסין אינו משום שמדמין אותו לשולח יד כמו שמדמין כל גזלן לפי רש"י

בסנהדרין שם, אלא כל הסיבה של החיוב אחריות הרי היא רק משום שמדמין אותו לשואל דחזינן שהוא חייב באחריות משום זה שכל הנאה שלו, דממילא גם שואל שלא מדעת צריך להיות חייב באונסין משום טעם זה שכל הנאה שלו, וזוהי כל הכוונה במאי דאמרינן שהוא שואל, כלומר דלא גרע משואל שכל הנאה שלו, אבל אין הכוונה שהוא נעשה שואל ממש (וסגי בסברא זו גם בלי לדמותו לשליחות יד, רק שבגזלן רגיל כתב רש"י את האמת שיש גם לדמותו לשולח יד), וא"כ לפ"ז שפיר ס"ל להך מ"ד שאין צריכים השבה למקום המשתמר, דהא אין עליו חובת שמירה אשר יחשב משום כך פושע בשמירתו כשהוא מחזיר למקום שאינו משתמר, וכן אין עליו מצות השבה, אלא כל חיובו הוא רק חיוב אונסין משום זה שלא גרע משואל שכל הנאה שלו, ולכן מאחר שהוא מסלק את עצמו מן החפץ, וכבר אין כל הנאה שלו, הרי הוא שפיר נפטר בכך, אע"פ שסילק את עצמו על ידי השבה למקום שאינו משתמר. ומעתה הרי להדיא מבואר כמו שכתבנו שמהסוגיא בב"ב שם (דהיינו מהמ"ד שסובר שהוא שואל) חזינן כסברת רש"י בסנהדרין שיש ללמוד משואל שיש חיוב אונסין גם בשאר דוכתי שכל הנאה שלו.

וגם מהסוגיא בב"ב מ"א דף ע"ב יוצא כדברי רש"י ששייך ללמוד חיוב אונסין משואל משום זה שכל הנאה שלו, דעיי"ש דפרכינן לא תאמר שליחות יד לא בשומר חנם ולא בשומר שכר ותיתי משואל, ופירש"י וז"ל, ותיתי משואל שחייבו

הכתוב באונסין בשביל שכל הנאה שלו, ושולח יד נמי כל הנאה שלו עכ"ל, הרי להדיא כדברי רש"י בסנהדרין שם.

וע"ע באור שמח על פרק ב' מהל' גניבה ה"א בד"ה נסתפקתי וכו' שהוכיח מדברי הרמב"ן והרשב"א בב"מ דף מ"ג ע"א שהם סוברים כדברי רש"י הנ"ל בסנהדרין (וע"ע בקצה"ח בריש סי' רצ"א). ומדברי תוס' לעיל כאן בדף נ"ו ע"ב בד"ה פשיטא וכו' הוכיח דלא כרש"י דהא תוס' פטרו שם את הגזלן מלשלם בשביל פירות שהרקיבו מקצתן משום שכיון שלא מיקרי שינוי הרי הוא יכול לומר הרי שלך לפניך, ואילו לפי רש"י בדין הוא שיתחייב לשלם עבור ההפסד משום שלא גרע משואל שכל הנאה שלו וחייב בכה"ג (וע"ע שם במה שהביא האור שמח בשם הרא"ש). וע"ע בספר אמרי משה בסי' מ' סק"ט שנקט שלעולם רש"י ותוס' לא פליגי אהדדי, ודלא כהאור שמח, וצ"ע.

והנה רש"י בפסחים דף ל"ב ע"א כתב שילפינן שכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה מהפסוק של והשיב את הגזילה אשר גזל דהכוונה היא כהשעה שגזל, וחזינן מדבריו שוהשיב כולל גם את החיוב תשלומין כשאינו בעין. ברם י"ל דס"ל לרש"י שרק לאחר שילפינן משואל ושולח יד שוב אמרינן שגם חיוב זה נכלל הוא בוהשיב.

וע"ע לעיל בדף ד' ע"ב שמונה רבי חייא גנב וגזלן בין הכ"ד אבות נזיקין, ופירש"י שגזלן הוא מהפסוק של והשיב את הגזילה, ובפשטות מבואר מדבריו שוהשיב כולל גם את החיוב תשלומין

כשאינו בעין שזהו בגדר תשלומי מזיק. מיהו עי' בספרי שם באות ס"ד שכתבתי גם ביאור אחר בדברי רש"י שם.

ב. מהותה של מצות השבה היכא שהגזילה היא בעין.

גם חקרנו בחלק א' אות ס"ד בענין מהותה של מצות השבה היכא שהגזילה היא בעין, דהיינו האם היא בגדר מעשה מצוה של השבת החפץ, או האם היא ביסודה מצוה של תשלומי ההפסד שגרם, רק שהיכא שהגזילה היא בעין גזרה התורה שישלם ע"י הגזילה עצמה. וע"ע בזה באות ש"ע כאן.

ג. עוד חקירות בענין והשיב.

ע"ע באות ס"ה שם שהארכנו בענין אם הפסוק של והשיב את הגזילה קאי גם על גנב או האם הוא קאי רק על גזלן אבל החיוב השבה (וכן החיוב של תשלומי קרן) של גנב ילפינן ממקום אחר. וע"ע בזה להלן כאן באות ט"ו ס"ק ב', ובאות י"ח (וכן בסוף ההערה השני' על אות ז').

עיין באות כ"ז, שנ"ב, ושנ"ח, בענין אם החיוב אונסין של גזלן חל בשעת גזילה או בשעת אונסין.

ד. חקירות בענין כפל ודו"ה.

א. בחלק א' אות ס"ו חקרנו באם כל הכפל חשיב תשלומי קנס ובאמת ליכא בכה"ג תשלומי ממונא של קרן, ולא יתכן תשלומי ממונא של קרן אלא היכא שהודה אשר בכה"ג ליכא כפל (משום שמודה

בקנס פטור), או האם הפעם הראשונה הוא ממונא של קרן וכמו שנראה הפשטות.

ב. באות ס"ג סק"א שם חקרנו בנוגע לתשלומי דו"ה, האם כל הסכום חשיב קנס חדש ואין נוהג בכה"ג הקנס הרגיל של כפל עבור הגניבה, או האם לעולם הפעם הב' הוא הקנס הרגיל של כפל עבור הגניבה, ורק הג' והד' והה' הרי הם עבור הטביחה ומכירה וכמו שנראה הפשטות.

ג. בסק"ב שם צדדנו שהקנס של ד' והקנס של ה' אינם במהותם שני מיני קנסות נפרדים, אלא יסוד דינו של הטובח או המוכר את השה הוא לשלם ד' מתוך אותם הה' שהטובח או המוכר את השור משלם, ולעולם גם בשה הקנס הוא ביסודו אותו הקנס של ה', רק שהתורה פטרתו במקצת.

ד. בפ"א מהל' גניבה ה"ד כתב הרמב"ם וז"ל, אם גנב דינר משלם שנים, גנב חמור או כסות או גמל משלם שנים בדמי', נמצא מפסיד כשיעור שביקש לחסר את חברו עכ"ל. ונראה שכוונתו במה שכתב שהוא משלם שנים בדמי' היא שהחמור של כפל צריך להיות שוה כדמי אותו חמור שגזל, ולא סגי בחמור כל דהו, וכן דרשינן לקמן בדף ס"ז ע"ב, אבל אין כוונתו לומר שהוא צריך לשלם את הכפל בכסף דוקא ולא בשוה כסף, חדא דאין זה בכלל משמעות לשונו, ועוד דהא שיטת הרמב"ם בפ"ח מהל' נזקי ממון ה"י היא שהמזיקים יכולים לשלם שוה כסף גם כשיש להם כסף, דהא לא הזכיר שם שום קדימה לכסף על שוה כסף, וא"כ הדין נותן שגם בכפל יהי' כן

שהרי בדף ה' ע"א מבואר שלכפל יש אותם הדינים של תשלומין כמו מזיק.

ה) בענין גנב.

הקצה"ח בסי' שמ"ח סק"ב חידש מתוך דברי רש"י בב"מ דף י' ע"ב שבכדי להתחייב בחיובי גנב וגזלן צריכים שיעשה מעשה, אבל קנין חצר לחוד בלא מעשה לא מהני. ועי' במה שכתבנו בזה בחלק א' אות תרצ"ג, ועוד נזכיר מזה בכמה מקומות בריש מרובה, וכן באות שס"ו.

ו) בענין גונב על מנת להחזיר או לשלם.

בב"מ דף ס"א ע"ב אמרינן שלא תגנוב כולל גם שלא יגנוב על מנת למיקט או על מנת לשלם כפל, ופירש"י שעל מנת למיקט היינו על מנת לצער את חברו. ובשט"מ שם הסיק שהכוונה בעל מנת למיקט היא דוקא כשאין בדעתו להחזיר אבל כשדעתו להחזיר אין איסור, והחידוש הוא שאסור אע"פ שאינו גונב בשביל הנאה אלא כדי לצערו (וצ"ע). מיהו הרמב"ם בספר המצות כתב שהכוונה היא אפילו להיכא שבדעתו להחזיר.

והרמב"ם בריש הל' גניבה כתב שטעם האיסור הוא כדי שלא ירגיל את עצמו בגניבות, והבין מזה הגר"ח מוואלאזין בשו"ת חוט המשולש סי' י"ז בד"ה ומה שכתב כת"ר וכו' דס"ל להרמב"ם שזה רק איסור דרבנן, וכ"כ הלח"מ בריש הל' גניבה שלפי הרמב"ם זה רק איסור דרבנן עיי"ש בטעמו, וכן כתב בספר באר יעקב

ביו"ד סי' קס"א כדי לתרץ את הקושיא מספ"ק דב"ב שנביא להלן.

ועיין בקצה"ח בריש הלכות גניבה שחקר אם הגונב על מנת להחזיר או לשלם חייב באונסין או לא. ולפי סברת רש"י שהבאנו לעיל באות ג' סק"א לכאורה הרי הוא צריך להיות חייב כמו בשאלה שהוא חייב אע"פ שאינה לצמיתות. ועיין עוד בזה בחלק א' אות ל"ז* סק"ב ובאות תרצ"ג*, וכן לקמן כאן באות י' סק"ב, ובאות ט"ז בסופו, ובאות כ"ד, ובהערה לאות שנ"ז, ובאות שס"ז, ובאות שצ"ג.

ועיין בדף ס' ע"ב דמבואר שאסור ליטול שעורין על מנת לשלם עדשים (דעדיפי) תחתיהם, וכתב הרא"ש שם וז"ל, אבל אם היו גדישים של עדשים מזומנים, אפילו אין בעלי גדישין של שעורין לפנינו, מותר לזכות להן גדישין של עדשים ע"י אחר וליקח גדישין של שעורים, דזכות הוא לו, דעדשים עדיפי טפי עכ"ל. ודברי הרא"ש הובאו בחו"מ סי' שנ"ט סעיף ב', והב"ח שם הקשה מגונב על מנת לשלם כפל דאסור, וכתב שרק בגניבה אסור כי רק בגניבה שהיא בצינעה יש לחוש שמא יתרגל, אבל בגזילה שהיא בפרהסיא אין חשש ומש"ה ליכא איסור כשהתשלומין הם בעין, והש"ך שם כתב שחילוק דחוק, וכתב הש"ך שדינו של הרא"ש הוא כשכבר מזכה לו מיד ע"י אחר.

וע"ע בריטב"א על ב"ב דף ה' ע"א בד"ה רוניא שכתב וז"ל, וא"ת הא אמרינן לא תגנובו על מנת למיקט או על מנת לשלם, וי"ל דפירות אלו היו עומדים לשכר ודמיהן היו קצובין דבכה"ג שרי למישקל על מנת לפרוע דמיהן וכו', א"נ דבכה"ג

שאינו עושה לצער חבירו אלא להוציא דינו לאור שרי וכן עיקר עכ"ל.

ועל פי תירוצו השני יש ליישב את מאי דאמרינן בדף ט"ז ע"א שם שאיוב הי' גוזל שדה של יתומים ומשביחה ומחזירה להן, והקשה התורת חיים דהא אסור לגנוב על מנת לשלם כפל. מיהו לפי הריטב"א לק"מ כי הי' עושה כן לתועלת. מיהו רש"י בב"מ על מאי דאמרינן שאסור לגנוב על מנת לשלם כפל פי' דאיירי באופן שכוונתו היא באמת להטיב עם הנגנב על ידי שיתחייב לשלם כפל (כי הנגנב אינו רוצה לקבל ממנו מתנות), ולכאורה דבריו הם דלא כהריטב"א.

וגם בספר באר יעקב ביו"ד סי' קס"א שתי' את הקושיא מאיב כהנ"ל אבל רק משום דס"ל שהאיסור לגנוב על מנת להחזיר הוא מדרבנן, והיכא שזה לתועלת היתומים לא גזרו.

והפני שלמה והקו"ש בב"ב שם כתבו לתרץ את קושיית התורת חיים על ידי לחלק בין גוי לישראל, וכ"כ הרמ"ה שם, א"נ לחלק בין גניבה לגזילה, והפני שלמה כתב לחלק בין גניבה לגזילה משום סברת הב"ח, והקו"ש כתב משום שגם בעלמא יתכן שלא ילפינן גזילה מגניבה. ועכ"פ שניהם לא הביאו את דברי הרמ"ה והב"ח והש"ך.

ועי' בריטב"א בב"מ דף ס"א שם שהקשה למה לא אמרו לא תגזול על מנת למיקט, ותי' כי "מגניבה אתיא ופשוט הוא", הרי דס"ל שגם בגזילה אסור. וכן מוכח בדבריו הנ"ל גבי רוניא שהי' ציור של גזילה.

ובסה"מ שהוציא הגאון ר' חיים העליר

בעמוד ק"ס ראיתי שכתב להוכיח לחלק בין גניבה לגזילה מהא גופא שבגמ' בדף ס' הוצרכו להוכיח שאסור ליטול את השעורים על מנת לשלם עדשים מדברי קבלה דכתיב חבול ישיב רשע גזילה ישלם ולא הוכיחו מלא תגנובו על מנת לשלם כפל.

ויש לעיין עוד דנהי שתירצו המחברים הנ"ל שבאיוב לא הי' אסור מצד לא תגנובו על מנת לשלם כפל כי הי' ציור של גזילה אבל אכתי למה לא הי' אסור משום הגמ' בדף ס' של חבול ישיב רשע גזילה ישלם. וי"ל דאיסור זה הוא רק כשבדעתו להחזיר דבר אחר וכגון התם בשעורים ועדשים אבל לא היכא שאינו רוצה ליטלו לעצמו אלא להחזירו משובח כמו באיוב.

מיהו אכתי צ"ע על הריטב"א כי הוא מתיר גם לשלם דמים (כדמשמע בתירוץ הראשון) לשם תכלית טובה (כמו בתירוץ השני), וא"כ בשעורין ועדשים בב"ק שם למה הי' אסור.

והנה מתוס' בדף ס"ב ע"א בד"ה חמסן נראה שחמסן דיהיב דמי אינו עובר בלא תגזול וכמש"כ המחנה אפרים בהל' גזילה סי' כ"ז (וע"ע בההערה על אות שנ"ז כאן). וכתב הקובץ שיעורים כאן באות א' דהא דאינו עובר בלא תגזול הרי זה רק כששילם קודם שלקח את החפץ (וכעין דברי הרא"ש שהבאנו) אבל אם שילם אח"כ הרי הוא שפיר עובר כדמרבין לא תגנובו אפילו על מנת לשלם כפל (מיהו כבר הבאנו מהש"ך בסי' שנ"ט שכתב דסגי במזכה לו מיד). והנה מה שהביא את הדרשה של לא תגנובו אפילו ע"מ לשלם הרי זה דלא

כדבריו הנ"ל בב"ב שהדרשה היא איירי רק בגניבה אבל לא בגזילה.

ולפי דברי הקו"ש הנ"ל בב"ב צריך לצאת שגם מזיק על מנת לשלם א"א ללמוד מגנוב ע"מ לשלם כמו שא"א ללמוד ממנו גזול על מנת לשלם (ולפי סברת הב"ח שם לחלק בין גניבה לגזילה לא ברירא לי איך צריך לצאת במזיק). ולפי זה ניחא דברי הקרית ספר בפ"ה מהל' נזקי ממון שכתב שמזיק על מנת לשלם אסור רק מדרבנן דזה ניחא אפילו אם נאמר שבגניבה הרי זה מן התורה.

מיהו ראיתי בספר קהלות יעקב על ב"ק בסי' א' שהעיר שמזיק על מנת לשלם צריך להיות אסור מהתורה משום ק"ו מהשבת אבידה דהא מכיון שהוא חייב אפילו להחזיר לו את אבידתו ק"ו שאסור לו להזיקו, והרי כתבו תוס' בב"מ דף ל"א ע"ב שאפילו אם יהי' האובד צריך לשלם להמוצא את כל שווי של האבידה עבור ההוצאות שהיו לו, באופן שלא ירויח האובד שום כסף ע"י החזרה, בכל זאת יש מצוה על המוצא להחזיר משום הענין של כושרא דחיותא, וא"כ גם מזיק על מנת לשלם צריך להיות אסור כי אע"פ שלא יפסיד הניזק שום כסף אבל הלא יפסיד כושרא דחיותא וא"כ גם זה אפשר ללמוד בק"ו מהשבת אבידה. ובשם המאירי הביא שם שאין דין השבת אבידה כשיצא לו להאובד רק הריוח של כושרא דחיותא.

ועכ"פ הק"ו מהשבת אבידה משמש לעוד טעם לאסור גזול ע"מ לשלם (אבל לא גזול על מנת להשיב את גוף החפץ).

והנה לכאורה יש להקשות על זה שרצה

משמע שחמסן שיהיב דמי אינו עובר בלא תגזול וכמ"ש"כ המחנה אפרים בהל' גזילה סי' כ"ז, אלא רק בלא תחמוד, וכן משמע מדבריהם בב"מ דף ה' ע"ב בד"ה בלא דמי (וע"ע בההערה על אות שנ"ז).

והעירני ידידי הרב הגאון ר' בנימין פוזן שליט"א דמבואר להיפך מזה בדברי הראב"ד בפ"א מהל' גזילה ה"ט, דעיי"ש שכתב שחמסן שיהיב דמי אינו חייב מלקות עבור זה שעבר על לא תחמוד משום שהוא חייב בהשבת החפץ כמו גזלן, וגם הרמב"ם שם מודה לזה היכא שלא אמר בעל החפץ רוצה אני וכמו שמבואר במגיד משנה, והרי לכאורה לא שייך שיתחייב בוהשיב את הגזילה אם לא שעבר על לא תגזול וא"כ לכאורה חזינן דלא כשיטת תוס' אלא חזינן שהראב"ד והרמב"ם לפי המ"מ סוברים שהוא שפיר עובר על לא תגזול. מיהו לכאורה אין משם ראי', דהא בע"כ צ"ל שהראב"ד שהזכיר מצות והשיב סובר שוהשיב קאי גם על לא תחמוד (כמו שקאי על גניבה), וא"כ מי יימר שהוא סובר שעובר שם גם על לא תגזול.

מיהו נראה לומר שאולי שייכת באמת המצוה של השבה אפילו היכא שלא עבר על לא תגזול, דהנה במצוה רכ"ט כתב החינוך (כדברי המ"מ בפ"א מהל' גניבה) שהטעם שאסור לגזול כל שהוא הרי זה משום שחצי שיעור (פרוטה) אסור מהתורה, ואילו במצוה ק"ל כתב שהיכא שגזל פחות משהו פרוטה הטעם שאין מצות השבה על פחות משהו פרוטה הרי זה משום שהנגזל מוחל, ומשמע שבלי הטעם של מחילה ה"י שפיר חייב בהשבה

הקובץ שיעורים כאן בסק"א לאסור גזול על מנת לשלם רק מכח הדרשה של לא תגנובו אפילו על מנת לשלם כפל, וכן על מה שהקריית ספר אסר מזיק על מנת לשלם רק מדרבנן, דלכאורה גם בלא שום דרשה הדבר צריך להיות אסור מהתורה, דהא בשעת המעשה הרי הוא עושה מעשה גזילה ומזיק, ונהי שאח"כ הרי הוא משלם, וכן גם עכשיו יש בדעתו לשלם, אבל מ"מ בשעתו הרי הוא עושה מעשה גזילה ומזיק, ובשלמא היכא שהוא עושה על מנת להחזיר את גוף החפץ י"ל שבכה"ג שפיר בעינן את הדרשה של לא תגנובו אפילו על מנת להחזיר, כי ה"י אפשר לומר שהיכא שהוא עושה על מנת להחזיר את גוף החפץ, אז גם בשעת הגניבה גופא אין החפץ יוצא מרשות הבעלים, אבל היכא שהוא עושה על מנת לשלם מעות הרי החפץ בודאי יוצא מרשות הבעלים, וא"כ יוצא שבשעת המעשה עשה ממש את המעשה של הלאו וא"כ פשיטא שזה אסור. והנה הרמב"ם בפ"א מהל' גניבה כלל בתוך הדרשה הנ"ל גם היכא שהוא עושה על מנת לשלם אבל י"ל שכוונתו היא להיכא שהוא עושה על מנת לשלם כפל וכמו הציור שמוזכר בגמרא בב"מ שם, ובנוגע להכפל לחוד הוא שכתב שהוא עושה על מנת לשלם, אבל לעולם בדעתו היא להחזיר את גוף החפץ, ולכן שפיר בעינן קרא. ועי' בבאורו של הלח"מ בדברי הרמב"ם.

(*) בענין אם שייכת מצוה של השבה היכא שלא עבר על לא תגזול.

הנה בתוס' בדף ס"ב ע"א בד"ה חמסן

(והיינו או משום דס"ל שלא נאמר במצות השבה שיעור של פרוטה, או משום דס"ל שחייבים לעשות חצי שיעור של מצוה). ולכאורה צ"ע דהא גם בלא מחילה, תיפוק לי' שלא שייך מצות השבה כיון שלא עבר על הלאו של גזילה, וא"כ מוכח ששייך מצות השבה גם אם לא עבר על לא תגזול.

מיהו יש לדחות דסגי בזה שעבר על האיסור לגזול חצי שיעור כדי לחייבו בהשבה, ויש לפלפל בזה. ועכ"פ עי' בפ"י הר"ח בעירובין דף ס"ב ע"א שכתב באמת שהטעם שפטור להשיב פחות משה פרוטה הרי זה משום שלא עבר על הלאו של גזילה.

פרק מרובה

דף ס"ב ע"ב

ז. בענין הטובח אחר הגנב.

א. למה הטובח אחר הגנב פטור.

תנן בהמשנה שאין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל, ולא הטובח אחר הגנב משלם תשלומי ארבעה וחמשה, ופירש"י בד"ה אין הגונב אחר הגנב וז"ל, דכתיב וגונב מבית האיש ולא מבית הגנב עכ"ל, וכן איתא לקמן בדף ס"ט ע"ב. מיהו בענין הא דאין הטובח אחר הגנב משלם תשלומי דו"ה לא מצינו בגמרא שום ילפותא לזה. ובפשטות ה"י נראה לומר שהוא פטור מצד הסברא, והיינו משום שמכיון שאין הגונב אחר הגנב קונה קניני גניבה לענין להיות ברשותו להתחייב באונסין, וכשיטת הקצה"ח בסי' ל"ד סק"ג שאין סוף דינו להיות פטור מכפל אלא הרי הוא מופקע מכל עיקר תורת גנב, א"כ מעתה שוב לא שייך שהטובח אחר הגנב יתחייב בדו"ה, דהא אינו נעשה בגדר גנב ע"י זה שלקחו מהגנב הראשון, ורק מי שהוא בגדר גנב מתחייב בתשלומי דו"ה כשהוא טובח ומוכר.

מיהו עיין בתוס' חדשים על המשניות כאן שכתב טעם אחר, והיינו שהטובח אחר הגנב פטור מדו"ה משום שמאחר שהוא פטור מכפל, שוב יש לדרוש כדרשת הגמרא בב"מ ובשבועות שד' וה' אמר רחמנא ולא ג' וד'. מיהו צ"ע על דבריו,

דהא גם בלא"ה הרי הוא צריך להיות פטור כיון שלא קנה קניני גניבה וכהנ"ל.

וי"ל דס"ל להתוס' חדשים דלא כהקצה"ח אלא ס"ל שהגונב מן הגנב שפיר קונה קניני גניבה ומתחייב בקרן דגניבה, ולא מיפטר אלא מכפל לחוד. ועיין גם בחזו"א על ב"ק בסי' ט"ז סק"ז שהאריך להוכיח דלא כהקצה"ח. ומדברי הרמב"ם בריש פ"ה דגניבה מבואר שהלוקח (וכן הגונב) מהגנב אינו עובר בלא תגנובו ומשמע אפילו לפני יאוש וכהקצה"ח. וע"ע באות ל"ג עוד מקורות בענין זה.

ב. בענין אם טביחה יכולה לשמש כמעשה גניבה (דברי הנתייה"מ).

מיהו באמת גם לפי הקצה"ח שסובר שגונב מן הגנב אין עליו תורת גנב יש מקום לומר שצריכים את הטעם של דו"ה ולא גו"ד וכדברי התוס' חדשים, ולא סגי בזה שהגונב אחר הגנב אין עליו תורת גנב, והיינו משום שאע"פ שהגונב מן הגנב אינו נעשה בגדר גנב אבל מ"מ אכתי י"ל שהטובח אחר הגנב שפיר נעשה בגדר גנב, דעיין בנתייה"מ שם בסק"ה שכתב שגם אם נודה לדברי הקצה"ח שהגונב אחר הגנב אינו קונה קניני גניבה, אבל בכל זאת אם הזיק השני את החפץ באופן שעשה בו שינוי, אז הרי הוא שפיר נעשה עליו גנב (ברם הקצה"ח עצמו שם חולק גם על זה וסובר שהוא רק בגדר מזיק עיי"ש), והיינו משום שמכיון שהועיל בזה להפקיע את בעלותו של הנגזל ע"י הדין של שינוי

קונה, א"כ שפיר מהני דבר זה לקנות בו קניני גזילה וגניבה ולהתחייב בתשלומין*), ומעתה לפ"ז שפיר הי' צריך הטובח אחר הגנב להיות חייב בדו"ה כיון שע"י טביחה בצניעה הרי הוא קונה קנין גניבה, כי י"ל שלא איכפת לן בזה שרק ע"י טביחה זו עצמה הרי הוא נעשה גנב ולא קודם, ולכן שפיר צריכים את המיעוט של דו"ה ולא גו"ד.

מיהו באמת לפי הנתיחה"מ צ"ע איפכא, והיינו למה פטרינן באמת משום הדרשה של דו"ה ולא גו"ד דהא לפי הנתיחה"מ הרי הוא צריך להיות חייב גם כפל וגם דו"ה כיון שהטביחה היא בגדר גניבה.

וצ"ל שדברי הנתיחה"מ אמורים רק לענין קרן אבל לא לענין כפל, והיינו דזה שהוא מפקיע את בעלותו של הבעלים מהני רק להוות חיוב אונסין לשלם קרן אבל לא

(* והנה הרא"ש בהגוזל קמא סי' ג' כתב ג"כ כדברי הנתיחה"מ אבל רק באופן שעשה דרך איבוד אבל לא בסתם שינוי, כן העיר הגר"ח הובא בחידושי הגר"ח על הש"ס לקמן בדף ס"ה (ע"י בלשון הרא"ש שם שכתב "איבדו מן העולם").

** וכהביאור הנ"ל שדברי הנתיחה"מ אמורים רק לענין קרן ולא לענין כפל ראיתי שביאר הגרש"ש בשיעוריו על ב"ק בסי' ל"ו סק"א, וכן כתב בספר אמרי משה בסי' ל"ב סק"ו, וכן בספר אבן האזל על פרק א' מהל' גניבה הי"ד בד"ה אכן לבד וכו'. מיהו מה שסמכו את עצמם שם על המשמעות של "מבית האיש" וכמו שהבאתי בפנים, וביארו שלכפל צריכים גניבה מרשותו (מבית האיש) ולא סגי בהפקעת בעלותו, לכאורה אינו מובן כל כך, והיינו משום ש"בית" מורה גם על "שלו" ולא רק על "ברשותו", וכדדרשינן איש כי יקדיש את ביתו קודש מה ביתו שלו אף כל שלו, וא"כ גם אם הפקיע את בעלותו, אמאי לא מקרי שגנב מבית האיש אע"פ שלא הוציא מרשותו, ובודאי לא בעינן

מהני לעשותו גנב לענין כפל, דפרשת כפל נאמרה רק כשגנב מבית האיש, דהיינו מרשות הבעלים, אבל לא היכא שטבח אחר הגנב, משום שבכה"ג אינו גונב מרשותו של הגנב אלא מבעלותו ע"י הדין של שינוי קונה, ואינו חייב כפל על הסוג הזה של גניבה, רק שמ"מ מכיון שסו"ס הרי הוא קונה לענין להיות ברשותו להתחייב באונסין כגנב, מש"ה שפיר הוה ס"ד שיתחייב קנס על הטביחה דהא בנוגע לטביחה לא נאמר בתורה שצריכים גניבה "מבית האיש", וא"כ שפיר הוה מחייבין לי' בדו"ה, ולכן צריכים את הדרשה של דו"ה ולא גו"ד אשר מזה ילפינן שבשביל להתחייב בדו"ה לא סגי בזה שיש כאן החיוב קרן של גנב אלא צריכים גם את החיוב של כפל**).

ובאמת אם נאמר שדברי הנתיחה"מ

תרחי, דהא חזינן שכל גנב רגיל מתחייב עבור זה שהוציא מרשותו של הנגזל אע"פ שלא הפקיע את ה"שלו".

ויש ליישב דלשון "מבית" משמע שה"בית" נשאר, רק שהוא מוציא משם, וזה אתי שפיר רק אם מפרשים ש"בית" מורה על רשותו, דאז הכוונה היא שהגנב גנב מאותם מקומות שנשארים באמת רשותו של הנגזל, אבל כשהוא מפקיע את בעלותו הרי ה"בית" מתבטל לגמרי (מיהו גם את זה יש לדחות ולומר שהכוונה היא שגנב מכלל בעלותו של הנגזל, דהא גם אחרי הפקעת בעלותו, הרי כלל בעלותו נשארת על שאר נכסיו).

והנה יש לי עוד מקום עיון בדברי האחרונים הנ"ל שחילקו בין קרן לכפל מצד הפסוק של וגונב מבית האיש, והיינו על פי מה שחקרנו לעיל בחלק א' אות ס"ה בענין אם הקנין והחיוב קרן של גנב נלמדים הם מאותו הפסוק שלומדים את הקנין והחיוב קרן של גזול, או האם יש לגנב ילפותא מיוחדת בפרשת גניבה, ומעתה אם נאמר שהקנין והחיוב קרן של גנב נלמדים הם מפרשת גנב ואינם

אמורים גם לענין כפל קשה למה כשגנב ואח"כ טו"מ אינו חייב שני פעמים כפל, חדא על הגניבה מפני שהוציא מרשותו וחדא על הטביחה מפני שהוציא מבעלותו.

ג. דברי הריטב"א ורעק"א בענין אם טביחה מיקרי מעשה גניבה.

ולפי הנ"ל יוצא ששומר בהמה שטבח את הבהמה לשם גניבה יתחייב באמת כפל ודו"ה לפי דברי הנתיחה"מ שטביחה מיקרי מעשה גניבה (ולא רק מעשה מזיק), דהא בכה"ג שפיר מיקרי גניבה מהבעלים, דהא עד עכשיו היתה נחשבת הבהמה של הבעלים, וגם ברשותם עי"ז שהוא השומר שלו (כמו שהביא רעק"א במשניות כאן), ועכשיו ע"י שטבח הרי פקע מיני דין שומר והרי הבהמה נעשית של השומר, וכן

כתב באמת רעק"א בדרוש וחידוש על כתובות דף ל"ד ע"ב ששומר שטבח חייב בדו"ה. וגם דן שם רעק"א על ציור אחר שהוא כעין הציור הנ"ל והיינו שהיכא שעבר על איסור מיתה בשעת הגניבה ונפטר מחיובי גניבה משום הדין של קים ל"י בדרכה מיני, אם שוב טבח, אז גם בכה"ג יהי חייב דו"ה, וביאר רעק"א דהיינו משום שהדין של קלב"מ גורם שאינו נעשה גנב, כלומר שאינו קונה שום קניני גניבה בשעה שהוא מתחייב מיתה, אשר לפ"ז יוצא שעוד לא יצאה הבהמה מרשות הבעלים ושהטביחה חשיבא שפיר גניבה מבית האיש*) (כן משמע כוונתו שם). וכן כתב הריטב"א בחידושו שם שבהציור הנ"ל של קים ל"י בדרכה מיני הרי הוא חייב דו"ה על הטביחה.

הנ"ל של הפקעת בעלות, וגם נביא שבאמת מקשים על זה ממה שהטובח אחר הגנב פטור מדו"ה, דלפי הגר"ח למה לא יתחייב גם כפל וגם דו"ה.

* ומדבריו מוכח לכאורה דס"ל שמה שגורם הפקעה מרשות הבעלים הוא מה שיש להגנב קניני גניבה אבל מצד זה שבמציאות הגזלן שולט עליו אכתי לא מיקרי בגדר "אינו ברשותו" של הנגזל, ועיין בזה בקובץ שיעורים כאן באות ח' - י'. שו"ר שכן הוכיח הקו"ש בכתובות אות קכ"ב. והנה צריכים להסביר מה היא הכוונה שהגזילה מיקרי אינה ברשותו בגלל הקניני גזילה של הגזלן, דהא אדרבה מכיון שהגזלן חייב באחריות א"כ ניתוסף ריווח וזכות בשביל הנגזל. מיהו נראה שהכוונה היא דכיון שע"י שעשה קניני גזילה יש להגזלן כח לקנות בשינוי א"כ נמצא שאע"פ שהגזילה נקראת עכשיו של הנגזל אבל אין הנגזל שולט על הבעלות שלו כי הגזלן יכול לשנות את הבעלות ע"י עשיית שינוי, ומעתה י"ל שעצם העובדא שהנגזל אינו שולט בהבעלות שלו הרי זה נקרא שאין הדבר ברשותו כלומר תחת כחו.

כמו הקנין והחיוב קרן של גזלן הרי צ"ע על דברי האחרונים הנ"ל, והיינו משום שאם חזינן שהעושה שינוי אחר הגנב נכלל הוא בפרשת גניבה לענין קרן א"כ למה לא לענין כפל, דמהיכא תיתי לומר שהתנאי של וגונב מבית האיש נאמר רק לענין כפל ולא לענין הקרן של גנב, אבל אם נאמר שהחיוב קרן והקנין של גנב אינם מפרשת גנב, אלא הרי הגנב לגבי דברים אלו כמו כל גזלן דעלמא, א"כ שפיר י"ל כדבריהם לחלק בין קרן לכפל דהא שפיר יוצא שוגונב מבית האיש קאי באמת על כל הפרשה של גנב כיון שהפרשה כוללת רק כפל.

ברם שוב ראיתי מובא בשם הגרי"ז שאפילו אם קרן דגנב הוא מקרא דגנב, וכן אפילו אם וגונב מבית האיש ממעטו גם מהקרן של גנב, אבל בכל זאת הרי הוא אכתי יכול להתחייב בהקרן של גזלן, כי באמת כל גנב הוא גם גזלן, דמה שהוא עושה בצניעה אינו מפקיעו מתורת גזלן (מיהו כמובן לא יספיק בזה לחייבו כפל ודו"ה של גנב).

וע"ע לקמן באות כ"ח שנביא את דברי הגר"ח בשיטת הרמב"ם דשפיר חייבים כפל על הסוג גניבה

נשאת ברשות הבעלים ומעולם לא גנבה וכן תנן להדיא בדף ע"ט ע"א, וכל דבריו של רעק"א אינם אלא בשומר משום שאחרי השחיטה הרי פקע השם שומר שלו והבהמה נקראת ברשות דידי'.

ד. דברי השט"מ שם בשם הרשב"א בענין הנ"ל.

ועי' בשט"מ בשם הרשב"א שחולק על חלק מדיני הריטב"א ורעק"א, דמדבריו מבואר כדבריהם שאם נכנסה בהמת חברו לרשותו בימי החול ושחטה הרי הוא שפיר מתחייב דו"ה, וכן היכא ששחט שומר את הבהמה שנפקדה אצלו הרי הוא שפיר מתחייב בדו"ה, והיינו משום ששפיר מיקרי גניבה מבית האיש ולא רק מעשה מזיק (וכן לא איכפת לן בזה שבאה הגניבה בבית אחת עם הטביחה), אבל בהציוור של קים ל"י בדרכה מיני', דהיינו היכא שגנב ונתחייב מיתה בשעת הגניבה, ס"ל להרשב"א שלא יתחייב דו"ה על הטביחה, והיינו משום דס"ל להרשב"א שבכה"ג הבהמה נפקא כבר מרשות הבעלים ע"י הגניבה הראשונה (אע"פ שנתחייב אז מיתה), וממילא אין כאן חיוב של כפל, דהא על הגניבה הראשונה הרי הוא פטור משום קלב"מ, וגם על הטביחה אין כפל כיון שאין כאן גניבה מבית האיש וכמו שביארנו לעיל.

איברא לאחר העיון בלשון הרשב"א נראה שאין ראי' מדבריו לדברי הריטב"א ורעק"א משום שיתכן שאין כוונתו לומר שהטביחה עצמה נקראת גניבה אלא כוונתו היא רק לומר שבשעת טביחה הרי הוא מתכוין לקנות קנין גניבה ע"י חצירו.

ומהריטב"א שם מבואר גם כדינו של רעק"א בשומר עיי"ש (והחזו"א על ב"ק בסי' ט"ז סק"ט הבין שבציוור של קלב"מ כבר יצא החפץ מרשות הבעלים וכתב ביאור אחר בדברי הריטב"א). ועיין עוד במה שהערנו באות צ'.

מיהו נראה שמדברי רעק"א והריטב"א עדיין אין ראי' שהם מודים לדינו של הנתיות שם, והיינו משום שבציוור שלהם הרי הוא מפקיע את הבהמה ע"י הטביחה גם מרשותו של הבעלים ולא רק מבעלותו של הבעלים, וכמו שביאר באמת רעק"א, וא"כ י"ל שרק בכה"ג הרי הם סוברים דנקרא גניבה, אבל בציוורו של הנתיות שכבר יצא החפץ מרשות הבעלים והוא מפקיע עכשיו רק את ה"שלו" ע"י שהוא עושה שינוי, אכתי יוכלו לסבור שאינו מתחייב אפילו בקרן של גניבה עבור הפקעה זו. מיהו בחידושי הגר"ח על הש"ס לקמן בדף ס"ה הוה באמת את דברי הריטב"א ורעק"א להנתיבות, וכבר העירו כהנ"ל האבן האזל בפ"א מהל' גניבה הי"ד בד"ה אבל הריטב"א וכו', וכן הקובץ שיעורים כאן באות ז', שאין מדברי רעק"א והריטב"א ראי' לדברי הנתיות. ברם, שוב ראיתי באבן האזל בהשמטה שאחרי הלכות גניבה שהביא שהברכת שמואל הוסיף לבאר בשם הגר"ח ששפיר יש מזה ראי' לדברי הנתיות עיי"ש הסבר הדבר. וע"ע בנתיבות בסי' שמ"א סק"ט מה שכתב על דברי הש"ך שם בסוף סק"ו.

ועכ"פ הא ודאי שגם רעק"א יודה ששחט בבית הבעלים לא מיקרי גניבה אלא מזיק בעלמא כיון שהבהמה השחוטה

ה. דברי הרא"ש לקמן בדף ק"ו.

ועיין בשט"מ לקמן בדף ק"ו ע"ב בשם הרא"ש שנקט ששומר שטבח הרי הוא פטור מדו"ה משום שהוא כשוחט בבית הבעלים. ויש להסתפק בדבריו אם כוונתו היא ששחיטה ברשות השומר חשיב רק כמעשה מזיק בעלמא, ולא חל כאן הפקעה מרשותו של הבעלים, וממילא הרי זה ממש כמו ששחטו בבית הבעלים, או האם היא שפיר נחשבת בגדר גניבה מבית האיש, ולאחר שחיטה שוב לא נקראת הבהמה ברשות הבעלים, אלא שפיר חלה כאן הפקעה מרשות הבעלים, רק שלחיוב דו"ה בעינן שהגניבה תהי' לפני הטביחה, אבל כשבאו בבת אחת הרי הוא פטור כמו שהוא פטור אם הי' שוחטו בבית הבעלים, ועיי"ש בלשון הרא"ש שכתב וז"ל, והוי כגנב שטבח בבית הבעלים קודם גניבה דלא משלם דו"ה, דלא מחייב אלא כשגנב ונתחייב משעת גניבה וכי הדר טבח משלם עכ"ל*).

והנה בדברינו אלה (וכן לעיל כאן) נקטנו שהיכא שטבח הרי זה נקרא שהגניבה והטביחה באו בכ"א. מיהו יש לפקפק בזה כי באמת רק הגמר טביחה נקראת הגניבה, כי הרי בעינן שיעשה דבר שהוא על מדריגת שינוי, ואילו תחילת השחיטה אינה נחשבת שינוי כמש"כ תוס' בדף ע"א ע"ב, והרי גם התחילת שחיטה הרי היא חלק מהדבר שמחייב דו"ה ולא רק הגמר שחיטה וכמו שנדייק מרש"י בדף ע"ב ע"א עיי"ש באות ל"ז, וא"כ יוצא

שחלק מהטביחה שהוא חייב עלי' אירעה לפני כל עיקר הגניבה.

ו. שיטת הראב"ד בענין הנ"ל.

ודע, שגם מדברי הראב"ד שהביא הרשב"א לקמן בדף קי"ב ע"א בד"ה היתה וכו' נראה כדברי הרא"ש הנ"ל בשט"מ ששומר ששחט פטור מדו"ה, עיין באבן האזל בפ"ד מהל' גניבה ה"א בד"ה אכן וכו' וכן בספר אמרי משה בסוף סי' ל"ה שביארו את דבריו. ועיין גם במה שדייקו מדברי הראב"ד בסוף ההשגה על פ"ד מגניבה ה"ב. ועכ"פ נראה שטעמו של הראב"ד אינו דוקא כטעם הרא"ש אלא הרי הוא הולך לשיטתו ששומר שגנב מרשותו פטור מכפל, ולקמן באות י' סק"ד נבאר את שיטתו.

וע"ע באות רפ"ו כי דברי הראשונים שהבאתי שם נוגעים לעניננו כאן כמו שיבואר להמעין שם.

ז (* בענין למה הגונב מהקדש וטובח פטור מדו"ה.

הנה לקמן בסוגיין ילפינן שהגונב מהקדש פטור מכפל מקרא דרעהו, והאור שמח בפ"ב מהל' גניבה ה"א בד"ה נסתפקתי וכו' ולהלן שם, וכן לעיל שם בד"ה וכיון וכו', דן בענין אם הוא פטור רק מכפל או האם נכלל בזה שאין לו קניני גניבה וגזילה בחפצי הקדש באופן שאינו מתחייב אפילו בהשבה ותשלומי קרן, ועיי"ש שהוכיח שפליגי בזה הראשונים

(* ועי' בדברינו לקמן באות י' סוף סק"ג מה

שנכתוב עוד פירוש בדברי הרא"ש עיי"ש.

כפל, דהיינו דבר שיש בו רוח חיים, וכדכתיב אם המצא תמצא בידו הגניבה משור עד חמור עד שה חיים שנים ישלם, ובין במה שאינו כתוב מפורש בתורה דהיינו דבר שאין בו רוח חיים, משא"כ מדת דו"ה נהגת רק במה שמפורש בתורה בהפסוק של דו"ה, דהיינו שור ושה.

מיהו לפ"ז נצטרך לנקוט כמו התנא בדף ס"ג ע"ב שסובר שכל הפרשה כולה של כי יתן איש אל רעהו איירי בטט"ג, דהא לפי התנא שסובר שגם גנב ממש נזכר בתוך אותה פרשה הרי יוצא שבגנב ממש כתוב מפורש גם דבר שאין בו רוח חיים, דהא כתיב שם שלמה ואיירי גם בתשלומי כפל של גנב ממש לפי התנא הנ"ל, אבל לאורך תנא הרי שפיר יוצא שלגבי גנב ממש כתוב רק דבר שיש בו רוח חיים (בתוך הפרשה של אם המצא תמצא בידו הגניבה), אשר לפ"ז א"ש סגנון המשנה משום שי"ל שהסגנון הנ"ל מכוון כלפי הכפל של גנב ממש, ולא כלפי הכפל של טט"ג.

מיהו לפ"ז צ"ע בדברי הגמ' שאמרה מנא הני מילי דתנו רבנן על כל דבר פשע וכו' דהא הוא כלל פרט וכלל איירי אודות גנב ממש רק לפי התנא שסובר שגם גנב ממש כתוב בפרשת כי יתן, וכמו שביאר המהר"ם בסוף דף ס"ג ע"א דחזינן שהגמ' כאן נקטה כאותו תנא (דהא כוונת הגמ' כאן היא להביא ילפותא לגנב עצמו), וא"כ צ"ע דמכיון שהסגנון של המשנה הולכת כאורך מ"ד שסובר שפרשת כי יתן איירי רק בטט"ג, א"כ ביותר היתה הגמרא צריכה להביא את הילפותא של פרשת אם

(ובאות י"ח נביא בעז"ה הרבה מקורות בענין זה). והנה אם נאמר שאין עליו תורת גנב צ"ע איך אמרינן בשבועות דף מ"ב ע"ב שאם טו"מ אינו חייב כפל משום שדו"ה אמר רחמנא ולא גו"ד וכמו שמבואר בתוס' שם בד"ה ולא וכו' דקאי שם על הקדש, הלא הוי בו"ג ולא גו"ד, ועוד דאם אינו קונה קניני גניבה א"כ גם בלא הדרשה הנ"ל תיפוק לי' שאינו חייב על טו"מ משום שאינו בגדר גנב (ולפי הצד הנ"ל של האור שמח גם כשהוא עושה שינוי אינו נעשה גנב כלפי הקדש).

ח) מרובה מדת תשלומי כפל.

בהמשנה תנן שמדת תשלומי כפל נהגת בין בדבר שיש בו רוח חיים ובין בדבר שאין בו רוח חיים, משא"כ מדת תשלומי דו"ה אינה נהגת אלא בשור ושה בלבד. ולכאורה צ"ע על לשון המשנה, דהא כשעושים השוואה בין כפל לדו"ה, ביותר הי' ראוי לומר שמדת תשלומי כפל נהגת בין בשור ושה (דהיינו במה שדו"ה נהג), ובין בכל דבר, משא"כ תשלומי דו"ה נהג רק בשור ושה בלבד, דסגנון זה הרי הוא שפיר סגנון של השוואה בין דיני כפל לדיני דו"ה, וא"כ צ"ע למה נחית התנא לחלק לענין כפל בין דבר שיש בו רוח חיים לדבר שאין בו רוח חיים, כיון שלא מצינו דוגמת חילוק זה בדיני דו"ה.

ולכאורה יש ליישב שכוונת המשנה היא כך, שמדת תשלומי כפל נהגת בין במה שכתוב מפורש בתורה בהפסוק של

המצא תמצא בידו הגניבה שאמר תנא דבי חזקי' לקמן בדף ס"ג ע"ב ודף ס"ד.

ט) רש"י ד"ה טוען טענת גנב.

וז"ל, גנב בא וגנבו ודרשינן בשמעתין דחייבו רחמנא כפילא וכו' אם נשבע ונמצא שקרן עכ"ל. והנה לעיל בדף ד' ע"ב בד"ה תנא ל' וכו' הוסיף רש"י דבעינן גם כן שבשעה שט"ג תהי' הגניבה בידו, וז"ל שם, והרי היא בידו עכ"ל, ולאפוקי אם אכלו כבר (וגם על האכילה י"ל שאין כפל כמו שיבואר באות י' סק"ד בענין שומר שגנב מרשותו). ועיי' במה שכתבנו בזה בחלק א' אות ס"ז ולקמן באות ש"צ.

י) בענין טוען טענת גנב. א. בענין אם הכפל הוא משום דנעשה גנב או משום קנס שבועה או משום גודל הפשיעה בהשמירה. הנה בחלק א' אות תש"י הבאנו את דברי רש"י בדף נ"ז ע"ב שכתב שיסוד הדין של הכפל של ט"ג הוא קנס על שנשבע לשקר. ועוד דייקנו שם מלשון הרמב"ם ברפ"ד מהל' גניבה דלא כרש"י אלא שהוא ביסודו אותו הכפל שכל גנב משלם, משום שחידשה התורה ששומר שט"ג הרי הוא נעשה גנב על ידי זה. וכן משמע גם מלשון רש"י לקמן בדף ק"ז ע"ב בד"ה אבל שלח בה יד שכתב וז"ל, ושומר חנם אינו נעשה גנב אלא בטענת גנב עכ"ל, הרי שכתב שהוא נעשה גנב. וגם צדדנו שם צד שלישי והיינו שהכפל של ט"ג הוא ביסודו כפל חדש מחיובי שומרים, דהיינו שהט"ג מתחייב כפל בתורת שומר

עבור הפשיעה הגדולה שפשע נגד הבעלים, ועיי"ש במה שהבאנו בענין זה.

והנה לכאורה יש להוסיף על דברינו שם דלכאורה מסוגיא דידן מוכח שהוא הכפל של גניבה, והיינו משום שבסוגיין אמרינן שאם נאמר שט"ג משלם רק כפל אבל לא דו"ה א"כ גם זה הי' צריך להיות נזכר בתוך המשנה בתור חילוק שיש בין כפל לדו"ה, ומעתה אם הכפל של ט"ג הוא כפל מחודש של שומר או קנס על השבועה, א"כ אפשר לדחות דמתניתין איירי רק בהכפל של גנב, וא"כ מוכח שגם הכפל של ט"ג הרי הוא הכפל של גנב רגיל.

וכן יש לדייק מהא דדריש רבא בדף ס"ג ע"ב אם לא ימצא הגנב, אם לא ימצא כמו שאמר אלא שהוא עצמו גנבו, ישלם שנים, ויש לדחות.

וגם מסוגיא דלקמן בדף ס"ד ע"ב מוכח שאינו כפל מחודש של שומר, דעיי"ש דפרכינן לא ליכתוב רחמנא שנים ישלם בגנב וליתי מט"ג, ומה ט"ג דבהיתירא אתא לידי' אמר קרא לישלם תרי, גנב עצמו דבאיסורא אתא לידי' לא כ"ש, אלא שנים ישלם דכתב רחמנא בגנב עצמו למה לי, דאפילו שלא בשבועה ע"כ, וכן בדף ס"ג ע"ב אמרינן בגמ' דשייך ללמוד גנב עצמו בק"ו מט"ג, רק שאילו כן היינו צריכים שבועה גם בגנב עצמו, ומעתה אם נאמר שהכפל של ט"ג הרי הוא כפל מחודש של שומרים א"כ צ"ע איך שייך ללמוד ק"ו לגנב רגיל, הלא רק בשומר שייך חיוב זה כיון שפשע בשמירתו על ידי טענת גנב משא"כ בגנב עצמו הרי לא שייך לומר כן, אבל אם נאמר שהחיוב כפל של

ט"ט"ג הרי הוא משום שע"י שט"ט"ג הרי הוא נעשה גנב, א"כ אז שפיר שייך לדון ק"ו בענין איך נעשים גנב, ושפיר שייך לומר שאם ע"י טענת גניבה הרי הוא נעשה גנב אע"פ שבהיתרא אתא לידי' א"כ ק"ו להיכא שבאיסורא אתא לידי', ובודאי לא מיקרי בזה שאנו עונשין קנס מן הדין (עיי' בגליון הש"ס בדף ב' ע"א, ובחלק א' אות ע' סק"ב), דהא הק"ו אינו בא לענין קנס אלא לענין מה מיקרי גנב (ולכאורה ה"ה דניחא אם הוא קנס שבועה, דגם לפ"ז אפשר ללמוד מק"ו שגנב ממש יתחייב כפל על שבועתו, אלא שלכאורה זה דומה כבר לעונשין קנס מן הדין).

(ודע שרש"י בדף ס"ה ע"א כתב בדעת רבי יעקב שם שחומש הוא כפרת שבועה, ומשמע קצת מלשונו שכפל אינו כפרת שבועה, מיהו אכתי יתכן לומר שהוא קנס שבועה כמש"כ רש"י בדף נ"ז ע"ב).

והנה שמעתי בשם גאון אחד שרצה לתלות את דברי רש"י הנ"ל בדף נ"ז שכתב שהכפל של ט"ט"ג הוא קנס שבועה בהמחלוקת שבין הבבלי והירושלמי בריש פירקין, שהרי בסוגיין הובאו דברי רבי חייא בר אבא שט"ט"ג שטבח או מכר משלם דו"ה, מיהו בירושלמי משמע שרבי אבהו חולק על זה וסובר שאינו משלם דו"ה, ולכן הרי הוא מקשה שם למה לא תנן במתניתין שגם הט"ט"ג חייב כפל ואינו משלם דו"ה ונשאר קשה שם, ואמר הגאון הנ"ל שדברי רש"י בדף נ"ז מתאימים לשיטת רבי אבהו בהירושלמי אבל לא לשיטת רבי חייא בר אבא, והיינו משום שלפי רש"י שהכפל הוא קנס שבועה א"כ לכאורה לא שייך בכלל לחייבו בדו"ה,

דהא מה שטובה או מוכר לאחר השבועה אינו גורם שום עוולה נוספת בנוגע להשבועת שקר שנשבע, וא"כ אין כאן על מה לחייבו דו"ה (ואפילו ע"י היקש או ריבוי לא שייך לרבותו כיון שאין לדין כזה שום מובן כלל), משא"כ לפי שני הצדדים האחרים בביאור יסוד הדין של הך כפל, שפיר שייך לחייבו בדו"ה, עכת"ד הגאון הנ"ל. והנה מלבד ממה שלפי הנ"ל יוצא שדברי רש"י בדף נ"ז הם דלא כהבבלי כאן בריש מרובה אלא כהירושלמי, מלבד מזה יש להעיר על דברי הגאון הנ"ל דהא לכאורה דברי רש"י אינם עולים יפה אפילו לפי רבי אבהו בהירושלמי שם, והיינו משום שאם הכפל הוא משום קנס שבועה א"כ מאי מקשה רבי אבהו שיהי' כתוב בתוך המשנה הדין של ט"ט"ג, הלא יש לתרץ בפשיטות שהתנא איירי רק אודות הכפל של גניבה וכמו שהערנו כבר לעיל, וא"כ למה נשאר רבי אבהו שם בקושיא (ולפי הצד שט"ט"ג נעשה גנב רגיל, יבואר בדברינו להלן באות כ"ו למה בעינן ילפותא מיוחדת למימר שהוא חייב דו"ה על טביחה ומכירה ולא אמרינן כן מצד הסברא גם בלא ילפותא מיוחדת מאחר שהוא כגנב).

והנה לקמן בדף ק"ז ע"ב יש ג' דעות בגמ', א', שט"ט"ג חייב כפל רק אם שלח בו יד תחילה. ב', שהוא חייב כפל רק אם לא שלח בו יד, אבל אם שלח בו יד הרי הוא פטור. ג', שהוא חייב בין אם שלח בו יד ובין אם לא שלח בו יד. והנה לפי אלו שסוברים שהוא חייב אם שלח בו יד, לכאורה א"א לומר שהכפל הוא הכפל של גנב, דהא כבר נעשה עליו גזלן משעת

שליחות יד וקם לי' ברשותי' בתורת גזילה, ולא שייך שיתחייב עוד משום גנב, דהא הוי כגונב מן הגזולן.

מיהו ראיתי באבן האזל על פ"ד מהל' גניבה ה"ב בד"ה אלא דאכתי קשה לרבי חייה וכו' שכתב שאותם המאן דאומרים שמחייבים כפל כשכבר שלח בו יד הרי הם סוברים שהשולח יד אינו נעשה גזולן גמור אלא אכתי קיימא ברשות הבעלים, רק שהשומר חייב באונסין (ועי' בזה בהערה להלן בסמוך כאן), ומש"ה שפיר יש מקום לחייבו כפל אם שוב ט"ג, והיינו משום שמעתה הרי הוא נעשה באמת בגדר גנב ע"י מה שהוא מוציא מרשות הבעלים, וא"כ לפ"ז יוצא שגם המ"ד שמחייב ט"ג לאחר שכבר שלח בו יד הרי הוא יכול לסבור שהכפל הוא הכפל של גניבה (ובדף ק"ז נאריך בסברות המאן דאומרים הנ"ל). וע"ע בספר אמרי משה בסי' ל"ה סק"ו שכתב הסבר איך שייך להתחייב משום ט"ג אע"פ שכבר נעשה עליו גזולן ע"י שליחות יד, וכתב כן כדי לבאר את שיטת הראב"ד בפ"ד מהל' גניבה ה"ב שכתב שיסוד חיובו של ט"ג הוא משום שנעשה גנב ואעפ"כ הרי הוא סובר להלכה שהוא חייב אפילו אם כבר שלח בו יד וכן אפילו אם כבר טבח או מכר לפני שט"ג. ועיין עוד באבן האזל שם על ה"א בד"ה ולפ"ז וכו' מה שכתב בביאור שיטת הראב"ד.

ועכ"פ בדעת המ"ד שפוטר היכא ששלח

בו יד תחילה לכאורה הי' נראה לומר שהיינו משום דס"ל שהכפל של ט"ג הוא אותו כפל שכל גנב רגיל משלם, ולכן א"א להתחייב בחיוב זה היכא ששלח בו יד תחילה, משום שכבר קנה בגזילה, וא"א לו להתהפך שוב לגנב. מיהו באמת גם זה אינו פשוט כל כך, דעיין בתוס' שם שהקשו שלפי המ"ד שסובר שהוא פטור היכא ששלח בו יד תחילה א"כ למה כל ט"ג חייב כפל, הלא כבר נעשה עליו גזולן משעת הכפירה עוד קודם שנשבע דהא קי"ל שהכופר בפקדון נעשה עליו גזולן וחייב באונסין (וכן פירשו המפרשים את קושייתם), ותירצו וז"ל, ונראה דדוקא קאמר ושלח יד דגזירת הכתוב היא כדקאמר אם לא שלח הא שלח פטור, אבל כופר בפקדון כפל מיהא מחייב דהא דקאמר נעשה עליו גזולן אינו אלא לענין להתחייב באונסין עכ"ל, ולכאורה יש סתירה בדבריהם מיני' ובי', דהא מתחילת דבריהם נראה שעיקר כוונתם בתירוץ היא שגם להך מ"ד לא איכפת לן במה שכבר נעשה עליו גזולן, רק שבשליחות יד איכא גזירת הכתוב שהוא פטור, ואילו מסוף דבריהם משמע ששפיר איכפת לן אם הוא כבר נעשה עליו גזולן, רק שכופר בפקדון אינו נעשה עליו גזולן גמור משום שאכתי ברשותי' דמרי' איתי' אלא שמעתה השומר חייב באונסין*), וא"כ משמע ששולח בו יד מיפטר משום שכבר נעשה גזולן גמור

דלא גרע משואל שכל הנאה שלו וחייב באונסין עי"ש ובמהרש"א, וכן מבואר בב"מ דף מ"א ע"ב, וכבר הארכנו בדברי רש"י הנ"ל לעיל באות ג' סק"א.

(* ובאבן האזל ראיתי שכתב שהחיוב אונסין הזה הוא חלק מחיובי שומרים.

ונראה שהמקור להך חיוב אונסין הוא על פי דברי רש"י בסנהדרין דף ע"ב ע"א שכתב סברא

(ולא משום גזיה"כ), דהא רק על כופר בפקדון כתבו שאינו נעשה גזלן גמור. וגם בדעת הרמב"ם בפ"ד מגניבה ה"ב וג' יש דיון בענין מה הטעם שהוא פטור היכא ששלח בו יד קודם, ועיין שם במ"מ שהאריך לבאר את דעת הרמב"ם וכתב כעין הלשון הנ"ל של תוס' בדף ק"ז, וגם בדבריו יש סתירה כעין הסתירה בדברי תוס', ונסדר כאן את תוכן דברי הרמב"ם והמ"מ שם, דהנה המ"מ בא ליישב את דברי הרמב"ם בה"ג שפסק שאם טען טענת אבד ונשבע ושוב טען טענת גנב ונשבע הרי הוא פטור מכפל, ובטעמא דמילתא כתב הרמב"ם את הטעם השני שצידדה הגמ' לומר בדף ק"ז ע"ב דהיינו משום שכבר יצא (השומר) ידי הבעלים בשבועה הראשונה באופן שבשעה שטען טענת גנב ונשבע לא היתה שבועתו בגדר שבועת הדיינים אלא בגדר קופץ ונשבע

והקופץ ונשבע פטור מכפל, ולכאורה קשה על הרמב"ם למה לא כתב את הטעם הראשון שהזכירו בגמ' שם דהיינו משום שכבר קנה בקניני גזילה דהא הרמב"ם פסק לעיל שם שגם אם שלח בו יד קודם הרי הוא פטור, הרי שפסק שהיכא שכבר קנה בקניני גזילה הרי הוא פטור מכפל (וכעין זה הקשה הראב"ד על הרמב"ם עיי"ש), ועל זה כתב המ"מ לפי משמעות ראשית דבריו דס"ל להרמב"ם להלכה שבאמת לא איכפת לן במה שכבר קנה קניני גזילה*, ורק בשלח בו יד פטרינן משום דאיכא גזירת הכתוב לכך, ולפי משמעות סוף דבריו של המ"מ יוצא שכוונתו היא לתרץ דשפיר איכפת לן במה שקנה קניני גזילה, רק שבכופר בפקדון אינו קונה קניני גזילה, ואפילו היכא שנשבע, וכגון ההיא דטען טענת אבד ונשבע**), ולקמן באות שס"ד נביא את כל המקורות בענין אם הכופר

(* ולפ"ז גם בדעת הרמב"ם נצטרך לומר כהביאור שכתב האמרי משה שם בענין איך יתכן שיתחפך אח"כ להיות גנב, דהא כבר דייקנו מלשון הרמב"ם בתחילת הפרק שם דס"ל שהכפל הוא הכפל של כל גנב רגיל. מיהו עיין באמרי משה שם שנוקט שלפי ביאורו צריך לצאת שגם אם טבח את הבהמה קודם שטט"ג יהי חייב כפל ודו"ה וכמו שסובר באמת הראב"ד בסוף ההשגה על ה"ב (וכמו שהביא גם מדברי הראב"ד שהביא הרשב"א בדף קי"ב ע"א), ואילו מלשון הרמב"ם משמע שהוא פטור אם טבח תחילה. מיהו המעיין באמרי משה שם בסוף סק"ו יראה שעדיין יש מקום לומר שהרמב"ם יסבור שאע"פ שלא איכפת לן במה שכבר קנה בגזילה, ואין זה מעכב שיחול אח"כ חיוב כפל של גנב, אבל בכל זאת אם טבח קודם שטט"ג, שוב א"א להתחייב על זה דו"ה (עיי"ש במה שהביא מהשט"מ בכתובות).

** מיהו ראיתי מתמיהים על המ"מ משום שבאמת מלשון הרמב"ם בה"ג משמע שכוונתו היא לפטור בהציור הנ"ל של טען טענת אבד ונשבע משום שכבר קנה קניני גזילה (וכהצד הראשון שהזכירה הגמ' בנוגע להציור הזה), שהרי כתב שכבר "יצא הפקדון" מיד הבעלים בשבועה ראשונה, ולא כתב ש"כבר יצא ידי הבעלים בשבועה ראשונה" וכלשון הגמ' שכיוונה לומר בזה שכבר יצא השומר ידי הבעלים בשבועתו הראשונה. ועכ"פ לפי הדרך הזה שהוא פטור משום שכבר קנה על ידי השבועה הראשונה א"כ יוצא שע"י שבועה שפיר נעשה ברשותו של הכופר בפקדון, אפילו אם נאמר שבלא שבועה אינו נעשה ברשותו ושאינו קונה קניני גזילה (כדי ליישב למה טט"ג חייב כפל ולא אמרינן שכבר קנה בגזילה משעת כפירה קודם שבועה). ועי' באות שנו" בד"ה ונראה. שו"ר את דברי התורת חיים בהסוגיא שם

בפקדון קונה קניני גזילה ומוציאו מרשות הבעלים.

ועיין בלח"מ שם, וכן בפלפולא חריפתא לקמן בדף ק"ז, שתפסו לעיקר את ראשית דבריו של המ"מ שבשלח בו יד מיפטר משום גזירת הכתוב אבל לעולם לא איכפת לן במה שקנה כבר קניני גזילה, והקשה עליו הלח"מ שמלשון הרמב"ם משמע שעיקר הטעם בשלח בו יד אינו משום גזירת הכתוב אלא משום שכבר נעשה עליו גזלן.

והאבן האזל על פ"ד מהל' גניבה ה"ב בד"ה והנה וכו' ובד"ה אכן וכו' נקט לעיקר את סוף דבריהם של תוס' דהיינו שאם שלח בו יד הרי הוא פטור מכפל משום שכבר קנה קניני גזילה ונעשה ברשותו משא"כ כופר בפקדון דאינו נעשה גזלן ממש, ומה שכתבו תוס' בתחילת דבריהם שגזיה"כ היא כוונתם היא לומר שמצד הסברא לחוד לא היינו אומרים ששליחות יד גורמת שהפקדון יהי' נחשב ברשותו בתורת גזילה, אלא היינו אומרים שאכתי ברשותא דמרא איתי' רק שמעתה השומר חייב באונסין כמו בכופר בפקדון, ולכן בעינין גזירת הכתוב לפוטרו מהכפל של ט"ט"ג וקמ"ל הפסוק שהשולח יד קונה

באמת קניני גזילה ומש"ה מיפטר מכפל אם טען אח"כ טענת גנב.

ברם אע"פ שיתכן לפרש כן את דברי תוס', אבל בכל זאת לשונו של המ"מ אינו סובל פירוש זה, שהרי כתב שהטעם למה הוא פטור אם שלח בו יד "לאו משום דנעשה עליו גזלן אלא משום דגזירת הכתוב הוא" (*).

גם יש לפרש את דברי תוס' כך, שהטעם למה שולח יד מיפטר הרי הוא משום גזירת הכתוב, אבל לעולם לא איכפת לך במה שהוא נעשה גזלן, ואה"נ שגם כופר בפקדון נעשה גזלן גמור ונעשה הפקדון ברשותו, רק שלא איכפת לן בזה, ולכן הרי הוא שפיר מתחייב אח"כ בהכפל של ט"ט"ג, וזהו ששוב המשיכו תוס' לומר שמאי דאמרינן שהכופר בפקדון נעשה עליו גזלן הכוונה היא רק לענין חיוב אונסין (כלומר וה"ה שהוא נעשה גזלן גמור ונעשה הפקדון ברשותו וכהנ"ל), אבל לא לענין ששוב לא יוכל להתחייב בהכפל של ט"ט"ג, והיינו משום שהגזיה"כ נאמרה רק על שולח יד. ברם גם את הביאור הזה א"א להכניס בהמלים של המ"מ שהרי כתב להדיא שהפקדון נשאר ברשות המפקיד.

וע"ע בחזו"א על ב"ק בסי' כ' סקי"א

שבועה הראשונה.

(* ולולא דמיסתפינא הייתי אומר שהמ"מ נתכוין לומר באמת את ב' הדברים, ושחסרות בדבריו המלים "אי נמי", וצ"ל שם, אי נמי דכל שלא שלח ידו בו וכו' עיי"ש. ובאמת כן י"ל גם בנוגע לתוס' בדף ק"ז, דהיינו שחסרות המלים "אי נמי" וצ"ל אי נמי דהא דקאמר נעשה עליו גזלן וכו', אלא שלכאורה תמוה טובא לומר שאותה טעות נפלה בב' המקומות.

שכתב שכוונת הרמב"ם במה שכתב שכבר יצא הפקדון" היא באמת להצד של הגמרא "שכבר יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה", רק שהרמב"ם אינו מפרש כרש"י שהכוונה היא שכבר יצא השומר ידי הבעלים בשבועה ראשונה, אלא לעולם הלשון הנ"ל מכוונת כלפי הפקדון, וכהלשון שכתב הרמב"ם, רק שהכוונה היא ג"כ כמו שיוצא מפירש"י, והיינו שהכוונה היא שכבר יצא הפקדון מיד זיקת הבעלים לשבועה משעת

ובברכת שמואל על ב"ק בסי' מ"ב.

ב. בענין אם הטט"ג נקבע לגנב ע"י הטענה או על ידי השבועה.

והנה מעתה יש לעיין בדעת הרמב"ם שסובר שהטט"ג מקבל תורת גנב ממש ושהכפל של טט"ג הוא הכפל של כל גנב רגיל, האם השבועה היא חלק מעצם מעשה הגניבה, שהרי לפני שנשבע עדיין לא נפטר מהבעלים שהרי חייב הוא או להשבע או לשלם, וא"כ נמצא שכל עוד שלא נשבע, עדיין לא הזיק את הבעלים כלום, או האם הגניבה נשלמת על ידי הטענה לחוד, והשבועה היא רק תנאי בהחייב של כפל, ואע"פ שעל ידי הטענה לחוד עדיין לא נפטר מהבעלים, אלא אכתי יצטרך לשלם דמים אם לא ישבע, אבל בכל זאת שפיר י"ל שעל ידי הטענה לחוד הרי הוא נקבע לגנב, והיינו על פי מה שציידד הקצה"ח בריש הל' גניבה לומר שהגונב על מנת לשלם דמים נקרא גנב גמור לענין כל דיני גנב וגזלן, וא"כ גם כאן כיון שעל ידי הטענה לחוד הרי הוא כופר לו את הגוף החפץ הרי הוא שפיר נחשב גנב על ידי זה אע"פ שהוא יצטרך

לשלם דמים. ובביאור הצד הראשון שאינו נקבע להיות גנב עד שנשבע י"ל שהיינו משום שהגונב על מנת לשלם דמים אינו מקבל תורת גנב וכמו שציידד הקצה"ח שם, א"נ שרק בהציוור של הקצה"ח הרי הוא נחשב גנב כיון שיש לו ברירה לא לשלם אבל הכא אינו נחשב גנב כיון שב"ד יכפוהו לשלם*).

והנה לכאורה יש להקשות דאם מיקרי גנב עבור הא לחוד שכפר לו את הגוף אע"פ שעודנו חייב לשלם, והשבועה הרי היא תנאי מצד גזירת הכתוב, א"כ למה ליכא חיוב כפל גם בשומר שכר שטט"ג ונשבע ע"י גלגול ונמצא אצלו דהא גם שם הרי הוא נעשה גנב על הגוף אע"פ שרצה לשלם.

וי"ל שבאמת בכה"ג לא משביעין אותו מהתורה ע"י גלגול כי לא מצינו שבועה דאורייתא גבי ממון אלא היכא שהשבועה באה לפוטרו מממון משא"כ בהציוור הנ"ל הרי גם אחרי השבועה הרי הוא נשאר חייב, ועוד דאפילו אם שפיר נשביעין מהתורה כה"ג ע"י גלגול אבל י"ל שלטט"ג בעינן דומיא דשבועת הפרשה

שכתבתי בההערה כאן לכאורה ה"ה שהיתה הגמרא יכולה לומר דחי' אחרת, והיינו שאם היינו לומדים מטט"ג היינו פוטרים גנב עצמו בהציוור של גונב על מנת לשלם דהא חזינן שהטט"ג צריך שבועה והיינו כדי שלא יהי' בגדר הגונב ע"מ לשלם (ועכשיו אין אנו מחלקים בין היכא שיצטרך בהכרח לשלם לבין היכא שהוא עצמו בדעתו לשלם), וא"כ שפיר בעינן את הפרשה של גנב עצמו והיינו כדי לחייב אפילו את הגונב ע"מ לשלם, דמעתי אנו אומרים שרק בטט"ג הקפידה התורה שלא יהי' בגדר גונב ע"מ לשלם כיון שמצד הסברא לא הי' צריך להיות נחשב כגנב.

(* א"נ דמכיון שמצד הסברא לחוד הטט"ג לא הי' צריך להיות נחשב כגנב וכמו שנבאר להלן בסק"ד, רק שגזיה"כ היא לדונו כגנב, א"כ י"ל שלא נאמרה הך גזיה"כ אלא כשגנב לחלוטין על ידי שבועה, דהיינו שלא ע"מ לשלם, אע"פ שגנב עצמו חייב אפילו כשגנב על מנת לשלם.

והנה ברף ס"ג ע"ב ודף ס"ד ע"ב מבוואר שהטעם למה הוצרכה התורה לכתוב את הפרשה של גנב עצמו ולא סגי למילף בק"ו מטט"ג הרי זה משום שאם היינו לומדים בק"ו מטט"ג היינו מצריכים גם כגנב עצמו שישבע והיינו אומרים שמקודם לכן לא יתחייב כפל. ולפי הסברא הנ"ל

דאיירי בשומר חנם שנפטר ע"ז מתשלומין משא"כ בשומר שכר בהציור הנ"ל אין השבועה גורמת פטור.

ומלשונו של הרמב"ם שם משמע שהגניבה נגמרת עם הטענה, שהרי כתב "הטוען שנגנבה ממנו הפקדון אם נשבע וכו'", ומשמע שהשבועה היא רק תנאי שהרי לא כתב "ונשבע", אלא "אם נשבע", וביותר משמע כן ממה שסיים שם וז"ל, ובאו עדים ששקר טען עכ"ל, ולא כתב ששקר נשבע. ברם עיין בלשונו בה"ד שכתב וז"ל, הטט"ג באבידה ונשבע, מיהו בה"ה שם כתב שוב וז"ל, חייב כפל על כל טענה וטענה*).

והנה עיין עוד ברמב"ם בה"א שם שכתב להדיא שאינו חייב דו"ה אלא אם כן טבח או מכר לאחר שנשבע, ומשמע שאם טבח או מכר קודם שנשבע, אפילו אם כבר טען שנגנב, אינו משלם דו"ה. ולכאורה הרי זה משום שעדיין לא נעשה גנב, וכמו שצדדנו שאינו נעשה גנב עד שישבע. מיהו נראה שדבריו אתי שפיר אפילו אם נאמר שהוא נקבע לגנב ע"י

הטענה לחוד ושהשבועה היא רק תנאי בהחייב של כפל, והיינו משום שי"ל שבשביל החייב של דו"ה בעינן שכבר יושלמו גם התנאים הצדדיים של החייב כפל ולא סגי רק במעשה גניבה לחוד (ולקמן בסק"ג נדבר עוד בזה בקשר לדברי המ"מ על ה"א).

והנה הראב"ד שם בה"ב חולק על הרמב"ם וסובר שגם אם טבח או מכר קודם שבועה הרי הוא חייב בדו"ה אם שוב נשבע, וא"כ מוכח שהוא סובר שהטט"ג נעשה גנב על ידי הטענה לחוד, דהא גם הראב"ד שם כתב שחייבו של טט"ג הוא משום שהוא נעשה גנב. מיהו כבר הזכרנו שהאמרי משה בסי' ל"ה סק"ו, וכן האבן האזל על ה"א, הבינו שכוונת הראב"ד היא לחייב דו"ה אפילו אם טבח או מכר לפני שטען את כל עיקר הטענת גניבה, וכן הביאו מדבריו שהובאו בחי' הרשב"א בדף קי"ב ע"א, וביארו שם שבכל זאת אין זה סותר את מה שכתב הראב"ד שם שחייבו של טט"ג הוא משום שנעשה גנב עיי"ש**).

אפילו על ידי שבועה אין הטוען טענת אבד קונה קניני גזילה.

** הנה לעיל באות ז' הבאנו שיטות שאם שומר טבח את הבהמה שהפקידו אצלו הרי הוא חייב כפל ודו"ה גם בלא שיטעון טענת גנב, והיינו משום שהטביחה משמשת כמעשה גניבה ממש מרשות הבעלים ודלא כדברי הראב"ד הנ"ל שהוא חייב רק בצירוף מה שטען אח"כ טענת גנב (וכשיטתו ששומר שגנב מרשותו פטור מכפל). והעירוני שלפי השיטות הנ"ל טט"ג שטבח אחר הטענה וקודם השבועה הרי הוא צריך להיות חייב כפל ודו"ה גם בלא שישבע אח"כ, דהא לא גרע מכל שומר שטבח גם בלי לטעון קודם. מיהו יש לדחות שהכא בטט"ג,

* הנה בהערה השלישית לאות זו צדדנו לומר בדעת הרמב"ם שהכופר בפקדון וטוען שנאבדה הרי הוא קונה קניני גזילה רק לאחר שנשבע אבל בלא שבועה אינו קונה קניני גזילה ואינו נעשה ברשותו אלא הרי הוא מתחייב בחיוב אונסין לחוד (מדין שומר ולא מדין גזלן עיי"ש לעיל בשם האבן האזל). והעירוני שלפי מה שכתבנו כאן שהטט"ג קונה קניני גניבה על ידי הטענה לחוד א"כ שוב א"א לומר כהדרך הנ"ל, דהא מכיון שסובר הרמב"ם שגם על ידי טענת אבד שייך להעשות גזלן לכל הפחות היכא שנשבע א"כ למה לא יהי' נחשב גזלן גם בלא שבועה כמו שמצינו בטט"ג שהוא קונה קניני גניבה ע"י הטענה לחוד, וא"כ בע"כ צ"ל כהדרך שהזכרנו שם שלפי הרמב"ם

שו"ר באור שמח על פ"ד שם ה"י שהעיר שבאמת לפני שנשבע השומר עדיין לא גרם להפסיד את המפקיד שהרי המפקיד אומר לו או השבע או תשלם. ועיי"ש שכתב שזהו באמת הטעם למה התורה חייבה ט"ג כפל רק אם נשבע, וגם פירש על פי זה את דברי תוס' לעיל בדף נ"ז עיי"ש.

מיהו יש להעיר על דברי האור שמח שכל הטעם למה צריכים שבועה הרי זה כי לפני שנשבע אינו בגדר גנב, דלפי דבריו למה לא מתחייב בהכפל של ט"ג גם כשקופץ ונשבע, אם נאמר שגם הקופץ ונשבע שבועת השומרים נפטר מהבעלים (עיי' בזה לקמן באות שע"ו). ועיי' בספר קהלות יעקב בסי' ל"ו שכתב תירוץ על זה.

ועוד קשה, דלפי האור שמח איך יש ס"ד בגמרא להלן בדף ס"ג ע"ב ודף ס"ד ע"ב להצריך שבועה גם בגנב עצמו, הלא לפי סברת האור שמח לא שייך להצריך שבועה בגנב עצמו (כן הקשה האמרי משה בסי' ל"ה סק"ג). מיהו ראיתי מתרצים שדברי האור שמח אמורים רק לאחר שרואים שגנב עצמו חייב כפל בלא שבועה, דמעתה אנו נוקטים שגם הכפל של ט"ג הוא משום שנעשה גנב והא דבעי שבועה הרי זה משום שעדיין לא נשלמה הגניבה ע"י הטענה לחוד וכמש"כ האור שמח, אבל אם לא היתה כתובה הפרשה של גנב עצמו, אז היינו מפרשים

שהכפל של ט"ג הוא משום קנס שבועה ולא משום דחשיב גנב, ולא הוי ידעינן בכלל שיש קנס של כפל עבור גניבה, ולכן גם בגנב עצמו לא היינו יכולים לחייב אלא אם כן נשבע ומשום קנס שבועה.

ועוד קשה על האור שמח דהא תוס' בסוגיין נקטו שלא שייך הכפל של ט"ג בקרקע והקדש מאחר שאין נשבעין עליהם, ואילו לפי האור שמח הלא אדרבה מכיון שאין נשבעין עליהם הרי על ידי הטענה לחוד הרי הוא מפסיד להמפקיד ולמה לא יקבל דין של ט"ג ע"י הטענה לחוד (קה"י שם).

גם צ"ע דהא לקמן בגמרא ילפינן מפסוק דבעינן שבועה, ואילו לפי האור שמח סברא פשוטה היא ולמה בעינן קרא (כן הקשה האמרי משה שם. מיהו לפי הסברא שהזכרנו בההערה החמשית לאות זה לק"מ, משום שצריכים את הפסוק כדי לאשמועינן שלא סגי כאן בגונב על מנת לשלם).

גם צ"ע מדף ק"ו ע"ב דאמר רבי חייא בר אבא בשם רבי יוחנן שהט"ג חייב כפל רק כשהודה במקצת וכפר במקצת משום שרק בכה"ג הרי הוא חייב שבועת השומרים, ואילו לפי האור שמח גם כופר הכל צריך להיות חייב כפל דהא כיון שנפטר בלא שבועה א"כ גם בלא שבועה הרי הוא מפסיד את המפקיד וא"כ למה אינו חייב את הכפל של ט"ג (אמרי משה

אולי ע"י הטענה לבדה הרי הוא כבר נחשב גנב מצד הגזיה"כ של ט"ג וכמו שצדדנו בפנים (וכן מצד כופר בפקדון), ומש"ה א"א לדון על הטביחה כמעשה גניבה, דהא כבר יצאה הבהמה

מרשות הבעלים משעת הטענה, וכן מצד מה שכבר נעשה גנב בגלל הטענה א"א לחייבו בדו"ה על הטביחה משום שעדיין לא נשבע ולא הושלם החיוב של כפל.

שם). מיהו יש לתרץ שכוונת רחב"א היא לומר שבנוגע לכפל גופי נאמרה הגזיה"כ שצריכים שיהי' מודה במקצת, ולא רק לענין לחייבו שבועה (עי' בזה באות שפ"ו). גם יש לעיין דהא היכא שהבעלים מאמינים להשומר, או שהביא השומר עדים שקרנים שמעידים שנגנב, הרי לפי האור שמח צריך לצאת שהוא חייב כפל גם בלא שבועה כיון שאין נוהג בהני גווי הדין של שבועה (אמרי משה שם).

ומכל הנ"ל מוכח שאפילו אם נאמר שהוא נעשה גנב רק ע"י השבועה, אבל גם בלי זה השבועה היא תנאי מצד גזירת הכתוב, ואפילו היכא שהוא נפטר מהבעלים גם בלא שבועה (אמרי משה שם).

וע"ע באות ט"ז, כ"ד, כ"ו סק"ד, ובהערה על אות שנ"ז בנוגע לדברי האור שמח. ועי' גם באות שצ"ג.

ג. היכא ששלח בו יד קודם שנשבע אבל לאחר שכבר טט"ג, האם מיפטר מכפל.

הנה כבר דייקנו לעיל מלשון הרמב"ם

שאינו מתחייב דו"ה אם טבח או מכר אחר הטענה ולפני השבועה כיון שעוד לא נשלם החיוב של כפל. ומעתה יש לעיין אם שלח בו יד אחר הטענה וקודם השבועה אם יתחייב בכפל לאחר שישלים את התנאי של השבועה, או האם הוי כאילו שלח יד לפני שטען כל עיקר הטענת גנב*). ומלשון הרמב"ם נראה שהוא שפיר חייב, דעיין בה"ב שכתב שאם שלח יד ואח"כ טט"ג ונשבע פטור, ומשמע שאם טען תחילה, שוב לא איכפת לן בשליחות יד דידי' אע"פ שעוד לא נשבע. וי"ל שסברת הדבר היא כמו שצדדנו לעיל שע"י הטענה לחד נשלם המעשה גניבה שלו וקמה לי' ברשותי' משום גניבה, וממילא שוב לא איכפת לן אם הוא עושה מכאן ולהבא מעשה של גזילה, אלא שפיר שייך להשלים את התנאי של שבועה גם אח"כ, משא"כ בשביל להתחייב בדו"ה הרי בעינין שהטביחה והמכירה יבואו לאחר שכבר הושלם גם התנאי הצדדי של שבועה שדרוש בשביל החיוב של כפל ולכן אם טבח או מכר לאחר טענה וקודם שבועה אינו חייב בדו"ה וכמו שביארנו*).

שבועה א"כ אכתי הדין נותן ששליחות יד יפריע גם אחרי הטענה כיון שעוד לא נתחייב בהקדן של גנב. מיהו באמת גם י"ל שלעולם גם החיוב של קרן חל רק אחרי השבועה, ובכל זאת יש לקיים את חילוקנו הנ"ל שאם שלח יד אחרי הטענה אין זה מפריע להחייב כפל אבל אם טו"מ אחרי הטענה אינו מתחייב על זה דו"ה, והיינו משום שי"ל שאחרי השבועה גם החיוב קרן של גנב וגם החיוב כפל חלין למפרע משעת הטענה כיון שעל ידה נשלמה הגניבה, ומש"ה לא מפריע אם שלח יד אחרי הטענה כיון שלמפרע מתברר שכבר הי' חייב אז קרן של גניבה, אבל עכ"פ

(* ודע שאת השאלה הזאת יש לחקור גם בשיטת רש"י בדף ד' ע"ב שכתב דבעינן שתהא בידו בשעה שהוא טט"ג, דיש לחקור האם בעינן כן גם בשעת השבועה (עיין בחלק א' אות ס"ז בנוגע לדעת רש"י וכן לקמן כאן באות ש"צ).

(** מיהו צריכים להבין שבדברינו הנ"ל נקטנו שאע"פ שנאמר תנאי מצד גזירת הכתוב שאינו משלם כפל עד שישבע אע"פ שהגניבה כבר נשלמה ע"י הטענה אבל בכל זאת הך תנאי נאמר רק בנוגע להחייב כפל של גנב אבל את הקרן של גניבה הרי הוא מתחייב מיד עם הטענה ולא עם השבועה, דהא אם נאמר שגם בשביל הקרן של גניבה צריכים

של שלח בו יד קודם שבועה ולאחר טענה בנוגע להסוגיא לקמן בדף ק"ו ע"ב דעיי"ש דמיייתנן הא דאמר רבי חייא בר אבא הטט"ג בפקדון וטבח או מכר משלם דו"ה, ופרכינן מברייתא דתניא היכן שורי, נגנב, משביעך אני, ואמר אמן, והעדים מעידים אותו שאכלו, משלם תשלומי כפל, והא הכא דא"א לכזית בשר בלא שחיטה וקתני תשלומי כפל אין תשלומי דו"ה לא, ועיי"ש בשט"מ בשם הרא"ש, וכן הוא בתוספות הרא"ש, שהקשה אמאי לא מוקמינן לה באופן שטבח קודם שטט"ג דאז גם רבי חייא בר אבא מודה שאינו משלם דו"ה משום דהוי כאילו טבח בבית הבעלים קודם גניבה שפטור מדו"ה, ותירץ שאה"נ דהוי מצי לשנויי הכי, רק שגם בלא"ה משני שפיר, ולכאורה דבריו אינם מובנים, דהא איך שייך לאוקמי באופן שטבח קודם שטט"ג, הלא בכה"ג אין חיוב כפל, דהא אם זה דומה לטובח בבית הבעלים, הרי הוא רק בגדר מזיק, ולא שייך ששוב יתחייב כפל כשטט"ג ונשבע, ואילו בהברייתא קתני שהוא שפיר חייב כפל עבור זה, וכן ראיתי שתירץ בחי' רבי מאיר שמחה על ב"ק*).

מיהו לפי דברינו הנ"ל אכתי יש מקום לקושיית הרא"ש, והיינו משום שאכתי יש להקשות שנוקמה לה היא ברייתא באופן שטבח לאחר טענה אבל קודם שנשבע,

והנה אע"פ שמשלשון הרמב"ם נראה כמו שכתבתי אבל מכל מקום המ"מ שם על ה"א כתב שמשמע מלשון הרמב"ם שאם טבח או מכר קודם שבועה, הרי הוא פטור אפילו מכפל, ומשמע שכוונת המ"מ היא אפילו להיכא שכבר טען את הטענה, דכיון שעוד לא נשבע הרי הוא פטור אפילו מכפל ודלא כדברינו הנ"ל שהוא שפיר חייב כפל בכה"ג (רק שהוא פטור מדו"ה כיון שעוד לא הושלם התנאי הצדדי של שבועה שאנו צריכים בשביל החיוב כפל). ולכאורה דיוקו של המ"מ הוא מתחילת לשון הרמב"ם שם שכתב וז"ל, בד"א (שחייב כפל) שנשבע קודם ששלח בו יד עכ"ל, דמשמע שאם שלח יד קודם שבועה הרי זה פוטר אפילו אם הוי כבר לאחר הטענה.

מיהו יש לצדד שהמ"מ כתב כן רק לפי מה שצידד שם שאם שלח בו יד הרי הוא פטור מצד גזייה"כ, דלפ"ז שפיר יתכן שהגזייה"כ כוללת שלא ישלח בו יד אפילו לאחר הטענה כל עוד שלא נשבע, אבל אם נאמר שהוא פטור משום שכבר קנה קניני גזילה א"כ שוב י"ל שאין טעם לפטור אותו היכא ששלח בו יד לאחר שכבר טען טענת גנב אע"פ שעוד לא נשבע, וכהנ"ל שהגניבה נשלמת משעת הטענה והשבועה הויא רק תנאי בהחיוב כפל. והנה יש לעיין עוד בנוגע להציוור הנ"ל

שסובר שהוא חייב בין אם שלח בו יד ובין אם לא שלח בו יד, גם איהו מודה שהיכא שאכלו, וכבר אינו בידו בשעה שהוא טט"ג, הרי הוא פטור, וכבר הארכנו בזה לעיל בחלק א' אות ס"ז וכן לקמן כאן באות ש"צ. וע"ע לעיל באות ז' סק"ה מה שכתבנו בדברי הרא"ש.

אם טו"מ אין זה מביא עליו חיוב של דו"ה כיון שבשעה שטו"מ עוד לא נתחייב בכפל בפועל. * אלא שהאור שמח בנה את התירוץ על מה שרבי חייא בר אבא עצמו הסיק בדף ק"ז אליבא דרבי יוחנן שאם שלח בו יד לפני שטען טענת גנב מיפטר. מיהו לכאורה י"ל שגם אידך מ"ד

דהא בכה"ג י"ל שאינו חייב דו"ה וכמו שדייקנו מדברי הרמב"ם הנ"ל אבל מ"מ אכתי חייב הוא כפל עבור מה שטען טענת גנב ודלא כהמ"מ. ועיין בתוס' רי"ד שהקשה באמת בלשון זה, דהיינו שנוקמה באופן ששחטו "קודם שנשבע", אלא שגם על זה תי' שעוד לא נעשה גנב וממילא גם כפל לא יתחייב. וגם האור שמח הזכיר בלשונו "קודם שבועה" (ושוב הסיק התוס' רי"ד שם כהראב"ד שהיכא שטו"מ קודם שבועה הרי הוא חייב גם דו"ה).

ועכ"פ עיין בלשון רש"י בדף ק"ז ע"ב בד"ה אבל שלח בו יד וכו', וכן בלשון תוס' שם בד"ה ושלח בו יד, דמשמע מלשונם שכל ששלח בו יד קודם שבועה מיפטר מכפל אפילו אם הוי לאחר שכבר טען שנגנבה וכדברי המ"מ.

ד. מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בדיון שומר שגנב מרשותו.

והנה מעתה נבאר את סברות הרמב"ם והראב"ד במחלוקתם בפ"ד מהל' גניבה ה"י בענין שומר שגנב מרשותו, דשיטת הרמב"ם שם היא ששומר שגנב טלה מן העדר שהופקד אצלו חייב כפל, והראב"ד השיג עליו. וביאר המ"מ שטעמו של הראב"ד הוא משום דחזינן מפרשת טט"ג שאינו חייב כפל, דהא אילו הי' חייב כפל א"כ למה אין הטט"ג חייב כפל גם בלא שבועה, דהא גם על ידי הטענה נמצא שגנב מרשותו, וס"ל להמ"מ שגם יש כאן התנאי של צינעה שנאמר בגניבה שהרי הבעלים אינם מכירים בשקרו.

וכתב האור שמח שם ביישוב דעת הרמב"ם שטט"ג שפיר בעי שבועה משום

שעל ידי טענה לחוד אכתי לא מיקרי גנב שהרי עדיין לא הפסיד את הבעלים דהא מחויב ועומד הוא בתשלומין עד שישבע, ולכן שפיר בעינן בטט"ג שישבע, משא"כ בשומר שגנב מרשותו הרי צייר שם הרמב"ם באופן שגנב טלה מן העדר וסלע מן הכיס וכוונת הרמב"ם היא לומר שאירי באופן שהבעלים הפקידו אצל השומר בלא מנין, וא"כ בכה"ג "בדעת השומר שהבעלים לא ידע את מי לתבוע, א"כ לא שייד לומר שלא יתחייב אלא בשבועה, שתיכף שלוקח ממנו הרי הוא גונבו, שהרי סבור שלא יתוודע לבעליו, נמצא דמתחייב בגניבתו כפל".

והנה כבר הבאנו בסק"ב כמה קושיות על דברי האור שמח הנ"ל, ועתה נוסף שלפי דבריו אכתי קשה למה אין הטוען טענת אבד חייב כפל לאחר שנשבע לפי הרמב"ם ששומר שגנב מרשותו חייב כפל דהא על ידי שהוא טוען טענת אבד ונשבע הרי הוא צריך להחשב גנב גמור.

מיהו בספר אבן האזל ראיתי שכתב טעמים להסביר שבאמת הטט"ג אינו דומה כלל לגנב רגיל ואפילו לאחר שנשבע, וטעמים אלו מספיקים גם להסביר למה אין הטוען טענת אבד חייב כפל משום גנב רגיל, דעיי"ש שכתב שאינו דומה לגנב רגיל משום שאע"פ שאין הבעלים מכירים בשקרו אבל מ"מ אכתי לא מיקרי שעשה בצינעה מאחר שהבעלים יודעים לתובעו וחושדין אותו על טענתו ושבועתו, משא"כ בגונב טלה מן העדר הרי הבעלים אינם מכירים בהגניבה כלל (עי' לעיל בלשון האור שמח) ומש"ה הרי זה שפיר נקרא שגנב בצינעה. ולפי הדרך הזה יוצא שגם

לאחר שטט"ג ונשבע לא הי' צריך להתחייב בכפל אלמלא הגזיה"כ של טט"ג, דהא חסר התנאי של צינעה, וא"כ לפ"ז שפיר מוכן למה הטט"א פטור מכפל והיינו משום שבדידי' הרי ליכא הך גזיה"כ וא"כ נשאר על מקומו שהוא פטור משום שחסר התנאי של צינעה.

שוב פקפק האבן האזל בהדרך הנ"ל משום שגם לפי הדרך הנ"ל נצטרך לומר שהרמב"ם מתכוין דוקא לציור כעין הגונב טלה מן העדר, וזה נראה לו דוחק (אבל האור שמח שפיר הסכים לדחוק כן), ולכן כתב סברא אחרת, והיינו שאפילו באופן שהופקד אצלו רק טלה אחד וגנב אותו, אכתי דומה הוא לגנב כיון שבשעת הגניבה אין הבעלים מכירים בההפסד, משא"כ בטט"ג וטט"א הרי בשעת הגניבה, דהיינו בשעת טענתו בב"ד, שפיר מכירים הבעלים בההפסד שלהם, ולכן אכתי לא נשלם התנאי של צינעה.

ושוב כתב סברא אחרת, והיינו דס"ל להרמב"ם שטט"ג וטט"א אינם דומים לגנב משום שע"י דיבור לחוד לא חל עליו חיוב כפל אלא בעינן מעשה, דהא חזינן בדף ק"ה ע"ב שרב ששת הוצרך ללמוד מפסוק מיוחד שהכופר בפקדון נעשה עליו גזלן, וא"כ י"ל שכפירה מהני רק בכדי להיות נחשב גזלן, אבל כדי להתחייב כפל משום גנב בעינן מעשה. וכעין זה כתב האמרי משה בסי' ל"ה סק"א בדעת הרמב"ם וביאר כן את כוונת הכ"מ בדבריו על דברי הרמב"ם הנ"ל, וכבר הארכנו לעיל בחלק א' אות תרצ"ג ולקמן כאן באות שס"ו בעינן אם גנב וגזלן צריכים לעשות מעשה עיי"ש.

ובדעת הראב"ד לכאורה אפשר לומר דהא דהוכיח מטט"ג ששומר שגנב מרשותו פטור מכפל (וכמו שביאר המ"מ), הרי זה משום שהוא סובר שגם בגניבה לא בעינן מעשה ומש"ה הוקשה לו שלפי הרמב"ם הטט"ג צריך להתחייב כפל גם בלא שבועה (וכן הטוען טענת אבד צריך להיות חייב כפל), ומזה הוכיח הראב"ד ששומר שגנב מרשותו פטור.

אלא שאכתי צ"ב לפי הראב"ד מהו טעם הדבר, ולמה באמת שומר שגנב מרשותו פטור מכפל. ועל פי הנ"ל הי' נראה לומר שהוא בגדר גזיה"כ, והיינו שמפרשת טט"ג מוכח ששומר שגנב מרשותו בלי התנאים של טט"ג אינו חייב כפל.

מיהו עיין באבן האזל שם שהזכיר סברא אחרת לדינו של הראב"ד ששומר שגנב מרשותו פטור, והיינו משום שרגע אחד לפני שגנב, דהיינו ברגע שניגש לגנוב, באותו רגע פקע ממנו השם של שומר, וא"כ נמצא שבהרגע של הגניבה כבר אינו גונב מרשות הבעלים.

וע"ע באות כ"ג מה שכתבנו בנוגע לשומר שגנב מרשותו.

(א) מרובה קתני תנא ושייר.

עיין בתוס' שהקשו מאי שייר דהאי שייר, ותירצו דשייר שותף שגנב מחבירו ושותפים שגנבו דבהני גווני לא משלמי דו"ה כדאמרינן בדף ע"ח ע"ב. והקשו המפרשים שא"כ קשה על הלשון הראשון

מתוס' שגם הלשון הראשון הי' מוכן לומר בקשר לט"ט"ג שתנא ושייר אילו לא הי' מחשיב לשון מרובה כלשון אין בין ושקושייתם קאי גם על הלישנא קמא. ולפ"ז יוצא שתוס' כתבו את השייר של שותפין גם לפי הל"ק. ונראה שלכן דקדק הפ"י שם לתרץ באופן אחר את קושיית המפרשים בענין למה לפי האמת שייר התנא את הדין של שותפים לפי הלישנא קמא.

יא* (תד"ה מי קתני.

א. וז"ל, משמע הכא היכא דתני אין בין לא שייר למימר תנא ושייר עכ"ל. צ"ע למה כתבו רק ד"משמע" כן, הלא כן מבואר להדיא בהגמ' כאן.

והנה ע"י בתוס' במגילה דף ח' ע"א בד"ה אין בין שכתבו שיש אין בין שהוא דוקא כמו בסוגיין, ויש אין בין שהוא באמת לאו דוקא. והוכיחו מתענית דף י"ג ע"ב שלפעמים אין בין הוא לאו דוקא. מיהו צ"ע באמת דהא מסוגיא דידן מבואר דהוי דוקא.

וצ"ל שתוס' שם סוברים שכוונת הגמ' כאן היא רק שיש לפעמים אין בין שהוא דוקא, וכוונת הגמ' היא לומר וכי אין בין קתני אשר אז הי' אפשר להסתפק שאולי אי אפשר לומר תנא ושייר אשר אז הי' מכאן ראי' לרבי חייא בר אבא, הלא מרובה קתני ובודאי אפשר לומר שתנא ושייר.

ולפ"ז ניחא למה כתבו כאן רק בלשון "משמע", והיינו משום שיש לדחות ולפרש כהפירוש הנ"ל שרק לפעמים אין בין הוא דוקא.

של הגמ' שסוברת שלא אמרינן כאן תנא ושייר, דא"כ למה שייר התנא הני גווני. ועיין בתירוצו של המהרש"א, וכדבריו תי' גם בתורת חיים אלא שהתורת חיים הוסיף דוגמא לזה ממסכת תענית.

ועיין גם במהר"ם שדן בזה ותי' בשם גליון תוס' ישנים שהלישנא קמא בסוגיין סוברת שהמשנה כאן חולקת באמת על המשנה בדף ע"ח וסוברת שגם בשותפים שגנבו ובשותף שגנב מחבירו יש חיוב של דו"ה, ולכן סוברת הלישנא קמא שמוכח מהמשנה כרבי חייא בר אבא בשם רבי יוחנן, כי אין שום אפשרות לומר כאן תנא ושייר כי מאי שייר דהאי שייר, וההיא דלקמן דפטר ס"ל כהלישנא בתרא בסוגיין. מיהו לכאורה דבריו נראים תמוהין דהא ההיא דלקמן הוא משנה ובריייתות, וא"כ איך שייר לומר שהלישנא קמא כאן חולקת על המשנה שם.

והנה עיין עוד בהתירוץ השני שתירץ המהר"ם בשם גליון תוס' ישנים. ולכאורה הכוונה היא כסברת הנימוקי הגרי"ב בסוף המסכת, ובאמת כהלשון שהביא המהר"ם שם איתא בשט"מ בשם התוס' שאנץ ופירש שם הר"א מגרמיזא את כוונת התוס' שאנץ על הדרך שכתב הגרי"ב.

ועיין גם בתירוצו של המהר"ץ חיות. ודע שבירושלמי בריש פירקין הקשה באמת רבי אבהו אמאי שייר התנא של משנתנו שותף שגנב מחבירו (וכן ט"ט"ג) ולא תירצו שם מידי.

והנה כל המפרשים הנ"ל כתבו טעמים למה הדין של שותפים לא חשיב בגדר "שייר" לפי הלישנא קמא. מיהו הפ"י דייק

ב. צ"ע למה לא הקשו תוס' בתחילה גם משבת ויו"ט ויוה"כ, אלא רק נסתייעו משם בהמשך דבריהם, ובפרט שהמשניות של יו"ט ושבת ויוה"כ שנויות קודם להמשנה של נדרים ונדבות. וגם צ"ע למה דנו תוס' קודם על המשנה של שבת ויוה"כ, ורק אח"כ על המשנה של שבת ויו"ט, הלא המשנה של שבת ויו"ט שנוי קודם.

ועי' בשט"מ כאן שכתב בשם הר"א מגרמיזא שתירוצם השני צריך לתירוצם הראשון בשביל שבת ויו"ט ויוה"כ. ואולי י"ל שקבעו תוס' את הקושיא רק על נדרים ונדבות כי אפשר לקבוע על זה את שני התירוצים.

יא***) תד"ה מרובה קתני.

א. מה שכתבו תוס' ששייר ט"ט"ג באבידה צ"ע כי זה הוא דבר אחד עם ט"ט"ג בשמירה רגילה.

מיהו מצד שני חזינן בדף ס"ג שצריכים ריבוי לרבות שט"ט"ג באבידה משלם כפל ("על כל אבידה").

וי"ל דהיינו משום שרחמנא שעבדי' בעל כרחי' (דף נ"ו ע"ב).

ב. וז"ל, לשון ראשון דמייתי סייעתא לא בעי למימר דשייר דסבר ההוא לישנא דכיון דקתני מרובה אין לומר שייר כמו באין בין וכן משמע הלשון וכו' עכ"ל. והנה מתוס' משמע שהי' אפשר לפרש את הל"ק בדרך אחרת, בלי לומר שהיא סוברת שמרובה הוא כאין בין.

וי"ל דהי' אפשר לומר שגם הל"ק סוברת

שמרובה אינו כאין בין, רק שא"א לומר תנא ושייר כי אין שייר דהאי שייר.

והנה משמע שגם בלא מה שכתבו תוס' שמשמע של"ק סוברת שמרובה הוא כאין בין הרי הם שוללים את הפשט ההוא. שהרי כתבו "וכן משמע" ולא כתבו "דכן משמע". וי"ל דהיינו משום דס"ל בתורת ודאי שיש עוד שייר, ונהי שא"א לומר ששייר שותפין לפי הל"ק כי א"כ למה באמת שיירי', אבל אכתי יש את השייר של ט"ט"ג באבידה (אבל לפי האמת שסובר כרחב"א אין זה שייר כי הוא משלם באמת דו"ה).

יב) ת"ר על כל דבר פשע.

עי' במהר"ם בסוף דף ס"ג ע"א שביאר שסוגיית הגמ' כאן אזיל שהפסוק של על כל דבר פשע איירי גם בגנב עצמו וכהמ"ד שהפסוקים של אם ימצא הגנב וגו' ואם לא ימצא הגנב וגו' איירי חד בגנב עצמו וחד בטט"ג, משא"כ תוס' בד"ה יצאו קרקעות קאזלי כמו המ"ד שכל הפרשה מדברת רק בטט"ג לחוד עכת"ד המהר"ם. ועיין באות ח' מה שכתבנו בזה.

יג) יצאו קרקעות.

עיין בתוס' שכתבו וז"ל, וא"ת כיון דאימעטי משבועה כדאמרינן בפרק הזהב, תיפוק לי' דאין בהם כפל בטט"ג דלא משלם אלא בשבועה כדאמרינן לקמן בשמעתינן, וליכא למימר דאיצטריך לקופץ ונשבע, דבהגוזל קמא מוכח דלא משלם אא"כ ב"ד משביעין אותו עכ"ל. והנה מדבריהם משמע שאם הי' טט"ג חייב כפל גם כשקפץ ונשבע אז שפיר היינו צריכים

למעט קרקעות מהכפל של ט"ג, והיינו באופן שקפץ ונשבע על הקרקעות. מיהו משבועות דף ל"ז ע"ב ורש"י שם חזינן דלא כהנחת תוס', דעיי"ש דאמרינן שאם כפר בשבועות הפקדון על קרקעות אינו מביא קרבן משום שאין מביאים קרבן על כפירת קרקעות, ופירש"י וז"ל, וקי"ל לקמן דאין נשבעין על הקרקעות הלכך כי אישתבע נמי אין לה דין חיוב שבועה להביא עלי' קרבן עכ"ל, הרי שכתב שמכיון שאין ב"ד משביעין על קרקעות א"כ משום כך גם כשקפץ ונשבע אינו חייב אע"פ שעל מטלטלין שפיר חייבים על שבועות הפקדון גם כשקפץ ונשבע, וא"כ זהו דלא כדברי תוס' כאן, דהא מדברי תוס' כאן משמע שאם הי' הדין שט"ג חייב כפל גם כשקפץ ונשבע אז שפיר הי' חייב כפל כשקפץ ונשבע על קרקע (ועיין עוד בדברינו לקמן באות שמ"ז סק"ג).

ולפי תוס' צ"ע איך נפרש את הסוגיא בשבועות שם, דהא נהי שאין ב"ד משביעין על הקרקעות אבל מ"מ כשקפץ ונשבע למה אינו מביא קרבן כיון ששבועות הפקדון נוהגת גם כשקפץ ונשבע.

שו"ר בשט"מ לקמן בדף ק"ט ע"ב בשם הרא"ש שפירש להא דאין מביאין קרבן על כפירת קרקעות בדרך אחרת, ודלא כרש"י בשבועות שפירש שהוא משום הדין הכללי של אין ב"ד משביעין על קרקעות, דהי' קשה לו להרא"ש שלפ"ז אכתי צריך להתחייב כשקפץ ונשבע מעצמו (ולא ניחא לי' בתירוצו של רש"י), ומש"ה פירש הרא"ש שטעמו של הדין הנ"ל הוא משום שיש מיעוט מפורש שממעט קרקע מדין

שבועות הפקדון אפילו אם קפץ ונשבע, וזה תלוי במאי דפליגי ר"א ורבנן לקמן בדף קי"ז ע"ב באם קרקע נגזלת או אינה נגזלת, דלרבנן דדרשי שם לקראי דפרשת שבועות הפקדון בכלל פרט וכלל וממעטי קרקע א"כ כמו שקאי הכלל פרט וכלל על הדין של גזילה שכתוב שם בפרשת שבועות הפקדון, הה"נ שקאי על הדין של קרבן שכתוב שם, באופן שנתמעט קרקע להדיא אפילו אם קפץ ונשבע, ודלא כרש"י בשבועות שם שנקט שליכא מיעוט מפורש על זה עכת"ד הרא"ש.

ולפי הרא"ש יוצא דלא כסברת רש"י בשבועות דהא ס"ל להרא"ש שמשום הא לחוד שאין ב"ד משביעין אכתי לא הוי פטרינן לי' מעונש שבועה כשקפץ ונשבע, רק שבשבועות הפקדון פטרינן קרקע משום שקרקע נתמעטה להדיא מקרבן שבועות הפקדון אפילו כשקפץ ונשבע וכהנ"ל.

ולפ"ז י"ל שגם תוס' בסוגיין סוברים כהרא"ש בביאור הסוגיא בשבועות, ולכן כתבו לענין הכפל של ט"ג שאם הי' מתחייב כפל גם כשקפץ ונשבע, אז שפיר היינו מחייבים אותו כפל גם על קרקע בהציור של קפץ ונשבע (בלא הכלל פרט וכלל של על כל דבר פשע), דהא משום הא לחוד שאין ב"ד משביעין על קרקעות אכתי לא נתמעט היכא שקפץ ונשבע.

וז"ל השט"מ שם בשם הרא"ש, וי"ל מה שאין משלם חומש על כפירת שיעבוד קרקעות לאו משום דאין ב"ד מחייבין אותו שבועה, דאפילו נשבע מעצמו משלם חומש וכו', והא דמיפטר מחומש בכפירת שיעבוד קרקעות הוא משום דלקמן בפרק הגזול בתרא ממעטינן קרקעות מדין חומש

ואשם בכלל פרט וכלל וכו' עכ"ל. וע"ע ברש"ש לקמן בדף ק"ג ע"א מה שהקשה על שיטת רש"י בשבועות שם וכתב כדברי הרא"ש הנ"ל.

והנה עיין בסוגיא דשבועות שם דעל הא דאין מביאין קרבן על כפירת שיעבוד קרקעות אמרינן בגמרא שם דלימא כתנאי והביאו את המחלוקת הנ"ל בין ר"א ורבנן באם קרקע נגזלת או לא. ולפי דברי הרא"ש מבוארת בפשיטות כוונת הגמ' בזה, והיינו שלפי רבנן שסוברים שקרקע אינה נגזלת משום שנתמעטו מהכלל פרט וכלל א"כ ה"ה שנתמעטו מקרבן שבועה מהכלל פרט וכלל, משום שכמו שקאי הכלל פרט וכלל על הדין של גזילה, ה"ה נמי שקאי הכלל פרט וכלל גם על הדין של קרבן שבועה, ולפי ר"א הוי איפכא, דהיינו שכמו שלא נתמעטו מדין גזילה ה"ה"נ שלא נתמעטו מדין קרבן שבועה, וכן מבואר בדברי רש"י גופי' להלן בשבועות שם. ברם לפי דברי רש"י לעיל שם שהבאנו צ"ע מה היא כוונת הגמ' במה שרצתה לתלות בהמחלוקת שבין ר"א ורבנן, דהא גם המ"ד שסובר שאין מביאין קרבן על כפירת קרקעות הרי אין זה משום שנתמעטו מהכלל פרט וכלל בפרשת שבועת הפקדון אלא משום שאין ב"ד משביעין על קרקעות שאת זה ילפינן מקראי דפרשת שומרים, דזה גורם שגם הקופץ ונשבע פטור, וא"כ לעולם אימא שגם ר"א מודה לזה.

ובאמת בלא דברי רש"י בהמשך הסוגיא שם אולי הי' שייך לפרש את המשך דברי הגמ' כך, והיינו שכמו שפליגי ר"א ורבנן בנוגע לגזילה באם למידרש כלל פרט וכלל

או אם לדרוש על דרך ריבוי מיעוט וריבוי, כמו כן פליגי בקראי דפרשת שומרים לענין שבועה באם לדרוש על דרך כלל פרט וכלל ולמעט שאין ב"ד משביעין על קרקעות או האם לדרוש על דרך ריבוי מיעוט וריבוי (ועל זה מסיק שם שאפילו ר"א מודה שקרקעות נתמעטו להדיא מחומש ואשם משום דכתיב "מכל" ולא כתיב "כל"). מיהו זהו דלא כדברי הקובץ שיעורים בריש פירקין שגם ר"א מודה שדרשינן פרשת שומרים בכלל פרט וכלל עיי"ש.

שו"ר באור שמח בפ"ח מהל' גזילה הי"ד בד"ה כזה וכו' שהביא את דברי רש"י הנ"ל בשבועות שכתב שהיכא שאין ב"ד משביעין הרי זה גורם שגם אם קפץ ונשבע הרי הוא פטור, וכתב האור שמח שכוונת רש"י היא רק לפי הס"ד שם שעוד לא הביאו את הכלל פרט וכלל. מיהו צ"ע על דברי האור שמח משום שגם לקמן במכילתין בדף ק"ה ע"א בד"ה לפי שאין משלמין חומש וכו' כתב רש"י את הטעם של אין נשבעין על הקרקעות (דמש"ה מיפטר גם אם קפץ ונשבע), ומשמע שזהו הטעם גם לפי המסקנא. וע"ע ביתר דברי האור שמח שם ובמה שתמה על המגיד משנה שכתב גם למסקנא כדברי רש"י.

יד) יצאו קרקעות.

עיין בתוס' שהקשו וז"ל, וא"ת כיון דאימעוט משבועה כדאמרינן וכו' תיפוק ל' דאין בהם כפל בטט"ג דלא משלם אלא בשבועה עכ"ל. ומשמע מדבריהם ששומר מיהא הוי על קרקעות רק שהוא פטור משבועה, דאל"כ למה הקשו רק

שחסר התנאי של שבועה הלא ביותר הי' להם להקשות שבכלל אינו בגדר שומר והכפל של ט"ג נוהג רק בשומר. וכן יוצא מתירוצם שתירצו שמשכחת על ידי גלגול שבועה, דהא אם איתא שאינו בגדר שומר ואינו חייב לשמור א"כ מה יושיענו מה שהוא נשבע על ידי גלגול הלא הכפל של ט"ג נוהג רק בשומר*), וכבר עמד על זה הקובץ שיעורים כאן באות ג', והוכיח כהנ"ל דס"ל לתוס' שהוא שפיר נעשה שומר. ועיין עוד במה שביארנו בחלק א' בהערה השני' על אות תש"י שגם שיטת הרמב"ם היא שבקרקעות שפיר מיקרי שומר וכמו שהבאנו שם מהברכת שמואל על ב"ק סי' ל"ב סק"ד בשם הגר"ח.

מיהו נראה שיש לדחות את הראי' הנ"ל מדברי תוס', והיינו משום שתוס' אזלי כאן לפי ההוה אמינא של הגמ' שיש מיעוט מיוחד בשביל שבועה, דהיינו המיעוט של כסף או כלים, וכן יש מיעוט מיוחד בשביל הכפל של ט"ג, דהיינו קרא דעל כל דבר פשע, וא"כ לפ"ז בודאי מוכח שהמיעוט הראשון של כסף או כלים בא למעט רק שבועה ולא להפקיע קרקע מכל עיקר תורת שמירה, דהא אילו הי' בא להפקיע קרקע מכל עיקר תורת שמירה, תו לא היינו צריכים את המיעוט השני, דהא פשיטא שאין חייבים על קרקע את הכפל של ט"ג כיון שאינו בגדר שומר (והרי תוס' אזלי כאן לפי המ"ד שסובר שהפסוק של על כל דבר פשע

איירי רק בט"ג לחוד ושלא נזכר גנב עצמו באותה פרשה וכמו שביאר המהר"ם בסוף דף ס"ג ע"א), וא"כ מוכח שאין כוונת המיעוט הראשון למעטו מתורת שומר, אלא מתורת שבועה לחוד, רק שאכתי הי' קשה להם לתוס' שגם אם נודה דחשיב שומר אבל מ"מ מכיון שאינו נשבע שבועת השומרים, שוב לא יתכן הדין של ט"ג, ועל זה תירצו דאיירי על ידי גלגול אשר בכה"ג שפיר משביעין גם על קרקעות, וא"כ מעתה י"ל שכל זה הוא רק לפי הס"ד של הגמ' וכמו שביארנו, אבל לפי המסקנא שאין כאן אלא מיעוט אחד, וכמו שביארו תוס' בדבריהם, א"כ כבר יורד ההכרח הנ"ל, ושפיר יתכן לומר שהמיעוט ממעטו מכל עיקר תורת שומר (מיהו אכתי יש לפקפק דמהיכא תיתי לומר כן כיון שחזינן אחרת לפי הס"ד).

(טו) יצאו שטרות.

א. עיין בתד"ה יצאו שטרות שהקשו שלפי רבנן שפוטרים דינא דגרמי למה בעינן קרא למעט את הגונב שטרות מכפל הלא אפילו מזיק בידים פטור. והנה יש להקשות על דברי הגמ' ותוס' כאן ג' קושיות:

א', דמשמע מדברי תוס' שלפי רבי מאיר שמחייב דינא דגרמי ניחא, והרי אפילו לפי רבי מאיר שמחשיב גרמי כאדם המזיק, ג"כ קשה למה הוה סלקא דעתך

טענת גנב, ואינו רק כדי להוות ציור שהוא נשבע ונפטר על ידי שהוא טענת גנב, וצ"ע.

* דלכאורה העובדא שהוא שומר הרי הוא תנאי נפרד בפני עצמו בהחויב כפל של טוען

שיתחייב כפל, והיינו משום שבשביל החיוב של כפל לא סגי בהשם של מזיק אלא בעינן שיהי' כאן חפץ הנגנב, והרי החוב לא נגנב אלא השטר לחוד, ולהשטר יש לכל היותר רק השוויות של ראי', אבל לא השוויות של כל החוב, וא"כ למה מתחייב הוא לשלם כפל כהשיעור של כל החוב (וכמו שמבואר במאירי בסד"ה כבר ביארנו במשנה וכו' שהכוונה היא שישלם כפל כהשיעור של החוב).

ב', מכיון שכבר נתמעטו קרקעות עבדים ושטרות מתשלומי קרן מילפותא בפרשת גזילה לקמן בדף קי"ז ע"ב א"כ איך שייך שישלם עליהם כפל, הלא אם אין קרן אין כפל, וא"כ למה צריכים למעטם מכפל.

ג', למה בעינן למעט שטרות מגזילה לקמן בדף קי"ז שם, הא פשיטא שאינו נעשה גזלן על שטרות, שהרי לא שייך שיעשה בהם קניני גזילה דהא אותיות אינן נקנות אלא במסירה ושטר (ועיין בב"ב דף ע"ה ע"ב בתד"א אחזה).

ועיין בברכת שמואל בסי' ל"ג ובחידושי הגר"ח על הש"ס שדנו על קושיות אלו.

ב. ומעתה נעיין יותר בהקושיא השני שהבאנו לעיל בסמוך למה לן קרא למעט קרקעות עבדים ושטרות מכפל הלא כבר

נתמעטו מגזילה בפרשת שבועת הפקדון לקמן בדף קי"ז וא"כ אם אין קרן אין כפל. וי"ל שהחייבים של השבה ושל תשלומי קרן של גניבה אינם נלמדים מהפסוקים של גזילה אלא מפסוק אחר (דעי' בדף ה' ע"א שכתב רש"י שקרן דגניבה הוא בכלל שנים ישלם), וממילא יוצא שאע"פ שכבר נתמעטו שטרות מגזילה, אבל אכתי לא נכלל בזה מיעוט בנוגע לקרן דגניבה, ומש"ה שפיר בעינן עוד מיעוט בפרשת גניבה. ועיין בקובץ שיעורים באות ב' בענין החיוב השבה של גניבה.

ודע שלפי מה שכתבנו שהפרשיות של גניבה וגזילה אינן נלמדות זו מזו א"כ יתכן דהא דכתבו תוס' בתירוצם כאן שכשהשטר הוא בעין הרי הוא חייב להחזיר אותו, הרי זה רק לענין גניבה ומשום דמוקמינן את הכלל פרט וכלל רק על הכפל ולא על הקרן*), אבל גבי גזילה אכתי י"ל שהוא פטור משום שהפסוקים גבי גזילה באים למעט גם מחיוב השבה (מיהו לפי מה שכתבנו בח"א אות ס"ה בדעת הרמב"ם והגר"א שגם גניבה נכללת בהפרשה שבסוף פרשת ויקרא, א"כ יוצא שהכלל פרט וכלל שם קאי גם על השבת גניבה ולא רק על השבת גזילה).

מיהו בשבועות דף ל"ז ע"ב בד"ה מיעט וכו' כתבו תוס' שגם גבי גזילה הרי הוא

מתשלומי דמים היכא שאינו בעין (וכמו שרואים מדברי תוס' שחייבוהו רק כשהוא בעין), והיינו משום שהחיוב תשלומין כשאינו בעין תלוי הוא בגדרי מזיק וכמו שנביא בסמוך שביאר הברכת שמואל, והרי בשטרות לא שייך תורת מזיק (לרבנן דלא דייני גרמי).

* וכן משמע מלשון תוס' שגם לפי האמת הרי הוא מחזיר את השטר כשהוא בעין, ושדבר זה לא נתמעט מהכלל פרט וכלל, וכן משמע מלשון רבינו פרץ.

ודע שאע"פ שמוקמינן את הכלל פרט וכלל רק על כפל ולא על קרן אבל בכל זאת אכתי מיפטר

חייב כשהוא בעין. ולא עוד אלא שבסוף דבריהם שם כתבו שהוא חייב גם כשאינו בעין, רק שמיעטה אותו התורה מקרבן שבועה, כן הבין הפסקי התוס' שם. מיהו הש"ך בסי' שפ"ו סקי"ג האריך להוכיח שהוא פטור לגמרי משום ששטרות אינם נגזלים כל עיקר, ואפילו כשהן בעין אין עליו שום חיוב השבה, רק שהבעלים באים ונוטלים את שלהם. ובד"ה והכי מוכח נמי להדיא וכו' כתב הש"ך שכוונת תוס' בשבועות שם היא רק דהוי ס"ד שהוא חייב, אבל בכל זאת לבסוף קמ"ל הפסוק שאינם נגזלים כלל. ולפי הש"ך שפיר נשאר מקום לדברינו הנ"ל שיש חילוק בין גניבה לגזילה, והיינו שרק בגזילה מיעט הכתוב מהשבה אבל בגניבה הרי הוא שפיר חייב וכדברי תוס' כאן, דהא כוונת תוס' כאן היא שכשהוא בעין הרי הוא חייב בהשבה ממש והרי בגזילה הרי הוא נפטר מזה כמש"כ הש"ך*). וכן ביאר הברכת שמואל בסי' ל"ג שכוונת תוס' היא לחייב בהשבה ממש, דאם לא נאמר כן אלא נאמר שכוונתם היא רק שהבעלים באים ונוטלים את שלהם (וזה הרי בודאי נוהג גם בגזילה) א"כ על כגון זה לא שייך חיוב כפל וכעין מש"כ רעק"א בדו"ח על כתובות דף ל"ד ע"ב עיי"ש. ועיין עוד בברכת שמואל שם שנקט כהפסקי התוס' בנוגע לתוס' בשבועות

וכתב שתוס' שם מחייבים אפילו כשאין הגזילה בעין.

(וע"ע בתוספתא בפ"ז ברייתא ג' דתניא (לענין גניבה) את השטרות ואת הקרקעות ואת ההקדשות אין משלם אלא קרן.)

והנה כל דברינו הנ"ל מיוסדים הם על ההנחה שתוס' כאן איירי בגנב ממש ושכוונתם בתירוצם היא לומר שאע"פ שלא שייך בשטרות תורת מזיק (לפי רבנן שפוטרם על גרמי) אבל מ"מ הגונב שטרות אכתי חייב בהחייב השבה של גנב היכא שהוא בעין משום שחיוב זה אינו תלוי בחיובי מזיק, ותוס' בשבועות ס"ל (לכה"פ לענין גזילה) שגם החיוב אונסין כשאינו בעין אינו תלוי בהחייב של מזיק וכמו שכתבנו בשם הפסקי התוס' והברכת שמואל. מיהו לכאורה אפשר לפרש שלעולם הגונב שטרות הרי הוא פטור מהשבה אפילו כשהן בעין, רק שדברי תוס' לא קאי על גנב ממש אלא על טט"ג**), ומה שכתבו כאן שהוא חייב להחזיר כשהוא בעין כוונתם היא מדין שומר, דס"ל לתוס' שנהי שנתמעטו שטרות משבועה אבל מ"מ שומר מיהא הוי***), וממילא הרי הוא חייב בהחייב השבה של שומר****), וא"כ לפ"ז שפיר הוי ס"ד שהוא משלם את הכפל של טט"ג (ע"י גלגול שבועה), והיינו משום ש"ל דאזלי תוס' שהכפל של טט"ג הוא מחיובי

פשע קאי על טט"ג ולא קאי על גנב עצמו וכמו שביאר המהר"ם בסוף דף ס"ג ע"א.

***) וכשיטתם בהדיבור הקודם לענין קרקעות וכמו שביארנו בהאות הקודמת.

****) לפי השיטה שבשומרים נאמר חיוב השבה, ע"י בקצה"ח בסי' ש"מ סק"ד.

*) מיהו עדיין צריכים טעם למה לחלק וצ"ע. ועי' בהערה הראשונה על אות כ"ח בנוגע לאם אפשר להעמיד את המיעוטים בפרשת גנב רק על כפל ולא על השבה וקרן.

***) וכמו לעיל בד"ה יצאו קרקעות דאזלי לפי המ"ד שסובר שהכלל פרט וכלל של על כל דבר

גזילה אין מצות השבה כי דבר זה נתמעט מהכלל פרט וכלל שבדף קי"ז ע"ב, כי בגזילה חייבים להעמיד את הכלל פרט וכלל לענין השבה כשהוא בעין וכהנ"ל שלהיכא שאינו בעין לא בעינן קרא לרבנן דפטרי גרמי. ומעתה מזה יוצא שאין לומדים גניבה מגזילה, עי' בזה בקו"ש באות א'.

ובטעם הדבר למה שייך מצות השבה אע"פ שאם הי' מזיקו הי' פטור יש להקדים דהנה יש לחקור אם מצות השבה כשהגזילה היא בעין הרי היא חיוב ממון להנגזל, רק שכשהגזילה היא בעין הקפידה התורה שהתשלומין יתקיימו דוקא ע"י הגזילה, או האם היא ענין של מצוה כלפי שמיא של חזרת חפצו של הנגזל הנמצא אצלו, וכמו המצוה של השבת אבידה דהוי מעשה מצוה בעלמא שמוטל על המוצא. ולפי הצד השני שפיר שייך מצות השבה אפילו אם הי' פטור אילו הי' מזיקו.

ועכ"פ כל זה הוא בדעת תוס' בב"ק כאן, אבל תוס' בשבועות דף ל"ז ע"ב הקשו גבי גזילה למה צריכים כפוי"כ למעט שטרות מגזילה הלא גם אם שרפן פטור לפי רבנן שלא דיני דינא דגרמי. ותירצו דהו"א שאע"פ שאם שרפן הרי הוא פטור, אבל אם נטלן ושרפן חייב, הרי שהם סוברים שם שיש הו"א לחייב אפילו כשאינם בעין אע"פ שאם הי' מזיק את השטר הי' פטור.

ויש לומר דהיינו משום דס"ל שהקפידא בגניבה וגזילה אינה מה שהזיק להבעלים אלא מה שלקחו לעצמו ולכן שייך לחייבו על זה אע"פ שאם הי' מזיקו הי' פטור.

סק"א מתוס' והמ"מ שאכתי נשאר הוא בגדר שומר.

שמירה, ומש"ה שפיר הוי ס"ד שהוא משלם את הכפל של טט"ג מאחר שהוא נשאר שומר, רק שהי' קשה להם מה שייך לומר שהוא חייב כפל מאחר שאפילו מזיק בידים פטור, ועל זה תירצו שכשהשטר הוא בעין שפיר יש כאן החיוב השבה של שומר משום שחיוב זה אינו תלוי בחיובי מזיק ומש"ה שפיר ס"ד שישלם גם כפל עמו, אלא שנצטרך להוסיף כהנ"ל דס"ל לתוס' שהחיוב כפל של טט"ג אינו משום שהוא מתהפך להיות גנב ממש (וכמשמעות לשון הרמב"ם, עיין בזה לעיל באות י' סק"א), אלא לעולם הרי הוא נשאר שומר*), והחיוב של כפל הרי הוא מחיובי שמירה.

טו*) תד"ה יצאו שטרות.

הנה תוס' כאן סוברים שאם גרמי פטור, לא שייך לחייב את הגנב לשלם כשאינן השטר בעין, אבל כשהשטר הוא בעין הרי הוא חייב בהשבתו גם אחרי הכלל פרט וכלל כי הכלל פרט וכלל ממעט רק כפל (כך משמע מלשון תוס'), ואע"פ שגרמי פטור אבל מצות השבה אכתי שייך.

ועוד משמע מתוס' שגם בקושייתם סברו שאם השטר הוא בעין הרי הוא חייב להשיבו, רק שסברו שכמו שגרמי פטור, ואם הי' מזיק בידים הי' פטור, א"כ נהי' שכשהשטר הוא בעין יש עליו מצות השבה אבל לא שייך לחייבו קנס של כפל, ובתירוצם הרי הם סוברים ששפיר הי' שייך. מיהו רק גבי גניבה הרי זה כך, אבל גבי

*) וכמו בכופר בפקדון שדייקנו לעיל באות י'

טז) תד"ה יצאו קרקעות.

וז"ל, וא"ת גניבה בקרקע היכי שייכא, וי"ל במשיג גבול עכ"ל. ועיין בשט"מ בשם הר"א מגרמיישא שכתב וז"ל, כתבו תוס' וי"ל במשיג גבול, זה התירוץ לא שייך אלא אגב ממש דבטט"ג לא שייך ב' עכ"ל. ברם עיין עוד שם בשם תלמידי הרב פרץ שכתב וז"ל, י"ל במשיג גבול, וטט"ג נמי שטוען אחרים השיגו הגבול ונמצא שהוא המשיג וכגון שמינהו בקרקע לשומרה עכ"ל. וכוונתו היא להיכא שהוא שומר את הקרקע של שכנו וידוע שנתמעט הקרקע ע"י השגת גבול אבל לא ידעין מאיזה רוח, והשומר טוען מרוח אחרת ונמצא שהוא השיג מרוח זו.

והא דלא ניחא לי' להר"א מגרמיישא בהך אוקימתא י"ל דהיינו משום שבהציור הנ"ל של תלמידי הר"פ לא טען השומר כלום על הקרקע שהיא באמת הקרקע שנפקדה אצלו, דהא מעולם לא הי' שומר על הקרקע שהוא טען עלי' שנגנבה. מיהו זה אינו, כי אכתי יש לצייר באופן שהוא שומר על כל הקרקע.

וביותר נראה לומר דלא ניחא לי' להר"א מגרמיישא בהך אוקימתא משום דס"ל שכוונת התורה בפרשת טט"ג היא להיכא שהשומר גנב את אותו החפץ שטען עליו טענת גנב, שזהו הציור הרגיל של טט"ג דמסתמא להציור הזה נתכוונה התורה, אבל הכא הרי השומר טוען שהקרקע שמצד השני נגנבה ואח"כ נמצא שאותה קרקע לא נגנבה אלא שהוא גנב את הקרקע הסמוכה לשדהו. ואע"פ שגם בהציור של תלמידי הר"פ הרי הוא מפסיד

את הבעלים כמו בהציור הרגיל של טט"ג אבל מ"מ י"ל שבכלל מה שממעטים טוען טענת אבד נכלל מיעוט על כל ציור שאינו דומה להציור הרגיל של טט"ג אע"פ שמצד הסברא אין לחלק, וצ"ע.

גם י"ל טעם אחר למה א"א לומר שהציור הנ"ל של משיג גבול הוא הציור שנתכוונה התורה למעט מדין טט"ג בהכלל פרט וכלל, והיינו משום שיתכן שבהציור הנ"ל ההו"א לחייבו כפל אינו משום שהוא טט"ג, אלא גם בלא שבועה הרי הוא צריך להיות חייב כפל משום גנב ממש, וכמו שומר שגנב מרשותו לדעת הרמב"ם בפ"ד מהל' גניבה ה"י, דעיין לעיל באות י' סק"ד שהבאנו כמה הסברים בענין למה בעינן את הפרשה של טט"ג לפי הרמב"ם ולמה אינו מתחייב כפל גם בלא שבועה משום הדין של שומר שגנב מרשותו שהוא חייב כפל לפי הרמב"ם, ואחד מההסברים שהבאנו הוא שבטט"ג חסר התנאי של מעשה גניבה, דהא יש כאן רק כפירה לחוד, ולכן בעינן גזירת הכתוב מיוחדת לחייבו כפל ע"י שנשבע, וא"כ לפ"ז יוצא שהכא במשיג גבול, מכיון שעשה שפיר מעשה גניבה שהרי הזיז את הגדר (וזה משמש גם לקנין גניבה של חזקה) הרי ההוה אמינא צריך להיות לחייבו מדין גנב ממש, גם בלא שבועה, וא"כ בע"כ צ"ל שאין זה הציור שנתכוונה התורה למעט מהכפל של טט"ג.

מיהו זה אינו, והיינו משום שאע"פ שנכלל בהשגת גבול מעשה גניבה ממש אבל מ"מ הרי כבר ידעין מהפרשה הראשונה של אם המצא תמצא בידו

הגניבה וגו' שאין הכפל של גנב ממש נוהג בקרקעות, באופן שלא שייך לחייב את המשיג גבול כפל משום גנב ממש, רק שאכתי הוה אמינא ששייך לחייבו בהציוור של ט"ט"ג משום פרשת ט"ט"ג, ולכן שפיר בעינן למעטו מפרשת ט"ט"ג.

מיהו לכאורה אכתי י"ל טעם אחר למה א"א לומר שהציוור הנ"ל של משיג גבול הוא הציוור של קרקע שנתכוונה התורה למעט מדין ט"ט"ג, והיינו משום שגם בלא זה שהוא קרקע הרי א"א שישלם כפל בכה"ג משום ט"ט"ג, דהא כבר שלח ידו בהפקדון ע"י ההשגת גבול ואיכא מ"ד לקמן בדף ק"ז ע"ב שסובר שאם שלח בו יד קודם שט"ט"ג הרי הוא פטור מכפל. והנה אם טעמו של הך מ"ד הוא משום גזירת הכתוב א"כ בודאי שגם בקרקע יהי' כן, מיהו אם נאמר שטעמו של הך מ"ד הוא משום שמשעה ששלח בו יד קנאו כבר בקניני גזילה והרי הפקדון ברשותו משום גזילה ומש"ה א"א שיתהפך להיות גנב (וכמו שביארנו באות י'), א"כ לכאורה בקרקע אכתי שייך שיהי' חייב כפל כיון שעל ידי השליחות יד אינו קונה קניני גזילה.

מיהו באמת גם לפ"ז הרי נהי שבקרקע א"א לומר שקנה קניני גזילה כיון שאינה נגזלת אבל בכל זאת הרי יש אומרים שגם בקרקע הרי השומר מתחייב באונסין על ידי ששולח בו יד, ובפרט לפי מה שביארנו באות י"ד שקיימין השתא שלא נתמעטה קרקע מכל עיקר תורת שומר צריך לצאת שהרי הוא בודאי מתחייב באונסין ע"י שליחות יד כמו שמבואר בחלק א' באות

תש"י בההערה השני', וא"כ תו לא שייך שיתחייב כפל ע"י שט"ט"ג דהא לא כפר כלום כיון שגם אם באמת נגנב הרי הוא אכתי חייב בתשלומין.

ובדעת תלמידי הרב פרץ שכתבו הך אוקימתא של משיג גבול גם על ט"ט"ג י"ל שאע"פ שנתחייב באונסין אבל אכתי שייך בו הכפל של ט"ט"ג כי פטר את עצמו מהחזרת גוף החפץ, וכבר דננו על זה באות י' סק"ב ובההערה השני' על אות שנ"ז.

(ז) יצאו עבדים שהוקשו לקרקעות.

ע"י בחלק א' אות קפ"ט.

(ח) הקדש רעהו כתיב.

עיין ברמב"ם בפ"ב מהל' גניבה ה"א שכתב וז"ל, הגונב נכסי עכו"ם או שגנב נכסי הקדש אינו משלם אלא הקרן בלבד שנאמר ישלם שנים לרעהו ולרעהו ולא להקדש וכו' עכ"ל. וכתב הראב"ד וז"ל, א"א גנב נכסי הקדש משלם קרן וחומש ואשם להקדש שהרי מעל עכ"ל. ועיין במ"מ שצייין לפ"ו מהל' מעילה, וכוונתו היא דהתם ס"ל להרמב"ם שאין חיוב מעילה אא"כ נהנה, אבל שיטת הראב"ד שם היא שגם על הוצאה מרשות הקדש יש מעילה אפילו אם לא נהנה ולכן השיג הראב"ד על דברי הרמב"ם בהל' גניבה שאין סוף חיובו חיוב של קרן בלבד אלא הרי הוא חייב גם בחיובי מעילה אע"פ שלא נהנה. והאור שמח בד"ה ובהשגות וכו' הקשה דמנ"ל להראב"ד שהרמב"ם

איירי בשוגג, אולי איירי במזיד אשר בכה"ג אין מעילה, ונשאר האור שמח בצ"ע. וגם האבן האזל בסד"ה ועתה וכו' העיר כן, וכתב שנקט הראב"ד שכוונת הרמב"ם היא גם לשוגג מהא דסתם הרמב"ם את דבריו.

והנה מדרכו של המ"מ יוצא שכוונת הרמב"ם במש"כ כאן שהוא חייב קרן הרי היא להקרן של פרשת גניבה, דהא פרשת מעילה אינה נוהגת בכה"ג כיון שלא נהנה. ולפ"ז יוצא שהמיעוט של רעהו קאי רק על כפל ולא על החיוב קרן של גניבה. ולפ"ז נצטרך לומר שגם קרקעות עבדים ושטרות נתמעטו רק מכפל אבל עדיין יתחייב עליהם החיוב קרן של גניבה וכמו דחזינן לענין הקדש, ואע"פ שקרקעות עבדים ושטרות נתמעטו לקמן בדף קי"ז ע"ב מהקרן של גזילה מהכלל פרט וכלל של וכיחש בעמיתו וכגו', וכן גם הקדש נתמעט מגזילה מהפסוק של וכיחש בעמיתו כמו שמבואר מרש"י לעיל בדף י"ב ע"ב, וכן אי' בספרא (והיינו גם מקרן וכמו קרקעות שנתמעטו מהך קרא בדף קי"ז ע"ב גם מקרן), אבל מ"מ י"ל שהקרן של גניבה והקרן של גזילה הרי הם שני חיובים הנלמדים מפסוקים נפרדים ולא ילפינן אחד מהשני וכמו שהארכנו בזה לעיל בחלק א' אות ס"ה, וכן לעיל כאן באות ט"ו סק"ב, וכבר העיר הקובץ שיעורים על זה בדבריו בריש פירקין, וא"כ שפיר י"ל שאע"פ שנתמעטו הקדש וקרקעות מהקרן של גזילה אבל אכתי מתחייב עליהם הקרן של גניבה (וכן כתבו תוס' בסוגיין לגבי שטרות כשהן בעין משא"כ לגבי גזילה אכתי יתכן שהוא פטור כמו שביארנו באות ט"ו).

ולפ"ז מובנים דברי התוספתא בפרק ז' ברייתא ג' דתני שהגונב קרקעות והקדש משלם קרן, די"ל שאין כוונת התוספתא רק להא שהבעלים באים ונוטלים את שלהם, אלא כוונת התוספתא היא כפשוטו דהיינו לחיוב השבה ותשלומין ממש, וכהנ"ל שלא נתמעטו אלא מכפל אבל לא מקרן. ושור"ר בקובץ שיעורים באות ע"ג שהוכיח מהתוספתא הנ"ל שיש חיוב של קרן.

ועיין באור שמח שם בד"ה נסתפקתי וכו', ולהלן שם, וכן לעיל שם בד"ה וכיון וכו', שחקר בענין אם יש חיוב קרן להקדש, והביא הוכחות מהראשונים, והוכיח שמפסקי הרמב"ם מוכח שדעתו היא לחייב, אלא שלא חילק האור שמח בין גניבה וגזילה.

וגם בספר אמרי משה ראיתי שהאריך בזה בסי' מ' והוכיח מדברי הרמב"ם הנ"ל בפ"ב מהל' גניבה שהגונב או הגוזל מהקדש חייב קרן. וכן הוכיח מהא דפסק הרמב"ם בפ"ג שהגונב מהקדש אינו נמכר בגניבתו אלא ישלם כשיעשיר, דמבואר מזה שהוא חייב מיהא בחיוב קרן כשיעשיר, וכן הוכיח הקובץ שיעורים באות מ"א. וכתב האמרי משה שהחיוב הזה נלמד מקרא דואת אשר חטא מהקודש ישלם דמרבין בב"מ דף נ"ה מפסוק זה חיוב קרן בשביל גניבה וגזילה מהקדש גם כשלא נשלמו התנאים של קרבן מעילה וכמו שהביא שם (עיין בתמצית דבריו בסק"א א' וט' שם, וכן הביא הקובץ שיעורים באות קי"ח). מיהו דבריו הנ"ל הם דלא כדרכנו שהחיוב קרן שהזכיר הרמב"ם הוא מקרא דגניבה משום

שהמיעוט של רעהו קאי רק על כפל, וכן הרי זה דלא כמו שכתבנו שיתכן שגם הרמב"ם יודה שהגזול מהקדש פטור מקרן.

ועכ"פ האור שמח שם בד"ה ובזה וכו' כתב שאדרבה הטעם למה אינו נמכר כשגנב מהקדש הרי זה משום שבאמת אין עליו שום חיוב של קרן בשביל גניבה. ועוד כתב האור שמח שמה שכתב הרמב"ם שכשיעשיר ישלם כוונתו היא משום מזיק או משום נהנה, וחיוב זה הוא רק בגדר חוב והרי דרשינן ונמכר בגניבתו ולא בחובו*).

מיהו האור החיים על קרא דונמכר בגניבתו כתב שטעמו של הרמב"ם במה שכתב שאינו נמכר עבור גניבת הקדש הרי זה משום שאינו נמכר על סוג של גניבה שאין עליו חיוב כפל, וילפינן כן מהא דנסמך קרא דונמכר לפרשת כפל, וזהו דלא כדברי האור שמח אלא כדרכו של האמרי משה ששפיר יש עליו חיוב קרן של גניבה.

וע"ע בקו"ש באות מ"א שם שהוכיח מרש"י בדף ע"ח ע"ב שגונב הקדש פטור גם מקרן. ועיין עוד ברש"י בדף ס"ו ע"ב בד"ה דגזל בענין אם יש חיוב קרן וקניני גזילה בהקדש.

והנה לכאורה אפשר לפרש בדרך אחרת לגמרי את המחלוקת שבין הרמב"ם והראב"ד כאן ודלא כדרכו של המ"מ,

והיינו שיש לפרש שכוונת הרמב"ם אינה לחייבו בהקרן של פרשת גניבה, אלא לעולם יתכן שרעהו ממעט גם את הקרן של פרשת גניבה, רק שכוונת הרמב"ם היא להחייב קרן של פרשת מעילה משום דאיירי מן הסתם באופן שנשתמש בו הגנב ונהנה, ולכן השיג הראב"ד שבכה"ג יש גם חיוב מעילה של חומש ואשם. ובאמת י"ל שלעולם גם הרמב"ם מודה לזה, רק שלא הביא כן משום שכאן הביא הרמב"ם רק את החיוב שיש בהקדש שמצינו דוגמתו גם בגונב מהדיוט, ואת שאר החיובים הביא בהלכות מעילה. והא דהביא הרמב"ם שהוא חייב את הקרן של מעילה הרי זה כדברי הגר"ח בהל' מעילה שהיסוד של החיוב תשלומין של מעילה (ואפילו המעילה של נהנה) הרי הוא משום שגנב או גזל מהקדש, ולכן קי"ל שהשיעור של מעילה הוא הנאה שוה פרוטה כמו השיעור של גניבה וגזילה**). ובאמת כדבריו איתא בתוס' בכתובות דף ל' ע"ב בד"ה זר וכו' וז"ל, אבל קרן וחומש של הקדש אינו משום כפרה (כמו בתרומה) אלא משלם ממון שגזל מהקדש עכ"ל, ולפ"ז שפיר הביא הרמב"ם את החיוב קרן של מעילה בהל' גניבה משום שחיוב זה ממש ישנו גם גבי הדיוט וכהנ"ל.

ולפ"ז א"ש גם דיוק לשון הרמב"ם בסוף דבריו, דעיי"ש שהוסיף וז"ל, וכן

מצטרף, וכן מהא שאכילתו ואכילת חבירו מצטרפין, דהטעם לכל זה הוא משום שיש כאן דין גזילה, ומש"ה הוא דמצטרף בכל גווני. ועי' גם בקובץ הערות בסי' נ"ב סק"א וט"ו שכתב הוכחות להיסוד הנ"ל.

* מיהו לכאורה הרי זה סותר את מה שהוכיח האור שמח במקום אחר שם שהרמב"ם שפיר מחייב קרן דגזילה וכמו שהבאנו לעיל בשמו.

** וכן הוכיח הגר"ח מהא דאמרינן במעילה דף י"ח שאם צירף את המעילה לזמן מרובה הרי זה

דף ס"ג ע"א

(ט) תד"ה רעהו.

עיינן בדבריהם שהקשו למה צריכים גם את הדרשה של רעהו וגם את הדרשה של וגונב מבית האיש. ות"י הרש"ש דנהי שמרעהו ילפינן שאינו חייב לשלם כפל להקדש, אבל אכתי בעינן וגונב מבית האיש למימר שאינו משלם להבעלים, וכן כתב הברכת שמואל באריכות בסי' ל"ד וכן האבן האזל על ריש פ"ב מהל' גניבה, אלא שהם ביארו שרק בקדשי מזבח הוי ס"ד שישלם להבעלים וכדברי הרמב"ם שהביא קרא דוגונב מבית האיש רק על קדשי מזבח, וז"ל האבן האזל, אבל בקדשי מזבח דאם איתא לקרן בעינן נראה דבודאי הבעלים יש להם זכות לתבוע קרבן שלהם ובפרט בקדשים שחייב באחריותן, ולכן ס"ד שכשמחזיר משלם גם הכפל להבעלים, ולזה אשמועינן קרא דוגונב מבית האיש עכ"ל.

והנה לכאורה ה"י אפשר ליישב את קושיית תוס' בדרך אחרת, והיינו דנהי שמרעהו ידעינן דליכא תשלומי כפל להקדש אבל אכתי הו"א שיש לו בו קניני גניבה ושחייב בחיובי השבה ואונסין (ולא היינו למדים מגזילה דפטור, עיין בהאות הקודמת), ולכן בעינן מיעוט שני ויתורא דוגונב מבית האיש ולא מבית הקדש למימר דמופקע הוא מכל עיקר תורת גניבה. ועיין בהאות הקודמת שהבאנו את דעות המפרשים בענין אם לפי האמת יש חיוב קרן להקדש בגניבה וגזילה.

מיהו לפי הדרך הנ"ל נצטרך לומר שהגונב מן הגנב לא נתמעט אלא מכפל,

הגונב קדשים מבית בעליהן בין קדשי קדשים ובין קדשים קלים וכו' הרי זה פטור מן כפל ומתשלומי ד' וה' שנאמר וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש עכ"ל, דלכאורה יש לדקדק על לשונו אמאי לא הזכיר גם כאן שהוא משלם קרן כמו לעיל גבי קדשי בדק הבית, ולפי הנ"ל א"ש, והיינו משום שהתשלומין של קרן במעילת קדשי מזבח אינם משום שגזל מהקדש אלא משום כפרה, וכמו שכתב הנתיחה"מ בסי' כ"ח סק"ב (ועי' ביסודו של הגר"ח שהביא הברכת שמואל כאן בסי' ל"ד עיי"ש), ומשום הכי אין שום מקום להזכיר את התשלומי קרן של קדשי מזבח בהלכות גניבה. ברם הגר"ח עצמו בהל' מעילה שם כתב גם בנוגע לקדשי מזבח שיסוד הדין של מעילה הוא גזילה. וכן כתב השערי יושר והוכיח כן מהא שגם בספק מעילה בקדושת מזבח פטרינן ל"י כדין ממון כדמוכח בהמשנה בכריתות דף כ"ב ע"ב ולא מחייבינן כמו שעושים בכפרה כמו שמבואר בתוס' בכתובות שם.

אמנם מלבד ממה שצריכים לדחוק לפי דרכנו הנ"ל דאיירי הרמב"ם רק בנהנה, הרי נצטרך גם לדחוק ולומר שהרמב"ם איירי רק בשוגג (כדי להסביר למה לא הזכיר הרמב"ם שחייב קרן גם בנוגע לקדשי מזבח), ולכאורה הא ליתא, וגם האבן האזל לא כתב אלא דאיירי גם בשוגג, אבל לא דאיירי בשוגג לחודי'. ברם הרי עכ"פ לפי מה שציידד האור שמח שהקדש נתמעט גם מהחיוב קרן של פרשת גניבה הרי בודאי צ"ל שכוונת הרמב"ם במה שהזכיר חיוב קרן היא להחייב קרן של פרשת מעילה, ושאיירי רק בשוגג, וצ"ע.

אבל אכתי חייב הוא בקרן, דהא לגבי הגונב מן הגנב לא נאמר אלא מיעוט אחד לחוד דהיינו הדרשה של וגונב מבית האיש ולא מבית הגנב, וזהו כדעת התומים שהביא הקצה"ח בסי' ל"ד סק"ג שהשוה את הגונב מן הגנב להכופר בפקדון ומשמע שהגונב מן הגנב מיקרי גולן וחייב באונסין ולא נתמעט אלא מכפל לחוד (וכן ס"ל להחזו"א בסי' ט"ז סק"ז), ודלא כדעת הקצה"ח עצמו שם שהגונב מן הגנב פטור גם מקרן וכן אינו עובר על לאו דגניבה.

ברם אולי יתכן להתאים את דרכנו הנ"ל גם לשיטת הקצה"ח, די"ל שלאחר שכתב רחמנא גבי הקדש גם את המיעוט של רעהו, באופן שמוגונב ממעטינן גם קרן, א"כ מעתה הרי זה מגלה שכל מה שנתמעט מוגונב מבית האיש נתמעט גם לענין קרן, ולכן ממעטינן גונב מן הגנב גם מקרן.

מיהו אכתי יש להקשות על דרכנו הנ"ל, דהא בע"כ צ"ל שהצד לומר שוגונב מבית האיש קאי על קרן אינו מהמשמעות של הפסוק (דהיינו שכל עיקר הענין של וגונב הוא רק כשהוא מבית האיש), דהא א"כ תיסיגי בקרא דוגונב למעט קרן, וכ"ש כפל, ולא ניבעי דרשה דרעהו, וא"כ בע"כ הטעם לאוקמי קרא דוגונב על קרן הוא כמו שנקטנו לעיל דהיינו משום שהוא פסוק מיותר, משום שכבר כתיב רעהו, ולכן מוקמינן לוגונב על החיוב קרן, ואילו דבר זה לכאורה אינו נכון, דהא וגונב אינו מיותר דהא בעינן ל"י למעט הגונב מבית הגנב.

מיהו נראה שלפי התומים אכתי נשאר

דרך איך ליישב את קושיית תוס', והיינו על ידי שנאמר איפכא מדרכנו הנ"ל, והיינו די"ל שמוגונב מבית האיש ממעטינן רק כפל וכשיטת התומים, ולכן בעינן מיעוטא דרעהו כדי למעט הקדש אפילו מקרן (מיהו עיין בתוס' לעיל בדף ל"ח ע"א בד"ה עמד וכו' ובמהרש"ל מהרש"א ומהר"ם שם בענין אם לפי המסקנא שם ממעטינן עכו"ם מקרא דרעהו, ואם נאמר דממעטינן ל"י מרעהו א"כ יוצא שהדרך הנ"ל אינו נכון משום שיוצא שרעהו אינו מיותר בשביל הקדש).

שו"ר בקובץ שיעורים באות מ"א שכתב שדברי הקצה"ח בגונב מן הגנב תלויים הם באם וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש ממעט גם קרן, דא"כ ה"ה למאי דממעטינן ולא מבית הגנב.

וע"ע באות ל"ג ופ"ט בנוגע לדברי הקצה"ח.

(כ) דבר שאינו מסוים.

א. הנה שיטת רש"י במסקנת הגמ' היא דאיכא ב' ילפותות, והיינו דקרא דכסף או כלים הרי הוא בגדר כלל פרט וכלל לענין שבועה, וקרא דעל כל דבר פשע הרי הוא ריבוי לענין כפל, ובגמרא מבואר דהא דנקטינן שעל כל דבר פשע הוא ריבויא הרי זה משום שאם לא כן היו הפרטים של שור חמור שה ושלמה צריכים להיות כתובים יחד עם כסף או כלים.

והקשו תוס' על דרכו של רש"י דהא אם היו הפרטים הנ"ל כתובים בקרא דכי יתן יחד עם כסף או כלים א"כ לא הוי ילפינן

למעט אלא שבועה לחוד ולא כפל לפי דרכו של רש"י שכסף או כלים אמורים לענין שבועה (ואם כן עדיין הי' מתחייב כפל בציוור שנשבע ע"י גלגול שבועה). מיהו כבר העירו המפרשים שרש"י עצמו תירץ קושיא זו במה שכתב שכפל כתוב גם בקרא קמא*).

ועוד הקשו תוס' שאם היו כולם כתובים ביחד בקרא קמא א"כ אז היינו ממעטים עופות טמאים גם משבועה משא"כ עכשיו שחילקם התורה לב' ילפותות לפי רש"י ממעטינן עופות טמאים רק מכפל. וקושיא זו תי' התפארת שמואל בסוף המסכת וז"ל, ובדברי רש"י מבואר ומוכח להדיא דצריך קרא אחד לשבועה וקרא שני לכפל, ולא ילפינן זה מזה בשום ענין, ואף אם היו כל הפרטים כתובים בקרא אחד, הוי ילפינן כלל פרט וכלל דכסף או כלים לענין שבועה (לכאורה גם לענין כפל כיון דגם כפל כתיב בקרא קמא כדפירש"י), ושור

וחמור ושה ושלמה לענין כפל עכ"ל (וצ"ע למה). וע"ע בשט"מ בשם תלמידי הר"פ. ולפי דרכו של התפארת שמואל יוצא שלא ממעטינן לפי רש"י דבר שאינו מסוים אלא מכפל אבל לא משבועה, ודלא כתוס' שסוברים שקאי המיעוט על שניהם. ובאמת המאירי כאן בדעת רש"י הגביל את המיעוט של דבר שאינו מסוים עוד יותר מהנ"ל, דהנה רש"י פירש שדבר שאינו מסוים הוא דבר שאין בו סימן, והקשו תוס' דמה היא הסברא למעט דבר שאין בו סימן**). ועיין במאירי שכנראה רוצה לפרש שלא ממעטינן דבר שאינו מסוים לפי רש"י אלא בטוען טענת גנב באבידה לחוד המתרבה מקרא דעל כל אבידה, דבזה שפיר יש מקום לחלק בין דבר שיש בו סימן לדבר שאין בו סימן משום שבדבר שאין בו סימן אינו נעשה שומר אבידה כמו שנבאר בהערה כאן***), ולכן אינו שייך בדין ט"ג

שפירשו שדבר שאינו מסוים הוא כגון חצי רמון ג"כ אין סברא, וא"כ מה קשה להם על רש"י.

מיהו נראה שכוונתם היא שבכל הדברים האחרים שנתמעטו הרי יש בגוף החפץ אופי מסוים אשר בגלל האופי הוא מיעטם התורה, וכגון האופי של קרקע שהוא מחובר ולא מיטלטל, וכן חצי רמון שהוא חצי ולא שלם, אבל העובדא שאין בו סימן אינו אופי חיובי בגוף החפץ, אלא הרי הוא נובע מהיחס של החפץ הזה לגבי חפצים אחרים שהם דוגמתו, דהיינו ממה שאינו מובדל מהאחרים, ואינו כמו קרקע שיש בו אופי חיובי מסוים בגופו, וא"כ י"ל שתוס' סוברים שמתברר למעט רק דברים שהם מיוחדים בעצם המהות של גופם.

*** מיהו דברי המאירי צריכים ביאור דהא מאחר שאינו נעשה שומר אבידה א"כ פשיטא שלא שייך בו הכפל של ט"ג ולמה לי קרא.

* ועיין גם ברש"י לקמן בדף ק"ו ע"ב שפירש שהמיעוט של כי יתן פרט לקטן קאי בדרך ישיר גם על כפל. מיהו הראב"ד בשט"מ שם ביאר שמאחר שאינו מתחייב שבועה א"כ שוב בדרך ממילא אינו משלם כפל. ודע ששיטת הרמב"ם בפ"ב מהל' שכירות ה"ז היא שהפקדון של קטן נתמעט רק מכפל אבל לא משבועה (וכן יוצא מדברי התוס' ר"ד שם באות נ' שיתכן חיוב שבועת השומרים גם בדבר שנתמעט מכפל). והרמב"ן בשבועות דף מ"ב ע"א השיג על הרמב"ם דמכיון שממעטינן קטן מכפל ה"ה לשבועה. ועי' בשט"מ כאן בשם תלמידי הר"פ. וע"ע להלן באות שפ"ד.

** והנה ראיתי מתמיהים על קושיית תוס' דהא גם ליתר הדברים שנתמעטו כגון קרקעות ושטרות לכאורה אין שום סברא אלא הרי זה בגדר גזירת הכתוב לחוד, וכן להפירוש של תוס' גופייהו

שהוא דין הנאמר רק בשומר.

ועכ"פ האור שמח בפ"ד מהל' גניבה ה"א נקט שכוונת רש"י היא לכל ט"ט"ג וכתב סברא בדעת רש"י, והיינו שמכיון שאין בו סימן א"כ מיד עם הטענה שנגנב הרי המפקיד מתייאש מלמוצאו וקונה הגנב (בקנין חצר) ומש"ה יוצא שבשעת שבועה אין השומר נשבע על החפץ של הבעלים.

וגם לפי האור שמח יוצא שהמיעוט של דבר שאינו מסוים קאי רק על הכפל של ט"ט"ג ולא על שבועה וכמו שיוצא מדברי התפארת שמואל דהא לענין שבועה לא שייכא הסברא הנ"ל שכתב האור שמח. ועיין בסק"ב מה שנקשה על האור שמח.

ועיין עוד בסק"ג שנביא ראשונים שסוברים שהמיעוט קאי רק על שבועה ולא על הכפל דהיינו להיפך ממש מדעת רש"י, וכן דלא כתוס' סוברים דקאי על שניהם. ב. והנה עד עכשיו דננו בענין אם הפטור של דבר שאינו מסוים נאמר על כפל או האם הוא נאמר על שבועה. ומעתה נדון לענין כפל גופי', האם הפטור של דבר שאינו מסוים נאמר רק על הכפל של ט"ט"ג או האם הוא נאמר גם על הכפל של גנב עצמו.

והנה בדף ס"ד ע"ב סברה הגמ', לפי גירסת רש"י שם, שיש מיעוט בפרשת גנב ממש למעט דברי שאינו מסוים, דהיינו בפרשת אם המצא תמצא בידו הגניבה, ושוב חזרה הגמרא מזה והסיקה שאין מיעוט כזה, וא"כ לפי מסקנת הסוגיא שם יוצא שהמיעוט היחידי לדבר שאינו מסוים הרי הוא רק בפרשת כי יתן איש, וא"כ

מעתה לכאורה יוצא שלפי המ"ד שכל הפרשה כולה של כי יתן איירי בטוען ט"ג ורק הפרשה של אם המצא תמצא וגו' איירי בגנב ממש, א"כ אין שום מיעוט בנוגע לגנב ממש למעט דבר שאינו מסוים, אבל לפי המ"ד שסובר שגם גנב ממש כתוב בפרשת כי יתן א"כ שפיר קאי המיעוט של דבר שאינו מסוים גם על גנב ממש כיון שגם הוא כתוב בפרשת כי יתן, וכן ביאר הרש"ש שם. ובאמת היש"ש כאן בסי' א' הביא להלכה את המיעוט של דבר שאינו מסוים גם על גנב ממש, ונראה דהיינו משום שהוא פוסק בסי' ב' שהפרשה של כי יתן איירי גם בגנב ממש וכשיטת הרמב"ם שהביא הרש"ש שם.

מיהו לפי פירש"י בדבר שאינו מסוים יש לעיין בזה דהא רש"י פירש שדבר שאינו מסוים הוא דבר שאין בו סימן, וכבר הבאנו בסק"א את סברת האור שמח בענין למה ממעטינן לפי רש"י דבר שאין בו סימן, והרי סברתו שייכת רק לגבי הכפל של ט"ט"ג אבל לא לגבי גנב ממש, אלא בגנב ממש אכתי נשארתי קושיית תוס' שאין סברא למעט, וא"כ לפי רש"י יוצא שאפילו אם נאמר שגם גנב ממש כתוב בפרשת כי יתן, אכתי אין סברא להמשיך את המיעוט של דבר שאינו מסוים גם על גנב ממש. מיהו לפ"ז צ"ע באמת על מה שהבאנו שבדף ס"ד ע"ב גורס רש"י בהסלקא דעתך שם שיש מיעוט בפרשת גנב עצמו למעט דבר שאינו מסוים, דאילו לפי האור שמח לא שייך מיעוט כזה.

והנה עיין בתוס' כאן שפירשו בשם הריב"א שדבר שאינו מסוים הרי זה דבר

שאינו במדה ובמשקל ובמנין. וראיתי בקובץ שיעורים שכתב שלפי הפירוש הזה לא שייך למעטו אלא מהכפל של ט"ג וכגון שהפקיד אצלו בלי להזכיר מדה או משקל או מנין, אבל בגנב ממש לא שייך מיעוט כזה משום שכל מה שהוא גונב יש לו מדה מסוימת. וגם על זה יש לתמוה דהא בדף ס"ד ע"ב בההוא אמינא שם רצתה הגמ' לומר שיש גם בפרשת גנב עצמו מיעוט לדבר שאינו מסוים וכמו שהבאנו כבר, ובודאי שדוחק לומר שתוס' יפרשו שם פירוש אחר בדבר שאינו מסוים.

והנה היש"ש כאן בסי' א' כתב שממעטים דבר שאינו מסוים גם מהכפל של גנב עצמו וכמו שהבאנו כבר, והיש"ש כתב כן להדיא גם לפי הפירוש הזה של תוס', וצייר באופן שכשתבעו הבעלים את הגנב לא הזכירו בדבריהם מדה או מנין או משקל, דבכה"ג ממעטינן שהוא פטור מכפל, הרי דס"ל שגם בגנב עצמו שייך ציור של "אינו במדה" ודלא כדברי הקובץ שיעורים. מיהו הקו"ש שם כתב סברא לחילוקו, והיינו דבשלמא בט"ג שחיובו "תלוי בקבלת שמירה, בזה שייך למעט אם קיבל לשמור בלא מדה או משקל", אבל בגנב ממש הלא כל מה שהוא גנב יש לו מדה ומשקל והחיוב כפל הוא בשביל המעשה גניבה וא"כ מאי איכפת לן באיזה לשון הוא תובעו.

ג. ודע עוד שהרמב"ם בכלל לא הביא להלכה את המיעוט של דבר שאינו מסוים, וכבר תמה היש"ש על זה, ועיין באור שמח שם מה שכתב ליישב. מיהו י"ל בפשיטות

שהרמב"ם סובר שדבר שאינו מסוים פירושו הוא דבר שאינו במדה מנין ומשקל, וכן הרי הוא סובר שהמיעוט קאי רק על שבועת מודה במקצת, אבל לא על שבועת השומרים ותשלומי שמירה וכפל, ולענין שבועת מודה במקצת הרי שפיר הביא את הדין דבעינן דבר שבמדה וכו'. וכעין החילוק הנ"ל סובר הרמב"ן, הובא בשט"מ כאן (והוא בחידושי הרמב"ן בב"מ דף נ"ז), דהיינו שרק קרקעות עבדים ושטרות נתמעטו גם לענין הלכות שמירה, אבל דבר שאינו מסוים, וכן מאי דדרשינן מה כלים שנים ומה כסף דבר חשוב, איירי רק לענין שבועת מודה במקצת, והיינו משום שמכיון שבפרשת גניבה ושומר שטר ושואל לא מצינו דרשות כאלו, א"כ הרי זה מגלה שגם המיעוט שכתוב בפרשת שומר חנם אינו בכדי למעטו מחיוב שמירה וגניבה אלא רק בכדי למעטו משבועת מודה במקצת לחוד, ולא דמי לקרקעות עבדים ושטרות שנתמעטו גם בפרשת שומר שטר, ושוב צידד הרמב"ן שם לומר שאולי גם משבועת השומרים ממעטינן דבר שאינו מסוים ולא רק משבועת מודה במקצת לחוד, וכן מה כסף דבר חשוב ומה כלים שנים. ועיין גם בשט"מ בשם הר"י מיגש דאיתא קרוב לדברי הרמב"ן.

ובשט"מ בשם הראב"ד לקמן בדף ס"ד ע"ב בד"ה אבל הראב"ד וכו', וכן בד"ה וז"ל הראב"ד וכו', מצאתי דרך אחרת איך להבין למה המיעוט לא קאי על כפל, דעיי"ש דס"ל שלפי המ"ד שחד בגנב וחד בט"ג (אשר כן היא ההלכה כמו שהבאנו כבר) אייתר חד פרט בפרשת אם המצא

תמצא בידו הגניבה לאתויי דבר שאינו מסוים בין בגנב ממש ובין בט"ג "שהוא נחשב גנב כמותו" (אבל לאידך מ"ד הרי למסקנא דרשינן בריבוי ומיעוט ולא אייתר קרא לדבר שאינו מסוים).

מיהו צ"ע על מה שדימה הראב"ד ט"ג לגנב ממש, דהא חזינן שלדו"ה בעינן ילפותא מיוחדת בדף ס"ג ע"ב למימר שהוא נוהג גם בט"ג, ולא אמרינן מצד הסברא לחוד שהוא כגנב עצמו. מיהו אולי י"ל שהיה ילפותא לגבי דו"ה הרי היא גילוי מילתא לכל הדינים, דאשמועינן בזה שהכפל של ט"ג הוא הכפל של כל גנב רגיל, וכבר הארכנו בזה באות י'.

ועכ"פ דברי הרמב"ן הם דלא כמו מה שהזכירו תוס' כאן בסד"ה למה לי וכו' שהמיעוט של דבר שאינו מסוים נאמר בין לענין שבועה ובין לענין כפל, וכן דלא כרש"י שסובר שהוא נאמר רק לענין כפל וכמו שביארנו בסק"א. וגם המאירי והשט"מ בשם הראב"ד בד"ה וכן פירש וכו' הרי הם סוברים שהמיעוט של דבר שאינו מסוים קאי רק על שבועת מודה במקצת ולא על כפל וכהרמב"ן (ועי' במה שהבאתי לעיל בסמוך בשם הראב"ד בדף ס"ד דמשמע אחרת מסברת הרמב"ן).

שו"מ באור שמח בסוף דבריו על הלכה א' וכן בקובץ שיעורים בסוף אות ה' שרמזו להדרך הנ"ל שכתבתי ביישוב דעת הרמב"ם, והיינו דס"ל להרמב"ם שהמיעוט לא קאי על כפל.

מיהו באמת מדברי הרמב"ם בפיה"מ כאן נראה שטעמו הוא אחרת לגמרי, דעיין בדבריו שהביא דרשינן קרא דעל כל דבר

פשע בכלל פרט וכלל, וכמו הס"ד של הגמ', וכן משמע מלשונו בפ"ב מהל' גניבה ה"ב שהזכיר שם שעבדים פטורים מכפל משום שהוקשו לקרקעות שזהו לפי הדרך של כלל פרט וכלל, דהא לפי הדרך של ריבוי מיעוט וריבוי יש מיעוט מיוחד בשביל עבדים. והנה הלח"מ כתב שלא דוקא כתב הרמב"ם כן אלא נקט את השיגרא דלישנא של הש"ס. מיהו אפילו אם נוכל לומר כדבריו בנוגע לדברי הרמב"ם בספר היד אבל מה נעשה עם דברי הרמב"ם בפיה"מ שהביא את כל הנוסח של הכלל פרט וכלל (אם לא שנדחוק שכוונת הרמב"ם היא כמו שכתבו תוס' בד"ה אלא וכו' בכוונת התנא של הברייתא), וא"כ משמע שהוא פוסק באמת כמו הדרך של כלל פרט וכלל, וא"כ לפ"ז יוצא שאין לנו שום מיעוט בשביל דבר שאינו מסוים, דהא לפי הדרך של כלל פרט וכלל בעינן קרא דשלמה לרבות דבר שאינו בעל חי, שהרי בלא קרא דשלמה היינו אומרים דבעינן כעין הפרט שהם בעלי חיים, ורק לפי המסקנא שעל כל דבר פשע הוא ריבוי שמרבה את הכל, רק לפ"ז אמרינן ששלמה בא למעט דבר שאינו מסוים, וא"כ נראה שטעמו של הרמב"ם לזה שלא הביא את המיעוט של דבר שאינו מסוים הוא משום שהוא סובר שדרשינן בכלל פרט וכלל. ובאמת גם היש"ש הביא שם את דברי הרמב"ם בפיה"מ וביאר שהרמב"ם אינו מביא דבר שאינו מסוים מפני שהוא פוסק כהכלל פרט וכלל, אלא שתמה עליו שדבריו הם דלא כמסקנת הסוגיא. מיהו הפ"י הראה שפיר יש מקום לזה שפוסק הרמב"ם להלכה שדרשינן על

כל דבר פשע בכלל פרט וכלל ולא בדרך ריבוי.

ד. והנה ע"י בתוספתא כאן בפרק ז' ברייתא ג' שמנו ז' מיני גנבים, א', הגונב דעת הבריות דאסור, ב', הגונב איסורי הנאה שפטור מלשלם, ג', הגונב קרקעות ושטרות והקדשות שמשלם קרן ולא כפל וכו'. וראיתי מעירים דלכאורה קשה למה לא כללו גם דבר שאינו מסוים בהדי קרקעות שטרות והקדשות (ועל התוספתא לא שייך לתרוץ על הדרך של תוס' בד"ה אלא וכו' כיון שהתוספתא שונה הלכות פסקות).

ולכאורה י"ל באחד מד' דרכים, א', שהתוספתא סוברת כהספרא שהביא הרמב"ם בפיה"מ, וכדרכו של הפ"י בשיטת הרמב"ם, שלהלכה דרשינן באמת בכלל פרט וכלל אשר לפ"ז לא ממעטינן דבר שאינו מסוים. ב', שהתוספתא סוברת כמו הראב"ד שהמיעוט של דבר שאינו מסוים לא קאי על כפל משום שיש ריבוי שמרבה גם דבר שאינו מסוים לכפל, בין הכפל של גנב עצמו ובין הכפל של טט"ג. ג', שהתוספתא סוברת שכל הפרשה של על כל דבר פשע איירי רק בטט"ג ולא בגנב עצמו אשר לפ"ז יש מקום לומר שהכפל של גנב עצמו נוהג בדבר שאינו מסוים גם בלא שום ריבוי מיוחד. ד', שהתוספתא סוברת כסברת הרמב"ן אשר לפ"ז יוצא שאפילו אם הפרשה איירי גם בגנב עצמו אבל בכל זאת יש סברא לומר שהמיעוט של דבר שאינו מסוים קאי רק על שבועה גם בלא ריבוי מיוחד לכפל.

ולפי הדרך הראשון שהתוספתא סוברת

כלל פרט וכלל א"כ א"ש גם למה לא הזכיר התוספתא עבדים, והיינו משום שבאמת רק קרקעות נתמעטו מכעין הפרט, רק שעבדים הוקשו לקרקעות, ולכן לא הי' נחוץ להתוספתא להזכירם, אבל לפי הדרכים האחרים יוצא שהתוספתא סוברת שפיר כמסקנת הסוגיא שדרשינן בריבוי מיעוט וריבוי, וא"כ הרי מבואר בגמרא שלפ"ז בעינן מיעוט מיוחד גם לעבדים, וא"כ צ"ע למה לא הזכירה התוספתא גם עבדים (ובמכילתא משפטים פר' י"ג נמנו ג"כ שבעת הגנבים והתם שפיר הזכירו גם עבדים).

ה. גם ראיתי בקובץ ביאורים באות נ' שהקשה מהא דתניא לקמן ב"ב ע"ב ע"ב שהגונב את הקיטעת חייב כפל, דהא לפי הפשט שכתבו תוס' שדבר שאינו מסוים הוא חצי רמון הרי הוא צריך להיות פטור, דהא משמע מתוס' ששפיר ממעטינן לפי המסקנא דבר שאינו מסוים ודלא כהרמב"ם, וכן מבואר בתוס' שקאי המיעוט גם על כפל. מיהו אכתי יש ליישב את שיטת תוס' על פי ב' מהדרכים שכתבנו לעיל ביישוב התוספתא, די"ל דס"ל לתוס' כהדרך השני' שהבאנו שהמיעוט קאי רק על הכפל של טט"ג אבל לא על הכפל של גנב עצמו וכדעת הראב"ד שהבאנו שלפי מאי דקי"ל דחד בגנב וחד בטט"ג א"כ יוצא שנתרבה דבר שאינו מסוים בתוך הפרשה של גנב ממש כמו שביאר שם, רק דבהא פליגי על הראב"ד שהראב"ד סובר להלכה שגם הטט"ג חייב כפל על דבר שאינו מסוים משום שמרבינן ל"י ביחד עם

גנב ממש וכמו שביארנו לעיל ואילו תוס' סוברים שט"ג מיפטר על דבר שאינו מסוים.

וגם יש ליישב שהברייתא ההיא סוברת כמו הדרך השלישית שהבאנו והיינו שכל הפרשה של על כל דבר פשע איירי בט"ג ולא כתיב התם גנב עצמו כלל באופן שאין בגנב עצמו שום מיעוט לדבר שאינו מסוים.

גם יש לחלק בין חצי דבר (חצי אגוז) לחלק יותר גדול מחצי (כמו בקיטעת) משום ש"ל שמחמת חסרון מעט אכתי לא מיקרי שאינו דבר מסוים. מיהו אכתי לא יתייבש לפ"ז מה שהקשה שם הקובץ ביאורים גם מהגונב בהמת שותפין דחייב, דעיי"ש שהקשה שכה"ג הרי זה כב' גניבות שכל גניבה היא על חצי בהמה והוי דבר שאינו מסוים*).

עוד י"ל שגם בחסרון מעט איכפת לן, רק שמכיון שהשם של שור כתוב להדיא בתוך הפרשה, א"כ כל שיש עליו מיהא שם של שור, הרי הוא בכלל דיני הפרשה אע"פ שהוא נחשב באמת דבר שאינו מסוים, די"ל שחפץ שנזכר להדיא בתוך הפרשה אינו בכלל ההגבלה של דבר מסוים (וסברא זו, היא דוגמת מה שאמרה הגמרא, "בבעלי חיים קא אמרינן"), וא"כ לפ"ז לק"מ מקיטעת משום שקיטעת אכתי

מיקרי בשם שור ומש"ה הרי הוא שפיר חייב על קיטעת אע"פ שמיקרי דבר שאינו מסוים. ולפ"ז כן יהי' הדין לפי רש"י גם בשור שאין בו סימן (ועיין בלשון רש"י בדף ס"ד ע"ב שם). מיהו לכאורה גם התירוץ הזה אינו מספיק לתרץ ההיא דגונב בהמת השותפים משום שלכאורה חצי שור לא מיקרי בשם שור.

והנה כעין הקושיא הנ"ל יש להקשות גם על רש"י שפי' שדבר שאינו מסוים הוא דבר שאין בו סימן, דהא חזינן שכסף כתוב בתוך הפרשה אע"פ שאין בו סימן. והנה לפי דרכו של התפארת שמואל שהבאנו לעיל לא קשה מידי, דהא לפי דרכו בדעת רש"י יוצא שהמיעוט של דבר שאינו מסוים קאי רק על כפל ולא על שבועה, וא"כ לק"מ משום ש"ל שבאמת לא יתחייב כפל על כסף כיון שלגבי כפל יש מיעוט של דבר שאינו מסוים, אבל בכל זאת שבועה שפיר יתחייב כיון שלגבי שבועה ליכא מיעוט של דבר שאינו מסוים. מיהו לפי הנ"ל יוצא שגם בלא"ה לא קשה מידי, משום שאפילו אם נאמר שהמיעוט של דבר שאינו מסוים נמשך גם על שבועה אבל בכל זאת אתי שפיר למה נשבעין על כסף, והיינו כהנ"ל שמה שכתוב בתוך הפרשה אינו בכלל ההגבלה של דבר שאינו מסוים.

ובזה לא איכפת לן במה שהוא נעשה גנב רק על חציו. מיהו נראה שגם על ידי תירוץ זה אכתי לא מתיישבת קושייתו בקובץ ביאורים מגונב בהמת השותפים והיינו משום שבגונב בהמת השותפים מכיון שיש בעלים חלוקים א"כ יתכן שזה גורם שכל חצי וחצי נקרא חפץ לחודי' והרי זה שפיר נחשב בגדר דבר שאינו מסוים.

* וכעין קושיא זו הביא הקובץ שיעורים כאן מרעק"א בגליון הש"ס כאן שהקשה על הדין שאם שנים גנבו שור בשותפות הרי הם חייבים כפל דאמאי חייבים הלא כל אחד ואחד נעשה גנב רק על חצי שור שהוא דבר שאינו מסוים. ועיי"ש שכתב הקובץ שיעורים לתרץ דשאני התם שהחפץ הנגנב הרי הוא שפיר בגדר דבר מסוים

דף ס"ג ע"ב

כא) הודה מעצמו משלם קרן וחומש ואשם.

עיינ בתוס' בריש דף ק"ח ע"א שהסיקו שלא דוקא נקט התנא הודה מעצמו אלא ה"ה נמי אם הודה לאחר עדים, ועיי"ש שהוכיחו כן מתוך הסוגיא שם. ברם לכאורה היו יכולים להוכיח כן בפשיטות מתוך הברייתא לקמן בדף ס"ה ע"א דקתני להדיא אם עד שלא באו עדים הודה משלם קרן וחומש ואשם ואם משבאו עדים הודה משלם תשלומי כפל ואשם וחומשו עולה לו בכפילו, הרי להדיא שהוא מתחייב אשם על הודאתו שהודה לאחר שכבר באו עדים, וה"ה שהי' מתחייב חומש אי לאו משום שחומשו עולה לו בכפילו, ומעתה מאחר שבהרישא של המשנה שהביאו בסוגיין ליכא כפל, א"כ יוצא שהוא חייב חומש ואשם גם אם הודה אחרי עדים. שו"ר בפ"י בדף ק"ח שהעיר כן על דברי תוס' שם.

ברם לכאורה צ"ע מה שייך הודאה לאחר שכבר באו עדים.

ולכאורה מוכח מזה שהך הודאה שמחייבת חומש ואשם מקרא דוהתודו אינה הודאת ממון של הודאת בעל דין, דהא כבר מחויב ועומד הוא משעת העדאת העדים ואין הודאתו חשובה כלום לענין לחייבו ממון, וא"כ בע"כ צ"ל שההודאה

(* והנה ראיית הרשב"א שם היא מהברייתא הנ"ל בדף ס"ה דקתני שהוא משלם כפל ולא חומש (וצ"ל וכדתניא).

מיהו ראייתו אינה מובנת לי, דהא התם הטעם הוא משום שאין חומש במקום כפל וכמו שהזכרנו

האמורה כאן היא הודאת וידוי על חטאו, וזה שפיר שייך גם לאחר שבאו עדים.

ואולי אפשר לומר שלעולם שפיר שייכת הודאת בעל דין גם לאחר שבאו עדים כל עוד שלא קיבלו ב"ד את העדות או כל עוד שלא פסקו את הדין, ובהכי איירי הני דוכתי דמשמע שמהני הודאתו גם לאחר שבאו עדים. אלא שצריכים להוסיף שאע"פ שעוד לא קיבלו את העדים או גמרו את הדין אבל בכל זאת הרי הוא מתחייב בכפל אע"פ שהודה כיון שהודה מיהא אחרי שכבר באו עדים, דהא בהברייתא בדף ס"ה תניא שאם הודה אחרי שבאו עדים הרי הוא חייב גם כפל.

ועכ"פ עי' באות שנה"ה סק"א שכתבנו עוד הוכחה שהמכוון הוא לוידוי על החטא ולא להודאת בעל דין של ממון.

והנה הרשב"א בדף ק"ד ע"ב בד"ה אי לא הודה וכו' כתב דלא כתוס', אלא שלאחר שבאו עדים שוב אינו מתחייב על פי הודאתו*, ולדידי' בודאי י"ל כהפשטות שההודאה המכוונת היא ההלכה של הודאת בעל דין של ממון.

וע"ע בתוס' בב"מ סוף דף ג' שביארו שהסוגיא שם סוברת שרבי מאיר סובר שאין צריכים שום הודאה כלל אלא ה"ה שהוא חייב חומש על פי עדים, אבל שהסוגיא להלן בפרק הגוזל סוברת שגם לפי ר"מ צריכים הודאה.

בפנים, אבל לא בגלל שבאו עדים, ואדרבה מההיא ברייתא משמע להיפך, והיינו דמשמע ששפיר חשיבא הודאה המחייבת חומש ואשם גם כשהודה לאחר שבאו עדים וכמו שהבאנו בפנים שהוכיח הפ"י משם.

כב) הודה מעצמו משלם קרן וחומש ואשם.

פירש"י וז"ל, דאע"פ שלא כתב בההיא פרשה הודאה, כתב רחמנא באשם גזל הגר בפר' נשא והתודו את חטאתם וגו' וחומש נמי אינו בלא אשם עכ"ל. פי' דהא דבעינן הודאה לחיוב חומש הרי זה משום שבלא הודאה ליכא אשם, ואם ליכא אשם ליכא חומש. ברם צ"ע למה הוצרך לזה, דהא חומש גופא כתיב בפרשת גזל הגר כדדרשינן לקמן בדף ק"י דהאשם זה הקרן, המושב זה חומש, וא"כ גם על חומש קאי קרא דוהתודו.

וביותר יש לתמוה דהתם בפרשת גזל הגר כתוב להדיא שגם כשהוא נשבע לישראל שאינו גר, גם אז אינו חייב חומש בלא הודאה, ואילו מלשון רש"י משמע שכתוב כן בפירוש רק לענין גזל הגר.

כג) והעדים מעידים אותו שאכלו.

כתבו תוס' שרבותא אשמועינן בזה שאע"פ שאיבדו מן העולם הרי הוא פטור מכפל בטענת אבד. וצריך ביאור מאי נפ"מ אם איבדו מן העולם או לא, הלא גנב חייב כפל אפילו אם לא איבדו מן העולם, וכן מזיק פטור מכפל אע"פ שהוא מאבדו מן העולם, וא"כ פשיטא שמה שאיבדו מן העולם אינו מוסיף כלום.

(ואלמלא דברי תוס' הי' אפשר לומר שלא דוקא נקט שאכלו, אלא עיקר הכוונה היא לאשמועינן שלקחו לעצמו ע"י שעשה בו מעשה גניבה, חוץ ממה שטען.)

ויש לבאר את מה שכתבו תוס' שהו"א שחייב כפל כשאכלו בב' דרכים.

א', דאיירי באופן שהעדים מעידים שאכלו לאחר שכבר טען טענת אבד ונשבע, דבכה"ג הו"א שהוא חייב כפל משום שגם לאחר שטען טענת אבד ונשבע אכתי קיימא ברשותא דמרא (וכמו שסובר המ"מ בפ"ד מהל' גניבה ה"ב וכמו שהבאנו לעיל באות י'), ולכן ע"י שאכלו הרי עשה בו מעשה גניבה מרשות הבעלים והוה אמינא שהוא חייב כפל, ובזה קמ"ל שהוא שפיר קונה קניני גזילה ע"י שטען טענת אבד, אשר לפ"ז שוב לא שייך שיעשה בו מעשה גניבה (מיהו לפי דברי הגר"ח בדעת הרמב"ם שהבאנו בהערה על אות ד' וכן באות כ"ח הדין נותן ששפיר חייב כפל).

ב', דאיירי באופן שאכלו לפני שטען טענת אבד, ולכן בודאי יש הוה אמינא לומר שהוא חייב כפל משום גנב ממש, וקמ"ל שאפילו בכה"ג שומר שגנב מרשותו פטור מכפל וכשיטת הראב"ד בפ"ד מגניבה ה"י, א"נ כהאור שמח שגם הרמב"ם מחייב רק בהציוור של גנב טלה מן העדר וסלע מן הכיס דהיינו באופן שאין ההפסד ניכר דבכה"ג נשלם התנאי של צינעה שנאמר בגניבה וחייב כפל. ובאמת להדיא מבואר לקמן בדף ק"ו ע"ב ששומר שאכל אינו חייב כפל (וכהאור שמח שרק בסלע מן הכיס מחייב הרמב"ם) עיי"ש בהאוקימתא של אכלו כשהוא קטן.

מיהו לפי הדרך הזה נצטרך לומר שהט"ג חייב כפל אפילו אם כבר שלח בו יד, וכן אפילו אם כבר אינו בידו, דהא אל"כ הרי גם אם ט"ג אחר שאכלו, אכתי יהי' פטור, ולא רק אם ט"א, ואילו

מהמשנה משמע שהוא פטור רק אם ט"א. ובחלק א' אות ס"ז, וכן להלן כאן באות ש"צ, הארכתי בענין אם הט"ג חייב ככל גם לאחר שאכלו או האם הוא פטור מכפל בכ"ג אפילו למאן דמחייב ט"ג לאחר ששלח בו יד (ועי' להלן בסמוך בשם תוס').

ועיין לקמן בדף ק"ז ע"ב בתד"ה ושלח וכו' דמבואר מדבריהם שלפי המ"ד שמחייב ט"ג אפי' לאחר ששלח בו יד א"כ יש לפרש שמאי דאמרינן שאם טען טענת גנב והעדים מעידים אותו שאכלו הרי הוא משלם תשלומי כפל, הרי זה איירי אפילו באופן שאכלו קודם שט"ג עכת"ד. ומדבריהם מבואר שהם סוברים ששומר שגנב מרשותו פטור מכפל (לכה"פ היכא שאינו ציור של טלה מן העדר), דהא אם הוא חייב, א"כ באופן שאכלו קודם שט"ג, תו לא בעינן שיטעון טענת גנב וישבע, אלא הרי הוא בגדר שומר שגנב מרשותו שחייב כפל גם בלא שיטעון טענת גנב וישבע.

כד) או אינו אלא לדין.

הנה אצלינו פירש"י שההוה אמינא הוא שיתחייב שומר חנם קרן אם נגנב ממנו הפקדון, אבל בב"מ פי' שגם לפי ההוה אמינא הרי הוא פטור על גניבה, רק שההוה אמינא הוא שיתחייב כפל עבור טענת גנב גם בלא שבועה אם נמצא אצלו (ודע שהמהר"ם כאן רצה לומר שכוונתו גם כאן היא כדבריו בב"מ, והפ"י הראה שבודאי כוונתו כאן אינה כדבריו בב"מ, אלא כמו הפשטות

דהו"א שהוא חייב לשלם קרן אם נגנב). ועיין במהרש"א שהקשה על דברי רש"י בב"מ איך ס"ד שיתחייב כפל על טענת גנב גם בלא שבועה, הלא לפ"ז לא נצטרך פרשת גנב עצמו אלא נוכל ללמדו בק"ו מטוען טענת גנב, דהא בסוגיין מבואר שכל הטעם למה בעינן הפרשה של גנב עצמו הרי זה רק כדי ללמדנו שהוא חייב גם בלא שבועה ושאינו כמו ט"ג שצריך שבועה (ועי' במהר"ם מה שהביא לתרץ על קושיא זו). ולכן הסיק המהרש"א כפירושו של רש"י כאן, דהיינו שהוה אמינא שש"ח חייב לשלם קרן אם נגנב הפקדון. והוסיף המהרש"א שלפי ההוה אמינא הזה נצטרך לומר דהא דכתיב בתוך הפרשה שהוא חייב כפל הכוונה היא שאם לאחר שטען ט"ג ונתחייב לשלם קרן אם שוב נמצא שהוא עצמו גנבו הרי הוא חייב כפל גם בלא שבועה (דהא לפי ההוה אמינא הרי שומר חנם אינו חייב שבועה היכא שטען טענת גנב אלא הרי הוא חייב קרן) עכת"ד. מיהו צ"ע טובא משום שגם לפי זה קשה שנילף בק"ו שגם גנב עצמו חייב כפל ולא נצטרך את הפרשה של גנב עצמו, וכן הקשה הפ"י בתוך דבריו, ופי' הפ"י בדרך אחרת, והיינו שלפי ההוה אמינא הנ"ל היינו מפרשים שמה שכתוב כפל בתוך הפרשה הרי זה קאי על היכא ששלח בו יד, והיינו שאם שלח בו יד הרי הוא חייב כפל, אבל לא קאי על הטוען ט"ג ונמצא ברשותו. ועכ"פ דברי המהרש"א בודאי צריכים ביאור.

ובישוב דברי המהרש"א י"ל דס"ל להמהרש"א שבכדי ללמוד גנב בק"ו מט"ג צריכים לומר שגם הכפל של ט"ג

כה) למעוטי טענת אבד.

הנה בסוגיין מבוואר שיש פסוק מיוחד בכדי למעט טענת אבד נוסף על הפסוק היסודי שמחדש את הציור של ט"ג. ולכאורה צ"ע למה לי קרא יתירא, הלא ממילא נתמעט מהפסוק הראשון שלא חידש את הכפל אלא בט"ג.

וראיתי באבן האזל בפ"ד מהל' גניבה ה"י שכתב בזה שאילו לא הי' שום חידוש בזה שהט"ג משלם כפל, אלא הי' נחשב לדבר פשוט מצד הסברא שיש לו את הדין של גנב עצמו, א"כ אז באמת לא היינו צריכים קרא יתירא למעט ט"ג, אלא היינו אומרים דהא דכתב רחמנא את הציור של ט"ג אע"פ שהוא פשוט הרי זה בכדי למעט את הט"ג, אבל מכיון שמצד הסברא הט"ג לא הי' צריך להיות חייב כפל, אלא בעינן גזיה"כ בכדי לחייבו, וכמו שביאר שם וכמו שהבאנו לעיל באות י' סק"ד, א"כ מזה שכתב רחמנא את הציור של ט"ג אי אפשר למעט את הטוען טענת אבד אלא בעינן קרא יתירא עכת"ד. מיהו גם לפ"ז לכאורה אכתי צ"ע למה צריכים קרא יתירא, הלא מכיון שפרשת טוען טענת גנב הוא דבר של חידוש א"כ אין לך בו אלא חידוש.

ועי' בשט"מ כאן שהקשה על הא דממעטינן ט"ג מקרא יתירא, דאמאי לא הוה הקרא יתירא כמיעוט אחר מיעוט ונאמר שאין מיעוט אחר מיעוט אלא לרבות. ותירץ וז"ל, ושמא י"ל ד"גנב" לא משמע למעוט אבידה, הרא"ש ז"ל עכ"ל, כלומר שבלא הקרא יתירא לא הוה משמע מתוך הפסוק הראשון שיש כאן מיעוט על

הרי הוא ביסודו עונש עבור היותו גנב, אשר לפ"ז שפיר יש ללמוד מק"ו שאם הוא נעשה גנב ע"י טענה כ"ש שהוא נעשה גנב ע"י מעשה גניבה ממש, אבל אם הכפל הוא חיוב מחודש של חיובי שומרים לא שייך ללמוד ק"ו לגנב ממש כיון שאינו בגדר שומר (ובאמת לעיל בריש אות י' הקשינו על הצד שהוא הכפל של שמירה מהא שרצתה הגמ' ללמוד בק"ו). ולפ"ז י"ל שסובר המהרש"א שאם שומר חנם חייב קרן על גניבה (וכמו שפירש"י בסוגיין את הס"ד), א"כ בע"כ צ"ל שמה שהוא חייב כפל אם נמצא אצלו אין זה משום שהוא נחשב כגנב, דהא אין כאן שום גניבה כיון שלא פטר את עצמו מן הקרן, וא"כ בע"כ צ"ל שזה כפל חדש של שמירה, וא"כ שפיר שייך לומר שהוא חייב כפל ולא שייך ללמוד ק"ו לגנב ממש, אבל אם ש"ח פטור על גניבה (וכמו שיוצא מפירש"י בב"מ), א"כ אי אפשר לומר שהוא חייב כפל על טענת גנב גם בלא שבועה, והיינו משום שמעתה מסתבר יותר לומר שהכפל של ט"ג הוא עבור היותו גנב, וא"כ בודאי יהי' שייך ללמוד ק"ו לגנב ממש.

ובסברת הפ"י י"ל שהוא סובר שגם אם שומר חנם חייב קרן על גניבה אכתי י"ל שאם נמצא הפקדון אצלו החיוב כפל שלו הוא משום גניבה, דהא סוף סוף הרי העלים את הפקדון עצמו, ואע"פ שהוא חייב בתשלומין, אבל בכל זאת י"ל שגם הגונב באופן שיצטרך לשלם דמים מיקרי גנב, ועיין בזה בקצה"ח בריש הלכות גניבה, ולעיל באות י' סק"ב.

טענת אבד וא"כ נמצא שהקרא יתירא הוא באמת המיעוט היחידי. ולכאורה דבריו עולים שפיר עם דברי האבן האזל, והיינו שלעולם משמעות גוף הפסוק אינו ממעט טענת אבד, וכמש"כ השט"מ, רק שבכל זאת אילו הי' פשוט מצד הסברא שהט"ג חייב כפל אז שפיר הי' סגי גם בפסוק אחד כדי למעט את הטוען טענת אבד, וכמש"כ האבן האזל, והיינו משום שאז לא היינו צריכים למעט מכח משמעות המלה של "גנב" אלא היינו ממעטים מעצם העובדא שכתבה התורה את הפרשה, דעצם הפרשה היתה נחשבת בגדר קרא יתירא, דהא אין בזה צורך אם לא כדי למעט את הטוען טענת אבד.

כו) הקישא הוא ואין משיבין על ההיקש.

א. פירש"י וז"ל, ואע"ג דאיכא למיפרך מה לגנב שכן חייב כפל בלא שבועה תאמר בט"ג שצריך שבועה אין משיבין על ההיקש עכ"ל. ודברי רש"י לקוחים מלקמן בדף ק"ו ע"ב שהקשה הגמ' על רבי חייא בר אבא פירכא זו ותירצה דהקישא הוא ואין משיבין על ההיקש. והנה כבר ביארנו לעיל באות י' בדעת הרמב"ם שהכפל של ט"ג הרי הוא הכפל של גנב ממש, רק שהכא חידשה התורה שהוא נעשה גנב ע"י טענה לחוד, דבלא החידוש של התורה לא היינו אומרים כן כמו שביארנו שם בסק"ד. ולכאורה לפ"ז יש טעמא רבה למה צריכים היקש כדי לומר שהוא חייב דו"ה על טביחה ומכירה, והיינו משום שבלא ההיקש או גנב הגנב היינו אומרים שאולי גנב כזה שאינו דומה

לגנב ממש אינו חייב בדו"ה. מיהו לפ"ז צ"ע למה לן הך פירכא שט"ג צריך שבועה הלא אפילו אם לא הי' צריך שבועה אכתי היינו מקילים בלא ההיקש או גנב הגנב ואומרים דמכיון שאין בו התנאים של גניבה ממש, אינו חייב בדו"ה, ויש ליישב.

גם הי' אפשר לומר שבלא ההיקש או גנב הגנב לא היינו נוקטים שהוא הכפל של גנב ממש אלא היינו אומרים שהוא כפל מחודש של שמירה, וממילא לא הוי מדמינן מעצמינו לענין דו"ה, ורק לאחר שחזינן שהוא חייב גם דו"ה, רק אז נקטינן שהוא הכפל של גנב ממש.

ב. והנה גם הבאנו כבר את דברי רש"י בדף נ"ז ע"ב שכתב שהכפל של ט"ג הוא קנס עבור השבועת שקר. וגם לפ"ז קשה להבין את דברי הגמרא הנ"ל, דהא לפ"ז יוצא שהסיבה לפטור מדו"ה ולא לדמותו לגנב עצמו אינה רק בגלל שיש פירכא מסוימת אלא בגלל שבכלל לא שייך לחייב את הט"ג דו"ה, דהא החיוב שלו הוא בגלל קנס שבועה, והרי מה שטבח או מכר אחר שנשבע אינו עושה את השבועת שקר יותר גרועה, ולכאורה זהו טעם יותר יסודי מהפירכא הנ"ל של הגמ' (ובאמת לעיל באות י' סק"א הבאנו שיש מקשים שגם ההיקש לא הי' צריך להועיל לחייבו ד' וה' כיון שאין שום מקום מצד הסברא בשביל חיוב כזה, ורצו להעמיד את דברי רש"י שם כמו המ"ד בירושלמי שפוטר באמת מדו"ה).

ג. והנה גם צ"ע על הפירכא הנ"ל בדף

ק"ו דהא מבואר מהפירכא שם שהעובדא שטט"ג צריך שבועה נחשב כקולא וכסיבה להקל. ולפ"ז צ"ע למה לי למעט קרקעות ועבדים ושטרות מהכפל של טט"ג, וכמו שמבואר בסוגיין עיין בתוס' לעיל בסוף ע"א, דאמאי לא תיסגי בהילפותא הכתובה בגנב עצמו, דמזה נוכל למעט גם את הטט"ג בק"ו לפי הפירכא הנ"ל. ועיין במהר"ם על תוס' שם שכתב שבלא הילפותא בטט"ג היינו מחמירים עליו מפני שנשבע לשקר. ולכאורה דבריו קשים דהא מהגמ' הנ"ל בדף ק"ו חזינן שמה שהוא צריך שבועה חשיב כקולא (וכן קשה על הפירכא הנ"ל מהא דאיכא ב' מיעוטים לדבר שאינו מסוים חד לטט"ג וחד לגנב עצמו לפי הס"ד של הש"ס בדף ס"ד ע"ב, דאילו לפי הנ"ל למה לי תרתי, תיסגי בהמיעוט שכתוב בגנב עצמו).

והנה הרשב"א כאן הזכיר פירוש אחר למה צריכים את ההיקש או גנב הגנב ולא היינו יכולים מעצמנו לדמות טט"ג לגנב ממש, והיינו שהקולא של טט"ג הוא בזה שבהיתירא אתא ליד' (ודלא כרש"י שכתב משום שצריך שבועה), וא"כ לפ"ז י"ל שהשבועה נחשבת באמת כחומרא וכדברי המהר"ם שם, מיהו סו"ס מהגמ' בדף ק"ו אכתי קשה דהא מבואר שם להדיא שגם השבועה נחשבת קולא.

מיהו יש ליישב בפשיטות שבאמת יש בשבועה גם בחינה של קולא וגם בחינה של חומרא, והיינו שאם אנו באים ללמוד מגנב עצמו שגם טט"ג יהי' חייב דו"ה, דהיינו דבר של חומרא, א"כ יש לפרוך דאולי רק בגנב עצמו נוהג החומרא כמו

דחזינן שהוא חמור לענין להתחייב בלא שבועה, אבל בטט"ג שצריך שבועה אולי אין נוהג בו החומרא של דו"ה ובפרט משום שי"ל כרש"י בדף נ"ז שהכפל הוא קנס שבועה, וכן להיפך דגם קולא א"א ללמוד בטט"ג מגנב עצמו וכדברי תוס' לעיל, והיינו משום שלאחר שנשבע אולי הטעם של הכפל הוא משום השבועה (וכרש"י בדף נ"ז) ולא משום שהוא נחשב כגנב, אשר לפ"ז אולי צריכים להחמיר עליו אפילו באופן שמקילים גבי גנב עצמו.

ד. גם צ"ע מכאן על דברי האור שמח שהבאנו לעיל שם שכתב שהטעם למה טט"ג צריך שבועה הרי זה משום שבלא שבועה עדיין לא הפסיד את הבעלים כלום שהרי כל זמן שלא נשבע הרי הוא חייב לשלם עכ"ד, דלפי דבריו קשה להבין את הפירכא הנ"ל דהא מה שטט"ג אינו חייב כפל בלא שבועה אין זה בגדר קולא שהתורה הקילה עליו אלא הרי זה בגלל שבלא שבועה הרי במציאות לא הפסיד את הבעלים.

דף ס"ה ע"א

(כז) אמר רב קרן כעין כשגנב.

א. הנה המחנה אפרים בריש הלכות נזקי ממון הביא את דברי רש"י בפסחים דף ל"ב ע"א בד"ה כל היכא וכו' שכתב שמה שכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה נלמד הוא מהפסוק של והשיב את הגזילה אשר גזל דדרשינן "כמה"

שגזל, כלומר כשעת הגזילה*), ושוב הביא שמדברי הרא"ש בסוגיין מבואר שמה שהגזלנין משלמים כשעת הגזילה הרי זה מצד הסברא לחוד ולא בעינין פסוק לזה.

ובאמת כדברי הרא"ש מבואר להדיא בחידושי הרמב"ן על ב"מ דף מ"ג ע"א בד"ה הא דאמרינן וכו', דעיי"ש שהקשה הרמב"ן למה אין הגזלנים משלמים כשעת איבוד מן העולם כמו שואל**), ותי' שהטעם למה הגזלנים משלמים כשעת הגזילה הרי זה משום שהחויב אונסין של גזלן חל מיד בשעת הגזילה, דמלבד ממה שחל עליו בשעת הגזילה חויב של השבה על גוף החפץ, חל ג"כ בשעת הגזילה חויב לשלם דמי' אם תיאבד, ומש"ה אמרינן שהוא משלם כשעת הגזילה ואינו כמו שואל שמתחייב באונסין רק בשעה שאירע האונס, ולכן בשואל הדין הוא שהוא משלם כשעת האונס.

ועוד נכללת בתוך לשון הרמב"ן שם סברא אחרת, והיינו שמשעת הגזילה יצאת הגזילה מרשותא דמרא, כלומר שסיבת החיוב של גזלן, דהיינו העובדא שהוציאו

מרשות הבעלים, הרי אירעה בשעת הגזילה, משא"כ בשאלה הרי כל ימי השאלה אכתי היתה ברשות המשאל באופן שסיבת חיובו של השואל הרי היא שעת האונס, (כן משמע מרהיטת לשונו של הרמב"ן שכוונתו היא לב' טעמים נפרדים עיי"ש). (ועיי"ש בהגהות הגרא"ז שם שיש טעות סופר וצ"ל "כשעת" ולא "משעת").

ובאמת גם הרא"ש כאן הזכיר בתוך לשונו את ב' הסברות הנ"ל, א', מה שכתב "ואשעת גזילה קא מחייבת לי", כלומר שסיבת חיובו היא משום זה שהוציא מרשות הבעלים בשעת הגניבה, דזה גורם שישלם כשעת הגניבה, ב', מה שכתב להלן שם "דקרן נתחייב בשעת גניבה", כלומר שהחויב חל עליו בשעת הגניבה וממילא הרי הוא משלם כשעת הגניבה (ואולי יש לדחות קצת את הרא"י מהלשון הראשון של הרא"ש עיי"ש). וע"ע באות שנ"ב בד"ה ומצד שני ובהערה שם, וכן באות שנ"ח, שנדבר עוד בענין מתי חל החיוב אונסין של גזלן.

ועיין עוד במחנה אפרים שם שכתב שדעת תוס' כאן היא כרש"י בפסחים. מיהו לפום ריהטא אין מובן איך יצא לו כן

אמרינן שגם החיוב הזה נכלל הוא בוהשיב. וע"ע בחלק א' אות ס"ד שהארכנו בזה בנוגע למה שהביא רש"י בדף ד' ע"ב את הפסוק של והשיב בתור מקור בהתורה להאב נזיקין של גזלן. (** האור שמח בפ"ב מהל' גניבה בד"ה נסתפקתי וכו' הוכיח מקושיית הרמב"ן דס"ל כדברי רש"י הנ"ל בסנהדרין דהא חזינן שהוא רוצה לדמות גזלן לשואל. וביאר האור שמח שזהו דלא כתוס' לעיל בדף נ"ו ע"ב שכתבו שא"א לחייב גזלן משום חיובי שומרים.

*) והנה מדברי רש"י האלו נראה שגם התשלומין שהוא משלם אם נשרף או נאבד כלולים הם בקרא דוהשיב וכשיטת הרמב"ם בסה"מ שהבאתי לעיל באות ג' סק"א. מיהו לכאורה הרי זה סותר את דברי רש"י בסנהדרין דף ע"ב ע"א שכתב שמקור החיוב של תשלומי דמי' אם נאנס הוא משום דילפינן מהשולח יד שמתחייב בתשלומין ושטעם התורה הוא משום שלא גרע משואל שחייב באונסין משום שכל הנאה שלו (עיין במהרש"א שם).

וצ"ל שלאחר שילפינן משליחות יד ושואל, שוב

ואדרבה מדבריהם משמע כהרא"ש עכ"ד. מיהו לכאורה גם זה אינו מוכח וכהנ"ל.

ולאחר העיון נראה ששפיר יש להוכיח מתוס' דס"ל שצריכים דרשה, ודלא כהרא"ש, אבל הדרשה היא מגניבה וחיים ודלא כהמחנ"א שהם סוברים כרש"י בפסחים, וז"ל תוס', וה"פ אמר קרא גניבה וחיים אחיי' לקרן כעין שגנב ומשמע לי דוקא לקרן ולא תשלומי ד' וה' עכ"ל, דמלשונם משמע דלעולם שפיר בעינן קרא לקרן כעין שגנב, ולכן לא כתבו כהרא"ש שרב סובר שבע"כ לדיוקא אתי כי לגופי' לא צריך, אלא כתבו רק שמשמע לי' שדוקא קרן ולא דו"ה (ויש לדחות). ועי' גם בפ"י.

והנה לכאורה יש דרך איך ליישב את עיקר קושייתם של תוס' על דברי רב, והיינו על ידי שנאמר כרש"י שלעולם שפיר בעינן ילפותא מקרא דאשר גזל כדי לומר שכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה ולא סגי בסברא לחוד, וכן נוסף שא"א ללמוד פרשת גניבה מגזילה, וכבר דן בזה הקובץ שיעורים בריש פירקין, ומעתה לפי ההנחות הנ"ל שפיר הוצרך רב לאשמועינן שגם בגניבה משלמים כשעת הגניבה וטעמו הוא מקרא דאחיי' לקרן כעין שגנב וכמו שמשמע מפשטות הגמרא (ועי' בדבריהם לעיל בדף י"א ע"א בד"ה אין שמין בענין אם ס"ל שאפשר ללמוד גניבה מגזילה).

ועיין בסמ"ע בסי' שנ"ד סק"ט שהביא את דברי העיר שושן שכתב שילפינן שכפל ודו"ה הם כשעת העמדה בדין מקרא דאשר ירשיעון אלהים, דילפינן מזה שהחיוב של קנס חל בשעת גמר דין דהיינו בשעה

מדברי תוס', שהרי תוס' כאן הקשו למה הוצרך רב לומר שקרן הוא כעין שגנב דהא כבר שנינו שכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, ותירצו תוס' שבאמת אין זה עיקר חידושו של רב אלא עיקר חידושו של רב הוא שהכפל ודו"ה הם כשעת העמדה בדין, ושוב הקשו שהרי ממה שאמרו בגמרא מאי טעמא דרב, אמר קרא גניבה וחיים אחיי' לקרן כעין שגנב, משמע שבאמת עיקר חידושו של רב הוא בנוגע להקרן, ושילפינן הכי מהדרשה של אחיי' לקרן כעין שגנב, ועל זה תירצו תוס' שכוונת הגמרא היא לדרוש שדוקא קרן הוא כעין שגנב אבל לא כפל ודו"ה עכת"ד תוס', ומעתה לפי מסקנתם אין לנו שום גילוי מנין לנו שכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, דהא מצד אחד יתכן שתוס' סוברים שהוא מקרא דאשר גזל וכרש"י בפסחים וכן ס"ל שדבר פשוט הוא שגניבה וגזילה שוים אהדדי ולכן הקשו בתחילה מאי קמ"ל רב, וכן יתכן שתוס' סוברים כהרא"ש שהוא מצד הסברא אשר לפ"ז בודאי פשיטא שגניבה וגזילה שוים ולכן הקשו מאי קמ"ל רב, וכן י"ל שלומדים כן מקרא דאחיי' לקרן כעין שגנב וילפינן גזילה מגניבה וכהנ"ל שדבר פשוט הוא שגניבה וגזילה שוים, דגם לפ"ז קשה מאי קמ"ל רב אחרי המשנה של כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה דהא רב עצמו לא הזכיר את הילפותא וא"כ גם בלא רב היינו יודעים מהמשנה גם לגניבה כיון דפשיטא שהם שוים.

ובחזו"א על ב"ק בסי' ח' סקט"ו בד"ה ובדינא וכו' מצאתי שכתב שהמחנה אפרים לא הראה את לנו את הכרחו מדברי תוס',

שמרשיעין אותו, וממילא ידעינן מצד הסברא דאזלינן בתר שעת גמר דין בנוגע לכמה משלם*). ולפי דבריו יוצא שכששאלו מ"ט ודרשו אחיי' לקרן כעין שגנב הרי זה קאי באמת במיוחד על קרן ודלא כתוס', דהא כתב שכפל ודו"ה נלמדים מפסוק אחר**). ובאמת כן כתב שם להדיא שילפינן שמשלם קרן כשעת הגזילה מאחי' לקרן כעין שגנב.

וגם מלשון רש"י לקמן בע"ב בד"ה דכפילא זוזא וכו' מבואר להדיא שהוא סובר שרב אתא לאשמועינן גם הא דקרן הוא כעין שגנב, ודלא כתוס'.

ב. והנה עיין במחנה אפרים שם שחקר בענין אם גם מזיק משלם כשעת ההיזק כמו גזלן שמשלם כשעת הגזילה, או האם הוא משלם כשעת העמדה בדין, וכגון שהוזל או הוקר המחיר של הכלי השלם בין שעת ההיזק לשעת העמדה בדין. וכתב שזה תלוי בהמחלוקת שבין רש"י והרא"ש בנוגע לטעמא דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, דלפי רש"י בפסחים שהוא מקרא דאשר גזל, א"כ רק

בגזלן אמרינן כן אבל לא במזיק מאחר שבמזיק ליכא קרא, אבל לפי הרא"ש שסובר שהוא מצד הסברא, א"כ גם במזיק יהי' כן עכ"ד.

מיהו באמת יש לעיין טובא בהתל' הנ"ל שתלה המחנה אפרים, דעיי"ש בתוך דבריו דמבואר שהבין שלעולם גם רש"י מודה להרא"ש שהסברא נותנת שצריכים להסתכל על שעת הגזילה משום שהיא הסיבה המחייבת אותו, רק שרש"י סובר שהסברא נותנת שלא נחייבנו כפי הדמים של שעת הגזילה אלא כפי המדה של שעת הגזילה אפילו אם בשעת העמדה בדין הוא שוה סכום אחר ולא כהדמים של שעת הגזילה, ולכן בעינן קרא בגזילה לחדש שהוא משלם באמת כפי הדמים של שעת גזילה ולא כהמדה של שעת גזילה, וא"כ לפ"ז שפיר תלה המחנה אפרים שבמזיק נשאתר הסברא הפשוטה שאע"פ שהוא מתחייב עבור המעשה היזק אבל בכל זאת הרי הוא משלם כמו שעולה בשעת העמדה בדין דהיינו לפי המדה של שעת ההיזק. מיהו לכאורה הי' אפשר לפרש אחרת את דעת רש"י, והיינו שלעולם הסברא נותנת שישלם לפי הדמים של שעת חיובו ולא

* כן יוצא אם נגרוס בדבריו "בשעה שמרשיעו הדין". מיהו אולי יש טעות סופר וצ"ל "כשעה שמרשיעו בדין עיי"ש, ואם נגרוס "כשעה או מבואר מתוך דבריו שילפינן באמת מעצם הפסוק שכפל ודו"ה הם כשעת העמדה בדין.

** ועיין בלשון הסמ"ע בסק"ה שם שביאר למה גנב משלם כשעת הגניבה וז"ל, דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, ועוד דרשינן אחיי' לקרן כעין שגנב עכ"ל. ולכאורה נראה שכוונתו היא כך, חדא, דתנן גבי גזילה שכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, וא"כ גם בגניבה הדין נתן שיהי'

כן משום שממה נפשך, אם הטעם של הדין הוא מסברא א"כ גם בגניבה קיימת סברא זו, וכן אם הוא מקרא דאשר גזל וכרש"י בפסחים א"כ ס"ל להסמ"ע ששפיר יש ללמוד גניבה מגזילה, ועוד דגם בלא העובדא שכן הוא בגזילה יש טעם שני למה גנב משלם כשעת הגניבה, והיינו משום שדרשינן גבי גניבה גופה אחיי' לקרן כעין שגנב, ואפילו אם נאמר שכוונת הגמ' היא לדייק מפסוק זה לענין הכפל אבל מ"מ יש לנו מעתה גם גבי גניבה פסוק מפורש שהוא משלם כעין שגנב, כן נראה כוונת הסמ"ע.

לפי המדה, וכן ס"ל שבמזיק הרי זה פשוט גם בלא קרא שהוא משלם כדמי שעת ההיזק ולא כדמי שעת ההעמדה בדין, ורק בגזילה בעינן קרא, והיינו משום שי"ל שרש"י נוקט כהסברא הראשונה שהבאנו מהרמב"ן דהיינו שצריכים להסתכל על השעה של חלות החיוב (ולא על השעה שקרה הסיבה המחייבת), וא"כ לפ"ז יוצא שבמזיק הרי זה פשוט שהוא משלם כדמי שעת ההיזק גם בלא פסוק מיוחד לכך, משום שחיובו חל בשעת ההיזק, אבל בגזלן שפיר בעינן קרא משום שי"ל שרש"י סובר שהחיוב לשלם עבור אונסין חל בשעה שנאבד מן העולם*), ולכן שפיר הו"א שהוא חייב לשלם כההיא שעתא ולא כשעת הגזילה, ובוה קמ"ל הפסוק שבכל זאת הרי הוא משלם כשעת הגזילה וכהנ"ל. ועיין עוד בחזו"א על ב"ק בסי' ח' סקט"ו בד"ה ובדינא וכו' מה שהקשה על המחנה אפרים.

ג. הנה שיטת הרא"ש בסוגיין היא שאע"פ שבגמ' סתמו ואמרו דכפל ודו"ה הם כשעת העמדה בדין אבל מ"מ היכא שנתיקרה הבהמה בין שעת טו"מ לבין שעת העמדה בדין הרי הוא משלם את הדו"ה כשעת הטביחה ומכירה ורק את הכפל הרי הוא משלם כשעת העמדה בדין ממש. וכתב הטור בסי' שנ"ד שבכה"ג גם את הקרן הרי הוא משלם כשעת העמדה בדין ממש, ותמה הב"ח והבאים אחריו שהרי הקרן הי' צריך להיות כשעת טביחה וכמו שסובר רבה בתברה ושת"י, ומהיכא תיתי להעלותו

לשעת העמדה בדין. והפרישה שם נדחק לפרש שהטור איירי באופן שלא נשתנה שוויותו בין שעת טביחה ומכירה לשעת העמדה בדין אלא בשני הפרקים הי' שוה סכום אחד ודלא כפשטות לשון הטור עיי"ש.

מיהו יש ליישב את דברי הטור על פי מה שהעיר המחנה אפרים בדבריו הנ"ל, די"ל שהטור סובר שמזיק משלם כשעת העמדה בדין, וכן הרי הוא סובר כהקצה"ח בסי' ל"ד סק"ג שהחיוב של תברה ושת"י הוא משום מזיק ולא משום גזלן, ונוסיף שגם על הסכום שהי' שוה בשעת הגזילה הרי הוא יכול להתחייב בשעת שבירה משום מזיק (עי' בקו"ש באות ק"מ וקמ"א, ויש לפלפל בזה), וא"כ לפ"ז שפיר יוצא כדברי הטור שהיכא שנתיקרה בין שעת טו"מ לבין שעת העמדה בדין הרי הוא חייב לשלם קרן כשעת העמדה בדין.

מיהו לקמן נביא שמדין אחר שהעתיק הטור שם מהרמב"ם מוכח שהוא סובר שתברה ושת"י חשיב גניבה וכהנתיבות ולא כמו הקצה"ח דחשיב מזיק, וכן נקט הגר"ח על הש"ס כאן בביאור דברי הרמב"ם.

ועוד קשה על הבנת הב"ח בדברי הטור מהמשך לשון הטור להלן שם שכתב וז"ל, ואם הוקר או הוזל בין טביחה או שבירה להעמדה בדין, לעולם בתר טביחה או שבירת הכלי אזלינן עכ"ל, הרי מבואר שכשהוקרה בין טביחה ושבירה לשעת העמדה בדין הרי הוא משלם קרן כשעת טביחה ושבירה, ודלא כמשמעות דבריו לעיל, דהא הטור כאן איירי אודות הקרן,

החיוב אונסין בגזלן להחיוב אונסין של שואל.

(* וכבר הבאנו שרש"י בסנהדרין מדמה את

דהא בשבירה ליכא דו"ה, ולענין כפל לא אזלינן לעולם בתר שעת שבירה וכמו שביאר הפרישה על הלשון הטור השני שהבאנו עיי"ש, וא"כ בע"כ צ"ל שכוונת הטור היא לקרן ודלא כמשמעות דבריו לעיל שהבאנו שהוא משלם כשעת העמדה בדין. מיהו באמת הפרישה שם שינה את הגירסא בדברי הטור השניים שהבאנו וגרס "ואם הוקר או הוזל בין טביחה או מכירה", ולא גרס "טביחה או שבירה", וכן גרס "לעולם בתר טביחה או מכירה אזלינן", ולא גרס "שבירת הכלי", וקאי באמת על דו"ה ולא על קרן, אשר לפ"ז אכתי י"ל שאת הקרן ישלם באמת כשעת העמדה בדין, וכן הגר"א בסי' שנ"ד סק"ח הביא שהטור מחייב קרן כשעת העמדה בדין (כמו הכפל) ולא כשעת השבירה.

כז* (בענין הנ"ל).

א. אחיי לקרן כעין שגנב.

עי' בפ"י הרשב"ם בחומש שפי' שחיים פירושו הוא שלא שחטו ולכן אין תשלומי דו"ה.

ורש"י שם הביא את דרשת המכילתא שבא לומר שישלם חיים ולא מתים, כלומר שגנב אינו יכול לשלם בשוה כסף אלא הרי הוא חייב לתת או חיים כמותן או דמים. וכבר הובאה דרשה זו לעיל בתוס' בדף י"א ע"א בד"ה אין שמין בשם הירושלמי.

מיהו צ"ע כי לפי הדרשה הנ"ל יוצא שהמלה חיים אינה מיותרת לאחיי לקרן כעין שגנב.

מיהו י"ל שכוונת רב היא שרק המלה "גניבה" היא מיותרת. ברם לעיל בדף ס"ד ע"ב מבואר ששתי המלים מיותרות. ועוד דסוף סוף אחרי הדרשה של אחיי לקרן כעין שגנב א"כ כבר לא ניתותר המלה חיים כדי לומר חיים ולא מתים.

מיהו י"ל שרב סובר שבגניבה הרי הוא צריך לשלם חיים ולא מתים משום דילפינן מגזילה וגבי גזילה יש כבר דרשה אחרת לומר את הדין הנ"ל כמו שהביאו תוס' בדף י"א שם. מיהו זהו דלא כהירושלמי שהביאו תוס' בדף י"א שם שסוברת שצריכים שתי לפותות חדא בגזילה וחדא בגניבה.

ב. אמר רב ששת אמינא כי ניים ושכיב רב אמר להא שמעתא דתניא וכו'.

צע"ק דמי ימר שרב ידע את הברייתא, דהלא כתבו תוס' בכמה מקומות שהאמוראים לא ידעו תמיד את כל הברייתות, וא"כ למה אמר רב ששת שרב אמר את דינו בהיסח הדעת, ובע"כ צ"ל שהי' גם דבר אחר שלא מצא חן בעיני רב ששת בנוגע לדינו של רב אשר זה הכריח אותו לומר שרב דיבר כי ניים ושכיב.

וי"ל שרב ששת סובר ש"חיים" אינו מיותר, עי' בזה בהאות הקודמת.

א"נ דרב ששת נקט לדבר פשוט את הסברא של אנא פטימנא ואת שקלת, ולכן הי' קשה לו איך קאמר רב שכפל ודו"ה הם כשעת העמדה בדין גם בהשמינה, ועל זה מתרצינן שבאמת רב לא דיבר על ציור זה.

כח) בענין כחושה והשמינה משלם תשלומי כפל ותשלומי דו"ה כעין שגנב.

א. בענין אם בתברה ושתיי' הרי הוא חייב גם כפל על השבת.

עיי' בגמרא דפרכינן על רב מהא דתניא כחושה והשמינה משלם תשלומי כפל ותדו"ה כעין שגנב ואילו לפי רב הי' לו לשלם כשעת העמדה בדין, והא דלא הקשו מזה גם על רבה שסובר שתברה ושתיי' משלם כשעת העמדה בדין, י"ל דהיינו משום שתברה ושתיי' לא מהני אלא לענין קרן, דהיינו לחייב קרן כדהשתא, אבל לא לענין לחייבו כפל ודו"ה כדהשתא, וא"כ י"ל שגם התנא של הברייתא מודה שאת הקרן הרי הוא משלם כדהשתא. ובאמת כן משמע מהלשון שרק את הכפל והדו"ה הרי הוא משלם כעין שגנב, וא"כ יוצא שלא קשה מידי על רבה. וכהנ"ל מבואר להדיא בדברי רש"י בע"ב בד"ה כעין שגנב וכו', דהיינו שרבה קאמר רק לענין קרן אבל לא לענין כפל ודו"ה, דעיי"ש שביאר שבטלה ונעשה איל, וטבח ומכר, לפי רבה הרי הוא משלם קרן כדהשתא כשעת הטביחה אבל את הכפל והדו"ה אכתי יתכן שהוא משלם כעין שגנב וכדתניא בתוך הברייתא שהביאו בגמרא שם (והא דלא נחית רש"י לפרש גם כאן שאת הקרן הרי הוא משלם כדהשתא כרבה, אולי הרי זה משום שעדיין לא הביאו בגמ' את המימרא של רבה). ועיי' עוד באות מ"ג בנוגע לשיטת רש"י בזה.

(ואולי יש להוכיח כהנ"ל שהדין של רבה לא מהני לכפל ודו"ה גם מדברי תוס'

בע"ב בד"ה אלמא וכו' ועוד נאריך בדברי תוס' שם בס"ד.)

וכן היא שיטת הרא"ש במסקנת הסוגיא דעיי"ש דאמרינן שטלאים כדמעיקרא ופי' הרא"ש שנכלל בזה שהיכא שנתפטמה ושוב טבח ומכר, אע"פ שהוא משלם קרן כדהשתא וכמימרא דרבה, אבל בכל זאת את הכפל ואת הדו"ה הרי הוא משלם כדמעיקרא בשעת הגניבה, הרי דס"ל שלא מהני דינא דרבה לכפל ודו"ה.

והנה גם הר"י בתוס' שם סובר שהיכא שנתפטמה ושוב טבח הרי הוא משלם כפל ודו"ה כדמעיקרא אע"פ שבכה"ג הרי הוא משלם קרן כדהשתא כשעת טביחה משום דינא דרבה. ברם באמת משיטתו אין רא"י להנ"ל, והיינו משום שיש שהבינו שהר"י סובר שלעולם גם את הקרן הרי הוא משלם כדמעיקרא (ודלא כמו שכתבנו שהוא משלם כשעת הטביחה), והיינו משום שהשומן שייך בבעלות גמורה להגזלן וכפשטות לשונם של תוס' שם וכמו שנבאר שם, אשר לפ"ז בכלל לא שייך בכה"ג דינא דרבה.

ברם אכתי יש רא"י משיטת רבינו תם שם שפי' שמאי דאמרינן שטלאים כדמעיקרא הרי זה כולל לא רק היכא שנתפטמה אלא גם היכא שנתייקרה בדמים, דגם בכה"ג הרי הוא משלם כפל ודו"ה כדמעיקרא אע"פ שבודאי הקרן הוא קרן כדהשתא משום דינא דרבה.

(והנה ראיתי בחי' הגרש"ש בסי' ל"ו סק"א שהביא את הראיות הנ"ל משיטות הראשונים במסקנת הסוגיא, אלא שהוא כתב להוכיח כהנ"ל גם משיטת הר"י, והיינו משום שהוא סובר שם שלפי הר"י

השבה שייך באמת להנגזל, והגזולן משלם באמת קרן כדהשתא משום דינא דרבה, באופן שגם מהר"י חזינן שדינא דרבה אינו מועיל לכפל ודו"ה).

ב. סברת הדבר למה דינא דרבה אינו מועיל לכפל ודו"ה.

ועתה נסביר את טעם הדבר למה דינא דרבה אינו מועיל לכפל ודו"ה. והנה לפי הקצה"ח בסי' ל"ד סק"ג שכתב שטעמו של רבה דמשלם כדהשתא הרי הוא משום שעל היוקרא יש לו דין של מזיק משום שתברה ושתיי' חשיב מעשה מזיק, א"כ בודאי שאין מקום לחייבו כפל על היוקרא דהא מזיק אינו משלם כפל, וכן אפילו לפי הנתיבות המשפט שם שכתב שעל היוקרא יש לו דין של גזולן משום שתברה ושתיי' חשיב מעשה גזילה, דמכיון שהוסיף על גזילתו הראשונה והפקיע את בעלותו של הנגזל על ידי ששברו ועשה בו שינוי, שפיר שייך להתחייב בכה"ג על גזילה אחר גזילה, אבל מ"מ י"ל שדברי הנתיבה"מ אמורים רק לענין קרן אבל לא לענין כפל, דמה שהוא מפקיע את בעלותו של הבעלים מהני רק כדי להוות חיוב אונסין לענין שהוא חייב קרן אבל אין זה מועיל לעשותו גנב לענין כפל, והיינו משום שפרשת כפל נאמרה רק כשגנב מבית האיש, דהיינו שגנב מרשותו של הבעלים, וכדכתיב וגונב מבית האיש, אבל לא היכא שטבח אחרי שגנב, משום שבכה"ג הרי אינו גונב מרשותו של הנגנב אלא מבעלותו על ידי הדין של שינוי קונה, ואינו חייב כפל על הסוג הזה של גניבה, ומכיון שאין כפל, שוב ממילא אין דו"ה משום שדו"ה אמר

רחמנא ולא גו"ד (אבל י"ל שלא איכפת לן במה שהגניבה והטביחה באו כאחת ולא קדמה הגניבה להטביחה, ועי' בזה באות ז'), אבל קרן שפיר חייב משום שוגונב מבית האיש נאמר רק בנוגע לכפל (והא דגונב מן הגנב מיפטר מקרן היכא שלא עשה בו שינוי אין זה משום קרא דוגונב מבית האיש, דהא פסוק זה קאי על כפל לחוד וכהנ"ל, אלא הרי זה מצד הסברא לחוד, דהיינו משום שלא הוסיף כלום בהאיכות של הגניבה. מיהו צ"ע דא"כ למה צריכים למעטו מכפל).

ג. למה הטובח והמוכר אחר הגנב אינם משלמים כפל ודו"ה מדינא דרבה.

ולפי הנ"ל מבואר גם למה הטובח ומוכר אחר הגנב אינו משלם כפל ודו"ה אע"פ שלפי הנתיבה"מ הרי עשה בו מעשה גניבה מהבעלים הראשונים והרי הוא מתחייב קרן להבעלים הראשונים ואינו בגדר גונב מן הגנב אלא בגדר גונב מן הבעלים, וא"כ למה אינו חייב בכפל ודו"ה, ולהנ"ל ניחא והיינו משום שהחייב של כפל נאמר רק על הגונב מרשות הבעלים וכהנ"ל, ומכיון שאין כפל, שוב ממילא אין דו"ה משום שדו"ה אמר רחמנא ולא גו"ד (אבל י"ל שלא איכפת לן במה שהגניבה והטביחה באו כאחת ולא קדמה הגניבה להטביחה, ועי' בזה באות ז').

וכהביאור הנ"ל שדברי הנתיבה"מ אמורים רק לענין קרן ולא לענין לחייבו כפל של גנב ראיתי שביאר בחי' הגרש"ש כאן בסי' ל"ו סק"א, וכן האמרי משה בסי'

ל"ב סק"ו, וכן באבן האזל על פרק א' מהל' גניבה הי"ד בד"ה אכן לבד*).

ד. הסוברים שתבריי' ושתיי' שפיר מהני לחייב כפל ודו"ה.

מיהו ראיתי שהוכיח הגר"ח מבריסק משיטת הרמב"ם בסוגיין כהנתיבות, ונקט שלפי דרכו של הנתיבות דינו של רבה שפיר מהני גם לענין כפל, והיכא שתברה או שתיי' הרי הוא מתחייב עבור זה גם כפל. והכרחו כהנתיבות הוא ממה שהרמב"ם בפ"א מהל' גניבה הי"ד, והטור, פסקו שאם נתייקרה הבהמה ושוב מתה מאליו, משלם הגנב גם קרן וגם כפל כשעת הגניבה, ואינו משלם בכה"ג כפל כשעת

העמדה בדין משום שא"א שהכפל יהי' יותר מסכום הקרן וכמו שביאר הפרישה (ועי' בשיטת ר"ת בסוף הסוגיא), ובכל זאת אם הרג את הבהמה או טבח ומכר, אז הרי הוא משלם גם קרן וגם כפל ודו"ה כשעת העמדה בדין, דהיינו הקרן משום הדין של רבה בתברה ושתיי', וכן את הכפל והדו"ה הרי הוא משלם כשעת העמדה בדין, והוכיח הגר"ח מזה שלפי הרמב"ם החיוב של תברה ושתיי' אינו משום מזיק אלא משום "גניבה", דהא אילו הי' מתחייב על מה שנתייקרה בחיוב של מזיק א"כ אכתי לא הי' שייך שישלם כפל כדהשתא, דהא אכתי יוצא שהכפל הוא יותר מהקרן של "גניבה", דמה לי בזה שיש כאן עוד קרן

* מיהו באמת מה שביארו שלכפל בעינן וגונב מבית האיש, דהיינו מרשותו, ולא סגי בהפקעת בעלותו צריך ביאור, דהא "בית" מורה גם על "שלו", וכדרשינן מאיש כי יקדיש את ביתו קודש דבעינן שיהי' שלו כמו שביתו הוא שלו ובלא"ה אינו יכול להקדיש, וא"כ גם אם הפקיע את בעלותו של הגנב אמאי לא מיקרי שגנב מבית האיש אע"פ שלא הוציא מרשותו, ובודאי לא בעינן תרתי דהא חזינן שכל גנב רגיל מתחייב עבור זה שהוציא מרשותו של הנגזל אע"פ שלא הפקיע את ה"שלו".

ויש ליישב דלשון "מבית" משמע שה"בית" נשאר, רק שהוא מוציא משם, וזה אתי שפיר רק כשמפרשים ש"בית" מורה על רשותו, דאז הכוונה היא שהגנב גנב מאותם המקומות שהגנב שולט עליהם ושנשארים רשותו, אבל כשהוא מפקיע את בעלותו הרי ה"בית" מתבטל לגמרי (מיהו גם את זה יש לדחות ולומר שהכוונה היא שגנב מכלל בעלותו של הנגזל, דהא גם אחרי הפקעת בעלותו, הרי כלל בעלותו נשארת על שאר נכסיו).

והנה יש לי עוד מקום עיון בדברי האחרונים הנ"ל שחילקו בין קרן לכפל מצד הפסוק של וגונב מבית האיש, והיינו על פי מה שחקרנו לעיל בחלק

א' אות ס"ה בענין אם עצם הקנין והחיוב קרן של גנב נכללים הם באותו הפסוק שלמדים ממנו את הקנין והחיוב קרן של גזלן, או האם יש לגנב ילפותא מיוחדת בפרשת גניבה, דאם נאמר שהקנין והחיוב קרן של גנב למדים הם מפרשת גנב ואינם כמו הקנין והחיוב קרן של גזלן הרי צ"ע על דברי האחרונים הנ"ל משום שאם חזינן שהעושה שינוי אחר גניבה נכלל הוא בפרשת גניבה לענין קרן א"כ למה לא לענין כפל, דמהיכא תיתי לומר שהתנאי של וגונב מבית האיש נאמר רק לענין כפל ולא לענין הקרן של גנב, אמנם אם נאמר שהחיוב קרן והקנין של גנב אינם מפרשת גנב אלא הרי הוא לגבי דברים אלו כמו גזלן, א"כ שפיר י"ל כדבריהם לחלק בין קרן לכפל, דהא מעתה יוצא שוגונב מבית האיש קאי באמת על כל הפרשה של גנב, דהא החיוב קרן של גנב הוא מפרשת גזילה.

ברם שוב ראיתי מובא בשם הגר"ז שאפילו אם קרן דגנב הוא מקרא דגנב, וכן אפילו אם וגונב מבית האיש ממעטו גם מהקרן של גנב, אבל בכל זאת הרי הוא אכתי יכול להתחייב בהקרן של גזלן, כי באמת כל גנב הוא גם גזלן, דמה שהוא עושה בצינעה אינו מפקיעו מתורת גזלן (מיהו לא יספיק בזה לחייבו כפל ודו"ה של גנב).

משמע שהר"י פוסק שהוא משלם כפל כשעת העמדה בדין אפילו אם מתה מאליה, והיינו משום דס"ל שהגזירת הכתוב של אחיי' לקרן כעין שגנב ולא כפל מהני לחייבו כפל כשעת העמדה בדין גם כשהכפל יהי' סכום יותר גדול מהקרן, אבל הרמב"ם הרי פוסק שבמתה מאלי' הרי הוא משלם כפל כדמעיקרא משום שא"א בשום פנים שהכפל יהי' יותר מהקרן, וא"כ בע"כ צ"ל דהא דמשלם כדהשתא היכא שהרגה או טבח ומכר הרי זה משום שתברה ושתיי' מיקרי מעשה גניבה המחייבו כפל*).

וכדברי הגר"ח הבין הגר"ש יהודה הכהן בסי' ל"ו סק"ב מתוך דברי היש"ש בסוגיין שכתב שלפי הרמב"ם הרי הוא משלם כפל ודו"ה כשעת העמדה בדין בהציור הנ"ל משום "דמההיא שעתא אתחלה לה גזילה" (ולכאורה צ"ל גניבה). ועיין גם בקובץ שיעורים כאן שביאר כהנ"ל את שיטת הרמב"ם. וכן הזכיר האמרי משה את הפירוש הזה בסי' ל"ב סק"א**).

ורעק"א בכתובות שכתבו שטביחה חשיבא מעשה גניבה לחייב כפל ודו"ה ואמר הגר"ח שזהו ג"כ כהנתיח"מ לכאורה צ"ע, דהא התם איירי באופן שלא היתה הבהמה גנובה מעיקרא, כי את המעשה גניבה עשה בשבת, וא"כ ע"י טביחה יוצאת הבהמה גם מרשות הבעלים ולא רק מבעלותו, דהא עד הטביחה לא היו שום קניני גניבה וכמו שביאר רעק"א שם, וא"כ אכתי אין ראי' לדברי הנתיח"מ שעל ידי הפקעת בעלות בלא הפקעת רשות הרי הוא נחשב גנב או גזלן.

שוב ראיתי שכן העיר הקובץ שיעורים כאן, וכן האבן האזל שם.

מיהו עי' במה שהוסיף בזה האבן האזל בהשמטה בסוף הל' גניבה כדי לתרץ את זה וז"ל, ראיתי אח"כ בהעתק דברי ידידי הגאון מוהרב"ד שליט"א שמביא דברי רבינו, מבואר שם

של מזיק, הלא על הקרן של מזיק אין חיוב של כפל, וא"כ בע"כ צ"ל שהחיוב קרן של תברה ושתיי' הוא חיוב קרן של גניבה ולכן הרי הוא שפיר חייב כפל כדהשתא (וא"א לומר שנהי שתברא ושתיי' הוא גניבה חדשה, אבל מה שהוא משלם כשעת העמדה בדין אין זה משום שהתברא ושתיי' מחייב כפל, אלא משום שהגניבה הראשונה מחייבת תשלומי כפל כשעת העמדה בדין, דזה אינו, כי לפ"ז אכתי יוצא שהכפל הוא יותר מהקרן של גניבה זו שהוא משלם עלי' כפל) עכת"ד הגר"ח. הרי שנוקט הגר"ח ששפיר חייבים כפל גם על גניבה כזו של הפקעת בעלות, וגם קרן של גניבה כזו הרי הוא מחייב כפל.

והנה גם הר"י בתוס' להלן בדף ס"ו ע"א פסק שהוא משלם בכה"ג כפל ודו"ה כשעת העמדה בדין אבל טעמו של הר"י אינו משום שהוא סובר שתברה ושתיי' חשיב מעשה גניבה לענין לחייבו כפל ודו"ה, שהרי מדלא נחית לחלק חילוקים

(* דברי הגר"ח מובאים בחידושי הגר"ח על הש"ס כאן, ובספר אפיקי ים בסי' כ"א, וכן האבן האזל על הרמב"ם שם הביא את האפיקי ים.

וע"ע בחידושי הגר"ח על הרמב"ם בפ"ז מחובל ומזיק בד"ה אלא וכו' שכתב הגר"ח את חידושו הנ"ל שתברה ושתיי' מחייב כפל בזה"ל, אכן נראה לפי מש"כ הרמב"ם בפ"א מהל' גניבה דבגנב כלי והי' שוה בשעת הגניבה שנים ובשעת השבירה ארבעה דמשלם כפל כשעת השבירה, ואי איתבר ממילא אינו משלם אלא כעין שגנב, הרי דבשבירה חשיבא זאת גניבה, מדמחייב כפל כשעת שבירה, והיינו משום דכל שהחפץ גנוב או גזול כל נזק שנעשה בידיים דין גניבה וגזילה בי' עכ"ל. וזהו הסברא שנביא בהערה הבאה מהאבן האזל בשם הברכ"ש ולא הסברא של הפקעת בעלות.

** מיהו מה שנסתייע הגר"ח מדברי הריטב"א

ה. למה לפי השיטה הנ"ל טובח
אחר הגנב פטור מכפל ודו"ה.

מיהו לכאורה יש לתמוה על הדרך הנ"ל של הגר"ח דא"כ למה הטובח אחר הגנב אינו משלם כפל ודו"ה, דהא נקטינן השתא שהטביחה נחשבת כגניבה חדשה מהבעלים הראשונים ע"י שהפקיע את ה"שלו", ובע"כ צ"ל שגם הנתיחה"מ לא קאמר אלא שהוא מתחייב בחיוב קרן על זה שהפקיע את בעלותו של הבעלים, אבל לעולם גם הנתיחה"מ מודה שהפרשה של כפל נאמרה רק כשהוא מוציאו מרשות הבעלים דהיינו מבית האיש. ועכ"פ ראיתי בקובץ שיעורים כאן שהק' כהנ"ל מהטובח אחר הגנב, וכן באמרי משה בסק"ו שם. ובסק"ז שם וכן הקובץ שיעורים שם רצו לתרץ שיש חילוק בין גנב אחר לבין הגנב הראשון עצמו, ועיי"ש שכתבו סברות שונות לזה, אלא ששוב פקפקו בחילוק זה. ועי' גם בחי' הגרש"ש בסי' ל"ו סק"ב שהזכיר חילוק כזה. ועכ"פ הנתיחה"מ עצמו שם כתב שגם השני נעשה גנב ע"י תבר' ושתי' עיי"ש.

ובאמת יש עוד דרך איך לחלק בין הגנב הראשון להגנב שני ועי"ז ליישב את שיטת הרמב"ם, והיינו משום שהגר"ח הרי נקט בכל דבריו שלפי הצד שתברה ושתיי' חשיבא גניבה הכוונה היא שזה בגדר גניבה חדשה, מיהו לקמן נבאר שי"ל שאינו בגדר גניבה חדשה, אלא שהיכא ששוב תברה ושתיי' והפקיע את ה"שלו" א"כ מעתה חשיב הכל כמעשה גניבה אחד ביחד עם

מה שהוציאו מקודם מרשותו, והרי הוא משלם ד' משום ששעת השבירה נחשבת כשעת גמר הגניבה, והדין הוא שגנב (וגזלן) משלמים כשעת סוף מעשה הגניבה כשזה לחומרא, ומעתה לפ"ז אתי שפיר שיטת הרמב"ם משום שאע"פ שהוא סובר שעל תברה ושתיי' הרי הוא משלם כפל, אבל בכל זאת הרי זה רק הגנב הראשון משום שאינו בגדר גניבה אחר גניבה אלא אמרינן שהשבירה נחשבת כהסוף של המעשה גניבה שהתחיל מעיקרא והרי היא חלק מגניבה שהיתה מבית האיש, אבל גנב שני שטבח אחר הגנב הראשון שפיר מיפטר מכפל ודו"ה משום שלא עשה גניבה מבית האיש (ועי' באבן האזל בההשמטה בסוף הל' גניבה, וכן בחי' הגר"ח בפ"ז מהל' חובל, הובאו בהערות כאן).

מיהו כבר הראתי בתחילת האות כאן שמסוגיית הגמ' כאן מוכח שגם התברה ושתיי' של הגנב הראשון אינו מחייב כפל. ועכ"פ ע"ע באות ל"ב, וכן להלן בע"ב בנוגע לתד"ה אלמא וכו', שדנתי על הדרך הנ"ל דהוי גניבה אריכתא.

ו. עוד דרכים בדעת הרמב"ם.

וע"ע בחידושי הגרש"ש שם בסק"ב מה שהוסיף להוכיח שא"א לומר שטעמו של הרמב"ם הוא משום שטביחה מיקרי "גניבה". וכן בסוף סק"ד הוכיח שגם הסמ"ע נוקט שאין זה כוונת הרמב"ם, וכן עיין באמרי משה שם בסק"י וי"א מה שהוסיף להקשות על הדרך הזה בהרמב"ם,

עכ"ל (מיהו אכתי צ"ע מה היא הראי' מרעק"א). ועי' עוד בחזו"א על ב"ק בסי' ט"ז סק"ט מש"כ על דברי הריטב"א.

דלזה מהני תחילת מעשה הגניבה ומצטרף מעשה הגניבה למעשה השבירה, ואם אמנם הוא חידוש גדול אבל כבר אין מקום למה שעמדתי שם בזה

ועי"ש בסק"ב י"ג וי"ד בהדרגה שלו ביישוב הרמב"ם וכן בסק"ח וי"ט שם. וכן עי' בדרכיהם של הגרש"ש שם והקו"ש.

כט) אנה פטימנא ואת שקלת. א. דרכו של הרמב"ן שהשבח שייך להגנב מתקנת השבים.

בהשקפה ראשונה נראה לפרש שהכוונה היא שהשומן שייך באמת להגנב וממילא לא שייך שישלם על זה כפל ודו"ה. מיהו המצפה איתן בסוף המסכתא כאן הקשה על זה דהא שורת הדין נותנת שהשומן יהי' שייך להגנב כדין היורד לתוך שדה חברו שלא ברשות והשביחה שהוא נוטל רק את היציאה והשבח שייך להבעלים.

מיהו נראה שאע"פ שבודאי כן הוא מצד שורת הדין, אבל בכל זאת אכתי יש לפרש את כוונת הגמ' כהנ"ל שהשומן שייך להגנב, והיינו משום שבגזלן תיקנו משום תקנת השבים שהגזלן יטול את השבח שטרח בו, וא"כ שפיר יוצא שהשומן הוא שלו, דעיין לקמן בדף צ"ד ע"א דקאמר רבי שמעון בן אלעזר (ופסקינן כוותי') שכל שבח שהשביח הגזלן הרי הוא שלו, ופירשו שם בגמרא דהיינו משום תקנת השבים, ובמלחמות שם בד"ה ועוד כתב וכו' ביאר דהיינו רק היכא שהשביח הגזלן בידים, אבל בשבחה דממילא לא

ס"ל לר"ש בן אלעזר שעשו תקנת השבים*), והוסיף שם הרמב"ן שזוהי באמת כוונת הגמ' בסוגיין במה שאמרה אנה פטימנא ואת שקלת, דהיינו שהטעם למה הוא משלם כפל ודו"ה כשעת הגניבה הרי זה משום שהפיטום שייך באמת להגנב משום דאיירי באופן שפיטמה בידים אשר בכה"ג שייכת הסברא של אנה פטימנא וכו', וסברא זאת של אנה פטימנא וכו' מהניא משום תקנת השבים וכמו שביאר הפ"י שם את כוונת הרמב"ן דהא בדף צ"ד אמרינן שטעמו של ר"ש בן אלעזר הוא משום תקנת השבים וכהנ"ל (ועיין בהערה לקמן בסמוך).

והוסיף הרמב"ן לבאר שמכיון שהסברא של אנה פטימנא שייכת רק בשבח שהשביח הגנב בידים, לכן בסוף הסוגיא הוצרכו לומר טעם אחר למה בשבח דממילא הרי הוא משלם כשעת הגניבה וכדאמרינן שם אטו תורא גנבי מינך וכו' שזהו טעם אחר ואין הכוונה בזה שגם שבח דממילא שייך להגנב.

ולהלן שם הוסיף הרמב"ן שאפילו אם נאמר שרבי שמעון בן אלעזר עצמו סובר שעשו תקנת השבים גם בשבח דממילא אבל מ"מ לית הלכתא כוותי' בדבר זה אלא רק בשבח שהשביח הגזלן בידים וכדחזינן מסוגיא דידן**).

גם על שבח דממילא, י"ל שבאמת רק על שבח דממילא קאי מאי דאמרינן בגמרא שטעמא דרבי שמעון בן אלעזר הוא משום תקנת השבים, אבל היכא שהשביח בידים אולי מהניא הך סברא של אנה פטימנא וכו' מעיקר הדין. מיהו האמת נראה שבלא טעמא דתקנת השבים לא היתה מועלת הסברא של אנה פטימנא וכו' אלא על היציאה

*) ומה שרבי יהודה סובר שם שהשבח שעל גבי גזילה הוא של הגזלן אפילו בשבחה דממילא והלכתא כוותי', הרי זה רק בכגון גיזות וולדות שהם לגמרי דברים חדשים שלא היו שם בשעת הגזילה אבל לא בשומן ופיטום שהוא גוף הבהמה, כן צידד הרמב"ן שם.
**) ולפי הדרך הזה שרבי שמעון בן אלעזר קאי

ובהמשך דבריו חקר הרמב"ן דאולי גם היכא שנתפטמה מחמת מזונות רגילים בלי שום מדה נוספת על הרגיל (וכמו שנבאר להלן), אולי גם בכה"ג מיקרי שהשביח הגזלן בידים ויהי' השבח שייך להגזלן לפי הסברא של אנא פטימנא וכו' ואע"פ שלא נתן לה הגזלן מזונות יתירין, ורק טלה ונעשה איל מיקרי שבחא דממילא וכמו שנבאר להלן.

ועיין גם ברא"ש ובטור שכתבו להדיא שאנא פטימנא ואת שקלת מועיל גם לענין שישלם את הקרן כעין שגנב, ואע"פ שטבח, והרי זה דומה לתברה ושתיי, אבל בכל זאת לא אמרינן שהוא משלם קרן כי השתא, והיינו כהנ"ל שהשומן שייך להגנב לגמרי משום תקנת השבים [ולקמן נבאר את דעת תוס' בסוף הסוגיא בענין זה]*).

ב. בענין שבח דממילא.

והנה מעתה אאריך קצת בענין מה שרמזנו שיתכן ששבחא דממילא מיקרי אפילו באופן שנתפטמה מחמת מזונות רגילים, דלכאורה צריך ביאור דהא גם בכה"ג בא הפיטום מחמת המזונות שהאכיל הגזלן את הבהמה וכמו שהעיר הרמב"ן.

וראיתי בחזו"א בסי' י"ז סק"ז בד"ה

לחוד וכמו שהבאנו כבר מהמצפה איתן, וכן מתבאר מתוך דברי הפ"י בדף צ"ד ע"א שם, וכן מתוך סוף דברי הרשב"א שנביא בסמוך, עיי"ש בדבריהם.

(* והנה לפ"ז צ"ע קצת על הברייתא, דהא מכיון שגם את הקרן הרי הוא משלם כעין שגנב בכה"ג, א"כ למה אמרה כן הברייתא רק על הכפל ודו"ה.

ומשמע וכו' שביאר שמכיון שהוא מחזיק את הבהמה לצורכו, לא מיקרי מה שהוא זן אותה מזונות רגילים בגדר הוצאה, ורק בנותן מזונות יתירים הולכים אחרי זה שהוא השביחה. ושוב הביא שהרמב"ן במלחמות מצדד שגם במזונות רגילים הרי הוא יכול לומר אנא פטימנא וכו' (וכמו שהבאתי כבר) ולא מיקרי שבחא דממילא משום שהוא יכול לומר שאולי אצל הגזלן לא היתה מתפטמת כולי האי, אשר לפ"ז יוצא שדוקא טלה ונעשה איל (או גיזות וולדות) מיקרי שבחא דממילא משום שגידול זה בודאי הי' קורה בכל מקום שהיו מאכילים אותה. ובאות מ"ד סק"ב נביא את דעת הראב"ד שגם טלה ונעשה איל מיקרי שבח שהשביח הגנב כיון שהוא נותן לו מזונות, ושזוהי כוונת הגמרא בהסברא של אטו תורא גנבי מינך.

ג. דברי הרשב"א בדף צ"ד.

וע"ע ברשב"א בדף צ"ד ע"א שסובר כמו שצייד הרמב"ן שלפי ר"ש בן אלעזר איכא תקנת השבים גם בשבחא דממילא (ואפילו כגון טלה ונעשה איל ולא רק בנתפטמה עיי"ש). וגם לפי דברי הרשב"א צריכים להעיר את מה שהעיר הרמב"ן על הדרך הזה דהיינו למה תלה הש"ס כאן את

ועכ"פ לפי המסקנא של הגמרא בע"ב יתכן להעמיד את הברייתא בפיטום דממילא אשר בכה"ג הקרן יהי' באמת כדהשתא היכא שטבח או מכר משום הדין של רבה (האמור לגבי קרן) מאחר ששבח דממילא שייך להבעלים, רק שבכל זאת את הכפל ודו"ה הרי הוא משלם כעין שגנב משום הסברא של אטו תורא גנבי מינך וכו'.

התירוץ דוקא בזה שהגנב פיטם אותה, הלא גם היכא שלא פיטם בידים אלא שנתפטמה מאלי' הרי השבח שייך להגזלן, וא"כ גם בכה"ג יהי' הדין שהוא משלם כעין שגנב.

וצ"ל שהרשב"א יסבור כמו שהבאנו כבר מהרמב"ן, והיינו שאפילו אם נאמר שר"ש בן אלעזר עצמו ס"ל שעשו תקנת השבים גם בשבחא דממילא, אבל מ"מ סוגיא דידן לא אזיל הכי.

מיהו באמת הרשב"א בסוגיין כתב שלא דוקא דוקא קאמר הש"ס אלא פטימנא וכו' משום שבאמת גם בלא"ה הרי הוא משלם כפל ודו"ה כשעת הגניבה גם בשבחא דממילא וכדאמרינן בע"ב משום הסברא של אטו תורא גנבי מינך, אלא שהא גופא צ"ע דאם אלא פטימנא הוא לאו דוקא א"כ למה הקשה הרשב"א מהסברא בע"ב (וכבר הקשינו למה צריכים בכלל את הסברא בע"ב) תיפוק לי' משום שהשבח הוא שלו משום תקנת השבים

וי"ל שהרשב"א יפרש שהכוונה בע"ב היא באמת לתקנת השבים, דהיינו דכיון שגנב טלה ולא איל וכן עגל ולא שור, מש"ה תיקנו משום תקנת השבים שהשבח יהי' שייך להגנב. ולפ"ז יהי' קשה גם על מסקנת הגמ' למה לא הוזכר בתוך הברייתא שגם את הקרן הרי הוא משלם כעין שגנב (ועי' במה שהבאנו לעיל מהראב"ד).

ד. ביאור הסברא של אטו תורא גנבי מינך וכו'.

ולפי כל הנ"ל יוצא שיש ב' דרכים איך ללמוד הך סברא של אטו תורא גנבי מינך

וכו', והיינו שלפי הרמב"ן הרי היא סברא רק בנוגע לכפל ודו"ה, אבל את הקרן ישלם באמת כשעת העמדה בדין משום דינא דרבה, והיינו משום שאין הכוונה בהסברא הנ"ל לומר שהשבח שייך ממש להגזלן, אבל לפי הרשב"א יתכן שהכוונה היא לתקנת השבים, משום שתיקנו גם על שבח דממילא, באופן דהוי סברא גם בנוגע לקרן (ועיין במה שהבאנו לעיל מהראב"ד). ובעז"ה נאריך עוד בזה לקמן באות מ"ד. ועכ"פ גם הסמ"ע בסי' שס"ב סקט"ז סובר שגם בפיתום דממילא ממש עשו תקנת השבים שיהא של הגזלן (ועיי"ש בנתי"ה"מ).

ה. עוד ביאור באנא פטימנא ואת שקלת.

והנה לכאורה הי' אפשר לפרש אחרת את כוונת הגמ' כאן במה שתירצה אנא פטימנא ואת שקלת, והיינו שאין הכוונה לומר שהשבח שייך להגנב, אלא הכוונה היא לומר שא"א לקנוס את הגנב לשלם כפל ודו"ה על השבח שהוא עצמו השביח, אפילו אם נאמר שהשבח שייך להבעלים, וכן ראיתי בחזו"א בסי' י"ז סק"ד שכתב כעין הנ"ל וז"ל, דכיון דנעשה השבח ע"י כחו, שפיר איכא טענה של אטו שמינה גנבי ממך, ואי אפשר לחייבו דו"ה על שבחא וכו' עכ"ל.

ועיין בדבריו שם שלא רצה ללמוד שהכוונה היא שהשבח שייך להגנב משום תקנת השבים, חדא, משום דמשמע מהגמ' דמדינא קאמר ולא משום דקני לה מדרבנן, ועוד כתב, משום שהוא סובר שם

ישלם כפל על מה שהוא עצמו המציא.

ולפי הפירוש הראשון י"ל דקאי הך לשון על הא גופא שנתנו לו את השבח משום תקנת השבים, דהטעם לזה הוא משום שאין זה יושר בעיני הגנב שהוא ישביחנה ושהשבח ילך להבעלים.

(ל) שמינה והכחישה משלם ת"כ ותדו"ה כעין שגנב.

פירש"י וז"ל, הגנב הכחישה בידים בטורח מלאכה או במקל עכ"ל. והנה רש"י לא ביאר אם כוונתו היא שחיסר מהשומן שלה או אם כוונתו היא שהכחיש כחה, וממאי דתניא שמינה והכחישה, ולא תניא בריאה, משמע דאיירי לענין חסרון שמנה ועכ"פ אם הכוונה היא שחיסר שמנה (דוגמת כחושה והשמינה דמשמע להדיא שהוסיפה שומן) א"כ צ"ל דאזלה הברייתא כהתנא שסובר ששינוי החוזר אינו קונה (וכה"ג חשיב שינוי החוזר כדאמרינן בדף צ"ד ע"א), אבל לפי התנא שסובר ששינוי החוזר קונה (ועי' בשמעתא קמייתא דפרק הגזול קמא ובראשונים שם דמבואר שגם התנאים נחלקו בדבר זה) א"כ היכא שחיסר שמנה הרי הוא פטור לחלוטין מתשלומי דו"ה משום דשלו הוא טובח ומוכר (וכן ההיא דכחושה והשמינה נצטרך להעמיד לפי התנא שסובר ששינוי החוזר אינו קונה).

ואם נאמר שכוונת רש"י היא לחסרון כחה א"כ יוצא שההיזק שעשה הרי הוא בגדר היזק שאינו ניכר, והרי איכא מ"ד שסובר ששמי' היזק, ולפי הך מ"ד מיקרי

שהתקנת השבים לא היתה שהשבח נעשה ממש של הגזולן אלא התקנה היתה רק שהוא נוטל דמי השבח מהגזול, ומש"ה אי משום תקנת השבים אכתי ה"י צריך להיות חייב דו"ה גם על השבח.

ועוד דאי משום תקנת השבים הרי גם בשבחה דממילא איכא תקנת השבים, וא"כ מוכח דלא סגי בטעמא דתקנת השבים וכנה"ל שהתקנה היתה רק שיטול דמים (מיהו כבר הבאנו מהרמב"ן שהכוונה היא באמת לתקנת השבים ושכפיטום דממילא לא עשו תקנת השבים).

מיהו להלן שם בסק"ט כתב שהרמב"ם מפרש באמת שכוונת הגמ' באנא פטימנא וכו' היא לתקנת השבים ושמכאן הוציא הרמב"ם את שיטתו שלפני יאוש השבח הוא להגזולן משום תקנת השבים רק באופן שהוציא עליו הוצאות עיי"ש.

(כט*) אמרי משום דא"ל אנא פטימנא ואת שקלת.

צ"ע למה קאמר הגמ' דבר זה בצורת טענה מצד הגנב. ועוד צ"ע למה קאמר בלשון תמי' ולא לשון חיובי.

והנה יש שני דרכים בביאור הך תירוץ. א', שהשבח שייך באמת להגנב משום תקנת השבים וכו"ש בן אלעזר להלן בדף צ"ד ע"א. ב', דאפילו אם השבח שייך להבעלים אבל אין זה יושר לקנוס את הגנב על השבח שהוא המציא להבעלים.

ומעתה לפי הפירוש השני אתי שפיר למה אמרו כן בלשון תמי', וכן בלשון הגנב, כי באו להדגיש את האי יושר שבדבר שהגנב

היזק שאינו ניכר בגדר שינוי כמו שמבואר בגיטין דף נ"ג ע"ב ובתוס' שם בד"ה גזלן וכו', וא"כ לפי הך מ"ד צ"ע כהנ"ל דהא שלו הוא טובח, וצ"ל כהנ"ל והיינו דס"ל ששינוי החוזר אינו קונה (והוי שינוי החוזר משום שיתכן להחזיר את כחה). א"נ דס"ל כהתנא בגיטין שם שסובר שהיזק שאינו ניכר לא שמי' היזק.

גם י"ל דאיירי באופן שנתכחשה רק קצת, במדה שלא נקראת עדיין על מדריגת שינוי, אשר לפ"ז א"ש אפילו אם שינוי החוזר הוי שינוי וכן אפילו אם היזק שאינו ניכר שמי' היזק כי י"ל שאע"פ שגם כאן שמי' היזק אבל אינו מספיק כדי להחשב שינוי.

לא) מה לי קטלה כולה וכו'.

עיי' בפירושם השני של תוס', ומהנ"י כאן מבואר שהבין שכן היא גם כוונת רש"י, והיינו דמה שכתב רש"י שההכחשה היא אתחלתה דטביחה אין כוונתו כפשטות משמעות דבריו שההכחשה נקראת ממש כחלק מהשחיטה, דזה בודאי אינו, אלא כוונתו היא לומר שלהכחשה יש אותו הדין שיש לאתחלתה דטביחה משום שבאמת גם תחילת הטביחה הרי היא רק בגדר של הכחשה בעלמא, דהא חיובו הוא רק על המשהו האחרון לפי המ"ד שאין לשחיטה אלא לבסוף.

והנה לכאורה יש לתמוה על דברי הר"י דמשמע מדבריו שלפי המ"ד שסובר שישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף הרי הוא מתחייב בדו"ה בתחילת השחיטה ולכן

לדידי' אין ראי' שמשערים כמו קודם, ולכאורה יש לתמוה דהא גם לפי המ"ד שסובר שישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף אינו חייב דו"ה עד הסוף משום שצריכים וטבחו כולו באיסורא ובכל זאת לא משערים כמה הי' שוה בשעת גמר השחיטה אלא משערים כמו קודם.

מיהו יש ליישב על ידי שנחקר מה היא הכוונה במאי דאמרינן שגם המ"ד שסובר שישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף הרי הוא מודה שאינו מתחייב בדו"ה עד הסוף משום דבעינן טבחו כולו באיסורא, האם הכוונה היא שהחיוב הוא רק עבור סוף השחיטה, או האם עצם החיוב יכול להיות גם עבור ההתחלה כיון שישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף, רק שנאמר תנאי צדדי שאינו מתחייב עבור ההתחלה אלא אחרי שהוא גומר את השחיטה באיסור. ולפי הצד השני אתי שפיר דברי הר"י כי לפי הצד השני נהי שהוא מתחייב רק בסוף אבל מ"מ הרי חיובו הוא באמת גם עבור תחילת השחיטה, וא"כ שפיר מובן למה לא משערים כמו שעת גמר השחיטה אלא כמו לפני השחיטה, ואין כאן שום תופעה שחיובו הוא על הסוף ואילו אנו משערים כמו קודם.

מיהו אכתי יש לעיין בזה משום שגם לפי המ"ד שסובר שאין לשחיטה אלא לבסוף הרי לאחר ששחט את הסוף אמרינן שאז חל על הכל שם של שחיטה (עי' בזה בקו"ש באות י"א, וכן במה שהובא בההקדמה להספר מה שאמר בעל פה בענין זה), וא"כ גם לדידי' הרי החיוב של דו"ה הוא גם עבור ההתחלה ואין שום ראי' ששמין כמו קודם (דבודאי מספיק

בזה שהתחיל אז הדבר שהוא חייב עליו
אע"פ שלא נגמר עוד).

ולכאורה צ"ל שלעולם לפי המ"ד
שסובר שישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף
לא רק שהוא חייב עבור תחילת השחיטה
אלא החיוב גם חל אז, בתנאי שיגמור את
השחיטה, ואם לא יגמור יפקע, וזהו הטעם
למה שמין כמו לפני השחיטה, אבל לפי
המ"ד שסובר אין לשחיטה אלא לבסוף נהי
שחייבים גם עבור ההתחלה אבל החיוב חל
רק בסוף. ברם זה אינו, כי גם לפ"ז ניהא
למה שמין כמו לפני תחילת השחיטה ואין
זה דומה לכיחשה בעלמא.

ועכ"פ מדברי הר"י משמע שמכיון
שלפי המ"ד שסובר שישנה לשחיטה
מתחילה ועד סוף הרי הוא מתחייב דו"ה
גם עבור תחילת השחיטה, א"כ משום כך
לא מצינו לדידי' בטביחה רגילה ששמין
את שוויות הבהמה כמו קודם אלא שמין
באמת כמו שהיא שוה בשעת תחילת
המחייב. מיהו לכאורה אין זה נכון, דהא
גם לדידי' הרי הוא מתחייב רק על תחילת
שחיטת הסימנים אבל לא על שחיטת העור
והבשר, ואילו את שוויות הבהמה הרי אנו
שמין כמו שהיתה שוה לפני שהתחיל
לחתוך את העור, וא"כ גם לדידי' מצינו
בקטלה כולה ששמין כמו קודם, וא"כ למה
תולה הר"י את הדבר הזה רק בהמ"ד שאין
לשחיטה אלא לבסוף.

לב) תברה או שתיי' משלם ד'.

עין בהרא"ש שביאר שהיכא שמעיקרא
שוה ד' והשתא זוזא ותברה ושתיי' הרי

הוא משלם ד' ולא מהני לזה דינא דרבה
לענין שישלם זוזא כי השתא משום שא"כ
יצא שהוא חוטא נשכר (ולא שייך דינא
דרבה אלא באופן שמעיקרא שוה זוזא
והשתא ד'). ולכאורה דבריו תמוהין משום
דלמה לי' טעמא דשלא יהא חוטא נשכר,
הלא גם בלא"ה פשיטא שישלם ד'
כמעיקרא, והיינו משום דנהי שהשתא נמי
מיקרי מזיק או גזלן אבל מ"מ אכתי לא
פקע מה שנתחייב מעיקרא לשלם ד', דרבה
לא קאמר אלא דשעת שבירה מוספת עליו
חיובים, אבל מהיכא תיתי שיתבטל מה
שנתחייב קודם. ובשט"מ בדף ס"ו ע"א
בד"ה וז"ל הראב"ד ז"ל וכו' ראיתי
שבאמת לא כתב את הסברא של הרא"ש
אלא כתב בשם הראב"ד כדברינו הנ"ל,
והיינו שהוא משלם ד' כדמעיקרא משום
"דההיא שעתא (כלומר בשעה שגזלו
בתחילה) נמי שעת גזילה הואי", ודבריו
אתי שפיר, אבל דברי הרא"ש צ"ב.

ויש לבאר דס"ל להרא"ש שסברת רבה
במה שהוא מחייב כשעת השבירה אינה
כדברי הקצה"ח בסי' ל"ד סק"ג שכתב
שהוא נחשב בגדר מזיק (עי' בקו"ש באות
קמ"א), וכן אינה כדברי הנתייה"מ שכתב
שם דמיקרי שעשה עכשיו גזילה חדשה
בזה שהוא הפקיע את בעלותו של הנגזל
על ידי הדין של שינוי קונה, דלפי
הפירושים האלו בודאי קשה כהנ"ל
דמהיכא תיתי לומר שירד החיוב הראשון,
אלא י"ל דס"ל להרא"ש שסברת רבה היא
שהיכא שלאחר שהוציאו מרשות הבעלים,
שוב הוסיף והפקיע את בעלותם ע"י
שבירה, הרי אנו מסתכלים על הכל
כמעשה גזילה אריכתא שמסתיימת בזה

לב*) מחלוקת בין הקצה"ח ורעק"א בענין אם שייך קנין חצר על שויות בלא גוף.

ע"י בקצה"ח בסי' ל"ד סק"ג שהוכיח כשיטתו שגונב מן הגנב אינו מתחייב אפילו באונסין מהא דאם איתבר ממילא חייב זוז ולא אמרינן שנעשה גנב על הג' זוז הנוספים ע"י קנין חצר, דבע"כ צ"ל דהיינו משום שאין כאן וגונב מבית האיש. ומבואר מדבריו ששייך קנין חצר על השויות הנוספות של ג' זוז אע"פ שכבר עשה קנין גניבה על גוף החבית, וא"כ חזינן דס"ל דשייך קנין חצר על שויות בלי גוף.

ברם מדברי רעק"א על תחילת תוס' ד"ה גופא מוכח דס"ל שלא שייך קנין חצר בכה"ג, דנראה שלכן כתב שאם הי' שוה זוז ואח"כ ד' זוז אין חידוש בזה שאם איתבר ממילא הרי הוא משלם כשעת הגניבה עיי"ש.

ולכאורה י"ל דפליגי איך להסתכל על יוקרא, דהקצה"ח סובר דהוי כדבר חדש שלא הי' כאן קודם, וכאילו הכלי גידל עוד חלק, ולכן שייך לקנותו בחצר, אבל רעק"א מסתכל עליו כאותו גוף שהי' כאן קודם, רק שעכשיו משלמים בשבילו יותר כסף, ולכן לא שייך על זה בנפרד קנין חצר.

ונראה שרעק"א אתי בזה לשיטתו בחו"מ סי' רצ"ה על הש"ך שם בסק"ז, דעיי"ש שכתב שאם יש ספק למי שייך היוקר, להשומר או להמפקיד, יש להמפקיד חמ"ק, והיינו כביאורינו הנ"ל דלא חשיב חפץ חדש, דהא לפי הקצה"ח לא שייך בכה"ג חמ"ק שהרי חשיב בגדר חפץ חדש שלא הי'

שהפקיע את החפץ מבעלותו של הנגזל ולא רק מרשותו, והא דמשלם כשעת השבירה הרי זה משום שאותה שעה היא הגמר של הך מעשה גזילה אריכתא, והדין הוא שגזלנים משלמים כשעת גמר הגזילה. ולפ"ז שפיר קיימת הוה אמינא שגם בהזלה ישלם כשעת שבירה כיון שאותה שעה היא שעת גמר הגזילה, ולכן שפיר הוצרך הרא"ש לומר שהוא משלם כשעת היוקר כדי שלא יהא חוטא נשכר.

שוב הראוני שלהדרך הנ"ל בביאור הדין של תברה ושתיי' נתכוין לכאורה היד רמה בסנהדרין דף ע"ב ע"א בד"ה מתיב וכו' עיי"ש. גם העירוני דנהי שעשה מזה גניבה אריכתא אבל למה יגרע מה שגם ההתחלה יכולה להחשב גזילה בפני עצמה.

ועיין גם בסמ"ע בסי' שנ"ד סק"ה שהביא דין זה שאם מעיקרא שוה ד' והשתא זוזא ותברה דמשלם ד' וביאר וז"ל, אבל ברישא דהזלה בשעה שטבחה או שברה בידים לא אמרינן דהתחיל הגניבה משעת טביחה דא"כ יהא חוטא נשכר עכ"ל. ולכאורה לשון הסמ"ע הוא דלא כדברינו הנ"ל שהרי משמע מדבריו שהסברא לחייבו זוז הוא משום ששעת השבירה היא שעת תחילת גניבה (ויש לדחות), וא"כ צ"ע כהנ"ל דלהפקיע מסברא זו לא בעינן את הסברא של חוטא נשכר, אלא מספיק לנו סברת הראב"ד שגם מעיקרא שעת גניבה היא.

ולקמן בע"ב נכתוב עוד בנוגע להיסוד הנ"ל שכתבנו דהוי גניבה אריכתא (בנוגע לדברי תוס' שם בד"ה אלמא וכו'). ועי' גם לעיל באות כ"ח סק"ה מה שיישבתי בזה.

שגונב מן הגנב שפיר קונה קניני גניבה (אם נתכוין לקנות לעצמו, משא"כ בגנב מרשות הבעלים לא בעינן שיתכוין לקנות עיי"ש), ושהרמב"ם סובר שאינו קונה.

ומהרמב"ם בריש פ"ה דגניבה משמע כהקצה"ח שהלוקח (וכן הגונב) מן הגנב אינו עובר בלאו דגניבה, ומשמע אפילו לפני יאוש עיי"ש.

וע"ע באות נ"ז סק"א בקטע המתחיל ומשיטת הקצה"ח וכו' ולהלן שם מה שכתבתי עוד לפי הקצה"ח.

לד) רש"י ד"ה תברה וכו'.

עיין בדבריו דמבואר דס"ל שגם מכירה הוי כתברה ושתיי' ולא רק טביחה, וכן איתא בשט"מ בדף ס"ו ע"א בד"ה וגם וכו' דעיי"ש בלשונו של רבינו יהונתן שכתב וז"ל, והשתא דקא זבין לה הוא גזל לה עכ"ל. מיהו לעיל שם בתחילת ד"ה לימא וכו' בשם תלמיד הר"פ איתא שמכירה לא הויא כמו טביחה. וברמב"ם וטור ושו"ע בסי' שנ"ד סעי' ג' איתא כשיטת רש"י. וראיתי מקשים דהא רב ס"ל שיאוש קונה אשר לפ"ז בע"כ צ"ל שאירי רב כאן באופן שטו"מ לפני יאוש (דאילו לאחר יאוש הרי שלו הוא טובח ומוכר), וא"כ מכיון דאירי לפני יאוש צ"ע איך שייך לומר שמכירה היא כתברה ושתיי', הלא במה שמכר לא גרם להבעלים שום נזק

ולא סגי בקנין לחוד (וכתב שמש"ה כתב רש"י בבבא מציעא דף י' שגנב מתחייב ע"י קנין חצר רק אם נעל בפניו), א"כ לא קשה מידי, אלא שפיר בעינן לכל הפחות שיגביהו, וכן העיר האמרי משה בסי' ל"ב סק"א על הקצה"ח.

שייך קודם לאף אחד מהם, ואם הוא שייך באמת להשומר הרי ה"י שייך להשומר מתחילת הוויתו.

לג) תברה או שתיי' משלם ד'.

הנה הקצה"ח בסי' ל"ד סק"ג הוכיח שהגונב אחר הגנב אינו עובר בלאו דגניבה ואינו חייב אפילו קרן להבעלים ואינו קונה שום קניני גניבה מהא דאמרינן שדוקא תברה או שתיי' משלם ד', דאם איתא שהגונב אחר הגנב נעשה גנב ומתחייב קרן להבעלים א"כ למה לי תברה או שתיי' הלא גם אם הגביהו לחוד אחרי שנתיקר למה לא יקנה קניני גניבה עוד הפעם על ידי זה?*, ובע"כ צ"ל דהיינו משום שאינו יכול להעשות גנב לאחר שכבר נגנב החפץ מרשות הבעלים, רק שאם תברה או שתיי' הרי הוא מתחייב משום מזיק עכ"ד הקצה"ח. ועיין בחזו"א על ב"ק בסי' ט"ז בסק"ז שסובר שהגונב מן הגנב שפיר נעשה גזלן ומתחייב באונסין (וכן י"ל בדעת התומים שהביא הקצה"ח שם), ובסק"ח בד"ה שם איתבר וכו' הקשה את קושיית הקצה"ח הנ"ל דא"כ גם באיתבר ממילא יתחייב ד' אם הגביהו ועשה קנין לאחר שנתיקר, ועיי"ש במה שתירץ. ועי' גם בקו"ש בסוף אות ד' מה שתירץ.

ועיין באבן האזל בסוף דבריו על פ"א מהל' גניבה הי"ד שהראה שהרא"ש סובר

(* ועוד הקשה שם הקצה"ח שגם בלא הגבהה אמאי אינו קונה על ידי קנין חצר היכא שהוא מונח בחצירו. מיהו לפי מה שכתב הוא עצמו בסי' שמ"ח סק"ב שגנב וגזלן אינם קונים קנין גניבה וגזילה ואינם מתחייבים באונסים אלא אם כן עשו מעשה

דהא שינוי רשות בלא יאוש לא קני*.)
 ובאפיקי ים בסי' כ"א סק"א הוסיף
 להקשות שאפילו אם מכרו לאחר יאוש,
 דהשתא יוצא שהמכירה הפקיעה באמת את
 בעלותו של הנגזל ע"י יאוש ושינוי רשות
 לפי המ"ד שיאוש לחוד לא קני, אבל מ"מ
 גם לפ"ז לא הי' צריך להחשב כמו תברה
 ושת"י משום שכבר כתב הרא"ש בהגזול
 קמא סי' ג' שרק תברה ושת"י חשיבא
 כגזילה חדשה משום "שאיכרו מן העולם",
 אבל עשיית שינוי לא חשיב כגזילה חדשה
 אע"פ שהוא פועל הפקעת בעלות מהנגזל
 (ודלא כהנתיבות בסי' ל"ד סק"ה שסובר
 שגם זה נקרא גזילה חדשה), וא"כ לפ"ז
 גם יאוש ושינוי רשות לא היו צריכים
 להחשב כתברה ושת"י משום שמאי שנא
 קנין יאוש ושינוי רשות מקנין שינוי.

וע"ע באות צ"ב בענין אם מכירה מיקרי
 כתברה ושת"י, וכן באות צ"ט.

לה) תברה או שתי' משלם ד'.

הנה האפיקי ים בסי' כ"א אות ז' הקשה
 שלפי הסברא שחיובו של תברה ושת"י
 הוא משום מזיק א"כ למה צריך לשלם ד'
 זוזים שלמים, וכפשטות הגמ' וסתימת כל
 הפוסקים, הלא מכיון שהוא קונה בשינוי
 א"כ מצד גזולן הרי הוא חייב לשלם רק זוז
 כמו שגזל, וכהרא"ש בדף צ"ה שהיכא
 שהגנב עשה שינוי לאחר שנתייקר אינו
 משלם כשעה אחת לפני השינוי אלא כשעת

תחילת הגזילה, ואילו על הג' זוז שנתייקר
 הרי יש לו רק תורת מזיק ומזיק הרי משלם
 רק את הסכום שהזיק ולא עבור כלי שלם,
 וא"כ אם למשל הזיקה השחיטה את הבשר
 ב' זוזים הרי הוא צריך להיות חייב לשלם
 לכל היותר רק ג' זוזים, דהיינו זוז אחד
 כשעת הגזילה וכן ב' זוזים כדין מזיק, ואת
 הבשר הרי הוא קונה לעצמו מדין שינוי
 קונה, וא"כ למה מחייבו רבה לשלם ד'
 שלמים.

ובאות ט' הביא שתירץ לו הגר"ח על
 זה שצ"ל כמו הנתיבה"מ שתברה ושת"י
 חשיב גזילה חדשה, וממילא הרי הוא
 משלם ד' זוזי משום שהסכום הזה הוא
 הסכום של שעת הגזילה של הך גזילה
 חדשה.

ובחידושי הגרש"ש על ב"ק בסי' ל"ו
 סק"א העיר ג"כ שאם חיובו הוא משום
 מזיק א"כ לא הי' צריך להתחייב לשלם
 אלא את הפחת לחוד ולא ד' שלמים.
 והוסיף להקשות מה פריך הש"ס על רב
 מרבה, הלא י"ל שרב איירי רק מטעם גנב
 ומש"ה שפיר קאמר רב שהקרן הוא כעין
 שגנב שהרי הקרן שהוא משלם מדין גנב
 שיעורו הוא כעין שגנב וכדברי הרא"ש
 הנ"ל, דהא מה שהוא משלם יותר מזה אינו
 מטעם גנב אלא מטעם מזיק.

ועוד הוסיף להקשות שאם חיובו הוא
 משום מזיק א"כ הרי הוא צריך להיות
 פטור לגמרי עבור זה שהזיק את הג' זוז
 שנתייקרו (וכן בהציור של רב הרי הוא

חבירו לתוך מים עכורים ויתחייב הגנב משום מזיק
 לפי מה שמבואר בדף צ"ח ע"א שבכהאי גוונא
 חשיב מזיק.

* מיהו אולי יש לאוקמה באופן שלא נודע
 להבעלים למי מכרו, או שאי אפשר לתבוע את
 הלוקח, דבהני גווני הרי זה כזורק מטבע של

צריך להיות פטור לגמרי מלשלם קרן על היוקר (ששחט), והיינו משום שרק בתברא ושתיי שאיבד לגמרי את שויותו, והוי כאיבדו מן העולם, רק בכה"ג שייך לחייבו משום מזיק, אבל בשחטו, שזהו רק בגדר שינוי, א"כ מכיון שאם הי' עושה הגנב שינוי בלי להזיק את החפץ לא הי' חייב לשלם להבעלים אלא זוו וכדברי הרא"ש הנ"ל בפרק הגוזל, וטעמו של הרא"ש הוא מפני שיש לו באמת זכות מסוים לקנות בשינוי ולכן לא חשיב מזיק במה שקנה בשינוי (כן ביאר הגרש"ש שם) (וזהו דלא כהנתייה"מ שסובר שהוא נעשה גנב מחדש בזה שהפקיע את בעלותו), א"כ מה לי בזה שהזיק בשעת עשיית השינוי, ואיך שייך לחייבו על זה משום מזיק, הלא אין להניזק שום הפסד מההיזק הזה שהזיק הגנב את הג' זוו שנתייקרו כיון שבין כך ובין כך הגנב קונה אותו בשינוי.

ובחזו"א על ב"ק בסי' ט"ז סק"ח בד"ה ס"ה וכו' ראיתי שביאר שלעולם אינו נפטר מחיוב מזיק וז"ל, אע"ג דאם עשה שינוי בידים השתא כששוה ד' אינו משלם אלא זוזא, מ"מ במזיקו שפיר חשיב מזיק ואין קנייתו מצילתו עכ"ל. ושוב צידד צד שלישי וז"ל, ואפשר דחשבינן ל' מזיק ואין כאן קנין כלל עכ"ל.

מיהו לפי מה שהזכיר הגרש"ש שיש להגזלן זכות לקנות בשינוי לכאורה יש יותר סברא להעדיף את הדין של שינוי קונה ולא להעדיף את הדין שמזיק חייב לשלם.

גם נראה שדברי החזו"א לא מתוקמי לפי מה שכתבו האחרונים (הובא להלן באות מ"ה) שבאמת בשעת הגזילה הגזלן

עושה מעשה קנין על בעלות גמורה, רק שאינו חל כל זמן שהוא חייב בהשבה, אבל כשהוא נפטר מהשבה ע"י שינוי הרי זה נעשה שלו מכח הקנין שעשה בתחילה, דגם לפ"ז הדין נותן להעדיף את הדין ששינוי קונה. ומכ"ש שכן צריך להיות לפי הדרך שאחרי שהוא נפטר מהשבה קנינו חל למפרע משעת הגזילה.

לו) לימא פליגא רב אדרבה.

צ"ע אמאי לא מוקמינן מילתא דרב כגון שבשעה שגנב וכן בשעת טביחה ומכירה הי' שוה זוו ובשעת העמדה בדין נתעלה לד', דבכה"ג ליכא להקשות מידי מדינו של רבה אלא שפיר קאמר רב שהוא משלם קרן כעין שגנב, דהיינו זוו, והיינו משום שגם בשעת הטו"מ הי' שוה רק זוו.

ולכאורה יש ליישב בפשיטות שמכיון שהטעם שהוא משלם זוו בכה"ג הרי הוא משום שגם בשעת טו"מ הי' שוה רק זוו, א"כ א"א להגדיר את החיוב הזה במלים של "כעין שגנב" וכדרך שעשה רב, אלא ביותר הי' צ"ל "כעין שעת טו"מ" כי הדבר תלוי בכמה הי' שוה בשעת הטו"מ.

מיהו לפי מה שכתבנו באות ל"ב ששעת הטביחה היא גמר שעת הגניבה א"כ יוצא ששפיר שייך לומר על שעת טו"מ את הלשון של כעין שגנב, וא"כ הדרה קושיא לדוכתה דאולי כוונת רב היא להצויר הנ"ל, וכוונתו במה שאמר כעין שגנב היא לשעת טביחה ומכירה (ועי' בפ"י שהקשה כעין הנ"ל ותי' שלא שייך על שעת טו"מ לשון של כעין שגנב, ודלא כמו שצדדנו ששפיר שייך על שעת טו"מ לשון של כעין שגנב.

מיהו מה שהביא מלשון הברייתא של כחושה והשמינה שרק שעת הגניבה ממש מיקרי כעין שגנב, אינו ראי', משום שהתם הרי איירי אודות שעת תחילת הגניבה בניגוד לשעת טו"מ, וקרינן את שעת תחילת הגניבה בשם שעת הגניבה, אבל אכתי י"ל ששעת טו"מ מיקרי שפיר כעין שגנב לעומת שעת העמדה בדין, וכדרך שיוצא ממימרא דרב לפי האוקימתא הנ"ל, וכמו שביארנו את סברת הדבר דשעת טו"מ היא גמר שעת הגניבה).

ונראה שי"ל כהנ"ל רק לפי הדרך שכתבנו ששעת הטו"מ היא שעת גמר הגניבה, אבל לפי הנתיה"מ שסובר ששעת התברא ושתיי' היא שעת גניבה חדשה א"א לומר כן בהציור הנ"ל שלא נשתנתה השויות, כי כיון שכבר נעשה גנב מעיקרא, ועכשיו אין כאן שום יוקר, א"כ א"א לעשותו עוד הפעם גנב ולהחשיב את הטו"מ כגניבה חדשה, אבל לפי דרכנו הנ"ל אין אנו רוצים לעשותו גנב מחדש, אלא אנו רוצים לומר שחשיב הכל מעשה גניבה אריכתא, וזה שפיר שייך.

ועכ"פ לפי שיטת הרא"ש בסוגיין שדו"ה משתלמים כשעת טו"מ ולא כשעת העמדה בדין לא קשה מידי, משום שלפי שיטתו לא היתה הגמ' יכולה לאוקמה בהציור הנ"ל, דהא בכה"ג גם הדו"ה צריכים להיות זוז.

גם לק"מ לפי שיטת הרמב"ם בפ"א מהל' גניבה שסובר שלא שייך שהסכום של הכפל יהי' יותר מהסכום של הקרן, דגם לפ"ז לא היתה הגמ' יכולה לומר את הציור הנ"ל, דהא לפי הרמב"ם בהציור

הנ"ל הרי גם הכפל יהי' זוז כמו שעת הטביחה ולא ד' כשעת העמדה בדין.

והנה באמת הגר"א בסי' שנ"ד סק"ח הקשה שמהגמ' כאן משמע דלא כהרמב"ם, דהא משמע שאם רב הי' חולק על רבה אז שפיר היינו יכולים להעמיד את דברי רב באופן שמעיקרא הי' זוז והשתא ד', ואילו לפי הרמב"ם הרי לא יתכן בכה"ג שישלם כפל כשעת העמדה בדין כיון שהוא עולה יותר מהקרן. מיהו האבן האזל בריש דבריו על הרמב"ם שם כתב שלכאורה קושיית הגר"א אינה קשה כל כך, דהא י"ל שמכיון שהיסוד הנ"ל של הרמב"ם אינו מוכרח מתוך איזו משנה או ברייתא א"כ משום כך העדיפה הגמ' להקשות שדברי רב הם דלא כרבה מלהקשות מצד הסברא לחוד. ולפי דברינו הנ"ל יש להוסיף שאדרבה מקורו של הרמב"ם הוא מסוגיא דידן דהיינו מהא דלא הסיקה הגמ' כהציור הנ"ל שציינו דהיינו באופן שגם בשעת טביחה ומכירה הי' שוה זוז ורק בשעת העמדה בדין נתייקר עד ד', ויש עוד לפלפל בזה.

לז) כפל ודו"ה כשעת העמדה בדין.

עיין ברא"ש שכתב שאע"פ שדינו של רב נלמד הוא מקרא אבל מ"מ יש גם סברא להגזירת הכתוב, והיינו דהא דמשלם כפל כשעת העמדה בדין הרי זה משום שבאמת אינו מתחייב בהכפל עד שעת העמדה בדין דהא אי מודה מיפטר, ולכן הסברא נותנת שיתחייב כשוויותו בההיא שעתא. ומשמע בפשטות שכוונת הרא"ש במה שכתב דאי מודה מיפטר היא להדין של מודה בקנס פטור. ואין להקשות שאם

משום שבאותה שעה קרה סיבת החיוב ו"אהיה שעתא קא מחייב", ושפיר בעינן קרא לאשמועינן שהולכים בכפל אחרי גמ"ד ולא אחרי שעת סיבת החיוב (והטעם של הגזיה"כ היא הסברא שכתב הרא"ש שבשעת העמדה בדין חל החיוב).

ועיין בחידושי הגר"ח על הרמב"ם בפ"א מהל' גניבה הט"ו בד"ה ונראה וכו', וכן בחידושי הגרנ"ט כאן, שכתבו הבנה אחרת בדעת הרא"ש, והיינו שאין כוונתו להדין של מודה בקנס פטור אלא להדין שהיכא שחזר הקרן להבעלים הרי הגנב פטור מכפל, דכיון שכן הרי יוצא שעוד לא נקבע חיובו ונגמרה גניבתו עד שעת העמדה בדין, אבל בטביחה ומכירה הולכים אחרי שעת הטביחה והמכירה ולא אחרי שעת ההעמדה בדין כי אחרי הטו"מ כבר אינו יכול להחזיר את הבהמה להבעלים. ועוד מבואר בדבריהם שלפ"ז יוצא שהיכא שטבח או מכר גם את הכפל ישלם כשעת הטו"מ. מיהו עי' בב"ח ובדרישה שהבינו שכוונת הרא"ש היא להדין של מודה בקנס פטור והא דבטו"מ הרי הוא משלם כשעת הטו"מ הרי זה כי על טו"מ לפעמים לא אמרינן שמודה בקנס פטור דהא היכא שבאו עדים שגנב ושוב הודה על טו"מ הרי פטר את עצמו מכלום, ולכן גם כשלא באו עדים קבעו שישלם על הטו"מ כשעת טו"מ (כן ביאר הפלפולא חריפתא כאן את דבריהם). ולפ"ז כשטבח או מכר אכתי ישלם כפל כשעת העמדה

יש סברא לדבר א"כ קרא למה לי*), דהא י"ל שאין כוונת הרא"ש לומר שתחילת החיוב בדיני קנסות נוצר רק בשעת גמר דין, דהא לפ"ז בודאי ה"י פשוט שהוא משלם כשעת גמר דין, גם בלא קרא, אלא י"ל שלעולם גם הרא"ש מודה שהוא מחויב ועומד בהקנס משעת המעשה, רק שכוונתו היא לומר שעדיין לא נחלט חיובו למעשה כיון שהוא יכול להודות ולהפטר, וא"כ מכיון שעיקר חיובו מתחיל בשעת המעשה א"כ הרי יש גם סברא שישלם כפל כעין שגנב, רק שלאחר שיש פסוק שהוא משלם כשעת העמדה בדין, שוב אמרינן שהתורה הלכה אחרי הסברא שכתב הרא"ש, דהיינו שהשעה שחיובו מתברר היא העיקר, ועיין עוד בפלפולא חריפתא באות ה'. גם עיין בחלק א' אות רכ"א בענין שני הצדדים הנ"ל בענין מתי חל החיוב של קנס.

והנה ממה שכתב הרא"ש כאן בנוגע לטביחה ומכירה "דהיה שעתא קא מחייב" משמע בפשטות שחיובו מתחיל באמת בשעת טביחה ומכירה.

ברם עיי"ש בב"ח שגורס "אהיה שעתא קא מחייב". ולפי גירסתו אפשר לומר שלעולם החיוב מתחיל משעת גמר דין, רק שדו"ה הרי הוא משלם כשעת טו"מ כיון שהן סיבות החיוב. ולפ"ז יוצא שגם אם כל עיקר תחילת החיוב של קנסות נוצר רק בשעת גמ"ד, ג"כ קיימת סברא ללכת אחרי שעת העובדא והיינו

הקרן הרי הוא משלם כעין שגנב, רק שהדרשה באה לדיוקא, דהיינו ללמד שמשלם כפל ודו"ה כשעת העמדה בדין.

(* והרי גם לקרן לא בעינן את הדרשה של הגמ' של אחיי' לקרן כעין שגנב דהא כבר כתב הרא"ש שם שדבר פשוט הוא מצד הסברא שאת

בדין. ועי' בקושיית הפ"ח כאן על דבריהם
ובאיך שביאר הוא למה לענין טו"מ אין
הולכים אחרי ההעמדה בדין כיון דאי מודה
מיפטר.

לז*) חומשו עולה לו בכפילו.

לכאורה חזינן מדברי רבי יעקב שהוא
סובר שיוצאים ידי תשלום חומש בזה
שמשלם כאן סכום של חומש אע"פ
שהוא משלם בשביל דבר אחר דהיינו
כפל. מיהו לפי זה צ"ע למה כשהוא נשבע
חמש פעמים הרי הוא חייב חמשה חומשין
וכמו דדרשינן בע"ב הלא הדין נותן
שחומשו יעלה לו מתוך חומשו כמו שהוא
עולה לו מתוך כפילו.

מיהו י"ל ששייך לומר "עולה לו" רק
היכא שכבר היתה קיימת הסיבה של החיוב
תשלומין, שהם בסכום של חומש, לפני
שנתחייב את החומש על שבועתו, וכגון
הכא שהתשלומין של כפל הן בגלל
הגניבה, ואילו החומש הוא בגלל השבועה
עם ההודאה, אבל בע"ב י"ל דאיירי באופן
שהודה על כל השבועות יחד באופן שעוד
לא נשלמו התנאים של החומש הראשון
לפני שנתחייב על השבועות השני'.

והנה עי' בדף ק"ח ע"א דאמרינן גם שם
שהוא חייב כמה חומשין, וביארו תוס' שם
שבע"כ צ"ל דאיירי כשהודה רק בסוף.

לח) ביאור דברי רש"י שחומש הוא כפרת שבועה.

עיי' ברש"י בסוגיין שכתב שתשלומי
חומש הם לשם כפרת השבועה. וגם הר"ש

משאנן בפ"ו ממס' תרומות משנה א' נקט
שתשלומי חומש הם לשם כפרה (כן הבין
הקו"ש בפסחים אות קל"ג את שיטתו.
מיהו אולי יש לפקפק בזה עיי"ש בר"ש
ובהגהת מהר"י לנדא שם).

מיהו לקמן בדף ק"ד ע"ב אמרינן
להדיא שחומש דשבועת הפקדון הוא
ממונא, והוכיחה כן הגמ' מהא דאיצטריך
למיתני שם שאינו צריך להוליך את החומש
אחריו למדי וכמו שפירש"י שם, וכן
הוכיחה ממה שמשלמים חומשא דחומשא
(כשהוא כופר ונשבע שכבר שילם את
החומש), דחזינן מזה שכשהוא מכחיש
ונשבע שכבר שילם את החומש הרי זה
נקרא שכפר ממון. וכן הוכיחה שם ממה
שהיורשים משלמים את החומש כמו
שתניא בדף ק"ד שם, וא"כ לכאורה מבואר
דלא כרש"י כאן שכתב שחומש הוא כפרה
וכן דלא כהר"ש (וכן העיר הקו"ש בפסחים
שם).

מיהו י"ל דלעולם גם לפי דברי הגמרא
שם אכתי נשאר אמת שחומש הוא משום
כפרה, ואין כוונת הגמרא שם במה שאמרה
שחומשא הוא ממונא לאפוקי שאין כאן
הענין של כפרה, אלא כוונת הגמרא במה
שאמרה שחומשא הוא ממונא היא רק
להגדיר את טיב הכפרה, דכוונת הגמ' היא
לומר שצורת הכפרה אינה על ידי קיום
מעשה מצוה בעלמא של נתינה (דוגמת
צדקה שהיא חיוב מצוה אבל לא חיוב
ממון להעני), אלא צורת הכפרה היא על
ידי שחייבתו התורה בחיוב ממון גמור
להנגזל כדי שיתכפר, דהיינו שלעולם
התורה חייבתו בחיוב ממון גמור להנגזל,
רק שהטעם למה חייבתו התורה חיוב זה

הוא כדי שיתכפר על ידי זה, ומש"ה הרי הוא שפיר משלם חומשא דחומשא, דהא שפיר מיקרי שכפרו ממון כיון שלמעשה יש כאן חיוב ממון ממש, וכן מאחר שנתחייב בחיוב ממון מש"ה גם היורשים חייבים לשלם אע"פ שהם אינם מתכפרים, וכן א"ש הא דמועלת מחילה על חומש כמו שמבואר בהמשנה בדף ק"ג ע"א אע"פ שעל כפרה לא מהני מחילה כמש"כ תוס' בדף מ"ג ע"א בד"ה מאי וכו' לענין כופר, והיינו משום שי"ל שדברי תוס' שם אמורים רק לגבי הסוג של כפרה שהוא על דרך מעשה מצוה, בלי שיכלול בתוכו חיוב ממון ממש, וכמו שנבאר להלן את דבריהם, אבל בחומש הרי התורה חייבתו בחיוב ממון ממש וכהנ"ל (ולהלן נדון יותר באם הדין נותן שתועיל מחילה בכה"ג).

והנה הר"ש בתרומות שם הוכיח מהא דיכול למחול על חומש שבאמת מחילה מועלת על כפרה*). מיהו לפי דברינו הנ"ל אין ראי' מחומש לשאר כפרות, וכהנ"ל דשאני חומש שהוא ביסודו חיוב ממון להנגזל, מטעם כפרה.

ובאמת נראה שבעל כרחך צריכים לומר כדברינו הנ"ל שכוונת הגמרא בדף ק"ד אינה לומר שכל עיקר סיבת החומש היא משום ממונא, דהא סוף סוף את הסכום

של החומש מעולם לא גזל ממנו וא"כ מה היא הסיבה להך חיוב ממון, וא"כ בע"כ צ"ל כהנ"ל שלעולם סיבת החיוב היא כפרה, רק שכוונת הגמרא היא להוכיח שצורת הכפרה היא על ידי שחייבתו התורה בחיוב ממון גמור (ועיין עוד בדבריו של התורה חיים שם שכתב שכוונת הגמרא היא לאפוקי שאינו קנס, ולקמן באות שמ"ה סק"ב נתעכב על דבריו).

והנה מעתה יש לעיין יותר במה שכתבנו לחלק בין צורת הכפרה של כופר לצורת הכפרה של חומש, שהרי כתבנו שבכופר צורת הכפרה היא בדרך מעשה מצוה בעלמא ואילו בחומש התורה קבעה חיוב ממון ממש כדי שיתכפר, וכתבנו שלכן מחילה מועלת על חומש אבל לא על כופר, ומעתה יש לעיין בזה יותר, דהנה כבר צידד הברכת שמואל בסי' ל' סק"ד לומר שהכוונה של כופרא כפרה היא דלא כהנ"ל אלא הכוונה היא שהתורה קבעה באמת חיוב ממון גמור כדי שיתכפר (אבל לפי המ"ד שכופרא ממונא, הסיבה שחייבתו התורה לשלם אינה כדי שיתכפר אלא כדי שיקבלו היורשים את דמי ההיזק, רק שממילא הרי הוא מתכפר על ידי זה וכדכתיב כופר נפשו), ועל פי ההגדרה

לא סגי בדמים), ולא בזה שהוא נותנו להכהן, ומש"ה אין הכהן בעל דבר למחול להזר שלא יצטרך להפרישו.

ועיין גם בתוס' בכתובות דף ל' ע"ב בסד"ה זר וכו' שכתבו שלא מהני מחילת כהן לענין שלא יצטרך הישראל להפרישו, אבל לאחר שהפריש, אה"נ הכהן יכול למחול על הנתינה עי"ש.

(* והא דאין הכהן יכול למחול לזר שאכל תרומה, עי"ש שביאר דהיינו משום שחזינן שאין הזר יכול לפטור את עצמו ע"י תשלומי דמים אלא הרי הוא צריך לשלם דוקא דבר שראוי להיות קודש וא"כ מזה חזינן שאין הדבר תלוי בדעת הבעלים עכ"ד. ונראה שכוונתו היא לומר שבזר שאכל תרומה, הכפרה נפעלת על ידי זה שפירות התשלומין נעשים תרומה על ידי ההפרשה (ולכן

הנ"ל ביאר הברכ"ש שאע"פ שבעלמא הדין של קים לי בדרכה מיני' אינו פוטרתו מחיוב כפרה, אבל מכופרא כפרה הרי הוא שפיר נפטר כמש"כ הריב"א בתוס' לעיל בדף ד' ע"א, והיינו משום שצורת החיוב היא חיוב ממון להניזק, ולפי דרכנו הנ"ל יוצא שגם מחילה תועיל על כופר לפי הריב"א כמו שמועלת על חומש, דהא לפי הנ"ל יוצא שכופר וחומש הם גדר אחד, וא"כ צ"ל שמה שכתבו תוס' בדף מ"ג שמחילה אינה מועלת על כופר הרי זה רק לפי הר"י בדף ד' שם שחולק על הריב"א וסובר שלא שייך לומר קים לי' בדרכה מיני' לענין כופר משום שהוא בגדר כפרה וכמו שביאר בחי' הגרש"ש שם בסי' ב' את טעמו של הר"י (וכן הביא שאיתא בשט"מ בדף מ"ג ע"ב בד"ה בגופו של עבד וכו' בשם הר"ם), די"ל שהכוונה בזה היא שהר"י סובר שעצם צורת החיוב היא גדר של מעשה מצוה בעלמא של כפרה ולא תשלומי ממונא.

מיהו הברכת שמואל שם אזיל שלעולם גם הר"י מודה להריב"א בענין היסוד הנ"ל שהתורה חייבתו לשלם את הכופר בתורת חיוב ממון גמור, רק שבכל זאת ס"ל להר"י שלא שייך לומר בכופר קים לי' בדרכה מיני', והיינו מהטעם שכתב המהר"ם שם בדעת הר"י (ודלא כטעמו של הגרש"ש), וא"כ לפ"ז אכתי צריך ביאור למה על כופר לא מהני מחילה לפי המ"ד שסובר שכופרא הוא כפרה וכמש"כ תוס' בדף מ"ג שם ואילו על חומש שפיר מהני מחילה, דהא לפי הנ"ל יוצא שבין לפי הר"י ובין לפי הריב"א צורת הכפרה של כופר היא ממש כמו צורת הכפרה של

חומש, ומ"מ חזינן שעל כופר לא מהני מחילה ואילו על חומש שפיר מהני מחילה.

ובאמת מצד הסברא יש מקום גדול לומר שלא תועיל מחילה אפילו היכא שהכפרה היא על הדרך של חיוב ממון גמור, והיינו משום שאע"פ שהתורה חייבתו בחיוב ממון גמור, אבל בכל זאת אם ימחול הרי ישאר הגזלן בלי כפרה, והתורה הרי הזקיקה את הגזלן לשלם כדי להתכפר, וא"כ מסתברא לומר שמכיון שהחיוב ממון הוא אך ורק מצד התורה כדי שיתכפר ואינה בתולדה מזכותו של התובע, א"כ בודאי לא מהני מחילה (מיהו אם נאמר שמחילה מועלת משום שחשיב כאומר הרי זה כאילו התקבלתי א"כ שפיר יש סברא לומר שתועיל מחילה על תשלומי כפרה, דהא יש כאן באמת קבלת תשלומין באופן שלא נשאר הנמחל בגדר מחוסר כפרה. וראיתי בקובץ שיעורים בב"ב אות ב' שכתב את הדרך הזאת בביאור שיטת הר"ש משאנן שמחילה מועלת על כפרה, אלא שלפ"ז ה"ה שהיתה מחילה צריכה להועיל על כופר).

והנה לכאורה הי' אפשר לחלק בדרך אחרת בין כופר לחומש ולהסביר למה בכופר לא מהני מחילה ואילו בחומש שפיר מהני מחילה, והיינו שלעולם י"ל כמו שצידד הברכת שמואל שכופר הוא בסופו חיוב ממון רק שמ"מ לא מהני מחילה כיון שהסיבה היא כדי שיתכפר, והא דמהני מחילה על חומש הרי זה משום שכפרת חומש היא דוגמת הצד שכופרא ממונא, דהכוונה בזה היא

שלעולם סיבת החיוב אינה כדי שיתכפר אלא לעולם גם סיבת החיוב הוי חיוב ממון, רק שבדרך ממילא הרי הוא גם מתכפר על ידי זה, ומש"ה שפיר מהני מחילה, ומעתה לא קשה מה שהקשינו איך יש בכח התובע למחול ולשויו מחוסר כפרה, דזה קשה רק אם סיבת החיוב היא כדי שיתכפר, דאז יש להניח שהתורה מעכבת את התובע מלמחול, אבל אם סיבת החיוב אינה כדי שיתכפר, רק שממילא נוצר כאן כפרה ע"י התשלומין, א"כ בזה כבר יותר קל לומר ששפיר יש להתובע כח למחול (ולפי מה שאנו מצדדים עכשיו לומר שיסוד החיוב של חומש הוא חיוב ממון שלא מסיבת כפרה א"כ יש להוסיף שזוהי גם כוונת הגמ' בדף ק"ד במה שאמרה שחומשא הוא ממוןא ושמשום כך הרי הוא מתחייב בחומשא דחומשא וכן היורשים חייבים, די"ל שגם הדינים האלו תלויים הם בזה שגם עיקר סיבת החיוב הוא חיוב ממון, ויש לפלפל בזה).

מיהו באמת קשה מאד לומר כמו הדרך הנ"ל וכמו שהערתי כבר שלכאורה הדעת אינה סובלת שסיבת החיוב של חומש היא חיוב ממון דהא החומש אינו בגדר סכום שהפסיד אותו וא"כ בע"כ צ"ל שאפילו אם יש כאן חיוב ממון אבל מ"מ סיבת החיוב היא כדי שיתכפר.

ברם הקובץ שיעורים בפסחים שם כתב כהדרך הנ"ל בענין איך לחלק בין תרומה וכופר לחומש, דעיי"ש שכתב שבחומש גם עיקר הסיבה של התשלומין היא חיוב של ממון ואינה מסיבת כפרה, ומש"ה מהני מחילה, משום שעל ידי המחילה פקע

חיובו. ועיי"ש שהוסיף שגם לא נחשב מחוסר כפרה משום שלא אמרה התורה שיש צורך בכפרה אלא היכא שהוא חייב בממונא, אבל כשנתבטל חיובו אין צורך לפעולה של כפרה, ורק אם הוא עומד בחיובו ואינו משלם, רק אז הרי הוא נשאר מחוסר כפרה.

ועוד יש להעיר על הקו"ש שהרי רש"י כאן הזכיר שחומש הוא כפרה, והיינו משום שס"ל שרק משום כך שייך לומר שעולה לו בכפילו, והרי אם סיבת החיוב היא "ממונא" לא שייך לומר כן כי אינו בדין שהלה יפסיד את ממונו, וא"כ מוכח שסיבת החיוב אינה ממונא, ויש לדחות.

ועכ"פ לפי המבואר כאן צ"ע על דברי הר"ש בתרומות שהבאנו לעיל בסמוך בהערה שהוכיח מהא שמועיל מחילה על חומש שמחילה מהני על כפרה, כי אולי רק על כפרת חומש מועיל מחילה אבל לא על שאר תשלומי כפרה שכפרה היא סיבת החיוב. והקו"ש שם כתב את החילוק שהבאנו בשמו כדי לבאר את דעת תוס' בפסחים שם, דעיי"ש שכתבו שמחילה לא מהני על תשלומי תרומה משום שהם כפרה, ושלכן גם לא אמרינן שם קים ל"י בדרכה מיני, וקשה על דבריהם מאי שנא מחומש דהוי כפרה ומהני מחילה, ובע"כ צ"ל כהחילוק הנ"ל בגדרי הכפרה.

לח* חומשו עולה לו בכפילו.

הנה המהר"ם להלן בע"ב על תוס' ד"ה כפילא וכו' ביאר שהיכא שהחומש מגיע ליותר מהכפל, אז לפי רבי יעקב לא יהי

כפילו ולא ישלם לו כפל עכ"ל (וגם מבואר מיתר דבריו שם שה"ה שכשהחומש עולה יותר מהכפל הרי הוא נפטר מהכפל וכמו שהבאתי כבר), וא"כ אכתי אין ראי' שהחומש יפטור את הכפל לפי דרכו הנ"ל של רש"י.

דף ס"ה ע"ב

(טל) תד"ה אלמא וכו'.

וז"ל, תימה אמאי לא דחי כגון דמעיקרא שויא זוזא ולבסוף שויא ד', וכפילא זוזא כעין שגנב דלא כרב, וחומשא זוזא כשעת העמדה בדין כדאמר תברה או שתיי' משלם ד' עכ"ל. והנה בשט"מ ביאר שכוונתם היא להיכא שהחפץ הוא עדיין בעין, והא דהזכירו תוס' את הדין של תברה ושתיי' כוונתם היא דכי היכי שבתברה ושתיי' הרי הוא משלם כשוויותו בשעת התברה ושתיי', דהא עשה פעולה המחייבת על כל הסכום הזה, א"כ ה"ה שכשנשבע לשקר והזיקו בשבועתו, הרי הוא צריך לשלם חומש כדהשתא, דהיינו כשעת השבועה כמו בתברה ושתיי'. וכוונתם היא להיכא שכבר בשעת השבועה הרי הוא שוה ד', כן גראה ביאור כוונת תוס' לפי השט"מ. וז"ל השט"מ, דתוס' ר"ל טעמא דתברה ושתיי' דהתם הוי טעמא דברשות בעלים הוקר,

הרי י"ל שהחלק של החומש שהוא כנגד סכום הכפל עולה לו באמת בתוך הסכום הזה, דהא חומשו עולה לו בכפילו (ואפילו לפי רש"י י"ל כן כיון שבסוף יהי' ניכר כאן הסכום של חומש), ואז הרי הוא משלם את החלק הנשאר מהחומש.

פטור מהחומש. מיהו יש לעיין אם בכה"ג הרי הוא צריך לשלם כפל בנפרד מהחומש או האם אומרים שכפילו עולה לו בתוך החומש כמו שחומשו עולה לו בכפילו. ואפילו לפי רש"י בסוגיין יש לחקור כן, משום שאע"פ שרש"י בסוגיין סובר שלפי רבי יעקב בעינן בדוקא שהחומש יהי' ניכר לבדו, אבל מ"מ יתכן שרק בחומש ס"ל כן מטעם דהוי כפרה וכמש"כ רש"י שם, כלומר שצריכים שהדבר שמכפר יהי' ניכר בפני עצמו, אבל בכפל אכתי י"ל שגם רש"י מודה שלא בעינן שיהי' הכפל ניכר לבדו באופן ששפיר י"ל שבהציוור הנ"ל הכפל נכלל בתשלום החומש.

והנה לשונו של המהר"ם שם הוא שבכה"ג הרי הוא משלם את הכפל, וכן את החלק של החומש שהוא יותר מזה. ומבואר להדיא שאינו חייב לשלם את הכפל לחודי' נוסף על החומש*). וגם בשט"מ בע"ב בשם הראב"ד בד"ה אלא כי אמר רב מבואר שבכה"ג הרי הוא משלם את החומש ולא גם את הכפל בנפרד. מיהו מלשון הראב"ד שם משמע שכוונת רבי יעקב כאן אינה כמו שהבינו תוס' מרש"י שהוא משלם בתורת כפל ונפטר מהחומש, אלא כוונתו היא לומר שהוא משלם בתורת חומש ונפטר מכפל (וכמו שציידו תוס'), באופן שלהדיא אמרינן בגמרא שהחומש פוטרתו מכפל. וז"ל הראב"ד שם, אם יגיע חומשו לשיעור כפילו, יעלה לו במקום

(* והנה לכאורה אפשר לומר שטעמו הוא משום שיש לו ברירה לומר שהוא מתכוין שהסכום של כפל ישולם בתורת כפל וכדמשמע באמת מלשונו של המהר"ם שהסכום שהוא כנגד כפל הרי הוא משלם באמת בתורת כפל, ואז

והכא איירי כשהוא בעין, א"כ מחזיר כדהשתא עכ"ל.

מיהו העירוני שזה אינו, כי הדברים הנ"ל נכונים בציוור שבתחילה עשה גניבה בידים ושוב נתיקר ונשבע עליו שלא גנבו (דבשביל חומש לא בעינן שבועת הדיינים), אבל הכא הרי איירי בשומר שטען טענת גנב ונשבע, וא"כ שעת הכפירה והשבועה היא היא שעת תחילת הגניבה, ואם בשעת שבועה הוא שוה ד' הרי גם הכפל הוא ד' (אם לא שנדחוק שכשכפר ה' שוה זוז וכשנשבע הרי הוא שוה ד', וגוף הגניבה נשלמת עם הכפירה לחוד).

והראוני שבחי' רבינו מאיר שמחה על הש"ס כאן, וכן בחידושי רעק"א שנדפס מחדש, פירשו שכוונת השט"מ היא כהנ"ל ששעת השבועה היא היא שעת הגניבה, ואז ה' שוה זוז, רק שאחרי השבועה עלה לארבעה, ובשעת הודאה ה' שוה ד' והרי הוא חייב חומש על כל הד' כדחזינן מהא דתברי' ושתיי' משלם כדהשתא, אלא שתמה רבינו מאיר שמחה וז"ל, ותמוה טובא מאד הא בשעה שנשבע לא נשבע לשקר רק על זוז, וחומשא זוז בעי שלומי, ומאי איכפת לן שהשתא שווי ארבעה, הא על זה לא תבעו ולא נשבע על זה לשקר וכו' וצע"ג עכ"ל.

(והנה לכאורה ה' יכול לפרש דאיירי שבשעה שטט"ג ה' שוה זוז, רק שבשעת השבועה ה' שוה ד', ולכן שפיר משלם חומש כדהשתא בשעת השבועה, אבל את הכפל הרי הוא משלם כשעת הגניבה. וי"ל שלא פי' כן כי אזיל לשיטתו שהובאה לעיל באות י' סק"ב שלפני שנשבע לא נגמרה הגניבה כיון שעוד לא פטר את עצמו

מתשלומין (אבל אם ה' שפיר נקרא שנגמרה הגניבה מאז שטען שנגנב אז ה' שפיר אפשר לומר שהוא משלם כפל כאותה שעה, ולא ה' שייך להקשות דנעשה גנב על היוקר בזה שנשבע, כי אין זה וגונב מבית האיש וכמו שכתב הקצה"ח בסי' ל"ד סק"ג דאינו נעשה גנב על היוקר מצד שעה קנין חצר או הגבהה כי הוי גונב מן הגנב).

מיהו מלשונם של תוס' בתירוץ משמע קצת דאיירי באמת באופן שאינו בעין, ובאופן שהוא משלם את הקרן בתשלומי דמים. ועיין גם במהדורא בתרא, וכן בפ"י, שנקטו שכוונת תוס' היא לאוקמה באופן שבאמת תברה או שתיי'. ולפי ביאורם צ"ל כמו שהבאנו לעיל באות כ"ח מרש"י להלן כאן שתברה ושתיי' מהני רק לחייב קרן אבל לא לענין שישלם גם כפל על היוקר (משום שתברה ושתיי' לא מיקרי גניבה "מבית האיש" עיי"ש באריכות), וזה מוכח מדברי תוס' כאן דהא אל"כ איך נחתו לומר שישלם כפל כדמעיקרא הלא אפילו אם תשלומי הכפל של הגניבה הראשונה הם כשעת הגניבה אבל מ"מ הרי על ידי שתברה או שתיי' יש כאן מעשה גניבה חדש על כל היוקר, וא"כ למה אינו חייב כפל של ד', וא"כ בע"כ צ"ל שתברה או שתיי' לא חשיב מעשה גניבה אשר בכחה לחייב כפל.

מיהו באמת לפי ביאורם קושיית תוס' אינה מובנת כל כך, שהרי לפי דעת הקצה"ח בסי' ל"ד סק"ג התשלומין שהוא משלם על היוקר הם משום מזיק, וא"כ גם בציוור של תוס' אכתי לא משכחת שהחומש של גניבה יהי' בשוה להכפל, דהא נהי שהחומש הוא ג"כ זוז, אבל הלא רוב הזוז

הוא עבור החיוב של מזיק, ורק חלק קטן ממנו הוא עבור הקרן של גניבה, וא"כ אכתי אין החומש של גניבה שוה להכפל של גניבה.

וגם אם נאמר כהנתייה"מ שם שהחיוב של תברה ושתיי' הוא משום דהוי בגדר גזילה חדשה, אבל מ"מ גם לפי זה אין קושיית תוס' עולה שפיר, דהא נהי שעשה עוד מעשה גזילה ונתחייב בחיוב גזלן גם על הג' זוו הנוספים של יוקרא באופן שיש כאן חומש של זוו וכן כפל של זוו, אבל מ"מ הרי גם לפי הנתייה"מ יוצא שרק חלק מהחומש הוא משום הגניבה הראשונה שעלי' חייב כפל, ואילו רובו של החומש הוא עבור התברא ושתיי', וא"כ אכתי אין לנו ציור שהחומש שבא בשביל כפירת הגניבה הוא שוה להסכום של הכפל.

ועוד דלפי ביאורם של הפ"י והמהדורא בתרא לא אתי שפיר תירוצם של תוס' שתירצו שלא מסתבר שהכפל יהי' כעין שגנב והקרן כדהשתא, דלמה לא מסתבר לומר כן, הלא כמו שהכפל הוא זוו כעין שגנב כך הקרן שהוא משלם בתורת גנב עבור הגניבה הראשונה הרי הוא ג"כ זוו כעין שגנב, רק שבכל זאת הרי הוא משלם קרן כדהשתא משום שהוסיף לעשות עוד מעשה של מזיק או גזילה (ועל זה הרי ליכא כפל וכמו שביארנו). ועיי' בפ"י שביאר שכוונת תוס' היא רק לומר שלא מסתבר שהכפל יהי' כעין גנב לקולא, אבל אין כוונתם למצוא מדה של דוחק בההשואה שבין הקרן להכפל. מיהו אנן חזינן שתוס' לא כן כתבו, אלא כתבו שלא מסתבר לחלק בין כפל לקרן בדרך כזה, ואילו זה צ"ע וכהנ"ל (מיהו אם היינו

יכולים לפרש כהשט"מ שתוס' קאי על הציור של בעין, אז היתה עולה שפיר סברתם בתירוצם, דהא אז יוצא שהוא משיב את החפץ ששוה עכשיו ד' בתורת גנב, ומש"ה שפיר כתבו שלא מסתבר שהכפל יהי' כעין שגנב ואילו השבת החפץ יהי' כדהשתא, אלא שכבר כתבנו שמלשון תוס' משמע קצת שכוונתם היא להיכא שהוא אינו בעין).

ונראה שיש לפרש כוונת תוס' על פי הדרך שחידשנו לעיל באות כ"ח בדעת הרמב"ם דהיינו שבתברה ושתיי' חשיב הכל כמעשה גניבה אריכתא, דמה שגנבו בתחילה הרי הוא התחלת הגניבה ומה שתברה או שתיי' והפקיע את בעלותו של הנגנב הרי הוא הסוף של הך גניבה אריכתא, ולעולם הרי הוא מתחייב לשלם קרן של ד' בתורת גנב, משום שדינו של גנב הוא לשלם לחומרא כשעת גמר הגניבה, דלפ"ז אתי שפיר קושיית תוס' משום שיוצא באמת שכל הזוו שהוא משלם בתורת חומש הרי הוא חומש של קרן דגניבה, וס"ל לתוס' בקושייתם ששפיר יתכן לומר שאת הכפל הרי הוא משלם כשעת ההתחלה של הך גניבה אריכתא אע"פ שאת הקרן הרי הוא משלם כשעת גמר הגניבה, ועל זה תירצו תוס' שבלא פסוק למימר הכי לא מסתבר לומר מעצמינו שישלם כפל כשעת תחילת מעשה הגניבה וקרן כשעת סוף הגניבה.

(מ) כגון שנשבע וכו' ד' פעמים.

צ"ע דלפי שיטת רש"י בסוגיין שחומשו עולה לו בכפילו רק כשהוא בדיוק כסכום

הכפל א"כ היכא שנשבע ד' פעמים אמאי אמרינן שחומשו עולה לו בכפילו דמה לי בזה שעשה רק הודאה אחת הלא בכה"ג יש כאן ד' חומשין נפרדים על ד' שבועות וכל אחד מהם אינו כסכום הכפל, ואיך אנו רשאים לצרפן ולחשבם כסכום אחד של ארבעה. ועוד דגם בהודאה שלו הרי היא בגדר ד' הודאות נפרדות שעשאן בבת אחת. מיהו לפי הריב"א שמפרש שכל הקושיא היתה רק על הלשון של רבי יעקב, א"כ אולי שפיר מספיק בציור כזה כדי ליישב הלשון.

מא) טלה ונעשה איל.

ע' בגמ' דאמר רבי אילעא גנב טלה ונעשה איל וכו' נעשה שינוי בידו וקנאו, טבח ומכר שלו הוא טובח שלו הוא מוכר. ופירש"י וז"ל, אבל קרן וכפל משלם, קרן כי השתא וכפל כעין שגנב או כשעת העמדה בדין עכ"ל. וכתב המהר"ם שמה שכתב רש"י שקרן משלם כי השתא הרי זה בגלל הדין של רבה שתברה או שתיי משלם כדהשתא. ולכאורה יש לתמוה, דהא מה שיין לכאן הדין של רבה, הלא הכא כבר קנאו בשינוי קודם ששחטו, וא"כ מכיון ששלו הוא טובח אמאי מתחייב כי השתא, וכן הקשה השט"מ בד"ה נעשה וכו' בשם הרב ידידי' על רש"י, וכן הקשה הפ"י. ועוד הקשה הפ"י שגם בלא זה שקנה בשינוי אינו בדין

שיתחייב קרן כדהשתא והיינו משום דקי"ל ששבח שעל גבי גזילה הוא של הגזולין*. ותירץ הפ"י את הקושיא השני' הזאת שכוונת רש"י היא כדברי הרמב"ן במלחמות בפרק הגזול קמא שכתב שהשומן שנשבח מאליו שיין באמת להגזול, ורק בגיזות וולדות שהם דברים נפרדים לגמרי, רק בהם אמרינן שהם שייכים להגזולין, ולכן שפיר כתב רש"י שהוא משלם קרן כי השתא, אלא שאכתי קשה הקושיא הראשונה, דהא גם לפי הרמב"ן הלא היכא שנעשה שינוי הרי הוא משלם כשעת הגזילה, ורק היכא שלא נעשה שינוי, רק אז אמרינן שגם השבח חוזר להגזול. ועיי"ש במה שרצה הפ"י לדייק ממה שכתב רש"י "להא מילתא".

ועיי"ש בפ"י שהוסיף להקשות על רש"י מדברי הגמ' בדף צ"ו ע"ב דמשמע שם שבטלה ונעשה איל הרי הוא משלם קרן כשעת הגזילה וכמו בהציור הקודם שם של גזל פרה ונתעברה אצלו, והיינו משום שקנה בשינוי.

ועכ"פ יש ליישב שטעמו של רש"י אינו משום דינו של רבה, אלא רש"י סובר כדעת תוס' (על פי הגהת הגר"א) בדף צ"ה ע"א בד"ה ומשלם וכו' שהיכא שגזל פרה מעוברת ונשתנית ע"י שילדה אינו משלם כשעת הגזילה ממש, דהיינו שוויותו של עובר קטן (וכדעת הרא"ש שם), אלא הרי הוא משלם כשעה אחת

דלמה ישלם כדהשתא הלא השבח הוא של הגנב וא"כ שפיר משלם כעין שגנב, ובאמת כן הקשה הפ"י לקמן שם.

* ובאמת הקושיא הזאת קשה לא רק על רש"י אלא גם על רבי אילעא, שהרי רבי אילעא הקשה על רבי חנינא שאת"ל שטלה ונעשה איל אינו נחשב שינוי א"כ ישלם כדהשתא, והרי גם על זה קשה,

לפני שילדה, דהיינו כמו שהיתה שוה רגע אחד לפני השינוי, וא"כ לפ"ז יוצא שגם כאן הרי הוא צריך לשלם את הקרן כשויתו של טלה גדול רגע לפני שהוא מתהפך להיות נקרא איל כיון שכל השבח עד אז שייך להגזול וכדברי הרמב"ן שהביא הפ"י, וא"כ אולי י"ל בדוחק שזוהי כוונת רש"י במש"כ "כי השתא", והיינו שאין כוונתו במש"כ "כי השתא" לשעת הטביחה ממש אלא כוונתו היא רק שאינו משלם כשעת הגזילה ממש. ועכשיו הראני בני הב' אהרן נ"י שכדרך זה איתא בחידושי רבי מאיר שמחה להלן בדף צ"ה ע"א בד"ה ואולי וכו' בבאור דברי רש"י כאן.

מיהו גם על זה קשה מהגמ' בדף צ"ו ע"ב שמדמה טלה ונעשה איל לפרה ונתעברה דמשמע מזה שהוא משלם קרן כשעת הגזילה ממש כמו שם, ויש ליישב.

מא* אמר רבא שור בן יומו קרוי שור.

יש לעיין מה סובר רבי זירא. ועי' בזה בש"ך, וכן לקמן באות ס"ו סק"ב.

מב) טלה ונעשה איל.

הנה הסברא לומר כרבי חנינא שלא חשיב שינוי הרי זה משום שהשינוי בא מאליו כמו שמבואר ברש"י בד"ה וניקנינהו בשינוי השם, וכן איתא בשט"מ כאן בשם תלמידי הר"ש ז"ל. וסברא זו מבוארת גם ברש"י לקמן בדף ס"ו ע"א בד"ה שינוי קונה עיי"ש, וכן כתבו תוס' לקמן בדף ס"ח ע"א בד"ה מה וכו' אליבא דרבי אלעזר.

והנה הקצה"ח בסי' שנ"ד סק"ג הביא את דברי תוס' הנ"ל בדף ס"ח בשיטת רבי אלעזר וכתב שאין ההלכה כרבי אלעזר דהא תנן בדף צ"ו ע"ב שבהמה והזקינה משלם כשעת הגזילה, הרי ששינוי דממילא שפיר קונה. ושוב הביא את דברי רש"י בדף ס"ו והקשה עליו מההיא דבהמה והזקינה. וצ"ע למה לא הקשה כן בתורת קושיא גם על ר"א, ועוד למה לא הקשה כן על רבי חנינא שהוא אמורא. ועכ"פ עיין בחידושי הגר"ח על הרמב"ם על פ"ב מהל' גזילה הט"ו בד"ה והנה בב"ק דף צ"ו וכו' שהקשה את הקושיא הנ"ל מבהמה והזקינה על רבי חנינא, ותירץ שבאמת רבי חנינא סובר שגם בהמה והזקינה אינו שינוי מספיק גדול כדי לקנות, ואם הבעלים רוצים את הבהמה אין הגזלן יכול לסלקם בדמים, אלא הרי הוא חייב להחזיר לו את הבהמה ולהשלים בדמים את הכחש, רק שגם כשאין השינוי מספיק גדול כדי לקנות בו, אכתי אין הגזלן יכול לומר הרי שלך לפניך בע"כ של הבעלים, אלא רשאי הבעלים לדרוש תשלומי דמים (ובכ"ה"ג הברירה היא ביד הבעלים), וכוונת המשנה שם אינה שהגזלן קונה בכ"ה"ג בשינוי, אלא כוונת המשנה היא רק שאין הגזלן יכול לכופף את הבעלים לקבל את הבהמה אלא יש להבעלים הכח לכופו לשלם דמים כשעת הגזילה. וע"ע באות רנ"ד.

מיהו יש להקשות על כל הדרך הנ"ל שטעמו של רבי חנינא הוא משום ששינוי דממילא לא קני, דא"כ מאי פריך רבי זירא שניקנינהו בשינוי השם הלא גם בזה הדין נותן ששינוי דממילא לא יקנה. ובאמת, מדקדוק לשון רש"י משמע

כאן מדף ס"ו ע"א מסתבר יותר לומר שכוונתו כאן היא לכל שינוי דממילא.

מב* טלה ונעשה איל.

ע"י בגמ' דאמרינן שרב ששת סובר שהברייתא אזלה כבית שמאי שסובר ששינוי אינו קונה וכדאמרי גבי אתנן ששינוי אינו קונה ושאם נתן לה חטים ועשאן סולת הרי זה אסור וילפי כן מגם לרבות שינוייהן. ולכאורה צ"ע דלפי מה שמבואר בתוס' כאן בד"ה הן וכו' יש להקשות מנ"ל לבית שמאי לרבות שאפילו שינוי שאינו חוזר אינו מועיל הלא אולי מרבינן רק שינוי החוזר שזהו חידוש פחות גדול. ולכאורה מוכרחים לומר שלא שייך לומר באתנן שהריבוי בא רק לשינוי החוזר, אלא שזה תלוי בשני הצדדים שהבאנו להלן באות רצ"ב סק"ט בענין מה הוא החסרון בשינוי החוזר, דאם נאמר שהחסרון הוא משום שבמציאות אין זה נחשב שינוי מספיק גדול, א"כ גם באתנן שייך לומר שאינו מועיל אע"פ ששינוי שאינו חוזר שפיר מועיל, וקשה הקושיא הנ"ל שהקשינו דאולי בא הפסוק לרבות רק שינוי החוזר, אבל אם נאמר שלעולם מצד איכות השינוי הרי זה שפיר נחשב שינוי מספיק גדול, רק דמכיון שהוא חייב בהשבה הרי החיוב הזה מחייב אותו להחזירו לקדמותו, ולכן אפילו אם אינו מחזירו הדין נותן שאינו קונה כי רצון התורה הוא שיחזירנו ויקיים בו מצות השבה, א"כ לפ"ז אי אפשר לומר שבאתנן שינוי החוזר לא מהני אבל שינוי שאינו חוזר שפיר מהני, דהא באתנן לא קיים הענין של מצות השבה וא"כ אין סברא

שאינן כוונתו דוקא משום שקרה כאן שינוי דממילא, אלא כוונתו היא משום שהשינוי לא קרה בבת אחת, וזהו שכתב רש"י ש"ממילא קשבה ואזל, כלומר שאין רגע אחד שקרה מספיק ביחד כדי להחשב שינוי, רק שע"י הצטברות כל הרגעים יחד יוצא שאינו עכשיו כעין שגזל ושנשתנה מאז, ואילו אנחנו צריכים שישתנה בבת אחת שינוי מספיק גדול כדי להחשב שינוי, ולכן שפיר קמקשה רבי זירא דניקנינהו בשינוי השם דהא כל השינוי השם אירע בבת אחת דהיינו בהרגע שמתחילין לקרותו איל (מיהו אם נאמר ש"נעשה איל" הוא בשעה שהוא עובר שנתו הרי גם זה אירע בבת אחת).

מיהו יש לעיין בסברת הדבר, דבשלמא אם נאמר ששינוי הוא בגדר מעשה קנין א"כ שפיר י"ל דבעינן שכל השינוי יבוא בבת אחת, אבל אם נאמר כהדרך שנביא להלן באות מ"ה שבאמת פעולת השינוי היא רק לפוטרו מהחיוב של השבה מסיבת שאינו כעין שגזל, ואז הרי הוא קונה מכח הקנין גזילה שעשה בתחילה, א"כ גם כאן הרי לבסוף אינו כעין שגזל. מיהו י"ל דהיכא שנשתנה פורתא פורתא, א"כ אחרי שנשתנה קצת, מיקרי מעתה שהחפץ של עכשיו הוא החפץ שגזל, וממילא מעתה צריכים למדוד אם נשתנה מהמצב של עכשיו, וא"כ יוצא שאחרי כל פורתא ופורתא מיקרי עוד כעין שגזל.

וע"ע בדברינו בפרק הגוזל קמא באות רנ"ד סק"ב בד"ה ברם אולי וכו' שכתבנו עוד ביאור בדברי רש"י כאן.

אבל עכ"פ לפי דבריו שהבאתי לעיל

לחלק בין שינוי החוזר לשינוי שאינו חוזר, ומש"ה שפיר נוקטים בית שמאי שהפסוק בא גם בשביל שינוי שאינו חוזר.

מיהו מצד שני אם נאמר שהטעם לומר ששינוי החוזר אינו קונה הוא בגלל המצוה של השבה א"כ יש להקשות על דברי תוס' כאן, דעיין בדבריהם שביארו שצריכים שני פסוקים לומר ששינוי קונה כי צריכים פסוק אחד לשינוי שאינו חוזר ופסוק אחד בשביל שינוי החוזר ואם הי' כתוב רק פסוק אחד היינו מעמידים אותו רק בשינוי שאינו חוזר, ולפ"ז יוצא שאם הי' כתוב רק הפסוק של גזילה היינו אומרים שרק שינוי שאינו חוזר מועיל אבל שינוי החוזר אינו מועיל ולכן צריכים את הפסוק גבי אתנן כדי לומר שגם שינוי החוזר מועיל, ולכאורה אם נאמר שהסברא לומר ששינוי החוזר אינו מועיל היא בגלל המצוה של השבה א"כ למה צריכים קרא גבי אתנן כדי לומר ששינוי החוזר מועיל הלא גבי אתנן לא קיימת סברא לומר שאינו מועיל. ויש ליישב.

מב***) טלה ונעשה איל.

הנה מרש"י בדף ס"ו ע"א בד"ה שינוי קונה מבואר דס"ל ששינוי דממילא אינו קונה, וזהו כדבריו בדברי רבי חנינא שטלה ונעשה איל לא קני משום שממילא אשבח, אלא שצ"ע כי רבי אילעא סובר שטלה ונעשה איל שפיר קונה וא"כ יוצא דס"ל ששינוי דממילא שפיר קונה וא"כ למה סתם בדף ס"ו כרבי חנינא יותר מכרבי אילעא.

עוד קשה קושיית הר"ר ידידי' בשט"מ, והפ"י, על מה שכתב רש"י כאן בד"ה נעשה

שינוי בידו וכו' שבטלה ונעשה איל ושחטו הרי הוא משלם קרן כי השתא לפי אילעא, וכתב המהר"ם משום הדין שתברה ושתי"י משלם ד', ולכאורה אין זה מובן דהא כבר קנה בשינוי ע"י שנעשה איל ואיך שייך שישלם עבור שתברה או שתי"י.

והנה רש"י בפירושו לדברי רבי אילעא כתב שקנה "להא מילתא" שאם שחטו אינו חייב בדו"ה, וכן כתב בדף צ"ו ע"ב בד"ה נעשה שינוי בידו וכו' דעי"ש שכתב שקנאו לכך שאמרינן ששלו הוא טובח ומוכר. וראיתי בפ"י בסוגיין וכן להלן בדף צ"ו שם שכתב שכוונת רש"י היא שבאמת אינו קונה בשינוי לענין הכל אלא רק לענין שאינו חייב דו"ה, אבל לא ביאר הפ"י את סברת הדבר. ולכאורה י"ל שסברת הדבר היא שאע"פ שאינו קונה בשינוי כיון דהוי דהוי שינוי דממילא, אבל מ"מ הרי זה שפיר נקרא חפץ אחר, רק שבכל זאת אינו קונה כי בעינין שיעשה קנין בידים ולא שיקרה ממילא, אבל עכ"פ מכיון שאינו אותו חפץ כמו קודם אינו מתחייב בדו"ה כי לדו"ה בעינין שישחוט אותה בהמה שגנב דרק זה נקרא שנה ונשתרש בחטא.

ולפי הדרך הנ"ל צ"ל שכוונת רב ששת במה שאמר שהברייתא אתי כבית שמאי היא דלא חשיב בכלל בגדר חפץ אחר, וזהו כמשמעות תוס' בד"ה הא מני וכו' בדעת בית שמאי.

מיהו קשה בדף צ"ו ע"ב אמרינן שכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה אתי לאתויי טלה ונעשה איל וכרבי אילעא, הרי דחשיב שינוי גם לענין שאינו יכול לומר הרי שלך לפניך אלא משלם כשעת הגזילה.

מיהו י"ל הסבר אחר, והיינו שאע"פ

שאינו קונה בשינוי אבל גם אינו יכול לומר הרי שלך לפניך ולהכריחו לקבלו, וכדברי הרמב"ם בפ"ב מהל' גזילה הט"ו, ולכן בתברא ושתיי' הרי הוא משלם כדהשתא, ויש להוסיף שאפילו אם הנגזל רוצה את שלו אין בכה"ג מצות השבה, וא"כ י"ל שלכן אינו חייב דו"ה, כי י"ל ששנה ונשתרש בחטא הוא דוקא כששייך עוד לקיים מצות השבה.

מיהו יש להעיר על הנ"ל כי ביאר הגרי"ז בהל' גזילה שגם הרמב"ם קאמר רק אם הי' השינוי לגריעותא אבל אם הי' למעליותא הרי הוא שפיר יכול לומר לו הרי שלך לפניך, והכא הרי הוא למעליותא.

והנה המ"מ שם הקשה על הרמב"ם למה אינו קונה בשינוי וכתב משום שלא נשתנה שמו, וא"כ אכתי יתכן שהיכא שחשיב באמת חפץ אחר כי גם נשתנה שמו, רק שאינו קונה כי הי' ממילא אולי אפילו למעליותא אינו יכול להכריחו לקבל.

מיהו עי' במחנה אפרים על פ"ב מהל' גזילה הט"ו שכתב דלא כהמ"מ אלא שהגנב אינו קונה בשינוי בהציור הנ"ל של הרמב"ם כי כיון דהוי לגריעותא א"כ מן הסתם אינו רוצה לקנות, ואין הגנב קונה בשינוי בעל כרחו, ומעתה לדידי' הרי איירי הרמב"ם כששפיר חשיב חפץ אחר.

ועכ"פ צ"ע על הדרך הנ"ל (שבאמת לא קנאו רק שבכל זאת אין דו"ה) מלשון "וקנאו", וכן מלשון "שלו הוא טובח שלו הוא מוכר", וכן מלשון "ואי אמרת קניי' בשינוי", וכן מלשון "מר סבר שינוי קונה". ועוד צ"ע, דלפי הדרך הנ"ל שבאמת גם לפי רבי אילעא אינו בגדר שינוי, ואין זה החידוש של המשנה, א"כ מהו החידוש בזה

שכשהוא משלם דמים, דהיינו כשאיבתר ממילא או כשהבעלים רוצים מעות, שהוא משלם כשעת הגזילה.

מג) תד"ה הא מני בית שמאי היא.

וז"ל, האי שינויא ליתא לרבא דאית לי' בריש הגזול קמא דוקא לגבוה אסרי ב"ש משום דאמאיס עכ"ל.

והנה מדברי ב"ה מוכח שהם סוברים ששינוי קונה ולא אמרינן דאמאיס לגבוה. ולפי רב ששת גם בית שמאי היו מכשירים אילו היו סוברים ששינוי קונה, ולא היו פוסלים לגבוה משום דאמאיס, רק שהם סוברים ששינוי במקומו עומד ומיקרי אותו חפץ כמו קודם, ורבא סובר שבאמת גם בית שמאי סוברים ששינוי קונה, רק שהם סוברים שאמאיס לגבוה.

והנה הר"י בתוס' להלן בדף ס"ז ע"א בד"ה אמר עולא וכו' (וכן כתבו תוס' בקיצור בדף ס"ו ע"ב בד"ה שמע מינה) סובר שאם סוברים שיאוש קונה, והגנב קנה ביאוש, ושוב הקדיש את הבהמה, הרי היא כשרה לקרבן והרי היא עולה להגנב כי כבר קנה לפני שהקדיש, אבל אם יאוש אינו קונה, רק שהגנב הקדישה, וקנה ע"י יאוש ביחד עם שינוי השם או שינוי רשות, אז אע"פ שהקדישו הקדש הרי היא פסולה לקרבן, כי כדי להיות כשרה לקרבן צריכים שתהי' של הגזולן לפני שהקדיש, ואילו בהציור הנ"ל הרי הוא קונה רק ע"י ההקדש גופא.

ומעתה יוצא שלפי רבא דברי הר"י שם הם רק לפי בית הלל, שהרי בית שמאי סוברים שאמאיס לגבוה גם היכא שקנה

בשינוי לפני שהקדיש, שהרי אם שינה רק אחרי שהקדיש גם בית הלל היו סוברים שאמאס לגבוה, וכמו שמבואר בתוס' בדף ס"ז שם שגם קנין ע"י שינוי לא יעזור.

מג* (תוס' ד"ה הן ולא שינוייהן.)

ע"י בתוס' כאן שסוברים שרבה סובר ששינוי החוזר קונה מהתורה. והנה בדף צ"ג ע"ב תנן שהגוזל עצים ועשאן כלים משלם כשעת הגזילה משום שקנה בשינוי, ופרכינן למה לא סגי בזה ששיפן את העצים וכדתניא בהבביתא שהביאו שם שאם גזל עצים ושיפן אותם הרי הוא קונה בשינוי, וא"כ למה צריכים שימשיך ויעשה אותם לכלים, ותי' אביי שם שהמשנה איירי בגזול עצים שהם כבר משופין, וחיבר אותם ונעשו כלים, ואע"פ שזה שינוי החוזר לברייתו, שהרי אפשר לפרק את הכלי, אבל בכל זאת הרי הוא קונה מדרבנן משום תקנת השבים, ואילו רב אשי שם מפרש שהמשנה איירי כמו הבביתא, דהיינו בגזול עצים שאינם משופים ושיפה אותם, אשר דבר זה הוא בגדר שינוי שאינו חוזר שקונה מהתורה, רק שתני שעשאן כלים משום שאיירי שע"י השיפוי הרי הם נעשו כלי, דהיינו בוכני, שהוא כלי שאין בו בית קיבול אלא עשוי כדי לכתוש בו.

וע"י תוס' שם בד"ה עצים וכו' שכתבו שבעינן דוקא להא שגם נשתנה שמו להיות נקרא בוכני. ובאות ס"ג דננו באם כוונתם היא שכל שינוי מעשה צריך גם שינוי השם או האם רק שינוי מעשה גרוע צריך גם שינוי השם.

והנה בתוס' שם בד"ה הגוזל וכו' מבואר שהם סוברים שרב אשי סובר ששינוי החוזר אינו קונה ולכן כתבו שרבה אינו יכול לפרש את המשנה כרב אשי כי רב אשי סובר ששינוי החוזר אינו קונה כלל ואפילו מדרבנן, ואע"פ שיש לדון על זה אבל כן מבואר בדבריהם שם. מיהו גם לפי דבריהם צ"ל שמודה רב אשי שקונה מיהא מדרבנן במריש וכיוצא בו דהא הכי תנן גבי מריש (וכאמת כן כתבו תוס' בסוכה דף ל' ע"ב בד"ה וליקנייה בסוף דבריהם בנוגע לשינוי השם החוזר לברייתו דהיינו שקונה רק בכגון מריש (אבל הרי הם סוברים שם ששינוי מעשה החוזר קונה בכל מקום משום תקנת השבים).

והנה לכאורה אביי סובר ששינוי החוזר קונה מדרבנן אפילו אם לא נשתנה שמו, כי לפי אביי, י"ל שנקט התנא שעשאן כלים לא כדי להורות שנשתנה שמו, אלא רק כדי להורות דאיירי בגזול עצים משופים ושהשינוי הוא בזה שעשה אותם כלים אשר זהו שינוי החוזר, אבל לפי רב אשי שסובר דאיירי בגזול עצים ושיפה אותם, דהוי שינוי מעשה שאינו חוזר, א"כ למאי הלכתא נקט התנא שעשה מהם כלים אם לא כדי לאשמועינן שצריכים להא שגם נשתנה שמו.

דף ס"ו ע"א

מג* (רש"י ד"ה לימא תיהוי תיובתא דרב.)

וז"ל, דאמר לעיל כשעת העמדה בדין כשהזלה, וכ"ש כשהוקרה, דהתם אפילו

קרן מחייב לי' כי השתא, דהא כרבה ס"ל דאמר תברה או שתיי' משלם ד' עכ"ל. והנה בהשקפה הראשונה נראה שכוונת רש"י היא לפרש שתברה או שתיי' הוא ממש מעשה גניבה אשר בכחה לחייב כפל ודו"ה וכדברי הגר"ח בשיטת הרמב"ם שהבאנו לעיל באות כ"ח, וזהו שכתב שכ"ש שבהוקרה הרי הוא צריך לשלם כפל ודו"ה כשעת היוקר כיון שעשה על היוקר מעשה גניבה חדש של תברה ושתיי' והרי הוא משלם גם קרן כדהשתא.

מיהו אע"פ שכן הי' נראה בהשקפה ראשונה, אבל באמת א"א לפרש כן את כוונת רש"י, דהא לפי הביאור הנ"ל יוצא שרש"י מוסיף כאן עוד סיבה לשלם כפל ודו"ה של איל (דהיינו הדין של רבה), ואילו מהגמרא חזינן שהקשו רק מצד הדין של רב שגם הגניבה הראשונה מחייבת שישלם כשעת העמדה בדין, וא"כ אכתי לא הי' לו לרש"י לכתוב הוספה זו שהוא חייב מצד דינא דרבה דהא אין זה מוסיף כלום בנוגע להקושיא על רב.

ועוד שאם נאמר שלפי רבה הטביחה נקראת גניבה חדשה אשר בכחה לחייב גם כפל ודו"ה, א"כ למה לא הקשה הגמ' גם על רבה שישלם כפל ודו"ה של איל כיון שעשה מעשה גניבה וטביחה על איל.

ועוד דעיין באמת ברש"י לעיל בע"ב בדו"ה כעין שגנב שכתב שעל רבה לא קשה מידי משום שרבה קאמר רק לענין קרן, וא"כ להדיא חזינן שרש"י סובר שתברה ושתיי' אינו נקרא גניבה חדשה לענין כפל. ועוד דבע"כ א"א לומר שרש"י סובר שתברה ושתיי' חשיב מעשה גניבה חדש אשר בכחו לחייב כפל, והיינו משום שאם

הוא סובר כן איך הוא סובר לפי המסקנא של רבא שאם הוא משלם טלאים הרי הוא משלם כדמעיקרא משום שטלה גנב טלה משלם, הלא גם איל גנב, וא"כ למה לא יתחייב כפל ודו"ה של איל.

ולכאורה מוכח דס"ל לרש"י שאינו נחשב מעשה גניבה חדש אשר בכחו לחייב כפל, אלא כוונת רבה היא רק לחייבו בחיוב קרן של מזיק (או של גנב וגזלן) אבל לכפל בעינן וגונב מבית האישי. מיהו לפ"ז שוב אין מובן מה הוא הכ"ש שכתב רש"י, דמה בכך שיש סיבה לחייבו קרן כדהשתא, הלא החיוב הזה בא מחמת סיבה הנוגעת לקרן לחוד, ואיך זה גורם שנחייבנו גם על הגניבה שעשה מעיקרא סכום של כפל ודו"ה כדהשתא.

גם צ"ע דמה מוכיח רש"י מרבה, הלא רבה קאמר כשעת שבירה ואילו רב קאמר כשעת העמדה בדין (ועיין בשיטת הרא"ש שלפי רב את הדו"ה הרי הוא משלם כשעת טביחה, ואת הכפל הרי הוא משלם כשעת העמדה בדין ממש עיי"ש בב"ח באות ג').

מד) טלאים כדמעיקרא.

הנה יש כמה נקודות בענין זה שצריכים ביאור ובירור, ונבארם באריכות חדא חדא: א', מה היא הכוונה בהך סברא של אטו תורא גנבי מינך, דהיינו האם הכוונה היא שהשבח שייך ממש להגנב משום תקנת השבים ומש"ה אינו משלם על זה כפל ודו"ה, או האם אין זו הכוונה בהך סברא (עיין בזה לקמן בסק"א).

ב', מה הוא פירושה של הסברא הנ"ל לפי הצד שאין הכוונה לתקנת השבים (ע"י בזה בסק"ב).

ג', מה היא כוונת המפרשים שהזכירו סברא זו גם על היכא שנתכחשה (בנוגע למה שכתבו תוס' "או איפכא"), דהא לכאורה הך סברא שייכת רק היכא שנשתבחה (עיין בסק"ג).

ד', הנה חזינן שרב ששת סובר כרבי אילעא שסובר שטלה ונעשה איל נחשב שינוי, והרי הוא מתרץ שהברייתא אזלה כב"ש שסוברים ששינוי אינו קונה, ולדידי' צ"ל שהא דמשלם כפל ודו"ה כעין שגנב הרי זה כסברת רבי חנינא דאטו תורא גנבי מינך וכו'. מיהו חזינן שרבי אילעא לא קיבל סברא זו מרבי חנינא, וא"כ לכאורה הוא יצטרך לומר שהברייתא היא משבשתא (עי' בזה בסק"ד).

א. האם הכוונה באטו תורא גנבי מינך וכו' היא לתקנת השבים.

עיי' בתוס' שפירש הר"י שטלאים כדמעיקרא פירושו הוא שלענין טלה ונעשה איל או כחושה ונתפטמה או איפכא הרי הוא משלם כפל ודו"ה כדמעיקרא כמו הקרן, וטעמא דמילתא הוא משום דא"ל אטו תורא גנבי מינך וכו' עכת"ד. וכבר כתבנו שיש לעיין בענין מה הוא פירושה של הך סברא של אטו תורא גנבי מינך וכו', דהיינו האם הכוונה היא שהשבח שייך ממש להגנב משום תקנת השבים

ומש"ה הוא דאינו משלם על זה כפל ודו"ה, או האם הכוונה היא לסברא אחרת. והנה מדברי תוס' משמע שגם את הקרן הרי הוא משלם כדמעיקרא היכא שנתפטמה, ולא אמרינן שהוא משלם כי השתא מדין תברה ושתיי', וכן הביא הגר"א בסי' שנ"ד בסוף סק"ח בשמם, וביאר הפ"י דהיינו משום שקי"ל שהשבח שעל גבי הגזילה הוא של הגזולן משום תקנת השבים, וזהו כשיטת הרשב"א בדף צ"ד ע"א שסובר שגם על שבחא דממילא כגון נתפטמה מאל"י וטלה ונעשה איל תיקנו תקנת השבים, וכן הזכיר הרמב"ן במלחמות שם צד כזה שהוא של הגזולן, וכן סובר הסמ"ע בסי' שס"ב סקט"ז שהוא של הגזולן. ולפ"ז יוצא שתוס' סוברים שכוונת הסברא של אטו תורא גנבי מינך וכו', כלומר שמה שנשתבח הרי הוא באמת של הגנב כיון שלא גנב אותו מהבעלים, וכן מבואר מהפ"י שכוונתו היא לפרש שזוהי הכוונה של מאי דאמרינן אטו תורא גנבי מינך וכו' (*).

ועיין עוד בפ"י שהקשה על זה שאם השבח שייך להגנב א"כ איך שייך לחייבו בדו"ה אפילו כדמעיקרא, הלא הגנב והבעלים הם כשני שותפין באופן שאין כאן וטבחו כולו באיסורא (**), ותי' דכיון דהוי שלו רק מטעם תקנת השבים א"כ לא

(* מיהו הרמב"ן שם לא למד כן בכוונת הגמרא כאן וכמו שיתבאר להלן. והאמרי משה בסי' ל"ב סקכ"א כתב שדוחק לפרש כן את כוונת הגמרא. ועיין עוד בפני יהושע לעיל בדף ס"ה ע"ב על דברי רבי אילעא שהקשה שישלם כי השתא שביאר שרבי אילעא סובר שאין בכהאי גוונא שום תקנת השבים.

(** משא"כ אם השבח הוא של הבעלים, אז שפיר מיקרי וטבחו כולו באיסורא, ואע"פ שהוא חייב דו"ה רק על השיעור שהי' קיים מעיקרא, אבל בכל זאת אכתי מיקרי וטבחו כולו באיסורא כיון שכל הבהמה היא אצלו בגניבה והרי הוא טובח את כל הבהמה באיסורא, וכ"כ החזו"א על ב"ק בסי' ט"ז סק"ט בדו"ה ס"ה וכו'.

תיקנו שיהא כשותף לענין שיפטור מדו"ה (צ"ע דהא סוף סוף רבנן עשאוהו שותף, ובפשטות נראה שקנין דרבנן מועיל לדאורייתא). ועוד כתב שלפי הרמב"ם שסובר שהנגזל מצי לסלק את הגזולן מן השבח בזווי, א"כ בודאי י"ל שלא חשיב הגנב כשותף.

והנה לפי דברי הפ"י לפי הרמב"ם יוצא שאע"פ שאין הגנב נוטל את גוף השבח, אבל בכל זאת מכיון שהוא נוטל דמים, א"א לחייבו דו"ה על השבח. ולכאורה דבר זה צריך ביאור דהא בכה"ג השבח בעצמותו שייך להבעלים, ועל גוף השבח לא עשו תקנת השבים, וא"כ לכאורה שוב לא שייך הסברא של אטו תורא גנבי מינך וכו' לפי מה שפי' הפ"י שכוונת הסברא היא שהשבח שייך להגנב.

וצ"ל שכמו שתיקנו שהבעלים חייבים לשלם דמים עבור השבח ה"ה שנכלל בזה תקנה שאין הגנב משלם דו"ה על השבח. גם י"ל שלעולם השבח בעצמותו שייך הוא להגזולן ולכן אינו משלם על זה דו"ה, רק שבכל זאת חכמים נתנו להנגזל זכות לפדותו בדמים. איברא לכאורה זה אינו דהא לפ"ז לכאורה הדרה לדוכתה דצריך להחשב שותף (דהא לא אזיל עכשיו הפ"י עם תירוצו הראשון) וצ"ע. ועכ"פ לקמן נביא שהחזו"א הזכיר את הסברא הזאת בדעת הרמב"ם דהיינו שלעולם גוף השבח

שייך הוא להגזולן רק שהנגזל יכול לפדותו בדמים. וע"ע בפ"י לעיל בד"ה א"ל אלא וכו'.

מיהו האמרי משה בסי' ל"ב סקכ"א הראה שמדברי תוס' להלן מוכח שהדיא שהם סוברים שהשבח בכה"ג שייך הוא להבעלים ואין להגנב שום זכות בגוף השבח שהרי כתבו וז"ל, ואע"פ שעל שעת הטביחה בא דו"ה, מ"מ כמו כן שעת גניבה גרמה וכו' עכ"ל, ואם נאמר שהשבח שייך ממש להגנב א"כ מה קשה להו, הלא פשיטא שאינו מתחייב דו"ה עבור השבח אפילו אם היינו אומרים שרק שעת הטביחה גורמת את החיוב של דו"ה דהא סוף סוף השבח הוא שלו ולא שייך שיתחייב עליו, ומזה הוכיח האמרי משה שתוס' סוברים כדעת המלחמות בהגזול קמא שכתב להלכה שהשבח הוא באמת של הנגזל*), וסברת אטו תורא גנבי מינך אינה משום שהוא שלו מתקנת השבים.

ושוב הוצרך שם האמרי משה להסביר לפ"ז למה ס"ל לתוס' שהוא משלם קרן כדמעיקרא ואינו מתחייב כדהשתא משום הדין של רבה בתברא ושתיי, מאחר שהשבח שייך להבעלים, דעיי"ש בסקכ"ב שהסביר למה אין הגנב מתחייב משום גזילה חדשה, ובסקכ"ז ביאר למה אינו מתחייב משום מזיק. וגם הקובץ שיעורים באות כ"ב הקשה למה ס"ל תוס' שהוא

הובא כל החלק ההוא, ביחד עם השורה שהתעכב עלי' האמרי משה, כמעט מלה במלה בתור ביאור לפירש"י, וא"כ אולי גם בתוס' יש איזו השמטה וקאי באמת על פירש"י אשר לפ"ז אכתי לא תהי' מכאן ראי' לענין מה היא שיטת התוס' בזה.

(* מיהו אולי אכתי יכול להיות שהגנב גובה את דמי השבח מהנגזל (עי' לעיל בסמוך).

ודע שיש לפקפק על ראיית האמרי משה מתוס' משום שבאמת כל הקטע שלפני זה בתוס' אינו מובן לפי הסדר בתוס', דהא אין לזה שום קשר מצד הסברא לפירושו של הר"י, ובשט"מ

משלם בכה"ג קרן כדמעיקרא ולא כדהשתא, ונשאר קשה.

אולם בחידושי הגרש"ש בסי' ל"ו סוף סק"א ראיתי שפירש שמה שכתבו תוס' "כמו קרן" הרי זה הולך רק על מה שכתבו "או איפכא", דהיינו על ציור של נתכחשה, אבל בנתפטמה ישלם באמת קרן כדהשתא משום הדין של תברה ושתיי' ודלא כהבנת הגר"א והפ"י והאמרי משה והקובץ שיעורים בדברי תוס' (וגם החזו"א בסי' ז' סק"ג בד"ה אבל האי וכו' פי' כהגרש"ש, והוסיף ש"ל עוד דקאי גם על נתפטמה היכא שמתה מאל"י).

ועל כל פנים דעת הרא"ש בסוגיין היא שבהציוור של טלאים כדמעיקרא הרי הוא משלם קרן כי השתא בהשביחה מאל"י (היכא שטבח ומכר דהוי כתברה ושתיי'), וכן הביא הגר"א בביאורו שם, וכן הביא הפ"י כאן מרש"י לעיל בדף ס"ה ע"ב בד"ה נעשה שינוי בידו (וכן כתב רש"י בד"ה כעין שגנב), וזהו כדעת הרמב"ן שבכה"ג השבח שיין להנגזל וכמו שביאר הפ"י על דברי רש"י שם, ובהשביחה בידים מבואר בהרא"ש שם שהוא משלם רק כדמעיקרא משום הסברא של אנא פטימנא ואת שקלת כלומר שבכה"ג השבח שיין באמת להגזלן.

והנה מדברי החזו"א על סוגיין מבואר שגם הוא הבין שאין כוונת הסברא של תורא גנבי מינך וכו' לתקנת השבים, דעיין בחזו"א בסי' י"ז סק"ג שדן בדעות

הפוסקים בענין התקנת השבים הנ"ל וחקר באם התקנה היתה שגוף השבח יהי' של הגזלן או האם התקנה היתה רק שהגזלן יטול את דמי השבח מהנגזל, ועיי"ש בד"ה והדבר וכו' שהוכיח מסוגיין שאינו קונה את גוף השבח, משום שאם הוא קונה את גוף השבח א"כ מאי פריך רבי אילעא שישלם הגנב דו"ה גם על השבח (דהיינו הקושיא של לישלם כי השתא) הלא השבח שיין להגנב, וכן הקשה הפ"י, וא"כ מוכח מקושיית רבי אילעא שהגנב נוטל רק דמים. ומבואר מדברי החזו"א דס"ל שמאי דמתרצינן דאיכא טענת אטו תורא גנבי מינך הרי זו סברא אחרת ואין הכוונה דאיכא תקנת השבים שיטול באמת את גוף השבח. מיהו כבר כתבנו ש"ל שאע"פ שרבי אילעא לא אסיק אדעת' דאיכא תקנת השבים, אבל זהו באמת התירוץ של אטו תורא גנבי מינך, אלא שזה הי' נראה דוחק להחזו"א, וגם האמרי משה בסי' ל"ב סק"א הקשה את קושייתו של החזו"א וכתב שדוחק לומר שכוונת הגמרא בהתירוץ היא לתקנת השבים. ועוד הקשה החזו"א שם שאם נאמר שהגזלן נוטל את השבח ממש א"כ הרי הוא צריך להיות נחשב כשותף שפטור לגמרי מדו"ה, וא"כ בע"כ צ"ל שהוא נוטל רק דמים, וכבר הבאנו שגם הפ"י העיר הערה זאת*). ושוב צידד החזו"א שלעולם שפיר י"ל שהגזלן זוכה את גוף

מאל"י ושוב טבח ומכר דהא לפי דרכו הנ"ל י"ל ששפיר אינו משלם קרן כדהשתא כיון שהבעלים היו צריכים להחזיר לו את דמי השבח, וא"כ יוצא

(* והנה גם לפי דרכו של החזו"א כאן לכאורה הי' יכול החזו"א לפרש שלעולם מה שכתבו תוס' "כמו קרן" הרי זה קאי באמת על היכא שנשתבחה

השבח, רק שהקושיא של לישלם כי השתא בנוי" היא על ההנחה שלא עשו תקנת השבים אלא היכא שהוא מחזיר את גוף הגזילה בעינו, אבל לא היכא שהשחית אותה, ומש"ה הקשה רבי אילעא שישלם דו"ה כדהשתא ושפיר הוצרכו רבי חנינא לתרץ דאיכא סברא חדשה של אטו תורא גנבי מינך וכו'*) . מיהו בסוף סק"ז הוכיח החזו"א שגם כשאבדו בידים עשו תקנת השבים.

ועכ"פ מדברי החזו"א חזינן שלא ניחא לי' לפרש שכוונת הסברא של אטו תורא גנבי מינך וכו' היא לומר דאיכא תקנת השבים, אלא ס"ל שהכוונה היא לסברא אחרת.

וכן היא דרכו גם בביאור שיטת הרמב"ם, דעיי"ש בסק"ט שהביא את שיטת הרמב"ם שלא תיקנו ששבח דממילא יהי' של הגזלן כי אם לאחר יאוש אבל לא היכא שנשתבח לפני יאוש. וכתב החזו"א שהוכיח כן הרמב"ם מסוגיין, והיינו משום שאם איתא שהשבח הוא תמיד של הגזלן א"כ מאי פריך דלישלם כי השתא, ואמאי בעינן הסברא של אטו תורא גנבי מינך וכו' הלא פשיטא שאינו משלם כדהשתא כיון שהשבח הוא שלו, ואע"פ שתי' החזו"א לעיל שהתקנת השבים היתה רק שהוא נוטל דמים, אבל מ"מ בדעת הרמב"ם ביאר החזו"א שהוא סובר שגם לפ"ז אי אפשר לחייבו בדו"ה כדהשתא משום שלעולם

גוף השבח שייך להגנב רק שיש זכות להבעלים לפדותו בדמים, וא"כ קשה למה בעינן סברת אטו תורא גנבי מינך, ומזה הוכיח הרמב"ם שבע"כ צ"ל שלפני יאוש אין השבח שייך להגנב ושלא עשו בכה"ג תקנת השבים ושהסוגיא כאן איירי באופן שנשתבח לפני יאוש ומש"ה שפיר פריך שישלם כי השתא (רק שבכל זאת אם הוציא הגזלן הוצאות, אז מודה הרמב"ם שהשבח הוא להגזלן אפילו לפני יאוש משום תקנת השבים וכמו שפסק שם, והיינו משום שזוהי כוונת הגמרא בדף ס"ה ע"א במה שאמרה אנא פטימנא ואת שקלת) עכת"ד החזו"א.

ב. ביאורים אחרים בהסברא של אטו תורא גנבי מינך וכו'.

והנה לפי הדעות שכוונת הסברא של אטו תורא גנבי מינך וכו' אינה לתקנת השבים א"כ שוב צריכים לבאר מה היא הכוונה בהך סברא, ואמאי לא יתחייב כפל ודו"ה גם על השבח כיון שהוא שייך להבעלים. ונראה דהיינו משום שעל השבח לא עשה מעשה גניבה וממילא לא שייך שיתחייב עליו כפל ודו"ה (אע"פ שהקנין גניבה של קודם שפיר מתפשט על השבח), וכן ראיתי בתוס' רבינו פרץ לעיל בדף ס"ה ע"א שביאר כך את הסברא של אטו תורא גנבי מינך וכו', ולא מיבעיא לפי הקצה"ח שסובר שיסוד החיוב של תברה ושתיי' הוא

*כמו קרן" הרי זה קאי על הכחישה או על נתפטמה ומתה מאליו, דהא בנתפטמה וטו"מ הרי הוא משלם באמת קרן כדהשתא כיון שאין בכה"ג שום תקנת השבים.

שלא הי' צריך החזו"א לדחוק (בסי' ד' סק"ג) שקאי על הוכחה או על נתפטמה ומתה מאליו, ויש ליישב.

(* לפ"ז שפיר הוצרך לפרש שמה שכתבו תוס'

פיטום דממילא ומתי מיקרי פיטום בידים, וכן הארכנו שם בענין מה היא הך סברא של אנא פטימנא ואת שקלת.

ג. האם היכא שנתכחשה שייך לומר שחייב כשעת הגניבה משום ששמינה גנב מיני'.

והנה לפי הדרכים הנ"ל שכתבנו בביאור הסברא של אטו תורא גנבי מינך, יוצא שלא שייך לומר כן אלא היכא שנתפטמה אבל לא שייך לומר סברא זו היכא שנתכחשה, דהיינו שישלם כפל ודו"ה כעין שגנב מפני ששמינה גנב ולא כחושה, דהא סוף סוף לא טבח אלא כחושה. מיהו ממה שכתבו תוס' בדבריהם הנ"ל "או איפכא" משמע שגם על נתכחשה ס"ל הך סברא. וכן כתב המהרש"א לעיל בדף ס"ה ע"א על תדו"ה מה לי וכו', שאפילו לפי הסברא האחרונה שכתבו תוס' שם אשר לפי אותה סברא לא שייך בהכחישה מאל' הסברא של מה לי קטלה כולה ומה לי קטלה פלגא, אבל מ"מ גם לפ"ז בהכחישה מאל' ישלם כפל ודו"ה כדמעיקרא לפי מסקנת הסוגיא, והיינו משום הסברא של אטו תורא גנבי מינך וכו' משום שגם בהציור הנ"ל אמרינן דאטו כחושה גנב מיני' הלא שמינה גנב מיני' (ועיין בביאור הגר"א בסי' שנ"ד סק"ח שהביא את דברי המהרש"א). וכן איתא בשט"מ לעיל שם בשם תלמיד הרב פרץ בביאור פירושם הראשון של תוס' שם דהיינו שכוונתם

משום מזיק, א"כ בודאי שאין כאן שום מעשה גניבה על השבח, אלא אפילו לפי הנתיה"מ שסובר שתברה ושתי' חשיב מעשה גזילה על ידי שעשה שינוי והפקיע את בעלותו*), אבל מ"מ גם לפי זה הרי כבר ביארנו שי"ל שהחיוב של כפל נאמר רק על גניבה שהיא מבית האיש, כלומר ע"י הוצאה מרשות הבעלים, אבל לא נאמר חיוב כפל על הפקעת בעלות, וא"כ שפיר יוצא שאינו חייב כפל ודו"ה על זה שטבח ומכר את השבח (אפי' אם מיקרי בצינעא). מיהו לפי הרמב"ם שסובר לענין נתייקרה שתברה ושתי' נחשב באמת גניבה חדשה על היוקר גם לענין להתחייב כפל וכמו שביאר הגר"ח את שיטתו וכמו שהארכנו בכל זה לעיל באות כ"ח, א"כ אכתי צ"ע משום שלפ"ז גם בנתפטמה מאל' למה לא יתחייב כפל ודו"ה על השבח ומה היא הסברא של אטו תורא גנבי מינך, וכן הקשה בחי' הגרש"ש בסי' ל"ו סק"ב על הרמב"ם, ועיין בהדרך שלו שם בביאור דעת הרמב"ם, וכן בדברי האמרי משה בסי' ל"ב סקי"א ולהלן שם.

ובשט"מ בשם הראב"ד ראיתי פירוש אחר בנוגע להך סברא של אטו תורא גנבי מינך, והיינו דמכיון שהציור של טלה ונעשה איל איירי מן הסתם כשהאכיל הגנב את הטלה ממעותיו, א"כ כוונת הגמרא היא ששייכת כאן הסברא של אנא פטימנא ואת שקלת, ולא מיקרי בכלל שנתפטמה מאל', ועיין עוד בזה לעיל באות כ"ט דשם הארכנו בענין גדר הדברים מתי מיקרי

אבל לא היכא שרק עשה שינוי. ובחי' הגר"ח של הש"ס על דף ס"ה הגדיר כוונתו שעשה דרך איבוד.

* וכ"כ הרא"ש בפרק הגזול קמא בסי' ג', אבל התנה דחשיב גזילה חדשה רק כשאיבדו מן העולם

היא לומר שהוא משלם כעין שגנב משום דאטו כחושה גנב מיני' וכו' (בתמי') הלא שמינה גנב מיני'. מיהו לכאורה דבר זה אינו מובן וכהנ"ל דמה לי בזה שגנב שמינה הלא את הטביחה ומכירה עשה בכחושה וא"כ איך שייך לחייבו על זה דו"ה כשיעור שמינה (ועיין בפ"י כאן שהוא חולק באמת על דברי המהרש"א הנ"ל ופירש שלפי דרכם האחרון של תוס' שם צ"ל שכוונתם במה שכתבו במסקנת הסוגיא "או איפכא" הרי היא דוקא להיכא שהכחישה בידיים אשר בכה"ג שייך לומר את הסברא של מה לי קטלה כולה וכו').

מיהו אולי שפיר יש להמציא דרך אשר לפי הדרך ההיא גם בשמינה ונתכחשה שייכת הסברא הנ"ל, והיינו ד"ל שהחויב של דו"ה היכא שטו"מ אינו עבור גוף הטביחה והמכירה, אלא כוונת התורה היא שהיכא שטו"מ הרי הוא צריך לשלם דו"ה עבור גניבת הבהמה, דלפ"ז אולי שפיר י"ל שגם בשמינה ונתכחשה מאל"י הרי הוא משלם דו"ה כשעת הגניבה והיינו משום שאע"פ שטבח כחושה אבל הלא החיוב של דו"ה הוא עבור הגניבה והרי שמינה גנב מיני'. שו"ר שהקו"ש באות כ"ג הזכיר את הביאור הזה בתוס' בקיצור נמרץ. מיהו לכאורה גם על זה צ"ע, דהא סוף סוף התנאי של טביחה וה"שנה בחטא" לא נתקיים בכל גופה של השמינה, וא"כ איך שייך לומר שישלם עבור גניבת השמינה סכום של דו"ה. וע"ע במש"כ הקו"ש בזה באות ע"ז.

ועכ"פ הא מיהא נראה שאין להקשות על הביאור הנ"ל שגם בהזלה ישלם דו"ה

כשעת הגניבה כיון שהדו"ה הם עבור הגניבה בתנאי שישחוט ואמאי אמרינן שדמים הם כדהשתא, דזה לא קשה מידי, דהא גם כשהוא משלם כשעת הזול הרי הוא משלם עבור כל אותו החפץ שגנב ((רק שעכשיו הרי הוא עולה בזול), וא"כ שפיר אפשר לקרות לתשלומין אלו בשם של תשלומין עבור מעשה הגניבה כיון שבשעת הזול הרי התשלומין האלו משתלמים עבור כל החפץ שגנב וכהנ"ל, אבל היכא שהוכחשה הרי אם נאמר שישלם דו"ה של כחושה הרי יוצא שאינו משלם דו"ה על כל אותו החפץ שגנב ומש"ה בכה"ג יש יותר סברא לומר שישלם כעין שגנב כיון שהחויב של דו"ה הוא על מעשה הגניבה.

ד. סברת רבי אילעא.

הנה בסוגיין מבוארת דעת רבי חנינא דהיכא שנשתבחה הבהמה (באופן שלא קנה בשינוי) ושוב שחט הגנב את הבהמה הרי הוא משלם דו"ה כשעת הגניבה משום הסברא של אטו תורא גנבי מינך וכו', גם מבואר בגמ' שרבי אילעא לית לי' הך סברא וכמו שאמר רחמנא ניצלן מהאי דעתא, ובפ"י מבואר שאין כוונת ר"א לומר שרחמנא ניצלן מהא דסבירא לך דלא הוי בגדר שינוי, אבל אם באמת לא הי' בגדר שינוי הי' מודה להסברא של אטו תורא גנבי מינך, אלא כוונתו היא לומר שרחמנא ניצלן מהא דסבירא לך ששייך לומר אטו תורא גנבי מינך וכו'.

והנה לכאורה נראה שרבי אילעא סובר שהברייתא שהביא ר"ח משבשתא היא, ואינו סובר כרב ששת שב"ש היא, והיינו

או משום דס"ל שגם לפי ב"ש שינוי קונה, ורק באתנן לא מהני כי אימאס לגבוה, א"נ ס"ל שגם לפי ב"ש הדין נותן שישלם כדהשתא כי לית ל"י הסברא של אטו תורא גנבי מינך.

מיהו גם י"ל שלעולם ס"ל כרב זירא שהברייתא היא דברי בית שמאי, והא דמשלם כשעת הגניבה הרי זה כי משום הסברא של אטו תורא גנבי מינך וכו', אלא שהוא סובר שרק לפי ב"ש, היכא דהוי בגדר שינוי גמור, רק שאינו קונה, רק אז אמרינן את הסברא של אטו תורא גנבי מינך וכו', אבל לפי ב"ה, היכא שנשתבחה באופן שאינו נחשב בגדר שינוי, חולק רבי אילעא על סברא זו וסובר שמשלם כשעת העמידה הדין, ודלא כרבי חנינא שסובר שגם לפי בית הלל משלם כעין שגנב, וכדרך זה האחרון ביאר השט"מ שם בד"ה הא וכו' בשם תלמיד הר"פ, וכן כתב הפ"י (והנה מדברי השט"מ והפ"י יוצא שרבי חנינא סובר שאינו במציאות על מדריגת שינוי, כי לא מיקרי שנשתנה מספיק, וכדרך שכתבנו באות מ"ב שכל פעם השתנה מעט עיי"ש, אבל אם סברת רבי חנינא היא משום דהוי שינוי דממילא, כלומר דשפיר חשיב שנשתנה מספיק כדי להחשב שינוי, רק שאינו קונה כי קרה מאליו, א"כ שוב אין מקום לחלק בין שינוי גמור לפי בית שמאי לבין טלה ונעשה איל לפי בית הלל).

מיהו צריך ביאור למה סובר רבי אילעא שהסברא של תורא גנבי מינך שייכת רק באופן שעשה דבר שהוא על מדריגת שינוי גמור, ומה הן סברות המחלוקת שבינו לבין רבי חנינא בזה.

ונראה שיסוד המחלוקת הוא בענין מה היא כל עיקר מהותה של הסברא הנ"ל, והיינו שרבי חנינא סובר שהסברא היא משום שהשבח שייך להגנב משום תקנת השבים, ולכן הרי הוא מעמיד את הסברא גם על ציורים שאינם על מדריגת שינוי דהא סוף סוף גם שם השבח שייך להגנב וא"א לחייבו על זה דו"ה, אבל רבי אילעא סובר שכוונת הך סברא אינה לתקנת השבים אלא הכוונה היא להדרך שכתבנו שעל השבח לא עשה מעשה גניבה דמש"ה אינו משלם כפל ודו"ה על זה, ולכן סובר רבי אילעא שסברא זו שייכת רק כשאירע דבר שהוא על מדריגת שינוי משום דאז שפיר אמרינן שעל החפץ החדש שלפנינו לא אירע מעשה גניבה, אבל כשאין כאן מדריגת שינוי, וכגון שנתפטמה, א"כ אכתי י"ל ששפיר מיקרי שהמעשה גניבה אירע על כל הבהמה שעומדת לפנינו משום שי"ל שהשומן שנשתבח מיקרי בטל ליתר הבהמה, ולכן בכה"ג סובר רבי אילעא שהוא משלם דו"ה כדהשתא, וכן ס"ל גם בנוגע לטלה ונעשה איל אילו לא הי' נחשב בכלל בגדר שינוי וכמו שסובר רבי חנינא*).

* צ"ע דהא מלבד ממה שסוברים בית שמאי ששינוי אינו קונה הרי גם סוברים שהוא מיקרי אותו חפץ כמו קודם, דהא כן מוכח ממה שהם סוברים גבי אתנן שגם לאחר שינוי הרי הוא נשאר אסור לגבוה, וא"כ יוצא שלפי בית שמאי גם

כשהוא עושה שינוי גמור הרי זה כאילו לא קרה שום שינוי כלל, והרי זה כמו לבית הלל היכא שאינו על מדריגת שינוי, וא"כ לכאורה שוב אין שום מקום להחילוק הנ"ל. מיהו אולי גם לפי בית שמאי הרי הוא נחשב חפץ אחר, רק שבכל זאת

גם י"ל שרבי חנינא סובר כהדרך שעל השבח לא עשה מעשה גניבה אלא שהוא סובר כן אפילו אם לא הוי שינוי. ולהלן בסק"ה נבאר את דרכו של רבי אילעא גם לפי הדרך של תקנת השבים.

ה. שיטת הרי"ף.

והנה שיטת הרי"ף בסוגיין היא דקי"ל כרבי אילעא דטלה ונעשה איל הוי שינוי. והוכיח כן הרי"ף מלקמן בפרק הגוזל דמוקמינן לסתם משנה כוותי'. ומבואר בדברי הרי"ף דהא דאמרינן בסוגיין שטלאים כדמעיקרא, הטעם לזה הוא משום שכבר קנאו בשינוי וכדברי רבי אילעא, אבל היכא שלא קנאו בשינוי כגון היכא שנתפטמה הרי הוא משלם כדהשתא, ודלא כרבי חנינא שאמר בכה"ג את הסברא של אטו תורא גנבי מינך.

וראיתי בחזו"א בסי' ז' סק"ג בד"ה ס"ו א' טלאים וכו' שהעיר על דעת הרי"ף שנהי שמוכח לקמן בפרק הגוזל שההלכה היא כרבי אילעא בזה שהוא סובר שטלה ונעשה איל חשיב שינוי גמור, אבל בכל זאת מה היא הראי' שצריכים לפסוק כרבי אילעא גם בנוגע למה שהוא סובר שהיכא שאין כאן שינוי גמור לא אמרינן את הסברא של אטו תורא גנבי מינך וכו', ושלא נאמרה סברא זאת אלא אליבא דבית שמאי כשאירע דבר שהוא על מדריגת שינוי גמור, דמה היא הראיה שלא לפסוק

כרבי חנינא שאומרים סברת אטו תורא גנבי מינך וכו' גם כשאינו על מדריגת שינוי גמור (והנה אולי י"ל בדוחק שגם רבי חנינא לא הי' אומר הך סברא בלי להסתייע מהברייתא של טלה ונעשה איל, והרי לפי רבי אילעא אין ראי' מהברייתא, דהא לפי רבי אילעא טלה ונעשה איל הרי הוא שינוי גמור באופן שצ"ל שהברייתא איירי אליבא דב"ש, וא"כ אין ראי' להיכא שאינו על מדריגת שינוי וכגון בנתפטמה, ודוחק*)).

מיהו לפי מה שביארנו שלפי רבי חנינא כוונת הסברא של אטו תורא גנבי מינך וכו' היא שתיקנו תקנת השבים בנוגע לשבחא דממילא שיהא של הגזולן א"כ י"ל שהכרחו של הרי"ף לפסוק בזה כמו רבי אילעא הוא משום שהוא פוסק להלכה שבנתפטמה מאלו לא עשו תקנת השבים, ולכן לא שייך לפסוק כדרכו של רבי חנינא בסברת אטו תורא גנבי מינך וכו', אלא הרי הוא מוכרח לפסוק ששייכת הך סברא רק היכא שאירע שינוי גמור ואליבא דבית שמאי (והפסק של הרי"ף בזה הוא כפשטות לשונו של ר"ש בן אלעזר לקמן בדף צ"ד ע"א שרק כשהשביח הגנב בידים עשו תקנת השבים, ודלא כהרשב"א שם שכתב שכונת ר"ש בן אלעזר היא גם לנתפטמה מאלו [וכן צידד הרמב"ן במלחמות שם]).

והנה מה שכתבתי שהרי"ף פוסק שבנתפטמה מאלו לא עשו תקנת השבח, כן

חפץ אחר ורק ב"ה שסוברים ששינוי קונה הרי הם סוברים שזה נחשב חפץ אחר. ועי' בלשון רש"י שם.

(* ועיין שם ביתר דברי החזון איש במה שכתב לבאר עוד.

הרי הם מרבים גבי אתנן מגם לרבות שינוייהם שהוא אסור. ועוד נאריך בסברת בית שמאי לקמן באות מ"ז.

ועכ"פ מתוס' כאן בד"ה הא מני וכו' יוצא שסברת בית שמאי היא שאע"פ שנשתנה אינו נחשב

מבואר ממה שהביא להלכה שבכחושה והשמינה משלם כפל ודו"ה כעין שגנב משום הסברא של אנא פטימנא ואת שקלת, וזהו כוונת הרא"ש בסי' ב' במה שכתב שהרי"ף פוסק שרק בהשמינה השבח שייך להגנב ולא בנתפטמה מאל"י (וזהו דלא כהגהות חו"י על הרי"ף שכתב שלא דוקא כתב הרי"ף אלא ה"ה לנתפטמה מאל"י). מיהו הרא"ש לא כתב כדברינו כאן שהרי"ף פוסק כן על סמך ר"ש בן אלעזר בדף צ"ד אלא כתב שהרי"ף פוסק כן משום שהוא פוסק כרבי אילעא שטלה ונעשה איל הוא שינוי ומש"ה פסק כוותי' שאין אומרים את הסברא של אטו תורא גנבי מינך שפירושו הוא שיש תקנת השבים שהשבח הוא של הגזול, והרי על זה נשאר קושיית החזו"א שאין קשר בין הדברים כי אע"פ שהוא פוסק כרבי אילעא שטלה ונעשה איל הוא בגדר שינוי על סמך המשנה בהגוזל, אבל אין הכרח לפסוק כוותי' שלא אמרין את הסברא של אטו תורא גנבי מינך.

מה) הגדר של שינוי קונה. א. דרכו של הקו"ש.

עיי' בסוגיית הגמ' דיליף רבה ששינוי קונה מהא דכתיב והשיב את הגזילה אשר גזל אם כעין שגזל יחזיר ואם לאו דמים בעלמא בעי שלומי. והקשה הקובץ שיעורים באות י"ד דנהי שחזינן שהיכא

ששינה הרי הוא פטור ממצות השבה, אבל מנ"ל שהוא גם קונה את גוף החפץ ושאין הבעלים רשאים לבוא ולקחת את שלהם*). ותירץ שבאמת מה שהגזול עושה מעשה קנין בשעת הגזילה הרי זה נחשב קנין לא רק לענין להתחייב באונסין, אלא יש כאן כבר עכשיו חלות קנין על בעלות גמורה, רק שהחיוב של השבה מפקיע את הקנין בכל רגע, אבל עכ"פ גם עכשיו יש כאן חלות קנין על הזמן לאחר שיפטר מהשבה, וא"כ מכיון שלאחר השינוי הרי הוא נפטר מהמצוה של השבה, א"כ מההיא שעתא הרי החפץ נשאר שלו בדרך ממילא מכח המעשה קנין שעשה בתחילת הגזילה, ואין להקשות שיהי' כאן חסרון של כלתה קנינא כמו במשוך פרה זו ותקנה לאחר ל' דלא מהני היכא שבסוף שלשים הפרה עומדת ברה"ר ולא בחצירו ואילו הכא שינוי קונה אפילו אם הגזילה מונחת ברה"ר, דשאני התם שחלות הקנין היא לאחר זמן אבל כאן הקנין חל כבר עכשיו על הזמן של לאחר השינוי וכהנ"ל, ובזה אין חסרון של כלתה כמו שאין חסרון של כלתה בציוור של גופו מהיום ופירי לאחר זמן [והיינו משום שגם שם הכוונה היא שיש קנין פירות עכשיו על לאחר זמן וכמו שביאר הקו"ש בב"ב אות תס"ב. וביותר נראה שכוונתו שם היא שגם בגופו מהיום ופירי לאחר זמן הכוונה היא שכל השדה נשארת

דהא גופא קשיא, דמנ"ל לדרוש שהוא חייב מעתה בתשלומי דמים, אולי כוונת הפסוק היא רק לפוטרו מהחיוב של השבה, אבל עדיין החפץ שייך להבעלים, והרי הם יכולים לקחתו, אשר לפ"ז באמת הגזול אינו חייב לשלם דמים. ויש ליישב.

* והנה ראיתי בנתיח"מ בסי' שנ"א סק"א שכנראה נתעורר על זה, וכתב שמכיון שדרשינן ואם לאו דמים בעלמא בעי שלומי, א"כ מאחר שהוא חייב מעתה בתשלומי דמים בע"כ רואים מזה שהוא קונה עכ"ד. מיהו לא הבנתי דבריו,

של הראשון לענין היום ושל השני לענין לאחר זמן, ולא רק הפירות[*].

ב. דברי רב בסנהדרין דף ע"ב.

והנה הקובץ שיעורים שם הסתמך על דברי רב בסנהדרין דף ע"ב ע"א שסובר שהיכא שהגזלן נתחייב מיתה בשעת הגזילה הרי הוא קונה את החפץ הגזול גם כשהוא בעין ולא נשתנה, ובע"כ חזינן שמכיון שהוא פטור ממצות השבה משום הדין של קים לי' בדרכה מיני' הרי הוא קונה בדרך ממילא מצד הקנין גזילה משום שיש מכח הקנין גזילה לפעול בעלות גמורה. וכתב שם הקו"ש שגם החולקים על רב שם הרי הם חולקים רק משום שהם סוברים שקלב"מ אינו פטור ממצות השבה, אבל לעולם גם הם מודים לעצם היסוד שהיכא שהוא פטור ממצות השבה הרי הוא קונה מכח הקנין גזילה שעשה בתחילה וכביאורו הנ"ל בהדין של שינוי קונה. מיהו עיין בקצה"ח ובנתיחה"מ בסי' שנ"א שכתבו שניהם שבאמת קלב"מ שפיר פוטרו מהחייב השבה גם לפי החולקים על רב דקו"ל כוותיהו, וא"כ לפ"ז הרי חזינן דלא כהקובץ שיעורים אלא חזינן שהחולקים על רב סוברים שאע"פ שהוא פטור ממצות השבה, עדיין לא אמרינן שהוא קונה, וכ"כ החזו"א על ב"ק בסי'

ט"ז בריש סק"ג (וכן בד"ה אפשר) בדעת החולקים על רב.

והנה כבר הבאנו לעיל באות ז' סק"ג את דברי הריטב"א ורעק"א בכתובות דף ל"ד שהיכא שעבר על איסור מיתה בשעת הגניבה הדין של קלב"מ גורם שאין הגניבה יוצאת מרשות הבעלים ואינה נעשית ברשות הגנב לענין שום דין של גניבה, וזהו כשיטת הקצה"ח והנתיחה"מ שאינו מתחייב בהשבה.

ונראה שגם מהגמ' בכתובות שם מוכח לפי דבריהם דלא כסברת הקו"ש, כי איתא שם בשם רבה שאם גנב בשבת (ע"י מלאכת הוצאה) ושוב טבח בשבת הרי הוא פטור מדו"ה כי אם אין גניבה אין טביחה, פי' כי אינו חייב קרן, ודו"ה אמר רחמנא ולא גו"ד וכמו שפירש"י שם, ובאמת לפי הריטב"א ורעק"א הי' אפשר לפרש אחרת מרש"י, והיינו שאינו חייב דו"ה כי בכלל לא נעשה עליו גנב, ודו"ה שייך רק במי שנעשה גנב, ומעתה אם נאמר כהקו"ש, א"כ לפי הריטב"א ורעק"א הי' רבה צריך לומר טעם יותר טוב, והיינו שאינו חייב דו"ה כי שלו הוא טובח, כי כיון שאינו חייב בהשבה הרי כבר נעשית הבהמה שלו ע"י הקנין גניבה, כי קלב"מ אינו סיבה לומר שלא קנה קנין בעלות גמורה ע"י הקנין גניבה שלו. ועוד דהריטב"א ורעק"א דייקו מדברי רבה שאם

שו"ר ששיטת הראב"ד היא שבאמת שואל שלא מדעת אינו יכול לקנות בשינוי כיון שלא נחית אדעתא דגזלנותא לקנותה לגמרי, כן ביארו דבריו הגר"ח בפ"ב מהל' גזילה הט"ו בד"ה והנה בב"ק דף צ"ז וכו' והברכת שמואל על ב"ק בסי' ל"ו בתחילתו, וכן צידד לבאר הקובץ שיעורים באות קכ"ד אלא שהסיק הקו"ש ביאור אחר בדברי הראב"ד.

(* וצ"ע אם שייך לומר לפי ההסבר הזה ששינוי קונה גם היכא שגזלו בתחילה על מנת להחזירו, דהא בכה"ג הרי לא נתכוין בתחילת קנינו לזכות בו לעצמו וא"כ אפילו לפי מה שציידד הקצה"ח בסי' שמ"ח סק"א לומר שהגזול על מנת להחזיר הרי הוא גזול גמור לענין להתחייב באונסין, אבל אכתי י"ל שלא שייך בו הדין של שינוי קונה.

גנב בשבת וטבח בחול הרי הוא שפיר חייב בדו"ה (כי הטביחה היא גניבה חדשה) ואילו לפי הקו"ש הלא כבר קנה את הבהמה.

ג. דברי השט"מ בתמורה דף ו'.

שו"מ ראי' להיסוד הנ"ל מדברי השט"מ על תמורה דף ו' ע"א בההשמטות שבסוף המסכתא, דעיי"ש בגמ' דפרכינן שלפי רבא שסובר שכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני למה מועיל קנין שינוי, ומתרצינן שגזיה"כ היא, והקשה שם השט"מ דאדרבה לפי אביי שסובר דאי עביד מהני הרי קשה איפכא דהיינו שגם בלא שינוי למה אין הגנב קונה מיד בשעת הגזילה ויתחייב לשלם רק דמים, ותירץ שמכיון שיש עליו מצות השבה הרי זה מעכבו מלקנות עכ"ד, הרי להדיא חזינן מדבריו כעיקר יסודו של הקו"ש שבאמת יש בכחו של הקנין גזילה שעשה בתחילה לפעול קנין של בעלות גמורה אי לאו משום המצוה של השבה* (וכן י"ל גם לפי רבא לאחר התירוץ של הגמרא שתירצה שגזיה"כ היא ששינוי קונה, די"ל שזוהי גופא כוונת הגזיה"כ דהיינו להשמיענו שתחילת הגזילה מהני לקנות. מיהו נראה שלפי רבא אכתי קשה קושיית הקו"ש, דהא מנ"ל שוהשיב בא לגלות שהוא קונה ע"י תחילת הגזילה, הלא מכיון שאי עביד לא מהני א"כ מסתבר יותר לומר שאינו קונה ע"י תחילת הגזילה והפסוק של ושהשיב בא רק לפטור מלהשיב אבל לא לומר שהוא קונה).

* וכבר הבאנו שהקו"ש הוסיף לבאר שלבסוף הרי קנינו מקבל צורה דוגמת הדין של גופו מהיום ופירי לאחר זמן. מיהו מהשט"מ שם עדיין אין ראי'

ד. דרכו של החת"ס.

והנה בשו"ת חת"ס בחלק חו"מ סי' קל"ב בסופו ראיתי שהוא מפרש דעת רב בסנהדרין בדרך אחרת מהקו"ש, דעיי"ש שהוא מפרש שלפי רב הרי הגזלן קונה בשעת הגזילה את גוף הגזילה בקנין גמור ממש לענין הכל, רק שאכתי חייב הוא בתשלומי דמים, ולפי רב הרי הוא יכול גם להקדיש את החפץ כיון שהוא שלו ודלא כרבי יוחנן שסובר שהגזלן אינו יכול להקדישו משום שאינו שלו, רק שאע"פ שקנה את גוף הגזילה בקנין גמור אבל בכל זאת התורה חייבה את הגזלן להחזיר את גוף הגזילה כדי לתקן את הלאו (אבל לא בגלל שהוא שייך להנגזל), אלא שזה שחייבתו התורה בהשבה הרי זה רק כשיש עליו מיהא חיוב של תשלומי דמים, אבל היכא שהי' חייב מיתה בשעת הגזילה אשר בכה"ג הדין של קלב"מ פוטרנו מהחיוב לשלם דמים, א"כ ממילא בצירוף זה אין עליו שום חיוב של השבה על גוף החפץ והחפץ נשאר אצלו.

ולפי דברי החת"ס מיושבת גם קושיית הקו"ש בענין איך שינוי קונה דהא גם לפי ביאורו יוצא כעיקר יסודו של הקו"ש שבאמת לא בעינן שהשינוי יפעול את ההקנאה. ברם החת"ס שם כתב את מה שכתב רק בדעת רב, שהרי רבי יוחנן סובר שהגזלן אינו יכול להקדיש אשר מזה חזינן שלא קנה את גופו בקנין גמור בשעת הגזילה (אבל סברתו של הקו"ש דהוי כמו

לומר כהוספה זו, אלא אכתי יש לומר כאחד משאר הדעות שנביא לקמן בענין איזו צורה של בעלות גמורה יש לו בשעת תחילת קנינו קודם שנשתנה.

גופו מהיום ופירי לאחר זמן אתי שפיר גם לפי רבי יוחנן).

ה. דרכו של החזו"א.

והחזו"א בסי' ט"ז סקי"ג כתב ביאור אחר בדעת רב בסנהדרין וז"ל, דלעולם גזילה מפקעת בעלות הנגזל וקני גזלן, אלא שהתורה אוסרתה וחייבה בהשבה, וע"י חיוב השבה שב קנין הבעלים ואזיל לי' קנין הגזלן, והלכך אם בשעה שגזל מתחייב בנפשו שא"א לחייבו בהשבה, נשאר קנין הגזלן, ונראה דאף לרב לא מצי גזלן למוכרה או לאוסרה (דלא כהחת"ס), דכיון שחייבתו התורה בהשבה, פקע זכות הגזלן, ואין נפ"מ רק אי מתחייב בנפשו בשעת גזילה דלרב קני לה עכ"ל. ומשמע מדבריו דלא כהקו"ש אלא שלא נשאר להגזלן שום קנין כלל של בעלות בשעת הגזילה (היכא שלא עבר על חיוב מיתה. ולפ"ז אכתי תשאר קשה קושיית הקו"ש שהקשה מנלן ששינוי שעושה אח"כ מהני לחזור ולקנות שוב. מיהו אולי נתכוין לומר רק שעל ידי החיוב של השבה פקע מה שהגזלן הי' צריך לקנות בקנין גמור כבר בשעת הגזילה, אבל מ"מ אכתי יתכן שנשאר לו קנין שהוא מעין גופו מהיום ופירי לאחר זמן וכדברי הקו"ש.

ו. דרכו של הברכת שמואל.

שוב ראיתי בברכת שמואל על ב"ק בריש סי' ל"ה דרך אחרת בכל זה, דעיי"ש שהביא את דברי הגר"ח, וכנראה הבין הברכ"ש שכוונת הגר"ח היא לומר שלפני

שעושה שינוי, למעשה אין להגזלן כלום בתוך הגזילה, רק שלאחר השינוי הרי הגזלן קונה את הגזילה למפרע משעת הגזילה, והיינו שכשהוא גוזל ועושה את הקנין גזילה הרי הוא קונה בעלות גמורה מעכשיו ולאחר שישתנה (דוגמת מעכשיו ולאחר שלשים). וכתב הברכ"ש שכן הוא הביאור בשיטת הרא"ש בפרק הגוזל קמא סי' ג' שכתב שאם נשתנה הרי הוא משלם כשעת תחילת הגזילה אפילו אם נשתבח משעת הגזילה עד שעת השינוי, ואינו חייב לשלם כשזיו רגע אחד לפני השינוי, דהטעם לזה הוא משום שהוא קונה למפרע משעת הגזילה, כן נראית כוונתו שם (ונראה שלפי הסברו של החת"ס בדעת רב פשיטא שצריך לצאת כדינו של הרא"ש דהא לפי סברת החת"ס הרי הגזלן קונה את הגזילה בקנין גמור ממש משעת הגזילה. ולפי דרכו של הקו"ש יש לחקור בזה).

והוסיף הברכת שמואל לבאר שדבריו הנ"ל אמורים הם רק בשינוי, אבל ביאוש הרי הוא קונה רק משעת עשיית הקנין אחרי היאוש, והיינו משום שהדין של יאוש נלמד הוא מאבידה, ואינו כמו שינוי שמועיל מסיבת הקנין גזילה, אלא הרי הוא קונה רק משעת עשיית הקנין אחרי היאוש, ומש"ה היכא שהוא קונה משום יאוש גם הרא"ש יודה שיצטרך לשלם כרגע אחד לפני היאוש, או לפני עשיית הקנין, ולא כשעת תחילת הגזילה, וכן הביא הברכ"ש שכתב הרשב"א בגיטין*).

* היאוש היא בזה שהוא מתירו לקנותו, ואז לאחר שקונוהו הרי הוא ממילא פטור מהשבה, ומש"ה גם

* והנה לכאורה כוונתו בזה היא שגבי אבידה פעולת היאוש אינה לפוטרו מהשבה, אלא פעולת

והנה דברי הברכ"ש הנ"ל מתוקמי רק לפי הצד שכתבו תוס' להלן בדף ס"ט ע"א שאחרי יאוש הגנב צריך לעשות מעשה קנין ושאם הגניבה עומדת באגם אין הוא קונה, דמזה שפיר חזינן שיאוש הרי הוא בגדר היתר לקנות כמו באבידה, אבל לפי הצד בתוס' שם שאינו צריך קנין א"כ לכאורה מבואר שגם יאוש פועל כמו שינוי, דהיינו שהוא מיפטר מהשבה וקונה מכח הקנין גזילה של קודם. מיהו ע"י בכיאוורו של הקו"ש בהצד הנ"ל של תוס' שאינו צריך קנין, הובא להלן כאן בסק"ט.

ז. דרכו של האמרי משה.

והנה גם האמרי משה בסי' ל"ב בההערה על אות ג' הביא שיש מפרשים שטעמו של הרא"ש שמחייבו לשלם דמים כשעת תחילת הגזילה ולא כשעה אחת לפני השינוי הוא משום שעל ידי השינוי הרי הוא קונה למפרע, אלא שהסיק שם, דלא כדבריהם אלא שבאמת אפילו אם שינוי קונה רק מכאן ולהבא בכל זאת אתי שפיר שיטת הרא"ש והיינו משום שאפילו אם נאמר שאין לו שום קנין של בעלות גמורה עד שעת השינוי, אבל מ"מ אכתי אין אנו מוכרחים לומר שהוא משלם כההיא שעתא כי שיטת הרא"ש היא

שעשיית שינוי אינה נחשבת בגדר תברה ושתיי' כיון שלא איבדה מן העולם וא"כ אכתי י"ל שהחייב לשלם דמים הוא לשלם כשורו בשעת תחילת הגזילה ולא איכפת לן מתי הוא קונהו.

ובאמת נראה שי"ל כמה טעמים למה הוא משלם כשעת תחילת הגזילה, ולא כשעת הקנין: חדא, משום שי"ל שהחייב תשלומין חל עליו בשעת תחילת הגזילה דבההיא שעתא הרי הוא מתחייב לשלם דמים אם תיאבד, ומש"ה הסברא נותנת שהוא משלם כההיא שעתא דהיינו כשעת חלות החיוב. ב', דאפי' אם החיוב דמים חל בשעת האונס אבל מ"מ הרי הוא בא עבור ההוצאת רשות שעשה בשעת תחילת הגזילה. ג', כדברי רש"י בפסחים דף ל"ב שמה שהגזולנים משלמים כשעת הגזילה נלמד הוא מהדרשה של כאשר גזל ומשמע בפשטות כשעת תחילת הגזילה.

ח. עוד בדרכו של הברכת שמואל שהגנב קונה למפרע, והשגות האמרי משה על זה.

ועכ"פ מתוך דברי הברכ"ש שם יוצא שהסברו בדברי הרא"ש הוא בגדר דבר מוכרח וש"א לומר כדברי האמרי משה, דהנה כבר הבאנו שהברכת שמואל הוכיח

למפרע כמו גבי שינוי).

מיהו אכתי צ"ע משום שסו"ס גבי גזילה לאחר שהוא קונהו ונפטר ע"ז מהשבה א"כ מעתה שנפטר מהשבה למה לא יחזור הדין שיקנה למפרע משעת הגזילה.

ובודאי שדוחק מאד לומר שהקנין גזילה מקנה לו רק בדרך מעכשיו ולאחר שישתנה אבל לא בדרך מעכשיו ולאחר שיפטר מהשבה מחמת סיבה אחרת כגון כשקונהו אחרי יאוש.

גבי גזילה פעולת היאוש היא כהנ"ל דהיינו דהוי היתר לקנותו עכשיו, ומש"ה שפיר נקטו הגר"ח והברכ"ש ששוב אין מקום לומר ביאוש של גזילה שהוא קנוי לו למפרע, דהא הגזלן קונה עכשיו ע"י מעשה קנין חדש שמתחיל מכאן ולהבא (אבל אם היינו אומרים שגבי אבידה פעולת היאוש היא לפוטרו מהשבה, ורק לאחר שנפטר מהשבה מותר לו לקנותו א"כ גם גבי גזילה פעולת היאוש היא לפוטרו מהשבה וממילא הרי הוא צריך לקנותו

ולאחר שישתנה, ומשמע שם בפשטות שהוא סובר שהשינוי בעצמו הוא הדבר היחידי שפועל את ההקנאה להגזלן (וכן נבאר בהאות הבאה שסובר התורת חיים) ולכן תמה איך קונה הגזלן למפרע, אלא שלפי הבנתו חוזרת לדוכתה קושיית הקו"ש איך רואים מהפסוק ששינוי הוא דבר הקונה.

ט. דרכו של העונג יו"ט.

שו"ר גם בעונג יו"ט בסי' כ"ט שכתב שעל ידי השינוי הרי הוא קונה למפרע אלא שהוא כתב כן גם בנוגע ליאוש ודלא כהברכ"ש שחילק בין שינוי ליאוש.

ועיי"ש בעיו"ט שביאר על פי זה את שיטת הרמב"ם שפסק ששינוי רשות ואח"כ יאוש קונה, דלכאורה קשה איך חלה המכירה לפני שקנה הגזלן, אלא בע"כ צ"ל שלאחר היאוש הרי הגזלן קונה למפרע משעת הגזילה באופן שמעתה שפיר חל השינוי רשות וז"ל, מ"מ כיון דהקנין הי' משעת הגזילה למפרע, חיילא המכירה למפרע, וכיון דיאוש ושינוי רשות מקנים הגזילה להגזלן אין שום נפ"מ איזו מהן קודם וכו' עכ"ל (והאמרי משה בסי' ל"ב סוף סקל"ה השיג על דבריו בזה"ל, ואף אי נימא דקנה למפרע בשינוי, קשה לומר דמש"ה חלה ג"כ המכירה קודם היאוש, והיינו שחל כאחת למפרע כעין שכתב הרשב"א הנ"ל, דהרי עדיין מחוסר יאוש והוי דבר שלא בא לעולם עכ"ל).

גם הוכיח העיו"ט את היסוד הנ"ל ממה שכתב המחנה אפרים בהלכות גזילה סי' א' שהיכא שגזל פחות משה פרוטה הרי הגזלן קונה קנין גמור מיד בשעת הגזילה

מהרשב"א בגיטין גבי יאוש שצורת החיוב דמים היא באמת לשלם כרגע אחד לפני היאוש, או לפני שעושה קנין, ולא כשעת תחילת הגזילה, וביאר הברכת שמואל דהיינו משום שגבי יאוש הרי הוא קונה רק אחרי היאוש משעת עשיית הקנין ואילך, והברכת שמואל שם נוקט שלעולם גם הרא"ש מודה לזה, וא"כ לפ"ז יוצא שהדרך היחידי איך להסביר את שיטת הרא"ש שלאחר שינוי הרי הוא משלם כשעת תחילת הגזילה הרי זה על ידי שנאמר שעל ידי השינוי הרי הוא קונה למפרע משעת הגזילה (א"נ כהחת"ס בדעת רב, או כהקו"ש).

אלא שבאמת לא ידעתי מה הוא הכרחו של הברכת שמואל לזה שנקט שהרשב"א והרא"ש מודים אהדדי, דמי יימר שהרשב"א סובר כשיטת הרא"ש, אולי ס"ל כתוס' בדף צ"ה ע"א בד"ה משלם וכו' על פי הגהת הגר"א שם שגם בשינוי הרי הוא משלם כשעה אחת לפני השינוי, והרא"ש אולי סובר שגם ביאוש הרי הוא משלם כשעת תחילת הגזילה.

וע"ע באמרי משה שם באות ל"ה שהקשה על שיטה זו שהוא קונה למפרע מלקמן בדף ס"ח דמייתנין גוונא דגנב והקדיש ואח"כ טבח ומכר, ודן שם הש"ס באיזה כח הי' יכול הגנב להקדישו, ואילו לפי הנ"ל הרי מאחר שטבח ועשה שינוי הרי הוא שלו למפרע ושפיר חל הקדישו. ובהערה הנ"ל על אות ג' תמה עוד האמרי משה איך שייך בכלל לומר מצד הסברא שהוא קונה למפרע, ולא אסיק אדעת' שם לומר את הדרך הנ"ל שכתבנו שבשעת הגזילה הרי הוא קונה מעכשיו

כיון שאין עליו בכה"ג חיוב של השבה (עיי'ן היטב במחנ"א שם), דבע"כ רואים מזה שיש בכח הקנין גזילה להקנותו בבעלות גמורה אלמלא העיכוב של מצות השבה, דאל"כ נהי דמיפטר מהשבה אבל בכל זאת במה קונהו.

וגם כתב שזהו טעמו של הרא"ש בזה שכתב שהגזולן משלם כשעת תחילת הגזילה ולא כשעה אחת לפני השינוי (כבר הבאנו לעיל הסבר זה בדעת הרא"ש).

וכן הוכיח כהנ"ל מהא דסוברים תוס' בדף ס"ט ע"א שיאוש קונה בשביל הגזולן אפילו אם בשעת היאוש הגזילה מונחת ברה"ר, דלכאורה קשה דהא הגזולן אינו עושה בכה"ג שום קנין, ובשלמא אם הגזילה מונחת בחצירו, א"כ בכה"ג לאחרי יאוש הרי הוא קונה על ידי קנין חצר, אבל היכא שהיא מונחת ברה"ר, נהי שיש לו רשות לקנות אבל למעשה הרי לא עשה שום קנין, והוכיח מזה העיו"ט שמאחר שנפטר על ידי היאוש מהחיוב של השבה הרי הוא קונה למפרע משעת הגזילה. מיהו הקובץ שיעורים באות כ"ו ביאר שבאמת לענין יאוש אין לנו שום ילפותא שמהני היאוש לפוטרו מהשבה אלא יש לנו רק ילפותא שאחרי יאוש יש לו כח ורשות לקנותו וא"כ בע"כ צ"ל שבתחילה הרי הוא קונה ורק לאחר שהוא קונהו הרי הוא נפטר עי"ז מהשבה (וכעין זה הבאנו כבר מהברכת שמואל) וא"כ עדיין צ"ע בדברי תוס' שם דמכיון שהוא ברשות הרבים א"כ מכח מה נקנית לו הגזילה. ועיין עוד שם באות כ"ה שכתב ביאור בדברי תוס' וז"ל, אלא צ"ל כיון שלאחר יאוש בידו לזכות בה להפקיע דין השבה, ממילא נעשית שלו

(גם כשהגזילה היא ברה"ר) כאילו כבר נפקע חיובו עכ"ל. מיהו לכאורה לא סגי בזה אלא כדי לבאר איך נפטר הגזולן מהשבה אבל עדיין לא ביאר איך נקנית לו הגזילה בזמן שהיא עומדת ברה"ר, ובע"כ צריכים אנו לצרף את הקנין של שעת תחילת הגזילה, וכוונת הקו"ש היא רק לומר שמכיון שבירו לפטור את עצמו מהשבה א"כ הרי הוא נפטר בדרך ממילא מהשבה, ומעתה שוב אמרינן שמכיון שנפטר מהשבה הרי הוא קונה בסיבת הקנין של שעת הגזילה וכדבריו באות י"ד.

י. ביאור שיטת הר"א ממיץ בגזל עכו"ם.

ובחזו"א על ב"ק סי' ט"ז סקי"ג בד"ה והנה וכו' העיר שלפי הסברא שגולן קונה קנין גמור אלמלא החיוב השבה (וכרב בסנהדרין, ולפי הגר"ח והקו"ש והעיו"ט לפי כו"ע), א"כ א"א לומר כשיטת הר"א ממיץ שסובר שאע"פ שגזל עכו"ם מותר אבל אכתי אין הישראל קונה ולא מיקרי לכם, דלפי הנ"ל מאחר שהוא פטור מהשבה א"כ אמאי לא מיקרי לכם. מיהו יש ליישב דס"ל להר"א ממיץ שגם אם גנב קונה קנין של בעלות גמורה אבל בכל זאת הרי זה רק בנוגע לגוף החפץ אבל לא בנוגע לדמי החפץ, דבזה י"ל שהתורה שיירה בקנינו, וזוהי הסיבה של החיוב דמים שהוא חייב לשלם גם לאחר שנשתנה, וא"כ לפ"ז אתי שפיר שיטת הר"א ממיץ משום שכבר כתב הקצה"ח בסי' שנ"ג סק"ב שהיכא שלא קנה את דמי החפץ אין זה קרוי לכם.

מיהו עדיין צ"ע משום שהקצה"ח שם

כתב ששינוי קונה באמת גם את דמי החפץ (רק שאכתי הרי הוא חייב בתשלומי דמים) וכמו שהוכיח שם שהיכא שקנה בשינוי הרי זה מיקרי שפיר בגדר לכס, וא"כ חזינן מזה שלאחר שנפטר מהשבה אין כאן שום שייר בקנינו אלא הרי הוא קונה גם את דמי החפץ, וא"כ ה"ה שגם גזל עכו"ם הי' צריך להיות נחשב בגדר לכס כיון שאינו חייב להשיבו.

יא. הערות על דברי האחרונים הנ"ל.

ועל כל פנים כל הביאורים הנ"ל אינם מועילים ליישב את לשון רש"י כאן משום שמלשון רש"י כאן משמע שמהפסוק של אשר גזל לחוד יש ללמוד ששינוי קונה, דהא כן הוא משמעות דבריו שכתב "דכתיב להדיא", וצ"ע כהנ"ל דמהיכא חזינן כן.

גם צ"ב בדברי האחרונים הנ"ל, וכן בדברי השט"מ בתמורה שהבאנו, איך שיין לומר שהגזלן עושה בתחילת הגזילה מעשה קנין גם בנוגע לעצם הבעלות של החפץ, הלא לקנין בעלות בעינין דעת אחרת מקנה וליכא, ותימה גדולה היא לומר שהתורה מסייעת להגזלן ומקנה לו בע"כ של הבעלים. ובאמת כבר העיר הקו"ש באות י"ד שם שדבר זה הוא דבר של תימה.

מה* (אמר רבה שינוי קונה) (בענין שינוי החוזר לברייתו).

הנה עי' בדף צ"ג ע"ב דתנן שהגזול

עצים ועשאן כלים משלם כשעת הגזילה משום שקנה בשינוי, ואביי שם מפרש דאיירי בגזול עצים משופין וחיבר אותם ונעשו כלים, ואע"ג דהוי שינוי החוזר לברייתו, שהרי אפשר לפרק את הכלי, אבל בכל זאת הרי הוא קונה מדרבנן משום תקנת השבים, ואילו רב אשי שם מפרש שהמשנה איירי באופן שגזל עצים שאינם משופים ושיפה אותם, אשר דבר זה הוא בגדר שינוי שאינו חוזר שקונה מהתורה, רק שתני שעשאן כלים משום שאיירי באופן שע"י השיפוי הרי הם נעשו כלי, דהיינו בוכני, שהוא כלי שאין בו בית קיבול אלא עשוי כדי לכתוש בו.

והנה תוס' שם דנו בענין איך יפרש רבה את המשנה שם, וכתבו וז"ל, ויש לומר דהוה משני דמתני לרבנותא נקט עצים משופים ועשאן כלים לאשמועינן דאפילו שינוי החוזר לברייתו קונה (מהתורה כמו שהקדימו שם על פי שיטתם בסוגיין בשיטת רבה), וברייתא קמ"ל דשינוי בעלמא הוי שינוי אע"פ שאין שם כלי עליהם עכ"ל. ולכאורה מבואר מדבריהם שאע"פ שרבה סובר ששינוי החוזר קונה מהתורה, ויליף כן מוהשיב את הגזילה אשר גזל כעין שגזל, אבל היינו רק אם גם נשתנה השם. ולפ"ז יוצא שלפי רבה יש מהתורה שני דרכים שונים של קנין שינוי, א', שינוי שאינו חוזר שקונה לבדו, וב', שינוי החוזר שקונה ביחד עם שינוי השם. וצריך ביאור מה הכריח את רבה לומר כן, ואיך ראה דבר זה בהדרשה, ולמה אינו סובר שהדרשה השני' באה לחדש שגם שינוי החוזר קונה לבדו, ושלעולם נאמר רק דין אחד של שינוי, דהיינו ששינוי קונה בין אם הוא שינוי שאינו חוזר ובין אם

הוא שינוי החוזר, ומהיכא תיתי לחדש שנאמרו שני סוגים שונים של קנין בשינוי. וי"ל שלעולם נאמר רק דרך אחד איך שינוי קונה, והיינו ששינוי שאינו חוזר קונה, רק שרבה סובר שכל שינוי החוזר, אם נשתנה גם שמו, הרי הוא נחשב שינוי שאינו חוזר, והיינו על פי מה שאמר רב פפא בדף צ"ו ע"ב שאם גזל עפרא ועבדי' לבינתא הרי זה שינוי החוזר כי הדר עבדי' עפרא, אבל גזל לבינתא ועבדי' עפרא הרי זה בגדר שינוי שאינו חוזר כי אם הדר עביד לי' לבינתא אמרינן שהיא נחשבת לבינה חדשה שלא היתה כאן קודם ושפנים חדשות באו לכאן, ופירש"י וז"ל, ולא זו היא לבינה הראשונה, אלא זו לבינה אחרת, שהוצרך חיתוך וגיבול בפני עצמה, ומשונה מן הראשונה, דא"א לצמצם או גדולה או קטנה עכ"ל. ועוד אמר רב פפא שם שאם גזל נסכא ועביד זוזי הרי זה שינוי החוזר כי הדר עביד לי' נסכא, אבל גזל זוזי ועבדינהו נסכא הרי זה שינוי שאינו חוזר, כי אם יחזור ויעשה זוזי אמרינן שפנים חדשות באו לכאן, ופירש"י וז"ל, הדר עבד להו נסכא, אם ירצה, ושינוי החוזר לברייתו הוא, והכא ליכא למימר פנים חדשות, דאין אדם מקפיד על רבועה ותקונה (של הנסכא), אלא שתהא חתיכה בעלמא עכ"ל.

ונראה שי"ל שהטעם למה הדר עביד לי' נסכא או עפרא לא חשיב פנים חדשות הרי זה רק בצירוף העובדא שהחומר הוא אותו חומר כמו קודם, אבל לו יצויר שהי' יכול לעשות זוזי או לבינתא ע"י שהחומר הראשון נעלם לגמרי, והזוזי והלבינה הם בגדר ברי' חדשה, אז אע"פ שהוא יכול להופכם שוב לנסכא ועפרא הי' נחשב שינוי שאינו חוזר כי אז הנסכא והעפרא השניים

היו נחשבים פנים חדשות כי באמצע לא היו כאן כלל.

ומעתה י"ל שכן הוא באמת כשיש שינוי השם, כי כשקיבל את שמו השני הרי השם הראשון מסתלק לגמרי, וממילא כשהוא מחזירו לשמו הראשון הרי זה נחשב שם חדש לגמרי ופנים חדשות באו לכאן, ולא עוד אלא הרי זה גורם שגם השינוי מעשה שהי' כאן, הי' גם הוא בגדר שינוי שאינו חוזר, כי מהות החפץ נקבע ע"י שמו, וכיון ששמו הוא שם חדש שלא הי' כאן קודם הרי זה קובע שמהות החפץ הוא חפץ חדש שלא הי' כאן קודם.

ולפ"ז יוצא שרבה אמר רק דין אחד, והיינו ששינוי שאינו חוזר קונה, ושינוי החוזר אינו קונה, רק שאע"פ שמצד המעשה הרי זה בגדר שינוי החוזר, בכל זאת אם שנשתנה גם שמו הרי זה נחשב שינוי שאינו חוזר ושזהו מה שקמ"ל הפסוק השני.

ועל פי זה יש להסביר את הגמ' בסוכה דף ל' ע"ב, דעיי"ש דאמרינן שאם גזל הדס ואגדו בלולב אין זה מועיל מדין שינוי קונה כי הרי זה בגדר שינוי מעשה החוזר לברייתו כי הוא יכול להתירו והרי הוא הדס כמו קודם, ושוב מקשה הגמ' שאכתי למה אינו קונה בשינוי השם כי מעיקרא קוראים לו אסא והשתא הושענא, והקשו תוס' שם מה היא הקושיא, הלא גם על זה יש לתרץ שלא מהני השינוי השם כי הוא שינוי החוזר, ותירצו שהגמ' שם סוברת כרב יוסף להלן כאן בדף ס"ז ע"א שסובר ששינוי מעשה החוזר אינו קונה אבל שינוי השם החוזר שפיר קונה, ודלא כרבי זירא להלן כאן שסובר ששינוי השם החוזר אינו קונה, אבל לא ביארו תוס' למה לפי רב יוסף והגמ'

בסוכה שינוי השם עדיף בזה משינוי מעשה. מיהו לפי דרכינו הדבר מוסבר היטב כי היכא שאירע שינוי השם החוזר הרי זה באמת בגדר שינוי שאינו חוזר כי כשיחזור הרי זה יחשב שפנים חדשות באו לכאן וכמו שביארנו.

ולפי הנ"ל יש להבין את לשונו של רבי זירא שאמר שינוי החוזר לברייתו בשינוי השם לא הוי שינוי, דבפשטות הטעם למה הדגיש "שינוי השם" הרי זה משום שהוא סובר ששינוי מעשה החוזר שפיר מועיל וכמו שסובר רבה (לפי תוס'), אלא שלפ"ז צ"ע למה שונה באמת שינוי השם משינוי מעשה, ולמה שינוי השם החוזר אינו מועיל, אבל לפי דרכינו י"ל שלעולם רבי זירא סובר שגם שינוי מעשה החוזר אינו מועיל, רק שאכתי הוי שייך לומר ששינוי השם החוזר שפיר מועיל, וכסהברא שכתבנו לעיל, דהיינו שנחשב באמת בגדר שינוי שאינו חוזר, ולכן הדגיש רבי זירא שאפילו שינוי השם החוזר אינו מועיל, כי לא ס"ל את הסברא שכתבנו לעיל (ודלא כרבה ורב יוסף והגמ' בסוכה ששפיר סוברים כן).

והנה, נוסף על רבי זירא, גם רב פפא בדף צ"ו אינו סובר את הסברא הנ"ל שכתבנו, שהרי גם בעפרא ועבדי' לבינתא ובנסכא ועביד זוזי, חוץ מהשינוי מעשה, יש גם שינוי השם, ובכל זאת סובר רב פפא שחשיב בגדר שינוי החוזר.

וכן אביי בדף צ"ג אינו סובר את הסברא שכתבנו בדעת רבה ורב יוסף והגמ' בסוכה, שהרי אביי אמר שעצים משופים ועשאים כלים הרי זה בגדר שינוי החוזר וקונה רק מדרבנן, הרי שאע"פ שגם נשתנה שמם מעצים לכלים בכל זאת חשיב שינוי החוזר,

וכן רב אשי כשרצה להעמיד את המשנה בשינוי דאורייתא שאינו חוזר לברייתו העמיד באופן שגזל עצים ושיפה אותם בצורה שע"ז נעשו כלי שכותשים בו, ואילו לפי דרכינו בדעת רבה ורב יוסף והגמ' בסוכה הוי יכול להשאר עם ציורו של אביי שגזל עצים משופים וחיברם לכלים רק דס"ל שבכה"ג הרי הוא קונה מדאורייתא כי כיון שגם נשתנו שמם הרי זה בגדר שינוי שאינו חוזר.

וי"ל עוד שהטעם של הסוברים שהוא נחשב בגדר שינוי החוזר ודלא כהסברא שכתבנו בדעת רבה וסייעתו, הרי זה כי הם סוברים שכיון שלמעשה אפשר להחזירו לאיך שהי', מש"ה אע"פ שעכשיו יש לו שם אחר אבל במדה מסוימת גם השם הראשון אכתי רכיב עלי' אע"פ שאנשים אינם משתמשים בו, ומש"ה כשהוא חוזר למצבו הראשון ולהשם הראשון אין זה נחשב שפנים חדשות באו לכאן.

א"נ י"ל שהם סוברים שלא חשיב פנים חדשות כי אע"פ שבשעת השינוי נתבטל שמו הראשון לגמרי ואינו נמצא עוד אבל בכל זאת כיון שלאחר שהוא מחזירו הרי החפץ שוב מקבל את שמו הראשון א"כ גם בכה"ג אין זה נחשב שפנים חדשות באו לכאן.

והנה בדף ס"ז ע"א אמרינן שאפילו אם יאוש לחוד לא קני, אבל בכל זאת הגנב והגזלן הקדישין הקדש ותרומתן תרומה ומעשרותן מעשר משום שיש כאן גם שינוי השם, ד"מעיקרא טיבלא והשתא תרומה, הקדש, מעיקרא חולין והשתא הקדש", וכתבו תוס' בד"ה מעיקרא טיבלא וז"ל, ואע"ג דשינוי החוזר לברייתו ע"י שאלה

וכו', מ"מ לא חשיב להו שינוי החוזר לברייתו כיון דלא שכיחא עכ"ל, ובאות ע' סק"ד הבאתי שהתורת חיים הקשה על תירוצם של תוס' מצמר וצבעו דחשיב שינוי החוזר אע"פ שלא שכיח שיעביר את הצבע.

עוד הבאנו באות רצ"ב סק"ח שמוכיחים מדברי תוס' הנ"ל שהטעם למה שינוי החוזר אינו קונה אינו משום שהחיוב של השבה מחייבת אותו להחזירו למצבו הראשון ולקיים השבה (ומאחר שאינו קונה הרי הוא יכול לצאת ידי השבה ע"י שהוא משיבו גם בלי להחזירו למצבו הראשון), כי אם הטעם הוא משום שחייב להחזירו למצבו הראשון א"כ מאי איכפת לן בזה שלא שכיח שאדם ישאל על תרומתו או על הקדשו הלא חייב הוא לשאול כדי לקיים מצות השבה.

מיהו לפי דרכינו הנ"ל בענין שינוי השם יש לדחות את הראי', וגם ליישב את קושיית התורת חיים וכמו שנבאר.

דהנה י"ל שמה שכתבו תוס' שאם לא שכיח שיחזיר הרי זה נחשב בגדר שינוי שאינו חוזר הרי זה רק בשינוי השם אבל לא בשינוי מעשה, והיינו משום שי"ל שלעולם הטעם למה שינוי החוזר אינו קונה הרי זה משום שהוא חייב להחזירו לאיך שהי', ומש"ה בשינוי מעשה לא איכפת לן בזה שלא שכיח להחזירו, וכמו שהראה התורת חיים מצמר וצבעו, כי הרי הוא חייב להחזירו. ועוד הסברנו שרבה ורב יוסף והגמ' בסוכה סוברים שבשינוי השם לא שייך החסרון של שינוי החוזר כי שמו הראשון נסתלק לגמרי ומש"ה כשיחזירנו לשמו הראשון הרי זה נחשב שפנים חדשות באו לכאן. ועוד ביארנו שגם רבי זירא ואביי

ורב אשי שסוברים שגם בשינוי השם יש חסרון בזה שהוא חוזר לברייתו הרי זה כי הם סוברים שגם כשקיבל את שמו החדש אכתי רכיב עלי' שמו הראשון.

ומעתה י"ל שרבי זירא סובר כן רק כששכיח שיחזור, אבל היכא שלא שכיח שיחזור גם הוא סובר שגם בתקופת השינוי לא רכיב על החפץ את שמו הראשון כיון שלא שכיח להחזירו, ומש"ה הקדש חשיב שפיר בגדר שינוי שאינו חוזר כי אפילו אם יחזירנו לא יוכל לקיים בו מצות השבה כי יהי' נחשב שפנים חדשות באו לכאן.

והנה באות ע' שם הבאנו עוד שהרשב"א הקשה על תירוצם הנ"ל של תוס' ממריש דחשיב שינוי החוזר, אע"פ שלא שכיח שיחזור, ועיי"ש שתירצנו דבר זה, אבל עכ"פ הרשב"א שפיר הקשה ממריש כי במריש איירי בשינוי השם החוזר.

ועוד הבאנו שם שהדרישה בסי' ש"ס כתב גם בנוגע לשינוי מעשה החוזר שהיכא שלא שכיח שיחזור לא חשיב שינוי החוזר.

ועכ"פ לכאורה יש להעיר על דברי תוס' בדף צ"ג ע"ב שרבה סובר ששינוי החוזר מהני רק כשגם נשתנה שמו, ממה שרבה עצמו בדף ס"ו ע"א הביא ראי' לדבריו ששינוי קונה מלא הספיק ליתן את ראשית הגז להכהן עד שצבעו הרי הוא פטור משום שקנה בשינוי, ולפי תוס' דאיירי רבה בשינוי החוזר יוצא שרבה מפרש שהמשנה הנ"ל איירי כשאפשר להחזירו ולהוציא את הצבע ולא איירי בקלא אילן דלא הדר, והרי התם לא נשתנה שמו כי גם עכשיו הרי הוא נקרא צמר, ואפילו אם אנשים אומרים צבע צבוע אבל המלה צבוע אינה בגדר שם אלא בגדר

תואר, וכמו היכא שאומרים צמר עבה או צמר דק.

מו) בענין שינוי קונה.

עיינן בספר תורת חיים שביאר למה הוצרך רבה להביא גם פסוק וגם שתי משניות, וכתב שמהפסוק לחוד אין ראי' משום דאולי אתי רק בשביל הדרשה של על גזילו שלו הוא חייב ולא על גזילו של אביו, וכן מהמשנה בהגוזל עצים אין ראי' משום שאולי הכוונה שם היא רק משום תקנת השבים, וכן מראשית הגז אין ראי' משום שאינו גזל גמור.

והנה מה שכתב שראשית הגז אינו גזל גמור כן כתב רש"י בדף צ"ג ע"ב, וביאר שם כי עוד לא הגיע ליד כהן, ונראה שכוונת הת"ח היא שבראשית הגז פעולת השינוי אינה על אותו דרך שהוא פועל גבי גזילה, דהא בראשית הגז גם לאחר ההפרשה הרי הגז הוא עדיין ממונו של הישראל, ואינו נעשה הממון של הכהנים על ידי ההפרשה לחוד וכמו שביאר הקובץ שיעורים בסוף אות כ' בביאור דברי תוס' (ולקמן באות נ' נאריך עוד בזה), וא"כ בע"כ צ"ל שבראשית הגז הפעולה של השינוי אינה להקנותו להישראל, דהא גם בלא"ה הרי הוא עדיין שלו, אלא פעולת השינוי היא רק לפוטרו מן המצוה משום שלאחר שצבעו אין זה החפץ שהתורה אמרה לתת להכהן, וא"כ אי משום המשנה של ראשית הגז עדיין לא היינו יודעים שעל ידי השינוי הרי הגז קונה, משום שאולי סוף הדין הוא רק שהוא נפטר ממצות השבה (כמו שבראשית הגז הוא

נפטר ממצות נתינה), וכקושיית הקו"ש באות י"ד, ולכן הוצרך רבה להביא גם את המשנה בהגוזל שמשם רואים אנו שעל ידי השינוי הרי הגזלן שפיר קונה (והא דכתב התורת חיים שאינו גזלן גמור דמשמע דמקצת גזילה מיהא איכא, כוונתו היא כמובן שהוא שולל את זכות הכהן).

והנה כבר הבאנו בהאות הקודמת בשם האחרונים שבאמת גם אם ידעינן רק הא לחוד שהגזלן נפטר מהשבה הרי גם מזה מסתעף שהוא קונה את החפץ וכמו שביארנו שם, וא"כ לפ"ז יוצא ששפיר מוכח מהמשנה של ראשית הגז שהגזלן קונה על ידי שינוי כיון שמוכח משם שהוא פטור מהשבה. מיהו כנראה שהתורת חיים לא ס"ל כדברי האחרונים הנ"ל (והבאנו לעיל שגם האמרי משה חולק עליהם) אלא ס"ל שהביאור של הדין של שינוי קונה הוא שהשינוי עצמו משמש כמעשה קנין בשביל הגזלן, אבל מזה לחוד שהוא נפטר מהשבה אכתי לא מסתעף שהוא קונה את החפץ, ולכן שפיר כתב שמראשית הגז אכתי לא חזינן שיש בכחו של שינוי לשמש כמעשה קנין בשביל הגזלן.

מיהו עדיין דברי התורת חיים צריכים ביאור, משום שאם מכל אחד מהמקומות הנ"ל לחודי' אין ראי' א"כ גם מכולם יחד אין ראי', דהא אכתי י"ל שהפסוק בא בשביל גזל אביו, ושהמשנה בהגוזל עצים הוא משום תקנת השבים, ושמהמשנה של ראשית הגז חזינן רק שהוא פטור ממצות השבה אבל עדיין מי יימר שהגזלן קונה ושאינן הבעלים יכולים לקחת את שלהם (מן התורה, ומתניתין דריש הגוזל יכול להיות רק משום תקנת השבים וכהנ"ל).

מו* (המחלוקת שבין הרא"ש והרמב"ן בריש פרק הגזול קמא בענין גזל מעוברת וילדה).

הנה בדף צ"ג ע"ב תנן גזל פרה מעוברת וילדה רחל טעונה וגזזה משלם דמי פרה העומדת לילד ודמי רחל העומדת ליגזז. וכתב שם הרא"ש שע"י הך שינוי הרי הוא קונה גם את הפרה והרחל עצמן ולא רק את הולד והגיזה, והיינו משום שנחשב שיש שינוי גם בהפרה והרחל כי מעיקרא גופא מליא והשתא גופא סריקא. מיהו הרמב"ן במלחמות סובר שהוא קונה רק את הולד ולא את הפרה עצמה כי אין כאן שינוי בהפרה. וצריכים לבאר במה פליגי הרא"ש והרמב"ן.

ויש לבאר דפליגי אם העובר הי' נחשב בגדר אבר של הפרה, אשר לפ"ז הרי זה שפיר נחשב שהפרה עצמה נשתנתה ע"י הלידה, או האם הי' נחשב גוף אחר שנמצא בתוך הפרה, אבל לא חלק מגוף הפרה, אלא הפרה היתה גופא מליא עם דבר נפרד, אשר לפ"ז אין זה נחשב שהפרה עצמה נשתנתה ע"י הלידה.

ועי' בשב שמתתא בשמעתא ד' פ"ה שהביא בשם בנו שהיכא שיש ספק בכור, דהיינו ספק אם הוא בכור ונעשה ממונו של הכהן עם יציאתו מרחם, או האם אינו בכור והרי הוא שייך להישראל, לא אמריןן שיש להישראל חזקת מרא קמא מאז שהי' העובר, כי אז הי' שייך להישראל אגב אמו, והי' נחשב אבר של הפרה, וממילא כשנולד הרי הוא דבר חדש, ובזמן ההריון הי' הולד ההוא נחשב בגדר דבר שלא בא לעולם כמו שמבואר בחו"מ סי' ר"ט, ומש"ה אין זה

נקרא שיש להישראל חזקת מרא קמא בהולד עכ"ד, הרי שהעובר במעי אמו לא חשיב דבר בפני עצמו, אלא חשיב בגדר אבר של האם, וע"י שנולד הרי הוא נעשה דבר חדש בפני עצמו, ובהדבר החדש הזה לא היתה להישראל חזקת מרא קמא, אבל אילו לא הי' העובר נחשב חלק ואבר של האם, אלא גוף אחר שנמצא בתוך האם, וכמו שביארנו בסובר הרמב"ן, אז הי' שפיר נחשב שיש לו בהולד חזקת מרא קמא.

מו* (דברי הרא"ש בריש פרק הגזול קמא בענין שינוי קונה).

הנה בדף צ"ג ע"ב תנן גזל פרה מעוברת וילדה, רחל טעונה וגזזה, משלם דמי פרה העומדת לילד ודמי רחל העומדת ליגזז, וכתב הרא"ש וז"ל, משום דקניי' בשינוי, מעיקרא גופא מליא והשתא גופא סריקא, ואפילו הפרה והרחל בעין קני' בשינוי, ואין צריך לשלם אלא דמי פרה העומדת לילד ודמי רחל העומדת ליגזז, ואין הנגזל יכול לומר החזר לי פרה ורחל שגזלת ממני ושלם לי עליהן שבח העיבור וטעינת הגיזה, וכן כל מקום שהוזכר קניית שינוי לענין גזלן היינו לענין זה שישלם דמים והגזילה תהי' שלו עכ"ל.

והנה הך סברא שכתב הרא"ש שמעיקרא גופא מליא והשתא גופא סריקא בודאי אינה סברא לענין הולד, וא"כ בע"כ צ"ל שכוונתו בזה היא להסביר למה חשיב שינוי על הפרה, אלא שצ"ע דהא רק אחרי זה התחיל הרא"ש להתיחס להפרה וכתב "ואפילו הפרה והרחל בעין קני' בשינוי".

ועוד צ"ע מה זה שהמשיך הרא"ש

לכתוב "וכן כל מקום שהוזכר קניית שינוי לענין גזלן היינו לענין זה שישלם דמים והגזילה יהי' שלו", הלא פשיטא שזהו הכוונה בשינוי קונה.

ואולי יש לפרש את כוונת הרא"ש כך, דלעולם מה שכתב "מעיקרא גופא מליא והשתא גופא סריקא" הרי זה סברא למה חשיב שינוי על הפרה ושהגזלן קונה את הפרה עצמה בשינוי, רק שהיה אמינא שכל הדין של שינוי קונה נאמר רק לענין שאין הגזלן יכול להכריח את הנגזל לקבל את החפץ הפגום, אלא הנגזל יכול לדרוש דמים, אבל אם הנגזל רוצה בחזרה את החפץ עצמו, הרי הגזלן חייב לתת לו, ובאמת כעין זה סובר הרמב"ם אליבא דאמת היכא שנשתנה הגזילה קצת לגריעותא, דאע"פ שלא נשתנית מספיק בשביל הדין של שינוי קונה, אבל בכל זאת אין הגזלן יכול להכריח את הנגזל לקבל את החפץ אלא הנגזל יכול לדרוש דמים, וא"כ י"ל שכוונת הרא"ש היא לשלול שלא נאמר שזהו תמיד סוף הדין של שינוי קונה, דהיינו ששינוי קונה רק היכא שהנגזל מסכים ואינו רוצה את החפץ ולענין שאין הגזלן יכול לכופו לקבלו.

מיהו לכאורה קשה לומר שהיינו מפרשים כן את דברי רבה ששינוי קונה, דהיינו שכוונתו היא רק להיכא שהנגזל מסכים כי אינו רוצה את החפץ.

מיהו אולי שפיר היינו יכולים לפרש כן, דהנה לשון רבה בדף ס"ו ע"א היא שהיכא שעשה שינוי הרי הוא קונה "ודמים בעלמא בעי שלומי", וכבר ביארנו שכוונתו היא לרמז לב' ציורים, א', היכא שהגזלן רוצה את החפץ, וכן הנגזל רוצה את החפץ בחזרה, אשר בכה"ג לשלם דמים הרי זה

בגדר קולא על הגזלן, ולכן קרא לזה רבה "דמים בעלמא", וכן כוונתו היא לכלול גם היכא שנזח לו להגזלן להשיב את החפץ כי הוא ירד בערכו, ועל כה"ג אמר רבה שדמים "בעי" שלומי, כלומר שהוא צריך לשלם דמים נגד רצונו, והטעם למה רבה ראה לרמז כן הרי זה משום שאי משום מה שאמר ששינוי קונה היינו יכולים לטעות ולומר שהיינו רק אם הנגזל מסכים, ולכן הוצרך להוסיף שגם כשאין הנגזל מסכים יכול הגזלן לשלם דמים, דהיינו "דמים בעלמא", ולכן שפיר נחית הרא"ש לדבר זה וכתב שכל מקום שאמרינן שינוי קונה הכוונה היא גם בעל כרחו של הנגזל.

והנה יש לפרש את כוונת הרא"ש גם בדרך אחרת, דהנה בדף י"א ע"א אמר שמואל שאין שמין לגנב ולגזלן, ופירש"י שאם הלך לאיבוד אינו יכול לשלם סובין כמו כל מזיק אלא הרי הוא חייב לשלם או הם או דמיהם.

ולפ"ז י"ל שכוונת הרא"ש היא שהו"א שאע"פ שהגזלן קונה בשינוי, אבל יכול הנגזל לדרוש את החפץ, לא בגלל שהוא שלו ולא קנה אותו הגזלן, אלא בתורת תשלומין, ולכן קמ"ל הרא"ש שאין הדבר כן.

מז) הגדר של שינוי אינו קונה.

יש לעיין בסברת בית שמאי לעיל גבי אתנן, וכן רבי יונתן לפי האיכא דאמרי שבדף ס"ז ע"א, שסוברים ששינוי אינו קונה, האם זה משום שלא נחשב בכלל שפנים חדשות באו לכאן, וזהו גופא מאי דילפינן מקרא דגם לרבות שינוייהם וכן

מקרא דוהשיב את הגזילה מכל מקום שהביאו שם, או האם גם בית שמאי ורבי יונתן מודים שפנים חדשות באו לכאן ושמיקרי חפץ חדש, רק שבכל זאת מרבינן מהפסוקים הנ"ל שלהחפץ החדש יש אותם הדינים כמו להחפץ הישן*).

והנה מדברי הגר"ח על פ"ב מהל' גזילה הט"ו בד"ה והנה בב"ק דף צ"ז וכו' מוכח דס"ל שלפי המ"ד ששינוי אינו קונה הרי הוא נחשב אותו חפץ כמו קודם, דעיין ברמב"ם שם שפסק שהיכא שלא עשה שינוי גמור שיכול לקנות, אשר בכה"ג הבעלים באים ונוטלים את שלהם, צריך הגזלן לשלם את הדמים שנפחת, ומבואר בדברי הגר"ח ז"ל שם שאין כוונת הרמב"ם דוקא להיכא שהוא עצמו עשה את הפחת בידים והזיקו וכציוורו של הרמב"ם שם ששיבר את הכלי, אלא ה"ה לפחת שנפחת מאליו, וכתב הגר"ח שכן מוכח מהמ"ד שסובר ששינוי אינו קונה, דהא לפי הך מ"ד בודאי אין הגזלן נפטר לגמרי אלא אם גנב כלי ונשבר או בהמה ומתה הרי הוא בודאי צריך לשלם, וא"כ ה"ה שלפי המ"ד שסובר ששינוי קונה, גם לדידי' אם נשתנה שינוי שאינו שינוי גמור הרי הגזלן צריך לשלם את הפחת שנפחת. ולכאורה צ"ע על תליית הגר"ח, דהא לכאורה יש לומר שגם המ"ד שסובר ששינוי אינו קונה, מודה הוא שאינו מיקרי אותו חפץ כמו קודם, אלא

הרי הוא נחשב באמת כחפץ אחר, רק שהוא סובר שהגזלן חייב להשיב גם את החפץ החדש הזה להנגזל, וא"כ מש"ה הרי הוא שפיר חייב לשלם את הפחת, דהא על החפץ שגזל לא קיים מצות השבה, והחפץ הזה שהוא משיב עכשיו הרי הוא שוה פחות, באופן שיוצא שכנגד חלק ממה שגזל לא עשה לא השבה ולא תשלומי דמים, וא"כ שפיר מובן למה מחייבינן ל' להשלים בדמים, משא"כ לפי המ"ד שסובר ששינוי קונה, הרי היכא שלא נשתנה שינוי גמור, אכתי נחשב שיש כאן אותו החפץ של קודם, וא"כ אכתי י"ל שבכה"ג הרי זה נקרא שפיר שיש כאן קיום מלא של מצות השבה על אותו חפץ של קודם, ואע"פ שאכתי קיימות סברות בשביל דינו של הרמב"ם שפסק שהגזלן צריך לשלם בכה"ג את הפחת וכמו שנכתוב לקמן בסמוך אבל מ"מ אין ראי' מהמ"ד שסובר ששינוי אינו קונה דהא יש מקום גדול לחלק ביניהם וכנהנ"ל, וא"כ צ"ע מה היא תליית הגר"ח, ובע"כ צ"ל שהגר"ח סובר שלפי המ"ד ששינוי אינו קונה גדר הדבר הוא שהוא נחשב באמת אותו החפץ כמו קודם דלפ"ז שפיר תלה הגר"ח את שני הדברים יחד ושפיר מוכח משם שגם היכא שהוא נחשב אותו חפץ כמו קודם חייב הוא לשלם את הפחת.

מיהו לכאורה מה שהדבר פשוט שלפי

היכא ששפיר נשתנה שינוי גמור רק שסוברים כמו בית שמאי ששינוי אינו קונה, אז גם רבי אילעא מודה להסברא של אטו תורא גנבי מינך וכו'. ולכאורה מוכח מזה שלפי בית שמאי הרי זה שפיר מיקרי שפנים חדשות באו לכאן, רק שבכל זאת סבירא להו לבית שמאי ששינוי אינו קונה.

(* והנה כבר הבאנו באות מ"ד ס"ק ד' את דברי השיטה מקובצת בשם תלמידי ה"ר פרץ שכתב בדעת רבי אילעא שם דהיכא שלא נשתנה שינוי מספיק גדול כדי שיחול הדין של שינוי קונה, אז לא סבירא ל' לרבי אילעא את הסברא של אטו תורא גנבי מינך דיכרא גנבי מינך, אבל

ב"ש הרי הוא משלם פחת הרי זה רק היכא שהלך לאיבוד לגמרי ואינו משיב כלום דבכה"ג הדבר שפיר פשוט שהוא משלם כסף משום החיוב אחריות של גזלן, אבל היכא שלא הלך לאיבוד אלא שקרה שינוי אכתי י"ל שאינו משלם פחת כיון שהוא משיב את החפץ, וא"כ צ"ע מה היא הראי' מהיכא שהלך לאיבוד לפי ב"ש להיכא שקרה שינוי קטן לפי ב"ה.

והנה אע"פ שהגר"ח כתב כנ"ל בדעת הרמב"ם אבל הוא עצמו הביא שם מראשונים אחרים בהסוגיא של התוקף ספינתו של חבירו שהיכא שלא נשתנה שינוי מספיק גדול בכדי לקנות שפיר יכול הגזלן לומר הרי שלך לפניך בלא לשלם את הפחת. וכן מבואר באמת גם בתוס' לעיל בדף נ"ו ע"ב בד"ה פשיטא וכו' שהרי כתבו שם שבפירות שהריקבו מקצתן, מכיון שלא חשיב שינוי, הרי הגזלן יכול להחזירם והרי הוא פטור מלהשלים את החסרון (משא"כ שומר שחייב בכה"ג).

ועי' בקו"ש באות קכ"ג שחילק בדעת הראב"ד בין היכא שקרה שינוי גמור לפי המ"ד שסובר ששינוי אינו קונה, דאז הרי הוא צריך לשלם את הפחת, לבין היכא שלא הרי שינוי, גם לפי המ"ד שסובר ששינוי קונה, דאז אינו משלם את הפחת. ועי' בדברי הרשב"ם שהביאו תוס' בב"מ דף צ"ו ע"ב בד"ה זיל וכו' דהיכא שעשה שינוי גמור לפי המ"ד שסובר ששינוי אינו קונה, או אם נעשה השינוי ממילא ולא בידים דלפי רבי אלעזר שינוי כזה אינו קונה, אז הרי הוא צריך לשלם את הפחת של השבירה הראשונה שהיתה על מדריגת שינוי (רק שאינו קונה), והרי

הוא מחזיר את השברים עצמם בלא לשלם את הפחת שנפחתו השברים אחרי השינוי, ומבואר בדברי תוס' שם שזוהי כוונת רבי אלעזר לעיל בדף י"א במה שאמר ששמין לגנב ולגזלן דכוונתו היא שהוא מחזיר את השברים משום שלא קנה בשינוי והרי הוא משלם את מה שנפחת ע"י השבירה, אבל אינו חייב לשלם את מה שנפחת או שהוול לאחר השבירה עד ההעמדה בדין (ודע שמלשונות הראשונים משמע כמו שנקטנו זה עכשיו שאין חילוק לפי הרשב"ם בין זולא לפחת בגופו, והבן).

ועי' במה שהביא הקו"ש באות ק"מ וקמ"א שיש סוברים שאין חיוב מזיק בגזילה, דהיינו שאם הגזלן מזיק את הגזילה (בלי לעשות שינוי) אינו חייב אלא הרי הוא אומר הש"ל, דלפ"ז כ"ש שאינו משלם פחת היכא שנפחת מאליו.

ומעתה צריכים לבאר את הסברות של ב' הדעות הנ"ל בענין אם חייב הגזלן לשלם את מה שנפחת ע"י השינוי הקטן שקרה שאינו מספיק לקנות. והנה הרמב"ם בההלכה הנ"ל ביאר שהיכא שלא נשתנה שינוי גמור אז הכל תלוי ברצון הבעלים דהיינו באם הם רוצים את השברים עצמם או את דמי השברים. וביאר הגר"ח דהיינו משום שאע"פ שלא קנה הגזלן בשינוי אבל מ"מ אכתי נאמר בזה שאינו יכול לצאת ידי המצוה של השבה ע"י השבת השברים ולהחזירם בע"כ של הנגזל, דדין שינוי קונה וכן הזכות לומר הרי שלך לפניך בע"כ של הנגזל הרי הם שני דינים נפרדים, ולכן לעולם יתכן שלא קנה הגזלן בשינוי ובכל זאת איבד את כחו לומר הרי שלך לפניך וכמו שביאר שם. ברם לכאורה יתכן

שהנגזל רוצה את השברים, שפיר מתקיים בזה קיום מלא של השבה וכהנ"ל. ברם יש לדחות את התלי' הנ"ל, דהא עיין בהאות הנ"ל שהסקנו שאפילו אם נאמר שיסוד הדין הוא לעשות מעשה של השבה אבל מ"מ אכתי בעינן שיתקיים על ידי זה גם תשלומי ההפסד, דהא לא קילא מהיכא שאין הגזילה קיימת, וכן נראה מוכרח מצד הסברא, וא"כ לפ"ז אכתי צריך לצאת שבודאי חייב הוא לשלם את מה שנפחת ע"י השינוי.

והנה באמת יש מקום לומר דלא כההנחה הנ"ל שכתבנו שהיכא שהבעלים דורשים את השברים, הגזלן מקיים בזה מצות השבה, אלא יתכן לומר שבאמת ליכא בכה"ג קיום מצוה של השבה, רק שמ"מ מכיון שהשברים עודם שייכים להבעלים הרי הוא יכול להקפיד שישלם לו הגזלן דוקא על ידי השברים אע"פ שאין בזה קיום מצוה של השבה. ולפ"ז בודאי יוצא כשיטת הרמב"ם שהוא צריך לשלם את הפחת, דהא באמת לא מתקיימת כאן מצות השבה אשר נוכל לומר שסגי בזה.

מיהו צ"ע על דברינו אלו, משום שאם נאמר שאין כאן מצות השבה א"כ שוב הי' דבר זה צריך לגרום שיקנה הגזלן את השברים בקנין גמור על ידי הקנין גזילה של קודם דהא כבר ביארנו באות מ"ה בשם הגר"ח ועוד אחרונים שבהרגע שהגזלן נפטר ממצות השבה הרי הוא קונה מכח הקנין גזילה של קודם, וא"כ למה חייב הוא לשמוע להנגזל ולהחזיר את השברים (מיהו הבאתי שם שהאמרי משה חולק על האחרונים הנ"ל, וגם התורת חיים חולק עליהם כמו שהבאתי באות מ"ו).

לומר שמ"מ היכא שהבעלים דרשו את השברים, אז גם הגר"ח יודה ששפיר יש כאן קיום מצוה של השבה במה שהגזלן משיב את השברים (ומכ"ש שהכי הוא לפי השיטות שהביא הגר"ח שם שסוברים שאין הברירה ביד הבעלים אלא הרי הגזלן יכול לומר לו בע"כ הרי שלך לפניך, דלפ"ז פשיטא שיש כאן קיום מצוה של השבה). ולפי הנחה זו י"ל שהסברות של ב' הדעות הנ"ל בענין אם הגזלן צריך לשלם את הפחת או לא הרי הן בענין מה היא מהותה של מצות השבה, דהנה בחלק א' אות ס"ד חקרנו באם היסוד של מצות השבה הוא לשלם את ההפסד שהוא גרם להנגזל, רק שגזירת הכתוב היא שהיכא שהגזילה קיימת הרי הוא חייב לשלם ע"י הגזילה עצמה, או האם מהותה היא מעשה מצוה של השבה על החפץ, וא"כ לפי הצד הראשון הרי בודאי נראה כמו שכתב הגר"ח בדעת הרמב"ם, דהא בזה שהוא משיב את מה שנשאר אכתי לא השלים את ההפסד של החלק שהלך לאיבוד, וא"כ נהי שיש כאן קיום מצוה של השבה על השברים כיון שהבעלים רוצים אותם, אבל אכתי אין כאן קיום מצוה של השבה על מה שהלך לאיבוד שהרי אכתי לא השלים את כל ההפסד שגרם, ולכן הרי הוא חייב לשלם את הפחת, אבל לפי הצד השני שיסוד הדין הוא מעשה מצוה של השבה על החפץ שגזל, א"כ יש מקום לומר שמכיון שלא נשתנה שינוי מספיק גדול כדי לקנות, והשם של החפץ הוא כמו קודם, א"כ שפיר נקרא שעשה מעשה מצוה של השבה של אותו חפץ של קודם אע"פ שלא השלים את הפסדו של הנגזל, ומכיון

והנה מדברי הגר"ח עצמו מבואר דס"ל שכשגזלן מחזיר את השברים אין הוא מקיים מצות השבה, אבל לכאורה קשה להבין דבר זה כי אז יוצא שנאמרו שני דינים ב"אשר גזל", א', שאחרי שינוי קטן אין על החפץ מצות השבה, וב', שאחרי שינוי גדול הרי הוא קונה, וזה צ"ע כי היכן כתיבי כאן שתי דרשות ושני דינים, אבל לפי הדרך שהיכא שהבעלים רוצים את החפץ הרי הוא שפיר מקיים מצות השבה אתי שפיר, כי לפ"ז נאמר רק דין אחד, והיינו ששינוי קונה, והיכא שלא עשה שינוי מספיק גדול אין שינוי קונה אלא נשאר מצות השבה, רק שדינה של מצות השבה היא תקנת הנגזל וכמש"כ הרמב"ם שם, ומש"ה כשאנו רוצה את החפץ אין הגזלן יכול להכריחו לקבלו.

מח) בענין אמירת הרי שלך לפניך.

עיין בחידושי הגר"ח על פרק ב' מהל' גזילה הט"ו שביאר שבהדין של כעין שגזל כלולים ב' דברים, חדא ששינוי קונה, ועוד שאפילו אם לא נשתנה שינוי מספיק גדול כדי לקנות אבל מ"מ אם נשתנה קצת לגריעותא (כן ביאר הגרי"ז בהל' גזילה דדוקא לגריעותא), שוב אין הגזלן יכול לומר להנגזל הרי שלך לפניך אלא הרי הוא צריך לשלם דמים, אלא שמ"מ אכתי יש להבעלים הזכות לדרוש את השברים עצמם מאחר שהגזלן לא קנה בשינוי וכמו שכתב הרמב"ם שם (ועיין בהגהות מצפה איתן בסוף המס' שחילק כעין החילוק הנ"ל). והנה הגר"ח בסוף דבריו שם הביא שיש בהסוגיא של התוקף ספינתו של חברו

ראשונים שחולקים על הרמב"ם וסוברים שכל היכא שלא עשה שינוי גמור הרי הוא שפיר יכול לומר הרי שלך לפניך בעל כרחו של הנגזל. והגרי"ז בהל' גזילה ביאר שכן סוברים תוס' בגיטין דף נ"ג ע"ב, וכן מבואר בפשטות בשט"מ לעיל בדף י"א ע"א בד"ה וקשה וכו' בשם מהר"י כ"ץ שהיכא שלא עשה הגזלן שינוי מספיק גדול כדי לקנות הרי הבעלים מטפלים בהשברים בעל כרחם, ורק היכא שהוא קונה בשינוי אין הבעלים מטפלים בהשברים.

וכן יוצא גם משיטת הרשב"ם שהביאו תוס' בב"מ דף צ"ו ע"ב בד"ה זיל וכו' דעיי"ש שהביאו בשמו שלפי המ"ד ששינוי אינו קונה, כל הפחת או זולא שאירע להשברים משעת השינוי עד שעת תשלומין הרי הוא ההפסד של הנגזל (כן מבואר להדיא מלשונות הראשונים בהביאם את שיטת הרשב"ם, דהיינו שאין חילוק אליב"י בין זולא לנפחת גופו אלא שניהם הם ההפסד של הנזק), וכן לפי המ"ד ששינוי שפיר קונה, אם נשתנה שינוי שאינו קונה כגון שינוי דממילא שאינו שינוי בידים וכמו שביארו שם, כל הפחת שאירע משעת השינוי עד שעת התשלומין הרי הוא ההפסד של הנגזל (עיי"ש בסוף התוס'), ופירש הרשב"ם שזהו גם טעמו של המ"ד לעיל בדף י"א שסובר ששמין לגנב ולגזלן, דשמין לגזלן פירושו הוא שהפחת שנפחתו השברים אחרי השבירה הרי הוא ההפסד של הנגזל משום שהגזלן מעולם לא קנה את אותם השברים בשינוי אלא הרי הם של הנגזל כמו קודם, והא דלא קנה אותם הגזלן בשינוי הרי זה או משום דס"ל להך מ"ד שכל שינוי אינו קונה וכמו בית שמאי

ורבי יונתן, או משום דס"ל ששינוי דממילא שאינו שינוי בידים אינו קונה, והא דמשלם את הפחת של השבירה הראשונה הרי זה או משום דאיירי שהוא שבר והרי הוא חייב משום מזיק, או משום דכיון שהוא על מדריגת שינוי רק דס"ל שאינו קונה א"כ בשביל פחת כזה הרי הוא שפיר חייב לשלם. והמ"ד שסובר אין שמין סובר ששינוי שפיר קונה עכ"ד תוס' בדעת הרשב"ם, והרי מפשטות הגמ' שם משמע דמ"ד שמין סובר כן בדרך מוחלטת ואפילו בעל כרחו של הנגזל וא"כ מוכח מזה שהוא סובר שהשברים הם של הנגזל בעל כרחו אפילו למאן דדריש אשר גזל כעין שגזל.

והנה לכאורה יש לדחות שלעולם אין הנגזל חייב לקבל את השברים רק שבכל זאת קמ"ל שאין הגזלן צריך לשלם כנגד מה שפחתו אחרי השבירה אלא רק פחת השבירה וכן מה שהשברים שוים עכשיו.

והנה לכאורה הי' אפשר לומר דרך אמצעי בכל הנ"ל, והיינו שהיכא שעשה רק שינוי קצת באופן שאינו שינוי גמור, הרי הוא שפיר יכול לומר להנגזל הרי שלך לפניך אפילו בעל כרחו של הנגזל, משום דשפיר מיקרי עוד בגדר השבה כעין שגזל, אבל היכא שעשה שינוי גמור, רק שמשום סיבה צדדית לא הועיל השינוי לקנות, אז אינו יכול לומר הרי שלך לפניך ולקיים בו מצות השבה בעל כרחו של הנגזל משום דכיון שיש כאן מציאות של שינוי גמור אין כאן אפשרות של השבה כעין שגזל. מיהו מלשון תוס' בגיטין שם לא משמע כן אלא משמע שצריכים בדוקא שיקנה ע"י השינוי

וכל עוד שלא קנה מאיזו סיבה שהיא אכתי יכול הגזלן לומר הש"ל בע"כ של הנגזל אע"פ שיש כאן מציאות של שינוי גמור. וכן יוצא גם משיטת הרשב"ם הנ"ל שהביאו וביארו תוס' בב"מ לפי מה שביארנו לעיל בדבריהם.

ברם כהחילוק הנ"ל יוצא מביאורו של הקובץ שיעורים בהסוגיא בגיטין שם, דעיי"ש בגמ' דאמרין שאם היזק שאינו ניכר שמי' היזק א"כ אם אירע להחפץ הגזול היזק שאינו ניכר אין הגזלן יכול לומר הרי שלך לפניך, וביארו תוס' שם דהיינו משום שאם שמי' היזק הרי זה נקרא שנעשה שינוי בהחפץ וקנה הגזלן בשינוי, מיהו הקובץ שיעורים באות כ"ו כאן ביאר שבאמת בהציוור ההוא בגיטין שם אין הגזלן רוצה לקנות בהשינוי ולכן באמת יתכן שאינו קונה משום שיתכן ששינוי אינו קונה בעל כרחו של הגזלן, רק שבכל זאת אם הי' נחשב שינוי ע"י הדין של היזק שאינו ניכר שמי' היזק, אז הי' דבר זה גורם שאינו יכול לומר להנגזל הרי שלך לפניך כיון שדבר כזה נקרא מיהא בשם שינוי, אבל אם לא הי' נקרא שינוי משום שהיזק שאינו ניכר לא שמי' היזק אז אכתי שפיר הי' יכול לומר להנגזל הרי שלך לפניך בעל כרחו.

איברא, אכתי אין ראי' מדברי הקו"ש להכרעה הנ"ל משום שיתכן דס"ל להקובץ שיעורים שאם היזק שאינו ניכר לא שמי' היזק, אז הרי זה נקרא שלא נשתנה כל עיקר.

ובאמת כן חייבים לומר בביאור הגמ' שם לפי הרמב"ם, דהיינו שאם היזק שאינו

ניכר לא שמי' היזק הרי הוא יכול לומר הרי שלך לפניך כי לא מיקרי שעשה כלום.

מט) בענין שינוי קונה.

הנה כבר הבאנו את דברי הגר"ח שביאר בדעת הרמב"ם שאם עשה הגזולן שינוי שאינו שינוי גמור, אע"פ שאינו קונה, אבל בכל זאת אין הגזולן יכול לומר הרי שלך לפניך בעל כרחו של הנגזל, והוסיף שם הגר"ח שהדין הנ"ל הוא אמת רק לפי המ"ד שסובר ששינוי גמור קונה, אבל לפי המ"ד שסובר ששינוי אינו קונה כלל, א"כ לדידי' הרי הוא שפיר יכול לומר בעל כרחו של הנגזל הרי שלך פניך עיי"ש שביאר את טעם הדבר.

והנה בסוגיין אמרינן שאם שינוי קונה אז דמים בעלמא בעי שלומי, ופירש רש"י שהנפ"מ בזה ששינוי קונה הוא שמעתה אינו חייב להחזיר את גוף הגזילה אלא הרי הוא יכול להחזיקה לעצמו ולשלם דמים, משא"כ אם שינוי לא הי' קונה, אז הי' חייב להחזיר את גוף הגזילה. ודבריו אלו איירי בציוור שהנגזל רוצה את גוף הגזילה והגזולן רוצה להחזיקה לעצמו. מיהו באמת יש עוד נפ"מ, והיינו באופן שאין הגזולן רוצה את הגזילה עצמה, דאם שינוי לא הי' קונה, אז הגזולן הי' יכול לומר הרי שלך לפניך ולהכריחו לקבלה, משא"כ אם שינוי שפיר קונה, אז אינו יכול, וא"כ צע"ק למה לא כתב רש"י גם את הנפ"מ הזה. מיהו לפי דעת הרמב"ם הנ"ל ניחא למה לא פירש רש"י כן, והיינו משום שגם אם סוברים ששינוי אינו קונה, אינו יכול לומר הרי שלך לפניך בעל כרחו של הנגזל

(עכ"פ היכא שהשינוי הי' לגריעותא). ברם זה אינו כי הגר"ח ביאר שרק המ"ד שסובר ששינוי גמור קונה סובר את הדין הנ"ל, אבל המ"ד שסובר ששינוי אינו קונה סובר שהוא שפיר יכול להכריח את הנגזל לקבלו, וא"כ אכתי יוצא שקיים הנפ"מ הנ"ל, והיינו שאם סוברים ששינוי קונה אינו יכול להכריח את הנגזל לקבלו, משא"כ אם סוברים ששינוי אינו קונה הרי הוא שפיר יכול להכריחו. מיהו י"ל שרש"י לא כתב את הנפ"מ הנ"ל כי לפי הצד ששינוי קונה הרי יוצא שחידוש זה שאינו יכול להכריחו לקבל את השברים נוהג גם כשלא עשה שינוי גמור ואין זה חידוש דין המיוחד להציוור של שינוי גמור, ורש"י העדיף לפרש באופן שהחידוש דין הוא דוקא בהציוור של שינוי גמור, ולכן צייר רש"י באופן שהנגזל שפיר רוצה את החזרת החפץ הגזול והגזולן אינו רוצה לתתו, דבהציוור הזה הדין שאינו צריך להחזיר את גוף החפץ קיים רק כשעשה שינוי גמור.

ובאמת גם מגוף לשון הגמ' משמע כפירש"י שהמכוון הוא להציוור שהגזולן והנגזל אינם רוצים להחזיר את החפץ עצמו, שהרי הלשון של הגמ' היא שכיון שהוא קונה בשינוי א"כ מעתה "דמים בעלמא בעי שלומי", ומחא דקרי ל"י "דמים בעלמא" משמע דאיירי באופן שיותר ניחא ל"י להגזולן לשלם דמים מלשלם את החפץ הגזול, דאל"כ הוה ל"י למימר בלשון של "דמים מעליא" בעי שלומי כמו שאמרו בע"ב עיי"ש (מיהו גם לפי דברינו אולי הי' הלשון יותר מתוקן אם הי' אומר דמים בעלמא "מציי" שלומי,

דהא מהלשון של "בעי" שלומי משמע שאינו רוצה את גוף החפץ רק שהוא משלם את הדמים בעל כרחו משום שגם הנגזל אינו רוצה את גוף החפץ).

נ) לא הספיק ליתנו עד שצבעו פטור.

פירש"י שהוא פטור מתשלומין משום דהוי ממון שאין לו תובעין. והנה בחולין דף ק"ל ע"ב לענין זרוע ולחיים וקיבה איתמר שאם הזיק מתנות כהונה הרי הוא פטור מלשלם ממון, ופליגי שם שתי לשונות בגמ' בענין מה הוא הטעם של הפטור, דל"שנא קמא הרי זה משום דכתיב "זה", כלומר שהוא חייב ליתן רק את גוף המתנות, ול"שנא בתרא הרי זה משום דהוי ממון שאין לו תובעים. והנה חזינן שהל"שנא קמא סוברת שהמזיק פטור מעיקר הדין משום הפסוק של "זה", גם בלא הטעם של ממון שאין לו תובעים, וצ"ל דקמ"ל הפסוק של "זה" שני דברים, חדא שע"י ההפרשה עדיין אינם נעשים ממון כהנים, דהא אילו היו נעשים הממון של הכהנים א"כ בודאי שהי' צריך להיות חייב משום מזיק אי לאו הטעם של ממון שאין לו תובעים (שזהו הטעם של הלשון השני), וגם קמ"ל שאין הישראל חייב באחריות נתינתם, שהרי הי' אפשר לומר שאע"פ שאינם נעשים ממון כהנים ע"י ההפרשה לחוד אבל מ"מ הישראל חייב באחריות נתינתם עד שיגיעו לידי הכהנים,

כלומר שהוא חייב לתת להכהנים או הן או דמיהן, ואילו הי' חייב באחריות נתינתם א"כ גם לפ"ז הי' יוצא שהוא פטור רק משום דהוי ממון שאין לו תובעים, וא"כ מוכח דס"ל להל"שנא קמא שאין הישראל חייב באחריותם. ולפ"ז צ"ל שהטעם של הל"שנא בתרא שסובר שבאמת יש כאן חיוב ממון, רק שאין לו תובעים, הוא או משום דחשיבי שפיר ממון כהנים באופן שיש לו באמת דין מזיק ממש, או דלעולם לא חשיבי ממון כהנים רק שבכל זאת צריכים להגיע להטעם של ממון שאין לו תובעים משום שהישראל חייב באחריות נתינתם, כלומר שהוא חייב לתת או הן או דמיהן*).

גם י"ל שהלשון הראשון מודה שהמתנות נהיים ממון כהנים, רק שאי משום ממון שאין לו תובעים הרי אכתי הי' חייב בדיני שמים כמש"כ תוס', ולכן צריכים את הדרשה של זה כדי לפוטרו גם מדיני שמים.

ומעתה יש לעיין בענין הא דסתם רש"י כאן לענין ראשית הגז כמו הטעם של ממון שאין לו תובעין. ולכאורה נראה פשוט דהיינו משום שגבי ראשית הגז לא כתיב "זה" כמו שכתוב גבי זרוע ולחיים וקיבה ומש"ה שפיר יש כאן חיוב ממון. ועיין באמת בתוספתא בפרק י' דחולין דתניא שהישראל חייב באחריותו של ראשית הגז עד שהוא מגיע לידי הכהן, והטעם הוא משום דכתיב תתן לו (כן ביאר הבאר

תובעים הלא בכל זאת למה אין בית דין מצווין לכופו לקיים את החיוב אחריות שלו מדין כופין על המצות.

* צ"ע דאם נאמר שהחיוב אחריות אינו רק בגדר חיוב ממון אלא הרי הוא נכלל בהחיוב מצוה של השבה, אם כן מה לי בזה שאין לו

הגולה ביו"ד סי' של"ג אות ר'), וא"כ מכיון שהוא חייב באחריות, בעל כרחך צ"ל שהטעם שהוא פטור מדיני אדם הרי הוא משום ממון שאין לו תובעים וכמו שסוברת הלשון השני בנוגע לזרוע ולחיים וקיבה.

מיהו אכתי יש לחקור בענין מה היא הצורה של הך חיוב אחריות, דהיינו האם הראשית הגז נחשב מיד בשעת ההפרשה כממון הכהנים, רק שהישראל חייב באחריותו עד שהוא מגיע לידיהם, או האם הגז נשאר באמת הממון של הישראל עד שהוא בא לידי הכהן, וצורת האחריות היא שהישראל חייב להקנות חלק מהגז להכהן או להקנות דמיו.

והנה רש"י כאן גבי ראשית הגז הזכיר בתוך דבריו לשון של קונה בשינוי, ואם כן מוכח כהצד הראשון שחקרנו דהיינו שהגז נחשב מיד בשעת ההפרשה כהממון של הכהנים רק שהישראל חייב באחריותו של הגז עד שהוא מגיע לידו של הכהן.

ברם באמת לפי הצד הזה שהוא נעשה ממון כהנים יוצא שהיכא שצבעו הישראל בידים הרי מעתה יש אפשרות של סיבה נוספת למה הישראל חייב לשלם דמים חוץ מהטעם של התוספתא דיליף מתתן לו שהוא חייב באחריות, דטעם התוספתא בעינן רק להיכא שהלך הגז לאיבוד מעצמו, אבל היכא שצבעו בידים א"כ בנוסף להחיוב אחריות הרי הוא צריך להיות חייב משום גזלן (אי לאו משום דהוי ממון שאין לו תובעים ואין בכח ב"ד לדונו), דהא הגז הי' כבר בגדר ממון כהנים, וא"כ ממ"נ, אם נחשב הישראל

כשומר כל הזמן שהגז נמצא עוד ברשותו, א"כ ע"י הצביעה הרי הוא נחשב שולח יד בפקדון שיש לו דין גזלן, ואפילו אם אינו נחשב כשומר אבל בכל זאת הרי הצביעה בעצמותה נקראת מעשה גזילה לפי מה שכתב רעק"א בכתובות דף ל"ד ע"ב שהיכא שעשה מעשה שהוא על מדריגת שינוי וגם מתכוין לגזול הרי הוא נעשה גזלן על ידי זה (וכבר הארכנו לעיל באות ז' בדעות הראשונים בזה). ועכ"פ הא מיהא משמע מדברי רש"י שהגז נעשה באמת ממון כהנים וכהנ"ל.

מיהו מתוס' כאן בד"ה עד וכו' משמע שאינו נעשה ממון כהנים ע"י ההפרשה לחוד, דעיינן בדבריהם שנקטו שאם הפריש ראשית הגז והלך לאיבוד הרי הוא חייב להפריש גז אחר, וביאר הקובץ שיעורים בסוף אות כ' דהיינו משום דס"ל שלא חשיב ממון כהן ע"י ההפרשה לחוד, דהא אילו הי' נחשב ממון כהן א"כ הרי כבר נקבע כאן איזה גז הוא של הכהנים ומה שייך להצריכו להפריש עוד הפעם, דלכל היותר הי' שייך לחייבו באחריות עד שיגיע לידי הכהנים, דהיינו שיהי' חייב לשלם דמים אם נאנס, אבל אין כאן שום מקום לעוד הפרשה, וא"כ מוכח דס"ל לתוס' שע"י ההפרשה לחוד אכתי אינו נעשה ממון כהנים.

ולפי תוס' צ"ל שבראשית הגז באמת לא שייך הענין של שינוי קונה, אלא כוונת הגמ' היא רק להוכיח שלאחר שנשתנה הרי הוא נחשב כחפץ אחר, וששוב אינו החפץ שהתורה אמרה לתת להכהנים וממילא הרי הוא נפטר (ובאמת כן היא הכוונה לעיל

גבי אתנן, דהא גם שם לא שייך הענין של שינוי קונה).

ובאמת השתא דאתינן להכי אולי י"ל שבאמת גם רש"י סובר כן, ולא דוקא כתב לשון של שינוי קונה (ומה שהביאו תוס' בחולין דף קל"ז ע"ב מלשון רש"י שהוא בגדר גזל, אשר מלשון זה נראה דהוי שפיר ממון כהנים, הרי הלשון הזה אינו נמצא שם ברש"י שלפנינו). ועיינן עוד לעיל באות מ"ו שהבאנו גם מהתורת חיים בסוגיין שכתב שבראשית הגז אין כאן ענין של גזילה גמורה (ועי' לקמן בסמוך שנביא כן גם מרש"י).

ובאמת מלשון רש"י להלן כאן בדף צ"ג ע"ב בד"ה פטור וכו' נראה להדיא דס"ל שראשית הגז אינו נעשה ממון כהנים על ידי הפרשה, דעיי"ש שכתב על הא דמיפטר אם צבעו וז"ל, דקניא בשינוי, ודמים נמי לא משלם דלאו גזל גמור הוא דלא מטיא לידי עכ"ל, פי' אם הי' כבר מגיע לידי הכהן א"כ אז הי' גזל גמור וגם הי' ממון שיש לו תובעים, אבל כיון שלא הגיע ליד הכהן אינו משלם דמים אפילו אם הוא ממון שבט משום שהוא ממון שאין לו תובעים, אלא שמוכח מדבריו שבאמת ע"י הפרשה לחוד בכלל אינו נעשה ממון כהנים כי רש"י כתב לשון שאינו גזל גמור, והרי אם הוא נחשב ממון כהנים, שפיר הי' צריך להיות נחשב גזל גמור, ונהי שאין מוציאין ממנו משום דהוי ממון שאין לו תובעים אבל בכל זאת הרי יש כאן גזל גמור של ממון כהנים. מיהו יש לדחות שלעולם הרי הוא שפיר נעשה ממון כהנים רק שבכל זאת אינו גזל גמור משום דס"ל לרש"י שאינו נעשה בגדר שומר באופן

שלא שייך לחייבו משום שליחות יד וכן לא ס"ל כדברי רעק"א הנ"ל שהבאנו שמעשה היזק קובעתו לגזלן. ועיינן במה שהבאתי עוד באות רפ"ו.

ועכ"פ אכתי צריכים להסביר מה היא כוונת רש"י בזה שרמז שיש כאן מיהא אביזרייהו של גזל (רק שאינו גזל גמור). ונראה שיש לפרש דבר זה בב' דרכים: חדא, דקאי על החיוב אחריות לשלם דמים, והיינו שמכיון שלאחר שצבעו הרי הוא חייב לשלם דמים מצד החיוב אחריות, והרי למעשה אינו משלם משום דהוי ממון שאין לו תובעים ואין ב"ד יכולים להוציא, א"כ נמצא שלא שילם את חובו, וזה הוי אביזרייהו דגזילה, אבל לא גזל גמור וכמו שכתב רש"י בריש סנהדרין שהמפקיע הלואה ואינו משלם אינו עובר על לא תגזול ודלא כשיטת הרמב"ם (עי' בדברינו שם). ב', שאע"פ שהגז נחשב עוד ממון של הישראל, יש כאן אביזרייהו דגזילה גם בנוגע לגוף הגז עצמו, והיינו משום שי"ל שהחיוב לתת את גוף הגז אינו רק בגדר מצות נתינה אלא י"ל שהתורה חייבה אותו בחיוב ממון גמור לתת את הגז להכהן, והרי הוא חייב את גוף הגז להכהן אע"פ שהוא עדיין ממון ישראל, וא"כ מאחר שהוא חייב להכהן את גוף הגז א"כ במה שצבעו והפקיע את הלואתו הרי יש כאן הפקעת הלואה, שהוא אביזרייהו דגזל, גם בנוגע לגוף הגז.

מיהו אכתי צ"ע על רש"י שם, למה הוצרך להזכיר דבר זה שאינו גזל גמור, הלא אפילו אם הי' שפיר נחשב גזל גמור, אכתי הי' פטור משום דהוי ממון שאין לו תובעים.

ובחולין דף קל"ה ע"א בד"ה פטור פירש"י בנוגע לצביעה דראשית הגז וז"ל, דקניא בשינוי דהוה לי' כמזיק מתנות כהונה או אוכלן עכ"ל. ולשון זו של "דהוה" לכאורה אינה מתוקנת, דהא במזיק מתנות כהונה לא מצינו כלל שהוא נפטר מנתינת גוף המתנות, אלא לעולם יתכן שגם במתנות כהונה היכא שלא הזיקן עד גמירא אלא נשאר עוד קרן מסוים הרי הוא חייב לתת להכהנים וכוונת הגמ' בדף ק"ל שם היא שמזיק מתנות כהונה פטור רק כשהזיקן עד גמירא, וא"כ בע"כ צ"ל שיש ט"ס בדברי רש"י וצ"ל "והוה", וכוונתו היא לומר שלא רק שהוא נפטר מלתת את גוף הגז ע"י שנשתנה אלא הרי הוא גם פטור מדמים כמו במזיק מתנות כהונה משום דהוה ממון שאין לו תובעים. שו"ר שברש"י על הרי"ף שם איתא "והוה", וכן איתא בר"ן שם.

נא) בענין דברי תוס' שבראשית הגז לא שייך הפרשה ואינו כמו תרומה.

כתבו תוס' וז"ל, אין לפרש שצבעו חלקו של כהן שהפריש לו מן הגיזה, דלא שייכא בי' הפרשה כמו גבי תרומה דהפרשה שייכא בי', אבל הפרשת ראשית הגז אין כלום מה שמפריש לצד אחד וכאילו לא הפריש עכ"ל. פי' דבתרומה הרי הכרי טבול לתרומה וכשמפריש הרי הוא מוציא מידי טבל וחל על הפירות שהפריש שם של תרומה, ומש"ה התם בתרומה לא שייך הפרשה שני', דהא כבר אינו טבל, והפרשת תרומה היא רק מטבל, אבל גז

הרי אינו טבול כלל, ולא נאמר בה שהפרשה מוציאה אותו מידי טבלו, וכן לא נאמר שהפרשה עושה אותו לממון כהן, אלא כל הדין האמור בזה הוא רק שיתן חלק ממנו לכהן, ומש"ה גם לאחר שהפריש הרי הוא צריך להפריש עוד הפעם אם נשאר גז שאינו צבוע, אבל אילו הי' הגז נחשב כטבל א"כ אז לא הי' שייך הפרשה שני' כיון שכבר יצא מידי טבל, וכן נראה פשוט שאילו הי' הגז נעשה ממון כהן גם זה הי' גורם ששוב לא הי' שייך הפרשה אחרת, אלא לכל היותר הי' שייך לחייבו לשלם דמיו משום אחריות או מזיק. ועיין גם בקובץ שיעורים כאן בסוף אות כ' שכתב שבדברי תוס' הנ"ל מבואר באמת שראשית הגז אינו נעשה ממון כהן ע"י הפרשה לחוד.

והנה לענין פאה עיין במל"מ בפ"א מהל' מתנות עניים הט"ו שביאר כמה חילוקי דינים בענין אם הוא יכול להוסיף על פאה לאחר שכבר הפריש, דהיכא שהפריש פחות מהשיעור דרבנן ובשעת הפרשה הי' בדעתו להוסיף, לכו"ע הרי הוא יכול להוסיף, ואם לא הי' דעתו להוסיף פליגי בזה בירושלמי כמו שהביא שם, והיכא שהפריש כשיעור והי' דעתו להוסיף נסתפק המל"מ באם הוא יכול להוסיף או לא. והנה הטעם לומר שאינו יכול להוסיף בהני גווני, אע"פ שגם בפאה אין כאן הענין של הוצאה מידי טבל, הרי זה משום שכבר נפטר מחיובו מדאורייתא ולכן הסברא נותנת ששוב אינו יכול לקבוע על התבואה שם של פאה, ואולי גם בראשית הגז, אם לא הלך לאיבוד, רק שבכל זאת רצה להוסיף, לא יוכל להוסיף

מאחר שכבר נפטר מחיובו*), רק דכיון שהוא חייב באחריותו של הראשית הגז עד שיגיע לידי הכהן וכמו שנפסק ביו"ד סי' של"ג סעיף ה' מהתוספתא, א"כ יוצא שכשצבעו והפקיעו מדין ראשית הגז, הרי מעתה איגלאי מילתא שלא נפטר מחיובו, ולכן שפיר יכול הוא להוסיף ולהפריש עוד הפעם, אלא שזה מיהא נראה אמת שרק בראשית הגז שייך לומר כן אבל לא בפאה, ואפילו אם ילך לאיבוד, דהא כיון שאינו חייב באחריותו א"כ גם לבסוף נשאר אמת שקיים את חיובו (וכן לא בתרומה משום שאפילו אם נאמר שהוא חייב באחריותה אבל מ"מ לא שייך עוד הפרשה משום שכבר פקע השם של טבל).

נמצינו למדים שהיכא שהגז הראשון שהפריש לא הלך לאיבוד, א"כ בכה"ג ראשית הגז שוה הוא לפאה, אבל היכא שהלך לאיבוד, אז יש לחלק ביניהם ולומר שבראשית הגז הרי הוא שפיר חייב להפריש עוד הפעם כיון שעוד לא יצא ידי החיוב באחריות משא"כ בפאה דליכא חיוב כזה.

גם יש לומר סברא אחרת למה בפאה לא יוכל להוסיף אם ילך לאיבוד, והיינו אם נאמר שהוא נעשה ממון עניים מיד בשעת ההפרשה, דלפ"ז אפילו אם הי' חייב באחריות באופן שעוד לא יצא ידי חובתו אבל בכל זאת לא הי' שייך לחייבו אלא לשלם דמים אבל לא הי' שייך לחייבו בהפרשה חדשה, וכן ביאר הקובץ שיעורים כאן שאם הי' ראשית הגז נעשה ממון כהן,

תו לא הי' שייך הפרשה אחרת וכמו שהזכרנו בתחילת דברינו בביאור דברי תוס'.

ובענין אם פאה נעשה ממון עניים על ידי הפרשה לחוד עיין במל"מ בפ"ב מהל' תרומות ה"ט שנקט שאינו נעשה ממון עניים עד שבא לידיהם (ועיין עוד בזה בתוס' רעק"א על פאה פרק ד' אות מ"ב). ובמקדש דוד על זרעים (חלק ד') סי' ס"ב אות ב', וכן הקובץ שיעורים בחלק ב' סי' י"ד אות ט"ז וי"ז נקטו דהוי בגדר הפקר לעניים, דבפאה גזיה"כ היא שהפקר לעניים הוי הפקר. וע"ע בס"י י"ז שם באות ג' שדן בזה. מיהו מפשטות דברי תוס' לעיל בדף כ"ח שהביאו שם משמע שאינו נעשה הפקר, והקו"ש והמקדש דוד ביארו את דברי תוס' בדף כ"ח דלא כפשוטן כמו שביארנו שם באות שע"א. ועי' בתוס' יו"ט בפ"ו מפאה משנה א' ובנו"כ שם, וברדב"ז על פ"ד ממ"ע ה"ו.

(נב) עד שצבעו.

בענין דברי רש"י שהנפ"מ הוא לענין תפיסה.

הנה רש"י כאן כתב שהנפ"מ בזה שצבעו הוא שלפני שצבעו תפיסה מהני ואילו לאחר שצבעו תפיסה לא מהני, והא דלא כתב שהנפ"מ הוא בזה שלפני שצבעו יש עליו חיוב לתתו להכהן גם בלא תפיסה, ואילו לאחר שצבעו הוי ממון שאין לו תובעין ופטור, י"ל דהיינו משום דס"ל כתוס' בחולין דף ק"ל ע"ב (לגבי מזיק

אלא רק להניחו שם בשבילם אבל בראשית הגז אינו נפטר מחיובו עד שהוא נותן אותו להכהן.

(* מיהו צ"ע דבפאה מאחר שהניחו להעניים כבר נפטר מחיובו שהרי אין עליו חיוב לתתו להעניים

נב* (בענין יאוש.

ע"י בגמ' שמספקא ל"י לרבה אם יאוש קונה בגזילה מהתורה משום דילפינן מאבידה, או האם הוא קונה רק מדרבנן משום תקנת השבים, ורב יוסף סובר שיאוש אינו קונה אפילו מדרבנן.

וצ"ע למה סובר רב יוסף שאינו קונה משום תקנת השבים, דמאי שנא משינוי מעשה החוזר שקונה מדרבנן, וכי נימא שהוא סובר ששינוי מעשה החוזר קונה מדרבנן רק גבי מריש.

מיהו ע"י בתוס' בסוכה דף ל' ע"ב בד"ה וליקנייה וכו' שכתבו ששינוי מעשה החוזר קונה מדרבנן משום תקנת השבים, אבל שינוי השם החוזר קונה מדרבנן משום תקנת השבים רק במריש וכל בנין קרקע כיוצא בו (משום שהתם יש לו הפסד גדול מזה שיפרק את הגג), הרי שבשינוי השם החוזר לא תיקנו כל כך הרבה כמו בשינוי מעשה החוזר, וא"כ חזינן שאין הכרח להשוות שינוי מעשה החוזר ושינוי השם החוזר אהדדי, וא"כ י"ל שרב יוסף סובר שלא תיקנו ביאוש כי אין זה כמו שינוי מעשה או שינוי השם שהגזלן טרח בו או נתן לה מזונות אשר משום כך נשתנה (כגון בטלה ונעשה איל שאינו נחשב שינוי מהתורה לפי רבי חנינא כיון דאתי ממילא וכמו שפירש"י בדף ס"ה ע"ב).

עוד י"ל שרב יוסף סובר שתיקנו תקנת השנים רק היכא שיש דוגמתו מהתורה, וכגון בשינוי מעשה החוזר, דהתם תיקנו משום שיש דוגמתו שקונה מהתורה, דהיינו שינוי מעשה שאינו קונה, אבל בלי שמצינו דוגמתו מהתורה לא היו חכמים מחדשים בריאה חדשה לגמרי, ולכן ס"ל לרב יוסף

מתנות כהונה) שגם לאחר שהזיקו אע"פ שהוא בגדר ממון שאין לו תובעים אבל מ"מ אכתי חייב הוא מדיני שמים לשלם, וא"כ הרי הוא חייב לתתו גם לאחר שצבעו, רק שמעתה לא מהני תפיסה וכמו שפירש"י.

מיהו צ"ע באמת למה לא מהני תפיסה דהא שיטת רש"י בב"מ דף צ"א היא שהיכא שהוא חייב לצאת ידי שמים מהני תפיסה.

וצ"ל דס"ל לרש"י שתפיסה מהני רק כשיש עליו חיוב מדיני שמים לאדם מיוחד משא"כ בראשית הגז הרי אינו לאדם מיוחד. מיהו יש להקשות על זה דא"כ למה מהני תפיסה לפני שצבעו. ברם י"ל דהיינו משום שאז יש עליו גם חיוב מצוה, ואע"פ שבמצות צדקה בודאי אין העני רשאי לתפוס צדקה אבל מ"מ י"ל שנתנית הצמר לכהנים אינה בגדר מצות נתנה כלפי שמיא כמו צדקה, אלא צורת המצוה היא שהתורה חייבתו בחיוב ממון גמור לתת את הצמר, והרי היא מצוה שצורתה היא חיוב ממון גמור משא"כ בצדקה שאין לו שום חיוב ממון להעני.

נמצינו למדים שהיכא דהוי בגדר מצות נתנה כלפי שמיא כגון צדקה, לא מהני תפיסה, וכן היכא דהוי בגדר חיוב ממון אבל לא לאדם מיוחד כמו ראשית הגז לאחר שצבעו, גם בכה"ג לא מהני תפיסה, אבל היכא דהוי בגדר מצוה שצורתה היא חיוב ממון, אז שפיר מהני תפיסה אע"פ שאינו חיוב לאדם מיוחד, וכגון ראשית הגז קודם שצבעו. וצ"ע בכל זה כמובן.

ועיינן בקובץ שיעורים אות כ'.

שיאוש אינו קונה אפילו מדרבנן כי לא מצינו יאוש מהתורה בגזילה, ולעולם יתכן שגם רבה מודה לגוף הנחתו של רב יוסף, רק שהוא סובר שמספיק בזה שמצינו יאוש באבידה, ואילו רב יוסף סובר שלא סגי בזה אלא צריכים למצוא דוגמתו בגזילה.

(נג) בענין יאוש (הביאור של באיסורא אתא לידי).

א. דרכו של הקצה"ח.

עיינן בסוגיין שצידד רבה לומר שיאוש אינו מועיל מהתורה בגזילה משום שבאיסורא אתא לידי משא"כ אבידה שבהיתירא אתא לידי. וביאר הקצה"ח בסי' שס"א סק"א שטעם החילוק הוא משום שדבר תורה מעות קונות ולא משיכה, והרי היאוש בעי קנין אחר עמו כמו שצידדו תוס' לומר בדף ס"ט ע"א, והכא הרי הגזלן לא נתן מעות, ואע"פ שבאבידה חזינן שאחרי היאוש הרי המוצא יכול לזכות ע"י קנין משיכה וכדומה, אבל היינו משום שהיכא שא"א לו לקנות במעות אז

חידשה התורה שסגי גם במשיכה כמו במתנה, אבל בגזילה מכיון שבאיסורא אתא לידי א"כ בודאי שבכה"ג לא סילקה התורה את הדין שרק מעות קונות.

והנה עיינן בתד"ה הכא נמי וכו' שהקשו איך אפשר ללמוד יאוש מאבידה הלא באבידה גופא אין היאוש מועיל היכא שנתיאש לאחר שבאה ליד המוצא. ותירצו שבאבידה שפיר מועיל יאוש לענין החפץ עצמו גם לאחר שבאה כבר ליד המוצא, רק שאכתי יצטרך לשלם דמים, וא"כ שפיר אפשר ללמוד גזילה מאבידה, דהא גם בגזילה רצוננו לומר שמהני יאוש רק לענין החפץ עצמו אבל אכתי מתחייב הוא לשלם דמים. ולפי ביאורו הנ"ל של הקצה"ח יוצא שגם הצד השני של רבה שסובר שיאוש אינו קונה בגזילה אפילו לגבי גוף החפץ, גם הצד ההוא יודה שבאבידה שפיר יועיל יאוש גם לאחר שכבר בא ליד המוצא, והיינו משום שהתם הרי לא עשה שום איסור, ומש"ה לא קפדינן דוקא על קנין מעות, משא"כ בגזילה מכיון שעשה איסור אין שאר קנינים מועילים*).

תירוצ אחר על קושיית תוס' כאן, דעיי"ש שכתב שהטעם למה יאוש אינו מועיל באבידה לאחר שכבר הגיע ליד המוצא הרי זה משום שהמוצא כבר נעשה השומר של בעל האבידה וממילא הרי האבידה נחשבת ברשותו של בעל האבידה, ויאוש אינו מועיל על דבר שהוא ברשותו, ומהטעם הנ"ל יאוש אינו מועיל באבידה לאחר שהגיע ליד המוצא אפילו לענין גוף החפץ ודלא כתוס' שסוברים שיאוש שפיר מועיל בכה"ג לענין גוף החפץ. ולפי דברי הרמב"ן מיושבת שפיר קושיית תוס' וכמש"כ הקצה"ח שם בסק"ב דהא הסברא הנ"ל שייכת רק באבידה אבל בגזילה שפיר שייך לומר שיאוש מועיל אע"פ שכבר בא ליד הגזלן דהא הגזילה אינה נחשבת ברשותו של הגזול ושפיר שייך יאוש.

(* מיהו לפי ביאור זה בתוס' לשון הגמ' נראית תמוהה, דהא לשון הגמרא היא שנלמוד יאוש בגזילה מהא דמועיל יאוש באבידה מקמי דאתא לידו של המוצא, ואילו לפי תוס' לא היתה הגמ' צריכה ללמוד מיאוש דאבידה מקמי דאתא לידי אלא מלאחר דאתא לידי).

מיהו רעק"א כאן כתב לפרש שלפי הצד שבגזילה לא מהני יאוש הוא הדין שגם באבידה לא מהני לאחר דאתי ליד המוצא אפילו לענין החפץ עצמו, ולפ"ז לק"מ כי כוונת הגמ' היא לחקור גם גבי אבידה אם יאוש מהני לאחר שאתי ליד הזוכה, וא"כ יוצא שאפשר ללמוד רק מאבידה מקמי דאתא לידי.

ודע, שמדברי הרמב"ן בב"מ דף כ"ו מבוואר

והנה הקצה"ח בסי' שנ"ג סק"ב הביא את דברי תוס' הנ"ל שלפי הצד הראשון של רבה שיאוש מהני בגזילה אע"פ שבאיסורא אתא לידו' א"כ הה"נ שיועיל באבידה לענין גוף החפץ, ורק את דמי החפץ יצטרך להחזיר, ובביאור הדבר כתב הקצה"ח שלא שייך לומר שמה שהמוצא משלם דמים הרי זה בגדר חיוב תשלומין, כי כשהוא מרים הרי הוא נעשה שומר ושומר מתחייב בתשלומין רק בשעת הפשיעה או הגניבה או האונס כל חד כדיני' (וי"א שהוא מתחייב אז למפרע) וא"כ כשהבעלים התיאשו אין כאן מקום לחיוב תשלומין, וא"כ צ"ל דהא דמשלם דמים הרי זה משום שהתורה שירה בקנינו. אמנם לא ביאר לנו הקצה"ח מנא ידעה הגמ' שהתורה שירה באמת בקנינו ומהיכא תיתי לומר דבר כזה, וצ"ע.

גם צ"ע, דהנה כבר הבאנו שהקצה"ח בסי' שס"א סק"א כתב שהכוונה במאי דאמרין שבגזילה לא מהני יאוש משום שבאיסורא אתא לידו' היא דכיון שעשה איסור מש"ה לא נתנה לו התורה קנין משיכה, וכבר כתבנו שלפ"ז לכאורה צ"ל שגם לפי הצד שיאוש אינו קונה בגזילה, הא ודאי שבאבידה יועיל היאוש לענין גוף החפץ, דהא לא שייך באבידה הצד הנ"ל של באיסורא אתא לידו'. ולפ"ז יוצא שכוונת הגמ' בב"מ דף כ"א ע"ב שבאבידה לא מהני יאוש לאחר שבא ליד המוצא היא רק שבאבידה אינו קונה לגמרי להיות פטור אפילו מממון, ומעתה לפ"ז אכתי לא מוסבר מה הוא הביאור במאי דאמרין שם שאבידה דאתא לידו' לפני יאוש מיקרי שבאיסורא אתא לידו'.

והנה לעיל בהערה כאן הבאתי את

דברי רעק"א שלפי הצד השני של הגמ' ה"ה שיאוש אינו מועיל באבידה לאחר שאתא ליד המוצא אפילו לענין גוף החפץ ודלא כמו שיוצא לפי הקצה"ח. מיהו יש עוד קטע שמובא כאן בשם רעק"א שבו רעק"א מקשה על תוס' דמה קשה להו הלא י"ל שהגמ' ההוא בב"מ אתי לפי הצד כאן שיאוש אינו קונה, אבל אם יאוש קונה בגזילה הה"נ באבידה גם כשהגביה לפני יאוש. ויש להבין כוונתו בקושייתו בשתי דרכים, א', שהוא נוקט בקטע זה שדעת תוס' היא שלפי שני הצדדים הרי הוא קונה באבידה לענין הגוף ולא לענין דמים, וכוונת הגמ' בב"מ במה שאמר שבאבידה לא מהני יאוש לאחר שבאה ליד המוצא כיון שבאיסורא אתא לידו' אתי שפיר לפי שני הצדדים של רבה כאן, דהיינו גם לפי הצד הראשון, כי הכוונה שם היא שכיון שבאיסורא אתא לידו' אין זה מועיל לענין דמים, ועל זה מקשה רעק"א דנימא שהדבר משתנה לפי ב' הצדדים ושבאבידה נאמר חסרון של באיסורא אתא לידו' רק לפי הצד השני כאן, וי"ל כן באחד משני דרכים, א', שלפי הצד הראשון של רבה גם באבידה יועיל יאוש לענין גוף החפץ ולא לענין דמי החפץ ואילו לפי הצד השני לא יועיל כלל, וכוונת הגמ' בב"מ היא גם לענין גוף החפץ וכהצד השני של רבה, ב', שלפי הצד הראשון של רבה מהני יאוש באבידה לגמרי אפילו לענין דמי החפץ אבל לפי הצד השני אינו מועיל כלל, וכוונת הגמ' בב"מ היא כהצד השני של רבה וכהנ"ל.

מיהו גם י"ל בכוונת רעק"א שהבין באמת בכוונת תוס' כמו שהבננו דהיינו שלפי הצד הראשון של רבה מהני היאוש רק לענין גוף

החפץ ולא לענין דמי החפץ, ולפי הצד השני לא מהני כלל וכמו שכתב הוא עצמו במקום אחר, רק שתוס' סוברים שיש להתאים את לשון הגמ' בב"מ שם גם להצד הראשון ולומר שלא מהני באיסורא אתא לידי' רק לענין דמי, ואילו על זה מקשה רעק"א למה אי אפשר לומר שהכוונה בהא דאמרינן גם שם דלא מהני משום שבאיסורא אתא לידי' היא דלא מהני אפילו לענין הגוף רק שאתי כמו הצד השני כאן.

ב. דרכו של הברכת שמואל.

והנה בברכת שמואל בסי' ל"ה סק"א מבואר לכאורה עוד ביאור בדברי רבה שצידד לומר שיאוש אינו מועיל בגזילה משום שבאיסורא אתא לידי', והיינו שכוונת רבה היא לומר שאין בכח היאוש להפקיע את המצוה של השבה שחלה כבר על הגזולן אלא כיון שבא לידו כשהי' חייב בהשבה והי' אסור לו לזכות בו מש"ה אין

יאוש מועיל*), והכוונה של "באיסורא" אתא לידי' אינה לזה שהגזולן עבר על האיסור של לא תגזול, אלא הכוונה היא לזה שהוא חייב בהשבה. ולפי פירושו של הברכ"ש צ"ל שהצד שסובר שיאוש אינו קונה גבי גזילה יסבור שגם באבידה הוא כן, דגם באבידה היכא שאתא ליד המוצא לפני יאוש תו לא יועיל היאוש להפקיע את המצוה של השבה כיון שבאיסורא אתא לידי' כלומר שבא לידו בשעה שהי' אסור לו לזכות בה לעצמו, וגם באבידה הי' חייב להחזיר את גוף האבידה לפי הצד הזה, וכוונת תוס' היא לפרש שגם באבידה גופא קיימת הספק של רבה, דהיינו אם יאוש מועיל לאחר שהגיע כבר ליד המוצא, וכן ביאר הברכ"ש בתוך דבריו.

והנה הברכ"ש שם בסק"ג הזכיר עוד צד וז"ל, אלא דבאיסורא אתא לידי' הוא דגבי אבידה הוי יאוש מתיר, ולגבי גזילה ליכא

(* ובפשטות רצונו לומר שם שהצד הראשון של רבה הוא שיאוש שפיר מהני להפקיע את החיוב של השבה.

והנה עיין בקובץ שיעורים באות כ"ז שהביא סוברים שהיכא שהגזולן משלם דמים (כגון אם נאבד החפץ או שקנה בשינוי וכדומה) שפיר מתקיימת מצות השבה גם בתשלומי דמים (עיין בזה לעיל באות ג' סק"א). ולפ"ז לכאורה שוב לא שייכא הסברא הנ"ל של הברכת שמואל שיאוש אינו קונה משום המצוה של השבה, דהא גם אם יקנה הרי אכתי יוכל לקיים את המצוה של השבה על ידי תשלומי דמים. מיהו נראה שאין זה מוכרח משום שגם לפי השיטה הנ"ל הרי כל זמן שהחפץ הוא בעין, רכיב על גוף החפץ מצוה של השבה, וא"כ שפיר קיימת סברא לגבי גוף החפץ שלא יועיל יאוש להוציאו מידי המצוה של השבה.

מיהו אע"פ שכן נראה לומר בדעת הברכת שמואל, אבל בכל זאת ראיתי בסוף המסכת פלפול ארוך מהגאון מהורר' יוסף חנינא ליפא מייזליש זצ"ל, ובתוך דבריו רצה לומר שספיקת רבה היא באמת בהנידון הנ"ל, דהיינו באם מתקיימת מצות השבה על ידי דמים, והיינו שהצד שסובר שיאוש אינו קונה סובר שהמצוה של השבה אינה מתקיימת ע"י תשלומי הדמים, ולכן אם נאמר שיאוש קונה הרי תבטל המצוה של השבה, ולכן מסתבר לומר שמדאורייתא יאוש אינו קונה כי בודאי שרצון התורה הוא בקיום המצוה של השבה, משא"כ הצד שסובר שיאוש קונה סובר שגם אם יאוש קונה אכתי יוכל לקיים את המצוה של השבה ע"י תשלומי דמים ומש"ה שפיר אפשר לומר שיאוש קונה, ולא נחית הגאון הנ"ל להסברא שכתבנו שבכל זאת יאוש אינו יכול להפקיע את המצוה של השבה שרכיב עכשיו על גוף החפץ.

דין יאוש מתיר אלא רק דין יאוש קונה, דגזילה ע"י דניתן לתשלומין ליכא בה דין אבידה שיהא יאוש מתיר אלא רק יאוש קונה, וממילא אינה בכלל הדין של אבידה וליכא בה כלל דין יאוש ואפילו לענין החפץ עכ"ל.

ג. דרכו של המחנה אפרים.

וגם במחנה אפרים מבואר לכאורה צד כזה שיאוש אינו מועיל גבי גזילה משום דהוי בגדר היתר ולא בגדר חלות שהי' צריך באמת להועיל מעיקר הדין, אבל כתב הסבר אחר מהברכ"ש, וז"ל בהל' זכ"י מהפקר סוף סימן ז', והא דגבי גזלן אינו מועיל אפילו יאוש היינו משום דבאיסורא אתא לידי', דאי הווי ידעי בעלים בגזלן לא הווי מתיאשי, ומדינא לא הי' זה חשיב הפקר, ואפילו באבידה, כיון דבע"כ מייאש ושללא מדעתו, אלא שהתורה התירה היאוש באבידה משום דבהיתירא אתא לידי', אבל בגזילה דבאיסורא אתא לידי' לא עכ"ל. הרי שפי' שכל עצם היאוש באבידה הוי מילתא בלא טעמא משום שיש כאן חסרון של דעת, שהרי היאוש הוא לאונסו, רק שבכל זאת גזיה"כ היא שהיאוש מתיר (וכלשונו שהתורה התירה היאוש באבידה), וא"כ אין לך בו אלא חידושו דהיינו כשלא עבר הזוכה על איסור. ולפי דבריו הפירוש של באיסורא אתא לידי' הוא כפשוטו, דהיינו שהגזלן עבר על איסור (וכמו לפי הקצה"ח). וכן יוצא שגם הצד שיאוש אינו מועיל בגזילה יודה שגבי אבידה שפיר מועיל

אפילו לאחר שבא ליד המוצא (וכמו שיצא לפי הקצה"ח, ודלא כרעק"א והברכ"ש), והיינו משום שגם בכה"ג הרי לא עבר על איסור. מיהו לכאורה י"ל כביאורו גם אם יאוש הוא בגדר קנין כמו שינוי.

ד. יאוש ושינוי רשות.

והנה לפי כל הביאורים הנ"ל א"ש למה מועיל יאוש ביחד עם שינוי רשות אפילו לפי הצד שיאוש לחודי' אינו קונה, וכבר ביארו הראשונים דהיינו משום שגבי הלוקח הרי הוא בגדר בהיתירא אתא לידי' ולא באיסורא ומש"ה מועיל היאוש (ודוקא בנתיאש לפני השינוי רשות אשר בכה"ג בא באמת ליד הלוקח בהיתירא). וזה אתי שפיר לפי כל הביאורים הנ"ל, והיינו משום שהלוקח לא עבר על לא תגזול נגד הבעלים, ומש"ה לפי הביאורים של הקצה"ח והמחנ"א הרי הוא שפיר יכול לקנות. וכן אין הלוקח מתחייב בהשבה, וא"כ גם לפי הברכ"ש שפיר מועיל היאוש שהרי שוב אין החפץ ביד מי שחייב במצות השבה, דזה פשוט שאין הלוקח חייב בהשבה כשבא לידו לאחר יאוש, לא משום גזילה ולא משום אבידה, דזה נראה פשוט שא"א שיתחילו חיובים חדשים כלפי הנגזל לאחר שכבר התייאש, דהא אפילו המזיק אותו לאחר יאוש פטור מלשלם להנגזל כמו שמבואר בריש הגוזל ומאכיל*). (ובאמת דברי הרמב"ם בפ"ה מגניבה ה"ג שהלוקח חייב לשלם דמים

* והנה דעת הרמב"ם היא שגם שינוי רשות ואח"כ יאוש מועילים. וכתב הקצה"ח בסי' שס"ב כביאור דבריו וז"ל, ואע"ג דבאיסורא אתא לידי',

צ"ל דשינוי רשות עצמו הוי קנין בצירוף היאוש עכ"ל. וכ"כ בסי' שנ"ג סק"א בד"ה אמנם הרמב"ם וכו'. ועי' בקובץ שיעורים באות כ"ח שדן בענין

להנגזל תמוהים מהסוגיא הנ"ל כמו שהקשה החזו"א על ב"ק בסי' ט"ז סק"י. ובספר קהלות יעקב על ב"ב בסוף סי' כ"ח ר"ל שטעם הרמב"ם הוא משום שמשתרש גבי' ממון הנגזל עיי"ש. וע"ע באות פ"ה בנוגע לאם הלוקח חייב דמים.)

אמנם אע"פ שהדין הנ"ל הוא ברור שהלוקח מן הגנב קונה ביאוש ושינוי רשות וכמו שביארנו, אבל מ"מ אכתי יש לעיין בשינוי רשות שהוא בעל כרחו של הגנב, דהיינו בגונב מן הגנב לאחר יאוש האם הגנב השני קונה ביאוש, דהא מצד אחד הרי הוא דומה ללוקח בזה שלא עשה שום איסור נגד הבעלים הראשונים, אבל מצד שני הרי הוא מתחייב בתשלומין להגנב הראשון כדאמרינן בדף ס"ח ע"א, ובודאי הי' אסור לו לגזול ממנו וכמו שכתבו תוס' בדף ס"ט ע"א בד"ה כל שלקטו וכו' (ועיין לקמן בסוף אות קל"א שנבאר מה היא זכותו של הגנב הראשון בתוך החפץ), וא"כ יש לעיין באם האיסור הזה שהוא עובר כלפי הגנב הראשון מעכבתו מלקנות ביאוש מהנגזל.

למה גם שינוי רשות ואח"כ יאוש לא מיקרי שבהיתרא אתא ליד'. ועיין עוד באות צ"ז שנדון בזה.

והנה יש לעיין דלפי דרכו של הקצה"ח שהבאנו לעיל בענין ביאור סברת הגמ' של באיסורא אתא ליד' אין ברור למה לא מיקרי שבהיתרא אתא ליד' גם בשינוי רשות ואח"כ יאוש (מלבד ממה שהעיר הקו"ש באות כ"ח שם), דהא הלוקח לא עבר על שום איסור כלפי הנגזל, דהא גזול מן הגזול אינו עובר על שום איסור כלפי הנגזל ואפילו לפני יאוש לפי הקצה"ח בסי' ל"ד סק"ג, וא"כ פשיטא שגם הלוקח אינו עובר כלפי הנגזל, וכן כלפי הגזול לא עבר הלוקח בכלום כיון שלקח

ויש לעיין בזה לאור כל השיטות הנ"ל, דלפי הקצה"ח לכאורה נראה לומר מצד הסברא שגם זה מיקרי באיסורא אתא ליד' משום שמסתברא לומר שגם במקום איסור צדדי לא חידשה התורה שאר קנינים. מיהו לפי הפשט שיאוש אינו יכול להפקיע מצות השבה א"כ יותר מסתבר לומר ששפיר יועיל יאוש בגונב מן הגנב משום שאין על השני שום חיוב של השבה כלפי המי"אש דהיינו הבעלים הראשונים (ואפילו לפני יאוש אין הגונב מן הגנב מתחייב להבעלים הראשונים לפי שיטת הקצה"ח בסי' ל"ד סק"ג). ולפי המחנה אפרים יש לעיין משום שאולי גם במקום איסור צדדי לא חידשה התורה שיאוש מועיל כיון שיש חסרון דעת*) (ובסוף האות נביא בשם הקובץ שיעורים עוד סברא אחרת לומר דבעינן שינוי רשות ברצון הגזול ולא בעל כרחו).

מיהו אולי יש להוכיח שלפי דרכו של הקצה"ח שפיר יועיל יאוש בכה"ג, והיינו משום שכבר הוכיחו תוס' שיאוש אינו

ממנו מדעתו, וא"כ למה לא יקנה ביאוש וקנין משיכה.

וע"ע באות צ"ז בנוגע להרמב"ם ברפ"ה דגניבה.

(* והנה לפי הקצה"ח נראה שיותר פשוט לומר שאיסור צדדי יפריע וכמו שנקטתי בלשוני בפנים ודו"ק.

ועכ"פ העירוני שאם גם איסור צדדי יפריע א"כ יוצא שאם הגביה אבידה לאחר יאוש ועבר עי"ז באיסור צדדי כגון חילול שבת, לא יקנה. מיהו שאני התם שכבר כלתה ונגמרה החילול שבת, ושוב יוכל לקנות בחצר, אבל הכא עדיין באיסורו כלפי שמיא הוא עומד, ולהלן בסמוך כתבתי חילוק זה עיי"ש.

מועיל מטעם הפקר משום שאם הי' מטעם הפקר הי' יאוש צריך להועיל אפילו היכא שבאיסורא אתא לידו, ולפי דרכו של הקצה"ח נראה שהטעם לזה הוא משום שמהפקר שפיר יכול הגזלן לקנות בשאר קנינים, שהרי כלפי רשות הפקר לא עבר הגזלן על שום איסור, וא"כ מזה חזינן שהיכא שכלפי זה שהוא רוצה לקנות ממנו (דהיינו הפקר) לא עבר הגזלן על שום איסור, שפיר נתנה לו התורה שאר קנינים אע"פ שהוא עבר על איסור כלפי הנגזל, וא"כ ה"ה שהגונב מן הגנב יוכל לקנות מן הבעלים (לפי הקצה"ח ל"ד סק"ג) אע"פ שהוא עובר על איסור כלפי הגנב הראשון.

מיהו יש לדחות את הראי' הנ"ל בשתי דרכים, חדא, דהא היכא שהוא קונה מהפקר הרי זה עדיף טפי משום שבשעה שהוא קונה מהפקר הרי כבר הפסיק מלעבור על האיסור כלפי הנגזל שהרי הנגזל כבר הפקיר, אבל בהציוור של גונב מן הגנב הרי בשעה שהוא רוצה לקנות מן הבעלים הרי הוא עודנו ממשיך לעבור באיסורו כלפי הגנב הראשון וא"כ אכתי י"ל שבכה"ג לא נתנה לו התורה קנינים אחרים. וגם י"ל שלעולם אין כוונת תוס' לומר שאם יאוש הי' מטעם הפקר הי' הגנב יכול לקנות לעצמו מהפקר, אלא י"ל שכוונת תוס' היא רק שאז בודאי הי' היאוש מפקיעו מן הנגזל באופן ששוב אינו יכול לתבוע מהגזלן את גוף החפץ, וכן ביאר הנתייה"מ בסי' רס"ב סק"ג את דבריהם. ברם בתוס' אי' להדיא שהגנב באמת יקנה, ודברי הנתייה"מ תמוהים. (והנה יש לעיין בביאור דברי תוס' לפי

הפשטים האחרים שכתבתי, דהנה לפי הפשט שיאוש אינו מועיל להפקיע מצות השבה, צ"ל שפשיטא להו לתוס' שהפקר שהוא הקנאה גמורה, שפיר מועיל. מיהו לפי המחנה אפרים הרי אפילו אם יאוש הוא מטעם הפקר הרי אכתי יש כאן חסרון דעת, וכן כתב המחנה אפרים בהדיא וכתב כן בביאור דעת רש"י דס"ל שיאוש הוא שפיר מטעם הפקר דביאר שבכל זאת לא מהני באיסורא אתא לידו מהטעם הנ"ל).

ה. מקורות בראשונים בענין אם הגונב מן הגנב קונה ביאוש.

שו"ר שהדין הנ"ל תלוי באשלי רברבי (דהיינו מה שחקרנו באם גונב מן הגנב לאחר יאוש קונה או לא), והיינו משום דעי' לקמן בריש הגזל ומאכיל דאמר רב חסדא גזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה ורצה מזה גובה, ופסקו הטור והמחבר בסי' שס"א סעיף ה' וסעיף ו' שאם בא אחר ואכלו לאחר יאוש הרי הוא פטור (מהנגזל), אבל אם בא אחר וגזלו מן הגזלן לאחר יאוש באופן שהוא עדיין בעין הרי הוא חייב להחזירו (להנגזל) ואינו קונה (וכן הביא הב"י מהרשב"א בחידושו בריש הגזל ומאכיל). אולם מתוס' בהסוגיא שם בד"ה גזל וכו' לא נראה כן דעיי"ש שגם תוס' דייקו מדברי רב חסדא דאיירי רק לפני יאוש אבל אם בא אחר ואכלו לאחר יאוש הרי הוא פטור, וגם הוסיפו שהיינו רק אם אינו בעין אבל היכא שהוא בעין השני שפיר חייב להחזיר, ותוס' שם כתבו כן על היכא שגזלו השני לפני יאוש דהוי ציור של שינוי רשות

ואח"כ יאוש, ומהא דהוצרכו לצייר כן משמע שאם בא ליד השני לאחר יאוש הרי השני פטור אפילו כשהוא בעין, וכן אפילו היכא שבא לידו בדרך גזילה מהגנב הראשון, דגם בכה"ג אינו צריך להחזירו, ודלא כהטור והמחבר, אלא הרי זה שפיר מיקרי שבהיתרא אתא לידי'.

וכשיטת תוס' הנ"ל בריש הגוזל ומאכיל מוכח גם מדבריהם לקמן כאן בדף ס"ט ע"א בד"ה כל שלקטו שכתבו וז"ל, ולמ"ד דיאוש כדי לא קני דכל המחזיק בה זכה בה וכו' ונגזל אינו יכול לתבוע מן המחזיק בה אחר יאוש כדאמרינן בהגוזל בתרא דדוקא גזל ולא נתייאו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה אבל לאחר יאוש אין יכול לגבות כלום מן השני עכ"ל, הרי שגם כשהוא בעין מיפטר השני.

והנה לכאורה צ"ע למה להו להביא מההיא דהגוזל בתרא, הלא פשיטא ששינוי רשות לאחר יאוש קונה. ברם לפי דברינו הנ"ל א"ש, והיינו משום דהוה אמינא שבכה"ג גרע מכיון שגזל המחזיק מהגנב הראשון ומש"ה הוצרכו להוכיח שגם בכה"ג קנה ודלא כדברי המחבר, אלא שראיית תוס' צ"ע, דהא לעולם אימא שלא קנה כשהוא בעין, רק שמ"מ אם אכלו אחר יאוש הרי הוא פטור מגזיה"כ וכמו שכתבו תוס' בהגוזל בתרא שהיכא שאכלו לאחר יאוש הרי הוא פטור מתשלומין אפילו באופן שאילו הי' בעין הי' שפיר חייב להחזיר (ותוס' שם כתבו כן על היכא שגזלו לפני יאוש דהוי

ש"ר ואח"כ יאוש), ונהי שגם התם ס"ל כדבריהם בדף ס"ט שאם בא לידו לאחר יאוש הרי הוא פטור אפילו אם הוא בעין, אבל מ"מ א"א לאתויי ראי' לזה מדברי רב חסדא וכהנ"ל.

שו"ר במחנה אפרים בהל' גזילה סימן כ"ח שהביא שדברי תוס' בהדיבורים הנ"ל הם דלא כהטור, וגם הביא שמהרמב"ם משמע דס"ל כהטור. ויצא המחנה אפרים שם לחדש שאפילו הטור מודה שהיכא שבא אחד וגזלו מן הגזלן הראשון בפניו (כלומר בפני הגזלן הראשון) הרי זה שפיר נחשב שינוי רשות, והטור לא קאמר אלא כשגנבו בלי ידיעת הגנב הראשון. וכתב כן המחנה אפרים כדי לתרץ הא דמצינו שהמציל מיד ליסטים או מן הגייס חשיב שינוי רשות*). ועיין עוד בנתיחה"מ בס"י שס"א סק"ב במה שתירץ על קושיא זו מהמציל מליסטים וגייס.

איברא, מהמחנה אפרים חזינן דלא ככל דרכנו הנ"ל, דהא אנחנו נקטנו שהסיבה לומר שהגונב מן הגנב אינו קונה ביאוש הרי היא משום דמיקרי שבאיסורא אתא לידי', ואילו לפ"ז אין מקום לחילוקו של המחנה אפרים, ומדברי המחנה אפרים בע"כ מוכח שלעולם הרי זה שפיר מיקרי שבהיתרא אתא לידי' רק שמצד עצם טיב המעשה אין זה נקרא שינוי רשות אשר לפ"ז שפיר יש מקום לעשות חילוקים בענין מתי חסר בטיב המעשה ומתי לא חסר. אלא שבאמת לא הבנתי למה לחלק בנוגע לזה בין בפניו לשלא בפניו. ועוד

באופן שגזלו השני בפני הגנב הראשון וכמו שיבואר להמעיין בדבריהם.

(* ובוה נשאר שם המחנ"א שתוס' פליגי על הטור, והיינו משום שא"א להעמיד את דברי תוס')

שבאמת גם בעיקרא דמילתא צ"ע משום שאם מיקרי שבא ליד השני בהיתירא מה צריכים יותר מזה, ובשלמא לפי הרמב"ם (וכן סובר המחבר בסי' שנ"ג), ששינוי רשות ואח"כ יאוש ג"כ מועיל, וביאר הקצה"ח בר"ס שנ"ג ור"ס שס"ב שאע"פ שבכה"ג הרי הוא בא ליד הלוקח באיסורא אבל מ"מ לפי הרמב"ם שינוי רשות הוא בגדר מעשה קנין בצירוף היאוש וזהו הטעם למה שינוי רשות בהדי יאוש קונים, א"כ בזה שפיר יש מקום לומר שהיכא שלקחו מהגזלן בע"כ, לא מהני, משום שבכה"ג הגזלן עצמו לא עשה שום שינוי רשות, ואופן הקנין י"ל שהוא רק ע"י שנשתנה הרשות מדעת שניהם, אבל לפי הראשונים שסוברים שרק יאוש ואח"כ שינוי רשות מועיל משום שאצל הלוקח הרי הוא בגדר בהיתירא אתא לידו (ואולי גם הרמב"ם יודה ביאוש ואח"כ שינוי רשות דשייך טעמא דבהיתירא אתא לידו) א"כ צ"ע כהנ"ל דאם מיקרי שבהיתירא אתא לידו מאי איכפת לן אם לקחו בלי ידיעת הגנב.

גם יש מקום עיון בדברי הרשב"א בענין זה, דעיינן בחידושי הרשב"א בריש הגוזל ומאכיל שכתב וז"ל, כשנטלה אחר שלא מדעתו אין זה שינוי רשות כמו שאין רשות הגזלן שלקחה מבית הבעלים קרוי שינוי רשות לקנותו ביאוש באותו שינוי רשות אפילו למ"ד דשינוי רשות ויאוש קני כיאוש ושינוי רשות, כן נראה מדברי הר"א אב"ד ז"ל עכ"ל. והנה מדבריו מבואר שרצונו לחדש אליבא דכולי עלמא ששינוי רשות בעל כרחו של הגזלן לא מהני, כלומר בין לפי המ"ד

שסובר שגם שינוי רשות ואח"כ יאוש קונה ובין לאידך מ"ד שסובר שצריכים דוקא יאוש ואח"כ שינוי רשות, והוכיח כן מתחילת הגזילה משום שאם נאמר ששינוי רשות בעל כרחו חשיב שינוי רשות א"כ גם תחילת הגזילה היתה צריכה לשמש כשינוי רשות לפי המ"ד שסובר שגם שינוי רשות ואח"כ יאוש קונה. מיהו לכאורה דבריו צריכים ביאור משום שנהי שלפי המ"ד שסובר שמהני שינוי רשות ואח"כ יאוש מוכרחים אנו לומר ששינוי רשות בעל כרחו של הגזלן לא מהני, וכמו שהוכיח הרשב"א מתחילת הגזילה, אבל מ"מ לפי המ"ד שסובר שרק יאוש ואח"כ שינוי רשות קונה מטעם שמעתי הוי בהיתירא אתא לידו, א"כ לדידי י"ל שלעולם שינוי רשות מהני אפילו אם הי' בעל כרחו של הגזלן משום שסוף סוף גם בכה"ג יש כאן מצב של היתירא אתא לידו, ולפי המ"ד הזה הרי אין להוכיח כלום מתחילת הגזילה דהא אצל הגזלן הראשון הי' בגדר באיסורא אתא לידו.

מיהו נראה שעיקר טעמו של הרשב"א למה שינוי רשות בעל כרחו של הגזלן אינו מועיל הוא משום דס"ל מצד הסברא שזה מיקרי שבאיסורא אתא לידו של השני, וכמו שצדדנו לעיל, וכוונתו היא רק להוכיח שלכל הפחות המ"ד שסובר שמהני שינוי רשות ואח"כ יאוש הרי הוא סובר ששינוי רשות לא מהני בעל כרחו של הגזלן, וממילא שוב מסתבר לומר שאין מחלוקת בזה, אלא שגם לפי המ"ד שסובר שרק יאוש ואח"כ שינוי רשות מהני הרי הוא סובר ששינוי רשות לא מהני בעל

כרחו של הגזלן אע"פ שאינו מאותו הטעם כמו לאידך מ"ד אלא מטעם שנקרא שבאיסורא אתא לידאי.

שו"ר בקובץ שיעורים באות ט"ו שהקשה כהנ"ל למה לא מהני שינוי רשות שהוא בעל כרחו של הגזלן. ובאות ט"ז תירץ על פי שיטתו שיש להגזלן קנין בעלות ממש בתוך הגזילה, דלפ"ז שפיר בעינן שינוי רשות מדעת הגזלן משום שאל"כ יש כאן עיכוב מצד קניני הגזלן לקניית הלוקח.

נד) בענין מאיפוא ילפינן יאוש באבידה.

עיינן ברש"י שכתב שילפינן שיאוש מהני מהא דשטפה נהר מותר. וכן הביאו תוס' בב"מ דף כ"ז ע"א מרבי יוחנן בירושלמי. מיהו עיינן ברש"י בב"מ שם שפי' כדברי תוס' כאן שילפינן יאוש מקרא דשמלה*), ולכאורה הרי זה סותר את דבריו כאן.

(* כן נראית כוונת רש"י שם וכמו שנבאר בסמוך בהמשך דברינו, ודלא כתוס' כאן שהבינו שכוונתו היא להפקר ולא ליאוש.

** והנה יש לעיין בזה בהסוגיא בב"מ דף כ"א ע"ב, דעיי"ש דמייחנן פלוגתא דאביי ורבא ביאוש שלא מדעת ואמרינן שבשטפה נהר שניהם מודים משום שרחמנא שריא, ופירש"י שהכוונה היא ששניהם מודים שמותר אע"פ שבא ליד המוצא לפני יאוש, ומשמע מרש"י שבשטפה נהר באמת אין כאן דין יאוש, רק שבכל זאת מותר לו לזכות, ודלא כדברינו בפנים שהוא מטעם יאוש.

מיהו יש לדחות שכוונתו שם היא כך, דמותר אע"פ שבא ליד המוצא לפני שנתיימשו הבעלים להדיא, וטעם הדבר הוא כי התם בודאי הרי הוא עומד להתיאש משא"כ בהציור הרגיל של יאוש שלא מדעת דחיישינן שמא לבסוף לא יתיאש כמש"כ תוס' בב"מ דף כ"א ע"ב, ועוד דאפילו אם

ולכאורה צ"ל דס"ל לרש"י שמאחר שילפינן דין יאוש משמלה א"כ תו מסתבר לומר שכוונת הדרשה של שטפה נהר מותר הרי היא ג"כ מטעם יאוש. ואע"פ שבשטפה נהר הרי זה מותר אפילו אם הוא עומד וצווח (וכמו שהביא השט"מ כאן בשם הרא"ש שהקשה כן על רש"י), אבל מ"מ י"ל שהטעם לזה הוא משום שבטלה דעתו אצל כל אדם והרי זה כאילו נתייאש, וכ"כ בחי' הר"ן בב"מ דף כ"א ע"ב***) (וזהו באמת מאי דקמ"ל הך הדרשה של שטפה נהר), אלא שצ"ע למה הביא רש"י כאן את הילפותא משטפה נהר ולא את הילפותא המקורית משמלה***).

והנה תוס' כאן הביאו מרש"י בב"מ שם שמאי דדרשינן משמלה דבעינן דבר שיש לו תובעים, הכוונה היא לאפוקי הפקר גמור ולא לאפוקי היכא שנתייאש, ודלא כמו שנקטנו לעיל בסמוך בדבריו בב"מ. מיהו באמת נהי שרש"י שם הזכיר הפקר,

לא יתיאש יהי' כאן דין יאוש ע"י בטלה דעתו אצל כל אדם.

מיהו מלשון הגמ' שם של "רחמנא שריא" משמע לכאורה שאינו מטעם יאוש.

ועי' בנחלת דוד על ב"מ דף כ"ב ע"א שהביא שהריטב"א סובר ששטפה נהר הוא משום יאוש. ובספרי שם באות י"א וי"ג הארכתי בזה.

*** ואין לומר דהיינו משום דס"ל שמה שסתם גניבה או גזילה הן יאוש בעלים וכמו שנוכר בע"ב הרי זה אפילו בעומד וצווח משום דדמי לשטפה נהר בזה דאמרינן דבטלה דעתו אצל כל אדם, ולכן הביא את כל תקפו של הדין של יאוש הדרוש לנו בגניבה וגזילה, דזה אינו, דהא להדיא כתב רש"י בדף ס"ח ע"ב בד"ה אלא לאו וכו' שבסתם גניבה שפיר מהני עומד וצווח אע"פ שסתם גניבה הוי יאוש בעלים.

אבל הרי להדיא כתב שם שאתי לאפוקי היכא שהוא מתייבאש וכדברי תוס' עצמם כאן וכמו שהבאנו לעיל, והא דהזכיר הפקר י"ל דהיינו משום שהוא סובר שיאוש הוא מטעם הפקר, וכמו שכתב באמת בגיטין דף ל"ט ע"ב שיאוש הוא לשון של הפקר וכמו שהביא המחנה אפרים בהל' זכ"י מהפקר סי' ז', וכן מפורש בדבריו בגיטין דף ל"ח ע"א בד"ה בחזקה ובד"ה יאוש, וכן בב"מ דף כ"א ע"א בד"ה מצא פירות מפוזרין ובד"ה מעות מפוזרות. ובאמת בר מן דין נראה שכוונת רש"י שם במה שהזכיר ששמלה לא באה מן ההפקר היא רק לומר שתחילת ביאתה להעולם היא ע"י בני אדם ולא מן ההפקר ולכן יש בה סימנים ובעלים שמכירים את הסימנים ותובעים אותה ולא מתייבאשים, ולאפוקי היכא שנתייבאש דמותר.

נה) יאוש מטעם הפקר.

עיין בתד"ה כיון וכו' שכתבו וז"ל, מכאן משמע שיאוש אינו כהפקר גמור דא"כ אפילו בתר דאתא לידי' באיסורא יוכל לקנות מן ההפקר עכ"ל. ובנתיחה"מ בסי' רס"ב סק"ג כתב שכוונת תוס' היא לומר שיאוש שונה מהפקר בזה שבהפקר הרי החפץ יוצא ממנו מיד משא"כ ביאוש הרי הוא נשאר שלו עד דאתא לרשות (זוכה*).

והנה באמת יש שני דרכים איך להבין הך דמיון שרצו תוס' לדמות יאוש להפקר,

דמצד אחד י"ל שיאוש הוא ממש לשון של הפקר, וכשהוא אומר שהוא מייבאש הרי זה כאילו הוא אומר שהוא מפקירו, וכ"כ רש"י בגיטין דף ל"ט ע"ב, הובא במחנה אפרים בהל' זכ"י מהפקר סי' ז' וכמו שנבאר להלן. ומצד שני י"ל שלעולם אין במשמעות הלשון של יאוש אלא הכרת ההפסד, אבל אינו לשון של הקנאה והפקעה חיובית כמו הפקר, רק שהחידוש של התורה ביאוש הוא שלאחר שאמר לשון של יאוש הרי מעתה התורה מפקיעה את בעלותו ועושה אותו הפקר ממש (מיהו צ"ע למה עשתה כן ולא גזרה שהוא יכול לזכות ישר מהנגזל). והנה לפי הנתיחה"מ צ"ל שכוונת תוס' היא לשלול לא רק שיאוש הוא ממש לשון של הפקר, אלא כוונת תוס' היא לשלול אפילו הצד שע"י יאוש הרי הוא נשאר לבסוף הפקר ע"י הפקעת התורה. ובאמת כן נראה מצד הסברא שכוונת תוס' היא לשלול גם את הצד הזה שהרי לכאורה גם זה הי' צריך להועיל אפילו היכא שבאיסורא אתא לידי'. איברא, באמת יש לעיין באם דבר זה הי' צריך להועיל אפילו היכא שבאיסורא אתא לידי', והיינו על פי מה שהבאנו לעיל באות נ"ג שיש ג' דרכים איך להבין מה הוא החסרון בזה שבאיסורא אתא לידי', דעיי"ש שהבאנו מהקצה"ח שהחסרון הוא משום שדבר תורה מעות קונות, והכא הרי הגולן אינו עושה קנין כסף, וגם התורה לא חידשה לו קנין

שפיר אפילו אם נאמר שהוא נשאר של המייבאש עד דאתא לרשות זוכה, הובא בספר קהלות יעקב על ב"ק סי' ל"ז סק"א.

* ולהלן באות קל"ג הבאתי שמתוס' בדף ס"ט ע"א יש רא"י להיפך, דהיינו שהם סוברים ששפיר נפיק מיני' מיד, ושבשו"ת באר יצחק חלק י"ד סי' כ"ג ענף ד' כתב שדבריהם בדף ס"ט אתו

משיכה כמו שהיא עשתה במתנה ומקומות אחרים שאין שם מציאות של מעות, והטעם למה התורה לא חידשה כן הרי זה משום שהכא הגולן עשה איסור. ועוד הבאנו את דרכו של הברכת שמואל שיאוש אינו מועיל להפקיע את המצוה של השבה. ועוד הבאנו את דרכו של המחנה אפרים דכיון שהנגזל מתייאש לאונסו ואין כאן רצון מקנה, א"כ נהי שבאבידה חידשה התורה שבכל זאת מותר לו להמוצא לזכות בה, אבל בגזילה מכיון שהגולן עשה איסור, לא מסתבר לומר שהתורה התירה לו לקנותה.

ומעתה לפי הדרך שהבאנו מהקצה"ח לכאורה צ"ל שכוונת תוס' כאן היא לשלול גם שע"י יאוש הרי הוא נשאר לבסוף הפקר ע"י שהתורה מפקיעה אותו ממנו, דהא גם זה ה"י צריך להועיל אפילו היכא שבאיסורא אתא ליד"י כמו לפי הצד שיאוש הוא בפועל ממש לשון של הפקר, והיינו משום שהגנב זוכה בכה"ג מהפקר, ונגד הפקר לא עשה הגולן שום איסור ולכן שפיר מהני משיכה או חצר.

מיהו לפי ביאורו של הברכת שמואל נהי שמוכח שיאוש אינו לשון של הפקר ממש משום שזה שפיר ה"י צריך להועיל אע"פ שבאיסורא אתא ליד"י ונתחייב במצות השבה, אבל מ"מ אכתי יתכן לומר

כהצד השני שהזכרנו כאן, דהיינו שאחרי שאמר לשון של הכרה בהפסדו, מעתה התורה עושה אותו הפקר, והיינו משום שי"ל שגם לפ"ז א"ש דברי רבה, ושפיר אמר שדבר זה אינו צריך להועיל היכא שבאיסורא אתא ליד"י, והיינו משום שי"ל שהתורה אינה מפעילה דין הפקר במקום מצות השבה. ולפי הברכת שמואל ה"י אפשר לפרש באמת דלא כהנתייה"מ, והיינו שלעולם גם תוס' מודים שהחפץ נעשה הפקר לאחר שהוא מייאש, רק שכוונתם היא לשלול שיאוש אינו לשון ומעשה של הפקר, דאילו כן הרי הוא צריך להועיל אפילו היכא שבאיסורא אתא ליד"י, משום שבודאי אם הוא מפקירו ממש הרי הוא נעשה הפקר אפילו במקום מצות השבה, אבל השתא שאינו לשון הפקר אלא לשון של הכרה שהפסיד, ושוב התורה עושה אותו הפקר, א"כ שפיר י"ל שהיכא שיש מצות השבה אין התורה מפקירה (אם לא ע"י הקנאה גמורה כמו בהפקר ממש).

וע"ע בקצה"ח בסוף סי' ת"ו שכתב כהנתייה"מ שביאוש אכתי הוי ברשות הבעלים עד דאתי לרשות הזוכה*).

ובסי' שס"ב סק"א כתב הקצה"ח שגם לפי רש"י שסובר שיאוש הוא מטעם הפקר, אבל מ"מ אכתי "אינו הפקר מדעת, אלא יאוש הוי סילוק רשותו ונקנה כמו הפקר". מיהו צ"ע

הגולן לומר לו הרי שלך לפניך.

ובחידושי הגרש"ש בסי' ל"ח אות ב' הביא מהבאר יצחק שבכל זאת הרי הוא יכול לומר לו הרי שלך לפניך כיון שלא זכה בו לא הוא ולא אחר. מיהו לכאורה דבריו אתי שפיר רק אם נאמר שהכוונה במאי דאמרינן שם שאומר לו הרי שלך לפניך היא שהוא מקיים בזה מצות השבה, דבזה

(* והנה ראיית הקצה"ח שם היא מהא דרחינן בע"ב שלעולם י"ל שיאוש קונה, רק שהיכא שאין הגולן רוצה לקנות ביאוש הרי הוא יכול לומר הרי שלך לפניך גם לאחר יאוש, וכתב הקצה"ח שאם תמצא לומר שלאחר יאוש הרי הוא יוצא מיד מרשותא דמרי' א"כ אפילו אם אין הגולן רוצה לקנות אבל עכ"פ הרי אינו של הנגזל ואיך יכול

עליו מלשון רש"י הנ"ל בגיטין דף ל"ט שכתב דהוי לשון של הפקר, וכן מלשון רש"י לעיל שם בדף ל"ח ע"א בד"ה בחזקה שכתב "כשהפקירו רבו כשנתיאש ממנו", והקצה"ח בעצמו הביא את הרש"י הנ"ל (אבל בד"ה יאוש כתב שם רק שיאוש הוי הפקר).

והנה כבר הבאנו שהמחנה אפרים הביא מרש"י בגיטין שיאוש הוא מטעם הפקר. ואולי הא דלא הביא המחנה אפרים את דברי רש"י בריש אלו מציאות בד"ה מצא פירות מפוזרין וכן בד"ה מעות מפוזרות שגם שם הזכיר רש"י שלאחר היאוש הרי הוא נשאר הפקר, הרי זה משום שמשם עדיין לא משמע שהוא ממש בגדר לשון של הפקר, אלא אכתי הי' אפשר לומר שהוא רק בגדר הכרה שהפסיד ושאח"כ התורה עושה אותו הפקר וכביאורו של הקצה"ח בשיטת רש"י, ולכן הביא מרש"י בגיטין דף ל"ט שכתב שיאוש הוא לשון הפקר, (מיהו אכתי הי' יכול לציין לדברי רש"י לעיל בדף ל"ח שם שהבאתי לעיל שכתב "שהפקירו רבו").

והנה תוס' כאן המשיכו להקשות שמעתה שיאוש אינו מטעם הפקר א"כ למה אמרינן בגיטין שם בנתייאשתי מפלוני עבדי שאין העבד צריך גט שחרור כמו שלפי שמואל המפקיר עבדו יוצא לחרות ואינו צריך גט שחרור, דמהו הדמיון בין יאוש להפקר, והנתיבות המשפט שם הבין שכוונתם היא להקשות שנהי שנתיאש אבל אכתי הרי הוא שלו

עד דאתי לרשות הזוכה (וכשיטתו הנ"ל) אשר לפ"ז למה אינו צריך גט שחרור (וכתב הנתיבה"מ שאפשר ליישב שאדרבה הרי התם העבד הוא מוחזק בעצמו באופן שמיד הרי הוא כבר בא ליד הזוכה, דהיינו עצמו). מיהו אם נאמר שגם תוס' מודים שבכל יאוש הרי החפץ נעשה באמת הפקר גם מקודם דאתא לרשות זוכה, וכל כוונתם היא רק לומר שיאוש אינו לשון גמור של הפקר, א"כ א"א לפרש את כוונת קושייתם כהנ"ל, דהא גם ביאוש הרי הוא נשאר הפקר וא"כ שפיר אין צורך לגט שחרור. ולפי הצד הנ"ל בע"כ צריכים לפרש את קושייתם בדרך אחרת, והיינו שכוונתם היא להקשות שבכל זאת לשון של הפקר עדיף מיאוש והיינו משום שהפקר יכול להתחשב כמעשה שחרור, אבל ביאוש, נהי שהוא נשאר הפקר מצד פעולת התורה, אבל אכתי אין כאן מעשה שחרור מצד האדון, ואנן בעינן מעשה שחרור כדי להוציאו מדין עבד כנעני, ועל זה תירצו תוס' שיאוש דומה שפיר להפקר, והיינו משום שלעולם לא בעינן מעשה שחרור אלא סגי בזה לחוד שכבר אינו בגדר "עבד איש", וגם בלשון גמור של הפקר מה שאינו צריך גט שחרור אין זה משום שההפקר חשיב כמעשה שחרור אלא הרי זה משום ששוב אינו בגדר "עבד איש", אבל לעולם לא חשיב מעשה שחרור כיון שאינו מקנהו לעצמו ע"י כסף או שטר.

לכאורה זה לא שייך אם כבר אינו שלהם (וע"ע לקמן בהערה השני' על אות שנ"ב, וכן בחלק א' בסוף אות ס"ד בענין אם הכוונה היא למצות השבה).

שפיר י"ל שהוא יכול לקיים בו מצות השבה כיון שלא זכה בו אחר, אבל אם הכוונה היא רק דמיפטר הגנב כיון שעודו של הבעלים וכמו שנקטו תוס' בדף ס"ה ע"א בד"ה גופא א"כ

נו) תד"ה ה"נ (בענין החיוב לשלם דמים לאחר יאוש).

וז"ל, דבמציאה נמי וכו' הי' קונה לענין זה שלא יתחייב לשלם כי אם דמים עכ"ל. הנה הקצה"ח בסי' שני"ג סק"ב פי' דהא דחייב לשלם מיהא דמים הרי זה משום שהיאוש מועיל רק לענין גוף החפץ אבל לא לענין דמי החפץ משום שהתורה שיירה בקנינו בנוגע לדמי החפץ (וכתב הגרש"ש בריש סי' ל"ז וז"ל, ולא אדע בזה שום מושג שיהי' שיוור לשלם לדמי החפץ).

והנה הקצה"ח שם נקט שצריכים את הסברא של שיוור בקנינו רק באבידה, אבל בגזילה גם בלא"ה הרי הגזלן צריך לשלם דמים אפילו אם סוברים שיאוש קונה, והיינו משום שהגזלן מתחייב בחוב גמור לשלם את דמי החפץ (ויאוש אינו מועיל על חובות, מיהו עי' בדבריו בסי' קס"ג, וצ"ע), ורק באבידה צריכים את הסברא של שיוור בקנינו כי התם הרי ליכא על המוצא אבידה חיוב לשלם דמים, אלא סוף דינו הוא רק מצות השבה לחוד, ומש"ה אם מצינו שהוא צריך לשלם דמים בע"כ צ"ל שיש שיוור בקנינו לענין דמי החפץ.

וע"ע בנתיב"מ בסי' שני"ג מש"כ על שיוור בקנינו.

והנה מדברי השט"מ כאן בד"ה מידי דהוה וכו' בשם תלמיד הר"פ משמע סברא אחרת בענין למה גזלן משלם דמים גם לאחר יאוש, והיינו משום שבמציאות אין הנגזל מתייאש מהדמים. ובאמת כן משמע מלשון הגמרא בב"ב דף מ"ד ע"א דאיתא שם "נהי דמיאש מגופי' מדמי מי מייאש",

דמשמע שבמציאות אין הנגזל מתייאש מהדמים, וי"ל שהטעם הוא משום שהוא סבור שפעם יתבענו, משא"כ בנוגע להחפץ עצמו הרי הוא חושב שהגזלן ימכרנו או שילך לאיבוד ולכן מהחפץ עצמו הרי הוא שפיר מייאש.

נז) בענין יאוש והפקר על דבר שאינו ברשותו.

א. קושיית המחנה אפרים, ובענין אם אבידה מיקרי אינה ברשותו.

עיין בתד"ה כיון וכו' שכתבו שיאוש אינו מטעם הפקר, דאילו הי' מטעם הפקר הי' צריך להועיל אפילו היכא שבאיסורא אתא לידי. והקשה המחנה אפרים בהל' זכי' מהפקר סי' ז' איך כתבו תוס' שיועיל כשבאיסורא אתא לידי' הא אין אדם יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו כמו שאינו יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו, וכן אמרינן לקמן בדף ס"ט שהפקר דומה בזה להקדש (ודע שהב"ח סובר שהפקר שפיר מועיל גם על דבר שאינו ברשותו, ועיין בקצה"ח בסי' רי"א סק"ד שהביא את דבריו ותמה עליהם מלהלן בסוגיא דצנועין. ושמעתי מהגאון ר"י גוסטמן זצ"ל שי"ל בסברת הב"ח שהפקר אינו בגדר רשות בפני עצמו, וא"כ נהי שכשאינן החפץ ברשותו אינו יכול לשלוט עליו ע"י לתתו לבעלים אחרים, אבל כשהוא מפקיר אדרבה הרי הוא רק מסיר את שליטתו).

מיהו יש ליישב דס"ל לתוס' דנהי שלפי האמת הפקר אינו מועיל על דבר שאינו ברשותו, אבל מ"מ הרי זה רק לאחר שידעינן כבר שיאוש אינו מטעם הפקר,

גם כשהוא מונח ברה"ר אכתי נחשב הוא ברשותו וכמו שביאר הקצה"ח בס"י שמ"ט סק"א ברעת הבבלי).

ומשיטת הקצה"ח בס"י ל"ד סק"ג נראה להוכיח שאבידה מיקרי שפיר ברשותו של בעל האבידה, דהא כתב שם שהגזול מן הגזלן אינו עובר בלא תגזול ואינו חייב בשום חיוב מחיובי גזילה כיון שלא גזל מרשותו של הבעלים, דוגונב מבית האיש הוא תנאי המעכב בכל הלכות גניבה וגזילה ולא רק בהחייב של כפל עיי"ש, והרי בב"מ דף כ"ו ע"ב אמרינן שהמגביה אבידה על מנת לגזולה הרי הוא עובר על לא תגזול, וא"כ לפי הקצה"ח בע"כ צ"ל דמיקרי שפיר שגזל מבית האיש ושאכתי חשיב ברשותו אע"פ שהוא אבוד ממנו. ולפ"ז יהי' מוסבר למה הוכיח הקצה"ח בסוף ס"י ת"ו שיאוש מועיל על דבר שאינו ברשותו מיאוש דגזילה ולא הוכיח כן מיאוש דאבידה שהוא המקור של הדין של יאוש, והיינו כהנ"ל משום דס"ל שאבידה מיקרי שפיר ברשותו. וכן מבואר בריטב"א בהחידושים החדשים בב"מ דף ל"ד ע"א בד"ה א"ד (הובא בקצה"ח בס"י רצ"ה סק"ג), וכן בדף כ"א ע"ב שם בד"ה אבי וכו' (הובא בקצה"ח רנ"ט סק"א), וכן בדף כ"ו ע"ב שם ד"ה עובר שאבידה מיקרי ברשותו**).

אבל אם יאוש הי' מטעם הפקר, א"כ אז באמת היו גם לשון יאוש וגם לשון הפקר צריכים להועיל אפילו על דבר שאינו ברשותו משום שכן הי' מוכח מיאוש דאבידה שהוא מטעם הפקר ומהני אע"פ שהאבידה אינה ברשותו, וא"כ שפיר הקשו תוס' שאם יאוש הוא מטעם הפקר בדין הוא שיהני אפי' כשבאיסורא אתא לידו*). ברם יש לעיין במה שנקטנו שאבידה חשיבא בגדר אינה ברשותו של הבעלים, דאולי י"ל שדוקא גזילה מיקרי שאינה ברשותו מחמת הקנין גזילה של הגזלן אבל לא אבידה. מיהו הא ליתא דהא גם היכא שלא עשה קנין גזילה מיקרי שאינה ברשותו של הנגזל כמו שמבואר בב"מ דף ז' ע"א (ועיין בזה בגליון הש"ס שם, ובקובץ שיעורים כאן באות ט' וכן בקו"ש על כתובות באות קכ"ב), וא"כ ה"ה שאבידה צריכה להחשב בגדר אינה ברשותו. ברם גם לפ"ז אכתי י"ל שמ"מ רק גזילה מיקרי שאינה ברשותו של הנגזל משום שהגזולן מעכבו אצלו בפועל, דגם בזה סגי כדי להחשב שאינה ברשותו של הנגזל, אבל באבידה עדיין י"ל דמיקרי שפיר ברשותו אע"פ שהיא אבודה ממנו (ועכ"פ בגלל זה לחוד שאינו נמצא בחצירו של הבעלים עדיין לא חסר בהשם של ברשותו היכא שאינה אבודה ממנו, אלא

דאבידה, והיינו בכדי לומר שמהני הפקר אפילו כשאינו ברשותו. מיהו באמת גם בלא זה בעינן קרא דאבידה משום טעם אחר, והיינו משום הסברא שכתב המחנה אפרים שמדינא לא הי' יאוש צריך להועיל גבי אבידה כיון שאילו הי' מכיר את המוצא לא הי' מייאש.

** והנה ידועים הם דברי הרמב"ן בב"מ שם

(* ועל פי דברינו אלו יש ליישב גם קושיא אחרת על תוס', והיינו שלכאורה הי' להם לתוס' להקשות עוד יותר, והיינו שאם יאוש הוא מטעם הפקר ל"ל קרא לחדש יאוש באבידה, דהא כבר ילפינן הפקר מקרא אחרנא כמש"כ תוס' לעיל בדף כ"ח ע"א בד"ה זה וכו' עיי"ש. מיהו לפי דברינו בפנים לא קשה מידי משום שאכתי שפיר צריכים לקרא

מיהו עיין בנתיה"מ בריש סי' רנ"ט
שכתב שאבידה שאינה משתמרת אינה
ברשותו*).

וכן מבואר בפשטות ברמב"ם בפכ"ב
מהל' מכירה ה"ט עיי"ש.
ובשו"ת נוב"ת בחלק אבן העזר סי' ע"ז

שכתב דהא דיאוש אינו מועיל לאחר שבא לידו של
המוצא הרי זה משום שכבר נעשה המוצא בגדר
השומר של בעל האבידה ולכן מיקרי שהאבידה היא
ברשותו של בעל האבידה, ויאוש לא מהני על דבר
שהוא ברשותו, משא"כ קודם שבא לידו של
המוצא, אז שפיר מהני יאוש. ולכאורה מבואר מזה
שאבידה שאינה משתמרת אינה נחשבת ברשותו של
הבעלים ודלא כמו שהוכחנו בדעת הקצה"ח.

מיהו לפי הקצה"ח י"ל שכוונת הרמב"ן היא כך,
דלעולם גם מקודם שבא לידו של המוצא הרי היא
שפיר נחשבת ברשותו של בעל האבידה, רק שבכל
זאת מכיון שאינה תחת ידו, והרי היא אבודה ממנו,
משום כך מהני יאוש, משא"כ כשהגיע כבר לידו
של המוצא, ונעשה המוצא השומר שלו, א"כ אז
הרי היא נחשבת תחת ידו ממש של הבעלים ואינו
בגדר אבידה ומש"ה לא מהני יאוש. וכן מבואר
מלשונות הקצה"ח בסי' קס"ג בד"ה ובענ"ד וכו'
(כמו הגדר הנ"ל שעכשיו כתבתי).

והנה באמת הרמב"ן שם כתב שהיכא שהגיעה
האבידה לידו של המוצא הרי היא נחשבת מעתה
כנמצאת ברשות הבעלים, ומשמע שמקודם לכן
אינה נקראת ברשות הבעלים. מיהו י"ל שכוונתו
אינה להדין של "ברשותו" אלא כוונתו היא שמעתה
נחשב החפץ תחת ידו ממש, אבל לעולם גם לפני
כן יש כאן הדין של "ברשותו". שו"ר בסי' רנ"ט
סק"א שהוכיח הקצה"ח דצ"ל שמודה הרמב"ן
דמהני יאוש על אבידה שברשותו, רק לא בשומר.

(* דברי הנתיה"מ שם קאי על דברי הרמב"ן
שהבאתי בהערה הקודמת, דס"ל להנתיה"מ
שכוונת הרמב"ן היא לומר שאבידה שאינה
משתמרת דומה היא לגזילה ולא מיקרי ברשותו,
ומש"ה הוא דמהני יאוש, משא"כ לאחר שבא ליד
המוצא ונעשה שומר, אז הוי שפיר ברשותו.

והנה ע"ע בדברי הרמב"ן שם דמבואר שהיכא
שהגביהו המוצא על מנת לגזולו, אע"פ שהוא עובר
בזה על לא תגזול וכמו שמבואר בגמ' שם, אבל
מ"מ אכתי מהני יאוש וקונה המוצא ביאוש. וביאר
הרמב"ן דהיינו משום שבכה"ג שהגביה על מנת

לגזולה אינו נעשה שומר. מיהו אכתי צ"ע למה אין
הציור הזה נחשב כמו באיסורא אתא ליד' שהרי
המוצא עובר בלא תגזול. ועיי"ש בנתיה"מ שכתב
דהיינו משום שלא נטלו מרשות הבעלים. וצ"ע דהא
לפי הסברות שכתבנו לעיל באות נ"ג בענין למה
גרע היכא שבאיסורא אתא ליד', גם כאן ה" צריך
להחשב שבאיסורא אתא ליד' אע"פ שלא נטלו
מרשות הבעלים כיון שהוא עובר מיהא בלא תגזול
וחייב בהשבה.

וע"ע בקצה"ח בסי' קס"ג בד"ה ובענ"ד וכו'
שכתב בדעת הרמב"ן הנ"ל טעם אחר למה הציור
של נטל אבידה על מנת לגזולה לא מיקרי
שבאיסורא אתא ליד', וכתב דהיינו משום שבאמת
הנטילה היתה מותרת, דהא חייב הוא להגביהה כדי
שיוכל להשיבה, וכל האיסור שהוא עושה הרי הוא
רק במחשבתו, ודעתו היא שאינה יפה עכ"ד, הרי
שלא כתב כדברי הנתיה"מ שהטעם הוא משום שלא
גזלו מרשותו של הבעלים. ובאמת זה עולה שפיר
עם מה שהוכחנו דס"ל להקצה"ח שאבידה מיקרי
שפיר ברשותו של הבעלים וכמו שביארנו.

(מיהו לכאורה א"א לומר כדבריו שלא מיקרי
שבאיסורא אתא ליד' משום שהאיסור הוא רק
במחשבתו, לפי שיטתו בביאור החסרון של
באיסורא אתא ליד' שהבאנו לעיל באות נ"ג.

ודע שיש להעיר עוד על דברי הנתיה"מ הנ"ל
בסי' רנ"ט מדבריו בסי' ל"ד סק"ה שצידד להודות
להקצה"ח שגזול מן הגזולן אינו מקבל תורת גזולן
כיון שלא גזלו מרשות הבעלים, וא"כ הרי זה סותר
את מה שכתב בסי' רנ"ט שאבידה שאינה משתמרת
לא מיתקריא ברשות הבעלים, דהא לפ"ז לא יתכן
מאי דאיתא בב"מ שם שהיכא שהוא מגביה על מנת
לגזולה הרי הוא עובר בלא תגזול דהא לפי הנ"ל
יוצא שלא גזלו מרשות הבעלים, ויש ליישב.

והריטב"א בעצמו בב"מ דף כ"א ע"ב כתב כדברי
הרמב"ן שיאוש כשהאבידה היא ברשותו לא מהני,
וא"כ מזה מבואר שאבידה אינה נקראת ברשותו.
וצ"ל שכוונתו לומר כמו שכתבנו בכוונת הרמב"ן
דהיינו שהיכא שהיא תחת ידו ממש לא מהני יאוש.
ובסי' מ"ט סקי"ז כתב הנתיה"מ שאבידה מיקרי

בד"ה ואמנם עיינתי וכו' דן בזה והוא כתב שאבידה מיקרי שפיר ברשות בעל האבידה. והנה הנו"ב לעיל בסמוך שם הקשה כעין קושיית המחנה אפרים, והיינו דאיך צידדו תוס' לומר שיאוש הוא מטעם הפקר, הלא אם יאוש הוא מטעם הפקר איך שייך לומר בכלל שיאוש יועיל בגזילה הלא הפקר אינו מועיל על דבר שאינו ברשותו. ובאמת כן יש להקשות לפי האמת על דברי רש"י בגיטין דף ל"ט ע"ב שכתב בד"ה נתיאשתי שיאוש הוא לשון הפקר.

ותירץ הנו"ב שאם נאמר שיאוש הוא מטעם הפקר א"כ נטצרך לומר שרובה סובר כצנועין שסוברים ששפיר מועיל הפקר גם על דבר שאינו ברשותו, ולכן שפיר צידד רבה לומר שיאוש מועיל בגזילה (ודע שיש להעיר על המחנה אפרים, דהא המחנה אפרים הסיק שם שיאוש הוא מטעם הפקר, וגם נחית לבאר בתחילת דבריו שהצד לומר שלא יועיל באיסורא אתא לידי' הרי הוא משום שהפקר אינו מועיל על דבר שאינו ברשותו, אבל לא נחית כלל לבאר מה הוא הצד לומר שיאוש שפיר מועיל בגזילה [שזוהי קושיית הנו"ב]. מיהו לפי המשך דבריו שם אתי שפיר, והיינו משום שלפי המבואר בהמשך דבריו שם יוצא שבאמת הציור של גזילה הוא עדיף מסתם ציור של אינו ברשותו והיינו משום שהוא קרוב

שפיר ברשותו.

ובחידושי רבי מאיר שמחה על ב"מ דף כ"ו בד"ה אולם מתוס' וכו', ובחידושי הגרש"ש על ב"מ בסי' כ', ובאמרי משה סי' ל"ז סק"י, ביארו שיאוש כשהאבידה ברשותו לא מהני משום דהוי יאוש בטעות כי אילו הו' יודע שהיא ברשותו לא הו' מתיאש.

לאיבוד מהבעלים כיון שאין הבעלים מכירים בהגזלן, ולכן הרי הוא צריך להועיל אפילו על דבר שאינו ברשותו, ועיי"ש איך שביאר שוב את הצד שיאוש אינו קונה).

ב. עוד ישוב על קושיית המחנה"א.
עוד יש ליישב את קושיית המחנה אפרים שהבאנו בראשית דברינו על ידי שנאמר שתוס' אזלי לשיטתם בב"מ דף ו' ע"א בד"ה הקדישה וכו', דעיי"ש שכתבו שלשאחר שהודה הגנב, הרי הבעלים יכולים להקדישו מיד, אע"פ שהוא נמצא עוד ביד הגנב, משום שע"י הודאת הגנב הרי זה מיקרי שוב ברשות הבעלים (וכן סובר הבעל המאור בפרק שור שנגח דו"ה בד"ה אנן וכו', והרמב"ן שם חולק). ולא עוד אלא שכתבו תוס' שם שאפילו אם לא הודה הגנב קודם שהקדישו, אלא רק כששמע שמקדיש, גם בכה"ג חל ההקדש. וע"ע בבית שמואל באבן העזר סי' כ"ח סקט"ז שכתב להלכה שאפילו היכא שלא הו' מתרצה הגולן להחזיר להבעלים, רק שבשעה ששמע שהבעלים מקדישים נתרצה גם הוא להקדיש, שפיר חל ההקדש, וגם בכה"ג אמרינן שמכיון שנתרצה הגולן להקדיש הרי החפץ נחשב כפקדון וחל ההקדש (ועיי"ש באבני מילואים שכתב שכן נראה באמת מדברי תוס' הנ"ל). ולפ"ז י"ל דה"ה הכא כיון שאנן סהדי שבדאי

ובספר ישועות דוד בחלק ו' סי' ס"ה, וכן בשיעוריו על ב"מ דף כ"ה, כתב לבאר שלעולם מודה הרמב"ן שאבידה מיקרי ברשותו, רק שהיכא שאינה מונחת בחצירו אלא ברה"ר א"כ על ידי היאוש עצמו הרי היא מתהפכת להיות נחשבת שלא ברשותו כי על ידי היאוש הרי היא נקראת יותר אבודה ומש"ה מהני היאוש.

ידו ולהחזיקו כהפקר, וא"כ אכתי קשה קושיית המחנה אפרים דלעולם נימא שיאוש הוא מטעם הפקר רק שבכל זאת שפיר אינו מועיל היכא שבאיסורא אתא לידי' משום שהפקר אינו מועיל על דבר שאינו ברשותו.

מיהו אכתי יש ליישב את קושיית המחנה אפרים אם נצרף לדברי תוס' בב"מ שם את שיטת הרא"ש שהביא השט"מ לעיל בדף ל"ג ע"א, דעיי"ש שכתב שאע"פ שאמר רבי יוחנן שגזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדיש אבל מ"מ לאחר שחוזר לרשות הבעלים הרי הוא נעשה הקדש למפרע, וא"כ לפ"ז שפיר כתבו תוס' שאם יאוש הוא מטעם הפקר יש לו להועיל אפילו אם הוא בגדר באיסורא אתא לידי', ואין להקשות את קושיית המחנה אפרים שהפקר לא מהני על דבר שאינו ברשותו, והיינו משום שנהי

הי' הגזלן מתרצה ליאושו והפקרו של הנגזל א"כ הרי זה נעשה כאילו נתרצה הגזלן בשעת ההפקר ושפיר חל ההפקר.

מיהו לפ"ז אכתי קשה מהא דאמרינן בדף ס"ט שלפי רבי יוחנן אין הנגזל יכול להפקיר דבר שהוא ברשותו של הגזלן, דהא אילו הי' הגזלן יודע, בודאי הי' ניחא לי' בהפקר, ולכאורה מוכח משם שכל עוד שלא נתרצה הגזלן בפועל, דין גזילה יש כאן, ולא מיקרי ברשות הנגזל, ולא מהני האנן סהדי להפכו למצב של ברשותו*).

ובר מן דין יש גם סברא אחרת למה בנידון דידן לא שייך לומר שנעשה פקדון, והיינו כסברת האב"מ בסי' כ"ח סקי"ג שלא שייך לומר כן אלא היכא שהבעלים הקדישו והגזלן הרי הוא מוכן להוציא מתחת ידו ולתתו להקדש עיי"ש, וא"כ הכא הרי אין הגזלן מוכן להוציא מתחת

בטעות הרי זה שפיר מיקרי עוד שהוא ברשות הבעלים, דהא אמרינן שם שיש חסרון של אינו ברשותו גם באופן שהעניינים לקטוהו בטעות בלא כוונה לגזול וכמו שהביא הקצה"ח. מיהו עיין בשאגת ארי' בסי' צ"ג בד"ה ועתה נבא וכו' שכתב כדברי התוס' רי"ד, ולא עוד אלא שבתוך דבריו שם כתב שבדף ס"ט איירי באופן שבא ליד העניינים בתורת גזל ולא בטעות ודלא כמו שהראה הקצה"ח שהי' בטעות וצ"ע. ועוד יש לתמוה על מה שציין השג"א לדברי תוס' בקידושין דף נ"ו ואילו התם אין זכר מזה.

ועוד הוכיח הקצה"ח דלא כהתוס' רי"ד מדף ס"ח מהצירוף של גנב ומכר בא אחר וגנבו עיי"ש. ועיין בשו"ת חת"ס בחלק חו"מ סי' קס"ט מה שכתב ליישב את שתי הראיות הנ"ל של הקצה"ח נגד התוס' רי"ד.

וע"ע בהערה השני' על אות ק"י שהבאנו שבעל השיטה הנ"ל הוא הריטב"א ולא הרי"ד.

* והנה גדולה מזו כתב הקצה"ח בסי' שנ"ד סק"ד והיינו שאפילו היכא שמעולם לא נתכוין לגזול ואילו הי' יודע שיש בידו ממונו של חבירו בודאי הי' ציית דינא ומחזירו, אבל בכל זאת גם בכה"ג אין הנגזל יכול להקדישו כשהוא בידו של הגזלן, ולא אמרינן מכה אנן סהדי שהוא נחשב כפקדון, ודלא כדעת התוס' רי"ד שהביא שם שכתב ששפיר יכול להקדישו ולחללו בכה"ג. ובאמת אפילו התוס' רי"ד לא כתב אלא כעין הציור הנ"ל שלא נתכוין לגזול, וא"כ י"ל שבאמת דוקא בכה"ג סובר כן התוס' רי"ד, והיינו משום שמכיון שלא נתכוין לגזול, ומעולם לא קנה הגזלן קניני גזילה, א"כ ס"ל להתוס' רי"ד שגם כשהחפץ הוא במצב כזה הרי הוא נקרא ברשות הבעלים מכיון שהגזלן הי' מוכן להחזירו, אבל היכא שנתכוין לגזול וקנה קניני גזילה אכתי י"ל שגם התוס' רי"ד מודה.

ודע שהקצה"ח הוכיח מהסוגיא לקמן בדף ס"ט דלא כהתוס' רי"ד הנ"ל שסובר שהיכא שבא לידו

שלא מהני עכשיו אבל מ"מ אכתי מיפטר הגזלן מהשבה, והיינו משום שבאמת א"א לו בכלל לקיים מעתה את המצוה של השבה, דהא ברגע שירצה להשיבו הרי הוא נעשה כשומר לפי תוס' בב"מ, ויחול ההפקר למפרע בצירוף דברי השט"מ בשם הרא"ש, וא"כ מאחר שהוא נפטר עכשיו מהשבה הרי הוא יכול לקנות כיון שהנגזל מסכים שיקנה.

ודע, שלפי מה שהבאנו לעיל באות נ"ג מהקצה"ח בביאור החסרון של באיסורא אתא לידי' א"כ דברינו הנ"ל אינם מספיקים, דעיי"ש שביאר שגם לאחר יאוש אכתי צריכים שיעשה הגזלן קנין חדש, ובוזה הרי קי"ל שדבר תורה מעות קונות ולא שום קנין אחר כיון שעשה איסור עיי"ש, וא"כ לפ"ז דברינו הנ"ל אינם מספיקים, אלא אכתי תשאר קושיית המחנה אפרים שהקשה שאפילו אם יאוש הוא מטעם הפקר אבל הלא הפקר אינו מועיל על דבר שאינו ברשותו, ולא יספיק להמציא דרך לפוטרו ממצות השבה וכמו שעשינו, דהא בכל זאת עכשיו שאינו רוצה להשיב הרי אכתי נשאר החפץ של הבעלים ואין הגזלן קונה ע"י הקנין משיכה או חצר שהוא עושה עכשיו (אבל אם הי' נעשה הפקר, אז שפיר הי' יכול לקנות מהפקר על ידי חצר או משיכה כמו שביארנו שם משום שלא חטא נגד הפקר ולכן בכה"ג שפיר חידשה לו התורה שאר קנינים כמו במתנה וכמו שהביא הקצה"ח שם).

אולם לפי דרכו של הקובץ שיעורים שהבאנו באות מ"ה אתי שפיר כי יוצא שלאחר שהוא נפטר מהשבה שוב יקנה בכח הקנין גזילה של קודם (ודוקא משום

שיאוש הוא מטעם הפקר, דאז הרי ההפקר מהני בתחילה לפוטרו מהשבה משום שלאחר ההפקר לא שייך בכלל השבה וכמו שביארנו, ושייך דרכו של הקו"ש, אבל אם יאוש אינו מטעם הפקר, אז הרי זה בגדר היתר לקנות ולא פטור מהשבה, וכמו שביארנו באות נ"ג בשם הברכ"ש, וא"כ אכתי שייך החסרון שכתב הקצה"ח, ודו"ק כי קצרתיו).

והנה השאגת ארי' בסי' צ"ג והבית שמואל בסי' כ"ח סקט"ז כתבו שאע"פ שהנגזל אינו יכול להקנות את הגזילה שביד הגזלן לאדם אחר כמו שאינו יכול להקדישו (ודלא כדברי הרשב"א התמוהין שהביא הקצה"ח בסי' קכ"ג ססק"א שסובר שהנגזל שפיר יכול להקנותו לאדם לאחר ושרק הקדש לא מהני), אבל מ"מ להגזלן עצמו שפיר יכול הנגזל להקנותו וכגון היכא שאשה גזלה חפץ מאיש ושוב אמר לה התקדשי לי בו. ועיי"ש בבית שמואל ובאבני מילואים בסקי"ג בד"ה מיהו לגזלן וכו' וברש"ש בדף ס"ט ע"א בנוגע להסבר הדבר. ועכ"פ לפי הנ"ל יוצא טעם אחר בשביל הדין הנ"ל, והיינו משום שמיד כשירצה הגזלן להשיב הרי החפץ יהי' קנוי לו למפרע, וא"כ א"א לו לקיים השבה, ומש"ה הרי הוא פטור באמת מהשבה, וא"כ מאחר שהוא נפטר עכשיו מהשבה הרי הוא יכול לקנות כיון שהנגזל מסכים לזה, ולא עוד אלא מאחר שהוא פטור מהשבה הרי זה יגרום שהוא קונה מכח הקנין גזילה של קודם לפי הקו"ש (איברא, לפי הדרך שהוא מכח הקנין גזילה של קודם, עדיין לא הי' צריך להועיל לענין להחשב כסף קידושין וכציורו של הבית שמואל שם, דהא למעשה

אין כאן עכשיו שום הקנאה, רק שהאשה קונה בכח הקנין גזילה של קודם, והרי זה אירע לפני שעת הקידושין. מיהו אולי סגי בזה שעכשיו בשעת הקידושין הרי הוא הגורם לזה שקנתה למפרע. מיהו אכתי יש כאן חסרון בזה שהאשה קנתה מעצמה בשעת הגזילה בלי הקנאה מהבעל, אלא שזה תלוי באשלי רבוכי בהסוגיא של מדין עבד כנעני ואכמ"ל).

ובאמת יש לישב קושיית המחנ"א בפשיטות יותר, והיינו שאם יאוש הוא מטעם הפקר, א"כ כשהוא מפקיר הרי נכלל בזה גם שהוא מוחל ומוותר על החיוב של השבה, וא"כ הרי הגזלן נפטר כבר בשעת ההפקר מהחיוב של השבה, וממילא הרי הוא קונה מכח הקנין גזילה שעשה בתחילה וכהנ"ל. אבל עכ"פ הרי זה רק אם יאוש הוא במהותו בגדר הפקר, אבל אם אינו בגדר הפקר, א"כ בודאי אין נכלל בו מחילה חיובית על החיוב של השבה.

מיהו דרך זה אינו במשמע לשון תוס' שכתבו שיוכל לקנות מן ההפקר.

נח) מפני תקנת השבים.

הנה טעם זה של תקנת השבים נזכר בהמשנה שהובא לקמן בע"ב דתנן שבמריש הגזול שבנאו בתוך הבירה הרי הוא משלם רק דמים משום תקנת השבים, והא דידע הש"ס שגם ביאוש הטעם הוא משום תקנת השבים הרי זה משום שבפשיטות ליכא שום טעם אחר למה יתקנו רבנן שהוא קונה. ועיין גם בסוכה

דף ל' ע"ב בתוס' ד"ה וליקניוה וכו' שכתבו דהא דשינוי מעשה החוזר קונה מדרבנן הרי זה משום תקנת השבים. ברם עיין בביאור הגר"א בחו"מ סי' שנ"ג סק"ו, וכן בסי' שנ"ד סק"ב בהליקוט השני, שכתב שמה שכתבו תוס' לקמן בדף צ"ה ע"ב בשם ר"ת שלפי רב פפא אליבא דרבי יהודה שינוי החוזר קונה, הכוונה היא מדרבנן ומטעם שינוי ולא מטעם תקנת השבים*). ולפי דבריו צ"ל דהא דתנן במתניתין שהטעם במריש הוא משום תקנת השבים הרי זה רק התם משום שלא חשיב שינוי כלל לחד מ"ד לקמן בדף ס"ז ע"א, וגם לאידך מ"ד שם דס"ל דהוי שינוי השם החוזר י"ל שרק בשינוי השם החוזר בעינן לתקנת השבים אבל לא בשינוי מעשה החוזר (ועיין באות ע"א בענין אם במריש איכא שינוי מעשה החוזר), מיהו צ"ע מ"ש.

ועכ"פ לפי דברי הגר"א ששייך קנין דרבנן בגזילה גם שלא מטעם תקנת השבים א"כ צ"ע מנ"ל להגמ' כאן שאם יאוש קונה רק מדרבנן הרי הוא מטעם תקנת השבים.

גם צ"ע מה שהערתי בנוגע לסברת הדבר דלמה יתקנו חכמים שיקנה אם לא משום תקנת השבים.

שוב מצאתי בפלפולא חריפתא בפרק הגזול קמא על סי' ג' שברא"ש באות ל' שהזכיר סברא זאת דליכא שום טעם אם לא משום תקנת השבים.

לומר שלפי רב פפא אליבא דרבי יהודה שינוי החוזר קונה מדאורייתא ולא רק מדרבנן.

* והנה יש לעיין בדברי הגר"א, דהא לכאורה ה' אפשר לפרש את דברי ר"ת שם שכוונתו היא

דף ס"ו ע"ב

(נט) והאי כיון דמטא עידן איסורא ודאי מייאש.

א. למה הוא רק מייאש ולא גם מפקיר.

צ"ע למה קאמר שהוא מייאש דהא לכאורה הרי הוא גם מפקירו כדי שלא לעבור בבל יראה ובל ימצא, והפקר בודאי מהני כמו שכתבו תוס' בע"א.

מיהו לפי הראשונים שסוברים שביטול חמץ אינו מטעם הפקר לא קשה מידי.

גם י"ל שאפילו אם ביטול הוא מטעם הפקר, אבל מ"מ הכא אינו יכול להפקירו משום שהפקר אינו מועיל על דבר שאינו ברשותו, ואע"פ שכתבו תוס' בע"א שהפקר ודאי יועיל אפילו היכא שבאיסורא אתא לידי' ואע"פ שאינו ברשות המפקיר, אבל מ"מ דבריהם שם אינם ענין לכאן, והיינו משום שכוונת תוס' בע"א היתה לפי הצד שכל הדין של יאוש הוא מטעם הפקר, דאז בודאי הי' מועיל הפקר גם כשאינו ברשותו משום שכן הי' מוכח מיאוש דאבידה, משום שגם אבידה מיקרי אינה ברשותו, אבל השתא שיאוש דאבידה אינו מטעם הפקר, שוב חוזר למקומו שאין הפקר מועיל על דבר שאינו ברשותו. ועיין לעיל באות נ"ז שפלפלו בזה באריכות (ודע שהב"ח סובר שהפקר שפיר מועיל גם על דבר שאינו ברשותו. ועיין בקצה"ח בסי' רי"א סק"ד שהביא את דבריו ותמה עליהם. וע"ע בזה במחנה אפרים בהל' זכ"י מהפקר סי' ז').

גם יש ליישב שאפילו אם ביטול הוא מטעם הפקר, וכן אפילו אם נאמר שהפקר

בודאי מועיל, אבל מ"מ הרי כבר העלה הנו"ב במהדורא קמא חלק או"ח סי' כ' בד"ה ומכל מקום וכו' שהנגזל אינו עובר בבל יראה "כיון שאחריותו הוא על הגזלן אפילו לאונסין", וא"כ לפ"ז יוצא שבאמת אין לו שום סיבה להפקירו, ועי' לקמן כאן.

ב. בענין למה הוא מייאש, ודברי הנו"ב שהחמץ נאסר לאחר פסח רק על הגזלן.

ומעתה נבאר למה מייאש הנגזל כשבא זמן האיסור. ולכאורה יש לומר שהכוונה היא שהוא מבטל את החמץ כדי שלא לעבור בבל יראה. מיהו הא ליתא, דהא כבר הבאנו שהנגזל אינו עובר בבל יראה.

ואולי הרי הוא מייאש משום שבין כך ובין כך יהי' אסור עליו משום חמץ שעבר עליו הפסח. מיהו הניחא לפי דעת רוב הפוסקים שהחמץ נאסר באמת גם על הנגזל (וכן על כל העולם) וכמו שהביא הבה"ל בסי' תמ"ח בד"ה חמץ של ישראל, אבל לפי דעת הנו"ב שהביא שם שהחמץ אינו נאסר על הנגזל (ולא על כל העולם אלא רק על הגזלן) א"כ עדיין חסר לנו סיבה לומר שהוא מייאש.

מיהו באמת דברי אלה צריכים פירוש, דהן אמת שדעת הנו"ב שם במהדורא קמא חלק או"ח סי' כ' היא שהחמץ נאסר רק על הגזלן וכמו שהבאנו, אבל הרי ביאר שם, וכן במהדורא תניינא חלק או"ח סי' ע"ה, שהיינו רק לפי האמת שיאוש אינו קונה, אבל אם יאוש קונה, אשר לפ"ז הגזלן חייב לשלם להנגזל דמים, א"כ אז כדי לקנוס את הגזלן היינו צריכים לאסור את החמץ גם על הנגזל משום שאם לא נאסרנו אז יוכל הגזלן

שמה שהוא מייאש הרי זה הנחה קדומה, וכן משמע באמת מלשון הגמ' דהא לא אמרינן בלשון של "אי ס"ד יאוש קונה מכי מטי עידן איסורא מייאש", אלא בתחילה אמרינן שהוא מייאש ומשמע שזה נשאר אמת לפי שני הצדדים.

וצ"ל שהוא מייאש משום שהוא חושב שהגזלן בודאי יבערנו.

ג. דברי האור שמח בענין מתי הוא מייאש.

לכאורה צ"ל שהנגזל מייאש שעה אחת לפני זמן האיסור, דאל"כ איך קונה הגזלן הלא אין זכי' באיסורי הנאה. שו"ר שכן כתב האור שמח בפ"ג מהל' חמץ ומצה ה"ח בד"ה ואין לומר וכו'.

ס) וזה אינו רוצה לקנות.

א. למה אינו רוצה לקנות.

יש לעיין למה אין הגזלן רוצה לקנות הלא אפילו אם לא יקנה הרי הוא עובר בכל יראה*). וי"ל שהגזלן טועה לומר שאינו עובר בכל יראה אם אינו קונה. מיהו עדיין קשה קצת משום שגם לפי דעתו למה לא יקנהו שעה אחת לפני זמן האיסור (עיין לעיל בסוף אות נ"ט) ושוב יבטלנו לפי השיטה שביטול מועיל מהתורה על חמץ ידוע. וי"ל דאכתי עובר מיהא מדרבנן על זה שלא ביערו. מיהו אכתי יוכל למוכרו לגוי כמו שאנו עושים. גם י"ל שלעולם יודע הגזלן שהוא

להשתמש בו בתור תשלומי שוה כסף כיון שהוא שוה כסף להנגזל, אבל השתא שיאוש אינו קונה, אשר לפ"ז אין הגזלן חייב בתשלומי דמים, אלא הרי הגזלן יכול לומר להנגזל הרי שלך לפניך, א"כ בין כך ובין כך יוכל לומר להנגזל הרי שלך לפניך אפילו אם יהי' אסור גם על הנגזל, משום שאומרים באיסורי הנאה הרי שלך לפניך, ומש"ה אין תועלת בזה שנאסרנו אף על הנגזל. ובסי' ע"ה שם ביאר שמשום כך פרכינן בסוגיין שאם תמצא לומר שיאוש קונה דמים מעליא בעי שלומי, והיינו משום שהחמץ עצמו אינו בגדר דמים מעליא כיון שהוא נאסר על הנגזל לפי הצד שיאוש קונה עכ"ד. והשתא נחזי אנן, דלכאורה מה שכתבתי שדברי הנ"ל, שהנגזל מייאש מפני שנאסר עליו, אינם כהנו"ב, אינו בדקדוק, דהא לכאורה אתי שפיר מה שכתבתי גם לפי הנו"ב, דהא גם הוא מודה שאם הדין הוא שיאוש קונה הרי הוא נאסר גם על הנגזל (גם קודם שהוא מייאש), וא"כ גם לפי הנו"ב א"ש מאי דאמרינן שהוא מייאש.

מיהו זה אינו, משום שא"א לומר שכוונת הגמ' היא שהנגזל מייאש בגלל שלפי הצד שיאוש קונה הרי החמץ נאסר עליו, דזה אינו, דהא אדרבה שלא יתיאש ולא יהי' נאסר עליו, אלא כוונת הגמ' היא שהוא בכל מקרה מייאש, ומה שהחמץ נאסר עליו הרי זה רק כתוצאה מזה שהוא מייאש (ויאוש קונה) וכמו שהבאנו כבר מדברי הנו"ב הביאור בזה, וא"כ חזינן

שהביא האור שמח בפ"ג מהל' חמץ ומצה ה"ח ועיי"ש שפלפל בזה.

(* כן היא שיטת הרמב"ן, הובא בנוב"ק חלק או"ח סי' כ' ד"ה ומכל מקום, אבל הר"מ מסרקסטה בשט"מ בדף צ"ו סובר שאינו עובר בכל יראה כמו

עובר בכל יראה אפילו אם לא יקנה, רק שאינו רוצה לקנות משום שאם יקנהו שוב לא יוכל לומר הרי שלך לפניך אלא יצטרך לשלם דמים מעליא, ולא יוכל להשתמש בהחמץ בתורת תשלומי שוה כסף כי הוא נאסר עליו וגם על הנגזל, ומש"ה יותר נוח להגזלן לא לקנות כדי שיוכל לומר הרי שלך לפניך.

ב. האם שינוי קונה בע"כ של הגזלן.

הנה המחנה אפרים בסוף הכרך על פ"ב מגזילה, וכן האור שמח על פ"ב מהל' גזילה, כתבו בדעת הרמב"ם שגם שינוי אינו קונה בעל כרחו של הגזלן (ועיין בקובץ שיעורים כאן באות כ"ו שדן בזה. וכן עיין בנתיח"מ בסי' שנ"א שכתב ששינוי שפיר קונה בעל כרחו). וגם כתבו שם בדעת הרמב"ם שהיכא שנשבר הכלי או נקטעה רגלה של הבהמה, אע"פ שהוא שינוי גמור, בכל זאת נקטינן שהגזלן אינו רוצה לקנות, ומסתמא כוונתם היא משום שלא כדאי לו לקנות את החפץ השבור (ועי' במ"מ בפ"ב דגזילה ה"ט"ו שכתב דרך אחרת בהרמב"ם). ברם צ"ע דבאמת אין הגזלן מרויח כלום בזה שאינו קונהו דהא גם השתא שאינו קונהו הרי פסק הרמב"ם שם שאכתי אינו יכול לקיים בו מצות השבה אם הנגזל רוצה מעות וא"כ יוצא שאין הגזלן מרויח כלום בזה שאינו קונהו. ועכ"פ מהסוגיא בגיטין דף נ"ג ע"ב מוכח או ששינוי קונה בע"כ של הגזלן או שגם אם אינו קונה אבל בכל זאת מכיון שנשתנה לגריעותא שוב אינו יכול לקיים בו מצות השבה, דעיי"ש שהקשו בגמ'

שלפי המ"ד שסובר שהיזק שאינו ניכר שמי' היזק למה יכול לומר לו הרי שלך לפניך בחמץ שעבר עליו את הפסח, וביארו תוס' שם שהי' צריך להחשב שינוי, והקשה הקובץ שיעורים בהאות הנ"ל שגם שם אמאי לא תירצה הגמ' שאינו קונה משום שאינו רוצה לקנות, והוכיח מזה הקו"ש ששינוי שפיר קונה בע"כ עיי"ש שכתב סברת הדבר, ושוב צידד שלעולם י"ל ששינוי אינו קונה בע"כ, רק שכונת הגמ' היא שלפי המ"ד שהיזק שאינו ניכר שמי' היזק א"כ גם אם אינו רוצה לקנות בשינוי אבל מ"מ אכתי אינו יכול לקיים בו מצות השבה (מיהו מתוס' שם משמע שקנאו ממש), הרי שלא מתוקמא הסוגיא שם אלא או ע"י שנאמר ששינוי קונה בע"כ או ע"י שנאמר שגם אם אינו קונה אבל אכתי אינו יכול לומר הרי שלך לפניך היכא שנשתנה לגריעותא.

ס"ו (*). קרבנו ולא הגזול. א. פירושו הראשון של רש"י בגזל קרבן דחברי'.

פירש"י בלשונו הראשון בזה"ל, ולעולם לפני יאוש ואיצטריך לאשמועינן דאינו עולה לרצון ואפילו לבעלים הראשונים עכ"ל. פי' דהא פשיטא שאינו עולה בשביל הגזלן, אלא אפילו בשביל הבעלים אינו עולה. מיהו צ"ב למה באמת אינו עולה בשביל הבעלים. והי' נראה לומר דהיינו משום דאירי כשהכהן עושה אותו לשם הגזלן, וא"כ יש כאן שינוי בעלים, וקרבנות שנזבחו שלא לשם בעלים אינם עולים להבעלים לשם חובה, ויש קרבנות שהם גם פסולים, וכמו שמבואר בריש זבחים.

ברם אין זה מספיק, כי לפ"ז יוצא שלא נאמר בדרשה זו שום דין חדש, דהא כבר ידעינן את הדין של שינוי בעלים.

ועכ"פ הדין הוא שאם הכהן שוחטו סתמא, הרי אמרינן ססתמן לשמן, ושפיר עולה בשביל הבעלים, וא"כ אם הכהן שוחט את הבהמה סתמא הרי הקרבן שפיר עולה בשביל הבעלים, וכן אם הכהן יודע שהוא גזול ומתכוין לשם הנגזל.

וביותר נראה לומר שאפילו אם הכהן מתכוין לשם הבעלים האמתיים, דהיינו לשם הנגזל, בכל זאת אין הנגזל נחשב בגדר ה"מביא" של הקרבן, ולכן אינו עולה לרצון בשבילו, ולא דמי להיכא ששחט הגזול תמימים בפנים לשם הבעלים דהתם שפיר עולה לרצון בשביל הנגזל, ומיקרי שחזרה קרן להבעלים, כי התם כיון שהגזול מביא אותו לשם הבעלים הרי הבעלים נחשבים שפיר בגדר "מביא" באמצעות הגזול, כיון שהגזול מביאו בשבילו.

ב. פירושו השני של רש"י.

ובלשונו השני כתב רש"י וז"ל, ל"א דגזל קרבן דחברי, הלכך אפילו לאחר יאוש לא קניי דקרבן אינו נגזל דכל היכא דאיתי בי גזא דרחמנא איתי עכ"ל. וצ"ע דמשמע שאם הי' שפיר נגזל, אז הי' שפיר עולה בשביל הגזול, וקשה דהא אפילו אם קנה ע"י שהקדישו ועשה עי"ז שינוי השם או שינוי רשות, אינו עולה להגזול אע"פ שההקדש חל וכמו שכתבו תוס' בד"ה שמע מינה וכו', וא"כ כ"ש שאינו עולה בשביל הגזול כשהגזול גזל אותו כשהי' כבר קרבן שאז כל הגזילה כולה אירעה אחרי שהוא כבר הקדש, דכל שכן שאינו עולה בשביל

הגזול אפילו אם קנה ע"י יאוש, דכי נאמר שרק היכא שנעשה שלו ע"י עצם ההקדש הרי זה פסול.

ג. רש"י ד"ה ולא הגזול.

וז"ל, דגזול לאו לרצון אתי עכ"ל. צ"ע דלפי אביי דאיירי שגזול בהמת חולין והקדישו לאחר יאוש, וש"מ שיאוש לא קני, א"כ אינו רק משום שגזול לאו לרצון אתי, אלא הגזול אינו יכול בכלל להקדישו. ולפי רבא שסובר דאיירי בגזול קרבן דחברי, א"כ לפי הדרך שכתב רש"י דאיירי שבא להקריבו לפני יאוש וקמ"ל שאינו עולה אפילו להבעלים, א"כ הטעם לזה אינו משום שלא לרצון אתי, דהא משמע שהכוונה בזה היא משום שכרוך בעבירה, והרי הבעלים לא עשו שום עבירה, וצ"ע באמת למה אינו עולה בשבילם, ולעיל באות ז' כאן נסינו לתת טעם לזה. ולפי הדרך השני שכתב רש"י שהכוונה היא שאינו עולה להגזול הרי הטעם הוא משום שכל היכא דאיתי בי גזא דרחמנא איתי אשר בגלל זה בכלל לא קנה אותו הגזול, ואינו רק ענין של "גזול לאו לרצון אתי"...

ס***) אילימא דגזל עמרא ועבדי משכב מי איכא למ"ד שינוי מעשה לא קני.

פירש"י מי איכא למ"ד, חד מהני אמוראי שינוי לא קני, הא ביאוש הוא דפליגי עכ"ל. הנה רבה סובר להדיא לעיל בע"א ששינוי מעשה קונה, וא"כ הי' לו לרש"י לומר בלשון שלא מצינו שרב יוסף חולק עליו בזה כמו שהוא חולק בנוגע ליאוש.

סא) תד"ה דגזל קרבן.

וז"ל, ואי בעולה ושלמים הא אמרינן המוכר עולתו ושלמיו לא עשה כלום עכ"ל. עיין בפ"י שתי' שהסוגיא כאן אתי כרבי יוסי הגלילי דאמר קדשים קלים ממון בעלים הם, דלדידי' שפיר יכול למכור. וכדבריו איתא בשט"מ כאן בשם תלמידי הר"פ עיי"ש. ברם הקצה"ח בסי' ת"ו סק"א הביא את דברי הפ"י וחלק עליו וכתב שגם ריה"ג לא קאמר אלא בנוגע להבשר, אבל לעולם גם ריה"ג מודה שאינו יכול למכור את הכפרה והריצוי, באופן שהברייתא של המוכר עולתו ושלמיו לא עשה כלום אזיל גם לפי ריה"ג בנוגע להכפרה והריצוי.

סא*) איתיבי' אביי לר"י עורות של בעל הבית.

ע"י בשט"מ בד"ה האי מילתא שהביא ב' דעות, א', שהקושיא קיימת רק על רב יוסף אבל על רבה לק"מ כי גם לפי הצד של רבה שיאוש קונה רק מדרבנן אתי שפיר למה מהני מחשבת הגזלן או הגנב אחרי יאוש, כי אע"פ שהיאוש קונה רק מדרבנן אבל סוף סוף מכיון שקונה הרי זה נעשה שלו גם לענין דינים של טומאה, ועוד הביא מפרשים שקשה משם גם על הצד השני של רבה כי נהי שרבנן תיקנו שיקנה וישלם דמים אבל הדין נותן שזה יגרום רק שיוכל להוריד תורת כלי כשידוע לנו בודאי שיש כאן יאוש בעלים כגון כששמענו שנתיאש אבל לא היכא שרק מן הסתם יש יאוש, וצ"ב. ואולי כוונתו היא דהיכא שלא ידעינן בודאות שנתיאש לא תיקנו רבנן בכלל שיאוש קונה. ולפנינו בגמ' איתא שקשי בה רבה לרב

ועוד דמהלשון של "הני אמוראי" משמע שיש כמה, ולא רק רבה ורב יוסף. ועכ"פ נראה שהטעם למה רש"י הוציא את הגמ' מפשוטו ולא פי' שאין בכלל שום מ"ד בעולם שסובר ששינוי אינו קונה הרי זה כי ס"ל ששפיר יש אמוראים שסוברים ששינוי מעשה אינו קונה, דהיינו רב חסדא לעיל בע"א ורבי יוחנן בדף צ"ד ע"ב, ודלא כתוס' לעיל בדף ס"ה ע"ב בד"ה הן וכו' שחידשו שרב חסדא ורבי יוחנן איירי רק בשינוי החזור לברייתו.

והנה תוס' כאן מקשים על רבא דהא י"ל שהברייתא של משכב אתי כבית שמאי שסוברים ששינוי אינו קונה, וכתבו בתחילה שלא מסתבר לו לרבא לומר שהברייתא אינה כבית הלל. ושוב כתבו שרבא בדף צ"ד ע"א הרי סובר שגם בית שמאי סוברים ששינוי קונה וטעמם באתנן הוא משום דאמאיס לגבוה.

מיהו צ"ע על מה שכתבו תוס' בתחילה שלא מסתבר לו לרבא לומר שהברייתא אינה כבית הלל, דהנה לעיל בדף ס"ה ע"ב סובר רב ששת שהברייתא שהביא רבי חנינא שם אזלה רק לפי בית שמאי, וא"כ למה הוצרכו תוס' לכתוב שרבא אינו מוכן לומר דבר כזה, הלא מספיק בזה שכתבו שרבא סובר שגם לפי ב"ש שינוי קונה. ועוד דאביי בדף צ"ג ע"ב ודף צ"ד ע"א סובר שיש עוד תנאים שסוברים ששינוי אינו קונה, וא"כ אין שום דוחק לומר שהברייתא היא ככל אותם תנאים, וא"כ לא הי' להם לתוס' לכתוב אלא את מה שכתבו שרבא עצמו שם הרי הוא סובר שגם בית שמאי וגם יתר התנאים סוברים ששינוי שפיר קונה וכמו שאמר בדף צ"ד ע"א.

יוסף כ"ב שנין, אבל הגירסא בשט"מ שם היא שקשי בה רבה ורב יוסף כ"ב שנין כי באמת קשה גם על רבה דהיינו על הצד שחקר שיאוש קונה מדרבנן (וצ"ע למה הי' קשה לו הלא הי' צריך להכריע כהצד שיאוש קונה מהתורה).

ועי' בפ"י בד"ה לעיל בגמרא איתיבי' וכו' שהקשה הלא במקום להקשות מברייטא דקרבנו על רבה ומברייטא דעורות על רב יוסף הי' לו לאביי להקשות את ב' הברייטות אהדדי (ואם אינן קשות אהדדי כי תנאי היא, א"כ איך הוא מקשה על רבה ועל רב יוסף, הלא כל אחד יכול לומר אני סובר כהתנא השני). ותי' הפ"י שאביי עצמו סובר כהצד שיאוש קונה מדרבנן ומש"ה א"א להקשות את הברייטות אהדדי כי הברייטא של קרבנו קאי על הדין דאורייתא שהרי קרא קדריש ומש"ה אזיל הברייטא שיאוש אינו קונה, אבל הברייטא של עורות איירי אחרי התקנת השבים שיאוש שפיר קונה עכ"ד, הרי שהפ"י נוקט שמספיק בתקנה דרבנן כדי לגרום שמחשבתו תוריד תורת כלי.

מיהו יש להעיר, דהנה בהמשך הגמ' קאמר רב יוסף שמחשבתו של הגזולן מהני כי קנאו בשינוי השם. ומקשינן עליו ממתניתין דמריש דמבואר שאינו קונה אלא מדרבנן ולכאורה מוכח מזה שלא סגי בקנין דרבנן דהא אם סגי מה קשה הלא התם במתניתין דמריש תנן ששפיר מהני מיהא מדרבנן. וי"ל שאה"נ רק שמדברי רב יוסף מבואר דס"ל ששינוי השם מהני מדאורייתא כמו שינוי מעשה ולכן מקשינן ממריש.

עוד יש להעיר, דהנה עי' במהר"ם על

תד"ה הא וכו' שהקשה למה לא מקשינן ממריש על הא דמשמע לעיל בטלה ונעשה איל ששינוי השם קונה שהרי פרכינן וניקנינהו בשינוי השם, ואילו לפי הנ"ל לק"מ כי י"ל שהכוונה שם היא שיקנה מדרבנן ושפיר סגי בזה כדי לפעול ששלו הוא טובח ושלו הוא מוכר.

מיהו יש לדחות את שתי ההערות הנ"ל כי בשינוי השם תיקנו תקנת השבים רק בהציור של מריש וכל בנין קרקע כיון שהוא צריך להפסיד את כל הבירה אבל בציור אחר לא תיקנו תקנת השבים וא"כ א"א לאתויי על טלה ונעשה איל או על עורות משום תקנת השבים כי התקנת השבים שעשו בשינוי השם אינה דומה להתקנת השבים שעשו ביאוש, כי בשינוי השם לא תיקנו בכל ציור של גזילה. וכעין זה מבואר בתוס' בסוכה דף ל' ע"ב בד"ה וליקנייהו שכתבו בשינוי מעשה החוזר קונה מדרבנן משום תקנת השבים אבל שינוי השם החוזר קונה רק בהציור של מריש וכל בנין קרקע. ברם צ"ע למה חילקו חכמים את גדרי התקנות.

סב) כגון שקיצען.

בתוס' כתבו וז"ל, ומועיל עם יאוש, אבל לחודי' לא קני דלאו שינוי מעשה הוא עכ"ל. והרמב"ן במלחמות בפרק הגזול ומאכיל בד"ה ומה שכתב עוד ויאוש וכו' תמה על הצירוף הזה, דהא מכיון שיאוש לחודי' לא מהני וכן קיצען לחודי' לא מיקרי שינוי מעשה א"כ איך הם מצטרפין יחד (וכעין דברי תוס' הנ"ל כתבו תוס' גם לקמן בדרך ס"ז ע"א בד"ה הא וכו' לענין שינוי השם, והיינו ששינוי השם גרוע

מצטרף בהדי יאוש, ועיין לקמן באות ס"ה ובאות ע"ז סק"ב מה שכתבנו בביאור דבריהם (שם).

ולכאורה הי' אפשר לכאר את דבריהם על פי דברי הברכת שמואל שהבאנו לעיל באות נ"ג שכתב שהצד לומר שיאוש אינו קונה בגזילה הוא משום שיאוש אינו יכול להפקיע את המצוה של השבה, ויש לצרף לזה את דברי הגר"ח בדעת הרמב"ם בפ"ב מהל' גזילה ה"טו שכתב שגם היכא שלא עשה הגזולן שינוי מספיק גדול כדי לקנות את החפץ אבל מ"מ שוב אין הגזולן יכול לקיים בו את המצוה של השבה ולהכריח את הנגזל לקבל את השברים אלא הרי הוא צריך לשלם דמים אם כך הוא הרצון של הנגזל, וא"כ י"ל בביאור דברי הגמ' כאן שלאחר שקיצען שוב אין הגזולן יכול לקיים בו את המצוה של השבה כיון שנשתנה קצת, אשר לפ"ז שוב יש מקום להיאוש להועיל כיון שהדבר שע"כ אותו מלהועיל הי' המצוה של השבה, ולא שייך לומר שכבר כלתה היאוש והלכה לה כמו בכלתה קנינו, כי יאוש אינו בגדר "מעשה", אלא ענינו של יאוש הוא שהבעלים מיואשים מהחפץ, והרי המצב הזה ממשיך להיות קיים אצלם גם אחרי תחילת היאוש*).

מיהו הא ליתא משום שכבר ביאר הגרי"ז בספרו על הרמב"ם בהל' גזילה ואבירה שכוונת הגר"ח היא רק להיכא שהשינוי קצת הי' לגריעותא ויש בו היזק, אבל היכא

שהשינוי הי' למעליותא, אז בודאי הרי הוא יכול לקיים בו מצות השבה כיון שלא עשה בו שום היזק (וגם לא קנהו בשינוי), וא"כ אכתי קשה מה הוא הצירוף של קיצען ויאוש דהא קיצוע אינו שינוי לגריעותא.

ועיין ברמב"ן במלחמות שם שחולק על תוס' וביאר שכוונת הגמ' במה שתירצה כגון שקיצען היא שלעולם קיצען הוי שפיר שינוי מעשה גמור, ומאי דבעינן שיהי' עמו יאוש אין זה בשביל הקנין של הגזולן, אלא הא דבעינן יאוש הרי זה בשביל הלכות מחשבת טומאה, דבלא יאוש לא הי' יורד לטומאה מחמת מחשבת הגזולן שחושב עליו לדולבקאות (לאחר שקיצען), והיינו משום שהגזולן עצמו אינו בטוח במחשבתו כי הוא חושב בלבו דכיון שהנגזל מחזר אחריו להעמידו בדין שמא יחזירנו כדי שלא להקרא חמסן, או משום שאינו יודע את הדין שגזולן קונה בשינוי השם (והנגזל יקרא עליו שם לדבר אחר), ולכן בעינן יאוש משום שלאחר יאוש נעשה הגזולן יותר בטוח במחשבתו ושפיר חשיבא מחשבתו בגדר מחשבה גמורה, עכ"ד הרמב"ן.

(סג) בענין אם שינוי מעשה ושינוי השם מועילים כל אחד לבדו.

א. סתירה בדברי תוס' בענין אם שינוי השם טוב מהני לחודי'.

עיין בגמ' דאמר ר' יוסף דהא דמהני

גבך, אבל לעולם אין כאן קיום המצוה של השבה אפילו אם הוא תובעם (וכבר דננו על זה באות מ"ז), ולכן שפיר יוצא כמו שכתבנו שאין היאוש בא לבטל את המצוה של השבה, ויש לדחות.

* דברינו הנ"ל לכאורה בנויים על ההנחה שלפי הגר"ח אפילו אם הנגזל רוצה את השברים, גם ככה"ג לא מתקיימת המצוה של השבה, רק שבכל זאת הנגזל יכול לתבוע את השברים מדין ממוני

מחשבת הגולן בעורות הרי זה משום שקנה בשינוי השם, ושינוי השם כשינוי מעשה דמי. וכתבו תוס' שמאי דאמרין ששינוי השם כשינוי מעשה דמי הוא לאו דוקא, משום שבאמת שינוי מעשה עדיף משינוי השם, והיינו משום ששינוי מעשה לחודי קני, ואילו שינוי השם בעי או יאוש או שינוי מעשה בהדי'. והנה להלן בד"ה הא לאו הכי וכו' כתבו תוס' ששינוי השם טוב מועיל גם בלא יאוש, וא"כ לפ"ז לכאורה הי' נראה שכוונתם כאן היא רק לשינוי השם גרוע כעין משכא ואברזין, אבל שינוי השם גמור מועיל גם בלא יאוש ושינוי מעשה. ברם אכתי צ"ב משום שמפשות לשונם כאן נראה שכוונתם היא לכל שינוי השם ושגם שינוי השם גמור בעי עמו יאוש או שינוי מעשה, וא"כ קשה מדבריהם להלן (ועיין במחנה אפרים בסוף הספר על פ"ב מהל' גזילה ה"י שהעיר על הסתירה שבין שני הדיבורים של תוס').

ויש ליישב שכוונתם כאן היא כך, שכל שינוי השם, בין שינוי השם גמור ובין שינוי השם גרוע, הרי הוא יותר חלש משינוי מעשה גמור, והיינו משום ששינוי השם גרוע צריך עמו שינוי מעשה גמור (או יאוש), משא"כ שינוי מעשה גמור אינו צריך דבר כעין זה, דהיינו שיהי' עמו גם שינוי השם גמור, וכן גם שינוי השם גמור הרי הוא יותר חלש משינוי מעשה גמור כי שינוי השם גמור צריך עמו לכה"פ שינוי מעשה גרוע*) או יאוש, משא"כ שינוי

מעשה גמור אינו צריך שיהי' עמו אפילו שינוי השם גרוע. ויש לעיין באם אפשר להעמיס את כל זה בלשון תוס', אבל עכ"פ לפי הביאור הזה בדבריהם לא קשה מדבריהם להלן די"ל שמש"כ תוס' להלן ששינוי השם טוב מועיל לחודי' כגון מריש וכן טלה ונעשה איל, הכוונה היא בלא יאוש או שינוי מעשה גמור אבל אכתי יתכן שצריכים שינוי מעשה פורתא, וכמו שביארנו בכוונת תוס' כאן. ובאמת י"ל שבמריש שבנאו בתוך הבירה, שפיר חשיב מה שנתחבר להגג כשינוי מעשה פורתא, וכן בטלה ונעשה איל י"ל ששפיר חשיב שינוי מעשה פורתא, דהא י"ל שגם רבי חנינא מודה לרבי אילעא שמה שנעשה איל חשיב לכה"פ בגדר שינוי מעשה פורתא.

(והנה מה שכתבתי בכוונת תוס' ששינוי השם גרוע כגון משכא ואברזין צריך עמו שינוי מעשה גמור ולא כתבתי שמספיק גם בשינוי מעשה פורתא, הרי זה משום שכן מוכח מתוס' להלן בד"ה הא לאו הכי, שהרי תוס' שם נתקשו על קושיית הגמ' ממריש דמאי מקשינן על רב יוסף הלא גם רב יוסף מודה שכשאינן יאוש לא מהני שינוי השם, ולכאורה קושייתם אינם מובנת משום שנהי שאין יאוש אבל אכתי י"ל שהבינה הגמ' שזה שבנה את המריש בתוך הבירה הרי זה נחשב שינוי מעשה פורתא והרי גם זה מספיק כדי להשלים את השינוי השם, וא"כ בע"כ צ"ל שכוונת תוס' היא ששינוי השם גרוע כגון משכא ואברזין

(* אבל אי אפשר לומר שהוא צריך עמו שינוי מעשה גמור, דהא אם כן דל מהכא השינוי השם גמור ותיפוק לי' משום השינוי מעשה דקני

לחודי' וכמו שכתבו תוס' (ולא משכחת להדין ששינוי השם קונה), וא"כ מוכח שאין צריך עמו שינוי מעשה וכדברי תוס' בדף ס"ז.

צריך עמו שינוי מעשה גמור ולכן שפיר הקשו שבמריש ליכא יאוש וליכא שינוי מעשה גמור, ושפיר הוצרכו לחלק ששאני התם משום דהוי שינוי השם גמור.)

ב. עוד בשיטת תוס' בענין אם שינוי מעשה גמור מהני בלי שום שינוי השם כלל.

ועכ"פ לפי דרכנו הנ"ל בתוס' יוצא ששינוי מעשה גמור מהני לחודי' ממש בלא שום שינוי השם כלל, ואפילו לא שינוי השם גרוע, ועכשיו נברר דין זה, דעיין בתוס' לקמן בדף צ"ג ע"ב בד"ה עצים ועשאן כלים בוכני שכתבו וז"ל, דוקא שיפוי כי האי שנעשה בכך בוכני מועיל דחשיב שינוי מעשה, וכן כשורא ועבדי' נסרים נמי מהני, אבל שיפוי שאין משתנה שמו בכך לא מהני וכו' עכ"ל. הרי שכתבו ששינוי מעשה בעי שינוי השם בהדי'. ועיין בסי' ש"ס סעיף ו' שכתב הרמ"א וז"ל, ואין נקרא שינוי אא"כ נשתנה שם הגזילה מכח השינוי עכ"ל, וכתב הקצה"ח שם בסק"ה בזה"ל, מיהו נשתנה שם הגזילה נראה דלאו היינו שינוי השם ממש דא"כ שינוי מעשה לא משכחת כלל כיון שאם לא נשתנה שמו לא קנה, ובנשתנה שמו תיפוק לי' דהוי שינוי השם (דקני לחודי' כמו שהוכיחו תוס' מטלה ונעשה איל), אלא דשינוי השם בלא שינוי מעשה היינו שינוי השם שהוא חשוב וכמש"כ הרא"ש וכו' ובשינוי מעשה סגי בנשתנה שם הגזילה אפילו שינוי שמו בשינוי כל דהו עכ"ל. ודברי הקצה"ח הם דלא כביאורנו הנ"ל בדעת תוס', דהא

מביאורו של הקצה"ח יוצא בדעת תוס' ששינוי מעשה גמור צריך גם שינוי השם פורתא, דהא הקצה"ח איירי בשינוי מעשה גמור, דאל"כ לא קשה מידי מה שהקשה שלא משכחת גוונא דשינוי מעשה קונה, דהא שפיר משכחת לה ע"י שינוי מעשה גמור, וא"כ בע"כ צ"ל שהקצה"ח הבין שכוונת תוס' בדף צ"ג היא גם לשינוי מעשה גמור, ושגם בכה"ג בעינן שיהא עמו שינוי השם פורתא, ודלא כביאורנו הנ"ל בדברי תוס' בסוגיין ששינוי מעשה גמור אינו צריך עמו כלום.

ולפי הקצה"ח נצטרך לומר כמו שצדדנו בתחילה והיינו שכוונת תוס' כאן היא רק לשינוי השם גרוע, והיינו ששינוי השם גרוע צריך שינוי מעשה גמור משא"כ שינוי מעשה גמור, אינו צריך עמו דבר זה דהיינו שינוי השם גמור, אבל לעולם צריך שיהי' עמו שינוי השם פורתא וכשיטת הקצה"ח (מיהו צ"ע איזו השוואה היא זאת בין שינוי השם גרוע לשינוי מעשה גמור).

וע"ע בפ"י לקמן בדף צ"ג ע"ב שם שכתב ג"כ כביאור הקצה"ח בדברי תוס' בדף צ"ג והיינו שכוונת תוס' היא רק לשינוי השם פורתא, אבל הוא הוכיח כן משיטת תוס' בסוכה דף ל' ע"ב שכתבו שם ששינוי מעשה החוזר בהדי יאוש מהני רק משום תקנת השבים משא"כ שינוי השם החוזר בהדי יאוש הרי הוא מועיל מדינא, והקשה הפ"י שאם שינוי מעשה בעי לעולם שיהי' עמו שינוי השם א"כ לא משכחת לה להדין הנ"ל ששינוי מעשה החוזר בהדי יאוש מהני רק משום תקנת השבים, דהלא לעולם יש כאן גם שינוי השם (וגם

בנתייה"מ בסי' ס"א סק"א ראיתי שהזכיר קושיא זו), ומוזה הוכיח הפ"י שבע"כ צ"ל שמה שכתבו תוס' בדף צ"ג ששינוי מעשה בעי גם שינוי השם הכוונה היא לשינוי השם פורתא, ושינוי השם פורתא בהדי יאוש אינו מועיל מדינא. הרי להדיא שגם הפ"י הבין כהקצה"ח בביאור דברי תוס' בדף צ"ג.

אולם לפי המבואר בתוס' בסוכה שם וכן בדברי הגר"א בסי' ש"ס סק"י אין הכרח לומר כדברי הפ"י והקצה"ח, אלא לעולם יתכן שבהציוורים ששינוי מעשה צריך עמו שינוי השם הכוונה היא לשינוי השם גמור, רק שיש מיני שינוי מעשה שאינם צריכים שינוי השם בהדייהו, ובשינוי מעשה כאלו משכחת להו לכל הדינים המיוחדים של שינוי מעשה (לקמן נחקור בענין אם כוונת תוס' והגר"א היא שאין צריכים בכה"ג אפילו שינוי השם פורתא וכמו שנקטנו לעיל בביאורנו על דברי תוס' כאן), דעיי"ש בגמ' דפרכינן וליקנוי' להושענא בשינוי מעשה דאגד, ומתצינן דהוי שינוי החוזר, ושוב מקשינן דליקנוי' בשינוי השם דהא מעיקרא קרי לה אסא והשתא הושענא, ומתצינן דמעיקרא נמי לאסא הושענא קרי לה, וכתבו תוס' בד"ה שינוי וז"ל, ומה שנקצץ מן המחובר לא חשיב שינוי מעשה כיון דלא נשתנה שמו בכך דמעיקרא אסא והשתא אסא כדאשכחן בריש הגזול קמא האי מאן שגזל דיקלא מחברי' וקטלי' אע"ג דשדיא לארעא דידי' לא קנה מ"ט מעיקרא דיקלא מיקרי והשתא נמי דיקלא מיקרי, ואע"ג דפסיק לחיותא, גרע מכיחשה דלא הדר או בהמה והזקינה דחשיב שינוי אע"ג דלא נשתנה

שם ומשלם כשעת הגזילה, וכן עצים ושיפן אבנים וסתתן צמר וליבנן בריש הגזול קמא עכ"ל, הרי שכתבו שלא כללא הוא שצריכים תמיד שינוי השם בהדי השינוי מעשה, אלא לעולם שינוי מעשה גמור מועיל לחודי' ולא בעינן שהי' בהדי' שינוי השם, וכ"כ הגר"א בסי' ש"ס סק"י וכמו שנביא להלן בסמוך. ובאמת גם תוס' במכילתין כתבו כדבריהם הנ"ל בסוכה, דהא על הא דאמרינן בדף צ"ו ע"א דקטל דיקלא לא חשיב שינוי משום שלא נשתנה שמו כתבו תוס' שמכל מקום גזל בהמה וקטלה שפיר קני משום דחשיב שינוי דמינכר טפי עיי"ש, הרי להדיא שבשינוי מעשה גמור לא בעינן שינוי השם.

וא"כ לפי כל זה י"ל שלעולם כוונת תוס' בהגזול שם וכן בסוכה שם במש"כ דבעינן גם שינוי השם יחד עם השינוי מעשה היא לשינוי השם גמור ודלא כהקצה"ח, ואה"נ בכה"ג באמת הי' יכול להועיל גם משום שינוי השם, ומ"מ לא קשה קושיית הקצה"ח איך משכחת לה להדין של שינוי מעשה, והיינו משום שמשכחת לה בשינוי מעשה גמור, וגם לא קשה קושיית הפ"י משום שמה שכתבו תוס' ששינוי מעשה החוזר עם יאוש מהני רק משום תקנת השבים כוונתם היא לשינוי מעשה גמור אשר אין עמו שינוי השם (ובאמת תוס' שם קאי על השינוי מעשה המוזכר בסוכה שם שהוא הסוג של שינוי מעשה שמועיל לחודי' וכמו שנביא להלן בסמוך מהגר"א).

[מיהו בהא פליגי דבריהם בב"ק על דבריהם בסוכה, דבסוכה כתבו שגם בגזול

עצים ושיפן לא בעינן שינוי השם ואילו בריש הגוזל כתבו ששפיר בעינן בכה"ג שינוי השם. איברא עיין בריש הגוזל שם דקא אזלי תוס' בדברי רב אשי, וא"כ י"ל שכוונתם בסוכה היא לפי אביי בהסוגיא בריש הגוזל שם דלדידי' אין הכרח לומר ששינוי מעשה צריך בהדי' שינוי השם עיי"ש (ועי' במהרש"א שם שכתב כעין זה אליבא דרבה והיינו שלפי רבה אין הכרח לומר ששינוי מעשה צריך בהדי' שינוי השם). גם יתכן שמה שכתבו וכן עצים ושיפן וכו' מוסב על אלו שצריכים באמת שינוי השם*]].

ועי' גם בקובץ שיעורים באות ק"כ שכתב ששינוי מעשה גמור לא בעי שינוי השם, וכתב שבזה יש לישב קושיית הקצה"ח בסוף דבריו שם שהקשה למה חמץ שעבר עליו הפסח חשיב שינוי (למ"ד היזק שאינו ניכר שמי' היזק) וכמבואר בגיטין דף נ"ג, הלא אין כאן שום שינוי השם, דהא מעיקרא לחם מיקרי וגם השתא לחם מיקרי, וכתב הקו"ש שבכה"ג חשיב שינוי מעשה גמור דלא בעי שינוי השם.

והנה מעתה יש לעיין לפי תוס' והגר"א בהני גווני דלא בעינן שינוי השם ביחד עם השינוי מעשה אם הכוונה היא דלא בעינן שינוי השם כלל (וכמו שנקטנו בביאור דברי תוס' בסוגיין), או האם הכוונה היא דלא בעינן שינוי השם גמור אבל שינוי השם פורתא שפיר בעינן. והנה תוס' שם כתבו שבכהמה והזקינה וכן בכיחשה דלא

הדר הרי הוא קונה אע"פ שלא נשתנה שמו בכך, ולכאורה ליכא התם שום שינוי השם כלל, וא"כ מוכח שבהדי שינוי מעשה גמור לא בעינן שום שינוי השם כלל, וכן הוא בהציוור של חמץ ועבר עליו הפסח שהביא הקו"ש.

ועכ"פ הגר"א שם הוסיף שתי ראיות להחילוק שחילקו תוס' בסוכה שם ושתיהן הן ראיות רק להא ששינוי מעשה גמור מהני בלא שינוי השם גמור אבל אכתי יתכן דבעינן שינוי השם פורתא, דעיי"ש שהוכיח כשיטת תוס' מהסוגיא בסוכה שם דפרכינן בתחילה דהא בהושענא ואסא איכא שינוי מעשה ומתוצינן דהוי שינוי החוזר לברייתו, ושוב פרכינן דהא איכא שינוי השם ומתוצינן שלא נשתנה שמו, ואם נאמר שכל שינוי מעשה צריך עמו גם שינוי השם א"כ צ"ע למה לא תירצו כן גם על הקושיא הראשונה של שינוי מעשה דהיינו שיתרצו שאינו מועיל משום שאין כאן שינוי השם, וא"כ מוכח ששינוי מעשה לא בעי שינוי השם עכת"ד הגר"א, והרי לכאורה אכתי י"ל שצריכים מיהא שינוי השם פורתא דהא גם אחרי התירוץ של הגמ' של מעיקרא נמי הושענא קרי ל' אכתי י"ל דחשיב מיהא בגדר שינוי השם פורתא משום זה ששוב אינו נקרא עכשיו בשם אסא (ובאמת לפי דרכו של הקצה"ח שכתב שכל שינוי מעשה צריך עמו שינוי השם פורתא בודאי מוכח לומר כן, דאם

אחרים לא בעינן שינוי השם.

ועיי"ש בשם הראב"ד והרשב"א שגם צבע מהני בתורת שינוי מעשה אע"פ שלא נשתנה שמו של הצמר, כיון דאישתני חזותא.

* ועיין עוד בשיטה מקובצת בדף צ"ו ע"א בד"ה כתב הרמ"ה וכו' שכתב בשם הרמ"ה שאף על פי שבדיקלא בעינן גם שינוי השם אבל בעצים ושיפן מאחר שעכשיו הרי הם ראויים לדברים

לא כן ישאר קשה שיתרצו גם על הקושיא הראשונה דליכא שינוי השם (ויש לדחות).

ועוד הוכיח כן הגר"א מהסוגיא של טלה ונעשה איל דסובר רבי אילעא שהוא קונה מדין שינוי מעשה אע"פ שאין שם שינוי השם וכדאמרין שם דשור בן יומו קרוי שור ואיל בן יומו קרוי איל, ולכאורה גם שם אכתי י"ל שמה שנאבד ממנו השם של טלה ועגל, הרי זה נקרא בגדר שינוי השם פורתא.

ודע ששיטת הבעל המאור בפרק הגוזל ומאכיל בד"ה תנא ובד"ה ה"ג וכו' היא ששינוי השם צריך תמיד שיהי' עמו יאוש, ובלא יאוש אינו קונה אפילו אם הוא שינוי השם גמור שניכר בתוך החפץ ואינו חוזר לברייתו ודלא כשיטת תוס' להלן כאן בד"ה הא לאו הכי, דעיי"ש בבעל המאור שכתב שיאוש קונה רק כשיש עמו שינוי השם שאינו חוזר כגון עיצבא שיש בו קיצוע, וא"כ מוכח מדבריו שהשינוי השם של עיצבא צריך עמו יאוש אפילו כשעשה קיצוע דהא אל"כ תיפוק ל' משום השינוי השם גם בלא היאוש*). וצ"ע מה יעשה עם ראיית תוס' מטלה ונעשה איל דהקשה רבי זירא שיקנה בשיוי השם. ואולי יפרש דאיירי שם שנתיאוש (וכן צידד הפ"י בדבריו על דברי תוס' הנ"ל), ורק משום כך מקשה רבי זירא שם שיועיל שינוי השם וע"ע בחזו"א בסי' י"ז סקט"ז מה שביאר בשיטת הבעל המאור.

וע"ע במלחמות בהגוזל ומאכיל בד"ה ומה שכתב עוד ויאוש וכו' שכתב דרך מחודשת, והיינו שבאמת כל הטעם למה שינוי מעשה מועיל הרי זה רק משום שעיי"ז משתנה שמו. ולפי דבריו בע"כ צ"ל שכל שינוי מעשה צריך עמו שינוי השם גמור כי באמת השינוי השם הוא הדבר שפועל את הקנין.

(סד) מעיקרא משכא והשתא אברזין.

בענין למה בעינן גם יאוש.

הנה הראשונים כתבו כמה טעמים למה בעינן יאוש לפי התירוץ הזה, ולמה לא סגי בהשינוי השם, דמתוס' בד"ה שינוי וכו' מבואר דהיינו משום ששינוי השם לחודי' אינו מועיל (וכן ס"ל להבעל המאור בפרק הגוזל ומאכיל בד"ה תנא ובד"ה ה"ג). ולהלן בדרכם הראשון בד"ה הא וכו' כתבו תוס' שרק שינוי השם גרוע אינו מועיל לחודי', וכבר ביארנו את שיטתם באריכות בהאות הקודמת (ועיי'ן בסוף האות הקודמת בענין שיטת בעל המאור).

ועיי'ן ברמב"ן במלחמות בהגוזל ומאכיל בד"ה ומה שכתב עוד ויאוש וכו' שכתב שלפי רב יוסף שסובר להלן בסמוך במריש ששינוי השם החוזר לברייתו קונה א"כ לפי דבריו לעיל שהציור של עורות איירי בשינוי השם אין צורך להעמידו בשקיצוען אלא איירי גם בעיצבא שאינו צריך קיצוע

וכו' שבלא יאוש לא נעשה במציאות שינוי השם, אלא כוונתו היא משום צירוף היאוש בהדי השינוי השם עיי"ש.

(* וכוונתו שם היא משום צירוף היאוש בהדי השינוי השם, ואין כוונתו למה שכתבו הרמב"ן שם ותוס' בדרכם השני' בדף ס"ז ע"א בד"ה הא

אלא רק מחשבה אע"פ שהוא שינוי השם החוזר לברייתו, אבל לפי רבי זירא שסובר ששינוי השם החוזר לברייתו אינו קונה א"כ בע"כ צ"ל שאיירי דוקא ע"י קיצוע. ובענין למה בעינן יאוש ביאר שם בדרכו הראשון דהיינו משום שהגזלן בעצמו אינו בטוח במחשבתו ובהקריאת שם שהוא קורא כי הוא חושב בלבו שכיון שהגזלן מחזר אחריו להעמידו בדין אולי הוא עצמו יחזירנו לקדמותו כדי שלא יקראוהו חמסן, או שאינו בטוח במחשבתו משום שאינו יודע בכלל ששינוי השם קונה, והגזלן "שמא יחשוב עליו לדבר שאינו מקבל טומאה מעכשיו", ולכן אע"פ שיש כאן שינוי השם, ובגלל קריאתו כעת הרי הוא וכל העולם קורין לו שם חדש, אבל מ"מ לדין טומאה בעינן מחשבה גמורה ואמתית.

ושוב כתב שם הרמב"ן עוד סברא, והיינו שלפני יאוש אין להגזלן שום כח לשנות את שמו ע"י קריאת שם לחוד (אפילו אם נאמר ששפיר יש אצלו מחשבה גמורה ואמתית) בלי לעשות שינוי בגוף החפץ שיגרום לשינוי השם, וכן היא שיטת תוס' בד"ה הא וכו' בתירוצם השני (ועיין בהאות הבאה שנבאר את דבריהם).

והנה הרמב"ן שם בתוך דבריו כתב עוד סברא, והיינו שצריכים יאוש משום שבלא יאוש הוי השינוי השם בגדר שינוי החוזר לברייתו משום שהבעלים יחזירנו לקדמותו, ולכן בעינן יאוש משום שמעתה מסתמא לא יחזר להבעלים. מיהו לא ידעתי על מה קאי דבריו אלו, דהא לפי רבי זירא

סובר ששינוי השם החוזר לברייתו אינו קונה הרי כבר ביאר הרמב"ן שם דאיירי בשקיצען ולכן אינו בגדר שינוי החוזר (ובתרומה לא ידעתי איך הבעלים יחזירנהו עיי"ש). וגם אין לומר שכוונת הרמב"ן היא לפי רב יוסף דהא לפי רב יוסף שינוי השם מועיל גם בחוזר לברייתו וא"כ למה צריכים יאוש. ונראה שכוונתו היא כרב יוסף, ואע"פ שסובר רב יוסף ששינוי השם החוזר קונה, אבל מ"מ שאני לפני יאוש דמיקרי שהוא עומד באמת לחזור לברייתו ע"י הבעלים, וזה אינו מועיל אפילו לפי רב יוסף. ובאמת להדיא מבואר בתוך דברי הרמב"ן שם שכוונתו בזה היא לרב יוסף.

ובסוכה דף ל' ע"ב כתבו תוס' בד"ה וליקנייה וכו' שבעיצבא בעינן יאוש משום שהשינוי השם הוא שינוי החוזר לברייתו כיון שאין בו קיצוע ומש"ה בעינן יאוש. מיהו המעיין בדבריהם שם ובמהרש"א ובמהר"ם יראה שדבריהם שם הם רק לפי רבי זירא שסובר ששינוי השם החוזר לברייתו אינו קונה, וס"ל לתוס' שגם לפי רבי זירא איירי בלי קיצוע, ודלא כהרמב"ן*), אבל רב יוסף הרי סובר ששינוי השם החוזר לברייתו מהני גם בלא יאוש, וכמו שהעירו תוס' בסוכה שמשום כך הוצרך רב יוסף לומר שמריש שמו עליו (ומריש הרי איירי בלא יאוש וכמסקנת תוס' בסוגיין). והנה המעיין בדברי תוס' שם יראה שאפשר לפרש את דבריהם גם בדרך אחרת (והיינו דקאי דבריהם לפי רב יוסף) אבל לא ראיתי להאריך בזה אלא

איירי שפיר בהדי קיצוע, דלפ"ז צ"ע למה צריכים שם יאוש.

* מיהו יש לעיין בלשון תוס' שם דמשמע שרק עיצבא איירי בלא קיצוע אבל שאר גווי דעורות

סתמתי כדרכם של המהרש"א והמהר"ם.

סה) מעיקרא משכא והשתא אברזין.

עוד בענין למה בעינן גם יאוש.

עיין בתוס' בדף ס"ז ע"א בד"ה הא וכו' בדרכם השני' שכתבו דהא דבעינן גם יאוש הרי זה משום שבלא יאוש אין השינוי השם חל עליו, וכן כתבו גם בנוגע להשינוי השם של הקדש דבעינן גם יאוש כי בלא יאוש אין השינוי השם חל עליו.

ויש לבאר שכוונתם היא לסברת הרמב"ן במלחמות בהגזל ומאכיל בד"ה ומה שכתב עוד ויאוש וכו' שכתב שמכיון שאינו הבעלים א"כ אין לו כח לשנות את שמו ע"י קריאת שם בלבד בלי לעשות היכר בגוף החפץ, ולכן בעינן יאוש. ולכאורה כוונת הרמב"ן היא שלאחר יאוש אע"פ שגם עכשיו אינו שלו אבל מ"מ שפיר יש לו להגזלן כח לשנות את שמו משום דהוי כאילו יש לו את הסכמת הנגזל, א"נ שלאחר יאוש גם אנשים אחרים קורין לו בהשם שקורא לו הגזלן (וע"ע באות ע"ז סק"ב שנכתוב עוד דרך בענין למה לפי תוס' עדיף אחר יאוש מלפני יאוש).

(אבל אין לומר שכוונת תוס' היא כהדרך של הרמב"ן שהבאנו לעיל שבלא יאוש אין הגנב בטוח במחשבתו כי הוא חושב שאולי יחזירנו להנגזל והנגזל יחזיר את שמו, חדא, דלא משמע כן מלשונם, ועוד דהא תוס' כתבו כן גם על הקדש, ומשמע מאותו הטעם כמו בעורות, והרי

התם בהקדש אין הנגזל יכול לבטל את ההקדש).

והנה כבר הבאנו שתוס' הזכירו בהדיבור הנ"ל שגם בנוגע להשינוי השם של מעיקרא חולין והשתא הקדש הטעם שצריכים גם יאוש הרי הוא משום שלפני יאוש אין לו כח לשנות את שמו, וכן משמע קצת גם מהמשך דברי הרמב"ן במלחמות שם שכוונתו היא לומר כן גם לענין השינוי השם של תרומה, אלא שעל דבר זה צ"ע, דהא גם לאחר יאוש, נהי שמעתה יש להגזלן הכח לעשות שינוי השם כגון במשכא ואברזין, אבל הרי השינוי השם של הקדש תלוי הוא דוקא בזה שחל עליו דין הקדש, והרי כדי לעשותו הקדש בעינן שיהי' שלו דומיא דאיש כי יקדיש את ביתו קודש.

ובאמת כבר הקשה הרשב"א קושיא זו בגיטין דף נ"ה ע"ב ותירץ שמועיל בבת אחת, דהיינו שעצם ההקדש, וכן הכח להקדישו, חלין כאחת. מיהו צ"ע דא"כ גם לפני יאוש אמאי לא נאמר שמועיל "בבת אחת" גם בנוגע להכח לעשות שינוי השם, והרי להדיא חזינן שלא אמרינן כן לפני יאוש דהא קי"ל שגזל ולא נתייאשו הבעלים אין הגזלן יכול להקדישו (ובאמת יש לתמוה מזה על המלחמות שם שכתב בחד דרך שהגנב קונה ע"י השינוי השם של תרומה גם בלא יאוש, דלפ"ז למה קי"ל שאין הגנב יכול להקדיש).

שוב ראיתי בקובץ ביאורים על ב"ק באות נ"ב שנשאל כהנ"ל ונשאר בצ"ע.

ועכ"פ הא ודאי חזינן שגם הרשב"א מודה שהדין של באין כאחת מועיל רק

דף ס"ז ע"א

(סו) מריש שמו עליו.

א. ביאור מחלוקת רב יוסף ורבי זירא.

יש לעיין למה לא תי' רבי זירא כמו תירוצו של רב יוסף שמריש שמו עליו דהא שפיר הוכיח רב יוסף מהברייתא שמריש שמו עליו. וע"ע בסוכה דף ל' ע"ב בתד"ה וליקניוה וכו' דמבואר בדבריהם שרב יוסף לא תירץ כר"ז משום שהוא סובר ששינוי השם החוזר לברייתו שפיר מהני, ולכאורה צ"ע דמהו ההכרח לומר כן, דהא י"ל שבאמת מודה רב יוסף לדינו של רבי זירא, רק שעדיפא מיני' קאמר, והיינו שבכלל אין כאן שינוי השם, וכן ראיתי בכפות תמרים שם שהקשה על דבריהם, וא"כ למה לא תי' רבי זירא כתירוצו של רב יוסף.

ויש ליישב שבאמת גם רב יוסף מודה שניתוסף עכשיו השם של טללא, רק שהוא סובר שאין זה נקרא שינוי השם מאחר שנשאר עוד השם של מריש (כשורא) שהי' לו קודם. ולפ"ז שפיר יש להסביר את סברת רבי זירא למה לא אמר כרב יוסף, והיינו משום שי"ל שרבי זירא לית ליה חידוש זה, אלא ס"ל שגם הוספת שם מיקרי שינוי השם.

ואולי יש ליישב עפ"ז גם את דברי תוס' הנ"ל בסוכה ולומר שסבירא להו שאילו הי' רב יוסף מודה לרבי זירא ששינוי החוזר לברייתו לא מהני, א"כ ביותר הי' לו לתרץ כמו ר"ז מלחדש חידוש גדול כזה שהוספת שם לא מיקרי שינוי השם היכא שלא ירד השם הישן, ודוחק.

לאחר שכבר יש לו את הכח לשנות את השם, דאז אמרינן שאע"פ שאין לו כח לעשות את השינוי השם המיוחד של הקדש אבל בכל זאת הרי זה מועיל משום הדין של באין כאחת, אבל לפני יאוש שבכלל אין לו עוד את הכח לשנות את שמו, אז לא מהני הדין של באין כאחת, וכדקי"ל שגזל ולא נתייאשו הבעלים אין הגזלן יכול להקדיש, וכן מבואר בדברי הרשב"א גופא שם דבעינן יאוש.

מיהו צ"ע דהא בעלמא חזינן שמועיל הדין של בב"א אע"פ שאין לו שום כח כלל לפני כן, וכגון בגיטו וידו באין כאחד, שלפני שאומרים את הדין של בב"א אין לו שום כח של זכי'.

מיהו ראיתי בקצה"ח בסי' ר' סק"ה שכתב שבאמת רק בגט ושחרור אמרינן שמועיל בבת אחת, אבל לא בשטר מכירה, דהיינו שאם יזרוק המוכר את השטר מכירה לתוך הבית שלוקח רוצה לקנות ממנו, לא אמרינן ששטרו וביתו נקנים לו כאחת, משום שהדין של באין כאחת נאמר רק על גט ושחרור אשר במקומות הנ"ל אין האשה והעבד צריכים לזכות ולקנות את הגט אלא סגי במעשה נתינה לחוד. ולכאורה יש לתמוה על הקצה"ח מהרשב"א הנ"ל שכתב סברת באין כאחד גם על היכא שצריכים זכי' וקנין, אלא שעל פי הנ"ל מיושב קצת, משום שהציור של הרשב"א עדיף טפי מאחר שיש לו כבר את הכח לקנות על ידי שינוי השם, ולפני יאוש שאין לו את הכח הזה הרי באמת אין אומרים את הדין של באין כאחת כיון שאינו דומה לגט ושחרור וכהנ"ל, וצ"ע בכל זה.

ב. בענין אם ירידת שם מיקרי שינוי השם.

הנה בהסוגיא לעיל מקשה רבי זירא על טלה ונעשה איל דליקנינהו בשינוי השם, ותירץ שם רבא שאיל בן יומו קרוי איל, וחזינן שרבא סובר שאע"פ שזה מיהא נשאר אמת שיורד השם של טלה, אבל מ"מ ירידת שם לאו מילתא היא ולא מיקרי שינוי השם, ואילו רבי זירא סובר דשפיר מהני, וזה עולה שפיר עם שיטתו כאן. ועי' עוד בש"ך בריש סי' שנ"ג איך שביאר שם את המחלוקת בין רבא ורבי זירא לפי הרא"ש והטור).

והנה הגר"ח בסוגיין הקשה על מאי דאמרינן לקמן בסמוך שמה שמעיקרא טיבלא והשתא תרומה חשיב שינוי השם, דהא ליכא שינוי השם אלא בהחלק שהפריש בשביל תרומה אבל לא בשאר הכרי (מיהו האחיעזר תירץ דאיירי באופן שעשה הגולן את כל התבואה שגזל תרומה על תבואה אחרת), ולכאורה צ"ב דהא גם בהשאר איכא שינוי השם דהא מעיקרא טיבלא והשתא אין כאן השם של טבל, ולכאורה אזיל הגר"ח שירידת השם של טבל לחוד לא מהני, משא"כ בהחלק של תרומה יש הוספת שם, ומש"ה שפיר הקשה הגר"ח שאין בשאר הכרי שינוי השם כיון שאין כאן אלא ירידת השם לחוד. ובאות ע"ד נדון עוד בקושיית הגר"ח עיי"ש.

ג. הגמ' בסוכה.

והנה עיין בסוכה דף ל' ע"ב דפרכינן וליקנינהו בשינוי השם דמעיקרא אסא והשתא הושענא, ומתצינן מעיקרא נמי

לאסא הושענא קרו ל'. והנה מצד אחד יש לפרש שהשם של אסא יורד לאחר אגד, רק שבכל זאת לא חשיב שינוי השם כיון שגם עכשיו וגם מעיקרא קרי להו הושענא, ומה שהי' כאן עוד שם שירד אין זה פועל קנין וכמו שהראנו מדברי רבא בטלה ונעשה איל, ודלא כרבי זירא שם.

גם יש לפרש שבאמת השם של אסא אינו יורד, רק שהגמ' חשבה שמעיקרא אין קורין לה הושענא ושמש"ה הרי זה נקרא שנשתנה שמו כי אע"פ שגם עכשיו וגם מעיקרא קרי להו אסא, אבל יש כאן עכשיו הוספת שם של הושענא, וזה צריך להועיל וכמו שביארנו בדעת רבי זירא בסוגיין, ועל זה מתצינן שבאמת אין כאן הוספת שם כי גם מעיקרא קרי להו הושענא.

סז) רבי זירא אמר וכו'. בענין למה מהני השינוי השם של משכא ואברזין לפי ר"ז.

עיין בסוגיית הגמ' דקאמר רבי זירא ששינוי החוזר לברייתו בשינוי השם לאו מילתא היא. ועיין בתוס' בסוכה דף ל' ע"ב בד"ה וליקנינהו ובמהרש"א ומהר"ם דמבואר מדברי תוס' שם שלפי זירא הא דמהני השינוי השם של משכא ואברזין בעוצבא אע"פ שאינו צריך קיצוע והוי שינוי השם החוזר הרי זה משום שיש שם גם יאוש, ושינוי השם החוזר שפיר מהני בהדי יאוש. מיהו רש"י כאן כתב דס"ל לר"ז שמשכא ואברזין לא הוי שינוי החוזר אבל לא פירש הטעם למה. ובפשיטות יש לפרש דהיינו משום שהוא מוקים גם להיא דעוצבא באופן שעשה קיצוע ולכן נהי שלא מהני הקיצוע בתורת שינוי מעשה

מאחר שאינו צריך קיצוע וכמו שהסבירו תוס' לעיל בד"ה ועיצבא וכו', אבל מ"מ אכתי הרי הוא גורם שהשינוי השם הוא שינוי שאינו חוזר לברייתו. וגם הרמב"ן במלחמות בפרק הגוזל ומאכיל בד"ה ומה שכתב עוד ויאוש וכו' כתב שלפי ר"ז איירי ההיא דעיצבא באופן שעשה קיצוע, וכן מבואר מלשונו של הבעל המאור שם בד"ה ה"ג בפירקין (וע"ע שם בד"ה תנא). מיהו בתורת חיים כאן מבואר שגם בלא קיצוע הרי זה מיקרי שינוי שאינו חוזר לברייתו משום שגם בלא קיצוע לא יתבטל ממנו השם של אברזין עד שהוא עושה מזה דבר אחר וכגון נעלים, דהא כדי להחזירו לא סגי במחשבה לחוד כמו לענין להורידו בתחילה דהא קי"ל שאין מחשבה מוציאה אפילו מידי מחשבה אלא בעינן דוקא מעשה, וא"כ כדי להחזירו בעינן שיעשה ממנו נעלים ואז הרי יהי' נעלים וא"א להחזירו למשכא.

מיהו לכאורה יש להעיר על התו"ח דהא י"ל שהשם של כלי מתבטל ע"י מעשה קטן של התחלת עשיית נעלים ולכאורה זה עוד שפיר יכול להחשב משכא.

ברם באמת גם לפ"ז אכתי י"ל סברא אחרת למה אפילו בלי קיצוע חשיב שינוי שאינו חוזר, והיינו משום שיש לחדש שלא מיקרי שינוי החוזר לברייתו אלא באופן שאינו יותר קשה להחזירו מלעשותו בתחילה, אבל היכא שכדי להחזירו בעינן מדריגה של מעשים שלא היו דרושים כדי לעשותו בתחילה, וכגון הכא שצריכים מעשה של התחלת עשיית נעלים וכדברי התורת חיים הנ"ל, אז לא הוי בגדר שינוי החוזר.

מיהו זה ניחא לפי הצד השינוי החוזר אינו קונה משום שהעובדא שהוא חוזר מראה שלא חשיב שינוי מספיק גדול, דלפ"ז שפיר י"ל שהיכא שיותר קשה להחזירו מלעשותו בתחילה הרי זה שפיר מיקרי שינוי מספיק גדול, אבל אם נאמר ששינוי החוזר אינו קונה משום שהחשוב של השבה מחייבו להחזירו א"כ גם כשקשה להחזירו נימא כן. ועי' בצדדים אלו להלן באות רצ"ב סק"ט. מיהו באמת גם לפי הצד השינוי החוזר אינו קונה משום החיוב של השבה י"ל שהכא יקנה כי י"ל שכיון שקשה להחזירו א"כ ע"י חזרתו מיקרי שפנים חדשות באו לכאן ולא מיקרי שחזר לברייתו.

ואולי זוהי כוונת הרשב"א לקמן בסוגיין שכתב שהשינוי השם של מעיקרא חולין והשתא הקדש לא מיקרי שינוי החוזר אע"פ שהוא יכול לשאול על הקדשו (וכמו שהקשו תוס' שם) משום ששאלה צריכה ג', דלכאורה אין דבריו מובנים, דמה בכך שצריכים ג', הלא בודאי יוכל לכנוס ג' ולשאול על הקדשו, ובע"כ צ"ל כהנ"ל דהיכא דבעינן מדריגה יותר גדולה של מעשים מלעשותו בתחילה, לא מיקרי שינוי החוזר, אלא ע"י השאלה מיקרי שפנים חדשות באו לכאן.

ובאמת במשכא ואברזין יש סברא יותר גדולה לומר שפנים חדשות באו לכאן, דהא מכיון דבעינן שיעשה בו תחילת מלאכת נעלים ולשנות את צורתו לצורה חדשה שלא היתה לו מקודם, א"כ בכה"ג י"ל דמיקרי גם במציאות ממש שפנים חדשות באו לכאן, אלא שאנחנו רוצים לומר שאפילו היכא שאינו צריך לחדש בו

צורה חדשה וכגון בשאלה בהקדש הרי זה מיקרי שפנים חדשות באו לכאן כיון דבעינן ג' וכהנ"ל.

סח) בענין שינוי השם גרוע.

הנה תוס' בד"ה הא וכו' כתבו בתירוצם הראשון ששינוי השם קטן צריך יאוש, וגם כתבו שמשכא ואברזין חשיב שינוי השם קטן, משא"כ כשורא וטללא חשיב שינוי השם חשוב, וכן טלה ונעשה איל חשיב שינוי השם חשוב עכת"ד. וביאר המהר"ם שמוכח גם לומר שטלה ונעשה איל הוא בגדר שינוי השם יותר חשוב מכשורא וטללא באופן דאיכא ג' מדריגות עיי"ש. ולכאורה צ"ע על כל זה דאיך שייך בזה מדריגות, הלא שינוי האותיות של השמות בכל הציוורים הם שווים.

וראיתי בפ"י על תד"ה דגזל וכו' שנקט שכוונת תוס' במש"כ שינוי השם קטן היא לשינוי השם החוזר לברייתו וז"ל שם, אבל לתירוץ הראשון (של תוס' בד"ה הא) דאברזין היינו טעמא לרב יוסף דהוי שינוי החוזר ולא קני אלא עם יאוש וכו' עכ"ל. וכן מבואר גם מדבריו שם על תד"ה מי איכא וכו'. מיהו לכאורה א"א לומר כדבריו דהא שיטת תוס' בסוגיין היא ששינוי השם החוזר אינו מועיל אפילו עם יאוש וכמו שנבאר באות ע', ואילו כאן מבואר בתוס' ששינוי השם קטן שפיר מהני מדינא בהדי יאוש. וגם בלא"ה אין דברי הפ"י מובנים, דהא בתוס' מבואר שכשורא וטללא מיקרי שינוי השם חשוב, והרי גם בכה"ג הרי הוא שינוי השם החוזר כמו שאמר רבי זירא (ובודאי שגם בקושיית הגמ' ידע הש"ס את המציאות שהוא חוזר לברייתו).

ועיין גם בחזו"א על ב"ק בסי' י"ז סקי"ח בד"ה אבל וכו' שכתב ששינוי השם גרוע אין פירושו שינוי השם החוזר.

ועל כל פנים לפי דרכו של הפ"י א"א לומר כדברי המהר"ם שיש ג' מדריגות, דהא זה לא שייך לפי מה שפ"י הפ"י ש"גרוע" פירושו הוא שהוא חוזר לברייתו. וכאמת מדברי הפ"י בדף ס"ז ע"א בד"ה וכן משמע וכו' יש ללמוד דרך אחרת איך לתרץ את קושיית המהר"ם שהכריחו לפרש שיש ג' מדריגות.

והנה לכאורה יש לפרש שכוונת תוס' היא שמשכא ואברזין מיקרי שינוי השם גרוע משום שאין השינוי ניכר כלל מצד המציאות משום דאיירי בלי קיצוע, ועדיף מיני' מריש משום שהוא ניכר לכה"פ מחמת מקומו בתוך הגג אע"פ שעצם הכשורא לא נשתנה, ועדיף מיני' טלה ונעשה איל משום שיש היכר בגוף הבהמה במה שנשתנה ונעשה איל (ועוד דבמריש השם של הגוף הפרטי לא נשתנה עיין בהאות הבאה). וכעין זה מצאתי שכתב המאירי כאן וז"ל, שטלה ונעשה איל שינוי גדול הוא כשינוי מעשה אבל זה יחודו לשולחן הוא שמשנה השם בלי שום שינוי אחר וכו' עכ"ל (וגם חולין והקדש מיקרי שינוי השם גרוע, כדחזינן מהא דבעינן גם יאוש כמו שהביאו תוס' לקמן כאן, והיינו משום שאין השינוי ניכר מצד במציאות).

ועיין ברמב"ן במלחמות בהגוזל ומאכיל בד"ה ומה שכתב עוד ויאוש וכו' במה שכתב שם ויתכן שנאמר וכו' שהוא סובר כדרכינו הנ"ל שהיכא שלא קיצען בעינן יאוש משום שאין השינוי השם ניכר בתוך החפץ, אלא שבטעם הדבר כתב שם כדרכם

השני' של תוס' כאן שבלא יאוש אין לו שום כח לשנות את השם. ועי' בקצה"ח בסי' ש"ס סק"ה.

סט) בענין שינוי השם.

עיין בחזו"א על ב"ק בסי' י"ז סק"ח בד"ה ומש"כ ב"י וכו' שכתב דהא דעצים וחיברם לכלים לא מיקרי שינוי השם אלא שינוי מעשה הרי זה משום שהשם הפרטי של כל עץ ועץ לא נשתנה, דהא גם השתא שעשאן כלים אכתי השם הפרטי של כל חתיכה וחתיכה הוא "עץ" באופן שלא נשתנה שמו של הגוף הפרטי, ומה שעכשיו הרי הוא חלק מגוף גדול, אין זה נחשב שם חדש על הגוף הפרטי, ולא דמי למריש שכשהוא בנוי בתוך הגג גם השם הפרטי של כל קורה וקורה נשתנה מכשורא לטללא ומש"ה מיקרי שפיר שינוי השם. מיהו עיין בקצה"ח בסי' ש"ס סק"ג בסופו שכתב שמעיקרא אבן והשתא בנין מיקרי שפיר שינוי השם.

והנה תוס' בסוכה דף ל' ע"ב בד"ה וליקנייה וכו' כתבו שהיכא שעשה שינוי מעשה החוזר ביחד עם שינוי השם החוזר, הרי זה שפיר קונה. והשער המלך בפ"א מהל' גירושין ה"א הקשה עליהם מהא דאמרינן לקמן בדף צ"ו ע"ב שעפר ונעשה לבינה חשיב שינוי החוזר ואילו התם הרי איכא גם שינוי השם וגם שינוי מעשה (והביא שהפר"ח הוכיח באמת משם שאפילו שניהם יחד אינם מועילים), ועיי"ש מה שפלפל בזה. ועכ"פ לפי

החזו"א י"ל שהתם באמת לא מיקרי שינוי השם משום שלא נשתנה השם של כל עפרורית ועפרורית. מיהו עי' בחזו"א עצמו בסק"א שם שכתב טעם אחר.

ע) בענין שינוי החוזר יחד עם יאוש, וכן בענין שינוי החוזר היכא שלא שכיח שיחזור.

א. שיטת תוס' בסוכה ששינוי השם החוזר ביחד עם יאוש קונה מדינא. עיין בתוס' בסוכה דף ל' ע"ב שכתבו דהא דבעינן בעיצבא יאוש אע"פ שיש כאן שינוי השם הרי זה משום שהוא שינוי השם החוזר לברייתו, וביארו ששינוי השם החוזר לברייתו יחד עם יאוש קונה קנין גמור מדינא משא"כ שינוי מעשה החוזר לברייתו יחד עם יאוש הרי הוא קונה רק משום תקנת השבים (וכן גם בלא יאוש מהני שינוי מעשה החוזר משום תקנת השבים כמו שכתבו שם). והמעייין בדברי תוס' שם ובמהרש"א ובמהר"ם ובכפות תמרים יראה שכוונת תוס' בהפירוש הזה היא רק לפי רבי זירא בסוגיין, אבל לפי רב יוסף אי אפשר לומר כן, משום שרב יוסף הרי סובר ששינוי השם החוזר שפיר מהני אפילו בלא יאוש, דזה הוא הטעם למה לא תירץ כאן כמו תירוצו של רבי זירא אלא הוצרך לתרץ שמריש שמו עליו [ומריש הרי איירי בלא יאוש וכמסקנת תוס' בסוגיין]*).

והנה רש"י ותוס' בסוגיין לכאורה לא

להאריך בזה אלא סתמתי כדרכם של המהרש"א והמהר"ם והכפות תמרים.

* והנה המעיין בדברי תוס' שם יראה שיש לפרש את דבריהם גם בדרך אחרת אבל לא ראיתי

ס"ל כחידושם של תוס' בסוכה שם ששינוי השם החוזר ביחד עם יאוש קונה קנין גמור מדינא, דהא רש"י כאן כתב שמשכא ואברזין לא מיקרי בגדר שינוי החוזר, ומשמע מדבריו שאם הי' בגדר שינוי החוזר לא הי' מועיל אע"פ שאירי ביחד עם יאוש. ועיין גם בתוס' בד"ה מעיקרא טיבלא וכו' שהקשו שבתרומה הרי השינוי השם הוא חוזר לברייתו ע"י שאלה ולא תירצו שהוא מועיל משום שיש גם יאוש (וכמו שהביאו קודם בד"ה הגנב וכו' מהגוזל בתרא דאירי עם יאוש), ומשמע מדבריהם ששינוי השם החוזר אינו מועיל מדינא אפילו עם יאוש וכן העיר המהרש"א כאן, וכן ראיתי שהוכיח המחנה אפרים מדברי תוס' (בסוף הספר בדבריו על פ"ב מהל' גזילה ה"י). וגם השער המלך על פ"א מהל' גירושין ה"א הוכיח כהנ"ל מרש"י ותוס' הנ"ל.

ברם ראיתי מעירים שמרש"י אין ראי', והיינו משום שיש לדחות ששאני השינוי השם של משכא ואברזין שהוא שינוי השם גרוע, וא"כ אכתי י"ל ששינוי השם טוב מועיל עם יאוש אע"פ שהוא חוזר לברייתו. מיהו עיין בפ"י על דברי רש"י הנ"ל שביאר דס"ל לרש"י שגם הציור של מריש אירי עם יאוש, ודלא כתוס' בד"ה הא וכו', וא"כ לפי דבריו חזינן מהציור של מריש לפי רבי זירא שגם שינוי השם טוב לא מהני מדינא כשהוא חוזר, אע"פ שיש עמו יאוש (מיהו אכתי אין ראי' לכגון טלה ונעשה איל שהוא עדיף מכשורא וטללא לפי המהר"ם על דברי תוס' שם).

ועכ"פ ע"ע בשער המלך שם שהוכיח

שגם הריטב"א בסוכה חולק על חידושם של תוס' בסוכה שם, וכן הביא מהרמב"ן במלחמות בהגוזל ומאכיל בד"ה ומה שכתב עוד ויאוש וכו', וכן סובר הבעל המאור שם בד"ה תנא ובד"ה ה"ג.

וע"ע בב"י בסי' שנ"ג אות ד' שכתב שמתוס' לעיל בד"ה מי איכא וכו' מוכח שהם סוברים ששינוי השם או שינוי מעשה החוזר קונה קנין גמור יחד עם יאוש, וכבר תמהו האחרונים על דבריו (עי' בפ"י שם, וכן במהר"ץ חיות).

ועיין עוד במה שהבאנו באות ס"ח מהפ"י שנקט לכאורה שתוס' כאן שפיר ס"ל כדבריהם בסוכה ששינוי השם החוזר מהני מדינא בהדי יאוש, אלא שדבריו קשים כמו שכתבנו שם

ועי' עוד בטור בסי' שנ"ג, וכן בריש סי' שס"א, שפסק ששינוי השם החוזר מועיל ביחד עם יאוש מהתורה.

ב. האם כוונתם היא שהם קונים מהתורה או רק מדרבנן.

והנה מעתה יש לעיין בעיקר חידושם של תוס' בסוכה שם שכתבו ששינוי השם החוזר מועיל ביחד עם יאוש לקנות קנין גמור, דהנה הנתייה"מ בסי' שס"א סק"א נקט שכוונתם היא שזה קונה מן התורה וכדעת הטור שהבאנו. מיהו לכאורה יש לפקפק בזה, והיינו משום ש"ל שכוונתם שם היא כך, ששינוי מעשה החוזר קונה עם יאוש רק משום תקנת השבים, והיכא שלא שייך תקנת השבים אינו קונה, אבל שינוי השם החוזר קונה עם יאוש קנין גמור

באמת היאוש עם השינוי השם החוזר (וכבר הערנו כעין זה באות ס"ב על שיטת תוס' בסוגיין ששינוי מעשה גרוע כגון קיצוע, מועיל ביחד עם יאוש).

ומצאתי בנתיחה"מ בסי' שס"א סק"א שכתב סברא לזה, וסברתו איתא להדיא בדברי הרמב"ן במלחמות כמו שהביא הוא עצמו שם, והיינו שהטעם למה שינוי השם החוזר אינו מועיל, אינו משום שהוא נחשב במציאות שינוי חלש, אלא החסרון הוא בזה שאינו שינוי קבוע, שהרי הנגזל יחזירנו לקדמותו כשיקבלנו בחזרה, אבל לאחר שנתייאש, מכיון שמן הסתם לא יקבלנו הנגזל בחזרה, שפיר מועיל השינוי השם, והא דשינוי מעשה אינו מועיל מדינא אפילו בהדי יאוש וכמש"כ תוס' בסוכה שם, הרי זה משום ששינוי מעשה החוזר אינו נחשב שינוי מחמת עצם קטנותו, ולא רק משום שהנגזל יחזירנו לקדמותו, וכמו שנבאר להלן בסמוך, ולכן אינו מועיל אפילו עם יאוש, דהא היאוש אינו מסוגל להוריד את החסרון הזה, ובודאי אם הגזול יעשה שינוי מעשה החוזר באופן שקרה גם שינוי השם החוזר, הרי זה בודאי יועיל בגלל השינוי השם החוזר, רק שכוונת תוס' בסוכה היא להיכא שקרה שינוי מעשה לחוד ולא נשתנה שמו בכך*).

מיהו אכתי צריך ביאור למה גרע שינוי מעשה החוזר משינוי השם החוזר, ולמה נחשב שינוי מעשה החוזר שינוי חלש בעצם מציאותו ואילו בשינוי השם החוזר הרי זה נחשב שיש רק חסרון של קביעות. ונראה שכוונת הנתיחה"מ היא כך, דבשינוי

אחר עשה את השינוי מעשה הנ"ל אשר בכה"ג מה

מדרבנן שלא מטעם תקנת השבים ולכן הרי הוא קונה אפילו היכא שלא שייך תקנת השבים (ועיין לעיל באות נ"ח עוד דוגמא של קנין דרבנן שלא מטעם תקנת השבים), והא דכתבו שם שבעיצבא הטעם למה מהני מחשבת הגזולן הוא משום שקנה בשינוי השם החוזר ביחד עם יאוש הרי זה משום דס"ל שסגי גם בקנין דרבנן כדי לתת לו כח להורידו לידי טומאה ע"י מחשבתו (ודלא כהשט"מ בד"ה האי מילתא וכו' שכתב שהמשנה א"ש רק אם יאוש קונה מדאורייתא עיי"ש, ועי' בפ"י כאן בד"ה איתיבי').

מיהו אע"פ שהי' אפשר לפרש כן את שיטתם הנ"ל בסוכה בד"ה וליקנייה וכו', אבל מ"מ עיין בלשונם לעיל שם בד"ה שינוי וכו' דמשמע מלשונם שמכיון שקנין שהוא משום תקנת השבים לחוד לא סגי גבי לולב כדי להחשב לכם, א"כ ממילא בעינן קנין דאורייתא, ומשמע מדבריהם שלא שייך לחדש שיש קנין דרבנן שלא מטעם תקנת השבים ושגם זה יספיק גבי לולב, אלא בעינן בדוקא קנין שהוא מן התורה, וא"כ בע"כ צ"ל שכוונתם בד"ה וליקנייה היא ששינוי השם ביחד עם יאוש קונים מן התורה, דהא משמע מדבריהם שם שגם גבי לולב יועילו שינוי השם החוזר ביחד עם יאוש (וכן נקט שם המהרש"א).

ג. סברת הצירוף בין שינוי השם החוזר ויאוש.

והנה מעתה יש לעיין איך מצטרפים

(* והנה הנתיחה"מ שם צייר דבר זה באופן שאדם

מעשה החוזר, זה גופא שהוא יכול לחזור לקדמותו מראה שעוד לא נשתנה מספיק, וזהו הטעם למה חשיב השינוי כמאן דליא אפילו אם נתיאשו הבעלים ואינו עומד לחזור, אבל בשינוי השם הלא מדת השינוי הוא גדול באותה מדה כמו היכא שאינו חוזר, דהא השינוי של האותיות שוה הוא בכל מקרה, ולכן התם החסרון היחידי הוא רק מצד מה שהוא עומד באמת לחזור ואינו קבוע, ולכן שפיר מועיל מה שיש יאוש, משום שבכה"ג אינו עומד לחזור.

ד. שינוי מעשה החוזר היכא שלא שכיח שיחזור.

הנה תוס' בד"ה מעיקרא טיבלא וכו' כתבו שאע"פ שהקדש ותרומה ישנם בחזרה ע"י שאלה, אבל מ"מ לא מיקרי שינוי החוזר משום שלא שכיח שישאל. והקשה התורת חיים דהלא גם במריש לא שכיח שיסתור את הגג ומ"מ קאמר רבי זירא דחשיב שינוי החוזר בגלל היכולת לחוד, ונשאר שם התורת חיים קשה. והרשב"א הקשה מהא דצמר וצבעו חשיב שינוי החוזר אע"פ שבודאי לא שכיח שיעביר את הצבע, ומחמת קושיא זו פי' הרשב"א בדרך אחרת. והא דלא הקשה

הרשב"א ממריש דסוגיין וכמו שהקשה התורת חיים, י"ל דהיינו משום דס"ל שאע"פ שאין הרגילות לסותרו אבל בכל זאת הרי סופו לחזור לברייתו ברבות הימים ע"י מפולת, ולכן דקדק להקשות רק מצמר וצבעו.

מיהו נראה שקושיית הרשב"א מתיישבת על פי היסוד הנ"ל שכתבנו שחלוק הוא שינוי מעשה החוזר משינוי השם החוזר, דלפי היסוד הנ"ל יש לחלק שמה שאינו רגיל לחזור מהני רק בשינוי השם אבל לא בשינוי מעשה, דהא כבר ביארנו שבשינוי מעשה החוזר, זה גופא שיש כאן אפשרות של חזרה הרי זה חסרון בשיעורו של השינוי, משא"כ בשינוי השם כגון טבל ותרומה, הרי השינוי בהשמות הוא הכי גדול שיתכן, ולא שייך לאתויי עלה אלא משום זה שחסר בקביעותו של השינוי משום שסופו לחזור לתחילתו, וא"כ על זה שפיר תירצו תוס' שהיכא שלא שכיחא שיחזור, שפיר מיקרי שינוי קבוע, אבל בצמר וצבעו הרי איירי בשינוי מעשה, והתם הרי סוף סוף העובדא שאפשר להחזירו קובע שעוד לא נשתנה במדה מספקת, ולכן אין השינוי מועיל אפילו אם לא שכיח שיחזירנו.

שנשתנה שמו לאו כלום הוא אע"פ שהנגזל מתיאש, משום שסוף סוף יחזירהו הגזלן כיון שנעשה שלא מרצונו, וא"כ על הצירוף הזה נתכוונו תוס' לומר שגם השינוי מעשה אינו כלום משום שהוא חוזר לברייתו אשר בגלל זה חסר בעצם שיעורו של השינוי ואינו מועיל מדינא אפילו עם יאוש עכ"ד. מיהו לא הבנתי דבריו משום שבצירוף הזה הרי גם בנוגע להשינוי מעשה לא שייך שיועיל יאוש כיון שיחזירהו הגזלן, ולא בעינן לזה שחסר בעצם שיעורו של השינוי. וגם

דוחק לומר כדברי הנתיחה"מ דמה שכתבו תוס' בשינוי השם החוזר מהני בהדי יאוש הרי זה איירי באופן שהגזלן עשה את השינוי, ואילו מה שכתבו תוס' בשינוי מעשה החוזר אינו מועיל עם יאוש הרי זה איירי באופן שאדם אחר עשאו. וביותר הי' נראה להעמיד את שני הדינים באופן שהגזלן עשה את השינוי ומה שכתבו בשינוי מעשה החוזר אינו מועיל עם יאוש הרי זה איירי בשינוי מעשה כזה שלא נשתנה שמו וכמו שכתבו בפנים.

אע"פ שהוא נשאר באמת בגדר שינוי השם החוזר (כיון שאפשר להגזלן להחזירו).

עא) שינוי מעשה החוזר ביחד עם שיה"ש החוזר.

עיינן בתוס' בסוכה דף ל' ע"ב בתחילת ד"ה וליקניוה וכו' בדרכם השני שחידשו בביאור דברי הגמ' שם שאפילו אם שינוי מעשה החוזר ושינוי השם החוזר אינם מועילים כל אחד לבדו, אבל מ"מ היכא שקיימים שניהם יחד, שפיר קונה הגזלן קנין גמור גם בלא תקנת השבים (דעיינן בהדיבור הקודם שם שכבר ביארו שתקנת השבים לא מספיק בשביל שהוא גוונא דהתם).

ולפי דבריהם צ"ל דהא דבעינן במריש תקנת השבים הרי זה משום שלכל היותר יש שם רק שינוי השם החוזר לחוד, דמה שקבעו בתוך הבנין לא חשיב בגדר שינוי מעשה כלל, ואינו אפילו על המדריגה של שינוי מעשה החוזר.

מיהו תוס' לעיל כאן בדף כ' ע"ב בד"ה והוא וכו' חולקים על זה, דעיי"ש שכתבו שאם נרצה לדון אם במריש שבנאו בתוך הכירה יש כאן שינוי מעשה א"כ לכל היותר יש כאן רק שינוי מעשה החוזר, ומבואר מדבריהם ששפיר יתכן לומר שיש כאן לכל הפחות המדריגה של שינוי מעשה החוזר (וכוונתם היא לשינוי מעשה החוזר וכהנ"ל ולא לשינוי השם החוזר וכמו שנבאר בסמוך), והרי בסוגיין קאמר רבי זירא דאיכא במריש שינוי השם החוזר, וא"כ מוכח מתוס' שהם סוברים שאפילו היכא שבאים שניהם יחד, בכל זאת אין הגזלן קונה אלא משום תקנת השבים וכמו

מיהו הדרישה בסוף סי' ש"ס כתב גם בנוגע לשינוי מעשה החוזר שהיכא שלא שכיח שיחזור לא חשיב שינוי החוזר עיי"ש.

ה. דברי המהרש"א שדברי תוס' כאן הם דלא כדבריהם בסוכה.

הנה כבר הבאנו את קושיית תוס' כאן שהקשו שהשינוי השם של הקדש ותרומה הרי הוא שינוי החוזר לברייתו על ידי שאלה, וכן הבאנו את הערת המהרש"א והמחנה אפרים והשער המלך שלפי שיטתם בסוכה ששינוי השם החוזר מועיל בהדי יאוש לא קשה מידי ולא היו צריכים לתרץ כאן ששאלה לא שכיחא. ובאמת לפי ביאורו של הנתיב"מ שהבאנו בשיטת תוס' בסוכה קשה עוד יותר על קושיית תוס' בסוגיין, והיינו שקשה שיועיל גם בלא יאוש, דהא לפי הנתיב"מ לא קיים כאן החסרון של שינוי השם החוזר, דהא בין כך ובין כך אין הבעלים יכולים לשאול על הקדשו של הגזלן, וממילא אין השינוי השם עומד להתבטל על ידי הבעלים, ואין שום צורך ליאוש. ובע"כ צ"ל שתוס' כאן אזלי שהטעם למה לא חשיב קבוע הוא גם משום שאולי הגזלן יחזירנו ודלא כהבנת הנתיב"מ והמחנה אפרים והשער המלך.

ועכ"פ מדברי המהרש"א והמחנה אפרים והשער המלך שכתבו שיועיל הקדשו של הגזלן משום שיש יאוש בהדי השינוי השם החוזר, חזינן שהוא סובר שלא כהנתיב"מ בביאור התפקיד של היאוש בהך צירוף שבין יאוש ושינוי השם החוזר (דהא הכא גם בלא"ה אין הנגזל יכול להחזירו וכהנ"ל), אלא הבין שהיאוש והשינוי השם מצטרפין יחד לפעול קנין

דתנן במתניתין דמריש, וזהו דלא כתוס' בסוכה שם.

מיהו אולי יש לדחות שכוונתם בדף כ' היא רק לפי רב יוסף בסוגיין דס"ל שאין במריש שום שינוי השם כלל, דלפי רב יוסף שפיר יתכן לומר שלכל הפחות חשיב שינוי מעשה החוזר*, אבל אה"נ שלפי רבי זירא נצטרך לומר דלא חשיב שינוי מעשה כלל.

והנה זה שכתבנו שכוונת תוס' בדף כ' היא לשינוי מעשה החוזר הרי זה משום שתוס' שם המשיכו להוכיח ששינוי החוזר כגון במריש אינו קונה מדברי רב פפא בנסכא וזווי בדף צ"ו ע"ב, ואם נאמר שכוונתם היא לשינוי השם א"כ מה היא הראי' משם, הלא התם איירי בשינוי מעשה החוזר וא"כ אכתי י"ל ששינוי השם החוזר שפיר מועיל, ועוד דהוי להו להביא את המימרא המפורשת של רבי זירא שאמר ששינוי השם החוזר אינו קונה, וכן עשו בסוכה דף ל' ע"ב בתחילת ד"ה וליקנייה דעיי"ש שהביאו את המימרא של רבי זירא כדי להוכיח ששינוי השם החוזר אינו קונה גם לאחר שכבר מבואר שם ששינוי מעשה החוזר אינו קונה. ועיין גם בקצה"ח בסי' ש"ס סק"ג שנקט שכוונתם בדף כ' היא לשינוי מעשה החוזר (ועל כל פנים על שני הפירושים בדבריהם לעיל בדף כ' קשה קושיית התורת חיים שם, למה לא הוכיחו תוס' ממתניתין דמריש גופי' שאין במריש שבנאו בתוך הבירה שום מין שינוי שהוא ראוי לקנות מעיקר הדין, דהא תנן שהוא

קונה רק משום תקנת השבים, וכן כתב הקצה"ח שם שמוכח ממתניתין דמריש שאין במריש שבנאו בתוך הבירה שום שינוי שראוי לקנות מעיקר הדין. וע"ע בקצה"ח שם וכן ברעק"א בהגהותיו על ספר כפות תמרים בסוכה שם שהקשו על תוס' לעיל בדף כ' דהא מסוגיא דהכא מוכח שאין במריש שום שינוי מעשה החוזר אלא רק שה"ש החוזר, וכ"כ תוס' בסוכה שם דליכא במריש שום שינוי מעשה החוזר).

וע"ע בשער המלך בפ"א מהל' גירושין שעמד על דברי תוס' בסוכה שם והקשה עליהם מהא דעפר ועשאו לבינה ונסכא ועביד זווי לא חשיב שינוי אע"פ שיש שם גם שינוי מעשה החוזר וגם שינוי השם החוזר (וגם הביא שם שהפרי חדש הוכיח באמת מההיא דעפר ועשאו לבינה ונסכא ועביד זווי שאפילו שניהם ביחד אינם מועילים). והסיק השער המלך דשאני התם בסוכה דאיכא גם יאוש, ורק היכא שיש גם יאוש, מועילים שניהם ביחד עם היאוש. וגם לפי הדרך הזה אין שום סתירה מדברי תוס' בסוכה לדברי תוס' לעיל בדף כ', דהא גוונא דמריש איירי בלא יאוש כמו שכתבו תוס' בסוגיין (וכן ס"ל גם בסוכה כמו שמבואר במהרש"א ובמהר"ם שם). אלא שצ"ע על השער המלך דהא לפי דבריו בכוונת תוס' בסוכה שם יוצא ששינוי השם החוזר לחודי' (בלי שינוי מעשה החוזר) אינו מועיל מדינא אפילו עם יאוש, וכמו שביאר השער המלך עצמו שם

מי איכא וכו' בדעת רב יוסף. וכבר העיר הקצה"ח בסי' ש"ס סק"ג כעין זה.

* ובכל זאת אינו קונה מהתורה אלא רק משום תקנת השבים, ודלא כדבריהם בדף ס"ו ע"ב בד"ה

שכן יוצא מדבריו, ואילו תוס' שם כתבו להלן באותו דיבור ששפיר מועיל וכמו שהעיר השער המלך עצמו שם, ולא העיר שזה סותר את דבריו הקודמים, וצ"ע.

גם יש ליישב את קושיית השער המלך מעפר ולבינה ונסכא וזווי על פי מה שהבאנו לעיל באות ס"ט מהחזו"א אשר לפי דבריו יוצא שעפר ועשאו לבינה ונסכא ועביד זווי לא חשיב שינוי השם כלל כי השם הפרטי של כל עפרורית וכל מה שהוא של נסכא לא נשתנה, וא"כ יוצא שבאמת ליכא התם אלא רק שינוי מעשה החוזר לחוד.

עב) שינוי מעשה ושינוי השם איזה מהם עדיף.

הנה שיטת תוס' בסוכה דף ל' ע"ב היא ששינוי השם החוזר עם יאוש קונה קנין גמור משא"כ שינוי מעשה החוזר עם יאוש מועיל רק משום תקנת השבים (וכן גם בלא יאוש הרי הוא מועיל משום תקנת השבים כמו שהביאו שם). מיהו אין להוכיח מזה ששינוי השם עדיף משינוי מעשה דהא כתב הנתי"מ בסי' שס"א סק"א שיש טעם מיוחד בשביל הדינים הנ"ל שכתבו תוס', וכבר הבאנו דבריו באות ע' סק"ג. מיהו לפי הבנתו של המהרש"א שהבאנו שם בסק"ה שפיר יש ראי' לכאורה.

גם משמע בסוף דברי תוס' שם ששינוי מעשה החוזר (לחודי' בלא יאוש) קונה מדרבנן בכל מקום מטעם תקנת השבים, ואילו שינוי השם החוזר מועיל רק במריש ובנין קרקע וכיוצא בו. מיהו גם לזה יש טעם מיוחד כמו שביאר הפ"י שם (וע"ע

בדברינו בריש פרק הגזול עצים אות ר"מ שביררנו שיש ראשונים שסוברים שרב אשי שם חולק על הכלל הנ"ל שכתבו תוס' וס"ל ששינוי מעשה החוזר גרע טפי ואינו קונה אפילו מטעם תקנת השבים, ודברי תוס' שם הם אמתיים רק לפי אביי בריש הגזול שם, וכן העיר הכפות תמרים על תוס' שם).

והנה רבי זירא בסוגיין תי' ששינוי החוזר לברייתו בשינוי השם לא הוי שינוי, וצ"ע למה הדגיש לומר "בשינוי השם". ובפשטות נראה דאתי לאפוקי שינוי מעשה, וס"ל כרבה ששינוי מעשה החוזר קונה מדאורייתא כמש"כ תוס' לעיל בדף ס"ה ע"ב בד"ה הן וכו' שכן סובר רבה, אשר לפ"ז יוצא ששינוי מעשה עדיף לפי רבי זירא משינוי השם.

מיהו מהסוגיא בסוכה חזינן איפכא, דעיין בתירוצם הראשון של תוס' בסוכה דף ל' ע"ב בד"ה וליקניוה שכתבו שהגמ' בסוכה שם סוברת כרב יוסף בסוגיין ששינוי השם החוזר שפיר קונה ולכן אע"פ שכבר תירצו בגמרא שם ששינוי מעשה החוזר אינו קונה אכתי הקשו דאיכא שינוי השם (החוזר).

ודע שתוס' לעיל בסוגיין בד"ה מי איכא וכו' נקטו בדעת רב יוסף גופי' דלא כדבריהם בכיאר הסוגיא בסוכה (ועי' בכפות תמרים שם שנתקשה בזה), דהא נקטו שרב יוסף ס"ל שגם שינוי מעשה החוזר קונה קנין גמור מדינא (מהא דפליג על רבה רק ביאוש), והא דלא הוכיחו כן תוס' מהא דרב יוסף לא תירץ כרבי זירא דהא מזה משמע דס"ל שאפילו שינוי החוזר קונה, נראה פשוט דהיינו משום

שמה חזינן רק הא לחוד שהוא סובר ששינוי השם החוזר קונה וא"כ אכתי י"ל ששינוי מעשה הוא גרוע משינוי השם (וכדבריהם בסוכה).

גם יש לומר שתוס' במכילתין אזלי שבאמת רב יוסף שפיר מודה לרבי זירא רק דעדיפא מיני' משני דליכא שום שינוי השם כלל, וממילא שפיר הוצרכו להוכיח שרב יוסף מודה מיהא ששינוי מעשה החוזר קונה משום שהוא עדיף משינוי השם החוזר, ודלא כדבריהם בסוכה שם שסוברים שלא תירץ כרבי זירא משום שהוא סובר ששינוי השם החוזר שפיר קונה. ועיין בכפות תמרים שם שהעיר באמת כהנ"ל דאולי רב יוסף קושטא קאמר דליכא שום שינוי השם, ולעיל באות ס"ו פלפלנו בזה. ועיין עוד במהר"ץ חיות שכתב עוד תירוץ בענין למה לא הוכיחו תוס' לעיל בסוגיין מדברי רב יוסף גופא.

וע"ע בתוס' בסוף דף ס"ו ובאות ס"ג שהארחנו בדבריהם.

עג) התם איכא שינוי השם דמעיקרא טיבלא והשתא תרומה.

הנה י"ל שבהס"ד סברה הגמ' שמכיון שהשינוי השם אינו מורה על מציאות מסוימת אלא הוי רק שם של הלכה, אין זה נקרא שינוי השם, וקמ"ל התירוץ שגם זה מיקרי שינוי השם.

ועיין בתוס' בגיטין דף נ"ג ע"ב שביארו שלפי המ"ד שהיזק שאינו ניכר שמי' היזק א"כ היכא שנאסר החפץ הגזול ביד הגזלן

הרי זה נקרא שקרה שינוי מעשה, ולכאורה זהו דלא כהס"ד כאן שהרי מהתם חזינן שהיכא שנשתנה רק ההלכה הרי זה שפיר מיקרי שינוי.

מיהו באמת אין זה להיפך מהס"ד כאן כי התם אין זה משום שנשתנה ההלכה אלא משום ההיזק, שהרי לפי המ"ד שסובר שהיזק שאינו ניכר לא שמי' היזק לא חשיב שינוי אע"פ שגם לדידי' נשתנה ההלכה.

ולכאורה אדרבה יש להקשות משם על המסקנא כאן, דהא הכא מסקינן שהיכא שנשתנה ההלכה הרי זה שפיר מיקרי שינוי השם, ואילו התם לפי המ"ד שסובר לאו שמי' היזק מבואר שאין זה נקרא שקרה שינוי, וגם לא שינוי השם, וגם לפי המ"ד שסובר ששמי' היזק הרי השינוי שם הוא רק בגלל ההיזק.

ברם י"ל באמת שהתם אע"פ שנשתנה ונאסר או נטמא אבל אין זה שם חדש כמו תרומה או הקדש אלא הרי זה רק תואר חדש.

עד) מעיקרא טיבלא.

א. עיין בתוס' שכתבו שלא שכיח שישאל. ולעיל באות ע' סק"ד וסק"ה ביארנו את דבריהם. ועיין עוד לעיל באות ס"ז שביארנו את תירוצו של הרשב"א על קושייתם.

ב. עיין בחי' הגר"ח על הש"ס שהקשה, והובאה קושיא זו גם באחיעזר חלק א' סי' ל"ז אות ג' ביתר ביאור, דנהי שנעשה שינוי השם על החלק שנעשה תרומה, אבל על החלק שנשאר חולין ליכא שום שינוי

את החפץ להקדש בקנין ממון, והקדושה באה מכח הקנין, ומש"ה סובר הריב"ש שרק הקדש של קדושת בדק הבית אינו מועיל על דבר שאינו ברשותו משום שהוא ענין של הקנאת ממון (כן ביאר הקו"ש בקידושין אות מ"ב, וע"ע בזה לקמן באות ק"ט), וא"כ לפי הריב"ש יתכן שהבעלים שפיר יכולים להפקיע את האיסור טבל מדבר שאינו ברשותו כיון שאינו ענין של הקנאת ממון. וע"ע באות קי"א*.

[הוספה משנת תשפ"א]: והנה דנתי כאן אם יש להנגזל כח להפקיע את האיסור של טבל מעל הפירות, מיהו נראה שהדיון צריך להיות אם יש לו כח להפריש תרומה בפירות שביד הגזלן, דאם יש בכחו להפריש תרומה הרי נפקע האיסור של טבל, ובנוגע לאם יש לו כח לתרום צריים לעיין אם הפרשת תרומה היא כמו קדושת הגוף, או האם הוא כמו בדק הבית כי הוא מקנה את הממונות להשבת.

עה) מעיקרא טיבלא.

עיין ברשב"א ובמאירי שביארו שעל תרומה א"א לתרץ שיש כאן שינוי רשות בשעת ההפרשה (אע"פ שעל הקדש היינו יכולים לתרץ כן) והיינו משום שעל ידי ההפרשה לחוד עדיין אין התרומה נעשית ממון כהן (אלא שיש טעות סופר ניכרת בדבריהם).

וע"ע ברמב"ן במלחמות בפרק הגזול ומאכיל בד"ה עוד כתב ה"ג וכו' דמבואר שאין כאן שינוי רשות בשעת ההפרשה, וגם מה שהדר נתן אותו ליד הכהן אינו נחשב שינוי רשות לענין שתחול התרומה

השם, וא"כ יוצא שבאמת אין הגזלן קונה את החלק ההוא, אלא הרי הוא נשאר של הנגזל, וא"כ קשה דזה צריך לגרום שבכלל לא תועיל הפרשת התרומה (אשר ממילא לא יקנה אפילו את החלק שעשה תרומה), והיינו משום שזה נשאר ציור של מפריש משלו על של חבירו, ואע"פ שבעלמא מהני מה שהוא תורם משלו על של חבירו, אבל הרי זה רק משום שזכין לאדם שלא בפניו, ואילו הכא הרי לא שייך דין זכי', דהא זכי' הוא מטעם שליחות, והכא הרי הנגזל בעצמו לא הי' יכול להפקיע מהפירות את השם של טבל מאחר שאינם ברשותו, וכל מידי דאיהו לא מצי עביד שלוחי' נמי לא מצי עביד, וא"כ מאחר שלא חל הפרשת התרומה הרי ממילא יוצא שאין הגזלן קונה אפילו את החלק שעשה תרומה. ועיי"ש באחיעזר שתי' דאירי באופן שהפריש הגזלן את כל התבואה על הכרי של עצמו באופן ששפיר נעשה שינוי השם בכל התבואה הנגזלת.

ועכ"פ מקושיית הגר"ח מבואר שכמו שאין הנגזל יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו כמו כן אינו יכול להפקיע את האיסור של טבל מדבר שאינו ברשותו. מיהו לכאורה יש מקום לפקפק בזה, דעיין בשיטת הריב"ש בשם התוס' הרא"ש בדעת רש"י, הובא בקצה"ח בסי' קי"ז ססק"ב, שסובר שקדושת הגוף שפיר יכול הנגזל להקדיש ורק קדושת בדק הבית אינו יכול להקדיש, וסברתו היא משום שבקדושת הגוף פעולת המקדיש היא רק בזה שהוא מיחדו לגבוה אבל הקנין לגבוה בא מצד התורה כתוצאה מהיחוד, משא"כ בקדושת בדק הבית הרי המקדיש הוא זה שמקנה

והיינו משום שבשעת ההפרשה הרי לא הי' כאן שום שינוי רשות, ומה שנתנו אח"כ להכהן אינו יכול לגרום שיהי' נעשה מעיקרא תרומה בשעת ההפרשה.

אלא שצידד החזון איש לומר שאכתי יתכן שההקנאה להכהן שהוא עושה אח"כ חשיב שפיר שינוי רשות לכל הפחות לענין שיהי' קנוי משעת נתינה ואילך, אע"פ שאינו נעשה תרומה.

ושוב צידד לומר שגם זה אינו, והיינו משום שמאחר שלא נעשה תרומה א"כ נמצא שהוא בא ליד הכהן בטעות, שהרי על דעת כן לא הי' ברצונו לתתו לו, וא"כ הרי הכהן חייב להחזירו ואין זה נקרא שינוי רשות.

ועיין בחזו"א על ב"ק בסי' י"ז סקי"ז בד"ה והא תרומה וכו' שדן בענין למה אין כאן שינוי רשות על ידי שהוא נעשה בשעת הפרשה ממון השבט, וכתב "שיתכן דברי הרמב"ן על קנין השבט", והיינו שאפילו אם בעלמא הרי הוא שפיר נעשה ממון השבט על ידי ההפרשה לחוד, אבל בכל זאת לא חשיב משום כך שינוי רשות, משום שהגזלן לא נתכוין לתתו להשבט אלא לעשותו תרומה, ותרומה אינה שם של רשות מסוימת כמו הקדש, וממילא אמרינן שהשם של תרומה אינו חל, אשר משום כך אינו נעשה ממון השבט עכ"ד.

עו) מעיקרא טבלא וכו'.

הקשוני למה לא נחתה הגמ' לתרץ להדיא גם את מאי דתניא שמעשרתן מעשר, דהיינו שיפרטו שגם במעשר יש שינוי השם משום שמעיקרא טיבלא והשתא מעשר. ובפשיטות לא קשה כל כך משום

שי"ל שזה נכלל כבר במה שתירצה הגמ' מעיקרא טיבלא והשתא תרומה רק שלא נחתה הגמ' לפרט בנפרד את הציור של מעשר (אע"פ שהברייתא שפיר נחתה לפרט בנפרד גם את הציור של מעשר).

גם יש לתרץ על פי מה שהעיר הרמב"ן במלחמות בפרק הגזול ומאכיל בד"ה עוד כתב ה"ג וכו' דלמה הפכה הגמ' את הסדר ותירצה בתחילה תרומה ואח"כ הקדש ואילו בתוך הברייתא נזכר הקדש תחילה, ותי' הרמב"ן דהיינו משום שבאמת עיקר הקושיא היתה רק מתרומה דהא בנוגע להקדש הי' אפשר לתרץ דאיכא יאוש ושינוי רשות וכמו שהעירו תוס', וכל הקושיא היתה רק מתרומה משום שהתם א"א לתרץ דאיכא שינוי רשות וכמו שביאר הרמב"ן שם, ולכן הזכירה הגמ' בתחילה את השינוי השם של תרומה כיון שעיקר הקושיא היתה מתרומה, ורק אח"כ, בדרך גררא הוסיפה הגמ' שהשתא דאתית להכי הרי יש כאן עוד תירוץ גם על הקדש דהיינו דאיכא שינוי השם בזה שמעיקרא חולין והשתא הקדש, וא"כ לפ"ז יש ליישב גם את מה שהקשינו למה לא הזכירה הגמרא גם מעשר, והיינו משום שבאמת גם על מעשר היתה קיימת קושיית הגמ', דהא גם במעשר לא שייך לתרץ דאיכא שינוי רשות (וכן נקט הרמב"ן שם בתוך דבריו), ולכן זה הי' מובן מאליו שכשאנו דוחין שיש כאן שינוי השם הכוונה היא גם למעשר, ולכן לא הוצרכה הגמ' לפרט כן, אבל בנוגע להקדש לא הי' כל כך פשוט שאנו מתכוונים להגיד שגם בהקדש יש שינוי השם, דהא בהקדש גם מעיקרא לא הי' קשה כלום וכהנ"ל, ולכן שפיר הוצרכה

הגמ' לפרט שגם בהקדש יש שינוי השם, ודוחק*).

שו"ר גם ברשב"א כאן שהזכיר את הדרך שכתבנו שגם ממעשר הי' קשה משום שאין במעשר שום שינוי רשות, וביאר דהיינו משום שדוחק לאוקמה במעשר שני ואלבא דרבי מאיר שסובר שממון גבוה הוא**). ועוד כתב הרשב"א בתחילת דבריו דרך אחרת, והיינו שבאמת לא הי' שייך להקשות ממעשר משום ששפיר איכא לאוקמה במעשר שני ואלבא דרבי מאיר.

עז) בענין הכח של הגנב להקדיש.

הנה בסוגיין מבואר שהגנב והגזלן שהקדישו הקדשן הקדש משום שקנה בשינוי השם דמעיקרא חולין והשתא הקדש. והקשה הרשב"א בגיטין דף נ"ה ע"ב דהא לפני שחל ההקדש אין כאן שינוי השם, וא"כ איך יש לו כח להקדיש בתחילה, דהא עדיין לא קנה בשינוי השם, ואינו הבעלים של החפץ כדי שיוכל להקדישו. ותי' הרשב"א שחלות ההקדש וקנינו של הגזלן באין כאחד (דוגמת גיטו וידו באין כאחד).

והנה ברמב"ן במלחמות בפרק הגזול ומאכיל בד"ה עוד כתב ה"ג וכו' ראיתי שהוא חולק על הרשב"א וסובר ששפיר

יתכן לומר שיש להגזלן כח להקדישו אע"פ שעדיין לא קנהו (ודלא כדרכו הנ"ל של הרשב"א שנחשב כאמת שכבר קנהו), דעיי"ש דקאי הרמב"ן על דברי עולא לקמן שאמר שיאוש אינו קונה, וכתב הרמב"ן שבאמת גם עולא מודה שיש בכח הגזלן להקדישו, רק שכוונת עולא היא לומר שאין הקרבן ראוי ליקרב משום שהוא קרבן שאין לו בעלים דהא הגזלן מעולם לא קנהו (ובסוף דבריו צידד הרמב"ן כדברי תוס' שהוא משום מצוה הבאה בעבירה) וז"ל שם, הכי פירושא (של מימרא דעולא) דודאי גבוה קני, דאיכא שינוי השם, א"נ שינוי רשות, אבל גזלן לא קני, וכיון שאין לו בעלים היאך יקרב, הרי מקדיש לא קנאו מעולם ואינו ראוי להקרב על גבי המזבח כלל עכ"ל. הרי שסובר הרמב"ן שמהני הקדשו של הגזלן אע"פ שאינו נעשה בעלים. וראיתי בחזו"א בסי' י"ז סקי"ז בד"ה אבל וכו' שביאר דס"ל להרמב"ן שמכיון שיש להגזלן זכות לעכב על אחרים מליטול את הגזילה (כיון שהיא צריכה לו כדי להחזירה להבעלים), וכן יש לו כח לקנותו ע"י ידי שינוי, א"כ דברים אלו נותנים לו כח להקדישו או להקנותו אע"פ שבאמת אינו בגדר בעלים (ועיי"ש שכתב גם ביאור אחר בדברי הרמב"ן אבל הביאור שהבאתי הוא יותר משמע מלשון הרמב"ן שכתב שלא קנהו מעולם).

והנה היסוד הזה הוא חידוש גדול,

דלא כהדרך שכתבנו בפנים, דהא לפי הדרך שכתבנו בפנים יוצא שבהקדש הי' שפיר יכול לאוקמה בקדשים שאינו חייב באחריותן ורק במעשר דוחק לאוקמה במעשר שני לחוד ורק אלבא דרבי מאיר.

* ודע שמלשון הרמב"ן שם משמע קצת שהיתה לו גירסא שגם מעשר נזכר בהתירוץ של הגמרא. ** מיהו הרשב"א שם כתב שבאמת גם מהקדש הי' קשה משום שגם זה דוחק לאוקמה רק בקדשים שאינו חייב באחריותן דאיכא שינוי רשות, וזהו

דהיינו שיתכן כח להקדיש בלי שיהי' בעלים, אבל עכ"פ אם נקבלו, אולי יתיישבו שני דברים קשים בסוגיין וכדלהלן.

א. הנה כבר כתבו תוס' והרמב"ן שהטעם למה מהני יאוש ואח"כ שינוי רשות הוא משום שאצל הלוקח הרי הוא בגדר בהיתירא אתא ליד' ומש"ה מעתה מועיל היאוש, והלוקח קונוהו ישיר מהנגזל, וחזינן שלא כתבו שהגזלן עצמו יכול להקנותו להלוקח ושמועיל משום יאוש וש"ר. וכתב הקצה"ח בסי' שס"ב סק"א שלפי הראשונים הנ"ל יוצא שאם הלוקח הוא קטן, לא יוכל לקנותו, והיינו משום שלקטן בעיני דעת אחרת מקנה ואילו הראשונים הנ"ל סוברים שביאוש ושינוי רשות אין כאן שום דעת אחרת מקנה מצד הגזלן, והיינו משום שמעולם לא הי' שייך להגזלן אשר נוכל לומר שהוא נחשב כדעת אחרת מקנה. וביאר שם הקצה"ח שאע"פ שהרשב"א כתב בנוגע ליאוש ושינוי השם שהם מועילים בבת אחת ושלכן נחשב שהי' החפץ שייך להגזלן בשעה שהקדיש, אבל מ"מ ביאוש ושינוי רשות א"א לומר כן לפי תוס' והרמב"ן הנ"ל משום שאצל הגזלן אכתי יש כאן חסרון של באיסורא אתא ליד' באופן שא"א לומר שהי' שלו אפילו לרגע.

ועי' בקובץ שיעורים באות ט"ו שהקשה על דברי הקצה"ח הנ"ל דהא תוס' והרמב"ן גופייהו כתבו שיש לו להגזלן כח להקדיש את הגזילה גם מצד יאוש ושינוי רשות, ואילו הקצה"ח כתב שלפי תוס' והרמב"ן ביאוש ושינוי רשות לא מיקרי

שהגזלן קנהו והקנהו להלוקח, אלא הרי זה מיקרי שהלוקח זכה בו מעצמו מהנגזל, וא"כ צ"ע דהא גבי הקדש בעינן מעשה מקדיש ודעת אחרת מקנה, ולא שייך שהקדש יקנה מעצמו מהנגזל אלא בעינן מעשה מקדיש, ואילו ביאוש ושינוי רשות אין הגזלן יכול לעשות כן לפי הקצה"ח, ובשלמא ע"י יאוש ושינוי השם שפיר חשיב הגזלן בגדר מקדיש משום שהתם שייך לומר כתיורצו של הרשב"א שבאמת הי' שייך בשעת ההקדש להגזלן, אבל בשינוי רשות א"א לומר כדברי הרשב"א לפי ביאורם של תוס' והרמב"ן דהא סו"ס אצל הגזלן הרי הוא בגדר באיסורא אתא ליד' ולא שייך לומר שהיאוש הועיל גם בשבילו, וא"כ קשה כהנ"ל איך מועיל ההקדש ע"י הכח של יאוש ושינוי רשות הלא בהקדש בעינן מעשה מקדיש ודעת אחרת מקנה. ובאמת הקצה"ח בעצמו בסי' שנ"ג סק"א העיר שלפי ביאורם של תוס' והרמב"ן ביאוש ושינוי רשות שוב לא שייך לומר שהגזלן יכול להקדיש מצד הקנין של יאוש ושינוי רשות, וכך כתב שמיושבת על ידי זה קושיית תוס' בענין למה נקטה הגמרא שהקדשן הקדש משום שינוי השם ולא נקטה שינוי רשות עיי"ש. ברם הרי בשיטת תוס' והרמב"ן עצמם עדיין יש סתירה וכמו שהעיר הקובץ שיעורים, דהא תוס' והרמב"ן כתבו ששפיר יש לו כח להקדיש גם מצד שינוי רשות.

מיהו לפי היסוד הנ"ל שכתב החזו"א לא קשה מידי על תוס' והרמב"ן משום שגם לפי תוס' והרמב"ן שפיר יתכן לומר שהקדש קונוהו (מהנגזל) על ידי יאוש ושינוי רשות, ואע"פ שהגזלן עצמו לא קנהו אבל

בכל זאת שפיר יכול הוא לשמש בגדר מקדיש שמכניסו לרשות הקדש לפי דרכו הנ"ל של הרמב"ן, אלא שרק לענין הקדש מהני הדבר הנ"ל, אבל לא לענין להקנותו להדיוט, וצ"ע*).

ב. עיין בתד"ה הא לאו הכי וכו' בדרכם השני שכתבו דהא דבעינן בהקדש שיהי' גם יאוש וגם שינוי השם הרי זה משום שבלי היאוש אין להגנב כח וזכות לשנות את שמו. וכבר הקשינו באות ס"ה דהא גם לאחר יאוש נהי שיש לו כח לשנות את שמו אבל הרי אכתי אינו שלו (דהא אזלינן שיאוש כדי לא קני) וא"כ איך יש לו כח להקדישו, ואם כהרשב"א שכתב שהקדשו וקנינו באין כאחת א"כ גם לפני יאוש יש לומר כן. ועיין בקובץ ביאורים באות נ"ב שנשאל על זה ונשאר בצ"ע.

מיהו לפי הנ"ל מבוארים הם דברי תוס' בפשיטות, והיינו משום שמכיון שלאחר יאוש יש לו כח לשנות את שמו א"כ מעתה גם בלי להגיד "בבת אחת" וגם בלי להגיד שהוא נחשב כשלו, ג"כ מועיל הקדשו, וכהנ"ל דמכיון שיש לו כח לקנותו על ידי שינוי השם רגיל הרי זה נותן לו כח להקדישו ולעשות את השינוי השם של הקדש (ושוב אמרינן שרשות הקדש קונה מהבעלים ע"י השינוי השם), משא"כ לפני יאוש שפיר אינו יכול להקדישו משום

שעדיין לא קיבל את הכח לשנות את שמו וכמו שביארו תוס', אשר בגלל כן אין לו כח להקדישו, ולעולם לית להו לתוס' מש"כ הרשב"א שמועיל בבת אחת (עיין בקצה"ח בסי' ר' סק"ה), רק שלאחר יאוש שפיר יש לו כח להקדישו גם בלי הסברא של בבת אחת כיון שיש לו כח לקנותו על ידי שינוי השם (מיהו אנו נוקטים עכשיו שצריכים דוקא את היכולת לקנותו על ידי שינוי השם ולא סגי בהיכולת לקנותו על ידי שינוי מעשה, וצ"ע).

עח) מנין לשינוי שאינו קונה.
ע"י באות מ"ז מה שכתבנו בדעת הך מ"ד.

עט) בענין שינוי החוזר.

באות רצ"ב סק"ט (בקטע "והנה מדינו של הקצה"ח וכו'") נדון באריכות בהא דשינוי החוזר אינו קונה האם זה משום שבמציאות לא מיקרי שינוי מספיק גדול כיון שאפשר להחזירו, וכן בשינוי השם אע"פ שבודאי חשיב שינוי מספיק גדול דהא כל שינוי אותיות שוים הם ולא שייך שינוי יותר גדול, אבל מ"מ אם אפשר להחזירו לא מיקרי שינוי מספיק קבוע וכמאן דליתא דמי ועדיין מיקרי שהחפץ הוא כעין שגזל, או האם גם בשינוי החוזר הרי זה מיקרי שנשתנה במדה מספקת

ועמוד ס"א ע"א בההשמטה לגיטין דף נ"ה שהביא יש"ש דמשמע מדבריו שאמרינן שביאוש ושינוי רשות קונה הגולן בב"א. ועוד הביא שם שהר"ן והרמב"ן בקידושין דף נ"ו כתבו שביאוש ושינוי רשות לא הי' של הגולן, ושהריטב"א כתב דשפיר הי' של הגולן.

וע"ע באבני מילואים בסי' כ"ח סק"ד.

* מיהו את דעת הרשב"א (שכתב גם הוא שיש לגולן כח להקדיש גם מצד יאוש ושינוי רשות) א"א ליישב על דרך זה, דהא הרשב"א ס"ל דשפיר בעינן שהגולן יקנהו, שהרי כתב ששינוי השם מהני משום בבת אחת. מיהו הרשב"א בגיטין שם כתב גם על ש"ר דמהני משום בב"א.

וע"ע ברעק"א בדו"ח בסוף הספר בעמוד ס' ע"ב

ושכבר אינו כעין שגזל, רק שמכיון שהוא מחויב במצות השבה א"כ הסברא נותנת שהמצוה של השבה מחייבת אותו להחזירו לקדמותו כדי שיוכל לקיים את המצוה (*). ומדברי הנתייה"מ בסי' שס"א סק"א שהבאנו לעיל באות ע' סק"ג מוכח שנקט כהצד הראשון עיי"ש ודו"ק.

והנה תוס' כאן תירצו ששאלה בתרומה לא מיקרי שינוי החוזר משום שלא שכיח שישאל. ושמעתי שלכאורה נראה מזה כהצד הראשון, דהא לפי הצד ההוא שפיר תירצו שמכיון שלא שכיח שיחזור א"כ משום כך שפיר מיקרי כשינוי קבוע ואין כאן החסרון של שינוי השם החוזר, אבל אם נאמר כהצד השני א"כ מה בכך שאינו שכיח שישאל, הלא הגזלן מחויב ועומד הוא לשאול על תרומתו כדי שיוכל לקיים בה את המצוה של השבה.

פ) בענין אינו מוסיף חומש על גזל אביו.

עיין באות שמ"ו ושמ"ז.

פא) תד"ה אמר עולא.

בתוס' משמע שגם לפי ר"ת שפיר חל ההקדש שהקדיש הגזלן, רק שפסולה הבהמה לקרבן משום מצוה הבאה בעבירה. מיהו הבעל המאור בפרק הגזל ומאכיל בד"ה ה"ג בפירקין וכו' סובר שבקדשי מזבח אין ההקדש חל בכלל, וטעם הפסוק למה אינו עולה לרצון הוא משום שבאמת לא נעשה הקדש כיון שיאוש אינו קונה, ומאי דאמרינן בגמ' שהקדשן הקדש הרי

זה מדרבנן ורק בקדשי בדק הבית. והרמב"ן במלחמות שם הקשה עליו דהא איכא גם שינוי השם וא"כ בודאי חל ההקדש וקני גבוה (ועיין ברמב"ן שם שביאר שבכל זאת אכתי לא מוכח מזה שגם הגזלן קנה, והבאנו דבריו לעיל באות ע"ז). ועיין בחזו"א בסי' י"ז סקט"ז שביאר את שיטת הבעל המאור. וע"ע בהאות הבאה.

ועיין עוד בתורת חיים כאן שכתב בדעת רבינו תם שבקדשי מזבח לא חל ההקדש, וכן איתא בשט"מ בדעת ר"ת (וצ"ע ממקדיש בעל מום למזבח דקדוש, תמורה ה' ע"ב) וביאר שלא היו יכולים בגיטין דף נ"ה להקשות על עולא מעצם העובדא שבגנב והקדיש ואח"כ טו"מ הרי הוא פטור מדו"ה כי הי' אפשר להעמיד במקדיש בעל מום שאינו ראוי להקרבה דהתם שפיר קדוש קדושת בדק בית. מיהו עיין בלשונו של התורת חיים שיתכן שהוא רוצה לומר שגם כשהקדיש תם למזבח הרי הוא נשאר קדוש מיהא בקדושת בדק הבית.

פב) בא"ד.

וז"ל, ואומר ר"ת וכו' והשתא בלא ההיא דתני עלה הו"ל למיפרך מגופה דאי יאוש לא קני א"כ אין לו כח להקדיש ואמאי פטור מדו"ה, הא לא טבח דהקדש, אלא ודאי לכל מילי מודה עולא דיאוש קני רק לענין הקרבה וכו' עכ"ל. והנה לכאורה יש לתמוה דאפילו אם יאוש לא קנה, בכל זאת ניחא למה הוא נעשה הקדש, והיינו

תשלומין של מעות מתקיימת מצות השבה.

(* ואולי אפילו לפי השיטה שבדיעבד גם על ידי

ומש"ה חשיב השיה"ש שינוי דממילא, והאיסור והקדושה גופייהו אינם שמות עצם אלא תוארים.

פג) בא"ד.

א. עיין בדבריהם שהביאו את שיטת הר"י שאם יאוש כדי קני, אז מכיון שהוא שלו קודם ההקדש, תו לא חשיב מצוה הבאה בעבירה, וכן הוכיח משמעתתא דאוונכרי, דפריך הש"ס וליקניוה בשינוי השם, ומשמע שאם הוא קונה הרי הוא יכול לצאת בו ולא חשיב מצוה הבאה בעבירה. ולכאורה צריך ביאור דהא גם גבי הקדש כשהוא קונה ע"י יאוש ושינוי השם הרי הוא קונה קודם ההקדשה.

וי"ל משום שההקדש נחשב תחילת מצות ההקדשה. א"נ סגי בזה דהוי לכה"פ הכשר להקדשה. א"נ דסגי בזה לחוד שע"י שהקדיש הרי מעתה סופו להקדשה, מיהו א"כ גם אם יאוש לחוד קונה אבל היכא שנשבע קודם יאוש להקריבו הרי סופו להקדשה, ויש לחלק.

ב. הנה עיין בסוגיא דסוכה שם דפריך הש"ס ג' קושיות, חדא דליהוי יאוש בידיהו דאוונכרי ושינוי רשות בידא דידן, ומתצינן שהי' מדובר שהערבה האוונכרי עצמם רוצים לצאת בה ולא במה שהם מוכרים לנו. ושוב הקשו דליקניוה בשינוי מעשה, ועוד דליקניוה בשינוי השם. וחזינן שהר"י הוכיח את שיטתו מהקושיא האחרונה של שינוי השם (וכן איתא בתוס' בגיטין דף ג"ה, וכן בסוכה שם), והוכיח מזה הר"י שהיכא שקנה את הגזילה לפני המצוה אין כאן משום מצוה הבאה

משום דאיכא גם שינוי השם דמעיקרא חולין והשתא הקדש כדאמרינן בגמ' וכמו שהעיר הר"י להלן. ועיין בפ"י (על מה שכתבו תוס' וז"ל דאי לאו הכי וכו') שכתב וז"ל, ויש מחלקים דדוקא בקדשי בדק הבית אמרינן דחל ההקדש משום שינוי השם אבל בקדשי מזבח לא הוי שינוי השם ולא חל ההקדש עיין בספר המלחמות בפרק הגזול בתרא עכ"ל. והנה לא מצאתי שם מי שמחלק כן. ובאמת החילוק הזה קשה להבין, דהא גם בקדשי מזבח נשתנה שמו וקורין לו קרבן. וז"ל הרמב"ן באמצע דבריו שם, דכל הקדש בין קדשי מזבח ובין קדשי בדק הבית, הקדש מיקרי, ואיכא שינוי השם, הלכך קני לדברי הכל ביאוש ושינוי השם, והא דאמרינן מעיקרא תורא דראובן (והשתא תורא דראובן) לומר לך שאין שינוי רשות, אבל שינוי השם הוא, דהא עולתו דראובן מיקריא ואיכא שינוי השם עכ"ל. ולהלן שם כתב וז"ל, והוי יודע שהחילוק עצמו שחילקו מקצת המפרשים ז"ל בין קדשי מזבח לקדשי בדק הבית כדברי בעל המאור ז"ל וכו' עכ"ל. ואולי לדברים אלו נתכוין הפ"י, אבל באמת גם זה אינו, דהא גם הבעל המאור לא חילק שם מהטעם שכתב הפ"י, דהיינו בגלל שקדשי מזבח לא חשיב שינוי השם, אלא משום שהוא סובר ששינוי השם קונה רק מדרבנן ורק בקדשי בדק הבית תיקנו רבנן אבל לא בקדשי מזבח משום שאין רצון חכמים בקרבן כזה (וכמו שביאר החזו"א בסי' י"ז סקט"ז את שיטתו).

ואולי יש להסביר דבקדוה"ג מה שנעשה של הקדש וחל שם הקדש הרי זה תוצאה ממה שהחיל קדושה ואיסור,

העבירה. ולכאורה צ"ע למה לא הביא ראי' מהקושיא הראשונה של יאוש ושינוי רשות. וי"ל דפשיטא להר"י דליכא מהב"ע כשהוא עצמו לא עבר. מיהו צ"ע דהא את הראי' משינוי השם אפשר לדחות, דהא י"ל שמכיון שנשתנה שמו הרי הוא נחשב כחפץ אחר, ורק משום הכי הוא דליכא משום מצוה הבאה בעבירה*), אבל היכא שקנאו ביאוש אכתי יתכן שיש בו משום מצוה הבאה בעבירה אפילו אם קנה אותו לפני המצוה.

פג*) עוד בענין מצוה הבאה בעבירה בהעבירה של גזילה.

הנה בספרי על סוכה באות קי"ד הארכתי בקושיות הגמ' הנ"ל בהסוגיא של אוונכרי בדף ל', והנני מעתיק את הדברים כאן.

בענין הסוגיא של אוונכרי בסוכה דף ל'.

הנה בגמ' מבואר שרב הונא אמר להאוונכרי שלא יתלשו הם את ההדסים, אלא יתנו להגוים (שהיו האוונכרי קונים מאותם גוים) לתלוש אותם, כדי שע"י התלישה מן המחובר יהיו נגזלים, ויחול בהם יאוש בעלים, ואז ע"י שמוכרים להאוונכרי תתקיים גם שינוי רשות, ויקנו האוונכרי ביאוש ושינוי רשות, ויוכלו לצאת בהם ידי חובתם, אבל אם האוונכרי עצמם יתלשו, יהי' רק יאוש, ויאוש לחוד לא קני,

והוסיף רש"י שאפילו אם סוברים שיאוש לחוד שפיר קונה, אבל אכתי יהי' בזה משום מצוה הבאה בעבירה וז"ל, ואי נמי קני, מצוה הבאה בעבירה הוי, אם אתם תחתחוה מן המחובר תהיו אתם גוזלים עכ"ל. והעיר המהרש"א שא"כ למה מבואר בגמ' שמהני שינוי מעשה ושינוי השם, הלא הדין נותן שאכתי תהי' מצוה הבאה בעבירה כמו היכא שקונה ע"י יאוש. ותי' משום שהתם ע"י השינוי אינו גוזלו כי איירי שכבר קנה ע"י יאוש דהא רש"י אזיל עכשיו שיאוש קונה, ולכן ע"י השינוי הרי הוא מפקיע את החסרון של מצוה הבאה בעבירה.

מיהו לפ"ז אכתי צ"ע למה מהני יאוש בידי הגוים ושינוי רשות בידי האוונכרי דאז הרי הם קונים ע"י יאוש ושינוי רשות, הלא הדין נותן שאכתי יפסול משום דהוי מצוה הבאה בעבירה. מיהו י"ל דשאני התם שכבר נהי' גזול ע"י תלישת הנכרי, ואין איסור להאוונכרי לקנות ע"י שינוי רשות, משא"כ אם הם עצמם יקצרו הרי הם עצמם מחילים על ההדסים השם של גזילה, רק שגם בכה"ג יש תקנה אם יעשה אח"כ שינוי מעשה או שינוי השם.

ולפ"ז יוצא שיש שני ציורים שאינם בגדר מצוה הבאה בעבירה, א', היכא שהוא עצמו תלשו ועשאו גזול וקנה ע"י יאוש, רק שאח"כ הוסיף לעשות שינוי, ב', היכא שהגוי תלש אותו ועשאו גזול והישראל רק הוסיף שינוי רשות וקנה אותו עי"ז. והציור היחידי של מצוה הבאה בעבירה הוא

חפץ אחר, אבל מ"מ התם הרי גרע טפי משום שהמצוה של ההקדש עצמה, היא שהפכה אותו להחפץ אחר.

*) ואע"פ שאם לא קנה אותו לפני שהקדיש, אלא רק על ידי השינוי השם של ההקדש, אז שפיר יש בו משום מצוה הבאה בעבירה, אע"פ שנעשה

כשבאותו מעשה גם עשאו גזול וגם קנהו (וכדי להתירו הרי הוא צריך לעשות אח"כ שינוי).

מיהו עוד יש להעיר על המהרש"א, דהא לעיל בע"א מבואר שאם גזל בהמה הרי היא פסולה לקרבן משום מצוה הבאה בעבירה אפילו לאחר יאוש בעלים אפילו אם סוברים שיאוש קונה, והרי התם ע"י שהוא קונה ביאוש אינו גזול, שהרי הבהמה כבר היתה גזולה אצלו קודם.

וצ"ל שאין כוונת המהרש"א לומר שיש משום מצוה הבאה בעבירה רק כשע"י הקנין של יאוש הרי הוא מחדש עליו את השם גזילה ועובר בלא תגזול, כמו היכא שהוא תולש את ההדס, אלא ה"ה להיכא שהוא חידש עליו את השם גזול לפני כן ע"י שגזל אותו, ובשעה שהוא בא לקנות ע"י יאוש הרי הוא עוד אצלו בגדר גזול, ולכן גם כשגזלו מקודם לא מהני היאוש לפעול שלא יהי' פסול משום מצוה הבאה בעבירה כי אכתי יוצא שהקנין שלו הוא בהחפץ קרה כשהוא בגדר גזול, והוא זה שחידש עליו את השם של גזול, ולא עשה בו שום שינוי אחרי שקנה ע"י היאוש.

ולפ"ז יוצא שיש שני ציורים של מצוה הבאה בעבירה, א', כשהוא עצמו תלשו וסוברים שיאוש כדי קונה, דע"ז גם חידש עליו את השם גזול וגם קנהו, ב', היכא שכבר הי' גזול על ידו קודם, רק שעכשיו כשהוא ניגש לקנותו הרי הוא עודו בגדר גזול, דהיינו הציור בע"א שהנגזל נתיאש אחרי שעת הגזילה.

מיהו לפ"ז אכתי קשה מקושיית הגמ' כאן שהקשה שיקנו בשינוי השם ושינוי

מעשה, דהא הגמ' אזלה שיאוש כדי אינו קונה אלא צריכים יאוש ושינוי רשות, וא"כ אם האוונכרי עצמם יתלשו אכתי אינם קונים כי יאוש כדי לא קני, וא"כ קושיית הגמ' היא שבכל זאת יקנו בשינוי אע"פ שהוא קונה בשעה שהחפץ הוא עדיין בגדר גזול, וא"כ קשה מההיא דלעיל בע"א. וצ"ל שאע"פ שיאוש לא קנה אבל בכל זאת מכיון שבשעה שהוא עושה את השינוי וקונה, ההדס כבר הי' גזול, וכן כבר הי' יאוש, הרי השינוי גם קונה וגם מסלק את הפסול של מצוה הבאה בעבירה.

ומעתה יוצא שהיכא שע"י שגזל חל היאוש, אע"פ שיאוש קונה, אבל אכתי יש כאן משום מצוה הבאה בעבירה, וכן הוא באוונכרי אילו הם עצמם היו תולשים וכמש"כ רש"י, ולא עוד אלא אפילו אם הבעלים התיאשו אחרי הגזילה באופן שבשעת הקנין של יאוש כבר הי' גזול, גם אז הרי זה נחשב מצוה הבאה בעבירה כמו שכתב רש"י בע"א כיון שהקנין הי' בשעה שהוא גזול, והי' גזול על ידו, אבל היכא שאחרי היאוש עשה שינוי, אז אפילו אם לא קנה ע"י היאוש, בכל זאת אין כאן משום מצוה הבאה בעבירה, כי אע"פ שהקנין הי' בשעה שהי' עוד גזול כיון שיאוש אינו קונה, אבל בכל זאת אין כאן משום מצוה הבאה בעבירה כיון שכבר הי' יאוש.

ולפ"ז יוצא שאם גזלו ע"י עשיית שינוי אכתי יהי' פסול משום מצוה הבאה בעבירה כי הקנין הי' בשעה שהוא גזול ולא הי' אחרי יאוש.

מיהו ביותר הי' נראה ליישב את קושיית המהרש"א בדרך אחרת, והיינו שנהי שהיכא

שהוא עצמו תלש וקנה בזה ע"י היאוש (כי אזלינן שיאוש קונה) הרי זה עדיין נחשב מצוה הבאה בעבירה כמו שכתב רש"י כאן, וכן אפילו אם כבר גזל אותו קודם ועכשיו הרי הוא קונה ביאוש דגם בכה"ג אכתי יש בזה משום מצוה הבאה בעבירה וכמש"כ רש"י לעיל בע"א שם, אבל שאני אחרי שינוי מאחרי יאוש, כי אחרי שינוי הרי זה נחשב חפץ אחר ולכן כבר לא שייך לפוסלו משום מצוה הבאה בעבירה.

והנה שיטת תוס' לעיל בע"א היא שהיכא שנגמר קנינו ע"י יואש לפני התחלת המצוה ליכא משום מצוה הבאה בעבירה (ודלא כרש"י) והוכיחו כן תוס' מהא דפרכינן כאן וליקניוה בשינוי השם, וצ"ע למה לא הוכיחו כן מהקושיא הראשונה של וליקניוה בשינוי מעשה. וי"ל דהיינו משום שהבינו בשינוי מעשה מהני משום שכבר אינו נחשב אותה חפץ כמו קודם, וא"כ מהתם אין ראי' להיסוד שלהם, כי י"ל שבשינוי מעשה הטעם הוא משום דחשיב חפץ אחר, משא"כ לאחר שינוי השם, אינו נחשב חפץ אחר אלא הוי רק בגדר מעשה קנין. מיהו אין שום מקום לחלק כן דעיין בב"ק דף ס"ו ע"ב דאמרינן "האי מילתא קשי בה רבה לרב יוסף עשרין ותרתין שנין, ולא איפרקה, עד דיתיב רב יוסף ברישא ופרקה, שינוי השם כשינוי מעשה דמי, שינוי מעשה מאי טעמא, התם מעיקרא עצים השתא כלים, שינוי השם נמי מעיקרא קרו ליה משכא והשתא אברזין", הרי שגדריהם שוה.

פד) בסוף דבריהם.

וז"ל, משום שבע"כ נותנים לו וכו'

עכ"ל. לכאורה דברי ר"ת צריכים ביאור, והיינו משום שאם נחשב באמת כבעל כרחו, א"כ גם אם יאוש לחוד קונה להמוכס איך הוא קונה את חמור חברו בע"כ (ועי' בדברי הקובץ ביאורים על זה).

מיהו יש לפרש שבאמת לאחר שמשאיר לו הגזלן את החמור של חברו הרי בודאי ניחא ל"י אז לקנותו במקום להשאר מופסד לגמרי, ורק בהרגע של ההחלפה הרי הוא מתנגד וחשיב בעל כרחו, ומש"ה אם יאוש לחוד קני להמוכס, הרי הנגזל שפיר קונה אח"כ כשהוא מתרצה לכך, אבל אם בעיני יאוש ושינוי רשות א"כ י"ל דס"ל לר"ת שפעולת השינוי רשות אינה כדי להוות מצב של בהיתירא אתא לידי' באופן שיוכל היאוש לקנות וכמו שפירשו הרמב"ן ותוס', אלא הכוונה היא שהיאוש והשינוי רשות פועלים ביחד להקנותו להגזלן ולהלוקח (וכמו שביאר הקצה"ח בס"י שני"ג סק"א ורס"ב סק"א בדעת הרמב"ם), וא"כ מכיון שלפי ר"ת המעשה שמועיל להקנותו הוא עצם ההעברת רשות מהגזלן להלוקח א"כ לפ"ז שפיר יתכן לומר שנאמר תנאי מסוים בהקנין שההעברה תהי' מדעתו של הלוקח ולא בעל כרחו (מיהו כדי לקיים את הדרך הזאת נצטרך להוסיף דלית ל"י לר"ת בכלל הך סברא שמועיל מה שבא לידי' של הלוקח בהיתירא, דהא אילו אית ל"י הך סברא, א"כ נהי דליכא הכא התנאים של שינוי רשות בתורת כח של קנין, אבל בכל זאת אכתי יוכל הנגזל לקנות ביאוש מאחר שבהיתירא אתא לידי', וא"כ בע"כ צ"ל כהנ"ל, דהיינו שר"ת סובר שכיון שבתחילה בא לידי הגזלן באיסורא, תו לא

מהני מה שבא ליד הלוקח בהיתירא, וצ"ע).

(ונקטתי בדברי הנ"ל שכוונת ר"ת היא לומר שהשינוי רשות הי' בעל כרחו של הלוקח, וכן הבין המחנה אפרים בהל' גזילה אות כ"ח, אבל הדרישה בסי' שס"ט אות ז' הבין שכוונת ר"ת היא לומר שהי' בעל כרחו של המוכס.)

ולפ"ז א"ש למה הר"י בתוס' סובר דשפיר מיקרי שינוי רשות וכמו שמוכח מתירוצו בסוף התוס' וכמש"כ המחנה אפרים בהל' גזילה אות כ"ח*), והיינו משום שהר"י סובר שפעולת השינוי רשות היא להוות מצב של בהיתירא אתא לידי, ומש"ה גם כאן הרי בהיתירא אתא לידי, ומש"ה הרי הוא שפיר קונה כשהוא מתרצה לבסוף.

מיהו יש להעיר על זה, דהא הרמ"א בסי' שנ"ג סעי' ג' הביא את השיטה שיאוש ושינוי רשות מועילים רק כשהיאוש הי' קודם להשינוי רשות, אשר הביאור בזה הוא משום שכל פעולת השינוי רשות הוא רק כדי להוות מצב של בהיתירא אתא לידי, וא"כ לפ"ז צריך לצאת שגם כשנתן הגזלן להלוקח בע"כ הרי הלוקח צריך לקנות היכא שנתרצה אח"כ, ואילו בסי' רס"א סעי' ה' הביא הרמ"א שאם נתן הגזלן להלוקח בע"כ, אינו קונה, ומקורו הוא מהסוגיא בדף קי"ד שהביאו תוס' כאן וכמש"כ הגר"א שם שהרמ"א לומד כתוס' דהא דלא מהני התם השינוי רשות הרי זה משום דהוי בע"כ, וא"כ לכאורה יש

לתמוה דהא התם איירי באופן שנתרצה לבסוף וא"כ אכתי הי' צריך להועיל לפי שיטת הרמ"א הנ"ל בסי' שנ"ג. ולפי שיטתו בסי' שנ"ג הי' לו לפרש כהדרכים האחרים שכתבו הראשונים להסביר למה בדף קי"ד שם לא אתינן עלה משום שינוי רשות.

פה) עוד בסוף דבריהם.

הנה שיטת תוס' בסוף דבריהם היא שהיכא שנתייאש לפני שבא ליד הלוקח, דאיכא בכה"ג יאוש ושינוי רשות, אז פטור הלוקח אפילו מדמים, אבל אם בא לידו לפני יאוש דהיינו הציור של שינוי רשות ואח"כ יאוש אז חייב הלוקח לשלם דמים, דהא שינוי רשות ואח"כ יאוש אינו קונה, ויאוש גרידא מועיל רק לענין לקנות את הגוף אבל אכתי חייב הגזלן להחזיר דמים. ולכאורה שיטתם צריכה ביאור, דהא מה שהגזלן חייב לשלם דמים לאחר יאוש הרי זה משום אחת משתי סיבות, א', משום שיש כאן מצד התורה שיוור בקנינו ואינו קונה אלא את גוף החפץ אבל לא את דמי החפץ, ב', משום שבשעת הגזילה נתחייב חיוב תשלומין לשלם דמי' אם יאנס ויאוש אינו מועיל על חוב, ועיי' בקצה"ח בסי' שנ"ג סק"ב שהזכיר צדדים אלו, והנה הטעם הב' לא שייך גבי לוקח אפילו היכא שבא לידו קודם יאוש, שהרי הלוקח לא גזל כלום ואין אצלו שעת הגזילה, וא"כ מזה שתוס' מחייבים אותו בדמים כשבא לידו לפני יאוש חזינן כמו הטעם של שיוור בקנינו, ואילו לפ"ז הרי גם אם בא ליד

לצדד שגם ר"י מודה לר"ת בזה עכ"ל, וצ"ע.

(* מיהו בהמשך דבריו שם כתב וז"ל, ואפשר

הלוקח לאחר יאוש למה לא יצטרך לשלם דמים. ולכאורה מבואר מדברי תוס' שכיון שאצל הלוקח לאחר יאוש הרי זה בגדר בהתירא אתא לידו, ממילא לא אמרינן אצלו שהתורה שיירה בקנינו אלא הרי זה כמו המרים אבידה לאחר יאוש דקנה לגמרי, ואע"פ שאצל הגזולן ה' שיוור בקנינו אבל בכל זאת אצל הלוקח מהני היאוש עכשיו לפעול קנין גמור בלי שיוור.

וע"י גם בדברי הקצה"ח שם שכתב שמה שגזולן חייב לשלם דמים גם אם יאוש קונה הרי זה משום שהתורה שיירה בקנינו כיון דבאיסורא אתא לידו' ובכל זאת הלוקח פטור גם מדמים וא"כ גם מהקצה"ח רואים שאמרינן שיוור בקנינו רק אצל הגזולן אבל לא אצל הלוקח לאחר יאוש.

שו"ר בחידושי רעק"א ברף ס"ו שכתב וז"ל, ובתחילה אפרש שורש המחלוקת בין הרמב"ן והראב"ד לתוס' אם הלוקח צריך לשלם לבעלים, ונראה דבזה פליגי, דהרמב"ן לטעמי' אזיל דס"ל דבכל ש"ר מעולם לא נקנה לגנב א"כ כי אתא לידו באיסורא אתא לידו' דהא הראשון לא קנאו ביאוש ומש"ה צריך לשלם, אבל תוס' י"ל דס"ל כדעת הריטב"א והיש"ש שזכרנו דבשינוי רשות גם הגנב קנהו א"כ לא בא מיד בעלים לידו מש"ה אין לשלם עכ"ל.

הרי שהוא לומד שהיכא שנתיאש הנגזל לפני שבא ליד הלוקח קנה הלוקח ביאוש ושינוי רשות, והוי בגדר מעשה קנין ומש"ה גם הגנב קנה, וצריכים להוסיף דס"ל שרק יאוש ואח"כ שינוי רשות קונה אבל לא ש"ר ואח"כ יאוש ודלא כהקצה"ח

בדעת הרמב"ם שסובר שכיון דהוי מעשה קנין לא משנה איזה בא קודם. מיהו קשה לי על דברי רעק"א למה הוצרך לומר שגם הגנב עצמו קונה הלא גם בלא"ה מכיון דהוי מעשה קנין א"כ אין כאן שיוור בקנינו וגם מצד המעשה גזילה א"א לחייב את הלוקח. וכנראה סובר רעק"א שכל היכא שקונה הגנב או הלוקח מהבעלים צריכים לשלם כמו בכל מכר (גם בלא טעמא דשיירה בקנינו), וגם הגנב חייב דמים מטעם זה, רק שהגנב חייב גם מצד המעשה גניבה וקרא "דושלם" אפילו כשלא שיך הטעם הנ"ל שהזכרנו וכגון היכא שהולך לאיבוד.

וידידי הרה"ג ר' שלמה כהן שליט"א העיר שי"ל דרך אחרת מדרכו של רעק"א, והיינו שתוס' סוברים שש"ר לחודי' הוי קנין, וכדמשמע באמת מלשון תוס' כאן שכתבו שש"ר שקודם יאוש אינו קונה, דמשמע שלאחר יאוש הרי זה הש"ר שעושה את הקנין, וכן מבואר לכאורה להדיא בדבריהם לעיל ברף ס"ז ע"א בד"ה הא וכו' שכתבו וז"ל וכן יאוש אם אין יאוש אין ש"ר עיי"ש היטב, רק שבשביל הקנין של ש"ר בעינן ש"ר בפועל, דהיינו מעשה העברה מרשות הגזולן לרשות הלוקח, ולכן היכא שנתיאשו הבעלים כשהי' כבר ביד הלוקח לא מהני כי בההיא שעתא אין כאן מעשה ש"ר.

וע"ע באות נ"ג סק"ד בנוגע לדעת הרמב"ם שביאוש ושינוי רשות הלוקח חייב דמים.

ועכ"פ צריכים להסביר קצת את לשון תוס' שהרי כתבו שהטעם למה בשינוי

דף ס"ז ע"ב

(פז) בענין למה גניבה מהשומר חשיבא גניבה מרשות הבעלים.

א. עיין בתוס' שהקשו שלמאן דמוקי לכל הפרשה של כי יתן וגו' בטט"ג ולא בגנב עצמו א"כ לא שייך למידרש וגונב מבית האיש ולא מבית הגנב. וכוונתם היא משום שלפי הפירוש הזה בהפרשה הרי יוצא שהפסוק של וגונב מבית האיש אינו מדברי התורה עצמה, ואין כוונת התורה ללמדנו בתוך הפסוק הזה אודות מאיפוא הוא צריך לגנוב, אלא המלים האלו הרי הן טענת השומר שהוא טוען שנגנב, וא"כ איך שייך לדייק מזה ולא מבית הגנב. ובשט"מ בשם הר"ר ישעיה' תירץ על זה ששפיר יש לדייק כן אע"פ שהמלים האלו הן טענת השומר, והיינו משום שמדייקים שהשומר צריך לטעון שגונב מבית האיש, כלומר מבית המפקיד, וחשיב כאילו נגנב באמת מבית המפקיד כיון שהחפץ בא לו להשומר מבית המפקיד, אבל לא באופן שהוא טוען שגונב מבית הגנב, כלומר באופן שהוא השומר של גנב שגנב את החפץ מהבעלים, דבכה"ג אינו מתחייב בהכפל של טוען טענת גנב משום שהוא בגדר גונב מן הגנב.

ב. ובשם הרשב"א הובא וז"ל, דמסתבר דשייך (לדייק ולא מבית הגנב) דבית שומר מבית האיש קרינן ל"י שהרי משאילו מקום עכ"ל. הרי שהרשב"א כתב שהשומר יכול לומר שגונב מבית המפקיד לא בגלל שבא לו מבית המפקיד וכמש"כ רבינו ישעיה' אלא משום דחשיב עכשיו כמו בבית המפקיד.

רשות ואח"כ יאוש הרי הוא משלם דמים הרי זה משום שיאוש לחודי' לא קנה, והרי זה תמוה דא"כ למה אינו חייב להשיב את הגזילה עצמה. ולכאורה צ"ל שכוונתם היא שיאוש לחוד לא קני לענין להיות פטור מדמים.

(פו) בענין המחלוקת שבין הר"י ור"ת.

הנה שיטת ר"ת בסוגיין היא שאע"פ שקנה ע"י יאוש לפני שהקדיש, אבל בכל זאת סובר עולא שיש כאן משום מצוה הבאה בעבירה, והר"י סובר שמכיון שקנה לפני התחלת המצוה, תו לא מיקרי מצוה הבאה בעבירה.

ושמעתי להסביר את מחלוקתם, שר"ת סובר שהחיוב דמים שהגזלן משלם לאחר שקנה ביאוש הרי הוא משום שהתורה שיירה בקנינו, דהיינו שרק גוף החפץ קנוי לו ולא דמי החפץ, וא"כ לפ"ז יוצא שהחפץ נקרא עוד חפצא של דבר הגזול, דהא הדמים והשויות שבתוכו שייך עוד להגזול, וא"כ שפיר יש כאן משום מצוה הבאה בעבירה, אבל הר"י סובר שלאחר שקנה ביאוש עצם החפץ קנוי לו לגמרי ואפילו לדמיו ואין כאן שום שיור בקנינו, רק שהגנב חייב בחיוב תשלומין, וא"כ לפ"ז אין כאן לאחר יאוש שום חפצא של דבר הגזול, ומש"ה ס"ל להר"י שלא מיקרי מצוה הבאה בעבירה. ויש לפלפל בענין אם קושיות תוס' על ר"ת מתיישבות עי"ז. ועיין בקצה"ח בסי' שנ"ג סק"ב שהזכיר את הסברות הנ"ל בענין היסוד של החיוב דמים. מיהו הר"י עצמו בסוף התוס' סובר שיור בקנינו כמו שביארנו באות פ"ה.

ויש לעיין למה הוצרך הרשב"א לומר שהוא משאיל מקום להמפקיד, הלא גם בלא זה י"ל שהוא נחשב ברשות המפקיד כמו דחזינן שגם כשהחפץ הוא ברה"ר או באגם הרי הוא נקרא ברשות הבעלים כמש"כ הקצה"ח בסי' שמ"ט. ואע"פ שבשומר אכתי הוה אמינא שמכיון שהוא אדם אחר א"כ רשותו של השומר מפקיעו מלהיות נחשב כברשות הבעלים, אבל מ"מ כדי לתרץ את זה סגי בזה לחוד שאין השומר מתכוין להחזיקו לעצמו דממילא הדר לדוכתי שאפילו כשהוא עומד באגם הרי הוא נחשב ג"כ כברשות הבעלים.

ברם, עיין בקצה"ח שם שהביא מהירושלמי שלא כדבריו הנ"ל, והיינו שממה שהירושלמי פוטר את הגונב מגג שאינו מבוצר חזינן שגם בכה"ג הרי זה מיקרי שאינו ברשותו, והקצה"ח שם נשאר בצ"ע על הירושלמי, אבל עכ"פ נראה שגם לפי הירושלמי לא בעינן בשומר את הטעם שכתב הרשב"א, והיינו משום דעיין בלשון הירושלמי שאמרו דהא דמרכינן את הגונב מרשות השומר הרי זה משום ששמירת החפץ עליו (על השומר), ולא הזכיר הירושלמי את הטעם של הרשב"א של השאלת מקום, והא שדקדק הירושלמי לומר שהשומר חייב לשומרו ולא הסתפק בזה שאין השומר מחזיקו לעצמו, נראה פשוט דהיינו משום דאזיל הירושלמי לשיטתו שכשעומד באגם או בגג שאינו מבוצר לא מיקרי ברשותו משום שלא מיקרי ברשותו אלא כשהוא תחת שליטתו בפועל, ומש"ה שפיר בעינן להא שהשומר חייב לשומרו בשבילו, אבל עכ"פ הא מיהא חזינן שגם לפי הירושלמי סגי בזה

שהשומר חייב לשמור ולא בעינן להא דכתב הרשב"א שהוא משאיל לו מקום. וראיתי בתוס' רעק"א על משניות בריש פירקין שכתב וז"ל, דכיון שמחזיקו (השומר) בדרך שמירה לבעלים ולהחזירה להם הוי הדבר ברשות בעלים להקדישו ולמוכרו ומיקרי מבית האיש עכ"ל. וע"ע ברא"ש בפ"ק דפסחים בסוף סימן ד' שכתב ג"כ שהשומר משאיל מקום להמפקיד.

ובאמת יש להקשות על דברי הר"ר ישע"י שהבאתי לעיל למה הוצרך לכתוב שחשיב כאילו נגנב מבית המפקיד כיון שהחפץ בא להשומר מבית המפקיד תיפוק ל"י משום שגם כשהוא ברשות השומר הרי הוא נחשב ברשות המפקיד משום שלא גרע ממונח ברה"ר, א"נ משום ששמירת החפץ היא על השומר.

פח) גונב מן הגנב.

עיין במאירי שכתב דהא דגונב מן הגנב אינו משלם כפל להגנב הראשון הרי זה מצד הסברא, משום שאינו בעליו, והמיעוט של גונב מבית האיש בא למעט שאינו משלם להבעלים. ולפ"ז בע"כ צ"ל דהא דאמרינן בדף ס"ח ע"א שהגנב השני משלם קרן להגנב הראשון, אין הכוונה להקרן של גניבה כיון שהגנב הראשון לא מיקרי בעלים על החפץ, אלא הכוונה היא להקרן של מזיק, ושפיר מיקרי השני בגדר מזיק כיון שהיא צריכה להגנב הראשון כדי להחזירה להבעלים, וכן כתב הברכת שמואל בסי' ל"ו סק"ג שהוא הקרן של מזיק (וכן נראית כוונת החזו"א בב"ק סי' ט"ז סק"ח בד"ה הגונב).

שני ואסיפא, לימא אגנב ראשון וארישא ולימא הכי לא שנו דגנב ראשון חייב בדו"ה אם טו"מ, אלא לפני יאוש אבל לאחר יאוש פטור, שלו הוא טובח שלו הוא מוכר, ושמא י"ל דאה"נ אלא לרבותא אמר למילתי' אגנב שני לומר שהיאוש קונה קני' גמורה שאפילו כשבא אחר וגנבו חייב לשלם לו כפל ודו"ה כאילו הי' שלו מעולם עכ"ל. והנה לכאורה נראה שכוונתו בתירוצו היא לסברת הפ"י בדף ס"ח ע"א בד"ה א"ר זביד וכו' שכתב דהוי ס"ד שאפילו לאחר שקנה כבר הגנב הראשון, אכתי לא זיכתה לו התורה בכפל ודו"ה מאחר שבא לידו באיסורא.

והנה אולי יש ליישב את קושיית השט"מ בדרך אחרת, והיינו שאילו הי' רב אומר דבריו על הרישא של המשנה הו"א שנהי שיאוש קונה אבל מ"מ אכתי היינו אומרים שיש כאן שיוור בקנינו ושהתורה לא הקנתה לו אלא את גוף החפץ אבל לא את דמי החפץ (עי' בקצה"ח בסי' שנ"ג סק"ב שהזכיר סברא זו), רק שמ"מ מכיון שלאחר יאוש נעשה גופו של החפץ שלו, זהו טעם מספיק לפוטרו מדו"ה, דמכיון שחלק מהבהמה שייכת לו, אין כאן וטבחו כולו באיסורא, אבל אכתי הוה אמינא שאם גנב שני יגנבוהו ממנו אינו מתחייב בכפל, דהא לא גנב ממנו אלא את הגוף אבל לא את השוויות, ואולי גניבה כזו של גוף בלא שוויות אינה מחייבת את הגנב השני בכפל, ואע"פ שבכדי להתחייב כפל לא נאמר דבעינן שהגניבה תהי' כולה באיסורא, אבל בכל זאת אכתי י"ל שהיכא שאין כאן גניבת שוויות, אלא רק גניבת גוף, ליכא חיוב של כפל, ולכן שפיר

מיהו הקובץ שיעורים כאן באות י"ז ביאר שהוא הקרן של גניבה משום ששפיר יש להגנב הראשון קנין מסוים של בעלות גמורה בתוך החפץ כמו שביאר לעיל שם. והא דאין השני חייב כפל הרי זה באמת משום המיעוט של וגונב מבית האיש וכדאיתא להדיא בדף ס"ט ע"ב שוגונב מבית האיש ולא מבית הגנב הרי הוא מיעוט שאינו משלם כפל להגנב הראשון. והנה לפי הקו"ש והגמ' בדף ס"ט יוצא שמצד הסברא הי' שפיר אפשר לומר דחשיב גנב כלפי הגנב הראשון, רק שהפסוק מיעטו, ולפ"ז יתכן שהחיוב להגנב הראשון הוא באמת החיוב קרן של גנב כי הפסוק ממעטו רק מכפל, ולפ"ז אכתי יהי' חייב קרן גם להבעלים. וזהו דלא כהקצה"ח בסי' ל"ד סק"ג שכתב שגונב מן הגנב לא חשיב גנב כלל לגבי הבעלים, ואינו עובר בלאו, ואין עליו שום חיוב קרן כלפי הבעלים, וכתב שם דילפינן הכי מוגונב מבית האיש, הרי שסובר הקצה"ח שוגונב מבית האיש ממעטו מכל עיקר תורת גנב לגבי הבעלים. ולפי הקצה"ח צ"ל שגם לגבי הגנב הראשון הדרשה באה למעט שלא חל על השני שום שם של גנב כלל, לפי המבואר בדף ס"ט שמהך קרא ילפינן גם הא שהוא פטור מלשלם להגנב הראשון, והטעם של החיוב קרן שהוא מתחייב להגנב הראשון הרי הוא משום מזיק.

וע"ע בענין זה באות י"ט.

(פט) אמר רב לא שנו וכו'.

עיין בשט"מ בד"ה אמר רב וכו' שכתב וז"ל, קצת קשה מ"ט תפס רב דבריו אגנב

הוצרך רב לומר שלאחר יאוש מתחייב הגנב השני כפל להגנב הראשון. ואולי כוונת השט"מ בדבריו הנ"ל היא באמת לדרכנו הנ"ל ומה שכתב שקמ"ל שהיאוש קני קני' גמורה כוונתו היא שקמ"ל שע"י יאוש הרי הוא קונה גם הדמים ומש"ה השני חייב כשגנב ממנו.

צ) נשתרש בחטא.

עיין בריטב"א ובדו"ח לרעק"א בכתובות דף ל"ד ע"ב שכתבו שטביחה חשיבא מעשה גניבה לחייבו בכפל ודו"ה. ולכאורה צ"ע דהא אין כאן נשתרש ושנה בחטא, ויש ליישב. ועי' בחזו"א על ב"ק בסי' ט"ז סק"ט שפי' פירוש אחר בדברי הריטב"א שם.

דף ס"ח ע"א

צא) רש"י ד"ה לאחר יאוש.

וז"ל, דאהני מעשיו, דהשתא קני לוקח בתרתי, יאוש ושינוי רשות עכ"ל. משמע מדבריו שפעולת השינוי רשות אינה רק כדי להוות מצב של בהיתירא אתא לידי' אשר מעתה יוכל היאוש לקנות וכביאורם של תוס' בסוכה דף ל' בד"ה וקרקע וכו' והרמב"ן, אלא משמע ששניהם מצטרפים להועיל יחד, והיינו כשיטת הרמב"ם וכמו שביאר את שיטתו הקצה"ח בסי' שנ"ג סק"א ושס"ב סק"א.

צב) שנה בחטא,

עיין בשט"מ בשם הרר"י שפי' שהכוונה היא לזה שנהנה מחטאו. והא דלא פי'

שהוא שונה להרחיקו מהבעלים, שהרי עכשיו הרי הוא מרחיקו עוד יותר מהבעלים ומאבדו מהם, י"ל דהיינו משום דס"ל שמכירה לפני יאוש לא מיקרי שמאבדו מן הבעלים. וכבר הבאנו לעיל באות ל"ד שחולקים בזה הראשונים בדף ס"ה באם מכירה חשיבא כתברה ושתי' או לא. ומתוך דברינו שם מבואר שלא שייך לומר דהוה כתברה ושתי' אלא באופן שמכר למי שאין יכולת ביד הבעלים לתבוע, א"נ שלא נודע להבעלים למי מכר. ומתוס' כאן בסוף ד"ה מה טביחה וכו' מוכח שע"י מכירה לא מיקרי שהוא מאבדו מן הבעלים, דעיי"ש בתוס' שכתבו וז"ל, א"נ אהנו מעשיו דטביחה היינו שמחסרה מן הבעלים ולא דקני לי' ולא הוי כאהני מעשיו דמכירה עכ"ל. הרי שלפי דבריהם יוצא שכוונת הגמ' היא לומר שכמו שבטביחה יש כאן אהני מעשיו לענין שהוא מחסרה מן הבעלים, ה"ה במכירה בעינן אהני מעשיו של חלות מכירה, ולכן בעינן שימכרנו לאחר יאוש. ולכאורה יש לתמוה אמאי לא תיסגי גם במכירה בזה שהוא מחסרה מן הבעלים ולעולם נימא דאיירי גם לפני יאוש, ובע"כ חזינן דס"ל לתוס' בביאור הגמ' שמכירה לפני יאוש לא מיקרי שהוא מאבדה מן הבעלים, ולכן לא נשאר בחינה אחרת של אהני מעשיו אלא הא לחוד שחלה המכירה.

צג) שלו הוא טובח.

צ"ע דהא בכל טביחה הרי מכי שחט בה פורתא יש כאן שינוי מעשה באופן שבשעת גמר השחיטה שלו הוא טובח (ולא מיבעיא שקשה לפי האחרונים

שסוברים ששינוי קונה בעל כרחו של הגזלן, אלא אפילו לפי הסוברים שאין שינוי קונה בע"כ, ג"כ קשה, משום שאפילו אם נאמר שהיכא שקרה היזק אין רצונו של הגזלן לקנותו כמו שהבאנו לעיל באות ס' סק"ב מהמחנה אפרים והאור שמח, אבל הכא הרי הוא רוצה את הבהמה השחווטה (ועוד שהרי בודאי ירצה הגזלן לקנותו כדי שלא יתחייב בדו"ה).

וכבר הקשו תוס' קושיא זו בדף ע"א ע"ב בד"ה איסורי ועיי"ש בתירוץ.

צד) פרט לשהקנה לל' יום. א. דעת רש"י.

פירש"י וז"ל, למעוטי היכא שלא מכר גנב ללוקח אלא לעשות בה מלאכה שלשים יום שהוא כשכירות בעלמא עכ"ל. והנה אולי יש לדייק מדבריו שאם מכר בסתם לל' יום בלי להזכיר מלאכה, אז שפיר יהי חייב דו"ה משום שבכה"ג לא הוי כשכירות אלא חשיבא מכירה ממש לזמן, וכן היא דעת הרמב"ם דמוכר לזמן חשיבא מכירה ממש לזמן וכמו שהביא הקצה"ח בס"י שמ"ו סק"ה, ורק כשמכרו במיוחד לעשות בו מלאכה ס"ל לרש"י דהוי לשון של שכירות (אע"פ שהזכיר גם לשון של מקח) ואינו חייב בדו"ה.

מיהו צ"ע על זה, דאם העיקר תלוי במה שמכרו למלאכה א"כ למה לא הוזכר כן בתוך הגמרא כיון שהדין תלוי בדבר זה, ועוד דא"כ ה"ה שהדין צריך להיות כן גם אם מכרו לעולם למלאכה לחוד ולמה תלו את הדבר בל' יום.

וביותר נראה שאין כוונת רש"י לומר שהמכירה היתה בפירוש רק למלאכה, אלא

לעולם איירי במכירה גמורה לזמן (רק שהזכיר מלאכה משום שהוא מעוניין רק בהמלאכה של אותו זמן). ולפי זה יוצא שדעת רש"י היא דלא כהרמב"ם. והנה המחבר בס"י שמ"ו סעי' י"ח פסק (מתוס') שבמכירה לזמן הרי הוא נעשה שומר חנם. ודלא כהרמב"ם (ויתכן שגם המחבר יודה שכשהזכיר מלאכה הרי זה בגדר שכירות, כרש"י).

ב. דעת הרמב"ם.

והנה עיין ברמב"ם בפ"ב מהל' גניבה הי"א שפירש פרט לל' יום בדרך אחרת לגמרי ודלא כרש"י אלא דאיירי באופן שהקנה לו על זמן שלאחר ל' יום והוכר הגנב בתוך ל' יום, וכוונת הגמרא היא למעט כיון שחוזרת הגניבה להבעלים לפני חלות המכירה (ונראה דצ"ל שם בדברי הרמב"ם "והקנה לו מוכר" ולא "והקנה למוכר").

והנה הב"ח בס"י ש"נ כתב דהא דלא פירש הרמב"ם כרש"י הרי זה משום שבהציוור של רש"י דבר פשוט הוא שאין דו"ה כי הוא רק בגדר שומר חנם, ואינו אפילו בגדר שוכר וכדברי המחבר הנ"ל (וכבר כתבנו שאולי היכא שהזכיר מלאכה מודה המחבר שהוא בגדר שוכר). מיהו כבר הבאנו שהרמב"ם סובר שמכירה גמורה לזמן היא מכירה ממש ואינו בגדר שומר חנם, וא"כ אכתי צ"ע למה לא העמיד הרמב"ם את דברי הגמרא במוכרו מכירה גמורה לל' יום. וצ"ל דהיינו משום שהוא סובר שבכה"ג הרי הוא צריך להיות חייב באמת בדו"ה ושלא מסתבר לומר שהפסוק בא לפוטרו. והנה המ"מ צידד

לומר שהרמב"ם גורס גירסא אחרת בדברי רב נחמן, והיינו פרט לשהקנה לה לאחר ל' יום. מיהו גם לפ"ז י"ל כדברינו הנ"ל בטעמו של רב נחמן עצמו למה לפי הרמב"ם לא העמיד את המיעוט על מכירה לזמן.

ולפי כל הנ"ל יוצא שלפי רש"י מוכר לל' יום אינה בגדר מכירה, ומש"ה נתמעטה מדו"ה, ואילו לפי הרמב"ם הרי היא שפיר מכירה ולכן א"א למעטה.

וע"ע בסי' רי"ב סעי' ד' שסתם המחבר כדעת הרמב"ם שמכירה לזמן היא מכירה גמורה (וכבר העיר הקצה"ח בסי' שמ"ו על הסתירה בדברי המחבר). ובביאור הגר"א שם כתב שהמקור הוא מסוגיא דידן, והיינו משום שאילו לא היתה נחשבת מכירה גמורה לא היינו צריכים פסוק למעטו, אלא דוקא משום דחשיבא מכירה מש"ה בעינן קרא (ודלא כהנחת רש"י שהפסוק בא למעט דבר שחשיב באמת רק שכירות), וזהו להיפך מדרכנו הנ"ל בדעת הרמב"ם שהיכא שנשאר מכירה גמורה א"א למעטו. ובאמת לכאורה א"א להתאים את דברי הגר"א לדעת הרמב"ם עצמו דהא כבר הבאנו שם שהרמב"ם מפרש פירוש אחר לגמרי בענין הך מיעוטא דקרא.

ג. מעכשיו ולאחר ל'.

הנה כבר הבאנו שלפי הרמב"ם כוונת הגמרא היא למעט היכא שהקנה על לאחר ל' יום והוכר הגנב בתוך ל' יום. ויש לעיין אם טעם הפטור הוא משום שהוכר הגנב לפני שהתחילה חלות המכירה, וכמו שנקטנו לעיל בריש סק"ב, אשר לפ"ז יוצא

שגם אם אמר מעכשיו ולאחר ל' ג"כ לא יתחייב בדו"ה, או האם החסרון הוא משום שהוכר הגנב בזמן שהלוקח הי' יכול עוד להתחרט אשר לפ"ז במעכשיו שפיר יתחייב כיון שאין הלוקח יכול לחזור בו (כדאמרינן בקידושין דף נ"ט). והלח"מ שם כתב "קודם שהתחיל המכירה", ומשמע אפילו בציוור של מעכשיו, דהא גם התם הוכר הגנב לפני שחלה המכירה וכנהנ"ל, ויש עוד לפלפל בזה.

ד. דברי הרמב"ם בהי"ב.

והנה הרמב"ם להלן שם בהי"ב כתב שהיכא שהקנהו פרט לל' יום הרי זה ספק אם הוא חייב וכן איתא בגמ' להלן בדף ע"ח ע"ב דבעי כן רבי ירמיה. וביאר הלח"מ שהתם איירי באופן שהוכר לאחר ל', דהיינו לאחר שהתחילה כבר חלות המכירה. מיהו הפרישה בסי' ש"ג כתב שהתם איירי באופן שהוא מוכר במכירה גמורה מעכשיו רק שהוא משאירה אצלו בתורת שאילה לל' יום, ולפי דבריו י"ל שה"ה אם הוכר בכה"ג בתוך ל' יום יתחייב בדו"ה לפי הצד שהוא חייב בכה"ג. ועכ"פ בין לפי הלח"מ ובין לפי הפרישה צריך ביאור מה הוא הספק בהלכה י"ב, דהא לכאורה הרי זה פשוט שהוא צריך להיות חייב. ועיין באור שמח שם, וכביאורו בדברי הרמב"ם כתב בהגהות חשק שלמה בסוף המסכתא כאן (כן נראה כוונתו שם), והיינו שבהי"ב איירי הרמב"ם באופן שמכר את הגוף מעכשיו במכירה גמורה, רק ששייר לעצמו לעשות מלאכה ל' יום, ואיירי בין בהוכר

הגנב בתוך ל' ובין בהוכר לאחר ל', דגם אם הוכר לאחר ל' יש סברא לומר שהוא פטור "כיון דמעט דחלה המכירה שייר בה לעצמו איזה דבר, אבל כשמכר שיהא חל המכירה לאחר ל' אז כי הוכר לאחר ל' ודאי דחייב, דמעט חלות המכירה לא שייר בה מידי, ובלח"מ אינו מדוקדק", ונראה פשוט שלפי הפרישה שנתכוין שיהי' שואל על זה במשך השלשים יום ולא נתכוין לשויר בהמכירה לכאורה לא שייך סברת האור שמח.

צה) אמר רב זביד וכו'.

עיין בשט"מ בד"ה ולא תימא וכו' שכתב שבאמת גם רב זביד סובר ששינוי רשות ואח"כ יאוש אינו מועיל. מיהו יש לתמוה על שלא הביא מה שרב זביד עצמו אמר לקמן בדרך קט"ו דפליגי בזה רבי חייא ורבי ינאי עיי"ש.

צו) תד"ה מה וכו'.

עיין לעיל באות צ"ב.

צז) יאוש ושינוי רשות.

עיין בקצה"ח בסי' שנ"ג סק"א ובסי' שס"ב סק"א שהביא את מה שכתבו תוס' והרמב"ן שיאוש ושינוי רשות מועילים משום שמכיון שאצל הלוקח הרי הוא בגדר בהיתירא אתא לידו א"כ הלוקח שפיר יכול לקנות על ידי היאוש (וכן איתא בשט"מ כאן בד"ה ולא תימא), ולכן רק יאוש

ואח"כ שינוי רשות מועילים אבל היכא שקרה שינוי רשות ואח"כ יאוש אינו קונה משום שבכה"ג הרי אתא ליד הלוקח באיסורא (וכ"כ השט"מ בד"ה הנ"ל). ובדעת הרמב"ם שפוסק שגם שינוי רשות ואח"כ יאוש מועילים ביאר הקצה"ח שם וז"ל, ואע"ג דבאיסורא אתא לידו צ"ל דשינוי רשות בעצמו הוי קנין בצירוף היאוש עכ"ל.

ועיין בקובץ שיעורים באות כ"ח שהקשה שגם שינוי רשות ואח"כ יאוש צריך להיות נחשב בגדר בהיתירא אתא לידו לפי סברת הקצה"ח בסי' קס"ג שהביא שם, וז"ל הקו"ש, דה"נ הנטילה מותרת שהרי חייב ליטלה מהגזלן אם אפשר, כדי להשיב (כלומר משום מצות השבת אבידה כמו שביאר שם), אלא שמחשבתו (היא) באיסור שנוטל לעצמו ולא להשיב עכ"ל*). והנה באמת יש גם איסור בגוף הפעולה שלו ולא רק במחשבתו וכמו שכתב הרמב"ם בריש פרק ה' מגניבה שבזה שהוא משלם מעות הרי הוא מחזק ידי הגנב וא"כ נמצא דהוי שפיר בגדר באיסורא אתא לידו, ולא עוד אלא שיתכן שכוונת הרמב"ם שם היא גם על לאחר יאוש (ועי' בפוסקים בריש סי' שנ"ו) אשר לפ"ז יוצא דס"ל שגם יאוש ואח"כ שינוי רשות חשיב באיסורא אתא לידו. מיהו י"ל שהאיסור שהזכיר הרמב"ם שם חשיב בגדר איסור צדדי, אלא שבאות נ"ג צדדנו שסגי גם באיסור

ועוד יש להעיר שלפי הקצה"ח בסי' ל"ד שגונב מן הגנב אינו עובר בלא תגזול אין כאן איסור לא במעשה ולא במחשבה.

(* מיהו עי' בסברת הברכת שמואל שהבאנו בריש אות נ"ג בענין למה גרע היכא שבאיסורא אתא לידו. ועע"ש בקטע "והנה לפי כל הביאורים".

צדדי כדי שיהא נחשב בגדר באיסורא אתא לידו'. ועכ"פ לפי הקובץ שיעורים יתכן שהטעם של הרמב"ם הוא באמת משום שגם בשינוי רשות ואח"כ יאוש הרי זה נקרא שבהיתירא אתא לידו'. ויש להביא סעד לדרך זה מדברי המאירי כאן, דעיין במאירי בדף ס"ח ע"א (בד"ה גנב ומכר ובא גנב שני וכו') שכתב שגם שינוי רשות ואח"כ יאוש קונה, ומ"מ בדף ס"ז ע"ב (בד"ה אמר וכו') פסק שהגונב מן הגנב לא מיקרי שעשה שינוי רשות משום שאינו בדרך היתר והרי זה דומה להגניבה הראשונה מבית הבעלים דלא מיקרי שינוי רשות עכ"ד, הרי דס"ל ששפיר בעינן בהיתירא אתא לידו', וא"כ בע"כ צ"ל שהוא סובר שגם שינוי רשות ואח"כ יאוש חשיב בהיתירא אתא לידו' (וגונב מן הגנב חשיב פחות איסור צדדי ממחזיק ידי עובר עבירה כיון שהמעשה אסור מחמת עצמו ולא רק בגלל שגורם לתוצאה מסוימת).

מיהו יש לדחות ולחלק בדרך אחרת לפי המאירי בין שינוי רשות ליאוש, והיינו שהוא סובר ששינוי רשות ואח"כ יאוש הוא קנין חדש וכדרכו של הקצה"ח, ולכן לא בעינן שיהא אצל הלוקח בגדר בהיתירא אתא לידו', ולכן מועיל שינוי רשות ואח"כ יאוש, רק דהא מיהא בעינן שהפעולה של השינוי רשות תהי' מדעת ולא בעל כרחו, ואם הוי בעל כרחו אז חשיב חסרון בעצם מעשה הקנין ואינה מצטרפת לקנות, ולכן הוא דס"ל להמאירי שגונב מן הגנב לא מיקרי בגדר שינוי רשות. ועיין בזה בשט"מ כאן בד"ה ולא תימא וכו'. ועכ"פ לפי הדרך הזה צ"ל

דף ס"ח ע"ב

צח) גניבה בנפש תוכיח שאין יאוש בעלים וחייב.

פירש"י וז"ל, הגונב נפש ומכרו אין כאן יאוש שאין אדם מתייאש על עצמו וכו' עכ"ל. הנה מלשונו משמע שכוונתו לומר שבמציאות אין דרכם של בני אדם להתייאש על עצמם. מיהו לכאורה הי' אפשר לפרש בדרך אחרת, והיינו על פי דברי הרמב"ן במלחמות בב"מ דף כ"ו שכתב שהטעם למה יאוש אינו מועיל באבדה לאחר שהגיעה ליד המוצא הרי זה משום שכבר נעשה המוצא השומר של הבעלים ויאוש אינו מועיל על דבר שהוא ברשותו, וא"כ לפ"ז י"ל שזהו גם הטעם למה לא שייך יאוש בגניבה בנפש, והיינו משום שאפילו אם יתייאש על עצמו אבל מ"מ לא שייך שיועיל יאוש בכה"ג משום שהוא עצמו נקרא תמיד ברשות עצמו כיון שאין הגנב קונה בו קניני גניבה. ואע"פ שהגנב שולט על גופו נגד רצונו, אבל מ"מ י"ל שהקובע של "אינו ברשותו" הוא זה שיש להגנב קנין גניבה. מיהו עיין בקו"ש באות ט' שהסיק שבודאי גם בלא קניני גניבה לא מיקרי ברשותו אם אינו שולט עליו ודלא כדברי רעק"א שהביא שם (וע"ע בהערה השני' על אות נ"ז שביארנו

כוונה אחרת בדברי הרמב"ן לפי דעת הקצה"ח שהבאנו שם, והיינו שלעולם גם לפני שהגיעה ליד המוצא הרי זה נקרא ברשות הבעלים ובכל זאת מועיל יאוש, רק שלאחר שהגיעה ליד המוצא הרי זה נקרא כתחת ידו ממש ולכן לא מהני יאוש).

ועכ"פ הא מיהא משמע מלשונו של רבי יוחנן שאילו ה' שייך בגניבת נפש המציאות של יאוש בעלים, אז שפיר ה' שייך לומר שצריכים באמת אהני מעשיו ושימכרנו לאחר יאוש. מיהו לכאורה צ"ע על זה משום שאפילו אם ה' שייך יאוש, וכן אפילו אם ה' מוכרו לאחר יאוש, אבל מ"מ אכתי נראה שלא ה' שייך לומר שאהני מעשיו, דהא לכאורה הכוונה של הפרשה היא שהוא מוכרו לחלוטין בממכרת עבד כנעני, וא"כ הרי מכירה כזו אי אפשר לחול על גופו של ישראל, ואפילו הנגב עצמו לא ה' יכול למכור את עצמו מכירה כזו, וא"כ למה הוצרך רבי יוחנן לומר שאין יאוש בעלים, הלא אפילו אם ה' שייך יאוש בעלים, אכתי ה' נשאר בגדר לא אהני מעשיו.

מיהו אולי שייך לומר שהמכירה המכוונת בגניבת נפש אינה רק ממכרת עבד כנעני, אלא ה"ה שהוא חייב היכא שהוא מוכרו לעבד עברי עד שש, ובנוגע למכירת עבד עברי עד שש שפיר איכא למימר שאם

ה' שייך יאוש ה' נחשב בגדר אהני מעשיו כמו שהוא עצמו יכול למכור את עצמו*). ולפ"ז יוצא שכוונת רבי יוחנן היא כך, שלא תאמר דבעינן אהני מעשיו ושבאמת גם בגניבה בנפש יש כאן אהני מעשיו משום דאיירי הפרשה במכירה לעבד עברי לאחר שנתייאש על עצמו, דזה אינו, משום שגם בגניבת נפש ליכא אהני מעשיו, דהא לא שייך יאוש על עצמו ובכל כזאת חזינן שהוא חייב על מכירה כזו, ובע"כ הרי זה משום דלא בעינן אהני מעשיו, ומעתה דלא בעינן אהני מעשיו ה"ה שהוא חייב גם על ממכרת עבד כנעני (ואולי באמת רק על ממכרת עבד כנעני).

שוב הראוני את דברי המנחת חינוך במצוה ל"ו בד"ה והנה על וכו' שכתב וז"ל, ומכירה זו באמת לאו מכירה היא כלל ולא אהני מעשיו כלל, כי היאך יכול למכור את חבריו אם אינו עבד, רק התורה חייבה בכך אע"ג דלא אהני מעשיו עיין מרובה ס"ח ע"ב דאמר רבי יוחנן גניבה בנפש תוכיח שאין יאוש בעלים וחייב עיי"ש, ולא דוקא מחמת שאין יאוש, אלא נקט הא, אבל לא מהני מעשיו בלא זה עכ"ל.

ובספר המצות הוצאת הגר"ח העליר בל"ת רנ"ח הגירסא בדברי הרמב"ם היא בזה"ל, האזהרה (לא ימכרו ממכרת עבד)

לכאורה גם אחרי יאוש לא ה' שייך שאדם אחר ימכרנו, דהא אין כאן שום חפץ מסוים הנמכר, אלא רק שיעבוד למלאכה לחוד, ורק העבד עצמו יכול לשעבד את עצמו, וגם על קנין איסור לא בריא ששייך מכירה. ועיי' בספרי שם באות רט"ו שהארכתי בכירור שיטות הראשונים שם.

* ברם נראה שלא שייך לומר כדברינו אלו אלא אם כן נאמר שעבד עברי גופו קנוי וכדמסקינן באמת בקידושין דף ט"ז. מיהו עיי"ש שיש ראשונים שפירשו שלעולם אין גופו נמכר למלאכה אלא הכוונה היא לקנין איסור למסור לו שפחה כנענית, אבל בעניני ממון אין גופו קנוי אלא יש עליו חוב לעשות מלאכה, ולפ"ז

כוללת בלא ספק אזהרה לגונב נפש מישראל כשימכרהו שהוא ימכרהו בחזקת שהוא עבד כנעני עכ"ל, הרי שהוא צריך למוכרו ממכר עבד כנעני. מיהו בדפוסים הקודמים איתא "שהוא ימכרהו בחזקה כמו שהוא עושה על עבד כנעני" עיי"ש.

צט) בעינן הנ"ל.

והנה יש להקשות עוד על דברי רבי יוחנן דאפילו לפי מה שהוכיח שבגניבה בנפש ליכא אהני מעשיו, אבל מ"מ איך אפשר ללמוד מזה לגניבת שור ושה שגם שם יהי' חייב על המכירה אפילו בלא אהני מעשיו, דהא יש לחלק שאע"פ שבגניבה בנפש לא אהני מעשיו אבל מ"מ הרי עצם המכירה בתורת עבד היא רעה ובזיון לחבירו, דהיינו במה שהוא נוהג בו מנהג עבד, ומש"ה חייבתו התורה, משא"כ במכירת שור ושה הרי אם לא אהני מעשיו א"כ באמת ליכא כאן שום תוספות רעה לחבירו כלל אלא הרי זה רק בחינה של שנה בחטא לחוד. מיהו באמת זה תלוי בשיטות הראשונים שהבאנו כבר באות ל"ד ובאות צ"ב שחולקים בענין אם מכירה חשיבא כמו תברה ושתיי' (אפילו לפני יאוש דליכא שום אהני מעשיו), דהיינו האם זה מיקרי שע"י המכירה הרי הוא מאבדה מן הבעלים. ולפי המבואר שם שלא שייך לומר דחשיב כתברה ושתיי' אלא באופן שא"א להבעלים לתבוע מן הלוקח א"כ יוצא שרק את הציור הזה נוכל ללמוד מגניבה בנפש, וצ"ע.

ק) תד"ה גניבה.

לכאורה ס"ל שאין אדם דן היקש

מעצמו וכשיטת רש"י בסוכה דף ל"א ע"א (ודלא כתוס' שם בד"ה ור"י וכו'), ויש לדחות.

קא) לאחר יאוש מאי.

פירש"י וז"ל, או דלמא יאוש לא קני, וכ"ש דלאחר יאוש מחייב דאהני מעשיו עכ"ל. צ"ע דמה הוא הכ"ש הלא יש גם סברא לומר שרק לפני יאוש יהי' חייב אבל לא לאחר יאוש, דהא חזינן בריש הגוזל ומאכיל שהמזיק את הגזילה לאחר יאוש פטור וכמו שביארו תוס' שם משום שהוא נקל לצאת מידי הבעלים ע"י שינוי השם ושינוי רשות, וא"כ לכאורה דבר זה יכול לשמש כסברא גם לענין לפטור את הגנב מדו"ה לאחר יאוש.

ועיין גם ברמב"ם בפ"א מגניבה הט"ז שכתב כדברי רש"י הנ"ל שלאחר יאוש הגנב חייב על מכירה בק"ו מלפני יאוש (אלא שצ"ע על לשונו שם שכתב את הק"ו גם על טביחה לאחר יאוש, ואילו בזה ליכא שום עדיפות לאחר יאוש מקודם. יאוש).

קב) לאחר יאוש מאי, רבי יוחנן אמר חייב.

עיין בקצה"ח בסי' שנג' סק"א שכתב וז"ל, כתב הטור דיאוש קונה לחומרא מספיקא. וכתב הב"י עלה וז"ל, ובקשתי לו חבר ולא מצאתי. ובדרישה הקשה דהא מדברי רבי יוחנן גופא מוכח, דקאמר גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אין יכולים להקדישו זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו, משמע הא נתייאשו הבעלים יכולים הגזלנים להקדישו מספיקא,

כפל, אבל לפי ר"ל שפיר יש חידוש משום דקמ"ל שלא מיקרי שחזרה קרן לבעלים.

קה) גנב והקדיש משלם תשלומי כפל.

פירש"י וז"ל, לבעלים עכ"ל. פי' אבל לא להקדש וכמו שכתב בהדיבור הבא דאינו משלם כפל להקדש משום דכתיב לרעהו. ועיין באות הבאה שנבאר בס"ד למה הוא נקרא גנב כלפי הקדש.

מיהו עיין בפ"י על דברי רש"י בהדיבור הבא אשר לפי פירושו יוצא שבאמת ליכא הכא שום סברא לומר שהוא נחשב גנב מהקדש. ועיי"ש איך שביאר למה הביא רש"י לקמן שם את הילפותא של רעהו. ולפי דבריו לכאורה צע"ק על דברי רש"י כאן למה הוצרך לומר שהוא משלם כפל להבעלים, דהא פשיטא שכן הוא, דהא לא גנב שום דבר מהקדש, ויש ליישב.

ועכ"פ לפי דרכו של ריש לקיש יש ליישב דאולי הי' הוה אמינא לומר שכשהבעלים הקדישו את החפץ, ההקדש חל גם על החוב של כפל שהגנב חייב, כי י"ל שמיקרי שהחוב הזה כבר קיים בהעולם, דהא מוקמינן את האוקימתא של ר"ל באופן שכבר אמרו לו חייב אתה ליתן לו, וחייב אתה ליתן לו חשיב כגמר דין ממש כמו שביאר החזו"א בסי' י"ח סק"י, וכן מבואר בתוס' בדף ע"ב ע"א, וא"כ י"ל שגם לענין שיחול החיוב של קנס הרי זה חשיב גמ"ד באופן שנקרא שכבר נתחייב הגנב בעונש הקנס אפילו לפי השיטה שהחוב של הקנס חל רק בשעת גמ"ד, וא"כ מכיון שכבר קיים החוב בעולם, שפיר י"ל דהוי ס"ד שההקדש של הנגזל

ועיי"ש דמתרץ וז"ל, דרבי יוחנן לרבנותא קאמר, לא נתייאשו, דאפילו לא נתייאשו אין הבעלים יכולים להקדישו וע"ש, ותמהני דהא ודאי בנתיאשו אמרו בש"ס להדיא דיכול להקדישו דתנן הגנב והגזלן הקדשן הקדש ותרומתן תרומה, ופריך מינה בפרק מרובה דף ס"ז למ"ד יאוש כדי לא קני, ומשני משום דהוי יאוש ושינוי השם וכו' עכ"ל. והנה יש לתמוה על הדרישה מה הוא נידונו בענין מה סובר רבי יוחנן ביאוש הלא מסוגיא דידן דמבואר בתורת ודאי דס"ל לרבי יוחנן שיאוש לא קני ולכן הרי הוא חייב דו"ה אם מכר לאחר יאוש, וא"כ איך דן הדרישה לומר שרבי יוחנן סובר שיאוש קונה.

קג) תד"ה ר"י.

וז"ל, תימה דלכאורה קי"ל כרבה דיאוש כדי קני וקי"ל כרבי יוחנן לגבי ר"ל דחיובי אף לאחר יאוש, ואמאי חייב אחר יאוש כיון דיאוש קני שלו הוא טובח ושלו הוא מוכר, וי"ל וכו' עכ"ל. והנה לא הבנתי קושייתם, דנהי דקי"ל כרבה לחוד, וכן כר"י לחוד לגבי ר"ל, אבל הכא יוצא שרבה ורבי יוחנן בעצמם פליגי אהדדי באם יאוש קונה או לא, דהא טעמא דר"י הוא משום שיאוש אינו קונה, וא"כ צריכים לדעת אם ההלכה היא כרבה כנגד ר"י או לא, וא"כ מה קשה להו.

קד) גנב והקדיש ואח"כ טבח.

הנה לפי דרכו של רבי יוחנן בפירוש המשנה דהיינו שהגנב הקדישו, לכאורה ליכא שום חידוש בהא דתנן שהוא משלם

חל גם על החוב של כפל ושחייב הגנב לשלם את הכפל להקדש.

קו) ואינו משלם תשלומי דו"ה.

עיינן ברש"י שפי' שמיפטר מלשלם כפל להקדש מקרא דרעהו, ומדו"ה משום דדו"ה אמר רחמנא ולא גו"ד. והקשה הפ"י דתיפוק לי' שאינו משלם כפל להקדש משום שהוא לא גנב מהקדש אלא מהבעלים הראשונים. ולכאורה יש ליישב את קושייתו על פי מה שביאר הריטב"א בכתובות דף ל"ד ע"ב שהיכא שגנב בשבת וטבח בחול הרי הוא חייב כפל ודו"ה, ואפי' באופן שמיפטר על שעת גניבה משום קלב"מ אבל מ"מ אכתי יש כאן חיוב כפל על הטביחה משום שע"י הטביחה הדר גנב לה, וכ"כ רעק"א שם ביתר ביאור, דהיינו שהטביחה חשיבא ממש כמעשה גניבה כיון שכוונתו היא לגנבו וגם עשה בו דבר שהוא נקרא שינוי מעשה (מיהו עיינן בחזו"א בסי' ט"ז סק"ט שכתב ביאור אחר בדברי הריטב"א, ועי' גם באות רפ"ו), וא"כ לפ"ז שפיר יוצא שהוא נחשב הכא על ידי הטביחה כגנב מהקדש, כיון שעל ידי זה הרי הוא מוציא מרשות הקדש, וממילא שפיר הוצרך רש"י לפוטרו מקרא דרעהו.

מיהו אכתי יש לעיין בזה, משום שנהי שעל השוויות שהלך לאיבוד ע"י הטביחה הרי הוא נחשב גנב, אבל על הבשר שנשאר, אכתי י"ל שלא מיקרי בכלל בגדר גנב כלפי הקדש וכמו שנבאר בסמוך, אשר לפ"ז יוצא שאינו נקרא גנב על כל הבהמה,

וא"כ אכתי קשה דתיפוק לי' שאינו משלם דו"ה משום שלא נעשה גנב על כל הבהמה ולמה הוצרך רש"י לומר משום שהוא פטור מכפל ודו"ה אמר רחמנא ולא גו"ד אשר טעם זה שייך אפילו אם הוא נעשה באמת בגדר גנב, תיפוק לי' משום שאינו נעשה בכלל בגדר גנב.

והנה זה שכתבתי שאינו נעשה גנב על הבשר הנשאר הרי זה משום שנהי שבבהמת הדיוט הרי הוא נעשה גנב על כל הבהמה על ידי זה שטבח וכדברי הריטב"א ורעק"א הנ"ל, אבל מ"מ י"ל שהיינו רק בבהמת הדיוט משום שע"י הטביחה הרי הוא מוציא מרשות הבעלים, אבל לגבי הקדש הרי כבר כתב רש"י לעיל בדף ס"ו ע"ב בדו"ה דגזול וכו' דאמרינן שכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא וא"כ אפי' אם על מה שהלך לאיבוד אפשר לקרותו גנב אבל על מה שנשאר הרי לא שייך לקרותו גנב דהא לא שייך לומר שהוא מוציא מרשות הבעלים כיון שכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא (ועיינן עוד לעיל באות י"ח בענין אם שייך גניבה וגזילה נגד הקדש, ונקטנו כאן שלא שייך גניבה וגזילה נגד הקדש).

מיהו אכתי י"ל דחשיב גנב לפי מה שכתב הנתיחה"מ בסי' ל"ד סק"ה שהיכא שעשה שינוי הרי הוא נעשה גזול כיון שהוא מבטל בזה את ה"שלו" של הבעלים, הובא באריכות לעיל באות ז', וא"כ י"ל שזה מועיל גם נגד הקדש, ואע"פ שהארכנו שם לבאר שיתכן שדברי הנתיחה"מ אמורים רק לענין קרן ולא לענין להחשב גנב לענין תשלומי כפל, אבל היינו רק התם כי כשעשה את השינוי החפץ כבר לא הי'

ברשות הבעלים וא"כ נמצא שהוא הפקיר עכשיו רק את ה"שלו" אבל הכא אם מהני שינוי נגד הקדש הרי הוא מפקיע גם את ה"שלו" וגם את ה"ברשותו".

גם צ"ע, דלפי מה שכתבנו שיש כאן מעשה גניבה מהקדש א"כ תו לא קשה קושיית רבי יוחנן על ריש לקיש, והיינו משום שלעולם י"ל כמו ריש לקיש שיאוש קונה, ושבאמת גם מקודם שהקדיש הגנב, ג"כ הי' נפטר מדו"ה משום ששלו הוא טובח ומוכר, רק שקמ"ל שגם לאחר שהקדיש הרי הוא פטור ושאינו מתחייב דו"ה להקדש עבור הגניבה שעשה נגד הקדש, ונקט ציור זה כדי להשמיענו שהגנב והגזולן שהקדישו לאחר יאוש הקדישן הקדש, וכן כדי להשמיענו שהוא פטור מדו"ה נגד הקדש אע"פ שמיקרי שגנב מהקדש. ויש ליישב.

והנה עיין עוד בפ"י שהקשה למה מיקרי שיש כאן רק תשלומי ג' וד', הלא שפיר יש כאן הסכום של דו"ה בצירוף מה שהוא משלם כפל להבעלים. ופי' הפ"י בכוונת רש"י וז"ל, ונ"ל דרש"י עיקרא דמילתא נקט, דהא דחייב רחמנא בגנב דו"ה לא שייך בהקדש דעלמא כיון דלא מצינו בו כפל מדרשת רעהו, וא"כ עיקר דו"ה היינו בהדיוט דוקא ולא בהקדש, ומש"ה פטור נמי בנידון דידן כיון דסתמא דקרא לא איירי בהקדש כן נ"ל עכ"ל.

קו* אילימא לפני יאוש מי קדוש וכו'.

עי' באמרי משה בסי' ל"ב סקל"ה שהקשה על הסוברים שאחרי שינוי הגנב קונה למפרע דמה קשה הלא ע"י שהדר

שחט הרי הוא עושה שינוי וא"כ נמצא שהבהמה שייכת לו למפרע מעת שגנב וא"כ שפיר הוצרך התנא להשמיענו שאינו חייב דו"ה להקדש.

והנה עי' לקמן בדף ע"ו באות צ"א שנדון באם הגנב חייב דו"ה היכא שהטו"מ היתה באונס, ומדברי רב דימי בשם רבי יוחנן שם שהעמיד באופן שנשפך הדם מבואר שהוא שפיר חייב, מיהו רבין קאמר שם אוקימתא אחרינא, ויתכן שהיינו משום שדחיקא לי' מילתא להעמיד באופן שנשפך הדם וכמש"כ תוס' בסוף ע"א שם, אבל יתכן גם לומר שהיינו משום דס"ל שבאונס הרי הוא פטור ואינו חייב אלא היכא שהטו"מ הן בגדר מעשה איסור.

ומעתה לפי הצד שצריכים שהטביחה תהי' בגדר מעשה איסור יש ליישב את קושיית האמרי משה, והיינו משום שי"ל שנהי שבסוגיין הוי הקדש למפרע, אבל בכל זאת לא היינו חושבים שהוא חייב דו"ה להקדש, אלא פשיטא שאינו חייב דו"ה, והיינו משום שנהי שסוף השחיטה חשיב שינוי והוי הקדש למפרע, אבל בכל זאת בשעה ששחט את התחילת שחיטה לא הי' מבורר עוד שדהקדש קשחית (וכמו שמבואר בתוס' בדף ע"א ע"ב בד"ה איסורי שרק הסוף שחיטה חשיב שינוי ולא התחילת שחיטה), וא"כ י"ל שבכה"ג לא מיקרי בתחילת השחיטה שעשה מעשה איסור כלפי הקדש, והרי אנן בעינן שגם תחילת שחיטה תהי' באיסור ולא סגי בהסוף שחיטה וכמו שמוכח מדברי רש"י בדף ע"ב ע"א בד"ה כגון ששחט וכו' שצריכים התנאים של החיוב גם בתחילת השחיטה, ואע"פ שרש"י אזיל שישנה

במתנה על מנת להחזיר, ולא החזירו, דבכה"ג מצד מצוה הבאה בעבירה אכתי הוה אמרינן שהוא יוצא, משום שאע"פ שהוברר למפרע שלא היתה הסוכה שלו, אבל בכל זאת אין כאן עבירה, כי באותה שעה עוד לא עשה עבירה, ולא אמרינן שהוברר הדבר למפרע שעשה אז עבירה, אבל השתא דכתיבא לכם אינו יוצא ידי חובתו, כי הוברר למפרע שלא היתה שלו. ומזה יוצא שלא אמרינן שהוברר למפרע שעשה מעשה איסור (מיהו צ"ע על התירוץ הזה מהדין הנ"ל של ככרים).

מיהו אולי שאני התם, וכן בקידושין לאחר ל', דאולי לבסוף לא יבוא האיסור כי אולי יחזיר את הסוכה, וכן בקידושין אולי יגרש לפני ל', אבל הכא הרי גם לאחר תחילת שחיטה בודאי תמות הבהמה ותשתנה אפילו אם לא יגמור את השחיטה, וא"כ אולי הרי זה שפיר נחשב שהוא עושה מעשה איסור כלפי הקדש כיון שהדבר ברור שיהי' הקדש.

קז) מה ביתו שלו אף כל שלו.

לכאורה צ"ע למה לי קרא, וכי הי' ס"ד שכל אחד יכול להקדיש את ממונו של חברו. מיהו י"ל דבעינן את הדרשה רק בשביל גנב, משום דהוה ס"ד שמכיון שיש לו קנין מסוים של בעלות בתוך החפץ הגנוב, וכמו שהבאנו לעיל באות מ"ה, א"כ שפיר מיקרי מספיק בעלים כדי להקדישו, ולכן צריכים ללמוד מקרא שצריכים דומיא דביתו דהיינו בעלות גמורה.

מיהו לכאורה אכתי אינו מיושב, משום שממ"ג, אם הך בחינה של בעלות שיש לו

לשחיטה מתחילה ועד סוף, אבל כבר צידד הקו"ש באות י"א שכן הוא גם לפי ריש לקיש שסובר בחולין דף כ"ט ע"ב שאינה לשחיטה אלא לבסוף, וא"כ יוצא שפשיטא שאינו חייב דו"ה, כי בתחילת השחיטה אין עושה מעשה איסור כלפי הקדש, והרי אנן בדעת ר"ל קיימינן הכא דיתכן דס"ל שהיכא ששחט בלי שיהי' נחשב מעשה איסור וכגון באונס אינו חייב דו"ה, וא"כ ה"ה להיכא שעדיין לא הוברר למפרע שהוא של הקדש, ומש"ה לא רצו לעשות אוקימתא כזה בדעת ריש לקיש (ועי' בהאוקימתא בדף ע"ו שם שאמרו לפי ריש לקיש ובתוס' שם בד"ה ור"ל).

מיהו יש לפקפק במש"כ שכדי שיחשב מעשה איסור בעינן שיהי' מבורר בשעת המעשה, דיש לחקור באומר הרי את מקודשת מעכשיו ולאחר שלשים וזינתה בתוך שלשים האם לאחר שמגיע ל' הרי זה נחשב זנות למפרע והרי היא חייבת מיתה למ"ד שהתראת ספק שמה התראת או האם כיון שבשעת המעשה לא הי' מבורר ועוד לא חל אין זה נחשב מעשה איסור.

והנה באומר לא אוכל ככר זה אם אוכל ככר זה הרי הוא חייב אפילו אם הוא אוכל את של האיסור תחילה ורק אח"כ אכל את של התנאי, והיינו משום שלאחר שאכל את הככר של תנאי הוברר למפרע שיש כאן שבועה על הככר שאכל מקודם.

והנה בסוכה דף ט' הקשו תוס' למה צריכים בסוכה את הפסוק של לכם כדי להוציא את הגזול תיפוק לי' משום מצוה הבאה בעבירה, ויש מתרצים שצריכים את הפסוק להיכא שנתן את סוכתו לחבירו

לגזלן בתוך החפץ הרי הוא בגדר קנין על הזמן לאחר שיפטר מהשבה, וכמו שביאר הקו"ש באות י"ד, א"כ אכתי לא נראה שום סברא לומר שיוכל להקדישו כבר מעכשיו. וכן לפי הדעות שלאחר שנפטר מהשבה הרי הוא קונה בקנין גמור למפרע משעת הגזילה, א"כ גם לפ"ז אין מקום בשביל הדרשה הנ"ל דהא לפני שנפטר מהשבה הרי פשיטא שאין הקדשו מועיל לפי השיטה הזאת דהא אכתי אין לו בו כלום, ואילו לאחר שנפטר מהשבה הרי באמת צריך ההקדש לחול למפרע, וכן הקשה האמרי משה על שיטה זו מהגמ' כאן, דמאי פרכינן אי לפני יאוש מי קדוש, הא לאחר שטבח וקנה בשינוי הרי הוא שפיר קדוש למפרע (הבאתי דבריו בהאות הקודמת).

ועוד דאכתי לא יועיל הדרך הנ"ל ליישב את דברי תוס' בד"ה הוא וכו' דעיי"ש שסברו לומר שאדם יכול לחלל מעשר שני ופירות שביעית של חבירו, ובזה בודאי אין נראה שום סברא למה יוכל לעשות כן.

שו"ר בקובץ שיעורים בקידושין אות מ"ב שעמד על נקודה זו, דהיינו למה בעינן קרא למימר שאינו יכול להקדיש דבר שאינו שלו. ותירץ שנהי דפשיטא שאינו יכול להקדישו קדושת דמים, אבל אכתי הוה ס"ד למימר שהוא יכול להקדישו קדושת הגוף משום שבקדושת הגוף פעולת המקדיש אינה הקנאת ממון, אלא הרי הוא רק מייחדו לגבוה, וביאר שמש"ה סובר הריב"ש שהנגזל יכול להקדישו קדושת הגוף ואין בזה חסרון של אינו ברשותו, ומש"ה ס"ד שיכול לעשות כן גם על דבר

שאינו שלו (וצ"ע). ושוב הקשה על זה דא"כ מאי פריך רבי יוחנן מהדרשה של ביתו, הלא ממ"ג, אם איירי המשנה שהביא רבי יוחנן בקדושת דמים, הרי לא בעינן לזה קרא, אלא גם בלא קרא דביתו פשיטא שא"א להקדישו, וא"כ למה הוצרך רבי יוחנן להביא קרא דביתו, ואם איירי המשנה בקדושת הגוף, א"כ איך אפשר ללמוד דבר זה מקרא דביתו דאיירי בקדושת דמים לפי דברי הריב"ש.

ולפי דברי הקו"ש נשאר קשה על הריב"ש למה לי למידרש מביתו שא"א להקדיש את ממון חבירו בקדושת דמים הלא גם בלא קרא הרי זה פשוט). ועוד איך אפשר ללמוד מזה קדושת הגוף.

ועכ"פ בדעת הריב"ש צ"ל שהוא סובר שלענין מה שהנגזל אינו יכול להקדיש משום שאינו ברשותו שפיר יש לחלק ולומר שמכיון שהפסוק איירי בקדושת דמים א"כ רק קדושת דמים אינו יכול לעשות אבל קדושת הגוף הרי הוא שפיר יכול לעשות, אבל לענין מה שהגזלן אינו יכול להקדיש משום שאינו שלו ס"ל שאין חילוק אלא כמו שאינו יכול לפעול קדושת דמים הה"נ קדושת הגוף, אלא שהילפותא צ"ע כמו שהערנו.

ועי' בתוס' בקידושין דף נ"ב ע"א בד"ה והוא וכו' שכתבו ז"ל, וא"ת מאי אתא ר"י לאשמועינן, דאמרינן דאינו יכול (הגזלן) להקדיש, פשיטא, דהא אמרינן בכמה משניות וברייתות דגזל אינו נקנה אלא ביאוש וכו', וי"ל דמילתי דר"י קמ"ל דאין הנגזל יכול להקדישן לפי שאינו ברשותו אבל בגזלן ליכא שום חידוש עכ"ל.

קה) כגון שהקדישו בעלים ביד גנב.

הנה עיין לעיל בדף ס"ז ע"א דתניא שהגנב והגזלן שהקדישו הקדשן הקדש. וביארו בגמרא דהיינו משום שיש כאן שינוי השם. והקשה הרשב"א בגיטין דף נ"ה ע"ב דהא מקודם שחל ההקדש ליכא שום שינוי השם, וא"כ באיזה כח יכולים הם להקדישו בתחילה. ותי' שהקדשו וקנינו באין כאחד. ולפ"ז צ"ע, דגם כשהקדישו אותו הבעלים ביד הגנב וע"י הקדשן משתנה שמו, גם בכה"ג נימא שהוא צריך להיות קנוי להגנב ע"י הך שינוי השם משום שהקדשו של הבעלים וקנינו של הגנב באין כאחד, והרי אם נאמר כן הרי זה גופא יגרום שלא יחול ההקדש של הבעלים כלל, דהא איגלאי מילתא שלא הי' שלהם בשעת ההקדש, וחוזר חלילה, ויש לפלפל בזה.

קט) גזל ולא נתיאשו הבעלים.

עיין לקמן בדף ס"ט ע"ב דילפינן מקרא דביתו שאין הנגזל יכול להקדישו משום דמה ביתו ברשותו אף כל ברשותו. ובקצה"ח בסי' קי"ז ססק"ב הביא בשם הריב"ש בשם התוס' הרא"ש בדעת רש"י שהכוונה היא רק לקדושת דמים משום שבהכי איירי קרא דביתו, אבל קדושת הגוף שפיר חל גם על דבר שאינו ברשותו. והנה לכאורה צ"ב דהא מקרא דביתו הרי ילפינן שאינו יכול לפעול גם שאר מיני קנינים על דבר שאינו ברשותו, וכגון הפקר כמו שהוכיח הקצה"ח בסי' רי"א סק"ד מהסוגיא לקמן בדף ס"ט (ודלא כשיטת

הב"ח התמוהה שהביא שם [וכן הביא המחנ"א בהל' זכי' מהפקר בסי' ז' משו"ת מהרי"ט ח"א] שאדם יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו, עיי"ש בקצה"ח שדחה את דבריו, וכן אין אדם יכול להקנות לאדם אחר דבר שאינו ברשותו כמש"כ הקצה"ח בסי' קכ"ג סוף סק"א (ודלא כדברי הרשב"א התמוהים שהביא שם שסובר שאדם שפיר יכול להקנות דבר שאינו ברשותו), הרי להדיא דילפינן מהקדש גם שאר מיני קנינים, וא"כ לכאורה כן הי' צריך להיות גם בקדושת הגוף (וע"י בשט"מ בדף ק"ד ע"ב בד"ה וכתב הרמ"ה ז"ל בפרטיו וז"ל ושמעין וכו' שכתב וז"ל, דאין אדם מקנה לחבירו דבר שאינו ברשותו ק"ו מהקדש עכ"ל. ואולי כוונתו היא שאם בהקדש שאע"פ שמהני באמירה בעלמא בכל זאת אינו יכול לפעול על דבר שאינו ברשותו, כ"ש בהדיוט דצריך קנין ולא מהני אמירה).

וצ"ל דשאני הפקר והקנאה משום שהם דומים לקדושת דמים בזה שעיקר פעולתם והקנאתם הוא על הממונות של החפץ, ובזה הרי הם דומים לקדושת דמים, משום שגם בקדושת דמים י"ל שעיקר פעולת המקדיש היא במה שהוא מקנה את הממונות להקדש, והאיסורים והקדושה חלים מאליהם כתוצאה מזה שהוא נעשה ממון הקדש, משא"כ בקדושת הגוף י"ל שפעולת המקדיש היא בזה שהוא מייחדו לגבוה, ואינו פועל על הממונות, אלא קנין הממונות של הקדש בא אח"כ בדרך ממילא כתוצאה מהקדושה. שו"ר בקובץ שיעורים על קידושין באות מ"ב שביאר כהנ"ל את שיטת הריב"ש.

והנה הקצה"ח בסי' קי"ז שם המשיך להקשות שלפי הריב"ש למה הוצרך ר"ל בסוגיין לומר שהמשנה של גנב והקדיש אתי כצנועין שסוברים ששפיר אפשר להקדיש דבר שאינו ברשותו ודלא כרבי יוחנן, דהא אפשר לאוקמה בקדושת הגוף. ותי' הקצה"ח דהא ר"ל בעצמו לקמן בדף ע"ו מוקי לה להך מתניתין באופן שהקדיש בעלי מומין למזבח אשר בכה"ג הרי הוא רק בגדר קדושת דמים עכת"ד*).

והנה לפי דברי הקצה"ח יוצא לנו דרך איך ליישב את דברי הפ"י התמוהים על תוס' בתחילת ד"ה הוא דאמר וכו', דעיין בתוס' שם שהקשו שמצנועין מוכח שיאוש אינו קונה ודלא כריש לקיש שסובר שיאוש שפיר קונה. והקשה הפ"י דאולי בפרט זה לא ס"ל לר"ל כצנועין. ותי' הפ"י דמכיון שמצינו תנא שסובר שיאוש אינו קונה א"כ לא הוה לי' לר"ל לחלוק מדעת עצמו. ושוב הקשה הפ"י דא"כ ה"ה שקשה קושיית תוס' גם על שאר האמוראים שסוברים שיאוש קונה, ולמה הקשו רק על ר"ל. ותי' הפ"י שהם יכולים ללמוד פשט אחר בצנועין והיינו שבאמת כבר קנו הלוקטים על ידי יאוש, רק שהצנועין רצו לחלל בכח הדין של זכין לאדם שלא בפניו עכת"ד. מיהו לכאורה דברי הפ"י תמוהין, דהא לפ"ז יוצא שאין אנו רואים מצנועין שאדם יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו

וא"כ איך יתרצו האמוראים ההם את המשנה של גנב והקדיש, דהא גם הם מוכרחים ללמוד כמו ריש לקיש דאיירי באופן שהקדישו בעלים ביד גנב, וא"כ קשה איך יכולים להקדיש דבר שאינו ברשותו, והרי מהגמ' משמע שבלא צנועין א"א לחלוק על מה שדורש רבי יוחנן דמה ביתו ברשותו, והטעם הוא לכאורה משום שרבי יוחנן דורש כן על פי סתם משנה כמו שמבואר בדף ס"ט.

מיהו לפי דברי הריב"ש לק"מ משום שבאמת לפי האמוראים ההם אין אנו צריכים בכלל לדברי צנועין אלא י"ל שהם יישבו את המשנה של גנב והקדיש שלכו"ע היו הבעלים יכולים להקדיש משום דאיירי בקדושת הגוף ולא בקדושת דמים.

מיהו גם בלא"ה יש ליישב כי אפילו אם לא חזינן מצנועין שאפשר לחלל כשאינו ברשותו, אבל אכתי חזינן מרבי דוסא שאפשר להפקיר דבר שאינו ברשותו, כי ברבי דוסא אי אפשר ללמוד שכבר זכו ועשו מדין זכי' שהרי הפקירו ולא חיללו, וא"כ בע"כ קא אזיל רבי דוסא שלא קנו עוד וכמש"כ תוס' שם שהבעלים לא נתיאשו ולכן יכול הבעה"ב להפקיר ואע"פ שאינו ברשותו, וכן יסברו שרבי דוסא דינא קאמר ולא תקנתא.

גם יש ליישב דהנה לקמן באות קי"ז נביא דעות שלאחר שמסקינן להלן כאן

ועיין בלשון הגמ' בדף ע"ז דיוצא שר"ל מוקי "מתניתין" בבעלי מומין.

ושוב העירוני שבאמת בגיטין דף ג"ה ע"ב מבואר להדיא שהרישא איירי בקדושת הגוף שהרי תני עלה שאם שחטו בחוץ חייב כרת. וע"ע בתוס' בדף ע"ו בריש ע"ב.

* מיהו יש לעיין דלא מצינו שם אלא דמוקי ר"ל כן את דברי ר"ש, אבל אכתי י"ל שהת"ק איירי בקדושת הגוף ולכן יכולים הבעלים להקדישו, וכמו שלפי רבי יוחנן שם איירי ר"ש באופן שגנב קדשים ואילו ת"ק איירי בציוור אחר דהיינו כשהקדיש הגנב וכדאמרינן בסוגיין.

שאיירי באמרו לו חייב אתה ליתן לו, תו לא צריכים להעמיד כצנועין, אלא הרי זה נחשב באמת ברשות הנגזל, וא"כ ניחא לכו"ע למה יכולים הבעלים להקדיש ביד הגנב, ולכן הקשו תוס' רק על "אמרי הוא דאמר כצנועין".

קט* עור בענין דברי הריב"ש הנ"ל.

הנה יש להביא סמוכין מדברי הרמב"ם לשיטת דברי הריב"ש הנ"ל בשם התוס' הרא"ש בדעת רש"י (לפי ביאורו של הקו"ש בדבריו) שכשמקדישים לבדק הבית פועלים על הממונות משא"כ כשמקדישים למזבח פועלים קדושה, דהנה עי' בר"ן בריש נדרים שכתב ש"נדר" כולל בתוכו שני דברים, חדא נדרי איסור כגון כזר זה עלי קונם, ועוד נדרי הקדש כגון המקדיש לבדק הבית או למזבח. ויש לפרש דקרי ל' הר"ן בשם נדר כי כשהוא מועל בהקדש הרי הוא עובר גם על לא יחל דברו וכדאייתא בנדה דף מ"ו ע"ב וכן הביא הר"ן בדף ט"ו שם. וע"ע ברמב"ם בריש הל' נדרים שכתב ג"כ שנדר כולל גם נדרי הקדש וכתב כגון הרי עלי קרבן, ושוב המשיך לכתוב אודות הרי זה, ולא ברירא מילתא אם כוונתו שם היא לקרות גם להציור של הרי זה קרבן בשם נדר או לא, אבל עכ"פ זה ברור שלא כתב שם על הרי זה לבדק הבית דמיקרי נדר אלא כתב כן רק על הרי זה קרבן (וגם זה אינו ברור וכהנ"ל), וצ"ע דהנה הרמב"ם לא הביא להלכה שיש בל יחל על הקדש, וא"כ צ"ע איך אפשר לקרות הרי זה בשם נדר (את"ל שכוונתו היא גם להרי זה).

ונראה לומר שכוונת הרמב"ם והר"ן היא לומר שנדר מיקרי כל היכא שעל ידי דיבורו הרי הוא מיחל איסור או קדושה ולכן גם הקדש מיקרי נדר כי גם כשהוא מקדיש הרי הוא מיחל איסורים וקדושה, וס"ל להר"ן שגם בבדק הבית הרי זה כך כי המקדיש עושה את האיסורים והקדושה ע"י דיבורו ואין זה מצד התורה ודלא כהקו"ש בדעת הריב"ש, אבל הרמב"ם סובר שרק בקדשי מזבח הרי זה כך אבל לא בבדק הבית, אלא בבדק הבית ס"ל שהוא עושה את הממונות וכהריב"ש, ומש"ה קרי הרמב"ם רק לקדשי מזבח בשם נדר ולא קדשי בדק הבית.

וע"ע ברמב"ם ברפ"ב מהל' גניבה שכתב שהגונב מהקדש פטור מכפל ומשלם קרן, ולהלן שם גבי גונב קרבנות לא הזכיר שהוא חייב קרן. ונראה שהיינו משום שכוונתו במה שכתב שהוא משלם קרן היא להקרן של מעילה, והזכיר קרן זו בהל' גניבה (ולא הזכיר גם את החומש והאשם וכמו שהקשה הראב"ד) כי ס"ל כתוס' בכתובות דף ל' ע"ב שיסוד החיוב הוא משום גונב מהקדש, אלא שרק בנוגע למעילה בבדק הבית ס"ל כן אבל בקדשי מזבח ס"ל שהמעילה היא משום שחילל את הקדושה ואינו משום שגנב, ומש"ה לא הזכיר קרן זה בהל' גניבה, והא דס"ל לחלק כן הרי זה כי ס"ל שכמו שבתחילת ההקדש של בדק הבית הרי הוא פועל על הממונות, גם כשהוא מועל הרי הוא פועל על הממונות ומוציאו לחולין, אבל בקדשי מזבח כמו שבתחילת ההקדש הרי הוא פועל על הקדושה ולא על הממונות ה"ה שכשהוא מועל הרי הוא פוגם את

הקדושה, ועל דבר זה הוא מועל.

מיהו עי' במ"מ שם שפי' שכוונת הרמב"ם במה שכתב שהגונב מהקדש משלם קרן היא להקרן של גניבה ולא להקרן של מעילה (כי רעהו ממעט רק מכפל), והיינו משום שהרמב"ם סובר בהל' מעילה שעל הוצאה מרשות הקדש בלי הנאה ליכא מעילה.

ברם עי' באור שמח בהל' גניבה שם, ובספר אמרי משה בסי' מ', שיש צד לומר שהרמב"ם סובר שהוא פטור גם מהקרן של גניבה וכוונת הרמב"ם במה שכתב שהוא משלם קרן הרי היא להקרן של מעילה אבל מהקרן של גניבה הרי הוא פטור, ולכן להלן בהל' גניבה פוסק הרמב"ם שהגונב מהקדש אינו נמכר בגניבתו, והא דפסק שם שהוא משלם כשיעשיר הרי זה משום מזיק או נהנה או משום הפסוק של ישלם דכתיב גבי הקדש, אבל אינו נמכר אלא משום גניבתו, ולא משום הזיקו או הנאתו או תשלומי הקדש. ולפי המ"מ צ"ל שהוא משלם כשמעשיר משום גניבה והא דאינו נמכר הרי זה כדברי האור החיים על התורה שכתב שאינו נמכר אלא על סוג גניבה שמשלמים כפל.

והנה עי' בהגר"ח על הל' מעילה שנקט כדברי תוס' הנ"ל בכתובות גם בנוגע לקדשי מזבח, דגם שם הרי זה משום שגזל מהקדש, וכתב שמכיון דהוי משום גזל השיעור הוא שוה פרוטה, וכן איתא בשערי יושר והוכיח כן מכריתות דף כ"ב ע"ב דאיתא שם שספק מעילה הוא לקולא כמו בדיני ממונות ואפילו במעילה של קדשי

מזבח, אבל הנתיחה"מ בסי' כ"ח סק"ב כתב שהמעילה של קדשי מזבח היא משום חילול קדושה והרי הוא מועל גם על כל שהוא ודלא כבדק הבית שהמעשה היא משום גזל ובעינן שוה פרוטה.

וע"ע בענין זה לעיל באות י"ח.

קי) הוא דאמר כצנועין.

הרי מבואר שטעמייהו דצנועין הוא משום שהם סוברים שאדם יכול להקדיש ולחלל דבר שהוא שלו אע"פ שאינו עכשיו ברשותו. והנה עיין בבית שמואל באבן העזר סי' כ"ח סקט"ז שפסק (וכן יוצא מדברי תוס' בב"מ דף ו' ע"א כמש"כ האבני מילואים שם), שהיכא שהגזלן מתרצה לזה שהנגזל מקדישו, אז גם לפי רבי יוחנן שפוסק דלא כצנועין חל ההקדש, והיינו משום שבהרגע של ההקדש הרי הוא נחשב פקדון וברשותו של הנגזל מאחר שהגזלן מסכים לעשיית ההקדש (כן הביא הקצה"ח בסי' רי"א, אבל עי' בקו"ש על פרק מרובה באות ט'). מיהו לפ"ז יש לעיין דאולי לעולם מודים צנועים שא"א להקדיש דבר שאינו ברשותו, רק שהם סוברים שלענין חילול יש אנן סהדי שבודאי היו הגזלנים מסכימים להחילול אילו היו יודעים, ולכן הרי זה כפקדון.

מיהו נראה דלא קשה מידי, והיינו משום שלא סגי באנן סהדי לחוד לעשותו כפקדון. וגדולה מזו כתב הקצה"ח בסי' שנ"ד סק"ד, והיינו שאפילו היכא שבא לידו בטעות, ואילו הי' יודע, בודאי הי' מסכים להחזירו, בכל זאת הרי החפץ יוצא

קניני גזילה ואינו מתחייב באונסין וכהכרעת

(* ואפילו אם נאמר שגזלן בשוגג אינו קונה שום

מרשות הבעלים, ואינם יכולים להקדישו*) אע"פ שיש אנן סהדי שהמחזיק בו הי' מסכים להחזירו אילו הי' יודע, וא"כ כ"ש להיכא שבא לידו בתורת גזילה בכוונה, וכבר יצא מרשות הבעלים, רק שיש אנן סהדי שהי' מתרצה עכשיו להחזירו, דכ"ש שבכה"ג אינו חוזר להיות נחשב ברשותו של הבעלים על ידי אנן סהדי לחוד. ועיי"ש בקצה"ח שהביא שהתוס' רי"ד* כתב דשפיר מיקרי ברשותו היכא שבא ליד הגזלן בטעות (וכ"כ השאגת ארי' בסוף סי' צ"ג, אלא שצ"ע מה שציין השאגת ארי' שם לדברי הר"מ בתוס' בקידושין, דהא התם לא נזכר מזה). מיהו גם התוס' רי"ד לא אמר אלא באופן שלקח בתחילה בטעות, דס"ל שבכה"ג מעולם אינו יוצא מרשות הבעלים כיון שלא היתה כוונתו לגזול, אבל אכתי יתכן שגם התוס' רי"ד מודה שהיכא שכבר יצא מרשות הבעלים ע"י גזילה בכוונה, שוב אינו חוזר לרשותו משום העובדא שיש אנן סהדי.

שו"ר שכוונת האבני מילואים בריש סקי"ג שם היא להקשות את הקושיא הנ"ל, דעיי"ש שהביא את דברי הר"מ שלא שייך לומר שהטעם של צנועין הי' משום שזכין להלוקט שלא בפניו, דהא הלוקטים בעצמם לא היו יכולים לחלל משום שאינו שלהם ולכן גם אחרים אינם יכולים לזכות בשבילם, והוכיח האבני מילואים מדברי הר"מ שהחילול נחשב זכות בשביל הלוקטים ושבודאי הוה ניחא להו, והמעייין

הקצה"ח בסי' כ"ה סק"א ושם"א סק"ב וג', אבל בכל זאת אכתי לא מיקרי ברשות הנגזל כיון שהגזלן מחזיקו בשביל עצמו. ועייין במש"כ הקו"ש כאן באות ט' וי' בנוגע להגדר של "אינו ברשותו".

שם יראה שכוונתו היא להקשות שלפ"ז הרי זה כאילו יש כאן גם הסכמת הגזלן ולמה אינו מועיל מכח דינו של הבית שמואל דחשיב כפקדון.

ועיי"ש באבני מילואים שתי' שיש חילוק בין הקדש לחילול ושלענין חילול לא שייך לומר שנעשה בכה"ג כפקדון, והיינו משום שנהי שהגזלן מסכים להחילול אבל הרי עדיין הוא רוצה להחזיקו לעצמו, ולא שייך לומר שנעשה כפקדון אלא היכא שהבעלים הקדישו אותו, משום שבכה"ג אם יש הסכמת הגזלן הרי פירושו הוא שהוא מוכן לעשות בהחפץ את רצון הנגזל, דהיינו שהוא מוכן להוציאו מתחת ידו ולתתו להקדש, אבל בחילול הרי הוא רוצה להחזיקו לעצמו ואינו מוכן לעשות בו את רצון הנגזל.

קיא) הוא דאמר כצנועין.

הא דלא חשיב לגמרי של הלוקטים משום דקניניהו בשינוי מעשה הרי זה משום שקציצה מן המחובר לא מיקרי שינוי כמו שמבואר בדר' צ"ו ע"א דהאי מאן דגזל דיקלא מחברי' אע"ג דשדא מארעא לארעא דידי' לא קנה מ"ט מעיקרא דיקלא מיקרי והשתא נמי דיקלא מיקרי. ועייין בתוס' שם וכן בדבריהם בדר' צ"ג ע"ב בד"ה עציים.

קיא*) הוא דאמר כצנועין.

פי' דלפי רבי יוחנן הדין נותן שגם

*) עייין בריטב"א בקידושין בריש דף נ"ו שכתב כדברים אלו, אבל בתוס' רי"ד לא מצאתי שכתב כן. ובחת"ס בחלק חו"מ סי' קס"ט הובאו דברים אלו בשם הריטב"א.

חילול של רבעי אין הנגזל יכול לפעול כשאינו ברשותו. מיהו יש לעיין בזה לפי הריב"ש שהביא הקצה"ח בסי' קי"ז סק"ב שנגזל יכול להקדיש קדושת הגוף אע"פ שאינו ברשותו, וביאר הקו"ש בקידושין אות מ"ב שהיינו משום שהוא רק מייחדו לגבוה ואינו פועל על הממונות, והרי לכאורה גם בחילול רבעי הרי הוא פועל רק הורדת קדושה ואין הוא פועל את הממונות להוציאו מממון גבוה, וא"כ מאי איכפת לן אם אינו ברשותו. וע"ע בירושלמי במס' ביכורים בפרק א' ה"ב שרבי יוחנן סובר שנגזל אינו יכול לתרום. ולכאורה גם מזה צ"ע על הריב"ש, דהא לכאורה גם בהפרשת תרומה הפעולה שלו היא רק להחיל קדושה ולא לעשותו ממון כהנים אלא התורה היא שמקנה אותו להשבט. וכי נאמר שלפי הריב"ש עיקר פעולתו במקומות הנ"ל היא על הבעלות והממונות.

ועי' בספר אבי עזרי בפרק כ"ב מהל' מכירה שכתב שהטעם למה פוסק הרמב"ם כצנועין אע"פ שהוא פוסק כרבי יוחנן הרי הוא באמת משום הנ"ל דס"ל להלכה כהריב"ש ומש"ה תרומה וחילול שפיר דמי, וסוגיא דידן דנקטה שגם קדושת הגוף אין הבעלים יכולים להקדיש הרי זה כי אזיל הסוגיא בשיטת רבי יוחנן עצמו שגם קדושת הגוף אין הבעלים יכולים להקדיש וכמו שאמר לענין תרומה אבל רב אשי חולק על זה כמו שהביא שם, והרמב"ם פוסק שקדושת הגוף הבעלים שפיר יכולים להקדיש וכמו שסובר הריב"ש.

מיהו יש ליישב גם לפי הריב"ש ואפילו אם נאמר שבמקומות הנ"ל הרי הוא פועל

על הקדושה, דעי' בקידושין דף י"ג דמבואר שאם גזל מן האשה וקידשה עם הגזל הרי היא מקודשת אם שדיך קודם, ופירש הר"ן משום שהיא מקנה לו את הגזילה, וכעין זה כתב רש"י בדף נ"ב שם, והקשו הפוסקים איך היא יכולה להקנות הלא אינו ברשותה, ותירצו שבהסכמת הגזלן יכול הנגזל להקדיש ולהקנות, אבל הקו"ש כתב לתרץ שהחסרון של אינו ברשותו אינו בזה שאינו ברשותו של המקנה אלא בזה שלא יהי' ברשותו של הקונה והרי התם שפיר יהי' ברשותו של האיש, ודחה הקו"ש שמהקדש חזינן לא כך, שהרי כשהוא מקדיש דבר שאינו ברשותו אין שום חסרון מצד הקונה שהרי כל היכא דאית' בי גזא דרחמנא אית', ובכל זאת חזינן שאינו יכול להקדיש, וא"כ חזינן שהחסרון הוא מצד שאינו ברשות המקנה.

ומעתה עדיין יש מקום לומר שאע"פ שהא ודאי שיש חסרון מצד זה שאינו ברשות המקנה אבל ה"ה שיש ג"כ חסרון מצד שלא יהי' ברשות הקונה. ולפ"ז י"ל ביישוב דעת הריב"ש דהנה בקדושת הגוף הרי הוא יכול להקדיש משום שאין שם חסרון מצד המקנה כיון שהוא פועל רק קדושה, וה"ה שאין חסרון מצד הקונה משום שכל היכא דאית' בי גזא דרחמנא אית', אבל בתרומה וחילול מעשר שני יש חסרון מצד הקונה, והיינו משום שאפילו אם נאמר שבתרומה הרי הוא פועל רק על הקדושה אבל לפי הסוברים שתרומה הוא ממון כהנים הרי כתוצאה מזה התורה מקנה את התרומה להכהנים, ויש להוסיף עוד שבלי האפשרות הזאת שיהי' באמת

ק"ב) תוס' ד"ה הוא דאמר כצנועין.

עיינן בסוף אות ק"ט.

ק"ג) בא"ד.

וז"ל, דלא דמי, דהקדש מאחר שהוקדש יצא מרשות בעלים, וכמו שבעלים יכולים לפדותו כמו כן אחר, אבל כרם רבעי (אע"ג דממון גבוה הוא, מ"מ) הבעלים זכאים לאוכלה בירושלים עכ"ל. הנה בפשיטות נראה שכוונתם היא לומר שמכיון שהוא זכאי לאוכלה בירושלים א"כ משום כך הרי הוא נחשב הבעלים של הכרם רבעי, וכן נקט הגר"ח בפ"ד מהל' זכ"י ומתנה שהוא מדין בעלים, דעיי"ש שביאר שכרם רבעי של הפקר כל אחד יכול לחללו, אבל כרם רבעי שיש לו בעלים רק הבעלים יכולים לחללו, ולא כשהיא ברשות הגזלן לפי מאי דקי"ל כרבי יוחנן שהנגזל אינו יכול להקדיש, והיינו כהנ"ל דאע"פ שרבעי הוא ממון גבוה אבל מ"מ מה שהוא רשאי לאוכלה בירושלים משווהו בעלים ומש"ה אין אחרים יכולים לחללו "ואז הוא דנוהג גם דין אינו ברשותו, ומשום דכל דתלוי בבעלים בעינן דומיא דביתו שיהא שלו וברשותו, משא"כ ברבעי של הפקר דאין בעלים כלל בחילולו, ממילא דלא שייך שם ענין אינו ברשותו כלל".

מיהו העונג יו"ט בסי' צ"ג ביאר בדברי תוס' כאן שברבעי לא נאמר בכלל שום דין של בעלות, ואפילו כשהבעלים מחללים אינו משום דחשיב באמת בעלים, אלא לעולם מכיון דממון גבוה הוא לא שייך בו

של הכהנים ע"י התורה, שהוא השלימות של הדין של תרומה, אינו יכול לתרום ולעשות את הקדושה, והרי כאן הגזילה לא יוכל להיות שייך להכהנים כי לא יהי' ברשותם כי הוא ברשות הגזלן, ומש"ה יוצא שאין הנגזל יכול לתרום, וכן הוא ברבעי, דאפילו אם ע"י החילול הצנועין פועלים רק על הקדושה, אבל הרי בכל חילול התורה עושהו ממון הדיוט ומקנה להמחלל את הבעלות, והכא הרי לא יהיה עכשיו ברשות הצנועין, ומש"ה א"א שיקנו ויהיו בעלים, ובכה"ג שצורת הדין לא תושלם ותיגמר, גם אינו יכול להתחיל, ומש"ה אינם יכולים לחלל.

והנה הרשב"א בדף ע' ע"א סובר שאפשר למכור דבר שאינו ברשותו, ותמה הקצה"ח מ"ש מהפקר והקדש, ושמעתי מפרשים דס"ל להרשב"א שבמכר כל הקנין הוא מצד הקונה ואין המקנה פועל כלום (עי' באבן האזל בפ"ב מהל' שכנים ה"י שתלה דבר זה בהמחלוקת הקצה"ח והנתי"מ שהביא שם), ומש"ה לא איכפת לן אם אינו ברשותו. מיהו לפי הנ"ל יש גם חסרון מצד שלא יהי' ברשות הקונה, וזה צריך להחשב חסרון גם במכר.

ועכ"פ יש להעיר על הדרך הנ"ל שכתבתי, כי כל הדרך בנוי על ההנחה שגם כדי שיחול חלק הממונות שהתורה עושה צריכים את המעלה של ברשותו של הקונה (ולכן גם הריב"ש מודה שחילול ותרומה צריכים ברשותו של הקונה). ולכאורה יש להוכיח מירושא שלדבר זה אין צריכים ברשותו של הקונה שהרי חזינן שאפשר להוריש דבר שאינו ברשותו, והיינו לכאורה משום שירושא באה מצד התורה.

מה איכפת לן שהוקלש כחו ע"י קניית הגזלן עכ"ל.

קיד) בא"ד.

וז"ל, וא"ת אכתי הרי הוא יכול לחלל מעשר שני של חבירו דאמרינן בפרק האיש מקדש אין לוקחים בהמה תמאה עבדים וקרקעות ממעות מעשר שני ואם לקח יאכל כנגדן בירושלים, ופריך אמאי, יחזרו דמים למקומם, ומשני כשברח, אלמא מחללים מעות שביד המוכר, וי"ל דהתם הוי כמו גזלן, דאי לא ברח הוי המקח חוזר, והוי כמו גזל ולא נתייאשו הבעלים, וכצנועין דהכא עכ"ל. ובקידושין דף נ"ו ע"א תירצו בשם הר"מ בדרך אחרת, והיינו שלעולם הדמים שייכים באמת להמוכר ומש"ה לכו"ע יכול הלוקח לחללם משום שזכין לאדם שלא בפניו, ושפיר שייך בכה"ג הדין של זכין מאחר שגם המוכר עצמו הי' יכול לחללם וכהנ"ל שהם שייכים באמת להמוכר, וביאר החזו"א על ב"ק בסי' י"ח סק"ו שתוס' בשני המקומות סוברים דאירי באופן שעשו את המקח במזיד, דהיינו שידעו שאסור לקנות דברים אלו במעות מעשר שני, ומכיון שכן אין כאן משום מקח טעות, ולכן סובר הר"מ בקידושין שם שהמוכר קנה את המעות בקנין גמור, אבל תוס' הכא סוברים שמשום קנס הפקיעו חכמים את המעות ממנו ונתנו אותם להלוקח (וכן תחזירו את העבד להמוכר) ומש"ה הוצרכו לתרץ שהלוקח יכול לחלל רק מכח צנועין (והיכא שלא ברח המוכר גם תוס' בקידושין מודים שהפקיעו חכמים את המעות מהמוכר וכדאמרינן שיחזרו המעות למקומם).

שום בעלות, והרי זה כמו בדק הבית, והא דאין אחר יכול לחלל בע"כ של הבעלים הרי זה משום שהתורה נתנה להראשון את הזכות לאוכלו בירושלים וזה גורם שאין אחר יכול לחללו ולבטל את זכותו, וזהו המכוון במה שאנו קורין אותו בעלים, ועל זה המשיך העונג יו"ט להקשות דלפ"ז למה אין הנגזל יכול לחלל פירות גזולים כשהן ברשות הגזלן, דלמה גרע מפירות הפקר, ותי' וז"ל, משום דנכנסו קצת לרשות הגזלן להתחייב באונסין, וזה שנכנסו קצת לרשותן לענין אונסין מעכב את הנגזל מלחלל, דמשוי גזלן כמו בעלים, דהא בידו להעלותן לירושלים, וגרע מבדק הבית, דבבדק הבית יד כל אדם שוה בו, אבל מעשר שני זה שביד הגזלן, קני לי' גזלן קצת להתחייב באונסין, וזה מכניס הגזילה קצת לרשותו, וכמו שנתפס כוחן של בעלים במעשר שני לבטל כח הפדיון והחילול מאחרים ע"י מה שיכולים להעלותו לירושלים, ה"נ נתפס כח קנין של חיוב אונסין של הגזלן לבטל כח הבעלים מלחללן כמו בכל גזילות חולין דאלים כח הגזלן על ידי קנינו להתחייב באונסין כדילפינן מקרא דמה ביתו ברשותו. וכל זה אם נימא דקנין האונסין של הגזלן מבטל כח הנגזל, בזה אמרינן שפיר דגם במעשר שני מבטל כח הבעלים משום דגם הגזלן הוי כמו בעלים, אבל אי הוי אמרינן דעיקר הא דאין הנגזל יכול להקדישו הוא משום דהוקלש כוחו לחוד הוא, א"כ בחילול מע"ש הא ליכא למימר הכי, דהא מה שהוקלש כח הנגזל לא מגרע כחו מלחלל, דלענין חילול לא בעינן בעלים, דהא יכולים לחלל בדק הבית של חבירו, וה"נ

להמוכר, רק שמעתה יש עליו חוב לשלם להלוקח, אבל תוס' בסוגיין סוברים שהמעות שייכים עוד להלוקח משום שהם סוברים שבכל מקח טעות והמעות אינם נעשים של המוכר וגם ס"ל לתוס' כאן כסברת הקצה"ח הנ"ל שאע"פ שהמוכר מחזיקם בשוגג אין המעות נחשבים כפקדון אלא חשיבי באמת שאינם ברשות הלוקח, ולכן שפיר הוצרכו להדין של צנועין. ועיין בתוס' לעיל כאן בדף מ"ו ע"ב בד"ה ה"ג וכו' דס"ל לר"ת שבמקח טעות המעות שייכים באמת להמוכר ומבואר שם שזה תלוי בב' הגירסאות בגמ' שם.

קטו) בא"ד.

וז"ל, וי"ל דאפקינהו וכו' עכ"ל. והנה החזו"א בס' י"ח סק"ו הקשה שבכל זאת הרי במציאות אינו ברשות המחלל. וי"ל שהברייתא ס"ל כצנועין, וכן נראה כוונת הרש"ש כאן (והוסיף הרש"ש שא"א להקשות מזה על רבי יוחנן משום שלא אמר רבי יוחנן שההלכה היא כסתם ברייתא). מיהו צ"ע בכוונת הרש"ש שכתב שלא מסתבר שהפקיעו את רשותו, דמשמע שאילו היו רוצים היו יכולים להפקיע את רשותו, והרי לכאורה נראה שאינם יכולים בכלל לעשות דבר כזה, משום שרשות הוא דבר התלוי במציאות. איברא, תוס' בדף ס"ט ע"ב בד"ה ה"א כתבו באמת הפקעת חכמים גם על רשות (וכמו שציין הרש"ש שם) וכהנחת הרש"ש ששפיר שייך דבר

מיהו עיין בקצה"ח בס' שנ"ד סק"ד שהביא מהתוס' רי"ד תירוץ שלישי על קושיית תוס', והיינו דאיירי בשהיו שוגגים, ולכן הוי באמת מקח טעות והמעות שייכים עוד להלוקח, ולא עוד אלא דמיקרי גם שהמעות הן עוד ברשות הלוקח משום שהמוכר הוי כמו שומר, דהא אנן סהדי שאילו הוי יודע את הדין, בודאי הוי מחזירם, ולכן לכו"ע הרי הלוקח יכול לחללם ולא רק לפי צנועין, והקצה"ח שם השיג עליו מהסוגיא לקמן בסמוך דאמרינן שצנועין ורבי דוסא אמרו דבר אחר ומבואר שאע"פ שהעניינים לא נתכוונו לגזול אלא טעו לומר שהוא שלהם מ"מ מיקרי דבר שאינו ברשות הבעלים, ורק לפי צנועין מהני ההפקר של הבעלים*) (ודע שאפילו אם נאמר שגזולן בשוגג אינו קונה קניני גזילה ואינו מתחייב באונסין, עיין בזה בקצה"ח בס' כ"ה סק"א ושם"א סק"ב וג', אבל בכל זאת אתי שפיר דברי הקצה"ח הנ"ל, והיינו משום שי"ל שבכל זאת לא מיקרי ברשותו של הנגזל כיון שהגזולן מחזיקו בשביל עצמו. ועיין במש"כ הקו"ש כאן באות ט' ויו"ד בנוגע להגדר של "אינו ברשותו").

ועכ"פ הא מיהא חזינן שהתוס' רי"ד הבין דאיירי בשוגג. ובאמת כן י"ל גם בדעת תוס' ודלא כהחזו"א, והא דכתב הר"מ בקידושין שהמעות שייכים לגמרי להמוכר י"ל דהיינו משום שהוא סובר שבכל מקח טעות המעות שייכים באמת

שבתוס' רי"ד לא מצאתי מה שהביא הקצה"ח משמו, אלא בחידושי הריטב"א שם בריש דף נ"ו, והחת"ס הביא דבר זה בשם הריטב"א.

*) ועיין בשאגת ארי' בסוף סי' צ"ג שכתב כדברי התוס' רי"ד. והחת"ס בחלק חו"מ סי' קס"ט יישב את קושיות הקצה"ח על שיטה זו עיי"ש. ודע

כזה, ובאמת דבריהם קשים מאד, וכן הקשה החזו"א שם, ועיין בזה בקו"ש באות י' וכן לעיל באות ט' וכן בקובץ ביאורים על ב"ק באות נ"ו בשם הגר"ש שקופ זצ"ל.

קטז) בא"ד (בענין אם הנגזל יכול להקדיש ביחד עם הגזלן, וכן בענין להקדישו עם הסכמת הגזלן, וכן בענין להקנותו להגזלן).

עיינ בסוף דבריהם שהקשו למה לא יועיל החילול שעשו הצנועין מדין זכין לאדם שלא בפניו. ובשט"מ בד"ה הוא וכו' הבין שכוונתם היא להקשות דנהי שהצנועין הם הבעלים, והנטע רבעי אינו ברשותם אלא ברשות הגזלן, אבל מ"מ למה אין החילול מועיל מדין זכין, ולכן כתב השט"מ שתוס' בקידושין דף נ"ו ע"א בשם הר"מ תירצו קושיא זו, דעיי"ש שהביאו בשם הר"מ שלא שייך לומר זכין לאדם שלא בפניו כשהנזכה עצמו לא הוי מצי עביד כן, והכא הרי הגזלנים עצמם לא היו יכולים לחלל, דהא לא הי' שלהם ולכן לא שייך בכה"ג דין זכין.

מיהו עיין במהרש"א כאן שהבין את קושייתם בדרך אחרת וז"ל, פי' אפילו הוו צנועין מחללין אחר יאוש וס"ל דיאוש גרידא קני דהוי של חבירו, מ"מ יכול לחלל דזכין לאדם וכו' עכ"ל. הרי שכתב שכוונת קושייתם היא שנגיד זכין לאדם וכו' לאחר שכבר זכה בו הגזלן בקנין גמור. ובאמת בצירוף זה גם הר"מ בקידושין מודה שמועיל זכין משום שבכה"ג שפיר

הוי בגדר מילתא דאיהו מצי עביד וכמש"כ הר"מ שם. מיהו לכאורה אין מובן מה היא כוונת המהרש"א בזה, הלא הציור של צנועין איירי באופן שלא קנה הגזלן אלא עדיין הוי של הצנועין.

והחזו"א בסי' י"ח סק"ו הבין שכוונת המהרש"א היא לפרש את קושיית תוס' כך, דמנ"ל לריש לקיש שטעמייהו דצנועין הוא משום שאדם מקדיש ומחלל דבר שאינו ברשותו, הלא מכיון שר"ל ס"ל שיאוש קונה א"כ אולי טעמייהו דצנועין הוא משום דס"ל שיאוש קונה, אשר לפ"ז שפיר היו הצנועין יכולים לחלל מדין זכין וכדברי הר"מ בקידושין שם. ובאמת נראה שיש ט"ס בדברי המהרש"א וצ"ל "אפשר" ולא "אפילו" (והי' כתוב "אפי" וטעו לכתוב "אפי").

והנה מעתה יש לעיין בשיטת הר"מ בקידושין דהיכא שהוא ברשות הגזלן ועודו שייך להנגזל לא מהני חילול מדין זכין משום שהגזלן גופי' לא מצי עביד. וראיתי באחרונים שהעירו דהיינו משום שאפילו אם הגזלן ירצה לחלל ביחד עם הנגזל, לא יועיל, וכמו באיש ואשה שמכרו נכסי מלוג שלא עשו כלום, דמזה חזינן ששני כוחות אינם מצטרפין, וא"כ מכיון שהכא לא הי' יכול הגזלן לחלל אפילו ביחד עם הנגזל, לכן לא שייך לומר שהנגזל יעשה את חלקו של הגזלן מדין זכין. ועוד שאפילו אם נאמר ששניהם ביחד שפיר יכולים לחלל, אבל מ"מ יתכן שלדין זכין בעינן שיהי' הנזכה יכול לעשותו לבדו. ועי' ברש"ש בדף ס"ט ע"א שכתב סברות אלו (אלא שלא הבנתי את סברתו השני' הנ"ל שהבאתי, דמהיכא תיתי לומר כן).

והנה יתכן לומר עוד סברא למה אין הגזלן והנגזל יכולים להקדיש ולחלל ביחד (חוץ מהסברא שכבר כתבנו ששני כוחות אינם מצטרפין), והיינו משום שאם נאמר שהם שפיר יכולים לחלל ולהקדיש ביחד א"כ כדי לומר כן אנו צריכים לדון על הענין של "ברשותו כמו על דבר חיובי הנותן לבעל ה"ברשותו" כח לפעול על החפץ, והרי לכאורה יש לומר שהענין של ברשותו אינו נחשב לכלום, וכל הדין האמור בזה הוא רק שבלי זה שיהי' ברשותו אין לו כח להקדישו אע"פ שהוא הבעלים, אבל מה שהוא ברשותו אצל הגזלן אינו נותן להגזלן שום כח כלל, אשר לפ"ז יוצא שבודאי לא יוכלו להקדישו ביחד, דהא אכתי חסר בכחו של הנגזל, ואין אצל הגזלן שום כח אחר אשר יוכל להשלים את החסרון הזה. ועי' בדברי העי"ט שהבאנו באות קי"ג.

ועכ"פ אם נאמר ששפיר שייך לומר בצנועין שמועיל החילול משום הדין של זכי' אע"פ שהלוקטים לא קנו אותו וכמו שהבין השט"מ בכוונת תוס' כאן, א"כ נצטרך לומר שהגזלן והנגזל שפיר יכולים לחלל ביחד ומש"ה שפיר שייך שהנגזל יכול להעשות שלוחו של הגזלן לזכות בשבילו היכא שיש בזה זכות להגזלן.

והנה עיין עוד בבית שמואל באבן העזר סי' כ"ח סקט"ז שכתב שהיכא שהגזלן מסכים להקדש, שפיר חל ההקדש, אבל לא כתב משום ששניהם ביחד יכולים להקדישו אלא כתב משום שמכיון שבשעת ההקדש יש כאן הסכמת הגזלן א"כ בשעת ההקדש הרי הוא נעשה כפקדון ביד הגזלן וחשיב ברשותו של הנגזל ולכן יש לו

להנגזל כח להקדישו לבדו. וכן יוצא מתוס' בב"מ דף ו' ע"א כמש"כ האבני מילואים שם (ועיין באבני מילואים שם שכתב שלא שייך לומר גבי צנועין שהוא נחשב כפקדון, הבאנו דבריו לעיל באות ק"י).

והנה השאגת ארי' בסוף סי' צ"ג כתב שבגזל ולא נתייאשו הבעלים יש כח להנגזל להקנותו להגזלן אע"פ שאינו יכול להקנותו לאדם אחר. מיהו לא הבנתי אם כוונתו היא לומר כהב"ש (שכתב שם ג"כ את הדין הזה), והטעם הוא משום שגם כאן הגזלן יודע ומתרצה בשעת הנתנה וממילא הרי הוא נעשה כפקדון ומש"ה הנגזל יכול להקנותו לו, או האם הטעם הוא משום ששניהם ביחד יכולים להקדיש ולתתו במתנה אפילו לאיש אחר ולכן שפיר יכול הנגזל לתתו להגזלן ואפילו בלי ידיעתו משום שזכות היא לו וזכין לאדם שלא בפניו (ודע שלעיל בסוף אות נ"ז כתבנו עוד טעם למה הנגזל יכול להקנותו להגזלן, והיינו משום שלאחר שהוא עושה כן, כבר א"א להגזלן לקיים את המצוה של השבה וכמו שביארנו שם, וכיון שבטלה המצוה של השבה הרי הגזלן קונה מעתה בכח הקנין גזילה שעשה בשעת הגזילה, וכדברי הקובץ שיעורים באות י"ד ועוד אחרונים וכמו שהבאנו באות מ"ה).

והרש"ש בדף ס"ט ע"א הבין שכוונת השאגת ארי' היא משום ששניהם ביחד יכולים להקדישו ולכן הקשה עליו מההיא דאיש ואשה שמכרו בנכסי מלוג לא עשו כלום.

וע"ע באבני מילואים שם שנסתייע ממה שהמלוה יכול למחול חוב להלוה דה"ה שהנגזל יכול להקנות להגזלן את הגזילה

במתנה, והיינו משום שנוקט האב"מ שמחילת חוב הוא ענין של הקנאת החוב להלוה (ולא סילוק), והחוב הוא שלו אבל לא ברשותו אלא ברשות הלוה. ועי' במחנ"א בהל' זכי' והפקר סי' י"א שחקר מה היא מהותה של מחילה וכתב הוכחות מהראשונים.

ק"ז) כשעמד בדין.

עיין בגמרא שהביאו שתי אוקימתות של עמד בדין, חדא באופן שאמרו לו צא תן לו וחדא באופן שאמרו לו חייב אתה ליתן לו. ואמרינן בגמ' שאם טבח או מכר לאחר שאמרו לו צא תן לו הרי הוא פטור מדו"ה משום דחשיב גולן, אבל אם טבח או מכר לאחר שאמרו לו חייב אתה ליתן לו הרי הוא נחשב גנב וחייב בדו"ה. והנה יש ג' דרכים איך להבין את הענין הזה:

א. בין באמרו לו חייב אתה ליתן לו ובין באמרו לו צא תן לו הרי הקנין גניבה שהי' לו עד עכשיו מתבטל וחשיב מעתה כפקדון. והטעם לזה הוא או משום שמן הסתם הרי הוא אדם שציית לבית דין וממילא הרי הוא מוכן להחזירו, וממילא

הרי הוא נחשב כפקדון בידו ופקע הקנין גניבה*), או משום שאפילו אם אינו ציית אבל מ"מ מכיון שפסקו את הדין הרי זה נחשב שיש כאן שליטת ב"ד, רק שאע"פ שפקע מיני' השם של גניבה ומיקרי כפקדון אבל בכל זאת אם הדר שחטו הרי זה נקרא שהוא עושה מעשה גניבה או גזילה חדש וכדברי רעק"א בכתובות דף ל"ד ע"ב שטביחה מיקרי מעשה גניבה**), וממילא היכא שאמרו לו חייב אתה ליתן לו וטבח או מכר, הרי הוא נחשב בזה כגנב משום דמיקרי שהוא עושה בצינעה כיון שעוד לא מבורר לכל שהחפץ הוא של הנגנב, ואפילו אם שחט באמת בפרהסיא אכתי י"ל דחשיב כמו בצינעה משום הטעם הנ"ל, אבל היכא שאמרו לו צא תן לו הרי זה נקרא מעשה גזילה, ואפילו אם שחט בצינעה, והיינו משום שכבר מבורר לכל שהבהמה שנמצאת אצלו שייכת להבעלים, ולכן כל מעשיו הם כמו בגלוי כי סופם לחקור אחריו***).

ב. בין היכא שאמרו לו חייב אתה ליתן לו ובין היכא שאמרו לו צא תן לו, אינו נחשב כפקדון משום שאין ידוע עוד אם

ע"י הטביחה (מיהו החזו"א בסי' ט"ז סק"ט ביאר אחרת את כוונת הריטב"א שם). וגם כתבו שם ששומר שטבח חשיב גניבה. ועיי"ש בשט"מ בשם הרשב"א שסובר שגנב בשבת וטבח בחול פטור, ולעיל באות ז' פלפלונו בטעמו עיי"ש.

*** סברא זו נראית מפקפקת. ועוד דרעק"א והריטב"א שכתבו ששומר שטבח או מכר חייב דו"ה איירי לכאורה אפילו אם הכל יודעים שהוא שומר. ועי' בדברי החזו"א שהבאתי בסוף האות.

* ודלא כהקו"ש באות ט' שנקט שאפילו היכא שהגולן מוכן להשיב בכל זאת לא פקע הקנין גזילה שלו אלא ע"י השבה (אע"פ שמיקרי מעתה תחת שליטתו של הבעלים).

** ומבואר ברעק"א שם שלכן גנב בשבת וטבח בחול חייב בדו"ה אפילו היכא שפטור על מה שגנב בשבת משום קלב"מ, והיינו משום שהטביחה נחשבת גניבה חדשה. ולכאורה זוהי גם כוונת הריטב"א בשט"מ שם שהביא בשם רש"י שגנב בשבת וטבח בחול חייב, וכתב משום דהדר גנב לה

בכל זאת הרי הוא ממשיך להיות גנב ולכן אפילו אם טבח בגלוי הרי הוא חייב בדו"ה, אבל בצא תן לו הרי מעתה מתבטל הקנין גניבה שלו והרי הוא נחשב כפקדון, ולכן אם הדר שחט הרי זה מיקרי גזילה ואפילו אם שחט בצינעה כיון שגלוי לכל שהוא אצלו.

והנה בגמ' מבואר שהציור של גנב והקדיש איירי באופן שהבעלים הקדישוהו לאחר שעמד הגנב בדין, ובתחילה ס"ד דאיירי באופן שאמרו לו ב"ד להגנב צא תן לו, ובמסקנא אסקינן דאיירי באופן שאמרו לו רק חייב אתה ליתן לו, ואם נאמר שבהציורים הנ"ל נפקע הקנין גניבה שלו והרי הוא נשאר כמו פקדון וכהדרך הראשון והשלישי שכתבנו, א"כ יוצא ששוב לא בעינן לאוקמי כצנועין, אלא גם לפי רבי יוחנן יחול ההקדש מפני שהוא נחשב כפקדון וברשותו. ולא עוד אלא אפילו אם נאמר שלא נפקע הקנין גניבה שלו, אכתי יתכן לומר דחשיב ברשותו של הבעלים, והיינו לפי דעת הבעל המאור לעיל בדף ל"ו, וכן תוס' בב"מ בדף ו' ע"א, שסוברים שהיכא שרוצה הגזולן להשיב הרי הנגזל יכול להקדישו משום דמיקרי כבר ברשותו (והרמב"ן שם חולק), וביאר הקובץ שיעורים כאן באות ט' שאע"פ שעוד לא נפקע הקנין גזילה (אשר זהו טעמו של הרמב"ן כמו שמבואר שם), אבל בכל זאת ס"ל להבעל המאור שסגי במה שהוא תחת שליטתו של הנגזל כדי להחשב ברשותו (מיהו הקצה"ח בסי' רי"א ביאר דס"ל להבעה"מ שפקע באמת הקנין גזילה ונעשה שומר ממש), וא"כ גם כאן

יציית דינא או לא, א"נ כהנחת הקו"ש באות ט' שאפילו היכא שהוא מוכן להשיב אין הקנין גזילה נפקע אלא ע"י השבה ממש, ולכן היכא שאמרו לו חייב אתה ליתן לו הרי הוא ממשיך להיות נחשב כגנב כיון שאין חיובו מבורר כל כך, ואם טבח או מכר הרי הוא חייב דו"ה אפילו אם טבח בפרהסיא, וכמו כל גנב שהוא חייב דו"ה אפילו אם טבח בפרהסיא, אבל בצא תן לו הרי הוא מתהפך להיות גזולן מאחר שחיובו הוא מבורר, וגלוי לכל שהוא גנוב בידו, וממילא כשהוא שוחט הרי הוא בגדר גזולן ששוחט ולא בגדר גנב ששוחט, ואע"פ שהקנין שעשה בתחילה הי' קנין של גניבה ולא קנין של גזילה, וא"כ מי מהפכו עכשיו לקנין של גזילה, אבל י"ל שבאמת הקנין של גנב והקנין של גזולן הוא מין קנין אחד, רק שבהציור של גניבה הרי הוא גורם חיובי גניבה ובהציור של גזילה הרי הוא גורם חיובי גזילה (וכ"כ הגרי"ז בהל' גזילה) ומש"ה כשמצבו מתהפך מגנב לגזולן גם דיניו משתנים גם בלי קנין חדש.

מיהו לכאורה יש להקשות על הדרך הזה דא"כ כל גנב שמודה בפני אנשים שהוא גנב צריך להתהפך להיות גזולן, ובע"כ צ"ל דמכיון שהתחלה היתה בצינעה באופן שכבר נקבע לגנב, הרי זה ממשיך אפילו לאחר שגניבתו מתגלה. מיהו יש לדחות שהתם אין זה נקרא שנתגלה מאחר שלא נתברר חיובו בב"ד והרי הוא יכול לומר משטה אני בך, וצ"ע.

ג. בחייב אתה ליתן לו, אע"פ שנתגלה,

י"ל שמיקרי כבר תחת שליטתו של הנגזל ע"י הפסק דין של צא תן לו או חייב אתה ליתן לו, באופן שתו לא בעינן לאוקמי כצנועין.

ועיין בפ"י שכתב באמת שלפי האוקימתא של צא תן לו שוב לא צריכים לאוקמא כצנועין, אלא גם בלא צנועין הרי הוא יכול להקדיש משום דחשיב כפקדון. ולפי האוקימתא של חייב אתה ליתן לו נסתפק הפ"י אם צריכים עוד לאוקמא כצנועין. ובשט"מ בשם הראב"ד איתא שבצא תן לו הרי הוא נעשה באמת כפקדון, אבל בחייב אתה ליתן לו הרי הוא נשאר בגדר גניבה. וכן בד"ה צא תן לו וכו' איתא בשם שיטה שבחייב אתה ליתן לו הרי זה נשאר גניבה ואינו נעשה כפקדון (ועיין בלשונו לענין צא תן לו), ובד"ה כשעמד בדין וכו' בשם תלמידי הר"פ משמע שאפילו בצא תן לו לא אמרינן שהוא נעשה כפקדון.

והנה אנחנו נקטנו בדברינו לעיל בדרך הראשון והשלישי שאם בצא תן לו הרי הוא נעשה כפקדון א"כ גם אם הדר שחט בצניעה יהי נחשב גזלן ולא גנב וכמו שביארנו. מיהו החזו"א בס"י י"ח סק"י נקט ששפיר הי' נעשה גנב מחדש ע"י שחיטה בצניעה ולכן אילו היינו אומרים שבצא תן לו הרי הוא נעשה כפקדון היינו צריכים לפרש דאיירי באופן שהדר שחטו בגלוי, ודלא כדברינו הנ"ל, אלא שהחזו"א שם סובר שבצא תן לו לא אמרינן שהוא נעשה כפקדון אלא הרי הוא נהפך בדרך ממילא להיות גזלן ולכן אפילו אם ישחוט בצניעה אכתי יהי פטור מדו"ה (שהרי הגניבה

החדשה שיש בהטביחה הוי בגדר גונב מן גזלן וכמו שביאר שם).

דף ס"ט ע"א

ק"ח) בענין הלעיטהו לרשע וימות.

הרמב"ם בפיה"מ על הך משנה כתב שרק בנוגע לעון גזל אמרינן הלעיטהו לרשע וימות משום שעון גזל הוא יותר גדול עיי"ש, וכן הביא להלכה הגליון מהרש"א משמו ביו"ד סי' קנ"א סעיף א' עיי"ש. ובאות קי"ט סק"ב נדון על זה ביתר אריכות.

ק"ח*) והצנועין מניחין את המעות וכו'.

עיין בתורת חיים שהקשה למה היו הצנועין צריכים לחלל, הרי הי' מספיק בזה ששימו קזוזות אדמה, וכמו לפי רשב"ג בשביעית (ועי' בשט"מ בשם המאירי שתי' שחששו שמא לא יהי' הסימן ניכר). ותי' משום שהצנועין רצו לתקן אפילו את אלו שהיו מוכנים לאכול ולעבור על האיסור של רבעי במזיד.

קיט) והצנועין מניחין את המעות וכו'.

א. עיין בתוס' בד"ה כל וכו' שהקשו שאם הצנועין היו אומרים כל הנלקט בערב א"כ אכתי לא תיקנו בזה מה שאכלו המלקטים כל היום. ולכאורה ראוי להתעורר דהא גם במה שלא אכלו היתה תקלה של איסור גזל

וא"כ למה הקשו תוס' רק ממה שאכלו. וכן יש להעיר על רש"י לעיל בדף ס"ח ע"ב בד"ה סבר לה כצנועין שהזכיר רק שהצנועין היו חוששין שמא אוכלין ממנו עוברי דרכים בלא פדיון ולא הזכיר גזל.

וי"ל שאפילו הצנועין שדואגים לתקן גם גזלנים, אבל מ"מ עיקר כוונתם היא רק לתקן את האיסור של רבעי, אבל לעולם גם הם לא היו מטריחים את עצמם להצילו מהאיסור של גזל לחוד, והיינו משום שלגבי האיסור של גזל גם הם מודים שמודדים לו כמדתו דכיון שהוא מזלזל בהבריות לכן אין הבריות נזקקים לעוורו בנוגע להאיסור גזל עצמו שהוא מזלזל בו נגד הבריות, רק שהצנועין סוברים שהיכא שהוא עומד לעבור על איסורים אחרים ג"כ, אז שפיר מתקנים בשבילו אע"פ שהוא מזיד על גזל, ולכן שפיר הקשו תוס' רק מהא שישארו מכשולים בהאיסור של רבעי, אבל לא הקשו מהאיסור של גזל. ועיין עוד לקמן בסמוך וכן בסוף אות קכ"ב ובאות קכ"ד שנכתוב עוד ישובים על הקושיא הנ"ל על תוס'.

ב. בע"ז דף ו' ע"ב אמרינן שהלאו של לפני עור איירי רק באופן שלא היה יכול העובר לעבור על האיסור בלי סיועו של המכשיל, וכגון באופן שהוא מושיט לו את האיסור מעבר אחד של הנהר להעבר השני, אבל בחד עיברא דנהרא אינו עובר על לפני עור מאחר שהי' יכול לעבור על האיסור גם בלעדיו. ובתוס' שם הסיקו להלכה שבמקום שהי' יכול לעבור גם בלא סיועו מותר לכתחילה להושיט לו וכ"כ הרא"ש שם. ברם הר"ן שם כתב שמ"מ אסור

מדרבנן משום שמכיון שהוא מוזהר להפרישו מאיסורא כ"ש שאסור לסייעו, וכ"כ תוס' והרא"ש בשבת דף ג' ע"א.

ועיין ברמ"א ביו"ד סי' קנ"א סעי' א' שהביא פלוגתא בענין אם מותר לסייע לעכו"ם לעבור על הז' מצות היכא שהי' יכול לעבור גם בלעדיו, והיינו משום דס"ל להרמ"א שם שהראשונים הנ"ל פליגי גם בנוגע לישראל מומר ועכו"ם, וגם בעכו"ם ס"ל לתוס' בשבת ולהר"ן שאסור לסייעו. ברם הש"ך שם כתב שהראשונים הנ"ל לא פליגי כלל, אלא שבישראל כשר, בודאי אסור, אבל בעכו"ם וישראל מומר, וליכא אפילו איסור דרבנן משום שאין אנו מצווין להפרישו מאיסורים, ויישב הש"ך בזה את הסתירה בין דברי הרא"ש בע"ז לבין דבריו במס' שבת.

ועיין שם בהגהות דגול מרבכה שתמה למה אין אנו מצווין להפריש ישראל מומר מאיסורים, וכתב שם שכוונת הש"ך היא לישראל שבא עכשיו לעבור במזיד ואפילו אם אינו מומר (אבל היכא שאינו עושה במזיד, בודאי צריכים להפריש אפילו ישראל מומר וכהנ"ל).

וע"ע שם בגליון המהרש"א שהקשה גם הוא על הש"ך למה אין חייבים להפרישו, דאי משום הלעיטהו לרשע וימות, הרי זה איירי באופן שבין כך ובין כך הרי הוא עומד לעבור על האיסור של גזל ומש"ה אין חייבים להפרישו מלעבור על איסור אחר, אבל היכא שאפשר להפרישו שלא יעבור כלל אולי חייבים. ועוד דהלעיטהו לרשע וימות איירי דוקא במי שעובר על גזל אבל לא בשאר איסורים וכמו שכתב הרמב"ם בפיה"מ על מתניתין דצנועין.

והנה לכאורה הקושיות האלו של הגליון מהרש"א בנוגע להלעיטהו לרשע וימות קשות גם על דרכו של הדגול מרבכה שהבין שכוונת הש"ך היא להיכא שהוא בא עכשיו לעבור במזיד. מיהו לכאורה יש לתרץ שאדרבה, היכא שבא לעבור על איסור אחד במזיד, ככה"ג אמרינן לגבי כל האיסורים הלעיטהו לרשע וימות, יהי' איזה איסור שיהי' ולא רק בנוגע להאיסור של גזל, וכן אע"פ שנוכל להצילו לגמרי, ולכן אתי שפיר דברי הש"ך לפי הבנת הדגול מרבכה, אבל היכא שבא לעבור במזיד ועי"ז הרי הוא עומד לעבור גם על איסור אחר בשוגג, ככה"ג מחלקים אנו בין גזל לשאר איסורים, דהיכא שהאיסור שהוא עומד לעבור עליו במזיד הוא העון של גזל אז אין מצילים אותו אע"פ שע"ז הרי הוא יעבור בשוגג על איסור רבעי, אבל היכא שהאיסור שבא לעבור עליו במזיד אינו העון של גזל אז שפיר מצילים.

לומר שלא רק בנוגע להאיסור של גזל ס"ל לצנועין כן, אלא לעולם גם הם מודים למה שכתבנו שהיכא שהוא בא לעבור על איסור אחד במזיד, יהי' איזה איסור שיהי', אין מתקנים אותו בשבילו, ואין מתקנים אלא כשהוא כרוך בעוד איסורים בשוגג. מיהו זהו דלא כדברי התורת חיים שהבאתי בהאות הקודמת שכתב שצנועין רצו להציל גם את אלו שבאים לעבור גם על גזל וגם על רבעי במזיד.

קכ) רש"י ד"ה כל הנלקט.

וז"ל, ותופס פדיונו עכ"ל. וצ"ע למה הוצרך להזכיר את העובדא שהוא תופס את פדיונו, הלא עיקר הנידון הוא באם יש לו כח להפקיע את האיסור של רבעי מהפירות. וכן צ"ע על דבריו לעיל בדף ס"ה ע"ב בד"ה מניחין מעות וכו' שגם שם הזכיר דבר זה.

קכא) תד"ה והצנועין.

א. וז"ל, כיון שהיו זוכין מן הפקר לא היו יכולים לחלל עכ"ל. מדבריהם משמע שאם לא היו הלוקטים זוכים, שפיר היו הצנועין יכולים לחלל אע"פ שאינו שלהם. ועיין באות קי"ג שהבאנו את ביאורי הגר"ח והעונג יו"ט על זה.

ב. וז"ל, כיון שהיו זוכין מן הפקר לא היו יכולים לחלל עכ"ל. לכאורה דבריהם קאי רק על כל הנלקט, אבל כל המתלקט שפיר שייך גם בשביעית דהא חלות החילול הוא עכשיו (ע"י ברירה) דהיינו מקודם שזכו בו הלוקטים.

ג. ולפי הנ"ל יוצא דרך יותר מרווחת ליישב את מה שהקשינו בתחילת האות על תוס' בד"ה כל וכו', והיינו שדייקנו מדברי תוס' שהם סוברים שהצנועין לא היו מטריחים את עצמם לתקן את האיסור גזל של כל היום היכא שאין בזה גם משום האיסור של רבעי, והקשינו למה ס"ל כן, ותירצנו דהיינו משום שמכיון שהוא מזלזל נגד הבריות על ידי האיסור של גזל לכן גם אנחנו מזלזלים בו, מדה כנגד מדה, ואין מתקנים את האיסור של גזל בשבילו (ורק היכא שהוא כרוך בעוד איסורים ס"ל לצנועין שמתקנים). מיהו לפי הנ"ל אפשר

קכב) בא"ד (בענין אם שייך לזכות ברבעי).

וז"ל, דאי אשביעית כיון שהיו זוכין מן ההפקר לא היו יכולים לחלל עכ"ל. הנה בדבריהם מבואר ששייך לזכות ברבעי. ובפשטות אתו דבריהם גם לפי רבי מאיר שסובר שממון גבוה הוא (והלכתא כוותי). ואע"פ שבקידושין דף נ"ד ע"ב אמרינן שלפי רבי מאיר א"א לתתו במתנה, אבל מ"מ אכתי י"ל שאפשר לזכות בו מן ההפקר, דעיין בזבחים דף ו' ע"א דאמרינן שהיורש מוסיף חומש בחילול רבעי, הרי ששייך גם ליורשו, והביאור בזה הוא כמו שביאר הגרי"ז שם בשם הגר"ח שאע"פ שרביעי הוא ממון גבוה אבל מ"מ שפיר מיקרי בעלים עליו משום העובדא שהוא הזכאי לאוכלו בירושלים, דדבר זה נותן לו דין בעלים גמורים, רק דהא דאינו יכול למוכרו או לתתו במתנה כדאיתא בקידושין שם הרי זה משום דין בעצם קדושת הפירות, דנאמר בהם דין מסוים שאינם ניתנים למכירה ומתנה (לכאורה משום בזיון), ואמר הגר"ח שלכן שפיר יכולים הבעלים להקדישו כמו שהביא שם, וכן להורישו עכת"ד, וא"כ לפ"ז ה"ה שאתי שפיר מה שכתבו תוס' כאן שהוא יכול לזכות בו מן ההפקר*).

(* ועי' בספר קהלות יעקב בסי' ל"ז אות ו' שכתב ביאור אחר למה אפשר לזכות בו מן ההפקר.

** וע"ע בדרכו של הקו"ש בב"ב אות שע"ג שכתב ששייך ירושה משום שגוף הדבר הוא שלו אבל אינו במכירה משום שהדין ממון הוא של גבוה.

וע"ע בחי' הר"ן על סנהדרין דף ל' ע"א בד"ה בבית לא אמר כלום שצידד באם ע"א נאמן לומר

וע"ע שם בשם הגר"ח שבגלל כן כתב הרמב"ם בפ"ה מהל' אישות ה"ד שהמקדש במעשר שני אינה מקודשת משום "שאיין לעשות בו שאר חפציו קודם שיתחלל", ולא כתב משום שאינו בעליו, והיינו כהנ"ל שלעולם שפיר חשיב בעליו אפילו לפי מאי דקי"ל שממון גבוה הוא, רק שבכל זאת נאמר דין בעצם הפירות שאינם בני מתנה ומכר וה"ה קידושין.

מיהו עיין בהגר"ח על פ"ד מהל' זכי' ומתנה בד"ה ולפי המבואר וכו' שכתב בדעת הרמב"ם שא"א לזכות ברבעי מן ההפקר (מאחר שהוא ממון גבוה), ולכן ס"ל להרמב"ם ששפיר היו הצנועין יכולים לחלל אפילו בשביעית, וזהו דלא כתוס' כאן. ועי' עוד בחי' הגרי"ז בזבחים שם שהביא מהראב"ד על ספרא שכתב שא"א ליורשו [והא דאמרינן בזבחים שם שהיורש מוסיף חומש הרי זה משום שגזירת הכתוב היא שהיורש עומד במקום אביו לענין פדיון אע"פ שבאמת אינו שלו, א"נ דאתי הסוגיא שם כמו המ"ד שמעשר שני ממון הדיוט הוא, ע"כ דברי הראב"ד**].

ועיין בחזו"א בסי' י"ח סק"ה שכתב שאפילו אם יאוש קונה אבל בכל זאת א"א לזכות ברבעי לאחר יאוש כמו שאינו ניתן במתנה***). ולפ"ז לכאורה ה"ה שא"א

רבעי הוא כי יש בו צד איסור וע"א נאמן באיסורין, או האם אינו נאמן כי יש בו צד ממון "שהמעשר שני ממון גבוה הוא והוא בא להוציא הממון מחזקתו וכו'".

*** הנה תוס' לעיל בד"ה הוא דאמר כצנועין וכו' כתבו שמצנועין מוכח שיאוש אינו קונה משום שאם יאוש קונה א"כ מכיון דאיכא יאוש, שוב לא היו הצנועין יכולים לחלל, ולפי החזו"א צ"ע דהא

לזכות בו מן ההפקר (ויש לפלפל בזה). ברם משמע דקאי החזו"א שם אליבא דכו"ע, דהיינו גם אליבא תוס', וא"כ לפ"ז צ"ל שלא דוקא כתבו תוס' שהם "זוכין" בו מהפקר (וכן צ"ל לפי העיו"ט שכתב שבכלל אין כח של בעלות ברבעי), אלא כוונתם היא רק שמכיון שהרבעי הוא תחת שליטתם הרי הם נעשים אלו שיש להם הזכות של פדיון (משא"כ אם לא הי' של הפקר אז היו הבעלים אלו שזוכים בזכות זאת, רק שבשביעית חל הדין הפקר של שביעית גם על הזכות הזאת*).

והנה לפי הדרך שביארנו בתחילה את דברי תוס', וכפשטות לשונם ששפיר שייך לזכות ברבעי מן ההפקר, א"כ יש לעיין באופן שגזל רבעי אם שייך לומר שהוא קונה בו קניני גזילה. ולכאורה לפי ביאורו של הגר"ח שהביא הגרי"ז בזבחים צ"ל שאי אפשר לזכות בו קניני גזילה.

ולפ"ז יש ליישב את דברי תוס' כאן בד"ה כל וכו' דעיין בדבריהם שכתבו שא"א לומר שהצנועין היו מחללים בערב,

משום שא"כ יוצא שלא היו מתקנים את מה שאכלו הלוקטים כל היום, וצ"ע דגם במה שלקטו ועדיין לא אכלו יש תקלה של איסור גזל, וא"כ למה הקשו תוס' דוקא ממה שאכלו. וכעין זה יש להעיר על רש"י לעיל בדרך ס"ח ע"ב בד"ה סבר לה כצנועין שהזכיר רק שהצנועין היו חוששין שמא יאכלו ממנו עוברי דרכים בלא פדיון ולא הזכיר גזל. מיהו לפי הנ"ל י"ל שבאמת אין כאן משום גזילה משום שלא שייך בו קניני גזילה (אלא נצטרך להוסיף שתוס' סוברים שהיכא שאין קניני גזילה כגון בקרקעות ה"ה שליכא לאו דלא תגזול, ועי' בזה בטור ב"י וסמ"ע בסי' שע"ו. מיהו אכתי צ"ע דאיסורא מיהא איכא). ועיין עוד באות קי"ט ובאות קכ"ד עוד תירוצים על ההערה הזאת בדברי תוס'.

מיהו העירוני שבדרך קט"ו ע"ב מבואר שאם ראה אנס בא כנגדו לא יאמר פירות מעשר שני שיש לי בביתי מחוללין על המעות הללו כשאינו יכול להציל את המעות משום דמיקרי שאינם ברשותו,

(וקאזיל שם החזו"א לפי הצד שיאוש קונה עי"ש). * וע"ע בחזו"א שם בד"ה ואפ"ה וכו' שכתב שאפילו היכא שיש לו בעלים, אם נכנס לתוך שליטתו של אדם אחר, שפיר יכול ההוא אחר לפדותו כשאין קפידא מצד הבעלים, ואפילו בלא שליחות, וכגון היכא שנתנו במתנה דאמרינן בקידושין דף נ"ד שלא קנה דמ"מ הרי המקבל רשאי לחללו כיון שהוא תחת שליטתו. מיהו הגר"ח בהל' זכי' ומתנה שם בד"ה ונראה לומר וכו' כתב בתוך לשונותיו שהיכא שיש לו בעלים או רק הבעלים לחוד יכולים לחללו, ואין אחר יכול לחללו אלא מדין זכי'. ולקמן באות קל"ט נבאר שמקור המחלוקת באם סגי בשליטה הוא מהגמ' כאן בסוף הסוגיא.

הלוקטים לא קנו וא"כ למה לא יוכלו הבעלים לחלל. וי"ל דהיינו משום שאם יאוש קונה אז ה"ה דמהני יאוש לענין שהלוקטים מקבלים את הזכות לפדותו (עיין באות קט"ז מה שביארנו בסוף דברי תוס' בדרך ס"ח ע"ב).

גם יש ליישב על פי מה שסובר החזו"א בסי' י"ח סק"ג שמיד לאחר יאוש הרי המייאש מסולק לגמרי (ודלא כהנתי"מ והקצה"ח שסוברים שהוא עדיין נחשב בעלים עד דאתי לרשות הזוכה), דלפ"ז שפיר כתבו תוס' שאם יאוש קונה לא היו הצנועין יכולים לחלל, דהא אע"פ שאין המלקטים זוכים אבל מ"מ הרי הצנועין מסולקים לגמרי, וכ"כ החזו"א שם בד"ה נראה (בסק"ה) שמיד לאחר יאוש אין המייאש יכול לחלל משום דהוי כאיש אחר

קכד) תד"ה כל הנלקט.

וז"ל, מ"מ לא היתה תקנה למה שאכלו קודם אמירה עכ"ל. כבר כתבנו באות קי"ט וכן באות קכ"ב טעמים למה לא הקשו תוס' גם על מה שלקטו ולא אכלו, דהא גם על זה קשה מצד התקלה של האיסור של גזל. וכעין זה הערנו גם על רש"י עיי"ש. מיהו לכאורה יש ליישב בפשיטות שגם קודם שחיללו בערב לא היתה להם שום קפידא בלב. וכן צ"ל לפי רבי דוסא שסובר גבי לקט שלעיתותי ערב היו מפקירים שהרי ביאר המהרש"א לקמן בתוס' שלא היתה תקלה במה שאכלו כל היום משום שלא נקבע למעשר עד הערב, ולכאורה צ"ע הא אכתי יש כאן תקלת גזילה, וצ"ל כהנ"ל שלא היו מקפידים והיו כאילו נתנו לעניים רשות ללקחו, רק שבכל זאת לא היו מפקירים להדיא כדי לפוטרו ממעשר עד הערב בגלל הטעמים שכתבו תוס'. ועי' בסוף אות קל"ג.

גם י"ל שלפי רבי דוסא לא היתה תקלת גזילה משום שהעניים היו שוגגים. והקצה"ח בסי' כ"ה סק"א ושמ"א סק"ב וג' הכריע שבכה"ג אינו נעשה גזלן ואינו קונה קניני גזילה (מיהו נצטרך לצרף לזה שהיכא שאינו קונה קניני גזילה, כגון קרקעות, ה"ה שאינו עובר על הלאו של לא תגזול, עי' בטור ב"י וסמ"ע בסי' שע"ו, דאל"כ אכתי יש כאן תקלת הלאו בשוגג. מיהו אכתי צ"ע דאיסורא מיהא איכא).

והנה כל זה כתבנו לפי דרכו של המהרש"א שבאמת גם רבי דוסא הי' חושש אילו הי' שייך צד של תקלה קודם הערב. מיהו המהר"ם כתב דרך אחרת בדעת תוס' והיינו שרבי דוסא לא איכפת

ואילו לפי מה שצדדנו לומר שברבעי לא שייך קניני גזילה א"כ צ"ע למה מיקרי שכבר עכשיו אינם ברשותו כיון שהאנס עומד לקנות קניני גזילה עיי"ש, הלא אם יעשנו מעשר לא יהיו לו קניני גזילה, וא"כ מוכח ששפיר יהיו לו קניני גזילה.

מיהו באמת גם לפ"ז קשה למה מיקרי שם אינו ברשותו הלא סוף סוף האנס עוד לא קנה קניני גזילה. ועי' בקו"ש באות ח' ואות ט' שדן בענין מה קובע אינו ברשותו והוכיח משם שגם בלי קניני גזילה הרי זה נחשב אינו ברשות של הנגזל בגלל זה לחוד שאינו שולט עליו, ומש"ה גם שם הרי כיון שאינו יכול להציל הרי כבר עכשיו אין לו שליטה.

קכג) בא"ד.

עיי' בדבריהם שכתבו שבשביעית לא היו הצנועין יכולים לחלל. והקשה הרש"ש שמאחר שהמלקטים היו זוכים מן ההפקר א"כ למה לא היו הצנועין יכולים לחלל מדין זכין לאדם שלא בפניו וכמו הר"מ בתוס' בקידושין דף נ"ו שאפשר לחלל את פירותיו של חבירו היכא שהוא זכות בשבילו. מיהו עיי' בקצה"ח בסי' שנ"ד סק"ה שכתב שלפי דברי הר"י בתד"ה כל הנלקט וכו' לא שייך זכי' בהציור של צנועין אפילו היכא שהמלקטים זוכים עיי"ש. ובזה תי' הקצה"ח שם את קושיית תוס' לעיל בסוף דף ס"ח שהקשו שנימא שהטעם של הצנועין הי' משום שיאוש קונה ולכן שפיר היו יכולים לחלל גם לאחר שזכו המלקטים משום שזכין לאדם שלא בפניו (כן ביאר המהרש"א את קושייתם).

ל' בתקלת כל היום וכמו שנביא בהאות הבאה.

קכה) בא"ד.

עיין בהמשך דבריהם שביארו שלפי רבי דוסא היו מפקירים בערב ממש, ולא כמו הצנועין שהיו אומרים בשחרית שיהי' מחולל לאחר הלקיטה, והא דס"ל לרבי דוסא כן הרי זה כי עצה טובה קמ"ל כדי שלא יתפקרו טפי כשישמעו בשחרית איך שהוא מפקיר, א"נ משום גזירה שמא לא יפרש שהפקר יחול לאחר הלקיטה, ואם לא יפרשו כן אלא יאמרו רק כל הנלקט לחוד הרי לא יועיל הפקר זה למה שנלקט אחרי האמירה.

ועיין במהרש"א ובמהר"ם שהעירו למה לא חששו גם הצנועין שמא יטעו ולא יפרשו שיחול לאחר הלקיטה. ותי' מההרש"א דהיינו משום שהתם הרי בהכרח היו צריכים לומר בשחרית כדי לתקן את מה שיאכלו כל היום, משא"כ בלקט דליכא תקלה כל היום משום שאינו נקבע למעשר (עד הערב*) (ועיין בהאות הקודמת שביארנו למה ליכא תקלת גזילה כל היום). ברם מההר"ם תירץ בדרך אחרת והיינו שרק בהציור של רבי דוסא, דאיירי בבעל הבית, חיישינן שמא יטעה בהנוסח, אבל הצנועין שהיו בקיאים בדינים בודאי לא יטעו. והנה מההר"ם בתוך דבריו שם כתב להדיא שבאמת גם בהציור של רבי דוסא

גבי מעשר יש לחשוש לתקלת כל היום, רק שבכל זאת עדיף לחשוש להטעות הנ"ל בהנוסח (משא"כ בצנועין שאין לחשוש לזה). וזהו להיפך מדרכו של המהרש"א אשר לפי דרכו יוצא שעדיף יותר לחשוש לתקלת כל היום מלחשוש להטעות הנ"ל בהנוסח ולכן היו הצנועין מחללין בבוקר. אלא שצ"ע על המהר"ם מתירוצם הראשון של תוס', והיינו משום שמכיון דס"ל להמהר"ם שגם גבי עניים קיים חשש לתקלת כל היום, א"כ מה שייך בזה עצה טובה, הלא בודאי צריך להפקיר בבוקר כדי למונעם מתקלת כל היום, וא"כ איך נתן רבי דוסא עצה להפקיר בערב.

ולכאורה צ"ל דכיון שאם יפקיר בבוקר יש חשש שמא יתפקרו טפי, א"כ בכה"ג נקטינן שאינו חייב להפסיד חלק גדול מתבואתו כדי להצילם מאיסור, ואפילו מידת חסידות ליכא בזה, וצ"ע.

קכו) בא"ד.

הנה הר"י פירש שכל הנלקט פירושו הוא שהצנועין היו אומרים עוד לפני הלקיטה שכל הנלקט יהי' מחולל לאחר הלקיטה, פי' ומיקרי דבר שאינו ברשות משום שבשעת החלות כבר אינו ברשות הצנועין. והקשה התורת חיים דמ"מ בשעת האמירה הי' שפיר ברשותם ולמה לא סגי בהכי. והנה עיין במחנה אפרים על הרמב"ם (בסוף הספר) בפרק ט' מהל'

הלקט עד הערב ואין אוכלים ממנו רק מעט". מיהו לכאורה צ"ע דאכתי ניחוש לההוא מעט, ואולי הכוונה היא למעט עניים, וממילא כל בעל הבית יכול לסמוך על רוב עניים שאינם אוכלים בעודם בשדה, ודחק.

(* בשט"מ בשם הרא"ש ותלמידי ר"פ איתא שאין דרכם של עניים לאכול בעודם בשדה אבל בהציור של צנועין מכיון שהם גנבים א"כ בעודו בכפו יבלענה.

ובשם הר"י ישעי' איתא "שדרך עניים לאסוף

מעשר שני שנקט בדעת הרמב"ם שהוא סובר כפירושו של הר"י בכל הנלקט, וביאר דס"ל להרמב"ם להלכה דלא כסוגיא דידן אלא דאזלינן באמת בתר שעת האמירה, דמכיון שהי' אז בידו לחללו (כלומר לתולשו ולחללו, לפי הרמב"ם שפוסק שאין חילול במחובר), ממילא שוב לא איכפת לן אם בשעת החלות שוב אינו ברשותו, והביא כעין זה מהגמ' בנדרים, וביאר שסוגיא דידן חולקת על זה, אבל הרמב"ם פוסק כמו הסוגיא בנדרים, ומש"ה שפיר פסק כלישנא דכל הנלקט אע"פ שהוא פוסק כרבי יוחנן שאי אפשר לפעול חלות על דבר שאינו ברשותו, והיינו כהנ"ל שהוא פוסק דאזלינן בתר שעת האמירה.

קכז) בא"ד.

וז"ל, וא"ת וכיון שיש חילול במחובר לקרקע כדמשמע בסמוך למה היו הצנועים דוחקים, למה לא היו מחללים כל הכרם בבת אחת עכ"ל. מהמשך דבריהם נראה שהקושיא הזאת קאי על כל הנלקט, דהא רק להלן הקשו על כל המתלקט.

והנה מדברי תוס' יוצא שלפי פירושם בכוננת כל הנלקט, דהיינו שאומרים בתחילה שיחול החילול לאחר לקיטה, סגי לומר כן פעם אחת בלבד, ולא שייך לחשוש למה שגדל אחר האמירה, דהא החילול חל לאחר הלקיטה דהיינו בשעה ששוב לא יגדל. ומה שהקשו תוס' למה היו הצנועין דוחקים עצמם אין כוונתם לומר שהיו דוחקים עצמם לחלל הרבה פעמים, דזה אינו וכהנ"ל, אלא כוונתם היא כן, דלמה היו צריכים לחלל ע"י אמירת

כל הנלקט שהוא דרך מסובך וצריכים להכנס לחילוקי זמנים, ולא היו מחללים עכשיו את כל הכרם בבת אחת, ועל זה תירצו בתירוצם השני דהיינו משום שאם היו מחללים עכשיו את כל הכרם כולו, אז יש לחשוש באמת למה שגדל אחר כך, ולא יועיל כאן לומר שהוא בטל ברוב דהא יש מיהא איסור דרבנן כמש"כ בסוף הדיבור, וא"כ עדיף לומר כל הנלקט, ועוד דהא במשך הזמן הי' מה שגדל אחר כך מתרבה על העיקר ושוב לא יהי' בטל ברוב, ואין להקשות שאכתי היו יכולים לחלל את כל הכרם כולו בכל יום, דזה לק"מ, משום שבודאי הי' יותר קל לומר פעם א' כל הנלקט מלחלל בכל יום.

ושוב הקשו דהא גם בכל המתלקט יש לחשוש למה שגדל אח"כ. ותירצו שהגדל אח"כ מתבטל ברוב. ולפ"ז אמירת כל המתלקט שפיר יצטרך להיות בכל יום כדי לחלל באמת גם את מה שגדל אתמול לאחר האמירה של אתמול, ומה שיגדל היום הרי יהי' בטל ברוב עד שיחללנו מחר, באופן שלעולם לא תהי' כאן הצטרפות לרוב שאינו מחולל.

מיהו יש להעיר על זה דאכתי למה טרחו כל יום לומר כל המתלקט, הלא עדיף לחלל את כל הכרם כולו בכל יום (דהיינו שבכל יום יחללו את כל מה שגדל אתמול, ומה שיגדל היום הלא יהי' בטל ברוב עד שיחללנו מחר). ואע"פ שאין נפ"מ בנוגע למספר הזמנים שיצטרכו לחלל אבל מ"מ אכתי עדיף לעשות כן מלומר כל המתלקט ולסמוך על ברירה, דוגמת מה שנקטו תוס' שעדיף לחלל את כל הכרם

מלסמוך על כל הנלקט ולהכנס לחילוקי זמנים.

והנה ראיתי בחזו"א בסי' י"ח סוף סק"ה שהבין את דברי תוס' בדרך אחרת, והיינו שהבין שגם לפי פירושו של הר"י בכל הנלקט אכתי יצטרכו לומר כן בכל יום, משום שגם לפי פירושו של הר"י לא תועיל אמירת כל הנלקט בשביל מה שגדל אחר כך (וכן משמע ממש"כ תוס' כרם רבעי זה), ולכן עדיין יצטרכו לאומרו בכל יום כדי שמה שגדל באותו יום יהי בגדר מיעוט ויתבטל ברוב עד שיחללנו מחר. והא דאין אמירת כל הנלקט מועלת בשביל מה שגדל אחר כך לפי פירושו של הר"י (דהא לכאורה הי' צריך להועיל כיון ששעת החלות היא לאחר הגידול ולאחר שעת לקיטה), הרי זה משום שבשעת אמירת כל הנלקט הרי מה שיגדל אחר האמירה הרי הוא בגדר דבר שלא בא לעולם, ולכן לא מהני האמירה אע"פ שבשעת החלות יהי כבר בגדר דבר שבא לעולם*). ולפ"ז קושייתם הראשונה של תוס' היא כך, למה היו הצנועין דוחקים את עצמם לחלל בכל יום על הדרך של כל הנלקט, הלא היו יכולים לחלל רק פעם אחת לחוד ע"י שיחללו את כל הכרם, ואע"פ שימשיך לגדול אח"כ, אבל מ"מ י"ל שסברו

בקושייתם שמאחר שהעיקר נתחלל, שוב לא חל על מה שגדל אחר כך שם של רבעי, ועל זה תירצו שגם בכה"ג צריכים לחשוש למה שגדל אחר כך. וע"ע בחזו"א שם בדבריו על קושיית תוס' הראשונה.

ולפי דרכו של החזו"א לא קשה כל כך מה שהקשינו שיחלל בכל יום את כל הכרם כדי שלא לומר כל יום כל המתלקט (או כל הנלקט) שהוא בדרך מסובך, דזה קשה רק לפי הדרך שפירשנו לעיל שגם קושיית תוס' הראשונה היתה על הדרך הזאת, דהיינו שיחלל את כל הכרם פעם אחת במקום לומר כל הנלקט פעם אחת שהוא דרך מסובך, אבל לפי מה שיצא לנו עכשיו שקושיית תוס' היתה מצד מספר החילולים, דהיינו שיחלל את כל הכרם פעם אחת במקום לומר כל יום כל הנלקט, א"כ שוב י"ל שאין מקום להקשות שיחלל את כל הכרם בכל יום, כדי שלא לעשותו על דרך מסובך, דהא לפי הנ"ל לא מצינו בתוס' שהם סוברים שיש בזה צד עדיפות, וא"כ י"ל בפשיטות שאם אין ריווח במספר הזמנים אז בודאי הי' עדיף להם שלא לחלל את כל הכרם כולו, וכתירוץ הראשון שרצו להוליך לירושלים (די"ל שגם תירוץ השני יסבור בזה כתירוץ הראשון, ורק אם הי' יוצא נפ"מ במספר

קושייתם האחרונה שמה שהיו יכולים לתקן תיקנו, דלכאורה קשה על זה דהא שפיר היו יכולים לתקן גם את הגדל אח"כ דהיינו ע"י נוסח של "כל המתלקט יהי מחולל בשעה שלפני הלקיטה", דהא על דרך זה היו מתקנים גם מה שגדל אחר כך, ובעל כרחך צ"ל דהא דלא עשו כן הרי זה משום שעוד נשאר בכה"ג החסרון של דבר שלא בא לעולם.

(* ופירש שם החזו"א שלפ"ז צ"ל שקושייתם האחרונה היתה קשה גם על כל הנלקט, ולא דוקא הזכירו שם רק את כל המתלקט, והיינו משום שגם בכל הנלקט (לפי דרכו של הר"י) צריכים לחשוש להגדל אח"כ באותו יום משום דבר שלא בא לעולם. ועיי"ש שהוכיח מדברי תוס' גופא שיש בכה"ג חסרון של דבר שלא בא לעולם, והיינו ממה שתירצו בתירוץ הראשון על

קכט) תד"ה כל שלקטו.

וז"ל, תקנה עושה לעניים לפוטרם מן המעשר כשמלקטים יותר מדינם עכ"ל. עיין לעיל באות קי"ט קכ"ב וקכ"ד שביארנו למה לא הוצרכו לתקן משום האיסור של גזילה.

קל) בא"ד.

וז"ל, וצ"ל דבעל הבית אין מתייבאש, דאם ה"י מתייבאש וחשיב יאוש מדעת כמו תמרי דזיקא, א"כ למ"ד יאוש כדי קונה מה מועיל הפקר לפוטרו מן המעשר וכו' עכ"ל. והנה מדבריהם משמע שלמ"ד דיאוש כדי לא קני, אתי שפיר, ושפיר יועיל מה שהוא מפקיר לאחר יאוש. מיהו רש"י בסוף ע"ב כתב אליבא דרבי יוחנן שסובר שיאוש כדי לא קני, שהפקר יועיל קודם יאוש, ומשמע שלאחר יאוש לא יועיל. וצ"ע למה לא יועיל גם לאחר יאוש וכמו שמשמע מדברי תוס'. וצ"ל דס"ל לרש"י שלאחר יאוש כבר יצא מבעלותו של הנגזל אע"פ שעוד לא אתי לרשות הזוכה בהיתירא, ודלא כהנתייה"מ בס"י רס"ב סק"ג והקצה"ח בסוף סי' ת"ו, ולכן מכיון שכבר יצא מבעלותו שוב אינו יכול להפקירו. ובאמת כן היא שיטת רש"י בגיטין דף ל"ח ע"א בד"ה חזקה ובד"ה יאוש, וכן בדף ל"ט ע"ב שם בד"ה נתייאשתי, וכן בב"מ דף כ"א ע"א בד"ה מצא פירות מפוזרין, ובד"ה מעות מפוזרות.

גם י"ל שאפילו לפי הנתייה"מ דהוי עוד ברשות המייאש אבל מ"מ אכתי יכול להיות שאינו יכול להפקיר, והיינו משום

הזמנים סובר התירוץ השני שלא סגי בהתירוץ הראשון).

שוב נתיישבתי שלכאורה בשעה שהפירות עומדים כבר מוכנים ללקיטה והוא מחלל, כבר לא שייך שיתוסף הפרי שיעור כזה שיהי' יותר גדול ממה שכבר גדל ולא יהי' בטל ברוב, אלא תמיד יש כאן ביטול ברוב. ולפ"ז יוצא שבתחילה הקשו תוס' למה לא יחלל את כל הכרם בלי להכנס לחילוקי זמנים, ותירצו בגלל הגדל אח"כ, ולא נחתו עכשיו לומר שבטל ברוב, אלא אינו בטל ברוב, וכל הנלקט סגי כי כל הנלקט מהני גם להגדל אח"כ, ושוב הקשו דכל המתלקט לא מהני להגדל אח"כ, ותירצו שבטל ברוב. ולפ"ז בטל באמת תירוצם השני הקודם בענין למה לא חיללו את כל הכרם. ועוד דאע"ג דבטל ברוב אבל אכתי אסור מדרבנן ולכן עדיף לומר כל הנלקט.

וע"ע בחי' רעק"א כאן בקושייתו על תוס' שסובר כעיקר דרכו של החזו"א.

קכח) בא"ד.

וז"ל, ועוד דשמא הי' בטל ברוב וכו' עכ"ל. צ"ע דממ"נ אם הוא בטל ברוב א"כ לכאורה לא שייך לחללו משום שכמאן דליתא דמי, וביום שיגיע מה שנתגדל (לאחר החילול הראשון) לשיעור רוב, הרי באותו יום יהי' תקלה להלוקטים משום שהוא חוזר וניעור בלא פדיון, וגם לחללו עכשיו, בזמן שהוא בטל, על מנת שיחול החילול לאחר שיחזור וניעור, אי אפשר, דהא הוי דבר שלא בא לעולם, עיין בהאות הקודמת, וצ"ע בכל זה.

שזה הי' נחשב חרטה מהיאוש. ואולי לא מהני חרטה מהיאוש, עי' בזה באות קל"ג. ועכ"פ מדברי תוס' חזינן שהם סוברים ששפיר יכול להפקיר לאחר יאוש (אם יאוש כדי לא קני), וא"כ חזינן שהם סוברים ששפיר הוי שלו מקמי דאתי לרשות הזוכה וכדברי הנתי"מ הנ"ל. ועיין לקמן באות קל"ב שנכתוב עוד הכרח מדברי תוס' להלן כאן שהם סוברים כהנתי"מ. ואע"פ שהנתי"מ עצמו שם הוכיח מדברי תוס' להלן כאן שהם סוברים דלא כשיטתו אבל מ"מ הבאר יצחק דחה את הכרחו וכמו שנביא באות קל"ג.

קלא) בא"ד.

מדבריהם מבואר שאם יאוש קונה בשביל הגזלן אפילו כשהחפץ הוא ברשות הרבים, אז בודאי אין יאוש פוטר ממעשר משום דהוי כמתנה בעלמא. והנה צריכים להבין באיזה כח קונה הגזלן כשהגזילה היא ברשות הרבים בלא שום קנין. וכן צריכים להבין דא"כ למה אמרינן שהפקר שפיר פוטר את הגזלן ממעשר, דהא גם בהפקר נימא שאם הנגזל מפקירו הרי הגזלן קונה אפילו כשהגזילה ברשות הרבים כמו ביאוש. ועיין בקו"ש באות כ"ה שהסיק שהטעם למה יאוש קונה אפילו כשהגזילה היא ברה"ר הרי זה משום שמכיון שלאחר יאוש יש ביד הגזלן לזכות בו ולקנותו ועי"ז להפטר מהשבה א"כ מכח זה הרי הוא נפטר מהשבה כבר מעכשיו, ומשום כך "נעשית שלו כאילו כבר נפקע חיובו" (וכדבריו לעיל שם באות י"ד שביאר ששינוי קונה משום שמאחר שהוא נפטר

מהשבה הרי הוא קונה מכח הקנין גזילה שעשה בתחילה).

והנה יש להעיר על דברי הקובץ שיעורים, דהנה חזינן שלא כתב בפשיטות שהיאוש פוטר בדרך ישיר מהשבה וכמו שכתב באות י"ד לענין שינוי, והא דלא כתב כן הרי זה משום דאזיל לשיטתו באות שהוא קונה, ורק משום כך הרי הוא נפטר מהשבה, אבל היאוש עצמו אינו סיבה לפוטרו מהשבה בדרך ישיר, והא דס"ל כן הרי זה משום שמה שיאוש קונה נלמד הוא מאבידה, וכנראה שגם בנוגע לאבידה ס"ל להקו"ש שאין היאוש פוטר את המוצא מהשבה אלא היאוש רק מתירו לקנותו, ומה שהוא קונהו, הוא הדבר שפוטר מהשבה, אלא שלא ידעתי כעת מה הוא ההכרח לפרש כן את הדין של יאוש גבי אבידה (וההכרח של הקו"ש אינו מהא דמבואר לעיל בדף ס"ו שיאוש אינו קונה בע"כ וכמו שמבואר להמעין בדבריו).

ועכ"פ גם בשו"ת עיו"ט בס"י כ"ט ראיתי שפירש את דברי תוס' כעין הנ"ל, אלא שהוא סובר שהיאוש פוטר מהחיוב של השבה בדרך ישיר אשר מעתה הרי הוא קונה מכח הקנין גזילה של קודם (ועכ"פ העיו"ט חולק שם עם הקו"ש בנוגע לאיך פועל הקנין גזילה שעשה בתחילה וכמו שהבאנו באות מ"ה).

והנה הקו"ש שם כתב שלפי דרכו מובן למה יאוש קונה רק ברצון הגזלן אפילו אם נאמר ששינוי קונה גם בע"כ של הגזלן, והיינו משום שביאוש הרי כל הטעם שהוא נפטר מהשבה הרי הוא משום שהוא יכול לעשות מעשה קנין, וא"כ פשיטא שא"א

לומר כן היכא שהוא מתנגד לכך ואומר לפנינו שלא הי' עושה מעשה קנין. ובאמת גם לפי דרכו של העיו"ט יש לקיים את החילוק הנ"ל, ואע"פ שלפי דרכו לכאורה יאוש ושינוי שוים הם, דהא בשניהם מהני היאוש והשינוי לפוטרו מהשבה בדרך ישיר, אבל מ"מ אכתי י"ל שנהי שביאוש אין הגזלן נפטר מהחיוב של השבה נגד רצונו, אבל בשינוי הרי סיבת הפטור הוא משום שכבר נשתנה החפץ ואין זה החפץ שגזל וא"כ אכתי שפיר י"ל שזה משמש כסיבה לפוטרו מהשבה אפילו נגד רצונו, דהא מצד המציאות אין כבר עוד אפשרות של השבה.

אולם אע"פ שהעיו"ט והקו"ש חידשו סברות בענין למה יאוש יקנה אפילו כשהחפץ הוא ברה"ר, אבל מ"מ אכתי צריכים ליישב את ההערה השני' שהערנו, והיינו שלכאורה אותן הסברות שייכות גם בנוגע להפקר, דהא גם בנוגע להפקר י"ל שלאחר הפקר הרי הוא נפטר מהחיוב של השבה, בין לפי דרכו של הקו"ש (משום שגם לאחר הפקר הרי יש בידו לקנות), ובין לפי דרכו של העיו"ט (דהא לכאורה גם הפקר יפטור את הגזלן מהשבה כמו יאוש), וא"כ גם כשהנגזל מפקירו הרי זה צריך לגרום שהגזלן קונה מהנגזל בכח הקנין גזילה שעשה בתחילה, וממילא גם כשהנגזל מפקירו הרי זה צריך להיות נחשב כמתנה כמו יאוש באופן שגם הפקר לא יפטור את הגזלן ממעשר.

מיהו באמת הרי זה תלוי, דלפי דרכו של הקו"ש שהבאנו לעיל באות מ"ה שע"י קניני גזילה הרי הוא קונה קנין של בעלות גמורה על הזמן שיהי' פטור מהשבה א"כ

יוצא שהיכא שהנגזל מפקיר הרי זה הי' באמת הפקר, כי ע"י שהוא מפקיר הרי הוא נעשה עכשיו הפקר ומיפטר הגזלן מהשבה וקונה ע"י הקניני גזילה שעשה בתחילה, ונשאר באמת רגע שהי' הפקר, ומש"ה ניחא למה זה פטור ממעשר, ונהי שאין בכה"ג ללוי חלק ונחלה עמך כי אין לו דרך איך לקנות, אבל אולי לא איכפת לן בזה כי הוי רק משום חסרון היכי תמצא, ועוד דהא ביארנו בחלק א' באות שע"א שמלבד מהדרשה של ובא הלוי יש גם עוד דרשה לומר שהפקר פטור ממעשר והתם י"ל שהשם של הפקר פטור אפילו אם מאיזה סיבה שהיא לא הי' ללוי חלק ונחלה עמך. מיהו לפי העונג יו"ט שסובר שאחרי שנפטר מהשבה הרי זה שלו ממש למפרע משעה שגזל א"כ לבסוף יוצא שמעולם לא הי' הפקר. ברם אולי י"ל שאפילו אם למעשה לא נשאר רגע שהי' הפקר אבל מ"מ אם היחס של הבעלים הי' יחס של הפקר, גם זה נכלל במה ששם הפקר פטור, ומש"ה כאן מכיון שהנגזל מפקיר אע"פ שלאחר שהגזלן נפטר ע"י מהשבה נשאר שלא הי' הפקר מעולם, ולא עוד אלא יוצא שלא הי' בעלים בכלל בשעה שהפקיר, אבל גם זה פטור ממעשר כיון שבשעת הפקרו הי' עוד בגדר בעלים, ודוחק.

וע"ע בקו"ש באות י"ט שכתב שלפי דבריו שיש להגזלן קנין מסוים של בעלות גמורה משעת הגזילה, א"כ יוצא שהגזלן מן הגזלן היה צריך להיות נחשב גזלן כלפי הגזלן הראשון ולהתחייב מדיני גזילה בהשבת גוף החפץ להגזלן הראשון, והרי זהו דלא כמו שמשמע מתוס' להלן כאן

שהגזול מן הגזולן (באופן שלא קנה הראשון ביאוש) קונה קנין גמור ממש גם בעל כרחו של הגזולן הראשון ואינו מתחייב לשלם אלא דמים*). וגם הקשה על תוס' מאי שנא מזה שהגזולן מורישו ליורשו לפי המ"ד שסובר שרשות יורש כרשות לוקח דמי, דאם הוא יכול להוריש א"כ איך יכולים לזכות ממנו בעל כרחו.

וע"ע בחזו"א בסי' ט"ז בסק"א בד"ה והא וכו'.

קלב) בא"ד.

שוב כתבו תוס' שגם אם נאמר שיאוש קונה רק כשהוא ברשות הגזולן משום שאז הגזולן קונהו על ידי קנין חצר, אבל אם הוא ברשות רבים אז גם אדם אחר יכול לקדם ולזכות בו, גם לפי זה יאוש אינו פוטר ממעשר, והיינו משום שגם לפ"ז אין יאוש דומה להפקר, והיינו משום שיש איסור לשאר אנשים לזכות בו משום שהיא צריכה להגזולן לקיים בו מצות השבה. והנה לכאורה אין דבריהם מובנים, דהא איירי באופן שכבר נתיאשו הבעלים, וא"כ גם אם הגזולן הי' רוצה, אכתי לא הי' יכול לקיים בו מצות השבה אלא הי' צריך לשלם דמים. וצ"ל שכוונתם היא שלהגזולן יש ברירה לא לרצות לקנות ביאוש, דהא

(* ובע"כ שכוונתם היא משום מזיק כמש"כ הברכת שמואל בסי' ל"ו סק"ג וכמו שביארו תוס' שגרם לו שאינו יכול לקיים מצות השבה עם החפץ הגזול. וכן מבואר גם מתוך המשך דברי הקו"ש שם (מאות י"ז עד אות י"ט) שכן צ"ל לפי תוס' (ודלא כמו הצד שכתב הקו"ש לעיל באות י"ז שמאי דאיתא בדף ס"ח שהגנב השני חייב קרן להגנב הראשון הרי זה משום גניבה).

יאוש אינו קונה לו בעל כרחו כדאמרין לעיל בדף ס"ו ע"ב, וא"כ שפיר יוצא שלאחר יאוש אסור לשאר אנשים לקנותו אפילו כשהוא ברה"ר, והיינו משום שהגזולן יכול לומר שאין ברצונו לקנות ביאוש אשר לפ"ז שפיר יוצא שע"י זכייטם הרי הם מעכבים את הגזולן מלקיים בו מצות השבה.

ועכ"פ גם לפ"ז צ"ע מאי שנא יאוש מהפקר, דהא גם בנוגע להפקר י"ל כהנ"ל, דהיינו שאין רשות לאחרים לקנותו אפילו אם יהי' ברה"ר משום שהגזולן יכול לומר שלא הי' ברצונו לקנותו ושהיא צריכה לו לקיים בו מצות השבה.

וצ"ל שלאחר שהנגזל מפקירו, אפילו אם הגזולן לא ירצה לקנותו, אכתי א"א לקיים בו מצות השבה משום שכבר אינו שייך להנגזל**, משא"כ ביאוש הרי שפיר נשאר הוא של הנגזל עד דאתי לרשות זוכה וכמש"כ הנתיחה"מ.

וע"ע בחזו"א בסי' ט"ז סק"א.

קלג) בא"ד.

הנה הנתיחה"מ בסי' רס"ב סק"ג כתב שלפי שיטתו שם שהחפץ נשאר ברשות המייאש עד דאתי לרשות זוכה יש לומר טעם יותר פשוט למה יאוש אינו פוטר

** ודע שבשו"ת באר יצחק כתב ששפיר אפשר לקיים מצות השבה גם כשהחפץ כבר אינו שייך להנגזל כל זמן שלא קנהו אדם אחר, וכתב כן כדי לדחות את ראיית הקצה"ח בסוף סי' ת"ו לשיטת הנתיחה"מ.

ברם גם לפ"ז י"ל דפטור מן המעשר כי שם הפקר פוטר גם כשאין ללוי חלק ונחלה עמך וכמו שביארתי באות קל"א.

קלד) בא"ד.

עיינן בקצה"ח בסי' כ"ה סק"א ושמ"א סק"ב וג' שכתב שהיכא שגזל בשוגג, אינו קונה שום קניני גזילה ואינו חייב באונסין. והנה מדברי תוס' כאן נראה שהוא שפיר קונה קניני גזילה, דהא הציור של עניים איירי באופן שלקטו יותר מהשיעור של לקט בשוגג וכמו שפירש"י, וכן מבואר בגמ' בע"ב מדברי אביי שם, ובכל זאת חזינן מדברי תוס' שיש לו תורת גזלן לקנות ע"י יאוש, ע"י באות קל"א, וכן לענין שהוא חייב מדיני גזילה בהשבת החפץ. וע"י באות נ"ז סק"ב בהערה מה שהבאנו מהשגת ארי'.

קלה) בא"ד.

וז"ל, דנהי שהנגזל אין יכול לתבוע מן המחזיק בה לאחר יאוש וכו' עכ"ל. עיינן לעיל באות נ"ג סק"ה שדננו בדברי תוס' כאן.

קלו) בא"ד.

וז"ל, דטעמא דהפקר פטור מן המעשר (הוא) משום דכתיב ובא הלוי כי אין לו חלק ונחלה עמך יצא לקט שכחה ופאה שיש לו חלק ונחלה והיינו טעמא דהפקר עכ"ל. עיינן לעיל בחלק א' אות שע"א בענין מנין שהפקר פטור ממעשר.

קלז) בא"ד.

וז"ל, ועוד דמסתמא אין מתייאש אלא לגבי עניים ואין מועיל לפטור מן המעשר עד שיהי' הפקר לעניים ולעשירים כשמיטה עכ"ל. צ"ע למה הביאו הך ילפותא משמיטה הלא מאי דילפינן משמיטה הוא

ממעשר למ"ד יאוש לא קני, והיינו משום שהחפץ הוא עוד שייך להנגזל כמו קודם, וא"כ פשיטא שהוא חייב במעשר, דהא הוי כמו הפקר לפי רבי יוסי שסובר שאינו יוצא מרשות המפקיר עד דאתי לרשות הזוכה, והרי לפי רבי יוסי אכתי קיימא בהחייב של מעשר לפני שזוכים בו, וא"כ ה"ה ביאוש אליבא דכו"ע עכת"ד הנתייה"מ.

ועכ"פ ממה שלא כתבו תוס' כן לכאורה מוכח ששפיר יוצא מידי המייאש מיד לאחר יאוש גם מקמי דזכי בי' אחר, אלא שלפ"ז צ"ע דהא כבר הוכחנו בהאות הקודמת, וכן באות ק"ל, שתוס' סוברים שפיר כמו הנתייה"מ שהוא נשאר ברשות המייאש עד דאתי לרשות זוכה, וא"כ לפ"ז לכאורה צודק הנתייה"מ שפשיטא שהתבואה קיימת עוד בהחייב מעשר כמו קודם, וא"כ למה היו צריכים תוס' להגיע לזה שאסור לכל אדם לזכות בו.

מיהו בשו"ת באר יצחק חיו"ד סי' כ"ג ענף ד' כתב שאין דברי הנתייה"מ מוכרחים, משום שלעולם י"ל שביאוש הרי הוא שפיר נשאר ברשות המייאש עד דאתי לרשות הזוכה, רק שמ"מ מכיון שיש רשות לכל אחד לזכות בו, הרי זה מספיק לפוטרו ממעשר (וכדברינו לעיל באות קל"א שנאמרו שני פטורים, חדא של הפקר, ועוד היכא שיש להלוי חלק ונחלה עמך אפילו אם אינו הפקר). וכוונת הבאר יצחק היא שאע"פ שהפקר לפי רבי יוסי שפיר חייב במעשר כל עוד שלא זכו בו, הרי זה משום שהמפקיר יכול לחזור בו מההפקר ולעכב את אחרים מליטול משא"כ ביאוש (כן כתב בספר קהלות יעקב על ב"ק בריש סי' ל"ז בביאור דברי הבאר יצחק).

שבכלל אינו נעשה הפקר עד שמפקיר גם לעניים וגם לעשירים, והלא כאן בסוגיין אפילו למ"ד שמועיל הפקר לעניים אבל בכל זאת הפקר כמו זה שבסוגיין אינו פוטר ממעשר משום שסוף סוף הרי אינו הפקר ללוים, ואכתי אין לו חלק ונחלה עמך, וא"כ הכי הו"ל לתוס' למימר, דהא אינו מתייאש לגבי לויים, ואנן בעינן שיהי' מותר גם ללויים ללוקחו. ויש לפלפל בזה, עי' לעיל באות קל"א.

גם קשה על הא שהביאו הך ילפוטא משמיטה, דהא אנן ביאוש קיימינן, ויאוש בודאי חל בכה"ג, דהא לפי הנחת תוס' הרי גם בכל גזילה אין הנגזל מתייאש אלא לגבי הגזלן ומ"מ חל היאוש.

דף ס"ט ע"ב

קלח) סתמא אחריתי.

יש לעיין מה היא הראי' ממשנתנו, הלא משנתנו לא איירי במקדיש דבר שאינו ברשותו. ועיין במהר"ם שביאר שכמו שחזינן שנחלש כחו של הנגזל היכא שאינו ברשותו עד כדי כך שאין הגונב אחר הגנב מתחייב, "ולא הנקרא (הנגזל) בעל הדבר מחמת שאינו ברשותו", הה"נ שמסתברא לומר שנחלש כחו לענין שאינו יכול להקדישו. מיהו יש להעיר על זה כדלהלן.

א. לכאורה פירושו של המהר"ם מבוסס על ההנחה שהגנב השני אינו מתחייב להבעלים אפילו קרן וכשיטת הקצה"ח בסי' ל"ד סק"ג.

ב. לפי המהר"ם למה המזיק אחר הגנב חייב לשלם להנגזל לפי רב חסדא בדף קי"א ע"ב, הלא גם לענין זה צריכה להועיל הסברא הנ"ל.

ולכאורה יש לפרש את דברי הגמרא כאן בדרך אחרת, והיינו שמה שהגנב השני אינו חייב להבעלים הרי זה מצד גזירת הכתוב לחוד בלי להוסיף הך הגדרה שהוחלש כחו עד שאינו נקרא בגדר בעל הדבר, אלא בודאי הרי הוא עדיין נקרא בעל הדבר ולכן המזיקו חייב, רק שמ"מ פטרינן לי' משום הדרשה של וגונב מבית האיש (ויתכן שרק מכפל), וכן ביאר הקצה"ח שם שהדרשה באה לפוטרו גם מהנגזל ולא רק מהגנב. ומעתה לפי דבריו יש לפרש שזה משום דלא מיקרי מבית האיש, וכוונת הגמ' כאן במה שמדמה לזה את הדין של הקדש היא כך, שכמו שחזינן שהמלה "ביתו" מורה לא רק על "שלו" אלא גם על "ברשותו", והיינו דבעינן וגונב מביתו דהיינו "מרשותו", א"כ ה"ה שגבי הקדש המלה "ביתו" מורה על ברשותו, ועל זה קאמר הש"ס שעדיפא לי' לרבי יוחנן הסתמא של פרק מרובה משום שבאמת כן היא המשמעות הפשוטה של ביתו, דהיינו שהוא מורה גם על ברשותו.

והנה רש"י לעיל בדף ס"ב ע"ב על המשנה פי' דגונב מן הגנב אינו משלם כפל משום דכתיב וגונב מבית האיש ולא מבית הגנב, ומוכח דס"ל כהקצה"ח כי אל"כ הרי יוצא שביאר רש"י רק למה אינו משלם כפל להגנב הראשון אבל אכתי לא ביאר למה אינו משלם כפל להבעלים, וא"כ מוכח דס"ל שגם דבר זה הוא בכלל הדרשה.

קלט) אמר רבא וכו'.

הנה תמצית דברי רבא היא שבלא דברי רבי יוחנן הי' אפשר לומר שלכו"ע אפשר לחלל רבעי שאינו ברשותו, דהא גם בכל רבעי דעלמא הרי אינו הבעלים, וגם אינו נקרא ברשותו אלא הרי הוא בי גזא דרחמנא, דהא ממון גבוה הוא, רק שבכל זאת חזינן שהתורה מחשיבתו בעלים וגם אוקמה ברשותו, ולכן ה"ה שי"ל כן גם כשיש כח אחר שמפקיע את כחו, וכגון היכא שנגזל ממנו, דגם בכה"ג י"ל שאוקמה התורה ברשותו. וביארו תוס' שמעצם הדין שהוא יכול לחלל אכתי לא חזינן שהתורה משווהו ברשותו, משום שלעצם החילול הי' אפשר לומר שסגי בזה שהוא תחת שליטתו, אבל מהא דמוסיף חומש סבר רבא ששפיר מוכח שמיקרי ברשותו.

אלא שאע"פ שאמר רבא שבלי דברי רבי יוחנן הי' אפשר לומר כן אבל מ"מ לבתר דברי רבי יוחנן חזינן דס"ל לצנועין שבאמת לא בעינן בכלל שיהי' ברשותו. ולפ"ז לא קיימי דברי רבא שרחמנא אוקמי' ברשותו. אמנם בנוגע להתנאי של "שלו", אכתי י"ל בכמה דרכים, דמצד אחד י"ל שזה נשאר אמת שנאמר ברבעי לענין הוספת חומש דין חילול ע"י הבעלים, רק דהא דמיקרי בעלים אין זה משום חלות מיוחד מצד התורה וכמו שסבר רבא (דא"כ אמאי לא נימא כן גם לענין התנאי של ברשותו), אלא הא דמיקרי בעלים לענין חומש, הרי זה משום שיש לו במציאות הך בחינה של בעלות שהוא רשאי לאוכלו בירושלים, ומאחר שחידשנו שמה שהוא רשאי לאוכלו בירושלים משווהו לבעלים,

א"כ יתכן שצריכים כן גם לגוף החילול ולא רק לחומש, ולא סגי בשליטה לחוד. והדרך הזה הוא כדברי הגר"ח שהבאנו לעיל באות קי"ג שנאמר ברבעי דין בעלים ושברבעי שיש לו בעלים רק הבעלים יכולים לפדותו, וצ"ע.

גם י"ל כדברי החזו"א שהבאנו שם, דהיינו שאע"פ שיש לו דין בעלים בגלל זה שהוא הזוכה לאוכלו בירושלים והרי הוא מעכב אחרים מלפדותו, אבל מ"מ אכתי סגי גם במה שהוא תחת שליטתו כדי לחללו (היכא שאין בעלים שמקפידים).

ודעת העונג יו"ט בסי' צ"ג היא שלמסקנא באמת לא נאמר ברבעי שום דין של בעלות כלל, אלא כל כחו לחלל ולעכב אחרים מלחלל הרי הוא רק משום שהתורה נתנה לו את הכח לאוכלו בירושלים או לחללו ולאוכלו חוץ לירושלים, אבל לעולם לא מיקרי משום כך בעלים, ולא בעינן בשביל חילול שום אופי של בעלות, והא דאינו יכול לחלל היכא שאינו ברשותו הרי זה משום שכחו של הגזולן מעכב על הראשון מלחללו. ולעיל באות קי"ג הבאתי את לשונו איך שהסביר דבר זה.

קמ) תד"ה ה"א צנועין אית להו דר' דוסא.

עיין בדבריהם שפירשו שלא מן הדין אלא מן התקנה דאוקמי רבנן ברשותי' לחלל ולהפקיר. ולכאורה צ"ע איך מועיל תקנה לסלק את המציאות של "אינו ברשותו", וכן הקשה החזו"א בסי' י"ח סק"ו (וע"ע לעיל באות קט"ו). ועיין בקובץ שיעורים באות י' מה שכתב ליישב,

וכן איתא בקובץ ביאורים על ב"ק באות נ"ו בשם הגר"ש שקפ זצ"ל.

קמא) שיטת הרמב"ם בצנועין.

עיי' בדברי הרמב"ם בפיה"מ על המשנה של צנועין (בפ"ה ממעשר שני משנה א'), וכן בדבריו בפ"ט מהל' מעשר שני ה"ז שפסק בצנועין אע"פ שהוא פוסק שאי אפשר לפעול על דבר שאינו ברשותו. וכן הביא את המנהג של צנועין רק על שנת השמיטה. ובישוב שיטת הרמב"ם עיי' בכ"מ שם, וכן במחנה אפרים על הל' מעשר שני, וכן בתוס' רעק"א על המשנה שם, וכן בשו"ת עונג יו"ט בסי' צ"ג, וכן בחידושי הגר"ח על פ"ד מזכ"י ומתנה ה"ו בד"ה ולפי וכו', וכן בספר אבי עזרי הובאו דבריו לעיל בריש אות קי"א*.

ויש ליישב עוד, דהנה ע"י לעיל באות קכ"ב שצדדנו בענין אם שייך קניני גזילה ברבעי, ואם נאמר שלא שייך א"כ יש לעיין למה חשיב כאן שאינו ברשותם של הצנועין. וצ"ל דמשום זה לחוד שאינם שולטים חשיב שאינו ברשותם. ומעתה י"ל שהרמב"ם סובר להלכה שכדי להחשב אינו ברשותם צריכים בדוקא קניני גזילה, ומש"ה הצנועין היו יכולים שפיר לחלל. והא דס"ל להרמב"ם שבלי קניני גזילה הרי זה נחשב עדיין ברשותו הרי זה מהסוגיא לקמן בדף ק"ז דאמרינן שאם שלח יד קודם שט"ג הרי הוא פטור מכפל, והקשו תוס' שא"כ הרי כל ט"ג נעשה כופר בפקדון קודם שנשבע על טענת גנב וא"כ למה חייב כפל, ותירצו, וכן תירץ המ"מ בדעת הרמב"ם, שכפירה בפקדון אינה כשליחות יד, ויש לבאר שהיינו משום

שנהי שהוא חייב באונסין משום שלא גרע משואל שכל הנאה שלו, אבל אכתי הרי זה נחשב ברשות המפקיד, ומש"ה עדיין אפשר להעשות עליו גנב ע"י ט"ג, וא"כ יוצא שאע"פ שהמפקיד אינו שולט, הרי זה אכתי נחשב ברשותם ושייך וגונב מבית האיש, והיינו משום שעוד לא קנה השומר קניני גזילה, ובלי קניני גזילה הרי זה נחשב עוד ברשותו.

ועי' בקו"ש באות ח' וט' שהאריך במה קובע "אינו ברשותו", וכתב להוכיח מלהלן בדף קט"ו ע"ב שגם בלי קניני גזילה הרי זה נחשב אינו ברשותו דתניא שם מי שבא בדרך ומעות בידו ואנס כנגדו לא יאמר הרי פירות שיש לי בתוך ביתי מחוללים על מעות הללו, ואם אמר דבריו קיימים, אבל היינו רק אם הוא יכול להציל אבל אם אינו יכול להציל אין דבריו קיימים, הרי שאע"פ שעוד לא קנה האנס קניני גזילה לא חשיב ברשות הבעלים כי כבר עכשיו אין לו שליטה.

מיהו אולי שאני התם שהגזלן עומד לקנות קניני גזילה ולכן כבר עכשיו אין זה נחשב ברשותו של הבעלים, וכעין זה איתא שם לעיל בזה"ל, הרי שהי' טעון כדי יין וכדי שמן וראה שהן משתברות לא יאמר הרי זה תרומה ומעשר על פירות שיש לי בתוך ביתי ואם אמר לא אמר כלום, ופירש"י וז"ל, כיון דלאיבוד אזלי לית בהו זכי' והפקירא הוא עכ"ל, הרי שכבר עכשיו הרי זה נחשב הפקר (ויש לדחות).

ועוד הוכיח הקובץ שיעורים שמחמת עצם העובדא שאין לו שליטה חשיב שאינו ברשותו מב"מ דף ז' ע"א דאמרינן שם שמסותא חשיב אינו ברשותו אע"פ שלא

קנה שם קניני גזילה, וכן מבואר שם לענין קרקע דחשיב אינו ברשותו היכא שאינו קניני גזילה.

המשך פרק מרובה

כאן, דהיינו שאין שם יורש אחר אלא הוא, דהא כתב שבהסיפא הרי הוא פטור משום ששלו הוא טובח ומוכר, וא"כ משמע שהוא היורש היחידי דלפ"ז נמצא שבשעת טביחה שייכת הבהמה לגמרי לו ושפיר מספיק לזה הטעם של "שלו הוא טובח" שכתב רש"י.

ב', דאיירי באופן שיש לו אחין, והכוונה בהרישא היא שהוא צריך לשלם להם חלקם בהדו"ה, אבל את החלק שלו י"ל שאינו חייב להוציא מתחת ידו, ובהסיפא הרי הוא פטור משום שכיון שכבר מת אביו בשעת טו"מ א"כ נמצא שהוא שותף בהבהמה (יחד עם האחין) ולא טבחה כולה באיסורא, וכדרך זה פירש"י בהסיפא בדף ע"ד ע"ב, וכן הרמב"ם בפיה"מ כאן.

והנה כהדרך השני איתא להדיא בתוך הגמרא בדף ע"ב ע"א, דהיינו שהטעם למה הוא פטור בהסיפא הרי זה משום שלא טבחו כולו באיסורא. ולפ"ז צ"ע למה פירש"י כאן דאיירי באופן שהוא היורש היחידי וכמו שדייקנו מדבריו. ולכאורה י"ל דס"ל לרש"י דאיירי המשנה בשני האופנים, דהיינו גם כשהוא היורש היחידי וגם כשיש לו אחין, והא דנקטה הגמרא בדף ע"ב שיש כאן אחין הרי זה משום שבהציור הזה יש חידוש בהדין של הסיפא

דף ע' ע"א

(א) גנב משל אביו וטו"מ ואח"כ מת אביו משלם דו"ה.

הנה בהסיפא בדף ע"ד ע"ב תנן שאם גנב משל אביו ואח"כ מת אביו ואח"כ טו"מ הרי הוא משלם כפל ופטור מדו"ה וכמו שהביא רש"י כאן. ויש שני דרכים איך להבין את המשניות האלו.

א', דאיירי באופן שהוא הבן היחידי ובכל זאת בהרישא אע"פ שהוא יורש את הכל, ואין שם יורש אחר למי לשלם, בכל זאת הרי הוא צריך להוציא את הדו"ה מתחת ידו דוגמת המשנה בדף ק"ח עיי"ש, ואע"פ שהתם בדף ק"ח איירי בנשבע, אבל בכל זאת י"ל שחייב זה להוציא מתחת ידו גם כשירש הרי הוא נוהג גם היכא שלא נשבע (עיי' בזה באות ת"ו), משא"כ בהסיפא מכיון שבשעת טו"מ כבר ירש, והיתה הבהמה שלו, א"כ יוצא ששלו הוא טובח ומוכר ולכן הרי הוא פטור (אבל את הכפל הרי הוא צריך להוציא מתחת ידו כי בשעת הגניבה היתה הבהמה של אביו). ולפ"ז יש חידוש גדול בהרישא (וכן בהסיפא בנוגע להכפל), והיינו שהוא צריך להוציא את הדו"ה מתחת ידו אע"פ שכבר ירש אותו. וכדרך זה משמע מלשון רש"י

דהיינו שהוא פטור אע"פ שבשעת טו"מ לא הי' הוא הבעלים היחיד, והא דנקט רש"י כאן ציור שהי' הוא היורש היחיד הרי זה משום שבהציור הזה יש חידוש בהדין של הרישא דהיינו שהוא צריך להוציא את הדו"ה מתחת ידו אע"פ שכבר ירש אותו, אבל בציור שיש עוד אחין אין חידוש לומר שהוא צריך לשלם להם את חלקם בהדו"ה (ואע"פ שהי' אפשר להעמיד כשיש אחין ולפרש שהחידוש הוא שהוא צריך להוציא מתחת ידו גם את חלקו בהדו"ה, אבל בכל זאת כדי להשמיענו חידוש זה העדיף רש"י לצייר בפשטות דהיינו כשאין אחין ולענין כל הדו"ה).

מיהו שו"ר בתיו"ט כאן שהבין בדרך אחרת את כוונת רש"י כאן (וכוונת הר"ב שכתב כלשון רש"י), והיינו שלעולם גם כאן כוונת רש"י והר"ב היא להיכא שיש עוד אחין, דעיין בתיו"ט שביאר דהא דהביאו רש"י והר"ב כאן את הסיפא הרי זה משום דקשיא להו שבהרישא באמת אין שום חידוש כי כיון שיש כאן עוד אחין א"כ פשיטא שהוא צריך לשלם להם את חלקם בהדו"ה ולכן הביאו רש"י והר"ב את הסיפא משום שנתכוונו לומר בזה שהחידוש של המשנה הוא בהסיפא (דהיינו שהוא פטור אע"פ שיש כאן עוד בעלים בשעת טו"מ) ותני הרישא אגב הסיפא. ולפ"ז צ"ל שמש"כ רש"י כאן שבהציור של הסיפא הרי הוא פטור משום ששלו הוא טו"מ כוונתו היא שרק חלק בהבהמה היא שלו ובאמת רק על חלק מהבהמה אמרינן ששלו הוא טו"מ, אלא שהוא פטור לגמרי משום שמזה

יוצא שלא טבחה כולה באיסורא, ודוחק. ועיין ברש"ש כאן שכתב שמדברי התיו"ט על משנה ד' בד"ה משלם וכו' משמע שבהרישא (וכן בהסיפא בנוגע להכפל) מלבד ממה שהוא צריך לשלם להאחין האחרים את חלקם הרי הוא חייב גם להוציא את חלקו מתחת ידו וכהמשנה בדף ק"ח, ואע"פ שלא נשבע. ולפ"ז לכאורה צ"ע על דברי התיו"ט הקודמים, דהא לפ"ז שפיר יש חידוש גם בהרישא וצ"ל דס"ל להתיו"ט שמאי דתנן בהרישא שהוא משלם דו"ה הכוונה היא לחיוב גמור, משום הקנס שכתוב בהתורה, ואין הכוונה להך חיוב צדדי של להוציא מתחת ידו. ועי' באות ת"ו שהבאנו את דעות הראשונים בענין מה הוא יסוד הדין של החיוב הזה להוציא מתחת ידו אע"פ שכבר ירש.

ברם באמת התיו"ט על משנה ד' לא כתב בהחלט שהוא צריך כאן להוציא את חלקו מתחת ידו, אלא כתב לעיין בזה בפ"ט משנה ט' והתם הביא באמת שיש אומרים שהחיוב ההוא שייך רק כשנשבע.

ב) לימא מתניתין דלא כר"ע.

א. קושיית הבעל המאור, ותירוצו של הרמב"ן.

הנה בגמרא מסקינן שבאמת גם רבנן דורשים דבר ולא חצי דבר, והיינו כדי למעט היכא שב' אומרים שצרה אחת בגבה וב' אומרים אחת בכריסה, רק דפליגי על ר"ע בזה שר"ע ממעט גם ג' כתי עדים על ג' שנות חזקה, דרבנן מכשירים משום

מעתה שפיר יכולה הגמרא לסבור שלעולם גם רבנן מודים לר"ע בהציוור של שערות ורק בהציוור של חג"ש הרי הם חולקים משום סברת הרי"ף*), והמשנה א"ש באמת גם לפי רבנן כמו לפי ר"ע משום הסברא הנ"ל שדמי לעדי קידושין וביאה.

ב. דרכם של תוס' בדעת חכמים דר"ע.

והנה מעתה יש לעיין באם קושיית הבעל המאור קשה רק על דרכו של הרי"ף או האם היא קשה גם על דרכם של רש"י ותוס', ובתחילה נעיין באם היא קשה לפי דרכם של תוס', דעיין בתוס' שפירשו שרבנן מודים בהציוור של חג"ש משום שכל כת ראתה את כל מה שהי' אפשר לראות באותה שעה. ולפי"ז עדי טביחה דומים לכאורה לחג"ש כי גם שם הלא בשעת הטביחה לא הי' אפשר לראות אלא את הטביחה לחוד ולא את הגניבה, וא"כ שפיר נקטה הגמ' בתחילת הסוגיא שהמשנה אתי שפיר כרבנן. מיהו יש לפקפק קצת בזה דהנה מצינו לפעמים שהטביחה משמשת גם כהגניבה, דעיין לעיל באות ז' שהבאנו מרעק"א שהיכא שטבח את בהמת חבירו לשם גניבה הרי הוא חייב על זה כפל ודו"ה כי הטביחה משמשת גם כהגניבה, וא"כ לפ"ז יוצא שלפעמים שפיר יתכן לראות את הגניבה והטביחה ביחד ולא דמי לעדי ג"ש שא"א

דס"ל שזה עדיף מהציוור הנ"ל של שערות. וביאר הרי"ף בב"ב דף נ"ו דהא דעדיף הרי זה משום שמהני העדות של כל כת לחייב את המחזיק לשלם את הפירות שאכל אם לא יביא עדים על השנים הנותרות. והקשה הבעל המאור כאן על הרי"ף דהא חזינן שהגמ' בקושייתה הראשונה של לימא מתני' דלא כר"ע רצתה לומר שהמשנה היא דלא כר"ע, וא"כ משמע שסברה הגמרא שהמשנה אזיל כרבנן ושרבנן מכשירים גבי עדות גניבה וטביחה כמו שהם מכשירים גבי חג"ש, ורק גבי שערות הרי הם מודים לר"ע, ואילו לפי הנ"ל ה"ה שלא אזיל המשנה כמו רבנן דהא עדות על טביחה לחודה לא מהני לשום דבר (דהא יכול להיות שהבהמה היא שלו), וא"כ הרי זה דומה לשערות שגם רבנן מודים שם שממעטינן חצי דבר. ותי' הרמב"ן במלחמות שבהס"ד סברה הגמרא שבאמת רבנן מכשירים בכל הציוורים של חצי דבר ושהמשנה אתי שפיר לפי רבנן משום שרבנן לית להו בכלל הדרשה של דבר ולא חצי דבר, והא דסברה הגמ' כן הרי זה משום שאם לא נאמר כן א"כ יוצא באמת שהמשנה היא דלא כמאן, ולכן סברה הגמרא שבאמת רבנן מכשירים בכל הציוורים של חצי דבר ושהמשנה אזלה כרבנן, ושוב הסיקה הגמרא שגם ר"ע מודה בהציוור של המשנה משום שדמי לעדי קידושין וביאה, והשתא דאתינן להכי א"כ

בהתירוץ דדמי לעדי קידושין וביאה, רק שלא ידעה הגמרא שגם ר"ע סובר הך סברא ומש"ה קאמרה הגמרא שלימא מתניתין דלא כר"ע, ותירצה שגם ר"ע סובר הך סברא עיי"ש.

* והריטב"א על ב"ב דף נ"ו תי' בדרך אחרת, והיינו שלעולם גם בהס"ד ידעה הגמ' שרבנן ממעטים גבי שערות, רק שהגמרא סברה שהמשנה כאן א"ש כרבנן משום הסברא שאמרה הגמ'

לעולם לראות אכילת שנה אחת בתוך השנה השני, ונהי שבהציוור של המשנה א"א לראות את הגניבה והטביחה ביחד כיון שלא גנב על דרך טביחה אבל אכתי יתכן דבר כזה בציוורו של רעק"א שהטביחה משמשת גם כמעשה הגניבה, וא"כ אולי הרי זה צריך לגרום שבהציוור של המשנה שפיר נחשבת הטביחה כחצי דבר. ועי' ברש"ש בב"ב דף נ"ו שדן על עוד ציוור כזה אלא שלא ביאר שם את צדדי ספקו, ואולי כוונתו היא לחקור כהנ"ל דהיינו האם שייכת סברת תוס' גם היכא שרק בהציוור הזה שלפנינו לא היו העדים יכולים לראות יותר אבל בציוורים אחרים שפיר אפשר לראות יותר, או האם בעינן שבשום ציוור א"א לראות יותר וכמו בחג"ש (ויש גם לבאר את ספקו שם בדרך אחרת וכמו שיבואר להלן כאן באות ז). ועכ"פ אם נאמר שבעינן שבכל ציוור לא יהי אפשר לראות יותר א"כ יוצא שגם לפי תוס' אפשר להקשות את קושיית הבעל המאור דהיינו למה פרכינן לימא מתניתין דלא כר"ע הלא גם כרבנן לא אזלה משום שהעדות של טביחה גרועה היא מהעדות של אכילת שנה אחת, שהרי בשעת הטביחה אפשר לראות לפעמים גם את הגניבה.

ג. דרכו של רש"י בדעת חכמים דר"ע.

והנה מעתה נעיין באם קשה קושיית הבעל המאור לפי רש"י, דהנה רש"י פי' שחג"ש עדיף מהציוור בשערות של גבה וכריסה כי בחג"ש כל כת וכת מעידה

שהמחזיק מוחזק בה. ויש לומר ג' דברים בביאור כוונת רש"י.

א', שרש"י אזיל כהדעה שבאמת לאחר אכילה אחת יש כבר ראי' מכרעת נגד המערער מזה שלא מיחה, רק דבעינן שיאכל המחזיק ג' שנים כדי לסלק מעל עצמו את הטענה של אחוי שטרך, ולזה מהני אכילת ג' שנים כי לאחר אכילת ג' שנים תו לא מיזדהרי אינשי בשטרייהו, וא"כ לפ"ז יוצא שבאמת מהות החזקה היא ע"י אכילה אחת, ולכן שפיר נחשבת עדות על שנה אחת בגדר דבר שלם ולא חצי דבר. ולפ"ז י"ל כעין דבר זה גם גבי עדות טביחה ושרבנן יודו גם בטביחה כמו בחזקת ג' שנים ולא קשה קושיית הבעל המאור אלא שפיר נקטה הגמ' בתחילת הסוגיא שהמשנה אתי שפיר כרבנן (וגם בלי הדמיון לעדי קידושין וביאה), והיינו משום שמכיון שהחיוב של דו"ה הוא עבור הטביחה א"כ נהי שצריכים שיקדים תנאי של גניבה אבל מ"מ מכיון שהחיוב של דו"ה הוא עבור הטביחה א"כ הרי זה שפיר מיקרי שעדי הטביחה אומרים דבר שלם ולא איכפת לן אם בעינן לידע עוד ידיעה כדי להשלים דברים צדדיים.

מיהו לכאורה יש לחלק קצת, והיינו משום שבחג"ש הרי באמת הראי' נפעלת לגמרי ע"י אכילה אחת, והג' שנים הרי הן באמת רק כדי לתקן דבר צדדי, דהיינו שלא תהי' ראי' הפכית נגד המחזיק, אבל הכא נהי שהחיוב של דו"ה הוא עבור הטביחה, אבל הלא הגניבה הרי היא תנאי חיובי בהחיוב של דו"ה על הטביחה, ואין הגניבה רק בגדר דבר שמסלק דבר מסוים

שמעכב את חלות החיוב, וא"כ אולי דבר זה שפיר גורם לעדות הטביחה להחשב חצי דבר*).

ב', והנה הדרך השני שי"ל בביאור דברי רש"י היא שרבנן סוברים שגם היכא שהעדים מעידים על מקצת דבר הרי זה מהני, אבל רק היכא שמיקרי שאותו מקצת דבר פועל גם הוא פעולה מסוימת, וכגון בחג"ש שכל שנה ושנה הרי היא מקצת מהחזקה, וכשאכל שנה אחת הרי זה נקרא שיש ראי' פורתא נגד המערער (רק לא ראי' מספיק גדולה), אבל בשערות הרי שיערה אחת אינה אפילו בגדר מקצת הוכחה על גדלות, ולכן אין זה נקרא בגדר "דבר". ולפ"ז שפיר מהני עדי טביחה לפי רבנן ולא קשה קושיית הבעל המאור אלא שפיר נקטה הגמ' בתחילת הסוגיא שרבנן מודים להדין של המשנה, והיינו משום שגם הטביחה פועלת פעולה נפרדת בהחייב של דו"ה, כי כל החיוב של דו"ה הרי הוא באמת בשביל הטביחה, רק שצריכים גם התנאי של גניבה, וא"כ אין זה כמו שערות כי התם לשערה אחת אין שום ערך כלל, וכל הגדלות נפעלת רק ע"י שתי השערות יחד**).

ג', הדרך השלישי שי"ל בביאור כוונת רש"י היא שרבנן מודים בחג"ש כי לאחר אכילת שנה אחת אין צריכים לשום דבר הנולד כדי לגמור את החזקה, אלא צריכים רק להמשיך את המצב הנוכחי, משא"כ

בשערות בעינן דבר הנולד דהיינו עוד שיערה. ולפ"ז לא יודו רבנן בטביחה (אלמלא הדמיון לעדי קידושין וביאה) כי גם לאחר הטביחה בעינן שתקדים לה הגניבה שהיא סוג דבר אחר ואינה רק בגדר המשך, וא"כ שפיר קשה קושיית הבעל המאור למה נקטה הגמ' בתחילת הסוגיא שהמשנה א"ש מיהא לפי רבנן.

ד. דרכו של השט"מ בב"ב דף נ"ו.

והנה השט"מ בב"ב דף נ"ו ע"ב בד"ה ולי וכו' הביא בשם שיטה שלא נודעה למי עוד ביאור בענין למה עדיף להו לרבנן עדות על אכילת שנה אחת מעדות על שיערה אחת, והיינו משום שב' שערות אינן בגדר ראי' והוכחה על גדלות אלא הרי הן גופייהו בגדר הדבר שפועל את הגדלות, משא"כ הג"ש של חזקה אינן פועלות שום דבר חדש אלא הרי הן רק בגדר ראי' והוכחה שקנה את השדה מהמערער, וא"כ י"ל שרבנן סוברים שרק בדברים הפועלים חלות חדש אמרינן שיש גזיה"כ של דבר ולא חצי דבר, אבל בראיות והוכחות אין חסרון כזה ולא איכפת לן אם הם מעידים רק על חצי הוכחה עכ"ד. וגם לפי דרכו יש להקשות את קושיית הבעה"מ, דהא לפי הדרך הזה יוצא שעדי טביחה דומים באמת לעדי שיערה אחת כי גם טביחה אינה בגדר ראי' והוכחה אלא הרי היא בגדר דבר שמוליד עכשיו דין חדש דהיינו החיוב של דו"ה, וא"כ גם לפי רבנן לא

* ומכ"ש שצריך להחשב חצי דבר לפי מה שציידד הקו"ש באות ע"ז שהחיוב של דו"ה הוא על הגניבה, רק בתנאי שישחוט.

** ולפי דברי הקו"ש הנ"ל שהבאנו בהערה הקודמת יש לעיין באם זה מיקרי שהטביחה פועלת פעולה מסוימת בהחייב.

אתי שפיר למה מהני עדי טביחה וכקושיית
הבעל המאור.

ה. דרכו של האור שמח.

והנה האור שמח בריש הל' סוטה כתב
סברא הפוכה מהשט"מ, דעיי"ש שהראה
שבועדי קינוי וסתירה לא בעינן שכת אחת
תעיד גם על הקינוי וגם על הסתירה.
והקשה על זה למה אין בכה"ג חסרון של
חצי דבר. ותי' שכל החסרון של חצי דבר
נאמר רק היכא שתוכן העדות הוא בגדר
ראי' והוכחה, כגון חג"ש שהיא בגדר ראי'
שקנה, וכן ב' שערות הרי הן בגדר ראי'
שכבר נתגדלה (ודלא כהשיטה שלא נודעה
למי שכתב שהשערות עצמן פועלות את
הגדלות), אבל קינוי וסתירה אינם בגדר
ראי' שזינתה, אלא הרי הם דברים
שמחילים עלי' דיני סוטה אפילו אם באמת
לא זינתה, דהא אפילו אם היא יודעת
בנפשה שלא זינתה אסור לה לאכול תרומה
אפילו בחדרי חדרים, וכן הרי היא אסורה
להבועל אפילו אם שניהם יודעים שלא
זינו, ומש"ה בכה"ג לא שייך הפסול של
חצי דבר.

מיהו לפי האור שמח לא אתי שפיר
קושיית הגמרא כאן, דמאי פרכינן לימא
מתניתין דלא כר"ע הלא י"ל שר"ע פוסל
רק בחג"ש משום שהג' שנים הן בגדר ראי'
אבל לא בטביחה שאינה בגדר ראי'
והוכחה אלא הרי היא פועלת דין חדש
דהיינו חיוב של דו"ה והרי היא כמו קינוי
וסתירה בסוטה.

מיהו באמת האור שמח הזכיר שם בתוך
דבריו שחילוקו קאי רק לפי רבנן, ומשמע
שכוונתו היא לומר שר"ע סובר שבכל

גוונא יש פסול של חצי דבר. ולכאורה מה
שהכריחו לומר כן הוא משום שאם גם ר"ע
סובר חילוק זה לק"מ קושיית הגמרא כאן
כי גם לפי ר"ע אתי המשנה שפיר. וכן
מוכח גם מדברי הגמרא בסנהדרין דף פ"ו
שלפי ר"ע עדי גניבה ועדי מכירה בנפש
חשיב חצי דבר אע"פ שגם שם הגניבה
והמכירה הרי הן דברים שפועלים חיוב
חדש. מיהו הא גופא צ"ע אמאי לא נימא
באמת שגם רבי עקיבא סובר את החילוק
הנ"ל.

וע"ע בספר קהלות יעקב על סנהדרין
בסי' י"ט שכתב שלפי דרכו של האור שמח
יש עוד תי' על קושיית הבעל המאור
שהקשה למה אתי המשנה שפיר לפי רבנן
לפי הס"ד של הגמ' הלא עדי הטביחה
אינם מועילים בפני עצמם לכלום וא"כ
עדותן הרי היא בגדר חצי דבר, דלפי האור
שמח לק"מ, כי טביחה הרי היא בגדר דבר
שפועל את החיוב ואינה בגדר ראי'
והוכחה וא"כ בזה הרי סברי רבנן דליכא
חסרון של חצי דבר.

דף ע' ע"ב

(ג) דבר ולא חצי דבר.

עיין בחלק א' אות שי"ב בענין היכא
שהעידו ג' כתי עדים על ג' נגיחות דנעשה
השור מועד ואין בזה משום חצי דבר.

(ד) דבר ולא חצי דבר.

הנה לכאורה י"ל שאין הכוונה שאם
העידו חצי דבר חל על זה שם של עדות
פסולה, אלא כוונת התורה היא לחדש

שאינן זה נקרא בגדר עדות כלל, משום שרק דבר שלם הרי הוא בגדר עדות. ויש נפ"מ בין שני הצדדים הנ"ל היכא שהעידו שני עדים שאכל ג"ש ונצטרף עמהם עוד ע"א שהעיד רק על שנה אחת, דאם נאמר דמיקרי עדות פסולה א"כ שוב נפסלים גם הראשונים מחמת הדין של נמצא אחד מהם קרוב או פסול כולם בטלים (אע"פ שהפסול הוא בהגדה ולא בגוף העד, ואכמ"ל בזה), אבל אם כוונת התורה היא לקבוע שכה"ג לא מיקרי עדות כלל, א"כ לא אמרינן בכה"ג שכולם בטלים דוגמת דברי הרא"ש בספ"ק דמכות בשם הראב"ד שהיכא שהעיד הבעל דין ביחד עם העדים לא אמרינן שכולם בטלים משום שהבעל דין לא מיקרי בכלל בגדר עד.

והנה י"ל שבב' צדדים אלו פליגי ר"ע ורבנן, דרבנן ס"ל שכוונת הדרשה היא שלא חשיב בכלל בגדר עדות, אשר לפ"ז מסתבר לומר שטעם הדבר הוא משום האי חשיבות של דבריהם, דאינו מספיק חשוב כדי להחשב עדות, ולכן סוברים רבנן שהיכא שיש להחצי דבר חשיבות יתירה, שפיר כשר, וככל הני חילוקים שכתבו הראשונים בין שערות לבין חג"ש, אבל ר"ע סובר שחצי דבר הוא בגדר גזיה"כ של פסול אשר לפ"ז מסתבר יותר לומר שאין הטעם משום האי חשיבות של דבריהם אלא הרי זה בגדר גזירת הכתוב שחצי דבר פסול, ומש"ה כל היכא שהעדות היא בגדר חצי דבר הרי היא פסולה אפילו אם החצי דבר הוא דבר חשוב כמו בחג"ש.

(מיהו יש להשיג על הנ"ל דבפשטות הסברות שכתבו הראשונים למה עדיף עדות ג"ש לפי רבנן אינן מצד חשיבות אלא הרי

הם טעמים למה חשיב דבר שלם, עי' בזה להלן באות ח').

וע"ע לעיל כאן באות ב' סק"ה שהבאנו את דברי האור שמח שרבנן סוברים שהיכא שהם מעידים על א' מהפעולות המביאות לידי חיוב מסוים, כגון קינוי או סתירה, הרי זה מועיל ואין נוהג בזה הדין של חצי דבר, ורק בחג"ש ושערות שהן בגדר הוכחות שייך הדין של חצי דבר, אלא שרק חכמים סוברים חילוק זה, אבל ר"ע סובר שגם בפעולות המחייבות שייך הדין של חצי דבר, וכן מוכח מהא דאמרינן בסנהדרין דף פ"ו שר"ע סובר שאם כת אחת מעידה על גניבה בנפש וכת שני' על המכירה הרי זה נחשב חצי דבר. והערנו שם שמהיכא תיתי לומר שר"ע וחכמים חולקים גם בדבר זה, אולי גם ר"ע מודה בפעולות המחייבות. מיהו לפי הנ"ל ניחא כי גם סברא זו הרי היא סברא בחשיבות, דהיינו שהיכא שהם מעידים על פעולות המחייבות הרי זו עדות חשובה, רק שבכל זאת חצי מיהא הוי, והרי ר"ע פוסל כל חצי ואינו מסתכל על חשיבות כיון שהוא סובר שזה בגדר פסול וכמו שביארנו, ומש"ה החילוק ההוא שייך רק לפי רבנן.

ה) אכלה שנה ראשונה בפני שנים.

הנה יש לעיין לפי ר"ע שסובר שאין כאן עדות חזקה האם הוא צריך לשלם להמרא קמא את הפירות שאכל. ולכאורה נראה שא"א לחייבו לשלם כי אם כן הרי אנו נוקטים שאכל ג"ש, וא"כ יש לו חזקה, וא"כ הרי זה תרתי דסתרי לחייבו פירות ג"ש וגם לומר שאין לו חזקה ולהפסידו

את הקרקע. מיהו מצד שני גם לפוטרו א"א דהא יש לנו עדות שאכל פירות ועל אכילת פירות הרי זה נקרא דבר שלם, וכן א"א לקבל רק עדות על ב' שנים ולחייבו בפירות על ב' שנים ולא על ג' שנים, כי מהיכא תיתי לעשות פלגינן כזה, וא"כ היכי נדיינוה דייני להאי דינא.

וע"ע בב"ב דף ל"ג ע"ב שכתב הרשב"ם בד"ה והדרי פירי וכו' שהיכא שטען שאכל פירות ג"ש ואין לו עדים, אע"פ שאת הקרקע הרי הוא חייב להחזיר, אבל אינו משלם פירות, כי לגבי הפירות הרי הוא שפיר נאמן לומר שהקרקע היא שלו כי יש לו מיגו שהי' יכול לומר שלא אכל אלא פורתא דהיינו כדי אפיק כורא ועייל טפי מכורא שגם זה מספיק בשביל חזקה. ומשמע מדבריו שבלא המיגו הי' שפיר חייב לשלם פירות ג"ש אע"פ שהוא מחזיר את הקרקע ולא היינו אומרים שיש בזה תרתי דסתרי, וכן גם עכשיו הרי הוא חייב לשלם שיעור פורתא של ג' שנים של אפיק כורא ועייל טפי מכורא*) ולא אמרינן שיש בזה תרתי דסתרי. מיהו תוס' שם בע"א כתבו באמת שהוא פטור מלשלם משום דהוי תרתי דסתרי. ולפי דבריהם צריך לצאת שהה"נ שיהי' פטור כאן לפי ר"ע, וצ"ע. וע"ע בספרי על ב"ב באות שע"ז מה שיש לדון עוד על זה.

ועכ"פ אם נאמר שהוא פטור מלשלם פירות אפילו לפי ר"ע א"כ יש לעיין בסברת רבנן לפי פירושו של הרי"ף, דהנה הרי"ף כתב שהטעם למה רבנן מכשירים גבי חזקה הרי זה משום שמהני עדותה של

כל כת לענין לשלם פירות אם לא יבואו עדים אחרים, ומעתה צ"ע דהא לאחר שבאה הכת השלישית ויש כאן ג' כתות על ג"ש א"כ מעתה אם לא נצרף את עדותן לענין מה מהני העדות, הלא מעתה אפילו אם לא נצרף את עדותן הרי יהי' פטור מלשלם פירות כיון שיש בזה תרתי דסתרי, וא"כ אכתי יוצא שעדותה של כל כת לא מהני לדבר שלם. מיהו י"ל דכיון שבשעה שהעידו הכת הראשונה והשני', שפיר היתה נקראת עדותה עדות שלימה על אכילת פירות של שתי שנים, ועל סמך זה קבלנו את עדותן, א"כ מעתה לא איכפת לן אם שוב נתגלגל הדבר שנתבטל אותו כח, אלא הרי אנו אנו מודדין רק בשעת קבלת העדות, ואם בשעת קבלת העדות הי' דבר שלם, שפיר דמי, אע"פ שאח"כ נעשה חצי דבר.

מיהו אכתי צ"ע מהכת השלישית, דהא לכאורה גם הטעם למה אין בהכת השלישית חסרון של חצי דבר הרי זה משום שמהני עדותן לאכילת פירות, והרי לפי הנ"ל צ"ע דהא בשעה שהם הגידו הרי כבר באו הראשונים וכבר בשעת הגדת הכת השלישית הדין הוא שגם אם לא תועיל עדותן לחזקה לא יצטרך המחזיק לשלם פירות כיון דהוי תרתי דסתרי, וא"כ נמצא שהכת השלישית אינה מועלת לשום דבר.

שו"ר בספר קהלות יעקב על סנהדרין בסי' י"ט שהעיר נקודה זו, והיינו שלפי תוס' בב"ב שם לא מהני סברת הרי"ף לעדי

כורא ועייל טפי מכורא וכמה נחייבנו לשלם.

(* מיהו צ"ע איך נעמוד על שיעור זה של אפיק

השנה השלישית וכתב שבע"כ הטעם שהם כשרים הרי זה משום סברת הגמ' בנוגע לעדי ביאה ועדי טביחה. וכתב שלפ"ז צ"ל שבהקושיא של הגמ' של לימא מתני' דלא כר"ע, שעדיין לא ידענו סברא זו, בע"כ צ"ל שלפי רבנן מהני עדי חג"ש משום שלית להו בכלל הדין של חצי כדבר וכמו שכתב המלחמות בסוגיין בביאור דעת רבנן לפי קושיית הגמ'.

מיהו אכתי צ"ע על הכת הראשונה והשני' כי גם בשעה שקבלנו את הכת הראשונה והשני' לסוף ג"ש הרי ידענו שיש כאן כת שלישית, ולכתחילה הרי אנו מקבלים את הכת הראשונה והשני' לצורך חזקה וא"כ למה מיקרי עדות על אכילת פירות, וכי ס"ד שרבנן איירי רק באופן שכשקבלנו את הכת הראשונה והשני' לא ידענו בכלל שיש כת שלישית.

מיהו י"ל בכוונת הרי"ף שאפילו אם למעשה הרי זה נקרא שאנו מקבלים מיד את הכת הראשונה והשני' לצורך חזקה ולא לענין אכילת פירות אבל בכל זאת הרי זה נקרא בגדר דבר שלם כיון שבצירוף אחר שאין כתות אחרות הרי הם מחייבים פירות.

ולפ"ז ניחא גם למה הכת השלישית חשיבא חצי דבר, כי גם הכת השלישית אילו היתה באה במקום אחר לבדה הרי היתה מחייבת פירות.

(ו) רש"י ד"ה אכתי קטנה היא.

סברת רש"י בענין למה מכשרי רבנן בעדי חזקה.

וז"ל, אבל לגבי חזקה כולן מעידים

שהי' מוחזק בה עכ"ל. וביאר הרמב"ן במלחמות את דבריו בזה"ל, דגבי קטנה היינו טעמא דלא מצטרפין משום דכל כת וכת כי מסהדי אקטנה מסהדי, וכאומר אני קטנה ראיתי, שאין אחת מהן מעיד בגדלותה ולא בהתחלת גדלות, שאף הקטנה שבקטנות אפשר שיהי' לה שיערה אחת, וכשאתה מעמידה על אותה חזקה שהם מעידים, אכתי קטנה היא, שאם לא נולד שם דבר אחר אפילו עמדה בשערה זו כל ימי' קטנה היא, אבל גבי עדות חזקה כל אחת מעידה שהוא מחזיק בה כאדם המחזיק בשלו, שהוא טוען ואומר אני לקחתי ממך, ואין אנו צריכים אלא שיהא אוכל אותה כאדם האוכל את שלו, ואלו שמעידים אנו ראינוהו אוכל אותה כאוכל את שלו עדות שלם הוא, אע"פ שאנו צריכים עדות אחרים מפני שאתה אומר שמא יצאת מרשותו ולא עמדה בחזקתו אלא אותה שנה, מ"מ אם תעמידנה בחזקתה בעדות זו, שלו היא, נמצאת עדות זו התחלת עדות שני', שהרי העידו שראו אותה ברשותו של זה ולא יצאת מרשותו ושלו היא אם לא נולד שם דבר אחר ויצאת מרשותו, נמצאת עדותך ועדות שני' בדבר אחד, הלכך מצטרפין, משא"כ בקטנה וכו' עכ"ל. ושמעתי לפרש שכוונת הרמב"ן היא על פי שיטתו בב"ב שבאמת מיד עם האכילה הראשונה יש ראי' מכרעת נגד המערער מהא דלא מיחה, רק דהא דבעינן ג' שנים הרי זה משום שיש גם ראי' מכרעת נגד המחזיק, דהיינו שאם קנה איפוא שטרו, ומש"ה בעינן ג' שנים כדי לסלק את טענה הנ"ל של אחוי שטרך כי יותר מג' שנים לא מיזדהר איניש בשטרי',

ולפ"ז יוצא שבאמת יש בעדותן של כל כת וכת ראי' שלימה כנגד המערער, ומש"ה הרי זה נקרא דבר שלם. ועי' בחידושי הר"ן על ב"ב דף נ"ו שכתב ג"כ סברא זו.

גם ראיתי מבארים שלעולם אזיל הרמב"ן כאן שרק השלש שנים ביחד הרי הן מהוות את הראי' נגד המערער, כי עד ג' שנים לא הי' לו למחות (ועי' בספרי על ב"ב באות רנ"ב שהבאתי שיש סוברים שכן סובר הרמב"ן גם בב"ב ולעולם אין הראי' נגמרת ע"י האכילה הראשונה), רק שאע"פ שצריכים ג"ש אבל בכל זאת גם כל שנה לחוד מהווה מקצת ראי' נגד המערער, רק שלא סגי בראי' פורתא זו עד שהג' שנים מצטרפין לראי' גדולה, אבל בכל זאת מכיון שכל שנה הרי היא בגדר מקצת ראי', סגי בזה כדי להחשב כמו דבר שלם, משא"כ בקטנה הרי שעה אחת אינה כלום וכמו שכתב הרמב"ן.

מיהו מלשון הרמב"ן לא משמע כהדרכים הנ"ל דהא לפי הדרכים הנ"ל למה הדגיש הרמב"ן שגבי חזקה אין צריכים שום דבר הנולד כדי להשלים את הג"ש אלא צריכים רק להמשיך את המצב הנוכחי, הלא אפילו אם צריכים דבר הנולד בכל זאת לפי הדרך הראשון גוף הראי' נשלמה ע"י הכת הראשונה, וכן לפי הדרך השני הכת הראשונה פעלו מקצת מהראי'. גם יש להקשות דהנה שיטת רש"י עצמו בכתובות דף י"ז ע"ב היא שחג"ש אינה מועלת כלל בתורת ראי' נגד המערער, שהרי כתב שהיא תקנת חכמים, וכבר ביאר הקצה"ח בסי' ק"מ סק"ב שהכוונה בזה היא שחכמים תיקנו חג"ש כדי שלא יוכל

המערער לערער לאחר ג' שנים ולהפסיד את המחזיק כיון שלאחר ג' שנים לא מיזדהר בשטר' עיי"ש, וא"כ לפ"ז הרי בודאי יוצא שכל שנה ושנה לחודה אינה כלום וא"כ למה לא חשיב חצי דבר.

ומהלשון הנ"ל של הרמב"ן הי' נראה שכוונת הרמב"ן היא לסברא אחרת, והיינו שכוונתו היא לומר שאע"פ ששנה אחת הרי היא רק בגדר חצי דבר אבל מ"מ מכיון שאין צריכים אחריו שום דבר הנולד אלא אם המצב הקיים ימשיך אז בדרך ממילא יושלם הדבר הרי זה סגי כדי להחשב כמו דבר שלם, ורק היכא שצריכים עוד דבר הנולד הרי זה נקרא חצי דבר. מיהו לפ"ז צ"ע למה הוצרך הרמב"ן להדגיש ששערה אחת אינה אפילו בגדר מקצת ראי', הלא אפילו אם שפיר היתה בגדר מקצת ראי' אבל בכל זאת הרי צריכים עוד דבר הנולד דהיינו שעה שני'.

והנה בהדרך השני כתבנו שכל היכא שהעדים פועלים שלב מסוים של ראי' אין כאן חסרון של חצי דבר. ולפ"ז יש ליישב את קושיית האור שמח בריש הל' סוטה, דעיי"ש שהביא את הדין שבסוטה אין צריכים שכת אחת תעיד גם על הקינוי וגם על הסתירה אלא סגי בכתות נפרדות, והקשה על זה למה לא חשיב חצי דבר, ולפי הנ"ל לק"מ משום שעדי קינוי בודאי עדיפי מעדי שערה אחת משום שהקינוי הוא שלב שלם מסוים בדיני סוטה וא"כ נמצא שעל ידי עדותן נפעל השלב הזה שנקרא קינוי ומש"ה אין זה נקרא חצי דבר.

ועי' לעיל באות ב' כאן בסק"ג שכתבנו

את ג' הביאורים הנ"ל בכוונת רש"י.

ז) בענין למה עדות ביאה ועדות טביחה אינן נחשבות בגדר חצי דבר.

א. סברתו של המהר"ץ חיות.

הנה הראשונים לא ביארו לנו כוונת הגמ' למה אין בעדי הביאה חסרון של חצי דבר, וכן בעדי טביחה. וראיתי במהר"ץ חיות שכתב לבאר דבר זה על פי שיטת הרמב"ם בפט"ז מהל' סנהדרין ה"ו שאם ע"א העיד שחלב הוא, ושוב אכל אותו אדם אחד הרי הוא לוקה, ואע"פ שע"א אינו יכול לחייב מלקות, אבל מ"מ הרי הע"א שפיר נאמן לומר שהוא חלב משום שע"א נאמן באיסורין, וא"כ כבר הוחזק הדבר שהוא חלב, ולכן לוקין עליו, וחזינן מדברי הרמב"ם שלאחר שמקבלים את העדות הרי זה נחשב שהדבר הוא ודאי גמור לכל העולם וכדבר שבכלל אין דנין עליו, ולכן גם כאן לאחר שהעידו הראשונים על הקידושין והגניבה הרי זה נעשה ודאי גמור וכדבר שאין דנין עליו בכלל, וכל הדיון הוא רק אם טבח או בעל, ועל זה הרי העדים השניים מעידים דבר שלם, ואע"פ שצריכים לצרף לעדותן את הודאי גמור של קידושין או גניבה, אבל בכל זאת אין זה גורם שעדות הטביחה או הביאה נקראת חצי דבר, משום שאין נקרא חצי דבר אלא היכא שצריכים לצרף לעדותן דברי עדות אחרים, אבל לא היכא שצריכים לצרף לעדותן עובדות ברורות.

והנה תוס' כאן ביארו שהטעם למה רבנן מכשירים בג' כתי עדים על ג' שנים

הרי זה משום שכל כת וכת ראתה את כל מה שהי' אפשר לראות באותה שעה. ולפי פירושם לכאורה יוצא שגם בשערות יכשירו רבנן בצירוף שהיום נראה עלי' רק שעה אחת ובאה כת אחת להעיד על אותה שעה, ורק למחר צמחה עוד שעה ובאה כת שני' להעיד על השעה השני', דלכאורה בכה"ג שפיר יכשירו רבנן שהרי בהכת הראשונה אין חסרון של חצי דבר כיון שלא הי' אפשר לראות יותר באותה שעה (אם לא שנחלק שכיון שבמקרים אחרים שפיר אפשר לראות ב' שערות בבת אחת הרי זה נקרא חצי דבר אע"פ שהכא אי אפשר), וכן בהכת השני' אין כאן חסרון של חצי דבר וכסברת הגמרא בנוגע לקידושין וביאה ובנוגע לגניבה וטביחה דכיון שהכת הראשונה מהני וחשיב דבר שלם הה"נ שמהני עדותה של הכת השני'. מיהו יש לעיין אם שייכת סברתו של המהר"ץ חיות גם בהצירוף הנ"ל שכתבנו, והיינו משום שאולי לא שייך לומר שהדבר נעשה כודאי גמור אלא היכא שהעדים הראשונים פעלו דין מסוים, כגון בהצירוף של הרמב"ם שהעד שהעיד שהוא חלב פעל שב"ד פוסקים על פיו שהוא חלב ושאסור לאכלו, וכן עדי גניבה וקידושין הרי הם פועלים דינים מסוימים, אבל כשהעידו עדים על שעה אחת אין הם פועלים שום דין מסוים דהא שעה אחת לאו כלום היא ואין ב"ד פוסקים שום דבר על פיהם, וא"כ בכה"ג י"ל שאין זה נקרא שהדבר נעשה ודאי גמור כי י"ל שמה שעושה את הדבר כודאי גמור אצל כל העולם אינו מה שהעידו בפני ב"ד ומה שב"ד שמעו והכשירו את העדות, אלא מה

שעושה את הדבר לודאי גמור הרי זה מה שפעלו דין מסוים.

ב. דרכו של בעל הגהות חכמת שלמה.

שו"ר בהגהות חכמת שלמה על חו"מ סי' ל' שכתב כדברי המהר"ץ חיות אבל בביאור אחר אשר לפי ביאורו יוצא שסגי באמת במה שקיבלו ב"ד את העדות ולא בעינן שיפעל דין מסוים, דעיי"ש שלא הביא את דברי הרמב"ם של הוחזק חלב, אלא הביא את הדין שמי שראה איך שב"ד מקבלים עדות ושנחקרה העדות בב"ד הרי הוא יכול להעיד על המעשה בפני ב"ד אחר ואין זה נקרא שהוא מעיד מפי עדים ושיש כאן חסרון של עד מפי עד אלא הרי זה נקרא כאילו הוא עצמו ראה את העובדא, כי לאחר שב"ד קיבלו את העדות הרי זה נעשה ודאי גמור, ומש"ה גם כאן הרי השנים הראשונים מעידים שהם יודעים בודאות גמורה שהי' כאן קידושין, והרי עיי"ז הרי זה נקרא שהקידושין נעשה ודאי גמור, וא"כ מעתה אין זה נקרא שעדי הביאה צריכים עוד עדים, וממילא אין כאן חסרון של חצי דבר. ולפי ביאורו יוצא שסגי בזה לחוד שנחקרה העדות בב"ד אע"פ שלא עשו ב"ד על פי זה שום פס"ד ולא פעלו העדים שום דין מסוים וכמו בהציור שכתבנו של שעה אחת. ובאמת לאחר העיון כן נראה פשוט מצד הסברא דלא בעינן בדוקא שיפעל דין מסוים.

ג. עוד ביאור בסברת הגמ' כאן. והנה לכאורה י"ל ביאור אחר בדברי

הגמרא, והיינו שהטעם למה אין בעדי הביאה והטביחה חסרון של חצי דבר הרי זה משום שאפילו אם לא נאמר שהקידושין והגניבה נעשו כדברים ודאים, אלא אפילו אם נאמר שהרי זה שפיר מיקרי שעדי הביאה והטביחה צריכים לעדי הקידושין והגניבה, אבל בכל זאת הרי זה מהני, והיינו משום שעצם הדבר שעל פי עדי הביאה והטביחה נגמר דין מסוים הרי זה נקרא שהעידו דבר שלם, ואע"פ שהם צריכים להקמאי אבל בכל זאת סגי בזה שהם השלימו את הדבר. ולפ"ז פשיטא שבהציור הנ"ל של שערות שכתבנו אין שום חסרון של חצי דבר כי הראשונים ראו את כל מה שיכלו לראות באותה שעה והאחרונים הרי גמרו את הדבר. ועי' עוד בקובץ ביאורים על ב"ק באות נ"ז שכתב סברא זו.

שו"ר ברש"ש בב"ב דף נ"ו שחקר מה יהי' בהציור הנ"ל בשערות, אבל לא ביאר את ספיקו. ורצה לדייק מלשון הרשב"ם שם ששפיר דמי ושאין זה נקרא חצי דבר.

ח. תד"ה למעוטי שנים אומרים.

וז"ל, ולא דמי לשנה ראשונה בפני שנים וכו' דהתם ראו כל מה שהיו יכולים לראות באותה שנה עכ"ל. הנה יש שלש אפשרויות בביאור סברת חילוק זה, ובדברי הרמב"ן והרשב"א נמצאות השגות על כל השלש דרכים, ואפרש דברי, דהנה מצד אחד יש לבאר שכוונת תוס' היא לומר שהיכא שהיו יכולים לראות יותר באותה שעה ולא העידו על הכל אלא רק על

מקצת א"כ הרי זה גורם לנו לחשוש שמא שקרנים הם, והחסרון של חצי דבר הוא משום שהם חשודים לשקר. ועיין ברמב"ן במלחמות כאן שכתב וז"ל, ופירוקו של בעל המאור ז"ל (שכתב כדברי תוס' הנ"ל) אינו, שא"כ אין זה טעם משום דבר ולא חצי דבר אלא שאתה אומר כיון שלא ראה זה מה שראה זה עדי שקר הן, ואין לפסול עדות בכך עכ"ל (כלומר, שבאמת אין כאן שום סיבה לומר שהם משקרים דכי אי אפשר להיות שבדקו רק בגבה ולא בכריסה). הרי שהבין שכוונת פירוש זה הוא משום שהם חשודים לשקר.

עוד י"ל שהדרך הזה סובר שמה שנאמר בהדין של חצי דבר אינו שהעדות נחשבת עדות פסולה (או שלא מיקרי בגדר עדות כלל, ע"י לעיל באות ד' שדננו על צדדים אלו), אלא לעולם הרי היא נקראת בעצמותה עדות כשירה, רק שנאמר כאן דין לב"ד שלא לצרף שני חצאי עדות, ובזה ס"ל לתוס' שלא נאמר כן לב"ד אלא היכא שהיו העדים יכולים לראות את הכל, דבכה"ג מכיון שאפשר ע"י כת אחת, קאמרה התורה שלא לצרף, אבל היכא שא"א לראות את הכל בב"א, אז התירה התורה לב"ד לצרף, דבנוגע למתי התירה התורה לב"ד לצרף אולי נקל יותר לחלק כחילוקם של תוס' ממה שנחלק כן לענין אם העדות היא כשירה בעצמותה. ובהמשך דברי הרמב"ן שם נראה שכוונתו היא להשיג גם על הדרך הזה וז"ל, ואין לפסול עדות בכך ולא לומר שאין מצטרפין (כלומר שלא מסתבר לומר דבר כזה שהעדות בעצמותה כשירה היא רק שנאמר

דין שלא לצרפם), ואדרבה איפכא מסתברא דכיון שעדותן בשעה אחת, מצטרפין, אבל כשעדותן בשתי שעות, טפי איכא למימר שאינן מצטרפין שזהו עדות חצאין יותר עכ"ל.

עוד י"ל שלעולם יסוד הדין של חצי דבר הוא דחשיב בגדר עדות פסולה (או שלא מיקרי בגדר עדות כלל), רק שתוס' מתכוונים לחלק שהיכא שלא היו יכולים לראות יותר באותה שעה, וראו את כל מה שהיו יכולים, א"כ הרי זה נקרא דבר שלם, ורק היכא שהיו יכולים לראות יותר הרי זה נקרא שראו חצי דבר. וכדרך זה כתב הרשב"ם בב"ב דף נ"ו ע"ב בד"ה אלא וכו', וכן מבואר ברשב"א שם, אלא שהקשה הרשב"א דהא סוף סוף גם כשלא היו יכולים לראות יותר הרי החלק שראו הוא רק חצי דבר.

ט) בא"ד.

וז"ל, וטעם ראשון נראה לר"י עיקר דתנן בפרק התקבל האשה שאמרה התקבל לי גטי צריכה שני כתי עדים שנים שיאמרו בפנינו אמרה ושנים שיאמרו בפנינו קיבל וקרע אלמא לא חשיב כה"ג חצי דבר אע"ג דצריכי אלו לאלו דאפילו למאן דאמר שלישי נאמן כשהגט בידו ולא צריכי עדי אמירה לעדי קבלה מ"מ כיון שצריך שנראה הגט בידו חצי דבר הוא עכ"ל. מיהו בגיטין דף ס"ג ע"ב תירצו תוס' שלמ"ד שלישי נאמן ניחא ולא כתבו כדבריהם כאן שגם לדידי' קשה. וכתב התורת גיטין שם על זה (בתוך הפלפול על סוגיא דשלישי, קרוב לסופו) בזה"ל, ולהבין

שם חילק בין קידושין למכירה בשם האחיעזר.

יב) לאו מכירה היא.

הנה מרש"י בד"ה בדינא משמע דלא כתוס' שפירשו שאיירי כאן באופן שהחפץ הגנוב הוא בחצירו של הקונה, וכן שיטת רש"י היא שפירות לא עבדי חליפין אפילו בשוה בשוה, וא"כ נשאר קשה לפי רש"י קושיית תוס'.

וי"ל שרש"י מפרש דאיירי בקנין כסף ושאזיל כרבי יוחנן שסובר שדבר תורה מעות קונות, ואע"פ שמדרבנן אינן קונות, אבל בכל זאת לא ביטלו רבנן ע"י הפקר ב"ד את הדין שמהתורה הרי הן שפיר קונות, אלא תיקנו רק שמדרבנן לא תיחשב מכירה, ולכן מהתורה הרי זה שפיר נקרא שיש כאן חלות מכירה, וכן איתא בשט"מ בסוף דף ע"א ע"א בשם הרמ"ה בפרטיו שכיון שמהתורה מעות קונות הרי הוא חייב דו"ה אע"פ שמדרבנן אינן קונות. וכדברינו הנ"ל דאיירי בקנין מעות כתב הקו"ש כאן כדי לבאר את הגמ' לפי הרמ"ה (והוסיף שאפילו אם נאמר שחכמים שפיר תיקנו כאן הפקר ב"ד אבל מ"מ "כיון דלא בעי אהני מעשיו אלא שתהא מכר גרידא מה בכך שהפקיעו חכמים חלות הקנין הלא מ"מ מעשה מכר מיהא הוי מדאורייתא").

יג) תד"ה באומר.

וז"ל, ואין זו מכירה וכך לן עקוץ תאינה מתאינתי כמו עקוץ תאינה מתאינתך עכ"ל. ע"י בקרני ראם שכנראה הבין שבעקוץ

במאי פליגי התוס' בב"ק עם תוס' דגיטין נראה דהתוס' בגיטין ס"ל דעל שעת ראי' הקפידה הוא, ולהכי תירצו כיון דמשכחת לפעמים שיהי' מועיל עדותן לבר, לא הוי חצי דבר, והתוס' בב"ק ס"ל דהקפידה הוא על שעת הגדה, וכיון דבשעת הגדה צריך ב' כתי עדים (כיון שהגט קרוע ואין השליש נאמן) הוי חצי דבר עכ"ל. וכדברים אלו כתב גם בנתיה"מ בסוף סי' מ"ט עיי"ש.

י) אמרי וכיון דכי תבע לי קמן בדינא לא אמרינן לי זיל שלים וכו' הא מכירה נמי לאו מכירה היא.

פי' וא"א לומר שזהו באמת הטעם למה הבריייתא פוטרת, דהיינו משום שאינו בגדר מכירה, דזה אינו, כי משמע להגמ' שכוונת הבריייתא היא שלעולם הרי זה שפיר נקרא מכירה, רק שהדין של קלב"מ פוטר מהחיוב של דו"ה, ואין כוונת הבריייתא לומר שהדין של קלב"מ מבטל את כל עיקר המכירה (ושוב בדרך ממילא אין חיוב של דו"ה), דהא קתני בהבריייתא "מכר". וכן מבואר מרש"י (בס"א שבגליון) ובתוס' ד"ה באומר וכו' בשם הר"י.

יא) לאו מכירה היא.

עיי' באפיקי ים בסי' ט"ז שהראה שגבי קידושין שפיר חלין הקידושין אפי' אם האשה אינה חייבת להחזיר את הכסף במקרה של ביטול הקידושין. ובסוף הסי'

תאינה מתאינתך ותקנה לי חצרי את גניבתך לא אמרינן קלב"מ לפוטרו מדו"ה כיון שפעולת הקנין אינה ע"י חילול שבת. וצ"ע דא"כ גם בעקוץ תאינה מתאינתי ותקנה לי חצרי לא נאמר קלב"מ, וא"כ למה הקשה הגמרא רק שלא מיקרי מכירה, הלא ביותר היתה צריכה להקשות אמאי מיפטר הלא צריך להיות חייב כמו במתנה, וא"כ בע"כ צ"ל ששפיר אמרינן בכה"ג קלב"מ.

יד) תד"ה כמאן כר"ע.

וז"ל, וא"ת לר"ע נמי כיון דמטיא לאויר חצירו חייב לענין שבת דרה"י עולה עד לרקיע, ולענין קנין לא קני באויר עד דמטי לתוך המחיצות וכו' עכ"ל. הנה מקושייתם מוכח דס"ל שקלב"מ פוטרו רק אם בא החיוב ממון בבת אחת עם החיוב מיתה אבל לא כשהחיוב ממון בא אח"כ. ועי' בשט"מ בד"ה כמאן וכו' בשם תוספי הרא"ש שתיירץ על קושייתם שגם בכה"ג הרי הוא פטור כיון שהכל בא ע"י מעשה אחד והוכיח כן מלעיל בדף כ"ב ע"ב. ועי' במה שכתבנו על זה לקמן באות י"ז סוף סק"ג. ועי' בפ"י וברש"ש שדנו בזה, וכן להלן באות י"ז סוף סק"ג.

טו) תד"ה אתנן אסרה תורה.

עיי' בדבריהם שכתבו וז"ל, ונראה לפרש משום דעיקר אתנן בעריות הוא דכתיב וכו' עכ"ל. ועי' בפ"י שהקשה שבכל זאת אולי איירי רק בחייבי כריתות דלא אמרינן בהו קלב"מ אבל לא בחייבי מיתות ב"ד כמו אמו, ועיי"ש בתירוצו. וכן

ע"י במה שתי' החת"ס על זה בחלק אה"ע סי' קל"ג אות ג'.

טז) רבא אמר וכו' הכא נמי אע"ג דלענין תשלומין אי תבע בדינא קמזן לא אמרינן לי' זיל שלים אפ"ה כיון דקא מקני לי' בהכי הויא מכירה.

הנה תוס' כאן פירשו שהטעם דחשיב כאן מכירה הרי זה משום שאע"פ שהוא פטור מדיני אדם משום קלב"מ אבל בכל זאת הרי הוא עדיין חייב בדיני שמים, וזהו גם הטעם למה הוי אתנן בבא על אמו. מיהו מפשטות לשונו של רבא לא משמע דחשיב מכירה משום שהוא חייב לצאת ידי שמים, וגם רש"י לא הזכיר כאן דבר זה, אלא משמע שמפטר לגמרי, רק שבכל זאת הרי זה נחשב מכירה. ויש לפרש דהיינו משום שכוונת רבא היא לחזור מההנחה שהניח המקשן וס"ל לרבא שגם היכא שאינו מתחייב להחזיר את התמורה במקרה של אי מכירה הרי זה שפיר נקרא מכירה כיון שסו"ס הרי הוא נותן את החפץ תחת הכסף. מיהו רש"י בב"מ על מימרא דרבא פ"י משום שהוא חייב בדיני שמים, וכן מבוואר בגמרא שם דמייתי דברי רבא כדי לבאר שמאי דתני שם שחוסם פרה בדישה לוקה ומשלם הכוונה היא שהוא משלם מדיני שמים.

והנה הקצה"ח בריש סי' כ"ח הסיק שמה שמבוואר בב"מ שם שהוא חייב לצאת ידי שמים הרי זה רק בצירור שהדין הוא שאין עושין בו את החומרא של מלקות או

מיתת ב"ד, וכגון היכא שלא התרו בו, אבל היכא שהדין הוא ששפיר עבדינן בו החומרא, אז הרי הוא פטור אפילו מד"ש ואפילו אם למעשה לא עשו כן כי לא יכלו לדונו משום שברח. ולפ"ז אפשר לומר שלא הזכיר רש"י כאן שהוא חייב מדיני השמים משום שהכא איירי באופן שעבדינן בי' החומרא. מיהו בפשטות משמע שמימרא דרבא כאן הרי הוא אחד עם מימרא דרבא בב"מ שם, וא"כ א"א לומר שכוונת רבא כאן היא להיכא שמיפטר אפילו מד"ש ומיקרי אתנן משום סו"ס הרי הוא נותן אותו תחת הביאה ושהתם כוונת רבא היא להיכא שהוא חייב בד"ש ושכוונתו היא לומר שגם זוהי סיבה לחושבו אתנן.

(יז) עקוץ תאינה מתאינתי וכו'.

א. דרכו של רש"י וקושיית רעק"א ועוד אחרונים מסנהדרין דף ע"ב.

ע' בגמרא דאמר רמי בר חמא כי תניא ההיא דפטור באומר עקוץ תאינה מתאינתי ותיקני לי גניבותיך, אמרי וכיון דכי תבע לי' קמן בדינא לא אמרינן לי' זיל שלים דמחייב בנפשו הוא הא מכירה נמי לאו מכירה היא. ופירש"י וז"ל, והא אי תבע לי' בעל התאינה ללוקט בדינא לומר החזר לי תאינים שלקטת או תן לי מה שמכרת לי בדמיהן לא אמרינן לי' לגנב זיל שלים, אשתכח דלאו מכירה היא עכ"ל. הרי שפי' שלא מיקרי חלות של מכירה אלא באופן שהמוכר חייב להחזיר את התמורה שקיבל אם אינו מוסר לו את החפץ, אבל בציור

שאפילו אם לא יתן לו את החפץ בכל זאת אינו חייב להחזיר את מה שקיבל תמורת החפץ, אין זה נקרא מכירה, והרי גם כאן הרי אפילו אם לא יתן לו את הגניבה בכל זאת מיפטר מלהחזיר את התאינה משום קלב"מ.

ועי' ברעק"א בגליון הש"ס שצייין להסוגיא בסנהדרין דף ע"ב, וכוונתו היא למה שסובר רב שם שבא במחתרת פטור מלהחזיר את הכלים שגנב אפילו כשהן בעין משום דכיון שהותר דמו א"כ בדמים קנינהו, כלומר משום הדין של קלב"מ, ורבא חולק שם וסובר שנהי שהוא פטור מלשלם דמיהם כשנשברו משום הדין של קלב"מ, אבל בכל זאת כשהם בעין הרי הוא שפיר צריך להחזירם, וא"כ גם כאן למה אינו חייב להחזיר את התאינה שהיא בעין.

ובאמת נראה שקשה גם לפי רב שם, כי באמת דברי רב שם צ"ע, דהא נהי שקלב"מ פוטרו מחיובים שהי' צריך להתחייב בהם בשעה שנתחייב מיתה, וכגון החיוב לשלם דמים אם נאבד החפץ שגנב, אבל בכל זאת איך מהני דין זה להקנות לו ממון שאינו שלו אלא של הנגזל. וכבר ביארנו לעיל באות מ"ה בשם האחרונים שטעמו של רב הוא כי באמת הגנב קונה קנין מסוים של בעלות ממש בשעת הגניבה כשהוא עושה את הקנין גניבה שלו, רק שהחיוב של השבה מעכב את החלות הנ"ל מלחול, ולכן היכא שמיפטר מהחיוב של השבה, וכגון היכא שנתחייב מיתה דנפטר מהחיוב של השבה משום קלב"מ, א"כ בכה"ג הגניבה שייכת לו בדרך ממילא

מחמת הקנין גניבה שעשה בתחילה*), וא"כ לפ"ז יוצא שדינו של רב שיך רק בגניבה במחתרת משום שעשה קנין גניבה ואינו מתחייב בהשבה, אבל בעקוף תאינה מתאינתו גם לפי רב הדין נותן שאין התאינה נעשית שלו אם לא יתן את החפץ ולא מהני לזה העובדא שהוא נתחייב מיתה שהרי בשעה שנתחייב מיתה לא נתכוין לגזול אלא הי' מדובר ביניהם שיתן את הפרה וא"כ לא קנה אז קניני גזילה אלא עכשיו כשאנו נותן את הפרה מתברר שמעולם לא נעשית התאינה שלו והרי הוא קונה בה עכשיו קניני גזילה ומתחייב בהשבה.

וגם בשו"ת מהרי"ל דיסקין בחלק הכתבים בסי' ע"ב הובאה קושיא זו, אלא שכתב המהרי"ל שם שהקושיא קשה רק לפי רבא בסנהדרין שם אבל לא לפי רב. ולכאורה צ"ע כהנ"ל דגם לפי רב קשה וכמו שביארנו. ועיי' גם במהר"ץ חיות כאן שהביא את הקושיא הנ"ל מהמחנה אפרים בפ"ב מהל' מלוה ולוה בד"ה עוד נלע"ד וכו' וגם המחנה אפרים הקשה רק מרבא. וגם בחידושי רעק"א על ב"ק הובאה הקושיא רק מרבא.

ב. תירוצים על הקושיא הנ"ל.

ושמעתי מתרצים את הקושיא הנ"ל שבאמת כדי שתחול חלות מכירה לא סגי בהגדרה שכתבנו שאם לא יתן לו את

החפץ הנמכר אז יהי' חייב להחזיר את החפץ שקיבל תמורתו, אלא בעינן ג"כ שכל זמן שאינו נותן הרי הוא ג"כ מתחייב לשלם עבור החפץ שקיבל במקרה שילך לאיבוד, כלומר דבעינן שיהי' חייב באחריותו, ובלא זה אין זה נקרא גדר של מכירה, וא"כ לפ"ז אתי שפיר קושיית הגמ' כאן, והיינו משום שנהי שאם לא ימסור לו את החפץ הגנוב הרי יתחייב להחזיר את התאינה כי על זה לא שיך קלב"מ, אבל הרי אם תלך התאינה לאיבוד, לא יהי' חייב לשלם עבורה, כי זהו חיוב ממון חדש לתת משלו לחבירו, וא"כ קלב"מ שפיר מהני לפוטרו מזה, ולכן שפיר שואלת הגמ' שאין המכירה חלה.

ובשו"ת מהרי"ל שם תי' בדרך אחרת קצת, דהנה מבואר בתוס' כאן שאין הכוונה כאן שהוא קונה בקנין סודר דהא פירי לא עבדי חליפין, אלא הכוונה היא שהוא קונה ע"י התאינה בקנין חליפין של שוה בשוה (וכשיטת ר"ת שהביאו שבחליפי שוה בשוה פירי שפיר עבדי חליפין), ומש"ה מכיון שכאן הקנין נעשה ע"י השוויות של התאינה, מש"ה בעינן כאן שאם לא ימסור את החפץ הגנוב, אז יהי' חייב להחזיר את השוויות של התאינה, דהיינו שיתחייב לשלם עבורה אפילו אם תלך לאיבוד ובלא זה לא מיקרי מכירה, ולכן מקשינן דכיון שנתחייב מיתה א"כ הרי הוא פטור מתשלומין אלו, וז"ל הגרי"ל, אך נ"ל דכאן

דהיכא שנשתנה הרי הוא פטור מהשבה, אבל מנ"ל שהחפץ נעשה שלו, והבאנו כהנ"ל דכיון שהוא נפטר מהשבה א"כ מעתה חלה הבעלות שהשיג ע"י הקנין גניבה עיי"ש באריכות.

(* והבאתי שם שזהו גם הטעם למה ע"י שינוי הרי הגנב קונה, דלכאורה קשה דנהי דחזינן מהדרשה של "והשיב את הגזילה אשר גזל אם כעין שגזל יחזיר ואם לאו דמים בעלמא בעי שלומי"

דפירי לא עבדי חליפין, ועי' תוס', ורק בתורת דמים, א"כ משמע דמיירי בקונה בדמי תאינה, דדמין הבאין מן המכר קונין, כיון דדמים ליכא משום קלב"מ א"כ שפיר הקשו שם במאי קני עכ"ל (וע"ע שם במה שתי' הגרי"ל עוד).

מיהו מרש"י כאן מבואר שגם את עצם התאינה אינו חייב להחזיר ואילו על זה קשה מהסוגיא בסנהדרין וכהנ"ל. ובאמת נראה שיכול להיות שמשום כך קבע רעק"א את הקושיא על רש"י ולא על הגמ' והיינו משום שמלשון הגמ' של זיל שלים הי' אפשר לומר שהקושיא היא ממה שאינו חייב לשלם אם הלך לאיבוד אבל מרש"י משמע שהקושיא היא שאינו חייב לשלם את גוף התאינה כשהיא בעין.

ועי' במחנה אפרים שתי' וז"ל, אבל לפי מה שכתבתי אתי שפיר דהתם (בסוגיין) כיון שבאו התאנים לידו בתורת מקח כבר זכה בהם וליכא גבי' אלא דמיו ובדמיו לא מצי תבעי לי' דקלב"מ עכ"ל.

ג. דרכם של תלמידי רבינו פרץ.

והנה בשט"מ בשם תלמידי הר"פ איתא עוד פי' בדברי הגמ', והיינו שכוונת הגמ' היא לומר שלא מיקרי מכירה משום שקלב"מ פוטרנו מלמסור להלוקח את הגניבה שגנב (בניגוד לפירש"י שקלב"מ פוטרנו מחיובו להחזיר את התאינה). ודבריו שם צ"ב דאיך שייך לומר שקלב"מ גורם שלא תחול המכירה הלא החלות של מכירה אינה בגדר חיוב של תשלומין. ונראה דס"ל שהדרך שכסף או חליפין פועלים מכירה הוא כך, שע"י שקיבל דבר מסוים תמורת החפץ הרי זה מחייבו

להקנות להקונה את החפץ, וחיוב זה גורם שבאמת חלה חלות המכירה ושינוי הבעלות, ולכן שפיר אמרינן שהדין של קלב"מ מעכב שלא תחול המכירה, והיינו משום שאינו יכול להתחייב בחיוב כזה להקנות את החפץ שלו לחבירו שזהו הדבר שמפעיל תמיד את החלות של המכירה.

מיהו אכתי יש לעיין בזה כי החיוב הזה לעשות עמו קנין הרי זה חיוב שהוא עצמו התחייב בזה ולא חיוב שהתורה חייבתו בו, ולכאורה קלב"מ אינו פוטרנו מחיובים שהוא עצמו התחייב בהם, וכי ס"ד שאם לוח בשעה שחילל שבת שאינו חייב לפרוע.

והנה הגרי"ל שם הבין את כוונת הגמרא כמו רש"י, אלא שהזכיר גם את דרכם של תלמידי הר"פ, דהיינו שקלב"מ יפטר אותו מלתת את החפץ הנקנה, אלא שכתב שקושיא זו מתוקמא רק לפי רב בסנהדרין שם שסובר שקלב"מ מועיל על חפץ שהוא בעין ששייך לחבירו, וכתב שמוזה שלא הקשה הגמ' כן מוכח שלא אזלינן כרב. מיהו כבר ביארנו שאין כוונת תלמידי הר"פ כאן לפרש שקלב"מ מועיל על חפץ שהוא בעין ששייך לחבירו וכרב בסנהדרין שם, אלא גם לפי תלמידי הר"פ הקלב"מ פוטר אותו מחיוב לתת משלו לחבירו וכמו שביארנו, ואינו מועיל על חפץ בעין ששייך כבר לחבירו.

ולכאורה מוכח שהגרי"ל הבין בדרך אחרת איך תמיד מועלת חלות מכירה, והיינו שהבין שע"י שהוא נותן דבר מסוים תמורת החפץ שהוא רוצה לקנות הרי מיד עי"ז חלה המכירה ושינוי הבעלות (גם בלי שיקדים לזה שהמקנה חייב להקנות

להקונה את החפץ), ולאחר שנקנה החפץ להקונה חייב המקנה לתת לו, דלפי הבנה זו שפיר יוצא שלפי דרכם של תלמידי הר"פ הרי אנו רוצים לומר שקלב"מ יפטור אותו מלתת לחבירו חפץ ששייך לחבירו, שהרי לפ"ז יוצא שאנו רוצים לומר שמחמת הדין של קלב"מ אינו חייב לתת לחבירו את החפץ שכבר נקנה לחבירו אלא הרי הוא רשאי להחזיקו לעצמו, ושוב יהי' נגרם מזה שאין כאן חלות מכירה כי נאמר תנאי בחלות מכירה שצריכים שע"י החלות יתחייב באמת לתת את החפץ להקונה, וא"כ מהדרך הזה שפיר יוצא שהדין של קלב"מ מהני באמת על חפץ שהוא בעין ששייך לחבירו וכרב בסנהדרין שם.

ברם אכתי קשה כי החיוב הזה לתת את החפץ שכבר נקנה חל רגע לאחר שכבר חל הקנין, והרי זה בשעה שכבר נגמרה החילול שבת שלו, וא"כ למה הוא נפטר מזה הלא בשעת חלות חיוב זה כבר אין כאן עבירת מיתה.

והנה הכלל הנ"ל שכתבנו אינו רק במכירה אלא גם במתנה, דהיינו שגם במתנה היכא שהוא נותן מתנה אם אחרי הקנין לא יהי' עליו חיוב לתת את החפץ שהקנה, אז לא חל הקנין כלל. והנה התר"פ כתבו שהכא קיימא הפרה בחצר הקונה ולכן גם לפי הקושיא מתנה מיהא הויא רק שאינה בגדר מכירה, ולפי דרכו של המהרי"ל הביאור הוא כדלהלן, דאם נרצה לומר שמיקרי מכירה אז צ"ל שהחיוב לתת נגרם בגלל שעקף את התאינה וזהו מה שגורם לו להיות חייב לתת, והרי מה שעקף את התאינה מחייב אותו גם בחיוב

מיתה, אבל מתנה שפיר הויא כי נהי שהקנין חצר מחייב אותו לתת, אבל בשעה שהוא מתחייב לתת לא חילל שבת, ורק אם רוצים שיהי' מכירה קשה דאיך יכול להיות נחשב מכירה בגלל עקיצת התאינה הלא עקיצת התאינה מחייבת אותו מיתה וא"כ איך היא יכולה לגרום שיתחייב לתת, אלא שגם על זה הקשיתי שסוף סוף החיוב לתת בא אח"כ וא"כ אע"פ שהיא בגרמת העקיצה אכתי לא שייך כאן הדין של קלב"מ.

מיהו י"ל שכדי לומר קלב"מ אין צריכים שהחיוב מיתה והחיוב ממון יבואו כאחד אלא הדין האמור בזה הוא שמעשה אחד אינו יכול לחייב גם מיתה וגם ממון, וא"כ ה"ה כאן עקיצת התאינה אינה יכולה לחייב גם מיתה וגם לגרום חיוב לתת את הפרה אע"פ שחיוב זה חל רגע אחרי העקיצה. וכעין זה מבואר בתוס' בדף כ"ב ע"ב בד"ה והי' וז"ל, ואע"ג דשריפת העבד מחמת חציו ושריפת גדי מחמת ממונו שייך בי' שפיר קלב"מ הואיל וע"י מעשה אחד בא הכל עכ"ל (ונהי שהכא גרע קצת כי הכא העקיצה גורמת את חלות הקנין, וחלות הקנין הוא שגורם את החיוב, אבל י"ל שגם זה נקרא שהעקיצה גורמת את החיוב).

והנה לכאורה יש להקשות על הנ"ל מתד"ה כמאן כרבי עקיבא, דעי' בדבריהם שכתבו וז"ל, וא"ת לרבי עקיבא נמי כיון דמטא לאויר חצירו חייב לענין שבת דרשות היחיד עולה עד לרקיע ולענין קנין לא קני באויר עד דמטי לתוך המחיצות עכ"ל, וצ"ע דבכל זאת מעשה הזריקה שלו גורם את הכל וא"כ שפיר אמרינן שמעשה

אחד אינו יכול לגרום גם מיתה וגם ממון. ובשט"מ שם הביא את דברי התוספי הרא"ש שהשיג באמת על דרכם של תוס' מלעיל בדרך כ"ב שם.

מיהו באמת לק"מ כי מה שגורם שם את הממון אינו המעשה זריקה, כי החצר קונה בשביל הקונה גם אם הי' שם מקודם, ונהי שבציוור זה צריכים זריקה להכניסו לחצירו אבל באמת הזריקה אינה חלק מההלכה הנפעלת כאן וכהנ"ל, משא"כ בהצית בגופו של עבד גם מה שהוא חייב על הגדיש זקוק למעשה זה שהוא עושה, ונהי שסגי גם בפשיעה בלי מעשה, אבל פשיעה מיהא בעינן, והכא הפשיעה באה ע"י שהצית בגופו של עבד, וא"כ י"ל שהרי זה שפיר מיקרי שמעשה אחד גורם גם מיתה וגם ממון, אבל בקנין חצר אין צריכים שום דבר מצדו כלל, אלא סגי גם אם הי' קיימא בהחצר מקודם.

ועי' עוד בענין היסוד הנ"ל שכתבנו לקמן כאן באות י"ז*.

ד. עוד בדברי הגרי"ל.

והנה הגרי"ל שם כתב שעל הקושיא הנ"ל שמחמת קלב"מ לא יתחייב לתת לו את החפץ הנמכר, על זה באמת לא מהני התי' של רבא מאתנן אסרה תורה אפילו בבא על אמו. ונראה שכוונתו היא כך, דבשלמא לפי רש"י שהקושיא היא שמכיון שאינו חייב להחזיר את התאינה אין זה נחשב חלות מכירה, א"כ בזה שפיר י"ל שמספיק בזה שהוא חייב להחזיר את התאינה מדיני שמים כדי לגרום שתחשב מכירה, משום שי"ל שגם אם הוא מתחייב

להחזיר את הדמים במדה זו של חיוב שנקראת מדיני שמים הרי זה מספיק כדי להחשב מכירה (וכוונת רבא היא להוכיח מאתנן שאע"פ שאמרינן קלב"מ אבל בכל זאת אכתי נשאר חיוב מדיני שמים וכמו שביארו תוס' כאן שכן מוכח מאתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו), אבל כשאנו דנין אם הוא חייב לתת להקונה את החפץ הנמכר א"כ בזה בודאי נראה שכל זמן שאינו מתחייב לתתו מדיני אדם אין זה נקרא גדר של מכירה.

ה. דברי השט"מ בשם הרמ"ה והמאירי.

מיהו עיין בשט"מ כאן בשם הרמ"ה בפרטיו שלמד את קושיית הגמרא כמו שפירשו תלמידי הר"פ, ופי' שכוונת רבא בתירוצו היא לומר ששפיר יש כאן חלות מכירה אע"פ שבאמת אינו מתחייב לתת לו את החפץ, והיינו משום שהחלות של מכירה באמת אינה תלויה בזה שהמוכר מתחייב לתת את החפץ, וכן אין בכח קלב"מ לבטל את החלות של מכירה וכמו שהערנו לעיל בסק"ג. והרי הוא מוכיח כן מאתנן כי מכיון דאמרינן שם דהוי אתנן א"כ בע"כ צ"ל שהיינו משום שאמו כבר זכתה בו בשעת ביאה וא"כ חזינן שהיא קונה אע"פ שאין על הבעל שום חיוב לתת לה את האתנן (וזהו דלא כביאורם של תוס' כאן).

והמאירי כאן ביאר שכוונת רבא היא לתרץ שקלב"מ אינו פוטר מחיובו לתת את החפץ כי זה הוא חיוב שנתחייב בו מעצמו ולא שהתורה חייבתו בו, והרי זה

דומה להיכא שלוה מעות בשעה שחילל שבת שבודאי יצטרך להשיב.

ו. עוד בדברי תלמידי הר"פ.

והנה הר"י בתוס' כאן פירש שאירי באופן שהחפץ הוא בחצירו של הקונה, וביארו שבאמת גם לפי קושיית הגמרא שלא אמרינן להמוכר זיל שלים, אבל בכל זאת הקונה שפיר זוכה את החפץ כיון שהוא ברשותו, רק שכוונת הקושיא היא שחשיב מתנה ולא מכירה, והיינו משום שמכיון שאם לא יחול לא אמרינן להמוכר זיל שלים בחזרה את התאינה שקיבל, אין זה נקרא מכירה. מיהו לפי הפי' שכתבו תלמידי הר"פ שהלשון של זיל שלים קאי על החפץ הגנוב ולא על התאינה א"כ צ"ע דאם החפץ הוא בחצירו של הקונה א"כ איך שייך על זה לשון של לא אמרינן להמוכר זיל שלים, הלא כבר שילם שהרי הגניבה היא כבר בחצר הקונה, וכתבו תלמידי הר"פ על זה וז"ל, הכי פריך דכיון דאילו תבע לוקח את הגניבה אם לא היתה ברשותו לא אמרינן לי' לגנב זיל שלים בתורת מכירה משום שמיפטר בקלב"מ, אלא בתורת מתנה, השתא נמי לאו מכירה היא, אע"ג דהשתא קיימא בחצירו, מ"מ לאו מכירה היא אלא מתנה כיון דלא אמרינן לי' זיל שלים בתורת מכירה כדפירשנו וכו' עכ"ל, וסיימו שמתוס' לא משמע כדרך זה אלא כהפירוש שכתב רש"י, ונראה שכוונתם היא ללשון הר"י בד"ה באומר וכו' דמשמע שמאי דאמרינן "זיל שלים" הרי זה קאי על הציור שלפנינו שהגניבה היא בחצירו של הלוקח והלשון של "זיל שלים" קאי על התאינה ודלא

כהדרך שכתבו תלמידי הר"פ שזיל שלים קאי על הגניבה בציור אחר דהיינו בהציור שאינו בחצירו של הקונה.

דף ע"א ע"א

יז* (גנב וטבח בשבת וביורה"כ.

הנה בסוגיין מבואר שגנב וטבח בשבת פטור משום קלב"מ וכן בטבח ביוה"כ למ"ד אין לוקח ומשלם. והקשה רעק"א במערכה השלישית על מס' שבת (דף ק"ו) באות י"ג ולהלן שם, דהא החילול שבת הוא בתחילת שחיטה ואילו החיוב דו"ה בא בסוף השחיטה כשכבר אינו מחלל שבת. ותי' שגם אז הרי הוא מחלל שבת כי גם זה חבורה מיקרי, ואע"פ שלא התרו בו עוד הפעם, אבל גם חייבי מיתות שוגגין פטורים מתשלומין כמו חייבי מיתות מזדיין, אלא שהקשה דאכתי קשה למה מיפטר כששחט ביוה"כ הלא חייבי מלקות שוגגין חייבים בתשלומין, ועיי"ש שר"ל שעל תחילת השחיטה הרי הוא פטור משום מקלקל ורק על הסוף שחיטה הרי הוא חייב, ופלפל שם בזה.

מיהו לכאורה יש ליישב דעיין בדף ע"ב ע"א ברש"י ד"ה כגון וכו' דמבואר מדבריו שגם תחילת השחיטה היא חלק מהמחייב של החיוב של דו"ה, והדין שצריכים שחטו כולו באיסורא כולל גם את התחילת שחיטה, וא"כ שפיר שייך קלב"מ כי בשעת תחילת השחיטה חילל שבת ולכן אין תחילת השחיטה יכולה לחייב דו"ה, ואע"פ שהחיוב דו"ה צריך לחול בסוף השחיטה

אבל בכל זאת לא איכפת לך בזה כי סו"ס מעשה אחד אינו יכול לחייב גם מיתה וגם ממון אפילו אם החיוב ממון יחול אחרי שחל החיוב מיתה. וכעין זה מבואר בתוס' לעיל בדף כ"ב ע"ב בד"ה והי' וכו' וז"ל, ואע"ג דשריפת העבד מחמת חציו ושריפת גדי מחמת ממונו שייך בי' שפיר קלב"מ הואיל וע"י מעשה אחד בא הכל ותדע דלמ"ד משום ממונו מוקי כשהצית בגופו של עבד ופטרין ל'י' אע"ג דלא הצית בגופו של גדי עכ"ל, והתם הרי ההיזק של הגדי קורה לאחר המעשה על העבד. (ורעק"א עצמו כתב כעין סברא זו בדו"ח על כתובות דף ל"א ע"ב קרוב לתחילת דבריו בד"ה ובאמת עיי"ש).

ברם באמת נראה שקושיית רעק"א במקומה עומדת, והיינו משום שגם אחרי דברינו הנ"ל אכתי יוצא שהמעשה של חילול שבת בא קודם המעשה שמחייבו בדו"ה, והיינו משום שהחילול שבת בא מיד כשהוא חובל בהבשר, עוד לפני שהוא מגיע להסימנים, ואילו החיוב של דו"ה הוא רק עבור שחיטת הסימנים וכמו שנכתוב להלן באות כ"ח.

והנה ע"י בקו"ש באות ע"ז שכתב לחדש שהחיוב של דו"ה אינו בשביל הטביחה, אלא בשביל הגניבה בתנאי שישחוט. ולפ"ז לכאורה קשה מאי איכפת לך אם בשעת הטביחה נתחייב מיתה הלא החיוב אינו בשביל הטביחה, ומאי שנא מהא דמבואר להלן בדף קי"ב ע"א שאם גנב בחול וטבחה בשבת הרי הוא חייב בתשלומי קרן, והיינו משום שכבר נתחייב על זה משעת גניבה בתנאי שיאנס. ואין לתרץ דשאני התם שאחרי שנאנס הרי הוא

חייב בתשלומין למפרע משא"כ החיוב של דו"ה הרי הוא רק משעת טביחה ואילך, הנראה שבכל זאת מכיון שהחיוב אונסין מתחיל לחול בשעת הטביחה אין לחלק בזה בין החיוב של אונסין להחיוב של דו"ה. גם אין לומר דשאני התם שהוא חייב כבר בפועל משעת הגניבה, רק שהוא יכול לפטור את עצמו ע"י החזרת גוף החפץ ומש"ה לא שייך לפוטרו משום קלב"מ אם חילל שבת בשעת האונס, דזה אינו, אלא בודאי הרי הוא מתחיל להיות חייב בפועל בתשלומין רק בשעת האונס (מיהו ע"י ברש"י שם שכתב וז"ל, שהרי נתחייב בקרן קודם שבא לידי איסור סקילה עכ"ל).

מיהו לפי היסוד הנ"ל שכתבנו אתי שפיר, כי נראה שאע"פ שנתחייב בדו"ה בשעת הגניבה אבל אכתי מהני מה שהוא מחלל שבת בשעת הטביחה, כי סוף סוף מעשה אחד, דהיינו הטביחה אינו יכול להביא עליו שני חיובים, והרי זה כטבח אחר, אבל הא דמתחייב בחיוב אונסין ע"י הטביחה הרי זה כי באמת להחיוב אונסין לא בעינן שיעשה מעשה כלל אלא גם אם זה הולך לאיבוד מעצמו הרי הוא חייב, רק שהכא כך הי' ההיכי תמצא שהלך לאיבוד ע"י שחיטתו, והרי זה דומה למש"כ בהאות הקודמת לענין זריקה לתוך חצירו דאין זה נקרא שהקנין בא ע"י המעשה של הזריקה כיון שגם בלא מעשה יש קנין חצר, דגם כאן אין זה נקרא שמעשה אחד מחייבו גם מיתה וגם ממון כי על הממון הרי הוא מתחייב גם בלי מעשה, רק שבצירוף זה ההיכי תמצא הוא ע"י מעשה, אבל אין זה נקרא שהמעשה מחייבו

בהממון אלא העובדא שאינו נמצא והלך לאיבוד זהו מה שמחייבו בממון. וע"ע בנוגע להיסוד הנ"ל שכתבנו לעיל בהאות הקודמת בסק"ג.

יח) בטובח ע"י אחר.

בענין אם הכוונה היא מדין שליחות.

בגמרא הביאו את דרשת רבא שמה מכירה ע"י אחר אף טביחה ע"י אחר. ושוב הביאו את הריבויים של או ותחת לרבות את השליח. ולכאורה הי' אפשר לומר שלפי רבא אין הכוונה שצריכים תורת שליחות ושהטעם שהוא חייב הרי זה משום ששלוחו הוא כמותו, דזה אינו, משום שא"א ללמוד דבר זה ממכירה, דהא במכירה הרי הקונה אינו שלוחו של הגנב, וא"כ י"ל שגם בטביחה אין זה מדין שליחות, רק שהטעם למה הוא מתחייב ע"י אחר הרי זה משום שהוא זה שגרם את הטביחה, דגם בזה סגי כדי לחייבו דו"ה אע"פ שלא עשה את הכל, וכמו שמצינו במכירה שאין הוא לבדו עושה את הכל, ומש"ה ילפינן ממכירה שגם בטביחה לא בעינן שיעשה הוא עצמו את הכל, ובטביחה הרי זה יצויר באופן זה שהוא רק בגדר גורם ומצוה (מיהו אכתי לא דמי שהרי במכירה גם המקנה משתתף בגוף המכירה משא"כ כשהוא מצוה לטבוח אין הוא משתתף בעצם הטביחה. מיהו כבר הארכנו במקום אחר שיש אחרונים שסוברים שבמכירה הכל הוא מצד הקונה לחוד ולא מצד המקנה).

ולפ"ז הרי הוא חייב אפילו אם השליח אינו בר שליחות או אפילו אם התנה עמו

שאינו עושה כן בתורת שליחות, וכ"כ הנתיחה"מ בריש סי' קפ"ב אבל מטעם אחר עיי"ש. ועכ"פ כל זה הוא לפי רבא אבל מהלשון של או ותחת לרבות את השליח משמע לכאורה שמתורת שליחות אתינן עלה מדלא אמרו לרבות ע"י אחר.

ואולי יש לבאר כהנ"ל את כוונת תוס' בד"ה או לרבות את השליח שכתבו וז"ל, ומאן דמצריך או לחלק דריש מתחת לרבות את השליח עכ"ל, דיש לעיין למה לא כתבו גם שיכול להיות שהוא דורש דרשת רבא. וי"ל שרצו לומר שהמ"ד ההוא יכול אפילו לסבור שנאמר בזה דין של שליחות כמו שסובר המ"ד שדורש מאו.

ולפ"ז יוצא שקושיית מר זוטרא דמי איכא מידי דאיהו לא מצי עביד ושלוחי' מצי עביד קשה רק לפי הדרשות של או ותחת לרבות את השליח אבל אין קושייתו קשה על רבא משום שרבא לאו משום שליחות אתי עלה.

ברם יש לבאר שבאמת אין כוונת מר זוטרא להקשות מהדין בשליחות של כל מידי דאיהו לא מצי עביד שלוחי' נמי לא מצי עביד, דזה לק"מ, כי הכא לאו מדין שליחות אתינן עלה, אלא כוונתו היא להקשות שא"א לומר כאן שהוא חייב עבור זה שגרם דהא הכא אפילו אם יעשה בעצמו במו ידיו הרי הוא פטור וא"כ איך אפשר לומר שהיכא שרק גרם הרי הוא חייב (מיהו יש בדרך זה מדה מסוימת של דוחק, כי בשלמא אם כוונתו היא להכליל של כל מידי דאיהו לא מצי עביד שלוחי' נמי לא מצי עביד י"ל שסבר מר זוטרא שכדי לעשות שליח צריכים שיוכל הוא עצמו להתחייב בפועל ממש ושאפילו פוטר

הילפותא של מה מכירה ע"י אחר אף טביחה ע"י אחר.

שו"ר בקצה"ח בסי' רצ"ב סק"א שהביא את דברי החידושי מהרי"ט בריש האישי מקדש שדייק מלשון הרמב"ם גבי מעילה שרק במעילה הרי זה מהני מדין שליחות, ושרק במעילה לחד נאמר דין של יש שליח לדבר עבירה, אבל מה שמהני טביחה ומכירה ושליחות יד על ידי אחר אין זה מדין שליחות אלא משום שהוא פשע ונהנה עי"ז, והסכים הקצה"ח לזה, וכתב שזהו דלא כהבנת המשנה למלך.

ועיי"ש בדברי המהרי"ט והקצה"ח בנוגע להגמרא בקידושין דף מ"ג ע"א דאמרינן שמעילה וטו"מ הוו ב' כתובים הבאים כאחד ואין מלמדין. ובספרי על קידושין בדף מ"ג ע"א הארכתי יותר בזה. והשער המלך בסוף הל' מעילה הקשה על המהרי"ט דהא גם במעילה אינו מדין שליחות וכמו שהוכיח שם. והנתיב"מ בסי' קפ"ב סק"א סובר דהוי שפיר מטעם שליחות. ועי' בזה בקהלות יעקב על קידושין דף מ"ג, ובחידושי רבי ראובן על ב"מ בסי' י"ג אות ג'.

והנה אכתי יש לעיין היכא שאמר לו לשחוט בשבת או למעול בהדי איסור אחר למה לא אמרינן פלגינן ושלענין העבירה השני' אין שליחות, אבל לענין העבירה של טו"מ או מעילה יש שליחות. ועי' בחידושי רבי ראובן שם באות א' שהבין שכוונת המקנה בקידושין דף מ"ב וכן כוונת השער המלך בפ"ז מהל' מעילה בשם הר"י אלפנדרי היא שלא שייך בזה פלגינן. והוא עצמו ר"ל שם שזה תלוי באיך נבין את

צדדי כמו קלב"מ מפריע, אבל אם מדובר בענין להיות חייב משום שגרם, א"כ מאי איכפת לן אם היכא שהוא עצמו עושה הרי הוא פטור משום סיבה צדדית, ואין מובן בכלל מה היתה הס"ד של מר זוטרא בקושייתו).

ועיין ברמב"ם בפ"ג מהל' גניבה ה"ו שכתב וז"ל, עשה שליח לשחוט לו ושחט לו השליח בשבת הרי הגנב חייב בתשלומי דו"ה. ודייק המל"מ שאם ציווהו בפירוש לטבוח בשבת, אינו חייב, כי כיון שעשאו שליח לשחוט בשבת, שוב אמרינן שאשדל"ע ואין המעשה מתיחס אליו. וכתב שדין זה מבואר ממה שכתב הרמב"ם לענין מעילה שאע"פ שגבי מעילה אמרינן שיש שליח לדבר עבירה, בכל זאת אם עשאו שליח לעשות עוד עבירה ביחד עם המעילה, השליחות בטילה (וכגון היכא שעשאו שליח לאכול בשר עולה). והשיג על הטור שהביא בשם הרמב"ם שאם עשאו שליח לשחוט בשבת, חייב המשלח, דלשון הרמב"ם מדוקדקת לא כן (מיהו לפי בפיה"מ כאן איתא כהטור). מיהו לפי הדרך שכתבנו שבטובח ע"י אחר אין הכוונה לדין שליחות אלא לעולם אין הטובח נעשה שלוחו משום שגם כאן אמרינן שאין שליח לדבר עבירה, רק שבכל זאת הגנב חייב מפני שהוא גרם, א"כ לפ"ז גם כשהוא מצווהו להדיא לשחוט בשבת הרי הוא חייב וכדברי הטור.

מיהו עי' להלן בדף ע"ט ע"א דאיתא להדיא בגמ' שגדר הדבר למה טובח ע"י אחר חייב הרי זה כי בטביחה נאמר שיש שליח לדבר עבירה, ואיתא שם כן לפי

ובכל זאת חייב הגנב בדו"ה וא"כ יוצא שאינו משום שליחות אלא משום שהגנב גרם. מיהו לפי סוף דבריו שם שוב אין ראוי עיי"ש.

(ט) בענין אין שליח לד"ע וטובה ע"י אחר.

א. ביאור קושיית הגמ' וכי זה חוטא וזה מתחייב.

ע"י ברש"י שפי' שכוונת הגמ' בהקושיא הנ"ל היא להקשות שאין שליח לדבר עבירה. וע"י בתוס' בדף ע"ט ע"א בד"ה נתנו וכו' שכתבו שהיכא שהשליח הוא שוגג וסובר שהבהמה שייכת להמשלח לא שייך לומר שאין שליח לדבר עבירה, והקשו שלפ"ז צ"ע מאי מקשינן על ר"מ כאן, הלא י"ל דאיירי כשהשליח הוא שוגג וחושב שהוא שייך להגנב (והרי תוס' בד"ה בשלמא ע"ז וכו' כתבו שרבנן כאן איירי באמת באופן שהשוחט חושב שהבהמה שייכת להגנב), ותירצו שאה"נ הגמ' היתה יכולה לתרץ כן רק שקאמרה את האמת שבטביחה יש שליח לדבר עבירה.

מיהו לכאורה הי' נראה לפרש שאין כוונת הגמ' כאן להקשות מצד שאין שליח לדבר עבירה, אלא כוונת הגמ' היא להקשות שאפילו אם מדיני שליחות שייך שליחות גם לד"ע, אבל אי אפשר לחייב את המשלח על זה, כי הגמ' כאן סוברת שכדי להיות חייב על עבירה הרי הוא בעצמו צריך לעשות את המעשה, וכעין הא דביאר הקצה"ח בסי' קפ"ב סק"א שעל מצוות שבגופו לא שייך שליחות, וכעין הא

הדין שאין שלד"ע, דאם הכוונה היא שלעולם המעשה שפיר מתיחס אליו (וכן החלות, ע"י בתוס' בב"מ דף י' ע"ב), רק שהזדון והרצון לעשות את העבירה אינו מתיחס, א"כ שפיר קשה דנהי שהאיסור שבת אינו מתיחס להגנב אבל למה אין האיסור של טו"מ מתיחס אליו, אבל אם נאמר שהיכא שהוא אומר לו לעשות עבירה, אז עיקר המעשה אינו מתיחס אליו, א"כ מכיון שאמר לו גם לחלל שבת הרי זה גורם שאין המעשה מתיחס אליו, וא"כ שפיר יוצא שאינו חייב בדו"ה.

ובספרי על קידושין דף מ"ב באות ל"ה סק"ו הבאתי עוד דברים מחידושי רבי ראובן בענין זה.

והנה מדברי הפ"י על תד"ה בשלמא וכו' מבואר שהבין שאין כאן שליחות, דהנה בגמרא אמרינן שהיכא ששחט לע"ז ע"י אחר טעמייהו דרבנן דפטור מדו"ה הוא משום דהוי שחיטה שאינה ראוי, והקשו תוס' למה הבהמה נאסרת הלא אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, ובפ"י מבואר שהבין דחשיב של הגנב מפני הקניני גניבה שיש לו ומש"ה הקשה הפ"י דהא איירי באופן שהגנב אמר להשליח לשחוט לע"ז (ולא שהשליח עשה כן מעצמו), וא"כ הרי הוא שלוחו של הגנב והרי זה כאילו הגנב עצמו שוחט, וא"כ אין זה נקרא שאדם אוסר דבר שאינו שלו אלא הרי הוא כמו הגנב. ותי' הפ"י שלא נפעל כאן שליחות אשר נוכל לומר דהוי כאילו הגנב עצמו שחט ואוסרהו, והיינו משום שאין שליח לדבר עבירה, וא"כ שפיר יוצא שהטובה אוסר דבר שאינו שלו. הרי דס"ל שאיירי כשצוהו לשחוט לע"ז ואמרינן שאשלד"ע

דאמרינן בקידושין דף מ"ג ע"א שאפילו לפי שמאי הזקן שסובר שיש שלד"ע אבל אם אמר לשלוחו צא ואכול את החלב השליח חייב ולא המשלח כי לא מצינו זה נהנה וזה מתחייב, דהסוגיא כאן סוברת שה"ה שא"א להתחייב בשום עבירה ע"י שליח כי כדי להתחייב בעבירה בעינן שהוא עצמו בגופו יעבור על העבירה, ואפילו אם יכול להחשב שלוחו (לענין שתחול השליחות) אבל בכל זאת א"א שהמשלח יתחייב ע"י השליח, וזוהי הכוונה בהך לשון של וכי זה חוטא וזה מתחייב, דחזינן שלא מקשינן שאין שלד"ע אלא מקשינן שכדי להתחייב בעינן שהוא עצמו יעבור בגופו. ועל זה מתרצת הגמ' שגבי טביחה יש ילפותות ששפיר שייך שזה יחטא וזה יתחייב.

ולפ"ז אי אפשר לתרץ דאיירי כאן באופן שהשליח הוא שוגג, כי דבר זה מתקן רק את החסרון של אין שליח לדבר עבירה, דכיון שהשליח הוא שוגג לא שייך לומר דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, אבל אכתי קשה דסו"ס אי אפשר להמשלח להתחייב אלא כשהוא עצמו עושה בגופו.

ב. ביאור דעת הרמב"ם שרק במעילה מצינו שליח לדבר עבירה.

והנה בהאות הקודמת הבאנו שהרמב"ם כתב שרק במעילה מצינו שליח לדבר עבירה, והקשה המהרי"ט דהא גם בשליחות יד וטו"מ מצינו כן, ותי' שבטו"מ אין זה מדין שליחות אלא משום שנהנה, וכן בשליחות יד הרי זה משום הפשיעה

שלו נגד הבעלים, והקשה שא"כ איך אמרינן בקידושין דף מ"ב ומ"ג שטו"מ ושי"י בהדי מעילה הוו שני כתובים הבאים כאחד ואין מלמדין, ותי' שאם הי' כתוב רק מעילה היינו יכולים ללמוד טו"מ מיני' מדין שליחות, והקשה המהרי"ט דהא אכתי בעינן את הפסוק גבי טביחה כדי לחייב אפילו היכא ששלח קטן שאינו בר שליחות, וכתב שאה"נ דלא אמרינן שמעילה וטביחה הוו ב' כתובים אלא לפי בית שמאי אבל לפי ב"ה השני כתובים הם מעילה ושי"י, ולב"ה שי"י אפשר דלא מחייב אלא במידי שהוא בר שליחות (מיהו א"כ אכתי קשה למה כתב הרמב"ם רק מעילה). והקצה"ח בסי' רצ"ב סק"א תי' דגם במעילה הרי הוא חייב ע"י קטן דהא תנן במס' מעילה שגם בעשה ע"י קטן הרי הוא מועל, וא"כ נוכל ללמוד ממעילה גם קטן (ועי' בשער המלך בסוף הל' מעילה שר"ל שגם במעילה אינו מדין שליחות אלא משום שהוא גרם דעיי"ש שכתב שגם מעילה היא כמו טביחה כיון שמועלן ע"י קטן, וכתב וז"ל, וא"כ קשה דמאי פריך הגמ' והרי מעילה [דחזינן במעילה שיש שליח לדבר עבירה], התם שאני דאפילו בחש"ו דלאו בני שליחות נינהו מיחייב, אלא ע"כ צ"ל דס"ל לתלמודא דכיון דאשלד"ע מטעמא דדברי הרב וכו' חשיבא כעושה הדבר מאליו בלא דעת בעה"ב כמש"כ רש"י, משא"כ בחש"ו דאע"ג דלאו בני שליחות כיון דלא שייך בהו טעמא דאשלד"ע כמש"כ תוס' פ"ק דמציעא ואדעתא דבעה"ב קעבדי וניחא לי' בהכי מש"ה חייב המשלח וכו').

מיהו לפי דרכנו הנ"ל יש ליישב את

דברי הרמב"ם בדרך אחרת, והיינו שי"ל שאה"נ הסוגיא בקידושין אתי עלה מדין שליחות לדבר עבירה, והסוגיא שם סוברת שבשלשתן הגדר הוא שיש שליחות לדבר עבירה וכדמשמע מפשטות הסוגיא שם, רק שהרמב"ם פוסק כסוגיא דידן, וסוגיא דידן סוברת שטביחה אינה מדין שליחות כי כוונת הגמ' כאן היא להקשות שאפילו אם יש שליח לד"ע הרי א"א להתחייב אם לא שעשה בגופו, וכוונת התי' היא שהוא חייב משום הנאתו או גרמתו (דלא מסתבר לומר שכוונת התי' היא שגזירת הכתוב היא שהכא הרי הוא חייב מדין שליחות על המעשה אע"פ שהוא בעצמו לא עשה דזהו היפך הסברא הפשוטה לסוגיא דידן). ומעתה י"ל שהרמב"ם פוסק כסוגיא דידן ומש"ה הרי הוא פוסק שטביחה ושי"י אינן מדין שליחות כי לא תועיל שליחות לחייבו כי סו"ס איהו לא עשה את המעשה וכקושיית הגמ' כאן, אבל במעילה הרי זה שפיר יכול להיות מדין שליחות, כי במעילה (של בדק הבית אבל לא של קדושת הגוף) י"ל שהמעילה באה משום החלות של הפקעת ההקדש, ולא משום המעשה (מיהו עי' בדף ס"ה ריש אות י"ח), וכיון שע"י שליחות הרי זה נקרא החלות של המשלח, סגי בכך, ולא איכפת לן אם לא עשה את המעשה בגופו, אבל בשליחות יד ס"ל להרמב"ם שאין החיוב משום החלות של הקניני גזילה אלא החיוב הוא משום המעשה של שליחות יד, והרי יש מ"ד שסובר שבכלל אין השומר קונה קניני גזילה בשליחות יד וכמש"כ האבן האזל בפ"ד מהל' גניבה, ונהי שהרמב"ם אינו פוסק כהמ"ד ההוא, אבל י"ל שגם

איהו מודה שאין החיוב בשביל הקניני גזילה אלא בשביל המעשה של שי", ומש"ה לא סגי בשליחות אלא צריכים לומר שסגי בזה שפשע וגרם (מיהו צע"ק אם אין החיוב בשביל הקניני גזילה מנ"ל באמת שהוא קונה קניני גזילה בכלו אע"פ ששלח יד רק במקצת).

ולפ"ז צ"ל שאין כוונת מר זוטרא כאן להקשות מהדין בשליחות של כל מידי דאיהו לא מצוי עביד שלוחי' נמי לא מצוי עביד, דזה לק"מ, כי הכא לאו מדין שליחות אתינן עלה, אלא כוונתו היא להקשות שא"א לומר כאן שהוא חייב עבור זה שגרם דהא הכא אפילו אם יעשה בעצמו כמו ידיו הרי הוא פטור וא"כ איך אפשר לומר שהיכא שרק גרם הרי הוא חייב (מיהו יש בדרך זה מדה מסוימת של דוחק, כי בשלמא אם כוונתו היא להכליל של כל מידי דאיהו לא מצוי עביד שלוחי' נמי לא מצוי עביד י"ל שסבר מר זוטרא שכדי להיות יכול לעשות שליח צריכים שיוכל הוא להתחייב בפועל ממש ואפילו פטור צדדי מפריע, אבל אם מדובר בענין להיות חייב משום שגרם, א"כ מאי איכפת לן אם היכא שהוא עצמו עושה הרי הוא פטור משום סיבה צדדית, ולכאורה אין מובן מה היתה ס"ד דמר זוטרא בקושייתו).

ועכ"פ עי' להלן בדף ע"ט ע"א דאיתא להדיא בגמ' שגדר הדבר למה טובח ע"י אחר חייב הרי זה כי בטביחה נאמר שיש שלד"ע, וזהו כהסוגיא בקידושין.

ג. דברי הנתיחה"מ בשליחות לד"ע.

הנה בב"מ דף י' ע"ב אמרינן בלשון

אחד בסוגיית הגמ' שם שאע"פ שאין שלד"ע אבל היכא שהשליח אינו בר חיובא וכגון היכא שכהן אמר לישראל קדש לי גרושה, אז שפיר יש שליח לדבר עבירה, ועוד מייתנין שם עוד לשון שרק היכא שהשליח הוא בגדר איבעי עביד ואי בעי לא עביד אמרינן שאין שליח לדבר עבירה אבל היכא שאינו כן אז שפיר יש שליח לדבר עבירה, ומתצינן בזה הא דאפשר לקנות קניני גניבה ע"י קנין חצר, דהא חצר הוי כמו שלוחו וקי"ל שאשלד"ע, וא"כ בע"כ צ"ל שאע"פ שאין שליח לדבר עבירה אבל היכא שהשליח אינו בר חיובא, א"נ שאין לו בחירה, אז שפיר יש שליחות. והנ"י שם כתב שכיון שאין יד לקטן שזורק אגוז, הוי כחצר ואינו בגדר אי בעי עביד אי בעי לא עביד, ותוס' בשבועות דף ג' ע"א בד"ה ועל וכו' כתבו שגם היכא שאמר לקטן או לנכרי לעשות עבירה אמרינן שיש שליח לדבר עבירה כיון שאינם בני חיובא, ותמה הש"ך על זה בריש סי' קפ"ב דהא אין שליחות לקטן ועכו"ם. ותי' הנתייה"מ שבאותם מקומות שיש שליח לדבר עבירה, דהיינו מעילה וש"י וטו"מ, וכן היכא שאינו בר חיובא, נאמר דין שליחות גם על קטן ונכרי, והיינו משום דאמרינן שנאמר כאן דין חדש של שליחות בלי הפסולים הנ"ל, והוכיח כן מהא דמבואר במס' מעילה שגם אם שלח קטן למעול בהקדש אמרינן שיש שליחות ושהמשלח חייב.

ובהסבר הדבר הביא את דברי הריטב"א בקידושין דף מ"ב שאע"פ שהגמ' אמרה את הטעם של דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעים, אבל באמת אין זה

הטעם היחידי, אלא גם בלא זה אין שליח לדבר עבירה, והבין הנתייה"מ שכוונת הריטב"א היא לומר שהטעם שאין שליח לדבר עבירה הרי הוא משום שבאמת א"א בכלל ללמוד סוג זה של שליחות מתרומה, כי מתרומה אפשר ללמוד רק שע"י עשיית השליח המעשה קיים (משום שהשליח נקרא הבעלים של הדין), אבל א"א ללמוד שהרי זה נחשב כאילו המשלח עשה את המעשה כמו שאנו רוצים לומר בשליחות לדבר עבירה שהרי זה כאילו המשלח עשה את המעשה ושיש בידו עבירה, דזה א"א ללמוד מתרומה וגירושין וקדשים, והיכא שהמדובר הוא בשליחות לדבר עבירה שיש שם עשיית חלות אז באמת שפיר ילפינן מתרומה שהחלות קיימת וכמו שכתב בסוכרים תוס' בב"מ דף י' ע"ב בתירוץ הראשון (ובתירוץ השני כתבו תוס' שם להדיא שבאמת החלות בטילה), רק שעשיית המעשה נחשב של השליח כי על זה לא נאמר דין שליחות, וא"כ יוצא שהיכא שיש גזירת הכתוב ששפיר יש שליחות לד"ע וכגון במעילה וש"י וטו"מ הרי זה בגדר סוג חדש של שליחות, דהיינו על המעשה, וא"א ללמוד מתרומה, ולכן גם נכרי וקטן כשרים כי הם נתמעטו מאתם גם אתם הכתוב גבי שליחות דתרומה, וכן גם כשהוא עושה שליח לדבר עבירה שאינו בר חיובא הרי אנו לומדים דבר זה מחצר ולכן גם קטן ועכו"ם כשרים דלא גריעי מחצר. וכל היכא שאדם עושה שליח על עשיית מעשה ולא על עשיית חלות הרי השליחות הזאת נלמדת באמת ממעילה וש"י וטו"מ וחצר ולא מגיטין תרומה וקדשים.

יט* אלא שבת שחיטה ראוי היא דתנן וכו'.

צ"ע מה מייתו מהך משנה, הלא התם תנן רק שאינה נבילה, אבל אכתי מי יימר שאינה אסורה באכילה משום מעשה שבת. ועיין בסוגיא דחולין שם.

כ אלא למ"ד דרבנן אמאי פטרי רבנן.

ע"י בתוס' בסוף ע"א שהקשו שכאן מבואר שאם מעשה שבת הוא רק מדרבנן לא פטרינן משום שחיטה שאינה ראוי, ואילו לקמן מבואר שאפילו אם חולין שנשחטו בעזרה אסורין רק מדרבנן בכל זאת פטרינן משום שחיטה שאינה ראוי. ולכאורה ה"א אפשר ליישב דשאני חולין שנשחטו בעזרה משום שהתם קבעו רבנן איסור חפצא על הבשר, משא"כ במעשה שבת קבעו רבנן רק איסור גברא, וא"כ י"ל שרק כשיש איסור חפצא הרי זו נחשבת שחיטה שאינה ראוי (וצריכים להוסיף שאם מעשה שבת הוא מהתורה אז הרי זה בגדר איסור חפצא כמו בקודש).

וראייתי שעל פי חילוק זה יישב הגר"ח את שיטת הרמב"ם, שהרי פסק הרמב"ם בפ"ד מהל' שחיטה ה"י שהשוחט חולין בעזרה פטור מכיסוי הדם משום דהוי שחיטה שאינה ראוי, והרי בפ"ב מהל' שחיטה ה"ג פסק שחולין שנשחטו בעזרה לאו דאורייתא נינהו (לפי ביאורו של המ"מ שם מכ"י להר"י כלץ ודלא כהכ"מ), וא"כ הרי זה סותר את הסוגיא כאן דאמרינן שמשום איסור דרבנן אין זה נקרא שחיטה שאינה ראוי. וחילק הגר"ח ששאני מעשה

והנה מעתה יש לעיין בדברי הנתיחה"מ, דלפי דבריו צ"ע למה מקשינן כאן רק שאין שליח לדבר עבירה, וכמו שפירש"י שהקושיא היא שאין שליח לדבר עבירה, הלא הגמ' היתה צריכה להקשות שבכגון הא לא שייך שליחות אפילו אם אינו לדבר עבירה כי הרי זה מעשה בלי חלות, והרי לפני שידעינן את הריבוי גבי טו"מ נקטינן שאין שליחות על כל היכא שמדובר במעשה בלי חלות.

מיהו לפי דרכנו הנ"ל אתי שפיר, כי ביארנו בדעת הרמב"ם שבאמת אין כוונת הגמ' להקשות מצד שאין שליח לדבר עבירה אלא כוונת הגמ' היא להקשות שאפילו אם מדיני שליחות שייך שליחות גם לד"ע, אבל אי אפשר לחייב את המשלח על זה כי כדי להיות חייב הרי הוא עצמו צריך לעשות את המעשה ולא מהני לזה שליחות, וא"כ לפ"ז לא קשה מידי דלעולם י"ל שאה"נ הגמ' היתה יכולה להקשות שלא שייך שליחות משום דהוי מעשה בלי חלות, אלא שהגמ' בחרה להקשות מצד שצריכים שהוא עצמו יעשה את המעשה ואפילו אם שפיר יש שליחות על מעשה בלי חלות, ואין עדיפות להקושיא ההיא מהקושיא שהגמ' שואלת, ורק אם כוונת הקושיא היא שאין שליח לד"ע, רק אז קשה על הנתיחה"מ דהא כל הטעם הוא משום שהשליחות היא על מעשה בלי חלות וא"כ למה הדגישה הגמ' דוקא את הענין שיש בזה עבירה, נימא משום שאין שליחות על מעשה בלי חלות. וי"ל דזה כבר ידעינן מחצר ומעילה וש"י, ואש"לד"ע ידעינן משום שאין מלמדין.

שבת דהוי רק איסור על הגברא אבל אין האוכל נעשה חפצא דאיסורא.

ועכ"פ מקושיית תוס' כאן חזינן שאינם סוברים כחילוקו של הגר"ח. וכן היא שיטתם גם בדף ע"ב ע"ב בד"ה דאי וכו', דעיי"ש שהוכיחו שהאיסור אכילה של תקרובת ע"ז הרי הוא דאורייתא משום שאם הוי רק מדרבנן למה סוברים רבנן כאן ששוחט לע"ז חשיב שחיטה שאינה ראוי' הלא הדין צריך להיות כמו מעשה שבת למ"ד דהוי רק איסור מדרבנן, הרי שאינם מחלקים בין האיסור דרבנן של מעשה שבת לבין האיסור דרבנן של תקרובת עכו"ם.

וראיתי מוכיחים דלא כהגר"ח גם מדברי הרמ"ה בשט"מ כאן, דעיי"ש שכתב שאם מכר ע"י קנין שמועיל מהתורה הרי הוא חייב דו"ה אע"פ שרבנן תיקנו שאינו מועיל, והוכיח כן הרמ"ה מהא דמבואר כאן לענין מעשה שבת שאם טבח טביחה שאינה ראוי' רק מדרבנן הרי הוא חייב עכ"ד, ואילו לפי הגר"ח אין ראי' מכאן כי הטעם בסוגיין אינו משום שהאיסור הוא רק מדרבנן אלא הטעם הוא משום דהוי רק איסור גברא, ולעולם גם אם הי' אוסר את הבהמה באיסור גברא שהוא מן התורה, הי' ג"כ חייב דו"ה (אבל אם מעשה שבת הוא מהתורה הרי זה איסור חפצא כמו בקודש וכמו שביארנו כבר לעיל).

כא) תד"ה והא קי"ל.

וז"ל, דאין עדים זוממין לוקין ומשלמין אפילו בקנס שבכל ענין אמרה תורה דאין עדים זוממים לוקין ומשלמין אפילו בשעה שהעידו שקר טבחו ומכרו דהוי קנס עכ"ל.

ע"י בפ"י ובקו"ש כאן, ובבית יעקב בכתובות על תוס' שם שכתבו כמו כאן.

כב) תד"ה בשלמא.

וז"ל, שהשליח סבור שהוא של גנב עכ"ל. הנה מדבריהם מבואר שאע"פ שהשליח הוי שוגג בנוגע לטביחת הבהמה אבל בכל זאת שייך לומר שאין שליח לדבר עבירה ובעינין את הדרשות שבסוגיין כדי לומר שבטו"מ יש שליח לדבר עבירה. וע"ע דמדבריהם בדף ע"ט ע"א בד"ה נתנו וכו' מבואר דס"ל דהיכא שהשליח שוגג לא שייך לומר שאין שליח לדבר עבירה. כן העיר הקו"ש בכתובות אות ק"כ.

כג) בא"ד.

וז"ל, וי"ל כשנתן רשות לשליח לשחוט לרצונו עכ"ל. הרשב"א כתב שאמר לו בפירוש לשחוט לע"ז. ועיין בזה באות י"ח.

דף ע"א ע"ב

כד) כיון דשחט בה פורתא אסרה אידך איסורי הנאה הוא ולא דמרי' קא טבח.

עיין בקובץ שיעורים באות ל"ז שכתב וז"ל, ולעיל ס"ה כתבו תוס' דלא אזלינן בתר חשיבות של שעת גמר שחיטה אלא כפי מה ששוה קודם שחיטה היכא שהכחישה, וא"כ מה בכך דעכשיו הוא עפרא דעלמא, מ"מ יתחייב כפי מה ששוה קודם שחיטה, וצריך לחלק דדוקא השווי אזלינן בתר מעיקרא אף דעכשיו הוולא,

אבל הכא דבשעת גמר שחיטה אין לו דין ממון כלל אין בו דין נזקין וא"כ גמר שחיטה הי' בפטור עכ"ל.

ולפי הנ"ל יש ליישב את קושיית התורת חיים כאן, דהנה בגמרא מוקמינן שהצירור של שחט שור הנסקל איירי באופן ששחטו בבית השומר והרי הוא חייב משום שהשומר הי' יכול לפטור את עצמו מהבעלים ע"י החזרת השור, והקשה התורת חיים דהא לאחר ששחט בה פורתא אין השומר יכול לומר הרי שלך לפניך וא"כ אינו נחשב אצלו ממון וא"כ אכתי יוצא שבגמר שחיטה לאו דמרי' קא טבח. מיהו באמת גם לאחר ששחט בה פורתא אכתי יש עליו דין ממון להשומר שהרי אכתי שפיר יכול השומר לומר להבעלים הרי שלך לפניך לפי מה שכתבו תוס' כאן שתחילת השחיטה לא מיקרי שינוי*, וא"כ גם לאחר תחילת השחיטה הרי השומר יכול לפטור את עצמו ע"י החזרת השור, ונהי שאז כבר הוזהרה השויות של השור ויצטרך השומר להשלים עד כדי שויות השור לפני השחיטה (וכמו בהרקיבו מקצת פירות דחייב השומר לשלם אע"פ שאינו נחשב שינוי וכמו שביארו תוס' בדף נ"ו ריש ע"ב), אבל בכל זאת הגנב מתחייב לשלם את כל הדו"ה כמו שהיתה הבהמה שוה קודם כיון שגם עכשיו אחרי תחילת השחיטה יש עלי' דין ממון.

מיהו יש לפקפק במה שכתבנו שאחרי תחילת שחיטה אכתי יכול השומר להחזירו להבעלים וחייבים הבעלים לקבלו, דהנה שיטת הרמב"ם בגזלן היא שגם אם לא

קרה היזק מספיק גדול כדי להחשב שינוי מעשה אבל בכל זאת אין הגזלן יכול לקיים בו את החיוב השבה שלו כי אין הבעלים חייבים לקבלו וכמו שהבאנו לעיל באות מ"ז, וא"כ לפ"ז הה"נ בשומר אם נאמר שגם בשומר נאמר חיוב השבה, עיין בזה לעיל בחלק א' אות תש"ד.

(כה) אידך איסורי הנאה הוא ולא דמרי' קא טבח.

א. דברי הקו"ש בענין אם איסורי הנאה הם שלו (ושי' ר"ת בשוה"נ).

עיין בקו"ש באות ל"ז שכתב שבסוכה דף ל"ה מבואר שאיסורי הנאה נחשבים שפיר בגדר שלו ושממילא צריכים לומר שכוונת הגמרא כאן היא רק שאין להם דין ממון (ושיעור לשון הגמ' הוא שאין כאן ממון שהוא דמרי'). ועי' להלן באות ל"ט מה שהבאתי מהקו"ש בחלק ב' וכן מהשערי יושר בביאור למה אין לאיסורי הנאה דין ממון.

והנה שיטת ר"ת היא ששור הנסקל מותר בהנאה מחיים. ובסנהדרין דף פ' ע"א הוכיחו תוס' כשיטתו מסוגיא דידן משום שאל"כ איך שייך להתחייב על טביחת שור הנסקל הלא לית' במכירה, וא"כ בע"כ צ"ל כר"ת ששור הנסקל מותר בהנאה מחיים ומש"ה הרי זה שפיר נקרא שאית' במכירה כי ראוי ליהנות מהשור על הדרך לבית הסקילה או אם ב"ד מתעצלים מלסוקלו וא"כ שפיר יש כאן מה למכור (וכ"כ גם בכתובות בדף ל"ג ע"ב בד"ה גנב), אלא

ע"ב ששומר אינו קונה בשינוי עיין שם.

* ועוד שהרי כבר כתבו תוס' בדף נ"ו בריש

שהביאו תוס' מר"ת עצמו שבאמת אינו נחשב איתי' במכירה ונשארו קשה עליו. ועכ"פ לפי ר"ת לכאורה קשה למה אמרינן כאן ששור הנסקל לאו דמרי' קא טבח הא הוי שפיר דמרי' שהרי הוא מותר בהנאה. ואפילו לפי הקו"ש שהכוונה כאן היא שאין לו דין ממון אבל מ"מ גם לפ"ז קשה כי לפי ר"ת שפיר יש לו דין ממון, ומכל שכן אם נאמר שישנו במכירה.

שור' בדבר אברהם חלק ג' סי' כ"ה סק"א שהקשה כן וכתב וז"ל, ולפ"ז אמינא דכיון שהאיסור תלי בסקילת השור, לאו בגמר סקילה הוא דנאסר אלא מיד שהתחילה הסקילה קרינן בי' סקול יסקל ונאסר, וכה"ג בשחיטה נמי מיד בתחילת השחיטה נאסר ואידך לאו דידי' קטבח, ומיושב בזה נמי מאי דלא פריך הש"ס אלא דלאו דידי' קטבח ולא פריך כיון דפטור מכפל הוה רק ג' וד' וכו', ולהנ"ל ניחא דמכפל באמת לא נפטר דלא נאסר מחיים. אמנם קצת דוחק יש בדבר דלא קאמר הש"ס כמקמי הכי בשוחט לע"ז כיון דשחט בה פורתא אסרה וכו', ויש לדחוק דסמך כבר אהא עכ"ל.

והנה חזינן שהדבר אברהם תי' שכמו שסגי בתחילת סקילה א"כ הה"נ לתחילת שחיטה. מיהו לכאורה יש לחלק כי לכאורה אם דחו אותו או זרקו אבן אחת על השור ונחבל ולבסוף מת מאותה חבלה הרי זה נקרא מיתת סקילה, וא"כ יוצא שאחרי תחילת סקילה הרי זה ג"כ נקרא סקילה אם יש בזה כדי להמיתו, ולכן הרי זה שפיר נאסר, אבל אכתי י"ל שמאי דילפינן שאם שחטו לאחר שנגמר דינו הרי זה אסור, איסור זה חל רק אחרי גמר

שחיטה, דהיינו בשעה שהי' צריך להיות מותר.

וביותר נראה לומר בדרך אחרת, והיינו ששחיטה גופה חשיבא בגדר סקילה כי השור מת ע"י מכת סכין שהוא ברזל מן האדמה, דלפ"ז השור שפיר נאסר גם אחרי תחילת שחיטה כי הרי זה ממש ציור של אחרי תחילת סקילה. ואולי זוהי גם כוונת הדבר אברהם עיי"ש.

והקשוני דלכאורה א"א לומר ששחיטת השור מיקרי סקילה כי הרי זה מיתת סייף ולא מיתת סקילה. מיהו עיין בסנהדרין דף נ"ב ע"ב דמבואר שמיתת סייף היא ע"י התזת הראש לגמרי, וא"כ שפיר יש מקום לומר ששחיטה אינה בגדר מיתת סייף אלא בגדר מכת ברזל. מיהו אכתי צ"ע דבכה"ג א"א לומר שסקילה חמורה. ויש ליישב. ועי' בח"א אות ש"ו, ובסוף ספרי על סנהדרין בנוגע אם שחיטה מיקרי סקילה.

ב. ראיות מרש"י בסוכה.

והנה כוונת הקו"ש במה שהוכיח מסוכה שם היא למאי דאמרינן שם שלאיסורי הנאה אין דין ממון ומשמע דהוה מיהא שפיר שלו. מיהו מרש"י שם משמע שבאמת אינם שלו שהרי כתב בד"ה לפי שאין בה דין ממון וז"ל, שאינו שוה פרוטה דאיסורי הנאה הוא הלכך לאו שלכם הוא עכ"ל. וצ"ל שהקו"ש הבין שכוונת רש"י היא שלא נקרא לכם כי לכם פירושו הוא דין ממון אבל לעולם יש לו בעלות על זה.

מיהו עיין ברש"י שם בדף כ"ז ע"ב בד"ה כל אזרח ישבו בסוכות כתיב שכתב וז"ל, דמשמע סוכה אחת לכל ישראל

שישבו בה בזה אחר זה וא"א שיהא לכולם דלא מטי שו"פ לכל חד אלא ע"י שאלה עכ"ל, ומשמע מדבריו שא"א שיהי' לו בעלות על פחות משה פרוטה וא"כ כ"ש לאיסורי הנאה. ברם באמת כבר תמה המנ"ח במצות סוכה על דברי רש"י הנ"ל בדף כ"ז דהא אסור לגזול אפילו פחות משה פרוטה וא"כ חזינן מזה ששפיר יש על זה בעלות. מיהו נראה שאין כוונת רש"י לומר שאין בעלות על פחות משה פרוטה אלא כוונתו היא רק שלא שייך לעשות קנין ולזכות בפחות משו"פ (וגם על זה יש לדון ובמקום אחר הארכתי). ולפ"ז יוצא שאפילו אם איסורי הנאה הוו שלו אבל מ"מ א"א לזכות בהם. ובאמת גם בלא"ה יש ליישב דברי רש"י על פי מה שביארנו בדעת הקו"ש ש"לכם" פירושו הוא שיש לו דין ממון בזה, וא"כ הה"נ לענין מאי דכתיב בסוכה "לך" דאם הכוונה היא למעט שאולה ושצריכים בעלות הכוונה היא לבעלות על הדין ממון, והרי בסוכה אחת לכל ישראל ליכא לכל אחד ואחד שו"פ ודין ממון.

ג. דברי הנתיה"מ והבית הלוי.

עיי' בנתיה"מ בסי' רע"ה שכתב בדעת הר"ן שגדר איסורי הנאה הוא שהבעלים מתייאשים מהם. ובאמת עד דאתי ליד זוכה הרי הם שפיר שלו כמו בכל יאוש. ולכאורה יצטרך הנתיה"מ ללמוד שהכוונה במאי דאמרינן כאן ש"כיון דשחט בה פורתא אסרה אידך איסורי הנאה הוא ולא דמרי' קא טבח" היא שאין לו דין ממון וכהקו"ש, אבל לעולם הרי הוא שפיר נחשב שלו.

שו"ר בבית הלוי בח"א סי' מ"ח אות ט' שדן בנוגע לאיך הנתיה"מ ילמד את הגמרא כאן וכתב וז"ל, והא דאמרינן בב"ק דף ע"א ע"ב כיון דשחט בה פורתא אסרה אידך לאו דמרי' קטבח ניחא ג"כ, דהרי החיוב של דו"ה מטעם ששנה בחטא, ודוקא בשוחט באיסור חייב דו"ה וכדאיתא בב"ק דף ס"ח, וא"כ פריך שפיר כיון דשחט פורתא אסרה, אע"ג דעדיין לא יצא מרשות בעלים, מ"מ הא עכ"פ יאוש הוי ועי"ז דנאסר בהנאה ומותר לכל אחד ליטלו א"כ לא עבר שום איסורא בשחיטה והוי הגמר של השחיטה בהיתר גמור וליכא וטבחו כולו באיסורא עכ"ל. מיהו צ"ע דהא המשמעות של "לא דמרי' קא טבח" היא שבאמת אינו שלו ולא רק שאין איסור לשוחטו.

ד. דרך שלישי.

גם י"ל עוד דרך בזה, והיינו שבאמת אינם שלו כי מכיון שאין לו שום היתר השתמשות באיסורי הנאה, א"כ בדרך ממילא מתבטלת בעלותו, כי המהות של בעלות היא זכותים בהחפץ, וא"כ מכיון שאסור בהנאה ואין לו שום זכות של השתמשות בהחפץ, ממילא אין כאן בעלות.

ה. שט"מ בשם ה"ר ישעי'.

ובשט"מ בשם ה"ר ישעי' כאן מבואר דרך רביעי, והיינו שהתורה בפועל מוציאה אותם מבעלותו, אבל בלי שתעשה כן התורה אין שום סיבה שלא יהיו שלו. וזה מבואר ממה שכתב וז"ל, כיון דשחיט בה פורתא אסרה, מכאן יש לדקדק דתקרובות ע"ז דאורייתא, דאי דרבנן לא הוה אמרינן

שומר משלם כמו השויות של שעת האונס הרי זה תלוי באמת בב' הלשונות באם שומר מתחייב משעת המשיכה או משעת אונסין, והתם בסוף המפקיד אזלינן שהוא מתחייב רק משעת האונס, וא"כ י"ל שסוגיא דהכא אזיל שהוא מתחייב משעת משיכה, ואז הרי שפיר הי' שוה ממון, ומש"ה יוצא שהשומר שפיר מתחייב ממון. מיהו בכתובות אות קכ"א דן הקובץ שיעורים לומר שבשאר שומרים חוץ משואל כו"ע מודים שמשעת איבוד מתחייב, וא"כ אכתי קשה כהנ"ל למה מיקרי כאן שהטובח הפסיד להשומר.

והנה לכאורה יש טעם אחר לפטור את השומר חוץ ממה שהעיר הקו"ש, והיינו שאפילו אם שומר משלם כשעת המשיכה אבל הכא הדין נותן שיהי' פטור על מה שהלך לאיבוד כי כיון שהי' כבר אסור בהנאה א"כ לכאורה אין עליו שום חיוב לשמור כיון שאין להשור דין של ממון ומכ"ש אם איסורי הנאה אינם שלו.

ועי' בקו"ש בקידושין באות צ"ב שכתב וז"ל, הרשב"א הביא דעת הראב"ד דשומר שקיבל פקדון לזמן אינו יכול לחזור תוך הזמן, והרשב"א הקשה מאי שנא מפועל דיכול לחזור, וי"ל לדעת הראב"ד דשומר לבד החיוב שיש עליו לשמור עוד נתחייב בתשלומין אם לא ישמור, ולחיוב זה לא מהני חזרה, ודעת הרשב"א דחיוב תשלומין הוא בתולדה מחיוב השמירה דכיון דשמירתו עליו חייב לשלם עבור שלא שמר, וכיון דע"י חזרה נסתלק ממנו חיוב שמירה, ממילא אינו מתחייב לשלם אם לא שמר עכ"ל. ולפי מש"כ בדעת הראב"ד

לאו דידי' קא טבח, דהא לקמן דייק תלמודא דאם חולין שנשחטו בעזרה דאורייתא דפטור מדו"ה, אבל אי דרבנן, מחייב, ולא אמרינן לאו דידי' קטבח. אמנם יש לחלק באיסורין דרבנן דעבודה זרה דחמירי איסורי' אלמוה רבנן לאיסור תקרובות כאיסורא דאורייתא והיינו דקאמר לאו דידי' קטבח עכ"ל. ולכאורה לפי הדרכים הראשונים לא שייך לחלק בין איסור דאורייתא לאיסור דרבנן וכן בין איסור אחד דרבנן לאיסור אחר דרבנן, אלא כיון שהם אסורים מדרבנן א"כ בודאי לאו דידי' קטבח כיון שהוא מתייבש או משום שאין לו שום צד של השתמשות, וא"כ מוכח דס"ל שמה שאיסורי הנאה אינם שלו הרי זה מחמת הפקעה בפועל מצד התורה אשר לפ"ז שפיר יש לחלק שבאיסורים דרבנן לפעמים עשו רבנן כן ולפעמים לא.

וע"ע בהקונטרס שבסוף ספר שו"ת הריב"ש בענין אם איסורי הנאה אינם שלו.

כו) כגון שמסרו לשומר.

הנה מציור זה מבואר שלאחר ששחטו הגנב, השומר חייב בתשלומין, ומש"ה הרי זה נקרא שהגנב הפסיד להשומר. והקו"ש כאן באות ל"ח דן בענין למה חייב השומר, דהא על מה שנעשה שור הנסקל הרי הוא פטור משום דהוי היזק שאינו ניכר, וגם על מה שהלך עכשיו לאיבוד הרי הוא צריך להיות פטור משום שעכשיו כשהלך לאיבוד הרי אינו שוה כלום ובסוף פרק המפקיד מוכח שלענין הוקרה והזולה הרי השומר משלם כשעת האונס. ותי' הקו"ש ששמשון הרמב"ן שם משמע שהשאלה אם

כח) תד"ה כיון ששחט בה פורתא אסרה.

וז"ל, ואפילו למ"ד אין לשחיטה אלא בסוף נאסרת בפורתא קמא שהאיסור תלוי במעשה ולא בשחיטה וכו' ואההוא פורתא לא מחייב בתשלומי ד' וה', ואפילו למ"ד שישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף כדאמרינן לקמן דבעינן וטבחו כולו באיסורא עכ"ל. ומשמע מדבריהם שאם לא היינו אומרים שצריכים וטבחו כולו באיסורא, אז באמת הי' החיוב של דו"ה בא יחד עם מה שהבהמה נאסרת לע"ז, ולא הי' קשה שכבר נאסרת הבהמה מקודם. ולכאורה יש להקשות על זה דהא אפילו המ"ד שסובר שישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף הרי הוא סובר כן רק בנוגע לשחיטת הסימנים אבל מה שהוא חותך את העור והבשר עד שהוא מגיע להסימנים בודאי שאין זה נקרא שחיטה*, וא"כ אכתי יש להקשות דמכי חתך את העור והבשר אסרה משום שגם זה נחשב מעשה לע"ז ואילו בדו"ה הרי הוא מתחייב רק אח"כ בשחיטת הסימנים**).

ועיין לעיל בדף ס"ה ע"א בתד"ה מה וכו' שכתבו וז"ל, ועוד אר"י דמצי לפרש בענין אחר מה לי קטלה כולה מה לי קטלה פלגא כלומר אפילו למ"ד אין לשחיטה אלא לבסוף ולא מחייב דו"ה עד משהו אחרון, אפילו הכי לא אזלינן בתר חשיבותא דההיא שענתא כפי מה שהוא שוה משהו אחרון אלא כפי מה שהוא שוה

אולי הרי הוא מתחייב בתשלומין גם בציור שהלך לאיבוד לאחר שאינו שומר מסיבת שאסור בהנאה כמו שהוא מתחייב בתשלומין היכא שאינו שומר מחמת שנתחרט, וצ"ע.

וכדברי הראב"ד נפסק בשו"ע חו"מ סי' רצ"ג סעיף א', וכדברי הקו"ש בשוב קושיית הרשב"א כתב בחי' חת"ס בשו"ע שם, אבל בקצה"ח שם ובסי' ע"ד סק"א משמע יותר דס"ל שבכלל אין חיוב לשמור אלא רק חיוב אחריות. והתומים שם בסק"ו והמחנ"א בהל' שומרים סי' י"ח חילקו בין ש"ח לש"ש דרק שומר שכר יכול לחזור בו אבל לא שומר חנם כי הטעם למה פועל יכול לחזור בו בחצי היום הרי זה כי הוא דומה לעבד וכתוב כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים וא"כ רק שומר שכר דומה לעבד כי הוא חייב לטרוח הרבה אבל בשומר חנם מספיק אם הוא מניחו במקום שמור ואינו דומה בשמירתו לעבד ומש"ה אינו יכול לחזור בו.

כז) בענין הנ"ל.

ועוד הביא הקו"ש בכתובות שם בשם הגרש"ש בשערי יושר שבאמת מכאן מוכח ששומר מתחייב גם על היזק שאינו ניכר, רק שהוא יכול לומר הרי שלך לפניך, אבל כשהוא אינו בעיני, אז הרי הוא מתחייב על הפשיעה הראשונה שגרם את ההיזק שאינו ניכר. ודחה שם הקו"ש את דינו של הגרש"ש על סמך דברי תוס' בגיטין עיי"ש.

* שחט סימן אחד אסרה, ופירש"י שלא דוקא נקטו סימן אחד אלא ה"ה חצי סימן עיי"ש, הרי שלא כתב שה"ה משחתך את העור והבשר, וצ"ע.

* וראיתי סוברים שגם החצי הראשון של הקנה לא מיקרי שחיטה כיון שאינה נעשית טריפה בזה. ** מיהו עיין בחולין דף מ' ע"א דאמרינן מכי

קודם שחיטה, א"כ כי קטלה פלגא נמי, דהיינו הכחישה, לא אזלינן בתר השתא אלא בתר מעיקרא עכ"ל. ולכאורה יש לתמוה על דבריו דמשמע שלפי המ"ד שסובר שישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף הרי הוא מתחייב בדו"ה בתחילת השחיטה ולכן לדידי' אין ראי' שמשערים כמו קודם, ולכאורה יש לתמוה דהא גם לפי המ"ד שסובר שישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף יש להוכיח שמשערים כמו קודם דהא גם איהו מודה שאינו חייב דו"ה עד הסוף משום שצריכים וטבחו כולו באיסורא ובכל זאת משערים כמו קודם.

מיהו יש ליישב על ידי שנחקור מה היא הכוונה במאי דאמרינן שגם המ"ד שסובר שישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף הרי הוא מודה שאינו מתחייב בדו"ה עד הסוף משום דבעינן טבחו כולו באיסורא, האם הכוונה היא שהחיוב הוא רק עבור סוף השחיטה, או האם גם כאן עצם החיוב יכול להיות גם עבור ההתחלה כיון שישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף, רק שנאמר תנאי צדדי שאינו מתחייב עבור ההתחלה אא"כ הוא גם גומר את השחיטה באיסור. ולפי הצד השני אתי שפיר דברי הר"י בדרף

* מיהו אכתי יש לעיין בזה משום שגם לפי המ"ד שסובר שאין לשחיטה אלא לבסוף הרי לאחר ששחט את הסוף אמרינן שאז חל על הכל שם של שחיטה וא"כ גם לדידי' הרי החיוב של דו"ה הוא גם עבור ההתחלה ואין שום ראי' ששמין כמו קודם.

שו"ר בקו"ש כאן באות י"א שכתב את הדרך הנ"ל שכתבתי בביאור דברי הר"י, וכתב שאם סוברים שאין לשחיטה אלא לבסוף באמת רק הסוף מיקרי שחיטה. מיהו עי' בהמבוא לפני הספר דהובא שאמר פעם בדרך לימודו שבודאי

ס"ה כי לפי הצד השני הרי חיובו הוא באמת גם עבור תחילת השחיטה, וא"כ שפיר מובן למה לא משערינן כמו שעת גמר השחיטה אלא כמו לפני השחיטה, ואין כאן שום תופעה שחיובו הוא על הסוף ואילו אנו משערים כמו קודם.*).

(ולפ"ז נצטרך לומר שמש"כ תוס' בדרף ס"ה שלפי המ"ד שסובר שאין לשחיטה אלא לבסוף אינו מתחייב דו"ה עד המשוה האחרון, אין כוונתם לומר שלפי המ"ד שסובר שישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף הרי הוא מתחייב כבר קודם לזה, דזה אינו, אלא שיעור דבריהם הוא כך, דלמ"ד שאין לשחיטה אלא לבסוף ולא מתחייב דו"ה עד המשוה האחרון א"כ לדידי' הרי דבר זה מראה את היסוד שמשערינן כמו קודם וכמו שביארנו, משא"כ למ"ד ישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף אין דבר זה מראה שמשערינן כמו קודם וכמו שביארנו.)

ועכ"פ מדברי הר"י משמע שמכיון שלפי המ"ד שסובר שישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף הרי הוא מתחייב דו"ה גם עבור תחילת השחיטה, א"כ משום כך לא מצינו לדידי' בטביחה רגילה ששמין

גם ההתחלה מיקרי שחיטה. וע"ע בזה בספרי על זבחים בח"א סוף אות מ"ח, ובח"ב אות תרי"ד.

ועכ"פ י"ל בדרך אחרת ממה שכתבתי בפנים, והיינו שי"ל שלפי המ"ד שסובר שישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף לא רק שהוא חייב עבור תחילת השחיטה, אלא החיוב גם חל אז, בתנאי שיגמור את השחיטה, וזהו הטעם למה לדידי' הדבר פשוט ששמין כמו לפני השחיטה, אבל לפי המ"ד שסובר שאין לשחיטה אלא לבסוף נהי שחייבים גם עבור ההתחלה אבל החיוב חל רק בסוף.

לא) וסבר לה כר"ש דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי.

א. דרכו של האחיעזר.

הנה יש לעיין דלפי ר"ש למה אם גנב מבית השומר אין הגנב חייב כפל להשומר משום דהוי אצלו דבר הגורם לממון, וכן למה אין הגונב מהגנב חייב כפל להגנב מטעם זה.

ועיין בשט"מ בב"מ ריש דף ל"ד שהקשה בשם הראב"ד כהנ"ל על הגונב מבית השומר, וכתב הראב"ד וז"ל, והשתא קשיא לי לר"ש דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי כיון דשומר חייב באחריותה ליחשבי' כבעלים, ואיכא למימר דלא דמי חיוב שמירה לאחריותה דבהמה משום דבשמירה איכא אנפי דלא מחייב, ואחריות בכל אנפי מחייב עלה עכ"ל. ולכאורה קשה על דבריו למה בסוגיין הרי הוא חייב להשומר, הלא גם כאן נימא דלא חשיב השומר בגדר בעלים משום דאיכא אנפי דלא מחייב.

מיהו באמת הרי זה תלוי בשני הדרכים שהבאנו לעיל באות כ"ו וכ"ז, דלפי הדרך שהשומר חייב להבעלים על שנעשה שור הנסקל וניזוק היזק שאינו ניכר, א"כ אין כאן קושיא, כי יוצא שבשעת הגניבה חייב השומר באחריותו בכל מילי, כי כל מה שיקרה להשור, ואפילו אונס גמור, ישאיר את השומר חייב בתשלומין להבעלים, אבל לפי הדרך שכתבנו שאין השומר חייב עבור זה שנעשה שור הנסקל, אלא הרי הוא חייב עבור זה שהשור עכשיו נגנב ממנו, ואע"פ שעכשיו אין השור שוה כלום אבל בכל זאת הרי הוא מתחייב לשלם כשויו בשעת

את שוויות הבהמה כמו קודם אלא שמין באמת כמו שהיא שוה בשעת תחילת החיוב. מיהו לפי מה שביארנו לעיל אין זה נכון, דהא גם לדידי' הרי הוא מתחייב רק על תחילת שחיטת הסימנים, דזהו מה שנקרא בשם שחיטה, אבל לא על שחיטת העור והבשר, ואילו את שוויות הבהמה הרי אנו שמין כמו שהיתה שוה לפני שהתחיל לחתוך את העור, וא"כ גם לדידי' מצינו בקטלה כולה ששמין כמו קודם, וא"כ למה תולה הר"י את הדבר הזה רק בהמ"ד שאין לשחיטה אלא לבסוף.

כט) תד"ה איסורי הנאה.

וז"ל, וא"ת ומה בכך דלאו דמרה קטבח הא כל טובח נמי לאו דמרי' קטבח דמכי שחט בה פורתא קניי' בשינוי מעשה עכ"ל. ועיין בקו"ש בכתובות אות קי"ח שהקשה למה לא תירצו תוס' דשאני טביחה רגילה דבהכי חייבי' רחמנא אע"פ שבסוף לאו דידי' קטבח אבל לא כשיש סיבה אחרת למה אינה שלו, ונשאר בצ"ע. ובאמת כעין זה תירצו תוס' עצמם בדף ע"ב ע"א בד"ה דאי וכו' על קושיא אחרת עיי"ש. וכן הוכיח הקו"ש באות קי"ז שם שנוקטים תוס' לעיל שם. ועי' בזה בחי' רבי ראובן על יבמות בסי' מ' אות ד'. וע"ע דוגמאות לזה בספרי על כתובות ח"ב אות ק"ג.

ל) בא"ד.

וז"ל, וי"ל דלא חשיב שינוי מעשה לקנות בכל עכ"ל. הנה י"ל דהיינו משום שלא הי' כאן שינוי השם ובעינן גם שינוי השם בהדי שינוי מעשה, עיין כל הפרטים בזה לעיל באות ס"ג.

חייב, אבל בגונב מן הגנב או מן השומר הרי החיוב אחריות בא לאחר זכותו של בעל הממון ולכן אין אומרים את הדין של גורם לממון כיון שזה מכחיש את בעלותו של בעל הממון (וכן בסוגיין אתי שפיר למה מהני החיוב אחריות של השומר כי הכא הרי כבר אין להבעלים שום זכות על השור ואין אנו מכחישין את זכויותיו).

ועוד יישב בזה את קושיית הקצה"ח על רש"י, דהנה רש"י בפסחים דף ו' כתב (לפי הלשון השני שם שסובר שהטעם בחמץ אינו משום גורם לממון) שלא אמרינן דבר הגורם לממון כממון דמי אלא כשכבר אינו בעין, כגון בגונב קדשים שהמקדיש חייב באחריותו, דבשעה שהגנב משלם הרי כבר אינם בעין אצל המקדיש, אבל דבר הגורם לממון אינו נחשב כממון היכא שישנו עוד להחפץ בעין ומש"ה בלי "לא ימצא" לא ה"י שומר חייב על החמץ. והקשה הקצה"ח בסי' שפ"ו סק"ז מהא דאמרינן בסנהדרין דף קי"ב שלפי ר"ש הורגין בהמות קדשים של עיר הנדחת כי הרי הם בגדר דבר הגורם לממון וממילא הרי הם נחשבים בגדר ממונם של אנשי העיר ואילו לפי רש"י הלא ישנם עוד בעין. ותי' האחיעזר שכל הטעם למה סובר רש"י שכשישנו בעין לא אמרינן שכממון דמי הרי זה משום שעדיין לא בא החיוב אחריות, אבל בהרי עלי, קדם החיוב אחריות להקדש וא"כ לא גרע מן ליתא בעינה כיון שהחיוב אחריות כבר חלה (מיהו לא הבנתי דהא רש"י בפסחים שם כתב גבי הקדש גופי' שהטעם הוא רק משום שאינו בעין אבל בישנו בעין לא אמרינן כממון דמי).

וע"ע שם שיישב (בסק"ג ד"ה ומאי)

המשיכה, א"כ לפ"ז שפיר יוצא שאין השומר חייב בכל אנפי, שהרי אם יאנס עכשיו לא יהי' חייב בתשלומין.

ועיין באחיעזר בחלק ג' סי' ס"ב בסק"א שהקשה את הקושיא הנ"ל, ובסק"ב תי' ששאני בסוגיין שלהבעלים הרי השור אסור בהנאה ולאו דמרי' קשחית, ומש"ה חשיב השומר בעלים גם מחמת החיוב אחריות פורתא שיש לו, אבל כשיש בעלים אחרים כגון בהקדש שיש הבעלות של רשות גבוה, וכן בשומר רגיל שיש בעלותו של המפקיד, אז בעינן אחריות שלימה. ועוד ביאר שם האחיעזר דהא דגונב מהגנב אינו חייב כפל להגנב הרי זה ג"כ משום שיש ציור שהגנב פטור וכגון היכא שניזוק החפץ היזק שאינו ניכר וכמו שמצינו בחמץ שעבר עליו הפסח שאומר לו הרי שלך לפניך, אבל בהרי עלי הרי הוא חייב גם על זה, ולכן שפיר אמרינן שמשלמים להנודר, אבל כשאין לו אחריות שלימה אין משלמים לזה שיש לו קצת גורם לממון (כגון בהציור רגיל של גונב משומר, וגונב מגנב) כי איך יהי' עדיף מהגנב או המפקיד שיש לו בעלות שלימה, משא"כ בשומר שבסוגיין הרי אין מכחישין את הבעלים כי בלא"ה אסור להם בהנאה, וכן הא דלפי ר"ש שומר חייב על בל יראה ובל ימצא הרי זה ג"כ משום שע"ז אין מכחישין את בעל הממון (עיי"ש בסק"ב).

ובסק"ג שם כתב עוד דרך, והיינו שרק בקדשים סובר ר"ש שדבר הגורם לממון כממון דמי משום ששאני בקדשים שהחיוב אחריות של הנודר בא על הנודר קודם שנעשה כאן הממון רכושו של הקדש, שהרי מהשעה שאמר הרי עלי הרי הוא

עוד קושיא על רש"י מסוגיא דידן, והיינו דאיך מתחייב הגנב בסוגיין להשומר הלא נהי שכשאנו רוצים לחייבו הרי כבר אין השור בעין אצל השומר, אבל הרי בעינן שגם בשעת הגניבה יהי' החפץ שלו דהא בעינן וגונב מבית האיש והרי לפי רש"י כל זמן שהחפץ הוא בעין אינו כממון (וכן יש להקשות על איך הוא מתחייב כפל ודו"ה בהקדש). ותי' על פי דרכו הנ"ל דהא גם בסוגיין החיוב אחריות של השומר כבר נמצא בשעת הגניבה אע"פ שהשור הוא עודו בעין דהא באמת השומר צריך להיות חייב לשלם עבור זה שנעשה שור הנסקל, רק שכל זמן שהשור הוא בעין הרי הוא אומר הרי שלך לפניך, אבל עכ"פ החיוב אחריות כבר חל דהא כבר פשע ושומרים לכה"פ משעת פשיעה מתחייבים.

והנה האחיעזר נקט בזה ששומר שפיר חייב על מה שנעשה השור בגדר שור הנסקל אע"פ שזהו בגדר היזק שאינו ניכר. וכבר הבאנו לעיל כאן באות כ"ז שכן הביא הקו"ש בכתובות מהגרש"ש, והקו"ש עצמו השיג עליו. ועכ"פ צ"ע דהאחיעזר סותר את עצמו כי קושייתו בסק"א שהבאנו לעיל בנוי' על ההנחה שאינו חייב על זה שנעשה שור הנסקל.

ב. דרכו של האור שמח.

והנה גם האור שמח בפ"א מהל' גניבה הי"ז דן בענינים אלו, והביא את דברי השט"מ בב"מ בשם הראב"ד והקשה שאכתי קשה מגונב מן הגנב. ולהלן שם בד"ה והנראה וכו' הסיק וז"ל, דתשלומי כפל לא שייך רק במקום שהוא צריך להיות ברשות שהוא שם וכמו שהקשה

הראב"ד בהמפקיד שיהא צריך הגנב לשלם להנפקד כפל, לא כן בגזלן או גנב שהחפץ שהוא ברשותו אינו צריך להיות שם, רק כל אדם מצווה להשיב החפץ לבעליו וליטול מן הגנב או הגזלן בעל כרחו, וכיון שכן ודאי לא קרינא מבית האיש שאינו צריך להיות ברשותו, רק מצוה על כל מי שיכול ליטלה מביתו ולהשיבו לבעליו וזה ברור עכ"ל.

ונראה ברור שכוונת האור שמח היא רק לענין חיוב כפל דהיינו שלא חייבה התורה כפל למי שהדבר אינו צריך להיות ברשותו, אבל בנוגע לאם חשיב לגבי דידי' בגדר ממון, אז בודאי מודדים רק באם אחריותו עליו לכל דבר ומש"ה בדף צ"ח אמרינן שלפי ר"ש אם גנב חמץ ועבר עליו הפסח ובא אחר ושרפו הרי הוא חייב קרן להגזלן.

ולעיל שם צידד האור שמח לומר עוד דרך, והיינו שרק בהקדש סובר ר"ש שדבר הגורם לממון כממון דמי ושהגנב משלם להנודר, והיינו משום שבאמת אין שום חיוב לשלם להקדש דהא ממעטינן הקדש מוגונב מבית האיש ולא מבית הקדש וכהשיטות שהביא שם שהגנב פטור אפילו מלשלם קרן להקדש, ולכן הרי הוא משלם להנודר, וכן בסוגיין אין הגנב חייב קרן להבעלים כיון דלאו דמרי' קשחית, ולכן חייב הגנב לשלם להשומר, משא"כ בגונב משומר הרי הגנב חייב לשלם קרן להבעלים, ולכן גם את הכפל הרי הוא משלם להבעלים, וכן הגונב מן הגנב הרי הוא חייב קרן להבעלים, ולכן אינו חייב כפל להשומר (ושוב הביא שאינו ברור שהגונב מן הגנב הרי הוא חייב קרן

להבעלים, וכן אינו ברור שבהקדש הרי הוא פטור מלשלם להקדש אפילו קרן).

לב) תד"ה וסבר לה כר"ש.

ע"ן בדבריהם שהקשו למה לא אמרין שר"מ הולך לשיטתו שמחייב דינא דגרמי. ובתירוצם הראשון תירצו שיתכן שגם מאן דדאין דינא דגרמי פוטר כאן בדבר הגורם לממון כי בדבר הגורם לממון החפץ נחשב ממון רק להשומר או בהקדש לבעל הקרבן. ולכאורה כוונתם היא לומר שגרמי וגורם לממון הרי הם שני ענינים נפרדים דבגרמי הרי הזיק דבר שהוא נחשב חפצא של ממון, דהיינו החוב, רק שלא הזיק אותו בידים אלא רק בדרך גרמי על ידי ששרף את השטר, אבל בגורם לממון הרי איירי באופן שהזיק בידים, רק שהשאלה היא אם החפץ נחשב חפצא של ממון, וא"כ י"ל שאפילו ר"מ פוטר בדבר הגורם לממון והרי הוא סובר שאינו נחשב חפצא של ממון מאחר ששואה ממון רק להאישי הזה.

מיהו יש להעיר דא"כ היו תוס' צריכים להדגיש שהחוב ראוי לכל אחד ולא שהשטר ראוי לכל אחד כאילו שהשטר הוא החפצא של ממון שהזיק. ועוד דלכאורה הסיבה לומר שדבר הגורם לממון אינו כממון אינה משום שהדבר הוא שימושי רק לו, אלא הטעם הוא משום שאופן השימוש אינו לגופו אלא רק בזה שעל ידו הרי הוא חוסך לעצמו להוציא כסף אחר. והש"ך בחו"מ סי' שפ"ו סק"א בד"ה ועוד נראה לי ראוי מהא דאמרין במרובה וכו' הקשה על תוס' דמה בכך שאינו כסף לאחרים כיון שלדידי הרי הוא

שואה. וע"ע שם במה שהקשה על תוס' מהסוגיא בדף צ"ח ובתי' הקצה"ח שם.

ובשם הי"מ תירצו תוס' שממה שר"מ מחייב בגרמי אין להוכיח שיחייב דו"ה בדבר הגורם לממון. והנה נראה שאין כוונת הי"מ לומר שאין מגרמי ראוי לדבר הגורם לממון, דהא זה הי' תירוצם הראשון של תוס', אלא כוונתם היא לומר שאין ראוי ממה שר"מ מחייב קרן על גרמי שה"ה שיחייב כפל ודו"ה, ואפילו על גרמי ליכא ראוי שיחייב כפל ודו"ה, דהיינו היכא שגנב את הממון ע"י מעשה גרמי, וא"כ ה"ה שאין ראוי שיחייב כפל ודו"ה בדבר הגורם לממון (גם בלי לומר חילוקים בין גרמי לדבר הגורם לממון). ובסברת הדבר י"ל שהטעם שגרמי חייב אינו משום שגם גרמי נכלל בכלל אדם המזיק, דא"כ הדין נותן ששפיר יתחייב גם כפל ודו"ה אם גנב ע"י גרמי כי הרי זה נחשב שהפסיד להבעלים ע"י מעשה כמו בכל גניבה וטביחה, וא"כ בע"כ צ"ל שלעולם גרמי אינו חייב מטעם אדם המזיק אלא הרי הוא חייב בק"ו מנזקי ממונו, דאם הוא חייב על מה שממונו מזיק כ"ש שהוא חייב על מה שהוא עצמו מזיק בדרך גרמי, אבל לעולם אין זה נקרא מעשה של אדם המזיק, וא"כ לפ"ז אם יגנוב בדרך גרמי אין זה נקרא מעשה גניבה ע"י אדם שיחייב כפל, ואע"פ שיתכן שיתחייב קרן ע"י זה שחצירו קונה בשבילו קנין גניבה אע"פ שהוא עצמו לא עשה מעשה, אבל הלא בשביל כפל בעינן שהוא עצמו יעשה מעשה, וכמו שכתב רש"י בב"מ דף י' ע"ב שלא סגי בזה שנכנס הצבי לחצירו ונתכוין לגנובו אלא

צריכים נעל בפני, עיין בזה באריכות לעיל בדף ס"ב ע"ב באות ז'.

(וע"ע לעיל בדף ס"ב ע"ב בתד"ה יצאו שטרות בענין גונב ע"י גרמי.)

מיהו אכתי אין דבריהם מבוארים כל צרכם, כי הטעם שכתבנו אינו מספיק שלא לחייב כפל ודו"ה היכא שגנב דבר הגורם לממון דהא התם שפיר גנב ע"י מעשה בידים, אם לא שנחלק בין גרמי לדבר הגורם לממון, שזהו דרכם הראשון.

ועוד קשה דהא נהי שמרש"י בב"מ מבואר שגנב חייב רק כשעשה מעשה אבל הלא מוכח מדבריו דסגי גם במעשה של גרמי שהרי גם כשנעל בפני הצבי לא עשה מעשה ישיר על הצבי אלא רק עיכבו מלצאת ע"י מעשה בדבר אחר ובכל זאת סגי בהכי.

לג) שור של שני שותפין וטבחו וקדם והודה לאחד מהן מהו.

א. עיין בתוס' רי"ד שכתב וז"ל, קשה לי טובא וכיון דהודה לאחד מהן כי גנב השור שלהם, היאך יכול לכפור עוד לשני, וא"ת כגון שתבעו בפני ב"ד אחר וכפר לו, מ"מ כיון שהודה לחבירו בפני ב"ד ראשון תועיל לו אותה הודאה לפוטרו אע"ג דהשתא כפרי' למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור, שאילו הי' השור של אדם אחד והודה לו בפני ב"ד ואח"כ כפר לו בפני ב"ד אחר מי לא מהני לי' הודאה קמייתא למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור וכו' עכ"ל. מיהו הב"ח בסי' ש"נ אות ב' כתב באמת ציור זה משום דס"ל שלא מהני לו הודאתו אלא באותו

ב"ד שהודה בפניו אבל ב"ד אחר יכול שפיר לחייב אותו, וא"כ משכחת לה כשהודה בפני שותף אחד בב"ד זה ושוב תבעו השותף השני בפני ב"ד אחר וכפר דמעטה יכול אותו ב"ד לחייבו. והקצה"ח שם החזיק בשיטת הב"ח, והנתיה"מ שם השיג עליו עיי"ש.

מיהו לא הבנתי את האוקימתא הזו שכתבו התוס' רי"ד והב"ח, דהא הב"ד השני יכול לחייב אותו באמת את כל הדו"ה ולא רק חציו, ונהי שרק השותף השני תבע בהב"ד השני, אבל מ"מ נראה שמכיון שיש בכח הב"ד השני לחייבו את כל הדו"ה, רק שחסר תביעת השותף הראשון, א"כ אין כאן חסרון של חמשה חצאי בקר, דהא בודאי אם לכתחילה תבעו רק שותף אחד הרי ב"ד יכולים לחייב את הגנב לשלם חלקו ואין כאן חסרון של חמשה חצאי בקר. ועוד דבאמת נראה שהיכא שתבע רק שותף אחד, אז באמת ב"ד מחייבים את הגנב את כל הדו"ה, וגם את חלקו של השותף השני, והיינו משום שמספיק בזה ששותף אחד תבע כדי שיחשב שיש כאן תביעת בעל דין אע"פ שלמעשה השותף ההוא רוצה רק חצי מהדו"ה, וצ"ע.

ב. עוד כתב התוס' רי"ד וז"ל, ונ"ל לפרש כך, כגון שאלו שני השותפין הביאו עדים שראו שנכנס זה ברשותם ולקח את שורם אבל לא היו מכירים שהי' השור שלהם, ויכול הגנב לומר שורי הי' שנכנס לרשותך והלכתי ולקחתי אותו, ולאחד השותפין הודה ואמר אמת חצי השור הי' שלך אבל חציו היא שלי, ונמצא נפטר בהודאתו מידי

זה, וכשתובעו חבירו כפר לו ואמר לו אין לך חלק בו אלא אני הוא שותף עמו, והלך זה להביא עדים אחרים שידעו כי חציו הוא שלו, וצריך לשלם חמשה חצאי בקר על פיהם, ובכה"ג נמצא שלא תועיל הודאתו של זה לחבירו, ואין ללמוד מזה דס"ל דמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור וכו', דיש לפרש כגון שהעדים שחזר והביא זה לא ידעו שחציו האחר הי' של חבירו ולא העירו אלא על חציו האחד שהיא של זה עכ"ל.

ויש להעיר שאיזו מין הודאה בקנס היא זו (דהיינו מה שהוא מודה שחציו הוא שלך), הלא מכיון שהוא טוען שחציו השני הוא של עצמו א"כ אין זה הודאה של חיוב קנס, דהא לפי דבריו הרי הוא פטור משום שלא טבחו כולו באיסורא. וצ"ל דס"ל שבשביל הדין של מודה בקנס פטור לא בעינן שיצא מהודאתו שהוא חייב לשלם את הקנס, אלא סגי בזה שהוא מודה שעשה את הפעולה אפילו אם לפי דבריו עשאו בדרך שאינו חייב קנס.

והנה יש להעיר עוד על דברי התוס' רי"ד הנ"ל דמדבריו יוצא שהדין של מודה בקנס פטור אינו אמור רק על היכא שהוא מודה בעיקר מעשה המחייב, אלא הרי הוא אמור גם על היכא שיש עדים על עיקר מעשה המחייב רק שע"י דיבורו הרי הוא משלים תנאי מסוים, דגם בכה"ג הרי הוא פטור, וכגון הכא שיש עדים שטבח רק שאינם יודעים למי שייך השור והוא זה שמודה שחציו השור הוא של ראובן.

ולכאורה יש להביא ראי' לדבריו מהגמ' לעיל בדף מ"ג ע"ב דאמרינן שם לענין הקנס של ל' של עבד שחל רק על שור

המועד שאם "אתו עדים ואסהידו בי" שקטל ולא ידעו אי תם הוה אי מועד הוה ואמר מרי' מועד הוא לא משתלם קנס על פי עצמו".

ג. שוב כתב התוס' רי"ד וז"ל, ואין זה פתרון יפה, דהיכי דמי, אי לא הכירו (העדים) אלא חלקו של לוי, וחלקו של שמעון לא הכירו, עדיין לא תוכל לחייבו חמשה חצאי בקר על פיהם, דדלמא חציו האחר דידי' הוה וליכא וטבחו כולו באיסורא אי לאו מפני הודאתו שהודה שחציו היא של שמעון, ועל פי הודאתו אין לחייבו, א"כ יש לנו לומר כגון שהעידו שהשור היא של שמעון ושל לוי, ואם אתה אומר מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב א"כ אע"פ שקדם והודה ישלם חמשה חצאי בקר לשניהם, אלא ודאי ס"ל שמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור עכ"ל. והנה גם מדבריו אלו יוצא שהדין של מודה בקנס פטור אינו אמור רק על היכא שהוא מודה בעיקר המעשה המחייב, אלא הרי הוא אמור גם על היכא שיש עדים על עיקר מעשה המחייב רק שע"י דיבורו הרי הוא משלים תנאי מסוים, דגם בכה"ג הרי הוא פטור, וכגון הכא שיש עדים שטבח, וכן שחציו השור הוא של לוי, דבכל זאת א"א לחייבו אם צריכים להודאתו שהחציו השני הי' בחיובא ושאינו של עצמו ושיש כאן וטבחו כולו בחיובא.

מיהו לכאורה ציור זה הוא חידוש יותר גדול מהגמ' בדף מ"ג, כי התם העובדא שהשור הוא מועד הרי הוא עצם סיבת החיוב של ל' של עבד, אבל הכא לכאורה מה שצריכים שיהי' חייב גם על החציו

השני, ושיהי' כאן וטבחו כולו באיסורא, הרי זה רק תנאי צדדי, וא"כ אולי לא איכפת לן אם דבר זה נשלם ע"י הודאתו.

ד. בסוף דבריו כתב התוס' רי"ד וז"ל, עי' לקמן בפרק הגזול עצים שהוכחתי דלא מיקרי הודאה אלא דוקא לבעלים ולא לאדם אחר עכ"ל. וכוונתו היא לדבריו על דף ק"ח (באות ס"א) שכתב וז"ל, מי נפטר גנב בהודאת שומר או לא, מכאן מוכח שאע"פ שהודה בפני ב"ד לאנשים אחרים, אם לא יודה לבעלים אלא כפר בהם, לא נפטר באותה הודאה עד שיודה לבעלים עצמן, וא"כ כל מה שכתבתי לעיל בפרק מרובה גבי גנב שור של שני שותפין והודה לאחד מהן, אינו צריך, דבדאי בהודאת השותף לא נפטר מידי שותף האחר עד שיודה גם לו, ואם כפר לו והביא עליו עדים חייב ליתן לו דו"ה בחלקו עכ"ל.

מיהו לכאורה יש לחלק ששאני התם שאם השומר אינו נחשב בעל דבר א"כ נמצא שהודה בפני אדם שבאמת אינו נחשב בכלל בגדר בעל דבר, אבל הכא הרי נהי שהוא שור של שני שותפין, אבל בכל זאת כל שותף נחשב בעל דבר על כל השור, וא"כ כשהודה בפני אחד מהם הרי הודה בפני בעל דבר וחל על הודאתו שם של הודאה, וא"כ מי יימר שאין זה מועיל גם להבעל דבר השני.

מיהו באמת הרי זה תלוי באיך דנין על הודאתו, דאם נדון על הודאתו כהודאה על העובדא שהוא חייב לשלם את הקנס של דו"ה, א"כ כל שותף הוא בעל דבר רק על חציו, וא"כ נמצא שעל החצי השני של הסכום לא הודה בפני בעל דבר ולא נפטר,

אבל אם נדון על הודאתו כהודאה על המעשה עוול של טביחה ומכירה, א"כ י"ל שכל שותף נחשב הוא בעל דבר שלם בנוגע לזה, וטביחת כל הבהמה נחשבת עוול נגד כל שותף ושותף, דהא כל שותף רשאי להשתמש בכלה, ויש לו קנין על כולה (עיין בר"ן בנדרים בריש פרק השותפין), והרי כבר הוכחנו לעיל בסק"ב שהתוס' רי"ד סובר שמודה בקנס פטור פירושו הוא שהודאה על העוול היא הדבר שפוטרתו, וא"כ צ"ע כהנ"ל מה היא הראי' מדף ק"ח לכאן.

מיהו באמת גם אם נאמר שהכוונה במודה בקנס היא שיודה שהוא חייב לשלם את הקנס, גם לפ"ז י"ל שכל שותף הוא בעל דבר שלם, כי י"ל שכשהוא משלם קנס לשני שותפים אין דינו לשלם חצי מהסכום לזה וחצי מהסכום לזה, אלא דינו הוא לשלם להשותפות, ודינם הוא להיות שותפים על הממון ושכל הממון יהי' שייך גם לזה וגם לזה, וא"כ לפ"ז יוצא שגם כשהוא מודה לשותף אחד שחייב דו"ה הרי זה נקרא הודאה לבעל דבר על כל הדו"ה.

דף ע"ב ע"א

לד) א"ל וכו' סיפא לא קרינא בי' וטבחו כולו באיסורא.

משמע שבלא חסרון זה הי' חייב לשלם דו"ה להאחין שלו אע"פ שגנב מאביו, ולא הי' איכפת לן בזה שהגניבה היתה מאדם אחד ואילו בשעת הטביחה היתה הבהמה שייכת לאחר.

על דרך זה כי מעולם לא קנה השני מהראשון את המעלה של ברשותו. ועי' בדברי הנתיחה"מ שהביא הקו"ש באות כ"ח.

לה) תד"ה סיפא.

עיין בדבריהם שהביאו את פירושו של הר"י דאיירי כאן באופן שאמרו לו חייב אתה ליתן לו וזה מספיק כדי לגרום שיוכל האב להוריש קנס לבניו, אבל אכתי אין זה נקרא שכבר נתחייב הבן הזה דו"ה לאביו ושואם מת אביו אין כאן חסרון של חמשה חצאי בקר, אלא אם מת אביו אין הבן הזה יכול להתחייב לשאר אחיו, כי הרי זה שפיר נקרא חמשה חצאי בקר, ורק אם כבר אמרו לו בחיי אביו צא תן לו, רק אז אם שוב מת אביו אין כאן חסרון של חמשה חצאי בקר. וכתבו תוס' על זה שקצת נראה דוחק פירוש זה משום שמאחר שמועלת ההעמדה בדין של חייב אתה ליתן לו לענין שחשיב כאילו זכה האב בהקנס, והרי הוא יכול להורישו לבניו, א"כ יועיל גם לענין שיחשב כאילו נתחייב לאביו ה' בקר שלמים ומכח האב הרי הוא מתחייב להבנים עכ"ד תוס'. ובאמת לכאורה לא רק שנראה דוחק קצת, אלא לכאורה הפירוש של הר"י תמוה טובא מהטעם הנ"ל, דהא ממ"נ אם חשיב כמו שכבר זכה בו אביו א"כ אין כאן משום חמשה חצאי בקר.

והנה עיין בחזו"א כאן בסי' י"ח סק"י שהביא את דברי הסמ"ע בסי' ע"ט סקל"ב שכתב שהכוונה במה שאומרים חייב אתה ליתן לו היא שיש כאן נטיית הדעת לחייב, אבל עדיין אין הדבר מוחלט. והקשה על

בפרק המפקיד באות י"א.

ולפ"ז לפי הרשב"א שסובר שאדם יכול למכור דבר שאינו ברשותו (הובא לעיל באות ק"ט) א"כ אם גנב שור ושוב מכרו הבעלים את השור לאדם אחר ושוב טבחו הגנב, יתחייב הגנב כפל להבעלים הראשונים ואת הדו"ה להלוקח.

מיהו אולי התם הרי זה מיקרי שיש חסרון של דו"ה ולא גו"ד, ולא מהני מה שהוא משלם כפל להראשון*, אבל כאן הרי עכשיו שירשו הבנים הרי הוא משלם גם את הכפל להבנים וא"כ אולי אין בכה"ג חסרון של דו"ה ולא גו"ד.

ולפי הצד שהזכיר הקו"ש כאן שגם החיוב של דו"ה הוא עבור הגניבה בתנאי שישחוט, א"כ לא שייך לומר שהוא חייב כפל להראשון ואילו את הדו"ה הרי הוא חייב להלוקח בגלל שטבח כשהי' שלו, דהא גם החיוב של דו"ה הרי הוא עבור הגניבה, והרי מהלוקח לא גנב.

ועכ"פ לפי הצד שכתבנו בדף ס"ב ע"ב באות ז' שתברי' ושתיי' יכול להחשב מעשה גניבה חדש מכיון שהוא עושה שינוי ומפקיע את הבעלות של הגנב, א"כ יוצא שכאן יהי' שפיר חייב דו"ה להלוקח, כי הרי הוא מתחייב אליו גם כפל, כי השחיטה נחשבת גם מעשה גניבה לענין לחייבו כפל להלוקח, וכן הבאנו שם בשם הגר"ח.

ובאמת אולי גם בלא דברי הגר"ח הרי הוא נעשה עכשיו גנב מחדש כלפי השני מאחר שהוא מעכב אצלו את שלו (וגם נועל בפני' כדברי רש"י בב"מ דף י'). ברם יש גם לומר שאינו נעשה גנב כלפי השני

(* ועי' בזה לעיל בסוף אות ק"ו, ובספרי על ב"מ

זה החזו"א שבודאי הלשון של חייב אתה ליתן או איש פלוני אתה זכאי הרי הוא לשון ברור. ועוד דלמה להו להדיינים להגיד לבעלי הדין את נטיית דעתם קודם שיגמרו את הדין. והסיק החזו"א שבאמת קבעו חכמים גמ"ד בכ' לשונות, דהיינו בלשון של חייב אתה ליתן לו וכן בלשון של צא תן לו. והטעם שקבעו כן הרי זה מפני שקי"ל שאם טעה הדיין בשיקול הדעת מה שעשה עשוי ואינו חוזר, ולכן תיקנו לשון של חייב אתה ליתן לו כדי שאם ימצאו אח"כ שטעו בשיקול הדעת, יוכלו לחזור בהם, אבל לעולם הרי זה נחשב גמ"ד, רק שיש בזה השארת רשות לחזור אם יתברר להם שטעו, אבל אם לא נתברר להם שטעו הרי הלשון של חייב אתה ליתן לו הרי הוא נחשב גמ"ד למפרע, ומ"מ אין המתחייב חייב לשלם בפועל כל זמן שלא אמרו לו גמ"ד מוחלט של צא תן לו שאין אחריו חזרה עכ"ד עיי"ש.

ומעתה י"ל שכדי שיוכל להוריש קנס לבניו סגי בזה שכבר נתחייב לו הקנס, ולכן סגי בפס"ד של חייב אתה ליתן לו כי גם חייב אתה ליתן לו חשיב גמ"ד, דאח"כ כשיאמרו לו צא תן לו בלי להתחרט הרי יהי' נתברר שהי' חייב מאותה שעה, אבל כדי שלא יהי' נחשב שנתחייב ה' חצאי בקר לא סגי בזה, והיינו משום שנהי שלאחר שאמרו לו חייב אתה ליתן לו כבר חל החיוב לשלם קנס אם לא יחזרו בהם, אבל הרי עדיין יתכן שב"ד יחזרו בהם, ומש"ה אין זה נחשב כמו שהגיע לגוביינא, משא"כ לאחר שאמרו לו צא תן לו הרי זה נחשב שכבר הגיע לגוביינא וכמש"כ החזו"א שלפני זה אין עליו חיוב לשלם

בפועל כיון שיתכן שעוד יחזרו בהם, וא"כ י"ל שהדין של ה' בקר ישלם תחת השור תלוי בהשעה שהגיע לגוביינא, דהיינו שבשעה שמגיע הדבר למצב של "ישלם" בעינן שיהי' אז בגדר ה' בקר ולא ה' חצאי בקר, ולכן בעינן שיאמרו צא תן לו בחיי אביו, דאז הרי זה שפיר נקרא שבשעה שהגיע לגוביינא הי' הדבר בגדר חיוב של ה' בקר שלמים.

וע"ע בני" לעיל בדף ס"ח ע"ב שכתב וז"ל, הקשו המפרשים ז"ל, משמע הכא דחייב אתה לו לא הוי גמ"ד כמו צא תן לו, וקשה דבפ"ק דסנהדרין אמרינן נגמר הדין אי אתה רשאי לבצוע, ומפרש היכי דמי גמ"ד איש פלוני אתה זכאי איש פלוני אתה חייב. ותירצו חייב אתה ליתן לו לאו גמ"ד גמור הוא אלא לענין זה הוא גמ"ד דאסור לבצוע ולהשעות את הזכאי הואיל וזכותו ידוע במקצת. אמר המחבר הרמב"ם והר"ם מקוצי ז"ל כתבו גבי הא דאמר רבא קבל עליו קרוב או פסול אם לא קנו מידו יכול לחזור בו עד שיגמור הדין, נגמר הדין והוציא הממון בדין זה הפסול או בעדותו אינו יכול לחזור בו, ולפי מה שכתבתי בפנים נ"ל דלאו דוקא נקטי הוציא, אלא כיון שאמר צא תן לו כאילו הוציא, דבלשון צא תן לו פסקוה למלתא, ולא נקט הכי אלא למעוטי חייב אתה ליתן לו דלא הוי ממש פיסוק הדבר אלא כמי שאומר אנו רואים שהחיוב יהי' עליך אבל לא נתברר עדיין כל צדדי החיוב, ולפיכך לא הוי גמר דין, או למעוטי כל שלא ציוו לו הדיינין ואפילו נתברר להם דגמ"ד כך הוא עד שיצוה לו הדיין עכ"ל המחבר.

הפוכה, והיינו שרק אם אין לשחיטה אלא לבסוף, אשר לפ"ז כשמגיע הסוף הכל יחד נקרא שחיטה אחת (עי' בזה באות כ"ח), רק לפ"ז צריכים שגם בהתחלה יהיו כל התנאים של החיוב, אבל אם סוברים שישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף, וגם הסוף לבדה נחשבת שחיטה, אולי אין צריכים בהתחלה את כל התנאים.

לז*) א"ל ר"ה ברי' דרבא כי קא מחייב אהווא פורתא וכו'.

הנה הא דלא מתרצינן כן גם לעיל על שחט לע"ז דפרכינן ג"כ דמכי שחיט בה פורתא אסרה, י"ל דהתם כבר אסרה ע"י חתיכת הבשר והעור כי סגי במעשה כל דהו וכמש"כ תוס' שם, ועל הבשר והעור בודאי לא שייך לומר שהוא חייב דו"ה, כי בשביל החיוב של דו"ה צריכים את השם של שחיטה, והשם של שחיטה שייך רק על הסימנים. מיהו כבר הסקנו שם שלא סגי במעשה חתיכת הבשר והעור כדי לאסור לע"ז, אלא צריכים חתיכת סימנים. ולפי תוס' שם לק"מ כי תוס' שם פירשו דמקשינן שם גם לפי המ"ד שסובר שאין לשחיטה אלא לבסוף וא"כ הרי לדידי' לא שייך לומר שהוא חייב על ההוא פורתא, דהא לא אמרינן כן בסוגיין אלא לפי המ"ד שסובר שישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף. מיהו רש"י שם מפרש דאזלינן שם לפי המ"ד שסובר שישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף וא"כ גם שם הי' שייך לתרץ כן. גם י"ל דמכיון שהמאן דאומרים בסוגיין דנו בזה על הצירור של חולין שנשחטו בעזרה של המשנה ולא על שוחט לע"ז

ועיין עוד בתוס' בב"מ דף י"ז ע"א שכתבו וז"ל, וי"ל דהתם (בסנהדרין) מיקרי גמ"ד לענין שאסור לבצוע לפי שיודע להיכן הדין נוטה עכ"ל. ובשט"מ שם בשם הריטב"א איתא שחייב אתה ליתן לו הרי הוא גמ"ד גמור. ובשם תוס' רבינו פרץ והרא"ש הביא שבקרקע וכדומה, דלא מחוסר גוביינא, חשיב גמ"ד, אבל במטלטלין לא הוי גמ"ד. ועוד הביא שם בשם הרא"ש שאיש פלוני אתה חייב הוא יותר לשון של גמ"ד מחייב אתה ליתן לו.

לו) בא"ד.

וז"ל, ואפילו ארבעה וחמשה הוה מחייב לי' אי לאו דבעינן וטבחו כולו באיסורא עכ"ל. עי' בקו"ש באות מ'.

לז) כגון ששחט מיעוט סימנין בחוץ וגמרון בפנים.

עי' ברש"י שפי' וז"ל, דבגמר טביחה הוא דאיתסרא ועד השתא דמרי' קא טבח עכ"ל. הנה מדבריו משמע שהדין שבעינן וטבחו כולו אין פירושו שסגי רק בהסוף, אלא לעולם בעינן גם את ההתחלה, ואם בשעת תחילת השחיטה עבר על איסור מיתה הרי הוא פטור מדו"ה משום דאמרינן קלב"מ אע"פ שבשעת גמר השחיטה כבר פירש (עי' לעיל בדף ע' ע"ב בתד"ה כמאן וכו' ובדברינו שם באות י"ד).

מיהו יתכן דס"ל לרש"י כן רק אם סוברים שישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף, וכמו דאזלינן השתא כרבי יוחנן, ולא אם סוברים שאינה לשחיטה אלא לבסוף. ברם לכאורה הי' אפשר לומר סברא

לשחיטה מתחילה ועד סוף, וא"כ הה"נ הכא מכיון שאין על הגמר שם של שחיטה כי מחתך עפר בעלמא הוא א"כ ה"ה נמי להחתלה.

דף ע"ב ע"ב

לט) תד"ה דאי ס"ד.

עיינ בדבריהם שכתבו שאפילו אם תקרובת עכו"ם אסורים רק מדרבנן אבל בכל זאת הרי זה נקרא שלא דמרי' קשחית. ולעיל בדף ע"א ע"ב באות כ"ה הבאנו את דברי הקו"ש שכתב שהכוונה במאי דאמרינן שלא דמרי' קשחית היא שאין לו דין ממון, אבל לעולם הרי הוא שפיר נקרא בגדר "שלו" משום שגם על איסורי הנאה שייכת בעלות והרי הם שלו. וע"ע בקו"ש בחלק ב' בקונטרס דברי סופרים סי' א' אות ד' וה' שכתב שני ביאורים בענין למה אין לו דין ממון וז"ל, והנה טעמו של דבר זה דמקדש בחמץ דרבנן של דבריהם אין חוששין לקידושין מבואר ברש"י פסחים משום דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש והפקר ב"ד הפקר, ולכאורה הטעם פשוט דכיון שאסרו חכמים בהנאה ממילא אינו שוה כסף ולמה לן טעמא דהפקר ב"ד הפקר בזה. וכן קשה מש"כ בתוס' בשם ר"ת לחלק בין חדא דרבנן לתרתי דרבנן דמאי נפ"מ בזה, דסו"ס כיון שאסור בהנאה אפילו בתרתי דרבנן, מ"מ אין בו שו"פ וכו'. והטעם נראה דהא דאיסורי הנאה אין בו חשיבות ממש יש לפרש בשני פנים, א) דבפועל אינו שוה כלום שאינו ראוי להשתמש בו

שהוזכר בהברייתא לעיל שם שר"מ מחייב, לכן לא הביאו דבר זה שם כיון דלא קיימא למסקנא.

לח) תוס' ד"ה כי קמחייב אההוא פורתא קמחייב.

עיינ בתוס' שכתבו שאפשר להקשות שגם לפ"ז הלא אכתי בעינן סוף שחיטה בהכשר והוכיחו כן ממה שקי"ל שכדי שיטמא השוחט את הפרה את בגדיו בעינן שגם גמר השחיטה תהי' בלא פסול מלאכה, אבל אם היתה בפסול מלאכה אינו מטמא אפילו אם ישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף עכ"ד תוס'. ולכאורה צ"ע מה הוא הדמיון לשם הלא התם מכיון שנפסל במלאכה בסוף, א"כ איגלאי שלא הי' כאן דין שחיטת פרה, כי איגלאי שגם ההתחלה לא היתה נחשבת שחיטת פרה אדומה, ומש"ה אינו מטמא, אבל הכא נהי שבסוף שחיטה לאו דמרה קטבת, אבל בכל זאת הלא בשעת ההתחלה הרי שפיר היתה דמרה, וכן שפיר יש כאן שחיטה כשירה, וא"כ מה חסר כאן להתחייב בדו"ה כיון שישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף.

מיהו נראה שאין כוונת תוס' להקשות מצד החסרון של לאו דמרא קא שחיט אלא מצד החסרון שכיון שנאסרה בהנאה ע"י תחילת השחיטה א"כ נמצא שבהגמר שחיטה הרי הוא עפר בעלמא, ועל זה מקשים תוס' שהרי בחולין דף כ"ט גבי פרה מבואר שלא אמרינן יש לשחיטה מתחילה ועד סוף היכא שלא גמר את השחיטה, וכגון התם דכיון שאין על הגמר שם של שחיטת פרה ה"ה שאין על ההתחלה שם של שחיטת פרה אע"פ שיש

ולא ימצא מי שירצה ליקחו, ואף שעכו"ם יתן דמים עבורו אבל הרי אסור למוכרו לנכרי מדאורייתא, (ב) י"ל שדין הוא שאיסורי הנאה אין בו חשיבות ממון, דדין האיסור שבו משוי לי' כעפרא בעלמא. והנפ"מ בין שני הטעמים האלו, דאם נאמר משום שבפועל אינו יכול להשיג דמים עבורו, אין נפ"מ בין איסור הנאה דאורייתא לדרבנן, אבל אי נימא שהדין איסור שעליו מפקיע ממנו דין ממון, א"כ באיסורי הנאה דרבנן גם ההפקעה מדין ממון אינה אלא מדרבנן ומדאורייתא אכתי דין ממון עליו, ועל כן הוצרך רש"י לפרש הטעם של הפקר ב"ד הפקר. וגם חילוקו של ר"ת בין חדא דרבנן ותרתי דרבנן אתי שפיר, דכיון שהדבר תלוי בדין האיסור א"כ חדא דרבנן יותר חמור מתרתי דרבנן עכ"ל.

וע"ע בשערי יושר בשער א' פרק ט' בד"ה וע"כ נלענ"ד וכו' שכתב וז"ל, וע"כ נראה לי דהא דאיסורי הנאה אינו ממון אין הטעם משום דאי אפשר לאדם ליהנות מהם עי"ז שמוכרח לשמוע אזהרת התורה שהזהירה אותו על כך, אלא דמה שאסרה התורה איזה דבר באכילה דבר זה אינו דבר מאכל לישראל אלא הוי כדבר המזיק לגוף האוכלו והוי כסם המזיק לאדם אף שהאוכלו טועם בו טעם מתוק לחכו, וכן הוא באיסורי הנאה דמה שאסרה התורה בהנאה כחמץ ערלה וכלאי הכרם הם נחשבים כעפרא דעלמא שאין בהם שום תשמיש מועיל לישראל, דהנה מבואר בגמ' פרק הניזקין דאם נסך יין חבירו או טמא טהרותיו והודיעו אח"כ מהאיסור הנעשה בשלו דלמ"ד היזק שאינו ניכר שמי' היזק

דחייב לשלם מהתורה, ואם נאמר דהיזק של חפץ הנאסר באכילה או בהנאה הוא ע"י מניעת יכולת הבעלים מליהנות בו עי"ז שעליו לשמור ולציית מה שמוזהר מן התורה א"כ לפ"ז אם בשעה שנאסר החפץ לא ידעו הבעלים מהאיסור הנעשה בשלהם הרי לא נפסד עדיין החפץ כלום דהרי לא היו מוכרחים אז לפרוש מהנאת החפץ, ועיקר ההפסד נשלם אצל הבעלים רק משעה שנודע להם מהאיסור של החפץ, ועל ההודעה ודאי לא יתכן שיתחייב, ועל איזה מעשה אנו מחייבים את המפסיד, דזה דוחק לומר כיון דמצוה להודיעו הוי משעת המעשה כאילו כבר נפסד מן הבעלים, אלא ודאי דעיקר ההפסד הוא מה שהחפץ נאסר באמת, וגם קודם שידעו הבעלים ה"י כבר דבר שאינו ראוי לאכילה וחייב על מעשה האיסור וכו' עכ"ל.

(מ) בא"ד.

עיין בסוף דבריהם שהוכיחו שהאיסור אכילה של תקרובות ע"ז הרי הוא מהתורה משום שאם הוי רק מדרבנן א"כ לא היתה נחשבת השחיטה בגדר שחיטה שאינה ראוי' וכדחזינן ממעשה שבת שאיסור אכילה שהוא רק מדרבנן אינו מחיל שם של שחיטה שאינה ראוי'. מיהו עיין לעיל בדף ע"א ע"א באות כ' שהבאנו שיש מחלקים שרק במעשה שבת הוא כן משום שהאיסור דרבנן שם הרי הוא רק איסור גברא ולא איסור חפצא.

(מא) רש"י ד"ה משלמים לו את הכל.

וז"ל, ובגמ' מוקי לה כשהוזמו תחילה

על הטביחה עכ"ל. הא דמוקמינן לה הכי הרי זה משום הטעם שכתב רש"י להלן בהדיבור השני. וצ"ע למה לא כתב את הטעם כבר כאן.

מב) רש"י ד"ה בטלה כל העדות.

וז"ל, ואפילו חזרו והוזמו אחרונים אחרי כן אין משלמים שהרי בטלה עדותן כבר והוכחו דכיון דלא גנב לא טבח ואהכי לא מחייבו אלא אעמנו הייתם עכ"ל. הרי שכתב שהטעם שאין האחרונים חייבים על מה שהוכחו הרי זה משום שאין חייבים אלא על עמנו הייתם. וצ"ע למה כתב טעם זה הלא יש טעם יותר פשוט, דהיינו שבכלל לא שיקרו במה שאמרו שטבח, אלא לעולם יתכן ששפיר טבח, רק שמכיון שהוזמו עדי הגניבה, שוב א"א לחייבו על הטביחה כי אולי הבעלים מכרוהו לו ושללו טבח וכמו שפירש"י לעיל, וא"כ פשיטא שאין עדי הטביחה חייבים כלום כשבטלה עדות הגניבה, ורק על היכא שבאו אחרים שאמרו שלא טבח יש צורך להסביר למה אין האחרונים חייבים. שו"ר שכבר העירו המפרשים על זה עיין בתיו"ט וברעק"א על משניות באות ס', ועי' גם בפ"י כאן במה שהשיג על הנ"י.

מג) עד זומם חידוש הוא וכו' הלכך אין לך בו אלא משעת חידושו ואילך.

יש לעיין למה אין אביי סובר סברא זו. והקו"ש באות מ"ג צידד לומר שאביי לית ליה הך כלל של אין לך בו אלא חידושו.

ושוב הראה שמדברי הר"ן בחולין דף צ"ה (דף ל"ג ע"ב בדפי הרי"ף בד"ה אמר רב) יוצא דלא כדרך זה.

ונראה לומר שאביי סובר שאין אומרים אין לך בו אלא חידושו כשיוצא מזה תרתי דסתרי, וכמו כאן דהא ממ"נ אם הוא פסול א"כ הרי הוא צריך להיות פסול משעת הגדתו. ובאמת גם רבא סובר שאין אומרים תרתי דסתרי, ומש"ה מודה הוא שהעד גם נפסל ולא רק נענש וכמו שביארו תוס' בתחילת ד"ה אין וכו' שא"א לומר שהוא נענש ולא נפסל משום שהרי זה בגדר תרתי דסתרי, רק שרבא סובר שרק אם נחלק את דיניו מכאן ולהבא, דהיינו בתוך הזמן שאנו פוסלים אותו, הרי זה נקרא תרתי דסתרי, אבל לא אם נחלק בין מכאן ולהבא ובין למפרע.

גם י"ל שאביי סובר שמה שעד זומם נפסל ומאמינים את המזימים נגד הניזומים אין זה נחשב בגדר חידוש יותר גדול מכל היכא שמאמינים שני עדים, כי באמת גם תמיד מה שמאמינים שני עדים הרי זה בגדר חידוש ואין שום סברא לעשות כן וכמש"כ הרמב"ם בפ"ח מהל' יסודי התורה, וא"כ גבי עד זומם אין זה חידוש יותר גדול מתמיד, ובצירור רגיל הרי חזינן שמאמינים את העדים גם למפרע וכגון היכא שהם באים לפסול אדם בגזלנותא הרי אנו פוסלים את זה שהעידו עליו גם למפרע, ולא אמרינן שמכיון דחידוש הוא להאמין שני עדים הרי אנו מאמינים להם רק מכאן ולהבא (ועכ"פ לפי הדרך שטעמו של רבא הוא משום פסידא דלקוחות, א"כ נראה שבאמת גם בפסלי בגזלנותא לא פסלינן למפרע וכמו שיוצא מדברי תוס'.

בד"ה רבא אמר וכו').

ובדעת רבא י"ל דס"ל שמא שמאמינים תמיד שני עדים הרי זה שפיר נקרא דבר של סברא, ואע"פ שבלי הפסוק של שני עדים לא היינו סומכים מעצמינו על נאמנות זו, אבל בכל זאת אתי קרא וקמ"ל סברא, באופן שלבסוף, לאחר שכתוב, הרי זה נקרא שכן הוא מצד הסברא (ודלא כמו שמשמע מדברי הרמב"ם שם שגם לאחר הפסוק הרי זה נקרא דבר חידוש ושאינ סברא לכך וכמו שמבואר מדבריו שם, והרמב"ם י"ל שכתב כן משום דפסקינן כאביי). מיהו ביותר י"ל שגם רבא מודה לדברי הרמב"ם שם, רק שהוא סובר שבעדים זוממין יש חידוש עוד יותר גדול מבצירור רגיל של שני עדים כי בהצירור של הזמה הרי העדים הניזומים אומרים להיפך מהמזימים והרי אנו מאמינים את המזימים נגד הראשונים, וזהו חידוש יותר גדול, ומש"ה אמרינן שאין לך בו אלא משעת חידושו ואילך.

ומעתה צריכים שוב לבאר את סברת אביי, דהא לכאורה גם אביי יצטרך להודות שחידוש יותר גדול הוא להאמין את האחרונים יותר מהראשונים.

ובדעת אביי לפי דרך זה י"ל כמו שציידד הקו"ש בהאות הנ"ל לומר שמה שהאמינה התורה את האחרונים אין זה נקרא חידוש כי הרי זה דומה לפסלי בגזלנותא משום דמיקרי שהמזימים מעידים על הניזומין עצמן ומש"ה אין הניזומין נאמנים.

ושוב כתב הקו"ש וז"ל, אבל צ"ע דמה בכך שמעידים על העדים עצמן, דבשלמא היכא דפסלינהו בגזלנותא לא הוי תרי ותרי

משום דהן בעלי דברים להכשיר עצמם כמש"כ הראב"ד הובא כאן בשיטה, אבל בהזמה אינן בע"ד כלל, ואי נימא שהן בע"ד מפני שאומרים עליהם שהעידו שקר א"כ בכל הכחשה שייך לומר כן ומ"מ הוי תרי ותרי שכל כת אומרת שחבירה העידה שקר עכ"ל.

והנה מה שהקשה הקו"ש שאי אפשר לומר שסברת אביי דלא חשיב חידוש הוא משום שמה שעדותם של המזימים שהראשונים ששיקרו חשיב עדות על הראשונים עצמם, כי א"כ ה"ה שנאמר בכל הכחשה שחשיב שהמכחישים מעידים על המוכחשים עצמם, דבריו אלו צ"ע, שא"כ גם בכל הכחשה נאמר כן צריכה ביאור קצת, דהא לכאורה אולי באמת כן הוא ששתי הכתות נחשבות בעלי דבר כי ע"י ההכחשה הרי זה נקרא שכל כת פסלה את השני' בגזלנותא, כי כשהעידו הראשונים שלוה א"כ כששוב העידו האחרונים שלא ליה הרי באותו רגע הם מעידים שהראשונים שיקרו ונוצר כנגדם עדות מהראשונים שהם (האחרונים) שיקרו, וא"כ יוצא שב' הכתות הן בעלי דבר ומש"ה אין מאמינים לאחת מהן, וא"כ יוצא שבאמת יתכן שהכחשה היא שפיר בגדר פסלי בגזלנותא, רק שהוא על ב' הכתות אהרדי, וא"כ מה שקשה הוא שגם בהזמה נימא שיש כאן פסלי בגזלנותא מתרי הכתות אהרדי, ומש"ה אין מאמינים לאף אחת מהן.

מיהו נראה שמוכח שבהכחשה לא מיקרי ששתי הכתות הן בעלי דבר כי הרי חזינן שבתרי ותרי יש מ"ד שסובר שלא מהני חזקה, והרי אילו היו הכתות נחשבות

בעלי דבר, אז הרי הן כמאן דליתנהו והי' בדין ששפיר תועיל חזקה, וא"כ בע"כ חזינן שהן כמאן דאיתא וששפיר חשיבי עדים ולא בע"ד. ודוחק לומר שהמ"ד שסובר שמן התורה שפיר הולכים בתו"ת בתר חזקה סובר באמת שכמאן דליתנהו דמי.

(וע"ע בש"ך בסי' קפ"ז סקט"ו סובר שכמאן דליתנהו דמי, אבל הקצה"ח שם בסק"ח וכן בש"ש בשמעטא ו' פרק כ' סובר שכמאן דאיתנהו דמי.)

ועכ"פ עי' בש"ך בריש סי' ל"א שדן על ע"א נגד ע"א אם שניהם יכולים להעיד יחד בעדות אחרת אף שידעינן שאחד מהם בודאי שיקר, והביא שדנו על זה חכמי בריסק ושהטעם להכשיר הוא משום שבע"א נגד ע"א כל אחד מהם לא הוכחש משנים, ולכאורה חזינן דס"ל שבב' כתי עדים הרי זה נקרא שכל אחד נפסל משנים. ברם אם נאמר שהכחשה היא כמו פסלי בגזלנותא צ"ע למה סובר ר"ח שהמכחישים פסולים לכל עדיות שבעולם הלא ע"י אמירת עדותן גופא הרי הם נהפכים להיות בעלי דבר וא"כ אין כאן עדות שקר, ויש ליישב.

ברם את עצם קושייתו של הקו"ש למה לפי אב"י אין הזמה נחשבת חידוש הלא בדין הוא שיחשב תרי ותרי כמו כל הכחשה, לכאורה יש ליישב ולומר שבכל הכחשה אין זה נקרא שהם מעידים על עצמם של העדים שהם אומרים שקר משום שבאמת הרי הם מעידים רק על העובדא, ואע"פ שמזה מסתעף שהראשונים שיקרו, אבל מ"מ מכיון שעדותן היא על העובדא הרי עדותן של הראשונים שפיר מהני

להכחישן (ולא חשיבי נוגעים בעדותם כי כבר העידו את עדותם מקודם, עיין לקמן). אבל בהזמה עצם עדותן של המזימים היא שהראשונים שיקרו ושעדותן היא פסולה ולכן הרי הראשונים שפיר נקראים בעלי דבר והרי זה שפיר דומה לפסלי בגזלנותא. מיהו אכתי צריך ביאור, איך סובר אב"י שהזמה דומה לפסלי בגזלנותא, הלא בפסלי בגזלנותא הרי הם פסולים להגן על עצמם ולומר שאינם גזלנים כי הרי הם רוצים לומר כן עכשיו לאחר שכבר העידו עליהם הראשונים, דהיינו בשעה שכבר נעשו בעלי דבר, אבל בהזמה הלא עדותן של הראשונים כבר יצאה מהם קודם, דהיינו בשעה שעוד לא היו בעלי דבר, וא"כ הדין נותן ששפיר תועיל.

ובאמת כן קשה גם על מה שרצינו לומר שלפי אב"י באמת גם הכחשה היא בגדר פסלי בגזלנותא ושממילא שתי הכתות נקראות בעלי דין דקשה שבכל זאת למה מתבטלת העדות של הכת הראשונה שנאמרה בשעה שעוד לא היו בעלי דבר. מיהו י"ל שאב"י סובר שבכל זאת מכיון שנעשו הניזומים בעלי דבר, הדין נותן שא"א להשתמש בעדות של בעלי דין אפילו אם אמרו את העדות בשעה שעוד לא היו בעלי דין.

(והנה כבר הבאנו שהקו"ש כתב בדעת אב"י שהזמה אינה חידוש כי היא דומה לפסלי בגזלנותא כיון שהמזימים מעידים שהניזומים העידו שקר ורוצים לפסול אותם. מיהו נראה פשוט שא"א לומר שהניזומים נקראים בעלי דבר בגלל זה שהמזימים רוצים לחייבם בעונש דכאשר זמם, כי הרי אנו דנים עכשיו על הטעם

למה התורה האמינה באמת את המזימים והסתכלה על הניזומים כבעלי דבר, וא"כ הרי אנו עומדים עוד לפני שקבעה התורה את העונש של כאשר זמם, וא"כ בזה י"ל רק שהתורה הסתכלה על הניזומים כבע"ד כיון שהמזימים מעידים שהעידו שקר ושהם פסולים לעדות.)

ועכ"פ בדעת רבא י"ל דס"ל שלא דמי לפסלי בגזלנותא מהטעם שכתבתי לעיל, דהיינו משום ששאני בפסלי בגזלנותא שהם רוצים להעיד על עצמם כשרות לאחר שכבר נעשו בעלי דבר, אבל בהזמה העדות של הראשונים כבר יצאה מהם מקודם, ורבא לית ל"י מה שכתבנו לפי אביי שאי אפשר להשתמש בעדותו של בעל דבר אפילו אם אמר את העדות בשעה שעוד לא הי' בעל דבר, אלא הרי העדות שפיר נשאת כשירה כיון שעוד לא הי' בעל דבר.

ויש להסביר את המחלוקת הנ"ל אם אפשר להשתמש בעדות שהעיד לפני שנעשה בעל דבר, דאביי סובר שא"א כי נהי שיש לנו עכשיו ההגדה שאמר קודם אבל מכיון שהוא נעשה עכשיו בעל דבר הרי חסר לנו גברא של עד וא"א להשתמש בהגדה כשאין לנו גברא של עד, והרי כשאמר את עדותו אתמול נהי שהי' נכלל בדבריו שהוא גם כשר לעדות אבל מעולם לא קבלנו את דבריו לצורך זה אתמול כשהי' לנו גברא של עד, אלא הכשרנו אותו על פי חזקת כשרות, ורק עכשיו הרי אנו רוצים לקבל את דבריו שאמר אתמול כדי להכשיר את הדברים שאמר אתמול, והרי עכשיו אין לנו גברא של עד כי כבר נעשה בעל דבר, ואביי

סובר שלא סגי בהגדה בלי גברא של עד. ועי' ביבמות דף ל"א ע"ב שהביאו תוס' את שיטת ר"ת שאדם שולח כתב ידו לב"ד ומהני לעדות אם הוא זוכר את עדותו בשעה שב"ד קוראים את הכתב, וכתב הקו"ש בב"ב אות קס"ו שצריכים שיזכור כי בלי זה הרי הוא נחשב כאילם. מיהו המעיין בתוס' שם יראה שקשה לומר שזוהי כוונתם כי רק להלן שם דנו על אילם, אלא ביותר נראה לומר כהגדר הנ"ל שכתבנו כאן דהיינו שאם אינו זוכר את עדותו בשעה שב"ד מקבלים את הכתב יש כאן הגדה בלי גברא של עד.

גם י"ל בדעת רבא שלעולם גם הוא מודה להסברא שכתבנו שא"א להשתמש בעדותו של בעל דבר אפילו אם העדות הועדה לפני שהוא נעשה בעל דבר, רק שרבא סובר שמה שהוא נפסל לעדות אין זה גורם שיהי' נקרא בעל דבר כי אין זה בגדר עונש או חיוב ממון, רק שהטעם למה בפסלי בגזלנותא אינם נאמנים להכשיר את עצמם כנגד הפוסלים הרי זה משום שהם נחשבים בזה נוגעים בעדותן, כי בודאי אינם רוצים להיות פסולים, ומעתה בזה שפיר יש לחלק שלא שייך לומר כן אלא בפסלי בגזלנותא משום שהם באים להעיד לאחר שכבר נעשו נוגעים בעדותן, משא"כ בהזמה הרי יצאה מהם העדות לפני שנעשו נוגעים ולכן שפיר אפשר להשתמש בהעדות עכשיו גם לאחר שנעשו נוגעים, והכא ליכא החסרון שהזכרנו לעיל שיש הגדה בלי גברא של עד, כי נוגע מיקרי שפיר גברא של עד כי אין זה בגדר פסול הגוף אלא סוף הדין הוא רק שאין מקבלים את הגדתו משום

בזה לחוד שאמרו את מה שאמרו בהדין תורה ההוא, דכזה נקבע כבר שקבלנו עדות על העובדא ושוב אפשר להשתמש בה לכל דבר, ואביי סובר דלאו חידוש הוא כי שפיר צריכים עדות חדשה ועכשיו הרי אינם יכולים להעיד ומש"ה הרי זה שפיר דומה לפסלי בגזלנותא.

והנה הרמב"ן בדברים י"ט י"ח כתב שהמזימים נאמנים משום דהוי כמו פסלי בגזלנותא וכהדרך שהבאנו מהקו"ש כאן באות מ"ג. וכן כתב הטור בחו"מ סי' ל"ח שהמזימין נאמנים משום שהם מעידים על גופם של הראשונים. מיהו הרמב"ם בפ"ח מהל' עדות כתב דהוי בגדר גזיה"כ אע"פ שהוא פוסק בפ"י שם כאביי שלמפרע הוא נפסל, וא"כ חזינן דס"ל להרמב"ם כהדרך שכתבנו שגם לפי אביי עד"ז הוא בגדר חידוש, רק דס"ל שלא אמרינן כאן שאין לך בו אלא חידושו (וכבר העיר הקו"ש באות מ"ג שכן יוצא מדברי הרמב"ם).

ועי' גם בנתיה"מ בסי' ל"ח סק"ב שנוקט שגם לפי אביי עד זומם הוא בגדר חידוש משום שלא דמי לפסלי בגזלנותא משום שגם בהזמה עיקר העדות הוא על המעשה כמו בהכחשה ולא על העדים עצמם.

וכבר האריכו האחרונים בענין אם הניזומים נחשבים בעלי דבר בגלל העובדא שהם נפסלים, ונפ"מ לענין אם הם נפסלים היכא שהוזמו שלא בפניהם דאם הם נחשבים בעלי דבר א"כ בעינן הזמה בפניהם גם לענין לפוסלם ולא רק לענין להענישם, עי' בזה בקו"ש על ב"ב באות ק"ג ובספרי על כתובות בחלק ב' באות נ"ט. וכן גם בהכחשה דיברו המפרשים

שהוא חשוד לשקר, וא"כ שפיר יש כאן עכשיו גברא של עד, וכן יש כאן הגדתו הכשירה של אתמול, ועי' בקו"ש בב"ב אות קע"ו שביאר שכיון שנוגע פסול רק משום חשוד לשקר לא אמרינן שמכיון שנמצא אחד מהם פסול (בפסול נוגע) כולם בטלים, וכן לא איכפת לך אם בשעת הראי' הי' בגדר נוגע כיון שבשעת ההגדה נסתלקה נגיעותו וכדברי הראב"ד שהביא שם שלא שייך בנוגע הדין של תחילתו בפסלות.

מיהו צ"ע דא"כ יוצא שכל היכא שהעידו שנים עדות אי אפשר כבר לפסול אותם בגזלנותא כי העידו בשעה שעוד לא היו נוגעים בעדות וא"כ יש שנים כנגד שנים בנוגע לאם הם גזלנים. מיהו י"ל שהיכא שהעידו על פלוני שלוה אין זה נקרא שיש מהם עדות שהם עצמם כשרים, אלא הרי הם צריכים להגיד כן לאחר שבאו לפסול אותם בגזלנותא, ואז הרי כבר נעשו בגדר נוגעים בעדות, אבל הכא מה שהעידו שראו איך שפלוני לוה הרי זה שפיר נחשב עדות שהם עצמם היו שם וראו, שהרי זהו עיקר עדותן, וא"כ כשבאים אח"כ להזימם הרי זה נקרא שיש לנו מהם עדות שהיו שם לפני שנעשו נוגעים.

ועי' בקו"ש בב"ב אות ק"ג שכתב כהדרך הזה דהיינו שבפסלי בגזלנותא הטעם שאינם נאמנים להכשיר את עצמם הרי זה משום נוגע דחשוד לשקר ולא משום בעל דבר.

גם י"ל בדעת רבא דס"ל שבאמת אין צריכים שההגדה תתחדש עוד הפעם בהדין תורה הזה על העדים עצמם אשר הקשינו שאין עכשיו גברא של עד, אלא מספיק

בענין אם חשיבי העדים בעלי דבר עיי"ש באות נ"ו (בסופו) וכן באות נ"ח. שוב הראוני שכמה מהסברות הנ"ל שכתבתי נמצאים בקונטרס ר' חיים יונה (הלכות עדות פ"ח ה"ד) שציין אליו רעק"א בחו"מ סי' ל"ח ונדפס בשו"ע שנדפס עם רעק"א השלם.

מג* (עד זומם חידוש הוא.

ע"י בהאות הקודמת שהבאנו את דעת הרמב"ם שבאמת גם אביי סובר שעד זומם חידוש הוא רק דלא ס"ל שאומרים כאן שאין לך בו אלא חידוש.

והנה יש לחקור במה היא הכוונה בהך חידוש שחידשה התורה שמאמינים את המזימים, דמצד אחד י"ל שהכוונה היא שהתורה גזרה שננקוט במציאות שהראשונים שיקרו בעדותם, ושעד עכשיו לא ידענו שהם משקרים, אבל מצד שני י"ל שאין הכוונה שהתורה קבעה שהמציאות היא שהראשונים שקרו, אלא לעולם הרי זה נשאר ספק במציאות, רק שהתורה גזרה שניתן להם את הפסול של שקרנים ושננהג בהם דין של שקרנים אע"פ שבאמת לא נתברר הדבר בהמציאות. ולפי הדרך הזה הרי זה רק חלות דין של פסול למפרע, דהיינו שהתורה החילה עליהם עכשיו דין פסול ועשתה כן למפרע והרי זה כמו חלות של מעכשיו ולאחר ל' דכשבא ל' חל הדבר למפרע, אבל לפי הצד הראשון שחשיב שנתברר הדבר בהמציאות א"כ יוצא שעכשיו נתברר שתמיד היו שקרנים רק שעד עכשיו לא ידענו מזה והי' לנו חסרון ידיעה.

והנה בדף צ' ע"ב כתבו תוס' שאין עד

נעשה דיין או משום דבעינן ועמדו שני אנשים (העדים) לפני ה' (אלו הדיינים) או משום שאם הם עצמם מקבלים את עדות עצמם הרי זה עדות שאי אתה יכול להזימם כי לא יקבלו הזמה על עצמם. והקשה הקצה"ח בסי' ז' סק"ד שאכתי לא מוסבר למה אינם יכולים להעיד בפני ג' אחרים ואח"כ לפסוק הם עצמם את הדין (בהדי עוד אחד). וכתב הקצה"ח טעם אחר למה אם עד נעשה דיין הרי זה עשאא"ל, והיינו משום שהרי אין העדים נעשים זוממין עד שיגמור הדין על פיהם, והרי קי"ל כאביי שעד זומם למפרע הוא נפסל, ומעתה אם יעידו בפני אחרים ויגמרו הם עצמם את הדין הרי א"א להזימם, כי אם נזימם הרי יוצא שהם פסולים למפרע והגמ"ד שלהם לא הי' גמ"ד מדיינים כשרים, וא"כ אכתי לא נגמר הדין על פיהם. ויש לעיין למה לא אמרו תוס' טעם זה למה א"א להזימה. וי"ל דהנה הא דבעינן שיגמור הדין על פיהם הרי זה מהדרשה של נפש בנפש, דא"א לומר שהכוונה היא שכבר הרגו אותו ממש שהרי כאשר זמם כתיב ולא כאשר עשה, ולכן מפרשינן שהכוונה בנפש בנפש היא שכבר נגמר הדין על פיהם, ומעתה י"ל שתוס' סוברים שאין כוונת הפסוק של נפש בנפש לומר שצריכים שם של גמ"ד, אלא הרי זה רק שיעור כמה קרוב הי' הדבר לביצוע הדין, וקאמר הפסוק שהעדים נעשים זוממים רק אם כבר הגיע הדבר למצב שהי' כל כך קרוב לביצוע הדין שהי' כבר אחר גמ"ד, ומעתה לפ"ז יוצא שלא איכפת לן אם מתגלה אח"כ שבאמת לא הי' בגדר גמ"ד כשר, כי אין אנו צריכים את השם של גמ"ד, אלא אנו צריכים רק

את הקירבה לביצוע הדין, והרי דבר זה נשאר קיים גם אם מתבטל השם של גמ"ד, דגם אז הרי זה נשאר אמת שהי' הדבר קרוב לביצוע הדין.

מיהו לפי הצד השני של החקירה שחקרנו לעיל י"ל עוד יותר, והיינו שנהי שלמפרע הוא נפסל וחל דין פסול למפרע ונעקרו כל העדיות והגמ"ד שעשה, אבל בכל זאת הרי אין זה בגדר גילוי מילתא למפרע שמעולם לא הי' כאן גמר דין אלא שלא ידענו מזה, אלא הרי זה דין של עקירה למפרע, אבל באותה שעה הרי שפיר הי' כאן גמ"ד, וא"כ אפילו אם נאמר שבעדים זוממין צריכים גמ"ד ממש אבל בכל זאת נהי שבהציור הנ"ל נעקר הגמ"ד למפרע ע"י ההזמה אבל בכל זאת יתכן שכדי לצאת ידי התנאי של נפש בנפש מספיק בזה שלפני ההזמה הי' כאן מצב של לאחר גמ"ד וכן שגם לאחר ההזמה נשאר אמת שהי' כאן גמ"ד בשעתו.

והנה יש להביא דוגמא לענין זה, דהנה ביבמות דף י"ב מבואר שאם נפלה ערוה קטנה ליבום יחד עם צרתה, ושוב מיאנה הקטנה, הרי הצרה מותרת ליבום ואין זה נקרא שנאסרה שעה אחת, וביאר הקהלות יעקב שם בסי' י"ח שאם יסוד הדין של מיאון הי' שהאישות נעקרת למפרע א"כ אז הרי זה שפיר הי' צריך להיות נחשב נאסרה שעה אחת כי נהי שנעקרה האישות למפרע אבל בשעתה שפיר היתה כאן אישות, אבל הענין של מיאון אינו בגדר עקירת האישות למפרע, אלא כל נישואי קטנה ע"י אמה ואחי' הרי זה כנישואין על תנאי שלא תמאן, וא"כ לבסוף כשמיאנה הרי זה כמו שמעולם לא הי' כאן נישואין רק שאנחנו

לא ידענו שלא הי' כאן נישואין. הרי שאם הי' בגדר עקירה למפרע אכתי הי' נחשב שנאסרה שעה אחת כיון שבשעתו היתה כאן אישות.

מיהו ע"י בחידושי הגר"ח בפ"ב מהל' אישות בסוף דבריו על ה"ט שהביא את הדין שלאחר מיאון הרי היא מותרת בקרוביו והוא בקרובותי' משום שלמפרע אין כאן אישות, והקשה שא"כ למה אין הבעל חייב להחזיר לה את מעשה ידי, ותי' הגר"ח שהגדר של מיאון הוא שהאישות מתבטלת מכאן ולהבא ולמפרע, כלומר שלענין מה שנוגע מכאן ולהבא צריכים להסתכל כאילו לא היתה כאן אישות אבל לענין מה שכבר נפעל הרי זה נשאר שהיתה כאן אישות (ובאמת לפי הקה"י צ"ב למה הבעל אינו חייב להחזיר לה את המעשה ידים, ואולי תיקנו תקנה מיוחדת לענין זה). ולפי הגר"ח יוצא להיפך ממה שרצינו להראות לעיל, שהרי יוצא שאע"פ שהאישות מתבטלת רק מכאן ולהבא למפרע אבל בכל זאת הרי זה נקרא שלא נאסרה שעה אחת.

והנה לפי מה שכתבנו שהחידוש שמאמינים להמזימים אינו שנוקטים במציאות שהניזומים שקרו אלא החידוש הוא שנותנים להם את הפסול של שקרנים א"כ יוצא שלענין עדיות שכל הפסולים כשרים להן ורק מי שחשוד לשקר פסול להן, וכגון עדות שמת בעלה, הדין נותן שיהי' להם דין של מוכחשים ולא דין של מוזמין ויהיו פסולים רק מספק, שהרי בכה"ג לא איכפת לן במה שהתורה נתנה להם הפסול של עדי שקר, ואילו בנוגע לאם הם במציאות עד שקר וחשודים לשקר

הרי זה ספק. ואולי יצויר נפ"מ בזה אם עד אמר מת בעלה דיהיו העדים האלו שהוזמו נאמנים להכחישו כי כיון שאינם ודאי שקרנים אלא רק ספק שקרנים הרי הם יכולים להטיל ספק בעדותו.

מד) תד"ה רבא אמר.

וז"ל, אבל טעמא דהוי משום פסידא דלקוחות קשה דאין נראה דנקט לקוחות דוקא מדלא קאמר איכא בינייהו כל עדות שאין לענין לקוחות עכ"ל. מיהו לפי הדרך של היש מפרשים לקמן בדף ע"ג ע"א בתד"ה משום פסידא דלקוחות וכו' שפיר יש לתרץ שלקוחות הוא דוקא, שהרי הי"מ שם אינם סוברים טענת תוס' דא"כ הוה לן למימר דאיכא בינייהו טובא.

וע"ע בני"י על סנהדרין בסוף דף ד' ע"ב שברי"ף דלכאורה פליגי שני התירוצים שם בענין אם לקוחות הוא דוקא עיי"ש. ובחי' הר"ן שם בדף כ"ז ע"א בד"ה רבא נמי וכו' כתב שלקוחות הוא דוקא עיי"ש.

מה) בא"ד (תירוצם על רבא בב"ב).

וז"ל, וי"ל דלמאי דמחלק התם בין אותה עדות לעדות אחרת ניחא כיון דהוחזקו משקרים על אותה קרקע תו לא מהימני עלה וכו' עכ"ל. צ"ע דאכתי קשה לפי הס"ד, דעיי"ש דאמרינן בתחילה שרבא שאומר עדות מוכחשת היא הרי הוא סובר

כרב חסדא דס"ל שבב' כתי עדים המכחישות זו את זו אמרינן בהדי הני סהדי שקרי למה לי, ולא אמרינן שזו באה בפני עצמה ומעידה וזו באה בפני עצמה ומעידה כמו שסובר רב הונא, ותו מסקינן שלעולם י"ל שרבא ס"ל כרב הונא, רק ששאני הכא דהוי אותה עדות, וא"כ אכתי קשה על הס"ד מה יעזור לומר שרבא סובר כרב חסדא, הלא בכל זאת הרי ס"ל לרבא שמכאן ולהבא הוא נפסל, ומתוס' כאן משמע שמכיון שלפי המסקנא ניחא, לא איכפת לן אם קשה על הס"ד.

והנה גם תוס' בב"ב שם דנו כדבריהם כאן. והתם הביאו בשם הריב"א ששאני התם דהוי עדות אחת, כי אבהתא בלא אכילה לאו כלום הוא. ושוב כתבו בזה"ל, ומיהו אכתי דחשיב לי' גמרא כעדות אחרת לא אתי שפיר עכ"ל. הרי שהתם שפיר הקשו את קושייתנו הנ"ל.

ויש ליישב דס"ל להריב"א שלעולם גם בהס"ד ידעה הגמרא את סברת הריב"א דחשיב מחמת עצם מהותה בגדר אותה עדות ושמש"ה שייך לומר לפי רב חסדא שבטלה כל העדות אע"פ שסוברים שמכאן ולהבא הוא נפסל, וכן סברה הגמרא שלפי רב הונא גם בכה"ג לא אמרינן שבטלה כולה משום הטעמים שנבאר להלן באות נ"ח*), ושוב דחתה הגמרא שלעולם גם לפי רב הונא יתכן דפסלינן כאן מצד היותה אותה עדות כי כיון דהויא אותה

רק מספק.

ועל דרכו של הרשב"א הקשה הקו"ש שם באות קט"ו למה הרי זה נקרא שנפסל הגברא בהכחשה לפי רב חסדא יותר מלפי רב הונא עיי"ש.

(* דהיינו משום דאמרינן בטלה כולה רק כשנפסל הגברא אבל לא כשנפסלה רק ההגדה וכסברת הרשב"א בב"ב דף ל"א, א"ג כסברת המחנה אפרים שם שלא אמרינן בטלה כולה כיון שההגדה נפסלת

עדות יש כאן סברא של חשוד לשקר, אבל בההו"א אע"פ שידענו שהיא אותה עדות וששייך לומר בטלה כולה לפי ר"ח אבל לא ידענו את הסברא של חשוד לשקר.

שו"ר בערל"ג בסנהדרין דף כ"ז על תד"ה אין וכו' שכתב כהדרך הנ"ל וז"ל, דודאי גם המקשן שם כבר אסיק אדעתו דאותן ב' עדיות הם כמו עדות אחת, רק דזה לא אסיק אדעתו דבאותו עדות מודה רב הונא דפסולין וכמו שמשמע לישנא דגמ' שם דזהו מה שחידש לן בתירומו.

מו) בא"ד.

וז"ל, ולהאי טעמא דמפרש משום חידוש נחא אבל לטעמא דהוי משום פסידא דלקוחות קשה וכו' עכ"ל. והנה הפ"י כאן, וכן הקו"ש בב"ב באות ק", הקשו על זה דאם גם לפי הסברא של חידוש הוא הרי אנו פוסלים למפרע לכה"פ בהציוור של הכחשה א"כ למה לא מתבטלת העדות של גניבה גם לפי רבא, דהא בכל הזמה נכללת גם הכחשה, והכחשה הרי לאו חידוש היא. ועי' בפ"י מה שתי' על זה, וכן עי' בחידושי הגרש"ש על כתובות בסי' כ"ו מה שהשיג עליו, וכן בהדרך שכתב הוא כדי ליישב את קושיית הפ"י.

מיהו י"ל שהסוגיא לקמן דס"ל שלפי רבא לא מתבטלת העדות של גניבה אתי אליבא דהלכתא דקי"ל כרב הונא, ואילו לפי רב הונא לא אמרינן בהכחשה

שמתבטלת גם העדות של גניבה מצד הדין של הגדה שבטלה מקצתה בטלה כולה (עי' בזה בהערה לעיל בסמוך), אבל לפי רב חסדא אה"נ שגם לפי רבא מתבטלת עדות הגניבה משום שהכחשה לאו חידוש היא.

וע"ע בלשון הרמב"ן בב"ב שם בסד"ה א"ל רבא וכו' (שכתב "אין לנו בו כלל") דמשמע שכוונתו היא לומר שמכיון שהזמה הרי היא בגדר חידוש א"כ ממילא א"א לפסול בכה"ג למפרע אפילו משום הכחשה, וצ"ב. וע"ע באות נ"ד סק"ד.

מו) תד"ה אין לך בו (דבריהם שרב חסדא מודה לענין להחזיק).

וז"ל, ועי"ל דלרב חסדא נמי הוי חידוש מה שנפסלין ודאי, והא דחשיב להו סהדי שקרי בשתי כתי עדים אינו אלא מספיקא ואם היו שנים מן השוק מעידים פלוני לזה מפלוני מנה וא' מב' כיתי עדים הללו המכחישות זו את זו אומרת לא לזה לא הייתי מוציא ממון מספק וכו' עכ"ל. והנה כדעה זו סובר הרשב"ם בב"ב שם דעיי"ש שכתב לבאר את דברי רב חסדא בזה"ל, ולא יעידו בשום עדות שבטלה דאוקי ממונא אחזקי' ולא תוציאנו מספק שמא העדים פסולים עכ"ל, הרי שסברת רב חסדא היא שלא מהני החזקת כשרות של העד להוציא ממון מהמוחזק*, ולית ל' סברת הקו"ש שם שכתב בדעת רב הונא

סומכים על החזקת כשרות אלא הטעם הוא משום שאין שום סיבה בכלל להסתפק שהוא פסול, ורק היכא שחל מצב של ספק סובר רב חסדא שלא אזלינן בתר חזקה להוציא ממון.

* ברם לפ"ז צ"ב איך מכשירים כל אדם לעדות להוציא ממון, הלא גם שם הרי זה משום שאנו סומכים על החזקת כשרות שלו. וצ"ל דס"ל לר"ח שהתם אין הטעם משום שאנו

שאינן זה נקרא שאנו מוציאים את הממון על פי חזקה אלא הרי זה נקרא שאנו מוציאים על פי עדים כי אמרינן שכבר הוחזקו העדים בכשרות. וגם לפי הרשב"ם יוצא שלהחזיק שפיר יועילו (אלא שצ"ע ממה שכתב "בשום עדות שבעולם").

ברם צ"ע דכיון שר"ח לית ליה סברת הקו"ש, אלא ס"ל שזה נקרא שמוציאין ע"י חזקה, א"כ גם כשהם מעידים להחזיק הרי זה נקרא שמחזיקים ע"י חזקה, וא"כ צ"ע איך הם מועילים להכחיש שני עדים אחרים הלא חזקה לא עדיפא כעדים.

וי"ל שבאמת תוס' סוברים שמוכחשים מועילים רק בהציוור שהזכירו שבאים להעיד נגד שני עדים שאומרים לזה כי בכה"ג כיון שהם ספק כשרים אי אפשר לסמוך על העדים שאומרים לזה כי עומדים כנגדם שני עדים שהם ספק כשרים, אבל היכא שהחפץ נמצא באגם והם באים להעיד להחזיק, י"ל שאינם מועילים כי החזקת כשרות שלהם אינה מועילה להחזיק כמו שאינה מועילה להוציא. וכבר הארכנו במקום אחר בענין אם ע"א נאמן בממון להחזיק, ואם אינו נאמן כל שכן שחזקה אינה מועילה לפי הפוסקים שסוברים שע"א עדיף באיסורין מחזקה.

והנה לכאורה צ"ע על זה מהסוגיא בב"ב שם שהביאו תוס' בהדיבור הקודם, דהא אמרינן שם בהס"ד שרבא שאמר עדות מוכחשת היא ושלא מהני עדות אבהתא הרי הוא סובר כרב חסדא, ואילו לפי הנ"ל אמאי לא תועיל העדות של אבהתא שיש להמערער גם לפי רב חסדא, דהא אין העדים באים להוציא מידי מוחזק, ואפילו אם הבעל הדין השני נמצא בתוך הקרקע

אין זה נקרא "להוציא" דהא בקרקע לא שייך מוחזק, ומכ"ש אם נאמר דאיירי באופן ששניהם אינם נמצאים עכשיו בתוך הקרקע.

מיהו י"ל שהרשב"ם יפרש שהבעל דין שלא היתה לו עדות של אבהתא הי' נמצא עכשיו בתוך הקרקע, ונהי שאין דין מוחזק בקרקעות, אבל הכוונה בזה היא רק שבקרקע מה שהוא נמצא שם אינו נחשב חזקה חיובית כמו שמצינו במטלטלין שמוחזק נחשב חזקה חיובית, אבל מ"מ גם בקרקע יש סברא לומר שלא משנים את המצב בלי סיבה, וכמו שמבואר בדף מ"ו ע"ב שקיימת במוחזקות גם סברא זו וכדאמרינן שם דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא, וא"כ י"ל דס"ל להרשב"ם שגם החזקת כשרות של הגברא אינה סיבה מספקת לשנות את המצב (וע"ע ביד רמה בפרק חזקת הבתים באות מ' שכתב שגם תפיסה לא מהניא נגד הסברא של דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא אלא מחזירים להמוחזק).

מיהו יש לפקפק בהנ"ל, דלכאורה נראה מצד הסברא ששפיר סגי בחזקה להוציא מהסברא של דכאיב ליה כאיבא, דהא הטעם שהוא זוכה הוא רק משום שאין סיבה לשנות את מצב, וא"כ כשיש חזקה דמעיקרא כנגדו הרי מעתה שפיר יש סיבה לשנות את המצב. ועי' בפ"י לעיל בדף מ"ו שכתב שבאמת מצד הסברא של דכאיב ליה כאיבא לחוד, היינו מוציאים ממון על פי רוב או ברי ושמא, ורק משום שבמטלטלין נחשבת תפיסתו כחזקה חיובית אין מוציאים על פי הדברים הנ"ל, וא"כ ה"ה שגם חזקה דמעיקרא צריכה להועיל נגד הסברא של

דכאיב ל"י כאיבא כמו רוב או ברי
(ושמא*), וא"כ אכתי קשה על דברי תוס'

כאן למה אין רב חסדא מודה בהציור של
אבהתא, וצ"ע**).

(* מיהו אם נאמר שחזקה דמעיקרא אינה בגדר
בירור אלא התורה גזרה שלא נשנה ממה שהי' א"כ
אולי אינו בדין שתועיל כנגד דכאיב ל"י כאיבא כי
אדרבה ה"ה שיש סברא לומר שלא נוציא ונשנה
בלי ראי' (עי' במה שצייננו לעיל בסמוך מהרמ"ה
בחזקת הבתים אות מ').

(**) והנה מה שכתבתי בפנים בשם הפ"י שנגד
סברא זו מהני רוב או ברי ושמא, אינו מוכרח
בדבריו, כי יש להבין דבריו שגם במטלטלין סוף
הדין של הממע"ה הוא רק הך סברא של דכאיב
ל"י כאיבא אזיל לבי אסיא, ובכל זאת קמ"ל הפסוק
בדף מ"ו שגם רוב וברי ושמא אינם מועילים לשנות
את המצב אלא רק עדים. ונסדר כאן את כל הענין:

הנה לעיל שם אמר ר' שמואל בר נחמני שילפינן
שהמע"ה מהפסוק דכתיב מי בעל דברים יגש
אליהם דרשינן יגיש ראי' אליהם, ופריך רב אשי
למה לי קרא סברא הוא דכאיב ל"י כאיבא אזיל לבי
אסיא, ומסיק רב אשי שהפסוק בא ללמדנו את הדין
של נזקקין לתובע תחילה. ועי' ברש"י בגיטין סוף
דף מ"ח שכתב שהמע"ה הוא מהתורה מהפסוק
של מי בעל דברים. והקשה הפ"י שם דזהו דלא
כמסקנת רב אשי, ות"י שרב אשי אזיל כהמ"ד שברי
ושמא ברי עדיף וכן שהולכים בממון אחר הרוב,
אבל להלכה קי"ל שלא מהני דברים אלו משום
שאנן דרשינן את הפסוק של מי בעל דברים
להמע"ה וכו' שמואל בר נחמני ובעינן את הפסוק
כדי לרבות דברים אלו, והרמב"ם אינו מביא להלכה
את הדין של נזקקין לתובע תחילה כי הוא פוסק
שאינן הולכים בממון אחר הרוב וכן שברי ושמא
לאו ברי עדיף וא"כ בעינן את הפסוק להמע"ה
עכ"ד הפ"י. וכדברים אלו כתב גם בב"ק שם.

והנה מדרכו של הפ"י יוצא שהמ"ד שסובר ברי
עדיף יצטרך לסבור גם שהולכים בממון אחר הרוב,
וכן המ"ד שסובר שהולכים בממון אחר הרוב יצטרך
לסבור גם שברי עדיף, ומלבד ממה שדוחק לומר כן,
עי' בכתובות דף י"ב ע"ב בתוס' סד"ה רב הונא וכו'
דמבואר דס"ל שיתכן לומר שהמ"ד שסובר ברי עדיף
סובר שאינן הולכים בממון אחר הרוב.

ברם יש ליישב דנהי שמצד הסברא של רב אשי

הדין נותן ששניהם יועילו, אבל אכתי יכול להיות
שאם סוברים את הדרשה של מי בעל דברים שפיר
יתכן לחלק ולסבור שאע"פ שקמ"ל הפסוק שאחד
מהדברים הנ"ל אינו מספיק חזק כדי להועיל אבל
השני הוא שפיר מספיק חזק כדי להועיל.

ועי' עוד במהר"ם בדף מ"ו ע"ב שכתב שמה
ששמואל סובר אין הולכים בממון אחר הרוב אין
זה בגלל הסברא של רב אשי של דכאיב ל"י כאיבא
לחוד אלא צריכים את הפסוק.

ולכאורה ביאור הדבר הוא שהפסוק משמיענו
שסוף הדין של הממע"ה אינו רק הסברא הנ"ל של
דכאיב ל"י כאיבא אלא הרי זה נחשב בגדר חזקה
חיובית. מיהו כבר נחלקו הקדמונים בזה.

דעי' בקונטרס הספקות בכלל א' סק"ו שהביא
בשם חכמי דורו שסברו כהנ"ל שהמע"ה הוא ענין
של חזקה חיובית, אבל הוא עצמו סובר שסוף הדין
של הממע"ה הוא רק הסברא של דכאיב ל"י כאיבא
אזיל לבי אסיא. ולפ"ז צ"ל שקמ"ל הפסוק של ר"ש
בר נחמני שאפילו רוב וברי ושמא לא מהני לשנות
את המצב.

וכדברי הקונטרס הספקות סובר הנתייה"מ בסי'
ל"ד סקט"ו, וכן בסי' ע"ה סק"ד. וכתב כן בתור
השגה על דברי הקצה"ח עיי"ש, אלא שבסי' ל"ד
כתב כן הנתייה"מ בין לפי רב אשי שלומד מסברא
ובין לפי ר"ש בר נחמני שלומד מפסוק, ואילו בסי'
ע"ה כתב כן רק בגלל שהמע"ה סברא היא ואינו
למד מפסוק, דהיינו כרב אשי. וכשיטתו הנ"ל כתב
גם בהתשובה ממנו שנמצאת בשו"ת חמדת שלמה
חלק או"ח סי' ב', וכן בהתשובה ממנו שנמצאת
שם בחלק אה"ע סי' כ"ד אות ט"ו (ובשני המקומות
כתב משום שהמע"ה הוא רק סברא).

מיהו בתוס' לעיל בדף כ"ז ע"ב ד"ה קמ"ל וכו'
מבואר שהטעם למה אין הולכים בממון אחר הרוב
הרי זה כי מוחזקות חשיבא חזקה חיובית והרי היא
מצטרפת עם המיעוט, וכ"כ רעק"א בשו"ת סי' ק"ו
בד"ה גם הנני. ועי' גם בשט"מ בב"ב דף צ"ב ע"ב
שהובאו דברי התוספי הרא"ש שטעמו של רב למה
הולכים בממון אחר הרוב הוא משום "דכל חזקה
שנשנית, דלפעמים זה מוחזק ולפעמים זה מוחזק,
לא חשיבא חזקה", ומשמע שלפי שמואל הטעם

והנה הקו"ש בב"ב שם באות קט"ז הביא בשם הר"י מיגש בשבועות ביאור אחר בסברת רב חסדא, והיינו שרב חסדא סובר שא"א ללכת אחרי החזקת כשרות של שתי הכתות, כי הרי זה תרתי דסתרי להכשיר כל כת בפני עצמה. מיהו לכאורה צ"ע על זה מהציוור של שני שבילין וטומאה בצד אחד מהם והלך אדם אחד בשביל זה ואדם אחד בשביל זה דאם באו לשאול בזה אחר זה מוקמינן כל אחד על החזקת כשרות שלו אע"פ שידעינן שאחד מהם הוא ודאי טמא, ורק היכא שבאו לשאול בבת אחת אמרינן שא"א לטהרם משום שזה תרתי דסתרי, וא"כ למה לא ס"ל לרב חסדא שזו באה בפני עצמה ומעידה וזו באה בפני עצמה ומעידה הלא ציור זה הוא ציור של בזה אחר זה ואין כאן תרתי דסתרי.

ועי' בחידושי הגרש"ש על ב"ב בסי' ט"ז שכתב לבאר שלא אזלינן בתר חזקה לפי רב חסדא או משום "דאם מחזיקים כת אחד בחזקת כשרות, אנו פוסלים את הכת השני' דהוי כאילו מעידים על השני' ששקרו בעדותם והרי לפנינו עדים כשרים שמעידים עליהם ומש"ה ליכא דין חזקה

הוא משום דחשיב שפיר חזקה חיובית.

והנה הנתיחה"מ בהתשובה הנ"ל בחמדת שלמה בחלק אה"ע הוכיח שסוף הענין של הממע"ה הוא רק הסברא של דכאיב ל' כאיבא ממה שרב סובר שהולכים בממון אחר הרוב. מיהו דבריו תמוהין דהא אדרבה שמואל סובר שאין הולכים בממון אחר הרוב.

וע"ע בקובץ הערות בסי' ע"א אות ב' וג' שכתב לתלות את המחלוקת אם תקפו כהן מוציאין אותו מידו או לא בהשאלה הנ"ל, דאם הממע"ה הוא רק משום הסברא שאין משנים את המצב א"כ

(כלומר דמש"ה הרי זה נחשב שהחזקה היא כנגד עדים), או דכיון שהספק תמיד על שתי הכתות ביחד ליכא חזקה" (ועי' בחידושי הגרש"ש על כתובות בסי' כ"ו בד"ה אמנם וכו' שביאר את הסברא השני' באריכות יותר דהוי כבאו בבת אחת כי הספק נולד בשעת ההכחשה כשהיו שניהם יחד ואין זה דומה לשני שבילים היכא שבאו בזה אחר זה כי התם הספק נולד כשבאו לשאול ואז הרי הוא בא לבדו. ונראה שכן היא גם כוונת הקצה"ח בסוף סי' ל"ד שכתב שטעמו של רב חסדא הוא "משום התערובות שנתערב כשר בפסול דפסלינן לכולהו" כלומר דכיון שנתערב כשר בפסול והרי זה כבאו בבת אחת לא אזלינן בתר חזקה).

ומבואר ביתר דבריו שם שלפ"ז אע"פ שבב"ב שם הקרקע אינה בחזקת אחד מהם, אבל בכל זאת אתי שפיר למה סובר רב חסדא שלא מהני עדות אבהתא ואע"פ שאינם באים להוציא ממוחזק, דהא לפי הסברות הנ"ל יוצא שבשתי כתי עדים המכחישות זו את זו לא תוכל כת אחת להעיד בעדות אחרת אפילו לסייע להמוחזק.

עכשיו השני הוא המוחזק וגם את המצב הזה אין משנים, אבל אם הוא משום חזקה חיובית אז שפיר מוציאין מידו, ותמה שם על רב אשי בדף מ"ו דהא צריכים את הפסוק כדי לחדש את הדין של חזקה חיובית שיש במוחזק. וכתב שלפי רב אשי יוצא כפסקו של הרמב"ם שתקפו כהן אין מוציאין מידו. מיהו זה סותר את מה שכתב הפ"י שהרמב"ם פוסק שילפינן הממע"ה מקרא. וצ"ל שהרמב"ם סובר כהדרך שכתבנו שאין כוונת הפסוק לחדש חזקה חיובית אלא הכוונה היא לרבות שלא משנים את המצב א"כ יש עדים.

וע"ע בקו"ש על ב"ב באות קל"א שהקשה כהנ"ל דאמאי לא מודה רב חסדא בהציוור של אבהתא שתתקיים עדות אבהתא כיון דליכא מוחזק. ותי' שהתם הטעם הוא משום שעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, רק שלפי רב הונא לא אמרינן בהכחשה שעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. וע"ע בנוגע לדבריו בההערה על אות מ"ה.

מח) בא"ד (תירוצם הראשון על ר"ח).

וז"ל, ועוד י"ל דלרב חסדא נמי הוי חידוש מה שנפסלין ודאי, והא דחשיב להו סהדי שקרי בשתי כיתי עדים אינו אלא מספיקא וכו' עכ"ל. ולכאורה משמע שבתירוצם הראשון היו סבורים שרב חסדא פוסל בהכחשה בתורת ודאי ומש"ה נקטו שבאמת לפי רב חסדא ליכא בעדים זוממים שום חידוש בזה שהניזומין נפסלים. וצ"ע מה היא סברת הדבר לפסול בתורת ודאי.

ויש לבאר על פי דברי הרמב"ם בפ"ח מהל' יסודי התורה שמה שהאמינה התורה תמיד לשני עדים אין זה דבר של סברא אלא הרי זה בגדר גזירת הכתוב אבל מצד הסברא לא היינו צריכים להאמינם עיי"ש (ועי' בזה לעיל באות מ"ג בקטע "גם י"ל" ובקטע "ובדעת רבא"), דלפ"ז י"ל שסובר רב חסדא שבתרי ותרי מכיון שצריכים אנו להגיע להכרעת חזקת כשרות כדי להכשירו א"כ י"ל שבכה"ג לא נתנה לו התורה נאמנות (ועי' בההערה הראשונה על אות מ"ז), וממילא נשאר שאינו נאמן כלל.

ואולי יש לדייק כעין הנ"ל מדברי הרמב"ם בפ"ט מהל' עדות ה"ג, דעיי"ש

שכתב וז"ל, וכן הטומטום והאנדרוגינוס פסולים משום שהם ספק אשה וכל מי שהוא ספק פסול הרי הוא פסול וכו' עכ"ל, דלכאורה אפשר לפרש שכוונתו היא כעין הנ"ל, והיינו דכיון דהוי ספק, וצריכים להחמיר, א"כ מזה מתגלגל שפסלינן ל"י בתורת ודאי כי בכה"ג לא אמרה התורה את הגזירת הכתוב של נאמנות של עדים. מיהו מסוף דברי הרמב"ם שם נראה שכוונתו היא לפוסלו רק מספק וז"ל, שאין העד בא אלא להוציא ממון על פיו, ואין מוציאין ממון מספק, ואין עונשין מספק דין תורה עכ"ל. וכן נקט השער משפט בסי' ל"ד סקט"ו קרוב לסופו שכוונתו היא לפסול מספק (מיהו עיי"ש ברמב"ם שיש לדחות ולומר שלעולם ס"ל שהוא פסול בתורת ודאי, וכוונתו בסוף דבריו היא לומר שמכיון שהוא פסול בתורת ודאי א"כ יוצא שאין כאן עדים וממילא נשאר הדין שאין מוציאין ממון מספק. ברם נראה שדוחק מאד לומר שזוהי כוונתו).

וע"ע בריטב"א בשבועות דף מ"ז ע"ב בד"ה איתמר וכו' שכתב שטעמו של ר"ח הוא משום חומרא כדי לבער עדי שקר מן העולם, הרי שנותנים לו בודאות דין של עד שאמר שקר. מיהו הרי זה מדרבנן, וא"כ אכתי יוצא שמה שעד זומם נפסל למפרע מהתורה הרי זה בגדר חידוש, שהרי בהכחשה אינו כן אפילו לר"ח, וא"כ דרכם הראשון של תוס' אכתי צ"ע למה לפי ר"ח אין עד זומם נחשב בגדר חידוש. מיהו י"ל שתוס' בתירוצם הראשון סוברים כהר"י מיגש שטעמו של רב חסדא הוא משום דהוי תרתי דסתרי להכשיר את ב' הכתות ומש"ה פוסלים את שתיהן, אשר

לפי הטעם הזה גם להחזיק אינם נאמנים, א"נ ס"ל שאפילו להחזיק לא מהני משום דס"ל שגם ע"א לא מהני להחזיק ממון, וס"ל שחזקה לא עדיפא מע"א, וא"כ במה שפוסלים את הנזומים ליכא חידוש כי גם בהכחשה הרי הם נפסלים לכל.

מיהו גם זה ליתא כי גם לפי הסברות הנ"ל צריך לצאת שאם בדין תורה אחר יאמרו לא לזה כנגד עדים שאומרים לזה הרי הם מועילים לפטור את הלוח מספק כי כיון שהם ספק כשרים הרי יש ספק עדים נגד העדים שאומרים לזה ולא נוכל לסמוך על העדים שאומרים לזה. אבל עכ"פ לפי הסברות הנ"ל אם החפץ עומד באגם ובאים שנים אלו ואומרים של פלוני הוא לא יועילו כלום.

ברם י"ל דס"ל לתוס' בתירוצם הראשון שגם להוריד עדים אחרים לא יוכלו, כי כיון שאין להם נאמנות על עיקר המעשה, ואפילו לא נאמנות מספק להחזיק, שוב אין ב"ד שומעים אותם כלל, והיינו משום דליכא דין של קבלת עדות רק כדי לסתור עדים אחרים, אלא צריכים שיתקבלו על עצם המעשה ואז משתמשים בעדותן כהכחשה על עדים אחרים, וא"כ יוצא שהזומה אינה חידוש כי גם בהכחשה המוכחשים אינם מועילים לכלום.

וע"ע בספרי על קידושין פרק האומר באות ר"נ עוד דוגמא לענין זה והנני מעתיק את הדברים כאן:

"ובחמדת שלמה כאן, וכן בשו"ת חמדת שלמה בחלק אה"ע סי' נ"ו, השיג בדרך אחרת על תליית הש"ש, והיינו שאפילו אם נאמר שבע"א באיסורין מהני (חזרה ע"י אמתלא) אבל בכל זאת י"ל שבאב (האומר

על בתו שהיא אשת איש) לא מהני, והיינו משום שבשלמא ע"א באיסורין הרי הוא נאמן גם לאסור וגם להתיר, ומש"ה היכא שאסר הרי הוא שפיר יכול שוב להתיר ע"י נתינת אמתלא, אבל באב על בתו נהי שהתורה האמינה אותו לאסור, אבל להתיר אין לו נאמנות אלא הדר לדוכתי' הדין שאין דבר שבערוה פחות משנים, ומש"ה אינו נאמן לחזור בו ע"י אמתלא.

"מיהו עיין בדברי יחזקאל שם בד"ה וראיתי וכו' שהשיג על סברא זו שכתב החמדת שלמה דהא חזינן שהיכא שאמרה אשת איש אני (דנאמנת משום דשויה אנפשה חתיכה דאיסורא) הרי היא יכולה לחזור בה ע"י אמתלא אע"פ שאין לה כח נאמנות על הצד ההיפך. וכן היכא שעשה הודאת בעל דין בממון יש אומרים שהוא נאמן לחזור בו ע"י אמתלא אע"פ שאין לו נאמנות לומר את ההיפך."

מ"ט) בא"ד.

וז"ל, ואור"י דלא שייך מיגו אלא באדם אחד אבל בשני בני אדם לא שייך מיגו דאין דעת שניהם שוה ומה שירצה לטעון זה לא יטעון זה עכ"ל.

ע"י בזה בכללי מיגו להש"ך באות י"ט וכו', ובאורים ותומים כללי מיגו אות נ"א.

נ) בא"ד (למה) אין מאמינים את האחרונים במיגו).

א. מיגו במקום תרי ותרי.

וז"ל, ועוד נראה דקצת דמי האי מיגו למיגו במקום עדים וכו', (ועוד) דלא עדיף מיגו מעדים וכו' עכ"ל. הנה הכא יש

באמת עדים גם לצד המיגו, רק שתוס' ס"ל שלא אמרינן מיגו במקום תרי ותרי (ולכן כתבו תוס' רק שדמי קצת למיגו במקום עדים, כי כאן יש גם עדים לצד המיגו). ועי' בשו"ת רעק"א בסי' קל"ו בד"ה אולם וכו' ובקו"ש כאן באות מ"ט שביארו את סברות השאלה אם מהני מיגו במקום תו"ת או לא.

ב. בענין אם גרסינן בדבריהם "ועוד".

והנה גם בב"ב דף ל"א בריש ע"ב תירצו תוס' כדבריהם כאן. ומהמהרש"א שם משמע שלא ניחא לי' לגרוס ועוד, אבל התורת חיים כאן גריס שפיר ועוד, וגם ברשב"א בב"ב שם איתא ועוד, אלא שצריך ביאור מה הם שני התירוצים.

ונראה שבמה שכתבו תוס' שמיגו במקום עדים לא אמרינן, הרי הם באים לתרץ למה אינם נאמנים לומר לא לזה מכח הנאמנות של מיגו, ועל זה כתבו משום שמיגו במקום עדים לא אמרינן, ומה שכתבו ועוד דמיגו לא יוכל לסייעם יותר משני עדים וב' כמאה, זה בא לתרץ למה אינם נאמנים מכח עדים, דהיינו שהמיגו יוכיח שהם העדים האמתיים ושוב יהיו נאמנים בתורת עדות, ועל זה כתבו תוס' שמיגו אינו מועיל לסייע לעדותם יותר משני עדים ועוד שני עדים לא היו מועילים כי תרי כמאה, וכדברינו כאן בביאור שני התירוצים מתבאר מתוך לשון הרשב"א בב"ב עיי"ש.

ג. קושייתם בב"ב.

והנה תוס' בב"ב שם הוסיפו להעיר שה"ה שיש להאחרונים מיגו שהיו יכולים

להזים את הראשונים. ועיי"ש באות שכ"ט סק"ב מה שכתבנו על דבריהם.

ד. תירוצו של הגליון בכתובות על קושיית תוס' כאן.

וגם בכתובות דף י"ט ע"ב הקשו תוס' את קושייתם כאן, ובגליון שם איתא תי' נוסף בשם הת"י, ובהגהות פורת יוסף בסוף המס' בב"ב דף ל"א כתב כדברי הת"י כדי ליישב את קושיית תוס' שהקשו דיש להם מיגו שהיו יכולים להזימם, אבל מה שכתבו כן הת"י כדי ליישב את הקושיא שהיו יכולים לפוסלם בגזלנותא קשה, ואפרש דברי, דו"ל הת"י שם, א"נ הא דבתראי מהימני חידושא הוא דמאי חזית דסמכת אהני וכו' והלכך אין נאמנים במיגו שהיו יכולים לפוסלם בגזלנותא אלא כשהם אומרים כן בפירוש עכ"ל, ודבריהם תמוהים דהא להדיא מבואר בסוגיין שבפסלי בגזלנותא מה שהאחרונים נאמנים אין זה חידוש, אבל מה שתי' כן הפורת יוסף על הקושיא שיש להם מיגו שהיו יכולים להזימם אתי שפיר כי מה שהיו נאמנים אם היו מזימים אותם הרי זה שפיר נחשב בגדר חידוש.

ועכ"פ בנוגע לעיקר הסברא של תי' זה נראה לבאר דס"ל להת"י כהצד שחקר הקו"ש בחלק ב' סי' ג' שמיגו מהני מדין נאמנות, כלומר שנותנים לו את הנאמנות לא רק של הטענה שהוא טוען אלא נותנים לו את הנאמנות של כל הטענות שהי' יכול לטעון (אלא שלכאורה יש לתמוה דמהיכא תיתי לומר כן, אם לא שנאמר שהוא הלל"מ), דלפ"ז י"ל שהיכא שהנאמנות של הטענה השני' היא בגדר חידוש א"כ אין

לך בו אלא חידושו, דהיינו אם טען כן אבל כל עוד שלא טען כן אין נותנים לא את הכח של הטענה ההיא, אבל אם נאמר שמיגו מועיל משום בירור והוכחה, דהיינו שמהא שלא טען את הטענה השני' חזינן שהוא אומר אמת, א"כ גם כאן הרי קיימת הוכחה זו, דהא סו"ס הי' יכול לטעון את הטענה ההיא ולהיות נאמן. שו"ר בקו"ש שם באות ג' וד' שכתב את הביאור הנ"ל בדעת הר"ן בקידושין שכתב ג"כ כעיקר סברת הגליון שהיכא שהנאמנות של הטענה השני' היא בגדר חידוש לא אמרינן מיגו עיי"ש.

ובספרי על מסכת כתובות בחלק ב' אות י"ב בד"ה מיהו בחידושי הגרש"ש, וכן בד"ה והנה בשט"מ וכו', הבאתי עוד סברות שמיישבות את קושיית תוס' שיהיו האחרונים נאמנים במיגו. ועי' גם ברמב"ן בב"ב דף ל"א ע"ב ובקו"ש שם שביאר את דבריו.

ה. דברי הקו"ש כאן.

עי' לעיל בסק"ב שכתבנו שיש לפרש שקושיית תוס' היא שיהיו נאמנים מדין מיגו, וכן שיש לפרש שכוונתם היא להקשות שיהיו נאמנים מדין עדים דהיינו שהמיגו יוכיח שהם העדים האמתיים ושוב יהיו נאמנים בתורת עדים. ועי' בקו"ש כאן באות מ"ו שכתב וז"ל, וכן אין כוונתם (בקושייתם הנ"ל) להוצאת ממון בתרי ותרי, דהא מיגו להוציא לא אמרינן, וע"כ דקושייתם היא לפסול את העדים הראשונים ולזה מהני מיגו אף דלא מהניא להוצאת ממון עכ"ל, הרי שהוא מפרש שכוונתם היא להקשות שיועיל מדין מיגו,

דהיינו שהמיגו יועיל לפסול את העדים. מיהו לכאורה י"ל שכוונתם היא כהדרך שכתבנו דשאני הכא שהמיגו רק מכריע שהאחרונים הם האמתיים ושוב הרי אנו מוציאים את הממון בכח עדות. וצ"ל דס"ל להקו"ש שמכיון שאנו דנין כבר על הממון בב"ד, והרי אנו באים לפעול ע"י המיגו הרי זה נקרא שאנו מוציאים ע"י מיגו (וע"ע בדבריו בקובץ ביאורים על ב"ק באות נ"ח שהסיק שאין זה נקרא שמוציאין ע"י מיגו).

מיהו יש להוכיח ששפיר צריך מיגו להועיל בכה"ג, דעי' בכתובות דף י"ח דאמרינן שמכיון שיש חזקה שמלוה מידק דייק להחתיים עדים כשרים הרי אנו מכשירים את השטר וגובים את החוב מן הלוח, הרי שאע"פ שאין מוציאין ממון ע"י חזקה, אבל בכל זאת מהני חזקה להכשיר את השטר, ושוב הרי זה נקרא שמוציאין ע"י השטר אע"פ שכבר היינו דנין על הממון, וא"כ מאי שנא כאן.

ועיין בתוס' בב"ב דף ל"ב ע"ב בד"ה והלכתא וכו' שכתבו וז"ל, ובהכותב דאמר מיגו דיכלי למימר להד"ם יכלי למימר סיטראי ניהו אע"ג דמיגו להוציא לא אמרינן, שאני התם דאיכא שטרא עכ"ל. וגם שם יש לבאר שכוונתם היא שמהני המיגו להכשיר את השטר ושוב הרי הוא מוציא את הממון בכח השטר.

מיהו יש לחלק שגבי מלוה מידק דייק הרי החזקה אינה אומרת על הממון אלא רק שהעדים הם כשרים, ושוב הרי אנו מוציאים את הממון על פי השטר, אבל הכא, וכן בסיטראי, המיגו הוא ראי' על

אמתות דברי העדים והבע"ד, וא"כ י"ל שזה שפיר נקרא שמוציאין ממון ע"י מיגו. וע"י בקצה"ח בסי' ק"ג סק"ב בד"ה עוד שם וכו' עוד ביאור בדברי תוס' הנ"ל בב"ב בנוגע לסיטראי.

ו. עוד בדברי הקו"ש כאן.

ע"י בקו"ש באות מ"ו שכתב וז"ל, וע"כ דקושייתם היא לפסול את העדים הראשונים ולזה מהני מיגו אף דלא מהני להוצאת ממון, ומוכח מזה דחזקת ממון אלימא טפי מחזקת כשרות של העדים עכ"ל. פ"י משום שחזינן שמיגו עדיף מהחזקת כשרות של העדים אע"פ שאינו עדיף מחזקת ממון. מיהו לא הבנתי דבריו דהא אין מכאן שום ראי' שמיגו עדיף מחזקת כשרות דהא הכא גם לצד המיגו יש חזקת כשרות של העדים האחרונים, ויש לנו חזקה נגד חזקה והמיגו רק מכריע, ובחזקה כנגד חזקה שפיר מהני מיגו.

נא) בא"ד (בענין הפה שאסר).

וז"ל, והא דאמר בפ"ב דכתובות שנים חתומים על השטר ואמרו קטנים או אנוסים היינו וכו' אם אין כתב ידם יוצא ממקום אחר הרי אלו נאמנים (פ"י אע"פ דהוי נגד השטר שיש לו כח של עדים), הא לאו מיגו הוא שאין השטר מתקיים אלא על פיהם והפה שאסר הוא הפה שהתיר וכו' עכ"ל. הרי שסוברים תוס' כאן שהפה שאסר מהני נגד עדים.

והנה בענין למה מהני הפה שאסר נאמרו ג' סברות:

א', תוס' בפרק ב' דכתובות הזכירו בכמה

מקומות שהפה שאסר מהני מדין מיגו, דהיינו מיגו דאי בעי שתיק. ולפ"ז הדין נותן שלא יועיל נגד עדים כמו שכל מיגו אינו מועיל נגד עדים.

ב', הסברא שהזכיר רש"י על המשנה בדף י"ח שם דכי היכי דמהימנית לי' אהא הימני' נמי אהא, כלומר שכיון שמאמינים לו על תחילת דבריו ה"ה שצריכים להאמינו על סוף דבריו כיון שאין אנו יודעים אודות הריעותא אלא ממנו. וגם לפ"ז אינו בדין שיועיל נגד עדים כי סוף סוף א"א להאמינו על סוף דבריו נגד עדים. ג', ואם נרצה לומר שהפה שאסר מהני נגד עדים נצטרך לומר שיסוד הדין של הפה שאסר הוא שהרי זה כאילו לא אמר כלום כיון שהוא עצמו סילק את הריעותא שנתן לנו, וכגון היכא שאמרו כתב ידינו הוא זה אבל אנוסים היינו הרי זה כאילו לא אמרו בכלל כתב ידינו הוא זה, והרי אנו פוסלים את השטר משום שלא ידעינן בכלל שכתב ידם הוא זה, דלפי הדרך הזה שפיר י"ל שהפה שאסר מהני גם כשיש עדים נגד החלק השני של דבריו, כי הרי זה כאילו לא אמר בכלל כתב ידינו הוא זה, והרי אנו פוסלים את השטר משום שלא ידעינן בכלל שכתב ידם הוא זה. ובספרי על כתובות בחלק ב' הארכתי בסברות אלו באות ו' שם, וכן בספרי על בב"ב באות ש'.

נב) בא"ד.

וז"ל, ובשנים החתומים על השטר ומתו ובאו שנים מן השוק ואמרו קטנים או אנוסים או פסולי עדות היו דאמר התם דאי כתב ידם יוצא ממקום אחר אין נאמנים

פסולים (ועי' בחידושי הגרנ"ט בעמוד קל"ג). ועיין בספרי על כתובות בחלק ב' אות ג' שהארכתי בסכרא זו.

דף ע"ג ע"א

(נג) תד"ה משום פסידא דלקוחות.

וז"ל, י"מ דהא דחיישינן לפסידא דלקוחות היינו דוקא היכא דאיכא עדי מסירה דידעי שהשטר אמת, ואין נראה דא"כ איכא בינייהו טובא היכא דאין עדים אלא החתומים על השטר עכ"ל. הנה נראה שסברת הי"מ היא שאין כוונת הגמ' כאן שמחמת החשש של פסידא דלקוחות הרי אנו מאמינים לו על כל העדיות שהעיד עד עכשיו, כי סוף סוף הרי הוא חשוד לשקר מאז שהעיד, אלא שהיכא שידעינן שהדבר הוא אמת, רק דבעינן עדים לקיום הדבר, רק בזה הרי אנו מכשירים אותו למפרע, ולכן היכא שיש עדי מסירה ואנו יודעים שהדבר הוא אמת, רק דבעינן עדי חתימה לקיום הדבר, בזה שפיר מכשירים אותו. שו"ר בחידושי הר"ן בסנהדרין דף כ"ז ע"א בד"ה רבא נמי וכו' שהקשה כהנ"ל דאמאי לא חיישינן ששיקר בכל אותן עדיות וא"כ ניחוש לתקנת המוכרים. ותי' שהיינו משום

ההיא עדות, אבל הכא הרי עדותם שבתוך השטר יצא מהם באותה שעה גופא שאנו דנים עליהם אם היו כשרים או לא, באופן שיוצא שהם מכשירים את עצמם לא רק בהעבר אלא גם על גוף שעת ההגדת עדות שלהם, וא"כ הרי זה כמו פסלי בגזלנותא שהמכשירים מעידים על עצמם בהווה. ועי' בזה בספרי על כתובות בחלק ב' אות נ"ב.

אלא הווי תרי ותרי, צ"ל דפסולי עדות דקאמר היינו קרובים, דאי גזלנים, הוי אלו נאמנים אפילו היו בפנינו עכ"ל. וצ"ע דהא גם כשהם אומרים על עדי השטר שהם קרובים למה אין הם נאמנים משום דהוי כפסלי בגזלנותא. והנה תוס' בכתובות דף י"ט ע"ב כתבו דאיירי באופן שהם אומרים שפסולים היו ולבסוף נתכשרו באופן שמיקרי שההכחשה היא על העבר ולא על עכשיו, ומש"ה מכיון שאין זה נקרא שעדי השטר מכשירין את עצמם בהווה אין זה נקרא שהם מעידים על עצמם וממילא הרי הם שפיר יכולים להעיד ואין זה דומה לפסלי בגזלנותא, אבל תוס' כאן הרי לא כתבו שהפוסלים אמרו שעכשיו נתרחקו, ועוד דאילו כן ה"ה שאפשר לאוקמה באופן שאומרים שהיו גזלנים ושחזרו בתשובה*).

וי"ל שמה שהם אומרים שעדי השטר הרי הם קרובים להבעל דין אין זה נקרא שהם באים לחדש עליהם שם של פסולי עדות, והיינו משום שגם בלא"ה הרי הם בודאי הקרובים של מי שהוא בהעולם, באופן שממ"נ יש בהם פסול זה, וא"כ נמצא שבמה שהם מעידים שהם קרובים להבעל דין הזה לא מיקרי בכלל שהם מחדשים עליהם דין של פסול, אלא הרי זה נחשב רק גילוי מילתא בעלמא למי הם

(* ובאמת דברי תוס' שם צריכים ביאור רב משום שבשלמא באופן שב' עדים מכשירים את עצמם ואומרים עכשיו שלא היו פסולים באותה שעה, הרי זה שפיר מיקרי תרי ותרי ולא חשיב כמו הציור של פסלי בגזלנותא משום שמה שהם מכשירים את עצמם בהעבר לא חשיב שהם מעידים על עצמם אלא הרי זה מיקרי רק שהם מעידים על

שמצרפים את העובדא שהשדה נמצא כבר ביד הלוקח שני חזקה ולא ערער המוכר עד עכשיו דזה הוי ראי' קצת לצד הלוקח (אע"פ שלא עברו ג' שנים, וצ"ע ואכמ"ל).

וע"ע בענין פסידא דלקוחות בספרי על סנהדרין בפרק זה בורר אות ל"ט ואות מ'.

(נד) ואי סלקא דעתך למפרע הוא נפסל וכו' איגלאי מילתא למפרע דכי אסהידו אטביחה פסולין הוו.

הנה יש כאן כמה קושיות שיש להקשות על דברי הגמ' כאן ונסדרם אחת אחת.

א. דברי האפיקי ים.

א', מדברי הגמרא יוצא שלפי רבא שסובר שמכאן ולהבא הוא נפסל אתי שפיר למה הם משלמים להגנב עבור הטביחה. והקשה האפיקי ים בסי' כ"ב אות ז' דהא הגנב עצמו טוען ששקרו במה שהעידו שגנב, וא"כ לפי דבריו הרי היו פסולים להעיד בשעה שהעידו על הטביחה ופטורים מכאשר זמם, וא"כ יש כאן הודאת בעל דין מצדו שאינם חייבים לשלם לו כאשר זמם עבור הטביחה, וא"כ הדין נותן שיהיו פטורים. ותי' האפיקי ים דנהי שהגנב עושה הודאת בעל דין שהיו פסולים בשעת עדות הטביחה, אבל בכל זאת הרי ב"ד אינם פוסלים אותם למפרע אלא רק מכאן ולהבא, ומכיון שב"ד מכשירים אותם ואינם עושים כדברי הגנב אלא מחזיקים אותם ככשרים בשעת עדות הטביחה, א"כ שפיר יש כאן התנאי של

והנה עד שקר וגו', ומש"ה אין אנו הולכים אחרי הודאתו.

ב', הנה יש להקשות דמה בכך שלפי אביי אמרינן שלמפרע הוא נפסל, הלא העדים עצמם טוענים שלא שקרו בעדותן על הגניבה ושהיו שפיר כשרים בשעת עדות הטביחה, וא"כ לפי דבריהם הרי הם שפיר חייבים בכאשר זמם עבור הטביחה, וא"כ מצד הודאת בעל דין למה לא ישלמו תשלומי ג' עבור הטביחה, ואילו מקושיית הגמרא יוצא שלפי אביי הדין יוצא שישלמו רק תשלומי כפל עבור עדות הגניבה, כן הקשה האפיקי ים שם באות ה'.

וכתב וז"ל, אמנם זה לא קשה רק להטעם (שעדים פסולים פטורים מכאשר זמם) משום דלא קרינן בהו והנה עד שקר וגו', דבזה שפיר קשה, דהכא לדברי עצמם כשרים היו וקרינן בהו והנה עד שקר וגו' ונהימנינהו לחובתם, משא"כ אם נאמר הטעם משום דהוי גמר דין בטעות (ואין העדים נעשים זוממים עד שיגמר הדין על פיהם), לק"מ, דמאי מהני מאי דלדבריהם כשרים היו בשעת עדות טביחה, עכ"פ לוא ידעו ב"ד מהזמתם לא היו גומרינן הדין על פיהם ואכתי גמ"ד בטעות הי', ויהי' מזה סייעתא לטעם זה דהעיקר משום דהוי גמ"ד בטעות. ולכאורה היא ראי' נפלאה עכ"ל. ולקמן בהאות הבאה נאריך בצדדים אלו שהזכיר למה עדים פסולים פטורים מכאשר זמם.

ובסק"ט כתב שיש לדחות ראי' זו על פי הסברא שכתב לעיל (ושהבאנו בסק"א) לתרץ את הקושיא שהקשה על הנחת

נתנו לו תורת עד. וכנראה כוונתו היא לומר שבגלל כן החיוב שלהם לשלם כאשר זמם הרי הוא מהתורה. מיהו לכאורה אין זה מובן כיון שהם עדים רק מדרבנן.

והאפיקי ים שם באות ח' כתב להיפך מהקו"ש, והיינו שכתב שאע"פ שהאמינו חכמים עד"ז למפרע משום תקנת לקוחות אבל אין זה בתורת עדות דהא חזינן שאינם כשרים לכל דבר, דהא לנפשות ולאסור אשה על בעלה ולענין גיטין וקידושין הרי הם פסולים כמש"כ תוס' כאן, וא"כ אפילו כשהאמינו אותם אין זה בתורת עדות, אלא הרי הם דומים לקיבל עליו קרוב או פסול וכן לפסולי עדות שנאמנים בעדות אשה לומר שמת בעלה, דאין בהני גווני דין הזמה או שבועת העדות משום שאינם נאמנים בתורת עדות וכמש"כ רעק"א בתשובה קע"ט. ועל פי דבריו הנ"ל כתב שם האפיקי ים שאה"נ לפי הלשון של פסידא דלקוחות הקושיא קשה גם על רבא למה הם משלמים על הטביחה הלא איגלאי מילתא למפרע שהיו אז פסולים ומה שהאמינוהו רבנן עד עכשיו אין זה בתורת עדות וא"כ אפילו מדרבנן לא קרינן ביה והנה עד שקר העד וכהנ"ל.

ב. דברי השט"מ בשם הרר' ישעי'.

עיין בשט"מ בד"ה ואי סלקא דעתך וכו' שכתב בשם הרר' ישעי' וז"ל, משמע להא דפרישנא לעיל דאף רבא מודה דלמפרע הוא נפסל לענין אפוקי ממונא (כלומר לפי רב חסדא וכמו שביארו תוס' לעיל) הוי מצוי לאותובי מהא אף לרבא דהכא לאפוקי ממונא עכ"ל. פי' שגם לרבא קשה דהא איגלאי שבשעה שהעידו על הטביחה היו

הגמרא לפי רבא, דגם כאן י"ל שלא איכפת לן במה שהעדים מודים שהיו כשרים בשעת הגדת עדות הטביחה, דכיון שב"ד אינם מקבלים את הודאתם אלא פוסקים שהיו פסולים למפרע, א"כ שוב לא מהני הודאתם אפילו לגבי דידהו, כי כיון שב"ד פוסקים שהם פסולים א"כ למעשה הרי הם פסולים ולא קרינן בהו והנה עד וגו', ואע"פ שלפי דבריהם כשרים היו, אבל בכל זאת א"א לחייבם כיון שסוף סוף אנו פוסקים שאינם בגדר עד, והעיקר הוא אם ב"ד מחזיקים אותם לעדים או לא, וא"כ הכא הרי אין ב"ד מחזיקים אותם לעדים.

ובסק"י שם תי' עוד שא"א לחייבם על פי הודאתם שבשעת עדות הטביחה היו כשרים כי הרי זה נקרא מודה בקנס ומרשיע את עצמו (אע"פ שהודאתם באה מכח כפירה דהיינו מכח מה שכפרו ואמרו שאינם חייבים בכאשר זמם על עדות הגניבה).

ג', הנה לכאורה גם על רבא קשה לפי הלשון של פסידא דלקוחות, שהרי לפי הלשון הזה יוצא שגם רבא מודה שלמפרע הוא נפסל, רק שרבנן הכשירו את העדות מדרבנן, אבל מן התורה הרי הוא פסול, וא"כ גם לפי רבא קשה למה הם משלמים על הטביחה הלא היו אז פסולים מן התורה. ותי' הקו"ש באות נ"ב בסופו שבכל זאת הלא מדרבנן הועילה עדותן של טביחה, וא"כ ה"ה שהם חייבים בכאשר זמם מדרבנן, ומה שהם משלמים על הטביחה הרי זה באמת רק מדרבנן. ועוד תי' בתוך דבריו לעיל שם שמה שרבנן הכשירו אותו, הגדר של זה הוא שרבנן

מוכחים וספק פסולים ולא הועילה עדותן להוציא קנס מהגנב. מיהו לכאורה יש לדחות שהגמרא כאן אזלא כרב הונא וכן מסקינן בב"ב שם שי"ל שרבא סובר כרב הונא. וע"ע באות מ"ו.

ג. קושיית הגר"ח.

הקו"ש באות נ"ג הביא שהקשה הגר"ח שגם לפי רבא יש להקשות מהמשנה ואפילו לפי הלשון של עד"ז חידוש הוא, והיינו משום שגם לפי הלשון הזה הרי הם לכה"פ בגדר ספק פסולים למפרע, ואם כלפי שמיא גליא שהעידו שקר הרי הם נפסלים מאז שהעידו (דהא אין צריכים עדים לקיום הדבר כדי לפוסלם), וא"כ איך שייך לחייבם לשלם גם על הגניבה וגם על הטביחה, הלא ממ"נ לפי הצד שהעידו אמת על הגניבה, אז הרי הם פטורים מלשלם עבור הגניבה, ולפי הצד שהעידו שקר על הגניבה, הלא כבר נפסלו והיו פסולים בשעת עדות הטביחה. ועיי"ש בתירוצו של הקו"ש.

נה) איגלאי מילתא למפרע דכי אסהידו אטביחה פסולין הוו.

עיינן בשט"מ בשם הרמ"ה שכתב בזה"ל, ושמעינן משמעתינ דעד"ז דחייבינהו רחמנא תשלומין, אי איתברר דמקמי דאסהידו לה להיא סהדותא הוו פסולי מעיקרא, לא מחייבי תשלומין עכ"ל. ועיינן בקו"ש באות נ"א שחקר באם הרי זה משום שחסר בכה"ג התנאי של גמ"ד, דהא אין העדים נעשים זוממין עד שיגמור הדין על פיהם, ומכיון שהעדים היו פסולים

אין כאן גמר דין, או האם זה משום שצריכים שיהי' בגדר גברא של עד כשר וכדכתיב והנה עד שקר העד. ונפ"מ בין שני הצדדים הוא בצירור שפסולים נאמנים, וכגון היכא שהעידו שמת בעלה של אשה כדי לגבות לה את כתובתה, דלפי הצד שאין הזמה משום שחסר בהשם עד א"כ גם בכה"ג הרי אינו בגדר עד, אבל לפי הצד שהוא משום שאין גומרין את הדין על פיו א"כ בכה"ג הרי שפיר גומרין את הדין על פיו. והביא שרעק"א בתשובה קע"ט עמד על זה והוכיח שם רעק"א מהגמ' בשבועות שאפילו היכא שפסולים נאמנים וכגון בעדות אשה אין נוהג הדין של שבועת העדות בעד פסול, וכתב רעק"א דהיינו משום שאין עליהם שם של עד ולשבועת העדות בעינן שני תנאים, חדא שיהי' עליו שם של עד וכדכתיב בפרשת שבועת העדות והוא עד, ב', שתועיל עדותו, ואפילו אם עדותו מועלת אבל אם אין עליו שם של עד אינו בשבועת העדות, וכתב רעק"א שה"ה שמהאי טעמא אינו בתורת הזמה וכן אינו עובר בלא תענה ברעך עד שקר כיון שאין עליו שם של עד. וכתב עוד רעק"א שה"ה שמהאי טעמא גם אם קיבל עליו קרוב או פסול אינו בשבועת העדות או בכאשר זמם (אף שנגמר הדין על פיהם), והיינו משום שלא קרינן בהו שם עד, וכן אם קיבל עליו עד אחד כשר כשנים אינו בדין שבועת העדות וכן לא בדין כאשר זמם.

ולעיל באות מ"ז כתב הקו"ש עוד נפ"מ, והיינו על פי מש"כ תוס' שגם רב חסדא מודה שמועלת העדות של המוכחים כדי להחזיק, דיש לחקור אם יתחייבו בכה"ג

התנאי של גמ"ד, אלא מכיון שלא יהי' כאן גמ"ד הרי חסר גם התנאי של זמם לעשות.

נו) תוס' ד"ה שהעידו בכת אחת והוזמו.

וז"ל, דכיון שהעידו בב"א ליכא למימר בשעת עדות טביחה פסולים היו אע"ג דלמפרע הוא נפסל דכיון שהעידו בב"א כשרים היו כשהעידו על הטביחה כיון שהיו יכולים לחזור בהם על העדות של גניבה דתכ"ד הוה עכ"ל. וכן נראית גם כוונת רש"י כאן.

והנה יש לעיין דהיכי איירי, דאם איירי באופן שהעידו בב"א שגנב וטבח א"כ למה כתבו תוס' שהי' כשר בשעת עדות הטביחה רק משום שהוא יכול לחזור עד סוף תכ"ד של עדות הגניבה, הלא דיני קנסות בעו דרישה וחקירה גם אחרי התקנה שדיני ממונות לא בעו דו"ח וכמו שמבואר בסנהדרין דף ל"ב ע"ב, ומבואר שם בתוס' בשם התוספתא שיכולים העדים לחזור בהם עד סוף הדו"ח, וא"כ יוצא שהם יכולים לחזור מעדות הגניבה גם לאחר תכ"ד מעת שהעידו אותה והיינו משום שעוד לא נגמרה העדות עד הדו"ח, ואינו משום הדין של תכ"ד.

ואין לומר שכוונת תוס' היא להיכא שהעידו קודם על הגניבה, ודרשו וחקרו אותם על זה, ושוב העידו על הטביחה בתכ"ד של הדו"ח על הגניבה, וכוונת תוס' היא שהם יכולים לחזור בהם עד עבור כדי דיבור מסוף הדו"ח של עדות הגניבה, דזה אינו, כי אם חיכו עד סוף הדו"ח לפני שהעידו על הטביחה א"כ לכאורה חיכו גם

בכאשר זמם, ותלה את הדבר בהנ"ל, דאם הטעם למה פסולים פטורים מכאשר זמם הרי זה משום שלא נגמר הדין על פיהם א"כ בכה"ג הרי שפיר נגמר הדין על פיהם, אבל לפי הטעם שחסר בהשם של עד א"כ גם בכה"ג א"א להוציא מהם את הקנס של כאשר זמם דהא ספק הוא אם הם בגדר עד.

ועיין גם באפיקי ים בסי' כ"ב שחקר כהנ"ל. ובסק"ג הביא שהבית מאיר והנחל יצחק כתבו משום שחסר התנאי של גמר דין, ודלא כרעק"א שכתב משום שאין עליו שם של עד. ובסקי"א הוכיח מדברי הרמב"ם בפ"כ מהל' עדות ה"א שעדים פסולים עוברים בלא תענה אם שקרו (דלכן כתב הרמב"ם שם שאם נמצאו זוממין הרי הם נפסלין לכל עדיות שבתורה [רק שאין בהם חיוב של כאשר זמם]), וא"כ מוכח שלא בעינן ללא תענה שם של עד אע"פ שכתוב בתוך הפסוק "עד", וא"כ ה"ה שגם להזמה לא בעינן שם של עד, אלא הטעם למה אין עדים פסולים נענשים בעונש כאשר זמם הרי זה משום שחסר התנאי של גמר דין. ובסקי"ב הביא שהב"י בסי' ל"ח כתב שהטעם הוא משום שחסר גמר דין.

והנה עיין בשט"מ בסד"ה וכתב הרמ"ה דאיתא שצריכים שיהיו העדים כשרים כי אז קרינן כאן ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו, כלומר והיכא שהם פסולים אין כאן ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו כי אין זה נקרא שזמם לעשות כיון שהפסק דין יהי' פסול. וזהו כהדרך שהם פטורים משום שחסר התנאי של גמר דין, רק בביאור יותר, והיינו שלא רק שחסר

נז) כגון שהעידו בכת אחת והוזמו.

א. פירושם של רש"י ותוס' שעד"ז נפסל רק לאחר כדי דיבור.

פירש"י וז"ל, דכיון שהעידו בב"א ליכא למימר שבשעת עדות טביחה פסולין הוו ואפילו אם אמרינן למפרע נפסל דהא תכ"ד הוה וכו' עכ"ל. ובתוס' ביארו את הדבר יותר וז"ל, דכיון שהעידו בב"א ליכא למימר בשעת עדות טביחה פסולין היו אע"ג דלמפרע הוא נפסל דכיון שהעידו בב"א כשרים היו כשהעידו על הטביחה כיון שהיו יכולים לחזור בהם על העדות של גניבה דתכ"ד הוה עכ"ל.

מיהו בשט"מ בד"ה ונראה וכו' הובא בשם הרשב"ם פירוש אחר על דברי הגמרא וז"ל, ורשב"ם פי' דמיירי שהעידו תחילה פלוני טבח בהמה שאבד פלוני שהי' לה סימנין כך וכך, ולאחר (זמן) אמרו הן עצמן שגנבה, דהשתא בעדות גניבה הן מחייבין דו"ח, והיינו העידו בב"א שנתחייבו בעדות אחת על הכל, וכי הוזמו על הגניבה לבדה הוזמו על הכל הלכך משלמים הכל עכ"ל.

ובחידושי הגרש"ש על כתובות בסי' כ"ד אות ב' כתב עוד דרך לבאר את דברי הגמרא אפילו אם נאמר ששפיר נפסלין העדים מיד בשעה שהעידו על הגניבה ולא רק כעבור תכ"ד אחרי כן וז"ל, אף דכל עובר עבירה יופסל בשעת המעשה, וכמו

עד סוף הבדיקות שהן באות אחרי החקירות, והרי יתכן שיכולים העדים לחזור בהם רק עד סוף החקירות ולא עד סוף הבדיקות, וא"כ יוצא שכשהעידו על הטביחה כבר לא היו יכולים לחזור מעדות הגניבה*).

מיהו י"ל שאיירי באופן שהעידו את עדות הטביחה מיד לאחר שהעידו שגנב, ובכל זאת שפיר כתבו תוס' שהם יכולים לחזור רק תכ"ד, והיינו משום שבתוך עדותן של גניבה נכללת גם עדות על החיוב של קרן שהוא בגדר ממון ולא קנס ועדות זו הרי לא בעיא דו"ח, וא"כ שפיר יוצא שמיד בכלות תכ"ד מההגדה שוב אינם יכולים לחזור.

מיהו עדיין לא הבנתי את דברי תוס' (ורש"י), כי להעיד על טביחה לוקח מן הסתם יותר מכדי דיבור, ואפילו אם נאמר שהעידו ע"י מלה אחת, דהיינו שאמרו טבח, אבל בכל זאת הרי הדרישה וחקירה על הטביחה בודאי לוקח יותר מכדי דיבור, וגם אז הרי הם צריכים להיות עדים כשרים.

מיהו עי' בספרי על סנהדרין באות ר"י שחקרתי שאולי הדו"ח אינה חלק מההגדת עדות, אלא רק גוף העובדא הרי היא ההגדת עדות, רק שאין ב"ד מקבלים את ההגדת עדות עד שיעשו דו"ח, ואם שקרו בהדו"ח אינם עוברים על לא תענה, וא"כ לפ"ז ה"ה שלא איכפת לן אם נפסלו אז.

לבדקות כיון שאפילו אם יכחישו זה את זה אכתי תהי' העדות כשירה, ואכמ"ל בזה.

* מיהו יתכן שבדיני קנסות אין עושים בדיקות לפי נהרדעי בסנהדרין דף ל"א שסוברים שהכחשה בבדיקות כשירה בדיני ממונות כי אין תכלית

כן העדים שמעידים שקר, מ"מ כשהעידו בב"א על הגניבה והטביחה והוזמו על הטביחה, משלמים אם הוזמו אח"כ על הגניבה, אף דפסולים היו אז בשעת עדות הטביחה, מ"מ כיון דתוכ"ד חשיב הכל כהגדה אחת והרי פסולם הוא ע"י הגדה זו וחשבינן בזה כאשר זמם לעשות לאחיו, ולא דמי לפסול אחר שלא מחמת הגדה עכ"ל.

והנה תוס' לעיל הביאו את הסוגיא בב"ב דקאמר רב נחמן אוקי אכילה לבהדי אכילה ואוקי ארעא בחזקת אהבתא. והקשה הרשב"א שם איך קי"ל כרב נחמן הלא קי"ל כאביי כאן שסובר שעד זומם למפרע הוא נפסל, וא"כ מכיון שהוכחש על עדות האכילה, והרי הוא נפסל מספק למפרע, א"כ ה"ה שתיבטל עדות אבהתא. ותי' וז"ל, וי"ל דשאני עדים זוממין דהן גופא נפסלין מכאן ולהבא לכו"ע ואפילו למפרע לאביי, אבל עדי הכחשה כשרין הן אפילו מכאן ולהבא וזו באה בפני עצמה ומעידה וזו באה בפני עצמה ומעידה הלכך על אכילה דאיתכחוש איתכחוש על אבהתא דלא איתכחוש לא איתכחוש עכ"ל. ומבואר מדבריו שלא שייך לומר שתבטל כל העדות אלא באופן שנפסל הגברא כגון בעדות גניבה וטביחה לקמן בסוגיין שע"י שהוזמו על הטביחה נפסל הגברא למפרע בשעת עדות הטביחה, ומש"ה בטלה נמי

העדות של גניבה שהעיד לפני זה בתכ"ד, אבל בהכחשה לפי רב הונא לא מיפסל הגברא*.) ולכאורה מוכח שהרשב"א אינו סובר כדרכם של רש"י ותוס' הנ"ל בסוגיין, דהא לפי שיטתו לא מתוקמי דברי רש"י ותוס', כי לפי רש"י ותוס' בצירוף שיטת הרשב"א צריך לצאת שכשהוזם על הטביחה לא נגיד עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כדי לבטל את עדות הגניבה, דהא אע"פ שלמפרע הוא נפסל אבל הלא לא נפסל הגברא בשעה שהעיד את העדות של טביחה אלא רק תכ"ד אחרי זה, וא"כ אכתי לא היינו צריכים לומר שמתבטלת עדות הגניבה.

ב. דברי הקו"ש.

מיהו עיין בקו"ש על ב"ב באות קט"ו דמשמע קצת בתוך דבריו תירוץ על זה, דעיי"ש שכתב וז"ל, אלא דלא אמרינן בטלה מקצתה וכו' רק היכא שהביטול גורם לפסול העד כמש"כ הרשב"א לר"ג לחלק בין הכחשה להזמה לענין בטלה מקצתה משום שע"י הזמה נפסל העד ועל ידי הכחשה לא נפסל וכו' עכ"ל, ומשמע קצת שכדי לומר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה לא בעינן שהגברא יהי' כבר פסול בשעת המקצת עדות שהוזם, אלא סגי בזה שההזמה גורמת לפסול את העד אפילו אם הוא נפסל באמת לאחר כדי

* ובטעם הדבר למה להצריך שיפסל הגברא כתב האחיעזר בחלק ב' סי' כ"ה באות ה' בזה"ל, דלאביי דס"ל דפסול למפרע, שייך שפיר ענין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, דנתבטלה משום פסול שנפסלו העדים, וכיון

שנפסלו העדים בתכ"ד נתבטלה כל העדות כגדר נמצא אחד מן העדים קרוב או פסול, וכמו שמשוה הראב"ד והרא"ש (בפ"ק דמכות סי' י"ג וי"ד) גדר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה לדין קרוב או פסול עכ"ל.

דיבור***) (אבל לא סגי אם הוא נפסל רק משעת ההזמה ואילך וכמו שסובר רבא).

ג. דברי האחייעזר.

והאחייעזר בחלק ב' סי' כ"ה אות ה' בד"ה והנה וכו' כתב דרך אחרת למה הרשב"א יוכל לסבור כדברי רש"י ותוס' לעיל, והיינו משום שנהי שלפי רש"י ותוס' יוצא שאינו נפסל עבור עדות הטביחה אלא לאחר כ"ד מעדות הטביחה, אבל הלא באמת גם העדות של גניבה אינה חלה עד לאחר כלות תכ"ד, באופן שאכתי יוצא שהעדויות של גניבה חלה בתכ"ד של פסול הגברא על עדות הטביחה ומש"ה שפיר אמרינן בטלה כולה.

ד. דברי הגרש"ש.

וע"ע בחידושי הגרש"ש על כתובות בסי' כ"ד סק"ב שהוכיח מתוס' בב"ב דף מ"א דלא כתוס' בסוגיין, אלא ששפיר מיקרי שנפסל העד המשקר בשעת הגדתו, ולא רק בתכ"ד אחרי זה, דעיי"ש שהובאה בגמ' הדעה שאם ב' אומרים שלוח מנה וב' אומרים שלוח מאתיים הרי הוא חייב מנה כי כולם מעידים על מנה, והקשו תוס' שם דהא כיון ששנים מהם שקרנים הרי זה ציור של נמצא א' מהם קרוב או פסול וא"כ כולם צריכים להיות פסולים, ואילו לפי רש"י ותוס' כאן הרי לא נפסל השקרן אלא לאחר שעבר כדיבור מהעדויות וא"כ

נמצא שבשעה שדיברו (אלו מנה ואלו מאתיים) לא היו שם עדים פסולים אלא כולם היו כשרים.

ועוד הביא שם שכבר דנו בזה הקצה"ח והנתייה"מ בסי' נ"ב.

ועוד הוכיח הגרש"ש ששפיר מיפסל משעת ההגדה ולא רק לאחר שעבר תכ"ד מקושיית הר"ן שהקשה על הציור של עד אחד אומר נתגרשה ועד אחד אומר לא נתגרשה דאסורה משום שמדברי שניהם אנו למדים שהיתה אשת איש באופן שיש כאן ב' עדים שהיתה אשת איש ורק עד אחד שאומר שנתגרשה, והקשה הר"ן דאמאי מיקרי שיש כאן ב' עדים שהיתה אשת איש הלא אחד מהם הוא פסול ואפילו רב הונא מודה שאחד מכת זו ואחד מכת זו לא מהני, ודייק הגרש"ש דחזינן שלא הקשה הר"ן שמפסל העדות של אשת איש משום הדין של בטלה מקצתה בטלה כולה (שהרי נתבטלה ההגדה של אחד מהם בנוגע להגירושין), אלא הקשה שתהי' פסולה מחמת הדין של אחד מכת זו ואחד מכת זו דהיינו שאחד מהעדים פסול הוא בפסול גברא, וא"כ מוכח דס"ל להר"ן שהמעיד עדות שקר נפסל באותה שעה ממש ולא רק לאחר תכ"ד, דהא אם הוא נפסל הוא רק לאחר תכ"ד א"כ יוצא ששפיר יש לנו שני עדים כשרים שמעידים שהיתה אשת איש, ולכל היותר יש להקשות רק שנגיד

כולה, דלכאורה אין חילוק בין ר"ה ור"ח לענין כשרות העד אלא לדברי שניהם הרי העדים ספק כשרים ספק פסולים, רק שר"ה אזיל בתר החזקת כשרות שלהם לענין עדיות אחרות.

* גם הקשה הקו"ש על מה שמבואר בתוך הסוגיא שם (וכן בדברי הרשב"א) שרק לפי רב הונא לא אמרינן בהכחשה בטלה כולה משום שלא נפסל העד, אבל לפי רב חסדא שפיר אמרינן בטלה

שהגדה שבטלה מקצתה בטלה כולה. ועיין באמת במחנה אפרים בהל' עדות בסי' ו' שתי' את קושיית הר"ן על הדרך הנ"ל, והיינו שלא שייך כאן פסול גברא כיון שאין השקן נפסל אלא לאחר שעבר כדי דיבור וכרש"י ותוס' בסוגיין, וגם לא אמרינן בכה"ג שהגדה שבטלה מקצתה בטלה כולה משום שקי"ל כרב הונא בהכחשה ולדידי' לא שייך לומר שהכחשה שבטלה מקצתה בטלה כולה משום שלא מיקרי בכלל בגדר הגדה שהיא ספק פסולה וכמו שנבאר לקמן בהאות הבאה.

מיהו לפי דברי האחיעזר הנ"ל יוצא ששפיר שייך פסול גברא כי נהי שלא נפסל השקן עד שעבר זמן של כדי דיבור מעדותו, אבל הלא גם מה שנכלל בתוך דבריו שלוח מנה או שהיתה אשת איש אינו חל עד אז וכמש"כ האחיעזר לענין העדות של גניבה*).

נח) רבי יוסי סבר למפרע הוא נפסל (בענין למה אם הוזמה עדות הטביחה מתבטלת עדות הגניבה).

א. דברי המהרש"א.

עיין בגמרא דאמרינן רבי יוסי סבר למפרע הוא נפסל, וכיון דמיד כי אסהידו הוא דמיפסלי, כי איתזמו להו אטביחה איתזמו להו נמי אגניבה, דהא תוך כדי דיבור כדיבור דמי. ופירש"י וז"ל, האי

איתזמו לאו דוקא הזמה דוקא נקט לשלם ממון, אלא איפסלו להו אגניבה משום פסול עדות עכ"ל. ומלשונו נראה שהם נחשבים פסולים בגופם בשעת הגדת העדות של גניבה. וכבר תמה המהרש"א על

זה, דהא באותה שעה עדיין לא היו פסולים, והרי לעיל בגמרא אמרינן עוד יותר מזה והיינו שאם הוזמו על הגניבה הרי הם עדיין נחשבים כשרים בגופם בשעת עדות הטביחה וכמו שפירשו רש"י ותוס' שם, וא"כ איך יתכן לומר שאם הוזמו על הטביחה הרי הם נחשבים פסולים בגופם בשעת עדות הגניבה. והסיק המהרש"א דלא כרש"י אלא שהטעם שבטלה עדות הגניבה הרי זה משום שהגדה שבטלה מקצתה בטלה כולה (משא"כ לעיל כשהוזמו על הגניבה נהי שבטלה גם עדות הטביחה אבל אכתי מהני הזמה על הטביחה כי הכחשה היא תחילת הזמה). וכתב המהרש"א שכן מוכיחין דברי תוס' (דעיין בלשונם שכתבו שאם הוזמו על הטביחה הרי הם מוכחשים על הגניבה) עכ"ד המהרש"א. אלא שמעתה צריכים לבאר למה אמרינן בטלה כולה רק לפי אב"י ולא לפי רבא וכמו שמבואר בגמרא שרק לפי אב"י אתי שפיר למה נתבטלה עדות הגניבה.

ב. דברי האחיעזר.

והאחיעזר בחלק ב' סי' כ"ה אות ה' ביאר דהיינו משום שלא אמרינן בטלה

עד לאחר תוך כדי דיבור מהעדות כיון שהעדות אינה חלה עד שיעבור תוך כדי דיבור.

* והרי אנו נוקטים בזה כדברי העמודי אור, הובא להלן באות ס"א, דבעינן שהגברא ישאר כשר

מקצתה בטלה כולה אלא א"כ נפסל הגברא בשעה שבטלה מקצת ההגדה (דמשוינן את הדין של הגדה שבטלה מקצתה להדין של נמצא א' מהן קרוב או פסול דאיירי כשיש פסול בהגברא, והבאתי את לשונו בההערה על האות הקודמת), וא"כ לפי אביי שפיר אמרינן בטלה כולה כיון שהגברא נפסל למפרע, אבל לפי רבא שאין העד נפסל למפרע א"כ אע"פ שההגדה מתבטלת למפרע אבל בכל זאת לא אמרינן שהגדה שבטלה מקצתה בטלה כולה. ועוד ר"ל שם שבאמת גם כוונת רש"י היא להגדה שבטלה מקצתה בטלה כולה, ודלא כהבנת המהרש"א בדברי רש"י, אלא כוונת רש"י היא לומר שהעדות של גניבה מתבטלת מחמת הדין של בטלה מקצתה בטלה כולה כיון שיש פסול עדות בהגברא בשעת עדות הטביחה. ובאמת מרש"י בריש ע"ב משמע כביאורו של האחיעזר בדבריו דעיי"ש שכתב שאם תכ"ד לאו כדיבור דמי אז לא אתכחש אידך, דמזה משמע שאם תכ"ד כדיבור דמי אז שפיר אתכחש, כלומר שההגדה השני' נפסלת אבל לא שהגברא נפסל בשעה שהגיד אותה. ועוד הביא האחיעזר שהרשב"א בכ"ב כתב כדרך זה שלא אמרינן בטלה מקצתה בטלה כולה אלא"כ נפסל הגברא. וכבר הבאנו את דברי הרשב"א בהאות הקודמת וביארנו אם אפשר לומר לפי דבריו כדברי רש"י ותוס' לעיל שבאמת העד נפסל רק לאחר תכ"ד אחרי העדות של טביחה, אבל בשעת הגדת

עדות הטביחה עדיין אינו פסול וגם הבאנו את דברי האחיעזר בזה. והנה הרשב"א בדבריו הנ"ל בא ליישב את הסוגיא בכ"ב שהביאו תוס' לעיל דאמר שם רב נחמן אוקי אכילה לבהדי אכילה ואוקי ארעא בחזקת אבהתא, והקשה הרשב"א דאיך קי"ל כר"נ שם הלא קי"ל שלמפרע הוא נפסל וא"כ מכיון שיש כאן פסול משעת עדות אכילה בדין הוא שתיבטל גם העדות של אבהתא משום שעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. ות' הרשב"א כהנ"ל דשאני התם דלא נפסל הגברא לפי רב הונא שסובר שבהכחשה זו באה בפני עצמה ומעידה וזו באה בפני עצמה ומעידה*).

ועי' בנתיה"מ בסי' נ"ב שהביא מהמהרי"ט שהוכיח מסוגיא דידן שהעד נפסל מיד בשעת ההגדה דאל"כ נהי שנפסלו למפרע על הגדת הטביחה אבל למה מתבטלת משום כך עדות הגניבה, וא"כ בע"כ צ"ל שהם נפסלין למפרע בשעת עדות הטביחה ומש"ה חשיבי פסולי' גם בשעת עדות הגניבה כיון שנאמרה תוך כדי דיבור לפני עדות הטביחה, והקשה הנתיה"מ דאולי אין כוונת הגמ' כאן משום שהם נחשבים פסולים בגופם בשעת עדות הגניבה אלא משום שעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה (ודלא כהרשב"א שצריכים לזה שיהיו פסולים בגופם), והעיר הקצה"ח במשובב נתיבות שמהסוגיא כאן לא משמע כן,

* ועי' בקו"ש שם באות קט"ו שהעיר שלכאורה אין חילוק בזה בין רב הונא לרב חסדא אלא לפי שניהם הרי העדים ספק פסולים, רק שרב הונא

סובר שלענין עדיות אחרות סמכינן על החזקת כשרות שלו ואילו רב חסדא סובר שאין סומכין על החזקת כשרות.

והקצה"ח עצמו כתב שאפילו אם הם נפסלים בגופם רק תכ"ד אחרי העדות הטביחה אבל י"ל שהם נחשבים כבר חשודים לשקר גם על עדות הגניבה.

ג. ביאור אחר בענין למה מתבטלת עדות הגניבה.

והנה לכאורה הי' אפשר לומר ביאור אחר בסוגיא דידן, והיינו שלעולם אין העד נפסל אלא לאחר תכ"ד וכדברי רש"י ותוס' לעיל, ובכל זאת אתי שפיר למה אם הוזמו על הטביחה נתבטלה גם העדות של גניבה, והיינו משום שעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה אמרינן גם כשלא נפסל הגברא, רק שלא אמרינן כן אלא לפי אביי כי לפי אביי נתבטלה מיהא ההגדה למפרע, אבל לפי רבא אפילו ההגדה לא מתבטלת למפרע אלא רק מכאן ולהבא. ובאמת כן נראית כוונת השט"מ כאן בשם תלמידי הר"פ בד"ה רבי יוסי וכו'. מיהו האחיעזר שם לא סבל דרך זה, אלא כתב שבודאי גם לפי רבא מתבטלת ההגדה למפרע, וביאר את כוונת השט"מ כהדרך שכתב הוא שהחילוק הוא שלפי אביי נפסל הגברא למפרע משא"כ לפי רבא.

ד. דברי הרשב"א והריטב"א בב"ב, והמחנה אפרים בהל' עדות.

ברם באמת מגוף דברי הרשב"א בב"ב שם מוכח ששפיר יש אפשרות לומר כהדרך הנ"ל, שהרי חזינן שהרשב"א הקשה שמכיון דקי"ל שלמפרע הוא נפסל איך קי"ל כר"נ שנשאת העדות של אבהתא בכשרותה, ותי' הרשב"א משום שאין שם פסול גברא, שהרי זו באה בפ"ע ומעידה וזו באה בפ"ע ומעידה, וא"כ חזינן

שלפני התירוץ הבין הרשב"א שאם למפרע הוא נפסל הדין נותן שתבטל גם עדות אבהתא אע"פ שלא נפסל הגברא למפרע, והיינו משום שלכה"פ ההגדה נפסלת למפרע, ובכל זאת חזינן שנקט הרשב"א שהיינו רק לפי הצד שלמפרע הוא נפסל, אבל לפי הצד שמכאן ולהבא הוא נפסל לא קשה לי' להרשב"א מידי למה לא נפסל העדות של אבהתא, ובע"כ צ"ל דהיינו משום שלפי הצד שמכאן ולהבא הוא נפסל העדות של אכילה לא מתבטלת למפרע.

וכן מוכח מדברי הריטב"א בב"ב, דהנה הריטב"א בב"ב שם כתב דרך אחרת מהרשב"א, ולית לי' להריטב"א שכדי לומר בטלה כולה בעינן שהגברא יהי' פסול, אלא ס"ל שמספיק בזה שההגדה נפסלת בתורת ודאי, ולא רק מספק כמו בהכחשה, אשר לפי דבריו בע"כ צ"ל כהנ"ל שמה שמבואר בסוגיין שלפי רבא לא אמרינן בטלה כולה הרי זה משום שגם ההגדה לא נפסלת למפרע.

והריטב"א בדבריו בב"ב שם בא ליישב את הקושיא הנ"ל שהקשה הרשב"א שם, והיינו למה פסקינן כרב נחמן הלא מכיון שפסקינן שלמפרע הוא נפסל הדין נותן שנאמר שבטלה כולה. ותי' הריטב"א בד"ה והקשו תוס' וכו' בזה"ל, וי"ל דשאני עד זומם שהוא נפסל פסול ודאי ואפילו מכאן ולהבא (צ"ל ואפילו למפרע), אבל בהכחשה שפיסולו על הספק, למאי דאיתכחוש איתכחוש עכ"ל.

ועיין גם במחנה אפרים בהל' עדות סי' ו' שכתב כחילוקן של הריטב"א בענין למה לא אמרינן בהכחשה שתבטל גם שאר העדות וז"ל, דשאני התם (גבי הזמה

בעדות גניבה וטביחה), דמקצת העדות נתבטל בודאי, שהרי נמצא זוממין ושייך לומר בטלה כולה, אבל הכא דליכא הזמה אלא הכחשה, לא נתבטל אפילו מקצת העדות אלא מספק וכו' עכ"ל. ושוב הוכיח שם בהמשך דבריו מהסוגיא בכ"ב כהחילוק הנ"ל שבהכחשה לא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, והיינו מהא שלפי רב הונא לא מתבטלת העדות של אבהתא עיי"ש, הרי שכתב להדיא כדברי הריטב"א הנ"ל. מיהו דבריהם צ"ב, דהא נהי שבהכחשה יש רק ספק אבל בכל זאת נימא שבטלה כל הגדתם מספק.

וצ"ל שהם סוברים שבהכחשה אין כאן אפילו תורת ספק פסול על הגדתם דהא יש לכל כת חזקת כשרות להכשיר את ההגדה, רק שב"ד הם שאינם יודעים איזו הגדה לקבל ואיזו לדחות, ומכיון שאין כאן אפילו תורת ספק פסול על ההגדות, ממילא לא שייך לומר שהגדה שבטלה מקצתה בטלה כולה, משא"כ כשהוזמו על עדות טביחה, אפילו אם נאמר שהגברא לא נפסל משעת ההגדה, אבל לכה"פ איגלאי מילתא שההגדה היתה פסולה מההיא שעתא למ"ד שלמפרע הוא נפסל, ומש"ה שפיר אמרינן בטלה כולה (משא"כ למ"ד מכאן ולהבא הוא נפסל גם ההגדה לא נפסלת למפרע).

ה. דברי הגרש"ש בכתובות.

שוב מצאתי כעין דברים האלו בחידושי הגרש"ש על כתובות בסי' כ"ד בד"ה אמנם לפ"ד וכו' דעיי"ש שכתב וז"ל, ונראה לי די"ל דכיון שלרב הונא כשרים כל כת לעדות אחרת, דמוקמינן להו אחזקיייהו, כמו כן צ"ל דגם הגדתם לא נתבטלה כלל,

היינו דלא נגרע כלל מהגדתם כלום, ורק למעשה אין אנו יכולים לדון על פי הגדה זו, דעלינו לעשות גם כהגדת הכת השני', ואנו עושים כפי היוצא מעדות שתי הכתות, אבל לא שנגרע דין עדות כלל מכל כת ונעשה על כל הגדה דין ספק הגדה, ומש"ה אנו יכולים לדון כפי עדות אבהתא שלא הי' על זה הכחשה, אבל לפי רב חסדא דס"ל שלענין עדות אחרת דין ספק עדות עליהם, כמו כן גם על הגדתם דין ספק הגדה משום שהוכחשו ע"י עדים, ומש"ה גם לעדות של אבהתא דין ספק הגדה, וכמו דאמרינן על ביטול בודאי עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, כמו כן אם נתבטלה מודאי לספק, כדין עדות המוכחשת כמו כן עדות שהעידו תכ"ד עכ"ל (ועי' בההערה לעיל בסמוך).

נט) עוד בענין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה.

דברי הגרש"ש בכתובות.

והנה בחידושי הגרש"ש שם בד"ה והנה בתוס' וכו', ובד"ה אמנם נלענ"ד וכו', הקשה על הדין של עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה מדברי הירושלמי שהביא הרא"ש בספ"ק דמכות דאם הגיד ב' הגדות, אחת על קרוב ואחת על רחוק, לא אמרינן שגם ההגדה שהגיד על הרחוק מתבטלת, וכן נפסק בשו"ע בסי' נ"א סעיף ו', הרי שלא אמרינן שהגדה שבטלה מקצתה בטלה כולה. ותי' הגרש"ש ששאני התם שאין החסרון בעצם ההגדה אלא החסרון הוא כלפי הבעל דין שהוא קרוב

אליו*), אבל כשהחסרון הוא בההגדה, אז שפיר אמרינן שהגדה שבטלה מקצתה בטלה כולה.

וע"ע בסי' כ"ה שם שמכח הקושיא הנ"ל מהירושלמי ר"ל שלעולם לא נאמרה שום הלכה בהלכות עדות של הגדה שבטלה מקצתה בטלה כולה**), רק שכוונת הגמרא בסוגיין היא שמתבטלת גם העדות של גניבה משום חשש משקר כיון שאמר את שני הדברים בתוך כדי דיבור***). וכן בב"ב שם כוונת הגמרא היא שמתבטלת העדות של אבהתא משום חשש משקר (וגם בסי' כ"ד שם הזכיר בקצרה סברא זו). ושוב כתב לבאר למה תלתה הגמרא בב"ב שם דבר זה בפלוגתא דרב הונא ורב חסדא גבי הכחשה וז"ל, ומש"ה לרב הונא דס"ל דכשרים לעדות אחרת והוא משום דין חזקה, דכשאנו דנין על כל כת בפני עצמה, מוקמינן להו אחזקיהו דלא שקרו בעדותן בעדות שהעידו על אכילה, ואף דלא שייך כל כך חזקה רק כשאנו דנין אם פסולים הם או לא, מ"מ גם על זה אפשר דיש להם חזקת כשרות שלא משקרי בעדותם, ומש"ה עדות של אבהתא קיימת, אבל לרב חסדא דפסולים הם לעדות אחרת ולא מוקמינן להו אחזקיהו ופסולים הם מספק, כמו כן הכא כשאנו דנין לענין חזקת כשרות אם שקרו בעדותן, ג"כ בטלה עדותן מספק שמא שקרו בעדותן השני' ועדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כנלענ"ד לפרש סוגיית

הש"ס בב"ב. ולפ"ז בעד אחד מכת זו ואחד מכת זו דלכו"ע אין מצטרפין לעדות אחרת, גם מה שהעידו בתוכ"ד בטל כדברי הר"ן והריטב"א, ודברי הגאון בעל מחנה אפרים אין להם שום יסוד במחכ"ת עכ"ל.

(ס) עוד בענין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כשהוזמו על עדות טביחה.

דברי האחיעזר.

הנה בסוגיין מבואר שלפי רבא הדין נותן שאם הוזם על הטביחה לא מתבטלת עדות הגניבה. והקשה האחיעזר בח"ב סי' כ"ה סק"ז על זה דהא במכות דף ו' ע"ב מבואר בהמשנה שם שאם הוזם אחד מהעדים הרי שאר העדים ג"כ בטלים משום הדין של בטלו כולן, וצ"ע דלפי רבא הדין נותן שלא נגיד בכה"ג בטלו כולן, וכן הקשה הגבורת ארי. והביא האחיעזר מהבית אפרים בחו"מ סי' נ"ז שהקשה כן ורצה לחלק ששאני לבטל עוד עדים מלבטל עוד הגדות של עדים אלו (וצ"ע).

ותי' האחיעזר דהנה סוגיא דהכא אזיל כרבי יוסי, שהרי רבי יוסי הוא זה שסובר כאן שעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, ובמכות שם מבואר שבדיני ממונות לא ס"ל לרבי יוסי שאם נמצא אחד מהם קרוב או פסול כולן בטלים, והכא הרי איירי גם לענין לבטל את מה שהעדות של גניבה

(* ובשני חלקים של הגדה אחת, שפיר יתכן שגם בכה"ג אמרינן בטלה כולה כמו שמבואר בירושלמי שם ובהדעות שהביא הרא"ש בספ"ק דמכות שם.

** בב' הגדות נפרדות.

*** וכעין זה כתב הקצה"ח בסי' נ"ב.

מחייבת אותו בקרן, דגם על זה קאמר רבי יוסי שבטלה מקצתה בטלה כולה, וא"כ חזינן שאע"פ שלית ל' לרבי יוסי שבטלו כל העדים בד"מ אבל אכתי שפיר אית ל' הכלל שבטלה כל ההגדה, וא"כ י"ל שמה שמבואר התם שאם ניזום עד א' בטלו כל העדים אפילו לפי רבא הרי זה לפי רבנן דרבי יוסי שם והרי זה משום הדין שהגדה שבטלה מקצתה בטלה כולה, דלפי רבנן מכיון שיש גם בדיני ממונות כלל שאם נמצא אחד מהם קרוב או פסול כולם בטלים א"כ הרי אנו למדים מזה שה"ה דאמרינן שהגדה שבטלה מקצתה בטלה כולה בלי שום תנאים נוספים דבעינן גם פסול גברא, אלא אמרינן כן אפילו אם נתבטלה רק ההגדה ולא העד, ומש"ה אם נתבטלה הגדה אחת ע"י הזמה ה"ה שבטלו כל ההגדות אע"פ שלא נפסל הגברא למפרע משעת ההגדה, אבל הכא הרי איירי לפי רבי יוסי, ורבי יוסי לית ל' נמצא א' מהם קרוב או פסול כולם בטלים בדיני ממונות, אלא שאעפ"כ ס"ל גדר חדש של הגדה שבטלה מקצתה בטלה כולה, וא"כ בזה נקטינן שהוא סובר כן רק היכא שיש כאן פסול גברא, אבל לא לפי רבא שהגברא לא נפסל למפרע.

וצריכים להוסיף שגם רבנן דרבי יוסי כאן ס"ל כמו רבי יוסי במכות, דהא אל"כ א"כ גם אם הם סוברים שמכאן ולהבא הוא נפסל הדין נותן שנגיד בטלה כולה.

מיהו לפ"ז שוב א"א לומר כדרכו של הרשב"א ביישוב הסוגיא בב"ב דהיינו

שלפי רב נחמן נשאר עדות אבהתא ולא אמרינן בטלה כולה משום שאין כאן פסול גברא, דהא לפי הנ"ל א"א לומר כן, דהא לפי רבנן במכות שם שהלכה כמותם גם כשאין פסול גברא הדין נותן שנגיד בטלה כולם.

(סא) דרכו של העמודי אור בענין עדות הגניבה לפי רבי יוסי.

הנה האחיעזר בחלק ב' סי' כ"ה אות ג' הביא את דרכו של העמודי אור בענין למה לפי רבי יוסי כשהוזמו על הטביחה בטלה עדות הגניבה, ויסוד פירושו הוא שבטלה משום שבשעת חלות עדות הגניבה היו פסולים באמת בפסול גברא, והיינו משום שהעדוה של גניבה אינה חלה מיד בשעת האמירה, אלא הרי היא חלה רק כעבור זמן של כדי דיבור, כי עד אז הרי היו יכולים לחזור בהם, וממילא החלט דעתם נגמר רק כעבור זמן של כדי דיבור, ולכן העדות חלה באמת רק אז, והרי אז כשנגמר הכדי דיבור הרי נתגלה שהיו כבר פסולים מחמת הזמת הטביחה שפוסלם למפרע משעת עדות הטביחה, וא"כ נמצא שבשעת חלות עדות הגניבה היו כבר פסולים [וגם חקר שם העמודי אור מה יהי' היכא שנתחרש או נשתטה תכ"ד מהעדוה]*). והקשה האחיעזר דהא ה"ה שגם עדות הטביחה אינה חלה עד לאחר כדי דיבור כיון שהיו יכולים להתחרט, וא"כ נמצא שלא נפסלו עד אחרי תכ"ד של עדות הטביחה, וא"כ

מבואר שאם נפסל העד בעבירה תכ"ד של העדות, עדותו פסולה. וסיים רעק"א שצ"ע לדינא.

* ועי' בהגהות רעק"א על שו"ע חו"מ סי' ל"ד סעי' ח' שהביא שבמהרי"ט ח"א סי' קל"ח

זהו כבר לאחר שנגמר התכ"ד של עדות הגניבה, וא"כ אכתי יוצא שבמשך כל התכ"ד אחרי עדות הגניבה היו כשרים. ותי' האחיעזר שצ"ל שמכיון שלבסוף לא נתחרט מהעדות של טביחה, ולא אירע שום דבר מן החוץ שיפסלנו, א"כ משום כך הרי היא חלה מיד בשעה שהוגדה, משא"כ העדות של גניבה מכיון שחל בתכ"ד דבר מסוים מן החוץ שפוסלה, דהיינו מה שהעידו בשקר את עדות הטביחה, הרי העדות של גניבה שפיר נפסלת כי לא עבר זמן של תכ"ד בלי פסול.

אלא שהסיק האחיעזר שדברי העמודי אור עדיין קשים, שהרי דברי העמודי אור בנויים הם על שתי הנחות, א', שהיכא שלא אירע בתכ"ד מההגדה דבר הפוסל או חרטה, אז, אם הוזמו, איגלאי שהעדים נפסלו כבר בשעת האמירה, וכמו שאנו אומרים לגבי העדות של טביחה וכמו שהוסיף האחיעזר לדברי העמודי אור, וב', שאם נפסל העד בתכ"ד מההגדה אז נפסלת ההגדה וכמו שאנו אומרים לגבי העדות של גניבה אשר זהו יסודו של העמודי אור, והרי מוכח דלא כהנ"ל מהאוקימתא של העידו בבת אחת על הגניבה והטביחה והוזמו על הגניבה תחילה, דהא מבואר בהאוקימתא ההיא שמצד מה ששקרו בעדות הגניבה הרי הם עדיין כשרים בשעת עדות הטביחה כי עוד לא עבר תכ"ד משעת עדות הגניבה וממילא עוד לא נפסלו עבור עדות הגניבה, וא"כ מוכח שגם היכא שלא חל שום השתנות אין העדות של גניבה חלה עד לאחר תכ"ד. ועוד דן האחיעזר שאולי

מוכח משם גם דלא כההנחה השני' של העמודי אור שאם נפסלו העדים בתכ"ד הרי זה פוסל את העדות, שהרי גם שם נהי שלא חלה העדות של גניבה עד לאחר כדי דיבור, ובשעה שהעידו על הטביחה עדיין היו כשרים, אבל הרי עדיין יוצא שחל הפסול של עדות הגניבה בתכ"ד של עדות הטביחה, וא"כ אמאי לא נפסלת העדות של טביחה עבור זה, אלא שתי' האחיעזר שי"ל שמה שנעשו העדים פסולים בתוך כדי דיבור של העדות, אין זה גורם שיחשבו העדים בגדר עדים שהם פסולים בגופם בשעת ההגדה, אלא הרי זה גורם רק שההגדה נפסלת ושתייחשב מוכחשת, וא"כ אכתי שפיר אפשר להזים את עדות הטביחה כי הכחשה היא תחילת הזמה.

דף ע"ג ע"ב

(סב) והתנן הרי זו תמורת עולה וכו'.

עיין בש"ך בסי' רנ"ה סק"ה, ובקצה"ח שם בסק"א, ובפ"י כאן, ובאחיעזר בחלק ב' סי' כ"ה בסוף סק"ז ותחילת סק"ח, בענין הדמיון לתמורה.

(סג) תד"ה כי לית לי

בענין שיטת ר"ת עיין בדברי יחזקאל סי' כ"ז.

(סד) הכחשה תחילת הזמה.

בגמ' כאן קאמר רבא שעדים שהוכחשו

ולבסוף הוזמו נהרגים משום שהכחשה היא תחילת הזמה אלא שלא נגמרה. ויש לבאר שכוונת רבא היא לומר שלא מיקרי שנפסלו העדים קודם להזמה כי מה שנתבטלה עדותן מחמת הכחשה הרי זה מעין הסיבה של הזמה כי בשניהם הרי אנו דנין על אמיתות העדות שלו, וממילא אין זה נקרא שנפסלה ההגדה בסוג אחר של פסול קודם להזמה.

גם י"ל ביאור אחר בהכחשה היא תחילת הזמה אלא שלא נגמרה, והיינו דאחרי שהוזמו הרי אנו מסתכלים על ההכחשה הראשונה כחלק ממש ממעשה ההזמה דהא בכל הזמה נכללת גם הכחשה, דהיינו שהמזימים מכחישים את הראשונים ואומרים שלא ראו את המעשה, אלא שבהכחשה לא ראו כי לא קרה ובהזמה כי לא היו שם, וא"כ כשהוכחו ולבסוף הוזמו י"ל שההכחשה הראשונה ממלאה את התפקיד של חלק ההכחשה של ההזמה וממילא הרי היא נחשבת כחלק מגוף ההזמה.

והנה בספרי על מס' כתובות בחלק ב' אות נ"ו דייקתי שכבר נחלקו האחרונים בכתובות דף י"ט בהצדדים הנ"ל, דהנה בגמרא שם אמר רב ששת שמכיון שהכחשה היא תחילת הזמה אין מכחישים את העדים אלא בפניהם, ולכן אם העידו שני עדים על עדי השטר שהיו פסולים אין זה נחשב תרי ותרי כי עדי השטר אינם נמצאים שם והוי הכחשה שלא בפניהם. והקשה הקובץ שיעורים שם דהא כל הטעם למה בהזמה בעינן שיעידו בפני העדים הרי זה משום שחשיבי העדים בעלי דבר מאחר שאנו באים לחייבם בעונש,

וא"כ בהכחשה נהי דחשיבא תחילת הזמה אבל מ"מ הרי אין המכחישים באים לחייבם בעונש, וא"כ למה בעינן שיעידו בפניהם. והנה גם רעק"א בדו"ח שם הקשה על דברי רב ששת, אבל הוא הקשה קושיא אחרת, והיינו דכיון דאיירי שם באופן שמתו עדי השטר א"כ א"א שם בכלל שיבואו לידי הזמה וא"כ למה אמרינן שם שהכחשה היא תחילת הזמה.

ונראה שיש לפקפק בקושיית הקו"ש כי י"ל שמאי דאמרינן בסוגיין שהכחשה היא תחילת הזמה פירושו הוא כמו הביאור השני שביארנו, והיינו שאחרי שהוזמו הרי אנו מסתכלים על ההכחשה הראשונה כחלק ממש מההזמה, משום שבכל הזמה נכללת באמת גם הכחשה, דהיינו מה שהם מכחישים ואומרים שהראשונים לא ראו את המעשה (וגם כשהמכחישים פוסלים אותם הרי הם אומרים שא"א לסמוך עליהם שראו), דלפ"ז י"ל שהיכא שהוכחו ולבסוף הוזמו ההכחשה הראשונה ממלאה את התפקיד של חלק ההכחשה של ההזמה, וממילא לפ"ז יוצא שאם ה' שייך עוד להזימם, אז שפיר היינו צריכים הכחשה בפניהם וכדברי רב ששת, ואם הוכחו שלא בפניהם לא הוי חשיבא הכחשה כלל, והיינו משום שלפי הנ"ל יוצא שההגדה של המכחישים משמשת בשני תפקידים, חדא, לבטל את עדותן של הראשונים במה שהם מהווים מצב של תרי ותרי, ועוד, שאם שוב יוזמו הראשונים הרי ההגדה של המכחישים משמשת כחלק מההיא הזמה, וא"כ כשהוכחו הראשונים שלא בפניהם, הרי התפקיד השני נעשה בפסול, דהא זה ברור שלכל חלקי ההזמה

בענין בפניהם, וממילא שוב יוצא שנפסלת הגדה זו לחלוטין, ואינה מועילה אפילו לענין לעשות תרי ותרי משום שהגדה שבטלה מקצתה בטלה כולה*), ולכן אילו היו עוד העדים שבתוך השטר חיים, אז הי' אתי שפיר למה א"א להשתמש בעדותן של המכחישים כדי לעשות תו"ת, ולא שייך להקשות אלא את קושיית רעק"א דהיינו שמכיון שמתו ושוב לא יתכן שיבואו לידי הזמה, א"כ בכה"ג הרי לכתחילה לא נאמרה עדותם של המכחישים כדי להיות תחילת הזמה, וממילא לא שייך לומר בכה"ג שהגדה שבטלה מקצתה בטלה כולה.

ועכ"פ הקו"ש כנראה הבין שהכחשה תחילת הזמה אין פירושו שמסתכלים על ההכחשה כחלק מגוף ההזמה, אלא לעולם גוף ההזמה היא רק מה שהוזמו אח"כ, רק שבכל זאת כשהוכחשו ולבסוף הוזמו לא מיקרי שנפסלה הגדתן בסוג אחר של פסול קודם להזמה כיון ששתיהן הן מענין אמיתות עדותן, ומש"ה הקשה שאפילו בציור שהעדים הם עודם בחיים ושפיר יכולים לבוא לידי הזמה אבל מ"מ למה נצטרך להכחישם בפניהם הלא הכחשה אינה בגדר עדות על העדים.

והנה כל דברינו הנ"ל בנויים הם על ההנחה שכוונת הגמרא בכתובות שם היא להדין של הכחשה תחילת הזמה שנזכרה בסוגיא דידן, דממילא קשה שלא שייך

לומר בכתובות שם שצריכים להכחישם בפניהם משום הדין של הכחשה היא תחילת הזמה. מיהו עי' בשט"מ בכתובות שם בד"ה הכחשה וכו' בשם הריטב"א דמשמע שכוונת הגמרא בכתובות שם אינה שהכחשה היא ממש בגדר תחילת הזמה, אלא כוונת הגמרא שם היא רק לדמות הכחשה להזמה ולומר שכמו שהזמה צריכה להיות בפניהם מפני שהם נחשבים בעלי דבר לענין העונש של כאשר זמם, כמו כן גם בהכחשה, מצד עצמה, ולא מצד היותה תחילת הזמה, חשיבי המוכחשים בעלי דבר משום זה שעדים אחרים רוצים לומר שהעידו שקר ולפוסלם (ודלא כמו שנקט הקו"ש בקושייתו דחשיבי בעלי דבר רק כשדנים אם לחייבם עונש). והכוונה בכתובות שם במאי דאמרינן שהכחשה היא תחילת הזמה אינה כמו בב"ק כאן שהזמה והכחשה הרי הן סוג אחד אלא הכוונה היא רק שהכחשה דומה היא להזמה בזה שבשניהם אנו דנין את העדים גופייהו.

והנה לכאורה הי' הריטב"א יכול לפרש שגם הכוונה בסוגיא דידן היא שהכחשה דומה היא להזמה, כי לפי דברי המכחישים הרי הראשונים הם פסולים משום עדי שקר. וכבר הבאנו שהקו"ש כנראה מפרש שהכוונה היא שהכחשה דומה היא להזמה, אלא שגם הקו"ש לא נקט משום דמיקרי בהכחשה שדנין את גוף העדים לפסול אותם (דהא אילו כן לא הי' מקשה מידי

ועוד דיש אריכות דברים באם שייך בכלל לומר שהגדה שבטלה מקצתה בטלה כולה היכא שלא נפסלו העדים גופייהו, דיש אומרים שרק אם נפסלו העדים גופייהו אמרינן שבטלה כל ההגדה שאמרו גם בתכ"ד לפני זה, עיין בזה לעיל כאן באות נ"ח.

* מיהו יש לדחות ולומר שלא שייך לומר בכה"ג שהגדה שבטלה מקצתה בטלה כולה, משום שי"ל שלא חשיבא בגדר הגדת עדות שנעשית בפסול אלא כיון שהעידו שלא בפניו אין זה מיקרי הגדת עדות כלל לענין הזמה.

אלא שפיר בעינן בפניהם כיון שדנין אותם), וא"כ צ"ב למה לא למדו שהכוונה כאן בהכחשה תחילת הזמה היא שהכחשה דומה היא להזמה משום שגם בהכחשה לפי דברי המכחישים הרי הראשונים פסולים משום עדי שקר.

ונראה שלא למדו כן משום שלקמן בדף ע"ד ע"ב אמר רב אידי בר אבין שבהצויר של עדי גניבה וטביחה שהוזמו על הגניבה ונתבטלה בגלל כן עדות הטביחה (כי אולי שלו טבח), ושוב הוזמו על הטבילה, הרי זה ג"כ מיקרי צויר של הכחשה תחילת הזמה בנוגע לעדות הטביחה, והרי התם אין דנין לפסול את העדים עבור זה שנתבטלה עדותן של טביחה, שהרי לא נתבטלה מסיבת שקר (אלא משום שאולי שלו טבח), ובכל זאת חזינן שגם בכה"ג אמרינן שהכחשה היא תחילת הזמה, וא"כ חזינן שאין הכוונה כאן משום שהכחשה דומה להזמה מצד זה שמיקרי שדנין את העדים גופייהו לענין לפוסלן מחמת הגדתן.

ובחידושי הגרש"ש על כתובות בריש סי' כ"ב ראיתי שהבין ג"כ שהכוונה כאן היא שהכחשה היא תחילת הזמה בגלל שהכחשה דומה היא להזמה, אלא שהוא פירש באמת משום דמיקרי שאנו דנין את גוף העדים, אלא שלא פי' משום שדנין אם לפוסלם (שהרי בטביחה אינו כן וכמו שביארנו), אלא פי' משום שדנין אם לבטל את עדותן או לא, דגם עבור זה שההגדה שלהם מתבטלת הרי זה מיקרי שדנין את גוף העדים, וכן פי' את הכוונה בכתובות שם דהיינו שצריכים להכחישם בפניהם כי הרי זה נקרא שדנין את גוף העדים כמו

בהזמה וכדרך שפי' הריטב"א, אלא שהגרש"ש פי' שמיקרי שדנין את גוף העדים מחמת ביטול הגדתן (ולא רק כשבאים לפסול את גוף העדים) ומש"ה ה' יכול ללמוד שכן היא הכוונה גם אצלינו בב"ק וכהנ"ל.

סה) הכחשה לאו תחילת הזמה.

הנה המ"ד שסובר שהכחשה לאו תחילת הזמה הרי הוא סובר שזה כמו היכא שנפסלו העדים בפסלות אחרת דשוב אינם בתורת הזמה. והנה לעיל באות נ"ה הבאנו שני טעמים להא דעדים פסולים אינם בהזמה, דיש אומרים שזה משום שלדין הזמה בעינן שיגמר הדין על פיהם, והיכא שהם פסולים אין גומרים את הדין על פיהם. ואפילו אם נתגלה רק אח"כ שהיו פסולים, ג"כ אינם בהזמה כי נתגלה שהגמ"ד ה' בטעות. ולפי טעם זה יש להבין שפיר את הצד שהכחשה לאו תחילת הזמה, והיינו כהנ"ל, דכיון שצריכים שבעדים זוממין יגמר הדין על פיהם א"כ לא סגי בזה שנעשה פס"ד על פיהם אלא בעינן שגם בשעת ההזמה תתקיים עוד ההוא פס"ד וכאן הרי מאחר שהוכחו הרי נתגלה שהגמ"ד ה' בטעות. עוד הבאנו שם שיש אומרים שהטעם שאין הזמה נוהגת בעדים פסולים הרי זה משום דבעינן שיהי' עליו תורת עד משום דכתיב והנה עד שקר העד וגו'. ולכאורה גם לפ"ז אתי שפיר הצד שהכחשה אינה תחילת הזמה כי מאחר שהוכחו הרי נתגלה שיש ספק אם היו עדים כשרים ומש"ה א"א להענישם בכאשר זמם מספק. ועיין לעיל בההערה

על אות נ"ח, וכן באות מ"ג* בקטע "וי"ל דהנה".

דף ע"ד ע"א

סו) בענין המחלוקת שיש בין רב אחא ברי' דר"א ותחילת הסוגיא.

א. הנה בתחילת הסוגיא אמרינן שהיכא שהעידו על שן ואח"כ עין ואח"כ באו אחרים והעידו על עין ואח"כ שן, ושוב הוזמו העדים השניים הרי זה ציור של הכחשה תחילת הזמה. ובהמשך הסוגיא הקשה על זה רב אחא ברי' דרב איקא שאדרבה התם מכיון שיש בכלל מאתיים מנה הרי באמת נגמר הדין על פי הכת השני' דהא חייבנו את האדון לשלם דמי שן, וא"כ אפילו אם הכחשה לאו תחילת הזמה, שפיר אפשר להזימם כי לא הוכחשו כלל, אלא עשינו ממש כדבריהם (וכמו שביאר רש"י בד"ה דיוקא דרבא וכו' את כוונת רב אחא ברי' דרב איקא).

ולכאורה דברי רב אחא ברי' דרב איקא צריכים ביאור, דהא מה שחייבנו את האדון לשלם דמי שן אין זה על פי העדים השניים אלא הרי זה משום שאנו יודעים מבין שניהם שהוא חייב לו לכה"פ דמי שן. ולכאורה צ"ל שהביאור הוא כך, דהנה

אם היו השניים מעידים שיצא העבד לחירות ע"י עין ולא היו מעידים כלום על שינו, אז האדון לא הי' משלם כלל, כי לא הי' לנו שום בסיס לומר שהפיל את שינו לאחר עינו, ורק בגלל שהשניים העידו שאח"כ הפיל את שינו הרי אנו מחייבים תשלומי שן, כי בין שניהם יודעים אנו שהאדון חייב לו לכה"פ סכום זה, וא"כ נהי שאין הפס"ד הזה נעשה על ידם לחוד (כיון שהראשונים מכחישים אותם), אבל מ"מ י"ל שסגי בזה שבלעדם לא היינו פוסקים כן ועכשיו שהעידו הרי אנו שפיר פוסקים כן, די"ל שסגי בזה כדי להחשב שנגמר הדין על פיהם, ולכן הכא נהי שהוכחשו אבל אכתי נשאר שנגמר הדין על פיהם ומש"ה אפשר עוד להזימם, משא"כ תחילת הסוגיא סוברת שלא סגי בזה כדי להחשב שנגמר הדין על פיהם. א"נ דשפיר סגי בזה כדי להחשב שנגמר הדין על פיהם, רק דס"ל לתחילת הסוגיא שצריכים להזמה שם של עד כשר (אלמלא ההזמה) וכדכתיב והנה עד שקר העד, והכא בהכחשה הרי נעשה ספק אם הי' עד כשר.

ב. ועיין בבעל המאור כאן שכתב שתחילת הסוגיא סוברת שבכלל אין מחייבין אותו בדמי שן. מיהו כבר השיג הרמב"ן על דבריו שדבר פשוט הוא שמחייבין אותו*).

שיגמר הדין על פיהם, וכן לענין תשלומין, והרי אלו לא נגמר הדין על פיהם כלל, אלא שהקושיא הזאת נכללת עם הקושיא שהקשה רב אחא לרב אשי דיוקא דרבא מהיכא וכו' ואמר מילתא יתירא נמי דלא תימא שאמצעים נכחשים אלא אפילו עיקר הדין נפסק על פיהם עכ"ל.

* ועיי' בשט"מ בד"ה וז"ל הראב"ד וכו' שכתב בשם הראב"ד וז"ל, והשתא קשיא לן (כלומר שקשה על דברי הגמרא) להאי לישנא כיון דלא גמרינן לדינא אפומא דבתראי (שאמרו עין ואח"כ שן), דקמאי עבדינן, כי מתזמי אמאי משלמי, והא קי"ל שאין העדים נהרגים עד

ג. והנה בביאור דברי רב אחא ברי' דרב איקא למה נקרא שנגמר הדין על פי האחרונים שאומרים עין ואח"כ שן כתב הבעל המאור וז"ל, ומעיקרא (בתחילת הסוגיא) הוה סבר למימר יש שן בכלל עין לא אמרינן, וקמ"ל השתא כיון דסו"ס תשלומין הוא דמחייב אמרינן יש בכלל מאתיים מנה. ועוד שכל עדות המתחלקת בב' כתי עדים תופסין את המועט שבהן עכ"ל. והנה יש לעיין מה הוא החילוק בין שני הפירושים שהביא.

ונראה שכוונת ה"ועוד" היא כמו שהסברתי לעיל, והיינו שנהי שתופסין את המועט משום שכן יוצא מדברי שתי הכתות, אבל מ"מ מכיון שבלא השניים לא היינו עושים כן הרי זה נקרא שפיר שנגמר הדין על פיהם. ובדרכו הראשון נתכוין הבעל המאור לומר שבאמת הרי אנו מקבלים לגמרי את מה שהעידו שחייב לו דמי שן כי אנו מסתכלים שמהות עדותן אינה על העובדא של עין ואח"כ שן אשר לפ"ז יוצא שהוכחו על גוף תוכן עדותן, אלא מהות עדותן היא שחייב לו האדון דמי שן, כלומר מנה ולא מאתיים, ועל המנה שהם מחייבים את האדון לא הוכחו כלל, ונהי שהוכחו באם האדון חייב מנה זו משום שן או משום עין אבל זהו כבר כמו שהוכחו באם הלוח לו מנה שחור או מנה לבן, דגם כאן הוכחו באם נתחייב לו האדון מנה של שן או מנה של עין והרי הכחשה בבדיקות כשרה בדיני ממונות (וצריכים להוסיף שה"ה בדיני קנסות שהרי הכא הרי הם מכחישים גם בנוגע לבדיקות דדיני קנסות דהיינו בענין

אם יצא לחירות בשן או בעין).

ד. והנה יש כאן באמת עוד אופן איפוא שרואים שנגמר הדין על פיהם אע"פ שאינו על סמך עדותן לחוד, ומ"מ הרי זה נקרא שנגמר הדין על פיהם כיון שבלי עדותן לא היינו עושים כן, דהנה בגמ' מבואר שאם הראשונים העידו שן ואח"כ עין ושוב באו אחרים והעידו עין ואח"כ שן והוזמו הראשונים הרי זה תלוי באם הכחשה היא תחילת הזמה או לא, דאם הכחשה היא תחילת הזמה הרי הראשונים חייבים דמי עין, משא"כ אם הכחשה לאו תחילת הזמה היא הרי הם פטורים. והקשה הקצה"ח בסי' ל"ח אמאי הם פטורים הלא גם לאחר ההכחשה פסקינן על פי עדותן, דהא אם תפס העבד דמי עין אין מוציאין אותם מידו, והרי שיטת הרמב"ם היא שהיכא שמועילה עדותן לענין תפיסה הרי זה שפיר מספיק כדי לחייבם בכאשר זמם, וא"כ גם כאן הרי עדותן עדיין מועלת לענין תפיסה, ע"כ קושייתו. והנה מה שאנו פוסקים שתפיסה מהני אין זה משום שאנו מאמינים לעדותן של שן ואח"כ עין, אלא מה שאנו פוסקים כן הרי זה משום שיש ספק והתופס נעשה מוחזק, רק שאם לא היו מעידים שהפיל שן ואח"כ עין אז לא היתה מועלת תפיסה משום שלא הי' לנו שום ספק בזה, וא"כ גם זהו ציור שפוסקים לא בגלל שאנו סומכים על עדותן אלא מסיבה אחרת, רק שבלא עדותן לא היינו פוסקים כן, וחזינן שגם זה מספיק כדי לומר שנקרא שנגמר הדין על פיהם.

איברא נראה שכוונת הקצה"ח שם היא

לדבר אחר לגמרי, והיינו שכוונתו היא לומר שנשלם התנאי של נגמר הדין על פיו בזה שגמרנו את הדין לפני שהוכחשו (בצירוף שגם עכשיו מהני עדותן לתפיסה), דהא לפני שבאו אלו שאמרו עין ואח"כ שן פסקנו כבר שהוא חייב לתת להעבד את דמי עינו, וא"כ בזה נשלם התנאי של נגמר הדין על פיו אע"פ שהדר הוכחשו ובטלנו את הגמר דין הזה ועשינו גמר דין חדש שרק תפיסה מהני. מיהו לכאורה סברת הדבר תמוהה מאד, דהא סוף סוף נתבטל הגמ"ד הקודם ונתגלה שפסקנו כן בטעות כי לא ידענו שיש עוד עדים. אבל עכ"פ כן יוצא מדברי הקצה"ח, דעיי"ש שכתב שעל הציור שהראשונים אומרים עין ואח"כ שן והשניים אומרים שן ואח"כ עין לא קשה לו מידי כי אע"פ שגם שם מועלת תפיסה אבל התם לא נגמר הדין על פי השניים שאומרים שהאדון חייב להעבד דמי עין כי היו מוכחשים מתחילתן ואילו לפי הביאור שכתבנו שמספיק בגמ"ד של תפיסה כדי להחשב שנגמר הדין על פיהם א"כ גם כשהאחרונים העידו שן ואח"כ עין הרי זה כך.

וז"ל הקצה"ח שם באמצע סק"ג, והנה היכא דבאו עדים ואמרו לזה ובאו תיכף שני עדים ואמרו לא לזה וא"כ לא גמר הדין כלל על פי העדים האומרים לזה א"כ אפילו גרמו תשלומין אם יתפוס מ"מ אין העדים משלמים עד שיוגמר הדין על פיהם,

והיכא דבאו תיכף עדי הכחשה לא נגמר הדין על פי העדים האומרים לזה, וא"כ ניחא באחרונים דלא משלמי דלא גמרו הדין על פיהם, אבל היכא דכבר נתקבל העדים האומרים שן והדר עין וכבר נגמר הדין על פיהם ואח"כ באו עדים והכחישם ואמרו עין והדר שן והוזמו הראשונים, דפטורין לאביי דס"ל הכחשה לאו תחילת הזמה וכבר נתבטל וכדמוכח שם בסוגיא ע"ש, ואמאי נתבטל דהא אכתי עדותן קיימת לענין תפיסה, וכעת צ"ע עכ"ל.

סז) דאכתי גברא לא מחייב.

פירש"י וז"ל, דאי הוה בעי הוי אתי לבי דינא ומודה ומפטר דמודה בקנס פטור עכ"ל. וכתבו תוס' וז"ל, אין הטעם משום דאי הוה בעי הוה אתי לבי"ד ומודה ומיפטר דאפילו לשמואל דאמר לקמן מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב הכא כיון דלא עמד בדין לא חשבינן לגברא בר חיובא לענין קנס כדפרישית בסוף המניח בשמעתין דהוחלט השור עכ"ל*).

וע"ע בתוס' שם שביארו שאין זה משום שאין העבד זוכה בעצמו עד שעת גמר דין, דזה אינו, משום שאע"פ שכן הוא בשאר קנסות, דהיינו שאין החיוב חל עד גמ"ד, אבל בשן ועין הרי הוא זוכה מיד כדמוכח מהדרשה של תחת עינו ולא תחת עינו ושינו (דאם אינו יוצא עד שעת גמ"ד הדין

ועין לכו"ע הרי הוא חייב כיון שהוא פוטר את עצמו מכלום. מיהו עיין לקמן באות ע' סק"ב וסק"ג דיש אומרים שרק בגניבה יש חסרון של פוטר עצמו מכלום.

* ועיין עוד בשיטה מקובצת לעיל בדף ע"ג ע"ב בד"ה תלמידי הר"פ ז"ל שהוסיפו להקשות על רש"י שגם לפי רב שסובר שמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור לא אתי שפיר, כי בשן

נותן שלא יתחייב האדון לשלם דמי שינו).
ובחלק א' אות תכ"ד הבאנו שיש מבארים שכוונת תוס' שם היא רק שבשעת גמ"ד הרי הוא זוכה בעצמו למפרע משעת החבלה. מיהו ביררנו שם שבאמת כוונת תוס' היא שהוא זוכה בעצמו בשעת המעשה מיד. ועכ"פ הסיקו תוס' שם שבכל זאת אין הוא נקרא גברא בר חיובא כיון שעוד לא נתגלה הדבר דעוד לא העידו עליו.

וע"ע בקו"ש באות ס' שכתב על תוס' כאן וז"ל, שם (בדף ל"ג) כתבו דכל זמן שלא נתגלה הדבר חשיב לאו בר חיובא, ולא פירשו הטעם אבל בפ"ק דמכות פירשו שמא לא יבואו עדים ואם יבואו שמא לא תתקיים עדותן. ונר' שכוונתם משום דבקנס צריך דרישה וחקירה, אבל בממון לא בעי דו"ח מדרבנן, ולפ"ז מדאורייתא חשיב לאו בר חיובא גם בממון. והגרעק"א (בגליון הש"ס במכות שם) תמה ל"ל האי טעמא תיפוק ל"י דבקנס ליכא חיוב כלל קודם גמ"ד, ותימה לי על תמיהתו דהא בשור תם ובשן ועין מתחייב למפרע כמש"כ תוס' בפרק המניח ועל כן הוצרכו לפרש הטעם שמא לא תתקיים עדותן עכ"ל.

והנה לפי הדרך שכוונת תוס' בדף ל"ג היא שבשן ועין וקרן תמה הרי הוא זוכה מיד ממש א"כ יש להקשות מה שייך לומר בהם שמודה בקנס פטור, הלא כבר נתחייב. וצ"ל שמ"מ אם הוא מודה הרי זה מפקיע את החיוב. מיהו לכאורה בקרן ושן ועין

קשה לומר כן כי בהני קנסות יוצא שכיון שכבר נתחייב הרי גם כבר התבצע התשלומין כי כבר מיד הוחלט השור ויצא העבד לחירות. מיהו אולי י"ל בדרך אחרת קצת, והיינו שלכתחילה לא מחייבת אותו התורה אלא על מנת שלא יודה. מיהו אכתי צ"ע משום שנהי שיש אפשרות לומר כן, אבל הלא הדין של מודה בקנס פטור כתיב גבי כפל שהוא קנס רגיל שמתחייבים בו רק בשעת גמ"ד, וא"כ מנ"ל ללמוד משם לשן ועין וקרן.

וע"ע בע"ב כאן ובאות ע"ד בענין מה שיש לדייק מהסוגיא של ר"ג ור"י שם בענין מתי חל החיוב של קנס, וכן בשן ועין*).

ועכ"פ עיין בשט"מ לעיל בדף ע"ג ע"ב בד"ה וז"ל הראב"ד וכו' קרוב לסופו שהביא בשם הראב"ד דלא כתוס' אלא הטעם למה מיקרי גברא לאו בר חיובא הרי זה משום שבכל קנס אין הוא מתחייב עד שעת גמ"ד. ולכאורה צ"ע מהדרשה של תחת עינו ולא תחת עינו ושינו. מיהו י"ל שכוונת הראב"ד היא לומר שבכל קנס הרי הוא זוכה משעת גמ"ד למפרע (וכן מבואר ברשב"א בשט"מ בע"ב), דהכי ילפינן מהדרשה של לא תחת עינו ושינו, דכיון שהעבד זוכה בעצמו למפרע חייב האדון לשלם את האבר השני, וכן ס"ל להראב"ד שאע"פ שהעבד זוכה בעצמו למפרע אבל מ"מ מכיון שקודם גמר דין אינו ברשות עצמו הרי זה נקרא שבאותה שעה ה' משעת גמר דין. ברם יכול להיות שהם סוברים שהוא זוכה אז למפרע.

(* והרמב"ן בקידושין דף כ"ה, וכן הר"ן והריטב"א בדף כ"ד ע"ב, כתבו בזה שהעבד זוכה

האדון גברא לאו בר חיובא, אע"פ שהעבד זוכה אח"כ למפרע.

בדברי רש"י ונראה אם קשה הקושיא הנ"ל.

סז*) עוד בענין גברא לאו בר חיובא.

בענין מתי חל החיוב של קנס.

והנה מעתה יש לעיין בפירושו של רש"י שפי' שאינו נקרא בר חיובא משום שמודה בקנס פטור, דהנה בחלק א' אות רכ"א הזכרתי ג' אפשרויות בביאור דברי רש"י, אבל מקודם נזכיר שלכאורה יש להקשות מדברי רש"י אלו על דבריו בהדיבור שלאחר זה, דעיי"ש שהזכיר רש"י דהא דאמרינן שלא מיקרי בר חיובא אא"כ כבר עמד בדין הכוונה בזה היא שכבר נגמר דינו קודם עדותן של הניזומים, ומבואר מדבריו שלא סגי בזה שכבר העידו עליו אלא בעינן שכבר נגמר דינו. ולכאורה צ"ע דהא אם הטעם למה מיקרי גברא לאו בר חיובא הוא משום שהוא יכול להודות א"כ הדין נותן שיספיק בזה שכבר העידו העדים בב"ד כי אחרי עדות שוב א"א לו להודות ולהפטר ולמה צריכים שגם יהי' נגמר דינו. ומעתה נביא את ג' הפירושים

א', שכוונת רש"י היא לומר שלעולם הרי הוא מתחייב בכל קנסות מיד בשעת המעשה רק שמיקרי גברא לאו בר חיובא כי עוד יתכן שיפטר את עצמו ע"י הודאה וממילא עדיין לא נחלט חיובו. ולפ"ז אולי י"ל ששפיר בעינן גמ"ד ולא סגי בהגדת עדות לחוד כי גם אחרי שהועד מעדים עדיין לא נחלט הדבר כי אולי יבואו עוד עדים ויזימו אותם ושוב יוכל להודות, אבל לאחר שנגמר דינו וב"ד יכופו אותו לשלם הרי זה שפיר נקרא שנחלט מעתה חיובו*). מיהו צ"ע דא"כ גם בממון יחשב לאו בר חיובא משום שיכולים להזים את העדים.

ב', דלעולם ס"ל לרש"י שבקנס הרי הוא מתחייב משעת גמ"ד (וי"ל משעת גמ"ד למפרע כדי שלא יקשה מהדין של תחת עינו ולא תחת עינו ושינו), ולכן הרי הוא מיקרי לאו בר חיובא עד שעת גמ"ד, רק שכוונת רש"י היא לתת הוכחה שאינו מתחייב עד שעת גמ"ד, וזהו שכתב משום שמודה בקנס פטור, דס"ל שאם הי' חייב

(* ונראה שלהדרך הזה שחיובו חל מיד, רק שלא נחלט הדבר למעשה כי הוא יכול להודות ולהפטר, נתכוין המ"מ בפ"ב מהל' גניבה, דעיי"ש שפסק הרמב"ם שהיכא שיש ספיקא דדינא אם הוא חייב כפל או לא, מהני תפיסה. והשיג הראב"ד דהא חסר גמ"ד ובקנס אינו חייב לפני גמ"ד, ותי' המ"מ שבודאי בעינן העמדה בדין כיון שמודה בקנס פטור, אבל סגי בזה שהעידו עדים, דאחרי שהעידו העדים כבר מהני תפיסה ולא בעינן גמ"ד. ונראה שאין כוונת המ"מ לומר שהחיוב של קנס חל עליו אחרי הגדת העדות, כי לא מסתבר שהתורה תחיל עליו את החיוב לאחר הגדת העדים, אלא מסתבר

שהחיוב מתחיל או משעת המעשה או משעת גמר דין, רק שכוונת המ"מ היא כהנ"ל שלעולם הרי הוא מתחייב בשעת המעשה, רק שמאי דאמרינן בגמרא כאן שמיקרי גברא לאו בר חיובא הכוונה בזה היא רק שלפני העדאת העדים עוד לא נחלט חיובו, משא"כ אחרי זה או אחרי גמ"ד הרי זה נקרא שכבר נחלט חיובו, וזוהי הכוונה במאי דאמרינן שהוא נקרא גברא לאו בר חיובא עד העמדה בדין, אבל לעולם הרי הוא חייב משעת המעשה קודם גמ"ד, ומש"ה אם העידו בו סגי בהכי לענין שמהני תפיסה, משא"כ לפני שהעידו בו לא מהני תפיסה כי הוא תופס ממוחזק בלי שום ראי'.

מיד לא הי' שייך דין של מודה בקנס פטור, כי לא שייך שההודאה תפקיע את החיוב. וגם לפ"ז אתי שפיר מש"כ רש"י בהדיבור השני שהוא נחשב גברא לאו בר חיובא עד גמ"ד, כי י"ל שכיון דמוכח מהדין של מודה בקנס פטור שאינו מתחייב מיד בשעת המעשה א"כ שוב לא מסתבר שחיובו יתחיל בשעת העדות, אלא סברא היא שחיובו תתחיל משעת גמ"ד אע"פ שגם קודם לכן כבר לא מהני הודאתו משעת העדות.

ג', כהנ"ל, דס"ל לרש"י שבקנס הרי הוא מתחייב רק משעת גמ"ד, רק שמש"כ משום שמודה בקנס פטור, זהו הטעם לזה (ולא הוכחה), כלומר שהטעם למה הוא מתחייב רק משעת גמ"ד הרי הוא משום הדין הזה שהוא יכול עוד להודות ולפטור את עצמו, דזהו הדבר שגורם לזה שאינו מתחייב מיד, וגם לפ"ז י"ל שנהי שהדבר הזה שגורם שאינו מתחייב מיד, נמצא כאן רק עד שעת קבלת עדות, אבל בכל זאת לא מסתבר שתתחיל חיובו בשעת העדות, אלא בודאי מסתבר שלא חייבתו התורה עד גמ"ד, ולכן אתי שפיר דברי רש"י בהדיבור השני שהוא נחשב גברא לאו בר חיובא עד גמר דין.

והנה לכאורה יש להקשות על הדרך השלישי הזה דאיך שייך לומר שהטעם למה אינו מתחייב עד גמ"ד הרי זה משום שהוא יכול להודות ולהפטור, הלא גם בעונש מיתת ב"ד ומלקות אינו מתחייב עד גמ"ד והתם אינו יכול להודות ולהפטור. מיהו באמת מרש"י במכות דף ה' ע"א מבואר שגם שם הרי הוא יכול להודות

ולהפטור וכבר תמהו תוס' עליו שם.

שוב התבוננתי שבאמת לא קשה מידי ממה שכתב רש"י בהדיבור השני דאירי באופן שכבר נגמר דינו בהב"ד הראשון, והיינו משום שלעולם י"ל דס"ל לרש"י שכבר אחרי קבלת עדות הרי זה נקרא שחיובו נחלט, א"נ שכבר אז מתחיל חיובו, רק שבכל זאת הוצרך רש"י לצייר באופן שכבר נגמר דינו, והיינו משום שאם לא נגמר דינו בב"ד הראשון, אלא רק הועד לחד, הרי הוא יכול עדיין לשנות את הדבר ולהפטור ע"י שיודה בב"ד אחר וכשיטת הב"ח והקצה"ח בסי' ש"ג סק"ב (ודלא כהנתי"מ שם) [מיהו הב"ד הראשון אכתי יוכל לחייב אותו כיון שלא הודה בפניהם כמש"כ הקצה"ח שם] ולכן הוצרך רש"י לומר שכבר נגמר דינו בהב"ד ההוא. וע"ע ברש"י בסוף דף ע"ה. וע"ע באות ע"ד ובאות פ"ג* שהבאנו עוד מקורות בענין מתי חל החיוב של קנס.

דף ע"ד ע"ב

סח) על פי ע"א פשיטא.

א. צ"ע דאולי אתי לאשמועינן שלא אמרינן שהוא נעשה מחויב שבועה להכחיש את העד אחד, דאילו כן, הי' הדין שהתובע נשבע ונוטל כיון שהנתבע חשוד על השבועה מחמת ששנים מעידים שגנב וכמו שביאר רעק"א בגליון הש"ס כאן.

ב. עיין ביש"ש בסי' כ"ה שהביא שיש אומרים שמוכח מכאן שאם הוא מודה בקנס אחרי שבא עד אחד הרי הוא חייב

ואינו נפטר משום מודה בקנס, דאל"כ אלא הרי הוא שפיר נפטר א"כ אמאי לא אמרינן שהמשנה איירי בכה"ג שהודה אחרי הע"א וקמ"ל שבכל זאת הרי הוא נפטר. ודחה היש"ש שאין זו ראי' כי לא משמע מהמשנה שהכוונה היא להיכא שהודה אחרי הע"א עיי"ש.

(ט) מה על פי ע"א כי אתי ע"א מצטרף בהדי' מחייב.
דברי האפיקי ים.

פירש"י שהוא מצטרף משום הדין של ריב"ק ששומעין דבריו של אחד היום ודבריו של השני למחר. וכתבו תוס' כאן שגם לפי רבנן הרי הוא יכול להצטרף ע"י שיחזור ויעיד עוד הפעם עכשיו ביחד עם השני.

והאפיקי ים בסי' כ"ג אות ב' ואות ג' הקשה על תוס' דהא הך עדות שהוא חוזר ומעיד פעם שני, שהיא עיקר העדות שלו שאנו משתמשים בה (שהרי העדות שהעיד בהפעם הראשון אינה מצטרפת בהדי העד השני לפי רבנן), הרי היא עשאי"ל (ובקנס לכו"ע בעינן עשאי"ל), דהא אם יוזם הרי מתגלה שהי' פסול משעה שהגיד הפעם הראשון וא"כ הי' פסול בשעה שהעיד הפעם השני, דהא למפרע הוא נפסל. וכתב שצ"ל בדעת תוס' שהם סוברים שע"א אינו עובר בלא תענה, וכן הביא שכתב בהגהות אמרי ברוך על חו"מ סי' ל"א שכן סובר הרמב"ם בע"א בדבר שבערוה, וכן הביא שסובר הנוב"ק בחלק אה"ע בסי' ע"ב אפילו בע"א בממון אע"פ שהוא מחייב שבועה, וכן הוכיח הנו"ב מהרמב"ן

במלחמות בסנהדרין דף פ"ו גבי גניבה בנפש, וא"כ לפ"ז יוצא שבאמת לא נפסל עבור עדותו הראשונה. וכתב שרש"י לא כתב כתוס' כי ס"ל שע"א שפיר עובר בלא תענה, וכדעת הרמב"ן בפרשת ואתחנן על הפסוק לא תענה ברעך עד שוא, וכדעת הר"ן בפ"ב דכתובות שבע"א אומר נתגרשה וע"א אומר לא נתגרשה הרי אחד מהם פסול משום שהעיד שקר, ומש"ה א"א לאוקמה לפי רבנן (וכמש"כ תוס') כי נמצא שהעדוה השני' היא עשאי"ל וכהנ"ל.

ברם עיי"ש באות ד' שהביא שהרצה את הדברים לפני הגדול ממינסק ואמר לו שבאמת כדברי תוס' מבואר להדיא בגמ' בסנהדרין דף ל' ע"א וא"כ אכתי קשה הקושיא הנ"ל על הגמ' לפי אלו שסוברים שע"א עובר בלא תענה. ועיי"ש ביתר דבריו.

מיהו יש ליישב, דהנה הטעם למה לא שייך הזמה בעד פסול הרי זה או משום שאין גומרים את הדין על פיו וממילא חסר התנאי של גמ"ד שהרי אין העדים נעשים זוממין עד שיגמר הדין על פיהם, או משום שלא מיקרי עד ובפרשת הזמה כתיב והנה עד שקר העד, ובאמת צ"ע דהא גם כל היכא שהוזם הרי מתברר שהגמ"ד לא הי' בגדר גמ"ד כשר, וכן שבשעה שחלה העדות לא הי' בגדר עד כשר (ועי' בקצה"ח בסי' נ"ב), וצ"ל שמ"מ בהכי חייבי' רחמנא, ורק היכא שהעד נפסל מחמת סיבה אחרת אמרינן שזה נחשב חסרון, וא"כ לפ"ז י"ל שכמו שלא איכפת לן במה שבאמת כבר נפסל העד מחמת העדות הזאת שהוא מעיד משום שבהכי

חייבי רחמנא א"כ הה"נ שלא איכפת לן אם מתגלה שכבר נפסל מקודם לכן מחמת עדות זו שהוא מעיד כי כבר העיד אותה מקודם, כיון שהיא אותה עדות.

מיהו לכאורה לא שייך לומר כן אלא למ"ד שהכחשה היא תחילת הזמה, אבל לפי המ"ד שסובר שהכחשה לאו תחילת הזמה הרי חזינן שאפילו כשנתבטל הגמ"ד או השם עד מחמת סיבה בעדות זו גופא הרי זה ג"כ גורם שא"א להזימו.

מיהו יש לחלק ששאני התם שכבר נתגלה שנתבטל לפני שבאים להזימו, וא"כ בכה"ג לא אמרינן שבהכי חייבי רחמנא משום שאינו דומה לכל הזמה שמתגלה כן רק ע"י ההזמה גופא, אבל בהציור הנ"ל אצלינו הרי רק ע"י ההזמה מתגלה שהי' פסול בשעת העדות וא"כ שפיר י"ל שבכה"ג לא איכפת לן בזה שמתגלה שכבר נפסל מהפעם הראשון שהעיד עדות זו, כיון שהי' פסול מחמת עדות זו עצמה.

וע"ע בספרי על סנהדרין (הוצאה שלישית) באות כ"ג סק"ב שצידדתי לחדש שהיכא שכל הסיבה למה העדות היא עשאאי"ל מתחדשת רק ע"י ההזמה גופא אבל קודם שהוזמו אין כאן עוד שום סיבה למה א"א להזימם, אז אין בכה"ג חסרון של עשאאי"ל, וכן הוא גם כאן שהרי דוקא ע"י שיוזמו יתחדש שהיו פסולים בשעת העדות ושאי"א להזימם.

**(ע) לאפוקי מדרב הונא
אמר רב (בענין פוטר
עצמו מכלום).**

א. דברי התורת חיים.

הנה יש לתמוה על המשך הסוגיא כאן,

חדא למה תלו את הדבר דוקא בדרב הונא, דהא נהי שהביאו להלן את המימרא של רב הונא אמר רב שמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור, אבל הלא בדף ע"ה ע"א איתמר להדיא מודה בקנס ואח"כ באו עדים רב אמר פטור ושמואל אמר חייב, וא"כ משמע שהי' הדבר ידוע בפי כולם שרב אמר כן וא"כ למה אמרו לאפוקי מדרב הונא אמר רב ולא אמרו לאפוקי מדרב.

גם צ"ע למה באמת ייחסה הגמ' את דברי רב לרב הונא, הלא הי' שגור ומקובל בפי כל שרב אמר כן כדחזינן מהא שאמרו להלן שרב אמר פטור ולא אמרו שרב הונא אמר רב פטור.

ועוד צ"ע מהו בכלל הראי' מהמשנה כאן לאפוקי מדרב הונא אמר רב הלא לקמן בסוגיין אמרינן שהטעם של המשנה הוא משום שפטר עצמו מכלום.

שו"ר בתורת חיים לקמן בדף ע"ה בד"ה אמר וכו' שהקשה את קושייתנו למה אמרו לאפוקי מרב הונא אמר רב ולא אמרו לאפוקי מדרב, וכתב שא"א להקשות על רב עצמו כי י"ל שרב מודה שהוא חייב היכא שהוא פוטר את עצמו מכלום ולכן הרי הוא חייב בהמשנה אם אח"כ באו עדים וכמו דאמרינן באמת להלן בדף ע"ה שזהו הטעם של המשנה, אבל רב הונא נתכוין לומר בשם רב שאפילו כשהוא פוטר את עצמו מכלום הרי הוא פטור, דהא הכי חזינן מהא דלא תירץ רב הונא לרב חסדא ששאני גבי טבי עבדו שר"ג פטר עצמו מכלום, וכדאמרינן לקמן בגמ' שמהא דלא אמר רב הונא הכי חזינן דס"ל שגם כשהוא פוטר את עצמו מכלום מודה

בקנס ואח"כ באו עדים פטור, וא"כ על זה שפיר קשה מהמשנה דהא מהמשנה מבואר שלכה"פ בכה"ג הרי הוא חייב, ולכן אמרינן לאפוקי מדרב הונא אמר רב ולא לאפוקי מדרב עכ"ד התו"ח.

ב. המאירי.

מיהו מדברי המאירי הובא להלן בשט"מ בדף ע"ה ע"ב מבואר דרך אחרת בזה וכמו שנבאר, דהנה עיי"ש שהביא שי"א שמה שאמר רב המנונא מסתברא מילתא דרב כשאינו פוטר עצמו מכלום אבל אם פוטר עצמו מכלום גם לרב הרי הוא חייב, כוונתו היא לגניבה וטביחה, דרק התם בעינן שיחייב את עצמו בהקדן של

גניבה, אבל בשאר דברים לא בעינן כן. וכתב שההכרח לומר כן הוא מהא דלא השיב רב הונא לרב חסדא שהטעם של רבי יהושע הי' משום שר"ג פטר את עצמו מכלום. מיהו מלבד ממה שדינו של המאירי צריך סברא, הרי לכאורה דבריו תמוהים הם מסוגיית הגמרא שהרי רבא בעצמו הקשה קושיא זו על רב המנונא בהמשך הסוגיא והוכיח מזה דלית לי' לרב הונא את הדין של רב המנונא, וא"כ חזינן מרבא שאם הדין הוא שפוטר עצמו מכלום חייב כשאח"כ באו עדים, הדין נותן שכן יהי' גם בשן ועין ולא רק בגניבה.

ג. היש"ש.

שו"ר ביש"ש בסי' כ"ו שהאריך להוכיח כהדעה הנ"ל שהביא המאירי, ובסברת הדבר כתב משום שלאחר שכפר את הגניבה ובאו עדים שגנב א"כ מעתה כשהוא מודה על הטביחה חיישינן שמא

מה שהוא מודה על הטביחה הרי זה מיראה שמא יכחישוהו עדים גם על הטביחה כיון שכבר באו עדים על הגניבה. ובביאור דברי הגמרא כתב שלעולם רב המנונא עצמו נתכוין לומר שבכל הקנסות בעינן שלא יפטר את עצמו מכלום ולא רק בגניבה וטביחה, דהכי משמע מלשונו של רב המנונא מדלא קאמר מסתברא מילתא דרב בשאר קנסות וכן בגניבה היכא שלא פטר עצמו מכלום, ועל זה הקשה רבא שבע"כ צ"ל שרק בגניבה וטביחה אמרינן כן אבל בשאר קנסות לא איכפת לן אם הוא פוטר עצמו מכלום מדלא השיב כן רב הונא לרב חסדא. והיש"ש שם הוכיח כשיטה זו מהברייתא לעיל דתני משום שכבר הודית (דס"ל לההיא ברייתא שהוא נשאר פטור אפילו אם אח"כ באו עדים), דמזה מוכח שאם הודה ואח"כ באו עדים הרי הוא פטור גם כשפטר את עצמו מכלום.

ועוד כתב שם היש"ש שרבי יוחנן בסוגיין ס"ל כרב הונא ולא כרב המנונא ולכן לא קשה מה שהקשו תוס' כאן על הרשב"ם, דהנה תוס' הקשו למה אמרינן איתמר נמי וכו' ומייתנין את דברי רבי יוחנן הלא כבר דחה רבא את דברי רב המנונא, וכתב היש"ש דהיינו משום שגם לפי דחיית רבא אכתי נשאר דין של פוטר עצמו מכלום לענין גניבה וטביחה וזו היתה כוונת רבי יוחנן. ועוד כתב היש"ש שלפ"ז לא קשה הקושיא השני' שהקשו תוס' כאן על הרשב"ם עיין בדבריו.

והנה צ"ע על דרכו של היש"ש למה אמרו בתחילת הסוגיא לאפוקי מר"ה אמר רב הלא שאני בהמשנה שהוא פוטר את

עצמו מכלום (וכמו שאמרו באמת בהמשך הסוגיא שזהו הטעם של המשנה), ולפי דרכו של היש"ש הרי כו"ע מודים לזה לכה"פ בגניבה וטביחה. וצ"ל שאכתי לא אסיק אדעתא דהש"ס את הדין של פוטר עצמו מכלום.

ולפי היש"ש הדרה קושיא לדוכתה למה הביאו את דברי ר"ה אמר רב ולא את דברי רב עצמו וכמו שהקשינו בתחילה.

והיש"ש הוכיח עוד כדבריו משום דכיון שיש ב' דרשות, א' בשביל מודה בקנס, וא"כ בשביל מודה בקנס ואח"כ באו עדים, א"כ כמו שהדרשה של מודה בקנס פטור (בלי עדים) הוא אפילו כשפטר עצמו מכלום א"כ ה"ה לאידך דרשה, דאל"כ אלא שהפסוק של אח"כ באו עדים איירי רק כשאנו פוטר עצמו מכלום, א"כ אולי גם כל עיקר הדרשה של מודה בקנס פטור הרי הוא רק בגניבה כיון שהוא מחייב את עצמו בהקרן, אבל כשהוא פוטר את עצמו מכלום אולי הרי הוא חייב אפילו כשלא באו עדים משום שבכה"ג לא נאמר שמודה בקנס פטור.

ד. השער המלך.

שו"ר בשער המלך בפ"ה מהל' עבדים הי"ז בד"ה ודע וכו' שהאריך ג"כ בענין פוטר עצמו מכלום על כל מקורותיו, וכתב ביאור אחר בהמשך הגמ' מהיש"ש, והיינו שלעולם גם רב המנונא נתכוין לחייב רק גבי גניבה וטביחה, אבל בשאר קנסות גם אם פטר את עצמו מכלום הרי הוא פטור וכדמוכח מהברייתא של כבר הודית, ומעתה צ"ע מאי מקשה רבא על רב המנונא מרב הונא הלא רב הונא ורב חסדא

איירי בשאר קנסות ולא בגניבה וטביחה, ועל זה כתב השעה"מ שכוונת רבא היא להקשות משום שבע"כ צ"ל שרב הונא לא ידע את הברייתא של שכבר הודית, דהא אם ידע ממנה א"כ למה לא אמר שהוא סובר כאותה ברייתא, וא"כ בע"כ צ"ל שלא ידע ממנה, וא"כ לפ"ז אם איתא דס"ל כרב המנונא שפוטר עצמו מכלום חייב למה לא תי' שטעמו של רבי יהושע הי' משום שר"ג פטר עצמו מכלום דהא לדידי' דלא שמיעא לי' ההיא ברייתא הרי שפיר י"ל כדברי רב המנונא גם בשאר קנסות, וא"כ מהא דלא תי' כן רב הונא מוכח שרב הונא לא ס"ל כלל הדין של פוטר עצמו מכלום וממילא אפילו לא גבי גניבה.

עא) מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור.

א. גדרי מודה בקנס.

הנה לכאורה ביאור המחלוקת אם מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור או חייב הרי הוא כך, שהמ"ד שסובר חייב סובר שסוף הדין של מודה בקנס פטור הוא רק שא"א לחייבו קנס על פי הודאת עצמו, ושלא אמרינן בזה שהודאת בעל דין כמאה עדים דמי, משא"כ המ"ד שסובר שמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור סובר שבהקרא יתירא שהביאה הגמ' בדף ע"ה ע"א נתחדש שהודאה בקנס היא בגדר דבר הפוטר, וממילא הרי הוא פטור אפילו אם אח"כ באו עדים.

ולכאורה יש לתלות שאלה זו אם הודאה בקנס הרי היא דבר הפוטר או לא, בהשאלה מתי חל בכלל החיוב של קנס,

דאם נאמר שהוא חל בשעת גמ"ד, אז שפיר י"ל שאם הודה לפני זה הרי זה בגדר דבר שפוטר, אבל אם נאמר שהחויב חל בשעת המעשה כמו בממוץ, לכאורה לא שייך לומר שההודאה היא בגדר דבר הפוטר, דהא כבר חל עליו החיוב, ולכל היותר שייך לומר רק שא"א לברר את חיובו על סמך הודאתו. מיהו לעיל כאן באות ס"ז צדדנו לומר שגם אם חל החיוב של קנס בשעת המעשה אכתי י"ל שההודאה היא בגדר דבר הפוטר משום ששייך לומר שההודאה מפקיעה את החיוב שחל כבר, א"נ משום שלכתחילה לא חייבה אותו התורה אלא על מנת שלא יודה עיי"ש.

והנה בסוגיין מבואר שאפילו המ"ד שסובר שמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור הרי הוא מודה שזהו רק אם הודה בב"ד אבל אם הודה חוץ לב"ד אם שוב באו עדים הרי הוא חייב, דכן מבואר מהא דאמר רבי יהושע לר"ג שאם יבואו עדים הרי הוא חייב. מיהו אעפ"כ הרי משמע שרק אם יבואו עדים הרי הוא חייב אבל בלי עדים לא מחייבין לי' על פי הודאתו שהודה חוץ לב"ד, ולכאורה צ"ע דכמו שהדין שהודאה בקנס הרי הוא דבר הפוטר אפילו אם אח"כ באו עדים הרי הוא נוהג רק כשהודה בפני ב"ד, א"כ כמו כן צריך להיות לענין הדין שא"א לחייבו על פי הודאת עצמו, דגם זה יהי' נוהג רק כשהודה בפני ב"ד.

וכעין זה מצינו גם בנוגע להדין של

פוטר עצמו מכולם שאמר רב המנונא להלן בסמוך, דהיינו שאם פטר עצמו מכולם ואח"כ באו עדים הרי הוא חייב ואין נוהג בכה"ג הדין של מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור, אבל בכל זאת כל זמן שלא באו עדים אכתי קיימא בדוכתי' גם בהציוור של פוטר עצמו מכולם שא"א לחייבו על פי הודאת עצמו, ולכאורה צ"ע כהנ"ל מ"ש הדין שמודה בקנס הרי הוא דבר הפוטר מהדין שא"א לחייבו על פי הודאת עצמו.

מיהו באמת הקושיות הנ"ל בנויות הן על ההנחה שגם בקנס שייך לומר שהודאת בע"ד כמאה עדים דמי רק שגזיה"כ היא שהיכא שיש על דבריו תורת מודה בקנס אז לא אמרינן שהודאת בעל דין מחייבתו, אלא אדרבה הודאתו פוטרת אותו, ולכן הקשיתי שא"כ היכא שאין בהודאתו את התנאים של מודה בקנס וכגון היכא שהודה חוץ לב"ד או כשפטר עצמו מכולם למה לא יתחייב מצד הודאת בעל דין. מיהו נראה שאין הדבר כן אלא הפסוק הראשון של מודה בקנס פטור משמיענו שעל הסכום של קנס לא נאמר בכלל הנאמנות של הודאת בעל דין*, ומש"ה גם חוץ לב"ד הרי הוא פטור וכן כשפוטר עצמו מכולם, ואפילו כשאין כאן התנאים שדרושים לנו בשביל הדין שהודאה בקנס הוא דבר הפוטר.

ב. דברי הקצה"ח בסי' א'.

ועיין בקצה"ח בסי' א' סק"ו שהביא דעות שהבינו באמת כהדרך הראשון

משלם קרן, או כשהוא אומר טבחתי שהוא משלם את דמי ההיזק של הטביחה.

* ואפילו כשלענין הקרן שפיר יש לו נאמנות על גוף המעשה, וכגון כשהוא אומר גנבתי שהוא

שכתבנו, דהיינו שלעולם גם בקנס שייך הדין של הודאת בע"ד, רק שקמ"ל הפסוק שכשיש התנאים של הגזיה"כ של מודה בקנס, אז הרי הוא פטור, וממילא הרי הם סוברים שאם יודה חוץ לב"ד הרי הוא חייב באמת מצד הודאת בעל דין, והקשה הקצה"ח עליהם מדברי רבי יהושע כאן שאמר לר"ג שרק אם יבואו עדים הרי הוא חייב אבל לא על פי הודאתו שהודה חוץ לב"ד.

מיהו יש להעיר על הקצה"ח דאי משום הראי' מדברי ר"י הרי אפשר לומר שרק התם לא שייך הודאת בע"ד כמאה עדים דמי כשהוא מודה חוץ לב"ד, והיינו משום שהתם באמת אין הוא מודה על שום דבר של ממון, שהרי מה שסימא את עין עבדו הרי זה רק בגדר עבירה בעלמא, אבל אינו חייב להעבד את נזקו, וכדאמרינן בסוגיין שפוטור עצמו מכלום הי', שהרי החובל בע"כ שלו פטור, ונהי שהתורה קבעה על זה קנס, אבל זהו כבר דבר צדדי, אבל עצם המעשה מחמת טבעו אינו מעשה של התחייבות בממון כמו ניזקין או גניבה, וא"כ י"ל שדוקא בכה"ג לא שייך לחייבו חוץ לב"ד משום הודאת בע"ד (וכן גם בפני ב"ד לא בעינן קרא לפוטרו לפני שבאו עדים), כי הודאת בע"ד כק' עדים דמי אמרינן רק כשהמעשה הוא מעשה של התחייבות של ממון, דאז הרי הוא נאמן לומר שעשה את המעשה, וא"כ אכתי י"ל שהיכא שהוא מודה על מעשה שהוא בגדר מעשה של התחייבות של ממון אז אפשר באמת לחייבו גם את הקנס, וכגון היכא

שהוא אומר גנבתי, דהתם הרי הוא מתחייב גם בהקנס כשהודה חוץ לב"ד כיון שאין כאן התנאים של מודה בקנס, והיינו משום שלעולם הכח של הודאת בעל דין מהני גם על קנס כשאין כאן הדין פטור של מודה בקנס.

מיהו מהגמ' של רב המנונא בפוטור עצמו מכלום מוכח שגם בכה"ג אינו מתחייב קנס והיינו משום שקנס מופקע מכל עיקר הנאמנות של הודאת בעל דין ולא מהני הודאת בעל דין לחייבו קנס, שהרי בגמ' מבואר שכשהודה שטבח לא שייך הדין של מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור משום שפטור עצמו מכלום אלא הרי הוא חייב אם אח"כ באו עדים, אבל בכל זאת כל זמן שלא באו עדים אין הוא חייב על פי הודאת עצמו, והרי התם שפיר שייך תורת הודאת בעל דין שהרי התם המעשה של טביחה הרי הוא שפיר סוג מעשה של התחייבות של ממון שהרי טביחת בהמת חבירו אמורה לחייבו ממון משום מזיק, רק שהכא אינו מתחייב כי כבר נתחייב משום גנב, ולא עוד שאולי גם עכשיו הרי הוא מתחייב קרן עבור הטביחה כמו בתברי' ושתיי' אע"פ שהכא אין כאן יוקר חדש, וא"כ הרי הוא שפיר מודה במעשה של התחייבות של ממון ובכל זאת חזינן שאינו חייב קנס, וא"כ מזה שפיר מוכח שגם היכא שהי' שייך הדין של הודאת בע"ד, אינו מתחייב בקנס על פי עצמו כי לא נאמר בקנס הדין של הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, וא"כ ה"ה להודאת גניבה חוץ לב"ד*).

* במעשה של התחייבות של ממון לא שייך הודאת

(* ואת הסברא שכתבתי שהיכא שאין כאן הודאה

והנה הגדר הנ"ל שלהודאת בעל דין כמאה עדים דמי בעינן שיודה על מעשה שהוא בטבעו בגדר מעשה המחייב ממון, בנוי הוא על ההנחה שבהודאת בעל דין נאמר באמת שהוא נאמן גם על המעשה, ודלא כדברי הריטב"א במכות דף ג' ע"א שבהודאת בעל דין נאמר רק דין נאמנות על התוצאה, דהיינו שהוא נאמן שהוא חייב, גם בלי להיות נאמן על המעשה, ושלכן מהני הודאת בע"ד אפילו כשהוא משים את עצמו רשע.

ובאמת עוד קשה על השיטה ההיא ממאי דאמרינן שאם ראה עדים שממשמשין ובאין והודה הרי הוא חייב כשאח"כ באים עדים, אבל אינו חייב על פי הודאתו, הרי שגם בשאר קנסות לא אמרינן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי ואפילו כשאין עליו דין של מודה בקנס.

ג. דברי רש"י ביבמות.

שוב העירוני שכדברינו הנ"ל, וכדברי

הקצה"ח דלא שייך בכלל הדין של הודאת בע"ד בקנס, מבואר מדברי רש"י ביבמות דף כ"ה ע"ב בד"ה ואין אדם משים עצמו רשע, דעיי"ש שכתב וז"ל, אין עדותו עדות אצל עצמו ליעשות רשע, והא דקי"ל הודאת בע"ד כמאה עדים דמי, הני מילי לממונא אבל לקנסא ולעונש מלקות וליפסל (לעדות) לא עכ"ל. הרי שאינו נאמן בקנס מצד הדין של הודאת בע"ד משום שהדין הזה נאמר רק בממון ולא בקנס דכן ילפינן מהילפותא של מודה בקנס פטור. מיהו יש לדחות שכוונת רש"י היא שהאמור בהילפותא של מודה בקנס פטור היא שרק היכא ששייך הדין של מודה בקנס פטור (ואפילו אם אח"כ באו עדים), רק התם לא שייך הדין של הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, אבל היכא שלא שייך הדין של מודה בקנס פטור (וכגון חוץ לב"ד) שפיר שייך הדין של הודאת בעל דין. מיהו מפשטות לשון רש"י לא משמע

בעל דין, מצאתי בפ"י על כתובות דף ע"ב דעיי"ש דתנן שאם אשתו מאכילה אותו דבר שאינו מעושר הרי היא מפסידה את כתובתה, ופרכינן בגמ' מנא ידעינן שעשתה כן, והקשה הראב"ד דאולי ידעינן כן על פי הודאתה, ותי' משום שאינה נאמנת משום שאין אדם משים את עצמו רשע, והקשה הר"ן דהא הוה הודאה בעינן ממון והודאת בע"ד כמאה עדים דמי, ותי' הפ"י וז"ל, ולענ"ד נר' ליישב שיטת הראב"ד דלא אמרינן הודאת בע"ד כמאה עדים דמי אלא כשמודה בעיקר הדבר, משא"כ הכא דמה שמודה שהאכילתו שאינו מעושר אינה מודית כלום בהפסדת כתובתה, דמה שמפסדת כתובתה בכך אינו אלא משום קנס שעברה על דת, וא"כ כיון שלא מהימנא בהכי שעברה על דת, ממילא אית לה כתובה כן נר' לי עכ"ל. ולכאורה יש להתעורר למה לא כתב הפ"י בפשטות משום שדין זה שהיא מפסידה את כתובתה הרי הוא קנס ומודה בקנס הרי

הוא פטור. ונר"פ שלא תי' כן משום שאזיל לשיטתו במכילתין בדף צ"ח ע"ב (על מאי דאמרינן תהא במאמינו) שמודה בקנס שהוא מדרבנן הרי הוא שפיר חייב משום שחכמים נתנו להקנסות שלהם דין של ממון, רק שבכל זאת תי' הפ"י שלא שייך הודאת בע"ד אלא כשהוא מודה שעשה מעשה של התחייבות בממון (וכגון בדף צ"ח שם ששרף שטרו של חברו דלאחר שתיקנו שגרמי חייב הרי זה נקרא שהמעשה מחמת עצם טבעו הרי הוא מעשה של התחייבות בממון אבל הפלת עינו ושינו אינה מעשה אשר מטבעו צריך להוציאו לחירות), אבל בכתובות שם הרי מה שהאכילתו דבר שאינו מעושר אין זה מעשה של התחייבות בממון, ואע"פ שתיקנו רבנן שהיא מפסידה את כתובתה אבל זהו דבר צדדי, ולכן לא שייך שתהי' נאמנת על המעשה, ומש"ה לא אמרינן שם שהיא מפסידה את כתובתה משום הדין של הודאת בעל דין כמאה עדים דמי.

כן אלא משמע שרק בממון שייך הודאת בעל דין, אבל בקנס לא שייך כן מחמת עצם היותו תשלום קנס, וזהו האמור בהגזירת הכתוב שמודה בקנס פטור (ושוב יש עוד פסוק ללמדנו שהיכא שהודה בב"ד הרי הוא פטור אפילו אם אח"כ באו עדים). מיהו לכאורה יש לומר ביאור אחר בדברי רש"י שם, והיינו שלעולם גם בקנס שייך לומר שהודאת בע"ד כמאה עדים דמי, רק שכוונת רש"י היא לומר דהא דלא מהימן בקנס מכח הדין של הודאת בע"ד הרי זה משום שאאמע"ר, כלומר שהיכא שהוא עושה את עצמו רשע לא מהני הכח של הודאת בע"ד. מיהו לפ"ז צ"ע ל"ל קרא דמודה בקנס פטור (ובשלמא הפסוק השני בעינן כדי לפוטרו גם כשבאו עדים, אבל למה לן הפסוק הראשון), ובשלמא לפי הדרך הראשון שכתבנו בביאור דברי רש"י ניחא, כי לפי הדרך ההוא בא הפסוק לאשמועינן זה גופא שבקנס לא מהני הכח של הודאת בעל דין אע"פ שבדין הוא שיועיל באומר גנבתי, אבל לפי הטעם של אאמע"ר למה בעינן קרא למימר שמודה בקנס פטור. וי"ל דבעינן קרא כדי לפוטרו אפילו כשהוא אומר שעשה את המעשה בשוגג, דבכה"ג לא שייך לומר שאאמע"ר (ונקטתי בזה שגם בשוגג יש חיוב של קנס, וכן הוכיח הקובץ שיעורים על ב"ק באות ל"ו מסוף פרק כיצד הרגל, וכן מסוגיין כי ר"ג בודאי לא חבל בטבי במזיד, וכתב שזהו דלא כמו שמבואר בקצה"ח בריש סי' כ"ה). גם י"ל דבעינן קרא להיכא שהוא מודה מתוך שהוא רוצה לעשות תשובה דיש אומרים שבכה"ג לא אמרינן שאאמע"ר, עי' בתוס' בב"מ דף ג' ע"ב,

ובתוס' הרא"ש בכתובות בדף י"ט ע"א, ובפתחי תשובה על יו"ד בסי' א' סק"ו.

מיהו לפי הנ"ל יוצא שהיכא שהוא מודה חוץ לב"ד שעשה בשוגג הרי הוא צריך להיות חייב, שהרי בכה"ג אינו עושה את עצמו רשע, וכן אין כאן תורת מודה בקנס, וא"כ צריך להשאר שהודאת בעל דין כמאה עדים דמי. ולכאורה צ"ע על זה מסוגיין, שהרי רבי יהושע קאמר לר"ג שהוא פטור כל זמן שלא באו עדים אע"פ שהודה חוץ לב"ד. ועוד קשה דלפי הפשט הנ"ל הרי יוצא שהיכא שהוא עושה את עצמו רשע לא אמרינן שהודאת בעל דין כמאה עדים דמי ואילו בכתובות דף מ"א תנן שהאומר גנבתי משלם קרן דחזינן מזה שהוא שפיר יכול לחייב את עצמו בממון אע"פ שהוא דבר של רשעות, דהא בודאי אין הכוונה שהוא משלם רק אם ירצה, וכן אין הכוונה שהוא אומר שעשה כן בשוגג, או שהוא אומר כן דרך תשובה, וגם מקושיית הר"ן הנ"ל על הראב"ד שהבאתי בהערה כאן מבואר שאמרינן שהודאת בע"ד כמאה עדים דמי גם כשהוא עושה א"ע רשע.

ברם עי' בכתובות דף י"ט ע"א דאמרינן שאם המלוה מודה שהשטר שיש לו על הלוח הוא שטר אמנה אינו נאמן היכא שגם לו יש מלוה כי הרי הוא חב להמלוה שלו כי המלוה שלו הי' יכול לגבות מהלוה ע"י הדין של שיעבודא דרבי נתן. והקשה התוס' הרא"ש דתיפוק ל"י שאינו נאמן משום שאסור לעשות שטר אמנה ואאמע"ר, ות"י דהוי דרך תשובה, וכבר ציינתי לדבריו לעיל כאן,

כשהוא משלם ע"י ב"ד מרצונו), וכ"כ בהגהות ציון ירושלים על הירושלמי ספ"ג דכתובות, ועיי"ש בקו"ש מה שיישב בזה, הובא לקמן באות פ"ג *סק"ג וסק"ד.

(עב) אי אתה יודע שטבי עבדי יצא לחירות.

עיין בהגהות יעב"ץ שהקשה דהא בודאי ר"ג לא נתכוין לשיחתה דהא אסור לעשות כן כמו שהראה שם, וכתב דאולי לא ס"ל כרשב"ג אלא כת"ק דס"ל שלא בעינן נתכוין לשיחתה.

(עג) שאני ר"ג דלא בפני ב"ד אודי.

עיין במצפה איתן שהקשה דתיפוק ל"י משום שלא הודה בפני הבעל דין.

(עד) בענין המחלוקת שבין ר"ג לר"י.

הנה לפי רב חסדא איירי המעשה של ר"ג ור"י באופן שהודה ר"ג בפני ב"ד, וכוונת רבי יהושע היתה לומר לו שמודה בקנס פטור (ורק אם אח"כ יבואו עדים יהי' חייב משום שמודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב). ולכאורה צ"ע איך הבין רב חסדא את דעת ר"ג, דכי לא ידע ר"ג שמודה בקנס פטור.

ולכאורה הי' שייך לומר שר"ג סובר שרק בשאר קנסות אמרינן שמודה בקנס פטור משום שהחייב שלהם חל בשעת גמ"ד וקמ"ל הדרשה של מודה בקנס פטור שאם הוא מודה אי אפשר לב"ד לעשות

ומעתה מדברי הרא"ש חזינן דס"ל שלא אמרינן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי היכא שהוא עושה את עצמו רשע, ולכאורה צ"ע כמו שהקשינו מהמשנה הנ"ל בכתובות דף מ"א. ואולי ס"ל שסתם האומר גנבתי הרי הוא רוצה לשלם ומש"ה הרי זה נקרא דרך תשובה ואין שום דוחק להעמיד כן את המשנה.

והנה גם הריטב"א במכות דף ג' ע"א שצינתי לדבריו לעיל ישב על מדוכה זו, דמבאר בגמ' שם שאם העד אומר עדות שקר העדתי הרי הוא משלם לזה שהעיד עליו והפסיד אותו, והקשה הריטב"א דהא אין אדם משים עצמו רשע, ות"י וז"ל, י"ל דההוא (שאינן אדם משים עצמו רשע) בחיוב שבגופו בלחוד, אבל בממון פלגינן דיבורי' כאומר גנבתי או גזלתי שמשלם קרן על פי עצמו, שהרי יוצא מדבריו שהוא מודה שיש לחבירו ממון אצלו וכו' עכ"ל.

(עא*) מודה בקנס ואח"כ באו עדים.

כבר הבאנו שלכאורה הטעם לומר שהוא פטור אפילו אם אח"כ באו עדים הרי הוא משום דקמ"ל קרא שהודאתו היא בגדר דבר הפוטר. מיהו עיין בקו"ש בחלק ב' סי' י"ג אות ד' שכתב דרך אחרת, והיינו שכל עיקר הקיום של קנס שייך רק כשהוא משלם נגד רצונו אבל לא כשהוא משלם מרצונו, ומש"ה היכא שהוא מודה והוא רוצה לשלם, אז אפילו אם באו עדים הרי הוא פטור, וזהו הטעם של המ"ד שסובר מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור (והמ"ד שסובר חייב סובר שהעונש נשלם גם

גמ"ד על פי הודאתו ולהחיל עליו את החיוב, אבל בשן ועין הרי האדון מתחייב מיד בשעת ההכאה, והעבד יוצא מיד לחירות, ולכן אמרה התורה תחת עינו ולא תחת עינו ושינו (עי' בזה בתוס' לעיל בדף ל"ג ריש ע"ב), ומש"ה בכגון זה לא אמריןן שמודה בקנס פטור, דהא כבר נתחייב, ושפיר יוכלו ב"ד לברר את הדבר על פי הודאתו, ולכן מכיון שידע ר"ג את האמת שסימא את עינו, הי' שפיר יכול להוציאו לחירות.

ורבי יהושע סבר שגם בשן ועין הרי הוא מתחייב רק בשעת גמ"ד, א"נ הרי הוא מתחייב בשעת גמ"ד למפרע, ומש"ה שפיר שייך בו הדין של מודה בקנס שאין מחייבין אותו על פי הודאתו. ועיין ברשב"א שביאר באמת שמוכח מדברי רבי יהושע שאינו חייב עד גמ"ד משום שאם נאמר שהוא חייב מיד א"כ למה לא תועיל תפיסתו של העבד, וא"כ מוכח שאינו חייב עד גמ"ד (רק שביאר שבשעת גמ"ד הרי הוא חייב למפרע ולכן שפיר שייך לדרוש תחת עינו ולא תחת עינו ושינו).

גם י"ל דס"ל לר"ג שלעולם גם בכל קנס הרי הוא מתחייב מיד, ובהדין של מודה בקנס פטור נאמר רק שב"ד אינם יכולים להוציא ממנו על פי הודאתו, אבל אם כלפי שמיא גליא שעשה את המעשה הרי הוא חייב מעצמו משעת המעשה, ולכן אם הוא עצמו יודע שהוא חייב הרי הוא שפיר חייב לתת את הקנס, רק שב"ד אינם יכולים להוציא ממנו, ומש"ה שפיר קאמר ר"ג שטבי עבדו יוצא לחירות, ודלא כהירושלמי שהביא הגר"א כאן שהוכיח

מדברי רבי יהושע שהוא פטור אפילו מדיני שמים, אלא ר"ג סובר ששפיר חייב.

והנה רב הונא סובר שמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור, רק דהא דאמר רבי יהושע שיתחייב אם שוב יבואו עדים הרי זה משום שר"ג הודה חוץ לב"ד, אבל כל עוד שלא באו עדים הרי הוא פטור. וגם לפי רב הונא י"ל את שני הדרכים הנ"ל שכתבנו בכיאר דעת ר"ג למה שיחררו בלי שיהיו עדים, אלא שלפי רב הונא י"ל גם דרך שלישי, דהנה לפי רב הונא הדין של הודאה בקנס הרי הוא דבר חיובי שפוטר אותו בדרך חיובי מהחיוב של קנס ולכן ס"ל שהוא פטור אפילו אם אח"כ באו עדים, וא"כ י"ל דס"ל לר"ג שהיכא שהודה שלא בפני ב"ד, מכיון שאין נוהג בכה"ג הדין של פטור, יש לחייב משום הודאת בע"ד, משום דס"ל לר"ג שלא נאמר דין כזה שא"א לחייבו קנס על פי הודאת עצמו, אלא היכא שלא נוהג הדין של פטור הרי הוא שפיר חייב משום הודאת בעל דין, ובשלמא לפי רב חסדא הרי לא נאמר בקנס שום דין של פטור אלא כל האמור בזה הוא רק שא"א לחייבו על פי הודאתו ולכן ס"ל שאם אח"כ באו עדים הרי הוא חייב, וא"כ לפי רב חסדא א"א לומר שר"ג לית לי' דין זה, דהא בודאי גם ר"ג מודה שנאמר דין של מודה בקנס פטור, וא"כ צ"ל כהדרכים האחרים שכתבנו בדעת ר"ג, אבל לפי רב הונא שפיר י"ל שר"ג סובר שנאמר רק דין של פטור כשהוא מודה בפני ב"ד אבל לא נאמר שא"א לחייבו על פי הודאתו אלא הרי הוא שפיר יכול להתחייב על פי

שמודה בקנס פטור דהיינו כשהוא מודה בתוך ב"ד, ויש לדחות).

דף ע"ה ע"א

(עה) שלא בב"ד הוה.

פירש"י וז"ל, לא היו ב"ד יושבין ולא מקום ישיבת ב"ד הוה אלא בשוק הודה לו עכ"ל. יש לעיין למה בעינן לזה שלא הי' במקום ישיבת ב"ד אלא בשוק, הלא הי' מספיק לומר שלא היו ב"ד יושבין אלא הי' נמצא לבדו. ונראה שכן הי' קשה להמהרש"ל בחכמת שלמה כאן, וכתב שכוונת רש"י היא שאילו הי' רבי יהושע נמצא במקום ב"ד א"כ בודאי היו יושבים עמו שאר הדיינים, וכוונת רש"י היא לומר שלא היו ב"ד יושבים כי רבי יהושע הי' בשוק. והביא המהרש"ל שכן הבין המ"מ את כוונת רש"י עיין בדבריו בפ"ג מהל' גניבה ה"ח. ומה שהכריח את רש"י לומר כן הוא משום שאל"כ למה אמרו לשון של שלא בב"ד הוה דמשמע שלא הי' במקום ב"ד, הלא מספיק לומר שהי' יחידי, ולכן פי' רש"י שאילו הי' במקום ב"ד לא הי' נמצא שם יחידי.

מיהו י"ל ביאור אחר בלשון הגמרא, והיינו שכוונת הגמרא היא לומר שאפילו אם פגש את רבי יהושע יחד עם בית דינו אבל לא היו יושבין בדין, וזוהי הכוונה במה שאמרו "שלא בב"ד". ונראה שכן הבין הרמב"ם דעיי"ש שפסק שאם הודה בפני ב' או שהודה בפני ג' כשהיו חוץ לב"ד לאו הודאה היא, דכוונתו במה שכתב

הודאתו כשהודה שלא בפני ב"ד כיון שלא נאמר שם הדין של פטור, ומש"ה ס"ל שכשהוא מודה שלא בפני ב"ד הרי הוא שפיר חייב, ואם יעידו אח"כ עדים ששמעו את הודאתו, גם ב"ד יוכל לחייבו, ואולי אפילו אם הוא עצמו יחזור ויודה בב"ד.

והנה עי' בקצה"ח בסי' א' סק"ו שהביא דעות שהבינו שלעולם גם בקנס שייך הדין של הודאת בע"ד, רק שקמ"ל הפסוק שכשיש התנאים של הגזירת הכתוב של מודה בקנס, אז הרי הוא פטור, וממילא הרי הם סוברים שאם יודה חוץ לב"ד הרי הוא חייב באמת מצד הודאת בע"ד. והקשה הקצה"ח עליהם מדברי רבי יהושע כאן שאמר לר"ג שרק אם יבואו עדים הרי הוא חייב אבל לא על פי הודאתו שהודה חוץ לב"ד. מיהו י"ל שהדעה הנ"ל שהביא הקצה"ח שם שסוברת שאפשר לחייבו קנס על סמך הודאה שהודה חוץ לב"ד הרי היא סוברת שההלכה היא כר"ג והרי היא מפרשת דבריו כמו שביארנו דכיון שחוץ לב"ד לא נאמר שהודאה בקנס פוטרת א"כ אפשר גם לחייבו כי לא נאמרה הלכה נוספת שא"א לחייבו על סמך הודאתו. ועיין במהר"ן חיות דמבואר שלא ברירא מילתא אם ההלכה צריכה להיות כר"ג או כרבי יהושע. מיהו מדברי הרשב"א שהבאתי לעיל משמע שהוא נוקט להלכה כרבי יהושע שהרי הוכיח הרשב"א מדברי רבי יהושע שתפיסה לא מהני, וכן משמע מהירושלמי שהביא הרשב"א שמוכיח מדברי רבי יהושע שאין בקנס חיוב לצאת ידי שמים (מיהו אולי יש לדחות שכוונתם היא להוכיח כן להיכא שגם ר"ג מודה

"חוץ לב"ד" היא להיכא שלא היו יושבים בדין, ומשמע שכן הוא מפרש את כוונת רב הונא במה שאמר שלא בב"ד הוה, והיינו שלעולם איירי שפגש את כל דייני הב"ד, ודלא כרש"י שפגש את רבי יהושע לבדו, אלא פגש את כולם, רק שהיו חוץ לב"ד ולא היו יושבים בדין, ופשיטא שה"ה גם בהמקום של הב"ד כשאינם יושבים בדין. מיהו אכתי קשה על זה קושיית המ"מ שם דתיפוק לי' משום שמשמע שלא הי' בית דינו נמצאים שם אלא הי' רבי יהושע נמצא שם יחידי, שהרי זהו טעם יותר פשוט, והמ"מ תי' שזוהי באמת כוונת הגמ' וכהנ"ל רק שרצו להסביר למה הי' נמצא יחידי, ולפ"ז דינו של הרמב"ם של בפני ג' כשהיו חוץ לב"ד הרי זה מצד הסברא ואין הדין הזה נזכר בתוך הגמ'.

עו) כגון שחזרו עדים לאחוריהם.

ע"י בשט"מ בשם הראב"ד בענין מה הוא החידוש לפ"ז במה שאמר שאינו משלם אלא קרן.

עז) עוד בענין המחלוקת שבין ר"ג ור"י.

עיי' בירושלמי בסוף פ"ג דכתובות שהוכיחו מדברי רבי יהושע דליכא חיוב לצאת ידי שמים בקנס כשאין מחייבין אותו בב"ד. מיהו החינוך במצוה נ"א כתב ששפיר חייב הוא בדיני שמים ואם תפס הניזק אין מוציאין מידו. והמנ"ח בסק"ג כתב וז"ל, וגם נראה לי דחצי נזק (דקרן

תמה) אפשר לומר דחמור כיון דעכ"פ הזיק ומשלם פחות ממה שהזיק כעין סברת הר"מ והראב"ד דמטעם זה מהני תפיסה לאחור הודאה משא"כ בשאר קנסות (הובא לעיל בח"א אות רי"ב) עכ"ל.

וע"י בתוס' בכתובות בסוף דף ל"ג.

עח) אמר רב אנא דאמרי אפילו לר"א בר"ש וכו'.

מיהו הרמב"ם פוסק כת"ק ולכן לא הביא ההיא דר"א בר"ש. וע"ע ברשב"א.

עט) ממשמשיין ובאיין.

ע"י בשער המלך בפ"ה מהל' עבדים הי"ז בד"ה אחר כל הדברים האלה וכו' שכתב שת"ק חולק על ראב"ש רק גבי גניבה כי גבי גניבה הרי הוא סובר שלא חיישינן לומר שהודה מחמת ביעתותא דעדים כי לא הי' מחייב את עצמו בקרן מחמת ביעתותא דעדים, אבל בקנסות שאין הוא מחייב את עצמו בקרן, אז גם ת"ק מודה דאמרינן שמחמת ביעתותא דעדים הרי הוא מודה ושאם באו עדים הרי הוא חייב, והוכיח כן מהא דהביא הנ"י כאן שהקשו על דינו של הראב"ד שהביא שם מהדין של ביעתותא דעדים, דלכאורה אין הדבר מובן דהא ההלכה היא כת"ק, וכבר תמה היש"ש על זה, ובע"כ צ"ל שבשאר קנסות גם ת"ק מודה. מיהו לפ"ז הי' הרמב"ם צריך להביא את דברי ראב"ש להלכה אפילו אם הוא סובר שבגניבה ההלכה היא כת"ק, ע"י בדברינו בהאות הקודמת.

דף ע"ה ע"ב

פ) פוטר עצמו מכלום.

הנה בסוגיין מבואר שאם העידוהו שגנב ושוב הודה שטבח ובאו עדים על הטביחה הרי הוא חייב ואינו נפטר משום מודה בקנס משום שפטר עצמו מכלום, אבל אם הודה על הגניבה הרי הוא פטור מכפל משום שחייב עצמו בקרן.

וה"ה אם הודה גם על הגניבה וגם על הטביחה ושוב באו עדים הרי הוא פטור גם על הטביחה (וכדאמרינן "אבל גנב וטבח ומכר על פי ע"א או על פי עצמו דחייב עצמו בקרן לא אמרינן על פי עצמו דומיא דעל פי ע"א").

מיהו י"ל שני טעמים בענין למה הוא פטור בכה"ג מדו"ה:

א', דכיון שהוא פטור מכפל, ממילא הרי הוא פטור גם מדו"ה משום שדו"ה אמר רחמנא ולא גו"ד, אבל לעולם בנוגע להודאת הטביחה הרי זה נקרא שפטר עצמו מכלום כי הקרן של גניבה אינו שייך לגבי טביחה, ועל מעשה הטביחה הרי לא חייב את עצמו בכלום.

ב', דלעולם מה שחייב את עצמו בהקרן של גניבה הרי זה מהני גם להודאה דטביחה ולא מיקרי שפטר את עצמו מכלום.

ויש לבאר סברת צד ב' על פי הצד שהזכיר הקו"ש באות ע"ז שהחיוב של דו"ה הוא עבור הגניבה בתנאי שישחוט אשר לפ"ז מובן למה הקרן של גניבה חשיבא קרן גם בנוגע להתשלום של דו"ה. וכצד ב' משמע קצת מרש"י בע"א בדו"ה באומר גנבתי וכו' שכתב וז"ל, דחייב

עצמו לשלם קרן מיהא בהודאה הלכך הודאה גמורה היא ופטור מכפל ודו"ה עכ"ל, דמשמע שגם מה שהוא פטור מדו"ה הרי זה בגלל שהודה.

וכן נראה מדבריו בע"ב בד"ה לימא כתנאי וכו' שכתב וז"ל, הודאה דטביחה, אי הודאה היא בלא הודאה דגניבה, דלא חייב עצמו בקרן, לפוטרו אם באו עדים או לא עכ"ל, ומבואר שאם הודה גם בהגניבה אז הרי זה גורם שגם ההודאה על הטביחה הרי היא הודאה הפוטרת.

ונראה שמקורו של רש"י הוא מלשון הגמרא להלן כאן דאמרינן וסומכוס סבר כיון דהודאה דגניבה מחמת עדים הוא דקא מודה, דטביחה לאו הודאה היא, ומשמע שאם הודאה דגניבה היתה שפיר בגדר הודאה והי' מחייב את עצמו בקרן א"כ אז ההודאה של טביחה היתה נחשבת שפיר בגדר הודאה הפוטרת (ולא רק משום דו"ה ולא גו"ד).

פא) לימא כתנאי (בענין המחלוקת בין סומכוס וחכמים).

הנה בגמרא מבואר שסומכוס ורבנן פליגי בצירור שבאו עדים שגנב, ואמר אין גנבתי וטבחתי ומכרתי אבל לא בפניכם, ושוב הזימם, ושוב הביא הבעה"ב עדים שגנב וטבח ומכר, דבכה"ג ההודאה של גניבה אינה בגדר הודאה אפילו לענין לחייב קרן משום שמחמת העדים הודה, והרי זה כאומר לא גנבתי, וא"כ יש כאן רק הודאה דטביחה, ובזה הרי פטר את עצמו מכלום, ופליגי סומכוס ורבנן באם היא הודאה או לא. מיהו צ"ע למה נחלקו

בציור מסובך כזה, ולא בציורו של רב המנונא, דהיינו שהעידו בו שגנב ושוב הודה שטבח ומכר.

מיהו באמת בהציור הנ"ל של סומכוס ורבנן יש חידוש נוסף על הציור של רב המנונא כי קמ"ל שאע"פ שהודה אבל אין זה בגדר הודאה וכהנ"ל.

מיהו אכתי צ"ע למה ציירו באופן שהוזמו העדים הראשונים, תיסגי בציור שאמר אין גנבתי וטבחתי ומכרתי אבל לא בפניכם ושוב באו עדים שטבח ומכר.

ואולי כדי לאשמועיןן שחייבים הראשונים בכאשר זמם ושמיקרי שהעידו הראשונים בגברא בר חיובא אע"פ שיש עדים שניים.

פב) אין גנבתי וטבחתי ומכרתי מיהו לא בפניכם גנבתי וכו'.

הנה מבואר בהסוגיא כאן שמה שאמר אין גנבתי אין זה נקרא הודאה אפילו לענין לחייב קרן משום שמחמת העדים הודה והרי זה כאומר לא גנבתי, ומה שהוא חייב קרן וכפל הרי זה על פי העדים האחרונים וכמו שפירש"י בסד"ה הודאה דטביחה. והנה נראה שאפילו אם לא היינו אומרים שלא חשיב הודאה, אלא אפילו אם היינו אומרים שהוא נתכוין להודאה אמתית, אבל בכל זאת נראה שנהי' חייב קרן משום הודאת בעל דין אבל בודאי לא הי' פטור מכפל לאחר שהוזמו הראשונים, אלא שפיר הי' חייב כפל על פי האחרונים, והיינו משום שסוף סוף כיון שלא הודה מעצמו אלא מחמת העדים אין זו הודאה שפוטרת מקנס. ויש ללמוד כן בק"ו מראה עדים

שממשמשין ובאין (וכן י"ל שאפילו ת"ק דראב"ש מודה הכא).

מיהו נראה שאע"פ שאנו אומרים שאפילו אם היתה נחשבת הודאה לחייבו קרן לא הי' נוהג הדין של מודה בקנס פטור, אבל מ"מ נראה שה"ה שלא הי' חייב כפל עבור הודאתו, דהא הכי חזינן מהציור של הודה חוץ לב"ד, דהא אמרינן שאע"פ שאין הודאתו של חוץ לב"ד פוטרתו, וכמו שאמר רבי יהושע, אבל בכל זאת רק אם באו אח"כ עדים הרי הוא חייב, אבל אינו חייב לשלם את הקנס על פי הודאת פיו, וכבר הקשה הקצה"ח בס"י א' סק"ו משם על הסוברים שהיכא שאין בו תורת מודה בקנס הרי הוא חייב משום הודאת בעל דין, דמהתם חזינן שאינו חייב, וא"כ ה"ה גם כאן אם הי' נחשב הודאה, אע"פ שלא היתה הודאה זו פוטרתו מקנס, אבל בכל זאת גם לא היתה מחייבתו.

מיהו מרש"י בסד"ה הודאה דטביחה וכו' נראה לא כן אלא משמע מדבריו שאם היתה נחשבת הודאתו הודאה, אז הי' חייב גם כפל, דהא רש"י כתב שהא דחייב קרן וכפל לא על פי הודאתו היא כי מה שאמר גנבתי הרי זה כאומר לא גנבתי, ומשמע שאם היתה נחשבת הודאה, אז היתה הודאה זו מחייבתו גם ככפל. ולכאורה צ"ע דהא נהי שלא חשיב מודה בקנס לענין לפוטרו אבל בכל זאת גם לחייבו בקנס א"א על פי הודאה כזו וכהנ"ל.

וי"ל דס"ל לרש"י שהטעם למה הי' חייב הוא משום שכל היכא שהוא מתחייב קרן עבור הגניבה הרי הוא חייב כפל אפילו אם אין כאן דבר שיש בכחו לחייבו בקנס, ולכן אם על הקרן הי' חייב משום

דהוי באמת כאומר גנבתי, אז בדרך ממילא הי' חייב גם כפל, וה"ה שיסבור רש"י שאם הודה על גניבה חוץ לב"ד הרי הוא חייב כפל, ורק בקנס כגון שן ועין, סובר רבי יהושע שגם על הודאה חוץ לב"ד א"א לחייבו קנס. וגם לא קשה על זה קושייתו השני' של הקצה"ח שם מב"מ דף ג' דפיו אינו מחייבו קנס, כי אין זה נקרא שפיו מחייבו קנס אלא פיו מחייבו רק קרן, רק שממילא כך נשאר שכל היכא שהוא חייב קרן יש גם חיוב כפל.

מיהו מלעיל בע"א מוכח דלא כהנ"ל שהרי מבואר שהיכא שראה עדים שממשמשין ובאין והודה הרי הוא חייב קרן ולא כפל, וקאמר רב שאע"פ שמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור, בכל זאת סובר ראב"ש בכה"ג שיבואו עדים ויעידו ויהי' חייב כי לא מיקרי זה בגדר הודאה הפוטרת, רק שאע"פ כן בלא עדים הרי הוא פטור, שהרי חזינן שראב"ש אמר שצריכים שיבואו העדים ויעידו, והיינו משום שלא נאמר הדין של הודאת בעל דין בקנס, ולכן אע"פ שהוא חייב קרן הרי הוא פטור מכפל כל זמן שלא באו עדים, הרי שאע"פ שהוא חייב קרן אפ"ה אינו חייב כפל כשאין כאן נאמנות גם בנוגע לכפל, ולא סגי בזה לחוד שיש עליו חיוב קרן כדי לחייבו כפל.

**פג) לא דכו"ע הודאה
דטביחה לאו הודאה
היא.**

הנה לא הבנתי את סוגיית הגמרא כאן, דהנה אמרינן שלכו"ע הודאה דטביחה לאו

הודאה היא משום שהוא פוטר עצמו מכלום, ואם העדים האחרונים היו כשרים לא היו רבנן פוטרם מדו"ה (וכן סומכוס שסובר שהם שפיר כשרים הרי הוא מחייבו בדו"ה כי הודאה דטביחה לאו הודאה היא אלא חשיב פוטר עצמו מכלום) וכמו שפירש"י בד"ה לא דכו"ע ובד"ה אבל הכא וכו', רק דפליגי בהציור של בפני פלוני ופלוני בעדות שאאי"ל, והרי בהאוקימתא הזאת גופא פירש"י שהוא שפיר מתחייב קרן בגלל הודאתו וכן איתא בגמרא בסוף העמוד דאמרינן "מדקא מודה דגנב, קרן בעי שלומי, וא"כ חזינן מזה שאנו נוקטים ששפיר חשיבא הודאת הקרן בגדר הודאה, וא"כ מה שהודה על הטביחה אינו נקרא שפטר עצמו מכלום וכמו שביארנו באות פ'.

פג*) סיכומים בענין מודה בקנס.

א. דברי הרמב"ם והראב"ד והמ"מ בענין מתי חל החיוב של קנס.

ע"י הרמב"ם בפ"ב מהל' גניבה הי"ב שפסק שהיכא שיש ספיקא דדינא אם הוא חייב כפל או לא, מהני תפיסה. והשיג הראב"ד דהא חסר גמ"ד ובקנס אינו חייב לפני גמ"ד, ותי' המ"מ שבודאי בעינן העמדה בדין כיון שמודה בקנס פטור, אבל סגי בזה שהעידו עדים, דאחרי שהעידו העדים מהני תפיסה ולא בעינן גמ"ד. ונראה שאין כוונת המ"מ לומר שהחיוב של קנס חל עליו אחרי הגדת העדות, כי לא מסתבר שהתורה תחיל עליו את החיוב לאחר הגדת העדים, אלא מסתבר שהחיוב מתחיל או משעת המעשה או משעת גמור

דין, וכוונת המ"מ היא שלעולם הרי הוא מתחייב בשעת המעשה, רק שמאי דאמרינן בגמרא לעיל בדף ע"ד ע"א שמיקרי גברא לאו בר חיובא הכוונה בזה היא רק שלפני העדאת העדים עוד לא נחלט חיובו, משא"כ אחרי זה הרי זה נקרא שכבר נחלט חיובו, וזוהי הכוונה במאי דאמרינן שהוא נקרא גברא לאו בר חיובא עד העמדה בדין, אבל לעולם הרי הוא חייב משעת המעשה קודם גמ"ד, ומש"ה אם העידו בו סגי בהכי לענין שמהני תפיסה, משא"כ לפני שהעידו בו לא מהני תפיסה כי הוא תופס ממוחזק בלי שום ראי'.

ב. דברי הרא"ש בדף ט"ו.

עי' בדף ט"ו ע"ב דאמרינן שגם בבבל אם תפס קנס לא מפקינן מיני', והביאו תוס' שם את שיטת ר"ת שהוא יכול לתפוס רק את הדבר המזיק עצמו אבל לא שאר דברים כי אם יוכל לתפוס גם שאר דברים א"כ יתפוס את כל אשר לו ולא נוכל להוציא ממנו כי אין דנין ד"ק בבבל. והנה הרא"ש חולק על ר"ת וז"ל, ולא יכולתי לעמוד על דבריו, דאם לקח יותר מכדי נזקיו יכולים ב"ד לדון כדי שיחזור לו המותר ולא מיקרי ד"ק בבבל שהרי כבר נפרע מנזקו בתקנת חכמים שאמרו לא מפקינן מיני', ואין אנו דנין אלא להחזיר את המותר עכ"ל. ובחלק א' אות רכ"א פלפלנו בענין אם יש ראי' לדבריו לענין מתי מתחייבים בקנסות האם משעת המעשה או משעת גמ"ד.

וע"ע ברא"ש שם שכתב וז"ל, והראב"ד ז"ל כתב, ואע"ג דלא מגבינן האידנא

קנסות, אמרו רבנן דמשמתינן לי' עד דמפייס לי' לניזק כראות ב"ד, ואם יש להם קצבה מן התורה כחמשים של אונס ומפתה, עד דיהיב לי' אותה קצבה, ולא נהירא, דהא אמרינן דלא משמתינן אלא אי אזמני' לדינא לא"י ולא בעי אזיל, ועוד לדבריו הרי גובין ד"ק בבבל, דאין לך גוביינא גדולה מזו הא דמשמתינן לי' דלינקטי' בכובסי' דלישבקי' לגלימי' עכ"ל. ובדעת הראב"ד נר"פ דס"ל שפרעון כזו בלא גמ"ד לא מיקרי פרעון קנס כלל, ולא מיקרי בכך שאנו דנין קנסות בבבל, והיינו משום שכל עוד שלא נגמר דינו אכתי אין עליו שום חיוב של קנס, אבל הרא"ש סובר שגם זה מיקרי תשלומי קנס משום דס"ל כמו המ"מ שרכיב עלי' חיובא משעת המעשה.

ועיין עוד ברא"ש שם שכתב וז"ל, והר"ם הלוי כתב דהא דאמרינן אי תפס לא מפקינן מיני', היינו דוקא כשיעור נזקי' או בציר מנזקי', אבל טפי מנזקי', כגון כפל ודו"ה, אי תפס מפקינן מיני', דלא אשכחן דאמור רבנן גבי ניזקינן דאי תפס לא מפקינן מיני' אלא במאן דלא תפס טפי מנזקי', כגון פלגא נזקא וכו', ועוד תקנתא דעבדא לי' לניזק הוא, וכי עבדו לי' לניזק תקנתא, בקרנא, דלא ליפסוד ממוני', אבל לארווחי מידי ממונא דאחריני לא תקינו לי', ולא נראה לי' דלאו תקנתא אלא דינא הוא, דמדאורייתא מחייב לי', אלא שאין לו דיין בבבל שיכופנו ליתן לו, בכל כה"ג עביד איניש דינא לנפשי' וכו' עכ"ל. והנה לכאורה דבריו אלו סותרים את מה שכתב הוא עצמו לעיל שם שתפיסתו מהניא רק מתקנת חכמים, מיהו על כל פנים גם

מדבריו אלו נראה שהחיוב של קנס חל קודם גמ"ד, דאל"כ לא הי' שייך לומר שמדאורייתא חייב לי', אלא הר"ם הלוי הי' צודק דהוי רק תקנתא, וכן לא הי' שייך לומר שתפיסתו מהני משום דעביד איניש דינא לנפשי', דהא קודם שהלה נתחייב ע"י גמ"ד א"א לומר דעביד איניש דינא לנפשי' שהרי עדיין לא נתחייב כל עיקר. ועי' גם בקו"ש בח"ב סי' י"ג אות ב' שהוכיח מדברי הרא"ש הנ"ל שכתב דהוי דינא ולא תקנתא שהוא סובר שמתחייבים בקנס מיד בשעת המעשה.

מיהו הר"מ סובר שמצד הדין התפיסה לא מהניא משום שעדיין לא רכיב עלי' שום חיוב עד שעת גמ"ד, ומש"ה כתב שאינה אלא תקנת חכמים.

ג. ראיות הקו"ש בחלק ב' סי' ג' בענין מתי חל החיוב של קנס.

עי' בקו"ש בחלק ב' סי' י"ג שהוכיח משבועות דף ל"ג שמתחייבים בקנס משעת המעשה, דאמרינן שם שהמשיב עדי קנס חייב לפי המ"ד שסובר שמורה בקנס ואח"כ באו עדים חייב, והרי ילפינן משבועות הפקדון שצריכים שיהי' לו על הנתבע תביעת ממון, ומעתה אם נאמר שבקנס אינו חייב עד שעת גמר דין הרי יוצא שאינו דומה לשבועת הפקדון, כי התם הרי כבר ישנו להחיוב ממון, וא"כ מוכח שהחיוב של קנס חל מיד אשר לפ"ז הרי זה שפיר דומה לשבועת הפקדון.

ועוד הוכיח כן מהא דאמרינן בירושלמי שביעית פ"י ה"א שמאי דתנן שם שביעית אינה משמטת קנסות הרי זה אתי כמו המ"ד שסובר שהקפת חנות אינה

משמטת משום שצריכים מלוה, וא"כ גם מזה חזינן שהוא חייב מיד, דהא אם הוא מתחייב רק בשעת הגמ"ד א"כ תיפוק לי' משום שבכלל ליכא עוד שום חיוב.

והקשה הקו"ש על זה מהירושלמי שהביא הגר"א כאן שבקנס לפני גמ"ד ליכא חיוב אפילו מדיני שמים (וכ"כ גם בתוס' בכתובות סוף דף ל"ג), דהא מהירושלמי חזינן שאינו חייב כלל, דהא אם הוא חייב א"כ נהי שלא באו עדים אבל למה אינו חייב מדיני שמים כיון שהוא עצמו יודע את האמת.

ד. דרכו של הקו"ש שם.

והסיק הקו"ש שבאמת הרי הוא חייב מיד, רק שצריכים שב"ד יחייבו אותו משום שבלא זה אינו יכול לקיים את החיוב לשלם קנס, והיינו משום שאפילו אם ישלם אין זה בגדר תשלומי קנס, כי המושג של קנס הוא רק כשהוא משלם על פי ב"ד, ולכן אינו חייב לשלם מעצמו מדיני שמים כי אם ישלם אין זה בגדר תשלומי קנס, אבל באמת הרי הוא שפיר חייב מיד רק שהתשלומין צריכים להיות דוקא ע"י ב"ד.

ועוד כתב שהטעם של המ"ד שסובר שמורה בקנס ואח"כ באו עדים פטור אינו משום שההודאה היא דבר הפוטר, אלא הרי זה משום דס"ל להך מ"ד שכדי להחשב קנס לא סגי בזה שהוא משלם על פי הוראת ב"ד, אלא צריכים שיהי' גם נגד רצונו, דהיינו שיהי' ע"י שבירת רצונו, דהיינו שהוא עצמו אינו רוצה לשלם, ולכן היכא שהוא מודה ומסכים לשלם, לא

חשיבא קנס אע"פ שהוא משלם על פי פסק ב"ד.

ועי' גם בהגהות ציון ירושלים על הירושלמי בסוף פ"ג דכתובות שכתב כעין זה.

ה. דברי הרא"ש בדף ס"ה בענין מתי חל החיוב של כפל.

והנה לעיל בדף ס"ה ע"א קאמר רב שכפל ודו"ה משתלמים כשעת העמדה בדין, וכתב שם הרא"ש דסברא הוא, משום שעד ההיא שעתא לא מתחייב, משום דאי מודה מיפטר. ומדבריו מבואר שעיקר חיובו מתחיל משעת המעשה רק שאינו נקבע לחלוטין עד שעת העמדה בדין משום שהוא יכול עוד להודות ולהפטר וכמו שכתב הרא"ש להדיא בלשונו הנ"ל.

והנה לכאורה יש לדחות ולומר שלעולם ס"ל להרא"ש שעיקר החיוב חל רק משעת גמ"ד, ומה שכתב דאי מודה מיפטר הרי זה הטעם לזה, כלומר שהטעם למה הוא מתחייב רק משעת גמ"ד הרי זה משום שהתורה רצתה שיוכל עוד להודות ולפטר את עצמו, וזה גורם שאינו מתחייב מיד, (כי לא מסתבר לומר שהחיוב נגמר בשעת קבלת עדות אלא מסתבר לומר שהוא נגמר או בשעת המעשה או בשעת גמ"ד).

מיהו נראה שזה אינו, דהא לפי השיטה שהחיוב של קנס מתחיל רק אחר גמ"ד א"כ הטעם לזה אינו משום שמודה בקנס פטור אלא הטעם הוא משום שכן הוא הדין בכל העונשים ואפילו באלו שאינו נפטר מהם ע"י הודאתו, דרק לאחר גמ"ד הרי הוא מתחייב בהם (מיהו עי' ברש"י במכות דף ה' ע"א שכתב שגם בכל

עונשים אי מודה מיפטר, וכבר תמהו תוס' שם עליו).

מיהו נראה שאין זה מוכרח, אלא יתכן ששאני בזה קנס משאר עונשין (תדע, דהא יש אומרים שהחיוב חל באמת מיד), וא"כ י"ל שבקנס הטעם שחל החיוב בשעת גמ"ד הרי הוא באמת משום שאי מודה מיפטר.

וביותר נראה לומר שאין כוונת הרא"ש לומר טעם אלא להביא רא' והכרח, והיינו דס"ל שמזה שמודה בקנס פטור מוכח שחיובו מתחיל בשעת גמ"ד משום שאם הי' מתחיל מיד לא הי' שייך להפקיעו ע"י הודאה.

ואין להקשות על זה דאם חיובו מתחיל רק משעת גמ"ד א"כ למה לו לרב למילף שם מקרא שכפל משתלם כשעת העמדה בדין, תיפוק לי' משום סברת הרא"ש, די"ל שבכל זאת יש גם סברא לחיובו כשעת המעשה כיון שאז קרה סיבת החיוב.

וע"ע בהמשך לשון הרא"ש שם שכתב על שעת טביחה ומכירה ד"ההיא שעתא" קא מחייב, מיהו הב"ח גורס "דאההיא שעתא".

ועי' עוד בחי' הגרנ"ט על דף ס"ה שהבין שאין כוונת הרא"ש שם להדין של מודה בקנס פטור, אלא כוונתו היא רק להדין של כפל לחוד משום הדין שאם חזרה קרן לבעלים פטור מכפל, וכעין זה איתא בחי' הגר"ח על פ"א מגניבה הט"ו בד"ה ונראה.

ו. דרכו של שו"ת בנין ציון בענין מתי חל החיוב של קנס.

והנה ראיתי בספר קהלות יעקב בסי'

ויש ג' פירושים שאפשר לומר בדברי רש"י, וכבר הזכרנו לעיל ג' דרכים אלו במיאור דברי הרא"ש בדף ס"ה.

א', שכוונת רש"י היא לומר שלעולם הרי הוא מתחייב בכל קנסות מיד בשעת המעשה רק שמיקרי גברא לאו בר חיובא כי עוד יתכן שיפטר את עצמו ע"י הודאה וממילא עדיין לא נחלט חיובו. ולפ"ז אולי י"ל ששפיר בעינן גמ"ד ולא סגי בהגדת עדות לחוד כי גם אחרי שהועד מעדים עדיין לא נחלט הדבר כי אולי יבואו עוד עדים ויזימו אותם ושוב יוכל להודות, אבל לאחר שנגמר דינו וב"ד יכופו אותו עכשיו לשלם הרי זה שפיר נקרא שנחלט חיובו. מיהו צ"ע דא"כ גם בממון יחשב לאו בר חיובא משום שיכולים להזים את העדים.

ב', דלעולם ס"ל לרש"י שבקנס הרי הוא מתחייב משעת גמ"ד (וי"ל משעת גמ"ד למפרע כדי שלא יקשה מהדין של תחת עינו ולא תחת עינו ושינו), ולכן הרי הוא מיקרי לאו בר חיובא עד שעת גמ"ד, רק שכוונת רש"י היא לתת הוכחה שאינו מתחייב עד שעת גמ"ד, וזהו שכתב משום שמודה בקנס פטור, דס"ל שאם הי' חייב מיד לא הי' שייך הדין של מודה בקנס פטור, כי לא שייך שההודאה תפקיע את החיוב. וגם לפ"ז אתי שפיר מש"כ רש"י בהדיבור השני שהוא נחשב גברא לאו בר חיובא עד גמ"ד, כי י"ל שכיון דמוכח מהדין של מודה בקנס פטור שאינו מתחייב מיד בשעת המעשה א"כ שוב לא מסתבר לומר שחיובו מתחיל בשעת העדות, אלא

ט"ו שהביא מהספר בנין ציון בסי' מ"ג, שטעמו של הרא"ש בדף ט"ו שכתב שמדאורייתא רכיב עלי' חיובא לשלם את הקנס גם לפני גמ"ד הרי הוא משום דס"ל שלעולם גם בקנס דינו הוא להיות חייב משעת המעשה כמו בממון, רק שמכיון שהוא יכול לבטל את התביעה ע"י הודאה בקנס, הרי זה גורם שבאמת אינו חייב עוד את הקנס, אלא שהרא"ש איירי בזה"ז דליכא מומחין, ולא קיימת האפשרות להיות מודה בקנס, ולכן בכה"ג הרי הוא שפיר נשאר חייב מיד עם גמר המעשה. ודבריו אלו הם כמו הדרך שכתבנו בסק"ה שהעובדא שמודה בקנס פטור הרי זה משמש כטעם לומר שהוא מתחייב רק בשעת גמ"ד.

ז. דברי רש"י בדף ע"ד ע"א.

והנה עיין לעיל בדף ע"ד ע"א דאמרינן "דאכתי גברא לא מחייב". ופירש"י וז"ל, דאי הוה בעי הוי אתי לבי דינא ומודה ומפטר דמודה בקנס פטור עכ"ל. ולכאורה יש להקשות מדברי רש"י אלו על דבריו בהדיבור שלאחר זה, דעיי"ש שהזכיר רש"י דהא דאמרינן שלא מיקרי בר חיובא א"כ כבר עמד בדין הכוונה בזה היא שכבר נגמר דינו קודם עדותן של הניזומים, ומבואר מדבריו שלא סגי בזה שכבר העידו עליו אלא בעינן שכבר נגמר דינו. ולכאורה צ"ע דהא אם הטעם למה מיקרי גברא לאו בר חיובא הוא משום שהוא יכול להודות א"כ הדין נותן שיספיק בזה שכבר העידו העדים בב"ד כי אחרי עדות שוב א"א לו להודות ולהפטר ולמה צריכים גם גמר דין.

הסברא נותנת שחיובו יתחיל משעת גמ"ד
אע"פ שגם קודם לכן כבר לא מהני
הודאתו משעת העדות.

ג', כהנ"ל, דס"ל לרש"י שבקנס הרי
הוא מתחייב רק משעת גמ"ד, רק שמש"כ
משום שמודה בקנס פטור, זהו הטעם לזה
(ולא הוכחה), כלומר שהטעם למה הוא
מתחייב רק משעת גמ"ד הרי זה משום
שהתורה רצתה שיוכל עוד להודות ולפטור
את עצמו, וזה גורם שאינו מתחייב מיד,
וגם לפ"ז י"ל שנהי שהדבר הזה שגורם
שאינו מתחייב מיד הרי הוא נמצא כאן רק
עד שעת קבלת עדות, אבל בכל זאת לא
מסתבר שיתחיל חיובו בשעת העדות, אלא
בודאי מסתבר שלא חייבתו התורה עד
גמ"ד, ולכן אתי שפיר דברי רש"י בהדיבור
השני שהוא נחשב גברא לאו בר חיובא עד
גמר דין.

והנה לכאורה יש להקשות על הדרך
השלישי הזה דאיך שייך לומר שהטעם
למה אינו מתחייב עד גמ"ד הרי זה משום
שהוא יכול להודות ולהפטר, הלא גם
בעונש מיתת ב"ד ומלקות אינו מתחייב עד
גמ"ד והתם אינו יכול להודות ולהפטר.
מיהו באמת מרש"י במכות דף ה' ע"א
מבואר שגם שם הרי הוא יכול להודות
ולהפטר וכבר תמהו תוס' שם עליו. וע"ע
במה שהוספנו לעיל בסק"ה.

שוב התבוננתי שבאמת לא קשה מידי
ממה שכתב רש"י בהדיבור השני דאיירי
באופן שכבר נגמר דינו בהב"ד הראשון,
והיינו משום שלעולם י"ל דס"ל לרש"י
שכבר אחרי קבלת עדות הרי זה נקרא

שחיובו נחלט, א"נ שכבר אז מתחיל חיובו,
רק שבכל זאת הוצרך רש"י לצייר באופן
שכבר נגמר דינו, והיינו משום שאם לא
נגמר דינו בב"ד הראשון, אלא רק הועד
לחוד, הרי הוא יכול עדיין לשנות את
הדבר ולהפטר ע"י שיודה בב"ד אחר
וכשיטת הב"ח והקצה"ח בסי' ש"נ סק"ב
(ודלא כהנתיח"מ שם) [מיהו הב"ד הראשון
אכתי יכול לחייב אותו כיון שלא הודה
בפניהם כמש"כ הקצה"ח שם] ולכן הוצרך
רש"י לומר שכבר נגמר דינו בהב"ד ההוא.

ח. דברי תוס' בדף ל"ג בענין הקנסות של ח"נ ושן ועין.

והנה כל הנ"ל הי' בנוגע לכל קנסות,
אבל בנוגע להקנס של חצי נזק לפי המ"ד
שסובר הוחלט השור, וכן בנוגע להקנס של
שן ועין, עי' בתוס' לעיל בדף ל"ג ע"ב
שכתבו שאע"פ שלפי ר"ע הוחלט השור
משעת הנזק, וכן אע"פ שבשן ועין הקנס
חל מיד וכדחזינן מהדרשה של תחת עינו
ולא תחת עינו ושינו, אבל בכל זאת כל
זמן שלא עמד בדין הרי הוא נקרא עוד
גברא שאינו בר חיובא כי עוד לא נתגלה
הדבר. ויש להבין את דבריהם בשני
דרכים:

א', שבאמת בהני קנסות הרי הוא חייב
ממש מיד, רק שעוד לא נתגלה הדבר
משום שאולי לא תתקיים העדות כי
יוכחו בהדרישות וחקירות. וכן כתב
הקו"ש כאן באות ס', וכן הביא מתוס'
במכות דף ה', וכתב שלפ"ז גם בממון
מדאורייתא אינו נחשב גברא בר חיובא

כיון שמדאורייתא גם דיני ממונות צריכים דו"ח. והביא שרעק"א במכות דף ה' שם הקשה על תוס' במכות שם למה להו הטעם הנ"ל כדי להסביר למה בקנסות אין הוא נחשב גברא בר חיובא תיפוק לי' משום שאינו מתחייב בקנס עד גמ"ד, ותי' הקו"ש שתוס' הוצרכו להטעם הנ"ל משום הקנסות של קרן ושן ועין אשר בהם הרי הוא שפיר מתחייב בשעת המעשה.

ב', הפשט השני בביאור דברי תוס' הוא שבהקנסות של קרן ושן ועין הרי הוא מתחייב משעת הגמר דין למפרע, וכן הבין החזו"א בסי' ג' סק"ז, והקצה"ח בסי' פ"ח סק"ג, והאור שמח בפ"ב מהל' נזקי ממון הי"ט.

והנה מעצם לשונם של תוס' משמע כהפירוש הראשון שהרי כתבו לענין הוחלט השור ד"קיימא ברשותי' משעת הנזק", ולענין שו"ע כתב "זוכה בשחרורו לאלתר כדדרשינן תחת עינו ולא תחת עינו ושינו".

וכן מוכח מהמשך דבריהם שהקשו מהא דאמרינן בכתובות שאם בגרה עד שלא עמדה בדין הרי המאנס נותן את הקנס להבת והיינו משום שעוד לא זכה בו האב, ותירצו שרק בקרן ושן ועין הרי הוא זוכה לאלתר, ומעתה אם כוונת תוס' היתה שאינו זוכה לאלתר מיד אלא רק משעת גמר דין למפרע א"כ מה קשה להו מאונס הלא שפיר י"ל שגם באונס ומפתה הרי זה כך ומש"ה שפיר בעינן שתהי' נערה גם בשעת גמר דין כדי שיזכה האב, אבל אה"נ לאחר שהוא זוכה הרי הוא זוכה למפרע, וכן תירץ באמת השט"מ שם בד"ה וז"ל

תוס' שאנן שלפי ר"ע הוחלט לאחר גמר דין למפרע, וא"כ חזינן שכוונת תוס' היתה שהוא זוכה מיד ממש. וע"ע בלשון הקו"ש באות ס' שם.

ט. ביאור מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב או פטור.

ומעתה נעיין בהציוור של מודה בקנס ואח"כ באו עדים, דהנה כבר הבאנו שהפשט הפשוט הוא שרב שסובר שמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור הרי הוא סובר שההודאה היא בגדר דבר הפוטר, ולכן הרי הוא פטור אפילו אם אח"כ באו עדים, אבל שמואל סובר שמודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב הרי הוא סובר שאין ההודאה בגדר דבר הפוטר, אלא מה שאמור בזה הוא רק שאינו מתחייב על פי הודאתו, ולא נאמר בקנס שהודאת בעל דין כמאה עדים דמי. ומעתה יש לעיין דאם נאמר שבכל קנס הרי הוא מתחייב מיד א"כ צ"ע איך שייך לומר שההודאה היא בגדר דבר הפוטר, הלא כבר נתחייב. מיהו י"ל שמה שנאמר בדין מודה בקנס הוא שההודאה מפקיעה את החיוב גם לאחר שכבר חל. ברם אכתי צ"ע מהקנסות של שן ועין וחצי נזק דקרן, כי התם לא רק שכבר חל החיוב אלא ע"י שחל הרי באמת כבר שולם, כי כבר הוחלט השור והרי הוא שייך להניזק, וכן י"א שכבר יצא העבד לחירות, וכי גם בכה"ג שייך לומר שלאחר שכבר שולם חידשה התורה התחדשות של פטור ע"י שהוא מודה. מיהו י"ל בדרך אחרת קצת והיינו שגם בתחילה כשחל החיוב של קנס הרי הוא חל רק על תנאי שלא יודה ומש"ה אם הוא מודה איגלאי

שמעולם לא הי' חייב, וגדר זה מתאים
אפילו להיכא שהקנס כבר שולם.

**י. בענין מודה בקנס חוץ לב"ד,
ובענין אם קיים בקנס דין של
הודאת בעל דין כמאה עדים דמי.**

והנה לפי רב מבואר בגמ' שאם הוא
מודה חוץ לב"ד הרי הוא פטור אבל אם
אח"כ יבואו עדים הרי הוא חייב. וצ"ע
דממ"נ אם יש עליו תורת מודה בקנס א"כ
למה אם אח"כ באו עדים הרי הוא פטור,
ואם אין עליו תורת מודה בקנס א"כ נימא
שהודאת בעל דין כמאה עדים דמי. וי"ל
שבקנס נאמרו ב' הלכות, חדא, שההודאה
פוטרת אותו, והלכה זו נוהגת רק כשהוא
מודה בב"ד, ועוד נאמר שגם כשאין
ההודאה פוטרת אותו אבל עוד נאמר
שבקנס לא נאמר שהודאת בעל דין כמאה
עדים דמי, והארכנו בזה לעיל באות ע"א
סק"א וסק"ב.

יא. דברי רש"י ביבמות דף כ"ה.

והנה עיין ביבמות דף כ"ה ע"ב דאמרינן
שאאמע"ר, והקשה רש"י מהא דקי"ל
שהודאת בעל דין כמאה עדים דמי, ותי'
שהני מילי בממון אבל לא בקנס ועונש
מלקות ולהפסל לעדות. ולכאורה כוונת
רש"י היא שבקנס לא אמרינן שהודאת בעל
דין כמאה עדים דמי משום שאין אדם
משים עצמו רשע. מיהו לפ"ז צ"ע למה
צריכים ילפותא שמודה בקנס פטור הלא
תיפוק ל' משום שאאמע"ר. וי"ל שצריכים
ל' בשביל היכא שהוא אומר שעשה כן
בשוגג, וכדברי הקו"ש באות ל"ו שחייבים
קנס גם בשוגג ודלא כדברי הקצה"ח
שהביא שם שפטורים, והוכיח הקו"ש

שחייבים מעובדא דר"ג כאן שהרי בודאי
לא הוציא את עינו של טבי במזיד, וכן
הוכיח גם מסוף פרק כיצד הרגל
שמתחייבים קנס גם בשוגג. גם י"ל
שצריכים את הפסוק להיכא שהוא אומר כן
דרך תשובה אשר בכה"ג יש אומרים שלא
אמרינן את הכלל של אאמע"ר ע"י בזה
בתוס' בב"מ דף ג' ע"ב, ובתוס' הרא"ש
בכתובות דף י"ט ע"א, ובפתחי תשובה
ביו"ד סי' א' סק"ו.

מיהו לפי הנ"ל יוצא שהיכא שהוא
מודה חוץ לב"ד שעשה בשוגג הרי הוא
צריך להיות חייב שהרי בכה"ג אינו עושה
את עצמו רשע וכן אין כאן תורת מודה
בקנס וא"כ צריך להשאר שהודאת בעל דין
כמאה עדים דמי. ולכאורה צ"ע על זה
מסוגיין שהרי רבי יהושע קאמר לר"ג
שהוא פטור כל זמן שלא באו עדים אע"פ
שהודה חוץ לב"ד. ועוד קשה דלפי הפשט
הנ"ל הרי יוצא שהיכא שהוא עושה את
עצמו רשע לא אמרינן שהודאת בעל דין
כמאה עדים דמי, ואילו בכתובות דף מ"א
תנן שהאומר גנבתי משלם את הקרן, ודוחק
לומר דאיירי באומר שגנב בשוגג או בדרך
תשובה.

ויש לפרש כוונת רש"י בדרך אחרת,
והיינו שאע"פ שקי"ל שהודאת בעל דין
כמאה עדים דמי, אבל רק בממון אמרינן
שהודאת בעל דין כמאה עדים דמי אבל
לא לענין אחר כגון קנס ועונשין, ולכן
הה"נ שלא לענין לעשות את עצמו רשע,
והיינו כדברינו הנ"ל שלא אמרינן לענין
קנס שהודאת בעל דין כמאה עדים דמי.

ברם ע"י בכתובות דף י"ט ע"א דאמרינן
שאם המלוה מודה שהשטר שיש לו על

הלוה הוא שטר אמנה אינו נאמן היכא שגם לו יש מלוה כי הרי הוא חב להמלוה שלו כי המלוה שלו הי' יכול לגבות מהלוה ע"י הדין של שיעבודא דרבי נתן. והקשה התוס' הרא"ש דתיפוק לי' שאינו נאמן משום שאסור לעשות שטר אמנה ואאמע"ר, ותי' דהוי דרך תשובה, ומעתה מדברי הרא"ש חזינן דס"ל שלא אמרינן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי היכא שהוא עושה את עצמו רשע, ולכאורה צ"ע מהמשנה הנ"ל בכתובות דף מ"א. ואולי ס"ל שסתם האומר גנבתי הרי הוא רוצה לשלם ומש"ה הרי זה נקרא דרך תשובה ואין שום דוחק להעמיד כן את המשנה.

והנה גם הריטב"א במכות דף ג' ע"א שציינתי לדבריו לעיל ישב על מדוכה זו, דמבואר בגמ' שם שאם העד אומר עדות שקר העדתי הרי הוא משלם לזה שהעיד עליו והפסיד אותו, והקשה הריטב"א דהא אין אדם משים עצמו רשע, ותי' וז"ל, י"ל דההוא (שאינן אדם משים עצמו רשע) בחיוב שבגופו בלחוד, אבל בממון פלגינן דיבורי' כאומר גנבתי או גזלתי שמשלם קרן על פי עצמו, שהרי יוצא מדבריו שהוא מודה שיש לחבירו ממון אצלו וכו' עכ"ל.

והנה גם הריטב"א במכות דף ג' ע"א שציינתי לדבריו לעיל ישב על מדוכה זו, דמבואר בגמ' שם שאם העד אומר עדות שקר העדתי הרי הוא משלם לזה שהעיד עליו והפסיד אותו, והקשה הריטב"א דהא אין אדם משים עצמו רשע, ותי' וז"ל, י"ל דההוא (שאינן אדם משים עצמו רשע) בחיוב שבגופו בלחוד, אבל בממון פלגינן דיבורי' כאומר גנבתי או גזלתי שמשלם

קרן על פי עצמו, שהרי יוצא מדבריו שהוא מודה שיש לחבירו ממון אצלו וכו' עכ"ל. וגם מקושיית הר"ן על הראב"ד שהבאתי לעיל בהערה על אות ע"א סק"ב מבואר שאמרינן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי גם כשהוא עושה את עצמו רשע.

יב. גדר הודאת בעל דין כמאה עדים דמי.

והנה עי' בקצה"ח בסי' א' סק"ו שהביא שיטות שמודה בקנס חוץ לב"ד חייב, והקשה עליהם מסוגיין דהא חזינן שרבי יהושע קאמר שהוא פטור.

מיהו י"ל דשאני בסוגיין דהוי שן ועין, ובשן ועין י"ל שאין זה נקרא בגדר הודאת בעל דין, כי י"ל שגדר הדין של הודאת בעל דין כמאה עדים דמי אינו שהוא נאמן לומר שהוא חייב, אלא גדר הדין הוא שהוא נאמן לומר שעשה "מעשה המחייב", ו"מעשה המחייב" מיקרי מעשה כזה אשר לפי גדרי משפט הדין נותן שיתחייב עבור זה, וא"כ י"ל שמה שהוא מוציא את עין עבדו אינו נקרא מעשה כזה אשר לפי גדרי משפט הדין נותן שיתחייב עבור זה, כי הרי החובל בעבד כנעני שלו פטור, ואע"פ שבשן ועין התורה חייבתו קנס אבל זהו מילתא אחריתי ואינו חיוב משורת הדין, וא"כ אכתי י"ל שכשדנין על המעשה אין זה מיקרי מעשה משורת הדין הוא שיתחייב לחבירו עבור זה, ומש"ה לא שייך על זה לומר שהודאת בע"ד כמאה עדים דמי.

ודוגמא לזה יש בדברי הפ"י בכתובות דף ע"ב, דעיי"ש דאמרינן שאם אשה האכילה את בעלה אינו מעושר הרי היא יוצאת בלא כתובה, ומקשינן בגמ' מנא

ידעינן שעשתה כן, והקשה הראב"ד דנימא שהודתה, ותי' משום שאמע"ר, והקשה הר"ן על הראב"ד דאע"פ שהיא עושה את עצמה רשע אבל בכל זאת הדין נותן שנגיד הודאת בעל דין כמאה עדים דמי (ודלא כדברי התוס' הרא"ש שהבאנו לעיל), ותי' הפ"י דשאני התם שאינה מודה על מעשה של התחייבות של ממון, כי אין בהמעשה מצד טבעו כדי לחייבה בממון, רק שחכמים קנסו בכה"ג (והנה הגדר הנ"ל שלהודאת בעל דין כמאה עדים דמי בעינן שיודה על מעשה שהוא בטבעו בגדר מעשה המחייב ממון, בנוי הוא על ההנחה שבהודאת בעל דין נאמר באמת שהוא נאמן גם על המעשה, ודלא כהריטב"א במכות דף ג' ע"א שבהודאת בעל דין נאמר רק דין נאמנות על התוצאה, דהיינו שהוא נאמן שהוא חייב, גם בלי להיות נאמן על המעשה, ושלכן מהני הודאת בע"ד אפילו כשהוא משים את עצמו רשע).

מיהו אע"פ שתירצנו את קושיית הקצה"ח מדברי רבי יהושע אבל אכתי קשה מהגמ' להלך דאמרינן גם לענין שאר קנסות שהיכא שפטר את עצמו מכלום הרי זה כך דהיינו שאע"פ שאם אח"כ יבואו עדים הרי הוא חייב אפילו לפי רב הונא אבל בכל זאת כל זמן שלא באו עדים אינו חייב על פי עצמו, וכן הוא גם בהציוור של ראה עדים שממששים ובאים, וא"כ מהנ"ל שפיר חזינן שלא נאמר בקנס הדין של הודאת בעל דין כמאה עדים דמי.

יג. ביאור המחלוקת בין ר"ג לרבי יהושע לפי רב חסדא ולפי רב הונא.
והנה כבר הבאנו שהקצה"ח בסי' א'

סק"ו הביא שיטות שמודה בקנס חוץ לב"ד חייב, והקשה עליהם מסוגיין דהא חזינן שרבי יהושע קאמר שהוא פטור. ולעיל בסקי"ב כתבנו ישוב על זה. ונראה שיש ליישב גם בדרך אחרת וכמו שנבאר, דהנה לפי חסדא יוצא שר"ג קאמר דבריו בתוך ב"ד, ולכאורה יתמה דכי לא ידע ר"ג שמודה בקנס פטור. וי"ל באחד משני דרכים, דהיינו או שר"ג לא ס"ל כדברי הירושלמי שהוא פטור מדיני שמים אלא הרי הוא שפיר חייב בדיני שמים אם הוא יודע בנפשו שעשה, או שר"ג סובר שאע"פ שבכל קנסות מודה בקנס פטור אבל בשן ועין אינו פטור, והיינו משום מה שהזכרנו לעיל שבאמת מחודש הדבר מאד לומר בשן ועין שמודה בקנס פטור כי בשן ועין הרי מיד עם עשיית המעשה כבר נתחייב האדון וגם הקנס כבר שולם לפי המ"ד שסובר שאינו צריך גט שחרור, וא"כ י"ל שר"ג סובר שא"א ללמוד מהפסוק של מודה בקנס דאיירי בכפל.

ולפי רב הונא יוצא שר"ג קאמר את דבריו חוץ לב"ד (ואולי גם רב חסדא ידע שקרה חוץ לב"ד, רק שהי' סבור שאין חילוק בין תוך ב"ד לחוץ לב"ד), וגם לפי רב הונא יש לעיין דכי לא ידע ר"ג שמודה בקנס פטור. ובאמת גם לפי רב הונא אפשר לומר בדעת ר"ג אותן סברות שאמרנו בדעת רב חסדא, אלא שבדעת רב הונא י"ל גם סברא אחרת, והיינו שאע"פ שרבי יהושע סובר שליכא בקנס תורת הודאת בעל דין כמאה עדים דמי ומש"ה הרי הוא פטור אע"פ שהודה חוץ לב"ד, אבל ר"ג סובר ששפיר נאמרה בקנס תורת הודאת בעל דין כמאה עדים דמי ומש"ה סובר ר"ג

שהוא חייב. ומעתה י"ל שהני דעות שהביא הקצה"ח סוברים להלכה כר"ג ולא כרבי יהושע, דעיין במהר"ץ חיות כאן דמבואר שאין הדבר ברור כל כך שההלכה היא כרבי יהושע אלא יכול להיות שצריכים לפסוק כר"ג.

דף ע"ו ע"א

פד) הא מדסיפא ר"ש רישא לאו ר"ש.

עיין בשט"מ ד"ה והא וכו' שכתב וז"ל, קשה לי והמתרץ דבעי לאוקמה אליבא דר"ש מאי קסבר ומאי ס"ד וכי לא ראה דסיפא היא ר"ש, ועוד קשה לי כיון דאסיקנא לקמן דר"ש לא קאי אמילתא דסמיכא ל"י דהיינו גנב והקדיש וכו' אלא אהך מילתא דתחילת הפרק דהיינו אין הגונב אחר הגנב וכו' א"כ מאי פריך מדסיפא ר"ש וכו' דהא שפיר איכא למימר דהך רישא דגנב והקדיש אליבא דר"ש הואיל ור"ש בסיפא לא קאי עלה כלל וכו', ועוד קשה וכו', אלא שבזו י"ל וכו', ואף קושיות הראשונות יש לתרצם, ועיין ע"כ שיטה עכ"ל.

וע"ע במהרש"א דמבואר בדבריו תירוץ על הקושיא השני' הנ"ל של השיטה מה שיין לומר כאן מדסיפא ר"ש רישא לאו ר"ש וז"ל, מילתא דר"ש מפרש לקמן בגונב מבית בעלים, כיון דחייב בעלים באחריות ברשותי דמרי' קאי וחייב הגנב על הטביחה, והכי נמי הכא בהקדישו גנב באחריות, ברשותי קאי, ולא הוי מכירה ופטור אשעתא דהקדש, ופריך מדסיפא

ר"ש וכו' דקתני ר"ש אומר משמע דרישא לאו ר"ש ולית ל"י לת"ק הך סברא ברשותי דמרי', ופטור הגנב על הטביחה בגונב הקדש מבית בעליו, וא"כ ה"נ הכא לאו ברשותי קאי והוי מכירה וחייב אשעתא דהקדש וק"ל עכ"ל.

פה) תד"ה והשתא תורא דשמעון.

וז"ל, והא דאמר לקמן גנב והקדיש חייב דו"ה דהוי כמוכרו להדיוט היינו בקדשי בדק הבית דלא מיקרי על שם בעלים עכ"ל. מיהו עיין ברי"ף בדף ע"ט ע"א ובנ"י שם שכתב שהרי"ף חולק על תוס', ואינו מחלק בין קדשי מזבח לקדשי בדק הבית, אלא ס"ל שההיא דדף ע"ט חולקת על המשנה כאן, ושההלכה היא כמשנתנו. וכן הרמ"ה והרר' יהונתן בשט"מ בדף ע"ט ע"א ס"ל שההיא דדף ע"ט חולקת על המשנה כאן. וכן ס"ל להרמב"ן בהגוזל ומאכיל במלחמות בתחילת דף מ"א ע"ב בדפי הרי"ף שהרי"ף חולק על תוס', וכתב הרמב"ן שטעמו של הרי"ף הוא קושיית תוס' בדף ע"ט שאם יש חילוק בין קדשי מזבח לקדשי בדק הבית א"כ נקשה גם על זה נפלוג וניתני בדידי'. ועוד הקשה הרמב"ן וז"ל, ועוד שזו קשה, דטבח ואח"כ הקדיש ודאי קדשי בדק הבית הוא, וכיון שכן בהקדיש ואח"כ טבח נמי מצית משכחת לה בקדשי בדק הבית עכ"ל. ועיין ברמב"ם בפ"ב מהל' גניבה ה"ו דמשמע דס"ל כהרי"ף, והראב"ד השיג ששפיר יש חילוק בין קדשי מזבח לקדשי בדק הבית, ועיי"ש במ"מ.

והרא"ש כאן כתב כתוס' וז"ל, דוקא

קדשי מזבח שם בעלים נקרא על הקרבן לפי שצריך לשחוט לשם בעלים, אבל קדשי בדק הבית יצאו מרשות הבעלים לגמרי ואין נקרא עוד שמו עליו.

ועכ"פ מהרי"ף והרמב"ם יוצא שהם סוברים שגם אם הקדישו לבדק הבית אינו חייב דו"ה. ולכאורה צ"ע על שיטתם איך שייך לומר על קדשי בדק הבית מעיקרא תורא דראובן והשתא נמי תורא דראובן. ועיין באבן האזל על הרמב"ם שם שכתב דרכים שונים בזה.

מיהו כבר עמד על זה התוס' רי"ד כאן וכתב וז"ל, גנב והקדיש וכו' מכרו לשמים מעיקרא תורא דראובן והשתא נמי תורא דראובן, פי' שהרי צריך לשחוט לשם בעליו, ואם הקדישו לבדק הבית נמי שמו עליו שהרי הבעלים מוסיפים חומש וכל אדם אין מוסיפין חומש עכ"ל, פי' שגם בבדק הבית נשאר יחס מיוחד בין המקדיש להקדש ואינו כמו כל מכירה שניתק המוכר לגמרי.

ועכ"פ יש להעיר על לשון הרא"ש, דהא ענין זה ששוחטין את הקרבן לשמו אינו רק ענין של הזכרת שם (ובאמת מה לי בהזכרת שם), אלא הכוונה היא שהוא נקרא בגדר בעלים כי יש לו בעלות על הכפרה והריצוי.

והנה ראיתי בקו"ש על קידושין באות מ"ב שכתב לחלק שבקדושת הגוף סדר הדברים הוא שהגברא מחיל את הקדושה והאיסור ואילו הקנין בא כתוצאה מזה מצד התורה, משא"כ בקדושת בדק הבית הגברא מקנה להקדש את החפץ ואילו הקדושה והאיסור באים מצד התורה אחרי שנעשה הדבר ממון הקדש עיי"ש. מיהו לפ"ז

לכאורה היתה הגמרא יכולה לתרץ כאן שאין חיוב של דו"ה על מה שהקדישו למזבח כי אין זה דומה בכלל למכירה, כי במכירה הרי הוא עצמו פועל את העברת הבעלות, משא"כ בהקדישו למזבח הרי הוא רק מחיל את הקדושה והאיסור, משא"כ בדף ע"ט גבי בדק הבית שפיר אמרינן שהמקדיש חייב בדו"ה כי בבדק הבית המקדיש עצמו עושה את חלות ההקנאה ומש"ה אמרינן שם מה לי מכרו להדיוט ומה לי מכרו לגבוה.

שו"ר בקובץ הערות בסי' נ"ב אות ח' שהעיר כהנ"ל וכתב שצ"ל א' מב' דרכים, א) שגם בקדושת הגוף הקדושה והאיסור באים מכח הקנין, ב) שאפילו אם הקנין נעשה מאליו מכח הקדושה אבל מ"מ הרי הוא צריך להיות חייב בדו"ה כיון שע"י שהקדיש נקנה הממון לגבוה.

ובחידושי הגר"ח על הש"ס ביאר שבאמת כוונת הגמ' בהתי' של השתא נמי תורא דראובן היא להגדר הנ"ל שקדושת מזבח לא חשיב מכירה, דכוונת הגמ' היא שמצד מה שעשה המקדיש הרי הוא עדיין תורא דראובן כי המקדיש אינו פועל כלום על הממונות אלא המקדיש פועל קדושה ואיסור לחוד, רק שהתורה באה ונותנת אותו להקדש אשר מעתה כבר אינו תורא דראובן.

פ"ו) גנב והקדיש ואח"כ טבח ומכר (בענין איך הקדש קונה).

א. האוקימתא הראשונה דאיירי בקדשים שחייב באחריותן.

הנה בגמרא כאן אמרו שלש דרכים

בענין למה לא מתחייב הגנב דו"ה עבור זה שהקדיש את הבהמה. א', משום שאיירי בקדשים שחייב באחריותם ואליבא דר"ש. ב', דאיירי בקק"ל ואליבא דריה"ג. ג', משום שגם השתא מיקרי תורא דראובן. וכל הג' דרכים הרי הם טעמים לומר שאינו דומה למכירה רגילה כי אכתי נשאר להמקדיש שיורא בהבהמה. ולכאורה יש לעיין דלפ"ז למה מיקרי שעשה בכלל שינוי רשות ע"י שהקדישה, ולמה זה נקרא שהקדש קונה ביאוש ושינוי רשות, הלא גם בזה י"ל שכיון שהוא נקרא עוד הבעלים ואכתי יש כאן מדה מסוימת של "באיסורא אתא לידיו" אין היאוש קונה. וכבר נתעוררו רש"י ותוס' על זה, דהנה בקושיית הגמרא כאן של מה לי מכרו להדיוט מה לי מכרו לגבוה פירש"י באמת שהדרך איך הבהמה נעשית הקדש הרי זה בדרך יאוש ושינוי רשות, ונראה שפי' כן כי עדיין לא תירצה הגמרא שיש שיורא של בעלות אצל המקדיש, אבל לאחר שתירצה הגמרא שאיירי בקדשים שחייב באחריות ואליבא דר"ש אז משמע שכוונת רש"י היא לומר שהבהמה נעשית הקדש ע"י יאוש ושינוי השם ולא ע"י יאוש ושינוי רשות וז"ל, ומיהו לענין טביחה פטור דאע"ג דברשות גנב קיימא דאם אבדו חייב באחריותם להקדש, חל עלי' מיהא שם הקדש לאפוקי מרשות מרא קמא ולא דמרא קטבח עכ"ל, ומשמע שנעשה הקדש כי חל עלי' שם של הקדש כלומר שינוי השם.

ב. רש"י והל"א בהאוקימתא השני' של קק"ל אליבא דריה"ג.

והנה גם בהאוקימתא השני' של קק"ל

ואליבא דריה"ג דן רש"י בענין איך הוא נעשה הקדש וגם שם כתב וז"ל, ומיהו מרשות מרא קמא אפקינהו שם הקדש וכי קא טבח לאו דמרא קא טבח עכ"ל, וכוונתו היא כהנ"ל דנעשה הקדש ע"י יאוש ושינוי השם. מיהו התם הביא שיש מתרצים בדרך אחרת, והיינו דנעשה הקדש ע"י שינוי רשות כי בשעת שחיטה כבר אינה ממון בעלים אלא משולחן גבוה קזכו, ודחה רש"י את דבריהם (עי' בהאות הבאה מה שכתבנו בזה).

ועכ"פ חזינן שלאותם מתרצים הי' קשה רק על אוקימתא זו, אבל לעיל על האוקימתא של חייב באחריות לפי ר"ש לא הי' קשה להם מידי למה אינו חייב לשלם להגנב על הטביחה, דהא על זה לא תירצו בדבריהם כלום.

ונראה שלא הי' קשה להם משום שהבינו שהתם יכול להיות שנעשה הקדש ע"י שינוי רשות, כי אע"פ שהגנב חייב באחריות והרי הבהמה שוה כסף אצלו, ומש"ה הרי הוא כמו בעלים לענין כל יראה, ולענין שנקרא שגנבו ממנו, וכן לענין שאין זה דומה למכירה דעלמא, אבל בכל זאת אין לו שום השתמשות עכשיו בהבהמה, וא"כ י"ל שזה מספיק בשביל להחשב שינוי רשות, והיינו משום שלענין שינוי רשות לא בעינן מעשה מכירה לשם עצמו, אלא בעינן כן רק כדי שיהא נעשה בגדר בהיתירא אתא לידיו כדי שיוכל היאוש להועיל (עי' בזה לעיל באות צ"ז), וא"כ מכיון שלא נשאר אצל הגנב שום זכות של השתמשות בגוף הבהמה, אלא כל הזכויות שייכות להקדש, י"ל שסגי בזה כדי להחשב בהיתירא אתא לידיו, וכדי

שיועיל יאוש מספיק בזה שכל זכותי ההשתמשות הן בידי מי שהגיעו לידו בהיתירא, אבל בקק"ל לפי ריה"ג מאחר שהדבר נקרא בפועל בגדר ממון בעלים, והרי הוא יכול למוכרו (עי' בזה בחלק א' אות קצ"ז), א"כ הרי זה שפיר מחסר בהשם של שינוי רשות, ולכן הוצרכו לתרץ מה שתירצו (מאחר שלא רצו לתרץ כרש"י דהוי משום שינוי השם).

וכן בהאוקימתא השלישית ס"ל להנך מפרשים שנעשה הקדש משום שינוי רשות כי גם שם נהי דקרו ל"י תורא דראובן ואינו דומה לכל מכירה אבל מ"מ מכיון שלא נשאר לו שום השתמשות בגוף הבהמה הרי זה שפיר מיקרי שינוי רשות.

מיהו ביותר יש לומר שלא באו רש"י והל"א כאן לתרץ איך הבהמה נעשית הקדש, אלא הרי הם באים ליישב קושיא אחרת שקשה רק על האוקימתא הזאת של קק"ל ממון בעלים, ולכן דיבר הל"א רק על האוקימתא הזאת, אבל לעולם הרי הם מודים לרש"י שגם כאן וגם בהאוקימתא הראשונה הדרך שנעשית הבהמה הקדש הרי הוא על דרך שינוי השם, והקושיא שבאו כאן ליישב היא שמאחר שקק"ל הם ממון בעלים א"כ למה אין הגנב חייב דו"ה על הטביחה משום שהוא שחט את הבהמה של הגנב, ועל זה תי' רש"י שהכוונה בממון בעלים אינה שהם הממון של הגנב אלא הכוונה היא שהם הממון של הגנב שהוא המקדיש, אבל אינו הממון של הגנב כיון שקנה הקדש בשינוי השם (והכוונה בקק"ל ממון בעלים היא דהוי ממונו של בעל הקרבן ולא ממונו של מי שהי' בעל הבהמה לפני ההקדש). והל"א

סובר שהם שפיר ממון הנגנב רק שבשעת שחיטה כבר אינם ממונו. ובאמת הקושיא הזאת קשה רק גבי קק"ל ממון בעלים דבזה יש לומר כמו הנחת הקושיא שהבהמה נשאת הממון של הגנב כמו קודם, אבל על האוקימתא של קדשים שחייב באחריותן ואליבא דר"ש לק"מ.

ג. האוקימתא השלישית.

והנה בהאוקימתא השלישית של מעיקרא תורא דראובן והשתא נמי תורא דראובן חזינן שלא חזר רש"י על דבריו דלעיל שהקדש מיהא הוי משום שינוי השם. וי"ל שסמך על מש"כ לעיל. וגם י"ל שבאוקימתא זאת מודה רש"י שמיקרי שפיר שינוי רשות, ואע"פ שגם השתא הוי תורא דראובן וכמש"כ הרא"ש שמזכירין שמו עליו כששוחטין אותו, אבל בכל זאת אין זה דין של בעלות, וא"כ נהי שאינו דומה לכל מכירה רגילה, אבל בכל זאת שפיר יש כאן שינוי רשות (מיהו צ"ע דאכתי נשאר אצל הגנב הזכות של כפרה ובגלל זה הוא נקרא תורא דראובן. ברם אולי זהו דבר נפרד, והרא"ש באמת לא הזכיר דבר זה וכמו שהערתי כבר).

והנה תוס' שפיר נתעוררו על האוקימתא הזאת האחרונה וז"ל, אור"י אע"ג דמיקרו על שם בעלים ולא הוי הקדש כמכירה, מ"מ למ"ד יאוש לא קני, חשיב יאוש ושינוי רשות לענין דחל הקדש אחר יאוש, כדמשמע לעיל דבעי לאוכוחי אביי לרבה דיאוש לא קני מקרבנו ולא הגזול ואפ"ה אמר שם דחל הקדש אע"ג דאכתי לא אסיק אדעתיה דהוי יאוש ושינוי השם אלא משום דהוי יאוש ושינוי רשות עכ"ל. והנה

חזינן דהוה ניהא להו לתוס' ללמוד שחל הקדש מחמת יאוש ושינוי השם, רק שלמדו משום שינוי רשות, והוכיחו מדברי אביי דס"ל שקני גם לפני שידענו את הקנין של יאוש ושינוי השם. ועכ"פ לפי התירוצים הראשונים של הגמרא יתכן שתוס' סוברים שמוכרחים לומר משום שינוי השם וכמו שביארנו כבר שהתם יש יותר שיור ממשי אצל הגנב, דהא לפי האוקימתא של קדשים שחייב באחריותן ואליבא דר"ש הרי נשאר אצל הגנב דין של בעלות לגבי ממון, ולפי האוקימתא של קק"ל ואליבא דריה"ג הרי נשאר אצלו גם זכות מסוים של השתמשות דהיינו מכירה כמו שהבאנו בסק"ב.

ד. תוס' בדרף ס"ז.

והנה לעיל בדרף ס"ז ע"א בתד"ה מעיקרא חולין וכו' כתבו תוס' וז"ל, בקדשים שאין חייב באחריותן לא הוה צריך ליתן טעם זה (של שינוי השם), די ש כאן שינוי רשות, אלא בעי לאוקומי אפי' בחטאת ואשם ואע"ג דמעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן מ"מ שינוי השם יש כאן עכ"ל. והנה נר"פ שכוונתם שם היא לפי ר"ש דהא לפי רבנן אע"פ שחייב באחריות אבל פשיטא דמיקרי שינוי רשות וא"כ פשיטא שכוונתם היא לפי ר"ש (וכ"כ הפ"י כאן), וא"כ חזינן מדבריהם שם כמו שצדדנו שלפי האוקימתא של קדשים שחייב באחריותן ואליבא דר"ש, וכגון חטאת ואשם, הרי הם סוברים שמהני משום שינוי השם ולא רצו ללמוד משום שינוי רשות, ורק בקדשים שאינו חייב באחריותן הרי הם סוברים שמיקרי שינוי

רשות וכמו שביארנו כאן (מיהו צ"ע על דברי תוס' שם משום שלכאורה לא היו צריכים לסיים "אע"ג דמעיקרא תורא דראובן וכו'" אלא היו צריכים לפרש משום החיוב אחריות. ואולי י"ל שזוהי באמת כוונתם במש"כ השתא נמי תורא דראובן, כלומר דחשיב תורא דראובן משום החיוב אחריות, ואין כוונתם להלשון האחרון של הגמ' כאן).
ועיין בפ"י כאן.

פז) רש"י ד"ה דר' יוסי הגלילי.

א. וז"ל, ל"א בטביחה משום הכי לא מחייב דבשעת טביחה דהקדש ניהו דאמר בפ"ק דכי אמר רבי יוסי הגלילי ממון בעלים מחיים אבל לאחר טביחה לא אלא משולחן גבוה קא זכו עכ"ל. הנה בהאות הקודמת בסק"ב כתבנו לפרש שהי' קשה לרש"י ולהל"א דכיון שקק"ל ממון בעלים הם א"כ למה אין הגנב חייב דו"ה על הטביחה משום שהוא שחט את הבהמה של הנגב, ועל זה תירץ רש"י שכבר אינה של הנגב, כי הכוונה בממון בעלים אינה שהוא הממון של הנגב אלא הכוונה היא שהוא הממון של הגנב, והל"א סובר שהוא שפיר הממון של הנגב, רק שבשעת שחיטה כבר אינו ממון בעלים.

והנה לכאורה הטעם לומר דקק"ל חשיב הממון של הגנב ולא של הנגב הרי זה כי הגנב קונה את הבהמה ע"י השינוי השם של הקדש, ולכן באמת יש לו כח להקדיש, וכדברי הרשב"א בגיטין דף נ"ה שההקדש והקנין של הגנב ע"י השינוי השם של הקדש באין כאחד. ובדעת הל"א דס"ל

דהוי הממון של הנגנב י"ל דס"ל כהרמב"ן במלחמות בפרק הגוזל ומאכיל בד"ה עוד כתב ה"ג וכו' שהבאנו לעיל בדף ס"ז באות ע"ז שבאמת הגנב אינו קונה ע"י השינוי השם, ודלא כהרשב"א, ובכל זאת יש לו כח להקדיש וכמו שביארנו שם בשם החזו"א, דלפ"ז יוצא שהוא הממון של הנגנב ולא של הגנב כי מעולם לא נעשה ממונו של הגנב.

מיהו ראיתי לידידי הגאון ר' עזריאל זליג וינברג שליט"א בספרו חביון עוז שכתב ביאור אחר בדעת רש"י למה הוי הממון של הגנב ולא של הנגנב, והיינו דס"ל לרש"י שהכוונה במאי דאמר ריה"ג שקק"ל ממון בעלים הוא אינה שנשאר להמקדיש הבעלות הישנה של חולין שהיתה לו בהבהמה, אלא הרי זה בעלות מחודשת מדיני הקרבן, דרשות גבוהה מקנה לבעל הקרבן בעלות זו, ולכן הדין ממון כאן שייך להגנב כי הוא המקדיש. ולפ"ז יתכן שגם רש"י ס"ל כהרמב"ן שמעולם לא קנאו הגנב רק שבכל זאת הדין ממון בעלים של קק"ל שייך לו כיון שהוא המקדיש ובעל הקרבן, אלא שרש"י יצטרך לסבור שהגנב מיקרי שפיר בעל הקרבן, ודלא כהרמב"ן שם שסובר שאינו נקרא בעל הקרבן ושהקרבן אינו נקרב משום שאין לו בעלים.

מיהו יש להעיר על דרך זה, דלפי הנ"ל יוצא שבשעת ההקדש הרי הוא נעשה לגמרי ממון שמים ורק אחרי זה הרי רשות גבוהה מקנה לבעל הקרבן דין ממון, וא"כ למה אין הגנב חייב דו"ה דהא אכתי יוצא שהגנב בשעה שהקדיש מכרו לשמים. מיהו י"ל שזה דומה למוכרו לל' יום

דאמרינן לעיל בדף ס"ח ע"א שהוא פטור שהרי גם כאן הרי יהי' של הקדש רק בשביל רגע.

מיהו לפי הביאורים שכתבנו שם ברש"י יוצא שרק התם הרי הוא פטור משום שזה נשאר שכירות וכמו שביארנו שם, אבל בהקדש הרי זה נעשה של הקדש בהקנאה גמורה והרי זה נחשב של הקדש ממש, וא"כ אכתי יוצא שמכרו לשמים.

מיהו יש לומר שאין כוונת רש"י שם לומר שהוא פטור משום דהוי שכירות שהרי רש"י שם כתב דהוי "כשכירות", וא"כ י"ל שרש"י מודה דחשיב מכירה גמורה רק דס"ל שעל מכירה כזו הרי הוא פטור משום שהיא דומה לשכירות כיון שאינה אלא לזמן. מיהו זה דוחק כי מהיכא תיתי לומר שהעובדא שזה דומה לשכירות גורם שאינו חייב (ואולי משום שצריכים דומיא דטביחה שאינה חוזרת).

והנה יש להעיר עוד, דהנה מה שסובר הל"א שהדין ממון בעלים כאן שייך להנגנב לא אתי כדברי רש"י בדף י"ב ע"ב שהדין של ממון בעלים הוא משום שהבעלים חייבים באחריות, דהא הכא הנגנב אינו חייב באחריות דהא לא הוא הקדיש את הבהמה.

ב. וז"ל, ל"א בטביחה משום הכי לא מחייב דבשעת טביחה דהקדש נינהו דאמר בפ"ק דכי אמר רבי יוסי הגלילי ממון בעלים מחיים אבל לאחר טביחה לא אלא משולחן גבוה קא זכו עכ"ל. מיהו צ"ע דבשעת גמר שחיטה אכתי הוי שפיר דמרא דהא רק לאחר שנגמרה השחיטה חלה החלות של משולחן גבוה קזכו, אבל כל

זמן שהוא שוחט אכתי הוה שפיר דמרא. ובאמת אע"פ שבתחילת דברי הל"א כתב רש"י "דבשעת טביחה דהקדש נינהו", אבל שוב כתב "אבל לאחר טביחה לא, דמשלחן גבוה קא זכור" וצ"ע.

מיהו י"ל שהטעם למה נפקע הדין של ממון בעלים ע"י שחיטה הרי זה משום שאז הרי זה מתחיל להיות קרבן ע"י שהסכין מקדש להדם. ומעתה י"ל שגם על הדם שיוצא בתחילת שחיטה נאמר הדין של סכין מקדש לדם כי ישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף, ואפילו אם אין לשחיטה אלא לבסוף אבל בכל זאת כשמגיע הסוף מתגלה שגם ההתחלה היתה בכלל שחיטה רק שכל מקצת ומקצת מהשחיטה אינה נחשבת מעשה שחיטה נפרדת, וכן אם סוברים שישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף הרי רק כשהוא גומר מתגלה שכל מקצת ומקצת ה' שחיטה, וא"כ יוצא שמצד אחד בשעת הסוף שחיטה אכתי הוי ממון בעלים וכלשון הגמ' שהביא רש"י בהל"א של "אבל לאחר שחיטה לא", אבל בכל זאת לאחר שהוא גומר את השחיטה מתגלה שגם בתחילת שחיטה ה' קרבן ושהסכין קידש את הדם וא"כ מתגלה שכבר אז לא ה' ממון בעלים.

ועי' במעילה דף ה' ע"א בתוס' סד"ה היתר וכו' שכתבו שאפשר לקבל את הדם גם אחרי ששחט סימן אחד, וגם דם זה כשר לקבלה, ולפי הנ"ל ניחא כי כשהוא גומר את השחיטה מתגלה שגם דם זה נתקדש. ועי' בזה בספרי על זבחים בח"א סוף אות מ"ח, ובח"ב אות תרי"ד.

ג. וז"ל, ולא נהירא לי דכי האי שחיטה

לא אמר ריה"ג דמשלחן גבוה קא זכור, אלא במקדש בחלקו שחלקו בקדשים, דהויא התם שחיטה וזריקה והקטרת חלבים, אבל בשעת שחיטה אכתי ממון בעלים הוא עכ"ל. ועי' בחלק א' אות קצ"ח בענין מתי נפקע הדין של ממון בעלים.

ועי' בספר חביון עוז בהמשך דבריו שם שביאר שמחלוקת זו בין רש"י והל"א בענין מתי נפקע הממון בעלים תלוי בשיתתם הנ"ל בענין מה היא המהות של הך בעלות של קק"ל ממון בעלים.

ד. למה לפי הל"א אינו חייב על מכירה.

והנה הקשוני עוד על הל"א שהביא רש"י דלפי דבריהם נהי שעל הטביחה אינו מתחייב להגנוב משום שבשעת טביחה כבר אינו ממון בעלים, אבל למה אינו חייב על מכירה, והרי גם על מכירה אינו משלם דו"ה וכדתנן גנב והקדיש ואח"כ טו"מ אינו משלם דו"ה, וא"כ קשה למה אינו מתחייב הרי מכר את הממון של הגנוב שהרי קק"ל ממון בעלים הם.

ותירצתי שי"ל שאולינן כאן כו"ל להלן בדף ע"ז ע"ב שסובר שכל שאינו בטביחה אינו במכירה, ושלכן המוכר את הטריפה פטור (ועי' בתוס' שם שסוברים שהיינו אפילו היכא שאינו בטביחה מחמת סיבה צדדית דוגמת השוחט בשבת), ודלא כרבי יוחנן שם שסובר שאע"פ שליתא בטביחה איתא במכירה, וא"כ גם כאן מכיון שליתא בטביחה ליתא במכירה, ואע"פ שסוגיא דהכא אתי כרבי יוחנן דס"ל לעיל בדף ס"ח ע"ב שאירי כאן באופן שהגנוב הקדישו, אבל אכתי י"ל שבנוגע למוכר את

הטריפה ס"ל להך אוקימתא כר"ל בדף ע"ז שם, ורבי יוחנן עצמו יכול לסבור את האוקימתות האחרות כאן, דהיינו האוקימתא של קדשים שחייב באחריותו ואלביא דר"ש, א"נ האוקימתא של מעיקרא תורא דראובן וכו'.

עוד יש לומר שנהי שקק"ל הם ממון בעלים, וס"ל להל"א שנשאר אצל הנגנב הבעלות הישנה של חולין, אבל בכל זאת אין הגנב יכול למכור ולא אהני מעשיו, כי י"ל שרק בנוגע להמקדיש השאירה התורה את הממונות אצלו, אבל לענין שגנב ילך וימכור ויהני מעשיו יתכן ששפיר יש עיכוב מצד הקדש (ואפילו לפי המ"ד שסובר שמוכר לפני יאוש חייב כי אין צריכים אהני מעשיו אבל בכל זאת אכתי צריכים שיהי' ראוי שיהנו מעשיו אלמלא העובדא שהוי לפני יאוש).

עוד שמעתי לתרץ דכיון שגם לפי ריה"ג הכפרה אינה ממון בעלים ואינו יכול למכור את הכפרה וכמו שהסיק הקצה"ח בסי' ת"ו א"כ גם הגנב אינו יכול למכור את הכפרה וא"כ אין כאן ומכרו כולו.

והנה עיין עוד בשט"מ בשם הראב"ד שכנראה הבין ג"כ שהכוונה בממון בעלים היא דהוי ממונו של הנגנב והוקשה לו דא"כ למה מיפטר הגנב על מכירה, ותי' משום שהאימורין אינם ממון בעלים, וא"כ נמצא שלא מכרו כולו, וכן על מה שהקדיש ועי"ז מכר את האימורין לשמים אינו חייב כי גם אז הרי מכר רק את האימורין ולא מכר את כולו. ומדבריו יוצא שאם הגנב מכר חצי לאדם זה ואח"כ חצי לאדם אחר אינו חייב (ואולי כשמכר הכל לאדם אחד חצי היום וחצי מחר הרי הוא

שפיר חייב, וצ"ע). וכן צ"ל שהרי זה גרע מגנבה וקטעה ומכרה דיש צד בגמ' להלן בדף ע"ח ע"ב שהוא חייב כיון שמכר את כל מה שנשאר, כי נהי שהכא כשמכר את הבשר להדיוט מכר את כל מה שנשאר למכור, אבל הרי הבהמה עומדת בשלימותה ועכשיו לא מכר כולה. ועכ"פ לכאורה דברי הראב"ד מספיקים לתרץ גם את קושיית רש"י והל"א למה אינו חייב על זה שטבח את בהמתו של הנגנב שהרי קדשים קלים הם ממון בעלים, דגם בזה י"ל דהיינו משום שלא טבח את כל הבהמה בחיובא כי על האימורין הרי הוא פטור משום שהם של הקדש, וכן הראו לי בחזו"א שהתירוץ הנ"ל מתרץ גם את הקושיא על טביחה (אע"פ שהראב"ד הזכיר רק מכירה). ובענין מה שכתב הראב"ד שהאימורין אינם ממון בעלים, עי' בחזו"א שם, וכן בספר אביעזרי על פ"א מהל' פסולי המוקדשין שהראה פנים שאין הדבר כן אלא גם האימורין לפני זריקה הם קק"ל וממון בעלים.

פח) שנשפך הדם.

צ"ע דאכתי למה אין זה נקרא שחזרה קרן לבעלים כיון שהביאו להעזרה להקרבה כמו שהבעלים היו צריכים לעשות, ואי משום שאח"כ נשפך הדם, הלא גם אצל הבעלים הי' יכול לקרות כן.

מיהו נר"פ שאין נקרא שחזרה קרן להבעלים אלא או ע"י שהוא מחזירו לרשות הבעלים, או ע"י שיצאו הבעלים ידי חובת הקרבן, ומש"ה הכא מכיון שנשפך הדם לא היתה כאן חזרה להבעלים, ואע"פ שגם אצל הבעלים הי'

יכול לקרות כן, אבל אכתי הגנב לא החזירו להבעלים, דמשום זה לחוד שנשחט בהעזרה לשם קרבן אינו נקרא שחזרה להבעלים.

פ"ט) שנשפך הדם.

פירש"י וז"ל, ומיהו בשעת שחיטה ראוי' היא עכ"ל. הנה בגמרא הביאו עוד אוקימתא בשם רבין אר"י, והיינו דאיירי בשוחט תמימים בפנים שלא לשם בעלים, ופרכינן להלן דהא אין היתר אכילה עד אחרי זריקה, וא"כ אכתי הוא שחיטה שאינה ראוי', ותירצו שרבי שמעון סובר שכל העומד לזרוק כזרוק דמי, ופירשו תוס' שהקושיא היתה רק על האוקימתא של נשפך הדם אבל על האוקימתא של שחט שלא לשם בעלים לק"מ כי מאחר שאח"כ נזרק הדם הרי זו נקראת למפרע בגדר שחיטה ראוי' גם בלא לומר שכל העומד לזרוק כזרוק דמי, אבל על האוקימתא של נשפך הדם שפיר צריכים להגיע לכל העומד לזרוק כזרוק דמי. מיהו רש"י פ"י שהקושיא היא על רבין, ונקט המהרש"א שכוונתו היא שהקושיא היא רק על רבין, ולכן כתב שתוס' פירשו איפכא, והעיר המהרש"א למה פירש"י שקשה רק על רבין. והפ"י חולק על המהרש"א וסובר שהקושיא לפי רש"י היא גם על האוקימתא של נשפך הדם וכוונת רש"י בע"ב היא לומר שאפילו על רבין ג"כ קשה, וכ"כ תלמידי הר"פ בכוונת רש"י. וע"ע בשט"מ בשם הראב"ד.

ולפי דרכו של המהרש"א נראה שרש"י סובר ששחיטה שאינה ראוי' היא באחד

מב' אופנים, דהיינו או באופן שבשעת השחיטה ידעינן שלעולם לא יהי' היתר אכילה, וכגון בשחיטת טריפה, דבכה"ג חשיבא שחיטה שאינה ראוי' אע"פ שמותר לעשות את השחיטה, וב' היכא שהשחיטה אסורה לעשות, דאז אם הבשר אינו נותר מיד הרי זה שחיטה שאינה ראוי' אפילו אם יהי' נותר אח"כ, וכגון בשחיטת קדשים דעכשיו ליכא עוד היתר אכילה, רק שלאחר זריקה יהי' היתר אכילה, דאז אם השחיטה היא מותרת לעשות, הרי זה מספיק כדי להחשב שחיטה ראוי' אע"פ שההיתר אכילה יבוא רק אח"כ, אבל אם השחיטה היתה אסורה לעשות כמו שחיטה שלא לשמה, הרי זה נקרא שחיטה שאינה ראוי', משום שהיכא שהשחיטה אסורה, בעינן שהשחיטה תתיר מיד כדי להחשב שחיטה ראוי', ולכן על רבין שמעמיד בשוחט שלא לשמה פרכינן שפיר דהויא שחיטה שאינה ראוי', והיינו משום שהשחיטה אסורה לעשות וגם אינה מתרת מיד, ומתריצינן דכיון שכזרוק דמי הרי זה שפיר נקרא שהתיר מיד, אבל היכא שהשחיטה מותרת לעשות, וכגון בשוחט לפנים לשם הבעלים, רק שנשפך הדם אח"כ, אז חשיבא שחיטה ראוי' גם בלא שתתיר מיד, כי השחיטה עצמה מותרת לעשות, והרי הוא עומד להיות מותר אח"כ, ואע"פ שלא חל ההיתר מיד, אבל זהו דרך התירו של הך שחיטה, ולכן אע"פ שלמעשה נשפך הדם אח"כ הרי היא נקראת שחיטה ראוי' גם בלי לומר שכזרוק דמי, כך עולה מדברי רש"י לפי דרכו של המהרש"א, אבל צ"ע מהיכא תיתי לחלק כן, דהיינו שהיכא שהשחיטה היא אסורה, אז בעינן שיבוא ההיתר של

אכילה מיד, משא"כ אם היא מותרת, אז מספיק אם ההיתר עומד לבוא אח"כ.

צ) שנשפך הדם.

הנה תוס' בסוף ע"א כאן כתבו טעם למה רב יצחק בר אבין מעמיד בנשפך הדם ולא רצה להעמיד כרבין בשוחט שלא לשם בעלים עיין בדבריהם. מיהו בדעת רש"י י"ל שלא רצה רב יצחק בר אבין לאוקמה בשוחט שלא לשם בעלים ומשום שכל העומד לזרוק כזרוק דמי משום דס"ל כרבי אושעיא דלית לי' כל העומד לזרוק כזרוק דמי לכה"פ בציוור כגון הציוור של רבין וכמו שביארו תוס' בע"ב בד"ה כל וכו' בשם ר"ת שכן סובר רבי אושעיא, ומש"ה העמיד רב יצחק בר אבין בנשפך הדם משום שבהציוור של נשפך הדם לא בעינן לומר כל העומד לזרוק כזרוק דמי וכמו שביארנו בהאות הקודמת שסובר רש"י.

ולפי הדרך בתוס' שם שלית לי' לרבי אושעיא כאן שכל העומד לזרוק כזרוק דמי כי לא נתקבל כל הדם בכוס, אשר לפ"ז כל העומד לפדות שפיר אית לי', י"ל שבכל זאת לא רצה רב דימי להעמיד כר"ל בבעל מום כי רצה להעמיד בתמימים וכדאמרינן לקמן בדף ע"ז ע"ב בדעת רבי יוחנן.

צ*) שנשפך הדם.

הנה לכאורה מוכח מזה שחייבים דו"ה על טו"מ גם באונס שהרי בשעה ששחט לא הי' צפוי שישפך הדם, ורק אח"כ נעשתה הטביחה לטביחת חיוב ע"י אונס. ולכאורה יש לתמוה מה שייך חיוב קנס

באונס, ואפילו לפי הקו"ש באות ל"ו שסובר שחייבים קנס גם על שוגג ודלא כהקצה"ח בריש סי' כ"ה שהביא שם, אבל הני מילי בשוגג אבל באונס גמור כי הא איך אפשר לומר שהוא חייב עונש.

וראיתי מוכיחים דפטור באונס מלעיל בדף ס"ה ע"א דאמרינן שאם כוונת רב (במה שאמר קרן כעין שגנב כפל ודו"ה כשעת העמדה בדין) היא להיכא שמעיקרא זוז והשתא ד' א"כ גם הקרן צריך להיות ד' משום הדין של רבה שכתברה ושתיי' משלם ד', ואילו לפי הנ"ל יש להעמיד כשטבח באונס דבכה"ג הקרן הוא זוז כי אדם המזיק פטור על אונס גמור (כמש"כ תוס' לעיל בדף כ"ז ע"ב), ומ"מ בדו"ה הרי הוא שפיר חייב וא"כ מוכח שהוא פטור, ויש לדחות.

ועוד יש להעיר דהנה לפי האמוראים שסוברים שיאוש קונה הרי חיובא דדו"ה הוא רק לפני יאוש, והרי רבנן סוברים שסתם גניבה היא יאוש בעלים וא"כ צ"ל שהחיוב של דו"ה הוא היכא שידיעא לן שלא נתיאש, ומעתה אם נאמר שהיכא שהוא טובח באונס הרי הוא פטור, צ"ל שהחיוב הוא רק באופן שגם הגנב יודע שלא נתיאש ולכן לא חשיב אונס (אם לא שנאמר שכה"ג חשיב רק שוגג).

צא) בשוחט בפנים שלא לשם בעלים.

האם הקרבן לכל הפחות מרצה. פירש"י וז"ל, וקרן לא חזרה לבעלים דקי"ל שלא עלו לבעלים לשם חובה עכ"ל. הנה אע"פ שלא עלו לבעלים לשם חובה

אבל אכתי יש לחקור באם הקרבן מיהא מרצה עליו. ולכאורה יש להוכיח מכאן שאינו מרצה כי אם הוא מרצה א"כ יוצא ששפיר קיבלו הבעלים מה שהוא מהקרבת הקרבן וא"כ יוצא שלא טבחו כולו באיסורא.

וגם שמעתי עוד הוכחה לזה מדברי השט"מ בריש זבחים, דעיי"ש שכתב שעל הציוור שאמר הרי זה עולה לא שייך לומר שלא עלו לבעלים לשם חובה ושהוא חייב להביא קרבן אחר, דהא כיון שאמר הרי זה, אינו חייב באחריותו עכ"ד השט"מ, ומדבריו מוכח שאינו מרצה על הבעלים דהא אם הוא מרצה א"כ פשיטא שאינו חייב להביא קרבן אחר, ואפילו אם הי' שפיר חייב באחריותו, והיינו משום שנתקיים באמת כל הדין של הקרבן שהרי הוא כשר וגם ריצה עליו, וא"כ מוכח מהשט"מ שאינו מרצה עליו אשר לפ"ז יוצא שבאמת לא נתקיים דינו של הקרבן ומש"ה שפיר הוצרך השט"מ לפוטרו משום זה שאינו חייב באחריותו.

מיהו מצד שני יש גם להביא ראיה שהוא שפיר מרצה עליו, דהנה בנזיר דף מ"ו ע"ב תנן שרבי שמעון אומר שנזיר שגילח על שלמים שנזבחו שלא לשמן יצא ידי גילוח, ובגמרא מדייקינן שמזה מוכח שר"ש סובר שנזיר שגילח על שלמי נדבה יצא כי הרי אותו שלמים שנזבחו שלא לשמו אינו עולה לחובתו אלא הרי הוא נשאר בגדר נדבה וא"כ מזה שהוא יכול לגלח עליו חזינן שה"ה שהוא יכול לגלח על שלמי נדבה, ובגמרא אמרינן שהילפותא לזה שהוא יכול לגלח על שלמי נדבה הרי היא מדכתיב

שלמים ולא שלמיו, דמזה ילפינן שהוא יכול לגלח על שלמים שאינם שלמי נזיר, והוכיח מזה הגר"ז שאע"פ שהיכא שנזבחו הזבח שלא לשמו אין הוא עולה לחובתו אבל בכל זאת הרי הוא אכתי נקרא בעל הקרבן, דהא את"ל שאינו נקרא בעל הקרבן א"כ שלמים שנזבחו שלא לשמן גרע טפי משלמי נדבה כיון שאינו נקרא אפילו בגדר בעל הקרבן, וכי ס"ד שנזיר יכול לגלח על קרבן שלמים שאינו נחשב בכלל הקרבן שלו, וא"כ מוכח שהוא שפיר נחשב בעל הקרבן. ומעתה אולי יש להוכיח משם שה"ה שהקרבן מרצה עליו, דאולי ה"ה שאינו יכול לגלח על קרבן שאינו מרצה עליו.

צב) תד"ה שחיטה.

עיין בדבריהם שדנו למה א"א לפדות שחוטי חוץ הלא איך לך מום גדול משחיטה, והוסיפו שאע"פ שא"א לפדות פיגול, אבל התם הרי זה משום שצריכים לשורפו, אבל בשחוטי חוץ סגי בקבורה, כלומר שבפיגול מכיון שיש חיוב לשורפו א"כ החיוב הזה לשורפו הרי הוא מעכבו מלפדות, אבל בשחוטי חוץ הרי אין חיוב דוקא לקבורו, אלא מה שקוברים אותו הרי זה רק כדי שלא יבואו ליהנות ממנו, וא"כ הדין נותן ששפיר אפשר לפדותו.

והנה לכאורה היו יכולים לחלק בדרך אחרת, והיינו שהטעם למה א"א לפדות פיגול הרי זה משום שלא חשיב מום, כי הרי זה נקרא היזק שאינו ניכר כדאמרינן בגיטין דף נ"ג, וביאר הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי (עמוד רט"ז טור ב) שפיגול

נקרא היזק שאינו ניכר כי המחשבה של פיגול, שהוא הדבר שאוסר, אינה ניכרת, ואע"פ שהמחשבה פוסלת רק ע"י שחיטה, אבל מ"מ עצם הדבר שאוסר הרי הוא המחשבה והמחשבה הרי אינה ניכרת עכ"ד, וא"כ י"ל שכמו שאין זה נקרא היזק ניכר ה"ה שאין זה נחשב מום, אבל בשחוט חוץ הרי האוסר הוא עצם השחיטה והרי השחיטה שפיר ניכרת ומש"ה הרי זה שפיר נחשב מום.

צג) בא"ד.

וז"ל, ומיהו לדברי המפרש דלא חשיב המפרכסת כחי' אלא כגון ישראל בטמאה ונכרי בטהורה דלאו שחיטה היא וכו' אבל היכא דשחטה כתיקונה לא חשיב מפרכסת כחי' מתיישב כאן דשחיטת חוץ לאו בת פדיי' היא כיון דשחיטה גמורה היא להוציא מידי נבילה וגם להתירה באכילה אם הי' לה פדיון וכו' עכ"ל. והנה תוס' בדבריהם הנ"ל שכתבו "וגם להתירה באכילה אם הי' לה פדיון" רצו לתרץ למה האיסור של שחוט חוץ אינו כמו האיסור של בהמה טמאה, ואם אומרים בישראל בטמאה שמפרכסת היא כחי' משום שהשחיטה אינה כתיקונה א"כ למה לא אמרינן כן גם בשחוט חוץ, ועל זה תירצו כי אם הי' לה פדיון הי' שפיר מותר באכילה. ויש לפרש שכונתם היא שבשחוט חוץ אין האיסור נחשב איסור עצמי כמו האיסור של בהמה טמאה אלא

הרי האיסור נגרם מדבר צדדי דהיינו ממה שאין לה פדיון, אבל אילו הי' לה פדיון, אז הי' אפשר לסלק את האיסור, ומש"ה הרי זה שפיר נחשב שחיטה כתיקונה.

ועכ"פ חזינן שתוס' בדבריהם הנ"ל שכתבו "וגם להתירה באכילה אם הי' לה פדיון" רצו לתרץ למה האיסור של שחוט חוץ אינו כמו האיסור של בהמה טמאה, ואם אומרים בישראל בטמאה שמפרכסת היא כחי' משום שהשחיטה אינה כתיקונה למה לא אמרינן כן גם בשחוט חוץ, ועל זה תירצו כי אם הי' לה פדיון הי' מותר באכילה. ונראה שתוס' הוצרכו לזה כי הבינו שבבהמה טמאה יש טמאה ואיסור אכילה חדשים, ואין בה האיסור והטמאה של נבילה, מיהו הרמב"ם בפ"א מהל' שאר אבות הטמאה ה"ג כתב שהטמאה של בהמה טמאה אינה טמאה חדשה אלא הרי היא הטמאה הרגילה של נבילה אע"פ ששחטה. ולפי דבריו לכאורה יוצא שחוץ ממה שיש איסור אכילה חדש של בהמה טמאה ה"ה נמי שבהמה טמאה אסורה באכילה משום נבילה אע"פ ששחטה, והיינו משום ששחיטת בהמה טמאה אינה מוציאתה מידי נבילה כדחזינן ממה שהיא מטמאה משום נבילה*), וא"כ לפ"ז הי' אפשר לומר שרק בנכרי בטהורה וישראל בטמאה אמרינן שמפרכסת היא כחי' כי השחיטה אינה פועלת אפילו לענין להוציאה מידי טומאת נבילה, אבל בשחוט חוץ הרי השחיטה שפיר פועלת להוציאה

(* מיהו אולי י"ל שאע"פ שהשחיטה אינה מוציאה בהמה טמאה מידי טומאת נבילה אבל הרי היא שפיר מוציאה אותה מידי האיסור אכילה של

נבילה, דוגמת דברי הגר"ח שאע"פ ששחיטת טריפה מוציאה מידי טומאת נבילה אבל אין היא מוציאה מידי האיסור אכילה של נבילה.

מידי נבילה, ולא היו תוס' צריכים להוסיף "וגם להתירה באכילה אם הי' לה פדיון".

צד) בא"ד.

וז"ל, וי"ל דמום שהוא מחיים חשיב מום לפדות על ידו אבל מום דלאחר מיתה לא חשיב מום עכ"ל. הנה תוס' בקושייתם הקשו שאין לך מום גדול משחיטה, ומשמע שכוונתם היתה שעצם השחיטה חשיבא מום. ולכאורה גם תחילת השחיטה חשיבא מום ולא רק כשהוא מגיע לרוב שנים, ואע"פ שכתבו תוס' בדף ע"א ע"ב שתחילת השחיטה לא חשיבא שינוי מעשה, אבל הלא ביארנו שם שהיינו משום שלא נשתנה השם וכדי שיקנה הגזלן בעיניו גם שינוי השם, אבל לענין מום הדין נותן ששפיר תיחשב מום. ולפ"ז צ"ע מה זה שכתבו תוס' בתירוצם שמום דלאחר מיתה לא חשיב מום והוכיחו כן מההיא דמתו תמימים דחזינן שהמיתה לא חשיבא מום, הלא קושייתם היתה שעצם השחיטה תיחשב מום וא"כ ה"ה לתחילת השחיטה וכהנ"ל.

דף ע"ו ע"ב

צה) דלא הוי שהות ביום למיזרק' דשחטי' סמוך לשקיעת החמה.

עיי' ברש"י שהעמיד בקדשים שנאכלין ליום ולילה אחד. ויש לעיין למה א"א לאוקמה גם בנאכלין לב' ימים ולילה אחד. ונראה שלכאורה יש להקשות על הא דאמרינן שאם לא הי' שהות ביום למיזרק' הרי זה ציור שחל השם של נותר לפני

שנראה לזריקה, דאיך חל הדין של נותר, הלא מיד כששקעה החמה נפסל הדם לזריקה ונפסל הקרבן משום שנפסל הדם, וא"כ תו לא חל השם של נותר. ולכאורה י"ל דאיירי באופן שלן הדם על ראשו של המזבח שאינו נפסל בכה"ג משום שאין לינה מועלת בראשו של מזבח, אלא שלפ"ז מוכרחים באמת להעמיד בנאכלין ליום ולילה אחד ולא בנאכלין לב' ימים ולילה אחד דהא בנאכלין לב' ימים ולילה אחד הלא למחר שוב חזי הדם לזריקה לפני זמן נותר וא"כ בע"כ צ"ל דאיירי בנאכלין ליום ולילה אחד, דאז כשלן הדם בראשו של מזבח הרי יוצא שחל השם של נותר מיד בבקר ולא היתה שהות לזורקו. מיהו יתכן שבדם לינה שפיר מועלת בראשו של מזבח ורק בנקטרין לחוד אמרינן שאין לינה מועלת בראשו של מזבח, ע"י בזה בשפת אמת על זבחים דף נ"ו.

צו) ריש לקיש אמר בשוחט בעלי מומין בחוץ.

עיי' ברש"י שפי' שאיירי בבעלי מומין דמעיקרא שקדם מומן להקדישן. והקשה הפ"י בד"ה גמרא וכו' דא"כ מה שיך לומר שחייב כפל ודו"ה כי הבעלים חייבים באחריות, הלא הבהמה נשארת קדושת דמים, והרי זה כמו מקדיש עצים ואבנים דהוי בדק הבית, ושמעינן לר"ל בפרק שילוח הקן שבקדשי בדק הבית אפילו אם אמר הרי עלי אינו חייב באחריות גניבה משום שכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא.

ורצה הפ"י לומר שאיירי באופן שאמר שור זה לעולה דאמרינן בתמורה שאם הוא

בעל מום ימכר ויביא בדמי' עולה, וא"כ י"ל שבכה"ג מוטל טורח ההבאה על הנודר וכן הרי הוא שפיר חייב באחריות גניבה. מיהו שוב הוכיח הפ"י שגם בכה"ג אינו חייב באחריות גניבה.

ולהלן בד"ה לר"ל וכו' מבואר בדבריו שאם לא נאמר כרש"י דאיירי בבעל מום מעיקרא, אז אתי שפיר, כי האומר שור זה עלי עולה ואח"כ נעשה בעל מום, הרי הוא שפיר חייב באחריות, אבל לפי רש"י קשה משום דהוי ממש כמו מקדיש עצים ואבנים.

ושוב רצה לומר בד"ה גמרא וכו' שאיירי בהקדיש בעל מום לחטאתו, דהדין בחטאת בעל מום הוא שימכר ויביא בדמי' חטאת, ובכה"ג הרי הוא שפיר חייב באחריות שהרי הוא מחויב ועומד בקרבן חטאת ואילו לא נגנבה הי' יכול למכור את הבהמה ולהביא בדמי' חטאת. מיהו שוב חקר שאולי רק אם הקדיש תמימה ונעשית בעלת מום ימכר ויביא בדמי' חטאת, אבל בבעל מום מעיקרא דמי' יפלו לנדבה, באופן ששוב יוצא שאין לו שום הפסד מהגניבה כיון שאינו חייב באחריות.

והנה גם התוס' רי"ד הקשה את קושיית הפ"י וגם תירצה וז"ל, ואי קשיא היאך שייך לומר בבעל מום מעיקרא דקדשים שחייב באחריותו, (ותי') כגון שאמר הרי עלי עולה ואחרי כן הפריש שור בעל מום ואמר הרי זה קדוש לדמיו שאביא מדמיו עולתי וחלה עליו קדושת דמים וחייב באחריותו שאם יאבד צריך להפריש דמים אחרים לקנות עולתו עכ"ל. הרי שלא צייר כהפ"י שהפריש ואמר בהמה זו לעולה אלא צייר באופן שכבר נדר מקודם הרי

עלי עולה ואח"כ הפריש בהמה זו לדמי עולתו, דכיון שכבר נדר עולה לפני ההפרשה א"כ שפיר יש עליו חיוב אחריות ונמצא שהגנב הפסידו כי אם לא הי' נגנב הי' יכול למוכרו ולהשתמש בדמיו.

צז) בענין הנ"ל.

והנה הפ"י בד"ה לר"ל וכו' הקשה עוד דמאי פריך וכי שחיטה מתרת הלא פד"י מתרת, דהא אולי איירי באופן שפדה אותו לפני שחיטה, ותי' שבע"כ צ"ל דאיירי באופן שלא פדה כי אילו פדה הרי חזרה הקרן לבעלים דהא הגיעו הדמים להגזבר. והוסיף שלפי רש"י שהעמיד בבעל מום דמעיקרא אכתי קשה כי לדידי' הרי העמיד הפ"י באופן שהפריש בעל מום לחטאתו שהי' יכול למוכרה ולהביא בדמי' חטאת וא"כ אם פדה הגנב הרי לא חזרה הקרן להבעלים ע"י שבאו המעות להגזבר וא"כ למה א"א להעמיד באופן שפדה הגנב לפני שחיטה עכ"ד. מיהו לא הבנתי דבריו, דאמאי לא חזרה קרן להבעלים דהא כיון שהדין הוא להביא מהמעות חטאת א"כ הגזבר יחזיר את המעות להבעלים. וצ"ל שהגזבר לא ידע ועשה מהן נדבה וצ"ע.

ועי' להלן בד"ה "בד"ה והלא פד"י מתרת" שתי' גם את קושיית תוס' על דרך זה שהרי תוס' בד"ה והלא וכו' הקשו דנימא שפדה אחרי השחיטה, ותי' הפ"י שא"כ חזרה הקרן להבעלים קודם העמדה בדין.

ועי' בתוס' רי"ד שתי' על הקושיא שאולי פדה לפני שחיטה, דלק"מ משום שאינו יכול לפדות את קדשי חבירו. ונראה שאתי התוס' רי"ד לשיטתו דאיירי באופן

שאמר הרי עלי עולה ושוב הפריש שור זה לדמי עולתו, דלפ"ז הרי זה שפיר מיקרי קדשים דידי' כיון שהוא חייב עולה, אבל הפ"י הרי העמיד באופן שהפריש ואמר הרי זה עלי עולה, וא"כ אין זה נחשב כקדשי מזבח של חברו כי אין עליו חיוב עולה אלא רק חיוב להשתדל שיתקיים הדין עולה של הבהמה הזאת.

דף ע"ז ע"א

צח) תד"ה פרה (הראשון).

וז"ל, תימה דמדקאמר הואיל והיתה לה שעת הכושר מכלל דהשתא לאו בר פדיי' היא ואמאי והא אית לי' לר"ש בשבועות דפרה קדשי בדק הבית היא ולר"ש אית לי' דקדשי בדק הבית לא היו בכלל העמדה והערכה וכו' עכ"ל.

הנה מדבריהם משמע שאילו היו בכלל העמדה והערכה אז לא הי' קשה להם מידי. מיהו לעיל בדף ע"ו ע"א בד"ה שחיטה וכו' הביאו דרך אחד שבישראל בטהורה לא אמרינן שמפרכסת היא כחי' אלא גם בשעת פרכוס אינה בת העמדה והערכה, וכתבו שהיכא שאם הי' לה פדיון היתה מותרת הרי זה כמו ישראל בטהורה, וא"כ יוצא שאם היתה פרה אדומה בכלל העמדה והערכה הי' קשה איפכא והיינו שאפילו בשעת פרכוס אינו בדין שתהי' נפדית, וצע"ק.

והנה עיין בשט"מ שהביא את דברי התוס' שאנץ והרר' ישעי' שכתבו ליישב את קושיית התוס' ע"י שנאמר שלפי ר"ש הרי היא נפדית באמת גם עכשיו, רק

שר"ש לדבריהם דרבנן קאמר, כלומר שאפילו לדידכו דסבירא לכו שקדשי בדק הבית היו שפיר בכלל העמדה והערכה אבל בכל זאת אכתי היתה לה שעת הכושר בשעת פרכוס משום שמפרכסת הרי היא כחי' והי' יכול אז לפדותה.

מיהו שוב דחו דרך זה על פי הדרך שהבאנו שלא אמרינן שמפרכסת היא כחי' בציור של ישראל בטהורה.

מיהו הרשב"א בשט"מ נשאר שפיר בדרך זה, כי כאן באמת אין זה כמו ישראל בטהורה כי אין השחיטה מתרת באכילה. מיהו דבריו הם שלא כדברי תוס' לעיל שהבאנו שכתבו שמספיק בזה שהיתה מותרת אילו היתה לה פדיון.

צט) בא"ד.

וז"ל, דאין סברא שתהא בת פדיי' אחר שהוזה דמה וכו' עכ"ל. בשט"מ בסד"ה וכן כתב הר"ר ישעי' כתב משום שאז "הויא כקדשי מזבח דבעי העמדה והערכה".

ק) בא"ד.

וז"ל, וא"ת והא כל העומד להזות כמוזה דמי, וי"ל דקודם קבלה לאו כמוזה דמי כדפרישית לעיל עכ"ל. הנה כוונתם היא למה שכתבו לעיל בדעת רבי אושעיא שאינו כזרוק עד שמתקבל כל הדם בכלי כי מצוה להמתין מלזרוק עד שיקבל את כל הדם, וס"ל לתוס' שגם בהזאה הרי זה כך שמצוה להמתין, וא"כ שפיר י"ל שלאחר שחיטה בשעת פרכוס הרי היא בת פדיון, כי כיון שעוד לא נתקבל כל הדם לא אמרינן עוד שהוא כמוזה. מיהו תוס' שם כתבו כן רק בדעת רבי אושעיא, אבל

הסוגיא דלעיל ס"ל שגם כשרק נתקבל קצת מן הדם אמרינן כבר כזרוק דמי, וא"כ נמצא שגם כאן בפרה מיד בגמר שחיטה הרי הוא כבר כמוזה, וא"כ כבר באותה שעה א"א לה להפדות (ובודאי שאין כוונת הגמרא רק להיכא שבגמר שחיטה עוד לא קיבל שום דם אלא רק אח"כ).

קא בא"ד.

וז"ל, הקשה רבינו שמואל בר' חיים למה לי דהיתה לה שעת הכושר תיפוק לי' דחיבת הקודש מכשרתו ומשויא לה אוכלא וכו', ותי' ר"י דחיבת הקודש מהני רק לשויו שאינו אוכל כאוכל, אבל דבר שהוא אוכל רק שאינו מקבל טומאה משום שאינו אוכל שמאכילו לאחרים א"כ לזה לא מהני חיבת הקודש עכ"ל. ובדעת רבינו שמואל בר' חיים י"ל שהוא סובר שמה שצריכים שיהי' יכול להאכילו לאחרים הרי זה משום שאם אינו יכול להאכילו לאחרים אין לו חשיבות של אוכל, ומש"ה שפיר מהני לזה חיבת הקודש, והר"י סובר שהרי זה חסרון עצמי ואינו משום חסרון של חשיבות.

קב בא"ד.

וז"ל, התם כיון דלא בעי פטר לי' אלא משום דבעי למילף מטומאת הגוף יש לנו לרבות מהבשר מק"ו דעצים ולבונה עכ"ל. עי' בקובץ שיעורים מה שהקשה על זה.

קג בא"ד.

וז"ל, וא"ת אמאי לא אמר דכל קדשים יקבלו טומאה מחיים כיון דמצוה לשוחטן ונימא כל העומד לשחוט כשחוט דמי, וי"ל דאפילו נשחט לא אמרינן דכזרוק דמי עד

שיקבל בכוס, כל שכן כשעדיין לא נשחט עכ"ל, כלומר דהא חזינן שלא אמרינן שני פעמים כל העומד וכו', דהא אם שפיר אמרינן כן שני פעמים א"כ גם קודם שנתקבל הדם בכלי אמאי לא נאמר שכל העומד להתקבל כמקובל דמי, ושוב מאחר שהוא כמקובל נימא שכל העומד לזרוק כזרוק דמי, ובע"כ צ"ל שלא אמרינן כל העומד וכו' שני פעמים, וא"כ כ"ש שלא אמרינן כן קודם שחיטה דאז הרי זה בגדר שלשה פעמים, דהיינו כל העומד לשחוט וכו' וכל העומד להתקבל וכו' וכל העומד לזרוק וכו'. וכן מבואר בשט"מ בד"ה הקשה וכו' בשם הר"ר ישעי' שכולי האי לא אמרינן, דהיינו שיהא נחשב כנשחט וכנתקבל וכזרוק.

והנה תוס' בהמשך דבריהם הקשו שבשעיר המשתלח נאמר שכל העומד לדחי' כדחוי דמי. וצ"ע דהא גם שם הרי הוא חסר הולכה לצוק, ומה הוא הנפ"מ אם צריכים לחכות עד שיגיע הדם להכלי או אם צריכים לחכות עד שיגיע השעיר לצוק.

מיהו י"ל שבאמת אין כוונת תוס' כאן לומר שלא אמרינן יותר מחד כל העומד וכו', אלא כוונתם היא לומר שלא אמרינן כאן שכל העומד לזרוק כזרוק דמי כי הדם עצמו מחמת עצם מהותו אינו מוכשר עוד לזריקה כי חסר מה שמבואר בסוטה דף י"ד ע"ב שהסכין מקדש את הדם, וכן חסר לו קידוש כלי ע"י קבלה, אבל בשעיר המשתלח מאחר שהשעיר הוא שפיר מוכשר לדחי', שפיר נוכל לומר שכל העומד לדחי' כדחוי דמי.

ברם גם הר"ר ישעי' המשיך להקשות

משעיר המשתלח, ואילו מלשונו משמע שכוונת התי" היתה שלא אמרינן יותר מחד כל העומד וכו', וצ"ע.

קד) בא"ד. סוף דבריהם.

וז"ל, ומיהו שעיר המשתלח קשה לר"י דיטמא מחיים טומאת אוכלין לר"ש למ"ד דשרו איבריו בהנאה דכיון שעומד לדחות לצוק כדחוי דמי, וי"ל דכל העומד לעשות לא אמרינן דכעשוי דמי אלא באוכל האסור להיות כמותר וקרינן בי' אוכל שאתה יכול להאכילו לאחרים, אבל לא מהני לשאין אוכל כמו בעל חי ליחשב כאוכל, אע"ג דהוה מהני על האוכל כגון נותר ופרה ליחשב כעפרא אי לאו דמכשר להו חיבת הקודש, מידי דהוה אבן פקועה ודגים שהן מותרין בלא שחיטה ואפ"ה חיותן מטהרתן לרבנן דפליגי אר' יוסי הגלילי בפרק בהמה המקשה עכ"ל.

ועיין בפ"י שביאר שתוס' בקושייתם לא ידעו עוד שבעל חי אינו יכול להחשב בגדר אוכל, אלא חשבו ששפיר מיקרי בגדר אוכל, רק שסברו שאינו בגדר אוכל שאתה מאכילו לאחרים, ומש"ה הקשו שנגיד כל העומד לדחות כדחוי דמי ויהי' נחשב השעיר כבר בחייו כאוכל שאתה מאכילו לאחרים, ועל זה תירצו דכיון שהוא בעל חי חסר לו שם אוכל במציאות ועל ידי כל העומד א"א לתת לו שם אוכל כשחסר לו כן מצד המציאות, והוכיחו תוס' מבן פקועה ודגים שלבעל חי ליכא שם אוכל כי זהו הטעם שרבנן בחולין שם מטהרים. מיהו לפ"ז יוצא שעיקר תירוצם של תוס' הוא שבעל חי לא מסוגל להחשב

בגדר אוכל, ואילו דבר זה אינו מודגש בלשונם בתירוצם, אלא משמע מלשונם בתירוצם שגם בקושייתם ידעו דבר זה רק שסברו שגם על זה מהני כל העומד וכו', ועל זה נתכוונו לתרץ שלא מהני כל העומד כשחסר הכשר מסוים בהמציאות, והוכיחו כן מהא דדגים חיים אינם מטמאים טומאת אוכלין ולא אמרינן בהו שכל העומד וכו'. ולכאורה י"ל שהפ"י לא רצה ללמוד כן כי א"א לומר שתוס' רצו להוכיח מדגים שלא אמרינן בכגון זה כל העומד וכו', כי באמת אין שום ראי' לזה מדגים, כי בדגים גם בלא"ה לא שייך כל העומד כי אין מצוה להורגם, וכל העומד וכו' אמרינן רק כשיש מצוה לעשות את הדבר וכמש"כ תוס' לעיל בדף ע"ו ע"ב בד"ה והלא וכו'. מיהו זה אינו, אלא אכתי שפיר אפשר להוכיח מדגים שלא אמרינן כל העומד כשיש חסרון במציאות, והיינו משום שבתוס' בדף ע"ו שם מבואר דהא דבעינן שיהי' מצוה הרי זה כי רק אז אמרינן שהדבר עומד באמת להעשות, וא"כ הרי כל דג עומד לבסוף למות ולהיות אוכל, וא"כ אכתי בדין הוא שנאמר שכל העומד וכו', וא"כ שפיר יש להוכיח מדגים שלא אמרינן כל העומד כשחסר שם אוכל מצד המציאות.

וביותר י"ל שלא רצה הפ"י ללמוד כדרכינו הנ"ל כי ס"ל שא"א ללמוד מדגים שלא אמרינן כל העומד וכו' כשחסר שם אוכל מצד המציאות כי י"ל שטעמייהו דרבנן שם הוא משום שבכלל לא ס"ל כדברי רבי שמעון דאמרינן כל העומד וכו'. והנה לכאורה אפשר לדחות שאילו הי' זה טעמם של רבנן א"כ היתה הגמרא שם

צריכה להביא את דברי ר"ש ולומר שדבריו הם דלא כרבנן שם עיי"ש. מיהו נראה שהפ"י אזיל בזה לשיטתו דעיינן בדבריו להלן על תד"ה הפרה (השני) בד"ה פרה מטמא וכו' שרצה לומר שר"מ סובר כריה"ג שם ודלא כרבנן ולא איכפת לי' להפ"י בזה שאין זה נזכר בתוך הגמ' שם. והנה כבר הביאו תוס' שרבינו שמואל בר' חיים הקשה למה בעינן להא דאפשר לפדותה על גבי מערכתה ושהיתה לה שעת הכושר תיפוק לי' דחשיב אוכל משום מתוס' שכוונתו היתה להקשות רק שתיחשב אוכל לאחר שחיטה, וצ"ע למה לא הקשה שתיחשב אוכל אפילו מחיים מצד חיבת הקודש וכדרך שהקשו תוס' שתיחשב אוכל מחיים מצד כל העומד וכו'. מיהו באמת הרי זה תלוי בשני הדרכים הנ"ל שכתבנו בענין מה היתה סברת תוס' בקושייתם, דלפי דרכו של הפ"י שבקושייתם סברו תוס' ששפיר יש עליו שם אוכל רק שאינו בגדר אוכל שאתה יכול להאכילו לאחרים א"כ שפיר יש להקשות שגם מחיים יקבל טומאה ויחשב אוכל שאתה יכול להאכיל לאחרים משום חיבת הקודש כיון שסובר רבינו שמואל בר' חיים שמהני חיבת הקודש לסלק את החסרון של אי אתה יכול להאכילו לאחרים, אבל לפי הדרך שכתבנו שגם בקושייתם ידעו תוס' שבעל חי אינו בגדר אוכל, רק שסברו שכל העומד מהני גם לשווי אוכל, א"כ א"א להקשות שנחדש עליו דין אוכל מצד הדין של חיבת הקודש, דחיבת הקודש מהני רק נגד חסרון בחשיבות הדבר וכגון הא דהוי כשרוף

שהביאו תוס' ממס' מנחות, א"נ נגד הא דאי אתה מאכילו לאחרים וכמו שהקשה רבינו שמואל בר' חיים משום שסובר רבינו שמואל בר' חיים שגם מה שאינו מאכילו לאחרים הרי זה נקרא חסרון בחשיבות הדבר, אבל מה שאינו נקרא אוכל כי יש בו רוח חיים אין זה חסרון של חשיבות, וא"כ לזה לא יועיל הדין של חיבת הקודש. מיהו כבר הביאו תוס' שחיבת הקודש מהני להחשיב עצים אוכל.

קה) בא"ד.

בענין יסוד הדין של כל העומד לזרוק כזרוק דמי.

והנה מעתה יש לעיין יותר בסברת תוס' בתירוצם, דלמה באמת א"א לומר כל העומד לשווי אוכל כשאינו עכשיו בגדר אוכל.

ובשט"מ בשם הר"ר ישע"י איתא דהיינו משום שזה היפך המציאות של עכשיו, משא"כ היכא ששחט, רק שהוא אסור באכילה ואינו אוכל שראוי להאכילו לאחרים, א"כ מכיון שמצד המציאות שפיר מסוגל הדבר להחשב בגדר אוכל, שפיר מהני כל העומד לומר שזה כאילו הוא כבר מותר באכילה, כי אין זה נגד דבר בהמציאות. מיהו לפ"ז צ"ע מה הוא הטעם שמהני כל העומד לשרוף כדי להפקיע שם אוכל וכקושיית הגמרא גבי נותר, דהא גם על זה נאמר שזה כנגד המציאות של עכשיו כי עכשיו הרי הוא שפיר בגדר אוכל מצד המציאות, ותוס' עצמם עמדו על זה וחילקו שהתם אין אנו אומרים כל העומד כדי להוסיף לו שם של אוכל אלא הרי אנו אומרים כן כדי להפקיע ממנו את השם של

אוכל, אבל צ"ע מה הוא הנפ"מ, דממ"נ או שמהני כל העומד וכו' נגד המציאות או שאינו מועיל.

ועכ"פ נראה שביאורו של הר"י מתוקמא רק אם הפשט בכל העומד וכו' הוא דהוי כאילו כבר עכשיו נעשה הדבר, דלפ"ז שפיר י"ל שלא אמרינן כן היכא שיש דבר בהמציאות שסותר את זה, אבל אם הפשט בכל העומד וכו' אינו שהדבר הוא כאילו כבר נעשה, אלא הכוונה היא רק שמספיק בזה שיהי' כן אח"כ משום שגם על סמך זה קבעה התורה את הדין, א"כ אכתי צ"ב למה לא נוכל לומר שהתורה קבעה טומאה על סמך זה שאח"כ יהי' בגדר אוכל, דהא ע"י כל העומד וכו' אין אנחנו רוצים לתת לו עכשיו שם של אוכל.

והנה הפ"י הוכיח כתירוץ של תוס' מקושיית הגמרא הנ"ל במנחות גבי נותר ופרה שהביאו תוס', דמקשינן בגמ' שם שלפי ר"ש נותר ופרה לא תטמא כי כל העומד לשרוף כשרוף דמי וממילא אינו בגדר אוכל, והקשה הפ"י שאדרבה נימא ששפיר חשיב אוכל משום שכל העומד לפדות וכו' וא"כ לא הוי עפרא, אלא ודאי שכל העומד לפדות לא אמרינן לשויו אוכל כיון שעכשיו אינו בגדר אוכל כיון שסתמא לשריפה קאי עכ"ד הפ"י, ומדבריו מוכח דלא ס"ל כביאורו הנ"ל של הר"י בענין למה לא קובעים שם של אוכל ע"י הכלל של כל העומד וכו', דהא התם אם נאמר שהוא בגדר אוכל משום שכל העומד לפדות וכו' הרי אין אנו סותרים שום דבר בהמציאות, דהא אדרבה גם לפי המציאות הרי הוא עכשיו בגדר אוכל, רק שרצינו

להפקיע את השם אוכל ע"י שנאמר כל העומד לשרוף, וא"כ חזינן מדברי הפ"י דס"ל שלא מהני כל העומד וכו' כדי להחיל שם של אוכל, אפילו היכא שאינו דבר שהוא כנגד המציאות, וצ"ע למה.

ונראה שבודאי אם הפשט בכל העומד הוא שהדבר נחשב כאילו כבר נעשה א"כ אין שום סיבה למה לא לקבוע שם של אוכל כשאין סתירה לזה מצד המציאות. מיהו לפי הצד שכל העומד וכו' פירושו הוא שמספיק בזה שסופו להיות כן, א"כ בזה שפיר יש מקום לומר שהתורה חילקה בין הדברים, כי הכלל של כל העומד וכו' אינו בגדר כלל איך להסתכל על המציאות, אלא הרי זה קביעות הלכה כמה צריכים, דהיינו האם צריכים שיהי' אוכל במציאות או האם מספיק בזה שעומד להיות אוכל, ובה אמרינן שאע"פ שמספיק לטומאת אוכלין במה שסופו להיות אוכל מותר שאתה מאכיל לאחרים, אבל אין מספיק בזה שסופו להיות בגדר אוכל כשעכשיו אין עליו שם של אוכל, אפילו כשהטעם למה עכשיו אינו בגדר אוכל אינו משום סיבה בהמציאות אלא משום שסתמא לשריפה קאי. וכן חילקה התורה שאעפ"כ שכדי להפקיע את השם של טומאה, שפיר סגי במה שסופו להיות אי אוכל, ואין בזה שום סתירה כי בכל דבר ודבר התורה קבעה תנאים שונים, אבל אם נאמר שכל העומד וכו' פירושו הוא שמסתכלים כאילו הדבר כבר נעשה, א"כ אם לפי השקפת התורה מסתכלים כאילו הדבר כבר נעשה כיון שהוא עומד להעשות, א"כ למה לענין לקבוע שם של אוכל לא אמרינן כן כשאין זה סותר את המציאות, דהא להסתכל

כאילו הדבר נעשה יש בו תמיד אותו קושי, ולאחר שמסתכלים כאילו הדבר כבר נעשה אין כאן שום קושי, אבל אם הפשט בכל העומד וכו' הוא שמספיק בזה שסופו להיות כן, א"כ בזה שפיר יוצא שהתורה צריכה לקבוע כן בכל דין ודין האם זה מספיק, והיכא שקבעה קבעה והיכא שלא קבעה לא קבעה.

והנה בגמרא כאן חזינן שאע"פ שכבר הוכיחו שר"ש סובר שכל העומד לזרוק כזרוק דמי, אבל בכל זאת הוצרכו להוסיף ולהוכיח שהוא סובר גם שכל העומד לפדות כפדוי דמי, וא"כ חזינן שלא מדמינן מילתא למילתא אלא צריכים גילוי על כל דבר בנפרד.

וע"ע בתפארת ישראל על פ"ח דפסחים משנה ג' שהקשה שלפי ר"ש למה לא אמרינן גם שכל העומד למול כמול דמי וכל העומד לטבול כטבול דמי. ובאמת קושייתו היא שלא כתירוץ של תוס' כאן לפי ביאורו של הרר"י שהרי התם הרי זה בגדר כל העומד וכו' לסתור את המציאות שהרי במציאות הרי הוא ערל וטמא לפנינו. ולפי הדרך שכתבנו שאין הכוונה בכל העומד וכו' שהדבר הוא כאילו כבר נעשה, אלא הכוונה היא שסגי במה שהדבר סופו להיות כן, ובכל דבר ודבר צריכים לידע אם סגי בזה, א"כ גם לפ"ז לק"מ כי י"ל שידע ר"ש שבכל התורה כולה חוץ מהדברים שנזכרים בסוגיין לא סגי בזה שסופו להיות כן. וע"י בכל דברי התפארת ישראל שם.

קו) תד"ה הפרה (השני).

וז"ל, וא"ת דאי לאפסולי היא עצמה גם

האפר יהי' נפסל בנגיעת הטומאה וכו' עכ"ל. ע"י בפ"י.

קז) בא"ד.

וז"ל, דאי חשיבא אוכל מקבל טומאה משני ומשלישי ואי לא לא עכ"ל. "אבל אפר (כצ"ל) לא מיפסל במגע שני ושלישי רק במגע אב הטומאה" (שט"מ סד"ה וז"ל תלמידי הר"פ).

דף ע"ז ע"ב

קח) תד"ה אומר הי' ר"ש. דברי המהרש"א והפ"י.

וז"ל, ותימה דע"כ מה שאין נפדיח לרבנן אין זה מן התורה וכו' וא"כ מנ"ל וכו' עכ"ל. ע"י במהרש"א שכתב שעל ר"ל לא קשה מידי, רק שעיקר קושייתם היא על הסוגיא בשבועות דמנ"ל שר"ש אינו סובר כהא דקתני ששחטה על גבי מערכתה אין לה פדי' עולמית, הרי אולי מודה ר"ש שמדרבנן אין לה פדיון. מיהו לא הבנתי לפ"ז למה הוצרכו תוס' לבאר בקושייתם שמה שרבנן סוברים שאין לה פדיון הרי זה מדרבנן, דמאי איכפת לן אם הוי מהתורה, דבכל זאת אולי מאי דקתני שאין לה פדי' עולמית הרי זה אתי לכו"ע ולרבנן הרי זה מהתורה ולפי ר"ש הרי זה מדרבנן.

גם לא הבנתי את תירוץ של תוס' לפי המהרש"א וז"ל, תוס', דמאן דאסר אסר אפילו מדאורייתא כיון ששחט לשמה בהכשר קרבן ומאן דשרי שרי אפילו מדרבנן וכו' עכ"ל, דמה הוא ההכרח לומר

כן הלא אכתי קושייתם במקומה עומדת דאולי מאן דשרי שרי רק מהתורה אבל מדרבנן הרי הוא אוסר.

והנה הפ"י חולק על המהרש"א והרי הוא מפרש שהקושיא היא על ר"ל בסוגיין, שהרי מלשון ר"ל מבואר דס"ל שרק ר"ש סובר שיש לה פדיון על גבי מערכתה, אבל רבנן חולקים על זה, ועל זה מקשים תוס' שאולי אין כאן שום מחלוקת שהרי רבנן אוסרים רק מדרבנן וא"כ אולי גם ר"ש מודה שמדרבנן לאו בת פדיי' היא. ולפי ביאורו שפיר היו תוס' צריכים לבאר בקושייתם שלפי חכמים הרי זה אסור רק מדרבנן. ועל זה תירצו שמאן דאסר אסר אפילו מהתורה וא"כ שפיר יוצא שרבנן חולקים על ר"ש.

מיהו אכתי צ"ע לפי דרכו של הפ"י מנא ידעה הגמרא בשבועות שר"ש מתיר אפילו מדרבנן, הלא אפילו אם הוא אוסר מדרבנן בכל זאת אתי שפיר דבריו בסוגיין וכמו שביארו תוס' בקושייתם (וזה היתה באמת קושיית תוס' לפי המהרש"א וכמו שכתבנו לעיל).

קט) אלא ריש לקיש מ"ט לא אמר כר"י.

הנה לעיל בדף ע"ו ע"ב בתד"ה כל וכו' כתבו תוס' בדרך אחד לפי ר' אושעיא וז"ל, ועי"ל דקסבר ר' אושעיא כיון דלא אמרינן כזרוק דמי עד שיתקבל בכוס וכו' הלכך בגמר השחיטה שעדיין לא נתקבל כל הדם לא אמרינן כל העומד כזרוק דמי עכ"ל. ולפ"ז יוצא אליבא סברת ר' אושעיא שלא שייך לומר כאן כזרוק דמי, אבל בכל

זאת אכתי שפיר שייך לומר שכפודי דמי, וא"כ לכאורה הי' אפשר לומר שכן סובר ריש לקיש ושלכן לא אמר כרבי יוחנן. מיהו תוס' לעיל סוברים שלפי רבין אמר ר"י לא בעינן לכל העומד לזרוק כזרוק דמי.

קי) תד"ה כל היכא דאיתי במכירה איתי בטביחה וכו'.

עוד תירוצים על קושייתם.

וז"ל, ומוכר בשבת דחייב אע"ג דאם טבח פטור, ההיא בהמה איתא בטביחה בחול עכ"ל. והנה לכאורה היו תוס' יכולים לתרץ את קושייתם בדרך אחרת, והיינו שלא אמרינן שכל דליתי' במכירה ליתי' בטביחה וכל דליתי' בטביחה ליתי' במכירה אלא היכא שלא שייך כלל למוכרו או לטובחו, וכגון מכירת קדשים דלא שייכא כלל, וכן שחיטת טריפה שבאמת אין על זה שם של שחיטה רגילה כלל כי האיסור אכילה של טריפה אינו איסור חדש אלא הרי הוא האיסור של נבילה, כי שחיטת טריפה אינה מועלת להוציא מידי נבילה אלא לענין טומאה לחוד, אבל לא לענין להתיר באכילה, אלא לענין אכילה הרי זה כמי שלא נשחטה כלל וכמו שאמר הגר"ח (הובא בחידושי הגר"ז בחלק המכתבים), אבל טביחה בשבת שפיר חשיבא שחיטה, רק שאינה טביחה המחייבת דו"ה, וא"כ י"ל שזה שפיר נקרא דאיתי' בטביחה.

ועוד י"ל שאפילו אם נאמר ששחיטת טריפה חשיבא שפיר בגדר שחיטה גם לענין אכילה, רק שיש איסור חדש של

במכירה סגי בזה שאיתי' בשחיטה ע"י
אחר כמו שמכירה היא ע"י אחר.

דף ע"ח ע"ב

קיא) גנב פטר עצמו בכבש.

ע"י בקו"ש ולעיל בדף ס"ג באות י"ח
בענין חיוב קרן להקדש.

קיב) או שהיתה לו בו שותפות.

פירש"י וז"ל, קודם שגנבו, לא קרינן ב"י
ומכרו כולו באיסורא עכ"ל. וכתב הנ"י
וז"ל, ואע"ג דכבר שמענו זה ממתניתין
דלעיל בגנב משל אביו ומת אביו קודם
שמכרו, התם הוה אמינא משום שיש לו
שותפות בכל אבר ואבר, אבל הכא שמעינן
אפילו אין לו שותפות אלא באבר אחד או
בגיזה מהרמ"ה ז"ל עכ"ל.

והנה לכאורה הי' אפשר לפרש בדרך
אחרת, והיינו שהתם איירי שבשעת גניבה
לא היתה לו בו שותפות אלא שאח"כ
נעשה שותף ע"י ירושה, וא"כ יוצא שמה
שגנב לא מכר באיסורא, אבל הכא איירי
שהיתה לו שותפות כבר בשעת גניבה, כמו
שפירש"י, באופן שכל מה שגנב מכר
באמת באיסורא, וקמ"ל שבכל זאת הרי
הוא פטור משום שלא מכרו כולו באיסורא.

קיג) חוץ מגיזותי' חוץ מקרנה וחוץ מבשרה.

הנה בגמרא מיייתנן תנא אחד שסובר
שר"ש בן אלעזר סובר שאם מכר חוץ

אכילת טריפה, אבל בכל זאת י"ל שרק
שחיטת טריפה אינה בגדר איתי' בטביחה,
כי הסיבה למה אינה מחייבת דו"ה היא
סיבה בגוף השחיטה, דהיינו העובדא
שהבהמה היא טריפה, אבל בשוחט בשבת
הסיבה למה אינו חייב דו"ה אינה סיבה
בגוף השחיטה אלא דבר צדדי, דהיינו
העובדא שהוא חייב מיתה וקלב"מ, וא"כ
י"ל שאין זה נחשב ליתי' בטביחה. וע"י
לעיל בדף ע"א ע"א דפריך מר זוטרא איך
שייך להתחייב דו"ה על טביחת שליח
בשבת הלא כל מידי דאילו עביד איהו לא
מחייב ה"ה שאם עביד השליח לא מחייב,
ותריך רב אשי "התם לאו משום דלא
מחייב הוא אלא דקם לי' בדרכה מיני",
כלומר דמה שהוא פטור משום הסיבה
צדדית של קלב"מ אינו מגרע, וא"כ כמו
שזה נקרא שם "שאיהו מצי עביד ומחייב"
ה"ה דמיקרי כאן שאיתי' בטביחה
המחייבת דו"ה, אע"פ שלמעשה הרי הוא
פטור משום קים לי' בדרכה מיני'.

ועכ"פ מהא דלא תירצו תוס' כהנ"ל
מבואר דס"ל שכוונת ר"ל היא דבעינן
שיהא איתי' בטביחה המחייבת דו"ה.

והנה בשט"מ הובא בשם הרא"ש לתרץ
שמוכר בשבת חשיב איתי' בטביחה כי
איתי' בטביחה ע"י אחר שהרי רבי מאיר
לעיל בדף ע"א סובר שהטובח ע"י אחר
בשבת חייב דו"ה אע"פ שאם טבח הוא
עצמו הרי הוא פטור, ובאמת הציור של
מכירה דומה להציור של טביחה ע"י אחר,
וכדילפינן שבטביחה יש שליח לדבר
עבירה ממכירה דמה מכירה ע"י אחר אף
טביחה ע"י אחר, וא"כ הדין נותן שכדי
להחשב איתי' בשחיטה כמו שאיתי'

מקרנה הרי הוא חייב, והיינו משום שמדמינו לשחיטה, ומש"ה סגי בזה שהוא מוכר כל מידי דצריך טביחה, אבל אינו צריך למכור את קרנה כיון שהקין אינה צריכה טביחה. והנה נר"פ שבהציור הרגיל של טביחה הרי הוא חייב דו"ה גם על קרנה, וא"כ לכאורה כן יהי' גם היכא שמכרה חוץ מקרנה דגם בכה"ג ישלם דו"ה גם על קרנה. וי"ל עוד דנהי דלא בעינן שימכור את קרנה אלא גם אם לא מכר הרי זה נקרא שמכרה כולה, אבל בכל זאת היכא שהיתה לו שותפות בקרנה, אכתי י"ל שהוא פטור, כי כיון שבדרך כלל הרי הוא משלם דו"ה גם על קרנה, ואפילו היכא שמכר חוץ מקרנה וכהנ"ל, א"כ היכא שיש לו שותפות בקרנה ואינו משלם עליו הרי זה נקרא שמשלם חצאי בקר.

והנה בגמרא מייחנן תנא אחר שסובר שר"ש בן אלעזר סובר שחוץ מקרנה פטור ורק חוץ מגיזותי' חייב כיון שלמיגז קיימי. והנה בנוגע לגיזותי' נראה פשוט שבהציור הרגיל של טביחה הרי הוא חייב גם על הגיזות. ולכאורה כן יהי' גם היכא שמכרה חוץ מגיזותי', דגם בכה"ג ישלם דו"ה גם על הגיזות. מיהו נראה שלפי התנא הזה יש מקום לומר שה"ה שיהי' חייב היכא שיש לו שותפות בגיזותי' (ודלא כמו שכתבנו לעיל לענין קרנה), והיינו משום שהתנא הזה הרי הוא סובר שלעולם צריכים למכור גם דבר שאינו נותר בשחיטה, והמלה "מכר" קאי על כל הבהמה ממש, רק שבכל זאת הרי הוא חייב היכא שמכר חוץ מגיזותי' כי הגיזות אינן נחשבות חלק מגוף הבהמה כיון שלמיגז קיימי, וא"כ מכיון שאין זה נקרא

חלק מהבהמה, י"ל שיתחייב גם היכא שיש לו שותפות בהגיזות, דאע"פ שבכה"ג אינו משלם עבור הגיזות אבל בכל זאת אין זה נקרא שהוא משלם ד' חצאי צאן, ונהי שהיכא שאין לו שותפות ושחט הרי הוא משלם גם עבור הגיזות, אבל מ"מ גם היכא שאינו משלם עבור הגיזות הרי זה ג"כ נקרא ששילם ד' צאן שלמים. מיהו יש גם לצדד שאע"פ שלמיגז קיימי אבל מ"מ מכיון שבדרך כלל הרי הוא משלם גם עבור הגיזות א"כ כשאינו משלם עבור הגיזות הרי זה שפיר נקרא כמו תשלומין של ד' חצאי צאן.

והנה הנ"י כתב בשם הרמ"ה שהיכא שיש לו שותפות בהגיזות הרי הוא פטור, וכדברי הנ"י בשם הרמ"ה איתא גם בשט"מ בשם הרא"ש בשם הר"מ. מיהו יתכן שנתכוונו רק לפי המ"ד שסובר שחוץ מגיזותי' פטור.

ועיין בשט"מ בד"ה מידי וכו' דאיתא בשם תלמידי הר"פ שלפי המ"ד שסובר שצריכים שימכור רק מה שמעכב בשחיטה אבל לא בשרה א"כ ה"ה שלא איכפת לן אם יש לו שותפות בהבשר וזהו דלא כסברתנו הנ"ל שכתבנו לענין קרנה.

קיד) דבר המעכב בשחיטה.

עיין ברש"י שמתחילת דבריו מבואר דהיינו דבר שבלעדו הרי זה נקרא נבילה מחיים ומטמא במגע ומשא, אבל מסוף דבריו שכתב "אבל לא ידה ורגלה מן הארכובה ולמטה" משמע שה"ה להיכא שהוציא דבר שעושהו טריפה, שהרי משמע שמן הארכובה ולמעלה הרי הוא פטור

והרי מן הארכובה ולמעלה הרי זה דבר שעושה אותו רק טריפה ולא נבילה, וכן מבואר ממה שכתב רש"י שחוקן מהכבד הרי הוא פטור דהא גם זה הוא דבר שעושהו רק טריפה. ועי' ברש"ש שהעיר על זה וכתב שמהלשון של מידי דהוי בטביחה משמע דאתי לאפוקי דבר נבילה, דהא אם חסר להבהמה רק דבר שעושה אותה טריפה הרי היא שפיר נחשבת איתא בטביחה, דהא מהני השחיטה להוציא מידי נבילה. וכן הסיק הרשב"א שמלשון מידי דהוי בשחיטה משמע שהכוונה היא לדבר שגורם שאינו נחשב בכלל בתורת שחיטה, ולא דבר שעושה אותה טריפה, דהא דבר שעושה אותה טריפה הרי הוא מעכב רק את ההיתר אכילה של השחיטה כי יש לאו על אכילת טריפה, אבל הוי שפיר בתורת שחיטה שהרי מוציא מידי נבילה.

והנה נראה שלפי מה שהביא הגרי"ז בחלק המכתבים מהגר"ח שבטריפה השחיטה אינה מוציאתה מידי נבילה לענין אכילה, והלאו של טריפה הוא לאו אחד עם הלאו של נבילה, ורק לענין לטהרה מידי טומאת נבילה מהני השחיטה, א"כ לפ"ז שפיר יש מקום לפרש את הלשון של מידי דהוי בשחיטה על דבר שעושה אותה טריפה, כי אם חסר דבר שעושה אותה טריפה הרי חסר באמת בחלות השחיטה במדה מסוימת.

והנה אם לא נאמר כהגר"ח יש להוכיח שכוונת רש"י היא לדבר שעושה אותה נבילה, דהנה בגמרא אמרינן בביאור הך מ"ד בזה"ל, ורבי סבר וטבחו מידי דהוי

בטביחה לאפוקי מידי דלא הוי בטביחה ומכרו דומיא דטביחה, ופירש"י ש"וטבחו מידי דהוי בטביחה" פירושו הוא דמידי דהוי בטביחה חייב במכירה, אבל לא פי' שמדידי דהוי בטביחה מעכב בהחיוב של טובח, ולכאורה היינו משום שא"א לפרש שהכוונה היא דמידי דהוי בטביחה הוי שיור בטביחה אם חסר אותו חלק, דזה אינו, משום שאז הטעם שהוא פטור אינו משום שלא טבחו כולו אלא הטעם הוא משום שאין כאן טביחה כלל אלא הרי הוא כבר נבילה מחיים, אלא שהניחא אם כוונת רבי היא לדבר שעושה אותה נבילה מחיים, אבל אם כוונתו היא לדבר שעושה אותה טריפה דגם זה חשיב שיור, א"כ אז שפיר ה"י אפשר לפרש שדבר שעושה אותה טריפה הוי שיור בשחיטה אם חסר אותו חלק מהבהמה, ושאז אינו חייב משום שאין כאן וטבחו כולו, אבל בלא זה שפיר ה"י חייב וכרבנן דשחיטה שאינה ראוי' שמה שחיטה, וא"כ מהא דלא פי' רש"י כן חזינן שכוונתו היא לדבר שעושה אותה נבילה.

(ועכ"פ עי' בשט"מ בשם תלמידי הר"פ שהקשה על רש"י, דהא רק בהמשך לשון הגמרא אמרינן "ומכרו דומיא דוטבחו", וא"כ משמע שמה שאמרו בתחילה שדבר שישנו בטביחה הוי שיור הכוונה היא דהוי שיור בטביחה. ופי' תלמידי הר"פ שבאמת כוונת הגמרא היא דהוי שיור בשחיטה, ובציור שהיתה לו שותפות בחלקים אלו ולא בציור שחסרים חלקים אלו בהבהמה.)

והנה ראיתי בתוס' רי"ד כאן שנקט ששפיר שייך לפרש שכוונת רבי היא למעט

ולא ומכרו הרי זה הי' נחשב כגילוי שאין צריכים כולו.

קטז) כאן בשותף שטבח לדעת חברו כאן בשותף שטבח שלא לדעת חברו.

א. פירש"י דכשטבח שלא לדעת חברו אין כאן וטבחו כולו באיסורא (וכמו שמבואר בהברייתא). והקשה הקו"ש באמצע אות ע"ד שמזה שהוא פטור כשטבח שלא לדעת חברו חזינן שלא מיקרי שכל שותף גנב את הכל, ואין לכל שותף דין של גנב על כל הבהמה, דאם יש לו דין של גנב על כל הבהמה למה לא מיקרי שטבח כולו בחיובא, וא"כ בע"כ צ"ל כהנ"ל שלא מיקרי גנב על הכל, אלא שלפ"ז קשה למה הוא חייב כשטבח לדעת חברו, הרי גם בכה"ג אין לו לעצמו דין גנב וטובח על כל הבהמה, כי את החצי השני חברו גנב, והרי הוא טובח לדעת חברו, וכיון ששלוחו של אדם כמותו הרי זה כמו שחבירו טובח את החצי שגנב, ואילו הוא עצמו יש לו דין גנב וטובח רק על חצי, וא"כ אין כאן וטבחו כולו באיסורא, ונשאר הקו"ש בצ"ע.

ב. וע"ע בדף ק"ו ע"ב דמייתנין הא דשותף שטבח שלא לדעת חברו פטור ופירש"י וז"ל, שותפין שגנבו וטבחו האחד שלא מדעת חברו אמרינן בפרק מרובה שפטור מדו"ה דחמשה בקר אמר רחמנא ולא חמשה חצאי בקר, והכא לא קרינא וטבחו כולו בחיובא, דעל החצי של חברו

כששייר דבר שעושה אותה טריפה, אלא שנקט ששייך לפרש כן רק אם ס"ל כר"ש שפוטר בטריפה משום דהוי שחיטה שאינה ראוי'. ונראה דהיינו משום שלמד כרש"י שמאי דאמרינן "וטבחו מידי דהוי בטביחה מעכב" הכוונה היא שדבר זה מעכב במכירה משום דחשיב שיוור, אבל לא כתוב בתוך הגמרא שהטעם שהוא פטור על השחיטה אם חסר הרי הוא משום שיוור, וס"ל להתוס' רי"ד שלפי רבי באמת לא נאמר בתחילה בשחיטה תנאי מסוים שלא ישייר, אלא הטעם שהוא פטור אם חסר חלק הרי זה רק משום שזה מקלקל את עצם השחיטה, ומש"ה אם איירי בחסרון שעושה אותה טריפה בע"כ צ"ל דהיינו משום דס"ל ששחיטה שאינה ראוי' לא שמה שחיטה.

קטו) וטבחו כולו בעינן ומכרו כולו בעינן.

צ"ע למה בעינן לדרוש כן גם במכירה, הלא אם כתיב בטביחה שוב אפשר ללמוד מזה מכירה, וכדאמרינן לקמן בדעת רבי וטבחו מידי דהוי בטביחה, ומכירה דומיא דטביחה (עי' ברש"י ובהאות הקודמת), הרי ששפיר מקישים אותן אהדדי.

מיהו י"ל שגם שם אין הכוונה להיקש אלא הכוונה היא שדרשינן ומכרו כולו, רק שבא "וטבחו" ומגלה על "מכרו" שפירושו הוא מכרו כולו. מיהו אכתי תיקשי מהא דמקשינן טביחה למכירה לענין שליח, הרי ששפיר מקישים אותן אהדדי.

וי"ל שלעולם שפיר אפשר לדמות מכירה לטביחה, רק שאם הי' כתוב ומכר

הוא טובח ומוכר אחר הגנב דפטור, אבל לדעת חבירו משלמין שניהם, דשלוחו הוי ואמרינן תחת לרבות את השליח עכ"ל. וכתב רעק"א בגליון הש"ס שם וז"ל, לא ידעתי למה נקיט רש"י תרתי, הא בטעם אחד סגי כדמפרש בפ' מרובה דף ע"א ע"ב, ואולי יש להגיה אי נמי עכ"ל.

ק"ז) הגונב את הקיטעת ושותפין שגנבו.

ע"י לעיל בדף ס"ג באות כ' סק"ה בענין למה לא חסר בהני גווני מצד הדין דבעינן דבר מסוים.

ק"ח) חוץ מל' יום.

פירש"י אעשה בה מלאכה עכ"ל. וכתב הקו"ש שלא פ"י כפשוטו שהתנה שהמכירה תחול רק לאחר ל' משום שא"כ אין כאן שום שאלה, אלא אם הוכר הגנב בתוך ל' אינו חייב כי עדיין לא התחילה המכירה, ואם הוכר לאחר ל' הדין נותן ששפיר יהי' חייב כי אין לו אצלו עכשיו שום שיור, ולכן פ"י ששייר לעצמו רק מלאכה לל' יום כלומר ואירי באופן שהוכר בתוך ל'. וע"י לעיל בדף ס"ח באות צ"ד סק"ב.

ק"ט) חוץ מעוברה מהו.

ע"י בגמרא דמיבעיא ל' לרבי ירמי' חוץ מעוברה מהו, אליבא דמ"ד עובר ירך אמו לא תיבעי לך דהא שייר בה, כי תיבעי לך אליבא דמ"ד לאו ירך אמו מאי, מימר אמרינן כיון דמחובר בה הוי שיור, או דלמא כיון דלמיפרש מינה קאי לא הוי שיור, איכא דאמרי כיון דלאו ירך אמו הוא

לא הוי שיור, או דלמא כיון דצריך לאישתרוי בהדה בשחיטה כמאן דשייר בגופה דמי תיקו.

והנה יש לעיין אם אפשר לבאר את צדדי הגמ' בין לפי המ"ד שסובר שהוא צריך למכור רק את כל מה שניתר עמה בשחיטה, ובין לפי המ"ד שסובר שהוא צריך למכור אפילו את קרנה, ובין לפי המ"ד שסובר שהוא צריך למכור אפי' את גיזותי'.

דלפי המ"ד שסובר שהוא צריך למכור רק את מה שניתר עמה בשחיטה יש לפרש כך, דאם נאמר שעובר הוא שפיר ירך אמו אז בודאי הרי הוא צריך למכור גם את העובר כי הרי זה כשאר בשר שניתר עמה בשחיטה, אבל לפי המ"ד שסובר שעובר לאו ירך אמו יש לחקור, משום שי"ל שנהי שאינו נחשב חלק מאמו, אבל בכל זאת הרי הוא לכה"פ בגדר מחובר לאמו (ומש"ה הרי הוא ניתר עמה בשחיטה), וא"כ אולי סגי בזה כדי לגרום שהוא צריך למכור גם את העובר. ואין להקשות מאי שנא מגיזותי' וקרנה שהם מחוברים ואינו צריך למכורם, דשאני קרנה וגיזותי' שאינם ניתרים עמה בשחיטה, וזהו הרי עיקר יסוד שיטתו של הך מ"ד, ולכן לא היתה גמ' צריכה לפרש דבר זה, או דלמא כיון שלמיפרש קאי הרי זה משמש כסברא לומר שאינו צריך למכורו אע"פ שהוא מחובר עכשיו לאמו.

והלשון השני סובר שמה שהוא מחובר אינו מעלה ולא מוריד אלא כיון שעובר לאו ירך אמו הוא הרי זה צריך לגרום שאין צריכים שימכור גם את העובר, ומה

דהא הכי חזינן גבי גז דהוי שפיר ירך אמו
ובכל זאת אינו צריך למוכרו משום
שלמיפרש קאי.

ולפי המ"ד שסובר שהוא צריך למכור
אפילו את גיזותי' יש לפרש כך, דאם עובר
ירך אמו הוא א"כ בודאי הרי הוא צריך
למכור גם את העובר, אבל אם עובר לאו
ירך אמו הוא, אז מספקינן האם אינו צריך
למוכרו כיון שלמיפרש קאי ושאיני גיזה
דהוי בגדר ירך אמו וכמו שביארנו, או
האם הוא שפיר צריך למוכרו כיון שמחובר
הוא, והלשון השני סובר שמספיק בזה
שלאו ירך אמו הוא כדי לגרום שלא יצטרך
למוכרו.

ועכ"פ הצד השני לפי האיכא דאמרי
הוא שהוא שפיר צריך למוכרו כיון שהוא
ניתר עמה בשחיטה, ואע"פ ששני המאן
דאומרים הנ"ל אינם מייחסים חשיבות
מיוחדת לניתר עמה בשחיטה ולא ס"ל
שזהו הדבר שקובע אם הוא יכול לשייר
או לא, אבל בכל זאת אכתי י"ל שגם הם
מודים שדבר זה נקרא מעליותא ושהוא
מהני נגד הסברא של לאו ירך אמו.

והנה הרשב"א כאן כתב ששאלת הגמרא
כאן היא אליבא דמ"ד שסובר שצריכים
למכור את כל מה שניתר עמה בשחיטה.
וצ"ע למה לא פי' גם לפי שני המאן
דאומרים האחרים וכמו שביארנו. ואולי
ס"ל שלפי הך מ"ד ניתר עמה בשחיטה
אינו נחשב לשום מעליותא כלל וממילא
לא אתי שפיר האיכא דאמרי.

והנה הרמב"ם לא הביא כלל הך בעיא,
וכבר תמה היש"ש כאן על זה, דהא כיון

שהוא מחובר אינו משמש לשום סברא
כלל, ולכן לא הוצרך האיכא דאמרי לומר
את הצד של למיפרש קאי כי סברא זו
בעינן רק נגד הסברא של מחובר, רק שבכל
זאת מסתפק האיכא דאמרי לומר שצריכים
שימכור גם את העובר משום זה לחוד
שהעובר ניתר עמה בשחיטה, ונהי שהטעם
שהעובר ניתר עמה הרי זה גופא משום
דהוי מחובר, אבל בכל זאת מה שגורם לנו
לצדד שהוא צריך למכור גם את העובר
לפי האיכא דאמרי אינו העובדא שהוא
מחובר אלא העובדא שהוא ניתר עמה.

מיהו לפי המ"ד שסובר שהוא צריך
למכור גם את קרנה, אבל את גיזותי' אינו
צריך למכור, קשה מאד להבין את הלשון
הראשון של הגמרא, כי מה הוא הצד לומר
שהוא צריך למכור גם את העובר כיון
שהעובר הוא מחובר, הלא גם גז הוא
מחובר ובכל זאת אין הוא צריך למוכרו
כיון דלמיפרש קאי. ולא עוד אלא שנראה
שגז הרי הוא בודאי ירך אמו (שהרי בודאי
אם הזיקה בהמה הרי הניזק גובה מגיזותי',
עי' לעיל ברף מ"ז ע"א), ובכל זאת חזינן
שאינו צריך למכור את גיזותי' כיון
שלמיפרש קאי, וא"כ מאי שנא עובר אפילו
לפי המ"ד שסובר שעובר הוא שפיר ירך
אמו.

וגם האיכא דאמרי קשה לפי המ"ד
הנ"ל, דלמה הוצרך האיכא דאמרי לומר
שהטעם לומר שאינו צריך למכור את
העובר הרי הוא משום שלאו ירך אמו הוא,
הלא אפילו אם הוי שפיר ירך אמו אכתי
י"ל שאינו צריך למוכרו משום שלמיפרש
קאי (וכמו שאמר באמת הלישנא קמא),

שהרמב"ם פוסק שעובר לאו ירך אמו א"כ למה לא הביאו. מיהו י"ל שהרמב"ם סובר שהאיבעיא קיימא רק לפי שני המאן דאומרים האחרים, אבל לפי המ"ד שסובר שהוא צריך למכור רק את מה שניתר עמה בשחיטה הרי זה באמת הקובע היחידי ומכיון שהעובר ניתר עמה בשחיטה הרי הוא צריך למכור גם את העובר ואע"פ שלאו ירך אמו הוא וכן אע"פ שלמיפרש קאי, וצ"ע.

קכ) בעי רב פפא גנבה קטעה ומכרה מהו.

עיינ בגמרא דבעי רב פפא גנבה קטעה ומכרה מהו, מי אמרינן מאי דגנב הא לא זבין, או דלמא מה דזבין הא לא שייר. הרי שחוקר רב פפא אם סגי בזה שהוא מוכר את כל מה שישנו עכשיו, או האם בעינן שימכור גם את כל מה שהי' בשעת הגניבה. ויש לעיין מה יהי' הדין בציור הפכי, דהיינו בציור שנתעברה דלפי המ"ד שסובר עובר ירך אמו הרי זה נחשב שניתוסף להבהמה עוד אבר, ומעתה יש לעיין האם סגי בזה שהוא מוכר את כל מה שגנב, או האם בעינן שימכור את כל מה שישנו בשעת מכירה אע"פ שלא הי' כל זה נמצא כאן בשעת הגניבה. ויתכן ציור כזה באופן שנתגדלה בדרך שאינו קונה בשינוי ושוב מכרה חוץ מהחלק הזה.

ולפי הצד שכתב הקו"ש באות ע"ז שהחיוב של דו"ה הוא באמת עבור הגניבה בתנאי שהוא טובח ומוכר, א"כ לא שייך שישלם דו"ה על חלקים שלא גנב (וא"כ לכאורה לא שייך להצריך שימכור אותם).

מיהו אולי סגי בזה שהוא קונה את החלקים ההם בקניני גניבה בשעה שגדלו ונעל בפני'.

קכא) בעי רב פפא גנבה קטעה ומכרה מהו.

א. עיינ ברש"ש שהביא מקשים אמאי לא קנה בשינוי, ותי', דלא חשיב שינוי בכך כיון שלא נשתנה שמו וכמו דחזינן שגזר דיקלא לא חשיב שינוי וכמו שהוכיחו תוס' בדף צ"ג משם שהיכא שלא נשתנה שמו אינו קונה בשינוי. מיהו כבר הבאנו לעיל בדף ס"ו באות ס"ג שיש אומרים שאם עשה שינוי גדול, לא בעינן שישנה גם את שמו, ונקטעה רגלו לכאורה הרי הוא שפיר נקרא שינוי גדול. ובאמת בדף צ"ד סוף ע"א פירש"י שכיחשה דלא הדר דחשיב שינוי איירי כגון שנשברה רגלה של הבהמה, וא"כ חזינן ששפיר חשיב שינוי. מיהו תוס' לעיל בדף ע"א ע"ב כתבו שתחילת שחיטה עד הגמר לא חשיב שינוי, וצ"ע באמת מאי שנא מכיחשה דלא הדר.

ב. הנה לעיל בדף ס"ה תניא שבשמינה והכחישה ושוב טו"מ, הרי הוא שפיר משלם דו"ה. וצ"ע דהא מה שגנב לא טבח. וצ"ל דשאני כאן דאיכא חסרון של חלק מסוים של הבהמה ומיקרי בהמה חסרה משא"כ בהכחישה מכיון שלא חסר חלק מסוים הרי זה נחשב שבהמה שלימה טבח וכמש"כ היש"ש כאן בסי' ל' שלא איכפת לן אם קטע קרנה או גיזותי' אפילו למ"ד דחשיב שיור כי גם בלא קרנה וגיזותי' הרי היא נקראת בהמה שלימה באופן שבהמה שלימה גנב ומכר.

קכא* (גנב ונתן).

עי' ברשב"א שהקשה מנ"ל דלא בעינן מכירה ממש כמו בבתי ערי חומה וגניבת נפש דבעינן דוקא מכירה כיון דכתיב מכירה בתוך הפסוק. ותי' בשם הראב"ד שגם במתנה יש נשתרש בחטא כמו במכירה. מיהו צ"ע מאי שנא משחיטה דבעינן שחיטה דוקא ולא נחירה אע"פ שגם בנחירה יש נשתרש בחטא.

ויש ליישב דנהי שגם בנחירה יש כאן נשתרש בחטא אבל אין כאן שנה בחטא, משא"כ במתנה שפיר יש כאן שנה בחטא, ונבאר דברינו, דהנה לעיל בדף ס"ח מבואר שהמ"ד שסובר שיאוש קונה סובר שהחיוב של דו"ה על מכירה הוא קודם יאוש (כי אחרי יאוש שלו הוא מוכר), ואע"פ שלא אהני מעשיו אבל בכל זאת הרי הוא חייב כי שנה בחטא, ופירש השט"מ בשם הר"ר יהונתן שהכוונה היא שהוסיף ליהנות מהחטא ע"י קבלת דמים (וכן בטביחה ע"י שמקרב את שימוש הבהמה), ויש גם מ"ד שסובר שיאוש אינו קונה ושהחיוב של דו"ה על מכירה הוא אחרי יאוש כי שפיר בעינן אהני מעשיו (ואחרי יאוש אהני מעשיו כי הלוקח קונה ע"י יאוש ואח"כ שינוי רשות), כי החיוב הוא משום שנשתרש בחטא כלומר שהוסיף על גניבתו בזה שהפקיע את בעלותו של הנגנב, וכן לעיין האם בעלותו ע"י שעשה שינוי, ומעתה י"ל שגם המ"ד שסובר שהחיוב הוא משום שנשתרש בחטא הרי הוא מודה שצריכים גם שנה בחטא, ולפ"ז לא קשה מה שהקשינו, כי במתנה או פריעת חוב, חוץ ממה שיש נשתרש בחטא הרי יש גם שנה בחטא באותה מדה שיש במכירה או

קרוב לזה, כי אם החליט לתתו במתנה כנראה שיש לו מזה נייחא נפשי' כמו ממכירה, אבל בנחירה נהי שיש כאן אותה מדה של נשתרש בחטא כמו בשחיטה, שהרי גם נחירה היא שינוי מעשה כמו שחיטה, אבל יש כאן הרבה פחות שנה בחטא, שהרי נבילה שוה פחות משחוטה, ומש"ה הרי הוא פטור (מיהו יש להקשות דהא למ"ד ששחיטה שאינה ראוי' שמה שחיטה הרי הוא חייב דו"ה גם אם שחט טריפה והרי בכה"ג הריווח היחידי מהשחיטה הוא רק שאינה מטמאה משום נבילה אבל לענין אכילה אין נפ"מ).

ע"ל, דהנה באמת יש עוד ציורים שאדם עושה שינוי וקונה וגם נהנה הנאה גדולה כמו שחיטה, וצ"ל שבכל זאת אינו חייב דו"ה משום שהתורה חייבה רק על השינוי של שחיטה, וגם היכא שנתנבלה בידו ע"י ששהה או דרס, אע"פ שאין לזה היכר, אבל גם זה הוא מעשה אחר ולא מעשה שחיטה, והתורה חייבה רק על הנשתרש בחטא של מעשה שחיטה. והא דחייב על מתנה וכדומה הרי זה משום שהתם המעשה של שינוי רשות הוא בדיוק כמו במכירה, דמה שאינו מקבל מעות הרי זה דבר צדדי.

והנה עי' בגליון הש"ס לעיל בדף ב' ע"א שהביא רעק"א את דברי המכילתא שאם על הטביחה חייב על המכירה לא כל שכן אלא שאין עונשין מן הדין. ולכאורה צ"ע למה הוי מכירה יותר פשוט מטביחה, ובשלמא אם הדבר תלוי בשנה בחטא י"ל שבמכירה יש יותר הנאה מטביחה שהרי הוא מקבל מעות שיווי משא"כ בשחיטה, אבל מצד נשתרש בחטא לכאורה אין שום

חילוק, אלא גם במכירה וגם בטביחה הרי הוא קונה, ומה לי בזה שהכא הי' ע"י שינוי והכא ע"י יאוש ושינוי רשות. מיהו לפי מה שכתבנו שלכו"ע בעינן שנה בחטא א"כ יוצא שגם לפי המ"ד שסובר שצריכים נשתרש בחטא הרי מכירה פשיטא טפי כיון שיש בה שנה בחטא במדה יותר גדולה.

מיהו אכתי צ"ע איך היינו לומדים מכירה בק"ו משחיטה, הלא גם עכשיו חזינן שנקטינן שכוונת התורה היא דוקא להשינוי של שחיטה ולא ילפינן מזה שאר שינויים, וא"כ איך הוי ילפינן מכירה. מיהו י"ל שהא גופא שלא מתחייבים על שאר שינויים הרי זה משום שאין עונשין מן הדין וכהדעה שגם במה מצינו אמרינן שאין עונשין מן הדין ולא רק בק"ו.

דף ע"ט ע"א

קכב) גנב ברשות בעלים וטו"מ חוץ מרשותם.

א. פירש"י וז"ל, שכשהוציאו מרשותו נעשה עליו גנב וקנאו עכ"ל. הנה לכאורה הי' צ"ל "קנאו ונעשה עליו גנב" דהא רק ע"י הקנין הרי הוא נעשה גנב. וכן הם סדר דבריו בהדיבור השני עיי"ש.

ב. והנה הא דלא פי' רש"י שקנאו ע"י הגבהה דמהני אפילו ברשות בעלים הרי זה משום שאז הרי הוא חייב דו"ה אפילו אם טו"מ בתוך רשותם וכמש"כ תוס' כאן בד"ה אבל וכו' (ולהלן באות קכ"ג נאריך בדין זה יותר) והרי זה כמו גנב חוץ מרשות בעלים וטו"מ ברשותם דחייב.

ובאמת גם עכשיו שקנאו ע"י שהוציאו מרשות הבעלים הרי הוא חייב אפילו אם טו"מ בתוך רשותם, רק דמכיון שהגבהה עומדת חוץ לרשותם מש"ה נקט התנא שטו"מ שם חוץ לרשותם, אבל אם איירי באופן שקנאו בהגבהה ואפילו בתוך רשות בעלים, א"כ למה נקט התנא שיצא חוץ לרשותם וטו"מ.

ועי' בשט"מ בשם הר"ר יהונתן שכתב שהרישא איירי באמת גם באופן שקנאו בהגבהה ברשות בעלים. וצ"ע דא"כ למה לן לזה שטו"מ חוץ לרשותם, הלא אפילו בתוך רשותם חייב וכמו שכתב הוא עצמו דין זה להלן בדבריו שם. וצ"ל שאה"נ, רק שנקט התנא שטו"מ חוץ לרשותם משום הציוור של משיכה וכמו שביארנו דכיון שמשך חוץ לרשות בעלים והגבהה עומדת חוץ לרשותם מש"ה נקט כבר שגם טו"מ שם.

ובשם המאירי איתא בשט"מ להלן שם שאירי "כגון" שקנאו ע"י הגבהה בתוך רשות הבעלים, ומאי דתנן שטו"מ חוץ לרשותם, לאו דוקא הוא.

קכג) גנב ברשות בעלים וטו"מ חוץ מרשותם.

הרשב"א כאן הקשה למה הוצרך התנא לשנות בהרישא חידוש זה דבעינן שהגנב ימשכנה חוץ לרשות הבעלים ויעשה משיכה במקום שהיא מועלת, הלא כן תני להדיא בהסיפא, דהא תנן הי' מושכו ומת ברשות הבעלים פטור, הגביהו או הוציאו מרשות בעלים ומת חייב. ותי' בשם הראב"ד שלעולם החידוש של הרישא הוא דבר אחר לגמרי, והיינו שהסיפא קמ"ל

מהני משיכה ברה"ר הה"נ לגנב, וא"א לומר שבלוקח כו"ע מודו דלא מהני אבל בגנב מכיון שמדובר רק בחיוב אונסין בזה פליגי רב אחא ורבינא באם משיכה מועלת ברה"ר, דלא מסתבר לחלק כן. מיהו הנ"י כאן שפיר חילק כן, וכן היא דעת הר"י בתוס' בכתובות דף ל"א בד"ה וברשות.

ובסברת תוס' כאן שלא רצו לחלק כן י"ל דהיינו משום שהם סוברים שגם גנב וגולן קונים קנין מסוים של בעלות בגוף החפץ וכמו שהבאנו לעיל בדף ס"ו באות מ"ה בשם כמה מפרשים, והר"י סובר שאינו קונה.

גם י"ל שאפילו אם נאמר כתוס' כאן שגנב וגולן קונים קנין מסוים של בעלות בגוף החפץ ושלדבר זה לא מהני משיכה ברה"ר, אבל בכל זאת אכתי יש לומר שמהני בהו משיכה ברה"ר לענין להתחייב באונסין, והיינו כדברי הקו"ש כאן באות פ' שכתב שלפי תוס' בב"מ שסוברים שבשואל מהני משיכה ברה"ר לחייבו באחריות הה"נ לגולן לפי המבואר בסנהדרין דף ע"ב ע"א שגולן חייב באונסין משום שלא גרע משואל, ובכה"ג באמת אין לו קנין מסוים של בעלות בגוף החפץ. וכבר כתבנו כעין זה בנוגע לכופר בפקדון באות שצ"ה, והיינו שאע"פ שהוא חייב באונסין אין לו קניני גזילה. ועי' באות ק"ל.

והנה לכאורה יש מקום לומר שאפילו אם מהני בגולן גם משיכה ברה"ר הרי זה רק לענין קרן, אבל לענין כפל צריכים שימשכנו לתוך רשותו או בסימטא, והיינו משום שאל"כ לא קרינן ב' המצא תמצא בידו. וכבר הבאנו בהאות הקודמת כעין זה

שהיכא שלא הגביהו בעינן שהגנב יקנהו במשיכה ע"י שיוציאו חוץ לרשות בעלים, אבל הרישא קמ"ל שאפילו אם קנה הגנב ע"י שהגביהו בתוך רשות הבעלים, בכל זאת בעינן שבביל החיוב של כפל שיוציאו חוץ לרשותם כדי שיתקיים הפסוק של המצא תמצא בידו, ומאי דתנן בהסיפא שאם הגביהו ומת הרי הוא חייב אע"פ שלא הוציאו מרשות בעלים הרי זה משום שלכה"פ רצה להוציאו, אבל כשלא רצה להוציאו אלא טו"מ שם הרי הוא חייב רק קרן. מיהו להלן שם הביא השט"מ שבתוספתא תניא להדיא דלא כדינו של הראב"ד, אלא שאם הגביהו ברשות בעלים וטו"מ הרי הוא שפיר חייב דו"ה וכן מבואר בתוס' כאן בד"ה אבל וכו'.

והנה לכאורה ה' הראב"ד יכול ליישב בדרך אחרת את קושייתו מהא דתנן בהסיפא שסגי בהגבהה (בלי לחדש ששאני התם שרצה להוציאו), והיינו שהי' יכול לתרץ שהסיפא איירי רק לענין קרן, אבל לכפל בעינן באמת שיוציאו מרשותו כדי שיושלם התנאי של המצא תמצא בידו, ושפיר אפשר לפרש כן את הסיפא, דהיינו שמאי דתנן שאם הגביהו ומת הרי הוא חייב הכוונה היא רק לקרן, שהרי מאי דתנן שם שאם ה' מושכו ומת ברשות בעלים הרי הוא פטור הכוונה היא שהוא פטור אפילו מקרן (וכבר תמה התיו"ט על רש"י והרמב"ם והר"ב שהזכירו שהוא פטור רק מכפל).

קכד) או שהוציאו מרשות בעלים ומת חייב.

הנה תוס' כאן סוברים שאם בלוקח לא

מהראב"ד, והיינו שאפילו אם הגבי' ברשות הבעלים, וקנה עי"ז קניני גזילה, אבל בשביל להתחייב כפל צריכים שיוציאו כי כתיב בידו, והא דחייב כפל היכא שהגביהו ומת הרי זה כי לכה"פ רצה להוציאו. ולפ"ז צ"ל שאם נפרש שכוונת התנא כאן היא אפילו למשיכה ברה"ר א"כ נצטרך לומר שמאי דקתני בהך בבא שהוא חייב הכוונה היא רק לענין לקרן, מיהו והרמב"ם והר"ב פירשו שמאי דתנן פטור הכוונה היא שהוא פטור מכפל וא"כ מזה יוצא שמאי דתנן שהוא חייב הכוונה היא גם לכפל.

קכה) אבל גנב וטו"מ ברשותם פטור.

עי' בקובץ שיעורים באות ע"ט שכתב שלפי המ"ד שסובר דבעינן אהני מעשיו א"כ בע"כ צ"ל דאירי כאן לאחר יאוש. והקשה מזה על שי' הרמב"ן דלא מהני יאוש כשהחפץ הוא ברשותו. מיהו לעיל בדף ס"ו ע"א באות נ"ז כתבנו בהערה השני' שם שלעולם מודה הרמב"ן שמהני יאוש כשהדבר הוא ברשותו אם אינו נקרא תחת ידו ממש, ולפ"ז לק"מ כי מכיון שהגנב גנבו, אין החפץ מיקרי תחת יד הבעלים אע"פ שהוא ברשותם.

קכו) נתנו לבכורות בנו וכו' הגביהו או שהוציאו מרשות הבעלים חייב.

הנה מדברי הגאון בשט"מ ד"ה נתנו וכו', ומדברי הראב"ד בד"ה והראב"ד וכו', מבואר שלפי האוקימתא שהגנב נתנו, חייב הגנב דו"ה ע"י שנתנו לבכורות בנו או

לבעל חובו אע"פ שהגניבה והמכירה באו כאחת.

מיהו בשט"מ ד"ה וכן פי' וכו' מבואר שהרר' יהונתן והמאירי סוברים דבעינן שהגניבה תקדים להמכירה, אבל היכא שגנב ע"י קניית הלוקח, אין זה נקרא מכירה (מיהו בטביחה יתכן שהם מודים שהוא חייב דו"ה גם היכא שהוא נעשה גנב ע"י הטביחה, עי' בזה לעיל בדף ס"ב ע"ב באות ז').

קכז) תקנו משיכה בשומרים או לא.

בענין איך הגנב מתחייב ע"י השומר.

פירש"י וז"ל, תיקנו משיכה בשומרים שלא יתחייב שומר בשמירה עד שימשוך עכ"ל. ומשמע שהצד השני הוא שיתחייב גם קודם שימשוך, דהיינו משעה שקיבל על עצמו את השמירה ע"י שאמר הנח לפני. ובגמרא אמר רב יימר ת"ש נתנו לבכורות בנו או לבעל חובו לשומר חנם ולשואל לנושא שכר ולשוכר, הי' מושכו ויוצא ומת ברשות בעלים פטור, מאי לאו שומר וש"מ תיקנו משיכה בשומרים. ופירש"י וז"ל, מאי לאו הי' מושכו שומר ומת חייב גנב במשיכת שומר עכ"ל, כלומר וא"כ חזינן דבעינן משיכה מדקמחייב הגנב משעת משיכת השומר ולא קודם, והקשה הפ"י וז"ל, אלא שיש לדקדק דדלמא שאני הכא דבעינן משיכת השומר כיון שלא קנה הגנב עדיין כלל, וא"כ אין לו לקנות ע"י השומר אלא דוקא במשיכה, דמי איכא מידי דאיהו לא מצי קנה אלא במשיכה ושלוחו דידי' ליקני באמירה, אבל בשומר

דעלמא לעולם אימא דקני בלא משיכה, וצ"ע עכ"ל.

ועיין בתוס' רי"ד באות ל"ח שהקשה שאפילו היכא שמשך השומר איך הוא נעשה שומר הלא אין הדבר שייך להגנב. ותי' שע"י זה גופא שהשומר מתחייב להגנב הרי זה נקרא שעשה הגנב קנין גניבה כי ע"ז אהנו מעשיו של הגנב ומש"ה יש כאן מעשה גניבה וכן חל על השומר דין של שומר. וכתב כן התוס' רי"ד גם על היכא שלא משך השומר, דגם לפי הצד שהוא נעשה שומר ע"י הנח לפני אתי שפיר כי ע"י שהשומר מתחייב בשמירה הרי זה נקרא שהגנב עשה קנין גניבה, וזה גופא מועיל להחיל על השומר דין של שומר, והגניבה והשמירה חלין כאחת. וכן כתב הרר' יהונתן בשט"מ באמצע דבריו וז"ל, שהרי הגנב קנה הגניבה במה שמסרה לשומר והועילו מעשיו של הגנב שנכנסה הגניבה בתוך רשותו מדמחייב שומר באחריות הגניבה עכ"ל.

והנה לפי הדרך הנ"ל שלפי הצד שחל דין שמירה על ידי הנח לפני ה"ה שהגנב נעשה גנב ע"י מה שאמר השומר הנח לפני, א"כ יוצא שלא בעינן לגניבה שיעשה הגנב מעשה, אלא סגי בזה לחוד שיש כאן קנין, שהרי ע"י שאמר השומר הנח לפני אין כאן שום מעשה, אלא רק קנין שמירה לחוד, וזהו דלא כמו שהוכיח הקצה"ח בס' שמ"ח סק"ב מדברי רש"י בב"מ דף י' ע"ב שלא סגי בזה שהגנב עושה קנין בלי מעשה (כגון בקנין חצר), אלא בעינן גם שיעשה מעשה. וכן הוכיח הקו"ש באות ע"ח כאן שמהדרך הנ"ל יוצא דלא כרש"י. והנה הקצה"ח בס' שמ"ח סק"ד

נתקשה כמו הפ"י דמה היא ראיית רב יימר כאן, הלא י"ל ששאני הכא שצריכים שהשומר ימשוך משום שע"י הנח לפני אכתי אין הגנב קונה קנין גניבה. ותי' שאין כוונת הגמרא לומר שאם הנח לפני מהני אז בדין הוא שיתחייב הגנב ע"י מה שאמר השומר הנח לפני, אלא כוונת הגמרא היא לומר שאם חל דין של שמירה ע"י הנח לפני, אז הדין נותן שלא יתחייב הגנב אפילו ע"י משיכת השומר, והיינו משום שבאמת קשה איך בכלל מתחייב הגנב ע"י משיכת השומר הלא אין שליח לדבר עבירה (ולית לי' לרש"י מה שחידשו תוס' שהיכא שלא ידע השליח, אז שפיר יש שליח לדבר עבירה), רק דס"ל לרש"י בב"מ דף ח' שהכלל של מיגו דזכי לנפשי זכי נמי לחברי' מהני גם לדבר עבירה כיון שהוא זוכה מיהא גם לעצמו, וא"כ שפיר מוכח ממה שהגנב מתחייב שהשומר אינו קונה קודם משיכה, כי אם הוא קונה גם קודם משיכה א"כ אין הגנב יכול להתחייב ע"י משיכת השומר כי המשיכה אינה מועלת להשומר ואין כאן זכי לנפשי עכ"ד הקצה"ח. מיהו לא הבנתי דבריו, כי הכא שפיר צריכים את משיכת השומר, כי ע"י הנח לפני הגנב עדיין אינו נעשה גנב, וממילא השומר אינו נעשה השומר שלו, ומדברי הקצה"ח שם מבואר שכוונתו היא שהשומר נעשה שומר ע"י הנח לפני אפילו אם גנב עצמו אינו קונה קניני גזילה, וצ"ע. ועכ"פ לפי הבנת הפ"י בקושייתו הנ"ל על רש"י יוצא שהגנב נעשה גנב ע"י שהשומר מושך בשליחותו, ולכן הקשה מהו הצד שיועיל הנח לפני. ומהתוס' רי"ד והרר' יהונתן יוצא שהגנב מתחייב ע"י

שמתחדש על השומר דין שומר ע"י משיכתו או ע"י הנח לפני ואין אנו צריכים שהשומר ימשך בשליחות הגנב. ולפי הקצה"ח הגנב מתחייב ע"י שהשומר מושך בשבילו, אלא שזה מועיל רק אם המשיכה מועלת גם בשביל השומר, אבל לא לפי הצד של הנח לפני.

והנה בתוס' כאן יש סתירה בענין איך הגנב מתחייב ע"י השומר, דבד"ה נתנו וכו' כתבו שהגנב מתחייב ע"י שליחותו של השומר, כי היכא שלא ידע השליח, שפיר יש שליח לדבר עבירה. ברם מדבריהם בד"ה תיקנו וכו' מבואר שאינו משום שליחות על מעשה המשיכה, שהרי כתבו ששאלת אמימר היתה אם כבר אחר משיכה אין המשאל והמשכיר יכולים לחזור בהם, או האם הם יכולים לחזור בהם עד שעת התחלת המלאכה. וביארו שעל זה מייתי רב יימר ראי' ממתניתין דידן, כי אם נאמר שהבעלים יכולים לחזור בהם עד שעת התחלת המלאכה, אז אינו בדין שיתחייב הגנב במשיכת השומר, ומעתה מביאורם מוכח שמה שהגנב מתחייב ע"י משיכת השומר אין זה מדין שליחות כי אילו הי' מדין שליחות א"כ למה איכפת לן בזה שהבעה"ב יכול לחזור בו, הלא בכל זאת השומר משך בשליחותו של הגנב וא"כ הרי זה כאילו הגנב עצמו משך לשם גניבה, וא"כ מוכח שמה שהגנב מתחייב אין זה בגלל משיכת השומר מדין שליחות, אלא בגלל שחל עליו דיני שומר, וס"ל לתוס' בביאור ראיית רב יימר שלא סגי בזה שהשומר מתחייב באחריות אלא צריכים שהבעלים אינם יכולים לחזור בהם, וא"כ הרי זה סותר את דברי תוס' הנ"ל

בד"ה נתנו וכו' דמוכח שהוא מדין שליחות על מעשה המשיכה. וראיתי בקו"ש כאן באות פ"א שנתקשה בזה, ותי' שהיכא שעשאו הגנב שומר חנם אז מה שהגנב מתחייב הרי זה באמת ע"י משיכת השומר בתורת שליחות, כי התם השומר מושכו באמת לצורך הגנב, אבל שואל ושוכר מושכים לצורך עצמן, ולכן התם לא מהני המשיכה מדין שליחות, אלא הגנב מתחייב ע"י שהשואל והשוכר מקבלים זכותם מצדו (ולפ"ז צ"ל שראיית רב יימר מהמשנה היא כי פשיטא לי' שהמשנה איירי גם בשואל ולא רק בשומר חנם. וכן מה שחידשו תוס' בד"ה נתנו וכו' מהמשנה שיש שליחות לדבר עבירה היכא שהשליח הוא שוגג הרי זה בגלל שפשיטא להו שהמשנה איירי גם בשומר חנם וכמש"כ הקו"ש שם).

מיהו לא הבנתי את דברי הקו"ש כי גם בשומר חנם אין המשיכה לצורך הגנב אלא כדי לקבוע על עצמו דיני ש"ח. וכעין זה הקשה הראב"ד בשט"מ וז"ל, דלא מיבעיא למ"ד המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו אלא אפילו למ"ד קנה חבירו הכא לא קנה הגנב, דהתם שאני שמכוון לזכותו למי שהגביה לו, אבל הכא שומר כי מגבי לי', לא לזכותו לגנב הוא מגביהו, אלא לשמירה בעלמא עכ"ל.

גם לא הבנתי בדברי הקו"ש למה בשומר חנם אין הגניבה יכולה להיות ע"י שקיבל דין של ש"ח. והקו"ש כתב כי בש"ח אין שום הקנאה להשומר כמו שיש בשואל שהבעלים מקנים לו להשתמש בו. מיהו לא הבנתי דהא תיסגי בזה שאהני מעשיו של הגנב כמו שכתב באמת התוס'

רי"ד, וזה הרי קיים גם בשומר חנם שהרי אהני מעשיו בזה שנעשה שומר חנם וחל דין שמירה.

אדם כמותו והמשלח מתכוין לקנין, סגי בכונת המשלח עכ"ל.

קכח) תקנו משיכה בשומרים או לא.

הנה תוס' פירשו שמביעיא לי' בשואל ושוכר אם המשאל והמשכיר יכולים לחזור בהם עד שיתחילו השואל והשוכר לעשות מלאכה, או האם אינם יכולים לחזור בהם משעת משיכת השואל והשוכר, אבל לענין אחריות הרי השואל והשוכר מתחייבים לפי שני הצדדים משעת משיכה. מיהו מרש"י משמע דמביעיא לי' לענין אחריות, דהיינו האם השומר מתחייב משעת משיכה, או האם הוא מתחייב גם קודם לכן דהיינו משעה שאמר הנח לפני, וכן הבין התורת חיים כאן את דברי רש"י, וכן איתא בשט"מ בד"ה וכן פי' הר"י יהונתן וכו' בביאור דברי הגמרא.

והנה בב"מ דף פ' ע"ב תנן שהשומר מתחייב משעה שאמר הנח לפני. ונראה שתוס', וכן הצד של תיקנו משיכה לפני רש"י, הרי הם מפרשים שהמשנה איירי בסימטא, אבל ברשות המפקיד י"ל שלא סגי בהנח לפני, וכ"כ המ"מ בפ"ב מהל' שכירות ה"ח בשם הרשב"א.

וע"ע בפ"י שהבין בדרך אחרת את כוונת רש"י, והיינו שלעולם י"ל שדעתו היא כדעת תוס' שמביעיא לן לענין חזרה, והיינו משום "שלענין חזרה נמי שייך האי לישנא שלא יתחייב שומר בשמירה" (שכתב רש"י), אבל לענין חיוב אחריות סובר רש"י שהוא מתחייב משעה שאמר הנח לפני אפילו אם אינו בסימטא.

ועי' בתוס' בב"מ דף צ"ט סוף ע"א

קכז*) תקנו משיכה בשומרים או לא.

א. עי' ביש"ש כאן בסי' ל"ג שכתב וז"ל, ש"מ שתיקנו משיכה בשומרים לענין זה שלא יוכלו השומרים או הבעלים לחזור דאי יכולים לחזור למה מתחייב גנב במשיכת שומר וכו' עכ"ל, הרי שהוסיף שגם השומר אינו יכול לחזור, ועי' באבן האזל על פ"ב דגניבה הט"ז בד"ה ובתוס' וכו' שהעיר על זה וז"ל, ואין הדבר (דברי היש"ש) ברור, והוא תלוי במחלוקת הראשונים אם הנפקד אינו יכול לחזור כשהפקידו לזמן, עי' בסי' רצ"ג סעי' ג' בביאור הגר"א סק"ג עכ"ל.

ב. וע"ע בקצה"ח בסי' רע"ה סק"ג שכתב וז"ל, ונראה שאם עשה שליח לגדור ולבנות בנכסי הגר כדי לקנותו, אע"ג דהשליח לא ידע שהם נכסי הגר וכסבור שהוא של המשלח, נמי קנה המשלח כיון דשליח של אדם כמותו והרי המשלח נתכוין לקנות וכו', וכן משמע בתוס' פ"ק דמציעא דף י' בהא דאמרו אין שליח לדבר עבירה, והקשו מהא דתנן הי' מושכו ויוצא דחייב הגנב במשיכת השומר, ותירצו כיון שאין השומר יודע שהוא גנוב, והו"ל כחצר דבע"כ מותיב בי' עיי"ש, וכיון דגנב וגזלן להתחייב באונסין צריך קנין כמו במכירה ונתינה, וזה השליח לא נתכוין לקנותו לגזילה כיון דלא ידע שהוא גנוב, היכי יתחייב המשלח, אלא ודאי כיון דשליח של

שפירשו ששאלת אמימר כאן היא לענין חזרה אבל לא לענין מתי השומר מתחייב כי שומר חנם וש"ש מתחייבים משעה שאמרו הנח לפני, ואילו שוכר ושואל מתחייבים מהתורה משעת משיכה (ולא שייך לומר על זה תיקנו משיכה), אלא לענין חזרה איירי דהיינו שבשוכר ושואל אין הבעלים יכולים להתחרט אחרי שמשכו עכת"ד.

ועי' בנ"י בב"מ שחילק בין שואל ושוכר לש"ח וש"ש לענין אם מהני חזרה, והיינו שמאי דאמרינן שתיקנו משיכה בשומרים הרי זה איירי לענין חזרה ורק לענין שואל ושוכר אבל לא לענין ש"ח וש"ש, ובסברת שיטה זו כתב וז"ל, ואיכא מ"ד דכי מהניא משיכה בשומרים דוקא בשואל ובשוכר דכיון שהם משתמשין בגופו של כלי הוא לי כמכירה ליומי' ודין הוא שתקנה להם משיכתם כיון שהם זוכים בגופו של דבר, אבל ש"ש וש"ח שאין להם זכי' כלל בגופו של כלי ליכא למימר דתקנה להן משיכה שהיאך יתחייב בעה"ב בשכרו של שומר מפני משיכה של שומר שלא יכול לחזור בו עכ"ל.

ועי' בקצה"ח בסי' ש"ז שכתב לבאר איך מהני משיכה להתחייב באונסין גם כשאינו קונה כלום בגוף הדבר וז"ל, אמנם נלענ"ד דמשיכה בש"ח וש"ש אע"ג דלא קני שום דבר הו"ל קנין להתחייב על החפץ באחריות, כל שומר כדינו, כמו גנב וגזול דקנו להתחייב באחריות עכ"ל. מיהו דבריו מיישבים רק איך שייך חיוב אחריות אבל לא את מה שהעיר הנ"י איך שייך לומר שמתחייב הבעה"ב בשכרו ושאינו יכול לחזור בו.

ועכ"פ י"ל שסברת תוס' בב"מ היא שרק בגנב וגזול מהני משיכה כי ע"י שהוא מכניסו לרשותו הרי החפץ נעשה באמת ברשותו, וכן י"א שהוא מקבל גם דין מסוים של בעלות על החפץ וכמו שהבאנו בדף ס"ו באות מ"ה, ובגלל דברים אלו הרי הוא חייב באחריות, אבל לא מסוגלת משיכה לפעול רק חיוב אחריות לחוד כמו בש"ח וש"ש.

והנה מש"כ תוס' שם ששואל מתחייב באונסין משעת משיכה, מקורם הוא מהסוגיא לעיל שם דתנן שאם אמר השואל להמשאיל שלח ושלח ביד עבדו של המשאיל הרי השואל חייב, ופרכינן דהא עוד לא יצאה מידו של המשאיל שהרי יד עבד כיד רבו, ותירץ שמואל דאיירי בעבד עברי, כלומר ולכן נעשה העבד עברי שלוחו של השואל ושפיר נכנס לרשות השואל, ורב תירץ דאיירי שאמר השואל להמשאיל שיכישה במקל והיא תבוא, כלומר וא"כ הרי זה נחשב שהשואל עשה משיכה, וכתבו תוס' שם בתחילת ד"ה כיון וכו' דמהני רק באופן שיצאה לסימטא או לצדי רה"ר דמהני שם משיכה אבל לא לרה"ר, ושוב צדדו שאולי לענין להתחייב באונסין שפיר מהני משיכה גם ברה"ר, ועכ"פ לפי רב מבואר שם שמהני משיכה לחייב את השואל, וגם תוס' בסוגיין הביאו סוגיא דהתם כדי להוכיח שחייבים באחריות משעת משיכה. מיהו עי' ברא"ש שם שכתב כתוס' שם שש"ח וש"ש מתחייבים משעת הנח לפני, ועוד כתב לענין שואל שאם אמר הכישה במקל והיא תבוא הרי הוא חייב אפילו אם יצאה לרה"ר דלא מהני שם משיכה, וביאר

הפלפולא חריפתא באות ל' שאין כוונת הרא"ש כתוס' שמהני מדין משיכה, אלא ס"ל להרא"ש שגם בשואל סגי בהנח לפני וזוהי הכוונה בהכישה במקל והיא תבוא ואין הכוונה למשיכה כתוס', ותמה על תוס' משום שהסברא נותנת שכ"ש שבשואל מהני הנח לפני כיון שכל הנאה שלו. וכתב שמקורם של תוס' שצריכים דוקא משיכה הרי הוא מלשון הגמרא בתחילת הפרק שם שפרה היא במשיכה, וכן מהלשון של משוך דאיתא שם*).

קכט) תקנו משיכה בשומרים.

מלשון הגמרא של "כשם שתיקנו בלקוחות כך תיקנו בשומרים" מבואר שמשיכה מהני בלקוחות ושומרים רק מדרבנן. והנה בלקוחות הרי זה מועיל רק מדרבנן כי מהתורה בעינן כסף, דהא קי"ל דבר תורה מעות קונות, ובשומרים שאין שם כסף, הרי זה משום שמהתורה הדבר תלוי בהנח לפני (לפי רש"י) או בתחילת מלאכה (לפי תוס').

קל) תיקנו משיכה בשומרים.

הנה תוס' מפרשים שאירי לענין אם המשאיל יכול לחזור בו עד שעת תחילת מלאכה או האם כבר משעת משיכה זכה השואל ואין המשאיל יכול לחזור בו. ופירשו שראיית הגמ' היא מהא דתנן שמשיכת השואל מועלת להגנב, דהדין נותן שתועיל רק אם זוכה השואל אבל

אם מהני משיכת השואל רק לחייבו באחריות אז אינו בדין שתועיל להגנב. ונראה דאזלי בזה לשיטתם לעיל שכתבו שלא מסתבר לומר שסגי בגנב במשיכה ברה"ר, אלא בעינן משיכה בסימטא כלוקח, וביארנו דהיינו משום דס"ל שגנב קונה גם קנין מסוים של בעלות בגוף החפץ ומש"ה בעינן סוג משיכה כזה שמהני גם בלוקח, וא"כ לפ"ז שפיר יוצא כמו שכתבו תוס' שכדי להעשות גנב בעינן דוקא קנין כזה שמהני לקנות זכות מסוים בגוף החפץ וכמו זה שהשואל זוכה בהזכות של השתמשות, אבל לא סגי במשיכה שמהני רק לחייב באחריות. ועי' לעיל באות קכ"ד.

קלא) תנא גנב שגנב מבית הבעלים ותנא גנב שגנב מבית השומר.

כך אמר אמימר לרב יימר. ורב אשי קאמר שאין יותר חידוש בגנב שגנב מבית השומר.

והנה לעיל בדף ס"ז ע"ב באות פ"ז ביארנו שיש אומרים שהגונב מבית השומר חייב כפל משום שלא גרע מהגונב מרה"ר שהוא חייב. ולפ"ז לכאורה אין שום חידוש בהציור של גונב מבית השומר יותר מרה"ר, והו"ל למינקט גונב מרשות הרבים. מיהו גם הבאנו סוברים שלעולם כשהחפץ מונח ברה"ר אין זה נקרא שהחפץ הוא ברשותו של הבעלים, ובאמת אין כאן וגונב

ואתחייב אני לך" דס"ל להריטב"א שם דמהני מדין ערב ודלא כהראשונים שסוברים שם דבעינן נתינה לבן דעת.

* עי' בריטב"א בקידושין דף ח' ע"ב שמפרש שמה שרב סובר שאם אומר הכישה במקל הרי זה מהני הרי זה מדין ערב וכמו באומר "זרוק מנה לים

קלד) תד"ה תיקנו.

וז"ל, הא לא מיבעי לי אם משעת משיכה [או משעת מלאכה] מתחייבים כל חד וחד כדיני, שומר חנם בפשיעה ושומר שכר בגניבה ואבידה ושואל באונסין, דפשיטא דמשעת משיכה מתחייבים, דאל"כ מאימתי, דבהשואל תנן אם אמר לו השואל שלח ושלחה חייב ובגמרא אמר במשיכה עכ"ל. הנה גירסת המהרש"א בתוס' היתה "ובהשואל תנן", ומה שכתבו תוס' "דאל"כ מאימתי", כתבו כן מצד הסברא, דמצד הסברא אין דרך אחרת, ושוב הביאו רא"י מפרק השואל. והקשה המהרש"א על מה שכתבו מצד הסברא דהא מצד הסברא י"ל גם משעת מלאכה כמו שיטתם לענין חזרה.

מיהו אולי יש לתרץ על קושייתו שסברו תוס' שלא מסתבר לומר ששואל מתחייב בשמירה משעת מלאכה, ואילו ש"ח וש"ש מתחייבים מקודם. מיהו אין זה בכלל לשונם שכתבו דאל"כ מאימתי. ועיין בתוס' בב"מ דף צ"ט סוף ע"א שסוברים ששפיר יש לחלק בין השומרים, דעיי"ש שהם סוברים שש"ח מתחייב משאמר הנח לפני ואילו שואל מתחייב רק משעת משיכה. ועי' לעיל באות קכ"ח מה שהבאנו מהנ"י והקצה"ח.

ועכ"פ עי' במהרש"א שהסיק שצריכים לגרוס בתוס' כמו הגירסא שלפנינו דגרס "דבהשואל", וז"ל המהרש"א, וע"כ נראה להגיה דכצ"ל מאימתי דבהשואל תנן שלח ושלחה ומת חייב ושיעור דבריהם דחייב אחר שילוח קודם שתבא ליד השואל (כצ"ל בדברי המהרש"א) ויתחיל במלאכה

מבית האיש, ואין הגנב חייב כפל על גניבה כזו, רק שהגנב משומר חייב כפל כי השומר משאיל מקום להמפקיד ומש"ה הרי זה נקרא שגנב מבית הבעלים, וא"כ לפי זה שפיר נקט דוקא שגנב מבית השומר.

קלב) תד"ה או.

וז"ל, ואין נראה לחלק כלל בין קניית גנב שאין אלא להתחייב באונסין, ולשאר קניות, מדרשין לעיל גבי גנב אין לי אלא ידו גגו חצירו וקרפיו מנין משמע דלא מחייב אלא במקום שראוי לקנות כי היכי דדרשין בגיטין ונתן בידה עכ"ל. וצ"ע מה רא"י היא זו, הלא התם אם אינו בגגו חצירו וקרפיו אלא ברה"ר הרי לא משך בכלל מרשות הבעלים, אבל הכא שפיר משך מרשות הבעלים, וא"כ אולי מהני גם אם משך אותו לתוך רה"ר. ועיין באבן האזל בפ"ב מגניבה הט"ז בד"ה והנה הרמב"ם וכו' שכתב וז"ל, וכוונתם רק להוכיח דרבינא אינו מחלק בין גניבה לשאר קניות וכו', ותוס' מוכיחים מברייתא דמשמע דמרבה בגניבה קנינים כמו בגט עכ"ל.

קלג) תד"ה נתנו לבכורות בנו.

וז"ל, ועוד בתוספתא קתני הגביהו או נתנו לבכורות בנו משמע דאגנב קאי וכו' עכ"ל. צ"ע דהא לפי הדיחוי של "לא אגנב" הרי בודאי יוצא שהמשנה איירי באופן שנתנו הבעלים וא"כ מה נעשה לפ"ז עם התוספתא. ועי' בשט"מ בסד"ה והר"ר ישע"י.

וא"כ אם לא משעת משיכה מאימתי עכ"ל המהרש"א, כלומר שהראי' של תוס' היא מהמשנה שם דתנן שהוא חייב אחר שילוח וגם אם לא התחיל במלאכה וא"כ בעל כרחך צ"ל שהכוונה היא לשעת משיכה כי אין שם זמן אחר.

מיהו מתוס' שלפנינו נראה שראייתם היא ממה שאמרינן להדיא שם בגמ' משעת משיכה. מיהו לפ"ז אין מובן מה שכתבו שאל"כ מאימתי, דלמה הוצרכו לזה, הלא להדיא אמרינן בגמ' שהוא משעת משיכה. ואולי ראייתם היא גם מהמשנה לבד רק שנסתייעו שבאמת הכי אמרינן בגמרא שם.

ועכ"פ צ"ע, דהנה ראייתם השני' מקרדום הרי היא רק מהגמ', וא"כ צ"ע מה היא הראי' אולי אזלינן שם לפי המסקנא כאן שהסיקו שתיקנו משיכה בשומרים אבל אכתי יכול להיות שהצד השני כאן היתה שיתחייב באונסין משעת מלאכה. וכן צ"ע גם על פשטות משמעות דבריהם שגם ראייתם הראשונה היא מהגמ' שם ולא מהמשנה.

דף ע"ט ע"ב

קלה) אר"א ראוהו שהטמין בחורשין וכו'.

הנה ר"א כאן סובר שאם ראוהו

שהטמין בחורשין הרי הוא בגדר גנב, ומקשינן שכיון שרואים אותו הדין נותן שיהי' לו דין גזלן, ופירש"י וז"ל, ולא דמי לגנב בפני שנים, דהתם אע"פ דחזו ל' שאר אינשי, לא מיסתפי מינייהו, דמימר אמר לא מינייהו שקלנא מידי, אבל חורשין מרעה לכל היא, ולא ידע דמאן ניהו הך בהמה, וכיון דלא מיסתפי מכו"ע גזלן הוא עכ"ל. והנה מדבריו הנ"ל נראה שהכל תלוי באם הוא מיסתפי מהבעלים או לא, ובהטמין בחורשין מקשינן שהדין נותן שיהי' נחשב גזלן משום שאינו מיסתפי מהבעלים שהרי חזינן שאינו מיסתפי מכו"ע אע"פ שיתכן שהבעלים נמצא ביניהם, משא"כ בגונב בפני עדים שהוא יודע שאין הבעלים רואים. ועל זה מתרצינן שמ"מ מכיון שהוא נטמן אע"פ שלא איכפת ל' אם קצת אנשים רואים אותו הרי הוא נחשב בגדר גנב, והרי זה שוה להיכא שהוא מיטמר מכו"ע וגונב רק בפני עדים דחשיב גנב ולא גזלן*).

מיהו מסוגיית הגמרא להלן של רבי יוחנן ורבי אבהו מבואר שסגי גם אם הוא מיטמר מעלמא אפילו אם אינו מיטמר מהבעלים ולא איכפת ל' אם הבעלים רואים. וכן סגי גם אם הוא מיטמר מהבעלים אפילו אם אינו מיטמר מכו"ע, וקושיית הגמרא לעיל שיהי' נחשב גזלן היתה משום שאינו מיטמר מסתם אנשים אע"פ שיתכן שהבעלים ביניהם. וכל זה

שכתבתי בפנים לפי רש"י והיינו שהכוונה היא שמיטמר גם מעלמא, רק שאינו מקפיד אם קצת אנשים רואים אותו.

* והנה להתוס' רי"ד יש כאן שני דרכים בביאור תי' הגמרא של כיון דקא מיטמר מינייהו גנב הוא, דבאות מ' פי' שהכוונה היא שמיטמר מיהא מהבעלים, ובאות מ"א פירש כעין מה

מהבעלים, בזה פליגי בליסטים מזויין אם הוא גנב או גולן (א"נ כהתורת חיים שגם המ"ד שסובר שהוא גולן הרי הוא מודה שזה תלוי רק באם הוא מיסתפי מעלמא).

קלו) אין מגדלין בהמה דקה בא"י.

הנה נראה פשוט דאיירי אפילו באופן שהוא שומר כראוי כמו שהוא מחויב מצד החיוב של שמירת נזקי ממונו, דהא מוכח בגמ' שאפילו אם הוא קושרו לכרעי המטה הרי זה אסור. ועוד דאם אינו שומרו כראוי א"כ לא רק בהמה דקה אסורה אלא ה"ה לכל בהמה חי' ועוף. ולפ"ז צ"ע על מש"כ רש"י בד"ה אבל מגדלין בסוריא וז"ל, ואם יפסידו (בחול) שדות אחרים ישלמנה עכ"ל, דהא כיון דאיירי באופן ששמר כראוי הרי הוא פטור. ויש ליישב.

קלז) אין מגדלין בהמה דקה בא"י.

פירש"י משום ישוב א"י שמבעיר את השדות עכ"ל. והנה לכאורה חי' נראה שהכוונה הוא שצריכים להקפיד על היופי של א"י. מיהו להלן בדף פ' ע"א על מה שאמרו ליסטים מזויין בביתו של זה וכו' פירש"י רועה בשדות אחרים וגוזל את הרבים עכ"ל. ולהלן בד"ה ואע"פ שהיו חורשין סמוך לבתיהם כתב וז"ל, ולא היו רועין בשדות אחרים ומשום חורשין ליכא גזל וכו' עכ"ל, ומשמע שטעם האיסור הוא כדי להתרחק מגזל ולא משום יישוב א"י. מיהו נראה שזוהי גופה הכוונה בישוב א"י, דהיינו שאין הכוונה שצריכים להרבות

הוא בדעת המ"ד שסובר שליסטים מזויין גנב הוא, דלדידי הרי הוא נקרא גנב משום דמיטמר מכו"ע אע"פ שאינו מיטמר מהבעלים, אבל לפי המ"ד שסובר שליסטים מזויין גולן הוא הרי חזינן שצריכים בדוקא שיסתפו מהבעלים וס"ל שבבעלי שכם היו נחשבים גזלנים משום שלא מיסתפו מהבעלים, ולא בעינן לסברת רבי יוחנן דהא דמיטמרו מכו"ע הרי זה כי היכי דלא ניערקו, אלא אפילו אם מיטמרו מפחד אבל כיון דלא מיטמרו מהבעלים לאו גנב הוא אלא גולן, וכן ביארו תוס' בד"ה ורבי יוחנן.

והתורת חיים ר"ל דלא כתוס' אלא שגם המ"ד שסובר שליסטים מזויין גולן הוא הרי הוא ג"כ סובר שמשפיק אם הוא מיטמר מכו"ע, רק שהוא סובר שגם בליסטום מזויין הרי הוא מטמין את עצמו רק כדי שלא ניערקו מיני'.

והנה עד כאן נקטנו שמיטמר מהבעלים בודאי משוהו גנב כמו בגונב בפני שנים. מיהו מתוס' בד"ה כיון וכו' נראה דס"ל שלא מספיק בזה דמיטמרי מהבעלים אלא בעינן מיסתפי מכו"ע, ומאי דפרכינן והא גולן הוא הרי זה משום שלא מיטמר מכו"ע, והא דגונב בפני עדים משלם כפל, י"ל דהיינו משום דאיירי באופן שהוא לא ראה את העדים, א"נ כהרשב"א בשם הראב"ד שלא חשב שיראו אותו (ולא איכפת לן בזה שאינו מפסיק לאחר שראו אותו), אבל מיסתפי מהבעלים לחוד בלי מיסתפי מכו"ע לא סגי כדי להחשב גנב אלא בעינן מיסתפי מכו"ע, ואם סגי במיסתפי מכו"ע או בעינן גם מיסתפי

ביופיו, אלא הכוונה היא שגזרו כדי שלא יהיו סכסוכים אלא תהא מקום נוח לגור שם.

קלח) אבל מגדלין בסוריא.

פירש"י דהיינו משום שלא שמי' כיבוש. והקשה הקו"ש דהא אין הדבר תלוי באם שמי' כיבוש או לא, אלא הדבר תלוי באם גרים שם רוב ישראל או לא, דהא אפילו בא"י מותר במדברות וחורשין, וכן אפילו בחו"ל אסור היכא שגרים שם ישראל וכמו שאמר רב עשינו עצמינו בבבל כא"י לבהמה דקה.

וי"ל שנהי שגם בחו"ל אסור, אבל היינו רק במקום שרובם הם ישראלים וסתם שדות שייכים הם לישראל וכמו בבבל,

אבל בא"י משום ישוב א"י הרי זה אסור אפילו אם יש שם רק מקצת שדות של ישראל אם רק אינו בגדר מדבר או חורש שאין שם שום שדות, וא"כ במקומות שרק חלק מהשדות הרי הם של ישראל, התם שפיר יש חילוק בין חו"ל לא"י, דבא"י אסור אבל בחו"ל מותר, וא"כ י"ל שסוריא ה"י מקום כעין זה, וא"כ שפיר כתב רש"י שבסוריא מגדלים משום שכיבוש יחיד לא שמי' כיבוש ואין לה דין של ארץ ישראל. גם י"ל שממה שאמר רב שגם בבבל אסור אין ללמוד לכל מקום, כי אינו מעיקר הדין אלא שהכי נהגו. והרי חזינן שהרי"ף והרא"ש לא הביאו הא דרב להלכה, ויש לדייק מזה שהם סוברים שאין ללמוד מדברי רב שגם בשאר מקומות כעין בבל אסור. ברם הרמב"ם שפיר הביא את דברי רב.

פרק החובל

(מספר הסימנים הם המשך מסי' קמ"א שנמצא בעמוד רכ"ד.)

קמב) בענין הלאו של חובל בחבירו.

א. עיין ברמב"ם בפ"ה מהל' חובל ומזיק ה"א שכתב וז"ל, אסור לאדם לחבול בין בעצמו בין בחבירו, ולא החובל בלבד אלא כל המכה אדם כשר מישראל בין קטן בין גדול בין איש בין אשה דרך בזיון הרי זה עובר בלא תעשה שנאמר לא יוסיף להכותו אם הזהירה התורה מלהוסיף בהכאת החוטא ק"ו למכה את הצדיק עכ"ל. והנה בהפסוק הנ"ל שהביא הרמב"ם כתובים ב' לשונות, א', לא יוסיף, ב' פן יוסיף. ועיין בכתובות דף ל"ג ע"א דמיייתנן תרוייהו לענין הלאו. וכן רש"י בסנהדרין דף פ"ד ע"ב הביא את שני הפסוקים עיי"ש. ברם מדברי הרמב"ם נראה דס"ל שהלאו של מכה את חבירו נלמד מלא יוסיף לחוד ובק"ו.

והנה גם רש"י בפירושו על התורה בסוף פרשת כי תצא כתב שהלאו של מכה את חבירו הוא מקרא דלא יוסיף עיי"ש. ברם הטור והמחבר בסי' ת"כ הביאו גם קרא דפן יוסיף וגם את הק"ו מהנלקה בב"ד. ועיי"ש בב"ח שביאר שבאמת גם רש"י וגם הרמב"ם וגם הטור סוברים שמלא יוסיף יש ללמוד לאו רק בנוגע להנלקה בב"ד, אבל א"א ללמוד מזה אזהרה לענין החובל בחבירו ולכן בעינין גם קרא דפן יוסיף.

ואע"פ שכתבו הרמב"ם והטור שיש ק"ו מהנלקה בב"ד, אבל בכל זאת הרי מהק"ו שכתבו הרמב"ם והטור א"א ללמוד אלא איסורא לחוד אבל לא אזהרה גמורה ומלקות דהא אין מזהירין מן הדין, ולכן אכתי בעינן קרא דפן יוסיף. והכוונה במה שכתבו את הק"ו היא רק לומר שגם בלי פן יוסיף יש ללמוד לכה"פ שיש איסור מהק"ו הנ"ל. וכן ביאר הב"ח גם בכוונת הגמרא הנ"ל בכתובות דף ל"ג, והיינו שאזהרת מכה את חבירו היא מפן יוסיף, וקרא דלא יוסיף הוא לגופי', דהיינו למי שנלקה בב"ד, כן נר' כוונת הב"ח שם (וע"ע בפרישה שם איך שביאר את כוונת הטור בהך ק"ו).

ועכ"פ יש לעיין בדרכו של הב"ח דלכאורה יש לצדד בזה שלש דרכים: א', שלמסקנא יש בשניהם רק אזהרה אחת, דהיינו שעל הנלקה בב"ד עוברים רק על לא יוסיף ועל חבירו עוברים רק על פן יוסיף. ב', שלעולם פן יוסיף לא נאמר כלל לענין לאו, רק שהוא מגלה על לא יוסיף שהוא נאמר גם על המכה את חבירו ולא רק על הנלקה בב"ד, ולעולם השם של האזהרה במכה את חבירו הוא קרא דלא יוסיף. ג', שלמסקנא עוברים גם בחבירו וגם בנלקה בב"ד על ב' אזהרות, והיינו משום שמאחר שכתבי שניהם א"כ מעתה

נקטינן שפן יוסיף מגלה על לא יוסיף שהוא קאי גם על חבירו חוץ ממה שנאמר בחבירו לאו דפן יוסיף, וכן נקטינן שלא דפן יוסיף קאי גם על הנלקה בב"ד חוץ ממה שנאמר בנלקה לאו דלא יוסיף.

ובשערי תשובה בשער ג' אות ע"ז איתא שהחובל בחבירו עובר בב' לאוין דהיינו על לא יוסיף ועל פן יוסיף, וכ"כ בספר חרדים בפ"ה ממנין ל"ת אות ע"ב.

ועיין עוד בסמ"ע ובפרישה שהבין דלא כהב"ח אלא ששפיר חולקים הרמב"ם והטור, ושהרמב"ם נתכוין דוקא ללא יוסיף והטור לפן יוסיף.

ועיין בגירסת הגר"א והמלבי"ם בדברי הספרי על קרא דלא יוסיף דיוצא מגירסתם שגם קרא דפן יוסיף אתי לדיני הנלקה בב"ד (ועיין גם בהגהות הגר"א במכות דף כ"ג ע"א אות ב' שהוא כעין גירסתו בהספרי שם), וא"כ מזה הי' נראה שכל הלאו במכה את חבירו אתי רק מהק"ו (ואי משום אין מזהירין מן הדין עיין לקמן בסמוך בסק"ב). מיהו לפי הגירסא השני' בדברי הספרי שם (וכן גרס גם הב"ח בריש סי' ת"כ) יוצא שגם הדרשה השני' שם היא מקרא דלא יוסיף ולא מקרא דפן יוסיף, באופן ששפיר י"ל שלא בעינן פן יוסיף לנלקה בב"ד אלא הרי הוא בא למכה את חבירו.

ב. והנה כבר הבאנו שמבואר מדברי הב"ח שאי אפשר ללמוד מהק"ו אזהרה גמורה משום שאין מזהירין מן הדין (וגם הרי לוקין על ההכאה היכא דליכא חיוב תשלומין). מיהו עיין במ"מ בריש פ"ב

מהל' מאכלות אסורות שכתב שהיכא שבלא"ה אסור מחמת עשה, אז שפיר ילפינן ק"ו לענין מלקות עיי"ש, וא"כ גם כאן הרי גם בלא הלאו הרי הוא בודאי עובר על העשה של ואהבת לרעך כמוך שנכלל בו שהוא צריך לחוס על ממונו וכבודו של חבירו כמו על שלו וכמש"כ הרמב"ם בפ"ו מהל' דעות, ופשוט שה"ה שהוא צריך לחוס על גופו, וא"כ למה לא נוכל להזהיר מן הדין לפי המ"מ.

מיהו יתכן שא"א לדמות את דברי המ"מ לכאן משום שאולי כוונת המ"מ היא רק להיכא שיש איסור עשה, דהיינו לאו הבא מכלל עשה וכמו שהזכיר באמת בתוך לשונו שם, אבל לא להיכא שיש רק ביטול מצות עשה, וא"כ אולי בואהבת לרעך כמוך לא נכלל שום איסור עשה ואין ביד העובר אלא ביטול מצות עשה לחוד. ועוד דאולי שאני העשה של ואהבת כיון שאינו בגדר ציווי מפורש על הכאה כמו העשה של מאכלות אסורות בהמ"מ שם.

גם יש לעיין, דהנה דברינו הנ"ל אינם מספיקים לענין להענש מלקות על הכאת עבד כנעני לפי מה שציידד הפמ"ג באו"ח סי' קנ"ו שלא נאמר עליו ואהבת, ויש ליישב.

ג. ועכ"פ צ"ע על הרמב"ם למה א"א ללמוד אזהרה גמורה למכה את חבירו מקרא דלא יוסיף גם בלא ק"ו, דהא באמת אין כאן מציאות של ק"ו אלא הרי זה אותו ציור ממש כמו הפסוק, דמה לי בזה שהפסוק איירי בנלקה בב"ד, הלא מאחר שלקה הרי הוא כאחיק וכדאמרינן בסוף

מכות, וא"כ נמצא שכשהוא מוסיף להכותו הרי הוא מכה צדיק ולא חוטא. ואם נאמר שבכל זאת הוה אמינא שהקפידה התורה דוקא על הנלקה בב"ד משום שכבר לקה הרבה ויש בזה סכנה, א"כ קשה באמת איך ילפינן משם בק"ו, הלא התם גרע טפי (ועיין היטב בפרישה בריש סי' ת"כ).

שו"ר את לשון הרמב"ם בספט"ז מהל' סנהדרין דמבואר שנהי שלאחר שלקה את המספר הראוי הרי הוא צדיק אבל מ"מ כוונת השליח ב"ד היא להכותו בשביל רשעתו וא"כ שפיר שייך ק"ו.

קמג) עוד בענין הלאו של חובל בחבירו.

א. הנה יש לעיין בלשון הרמב"ם הנ"ל שהבאנו בתחילת אות קמ"ב, דהא חזינן שהיכא שהזכיר את האיסור כתב שאסור להכות בין עצמו ובין חבירו, אבל היכא שהזכיר את הל"ת משמע קצת שהוא עצמו אינו בכלל. ולכאורה נראה מזה שאע"פ שילפינן מהא דנזיר איקרי חוטא שאין אדם רשאי לחבול בעצמו, והוי בכלל ואת דמכם לנפשותיכם כמש"כ המאירי בדף צ"א ע"ב, אבל מ"מ אכתי אינו בכלל הלאו (והך גוונא של ציער עצמו מן היין בודאי אינו בכלל הלאו דהא אין בזה שום הכאה ומעשה, וגם אינו דרך בזיון).

ועיין לקמן בדף צ"א ע"ב בתד"ה החובל וכו' שצידדו לומר שהחובל בעצמו אינו לוקה*, וכן איתא בשט"מ לקמן בדף צ' ע"ב בד"ה ושבר את הכד בשם המאירי.

ולכאורה גם מדבריהם מוכח שאינו בכלל הלאו, דהא אם זהו בכלל הלאו למה אינו לוקה, דהא הטעם למה החובל בחבירו אינו לוקה הרי זה משום שניתן לתשלומין וקי"ל שאין לוקין ומשלמין, וא"כ החובל בעצמו דלית ב"י שום תשלומין הי' צריך ללקות. ואפילו לפי מה שכתבו הפוסקים בסי' תכ"ד סעי' ג' שאם חבל בעבדו חבלה שיש בה שוה פרוטה הרי הוא פטור ממלקות אע"פ שגם שם אינו חייב בתשלומין, אבל מ"מ שאני התם שבעצם הוי שפיר בר תשלומין, רק שאינו משלם משום שמה שקנה עבד קנה רבו (עיי"ש בסמ"ע ובקצה"ח), אבל הכא לכאורה לא חשיב בר תשלומין כלל, וממילא אם איתא שהוא בכלל הלאו, לכאורה הי' צריך ללקות.

שוב העירני הגאון רבי בנימין זאב פראג זצ"ל ממה שהבאתי באות רכ"ז לענין בל תשחית שיש אומרים שאע"פ שגם שאר דברים חוץ מעצים הרי הם בכלל הלאו אבל בכל זאת אין לוקין אלא על עצים כיון שהוא הציור המפורש, דלפ"ז י"ל שה"ה לענין לאו דחבלה דלעולם גם החובל בעצמו הרי הוא בכלל הלאו, רק שבכל זאת אינו לוקה כיון שאינו הציור המפורש. ולענ"ד נראה שיש מקום לחלק בין הכא להתם אלא שהדבר רפיא בידי והנני סומך על המעיין.

ועכ"פ ע"ע בתוס' בשבועות דף ל"ו ע"א בד"ה ושמור נפשך מאד שהקשו למה אין כו"ע מודים שאסור לחבול בעצמו משום הפסוק של ושמור נפשך מאד או

בכל תשחית, עיין בזה באות רכ"ו ובאות רכ"ז.

* ואם גרם לעצמו היזק דלא הדר הרי הוא עובר

מהפסוק והשמרו מאד לנפשותיכם.

ב. עיין במנ"ח בריש מצוה מ"ח שכתב שאם מחל לחבירו והרשהו לחבול בו, הרי מחילתו מועלת, וליכא בכה"ג שום עבירה משום דתלוי בקפידא ואיתיהיב למחילה. והנה אם נאמר שאין בכה"ג שום עבירה וכלשונו של המנ"ח שם א"כ נצטרך לומר שהך איסור שילפינן מנזיר נאמר רק על המכה את עצמו אבל לא על המכה את הזולת, דאל"כ הרי גם לאחר מחילה אכתי צריך להיות אסור משום הלימוד מנזיר כמו שהחובל בגופו עובר בזה ואינו יכול למחול את האיסור הזה לגבי עצמו, וצ"ע.

ועכ"פ אפילו אם נאמר כהמנ"ח שמהני מחילתו להתיר להחובל לחבול בו, אבל בכל זאת אכתי נראה פשוט שאסור למחול מחילה זו, דהא לא גרע מה שהוא מוחל לו ומרשה לו לחבול בו ממה שהוא מצער את עצמו מן היין, וא"כ גם בכה"ג צריך להיות אסור משום האיסור שלמדים מנזיר.

ג. עיין בערכין דף ט"ז ע"ב דפליגי אמוראי באם החיוב של הוכח תוכיח את עמיתך הוא עד כדי הכאה או עד כדי קללה או עד כדי נזיפה. ולכאורה צ"ע איך מותר עד כדי הכאה, הלא הוא עובר בלפני עור בזה שהוא גורם להכאה (ובודאי שאין המדובר שם שהוא מוחל לו בלבד, חדא דהוי לי' להש"ס למימר הכי, ועוד דהא יש אומרים שמחילה לא מהני ודלא כהמנחת חינוך). וי"ל דכיון שהוא עושה לשם תוכחה ומתכוין לטובת חבירו א"כ אין על זה חלות שם של נתינת מכשול. מיהו צ"ע

משום שלפ"ז יוצא שמאי דאמרינן שהמכה את בנו גדול עובר בלפני עור הרי זה איירי באופן שהכהו שלא לשם תוכחה, דהא לשם תוכחה לא מיקרי נתינת מכשול, וא"כ צ"ע דהא היכא שמכהו שלא לשם תוכחה הרי גם בלא הלאו של לפני עור הרי זה אסור משום הלאו של לא יוסיף, וא"כ בע"כ צ"ל דאיירי שפיר בלשם תוכחה אשר זו היא סיבה שלא יעבור בכל יוסיף, רק שבכל זאת הרי הוא עובר בלפני עור אע"פ שהוא לשם תוכחה, וא"כ הדרה קושיא לדוכתה איך מותר להוכיח עד כדי הכאה הלא אע"פ שהוא עושה לשם תוכחה אכתי יש כאן משום לפני עור.

ואולי י"ל שאין הכוונה שמותר להוכיחו גם תוכחה זו שעומדת לגרום הכאה, אלא הכוונה היא שאסור להוכיחו כבר את התוכחה הזאת שיש בית מיחש לחשוש שהיא תגרום להכאה. מיהו ממשמעות הסוגיא שם לא משמע כן, ויש לפלפל בזה בפשט הסוגיא שם.

ועיין ברמ"א בחו"מ סי' תכ"א שכתב שמותר להכות למי שהוא ברשותו בדרך תוכחה. וצ"ע דמאי שנא מבנו גדול שאסור לכאורה גם לשם תוכחה וכהנ"ל. מיהו הרמ"א איירי שם בציוור של "לאיפרושי מאיסורא" וא"כ יתכן שבכה"ג שאני כיון שהמוכה קאי עכשיו באמצע לעבור איסורים.

גם יש להסתפק בלשון הרמ"א שם אם כוונתו היא דוקא למי שהוא ברשותו כמו עבדו וכן מי שהוא סמוך על שולחנו וכמו שצייר שם, משום שבהאופנים האלו יש קפידא עליו על שנעשים מעשים רעים

ותועבות בתוך ביתו וכמו שביאר רבינו יונה בפ"ב מאבות משנה ז' ענין זה, או האם ה"ה לכל אדם רק שדיבר הרמ"א בהווה. ומלשון ספר החרדים בחלק ל"ת פרק ה' אות ע"ב משמע שמותר אפילו אם אינו ברשותו דהא לא הזכיר שם תנאי זה.

קמד) בענין הנ"ל.

והנה הא דכתב הרמב"ם בריש פ"ה מהל' חובל ומזיק שהוא עובר בלאו גם על קטן לכאורה נראה שלמד כן מרציחה דכתיב בה נפש ואמרינן שגם קטן הוא בכלל, אלא שלכאורה יש לפרוך מה לרציחה שיש בה איבוד נשמה*).

ואולי למד כן הרמב"ם מהא דתנן לקמן בדף פ"ז ע"א שהחובל בקטן חייב וס"ל שלא שייך חיוב תשלומין אם לא שעבר על הלאו אשר לפ"ז מוכח מהמשנה שם שהחובל בקטן עובר בלאו. ברם לכאורה יש לפקפק בזה משום דעיין בריש הלכות גניבה ובריש הלכות גזילה שפתח הרמב"ם עם הלאו ורק אחר כך הזכיר את התשלומין משא"כ בהל' חובל ומזיק לא הזכיר הרמב"ם את הלאו עד פרק ה', והי' נראה מזה דס"ל שבחובל בחבירו אין החיוב תשלומין תלוי בהלאו כלל.

ועי' בנוגע לזה בקובץ שיעורים על ב"ק

באות ק"ו שהביא מחלוקת בין היראים והר"ן בענין אם חייב לשלם היכא שהי' מותר לחבול משום זה שאינו עושה מעשה עמך, דלהיראים פטור ולהר"ן הרי הוא חייב. ועי' כעין כזה בפתחי תשובה בחו"מ סי' תכ"ד סק"ד שהביא מחלוקת הפוסקים בענין מכה בנו, דמצוה קעביד ופטור מגלות, אם חייב מיהא נזק וד' דברים.

ועכ"פ בנוגע למה שכתבנו בדעת הרמב"ם בזה, עיין בדברי המ"מ על ה"ג דמשמע שכוונתו היא להוכיח מהא שהוא חייב לשלם שהוא שפיר עובר על הלאו. ויש לדחות.

ועכ"פ ממה שסובר הרמב"ם בה"ו שנזק הוא קנס אין ראוי שהחיוב תשלומין הוא משום שהוא עובר על הלאו, דהא מצינו הקנס של חצי נזק של קרן שאינו בא בשביל שעבר על איסור וכמו שמבואר בדף ט"ו ע"א אלא כי היכי דלינטרי' לתורי' עיי"ש, ואם כן אולי גם כאן הרי זה קנס כדי שלא יחבול פעם אחרת. וגם ממה שכתב הרמב"ם בפ"א ה"ג שראוי לחסרו אברו כמו שעשה לחבירו (ושנזק הוא כעין כופר אברו), אין הכרח לומר שהכוונה היא משום שעבר על איסור מסוים.

ועי' גם ברש"י בגיטין דף כ"א בריש ע"ב שחיפש הכרחים שאסור לחבול בעבד,

לכל דבריו (ואשמעינן שהוא חייב אע"פ שלא שמע ולא נצטער כמו שהביא הרמב"ם לעיל שם), וא"כ אכתי אין ראוי מזה לקטן. וגם מה שכתב הכ"מ שם שלמדה הרמב"ם מהא דחייבים על בושת של קטן צ"ע, דמנ"ל מזה שלוקין על קללתו. והכ"מ שם הביא עוד שהטור גורס בדברי הרמב"ם שם שמקלל את הישן חייב ואינו גורס קטן.

* ועיין בפכ"ו מהל' סנהדרין ה"א שכתב הרמב"ם ז"ל, ויראה לי שהמקלל את הקטן הנכלם לוקה עכ"ל. ועיי"ש ברדב"ז ובכ"מ דמבואר שאין מקור מפורש לדבריו. ולכאורה אין ללמוד מחרש דקרא (וכמו שרצה הרדב"ז שם לומר, וכמו שיש גורסים בגוף לשון הרמב"ם שם), דהא דלמא חרש דקרא איירי בחרש שמדבר ואינו שומע שהוא פיקח

שאם הוא אינו עושה מעשה עמך לא עוברים עליו. ועיין בספרי על אבות באות צ"ה בענין הגדר של אינו עושה מעשה עמך.

קמו) רואין אותו כאילו הוא עבד נמכר בשוק.

א. פירש"י וז"ל, שהרי הזיקו והפסידו ממוזן זה שאם הי' נצרך הי' מוכר עצמו בעבד עברי עכ"ל. והרא"ש חולק עליו וכתב ששמין אותו כעבד כנעני. ועיין בקצה"ח בסי' ת"כ סק"א שכתב וז"ל, והנה לשיטת רש"י דנישום כעבד עברי ומשום דישאל אינו נישום כעבד כנעני, א"כ הא נמי דאמרינן בסנהדרין דף ט"ו ע"א גבי דמי עלי דשמין אותו כעבד עיי"ש היינו נמי כעבד עברי, וא"כ תיקשי לפי מה שכתבו תוס' בפ"ק דקידושין דף ז' ע"א דבן חורין לא איתקיש לקרקע וכו', ואי נימא דהך דסנהדרין דשמין אותו כעבד היינו כעברי אכתי אינו כקרקע ואינו שומת קרקע כלל, ואמאי צריך בדמי עלי תשעה וכהן, דעבד עברי אינו כקרקע כמו שאר אדם כיון שאינו בוהתנחלתם (פי' דלא רק בן חורין לא הוקש לקרקע, אלא גם ע"ע לא הוקש לקרקע, אלא רק עבד כנעני הנשבעין והריטב"א בקידושין, דע"ע לא הוקש לקרקע) וכמש"כ הר"ן בפרק כל הנשבעין והריטב"א בקידושין, דע"ע לא הוקש לקרקע, ומש"ה בהך דסנהדרין דף ט"ו ע"א אע"ג דאינו נישום אלא כע"ע,

כנעני, והא דאין נשבעין על עבד כנעני הרי זה משום שהוקש לקרקע, וא"כ יוצא שגם ע"ע הוקש לקרקע.

ולא הכריח כן ממאי דאמרינן בדף פ"ז כאן שהוא חייב בתשלומין. מיהו נראה דס"ל לרש"י כהנ"ל שאין החיוב תשלומין מיוסד על עבירת הלאו. ועי' במהר"ץ חיות שם. ועכ"פ אפילו אם נאמר ששפיר מוכח ממה שהוא משלם (וכן ממה שכתב הרמב"ם שהוא קנס וכופר אברו) שהוא עובר על דבר מה, אבל אכתי אין הכרח לומר שהוא עובר על הלאו של פן יוסיף, דהא חילקנו כבר בחלק א' בסוף אות ב' שיתכן שהחיוב תשלומין מיוסד על זה שעבר על חיוב מסוים שחייבתו התורה כלפי חברו שלא להזיקו, ואינו מיוסד על איסור שהוא עובר כלפי שמיא.

וע"ע ברש"י בגיטין שם שכתב שממה שהעבד יוצא בראשי אברים מוכח שאינו רשאי לחבול בו. ומשמע בפשטות שכוונתו לומר שלא יתכן קנס בלי שהמעשה יהי' אסור. וכבר הערנו שבפ"נ קנסא מצינו קנס בלי איסור. ואולי יש לחלק בדעת רש"י בין היכא שהקנס הוא יותר ממה שהזיק לבין הקנס של פנ"ק שהוא פחות ממה שהזיק.

וכבר הארכנו בחלק א' אות ב' בענין אם יש חיוב תשלומין בנזקין היכא שלא עבר על האיסור מזיק.

קמה) בענין הנ"ל.

הנה חזינן שכתב הרמב"ם בלשונו הנ"ל שהבאנו בריש אות קמ"ב שעוברים על הלאו רק אם הכה ישראל כשר. ומקורו הוא מסנהדרין דף פ"ה ע"א דאמרינן שם

(* מיהו בקידושין דף כ"ח ע"א מבואר שאין נשבעין על עבד עברי כמו שאין נשבעין על עבד

נמי הוה לי' דין קרקע וכו' עכ"ל.

והנה דברי הקצה"ח בנויים על הא דהבין שטעמו של רש"י דשמין כעבד עברי הוא משום שישראל אינו יכול להיות נישום כעבד כנעני, ומש"ה ס"ל שגם בהיהא דסנהדרין יפרש רש"י ששמין כע"ע. מיהו נראה שלעולם גבי דמי עלי מודה רש"י ששפיר אפשר לשום ישראל כעבד כנעני, ואין כוונת רש"י כאן לומר שמצד דיני שומא א"א בשום פנים לשום ישראל בשומת עבד כנעני, אלא טעמו של רש"י כאן הוא משום שהחיוב של נזק אינו לשלם את שומת עצם האבר, אלא החיוב הוא לשלם את ההפסד שהפסידו למעשה, דהיינו דמי ממכר עבד שהי' יכול לקבל עבור עצמו, ואע"פ שבעלמא הי' נחשב דבר כזה כמו גרמא אבל הכא גזירת הכתוב היא שהוא משלם, וזהו עיקר החיוב של נזק, וכן מבואר להדיא בדבריו, דהא כתב שהזיקו ממון זה שהי' מקבל עבור מכירתו, ולא כתב שגדר ההזיק הוא עצם האבר שלו, וא"כ לפי הנ"ל שפיר כתב ששמין כעבד עברי דהא ישראל אינו יכול להמכר לעבד כנעני, משא"כ התם בסנהדרין גבי דמי עלי, שפיר י"ל ששמין אותו כעבד כנעני, ואע"פ שאינו יכול להמכר לעבד כנעני, אבל מ"מ הנדר מתפרש כנדר לשלם אותם הדמים שהי' יכול לקבל אילו הי' יכול להמכר לעבד כנעני, ומש"ה שפיר שמין כשומת עבד כנעני, אבל הכא דינו של החובל הוא לשלם את מה שהפסידו למעשה, ולכן חיובו הוא לשלם את ההפסד של דמי המכירה של ע"ע שהרי יתכן למוכרו רק לע"ע.

(ולפי דרכנו הנ"ל צ"ל שמה שאמר רבא

בערכין דף י"ט ע"ב שאומדין דמי עלי באומד ניוזקין, הכוונה היא רק ששמין את היד אגב הגוף כיוון ששמין בניזקין, אבל לעולם יתכן ששמין דמי עלי כעבד כנעני וניזקין כע"ע. וגם במאי דבעי רבא שם שאם אמדוהו אומד ניוזקין ואמר דמי עלי מהו, מי אמרינן כבר אמדוהו וכו', כלומר שכבר קטע יד חבירו ואמדוהו כמה שוה למכור בלי ידו לע"ע, גם בזה י"ל שמאחר שידעינן כמה הי' נפחת אם הי' עבד עברי הרי זה נקרא אומד גם לענין דמי עלי כיוון שעל פי זה נוכל לידע ע"י שאילת התגרים כמה הי' נפחת אם הי' עבד כנעני, ועיי"ן). ברם לפי מה שנראה מדברי רש"י שהתשלומין הם עבור שהפסיד אותו את דמי ממכר עבד עברי א"כ צ"ע אמאי משלמים נזק בזמן שאין היובל נוהג ואין נוהג דין עבד עברי.

גם צ"ע איך שמין נזקי אשה, ונצטרך לומר דס"ל לרש"י כהרמב"ן שאשה גדולה יכולה למכור את עצמה לאמה ודלא כהרמב"ם שסובר שאינה יכולה. מיהו גם לפי הרמב"ן נראה שאשה נשואה אינה יכולה למכור את עצמה משום שהיא משועבדת לבעלה ופטורה אפילו מכיבוד אב, וא"כ איך נשום אותה לפי רש"י.

וגם צ"ע מלקמן בדף פ"ד ע"א, דעיי"ש דס"ד שאין שמין אותו כעבד אלא כבן חורין, ופרכינן על זה דא"א לשום אותו כבן חורין משום שבן חורין מי אית לי' דמי, ואילו לפי דרכינו הנ"ל הא שפיר אית לי' דמי, דהא אפשר לשום דמי שכירותו כשכיר, דבשלמא אם שמין את עצם גופו א"כ שפיר פרכינן שלא שייך לשומו כבן חורין משום שלא מצינו בשום עסק של

מקח וממכר ששמין את גופו של בן חורין, אבל אם מה ששמין הוא מה שהפסיד אותו את דמי המכירה א"כ אפשר לשום גם כבן חורין, דהיינו לשום את הפסד דמי השכירות. ואולי זוהי כוונת הב"ח בסי' ת"כ במה שהקשה על רש"י מההיא דלקמן שם עיי"ש.

וע"ע בביאור הגר"א בסי' ת"כ סק"כ שכתב כהרא"ש ששמין כעבד כנעני, וכתב שהיינו משום שבכלל אין דמים לעבד עברי, וצ"ע לדברי רש"י בב"ב דף י"ג סוף ע"א שכתב וז"ל, שאין דמים לבן חורין שאין עבד עברי נמכר אלא לשש עכ"ל. ולכאורה הכוונה היא שאין דמים לגופו של ע"ע משום שהוא נמכר רק לשש ולכן אין גופו קנוי אפילו בתוך שש להאדון כמו שגופו של עבד כנעני נקנה, ומאי דאמרינן בקידושין דף ט"ז ע"א שע"ע גופו קנוי הכוונה היא לקנין איסור אבל המלאכה הרי היא רק בגדר חוב וכמו שכתבו הראשונים שם*). מיהו כבר ביארנו שאין כוונת רש"י לומר ששמין את גופו כעבד עברי אלא ששמין את דמי מכירתו לע"ע.

ב. והנה עיין ברא"ש במה שהקשה על פירושו של רש"י, וביאר הפלפולא חריפתא שכוונתו היא להקשות שלפי רש"י יוצא חומרא בהשומא, ואילו אנו הרי מקילים בכל השומות. והא דיוצא חומרא לפי רש"י הרי זה משום שכששמין אותו כעבד עברי הרי א"א לשום כמה הוא נחסר לגבי מכירה עולמית, דהא עבד עברי אינו נמכר

לעולם אלא לשש בלבד, וא"כ נצטרך לשום כמה יחסר אילו הי' מוכר את עצמו עכשיו לשש ושש ועוד שש עד עולם, וא"כ הרי יוצא חומרא להמזיק משום שמכירה עולמית היא יותר זול מהרבה מכירות של שש ושש (וגם הוסיף שם להקשות דהא אין זה דרך מכירתו). ועיין גם בסמ"ע בסי' ת"כ סקט"ז שביאר כהנ"ל את קושיית הרא"ש, אלא שמשמע מלשון הסמ"ע שכוונתו היא קצת אחרת מהפ"ח, והיינו שהפ"ח הבין שלפי רש"י צריכים אנו לשום כמה יחסר אילו ימכור את עצמו מיד עכשיו לשש ושש ושש, אבל הסמ"ע הבין שעכשיו שמין אותו רק לשש, וכשיגמור את השש, אז נידון עוד הפעם ונשום אותו לעוד שש, וכן לעולם (ולכן לא כתב הסמ"ע את הסברא שכתב הפ"ח שאין זה דרך מכירתו). ובאמת דרכו של הסמ"ע מסתברת טפי משום דמי ידעינן מראש לכמה תקופות של שש יחי', וכן כמה יכחיש גופו מתקופה לתקופה. ורעק"א במשניות כאן באות ס"ה כתב כדרכו של הסמ"ע בביאור קושייתו של הרא"ש.

ועכ"פ עיין בחידושי אנשי שם על הרי"ף שכנראה ביאר בדרך אחרת לגמרי את קושיית הרא"ש, והיינו שכוונתו היא להקשות דליכא בכלל שום דרך איך לשומו לעולם, והיינו משום דכיון שהוא יוצא בשש (ורק אח"כ יוכל למכור את עצמו לעוד שש) א"כ לא נוכל לשומו אלא לשש שנים לחוד, וא"כ הרי אנו מפסידים בזה את הנחבל ומקילים על המזיק יותר מדי,

בענין המשמעות שיש מדברי רש"י שם בענין זה.

(* ועי' בספרי על קידושין דף ט"ז באות רט"ו

דהא הנחבל הי' יכול למכור את עצמו אחרי שש לעוד שש ואילו עכשיו הרי יפסיד כשיבוא למכור את עצמו פעם שני'. ועיי"ש בחידושי אנשי שם שתירץ באמת על קושיית הרא"ש (לפי פירוש) שהרי נוכל לשומו להרבה מכירות של שש.

והנה לא הבנתי את קושיית הרא"ש לפי ביאורם של הפ"ח והסמ"ע משום שנהי שמכירה עולמית היא בזול, אבל הלא השויות של עבד כנעני היא יותר גדולה משויותו של ע"ע דהא מותר לעשות בו עבודת פרך, וא"כ אולי גם אם נישום כע"ע הנמכר לשש ושש אכתי יצא יותר זול משומא עולמית של ע"כ.

והנה הב"ח בסי' ת"כ והיש"ש כאן בסי' א' נדחקו להכניס כוונות אחרות לגמרי בדברי רש"י באופן שלעולם לא היתה כוונת רש"י לומר שחייבים לשום כע"ע, דעיי"ש בב"ח שכתב שכוונת רש"י היא רק להיכא שזילא לי' להניזק להיות נישום כע"כ, והיש"ש כתב שכוונת רש"י היא רק להסביר איזה הפסד גרם החובל להנחבל, וזהו שכתב שהפסידו דמי ע"ע, אבל אין כוונתו לומר דשיימינן כך. ועוד הוכיחו שם שאין כוונת רש"י לומר שחייבים לשומו כע"ע מדברי רש"י עצמו בדף פ"ד ע"ב בד"ה פגם שכתב ששמין "כשפחה" ומשמע שכוונתו היא לשפחה כנענית (בניגוד לאמה עבריי). וע"ע בשט"מ בד"ה נזק בשם הר"ר יהונתן דלפום ריהטא

כוונתו היא לדברי היש"ש. מיהו אולי צריכים לגרוס בדבריו "עבריי" ולא "נכריי" עיי"ש.

קמז) צער כוואו בשפוד או במסמר.

פירש"י במסמר, כאב המכה עכ"ל. ועיינן בתיו"ט שכתב וז"ל, ונראה לי שר"ל שאינו חוזר על כוואו אלא שתחב לו מסמר שאינו חם עכ"ל. והנה אולי יש גם ללמוד חידוש דין מסוים מדברי רש"י הנ"ל, והיינו ע"פ מה שהביא הרא"ש לעיל בפרק הכונס סי' ט' מחלוקת הראשונים באם חייבים לשלם רק את הצער שנצטער בשעת ההכאה ממש*), או האם חייבים לשלם גם את כל הצער שנמשך אחר כך, וא"כ אולי כוונת רש"י כאן היא לומר שהוא משלם גם את הצער של אחר כך, דהיינו גם את "כאב המכה" כלומר כל זמן שנמצא שם מכה, ולא רק את כאב "ההכאה", ויש לדחות.

ובסברת המחלוקת נראה דפליגי באם חשיב הצער הנמשך כגוף חדש של צער אשר לפ"ז יוצא שהמעשה חבלה הי' רק בגדר גורם בעלמא להצער הזה שנולד אח"כ וממילא הרי הוא פטור**), או האם מיקרי צער זה כהמשכו של הצער הראשון של שעת ההכאה והכל הוא צער אחד באופן שמיקרי מזיק בידים גם על הצער ההוא (דוגמת מאי דאמרינן בדף ל"ד ע"א לענין נגיחת שור שקרנא דתורא קבירא

** לפי מה שהבאנו בסוף הספר בהקונטרס על ענין גרמי מהר"י והרא"ש שכשבא ההיזק לאחר זמן הרי זה בגדר גרמא.

* אבל הצער של אח"כ הרי הוא בגדר גרמא (כן ביארו תוס' בכתובות דף ל"ט ע"א והרא"ש בתשובותיו בכלל ק"א אות ב').

בי). ושייך לומר כן גם בצער ביאה ראשונה אע"פ שלמעשה אינה מרגשת הצער מחמת רוב תאוה וכמש"כ הר"י.

וע"ע בדף פ"ה ע"א דאמרינן שחיוב צער כולל גם דמים יתרים, ופירשו שם תוס' וז"ל, ונראה לר"י לדמים יתרים שמשלם בצער שיש בו רושם יותר מבצער שאין בו רושם, אע"פ שאין מצטער בזה יותר מבזה משלם יותר לפי שמתגנה מחמת הרושם עכ"ל. ובתירו"ט על המשנה בד"ה צער וכו' תמה על דבריהם דהא גנות זו היא בושת ולא צער. מיהו צ"ל דס"ל לתוס' שבושת לא מיקרי אלא מה שהוא מתגנה ממה שהלה הכהו ומחזיקו בזה כפחת ערך ומזלזל בו, דהיינו הבושת שיוצאת מהיחס שחבירו מתייחס אליו, אבל זה שהוא מתגנה מחמת חסרון האבר, הבושת הזה הרי היא בכלל צער ולא בכלל תשלומי בושת (והרמ"ה בשט"מ בדף פ"ה ע"א בד"ה וכתב הרמ"ה וכו' סובר שגם בושת זו היא בכלל תשלומי בושת וכהתירו"ט).

ברם לכאורה ההרגשה הזאת של צער אינה מתחלת בשעת ההכאה אלא לאחר זמן, וא"כ מוכח דס"ל לתוס' שהוא חייב גם על סוג של צער שכל עיקרו מתחיל רק לאחר ההכאה, כשהוא מתראה בפני אנשים, וא"כ מכ"ש שהוא חייב על צער הנמשך, וא"כ צ"ע דהא תוס' כתבו כן בשם הר"י, ואילו הרא"ש הביא בשם הר"י שלא מתחייבים על צער הנמשך. ובודאי שדוחק מאד לומר שתוס' בדף פ"ה בשם הר"י איירי רק באופן שקיים צער זה כבר בשעת ההכאה, ושכוונתם

היא לחייב רק על הרגע של שעת ההכאה. וע"ע בב"י בסי' שפ"ו אות ג' שהביא מהנ"י בפרק לא יחפור שאומן שהקיז את דמו של אדם ושוב חלה מההקזה, אין האומן משלם לו צער חליו.

קמח) אומדים כמה אדם כיוצא בזה רוצה ליטול להיות מצטער כך.

פירש"י וז"ל, כיוצא בזה לפי מה שהוא מעונג רב צערו וכאיבו עכ"ל. ברם עיין ברמב"ם בפ"ב מהל' חובל ומזיק ה"ט שכתב וז"ל, כמה הוא הצער, הכל לפי הניזק, יש אדם שהוא רך וענוג מאד ובעל ממון, ואילו נתנו לו ממון הרבה לא הי' מצטער מעט, ויש אדם שהוא עמלן וחזק ועני, ומפני זזו אחד מצטער צער הרבה עכ"ל. הרי שכתב שתלוי גם באם הוא בעל ממון ולא רק באם הוא רך וענוג. ועיין ברש"ש ובחידושי הגר"ח על הש"ס בהשמטה שבסוף הספר מה שכתוב על מחלוקתם. ועכ"פ בדף פ"ד ע"א אמרינן בגמרא בזה"ל, דלמא איכא איניש דמפנק דאית לי' צער טפי וכו', הרי שתלו את הדבר רק באם הוא מפונק וכמו שהזכיר רש"י ולא תלו גם באם הוא בעל ממון. וכן במכילתא משפטים סוף פרשה ח' הזכירו רק מרוכך מעודן ומפונק עיי"ש.

קמט) אבל אתה לוקח כופר לראשי איברים.

לעיל בחלק א' אות ס"א כתבנו שמכאן יצא לו להרמב"ם מה שכתב בפרק א'

מהל' חובל ומזיק ה"ג שתשלומי חבלות
הם בגדר כופר, עיי"ש שהארכנו בזה.

קנ) והא כתיב ואיש כי יכה כל נפש אדם מות יומת, בממון.

עיי' בתוס' שהקשו על גירסא זו וז"ל,
ועוד מאי פריך מעיקרא והא כתיב ואיש
כי יכה כל נפש אדם, מי אלים מקרא דעין
תחת עין דמוקמינן ל' בממון בג"ש
דהכאה הכאה עכ"ל. והנה לכאורה יש
לעיי' למה לא הקשו גם מקרא דכן ינתן
בו, והיינו דמי עדיף קרא דיומת מקרא דכן
ינתן בו דמוקמינן ל' בממון אע"פ
שמשמעותו הוא ממש כמו דאמרינן בדף
פ"ד ע"א. ברם י"ל שבדוקא הקשו רק
מקרא דעין תחת עין, והיינו משום דס"ל
לתוס' דכן ינתן בו סובל באמת את ב'
הפירושים, דהיינו בין ממון ובין ממש,
דמצד אחד משמע ממון משום שאין נתינה
אלא ממון, אבל מצד שני משמע ממש כמו
כי יתן מום באדם עי' בזה להלן שם, אבל
עין תחת עין משמע רק עין ממש, וכן
מבואר בדברי תוס' בד"ה מאי וכו' דעין
תחת עין משמע ממש וכן כתבו בריש דף
פ"ד, ומש"ה מקשים תוס' שאם מוקמינן
קרא דעין תחת עין בממון א"כ ה"ה לקרא
דיומת אע"ג דמשמע מיתה ממש ולא
ממון.

וגם מדברי רב סעדי' גאון שהביא האבן
עזרא בשמות כ"א כ"ד נראה שפשטות
הפסוק של כן ינתן בו סובל מצד דקדוק
הלשון גם את הפירוש של "ממון", אבל
עין תחת עין משמע רק "ממש", רק שמצד

הסברא ידעינן שא"א לפרשו כן ושצריכים
להוציא את הפסוק מידי פשוטו וכמו
שביאר שם. ועיי"ש ביתר דברי האבן
עזרא.

ברם מדברי הרמב"ם משמע להיפך מכל
הנ"ל, והיינו דמשמע מדבריו דס"ל שמצד
פשטות הלשון עין תחת עין סובל את ב'
הפירושים דהיינו גם "ממש" וגם דמי עין,
ואילו קרא דכן ינתן בו משמע רק "ממש",
וז"ל בה"א שם, שנאמר עין תחת עין, מפי
השמועה למדו שזה שנאמר תחת, לשלם
ממון הוא. זה שנאמר בתורה כאשר יתן
מום באדם כן ינתן בו אינו לחבול בזה כמו
שחבל בחבירו, אלא שהוא ראוי לחסרו
אבר עכ"ל, הרי שכן ינתן בו משמע דוקא
ממש ומש"ה לא כתב שמפי השמועה
למדו שהוא ממון כמו שאמר בנוגע לקרא
דעין תחת עין, אלא משמע שהפירוש
הפשוט הוא שהי' ראוי לחסרו אבר. ועיי'
באבן עזרא שם שכתב כן לגבי קרא דעין
תחת עין, דהיינו שהכוונה היא שהי' ראוי
לחסרו את עינו.

ונראה שמקורו של הרמב"ם הוא מלשון
הגמ' בתחילת הסוגיא שהקשו דאימא עין
תחת עין ממש, דמזה מוכח שהפסוק סובל
את שני הפירושים, דהא לא הקשו בלשון
של "והא עין תחת עין כתיב" כמו שהקשו
אחר כך בלשון של והא כתיב ואיש כי יכה
כל נפש אדם מות יומת. וכן העיר התורת
חיים בד"ה והא כתיב (הראשון) דעין תחת
עין סובל את ב' הפירושים ולכן לא הקשה
הגמ' בלשון של והא כתיב עין תחת עין
אלא בלשון של ואימא עין תחת עין ממש
(מיהו בהמשך דבריו נקט התורת חיים

שבכל זאת עין תחת עין משמע יותר ממש מממון עיי"ש).

מיהו לכאורה צ"ע דלפי מה שכתבנו בדעת הרמב"ם דקרא דכן ינתן בו משמע ממש א"כ למה הקשו בתחילת הסוגיא דאימא עין תחת עין ממש, ולא הקשו מקרא דכן ינתן בו בלשון של והא כתיב כן ינתן בו.

והיש"ש כאן כתב בדעת הרמב"ם שעין תחת עין משמע רק ממש, ושמשום כך הוצרך הרמב"ם לומר שמפי השמועה למדו שהוא משלם ממון. וזהו דלא כדברינו הנ"ל בדברי הרמב"ם שעין תחת עין סובל את ב' הפירושים.

קנא) בענין לאו דלא תקחו כופר לנפש רוצח.

עיי' בגמרא דאמרינן שכוונת הפסוק היא לומר שלא תשקול מיני ממון ותפטרי. וכתב הרמב"ם בפ"א מהל' רוצח ה"ד וז"ל, ומוזהרין ב"ד שלא ליקח כופר מן הרוצח ואפילו נתן כל ממון שבעולם ואפילו רצה גואל הדם לפוטרו, שאין נפשו של זה הנהרג קנין גואל הדם אלא קנין הקב"ה שנאמר לא תקחו כופר לנפש רוצח ואין לך דבר שהקפידה תורה עליו כשפיכות דמים שנאמר ולא תחניפו את הארץ וגו' כי הדם הוא יחניף את הארץ וגו' עכ"ל.

ולכאורה צ"ע דלא הי' לו להביא בהל'

רוצח אלא את גוף ההלכה שרוצח אינו נפטר בכופר, אבל העובדא שיש בזה אזהרה לב"ד אינו ענין לשם כלל, ולא הי' לו להביא דבר זה אלא בפ"כ מהל' סנהדרין בהדי שאר כל מצות הדיינים, ואילו התם לא הביאו כלל. ועוד דמאי שנא דבפ"כ מהל' סנהדרין הביא לאו דלא תחוס עינך עליו שזה אזהרה שלא לפטור את הרוצח ואילו בהל' רוצח לא הביאו כלל. ויש ליישב בדוחק דכיון שהוצרך להביא את הדרשה של ולא תקחו בהל' רוצח משום שלמדים ממנו את החידוש דין הנ"ל שאינו נפטר בממון, לכן קבע כבר את כל הלאו בהלכות רוצח.

גם צ"ע דמנ"ל להרמב"ם שהכוונה היא ללאו, אולי כל האמור בזה הוא רק את עצם הדין שאינו נפטר בממון, אבל אם פוטרים אותו, לעולם אימא שעוברים רק בהלאו של לא תחוס עינך, וכן מבטלים בזה את המצוה של מיתת ב"ד, אבל מנ"ל שנאמר כאן לאו חדש.

גם צ"ע על מש"כ שהגואל הדם אינו יכול למחול, דלכאורה דבר פשוט הוא שאין צריך לאומרו דהא אפילו הנרצח עצמו אינו יכול למחול (כגון קודם שתצא נפשו), דהא גם לגבי דידי' אמרינן שנפשו הוא קנינו של הקב"ה*). ועוד שהרי הגואל הדם בעצמו הי' חייב מיתה אילו הי' רוצח את הנרצח וא"כ איך ס"ד שתועיל מחילתו. ובדוחק י"ל על הקושיא השני' שאם הגואל הדם עצמו הי' הורגו א"כ לא הי' חל עליו

הבית מאיר ביו"ד סי' רט"ו ס"ה, ודלא כהמנחת חינוך במצוה ל"ד שכתב שאינו בלא תרצח. ועיי' עוד בזה להלן באות רכ"ה.

* וכן הוא עצמו אסור לו להרוג את עצמו מקרא דואת דמכם וגו', ונתרבה בפסיקתא רבתי ריש פרק כ"ד מלא תרצח דדרשינן לא תרצח, וכן כתב

שם של גואל הדם, אבל השתא שהוא שפיר נעשה גואל הדם, שפיר ס"ד שהוא יכול למחול.

גם צ"ע דמשמע שאם הי' נפשו קנינו של הגואל הדם אז שפיר הי' יכול למחול, ולכאורה צ"ע דהא כל הענין של מחילה שייך רק קודם הרציחה, להתיר לו לרצוח, אבל לאחר שרצח שלא ברשות, ודינו הוא להתחייב עונש על זה שרצח שלא ברשות, לכאורה אין מקום לומר שמועלת מחילה, דהא החיוב מיתה הוא חיוב מיתה לשמים ואינו כמו חיוב תשלומין שהוא חיוב להבעל דין (ובודאי שגם אם הי' נפשו קנינו של הגואל הדם, בכל זאת החיוב מיתה הי' מתפרש כחיוב לשמים ולא להגואל הדם).

ברם באמת מצינו כהאי גוונא בפ"ז מהל' ממרים ה"ח דעיי"ש דמבואר שאביו ואמו של בן סורר ומורה יכולים למחול גם לאחר שהמרה*).

קנב) ה"נ נהורא שקל מיני' נהורא אמר רחמנא נשקול מיני'.

צ"ע דאפילו אם קאי על נהורא אבל הלא גם בזה יש חילוק בין אנשים, דהא יש כאלו שכבר כהה קצת מאור עיניהם, וא"כ אם ראייתו של המזיק היא יותר

חלשה או חזקה משל הניזק אכתי נשארתי קושיא כעין קושייתו של רבי דוסתאי בן יהודה (ודוגמת מאי דפריך רבי שמעון בן יוחאי מסומא וסימא). ועיין לקמן באות קנ"ז.

ועוד דמה נעשה למי שלא סימא לגמרי את עין חבירו אלא רק גרם לכח ראייתו להיות יותר חלש, דאיך אפשר לכוון לעשות כיוצא בזה. ועיין באבן עזרא על שמות כ"א כ"ד שהביא בשם רב סעדי' גאון הכרח זה שעין תחת עין הוא ממון.

דף פ"ד ע"א

קנג) ומאי קושיא דלמא היכא דאפשר אפשר לא היכא דלא אפשר לא אפשר ופטריןן לי'.

לכאורה צ"ע אמאי לא אמר כן גם לעיל דאמרינן הרי שהיתה עינו של זה גדולה ועינו של זה קטנה היאך אני קורא בו עין תחת עין, וכי תימא כל כי האי גוונא שקיל מיני' ממונא התורה אמרה משפט אחד וגו', דגם שם אמאי לא דחי שלעולם עין תחת עין הוא ממש רק שהיכא שלא אפשר לא אפשר ופטריןן לי' ואינו משלם אפילו ממון, באופן ששוב לא חסר בהשם של

לאחר המעשה בדעת הספר חסידים. והריב"ש בשם הראב"ד בהתשובה שהביא הכסף משנה בסוף הל' תלמוד תורה השוה מחילה שקודם המעשה למחילה שאחר המעשה, דהא הביא ראי' שלא מהני מחילת רבו על בזיונות קודם המעשה ממה שלא מהני מחילה אחר כך (דהיינו ממאי דאמרינן שתלמיד מכס צריך שיהי' נוקם ונוטר כנחש).

* וע"ע בענין מחילה לאחר המעשה ברמב"ם בפכ"ו מהל' סנהדרין ה"ו שכתב שהיכא שכבר קילל ונתחייב מלקות לא מהני מחילה, ודייק המנחת חינוך במצוה מ"ח דמשמע מלשון זה שקודם שקילל שפיר מהני מחילה (ועיין שם בכסף משנה). ועיין עוד בברכי יוסף ביו"ד סי' ר"מ מה שרצה לחלק בין מחילה קודם המעשה לבין מחילה

משפט אחד, וכמו דאמר כאן שאם הוא סומא וסימא, אז הרי הוא נפטר לגמרי, ולא חסר בהשם של משפט אחד.

קנר) דאי לא תימא הכי טריפה שהרג את השלם וכו'.

ובדעת רשב"י י"ל דס"ל ששפיר חסר בהשם של משפט אחד גם אם נפטור אותו לגמרי וס"ל שמטריפה לא קשה על זה משום שהתם מאי דפטרינן ל' הרי זה משום דהוי עשאאי"ל אשר לפ"ז יוצא שבאמת ליכא עדות כשירה ולא ידעינן בכלל שהרג, וכסברת רעק"א בגליון הש"ס. ובדעת המקשן י"ל דס"ל שמה שטריפה אינו נהרג אין זה משום עשאאי"ל, אלא משום דחשיב כבר כהרוג, דמש"ה לא שייך לחייבו מיתה, והוי ממש כמו סומא וסימא, וכן כתב הרמב"ם בפ"י מהל' נזקי ממון ה"ז. מיהו אכתי צ"ע על המקשן משום שסוף סוף גם זה נשאר אמת שזה עשאאי"ל וא"כ אין כאן עדות כלל, ולא ידעינן שהרג.

ובאמת בפ"ב מהל' רוצח ה"ט כתב הרמב"ם גם את הטעם של עשאאי"ל, והא דהוצרך לכתוב בהל' נ"מ גם את הטעם של כהרוג דמי הרי זה משום שמחמת הטעם הזה של כהרוג דמי אפשר לפטור גם שור טריפה שהרג משום שכמיתת הבעלים כך מיתת השור וכמו שכתב בהלכות נזקי ממון שם, והיינו משום דס"ל להרמב"ם שכדי לפטור משום הכלל של כמיתת הבעלים כך מיתת השור בעינן שטעם הפטור בהאדם יהי' שייך גם בהשור, ומש"ה שפיר

הוצרך הרמב"ם להטעם של כהרוג דמי, משום שטעם זה שייך גם בנוגע להשור, משא"כ הטעם של עשאאי"ל לא שייך בהשור, דהא העדים שהעידו בהשור הטריפה שהרג הם שפיר בגדר עשאאי"ל, דהא באו העדים לגרום הפסד להבעלים שהרי רצו להפסידו את שורו, וא"כ שפיר אפשר להזימם (ועיין בתוס' בסנהדרין דף ע"ח ע"א בד"ה שור וכו' שכתבו שזהו באמת הטעם של המ"ד שם שמחייב שור טריפה שהרג, דהיינו משום שהטעם של עשאאי"ל לא שייך בהשור). שו"ר בקובץ שיעורים בחלק ב' סי' ל"ט שכתב כהנ"ל בדעת הרמב"ם, וגם כתב שמקורו של הרמב"ם הוא מהמקשן בסוגיין וכדברינו לעיל, וגם ביאר שם למה אכתי בעינן גם את הטעם של עשאאי"ל, וכן למה לא פטרינן שור טריפה משום האי טעמא גופא דכמת חשיבא גם בלא להקיש למיתת הבעלים.

ועיין עוד בחלק א' באות תקט"ו ותקי"ח ותק"נ שהבאנו הרבה מקורות בענין אם בעינן שהטעם של הפטור בנוגע להבעלים יהי' שייך גם בהשור.

קנה) ומאי קושיא דלמא מימד אמדינן ל' ואי לא מצי מקבל לא עבדינן ל'.

האבן עזרא בשמות כ"א כ"ד הביא בשם רב סעדי' גאון שהוסיף עוד ציורים שלא נוכל לעונשו, וכגון היכא שהחבלה היתה במקום מסוכן ויתכן שנהרגנו בטעות אם נבוא לעשות כיוצא בה, וכן היכא שלא סימא לגמרי את עינו אלא רק כהה קצת

את מאור עיניו דהיאך נוכל להזהר שלא לסמותו יותר ממה שסימא. ועיין לעיל בסוף אות קנ"ב.

קנו) מי לא תנן גבי מלקות אמדוהו ומת תחת ידו פטור.

ובדעת תנא דבי חזקי' לכאורה יש לומר דס"ל דהא דפטור בכה"ג אי אפשר לומר דהוא משום דחשיב אונס, כי הם סוברים שלא יתכן שהתורה תמציא עונש של מלקות כשיתכן אפילו על צד רחוק שימות בדרך אונס, אלא הטעם למה מת תחת ידו פטור הרי זה משום שזה גופא הרי זה חלק מהעונש של מלקות, דהיינו הך סיכון שיתכן על צד רחוק שימות בגלל המלקות, וכל הטעם למה מותר לסמוך על האומדנא הרי זה משום שאפילו אם ימות הרי זה יהי' נחשב כחלק מהעונש, אשר לפ"ז נצטרך לומר שגם בחבלות אם נסמוך על האומדנא הרי זה משום שאפילו אם ימות אין זה נקרא אונס אלא הרי זה נחשב כחלק מהעונש וא"כ יוצא ששפיר ענשו אותו עין ונפש תחת עין. והמקשן על תנא דבי חזקי' סובר שהטעם למה הוא פטור אם מת תחת ידו אינו משום שזה גופא שמת תחת ידו נחשב כחלק מהעונש של מלקות, אלא הטעם הוא בגלל שהשליח ב"ד מיקרי אנוס, וא"כ שפיר יוצא שיסוד העונש הוא רק מלקות לחוד, וכן כאן יסוד העונש הוא תמיד רק עין תחת עין לחוד (ועיין בספרי על סנהדרין באות פ"ד שהארכתי בענין טעם הפטור במת תחת ידו).

גם יש לבאר שלעולם כו"ע יכולים

לסבור לענין מלקות שמת תחת ידו פטור, או משום אונס או משום דחשיב חלק מהעונש, רק שפליגי תנא דבי חזקי' והמקשן בזה שהמקשן סובר שכוונת הדרשה של ולא נפש ועין תחת עין היא רק ללמדנו שנעשה אומדנא ושנשתדל לכתחילה שלא יבוא לידי נפש ועין תחת עין, אבל אם אירע כן אין בכך כלום בין אם יחשב כחלק מהעונש ובין אם לא יחשב כחלק מהעונש, ואילו תנא דבי חזקי' סובר שהדרשה באה לשלול שלא תהי' שום אפשרות כלל של מציאות כזאת של נפש ועין תחת עין בין אם יחשב כחלק מהעונש ובין אם לא יחשב כחלק מהעונש.

קנז) למאי נפ"מ למיתב לי' היאך דביני ביני.

הנה לכאורה צ"ע אמאי לא קאמר שבכה"ג חסר בהשם של משפט אחד. ולכאורה צ"ל ששפיר הי' נחשב בכה"ג משפט אחד משום שמשפט זה שמסמין את עינו שוה הוא בכל אדם, ומה שלפעמים מחייבים אותו להוסיף תשלומי דמים של צער דביני ביני, אין זה מחסר בהשם של משפט אחד, ורק בסוגיא דלעיל שייך לומר שחסר בהשם של משפט אחד כיון שפטרין לי' לגמרי מעונש הגוף ומחייבין לי' רק ממון.

והנה בהברייתא של רבי דוסתאי בן יהודה תניא הרי שהיתה עינו של זה גדולה ועינו של זה קטנה היאך אני קורא בו עין תחת עין, ומפרש הש"ס על זה וכי תימא כל כי האי שקיל מיני' ממונא, התורה אמרה משפט אחד יהי' לכם משפט השוה לכולכם, ולפי הסברא הנ"ל נראה שכוונת

משמי' דרבה לקמן בסמוך שהוכיח מקרא דריפוי במקום נזק שעין תחת עין הוא ממון. וכ"כ הרמב"ן בשמות כ"א כ"ד שלא מסתבר שהפסוק איירי רק בנוגע לריפוי דביני ביני. וגם הוסיף הרמב"ן שם עוד סברא וז"ל, וגם אם נתרפא יותר מהר, כבר לקחנו נקמתנו ממנו כי עשינו לו מה שעשה בשה עכ"ל, כלומר שבאמת לא יצטרך לשלם הא דביני ביני. ועיין עוד ביש"ש כאן בסוף סי' א'.

קנח) אלא אמר רב אשי לומר שאין שמין אותה בניזק אלא במזיק.

עיי' בתוס' שפירשו דהיינו משום שכופר קריא רחמנא, ומש"ה סובר רבי אליעזר שזה כמו כופר שהוא דמי מזיק. ברם עיי' בשט"מ בשם גאון שכתב טעם אחר וז"ל, ה"ק שאין שמין את הניזק כמה הי' יפה קודם שנסתמא עינו וכמה הוא יפה עכשיו, דהואיל ונסתמית עינו ואינו נראה שלם אין דמי עינו מרובין, אלא שמין אותו במזיק כמה הוא יפה כשהוא בשתי עינו וכמה יהא יפה אם לא יהא לו אלא עין אחת והיינו רווחא דניזק עכ"ל. ולכאורה צ"ע דנהי שיתכן שיצא חשבון מועט אם נשום בעינו של הניזק, אבל אכתי אין זה משמש כטעם לשום בעינו של המזיק, דהא יתכן שגם על ידי זה יצא פחות, דהא זימנין שעינו של המזיק שוה פחות כגון שיש לו ראי' חלשה באופן ששומת הזיקו שוה פחות משומת ההיזק שנעשה לעינו של הניזק. ויש ליישב את דברי הגאון בדרך דוחק ולכן לא כתבתיו.

רבי דוסתאי בן יהודה היא רק להיכא שעינו של המזיק היא גדולה משל הניזק, דבכה"ג הרי א"א לסמותו אלא יצטרך לשלם ממון, אבל היכא שעינו של המזיק קטנה משל הניזק לא קשה מידי משום שבכה"ג הרי שפיר נוכל לסמותו, ותו לא איכפת לן בזה שיצטרך להוסיף ולשלם מאי דביני ביני.

מיהו זה אינו, משום שהדר פריך שם שבקטן שהרג את הגדול וגדול שהרג את הקטן היכי קטלינן לי' והתורה אמרה משפט אחד יהי' לכם וכו', ואילו לפי הנ"ל לא קשה אלא מגדול שהרג את הקטן, אבל מקטן שהרג את הגדול לק"מ משום ששפיר נוכל להורגו ומה שיצטרך להוסיף מעות אין זה מחסר בהשם של משפט אחד, וא"כ למה הקשו בגמרא גם מקטן שהרג את הגדול. ולכאורה מוכח מזה שהסוגיא לעיל לא אזלא עם הך סברא שהיכא שיצטרך לשלם תשלומין דביני ביני לא חסר בכה"ג בהשם של משפט אחד, אלא לעולם שפיר חסר גם בכה"ג בהשם של משפט אחד. וע"ע בזה לעיל באות קנ"ב.

וגם בדעת רב זביד משמי' דרבה י"ל דס"ל שגם משום זה שיצטרך להוסיף תשלומין דביני ביני חסר בהשם של משפט אחד.

גם י"ל בדעת רב זביד משמי' דרבה שאפילו אם לא יחסר בהשם של משפט אחד אבל מ"מ לא מסתבר לי' לאוקמא קרא דתשלומי צער בצירור של ביני ביני.

וכהסברות הנ"ל י"ל גם בדעת רב פפא

קנט) תד"ה רב אשי אמר.

עיין בחלק א' אות צ"ח מה שכתבנו
בנגוגע להדיבור הזה של תוס'.

**קס) בענין אם יש חיוב
בושת גם על גרמא.**

עיין בזה בחלק א' אות תנ"ו.

דף פ"ד ע"ב**קסא) רש"י ד"ה אלהים
בעינין.**

וז"ל, אלהים בעינין דהא כולהו בפרשת
אלה המשפטים כתיבי אדם באדם וכי
יריבון, אדם בשור וכי יגח, ובההיא פרשה
כתיב עד האלהים יבוא דבר שניהם, וקסבר
דאכולהו קאי וכו' עכ"ל. הרי שפירש דקרא
דעד האלהים יבוא דבר שניהם קאי על כל
הכתוב בפרשת משפטים. ולכאורה צ"ע
דהא חזינן שסוגיא דהכא ס"ל שעירוב
פרשיות כתוב כאן ושקאי כי הוא זה על
הודאות והלואות, דהא אמר רבא דהא דלא
בעינן מומחין בהלואה הרי זה משום
תקנתא דעבדינן שליחותיהו, ומשמע
שמקודם לכן שפיר היו צריכים מומחין,
והיינו בע"כ משום שעירוב פרשיות כתוב
כאן באופן שקרא דכי הוא זה קאי על
הלואה, ובההוא קרא הרי כתיב אלהים, וכן
מבואר בריש סנהדרין שהטעם לומר
שהודאות והלואות בעו ג' מומחין הרי הוא
משום שעירוב פרשיות כתוב כאן, וא"כ
צ"ע למה הוצרך רש"י לומר שחבלות
כתובים בתוך הפרשה שם, הלא גם בלא
זה תיפוק ל' דאלהים קאי על כי הוא זה

דאיירי בהודאות והלואות וא"כ הרי זה
כולל כל תביעות ממון, וא"כ למה הוצרך
רש"י להראות שכולם כתיבי בפרשת
משפטים.

גם יש לתמוה דבסנהדרין דף ב' ע"ב
מבואר שקרא דאלהים לא קאי על כל
הכתוב בפרשת ואלה המשפטים, דהא
אמרינן שאלהים כתוב גבי גזילות ושוב
ידעינן חבלות משום שמה לי חבל בגופו
מה לי חבל בממונו.

קסב) בא"ד.

וז"ל, והיינו מומחין וסמוכין עכ"ל. פי'
חכמים מומחין הראויים לסמיכה וגם סמכו
אותם.

ועיין עוד בסנהדרין דף ב' ע"ב דקרינן
לאלהים דקרא מומחין ופירש"י שם שהיינו
סמוכין שנטלו רשות מריש גלותא כדתניא
בדף ה' ע"א שם. וכוונתו היא להא דתניא
שם שאם הי' מומחה לרבים הרי הוא דן
אפילו יחידי, ומסקינן אם בעינן נמי רשות
נשיא או לא, ואע"ג דמסקינן שאפילו אם
לא נטל רשות דינ' דינא, אבל י"ל שנקט
רש"י כהס"ד דהתם. אמנם לכאורה צ"ע
טובא, דהא אפילו לפי מאי דס"ד התם
שצריכים נמי רשות נשיא, אבל מ"מ הרי
זה דוקא ביחיד מומחה כדי שיוכל לדון
הודאות והלואות אפילו יחידי, דכמו
שהצריכו מומחה אע"פ שמן התורה סגי גם
ביחיד הדיוט להודאות והלואות (כמו
שפירש"י שם דאזיל אליבא דמ"ד אין
עירוב פרשיות כתוב כאן, וסגי מדאורייתא
ביחיד הדיוט), הה"נ שהחמירו עליו ליבועי
רשות, אבל בג' מומחין של דיני קנסות,
דהיינו אלהים דקרא, דאיירינן בהו בריש

סנהדרין שם, לעולם אימא שסגי בסמוכין לחוד גם לפי הס"ד דהתם.

מעיקרא ליתא, דהא י"ל שכל היכא שמצינו שדנו גזילות בבבל, הרי זה הי' משום דתקנתא.

קסג) אדם באדם.

עיין ברש"י לעיל בדף ל"ו ע"ב בד"ה ההוא דתקע ל"י ובדברינו שם בחלק א' אות תנ"ח.

קסד) קנסא קא מגבית בבבל.

עיין בחלק א' אות ע"א בענין אם בושת הוא ממון או קנס. ועי' שם גם באות שס"ה.

קסה) בענין תקנתא דמידי דשכיחא ואית בה חסרון כיס.

עיין בתוס' שהקשו על הא דקי"ל גזילות וחבלות בעו מומחין מהא דמצינו בכמה מקומות בש"ס שהיו דנין גזילות וחבלות. ותירצו שדוקא גזילות שעל ידי חבלות בעו מומחין משום שלא שכיח, ומתניתין דריש סנהדרין שסוברת שגזילות בעו מומחין איירי בגזילות שע"י חבלות. והנה מדבריהם חזינן שגם בזמן המשנה ובא"י היתה קיימת דתקנתא דעבדינן שליחותיהו במידי דשכיח ואית ב"י חסרון כיס, דהא כתבו שטעמא דמתניתין דריש סנהדרין שאין דנין גזילות שעל ידי חבלות אלא במומחין הרי הוא משום דלא שכיח, ומשמע שאילו הו' שכיח הו' דיינינן להו אף בזמן המשנה. ועוד דאם דתקנתא דמידי דשכיח וכו' היא תקנה מאוחרת, או תקנה שתקנו רק בבבל, א"כ קושייתם

וע"ע בריש סנהדרין דמדייקינן מהמשנה שם שגם הודאות והלואות דנין בבבל וכמו שמיייתין בגמרא כאן, והטעם הוא משום התקנה של לא תנעול דלת בפני לוי' וכמו שהביא רש"י כאן. ולפי מה שדייקנו מתוס' שגם בזמן המשנה תיקנו כבר שדנין מידי דשכיח ואית ב"י חסרון כיס צ"ל שהך תקנתא שתיקנו שדנין הודאות והלואות בהדיוטות כדי שלא תנעול דלת בפני לוי', והך תקנתא דעבדינן שליחותיהו במידי דשכיח ואית ב"י חסרון כיס, כולה חד תקנתא היא, דאם איתא שהן שתי תקנות, למה הוצרכו לתקן את התקנה של לא תנעול דלת בפני לוי', הלא בכל מידי דשכיח ואית ב"י חסרון כיס עבדינן שליחותיהו, באופן שגם הא שלא בעינן מומחין בהודאות והלואות הרי זה משום תקנתא דעבדינן שליחותיהו, דהא גם הודאות והלואות שכיחי נינהו ואית בהו חסרון כיס, ואפילו אם נאמר שהך תקנה של לא תנעול דלת קדמה לתקנתא דעבדינן שליחותיהו במידי דשכיחא ואיכא ח"כ, אבל בכל זאת בשביל לבאר את המשנה שם מספיק להביא רק את התקנה האחרונה שכוללת את הכל, דהא לאחר התקנה הכוללת שוב לא בעינן להתקנה של נעילת דלת (מיהו עיין בהצד השני בהאות הבאה), וא"כ בע"כ מוכח שבאמת חד תקנתא היא, והיינו שבמידי דשכיח ואית ב"י חסרון כיס עבדינן שליחותיהו כדי שלא תנעול דלת בפני לוי' וכדי לנעול דלת בפני עושי עוולה. ועיין במהר"ם בסנהדרין

דף ג' ע"א שדייק מלשון תוס' שם שחד תקנתא היא.

והנה עיין בסוגיין דפרכינן אלא מ"ש שור בשור ושור באדם דשליחותיהו קא עבדינן מידי דהוה אהודאות והלואות, אדם באדם ואדם בשור נמי שליחותיהו קא עבדינן מידי דהוה אהודאות והלואות וכו', עד דמסיק דכי קא עבדינן שליחותיהו במילתא דשכיח ואית בי' חסרון כיס אבל לא באדם באדם דלא שכיחא וכו'. והנה מהא דאמרינן "מידי דהוה אהודאות והלואות" ומדמינן הודאות והלואות לתקנתא דשור בשור ושור באדם הי' משמע קצת שגם תקנתא דהודאות והלואות הויא חד תקנתא בהדיהו, וגם כי מסקינן דטעמא דשור בשור ושור באדם הוא משום שעבדינן שליחותיהו במידי דשכיח ואית בי' חסרון כיס אכתי שייך לומר "מידי דהוה אהודאות והלואות".

מיהו יש לדחות שלעולם שתי תקנות הן, רק שמדמינן להו אהדדי משום שתרוייהו הן בהכח של עבדינן שליחותיהו. ועכ"פ מדברי רש"י כאן משמע להדיא שחד תקנתא היא דהא כי מסקינן דכי קא עבדינן שליחותיהו במידי דשכיח ואית בי' חסרון כיס, פירש"י בד"ה חסרון כיס ושכיח וז"ל, הודאה והלואה עכ"ל, ומשמע להדיא שלהודאות והלואות בעינן הך תקנתא דעבדינן שליחותיהו במידי דשכיח ואית בי' חסרון כיס, ושהך תקנתא דמידי דשכיחא ואית בי' ח"כ אתי לתקן גם הודאות והלואות, וא"כ מוכח דכי יהבינן בסנהדרין שם טעמא דשלא תנעול דלת בפני לוי, הרי זו חד מילתא בהדי הך תקנתא דהכא, וכשיטת תוס' הנ"ל.

ועיין עוד בגיטין דף פ"ח ע"ב שגם שם הובאה הך תקנתא דמידי דשכיח, וגם שם פירש"י בד"ה מילתא דשכיחא וז"ל, הלואה וכן גט עכ"ל, וכן הוא לשון הטור בחו"מ סי' א' עיי"ש.

אמנם עיין ברש"י בסנהדרין דף י"ג ע"ב בד"ה למידן דיני קנסות שכתב וז"ל, דאלהים כתיב דמשמע דיני מומחין, והיינו סמוכין, ובשאר דיני ממונות (חוץ מקנסות) לא בעינן מומחין כדאוקימנא בריש פירקין משום נעילת דלת, והיכא דליכא נעילת דלת כגון בד' שומרינן וגזילות דיינינן בבבל אע"ג דליכא סמוכין, דשליחותיהו קא עבדינן כדמפרש בהחובל וכו' עכ"ל. ומשמע מדבריו ששתי תקנות הן, דבסנהדרין שם תיקנו רק אהודאות והלואות לחוד כדי שלא תנעול דלת ואפי' בא"י תיקנו, אבל בגזילות אכתי בעינן מומחין כדתנן במתניתין, אבל כאן בהחובל תיקנו גם על גזילות, משום דשכיחי, ובבבל דוקא. ועיין במהר"ם בדף ג' ע"א שם שכתב כן בדבריו. אמנם צ"ע מדברי רש"י הנ"ל בגיטין ובסוגיין דמשמע להדיא מדבריו שחד תקנתא היא וכהנ"ל.

ועיין גם בקצה"ח בסי' א' סק"ג שכתב בשם הרמב"ן והר"ן שב' תקנות הן, חדא בזמן המשנה על הודאות והלואות, וחדא לאחר מכאן בכל מידי דשכיח וכו', וכתב שכן נראה גם מתוך דברי הרא"ש. ברם מדברי רש"י הנ"ל משמע שיתכן ששתיהן היו קדומות רק שעל הודאות תיקנו אפילו בא"י. ועיי"ש בקצה"ח שהוכיח מתוס' לעיל בדף י"ד ע"ב דס"ל שכולה חדא תקנתא היא, והיינו כשיטתם וכהנ"ל. ועי' בהאות הבאה מש"כ בשם הרמ"ה.

וטעמא דהודאות והלואות הוא כדי שלא תנעול דלת, והא דהזכיר הרמב"ם טעמא דמידי דשכיחא ואית בי' ח"כ הרי זה משום שאירי בכפי', ולדין כפי' לא סגי בטעמא דלא תנעול, די"ל שמשום כפי' לחדוד ליכא נעילת דלת, די"ל שבאמת לא ינעול דלת משום חשש שמא לא ירצה לשלם לאחר שחייבוהו, ומש"ה שפיר בעינן לטעמא דעבדינן שליחותיהו במידי דשכיח ואית בי' חסרון כיס.

קסו) מידי דשכיח ואית בי' חסרון כיס.

יש לעיין בהא דאמרינן דבמידי דשכיח ואית בי' חסרון כיס עבדינן שליחותיהו, האם עצם התקנה היתה שדנין כל מידי דשכיח וכו', ואפי' אם בשעת התקנה לא הוי שכיח, רק שאח"כ נעשה שכיח, מ"מ גם ההוא דנין, כיון שתחילת התקנה היתה שדנין כל מידי דשכיח, או האם עצם התקנה היתה על הדינים המוזכרים לחדוד, וכגון שן ורגל ושור באדם וכדומה, רק שהטעם למה תיקנו דוקא בהני הרי הוא משום דשכיחי. ולפ"ז אם ישתנה דין אחד להיות שכיח, אכתי לא נדון אותו כיון שעל ההוא לא תיקנו במיוחד, וגם לא תיקנו שום תקנה כללית שדיינינן כל מידי דשכיח.

ועיין ברמ"ה בסנהדרין דף ג' ע"א בד"ה ברם וכו' שהקשה קושיית תוס' שבסוגיין מבואר שגזילות וחבלות דמתניתין בעו מומחין, ואילו בכמה דוכתי אשכחן שהיו דנין גזילות בבבל, ות"י וז"ל, שתי תקנות הוי, מעיקרא תקינו הודאות והלואות

ועיין ברמב"ם בפ"ה מהל' סנהדרין ה"ט שכתב וז"ל, אין דנין ב"ד של חו"ל אלא דברים המצויין תמיד ויש בהן חסרון כיס כגון הודאות והלואות וכו' עכ"ל. ולכאורה נראה להדיא כשיטת רש"י ותוס' הנ"ל שחד תקנתא היא, ולפיכך כלל גם הודאות והלואות בהדי הא דעבדינן שליחותיהו במילתא דשכיחא וכו' כמו שעשה רש"י כאן ובגיטין.

מיהו לפי הקצה"ח י"ל שעשו כן כי רק בזמן המשנה היו צריכים את התקנה של לא תנעול דלת, אבל עכשיו התקנה השני' מספיקה גם להודאות והלואות, גם בלי לתקן כן להדיא וכהצד הראשון בהאות הבאה.

עוד י"ל, דהנה עיין בכ"מ בה"ח שם שהקשה למה הוצרך בהודאות והלואות לטעמא דתקנתא, דהא איהו גופי' פסק לעיל בפ"ב ה"י כר"א ברי' דר"א שמדאורייתא ביחיד הדיוט סגי, ובריש סנהדרין מבואר שלא איצטריך הך תקנתא אלא לפי ר' אבהו שאמר שמדאורייתא בעינן ג' מומחין. ובקצה"ח בסי' ג' סק"א תירץ שלא איירי כאן הרמב"ם בדין הודאות והלואות עצמן, אלא בדין כפי' עלייהו, ולכפותו לשלם הוא דס"ל דבעינן מומחין מדאורייתא, וגם ר"א ברי' דר"א מודה בזה, ואהא הוא דקאמר שמ"מ עבדינן שליחותיהו, עיי"ש בארוכה. ולפי דבריו אין הכרע מדברי הרמב"ם להנידון הנ"ל, דהא לפי דברי הקצה"ח לא איירי הרמב"ם בתקנתא דהודאות והלואות אליבא דר' אבהו, אלא בדין כפי' עלייהו לפי ר"א ברי' דר"א, וא"כ לעולם איכא למימר שלפי רבי אבהו תרי תקנות הוו,

ולבסוף כל מידי דשכיח ואית בה חסרון כיס מפני תיקון העולם, ואיבעית תימא כולה חדא תקנתא היא, מעיקרא תקון כל מילתא דשכיחא ואית בה חסרון כיס, ולבסוף נמי מילתא דשכיחא ואית בה חסרון כיס הוא דבעיא, אלא מיהו מעיקרא לא הוו שכיחי גזילות וחבלות, ולבסוף הוו גזילות וחבלות עכ"ל. וצ"ע אם כוונתו בתירוצו השני היא שמאחר שנעשו שכיחי דנין אותם בלא שום תקנה מיוחדת לכך, משום שתחילת התקנה היתה שדנין לעולם כל מידי דשכיח וכו', או האם אע"פ שנעשו לבסוף שכיחי, אבל מ"מ בלא תקנה מיוחדת של עבדינן שליחותייהו לא הוי דיינינן להו, ומה שכתב וז"ל, ולבסוף הוו גזילות וחבלות עכ"ל, כוונתו היא שעשו תקנה מיוחדת לכך, ובכל זאת שפיר קרי ל"י חדא תקנתא כיון שגדר הטעם ה"י תמיד מילתא דשכיחא ואית ב"י חסרון כיס.

קסז) בענין אין דנין דיני קנסות בבבל.

א. בענין אם גם למסקנא נשאר דין מסוים שאין דנין ד"ק בבבל.

עיי' בסוגיין דפרכינן תשלום כפל ותשלום דו"ה נעבד שליחותייהו, ומשני כי קא עבדינן שליחותייהו בממונא בקנסא לא עבדינן שליחותייהו, ופרכינן אדם באדם דממונא הוא נעבד שליחותייהו, ומפרכינן כי קא עבדינן שליחותייהו במילתא דשכיחא אדם באדם דלא שכיחא לא עבדינן שליחותייהו, ותו פרכינן הרי בושת ופגם דשכיח נעבד שליחותייהו, אמרי ה"נ דהא ר"פ אגבי ארבע מאה זוזי לבושת, ופרכינן והא לית' לדר"פ דשלח ל"י רב

חסדא לר"נ ושלח ל"י חסדא חסדא קנסא קא מגבית בבבל, אלא כי עבדינן שליחותייהו במילתא דשכיח ואית ב"י חסרון כיס אבל מילתא דשכיחא ולית ב"י חסרון כיס א"נ מילתא דלא שכיחא ואית בה חסרון כיס לא עבדינן שליחותייהו, הלכך אדם באדם אע"ג דאית ב"י חסרון כיס כיון דלא שכיחא לא עבדינן שליחותייהו, בושת אע"ג דשכיחא כיון דלית ב"י חסרון כיס לא עבדינן שליחותייהו.

ולכאורה אפשר לומר שאע"פ שבתחילת הסוגיא כשהקשו מכפל הוצרך הש"ס לומר שנאמר דין מיוחד בקנסות שאין גובין אותן בבבל ולא עבדינן שליחותייהו, אבל מ"מ לפי מסקנת הסוגיא שגם בממון לא דיינינן אלא מילתא דשכיחא ואית ב"י חסרון כיס איכא למימר שהדרינן מהך דין מיוחד בדיני קנסות משום דתו לא בעינן ל"י, דהא כל קנס כגון כפל ודו"ה לית ב"י חסרון כיס, וגם לחצי נזק שהוא קנס, וכן לנזק וצער שהן קנסות לדעת הרמב"ם בפ"ה מהל' חובל ומזיק, לא בעינן דין מיוחד בקנסות, כי אע"פ דאית בהו חסרון כיס אבל מ"מ אכתי לא עבדינן בהו שליחותייהו משום שלא שכיחי, דהא להדיא אמרינן בסוגיין שאדם באדם לא שכיח, ומדברי הרמב"ם בפ"ה מה"ס ה"ט חזינן שגם ח"נ לא שכיח, דעיי"ש שכתב וז"ל, אבל דברים שאין מצויין אע"פ שיש בהן חסרון כיס כגון בהמה שחבלה בחבירתה וכו' עכ"ל, ולכאורה כוונתו היא לקרן תמה, דהא שן ורגל גובין בבבל, ובמועד הרי פסק בהי"א שם שאין מועד בבבל, וגם פסק שם שאפי' אם אייעד התם

ג. ראיות מדברי הראשונים.

ובאמת מדברי רש"י בסנהדרין דף י"ג ע"ב בסד"ה למידן וכו' חזינן להדיא שהטעם למה לא עבדינן שליחותייהו בקנסות הרי הוא משום שלא שכיחי ולית בהו חסרון כיס, וז"ל שם, אבל בקנסא לא עבדינן שליחותייהו משום שלא שכיחא ולית בה חסרון כיס עכ"ל.

וגם מדברי הרמב"ם משמע להדיא כשיטת רש"י הנ"ל, דעיין בפ"ה מה"ס ה"ח שכתב וז"ל, דיני קנסות כגון גזילות וחבלות ותשלומי כפל ותשלומי דו"ה ואונס ומפתה וכיוצא בהן אין דנין אותם אלא שלשה מומחין והן הסמוכין בא"י וכו' עכ"ל, ובה"ט שם כתב וז"ל, אין דנין ב"ד של חוצה לארץ אלא דברים המצויין תמיד ויש בהן חסרון כיס, אבל דברים שאין מצויין אע"פ שיש בהן חסרון כיס כגון בהמה שחבלה בחבירתה, או דברים המצויין אבל אין בהם חסרון כיס כגון תשלומי כפל, אין דנין אותן דייני חוצה לארץ וכו' עכ"ל, הרי להדיא שטעמא דלא מגבינן קנסא דכפל וח"נ (דהיינו בהמה שחבלה בחבירתה וכהנ"ל) בבבל הרי הוא משום שלא עבדינן שליחותייהו אלא במידי דשכיח ואית בי' חסרון כיס*).

שו"ר בסמ"ע בסי' א' סק"ה שהקשה כהנ"ל למה לא כתב הרמב"ם שהטעם הוא משום קנס, ועיי"ש מש"כ. ומדבריו נראה שגם למסקנא איכא דין מיוחד שלא עבדינן שליחותייהו בדיני קנסות. ועיי"ש שהביא

אין דנין אותו בבבל כיון שלא שכיח, וא"כ לאו היינו בהמה שחבלה בחבירתה שהזכיר בה"ט (כי למה לו להזכירו ב' פעמים, ואע"פ שחזר והזכיר כפל בהי"ג, אבל התם עשה כן כדי להפריד בינו לבין הקרן). וא"כ בע"כ צ"ל שכוונתו היא לקרן תמה, וכן מצאתי בסמ"ע בסי' א' סק"ה, וא"כ חזינן להדיא שגם קרן תמה לא שכיח, וא"כ שפיר איכא למימר שלמסקנת הסוגיא כאן הדרינן ממה שאמרו בתחילת הסוגיא שנאמר דין מיוחד שלא עבדינן שליחותייהו בקנסא.

ב. נפ"מ לדינא בהנ"ל.

והנה יש נפ"מ בזה"ז בזה לפי מה שצדדנו לעיל באות קס"ו שאם נשתנה מידי דלא שכיח ונעשה שכיח, שוב דיינינן לי' בבבל בלא שום תקנה מיוחדת לכך משום שלכתחילה תיקנו שדנין כל מידי דשכיח ולא רק הדברים המוזכרים לחוד, ומעתה לפ"ז אם נשתנה ח"נ או נזק וצער להיות שכיח הרי זה תלוי בצדדים הנ"ל, דאם נאמר שלמסקנא ליכא דין מיוחד שאין דנין ד"ק בבבל, אלא כל הטעם למה אין דנין אותן הוא משום שלא שכיחי ולית בהו חסרון כיס, א"כ אם ישתנו להיות שכיח שוב עבדינן שליחותייהו, משא"כ אם נאמר שגם לפי המסקנא איכא דין מיוחד שלא עבדינן שליחותייהו בקנסות, א"כ אפילו אם ישתנו להיות שכיח, מ"מ כיון שסוף סוף קנסות נינהו, לא דיינינן להו.

* א"כ הי' מוכח מזה שהוא בחזקת שימור, כמבואר לעיל בדף ט"ו, וא"כ הי' נחשב לא שכיח.

* ועיין בסוף דברי הרמב"ם שם. ועל פי דברינו בפנים יש להסביר שכוונתו היא שאם הי' קנס

לשון הטור שהשמיט כפל וח"נ מהך כללא דמילתא דשכיחא ואית בה ח"כ.

וע"ע בלשון הרא"ש בסוגיין בסי' ב' שכתב וז"ל, ומסיק דלא עבדינן שליחותיהו אלא בממונא ובמילתא דשכיח ואית בה ח"כ עכ"ל. ומשמע שנאמר גם דין מיוחד שדנין רק ממונא ולא קנסא, ויש לדחות, ועכ"פ הרי"ף לא כתב המלה "ממונא", וכן בקיצור פסקי הרא"ש ליתיה. ועיינן בפלפולא חריפתא שנקט דלאו דוקא השמיטו הרי"ף וששפיר נשאר דין מיוחד שאין דנין דיני קנסות.

וע"ע בפיה"מ כאן שכתב וז"ל, אבל בהמה באדם או אדם באדם, וכן כל קנס, לא ישלם שום דבר אלא ב"ד בארץ ישראל, לפי שאלה הדברים שמהם (צ"ל מהם) שלא יארעו אלא מעט, ומהם שאין בה חסרון כיס עכ"ל.

וע"ע בלשון המרדכי בפרק השולח סי' שפ"ד, ובחינוך מצוה מ"ט, דמשמע מלשונם שלא נשאר דין של אין דנין ד"ק. ומלשון הרמב"ן בקידושין דף כ"ה מבואר דס"ל דשפיר נשאר דין כזה עיי"ש.

ד. מה שיש לדון בזה בסוגיית הגמ' ורש"י כאן.

והנה עיין בהמשך הסוגיא כאן דפרכינן, ושור בשור גובין בבבל והא אמר רבא שור שהזיק אין גובין אותו בבבל וכו', אמרי התם בתם הכא במועד, והדר פרכינן והאמר רבא אין מועד בבבל, אמרי דאייעד התם ואיתוה להכא, ופרכינן והא מילתא דלא שכיחא היא ומילתא דלא שכיחא הא אמרת דלא קא עבדינן שליחותיהו וכו',

עד דמתרצינן אלא כי קאמר רבא בשן ורגל דמועדין מתחילתן ניהו ע"כ. ולכאורה צ"ע איך ס"ד למימר דהא דקי"ל ששור בשור גובין בבבל איירי במועד, הא מכיון דאמר רבא ששור שהזיק, דהיינו תם, אין גובין אותו בבבל, א"כ א"א לעולם שיבוא לידי העדאה, דהא טעמא דאין גובין ח"נ דתם הרי הוא משום שלא שכיח כמו שכתב הרמב"ם בפ"ה שם, וא"כ ה"ה שאין מייעדין אותו משום שלא שכיח (ואכתי לא תירצו דאיירי באייעד התם). וכן צ"ע במאי דהדר פרכינן מהא שגם במועד אמר רבא שאין מועד בבבל, ומתרצינן שההוא דגובין אותו בבבל איירי באייעד התם, דלכאורה צ"ע למה בעינן תרי מימרות דרבא, דהא מאחר דאמר ששור שהזיק, דהיינו תם, אין גובין אותו בבבל, א"כ פשיטא שאין מועד בבבל, כיון שאין דנין אותו כשהוא תם. והנה רש"י כאן פירש שזהו באמת הטעם למה אמרינן שאין מועד בבבל, דהיינו משום שלא מייתנין לי' לבי דינא כשהוא תם. אמנם צ"ע כהנ"ל, דא"כ פשיטא שאין מועד בבבל ואמאי בעינן מימרא דרבא לכך (מקמי דמסיק שאין דנין אפילו אם אייעד התם).

וצ"ל דס"ד דהא דאין דנין ח"נ אינו משום שלא שכיח, אלא משום שהוא שקנס, ונאמר דין מיוחד שבקנסות לא עבדינן שליחותיהו, אבל לעולם איכא למימר שנגיחה דקרבן תמה שכיחא היא, ומעתה לפ"ז נהי שלא דיינינן לי' להשור לענין תשלומי ח"נ, אבל מ"מ אכתי איכא למימר ששפיר מייתנין לי' לבי דינא לייעדו, דהא ליכא בזה שום קנס כלל וולהדיא מבואר לעיל בדף ל"ט ע"א

ויש להאריך בזה עי' בחלק א' אות כ"ט סק"א בד"ה והנה ע"ע וכו', ובד"ה ובאמת וכו', ובד"ה מיהו.

ה. עוד ראיות מדברי הראשונים.

שו"ר בשט"מ לעיל בדף מ"א ע"א בשם הרא"ש שכתב דהא דאין מועד בבבל הרי הוא משום שגם עצם דין העדאה שמייעדים אותו מיקרי קנס, ואין דנין ד"ק בבבל עיי"ש, אלא שצ"ע מהו הקנס. אבל עכ"פ חזינן מדבריו שגם למסקנא נאמר דין מיוחד שאין דנין ד"ק בבבל, דהא מדין קנס דן שם ולא מכח דלא שכיח.

ועיין בשט"מ לקמן בדף צ"א ע"ב שכתב בשם המאירי וז"ל, גדולי הפוסקים כתבו שדבר זה (עשרה זהובים) ממון הוא ולא קנס וכו', וכן יראה לדעתי שדנין אותו בחו"ל, ויש חולקים לומר שקנס היא וכו', וכן שאין דנין אותן בחו"ל עכ"ל. והנה לכאורה מוכח מדבריו שנאמר דין מסוים של אין דנין ד"ק בבבל, דהא מזה שכתב שי"א שממונא הוא ודנין, חזינן דמיקרי שכיחא וכן דמיקרי אית בי' ח"כ כיון שחיסרו המצוה, וא"כ מאי איכפת לן תו אם הוא קנס, ואמאי לא דיינינן, ובע"כ צ"ל שיש דין מיוחד שלא לדון קנס. ברם יש לדחות שאדרכה בהא גופא פליגי, אם חשיבא ח"כ או לא, והיינו שמאן דס"ל שהוא קנס ס"ל כן משום דס"ל דלא חשיב ח"כ, ולעולם מאי דאין דנין הרי הוא משום שאין בו ח"כ.

וע"ע בחו"מ סי' א' סעי' ד' שפסק

ששפיר יכולים ליעד אפילו היכא שאין גובין ח"נ משום איזו סיבה צדדית. והא דנסתפקו תוס' לומר לעיל בדף כ"ד ע"ב שאם נגזר שור הפקר לא מהני ליעדו משום דבעינן נגיחה של חיוב*, הרי זה רק התם דפטור מעיקר הדין], ומש"ה הכא בסוגיין שפיר ס"ד למימר שאע"פ ששור שהזיק אין גובין חצי נזק דידי' בבבל אבל מ"מ מייעדים אותו ודנין נזק שלם דמועד, וא"כ שפיר קמ"ל רבא שאין מועד בבבל, והיינו משום שקמ"ל בזה שטעמא דאין דנין ח"נ בבבל אינו דוקא משום דהוי קנס אלא משום שלא שכיח, ומשום הך טעמא לא דיינינן לי' כל עיקר וגם לא לענין העדאה, ומכיון שלא מיייתנן לי' לבי דינא כשהוא תם, ממילא יוצא שאין מועד בבבל, וכמו שפירש"י כאן.

והנה על הא דתירצה הגמרא התם בתם הכא במועד פירש"י שבתם אין גובין משום שאין גובין קנס בבבל. ולפי דרכנו הנ"ל הרי זה רק לפי ההוה אמינא, אבל לפי מה שהדר מיייתנן שאמר רבא שאין מועד בבבל איכא גם טעמא דהוי מילתא דלא שכיחא, וצ"ע עיי"ש.

עי"ל שכוונתו היא גם לפי מה שהדר מיייתנן שאמר רבא שאין מועד בבבל, דכוונתו לומר שמכיון דהוי קנס א"כ מוכח שבחזקת שימור קיימא (כמבואר לעיל בדף ט"ו), וא"כ חזינן שמיקרי שלא שכיח שתזיק. וע"ע בתוספות רבינו פרץ שסובר שגם לפי המ"ד שפלגא נזקא ממנוא, הוי קרן בגדר מילתא דלא שכיח,

* מ"א ע"א בדבריו על רש"י ד"ה שסיכן, וכן בים של שלמה שם), היא שגם בכהאי גוונא מייעדין.

* ודעת הים של שלמה שם בסי' כ"ח, וכן הרמב"ם והנימוקי יוסף (הובא במהר"ם שיף בדף

קסח) שיטתו של הרמב"ם בחבלות.

עיינן ברמב"ם בפ"ה מה"ס ה"ח שכתב וז"ל, דיני קנסות כגון גזילות וחבלות ותשלומי כפל ותשלומי דו"ה אין דנין אותם אלא שלשה מומחים עכ"ל. והקשה הלח"מ איזה קנס יש בקרן גזולין (ועי' באות שס"ט במה שהבאנו מהמהר"ל), ועוד דלהדיא אמרינן בסנהדרין דף ג' ע"א שחבלות הן ממונא, דפרכינן חצי נזק נמי היינו חבלות, ומפרכינן תנא ממונא וקתני קנסא, פי' דקתני בהמשנה שם חבלות, דהיינו ממונא, וקתני ח"נ, דהיינו קנסא (וגם כאן בב"ק מבואר שחבלות הן ממונא). ועיי"ש שכתב הלח"מ שהלשון קנס שכתב הרמב"ם לאו דוקא הוא, אלא שלכל מידי דבעי מומחין קרי קנסא, וכן כתבו תוס' בסנהדרין שם בד"ה שלא וכו' אמנם עיינן בש"ך בסי' א' סק"ח שכתב שלשון קנס שנקט הרמב"ם דוקא הוא, וכוונתו במש"כ "דיני קנסות כגון גזילות" היא לתשלומי כפל, דהיינו הדיני קנסות שיש בגזילות (כלומר גניבות), ואע"פ שפרט שם להדיא כפל, מ"מ תרי גווני כפל איכא, חדא בגנב וחדא בטוען טענת גנב. אמנם לפי דברי הש"ך אכתי צ"ע למה קרא הרמב"ם לחבלות קנס.

והנה עיינן ברמב"ם בפ"ה מהל' חובל ומזיק ה"ו שכתב להדיא שנוק וצער הם קנס ואי מודי מיפטר, וא"כ איכא למימר שכוונתו הכא היא לנזק וצער, אבל חבלות דריש סנהדרין דמיקרי ממונא הרי הן שבת וריפוי (ודלא כרש"י שם שפי' נזק). אמנם אכתי צ"ע, דאם נאמר שחבלות דריש סנהדרין הרי הן שבת וריפוי א"כ יוצא

המחבר שדיינינן דינא דגרמי גם בזה"ז אע"פ שאין סמוכין. וכתב הגר"א שלכאורה הי' נראה לומר שזהו רק אם סוברים שגרמי חייב מדינא, אבל אם הוא קנס הרי אין דנין דיני קנסות בזה"ז, אלא שמוכח מגמ' מפורשת ששפיר דנין גרמי גם בזה"ז כמו שהביא הגר"א שם, וא"כ בע"כ צ"ל שגם הריצב"א שסובר שגרמי הוא קנס הרי הוא מודה לזה. ועי' גם בסי' שפ"ו סעי' ג' שהביא הרמ"א את דעת הריצב"א, ומזה שהביאו מבואר דס"ל שדנין גרמי גם בזה"ז. ובביאור הדבר י"ל שהרי הריצב"א סובר שגרמי הוא קנס שקנסו רבנן בהיזק המצוי ורגיל, וא"כ י"ל דהוי כבר על המדריגה של מילתא דשכיחא ומש"ה שפיר דנין אותו גם בזה"ז משום דס"ל להריצב"א שלא נשאר למסקנא שום דין שאין דנין ד"ק בזה"ז אלא הכל תלוי בשכיחות וחסרון כיס (והשט"מ בכתובות דף פ"ו ע"א בד"ה ומאן וכו' ר"ל בדעת רש"י שיש אמוראים שהיו נמנעין מלדון דד"ג אפי' בארץ ישראל אע"פ שסוברים מעיקר הדין כרבי מאיר שדאין דינא דגרמי "דלא סמכי אנפשייהו לאפוקי ממונא אדיבורא בעלמא ודמא לדיני קנסות דאין דנין בבבל").

ועל פי הנ"ל יש להסביר את השיטות שסוברים שדנין את הקנס של גזל מאחד מחמשה בני אדם (דמשלם לכל אחד ואחד) גם בזה"ז, דגם בזה י"ל דכיון שעיקר גזילה שכיחא ואית בה ח"כ, תו לא איכפת לן בזה שהוא קנס. וע"ע באות ש"ל שכתבנו עוד דרכים כדי להסביר את השיטות הנ"ל וכמה מהם מיישבים גם למה דיינינן גרמי.

שלהדיא קתני במתניתין שם ששבת וריפוי בעו מומחזין, וא"כ קשה מהא דפסק הרמב"ם לקמן בה"ס שם בה"י שסגי בהדיוטות. ובאמת עיי"ש בה"י שהקשה הכ"מ על הרמב"ם כעין זה מהא דאמרינן בסוגיין שאדם באדם דממונא הוא לא דיינינן בבבל כיון שלא שכיח. ומה שרצה ליישב שאירי כאן בנוק א"א לומר בדעת הרמב"ם, דהא קרינן ל' בסוגיין ממונא, ואילו נזק קנס הוא לשיטת הרמב"ם, וא"כ בע"כ צ"ל שאירי כאן בריפוי ושבת ואפ"ה אין דנין. וצ"ל כתירוצו הראשון של הכ"מ שם, והיינו שמש"כ הרמב"ם שדנין ריפוי ושבת בבבל הרי זו תקנה מאוחרת משום תיקון העולם עיי"ש, ולפ"ז גם מהסוגיא בריש סנהדרין לא קשה על הא דפסק שדנין ריפוי ושבת בבבל.

וע"ע בנוגע לשיטת הרמב"ם שנוק וצער הם קנס בחלק א' אות ס"א מקטע המתחיל והנה עיין וכו' ולהלן שם.

קסט) צער שלא במקום נזק.

הנה עיין בסוגיין דמבואר שצריכים קרא יתירא כדי לחייב צער שלא במקום נזק. ולעיל בדף כ"ו ע"ב בתד"ה האי וכו' הקשו מזה על הא דדרשינן שם מקרא דפצע תחת פצע שחייבים על צער במקום נזק, דמשמע מזה שצער שלא במקום נזק פשוט יותר. ותירצו וז"ל, דשלא במקום נזק דלקמן (דהיינו בסוגיין) היינו במקום שלא עשה רושם כדקתני כוואו על צפרנו, וצער שלא במקום נזק דהכא (בדף כ"ו) היינו על בשרו שניכר רישומו ולא אפחתי' מכספי', וצער במקום נזק דהכא (בדף כ"ו) כגון

קיטע ידו ושיבר רגלו דאפחתי' מכספי' דההוא לא שמעינן לא מחבורה ולא מכוי' עכ"ל. ומדבריהם יוצא שצער שלא במקום נזק בדף כ"ו שאינו צריך ריבוי הרי זה כשניכר רישומו ולא אפחתי' מכספי', ובמקום נזק שצריך ריבוי הרי זה כגון שקיטע את ידו דאפחתי' מכספי' דאינו דומה לחבורה וכו', וצער שלא במקום נזק דסוגיין שצריך ריבוי הרי זה כשלא ניכר רישומו, ובמקום נזק שאין צריך ריבוי הרי זה כשניכר רישומו כגון חבורה או כוי' ואפחתי' מכספי'. ולפ"ז יוצא שהיכא שלא עשה רושם כלל, וכן היכא שקיטע את ידו, יש חידוש יותר גדול מהיכא שעשה רושם בין אם אפחתי' ובין אם לא אפחתי' וכדמשמע מלשונם שהיכא שרישומו ניכר (ואינו דרך קטיעה) הרי זה בכלל חבורה או כוי'. ולפי תוס' העיקר הוא שצריכים ריבויים מיוחדים להיכא שאינו דומה לכו' או חבורה, ובעינן ריבוי מיוחד לציור כזה כשאינו במקום נזק וכגון כוואו על צפרנו, וכן בעינן ריבוי מיוחד לציור כזה כשהוא שפיר במקום נזק וכגון קיטע את ידו.

ברם מרש"י כאן בד"ה כוי' מבואר שמאי דאמרינן כאן שלא במקום נזק, פירושו הוא שלא במקום ריפוי, דהוה אמינא שהחיוב של צער נאמר רק כשיש ג"כ חיוב של ריפוי.

מיהו מדבריו לעיל בסמוך כאן בד"ה צער שלא במקום נזק משמע שמאי דאמרינן כאן צער שלא במקום נזק הכוונה היא לנזק ממש דהיינו שלא נפחת מכספו. ועיין בפ"י כאן שביאר שמה שהזכיר רש"י בד"ה כוי' שהכוונה היא לצער שלא

במקום ריפוי הרי זה משום דס"ל לרש"י שגם צער במקום ריפוי הוא פשוט יותר מהיכא שליכא אלא צער גרידא וכמו דס"ל בצער במקום נזק.

דף פ"ה ע"א

קע) לדמים יתרים.

א. עיין לעיל באות קמ"ז בענין פירושם של תוס' כאן.

ב. עיין בנ"י כאן בשם הרא"ש בשם הרמ"ה שפי' שקמ"ל שהיכא שחבלו שנים זה בזה, אמרינן שזה שחבל יותר משלם, ולא אמרינן שיצא חבלה זו בזו ושפטור. ולכאורה דבריו נראים תמוהין, משום דלמה הוא אמינא שהוא פטור ושאינו משלם במותר. ולעיל בדף ל"ג ע"א תנן ששני מזיקים שהזיקו משלמים במותר, וכן לעיל בדף י"ד ע"ב תניא שלא אמרינן שתצא פרה בטלית וטלית בפרה, ולא מצאתי בפירושיהם של הראשונים במקומות הנ"ל מי שמפרש שיש הוה אמינא לומר שתצא חבלה זו בחבלה זו ושיהי' פטור מלשלם, וקמ"ל שלא אמרינן כן אלא כתבו הראשונים פירושים אחרים בענין כוונת התנא.

קעא) צער במקום נזק היכי שיימינן.

מה שכתב רש"י שיש לו לקוצצה בשביל הדמים שהוא נוטל לכאורה נראה תמוה דהא ציערו לפני ששילם, ויש ליישב.

קעב) צער במקום נזק היכי שיימינן.

א. הנה מבואר בגמ' שבנוגע לצער לא שיימינן כמה אדם רוצה לקבל כדי להצטער, משום דהוי שומא שאין לו סוף, ועוד דליכא בכה"ג תשלומי צער לחודי'. וצידד הרא"ש לומר שבכל זאת בצער שלא במקום נזק, מכיון שא"א לשום באופן אחר, התם שפיר שמין כמה ירצה ליטול כדי להצטער. וכן נראה דעת הרמב"ם בפ"ב מהל' חובל ומזיק ה"ט ו' כמו שכתב היש"ש כאן בס"י ח'.

ובביאור דברי הרא"ש כתב הפלפולא חריפתא באות ד' וז"ל, דבשלמא במקום נזק נוכל לשום שיהא נעשה הנזק ולא יצטער, וזה נצטער, לכך משלם לו דמי אותו צער, אבל שלא במקום נזק אין דרך לשום כמה יתן ולא יצטער, והרי כתוב למלכות שיצטער, ומ"מ מסיק דאה"נ דאפ"ה שיימינן כמה יתן וכו' עכ"ל.

והנה היש"ש בס"י הנ"ל הקשה על שיטה זו מהא דאמרינן בסוגיין ששמין כמה אדם רוצה ליטול כדי לקטוע את ידו המוכתבת למלכות בין סם לסיף, ופרכינן על זה דה"נ לא שקיל ומצער נפשי, ואילו לפי השיטה הנ"ל הלא בכה"ג הוי צער שלא במקום נזק כיון שבין כך ובין כך יקטעו את ידו וא"כ שפיר אומדין כמה הי' נוטל.

מיהו לא הבנתי את קושיית היש"ש, דהא הרא"ש הסביר שטעמו בשלא במקום נזק הוא משום שאין דרך אחרת איך לשום, והרי בהציור של קטיעת ידו מתרצת הגמ' דשפיר יש דרך איך לשום דהיינו כמה יתן לקטוע ידו בסם במקום סיף.

שאולי גם כאן שמין כמה ירצה ליתן, דהיינו כמה ירצה ליתן כדי שלא לקטוע את ידו שצמקה שנכתבה למלכות עכת"ד.

ב. הנה בהמשך הגמרא מפרשין שכוונת אבוה דשמואל היא לומר ששמין כמה אדם רוצה ליטול כדי לקטוע את ידו הקטועה, דבכה"ג ליכא נזק. ולכאורה צ"ע דלפי השיטה שגם צער שלא במקום נזק אין לו סוף, ואין שמין כמה ירצה ליטול, א"כ למה לא הקשו גם על הך אוקמתא של ידו הקטועה דלא שקיל ומצער נפשי' וכמו שהקשו לקמן על האוקמתא של בין סם לסייף. ועיין ביש"ש בס"י ח' שהקשה כן ועיי"ש במה שתירץ.

ועכ"פ לפי דברי הרר' יהונתן הנ"ל בשט"מ בריש פירקין לק"מ, והיינו משום שאפשר לומר ששאני לקטוע את ידו הקטועה שבהציוור הזה אין צערו רב כל כך כיון שהיד היתה מעורה רק בגידין צמותין, ולכן שפיר שייך לשום כמה ירצה ליטול, אלא שאם נאמר כן יהי' תמוה איך ס"ד לשום את הצער הגדול של קטיעת ידו הבריאה כפי שומת הצער שיש בקטיעת ידו הקטועה שאין אותו הצער גדול כך כך. ועוד דאם בכה"ג שייך באמת לשום כמה רוצה ליטול, א"כ אכתי יכול לאוקמה שלעולם "ליטול" הוא דוקא, וששמין כמה אדם רוצה ליטול כדי לקטוע את ידו הקטועה המוכתבת למלכות בין סם לסייף.

קעג) מכה ניתנה לאגד.

פירש"י וז"ל, ניתנה לאגד, ניתנה רשות לאגדה ולעטפה מפני צער הצינה ועולין הצמחין מחמת הבל וחום המכה עכ"ל, פי'

ועי' עוד בשט"מ בריש פירקין בשם הרר' יהונתן שכתב כמו השיטה הנ"ל, אבל רק בהציוור של כוואו על צפרנו שאין הצער גדול כך כך, דבכה"ג לאו שופטני הוא אם יקבל כסף כדי להצטער, וא"כ גם לפי שיטת הרר"י לא קשה קושיית היש"ש דהא י"ל שלקטוע את ידו המוכתבת למלכות בסייף במקום סם הוי שפיר צער גדול.

וע"ע ברא"ש שצידד שוב לומר שבצער שלא במקום נזק הרי החובל משלם כמה אדם רוצה לשלם כדי שלא יעשו לו צער זה, ושפיר שייך שומא כזו דהא יכולים לשום במי שחייב למלכות לכוותו בשפור על צפורנו כמה הי' נותן כדי שלא יעשו לו צער זה. ועיין ביש"ש שם מה שפלפל בביאור סוגיית הגמ' לפי השיטה הזאת.

ולענין בושת עיין בראב"ד בשט"מ בדף צ"ב ע"א בד"ה כל אלו וכו' שכתב ששמין כמה ירצה לקבל כדי לסבול בושת זו. וע"ע בשט"מ בשם הרמ"ה בריש פירקין שכתב וז"ל, ומסתברא דגבי בושת שלא במקום נזק ה"נ שיימינן אומדין כמה אדם כיוצא בזה רוצה ליטול להיות מתבייש בכך מאדם כזה שביישו עכ"ל, ומשמע שבבושת במקום נזק שיימינן כמה ירצה ליתן.

ברם גם בסוגיין הביא השט"מ שהרמ"ה דן בזה, אלא שהכא הזכיר הרמ"ה בושת במקום נזק. ובתחילה כתב שמסתברא ששמין כמה ירצה ליטול כדי להתבייש בושה זו. וביאר שם ששפיר שייך שומא של בושת לחודי' דהא יכולים לשום כמה ירצה ליטול כדי לקטוע ידו שצמקה דליכא בכה"ג אלא בושת לחוד. ושוב צידד

ומש"ה המזיק חייב עליהם. ברם השט"מ בד"ה במכה בשם הראב"ד פי' וז"ל, רבנן סברי האגד אינו מזיק הלכך אם נסתרה נותן לו שבת וריפוי עכ"ל. ובדעת רש"י צ"ל דהא דמותר לו לאגד הרי זה משום שזה גופא חשיב חלק מדרך רפואה ואינו חייב להתנהג יותר ממה שהוא הדרך של רפואה.

קעד) מכאן שניתנה רשות לרופא לרפאות.

הנה באמת גם מצוה איכא, דעיין בנדרים דף מ"א ע"ב דמבואר שהמדיר את חבריו בהנאה מותר לרפאותו, ולא חשיב שמהנהו, וכתב שם הרא"ש וז"ל, דמצוה קעביד ואין נוטלין עלי' שכר עכ"ל. ונראה דהוי בכלל מצות השבת אבידה, וכן מבואר בר"ן ובפיה"מ להרמב"ם שם*, אבל הפסוק של רפא ירפא אינו מצוה וציווי להרופא, דהא בסוגיין לא דרשו מיני' אלא רשות וכמו שפירש"י דהוה אמינא שאסור. ועיין עוד בט"ז ביו"ד סי' של"ו שביאר למה נקטינן שאין כוונת הפסוק למצוה, אע"פ שבודאי יש חיוב מצוה על הרופא לרפאות, וכתב דהיינו משום שא"א ליתן מצוה כזו, משום שאילו הי' החולה אדם זכאי לא הי' צריך לכך, ואדרבה הי' צריך דוקא רפואה ע"י שמים, אלא שלפי דרכו של אדם רשות הוא לו עכ"ל. ומדבריו

מבואר דס"ל שהפסוק של רפא ירפא מדבר אל החולה, דהיינו שיש לו רשות להזמין רופא. מיהו לא הבנתי למה אי אפשר לפרש את הפסוק שאם אינו זכאי הרי הוא חייב להזמין, ולמה פירשה הגמ' רק שיש לו רשות להזמין רופא**).

ועוד כתב שם הט"ז בתחילת דבריו שגם עצם העובדא שרפואות ותרופות מועילות, נובע ג"כ מהפסוק של רפא ירפא וז"ל, והוא יתברך הסכים על זה ונתן הרפואה ע"י טבע הרפואות וזהו נתינת רשות של הקב"ה עכ"ל.

ועיין ברמב"ן בפרשת בחקותי (כ"ו י"א) שכתב שלסמוך על הרופאים אינו דרכם של עובדי ה' כלל. ומשמע שאפילו לסמוך על הרופא בדעה שהוא רק שליח ושהקב"ה הוא הרופא האמתי, ג"כ אינו מדרכם של עובדי ה'. והעיר הרמב"ן שלא אמרו שניתנה רשות להחולה להתרפאות אלא שניתנה רשות לרופא לרפאות. ומדבריו אלו יוצא שהבין שהפסוק של רפא ירפא אשר מיני' ילפינן דהוי בגדר דבר של רשות מדבר אל הרופא, ודלא כהט"ז שמפרש שהפסוק מדבר אל החולה וכמו שביארנו לעיל בסמוך, אלא משמע שלעולם גבי החולה א"א לומר רשות משום שיש כאן פחיתות המדריגה וצ"ע. ועכ"פ לפ"ז צ"ל שמה שכתב הט"ז שם שמהרמב"ן משמע כפירושו בקרא דרפא

* ובאמת הרי הוא מקיים גם מצות ואהבת לרעך כמוך דנכלל בה חיוב לחוס על חבריו כמו שפסק הרמב"ם בפ"ו מהל' דעות. והיכא שהוא יכול להציל את חייו ואינו מציל הרי הוא עובר גם על הלאו של לא תעמוד על דם רעך.

** ובסוף דבריו כתב הט"ז "וע"כ האידנא חיוב גמור בדבר ומצוה היא כיון דלפי מעשה האדם חיותו תלוי בכך".

ברם לפי דבריו שהבאנו בפנים צ"ל שאין המצוה מהפסוק של רפא ירפא.

ירפא, כוונתו היא למש"כ הט"ז לעיל שם שגם עצם העובדא שרפואות מועילות נובע ג"כ מהך קרא דרפא ירפא, דנראה שזוהי כוונת הרמב"ן שם במה שכתב וז"ל, אבל הם נהגו ברפואות וה' הניחם למקרה הטבעים וזוהי כוונתם באמרם ורפא ירפא מכאן שניתנה רשות לרופא לרפואות וכו' עכ"ל.

ולכאורה צ"ע על הרמב"ן איך מותר לסמוך על הקב"ה שירפאנו הלא אסור לסמוך על נס (פסחים דף ס"ד ע"ב עיי"ש). וצ"ל דכיון שכתוב אני ה' רופאיך א"כ תו לא מיקרי שהוא סומך על נס אלא חשיב באמת מהלך קבוע ומובטח בהעולם. מיהו צע"ק שהרי הרמב"ן שם סיים שבכל זאת קבעה התורה תשלומי ריפוי משום שהתורה לא תסמוך דינאי על הנסים, ויש ליישב.

עוד יש ליישב על פי דברי המהרש"א בתענית דף כ"א ע"ב, וכעין זה כתב לעיל שם בדף כ' ע"ב בד"ה שמא אין עושין לו מת, וכן בקידושין דף כ"ט ע"ב בחידושי אגדות בד"ה אפשר דאתרחש ניסא, וז"ל בקידושין שם, וי"ל דודאי סמך אביי על חסידותו ושמיתוך תפילתו לא יהי' ניזוק ויהרוג את המזיק עכ"ל,

שור"ר בשו"ת הרשב"א בסי' תי"ג שכתב שמחויבים להתעסק ברפואות משום שאין סומכין על הנס, רק שלבו יהי' דבוק בבטחון שהקב"ה הוא הרופא שפועל את הרפואה. מיהו עיין בהמשך דבריו שם שיתכן שכוונתו היא דוקא להיכא שהוא מכיר בנפשו שאינו בעל מדריגה מספיק גדול שיוכל לזכות לרפואת ה', וכעין זה הבאנו בהערה לעיל בסמוך שכתב הט"ז

ש"האידנא חיוב גמור בדבר ומצוה היא כיון שלפי מעשה האדם חיותו תלוי בכך". ואולי גם הרמב"ן יודה שבכה"ג שהוא מכיר בנפשו שאינו בעל מדריגה מספיק גדול שיוכל לזכות עי"ז לרפואת ה', מצוה עליו להתרפאות (אלא שהרמב"ן והרשב"א שם מחולקים בנוגע על מה קאי קרא דהמלך אסא שהביאו שם כמו שיבואר למעיין). וע"ע בטור ובפרישה ביו"ד ריש סי' של"ו.

והנה הרמב"ן שם לא ביאר אם כוונתו היא אפילו להיכא שהגיע לסכנת נפשות. מיהו בתוך דבריו שם הביא את מה שחזקיהו המלך דרש בישעי' ולא ברופאים והתם הי' סכנת נפשות עיי"ש.

קעה) בענין הנ"ל.

והנה עיין עוד בהסוגיא בנדריים שם שמבואר שאע"פ שמותר להמדיד לרפואות את גופו של המודר אבל אסור לו לרפואות את בהמתו. וכתב הרא"ש וז"ל, ולא הוי כמחזיר אבידתו, שהתורה לא צוותה לרפואות בהמת חבריו עכ"ל (וכ"כ תוס' שם). מיהו לפי הר"ן והרמב"ם בפיה"מ שם שסוברים דאיכא ברפואה משום מצות השבת אבידה וכמו שהבאנו כבר, א"כ בודאי שגם בריפוי בהמה איכא משום השבת אבידה, והא דאסור לרפואות את בהמתו עיין בר"ן שם שפירש דאירי באופן שיש שם רופא אחר ומש"ה בכהמה אסור משום שאפשר לרופא אחר להשיב את האבידה, אבל בנוגע לרפואת גופו אכתי איכא מצוה משום שלא מכל אחד אדם זוכה להתרפאות, אבל לעולם היכא שאין רופא אחר, בודאי יש מצוה גם

ברפואת בהמתו. וכהדרך הזה הביא הר"ן שם מהירושלמי בנדריים שם.

קעו) דמית עלי כאריא ארבא.

נראה דהא דיכול לומר כן הרי זה על פי מאי דאמרינן בירושלמי בפ"ד דנדריים ה"ב שלאו מכל אחד אדם זוכה להתרפאות, דחזינן מזה שיש גם גורמים אחרים חוץ מעצם מעשה הרפואה והתרופה, וא"כ לפ"ז שפיר קמ"ל הכא שגם הניחותא של החולה הוא אחד מהגורמים, אבל אם לעצם תועלת הרפואה לא ה"י שום נפ"מ, בודאי לא ה"י יכול לומר דמית עלי וכו'.

קעז) אסיא דמגן במגן.

עיין ביש"ש בסי' י' בענין רופא שמרפא בזול.

קעה) אסיא רחיקא.

הרמב"ם השמיט דין זה. ועיין בזה ביש"ש בסי' י'.

קעט) כ"ש דפשעת בנפשך וקרו לי שור המזיק.

עיין ברשב"א לקמן בדף צ"א ע"א שכתב דהא דיכול לומר וקרית לי שור המזיק הרי זה רק אם לא אמדוהו ב"ד, אבל אם אמדוהו ב"ד א"כ הדבר הוא מפורסם שהנחבל פשע ולא יקראו להחובל שור המזיק. מיהו עיין ברמב"ם בפ"ב מהל' חובל ומזיק הי"ז שכתב וז"ל, אמר לו המזיק פסוק עמי ותן על ידי וכו' אין שומעין לו וכו' אלא נותן לו דבר יום

ביומו או פוסק על הכל ונותן לו ע"י ב"ד עכ"ל, ומשמע שלא סגי בפסיקא לחוד, אלא בעינן גם נתינה על ידי בית דין.

קפ) בענין ריפוי.

בחלק א' אות תכ"א הארכתי בענין אם החיוב של ריפוי הוא חיוב לרפאותו ממש, רק דכיון שאינו יכול (או שהניזק טוען דדמי עלי' כאריא ארבא), הרי הוא צריך לשלם דמים, או האם החיוב של ריפוי הוא ביסודו חיוב לשלם את ההוצאות של הריפוי שגרם לו ע"י החבלה.

ועי' בקו"ש על כתובות באות ר"ח וכן בגיטין באות י"א שהכריע מהסוגיא בגיטין דף י"ב שהוא חיוב לרפאותו ממש. ועיי"ש שלא הזכיר את הצד השני שהזכרנו שהוא חייב לשלם לו את ההוצאות שגרם לו, אלא הזכיר צד שני שהוא חיוב ממון לשלם להנחבל דמי ריפוי, ואם מת הנחבל קודם שנתרפא הרי הוא מתחייב בזה ליורשיו אע"פ שבכה"ג לא גרם שום הוצאות.

וע"ע בזה באות ר"ג.

דף פ"ה ע"ב

קפא) בענין שבת.

עיין בגמ' דת"ר בשבת, רואים אותו כאילו הוא שומר קישואין, וא"ת לקתה מדת הדין, דכי מיתפח האי גברא לאו אגרא דשומר קישואין הוא נוטל אלא דלי דוולא ושקיל אגרא, א"נ אזיל בשליח ושקיל אגרא, מדת הדין לא לקתה שכבר נתן לו דמי ידו ודמי רגלו. ופירש"י את

קושיית הגמ' וז"ל, כלומר לא שילם לו כל צרכו דהא כי מיתפח האי גברא מחולי זה שנקטע רגלו לא אגרא דשומר קישואין שקיל אלא דויל דוולא ושקיל אגרא, ונמצא שכל ימי חליו אבד את זאת, א"נ כי נקטעה ידו אזיל בשליחותה ושקיל אגרא יתירה וכו', מדת הדין לא לקתה שכבר נתן לו וכו' ולכשיתרפא נמי אינו ראוי לדלות ולילך בשליחות עכ"ל. הרי שפירש שהקושיא היא למה נותנים לו רק דמי שומר קישואין הלא מדת הדין נותנת שניתן לו כפי מה שיהי' ראוי לעשות לכשיתרפא, והרי היכא ששיבר את רגלו, יהי' ראוי לדלות דוולא, ועל זה מתרצינן שגם כשיהי' שלם לא יהי' ראוי לכך. מיהו לכאורה התירוצ' אינו מובן, דלמה לא יהי' ראוי. ונראה שזוהי כוונת המהרש"ל בחכמת שלמה כאן במה שהקשה שאין מובן לפי גירסא זו מה שתירץ שכבר נטל וכו'. ועוד הקשה שם שלפי גירסא זו בדברי רש"י יוצא שבשיבר את רגלו הרי הוא נוטל שבת כשכרו של שומר קישואין, ואילו בגמ' אמרינן שהוא נוטל כשומר הפתח. ועוד דלפי פירוש זה נמצא שסדר הדברים בקושיית הגמ' הוא שמקודם הזכירו דלי דוולא דאיירי בנקטעה רגלו, ושוב הזכירו אזיל בשליחותה דאיירי בנקטעה ידו, ואילו בתוך המשנה והברייתא הסדר הוא איפכא, דקודם הזכירו את ידו ואח"כ את רגלו. ומשום קושיות אלו הגיה המהרש"ל שצ"ל בדברי רש"י "דלא שילם לו כל צרכו משום דכי מיתפח האי גברא מחולי זה שנקטעה ידו לא אגרא דשומר קישואין שקיל אלא דלי דוולא וכו'", וכוונת הגמרא היא כמו שפירשו תוס',

דאמאי שקיל רק כשומר קישואין מאחר שמקודם להחבלה הי' ראוי למלאכה יותר חשובה, ועל זה מתרצינן שכבר נטל דמי ידו ודמי רגלו, והיכא שהוא משלם את דמי האבר הרי נכלל בזה גם תשלומי שבת זו. ועיין במלחמות דס"ל ג"כ כמו הפירוש הזה של תוס' אלא שנתקשה לו דלשון מיתפח משמע על העתיד להיות לאחר שיתרפא. וכתב שם בסוף דבריו שלשון זה הוא טעות סופר ואינו מעיקר גירסת הש"ס וכמו שמצא בספרים ישנים, ולעולם קושיית הגמרא היא ממה שהי' ראוי קודם. מיהו לפי פירושם של תוס' והרמב"ן צ"ע באמת למה לא יטול בשבירת רגלו יותר משכר שומר הפתח כיון שיהי' ראוי לדלות דוולא לאחר שיבריא. וכתב על זה המהרש"א וז"ל, ויש ליישב בדוחק דודאי בידוע שהוא בעל אומנות, נאמר בו כאילו עושה אותה מלאכה, אלא בסתם בני אדם שאין ידוע בו מה מלאכה הוא עושה, ואפשר שהי' בטל מכל מלאכה, לא נאמר בו אלא כפחותה שבמלאכות דשייך בו אי לא הי' חולה, דהיינו כאילו הוא שומר קישואין עכ"ל.

ברם לכאורה יש להקשות על דבריו דהא לקמן אמרינן שאם חירשו, נותן לו דמי כולו, וכתבו תוס' וז"ל, על כרחך לא מיירי באותו שקיטע את ידו ושיבר את רגלו וסימא עינו אלא אפילו באדם שלם דומיא דסימא עינו דלא איירי באותו שקיטע ידו ושיבר רגלו, דהא בשיבר רגלו אין נותן אלא כשומר הפתח שהוא פחות מטחינת הריחיים עכ"ל, פי' דאם נאמר שסימא עינו קאי על שיבר רגלו א"כ חזינן שגם מי שנשברה רגלו ראוי הוא לטחון

ברייחיים, וא"כ למה לא ניתן לו סכום זה גם כשנשבר רק רגלו ולמה נותנים לו אז כשומר הפתח שהוא פחות מטחינה הרייחיים, וא"כ בע"כ צ"ל שהיכא שנשברה רגלו אינו ראוי אלא לשמירת הפתח לחוד, וסימא את עינו איירי בלא נשברה רגלו עכ"ד. ברם לפי המהרש"א אין ראוי, דהא לעולם איכא למימר שאם נשברה רגלו, שפיר ראוי הוא לטחון ברייחיים, רק דמכיון שהוא ראוי גם לשמור את הפתח א"כ משום כך נותנים לו רק כמו הפחות שבהם, משא"כ בסימא את עינו שאינו ראוי לשמירת הפתח אלא לטחינה לחוד א"כ בכה"ג הפחות שבמלאכות שהוא ראוי לה היא טחינה ברייחיים.

מיהו אי משום הא אכתי דברי המהרש"א נראים נכונים משום שבכל זאת יהי' קשה שיש כאן תרתי דסתרי, דהא יהי' נראה כאילו מי שנשברה רגלו לחוד שוה פחות ממי שגם נסמא עינו, וא"כ גם בנקטעה רגלו לחוד היינו צריכים ליתן לו שכר של טחינה ברייחיים כדי שלא יהי' תרתי דסתרי, וא"כ בע"כ צ"ל שכשנקטעה רגלו, שוב אינו ראוי לטחינה ברייחיים, וסימא את עינו לא קאי על נקטעה רגלו.

מיהו אכתי קשה על דרכו של המהרש"א, למה בנשברה ידו נותנים לו כשומר קישואין, דגם שם ניתן לו כשומר הפתח שהוא פחות משומר קישואין.

ועכ"פ מדרכו של המהרש"א יוצא שהסכום שבין מה שהי' שוה לפני החבלה לבין מה שהוא שוה עכשיו נותנים לו בתורת נזק, וכן נותנים לו בתורת שבת את השכר של שומר פתח או קישואין, אבל

את השבת של כל המלאכות שיוכל לעשות כשיבריא שהן יותר מזה הרי הוא מפסיד. והנה ע"ע בשט"מ בד"ה ע"ב וכו' בשם הראב"ד, שמפרש את קושיית הגמ' כגירסתינו ברש"י ודלא כתוס' והמהרש"ל, ואת כוונת התירוץ שמדת הדין לא לקתה הרי הוא מפרש בזה"ל, וכל הלוקח אותו בלא יד אינו לוקח אותו אלא כשומר קישואין כי הוא רוב מלאכתו ופוחת מדמיו עד שומר קישואין, וכל מה שפוחתה זה מדמיו מוסיף זה בתשלומין, משום הכי אין לנו לשום את שבתו עכשיו אלא כשומר קישואין עכ"ל. ומדרכו של הראב"ד יוצא שמה שנפחת משויו עד השויות של שומר קישואין הרי הוא נוטל בתורת נזק, וכן את השכר של שומר קישואין הרי הוא נוטל בתורת שבת, באופן שאין הנחבל מפסיד כלום.

והנה ע"ע בתוס' ד"ה רואין אותו שכתבו וז"ל, נראה דאם הי' מלמד תינוקות לא נאמר כאילו הוא שומר קישואין, ובשיבר רגלו אם הי' עושה מעשה מחט או נוקב מרגליות לא נאמר כאילו הוא שומר פתח דא"כ לקתה מדת הדין, אלא הכא בסתם בני אדם שאין בעלי אומנות עכ"ל. וכונתם היא להיכא שגם לאחר שיתרפא הרי הוא יוכל להמשיך במלאכתו הנ"ל (אלא שעכ"פ בודאי שאכתי נפחת דמיו ומש"ה הרי הוא משלם נזק), ולכן הרי הוא משלם את השבת של מלאכתו הקודמת ואינו נכלל בכלל תשלומי נזק. ולפ"ז יוצא שבכה"ג שיש לו אומנות ידועה ובעלת ערך רב הרי הוא מקבל שבת כפי מה שיוכל לקבל כשיבריא, ואע"פ שבסתם אדם שנקטע ידו אינו נותן לו שבת

כפי מה שיוכל להרויח כשיבירא דהיינו השבת של אזיל בשליחות, אבל הלא כבר ביארנו בשם הראב"ד והמהרש"א טעמים לזה, והסברות הנ"ל אינן שייכות בהציור הנ"ל של תוס' שיש לו אומנות ידועה.

קפב) בענין הנ"ל.

והנה עיין בבעל המאור שפירש את הגמרא כמו גירסתינו ברש"י (ודלא כהמהרש"ל), דהיינו שהיכא שנקטעה ידו נתיב ל' דמי שליחות משום שיהי' ראוי לכך כשיבירא, וכך היכא שנקטעה רגלו נתיב ל' השבת של דלי דוולא, ודחה שם את הפירוש של תוס' שהביא בשם הראב"ד משום שלשון כי מיתפח משמע על העתיד. וביאר הבעל המאור את התירוץ של הגמ' וז"ל, יש להשיב לך מדת הדין לא לקתה, שכבר נתן לו דמי ידו ודמי רגלו מאותה שעה שחבל בו, שרואין אותו כמה הי' יפה וכמה הוא יפה ואומדין אותו מעכשיו כמה יהי' יפה לאחר שיקום ממשכבו ויתרפא מן החבלה, וא"כ נמצא בכלל דמי ידו ודמי רגלו שבת שבכל יום ויום מההיא מלאכה שבטיל מיני' שהי' רגיל בה מקודם שהי' חבול, והיא מלאכה גדולה כגון חייט או ספר או נגר או נוקב מרגליות, ועם (כצ"ל) זאת המלאכה שהי' רגיל בה מקודם לא הי' יכול לעשות עמה מלאכה אחרת כגון זו שאתה אומר שיעשה לאחר שיתרפא והא דלי דוולא ואזיל בשליחות, הלכך כיון שנתן לו דמי ידו ודמי רגלו והיא שבת גדולה והיא שבת מאותה מלאכה דבטיל מיני' ובכללה היא זאת המלאכה שאתה אומר שהיא פחותה ממנה, ולמה היא בכללה שהרי לא הי' יכול לעסוק בה עם

המלאכה הראשונה שהי' רגיל בה, והמזיק כבר נתן לו שבתו מאותה מלאכה דבטיל מיני', לפיכך אין שמין עכשיו שבתו אלא הקלה שבקלות והוא שומר קישואין, שאלמלא הי' רוצה הי' יכול לעסוק בה עם מלאכתו הראשונה ונמצא בידו ב' מלאכות כאחת, הראשונה שהי' רגיל בה והיא הגדולה והחשובה, וזו הקלה שמירת קישואין שהי' יכול לעשות עמה, והוא כשנותן לו דמי ידו והיא שבת גדולה אין בכלל שבת זו אלא מההיא מלאכה דבטיל ממנה, לפיכך מוסיף לו עוד שמירת קישואין שאלמלא הי' רוצה הי' יכול לעשותה מעיקרא עם מלאכתו ולעשותה כשיתרפא וכו' עכ"ל.

והנה מדבריו נראה דס"ל שיסוד הדין של תשלומי שבת הוא שישלם עבור זה שהוא שובת עכשיו ממלאכה שהי' יכול לעשות גם קודם החבלה, אבל אם לא הי' עומד להמלאכה ההיא קודם שנחבל, רק שלאחר שיתרפא יוכל להתעסק בה, אז אינו משלם שבתו מהמלאכה ההיא, משום שלא מיקרי מזיק על מה שעתידי להיות אלא רק על מה שכבר הי', או הי' ראוי להיות (וצ"ע), וזהו שכתב שלדוולא לא הי' ראוי קודם שנחבל. ומה שהדגיש הבעל המאור שבעינין שיהי' ראוי לעשות את אותה המלאכה של תשלומי השבת גם לאחר שיתרפא נראה שכוונתו היא משום שאל"כ אז הי' צריך להיות נחשב בכלל נזק דהיינו שבת גדולה, דהא הזיק את גופו בהעדר מלאכה זו, ולכן בעינין שיהי' ראוי לזה גם לאחר שיתרפא דמעתה שוב אינו בכלל תשלומי נזק. ועל כל פנים בנוגע לשבת ס"ל להבעה"מ שעצם התשלומין הם

עבור מה שהשביתו ממלאכה שהי' ראוי לעשות קודם החבלה ולא עבור מה שהשביתו ממלאכה שיהי' ראוי לעשות לאחר שיתרפא, ולכן אם לא הי' עומד לעשות אותה מלאכה קודם שהזיקו הרי הוא פטור אפילו אם הוא עומד לעשותה לאחר שיבריא.

והנה עיין בתד"ה רואין אותו שכתבו וז"ל, ונראה דאם הי' מלמד תינוקות לא נאמר כאילו הוא שומר קישואין, ובשיבר רגלו אם הי' עושה מעשה מחט או נוקב מרגליות לא נאמר כאילו הוא שומר פתח, דא"כ לקתה מדת הדין אלא הכא בסתם בני אדם שאין בעלי אומנות עכ"ל. ומסתימת לשונם משמע שבעושה מעשה מחט או נוקב מרגליות שנשבר רגלו הרי הוא נוטל את השבת של נקיבת מרגליות לחוד, אבל אינו נוטל גם את השבת של שמירת הפתח, ואילו לפי הבעל המאור שכתב שהי' ראוי לשמור את הפתח בהדי נקיבת מרגליות א"כ לכאורה ה"ה שהוא צריך ליקח את גם את השבת של שמירת הפתח.

והנה מדברי הבעל המאור יוצא בהכרח שיתכן לטחון בריחיים ביחד עם מלאכה אחרת, דהא אל"כ למה בסימא את עינו נותנים לו שבת כטחינת ריחיים, הלא לא הי' יכול לעשות כן ביחד עם מלאכתו הראשונה. ובאמת כבר תמה הרמב"ן על זה משום שמצד המציאות הרי זה דבר בלתי אפשרי. מיהו נראה שהבעל המאור הבין כמו הרר"י בשט"מ ד"ה וז"ל הרר' יהונתן ז"ל וכו' שכתב שהכוונה בסוגיין בטחינה בריחיים אינה לטחינה ממש אלא

לצעוק על החמור הטוחן בהריחיים שלא יתבטל מלסבוב וכו' עכ"ל. ואולי כן הבין גם היש"ש ולכן כתב בסי' י"א שהשכר של טחינה הוא פחות מהשכר של שמירת הפתח ודלא כמו שכתבו תוס' בד"ה חירשו.

ועכ"פ מדברי הבעל המאור יוצא שהסכום שנפחת ממלאכתו הראשונה עד כמה הוא שוה עכשיו, את הסכום הזה הרי הוא משלם בתורת נזק, ובתורת שבת הרי הוא משלם כשכרו של שומר פתח או קישואין, ואת השבת של דלי דוולא ושליחות הרי הנחבל מפסיד.

והנה הרמב"ן במלחמות שם הבין את דברי הבעל המאור באופן אחר ממה שכתבנו, והיינו שכוונתו היא לומר דהא דאינו משלם את השבת של דלי דוולא ושליחות הרי זה משום שתשלום זה נכלל כבר בתשלומי נזק, והיינו משום שהאופן ששמין תשלומי נזק אינו כמה הי' יפה קודם החבלה וכמה הי' יפה לאחר שיבריא, אלא שמין כמה הי' יפה קודם החבלה וכמה הוא יפה עכשיו בשעת חליו, והרי בשעת חליו מכיון שאינו יכול לעסוק בדוולא ושליחות הרי דמי מכירתו נפחתים מחמת זה ומש"ה גם מה שהוא בטל מדוולא ושליחות נכלל הוא בתשלומי נזקו, אבל בכל זאת אין דמיו נפחתים יותר משום העובדא שאינו יכול לשמור פתח וקישואין בימי חליו, וז"ל, וכדומה לי שכך הוא תורף פירושו ששמין אותו כשהוא חולה כמה הוא שוה וכמה הי' שוה, נמצא בפחת דמיו הפחת שיש בין מלאכה הראשונה החשובה שהי' עושה ובין

הדוולא שהוא עושה לאחר שיתרפא וגם דמי ביטול הדוולא שהי' בטל לגמרי מחמת חליו, שהלוקח פוחד דמיו מפני ביטול חליו, הלכך אינו מפסידו כלום אחר דמי ידו אלא דמי שמירת קישואין שהלוקח אותו אינו לוקחו לשמור קישואין עם מלאכתו האחרת שהי' עושה (פי' קודם החבלה, ולכן אין דמיו נפתחים יותר בימי' חליו עבור זה שאינו יכול עכשיו לשמור קישואין כי מעולם לא הי' דמים לדבר זה), והוא יכול לומר עכשיו אני בטל מאותה המלאכה הראשונה, ונתת לי דמים בדמי היד, אבל הייתי עושה עוד מלאכה אחרת עמה וצריך אתה ליתן לי דמי אותה מלאכה ונותן לו עכ"ל.

ברם בדברי הבעל המאור שלפנינו לכאורה א"א לפרש כן, דהא אם כן למה הוצרך לומר שלא הי' עומד לדוולא קודם שנחבל, דזה לא מעלה ולא מוריד, אלא העיקר הוא רק זה שהלוקח יפחות מדמיו בגלל זה שאינו יכול לעסוק במלאכת דוולא בשעת חליו, ואדרבה מדברי הרמב"ן שם שהבאנו מוכח דס"ל בכוונת הבעל המאור ששפיר אפשר לו לדלות בדוולא ולילך בשליחות בבת אחת עם מלאכתו הראשונה. וכן להלן שם כתב הרמב"ן "שהי' יכול לעשות עם מלאכתו הראשונה ויכול לעשות כשיתרפא", וקאי שם על שליחות ודוולא.

עוד הקשה הרמב"ן דאיך אפשר לומר ששמין כשעת חליו ושהוא מתחייב לשלם גם מה שנפחת דמיו בגלל זה שאינו יכול לדלות עכשיו, דהא אם יצטרך לשלם כשעת חליו נמצא שכיחש מזיק יותר מדי וז"ל, ועוד שא"א לומר כן שיהיו שמין

אותו כשהוא חולה כמה שוה שא"כ נמצא פוגם מזיק, שאין אדם לוקח עבד חולה אלא בפחות מכדי דמיו הרבה, שאין אדם רוצה להיות קונה אדון לעצמו שיהא צריך לשמש אותו עד שיתרפא, ושמא ימות, ואע"פ שאמדהו ב"ד לחיים מ"מ דמיו פחותים הם ביותר, ודמי למאי דאמרינן הכהו על ידו וצמתה וסופה לחזור שאין שמין אותו פחת דמיו הואיל וסופו לחזור, ואף כאן נמי פחת הדמים שמחמת החולי סופו לחזור כשיתרפא, ואפילו למאן דפליג התם, הכא מודה שאין שמין לעולם עבד חולה, דא"כ אתה מחייבו דמי נזק על שבתו שהוא פחת דמיו עכ"ל. וצע"ק על קושייתו הראשונה שהקשה שנמצא אתה פוגם את המזיק, דמה בכך שיצטרך לשלם הרבה, דהא מכיון שזהו השער שלו בשוק, הרי אלו תשלומי נזקו, ואמאי לא ישלם. וצ"ל דס"ל להרמב"ן שאינו משלם כשער השוק אלא היכא שכדין הוול, אבל לא היכא שלא הוול כדין, כגון הכא שב"ד אמדהו לחיים וכמש"כ שם, רק שבני אדם חוששין שמא ימות ומפחיתים את דמיו, דבכה"ג אין זה בכלל נזק, ואע"פ שלמעשה לא ישלמו יותר עבורו, בכל זאת אינו מתחייב אא"כ הוול מטעם נכון. ברם אכתי צריך ביאור משום שהרמב"ן הזכיר גם עוד סברא לזה שנפחת, והיינו משום שהוא קונה אדון לעצמו. ולכאורה זה הוי שפיר טעם נכון.

והנה הרמב"ן הזכיר עוד בתוך דבריו הנ"ל שצריך להיות כמו שבת הפוחתתו בדמים. ושוב כתב שאפילו לפי המ"ד שמחייב שם לשלם, אבל מ"מ הכא יודה שאינו משלם וכתב טעם למה, ולקמן

לא פיתחה אותו, אלא העובדא שהוא חולה הרי זה הדבר שפיתתו, והעובדא שהוא נחלה הרי זה רק כגרמא מעצם מעשה ההכאה וכהנ"ל.

מיהו יש להקשות על זה מהא דאמרינן בדף ל"ד ע"א שהיכא שכיחשה הבהמה מחמת המכה של הנוגח, מחייבין לבעל הנוגח גם על זה, ולא חשיב גרמא משום דאמרינן קרנא דתורא קבירא ב', וא"כ גם כאן מה שנחלה כל גופו הי' צריך להיות נחשב כמו כיחשה מחמת המכה.

קפג) בענין הנ"ל.

עיין בדא"ש שכתב שאם קטע ידו של נוקב מרגליות הרי הוא בודאי חייב לשלם יותר נזק מאם קטע את ידו של סתם בעל מלאכה*), אבל אם קטע את רגלו של נוקב מרגליות אינו פוחת מנזקו עבור זה שאינו מתפרנס מרגלו אלא הרי הוא משלם נזק כרגלו של כל אדם. ולכאורה הי' נראה לומר בביאור דין זה, שתשלומי נזק הרי הם השוויות של האבר שאיבד ולא כנגד המלאכות שחיסר אותו, אלא שוויות עצם האבר, רק שכשאנו שמיין, הרי אנו שמיין כמה האבר שוה למלאכה, אבל מ"מ התשלומין אינם כנגד המלאכות שחיסרו, אלא השוויות של עצם האבר (ועיין עוד בזה באות קמ"ו וקפ"ה), ומש"ה כשקטע את רגלו של נוקב מרגליות הרי הוא שפיר צריך לשלם דמי רגלו של כל אדם משום שגם כאן הרי איבד ממנו את רגלו אע"פ

בסמוך נשתדל לבאר את דבריו. ומדבריו מוכח דס"ל שפליגי שם גם באופן שאמדוהו בודאות שיחזור לברייתו (ועיי"ש בתוס'), דהא כבר כתב שאירי אצלינו באופן שאמדוהו ב"ד לחיים, וא"כ בע"כ מוכח דס"ל שהמ"ד שמחייב שם, הרי הוא מחייב אפילו בכה"ג, ואינו חש להסברא הנ"ל דהוי זולא בלא טעמא, דהא אל"כ למה לא אמר הרמב"ן בפשיטות שהטעם למה ההוא מ"ד מודה הכא הרי זה משום שהכא הוי דבר ברור שיבריא.

ומעתה צריכים להבין את כוונת הרמב"ן בדבריו הנ"ל שכתב שאפילו המ"ד שמחייב בשבת הפוחתתו בדמים, הרי הוא מודה הכא שהוא פטור משום שאם נחייב הרי אנו מחייבים אותו דמי נזק על שבתו. ונראה שכוונתו בזה היא לומר שהכא הפחת שהוא נפחת מפני זה שאינו יכול לילך בשליחות בימי חליו הרי זה נחשב רק כגרמא מחבלתו, שהרי החובל לא חבל ברגלו אלא קטע את ידו, רק שמזה נחלה כל גופו אח"כ, ושוב נתבטל גם ממלאכת רגלו ונפחת כספו עבור זה, וא"כ נמצא שמה שנחלה כל גופו הרי זה רק כגרמא מהמעשה הכאה, ומש"ה הפחת הזה שיוצא ממה שנחלה הרי הוא נחשב בגדר נזק של שבת, כלומר שהשבת עשה את הנזק ולא החבלה, משא"כ בהכהו על ידו וצמתה וסופו לחזור, הפחת הזה אינו בגלל שהוא חולה, אלא עצם ההכאה הוא הדבר שצמתה את ידו וקלקל אותה לפי שעה והפחיתה את שויו, אבל הכא הרי החבורה

וכדומה, וכתב שגם יתר הראשונים לא חילקו כחילוקו של הרא"ש.

* והיש"ש בסי' י"א חולק על זה וסובר שלעולם שמין נזק רק כידו של עבד העומד למלאכת הבית

שאינו עובד בו, רק שהיכא שקטע את ידו של נוקב מרגליות, בזה אמרינן שהיד שלו שוה יותר מהיד של סתם אדם.

מיהו אע"פ שהי' נראה להסביר את הטעם של הדין הנ"ל על הדרך שכתבנו, אבל מ"מ הרא"ש שם ביאר בדרך אחרת וז"ל, דאם ירצה לא ישתמש במלאכה זו ויהי' כשאר אדם הנמכר לכל מיני תשמיש עכ"ל. ומלשון זה משמע שלעולם התשלומין של נזק הרי הם כנגד הפסד המלאכה שגורם, ולכן נחית הרא"ש להסביר שגם ברגלו של נוקב מרגליות שייך לומר כן משום שיש לו ברירה לשנות את מלאכתו.

מיהו יש להעיר על זה, דהא לכאורה גם במי שאינו רגיל במלאכה כלל יסבור הרא"ש שהוא נוטל נזק מחמת הסברא הנ"ל שאם ירצה הי' יכול להתחיל להתעסק במלאכה, ואילו לגבי שבת עיין ביש"ש בסי' י"א שכתב וז"ל, ואפילו שבת דמלאכה, היינו דוקא במלאכה שהוא רגיל לעשות, אבל אם הוא אינו רגיל במלאכה, או מחמת עשירות או מחמת עצלות, אינו נותן לו שבת כלל, ולא אמרינן מאחר שהי' יכול לעשות מלאכה אם הי' רוצה, דלמא הי' עושה, ועכשיו אפילו רוצה אינו יכול לעשות, מ"מ משום ספיקא דלמא לא הי' עוסק במלאכתו לא משלמינן לי, וקרא מסייע לי רק שבתו יתן, ולא אמר שבת, אלא שבתו, כלומר שבת שלו שהי' עוסק בראשונה עכ"ל. ולכאורה זהו דלא כסברתו של הרא"ש. ואולי הרא"ש לפי טעמו יחלוק באמת על דינו של היש"ש, אבל מ"מ נראה שהיש"ש שפיר יכול לסבור

כדינו של הרא"ש (רק לא מטעמי), דהא היש"ש יוכל לסבור ששאני נזק משום שאינו כנגד הפסד המלאכות אלא הרי הוא השוויות של עצם גוף האבר, ומש"ה הרי הוא משלם נזק אפילו למי שלא עמל מעולם. גם י"ל שלעולם גם הרא"ש יודה לדינו של היש"ש והיינו משום ששבת שאני כיון דכתיב שבתו וכמש"כ היש"ש.

ועכ"פ מדברי הבעל המאור שהבאנו לעיל נראה דלא כהיש"ש, דהא הבעל המאור פירש שמה שהוא נותן את השבת של שומר קישואין הרי זה משום שהי' יכול לעסוק בזה קודם, בזמן הי' בריא, ביחד עם מלאכתו הקבועה, ומבואר להדיא בסוף דבריו שם שאמרינן כן אפילו אם אף פעם לא עשה כן עיי"ש.

קפד) בעי רבא קיטע את ידו ולא אמדוהו.

עיין בפירושו של הר"י בתד"ה נהי וכו'. וצ"ע על פירושו, דאכתי איך שייך לכלול ריפוי בהדי צער ובושת, הלא תשלומי ריפוי הם עבור הוצאותיו, וא"כ הרי זה צריך להיות תלוי אך ורק בכמה היו ההוצאות של הריפוי, דהיינו באם הרופא מוזיל עבור זה שהוא מתרפא מכמה מכות בבת אחת או לא. ועיין באמת בשט"מ שכתב פירוש זה של הר"י וכתב אותו רק על צער ובושת, וז"ל, בד"ה למיתב לי צער לחודי וכו', תימה לר"י בשלמא נזק ושבת לא יהיב לי' דיהיב לי' דמי כולי' והם בכלל, אלא ריפוי אמאי לא ניתיב לי' וכו', ולפירושו ניחא דבדואי ריפוי אומדין אותו בפני עצמו אבל מצער ובושת מיבעיא

לי שאין האומדן שוה בפעם אחת כמו בג' ימים עכ"ל, הרי שכתב שאומדין ריפוי בפני עצמו והיינו משום דפסיקא לי שאין הרופא מוזיל. וכן משמע גם מהשט"מ שם לעיל בסמוך (מיהו לפ"ז צריכים לשנות את הלשון בהדיבור המתחיל של השט"מ ולמחוק המלה ריפוי עיין שם). ועכ"פ על דברי הר"י בתוס' צ"ע כהנ"ל.

ועוד צ"ע דלפי פירושו של הר"י למה לי לזה שחירשו לבסוף (שמשלם דמי כולו), דהא גם בלא חירשו, הלא מכיון שחבל בו כמה חבלות איכא למיבעי אם אומדין הכל ביחד או לא.

דף פ"ו ע"א

קפה) בענין נזק ושבת.

עיין בגמרא דאיתמר הקוטע יד עבד עברי של חבירו אביי אמר נותן לו שבת גדולה לעבד ושבת קטנה לרב, ורבא אמר הכל ינתן לרב וילקח בהם קרקע והרב אוכל פירות ע"כ. ועיין בתוס' שהקשו על אביי למה נותנים להרב רק שבת קטנה של שמירת קישואין, הלא הרב מפסיד יותר מזה, דהא אילו לא נקטעה ידו הי' העבד דלי דוולא ועכשיו אינו יכול. ותירצו שמ"מ לא גרע מהיכא שחלה העבד דאינו חייב להשלים, דה"ה הכא מה שנקטעה רגלו הרי זה כמו חלה. וצ"ע במאי פליגי ואמאי לא ס"ל גם לרבא דהוי כמו חלה.

ובביאור מחלוקתם יש לחקור באם תשלומי נזק נחשבים הסכום של שויות האבר כמו שהוא, או האם הם כנגד כל

המלאכות שהי' יכול לעשות (ולפי הצד השני מובן היטב למה מיקרי שבת גדולה).

והנה בהסוגיא דלעיל בדף פ"ה ע"ב מבואר שהיכא שקטע את רגלו מיפטר החובל מהשבת של אזיל בשליחותי שהי' יכול לעשות קודם שקטע את רגלו משום שדבר זה נכלל כבר במה ששילם לו את דמי רגלו בתורת נזק. ולכאורה הי' אפשר לבאר בפשיטות שהפטור הוא משום שתשלומי נזק הם כנגד כל המלאכות שהי' עתיד לעשות, ומש"ה לאחר ששילם נזק, שפיר מיפטר מלשלם את השבת של אזיל בשליחותי. ברם מרש"י שם בד"ה נפקא מינה נראה טעם אחר וז"ל, ושבת לא שהרי נותן לו דמי כל מה שהי' שוה מתחילה והרי הוא עבדו עכ"ל, הרי שכתב שמיקרי ששילם את השויות של עצם האבר, ומאחר ששילם את דמי האבר שוב הוי כשלו וממילא אינו מתחייב יותר, והרי זה כמו היכא שהזיק את עבדו הכנעני שקנוי לו בקנין הגוף דהוי שבתו דידי' (וע"ע ברש"י בדף פ"ה ע"א בד"ה היכי שיימינן).

ונראה שבזה פליגי אביי ורבא בסוגיין, דאביי סובר שתשלומי נזק הם שויות האבר ומש"ה אין לו להאדון שום שייכות להתשלומין הללו, דהא האבר הוא של העבד, ומש"ה החובל חייב לשלם את הסכום הזה להעבד, רק שאכתי קשה דהא לא יצא העבד ידי חובת מלאכה, ואמאי אין העבד חייב לשלם להאדון עבור זה שלא הי' יכול לדלות דוולא, ועל זה תירצו תוס' דהוי כמו חלה, אבל רבא סובר שתשלומי נזק הרי הם כנגד המלאכות

שהי' יכול לעשות עם האבר, ומש"ה ס"ל ששפיר שייך האדון בתשלומין אלו כיון שהמלאכות הן שלו, ומש"ה סובר רבא שילקח בהם קרקע והרב אוכל פירות במשך שני העבדות. וע"ע בנוגע להחקירה הנ"ל לעיל באות קמ"ו וקפ"ג.

קפו) הערות במחלוקת ר"מ ור"י ור"ש בשומת בושת.

א. בגמ' דייקנן דמתניתין לא אתיא כרבי מאיר משום דקתני הכל לפי המבייש והמתבייש, ואילו לפי רבי מאיר בין עני ובין עשיר נוטל כבן חורין שירד מנכסיו. והנה בהמשך הסוגיא מבואר שגם רבי מאיר מחלק בין בושתו של קטן בשנים (דהיינו פחות מ"ג שנים כמו שמוכח מהסוגיא שם) לבושתו של גדול בשנים, וא"כ צ"ע אמאי לא אמרינן שלעולם מתניתין רבי מאיר היא ומאי דקתני שהכל לפי המבייש והמתבייש הכוונה היא כפי אם המתבייש הוא קטן בשנים או גדול בשנים, ואתי שפיר גם לפי רבי מאיר.

וצ"ל שהבינה הגמ' שסתמא דמתניתין כולל גם חילוקי עשירות. ועוד ראיתי מתרצים שבאמת מוכח מיני' ובי' מהמשנה שהכוונה היא לחילוקי עשירות, דהא קטן שבייש פטור, ואילו המשמעות של הכל לפי המבייש היא שכל המביישים משלמים, רק שיש חילוק ביניהם בנוגע לכמה הם משלמים, וא"כ בע"כ צ"ל שהכוונה אינה לחלק בין גדול בשנים שבייש לבין קטן בשנים שבייש, דהא קטן שבייש פטור, וא"כ הה"נ בנוגע להמתבייש אין הכוונה

לחלק בין קטן לגדול אלא בין עשיר ועני.

ב. הנה תוס' בד"ה כאילו וכו' ביארו את טעמו של רבי מאיר בזה"ל, כי יש עשירים שאין מתביישים יותר מבני חורין שירדו, וכן עניים, ואין יכולים לדקדק עליהם כל כך איזה מהם מתבייש כאילו ירד ואיזה מתבייש יותר או פחות וכו' עכ"ל. מיהו לפי דבריהם צ"ע למה לא משהו רבי מאיר גם קטן וגדול בשנים, דהא גם מצד קטנות וגדלות אין כל אחד מתבייש בשוה, וגם שם יש גדולים שהם מתביישים כקטנים ויש קטנים שמתביישים כגדולים וא"כ גם בנוגע לזה נימא שא"א לדקדק ויהי' שיעור אחד לכולם. וראיתי מתרצים שהתם בודאי שום גדול לא נחית לשיעור של קטן, משא"כ בנוגע לעשירות יש עשירים שמתביישים כעניים ומש"ה השווה את השיעור בכל אדם, וצ"ע.

ג. גם צ"ע על תוס' מלקמן בע"ב דיש צד אחד בגמ' שיסוד המחייב בבושת אינו מה שהוא עצמו מרגיש בושה, אלא יסוד המחייב הוא מה שהוא נעשה זול בעיני בני אדם, דהיינו משום זילותא ולא משום כיסופא. ולפ"ז לכאורה לא אתי שפיר סברת תוס', דהא אם תשלומי בושת הם משום שנעשה זול בעיני בני אדם א"כ ההרגשים של המתבייש אינם צריכים להכריע כלום אלא הכל צריך להיות תלוי אך ורק בכמה עשיר או עני ממדריגה פלונית נעשה זול בעיני בני אדם מחמת בושת פלונית, ושיעור זה הרי הוא קבוע לעולם לכל בני מדריגה מסוימת של עשירות או עניות, וא"כ צ"ע דלכאורה

דבריהם אתי שפיר רק אם נאמר משום כיסופא.

ועוד דהא לשונו של רבי מאיר שאמר שכולם בני אברהם יצחק ויעקב הרי קאי על עני וכוונתו היא לומר ששפיר שייך לשומו בשומא גדולה של בני חורין שירדו מנכסיהם משום שהם בני אברהם יצחק ויעקב, ואילו החשבון הזה שייך לכאורה רק בנוגע לזילותא אבל לא בנוגע לכיסופא. ואולי כוונתו בהך סברא שהם בני אברהם יצחק ויעקב היא לומר שמכיון שהם בני אברהם יצחק ויעקב א"כ אפילו עני מחשיב את עצמו ונכסף יותר ממדרגת עניותו.

ד. הנה רש"י ביאר את טעמו של רבי מאיר דאם נשום את העשיר לפי עשרו א"כ אין לדמי בושתו סוף. ולפ"ז צ"ע מהו טעמו של רבי יהודה, דקשה לומר שהם חולקים בנוגע לאיך היא המציאות. מיהו היש"ש בסי' ט"ז כתב שלפי רבי יהודה שפיר יש לדבר סוף (עיי"ש בדבריו על מה שכתב הרא"ש שהשיעור של ארבע מאות זוז שנזכר במתניתין להלן בפירקין הוא תכלית השיעור לאדם עשיר וחשוב).

ה. הנה רש"י לא ביאר את סברת רבי מאיר בעני. ולכאורה סברת רבי מאיר בעני היא משום שבאמת בושתו היא מרובה כיון שהוא מבני אברהם יצחק ויעקב וכמו שביארנו בסק"ג.

מיהו עיין ביש"ש בסי' ט"ז שכתב סברא אחרת, והיינו שאם נשום עני לפי

עניותו לא יגיע רק מעט מזער (ומשמע שקאי שם בדעת רש"י), וצ"ע.

ו. עוד כתב היש"ש שם שלפי ר"ש הפחות שבעניים מקבל כשיעור האמתי של בושתו ולא מורידים אותו למטה מזה, אע"פ שמעטה יוצא שהוא מקבל סכום שוה עם עני סתם.

קפז) נתכוין לבייש את הקטן ובייש את הגדול.

עיין בסוגיין וברש"י ובתד"ה אבל וכו' דמבואר שלפי רבי שמעון בעינן קרא מיוחד כדי לפטור בושת שלא בכוונה ולא ילפינן מקטלא שהוא פטור. והנה לעיל בדף מ"ד ע"ב מבואר שחייבים הבעלים כופר גם אם השור נגח שלא בכוונה, אבל סקילת השור אינה נוהגת כשנגח השור שלא בכוונה. ושוב אמרינן שם שרבי שמעון פוטר שור שהזיק שלא בכוונה משום שיליף חיובא דשור, דהיינו נזיקין, מחיובא דשור, דהיינו סקילה, ולא יליף חיובא דשור מחיובא דבעלים דהיינו כופר. ולפ"ז אתי שפיר הכא למה בעי רבי שמעון קרא מיוחד למיפטר בושת שלא בכוונה, והיינו משום שבלא הפסוק הוי ילפינן בושת מכופר או מנזק דאמרינן שאדם מועד לעולם, דהא שניהם הם חיובא דבעלים* (ועיי"ש ברש"י שפירש שניזקין הוא חיובא דשור משום שהתשלומין הן מחמת מעשה שורו, ואילו כופר הוא חיובא דבעלים כי הוא כופר נפשו).

* שלחומרא מקשינן, עי' בתוס' בדף ג' ע"א.

(* ולא הוה ילפינן מרוצח דפטור, משום

והנה עיין עוד בסוגיין דמבואר שרבי יהודה לא ס"ל דרשת רבי שמעון מקרא דמבושיו אלא הרי הוא מחייב בושת שלא בכוונה היכא שנתכוין לבייש את הקטן ובייש את הגדול או נתכוין לבייש את העבד ובייש בן חורין. וגם זה אתי שפיר לפי סוגיא דהתם, והיינו משום שהתם בדף מ"ד איתא שרבי יהודה מחייב שור שהזיק שלא בכוונה משום שילפינן תשלומין (ניזקין) מתשלומין (כופר), ולא תשלומין ממיתת השור, וא"כ ה"ה הכא ילפינן בושת לענין ציור זה (של נתכוין לבייש את זה ובייש את זה) מכופר מאחר ששניהם הם תשלומין [ובאמת רבי יהודה מחייב גם על רציחה שלא בכוונה כשנתכוין להרוג את זה והרג את זה, וכן גם השור חייב סקילה בכה"ג משום שכמיתת הבעלים כך מיתת השור, וא"כ נראה שאפילו אם הי' לומד תשלומין ממיתה, אכתי הי' מחייב כיון שאדם ושור חייבים מיתה בנתכוין להרוג את זה והרג את זה*], אבל התם בדף מ"ד איירי לגמרי בשלא בכוונה].

קפח) תד"ה עד.

עיין בפ"י שכתב לתרץ שבלא מבושיו הוה אמינא שהוא חייב לשלם כבושתו של הגדול משום דהו"א שהיכא שנתכוין לבייש את הקטן ובייש את הגדול הרי זה שוה בערכו להיכא שנתכוין להזיק את הגדול ולא נתכוין לביישו, דכמו שהתם הרי הוא משלם כבושתו של גדול ה"ה להיכא שנתכוין לבייש את הקטן עכ"ד.

* ואין אנו צריכים להגיע להכלל של לחומרא מקשינן

מיהו לכאורה השואה זו צ"ע.

מיהו עיין באור שמח בריש הל' חובל ומזיק שכתב ג"כ לדמות לנתכוין להזיק ולא לבייש אבל ביאר שמטעם זה אכתי חייב רק כבושתו של עבד וקטן עיי"ש.

דף פ"ו ע"ב

קפט) רש"י ד"ה דמיכלמי לי' ומיכלם.

וז"ל, כשמזכירין לו בושת ומכלימים אותו בה מצטער עכ"ל. צ"ע למה לא כתב את הציור של בושת שכתוב בתורה דהיינו שמתבייש גם בשעת ההכאה גופה.

קצ) המבייש את הסומא.

י"ל שהחידוש של הך בבא הוא לדיוקא, דהיינו למידק מיני' שסומא שבייש חייב, וכדדייקנן בע"א מדלא קתני בהסיפא שסומא שבייש פטור, ואתי לאפוקי מרבי יהודה דאמר שסומא שבייש פטור. ועיין בתפארת ישראל על המשניות.

קצא) המבייש את הישן חייב.

הרי שהוא חייב אע"פ שהבושת באה אח"כ לפי הצד בגמרא שבושת הוא משום כיסופא, ולא פטרינן לי' משום דהוי כמו גרמא [או לכל היותר גרמי*] דפטור לפי רבנן דרבי מאיר]. ועיין בחלק א' אות תנ"ו

** ועי' ברא"ש בפ"ט סי' י"ג

שהארכנו בענין אם יש חיוב בושת על גרמא.

קצב) ופטור על הבושת עד שיהא מתכוין.

יש לעיין בענין אם הדין פטור שנאמר על אינו מתכוין הרי הוא רק בגדר גזירת הכתוב לחוד הלמד מקרא דושלחה ידה (עיין בתיו"ט כאן), או האם יש גם סברא לדבר (ואתי קרא וקמ"ל הסברא, עיין בתוס' בשבועות בסוף דף כ"ב), והיינו שמכיון דהוי שלא במתכוין א"כ לא מיקרי בגדר בושת כלל, אלא אמרינן שלא הי' לו להתבייש כיון שהי' שלא בכוונה (וכן מה שדרכם של בני אדם להתבייש ממקרים בעלמא שפוגעים בהם אע"פ שאינם מכה אדם המבייש בכוונה, לפי הצד הזה נאמר גם על זה שלפי דעת התורה לא הי' לו להתבייש, ויש עוד לעיין בזה, ועיין לעיל באות קמ"ז).

ועיין במסכת אבות בפרק ד' משנה ג' דתנן אל תהי בז לכל אדם שאין לך אדם שאין לו שעה. וצ"ע אמאי לא אמר משום לאו דלא תשא עליו חטא או לא תונו שהוא הלאו של אונאת דברים. ברם עיין ברבינו יונה בשערי תשובה שער ג' אות קע"ו שכתב דאיירי המשנה ב"מי שלועג תמיד לדברים ולפעולות, ואין דעתו

להבזות בעליהן, אך מרחיק הדברים שאין להרחיקם, ומרחיק תועלת הפעולות שיש תקוה לתועלתם", ולפי דבריו אתי שפיר משום שי"ל שבכה"ג ליכא משום הלאוין הנ"ל משום שלא חשיב בכלל בגדר בושת כיון שאין כוונתו לבייש וכמו שצדדנו שלא הו"ל להלה להתבייש ולהצטער ומש"ה הוצרך לומר את הטעם של אין לך אדם שאין לו שעה*).

מיהו אכתי צ"ע דתיפוק לי' משום הטעמים שהזכיר רבינו יונה שם, ואכתי לא בעינן הטעם של אין לך אדם שאין לו שעה.

והנה עיין ברמב"ם בפ"ה מהל' חובל ומזיק שכתב שבושת הוא קנס, ומ"מ המודה בו חייב, וכיאר שם דבר זה בזה"ל, שהנחבל שלא חבל בו בפני אדם אין לו בושת, והודאתו בב"ד היא שביישה אותו, נמצאת למד שאין הפרש בבושת בין בושת המגיע לו אם חבל בו בפני אחרים ובין בושת המגיע לו בעת שהודה בפני אחרים שחבל בו, לפיכך משלם אדם בושת על פי עצמו עכ"ל. פי' דהא דחייב כשהוא מודה שביישו הרי זה משום שע"י הודאתו גופה הרי הוא מביישו עכשיו בב"ד. מיהו לכאורה צ"ע דהא מה שמביישו עכשיו ע"י הודאתו היא בושת דברים. ברם לעיל בחלק א' אות תנ"ו ביארנו דס"ל להרמב"ם

הרי זה בודאי נקרא שעבר על הלאו שלא במתכוין.

איברא, עי' בב"ב דף כ"ג ע"א במעשה דרב יוסף דמבואר שלא כהסברא שכתבנו בפנים שלא הי' לו להקפיד, דהא איתא שם שהיכא שאנינא דעת' טפי, הרי השני שפיר חייב להרחיק, ועי'.

* מיהו לכאורה דברינו אלו שייכים רק באופן שאין בתוכן הדברים שום דברי בוששה אמתיים כגון הזכרת חטאיו, אלא שהוא קורא אותו בשם גנאי בעלמא, או שלועג עליו דברי לעג בעלמא שאין בהם ממש כמו שצייר רבינו יונה שם, אבל היכא שיש בתוכן דבריו דברי בוששה אמתיים

קצג) ערום בר בושת הוא.

פירש"י וז"ל, בתמי', כיון דאינו מקפיד לילך ערום בפני בני אדם, מי הוה בר בושת עכ"ל. הנה מדבריו חזינן שפריך דוקא משום שאינו מקפיד על בושתו. וצ"ל דהא דלא משני דאיירי באופן שנתערם באונס, הרי זה משום שאז פשיטא שהוא בר בושת, ומאי קמ"ל המשנה.

ועיין בתוס' שכתבו וז"ל, וקשה לפירושו מאי שנא דפריך אברייתא, הוי ל' למיפריך אמתניתין דקתני המבייש את הערום חייב. ונראה לפרש שאמתניתין לא פריך דפשיטא דערום בר בושת הוא אם רוקק בו או סטרו, אבל לשון הברייתא משמע ל' ביישו ערום שמביישו במה שמגלהו ומערימו עכ"ל. ברם מרש"י משמע שפריך שאינו בר בושת אפילו אם רוקק בו או סטרו.

ונראה לומר בביאור מחלוקתם של רש"י ותוס', שתוס' דנין מצד מחילה, דהיינו שהצד לפטור את המבייש את הערום הרי הוא משום שהערום עצמו מוחל על בושתו, ומש"ה כתבו תוס' שבשאר דברים הרי הוא שפיר בר בושת, כי על הבושות ההן לא ראינו שהוא מוחל, אבל רש"י ס"ל שאינו בר בושת משום שהוא נחשב כשוטה ומש"ה הה"נ לשאר בושות (ועיין עוד בתורת חיים איך שביאר את כוונת רש"י דיוצא שגם רש"י סובר כתוס' שהמבייש את הערום ע"י שרוקק בו או סטרו חייב).

ועיין בגמרא דמתרצינן אמר רב פפא מאי ערום דאתי זיקא כרכינהו למאני' ואתי הוא דלינהו טפי ובייש'. וצידדו תוס' לומר וז"ל, אבל אם הוא עצמו דלינהו ובא

שהטעם למה פטרינן ל' על בושת דברים אינו משום דחשיב גרמא אלא משום שדברים בעצמם לא חשיבי דברי בושת שחייבה התורה תשלומין עליהם, א"נ כדברי הרא"ש כאן בסי' ט"ו דבעינן פגיעה בגופו, וא"כ שפיר יוצא כדברי הרמב"ם שהיכא שמודה שביישו מקודם הרי הוא חייב, דהא בכה"ג התוכן של הבושה הוא מעשה ולא רק דברים (אבל אם הטעם של הפטור הוא משום גרמא א"כ גם כשהוא מודה שביישו מקודם, הרי הוא מביישו עכשיו רק בדרך גרמא). ולפ"ז יש לחקור מה יהי' הדין אם הוא מזכיר לו עכשיו שביישו ע"י מעשה שעשה שלא בכוונה, ועכשיו כשהוא מזכיר לו הרי הוא מתכוין לביישו על ידי זה. ולכאורה יש לתלות את זה בהצדדים הנ"ל, והיינו שאם נאמר שהיכא שבייש שלא בכוונה טעם הפטור הוא רק משום גזירת הכתוב לחוד בלי שום תוספת של סברא, ולעולם מצד עצם מהותו שפיר חשיב בושת, רק שיש גזיה"כ לפוטרו, א"כ בהציור הנ"ל בודאי יתחייב, דהא התוכן של הבושה שהוא מתבייש ממנה הרי הוא מעשה שאירע מקודם (וכהנ"ל שמש"ה לא מיקרי בגדר בושת דברים), ואע"פ שביישו אז שלא בכוונה, אבל הרי עכשיו ע"י דיבורו הרי הוא גורם לו בכוונה להתבייש מאותו מעשה, ומש"ה שפיר יהי' חייב, אבל אם נאמר שהיכא שביישו שלא בכוונה לא מיקרי בכלל בגדר בושת א"כ בהציור הנ"ל הרי הוא צריך להיות פטור, דהא אין כאן שום בושת, דהא מה שהוא מזכיר לו עכשיו הרי זה בגדר בושת דברים, וגם מה שאירע מקודם לא חשיב בושת.

חבירו ודלינהו טפי פטור כיון שאינו מקפיד וכו' עכ"ל. והנה אע"פ שכתבו לעיל שגם כשאינו מקפיד על זה שהוא עומד ערום, אכתי בר בושת הוא לענין שאר דברים, אבל בכל זאת חזינן שתוס' מצדדים שבאותו דבר ממש, שפיר נקטינן שאין כאן חיוב בושת אם דלינהו טפי. ברם זה שייך רק אם נידון מצד מחילה, דאז שפיר י"ל שמסתמא אינו מקפיד גם אם דלינהו טפי, אבל לפי מה שכתבנו בדעת רש"י דהוי משום שהוא נחשב כשוטה א"כ הרי זה צריך להיות תלוי באם הוא נחשב כשוטה בכה"ג.

ועיין עוד ביש"ש בסי' י"ט שכתב שאפילו לפי דעת תוס', הרי הוא בר בושת לענין שאר דברים דוקא באופן שהוא עומד ערום מחמת חולי או בבית המרחץ וכדומה, אבל מי שהולך ערום בפני אנשים הרבה ואינו מתבייש, אין לך שוטה גדול מזה, ולפ"ז יתכן שאין כאן שום מחלוקת לדינא בין רש"י ותוס', דהא גם תוס' מודים לרש"י באופן שאינו מקפיד על ערמותו שאינו בר בושת כלל, וכן גם רש"י יודה לתוס' שהיכא שהוא מחמת חולי או בבית המרחץ וכדומה הרי הוא שפיר מיקרי בר בושת לענין שאר דברים, וכל המחלוקת היא רק לענין פירושא דשמעתין, דתוס' לא רצו לאוקמה בהולך ערום בפני אנשים משום שא"כ למה לא הקשו על המשנה וכמו שהעירו תוס', ועיין בפ"י מה שתירץ על זה.

קצד) בושת משפחה.

עיין בגמרא דמבואר שלפי הצד של בושת משפחה, הרי הוא חייב אפילו אם

ביישו ישן ומת, וכן בביישו קטן (אפילו אם לא מיכלם). והנה לכאורה אין הכוונה שהוא משלם להמשפחה, דהא בהציוור הרגיל של בושת לא מצינו תשלומין אלא להנחבל לחוד, אבל לא לכל המשפחה, וא"כ גם בציוורים הנ"ל מן הסתם אין כאן תשלומין אלא להקטן לחוד, או ליורשי הישן, ולא לכל המשפחה, אלא שלכאורה ענין זה אינו מובן, דהא בשלמא בהציוור הרגיל של בושת הרי הוא שפיר משלם להנחבל משום שגם הוא נתבייש ביחד עם כל המשפחה, אבל הכא שיש כאן רק בושת משפחה א"כ ישלם להמשפחה ואיזה מקום יש לחייבו לשלם תשלומין אלו להנחבל.

וצ"ל שהגדר הוא כך, שיש בושת משפחה רק אם לא ישלם להנחבל או ליורשיו, ולכן בהציוורים הנ"ל הרי הוא צריך לשלם כדי לעכב את הבושת של המשפחה.

ובנוגע לעיקר חיובא דבושת משפחה, צ"ל שאע"פ שהיכא שבייש בלא פגיעה בגופו ליכא תשלומין של בושת וכמו שהבאנו באות קצ"ב, וא"כ גם כאן איך שייך לומר שהוא אחראי לבושת המשפחה, הלא אין כאן מעשה בגופם של המשפחה, אבל מ"מ י"ל שהכא מכיון שעשה מיהא מעשה בגופו של הנחבל הרי הוא אחראי בכה"ג להבושה של המשפחה, וצ"ע.

קצה) רש"י ד"ה זילותא.

וז"ל, שמזלזל בו בפני רבים ואע"פ שאין זה שם על לבו עכ"ל. הנה מדבריו משמע להדיא שאינו מתחייב אם הוא מביישו בינו לבין עצמו. וכן הם דברי

הרמב"ם בפ"ה מהל' חובל ומזיק ה"ז עיי"ש, אלא שמדברי הרמב"ם שם משמע שסגי גם אם הוא מביישו בפני אדם אחד, ואילו רש"י כאן כתב שמזלזל בו בפני רבים (ודוחק לחלק בזה בין הצדדים של כיסופא, וזילותא, ובושת משפחה).

קצו) תד"ה חייבי.

וז"ל, ולענין מחזירין לזכות ואין מחזירין לחובה לא שייך כל כך מלקות תחת מיתה עומדת דשמא במיתה דוקא משום ושפטו העדה והצילו העדה עכ"ל, כלומר דמכיון שעיקר הדין הוא משום הצלה א"כ לא שייך כל כך לומר שינהג גם במלקות משום זה שמלקות במקום מיתה עומדת. והנה מדבריהם משמע שהי' קשה להם רק על ההיא דמחזירין, והיינו דאמאי בעינן ג"ש, תיפוק לי' משום שמלקות במקום מיתה עומדת, אבל לא הי' קשה להם גם על ההיא דפ"ק דמכות אמאי בעינן ג"ש כדי לומר לענין מלקות שאין עדים זוממים נענשים עד שיגמור הדין על פיהם, תיפוק לי' משום שבמקום מיתה עומדת. ונראה דהיינו משום שהתם הרי זה סתמא דגמ' ולא קשה אם אתי דלא כרבא, אבל בנוגע למחזירין הלא תני ג"ש דרשע רשע להדיא בתוך הברייתא שם.

ובזה מיושב מה שהקשה הפ"י על רבא מסוגיא דידן דחזינן שלא אמרו טעמא דמלקות במקום מיתה עומדת, דלפי הנ"ל י"ל שגם זה לא הי' קשה להו לתוס' משום שגם הכא לא הוי ברייתא אלא סתמא דגמרא.

מיהו בדבריהם בסנהדרין דף ל"ג ע"ב

נקטו שבאמת גם מה שסתמא דהש"ס במכות קאמר ג"ש דרשע רשע הרי זה משמש כקושיא על רבא, ושקשה לומר שאתי דלא כרבא. ומהמשך דבריהם שם מבואר דס"ל לתרץ שהתם לענין שאינם נעשים זוממין עד שיגמור הדין על פיהם לא שייך לומר שמלקות במקום מיתה עומדת, אבל לא ביארו למה. וכעין זה כתב הפ"י על הא שלא אמרו בסוגיא דידן שמלקות במקום מיתה עומדת, דעיי"ש שכתב שלא שייך כאן טעמא דמלקות במקום מיתה עומדת, וגם הוא לא ביאר למה.

והנה לכאורה יש להקשות למה אמר רבא לענין משלשין בממון ולא במלקות טעמא דבעינן כאשר זמם וליכא, ולא אמר משום שמלקות במקום מיתה עומדת. מיהו באמת זה לא קשה מידי, משום שטעמא דבעינן כאשר זמם וליכא, הוא סברא עדיפא טפי, דהא סברא זו הרי היא מצד עצם החיוב של מלקות גם בלא לומר שבמקום מיתה עומדת. ועיין במהר"ם בסנהדרין שם שכתב סברא אחרת, והיינו שלגבי אין משלשין במלקות לא שייך לומר טעמא דמלקות במקום מיתה עומדת משום שי"ל דהא דאין משלשין במיתה הרי זה רק משום שלא שייך במציאות לעשות כן, אבל במלקות דשייך, עדיין י"ל שמשלשין.

וע"ע במהר"ם בסנהדרין שהקשה ג"כ שלפי רבא אמאי בעינן לענין מחזירין את הג"ש של רשע רשע, דאמאי לא סגי בטעמא דבמקום מיתה עומדת. ותי' שרבא סובר שרק רבי ישמעאל ס"ל הך סברא של מלקות במקום מיתה עומדת עיי"ש.

ולכאורה אישתמיטתי להמהר"ם דברי תוס' בסוגיין שהקשו ותירצו את הקושיא הנ"ל. ובספרי על סנהדרין באות רט"ז כתבתי עוד דרך איך ליישב את הקושיא הנ"ל של תוס' והמהר"ם.

קצז) בא"ד.

וז"ל, ולענין מחזירין לזכות ואין מחזירין לחובה לא שייך כל כך מלקות במקום מיתה עומדת דשמא במיתה דוקא משום ושפטו העדה והצילו העדה עכ"ל. ברם עיין ברמב"ם בפ"א מהל' סנהדרין ה"ד ובכ"מ שם.

דף פ"ז ע"א

קצח) מאן דאמר לי הלכה כרבי יהודה.

עיין בחלק א' אות נ"ב.

קצט) תד"ה וכן הי'.

וז"ל, ונראה דאע"ג דפטר רבי יהודה סומא מכל המצות, מ"מ מדרבנן חייב וכו' עכ"ל. וכן כתבו גם במגילה שם, רק שבסוף דבריהם שם שינו את לשונם, ומשמע שסגי אם נחייבנו במצות שהן רק מדרבנן, וצ"ע.

ר) בא"ד.

וז"ל, אבל סומא אי פטרת לי' מכל המצות אפילו מדרבנן א"כ הו"ל כנכרי עכ"ל. הנה רעק"א ביו"ד סי' א' סעי' ט' על ההלכה ששחיטת סומא כשירה הוכיח שסומא חייב בלאווין אפילו לפי רבי

יהודה משום שאל"כ שחיטתו צריכה להיות פסולה משום שאינו בר זביחה. ועי' גם במהר"ץ חיות כאן שכתב שא"א לומר שסומא פטור מלאווין דכי ס"ד שסומא יהי' מותר לאכול חלב, אלא שהקשה המהר"ץ חיות שא"כ למה כתבו תוס' שהוא נראה כנכרי. מיהו י"ל שהיינו משום ששמירת לאווין היא בשוא"ת, וא"כ אכתי אין ניכר בדרך חיובי שהוא ישראל.

רא) בא"ד.

עיין בדבריהם שכתבו שסומא חייב במצות מדרבנן, ומש"ה הרי הוא מוציא אחרים ידי חובתן. ואע"פ שקטן אינו מוציא אחרים ידי חובתן, אבל מ"מ שאני קטן שחיובו הוא רק משום חינוך. ובמגילה דף כ"ד ע"א ביארו את שיטתם יותר, והיינו דהא דקטן אינו מוציא הרי זה רק בציוור של תרי דרבנן, וכגון בברכת המזון היכא שלא אכל כדי שביעה, וכן בקריאת מגילה לפי רבנן, דאז הוי הקטן בגדר "תרי דרבנן" ואינו יכול להוציא את הגדול משום שהגדול הרי הוא בגדר חד דרבנן דהיינו בזה שלא אכל כדי שביעה, אבל אם הקטן אכל כדי שביעה, דאז הוי רק חד דרבנן כיון שאכל שיעור דאורייתא, והגדול לא אכל כדי שביעה דהוי ג"כ חד דרבנן, אז הרי הקטן שפיר יכול להוציא את הגדול ידי חובתו (ועיין גם לעיל שם בדף י"ט ע"ב). ושוב סיימו שם שבהא חלוק סומא דשפיר אמרינן דאתי תרי דרבנן ומוציא חד דרבנן (וכן מבואר בהגהות אשר"י כאן, אלא שיש טעות סופר בדבריו דצ"ל "דלא פוטר" במקום "דלא פטור").

ודע שבדף י"ט ע"ב שם כתבו תוס' שהסברא לחלק בין סומא לקטן הרי היא משום שסומא הי' בר חיובא קודם שנסתמא, משא"כ בקטן* (*). ובדף כ"ד ע"א כתבו משום שהוא בר דעת. ואילו הכא חילקו תוס' בין החיוב של חינוך לבין שאר חיובים דרבנן.

ועיין בעירובין דף צ"ו ע"ב שיש לתוס' שם שיטה אחרת, והיינו שאפילו מי שאינו מחויב הרי הוא יכול להוציא חיוב דרבנן, ומש"ה קטן מוציא את הגדול בברכת המזון, אע"פ שקטן חשיב כמו שאינו מחויב בדבר כיון שאין בו אלא חיוב חינוך לחוד (עי' ברש"י בברכות דף מ"ח סוף ע"א). ומדבריהם שם שכתבו "ומיהו יש לדחות וכו'" מוכח דס"ל שמי שאינו מחויב, כגון קטן, הרי הוא יכול להוציא אפילו אם אכל רק שיעור דרבנן. וגם נסתייעו לשיטתם שמי שאינו מחויב הרי הוא מוציא חיוב דרבנן מהא דלרבי יהודה קטן מוציא את הגדול בקריאת מגילה (אבל לרבנן אינו מוציא, וצ"ע). ושוב כתבו שמוכח שסומא חייב מדרבנן לעשות מצות דאל"כ איך הוא מוציא כשראה מאורות מימיו. וכוונתם היא משום שאזלי שפורס על השמע פירושו הוא קריאת שמע ממש וכמו שסוברים תוס' בסוגיין רק שאזלי שם שק"ש היא מהתורה ומש"ה אם לא הי' סומא מחויב מדרבנן, לא הי' יכול להוציא, אבל בדבר שהוא רק מדרבנן הרי אפילו קטן יכול להוציא וכהנ"ל. ומדבריהם שם יוצא שמי שנקרא אינו

(* ועיין בהגהות מלא הרועים כאן בסוף המסכת מה שהקשה על דבריהם. ועיין בקובץ

מחויב, הרי הוא יכול להוציא מי שחייב מדרבנן, ומי שחייב מדרבנן יכול להוציא אפילו מי שחייב מהתורה, וכן ביאר הרש"ש שם את דבריהם, והביא שכן היא שיטת רש"י בברכות דף מ"ח שמי שחייב מדרבנן יכול להוציא חיוב דאורייתא ודלא כתוס' בברכות שם. ועיין עוד בדברי תוס' לעיל בסמוך בעירובין שם בההוא דיבור במה שהביאו מפסחים.

והנה גם תוס' כאן סוברים שפורס על השמע פירושו הוא קריאת שמע ממש, רק שלפי דרכם כאן כתבו שאתי כמ"ד שק"ש הוא מדרבנן. מיהו במגילה דף כ"ד ע"א כתבו בפשיטות שפורס על השמע הוא מדרבנן בלא שום ביאור, ומשמע דס"ל שם שהכוונה היא לברכות קריאת שמע שהן מדרבנן לכו"ע.

(רב) נתגרשה האשה נשתחרר העבד.

פירש"י וז"ל, וקנו נכסים עכ"ל. עיין בחלק א' באות קמ"ג.

(רג) תוס' ד"ה בעבד כנעני שלו.

וז"ל, על כן נראה שיש לחלק וכו' עכ"ל. לכאורה צריך ביאור מה הוא החילוק בין אם אחרים חובלים בעבד ובין אם הרב עצמו חובל בו.

ושמעתי שיש לחלק על פי האמור לעיל בדף פ"ה ע"א שאם אמר לו הניזק קוץ לי מיקץ יכול המזיק לומר לו כ"ש דפשעת

שיעורים חלק ב' סוף סי' ל"א מה שביאר בדבריהם.

בנפשך וקרו לי שור המזיק, דלפ"ז י"ל שלעולם כשהוא חובל בעבד כנעני של אחרים החיוב של ריפוי היא להאדון, והא דאמרין שהוא נותן את הריפוי להעבד הרי זה רק משום שהחובל יכול להקפיד שהכסף ילך באמת לריפוי העבד כדי שלא יקראו לו שור המזיק וכמו שהוא יכול להקפיד על האדון עצמו שירפא את עצמו (היכא שהזיק את האדון), אבל מ"מ גוף החיוב אינו אלא להאדון, ומש"ה כשחבל האדון בהעבד כנעני שלו אשר בכה"ג הרי הוא גם האדון וגם החובל, שפיר יש לו ברירה שלא לתתו להעבד ושלא להקפיד אם יקראו לו שור המזיק. שו"ר בפ"י כדרך זה אבל כתב שאין זה בכלל משמעות לשון תוס'.

שו"ר בקובץ שיעורים על כתובות באות רי"ח שכתב דלא כהנ"ל שהחיוב של ריפוי הוא להאדון, אלא החיוב ריפוי הוא להעבד, והיינו משום שחיוב של ריפוי אינו חיוב ממון אלא חיוב לרפאותו ממש, ואם אינו יכול, הרי הוא צריך לשכור רופאים, ולכן לא שייך על זה מה שקנה עבד קנה רבו משום שזכותו של העבד היא להתרפאות (וע"ע שם במש"כ על הא דפסק הרמב"ם דנותן ריפוי האשה לבעלה). ועי' במה שכתבתי על ענין זה בחלק א' ריש אות תכ"א.

דף פ"ח ע"א

(רד) **מקרב אחיך ממובחר שבאחיך.**

לכאורה צ"ע דתיפוק לי' משום דכתיב

לא יסור שבט מיהודה (ועוברים על מקרא זה אפילו אם מולכים רק על חלק מישראל וכמש"כ הרמב"ן על הפסוק הנ"ל). ויש ליישב שהתנאי של יהודה אינו מעכב, ולכן בעינן קרא כדי לפסול עבד אפילו בדיעבד.

א"נ יש ליישב על פי מה שכתב הרמב"ן על הפסוק הנ"ל שכל הקפידא התחילה רק לאחר שהגיעה המלכות ליהודה אבל לא קודם, ומש"ה מלך שאול, וא"כ לפ"ז בעינן את הדרשה של מקרב אחיך ממובחר שבאחיך כדי למעט עבד אפילו קודם שהגיעה המלכות ליהודה.

ברם אכתי צ"ע משום שאפילו אם לא חסר בעבד משום התנאי של יהודה, אבל מ"מ תיפוק לי' שעבד פסול משום שלא הועמד על פי נביא, דעיין בספרי על קרא דאשר יבחר ה' אלוקיך שפירשו דהיינו ע"י נביא, וכן פסק הרמב"ם בפ"א ממלכים ה"ג, ומשמע מסתמיות לשון הרמב"ם שם דס"ל שכוונת הספרי היא לעיכובא, וא"כ תיפוק לי' שעבד פסול משום שחסר התנאי של נביא, ואם באמת בא נביא וצוה להמליך עבד א"כ פשיטא שמעמידין גם לאחר קרא דמקרב אחיך דהא נביא יכול לעקור דבר מן התורה לשעה.

שו"ר ברמב"ן בפרשת שופטים שם שהקשה באמת שאם נביא מעכב, למה לי למעוטי עכו"ם ועבד וז"ל, א"כ מה טעם להזהיר לא תוכל לתת עליך איש נכרי והשם לא יבחר בנכרי, אבל בדעת רבותינו יש בכתוב הזה תנאי נסתר יאמר שום תשים עליך מלך שיבחר השם בו אם תוכל לעשות כן שיענך השם בנביאים אבל איש נכרי לא תוכל לתת עליך לעולם עכ"ל.

ועיין עוד בכל זה בחיבורי על סנהדרין באות ל"ו, ועל אבות באות רט"ז.

רה) תוס' ד"ה דכתיב כאשר זמם לעשות לאחיו.

וז"ל, ומיהו קצת משמע בפ"ק דגיטין דאין כל כך חובה ליתן צדקה לעבד דאמר דרשב"ג סבר יכול העבד לומר לרבו בשני בצורת או פרנסני או הוציאני לחרות כי היכי דחזו לי אינשי ומרחמי עלאי עכ"ל. ולכאורה ראייתם צ"ע, דהא יש לפרש דהא דירחמו עליו יותר כשהוא בן חורין אינו משום שאז יש חיוב טפי, אלא משום שבהיותו עבד, מכיון שיש לו בעלים, דרך העולם היא להסיח דעתם ממנו ולסמוך על הבעלים. א"נ י"ל כהסברא שכתב הרש"ש שם עיי"ש. ובספרי על מס' גיטין הארכתי יותר במה שיש לדון על ראייתם בתוך הסוגיא ודברי תוס' בגיטין שם.

ועי' גם בגיטין דף ל"ז ע"ב גבי עבד שנשבה ופדאו ישראל אחר דקאמרי רבנן שלא ישתעבד לא לרבו ראשון ולא לרבו שני, לרבו שני לא דהא לשם בן חורין פרקי', ולרבו ראשון לא דלמא מימנעי ולא פרקי', ורשב"ג סבר כשם שמצוה לפדות בני חורין כך מצוה לפדות את העבדים, וגם שם י"ל שסברת רבנן אינה משום שפליגי על רשב"ג וס"ל שאינה מצוה כל כך, אלא משום שדרך העולם הוא להטיל את החובה על האדון, ורשב"ג סבר שמכיון שמצוותן שוה לא ימנעו (וס"ל שדוקא

לענין פדיון לא ימנעו כמש"כ תוס' בדף י"ב ע"א שם).

שו"ר ברשב"א בדף ל"ז שם שכתב שני ביאורים בדעת חכמים: א', דסברי שאין מצוה לפדות עבדים ("רק תקנה התקינו לפדותן כדי שלא ישתקע בידי נכרי ולא ליפקע ממצות", וצ"ע דא"כ יפדוהו כדי לקיים חיוב זה). ב', דגם לפי חכמים יש מצוה כדחזינן מהא דחשו דילמא ממנעי ולא פרקי, רק שחכמים חוששים שמא יטעו אנשים לומר שאין מצוה ולכן תיקנו שיצא לחירות, ורשב"ג סובר שכונ"ע ידעי דהוי מצוה.

גם צ"ע בגוף דברי תוס' כאן שכתבו שבעבד ליכא חיוב כל כך, דלכאורה צ"ל שכוונתם היא שיש לבן חורין דין קדימה דוגמת הדין של עניי עירך וכדומה, דהכי נמי איכא דין קדימה לבן חורין על עבד, ברם אם זוהי כוונתם א"כ נמצא שאכתי לא תירצו את קושייתם, דהא עכ"פ גם אותו חיוב שיש בעבד הרי הוא בכלל קרא דאחיך האביון*).

וע"ע בספרי על אבות באות כ"ו, וכן בספרי על גיטין דף י"ב באות שע"ד, שהבאתי עוד מקורות בענין אם יש מצות צדקה בעבד.

רו) אלא מעתה יהא עבד כשר לעדות.

עיין בתוס' רעק"א על משניות ברכות בפרק ג' אות כ"ח.

מצוה כל כך כמו לישראל, אלא ששוב הסיק שליכא שום מצוה לישראל לתת צדקה לגוי משום שאינו אחיך.

* ועל כל פנים כעין דברי תוס' ראיתי שצידד הקובץ שיעורים בבבא בתרא אות נ"ד בנוגע לגוי, והיינו שמצוה לתת צדקה גם לגוי, רק שאינה

(רז) בענין מה שקטן פסול לעדות.

עיינן ברש"י שפי' שקטן פסול משום דכתיב אנשים, ועוד משום דהוי עשאאי"ל. וכתב רעק"א בגליון הש"ס שגם לבתר הא דהוי עשאאי"ל, עדיין צריכים אנו להא דכתיב אנשים משום שאכתי היינו מכשירים בממון לאחר התקנה שתיקנו שאין צריכים בממון עשאאי"ל עיינן בדבריו. עוד י"ל שגם מהתורה צריכים את המיעוט, דעיינן בקו"ש על כתובות באות קי"ג שהוכיח מתוס' בסנהדרין דף מ"א ע"ב בד"ה כמאן וכו' שגם היכא שפסול רק משום שאי אתה יכול להזימו אמרינן ששאר העדים ג"כ נפסלים בגלל הדין שאם נמצא אחד מהם קרוב או פסול כולם פסולים אע"פ שאין כאן פסול בגוף העד אלא רק בהגדתו, והעיר רש"י שם בד"ה ר' עקיבא וכו' פי' בדרך אחרת, ולכאורה היינו משום שרש"י סובר שלא נאמר על עשאאי"ל שכולם פסולים. ומעתה לפי רש"י י"ל שמהני ועמדו כדי לקבוע על קטן פסול הגוף אשר מעתה אם נמצא שאחד מהם קטן כולם פסולים. ובספרי על שבועות דף ל' ע"א הבאתי עוד מקורות בענין היכא שנמצא א' מן העדים עד עשאאי"ל עיי"ש.

ויש להמציא גם נפ"מ אחרת, והיינו לענין תחילתו בפסלות, דאי משום עשאאי"ל לחוד נראה שהי' יכול להעיד על מה שראה בקטנותו, דהא בכה"ג לכאורה א"א לאתויי עלה משום הדין של תחילתו בפסלות, דהא זה שייך רק בפסול הגוף כגון קרוב, משום שגם בשעת הראי' היתה כאן הקורבה הפוסלת, משא"כ בעשאאי"ל הדבר הפוסל מתחדש רק בשעת הגדתו,

דאז נעשית לפנינו הגדה שאי אתה יכול להזימה, אבל בשעת הראי' אכתי ליכא שום דבר הפוסל, ומש"ה לא שייך לפסול משום תחילתו בפסלות, משא"כ לאחר שממעטים קטן מאנשים, אז הוי בגדר פסול הגוף, ושפיר שייך לפסול משום זה שתחילתו היתה בפסלות.

מיהו עיינן בתוס' בסנהדרין דף ט' ע"ב בד"ה לרצונו וכו' שפירשו דהא דפרכינן במכות דף ו' שהרוג יציל הרי זה משום שהוא פסול משום טריפה, ולכן פרכינן שזה יפסול גם את העדים האחרים משום שבשעת ראי' נמצא אחד מהם פסול, ואילו לפי מה שכתבנו לעיל לא מתוקמה פירושה של תוס', והיינו משום שהטעם למה טריפה פסול הרי זה משום שעדותו היא עשאאי"ל וכמבואר בדף ע"ח שם, וא"כ נהי שתוס' סוברים בדף מ"א שם שגם אם נמצא א' מן העדים עשאאי"ל כולם בטלים אבל בשעת ראי' ליכא עדיין שום דבר הפוסל.

ועוד יש נפ"מ, דעיינן ברא"ש בשבועות דף ל' שהביא שהירושלמי ממעט אשה מעדות מהגזירה שוה של שני שני, דהיינו מהא דכתיב באלדד ומידד וישארו שני אנשים במחנה, דמה התם היו אנשים ולא נשים הה"ג לעדות, וסיימו "למדנו שאין אשה מעידה, מעתה אין אשה דנה", כלומר שלומדים דיינים מעדים, ומעתה אילו הי' קטן פסול לעדות רק משום עשאאי"ל אכתי הי' כשר לדון, דרק אם קטן פסול משום פסול הגוף שייך לומר שגם בדיינים נאמר פסול זה, אבל אם הפסול אינו משום השם של קטן, אלא משום השם של עדות שאי אתה יכול להזימה, א"כ איך שייך להעביר

פסול זה לדיינים, הלא אינם עדים, וממילא לא שייך בהם כל הענין של הזמה ואי אפשרות להזימם.

דף צ' ע"א

(רח) התוקע לחבירו.

עיי' בחלק א' אות תנ"ה-ז.

דף צ' ע"ב

(רט) רע"א כולם עדים הם ואין עד נעשה דיין.

עיי' בסנהדרין דף ע"ח ע"א דאמר רבא טריפה שהרג אינו נהרג משום שעדיו הם עשאא"ל משום דגברא קטילא בעו למיקטל, אבל אם הרג בפני ב"ד הרי הוא שפיר נהרג משום דכתיב ובערת הרע מקרבך, ובכה"ג ב"ד דנין על פי ראייתם ולא על פי עדות ולכן אין כאן חסרון של עשאא"ל, וזהו האמור בקרא דובערת, דהיינו שהם יכולים לדון על פי ראייתם. מיהו לכאורה הרי זה דלא כסוגיין, דהא לפי האיבעית אימא משמע שר"ט ור"ע איירי אפילו באופן שראו ביום, וא"כ יוצא שגם ר"ט סובר שאינם יכולים לדון על פי ראייתם אלא שמקצתן נעשים עדים ומקצתן דיינים, ולפי האוקימתא של ראו בלילה א"כ נהי שר"ט סובר שאם ראו ביום, שפיר יכולים לדון על פי ראייתם, אבל ר"ע סובר שגם בכה"ג אמרינן שאינם יכולים לדון, וא"כ יוצא שסוגיא דהתם לא אתי כר"ע. שו"מ ברמב"ן במכות דף י"ב שהקשה

כן, ותירץ דשאני טריפה דמכיון שא"א לדונו ע"י עדים בשום ב"ד שבעולם מש"ה מרבינן ל"י מובערת הרע מקרבך.

והנה בר"ה דף כ"ה ע"ב מבואר שאם ב"ד ראו את חידוש הלבנה הרי הם יכולים לקדש את החודש גם בלי שיעידו עדים בפניהם כי אמרינן שלא תהא שמיעה גדולה מראי', והנ"י כאן הביא את דברי רש"י שם שרק בהעדות של קידוש החודש אמרינן כן משום דכתיב כזה ראה וקדש ולא כתיב עדות, אבל לא בדיני ממונות דכתיב בהו אם לא יגיד, וכן לא בדיני נפשות דכתיב על פי' שנים עדים וגו'.

והנה חזינן שהאיבעית אימא כאן לא רצה להעמיד את המעשה של רבי יהודה נשיאה באופן שראוה ביום, וי"ל שהיינו משום דס"ל שגם ר"ט סובר כר"ע שאפילו אם הוא ביום אין ב"ד יכולים לפסוק על פי ראייתם חוץ מגבי קידוש החודש וכדברי רש"י שם.

שו"ר ברשב"א בב"ב דף קי"ג ע"ב שבתחילה תלה את הדבר אם מהני ראי' ביום בב' הלשונות בסוגיין כאן וז"ל, ובפרק החובל נמי איכא תרי לישני עכ"ל, אלא ששוב כתב וז"ל, גם כתבתי שם שנראין עיקר דברי ר"ש ז"ל דבכולהו אמרינן לא תהא שמיעה גדולה מראי', וכן משמע סוגיא דב"ק עכ"ל, וצ"ע (ועי' גם ברמב"ן הנ"ל במכות).

ועיי' בפ"י על רש"י ד"ה שראו בלילה וכו' שכתב עוד סברא בדעת האיבעית אימא, והיינו שלעולם מודה האיבעית אימא להלישנא קמא בנוגע למה שסובר שבראוה ביום מהניא הראי' לפי ר"ט, רק שלא רצה להעמיד את המעשה של רבי

יהודה נשיאה כר"ט לחוד ולא כר"ע.

שו"ר בקובץ שיעורים בחלק ב' סי' ל"ט שהאריך בביאור הסוגיא בסנהדרין שם ומבואר בדבריו שאפילו אם אומרים גם בשאר עדיות שלא תהא שמיעה גדולה מראי' אבל בכל זאת אכתי בעינן קרא דובערת הרע מקרבך בשביל טריפה לאשמועינן שב"ד הורגים אותו אע"פ שהוא נחשב כבר כמת. וגם ביאר שדין זה אינו קרוי דיני נפשות ומש"ה גם ר"ע מודה לזה, דלא שייך והצילו העדה וטעמא דתו לא חזו ל' זכותא וכן קרא דעד עמדו לפני העדה למשפט.

רי) וסבר ר"ע אין עד נעשה דיין, והתניא וכו'.

עיי' בתוס' שהביאו את דברי רש"י שר"ע סובר שעד הרואה אינו נעשה דיין אפילו בחבלה (ואפילו אם יעידו אחרים בפניו), וכתבו הם שלא כרש"י אלא שלא אמר ר"ע אלא בדיני נפשות לחוד. ועיי' בשט"מ בשם הרא"ש בד"ה וסבר וכו' שהקשה על דרכם של תוס' דא"כ מאי פריך מברייתא דשמעון התימני דס"ל לר"ע שאם הכהו בפני ב"ד חייב, הא התם איירי בחבלה, דהא קרא דמייתי שם איירי בחבלה (וכן מבואר גם בגמ' לקמן בדף צ"א ע"א). ותירץ הרא"ש ששפיר פריך הש"ס משום שהברייתא של שמעון התימני איירי באמת גם ברציחה שהרי קתני שדחף את חברו מראש הבירה ומת, וא"כ מסתמא גם מאי דקתני בהחלק הראשון של הברייתא וכי בפני ב"ד הכהו וכו' הרי זה איירי נמי ברציחה ולא רק

בחבלה (ועי' ברש"י בד"ה ציפר נפשו שכתב וז"ל, תנוך שכנגד הלב ונוח לו לחבל משם).

וגם הטורי אבן באבני מילואים בסוף מסכת ר"ה כתב שהברייתא איירי גם ברציחה וז"ל, והא דפריך מהא דעדה ועדים לאו מרישא דקרא דמיירי מחובל לחוד פריך אלא מסיפא דכתיב אם יקום וגו' ונכה המכה ונפקא ל' מיני' בפרק הנשרפין (דף ע"ח) מלמד שחובשין אותו ואי מיית קטלינן, והא לת"ק לענין מיתה נמי בעינן מסור לעדה ועדים ועלה קאמר ר"ע וכי בפני ב"ד הכהו וכו', הא הכהו בפניהם נעשו דינים עכ"ל.

ועיי' עוד בר"ה דף כ"ו ע"א שכתבו תוס' שר"ע קאמר בד"נ וה"ה לחבלות כדמוכח בסוגיין, אבל לא ביארו מה הוא ההכרח. ולכאורה ההכרח הוא כהנ"ל, דהיינו שאם לא כן מאי פריך הש"ס, הא י"ל שהרישא של הברייתא של שמעון התימני איירי בחבלות. וכנראה כן ס"ל להרש"ש בסוגיין בביאור כוונת תוס' בר"ה עיי"ש (וכן כתב הטורי אבן שם, אלא שהסיק כעין הרא"ש וכמו שהבאנו כבר). מיהו הפ"י בסוף דבריו על רש"י ד"ה שראו בלילה וכו' כתב שתוס' שם נתכוונו להכרח אחר עיי"ש בדבריו, אלא שלא ידעתי למה הוצרך הפ"י לזה ולמה לא הי' סגי ל' בההכרח הנ"ל ובפרט שהוא עצמו כתב בתחילת דבריו שם שהפסוק של באבן או באגרופ דמייתי שמעון התימני איירי בחבלה עיי"ש (ויש ליישב). ועיי' עוד בדבריו להלן שם בד"ה קתני מיהת.

ועיי' עוד בפ"י כאן שכתב שהסברא

להמשיך את דינו של ר"ע גם על חבלות היא משום שהחובל מיקרי רשע ומשום כך גם בחבלות אמרינן דתו לא חזו לי זכותא. ומדבריו חזינן שהבין שמאי דאמרינן דכיון שראו תו לא חזו לי זכותא הכוונה היא שמחמת שראו שעשה מעשה מכוער כרציחה תו לא חזו לי זכותא, ומש"ה כתב הפ"י שגם בחבלה שייך לומר דתו לא חזו לי זכותא כיון דמיקרי רשע. ברם לא הבנתי דבריו משום שבגמרא מבואר שהקפידא בזה שתו לא חזו לי זכותא הוא משום דכתיב והצילו העדה, והרי רק בדיני נפשות כתיב והצילו העדה. ועוד דלכאורה כוונת הגמ' בלמה לא חזו לי זכותא אינה כהפ"י, אלא הכוונה היא שכל היכא שראו את גוף המעשה תו לא חזו לי זכותא משום עצם העובדא שראו את המעשה, רק שבעלמא לא איכפת לן בהך חששא* משא"כ בד"ג שפיר איכפת לן בזה כיון שנאמר והצילו העדה. וגם הטורי אבן באבני מילואים שם הקשה שבחבלות לא שייך הטעם של הגמ' (אלא שבתוך לשונותיו כתב "דלא שייך האי טעמא דלא חזו לי זכותא וליכא משום והצילו העדה". וי"ל דצ"ל "דליכא", והבן).

גם צע"ק על דברי הפ"י דהא לפי דבריו יוצא שלא שייך דינו של ר"ע בחבלה אלא היכא שחבל במזיד משום שרק בכה"ג הרי הוא נעשה רשע אבל לא כשחבל בשוגג דמתחייב רק משום הדין שאדם מועד לעולם, וא"כ למה לא תירץ הש"ס שכוונת

ר"ע בהבריייתא של שמעון התימני היא כך, דכי בפני ב"ד חבל בו בשוגג וכו', ויש ליישב.

רי"א) וכי בפני ב"ד הכהו שיודעים כמה הכהו.

פירש"י וז"ל, כלומר חשבון המכות שהכהו שיכול לאמוד עכ"ל. לכאורה צ"ע דהא דבר זה אינו תלוי באומדנא וא"כ אמאי לא תועיל על זה העדאת עדים לומר כמה פעמים הכהו.

רי"ב) ועל מה הכהו אם על שוקן או על ציפר נפשו.

פירש"י וז"ל, ציפר נפשו, תנוך שכנגד הלב ונוח הוא לחבל משם עכ"ל. גם על זה צ"ע למה אין העדים יכולים להעיד באיזה מקום בגופו הכהו דהא אין זה תלוי באומדנא.

רי"ג) ב"ד הולכים אצל בירה או בירה הולכת אצל ב"ד.

פירש"י וז"ל, וכי הטריח הכתוב ב"ד לצאת מלשכה ולראות אותה עכ"ל. צ"ע מנ"ל דלא. ומצינו כעין זה בריש סנהדרין דתנן שאין עושין סנהדראות לשבטים אלא על פי ב"ד של שבעים ואחד, ופירש"י שם שהם צריכים לצאת מלשכת הגזית ולהשיבם במקומם (וביד רמה בדף ט"ו

ועיין בספרי על סנהדרין באות נ"ה דמבואר ששיטת הרמב"ם היא דהוי איסור גמור ושאו"י גם מיפסל בדיעבד.

* ועיין בכתובות דף ק"ה ע"ב דאמרינן שלא ידון הדיין דיני ממונות למאן דסני לי משום שלא חזו לי זכותא, וכתבו תוס' דהוי רק מדת חסידות.

ע"ב בד"ה מתניתין הביא חולקים על פירש"י שמפרשים שהשבת והסנהדרין באין ללשכת הגזית).

גם עיין בחזו"א על ב"ק בסי' י"ד סק"א שהקשה למה צריכים לילך, הלא יכולים העדים להעיד על הגובה ושוב יאמדו ב"ד אם גובה כזה ראוי להמית. ועוד דהא קי"ל שגובה י' הוא שיעור מיתה. ועיין בחלק א' באות תר"א שכתבתי ישוב על זה.

ריד) בענין דברי תוס' שעדות היא כתחילת דין.

עיין בסוגיין דמבואר שהיכא שראו ב"ד בלילה, אינם יכולים לפסוק ביום על פי מה שראו בלילה, משום שכבר נעשו עדים ואין עד נעשה דיין, אלא בעינן שמקצתן יעשו עדים ומקצתן דיינים, אבל אם ראו ביום הרי הם שפיר יכולים לפסוק. וכתבו תוס' וז"ל, אם ראו ביום דנין על פי ראי' דלא תהא שמיעה גדולה מראי', אבל ראו בלילה אין יכולים לדון על פי ראיית לילה, דראי' כקבלת עדות וקבלת עדות כתחילת דין כדמוכח בר"ה, ותחילת דין ביום אפילו בדיני ממונות כדאמר בפרק אחד דיני ממונות, הלכך צריכים לחזור ולהעיד ביום, וכיון שצריכים להעיד אין עד נעשה דיין עכ"ל. פי' שכמו שלא מהני קבלת עדות בלילה כמו כן אינם יכולים לפסוק על פי ראייתם שראו בלילה.

והנה גם בשבועות דף ל' ע"א כתבו תוס' כדבריהם כאן שעדות היא כתחילת דין, דעיי"ש דאמר רבי יהודה שאם רצו ב"ד להושיב את הבעלי דינין מושיבין.

ובתוס' שם כתבו וז"ל, וההיא דסנהדרין פרק כהן גדול דא"ל שמעון בן שטח ינאי המלך עמוד על רגליך ויעידו בך אתי דלא כרבי יהודה, ולדידי' בשעת גמ"ד הוא ולא בשעת קבלת עדות שהיא כתחילת דין עכ"ל. פי' דלרבי יהודה דאמר על תחילת דין שאם רצו להושיב מושיבין הרי הם שפיר יכולים להושיב גם בשעת הגדת עדות כיון שהיא כתחילת דין וא"כ צ"ל שמה שאמר לינאי המלך לעמוד, הרי זה הי' בשעת גמר דין ולא בשעת הגדת עדות, והיינו כדבריהם בסוגיין על פי הגמ' בר"ה שהגדת עדות היא כתחילת דין.

ברם עיין בסנהדרין דף י"ט ע"ב שכתבו שגם רבי יהודה מודה שבשעת קבלת עדות צריכים הבעלי דינין לעמוד משום שעדות היא כגמר דין. ובאמת להדיא איתא בגמרא בשבועות דף ל' ע"ב שעדות היא כגמר דין דעיי"ש דאמרין לישנא אחרינא מחלוקת (אם רשאי ב"ד להושיב) בשעת משא ומתן אבל בשעת גמ"ד דברי הכל דיינים בישיבה ובעלי דינין בעמידה דהא עדים כגמר דין וכתוב בהו ועמדו שני אנשים. מיהו צ"ע על הגמ' הנ"ל בשבועות מההיא דמס' ר"ה דמוכח שעדות היא כתחילת דין.

ובחידושי חת"ס בשבועות שם תי' שלענין מה שנוגע להדין תורה על הבעלי דינין עדות היא כתחילת דין, רק שאכתי יש בה גם משום גמר דין על העדים גופייהו, שהרי ב"ד פוסקים שעדותן היא עדות, וזה מיקרי גמ"ד על העדים, וא"כ נמצא ששפיר למדים ממה שהעדים עומדים בשעת הגדת עדות שהיא שעת הגמר דין שלהם שה"ה שבעלי דינין

צריכים לעמוד בשעת הגמ"ד שלהם. שו"ר בב"ח בחו"מ סוף סי' כ"ח שכתב בקצרה כדרכו של החת"ס, וכן מצאתי שכתב הטורי אבן בר"ה דף כ"ה ע"ב בד"ה והא וכו'.

מיהו אכתי צ"ע על דברי תוס' בסנהדרין דף י"ט שם משום שנהי שעדות היא כגמ"ד על העדים ומש"ה העדים צריכים לעמוד אבל מ"מ למה אמר רבי שמעון בן שטח לינאי המלך לעמוד בשעת קבלת העדות, דהא רק העדים חשיבי בעלי דינין בנוגע להגמר דין הזה על עדותן, ואם אמרו לו לינאי לעמוד בשעת קבלת עדות בע"כ צ"ל שהיינו משום שהיא כגמ"ד גם על ינאי גופי', וא"כ קשה מהגמ' בר"ה. ועיין בחתם סופר שם מש"כ בזה.

שוב ראיתי בפלפולא חריפתא על הרא"ש בפרק יש נוחלין סי' ג' אות י' שכתב בתחילה כדרכו של החת"ס, ושוב דחהו משום שהגדת עדות אינה נקראת דין על העדים. והסיק שלעולם יש בהגדת עדות בחינה מסוימת של גמר דין גם על הבעלי דינין עיי"ש בהסברו. ולפי דבריו אתי שפיר דברי תוס' בסנהדרין דף י"ט שם שכתבו שאמר לינאי המלך לעמוד בשעת קבלת עדות משום שעדות היא כגמר דין על הבעל דין. מיהו סו"ס קשה דהא משמע בשבועות שם שבשעת קבלת עדות רק העדים לחוד צריכים לעמוד ולא הבעלי דינין (ועיין עוד בחידושי על סוגיית קיום שטרות בפ"ב דכתובות באות נ"ו נ"ח ונ"ט בענין אם יש בקבלת עדות משום פסק על העדים).

ובמאירי בב"ב דף קי"ד ע"א בד"ה אף

וכו' ראיתי שכתב וז"ל, אפשר שלא אמרו כן (שעדות היא כתחילת דין) אלא בעדות החודש שאין שם דין דברים וטענות, וקבלת עדות תחילת דין בודאי, אבל בדין אחר מקבלים עדות בלילה עכ"ל (וכתב כן כדי ליישב את שיטת הרשב"ם שם שקבלת עדות כשירה בלילה).

ועכ"פ לפי הב"ח והטו"א והחת"ס זכינו לעוד טעם למה אין עד המעיד נעשה דיין, והיינו משום שאינו יכול לדון את עצמו ולפסוק שעדותו עדות (ברם אכתי יקשה על זה קושיית הקצה"ח בסי' ז' סק"ד דאמאי לא יוכל לפסוק את הדין היכא שהעיד בפני אחרים וקיבלו אחרים את עדותו, עיי"ש שהקשה כן על הטעמים שכתבו תוס' להא דאין עד נעשה דיין).

ועיין עוד ברי"ף בפרק זה בורר שהביא מהירושלמי שעדים הקרובים לדיינים פסולים משום שהם עשאי"ל וכן הביא הנ"י בסוגיין (ודלא כהר"י מאורלייניש בתוס' בסוגיין שסובר שמהני מה שיכולים להזימם בב"ד אחר). והביא השלטי הגבורים בסנהדרין שם שיש פוסקים דס"ל שגם היכא שלא בעינן עשאי"ל, גם שם פסלינן עדים הקרובים להדיינים. ונראה דס"ל כסברת הב"ח והטו"א והחת"ס שקבלת עדות היא פס"ד על העדים ולכן לא מהני בקרובים משום שא"א לדיינים לדון את קרוביהם (מיהו אי משום הטעמים הנ"ל, אכתי יוכלו לפסוק את הדין היכא שנתקבלה העדות ע"י ב"ד אחר דוגמת קושיית הקצה"ח הנ"ל בסי' ז' סק"ד). וע"ע בהר"ן בספ"ב דכתובות עוד טעם לפסול עד הקרוב לדיין.

רטו) בענין לא תהא שמיעה גדולה מראי', ובענין שי' הרשב"ם שקבלת עדות כשירה בלילה.

עיינן ברשב"ם בב"ב דף קי"ד ע"א שכתב שקבלת עדות כשירה בלילה, רק שמ"מ לא מהני ראיית ב"ד בלילה ולא אמרינן אז שלא תהא שמיעה גדולה מראי', וז"ל שם, דלא מצי למימר לא תהא שמיעה גדולה מראי', דההיא ראי' לא חשבינן לי' כעדות שהועד לפניהם אלא היכא שראו בשעה שיכולים לעשות הדין וכו', ומיהו ב"ד שהעידו לפניהם עדים בלילה עדות גמורה היא ויכולים לדון למחר ביום, אבל ראי' דידהו אינה כשמיעה ממש ששמעו מפי עדים בלילה אלא הן עצמן נעשים עדים ושוב לא יהיו דיינים וכו' עכ"ל. ועיי"ש בתוס' שחלקו עליו. ובאמת דברי הרשב"ם צריכים ביאור משום שסוף סוף אם מהני קבלת עדות בלילה למה לא תועיל גם ראי' על פי הכלל של לא תהא שמיעה גדולה מראי', דכמו שיכולים לפסוק על פי מה ששמעו בלילה, כמו כן יוכלו לפסוק על פי ראי' בלילה. ועיינן בקצה"ח בסוף סי' ז' שנקט שבאמת גם הרשב"ם מודה שלכתחילה אסור לקבל עדות בלילה רק דס"ל שבדיעבד הויא עדות, ומאחר שלכתחילה אסור לקבל עדות בלילה משום הכי ראי' דידהו אינה כשמיעה, אלא חל על ראייתם תורת ראי' של עדים ולא תורת ראיית דיינים.

ברם מדברי הרשב"ם לכאורה לא משמע כדברי הקצה"ח דטעמא דנעשים עדים הוא משום שלכתחילה אין מקבלים עדים

בלילה, אלא משמע שהיינו משום שאינם יכולים לעשות תחילת דין בלילה, דלכאורה זוהי כוונת הרשב"ם במה שכתב שצריכים שיראו בשעה שיכולים "לעשות דין", דכוונתו היא לתחילת דין של שמיעת טענות ומשא ומתן מדלא הזכיר קבלת עדות (וע"ע בדבריו בדף קי"ג ע"ב בד"ה ג' שנכנסו וכן בסוף העמוד שם), וגם הרי לא הזכיר הרשב"ם בדבריו שמהני קבלת עדות בלילה רק בדיעבד, אלא משמע שגם לכתחילה מקבלים.

מיהו עיי"ש ברא"ש שגם הוא הבין שכוונת הרשב"ם היא רק בדיעבד ולכן הביא סייעתא להרשב"ם ממאי דאיתא בירושלמי שאם טעו ודנו בלילה דיניהם דין (ועי' ברמ"א בחו"מ סי' ה' סוף סעי' ב' ובבאר הגולה שם). ועי' עוד ברמב"ן שם שחולק על הרא"ש וכתב שהרשב"ם אינו כהירושלמי משום שמהרשב"ם משמע שרק קבלת עדות כשירה אבל לא שאר דיני ממונות, אבל עכ"פ גם מהרמב"ן שם יש לדייק דס"ל שהרשב"ם בדיעבד קאמר, והיינו משום שאם איתא דס"ל שלכתחילה קאמר א"כ למה כתב שהרשב"ם אינו כהירושלמי, הלא אפילו לפי מאי דס"ל שכוונת הרשב"ם היא רק לקבלת עדות אבל בכל זאת אכתי יכול הרשב"ם להודות ששאר דיני ממונות כשרים מיהא בדיעבד וכהירושלמי, וא"כ מוכח שגם הרמב"ן הבין שהרשב"ם מכשיר רק בדיעבד.

מיהו בשט"מ שם בד"ה קי"ד וכו' משמע להדיא דס"ל שהרשב"ם סובר שגם לכתחילה אפשר לקבל עדות בלילה שהרי בתחילה השיג עליו שא"א לקבל, ורק בדרך הוספה הוסיף לומר "ולא עוד אלא

שאפילו קבלוהו לא עשו כלום", ומשמע שגם בלא זה קיימת השגה על הרשב"ם במה שאין מקבלים לכתחילה, הרי דס"ל שהרשב"ם לכתחילה קאמר.

וע"ע במאירי שם שכתב שאולי סובר הרשב"ם שמה דאמרינן שעדות היא כתחילת דין הרי זה איירי רק לענין קידוש החודש שאין שם טענות והדבר הראשון הוא העדות אבל בעלמא עדות היא כגמ"ד דין, הרי שהבין שכוונת הרשב"ם היא לכתחילה כמו גמר דין.

ועכ"פ אם נאמר שהרשב"ם קאמר שמקבלים אפילו לכתחילה, הדרה קושיא לדוכתה מאי שנא שלא אמרינן כללא דלא תהא שמיעה גדולה מראי' אם ראו בלילה.

ונראה לומר בביאור המחלוקת שבין הרשב"ם ותוס' דס"ל לתוס' דהא דאמרינן שלא תהא שמיעה גדולה מראי' פירושו הוא שיש לראי' תורת מעשה ב"ד ממש כמו קבלת עדות, וכשהם רואים ופוסקים הרי זה נקרא שפוסקים על פי מעשה ב"ד של ראי', ומעשה ב"ד זה ילפינן ק"ו משמיעה, ומש"ה מכיון שבלילה לא מהני מעשה שמיעה ואינם יכולים לפסוק על פי מעשה קבלת עדות שעשו בלילה, הה"נ שלא מהני מעשה ראי' ואינם יכולים לפסוק ביום על פי מעשה ראי' שראו בלילה, אלא "הווי להו עדים" כלומר הרי הם יצטרכו להעיד ביום, ושוב נקטינן שאין עד המעיד נעשה דיין.

ברם הרשב"ם ס"ל שהדין האמור בזה שלא תהא שמיעה גדולה מראי' אינו שב"ד יכולים לפסוק על פי מעשה ב"ד של ראי', אלא מה שנתחדש בזה הוא שב"ד יכולים לפסוק היכא שיודעים איך הי' המעשה,

אבל אין על הראי' תורת מעשה ב"ד, ולא מיקרי שפוסקים על פי מעשה ב"ד של ראי' שעשו מקודם, אלא מיקרי שפוסקים משום שעכשיו בשעת הפסק הרי הם בגדר ב"ד שיודעים בבירור, ולפ"ז אתי שפיר דברי הרשב"ם משום שאע"פ שב"ד יכולים לקבל עדות בלילה וחשיבי ב"ד לענין זה, אבל מ"מ הרי זה רק משום שמעשה ב"ד כזה מהני גם בלילה, ולכן לא נקבעו להיות עדים אלא הרי זה נקרא שעשו מעשה ב"ד, ומש"ה הרי הם שפיר יכולים לפסוק ביום על פי המעשה ב"ד הזה, אבל כשרואים בלילה, הלא מחמת ראייתם לא חשיבי ב"ד, דהא לא קיים מעשה ב"ד של ראי', וא"כ מכיון שבשעת ראייתם לא עשו כלום בתורת ב"ד הרי הם נחשבים בשעת ראייתם כעדים, ונהי שהיכא שרואים ביום אינם נחשבים עדים, הרי זה משום שהם יכולים אז מיד לדון ולפסוק, ומש"ה חשיבי בראייתם כב"ד שעושים דין, ולא חל עליהם שם של עדים, אלא מיקרי שהם יושבים ודנים, אבל בלילה מכיון שעכשיו אינם יכולים לדון, א"כ משום כך הרי הם בגדר עדים, ושוב אמרינן שאין עדים נעשים דיינים, והרי ליכא שום חלות דין של מעשה ראי' של ב"ד (הלמד משמיעה) שיפקיע אותם בשעת ראייתם בלילה מתורת עדים (מיהו לפי הדרך הזה יוצא שהרשב"ם סובר שרק קבלת עדות כשירה בלילה גם לכתחילה אבל לא משא ומתן, ולכן לא מיקרי בראייתם כיושבים ודנין, וצ"ע).

ברם כדי לומר את הנ"ל בדעת הרשב"ם צריכים להוסיף שהרשב"ם אזיל לשיטתו בדף קי"ג ע"ב שם דס"ל שגם על ידי זה שנתכוין להעיד הרי הוא נעשה עד ושוב

שהיכא שראו בלילה הרי הם נקבעים להיות עדים אפילו אם לא נתכוונו להעיד, כיון שאינו זמן הראוי לדין וא"א לחשב את ראייתם כאילו הם יושבין ודנין, ורק ביום בעינן שיתכוונו להעיד משום שאם לא נתכוונו להעיד הרי אפשר לחשבם בראייתם כיושבים ודנים ומאי חזית למחשביניהו כעדים יותר מדיינים, וכן פסולי עדות אינם נקבעים להיות עדים לענין נמצא אחד מהם קרוב או פסול אלא ע"י שיאמרו לאסורדי אתינן כמו שהביא הרשב"ם שם אבל בלא"ה לא, כיון שהם פסולים לעדות, אע"פ שהם גם פסולים לדיינות).

והנה עיין ברשב"א בסוגיין שכתב שביחיד מומחה לא אמרינן שלא תהא שמיעה גדולה מראי' כיון שגם בשמיעה לא סגי באחד בעינן שנים. ולכאורה זה תלוי בהנ"ל, דאם ראי' מהני בתורת מעשה ב"ד א"כ שפיר יש לדמותו להמעשה ב"ד של שמיעה, אבל אם הוא משום שב"ד יכולים לפסוק מאחר שהם יודעים את

אינו נעשה דיין אע"פ שלמעשה לא העיד בב"ד, דלפ"ז שפיר י"ל שגם כשראו בלילה הרי הם נעשים עדים אע"פ שלא העידו, אבל אילו הי' סובר כתוס' שעד הרואה שנתכוין להעיד שפיר יכול לדון כל זמן שלא העיד בב"ד, א"כ לא סגי בהטעם הנ"ל, אלא אכתי יוכלו לפסוק ביום כיון שהם בשעת גמ"ד בגדר ב"ד שיודעים היאך הי' המעשה*), וא"כ בע"כ צ"ל שהרשב"ם אזיל לשיטתו שעד הרואה שנתכוין להעיד מיפסל מלדון, ולכן "הוה להו עדים" מיד ואין עד נעשה דיין. ובאמת עיין ברשב"ם שם בדף קי"ג ע"ב שהביא ראי' שעד הרואה שנתכוין להעיד פסול לדון מהא דקי"ל שהרואה בלילה פסול לדון משום שנקבע להיות עד דכ"ש היכא שנתכוין להעיד (אפילו ביום) הרי הוא נקבע להיות עד ואין עד נעשה דיין עיי"ש, הרי להדיא שבשניהם הטעם הוא משום שנקבע בשעת הראי' להיות עד ואין עד נעשה דיין**) (אלא שצריכים אנו להוסיף

הרואה פסול לדון. ועיין בפני יהושע עוד ביאור בהמשך דברי תוס'.

** והנה בעד הרואה שנתכוין להעיד כתב הרשב"ם בהמשך דבריו שם שלא מיבעיא שאינו יכול לפסוק על פי ראייתו, אלא הוא הדין שאינו יכול לפסוק על פי עדים אחרים שיעידו לפניו, אבל בריש דף קי"ד ע"א כתב שהיכא שראו בלילה, אף על פי שאינם יכולים לפסוק ביום על פי ראייתם אבל הרי הם שפיר יכולים לפסוק על פי עדים אחרים שיעידו בפניהם, וכן איתא בראש השנה דף כ"ה ע"ב. וצ"ל שהיכא שנתכוין להעיד הרי זה גרע טפי. וכן כתב המהרש"א שם בביאור דברי הרשב"ם. ובשט"מ שם בד"ה נמצאו וכו' כתוב הסבר למה גרע טפי מראוה בלילה עיי"ש. ועיין עוד ברשב"א שם.

(* ולפי תוס' בע"כ צריכים לבאר כמו שכתבנו דבעינן מעשה ראי' בכשרות ולכן אינם יכולים לפסוק ביום משום שלא הי' כאן מעשה ראי' בכשרות כיון שאין קבלת עדות בלילה.

והנה לפי הנ"ל אתי שפיר המשך דברי תוס' בסוגיין שכתבו וז"ל, אבל עד הרואה וכו' נעשה דיין ודלא כהרשב"ם שפי' ביש נוחלין ג' שנכנסו לבקר, דוקא לבקר אבל אם נתכוונו להעיד כותבים ואין עושין דין דהוה לי' עדים ואין עד נעשה דיין וכו' עכ"ל, דלכאורה צ"ע מה ענין שיטת הרשב"ם לסוגיא דידן, ולפי הנ"ל ניחא משום ששיטת הרשב"ם הנ"ל מוכרחת היא מתוך פירושו שהבאנו לעיל בענין למה לא מהני ראי' בלילה וכמו שביארנו בפנים, ומשום הכי לאחר שכתבו תוס' את הפירוש שלהם בלמה לא מהני ראי' בלילה שוב לא בעינן לשיטת הרשב"ם הנ"ל שסובר שעד

העובדא א"כ גם ביחיד מומחה אמאי לא נאמר כן.

וע"ע בשיעורו של הגרנ"ט על ב"ב דף קי"ג מה שכתב בביאור שיטת הרשב"ם.

רטז) אין עד נעשה דיין.

עיין בספרי על סנהדרין באות ס"ט ע' ע"א וע"ד בענין אין עד נעשה דיין. וכן בחידושי על סוגיית קיום שטרות בפ"ב דכתובות באות ק"ג-ק"ז.

ריז) ליהדר ולדייני דיני ממונות.

עיין בגליון הש"ס ובדברינו בחלק א' אות ר"ו ואות תכ"ו.

דף צ"א ע"א

ריח) בענין אם יש איסור של עינוי הדין בשור.

עיין בחלק א' אות תק"נ.

ריט) בענין האיבעיא אם יש אומד לניזקין או לא.

א. עי' בחלק א' אות ל"ה בד"ה והנה לקמן בדף צ"א.

ב. עיין בחלק א' בהערה השני' והשלישית על אות קס"ו.

רכ) בענין בושת דברים ורוקק בגופו ובבגדו.

עיין בחלק א' אות תנ"ו.

רכא) בענין בושת דברים.

עיין ברמב"ם בפ"ג מהל' חובל ומזיק ה"ז שכתב שאע"פ שאין חיוב תשלומין על

בושת דברים אבל בכל זאת עון גדול הוא וכל המלכין פני אדם כשר מישראל בדברים אין לו חלק לעוה"ב. וצע"ג למה סתם דבריו ולא פירש שאין לו חלק לעוה"ב רק אם עשה כן ברבים וכדתנן בפ"ג דאבות משנה י"א. מיהו אולי יש טעות סופר בדברי הרמב"ם וצ"ל "ברבים" ולא "בדברים".

ובענין מש"כ הרמב"ם "אדם כשר" עיין במאירי כאן, ובספרי על אבות באות קנ"ד.

דף צ"א ע"ב

רכב) החובל בעצמו.

לעיל באות קמ"ג סק"א ביארנו שהחובל בעצמו אינו עובר על הלאו של פן יוסיף.

רכג) תד"ה החובל.

א. וז"ל, תימה מאי חיוב שייך, ואי פטור ממלקות קאמר, ע"כ הקוצץ נטיעותיו אע"פ שאינו רשאי פטור, לאו היינו פטור ממלקות, דהא חייב משום קוצץ אילנות טובות ואזהרת' מואותו לא תכרות כדאיתא בפרק בתרא דמכות עכ"ל. הרי דס"ל לתוס' שלוקה מן התורה אפילו אם קצץ שלא בשעת מצור, וכן פסק הרמב"ם בפ"ו מהל' מלכים ה"ח, ועיי"ש בכ"מ ובמל"מ בענין מקור הדבר. אבל אין לומר שכוונת תוס' היא רק שהוא לוקה מכות מרדות מדרבנן (דהא אפילו אם אינו מן התורה, בודאי איכא לכל הפחות מכות מרדות כמו בהשחתת שאר חפצים שלוקה מכות מרדות כמו שפסק הרמב"ם שם), דזה אינו, חדא דמהגמ' במכות שהביאו משמע שכוונתם היא למלקות של תורה,

ועוד שאם כוונתם היתה ללמוד שכוונת התנא בנוגע להחובל בעצמו היא לומר שהוא פטור ממכות מרדות א"כ למה הוצרכו תוס' להקשות על זה רק מאילנות הלא גם מצד הבבא של החובל בעצמו לא שיך לפרש כן, דהא חזינן שס"ד בגמרא דאיכא בחובל בעצמו משום כל תשחית (לפני שדחו שהוא פסידא דהדר), והרי לפ"ז בודאי ילקה מכות מרדות כמו בשאר חפצים, וא"כ למה לא הוכיחו תוס' מהך בבא גופה של החובל בעצמו שאי אפשר לפרש שכוונת התנא היא לומר שהוא פטור ממכות מרדות, ובע"כ צ"ל כהנ"ל דהיינו שכוונת תוס' היתה לפרש שכוונת התנא היא לומר שהוא פטור ממלקות של תורה ועל זה הקשו שא"א לפרש כן משום שבקוצץ אילנות טובות איכא גם מלקות של תורה כמו שהביאו ממס' מכות, ולכן הקשו דוקא מהלשון פטור הכתוב אצל אילנות, אבל מלשון פטור הכתוב אצל החובל בעצמו לק"מ משום שהתם שפיר יש לפרש שכוונת התנא היא לומר שהוא פטור ממלקות של תורה אפילו לפי מאי דס"ד דאיכא משום כל תשחית, וכדעת הרמב"ם דליכא מלקות של תורה בשאר חפצים.

ב. הנה תוס' הביאו מהגמ' במכות שאזהרת' הוא מלא תכרות. מיהו עיין ברש"י על המשנה כאן שכתב משום כל תשחית, וכן בגמרא כאן הביאו קרא דכל תשחית לענין קורע בגדיו (וכן איתא גם בקידושין דף ל"ב ע"א, ובשבת דף קכ"ט ע"א וק"מ ע"ב). ועיין בתיו"ט על המשנה שכתב שלא פליגי אלא לכו"ע בעינן ואותו

לא תכרות כדי לגלות שכל תשחית איירי גם שלא בשעת המלחמה.

מיהו היראים בסי' שפ"ב כתב שהמשחית (כל דבר) עובר בב' לאוין, דהיינו כל תשחית וכל תכרות.

רכד) והתניא איזהו הורעת אחרים אכה פלוני ואפצע את מוחו.

פירוש, והרי הורעת עצמו דשרי הרי הוא דומיא דהורעת אחרים, וא"כ חזינן ששפיר רשאי לחבול בעצמו. ברם לפ"ז יוצא שפליג האי תנא על ר"א להלן בסוגיין שאוסר לאכד את עצמו לדעת, אלא ס"ל להך תנא שמותר אפילו לפצוע את מוחו של עצמו דומיא דהורעת אחרים ולא דריש מואת דמכם וגו' לאסור. וגם להלן בסוגיין מצינו דס"ד שמילתא דר"א תנאי היא, דהא ס"ד שר"א הוא אותו תנא שסובר שאין אדם רשאי לחבול בעצמו ושאחרים חולקים עליו (ומאי דדחינן שם שאולי קטלא שאני, י"ל שאין הכוונה שבקטלא כו"ע מודים שאסור דהא חזינן הכא ששפיר איכא תנא שמתיר, אלא י"ל שהכוונה היא שאולי אפילו ר"א קאסר רק בקטלא אבל לעולם מודה הוא שמותר לחבול בעצמו).

איברא, אולי יש לדחוק שלעולם כוונת האי תנא היא רק להתיר סתם חבלה אבל לא לפצוע את מוחו, ואעפ"כ שפיר סגי בזה כדי לצאת ידי המשמעות של דומיא דאכה את פלוני ואפצע את מוחו משא"כ אם הכוונה היא רק לאשב בתענית, אין זה דומיא דאכה את פלוני ואפצע את מוחו. ובאמת לפי הסוברים דאיכא כל תשחית

דאורייתא גם על שאר חפצים (עיין באות רכ"ז) בודאי צריך לצאת שלא חלה השבועה, שהרי הוא עובר לכה"פ על כל תשחית כשהוא מאבד את עצמו לדעת, דהא הוי פסידא דלא הדר (עיין באות רכ"ו), וא"כ א"א לומר שהכוונה היא שהוא נשבע לאבד את עצמו לדעת.

רכה) אך את דמכם.

עיין ברמב"ם בפ"ב מהל' רוצח ה"ב וה"ג שמנה את ההורג את עצמו בין אלו שאין בהן מיתת ב"ד. ולכאורה אין דבריו מובנים, דהא כבר מת ואיך שייך להמית אותו. וראיתי במנ"ח במצוה ל"ד שהביא את הרמב"ם הנ"ל, וכתב המנ"ח שאינה רציחה שהיא בת מיתת ב"ד, אפילו אם שפיר הי' שייך להמית אותו, ושנפקא מינה לענין אם לומר קים לי' בדרכה מיני' אם הזיק ממון בהדי הרציחה. ואולי כוונתו היא לומר שזוהי גם כוונת הרמב"ם עיי"ש. והטעם למה אינה רציחה בת מיתת ב"ד הרי זה או משום שאינו עובר בלא תרצה וכמש"כ הכלי חמדה שם (ועי' בזה לעיל באות קנ"א) או משום ש"מכה איש ומת" משמעותו שמכה את הזולת וכמש"כ האבי עזרי' בהל' דעות.

והכלי חמדה בפר' נח אות ג' כתב שכוונת הרמב"ם היא להיכא שעשה עצמו טריפה, דהא גם זה חשיב מעשה גמור של רציחה שחייבים עליו מיתת ב"ד, וכמו שמבואר בתוס' בסנהדרין דף ט' ע"ב בד"ה לרצונו, וביד רמה בדף ע"ח שם ד"ה אמר רבא, וא"כ על כה"ג שפיר הוצרך הרמב"ם לומר שאין ממיתין אותו, דהא בכה"ג שפיר אפשר להמיתו. מיהו

בשו"ת הלכות קטנות ח"ב סי' רל"א כתב ששפיר ממיתים את העושה את עצמו טריפה.

והנה יש להעיר על הדרך הנ"ל דהא לכאורה הטעם של הרמב"ם למה שכתב שאין ממיתין אותו הרי הוא משום שהמאבד את עצמו לדעת דינו שונה מרציחה רגילה וכמו שאר הציורים שהביא הרמב"ם שם שאין ב"ד ממיתין אותו משום שהם יותר קלים, וא"כ צ"ע דהא היכא שעשה את עצמו טריפה הרי לא היינו יכולים להורגו אפילו אם המאבד את עצמו לדעת לא הי' שונה, והיינו משום שא"א שיהיו כאן עדים כשרים, דהא כשבאים העדים להעיד עליו שעשה את עצמו טריפה ושהוא חייב מיתה הרי יוצא שהם מעידים על גברא קטילא, דהא טריפה הוא, וא"כ יוצא שעדותן היא עדות שאא"ל וכדאמרינן בסנהדרין דף ע"ח ע"א וכמו שפסק הרמב"ם בפ"ב שם ה"ט שטריפה שהרג פטור משום שעדי' הם עשאא"ל משום שבאו להרוג גברא קטילא ואינם חייבים מיתה אם יוזמו.

ברם אכתי יש ליישב ולצייר באופן שעשה את עצמו טריפה לפני ב"ד שהרי בכה"ג לא בעינן עדים ואין כאן חסרון של עשאא"ל וכדאיתא בסנהדרין דף ע"ח ע"א שטריפה שהרג בפני ב"ד שפיר ממיתים אותו (ואין להקשות מהא דמבואר בכתובות דף ל"ג ע"ב שאין ממיתים את הרוצח עד שימות הנרצח וא"כ אכתי יוצא שאפילו אם המאבד את עצמו לדעת הי' נחשב כרוצח גמור, בכל זאת לא היינו יכולים להמית אותו על זה שעשה את עצמו טריפה משום שעדיין לא מת הנרצח,

דזה לק"מ, די"ל שטעמא דהתם הוא משום שחיישינן אולי יחי' ולא סמכינן על האומדנא, אבל היכא שנעשה טריפה הרי ידעינן בודאי שימות. מיהו בספר למודי ה' בסי' קס"ח צידד לומר שחייב רק אחרי שהטריפה מת משום דכתיב ימות, והמנ"ח שם צידד משום דשמא יבריא ועי' לעיל בח"א אות קפ"ב).

וביותר נראה לומר שמה שכתב הרמב"ם שם שאין ממיתים אותו, הרי זה קאי באמת רק על הציורים האחרים שהביא שם, ולא כלל את מאבד את עצמו לדעת בהדי אחריני אלא כדי לומר שגם המאבד את עצמו לדעת יש בו עון רציחה כמו שכתב שם. מיהו הכלי חמדה שם כתב שזה דוחק.

רכו) ודלמא בגדים שאני דפסידא דלא הדר.

מזה יוצא שחבלת גופו דלא הדר כגון קטיעת ידו אסורה גם משום בל תשחית ומכל שכן שאם הרג את עצמו הרי הוא עובר משום בל תשחית, וכן מבואר מדברי רבינו יונה בשערי תשובה שער ג' אות פ"ב שכלל את הפסוק של ואת דמכם וגו' בהדי לאו דבל תשחית, אלא שקשה שהרי כלל שם גם ישיבה בתענית שלא על עוונותיו בכלל בל תשחית, ואילו מיעוט חלב ודם של תענית הרי הוא מן הסתם בגדר פסידא דהדר, ויש לישב.

רכז) בענין בל תשחית.

עיין ברמב"ם בפ"ו מהל' מלכים ה"י דמשמע שגם על שאר דברים לבד מאילנות הרי הוא עובר מדאורייתא על בל תשחית,

רק שאינו לוקה מלקות של תורה אלא על אילנות מפני שהם כתובים להדיא בתוך הפסוק (אבל מכות מרדות דרבנן הרי הוא שפיר לוקה על כל דבר וכמו שכתב שם). וכן כתב המנ"ח בסוף מצוה תקכ"ט שכן נראה מדברי הרמב"ם. וכדעה זו כתב החינוך עצמו בתחילת המצוה שם (ותימה על המנ"ח שלא העיר כן). וכן כתב הרמב"ם להדיא בסה"מ במצות ל"ת נ"ז (אלא שמשמע מדבריו שם דלוקה מהתורה גם על שאר דברים), ודלא כבעל הגהות מל"מ בהל' מלכים שם שכתב בשם הר"י באסן שאסור רק דרבנן. וכן מתוס' בב"מ דף ל"ב ע"ב מוכח דס"ל שאסור מהתורה כמש"כ הרש"ש שם. ועי' בדברי היראים שהבאנו לעיל באות רכ"ג סק"ב. וע"ע במסורת הש"ס בסוגיין שמחק את מאי דאיתא בהברייתא שהוא לוקה משום בל תשחית, והרי הוא גורס "עובר" משום בל תשחית שזוהי גירסת תוס' בסוגיין. מיהו התורת חיים כאן גורס "לוקה" משום בל תשחית ומקשה מזה על הרמב"ם שכתב שאינו לוקה מלקות של תורה. ועיין גם ברבינו יונה בשערי תשובה שער ג' אות פ"ב שגורס "לוקה". ומלשון הרמב"ם בסה"מ שם שסתם וכתב "לוקה" משמע שלוקים על כל דבר מלקות דאורייתא (כמו שהערנו כבר לעיל).

רכח) המצער עצמו מכל דבר על אחת כמה וכמה.

עיין בספרי על אבות באות קס"ו בענין פרישות וסיגופים אם מותר או אסור.

רכט) בשור העומד להריגה.

פירש"י וז"ל, שהמית עכ"ל. עיין במחבר בריש סי' שפ"ב שכתב וז"ל, שור שהי' עומד להריגה מפני שהוא מזיק את הבריות וכו' עכ"ל. וכתב הגר"א וז"ל, ר"ל לא בשור שהמית ובזמן הסנהדרין דא"כ אסור להורגו דהא צריך לדנו בכ"ג*, ואף ר"א לא פליג אלא בה' חיות, אלא אף בזה"ז ובנגחן וכמו שאמרו בסוף פ"ק משום דרבי נתן עכ"ל. ונראה שיש טעות סופר בדבריו וצ"ל "או בנגחן", כלומר די"ל שאיירי בשהמית אדם בזמן הזה, או בנגחן שלא המית ואיירי אפילו בזמן הסנהדרין, דהא גם כשלא המית איכא משום דרבי נתן דאסור לגדל כלב רע משום לא תשים דמים בביתך, דהא מכיון שיש לו טבע של נגחנות הרי שפיר יש בזה סכנת נפשות אע"פ שעוד לא המית שום פעם.

ובדעת רש"י שכתב שהמית צ"ל שכוונתו היא שהמית אדם שלא בזמן הסנהדרין, וכ"כ היש"ש כאן בסי' ס' בדעת רש"י וכדברי הגר"א.

גם יש לפרש שכוונת רש"י היא אפילו לזמן הסנהדרין וכשהמית בהמות וכנענים.

וע"ע ברש"י בסוגיין גבי אילן העומד לקציעה שכתב וז"ל, כל עץ הנוטה לרה"ר ומתיירא שמא יפול על האדם וימות עכ"ל, הרי שגם כתב דוקא שמא ימות ולא כתב שמא יזוק. וצ"ע למה צייר רש"י באופן שהרג מאחר שאפילו בהזיק ולא הרג איכא מצוה לסלקו מדרבי נתן (ולכאורה אפילו במזיק בהמות). והיש"ש כתב שאה"נ ה"ה

(* ולאחר שגמרו את דינו של השור, המצוה

נמי לנגחן ומועד להזיק את הבריות (וכהמחבר).

ועוד צ"ע דאפילו אם רק יזיק, אכתי צריך להורגו או לקוצצו משום שמירת נזקי ממנו מצד הדין של שמירתן עליך המבואר בהמשנה בדף ב', ועי' בדברינו שם באות א', ויש ליישב.

והנה מה שהזכרנו שהדין של רבי נתן איירי רק באופן שיש סכנת נפשות בדבר, כן פסק הרמב"ם בפ"א מהל' רוצח ה"ד והשו"ע בסי' תכ"ו סעי' ח'.

רלא) וחייבו ר"ג ליתן לו י זהובים.

ועיין בשט"מ בשם הרר' יהונתן שכתב שאם נאמר שהחייב של עשרה זהובים הוא קנס, אז המודה בו פטור כדין כל מודה בקנס. והוכיח מדבריו הקצה"ח בסי' שפ"ח סקי"א שגם המודה בקנס דרבנן פטור. ועיי"ש במה שהביא עוד בזה. וכן עיין בזה בפ"י לקמן בדף צ"ח ע"ב בד"ה אמר רבא וכו'. ובאות ש"ל בקטע המתחיל והנה עיין לעיל בדף צ"ח וכו' חילקנו בין עשרה זהובים לשאר קנסות דרבנן עיי"ש.

רלא) תד"ה וחייבו.

וז"ל, עוד אומר ר"ת דבבבל אין דנין מילתא דלית ב' חסרון כיס כדאמר לעיל עכ"ל. וצ"ע למה לא כתב משום דהוי קנס. וי"ל דס"ל דעשרה זהובים הוי תקנתא ולא קנסא, דעיין בשט"מ בשם הרר' יהונתן שהזכיר את הענין של תקנתא וז"ל, וגם שבועת היסת נמי לא רמינן עלי' כיון

לסוקלו הרי היא על בית דין לא על הבעלים.

דקנסא בעלמא הוא או תקנתא בעלמא הוא כדי שיהיו המצוות חביבות על בעליהן, ונפ"מ בין קנסא לתקנתא, דאי הוי קנסא, מודה בקנס פטור, ואי תקנתא היא אע"ג דמודה שלא מחמת פחד עדים, חייב לשלם עכ"ל.

א"נ י"ל דס"ל לר"ת כמו שצדדנו לעיל באות קס"ז שלמסקנא לא נאמר דין מיוחד שאין דנין דיני קנסות בבבל, אלא הא דאין דנין הרי זה משום שכל קנס הוא או מילתא דלא שכיחא או מילתא דלית בה חסרון כ"ס.

וע"ע במה שכתבנו שם בסוף האות על דברי המאירי בסוגיין.

רלב) אמר רב דקלא דטען קבא אסור למקצצי.

א. ומבואר מדברי רב שאם הוא טעון פחות מקב מותר לקוצצו. ונראה דאיירי אפילו באופן שאינו צריך את העצים. וטעם ההיתר הוא משום שיש לו דין של אילן סרק שמותר לקוצצו אפילו אם אין צריך לו כמש"כ הרמב"ם בפ"ו מהל' מלכים ה"ט.

מיהו היש"ש כאן בסי' ס"ב כתב שאיירי באופן שהוא קוצץ לבנין. מיהו לפ"ז צ"ע למה אינו מותר אפילו בטען קבא כיון שהוא לצורך. וצ"ל משום דאיירי באופן שהוא יכול להשתמש באילן סרק.

א"נ י"ל דמה שמותר לקצוץ אילן שנושא פירות אם זה לצורך הרי זה רק בצורך גדול (עיין לקמן בסק"ב שהבאנו שיש סוברים כן), אבל לצורך בנין אין זה נחשב צורך גדול, ומש"ה בטען קבא אסור, אבל היכא דליכא קבא אז יש לו דין של אילן סרק, וממילא מותר לו לקוצצו אפילו לצורך בנין, ודלא כהרמב"ם שסובר שבאילן סרק לא בעינן שום צורך כלל, וצ"ע.

וע"ע ברא"ש שכתב שאסור לקצוץ גפן אפילו אם הוא מוציא רק כל שהוא, וכתב היש"ש דהיינו משום שגפן אינו ראוי לשום בנין כלל. מיהו צ"ע דמזה משמע שאם אין הגפן מוציא אפילו כל שהוא מותר לקוצצו אע"פ שאין בזה שום צורך כלל וא"כ יוצא שפיר כהרמב"ם שאילן סרק ממש מותר לקוצצו גם שלא לצורך. ומעתה יוצא שיש ג' מדריגות, טעון קב, טעון פחות מקב, וסרק לגמרי, וצ"ע.

ב. עיין בדברי הפ"י בסוגיין שביאר שהלאו איירי באופן שהוא קוצצו שלא לצורך גמור, דהא יכולים לבנות את המצור גם מאילני סרק. וגם ביאר ש"ל שמה שהתירה התורה לקוצצה היכא שאין אילן סרק הרי זה רק לצורך גדול כמו מלחמה. וביאר שבאמת בזה פליגי התנאים בהציוור של מקרעין בגדים, דהיינו באם מותרים להשחית גם היכא שאינו לצורך גדול (מלחמה*), (ועיין בגמ' שהתירו היכא

משום שבנשיא גם זה מיקרי צורך גדול כיון שזה מיקרי עוד בגדר כבודו האמתי. א"נ דאונקלוס סבר שסגי גם בסתם צורך (ועיין גם במה שהביאו תוס' בסוגיין משמואל).

מיהו צ"ע על מה שהוכיחו מזה תוס' שם

* והנה בסוגיין מבואר שאינו עובר בכל תשחית אא"כ קרע יותר מדי. ופשוט דהיינו משום שלקרוע כדין מיקרי לצורך גדול כיון שהוא מחויב לקרוע. ועיין בתוס' בב"מ דף ל"ב ע"ב שהביאו שאונקלוס הגר שרף על ר"ג ע' מנה צורי. ולכאורה י"ל דהיינו

שמתקלקלין אילנות אחרות, והרא"ש פסק שה"ה כשהוא צריך למקומו).

רלג) להקדים סרק למאכל.

מפירש"י בסוגיין יוצא כך, שאם האילן מאכל הוא הכי קרוב, אז מותר לו לקוצצו ואין קדימה להאילן סרק כיון שהוא מרוחק, ורק אם הם במרחק שוה אז האילן סרק קודם אם לא שהאילן מאכל מעולה בדמים, וכן איתא בשט"מ בשם הר"ר יהונתן.

מיהו עיין ביתר הראשונים בשט"מ שלא כתבו דבר זה שהיכא שהאילן מאכל קרוב יותר מותר לו לקוצצו.

וע"ע בכ"מ על הרמב"ם בפ"ו מהל' מלכים ה"ט שהבין שהרמב"ם מפרש שכוונת הברייתא היא להחיתור לקצוץ אילן מאכל אם כבר הזקין ואינו עושה אלא פירות מעט כגון פחות מקב, ועיי"ש בלח"מ. ועיין עוד בתורת חיים כאן.

דף צ"ג ע"א

רלד) לשמור ולא לאבד.

עיין בגמ' דמסיק רבה לחלק בין היכא דאתא ליד' בתורת קריעה לבין היכא דאתא ליד' בתורת שמירה. וביאר הבעל המאור (הובא במלחמות) שכוונת רבה

במה שאמר "הא דאתא ליד' בתורת שמירה" היא לומר שהדרשה באה לפוטרו רק מדיני שמירה אבל לא ממזיק בידים ממש. והשיג עליו הרמב"ן במלחמות שבודאי כוונת הדרשה היא למעטו אפילו אם הזיק בידים, דהא למעטו משמירה לא בעינן קרא, דהא כיון שלא הזכיר לשון של שמירה הרי אינו בדין שמירה אפילו אם לא אמר לו לקרוע (וכ"כ תוס'), אלא ודאי שכוונת הדרשה היא למעט אפילו אם יקרע, ושפיר משתמע כן מתוך הדרשה משום שהמיעוט קאי גם על שליחות יד וטט"ג שכתובים שם בתוך הפרשה וא"כ ה"ה לקריעה עכת"ד. מיהו לא הבנתי מה היא הראי' משליחות יד וטוען טענת גנב, דהא נהי שנתמעט מדין שליחות יד וטוען טענת גנב, אבל מ"מ היינו משום שדינים אלו הם חידושים בפרשת שומרים שהרי בעלמא אינו נעשה גולן על הכל ע"י הא ששלח יד במקצת לחוד, וכן מצד הפרשה של גנב רגיל לא הי' צריך להתחייב כפל על זה שטט"ג ונשבע וכמו שביארנו לעיל באות י' סק"ד, ורק בשומר נתחדש מצד גזיה"כ שמכיון ששלח יד במקצת הרי הוא נעשה גולן על הכל, וכן שהוא נעשה גנב ע"י שטט"ג, וא"כ נהי שהוא נפטר מהחיובים האלו שהם חידושים בפרשת שומרים, אבל אכתי מי יימר שהוא פטור גם אם הזיק בידים אשר בכה"ג חיובו הוא משום מזיק רגיל, ואינו מחיובי שומרים.

וי"ל שאולי שצריכים דוקא צורך גדול, וס"ל שלא שייך לומר לפ"ז שהטעם הוא משום שבכה"ג אין זה מיקרי השחתה, דא"כ הדין נותן שגם לסתם צורך יהי' מותר משום שגם בסתם צורך שייך לומר שלא מיקרי השחתה.

שמותר גם לעקר סוסים (דאית בי' משום צער בעלי חיים) לכבוד הנשיא, דהא מה היא הראי' מבל תשחית, הלא בבל תשחית יש טעם מיוחד להתיר, דהיינו דכיון שהוא לצורך, אין זה נקרא השחתה, וא"כ איך נלמד מזה היתר לעקר סוסים.

ולכאורה י"ל שזהו באמת טעמם של תוס' בד"ה ורמינהו שלא כתבו את הראי' הנ"ל של הרמב"ן.

ועכ"פ גם הרשב"א בסוגיין בד"ה ורמינהו וכו' הביא מהראב"ד כדברי הרמב"ן הנ"ל וז"ל, ורמינהו לשמור ולא לקרוע ולא לאבד, וא"ת מאי קושיא, דעד כאן לא שמענו אלא שכל שלא מסר לו לשמור אינו בדין השומרים ואם פשע פטור, אבל בשקרעו או אבדו מנ"ל, תי' הראב"ד ז"ל דאם שלח ידו במלאכת רעהו כתיב באותה פרשה, ועל הכל אמרה תורה מסרה לו לקרוע פטור עכ"ל.

וע"ע בקצה"ח בסי' שמ"ח סק"ב שדן על שליחות יד כעל גזלן רגיל והוכיח ממה שהשולח יד אינו חייב עד שיעשה מעשה שה"ה לכל גזלן (ומדבריו נראה שכן היא גם כוונת המהרי"ט שהביא שם עיי"ש). וכבר תמה בספר אמרי משה בסי' ל"ב סק"ב על זה, דהא שאני שליחות יד שחידוש הוא וכהנ"ל, וא"כ מה היא הראי' לכל גזלן רגיל.

והנה מעתה אבאר קצת את מה שכתבתי שא"א ללמוד מהא דמיפטר על שליחות יד וטט"ג שיהי' פטור גם היכא שהזיק ממש, וכתבתי דהיינו משום שהחייבים הנ"ל הרי הם חייבים מיוחדים בנוגע לשומרים וממילא מכיון שנתמעט מדיני שומרים הה"נ שנתמעט מהחייבים הנ"ל אבל אכתי אין ראי' שיהי' פטור גם היכא שעשה מעשה מזיק ממש. והנה אם נאמר שהמיעוט של לשמור בא למעטו לחלוטין מכל עיקר תורת שומר, וכמו הפשטות שאין זה קרוי בגדר לשמור, א"כ פשיטא

שיוצא כדברינו הנ"ל שאין ראי' משליחות יד וטט"ג למזיק בידים ממש, והיינו משום שפשיטא שלא שייך שיתחייב משום שליחות יד וטט"ג מאחר שאינו בגדר שומר, אמנם אם נאמר שכוונת המיעוט אינה למעטו מתורת שומר וחייב שמירה אלא רק לפוטרו מהחייב תשלומין של שומר אבל אכתי שם של שומר רכיב עלי' א"כ מעתה אולי שפיר יש ראי' ממה שפטרו הכתוב על שליחות יד וטט"ג שיהי' פטור גם על קרע כסותי, דהא החייבים הנ"ל של שליחות יד וטט"ג הרי הם משום שהוא נעשה גנב וגזלן והרי הם חייבי גניבה וגזילה, ואינם סוג חדש של תשלומין שנתחדשו רק בשומר, וא"כ אם מצינו שהוא פטור עליהם בע"כ צ"ל שיהי' פטור גם על מזיק בידים.

מיהו באמת אין זה מוכרח, אלא בודאי י"ל שגם אם נאמר שהמיעוט הוא רק בנוגע להחייב תשלומין של שומר, בכל זאת א"א ללמוד ממה שהוא פטור על ש"י וטט"ג שיהי' פטור גם על מזיק בידים, והיינו משום שסוף סוף גם מה שהוא נעשה גנב וגזלן על ידי הדרכים הנ"ל הרי הוא חידוש מיוחד בפרשת שומרים וא"כ י"ל שגם זה נכלל במה שמיעטו התורה מהחייב תשלומין, דהיינו שנכלל בזה שהיכא שאמר לו לאבדו שוב אינו נעשה גנב וגזלן ע"י שליחות יד וטט"ג, אבל היכא שאיבדו ממש דהוי מזיק רגיל (גם בלא חידושים של פרשת שומרים) אכתי י"ל שהוא חייב (ועכ"פ אם נאמר שהוא פטור גם על קריעה א"כ בודאי צ"ל שלבסוף הרי הוא ממועט מכל עיקר תורת שומר, ולא רק מתשלומין, דהא איך שייך

לומר שיש עליו תורת שומר בזמן שמותר לו לקרוע).

ועכ"פ לכאורה צ"ל דהא דפשיטא לי' להרמב"ן שהוא פטור באמת על ש"י וט"ג הרי זה משום שפשיטא לי' שכוונת המיעוט של לשמור היא להפקיעו באמת מכל עיקר דין שומר, דפשיטא לי' שכן היא משמעות הדרשה, אבל אם נאמר שבאמת נשאר הוא בגדר שומר א"כ שוב לא פשוט כל כך להמשיך את המיעוט גם על שליחות יד וט"ג, דהא י"ל שלא מיפטר אלא מהתשלומין של חיובי שומרים כגון גניבה ואבידה ואונסין אבל לא מש"י וט"ג, והיינו משום שמכיון שהוא נשאר מיהא בגדר שומר ויש חידוש בפרשת שומרים ששומר נעשה גנב וגזלן ע"י ש"י וט"ג א"כ לעולם י"ל שדברים אלו לא נתמעטו כיון שלבסוף חיובם הוא חיובי גנב וגזלן (עי' באות י' שם), ונהי שכתבנו לעיל שאכתי שפיר יתכן לומר שגם עליהו קאי המיעוט (ושאין ראי' מזה לקריעה), אבל מ"מ אכתי אין נראה שום הכרח לזה, וא"כ מנ"ל להרמב"ן הא מילתא, וא"כ בע"כ צ"ל שסברת הרמב"ן היא משום שהוא ממועט מכל עיקר דין שומר (אלא שצ"ע כהנ"ל איך יליף מזה הרמב"ן למזיק רגיל).

מיהו כל זה אינו, כי לעולם י"ל דס"ל להרמב"ן שאינו מופקע מדין שומר, אלא ס"ל רק שהוא פטור מתשלומי שומרים, והא דידע שהוא פטור גם על שליחות יד וטוען טענת גנב הרי זה משום שכיון שגם חיובים אלו כתובים בתוך הפרשה בע"כ צ"ל שהמיעוט קאי גם עליהם, וכדברים אלו כתב הרמב"ן עצמו שם

וכמו שהבאנו לעיל כשהבאנו את דבריו. וע"ע בחלק א' אות תש"י שהבאנו דעות שסוברים שבציורים שאכתי מיקרי שומר רק שנתמעט מחיובי שמירה, שפיר ישאר חייב על ש"י וט"ג, וכן על פשיעה אם נאמר שהוא מטעם מזיק (עיי"ש שדננו על זה לענין המיעוטים של קרקע ושמירה בבעלים).

רלה) תד"ה ורמינהו וכו'.

א. הנה בפירושים הראשון של תוס' וכן במלחמות ה' בסוגיין מבואר שסבירא להו לדבר פשוט שהיכא שהפקיד על מנת לקרוע, הרי הוא פטור מדין שומר משום שחסר לשון (או הוכחה, הרמב"ן שם) של שמירה כמו שהביאו שם. ומפירושו של הר"י בתוס' יוצא עוד יותר, והיינו שלעולם איירי ששפיר אמר לו בלשון של שמירה, רק שמכיון שאמר לו ג"כ על מנת לקרוע, אינו נעשה שומר כלל.

ב. הנה תוס' בד"ה הא וכו', וכן הרשב"א בסוגיין, פירשו שכוונת רבה במה שחילק בין אתי לידי' בתורת שמירה לבין היכא דאתא לידי' בתורת קריעה היא כך, שהיכא שאמר לו לקרוע לאחר שכבר בא לידו בתורת שמירה הרי הוא חייב משום שבכה"ג נקטינן שכוונתו היא לפטומי מילי ולשטות בו ואין כוונתו לפוטרו מתשלומין, משא"כ היכא שאמר לו כן בשעת נתינה ואתא לידי' בתורת קריעה, אז נקטינן שכוונתו היא באמת לפוטרו. ומבואר מדברי תוס' והרשב"א שהחילוק בין שני הציורים היא באיך מפרשים את כוונת המפקיד.

מיהו עיין בקצה"ח בסי' רמ"ו סק"א שפירש בדרך אחרת, והיינו שלשון קרע כסותי אינו מתחלק בפירושו בין שני הציורים הנ"ל, אלא בכל מקרה פירושו הוא שהוא מרשהו לקרוע, אבל אין פירושו שהוא פוטר ממה שכבר חל עליו, ומעתה היכא שלא נעשה עוד שומר הרי הוא פטור משום שלהתחייב משום מזיק בעינן שיזיק שלא ברשות הבעלים, והכא הרי הרשהו, אבל היכא דאתא כבר ליד' מקודם לכן בתורת שמירה הרי נשאר כאן אחריות השמירה שנתחייב בה כבר (עיי"ש שהוכיח שכן מפרש התה"ד בשם המהרי"ח) עכ"ת"ד, הרי להדיא שהוא מפרש שכוונת המפקיד אינה משתנה בשני הציורים ודלא כתוס' והרשב"א

רלו) תד"ה ורמינהו.

וז"ל, כדדריש במכילתא (כצ"ל) לשמור ר"ש אומר עד שיפקיד אצלו ויאמר הילך ושמור לי אבל אם אמר לי עיניך בו פטור עכ"ל. עיין במה שכתבנו בחלק א' בהערה הראשונה על אות תנ"ב.

רלו) לשמור ולא לחלק לעניים.

פירש"י וז"ל, דכיון דא"ל חלקהו, תו לא דמפקיד נינהו ומאן קתבע, ועניים לא

מצו תבעי דלכל חד וחד מצי אמר לאו לדידך יהיבנא אלא לאחריתי עכ"ל. והנה לפי ביאורו צ"ע למה צריכים למעט את הציור של לחלק לעניים מהך דרשה, דלכאורה דבר פשוט הוא מצד הסברא שהוא פטור, דהא להמפקיד אינו מתחייב משום שכבר נתנו לצדקה ושוב אינו שלו*), וכן לא בעינן קרא למימר שאינו חייב להעניים, משום שגם זה הוא דבר פשוט כי זה ממון שאין לו תובעים וכמש"כ רש"י.

ונראה לומר שלעולם כוונת הדרשה היא לפוטרו מהעניים, ומה שהזכירו רש"י ועוד ראשונים שהוא ממון שאין לו תובעים אין הכוונה רק להדין של ממון שאין לו תובעים האמור בכל מקום, דהא היכא דמיפטר משום ממון שאין לו תובעים הרי הוא אכתי חייב בדיני שמים כמש"כ תוס' והרא"ש בחולין דף ק"ל ע"ב, ואילו הכא נראה שהוא פטור מפילו בדיני שמים, והיינו משום שקמ"ל הדרשה של לשמור ולא לחלק לעניים שבשביל החיובים של שומר בעינן שיהי' כאן מפקיד מסוים, אבל היכא שאין מפקיד מסוים והוא ממון שאין לו תובעים הרי הוא פטור מדיני שומר וממילא הרי הוא פטור מפילו בדיני שמים**).

מיהו עיין בפתחי תשובה בחו"מ סי'

של העניים משום שלא היתה כאן לשון שמירה כמו שהביאו תוס' כאן בד"ה ורמינהו וכו' שצריכים לשון שמירה. ועי' בענין לשון שמירה בחלק א' אות תנ"ב.

* ואין לומר שקמ"ל הדרשה שלשון זה מיקרי פסיקא לצדקה, דגם זה נראה פשוט, דהא פשיטא שכשהוא אומר לו לחלקו לעניים הרי זה מיקרי פסיקא לצדקה.

** ויש לעיין דתיפוק לי' שאינו בגדר השומר

ש"א סק"ו שהביא את דברי החות יאיר שפסק שבכה"ג שהפקיד אצלו כדי לחלק לעניים הרי השומר חייב באמת בדיני שמים להעניים עיי"ש בטעמו ודלא כדברינו הנ"ל. ועיין גם בסמ"ע שם בסק"ט שנקט שהפטור כלפי העניים הוא רק משום ממון שאין לו תובעים ואילו הדרשה באה לפוטרו מהבעלים*), וכן ביאר שם את כוונת הרמב"ם והמחבר שכתבו בזה"ל, מי שהפקידו אצלו ממון עניים או פדיון שבויים ופשע בהם ונגנבו פטור שנאמר לשמור ולא לחלק לעניים והרי הוא ממון שאין לו תובעים עכ"ל, והבין הסמ"ע שמה שכתבו שהוא ממון שאין לו תובעים הרי זה הוספה אחרת נוסף על הדרשה, וכנה"ל שהדרשה באה לפוטרו מהמפקיד, ומה שהוסיפו שהוא ממון שאין לו תובעים הרי הוא הטעם לפוטרו מן העניים. מיהו לכאורה יש לפרש גם שלא כהסמ"ע אלא שכוונתם במה שהוסיפו דהוי ממון שאין לו תובעים הרי היא להגדיר את הדרשה, וכנה"ל שכוונת הדרשה היא לפוטרו מהעניים אפילו בדיני שמים כיון שאין כאן מפקיד מסוים.

שו"ר במחנה אפרים בהל' שומרים סי' ט"ז שהביא כמה דעות בענין על מה קאי הדרשה, דעיי"ש שהביא את תשובת רבינו שמשון שהובא במרדכי בפ"ק דב"ב (באות תק"ג) שהקשה את הקושיא הנ"ל דל"ל

קרא, תיפוק לי' משום שהוא ממון שאין לו תובעים, ותירץ רבינו שמשון דבעינן קרא להיכא שיש לו תובעים כגון בהציוור של רב יוסף שהי' גבאי צדקה ושפיר הי' יכול לתבוע את אשר הפקיד, דלכה"ג שפיר בעינן להדרשה של לשמור ולא לחלק לעניים כיון שיש כאן תובעים, הרי שהוא מפרש שהדרשה באה לפוטרו מהגבאי ולא לפוטרו מהבעלים, וכעין זה הביא מהראב"ן והרשב"א שאפילו אם הבעלים הפקידו שלא על מנת לחלק לעניים אלא על מנת שהשומר יחזירם להם גם בכה"ג הרי השומר פטור, דאע"פ שיש לו תובעים אבל בכל זאת הרי הוא פטור משום הדרשה הנ"ל, הרי שגם הם מפרשים שהדרשה באה למעט היכא שיש לו תובעים. אמנם בדעת רש"י והרמב"ם ביאר המחנה אפרים שהם סוברים שהיכא שהוא באמת ממון שיש לו תובעים, חלים באמת דיני שומרים, רק שרב יוסף הפקיד אצל ההוא גברא בכוונה שההוא גברא יחלקם לעניים**). ולפי דרכם של רש"י והרמב"ם תירץ המחנה אפרים שצריכים את הדרשה בכדי לפוטרו מהמפקיד, והיינו משום דהוה ס"ד שהשומר חייב להמפקיד על זה שהפסיד ממנו את המצוה של צדקה וכמו שהכנהנים שפיגלו במקדש חייבים אפילו על קרבן נדבה (אע"פ שאין הבעלים חייבים באחריותו)

** וכן הביא שם בשם הרא"ם, ובשם המהרימ"ט הביא שגם כשהפקידם הגבאי צדקה על מנת שיחזירם להגבאי צדקה, אכתי מיפטר השומר אע"פ שיש לו תובעים, והיינו משום שהגבאי גופי' הי' פטור מחיובי שמירה ומש"ה לא עדיף השומר מהגברא דאתי מיני'.

* וגדר המיעוט הוא שהיכא שאין סופו להחזיר את המעות להמפקיד אינו נעשה השומר שלו כמש"כ שם (מיהו צ"ע כמו שהקשינו בפנים, שגם בלא המיעוט איך הוא יכול להעשות השומר שלו דהא כבר אין המעות שייכים לו וכמש"כ רש"י).

משום שהפסידו את הבעלים את קרבנם (מיהו דבריו קשים דהא כבר נעשה צדקה וממון עניים מאז שהפקיד וכמש"כ רש"י שכבר אינו של המפקיד, וא"כ לכאורה מההיא שעתא קיים כבר את המצוה).

וע"ע בתשובות הרא"ש בכלל י"ג אות ח' דמוכח מדבריו דס"ל שהדרשה אתא לפוטרו מהעניים ולא מהמפקיד וז"ל, וששאלת אם ריבית קצוצה מותר להקדש עניים ותלמוד תורה. דע כי לא הותר ריבית קצוצה אלא להקדש של בדק הבית משום דכתיב אחיך ולא של הקדש וכו', אבל להקדש בזמן הזה שהוא לעניים או לת"ת, העניים והתלמידים בכלל אחיך ורעהו הם, והביא רבינו מאיר מרוטנבורק ז"ל ראי' על זה מההיא דסוף פרק החובל ההוא ארנקי דצדקה דאחלפום לפומבדיתא, אפקדי' רב יוסף גבי ההוא גברא וגנבוה מיני', אתא לקמי' דרב יוסף וחייבי', א"ל אביי והא תניא לשמור ולא לחלק לעניים, א"ל שאני פומבדיתא דמיקץ קץ להו, ואם איתא דעניים לאו בכלל רעהו נינהו אמאי צריך

למידרש לשמור ולא לחלק, תיפוק לי' מדכתיב בפקדון כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור וכו', דדוקא בממון של רעהו מחייב, אלא ודאי עניים בכלל רעהו הם וכו' עכ"ל. הרי להדיא שלומד שהדרשה באה לפוטרו מהעניים ולכן שפיר מוכח שהעניים נקראים רעהו, אבל אם הי' לומד שהדרשה באה לפוטרו מהבעלים א"כ שוב אין כאן שום הוכחה כלל מקושיית אביי, דהא לעולם יתכן לומר שעניים לא מיקרי רעהו רק שאכתי צריכים את הדרשה כדי לפוטרו מהבעלים, ואביי הקשה מהדרשה כדי להוכיח שאינו צריך לשלם בתורת תשלומין להמפקיד (מיהו באמת גם לפ"ז אכתי הי' המהר"ם יכול להוכיח מהתירוץ של רב יוסף שתירץ שעניי פומבדיתא מיקץ קץ להו, דהא מזה שפיר חזינן דמיקרי רעהו דהא חזינן שרב יוסף חייב אותו בתורת השומר של העניים [ואולי יש לדחות], אלא שהמהר"ם שם הוכיח מהברייתא ולא מתירוצו של רב יוסף וכהנ"ל).

פרק הגוזל עצים

שליבון אינו שינוי אבל מ"מ גם אליבא דידהו צריך לצאת ששיפוי הוא שפיר שינוי, דהא חזינן מהמשנה בראשית הגז שאע"פ שהם סוברים שליבון אינו נחשב שינוי, אבל בכל זאת צבע שפיר מיקרי שינוי, ולכאורה הרי זה משום ששאי ליבון שאינו אלא הסרת לכלוך, וגם בהיות הלכלוך בתוך הצמר לא הי' נחשב כדבר אחד עם גוף הצמר, ולכן גם הסרתו אינו נחשב כשינוי בהצמר, אבל הכנסת צבע מיקרי שינוי בגוף הצמר יותר מליבון משום שהצבע נעשה שפיר כדבר אחד עם גוף הצמר, וא"כ לכאורה ה"ה שייסברו שגם שיפוי נקרא שינוי, ולכן אין מספיק לתרץ שהמשנה הוא רבנן משום שעדיין קשה מה שהקשה הגמ' על עצים ועשאן כלים למה לא חשיב שינוי משעת השיפוי, וא"כ בשביל הקושיא ההיא בודאי הי' אביי מוכרח לתרץ שהמשנה איירי בעצים שהם כבר משופים ואיכא רק שינוי דרבנן, ומש"ה תירץ כעין זה גם על הקושיא מליבון כדי שיהי' כל המשנה בחדא מחתא. והדרך הזאת עדיפא מדרכם של המהדורא בתרא והפ"י דהא לפי דרכם הרי יוצא שאביי נאלץ בגלל דבר שלא נזכר בכלל בתוך הגמרא דהיינו הקושיא מטווי וזהו דוחק וכמו שהערנו כבר.

והנה תוס' בסוגיין בד"ה בקלא וכו' כתבו שצביעה עדיפא מליבון משום שהיא שינוי מרובה. וי"ל שכוונתם היא כהנ"ל דחשיב שינוי בגוף הצמר יותר מליבון.

דף צ"ג ע"ב

רלח) בענין ליבון וצביעה.

עיי' בגמ' דדייקינן מהמשנה עצים ועשאן כלים אין, שיפן לא, צמר ועשאן בגדים אין, ליבנן לא, ורמינהו וכו' אמר אביי וכו'. ולכאורה צ"ע למה לא תירץ אביי שהברייתא אזיל כר"ש שסובר שליבון הוא שינוי ושהמשנה אזיל כרבנן, וכמו שמתרץ אביי בעצמו לקמן את הסתירה מהברייתא הזאת להמשנה בראשית הגז. ועיי' במהדורא בתרא ובפ"י שנתעוררו על זה, ותירצו דהיינו משום שאכתי ישאר קשה על טווי, משום שאפילו אם נתרץ שהמשנה אזיל כרבנן שסוברים שליבון אינו שינוי אבל אכתי יש כאן שינוי גם לפני שעשאו בגד, דהיינו ע"י שהוא עושה טווי, שהרי קודם שעושים בגד עושים גם טווי, וטווי הוא שינוי לכו"ע. מיהו לכאורה יש צד דוחק בתירוצם משום שמהגמ' הרי משמע שגם בכדי לתרץ את הקושיא מליבון הוצרך אביי לתרץ את מה שתירץ, וא"כ צ"ע כהנ"ל דאי משום הקושיא מליבון הרי הי' אפשר לתרץ שהמשנה אזיל כרבנן.

וי"ל דהא דלא תירץ כן הרי זה משום שמהמשנה משמע שגם שיפוי עצים אינו נקרא שינוי וכמו שדייקה הגמ' בהקושיא, וא"כ יוצא שאינו מספיק לומר שהמשנה אזיל כרבנן משום שנהי שרבנן סוברים

מיהו יש גם לפרש את כוונתם בדרך אחרת, והיינו שצביעה עדיף מליבון משום שהיא ניכרת טפי, אשר לפ"ז י"ל ששיפווי באמת אינו נחשב שינוי לפי ר"ש משום שאינו ניכר כל כך כמו צביעה אלא הרי הוא על מדריגת ליבון, ואכתי נוכל לתרץ שהמשנה כאן הוא כרבנן. ועיין באמת בפ"י בדבריו הנ"ל שנקט שאם ליבון אינו נחשב שינוי א"כ הה"נ לשיפווי עצים משום דכי הדדי ניהו, ומש"ה כתב שמצד זה אכתי הי' אפשר לומר שהמשנה הוא כרבנן (אלמלא מה שהעיר שאכתי הי' צריך לקנות ע"י טווי). מיהו לכאורה יש לחלק ביניהם ולומר ששיפווי חשיב שינוי טפי מליבון וכהדרך שכתבנו לעיל שצביעה עדיף מליבון משום שהיא נחשבת יותר כפעולה בגוף הצמר מליבון.

רלט) ורמינהו גזל עצים ושיפן וכו'.

הנה חזינן שבתחילה הקשה הגמ' מהברייתא של שיפן וליבן על המשנה כאן בהגזול, ורק אחר כך הקשו מאותה ברייתא על המשנה בראשית הגז. ובספר תורת חיים כתב דהיינו משום שניחא לי' להקשות בתחילה מגזילה על גזילה. מיהו עיין בפ"י בד"ה וליבון וכו' שכתב שבדוקא הוצרכו להקשות בהסדר הזה, והיינו משום שאם היו מקשים בתחילה מהברייתא של ליבון על המשנה בראשית הגז א"כ הי' אפשר ליישב שמאי דקתני בתוך הברייתא שליבון הרי הוא שינוי הכוונה היא לשינוי דרבנן משום תקנת

השבים משא"כ בראשית הגז שפיר אינו נפטר ע"ז משום שבראשית הגז לא שיך לעשות תקנת השבים, אבל מאחר שהוצרך אביי לתרץ על הקושיא הראשונה שהברייתא מתכוונת לשינויים דאורייתא, וליבון ושיפווי חשיבי שינויים מדאורייתא, א"כ מעתה שפיר קשה אמאי אינו נפטר ע"י הליבון מהחיוב של ראשית הגז.

והנה גם התורת חיים בדף ס"ו ע"א בד"ה שינוי וכו' סובר שגבי ראשית הגז אין שום מקום לתקנת השבים עיי"ש. מיהו יש לעיין מה הוא טעם הדבר, ולמה לא חששו גם בראשית הגז לתקנת השבים כמו גבי גזילה, שהרי גם בראשית הגז אם נחייבנו ליתן את הגז המלובן יש לחשוש שמא לא יתן אותו, משא"כ אם נאמר שהוא קונה בשינוי אולי יתן מעות, והרי שפיר חייב בדיני שמים ליתן מעות כמו שהבאנו בדף ס"ו באות נ' שיש עליו חיוב אחריות מן התורה לתת להכהן או את הגז או דמיו (אע"פ שהוא ממון שאין לו תובעים), וא"כ יוצא שגם בראשית הגז שיך הענין של תקנת השבים.

מיהו אולי רק בגזילה תיקנו תקנת השבים משום חומר העון של גזילה, אבל לא בראשית הגז שאינו ענין של גזל גמור וכמו שביארנו באות נ' שקודם שהגיע ליד הכהן לא מיקרי ממון כהנים, וכן נקטתי גם כאן לעיל בסמוך שהרי נקטתי שהחיוב לשלם דמים אינו משום גזילה אלא משום חיובא דראשית הגז גופי' כי הוא מתחייב לתת או את הגז או את דמיו*).

שרק בגזל קסבר רשב"ג שהלעיטהו לרשע וימות,

(* והנה לעיל באות קי"ח סק"ב הבאנו מהרמב"ם

ולתרץ שתנאי היא כמו שהקשה הגמ' בנוגע לליבון וצביעה).

והנה מפשטות הגמרא בדף צ"ד ע"ב משמע שלא שייך בראשית הגז תקנת השבים, דהא מיייתנן שם את דברי רבי יוחנן שסובר שמן התורה שינוי במקומו עומד ואינו קונה אלא מדרבנן משום תקנת השבים, ומקשינן עליו מהסתם משנה בראשית הגז של לא הספיק ליתנו עד שצבעו דמבואר שם שהוא שפיר קונה בשינוי, ואילו הי' שייך לומר שתיקנו גם בראשית הגז תקנת השבים א"כ לא קשה מידי על רבי יוחנן דהא י"ל שטעם המשנה הוא משום תקנת השבים. וכ"כ רש"י שם דלא שייך שם תקנת השבים.

שו"ר בתוס' רי"ד שם שהוכיח משם שאין בראשית הגז תקנה"ש, אלא שהתוס' רי"ד לא כתב את הטעם שכתבנו לעיל דהיינו שרק בגזילה תיקנו משום חומר, העון, אלא התוס' רי"ד כתב טעם אחר,

הפחות כסף. מיהו מהלשון של תקנת השבים לא משמע כן.

(* וע"ע באות רמ"ה במה שכתבנו בזה בדעת הרמב"ם.

** ולפי מה שאנו נוקטים שאריגה היא שינוי החזור נצטרך לומר בפשיטות שלפי רבא לקמן בסמוך רשב"י חולק על רבנן גם לענין אריגה ולא רק לענין צביעה דהא גם אריגה היא שינוי החזור כמו צביעה. ובדעת אב"י כבר כתבו תוס' בד"ה ר"ש בן יהודה וכו' שרשב"י מודה לענין אריגה כיון שנשתנה גוף הצמר ורק צביעה אינה קונה משום דס"ל שלא מיקרי שנשתנה גוף הצמר. והרשב"א בסוגיין כתב לפי אב"י שרשב"י חולק אפילו לענין טווי ואריגה (כצ"ל שם) משום שהוא סובר בכל מקום ששינוי אינו קונה.

מיהו לכאורה יש להוכיח שגם בראשית הגז תיקנו תקנת השבים משום שאל"כ איך מיושב לפי אב"י הא דתניא לקמן בסוגיין גבי ראשית הגז שאריגה היא שינוי, הלא לפי אב"י דבר כזה הוא שינוי החזור לברייתו משום דאי בעי סתר לה כמו שאמר גבי טווי ועשאו בגד*), וא"כ הרי הוא קונה רק מדרבנן משום תקנת השבים, ובראשית הגז הרי לא תיקנו תקנת השבים. ולכאורה מוכח מזה שלעולם גם בראשית הגז תיקנו תקנת השבים ולכן שפיר מהני אריגה**).

מיהו יש לדחות שההוא תנא חולק על התנא של המשנה וסובר ששינוי כעין הנ"ל קונה מהתורה, או משום שהוא סובר ששינוי החזור קונה מהתורה, או משום שהוא סובר שנאמר דין מיוחד של שינוי מרובה דמהני אפילו אם הוי שינוי החזור. ולקמן באות רמ"ז נאריך בזה (מיהו אכתי קשה קצת אמאי לא הקשה הגמ' על התנא של המשנה לפי אב"י מהברייתא של אריגה

משום חומר העון של גזילה. ולכאורה זה נראה להיפך ממה שכתבתי כאן, דהא התם חזינן שאדרבה מחמת חומר העון לא תיקנו תקנות בעבורו. מיהו באמת גם בלא"ה הרי צריכים ליישב לפי רשב"ג את הענין של תקנה"ש שתיקנו גבי גזילה. ובאמת אין שום סתירה בין שני הדברים, והיינו משום שהכא בנוגע לתקנת השבים הרי התקנה מכוונת רק לאדם כזה שיהי' מוכן לשוב אילו יוכל לפטור את עצמו ע"י נתינת דמים, וא"כ לא מיקרי שהוא עומד ברשעו כך כך, והרי רק אדם כזה יהנה מהתקנה, ומש"ה באדם כזה (מחמת חומר העון וכהנ"ל) שפיר תיקנו בשבילו, וגם רשב"ג מודה שלא אמרינן בכה"ג הלעיטהו לרשע וימות.

גם יש ליישב שבמה שעשו תקנת השבים לא נתכוונו חז"ל לטובת הגולן שיעשה תשובה, אלא נתכוונו לטובת הבעלים דהיינו שיקבלו לכל

והיינו שמכיון שהוא פטור מלשלם דמים וכמו שפירש"י, א"כ "איזה תשובה יעשה". מיהו לכאורה דבריו צ"ע דהא בכל זאת הרי הוא אכתי חייב מן התורה לשלם דמים כמו שביארנו באות נ' שם רק שא"א לתובעו משום דהוי ממון שאין לו תובעים ולכן הרי הוא נשאר חייב רק מדיני שמים, וא"כ שפיר נרויח במה שנפטור אותו מלתת את גוף הצמר, דהא לפעמים ישלם דמים כדי לקיים את החיוב שלו, ויש ליישב.

רמ) בענין אם מודה רב אשי לשינוי דרבנן.

עיינן בפ"י בד"ה וליבון וכו' שכתב שצ"ל שרב אשי סובר ששינוי החוזר אינו קונה אפילו מדרבנן, דאילו הי' סובר שמועיל, א"כ הי' קשה אמאי לא תני לי' במתניתין דידן כמו הסיפא דהוי רק מדרבנן. והנה כדברי הפ"י איתא להדיא ברש"י כאן שרב אשי סובר ששינוי דרבנן אינו קונה, וכ"כ הרא"ש כאן שלפי רב אשי שינוי החוזר אינו קונה אפילו מדרבנן. ובהגהות הב"ח כתב שאל"כ מאי דוחקי' דרב אשי לחלוק על אביי ולאוקמי' למתניתין בבוכאני ונימטי דוקא, הלא הי' יכול לתרץ כאביי. ויש להוסיף עוד דהא מדרכו של רב אשי יוצא חידוש גדול, דהיינו ששינוי מעשה כגון שיפוי בעי בהדי' גם שינוי השם וכמו שביארו תוס', וא"כ י"ל דס"ל לרש"י והרא"ש שאם הי' רב אשי מודה ששינוי החוזר קונה מדרבנן הי' לו להעמיד את המשנה כאביי במקום להוציא מהמשנה חידוש גדול כזה דבעינן שינוי השם בהדי שינוי מעשה (מיהו עיינן

בתוס' שהוכיחו כחידושו הנ"ל של רב אשי מלקמן בדף צ"ו, ועוד דעיינן בהאות הבאה שנדון שאולי גם אביי מודה דבעינן בדוקא את השיפוי של בוכאני משום שגם הוא סובר דבעינן גם שינוי השם).

והנה הפ"י הביא בתוך דבריו את דברי תוס' בסוכה דף ל' ע"ב בד"ה שינוי החוזר לברייתו וכו' שכתבו ששינוי מעשה החוזר קונה מדרבנן. וכתב הפ"י שכוונתם היא רק לפי אביי אבל רב אשי חולק על זה, והיינו כדעת רש"י והרא"ש.

מיהו הגר"א בסי' שנ"ג סק"ו וכן בסי' שנ"ד סק"ב כתב שכוונת תוס' בסוכה היא גם לפי רב אשי, ושסוברים תוס' שרב אשי לא בא לחלוק על אביי אלא להוסיף שלעולם י"ל שמשנתינו איירי בשינוי דאורייתא. ובסי' שנ"ג שם כתב הגר"א שבאמת כן משמע מלשונו של רב אשי עצמו, וז"ל, דקאמר (רב אשי) תנא דידן נמי שינוי דאורייתא וכו'. משמע דאיך מדרבנן קני וכו' עכ"ל, כלומר שמלשונו של רב אשי משמע שקיימים מיהו שינויים דרבנן ואם אינם קונים למאי הלכתא קרינן להו שינויים דרבנן (מיהו עיינן בלשון רש"י על דברי רב אשי שכתב וז"ל, אבל שינוי דרבנן לא קני עכ"ל. הרי שקרא אותו שינוי דרבנן אע"פ שאינו קונה. ברם י"ל שכוונתו היא לומר שהשינוי שאביי סובר שהוא קונה מדרבנן, רב אשי סובר שאינו קונה [אבל בלשון רב אשי עצמו קשה לומר כן ודו"ק], ועיינן בפ"י בסד"ה במשנה).

ובספר כפות תמרים על תוס' בסוכה שם כתב לפרש דלא כהפ"י שתוס' אזלי כאביי ושרב אשי חולק, ושוב כתב וז"ל, ועוד יראה דס"ל (לתוס' שם) דאביי ורב אשי

לא פליגי לענין דינא, אלא אביי מוקים לי' למתניתין דריש הגזול קמא בשינוי החוזר לברייתו דקונה מדרבנן כגון גזל נסרים ועשאם כלים או טווי ועשאו בגד, ורב אשי לא ניחא לי' לאוקמי מתני' בהכי משום דעצים דקתני מתני' לא משמע לי' נסרים וכן צמר לא משמע לי' טווי, לכך חולק על אביי בפ"י המשנה, אבל לענין דינא מודה רב אשי דשינוי החוזר לברייתו כגון נסרים ועשאם כלים וטווי ועשאן בגדים קונה מדרבנן כיון דיש הפסד בסתירתו, והו"ל כמריש הגזול שבנאו בתוך הבירה עכ"ל.

רמא) עצים ושיפן.

א. עיין בתוס' שכתבו שלפי רב אשי היכא שלא נשתנה שמו על ידי השיפוי אין הגזול קונה. ולפי דבריהם צ"ל שגם הברייתא איירי בשיפוי של בוכאני אשר בכה"ג נשתנה שמו בכך. וכן צ"ל שגם באבנים וסתתן וצמר וליבנן ופשתן ונקוהו איכא שינוי השם, וכ"כ הרא"ש לענין אבנים וסתתן. ולכאורה צ"ל שכוונתו היא גם לענין צמר וליבנו ופשתן וניקהו. והתורת חיים נקט שליכא בליבון וניקוי שום שינוי השם ושחזינן מזה שאין צריכים שינוי השם. והש"ך בסי' ש"ס סק"ד כתב שאין טענותיו של התורת חיים מוכרחות.

והנה הקצה"ח בסי' ש"ס סק"ה הבין שכוונת תוס' היא לכל שינוי מעשה, דהיינו שכל שינוי מעשה צריך שיהא עמו גם שינוי השם. מיהו כבר הבאנו לעיל בדף ס"ו באות ס"ג מתוס' בסוכה וכן מהגר"א בסק"י שם שלא כלל היא, אלא לעולם שינוי מעשה גדול לא צריך שיהא עמו

שינוי השם ודלא כהקצה"ח. ולפ"ז יש מקום לומר שבאמת בניקוי וליבון ליכא שום שינוי השם וכהתורת חיים, רק שבכל זאת הרי הם קונים משום שחשיבי שינויים יותר גדולים משיפוי שהוא רק על החלק החיצוני (אע"פ שהוא שינוי בגופו ממש וצ"ע), ולכן הרי הם קונים אע"פ שלא נשתנה השם, ורק בשיפוי בעינן גם שינוי השם. ואם נאמר כן א"כ יהי' מובן למה הרא"ש נחית לומר רק לענין אבנים וסתתן שיש גם שינוי השם ולא נחית לומר כן גם לענין צמר וליבנן ופשתן ונקוהו, והיינו כהנ"ל שהתם באמת לא בעינן שינוי השם. ודע שלעיל באות רל"ח כתבנו סברא הפוכה ממה שכתבנו כאן דעיי"ש שכתבנו ששיפוי עדיף מליבון.

ב. הנה תוס' בד"ה הגזול עצים כתבו בדעת רבה שקמ"ל הברייתא ששיפוי והאחרים הם שינויים אע"פ שלא חידש עליהם שם של כלי. וכתב המהרש"א שלפי דבריהם יוצא שרבה חולק על רב אשי וסובר שלא בעינן שינוי השם בהדי שיפן עכ"ד, והיינו משום שהפשט הפשוט בכוונת תוס' היא שרבה מעמיד את הברייתא בכל שיפוי. והנה מלשון המהרש"א משמע שמצד הסברא קאמר שרבה מעמיד את הברייתא בכל שיפוי, דהיינו שמצד הסברא אם שינוי החוזר מועיל הה"נ לשינוי שאינו חוזר בלי שישתנה שמו. מיהו נראה שיש להכריח גם מפשט הסוגיא שבע"כ צ"ל שלפי רבה איירי הברייתא בכל שיפוי ולא רק בשיפוי של בוכאני, והיינו משום שאם רבה מפרש את הברייתא בבוכאני א"כ הרי יוצא

שהברייטא היא באמת מיותרת, דהא מאחר שתני כבר בהמשנה שינוי החוזר מועיל מדאורייתא לפי רבה א"כ כ"ש לשיפוי של בוכאני דהוי שינוי שאינו חוזר וגם איכא שינוי השם כמו בהציוור של המשנה, ומש"ה הוכרחו תוס' לומר שלפי רבה איירי הברייטא בסתם שיפוי ואשמועינן דהוי שינוי אע"פ שלא נשתנה שמו בכך (והוי חידוש), אע"פ שיש בו המעלה של שינוי שאינו חוזר). ומה שכתב המהרש"א שרבה חולק על רב אשי אבל לא כתב שגם אביי חולק על רב אשי הרי זה משום שלעולם יתכן שגם אביי מעמיד את הברייטא בבוכאני, רק שהוא סובר שיותר מסתבר להעמיד את המשנה בשינוי דרבנן מלהעמיד בהשיפוי של בוכאני.

מיהו דברינו הנ"ל נכונים רק אם נאמר שבהשיפוי של בוכאני איכא באמת שינוי השם גמור, דלפ"ז שפיר כתבנו שלפי רבה א"א להעמיד את הברייטא בהשיפוי של בוכאני משום שאפשר לדעת את זה בק"ו מהמשנה, אבל אם נאמר שהשינוי השם של בוכאני הרי הוא בגדר שינוי השם שאינו גמור א"כ לכאורה ה"ה שלפי רבה אפשר להעמיד את הברייטא בהשיפוי של בוכאני ושפיר הוי חידוש, דהא נהי דהוי שינוי שאינו חוזר אבל בכל זאת הרי גרע מהציוור של המשנה של נסרים ועשאם כלים בזה שבהמשנה איכא שינוי השם גמור (ועי' בדברי החזו"א שהבאנו בדף ס"ז באות ס"ט) משא"כ בהברייטא בהציוור של בוכאני הרי אין כאן שינוי השם גמור. ועיין באמת בפ"י שפירש שבבוכאני איכא רק שינוי השם קצת ולא שינוי השם גמור, וכ"כ הקצה"ח בסי' ש"ס סק"ה והוכיח כן

משום שאם נאמר שהכוונה היא לשינוי השם גמור, ושבעינן תמיד שינוי השם גמור, א"כ תו לא משכחת לה לההלכה של שינוי מעשה, דהא שינוי השם לחודי' קני, וא"כ לעולם יקנה מצד השינוי השם (ועיין גם בפ"י שכתב כעין ההכרח הנ"ל). מיהו כבר כתבנו בדף ס"ו באות ס"ג שלפי תוס' בסוכה והגר"א אין ראי', דהא אכתי בעינן את הדין של שינוי מעשה להיכא שהוא שינוי מעשה גמור שאינו צריך עמו שינוי השם, וא"כ לפי שיטתם אכתי י"ל שהיכא שבעינן שיהא עמו שינוי השם בעינן באמת שיהי' שינוי השם גמור (וכן נדחה עי"ז גם הכרחו של הפ"י עי"ש), וא"כ לעולם י"ל שבבוכאני יש כאן שינוי השם גמור, ולכן שפיר כתבו תוס' שרבה יעמיד בסתם שיפוי ולא בהשיפוי של בוכאני.

והנה עיין בשט"מ כאן בשם הרא"ש שהביא בשם תוס' לפרש את שיטת רבה בנוסח אחר ממה שנמצא לפנינו בתוס', והיינו שלעולם רבה מעמיד את ברייתא בשיפוי שנשתנה שמו בכך, רק שלא נעשה על ידי זה כלי חשוב. ויש לפרש כוונתו שלעולם גם רבה מעמיד בבוכאני (אע"פ שלא הזכיר כן הרא"ש להדיא) אשר לפ"ז יוצא שבאמת ליכא שום מחלוקת בזה בין רבה לרב אשי, ודלא כהמהרש"א, והחידוש הוא שבוכאני מועיל אע"פ שאינו נקרא שינוי השם גמור כמו היכא שעושהו כלי חשוב.

מיהו יש גם לפרש את כוונת התוס' הרא"ש שלעולם בוכאני חשיב שפיר שינוי השם גמור, רק שבכל זאת יש כאן חידוש משום שיש בהציוור של בוכאני חלישות

מצד טיבו של השינוי מעשה ולא מצד טיבו של השינוי השם, והיינו משום שאע"פ שאינו חוזר לברייתו אבל בכל זאת אכתי יש כאן חלישות בזה שאינו נעשה כלי גמור, וזהו החידוש של הברייתא לפי רבה.

גם יש לפרש שכוונת התוס' הרא"ש היא להעמיד את הברייתא לפי רבה בכל שיפוי, וגם לאחר כל שיפוי יש שם כלי עליו, רק שאינו בגדר כלי חשוב, ולכן ס"ל לרב אשי שלא מהני אלא בעינן דוקא השיפוי של בוכאני אשר מעתה הרי הוא בגדר כלי חשוב.

רמב) עצים ושיפן.

הנה תוס' בסוגיין הבינו בדעת רב אשי שרק השינוי של בוכאני חשיב שינוי כיון שנשתנה שמו בכך. מיהו תוס' בסוכה דף ל' ע"ב בסד"ה שינוי וכו' כתבו שגם סתם שיפוי הוי שינוי אע"פ שלא נשתנה שמו. מיהו יתכן שכוונתם היא רק לפי אביי ורבה אבל לא לפי רב אשי (עיין בהאות הקודמת). גם יתכן שמה שכתבו שם וכן עצים ושיפן וכו' הרי זה מוסב על אלו שצריכים באמת שינוי השם עיי"ש.

ועיין עוד בתורת חיים בסוגיין שכתב שלא כתוס' כאן אלא שגם לפי רב אשי לא בעינן שישתנה שמו, ולעולם כל שיפוי קונה אע"פ שלא נשתנה שמו (עי' בסוף האות הקודמת). ועיי"ש שביאר למה הזכיר רב אשי את הענין של בוכאני. וכתב שם שגם הרמב"ם פוסק ששיפוי מועיל גם בלא שינוי השם. וכוונתו היא למש"כ הרמב"ם בפ"ב מהל' גזילה הי"ב "גזל עצים ושיפן (כצ"ל) וקצצן או חקק בהם ועשאן כלים"

דהוי שינוי, וס"ל להתורת חיים כהסמ"ע בסי' ש"ס סקי"ג שכתב שכוונת הרמב"ם היא לומר "ושיפן או שקצצן" באופן שחזינן ששיפוי לחוד מועיל גם בלא שינוי השם (וכוונת הרמב"ם היא לפי רב אשי, דהא הרמב"ם לעיל שם פסק ששינוי החוזר אינו קונה ודלא כאביי). מיהו לכאורה נראה ממה שכתב הרמב"ם "או חקק" שכוונתו במה שכתב "שיפן וקצצן" היא שעשה שניהם יחד, דהיינו שעשה קורות ונסרים, והיינו משום שלא סגי בשיפן לחוד כי בעינן שישתנה שמו (אלא שצ"ע למה השמיט את הציור של בוכאני). וע"ע בש"ך בסי' ש"ס סק"ד שסובר כנראה שאפילו אם כוונת הרמב"ם היא לומר "ששיפן או קצצן", אכתי יש לומר שכוונתו היא לשיפוי שנשתנה שמו בכך אע"פ שלא פירש כן הרמב"ם להדיא. וע"ע בחזו"א בסי' י"ז סקכ"א, וכן בסקכ"ב בד"ה טור וכו' וד"ה ודברי.

רמג) פשתן ונקהו.

צ"ע למה לא הזכירו הפוסקים את הציור הזה.

רמד) בענין שינוי מעשה החוזר ותקנת השבים.

הנה שיטת רש"י והרא"ש בסוגיין היא שרב אשי חולק על אביי וסובר ששינוי החוזר אינו קונה אפילו מדרבנן (ועיין לעיל באות ר"מ שהבאנו את דעות המפרשים בזה). והוכיח הרא"ש שכן היא ההלכה מהא דאמרינן לקמן שכיחשה דהדר אינו קונה משום שהוא שינוי החוזר, ולא אמרינן שהוא קונה מדרבנן. והקשה

החזו"א בסי' י"ז סק"א דהא גם אביי יודה שכיחשה דהדר אינו קונה, דהא לא שייך שם טעמא דתקנת השבים, דהא התם השינוי הוא לגריעותא ובודאי נוח לו להגולן להחזיר את הבהמה מלשם כשעת הגזילה, ולא שייך לתקן שיקנה משום תקנת השבים אלא היכא שהשינוי הוא למעליותא.

מיהו נראה לומר שהרא"ש סובר שלפי אביי רבנן תיקנו באמת ששינוי החוזר יקנה בכל גווני, ואפילו היכא שהשינוי הוא לגריעותא, ואע"פ שהטעם למה תיקנו כן הרי הוא משום תקנת השבים אבל מ"מ זהו רק תחילת סיבת התקנה, אבל כשתיקנו תיקנו כעין דאורייתא שיקנה בכל גווני. ולכאורה יש לבאר כן גם בנוגע להלשון של המשנה דהא חזינן שלא תנן כמו דתנן גבי מריש שהוא קונה "משום תקנת השבים", אלא תנן בסתמא שהוא משלם כשעת הגזילה, ונראה דתנא כן משום שאע"פ שתחילת התקנה היתה בגלל תקנת השבים, אבל מ"מ צורת התקנה היתה דין מוחלט של שינוי קונה גם בצירור שלא שייך תקנת השבים (ולהלן בסמוך נסביר למה במריש תנן לשון של "משום תקנת השבים").

והנה אע"פ שכדברינו הנ"ל מוכח לכאורה מתוך דברי הרא"ש, אבל מ"מ מצד הסברא יש לעיין בזה טובא, דהא בהשקפה הראשונה הדרך הנ"ל מופרכת היא מעיקרו, דהא לפי דברינו הנ"ל שתיקנו

בדרך לא פלוג א"כ נהי שבהצירור של שינוי למעליותא, שפיר יוצא מזה תקנה בשביל השבים, אבל הלא מאידך גיסא בהצירור של שינוי לגריעותא הרי יוצא מזה נעילת דלת בפני השבים, דהא בגלל התקנה מוכרח הוא לשלם כסף מלא כשעת הגזילה ואינו יכול לומר הרי שלך לפניך, וא"כ לכאורה בודאי צ"ל שצורת התקנה היתה שיקנה הגולן רק כשיוצא מזה תקנה להשבים דהיינו בשינוי למעליותא או כשאינן שום נפ"מ בקנינו אבל לא היכא שהשינוי הוא לגריעותא.

והנה בהשקפה הראשונה הי' נראה שכדברינו הנ"ל מבואר בסוכה דף ל' ע"ב בתד"ה וליקניוה וכו' דעיי"ש שכתבו וז"ל, והשתא יש כמה דינים בדבר, דשינוי מעשה שאינו חוזר וכן שינוי השם שאינו חוזר קני מדאורייתא וכו', ושינוי מעשה החוזר קונה בלא יאוש מדרבנן כדמשמע בריש הגזול*, וטעמא משום תקנת השבים, ושינוי השם דהדר למילתי' בלא יאוש לא קני כלל חוץ מלענין מריש משום תקנת השבים וכל בנין קרקע וכיוצא בו עכ"ל, והרי לכאורה דבריהם צריכים ביאור, דהא משמע מדבריהם שבשינוי השם לא תיקנו תקנת השבים אלא בהצירור של מריש וכיוצא בו, אבל לא כל היכא ששייך תקנת השבים, ואילו בשינוי מעשה תיקנו כל היכא ששייך תקנת השבים, ולכאורה צ"ע אמאי לא תיקנו גם בשינוי השם כל היכא ששייך תקנת השבים. אשר על כן נראה

שינוי החוזר אינו קונה אפילו מדרבנן, וכבר הבאנו את דבריהם לעיל באות ר"מ.

* הפני יהושע כאן מפרש שכוונתם היא לפי אביי, אבל הגר"א מפרש שכוונתם היא גם לפי רב אשי, ודלא כרש"י והרא"ש שכתבו שלפי רב אשי

לומר בכוננתם שבודאי בשינוי השם החוזר תיקנו בכל גוונא ששייך בו תקנת השבים, וכל זה נכלל במה שכתבו "וכיוצא בו", משא"כ בשינוי מעשה, התם תיקנו בכל ציור של שינוי מעשה החוזר אפילו היכא שלא שייך בו תקנת השבים וכגון בשינוי שהוא לגריעותא, רק שהטעם למה תיקנו כן הוא משום הציורים ששפיר שייך בהם תקנת השבים, דמשום כך תיקנו כעין דאורייתא בכל גוונא, וזוהי כוונתם במש"כ "וטעמא משום תקנת השבים", אלא שאכתי צ"ע למה גם בשינוי השם לא תיקנו כעין דאורייתא.

מיהו יש לדחות את דברינו הנ"ל דהא תוס' לעיל שם בסוכה בד"ה שינוי וכו' כתבו להדיא ששינוי מעשה החוזר אינו קונה אלא באופן ששייך באמת תקנת השבים, אבל היכא שאין יוצא מזה שום תקנת השבים אז אמרינן שאינו קונה אפילו מדרבנן ודלא כמו שרצינו לפרש בדבריהם בד"ה וליקניוהו (ואע"פ דאיירי שם בציור שנקל להחזירו לקדמותו כמש"כ שם, וא"כ יתכן שכה"ג גרע טפי משום שלא חשיב שנשתנה כך כך, אבל בכל זאת תוס' תלו את הדבר בזה שלא שייך תקנת השבים עיי"ש).

ועיין גם בתוס' לקמן כאן בדף צ"ד ע"ב דמשמע שלא תיקנו רבנן אלא בציורים ששייך שם תקנת השבים, דעיי"ש דאמר רבי יוחנן שמדאורייתא שינוי אינו קונה, והא דתנן במתניתין דידן ששפיר קונה הרי זה משום תקנת השבים. ובגמ' הקשו עליו מהא דאמר רבי יוחנן שהלכה כסתם משנה והרי גבי ראשית הגז איכא סתם משנה ששינוי קונה מהתורה, והקשו

תוס' אמאי לא הקשו מכמה סתמי גבי גזילה גופא ששינוי קונה ומשלם כשעת הגזילה וכגון בהמה והזקינה (פי' והתם לא שייך טעמא דתקנת השבים כיון דהוי שינוי לגריעותא). והנה לפי דרכנו הנ"ל ליכא שום קושיא, דהא י"ל שגם רבי יוחנן יודה שכשתיקנו מטעם תקנת השבים צורת התקנה היתה ששינוי יקנה בכל גווני ואפילו בציור שלא שייך בו תקנת השבים, וא"כ אתי שפיר כל הני סתמי גם לפי רבי יוחנן, ומש"ה הוצרכו להקשות מראשית הגז משום שהתם לא שייך בכלל בשום ציור הענין של תקנת השבים (וכמו שהבאנו לעיל באות רל"ט), ומהא דלא תירצו תוס' כן מוכח שהם סוברים שאין סברא לומר שלבסוף תיקנו בכל גווני אלא בודאי לא תיקנו אלא באותם ציורים ששייך בהם תקנת השבים וכדבריהם בסוכה בד"ה שינוי וכו' ודלא כדברינו בדעת הרא"ש כאן.

והנה אכתי יש לעיין בשיטת רש"י והרא"ש שרב אשי חולק על אביי וסובר שעצים משופים ועשאן כלים לא קני משום ששינוי החוזר אינו קונה אפילו מדרבנן, דהא לפ"ז יוצא שהוא סובר סברא הפוכה ממש מאביי, דהא אביי סובר ששינוי מעשה החוזר עדיף משינוי השם החוזר לפי מה שהבאנו מתוס' בסוכה ששינוי מעשה החוזר קונה בכל גווני, ואילו רב אשי סובר ששינוי השם החוזר עדיף וקונה לכל הפחות במריש וכיוצא בו וכדתנן במתניתין דמריש משא"כ שינוי מעשה החוזר אינו קונה כלל לפי רש"י והרא"ש. ובאמת כבר הקשינו לעיל מה היא הסברא לומר שתיקנו בשינוי מעשה יותר

מבשינוי השם, ומעתה יש גם להקשות על רב אשי למה תיקנו יותר בשינוי השם מבשינוי מעשה ולמה בעצים משופים ועשאן כלים לא עשו תקנת השבים כמו שעשו במריש וכמו בסוכת החג בחג כדאיתא בסוכה דף ל"א, דהא בודאי שגם בעצים ועשאן כלים שייך לתקן תקנת השבים, ואפילו בצירור שאין כאן אלא הרכבה בעלמא באופן שלא ילכו שום חומרים לאיבוד על ידי הפירוק ג"כ שייך תקנת השבים כמו בסוכת חג בחג.

וביותר צ"ע, דהא לכאורה בעצים משופים ועשאן כלים יש כאן גם שינוי השם החוזר כמו במריש, דהא מעיקרא מיקרי עצים והשתא מיקרי כלי, וא"כ הרי זה ממש כמו הצירור של מריש, וא"כ אמאי לא עשו תקנת השבים לפי רב אשי. וראיתי בחזו"א בסי' י"ז סק"ח בד"ה ומש"כ וכו' שכתב שכהאי גוונא לא חשיב שינוי השם הואיל ולא נשתנה שמו הפרטי של כל עץ ועץ, ואע"פ שנתחדש כאן שם כללי חדש של כלי, אבל מ"מ גם בהיותו כלי הרי שמו של כל חתיכת עץ לא נשתנה, משא"כ במריש הרי שמו של כל קורה וקורה משתנה מכשורא לטללא. מיהו כבר הערנו על זה באות ס"ט מלשון רש"י בדף ס"ו ע"ב שכתב שטללא פירושו הוא גג, וא"כ משמע שגם שם ליכא אלא הוספת שם כללי.

ועוד יש לעיין דלפי המבואר בסוגיין דעצים משופין ועשאן כלים חשיב שינוי מעשה החוזר א"כ למה גבי גוונא דמריש לא חשיב שינוי מעשה החוזר. ובאמת תוס'

לעיל בדף כ' ע"ב בד"ה והוא וכו' כתבו דחשיב שפיר שינוי מעשה החוזר*, אלא שכבר תמהו הקצה"ח בסי' ש"ס סק"ג, ורעק"א בהגהותיו על ספר כפות תמרים בסוכה דף ל' ע"ב, שמסוגיית הש"ס במרובה מוכח שאין שם שינוי מעשה החוזר אלא רק שינוי השם החוזר, וכן כתבו תוס' בסוכה שם בד"ה וליקניוה דליכא במריש שינוי מעשה החוזר, אלא שצ"ע כהנ"ל מאי שנא מעצים משופים ועשאן כלים. שו"ר שכבר תמה הכפות תמרים שם למה לא חשיב הצירור של מריש צירור של שינוי מעשה החוזר.

רמזה) טווי ועשאן בגד.

הנה הרמב"ם בפ"ב מהל' גזילה הי"ב פסק שכה"ג הוי שינוי. וכבר תמהו עליו הב"י בסוף סי' ש"ס והלח"מ דהא כבר פסק לעיל שם ששינוי החוזר אינו קונה אפילו מדרבנן, ודלא כאביי, וא"כ איך אפשר לפסוק שטווי ועשאו בגד קונה, הלא אביי קאמר שגם זה מיקרי שינוי החוזר. ועיין במאירי שפסק גם הוא כהרמב"ם וכתב סברא לדבר, והיינו משום שכבר נפסדה צורת החוט כשהי' בתוך הבגד, ועכשיו אם יוציאו אמרינן שפנים חדשות באו לכאן. מיהו אכתי יש לתמוה דהא בסוגיין קאמר אביי להדיא ששפיר מיקרי שינוי החוזר. ועוד כתב שי"ל שרב אשי קאמר נימטי כי נתכוין לומר לדבריו דאביי אבל איהו סובר באמת שגם טווי ועשאו בגד הוי שינוי גמור. ועיין גם בב"ח בסוף סי' ש"ס שהביא מרבינו ירוחם כפסקו של

השם החוזר וכמו שהוכחנו בדף ס"ז באות ע"א.

(* וכוונתם היא לשינוי מעשה החוזר ולא לשינוי

הרמב"ם, וכן דייק הב"ח מהרי"ף ומהסמ"ג (מיהו היש"ש כאן בסי' א' דחה את המשמעות מהרי"ף, וכתב שגם הנ"י לא הבין כן את הרי"ף).

וכתב עוד הב"ח שהרמב"ם מצא סוגיא אחרת בסוף המסכת דמוכח משם שטווי ועשאו בגד לא מיקרי שינוי החזור. ועוד כתב שי"ל שרב אשי קאמר נימטי כי נתכוין לומר לדבריו דאביי אבל איהו סובר שגם טווי ועשאו בגד הוי שינוי גמור. וכתב הב"ח שטעמא דמילתא הוא משום שאינו חוזר לכמות שהי'. והדרישה הוסיף שלא שכיח לטרוח ולפרקו כיון שהוא טורח גדול*) וגם לא יהי' ראוי לכל דבר כמו שהי' בתחילה, ואע"פ שאביי קאמר דהוי שינוי החזור אבל מ"מ מכיון שרב אשי מיישב את המשנה בדרך אחרת א"כ תו י"ל דהוי שינוי גמור והא דלא קאמר רב אשי טווי ועשאו בגד הרי זה משום דתנן צמר. והיש"ש בסי' א' כתב משום שהוא חוזר לברייתו רק על ידי אומנות וטורח גדול**). ועיין עוד בדבריו של החזו"א בסי' י"ז סק"ב בד"ה שם בטור טווי וכו' מה שכתב על זה.

והנה לכאורה יש לתמוה שממה שתניא בסוגיין גבי ראשית הגז שארגו חשיב שינוי חזינן להיפך מביאורו של אביי בדעת התנא של משנתנו, דהא לפי אביי גם אריגה היתה צריכה להיות נחשבת כשינוי החזור משום דאי בעי סתר לה וא"כ אמאי מהני

לפוטרו מראשית הגז, ובשלמא אם גם בראשית הגז תיקנו תקנת השבים כמו גבי גזילה א"כ לק"מ משום ששפיר מועילה לפוטרו לכל הפחות מדרבנן אבל לפי מה שנקטו המפרשים שבראשית הגז לא תיקנו שום תקנת השבים (עיין באות רל"ט), א"כ קשה למה מהני אריגה לפוטרו מראשית הגז לפי אביי. ואולי זהו באמת מקורו של הרמב"ם למה פסק שטווי ועשאו בגד הוא שינוי שאינו חוזר. מיהו אכתי היתה הגמרא כאן צריכה להקשות מהברייתא על התנא של המשנה לפי אביי ולתרץ שתנאי היא, כמו שהקשה הגמ' בנוגע לליבון וצביעה. וע"ע לעיל באות רל"ט מה שכתבנו בדעת הך תנא של אריגה.

גם יש לעיין אמאי לא הביא הרמב"ם גבי ראשית הגז בהלכות ביכורים שטווי ואריגה קונים.

רמזה*) לא הספיק ליתנו עד שצבעו.

עיין באות נ"ב.

רמו) ליבון.

א. הרמב"ם בפ"ב מהל' גזילה הי"ב פסק שנפצו וליבנו הרי הם נחשבים שינויים. ועיין בלח"מ ובש"ך ובביאור הגר"א בסי' ש"ס שביארו את שיטתו.

ב. הנה הרמ"א בסי' ש"ס סעי' ז' כתב שאם ליבנו בענין שאינו חוזר לברייתו הרי

בשינוי מעשה החזור, וזהו דלא כדברי הדרישה. ** וע"ע באות ס"ז שם במה שכתבנו בדעת הרשב"א שם.

*) עיין לעיל בדף ס"ז בתד"ה מעיקרא טיבלא ובדברינו שם באות ע' סק"ד שיצא לנו שרק בשינוי השם החזור מהני מה שלא שכיח שיחזור אבל לא

הוא קונה, וכתב הגר"א שכוונתו היא לכבדו כברויי אבל סרקי' לא מהני משום דהוי שינוי החוזר לברייתו. מיהו מהסוגיא כאן משמע שהחסרון של ליבון אינו משום שהוא חוזר לברייתו אלא משום שבעצם אינו חשיב שינוי דהא לפי רבא שאר צבעים אינם קונים לפי רבי שמעון משום שהם חוזרים לברייתן, ומ"מ הליבון של סרקי' שפיר קונה, וא"כ בע"כ חזינן דחשיב בגדר אינו חוזר לברייתו, ובכל זאת חזינן דס"ל לרבנן שאינו קונה, וכן העיר החזו"א בסי' י"ז סוף סקכ"ב.

**(רמז) אמר אביי לא קשיא
הא רבנן אליבא דר"ש
הא רשב"י אליבא
דר"ש.**

הנה מעתה יש כמה דרכים איך לפרש לפי אביי את המחלוקת שבין רשב"י בשם ר"ש שסובר שצבע אינו נקרא שינוי ובין הת"ק בתוך הברייתא שם שסובר שצבע שפיר מיקרי שינוי (וכן סוברים רבנן בדעת ר"ש, רק שהם סוברים שגם ליבון קונה לפי ר"ש).

א', דאיירי בכל הצבעים, ות"ק סובר שאפילו שאר צבעים מועילים משום שאע"פ שאפשר להעבירם אבל מ"מ אינם חוזרים לכמו שהי'. וכבר כתב הב"ח סברא זו בסוף סי' ש"ס בביאור דעת הרמב"ם שפוסק ששינוי החוזר אינו קונה ומ"מ הרי הוא פוסק (לפי הבנת הב"ח בדבריו) שכל צבע מיקרי שינוי. ור"ש בן יהודה בשם ר"ש סובר שאפילו קלא אילן דלא עבר לא מיקרי שינוי משום הסברא שכתבו תוס'

בד"ה רבי שמעון וכו' שלא נשתנה גוף הצמר. ועיין גם במהרש"א על דף צ"ה ע"ב שנקט שלפי אביי כל צבע מיקרי שינוי שאינו חוזר.

ב', כהדרך הנ"ל דת"ק איירי גם בשאר צבעים, רק שלעולם גם הוא יכול לסבור דחשיב שינוי החוזר, רק שבכל זאת הרי הוא קונה בכה"ג משום שהוא שינוי מרובה וכמו שכתבו תוס' בד"ה בקלא וכו', ולכן לא איכפת לן במה שהוא חוזר לברייתו, וכן במה שאינו שינוי בגוף הצמר ממש. וע"ע בחזו"א בסי' י"ז סקכ"ב.

ג', דרשב"י איירי רק בשאר צבעים ולא בקלא אילן, ואביי מודה לרבא שטעמו של רשב"י הוא משום ששינוי החוזר אינו קונה (ודלא כתוס' הנ"ל בד"ה ורבי שמעון), וטעמא דת"ק הוא כהנ"ל, דהיינו משום שאינו חוזר לכמו שהי', א"נ משום שהוא שינוי מרובה. ולפי הדרך שטעמא דת"ק הוא משום שאינו חוזר לכמו שהי' נראה לומר שבודאי אין כאן מחלוקת במציאות אלא לכו"ע נשאר רושם, רק דפליגי באם זה מיקרי שחזר לברייתו או לא. ויש גם לפרש שלכו"ע ע"י טירחה גדולה יכולים להעביר את הרושם לחלוטין, רק דפליגי באם מיקרי חוזר לברייתו גם כשצריכים טירחה זו, ע"י לעיל באות רמ"ה מה שהבאנו בשם הדרישה והיש"ש.

ד', גם י"ל שטעמא דת"ק הוא משום שהוא סובר ששינוי החוזר שפיר קונה (מדאורייתא, לפי מה שביררנו שבראשית הגז לא תיקנו תקנת השבים, ע"י באות רל"ט). מיהו עיין בחזו"א בסי' י"ז סקכ"ב

שכתב שלא מצינו בגמרא שיחלקו התנאים בשינוי החוזר, אלא טעמא דת"ק הוא משום דהוי שינוי מרובה וכמו שכתבו תוס' וכהנ"ל בהדרך הב' (וגם בדעת רבא כתב החזו"א שם שזהו הטעם של ת"ק ולא משום שהוא סובר ששינוי החוזר קונה. מיהו הש"ך בסי' ש"ס סק"ב כתב שלפי רבא המחלוקת שבין רשב"י ות"ק הוא באם שינוי החוזר קונה או לא (ועיי"ש במה שהביא מרבינו ירוחם).

ה', שת"ק ורשב"י חולקים רק בקלא אילן אבל בשאר צבעים גם ת"ק מודה משום שזה שינוי החוזר.

והנה הדרך החמישית דחוקה היא מאד, דדוחק לאוקמה מחלוקתם רק בקלא אילן לחוד.

ונראה שה"ה שא"א לומר כמו הדרך השלישית והרביעית, והיינו משום שאת"ל רשב"י קאמר רק בשאר צבעים ומשום שחוזרים לברייתן, א"כ מאי דוחקי' דאביי לאוקמי' להא דתניא שליבון קונה כרבנן אליבא דר"ש ודלא כרשב"י אליבא דר"ש, הלא י"ל שלעולם גם רשב"י מודה שם משום דאיירי בליבון שאינו חוזר לברייתו, וכן היא באמת דרכו של רבא, וא"כ לפי הדרך השלישית והרביעית למה הי' צריך אביי לסטות מדרכו של רבא (וע"ע באות רמ"ח סק"ד).

מיהו אולי יש לדחות שלעולם איירי רשב"י רק בשאר צבעים, והא דנקט אביי שהוא סובר שגם ליבון אינו נקרא שינוי אע"פ שאינו חוזר לברייתו הרי זה משום שאם הוא מודה בליבון וכדברי רבא א"כ

יוצא שרשב"י סובר סברא הפוכה מסברת ת"ק של הברייתא שלו וכמו שביארו תוס' בד"ה בקלא וכו' שכן יוצא לפי רבא, וא"כ י"ל שהי' דוחק לו לאביי לומר שפליגי בסברות הפוכות, אלא ס"ל שבודאי גם רשב"י סובר שליבון אינו עדיף מצבע אע"פ שליבון אינו חוזר לברייתו, ומש"ה הוצרך לומר שהברייתא של ליבון הוא תנא אחר אליבא דרשב"י.

מיהו לכאורה יש להוכיח שלא כהדרך השלישית והרביעית מהסוגיא דלהלן, דעיין להלן בסוגיין דקא חשיב לי' אביי לרשב"י בתוך השיטה של תנאים שסוברים ששינוי במקומו עומד, וקא מקשה רבא על זה שאולי רשב"י קאמר רק בצבע משום דהוי שינוי החוזר לברייתו, ובהשקפה ראשונה משמע שלפי אביי אין זה הטעם של רשב"י (ולקמן בהאות הבאה נאריך יותר בכוננת רבא שם).

רמח) רבא אמר וכו' ושאינו צבע הואיל ויכול להעבירו ע"י הדחק.

הנה מעתה יש כמה דרכים איך להסביר לפי רבא את המחלוקת שבין רשב"י לסובר שצבע אינו נקרא שינוי ובין ת"ק בתוך הברייתא שם שסובר שצבע מיקרי שפיר שינוי.

א', שרשב"י סובר ששינוי החוזר אינו קונה, ות"ק סובר ששינוי החוזר שפיר קונה (מדאורייתא, לפי מה שביירנו שלא תיקנו בראשית הגז תקנת השבים). וכן נקטו הסמ"ע בסי' ש"ס סקי"ד והש"ך שם בסק"ב דליכא בצבע שום סיבה לומר

כאן אפשרות להחשב שינוי אלא א"כ הוא מחובר וקבוע שם, דהיכא שהוא קבוע שם לעולם, הרי זה גורם שיחשב כחלק מהחפץ ושפיר מיקרי שהחפץ השתנה, והכא מכיון שהצבע אינו קבוע אלא אפשר להעבירו, אין זה נקרא שינוי כלל בנוגע להצמר, ואינו אפילו על מדריגת שינוי החוזר, דלא מיקרי שיש כאן קשר בין הצבע להצמר כיון שאינו קבוע שם, וגם בשעתו לא מיקרי שנשתנה הצמר.

ולפ"ז מתיישבת סוגיית הגמ' להלן בסמוך, דעיי"ש שכלל אביי גם את רשב"י בתוך השיטה של תנאים שסוברים שינוי במקומו עומד, והקשה לו רבא שאולי רק בצבע קאמר רשב"י משום שאפשר להעבירו, ולכאורה אין מובן מאי מקשה על אביי, הלא גם אביי מודה שלא אמר רשב"י אלא בצבע וכמו שביארו תוס' בד"ה רבי שמעון בן יהודה וכו' שצבע גרע משום שלא נשתנה גוף הצמר, וא"כ מה מקשה רבא, ולא משמע שהשגת רבא על אביי היא שא"א לכלול את רשב"י בתוך השיטה כיון שלא אמר רשב"י אלא בצבע לחוד, אלא משמע שכוונת רבא היא לחדש את עצם העובדא שרשב"י קאמר רק בצבע וממילא פשוט הוא מאליו שא"א לכלול בתוך השיטה, וא"כ צ"ע כהנ"ל דהא גם אביי מודה שרשב"י קאמר רק בצבע. ולכאורה הי' אפשר לומר שאע"פ שגם אביי מודה שרשב"י קאמר רק בצבע אבל מ"מ כוונת רבא היא לחדש שלפי רשב"י החסרון הוא משום שינוי החוזר (ודלא כאביי שכתבו תוס' שהוא סובר שהוא משום שלא נשתנה גוף הצמר), ולכן ס"ל לרבא שלא שייך על זה הלשון של שינוי

שהוא קונה חוץ מלומר שינוי החוזר קונה באופן שמוכח שת"ק סובר שינוי החוזר קונה, ומש"ה כתבו שם שמה שפסקו הרמב"ם והמחבר שצבע קונה, בע"כ צ"ל דאיירי בקלא אילן מאחר שהם פוסקים שינוי החוזר אינו קונה. מיהו מפשטות לשונם של הרמב"ם והמחבר משמע שכוונתם היא לכל צבע וכמש"כ הגר"א שם בסק"ח אשר לפ"ז יוצא שצריכים לומר ביאור אחר בדעת ת"ק וכדלהלן. ועיין לעיל באות רמ"ז סק"ג וד'.

ב', שת"ק סובר שצבע לא מיקרי חוזר לברייתו וכמו שביאר הב"ח בסוף סי' ש"ס שאינו חוזר לכמות שהי' (ובודאי שאין כאן מחלוקת במציאות אלא לכו"ע נשאר רושם, רק דפליגי באם זה מיקרי שחזר לברייתו או לא. ויש גם לפרש שלכו"ע ע"י טרחה גדולה יכולים להעביר את הרושם לחלוטין, רק דפליגי באם מיקרי חוזר לברייתו גם כשצריכים טרחה זו, עי' לעיל באות רמ"ה מה שהבאנו בשם הדרישה והיש"ש).

ג', לעולם גם ת"ק מודה שצבע מיקרי שינוי החוזר, רק שבכל זאת הרי הוא קונה משום שהוא שינוי מרובה, כ"כ תוס' בסוגיין.

ד', י"ל שלפי רבא סברת רשב"י אינה משום שהוא סובר שינוי החוזר אינו קונה, אלא לעולם י"ל שינוי החוזר שפיר קונה, רק שבכל זאת צבע גרע טפי ולא מיקרי אפילו על המדריגה של שינוי החוזר, אלא לא מיקרי שינוי כלל כיון שאפשר להעבירו, והסברא לזה היא משום שגם בהיותו שם אין כאן שינוי בגוף הצמר ממש, וכיון שאין שינוי בגוף החפץ אין

במקומו עומד כי אינו בגדר שינוי גמור. מיהו גם זה אינו, דהא להדיא מצינו בגמ' לקמן בדף צ"ד בסוף ע"א את הלשון של שינוי במקומו עומד בנוגע לשינוי החוזר לברייתו ואתי שם בדעת רבא עיי"ש, וא"כ צ"ע כהנ"ל מה היא השגת רבא על אביי, דמה הוא הנפ"מ אם הטעם למה רשב"י אמר רק בצבע הוא משום שאינו שינוי בגוף הצמר או אם הוא משום דהוי שינוי החוזר.

מיהו לפי הנ"ל א"ש, והיינו משום שלפי הנ"ל יוצא שכוונת רבא אינה לומר דהוי בגדר שינוי החוזר לברייתו, אלא כוונתו היא לחדש שלא חשיב שינוי כלל ולכן שפיר מקשה על אביי שלא שייך לומר על זה שרשב"י סובר ששינוי במקומו עומד, דהא אין זה ציור של "סוג שינוי שאינו קונה", אלא הרי זה מיקרי שאין כאן שינוי כלל, אבל אביי סובר שאפילו שאר צבעים אינם חוזרים לברייתן לגמרי, ומש"ה שפיר שייך לקרותו סוג שינוי שאינו קונה, והטעם למה קסבר רשב"י שאינו קונה הרי הוא משום שבכל זאת לא נשתנה גוף הצמר ממש וכמו שביארו תוס', רק שמ"מ מכיון שלכה"פ מקצתו נתחבר שם עולמית, שפיר שייך בזה לשון של שינוי אינו קונה.

והנה הדרך הנ"ל הוא שלא כדרכם של כל המפרשים שנוקטים שלפי רבא שאר צבעים הם על המדריגה של שינוי החוזר לברייתו. גם יש להעיר על הדרך הנ"ל ממה שכתבו תוס' שלפי רבא הטעם של ת"ק דרשב"י שסובר שאר צבעים שפיר מועילים הרי הוא משום שהוא שינוי מרובה, דלפי הנ"ל צ"ע איך זה מועיל

לסלק מה שבכלל אינם בגדר שינוי ואינם מתקשרים בכלל להצמר.

ועל כל פנים על פי הדרך הנ"ל יש להסביר גם את קושיית רבא על מה שכלל אביי את רבי שמעון בן אלעזר בתוך השיטה, דעיינן להלן שמקשה רבא דעד כאן לא קאמר רבי שמעון בן אלעזר אלא בכיחשה דהדר, דגם כאן י"ל שכוונת רבא היא להקשות שבכלל אינו בגדר שינוי משום שדרכה של הבהמה תמיד היא להוסיף משקל ולהוריד, באופן שלא מיקרי בגדר שינוי כלל, ולא שייך לכללו בתוך השיטה (וזהו שלא כדברי הרא"ש כאן בסי' א' שדן על כיחשה דהדר כשינוי החוזר, והוכיח משם שלהלכה שינוי החוזר אינו קונה עיי"ש). איברא, אע"פ שדרכה תמיד להוסיף משקל ולהוריד אבל מ"מ אין דרכה לעשות כן במדה הניכרת לעין (שזהו לכאורה השיעור שצריכים כדי להחשב שינוי).

דף צ"ד ע"א

רמ"ט) ובית הלל תרתי שמעית מיני'.

הנה בפשטות משמע שלפי ב"ה הרי הם באמת שני דינים נפרדים, חדא שמותר בהקרבה לאחר שינוי, וחדא של היתר וולדות. אלא שלכאורה צ"ע למה לן ב' הלכות, הלא מצד הדין של שינוי אפשר להתיר גם וולדות, דהא ממה נפשך, אם נתעברה הבהמה לאחר שכבר ניתנה בשביל אתנן, הרי הוולד הזה בודאי לא גרע משינוי, שהרי הוא לגמרי דבר חדש, וכן

אם כבר היתה מעוברת בשעת הנתינה רק שילדה אחר כך, הרי גם זה חשיב שינוי כדאמרינן בהמשנה ובדף צ"ה שהגזלן קונה ע"י לידה, וא"כ אכתי סגי בהדין של שינוי כדי להתיר וולדות. ואם נאמר כהשיטה שמדאורייתא לידה אינה קרוי שינוי, ולא מהני בגזילה אלא משום תקנת השבים*, ולכן בעינן באתנן היתר מיוחד של וולדות, דהיינו להיכא שנתן לה כשהיתה הפרה מעוברת ושוב ילדה, אבל הלא סוף סוף גם זה ליחא, משום שלכאורה נראה שלפי השיטה הנ"ל הוולד יהי אסור באמת לקרבן בהציוור הזה ולא יועיל לזה הדין של וולדות, דהא סוף סוף הרי העובר הזה עצמו ניתן בשביל אתנן יחד עם אמו, והוי הוא עצמו חלק מגוף האתנן, ולא רק וולד אתנן (והרי קיימינן השתא שליידה אינה קרוי שינוי וא"כ גם אין כאן ההיתר של שינוי), וא"כ אכתי קשה למה בעינן הלכה מיוחדת של וולדות הלא סגי בהדין של שינוי לחוד, וכל היכא שלא מיקרי שינוי הרי באמת לא יועיל גם ההיתר של וולדות וכהנ"ל.

ואולי י"ל שלעולם בעינן את ההיתר של וולדות להיכא שכבר היתה מעוברת בשעת הנתינה, ונוסיף לזה גם שליידה אינה קרוי שינוי מדאורייתא, רק שבכל זאת הוולד מותר למזבח משום ההלכה של וולדות, ומה שהקשינו שבכה"ג הרי גם הוולד עצמו ניתן לאתנן, יש לתרץ שעיקר דעתה של הזונה היא על הפרה ולא על הוולד,

רק שאכתי צריכים את הדרשה כדי לאשמועינן שאין כאן איסור מצד היותו וולד אתנן (אבל אם הי' נחשב שקרה שינוי לא הי' בזה שום חידוש, דהא לא גרע מהאתנן עצמו שמוחר ע"י שינוי). ובאמת כבר כתבו תוס' סברא זו שעיקר דעתה היא על הפרה ולא על העובר לעיל בדף ס"ו ע"א בתור טעם למה בית שמאי אוסרים יותר בשינוי מבוולד, דעיי"ש בתוס' שכתבו שהיינו משום שבחטיטין ועשאן סולת עיקר דעתה היא על הקמח אבל בפרה עיקר דעתה אינה על העובר, ולהדיא כתבו כן אפילו על היכא שהיתה כבר מעוברת בשעת הנתינה, וא"כ י"ל שגם ב"ה סוברים את הסברא הנ"ל וכמו שכתבנו.

מיהו אכתי צ"ע לפי הצד שליידה מיקרי שפיר שינוי דאורייתא דלפ"ז אכתי קשה למה בעינן לפי בית הלל הלכה מיוחדת של וולדות, תיפוק לי' משום שינוי.

וי"ל שאותה שיטה תסבור שאה"נ, וכל הכוונה כאן היא רק ששני הציורים מתמעטים הם מקרא ד"הם", אבל לעולם הרי הם ביסודם רק הלכה אחת. ובאמת לא בעינן שום דין מיוחד של וולדות לפי בית הלל.

רנ) כיצד מברך וכו'.

עיין ברא"ש בפרק ז' ממס' ברכות בסי' ב' ובדרוש וחידוש לרעק"א שם שהקשה עליו, ובשו"ת עונג יו"ט סי' ל"ט ובאחיעזר חלק א' סי' ל"ז אות ג'.

מותר לגבוה משום שינוי אבל בכל זאת בהמה שנעבדה ולדה אסור.

* ועיין בקצה"ח בר"ס שני"ד שהכריע כהשיטה הזאת מההיא דע"ז דף מ"ו ע"ב - מ"ז ע"א שהביאו תוס' לעיל בריש דף ס"ו שחטיטין שנעבדו קמחן

רנא) ר"ש בן אלעזר אומר כל שבח וכו'.

עיינ לעיל באות כ"ט.

רנב) כיחשה אומר לו הרי שלך לפניך.

עיינ בחזו"א בסי' ד' סק"ה, וכן עיינ לעיל באות מ"ז בענין אם הגזלן חייב מיהא לשלם דמי הכחש, וכן ע"י באות רמ"ד שהערתי מהו הנפ"מ בזה שלא קנה בשינוי אם בין כך ובין כך הרי הוא צריך להשלים את הפחת.

רנג) כיחשה אומר לו הרי שלך לפניך דשינוי במקומו עומד.

עיינ בתוס' רי"ד (באות ג') שהקשה מנא לן לומר כן, אולי לעולם שינוי שפיר קונה ומש"ה הרי הוא נוטל שבחו, ומה שבכיחשה הרי הוא אומר לו הרי שלך לפניך הרי זה משום תקנת השבים, דהיינו שתיקנו שיוכל להחזיר את הבהמה עצמה אע"פ שנתכחשה. ותירץ התוס' רי"ד שלא שייך לעשות תקנת השבים לשלם פחות מהקרן שגזל.

והנה יש שיטה שסוברת שאפילו כשאין הגזלן קונה בשינוי, והרי הוא אומר לו הרי שלך לפניך, בכל זאת היכא שפחתה הרי הוא חייב לשלם את הפחת (עיינ בזה לעיל באות מ"ז), ודלא כמו שנוקט התוס' רי"ד בתירוצו שהכוונה כאן בכיחשה אומר לו הרי שלך לפניך (בגלל ששינוי במקומו עומד) היא באמת שמשלם פחות ממה שגזל ואינו משלם את הפחת. מיהו גם לפי

שיטה זו לכאורה אין קושיית התוס' רי"ד קשה, ולא שייך לומר שתיקנו לומר הרי שלך לפניך משום תקנת השבים, דהא אין להגזלן שום ריווח מזה, דהא בין כך ובין כך אפילו אם לא יקנה בשינוי הרי הוא חייב להשלים משלו עד השוויות של כלי שלם כמו שהי' בשעת הגזילה (והנה נקטתי בזה שכוונת התוס' רי"ד היא להקשות שאולי בכיחשה תיקנו שלא יקנה בשינוי, אבל אם נפרש שכוונתו היא שאולי פטרו אותו ותיקנו עוד יותר מאיך שהי' הדין אילו לא הי' קונה בשינוי, והיינו שתיקנו שיפטור את עצמו לגמרי ע"י הרי שלך לפניך ולא יתחייב בשום דמים נוספים, א"כ פשיטא שיש ריווח להגזלן בתקנתם). מיהו י"ל שאכתי יש בזה ריווח משום שהרי מתירים לו לשלם בהמה גרועה וכחושה שהיא על מדריגת סובין, משא"כ אם הי' קונה בשינוי הרי אז הי' צריך לשלם כסף.

מיהו אם נוסיף לזה את השיטה שגזלן יכול לכתחילה לשלם סובין היכא שקנה בשינוי (עיינ בזה בסוגיא דלעיל בדף י"א בשיטת הרשב"ם), כמו כל מזיק שיש אומרים שהוא יכול לכתחילה לשלם סובין, א"כ שוב יוצא שאין שום ריווח בזה שנתקן שאינו קונה בשינוי ושהוא יכול לומר הרי שלך לפניך, דהא גם אם נתקן כן הרי הוא צריך לשלם את הפחת עד שיגיע להסכום של שעת הגזילה וכמו שביארנו כבר, וגם מה שהוא מחזיר את גופה של הבהמה הכחושה אינו נחשב לשום ריווח, דהא אפילו אם הי' קונה באמת בשינוי אכתי הי' יכול לשלם אפילו סובין, וא"כ איזה ריווח יש לו במה שנתקן

שלא יקנה בשינוי ושהוא יכול לומר הרי שלך לפניך*) (והנה אכתי יצא ריווח לפעמים, היכא שהוול דמי החפץ השלם בשוק משעת הגזילה עד שעת תשלומין, דבכה"ג יוצא שאם קנה באמת בשינוי הרי הוא צריך להשלים עד דמי כל הכלי או הבהמה בשעת הגזילה (או שעה אחת לפני השינוי) משא"כ אם אינו קונה בשינוי אז הרי הוא צריך להשלים לו כשעת הגזילה רק על החלק שנכחש, מיהו בודאי דוחק מאד לומר שלעולם סובר התוס' ר"ד כהשיטה ההיא ושכונת התוס' ר"ד בהקושיא היא להציור הנ"ל שגם נתכחשה וגם הוולה).

רנד) ועד כאן לא קאמר ר"ש בן אלעזר התם אלא בכיחשה דהדר.

א. עיין בסוף אות רמ"ח.

ב. הנה מסוגיית הגמרא כאן מבואר לפי רבא ששבח וכחש דלא הדרי חשיבי שפיר בגדר שינוי וקונה, והיכא דהדרי אין כאן חסרון אלא מצד זה שהם חוזרים לברייתן. ולכאורה זהו שלא כדברי רבי חנינא לעיל בדף ס"ה ע"ב שסובר שטלה ונעשה איל לא חשיב שינוי, דאילו לפי רבי חנינא לכאורה גם שבח וכחש אינם צריכים להחשב שינוי, וא"כ יוצא שרבא אזל דלא כרבי חנינא.

והנה רש"י שם פירש שטעמא דרבי חנינא הוא משום דהוי שינוי דממילא, וא"כ יש לדחות שהכא איירי באופן שהשביחו או כיחשו בידיהם. מיהו הרשב"א כאן צידד לומר שהמדובר בסוגיין הוא בשבח דממילא כגון טלה ונעשה איל***) או נתפטמה מאל"י (דהא בפיטום בידיהם הרי השבח שייך להגזלן מדינא משום הסברא של אנא פטימנא ואת שקלת ולא רק משום תקנת השבים), וא"כ אכתי יוצא כהנ"ל שרבא אתי דלא כרבי חנינא, דהא הכא חזינן ששינוי דממילא שפיר הוי שינוי.

ברם אולי י"ל שלעולם גם לפי רבי חנינא שינוי דממילא הוי שינוי, רק שבכל זאת שאני טלה ונעשה איל משום שידוע מראש שישתנה לאיל ומש"ה גם בהיותו טלה מיקרי שיש איל לפנינו, משא"כ בשבח הרי אין הדבר ידוע שישביח או יכחיש בצורה ניכרת, ולכן שפיר הוי שינוי. ואולי זוהי גם כוונת רש"י שם שכתב שממילא קשבח ואזל (כלומר שהשינוי מתפתח ואזל כל הזמן וגם בשעה שגזלו), וא"כ לפ"ז מתוקמה דרכו של רבא גם לפי רבי חנינא בנתפטמה (ואולי גם לפי אביי י"ל שאירי בנתפטמה ולא בטלה ונעשה איל, אע"פ שנתפטמה הוי לכאורה תמיד שינוי החזור, ויש לפלפל בזה). (מיהו אכתי קשה מבהמה והזקינה).

מיהו אפילו אם נאמר שרבי חנינא מודה

רוצה ולשלם דמים.

** זה יתכן רק לאביי אבל רבא הלא מעמיד בשינוי החזור.

*) ועיקר הנפ"מ בזה שקנה בשינוי לגריעותא לפי הדרך הזאת יהי' שאין עליו חיוב להחזיר את החפץ עצמו אלא הרי הוא יכול להחזיקו לעצמו אם הוא

ששאר שינויים דממילא חשיבי שינויים, ואיהו לא קאמר אלא בטלה ונעשה איל, אבל מ"מ עיין בתוס' בדף ס"ח ע"א שכתבו שרבי אלעזר בתוך הסוגיא שם סובר ששינוי דממילא לא קני, וכן מבואר ברש"י בדף ס"ו ע"א בד"ה שינוי קונה וכו' שיש מקום לחלק בין שינוי בידים לשינוי דממילא* (ועיין עוד בזה בקצה"ח בסי' שנ"ד סק"ג, ובדברינו לעיל בדף ס"ה באות מ"ב), וא"כ הרי זהו דלא כרבא כאן לפי מה שצייד הרשב"א לומר שאירי בשבחה דממילא, דהא לפי רבא יוצא דהוי שפיר בגדר שינוי.

מיהו יש לדחות משום שי"ל שהרשב"א כתב שאירי בפיטמא דממילא רק לפי אביי, וכן לפי הסתמא דגמ' שמפרש שטעמא דר"ש בן אלעזר הוא משום ששינוי אינו קונה ובכל זאת בהשביחה הרי הוא נוטל את השבחה מפני תקנת השבים, דלפי אביי והסתמא דגמ' כתב הרשב"א שאירי בפיטמא דממילא אבל לא בהשביחה בידים משום שבהשביחה בידים הרי השבחה שייך לו מדינא ולא רק מתקנת השבים וכמו שכתב הרשב"א שם, וא"כ לפ"ז י"ל שבאמת הטעם למה שינוי אינו קונה בכה"ג לפי אביי הרי הוא משום דהוי שינוי דממילא (ועי' בדברי הרשב"א לעיל בד"ה מהא), אבל רבא הרי חולק על אביי וסובר שטעמו של ר"ש בן אלעזר הוא משום דהוי שינוי החוזר, וא"כ נהי שמשמע שאם הי' שינוי שאינו חוזר הי' קונה, אבל מ"מ יתכן שרבא מעמידו

בשינוי בידים, והא דהשביח נוטל שבחו יתכן שלפי רבא זהו באמת מדינא ולא משום תקנת השבים דהא רבא לא הזכיר את הענין של תקנת השבים, וא"כ יוצא שבין לפי רבא ובין לפי אביי א"א לדייק ששינוי דממילא קונה דהא לפי רבא י"ל שלא אירי בשינוי דממילא אלא בשינוי בידים, ולפי אביי י"ל שהטעם למה אינו קונה הוא באמת משום דאירי בשינוי דממילא (ואירי גם שנתפטמה מאל"י אע"ג דהוי שינוי החוזר וכהנ"ל).

גם י"ל שלפי רבי אלעזר ורבי חנינא נוכל ללמוד כמו הדרך השני שהזכיר הרשב"א בתוך דבריו שם, והיינו שלעולם אירי בהשביחה בידים ושאירי בנוגע להשבח שיתר על היציאה והוי באמת משום תקה"ש עיי"ש.

רנה) וכ"ת ליגמר מיני'.

פי' ונדרוש את הפסוק של אשר גזל לדרשה אחריתי (עיין במרובה אות כ"ז, וכן באות מ"ו), וכן קרא דאתנן נדרוש רק להם ולא ולדותיהם כמו בית שמאי.

רנו) המפקיר כרמו.

עיין בחלק א' אות שע"א-ג.

רנז) והאמר שמואל אין שמיך.

עיין בחלק א' בהערה השלישית על אות קע"ו*.

דממילא ולא משום הטעם שכתבנו עיי"ש בדברי רש"י.

* ומה שמע שכוונתו לעיל שם בדברי רבי חנינא היתה באמת משום הא לחוד דהוי שינוי

רנח) רש"י ד"ה אף מפריש מן העיסה.

וז"ל, דקניא בשינוי והוי ממון שאין לו תובעין עכ"ל. ע"י בדף ס"ו באות נ'.

רנט) בא"ד.

וז"ל, דעד השתא דישה לאו שינוי הוא דאוכל הוא כמו שהי' עכ"ל. משמע מדבריו שטחינה (שהיא לאחר דישה) היא שפיר שינוי ולא דוקא נקט עיסה. וכן כתב להדיא בסנהדרין דף פ"ח ע"א דלת"ק טחנה פטור דקנאו בשינוי. ויש סמך לזה גם ממה שאמר ר"א בןיעקב לעיל "טחנה".

רס) רש"י ד"ה בכיחשה דלא הדר.

עיינ באור שמח על פ"ב מהל' גזילה ה"טו.

דף צ"ד ע"ב

רסא) והאמר רבי יוחנן הלכה כסתם משנה.

הא דלא אמרינן שגם טעמא דמתניתין דראשית הגז הוא משום תקנת השבים עיין לעיל באות רל"ט.

רסב) תד"ה ותנן.

יש להעיר על קושייתם דאולי גם בכל

הני דוכתי הרי הוא רק משום תקנת השבים. ולכאורה מוכח שהם סוברים שלא תיקנו תקנת השבים אלא בציוור של שינוי למעליותא דהתם שייך באמת הטעם של תקנת השבים אבל לא היכא שנשתנה לגריעותא, ולא אמרינן שתיקנו בדרך לא פלוג. ועיין לעיל באות רמ"ד שביארנו שהרא"ש סובר באמת שתיקנו בדרך לא פלוג, ופלפלנו בזה עיי"ש.

רסג) אין מקבלים מהן.

עיין במאירי (הובא בשט"מ) שכתב שהנגזל צריך למחול את הממון, וכן סובר הרמב"ם בפ"ד ממלוה ולוה הי"ג, דעיי"ש שהוכיח הרמב"ם שמחילת הלוח מועלת על ריבית מהא דחזינן שתיקנו שלא לקבל בחזרה ממלוי בריבית, וכוונתו היא שבכלל התקנה הוא גם שהנגזל והלוה ימחלו וכמש"כ המאירי אשר לפ"ז שפיר חזינן שמחילה פוטרת את המלוה מלהחזיר. ובפשטות בודאי צריכים לומר כדברי הרמב"ם והמאירי שהנגזל והלוה צריכים למחול דאל"כ יוצא שהגזלן והמלוה עודם עומדים בתקלתם מאחר שהם עוד מחזיקים את המעות האסורים ואינם מקיימים את העשין*).

וע"ע בלשון הרמב"ם בסוף פ"א מגזילה שכתב וז"ל, תקנת חכמים היא שאין מקבלים ממנו אלא עוזרין אותו ומוחלין לו עכ"ל.

ממשיך להחזיק את הממון שלא כדין אבל בכל זאת הרי גם לא ניתק את הלאו, מה שאין כן מחילה אולי חשיב כאומר הרי זה כאילו התקבלתי, ע"י בקובץ שיעורים על בבא בתרא אות ב'.

* אם לא שנאמר שחכמים הפקירו את הממון כדלהלן בסמוך, אי נמי שפטררוהו בשוא"ת מלקיים את המצוה ועיין לעיל בדף ס"ו באות מ"ה (ויש לעיין דנהי שלפי הדרכים האלו לא מיקרי שהוא

והנה עיין ברמב"ם בהל' מלוה ולוה שם שהביא בשם מקצת הגאונים שמחילה אינה מועלת על ריבית משום שבאמת בכל ציור של ריבית הלואה מוחל בשעת הנתינה ומ"מ התורה לא מחלה אלא אסרה מחילה זו ומש"ה גם אחרי שפרע להמלוה אין מחילה מועלת אלא בעינן חזרה דוקא. ובדעת הגאונים הביא שם ההג"מ (וכ"כ הלח"מ) שהם סוברים שמה שתיקנו שאין מקבלים מהם בע"כ צ"ל שאינו משום שמועלת מחילה, אלא משום שחכמים הפקיעו את ממונו של הלואה והנגזל ונתנו אותו להמלוה והגזלן ע"י הכח של הפקר ב"ד הפקר (אלא שצריכים להוסיף שהיינו רק על הצד שאינו מקבלו, דהא לכו"ע אם קיבלו הלואה והנגזל ועברו על התקנה, אין מוציאים מידם, הרי שבכה"ג לא הפקיעו את ממונם).

דבריו היא להוסיף עוד חילוק דין, והיינו שאם ביקש מהב"ד להוציא הרי הם מוציאים. וכפי הבנתו תמה שם היש"ש שאין דברי המ"מ מכוונים, דהא מכיון שהוצרך לבקש מב"ד הרי חזינן שהגזלן לא בא מעצמו לעשות תשובה וא"כ לפי דבריו הראשונים של המ"מ הרי בכלל לא שייך התקנה בכה"ג וחייבים ב"ד להזקק אפילו מעצמם.

אולם נראה שבאמת המ"מ עצמו אינו סובר את חילוקם האחרון של תוס', אלא ס"ל שהתקנה היתה גם על היכא שלא בא הגזלן מעצמו לעשות תשובה, ועל זה כתב המ"מ שאע"פ שאין ב"ד נזקקין מעצמם אבל בכל זאת אם הנגזל ביקש מהם הרי הם שפיר נזקקין.

רסה) בענין הנ"ל.

וע"ע במל"מ בפ"ד ממלוה ולוה בסוף דבריו על ה"ד שהביא את דברי המ"מ והקשה מזה על מה ששמע מדברי הטור בחו"מ סי' שס"ו שאם עבר הנגזל וקיבל הרי ב"ד מוחין בו, דמזה משמע שאין ב"ד נזקקין להנגזל אם ביקש מהם להוציא, דהא איך שייך לומר שהם צריכים להזקק לו להוציא, הלא חזינן שהם חייבים אפילו למחות על הוצאתו (ועי' בלשון השט"מ כאן בשם הרמ"ה שכתב שלא כייפינן ל"י שלא לקבל).

רסו) בענין הנ"ל.

וראיתי בספר הישר לר"ת בסי' תקנ"א שהקשה על הדרך הנ"ל שכתב המ"מ מהא דמקשינן להלן בגמ' הא אביהן חייב

רסד) אין מקבלים.

עיין במ"מ בפ"א מהל' גזילה הי"ג שכתב שמ"מ אם תבע הנגזל מב"ד להוציא מהגזלן את ממונו ב"ד חייבים להזקק לו. ומשמע שכתב כן כדי לתרץ את קושיות תוס' בד"ה בימי רבי וכו'.

מיהו היש"ש לא הבין כן את כוונת המ"מ, אלא הבין שלעולם המ"מ מתרץ את קושיות תוס' כמו הדרך האחרון שהזכירו תוס', דהיינו שהתקנה היתה רק למי ששב בתשובה, וכבר הזכיר המ"מ כעין הדרך הזאת בראשית דבריו שם, וכתב המ"מ שכן משמע כהדרך הזאת מדברי הרמב"ם שם, וסובר היש"ש שגם המ"מ בעצמו סובר ג"כ כהדרך הזאת, רק שכוונת המ"מ בסוף

להחזיר ואילו לפי המ"מ מאי מקשה הלא י"ל שאיירי באופן שתובעו בכ"ד אשר בכה"ג ב"ד שפיר מחייבין אותו להחזיר.

רסז) אין מקבלים.

המאירי כאן כתב שמ"מ אם לאחר שסירב הנגזל ולא קיבל המשך הגזלן להפציר בו לקבלו, הרי הוא שפיר רשאי לקבלו, וכ"כ הטור בחו"מ סי' שס"ו לפי פירושו של הפרישה בדבריו (וכן פי' המל"מ את דבריו בפ"ד ממלוה בסוף דבריו על ה"ד). מיהו הב"ח שם כתב ביאור אחר בדברי הטור כמו שנביא להלן באות רע"ח.

רסח) תד"ה בימי.

וז"ל, ור"י אומר וכו' ומתפרנסים בכך כל ימיהם וכו' עכ"ל. עי' ברא"ש שהשמיט את הפרט הזה של "כל ימיהם".

וע"ע בדבריו שם דמבואר שמהלשון של הניח להם אביהם משמע שהי' מתפרנס בכך עד יום מותו (וכתב כן כדי ליישב איך משמע דאיירי בגזלן רגיל ותדיר, דהא בהברייתא ההיא לא תניא לשון של "הגזלנין"). מיהו לא הבנתי את דיוקו של הרא"ש איך משמע מהלשון ההוא שהי' מתפרנס בכך עד יום מותו.

וע"ע בני"י שהביא את הר"י והרא"ש ביחד כחד שיטה. ועי' בטור וש"ע.

רסט) בא"ד.

וז"ל, אור"ת וכו' ור"י אומר וכו' דממתניתין לא הוי מצי למיפרך וכו' עכ"ל. הנה ר"ת כתב שלא הקשו מהמשנה משום

שהמשניות היו קודם רבי, רק שהוא סדרם. ונראה שצריכים להוסיף שאע"פ שרק בסוף הסוגיא נחתה הגמ' לומר שכאן לפני תקנת רבי וכאן לאחר תקנת רבי, אבל מ"מ היינו רק בנוגע להבריייתות, והיינו משום שהבריייתות הם דברי רבי חייא ורבי אושיעא שהביאו את מה שהוסיף רבי על המשניות, ולכן אכתי לא אסיק אדעתן שהבריייתא באה לומר לנו איך הי' הדין קודם התקנה, ומסיק דשפיר י"ל שכוונת רבי בהבריייתא היא לומר איך הי' הדין קודם התקנה, אבל מ"מ גם השתא ידענו שהמשניות אינם דברי רבי עצמו אלא דברי תנאים קודמים ומש"ה גם השתא ידענו שי"ל שהמשנה איירי קודם תקנת רבי.

ועיין באמת בתורת חיים שהקשה על ר"ת מהא דאמרינן להלן בסוגיין שהבריייתא איירי קודם התקנה, דאיך שייך לתרץ כן מאחר שהבריייתות הם מה שהוסיף רבי. מיהו צ"ל כמו שכתבנו שכוונת רבי גופי' באותה ברייתא היא לומר איך הי' קודם התקנה.

ער) בענין הנ"ל.

והנה מעתה יש לעיין למה לא תירץ גם הר"י את תירוצו של ר"ת, דהיינו שהמשנה איירי קודם תקנת רבי. ונראה שאינו משום שהוא חולק על ר"ת וסובר שרבי לא אסף משניות קדומות, אלא בודאי י"ל שגם הר"י מודה לזה, דעיין בפסקי התוס' שהביא גם את דברי ר"ת שרבי אסף משניות קדומות וגם את דברי הר"י שהתקנה היתה רק בגזלן רגיל, ובפשטות משמע שהבין שגם הר"י יכול לסבור בזה

חיישינן שהוא עושה כן כמערים. מיהו בפוסקים לא הוזכר תנאי כזה.

ערב) אע"פ שהן יודעין.

פי' דאם אינם יודעים שאביהם הלוח להאיש הזה בריבית א"כ גם בלא התקנה אינם חייבים להחזיר אע"פ שרוב עסקיו של אביהן הי' בריבית וכמש"כ התורת חיים. ונראה דהיינו משום שברי ושמא לאו ברי עדיף, ואפילו למ"ד דברי עדיף אבל הרי זה רק בברי טוב ושמא גרוע כמו שכתבו תוס' לעיל בדף מ"ו ע"א.

רעג) הא אביהן חייב להחזיר.

עיין בפ"י שהקשה דדלמא לעולם גם אביהם פטור משום התקנה, רק דקמ"ל שאע"פ שגבי הבנים לא שייך התקנה כמש"כ תוס' אבל מ"מ אכתי פטורים משום דאיכא גבייהו הקנין של שינוי רשות כמו שפירש"י. וכן הקשה המ"מ בפ"ד מהל' מלוה ולוה ה"ד ועיי"ש מה שתירץ. ובתורת חיים כאן תירץ (והשער המלך בפ"א מהל' גזילה הי"ג תמך בתירוצו) שא"א לפרש כן את כוונת הברייתא משום שאם אביהם פטור א"כ פשיטא שגם הם פטורים גם בלא הטעם של שינוי רשות דהא כבר קנה להו אביהם. מיהו לא הבנתי תירוץ זה, דהא כל זמן שלא סירב הנגזל לקבלו לא זכה בהו אביהם, דהא לכו"ע אם עבר הנגזל וקיבלו אין מוציאין אותו מידו (ולא משמע שזה מדין מתנה חדשה), וא"כ אכתי שפיר בעינן למיתני שהיכא שלא השתדל אביהן להשיב אלא שבאו

כר"ת, וא"כ בע"כ צ"ל דהא דלא תירץ הר"י כר"ת הרי זה משום דס"ל שאם הדין של המשנה נתבטל בימי רבי א"כ הי' לו לרבי להשמיט את המשנה הזאת, ומזה שלא השמיט אותה רואים אנו שהדין של המשנה הי' נוהג גם בימי רבי (יש לפקפק בזה), באופן שאכתי שפיר היתה הגמ' יכולה להקשות מהמשנה, ומש"ה הוצרך הר"י לתרוץ תירוץ אחר בענין למה לא הקשו מהמשנה.

רעא) בא"ד.

וז"ל, אבל אין לפרש וכו' ועוד שכל אדם יכול להערים שעשה תשובה ויחזור מעצמו ולא יקבלו עכ"ל. הנה הרא"ש הביא להלכה חילוק זה שדחו תוס', וצ"ע מה יעשה עם קושיית תוס'. מיהו הסכמת הנ"י והב"ח (בהגהותיו על הרא"ש וכן בחו"מ סי' שס"ו) והיש"ש והתורת חיים והגר"א (בחו"מ שם) היא שכוונת הרא"ש היא כדברי הטור דתרתו בעינן, דהיינו גם שיהי' גנב קבוע וגם שישוב מעצמו. ומבואר בדבריהם שלפ"ז לא קשה קושיית תוס' שיוכל להערים, דהא ע"י שהוא מערים הרי הוא יצטרך להפסיד את פרנסתו מכאן ולהבא, דהא בודאי אם נראה שהוא ממשיך לגזול אז ננקוט שתשובתו היתה הערמה כדי להפטר מהשבה ושוב נביאנו לדין (ואפילו אם הנגזל מחל אבל מ"מ י"ל דחשיב כמחילה בטעות). מיהו אכתי יש לחשוש שיערים כדי להרויח זמן עד שיכרח מאתנו. ואולי באמת אין אנו מצווים להנגזל שלא לקבל מגזלן קבוע אלא לאחר שעברה תקופה מסוימת שלא גזל אלא עסק במלאכה אחרת ולכן לא

הכנים להשיבו הרי הם פטורים אע"פ שבכה"ג אכתי לא זכה בהו אביהם.

רעד) בעושה מעשה עמך.

א. עיין ברמב"ם בפ"ו מהל' ממרים שפסק שחייב אדם בכבוד אביו רשע. והקשה עליו הטור ביו"ד סי' ר"מ מסוגיין דפטרינן להבן כשהאב לא עשה תשובה. וכתב הכ"מ ששאני הכא שמכיון שלא רצה אביו להחזיר א"כ כבר קנה הבן ע"י ירושה ותו לא חייב כיון דקי"ל שכיבוד אב הוא משל אב ולא משל בן, משא"כ היכא שרצה אביו להשיב, שפיר חייב הבן לכבדו משום שאז הרי זה כמו שלא הוריש האב מעות אלו להבן והוי כמו משל אב. ברם לכאורה דבריו תמוהין דהא להדיא אתינן עלה בסוגיין מכח שהוא רשע ולא מכח דהוי משל בן, וכן מצאתי שהקשה הט"ז שם בסקי"ז. וע"ע בט"ז שם ובמחנה אפרים בהל' מלוה ולוה סי' ח' מה שהקשו עוד על הכ"מ. ועיי"ש במחנה אפרים מה שכתב ליישב את הרמב"ם, וכן ברדב"ז ובלח"מ, וכן בפני יהושע כאן.

ב. עיין בקובץ שיעורים כאן באות ק"ד. ויש להעיר על דבריו משום שאפילו אם נאמר שע"י עבירה אחת אינו נקרא בגדר אחיך, אבל מ"מ אכתי י"ל שמיקרי עוד בגדר עושה מעשה עמך, משום ששני גדרים נפרדים הם, ודלא כהקובץ שיעורים שהשווה, וכן ביארתי בספרי על אבות באות צ"ה, ועיי"ש במה שהבאתי בנוגע למה הוא הגדר של אינו עושה מעשה עמך.

רעד*) אי עשה תשובה מאי בעי גבי.

עיין בתוס' בד"ה אי וכו' בתירוצם הראשון שפירשו שאם האב בעצמו ה"י בא להחזירו, אז באמת לא היינו מקבלים ממנו, רק שמוכח מהברייתא שלא בא כמו שביארו שם. ולפ"ז צ"ל דהא דפריך שאינו עושה מעשה עמך הרי זה משום שה"י צריך לכל הפחות לקיים את החיוב לצאת ידי שמים להשתדל להחזירו, ואם אינו עושה כן הרי זה אכתי מיקרי שאינו עושה מעשה עמך. ועי' לקמן באות רע"ז.

ערה) רש"י ד"ה אין חייבין להחזיר.

וז"ל, דכתיב והשיב את הגזילה אשר גזל והני לא גזול מידי דקנינהו בשינוי רשות וקסבר רשות יורש כרשות לוקח דמי עכ"ל. והנה לכאורה צ"ע על תחילת דבריו, דהא אנן בריבית קיימינן וא"כ למה הביא דרשה זו שהיא מקרא דגזילה, הלא ברף קי"ב ע"א מייתי הש"ס דרשה כעין זו מהפסוקים של ריבית גופא, ומשמע מהסוגיא שם שמהפסוק של והשיב א"א באמת לדרוש כן, אלא הסיבה היחידה לפטור את היורש הרי הוא רק משום שכרשות לוקח דמי. ועיי"ש ברשב"א שביאר למה לא שייך לדרוש כן מוהשיב. גם צ"ע שהרי הדרשה הנ"ל גבי ריבית מייתנין שם רק לפי המ"ד שסובר שרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי, דאמרינן שם שגם איהו מודה שהיתומים פטורים מלהחזיר את הריבית משום הדרשה הנ"ל של לדידי' קא מזהר רחמנא לברי' לא קא מזהר רחמנא, וא"כ דברי רש"י תמוהין

למה הביא דרשה זאת לפי המ"ד שסובר שרשות יורש הוא כרשות לוקח, דהא לדידי' לא בעינן הך דרשה כלל.

וביישוב דברי רש"י נראה לומר דס"ל שאע"פ שמבואר בהסוגיא בדף קי"ב שהמ"ד סובר שרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי אינו דורש גבי גזילה כעין הדרשה שהוא דורש מקרא דריבית, אבל מ"מ המ"ד סובר שרשות יורש הוי שפיר כרשות לוקח הרי הוא שפיר דורש גם בקרא דגזילה את הדרשה הנ"ל וכמו שהביא רש"י כאן, אלא שהמ"ד הזה סובר שאין כוונת הדרשה לפטור את הלוקח או את היורש ממצות השבה, דהא אכתי היו צריכים להיות חייבים מצד מצות השבה אבידה (משא"כ בריבית שנתנו הלוה מדעת), ומש"ה הרי הוא לומד שכוונת הדרשה היא לחדש באמת את הקנין של שינוי רשות, דזהו הטעם למה הפסוק פטרו מהשבה, דהיינו משום שהחפץ נעשה באמת שלו ע"י קנין שינוי רשות. ובאמת משמעות הדרשה היא גם בנוגע ליורש ולא רק בנוגע ללוקח כיון שגם היורש לא גזל, וזה הרי אתי שפיר לפי הך מ"ד דהא ס"ל שמצד הסברא אפשר לומר שגם יורש קונה בשינוי רשות. ולפ"ז ניחא למה הביא רש"י את הפסוק של גזילה אע"ג דאנן איירינן בריבית והיינו משום שזהו עיקר הילפותא של הקנין של שינוי רשות, וכהנ"ל שאין כוונת הדרשה לפטור ממצות השבה אלא לאשמועינן שהוא קונה, וממילא הה"נ לריבית, אבל מקרא דריבית לא הי' שייך לדרוש כן, דהא התם שפיר שייך לדחות שכוונת הדרשה היא רק לפוטרו מהשבה, דהא לא שייך להקשות שאכתי יתחייב

משום השבת אבידה, דהא בריבית אין כאן שום אבידה כיון שהלוה נתנו לו מדעת, וכל זה הוא לפי המ"ד שסובר שרשות יורש הוא כרשות לוקח, אבל אידך מ"ד סובר שרשות יורש לאו כרשות לוקח הרי אינו יכול לדרוש את הדרשה הנ"ל גבי גזילה דהא א"א למידרשי' לענין קנין דהא לפי משמעות הדרשה צריך לצאת שרשות יורש הוא שפיר כרשות לוקח, ואיהו הרי סובר שהסברא מחייבת לומר שרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי, וכן א"א למידרשי' לענין להפטר מהשבה משום שאכתי הי' צריך להיות חייב משום השבת אבידה, ומש"ה הרי הוא סובר שרק מקרא דריבית דרשינן דרשה זו, וגבי ריבית שפיר שייך למידרשי' לענין להפטר מהשבה משום שגבי ריבית לא שייך לחייבו משום השבת אבידה דהא הלוה נתנו מדעת ואין כאן שום אבידה.

מיהו לפי הדרך הנ"ל יוצא חידוש גדול מדברי רש"י בהבנת הדין של שינוי רשות, והיינו משום שהרי ידועים הם דברי תוס' והרמב"ן שהטעם למה יאוש ושינוי רשות קונה הרי זה משום שאצל הלוקח הרי זה בגדר בהיתירא אתא ליד' אשר מעתה יש מקום להיאוש להועיל (וכדלעיל בדף ס"ו שכל הטעם לומר שיאוש אינו קונה הרי הוא משום שבאיסורא אתא ליד'), אבל לפי דברינו הנ"ל בדעת רש"י יוצא שהמ"ד סובר שרשות יורש כרשות לוקח דמי אינו סובר סברא זו, דהא אילו הי' סובר כן לא הי' צריך למילף את הדין של שינוי רשות מדרשה דקרא, אלא הי' יודע כן מצד הסברא לחוד, וא"כ בע"כ צ"ל שהוא סובר ששינוי רשות הוא בגדר מעשה קנין וכמו

שינוי מעשה ושינוי השם (ולפ"ז אפילו שינוי רשות ואח"כ יאוש יועילו אע"פ שבכה"ג הגיע ליד לוקח באיסורא. וכן ביאר הקצה"ח בסי' שנ"ג ושס"א את דעת הרמב"ם שפוסק ששינוי רשות ואח"כ יאוש קונה).

גם נראה שלפי דרכנו הנ"ל לכאורה צריכים לגרוס ברש"י "וקנינהו בשינוי רשות" ולא "דקנינהו בשינוי רשות".

גם יש להעיר שלפי ביאורנו הנ"ל דילפינן קנין שינוי רשות מהדרשה שהזכיר רש"י א"כ למה בעינן יאוש בהדי'. וי"ל שלפני יאוש אכתי מיקרי גם השני בגדר גזלן ודלא כהקצה"ח בסי' ל"ד, וא"כ יוצא שגם הוא גזל, ולכן אינו יכול לקנות בשינוי רשות כמו שהגזלן הראשון אינו קונה בשינוי רשות מהבעלים*), אבל לאחר יאוש שוב אין השני נעשה גנב וכדחזינן שהוא פטור מדין מזיק בריש הגזול ומאכיל (ולפ"ז דוקא יאוש ואח"כ שינוי רשות קונה אבל לא שינוי רשות ואח"כ יאוש).

רעו) מחזירין ואין מקבלין מהן, ואלא למה מחזירין, לצאת ידי שמים.

צ"ע מאי פריך ואלא למה מחזירין, הלא שיטת הרא"ש והטור והשו"ע היא שלא תיקנו אלא באופן שבא לעשות תשובה, וא"כ לכאורה אפשר לומר דבעינן ג"כ שישתדל להחזירו, ורק לאחר שהוא מנסה

להחזיר יש מקום לתקן שלא יקבלו ממנו, וא"כ נמצא שקודם שהוא בא להחזיר אין עוד מקום בשביל התקנה ועדיין עומד הוא בחיובו להשיב בדיני אדם, וא"כ צ"ע מאי פריך למה מחזירין, הלא י"ל שהחיוב לנסות להחזיר הרי הוא חיוב גמור לחבירו כיון שבאותה שעה עוד לא חלה עליו התקנה.

רעז) ואלא למה מחזירין, לצאת ידי שמים, אי הכי אמאי תשובתן קשה.

צ"ע דהא שפיר הוי תשובתן קשה, דהא אינו יודע למי להשתדל להחזיר כדי לצאת ידי שמים.

והי' נראה לומר שמאי דאמרין שמחזירין לצאת ידי שמים אין הכוונה דהוי חיוב גמור כלפי שמיא, אלא הרי זה רק בגדר מדת חסידות, ולכן אין זה מעכב את כפרתו, ולכן לא שייך לומר על זה שתשובתן קשה (ויש ליישב גם באופן אחר ואכמ"ל בזה). ולכאורה יש להוכיח כן מתד"ה הא וכו' שכתבו שבנוגע להא דצריך לצאת ידי שמים לא שייך לשון של חייב להחזיר אלא לשון של מחזיר. ולכאורה מוכח מדבריהם שהם סוברים שאינו חיוב גמור. מיהו יש לדחות שאפילו אם הוי חיוב גמור כלפי שמיא אכתי לא שייך לשון של חייב להחזיר משום שמשלשון חייב סתם (בלי לפרש חייב מדיני

מדעת. ועי' בזה בדף ס"ו בסוף אות נ"ג בדברי הרשב"א שהבאתי שם.

(* מיהו הראשונים במרוכה כתבו טעם אחר, והיינו משום שהשינוי רשות מהנגזל להגזלן הי' בעל כרחו, ואנן בעינן מעשה של שינוי רשות שהוא

שמים) משמע שהוא חיוב מדיני אדם. ועיין בלשון הריב"ש בתשובה תי"ז שהביא הב"י ביו"ד סי' קס"א שכתב שחייבין להחזיר כדי לצאת ידי שמים, ומשמע דהוי חיוב גמור, וא"כ הדרה קושייתנו לדוכתה דשפיר הוי תשובתן קשה.

ועיין עוד בספרי על מסכת כתובות בחלק ב' אות ל"ג בענין הגדר של מדה חסידות.

רעה) מחזירין ואין מקבלין מהן, ואלא למה מחזירין, לצאת ידי שמים.

הטור בחו"מ סי' שס"ו כתב וז"ל, ומיהו אם רצה לצאת ידי שמים ולהחזיר אין ב"ד מוחין להנגזל ויכול לקבלו עכ"ל. והבין הפרישה, וכן המל"מ בפ"ד מהל' מלוה ולוה בסוף דבריו על ה"ד, שזהו דין חדש שאינו נזכר בהש"ס, והיינו שאם המשיך הגזלן להפציר בהנגזל ללוקחו גם לאחר שסירב מלקבל, מותר להנגזל לקבלו (וגם היש"ש כאן כתב דין זה בתור דין חדש, אלא שהוא לא ביאר כן את דברי הטור אלא ס"ל שכוונת הטור היא כביאורו של הב"ח שנביא להלן. וגם המאירי כאן הזכיר דין זה שע"י הפצרה מותר).

והנה הטור כתב את הדין הנ"ל רק גבי גזלן, אבל ביו"ד סי' קס"א לא הזכיר כן גבי מלוי בריבית, אלא שהפרישה ביו"ד שם באות י' כתב שאין סברא לחלק, וגם המאירי כאן הזכיר דין זה להדיא על מלוי בריבית.

והנה הב"ח בחו"מ שם ביאר את דברי

הטור בדרך אחרת, והיינו שכוונת הטור בזה היא למאי דמתרצינן בגמ' שמחזירין כדי לצאת ידי שמים. וביאר הטור שהכוונה היא שאם הגזלן בא בטענה שהוא רוצה להחזיר כדי לצאת ידי חובתו מדיני אדם, אז תיקנו שלא יקבל ממנו, אבל אם הוא בא בתחילה בטענה שהוא רוצה להחזיר כדי לצאת ידי שמים אז שפיר רשאי הנגזל לקבלו. ולפי הב"ח בודאי צ"ל שדין זה נוהג גם בריבית, דהא הך מחזירין נזכר להדיא גם בתוך הברייתא של ריבית.

והנה לפי דרכם של המל"מ והפרישה בביאור דברי הטור יוצא שלא הזכיר הטור מה שאמרו בגמ' שמחזירים כדי לצאת ידי שמים, וצ"ע למה (ויש ליישב ולא באתי בזה אלא להעיר).

ועיין גם ביש"ש כאן שהבין את דברי הטור כמו שפירש הב"ח, אלא שקשה לו על זה דהא משמע בגמ' שבהך גוונא גופא שמחזירין כדי לצאת ידי שמים, אין מקבלים, דאל"כ הו"ל להש"ס למימר "אלא" מחזירין לצאת ידי שמים, ומדלא קאמר "אלא", משמע שעוד קיימינן שכוונת הברייתא היא שאין מקבלים מהם. וכן הקשה גם בהגהות חכמת שלמה בס"י שס"ו שם. ועוד הקשה החכמת שלמה דאם נאמר שכוונת הגמ' היא שאם באים לצאת ידי שמים, שפיר מקבלים א"כ מה פרכינן שוב שא"כ אמאי תשובתן קשה, הלא שפיר הוי תשובתן קשה משום שאינם יודעים למי להשיב. ודע שבאות הקודמת הקשיתי קושיא זו גם אם נאמר שכשהן באים לצאת ידי שמים אין מקבלים מהם, דגם לפ"ז קשה ששפיר הוי תשובתן קשה

כיון שאינם יודעים אצל מי להשתדל להשיב ועיי"ש במה שכתבתי בזה.

וע"ע ביו"ד בסי' קס"א בב"י שהביא שם את דברי הריב"ש בתשובה תי"ז שכתב להדיא שגם בציוור שמחזירין כדי לצאת ידי שמים נוהגת הך תקנה שלא לקבל (וכן מבואר בסוף דברי המאירי כאן) וכפשטות הגמ' ודלא כהב"ח. ודוחק לומר שכוונת הריב"ש היא למדת חסידות נוספת ולא לדינא דגמ'. ועייין גם בש"ך שם בסקי"ג דמשמע שכוונת הריב"ש היא להדין של הש"ס שאין מקבלים ממנו, וכמו שהעיר החכמת שלמה שם שמהש"ך בשם הריב"ש משמע דלא כהטור (אם לא שנחלק בין גזילה לריבית כמו שחילקו תוס').

רעט) והשתא דאמר רב נחמן בשאין גזילה קיימת.

לכאורה גם הקושיות הראשונות מהניח להם אביהם וכן מהגזלנים ומלוי בריבית וכו' מתורצות לפי רב נחמן. מיהו התפארת שמואל כאן על הרא"ש הביא שבריבית תיקנו באמת גם היכא שהריבית קיימת, דגם בכה"ג אין מקבלים, ורק בדבר המסוים הרשו לו לקבל, ושלפ"ז שפיר צריכים אנו להתירוצים הקודמים כדי לתרץ את הקושיות הראשונות. ובאות הבאה נביא את כל השיטות בזה באריכות.

ועייין במהרש"א שכתב שלפי רב נחמן תו לא קשה כל הני קושיות שהקשו תוס'

ממה שמצינו בכמה דוכתי ששפיר מוציאין גזילות מידי הגזלן, והיינו משום דאיכא לאוקמא לכל הני בגזילה קיימת חוץ מההיא רעיא*). רק שכוונת תוס' היתה להקשות לפי תחילת הסוגיא שאכתי לא ידענו שהיכא שהגזילה קיימת, שפיר מקבלים. מיהו צ"ע על דרכו של המהרש"א דהא סוף סוף מאי מקשו תוס' הלא לפי האמת לא קשה מכל הני דוכתי. ולפי הס"ד י"ל שאה"נ לעולם קשה גם מכל הני, רק שהעדיף הש"ס למיפוך מברייתות ולא טרח להקשות גם ממעשים של אמוראים, וא"כ לא הי' להם לתוס' להביא כל הני דוכתי. ויש ליישב.

ועייין בנימוקי הגר"ב שכתב ביאור אחר בדברי תוס', והיינו שאין כוונתם להקשות על מה דחזינן בהני דוכתי ששפיר מקבלים, אלא כוונת תוס' היא רק להוכיח מהני דוכתי שדנין גזילות בבבל גם בלא סמוכין. ולפי דבריו נראה שהמשך דברי תוס' הוא כך, שרק לדורו תיקן, אבל בדורות אחרים מקבלים אפילו באין גזילה קיימת, דהא מעשים בכל יום שמקבלים בזה"ז אפילו באין גזילה קיימת, ואח"כ כתבו שלא עוד אלא שגם דנין לכתחילה דיני גזילות באין גזילה קיימת ואין בזה משום אין דנין בבבל כדחזינן בכל הני דוכתי שהביאו בדבריהם שדנו בבבל.

רפ) גזילה קיימת.

בסוגיית הגמרא מבואר שבהציוור של

נקרא בגדר גזילה קיימת אפילו אם כבר אינה קיימת במציאות, ואן כן לפי זה גם ההיא רעיא הרי זה נקרא בגדר גזילה קיימת ודלא כהמהרש"א.

(* משום שהתם איירי באופן שאכל את הבהמות. והנה לקמן באות רפ"א נביא ראשונים שסוברים שהיכא שקיבל הנאה מהגזילה הרי זה

(ואע"פ שלשון גזילה שייך גם על ריבית וכדאמרין בסוגיין מאי ניהו גזלנים מלוי בריבית, אבל בכל זאת מפשטות הלשון משמע שהכוונה היא רק לגזלן).

ויש לבאר את שיטת הרמב"ם והטור בב' דרכים: א', כביאורו של התפארת שמואל כאן על הרא"ש, וכדבריו כתב הש"ך ביו"ד שם בנקודת הכסף, שבריבית מכיון שהלוה נותן מדעתו הרי זה נחשב כאיסור יותר קל, ומש"ה אפילו בריבית קיימת אין מקבלים ממנו (עי' באות רס"ג ובהערה שם). ב', כביאורו של המל"מ בפ"ד ממלוה ולוה ה"ד בד"ה כתב וכו' שכל הסיבה למה מקבלים בהציור של גזילה קיימת הרי הוא משום שהחפץ עצמו שייך להנגזל, וכהסברא השני' שכתבנו לעיל, משא"כ בריבית הרי המלוה קונהו בקנין גמור וכדברי הריטב"א שהביא שם, ומש"ה גם בריבית קיימת אין מקבלים ממנו (אבל בדבר מסוים שפיר מקבלים ממנו משום כבודו, לפי תירוצם השני של תוס' בד"ה אי וכו', כ"כ המל"מ).

את לשון הטור, וכתב בזה ב' דרכים: א', שלא דוקא כתב הטור דבר מסוים אלא ה"ה לכל גזונא של ריבית קיימת מקבלים מהם אפילו אם אינו דבר מסוים. ב', שבאמת כל החפצים חוץ ממעות חשיבי כמו דבר מסוים.

והמל"מ תמה עליו דהא בתוך הברייתא קתני כגון פרה וטלית (ועי' ברש"י שם), הרי להדיא שלא כל דבר מיקרי דבר מסוים. וכן את דרכו הראשונה של הפרישה דחה המל"מ שם. מיהו מלשון המאירי כאן משמע כדברי הפרישה וז"ל, וכל דבר מסוים חייבים להחזיר דלא עשו תקנה אלא אגזילה שאינה קיימת.

גזילה קיימת לא תיקנו מידי, אלא שפיר רשאי הנגזל לקבלו. ולכאורה ה"י אפשר לומר שהיינו משום שלא רצו לבטל את המצוה של והשיב(*), א"נ משום שהגזילה עצמה הרי שייכת להנגזל ולכן לא עכבוהו מלקבלו.

והנה בהשקפה הראשונה ה"י נראה שגם בריבית יהי' הלוה רשאי לקבל בציור של ריבית קיימת אשר לפ"ז אפשר ליישב גם את הקושיות הראשונות מהברייתות של ריבית על פי חילוקו של רב נחמן בין גזילה קיימת לאין גזילה קיימת. מיהו מלשון הרמב"ם בפ"ד ממלוה ולוה ה"ה, וכן מלשון הטור ביו"ד סי' קס"א, מבואר שהם סוברים שדברי ר"נ בגזילה קיימת קאי באמת רק על גזילה, אבל גבי ריבית אכתי אסור לו לקבל אע"פ שהריבית קיימת אא"כ הוא בגדר דבר המסוים דאז גם בריבית הרי הלוה רשאי לקבלו(**). ובאמת גם מרהיטת לשון הסוגיא שאמרה אידי ואידי לאחר תקנה וכו' משמע שאינו תירוץ על הקושיות הראשונות מריבית

(* מיהו אולי גם אם היו מתקנים שאין מקבלים אכתי יש כאן קיום של והשיב ע"י הריני כאילו התקבלתי, עיין בזה בהערה על אות רס"ג.

ודע שדברינו בפנים הם רק לפי השיטה שסוברת שמצות השבה מתקיימת רק ע"י גוף הגזילה אבל לא כשהוא משלם דמים (עי' בזה בהפתיחה באות ג' סק"א), דהא לפי השיטה שסוברת שמצות השבה מתקיימת גם כשהוא משלם דמים א"כ הרי יוצא שכשאין הגזילה קיימת תיקנו לבטל מצות השבה, וא"כ ה"ה שהיו צריכים לתקן כן גם כשהגזילה קיימת.

(** והנה הפרישה שם באות ז' הבין אחרת

והנה כבר כתבנו שהמקור לחלק בין גזילה לריבית הוא משום שמרהיטת לשון הסוגיא משמע שדברי רב נחמן קאי רק על גזילה ולא על ריבית. מיהו יש לעיין בזה וכמו שנבאר, והיינו משום דעיין עוד בדברי המל"מ שם שהביא ג"כ את דעת רבינו ירוחם שהריבית אינו נעשה של המלוה, וכן הביא שרבינו ירוחם פוסק גם בריבית את החילוק בין גזילה קיימת לאינה קיימת ודלא כהרמב"ם והטור, וביאר המל"מ לפי דרכו שם ששני הפסקים של רבינו ירוחם תלויים הם זה בזה, וכנה"ל שמכיון שהוא סובר שהריבית אינו נעשה של המלוה א"כ מתבטלת הסברא הנ"ל לחלק בין גזילה וריבית, ולעיל בדבריו על הלכה ג' ביאר המל"מ שבאמת השאלה הנ"ל אם הריבית נעשה הממון של המלוה תלוי היא בפלוגתא דאמוראי בריש הגזול ומאכיל בענין למה הבנים פטורים מלהחזיר את הריבית שגבה אביהם, דלפי המ"ד שהוא משום שרשות יורש כרשות לוקח דמי, ואיכא הכא שינוי רשות, הרי מוכח שאינו נעשה של המלוה, אלא הרי הוא שייך להלוה עד שאירע קנין של שינוי רשות, מיהו בסברת אידך מ"ד שסובר שרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי, אלא שהבנים פטורים מגזיה"כ כמו שמבואר בדף קי"ב, א"כ י"ל שמאי דילפינן מהך קרא הוא באמת שהריבית נעשה של המלוה עכ"ד המל"מ, והרי רש"י כאן בד"ה ואין חייבין להחזיר וכו' פי' את הסוגיא לפי המ"ד שסובר שרשות יורש הוא כרשות לוקח (עיין במל"מ על ה"ד שם וכן בליקוטי רעק"א כאן שכתבו טעמים למה), ולפ"ז הרי יוצא לפי דרכו

של המל"מ שהסוגיא שלנו סוברת שהריבית אינו נעשה של המלוה, וא"כ יוצא שלפי סוגיא דידן מוכרחים לומר ששפיר קיימת התירוץ של גזילה קיימת גם על הקושיות מריבית וכרבינו ירוחם, רק דאנן לא פסקינן הכי כיון דקי"ל שלאו כרשות לוקח דמי, וא"כ לפ"ז יוצא שבאמת אין להביא מקור מהגמ' כאן לחלק בין גזילה לריבית, ונהי שהמל"מ המציא סברא לחלק אבל עדיין אין להביא מקור מהגמ' כאן שבאמת מחלקינן בגלל הטעם הנ"ל, דהא לכאורה כל המקור הוא ממה שמשמע מסוגיין שהחילוק בין קיימת לאינה קיימת קאי רק על הקושיא האחרונה מגזילה אבל לא על הקושיות מריבית (דהיינו מהלשון של אידי ואידי לאחר תקנה וכו' וכמו שכתבנו כבר לעיל), אבל לפי הנ"ל הלא בע"כ שאין זה הכרח נכון, דהא הסוגיא שלנו בעל כרחך סוברת את החילוק הנ"ל בין קיימת לאינה קיימת גם בריבית וכמו שביארנו כיון שהסוגיא שלנו סוברת שרשות יורש הוא כרשות לוקח.

מיהו אכתי י"ל שלעולם שפיר יש מקור לחלק בין גזילה לריבית ע"י שנאמר דס"ל להרמב"ם והטור דלא כרש"י אלא שסוגיא דידן אזיל כהמ"ד שסובר שרשות יורש לאו כרשות לוקח.

וכן לפי התפארת שמואל א"ש כפשוטו, דהא הסברא של התפארת שמואל לחלק בין גזילה לריבית שפיר שייכת גם לפי המ"ד שסובר שרשות יורש כרשות לוקח דמי באופן שגם לפי רש"י י"ל שכוונת הסוגיא כאן היא לחלק כן רק בגזילה אבל לא בריבית.

דף צ"ה ע"א

רפא) גזילה קיימת.

הנה כבר ביארנו שהטעם למה מקבלים בגזילה קיימת הוא או משום מצות והשיב או משום שהנגזל הוא הבעלים של גוף החפץ. ולפ"ז היכא שכבר קנה בשינוי לכאורה יש לזה הדין של אין גזילה קיימת, וכ"כ המל"מ בפ"ד מהל' מלוה ולוה ה"ד*).

מיהו עיין בשט"מ בשם הר"מ בפרטיו שכתב שה"ה שאם קנה הגזולן בשינוי אכתי מיקרי כמו גזילה קיימת. והרשב"א והמאירי כתבו בשם הראב"ד שאפילו אם כבר אינו קיים כלל, רק שנהנה וקיבל חליפיו בכסף או בהנאה, גם זה מיקרי גזילה קיימת. והראב"ד פי' כן כדי ליישב את קושיית תוס' בד"ה כאן וכו' שהקשו למה ברועים הרי זה מיקרי גזילה קיימת. ועכ"פ ממה שלא תירצו תוס' כדבריהם מבואר שהם סוברים שלא סגי בזה שקיבל הנאה. וכן נקט המהרש"א כאן שהרי כתב שהציור של ההיא רעיא שהביאו תוס' בד"ה בימי וכו' מיקרי אין גזילה קיימת. ומרש"י בד"ה משום פסידא דבירה וכו' מבואר שהוא סובר שגם היכא שקנה בשינוי הרי זה נקרא עוד שגזילה קיימת, דהא כתב שבמריש הרי הוא מחזיר דמים בכל גוונא ואפילו היכא ששייך תקנת רבי (כן ביאר הפ"י את דבריו) משום דמיקרי גזילה קיימת, הרי שאע"פ שקנה הגזולן את הגזילה הרי זה אכתי מיקרי גזילה קיימת.

ועיין באמת בתורת חיים שכתב שבכה"ג מיקרי שאין הגזילה קיימת, וכשיהיו קיימים התנאים של התקנה של רבי אז באמת לא יתחייב לשלם דמים, והא דתנן במריש שהוא משלם דמים הרי זה משום שאיירי לפני תקנת רבי או לאחר תקנת רבי אבל כגונב באקראי בעלמא או כשאינו עושה תשובה.

אולם אכתי צריכים לבאר לפי הר"מ והראב"ד מה היא סברת רב נחמן בהך חילוק שהוא מחלק בין גזילה קיימת לאינה קיימת, דהא לפי שיטתם א"א לומר את הסברות שכתבתי בהאות הקודמת, דהיינו שבגזילה קיימת לא תיקנו משום שיש כאן מצות השבה, א"נ משום שהחפץ עצמו שייך להבעלים, דהא לפי הסברות ההם לא יהי' רשאי לקבל אלא בהציור של גזילה קיימת ממש וכמו שכתבנו לעיל. ולכאורה צ"ל לפי הראשונים הנ"ל שיסוד התקנה היתה שלא יצטרך הגזולן להוציא מעות משלו כדי שיהי' ניחא לי' לעשות תשובה, וממילא כל היכא שלא יצטרך הגזולן להפסיד משלו כגון בגזילה קיימת, שפיר רשאי הנגזל לקבל, וא"כ ה"ה שהיכא שאין הגזילה קיימת, רק שמתרש גבי' הנאת הגזילה, גם בכה"ג לא תיקנו כיון שלא יצטרך הגזולן להפסיד משלו וכהדרך הזה מבואר בתוך דברי הר"מ.

ובדעת הסוברים שצריכים גזילה קיימת ממש, צ"ל דס"ל שגם כשלא יפסיד משלו, אכתי חיישינן שמא לא ישוב אם יצטרך להפסיד את רווחו ומש"ה גם היכא

חפץ אחר. ובאמת צע"ק למה נקט המל"מ שם דוקא שינוי השם.

* ולכאורה אין לחלק בזה בין שינוי השם לבין שינוי מעשה דהא בשניהם על ידי השינוי מיקרי

שמשתרש גבי' הנאת הגזילה אכתי העמידו את התקנה שאסור לקבל ממנו כדי שיעמוד ברווחו. ובאמת גם היכא שהגזילה קיימת בעין ממש היינו צריכים לתקן שלא יקבלו כדי שלא יצטרך להפסיד את הריווח של העובדא שגזל, רק דהא דלא תיקנו כן הרי זה או משום מצות והשיב או משום שהיא שייכת ממש להנגזל כיון שהיא בעין וכמו שביארנו כבר (וע"ע בהערה הראשונה על אות רל"ט).

גם י"ל בסברת תוס' שהתקנה היתה כדי שלא יצטרך להתבייש מהנגזל, וממילא גם לפ"ז שייכת התקנה גם היכא שמשתרש הנאה גבי', ומש"ה גם שם תיקנו שאין מקבלים ממנו, ורק היכא שגוף הגזילה קיימת בעין לא תיקנו כיון שהוא חייב במצות והשיב א"נ משום שהיא שייכת ממש להנגזל וכהנ"ל.

והנה לפי מה שכתבנו בדעת תוס' שתקנת רבי היתה כדי שלא יפסיד הגזלן את רווחו א"נ כדי שלא יתבייש, א"כ יש ליישב את המשך הסוגיא שנראה קשה לכאורה לפי הר"מ והראב"ד, והיינו דהא חזינן שהגמרא מקשה שגבי מריש חזינן שתיקנו גם בגזילה קיימת, ותירצו דהיינו משום דאיכא פסידא דבירה, ולכאורה צ"ע מה היתה סברת המקשה, הלא כל הסיבה למה מקבלים היכא שהגזילה קיימת לפי הר"מ והראב"ד הרי זה משום שבכה"ג אין הגזלן צריך להפסיד משלו, וא"כ שפיר תיקנו במריש כי כיון דאיכא פסידא דבירה הרי זה שוה לאין גזילה קיימת. מיהו לפי תוס' א"ש, והיינו משום שבאמת גם בהציור של גזילה קיימת הרי נמצאת כאן הסיבה של התקנה, דהיינו

פסידת רווחו ובושה וטירחה, וגם בגזילה קיימת שייך לתקן שלא לקבל, רק שבכל זאת לא תיקנו במקום המצוה של והשיב (א"נ משום שהחפץ עצמו שייך הנגזל), וא"כ לפי תוס' שפיר פרכינן שא"כ למה תיקנו במריש, ועל זה תירצו ששאני התם דאיכא פסידת כל הבירה (ובודאי שדוחק מאד ללמוד שגם הראב"ד והר"מ מודים שבתוך הקושיא סברה הגמ' כסברת תוס' שתלוי בקיימת ממש, ורק בהתירוץ מחדשת הגמרא שהדבר תלוי בפסידת ממון, ועי' לקמן).

ולפ"ז יוצא משיטת תוס' כך, שהטעם של התקנה היתה כדי שלא יפסיד רווחו, א"נ משום בושתו, ולכן תיקנו גם היכא שמשתרש הנאה גבי' ואינו צריך להפסיד, ורק היכא שהגזילה קיימת בעין לא תיקנו משום המצוה של והשיב, אבל במריש שפיר תיקנו תקנת השבים אע"פ שהגזילה קיימת ממש, והיינו משום שהתם איכא פסידת ממון משלו ולא רק מניעת בושתו וקיום רווחו, ולכן פטרו אותו מלסתור את הבירה, וכן י"ל שבמריש יהי' פטור גם מדמים כשהיו קיימים התנאים של תקנת רבי (וכמש"כ התורת חיים בסוגיין עיי"ש), דהא אע"פ שלא יפסיד ממון עי"ז שיצטרך לשלם כיון דמשתרש המריש גבי', אבל בכל זאת אכתי איכא בושה וטירחה והפסד רווחו.

ובאמת מהלשון של הגמרא בהתירוץ משמע שלא ככל עיקר שיטת הראב"ד וסייעתו שכל היכא שמשתרש הנאה גבי' הרי זה נקרא גזילה קיימת מאחר שאינו צריך להפסיד, דלכאורה מלשון הגמרא לא משמע כן, דהא אמרינן דכיון דאיכא

קיימת וא"כ איך כתב לפרש שמיקרי שאין גזילה קיימת, ואפילו אם הר"מ אינו הרמ"ה אבל הרי לעיל שם בההוא דיבור עצמו כתב הרמ"ה כדברי רש"י בתוך התירוץ של הגמרא שמריש חשיב גזילה קיימת גם לאחר שתיקנו שהוא קונה. ובאמת גם בלא"ה לא הבנתי איך שייך לפרש את קושיית הגמרא על הדרך שרצה הרמ"ה, דהא לפ"ז הרי זו קושיא לכו"ע ולא רק על ר"נ והרי בגמ' איתא להדיא דהוי קושיא על דברי רב נחמן בגזילה קיימת. ועוד דמהתירוץ של הגמרא מבואר להדיא שהקושיא הוא מהמריש עצמו ולא מהדמים. וע"ע בסוף דברי הרמ"ה שם.

רפב) גזל פרה מעוברת וילדה.

הנה שיטת רש"י בד"ה גזילה חוזרת בעיני' היא שלפי רבי יהודה, שהוא התנא של המשנה כדאמרינן בע"ב, הרי הלידה והגזיזה מועילות להקנות להגזלן רק את הולד ואת הגיזה, אבל לא את גוף הפרה. ועיין בנ"י שהבין שכן משמע גם מדברי רש"י על המשנה, והיינו ממה שלא הזכיר רש"י על המשנה ששינוי קונה אלא בנוגע להולד והגיזה*). וכתב התיו"ט שלפי רש"י גם בהסיפא, בהציור של נתעברה אצל הגזלן וילדה, אין הגזלן קונה את גוף הפרה, כי אין הבדל בין השינוי של לידה להשינוי של עיבור. ובאמת כן נראה פשוט מצד הסברא, דהא בהסיפא גרע טפי לענין

פסידא דבירה שווינהו רבנן כמאן דליתא, ואילו לפי הראב"ד למה צריכים לשווינהו כמאן דליתא, הלא אפילו אם הוא נחשב כמאן דאיתא אבל בכל זאת בציור כזה של גזילה קיימת, שפיר שייכת תקנת השבים כיון דאיכא פסידא, ואדרבה יסוד התקנה הוא שתיקנו היכא שיש פסידא וא"כ היו צריכים לומר בהתירוץ שכיון שאיכא פסידא תיקנו ותו לא, אבל לפי תוס' א"ש לשון הגמרא, והיינו משום שבאמת גם בהציור הזה שייכת הסיבה שלא לתקן, דהיינו כדי שיקיים את המצוה של השבה, רק שבכל זאת שווינהו רבנן כמאן דליתא בגלל פסידת הבירה.

ודע שבשט"מ להלן שם בשם הרמ"ה בפרטיו הובאו דברים שסותרים לכאורה את השיטה הנ"ל של הר"מ בפרטיו, דעיין בשט"מ בד"ה וז"ל הרמ"ה וכו' שהביא מהרמ"ה שרצה באמצע דבריו שם לפרש שקושיית הגמ' ממריש היתה על זה שהוא מתחייב לשלם את דמי המריש, והיינו שקושיית הגמ' היתה שמאחר שתיקנו שהוא קונה את גוף המריש א"כ מעתה הרי זה נחשב כאין גזילה קיימת ולמה מקבלים ממנו את הדמים. וכתב הרמ"ה שא"א לפרש כן את קושיית הגמ' משום שבאמת קושיא זו לא קשה מידי משום שתקנתא לתקנתא לא עבדינן עכ"ד. מיהו יש לתמוה מה היתה ההוה אמינא של הרמ"ה ללמוד כן את קושיית הגמ', דהא הוא עצמו סובר שגם היכא שקנה בשינוי אכתי מיקרי גזילה

יוסף ולא כתב שהיא דעת רש"י, וכן הקצה"ח שם הביא כן בשם המלחמות ולא כתב שהיא דעת רש"י, וצע"ק.

(* ועיין בביאור הגר"א בסי' שנ"ד סק"א בהליקוט השני שהביא דעה זו שבהרישא של המשנה הפרה חוזרת בעיני' ממש בשם הנימוקי

גוף הפרה, שהרי הפרה היא עכשיו גוף ריק כמו בשעת תחילת הגזילה, ומה שנתעברה באמצע הרי זה בגדר שינוי החזור, וא"כ התם בודאי אינו בדין שיקנה את גוף הפרה.

וכל זה היא שיטת רש"י, אבל שיטת הרא"ש בסי' ג' היא שאפילו בנתעברה אצל הגזלן וילדה יש כאן שינוי בגוף הפרה, ובין בהרישא ובין בהסיפא הרי הגזלן קונה את גוף הפרה (ועיין באות רצ"ה בד"ה מיהו יש לעיין וכו' במה שהערנו בשיטת הרא"ש). ולקמן נאריך עוד בשיטות הראשונים בענין אם הגזלן קונה את גוף הפרה.

והנה מעתה צריך ביאור למה תנן בהרישא לשון של משלם דמי פרה העומדת לילד ולא קתני שמשלם כשעת הגזילה כמו הלשון של הסיפא. ומהרמב"ן במלחמות בד"ה כתוב בספר המאור וכו' מבואר שהדיוק הזה הוא המקור לשיטת הבעל המאור שבהרישא יש כאן שינוי בגוף הפרה משא"כ בהסיפא אינו קונה את גוף הפרה (*), דמש"ה תנן בהרישא לשון של משלם דמי פרה וכו' כדי להשמיענו

שהוא קונה גם את גוף הפרה ומשלם רק את דמי, משא"כ בהסיפא לא קתני שהוא משלם דמי פרה, אלא קתני לשון של משלם כשעת הגזילה משום שבהסיפא באמת אינו קונה את גוף הפרה ולכן קתני שהוא משלם כשעת הגזילה דהכוונה בזה היא שהוא מחזיר את גוף הפרה כמו שהיתה בשעת הגזילה (והרמב"ן שם השיג דמשלם כשעת הגזילה יכול גם להשתמע שהוא משלם דמים ולא את גוף הבהמה, וא"כ לא סגי בחילוק לשונות הנ"ל כדי להורות חילוק לדינא בזה).

מיהו הניחא לפי שיטת הבעל המאור, אבל הלא בין רש"י (לפי התיו"ט) ובין הרא"ש משווים את הרישא והסיפא בנוגע לגוף הפרה וא"כ לפי שיטתם צ"ע למה שינה התנא את הלשון (*).

והנה עיין בשט"מ בשם המאירי דס"ל להיפך ממש משיטת הבעל המאור, והיינו דס"ל שבהרישא אין כאן שינוי לענין גוף הפרה משא"כ בהסיפא הרי זה שפיר נחשב שינוי גם בנוגע לגוף הפרה (אלא ששיטתו צ"ב דהא לכאורה בהסיפא יש יותר סברא לומר שאינו נחשב שינוי לענין גוף הפרה

(* הנה את דברי הבעל המאור על סוגיין אין לנו במילואם, ויש משמעות אחרת בדבר המלחמות שם שהבעל המאור סובר שגם בהסיפא יש כאן שינוי בנוגע לגוף הפרה. ולקמן באות רצ"ד נביא את דעות האחרונים בענין מה היא שיטת הבעל המאור. ** ועיין גם בלח"מ בפ"ב מהל' גזילה ה"ז שעמד על לשונות המשנה וכתב שמשני הלשונות משמע שהוא קונה את גוף הפרה (אלא שלא ביאר למה שינה התנא את הלשון), ולכן הקשה שם על מה שיוצא לו בשיטת הרמב"ם שבשני הציורים הרי הוא צריך להחזיר את גוף הפרה.

מיהו דעת הטור בסי' שנ"ד היא שלפי הרמב"ם בהציוור של הרישא הרי הוא שפיר מחזיק לעצמו את גוף הפרה משא"כ בהסיפא, ולכאורה ה' נראה מזה שהרמב"ם סובר שבהרישא הרי הוא שפיר קונה את הפרה בשינוי. ובאמת השלטי הגבורים תמה על דברי הטור הנ"ל מזה שהרמב"ם סובר שלידה לא מיקרי שינוי וסובר השלטי הגבורים כהלחם משנה דהיינו אפילו בהציוור של הרישא. מיהו באמת הטעם של הטור בזה אינו משום שהוא קונה בשינוי אלא הרי הוא משום הטעמים שביארו הב"ח והפרישה והט"ז שם.

וכמו שכתבנו כבר). וגם לפי שיטת המאירי א"ש הלשון, משום שיש לומר שהוא מפרש את לשונות המשנה להיפך מהבעל המאור, והיינו שהלשון של הרישא של משלם דמי פרה העומדת לילד הרי זה קאי רק על העוברים, והלשון בא להורות ששמין אותם אגב הפרה דהיינו ששמין פרה העומדת לילד כמה היתה יפה וכמה היא יפה וכמו שכתב הרמב"ן במלחמות לבאר לשון זה (והרי גם לפי רש"י בע"כ זוהי כוונת הלשון של הרישא), משא"כ בהסיפא קתני לשון של משלם כשעת הגזילה כדי להורות שהוא קונה לגמרי ושהוא משלם דמי הבהמה שגזל בשעת הגזילה.

ועכ"פ אכתי צ"ב לפי רש"י והרא"ש שמשוים את הרישא והסיפא, דלפ"ז למה שינה התנא את הלשון. והנה לפי הרא"ש נראה שלא קשה מידי משום שי"ל שמה שלא נקט התנא גם בהרישא לשון של משלם כשעת הגזילה הרי זה משום שאתא לאשמועינן בהך לשון של משלם דמי פרה עומדת לילד שהוא משלם את השוויות של פרה מעוברת העומדת לילד ולסיים את ההריון ולא את השוויות של פרה מעוברת העומדת להשחט באמצע ההריון ולהאכל היא ועוברת בימי ההריון שזהו סכום פחות יותר. וכן כתב הרא"ש להדיא כדי לתרץ את מה שהקשה למה לא תנן בהרישא לשון של משלם דמי פרה מעוברת, וא"כ הרי זה יכול לשמש גם כטעם למה לא תנן שהוא משלם כשעת הגזילה.

אלא שאכתי צ"ע למה הקשה הרא"ש רק שיהי' כתוב בהרישא שהוא משלם דמי

פרה מעוברת, ולמה לא הקשה שיהי' כתוב שמשלם כשעת הגזילה. ובע"כ חזינו מזה שהי' לו להרא"ש טעם אחר למה לא קתני בהרישא שהוא משלם כשעת הגזילה ולכן לא הוצרך לכתוב את הטעם הנ"ל שהבאנו אלא בכדי ליישב למה לא קתני שמשלם דמי פרה מעוברת (והתירו"ט כתב באמת את התירוץ של הרא"ש גם כדי לתרץ למה לא תנן בהרישא משלם כשעת הגזילה).

ונראה לומר בדעת הרא"ש שבשלמא בהסיפא שפיר קתני לשון של משלם כשעת הגזילה והיינו משום שמכיון שבשעת הגזילה לא היתה שם אלא הבהמה בלבד, בלא שום גיזות ועיבור, א"כ כשקתני שהוא משלם כשעת הגזילה דמשמע דמים לפי הרא"ש, פשיטא שזה קאי על גוף הבהמה וכשיטתו שהגזלן קונה את גוף הבהמה, אבל בהרישא מכיון שבשעת הגזילה היו שם גם הגיזות והעובר א"כ אילו הי' קתני שהוא משלם כשעת הגזילה הי' שייך לומר שלשון זה קאי רק על הגיזה והוולד אבל הבהמה עצמה חוזרת בעינה (וכשיטת המאירי שבהסיפא הרי זה נחשב שינוי לגבי גוף הפרה אבל בהרישא אין כאן שינוי לגבי גוף הפרה), ולכן קתני בהרישא לשון של משלם דמי פרה כדי לאשמועינן שהוא קונה גם את הבהמה ומשלם דמי, רק שעדיין הי' קשה להרא"ש שיהי' כתוב לשון של דמי פרה מעוברת ועל זה תי' מה שתירץ.

והנה התירו"ט כתב שלפי רש"י באמת אין השינוי לשון שבין הרישא והסיפא מיושב דהא לדידי' בשניהם הדין שוה שאינו קונה את גוף הפרה. וכתב שלפי

רש"י א"א ליישב על פי סברתו של הרא"ש שקמ"ל הרישא שהוא משלם דמי פרה עומדת לילד ולא דמי פרה העומדת להשחט בימי עיבורה, דהא לפי רש"י לא שייך חילוק זה משום שאינו משלם את דמי הפרה כלל אלא הרי היא חוזרת בעינה. מיהו לא הבנתי דבריו, דהא נהי שהפרה חוזרת בעינה אבל הלא אכתי חייב הגזלן לשלם דמי העובר וכמש"כ רש"י להדיא בסוגיין, ועל זה קאי הלשון של משלם דמי פרה, וא"כ שפיר בעי לאשמועין ששמין את העובר כעובר שסופו להוולד ולא כעובר שסופו להיות נאכל קודם הלידה, וא"כ אמאי לא שייך לפי רש"י לתרץ את המשנה על פי סברתו של הרא"ש. ושו"ר שכן העיר הרש"ש בדבריו על המשנה, וכן השער המלך בפ"ב מהל' גזילה ה"ו בסד"ה הנה וכו' (ולכאורה נראה שגם אם חיובו הוא לשלם כשעה אחת לפני הלידה, ג"כ יש חילוק בין אם נשום את העובר כעובר שעומד להוולד או כעובר שעומד עכשיו להשחט אגב אמו). וע"ע ברש"ש שתי' שלפי רש"י הא דקתני בהרישא לשון של דמי פרה העומדת

לילד הרי זה כדי לאשמועין שאינו משלם את השויות של הגיזות והוולדות כשעת תחילת הגזילה אלא כשויותן רגע אחד לפני שקונה אותם בשינוי ע"י הלידה והגיזה*, ולכן קתני לשון של דמי פרה העומדת לילד, משא"כ בהסיפא קתני שהוא משלם כשעת הגזילה משום שהתם הרי הוא משלם באמת כשעת הגזילה ממש כיון שהוא קונה בשעת תחילת הגידול וכל השבח נשאר להגזלן לפי רב פפא. מיהו לפום ריהטא א"א לתרץ כן, דהא מדברי רש"י בד"ה גזילה חוזרת בעינה משמע להדיא שהוא סובר כהרא"ש שבהרישא הרי הוא משלם כשעת תחילת הגזילה שהרי כתב שהוא משלם דמי העובר והגיזות כשעת הגזילה. מיהו מאידך גיסא הרי חזינן שהגרא"א בהגהתו על הדף כאן ייחס שיטה זו רק להרא"ש ולא כתב שכן סובר רש"י. ונראה דהיינו משום שלעולם י"ל שרש"י באמת לא ס"ל כהרא"ש, ומה שכתב שהוא משלם כשעת הגזילה יש לדחוק ולפרש שכוונתו היא באמת לשעה אחת קודם הלידה, וקרי ל"י שעת הגזילה משום שהיא שעה שעוד נמשכת הגזילה ועוד לא קנה

* וזהו כשיטת הרשב"א והתוס' רי"ד בסוגיין, וכן תוס' לפי הגהת הגרא"א, והראב"ד בפ"א מהל' גניבה הי"א לפי ביאורו של הלח"מ שם, ודלא כהרא"ש שהאריך לבאר שהדרה השומא לשעת תחילת הגזילה. וע"ע בקובץ שיעורים באות קכ"א שהראה שגם היראים לא ס"ל כהרא"ש.

ועיי"ש ברש"ש שביאר שהרא"ש סובר כן משום שלשיטתו הרי הגזלן קונה גם את גוף הפרה, אבל לשיטת רש"י שגוף הפרה חוזרת הרי הוא משלם כשעה אחת לפני השינוי (ברם הרש"ש לא כתב הסבר לתל' זו).

וע"ע באבן האזל בפ"א מהל' גניבה הי"א בד"ה

הראב"ד וכו' שכתב בדעת הראב"ד שהוא משלם כשעה אחת לפני השינוי (וכדברי הלח"מ שם בשיטתו) משום שהוא סובר שאינו קונה את גוף הפרה אלא רק הגיזות והוולד (ועיי"ש איך שביאר תל' זו). והעיר שם האבן האזל שזהו דלא כהלח"מ שכתב בפ"ב מגזילה ה"ז שהראב"ד סובר שהוא שפיר קונה את גוף הפרה אלא הרי זה כמו שמשמע מדברי הראב"ד שהביא המלחמות בסוגיין שאינו קונה את גוף הפרה.

ועכ"פ שיטת הרמב"ן במלחמות היא שלידה לא חשיבא שינוי בגוף הפרה ומ"מ ס"ל כהרא"ש שהוא משלם כשעת תחילת הגזילה.

הגזלן בשינוי. מיהו בכל זאת לכאורה יש לדקדק שרש"י סובר כהרא"ש שבהרישא הרי הוא משלם כשעת תחילת הגזילה משום שאם אינו סובר כהרא"ש א"כ הי' לו לדקדק ולכתוב לשון מבורר דהיינו שהוא משלם דמי פרה העומדת לילד מאחר שבהמשנה תני כהך לישנא ולא תני שהוא משלם כשעת הגזילה.

ועכ"פ לכאורה יש להוכיח מצד אחר שרש"י לא ס"ל כהרא"ש שהגזלן משלם כשעת תחילת הגזילה, והיינו משום שאילו ס"ל כהרא"ש א"כ למה הוצרך להעמיד את דברי רבי יהודה באופן שגזלה מעוברת ולדחוק ולפרש בדברי רבי יהודה שמלבד ממה שאמר שהבהמה עצמה חוזרת בעיני הרי הוא גם צריך להוסיף דמים כשוויות הגיזות והעובר בשעת הגזילה וכמו שכתב בד"ה גזילה חוזרת בעיני*), דלמה לא העמיד את דברי רבי יהודה באופן שגזלה ריקנית אשר ככה"ג אתי שפיר דברי רבי יהודה כפשוטן שאין כאן אלא החזרת הבהמה בעיני (ועי' במלחמות בריש ד"ה ועוד רבי יהודה וכו' שכתב שאפשר להעמיד את דברי רבי יהודה בציור זה, וכן עיין בדברי הרשב"א שהבאנו באות רצ"ה, וע"ע בדברי היש"ש שהבאנו באות רפ"ח בסוף סק"א), ובע"כ צ"ל דהא שלא פירש רש"י כן הרי זה משום שהוא חולק על הרא"ש וסובר שהגזלן תמיד משלם כרגע אחד לפני השינוי אשר לפ"ז יוצא שלא הי' רש"י מרויח כלום אם הי' מעמיד באופן שגזלה ריקנית ונתעברה משום שגם בהציור הזה יש כאן תשלומי דמים לפי רב זביד

שסובר ששבח שעל גבי גזילה הוא של הנגזל, דהא לפי רב זביד מלבד ממה שהפרה חוזרת בעיני הרי הוא גם צריך לשלם כשוויות העובר רגע אחד לפני הלידה כיון שלפי רב זביד הרי הוא קונה את השבח רק ע"י הלידה.

מיהו באמת התירוץ הנ"ל אינו מספיק, דהא אכתי הי' רש"י צריך לאוקמה בגזל ריקנית (גם בלי להרויח מה שהוא) משום שזהו הציור של מחלוקתו של רבי יהודה עם רבי שמעון בקשר לשבח שעל גבי גזילה, והרי בכלל מה שאמר רבי יהודה שגזילה חוזרת בעיני נכלל גם מחלוקתו עם רבי מאיר וגם מחלוקתו עם רבי שמעון, וא"כ למה לא פירש רש"י שהכל איירי בציור אחד, ובודאי מוכח שהי' לו לרש"י איזה טעם מסוים לפרש את מחלוקתו של רבי יהודה עם רבי מאיר דוקא בהציור של גזלה מעוברת.

וי"ל דהיינו משום דס"ל לרש"י שהיכא שגזלה ריקנית גם רבי מאיר מודה לרבי יהודה שאין כאן קנס. וכן צידד הרמב"ן במלחמות בד"ה ועוד רבי יהודה וכו' שרבי מאיר אינו קונס בהציור של גזלה ריקנית, ולקמן באות רפ"ח נבאר ענין זה באריכות. והנה יש להעיר עוד על הדרך הנ"ל של הרש"ש שלפי רש"י קתני בהרישא לשון של דמי פרה העומדת לילד כדי לאשמועינן שהוא משלם כשעה אחת לפני השינוי משא"כ בהסיפא הרי הוא משלם כשעת תחילת הגזילה, דלכאורה לא שייך לתרץ כן אלא לפי רב פפא שסובר ששבח שעל גבי גזילה הוא של הגזלן, דלפ"ז

באמת הזכיר רבי יהודה רק את הפרה.

(* ועי' באות רצ"א סק"ב שכתבנו טעם למה

שצידד באם רבי מאיר קונס גם היכא שגזל ריקנית ונתעברה אצלו. ועיין בזה באות רפ"ח, ובתחילת אות רצ"ה.

רפג) רבי יהודה אומר גזילה חוזרת בעיני'.

עיין ברש"י שפי' שאע"פ שלא הזכיר רבי יהודה אלא החזרת גוף הפרה אבל בע"כ צ"ל שהוא גם משלם דמי הגיזות וולדות כמו שהיו שוים בשעת הגזילה דהא כו"ע מודי שגזלן משלם לכה"פ כשעת הגזילה. מיהו לכאורה צ"ע, דהא תינח אם נסתכל על הוולד שהי' קיים בשעת הגזילה כעל חפצא בפני עצמו שנגזל מהבעלים, דלפ"ז הרי הוא בודאי צריך לשלם כשיוי בשעת הגזילה מאחר שקנה אותו בשינוי, מיהו הא גופא מנ"ל, דהא לעולם י"ל שרבי יהודה סובר שהוא מחזיר רק את הפרה לחדוד וכפשטות לשונו, והיינו משום שהוא מחשיב את הפרה עם הוולד כחד חפצא, והעובר מתבטל הוא לגבי גוף הפרה, אשר לפ"ז לאחר שנשתנה הוולד ע"י הלידה ונחשב כחפץ אחר, מעתה הרי זה כאילו הפרה נתכחשה וכאילו חלק ממנה הלך לאיבוד, והרי הגזלן יכול לומר על הנשאר הרי שלך לפניך ולהפטר כיון שלא קנה אותה בשינוי (וכשיטת רש"י שאין הלידה והגיזיה נחשבות כשינוי לגבי גוף הפרה).

ולכאורה הי' נראה להוכיח מזה שרש"י סובר כדעת הרמב"ם לפי ביאורו של הגר"ח שאפילו היכא שהגזלן אומר לו הרי שלך לפניך משום שלא קנה בשינוי, אבל מ"מ אכתי חייב הוא להשלים את הפחת שנפחת*) (ועיין בפרק מרובה בדף ס"ו

בודאי יוצא כהנ"ל שבהסיפא הרי הוא משלם כשעת תחילת הגזילה ממש, דהא ההיא שעתא הויא גם השעה שלפני השינוי, משא"כ בהרישא אינו משלם כשעת תחילת הגזילה אלא כשעה אחת לפני השינוי, דהיינו כשעה שהיא עומדת לילד, אבל לפי רב זביד הרי אי אפשר לתרץ כהנ"ל, דהא לפי רב זביד שסובר ששבח שעל גבי גזילה הוא של הנגזל א"כ יוצא שגם בהסיפא הרי הוא קונה את הגיזות והוולד רק על ידי גזיזה ולידה, וא"כ גם בהסיפא הו"ל למיתני שהוא משלם כשעה אחת לפני הגיזיה והלידה.

והנה ממה שהביא הרא"ש בשם ר"ת (עיי"ש) מבואר להדיא כמו שנקטנו כאן שלפי הסוברים שהגזלן משלם כשעה אחת לפני השינוי, כן יהי' גם לפי רב זביד בשבח שעל גבי גזילה, דהיינו שישלם כשעה אחת לפני הלידה והגיזיה. מיהו לקמן באות רצ"ה נבאר שיתכן לומר לא כמו הרא"ש, אלא יתכן לומר שלפי רבי זביד הכל מודים שלאחר הלידה הדרה השומא לשעת תחילת הגזילה עיי"ש בסברת הדבר, וא"כ י"ל שכן סובר רש"י באופן שאכתי יש לקיים גם לפי רב זביד את הישוב הנ"ל דקתני בהסיפא לשון של משלם כשעת הגזילה כדי להורות שהוא משלם כשעת תחילת הגזילה (ולפ"ז שוב אין מקום להכרח שכתבנו לעיל בד"ה ועכ"פ לכאורה יש להוכיח וכו' משום שאכתי ישאר קשה שגם לפי רב זביד נוקמה בגזל ריקנית).

רפב*) ר"מ אומר.

עיין ברמב"ן בד"ה ועוד רבי יהודה וכו'

אות מ"ז שהארכנו בזה) אשר לפ"ז שפיר יצטרך לשלם את השויות שהי' שוה העובר בשעת הגזילה אפילו אם נדמה אותו לנתכחשה שהרי גם בנתכחשה צריך הגזלן לשלם עבור הפחת.

מיהו לכאורה מוכח מדברי רש"י גופא כאן שאינו סובר כדברי הגר"ח הנ"ל, והיינו משום שלפי הגר"ח לכאורה ה"ה שיצטרך הגזלן לשלם את הפיטמא והנפחא שנפסדו ע"י הלידה (עי' לעיל בדף מ"ז ע"א) וכמו שמשמע באמת מלשון הרמ"ה מסרקסטה והמאירי שהביא השט"מ כאן (בד"ה חו"מ סי' שנ"ד), שהרי כתבו שהוא מחזיר את הפרה ומוסיף הדמים עד השויות של הפרה בשעת הגזילה, וא"כ הרי זה כולל גם פיטמא ונפחא, וכן מבואר גם בדברי הר"י יהונתן שם ביתר ביאור עיי"ש, ברם מרש"י כאן בהדיבור הנ"ל משמע שאינו משלם את הפיטמא ואת הנפחא, שהרי כתב שהוא מחזיר את הפרה ויקנית ושוב משלם את דמי העובר והגזיות כמו שהיו שוים בשעת הגזילה, אבל לא כתב שהוא צריך לשלם את הפיטמא והנפחא של הפרה (ועייין גם בפ"י על הדיבור הנ"ל דמבואר שאינו משלם פיטמא ונפחא), ולכאורה מוכח מזה שהיכא שלא נשתנה הרי הגזלן אומר הרי שלך לפניך בלי לשלם שום פחת, וא"כ הדרה קושיא לדוכתה דאולי רבי יהודה מסתכל על כל הבהמה יחד עם העובר והגזיות כעל חד חפצא באופן שדומה לנתכחשה דפוטר הגזלן את עצמו לגמרי

על ידי אמירת הרי שלך לפניך על גוף הבהמה כיון שלא קנה אותה בשינוי (וע"ע באות רפ"ז בנוגע לשיטת רש"י לגבי הפיטמא והנפחא).

ושמעתי מתרצים שרש"י נוקט לדבר פשוט שאילו היו הפרה והעובר נחשבים כדבר אחד ממש וכמו שנקטנו בקושייתנו א"כ אז בודאי יהיו הלידה והגזיה נחשבות כשינויים גם בגוף הפרה ולא הי' רבי יהודה אומר שהגזילה חוזרת בעיני' שפירושו הוא שאינו קונה את גוף הפרה (וכשיטת רש"י בהבנת דברי רבי יהודה שאינו קונה את גוף הפרה).

ודע שהרמב"ן במלחמות בסד"ה ועוד רבי יהודה וכו' כתב כעין הסברא הנ"ל שכתבנו בקושייתנו, דעיי"ש שכתב שהטעם לומר ששבח שעל גבי גזילה לא חשיב שינוי לכה"פ לענין לקנות את השבח ושאינן כאן שינוי עד שגוזז או עד שילדה, הרי זה משום "שכל המחובר לה כמוה". ולכאורה כוונתו היא להסברא הנ"ל שכתבנו בקושייתנו, דהיינו שהפרה והעובר חשיבי כחד, ושהעובר נחשב כבטל לגבי הפרה, ומש"ה לא שייך שיחול עליו קנין לחודי'. אלא דעיי"ש שהוא סובר שהלידה והגזיה אינן נחשבות כשינויים לגבי גוף הפרה אפילו כשגזל מעוברת וילדה, אלא הרי הוא מחזיר את גוף הפרה, הרי שהרמב"ן חולק על ההנחה שכתבנו לתרץ את דברי רש"י והרי הוא סובר שאע"פ שהם נחשבים כחפצא אחד אבל מ"מ אכתי

וכמו כאן שהפרה בריאה וטובה כמו קודם שנתעברה.

(* והרי הוא חייב לשלם את הפחת אפילו אם מה שנשאר לא הוזק כלל (כמו בספינה שם),

אין הלידה והגזיזה נחשבות כשינויים בגוף הבהמה.

ולפ"ז צ"ל בדעת הרמב"ן דהא דאינו נפטר לחלוטין ע"י אמירת הרי שלך לפניך אלא הרי הוא צריך לשלם דמי העיבור והגיזות (וגם הרמב"ן מודה בזה כמש"כ שם להדיא) הרי זה כדברי הגר"ח שגם היכא שלא קנה בשינוי, והרי הוא אומר הרי שלך לפניך, אכתי חייב הוא להשלים את הפחת, והה"נ שיצטרך לשלם את הפיטמא ואת הנפחא וכדעת הראשונים הנ"ל שהבאנו (וע"ע באות רצ"ה שנאריך בנוגע לדברי הרשב"א שהבאתי שם בענין אם השבח שעג"ג נחשב כבטל לגבי גוף הבהמה).

גם יש ליישב את רש"י בדרך אחרת, והיינו משום שכל עיקר קושייתנו שהקשינו שאולי רבי יהודה סובר שהפרה והעובר חשיבי כחפצא אחד ומה שהוולד נשתנית ע"י הלידה הויא כציור של נתכחשה שאומרים לו על הפרה הרי שלך לפניך ופטור על הכחש, כל עיקר הקושיא הזאת אינה קשה אלא אם כן ננקוט שגם רבי יהודה סובר ששינוי קונה, דלפ"ז שפיר יש לומר שהוולד והגיזות נשתנו להיות נחשבות חפצים אחרים ועל הפרה הרי הוא אומר הרי שלך לפניך, אבל לפי הדרך שכתבו תוס' בע"ב שלפי רבי יהודה שינוי אינו קונה רק דאית לי' תקנת השבים (עי' בזה באות רצ"ב סק"ד), א"כ לא קשה מידי, דהא לפ"ז הרי גם הגיזות והוולד נשארים מדינא של הנגזל רק שהגזלן מקבל אותם משום תקנת השבים, וא"כ הרי הוא בודאי צריך לשלם כשעת הגזילה דהא בודאי לא תיקנו שיקבל גם את החלק שהי' כבר שם בשעת הגזילה, אלא בודאי הרי

הוא חייב לשלם את דמיו. ועיין באמת ברש"י בע"ב בד"ה רבי יהודה סובר וכו' בדעת רב זביד שם דמשמע שהוא סובר שלפי רבי יהודה שינוי אינו קונה כלל, דהא כתב רש"י שם שטעמו של רבי שמעון הוא משום שהוא סובר ששינוי קונה, וא"כ משמע שרבי יהודה סובר ששינוי אינו קונה, וא"כ לפ"ז תו לא קשה מה שהקשינו וכהנ"ל. מיהו באמת יש לעיין בדברי רש"י שם משום שלעיל באותו דיבור כתב שגם לפי רבי יהודה יש כאן שינוי על הגיזת והוולד (ויש ליישב). ברם אם נאמר שלפי רבי יהודה שינוי אינו קונה אכתי צע"ק, דהא לפ"ז יוצא שמה שהוא צריך לשלם את דמי הוולד והגזו אין זה משום ההלכה הרגילה של כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, דהא ההלכה היא איירי באופן שהלך לאיבוד או קנה בשינוי ואין כאן הממון של הנגזל דבכה"ג קי"ל שהוא משלם כשעת הגזילה, אבל הכא הרי לעולם אכתי נמצא כאן החלק של הנגזל בלי שום קנין כלל מצד הגזלן כיון ששינוי אינו קונה, רק שחכמים תיקנו שהגזלן יקבל את כל השבח ויסלק את הנגזל על חלקו ע"י תשלומי דמים, וא"כ אין זה ההלכה הרגילה של כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה שהזכיר רש"י כאן (ויש ליישב).

רפד) איכא דאמרי הא נמי לא מיבעיא לן מדאפיך רב וכו'.

לכאורה תמוה טובא למה לן להא דאפיך רב, תיפוק לי' שגם בלא רב הרי כבר הבאנו ראי' מפורשת מהמשנה של

צבע שרבי מאיר סובר ששינוי קונה. ולכאורה הי' נראה לומר שה"איכא דאמרי" לא אסיק אדעתיה' הך משנה של צבע. ולא עוד אלא שגם בלא"ה לכאורה מוכח לומר כן, משום שאם ידע לי' א"כ מאי קא מיבעיא לי' בנוגע לשוגג, הלא להדיא חזינן שם שבשוגג אינו קונס וכמו שהוכיחה הגמ' לקמן.

מיהו לכאורה תמוה מאד לומר שידע את המשנה של בהמה שהזקינה אבל לא את המשנה שלאחריו של צבע, וא"כ לכאורה צ"ל שבודאי ידע לי', רק שהי' סובר דהא דלא קניס שם רבי מאיר הרי זה משום דאיירי בשוגג גמור (ודלא כרש"י שסובר שגם בכה"ג מיבעיא לן), א"נ דשאני התם שטרח בידים*), א"נ משום שגוף הצבע הוא שלו, וא"כ הדרה קושיא לדוכתה דמכיון שידע אודות ההיא משנה, למה לא סגי בזה כדי להוכיח שרבי מאיר סובר ששינוי קונה**).

וי"ל דהיינו משום שמהמשנה של צבע לא חזינן אלא שרבי מאיר סובר ששינוי בידים קונה וכגון גיזה, אבל אכתי לא חזינן שהוא סובר ששינוי דממילא קונה וכגון לידה, וא"כ אכתי י"ל שטעמו של רבי מאיר בלידה הוא משום ששינוי אינו קונה ושלצדדין קאמר, דהיינו שבגיזה הרי

(* ומש"ה לא קניס. ואע"פ שהוא קונס בגיזה אפילו מה שהשביח ע"י המעשה גיזה וכמש"כ הראשונים ששוה יותר אחרי הגיזה מלפני הגיזה, שאני התם בצבע דאיירי בשוגג משא"כ בגיזה דאיירי במזיד.

** גם צ"ע דאם נאמר שהשואל הי' יודע את המשנה של צבע רק שסבר שאין ראי' משם שבשוגג לא קניס משום א' מהדרכים הנ"ל שכתבנו,

הוא מחזיר את הכל משום קנס, ובלידה משום ששינוי דממילא אינו קונה גם בלא הטעם של קנס, ולכן הביאו מהמשנה של בהמה והזקינה משום שמהתם שפיר חזינן שהוא סובר שגם שינוי דממילא קונה***).

ולפי הדרך הזה נצטרך לומר שהלישנא קמא סובר שאין שום סברא לחלק בין שינוי בידים לשינוי דממילא, א"נ דשפיר יש מקום מצד הסברא לחלק רק שלא מסתבר לומר בדברי רבי מאיר שלצדדין קאמר.

והנה לכאורה הי' אפשר ליישב גם בדרך אחרת, והיינו דס"ל להלישנא בתרא שטעמו של רבי מאיר בצבע אינו משום ששינוי קונה אלא משום הסברא של אנא פטימנא ואת שקלת, ואע"פ שטעמא דהך מילתא הוא משום תקנת השבים וכמש"כ הרשב"א והפ"י בדף צ"ד ע"א, ובצבע לכאורה לא שייך תקנת השבים כיון דאיירי בשוגג ולא נחית בתורת גזילה וכמו שהזכירו תוס' בע"ב כאן סברא זו שבשוגג לא שייך תקנת השבים, אבל מ"מ י"ל שהלישנא בתרא סוברת שרבי מאיר סובר שלעולם גם בשוגג שייך תקנת השבים, שמא לא ירצה להשיב, וא"כ י"ל שהלישנא בתרא סוברת שטעמו של ר"מ בצבע הוא משום תקנת השבים****) באופן שאכתי

א"כ אכתי צ"ע על הסוף של הסוגיא, למה לא דחי באמת בסוף הסוגיא שמצבע אין ראי' משום הטעמים הנ"ל, ויש ליישב.

*** וע"ע בקצה"ח בסי' שנ"ד בסק"ג שהביא שיש סוברים ששינוי דממילא אינו קונה והקשה עליהם מהך משנה של בהמה והזקינה.

**** אע"פ שבגולן במזיד הרי הוא סובר סברא הפוכה דהיינו שקנסינן לי'.

אין ראי' מדברי רבי מאיר בצבע שהוא סובר ששינוי קונה.

רפה) או דלמא אפילו בשוגג נמי קניס.

א. עיין ברש"י בד"ה בשוגג שפירש דבעי אפילו בשוגג גמור, דהיינו באופן שלא ידע שהוא גזול. מיהו תוס' בסד"ה דאתא וכו' כתבו שבשוגג גמור בודאי לא שייך קנס. והנה להלן בע"ב הסיקה הגמ' שממתניתין דצבע מוכח שרבי מאיר אינו קונס בשוגג, ולכאורה לפי תוס' צ"ע מה היא הראי' הא י"ל שהתם איירי בשוגג גמור דהיינו באופן ששכח מה שאמר לו הבעל הבית. ובאמת כן פירשו תוס' בע"ז ריש דף ז' את הציור של צבע, ודלא כרש"י שפירש בע"ב כאן שאירי באומר שמותר לשנות מדעת הבעל הבית. ברם לקמן בסק"ב ביארנו למה לא רצה רש"י לפרש באמת דאיירי באופן ששכח מה אמר לו הבעה"ב, וא"כ כן י"ל גם בדעת תוס' כאן למה לא רצו להעמיד בשוגג גמור (ותוס' בע"ז יסברו שהשאלה כאן היא גם בשוגג גמור).

עוד יש ליישב שתוס' כאן סוברים כדברי השט"מ בשם הרא"ש שגם היכא ששכח מה שאמר לו הבעל הבית לא מיקרי שוגג גמור משום שהי' לו לדקדק בדברי הבעה"ב, ורק היכא שהוא סבור שהוא שלו הרי זה נקרא שוגג גמור (וזה בודאי דוחק לאוקמה באופן שסבר שהוא שלו).

וע"ע בפ"י שכתב שמה שכתבו תוס' שבשוגג גמור בודאי לא קנסינן הרי זה רק לענין היציאה, אבל לענין השבחה שהוא יתר על היציאה גם תוס' מודים שיש צד

לקנוס אפילו שוגג גמור, וגם לפי הפ"י לא קשה מה שהקשינו שנוקמה לההיא דצבע בשוגג גמור, דהא לא יעזור כלום לאוקמה בשוגג גמור משום שאכתי יהי' מוכח ממה שאינו מחזיר את השבחה היתר על היציאה שרבי מאיר אינו קונס בשוגג, דהא אפילו בשוגג גמור שייך לקנוס את השבחה שהוא יתר על היציאה.

ועכ"פ מדברי הרא"ש הנ"ל נראה שהוא סובר שבשוגג גמור א"א לקנוס אפילו את השבחה שיתר על היציאה, דנראה שמשום כך הוצרך שם לפרש שהתם בצבע אינו בגדר שוגג גמור, דהיינו כדי שלא יקשה דלמא טעמא דרבי מאיר שם למה אינו קונס כלום, ואפילו השבחה שיתר על היציאה, הרי הוא משום שאירי בשוגג גמור.

ב. והנה מעתה יש לעיין בדעת רש"י למה הוצרך לפרש שאירי באופן שהוא סובר שמותר לשנות מדעת בעל הבית ולא פירש דאיירי באופן ששכח מה שצוה לו, דהא רש"י סובר שגם בשוגג גמור איבעיא לן אם קניס רבי מאיר, וא"כ אפילו אם חשיב בכה"ג כשוגג גמור אכתי קיימת השאלה, וא"כ למה לא פירש דאיירי בשכח. וי"ל שרש"י לא פירש כן משום שהוא סובר כהכרעת הקצה"ח בסי' שמ"א סק"ב וג' שהיכא שגזל משום שהי' סבור שהוא שלו, אינו נעשה גזלן ואינו קונה קניני גזילה, וא"כ ה"ה שהיכא שאינו יודע שהוא משנה מדעת הבעל הבית הרי הוא בגדר גזלן בשוגג ולא שייך שיסבור רבי מאיר שהוא נקרא גזלן וקונה בשינוי, ומש"ה פירש רש"י שאירי באופן ששפיר ידע שהוא

משנה מדעת הבעל הבית רק שהוא סובר שמותר לעשות כן. וממה שפירשו תוס' בע"ז שם שאירי באופן ששכח, לכאורה יוצא שלא כהקצה"ח הנ"ל, דהא חזינן שהוא שפיר נעשה גזלן ושהוא קונה בשינוי לפי ר"מ גם באופן שהוא סובר שאינו גזלן.

ג. והנה בהמשך הסוגיא אמרינן מאי לאו בעם הארץ דלא ידע אי קרקע נגזלת וכו' ובכל זאת חזינן דקנסינן. וכתב הפ"י דהא שציירה הגמ' באופן שלא ידע אי קרקע נגזלת ולא ציירה בשוגג גמור הרי זה משום שבשוגג גמור פשיטא שבאמת לא קנסינן ושאינן מוציאינן מיד הלוקח וכמש"כ תוס', ואפילו לפי רש"י שסובר שמיבעיא לן גם בשוגג גמור אבל מ"מ י"ל שגם רש"י מודה שאת היציאה בודאי לא קנסינן בשוגג גמור, והרי הכא איירי לענין היציאה כמש"כ תוס', וא"כ שפיר יוצא שא"א לאוקמה לה היא דשבח קרקעות בשוגג גמור. מיהו עיין בספר תורת חיים שכנראה לא הביין כדברי הפ"י שרש"י מודה לענין יציאה ולכן הקשה שלפי רש"י למה לא ציירה הגמ' שהיא דשבח קרקעות איירי בשוגג גמור לפי הס"ד של הגמ', ועיי"ש במה שתירץ.

ועיין בדברי הרשב"א בסוגיין שכתב שבאמת הי' אפשר לאוקמה לה היא דשבח קרקעות בשוגג גמור.

רפ"ו בענין הנ"ל.

והנה עיין בב"מ דף ע"ח דאמר רחב"א

אר"י הא מני רבי מאיר היא דאמר כל המעביר על דעת בעל הבית נקרא גזלן, ופרכינן הי רבי מאיר, אילימא רבי מאיר דצבע וכו', ממאי דילמא שאני התם דקניא בשינוי מעשה, ופירש"י וז"ל, ששינה מכמות שהי' ואיכא למ"ד שינוי קונה בהגזול קמא וכו' עכ"ל. ותמה הרמב"ן דהא גם לפ"ז הרי אכתי מוכח שהוא נעשה גזלן דאל"כ איך הוא קונה בשינוי הלא רק היכא שיש לו קנין גזילה הרי הוא קונה בשינוי. ופי' הרמב"ן שהכוונה היא שמכיוון שעשה שינוי א"כ מסתמא נתכוין לגזול בידים ולקחת את הצמר לעצמו ולקנות באופן שהוא בגדר גזלן ממש ולא רק בגדר משנה מדעת בעל הבית.

ברם דבריו תמוהין דהא לפי דבריו יוצא שהוא מזיד וא"כ אמאי לא קניס רבי מאיר כמו שהוא קונס בגיזות וולדות.

ואולי יסבור הרמב"ן שהסוגיא בב"מ סוברת שהטעם למה רבי מאיר אינו קונס בצבע אינו משום דהוי שוגג (דהא במזיד איירי לפי הסוגיא בב"מ), אלא הטעם הוא משום דהוי שבחא בידים ומשום התקנה של אנא פטימנא ואת שקלת, וסובר כן רבי מאיר אפילו היכא ששינה במזיד*).

גם יש לומר סברא אחרת בדעת הסוגיא בב"מ למה לא שייך לקנוס גבי צבע, והיינו משום שהצבע אינו רק בגדר שבח, אלא גוף הצבע הוי ממש החפץ של האומן שמעורב עכשיו עם הצמר של הבעל הבית, ומש"ה הוא דלא קנסינן להאומן אע"פ שהוא עושה במזיד.

ולפי שני הדרכים הנ"ל צריכים להוסיף

* אפילו מה שהשביח ע"י הגזיזה.

(* מיהו לפ"ז צע"ק לחלק למה בגיזה קונס ר"מ

שהשביחה" הרי זה הפיטמא שנשאר עוד על הבהמה אחרי הלידה, ולכאורה זה נראה דוחק, ואם נוסיף ונאמר שכוונת רש"י היא לכלול "השביחה", דהיינו פיטמא, בכלל "אותה" שאמר רבי מאיר, א"כ קשה עוד יותר כי לפי זה יוצא שדברי רש"י הם שלא כסדר דברי רבי מאיר, שהרי יוצא שרש"י נחית לפרש את הפירוש של "אותה" באחרונה, אחרי שהזכיר כבר את הגיזות והולדות.

וע"ע לעיל באות רפ"ג בענין שיטת רש"י בנוגע לפיטמא ונפחא.

דף צ"ה ע"ב

רפח) מאי בנייהו אמר רב זביד בשבח שעל גבי גזילה קא מיפלגי.

א. עיין ברש"י כאן בד"ה דרבי יהודה סבר וכו' שנקט שהציוור של המחלוקת שבין רבי יהודה ורבי מאיר הוא באופן שהיתה מעוברת וטעונה כבר בשעת הגזילה, ולכן כתב רש"י שמלבד ממה שהפרה חוזרת בעיני' הרי הוא צריך גם לשלם את דמי העובר והגיזה כמו שהיו שוים בשעת הגזילה (וז"ל, דמי גיזה ועובר שגזל ממנו), רק שרבי יהודה לא דיבר אלא אודות הפרה לחוד ולכן קאמר רק הא לחוד שהגזילה, כלומר הפרה, חוזרת בעיני', ואע"פ שרש"י בד"ה שבח וכו' כתב שרבי יהודה איירי באופן שגזלה ריקנית, הרי זה רק בנוגע למחלוקתו עם רבי שמעון בנוגע לשבח שעל גבי גזילה, דזה ודאי איירי באופן שגזלה ריקנית, משום

דהא דהוצרכה הגמ' בב"מ לומר שהשינוי גם קונה (ולא הסתפקה לומר שהוא עושה במזיד בכוונה לגזול לפי הרמב"ן), הרי זה משום שאם הי' הדין ששינוי אינו קונה, אז היינו אומרים שהוא חייב להפסיד את צבעו כדי לקיים את המצוה של השבה (ואע"פ שקיימות הסיבות הנ"ל לתת להאומן את השבח), רק דמכיון שר"מ סובר ששינוי שפיר קונה, רק שבאים לדון אם לעשות קנס, א"כ לענין זה שפיר י"ל את הסברות הנ"ל, דהיינו שרבי מאיר מודה שבכה"ג לא קנסינן כיון שגוף הצבע הוא של האומן, א"נ משום הטעם של אנא פטימנא ואת שקלת וכהנ"ל.

ועכ"פ עיין בריטב"א בב"מ בשט"מ שם שכתב ביאור אחר בדברי הגמ' ודלא כהרמב"ן. וכן עי' בדעות המפרשים שהבאתי בריש מרובה באות ז' בענין אם העושה שינוי בנכסי חבירו בכוונה לגזול הרי הוא קונה קניני גזילה.

רפז) רש"י ד"ה משלם אותה ואת גיזותי ואת ולדותי.

וז"ל, כל מה שנטל ממנה ומה שהשביחה עכ"ל. נראה שצ"ל כל מה שנטל "ממנו" (וכן הובאו דבריו במגדל עוז בפ"א מגניבה הי"א), דהיינו הפרה עצמה שנטל אותה מהנגזל, וזוהי הכוונה במאי דקתני "אותה", והא דכתב רש"י "ומה שהשביחה" הכוונה היא להגיזות והולדות.

ולפי הגירסא שלפנינו צריכים לדחוק שכל מה שנטל "ממנה" הרי זה הגיזות והולדות שנטל מהבהמה, "ומה

דבריו שם צידד שאולי בכה"ג לא קניס רבי מאיר עיי"ש (ולכאורה צ"ע מאי שנא באמת מצבע ושבח קרקעות. ולכאורה צריכים לחלק ששאני בצבע ושבח קרקעות דהתם השבח עודנו נמצא עכשיו על גוף הגזילה ומש"ה שייך יותר לקנוס שיחזירנו ביחד עם הגזילה אע"פ שהוא דבר שנולד, אבל בנתעברה וילדה, שהשבח כבר אינו נמצא על גבי הגזילה, אכתי י"ל שמודה רבי מאיר שלא קנסינן ל"י כיון שגזלה ריקנית).

גם י"ל דס"ל לרש"י כהתוס' רי"ד והרשב"א בסוגיין, וכן תוס' לפי גירסת הגר"א כאן בהגהה א', וכן היראים כמו שהביא הקובץ שיעורים באות קכ"א (וכן הלח"מ בפ"א מגניבה הי"א בדעת הראב"ד), שהם חולקים על הרא"ש שפוסק שבכל מקום שקונה הגזלן בשינוי ומתחייב לשלם דמים הרי הוא משלם כשעת תחילת הגזילה, אלא סבירא להו שהוא משלם כשעת אחת לפני השינוי, וכבר נסתפקנו בזה בלשונות רש"י בע"א (עיין באות רפ"ב בד"ה ועיין ברש"ש וכו' ולהלן שם), ועל כל פנים אם נאמר כן בדעת רש"י א"כ יוצא שאין שום ריווח בזה שהי' מעמיד בציור של גזל ריקנית ונתעברה וילדה, דהא גם בכה"ג יצטרך הגזלן לשלם דמי העובר

שהיכא שהיתה מעוברת כבר, רק שגדל העובר קצת ברשות הגזלן, סובר רש"י שלכו"ע אין השבח להגזלן*).

מיהו צ"ע למה הקפיד רש"י לפרש את מחלוקתו של רבי יהודה עם רבי מאיר דוקא באופן שהיתה מעוברת וילדה ולא באותו ציור של מחלוקתו עם רבי שמעון, דהיינו בגזלה ריקנית ונתעברה, דהא גם את המחלוקת שבין רבי יהודה ורבי מאיר הי' יכול לצייר באופן שגזלה ריקנית ונתעברה וילדה. ולא עוד אלא שלפי מה שפירש דאיירי באופן שהיתה מעוברת וילדה הרי הוצרך לדחוק שיש כאן גם תשלומי דמי העובר כשעת הגזילה אע"פ שרבי יהודה הזכיר רק שהפרה חוזרת בעיניי**), וא"כ למה לא פי' דאיירי בגזלה ריקנית ונתעברה וילדה אשר בכה"ג אתו דברי רבי יהודה כפשוטן שאין כאן אלא חזרת הפרה בעיני' לחוד ואין בכה"ג שום תשלומי דמים.

וי"ל דס"ל לרש"י שבכה"ג שנתעברה אצלו וילדה גם רבי מאיר מודה שלא קנסינן ל"י. ועיין במלחמות בד"ה ועוד רבי יהודה וכו' שבתחילה כתב בפשיטות שגם בכה"ג קניס רבי מאיר כמו בצבע ושבח קרקעות דהוו לגמרי דברים חדשים שנולדים לאחר הגזילה ומ"מ אתינן עלייהו בסוגיין מדין קנס, אלא שבהמשך

והרמב"ן, וכן מבואר ברשב"א בע"א בד"ה הגזול וכו' (אלא שהרשב"א הבין מפירושו של הר"ח לא כן כמו שיבואר למעיין בדבריו שם). וכן התיבות בסוף סי' סס"ב סובר כהראשונים הנ"ל ודלא כהסמ"ע שם.

** ועי' באות רצ"א סק"ב שכתבנו טעם למה הזכיר רבי יהודה רק את הפרה.

* וכן סובר הרא"ש, וכן הביא הרמב"ן במלחמות כאן בסוף דבריו על סוגיין מהירושלמי שדייקו מהמשנה שהגזלן מקבל את השבח רק במעוברת וילדה או ריקנית ונתעברה אבל לא היכא שהיתה מעוברת והוסיפה קצת. וגם מהש"ס דידן משמע שבהרישא ילדה הוא דוקא כמש"כ הרמב"ן שם. וגם התוס' רי"ד כתב כשיטת הרא"ש

כשעה אחת לפני הלידה כיון שעד שעת הלידה אין הגולן קונה את השבח לפי רב זביד שסובר שעל גבי גזילה דנגזל הוי.

מיהו אכתי צ"ע על התירוץ השני הנ"ל משום שאפילו אם אין שום ריווח אבל בכל זאת למה לא פירש"י באופן שגזל ריקנית כדי שיהי' ציור אחד עם מחלוקתו של רבי יהודה עם רבי שמעון. ועוד דיתכן שלפי רב זביד הכל מודים שלאחר הלידה הדרה השומא לשעת תחילת הגזילה כמש"כ באות רצ"ה.

והנה כל הנ"ל כתבנו על פי ההנחה שכוונת רש"י היא להעמיד את דברי רבי יהודה באופן שגזלה טעונה ומעוברת. מיהו ביש"ש בסי' ה' ראיתי שנוקט שלעולם גם רש"י מודה שהציור של המחלוקת שבין רבי מאיר ורבי יהודה הוא באופן שגזלה ריקנית וכמו הציור של רבי שמעון, ומה שהזכיר רש"י שתשלומי העובר והגיזה הם כשעת הגזילה, שזה קאי על ציור שגזלה טעונה ומעוברת, הרי זה רק בכדי להשמיענו שכן יהי' הדין בציור כזה, אבל לא שבהכי איירי רבי מאיר ורבי יהודה (כן נראה לי כוונת היש"ש במה שכתב שם "ומה שפירש פירש לפי האמת").

ב. ועיין בבעל המאור כאן בד"ה רבי יהודה שסובר דלא כרש"י, אלא שמה שאמר רבי יהודה שהגזילה חוזרת בעיני, אינו חוזר על הציור של ילדה וגזזה דאיירי בו רבי מאיר אלא הרי הוא חוזר רק על

דברי רבי שמעון בנוגע לשבח שעל גבי גזילה, והיינו משום שסובר הבעל המאור שלידה וגיזה חשיבי שינויים גם לגבי גוף הבהמה ומש"ה א"א לומר שרבי יהודה קאי על ציורו של רבי מאיר, דהא א"כ מאי חוזרת בעיני' דקאמר, הלא דינו הוא לשלם דמים, והוי ל' למימר שהוא משלם דמי פרה העומדת לילד (כן היא שיטת הבעל המאור שלידה וגיזה חשיבי שינויים לגבי גוף הבהמה).

והנה הרמב"ן במלחמות בד"ה ועוד רבי יהודה וכו' השיג על הבעל המאור משום שגם לפי שיטת הבעל המאור שלידה וגיזה חשיבי שינויים, אבל מ"מ הרי זה רק באופן שגזלה מעוברת וילדה, אבל בציור של גזלה ריקנית ונתעברה וילדה גם הבעל המאור מודה שאין הלידה נחשבת שינוי בנוגע לגוף הבהמה מאחר שהיא עכשיו ריקנית כמו שהיתה בשעת הגזילה, וא"כ אכתי שפיר י"ל שקאי דברי רבי יהודה על דברי רבי מאיר, והיינו משום שרבי מאיר קאי גם על ציור של גזלה ריקנית ונתעברה וילדה, דגם בכה"ג קונס רבי מאיר את הגולן להחזיר את הכל, וא"כ בכה"ג שפיר קאמר רבי יהודה שהגזילה חוזרת בעיני' כלומר שהוא מחזיר רק את גוף הפרה [כן נראה כוונת הרמב"ן בקושייתו הראשונה שם]*). ועוד השיג הרמב"ן שבאמת אין הדין כדברי הבעל המאור, אלא לעולם גם בציור של גזלה מעוברת וילדה אין הלידה נחשבת כשינוי לגבי גוף הבהמה, וא"כ שפיר מצי קאי רבי

אינו חשיב שינוי. וכן עיין באות רצ"ב סק"ט בענין דעת הגר"א והקצה"ח בציור זה לפי תוס'.

* ועיין באות רצ"ד סק"ב שנדון באם באמת מודה הבעל המאור שבגזלה ריקנית ונתעברה וילדה

יהודה גם על ציור של גזלה מעוברת משום שגם בכה"ג הרי הוא מחזיר את הפרה עצמה (וכשיטת רש"י) משום שהלידה חשיבא שינוי רק לגבי העובר והגיזה אבל לא לגבי גוף הבהמה.

רפ"ט) מאי בינייהו.

צ"ע למה לא אמרו דאיכא בינייהו שלפי רבי יהודה הפרה עצמה חוזרת משום שאין הלידה חשיבא שינוי על גוף הבהמה (וכשיטת רש"י והרמב"ן), ורבי שמעון סובר שהוא משלם את דמי הבהמה משום שהלידה והגיזה חשיבא שינויים גם על גוף הבהמה (וכשיטת הבעל המאור).

ועיין בסוף אות רצ"א שנבאר שלפי רב זביד יוצא שרק בדעת רבי יהודה יתכן לומר שאין הלידה והגיזה נחשבות כשינויים לגבי גוף הבהמה, אבל לפי רבי שמעון הרי הם שפיר נחשבות שינויים, וא"כ מכיון שכן, קשה כהנ"ל, דאולי זהו באמת כל הנפקא מינה ביניהם.

רצ) שבח שעל גבי גזילה.

עייין לעיל בהערה הראשונה על אות רפ"ח שהבאנו את שיטת התוס' רי"ד ורוב הראשונים בסוגיין שאפילו המ"ד שסובר ששבח שעל גבי גזילה הוא של הגזלן, לא קאמר אלא בציור של גזלה ריקנית ונתעברה, אבל היכא שגזלה מעוברת, רק שהוסיף העובר לגדול ברשות הגזלן, אז גם הוא מודה שאין להגזלן שום חלק בו. והוסיף התוס' רי"ד שם שלפי שיטתו הנ"ל לא שייך לומר ששבח שעל גבי גזילה הוא של הגזלן אלא בגזלה ריקנית ונתעברה

אבל לא היכא שגזלה ריקנית ונטענה בגיזה, דהא גם בשעת הגזילה בעל כרחך היו שם שרשים וקצת צמר, דהא גם כשגוזז הרי נשארים שם שרשים וכל שהוא גיזה, וא"כ יוצא שבגיזה לא שייך לומר שהשבח שעל גבי גזילה הוא של הגזלן, אלא כל הסוגיא איירי רק בענין נתעברה ולא בענין נטענה. מיהו ביתר המפרשים והפוסקים לא מצאנו שחילקו כן אלא כולם השוו גיזה ולידה אהדדי, אלא שלכאורה קשה עלייהו קושיית התוס' רי"ד שגם בשעת הגזילה בעל כרחך היו שם לכה"פ שרשים וכל שהוא גיזה.

וצ"ל שהם סוברים שאע"פ שנמצאים שם שרשים וכל שהוא גיזה, אבל מ"מ מכיון שלמראה העין אין שם שום גיזה, משום הכי שפיר קונה לפי המ"ד שסובר ששבח שעל גבי גזילה הוא דגולן.

גם י"ל שהם סוברים שאע"פ שבודאי מוכרח להשאר שם קצת גיזה אבל מ"מ לא איכפת לן בזה אלא אכתי י"ל שמה שמוסיף יהי' של הגזלן, והיינו משום שאנו מסתכלים על כל מקצת שחזור וצומח כחפצא בפני עצמו, באופן שלגבי ההוספה חשיב כמו ריקנית ונתעברה, משא"כ בעובר הרי אנו מסתכלים על כל העובר כחפץ אחד, והרי כל הגידול והתוספת היא באותו העובר עצמו, דהיינו בזה שהוא הולך וגדל ומתפתח, ולכן לא מיקרי שניתוסף חפץ חדש שלא הי' כאן קודם, וממילא היכא שגזלה מעוברת והוסיפה אין להגזלן כלום.

מיהו לפי הדרך השני' שכתבנו צריך לצאת שאפילו אם גזלה כשהיתה טעונה כבר בגיזה ניכרת, אבל מ"מ אם הוסיפה

לגדל עוד גיזה הרי הגיזה הזאת תהי' של הגזלן לפי המ"ד שסובר ששבח שעל גבי גזילה הוא של הגזלן, דהא גם כאן הרי הוא כחפץ בפני עצמו ולא דמי לעובר שנתגדל קצת, והרי המפרשים והפוסקים לא חילקו בזה, אלא מבואר מדבריהם שגם לגיזה יש אותו הדין שיש לעובר, והיינו שאין להגזלן כלום אלא אם כן גזלה ריקנית בלי שום גיזה ניכרת, ומוכח מזה שגם בגיזה מסתכלים על הכל כעל חפצא אחד, וא"כ מחוורתא כדרכנו הראשונה.

רצא) רש"י ד"ה דרבי יהודה סבר דנגזל הוי.

א. וז"ל בביאור דעת רבי מאיר, חזינן לי' כמאן דכולה שבחא אכתי עלה כמי שלא נגזזה ומשלם כולה משום קנסא וכו' עכ"ל. צ"ע מה הכריח אותו לפרש שצורת הקנס של רבי מאיר היא משום שרואים כאילו השבח עוד על גבי הגזילה. גם צ"ע שאם זוהי צורת הקנס א"כ איך מדמינן לי' בסוגיין להצירורים של צבע ושבח קרקעות, הלא התם לא שייך לקנוס על הדרך שהזכיר רש"י כאן, דהא התם אין לנו שום ציור מסוים שאנו מוציאים ממנו את השבח מצד הדין אשר נוכל לומר שמשוינן כהצירור ההוא.

ב. וז"ל, ואי הדר תבע מיני' וכו' עכ"ל. צ"ע דגם בלא תביעת הנגזל הרי הגזלן חייב לשלם מעצמו, ואפילו אם נאמר שהיכא שהגזלן משלם ממון אין כאן הקיום מצוה של והשיב, אלא הרי זה רק בגדר חיוב ממון בעלמא (עיי' בזה באות ג'), אבל מ"מ וכי אינו חייב לשלם מעצמו,

ונהי שצייר רש"י בתחילת הדיבור שאיירי רבי יהודה באופן שהוצרך לתובעו בב"ד אבל הכא הרי רש"י בא להשמיענו את חיובו הנוסף של הגזלן ומה עליו לעשות וא"כ למה כתב בסגנון שמשמע שעליו לשלם רק אם תבעו בב"ד, ועוד דאפילו אם נתכוין רש"י לציור שאינו רוצה לשלם וכנהנ"ל אבל בכל זאת מאחר שתבע את הבהמה למה אין ב"ד מעצמם מחייבים אותו לשלם את הגיזות והעובר כשעת הגזילה, גם בלי שיתבעם בנפרד.

ועיין היטב בלשון הקצה"ח בסי' ש' סק"א דמשמע שבלא תביעה אינו חייב להשתדל לבצע את תשלומי חובו, וא"כ י"ל שגם ב"ד אינם חייבים להשתדל בזה.

מיהו אין זה מספיק כי התביעה הראשונה שהזכיר רש"י כלל גם את הגיזות ואת הולדות וא"כ למה אין ב"ד מעצמם מחייבים אותו לשלם את דמיהם. ברם נראה שהן אמת שהנגזל נתכוין לתבוע אז גם את הגיזות והעובר אבל הרי לא נתכוין לתבוע את דמיהם אלא את גופם, ומש"ה מאחר שפסקו שאינו מחזיר את גוף הגיזות והולדות הרי יוצא שאכתי לא תבע את דמיהם, ולכן שפיר כתב רש"י שהוא צריך שוב לתבוע.

והעירוני שבפסקי הרי"ד על דף ק"ג איתא שאינו צריך לרדוף אחרי בעל חובו למדי.

ובשו"ת הרדב"ז בחלק ב' סי' תר"י כתב שפריעת בעל חוב הרי היא בכלל מצות והשיב, כי מצות והשיב כוללת לא רק גזילה אלא גם כל ציור שיש בידו ממון חבירו, וסמך את עצמו על לשון הרמב"ם עיין שם.

רצב) תד"ה בשבח.

א. וז"ל, אבל שבח שלא על גבי גזילה
הוי דגזלן או משום דהוי שינוי גמור או
משום תקנת השבים עכ"ל. הנה הגר"א
בסי' שנ"ד סק"ב בהליקוט השני כתב
שלפי תוס' היתה מעוברת וילדה הוי שינוי
גם בגוף הפרה ודלא כשיטת רש"י. אמנם
אינו מוכח שם שכוונתו היא גם לפי מה
שציידו תוס' לומר בלשונם הנ"ל ששבח
שלא ע"ג גזילה הוא רק משום תקנת
השבים (וכוונתם היא גם להיתה מעוברת
וילדה), דהיינו שתיקנו משום תקנת השבים
שיקנה גם את גוף הפרה. ועי' עוד באות
רפ"ב שהבאנו את שיטות הראשונים בענין
אם הגזלן קונה את גוף הפרה.

וע"ע בכיפור הגר"א בסי' שנ"ג סק"ו
וכן בסי' שנ"ד שם שכתב שאפילו לפי
הדרך הראשונה של תוס' כאן (לפני
שהביאו את דברי ר"ת) שסוברים שהטעם
לומר ששבח שעל גבי גזילה הוא דגזלן
הרי הוא משום תקנת השבים אבל מ"מ
צורת התקנה היתה ששינוי החוזר יקנה
לגמרי (ועיין לקמן כאן בסק"י בנוגע
לביאור דעת ר"ת), וכוונתו היא לענין גוף
הפרה עיי"ש (ובאמת השבח גופי' לגבי
עצמו הרי אינו בגדר שינוי החוזר) ולקמן
בסק"ו נכתוב את הכרחו לזה, אבל עכ"פ
להדיא חזינן מדברי הגר"א האלו ששפיר
מהני תקנת השבים גם לענין לקנות את גוף
הפרה, וא"כ ה"ה להיתה מעוברת וילדה
ואפילו אם נאמר דהוי רק משום תקנת
השבים.

איברא, אכתי אין ראי' מזה למעוברת
וילדה, והיינו משום שי"ל שרק בשבח
שעל גבי גזילה תיקנו שיקנה את גוף הפרה

ועכ"פ אולי כתב כן רש"י כדי ליישב
למה לא הזכיר רבי יהודה כלום בנוגע
לתשלומי העובר, ולא הזכיר אלא שגוף
הפרה חוזרת בעיני' (עיין בזה לעיל באות
רפ"ח סק"א), והיינו משום שאינו משלם
את הגיזות והולדות בלי תביעה נוספת.

ג. וז"ל, ואתא רבי שמעון למימר אפילו
שבחא עלי' נוטלו גזלן דשינוי קונה עכ"ל.
משמע שהטעם של רבי יהודה שסובר
שבח שעל גבי גזילה הוא של נגזל הרי
הוא משום ששום שינוי אינו קונה. מיהו
לעיל בסמוך כתב שלפי רבי יהודה שפיר
קי"ל ששינוי קונה. ויש ליישב. ועיין עוד
בנוגע לדעת רבי יהודה בזה בדברינו על
תד"ה שבח וכו' בהאות הבאה.

ד. וז"ל, ולא ישלם אלא דמים ראשונים
כאלו היא שומא אצלו בכסף עכ"ל. הנה
נראה פשוט שהכוונה בזה היא שהוא
משלם עבור גוף הבהמה בדמים ואינו
מחזירה בעין, דהא רש"י איירי בצירוף של
גזלה ריקנית וכמש"כ בד"ה בשבח שעל
גבי גזילה, והרי רבי שמעון סובר בכה"ג
שהגזלן נוטל את גוף השבח כולו וכמש"כ
רש"י משום ששינוי קונה ובשביל השבח
אינו צריך לשלם כלום דהא גזלה ריקנית,
וא"כ בע"כ צ"ל שמה שאמר רבי שמעון
שהוא משלם דמים הרי זה קאי על גוף
הבהמה. ולפ"ז להדיא חזינן שהשינויים של
נטענה ונתעברה חשיבי שינויים בגוף
הבהמה לפי רבי שמעון, וכ"ש להשינויים
של לידה וגזיזה שהם יותר קרובים לשינוי
גמור שאינו חוזר מנטענה ונתעברה (כמו
שנבאר בהאות הבאה בסק"ב).

(וממילא אפילו אם ילדה אח"כ עיי"ש), אבל היכא שגזלה מעוברת וילדה, דהתם מתחילת שעת הקנין הרי השבח עומד בנפרד מהפרה, אכתי י"ל שתיקנו שיקנה רק את השבח אבל לא את גוף הפרה. מיהו עיין במה שהבאנו עוד להלן בסק"ד מהגר"א בסי' שני"ג שם בדעת תוס' שבהיתה מעוברת וילדה וטעונה וגזזה, הרי הגזלן

מקבל גם את גוף הבהמה, ושפיר מועילה התקנת השבים לזה.

והנה הי"ש"ש בסי' ד' כאן כתב דלא כהגר"א אלא שבין לפי ר"ת ובין לפי הדרך הראשון בתוס' אינו קונה אלא את השבח שעל גבי הגזילה לחוד אבל לא את גוף הפרה. והרא"ש כאן בסי' ג' כתב כהגר"א אפילו לפי הר"י (הדרך הראשון של תוס') שסובר משום תקנת השבים. ודע שמתוס' בד"ה לר"ש וכו' משמע שלכה"פ לפי הר"י אינו קונה את גוף הפרה בשבח שעל גבי גזילה.

ב. וז"ל, אבל שבח שלא על גבי גזילה הוי דגזלן או משום דהוי שינוי גמור עכ"ל. הנה יש לפרש שכוונתם היא דהוי שינוי שאינו חוזר משא"כ שבח שעל גבי גזילה דהוי שינוי החוזר, וכן כתב המהרש"א כאן. ולפי זה תהי' סברת רב זביד כמו שפירש ר"ת את דבריו להלן דהיינו משום שהוא סובר ששינוי החוזר אינו קונה. מיהו

יש גם לומר שכוונת תוס' היא לומר ששבח שעל גבי גזילה גרע אפילו משינוי החוזר וגם בשעתו אינו על המדריגה של שינוי, והיינו משום הסברא שכתב הבעל המאור בד"ה רבי יהודה וז"ל, שגדל מאליו וסופו לינטל משם עכ"ל. וכוונתו שם היא שלא הוי שינוי כלל ולא רק דהוי שינוי החוזר עיי"ש*).

א"נ משום סברת המלחמות שם בד"ה ועוד רבי יהודה (בסופו) וז"ל, דהואיל ולא נשתנית גוף הגזילה, ברשות מרא קיימא, ולדידי' אשבח, ואין כאן שינוי עד שיגזוז, שכל המחובר לה כמוה עכ"ל. ונראה שכוונתו היא כך, שאין כאן שינוי לגבי גוף הבהמה משום שגוף הבהמה עצמה לא נשתנית, ולא סגי בהתהוות העובר והגז להחשב שינוי לגבי גוף הבהמה, והא דאינו קונה לכל הפחות את העובר והגזל ואינם נחשבים שינויים לכה"פ לגבי עצמם הרי זה משום שכל זמן שהם על גבי הבהמה הרי הם מתבטלים לגוף הבהמה ונחשבים כמוה (דבע"כ אין דבריו האחרונים שכתב שכל המחובר לה הרי הוא כמוה משמשים כטעם למה אין כאן שינוי על גוף הבהמה, דהא גם אם אין המחובר לה נחשב כמוה הדין נותן שלא יחשב שינוי על גוף הבהמה כיון שאינו נחשב חלק מהבהמה). וע"ע במהדורא בתרא שביאר גם הוא למה לא חשיב שינוי לגבי גוף הגזילה בזה"ל, שודאי אינו נקרא שינוי כל כך

באופן שגם לגבי השבח עצמו חשיב כאילו אין כאן שום שינוי.

מיהו לפי הבעל המאור הרי אי אפשר לומר שהוא מתבטל דהא סופו להנטל משם וכגוף סברת הבעל המאור.

* לכאורה צ"ע דמ"מ ליחשב שינוי לגבי גוף השבח לענין למקני את גוף השבח. ולכאורה התירוץ הפשוט על זה הוא כמו שנביא לקמן בסמוך מהרמב"ן שמאחר שלא מיקרי שינוי לגבי הפרה הרי השבח מתבטל לגבי הבהמה

כשהיא על הגזילה שעל כל פנים גם הגזילה היא בעין עם השינוי משא"כ כשאין על גבי גזילה אז הוי שינוי יותר שאין מחוברים יחד כלל הגזילה עם הדבר שנשתנה ומהיכא תיתי שיהי' זה שינוי להנגזל עכ"ל.

ג. וז"ל, או משום דהוי שינוי גמור וכו' עכ"ל. פי' משא"כ שבח שעל גבי גזילה דהוי שינוי החוזר לברייתו, כן פי' המהרש"א.

והנה צריך ביאור למה ס"ל לרבי יהודה בצבע שאינו קונה בשינוי, דהא תוס' בהמשך דבריהם ביארו רק למה לא שייך בצבע למיחש לתקנת השבים, אבל לא ביארו למה לא חשיב שינוי גמור. וכתב המהרש"א שאין לומר שהיינו משום שלא נתכוין לקנות וכמו שכתבו תוס' להלן בשם ר"ת, דא"כ יוצא שהפירוש הזה של תוס' בדברי רב זביד הרי הוא כמו דברי ר"ת להלן. והנה דברי המהרש"א בנויים הם על ההנחה שמה שכתבו תוס' להלן בשם ר"ת שלא קני בצבע משום שלא נתכוין לקנות, כוונתם בזה היא להסביר את דברי רבי יהודה גם לפי רב זביד ולכן כתב המהרש"א שמשמע שהפירוש הראשון של תוס' אינו רוצה לפרש כן. והסיק המהרש"א שלפי תחילת דברי תוס' טעמו של רבי יהודה בצבע הוא משום דהוי שינוי החוזר משום שאפשר להעבירו לגמרי ע"י צפון, וכתב שזהו גם הטעם של שבח שעל גבי גזילה וכמו שהבאנו כבר.

אלא שדברי המהרש"א צריכים ביאור וכקושיית המהדורא בתרא עליו, דאולי כוונת ר"ת במה שאמר שטעמו של רבי

יהודה בצבע הוא משום שלא נתכוין לקנות הרי היא רק לפי רב פפא, אבל לא לפי רב זביד, אלא לפי רב זביד טעמו של רבי יהודה בצבע הוא משום שלא מיקרי שינוי, וא"כ אכתי איכא למימר שתוס' בתחילת דבריהם אזלי שגם לפי רב זביד הטעם הוא משום שלא נתכוין לקנות.

ועיי"ש שהסיק המהדורא בתרא שבכל זאת לפי האמת אכתי יתכן לומר כדברי המהרש"א שתוס' בתחילת דבריהם סוברים שבין לפי רב פפא ובין לפי רב זביד טעמו של רבי יהודה בצבע הוא משום דהוי שינוי החוזר, דהא בתחילת דבריהם הרי הם סוברים שגם רב פפא סובר ששינוי החוזר אינו קונה היכא שלא שייך תקנת השבים וא"כ זה יכול להיות טעמו של רבי יהודה בצבע גם לפי רב פפא (כיון שבצבע לא שייך תקת"ש וכמו שביארו תוס'), ועל זה בא ר"ת לחלוק ולפרש שלפי רב פפא שינוי החוזר קונה מצד הדין ולכן הוצרך לחדש בצבע את הטעם של לא נתכוין לקנות, אבל לפי רב זביד גם ר"ת מודה שטעמו של ר"י בצבע הוא משום ששינוי החוזר אינו קונה.

נמצא שיש ג' דרכים, דלפי המהרש"א תוס' בתחילת דבריהם סוברים שטעמו של רבי יהודה בצבע הוא משום שינוי החוזר בין לפי רב זביד ובין לפי רב פפא, ור"ת סובר שלפי שניהם הטעם הוא משום שלא נתכוין לקנות. והמהדורא בתרא בדרכו הראשון סובר שתוס' בתחילת דבריהם סוברים שלפי שניהם טעמו של רבי יהודה בצבע הוא משום שלא נתכוין לקנות, ולפי ר"ת לפי רב זביד הטעם הוא משום שלא מיקרי שינוי ולפי רב פפא משום שלא

נתכוין לקנות. ובדרכו השני' סובר המהדורא בתרא שלפי תחילת דברי תוס' בין לפי רב זביד ובין לפי רב פפא טעמו של רבי יהודה בצבע הוא משום שינוי החזור, ולפי ר"ת לפי רב זביד טעמו של רבי יהודה בצבע הוא משום שינוי החזור ולפי רב פפא משום שלא נתכוין לקנות.

והנה עיין במהדורא בתרא שכתב עוד טעם למה שבח שעל גבי גזילה וצביעה לא חשיבי שינויים, הבאנו דבריו לעיל בסמוך וכן לעיל בסק"ב. וגם סברת הרמב"ן שהבאנו בסק"ב שייכת בצבע. ועיין עוד בחזו"א בסי' י"ז סק"ב שכתב קרוב לדבריהם דעיי"ש שכתב שלפי הדרך שכתבו תוס' ששבח שלא על גבי גזילה קונה משום דחשיב שינוי גמור ולעולם מודה רבי יהודה ששינוי קונה, א"כ לפ"ז טעמא דרבי יהודה בצבע הוא משום שלא נשתנה גוף הצמר וכסברת תוס' לעיל בדף צ"ג ע"ב. ובד"ה יש וכו' הוכיח כדברי ר"ת שסברת רבי יהודה בצבע הוא משום שלא נתכוין לקנות, כלומר שלא נתכוין לגזול (עי' להלן כאן בסקי"א). ועיין גם ברשב"א כאן בד"ה אלא וכו' שכתב שטעמו של רבי יהודה בצבע הוא משום שהוא סובר שהמשנה מדעת בעל הבית לא מיקרי גזול כיון שלא נתכוין לגזול.

והגר"א בסי' שנ"ד סק"א כתב שטעמו של רבי יהודה בצבע ובשבח שעל גבי גזילה הוא משום ששבח לא מיקרי שינוי. אמנם עיין בחזו"א בסי' י"ז סק"ט שנתקשה בסברת הדבר וגם הקשה על זה מכמה מקומות עיי"ש.

ורש"י בע"ז דף ז' ע"א כתב שטעמו של רבי יהודה בצבע הוא כדי שלא יהא חוטא

נשכר. ולפ"ז גם טעמו במה שהוא סובר לפי רב זביד ששבח שעל גזילה הוא דנגזל יכול להיות כדי שלא יהא חוטא נשכר. וזהו קרוב למה שצדדו תוס' לומר לעיל כאן בע"א ששבח שעל גבי גזילה הוא דנגזל משום קנס על הגזול. ועיין גם בראב"ד בשט"מ כאן בע"ב בד"ה מאי וכו' שכתב שטעמו של רבי יהודה בצבע הוא משום קנס.

ד. וז"ל, אבל שבח שלא על גבי גזילה הוי דגזול או משום דהוי שינוי גמור או משום תקנת השבים עכ"ל. הרי שצדדו תוס' לומר שלידה וגזיזה אינם מועילים מדינא אפילו לענין להקנות להגזול את הוולד והגיזה. ולכאורה צ"ע למה, דהא כל הטעמים שכתבנו לעיל בסק"ב וסק"ג לענין צבע ושבח שעל גבי גזילה אינם שייכים בכה"ג. ועיין בפ"י שכתב באמת שאינו יודע טעם למה לא יחשבו שינויים. והסיק משום כך שכוונת תוס' בזה היא לפרש שרבי יהודה חולק על כל הדין של שינוי קונה וס"ל ששינוי אינו קונה כלל וכמו שיטת בית שמאי.

ועיין במלחמות כאן בסד"ה ועוד רבי יהודה וכו' שהוכיח שגם לפי רב זביד צ"ל שרבי יהודה סובר ששינוי קונה ממה שהגזולן קונה את השבח שלא על גבי גזילה כשגזזה. מיהו צ"ע על הוכחה זו משום שי"ל שהטעם הוא משום תקנת השבים כמש"כ תוס'. גם הוכיח הרמב"ן שבעל כרחך שגם לפי רב זביד צ"ל שרבי יהודה מודה ששינוי קונה, דהא מתניתין רבי יהודה היא ותנן ששינוי קונה, וכן תנן בהרישא שגזול עצים ועשאן כלים קונה,

והיינו משום ששינוי קונה. מיהו גם זה לא הבנתי, דהא י"ל כהנ"ל דהוי משום תקנת השבים, וכן בנוגע לגזל עצים ועשאן כלים י"ל שרב זביד סובר כאביי ורבי יוחנן שמפרשים דהיינו מדרבנן משום תקנת השבים.

ובביאור הגר"א בסי' שנ"ג סק"ו כתב שכוונת תוס' היא שלעולם לידה וגזיזה חשיבי שפיר שינויים גמורים לענין הוולד והגזיזה, רק שלגבי הבהמה אכתי חשיבי בגדר שינויים החוזרים משום שלא אמרין על הוולד והגזיזה השניים שפנים חדשות באו לכאן, ולכן הוצרכו תוס' לצדד שיש כאן תקנת השבים, והיינו כדי שיקנה הגזלן גם את גוף הבהמה. וכדבריו כתב גם בחידושי הגר"ח על הש"ס בסוגיין. ועיין בסמ"ע בסי' שנ"ד סק"א שהזכיר סברא זו בדעת הרמב"ם. והט"ז השיג עליו שם שבודאי חשיב פנים חדשות וכן ביאר הרא"ש כאן בסי' ג'.

והנה יש לעיין דאם נאמר שלעולם מודה רבי יהודה ששינוי קונה רק דס"ל ששינוי החוזר אינו קונה, א"כ למה סובר רב זביד ששבח שעל גבי גזילה הוא של הנגזל, דנהי שלענין לקנות את גוף הבהמה הרי זה נקרא שקרה בגוף הבהמה שינוי החוזר אבל מ"מ הרי כשאנו דנין על הגיזות והוולד הרי הוא בגדר שינוי גמור שאינו חוזר ולגבי אינהו גופייהו שפיר מיקרי שיש כאן שינוי וא"כ אמאי אינו קונה. וצ"ל שמכיון שלא מיקרי שינוי לגבי גוף הבהמה, וגוף הבהמה נשאר של הנגזל, הרי הגיזתו והעובר בטלים לגבי גוף הבהמה וחשיבי כמוה ואינם נקראים חפצים בפני עצמם, ומש"ה אין הגזלן קונה

אותם, וכבר הזכרנו סברא זו לעיל בסק"ב בשם הרמב"ן.

ה. וז"ל, ואע"ג דגבי נתן לצבוע לו אדום וצבעו שחור קאמר רבי יהודה שאם השבח יתר על היציאה וכו', התם דלא נחית בתורת גזילה לא שייך תקנת השבים עכ"ל. ולכאורה בשיטת רבי מאיר י"ל ג' סברות. א', שהוא סובר שצבע הוא שינוי שאינו חוזר (עיין לעיל באות רמ"ז שהבאנו שיש סוברים כן), ב', שהוא סובר ששינוי החוזר קונה גם היכא שלא שייך הטעם של תקנת השבים, ג', שהוא סובר שגם בשוגג יש לחשוש לתקנת השבים שמא לא ירצה להשיב מאחר שטרח בו ולכן תיקנו שינוי החוזר קונה.

ודע שרש"י בע"ז דף ז' ע"א כתב שלפי רבי מאיר הרי הוא קונה רק אם הוא רוצה לקנות. ולכאורה זהו דלא כמו הקובץ שיעורים שר"ל באות כ"ו ששינוי קונה אפילו בעל כרחו של הגזלן.

מיהו לפי הדרך השלישי שכתבנו בדעת רבי מאיר אין דברי רש"י להיפך מזה משום ששאני צבע דהוי משום תקנת השבים, וא"כ י"ל שהיכא שלאחר שנודע אינו רוצה לקנות לא תיקנו תקנת השבים (ועי' לעיל באות רמ"ד).

ו. וז"ל, וכן צ"ל לרב פפא ע"כ דאמר לרבי יהודה שבח שעל גבי גזילה דגזלן הוי דהיינו משום תקנת השבים וכו' עכ"ל. הנה כבר הבאנו לעיל בסק"א את דברי הגר"א שהבין שכוונת תוס' בזה היא שהגזלן קונה גם את גוף הפרה. מיהו יש לעיין מה הוא הכרחו של הגר"א ללמוד כן, דאולי אינו קונה אלא את השבח לחוד,

ובשלמא לפי ר"ת שמפרש שהוא קונה את השבח שעל גבי הגזילה משום ששינוי החוזר שפיר קונה, א"כ בודאי נראה שהוא קונה גם את גוף הפרה דהא השינוי החוזר הוא על גוף הפרה, אבל לפי הפירוש הראשון של תוס' לכאורה אין הכרח לומר כן.

והנה עיין בהרא"ש כאן שכתב ג"כ כדברי הגר"א שהוא נוטל גם את גוף הפרה, וגם הביא כן בשם הר"י ומבואר שם שהכרחו הוא משום שחזינן לקמן שפשיטא לי' להש"ס שלפי רבי יהודה הרי הגזלן נוטל את גוף השבח ולא רק דמים, וביאר הרא"ש בשם הר"י דהיינו משום שהוא נוטל אפילו את גוף הפרה עיי"ש (ודלא כהגהת הב"ח כאן באות ג'). מיהו בדעת תוס' אכתי אין הכרח לומר כן, דהא תוס' כתבו להלן שם ביאור אחר בענין למה פשיטא לן לפי רבי יהודה. ולא עוד אלא שמשמע מדבריהם שם שאינו מקבל את גוף הפרה (ואזיל כמו הפירוש הראשון של תוס' אצלינו).

ונראה שהכרחו של הגר"א הוא מתוס' להלן בדף צ"ו ע"ב בד"ה ועבדי' דעיי"ש בגמ' דאמר רב פפא ששינוי החוזר אינו קונה, וכתבו תוס' דהיינו רק בכגון הנהו גווני דהתם משום שהם שינויים גרועים, אבל היכא ששינהו לדבר חשוב הרי הוא שפיר קונה אפילו אם הוא חוזר לברייתו. ובמהרש"א שם מבואר שהכרחם של תוס' לומר כן הרי הוא משום שאל"כ יקשה על דברי רב פפא שם מדברי רב פפא עצמו בסוגיין שסובר ששינוי החוזר כגון שבח שעל גבי גזילה שפיר קונה עכ"ד המהרש"א, וא"כ מזה מוכח שתוס' סוברים

שבשבח שעל גבי גזילה הרי הוא מקבל גם את גוף הפרה, דהא אם נאמר שלפי תוס' אינו קונה אלא את השבח לחוד אבל לעולם אינו מקבל את גוף הפרה, א"כ לא קשה כלום ממימרא דרב פפא בסוגיין אלא שפיר קאמר רב פפא לקמן ששינוי החוזר אינו קונה, ולעולם גם שם יצטרך הנגזל לתת להגזלן את השבח שעל גבי הגזילה וכדברי רב פפא בסוגיין, וא"כ מהא דלא תירצו תוס' בדף צ"ו כהנ"ל אלא חידשו את חילוקם הנ"ל, הרי מוכח שהם סוברים שבשבח שעל גבי גזילה הרי הגזלן מקבל גם את גוף הפרה לפי רב פפא.

מיהו עיי"ש במהרש"א שדקדק לומר שדבריו הם כשיטת ר"ת בסוגיין שלפי רבי יהודה אליבא דרב פפא שינוי החוזר קונה. ונראה שכוונתו בזה היא משום שסובר המהרש"א שלפי ר"ת בודאי צ"ל שהגזלן קונה את גוף הפרה וכמו שביארנו כבר, אבל לפי דרכם הראשון של תוס' שמפרשים משום תקנת השבים הרי שפיר י"ל שהוא קונה רק את השבח לחוד אשר לפ"ז באמת לא קשה מידי ממימרא דרב פפא בדף צ"ו וכמו שכתבנו לעיל. ולפי דרכם הראשון לא בעינן לדבריהם בדף צ"ו.

ועיין עוד ברשב"א בדף צ"ו שם שחולק על תוס' וסובר שר"פ שם ס"ל בכל הציורים ששינוי החוזר אינו קונה. ומבואר מיתר דבריו להלן שם שלפ"ז צ"ל שכוונת רב פפא בסוגיין היא רק שהגזלן מקבל את השבח. ועיין עוד בים שלמה כאן בס"ד שסובר שבין לפי הר"י (הדרך הראשון בתוס') ובין לפי ר"ת אין הגזלן קונה את גוף הפרה אלא רק את השבח לחוד ודלא

כהרא"ש והגר"א. מיהו דבריו בדעת ר"ת אינם מובנים לי וכמו שהערנו לעיל שלפי ר"ת בודאי נראה שהוא קונה את גוף הפרה.

גם י"ל בדעתו של הגר"א במה שסובר שלפי תוס' בשבח שעל גבי גזילה הרי הגזלן קונה גם את גוף הפרה, דהיינו משום דאזיל לשיטתו סי' שנ"ג סק"ו דס"ל שגם בלידה וגזיזה מהני התקנת השבים להקנות את גוף הפרה וכמו שביארנו בסק"א וסק"ד, וא"כ כ"ש בשבח שעל גבי גזילה שצריך להיות כן כמו שמבואר מתוך דברינו בסק"א.

ז. וז"ל, והשתא הוי סברא הפוכה וכו' עכ"ל. הנה תוס' בלשונם כאן הזכירו גם את פלוגתת רבי מאיר ורבי יהודה לענין צבע. וצ"ע למה, דהא הסברות ההפוכות הן רק לגבי מחלוקתם בגיזה וולדות, דרבי יהודה עושה תקנת השבים ורבי מאיר סובר שאדרבה קנסינן לי, וא"כ למה הזכירו תוס' בנוגע לזה את מחלוקתם בצבע.

ונראה פשוט שביאור הדבר הוא כך, דמדברי רבי יהודה גבי צבע חזינן שטעמו בשבח שעל גבי גזילה אינו משום שהוא קונה בשינוי אלא משום תקנת השבים, דהנה טעמו גבי צבע הוא או משום ששינוי אינו קונה או משום שאינו שינוי גמור (עיין בסק"ג), והרי שני הטעמים האלו היו מספיקים לפעול גם שלא יקנה שבח שעל גבי גזילה, רק שבכל זאת סובר רבי יהודה שתיקנו תקנת השבים, ומקילים על הדין דאורייתא כדי להקל על הגנב, ואילו מרבי מאיר חזינן איפכא, והיינו שאע"פ שמדבריו גבי צבע חזינן שהוא סובר

ששינוי כזה שפיר קונה, אבל מ"מ בשבח שעל גבי גזילה הרי הוא קונס, וקנסינן לא רק לענין שלא עבדינן תקנת השבים אלא לענין הדין דאורייתא ששינוי קונה, דאנו מקשים על הגנב נגד הדין דאורייתא (ועי' לעיל בריש סק"ה בנוגע לטעמו של ר"מ בצבע).

מיהו כל זה הוא נכון רק לפי דרכם הראשונה של תוס', אבל לפי ר"ת לא שייך לומר כהנ"ל, שהרי ר"ת סובר שטעמו של רבי יהודה בצבע הוא משום שעשה כן בשוגג ולא נתכוין לקנות, ואילו טעם זה לא שייך גבי שבח שעל גבי גזילה, וא"כ יוצא שמחלוקתם גבי צבע אינו מוסיף כלום להסברות ההפוכות גבי שבח שעל גבי גזילה, כי מצד שיטת רבי יהודה גבי צבע ה' אפשר לומר שטעמו גבי שבח שעל גבי גזילה הוא משום שהוא סובר ששינוי כזה קונה וכמש"כ ר"ת ולא מצינו בצבע שהוא מקיל על הגנב משום תקנת השבים.

ח. וז"ל, ור"ת מפרש וכו' אבל שבח שעל גבי גזילה דשינוי דהדר הוא ולא קני הוי דנגזל עכ"ל. צ"ע דנהי שכשאנו דנין לענין לקנות את גוף הבהמה הרי הוא בגדר שינוי החוזר, אבל כשאנו דנין על הגיזות וולדות הרי הם בגדר שינויים גמורים לגבי עצמם, וא"כ אמאי אינו קונה לכה"פ את השבח.

וצ"ל דמכיון שאין כאן שינוי לגבי גוף הבהמה א"כ אע"פ שיש כאן שינוי לגבי עצמם, אבל מ"מ הרי הם בטלים לגוף הבהמה וחישיבי כמוה ואינם נקראים חפצים בפני עצמם, ומש"ה אין הגזלן קונה

אותם, וכבר הזכרנו סברא זו כמה פעמים. ט. וז"ל, אבל שבח שעל גבי גזילה דשינוי דהדר הוא ולא קני הוי דנגזל עכ"ל. הרי שטעמו של רב זביד הוא משום דחשיב שינוי החוזר (ועיין לעיל בסק"ב בענין מה הוא טעמו של רב זביד לפי פירושם הראשון של תוס').

ועכ"פ יש לעיין בהסיפא של המשנה, דהיינו בהציוור של גזל פרה ונתעברה אצלו וילדה, דאמאי קונה הגזלן לפי רב זביד, הלא מה שנתעברה חשיב שינוי החוזר, וגם מה שילדה אינו צריך להחשב שינוי שהרי הבהמה עכשיו היא באותו מצב כמו בשעה שגזלה, ואע"פ שאם גזל מעוברת וילדה הרי זה נחשב שינוי שאינו חוזר לגבי גוף הפרה, אבל מ"מ היכא שגזלה ריקנית וגם עכשיו הרי היא ריקנית הרי אין ניכר כאן שום שינוי.

ולכאורה הי' אפשר לומר שבאמת בהסיפא לפי רב זביד אין הגזלן קונה את גוף הפרה אלא רק את הגיזות וולדות לחוד.

מיהו מלשון תוס' שכתבו ששבח שלא על גבי גזילה חשיב שינוי שלא הדרה לא משמע כן, אלא משמע שהוא קונה גם את גוף הבהמה, דהא לשון זה קאי על גוף הפרה בניגוד לזה ששבח שעל גבי גזילה חשיב שינוי החוזר לגבי גוף הבהמה, דאין לומר דקאי לשון זה על הגיזה והוולד, דהא זה הוי בגדר "אינו חוזר" גם כשהוא על גבי הגזילה (רק שמ"מ מכיון שאין כאן שינוי בגוף הבהמה שוב אמרינן שהשבח בטל להגוף ושגם את השבח אינו קונה), וא"כ נראה ברור שכוונת תוס' היא לענין

גוף הבהמה אשר לפי זה שפיר חילקו וכתבו שהיכא שהשבח הוא שלא על גבי גזילה יש כאן שינוי שאינו חוזר לגבי גוף הבהמה, משא"כ היכא שהוא על גבי הגזילה, אז אין כאן אלא שינוי החוזר לחוד, אלא שצ"ע כהנ"ל שגם בשבח שלא ע"ג גזילה הרי היא ריקנית לפנינו כמו שהיתה בשעת הגזילה ואיך שייך שדבר כזה יחשב שינוי.

מיהו אכתי יש לדחות ולומר שכוונת תוס' במה שכתבו ששבח שלא על גבי גזילה הוי שינוי דלא הדרה אינה להיכא שגזל ריקנית ונתעברה אצלו וילדה אלא כוונתם היא להיכא שגזל מעוברת וילדה, דרק בכה"ג ס"ל שהוא קונה את גוף הפרה כיון שנתחדש ע"י הלידה והגיזות שינוי שאינו חוזר בגוף הבהמה, אבל לעולם איכא למימר שבהסיפא של המשנה אין הגזלן קונה את גוף הפרה.

ועיין באמת ביש"ש כאן בסי' ד' שהוא סובר שבהסיפא של המשנה לא חשיב שינוי לגבי גוף הפרה כיון שהיא ריקנית לפנינו כשעת הגזילה (אלא שהוא סובר כן שם גם לפי רב פפא בשבח שעל גבי גזילה, והיינו שבין לפי הר"י ובין לפי ר"ת אין הגזלן קונה את גוף הפרה בשבח שעל גבי גזילה, וכן אפילו היכא שגזלה ריקנית ונתעברה אצלו ונתרוקנה וכהנ"ל, כ"כ היש"ש שם).

(וע"ע בביאור הגר"א בסי' שנ"ד סק"ב בהליקוט השני שכתב שלפי תוס' ריקנית ונתעברה חשיב שינוי החוזר בין אם ילדה ובין אם לא ילדה, רק שמ"מ הרי הוא קונה את גוף הפרה כמו שמבואר בדבריו שם

וכן בסי' שנ"ג סק"ו, וביאר שם שלפי הר"י הטעם הוא משום תקנת השבים, ולפי ר"ת הטעם הוא משום ששינוי החוזר קונה. ונראה שמה שכתב הגר"א שגם לאחר לידה אין כאן אלא שינוי החוזר לחוד, הרי זה משום הסברה שכתבנו שהיא ריקנית לפנינו כמו שהיתה בשעת הגזילה באופן שאין כאן אלא השינוי החוזר של נתעברה, והא דסובר הגר"א שהוא קונה גם את גוף הפרה הרי זה לפי מאי דפסקינן כרב פפא ששבח שעל גבי גזילה הרי הוא של הגזולן דס"ל להגר"א שגם בשבח שעל גבי גזילה הרי הגזולן קונה את גוף הפרה וכמו שביארנו ההכרח לזה לעיל בסק"ו. ברם זהו רק לפי רב פפא, אבל אנחנו הרי קיימינן בדברי רב זביד שסובר ששבח שעל גבי גזילה הוא של הנגזל, וא"כ נהי שלאחר לידה וגיוזה הרי הוא מקבל את השבח אבל מ"מ מהיכא תיתי לומר שהוא קונה גם את הבהמה כיון שלגבי גוף הבהמה אין כאן שום שינוי.)

והנה עיין בקצה"ח בסי' ש"ס סק"ד שנקט שלפי תוס' הרי הוא שפיר קונה בהסיפא גם את גוף הפרה אפילו לפי רב זביד. וביאר דהיינו אפילו מדאורייתא, והיינו משום שאע"פ שמה שנתעברה חשיב שינוי החוזר, אבל מ"מ מה שילדה אח"כ חשיב שפיר שינוי גמור שאינו חוזר לברייתו כמו בגזל מעוברת וילדה, ואע"פ שהבהמה עומדת עכשיו ריקנית כמו בתחילה אבל מ"מ יש כאן שינוי שאינו חוזר מהמצב הביניים, וגם זה מספיק. וכתב עוד הקצה"ח שה"ה בנסכא ועביד זוזי אם שוב יעשהו נסכא הרי הוא קונה מהטעם הנ"ל עיי"ש.

והנה מדינו של הקצה"ח יש להכריע חקירה ששמעתי בטעמא דמילתא למה שינוי מעשה החוזר אינו קונה, דיש לחקור אם הוא משום שבמציאות אין כאן מדה מספקת של שינוי, וראי' לדבר דהא אפשר להחזירו, או האם לעולם לא חסר במדת השינוי, רק שאינו קונה משום החיוב של השבה, כלומר שמכיון שהוא חייב בהשבה א"כ חיוב זה מחייב אותו להחזירו לקדמותו (או אם אי אפשר בידי אדם אז לכה"פ לחכות עד שיחזור מעצמו לקדמותו), ולכן אפילו אם לא חזר לקדמותו הדין נותן שאינו קונה, דהא רצון התורה הוא שיחזור לקדמותו ויקיים בו מצות השבה. והנה מדינו של הקצה"ח מוכח כהצד הראשון, דהיינו ששינוי החוזר אינו קונה משום שבמציאות לא מיקרי שיש כאן מספיק שינוי, דהא אם נאמר שהוא משום שהוא חייב להחזירו, א"כ למה אמרינן שריקנית ונתעברה, וכן נסכא ועביד זוזי, חשיבי שינויים החוזרים, הלא התם א"א לומר שהתורה רוצה שיחזור לקדמותו ויקיים בו מצות השבה, דהא אם יחזירם הרי יקנה מהתורה לפי שיטת הקצה"ח שבכה"ג מיקרי שיש כאן שינוי גמור אע"פ שהוא באותו מצב שהי' בשעת הגזילה.

ובאמת מתירוצם של תוס' לעיל בדף ס"ז ע"א מוכח שהחיוב של השבה אינו מחייב אותו להחזירו לקדמותו, אלא שבתחילה צריכים אנו לבאר את דברי רבי זירא שם שאמר ששינוי השם החוזר לברייתו אינו מועיל, דלכאורה יש להעיר דהא לפי הצד ששינוי החוזר לברייתו אינו קונה משום שלא נשתנה החפץ במדה

מספקת א"כ מה שייך לומר כן בשינוי השם, וכגון כשורא וטללא, דהא בשינוי האותיות לא שייך שום מדריגות, אלא כל שינוי אותיות חדא הם, וא"כ למה סובר רבי זירא שלא מהני. ונראה דהיינו משום שאכתי יש כאן חסרון מצד זה שאין השינוי קבוע כיון שאפשר להחזירו, דגם דבר זה גורם שמיקרי שלא נשתנה במדה מספקת. והנה תוס' שם בד"ה מעיקרא טיבלא וכו' הקשו למה חשיב עשיית תרומה בגדר שינוי השם, הלא היא שינוי השם החוזר, דהא אפשר לשאול על התרומה, ותירצו שמ"מ לא שכיח שישאל, ומתירוצם מוכח לכאורה שהחיוב של השבה אינו מחייב אותו להחזירו לקדמותו ולהשיבו, דהא אילו כן א"כ מה שייך לומר שלא שכיח שישאל, הלא התורה רוצה שיחזור לקדמותו ויקיים בו מצות השבה וא"כ חייב הוא לשאול כדי לקיים את המצוה של השבה, וא"כ מוכח שהמצוה של השבה אינה מחייבת אותו להחזירו למצבו הקודם, אשר לפ"ז צ"ל שהטעם למה שינוי החוזר אינו קונה הרי הוא משום שגם בשעתו לא מיקרי שנשתנה במדה מספקת או קבועה כדי להחשב שינוי, ועל זה שפיר תירצו תוס' שכיון שלא שכיח שישאל, הרי זה שפיר נחשב שינוי קבוע, כך שמעתי מוכיחים מדברי תוס'.

גם שמעתי מוכיחים כהצד שלא נקרא שנשתנה במדה מספקת מתוס' בדף כ' ע"ב בד"ה והוא וכו', דעיי"ש שכתבו שאם הגזבר של הקדש קבע מריש של הקדש בתוך הבנין אינו מועל כי מה שקבעו בתוך הבנין אינו נקרא שינוי משום שזה שינוי

מעשה החוזר, והוכיחו ששינוי אינו קונה מהא דרב פפא בנסכא וזווי, ולכאורה קשה למה לא הוכיחו כן ממתניתין דמריש שבנאו בתוך הבירה דהא תנן שבמריש שבנאו בתוך הבירה הרי הוא קונה רק משום תקנת השבים, וא"כ חזינן דלא מיקרי שינוי גמור, וכן העיר התורת חיים שם, וגם הקצה"ח בס"י ש"ס סק"ג כתב שמוכח כן ממתניתין דמריש, מיהו לפי הנ"ל אתי שפיר, משום דאי מצד הדין של מריש, אכתי הי' אפשר לומר שהטעם למה שינוי החוזר אינו קונה הרי זה משום שהתורה רוצה שיחזור לקדמותו ויקיים בו מצות השבה, אבל מצד איכות השינוי הרי זה שינוי גמור ואינו נקרא אותו חפץ כמו קודם, וא"כ בהקדש הדין נותן שיחשב שפיר שהוציא את החפץ הקודם מרשות הקדש וימעול, ואפילו אם נאמר שהיכא שהוא עושה שינוי גמור אין הכוונה שחשיב ממש חפץ אחר, אלא הכוונה היא רק שאינו כעין שגזל, אבל הרי יש כאן את הדין של שינוי קונה לפי השיטות שאין חיוב השבה להקדש, ולכן הוצרכו תוס' להביא ראי' מדברי רב פפא בנסכא ועבדי' זווי משום שמהתם מוכח שהטעם למה שינוי החוזר אינו קונה הרי זה משום שבעצם מהותו לא מיקרי שינוי, ולא משום שהתורה רוצה שיחזור לקדמות ויקיים בו מצות בשבה, דהא התם אם יחזירנו הרי שפיר יקנה לפי דעת הקצה"ח, וא"כ מוכח שמחמת עצם מהותו, שינוי החוזר אינו בגדר שינוי וכמו שביארנו לעיל, באופן שגם בהקדש לא יועיל.

והנה רש"י בדף כ' שם חולק על תוס' וכתב שאם הגזבר של הקדש קבע מריש

של הקדש בתוך הבנין הרי זה שפיר מיקרי שינוי והגזבר מועל, וי"ל דהיינו משום שהוא סובר ששינוי החוזר חשיב שפיר שינוי גמור, רק שאינו קונה בגלל החיוב השבה, ומש"ה בהקדש הרי הוא שפיר קונה כי כלפי הקדש ליכא חיוב השבה, ותשלומי קרן דגזילה כמו שהוכיח הקו"ש באות מ"א מדברי רש"י בדף ע"ח ע"ב עיי"ש.

י. וז"ל, ור"ת מפרש וכו' ולרב פפא אפילו דעל גבי גזילה דשינוי דהדר הוא קני והוי דגזלן וכו' עכ"ל. הרי שסובר רב פפא ששינוי החוזר קונה גם בלא טעמא דתקנת השבים וכמו שכתב ר"ת בתחילת דבריו שאין אנו צריכים לטעמא דתקנת השבים. ולכאורה ה"י נראה שכוונתו היא שלפי רב פפא שינוי החוזר קונה מן התורה וכמו שכתבו תוס' לעיל בדף ס"ה ע"ב בד"ה הן וכו' בדעת רבה.

והא דס"ל לר"פ בדף צ"ו ע"ב ששינוי החוזר אינו קונה הרי זה משום שהתם השינוים הם שינויים גרועים נוסף על מה שהם חוזרים לברייתם וכמש"כ תוס' שם בד"ה ועבדי' וכו'.

מיהו הגר"א בחו"מ ס"י שנ"ג סק"ו וסי' שנ"ד סק"ב בהליקוט האחרון כתב שגם כוונת ר"ת היא לומר שהוא קונה מדרבנן, רק שלפי ר"ת הרי הוא קונה גם בלא הטעם של תקנת השבים ודלא כדרכם הראשון של תוס' (הר"י) שהוא משום תקנת השבים, והא דס"ל לרב פפא בדף צ"ו שאינו קונה הרי זה כהנ"ל דהתם איירי בשינויים גרועים (כ"כ בסי' שנ"ד), א"נ

דהתם כוונת רב פפא היא לומר את הדין דאורייתא (עיי' בזה סי' שנ"ג בסוף דבריו שם דצ"ב).

מיהו לא הבנתי למה יתקנו חכמים ששינוי החוזר יקנה אם לא מטעם תקנת השבים. ושור"ר שכן העיר הפלפולא חריפתא על הרא"ש בסוגיין באות ל', וסובר משום כך שר"ת מדאורייתא קאמר. יא. וז"ל, והא דלא קני בצבע לפי שאין מתכוין לקנותו עכ"ל. הקובץ שיעורים באות כ"ו פירש שכוונת תוס' היא לומר שלא נתכוין לגזולו (אבל היכא שנתכוין לגזול שינוי קונה לו אפילו בעל כרחו). וגם החזו"א על ב"ק בסי' י"ז סק"ב בד"ה ודעת וכו' הביא דברי תוס' בלשון של לא נתכוין לגזול.

רצג) ביאור דברי שהרא"ש בסוגיין.

א. וז"ל, וכן כל מקום שנזכר קניית שינוי לענין גזלן היינו לענין זה שישלם דמים והגזילה תהי' שלו עכ"ל. וצ"ב מה בא הרא"ש להוסיף בזה, דהא לכאורה דבר פשוט הוא, וכל הספק במעוברת וילדה אם הגזלן קונה גם את גוף הפרה הרי זה משום שלא נזכר בגמרא בפירוש שלידה נקראת שינוי לענין גוף הפרה.

ב. וז"ל, ויותר מזה אמרינן בהסיפא וכו' עכ"ל. פי' דאע"פ שבהסיפא מה שנטענה הרי זה בגדר שינוי החוזר, וגם לאחר שילדה הרי היא עומדת ריקנית כמו בתחילה, אבל מ"מ גם שם הרי הוא קונה

את גוף הפרה*). מיהו נראה שמה שכתב הרא"ש בלשון של "ויותר מזה אמרינן בהסיפא" אין כוונתו להסתייע משם, דהא לפי רש"י שחולק על הרא"ש הרי גם שם אין הגזלן קונה את גוף הפרה וכמש"כ התירו"ט בדעת רש"י, וא"כ אין שום רא"י ברורה מהסיפא, וא"כ צ"ל שכוונת הרא"ש היא רק לומר שלפי השיטה שלו הרי הוא קונה את הפרה אפילו בהסיפא, אבל אין כוונתו לומר שיש משם רא"י.

אולם לפי מה שהביא הרא"ש מהר"י, שפיר יש הכרח שבהסיפא הגזלן קונה גם את גוף הפרה, דעיין להלן בסמוך שהביא בשם הר"י דהא דמיבעיא לן דוקא לפי רבי שמעון אם בבישרא מסלקינן או אם בדמי מסלקינן ולא מיבעיא לן כן לפי רבי יהודה הרי זה משום שלפי רבי יהודה מכיון שהוא קונה אפילו את גוף הפרה א"כ פשיטא שהוא מקבל את גוף השבח**), הרי שלפי הר"י שפיר מוכח מהגמ' שאפילו בהסיפא הגזלן קונה את גוף הפרה. ברם מהמשך דברי הרא"ש משמע שמה שהביא את דברי הר"י הרי זה דבר נוסף על דבריו לעיל, ולא לזה כיוון במה שכתב "ויותר מזה וכו'". מיהו מלשונו של הגר"א בסי' שנ"ד סק"ב בהליקוט השני משמע שהבין שכוונת הרא"ש במה שכתב

"ויותר מזה וכו'" היא להביא באמת רא"י.

ג. והנה לכאורה צ"ע על כל דברי הרא"ש כאן, דהא לעיל בסי' א' פסק הרא"ש ששינוי החוזר אינו קונה אפילו מדרבנן ושלא עשו בזה שום תקנת השבים, ואילו מכל דבריו כאן בסי' ג' נראה ששינוי החוזר שפיר קונה, דהא החזיק הרא"ש כאן כמה פעמים את דברי רב פפא בדעת רבי יהודה שהגזלן קונה בשבח שעל גבי גזילה אפילו את גוף הפרה אע"פ שהוא בגדר שינוי החוזר, וגם הביא את פירושי הר"י ור"ת בדברי רב פפא דהיינו שלפי הר"י הרי הגזלן קונה משום תקנת השבים ולפי ר"ת גם בלא תקנת השבים.

ועיין עוד בדף צ"ו ע"ב דאמר רב פפא להדיא ששינוי החוזר אינו קונה, וכתבו תוס' שם שהיינו רק שם משום דהוי שינוי גרוע, אבל בשינוי חשוב מודה רב פפא שהוא קונה אפילו אם הוי שינוי החוזר לברייתו. ומבואר בהמהרש"א שם שתוס' חילקו כן כדי ליישב את הסתירה מדברי רב פפא שם לדברי רב פפא בסוגיין דקאמר שבשבח שעל גבי גזילה שפיר קונה הגזלן אע"פ שגם כאן הרי הוא בגדר שינוי החוזר, ועל זה תירצו תוס' דהכא הרי זה נחשב שינוי יותר חשוב משם. מיהו

רבי יהודה הרי הוא מקבל מיהא את כל השבח, ולכן פשיטא שהוא מקבל את גוף השבח עצמו ולא דמים, ורק לפי רבי שמעון מיבעיא לן כיון שהוא סובר שהגזלן מקבל רק חלק מהשבח. וע"ע לעיל באות רצ"ב בסק"א וסק"ו מה שהבאנו עוד מהמפרשים בענין אם לפי הר"י (שהוא בעל הפירוש הראשון של תוס' בד"ה בשבח וכו') הגזלן קונה גם את גוף הפרה וכמו שנקט הרא"ש.

(* כן נראה לומר בפשיטות שבהסיפא הרי זה יותר חידוש לומר שהוא קונה את גוף הפרה. מיהו דעת המאירי בסוגיין היא שאדרבה רק בהסיפא הרי זה נחשב שינוי לענין גוף הפרה ולא בהרישא, וצ"ע.

(** ובתוס' בסוגיין משמע שגם בלא להגיד שהגזלן קונה את גוף הפרה ניחא למה לא מיבעיא לן לפי רבי יהודה, והיינו משום שלפי

הרא"ש לא הזכיר חילוק כזה אלא פסק בסתם בסי' א' ששינוי החוזר אינו קונה, וכן בסי' ד' הביא את דברי רב פפא שבדף צ"ו, ומשמע דס"ל להרא"ש שבכל האופנים של שינוי החוזר אין הגזלן קונה, וא"כ צ"ע כהנ"ל איך החזיק כאן את דברי רב פפא בדעת רבי יהודה.

ובשלמא אם הי' סובר הרא"ש שלפי רב פפא אין הגזלן קונה את גוף הפרה אלא את השבח לחוד א"כ אז לא הי' קשה מידי, אלא היינו אומרים שגם בדף צ"ו שם נהי שאין הגזלן קונה את הגוף אבל בכל זאת הגזלן חייב לתת לו את השבח, וכן כתב הרשב"א שם, אבל הרא"ש הרי סובר כאן שלפי רב פפא הרי הגזלן קונה גם את גוף הפרה וא"כ אכתי צ"ע כהנ"ל.

וראיתי בביאור הגר"א בסי' שנ"ד סק"ב בהליקוט השני שעמד על זה, ותירץ שמה שהזכיר הרא"ש בסי' ג' את דעות הר"י ור"ת בדברי רב פפא, הכל הוא רק בדרך פירושא דשמעתתא אבל לא אליבא דהלכתא, ולכן מכיון שסובר הרא"ש להלכה ששינוי החוזר אינו קונה מש"ה נחית כאן לבאר בהמשך דבריו שמעוברת וילדה לא חשיב שינוי החוזר, וז"ל הגר"א שם, והנה הרא"ש כתב כשיטת תוס', וזהו שאמר פיר"י בגמ' דקמיבעיא לי' וכו' משום תקנת השבים וכו', אבל לדינא ס"ל דלא כאותה סוגיא*, דהא פסק בסי' א' כדברי הר"י, וזה שכתב***) ויותר מזה

אמרינן וכו' לראי' בעלמא דקני, אבל לא נחתינן כאן לפרושי לדינא, ולכן כתב ומעוברת וילדה וטעונה וגוזה לא מיקרי שינוי (החוזר וכו'), ומה שכתב למטה ולרב פפא אתא לאשמועינן וכו' לפרושי לסוגיא אבל לדינא ס"ל כדברי הר"י וכו' עכ"ל.

ועכ"פ בסי' שנ"ג סק"ו כתב הגר"א דרך אחרת בדעת הרא"ש, והיינו שהיתה להרא"ש קבלה אחרת בענין מה אמר ר"ת ודלא כמו מה שכתבו תוס' כאן בשמו, והיינו דס"ל להרא"ש שר"ת אמר שנטענה ונתעברה חשיבי בגדר שינויים שאינם חוזרים, ואע"פ שתוס' בסוגיין הביאו בשם ר"ת שהם שינויים החוזרים, צ"ל שהרא"ש קיבל בשם ר"ת שהם נחשבים בגדר שינויים שאינם חוזרים (כן נראה פשוט בכוננת הגר"א), וכן ס"ל להרא"ש גם להלכה שהם שינויים שאינם חוזרים, ולכן שפיר פסק כרב פפא (ועייין היטב בתחילת דברי השלטי הגבורים באות א' בסוגיין שכנראה סובר שטעינה ועיבור חשיבי שינויים שאינם חוזרים).

מיהו לכאורה צריך ביאור טובא איך שייך לומר שנטענה ונתעברה חשיבי שינויים שאינם חוזרים, ולא עוד אלא שמלשון הגר"א שם מבואר שלפי הדרך הזה נתעברה ונטענה חשיבי יותר בגדר "אינם חוזרים" מלידה וגזיזה, וזהו שכתב שם וז"ל, ור"ל כ"ש בנתעברה אצלו עכ"ל כמו שיבואר למעיין היטב שם, ולכאורה

ר"פ הרי הוא קונה רק את השבח, ובה הלכתא כוותי' וכמו שפסק הרא"ש להדיא בהמשך דבריו.

***) כן צ"ל במקום "ולכן כתב".

(* ולכאורה כוונתו היא להסוגיא דמיבעיא לן אליבא דר"ש ולא אליבא דר"י דמזה הוכיח הרא"ש בשם הר"י שהוא קונה את גוף הפרה, ועל זה כתב הגר"א דס"ל דלא כאותה סוגיא אלא ס"ל שלפי

זה תמוה טובא, דאדרבה בלידה וגזיזה שייך יותר לומר שהם בגדר שינויים שאינם חוזרים משום שאם תחזור ותתעבר או תיטען הרי נגיד שפנים חדשות באו לכאן.

ואולי י"ל שכוונת הגר"א היא כדעת הרמ"ה בפרטיו שהביא השט"מ בדף צ"ו בסד"ה נקטינן וכו' שאע"פ ששבח שעל גבי גזילה הרי הוא באמת שינוי החזור אבל בכל זאת הרי הגזלן קונה גם את גוף הגזילה משום שדמי*) לשינוי שאינו חוזר משום שנהי שלאחר הלידה הבהמה חוזרת לקדמותה אבל הלא הולד והגיזה נשארים בתוך העולם, ולכן מאחר שהם דומים לשינויים שאינם חוזרים הרי הגזלן קונה [נראה פשוט דהיינו רק מדרבנן]**), וא"כ אולי י"ל שזוהי גם כוונת הגר"א בדבריו הנ"ל שדימה אותו לשינוי שאינו חוזר. מיהו מלשון הגר"א לא משמע שכוונתו היא לשיטת הרמ"ה, ועוד דהא כבר הבאנו שמבואר בדברי הגר"א שריקנית ונתעברה חשיב יותר בגדר שינוי שאינו חוזר ממעוברת וילדה, ודבר זה עדיין אינו מיושב גם אם נאמר דס"ל כהרמ"ה.

וכדברי הגר"א הנ"ל בסי' שנ"ג מבואר גם בהגהותיו על הרא"ש באות ב'.

ד. וז"ל, ומעוברת וילדה וטעונה וגזזה לא מיקרי שינוי החזור וכו' עכ"ל. והנה

הרא"ש המשיך לבאר למה לא חשיב שינוי החזור, ובתחילה אכתוב איך בהשקפה הראשונה הי' שייך להבין את דבריו, ושוב אכתוב איך שהפלפולא חריפתא הבין את דבריו.

דהנה הרא"ש כלל בהמשך דבריו כאן כמה סברות בענין למה לידה וגזיזה לא חשיבי שינויים החוזרים. ולכאורה נראה שכוונתו היא כך (ועי' בפלפולא חריפתא), דשינוי החזור מיקרי רק כשאפשר שיחזור הדבר לקדמותו ממש, כגון כיחשה, דאפשר שתחזור ותתפטם באותו שיעור ממש של פיטום כמו שהי' קודם, ואע"פ שא"א לצמצם ואם יפטם אותה הרי יתכן שתשקול יותר, אבל בכל זאת הלא בעל כרחך יהי' רגע שמשקלה יהי' בדיוק כמו קודם, אבל במעוברת וילדה הלא א"א שהולד השני יהי' כאותה צורה ממש של הראשון ולכן אין זה נחשב שינוי החזור. ועל זה הוסיף הרא"ש שבאמת גם בלא הסברא הזאת יש עוד טעם למה מיקרי שינוי שאינו חוזר, אפילו אם הי' שפיר שייך שתחזור ותתעבר עובר אחר שהוא בדיוק כמו הראשון, והיינו משום שגם בכה"ג לא מיקרי שיש כאן חזרה לקדמותו, אלא העובר השני הרי הוא לגמרי דבר חדש, שהרי העובר הראשון קיים הוא בהעולם, ואת הסברא הזאת צריכים בשביל גיזה. ושוב כתב הרא"ש שהסברא הזאת

הרי זה רק מדרבנן, דאל"כ מה שייך לחלק כהנ"ל הלא כבר קנה מהתורה).

והנה יש טעות סופר בדברי הרמ"ה שם, דהמלים "והיינו דקאמר רבי יהודה גזילה חוזרת בעיני" צריכות להיות בסוף, לפני המלים "וכן הלכה".

(* כן נראית כוונתו שם.

** ועיי"ש ברמ"ה שהוסיף שמ"מ אם עמד הגזלן בדין לאחר הלידה, אינו קונה את גוף הבהמה כיון שעכשיו אין רואים שום שינוי על הפרה (זה מגלה שמה שכתב שהוא קונה אם תבעו מקודם

שהם לגמרי דברים חדשים הרי היא סברא יותר חזקה מהסברא דאמרינן בדף צ"ו, דעיין בדף צ"ו דאמר ר"פ שזווי ועבדינהו נסכא לא מיקרי שינוי החוזר משום שהם דברים של צורה ולכן אמרינן שפנים חדשות באו לכאן אע"פ שהוא יכול להחזירם למצב של זווי בלא שום שינוי כלל בצורתן, ועל זה כתב הרא"ש שגזירות וולדות עדיפי מזה משום שהם לגמרי דברים חדשים וכהנ"ל (מיהו נראה פשוט שגם בנוגע לוולד שייך הסברא של פנים חדשות באו לכאן כיון שגם הוא הרי הוא דבר של צורה, ועיין להלן בסמוך).

מיהו לכאורה צ"ע דלפי הנ"ל למה חשיב כיחשה כשינוי החוזר, הלא נהי שהוא חוזר לקדמותו ממש וכן אינו דבר של צורה אשר שייך לומר שפנים חדשות באו לכאן, אבל אחתי שייכת הסברא שכתב הרא"ש שהוא לגמרי דבר חדש, דהא השומן הוי שומן חדש, והראשון הלך לו מן העולם, וגם הסברא הזאת לחודה סגי, דהא בגיזה לא שייכת אלא הסברא הזאת, דהא גם התם אינו דבר של צורה ולא שייך לומר שפנים חדשות באו לכאן, וכן הרי היא חוזרת ונטענת באותה מדה ממש, וא"כ לא שייך בגיזה אלא הסברא דהוי לגמרי דבר חדש, וא"כ מ"ש כיחשה. וי"ל דבעינן בדוקא למש"כ הרא"ש שהראשון יהי קיים בעולם משום שעי"ז ניכר באמת שהשני הוא דבר חדש, ובשומן הרי הראשון אזל, ועדיין צ"ב.

מיהו המעיין בדברי הרא"ש יראה שבאמת כל דבריו אחד הם, דבתחילת דבריו לא נתכוין להסברא שהזכרנו שהעובר השני לא יהי דומה בדיוק

להעובר הראשון, וששוב כתב סברא שני דהיינו הסברא שהראשון קיים בהעולם ששייך גם לענין צמר, אלא כבר בתחילת דבריו נתכוין להסברא שלא חשיב שינוי החוזר כי הראשון נשאר קיים בהעולם, ושלכן הוא לגמרי דבר חדש. וכן בהמשך דבריו לא נתכוין לומר שבאמת להלן בדף צ"ו ע"ב אפשר להחזיר לזווי ולבנה בדיוק כמו בתחילה, רק דחשיב פנים חדשות כי הם דברים של צורה, ושסברא זו שייכת גם בנוגע לעובר, רק שהסברא שהראשון קיים בהעולם חזקה יותר, אלא לעולם הכוונה בדף צ"ו ע"ב היא שבאמת אי אפשר להחזיר את הנסכא והעפר לזווי ולבינה בדיוק כמו הראשונים, וכן הוא גם בעובר, ואם בגלל דבר זה חשיבי השניים דברים חדשים א"כ כ"ש כשהראשונים קיימים בהעולם דחשיבי השניים דברים חדשים. ובאמת רש"י בדף צ"ו שם כתב בנוגע ללבינתא ועבדי' עפרא דחשיב שינוי גמור ולא שינוי החוזר כי הלבנה השני' תהי' גדולה או קטנה כי אי אפשר לצמצם. ומסתימת דבריו גבי זווי משמע דס"ל שגם בזווי ונסכא הטעם הוא משום שאי אפשר לצמצם. ועיין גם בשט"מ שם בשם הר"מ מסרקסטה שכתב שכל זוו וזוו אינו חוזר לכמו שהי' (ועיין בב' הנוסחאות שבגמ' שם בענין חדתי ושחימי, וכן בדברי הרמ"ה בפרטיו).

ה. עיין בהמשך דברי הרא"ש שכתב שאע"פ שבהרישא תנן שהגזלן משלם דמי פרה העומדת לילד, דמשמע שהוא משלם כשעה אחת לפני הלידה, דהיינו שהוא משלם להנגזל כל מה שנתגדל העובר

אצלו, ואינו זוכה אלא בשבח הלידה לחוד (דיותר שוה העובר לאחר לידה מלפני לידה), אבל מ"מ אין הדבר כן, אלא הרי הוא משלם כשעת תחילת הגזילה. ואע"פ שאם הי' מחזירה שעה אחת לפני הלידה הי' מחזירה בעיני' עם כל מה שנתגדל, אבל מ"מ מאחר שנעשה שינוי ע"י הלידה, שוב הדרה השומא לשעת תחילת הגזילה, דדמי להיכא שמעיקרא שוה זוז והשתא ד' ואיתבר ממילא דמשלם זוז אע"פ שאילו לא נשבר הוי הדר בעיני', ואינו דומה לתברי' ושת' דמשלם ד' משום ששאני התם בתברה ושת' שאיכדו מן העולם, משא"כ כאן הרי לא איכדו מן העולם אלא נעשה שינוי, וכן בגזיזה אע"פ שהוא עושה שינוי בידים אבל הרי לא איכדו מן העולם עכת"ד.

והנה דברי הרא"ש שם הם שלא כהנתיבות המשפט בסי' ל"ד סק"ה, דהא הנתיבות שם כתב שאפילו אם נאמר שהגזול מן הגזולן אינו עובר על כלום ואינו קונה קניני גזילה, אבל בכל זאת אם עשה בו שינוי, אז גם הוא נחשב כגנב לגבי הבעלים משום שעשיית השינוי חשיב שפיר מעשה גזילה חדש כיון שעל ידי זה הרי הוא מבטל את בעלותו של הנגזל נוסף על מה שנתבטל כבר ה"ברשותו". ולפי הנתיבות שסובר שזה נחשב כגזילה חדשה נראה ברור שגם כאן כשגזזה ועי"ז עשה שינוי והפקיע את השלו של הנגזל הרי זה נחשב שעשה גזילה חדשה ויצטרך לשלם כשעת השינוי שהרי זוהי שעת הגזילה של הך גזילה חדשה. ועיין בחידושי הגר"ח על הש"ס על דף ס"ה שהעיר שדברי הרא"ש כאן הם דלא כהנתיבות.

ובנוגע לעיקר סברת הרא"ש עיין בעונג יו"ט בתשובה כ"ט בד"ה ע"כ וכו' שכתב דהא דס"ל להרא"ש שלאחר השינוי הדרה חיובי' לשעת תחילת הגזילה הרי זה משום ששינוי מקנה את החפץ להגזולן למפרע, כלומר שלאחר השינוי הרי הוא של הגזולן למפרע משעת תחילת הגזילה (עיין לעיל באות מ"ה שהארכנו בזה) ומש"ה הרי הוא משלם כההיא שעתא. מיהו לכאורה גם בלא חידושו של העונג יו"ט יש לומר דס"ל להרא"ש שעיקר חיובו של הגזולן הוא לשלם כשויות החפץ בשעת הגזילה אע"פ שהוא קונהו רק לבסוף, וכן ביאר האמרי משה בסי' ל"ב בהערה על אות ג'. ובטעם הדבר י"ל שכל גזולן מתחייב כבר בשעת הגזילה לשלם את דמי החפץ אם ילך לאיבוד, ומההיא שעתא רכיב עלי' חיובא ולא רק משעת האיבוד, ולכן מסתבר לומר שהחיוב הזה נמדד כשומת שעת הגזילה כיון שחיובו חל בההיא שעתא. גם י"ל שאפילו אם החיוב דמים חל בשעת האונס אבל מ"מ הרי הוא בא עבור ההוצאת רשות שעשה בשעת תחילת הגזילה. גם י"ל כדברי רש"י בפסחים דף ל"ב דילפינן מקרא דאשר גזל שהגזולן משלם כשווי בשעת הגזילה, ומשמע בפשטות כשעת תחילת הגזילה.

ו. עוד כתב הרא"ש וז"ל, וכן פיר"ת לקמן לרבי יהודה אליבא דרב זביד דשבח שעל גבי גזילה הוי דנגזל ואחר שגזזה הוי דגזולן ואינו משלם אלא כעין שגזל עכ"ל. הנה הרא"ש כתב כבר לעיל כאן שהלשון של משלמים כשעת הגזילה פירושו הוא כשעת תחילת הגזילה. ולפ"ז הרי להדיא איתא

בתוך המשנה כדברי ר"ת, דהא לפי רב זביד השבח שעל גבי הגזילה הוא של הנגזל ואין הגולן קונה אלא לאחר הלידה, ובכל זאת תני בתוך המשנה שאם נתעברה אצל הגולן וילדה הרי הגולן משלם כשעת הגזילה, הרי להדיא שלאחר שנשתנה הדרה השומא לשעת תחילת הגזילה.

והנה כוונת הרא"ש בדבריו הנ"ל היא לדמות את הציור של גזל מעוברת וילדה לדינו של ר"ת בדעת רב זביד, ורוצה הרא"ש להוכיח משם שגם בגזל מעוברת וילדה הגולן משלם כשעת תחילת הגזילה. מיהו עיין בהערה האחרונה על אות רפ"ב דמבואר שיש חולקים על הנחת הרא"ש וסוברים שלעולם במעוברת וילדה הרי הוא משלם כשעה אחת לפני השינוי ודלא כהרא"ש, ובאות רצ"ה נבאר שיש אומרים שבכל זאת בהציור של הסיפא של נתעברה אצלו וילדה הרי הוא משלם כשעת תחילת הגזילה אפילו לפי רב זביד וכדברי ר"ת, ואינו משלם כשעה אחת לפני הלידה, ועי"ש שביארנו מה היא סברת הדבר.

ז. הנה הרא"ש נקט בתוך דבריו הנ"ל שבהציור של גזלה כשהיא מעוברת, אם ה' הנגזל מוציא מהגולן את הבהמה קודם הלידה, אז לכו"ע השבח הוא של הנגזל וה' הנגזל מוציא מידי הגולן את כל הבהמה יחד עם השבח משום שמה שנתגדל העובר בימי ההריון לא מיקרי שינוי, דלא מיקרי שינוי אלא או מעוברת

וילדה או ריקנית ונתעברה. וכן הוכיח הרמב"ן במלחמות בד"ה ועוד כתב וכו' מהא דמשמע בגמ' שבהרישא הוי "ילדה" דוקא, דאמרינן בגמ' דאידי דקתני רישא ילדה תנא סיפא נמי ילדה, וכן הביא מהירושלמי שבהרישא רק אם ילדה משלם כשעת הגזילה כמו שנביא להלן בסמוך. וכן משמע מרש"י כאן בד"ה בשבח וכו' ששבח שעל גבי גזילה הרי הוא של גולן רק באופן שגולה ריקנית ונתעברה. וכן כתבו התוס' רי"ד והרשב"א כאן (אלא שהרשב"א הבין מפירושו של הר"ח לא כן), וביאר הרשב"א דהיינו משום שכל שלא נשתנה גוף הבהמה לא איכפת לן בשינוי העובר והגיזה משום שהם נחשבים כחלקים טפלים של הבהמה.

והנה לפי ביאורו של הרשב"א אכתי יתכן לומר שאם נתפטמה הבהמה, שפיר יהי' השבח של הגולן. וכבר צידד בזה הרשב"א לעיל בדף צ"ד ע"א בדברי ר"ש בן אלעזר שם*). ובאמת מדברי הרשב"א כאן משמע שאם גוף הבהמה ה' משמין, ולא רק העובר, אז ה' הגולן שפיר מקבל את השבח. והנה כבר הבאנו שהרמב"ן הביא מהירושלמי שבכחושה והשמינה מעצמה, הרי השומן של הנגזל, ושהוכיחו כן מהא דנקטה המשנה רק ריקנית ונתעברה ומעוברת וילדה ולא באופן שהיתה מעוברת ונתגדל העובר קצת, וביאר הרמב"ן שהראי' היא מהא דיש שם גידול העובר וכן נפחא וכן פיטמא, ולכאורה זהו

כתב להדיא שאינו מקבל את מה שהוסיפה הבהמה בפיטמא ונפחא, וצ"ע. והרמב"ן במלחמות שם

*) וכן בציור של מעוברת וגדל העובר קצת, אכתי יקבל הגולן את מה שהוסיפה הבהמה בפיטמא ונפחא, וצ"ע. והרמב"ן במלחמות שם

דלא כסברת הרשב"א כי לפי הרשב"א נהי שאינו מקבל את גידול האבר אבל את השומן שפיר יקבל. ועכ"פ הסמ"ע בסי' שס"ב סק"ז כתב דלא ככל הדעות הנ"ל, אלא כתב שגם אם רק נתגדל העובר קצת הרי השבח שייך להגזלן. וכבר תמה עליו הנתיבות שם דהא אפילו בהשמינה מאל"י הוי השבח של הנגזל לפי ההלכה*).

ח. וז"ל, ואי תיקשי לך למאי דפרישנא דברישא נמי משלם כשעת הגזילה, סיפא מאי קמ"ל, השתא מעוברת וילדה טעונה וגזזה משלם כשעת הגזילה, ריקנית ונתעברה וילדה וכו' לא כל שכן עכ"ל. הנה קושייתו קשה גם לפי רב פפא וגם לפי רב זביד וכמו שרואים בתירוצו שטרח ליישב לפי שניהם, דלרב פפא קשה שפשיטא שבהסיפא הרי הוא משלם כשעת הגזילה, דמאחר שהוא סובר שגם הטעינה והעיבור קונה בשביל הגזלן א"כ כ"ש בהסיפא שיש גם טעינה ועיבור וגם גזיזה ולידה, ולפי רב זביד קשה שהרישא והסיפא הוו ביסודם ציור אחד דהא גם בהסיפא השינוי הוא רק ע"י הלידה.

מיהו יש להעיר על מה שכתב הרא"ש שהקושיא קשה רק לפי מה שפירש קודם שבהרישא חוזרת השומא לשעת תחילת

הגזילה, דלפי רב פפא מובנים דבריו שפיר, והיינו משום שאילו היינו אומרים שבהרישא הרי הוא משלם כשעה אחת לפני השינוי, אז לא הי' קשה מידי לפי רב פפא, אלא שפיר קמ"ל הסיפא הציור של נתעברה וילדה משום שבכהאי גוונא הרי הוא משלם כשעת תחילת הגזילה שהרי בהסיפא יש שינוי כבר בתחילת הטעינה והעיבור לפי רב פפא, אבל לפי רב זביד לכאורה קשה קושיית הרא"ש גם בלא מה שפי' לעיל, והיינו משום שאפילו אם נאמר שבהרישא גבי גזל מעוברת וילדה הרי הוא משלם כשעה אחת לפני השינוי, ג"כ קשה למה לי הסיפא, דהא גם בהציור של הסיפא יהי' הדין כן שישלם כשעה אחת לפני הלידה, דהא לפי רב זביד גם בהסיפא השינוי היחידי שיש כאן הוא רק הלידה, וא"כ יוצא שבין אם נאמר שהוא משלם כשעת תחילת הגזילה ובין אם נאמר שהוא משלם כשעה אחת לפני הלידה, לפי שני הדרכים יוצא שהדין הוא אחד בין בהרישא ובין בהסיפא לפי רב זביד, דהא תרוייהו הוו ביסודם ציור אחד, דהיינו ציור שיש כאן השינוי של לידה וגזיזה**).

גם יש לעיין בזה שהקשה הרא"ש בלשון כל שכן, דלכאורה גם לשון זה מכונן הוא רק לפי רב פפא, דהא לפי רב

ואע"פ שלפי רב זביד השבח שעל גבי הגזילה הרי הוא של הנגזל, ואילו הי' הנגזל בא לפני הלידה הי' לוקח את הכל, באופן שגם לאחר הלידה לכאורה הי' צריך לשלם כשעה אחת לפני הלידה, אבל מ"מ אינו כן, אלא השומא חוזרת לשעת תחילת הגזילה. ועיי"ש שביארנו סברת הדבר.

והנה אילו היינו יכולים לומר כן בדעת הרא"ש א"כ לא הי' קשה מידי מה שהקשינו, והיינו משום

(* לשון "אפילו אתי שפיר לפי מה שדייקנו מהרשב"א שבכה"ג יש סברא יותר גדולה לומר שהוא של הגזלן.

** והנה לקמן באות רצ"ה נבאר בדעת הרשב"א בסוגיין דס"ל שבהציור של מעוברת וילדה הרי הוא משלם באמת כשעה אחת לפני השינוי ודלא כהרא"ש, אבל בכל זאת בהציור של גזל ריקנית ונתעברה וילדה הרי הוא משלם כשעת תחילת הגזילה אפילו לפי רב זביד.

בהסיפא קיים צד לומר שישלם כשעה אחת לפני השינוי וליכא שום כל שכן, וא"כ ממה שהקשה הרא"ש בדרך כל שכן נראה שהוא סובר שבהסיפא יש כאן שינוי מיד כשדמי' מתחילים להוקיר ומש"ה שפיר נקט שבהסיפא פשוט הוא שישלם כשעת תחילת הגזילה, משום שבהסיפא יוצא ששומת שעת תחילת הגזילה ושומת שעת השינוי, אחד הוא וכהנ"ל.

מיהו לכאורה הרי זה סותר את מה שכתב הרא"ש לעיל וז"ל, וה"ה גזל פרה ונתעברה אצלו וילדה, אפילו לא ילדה נמי, משלם כשעת הגזילה, ולא כמו שהיתה שוה בשעת שינוי עכ"ל, הרי להדיא שגם בהציוור של נתעברה ולא ילדה ה"י שייך לומר שהוא משלם כשעת השינוי ולא כשעת תחילת הגזילה והיינו בע"כ משום שדמיו מתייקרים מחמת ההריון גם לפני שמגיע למדריגת שינוי, וא"כ לפ"ז צ"ע מה הוא הכל שכן הלא גם בהסיפא יש מקום לומר שלא ישלם כשעת תחילת הגזילה ממש אלא כשעה אחת לפני השינוי, וא"כ אי אפשר להקשות אלא שסוף סוף דבר זה שמשלם כשעת תחילת הגזילה ידעינן כבר

פפא שפיר יוצא שאם בהרישא הרי הוא משלם כשעת תחילת הגזילה אע"פ שהי' הוה אמינא לומר שהוא משלם כשעה אחת קודם השינוי א"כ כל שכן בהסיפא הרי הוא משלם כשעת תחילת הגזילה כיון שבהסיפא הרי הוא קונה מיד בשעת העיבור והטעינה, ואין שום מקום לומר שאינו משלם כשעת תחילת הגזילה, אבל לפי רב זביד הרי אין כאן שום מקום לכ"ש, אלא גם בהסיפא הרי ה"י שייך לומר שהוא משלם כשעה אחת לפני השינוי כמו ששייך לומר כן בהרישא דהא לפי רב זביד גם בהסיפא אין הגזלן קונה אלא על ידי הלידה והגזיזה, וא"כ לפי רב זביד אין כאן שום כל שכן.

מיהו באמת גם לפי רב פפא לא ברירא לי כך כך מה הוא הכל שכן, דבשלמא אם ננקוט שהשינוי הוא בתחילת העיבור ממש, ובשעה שדמי הבהמה מתחילים להוקיר, א"כ שפיר יוצא כמו שכתבנו דאיכא כל שכן, אבל אם נאמר דחשיב שינוי רק לאחר זמן מה, דהיינו בשעה שהוכר עוברת וכדומה, אבל דמי' מתייקרים מקודם דהיינו בשעה שנודע שהיא מעוברת, א"כ גם

שלפ"ז יוצא שגם לפי רב זביד אינו קשה אלא רק לפי מה שפירש לעיל, והיינו משום שאילו הי' הדין שבמעוברת וילדה הרי הוא משלם כשעה אחת לפני השינוי, אז גם לפי רב זביד הי' אתי שפיר כמו לפי רב פפא למה תני הסיפא, והיינו משום שקמ"ל הסיפא ציור שהוא משלם כשעת תחילת הגזילה וכהנ"ל שגם רב זביד מודה לזה. מיהו אע"פ שכן כתבנו בדעת הרשב"א, אבל בדעת הרא"ש א"א לומר כן, והיינו משום שהרא"ש סובר להדיא שלפי רב זביד גם בהסיפא מכיון שכל זמן שלא ילדה וגזזה הרי השבח שעל גבי הגזילה הוא

שלפ"ז יוצא שגם לפי רב זביד אינו קשה אלא רק לפי מה שפירש לעיל, והיינו משום שאילו הי' הדין שבמעוברת וילדה הרי הוא משלם כשעה אחת לפני השינוי, אז גם לפי רב זביד הי' אתי שפיר כמו לפי רב פפא למה תני הסיפא, והיינו משום שקמ"ל הסיפא ציור שהוא משלם כשעת תחילת הגזילה וכהנ"ל שגם רב זביד מודה לזה. מיהו אע"פ שכן כתבנו בדעת הרשב"א, אבל בדעת הרא"ש א"א לומר כן, והיינו משום שהרא"ש סובר להדיא שלפי רב זביד גם בהסיפא מכיון שכל זמן שלא ילדה וגזזה הרי השבח שעל גבי הגזילה הוא

מהרישא ומאי קמ"ל הסיפא, אבל אין כאן כל שכן (וכמו שביארנו כבר לפי רב זביר שצורת הקושיא היא בלי כ"ש).

מיהו יש ליישב שכוונת הרא"ש לעיל היא להיכא שנתייקרו בהמות בעולם ולכן כתב שבהציוור של נתעברה הי' שייך לומר שהוא משלם כשעת השינוי ולא כשעת תחילת הגזילה (אבל בודאי שדוחק לאוקמי את המשנה בכ"ג ולכן פשיטא שבהסיפא הרי הוא משלם כשעת תחילת הגזילה).

ט. וז"ל, תריץ וכו' ולרב פפא אתא לאשמועינן דעיבור הוולד וטעינת הגיזה הוי שינוי כמו הלידה והגיזה, והוה לי' למיתני לא ילדה, אלא אגב דתני רישא ילדה תנא נמי סיפא ילדה עכ"ל. הנה לא הבנתי את תירוצו של הרא"ש דהא בגמרא פרכינן על רב פפא דמהסיפא משמע שדוקא ילדה אבל אם לא ילדה אינו קונה, ומתצינן שה"ה נמי ללא ילדה, וא"כ נהי ששייך לתרוץ כן כדי שלא יהי' קשה על רב פפא, אבל איך שייך לומר דאתא המשנה לאשמועינן שאפילו לא ילדה נמי, אלא עצם עיבור הולד הוי שינוי, הלא מהמשנה אין שום משמעות ללמוד שה"ה ללא ילדה, אלא אדרבה המשמעות הפשוטה היא שדוקא ילדה אבל לא ילדה לא וכמו שפריך הש"ס, וא"כ אם רצה התנא לאשמועינן שה"ה ללא ילדה הי' צריך למיתני להדיא ציוור של לא ילדה. שו"ר שכן הקשה היש"ש בסי' ד' על הרא"ש.

י. וז"ל ולרב פפא אתא לאשמועינן דעיבור הוולד וטעינת הגיזה הוי שינוי כמו הלידה והגיזה עכ"ל. עיין בהגהות הגר"א

על הרא"ש, וכן בביאור הגר"א בסי' שנ"ג סק"ו, שדייק מלשון הרא"ש שגם עיבור וטעינה חשיבי שינויים שאינם חוזרים לפי ר"ת כמו לידה וגיזה, ודלא כמו שהביאו תוס' את דברי ר"ת. ועיין עוד בזה לעיל כאן בסק"ג.

רצד) ביאור דברי הבעל המאור והמלחמות בסוגיין.

א. עיין לעיל באות רפ"ב שהבאנו את שיטת רש"י שלידה וגזיזה לא חשיבי שינויים בגוף הבהמה. מיהו הבעל המאור בד"ה רבי יהודה וכו' הזכיר ששפיר שייך לומר שלידה וגזיזה חשיבי שינויים בגוף הבהמה, וכן הביא הנ"י בשמו. ועיין ברמב"ן במלחמות בד"ה כתוב בספר המאור וכו' שהשיג על הבעל המאור אלא שמדבריו בד"ה כתוב בספר המאור וכו' ניכר שחסרים לנו את עיקר דברי הבעל המאור בזה. ועכ"פ הרמב"ן שם חולק עליו וס"ל שמה שמעיקרא גופא מליא והשתא גופא סריקא לא חשיב שינוי, ונסתייע ממה שהטלת גללים אינה נחשבת כשינוי. וגם הנ"י הביא ראי' זו מגללים בשם הרא"ה. מיהו לכאורה יש לחלק בין גללים לגיזות וולדות, והיינו משום שאין חסרון הגללים ניכר בגוף הבהמה כמו הסרת הגיזה ולידת העובר. ולענין הלכה יש לעיין אם קונה מיהא את הגללים (היכא שנגמר העיכול ונעשו גללים קודם הגזילה), דהיינו האם מהני פרידתן מגוף הבהמה לכל הפחות לגבי אינהו גופייהו כמו בגיזות וולדות, או האם רק בגיזות וולדות אמרינן כן כיון שע"י הלידה נעשה הוולד בהמה בפני

עצמה, וכן הגיזות נפסקו ממקור גידוליהן, משא"כ גללים שהיו רק כמונחים בקופסא.

ב. והנה הרמב"ן במלחמות שם הביא שדיוקן של הבעל המאור לומר שלידה וגיזה חשיבי שינויים גם לגבי גוף הבהמה הוא מהא דקתני בהסיפא שהוא משלם כשעת הגזילה ולא קתני לשון של דמי פרה כמו בהרישא עכ"ד. ונראה שכוונת הדברים היא כך, דגם הבעל המאור מודה שמיקרי שינוי לגבי הבהמה רק בהציור של הרישא של גזל מעוברת וילדה, אבל בגזל ריקנית ונתעברה אצלו וילדה גם הוא מודה שלא הוי שינוי, והיינו משום שמה שנתעברה הוא בגדר שינוי החוזר, וס"ל שאפילו רב פפא לא קאמר אלא שהוא נוטל את השבח משום תקנת השבים אבל לא את גוף הבהמה, וכ"כ הבעל המאור להדיא בדעת רב פפא (ודלא כדעת הרא"ש בשם הר"י), וכן מה שילדה לא הוי שינוי משום שאע"פ ששינוי זה אינו חוזר לברייתו, דהא אם תחזור ותתעבר הרי זה בודאי נקרא שפנים חדשות באו לכאן, אבל מ"מ דבר זה אינו עוזר מאחר שהפרה עומדת עכשיו ריקנית קמן כמו בשעת הגזילה, ומשום הטעם הנ"ל גם הבעל המאור מודה שבהסיפא אין שום שינוי, וס"ל להבעל המאור שזהו הטעם למה שינה התנא את הלשון בין הרישא והסיפא, דהיינו כדי להורות שבהרישא יש כאן שינוי אפילו לגבי גוף הבהמה, והרי הוא קונה גם את גוף הפרה, ומש"ה קתני לשון של משלם דמי פרה כלומר שהוא קונה את גוף הפרה ומשלם

דמים, משא"כ בהסיפא אינו קונה את גוף הפרה ומש"ה קתני לשון של משלם כשעת הגזילה, דהכוונה בזה היא שהוא מחזיר את גוף הפרה כמו שהיתה בשעת הגזילה*), ועל זה המשיך הרמב"ן שם להקשות דהא בע"כ צ"ל שהך לשון של משלם כשעת הגזילה יכול להתפרש גם שהוא קונה בשינוי ומשלם דמים, דהא גם בעצם ועשאן כלים תנן שהוא משלם כשעת הגזילה והתם הכוונה היא שהוא קונה את גוף הכלי בשינוי, וא"כ א"א לומר שכוונת התנא בהך שינוי לשון היא לומר שבהרישא הרי הוא קונה את גוף הבהמה ושבהסיפא אינו קונה, דא"כ הי' לו להתנא להשתמש בהסיפא בלשון שמשמע מיני' להדיא שאינו קונה, ולא רק להסתפק בשינוי לשון מהרישא (כן נראה כוונת הרמב"ן).

והנה מה שהבאנו מהרמב"ן שהבעל המאור סובר רק בנוגע להרישא שזה נחשב שינוי בגוף הפרה אינו ברור כך וכך. ועיין באמת בקצה"ח בסי' ש"ס סק"ד שהביא בשם הבעל המאור שגם בהסיפא חשיב שינוי בגוף הפרה. ונראה שהקצה"ח סמך את עצמו על מה שכתב הרמב"ן לעיל בהדיבור הנ"ל בשם הבעל המאור שכל היכא דקתני משלם כשעת הגזילה הכוונה היא שהוא קונה את גוף הגזילה עיי"ש היטב, וזה הרי כולל גם את הסיפא, אלא שלכאורה יש לתמוה ממה שהבאנו כבר משמעות מפורשת מהרמב"ן שהבעל המאור סובר שרק בהרישא יש כאן שינוי על גוף הבהמה. ועוד יש להוכיח כן

* כשעת הגזילה" גם כשהוא מחזיר אתגוף הפרה.

(* והרמב"ם בפ"ב דגזילה ה"ו כתב ד"משלם

מהקושיא הראשונה של הרמב"ן על הבעל המאור לעיל בד"ה ועוד רכי יהודה וכו' דגם משם מוכח שהבין הרמב"ן שהבעל המאור מודה בנתעברה אצלו וילדה דלא חשיב שינוי בגוף הבהמה וכמו שביארנו לעיל בסוף אות רפ"ח. שו"ר שכבר העיר השער המלך על כל זה בפ"ב מהל' גזילה ה"ו בתחילת ד"ה הנה וכו' עיי"ש.

והנה לכאורה יש ראי' מוכרחת מדברי הבעל המאור שלפנינו שהוא סובר שנתעברה אצלו וילדה לא מיקרי שינוי בגוף הבהמה, והיינו משום שלהדיא כתב בד"ה רכי יהודה וכו' שבשבח שעל גבי גזילה גם רב פפא מודה שאינו קונה אלא את השבח אבל לא את גוף הבהמה וכמו שהבאנו כבר, ומזה הרי מוכח שה"ה לאחר שילדה, שהרי מהגמרא מוכח שיש דין אחד לתרוייהו, דהא מקשינן על רב פפא אמאי קתני בהמשנה ילדה דמשמע ילדה אין לא ילדה לא עיי"ש, והרי אם נאמר דס"ל להבעה"מ שלאחר שילדה הרי הוא קונה גם את גוף הפרה לא קשה מידי, דהא י"ל דקתני ילדה משום שבכה"ג הרי הוא קונה גם את גוף הפרה וכפשטות הלשון של משלם כשעת הגזילה דמשמע שאינו מחזיר את גוף הפרה, וא"כ מוכח שגם בילדה צ"ל לפי רב פפא שאינו קונה את גוף הפרה, והטעם הוא כהנ"ל מפני שהיא עומדת עכשיו ריקנית כמו שהיתה בשעה שגזלה. מיהו שו"ר שהשער המלך שם הבין דאי משום הנ"ל אכתי י"ל שלפי הבעל המאור בריקנית שנתעברה וילדה הרי הוא קונה גם את גוף הפרה, ובכל זאת אתי שפיר קושיית הגמרא הנ"ל, והיינו על

פי הדרך שרצה בתחילה לומר שם בדעת הראב"ד עיי"ש.

ג. הנה הבעל המאור כתב בד"ה רכי יהודה וכו' שבשבח שעל גבי גזילה לא מיקרי שינוי לפי רב זביד משום שהוא גדל מאליו וסופו להנטל משם. ונראה שכוונתו היא לומר שמשום כך גם השתא הרי זה כנטול דמי וכאילו אינו שם (ולכאורה כוונתו במה שכתב שגדל מאליו היא דהוי שינוי דממילא וס"ל שלא מהני לקנות).

מיהו צ"ע על סברת הבעל המאור דהא סברתו הנ"ל מספקת רק לענין למה לא מיקרי שינוי בגוף הבהמה, אבל אכתי לא ביאר למה לא מיקרי לכל הפחות שינוי לענין השבח. ובשלמא לפי הטעמים שכתבו שאר המפרשים לבאר למה לא מיקרי שינוי בגוף הבהמה, דהיינו משום שהוא שינוי החוזר, או משום סברת הרמב"ן בסד"ה ועוד רכי יהודה שכתב משום שלא נשתנית גוף הגזילה, א"כ י"ל שמאחר שאינו חשיב שינוי לגבי גוף הבהמה א"כ גם את השבח אינו קונה כל זמן שהוא על גבי הבהמה משום שהוא בטל לגוף הבהמה, וכבר ביארנו כן לעיל בכונת הרמב"ן במה שכתב בסוף הדיבור הנ"ל שכל המחובר לה כמוה עיי"ש, אבל לפי הבעל המאור הרי אי אפשר לומר כן, דהא איהו קאמר שאדרבה הרי הוא כנטול משם, וא"כ למה לא מיקרי שינוי לכל הפחות לענין השבח.

ד. הנה הבעל המאור בהדיבור הנ"ל כתב שלפי רב פפא שבח שעל גבי הגזילה הוא בגדר שינוי החוזר לברייתו. ולא ידעתי

למה הוצרך לזה, ולמה נטה ממה שכתב כבר שלפי רב זביד אינו נחשב בגדר שינוי כלל בגוף הבהמה, דהא גם אם לא הי' נחשב כשינוי כלל בגוף הבהמה, בכל זאת י"ל דס"ל לרב פפא שעשו תקנת השבים על השבח. ובשלמא אם הבעל המאור הי' סובר שלפי רב פפא הרי הוא קונה גם את גוף הפרה, אז שפיר היינו צריכים לזה שכתב שחשיב לכה"פ כשינוי החוזר בגוף הפרה כדי שיוכל לקנות גם את גוף הפרה על ידי הדין ששינוי החוזר קונה מדרבנן משום תקנת השבים, אבל מכיון שהבעל המאור סובר שם להדיא שלפי רב פפא הרי הוא קונה רק את השבח, והרי על השבח יש סברא עצמית לעשות תקנת השבים, דהיינו משום שגדל אצל הגזלן, א"כ גם בלא שנחשב לכה"פ על מדריגת שינוי החוזר בגוף הפרה, ג"כ שייך לעשות תקנת השבים על השבח, ולא עוד אלא שבאמת מה שזה נחשב שינוי החוזר בגוף הבהמה אינו צריך להועיל כלל לגבי השבח כיון שאינו קונה את הבהמה.

רצה) שיטתם של הראב"ד והרשב"א.

הנה להרשב"א בסוגיין יש שיטה מחודשת בביאור המחלוקת שבין רבי מאיר ורבי יהודה, וכן בהרישא של המשנה, וכן הביא שסובר הראב"ד, וז"ל הרשב"א בתחילת הסוגיא בד"ה הגוזל וכו', בגזול את הרחל ונטענה או נתעברה אצלו היא

מתניתא (כלומר הברייתא של רבי מאיר ורבי יהודה), דאי בשגזלה טעונה ומעוברת ליכא מ"ד שיהא לגזלן בגיזות וולדות, דלכו"ע כשעת הגזילה משלם, ותנן גזל פרה מעוברת וילדה רחל טעונה וגזזה משלם דמי פרה העומדת לילד ודמי רחל העומדת ליגזו וכו' עכ"ל. ומפשטות לשונו של הרשב"א משמע שבהציוור של גזלה טעונה ומעוברת, שפיר חשיבי הלידה והגזיזה שינויים לכל הפחות לגבי הוולד והגזו, דהא מסתימת לשונו משמע שהגזלן משלם אותם בדמים*), רק שבכל זאת אין הגזלן מרויח כלום. ולכאורה אין דבריו מובנים, דאמאי אינו מרויח כלום, הלא הוא שפיר מרויח מה שתעלה בדמים משעת הגזילה והלאה.

ונראה לבאר את שיטתם של הראב"ד והרשב"א בהקדם שתי הנחות. א', שהם סוברים שבאופן שנשתנה על ידי לידה וגזיזה הרי הגזלן משלם כשעה אחת לפני השינוי, ודלא כשיטת הרא"ש שהוא משלם כשעת תחילת הגזילה, וכן מבואר להדיא בהמשך דברי הרשב"א שם שהוא חולק בזה על הרא"ש, וכ"כ הלח"מ בפ"א מהל' גניבה הי"א בדעת הראב"ד. ב', שהראב"ד והרשב"א סוברים שאין שוויותם של העובר והגיזה מתעלים ע"י הלידה והגזיזה, ודלא כדברי הר"י יהונתן והמאירי בשט"מ כאן**).

והשתא לפי ב' ההנחות הנ"ל, שפיר יוצא שהיכא שגזלה טעונה ומעוברת,

** מיהו לכאורה יש לתמוה משום שדברי הר"י יהונתן והמאירי שהם שפיר מתעלים נראים נכונים מצד המציאות.

* ולכאורה כן נראה פשוט מצד הסברא. מיהו עיין באות רצ"ז בנוגע לדעת הרמב"ם בזה וכן באות רצ"ט* בנוגע לדעת הראב"ד.

ונשתנה ע"י הלידה והגזיזה, אין הגזלן מרויח כלום וכמו שכתב הרשב"א שבכה"ג אין להגזלן חלק בה, והיינו משום שהוא משלם כשעה אחת לפני השינוי והרי כבר הגיעו אז למלוא שוויותם.

ומלשון הרשב"א הנ"ל שהבאתי מבואר שהוא סובר שזוהי גם כוונת הרישא של המשנה דתנן שבמעוברת וילדה הגזלן משלם דמי פרה העומדת לילד, דכוונת התנא היא שהגזלן משלם כשעה אחת לפני הלידה ובאמת אינו מרויח כלום.

מיהו אכתי צ"ע משום שהרשב"א הרי העמיד את הציור של המחלוקת שבין רבי מאיר ורבי יהודה בגזלה ריקנית ונתעברה אצלו וילדה, דס"ל להרשב"א שבכה"ג שפיר יש ריווח להגזלן לפי רבי יהודה, וכן מבואר בהסיפא של המשנה דהא בהסיפא של המשנה תנן על הציור הזה לשון של משלם כשעת הגזילה, דמשמע ששפיר יש לו ריווח, דהא משמע שהוא משלם כקודם כשהי' ריק ולא כעכשיו*). ואילו לפי מה שכתבנו בדעת הרשב"א והראב"ד יוצא שגם בהציור הנ"ל של הסיפא, דהיינו בגזלה ריקנית ונתעברה אצלו וילדה, ליכא שום ריווח להגזלן לפי רב זביד שסובר ששבח שעל גבי גזילה הוא דנגזל, דהא גם שם עד שעת לידה וגזיזה ליכא שום שינוי לפי רב זביד. ובשלמא אם היינו אומרים שיש עילוי בדמים על ידי עצם הלידה והגזיזה, א"כ גם לפי רב זביד יוצא שהגזלן

מרויח שהרי הוא משלם כשעה אחת לפני הלידה והגזיזה והרי הוא מרויח על ידי זה את השבח שנשבח על ידי עצם הלידה והגזיזה, ו"משלם כשעת הגזילה" יתפרש כסוף שעת הגזילה דהיינו רגע לפני שקנה בשינוי ע"י הלידה, אבל מכיון שאנו אומרים שאין דמי' מתעלים על ידי הלידה והגזיזה, א"כ יוצא שגם בכה"ג ליכא שום ריווח להגזלן, וא"כ צ"ע דהא בהמשנה תנן דמשלם כשעת הגזילה דמשמע ששפיר יש לו ריווח, וכן סובר רבי יהודה בהברייתא שבכה"ג יש להגזלן ריווח.

ולכאורה מוכרחים אנו לומר שאע"פ שסוברים הרשב"א והראב"ד שהגזלן משלם כשעה אחת לפני השינוי, אבל מ"מ הרי זה רק בהציור של היתה מעוברת וילדה, אבל בהציור של נתעברה אצל הגזלן וילדה, לפי רב זביד, גם הם מודים שלאחר הלידה הרי הוא משלם כשעת תחילת הגזילה ולא כשעה אחת לפני הלידה ומש"ה שפיר יוצא ריווח להגזלן גם לפי רב זביד**). והטעם להחילוק הנ"ל הוא משום שהרשב"א והראב"ד סוברים שהסיבה למה סובר רב זביד ששבח שעל גבי גזילה הוא של הנגזל, ולא מיקרי שיש כאן שינוי גמור לכל הפחות בהגזיזה והוולדות גופייהו (עד שעת גזיזה ולידה), הרי זה משום שהגזיזה והעובר בטלים הם לגוף הבהמה, והרי הם נגררים אחרי' כחלק מגוף הבהמה***) (ובגוף הבהמה ס"ל

דמי פרה העומדת לילד.

** ועיין בזה בשער המלך בפ"ב מגזילה בריש דבריו על ה"ו.

*** וכבר ביארנו לעיל שכן היא כוונת הרמב"ן

* אבל מה שכתב הרשב"א עצמו לשון של משלם כשעת הגזילה, כוונתו בזה היא רק לומר שבמעוברת וילדה גם ר"מ מודה שהוא משלם דמים ואינו מחזיר את הגוף, כיון שגם ע"י שמשלם דמים לא יצא לו שום ריווח בזה וכמו שסיים דמשלם

דליכא שינוי משום שזה שינוי החוזר, א"נ משום שלא נשתנה גוף הבהמה וכמו שהבאנו כבר לעיל), אבל אי לאו משום טעם זה שהם בטלים לגוף הבהמה, שפיר הי' נחשב עצם גידולם בגדר שינוי לגבי אינהו גופייהו, וא"כ לפ"ז י"ל שמכיון שהם נטפלים לגוף הבהמה א"כ יוצא שמעולם לא נעשה בגדר גזלן על הגיזות והוולדות בתורת חפצים לחודייהו, ומש"ה אע"פ שכל זמן שהם על גבי הגזילה הרי הם שייכים להנגזל אגב הבהמה, וכן מסתבר שהקנין גזילה מתפשט עלייהו*), אבל מ"מ לאחר הלידה, דהשתא שפיר איכא שינוי לגבי אינהו גופייהו, שוב ליכא שום סיבה לחייב את הגזלן לשלם דמיהם, דהא מעולם לא נתחייב עלייהו בחיובי גזילה כחפצים בפני עצמם, אלא היו חלק מהבהמה, והרי הבהמה עודנה עומדת לפנינו בלי שום שינוי, ולכן נשאר הדין שהגזלן עדיין יכול לפטור את עצמו ע"י השבת גוף הבהמה ואינו צריך לשלם כלום עבור הגיזות והוולדות**). ולפי זה יוצא שהכוונה במאי דתנן בהסיפא שהוא משלם כשעת הגזילה היא שהבהמה חוזרת בעינה, וכבר הבאנו פירוש כזה בריש אות רפ"ב.

ברם צריכים להדגיש שהרשב"א והראב"ד מוכרחים לסבור באמת שהיכא שנתעברה אצלו וילדה אין הלידה מיקרי שינוי בגוף הבהמה, דהא אילו היתה נחשבת שינוי בגוף הבהמה והי' צריך

לשלם את דמי הבהמה א"כ הי' צריך לשלם את דמי הבהמה כשוויותה רגע אחד קודם השינוי לפי הרשב"א והראב"ד, והי' נכלל בזה גם דמי הגיזות והוולדות כשוויותם שעה אחת לפני השינוי, דאע"פ שמעולם לא נעשה גזלן במיוחד על העובר והגזו אבל מ"מ אכתי יצטרך לשלם אותם בתורת חלק מתשלומי גוף הבהמה שהם בטלים לגבה, וא"כ בע"כ צ"ל שאין כאן שום שינוי בגוף הבהמה כיון שהיא עומדת לפנינו ריקנית כמו בתחילה, אלא הרי הבהמה חוזרת בעיני, ומש"ה שפיר יוצא שאין כאן שום סיבה לחייב את הגזלן בתשלומי הגיזות והוולדות.

וכל זה הוא רק בגזלה ריקנית, אבל היכא שגזלה טעונה ומעוברת, התם סובר הרשב"א שהלידה והגיזות חשיבי שפיר שינויים לגבי גוף הבהמה, ומש"ה הרי הוא חייב לשלם כשוויות הבהמה בשעת השינוי.

(והנה כבר הבאנו באות רצ"ג סק"ו שהרא"ש חולק על הרשב"א בענין הנ"ל וס"ל שאילו הי' הדין שהגזלן משלם כשעה אחת לפני השינוי, אז היינו אומרים כן גם לפי רב זביד שסובר שהשבח שעל גבי הגזילה הוא של הנגזל, דגם לדידי' לאחר הלידה הי' הגזלן משלם כשעה אחת לפני השינוי. ואולי י"ל שטעמו של הרא"ש הוא משום שהוא הולך לשיטתו לעיל שם שגם בהרישא וגם הסיפא הרי הגזלן קונה

(* עי' באות רצ"ט.

** לכל הפחות לפי השיטה שהיכא שלא קנה בשינוי אינו משלם פחת, עיין בזה בדף ס"ו באות מ"ז.

בדבריו במלחמות בסד"ה ועוד רבי יהודה. ודע שלכאורה גם רב פפא מודה לסברא זו, רק שהוא סובר שתיקנו תקנת השבים שיקנה את השבח, א"נ שקונה הגזלן מכח שינוי החוזר על הבהמה.

את גוף הפרה, אבל אילו לא הי' קונה את גוף הפרה, הי' דינו להחזיר רק את הפרה ולא לשלם כלום על הולד. מיהו יש לעיין בזה, דהא הרא"ש לא כתב להדיא לגבי הסיפא שהגזלן קונה את גוף הפרה אלא לפי רב פפא שסובר ששבח שעל גבי הגזילה הוא של הגזלן, דלפי רב פפא כתב הרא"ש שהוא קונה גם את גוף הפרה וכל שכן לאחר הלידה, אבל לפי רב זביד שסובר שכל זמן שהשבח הוא על גבי הגזילה הרי הוא של הנגזל א"כ יתכן שיודה הרא"ש שלידה לא מיקרי שינוי על גוף הפרה כיון שהיא עומדת ריקנית לפנינו כמו בשעת הגזילה, באופן שלפי רב זביד יתכן שאין הגזלן קונה את גוף הפרה אשר לפ"ז דינו הוא להחזיר את הפרה ולא לשלם כלום על הולד [נדלא כהקצה"ח בסי' ש"ס סק"ד בדעת תוס' והבעל המאור שגם לפי רב זביד הרי הוא קונה את גוף הפרה לאחר הלידה].

והנה הרשב"א שם הביא שבפירושו של הר"ח איתא דלא כדבריו שם, אלא איתא שגם כשגזלה טעונה ומעוברת ושוב ילדה וגזזה, שפיר יש להגזלן חלק בהגזיות והולדות. ולא ידעתי למה לא הביא כן מרש"י בד"ה גזילה חוזרת בעיני, שפי'

להדיא שגם באופן שגזלה טעונה ומעוברת יש להגזלן חלק בהשבח וכן מבואר גם מלשונו על המשנה עיי"ש.

ועל כל פנים עיי"ש ברשב"א שהקשה על שיטת הר"ח הנ"ל שלא יתכן לומר כן, וכוונתו היא להקשות כשיטתו הנ"ל שא"א לומר שיש להגזלן חלק בהם דהא עד שעת הלידה ליכא שינוי וגם לאחר שנשתנה על ידי הלידה הרי חיובו הוא לשלם כשעה אחת לפני השינוי וא"כ יוצא שאין להגזלן כלום בהגזיות והולדות משום שעל ידי הלידה גופא לא ניתוסף כלום. ועיי"ש שרוצה הרשב"א ליישב את דברי הר"ח ולומר שהוא סובר שבאופן שגזלה מעוברת, גם מה שהעובר הולך ומוסיף חשיב שינוי, אשר לפ"ז שפיר מקבל הגזלן את כל מה שניתוסף כיון שכבר קנה בשינוי ע"י ההוספה הראשונה*), אלא שדחה הרשב"א את הדרך הזו והסיק שלא מיקרי בגדר שינוי אלא כגון מעוברת וילדה או ריקנית ונתעברה לפי רב פפא (וכן היא הסכמת המפרשים חוץ מהסמ"ע כמו שהבאנו לעיל באות רצ"ג סק"ז).

רצו) דברי המאירי בסוגיין.

עיין בשט"מ בשם המאירי שסובר

שייך לומר כמו שכתבנו לעיל שגם רב זביד יודה שהגזלן משלם כשעת תחילת הגזילה, דזה שייך רק בהציור של ריקנית ונתעברה וילדה וכמו שביארנו שם שמעולם לא נעשה גזלן על הגיזה והולד משום שהם מתבטלים לגבי גוף הבהמה ומשו הכי הרי הוא יכול לפטור את עצמו על ידי השבת הבהמה הריקנית כיון שלא קנה אותה בשינוי, אבל בגזל מעוברת הרי אזלינן שהוא שפיר קונה את הבהמה בשינוי ואם כן אכתי יוצא שיצטרך לשלם כשוויותה בשעת הלידה והגיזה ואינו מרויח כלום.

* מיהו לכאורה הדרך הזו אתי שפיר רק לפי רב פפא שסובר ששבח שעל גבי גזילה הוא של הגזלן, דלפי זה שפיר י"ל שכל מה שמשביח העובר חשיב שינוי, אבל לפי רב זביד שסובר ששבח שעל גבי גזילה הוא של הנגזל וליכא שום שינוי עד שעת לידה וגזיזה, אכתי צריך לצאת שאין להגזלן חלק בה, דהא דינו הוא לשלם כשעה אחת לפני השינוי, דהיינו שעה אחת לפני הלידה, ואם כן אכתי יוצא שאין הגזלן מרויח כלום כיון שאין הולד משתבח כלום ע"י הלידה, והכא לא

שבהרישא שגזל מעוברת וילדה, לא מיקרי שינוי בגוף הפרה, אבל בהסיפא גבי ריקנית ונתעברה וילדה הרי זה שפיר נחשב שינוי גם בגוף הפרה. ולכאורה דבריו נראים תמוהין משום שבמה עדיף הציור של נתעברה וילדה, הלא מה שנתעברה הרי זה לכל היותר שינוי החוזר בגוף הפרה, ולמה יהי' נחשב יותר ממעוברת וילדה, וגם מה שילדה לא עדיף מהציור של היתה מעוברת וילדה, ולא עוד אלא גם גרע מיני' מאחר שהבהמה עומדת עכשיו ריקנית לפנינו כמו בשעה שגזלה, וא"כ מה היא הסברא לומר שחשיב שינוי בגוף הפרה יותר מהציור של היתה מעוברת וילדה.

רצו) מראה מקומות בדעת הרמב"ם.

שיטת הרמב"ם בפ"א מהל' גניבה הי"א ופ"ב מהל' גזילה ה"ז היא שע"י גזיזה ולידה אינו קונה את הגיזות ואת הוולדות אלא רק לאחר יאוש לחוד. והקשה הראב"ד בפ"ב מגזילה ה"ז שאין לך שינוי גדול מזה. והוסיף הלח"מ דהא בתחילת הסוגיא כאן אמרינן להדיא שהם שפיר חשיבי שינויים, דהא כל ההוה אמינא לומר שרבי מאיר מדינא קאמר ולא משום קנסא הרי הוא רק ע"י שנאמר שהוא סובר ששינוי אינו קונה וכמו בית שמאי, אבל הא ודאי שליידה וגזיזה חשיבי שינויים לכה"פ לגבי הגיזות והוולד. וכבר נאמרו כמה וכמה דרכים ביישוב שיטת הרמב"ם, ויש לפלפל בהם טובא, ולא באתי כאן אלא להראות מקום לכמה מהם.

א. המגדל עוז בפ"א מגניבה כתב שבאמת הרמב"ם מודה שליידה וגזיזה חשיבי שינויים, ומה שהוא פוסק שאינם מועילים, כוונתו היא משום קנס משום דס"ל דהלכה כרבי מאיר, רק שגם רבי מאיר מודה שלאחר יאוש לא קנסו כי לאחר יאוש תיקנו תקנת השבים.

ב. דרכו של השער המלך בפ"ב מגזילה ה"ו (בדף מ"ב ע"ג) היא כהנ"ל, דהיינו שלעולם מודה הרמב"ם שהם נחשבים שינויים, אלא שהשער המלך כתב שלעולם הרמב"ם פוסק שפיר כרבי יהודה ודלא כהמגדול עוז, והא דאינו קונה לפני יאוש הרי זה משום שגם רבי יהודה מודה לרבי מאיר שלפני יאוש מכיון שלא שייך הענין של תקנת השבים*), קנסינן ל' ולא אזלינן בתר השינוי, ולכן בעינן יאוש, אבל לעולם מודה הרמב"ם שמה שהוא קונה לאחר יאוש הטעם הוא משום שינוי כיון שלאחר יאוש לא קנסינן ל' (ור"מ סובר שקנסינן גם לאחר יאוש), ומה שכתב הרמב"ם שאין כאן שינוי הכוונה היא לגבי גוף הבהמה, אבל לגבי הוולד והעובר גופייהו בודאי מודה הרמב"ם שיש שינוי, רק שמכיון שלא קנה את גוף הבהמה בשינוי מש"ה קנסינן ל' לפני יאוש על הגיזות והוולדות משום שברשותא דנגזל קא אשבח (ומשמע שם שכוונת השער המלך היא לומר שאם הלידה היתה נקראת שינוי על גוף הפרה, אז הי' נקרא שהשבח הזה של הלידה נשבח ברשות הגזולן, ויש לפלפל בזה).

ג. דרכו של הגר"א בסי' שנ"ד סק"א היא

הבאה נביא את מקורות הרמב"ם לזה.

(* וכשיטת הרמב"ם בה"ו שם, ולקמן בהאות

הגמרא שהולכת כאב"י שה"ה לשינוי החוזר לברייתו. ועיין גם בסמ"ע בסק"א שם שכתב כדברי הגר"א, ועי' בט"ז מה שהקשה עליו.

ה. דרכו של האבן האזל בפ"ב מהל' גזילה סוף ה"ד היא שמקורו של הרמב"ם היא מהסוגיא בע"ב כאן שיש לדייק שהסוגיא בע"ב חולקת על הסוגיא בע"א, והיינו משום דפרכינן בע"ב על רב פפא שסובר ששבח שעל גבי גזילה הוא להגזלן דא"כ אמאי תנן בהסיפא של המשנה שאם נתעברה וילדה הרי הוא משלם כשעת הגזילה הלא גם אם לא ילדה ס"ל לרב פפא שקונה הגזלן, והי' קשה לו להרמב"ם דהא י"ל שטעמו של רב פפא בשבח שעל גבי גזילה הוא משום תקנת השבים אבל לעולם אין כאן שינוי גמור שבכחו לקנותו, ואפי' לא לגבי הגיזה והולד, וא"כ אמאי לא משני שהמשנה איירי לפני יאוש ולכן בעינן ילדה משום שילדה חשיב שפיר שינוי גמור שבכחו לקנות וממילא הרי הוא קונה אפילו לפני יאוש*, ומזה הוכיח הרמב"ם שבע"כ צ"ל שלידה וגזיזה אינם נחשבים שינויים, ואפילו לא לגבי הולד והגיזה, ואפילו בציור של נתעברה וילדה אצל הגזלן (וכ"ש במעוברת וילדה וטעונה וגזזה), וממילא בע"כ צ"ל שאיירי המשנה לאחר יאוש ולכן שפיר פרכינן שא"כ מאי איריא ילדה הלא אפילו לא ילדה נמי לפי רב פפא, ואע"פ שהסוגיא בע"א נקטה

לעולם את גוף הפרה הרי הוא מחזיר בעיני, דהא גם לפי האמת זוהי כוונת התנא לפי הרמב"ם שסובר שלאחר יאוש הגזלן נוטל את השבח ומחזיר את גוף הפרה.

דס"ל להרמב"ם שרק לפי רבי מאיר חשיבי שינויים, אבל רבי יהודה ס"ל שכל דבר של שבח אינו חשיב שינוי ולכן הבהמה חוזרת בעיני, רק שבכל זאת הרי הוא קונה את השבח משום תקנת השבים (ורק לאחר יאוש), וזהו גם טעמו של רבי יהודה בצבע למה הוא סובר שאינו קונה את הצמר, דהיינו משום שדבר של שבח לא חשיב שינוי, ורבי מאיר גם בצבע אזיל לשיטתו דשבח שפיר מיקרי שינוי (והא דאינו קונס בצבע הרי זה משום דהוי שוגג וכמבואר בגמ'). ועיין בחזו"א בסי' י"ז סק"ט בד"ה וגם וכו' מה שהעיר על דרכו הנ"ל של הגר"א.

ד. דרכו של הגר"א בסי' שנ"ד סק"ב בהליקוט הראשון היא שגיזה ולידה חשיבי שינויים החוזרים לברייתן (ולא מיקרי העובר והגז השניים בגדר פנים חדשות), רק שסוגיית הגמ' בע"א שמחשיב להו שינויים אזיל כאב"י בדף צ"ג ע"ב שסובר ששינוי החוזר קונה, אבל הרמב"ם פוסק ששינוי החוזר אינו קונה. ועיין בחזו"א שם שהקשה על זה דא"כ מאי פשיט הש"ס שם מבהמה והזקינה וצבע שרבי מאיר סובר ששינוי קונה, הלא אכתי י"ל שטעמא דרבי מאיר בגיזות וולדות הוא משום שהוא סובר ששינוי החוזר אינו קונה. מיהו י"ל דס"ל להגר"א שזה לא קשה מידי משום שמאחר שחזינן דס"ל לרבי מאיר ששינוי קונה א"כ זה כבר הי' פשוט לסוגיית

* ואפילו אם נאמר שהלידה והגיזה חשיבי שינויים רק לגבי הולד והגיזה, אבל מ"מ י"ל שכוונת המשנה במאי דתנן שהוא משלם כשעת הגזילה היא רק בנוגע להגיזות והולדות, אבל

שלידה וגזיזה חשיבי שפיר שינויים ושטעמא דרבי מאיר הוא משום קנס, אבל מ"מ הסוגיא בע"ב חולקת על זה וסוברת שלא חשיבי שינויים ושטעמא דרבי יהודה הוא משום תקנת השבים ושרבי מאיר לית ליה תקנת השבים.

וע"ע בדברי החזו"א שנביא באות רצ"ט.

רחצ) עוד בדעת הרמב"ם.

גם יש כמה דעות בענין מקורו של הרמב"ם לזה שפסק שלא עשו תקנת השבים בנוגע להשבח אלא רק לאחר יאוש אבל לא לפני יאוש.

א. דעת הראב"ד בפ"ב מהל' גזילה ה"ד היא שיש מקצת ראי' לדעת הרמב"ם מהסוגיא לעיל בדף ס"ו, וכן שיש הוכחה מהסוגיא בדף צ"ו ע"א (ועיי"ש במ"מ).

ב. דעת הגר"א בחו"מ סי' שנ"ד סק"א היא שמקורו הוא מהסוגיא בב"מ דף י"ד.

ג. דעת האבן האזל בפ"ב מהל' גזילה ה"ד בד"ה והנה כל זה וכו' היא שמקורו הוא מסוגיית הגמ' לעיל בדף ס"ה, דהא מבואר בדף ס"ה שרק שבח שעל ידי הוצאה הוי של הגזלן משום הסברא של אנא פטימנא ואת שקלת, ולכאורה קשה דהא בסוגיא דידן מבואר שגם גיזות וולדות הן דידי', ומפרש הרמב"ם ששבח דממילא בעי יאוש, והיינו שבדף ס"ה איירי לפני יאוש ומש"ה הרי הוא קונה רק שבח שע"י הוצאה אבל הכא איירי אחרי יאוש, ועי' גם בחזו"א בסי' י"ז בריש סק"ט דמבואר שמקורו של הרמב"ם הוא מדף

ס"ה (ושיטת הרמב"ן במלחמות בסוגיין היא שהטעם דבעינן התם שישביח בידים הרי זה משום שאיירי בשבח של פיטום שאינו דבר הנפרד שעומד בפני עצמו כמו גיזות וולדות, ובשבח של פיטום היכא שנשבח בדרך ממילא שלא ע"י הוצאה אין הגזלן קונה כלל ואפילו לאחר יאוש, אבל בגיזות וולדות שהוא דבר הנפרד הרי הגזלן קונה אפילו לפני יאוש אע"ג דהוי ממילא).

רחצ*) עוד בדעת הרמב"ם.

הרמב"ם בפ"ב מהל' גזילה ה"ז כתב על הציור של היתה מעוברת וילדה שהוא משלם דמי פרה העומדת לילד אם ילדה לאחר יאוש. והבין הלח"מ שלפי דעת הרמב"ם שלידה וגזיזה אינם נחשבים שינויים ושאינן הגזלן קונה קודם יאוש א"כ גם לאחר יאוש הדין נותן שהגזלן זוכה רק בהעובר והגיזה אבל אכתי חייב הוא להחזיר את גוף הבהמה להנגזל, אלא שנתקשה הלח"מ על הלשון של "דמי פרה" שכתב הרמב"ם ושחנן בהמשנה, דהא מלשון זה משמע שאינו מחזיר את הפרה (וגם הקשה על הלשון של משלם כשעת הגזילה בהציור של הסיפא דהא לפי הרמב"ם גם שם הרי הוא מחזיר את גוף הבהמה), ואפילו אם הרמב"ם סובר שהלשון של המשנה היא לאו דוקא, אבל בכל זאת הי' לו להרמב"ם לומר בפירוש שאינו קונה את גוף הפרה ולא לסתום את דבריו.

מיהו עיין באבן האזל על ה"ז בד"ה ומה שכתב וכו' שביאר שהרמב"ם לא סתם דבריו כלל, דהא דבריו בה"ז הם פירוש

לדבריו לעיל בה"ב שם, ובה"ב כתב להדיא שאין הגזלן קונה את גוף הפרה. ועיין בשלטי הגבורים כאן באות א' שנקט כדברי הלח"מ שלפי הרמב"ם אינו קונה את גוף הפרה.

מיהו הטור בסי' שנ"ד נקט שכוונת הרמב"ם היא שגם גוף הפרה נשאת להגזלן (משא"כ בגזל ריקנית ונתעברה וילדה). ועיין בב"ח ובפרישה ובט"ז שכתבו טעמים לזה.

רצט) עוד בדעת הרמב"ם.

הנה מדברי הרמב"ם בפ"ב מהל' גזילה ה"ו מבואר שאפילו בהציוור של נתעברה אצל הגזלן וילדה, לא חשיב שינוי אפילו לגבי הוולד, ואין הגזלן קונה אפילו את הוולד לפני יאוש. ולכאורה יש לתמוה דהא הוולד הרי הוא כולו דבר חדש וא"כ איך שייך לומר שאינו נחשב לכל הפחות על מדריגת שינוי לגבי עצמו של הוולד (ולפי דרכם של המגדל עוז והשער המלך והדרך הראשון של הגר"א שהבאנו באות רצ"ז לא קשה מיד).

וי"ל כהסברא שהעיר החזו"א בסי' י"ז סק"ה שמעולם לא קנה הגזלן קניני גזילה על הוולד ומש"ה לא שייך שיקנהו עיי"ש בדבריו.

רצט*) דעת הראב"ד.

הנה הראב"ד על פ"א מהל' גניבה הי"א ופ"ב מגזילה ה"ז כתב שלידה וגזיזה חשיבי שפיר שינויים. אמנם אין ברור אם

כוונתו שם היא לומר דחשיבי שינויים רק בהוולד והגיזה, או האם כוונתו היא לומר דחשיבי שינויים גם לענין גוף הבהמה. וכן האם כוונתו היא גם להציוור של היתה מעוברת וילדה וגם להציוור של ריקנית ונתעברה וילדה.

והנה הלח"מ בהל' גזילה שם נוקט שכוונת הראב"ד היא שהוא קונה גם את גוף הבהמה, וכן גם בהציוור של נתעברה אצל הגזלן וילדה, ומש"ה הקשה דא"כ מאי פריך הגמ' על רב פפא מהסיפא דמשמע ילדה אין לא ילדה לא, הלא אפשר לתרץ שנקט ילדה משום שבכה"ג הרי הוא קונה גם את גוף הבהמה וכפשטות לשון המשנה שהוא משלם כשעת הגזילה. ותי' הלח"מ שבע"כ צ"ל דס"ל להראב"ד שלפי רב פפא גם קודם שילדה הרי הוא קונה את גוף הפרה משום שמעיקרא גופא סריקא והשתא גופא מליא ויש כאן שינוי.

והנה השער המלך בריש דבריו על פ"ב מהל' גזילה הקשה על הלח"מ שלפי שיטתו למה לא השיג הראב"ד על הרמב"ם גם בנוגע להיכא שלא ילדה ולא גזזה, דהיינו בהציוור של שבח שעל גבי הגזילה, דגם שם הי' לו להשיג שהוא קונה את גוף הפרה בשינוי ודלא כהרמב"ם שפוסק שהוא מחזיר את הכל ונוטל את דמי השבח. ועוד דמסוף דברי הראב"ד בפ"א מגניבה שם מבואר להדיא שהוא סובר שרק גיזה ולידה חשיבי שינויים גמורים ולא טעינה ועיבור*). ובפ"א מגניבה הוסיף

בתחילת ע"ב בשם הראב"ד שטעמו של רב פפא הוא משום תקנת השבים ולא משום שינוי גמור.

*) וע"ע באבן האזל בפ"ב מגזילה ה"ז בד"ה אבל וכו' שציין לדברי השיטה מקובצת בסוגיין

השער המלך להקשות שהלח"מ לא הועיל כלום בתירוצו כי בודאי גם הלח"מ שכתב שלפי הראב"ד הרי הוא קונה את גוף הפרה גם בלא ילדה, לא נתכוין לומר כן על לפני יאוש אלא רק על לאחר יאוש כיון דאיכא יאוש בהדי שינוי קצת, וא"כ גם אחרי דברי הלח"מ אכתי קשה מה מקשה הגמ' הלא יש לתרץ שהמשנה איירי לפני יאוש ולכן בעינן ילדה כדי שיהי' שינוי גמור משא"כ לפני שילדה הרי אין כאן אלא שינוי קצת ולא מהני בלא יאוש.

ועכ"פ כוונת הלח"מ אינה ברורה, דהיינו האם כוונתו לומר שלפי הראב"ד טעינה ועיבור הם שינויים גמורים וכדרך שכתב הגר"א בסי' שנ"ג סק"ו שכן הבין הרא"ש בדעת ר"ת דחשיבי שינויים גמורים שאינם חוזרים לברייתן (עיין לעיל באות רצ"ג סק"ג שנתקשונו בטעמא דמילתא), או האם מודה הלח"מ שהם נקראים חוזרים לברייתן, רק שהוא סובר שהם קונים מדרבנן מטעם שינוי דרבנן גם בלא טעמא דתקנת השבים דוגמת מה שכתב הגר"א שם שהבינו תוס' בשיטת ר"ת, ולפי שני הדרכים האלו יוצא שהוא קונה את גוף הבהמה אפילו לפני יאוש, או האם כוונת הלח"מ היא כמו שכתב השער המלך דהיינו משום דאיכא יאוש ושינוי קצת.

ועיין עוד בשער המלך בפ"ב מגזילה שם שהביא את דברי היש"ש בסוגיין שכתב שכוונת הראב"ד היא דחשיבי באמת שינויים גם בגוף הבהמה, אבל רק בהציוור של היתה מעוברת וילדה וטעונה וגוזה, אבל היכא שגזלה ריקנית ונתעברה אצלו וילדה אין כאן שינוי בגוף הבהמה. ולפ"ז א"ש קושיית הגמ' משום שהיכא שגזלה

ריקנית ונתעברה אין שום עדיפות במה שילדה נוסף על היכא שלא ילדה וא"כ שפיר פריך הש"ס אמאי תני ילדה.

מיהו בפרק א' מגניבה דחה השער המלך את דברי היש"ש משום שמה שכתב הראב"ד שילדה וגזילה חשיבי שינויים הרי זה קאי גם על הציוור של נתעברה אצל הגזלן וילדה שהזכיר הרמב"ם כמו שהראה השער המלך מלשונו של הראב"ד בפ"ב מגזילה, וא"כ בע"כ צ"ל שהראב"ד סובר שגם בריקנית ונתעברה וילדה איכא שינוי לכל הפחות בהוולד, ומש"ה אכתי קשה מאי מקשה הש"ס הלא י"ל שהמשנה איירי לפני יאוש דליכא בכה"ג תקנת השבים ומש"ה בעינן ילדה משום שעל ידי זה איכא שינוי לכל הפחות בהוולד, ואע"פ שאת הפרה הרי הוא חייב להחזיר אבל מ"מ את הוולד הרי הוא משלם כשעת הגזילה, והלשון של משלם כשעת הגזילה מתפרש על הוולד, אבל היכא שלא ילדה הרי הוא מחזיר גם את הוולד, וז"ל שם, א"כ הדרה קושיא לדוכתה דאמאי לא משני תלמודא דמתניתין דגזל פרה ונתעברה אצלו מיירי קודם יאוש כיון שלפי דעתו מתניתין דקתני משלם כשעת הגזילה לא קאי אלא אגזילה וולד, דאילו פרה גופא הדרה עכ"ל. ועיי"ש בהמשך דבריו.

ועיין באבן האזל בפ"ב מהל' גזילה ה"ז שתירץ שלעולם צודק הלח"מ שלפי הראב"ד בנתעברה ונטענה הרי הוא קונה גם את גוף הפרה, וכן צודק השער המלך שהיינו רק לאחר יאוש, ומה שהקשה השער המלך שאכתי קשה דנימא שצריכים ילדה משום שאיירי לפני יאוש יש לומר

דמוכח שהמשנה איירי לאחר יאוש, והיינו על ידי שנאמר בדעת הראב"ד שרק נתעברה אצל הגזלן וילדה חשיב שינוי על הוולד, אבל לא היכא שהיתה מעוברת וילדה, דהתם הרי זה רק משום תקנת השבים* (וציין לדברי הראב"ד בה"ח שם ועיי"ש בלח"מ), ומש"ה בעל כרחך צ"ל שהרישא של המשנה איירי לאחר יאוש דהא הראב"ד מודה להרמב"ם שהיכא שהוא קונה רק משום תקנת השבים בעיני יאוש, וא"כ מכיון שמוכרח לומר שהרישא איירי לאחר יאוש, מש"ה לא היתה הגמ' יכולה להעמיד את הסיפא בקודם יאוש, אלא בודאי גם הסיפא איירי אחרי יאוש, ולכן שפיר מקשה מאי איריא ילדה, אפילו לא ילדה נמי.

(ש) דברי התוס' רי"ד בסוגיין בענין הלוקח שדה גזולה ואכל פירות.

עיינ בתוס' רי"ד שהקשה את קושיית תוס' בד"ה דאתא וכו' שבשבח קרקעות גם בלא קנס מצי הנגזל להוציא את השבח מהלוקח כיון שקרקע אינה נגזלת. ורצה לתרץ שהרא"י אינה ממה שהקרקע השביחה אלא הרא"י היא ממה שהנגזל מוציא מהלוקח גם את הפירות שאכל, וזה

הוי רק מטעם קנס, אבל בלא קנס הי' הלוקח פטור משום שלא שייך על הפירות הכלל של קרקע אינה נגזלת.

מיהו צריכים אנו לבאר את סברת התוס' רי"ד בזה למה אין הלוקח נעשה גזלן על הפירות בשעה שתולשן באופן שאכתי הרי הוא מתחייב לשלם הפירות מדינא ולא משום קנס.

והנה לכאורה נראה שאיירי התוס' רי"ד באופן שבתחילה לא הי' הנגזל יכול להוציא את הקרקע בדיונים, אשר בכה"ג אע"פ שאין קרקע נגזלת ואין הגזלן קונה קניני גזילה אבל מ"מ הרי זה מיקרי שהקרקע אינה ברשותו של הנגזל (כדאמרינן בב"מ דף ד' ע"א), ומעתה על הציור הזה א"ש מש"כ התוס' רי"ד שהלוקח מיפטר מדינא מלשלם עבור מה שאכל ואינו מתחייב מדין גזלן, והיינו משום שאע"פ שלאחר שתלש הרי הם נעשים מטלטלין אבל בכל זאת אין לו דין גזלן עליהם כיון שלא גזל אותם מרשות הבעלים וכשיטת הקצה"ח בסי' ל"ד שהגזול מן הגזלן אינו מקבל שום דין של גזלן משום שלדיני גזילה בעינין שיהי' בגדר וגונב מבית האיש. ואפילו אם נאמר שלא כהקצה"ח אלא שהוא שפיר מתחייב בחיובי גזלן (וכמו שנראה מדברי התומים שהביא שם), ואינו נפטר אלא מהכפל של

ברמב"ן שם שאת הוולד והעובר הרי הוא שפיר קונה משום שינוי ולא רק משום תקנת השבים). ודע שכבר הערנו כמה פעמים שלגבי גוף הבהמה יש יותר סברא לומר שמעוברת וילדה חשיב שינוי מנתעברה וילדה, והיינו משום שבנתעברה וילדה הרי הבהמה עומדת עכשיו ריקנית כמו בשעת תחילת הגזילה.

* זהו היפך מחילוקו של היש"ש שהבין שלפי הראב"ד חשיב שינוי גם בגוף הבהמה, ורק בהיתה מעוברת וילדה, אבל בריקנית ונתעברה וילדה אין כאן שינוי. ועיין עוד ברמב"ן במלחמות שהביא שלפי הראב"ד במעוברת וילדה לא חשיב שינוי על הפרה. וכתב האבן האזל בפ"א מהל' גניבה שזהו הראב"ד בעל ההשגות על הרמב"ם (ומשמע

גנב לחוד, אבל לעולם הרי הוא שפיר מתחייב בהחייב קרן של גזלן, אבל מ"מ הרי זה רק לפני יאוש אבל לאחר יאוש בודאי פטור השני על זה שאכלו וכמו שמבואר בריש הגוזל ומאכיל שלאחר יאוש לא שייך שיתחייב השני, והרי התוס' רי"ד לקמן בדבריו כאן נקט דאיירי לאחר יאוש, וא"כ יוצא ששפיר כתב התוס' רי"ד שהלוקח פטור מדינא על אכילת הפירות.

אבל אם נאמר שכוונת התוס' רי"ד היא להיכא שהנגזל הי' יכול באמת להוציאו בדיינים, א"כ שפיר הי' צריך הלוקח להתחייב על הפירות מדינא גם בלא קנס, והיינו משום שגזל אותם או הזיק אותם בזמן שהיו עוד ברשות הנגזל, והכא אין היאוש מועיל כיון שהוא עוד ברשותו ממש*).

איברא, נראה שזהו כוונת דיחוי של התוס' רי"ד לקמן בדבריו שם, דעיי"ש שכתב שגם בכה"ג שתלש פירות ואכלן הי' הלוקח צריך להתחייב מדינא משום דדמי ליורד לתוך שדה חברו ואכל פירות שהוא בודאי חייב.

ברם בהמשך דבריו צידד שוב לומר שבכל זאת הלוקח פטור מדינא, וביאר דהיינו משום שאיירי באופן שגדלו הפירות אצל הגזלן או אצל הלוקח, ובכה"ג מיפטר הלוקח מדינא משום דדמי לגזל ריקנית ונתעברה אצל הגזלן וילדה שהשבח הוא של הגזלן.

מיהו לכאורה יש להעיר דהא שאני התם שיש להגזלן קניני גזילה, ומכיון שכן הרי

הוא שפיר קונה את הגיזות והולדות על ידי הדין שגזלן קונה בשינוי, א"נ משום תקנת השבים, אבל הכא אין לו שום קניני גזילה דהא קרקע אינה נגזלת, וא"כ א"א שיקנה בשינוי, וכן לא עשו בקרקע תקנת השבים כמו שכתבו תוס' ב"דף צ"ו ע"א בד"ה כל וכו', וא"כ איך כתב התוס' רי"ד שבלא הקנס הי' צריך הלוקח לקנות את הפירות.

ברם נראה שזוהי באמת כוונת התוס' רי"ד במה שדחה להלן בדבריו שם את דרכו הנ"ל, דעיי"ש שכתב שגם בכה"ג הרי הוא צריך להיות חייב לשלם את הפירות מצד הדין גם בלא קנס ואין קרקע דומה בזה למטלטלין כגון בהמה כי מטלטלין נקנין בגזילה אבל קרקע אינה נגזלת.

מיהו נראה שאכתי י"ל שאינו צריך להחזיר מדינא כי כשתלש הלוקח את הפירות הרי הקנין גזילה והקנין של שינוי באים כאחת (עי' כעין זה באות ש"ג). והנה עיי"ש בדיחוי של התוס' רי"ד שדימה אותו בתוך דבריו לעושה מלאכה בעבדו של חברו. מיהו לכאורה אינו דומה לשם, דהא התם אין בכלל לפנינו חפץ אשר יהי' שייך לומר עליו שהוא נעשה עליו גזלן, אבל הכא ע"י תלישת הפירות הרי הוא שפיר נעשה גזלן, וא"כ אכתי י"ל שהקנין גזילה והקנין של שינוי באים יחד.

ועכ"פ שוב הסיק התוס' רי"ד שמ"מ אכתי צריך הלוקח להיות פטור (אלמלא הקנס) משום שקנה על ידי יאוש ושינוי רשות (ואיירי באופן שגדלו אצל הגזלן ולא

שהוא ברשותו אינו פשוט כל כך, והראנו שם פנים שיאוש שפיר מועיל על דבר שהוא ברשותו.

* מיהו עיין ב"דף ס"ו באות נ"ז שביררנו שם שמה שכתבנו כאן שיאוש אינו מועיל על דבר

אצל הלוקח). מיהו יש להעיר על זה דהא כבר ביארנו שהתוס' רי"ד איירי בהציור שהנגזל הי' יכול להוציאו בדדיינים דחשיב בכה"ג ברשותו כיון שקרקע אינה נגזלת, וא"כ לכאורה לא שייך שהיאוש יחול אלא לאחר תלישת הלוקח בשעה שנעשו מטלטלין, וכדמשמע בהתוס' רי"ד שם שהגזלן מסרם להלוקח בעודם מחוברים, דהא לפני זה הרי הם ברשותו וכבר כתבנו שהתוס' רי"ד אזיל שיאוש אינו מועיל על דבר שהוא ברשות (עיין בזה לעיל בדף ס"ו באות נ"ז), וא"כ יוצא שיש מקום לחלות היאוש רק בשעה שנעשו מטלטלין דהיינו לאחר שכבר נשתנה הרשות מהגזלן להלוקח, וא"כ הרי זה בגדר שינוי רשות ואח"כ יאוש (ולא יאוש ואח"כ שינוי רשות), ואולי יסבור התוס' רי"ד דמהני וכשיטת הרמב"ם (וצריך ברור כעת).

מיהו אכתי יתמה משום שמדברי התוס' רי"ד שם משמע שכוונתו היא שיש כאן יאוש ושינוי רשות מיד כשהגזלן מסרו להלוקח בעוד שהפירות מחוברים, וא"כ אכתי קשה כהנ"ל דהא אכתי הוי ברשות הנגזל ואין כאן יאוש.

ולא עוד אלא דמכיון דאיירי באופן שהנגזל יכול להוציאו בדדיינים, ומיקרי עוד ברשות הבעלים, א"כ באמת אין כאן שום שינוי רשות כלל מהגזלן להלוקח אלא מהנגזל להלוקח בשעה שנעשו מטלטלין וקנה הלוקח קניני גזילה. ובאמת הרי השינוי רשות הזה מהנגזל להלוקח אינו

עולה כלל לקנין כיון שהוא בעל כרחו של הנגזל וכמו שכתבו המפרשים שמהאי טעמא אין השינוי רשות מהנגזל להגזלן עולה לקנין.

דף צ"ו ע"א

(שא) אמר רבא גזל והשביח ומכר וכו' מה שהשביח מכר.

א. פירש"י דמיירי בנוגע להחלק של הגזלן של מחצה שלישי ורביע לפי רבי שמעון, א"נ לפי התנא של המשנה של הגזול עצים וכמו שפירש רבי יוחנן את המשנה לעיל בדף צ"ד ע"ב שהגזלן קונה את הכלי הנשבח משום תקנת השבים אע"פ שאין כאן אלא שינוי החזור. ועיין בפ"י שהקשה למה לא נקט רש"י את דברי רבי יהודה אליבא דרב פפא שסובר ששבח שעל גבי גזילה הוא כולו של הגזלן בתור מ"ד שסובר שהגזלן מקבל את כל השבח. ותירץ דהיינו משום שרש"י סובר שאין טעמו של רב פפא משום תקנת השבים אלא משום ששינוי כהאי גוונא קונה ולכן פשיטא שקונה הלוקח ולא הי' צריך רבא לאומרו משום "שכל שכן" שאם הגזלן מכר את השבח הרי הלוקח קונה*), ולכן הוצרך רש"י לפרש שאיירי בנוגע לתקנת השבים דבזה שפיר שייך ס"ד שלא יקנה הלוקח כיון שלגבי דידי' לא שייך תקנת

שרבא איירי בשבח שעל גבי גזילה לפי רב פפא אליבא דרבי יהודה ומשום תקנת השבים, ובכל זאת כתב שכל שכן במכר והוריש.

(* עיין גם בלשון הראב"ד בשיטה מקובצת שכתב ג"כ בזה"ל, וכיון דהוי דידי' כ"ש בשמכר והוריש דהוי ללוקח עכ"ל, אלא שהראב"ד פירש

השבים, ושפיר הוצרך רבא לאשמועינן שאפילו הכי הרי הוא שפיר קונה כיון שלמעשה כבר קנאו הגזלן ונעשו הנכסים שלו (וכן א"ש מה שהזכיר רש"י את רבי שמעון משום שס"ד להש"ס שיתכן שגם טעמו של ר"ש הוא משום תקנת השבים כדלהלן בסמוך, אבל בנוגע לר"י אליבא דר"פ פשיטא ל"י לרש"י דהוי דין גמור). והוסיף הפ"י להביא את מה שפירש"י לקמן גבי הבעיא של השביח לוקח דאיירי בנוגע למחצה שלישי ורביע אליבא דר"ש, ולא הזכיר רש"י שם את רבי יוחנן שבגזול עצים ועשאן כלים קונה הגזלן כולה שבחא משום תקנת השבים. וכתב הפ"י דהיינו משום דס"ל לרש"י שמצד תקנת השבים לא שייך שיקנה הלוקח בהציור של השביח לוקח, כיון שלגבי הלוקח לא שייך לחדש שום תקנת השבים (ולפי רב פפא שסובר שבשבח שעל גבי גזילה הגזלן קונה מדינא משום דחשיב שינוי, א"כ פשיטא שה"ה שגם הלוקח יקנה אם השביחו, ומאי קמיבעיא ל"י לרבא בזה), ולכן פ"י דאתי רק אליבא דרבי שמעון וקמ"ל רבא שטעמא דרבי שמעון אינו משום תקנת השבים אלא משום זכות גמור, וכמש"כ רש"י לעיל כדרך מקבלי בהמות, ולכן אמרינן מה מכר ראשון לשני כל זכות

שתבוא לידו עכת"ד הפ"י. ומשמע שכוונת הפ"י היא לומר שקא מיבעיא ל"י לרבא הא גופא אם טעמו של רבי שמעון הוא מדינא או האם טעמו הוא משום תקנת השבים, ופשיטא דהוי מדינא וממילא אמרינן כללא דמה מכר וכו'.

מיהו לא הבנתי את דרכו של הפ"י משום שאיך שייך לומר שכוונת הגמ' כאן היא כרבי שמעון ושרבי שמעון מדינא קאמר ולא משום תקנת השבים, הלא לקמן מיבעיא לן אם עשו תקנתא לעכו"ם, ואילו לפי הפ"י הלא בכלל אינו בגדר תקנתא אלא דין גמור, וא"כ מאי איכפת לן אם יש עכו"ם באמצע.

גם לא הבנתי את עיקר יסודו של הפ"י, דהא בודאי צ"ל שטעמו של רבי שמעון הוא משום תקנת השבים, דהא לא היתה בין הגזלן להנגזל שום הסכם של קבלנות על הבהמה ומה שייך לומר בזה דהוי זכות גמור, וא"כ בודאי הרי זה רק משום תקנת השבים, רק שהטעם למה תיקנו בשיעור כזה הרי זה כדי לדמותו למקבלי בהמות. ועכ"פ עיין בתוס' בד"ה כל וכו' דמבואר שהשביח לוקח מהני באמת גם לפי הטעם של תקנת השבים, וכן משמע בהרא"ש כאן (עיין להלן בסק"ב), וכן מבואר בשט"מ בשם הרמ"ה בפרטיו*).

ולכאורה יש לומר שמה שכתב שמוכח מכאן שההלכה היא כרבי יהודה הרי זה כדאיתא בשט"מ בשם הראב"ד שמלשונו של רבא שאמר מה שהשביח מכר וכו' משמע שאיירי בכל השבח ולא רק בחלק ממנו, והיינו כרבי יהודה אליבא דר"פ ודלא כר"ש.

גם י"ל שהיינו משום שהוא סובר שלפי רבי שמעון לא שייך למיבעיא כלל בהשביח לוקח, והיינו משום שפשיטא ל"י שדינו של רבי שמעון

* והנה הרמ"ה בפרטיו שם כתב שגזל והשביח ומכר וכן השביח לוקח, איירי בנוגע להתקנת השבים, ובלוקח לא שייך הך טעמא, ומש"ה הוצרך רבא להשמיענו שבכל זאת קונה הלוקח, וכן בגלל זה צריכים את הטעם של מה מכר ראשון לשני כל זאת שתבוא לידו.

עוד כתב דשמע מינה שההלכה היא כר"פ אליבא דרבי יהודה שסובר שבבח שעל גבי גזילה הוא של הגזלן.

וכן בשם הר"י יהונתן והראב"ד והמאירי, ודלא כהיסוד שכתב הפ"י בדעת רש"י, אלא שצ"ע כהערת הפ"י דמה שייך לומר בזה מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו הלא כל הטעם שקונה הגזלן הרי הוא רק משום תקנת השבים והרי בלוקח לא שייך תקנת השבים, וגם הגזלן עצמו לא יקנה היכא שלא שייך גבי' הטעם של תקנת השבים.

ובדעת הרא"ש י"ל דאמי לשיטתו בריש פירקין בסי' א', דעיינ באות רמ"ד שביארנו שהוא סובר שהיכא שתיקנו משום תקנת השבים, צורת התקנה היתה בדרך לא פלוג, דהיינו שיקנה בכל גוונא, ואפילו באופן שלא שייך תקנת השבים, וא"כ לפ"ז שפיר י"ל שה"ה להציוור של השביח לוקח, דאע"פ שלא שייך גבי הלוקח הטעם של תקנת השבים, אבל בכל זאת הרי הוא קונה כמו שהגזלן עצמו קונה אפילו כשלא שייך הטעם של תקנת השבים, דה"ה שגם הלוקח קונה מטעם לא פלוג על פי כלל של מה מכר וכו' (ולקמן מיבעיא לן שאולי בכל זאת לגבי לוקח עכו"ם לא עשו לא פלוג כיון שלא שייך גבי' תקנת השבים בשום ציוור ואפילו אם הי' הוא הגוזל, משום שתקנתא לעכו"ם לא עבדינן), אבל רש"י סובר שבאמת לא תיקנו אלא בהציוור

ששייך תקנת השבים ולא תיקנו בדרך לא פלוג, ומש"ה לא הי' יכול לאוקמה לבעיא דהשביח לוקח בציוור של תקנת השבים.

ברם אע"פ שאפשר לפרש כהנ"ל בדעת הרא"ש, אבל מ"מ אכתי צ"ע בדעת תוס', שהרי הוכחנו שם שתוס' סוברים שלא תיקנו על דרך לא פלוג, ואילו בסוגיין בד"ה כל וכו' ס"ל לתוס' להדיא שאיירי בנוגע לתקנת השבים וכמו שהבאנו כבר, וא"כ צ"ע מה שייך לומר בזה שמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו, הלא גבי הלוקח לא שייך תקנת השבים, וגם הגזלן עצמו לא הי' קונה בכה"ג.

ב. והנה הרא"ש בסוגיין כתב על השביח ומכר וז"ל, אמר רבא גזל והשביח ומכר וכו' מה שהשביח מכר בין שבח פוטום בין שבח גיזה ולידה, דלא תימא דוקא את הגזלן זיכו בשבח משום תקה"ש, ומסקינן דה"ה אם השביח לוקח וכו' עכ"ל. ולכאורה כוונתו היא לומר שקמ"ל שגם אם הטעם הוא משום תקה"ש, אכתי קיימת ההלכה שאם גזל והשביח ומכר, השבח שייך להלוקח וכמו שנקטנו לעיל בכוונתו, דבודאי דוחק לומר שכוונתו היא לומר שקמ"ל שבאמת אינו משום תקה"ש אלא משום קנין גמור של שינוי (וכן שקמ"ל

אינו משום תקנת השבים אלא משום דין גמור. וצריכים להוסיף ג"כ שהרמ"ה סובר שגם שבח שלא על גבי גזילה הוא של הגזלן משום דחשיב שינוי גמור ולא משום תקנת השבים, ומש"ה גם ככה"ג פשיטא שיקנה הלוקח. וכן לא מסתבר לי' להרמ"ה דאמי כרבי יוחנן בשמעתא קמייתא, ולכן פי' דאיירי בשבח שעל גבי גזילה לפי ר"פ בדעת רבי יהודה ומשום תקנת השבים.

והר"ם מסקסטה פי' שאיירי כאן באופן שהשביח בידים (משום שהוא פוסק ששבח גזילה דמנפשי' קודם יאוש שלא מחמת הוצאה דנגזל הוי כמש"כ להלן שם). וגם המאירי לעיל שם בשט"מ צידד לומר כן אלא שדחה ששבח בידים הרי הוא של הגזלן מעיקר הדין ולא רק משום תקנתא (עיינ בזה ברשב"א ופ"י בדף צ"ד ע"א), והכא הרי איירי בתקנתא וכדאמרינן תקנתא לעכו"ם וכו'.

שבפיטום בידיים הטעם של אנא פטימנא ואת שקלת הוא דין גמור, ואינו משום תקנת השבים), אלא בודאי משמע מלשונו שזה נשאר אמת שהוא משום תקה"ש. ולפי"ז יוצא שלשונו מכוונת רק לפי פירושם הראשון של תוס' לעיל בד"ה בשבחה וכו' שהביא הרא"ש לעיל בשם הר"י, דהיינו שהטעם של שבח שעג"ג הוא משום תקה"ש, אבל לא לפי ר"ת שפי' שאינו משום תקנת השבים אלא משום קנין שינוי. מיהו הפלפולא חריפתא כאן יישב את לשונו של הרא"ש גם לפי ר"ת, ודלא כדרכנו הנ"ל, אלא שקמ"ל שבאמת אין הטעם משום תקה"ש אלא משום שינוי, ושוב נתקשה הפ"ח דלפי מה היא השאלה בהשביח עכו"ם אם עשו תקנתא או לא, הלא לפי ר"ת אינו בגדר תקנתא אלא דין גמור של שינוי (וזהו כקושייתנו על הפ"י). ותי' שלפי ר"ת איירי בפיטום ולא בגיזות וולדות, ובפיטום גם ר"ת מודה שהוא משום תקנת השבים (גם לכאורה יש לפרש לפי ר"ת את כל הסוגיא בגיזות וולדות, רק שאתי כרבי שמעון לענין מחצה שלישי ורביע, ויסבור ר"ת שטעמו של רבי שמעון הוא באמת משום תקנת השבים ודלא כהפ"י, ולכן שפיר קמיבעיא לן בהשביח עכו"ם).

והנה מלשון הפלפולא חריפתא משמע שאכתי קיימא בדוכתי' מה שפירש בכוונת הרא"ש שלפי ר"ת המימרא של גזל והשביח ומכר איירי בגיזות וולדות ושקמ"ל דהוי משום שינוי. ולכאורה צ"ע דהא גם שם י"ל לפי ר"ת שאירי בפיטום ושקמ"ל שאע"פ שהטעם הוא משום תקנת השבים, בכל זאת קנה לוקח (וכדמוכח

בלא"ה מהמשך הסוגיא גבי השביח עכו"ם וכהנ"ל).

וע"ע באבן האזל בפ"ב מגזילה ה"א בד"ה אכן וכו' איך שהוא מפרש את הסוגיא לפי ר"ת.

(שב) תקנתא לעכו"ם ניקו וניזיל.

משמע שבאמת היתה מגיעה תועלת להעכו"ם מהתקנה רק שלא עבדין תקנתא לעכו"ם. מיהו לכאורה זה תלוי באם גוי חייב במצות השבה, דלפי תוס' בעירובין דף ס"ב ע"א וע"ז דף ע"א ע"ב הרי הוא שפיר חייב, אבל רש"י בעירובין שם וכן בסנהדרין דף נ"ז ע"א ויבמות דף מ"ז ע"ב סובר שאינו חייב, וא"כ לפי רש"י הלא מכיון שאינו חייב בהשבה לא שייך גבי שום תקה"ש, דהא גוי יכול לעשות תשובה גם בלי להשיב, ואין לו שום תועלת מתקנה כזאת.

וי"ל דאפילו אם אינו חייב להשיב אבל הרי הוא חייב בשביל תשובתו שלא יעכב אם באים להוציא ממנו (והרי בודאי שמוציאים ממנו כמש"כ האבן האזל בפ"ב מהל' גזילה ה"א בד"ה אכן וכו'. וכתב שם עוד שגם הגוי עצמו חייב בתשלומין מצד מצות דינים, כ"נ כוונתו שם).

(שג) האי מאן דגזל דיקלא וקטלי.

א. הנה רב פפא כאן סובר שדבר זה אינו על מדריגת שינוי, ועיין בחזו"א בסי' י"ז סקט"ו שהקשה דהא אפילו אם הי' שפיר נחשב על מדריגת שינוי, אבל הלא לא עשה כאן שום קנין גזילה לפני השינוי,

ולא שייך הדין של שינוי קונה אלא היכא שיש לו בו קנין גזילה. וכתב החזו"א דאיירי באופן שאחזו בידו בשעת הקצירה באופן ששפיר יש כאן קנין בשעת הקצירה, והוכיח מכאן שהיכא שעשה שינוי בבת אחת עם הקנין גזילה הרי זה שפיר מהני לקנות מדין שינוי קונה.

והנה לכאורה הי' אפשר לפרש אפילו באופן שאינו אחזו בידו ולא עשה בו שום קנין מיוחד אלא רק השינוי לחוד, ובכל זאת א"ש איך הוא קונה בשינוי, והיינו על פי שיטת הריטב"א בשם רש"י בכתובות דף ל"ד ע"ב שהיכא שטבח בהמת חבירו בלי להקדים מעשה גניבה, הרי הוא נעשה גנב ומתחייב כפל ודו"ה, וכ"כ רעק"א שם בדרוש וחידוש, וביאר רעק"א דהיינו משום שסגי במה שהוא עושה מעשה שהוא על מדריגת שינוי בכוונה להחזיק את החפץ לעצמו, דסגי בזה כדי לקבל תורת גנב (מיהו עיין בחזו"א בסי' ט"ז סק"ט שביאר בדרך אחרת את דברי הריטב"א שם. וע"ע לעיל באות ז' שהבאנו הרבה דעות בנוגע לנידון זה).

מיהו יש לדחות שלא דיברו הריטב"א ורעק"א אלא בציוור שהבהמה עומדת כבר בבית הגנב (וכמו דאיירי שם), רק שאכתי לא עשה בה קנין גניבה, ולכן על ידי עשיית השינוי הרי הוא קונה קנין גניבה, אבל היכא ששחט בהמה בבית בעליו, לית מאן דפליג שזה מיקרי מזיק ולא גנב וכמש"כ השט"מ לקמן בדף ק"ו ע"ב בשם הרא"ש וכן מבואר להדיא בהמשנה בדף ע"ט ע"א, וא"כ יוצא ששפיר צריכים לומר בסוגיין שאיירי באופן שאחזו בידו וכדברי החזו"א.

והנה לכאורה יש להוכיח כדברי החזו"א שהיכא שהגזילה והשינוי באו יחד, הרי הוא שפיר קונה בשינוי מהא דסובר רבי מאיר גבי צבע שהמשנה מדעת בעל הבית נקרא גזלן ושהוא קונה ע"י השינוי ואינו מחזיר אלא דמי צמרו בלבד, דהא חזינן מזה שבמה ששינה מדעת בעל הבית מתקיימים גם הקנין גזילה וגם הדין ששינוי קונה.

שו"ר בקובץ שיעורים כאן באות ק"ט שהוכיח מכאן שגזילה ושינוי בבת אחת מהני לקנות וכהחזו"א, וכן הוכיח מההיא דצבע, אלא שרצה לדחות ולומר שאין רא"י מההיא דצבע משום שי"ל שלעולם הרי הוא קונה קנין גזילה מיד כשמתחיל הצבע להקלט קצת, משום שגם בזה הרי הוא משנה מדעת בעל הבית, אבל הקנין של שינוי בא רק בשעת גמר הצביעה, באופן ששפיר קנה קנין גזילה קודם שקנה בשינוי מעשה. ושוב ציין לדברי הריטב"א בשט"מ בכ"מ דף ע"ח ע"ב בד"ה וז"ל הריטב"א ודלמא וכו' שכתב לפרש את דיחוי הגמ' שם שהכוונה היא שלא מיקרי משנה מדעת בעה"ב עד שיעשה דבר שהוא על המדריגה של שינוי גמור, ורק בכה"ג קאמר רבי מאיר שהמשנה מדעת בעל הבית קונה, אשר לפ"ז שוב יוצא שגזלן קונה גם כשהקנין גזילה והמעשה שינוי באים כאחד, ודלא כמו שרצה הקו"ש לומר שמיקרי משנה מיד בשעת התחלת הצביעה ושהשינוי בא רק אח"כ (ועיין בהמשך הסוגיא שם).

ב. צ"ע מה היא הכוונה במה שאמר רב פפא אע"ג דשדיא לארעא דידי', דהא אין

בזה שום עדיפות לגבי שינוי. וגם א"א לומר דבעינן לזה כדי להשלים את התנאי של קנין גזילה (כלומר על ידי קנין חצר), דזה אינו, דהא דבר זה בא אחרי שכבר נשתנה ואילו אנן בעינן שיקנה קנין גזילה עוד לפני שהוא עושה את השינוי או לכל הפחות בבת אחת עם השינוי.

דש) גזל דיקלא וקטלי.

הנה החסרון כאן הוא במה שאין שינוי השם בהדי השינוי מעשה וכמו שכתבו תוס' לעיל בדף צ"ג ע"ב. ועיין בדברינו לעיל בדף ס"ו באות ס"ג.

שה) השתא מיהא גובא דדיקלא מיקרי.

עיינן לעיל בדף ס"ז באות ס"ו שחקרנו בענין היכא שניתוסף שם חדש ולא נתבטל השם הישן, האם כה"ג מיקרי שינוי השם. מיהו הכא לא מיקרי אפילו בגדר הוספת שם חדש אלא הרי זה רק שם לואי בעלמא.

שו) נחלקה התיומת מהו.

בגמרא אמרינן בעי רק פפא נחלקה התיומת מהו, ת"ש דאמר רב מתון אמר רבי יהושע בן לוי ניטלה התיומת פסול, מאי לאו ה"ה נחלקה וכו', ופירש"י וז"ל, וכיון דלענין פסול מיפסל, לענין מקנה נמי שינוי הוא וקני עכ"ל. ולכאורה יש לתמוה על הרמב"ם שפסק שנחלקה התיומת פסול ומ"מ לא הביא שחשיב שינוי מעשה.

ואולי י"ל דס"ל שמדברי רבא לעיל

מוכח דס"ל שלא הוי שינוי, דהא קאמר רבא שעבדינהו הוצי קני, והרי עבדינהו הוצי הוא ג"כ דבר שפוסל את הלולב, וא"כ משמע שנחלקה התיומת, שהוא בודאי פחות מזה, לא קני. ויש להוסיף שאפילו אם רבא לעיל איירי בלולב פסול, אבל מ"מ גם בלולב פסול ה"י נחלקה התיומת צריך להיות נחשב שינוי, והיינו משום שנראה שיסוד השינוי בנחלקה התיומת אינו מצד זה שהלולב נפסל, אלא הכוונה היא שמכיון שיש בכח מעשה כזה לפסול את הלולב א"כ הרי זה מראה שהוא נחשב שינוי מתחילת ברייתו, והיינו משום שתלינן שהפסול הוא מפני שנשתנה מתחילת ברייתו ושאלו לא ה"י נחשב שינוי מתחילת ברייתו לא ה"י מיפסל, ומש"ה הרי זה צריך לקנות אצל גזילה כיון שזה נחשב שינוי מתחילת ברייתו, וכ"כ הקובץ שיעורים באות קי"ב, וא"כ גם בלולב פסול ה"י צריך להיות נחשב שינוי, וא"כ בע"כ צ"ל כהנ"ל דס"ל לרבא שנחלקה התיומת לא חשיב שינוי אלא בעינן דוקא עבדינהו הוצי (ואולי יש לדחות ראי' זו מצד אחר).

מיהו העירוני שבפסקי הריא"ז כאן איתא דלא כהקו"ש אלא שרב פפא איירי דוקא בלולב של מצוה ומספקא ל"י מצד שנפסל למצוותו, וא"כ לפ"ז אין ראי' מרבא דס"ל שנחלקה אינו שינוי כי י"ל שרבא איירי בלולב שאינו של מצוה.

שו"ר בבדק הבית בסוף סי' ש"ס שכתב יישוב אחר על הרמב"ם וז"ל, ואפשר דחילוק תיומת היינו הוצי ועבדינהו חופיא עכ"ל.

שהם חוזרים לברייתן, דמהכא מוכח לכאורה דלא כדבריהם.

ב. עיין בקצה"ח בסי' ש"ס סק"ד ולעיל באות רצ"ב סק"ט.

ג. עיין באות רצ"ג סק"ד.

דף צ"ו ע"ב

שז) גזל עפרא מחברי' ועבדי' לבינתא.

א. עיין לעיל בדף ס"ז באות ע"א בענין דברי תוס' בסוכה שהיכא שיש גם שינוי מעשה וגם שינוי השם לא איכפת לן במה

המשך פרק הגזל קמא

בו, אכתי אין הגזלן יכול לומר הרי שלך לפניך בע"כ של הבעלים, אלא רשאי הבעלים לדרוש תשלומי דמים (ובכה"ג הברירה היא ביד הבעלים), וכוונת המשנה אינה שהגזלן קונה בכה"ג בשינוי, אלא כוונת המשנה היא רק שאין הגזלן יכול לכופף את הבעלים לקבל את הבהמה (עם הוספת תשלומי הכחש) אלא יש להבעלים הכח לכופפו לשלם דמים כשעת הגזילה.

ועי' גם בקצה"ח בסי' שנ"ד סק"ג שהקשה מכאן על הסוברים ששינוי דממילא אינו קונה.

ג) או שהיתה יוצאת ליסקל.

הנה בשלמא אם שור הנסקל נאסר בהנאה מחיים (לאחר הגמר דין), א"כ שפיר הוצרך התנא לומר שהוא יכול לומר הרי שלך לפניך אע"פ שנשתנה דינו, אבל לפי ר"ת (הובא בתוס' לעיל בדף כ"ד ע"א) שסובר ששור הנסקל מותר בהנאה מחיים, א"כ למה הוי ס"ד שאינו יכול לומר לו

דף צ"ו ע"ב

א) בהמה והזקינה עבדים והזקינה.

הנה מכאן הוכיחו תוס' בסוכה דף ל' ע"ב בד"ה שינוי וכו' ששינוי מעשה גמור קונה בלי שיעשה שינוי השם. ועיין בזה באריכות לעיל בדף ס"ו אות ס"ג.

ב) בהמה והזקינה וכו'.

הנה לעיל בדף ס"ה ע"ב קאמר רבי חנינא שטלה ונעשה איל לא חשיב שינוי. והקשה הגר"ח בפ"ב מהל' גזילה הט"ו דא"כ אמאי משלם כאן כשעת הגזילה, דהא בהמה והזקינה אינה יותר שינוי מטלה ונעשה איל. ותי' הגר"ח שבאמת רבי חנינא סובר שגם בהמה והזקינה אינו שינוי מספיק גדול כדי לקנות, ואם הבעלים רוצים את הבהמה אין הגזלן יכול לסלקם בדמים, אלא הרי הוא חייב להחזיר לו את הבהמה ולהשלים בדמים את הכחש, רק שגם כשאין השינוי מספיק גדול כדי לקנות

הרי שלך לפניך, דהא עוד לא נשתנה דינו להאסר בהנאה.

ואולי י"ל דס"ד שגם מה שהשור נעשה מחויב סקילה הרי הוא ג"כ חלות שם על גוף השור ומיקרי שנשתנה דינו.

(ד) רש"י ד"ה פטורין.

וז"ל, דכל בהמות לאו למזבח קיימי עכ"ל. עי' ברש"ש ובתוס' רי"ד.

(ה) אמר רב פפא וכו' אלא אפילו כיחשה.

פירש"י וז"ל, דלא הוי שינוי כולי האי דלא אישתני כולי גופה עכ"ל. וכן מוכח מעצם דברי רב פפא שהוא שינוי יותר קטן, דהא אל"כ למה קאמר "אפילו", הא איירי בכיחשה דלא הדר כדאמרין בגמרא, וא"כ מאי שנא כיחשה מהזקינה. מיהו צ"ע באמת מה לי בזה שלא אישתני כולי גופה, הלא רוב השינויים הרי הם כן, דהיינו שנשבר או נחסר חלק מסוים ובגלל זה הרי זה נקרא שינוי בכל הכלי כולו.

(ו) המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה וכו'.

פירש"י שנקטו מכירה גבי שפחה וחליפין גבי בהמה משום שעבד נקנה בכסף משא"כ בהמה, ומש"ה נקטו גבי בהמה לשון של קנין חליפין. והקשו תוס' דהא אתי כאן כרבי מאיר שסובר שנשבעין על העבדים ולא על הקרקעות וא"כ חזינן דס"ל שלעבדים יש דין של מטלטלין וא"כ הדין נותן שאינן נקנין בכסף, דהא כמו שחזינן בגמ' כאן שילפינן ממה שהוא

סובר שנשבעין על העבדים דה"ה דס"ל שעבדים נגזלים א"כ ה"ה שיש ללמוד ממה שהוא סובר שנשבעין על העבדים דה"ה שאינם נקנין בכסף. וכתבו תוס' וז"ל, ומיהו קצת יש לחלק דלענין גזל ושבועה נראה לגמ' להשוות דתרוייהו נפקי על ידי כלל ופרט וכו' עכ"ל. ולכאורה צ"ע מה היא סברת חילוק זה, הלא הטעם למעט עבדים משבועה הוא משום דילפינן מהכלל פרט וכלל למעט קרקעות שאינן מטלטלין וכן ממעטינן עבדים שהוקשו לקרקעות, וא"כ מכיון שרבי מאיר סובר שנשבעין על עבדים הרי חזינן דס"ל שלא הוקשו לקרקעות בקרא דוהתנחלתם אותם (עבדים) לבניכם אחריכם לרשת אחוזה, וא"כ ה"נ לענין קנין לא הוקשו לקרקעות. מיהו יש להבין דבריהם על פי מה שרצינו לחדש בחלק א' באות קפ"ט שלעולם בין לפי רבי מאיר ובין לפי רבנן ההיקש של עבדים לקרקעות קאי רק על קנינים, משום דקרא דוהתנחלתם אותם לבניכם אחריהם שהוא הפסוק של ההיקש איירי בקנינים, ומאי דאמרין לענין שבועה פרט לעבדים שהוקשו לקרקעות הכוונה היא שזה גופא שהוקשו לקרקעות גבי קנין הרי זה גורם שעבדים מיקרי משונים בדינם ממטלטלין ואינם כעין הפרט, וא"כ י"ל שמה שרבי מאיר סובר שנשבעין על עבדים, וכן שעבדים נגזלין, כי הרי הוא סובר שמה שהוקשו לקרקעות גבי קנין אין זה מספיק כדי לקבוע שאינן כעין הפרט, אבל על כל פנים גם הוא מודה לעצם ההיקש האמור גבי קנין. מיהו עיי"ש שהסקנו שדרך זה קשה לאומרו.

ועיין בשט"מ כאן בשם הרשב"א

שלענין קנין שהוזכר בפירוש בקרא דוהתנחלתם, כו"ע מודים שהוקשו, רק דפליגי לענין שאר דברים כגון שבועה וגזילה דלא כתיבי, האם כוונת הפסוק של והתנחלתם וכו' היא להקיש עבדים לקרקעות גם לדברים אלו.

ז) המחליף פרה בחמור.

הנה בהברייתא כאן נזכרים ג' ציורים, א', שאם זה טוען וזה שותק, הטוען זוכה. ב', אם שניהם אומרים אין אנו יודעים יחלוקו. ג', אם שניהם טוענים ברי ויש כאן התנאים של שבועת מודה במקצת נשבע המוכר. ומזה שבשניהם אומרים איני יודע הדין הוא שחולקים חזינן דאזלינן כסומכוס שסובר שממון המוטל בספק חולקים, דהא לפי רבנן הדין נותן שבשמא ושמא ניזיל בתר המוחזק וא"כ מוכח דאזלינן כסומכוס, וכ"כ התוס' רי"ד שמזה מוכח דאזיל כסומכוס. ולפ"ז לכאורה גם בהציוור ששניהם הם ברי (היכא שאין התנאים של שבועת מודה במקצת) הדין הוא שהם חולקים. מיהו רש"י לא פי' כן אלא כתב שהיכא שאין חיוב שבועה הדין הוא שהמוכר זוכה, וא"כ צ"ע למה כששניהם הם ברי המוכר זוכה, ואילו כששניהם הם שמא אמרינן יחלוקו ולא אמרינן שהמוכר זוכה.

גם צ"ע על דברי רש"י על הציוור של זה טוען וזה שותק, דעיין בדבריו שכתב שזוכה הטוען משום שברי ושמא ברי עדיף, דלכאורה קשה על זה מה שהעירו תוס' דתינתן למ"ד ברי עדיף אבל למ"ד לאו ברי עדיף מאי איכא למימר.

ונראה שרש"י מפרש שהבהמה עומדת באגם באופן שאין כאן מוחזק אלא רק חזקת מרא קמא, ולכן אע"פ שבברי וברי זוכה המוכר מחמת החמ"ק שלו (משום שאזלינן באמת כרבנן ודלא כסומכוס), אבל בשמא ושמא אמרינן יחלוקו כי שמא לא חשיב טענה, וחזקה שאין עמה טענה אינה חזקה. ואע"פ שקי"ל שמוחזק לא בעי טענת ברי (כדחזינן מהמ"ד שסובר שברי ושמא לאו ברי עדיף), אבל חזקת מרא קמא שפיר בעיא טענה. והא דמשמע שגם הברי של הלוקח עדיף מהשתיקה של המוכר ואמרינן ברי עדיף הרי זה משום שכנגד חזקת מרא קמא לכו"ע אמרינן שברי עדיף. וכבר דן בזה הקונטרס הספיקות בכלל א' אות ז' והראה שפליגי בזה הראשונים, דהרמב"ן והטור סוברים שגם בזה אמרינן שלאו ברי עדיף, ואילו הראב"ד סובר ששפיר אמרינן שברי עדיף. ובסברת הדבר למה לחלק בין מוחזק לחמ"ק עיי"ש בקונטרס הספקות דמבואר דהיינו משום שחמ"ק אינה מועלת מטעם חזקת ממון אלא הרי היא בגדר חזקה דמעיקרא כמו באיסורין, ומש"ה סובר הראב"ד שלכו"ע ברי עדיף. ויש לבאר כהנ"ל גם לענין אם צריכים טענה והיינו דכיון שחמ"ק היא בגדר חזקה בעלמא אין היא מועלת בלי טענה אבל מוחזק מועיל גם בלי טענה.

והנה מה שכתבנו כאן בדעת רש"י שמוחזק לא בעי טענה, זהו כדעת רבינו יונה בשט"מ בב"ב דף כ"ח ע"ב, אבל הקצה"ח בריש סי' קל"ג כתב ששפיר בעי טענה, ולדידי' צ"ל שהמ"ד שסובר שברי ושמא לאו ברי עדיף הרי הוא סובר ששמא

שפיר חשיב טענה. ועי' בזה בספרי על
 ב"ב בפרק חזקת הבתים באות רמ"א.
 וע"ע ברמב"ם ובסמ"ע בר"ס רכ"ג, וכן
 בטור.

ח) תד"ה והלה.

וז"ל, למ"ד דברי ושמא ברי עדיף ניהא
 ולמ"ד לא ברי עדיף אור"י שהוא מפרש
 דשתיקה כהודאה דמיא ולא כאומר איני
 יודע עכ"ל. הנה רש"י כתב משום שברי
 ושמא ברי עדיף ולא כתב משום ששתיקה
 כהודאה דמי, והיינו משום דס"ל שנקטינן
 שמה שהמוכר שותק הרי זה משום שאינו
 יודע, והוי בגדר טענת שמא ולא בגדר
 הודאה.

דף צ"ז ע"א

ט) בשלמא התם בין למ"ד ביתא מיתבא יתיב וכו'.

מדברי הגמרא משמע שהני טעמים הם
 דוקא, ובעינן בדוקא שיעשה לו טובה
 ושבלא זה לא אמרינן שזה נהנה וזה לא
 חסר פטור, ודלא כהרא"ש לעיל בדף כ"א
 ע"א שכתב שגם בלא הני טעמי הרי הוא
 פטור, וכבר הקשה הנחלת דוד שם מכאן,
 ועיין במש"כ בענין זה לעיל בחלק א' אות
 רפ"ד.

י) אמר רב פפא ל"פ הא דעבידא לאגרא הא דלא עבידא לאגרא.

פירש"י וז"ל, עביד לאגרא מסתמא כי

נחית אדעתא דאגרא נחית הלכך לא בתורת
 גזלן דיינינן ל"י ונותן שכרה על כרחו אם
 רבין הם על דמי פחתה, הא דלא עבידא
 לאגרא לא יהיב ל"י אלא פחתה עכ"ל.
 ולכאורה הטעם שהוא נותן רק פחת הרי
 הוא משום שבכה"ג שפיר נתכוין לגזולו.
 מיהו לכאורה אין זה מובן דהא א"כ זהו
 החילוק השני, אם לא שנאמר שהחילוק
 השני סובר שלא אמרינן מן הסתם שדעתו
 היא לאגרא או לגזילה, והחילוק הראשון
 סובר ששפיר אמרינן כן, דבעבידא לאגרא
 נקטינן מן הסתם שדעתו היא לאגרא ובלא
 עבידא לאגרא נקטינן מן הסתם שדעתו
 היא לגזילה.

מיהו באמת יש לפרש שלעולם גם
 בהציוור של לא עבידא לאגרא אין דעתו
 לגזילה, רק שבכל זאת אינו משלם שכרה
 משום שזה נהנה וזה לא חסר פטור, אבל
 פחתה הרי הוא שפיר משלם, ודלא כתוס'
 לעיל בדף כ"א שסוברים שבזה נהנה וזה
 לא חסר היכא שנפחת הרי הוא צריך
 לשלם את כל השכר עי' בזה בחלק א' אות
 רפ"א. וע"ע בדברי הרשב"א כאן בענין זה,
 ובמה שהעיר על דבריו הקו"ש באות
 קכ"ה.

ובהאות הבאה נאריך עוד בזה.

יא) התוקף ספינתו של חברו וכו'.

בגמרא אמרינן התוקף ספינתו של חברו
 ועשה בה מלאכה אמר רב רצה שכרה נוטל
 רצה פחתה נוטל, ושמואל אמר אינו נוטל
 אלא פחתה, אמר רב פפא לא פליגי כאן
 דעבידא לאגרא כאן דלא עבידא לאגרא,
 ואב"א הא והא דעבידא לאגרא הא דנחית

ל' אדעתא דאגרא והא הנחית ל' אדעתא דגזלנותא ע"כ. ופירש"י וז"ל, נחת לה אדעתא דאגרא רצה שכרה נוטל ואם פחתה יתר על שכרה נוטל דמי פחתה דהא ע"כ שקלה וגזל הוא עכ"ל, כלומר שהיכא שפחתה יתירה א"כ על דעת כן אינה עבידא לאגרא, וממילא התוקף נחשב כגזלן, ולכן הרי הוא חייב לשלם פחתה אפילו באופן שא"א לחייבו משום מזיק וכגון היכא שנפחתה באונס או מחמת מלאכה. מיהו יש לעיין למה לא כתב רש"י דבר זה גם לעיל על הציור של עבידא לאגרא, דהיינו שהיכא שפחתה עולה יותר משכרה הרי הוא נוטל פחתה משום שגזל הוא.

גם צ"ע דהנה על הציור של נחית אדעתא דגזלנותא פירש"י שאינו משלם אלא הפחת משום שכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, וצ"ע למה לעיל גבי לא עבידא לאגרא לא פי' רש"י שזהו הטעם למה אינו נוטל אלא פחתה, וכן פי' באמת הטור. מיהו היש"ש כאן השיג על הטור דהא אדרבה הרי חזינן שהדר בחצר חבירו שאינה עשויה להשכיר אינו נחשב גזלן, שהרי חזינן שכשיש פחת מועט הרי הוא משלם שם את כל השכר ולא רק הפחת. ות"י שהטור יצטרך לומר ששאני התם דהוי קרקע וקרקע הרי אינה נגזלת. והיש"ש עצמו כתב לפרש שבאמת אינו משלם כאן מדין גזלן*), אלא אם יש פחת הרי הוא צריך לשלם כמו התם בחצר דלא עבידא לאגרא (והתם מה שהוא משלם אין זה מדין גזלן כדחזינן מזה שבציור של פחת

הרי הוא צריך לשם את כל השכר, כן הוכיח היש"ש וכהנ"ל), ובאמת בכה"ג הרי הוא צריך לשלם את כל השכר (וכהנ"ל), וכשיטת תוס' שם, והא דאמר שמואל שאין לו אלא פחתה הכוונה היא שאין לו תשלומין אלא בציור של פחת, ובציור כזה שיש פחת הרי הוא משלם באמת גם שכרה.

ועוד הביא היש"ש שגם הנ"י כאן בשם הרמ"ה סובר שאין טעם חיובו משום גזלן וז"ל הנ"י, כתב הרמ"ה ז"ל דאפילו נחית בה בתורת אגרא לא משלם אגרא אלא בדקיימא לאגרא, נאבל בלא עבידא לאגרא אינו משלם אלא פחתה ואפילו אם נחית אדעתא דאגרא] וטעמא משום דזה נהנה וזה אינו חסר, והכי משמע הכא דלא יהיב אלא דמי פחתה וכן כתבנו לעיל פרק כיצד גבי הדר בחצר חבירו וכו' (כלומר שהרמ"ה סובר שהיכא שיש פחת אינו צריך לשלם את כל השכר אלא רק מה שחיסר, ודלא כתוס' שם) עכ"ל, הרי שהרמ"ה סובר שבלא עבידא לאגרא ונחית אדעתא דאגרא הטעם למה אינו משלם אלא פחתה אינו משום שכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה אלא באמת אינו נחשב גזלן רק דפטור משכרה משום שזה נהנה וזה לא חסר פטור מלשלם יותר ממה שחיסר.

ונתקשה היש"ש שם להבין לפי הטור שסובר שהטעם למה בלא עבידא לאגרא אמרינן שהוא משלם פחתה ותו לא הרי זה משום שהוא נחשב גזלן א"כ בציור זה של לא עבידא לאגרא ונחית אדעתא לאגרא

אדעתא דגזלנותא, בודאי משלם בתורת גזלן.

(* היכא שלא עבידא לאגרא, אבל היכא שנחית

והשכר הוא יותר מהפחת למה אין הבעה"ב יכול לומר שהוא רוצה את השכר כמו שהוא יכול לומר היכא דעבידא לאגרא, דאע"פ שכשהפחת הוא יותר הרי הוא נותן פחת משום שהבעה"ב יכול להחזיקו גזלן וכמו שפירש"י אבל בכל זאת היכא שהשכר הוא יותר הרי הוא נוטל שכרו ואינו צריך להחזיקו לגזלן, וא"כ בע"כ צ"ל שבציור של לא עבידא לאגרא הטעם למה הוא משלם רק פחתה אינו משום דחשיב גזלן.

(יב) אין לו אלא פחתה.

בסוגיין מבואר שהיינו משום גזלן (עיין בהאות הקודמת). והקשה השט"מ בשם הראב"ד שממ"נ, אם לא חשיב שינוי א"כ יאמר הרי שלך לפניך ולא ישלם כלום, ואם חשיב שפיר שינוי א"כ למה אינו צריך לשלם כשעת הגזילה ולא לתת את השברים דהא אין שמין לגנב וגזלן. ותי' הראב"ד וז"ל, אלא נראה לי דהא דאמר שנחית לה בתורת גזלנותא לאו לגזילה ממש שלא יחזירנה לעולם, אלא להשתמש בה חנם ולהחזיר לו, וכיון דהכי הוא, הו"ל שואל שלא מדעת, דאע"ג דמשוינן ל"י כגזלן לענין מתה מחמת מלאכה ולכל האונסין, אפילו הכי לא נפיק ל"י מכלל שואל, ואפילו פחתה דאית ב"י שינוי שמין לו שברים כשואל, דלא קנסינן ל"י כולי האי וכו' עכ"ל. והבין הקו"ש באות קכ"ד, והגר"ח בפ"ב מהל' גזילה הט"ו בד"ה והנה בב"ק דף צ"ז וכו', שכוונת הראב"ד

היא לומר דאיירי באופן שעשה בה שינוי שיש בה כדי לקנות, רק ששואל שלא מדעת אינו קונה בשינוי כיון שלא נתכוין לגזול כולו אלא רק את התשמישין, ולכן הדין הוא שהוא משלם את השברים עם הפחת, דאינו יכול לפטור עצמו ע"י הרי שלך לפניך אלא הרי הוא צריך לשלם גם את הפחת כיון שעשה בה שינוי*, אבל הרי הוא שפיר יכול להשתמש בהשברים כחלק מהתשלומין כיון שאינו קונה בהך שינוי, והרי דינו כדין גזלן אילו ה' הדין ששינוי אינו קונה, אלא שכתב הגר"ח שזהו דלא כמו שרצה לומר שם בדעת הרמב"ם שגם היכא שאינו קונה בשינוי, בכל זאת אינו יכול להכריח את הבעלים לקבל את השברים ושישלם עבור הפחת כמו שסובר שמואל גבי ספינה אלא הרי הוא צריך לשלם כסף ואת השברים הרי הוא מחזיק לעצמו. והסיק שם הגר"ח שלפי הרמב"ם צ"ל שאיירי באופן שאין הספינה בגדר שברים אלא איירי באופן שלא עשה שום גריעותא כלל בהחלק שלא הפסיד, ולכן הרי הוא שפיר יכול להשיב את מה שנשאר, רק שבכל זאת הרי הוא משלם את החלק שהפסיד כמו לפי המ"ד שסובר שינוי אינו קונה דאע"פ שהוא אומר לו הרי שלך לפניך ומחזיר את השברים הרי הוא בודאי משלם את הפחת.

שוב כתב הקו"ש עוד דרך, והיינו שלעולם איירי באופן שהוא שפיר קונה בשינוי, רק שאינו משלם כשעת הגזילה, אלא הרי הוא יכול להחזיר את השברים

* הרי הוא צריך לשלם גם את הפחת, ודלא כמו שנוקט הראב"ד בקושייתו.

* והרמב"ם שם סובר כן גם אם פחת את החפץ בדרך שאינו נחשב בגדר שינוי דגם בכהאי גוונא

ולהוסיף על דמיהן כשעת הגזילה, ולא אמרינן כאן את הגזיה"כ של חיים שנים ישלם, דהיינו שהוא צריך לשלם או הן או דמיהן, והיינו משום שהגזירת הכתוב הזאת קאי רק על גזלן גמור ולא על שואל שלא מדעת. וכתב שלפ"ז מובן יותר הלשון של הראב"ד "דלא קנסינן ליה" כלומר שבשואל שלא מדעת לא אמרינן את הדין של אין שמין, והרי הדין של אין שמין דומה הוא קצת לקנס, שהרי הוא דבר של חומרא על הגזלן, אבל מה ששינוי קונה אינו דומה לקנס, אשר נוכל לומר שהיכא שאינו קונה הגדרת הדבר הוא "לא קנסינן ליה".

והנה דברי הראב"ד הנ"ל אזלי לפי רש"י שאין שמין פירושו הוא שאינו יכול להחזיר את השברים, אבל לפי הדרך שלעולם הגנב שפיר יכול לתת שברים, רק שאם הוזלו או פחתו עד שעת תשלומין לא אמרינן בזה שפחת נבילה הוא דניזק אלא הגנב צריך לשלם גם את זה, א"כ לפ"ז אתי שפיר בפשיטות למה הוא משלם את הפחת ומחזיר את השברים, ולעולם איירי באופן שקנה באמת בשינוי, והרי הוא מחזיר את השברים ומשלם את הפחת משום שכן הוא הדין בכל גזלן, וה"ה שיצטרך לשלם את הזולא שהוזלו או נפחתו השברים עד שעת העמדה בדין וכמו כל גזלן וכהנ"ל שאין שמין לגנב וגזלן, ולא שייך לומר ששאני הכא "דלא קנסינן ליה", דהא כיון שקנה בשינוי הרי הסברא נותנת ששפיר ישלם את הזולא או הפחת, דהא דידי' אוזיל ולא של בעה"ב, והרי זה דבר של סברא ולא דבר של קנס כמו לפי רש"י.

ועיין בנתיחה"מ בסי' שס"ג סק"ו שכתב

וז"ל, שמין כמה פחתם ומבואר ברשב"א בחידושו שמ"מ אין לו דין גנב וגזלן, דבגזלן הדין בכחש דלא הדר הוא דאין שמין לגזלן, ואם הוזלו השברים פחת הזול הוא על הגזלן, משא"כ בזה שלא נתכוין לגזול רק שעשה מלאכה, אף דשואל שלא מדעת גזלן הוא, מ"מ לא קנסוהו כל כך עיי"ש. ונראה דהא דלא קנסוהו הרי זה רק לענין אם הוזלו השברים, אבל אם נאנסו לגמרי הרי הוא בודאי חייב כדין שואל שלא מדעת עכ"ל.

(יג) א"ל רב חסדא לרב הונא וכו' הרי פירות והרקיבו יין והחמיץ דכי פסלתו מלכות דמי.

פי' משום שהרקבון והחמיץ אינם נראים לעין.

(יד) המלוה את חברו על המטבע.

בגמ' אמרינן המלוה את חברו על המטבע ונפסל המטבע רב אמר נותן לו מטבע היוצא באותה שעה, ושמואל אמר יכול לומר לו לך הוציאו במישן. ופירש"י וז"ל, על המטבע, שקצץ לו מעות, נותן לו מטבע היוצא בשעת פרעון דהא קיבל עליו לתת לו מטבע והאי לאו מטבע הוא, ודוקא הלוהו פרקמטיא, אבל הלוהו מעות את שהלוהו משלם לו עכ"ל.

וכתבו תוס' בתחילת דבריהם בד"ה המלוה וז"ל, ולפירושו נראה דאם הלוהו מעות נמי וקצב לו שישלם לו מעות דמשלם מטבע היוצא באותה שעה, דמעות

שנפסלו לאו מטבע נינהו, ולא נקט בקונטרס פרקמטיא אלא משום שכשמלוה אדם מעותיו אין רגילין להזכיר דבר אחר, אבל כשמוכר פרקמטיא אפילו אמר סתם כך וכך מעות תתן, צריך לשלם לו מטבע היוצא עכ"ל. ומבואר מדבריהם שהבינו שאין כוונת רש"י להעמיד באופן שהתנה שישלם לו עבור הפרקמטיא מעות טובות, אלא הזכיר סתם את הסכום של המעות שיצטרך לשלם בשביל הפרקמטיא, וכתבו שגם במלוה אם יאמר לשון זה, כן יהי' הדין, רק שבמלוה אין הדרך להזכיר סכום של מעות כי הסכום ידוע מאליו כיון שנתן לו מעות. ולפ"ז הא דלא פירש"י דאיירי בהלואה ובציור שהזכיר בפירושו את סכום המעות, הרי זה משום שאין רגילות לעשות כן. ועוד נר' שלא שייך להגדיר ציור כזה ע"י המלים "המלוה (מעות) על מטבע", כי גם בלא לומר כלום הרי אם הלוה לו מעות, עליו להחזיר מטבעות, אבל במכר שפיר שייך לשון כזה של מלוה (פרקמטיא) על המטבע, דהיינו שיצטרך לשלם מעות ולא להחזיר פרקמטיא.

ועכ"פ מהמשך דברי תוס' נראה דרך אחרת ממה שכתבנו, דעיין בדבריהם ששוב הקשו על רש"י שאין סברא לחלק בין מלוה לפרקמטיא, ואילו לפי הדרך הנ"ל שכתבנו הרי אין שום חילוק בין מלוה לפרקמטיא. ומקושייתם הנ"ל מבואר דס"ל שלפי רש"י שפיר יש חילוק. ולכאורה החילוק הוא שבפרקמטיא הרי הוא צריך לתת מעות מעלייתא כל שהזכיר סכום של מעות, וכלשונם של תוס', ואילו במלוה הרי הוא צריך לתת מעות מעלייתא רק אם אמר ע"מ שישלם מעות, וזהו כוונתם במה

שכתבו ש"קצב לו" שישלם לו מעות. ובאמת כן הבין הרשב"א כאן את דעת רש"י (וע"ע בשט"מ בשם המאירי).

והנה תוס' הביאו בשם הר"י לפרש שאיירי כאן באמת במלוה מעות, ואיירי באופן שהתנה בפירושו ע"מ שישלם מעות, דהכוונה היא למעות מעלייתא, ותנאי זה שפיר יש לו משמעות גם במלוה מעות, ובאמת אין חילוק בין מכר פרקמטיא למלוה מעות, אלא גם במכר פרקמטיא הרי הוא צריך לתת מעות מעלייתא רק אם התנה בפירושו על מנת שישלם מעות.

וע"ע במרדכי שהביא שבתחילה פירש"י (בפירושו הגמרא כאן) ששפיר יש חילוק בין מלוה למכר, ושבסוף ימיו בתשובה חזר בו ופי' כמו הר"י.

דף צ"ז ע"ב

(טו) תד"ה המלוה.

וז"ל, והא גבי הלואה אפילו איתנהו בעין כי ליתנהו דמי דמלוה להוצאה ניתנה עכ"ל. הנה המרדכי כאן הביא דעה שכל זמן שלא הוציא הלוה את המעות הרי הוא יכול לומר לו הרי שלך לפניך אליבא דכו"ע, והביא גם הדרכי משה בחו"מ סי' ע"ד אות ו' דעה זו. ונראה דס"ל לדעה זו כרש"י בקידושין דף מ"ז ע"א בד"ה להוצאה ניתנה שכתב וז"ל, הלוה רשאי להוציאה בהוצאה ואינו חייב להעמידה בעיסקא שתהא מצוי בכל עת שיתבענו וכיון דלהוציא ניתנה הויא לה כדירה ולא יהיב לה מידי עכ"ל, דמשמע מדברי רש"י

שבאמת אין המעות נעשות של הלוה כל זמן שהן בעין ואינו הולך להוציאם, רק שבכל זאת לא מיקרי שנתן להאשה כסף קידושין כיון שהיא רשאית להוציאם. ובספרי על קידושין דף מ"ז באות ע"ט הארכתי בענין אם כוונת רש"י שם היא באמת שכל זמן שלא הוציא הלוה את המעות הרי הם של המלוה.

וראיתי מדויקים מדברי התוס' רבינו פרץ כאן עוד יותר מדברי רש"י הנ"ל, והיינו שאפילו בשעה שמוציאם הלוה אינם נעשים של הלוה אלא הרי זה נקרא שהוא מוציא את המעות של המלוה, דעיינ בתוס' ר"פ כאן שכתב וז"ל, ויש ליתן טעם לחלק בין גזילה להלוואה, דגזילה כיון שמתכוין לקנות לכן כשאין הגזילה בעין בעי שלומי כשעת גזילה וגבי הלוואה לא שייך האי טעמא עכ"ל.

טז) בא"ד.

עיינ בדבריהם שכתבו שרב ושמואל ס"ל כרב הונא שפסלתו מלכות הרי זה בגדר נפסל ולא נסדק כי אילו הי' נחשב בגדר נסדק א"כ אז לא הי' נחשב כהזול אלא הי' נחשב כחפץ אחר ולכו"ע הי' צריך לתת לו מטבע היוצא באותה שעה. מיהו הרמב"ם פסק כרב יהודה דהוי כנסדק וגם פסק כשמואל שהוא יכול לומר לו לך הוציאם במישן. מיהו באמת הרי גם רב יהודה מודה שהיכא שהמטבע יוצא במדינה אחרת הרי זה בגדר נפסל ולא בגדר נסדק, והרי גם שמואל איירי באופן שהמטבע יוצא במישן וא"כ שפיר יכול שמואל לסבור כרב יהודה (ולעולם יסבור

הרמב"ם שאפילו בהלוואה סתם בעינן שיצא מיהא במישן משום שאל"כ הרי זה כנסדק). ובאמת הפ"י כאן תמה על תוס', דאולי שמואל שפיר יכול לסבור כרב יהודה משום שגם רב יהודה יודה כשהוא יוצא במישן ועיי"ש בתירוצו. מיהו נראה שמשמע להו לתוס' שלפי רב יהודה בעינן שיהא יוצא במדינה אחרת, כלומר עיר אחרת באותה מלכות, דבהרבה מקומות מדינה פירושה עיר ואכמ"ל, וזהו דלא כשמואל כי מישן הי' מקום רחוק (ועי' בשט"מ בד"ה איתמר המלוה את חבריו וכו' בשם הראב"ד דמשמע שכוונת רב יהודה היא לעיר אחרת באותה מלכות). ולפ"ז אכתי קשה על הרמב"ם איך פסק גם כרב יהודה וגם כשמואל. מיהו באמת הרמב"ם בפ"ד ממלוה ולוה כשפסק כשמואל לא כתב אם הוא יכול להוציא במישן אלא כתב אם הוא יכול להוציא במדינה אחרת ודו"ק.

ועוד דעיינ בטור שהביא שהרמב"ם פוסק כרב יהודה ובכל זאת בסי' ע"ד כתב שאם הלוהו סתם לא איכפת לן אפילו אם אינו יוצא בשום מקום, ולכאורה על זה שפיר יש לתמוה דהא אם אינו יוצא בשום מקום הרי זה כנסדק לפי רב יהודה ואמאי לא איכפת לן בזה.

וי"ל שאפילו אם נפסל חשיב כנסדק וחשיב שינוי, אבל כבר הזכרנו כמה פעמים צד שאפילו כשנעשה שינוי אין הכוונה דחשיב חפץ אחר, אלא לעולם הרי הוא נחשב אותו חפץ, רק שאינו כעין שגנב, וגזירת הכתוב היא בגזילה וגניבה דבעינן כעין שגנב, ולכן בהלוואה הרי הוא שפיר

יכול לשלם בזה כי הרי זה שפיר נקרא אותו מטבע כמו שלוה. ועי' ב"דף ס"ו באות מ"ז.

יז) בא"ד.

מש"כ תוס' שנפסל הוי כהוזל, עי' בקו"ש הביאור בזה ומה שהקשה מתרומה ונטמאת.

יח) בא"ד.

הנה מתוס' יוצא שבהלואה הרי הוא קונה את המטבע או את החפץ משעת ההלואה, רק שבכל זאת אם הוזל הרי הוא משלם אותו חפץ או מטבע (אם נשאר לו מיהא שויות מסוימת), ואינו משלם כשעת ההלואה. ולפ"ז צ"ל שהטעם שגזול משלם כשעת הגזילה כשהוא קונה בשינוי הרי זה משום גזיה"כ, וגם י"ל שטעם התורה הוא משום עונש דוגמת מה שכתב הגור ארי' בפ' קדושים (י"ט, י"א) שמה שגזול חייב באונסין אע"פ שגם אצל הבעלים ה' נאנס הרי זה משום עונש.

ועי' ב"דף צ"ו ע"ב בשט"מ ד"ה מתני' וכו' שכתב בשם הר"י שגזול חייב באונסים משום שמזלו גרם. וצ"ע לפ"ז מ"ש שבהלואה לא אמרינן שהוא חייב על הוזל כמו שגזול חייב משום שמזלו גרם. וי"ל דס"ל כהשיטה שהבאנו באות ט"ו שהכסף נשאר שייך להמלוה אפילו בשעה שהלוה מוציא את המעות, וא"כ מעולם לא היו המעות שייכים להלוה.

ועי' עוד בתוס' רבינו פרץ שכתב וז"ל, ויש ליתן טעם לחלק בין גזילה להלואה, דגזילה כיון שמתכוין לקנות, לכן כשאינ

הגזל בעין בעי שלומי כשעת הגזילה, וגבי הלואה לא שייך האי טעמא עכ"ל.

דף צ"ח ע"א

יט) הזורק מטבע של חבירו לים הגדול וכו' פטור.

פירש"י וז"ל, כדמפרש ואזיל דלא שקלי' בידו' אלא דאדיי', שהיתה ביד בעלים והכהו זה תחת ידו וניתזה לים, הואיל וצלולים הן וקא חזו לי' אמר לי' הא מנח קמך ואינה אבודה, ואי משום דבעי למיתב זוזא לבר אמוראה למישט ולמישקלי', גרמא הוא, שגורם להפסידו אותו שכו', וגרמא בניזקין פטור עכ"ל. והנה הרי"ף פסק שלא כרבה כי טעמו של רבה הוא משום דס"ל שגרמי פטור ואילו אנן קי"ל כרבי מאיר שסובר שגרמי חייב. ועיין ברא"ש בשם הראב"ד שהבין שהרי"ף מפרש שעצם מה שאיבד ממנו את המטבע הרי זה נחשב גרמי, ולכן השיג הראב"ד שא"כ מה היא קושיית רבא ממעשר, הלא נהי שזה נחשב שאין החפץ נמצא כאן, אבל הרי פעל כן רק בדרך גרמי, ורבה סובר שגרמי פטור. והסיק הראב"ד שרבה פוטר משום דס"ל שלא מיקרי בכלל שאיבד את המטבע, אלא הרי זה נקרא שהמטבע ישנו עוד וכלשונו של רבה שאמר הא מנח קמך, ועל זה שפיר מקשה רבא שחזינן ממעשר שאינו נחשב שהוא נמצא. ולפי הראב"ד יוצא שטעמו של רבה אינו משום דס"ל שגרמי פטור, אלא טעמו הוא משום שהמטבע ישנו עוד, ומה שגרם

לו לשלם להבר אמוראה הרי זה רק גרמא.

כ) בענין הנ"ל.

מיהו מדברי המרדכי כאן מוכח פשט אחר בהדעה שסוברת דהוי גרמי, והיינו שאפילו אם נאמר שהמטבע נחשב כמו שישנו עוד, אבל מה שגרם לבעל המטבע להוציא מעות לבר אמוראה הרי זה באמת בגדר גרמי, וא"כ טעמו של רבה הוא משום דס"ל שהמטבע נקרא שישנו עוד ומה שגרם לו להוציא מעות הרי זה בגדר גרמי וס"ל שגרמי פטור, אבל לדידן דמחייבין גרמי הרי הוא שפיר חייב. והראי' מדברי המרדכי הוא ממה שהקשה דלפי השיטה שהזורק מטבע חייב משום גרמי בגלל זה שגרם לו הוצאות א"כ למה אין חייבים על ריפוי בהמה עבור זה שגרם לו הוצאות עיי"ש, וא"כ חזינן שהבין המרדכי שאותה שיטה סוברת שמה שהוא גורם לו הוצאות הרי זה בגדר גרמי.

והנה לכאורה הי' אפשר לומר שהרי"ף סובר כמש"כ הרמב"ן בקונטרס גרמי (הובא בש"ך בחו"מ סי' שפ"ו סק"ד) בדעת רש"י שגרמי וגרמא הרי הם באמת דבר אחד, רק שלפעמים נקטה הגמרא לשון של גרמא ולפעמים לשון של גרמי, אבל באמת כל גרמא חייב לפי רבי מאיר, ולכן שפיר סובר הרי"ף שלפי רבי מאיר הרי הוא חייב על מה שהוא גורם לו הוצאות.

מיהו זה אינו, כי שיטת הרי"ף היא באמת שגרמא וגרמי הרי הם שני דברים, שהרי בריש הכונס הרי הוא פוסק שגרמא בניזקין פטור ואילו בסוגיין וכן בסוף כיצד הרגל הרי הוא פוסק שגרמי חייב.

כא) אמר רבה וכו'.

רש"י גבי שף מטבע כתב שטעמו של רבה בכולן הוא משום שגרמא בניזקין פטור. והש"ך בחו"מ סי' שפ"ו סק"ד הוכיח מזה כדברי הרמב"ן שרש"י סובר שגרמא וגרמי הוא דבר אחד, רק שלפעמים נקטה הגמרא לשון של גרמא ולפעמים נקטה לשון של גרמי, שהרי רש"י כתב שטעמא דרבה בכולן הוא משום שגרמא בניזקין פטור, והרי אחד מהמירות של רבה הוא שורף שטר, ועל זה קאמר אממר להלן בגמ' דהוי גרמי, וא"כ מוכח מרש"י שחד מילתא היא. מיהו עי' ביש"ש כאן בסי' י"ט שכתב שי"ל שרבה עצמו סובר ששורף שטרותיו הרי הוא באמת בגדר גרמא, ורק אממר סובר שהוא גרמי. ועי' גם ברא"ש כאן שהבין שכוונת רש"י היא לפטור גרמא בין לפי ר"מ ובין לפי רבנן.

כב) אבל שקלי' בידי' מיגזל גזלי', השבה בעי מיעבד.

עיין בחלק א' אות תרצ"ג* שהבאנו את דברי הגר"ח בסוף הל' חובל ומזיק שכתב שהיכא שהגביהו כדי לאבדו הוא עצמו בידיים הרי הוא חייב באחריותו, אבל אם הגביהו על מנת להניחו לילך לאיבוד מעצמו, אינו חייב באחריותו (ודלא כהש"ך והסמ"ע שהבאנו שם שגם בכה"ג הרי הוא חייב באחריותו). ולכאורה יש להקשות על הגר"ח מהדין הנ"ל של שקלי' בידי', דהא הכא אין זה נקרא שאיבדו הוא עצמו בידיים שהרי "מנח קמך", וא"כ צ"ע למה הוא חייב באחריות לפי הגר"ח הלא לא הגביהו כדי לאבדו הוא עצמו בידיים (אבל

על הש"ך והסמ"ע לק"מ כי שפיר י"ל דמיקרי שהגביה על מנת שילך לאיבוד מעצמו במשך הזמן ע"י שפשוף ומליחת המים וכדומה, או ע"י שלא יעלנו הניזק, והש"ך נסתייע באמת מהא דאם הגביה את המטבע הרי הוא חייב).

כג) השבה בעי מיעבד.

צ"ע דהא היכא שלא נשבע אינו חייב להוליכנו אחריו למדי אלא הבעלים באים ונוטלים את שלהם, ובכה"ג אין הגנב חייב לשלם את ההוצאות של הדרך שהוציאו הבעלים, וא"כ גם כאן למה אין הגנב יכול לומר לו הרי שלך לפניך, ומה שהבעלים צריכים להוציא הוצאות כדי להגיע להמטבע הרי זה כמו הוצאות הדרך שאין זה חיובו של הגזולן.

כג*) עוד בענין הנ"ל

הנה היש"ש כאן כתב שאע"פ שאם אגבהי קני' אבל מ"מ די לו אם הוא משלם שכר העלאה לחוד, ואינו צריך לטרוח בעצמו אחר המטבע. אמנם הש"ך בסי' שפ"ו סק"ח חולק עליו וסובר שהוא צריך להחזירה להמקום שנטלו משם.

ועוד כתב היש"ש שאפילו במים צלולים ואפילו אם לא שקלי' בידי', אם אין בר ארמאה להעלותו חייב הזורק לשלם עבור כל המטבע כיון שהפסידו את המטבע, אבל מ"מ אם בשעת המעשה הי' שם בר ארמאה, ושוב הלך לו, אמרינן שהמזל של בעל המטבע גרם, ומש"ה הזורק פטור.

ויש לעיין לפי היש"ש אם בתחילה לא הי' שם בר ארמאה להעלותו, אשר בכה"ג הרי התחייב לשלם בשביל המטבע, ואח"כ

בא בר ארמאה, האם הזורק פטור כי הוא התהפך להיות רק בגדר גרמא בניזקין כיון שעכשיו יכול בעל המטבע לשלם לבר ארמאה, או האם כיון שכבר נתחייב לשלם את כל המטבע אינו יכול לפטור את עצמו, ואת"ל שאינו נפטור יש לעיין אם הוא יכול לפטור את עצמו ע"י לשלם את שכר ההעלאה לחוד כמו היכא ששקלי' בידי' והי' שם הבר ארמאה בתחילה, או האם מכיון שכבר נתחייב בכל המטבע, אינו יכול לפטור את עצמו אלא הרי הוא עצמו צריך לטרוח אחר המטבע.

כד) השף מטבע של חבירו.

פירש"י דהוי רק בגדר גרמא. וצ"ע למה הוי רק בגדר גרמא, הלא השף עשה בו היזק ניכר והרי נפחת דמיו כשיעור טביעת מטבע, וא"כ אמאי לא מיקרי מזיק בידיים. ועיין בתוס' שכתבו באמת ששף לא מיקרי שינוי ניכר אלא הרי זה כפסלתו מלכות ולא כנסדק ובהאות הבאה נבאר למה, אבל הרשב"א הקשה שבודאי הרי זה נקרא שינוי, והסיק שאפילו אם חשיב שפיר בגדר שינוי ניכר, אבל בכל זאת אינו חייב משום מזיק כיון שאינו מחסר בגופו ממש. וצ"ע למה, הלא סוף סוף עשה שינוי ניכר ונפחת דמיו ע"ז.

וצ"ל דכיון שאפשר להחזיר את ההיזק ע"י הוצאות דמים אין זה נקרא נזק (ומה שגרם הוצאות דמים הרי זה רק בגדר גרמא). וכבר כתבנו כעין זה בחלק א' אות תכ"א בסוף סק"א בשם החזו"א לענין ריפוי בהמה, והיינו שאפילו אם נפחת דמיו מחמת הריפוי, אין זה נקרא בגדר נזק כיון שהוא יכול להחזירו על ידי ריפוי, וא"כ כן

י"ל גם כאן, אלא שכל זה הוא רק כשאינו מחסר בגופו ממש, משא"כ היכא דשייפא בשופינא התם הרי חלק מהמתכת הלך לאיבוד, ואם יטבענו מחדש הרי זה כמו דבר אחר, ומש"ה הרי זה שפיר נקרא היזק, והרי הוא צריך לשלם גם עבור המתכת שהלך לאיבוד וגם עבור טביעה מחדש כי גם על זה הרי הוא נקרא מזיק כי זוהי טביעה חדשה ולא החזרת הישנה. ועיין עוד בחלק א' אות ל' שדננו על הציור של הגמ' שם של לא מכליא קרנא, דהיינו שאכלה הבהמה ערוגה והרי היא עתידה לחזור ולצמוח אבל לא כמו שהיתה תחילה, ועיי"ש שכתבנו שהתבואה של עכשיו נקראת החפץ שהוזק בדרך של לא מכליא קרנא, והיינו משום שחלק מההיזק סופו לחזור ואותו חלק של ההיזק שסופו לחזור לא מיקרי היזק כלל, משום שאותה שוויות שעתידיה לחזור הרי היא כאילו היא נמצאת כאן כל הזמן ומעולם לא מיקרי שהוזקה, ואע"פ שעכשיו הרי קלקלה הבהמה את הכל, אבל מ"מ הרי זה נחשב בגדר לא מכליא קרנא משום שסופה לחזור וכהנ"ל שאותה שוויות שסופה לחזור מיקרי שמעולם לא ניזוק. ונראה שהתם הרי זה שפיר נחשב שאותו דבר הוא סופו לחזור, דהיינו שדה עם תבואה, אבל הכא בשייפא בשופינא הרי זה נקרא מטבע חדש לגמרי ופנים חדשות באו לכאן, וצ"ע.

ועיין גם ביש"ש בסי' י"ז שהקשה כהרשב"א שבודאי שף מטבע חשיב שינוי. ותי' וז"ל, אלא הכא טעמא דרבה משום גרמא בניזקין וכו' ואין כאן דין היזק דהא הוא כמשקל הראשון ושוה לנסכא כבראשונה ומנח לקמי' אלא שהוזל מעט

מחמת פחת צורתו ואי רוצה הניזק ליתן השכר יעשה ממנו מטבע כבראשונה וא"כ לא הוי בהאי הפסד שכר אלא כגרמא בעלמא וכו' עכ"ל, וצ"ב.

(כה) תד"ה השף מטבע.

וז"ל, נראה שרבה סבר פסלתו מלכות לא הוי כנסדק דאי הוא כנסדק א"כ כ"ש ששף מטבע הוי כנסדק והרי חסרי' טובא ואמאי פטור עכ"ל. מיהו הרמב"ם פוסק שפסלתו מלכות הרי הוא כנסדק, ובכל זאת הרי הוא פוסק ששף מטבע אינו בגדר מזיק בידיים אלא הרי הוא חייב רק משום גורם. וצ"ע כמו שהעירו תוס' דאם פסלתו מלכות הוא כנסדק כ"ש ששף מטבע הוא כנסדק, וא"כ הרי זה כשינוי ניכר, וא"כ למה הרי הוא פטור. ועי' גם ברשב"א כאן שהקשה ששף בודאי צריך להיות נחשב כנסדק וכשינוי ניכר שהרי כבר אמר רב פפא שזווי ועבדינהו נסכא חשיב שינוי, וזהו ממש כמו הציור של שף, והסיק הרשב"א דלא כתוס' אלא שבאמת הרי זה שפיר נחשב שינוי, רק שבכל זאת הרי הוא פטור. ולעיל בהאות הקודמת כתבנו טעם לזה, וגם הבאנו את דברי היש"ש בזה. והקצה"ח בסי' שפ"ו סקי"א כתב שהרמב"ם סובר כהרשב"א ולכן אע"פ שהוא פוסק שנחשב שינוי אבל אכתי הרי הוא סובר שאינו בגדר מזיק בידיים. ומעתה נעייין בהצדדים לומר דהוי כנסדק ושינוי או לא.

ונראה שי"ל בדעת תוס' ששף חשיב שינוי החוזר ולא דמי לזווי ועבדינהו נסכא משום שהתם הרי זה שינוי שאינו חוזר כי אם יעשנו שוב זווי אמרינן שפנים חדשות

שלך לפניך, וכן צריך לצאת לפי תוס'. וכבר העיר הקצה"ח על זה בסי' שפ"ו סקי"א.

(כז) הצורם אוזן פרתו של חבירו.

הנה לעיל גבי זורק מטבע כתב היש"ש בסי' ט"ז שאם בשעת זריקתו לתוך מים צלולים לא הי' שם בר אמוראה הרי הזורק חייב, אבל אם הי' שם בר אמוראה ואח"כ נסתלק, הרי הזורק פטור משום שמזלו של בעל המטבע גרם. ולפי סברא זו של מזלא גרן נראה שלא חשיב אפילו בגדר גרמא בנוגע לאבדון המטבע, והרי הזורק פטור אפילו בדיני שמים על המטבע. ובאמת גם ממה שכתב רש"י בד"ה עכורין "בשעת התזה" יש לדייק שהוא פטור בכה"ג (לכל הפחות משום גרמא), שהרי משמע מרש"י שאם נעשו המים עכורים אח"כ הרי הזורק פטור, וא"כ ה"ה להיכא שנסתלק הבר אמוראה וכדברי היש"ש.

מיהו יש להקשות על סברתו של היש"ש של מזלו גרם למה חשיב צורם פרתו בגדר גרמא וכמש"כ רש"י (והיש"ש לא השיג עליו), הלא איירי לכאורה באופן שאינו חייב עכשיו קרבן, דהא אם הוא חייב קרבן למה אמרינן שלא למזבח קיימא (ואם יש לו עוד פרות א"כ באמת מה הזיק לו), וא"כ בודאי איירי באופן שאינו חייב עכשיו קרבן, וא"כ קשה למה חשיב גרמא הלא מה שנתחייב אח"כ קרבן הרי זה משום עניינו של בעל הפרה וכעין הסברא של מזלו גרם, וא"כ אינו אפילו על מדריגת גרמא.

באו לכאן וכמו שפירש"י שם שא"א לצמצם לעשותו בגודל הראשון, אבל הכא הרי המטבע קיימת רק שחסר הצורה, וא"כ שפיר אפשר להחזיר את השינוי ע"י טיבוע חדש, ומש"ה הרי זה שפיר נחשב שינוי החוזר, ומעתה יש להוסיף לזה את הצד השינוי החוזר לא מהני משום שכיון שאפשר להחזירו הרי זה נקרא אותו חפץ ממש כמו קודם (עי' בזה לעיל באות רצ"ב סק"ט) וא"כ לפ"ז יוצא שאין זה נקרא היזק לגופו כמו נסדק כיון שהוא נקרא עדיין אותו גוף כמו קודם.

ובדעת הרשב"א י"ל דס"ל שבזווי ועבדינהו נסכא והדר עבדי' זווי הרי זה נחשב שפנים חדשות באו לכאן אפילו אם יוכל להחזירו ממש לקדמותו כמו שהי' כמו בשף מטבע, והיינו משום שעצם העובדא שנתבטלה הצורה הרי זה גורם שמה שהוא מחזירו עכשיו הרי זה פנים חדשות, וא"כ לפ"ז גם בשף מטבע אם יטבענו עוד הפעם הרי זה נחשב שפנים חדשות באו לכאן ושהמטבע הראשון הלך לאיבוד ומש"ה הרי זה שפיר נחשב שינוי.

וע"ע בהגדר של פנים חדשות באו לכאן לעיל באות רצ"ג סק"ד.

(כח) בענין הנ"ל.

והנה לפי הדרך ששף חשיב שינוי, א"כ אם אגבהי' ושוב שף, שוב לא יוכל לומר לו הרי שלך לפניך אלא ישלם כשעת הגזילה. וכן כתב היש"ש בסי' י"ז ודייק כן מהמרדכי, וכתב שכן איתא להדיא בספר צפנת פענח. מיהו התוס' רי"ד כתב שגם אם הגביהו הרי הוא אומר לו הרי

דף צ"ח ע"ב

כח) תהא במאמינו.

הפ"י הוכיח מכאן שהמודה שהזיק על דרך גרמי הרי הוא חייב אפילו אם נאמר שגרמי הוא קנס, ולא אמרינן שמודה בקנס פטור, דהא מאמינו הרי זה כמו מודה בקנס, ומבואר כאן שהוא חייב, ואפילו אם איירי שיש עדים ששרף רק שאינם יודעים כמה הי' כתוב בו, והוא מאמין להתובע על כמה הי' כתוב בו, גם זה נחשב בגדר מודה בקנס כמו שביאר שם (ובאמת דין זה מבואר בדף מ"ג ע"ב בנוגע להקנס של שלשים שמשלמים על שור מועד שהרג עבד, דמבואר שם שאם עדים מעידים שהשור הרג עבד, אבל אינם יודעים אם הי' תם או מועד, ובעל השור מודה שהי' מועד, הרי הוא בגדר מודה בקנס).

ובטעם הדבר למה לא מיפטר כאן משום מודה בקנס כתב הפ"י דהיינו משום שהקנס הוא מדרבנן. ועי' במה שכתבנו בזה להלן באות ש"ל.

מיהו אולי מה שהוא מאמינו ומוכן לשלם אין זה נחשב שהוא עצמו מודה. והנה לפי רבא בב"ב דף קל"ה שסובר שברי מפי אחר (כלומר שהוא טוען טענת ברי בגלל שהוא מאמין לאדם אחר שאמר לו כן) חשיב טענת ברי, א"כ הדין נותן ששפיר יחשב שהוא עצמו מודה בקנס. מיהו אביי סובר שם שאינו בגדר טענת ברי, וההלכה בזה היא כאביי וכמו שהביא הבית הלוי בחלק ג' סי' ל"ו מהר"ן בשם הרמב"ן, וכן פסק רעק"א במשניות כתובות באות ע"ד (והרש"ש לעיל בדף ל"ה תמה מנ"ל לרעק"א לפסוק כן).

כט) השורף שטרו וכו'.

היש"ש כאן בסי' י"ט כתב שרבה חולק על מה שאמימר תולה דין זה במח' רבי מאיר ורבנן, אלא ס"ל דהוי בגדר גרמא ולא בגדר גרמי ושלכו"ע הוא פטור. וצ"ע במאי פליגי אמימר ורבה. וי"ל דהנה הרא"ש כאן כתב בדרך אחד שגרמי הוא רק כשהזיק בא מיד, וא"כ י"ל שאמימר סובר שמיקרי שהשורף הפסיד מהמלוה את החוב, ואם הלוח משלם אח"כ הרי זה נקרא כדבר הנולד, וא"כ הרי זה שפיר נקרא שההזיק קרה מיד, דהיינו מה שהפסיד את החוב, ומש"ה הרי זה בגדר גרמי, אבל רבה סובר שאין זה נקרא שהפסיד את החוב, כי הלוח הרי הוא עדיין מחויב ועומד אע"פ שאין המלוה יכול להוכיח כן, ורק אם אח"כ אין הלוח משלם הרי זה נקרא שאז בה ההזיק, וא"כ יוצא שאין ההזיק בא מיד, ומש"ה הרי זה נקרא גרמא.

ל) עוד בענין הנ"ל.

ועיין עוד בסוף הכרך בהמראה מקומות בענין גרמי באות ג' בענין אם בשורף שטר הרי זה נקרא שההזיק בא מיד.

לא) וכפיי' רפרם לרב אשי.

פירש"י שרב אשי הזיק בילדותו. ולכאורה מוכח מזה שרש"י סובר שגרמי פטור בשוגג, דהא אילו ס"ל שגם שוגג חייב א"כ למה לא פי' שרב אשי שרף בשוגג, דהא לכאורה זהו ציור יותר מרווח, וא"כ בע"כ ס"ל שגרמי פטור בשוגג ולכן הוצרך להעמיד שעשה כן בילדותו בפשיעה. ולכאורה מוכח מזה דס"ל שגרמי

הוא קנס דרבנן, דאז שפיר שייך לומר שבשוגג הרי הוא פטור, אבל אם גרמי הוא מהתורה א"כ הרי זה בגלל שהוא נכלל בכלל אדם המזיק, וא"כ למה לא נאמר שאדם מועד לעולם, וכן כתבו הרמב"ן בקונטרס גרמי והש"ך בסי' שפ"ו שהציור של שוגג הוא נפ"מ בין אם גרמי הוא קנס או אם הוא מהתורה, וא"כ מוכח שרש"י סובר שהוא בגדר קנס דרבנן*).

מיהו לכאורה אם גרמי הוא קנס, לא שייך לחייבו עבור גרמי שעשה בילדותו בפשיעה, שהרי קטן שהגדיל פטור מעונשין על מה שעשה בקטנותו. ואפילו לפי השיטה שהוא חייב לשלם מה שחבל, הרי זה משום דהוי ממונא, וא"כ אם גרמי הוא בגדר קנס, אז הדין נותן שיהי' פטור על מה שעשה בקטנותו. ואע"פ שפסק הרמ"א באו"ח סי' שמ"ג שטוב שיקבל על עצמו בגדלותו כפרה על העבירות שעשה בקטנותו, אבל בודאי אין חיוב עונש מעיקר הדין, והכא הרי חזינן שרפרם הכריח את רב אשי לשלם**), וא"כ ממה שיוצא מדברי רש"י שהוא חייב לשלם עבור היוק של גרמי שעשה בקטנותו הרי מוכח שגרמי הוא מהתורה ולא קנסא דרבנן, וא"כ צ"ל שחיובו הוא משום אדם המזיק, וא"כ שוב הדין נותן שיהא חייב גם על שוגג כמו כל אדם המזיק, וא"כ אמאי לא צייר רש"י שרב אשי עשה כן בשוגג.

מיהו י"ל שרש"י סובר שאע"פ שגרמי הוא חיוב ממון מהתורה, ולא קנס דרבנן, ומש"ה הרי הוא חייב גם על מה שעשה

בקטנותו, אבל בכל זאת הרי הוא פטור בשוגג, והיינו משום דס"ל שסיבת החיוב אינה משום שגרמי הוא בכלל אדם המזיק שחייב גם על שוגג, אלא הרי הוא חייב בק"ו מנזקי ממונו, ומש"ה הרי הוא שפיר פטור בשוגג כי לא אמרינן בנזקי ממונו שהוא מועד לעולם.

לב) גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הש"ל.

עיין בקצה"ח בריש סי' שס"ג שהביא מספר חק יעקב שבתוך פסח אינו יכול לומר לו הש"ל משום דכיון שהכל מצווים לשורפו הרי זה כמו ששרוף דמי וכמי שאינו. והקשה הקצה"ח דא"כ כבר קנה בשינוי וא"כ איך הוא יכול לומר לו אחרי הפסח הש"ל. מיהו נראה שאם לא נשרף בפסח א"כ איגלאי מילתא שלא הי' כשרוף ושלא הי' כאן שום שינוי.

ונראה שכן יהי' גם בגנב והקדיש דמבואר לעיל בדף ס"ז ע"א שהוא קונה בשינוי השם משום שמעיקרא חולין והשתא הקדש, והקשו תוס' שם דהא הוי שינוי החוזר בגלל שהוא יכול לשאול על ההקדש, ותירצו שאינו שכיח שישאל, דנראה שאם שפיר ישאל, אז מתבטל השינוי למפרע כי איגלאי שמעולם לא הי' הקדש.

לג) כאן שהרקיבו מקצתן כאן שהרקיבו כולן.

לכאורה אין הכוונה שמקצת מהפירות

** שו"ר בביאור הגר"א שם שכתב על דברי הרמ"א הנ"ל לעיין בדברי רש"י כאן.

* ובענין אם מתחייב אדם בקנס דאורייתא כשעשה את הדבר בשוגג, עי' בקו"ש באות ל"ד.

הרקיבו לגמרי, דהא אם פרי אחד הרקיב כולו א"כ אותו פרי נשתנה וקנהו לגמרי, והדין נותן שנסתכל על כל פרי ופרי בנפרד כי כל פרי הוא דבר בפני עצמו, וא"כ צ"ל שהכוונה היא שמקצת מכל פרי ופרי נרקב.

וכתב הסמ"ע בסי' שס"ג סק"א שמה שאמרו הרקיבו כולן לאו דוקא הוא, אלא ה"ה שאם הרקיבו רובן אינו יכול לומר הש"ל, וכן מחצה על מחצה נידון כרוב.

והנה בירושלמי כאן חילקו בין הרקיבו מחמת תולעת להרקיבו מחמת כנימה, דמחמת תולעת הרי הן כבריאים, ופי' הפני משה שאירי בהרקיבו מקצתן ובכל זאת אם ה' מחמת כנימה אינו יכול לומר לו הש"ל כי סופן להרקיב כולן, וא"כ החילוק שבין הרקיבו מקצתן או כולן איירי במחמת תולעת.

מיהו מהש"ך שם בסק"ו נראה כוונה אחרת בזה, דעיין בהגהת אשר"י כאן שהביא את הירושלמי וז"ל, פירות שהרקיבו עם הכנימה אז משלם כשעת הגזילה, אבל אם הרקיבו מחמת התולעת הרי הן כבריאים והכי איתא בירושלמי עכ"ל. והש"ך שם לא הביא את ההג"א בלשון הנ"ל שלפנינו של "פירות שהרקיבו" אלא בלשון של "פירות שהרקיבו", דהיינו שכוונת החילוק כאן בין מקצתן לכולן היא באמת להחילוק שבין תולעת וכנימה כי כנימה היא תמיד כמו כולן (וכמו שכתב הפנ"מ) ותולעת הוי תמיד מקצתן (כי לא שייך שיתליע כולו אלא נכנס בו תולעת אחת או שתיים), ומש"ה כתב הש"ך שדברי הסמ"ע בנוגע

לרובן אינם מכוונים לפ"ז, כי לפ"ז לא קיים בכלל ציור של רובו, כן נראית כוונת הש"ך. מיהו לפי הביאור הנ"ל בכוונת הש"ך לא הבנתי מש"כ שם הש"ך על ההג"א "דאל"כ (כלומר דאם לא נאמר כהירו' וההג"א) אין טעם לחלק בין כולן למקצתן".

והנה הנ"י כאן כתב שהרקיבו מקצתן, הוי בגדר כדרכו, וכהיזק שאינו ניכר. ונראה שאין כוונתו לומר דהוי ממש בגדר היזק שאינו ניכר, דהא זה אינו שהרי גם למ"ד שמי' היזק הרי הוא פטור, וא"כ צ"ל שכוונתו היא רק ליתן משל של נזק שפטור (לפי מ"ד מסוים), אבל טעם הפטור הרי זה משום דהוי כדרכו. מיהו לפ"ז דהוי כדרכו א"כ לכאורה גם שומר צריך להיות פטור ודלא כתוס' בדף נ"ו שכתבו ששומר שפיר חייב גם על הרקיבו מקצתן, וצ"ע.

לד) תני סיפא לגלויי רישא.

עיין בגמרא דאמרינן תני סיפא לגלויי רישא, שלא תאמר רישא שידה תיבה ומגדל, אבל עצים לא, תנא סיפא שידה תיבה ומגדל מכלל דרישא עצים ואפ"ה חייב לשלם ע"כ. הנה צ"ע איך מהני כאן הסיפא לגלות על הרישא הלא י"ל שפירושי קא מפרש.

וצ"ל דס"ל להמדחה הזה בהגמ' שא"א לומר פירושי קא מפרש, משום שא"כ חייבים חייבים למה לי, וכמו שהראו תוס' שיש סוגיות שסוברות כן. מיהו א"כ הו"ל להקשות להדיא שא"כ חייבים חייבים ל"ל.

דף צ"ט ע"א

**לה) כגון דצמר וסמנין
דבעל הבית וצבע אגר
ידי' הוא דשקיל.**

עיי' ברשב"א שכתב וז"ל, ואיכא למידק א"כ מ"ש נתן לו עצים לעשות מהם שידה תיבה ומגדל ואמאי קונה אומן בשבח כלי הלא האומן אין לו אלא שכר ידיו, ותי' הראב"ד דלגבי צמר סמנין הוא דעבדי לשבחה ואומן לא קני בהו מידי, אבל עצים כיון דלא צריכי לסמנין אלא לאומנותו של אומן זהו סמניו עכ"ל. וצ"ע דסוף סוף גם כשהסמנין הן של בעה"ב הלא צריכים לאומנותו של האומן וא"כ גם שם נאמר שהאומן קונה בשבח הכלי. וצ"ל שהתם הרי זה נקרא שהסמנין משביחים את הכלי ואומנותו של האומן הרי היא רק כמו גרמא שגורם להסמנין לעשות כן, אבל כשאין סמנין אז אומנותו נחשבת הדבר שבאופן ישיר משביח את הכלי.

**לו) דאגרי' לביטשי (בענין
אומן קונה בשבח כלי).**

פירש"י וז"ל, ושכרו לדרכה והתנה עמו סכום הדריכות כל דריכה במעה, דשכירות הוא ולא קבלן דליקני בשבחה עכ"ל. ותמהו תוס' אמאי לא חשיב קבלן, והביאו את מה שפירש"י בב"מ ששכר אותו לדריכות לשלם על כל דריכה ודריכה בין תועיל ובין לא תועיל דבכה"ג לאו קבלן הוא, פי' משום דקבלן מיקרי רק היכא ששכרו כדי להוליד דבר של תועלת, וא"כ היכא ששכרו לדרון אפילו אם לא יועיל אין זה נקרא קבלן אלא הרי זה נקרא

ששכרו לעשות פעולה מסוימת והרי זה כמו ששכרו לזמן כי אין הבדל בין היכא ששכרו לזמן לבין היכא ששכרו למספר של פעולות, ורק אם שכרו לפעול תועלת מסוימת הרי זה מיקרי קבלן.

ואולי י"ל בדעת רש"י בסוגיין שכוונתו היא להיכא ששכרו למספר של פעולות רק דאיירי באופן שהתנה עמו שלא ישלם אא"כ תהי' תועלת, ולא הוצרך רש"י להזכיר דבר זה כי כן הוא הציור הפשוט שלא ישלם בלי שתהי' תועלת (ודלא כרש"י בב"מ שפי' שאמר שישלם אפילו אם לא יועיל), אבל בכל זאת עצם דמי השכירות יהיו בשביל הפעולות ולא בשביל התועלת ולכן לא חשיב קבלן.

מיהו יש לעיין למה אמרינן באמת שאומן קונה בשבח כלי רק בציור של קבלנות ולא בציור של שכירות (ומכ"ש שנאמר כן בציור של שכירות היכא שהתנה עמו שישלם רק אם יהי' שבח). וכן אם השביח נכסי חברו בלי שום פסיקא אלא שלא ברשות למה לא נאמר שהוא קונה בשבח כלי ושאם הזיק פטור. ועיין עוד בקצה"ח בסי' ש"ו סק"ד שכתב שאם קיבל עליו לעשות בחנם לא אמרינן שהוא קונה בשבח כלי ושאם הזיק הרי הוא פטור, כי הרי זה כאילו כבר סילק אותו הבעל הבית בדמי שכירותו, וצ"ע הלא אדרבה נימא שהוא שפיר קונה בשבח כלי והרי לא סילקו בדמים.

וצ"ל שמה שאומן קונה בשבח כלי אין זה דבר של ממילא, דהיינו שהדין נותן שיקנה מכיון שהוא השביח, אלא הרי זה דוקא משום שהבעלים מתחייבים בהשכר תמורת השבח, דכיון שהם מתחייבים

בשכר עבור השבח קבעה התורה שהאומן קונה את השבח לפני שהוא מקבל את השכר, ומש"ה הרי הוא קונה רק בציור של קבלנות שהבעלים מתחייבים לתת שכר עבור השבח. ולפ"ז מובן למה היכא שהוא עושה בחנם אינו קונה בשבח כלי והיינו משום שהתם לא התחייבו הבעלים תמורת השבח.

מיהו גדר זה צ"ב, ועוד דלפ"ז צ"ע למה הוצרך הקצה"ח לומר בהציור של בחנם דהוי כאילו כבר פרע לו שכרו, תיפוק ל"י משום שאין בכה"ג התחייבות של שכר בשביל השבח.

ועוד דלפ"ז יוצא שאם נסבור שאין שכירות משתלמת אלא לבסוף, אם השביח הקבלן קצת, אבל לא גמר, ושוב הזיק הקבלן את החפץ, אז לא נאמר שאומן קונה בשבח כלי כיון שעוד לא נתחייבו הבעלים לשלם את השכר וצ"ע.

והנה תוס' פירשו שהציור של אגרי' לביטשי איירי באופן ששכר אותו לדריכה כפי מנין הדריכות אפילו אם לא ישביח וכרש"י בב"מ, וכתב הקצה"ח בסי' ש"ו סק"ג שלפ"ז נהי שהוא עובר בכל תלין אבל אם הזיק אכתי אמרינן שאומן קונה בשבח כלי, וז"ל בסי' ש"ו סק"ג, היכא שהשביח, קונה בשבחו כיון דאומן קונה בשבח כלי, ואפ"ה עובר בכל תלין כיון ששכרו בין ישביח בין לא ישביח, דדוקא היכא ששכרו להשביח א"כ אינו שכיר כלל, אלא מוכר שבח כיון דקונה בשבח כלי, אבל שכרו בין ישביח בין לא ישביח א"כ אם לא ישביח ודאי עובר בכל תלין, ה"ה כשהשביח לא גרע כחו משאר שכיר ומגיע לו שכרו עבור הביטשא לא עבור

השבח, ועבור הביטשא עובר בכל תלין ודו"ק עכ"ל. ולפי דבריו יוצא דלא כמו שנקטנו שבביטשא אין הוא קונה בשבח כלי אלא חזינן דס"ל שהוא שפיר קונה בשבח כלי אע"פ שהשכר אינו עבור השבח, וא"כ צ"ע מ"ש מהציור של בחנם. וכבר הבאנו שהתם כתב שאינו קונה משום דהוי כמו היכא שהבעה"ב כבר שילם, וא"כ צ"ע מ"ש היכא שעושה בחנם מהיכא שיש שכר עבור דבר אחר ולא עבור השבח וכמו בהציור של ביטשי, וא"כ למה הוא קונה בכה"ג בשבח הכלי.

ואולי בביטשא הרי זה נקרא שיש ב' סיבות לחייבו בשכר, א', השבח, וב', הפעולה גם בלי השבח, והשכר משתלם עבור שניהם, ולכן הרי הוא גם קונה בשבח כלי והרי הוא גם עובר בכל תלין, ולעולם מודה הקצה"ח שאומן קונה בשבח כלי רק היכא שהיתה כאן התחייבות של שכר עבור השבח.

מיהו אכתי צ"ע כמו שהערנו למה הוצרך הקצה"ח לומר בהציור של בחנם דהוי כאילו כבר פרע לו שכרו, תיפוק ל"י משום שאין בכה"ג התחייבות של שכר בשביל השבח.

ועכ"פ מה שכתבנו שבביטשא יש שני מחייבים בשביל השכר, חדא בשביל השבח וב' בשביל הפעולה, לכאורה זה מתוקמה רק לפי מה שכתב הקצה"ח בסק"ד שאומן קונה בשבח כלי אינו קנין גמור ואין השבח שייך לו לכל מידי אלא הרי זה קנין השוה באיכותו לבעל חוב קונה משכון ולכן יכול הבעל הבית לסלק להאומן בע"כ עיי"ש, דאם נאמר שהשבח שייך ממש להאומן א"כ קשה לומר שבנוסף לזה יש

להבעה"ב התחייבות אחרת של שכר עבור הפעולה, אבל אם הוי רק מקצת קנין א"כ יוצא שעוד לא בא האומן על שכרו וא"כ שפיר יש מקום להתחייבות של שכר עבור הפעולה.

לז) אומן קונה בשבח כלי.

א. עיין ברשב"א שכתב וז"ל, כלומר אומן קונה בשבח כלי, ואפילו כל שבחו, ובשקלקלו לאחר שהשביח נמי, לפי שאין דעתו של אומן להשביח לצורך בעל הכלי לחייב את עצמו בתשלומי נזק, וכן דעתו נמי להשביח לעצמו ולקנות בו כנגד שכרו אע"פ שלא קלקלו, אבל לכו"ע כשלא קלקלו אינו קונה כל שבחו, שלדעת שיהא של בעל הכלי הוא מתקנו ומשביחו עכ"ל. ומדבריו נראה שמה שהוא פטור אם הוא מזיקו, וכן מה שהוא קונה כנגד שכרו ושלכן אין בל תלין והרי הוא יכול לקדש בו, הרי הם שני ענינים, והיינו דקנין ממש יש לו רק כנגד שכרו, רק שיש עוד דין שאין דעתו של אומן להשביחו ולהתחייב בנזקו ולכן הרי הוא פטור אם הוא מזיקו. מיהו לכאורה לפ"ז אין ראי' מבל תלין וקידושין לענין ניזקין שהוא ציורו של רב אסי, כי שני דינים נפרדים הם, ואפילו אם הוא קונה כנגד שכרו יתכן שהוא חייב על הניזקין של מה שאינו כנגד שכרו, וכן אפילו אם אינו קונה כנגד שבחו אכתי י"ל שהוא פטור מניזקין כי אין דעתו להשביח ולהתחייב בניזקין, וקשה דהא בגמ' נקטו שאם רב ששת סובר שאין אומן קונה בשבח כלי ושעוברים על בל תלין א"כ מוכח מזה שאינו סובר כרב אסי, וכעין זה העיר החזו"א בסי' כ"ב סק"ח, דהיינו שאין

ראי' שרב אסי סובר שאומן קונה בשבח כלי לענין בל תלין ולענין קידושין, והביא שמרש"י בקידושין דף מ"ח ע"ב בד"ה והכא וכו' מבואר דס"ל שהוא קונה כל השבח בקנין ממש ושכן כתב הרא"ש כאן וכן הוכיח מהתרומת הדשן בסי' ש"ט. ועכ"פ לפי הרשב"א מובנת הלשון של אומן קונה בשבח כלי, כלומר שהוא קונה חלק מהשבח שהוא כנגד השכר אבל לא את כל השבח.

ב. והקצה"ח בסי' ש"ו סק"ד הביא שהר"ש סובר שאומן קונה בגוף הכלי לבד מהשבח, כלומר שכל הגוף היא שלו עיי"ש, וכתב הר"ש שלכן אתי שפיר הלשון של קונה בשבח כלי, כלומר שהוא קונה את הגוף ע"י השבח, וכתב הקצה"ח שנעלם מהר"ש דברי התרומת הדשן שכתב שאומן קונה רק את השבח ולא את הגוף, וכתב החזו"א שם שאין שום מחלוקת ביניהם אלא מר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי, דאין כוונת הר"ש לומר שהאומן קונה את כל הכלי, אלא כוונתו היא רק לומר שמה שהוא קונה את השבח אין הכוונה בזה שהוא קונה קנין על שבח הפורח באויר (כן היא לשונו של החזו"א), אלא הרי הוא נעשה שותף בגוף הכלי כשיעור השבח, אבל לעולם מודה הר"ש שהוא קונה רק כשיעור השבח, וגם התה"ד סובר כן וכוונתו היא שאינו קונה בגוף הכלי יותר מכשיעור שויות השבח. ועיין בשט"מ כאן בשם הרמ"ה שכתב וז"ל, רב אסי סבר אומן קונה הצמר בשבח סממנין עכ"ל, ומשמע שהוא קונה את כל הצמר בשבח הסממנין.

ג. ובענין איכות הקנין הסיק הקצה"ח שם בשם הרמב"ן והריטב"א והר"ן שאינו קנין גמור, אלא איכות הקנין אינה יותר מהקנין של בעל חוב קונה משכון, והרי הוא קונה רק לענין נזקין ובל תלין וקידושין. מיהו עי' בשט"מ בשם הר"ר יהונתן שכתב שהאומן קונה בשינוי מעשה. ולפ"ז יוצא לכאורה שהוא קונה קנין גמור ממש כמו בגזלן, ויש לדחות. ולקמן בסוף אות ל"ט נכתוב כן גם בדעת רש"י ותוס'.

לח) ולמאי דסליק אדעתן מעיקרא דלא אגרי' לביטשי מסייע לי' לרב ששת וכו'.

הרי שאם איירי בביטשי לא מסייע לי' משום דהוי שכיר ולא קבלן וכדאיתא להדיא בגמרא לעיל. ועיין בתורת חיים מה שכתב בזה.

לט) גמרו והודיעו אינו עובר בבל תלין.

עיין בפתחי תשובה בחו"מ סי' של"ט סק"ב שכתב וז"ל, כתב הסמ"ע וז"ל דאז (כל זמן שלא לקח בעה"ב את הכלי) אין פעולת שכיר מוטל על בע"ה לעבור עליו שהי' תופס משלו כנגדו עכ"ל (הסמ"ע). ועי' בש"ע של הגר"ש זלמן ז"ל מלאדי שכתב שמזה יש ללמוד שאם נותן משכון לפועל אינו עובר כלום אף אם יש לו מעות וכו' עיי"ש. אולם בלבוש כתב הטעם דכיון שאין האומן נותנו לו מוחל לו על תשלום שכירותו כל זמן שהוא בידו עיי"ש, ולפ"ז אין ללמוד מזה למשכון אחר. ועיין בשט"מ ב"מ קי"ב ע"א שכתב בשם הר"ר

יהונתן דכל זמן שהטלית ביד האומן אע"פ שנתן לו רשות שיטלנה מביתו ויוליכנה לביתו שאינו רוצה לעכב בשביל שכירותו אפ"ה כל זמן שיש משכון תחת ידו אינו עובר עיי"ש, ועיין בקצה"ח לעיל סי' ע"ב סק"ג שהאריך בענין זה והסיק וכתב ומזה יוצא לנו דין מחודש דשכירות שנתן בע"ה לאומן משכון עליו אע"ג דהחזיר לו המשכון, כיון דכבר קנה במשכון נגד שכרו תו ליכא בל תלין עיי"ש עכ"ל הפתחי תשובה.

ועכ"פ עיין בקצה"ח שם לעיל בתוך דבריו שכתב גם הוא שגם בלא טעמא דמשכון אין בל תלין כל זמן שהטלית הוא ביד האומן וז"ל, אלא משום דכל זמן שטלית ביד אומן עדיין לא הגיע זמנו, דזמן פרעון של שכירות לכו"ע אינה אלא לבסוף, וסוף שכירות דאומן היינו כשמחזיר לו הכלי וכדמוכח מסוגיא דפרק האיש מקדש ודפרק הגוזל גבי עשה לי שירים, ותדע דע"כ עדיין לא הגיע זמנו דאל"כ גם אחר שנתנו אינו עובר כמבואר פרק המקבל דהיכא דאינו עובר בבקר ראשון גם אח"כ אינו עובר עיי"ש, אלא ודאי דעדיין לא הגיע זמנו כלל כל זמן שלא החזיר לו הכלי ומשנתנה לו הוא בקר ראשון ועובר עליו עכ"ל.

עוד כתב הקצה"ח שם (את מה שהביא הפתחי תשובה משמו) דהיכא שקיבל האומן משכון, אינו עובר בכל תלין אפילו לאחר שהחזיר את המשכון כי כבר קנה את שכרו במה שהוא קונה משכון, ואם הוא מחזיר לו אח"כ את שכרו הרי זה כמלוה לו מעות. ובוזה ביאר הקצה"ח את כוונת הר"ן והריטב"א שהוכיחו מכאן

שאוּמַן אינו קונה את הכלי בתורת משכון היכא שהדין הוא שאינו קונה בשבח כלי דז"ל הר"ן, תדע (שהאומן אינו קונה את הכלי בתורת משכון) וכו' ועוד דבפרק המקבל דף קי"ב אמרינן שם (שאחרי שהאומן החזיר את הכלי) למ"ד אין אומן קונה בשבח כלי עובר משום בל תלין, ואילו הי' קנוי לו בקנין משכון, ודאי שלא הי' עובר, אלמא לא חשיב משכון דידי' עד דליתבע מיני' ותפיס לי' אאיגרא עכ"ל. והקשה הקצה"ח על ראייתו דאדרבה הלא מבואר שם שכל זמן שהכלי בידו אינו עובר בכל תלין וא"כ י"ל שהיינו באמת משום שיש לו משכון, רק שאחרי שהחזיר את הכלי כבר אינו משכון. ותי' הקצה"ח שאזיל הר"ן לשיטתו שאומן קונה בשבח כלי אינו קנין גמור ממש, אלא קנין שהוא באיכותו כמו בעל חוב קונה משכון, ואולי גם פחות מזה שהרי אומן הוא כשומר שכר אבל בעל חוב קונה משכון להתחייב גם באונסין לפי רש"י, ובכל זאת חזינן דמבואר בגמ' שאם אומן קונה בשבח כלי אינו עובר משום בל תלין ואפילו לאחר שהחזיר את הכלי, וא"כ מוכח שהיכא שאינו קונה בשבח כלי אינו קונה אותו בתורת משכון, כי אם הי' שפיר קונה אותו בתורת משכון אז אפילו אם הי' מחזירו לא הי' עובר כי כבר קנה את השבח בשכרו, וכמו לפי הצד שאומן קונה בשבח כלי שג"כ אינו קנין גמור ובכל זאת אמרינן שכבר קנה את השבח בשכרו וכהנ"ל. ובסברא דמילתא למה לא חשיב משכון כתבו הר"ן והריטב"א דהיינו משום שלא בא לידו בתורת משכון. אלא שהר"ן כתב שאם תבע אח"כ את שכרו והחזיק את

המשכון בשכרו יש לו דין משכון, והריטב"א כתב שרק אם תפס אח"כ ע"י ב"ד.

ותירצו ע"י שיטתם הנ"ל למה אין האומן יכול לקדש את האשה אם ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף דהא יש לו משכון ויכולים לקדש אשה במלוה שיש לו משכון, ותירצו שבאמת אינו קונה את הכלי בקנין משכון וכהנ"ל.

והנה לעיל שם הביא הקצה"ח את דעת רש"י ותוס' שסוברים שאפילו כשלא בא לידו בתורת משכון בכל זאת בעל חוב קונה משכון. וכן הביא את דעת הרמ"א בשם רבינו ירוחם שאומן יכול לקדש אשה בכלים שעשה בשבילה משום דהוי כמלוה שיש עלי' משכון, וביאר הקצה"ח שבכל זאת הרי זה נעשה משכון רק בשעה שהוא מחזיר לה את הכלי כי רק אז הרי היא מתחייבת בשכרו, משום שאפילו למ"ד שישנה לשכירות מתחילה ועד סוף הרי הבעה"ב מתחייב רק לבסוף, רק שכשבא הסוף הרי הוא מתחייב למפרע, וא"כ יוצא שהרי זה נעשה משכון רק בסוף כשהוא מחזיר (למפרע), ורק אז הרי הוא קונה משכון למפרע ואז הרי הוא מקדשה בו והכל הוא בבת אחת (כצ"ל בכוונתו), אבל כל זמן שהוא אצלו אינו בגדר משכון ולכן אינו יכול לקדש בו אשה אחרת. וכתב הקצה"ח שמש"ה ניחא למה אומן צריך מיגו ואינו זוכה משום מוחזק כמו בבעל חוב שזוכה משום שהוא נחשב מוחזק על המשכון. ועוד כתב שמש"ה ניחא גם למה אמרו שאומן הוא כשומר שכר משום שתפיס אאיגרי' ולא אמרו משום שהוא קונה משכון כמו בעל חוב (והרשב"א

הביא רא"י זו כדי להוכיח שאין הכלי נחשב משכון וכמו שהביא הקצה"ח (שם). ולא קשה על הרמ"א ממאי דאיתא אצלינו שאומן אינו יכול לקדשה, כי כאן איירי באופן שעשה לכתחילה כדי לקדשה ומש"ה אינו נחשב משכון כי אין דעתו לתפוס את הכלי בשביל שכרו, אבל הרמ"א איירי באופן שכבר עשאו ורק אז נמלך לקדש בו והרי הוא מחזיר לה עכשיו ומקדש אותה בו (ועיי"ש מה שהביא בשם הב"ש כדי לחלק ודחה את דבריו), עכ"ד הקצה"ח.

והנה לפי רש"י ותוס' שסוברים שאפילו אם לא בא לידו בתורת משכון הרי הוא קונה משכון א"כ שוב צ"ע למה יש בל תלין באומן הלא האומן קונה אותו במשכון בשעת חזרה למפרע וכדברי הקצה"ח וא"כ מאי שנא מזה שמצינו שלפי הצד שאומן קונה בשבח כלי אין כאן בל תלין. וצ"ל דס"ל לרש"י ותוס' דהא דאין בל תלין אם אומן קונה בשבח כלי הרי זה משום שאומן קונה קנין גמור ממש ולא רק קנין שהוא כאיכות הקנין של בעל חוב קונה משכון, וס"ל לרש"י ותוס' שרק קנין גמור מפקיע את בל תלין.

מ) תד"ה אלא במאי מקדשא.

וז"ל, אור"י דסברא הוא שאין מקודשת במה שמוחל לה שכרו אפילו לא יהא אומן קונה בשבח כלי אלא מלוה יש לו עלי' והוא מוחל לה אין מקודשת, שאין דעתה להתקדש עד שיבואו השיראים והנזמים לידה עכ"ל. ומשמע מדבריהם

להלן בסמוך בדיבור זה שרק לפי המ"ד שסובר שישנה לשכירות מתחילה ועד סוף הוצרכו להסביר למה א"א לומר שהיא מקודשת קודם שבא הכלי לידה, והיינו משום שגם קודם מסירת הכלי יש כאן מלוה ויש מ"ד שסובר שהמקדש במלוה מקודשת, ומש"ה הוצרכו להסביר שבכל זאת אין דעתה לכך, אבל אם נסבור שאין לשכירות אלא לבסוף, משמע מדבריהם שאז פשיטא שאין במה לקדשה קודם שבא לידה, וזהו כדעת רש"י כאן בסוף העמוד, וכן בקידושין דף מ"ח, שאין שכירות משתלמת אלא לבסוף פירושו הוא כשבא הכלי לידה ולא כשהוא גומר את מלאכתו. מיהו הרשב"א בקידושין שם בד"ה ועוד יש לומר וכו' הבין בדעת רש"י שלעולם השכירות משתלמת בשעת גמר הכלי, ומש"כ רש"י כשהוא מחזיר, כוונתו היא רק שאז הרי היא רוצה להתקדש. ובאמת גם מלשון תוס' בד"ה ואיבעית אימא וכו' משמע דס"ל שהשכירות משתלמת בשעת גמר הכלי, וצ"ע.

מא) בא"ד.

וז"ל, ועוד אור"י ונראה לו עיקר וכו' עכ"ל. לכאורה הטעם שנראה לו עיקר הוא כי על דרכו הראשון קשה למה הי' כל כך פשוט להגמרא שכך היא דעתה של האשה עד שמקשה הגמ' קושיא על רבי מאיר על פי הנחה זו. ועוד דמהלשון של "במאי מקדשא" מבואר שהחסרון הוא בזה שאין כאן בכלל כסף קידושין ולא בגלל שהיא אינה רוצה עכשיו להתקדש. והשעה"מ בפ"ה מהל' אישות ה"כ בתחילתו כתב שלפי פירושה הראשון אכתי יש לאוקמה

באופן ששפיר רוצה להתקדש, ולכן הוסיפו לכתוב ועוד אור"י וכו'.

מב) בא"ד.

וז"ל, ועוד אור"י ונראה לו עיקר שאפילו שניהם רוצים שיחולו קודם הגעת ממון לידה אינה מקודשת אע"פ שמתחייבת לו ראשון ראשון לפי שישנה לשכירות מתחילה ועד סוף כיון שאינו יכול לתובעה בדין שכרו עד שיגיע הממון לידה ואין חשוב כנותן לה כלום בתחילתו עד שתבוא שעה שיכול לתובעה בדין עכ"ל. הנה עיין בקצה"ח בסי' קכ"ו סקי"ג שביאר שאין כוונתם לומר דהוי כמלוה שעוד לא הגיע זמן הפרעון שלו, וכשיטת הש"ך שם בשם הריטב"א בפרק האומר שאם סוברים ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף יש כאן מלוה מיד רק שזמן הפרעון הוא בסוף, דהא לפי המ"ד שהמקדש במלוה מקודשת הרי הוא בודאי יכול לקדשה גם קודם שהגיע זמן הפרעון, אלא כוונתם היא כמש"כ רש"י בקידושין שגם המ"ד שסובר שישנה לשכירות מתחילה ועד סוף הרי הוא מודה שכל שלא החזיר אין כאן חיוב שכירות, רק שהוא סובר שכשהוא מחזיר הרי הוא מתחייב למפרע, אבל כל עוד שלא החזיר לא רכיב עליו שום חיוב ואינו עוד בגדר מלוה.

מיהו מלשון תוס' לא משמע שעוד לא חל המלוה בכלל, אלא משמע דשפיר חל, רק שאינו יכול לתובעה. וכן ראיתי שהבין המחנה אפרים בהל' קנין מעות סי' ג' את דבריהם, דהיינו שכוונתם היא לומר שלכו"ע מקדש במלוה אינה מקודשת קודם שהגיע זמן הפרעון (אלא שהמחנה אפרים

הוציא מתוך דברי תוס' שגם אם קידש בהנאת מחילת מלוה קודם שהגיע זמן הפרעון אינה מקודשת, ואילו השער המלך בפ"ה מהל' אישות ה"כ קרוב לתחילתו השיג על זה וכתב שמתוס' חזינן רק להיכא שקידש בעצם המלוה ומשום שבכה"ג אין זה נקרא עוד שנתן לה מעות, אבל היכא שקידש בהנאה, הנאה מיהא יש כאן, כי גם עכשיו היתה נותנת פרוטה כדי להשיג את מחילת המלוה ודלא כהמחנ"א עיי"ש).

גם י"ל שלעולם מודים תוס' שגם בתוך זמנו אפשר לקדש עם מלוה לפי המ"ד שסובר שהמקדש במלוה מקודשת (וכמו שנקט הקצה"ח), וכן הרי הם סוברים שגם קודם שהוא מחזיר את הכלי חל חיוב של שכירות לפי המ"ד שסובר שישנה לשכירות מתחילה ועד סוף (ודלא כהקצה"ח), רק דס"ל לתוס' שצורת החיוב לפי המ"ד שסובר שישנה לשכירות מתחילה ועד סוף היא שהוא מתחייב רק על תנאי שיחזיר את הכלי, וא"כ מכיון שיש בידו לבטל את התנאי ועי"ז לבטל את כל עיקר המלוה מעיקרא, מש"ה אין זה נקרא שנתן לה מדי.

מג) ורבנן סברי ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף.

א. בענין דברי התוס' רי"ד שפחות מפרוטה אינו נעשה מלוה.

בגמ' כאן מבואר שלפי המ"ד שסובר שישנה לשכירות מתחילה ועד סוף אין היא יכולה להתקדש בהשכירות כי הרי זה בגדר מקדש במלוה כי בשעת הקידושין כבר נזקף השכירות במלוה. והקשה התוס'

רי"ד בקידושין דף מ"ח למה אין היא מקודשת בהפרוטה האחרונה כמו שהיא מקודשת עם כל השכירות לפי המ"ד שסובר שאין לשכירות אלא לבסוף, כיון שבהיא שעתא עוד לא נעשה מלוה, ואין לומר משום שהפחות משהו פרוטה שלפני המשהו האחרון כבר נעשה מלוה, דזה אינו, כי פחות משהו פרוטה אינו נעשה מלוה, וא"כ כל השוה פרוטה האחרון נעשה מלוה עם המכוש אחרון, וא"כ למה אין היא מקודשת בזה, ע"כ קושיית התוס' רי"ד.

ובאמת מלשון רש"י שם נראה כהנחת התוס' רי"ד דעיין בדבריו בד"ה אלא במקדש במלוה קמיפלגי שכתב וז"ל, דקסברי כולהו ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף כל פרוטה ופרוטה כשנגמרה נתחייב בה בעל המלאכה לפועל בשכירות עשיית מלאכה עכ"ל. וכן נראה מדבריו בסוגיין שכתב וז"ל, ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף כיון שעלה שכרו לפרוטה נתחייבה לו מיד פרוטה והויא לה מלוה גבה וכו' עכ"ל.

מיהו עיין בדרישה בסי' כ"ח באות ו' שכתב לבאר דברי רש"י בקידושין בדרך אחרת וז"ל, והא דכתב רש"י כל פרוטה ופרוטה שנגמרה וכו' הכי קאמר כל פרוטה דאמרינן דתיהוי מתקדשת בה אותה פרוטה כבר נעשית מלוה עכ"ל,

וא"כ לפ"ז לעולם י"ל שנעשה כאן מלוה גם לפני שהגיע לשיעור פרוטה כי מה שהזכיר רש"י את הסכום של פרוטה אין זה משום שרק סכום זה נעשה מלוה אלא הרי זה כי זהו הסכום של כסף קידושין*).

ועי' בשער המלך בפ"ה מהל' אישות ה"כ בד"ה ולדעת וכו' שהקשה על התוס' רי"ד מהגמ' בע"ז שהביאו תוס' בקידושין שם דאר"א שאם בנה כיפה של ע"ז שכרו מותר משום שישנה לשכירות מתחילה ועד סוף ואימת קמיתסר במכוש אחרון ובמכוש אחרון לית בה שוה פרוטה וז"ל, והשתא לדעת התוס' רי"ד דכל פחות משהו פרוטה לא חשיבא לאיתקרויי מלוה, ופרוטה אחרונה אתיא עם גמר כלי, וא"כ קשה דהיכי קאמר ר"א אם בנה שהוא מותר הא איכא פרוטה אחרונה דאתיא עם גמר כלי וא"כ נמצא איסור מעורב בהיתר עכ"ל.

ושוב הביא השער המלך שם את דעת הראב"ד שהובאה בשו"ע יו"ד סי' קל"ג ששכרו מותר חוץ מהפרוטה האחרונה, ודלא כהסוגיא במס' ע"ז, והמציא שם שי"ל שלא קיימא לן להלכה כההיא סוגיא עיי"ש.

ועוד הביא השער המלך את דעת רבינו יונה שהביא המחנה אפרים שאם כל השכר הוא רק פרוטה לא שייך לומר שישנה

שפיר שוה פרוטה ולכן הזכיר רש"י שכל פרוטה ופרוטה נעשה מלוה, ועל זה דחה שמה שהזכיר רש"י שכל פרוטה ופרוטה נעשה מלוה אין זה מפני שכל מכוש ומכוש הי' שוה פרוטה אלא משום שפרוטה היא השיעור של כסף קידושין.

* והנה הדרישה שם בא ליישב את דבריו בפרישה, דעיי"ש שכתב בפרישה שאירי באופן שהמכוש אחרון אינו שוה פרוטה ומש"ה אינה מקודשת בו לחוד אלא צריכים להגיע להמכושים הקודמים שכבר נעשו מלוה, ועל זה הקשה שמהלשון של רש"י משמע שכל מכוש ומכוש

לשכירות מתחילה ועד סוף כי פחות משה פרוטה אינו נעשה מלוה, ודבריו הם כדעת התוס' רי"ד.

מיהו לכאורה יש לדחות את קושיית השער המלך מהגמ' בע"ז כי גם לפי התוס' רי"ד שהשוה פרוטה האחרון נעשה מלוה רק בשעת המכוש האחרון, אבל בכל זאת אין כל השוה פרוטה ההוא משתלם עבור המכוש אחרון אלא רק חלק מהשוה פרוטה, והרי פחות משה פרוטה אינו נאסר, וא"כ גם לפי התוס' רי"ד אתי שפיר למה שכרו מותר.

והאב"מ בסוף סקל"ט תמה על התוס' רי"ד מצד הסברא כי למה אי אפשר לפחות משה פרוטה להחשב מלוה.

ועיין בלשון הרשב"א בקידושין שם בד"ה מר סבר שכתב וז"ל, ומר סבר ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף כלומר וכל פורתא ופורתא הוא מלוה עלי' וכי מצטרף לפרוטה מלוה היא והמקדש במלוה אינה מקודשת עכ"ל, והבין השער המלך שם מלשונו הנ"ל של הרשב"א שבאמת גם פחות משה פרוטה נעשה מלוה (ומש"כ "וכי מצטרף לפרוטה מלוה היא" צ"ל שכוונתו היא דהויא מלוה הראוי' להתקדש בו, וצ"ע).

ב. בענין דברי התוס' רי"ד שהיא רוצה להתקדש רק בשעת קבלת הכלי.

והנה עיין בתוס' רי"ד שם שתי' על קושייתו הנ"ל דנהי שהפרוטה האחרונה נעשה מלוה רק עם גמר הכלי אבל האשה רוצה להתקדש רק עם קבלת הכלי בחזרה

ומש"ה הרי זה שפיר מיקרי מקדש במלוה. ועיי"ש בפרישה באות ל"ו שכתב שאם המכוש אחרון עצמו שוה פרוטה אז הרי היא שפיר מקודשת משום שאז הפרוטה האחרונה אינה בגדר מלוה ואע"פ שכל השכירות לפני המכוש אחרון הרי היא בגדר מלוה אבל מלוה ופרוטה דעתה אפרוטה, וזהו דלא כדברי התוס' רי"ד הנ"ל שהיא רוצה להתקדש רק בשעת החזרת הכלי. מיהו בדרישה כתב שגם בכה"ג אינה מקודשת כי דעתה היא על כל השכר ולא רק על השוה פרוטה האחרון כי לאו דינא גמירא אלא כל השכירות שוה היא בעיני'. וכתב האב"מ בסי' כ"ח סקל"ט שמדברי הפרישה נראה שהטעם למה במלוה ופרוטה דעתה אפרוטה הרי זה משום דדינא גמירא שהמקדש במלוה אינה מקודשת, והסיק האב"מ שהטעם הוא משום שיש פרוטה בעין, ומש"ה דעתה היא על הפרוטה אפילו אם לאו דינא גמירא, משא"כ בשכירות אין הפרוטה האחרונה בעין, ומש"ה דעתה היא על כל השכירות.

(מד) ורבנן סברי ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף.

א. דברי התוס' רי"ד בקידושין שאינה לשכירות אלא לבסוף פירושו הוא בשעת החזרת הכלי.

בגמ' כאן מבואר שלפי המ"ד שסובר שישנה לשכירות מתחילה ועד סוף אין היא יכולה להתקדש בהשכירות כי הרי זה בגדר מקדש במלוה כי בשעת הקידושין כבר

נזקף השכירות במלוה. והקשה התוס' רי"ד בקידושין דף מ"ח למה אין היא מקודשת בהפרוטה האחרונה כמו שהיא מקודשת עם כל השכירות לפי המ"ד שסובר שאין לשכירות אלא לבסוף, כיון שבהיא שעתא עוד לא נעשה מלוה, ואין לומר משום שהפחות משה פרוטה שלפני המשהו האחרון כבר נעשה מלוה, דזה אינו, כי פחות משה פרוטה אינו נעשה מלוה, וא"כ כל השוה פרוטה האחרון נעשה מלוה עם המכוש אחרון, וא"כ למה אין היא מקודשת בזה.

ותי' התוס' רי"ד שכוונת האשה היא להתקדש רק בקבלת הכלי, ואז הרי גם הפרוטה האחרונה כבר נעשית מלוה. ושוב הקשה שא"כ גם לפי המ"ד שסובר שאינה לשכירות אלא לבסוף הרי יוצא שבשעת הקידושין כבר נעשית השכירות מלוה. ותי' שהכוונה באינה לשכירות אלא לבסוף אינה לשעת גמר הכלי אלא לשעת החזרתו להבעלים.

וכהיסוד הנ"ל של התוס' רי"ד שאינה לשכירות אלא לבסוף פירושו הוא שעת החזרת הכלי כתב רש"י שם בע"ב בד"ה אינה לשכירות אלא לבסוף וז"ל, כשמחזירין לה עכ"ל. וכן כתב בסוגיין וז"ל, אינה לשכירות אלא לבסוף כי מהדר להו ניהלה הלכך לאו מלוה הוא עכ"ל. ועי' בשיטה שלא נודעה למי בקידושין שם בסוף דבריו על ע"א שכתב וז"ל, אינה לשכירות אלא לבסוף, לא הוה כמלוה עד דלודעה דשלימה עבדתה ויראנו לו אם הוא מתוקן יפה עכ"ל.

וע"ע במה שכתבנו לעיל באות מ' בנוגע לשיטת תוס' בסוגיין בזה.

ב. דברי הראב"ד והרשב"א שהכוונה היא לשעת גמר עשיית הכלי.

מיהו הרשב"א שם בד"ה הא דאמרין וכו' הביא בשם הראב"ד שהבעל הבית מתחייב בהשכירות מיד עם גמר הכלי וכן בהיא שעתא האשה רוצה להתקדש (וביאר הרשב"א שאל"כ הרי גם אם סוברים שאינה לשכירות אלא לבסוף הרי זה מלוה כיון שכבר נתחייב בהשכר עם המכוש אחרון וכקושיית התוס' רי"ד). וסבירא לי' להראב"ד שבהס"ד כשחשבנו ש"עד שיגיע ממון לידה" פירושו הוא אותו ממון, אין הכוונה שהוא צריך להחזיר לה את הכלי, אלא הכוונה בהגיע ממון לידה היא שנגמרה מלאכת הכלי שאז הרי זה כאילו הגיע לידה. ונתקשה הרשב"א שלפ"ז למה פרכינן על רבי מאיר שבמאי מקדשא, הלא לפי הפירוש הנ"ל יוצא שהכוונה במאי דאמרין ש"אפילו אותו ממון נמי לא" היא שאין צריכים אפילו גמר מלאכה וא"כ הגמ' היתה צריכה להקשות שבדברי רבי מאיר מבואר להדיא ששפיר צריכים גמר מלאכה שהרי אמר שכיון שעשאן מקודשת דמשמע שעשאן עד גמירא. ותי' הרשב"א שכוונת הגמ' היא שאפילו אם לא הי' אומר כן רבי מאיר להדיא בכל זאת כן מוכרח מצד הסברא (וצ"ל בדברי הרשב"א "דאפילו לא אמר וכו'").

וע"ע שם ברשב"א שכתב גם דרך

אחרת, והיינו שאע"פ שאין לשכירות אלא לבסוף פירושו הוא בגמר עשיית הכלי, ואז הרי הוא מתכוין לעשות מיד את המעשה של נתינת כסף קידושין (ולכן אין זה נקרא מקדש במלוה), אבל בכל זאת אין האשה רוצה שיחולו הקידושין עד שתקבל את הכלי, ולכן צריכים שיגיע אותו ממון לידה ואם לא הגיע "במאי מקדשא". ושוב כתב שני דרכים בזה, בדרכו הראשון כתב שהרי זה כמו התקדשי לאחר ל' יום שהיא מקודשת לאחר ל' ואם בא אחר וקדשה קודם ל' הרי היא נשאת מקודשת להשני, וכן יהי' גם כאן אם בא אחר וקידשה קודם שנתן לה את הכלי, ובדרכו השני ר"ל דהוי כעין האומר מעכשיו ולאחר ל' דאם בא אחר וקידשה הרי היא נשאת מקודשת להראשון כשמגיע ל'.

וע"ע ברשב"א שם שהבין בדעת רש"י שלעולם השכירות משתלמת בשעת גמר הכלי, ומה שכתב רש"י כשהוא מחזיר, כוונתו היא שרק אז הרי היא רוצה שיגמרו הקידושין.

וע"ע בתוס' ר"י הזקן שם שכתב שאינה לשכירות אלא לבסוף פירושו הוא בהמכוש אחרון. וכן כתב השיטה שלא נודעה למי שם בחד דרך וז"ל, וכגון דהמכוש אחרון קודם שהספיק לעשותו מלוה נטלתו עכ"ל.

ג. דברי התוס' רי"ד בקידושין דף ס"ג.

והנה עיין באב"מ בסי' כ"ח בסוף סקל"ט שהקשה על התוס' רי"ד דהא גם ברקוד לפני אמרינן שאם ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף אין היא מקודשת ואם

אינה לשכירות אלא לבסוף הרי היא שפיר מקודשת, ואילו לפי דברי התוס' רי"ד הנ"ל בקידושין דף מ"ח הרי גם אם ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף הדין נותן שתהי' מקודשת בהפרוטה האחרונה כי בכה"ג אין שעת נתינה אח"כ אשר נוכל לומר שהיא רוצה להתקדש רק אז לאחר שכבר נעשה מלוה.

מיהו לפי דברי התוס' רי"ד עצמו להלן על קידושין דף ס"ג לק"מ, דעיי"ש שהקשה למה ברקוד לפני או בשכר שאעשה עמך אין היא מקודשת כמו בהציוור של תמרה כשאמר לה באלו שהרי גם בהציוורים הנ"ל הרי אמר לה לשון קידושין ושוב מנה והלך ע"י הרקידה וע"י עשיית המלאכה ומחילת כל פרוטה ופרוטה.

ותי' התוס' רי"ד שהאמירה הראשונה אינה עולה לאמירת קידושין כי האמירה צריכה להיות בשעת נתינת הכסף והרי הכא לא התחיל לרקוד ולעשות מלאכה עמה עד אח"כ, ואם יעשה עוד אמירה בסוף הרי כבר נעשה מלוה למ"ד שישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, אבל אם סוברים שאינה לשכירות אלא לבסוף א"כ מהני מה שעשה אמירה ושדיך לפני התחלת המלאכה כדי לפעול שאין השכירות נעשית מלוה לבסוף קודם שאמר הרי את, אבל אם סוברים שישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, אז נקטינן שכל פרוטה ופרוטה נעשית שפיר מלוה

בשעתה. ומעתה לפי דבריו שם שוב לא קשה קושיית האבני מילואים כי נהי שברקוד לפני הרי הם רוצים שתתקדש

בסוף הריקוד אבל הרי צריך הוא לומר אז לשון של קידושין והרי בהיא שעתא כבר נעשה גם הפרוטה האחרונה מלוה.

והנה לפי דבריו הנ"ל בדף ס"ג מתורצת גם מה שהקשה בדף מ"ח שלפי המ"ד שסובר שישנה לשכירות מתחילה ועד סוף למה אינה מקודשת בהפרוטה האחרונה, ולא צריכים את מה שתי' בדף מ"ח שבאותה שעה עוד לא רצו שתחול הקידושין, אלא אפילו אם שפיר רצו אבל בכל זאת אין כאן אמירת קידושין, ובשעה שהוא עושה את האמירה הרי כבר נעשה מלוה (וגם הרי לא מהני השדיך של קודם אם סוברים שישנה לשכירות מתחילה ועד סוף).

וכן לפי דבריו בדף ס"ג אין אנו צריכים את מה שכתב בדף מ"ח שהמ"ד שסובר שאין לשכירות אלא לבסוף הרי הוא סובר שהוא מתחייב רק בשעת החזרת הכלי דהא גם בלא"ה אין כאן מלוה משום שמהני שדיך. מיהו י"ל שהרויח בדבריו בדף מ"ח שלפי המ"ד שסובר שאינה לשכירות אלא לבסוף הרי היא מקודשת אפילו היכא שלא שדיך קודם.

מיהו אכתי צריכים לבאר את גוף חילוקו של התוס' רי"ד למה מהני השדיך. וי"ל שכוונתו היא לומר שאם עשה שדיך, אז רצונו היא לומר שאינו רוצה שיחול דין של מלוה, אלא הרי הוא רוצה שיחול דין של ממוני גבך (דוגמת דברי הר"י מיגש שהבאתי בספרי על קידושין בדף כ"ח ע"א באות שמ"ט עיי"ש).

מיהו אכתי צריכים להבין למה לא

אומרים כן גם לפי המ"ד שסובר שישנה לשכירות מתחילה ועד סוף.

מד* (דברי התוס' רי"ד בקידושין דף ס"ג שצריכים בשעת נתינת הכסף קידושין ולא קודם לכן.)

עיין בתוס' רי"ד בקידושין דף ס"ג שהקשה למה ברקוד לפני או בשכר שאעשה עמך אין היא מקודשת כמו בהציוור של הרי את מקודשת בתמרה כשאמר לה באלו, שהרי גם בהציוורים הנ"ל הרי אמר לה לשון קידושין ושוב מנה והלך ע"י הרקידה וע"י עשיית המלאכה עמה ומחילת כל פרוטה ופרוטה.

ותי' התוס' רי"ד שהאמירה הראשונה אינה עולה לאמירת קידושין כי האמירה צריכה להיות בשעת נתינת הכסף והרי זה כמו בגט שלא יועיל אם יאמר הרי את מגורשת עם הגט שאתן לך מחר, והרי הכא לא התחיל לרקוד ולעשות מלאכה עמה עד אח"כ, ומש"ה לא מהני האמירה שעשה בתחילה, ואפילו אם יעשה עוד אמירה לבסוף אבל הרי כבר נעשה מלוה למ"ד שישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, אבל אם סוברים שאינה לשכירות אלא לבסוף, אז מהני השדיך שעשה לפני התחלת המלאכה כדי לפעול שאין השכירות נעשית מלוה לבסוף לפני שהוא עושה אמירת הרי את, אבל אם סוברים שישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, אז נקטינן שכל פרוטה ופרוטה נעשית מלוה בשעתה.

ועיין בט"ז בסי' כ"ח שהקשה על התוס' רי"ד בזה"ל, על כן נראה דאין צריכים אמירה חדשה דהא איתא בפ"ק הי' מדבר עמה על עסקי קידושין ונתן לה ולא פירש ואמרינן שם עסוקים באותו ענין סגי, וזהו לפי שהדיבור הקודם מורה על הנתונה בסתם שהוא על קידושין, כ"ש כאן שאמר בפירוש בתחילה שבשכר פעולה תתקדש עכ"ל. והשיג האבני מילואים בסקמ"א על הט"ז דהא גם כשהי' מדבר על עסקי קידושי צריכים שהיו עסוקים כל הזמן באותו ענין וכן שהמקדש יעסוק וידבר ולא סגי אם היא או אחרים ימשיכו לעסוק.

ולהלן שם כתב האבני מילואים עוד סברא כדי לתרץ את קושיית התוס' רי"ד למה לא מהני בשכר שאעשה עמך כמו שמהני באלו, והיינו משום שהרי זה מחילה על דבר שלא בא לעולם ואין אדם יכול למחול דבר שלא בא לעולם כמו שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם (והוסיף שהא דלא אמרו שטעמו של רבי מאיר בעשה לי שיריים ונזמים הרי הוא משום שהוא סובר שאדם מקנה ומוחל דבר שלא בא לעולם הרי זה משום שבהציוור ההוא בע"כ צ"ל דאיירי באופן שאמר המקדש אח"כ עוד לשון של קידושין דהא אל"כ הרי זה בגדר אמרה היא דלא מהני).

והנה גם המקנה בקידושין דף מ"ח כתב סברא זו שבשכר שאעשה עמך הרי זה בגדר מחילה על דבר שלא בא לעולם, אלא שהמקנה כתב שאפילו אם סוברים שאדם מוחל דבר שלא בא לעולם אבל בכל זאת אין זה מועיל בקידושין, וכוננתו היא משום שאין זה נקרא בגדר כסף קנין.

וע"ע ברשב"א בקידושין דף מ"ח בד"ה מר סבר וכו' שהקשה את הקושיא הנ"ל שהקשה התוס' רי"ד וז"ל, וקשיא לי ומאי שנא מהתקדשי לי באלו והיתה אוכלת ראשונה ראשונה שאע"פ שאין באחת מהן שו"פ מקודשת דכי מתאכלי ברשותה קא מתאכלי דהכא נמי שכירות זה לא ניתן לחזרה ופורתא פורתא כי אתי זכיא בי' איהי בתורת קידושין וכי מלו לפרוטה א"נ לכשנגמר הכלי מקודשת דהאי שכירות לא למלוה דמי כדאמרן, וי"ל דהתקדשי לי באלו שאני הואיל ואיתניהו כולהו קמן מונה והולך הוא אבל שכירות דבשעה דאית' להאי לית' להאי ולא אתי האי עד דאזיל לי' אידך לא חזו לאיצטרופי כלל והלכך אינה מקודשת, אבל אי סבירא לן דאינה לשכירות אלא לבסוף כולהו איגרא בבת אחת אתי והלכך מקודשת עכ"ל. פי' דבשכירות הרי הוא מתכוין לוותר רק לבסוף והרי הוא רוצה שאז יהי' נחשב שהוא עושה את נתינת הכסף קידושין, והרי למ"ד שישנה לשכירות מתחילה ועד סוף הרי זה אז בגדר מלוה, משא"כ בתמרה בהציוור של באלו מכיון שכולה ישנה קמן א"כ הרי הוא מתכוין שהנתינת כסף קידושין תתחיל מאז שהוא נותן לה את הראשון, אבל בשכירות מכיון שאין עוד הכל תמן אינו מתכוין שאז תתחיל נתינת הכסף קידושין.

וע"ע באב"מ בסי' ל"א סוף סקי"ז שכתב ליישב שאפילו אם ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, בכל זאת זמן הפרעון בודאי אינו אלא לבסוף, וא"כ כשהוא אומר לה שבשעת כל מכוש ומכוש הרי

הוא נותן לה לשם נתינת כסף קידושין ואינו רוצה שיהי' מלוה (כמו בהציור של באלו) אין זה נקרא שנתן לה הנאה כי אפילו אם הי' נעשה מלוה הרי אין עכשיו שעת הפרעון עכ"ד.

דף צ"ט ע"ב

מה) טבח אומן שקלקל.

עיי' בגמרא דאמר שמואל טבח אומן שקלקל חייב לשלם, מזיק הוא פושע הוא נעשה כאומר שחוט לי מכאן ושחט לו מכאן, ופרכינן ל"ל למימר מזיק הוא פושע הוא, ומתצינן אי אמר מזיק הוא הוה אמינא הני מילי היכא דקא עביד בשכר, אבל היכא דקא עביד בחנם לא, קמ"ל פושע הוא. ועי' בתוס' ד"ה אימא וכו' שכתבו שהסברא לפטור בחנם הוא משום דהוי בגדר אונס גמור ואדם פטור על אונס גמור ולא אמרינן בזה שאדם מועד לעולם כיון דהוי אונס כעין גניבה וכמו שביארו תוס' בדף כ"ז ע"ב עכ"ד, כלומר משא"כ כשהוא נוטל שכר הרי הוא בגדר שומר שכר דחייב גם על גניבה.

גם י"ל שאפילו בלא לומר שהוא נעשה למעשה שומר שכר אבל בכל זאת הרי אנו למדים משומר שכר שהיכא שהוא נוטל שכר הו"ל לעיוני ולשמור גם מאונס כעין גניבה, ולכן כשהטבח נוטל שכר אמרינן שאדם מועד לעולם והרי הוא חייב מדין אדם המזיק גם לגבי דברים שהם כעין גניבה אע"פ שבלא לקיחת שכר לא הי' נחשב מזיק לגביהו.

וכעין זה איתא בשט"מ בשם הרמ"ה בפרטיו על הא דאמר רבי זירא הרוצה שיתחייב לו טבח יקדים לו שכר, דעיי"ש שכתב דבעינן הקדמת שכר להיכא שלא משך, אשר בכה"ג אינו נעשה שומר, אלא הרי הוא משתעבד בדמים להיות זהיר במלאכתו אפילו מכעין גניבה, וממילא הרי זה גורם שהוא נקרא באמת מזיק על כעין גניבה, כן נראית כוונתו שם.

וכעין זה כתב הרמב"ם בנוגע לכל שומר חנם והיינו שהוא חייב על פשיעה מטעם מזיק, הרי שמחמת שהוא מתחייב בשמירה הרי הוא נחשב בגדר מזיק בידים אע"פ שאדם רגיל אינו נקרא בכה"ג בגדר מזיק, וזהו דוגמת מה שאנו רוצים לומר כאן שע"י שקיבל שכר הרי הוא נחשב מזיק (אע"פ שלא נעשה שומר שכר) אע"פ שאדם רגיל אינו נקרא בכה"ג בגדר מזיק (וראיתי באבני נזר בחלק חו"מ סי' י"ט שכתב שמדברי הרמ"ה הנ"ל מבואר שחיובו הוא משום שומר, ולא הבנתי מהיכן יצא לו כן).

והנה מרש"י משמע דרך אחרת מתוס' וז"ל, דקא עביד בשכר, דמזיק חייב באונסין דאדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד, מדקרי ל"י מזיק לחייבו באונס ש"מ בעושה בשכר קאמר, וקמ"ל דפושע הוא, דלא חשיב ל"י אונס אלא פשיעה, דהוה ל"י למירמי אנפשי' שמא תפרכס הבהמה ויזהר בה עכ"ל, ומשמע מדבריו שהוא חייב משום החיוב הפשוט של אדם המזיק בלי לומר שכאן מחמת השכר הו"ל למירמי אנפשי' טפי כדחזינן בשומר שכר, אלא משמע שגם בלא זה הרי הוא חייב

גוריא לשמואל הנותן בהמה לטבח וניבלה, אומן פטור הדיוט חייב, ואם נותן שכר בין הדיוט בין אומן חייב, א"ל לעכר מוחך וכו', קאמינא לכו אנא רבי מאיר וקאמרייתו לי רבנן, אמאי לא דייקת מילי שאני אומר מזיק הוא פושע הוא נעשה כאומר לו שחוט לי מכאן ושחט לו מכאן ע"כ. וצ"ע דהנה חזינן שרב חמא בר גוריא נקט ששמואל מחייב גם בחנם, שהרי על זה הקשה לו, וא"כ בעל כרחך צ"ל ששפיר ידע ששמואל סובר שהוא פושע, וא"כ נהי שלא אסיק אדעתיה לתלות את זה בהמחלוקת אם נתקל הוא פושע או לא, אבל למה אמר שמואל שלא דייק בדבריו, דמה הי' לו לדייק בדבריו יותר ממה שדייק ונקט שהוא בגדר פושע.

ונראה שרב חמא בר גוריא לא דייק באמת מה שאמר שמואל שהוא בגדר פושע, אלא הוא דייק רק מה שאמר שהוא נעשה כאומר לו שחוט לי מכאן ושחט לו מכאן, וחשב שלעולם ס"ל לשמואל דחשיב אונס, רק שבכל זאת הרי הוא חייב אפילו בחנם משום שזה נחשב סוג אחר של מעשה ממה שביקש ממנו בעל הבית וממילא אין זה נחשב שהוא עסוק ברצונו של בעה"ב, דזה שייך רק היכא שעשה את המעשה שביקש ממנו הבעל הבית רק שלא עשה כהוגן, אבל אם עשה סוג אחר של מעשה שלא ביקש ממנו הבעל הבית הרי הוא שפיר נחשב בגדר מעשה מזיק והרי הוא צריך להיות חייב גם באונס משום שאדם מועד לעולם, וגם לפי רבנן דר"מ הרי הוא צריך להיות חייב אע"פ שנתקל לאו פושע הוא כי הרי זה נקרא מעשה

משום שאדם מועד לעולם, והיינו משום דס"ל לרש"י שאדם חייב על כל אונס, א"נ משום דס"ל לרש"י דהוי אונס כעין אבידה ולא כעין גניבה. מיהו לפ"ז צריך ביאור למה הו"א דמיפטר הוא בהציוור של בחנם. ויש לחדש דהיינו משום שחסר בכה"ג בהשם של מעשה מזיק, דכיון שהבעל הבית ביקש ממנו לשחוט והרי הוא עוסק בעשיית טובה להבעל הבית ואין כאן פשיעה א"כ לא שייך שיחשב בגדר מעשה מזיק, אבל אי חשיב פושע אז הרי זה שפיר מיקרי מעשה מזיק, וכן אם קיבל שכר אז אין זה נקרא שעשה לו טובה ולכן שפיר אפשר לחושבו בגדר מזיק.

ולפי ביאורנו הנ"ל בדעת רש"י לכאורה לא בעינן שיתן לו את שכרו לפני ששחט, אלא סגי בזה שפסק לו שכרו, כי באמת הנתינה אינה מוסיפה כלום, דהא לפי רש"י העיקר הוא שאינו עושה לו טובה, וא"כ ה"ה שאם פסק לו לתת שכרו אח"כ, אין זה נקרא שהוא הולך בשחיטתו לעשות לו טובה, וא"כ צ"ל שרש"י יסבור כמו הרמ"ה מסרקסטה, הובא בשט"מ, שכתב שהכוונה במאי דאמרינן שיקדים לו שכרו היא שיקדים לפסוק עמו על שכרו.

(ויש לעיין כעת לפי הדרך שכתבנו בדעת תוס' שאינו נעשה שומר שכר אלא כיון שהוא נוטל שכר הו"ל לעיוני טפי, האם סגי לזה בפסיקה לחוד, אבל עכ"פ כוונת הרמ"ה בפרטיו בדבריו שהבאנו היא לנתינה ממש דהא פסיקת מעות בעינן גם היכא ששפיר משך דהא בלי פסיקת מעות לא הוי שומר שכר).

והנה בגמרא כאן מתיב רב חמא בר

מזיק ואמרינן בכה"ג שאדם מועד לעולם וכמו שכתב רש"י, ולכן השיב לו שמואל שלעולם אין זה נקרא סוג אחר של מעשה אלא הרי זה שפיר נקרא שהוא עוסק באותו מעשה שאמר לו הבעל הבית, ולכן הרי הוא חייב דוקא אם חשיב פושע וכמו שסובר רבי מאיר (ומה שאמר שמואל דנעשה כאומר לו שחוט לי מכאן ושחט לו מכאן הרי זה רק כדי להסביר דחשיב פשיעה אבל לא כדי להסביר דחשיב משום כך סוג אחר של מעשה).

והנה על דרכם של תוס' אכתי צ"ע למה אמר שמואל שרב חמא בר גוריא לא דייק בדבריו, הלא לפי תוס' בע"כ צ"ל שרב חמא שפיר הבין שמואל קאמר דחשיב פושע דאל"כ איך הבין למה שמואל מחייב הלא תוס' סוברים שאדם פטור על אונס גמור, וא"כ בע"כ צ"ל ששפיר הבין רב חמא שמואל סובר דחשיב פושע, או אונס הקרוב לפשיעה, רק שלא אסיק אדעתיה את המחלוקת שבין ר"מ לרבנן, אבל לפי רש"י אתי שפיר וכמו שביארתי, כי לפי רש"י הרי ביארתי שרב חמא הי' סובר שבאמת אינו בגדר פושע, רק שהוא חייב משום שאדם מועד לעולם אפילו באונס גמור (חשיב מעשה מזיק כיון שהוא מעשה אחר ממה שצוה לו הבעה"ב), ולכן לא אסיק אדעתיה לתלות דבר זה באם נתקל פושע הוא או לא, ולכן אמר לו שמואל דאמאי לא דייק שטעמו הוא דוקא משום דחשיב פושע (וכמו שביארנו דחשיב באמת אותו סוג מעשה שצוה לו בעה"ב ומש"ה לא שייך לומר בהציור של בחנם שאדם מועד לעולם כיון שהוא עוסק

בעשיית טובה להבעלים), ולכן הרי זה שפיר תלוי בר"מ ורבנן.

ועכ"פ כהסברא שכתבתי ברש"י מצאתי בשט"מ בסוף כיצד הרגל בשם הריב"א וז"ל, וריב"א פי' דאדם המזיק דמי לש"ש בין לענין גניבה בין לענין אבידה, והא דפטור נתקל במעביר חבית וכן טבח אומן שקלקל משום דכיון שהם מתעסקין לטובת הניזק לאו אדם המזיק הוא ויש להם דין שומר עכ"ל.

מו) אייתי ראיי דמימחית לתרנגולין.

עיין בשו"ת רעק"א תניינא בסי' ק"ג סקי"ד וט"ו, ובבית הלוי בחלק ג' סי' כ' אות ב', ובחזו"א על בב"ק סי' ז' סק"ח, בענין למה צריך הוא להביא ראיי ואינו זוכה מספק מכח זה שהוא מוחזק במעותיו.

מז) ספק גזילה.

עיין באור שמח בפ"י מהל' שכירות ה"ה שהקשה דהא למה לא יתחייב הטבח בתורת ודאי כי כיון שאסורה מספק הלא סוף סוף הפסיד להבעלים, ועיי"ש מה שתירץ.

מח) מראה דינר לשולחני.

ז"ל האבני נזר בחלק חו"מ סי' י"ט, ולפ"ז צ"ע במה שחילקו הפוסקים במראה דינר ג"כ בין בחנם לבשכר (עי' בתוס' והרא"ש והרשב"א והה"מ), כיון דשם החיוב רק משום דינא דגרמי, ולמה יתחייב יותר בשכר [הלא בכה"ג אינו נעשה שומר]. וצ"ל על פי דברי השט"מ (ב"מ

מקבלו אינו נעשה של בעל הבית משום דהוי מקח טעות, ובאמת גם שם בבקרא למה הוי למעשה ש"ש של היתומים הלא הוי מקח טעות ואין השור שייך להיתומים.

דף ק' ע"א

(מט) תד"ה טיהר.

וז"ל, ועוד היכא דקם דינא למה לא יתחייב אפילו לרבנן דלא דייני דינא דגרמי מ"ש מכהנים שפיגלו במקדש דמזידין חייבין בין לר"מ בין לרבנן אע"ג דבדיבור בעלמא מיפסל ולא חשיב דינא דגרמי עכ"ל. מיהו עיין בדברי הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי בהדפוס הישן בעמוד רט"ז טור א' שסובר דהתם הרי זה נקרא שהזיקו ע"י מעשה גמור משום שהשחיטה הוא מעשה ידים שהזיק את הבהמה, רק דכיון שהסיבה למה היא אוסרת הרי היא משום המחשבת פיגול שחישב, מש"ה הרי זה נקרא הזיק שאינו ניכר בגיטין דף נ"ג, וכבר הארכתי בענין זה בספרי על נדרים בפרק אין בין המודר באות כ"ג עיי"ש.

(נ) תד"ה שאני התם.

וז"ל, משום דאין הצמר משתנה מיד כשנותן בסממנים דאין קולט הצבע מיד עד ב' ימים או ג' וגרמא בעלמא הוא עכ"ל, כלומר שהדבר המזיק הוא הצבע, והרי הוא מכניסו עכשיו, רק דמכיון שאינו מזיק עד לאחר זמן סלקא דעתך שזה נקרא גרמי. ומסקינן דמיקרי מזיק בידים כיון שהכניס את הדבר המזיק בידיו. מיהו עיין בספרי על ב"ב בההערה לאות ט"ו שכתבתי

מ"ב ע"ב) בהא דמכדי בקרא שומר שכר דיתמי הוא איבעי לי' לעיוני, דמשלם ליתומים דמי כל השור אף דאינו שוה כל כך דצריך לשוחטו תיכף כדברי ר"ת ומשום דאם הי' מודיעם תיכף היו הולכים לספסירא והי' מחויב להחזיר להם הדמים וכשנשתהה עד דליתי' למרי' דתורא מחויב לשלם ליתומים, הרי דאף שגוף החפץ אינו שוה כל כך, וגם לא הי' שלהם, וגם ההיזק לא הי' במה שמת, רק במה שחשבו שהשור טוב ונמצא רע, ודומה ממש לשולחני שאמר טוב ונמצא רע, חייבין מדין שומר, וה"נ בשולחני כשביקשו מאתו לראות הוא כאומר שמרנה מההיזק, וכשנתרצה לו לראות נעשה שומר וחייב בשכר כדין שומר שכר, רק משום שההיזק לא הי' בגוף מה ששמר לרבנן דלית להו גרמי, פטור, וכן מוכח להדיא ברשב"א ב"ק שם דמראה דינר חייב משום שומר, דכתב דנכי ואיסור אפילו בשכר פטורין דאונס גמור חשיב ושומר שכר פטור מאונסין והביאוהו הה"מ ג"כ, ואי אמרת דאין חיובו מדין שומר, רק משום מזיק, כיון דבשכר איבעי לי' לעיוני ולא אונס גמור, א"כ דנכי ואיסור למה הוצרך לומר דש"ש פטור מאונסין, אפילו חייב הלא אינו שומר, ומזיק באונס פטור כמו בחנם דפטור ומה יועיל בשכר לחיובו משום מזיק כיון דלא אפשר לי' למידע, אלא ודאי ס"ל להפוסקים דשולחני חייב מדין שומר ג"כ כמו טבח עכ"ל.

ולא הבנתי איך שייך לומר שהוא שומר, הלא הדינר אינו עוד של בעל הבית וכמו שפירש"י כאן שהוא שואל את השלחני אם לקבלו מחבירו או לא, וגם אחרי שהוא

שפליגי הראשונים לענין מחיצת הכרם באם דבר כזה מיקרי גרמי או מזיק ממש.

(נא) תד"ה מחיצת הכרם.

וז"ל, וי"ל דההוא תנא דפרק המניח דקתני וכו' עכ"ל. עי' במה שכתבתי לעיל בחלק א' אות שע"ז שבאמת יש יותר סברא לפטור התם משום שבדידי' קעביד.

דף ק' ע"ב

(נב) תד"ה אומר לו גדור.

עיין בספרי על ב"ב באות ט"ז.

(נג) תד"ה חייב באחריותו.

עיין בספרי על ב"ב באות י"ז.

דף ק"א ע"א

(נד) דברי התוס' רי"ד על יש שבח סמנין על גבי צמר.

עיין בתוס' רי"ד שהביא את המחלוקת אם יש שבח עצים בפת או לא וכתב וז"ל, השתא אליבא דרבי אין לשאול, דהשתא בפת שאין מראה עצים ניכר שם, לבד שנאפית בעת ביעור העצים, ולא אחר ביעורן, אמרינן דיש שבח עצים בפת, כ"ש בצמר שמראה הסממנין ניכר שם דאמרינן יש שבח סממנין בצמר, אלא כי תיבעי לך אליבא דרבנן דאמרי אין שבח עצים בפת מי אמרינן דוקא בפת שאין מראה העצים ניכר בהן אבל בצמר שמראה הסממנים

ניכר בהן מודו דיש שבח סממנין בצמר דחזותא מילתא היא, או דלמא חזותא לאו מילתא היא ואין שבח סממנין בצמר, וכי מייתי ראי' מבגד שצבעו בקליפי ערלה ידלק, אתיא אפילו כרבנן דאמרי אין שבח עצים בפת, הכא בקליפין מודי משום דחזותא מילתא היא עכ"ל.

הרי שכתב שלפי רבי שסובר שיש שבח עצים בפת הכא בודאי אמרינן שיש שבח סממנין בבגד. מיהו לכאורה יש לפקפק בזה כי הצד של חזותא מילתא היא שהרי זה נקרא שיש כאן ממשות של הסממנין והרי הוא יכול לומר הרי שלך לפניך, וא"כ אולי גם רבי מודה שלא אמרינן כן, שהרי התם בפת אפילו אם אמרינן שיש שבח עצים בפת הכוונה היא רק שמכיון שהפת נשתנה ע"י העצים הרי זה נקרא שהוא נהנה מהעצים אבל לא מצינו שיאמר שם רבי שהרי זה כמו שיש כאן ממשות של עצים.

(נה) יש שבח סמנין על גבי צמר וקא מהדר ליי סמנין וצמר.

עיין בנ"י שכתב וז"ל, ומ"מ הא לא אתי אלא אליבא דמאן דלא דאין דינא דגרמי, אבל למאן דדאין דינא דגרמי, דקי"ל כוותי', חייב, דהא אותביני' בדוכתא דלא מצי למישקלינהו עכ"ל. מיהו לפ"ז צ"ע למה הביא הרי"ף צד זה של קא מהדר ליי סממנין וצמר מאחר שהרי"ף פוסק שדיינינן דד"ג, ובפרט שביאר הרמב"ן במלחמות כאן שמהאי טעמא לא הביא הרי"ף את האוקימתא של קופא.

וע"ע לעיל באות י"ט ובאות כ' בענין

אם אותבי' בדוכתא דלא מצי למישקלינהו נחשב גרמי.

וע"ע בשט"מ כאן בשם הרמ"ה שכתב שאפילו מאן דדאין דד"ג סובר מאי דאמרינן דקא מהדר לי' סמנין וצמר כיון דמהדר לי' דידי'.

(נו) יש שבח סמנין על גבי צמר וקא מהדר לי' סמנין וצמר.

עיין בפ"י שכתב שבשלמא בהצמר י"ל שלא מיקרי שעשה בו שינוי כי מה שצבעו הרי הוא רק שינוי החוזר לברייתו דהא אפשר להעבירו ע"י צפון, אבל בהסמנין הרי זה בודאי מיקרי שעשה שינוי, וא"כ איך זה נקרא שהוא מחזיר את הסמנין.

מיהו עיין בתורת חיים שכתב וז"ל, והא דלא מוקי לה כגון דגול צמר וצבעו בצבע שלו, ואי אמרינן יש שבח סמנין על גבי צמר צריך הנגזל לשלם להגזלן דמי הצבע כשמחזיר לו הגזילה, דגזלן שהשביח קנה השבח כדאמרינן לעיל, ואי אין שבח סמנין על גבי צמר מצי א"ל לית לך גבאי מידי, משום דבעי לאוקמי אליבא דכו"ע אפילו למ"ד שינוי החוזר לברייתו כגון דגול צמר וצבעו וע"ג דאפשר להעבירו ע"י צפון קנאו, וכיון דקני גזלן את הצמר אין צריך להחזיר אלא משלם דמי צמר כשעת הגזילה עכ"ל.

ולכאורה צ"ע איך כתב התו"ח דאזלינן שהצביעה נקראת שינוי, הלא אם נאמר שהצביעה נקראת שינוי, איך אמרינן בגמ' שאם גזל צמר וסמנין וצבע את הצמר הרי הוא יכול להחזיר את הצמר הצבוע ולומר

הרי שלך לפניך לפי הצד שיש שבח (אע"פ שזל ציבעא) הלא הצמר נשתנה.

וצ"ל דס"ל להתורת חיים שאפילו אם בהצמר הרי זה נקרא שינוי אבל בהצבע אין זה נקרא שינוי (ודלא כהנחת הפ"י), ולכן כשגזל צמר וסמנין אע"פ שקנה את הצמר בשינוי אבל את הצבע לא קנה, וממילא הרי הוא שפיר יכול להחזיר את הצמר עצמו בתורת שוה כסף ולהרויח עי"ז דמיקרי שהחזיר את הצבע.

מיהו יש לעיין אם יוכל להחזיר כאן את הצמר עצמו, עי' ברא"ש בפרק א' סי' י"א.

(נד) אמרי תיפוק לי' דאייקר לי' ניהלי'.

כלומר והשבח הזה שייך להגזלן ולכן הרי הוא יכול להשתמש בו בתורת תשלומין עבור הסמנין. ולכאורה הרי זה משום הדין שהשבח שהשביח הגזלן הרי הוא שייך להגזלן משום תקנת השבים כדאמרינן לעיל בדף צ"ד ע"א.

מיהו השט"מ בשם הר"ם מסרקסטה כתב דחשיב שבח דממילא דשייך להנגזל, ולפ"ז צ"ע איך איך הגזלן יכול להשתמש בזה בשביל תשלומין עבור הסמנין.

גם יש להקשות דאפילו אם השבח שייך להגזלן אבל איך הוא יכול להשתמש בהצמר בתורת תשלומין עבור הסמנין לפי דברי הרא"ש לעיל בפ"א סי' י"א שגזלן צריך לשלם כסף.

ולכאורה צ"ל שאין הכוונה כאן שהיוקר של הצמר הוא בגדר תשלומין עבור הסמנין, אלא הכוונה היא שמכיון שהצמר נתיקר בגלל הסמנין הרי זה גורם שאינו

צריך לשלם בכלל בשביל הסמנין. מיהו צ"ע הגדר בזה.
וע"ע לעיל בדף ס"ה באות כ"ט בענין אם תיקנו תקנת השבים גם בשבח דממילא.

ואם אין שבח, אז דינו הוא עם הצובע, ובעל הצמר ישלם להצובע את הוצאותיו (אם היו לו הוצאות) ובעל הצמר מרויח, וצ"ע.

נח) רבינא אמר וכו'.

עיינ בשט"מ בשם המאירי שכתב דאירי באופן שהזול הצבע עד שלא נתעלה הצמר בדמים בשבילו, רק שבכל זאת אם חזותא מילתא הרי הוא חייב משום דמושבח ועומד הוא מצד המראה. ונראה דהא דפי' המאירי שלא נתעלה הצמר בדמים הרי זה משום שאם נתעלה בדמים, אז יש גם להקשות שיתחייב משום טענת ממוני גבך. גם י"ל דכתב כן המאירי כדי ליישב את קושיית תוס' שהקשו שיתחייב משום נהנה, וס"ל בתירוצו שכל הענין לשלם מדין נהנה הרי הוא רק על הנאה הווה ממון, ואולי זוהי גם כוונת תירוצם השני של תוס', והיינו שאירי שלא נתעלה בממון אין כאן קושיא שישלם מדין נהנה.

נט) רבינא אמר וכו'.

הנה חזינן שרבינא נקט שקוף עשה כן, ונראה שנקט כן משום שאם אדם שלישי עשה כן (כלומר מי שאינו בעל הצמר או הסמנין), אז לשני הצדדים הרי אותו אדם שלישי הרי הוא חייב לשלם לבעל הסמנין (במקום שישלם בעל הצמר), כי הוא זה שהפסיד את בעל הסמנין וחיובו הוא קודם לחיובו של בעל הצמר אפילו לפי הצד שיש שבח סמנין על גבי צמר, דאל"כ לכאורה הי' רבינא יכול לנקוט שאדם שלישי עשה כן, דלפי הצד שיש שבח, אז דינו של בעל הסמנין הוא עם בעל הצמר,

ס) רבינא אמר וכו'.

עיינ בש"ך בסי' שצ"א סק"ב שנוטה להכריע כתירוצם השני של תוס', ובהגהה שם בתוך דברי הש"ך איתא שלפי התי' הראשון קשה מה היא הראי' מהא דחזותא מילתא גבי ערלה, הלא בכל זאת יש לפטור כאן את בעל הצמר כיון שאינו נקרא בגדר נהנה. ולא הבנתי כוונתו דהא לפי הצד שיש שבח סמנין על גבי צמר הרי בעל הצמר חייב משום זה שיש בידו סמניו של בעל הצבע ולא משום נהנה.

סא) רבינא אמר וכו'.

עיינ בש"ך בסי' שצ"א סק"ב שכתב שלפי תירוצם הראשון של תוס' יוצא שאם ראובן תחב אוכל של שמעון לתוך פיו של בהמת לוי הרי לוי פטור, רק שבכל זאת אם ראובן תחב אוכל של עצמו לתוך פיו של בהמת לוי הרי לוי חייב לתת לו את הוצאותיו כמו ביורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות והשביחו עכ"ד. מיהו לא הבנתי דא"כ למה כשראובן תחב אוכל של שמעון מיפטר לוי, הלא גם שמעון בכה"ג הוא בגדר יורד לשדה חבירו והשביח, ונהי שזה נעשה בעל כרחו, אבל הלא גבי מבריה ארי אמרינן לעיל בדף נ"ח ע"א שיש יותר סברא לומר שהנהנה צריך לשלם כשהנהנה עושה כן בעל כרחו (של המהנה). והש"ך שם כתב בטעם חילוקו דהיכא שתחב אוכלין של עצמו הרי הנהנה

חייב "דלא גרע מיורד שלא ברשות וטעמא ביורד שלא ברשות כיון שמתכוין להשביח חייב לשלם לו יציאותיו ודוק", וצ"ע.

מיהו לכאורה י"ל שלעולם לוי שפיר חייב גם כשתחב ראובן אוכל של שמעון לפיה של בהמתו כיון שקיבל ריווח ממון, ודלא כהש"ך, והא דאין בעל הצמר חייב כאן הרי זה משום שלא קיבל שום ריווח ממון וכמש"כ המאירי (הובא לעיל באות ג"ח), וכבר ביארנו שכן היא גם כוונת תירוצם השני של תוס', רק שבכל זאת סברו תוס' בקושייתם דשפיר אפשר לחייב את בעל הצמר מדין נהנה כמו באכלה מתוך הרחבה דחשבו דחייב משום נהנה, ועל זה תירצו שהוא פטור כיון שאין כאן מעשה מצד ממונו וגם לא נהנה גופו, וא"כ לפ"ז י"ל שלעולם גם אם בעל הסמנין עצמו הי' מהנהו כה"ג היינו

פוטרים את בעל הצמר כיון שאין כאן ריווח ממון וגם אין כאן מעשה מצד ממונו וגם לא נהנה גופו, אבל באכלה מתוך הרחבה הרי הוא שפיר חייב כי התם יש מעשה מצד בהמתו, אלא שהתם גם בלא מעשה מצד בהמתו יהי' חייב לשלם כי יש ריווח ממון, וא"כ יוצא שאין חילוק בין היכא שהבעלים ההנאהו לבין היכא שאדם אחר ההנאהו ודלא כחילוקו של הש"ך, אלא היכא שיש כאן הוספת ערך ממון אז בשני המיקרים הרי הנהנה חייב וכשאין כאן הוספת ערך ממון אז בשני המיקרים הרי הוא פטור (חוץ מהיכא שיש מעשה מצד ממונו או שנהנה גופו).

מיהו מתוס לא משמע שכוונתם היא כהנ"ל אלא משמע שכוונתם היא שגם באכלה מתוך הרחבה יהי' פטור אם הי' ע"י אחר אע"פ שיש כאן ריווח ממון וכהבנת הש"ך.

המשך פרק הגזול קמא

(מספר הסימנים הם המשך מעמוד תקל"ז)

דף ק"ג ע"א

שח) בענין השיעור של שוה פרוטה בגניבה וגזילה.

א. הנה הרמב"ם בפ"א מהל' גניבה כתב שהלאו של לא תגנובו (כצ"ל) נאמר רק על שוה פרוטה, אבל על פחות משה פרוטה אינו עובר על לא תגנובו, אלא שאפ"כ אסור מן התורה לגנוב אפילו כל שהוא, וכדברים אלו כתב גם בריש הלכות גזילה, והוסיף שם לפסוק שגם מצות והשיב את הגזילה נוהגת רק בשוה פרוטה. והנה המ"מ בהלכות גניבה כתב שמה שאסר הרמב"ם לגנוב כל שהוא הרי זה משום הדין שחצי שיעור אסור מן התורה, וכדבריו כתב גם החינוך במצוה רכ"ט עיי"ש*). וביאר המנ"ח במצוה ק"ל שמדבריהם חזינן שהבינו שהדין של שוה פרוטה הוא דין בהלכות שיעורים, דהיינו שכך נאמר למשה מסיני שהשיעור של

הלאוין של גזילה וגניבה הוא שוה פרוטה דוגמת השיעור של כזית באיסורי אכילה, דלפ"ז שפיר שייך לאסור פחות משו"פ מצד הדין של חצי שיעור אסור מהתורה, אבל אם הטעם דבעינן שוה פרוטה הוא משום שהנגזל אינו מקפיד על פחות מזה (וכמו שנביא לקמן), א"כ לא שייך לאסור פחות משו"פ מצד הדין שחצי שיעור אסור מהתורה, דהא חסר בכה"ג בכל עיקר יסוד האיסור ולא רק בשלימת השיעור**). וכאמת כן מבואר להדיא מדברי הרמב"ם בפ"ט מהל' מלכים ה"ט וה"י דהוי דין שיעור שהרי כתב שבן נח נהרג על פחות משוה פרוטה משום שלא נאמרו שיעורים לבני נח, הרי דהוי כמו כל הלכות שיעורים שהם הלכה למשה מסיני ולא נאמרו לבני נח, וכן הוכיח המנ"ח במצוה ק"ל מתוך דברי הרמב"ם הנ"ל.

גם נראה דמאחר דס"ל להרמב"ם שנאמר בהלאוין של גנב וגזלן דין שיעור של פרוטה א"כ מסתמא זהו גם הטעם

(* דדוחק לומר שכוונת לשונם היא רק להראות דוגמא של איסור דאורייתא בלי כל החומר של הלאו, אלא משמע שכוונתם היא לומר שגם כאן אתינן עלה משום הדין של ח"ש, והמתבונן יראה שבכלל לא מתוקמה מצד הסברא לפרש בדבריהם שכוונתם היא רק להראות דוגמא.
**) מיהו עיין בלשון החינוך במצוה רכ"ט שכתב

וז"ל, אבל לאו דלא תגזול אינו חל אלא בשוה פרוטה כי התורה לא תחייב אלא בדבר שבממון ופחות משו"פ אינו נקרא ממון עכ"ל. ולכאורה גם לפי דבריו לא הי' צריך להיות נוהג האיסור של חצי שיעור, דהא בפחות משה פרוטה חסר בכל עיקר החפצא של האיסור דהיינו ממון, ולא רק בדין שיעור, וצ"ע.

למה אין מצות השבה נוהגת בפחות משה פרוטה, דהיינו משום שגם במצות השבה נאמר שיעור של פרוטה, ולא רק משום שהנגזל מוחל, וכן הבין המנ"ח במצוה ק"ל (אלא שדן שם מצד השאלה אם חייבים לעשות חצי שיעור של מצוה). מיהו יש לעיין בשיטת החינוך, דהא במצוה רכ"ט כתב החינוך כדברי המ"מ שאסור לגזול כל שהוא משום האיסור של חצי שיעור (כמו שהבאנו כבר), אשר מזה חזינן דס"ל שהדין של פרוטה הרי הוא משום הלכות שיעורים, ואילו במצוה ק"ל כתב שהטעם למה אין מצות השבה נוהגת בפחות משה פרוטה הרי הוא משום שהנגזל מוחל ולא כתב משום דין בהלכות שיעורים (וכוונתו היא שהנגזל מוחל אחרי שעת הגזילה, דהא אם יש כאן מחילה כבר בשעת הגזילה תו לא שייך לאסור משום חצי שיעור, ופשוט. ולקמן נביא כעין שיטת החינוך מהגמ' בסנהדרין דף ג"ז).

מיהו אולי מודה הוא שגם בהשבה נאמר שיעור פרוטה, רק שהוצרך לטעמא דמחילה משום דס"ל שחייבים לעשות חצי שיעור של מ"ע.

ועכ"פ לכאורה יש להביא רא"י שהטעם למה בפחות משה פרוטה אין נוהגת המצוה של והשיב הרי הוא משום חסרון שיעור ולא רק משום שהנגזל מוחל מהא דתניא בספרא בסוף פרשת ויקרא לאשמה בה פרט לפחות משה פרוטה, דלכאורה קאי הספרא גם על המצוה של והשיב דכתיבא בהפרשה שם, ומשמע שהכוונה היא למעט מצד גזירת הכתוב משום

שהמלה בה היא מיעוט, ואין הכוונה למעט משום הסברא של מחילה.

מיהו יש לדחות שהמיעוט קאי באמת רק על הדין של חומש ואשם שנזכר בתוך הפרשה שם אבל הטעם למה אין נוהגת מצות השבה הוא רק משום מחילה, וקמ"ל הדרשה הנ"ל שאפילו אם לא מחל, אלא השביעו, בכל זאת הגזלן פטור מחומש ואשם משום שבנוגע לחומש ואשם שפיר נאמר גזירת הכתוב לפטור על פחות משה פרוטה משום הלכות שיעורים (ועיין עוד במחנה אפרים בסי' א' מהל' גזילה שדן לומר שלפי הטעם של מחילה, בעינין בדוקא שימחול, ואם עוד לא נודע לו להנגזל, אינו נפטר מהשבה, ואפילו באופן שאם הי' יודע הי' מוחל, ועי' בסוף סק"ב במה שהבאתי מהרשב"א והמ"מ). וברבינו הלל ובמלבי"ם משמע שהמיעוט ממעט גם שאינו משלם את הקרן, אבל הראב"ד שם הזכיר רק חומש ואשם.

ב. והנה כבר הבאנו שהמנ"ח הבין שלפי הרמב"ם הטעם למה אין המצוה של השבה נוהגת בפחות משה פרוטה הוא משום דין בהלכות שיעורים. ועי"ש במנ"ח שהעיר על דעת הרמב"ם מהסוגיות בסנהדרין דף נ"ז ע"א ונ"ט ע"א דמבואר שם שהטעם למה אין מצות השבה נוהגת בפחות משה פרוטה הוא משום מחילה, אלא שבאמת יש לעיין טובא בדברי הגמרא ורש"י שם משום שלכאורה יש סתירה בין שתי הסוגיות הנ"ל בענין למה אין הלאו של גזילה נוהג בפחות משה פרוטה, והיינו

וכדאמרינן בגמרא שם דבתר הכי מחיל, וגם רש"י בתוך דבריו על ישראל מישראל לא נחית לכתוב טעם אחר, אבל בנוגע ללמה אין לאו לא פירש"י שם שהוא משום מחילה, והיינו משום שבגמרא מבואר שבשעת"י שפיר איכא צער ושליכא שום סברא לפטור כותי מישראל, וא"כ הה"נ לישראל מישראל, וממילא מוכח שבישראל מישראל יש טעם אחר לפטור על הלאו, ופליגי בזה רש"י והרמב"ם, דלפי רש"י הרי הוא משום שהלאו תלוי בהשבה ומש"ה בעינן מידי שהוא בר השבה, ופחות מזה אינו בכלל הלאו, ולפי הרמב"ם הרי הוא משום חסרון של שיעור. ועכ"פ לכאורה הסוגיא הזאת סותרת את הסוגיא שבדף נ"ט שהרי בדף נ"ט שם אמרינן דליכא מידי שלעכו"ם אסור ולישראל שרי, ופרכינן והרי פחות משהו פרוטה דלעכו"ם אסור ולישראל שרי, ומתריצינן התם משום דלאו בני מחילה נינהו, ופירש"י וז"ל, שאף ישראל נצטוו על הגזל, אלא שפחות משהו פרוטה אינו נחשב גזל בעיניהם, שעוברים על מדתן, שרחמנים הם ומוחלים על דבר קל, אבל בני נח אכזרים הם עכ"ל, הרי שגם הטעם למה אין הלאו נהוג בפחות משהו פרוטה הוא משום מחילה. ובאמת לפי

משום שבדף נ"ז משמע שהטעם למה אין מצות השבה נהגת בפחות משהו פרוטה הוא משום מחילה וכהנ"ל*), אבל הטעם למה אין הלאו נהוג בפחות משהו פרוטה אינו משום מחילה (וזהו דוגמת שיטת החינוך שהבאנו לעיל), ואילו בדף נ"ט משמע שגם הטעם למה אין הלאו נהוג בפחות משהו פרוטה הוא משום שהנגזל מוחל, דעיי"ש בדף נ"ז דאמרינן שאסור לבן נח לגזול פחות משהו פרוטה מגוי אחר וכן מישראל, אבל ישראל מעכו"ם שרי, ופרכינן למה אסור בכותי מישראל, הלא הישראל הוא בר מחילה, ומתריצינן שנהי דבתר הכי מחיל ל"י, אבל צערא בשעת"י מי לית ל"י, ועיי"ש ברש"י שדן על הציור של ישראל מישראל וכתב דאע"ג דאיכא איסור גם על פחות משהו פרוטה אבל בכל זאת אינו עובר על הלאו של לא תגזול, והיינו משום שאע"פ שיש לו צערא בשעת"י אבל בכל זאת בישראל אמרינן שקאי הלאו על המצות עשה של השבה, ורק על מידי שהוא בר השבה הרי הוא עובר על לא תגזול, אבל כותי מכיון שאינו חייב בהשבה, א"כ ממילא גם בפחות משהו פרוטה נהוג כל חומר האיסור שלו עכת"ד, הרי מבואר שהטעם למה אין מצות השבה נהגת על פחות משהו פרוטה הרי זה משום מחילה

לענין הלאו, וא"כ אכתי יתכן שאע"פ שבנוגע להלאו לא נאמר שיעור של פרוטה אלא הרי זה רק משום מחילה, אבל אכתי יתכן שבנוגע להמ"ע של השבה שפיר נאמר דין של שיעור פרוטה. וצ"ל דלא מסתבר ל"י להמנ"ח לחלק כן. ועיי"ן לעיל כאן בנוגע לשיטת החינוך.

(* הנה מהגמ' בדף נ"ז לחוד לכאורה אין ראי' משום שהתם איירי בגוי שגזל וא"כ י"ל שכיון שאין שיעורין לבן נח משום הכי בעינן טעמא דמחילה, אבל לעולם י"ל שבישראל נאמר דין שיעור גם כשאין הנגזל מוחל, אבל מדף נ"ט שפיר יש ראי' משום שהתם איירי בישראל שגזל ובכל זאת הזכירו מחילה. מיהו התם בדף נ"ט איירי

זה צריך לצאת שכותי מישראל מותר בפחות משה פרוטה כיון שהישראל מוחל ודלא כהגמ' בדף נ"ז, וצ"ע.

גם צ"ע דמרש"י בדף נ"ז יוצא דאיכא מיהא איסור מסוים בישראל מישראל אפילו בפחות משה פרוטה כיון דצער בשעת' אית ל', וכמו שפסק הרמב"ם שגם כל שהוא אסור (אע"פ שאינו עובר בעיקר הלאו וכמש"כ רש"י והרמב"ם). ובאמת גם מגוף הגמרא בדף נ"ז מוכח שישראל מישראל אסור אפילו בפחות משה פרוטה דהא תניא שישראל מכותי מותר ומשמע שרק זה מותר אבל ישראל מישראל אסור וכ"כ הלח"מ בפ"א מהל' גזילה, וא"כ לכאורה צ"ע על זה מדף נ"ט שם דהא בקושיית הגמ' בדף נ"ט אמרו להדיא דרש"י* וכן בהתירוץ ביארו דהיינו משום שהנגזל מוחל. שו"ר בלח"מ שם שהקשה קושיא זו בנוגע לישראל מישראל.

ודע שאם נאמר שהכרחו של רש"י הוא באמת כמו שכתב הלח"מ דהיינו ממה שמשמע שדוקא ישראל מכותי מותר אבל ישראל מישראל אסור א"כ לכאורה יהי' מוכח שרש"י סובר שישראל מישראל אסור לגזול פחות משו"פ מהתורה ולא רק מדרבנן, דהא רש"י פירש לעיל שם שמאי דתניא שישראל מכותי מותר הכוונה היא שמותר מהתורה אבל מדרבנן איכא מאן דאסר, וא"כ מוכח מהדיוק שישראל מישראל אסור מהתורה (וכן יוצא מדברי החינוך והמ"מ שכתבו שהטעם הוא משום שחצי שיעור אסור מהתורה). מיהו אולי

יש לדחות שם שדברי רש"י לעיל שם הם רק לגבי שוה פרוטה, אבל בפחות משה פרוטה ישראל מעכו"ם מותר לכולי עלמא אפילו מדרבנן באופן שאכתי י"ל שלגבי פחות משו"פ הדיוק הוא שישראל מישראל אסור רק מדרבנן.

והנה באמת השאלה הנ"ל שחקרנו בדעת רש"י באם פחות משו"פ בישראל מישראל אסור מהתורה או מדרבנן תלוי' היא באיך נבין את כוונת רש"י במה שכתב דבעינן בר השבה, דאם כוונתו היא לומר שהלאו של לא תגזול נאמר רק על חפץ כזה שהוא בר השבון, ובפחות מזה חסר בכל עיקר איכות החפצא של האיסור, ולא רק בהלכות שיעורים (וכן נקטנו עד עכשיו בדעת רש"י שאין כוונתו לדין שיעור), א"כ לפ"ז אין מקום לאסור פחות משו"פ מדין חצי שיעור אסור מהתורה, אבל אם נאמר שגם לפי רש"י הרי הוא רק בגדר חסרון של שיעור כמו להרמב"ם, ומה שכתב דבעינן מידי שהוא בר השבה, זוהי רק הילפותא מאיפוא לומדים אנו את השיעור של שוה פרוטה, אבל לעולם מה שנאמר כאן הוא הלכה של שיעור של פרוטה, א"כ גם לפי רש"י שייך לכאן הדין של חצי שיעור אסור מהתורה. ולכאורה יש להוכיח כהצד הראשון, דהא רש"י סיים שם שגוי חייב גם על פחות משה פרוטה משום שבדידי' לא שייך למיתקיש להשבה כיון שגוי אינו מחויב בהשבה, ואילו היתה כוונת רש"י לדין של שיעור, א"כ גם בלאו הכי הרי לא נאמרו שיעורים בבני נח אפילו

מישראל הרי הוא רק מדרבנן, לא קשה מידי.

(* מיהו לפי מה שנצדד לקמן שהאיסור בישראל

אם שפיר הי' שייך בו להקיש למצות השבה. מיהו יש לדחות, שהכלל הנ"ל שלא נאמרו שיעורים בבני נח נאמר רק על שיעורים שהם מצד הלכה למשה מסיני, דבזה נאמר שבבני נח לא נאמרה הלכה למשה מסיני זו וממילא הרי הוא נשאר חייב גם על כל שהוא, אבל אילו היתה שייכת מצות השבה גם בבני נח אז גם בדידהו הוי מקשינן.

ועכ"פ אפילו אם לא שייך למיסר בישראל מישראל מדין חצי שיעור, אכתי צריך להיות אסור מהתורה לכה"פ משום ואהבת לרעך כמוך כיון שצערא בשעתו אית לי'.

וע"ע במנחת חינוך במצות רכ"ד שרצה לומר שהאיסור של פחות משה פרוטה הוא משום לא תתאוה ולא תחמוד כי רק בלאו דגזילה נאמר דבעינן בר השבה וכדברי רש"י בסנהדרין דף נ"ז (אלא שמהגמ' בסנהדרין דף נ"ט הוכיח שבע"כ אין עוברים בלאווין אלו בפחות משה פרוטה דהא אמרו שם שלישראל "שריי". וציינן לדברי הלח"מ הנ"ל).

ועיין בשט"מ לקמן בדף ק"ה ע"א בד"ה אעפ"י וכו' בשם הרשב"א שלא הזכיר שפחות משה פרוטה אסור משום חצי שיעור אלא כתב שאיסורו הוא משום שצערא מיהא איכא כדאמרינן בסנהדרין שם (ועוד כתב שם וז"ל, ודוקא כשיעור מאי דקפדי בי' קצת מן האנשים אבל ליטול קיסם מן החבילה או מן הגדר לחצוץ בו שיניו דליכא איניש דקפיד בי', ככי האי שרי משום שאפילו צערא ליכא,

ואף זה אסרו בירושלמי משום מדת חסידות עכ"ל. וגם המ"מ בפ"א מהל' גזילה ה"ב הביא דבר זה אע"פ שהוא אוסר כל שהוא משום חצי שיעור, וע"י לעיל בסוף סק"א במה שהבאתי מהמחנה (אפרים).

ג. ועיין עוד בשיטת תוס' בעירובין דף ס"ב ע"א ועבודה זרה דף ע"א ע"ב שסוברים שגוי שפיר חייב בהשבה, ודלא כרש"י.

ד. ועיין עוד באות שט"ו בענין לה אין מצות השבה בפחות משו"פ.

שט) בענין המהות של מצות השבה.

א. יש לעיין בענין מה נכלל בכלל החיוב של והשיב את הגזילה, דהיינו האם לילך אחרינו למדי, או האם הכוונה היא רק שהבעלים באים ונוטלים את שלהם, ומה שאין הגזולן מעכב הרי זה עולה למצות והשיב, דהתורה קבעה למצוה עליו שלא יעכב (אבל בודאי שגם בלא המצוה יש בכח הנגזל להוציא ממנו בעל כרחו וכמו שנדון בסק"ב).

והנה בחו"מ סי' שס"ז פסק המחבר שהיכא שגזל ולא נשבע אינו חייב לרדוף אחרי הבעלים למדי בכדי להחזיר להם אלא יהא בידו עד שיבואו ויטלו את שלהם, אבל היכא שנשבע הרי הוא חייב לרדוף אחרינו אפילו לאיי הים כדי להחזירו, וכתב הסמ"ע וז"ל, אינו חייב

לרדוף (היכא שלא נשבע), גם זה מפני תקנת השבים הוא וכו', אבל אם נשבע וכו' (חייב לרדוף אחריו) דכתיב לאשר הוא לו יתננו, ובנשבע לשקר מיירי כדכתיב שם בפרשה ביום אשמתו, דהיינו שמביא קרבן אשם על שבועתו, מיהו אי לאו משום תקנת השבים מן הראוי הי' להתחייב הגזלן להביא אחריו למקום שהוא שם אפילו לא נשבע מאחר שהקפיד עליו קרא עכ"ל. ובהשקפה ראשונה הי' נראה שהוא סובר שמצות והשיב מחייבתו לרדוף אחריו למדי אפילו כשלא נשבע, רק שתיקנו משום תקנת השבים שאינו צריך.

מיהו ביותר נראה מלשונו דס"ל שהיכא שלא נשבע אינו חייב מן התורה להוליכנו אחריו, רק שמעצמנו היינו צריכים לתקן מדרבנן שירדוף אחריו מאחר שחזינן את קפידת התורה, רק שלמעשה לא תיקנו כך משום תקנת השבים.

והנה על מה שכתב הסמ"ע שהוא משום תקנת השבים כתב הש"ך שם וז"ל, ולא נהירא דבש"ס משמע דמדינא אינו חייב לרדוף אחריו עכ"ל. מיהו לפי פירושו השני בדברי הסמ"ע יוצא שגם הסמ"ע סובר כן וכמשמעות משנתנו.

ועכ"פ לפי הש"ך בודאי יוצא דליכא שום חיוב דאורייתא להוליכנו אחריו למדי אלא כשנשבע אבל היכא שלא נשבע אינו חייב בזה. ולכאורה הביאור בזה הוא משום שמצות והשיב כשהיא לעצמה אינה מחייבת להוליכנו למדי, ולכן רק היכא שנשבע הרי הוא חייב בזה משום קרא דלאשר הוא לו יתננו ומשום כפרה (עיין

בסמ"ע סק"ד וש"ך סק"ה ובקצה"ח סק"ב), אבל היכא שלא נשבע, דליכא אלא מצות והשיב, הרי הוא יוצא ידי מצוה זו על ידי זה לחוד שהוא מודיעו לפי הרמ"א שם, א"נ ע"י שיוליך באופן שאינו גורם לו פסידא וכלשון הסמ"ע בסק"ז, א"נ כפשטות לשון הרמב"ם והמחבר שאינו חייב לעשות כלום אלא יבוא הנגזל ויטול את שלו והמצוה של השבה היא רק שלא יעכב, דהתורה קבעה את זאת למצות עשה (וכהשיטה הזאת סתמתי בתחילת האות כאן).

ולפי הבנת הש"ך בדברי הסמ"ע הרי הוא חייב משום מצות והשיב להוליכנו למדי גם כשלא נשבע, רק שרבנן הקילו שהוא יכול לפטור את עצמו באחד מהדברים הנ"ל.

והנה מרש"י בד"ה יוליכנו משמע שדוקא הנשבע צריך להוליכנו למדי, אבל בד"ה לא יתן וכו' כתב וז"ל, דלא חשיב השבה עד דמטי לידי עכ"ל, ומשמע שהוא צריך להוליכנו אחריו למדי בגלל עצם החיוב של השבה והיינו גם כשלא נשבע, דהא מצות והשיב נוהגת גם כשלא נשבע, וצ"ע.

ודע שהרא"ש בסי' כ"ד כתב שגם בזמן הזה דליכא חומש וקרבן הרי הוא חייב להוליכנו אחריו כשנשבע כדי לקיים מצות השבה עכ"ד, הרי שגם הרא"ש תלה את החיוב במצות השבה ובכל זאת כתב שהיינו רק כשנשבע. ולכאורה צ"ע דהא מצות והשיב קאי גם על היכא שלא נשבע.

ב. והנה כבר הזכרתי בתחילת האות

יו"ט בדעת המחנה אפרים).

שי) יוליכנו אחריו למדי.

א. פירש"י וז"ל, דאין לו כפרה עד שיחזיר לנגזל עצמו דכתיב לאשר הוא לו יתננו וגו' וגבי נשבע לשקר כתיב עכ"ל. הרי דהא דצריך להוליכנו עד מדי כשנשבע מקרא דלאשר הוא לו יתננו אין זה משום עצם החיוב ממון שהוא חייב לו, דהיינו שכשנשבע חייבתו התורה להטריח עד מדי כדי לצאת ידי חיוב זה, אלא כוונת הפסוק של לאשר הוא לו יתננו היא משום הכפרה שהוא מתכפר ע"י השבתו וכמו שפירש"י, אבל משום עצם החיוב ממון, אינו צריך להוליכנו אחריו למדי. ועיין בלשון הש"ס בדף ק"ד ע"א דאמרינן כיון דבעי כפרה לא סגי עד דמטי לידי ע"כ, הרי להדיא שהוא משום כפרה. והסמ"ע בסי' שס"ז סק"ד הביא רק את הפסוק של לאשר הוא לו יתננו, והש"ך בסק"ה השיג עליו מהגמ' הנ"ל דאיתא משום כפרה, וצידד דאולי הוי טעמא דקרא והיינו כהנ"ל, והקצה"ח בסק"ב הראה שהגמ' להלן בע"ב כאן מביאה את הפסוק הנ"ל.

והנה כעין הנ"ל יש לחקור גם בנוגע להיכא שלא נשבע, דהבאנו לעיל באות ש"ט שיש פוסקים שסוברים שהוא חייב מיהא להודיעו כשהוא בא לעירו, האם גם החיוב הזה הוא רק מצד העשה של והשיב ומשום כפרה, אבל מצד החיוב ממון אינו חייב להשתדל כלל, רק כשיתבענו יחזירנו לו ולא יעכבנו אצלו, או האם גם בגלל החיוב ממון הרי הוא חייב בהנ"ל.

על הגזלן שלא לעכבו וכמו שכתבנו כבר לעיל.

שלאורה גם בלי מצות והשיב יש בכח הנגזל להוציא את ממונו מהגזלן בע"כ של גזלן. מיהו מדברי הסמ"ע להלן שם בסק"ז מבואר שהוא סובר שאפילו מה שהבעלים באים ונוטלים את שלהם ומוציאים מיד הגזלן הרי זה דוקא בכח המצוה של השבה אבל בלא זה לא היו יכולים לבוא ולהוציא את שלהם בעל כרחו של הגזלן, שהרי כתב שם שמה שבאים הבעלים ונוטלים פחות משהו פרוטה שנשאר מגזילה גדולה וכמו שפסקו הרמב"ם והמחבר הרי זה משום חיוב השבה, הרי שבלי מצות השבה אין הבעלים יכולים לבוא וליטול את שלהם. ברם הרמב"ם בפ"א מגזילה ה"ו פסק שאפילו בפחות משהו פרוטה שנשאר מגזילה גדולה ליכא חיוב השבה לפי ביאורו של הכ"מ שם (ודלא כהמ"מ), ואעפ"כ בפ"ז שם ה"א פסק שהבעלים באים ונוטלים את שלהם וכהנ"ל, וא"כ חזינן שגם בלא המצוה של השבה יש כח ביד הבעלים להוציא את שלהם*), ובאמת כ"כ הסמ"ע שם בסוף דבריו וכן בדרישה. ועל כל פנים אולי יש להבין את תחילת דברי הסמ"ע שהבאנו שבלי מצות השבה אין הבעלים יכולים לבוא וליטול את שלהם על פי מה שהבאנו לעיל בדף ס"ו באות מ"ה מהאחרונים שבאמת הגזלן עושה בשעת הגזילה קנין של בעלות גמורה, רק שהמצוה של השבה מעכבת על ידו מלקנות, אשר לפ"ז יוצא שהיכא שאין מצות השבה הרי הוא קונה מיד בקנין גמור ממש ואין הנגזל יכול להוציא ממנו (ועיין לעיל שם במה שהבאתי מהעונג

*) אלא דאתי המצוה של השבה להוסיף מצוה

ואולי יש להביא ראי' מרש"י לעיל בדף צ"ה ע"ב בד"ה דרבי יהודה וכו' דעיי"ש שמשמע מדבריו שבזמן שהוא משלם דמים אינו צריך לשלם כלום לפני שתובעו הנגזל (וכבר דנתי על דבריו באות רצ"א סק"ב), ולכאורה הרי זה משום שליכא בכה"ג מצות והשיב, ואין כאן אלא חיוב ממון לחוד, וממילא הדין הוא שאין הגזלן חייב לעשות כלום אלא הבעלים באים ונוטלים את שלהם (ועיין לעיל בהפתיחה באות ג' בענין אם והשיב קאי על תשלומי דמים). מיהו לכאורה דוחק טובא לומר כהצד הראשון שחקרנו (וכמו שהוכחנו מרש"י בדף צ"ה) דהא גם כשאין כאן אלא חיוב ממון איך ס"ד שאינו חייב לשלם מעצמו, וצ"ע*).

ברם לעיל באות ש"ט הראתי שיש שיטה שאפילו כשיש מצות השבה סוף חיובו הוא רק לתת להבעלים ליטול את שלהם.

ב. פירש"י וז"ל, דאין לו כפרה עד שיחזיר לנגזל עצמו דכתיב לאשר הוא לו יתנו וגו' וגבי נשבע לשקר כתיב עכ"ל. הרי דצריך להוליכנו אחריו משום כפרה וכן איתא בדף ק"ד ע"א וכמו שהבאנו לעיל. והנה לכאורה הי' אפשר לומר שלעולם לא מתקיימת שום כפרה על השבועה בהא גופא שמוליכנו אחריו למדי (וכן במה שהנגזל מקבלו), רק שאם לא

יוליכו לא יוכל להביא את אשמו דהא יש גזיה"כ שהוא חייב להשיבו מקודם, והכוונה בדף ק"ד ע"א היא שמכיון שהוא צריך כפרת האשם לא סגי לי' אם אינו משיב. ברם מלשון רש"י הנ"ל שלא הזכיר כפרת האשם משמע שגם עצם ההשבה יש בה משום כפרת השבועה, וכן נקטנו בראשית דברינו כאן בסק"א, וכן מבואר בדברי הש"ך שהבאנו. ברם הרא"ש כאן כתב שיוליכנו אחריו כדי שיוכל להביא כפרתו, ומשמע שכוונתו היא להאשם. ועכ"פ לכאורה דבריו הנ"ל סותרים את מש"כ בסי' כ"ד שגם בזמן הזה יוליכנו משום מצות השבה (ובהאות הקודמת הערנו על דברי הרא"ש שלפי מה שהזכיר הרא"ש שם את המצוה של השבה הרי הי' בדין שיהי' חייב להוליכנו גם כשלא נשבע ואילו הרא"ש שם כתב דוקא אם נשבע).

ג. והנה השתא שזכינו לדין שגם בעצם העובדא שהוא מוליכנו אחריו יש כפרה א"כ יש לעיין אם ממשכנין על החיוב הזה שמא לא ירצה להוליכנו, או האם אין ממשכנין (עיין ברשב"א בדף מ' ע"א בד"ה חייבי), ובשלמא אם הי' הדין שהוא חייב להוליכנו רק בגלל עצם החיוב ממון שיש לו לחבירו א"כ לכאורה היינו ממשכנין משום שלא גרע מקרבן עולה שממשכנין עלי' מחשש שמא לא יביא, אבל מכיון דמבואר מרש"י שהטעם שצריך להוליכנו

ובשו"ת הרדב"ז בחלק ב' סי' תר"י כתב שפריעת בעל חוב הרי היא בכלל מצות והשיב, כי מצות והשיב כוללת לא רק גזילה אלא גם כל ציור שיש בידו ממון חבירו, וסמך את עצמו על לשון הרמב"ם עיין שם.

* ועיי' היטב בלשון הקצה"ח בסי' ש' סק"א דמשמע שבלא תביעה אינו חייב להשתדל לבצע את תשלומי חובו. שוב העירוני שבפסקי הרי"ד כאן איתא שאינו צריך לרדוף אחרי בעל חובו למדי עיי"ש.

אחריו הוא משום כפרה, א"כ לכאורה זה תלוי בהבעיא לעיל בדף מ' ע"א באם ממשכנין על הכופר, דהיינו האם אמרינן שמכיון שהוא לכפרה א"כ הרי הוא חמור בעיניו כמו חטאת ואשם ולא בעי משכונני, או דלמא כיון שלחברי' הוא דבעי מיתבא לי', ממונא הוא, ולא לגבוה הוא, ולא חמיר עלי' ובעי משכונני.

ברם יש לחלק ולומר שהכא מכיון שכל זמן שאינו משיבו אינו יכול להביא את אשמו, והאשם הרי הוא לגבוה, א"כ בודאי חמיר עלי' ולא בעי משכונני. ועכ"פ בזמן הזה דליכא אשם י"ל ששפיר יהי' תלוי בהבעיא דלעיל שם לענין כופר.

שיא) לא לבנו.

פירש"י וז"ל, לא יתן לא לבנו של נגזל להוליכו לנגזל שאם יאנסוהו חייב להחזיר דלא הוי השבה עד דמטי לידו' כדאמרן עכ"ל. והנה מלשון המשנה משמע שיש איסור בזה. ולכאורה צ"ע דנהי שאינו נפטר עד שיגיע לידו של הנגזל וכמו שפירש"י, אבל בכל זאת מה איסור שייך בזה שהוא עושה שליח, דהא גזלן אינו נעשה שומר כמש"כ תוס' לעיל בדף נ"ו ע"ב בד"ה פשיטא וכו' וא"כ לא שייך לאסור משום שומר שמסר לשומר, וגם לא שייך לומר בזה שעצה טובה קמ"ל שמא יאנסוהו, דהא גם אם הוא עצמו יביאנו הרי שייך שיארע אונס.

ובשלמא בלא פירש"י כאן הי' שייך לומר שאסור משום שאפילו אם לבסוף הגיע ליד הנגזל אין הגזלן מתכפר ולא מהני שליחות לזה כיון שלא טרח בעצמו,

אבל לפי מה שפירש"י יוצא שאם לא יאנסוהו הרי הוא שפיר יוצא ידי חובתו.

והנה האור שמח בפרק ב' מגניבה ה"א בד"ה נסתפקתי וכו' הביא שרש"י בסנהדרין דף ע"ב סובר שבאמת גזלן חייב משום שומר. ולפ"ז יש לפרש שכוונת לשון המשנה היא שאסור ליתן משום האיסור של שומר שמסר לשומר, עי' בתוס' בב"מ דף ל"ו ע"א בד"ה רב וכו' שכתבו שלכו"ע יש איסור בדבר עיי"ש ובגליין הש"ס, וכ"ש הכא שגרועי גרעי' לשמירתו דהא השני אינו חייב באונסין ואינו מוסר נפשו על שמירתו כמו הגזלן שחייב באונסין (כן פירשו רש"י ותוס' לעיל בדף י"א ע"ב את הסברא של גרועי גרעי' לשמירתו).

ועוד דעיין בתוס' בב"מ דף ו' ע"א וכן בבעל המאור בריש פרק דו"ה בד"ה אנן וכו' שסוברים שכיון שמסכים הגזלן להחזיר את החפץ הרי החפץ נקרא שוב ברשות הנגזל, ולכאורה יש לומר שיש להגזלן מעתה דין של שומר על החפץ עי' בלשונם שם ואכמ"ל בזה (ודלא כהמלחמות בריש פרק דו"ה שסובר שאינו נקרא עוד ברשות הנגזל). ועי' בח"א אות תנ"ב בענין אם צריכים קבלת שמירה.

והנה בדברי הנ"ל נקטתי שהאיסור שלא למסור את החפץ לאחר שייך רק אם הוא בגדר שומר. מיהו באמת אולי גם אם אינו נעשה שומר אסור לו לתתו לאחר כיון שהשליח ישמרנו פחות, ובודאי לא ניחא לי' להנגזל בזה.

ובאמת לפי מה שכתבנו שהשליח ישמרנו פחות, שוב י"ל שהתנא קמ"ל עצה

טובה. מיהו רש"י בדבריו הנ"ל שהבאנו בתחילת האות לא הזכיר דבר זה.

דבריו יש לעיין באם יכול להחזיר לאחד מהשותפין.

שיב) אבל נותן לשליח ב"ד.

הנה שיטת רש"י היא שהכוונה היא לתקנת ר"א בר צדוק שהביאה הגמרא לקמן בע"ב כאן שמוסרו לב"ד והם שומרים אותו עד שיבוא הנגזל. ותוס' בד"ה אבל וכו' פירשו שהכוונה היא לתקנה אחרת, דהיינו שהגזלן מוסרו לשליח ב"ד להוליכנו להנגזל והגזלן נפטר מאחריות הדרך.

והנה לכאורה יש לעיין בעיקר הני תקנות, דהא משמע שהגזלן רשאי להביא את אשמו מיד וכ"כ תוס' בסד"ה אבל וכו', ולכאורה יש לתמוה איך יש כח ביד חכמים להתיר לו בקום ועשה להביא את אשמו לפני שנתקיים התנאי של השבת הקרן להנגזל, דהא ילפינן לקמן בפירקין שהמביא את קרבנו קודם השבת הגזילה לא יצא, ועיין בחזו"א בסי' כ' סק"ו בתחילתו מה שכתב על זה, וכן בקובץ שיעורים על פסחים באות קל"ג.

שיג) ואם מת יחזיר ליורשיו.

עיין בשט"מ בשם המאירי שכתב וז"ל, אתא לאשמועינן שאם יש לנגזל יורשים, ואחד מיורשיו בעיר של גזלן או סמוך לו, ושאר היורשים במקום רחוק, הרי זה מחזיר הגזילה לזה שבעירו ונפטר מכולם הואיל ויש לו לזה חלק בזה עכ"ל. ולפי

שיד) מחל על זה ועל זה חוץ מפחות משו"פ שבקרן.

הנה הרש"ש העיר למה נקטו כאן שמחל גם על החומש, ועיי"ש מה שכתב בזה. ועיין בשט"מ בד"ה נתן וכו' בשם ה"ר יהונתן שכתב וז"ל, אע"פ שבא לו הענין בנחת שהרי מחל לו שניהם ולא חסר בממונו כלום עכ"ל.

שטו) חוץ מפחות משה פרוטה שבקרן.

עיין לעיל באות ש"ח שהבאנו את דעות הראשונים בענין אם הטעם למה אין מצות השבה על פחות משו"פ הרי הוא משום דין בהלכות שיעורים, דהיינו הלכה למשה מסיני ששיעור המצוה הוא בפרוטה ולא בפחות משה פרוטה ואפילו אם ידעינן שהנגזל אינו מוחל, או האם הוא רק משום מחילת הנגזל.

ולכאורה נראה לומר שאפילו אם הטעם למה אין מצות השבה בפחות משה פרוטה הוא משום מחילה, והיכא שלא מחל קאי הגזלן בחיובו, אבל בכל זאת המצוה המיוחדת של לאשר הוא לו יתננו, להוליכנו אחריו למדי היכא שנשבע*, נוהגת רק בשוה פרוטה מצד גזירת הכתוב ודין של שיעור, דהא להדיא תנן שאם מחל על הכל חוץ מפחות משה פרוטה אינו צריך להוליכנו אחריו, הרי שאע"פ שלא

שלא נשבע אינו חייב להוליכנו אחריו.

(* עי' באות ש"ט שהראנו פנים לומר שהיכא

מחל אין כאן המצוה של לאשר הוא לו יתננו.

ולפ"ז יש ליישב קושיית תוס' בדף ק"ד ע"ב שהקשו למה בעינן הך בבא דהא כבר תנן בהרישא שרק הגזול שוה פרוטה חייב להוליכנו אחריו אבל פחות משוה פרוטה לא, ולפי הנ"ל יש ליישב דאי הוה תני רק הרישא הי' שייך לומר שהטעם הוא משום שמן הסתם הנגזל מוחל, ולכן קמ"ל הסיפא דמיפטר אע"פ שאין לנו מחילת הנגזל.

והנה דברינו הנ"ל בנויים הם על ההנחה שכוונת הסיפא היא להיכא שאנו רואים להדיא שאין לנו מחילת הנגזל על הפחות משוה פרוטה ובכל זאת קתני שהגזלן פטור, ובע"כ הרי זה משום דין של שיעור. מיהו מדברי השט"מ בדף ק"ה ע"א בד"ה וז"ל תוס' שאנן חיישינן וכו' משמע שהכוונה בהך בבא אינה לדין שיעור, אלא הכוונה היא דאיירי באופן שלא הזכיר בכלל בתוך דבריו את החלק של פחות משוה פרוטה, וקמ"ל המשנה שאנו נוקטים מעצמנו שבאמת גם על הפחות משוה פרוטה הרי הוא מוחל, אבל אם תהי' סיבה לומר שלא מחל או יצטרך להוליך גם פחות משוה פרוטה עכת"ד, הרי שגם לענין לאשר הוא לו יתננו הטעם של פחות משוה פרוטה הוא רק משום מחילה, והטעם של הסיפא הוא משום שאנו נוקטים שמחל.

מיהו מדברי הרמב"ם בפ"ז מגזילה הי"א מבואר שאין הטעם של הסיפא משום שהוא מוחל, דהא פסק שהנגזל בא ונוטל את שלו, וא"כ מוכח דאיירי באופן שאינו מוחל, ובכל זאת מיפטר הגזלן מלהוליכנו אחריו (ועיין באות ש"ח שהבאנו את דברי המנ"ח שלהרמב"ם גם השיעור של שוה

פרוטה המוזכר לענין והשיב אינו רק משום מחילה אלא משום שנאמר דין של שיעור). וע"ע באות ש"ח בסוף סק"א.

שטז) רש"י ד"ה לשליח ב"ד.

וז"ל, ולהוציא מנה עכ"ל. צ"ע למה כתב מנה, הלא בע"כ מבואר שתיקנו כשההוצאות מרובות על הקרן.

שיז) רש"י ד"ה נתן לו את הקרן.

וז"ל, נשבע לו שבועה שני' על החומש שנתנו עכ"ל. הנה לכאורה ה"ה שיש לצייר באופן שנשבע שלא נשבע מעולם את השבועה הראשונה ושלא נתחייב מעיקרא בשום חיוב של חומש.

שיח) רש"י ד"ה ולא נתן לו את החומש.

וז"ל, או שמחל לו נגזל על הקרן לאחר שהודה עכ"ל. וצ"ע למה לא נקט אפילו לפני שהודה כיון דהוי מיהא לאחר השבועה (אבל אם מחל לו קודם שבועה לכאורה נראה פשוט דהוי שבועת ביטוי בעלמא ולא כפירת ממוזן).

ולכאורה מוכח דס"ל לרש"י שצריכים כאן שההודאה יחייבנו בפועל גם בהקרן, ואם לא נתחייב בהקרן בפועל ממש, אינו יכול להתחייב בהחומש. ויש לבאר דהיינו משום שאם אינו חייב קרן א"כ חסר בכל עיקר השם של חומש, משום דבעינן חומש של חיוב קרן.

ועיין ביש"ש בפירקין בסי' מ"ה שביאר בדעת הרא"ש שבהציוור של נשבע על חמץ

שעבר עליו הפסח, אם נאמר שאין כאן חיוב קרן אלא הרי הוא אומר לו הרי שלך לפניך, ה"ה שלא שייך חיוב של חומש משום שאם קרן אין כאן הה"נ שחומש אין כאן, וז"ל, ואפשר שסבר (הרא"ש) כל היכא דמחייב חומש בשבועה א"כ כ"ש דמשלם קרן ולא ישלם לו עפרא דעלמא, דאי קרן אין כאן חומש אין כאן עכ"ל. ועיי"ש שהוא חולק על הרא"ש וסובר שגם בצירור שלא מיקרי כפירת ממון ואינו חייב קרן, גם שם שייך חיוב חומש (וצירור זה דומה לכאורה להיכא שמחל לו לפני השבועה).
וע"ע באות תכ"ז.

שיט) תד"ה הגוזל.

עיינן ברש"ש ולעיל באות י"ג ולקמן באות שמ"ח.

דף ק"ג ע"ב

שכ) או עשק.

פירש"י וז"ל, שכר שכיר עכ"ל, וכן פירש על קרא דלא תעשוק בויקרא י"ט י"ג, וכן הוא בתורת כהנים שם (ועיינן בלשון הפסוק בדברים כ"ד י"ד דכתיב לא תעשוק שכיר), וכן פי' הרמב"ם בפ"א מהגזילה ה"ד שלא תעשוק איירי בשכר שכיר, אלא שכתב הרמב"ם שנכלל בזה גם כפירה על ממון שבא לידו בהיתר כגון כפירת מלוה ופקדון.

ויש לעיין בלשון הרמב"ם בפ"ז שם ה"ב שכתב וז"ל, אחד הגוזל או העושק או הגונב או שהלוהו או שהפקיד אצלו או

שמצא אבידה וכו' או שעשה לו מלאכה ולא נתן שכרו וכו' עכ"ל, וצ"ע דמכיון שפרט מלוה ופקדון ואבידה ושכר שכיר א"כ מה היא כוונתו בזה שהזכיר עושק. ואולי י"ל שכוונתו היא להיכא שמונח אצלו חפצו של חבירו בלי שיקבל עליו שמירה, ויש לפלפל בזה (ועיינן בחלק א' אות תנ"ב בענין אם צריכים קבלת שמירה).

גם אולי יש לתרץ, דהנה מלשון הרמב"ם בפ"א שם משמע שעושק הוא רק כשהוא מודה באמת להתובע שהוא חייב לו, רק שבכל זאת הרי הוא מעכבו אצלו בחזקה, והתובע אינו יכול להוציאו ממנו (ע"י ב"ד או ע"י הדין של עביד איניש דינא לנפשי) מפני שהוא אלם וקשה, אבל אם כפר בטענת להד"ם אין זה מיקרי עושק, וא"כ י"ל שכוונת הרמב"ם בפ"ז שם כשהזכיר פקדון ומלוה ואבידה ושכר שכיר היא להיכא שטען להד"ם, ומה שכתב עושק כוונתו היא להיכא שתבעו שעשק ממנו בחזקה מלוה או פקדון או אבידה או שכר שכיר והוא נשבע שלא עשק ממנו מעולם. מיהו צ"ע על הדרך הזה, דמאי נפ"מ באם עשק בחזקה אתמול, תיפוק לי' שהוא מתחייב קרבן שבועה משום זה שהוא כופרו עכשיו את התביעה בטענת להד"ם (דהא א"כ הוא מודה עכשיו, א"כ אין כאן עכשיו שום כפירת ממון, ואינו חייב על זה שהוא נשבע בשקר שלא עשק אתמול, דהא זוהי רק שבועת ביטוי בעלמא).

ועכ"פ אם כנים אנחנו בדיוקנו הנ"ל בדברי הרמב"ם בפ"א מגזילה בענין פירושו של עושק א"כ יתורץ על ידי זה

קושיית העולם למה צריכים ללמוד מקרא בדרך ק"ה ע"ב שכופר בפקדון נעשה עליו גזלן וחייב באונסין, תיפוק לי' משום שהוא עובר בלא תעשוק וכל הנכלל בלא תעשוק יש לו דין גזילה כמבואר בב"מ דף קי"א. ולפי הנ"ל לא קשה מידי משום שצריכים את הפסוק בשביל כופר בפקדון בטענת להד"ם.

שכא) רש"י ד"ה מניח וכו'.

וז"ל, ולא בעי לאמטויי לידי' וסגי בהניח לפניו שהרי הבעלים שם עכ"ל. צ"ע למה כתב שהבעלים שם, דהא סברת הגמרא כאן היא שלפי רבי טרפון אינו צריך לילך אחריו למדי אלא יחזיקנו בידו אע"פ שהנגזל הוא במדי.

ועכ"פ ממה שכתב רש"י שמניח לפניו, משמע שכוונתו היא להס"ד של הגמ' בהמפקיד שהביאו תוס' שהכוונה היא שהוא מסתלק מהחפץ, ולא להמסקנא שהוא מניחו בידו עד שיתברר הדבר. מיהו לפי דברי רש"י בהמסקנא שם אתי שפיר לשונו כאן גם לפי מסקנת הגמרא שם, וז"ל שם, אלא תהא מונחת בידו עד שיתברר הדבר, והאי מסתלק סילוק הדין הוא ויניח הגזילה ביניהם בב"ד ויאמר בררו של מי הוא ויטול ומסתלק מן הדין והגזילה יניח בידו עד שיבוא אליהו עכ"ל, וא"כ י"ל שגם מה שכתב כאן "לפניו" אין כוונתו לומר שנשאר באמת בידיהם עד שיבררו, אלא כוונתו היא כמו שכתב בב"מ שם שמניח ביניהם בב"ד ואומר בררו וכו', אבל אח"כ הרי הוא מניחו בידו שלו עד שיבוא אליהו.

שכב) תד"ה דברי ר"ט.

וז"ל, הכא מודה דאין צריך לשלם לכל אחד דהא לדידי' נמי ברור שארבעה משקרים שבודאי לא גזל אלא האחד הלכך ברי דידהו לא חשיב לגבי שמא דידי' לאפוקי ממונא עכ"ל. והנה יש לעיין בזה, דהא לכאורה מצד הדין הרי אנו צריכים להסתכל על התביעה של כל אחד מהם בנפרד ולומר שברי עדיף.

ואולי לעולם מסתכלים על כל אחד בנפרד, רק שכוונתם היא לומר שמכיון שארבעה מהם בודאי משקרים א"כ משום כך הרי זה חשיב ריעותא בהברי של כל אחד ואחד מהם, ובכה"ג אמרינן לכו"ע שלא ברי עדיף.

מיהו לא משמע מדבריהם כדרך זה, ועוד דהניחא אם הטעם של המ"ד שסובר שברי ושמא ברי עדיף הוא משום דחשיב ראוי' והוכחה, דלפ"ז שפיר י"ל שיש כאן ריעותא בהברי שלו וכהנ"ל, אבל אם הטעם למה ברי עדיף הוא משום ששמא לא מיקרי טענה, והיכא שאין להנתבע טענה אז התובע מוציא על ידי טענתו לחוד, א"כ הכא סוף כל סוף אין להנתבע טענה נגד כל אחד מהם בנפרד וא"כ למה לא נגיד שברי עדיף כמו בחזקה שאין עמה טענה. ועי' בנוגע לב' צדדים אלו בחלק א' אות תקנ"ד.

שכג) בא"ד.

וז"ל, ואפילו רב נחמן ורבי יוחנן דאמרי התם פטור דלאו ברי עדיף אלא מוקמינן ממונא בחזקת מרי' מצו סברי הכא אפילו כר"ע דאמר עד שישלם גזילה לכל אחד ואחד, דהכא מיהא מנה מודה דאית לי'

לשלומי אבל התם לא מודי מידי עכ"ל. ולכאורה יש לתמוה דמעיקרא מה קשה להו, הלא בגמרא כאן בהמשך הסוגיא, וכן ביבמות דף קי"ח ע"ב, אמרינן שטעמו של ר"ע הוא משום קנס, וא"כ אין מזה סתירה לדברי רב נחמן ורבי יוחנן, וכן תירץ הרי"ף בהמפקיד על קושיית תוס' עיי"ש (וכן לפי ההוה אמינא כאן שרבי עקיבא קאמר רק היכא שנשבע תחילה שאינו חייב כלום, גם לפ"ז לא קשה מידי, משום שלפ"ז טעמו של ר"ע הוא משום כפרת השבועה מקרא דלאשר לו יתננו. ולפי ההו"א גם על ר"ט לא קשה לפי המ"ד שסובר שרבי עדיף כי טעמו של ר"ט לפי ההו"א הוא משום תקנה).

ואולי כוונת תוס' היא ליתן טעם גם לפי המ"ד שסובר שפליגי אפילו בלקח מא' מחמשה בני אדם, ושגם שם סובר ר"ע שהוא משלם לכל אחד ואחד. ועיינן גם בפ"י בד"ה בגמ' אי ר"ע וכו' שהזכיר שסברת תוס' כאן מתאימה גם ללקח מאחד מחמשה בני אדם*).

שכד) בענין הנ"ל.

מיהו השט"מ כאן בד"ה מתיב וכו' הביא בשם הראב"ד שגם במקח שייך קנס משום דהוה ל"י למידק ממי קנה (וע"ע בזה באבן האזל על פרק ד' מגזילה ה"ט).

ועכ"פ לפי הראב"ד יש ליישב את דברי תוס' בדרך אחרת, והיינו שלעולם ס"ל

לתוס' כהראב"ד דשייך קנס גם במקח אע"פ שלא עבר על שום איסור, וכוונתם היא ליישב למה לא קנסו רב נחמן ורבי יוחנן גם בהלוואה בכרי ושמא לפי רבי עקיבא, ועל זה תירצו שלא קנסינן אלא היכא שהוא חייב מיהא לאחד מהם בתורת ודאי.

והחזו"א בסי' כ' סק"ח בד"ה ק"ג וכו' כתב שלהמאן דאמר שרבי עקיבא קאמר גם במקח, יתכן שהוא מצד הדין, ולא רק קנס, ושכן משמע בב"מ דף ל"ז ע"ב.

שכה) תד"ה ורבי וכו'.

וז"ל, וכי תימא ה' בני אדם היינו הוצאה מרובה על הקרן וכו' עכ"ל. הנה מלשונם משמע שיש גם צד לומר שאינו כהוצאה מרובה. ונראה פשוט דהיינו משום שהתם הרי הוצאות הדרך הולכות לאיבוד ואין מתקיים בהן שום קיום דין כלל, אבל הכא כל חזרה וחזרה היא משום ספק השבה.

שכו) בא"ד.

עיינן בחזו"א בסי' כ' סק"ו וסק"ז.

דף ק"ד ע"א

שכז) אלא אמר רבא.

עיינן ברש"י שפירש שהכוונה היא לאוקמה בין כר"ע ובין כר"ט ושלעולם

ברי וברי כיון שברי לו שלא לקח מכולם, ולר"ע הרי זה נחשב ברי ושמא כיון שלגבי כל אחד מהם בנפרד הרי הוא בגדר כר"ע וטענת שמא.

(* ועוד צידד שם לבאר את מחלוקתם גבי מקח, דלעולם לכו"ע ברי ושמא ברי עדיף, רק שפליגי באם מיקרי ככה"ג בגדר ברי ושמא או האם מיקרי ברי וברי, והיינו שר"ט סובר דמיקרי

ר"ע ור"ט פליגי בין בנשבע ובין בלא נשבע, אלא שלא פירש"י להדיא איך יתורן המשנה לפי ר"ט, דהא הכא קתני שבנשבע הרי הוא צריך להולכנו אחריו למדי ואילו בגזל מאחד מחמשה ס"ל לר"ט שאפילו אם נשבע הרי הוא מניח את הגזילה בנייהם ומסתלק.

וצ"ל שטעמא דר"ט שם בנשבע הוא משום תקנת השבים, ואה"נ שגם בנוגע למתניתין דידן הרי קיימת תקנת השבים שהוא יכול להניח ביד ב"ד, והא דס"ל לר"ט התם שבהודה הרי הוא חייב בדיני שמים ואילו הכא משמע שבהודה אינו חייב להולכנו אחריו אפילו בדיני שמים כל זמן שלא נשבע וכמו שדייקו לעיל בגמרא, עיין במהרש"א שביאר שזה מתורן ע"י מה שאמר רבא דחשיב כאן כאומר לו יהיו בידך.

והנה המהרש"א כתב שדבריו הנ"ל בדעת ר"ט נמצאים להדיא בדברי רש"י, דהא רש"י כתב וז"ל, דהתם דין הוא דאע"ג דלא משתבע דיחזיר לכל אחד שהרי אינו יודע למי גזל ולא נפיק ידי שמים כלל, אבל הכא הוי גבי כפקדון עכ"ל, דלכאורה לשון זה לא מתיישב לפי ר"ע דהא ר"ע קאמר שהוא חייב בדיני אדם כמ"ש רש"י לעיל בסמוך דר"ע ור"ט פליגי מדינא (ולא רק מדיני שמים), וא"כ בע"כ צ"ל שלשון זה קאי לפי ר"ט, עכ"ד המהרש"א.

שכח) דברי הראב"ד כאן.

הנה עיין בשט"מ בד"ה אמר רבא וכו' בשם הראב"ד שכתב שכוונת ר"ע היא לחייב בדיני שמים לחוד, אבל לא לענין

לאכרוחי בבי דינא, פי' שכוונת הקנס היא שיתחייב רק מדיני שמים, וכבר הסכימו בשמים על ידי חכמים בקרא דלא תסור, אלא שצ"ע על עיקר דברי הראב"ד דהא אפילו ר"ט מודה שהוא חייב בדיני שמים וא"כ לפי דברי הראב"ד מאי איכא בין ר"ט לר"ע.

ויש ליישב את שיטת הראב"ד על פי לשון רש"י לעיל בד"ה שכבר הודה מפי עצמו שכתב בשיטת ר"ט אינו יוצא ידי עונש בידי שמים אם אינו משלם לכל אחד, הרי שלא כתב שלפי ר"ט יש גם חיוב ממון של תשלומין בידי שמים, אלא כתב רק שיש עונש אם אינו משלם, וכבר חילק הקצה"ח בס"י ל"ב סק"א בין חיוב תשלומין בדיני שמים לבין עונש בידי שמים ודלא כהש"ך שם, וא"כ י"ל שבזה חולקים ר"ע ור"ט לפי הראב"ד, והיינו שלפי ר"ע יש קנס וחיוב תשלומין בדיני שמים, ואילו לפי ר"ט אין עליו חיוב תשלומין בדיני שמים, רק שלא מיפטר מעונש אם אינו משלם לכל אחד.

שכט) אלא אמר רבא וכו'.

עיין בס"י שס"ז בש"ך סק"ג ד' ה' ו' ובקצה"ח שם בסק"א וג'.

של) בענין מח' ר"ט ור"ע.

עיין ברי"ף בפרק המפקיד שהביא שהדין של ר"ע הוא משום קנס, ופסק שם כוותי'. והביא הנ"י את דעת הר"ז הלוי והראב"ד שאין דנין אותו בזה"ז כיון שאין דנין קנסות בזה"ז, וכן איתא בשם הראב"ד בשט"מ כאן בד"ה אמר רבא. ועע"ש בנ"י שכתב ששיטת הרי"ף והרמב"ם היא

ששפיר דנין אותו בזה"ז אע"פ שהם סוברים שהוא קנס, אלא שלא הביא הנ"י מפורש מדברי הרי"ף והרמב"ם שדנין אותו בזה"ז אלא הביא שם את מה שכתבו הרי"ף והרמב"ם שהחמשה צריכים להשבע שבועה דרבנן קודם שיטלו, ולכאורה צ"ע מנלן מזה שהקנס נוהג גם בזה"ז (ועיי"ש בהגהות מא"י), וגם צ"ע מ"ש באמת קנס זה מכל הקנסות ולמה דנין אותו בזה"ז*).

ואולי י"ל דס"ל להנ"י שצורת הקנס כאן אינה תשלומי עונש, אלא צורת הקנס היא שיוציאו כולם בכח טענותיהם, ונתנו חכמים לכל אחד מהם נאמנות על טענתו, רק דהא גופא שנתנו להם חכמים נאמנות הרי זה כדי לקנוס את הגזלן, אבל מ"מ החפצא של תשלומין לא מיקרי תשלומי קנס ועונש אלא תשלומי הגזילה שהלה תובע, וא"כ מכיון שגוף התשלומין אינם תשלומי קנס, י"ל שבכה"ג עבדינן שליחותיהו ודנין גם בזה"ז, וכוונת הנ"י במה שהביא מדברי הרי"ף והרמב"ם היא כך, שאם הי' בגדר קנס גמור כמו בשאר קנסות א"כ לא היה שייך להצריך שבועה, דהא חכמים קנסו את הגזלן כיון שעבד איסורא ומהיכא תיתי לומר שקנסו רק כשהחמשה נשבעין, אבל אם נאמר שכל אחד מוציא בכח נאמנות על טענתו, רק שהא גופא שנתנו להם חכמים נאמנות הרי זה משום קנס, א"כ שפיר שייך להצריך

שבועה כדי להאמין את טענתו כמו בשאר נשבע ונוטל (ועיי' בכ"מ בפ"ד מהל' גזילה ה"ט שכתב וז"ל, והטעם (דנשבע) משום דכלל הוא לכל נוטל מעות מחבירו [על פי דיבורו, כן אי' בב"י] שהוא צריך לישבע, א"נ דכיון דמדינא פטור אלא דמשום דעבד איסורא אתה קונסו אין ראוי לקונסו לשלם בלא שבועה עכ"ל. וע"ע באבן האזל שם בד"ה ומה דהצריך).

והנה יש ליישב את דעת הרי"ף גם בדרך אחרת, דהנה מבואר בסוגיין שאע"פ שר"ט סובר שמניח גזילה ביניהם ומסתלק אבל מ"מ מדיני שמים הרי הוא חייב לשלם לכל אחד ואחד, ולפ"ז י"ל דס"ל להרי"ף שגדר הקנס של ר"ע הוא שקנסו אותו לצאת ידי החיוב הזה שיש עליו מדיני שמים, ואינו מין תשלומין חדשים של קנס, אלא לעולם חשיבי במהותן אותן התשלומין שהוא חייב לשלם מדיני שמים, רק דהא גופא שכופין אותו לצאת ידי חובה זו ואין משאירים את הענין כפי רצונו הרי זה בגדר קנס ועונש, וא"כ גם לפ"ז יוצא שעצם התשלומין הרי הם ממונא וממילא ס"ל להרי"ף שכה"ג דנין גם בזה"ז, וכן אינו נוטל בלא שבועה, ומזה שהוא צריך להשבע מוכח כהגדר הנ"ל (ועיי' לעיל באות שכ"ז בהמחלוקת רש"י והראב"ד שהבאתי שם).

מיהו יש להעיר על הדרך הזה, דהנה

* וראיתי בש"ך בסי' שס"ה סוף סק"ב שרצה לומר שלעולם גם הראב"ד והר"ז מודים שלפי ר"ע דנין אותו בזמן הזה, רק שכוונת הנ"י היא לומר בשמם שמכיון שהוא ענין של קנס א"כ בכה"ג פסקינן כר"ט, והכלל שההלכה היא כר"ע לא קאי על קנס. מיהו מלשונו של הנ"י מבואר להדיא שרק

האידנא אין דנין משום שלא דיינינן קנסות בזמן הזה, והש"ך עצמו הביא את לשונו, וכן מבואר בדברי הראב"ד בשט"מ כאן שהבאנו בפנים שרק האידנא קאמר הראב"ד. מיהו מדברי הבעל המאור עצמו בהמפקיד, וכן מדבריו בסוגיין, מבואר דס"ל שמעיקר הדין ההלכה היא כר"ט, ולא רק האידנא.

תוס' בסוגיין בד"ה שכבר וכו' בתירוצם השני כתבו שבפקדון לא שייך לפי ר"ט שום חיוב לצאת ידי שמים, ולכאורה דרכנו הנ"ל אינה עולה שפיר עם דברי תוס', דהא לפי תוס' יוצא שרבי עקיבא מחייב בפקדון בהצירור של ב' כריכות אע"פ שלא שייך שם לפי ר"ט שום חיוב לצאת ידי שמים וכמו שהוכיח המהרש"א בב"מ מהבבא של או אביו של א' מכם וכו', וא"כ לכאורה מוכח שתוס' סוברים שטעמו של ר"ע אינו משום שהוא קונס לצאת ידי החיוב בדיני שמים, ובודאי שדוחק לומר שכוונת ר"ע בההיא בבא היא שמשלם לכל אחד רק מדיני שמים אבל אין כופין אותו, א"נ שר"ע תרתי קאמר, חדא שיש חיוב מדיני שמים גם בפקדון, ועוד דקנסינן ל' וכופין אותו לצאת ידי אותו חיוב.

והנה י"ל עוד שהטעם למה מחייב ר"ע בפקדון בדיני אדם אינו משום קנס אלא משום פשיעת שומרים, עי' בזה באבן האזל על פ"ד מהל' גזילה ה"ט. מיהו לפ"ז יוצא ב' מחלוקיות, חדא בגזל אודות קנס וחדא בפקדון אודות פשיעה.

והנה עיין לעיל בדף צ"ח ע"ב דאמרינן תהא במאמינו, והוכיח מזה הפ"י שם שהמודה שהזיק על דרך גרמי חייב אפילו אם נאמר שגרמי הוא קנס ולא אמרינן שמודה בקנס פטור והיינו משום שהקנס הוא רק מדרבנן. ועיין עוד בקצה"ח בסי' שפ"ח סק"א שהביא את דברי ה"ר יהונתן לעיל בדף צ"א ע"ב שאם החיוב של עשרה זהובים הוא קנס אז הדין הוא שאם מודה מיפטר אע"פ שהוא קנס דרבנן, והקשה הקצה"ח מההיא דדף צ"ח ונשאר בצ"ע. ועוד הביא הקצה"ח שם שהרש"ל (הובא

בש"ך שם) סובר כה"ר יהונתן. ושהש"ך בשם המרדכי והמהרי"ל סובר שמודה בקנס דרבנן שפיר חייב. מיהו לפי דברינו דלעיל נראה שיש לחלק בין עשרה זהובים לבין דינא דגרמי, והיינו משום שבגרמי לכו"ע הרי הוא חייב מהתורה לכל הפחות בדיני שמים כמו בכל גרמא בניזקין שהוא חייב בדיני שמים כדאמרינן לעיל בדף נ"ה ע"ב, וא"כ י"ל שהקנס דרבנן ה' שיצא ידי החיוב בדיני שמים, באופן שעצם התשלומין אינם קנס אלא תשלומי ממונא בדיני שמים, וא"כ י"ל שלא אמרינן שמודה בקנס פטור אלא באופן שעצם החפצא של התשלומין הם תשלומי קנס, וכן אפילו אם הקנס הוא רק מרבנן כמו בעשרה זהובים, אבל לא בגרמי שעצם החפצא של התשלומין אינם תשלומי קנס, ולכן אמרינן בדף צ"ח שם שהמודה בגרמי חייב (ועיין בחלק א' אות ר"ב במה שכתבנו בנוגע להחצי נזק של תם). ועכ"פ בדעת הקצה"ח והפ"י נראה שלא הבינו כהנ"ל בכוונת הגמ' בדף צ"ח אלא הבינו שחכמים נתנו לקנסות דרבנן כל הדינים של ממונא וא"כ הה"נ לעשרה זהובים.

ועכ"פ מתוך דברי הקצה"ח זכינו לעוד דרך איך ליישב את דעת הסוברים שר"ע מחייב גם בזה"ז, והיינו די"ל שטעמייהו הוא משום שהם סוברים שדינן קנס דרבנן גם בזה"ז, כמו דאמרינן שהמודה בו חייב, והיינו משום שחכמים נתנו לקנסות דרבנן כל הדינים של ממונא. שו"ר שכבר דנו הפוסקים בזה עי' בד"מ וברמ"א ובנתיח"מ בסוף סי' א'.

והנה גם י"ל סברא אחרת למה לדון

בזמן הזה, והיינו משום שאין התשלומין יותר ממה שהזיק, אלא כל עיקרם הוא רק כדי שיקבל הנגזל האמתי את מה שנגזל ממנו, וא"כ י"ל שבכה"ג עבדין שליחותיהו אפילו אם התשלומין הם בעצמותן בגדר קנס, והא דאין דנין חצי נזק של תם למ"ד דהוי קנס אע"פ שאינו יותר על מה שהזיק, י"ל שהיינו משום שהתם הוי מילתא דלא שכיחא ולכן לא עבדין שליחותיהו, אבל אינו מטעם שהוא קנס, משא"כ בגזל מא' מחמשה הרי עיקר גזילה היא מילתא דשכיח וכמש"כ תוס' בדף פ"ד.

גם י"ל בביאור דעת הרי"ף שלפי מסקנת הסוגיא בדף פ"ד ע"ב לא נאמר שום דין שאין דנין ד"ק בבבל אלא הכל תלוי רק באם הוא שכיח ואית ב' חסרון כ"ס, וכבר הארכנו בזה באות קס"ז.

וראיתי בש"ך בסי' שס"ה סוף סק"ב שכתב שבודאי קנס כגון גזל מאחד מחמשה צריכים לדון גם בזמן הזה, אבל לא פירש שם הטעם למה.

שלא) בענין לקח מאחד מחמשה בני אדם.

עיי' בב"מ דף ל"ז ע"א דאמרינן רמי פקדון אפקדון, דקתני רישא או אביו של א' מכם הפקיד אצלי מנה ואיני יודע איזה הוא, נותן מנה לזה ומנה לזה, ורמינהי (מהסיפא) שנים שהפקידו אצל א' זה מנה וזה מאתיים, זה אומר שלי מאתיים וזה אומר שלי מאתיים, נותן לזה מנה ולזה מנה והשאר יהא מונח עד שיבוא אליהו, אמר רבא רישא נעשה כמי שהפקידו לו

בב' כריכות דהוי ל' למידק, סיפא נעשה כמי שהפקידו לו בכרך אחד דלא הוי ל' למידק כגון דאפקידו תרוייהו בהדי הדדי בחד זימנא דאמר להו אנת גופייכו לא קפדיתו אהדדי אנא קפידנא, ורמי גזל אגזל, קתני הכא אמר לשנים גזלתי לאחד מכם מנה ואיני יודע איזה מכם או אביו של אחד מכם הפקיד אצלי מנה ואיני יודע איזהו נותן לזה מנה ולזה מנה, ורמינהי גזל א' מחמשה ואינו יודע איזה מהן גזל זה אומר אותי גזל וזה אומר אותי גזל מניח גזילה ביניהם ומסתלק דברי ר"ט, אלמא מספיקא לא מפקינן ממונא ואמרינן אוקים ממונא בחזקת מרי', וממאי דמתניתין דהכא ר"ט היא וכו' ע"כ, ושוב מתרצינן על הקושיא של גזל אגזל דהתם קתבעי ל' הכא בבא לצאת ידי שמים ע"כ. ועיי' בתוס' שהקשו שלפ"ז למה לא חזרו מהתירוץ הראשון על הקושיא של פקדון אפקדון, דהא גם שם היו יכולים לחלק בין היכא דקתבעי ל' לבין היכא שבא לצאת ידי שמים. ותירצו שכל החיוב לצאת ידי שמים בפקדון הוא רק בב' כריכות ומש"ה גם אם נוקמה בדיני שמים אכתי ניבעי לחלק בין כרך אחד לב' כריכות, ולעולם כולה מתניתין איירי באמת בבא לצאת ידי שמים ומש"ה בהרישא בב' כריכות הרי הוא נותן לכל אחד כדי לצאת ידי שמים אבל מדיני אדם הרי הוא פטור (אפילו לפי ר"ע משום דאיירי בשמא ושמא), אבל בהסיפא בכרך אחד הרי הוא פטור אפילו מדיני שמים עכ"ל. ומדבריהם שם יוצא שגם בפקדון שייך חיוב לצאת ידי שמים. ברם תוס' בסוגיין בד"ה שכבר וכו' בתירוצם השני תירצו את קושייתם בב"מ

בדרך אחרת, והיינו דהא דלא משני גם על הקושיא של פקדון אפקדון שהכא בבא לצאת ידי שמים הרי זה משום שלפי רבי טרפון בפקדון ומקח לא שייך בכלל שום חיוב לצאת ידי שמים ואפילו בב' כריכות אע"ג דהו"ל למידק, ורק בגזילה לחוד מודה ר"ט שהוא חייב לכה"פ מדיני שמים כיון שבגזילה עביד איסורא. וכתב המהרש"א בב"מ שם שלפי התירוץ הזה צ"ל שמאי דאמרינן שם שבב' כריכות הרי הוא חייב לשלם לכל אחד הכוונה היא מדיני אדם ולפי ר"ע, ולא בבא לצאת ידי שמים לפי ר"ט.

וע"ע בחו"מ סי' ש' שפסק המחבר כר"ע שהוא משלם פקדון לכל אחד ואחד מדיני אדם היכא דהוי לי' למידק, והיכא שלא תבעו לי' הרי הוא חייב מיהא בדיני שמים. וזהו כדברי תוס' בב"מ שגם בפקדון שייך חיוב לצאת ידי שמים. ושוב פסק שבכרך א', דלא הוי לי' למידק, ליכא אפילו חיוב לצאת ידי שמים ואפילו אם תבעו אותו. והקשה הקצה"ח שם מהא דפסק לעיל בסי' רכ"ב סעי' ב' שאם לקח מא' מחמשה בני אדם מניח דמי המקח ביניהם ומסתלק, וכדברי רשב"א דכו"ע מודו במקח, ואילו התם פסק שהוא שפיר משלם לכל אחד כדי לצאת ידי שמים אם תבעו אותו, הרי שאע"פ שלא הו"ל למידק אכתי איכא חיוב לצאת ידי שמים היכא שתבעו אותו, ואילו בסי' ש' פסק שהוא פטור אפילו מדיני שמים וכהנ"ל. ותי' הקצה"ח שבפקדון ליכא שום חיוב השבה על השומר כשהפקדון הוא בעין אלא הבעלים באים ונוטלים את שלהם, רק שהיכא שפשע ואין הפקדון בעין הרי הוא

חייב בתשלומין, ולכן כיון שבכרך אחד לא פשע מידי והפקדון הוא בעין, תו קיימא בדיני' שלא נאמר בו שום חיוב השבה, ומש"ה יניח והבעלים יבואו ויטלו את שלהם ולא שייך לחייבו מדיני שמים, משא"כ במכר הרי יש כאן חיוב תשלומין כמו בכל חוב שפריעת בעל חוב מצוה והרי הוא צריך להחזיר את החוב ליד הבעלים, ומש"ה גם כשלא הו"ל למידק אכתי חייב בדיני שמים לשלם לכל אחד ואחד אם תבעו אותו כדי לקיים את החיוב של פריעת בעל חוב (וע"ע בסי' ש"מ סק"ד שהביא הקצה"ח שיש אומרים שגם בפקדון נאמר חיוב השבה, ולפי דבריהם צריך לצאת שגם בפקדון יתחייב לשלם מדיני שמים אפילו היכא שלא הו"ל למידק כמו שהוא חייב במכר. ודע שמלשון הקצה"ח משמע שהרי הוא חייב להשתדל לשלם את חובו רק אם תבעוהו, ועי' בזה באות רצ"א ס"ק ב'. ודע עוד שהקצה"ח כתב בתוך דבריו שם שבהלואה ליכא מצות השבה משום שלהוצאה ניתנה).

והנה לכאורה יש לישב את קושיית הקצה"ח באופן אחר, והיינו משום שאע"פ שבין במכר, ובין בפקדון בכרך אחד, לא הוי לי' למידק, אבל מ"מ טעמים חלוקים יש בהם, דעיין בנ"י בב"מ שכתב שבמכר לא הו"ל למידק משום שדוקא בפקדון שייך הענין של הו"ל למידק כיון שמפקידים אצלו לזמן רב, משא"כ הטעם למה בפקדון בהציוור של כרך אחד אמרינן שלא הו"ל למידק הרי זה כדאמרינן בגמ' שם שמצי למימר להו אנת גופייכו לא קפדיתו אנא קפידנא, כלומר שהמפקידים בעצמם גרמו את ההפסד משום שמהם

בסי' רכ"ב היא למדת חסידות לחוד ואינו סותר את מה שפטר בסי' ש' אפילו מדיני שמים אבל בכל זאת למה לא הזכירה הך מדת חסידות גם לענין פקדון.

ובאמת דברי הקצה"ח שם תמוהין, שהרי כתב שמקורו של הרמב"ם לזה שפי' דהוי רק ממדת חסידות ולא חיוב גמור מדיני שמים הרי הוא מהמעשה בחסיד אחד, דס"ל להרמב"ם שלא חייב אותו ר"ע אלא משום שהי' חסיד. ברם מרש"י בסוגיא דידן נראה להדיא שר"ע חייב את החסיד אחד אפילו בדיני אדם, ופליגי ר"ע ור"ט במקח כמו דפליגי בגזילה, דהא פירש"י שפליגי הך ברייתא על רבי שמעון בן אלעזר שאמר שלענין מקח לא פליגי ר"ע ור"ט, וא"כ חזינן שבדיני אדם איירי, דהא אל"כ נימא שר"ע אמר לו רק ממדת חסידות אבל מדיני אדם מודה הוא שאינו חייב. ובאמת מעצם סוגיית הגמ' מוכח שאיירי בדיני אדם שהרי הביאו הך ברייתא כדי להוכיח שר"ע ס"ל שהוא חייב לשלם לכל אחד ואחד אפילו היכא שלא נשבע (וכדאמרינן שחסיד מי מישתבע בשיקרא), ואם איתא שמדת חסידות קאמר לי' א"כ אכתי נימא שמדיני אדם אינו חייב אלא א"כ נשבע.

ולכאורה אפשר לומר שכוונת הקצה"ח היא לומר שהרמב"ם מפרש שלעולם איירי ההיא ברייתא ממדת חסידות, רק שכוונת הגמ' היא לומר שבשלמא אם נאמר שבגזילה הרי הוא חייב מדיני אדם אפילו היכא שלא נשבע, א"כ אז שפיר יש מקום

למד שלא לדייק. ולפ"ז שפיר יש לחלק בין מכר לפקדון, די"ל שמדיני שמים הרי הוא חייב באמת לדייק אע"פ שהוא לזמן קצר (אע"פ שמדיני אדם אינו חייב), ולכן במכר הרי הוא נשאר חייב בדיני שמים, אבל בפקדון מכיון שהם עצמם אינם מקפידים א"כ אפילו מדיני שמים לא הוי לי' למידק (ודע שהנ"י עצמו שם קאזיל שבמקח ליכא אפילו חיוב מד"ש, ושמהני הסברא של זמן מועט לפוטרו אפי' בד"ש. ודע עוד שהש"ך בסי' רכ"ב שם כתב על הסתירה הנ"ל בדברי המחבר שאולי הוא מחלק בין מכר לפקדון אבל שדוחק לחלק).

והנה בסי' רכ"ב סק"ה כתב הקצה"ח ישוב אחר על הקושיא הנ"ל אלא שדבריו צ"ע, דעיי"ש בלשון המחבר (והוא מהרמב"ם) שכתב לענין מכר שאם חסיד הוא, נותן דמים לכל א', וכתב הקצה"ח וז"ל, נראה דס"ל להרמב"ם שאפילו לצאת ידי שמים נמי אינו אלא ממדת חסידות, אבל שאר בני אדם אפילו לצאת ידי שמים אינו חייב, דבעלמא היכא דאמר לצאת ידי שמים כל ישראל בכלל, האזרח והגר, וכאן אינו אלא למדת חסידות, והיינו ממה שאמרו ביבמות (צ"ל ב"ק) ואמר ר"ע אינך יוצא עד שתחזיר לכל אחד ואחד ע"כ, משמע דאינו אלא לחסיד וכו' דבמקח אפילו לצאת ידי שמים פטור כיון דלא הו"ל למידק, והך לצאת ידי שמים דהכא אינו אלא ממדת חסידות, וכבר נתקשו האחרונים ממש"כ בסי' ש' ולפמ"ש"כ ניחא עכ"ל*.) ולכאורה אכתי צ"ע דנהי שהכוונה

מה שכתבתי בנוגע להגדר של מדת חסידות.

(* וע"ע בספרי על כתובות בחלק ב' אות ל"ג

לחייבו לכה"פ ממד"ח היכא שלא הו"ל למידק, אבל אם נאמר שמדיני אדם אינו חייב אלא היכא שנשבע א"כ חזינן שחייבו הוא בשביל השבועה וא"כ שוב אין מקום לחייבו היכא שלא נשבע אפילו ממדת חסידות. מיהו דרך זה אינו נכון משום שלפ"ז הו"ל להגמ' להשתמש בסגנון אחר ולומר כך דאס"ד שלא מחייב ר"ע אלא בשבועה א"כ אמאי הי' מחייב לאותו חסיד אפילו ממד"ח, ולא הו"ל להגמ' למימר שאותו חסיד היכי משתבע וכו' דהא אין זה מספיק כי אפילו אם לא נשבע אכתי יש אפשרות לחייב ממדת חסידות וא"כ אולי נתכוין ר"ע לחייבו ממדת חסידות וא"כ היו צריכים להסביר שאם ר"ע מחייב רק בנשבע א"כ בלא נשבע לא שייך לחייב אפילו ממד"ח.

שלב) שליח שעשאו בעדים.

א. הנה מצאתי בראשונים שהזכירו בזה ד' לשונות של מינוי: א', רש"י פי' שאמר לו לקבלם ממנו. ב', הרא"ש כתב שאמר לו הבא לי מעותי שביד פלוני. ג', הרמב"ן במלחמות כתב שאמר לו לך בשליחותי לפלוני להביא לי מעותי (כלומר שהוא ממנה אותו בפירושו בלשון של שליחות).

* ואולי הרי הוא גם אומר לו לומר להנתבע לשלוח (בלי לפרש ע"י מי), אבל אם הוא מצוהו לומר להנתבע לשלוח על ידו, הרי בכה"ג יש ראשונים שסוברים שגם לפי רבה הרי הוא נעשה שליח (אם הוא אומר לו כן בשמו, פ"י, ועי' להלן כאן בקטע "ועי' בחידושי אנשי שם").

** ובש"ך בסי' קכ"א סק"י ובנתיבות שם בסק"ד כתבו עוד יותר בדעת רש"י, והיינו

ד', הטור בסי' קכ"א כתב שאמר לו מעות יש לי ביד פלוני לך אמור לו שדעתך לבוא לכאן ואם יתנם לך הביאם לי. וצריכים אנו לבאר את המשמעות של הפירושים השונים האלו לדינא.

וע"ע בדברי רש"י על הציור של ממציא שליח (דלכו"ע לא הוי שליח לקבלה) שכתב וז"ל, ביקש מחבירו שימציא לו לגזלן את עצמו לומר לו אם תרצה לשלח כלום לפלוני שלח בידי עכ"ל. ולפי רש"י לכאורה יש לפרש שהחילוק בין שליח לממציא הוא שבהציור של שליח הרי הוא מצוה לו בדרך מוחלטת להביאם ע"י שיאמר לו לשלוח*, משא"כ בממציא הרי הוא אומר לו רק להמציא את עצמו אולי ישלח. מיהו החילוק הזה אינו במשמע מלשון רש"י, וביותר נראה לומר בכוננת רש"י שמה שמשוהו שליח לפי רב חסדא הרי זה מה שהוא אומר לו בלשון של קבלה, דהיינו שהוא רוצה שיקבלם, שזה מראה שכוונתו היא שיהי' שליח לקבלה**, משא"כ בממציא הרי אינו משתמש בלשון של קבלה. מיהו אכתי צריך ביאור, דהא החילוק הזה אינו בכלל משמעות לשון הגמרא שחילקה בין "שליח" ל"ממציא", דהא גם בממציא שייך לשון של קבלה, והיינו באופן שאומר לו

שהכוונה היא שאמר לו בפירושו הוי שליח לקבלה, רק שלא פי' המשלח להדיא שזה יהי' כאילו התקבלתי. וע"ע בנתיבות שם שביאר בדברי הש"ך שה"ה שסגי לפי רש"י כשהוא אומר אמור לפלוני שישלח מעותי על ידך כי עשיתך שליח בעדים. ונראה שגם בזה הטעם הוא מפני שכשהוא אומר לו הוי שליח שלי הכוונה היא תמיד לשליח לקבלה. ולפי דבריהם יוצא שרש"י סובר כעין הרמב"ן.

להמציא את עצמו ולקבלו אם הלה ישלח, וי"ל שאה"נ דגם בממציא שייך לשון של קבלה, רק שמ"מ נקטה הגמרא ממציא משום שעל פי רוב כשהוא אומר לו להמציא את עצמו כוונתו היא שימציא את עצמו כי אולי הנתבע ירצה לעשותו שליח להולכה, ומן הסתם אין המשלח משתמש בציוור של ממציא בלשון של קבלה בכוונה שיהי' שליח לקבלה, ועדיין צ"ע.

ועכ"פ כל זה הוא בדעת רש"י, אבל הרא"ש והטור סוברים שגם אם לא אמר בלשון של קבלה אלא אמר לו להביאם, גם בכה"ג סובר רב חסדא שהוא נעשה שליח לקבלה. מיהו יתכן שיש חילוק בין הטור להרא"ש משום שיתכן שכוונת הרא"ש היא שצוה את השליח בפירוש להביאם, ואילו מהטור משמע שהוא נעשה שליח לקבלה אפילו אם אמר לו רק להתראות לפני הנתבע ולהגיד לו שהוא נוסע לכאן ולהביאם אם הוא ירצה לשלוח. אלא שמעתה צריכים לבאר מה הוא החילוק לפי הטור בין שליח לממציא, דהא גם בשליח הרי הוא רק מתראה לפני הנתבע.

והנה הטור כתב שהכוונה בממציא היא שלא עשאו שליח אלא אמר לו לך והתראה אליו אולי ישלחם על ידך לי עכ"ל. ויש לפרש שלפי הטור עיקר החילוק בין שליח לממציא הוא בזה שבממציא לא הזכיר לשון של להביאם (אם יתן לך). מיהו החילוק הזה אינו בכלל המשמעות של לשון ממציא, דהא גם את הציוור שאמר לו להביאם אם יתן לו, יתכן לקרותו בשם ממציא, כיון שהוא אומר לו רק להמציא את עצמו ולא להשתדל בפירוש שישלח,

ויש ליישב. ועכ"פ היש"ש בסוף סי' ל"ו הבין כהנ"ל את כוונת החילוק לפי הטור, דהיינו משום שהכא אמר לשון של אם יתנם לך הביאם אלי והתם בממציא אמר רק לשון של "אולי ישלחם על ידך", וכתב היש"ש שחילוק קלישא הוא, וגם הפרישה בדרכו הראשון באות ג' שם הבין כהיש"ש (אלא שמה שרצה לפרש כן גם בדעת רש"י אינו משמע מלשונו של רש"י, ועיין עוד בדרכו השני' של הפרישה שם).

ולכאורה ביותר נראה לומר שכוונת החילוק לפי הטור היא שבהציוור של שליח, המשלח אמר להשליח להשתדל שהנתבע ישלחם, וצורת ההשתדלות היא בזה שהוא מודיעו שהוא עומד לבוא לכאן, משא"כ בהציוור של ממציא הרי הבעלים מצווהו להתראות ולהמציא את עצמו לחוד, וכל הצעת הדברים תצטרך לבוא מצד הנתבע. ולפ"ז יתכן שלא דוקא כתב הטור לשון של הביאם אלי אלא גם בלא זה הוי שליח משום זה לחוד שצווהו להשתדל שהנתבע ישלח.

מיהו ממה שעל ממציא כתב הטור אבל לא עשאו שליח אלא אמר לו וכו' משמע כהיש"ש והפרישה שהאופי של שליח שעשאו בעדים הוא מה שעשאו שליח להביאם אליו והאופי של ממציא הוא מה שלא עשאו שליח להביאם אליו, דהא מה שאמר לו להשתדל שהלה ישלח ע"י שהוא מודיעו שהוא נוסע לכאן לא שייך לקרותו בגדר "עשאו שליח" אלא רק מה שאומר לו להביאם הוי בגדר "עשאו שליח", דכיון שעל ידי קבלת השליח הרי זה כאילו קיבלו הבעלים, שפיר יש בזה תופעה של שלוחו של אדם כמותו, ושפיר שייך לומר

על זה לשון של עשאו שליח, אבל מה שהוא משתדל שהנתבע ישלח אין זה שליחות אלא רק מילאוי רצון הבעלים לחוד, ואין בזה שום תופעה של שלוחו של אדם כמותו (ועכ"פ ממה שאמרה הגמרא לשון של שליח שעשאו בעדים אין ראי' שהבעלים הזכירו בתוך לשונם שהוא יביאם אלא י"ל שהכוונה היא רק לזה שהשליח מקבל לבסוף דין של שליח מחמת אומדן דעתו של הבעלים, אבל מלשון הטור מבואר שיש גם בתוך דברי הבעלים הזכרה מפורשת של דבר שאפשר לקרותו שליחות, ובע"כ דהיינו מה שהוא מצווהו להביאם אליו וכהנ"ל דהא מה שהוא אומר לו להשתדל שישלח אינו בגדר דברי שליחות).

ועיין בחידושי אנשי שם על הרי"ף כאן שהבין כמו שכתבתי לעיל, ודלא כהיש"ש והפרישה, בענין חילוק הציורים לפי הטור, אלא שנראה קצת מסדר דבריו (דקאי על דברי הנ"י שהוא לשון רש"י עיי"ש ודו"ק) שהוא סובר שלפי רש"י הציור של שליח הוא כשהנתבע אומר להשליח לומר להנתבע לשלוח על ידו, ודלא כהרא"ש שכתב שכו"ע מודים בזה דהוי שליח (ועי' לעיל בהערה הראשונה על אות זו). מיהו לפ"ז העיקר חסר מדברי רש"י. וביותר נראה כמו שכתבנו שלפי רש"י הכל תלוי בלשון של קבלה.

ועיין עוד בש"ך בסק"י שם שהביא שהיש"ש חולק על הטור על סמך לשון רש"י דמשמע דלא כהטור. וביאר הנתיחה"מ בסק"ד שהיש"ש הבין בכוונת רש"י שהכל

תלוי במה שעשאו בפירוש שליח לקבלה, והציור של שליח שעשאו בעדים הוא באופן שאומר לו בפני עדים שיהי' שליח לקבלה וכעין מה שהסקנו לעיל בכוונת רש"י, אלא שהיש"ש שם סובר שגם כשאמר לו אמור לפלוני לשלוח על ידך הרי הוא נעשה שליח, וכמו שהביא הש"ך שם, ועל ההוספה הזאת חולק הש"ך משום שמרש"י משמע שהוא סובר כהרמב"ן שלעולם בעינן שימנהו בפני עדים בלשון של הרי אתה שליח לקבלה*), ואפילו אם אמר לו בפני עדים לומר להנתבע לשלוח על ידו אכתי לא הוי שליח אם לא אמר לו הרי אתה שליח עכ"ד הנתיחה"מ. ולקמן בהאות הבאה נדון עוד על דבריו בשיטת הרמב"ן (ודע שלפי ביאורו של הנתיחה"מ בדברי היש"ש הי' נראה שיש טעות סופר בדברי היש"ש וצ"ל "א"נ שתאמר לו שישלח על ידך" עיי"ש).

ב. והנה הראשונים בסוגיין הביאו עוד לשון של שליחות, והיינו כשאמר המשלח להשליח אמור לפלוני שישלח על ידך, וצידדו תוס' כאן לומר שבכה"ג גם רבה מודה לרב חסדא דהוי שליח לקבלה וכן הסיקו תוס' בב"מ וכן הסיק הרא"ש כאן, וכתב הפרישה בסי' קכ"א שלשון זה מהני גם בלא עדים, וכן כתב הסמ"ע בסק"ו כמו שביאר הנתיחה"מ שם בסק"ג את כוונתו עיי"ש. ובסק"ד הוכיח הנתיחה"מ מתוס' שלא בעינן עדים בכה"ג דהא כתבו תוס' בד"ה שליח שהלשון הנ"ל מהני גם שלא בפני הלוח משום שמה לי בפניו ומה לי

בזה בדבריו וכן לעיל כאן בהערה הקודמת.

(* אי נמי אפילו אם לא אמר המלה לקבלה, עיין

שלא בפניו עיין בדבריהם, ובפניו הרי לא בעינן עדים, ואם כן משמע שהוא הדין שלא בפניו. מיהו הש"ך שם בסקט"ו הוכיח מתוס' בע"ב בד"ה אין משלחין וכו' שמהני רק כשאמר כן בפני עדים ומש"ה כתבו תוס' שם שצריכים שיהיו עדים חתומים על הכתב ששולח המלוה להלוה לשלוח לו את המעות ע"י פלוני או שיהי' כתוב בכתב ידו של המלוה אבל אם השליח מביא כתב סופר לחוד בלא עדים אינו נעשה שליח לקבלה (והרי איירי אפילו באופן שהמלוה מודה ואינו כופר לומר שלא שלח את הכתב) עכ"ד הש"ך. ועע"ש בש"ך שהבין שגם הסמ"ע מודה דבעינן עדים וכמו שהביא הנתיחה"מ בסק"ג שם אלא שהנתיחה"מ הסיק שלא כהבנת הש"ך בדעת הסמ"ע וכהנ"ל.

ועכ"פ ע"ע בנתיחה"מ בסק"ד שם שביאר את סברת הסוברים דלא בעינן עדים בכה"ג, דהיינו משום שהלשון הנ"ל לא מהני מדין שליחות אלא מדין ערב משום דהוי כאומר תן מנה לפלוני (להשליח) ואתחייב אני לך (כלומר שתהי' פטור ממה שאתה חייב לי), והיכא שמהני מדין ערב לא בעינן עדים, והביא הנתיחה"מ שיש שתי דעות בשט"מ בב"מ דף צ"ח באם הוי משום שליחות או משום ערבות. וע"ע בנוגע לצדדים אלו בדברי הנתיחה"מ בסי' קכ"ב סק"ג.

שלג) בענין שיטת הרמב"ן במלחמות.

הנה זה לשונו של המלחמות בסוגיין,

ועדיין יש לפרש מילתא דשמואל דאמר אין משלחין מעות בדיוקני, הוי יודע כי השליח שעשאו בעדים ואמר לו לך בשליחותי לפלוני להביא לי מעותי, ידו כיד שולחו, דקי"ל שולחו של אדם כמותו, אבל הדיוקני אינו ממנה אותו שליח שיהי' שולחו ויקבל מעותיו, אלא שכתב לו תן לפלוני כך וכך מעות שלי וחותרם דיוקנו באותו שטר והעדים מעידים שהוא דיוקנו אבל אינן מעידים על מה שכתוב בשטר, ואין זה שולחו של אותו משלח אלא כממציא לו שליח הוא, מאחר שלא אמר שלח לי מעותי על ידי זה שהוא שולחי שמניתיו שליח אלא כתב לו סתם, בזה אמר שמואל אין משלחין דאי הוי שליח הוי ממנה לי' בפני עדים וכתב לי' שטרא בהכי וכו' עכ"ל.

הרי שהזכיר הרמב"ן בתוך דבריו ב' נוסחאות, נוסח א' שהוא מזכיר מפורש שהוא שולחו, ונוסח ב', שהוא רק מצוה לפלוני לתת את המעות לידי אדם זה. ומלשונו מבואר שהוא סובר שהציור של דיוקני איירי כשהחתים את הדיוקני שלו על הנוסח השני, אבל אם הי' מחתימו על הנוסח הראשון, אז גם שמואל הי' מודה שהוא נעשה שליח לקבלה.

ודע שהנתיחה"מ בסי' קכ"א סק"ד הבין שהרמב"ן סובר שהנוסח הראשון הוא הציור של המחלוקת שבין רבה ורב חסדא בשליח שעשאו בעדים, וההלכה היא כרב חסדא.

גם ביאר הנתיחה"מ שהרמב"ן סובר שלעולם בעינן שיאמר המשלח לשון של

בזה בדבריו וכן לעיל כאן בהערה הקודמת.

(* אי נמי אפילו אם לא אמר המלה לקבלה, עיין

הרי אתה שליח לקבלה וכדומה*), ושבלא זה לא יועיל אפילו לפי רב חסדא, ואפי' אם אמר אמור לפלוני בשמי שישלח על ידך, וכן ביאר הנתייה"מ שהבין הש"ך את כוונת רש"י כמו שביארנו בהאות הקודמת. והשוה הנתייה"מ בזה את דעת רש"י ודעת הרמב"ן יחד. מיהו צ"ע על ביאורו של הנתייה"מ, דהא מדברי הרמב"ן חזינן להדיא שהוא סובר שאפילו אם יאמר לו רק את הנוסח השני בפני עדים, גם בכה"ג הרי הוא נעשה שליח לקבלה אע"פ שלא אמר הרי אתה שליח, דהא חזינן שדקדק הרמב"ן לומר בהציור של דיוקני שאין העדים מעידים על מה שכתוב בתוך הכתב, והיינו משום שאילו היו מעידים על מה שכתוב בתוך השטר שהוא מצוה לשלוח ע"י האדם הזה, אז סובר הרמב"ן שבודאי הוי שליח לקבלה, וא"כ צ"ע על הנתייה"מ איך רצה לומר שהרמב"ן סובר בזה כמו פירושו בדעת רש"י שאפילו לפי רב חסדא בעינן תמיד שיזכיר מינוי שליחות לקבלה. ועכ"פ חזינן שהנתייה"מ הבין בכוונת הרמב"ן שכשהוא אומר את הנוסח הראשון בפני עדים פליגי בזה רבה ורב חסדא, ואנחנו הוכחנו לעיל בסמוך שהרמב"ן סובר שגם הנוסח השני מועיל כשהוא אומר כן בפני עדים. אלא שנראה פשוט שגם כשהוא אומר את הנוסח השני בפני עדים גם זה תלוי במחלוקתם של רבה ורב חסדא, ורק לפי ר"ח יהי שליח, ואי אפשר לומר שהרמב"ן סובר שגם רבה מודה לזה (כדעת הרא"ש), דהא מבואר מדברי הרמב"ן שהנוסח הראשון עדיף טפי מהנוסח השני, דהא כבר כתבנו שמבואר בדבריו שחתימת דיוקני מועילה על הנוסח

הראשון לכו"ע אבל לא על נוסח השני לפי שמואל, וא"כ אם רבה סובר שהנוסח הראשון אינו מועיל לשויו שליח לקבלה אפילו כשהוא אומר כן בפני עדים א"כ מוכרח שה"ה להנוסח השני.

ועכ"פ לפי כל זה דברי הרמב"ן צ"ע, והיינו משום שמכיון שהיכא שעשאו שליח בעדים אין הבדל בין הנוסח הראשון להנוסח השני, ואין כאן שום עדיפות להנוסח הראשון, אלא בשניהם פליגי רבה ורב חסדא אהדדי, א"כ מהיכא תיתי לומר שלגבי דיוקני שפיר יש חילוק ביניהם, ושבהציור הראשון יודה שמואל לרבי יוחנן.

ולכאורה נראה לפרש את כוונת הרמב"ן דלא כהנתייה"מ, אלא שהנוסח הראשון שהזכיר, דהיינו כשהוא אומר הרי אתה שליח, הוא נוסח גמור של שליחות לקבלה גם לפי רבה, והוי ממש כאומר התקבלתי, ולא בעינן בכה"ג שום הוכחה של "טרח" (רק שנקט הרמב"ן שעשאו בעדים משום שאל"כ מנא ידעינן, עיין בתוס'), וזהו גם הטעם למה כו"ע מודים שגם דיוקני מועיל בזה, והמחלוקת של רבה ורב חסדא היא רק בהציור של הבא לי מעותי או בהציור של אמור לפלוני לשלוח על ידך.

ולפ"ז אתי שפיר מה שכתב הרמב"ן שבנוגע להנוסח הראשון קי"ל דהוי שליח משום ההלכה דקי"ל ששלוחו של אדם כמותו, דאם נאמר שכוונתו היא להמחלוקת של רבה ורב חסדא א"כ אין זה טעם מספיק, דהא נהי ששלוחו של אדם הוא כמותו אבל מ"מ אכתי יתכן שאין הנוסח הנ"ל מוכיח על מינוי שליחות, אבל לפי מה שביירנו שהרמב"ן סובר שבכה"ג כו"ע

מודים שהוא נעשה שליח לקבלה משום שהנוסח הנ"ל הוא נוסח מפורש ופשוט של שליחות לקבלה א"כ שפיר סתם הרמב"ן שבכה"ג בודאי הוי שליח משום הדין הכללי של שלוחו של אדם כמותו.

ש"ד) לא הוי שליח.

א. עיין בתוס' שהקשו דמכיון שגילה המפקיד דעתו שהשליח הוא אדם נאמן אצלו א"כ גם לפי רבה צריך הנתבע להיות פטור משום ששומר שמסר לשומר פטור בכה"ג. והנה לכאורה הי' אפשר ליישב דאיירי הש"ס בהחזרת מלוה או שאלה או גזילה אשר בכה"ג לא שייך לפטור את המחזיר מהטעם הנ"ל, דהא אפילו באופן שפוטרים שומר שמסר לשומר, הרי זה רק ממה שהראשון עצמו הי' פטור, דקמ"ל שלא מיקרי שפשע על ידי זה שמסר להשני, אבל אכתי אין הראשון נפטר מהחיובים שלו, והרי בהציורים הנ"ל חייבים באחריות ואין שום טענת פטור, וא"כ לא שייך לפוטרו משום זה שמסרו לנאמן.

[מיהו רש"י בע"ב גבי דיוקני פי' דאיירי בפקדון*], וא"כ לפי רש"י שפיר יש מקום לקושיית תוס', דהא דוחק לאוקמא רק בשואל שחייב אפילו באונסין. מיהו באמת אפילו אם איירי בשומר חנם אבל אכתי א"א להקשות על רש"י שם את קושיית תוס', והיינו משום שי"ל שלא איירי כלל

באופן שבעל הפקדון מודה שהאמינו, דהא לפי פירושו של רש"י שם בדיוקני י"ל שטענת בעל הפקדון אינה שלא נתכוין לעשותו שליח לקבלה, אלא איירי שבעל הפקדון טוען שמעולם לא מסר את הדיוקני להשליח אלא השליח גנבו או זייפו, א"נ שטוען בעל הפקדון שמסר לו את הדיוקני לשם דברים אחרים ולא כדי לגבות את הפקדון, וא"כ הרי בהני גווני לא שייך קושיית תוס' דהא בעל הפקדון טוען שמעולם לא האמינו על הפקדון.]

והנה עיין בפ"י שצידד לומר שלעולם קושיית תוס' קיימת שפיר גם על מלוה, והיינו על פי מה שהביא שם לצדד שהיכא שמסר השואל למי שהבעלים רגילים להפקיד אצלו הרי השואל פטור מהחיוב של אונסין (ואע"פ שהשני פטור על הדברים האלו וכגון שהוא ש"ח או ש"ש), ודלא כמו שנקטנו עד עכשיו**), ולכן גם הלוה פטור היכא שמסר למי שהמלוה רגיל להפקיד אצלו או למי שנאמן אצלו.

מיהו באמת אכתי יש לחלק בין פקדון להלוואה, והיינו משום שאולי רק בשומרים מהני מה שהוא מוסר למי שהמפקיד רגיל להפקיד אצלו כיון שהמפקיד גילה כבר דעתו שניחא לי' בשמירה, משא"כ בהלוואה הרי המלוה לא גילה את דעתו כלל דניחא לי' בשמירה.

ועכ"פ עיין בנתיחה"מ בסי' קכ"א סק"ה

** וע"ע בפ"י שכתב שמתירוצם של תוס' משמע שבאמת אינו נפטר, אלא שצידד שאולי רק כאן הרי זה כך כי תחילת המסירה להשליח היתה בפשיעה ולכן הרי הוא נשאר חייב אע"פ שהבעלים רגילים להפקיד אצלו.

* ולכאורה פי' כן משום שעל מלוה לא שייך קנין אגב שנוכר להלן שם, וכן העיר הרשב"א על הגמרא שם, אלא שצ"ע מלשון "מסיק" להלן בגמ' שם וכמו שהעיר הרשב"א דלשון זה משמע מלוה.

דמבואר בדבריו דלא כהפ"י, אלא שקושיית תוס' קשה רק על פקדון ולא על הלואה (וגם הפ"י כתב שמלשון התירוץ של תוס' משמע שקאי על פקדון), וכן הביא שם שאפילו אם מסר הלואה את המעות לאשתו של המלוה לא מיפטר מאחריות על ידי זה, וכתב שמה שהמשיך הש"ך שם את דברי תוס' גם על הלואה הרי זה טעות סופר.

ב. והנה תוס' תירצו על קושייתם שמ"מ חייב הנתבע משום ששלחם בדרך מסוכנת, וממילא מיקרי שהוא עצמו פשע*). ולכאורה יש לתמוה דהא סוף סוף המפקיד ניחא לי' בזה שהרי הוא שלח לו את השליח להביאם, וא"כ איך שייך לחייב את השומר.

מיהו יש ליישב בפשיטות שתוס' איירי באופן שהי' יכול לשלוח בדרך אחרת שאינה מסוכנת ולכן שפיר חייב השומר עבור זה שצוה את השליח להוליכנו בדרך המסוכנת (ובאמת בכה"ג מסתבר לומר שאין השני נעשה שומר כלל, דהא בודאי שבכה"ג אין רצונו של הבעלים בשמירתו של השני אע"פ שהוא אצלו אדם נאמן).

אבל לפי רב חסדא שסובר שהוא שפיר נעשה שליח לקבלה, אז מתייחסת הפשיעה להשליח עצמו ולא אל השומר כיון שהוא מסתלק ע"י קבלת השליח. מיהו יש לפקפק בזה, ועוד דאם השליח מקבלו בכוונה תחילה לפשוע א"כ בודאי שבכה"ג לא ניחא לי' להבעלים בקבלתו ואין הראשון מסתלק, וצ"ע.

וע"ע בש"ך בסי' קכ"א סק"ה.

גם ראיתי מתרצים שלעולם איירי תוס' באופן שהי' שייך לשלוח רק בדרך מסוכנת, רק שאע"פ שהמפקיד רוצה שישלחנו, והרי הוא מוחל לו שלא ישמרנו, אבל מ"מ אכתי חייב השומר, והיינו משום שתוס' סוברים שהחויב תשלומין של שומר אינו תלוי בהחויב שמירה, אלא אפילו באופן שנפטר מלשמור, אכתי הרי הוא נשאר חייב בתשלומין, ולכן שפיר מתחייב כאן השומר, דכיון שהשליח אינו נעשה שליח לקבלה ואין כאן חזרה להבעלים, הרי השומר נשאר בהחויב תשלומין שלו אע"פ שהוא נפטר מהחויב שמירה ע"ז שהמפקיד ציווהו לשלחו בדרך מסוכנת.

ועל פי היסוד הנ"ל ביאר הקו"ש בקידושין אות צ"ב את דעת הראב"ד שהביא שם שסובר ששומר אינו יכול לחזור בו מהשמירה, והקשה הרשב"א עליו מאי שנא מפועל שיכול לחזור אפילו בחצי היום, וביאר הקו"ש את כוונת הראב"ד כהנ"ל, דהיינו שלעולם הרי הוא שפיר יכול לחזור מחויבו לשמור וכמו שפועל יכול לחזור אפילו בחצי היום, אבל בכל זאת אכתי הרי הוא נשאר חייב בתשלומין משום שהחויב תשלומין שלו אינו בגדר תוצאה ותולדה מהחויב לשמור. ועוד ביאר שם שהרשב"א שהקשה על הראב"ד הרי הוא סובר שהחויב תשלומין הרי הוא שפיר בגדר תוצאה ותולדה מהחויב שמירה (ודע, שראיתי מקשים על זה ממה שכתב השט"מ בדף ק"ו ע"ב בשם הראב"ד שאין מתחייבים על פקדון של קטן משום שגם הקטן עצמו לא הי' יודע איך לשמרו,

(* ועיין להלן בסק"ד מה שהבאנו מהרשב"א.

מסוכנת (ואפילו על דברים שהי' הוא עצמו פטור עליהם) והיינו משום הדין של שומר שמסר לשומר חייב.

ד. והנה הרשב"א כאן תירץ את קושיית תוס' בדרך אחרת וז"ל, וי"ל דאה"נ כל שלא אירע בו דבר שהי' מתחייב בו השומר הראשון, והשני פטור, אבל אם אירע בו דבר שהשומר הראשון חייב בו והשני פטור לא מיפטר מחיובו, שלא אמרו פטור אלא שלא פשע השומר כשמסרו להשני, ולאפוקי ממ"ד דאפילו ש"ח שמסר לש"ש ונגנבו חייב וכו', אלא שעדיין קשה לי דא"כ בש"ח פטור בין לרבה ובין לרב חסדא שהרי נכנס השני תחתיו דראשון כל שהוא נאמן לו השני לראשון, ועוד צריך לי תלמוד עכ"ל. והנה מקושייתו האחרונה חזינן דס"ל שאע"פ שלא נפטר שומר שכר מהחייבים שלו דהיינו גניבה ואבידה אבל בכל זאת שומר חנם שפיר מיפטר אם פשע השני, והשני לחוד חייב, דאל"כ הרי שפיר י"ל שפליגי גם בשומר חנם באופן שפשע השני ופליגי בענין אם המפקיד יכול לתבוע מהראשון, וא"כ מוכח דס"ל שבכה"ג שפיר מיפטר השומר הראשון. ולכאורה הרי זה משום שבכה"ג הרי הבעלים יכולים לתבוע מהשני ומכיון שהשני נאמן עליהם הרי הראשון יכול לומר אוקמא לך גברא בחריקאי, ועיין בפוסקים בזה, וכן בפ"י על תד"ה הכי קאמר שכתב לחלק כהנ"ל.

מיהו היכא שהשומר הראשון רוצה להיות פטור על ידי שבועתו של השומר השני אכתי יתכן ששייך הטעם של את מהימנית לי בשבועה איהו לא מהימן.

ואילו לפי הראב"ד הנ"ל שהביא הקו"ש צ"ע, דמה בכך, דהא נהי שזהו סברא לומר שאינו חייב לשמור אבל מ"מ אכתי יתחייב בתשלומין גם בלא החיוב לשמור. מיהו י"ל בפשיטות שסברת הראב"ד בדף ק"ו היא סברא גם בנוגע לתשלומין די"ל שכוונתו היא לומר שמכיון שאין הקטן יודע לשמור הרי החפץ נחשב מעיקרא בגדר אבוד ממנו ולא מיקרי בכלל שהשומר גרם הפסד, ויש לדחות. וע"ע לעיל ב"המשך פרק מרובה" כ"ו קטע "וכדברי הראב"ד נפסק.

ג. עכ"פ מתירוצם של תוס' יוצא שבפקדון הסיבה היחידה לחייב לפי המ"ד שסובר שלא הוי שליח היא משום סכנת הדרך. וכתב הש"ך בסי' קכ"א סקי"א שזהו שלא ככל הפוסקים שסוברים שבממציא השומר נשאר חייב בכל גוונא ואפילו כשלא היתה הדרך מסוכנת, וא"כ אכתי קשה על הפוסקים הנ"ל כקושיית תוס', דהא שומר שמסר לשומר פטור בכה"ג שהשני נאמן אצל הבעלים.

וכתב הש"ך שהם מתרצים את קושיית תוס' שמעולם לא היתה כוונת המפקיד להאמין על עצמו את השליח אלא רק לומר להשומר שהוא מוחזק בנאמנות ואי סמכת סמוך אבל לא שהוא עצמו סומך עליו*), וסיים שאולי גם תוס' מודים שבהציור של ממציא לא היתה כוונת המפקיד להאמינו, ולכן השומר יהי' חייב אפילו אם אין הדרך

(* לכאורה צ"ע משום שבכל זאת מה שייך לחייב את השומר הראשון, דהא מאחר שהמפקיד מראה שאינו מקפיד א"כ לא שייך להחשיב את השומר הראשון לפושע.

שליח ב"ד ל"ש עשאו נגזל ל"ש עשאו גזלן.

לכאורה בהציוור של עשאו נגזל לא בעינן תקנת השבים אלא הרי הוא שלוחו דאורייתא של הנגזל, דהא הכוונה היא שהוא מסכים שיהי' שליח לקבלה, וא"כ צ"ע למה צריכים בכה"ג לב"ד. ועיין במלחמות שכתב וז"ל, דשליח ב"ד שעשאו גזלן מפני תקנת השבים הוא דהוי שליח דתקיננו לי' רבנן שאם ירצה גזלן ליתן לשליח ב"ד לא יהא צריך לילך אחריו למדי וכו' ולעולם אם לא רצה אין כופין אותו בכך דלאו בעל דברים דידי' הוא, ושליח ב"ד שעשאו נגזל נמי, ודאי אם מת הוא, איבטלא לי' שליחות לגמרי, דב"ד גופייהו ושליחא דידהו מכח מאן קאתו, מכח נגזל, איתי' לנגזל איתניהו לכולהו, ליתי' לדידי' ליתניהו וכו' עכ"ל. ומשמע מדבריו שמיקרי בכה"ג שהוא השליח של הנגזל גם בלא תקנת השבים עיי"ש.

שלו) ושלח הלה ונטל את שלו.

עיין ברש"י בד"ה פטור דמשמע דאיירי באופן שנטלו הנגזל גופי' ולא שלוחו, ויש לדחות. ועכ"פ מלשונו של ר"ש בן אלעזר של "ושלח הלה ונטל את שלו" משמע שאיירי באופן שנטלו שלוחו של הנגזל, אלא שא"כ לכאורה קשה מזה על המ"ד שסובר ששליח שעשאו בעדים לא הוי שליח. ואולי הכוונה היא ששלח אותו הנגזל באחד מהלשונות שמועילות לכולי עלמא.

ועיין בתוס' רי"ד שתירץ שאפילו אם שליח שעשאו בעדים לא הוי שליח, הרי

זה דוקא כששלח הנגזל את השליח אל הגזלן עצמו, משום שבכה"ג הרי הוא יכול לומר שכוונתו היתה רק להמציא לו שליח, אבל היכא ששלחו לקבלו מיד השליח ב"ד שעשה הגזלן, אז אינו יכול לומר כן, משום שבאמת אין רשות להשליח של הגזלן לעשות שליח אחר, וא"כ בע"כ צ"ל שהנגזל התכוין באמת לקבלו בזה.

שלז) בענין הנ"ל.

וע"ע בשט"מ ד"ה ליתני מש"כ בשם הרא"ש.

דף ק"ד ע"ב

שלח) אין משלחין מעות בדיוקני.

הנה בדרכם הראשון כאן סוברים תוס' ששמואל ורבי יוחנן פליגי כשיש דיוקני על תוכן השליחות, דהיינו שפלוגי ישלח לו את המעות ע"י שליח זה, אבל יש עדים רק על אמיתות הדיוקני, אבל כשיש עדים על תוכן השליחות לכו"ע משלחין, וכן בדרכם הראשון לעיל בע"א פירשו שר"ח ורבה פליגי כשיש עדים רק על מינוי השליח, אבל כשיש עדים על תוכן השליחות לכו"ע מהני. ובדרכם השני, גם לעיל וגם כאן, פירשו שרבה ורב חסדא, וכן שמואל ורבי יוחנן, פליגי גם כשיש עדים על תוכן השליחות. ועכשיו נבאר את הנ"ל.

עיין בתוס' שפירשו וז"ל, פי' אם אמר לסופר כתוב לפלוני שישלח לי מעות ע"י פלוני, ואח"כ חתם בדיוקני שלו, ואפילו

עדים חתומים עלי' שהיא דיוקני שלו, אינו מועיל, אבל אם היו חתומים על זה שאמר לי' לשלוח על ידו, אז הוי שליח, א"נ כתב בכתב ידו שלח ע"י פלוני עכ"ל. הרי שכתבו תוס' שאילו היו עדים חתומים על גוף תוכן שליחות, דהיינו שאמת הוא שצוה להסופר לכתוב שפלוני ישלח לו מעותיו ע"י שליח זה, אז לכו"ע ה' מועיל לשויו שליח לקבלה, כי הרי זה שוה להיכא שאמר להשליח בפני עדים לומר לפלוני לשלוח על ידו, שהרי גם כאן הרי הוא מצוה להסופר בפני עדים לכתוב לפלוני שישלח על ידי שליח זה, ובכה"ג הוי שליח בין לרבה ובין לרב חסדא, רק שאירי באופן שאין עדים על גוף תוכן השליחות אלא רק על אמיתות הדיוקני, ועל תוכן השליחות יש רק את הדיוקני. ולפ"ז יוצא שדיוקני על תוכן השליחות הוא יותר גרוע מעדים על תוכן השליחות, וסובר שמואל שדיוקני על תוכן השליחות אינו מועיל אע"פ שעדים על תוכן השליחות מועילים.

והנה לפי דרכם הנ"ל של תוס' שדיוקני על תוכן השליחות הוא יותר גרוע מעדים על תוכן השליחות, ואילו ה' מחתים עדים על תוכן השליחות גם שמואל ה' מודה, א"כ יש לעיין למה לא פירשו דאירי בציוור שכתוב בתוך הכתב רק לשון של מינוי שליחות דהיינו שאמר לסופר לכתוב שצוה את השליח לקבל את המעות (ולא אמר להסופר לכתוב ציווי להפלוני לשולחם ע"י השליח) והיו יכולים לפרש ששמואל ורבי יוחנן קאי אליבא דרב חסדא שסובר שהיכא שאמר כן בפני עדים שפיר הוי

שליח (ובאמת כן סובר רבי יוחנן לעיל), רק דפליגי באופן שלא החתים עדים על מה שכתב שעושהו שליח אלא על הדיוקני לחוד, ועל מינוי השליחות יש רק את הדיוקני שהוא גרוע מעדים וכהנ"ל. וי"ל שלא פירשו תוס' כן משום שלפ"ז יוצא שבין שמואל ובין רבי יוחנן קאי אליבא דרב חסדא ולא כרבה, ולכן פירשו באופן שמתוקמא פלוגתייהו גם אליבא דרבה.

ובפירושם השני שכתבו תוס' כאן בסוף דבריהם נוקטים תוס' שלעולם גם אילו היו העדים חתומים על גוף תוכן השליחות, דהיינו שיש עדים שאמר להשליח לומר להפלוני לשלוח על ידו, או אם ה' כותב כן להשליח בכתב ידו, גם בהני גווני פליגי רבה ורב חסדא כיון שלא אמר להפלוני בפניו, וגם בכה"ג סובר רבה שלא הוי שליח. ולפ"ז יש לפרש בב' דרכים: א', שדיוקני על תוכן השליחות הוא על אותה מדריגה כמו עדים על תוכן השליחות, ושמואל ס"ל כרבה ורבי יוחנן ס"ל כרב חסדא, וכמו שסובר באמת רבי יוחנן להדיא לעיל בע"א, ולית להו לתוס' עכשיו מה שנקטו בדרכם הראשון שדיוקני גרע מעדים, ב', שגם עכשיו קיימי תוס' בסברתם הראשונה שדיוקני על תוכן השליחות גרע טפי מעדים על תוכן השליחות, ושעדים היו מועילים גם לפי שמואל כי רבי יוחנן ושמואל סוברים כרב חסדא ופליגי בענין אם דיוקני על תוכן השליחות גרע מעדים על תוכן השליחות או לא, אשר לפ"ז צ"ל שבין שמואל ובין רבי יוחנן ס"ל כרב חסדא ולא מתוקמא דברי רבה לא כשמואל ולא כרבי יוחנן, כי

לפי שניהם עדים מועילים, ודלא כדרכם הראשון שלא הי' ניחא להם בזה וכמו שביארנו.

(ולפי פירושם השני הי' אפשר לפרש שאיירי גם באופן שכתב הסופר לשון של מינוי שליחות וחתם דיוקני עליו, ולא לשון של שלח ביד פלוני.)

והנה מדברי תוס' בד"ה ורבי יוחנן מבואר כהדרך הראשון שכתבנו בדרכם השני של תוס', שהרי כתבו שם להדיא ששמואל סובר כרבה. ועל כל פנים זה מיהא נראה פשוט שדבריהם שם הם כפירושם השני בד"ה אין משלחין, דהא לפי פירושם הראשון שמואל יכול לסבור גם כרב חסדא, שהרי לפי פירושם הראשון יוצא ששמואל פוסל דיוקני על תוכן השליחות אע"פ שעדים על תוכן השליחות היו מועילים לכו"ע, וכמו שביארנו שלפי פירושם הראשון דיוקני הוא יותר גרוע מעדים, וא"כ אולי בהציור של שליח שעשאו בעדים יסבור שמואל כרב חסדא, רק שבכל זאת דיוקני לא מהני.

עוד כתבו תוס' בד"ה ורבי יוחנן וכו' שעיקר חידושו של רב יוחנן הוא שבלי עדים לא מהני הדיוקני ואין הנתבע נפטר, אבל זה פשוט שאם יש עדים על הדיוקני הרי הוא שפיר נפטר דהא כבר אמר לעיל ששליח שעשאו בעדים הוא שליח וא"כ הה"נ לדיוקני כשיש עדים על הדיוקני. ונראה שגם בזה אזלי לפי פירושם השני בד"ה אין משלחין וכהדרך הראשון שכתבנו שהרי לפי הדרך הנ"ל עדים על אמיתות הדיוקני שהחתים על תוכן השליחות הוא על מדריגה אחת כמו עדים על תוכן השליחות, ולכן שפיר כתבו

שמכיון שכבר אמר רבי יוחנן ששליח שעשאו בעדים הוא שליח א"כ הה"נ לשליח שעשאו בדיוקני כשיש עדים על הדיוקני, אבל לפי פירושם הראשון בד"ה אין משלחין, וכן לפי פירושם השני שם לפי הדרך השני שכתבנו, הלא שמואל סובר שעדים על דיוקני הם יותר גרוע מעדים על תוכן השליחות וא"כ שפיר הוצרך רבי יוחנן לומר שעדים על דיוקני שפיר מועיל, וכן איתא במהרש"א שכן י"ל לפי פירושם הראשון של תוס' לעיל.

ועיין במהרש"א שכתב ביאור אחר בזה, דעיי"ש שביאר שלפי פירושם השני איירי רבי יוחנן כאן באופן שיש עדים גם על גוף תוכן הכתב, וזוהי כוונת רבי יוחנן במה שאמר שאם יש עליו עדים משלחין (או שכתב בכתב ידו), ושמואל סובר שגם זה לא מהני משום שלא סגי לא בדיוקני וכן לא בעדים משום דס"ל כרבה לעיל, ולכן כתבו תוס' שלפי רבי יוחנן אין חידוש במה שמהני כאן, דהא גם בלי הדיוקני הרי מהני מכח העדים וכשיטתו ששליח שעשאו בעדים הוא שליח, ולכן כתבו שכל החידוש הוא מה שבלי עדים אין הדיוקני מועיל.

שלט) אין משלחין מעות בדיוקני.

כתבו תוס' וז"ל, פירוש אם אמר לסופר כתוב לפלוני שישלח לי מעות ע"י פלוני ואח"כ חתם בדיוקני שלו ואפילו עדים חתומים עלי' שהיא דיוקני שלו אינו מועיל אבל אם היו חתומים עדים על זה שאמר לי' לשלוח על ידו אז הוא שליח עכ"ל. פי' דאזלי השתא כמו פירושם הראשון לעיל בע"א בד"ה שליח וכו' שאם המשלח אמר

להשליח לומר להנתבע לשלוח על ידו, לכו"ע הוי שליח לקבלה, וא"כ ה"ה אם אומר להסופר לכתוב כן בשמו וחתם עליו עדים או שכתב כן בכתיבת ידו. ומבואר מתוס' דבעינן דוקא שיהיו עדים חתומים על הלשון הנ"ל, אבל בלא עדים לא אמרינן שהיתה כוונתו לעשותו שליח לקבלה, דאל"כ למה הוצרכו שיהיו עדים חתומים (שהרי תוס' לא כתבו דאיירי כאן באופן שהכחיש המלוה את השליח וטען שלא שלחו). ולפ"ז צ"ל שגם לעיל, בהציור שאומר להשליח לומר להלוה לשלוח על ידו, כוונתם היא שאמר כן להשליח בפני עדים. ועיין לעיל באות של"ב סק"ב שהבאנו את דעות הפוסקים בזה בדעת תוס'.

שמ) תד"ה אין משלחין.

וז"ל, וי"ל דהני מילי בשמות חכמים דפקיעי וכו' עכ"ל. עיין בש"ך בסי' קכ"א סקי"ד ובנתי"מ שם סק"ז דמבואר בדברי הנתי"מ שם שהטעם של תוס' הוא משום שסימנים מפורסמים נחשבים כמו חתימת ידו ממש על הכתב של הסופר, והיכא שחתם ממש על הכתב של הסופר הרי זה כאילו כתב את כל הכתב בכתב ידו ממש. ובש"ך שם בסקי"ג כתב שכוונת תוס' בהחילוק הזה היא באמת רק לפי פירושם לעיל שהדיוקני הי' חתום על תוכן השליחות שישלח לו מעותיו, אבל לפי רש"י שפירש דאיירי באופן שהשליח הביא רק את הדיוקני לחודי' בלי שום כתב, ואמר השליח מעצמו שהמלוה שלחו, יתכן שאפילו דיוקני של גדולי הדור לא מהני (ולכאורה טעמו של הש"ך הוא משום

שאפילו ע"י סימנים מפורסמים אכתי אין כאן לפנינו שום הוכחה על גוף השליחות). וכן אפילו היכא שהדיוקני חתום על גוף הכתב אבל אם כפר המלוה לומר שמעולם לא עשאו שליח אלא שהוא גנב או זייף את הדיוקני, גם בציור זה לא יעזור כלום מה שהם סימנים מפורסמים.

ובשלטי הגבורים ראיתי שחילק את החילוק הנ"ל בין דיוקני מפורסם לאינו מפורסם לענין אם יכול הבעלים לכפור ולטעון שבכלל אין הדיוקני שייך לו, דבסימנים מפורסמים אינו יכול לטעון כן כיון שהם סימנים מפורסמים, ועל זה קיימא חילוקם של תוס'. מיהו לא הבנתי דבריו, דהא איירי כאן כשיש עדים על הדיוקני כמש"כ שם, וא"כ גם כשאינו דיוקני מפורסם אמאי יכול לכפור, ואם איירי באופן שטען המלוה שהשליח זייפו א"כ גם בסימנים מפורסמים אמאי לא יוכל לטעון כן. ויש ליישב.

שמא) ורבי יוחנן אמר אם יש עליו עדים משלחין.

צ"ע מה היא פעולת העדים הלא גם בלא זה אין מי שכופר שזהו הדיוקני שלו (מיהו הרמב"ם פי' שאיירי באופן שהמלוה כופר עיי"ש ובמל"מ). וצריך לומר שהסיבה למה הוא נעשה שליח לקבלה הוא דוקא משום שטרח לחתום עדים שהוא הדיוקני שלו, ולא סגי בה"טרח" של עצם חתימת הדיוקני, משום שי"ל שכוונתו במה שחתם את הדיוקני היתה רק כדי להאמין את דברי השליח אצל הנתבע. גם י"ל שלעולם הסיבה למה הוא נעשה

שליח לקבלה הרי הוא בגלל "הטרחה" של עצם חתימת הדיוקני, והא דהחתים עליו עדים הרי זה משום שאיירי באופן שאין הלוח או השומר מכיר את הדיוקני מעצמו ולכן הוצרך להחתים עליו עדים. גם עיין בדרכו של המהרש"א שהבאנו לעיל בסוף אות של"ח.

שמב) דלמא אדאתית שכיב רבי אבא.

פירש"י וז"ל, דזקן הוא וכו' עכ"ל. הנה לכאורה כוונת רש"י היא ליישב את קושיית הראשונים מהא דקי"ל שלא חיישינן למיתה, ועל זה תירץ ששאינו רבי אבא שהי' זקן. מיהו עיין ברשב"א שתמה על זה ממתניתין דגיטין דף כ"ח דגם בזקן או חולה לא חיישינן למיתה, ובודאי שדוחק לומר שכוונת רש"י היא רק להיכא שהגיע לגבורות אשר בכה"ג מבואר שם ששפיר חיישינן. וביש"ש כתב ליישב שנהי שאנן לא חיישינן למיתה אבל מ"מ אכתי מועיל מה שהי' זקן לענין שהוא יכול לדחות את השליח ולטעון שהוא חושש שמא כבר מת המשלח, אבל אם לא הי' זקן אז לא הי' יכול לדחותו. וע"ע בטור בריש סי' קכ"ב שכתב שיכול הנתבע לחשוש למיתה ולא התנה שיהי' זקן אלא משמע שגם אם אינו זקן הרי הוא יכול לחשוש למיתה. ועיין בקצה"ח בריש סימן קכ"ב שכתב עוד ישוב למה הכא חוששין למיתה.

והנה הבעל המאור בסוגיין פי' שמאי דאמרינן שאין משלחין מעות בדיוקני הכוונה היא שאין השליח יכול לכוף את הנתבע לשלוח משום שהוא יכול לטעון

שהוא חושש למיתה. ותמה עליו הרמב"ן וז"ל, דהא קי"ל בענין גט דלא חיישינן למיתה כלל, ואפילו בחולה וזקן שהגיע לגבורות, אלא בגוסס לחוד הוא דחיישינן עכ"ל. ברם יש לתמוה על הרמב"ן דהא כבר הבאנו שבגמרא שם מבואר שבזמן שהגיע לגבורות שפיר חיישינן, דאמרינן שם אמר רבא לא שנו (שלא חיישינן) אלא בזמן שלא הגיע לגבורות, וחולה שרוב חולים לחיים, אבל זקן שהגיע לגבורות וגוסס שרוב גוססין למיתה לא ע"כ, הרי להדיא שבהגיע לגבורות חיישינן, והכוונה היא להגיע לגבורות בלא גוסס, וכן לגוסס בלא הגיע לגבורות.

שמג) דלמא אדאתית שכיב רבי אבא.

פירש"י שהי' חושש שמא ימות ותכתוב השליחות ורב יוסף בר חמא לא ידע מזה ויתחייב באונס הדרך, ועל זה אמר רבא את העצה של קנין אגב. ויש לפרש שדוקא נקטו את החשש של מיתה, אבל אין לחשוש שמא המשלח יבטל את השליחות, משום שאפי' אם יבטל המשלח את השליחות בלי ידיעת הנתבע, והנתבע שלח ע"י השליח מפני שלא ידע אודות הביטול, הרי המשלח אפסיד אנפשי' ויכול הנתבע לומר אני סמכתי על החזקה שלא תבטל את השליחות, וכן הביא הטור בריש סימן קכ"ב בשם בעל העיטור, וגם הרמ"ה בשט"מ כאן בד"ה וכתב הרמ"ה וכו' הסכים לדינו של הבעל העיטור. מיהו הרא"ש כתב ששפיר חוששין לביטול השליחות וכמו שהביא הטור שם. והנה דברינו הנ"ל היו אודות סתם

שליחות, ומעתה יש לעיין מה יהי' הדין היכא שכתב לו המלוה הרשאה, דהיינו שכתב לו פוק דון זוכי ואפיק לנפשך, שזהו יותר משליח רגיל לקבלה. והנה הרא"ש לעיל דף ע' הביא את דעת רב יהודאי גאון שהמשלח יכול לבטל גם לאחר שאמר פוק דון זוכי ואפיק לנפשך, וכתב הרא"ש שם שבכל זאת אם ביטל המשלח את ההרשאה בלי ידיעת הנתבע אין הנתבע חייב באחריותו אם הוא מסר להמורשה, ולכן בכה"ג אין הנתבע צריך לחשוש לביטול ההרשאה. מיהו עיין גם ברא"ש בסוגיין כאן שכתב שהיכא שאמר פוק דון זוכי ואפיק לנפשך הרי השליח מוציא בע"כ ושאיין חוששין לביטול ההרשאה כי בכה"ג לא מהני הביטול, והבין הטור בחו"מ סי' קכ"ב שכוונתו לומר שלא מהני הביטול אפילו אם יודע להנתבע קודם שמסר להמורשה, ודלא כדעת רב יהודאי גאון שהביא הרא"ש בדף ע', אלא לעולם הרא"ש עצמו אינו סובר כרב יהודאי וכמו שמוכיחים דבריו כאן, (ועוד הביא הטור שם שהרמב"ם סובר שגם אחר שאמר פוק דון זוכי ואפיק לנפשך הרי הוא יכול לבטל אבל אם לא שמע הנתבע אודות הביטול אין הנתבע חייב באחריות).

ומדברי הרא"ש בתשובה הביא הטור שם שמיתה גרע מביטול, ושאע"פ שהוא סובר שאין ביטולו ביטול אפילו אם הנתבע שמע אבל מיתה גרע טפי והיא שפיר מבטלת את ההרשאה. מיהו יתכן שהיינו

רק אם הנתבע שמע (משא"כ לאחר אגב כמו שמבואר בטור שם, וע"ע ברמ"א בסעי' א' ובש"ך בסק"ו). והוסיף שם הטור בשם הרמ"ה שאם מת ולא שמע הנתבע, אין הנתבע חייב באחריות הדרך [וכמו שכתב הרא"ש לפי רבי יהודאי גאון לענין אם ביטל את ההרשאה בסתר]*). מיהו זה סותר את דברי הרמ"ה בשט"מ כאן שכתב להדיא גם על היכא שאמר פוק דון זוכי ואפיק לנפשך שאם מת המשלח ולא ידע הנתבע הרי הנתבע חייב באחריותו ולא מיפטר אלא באופן שביטל המשלח את ההרשאה משום שבכה"ג איהו דאפסיד אנפשי', אבל היכא שמת מתבטלת ההרשאה, משא"כ באגב הרי הנתבע נפטר אפילו אם כבר מת המשלח. מיהו הרשב"א בתשובה, הובא בשט"מ כאן, סובר שגם הנוסח של פוק דון זוכי ואפיק לנפשך מהני כמו אגב, והגמרא נקטה חד מתרת, ועיין ביתר דבריו שם.

ועכ"פ הב"י שם בד"ה ומ"ש ואפילו וכו' פירש אחרת את דעת הרא"ש ודלא כהטור, אלא שהיכא ששמע הנתבע שהבעלים ביטלו בודאי מודה הרא"ש שגם לאחר הלשון של פוק דון זוכי ואפיק לנפשך מתבטלת ההרשאה וכדעת רב יהודאי גאון, רק שכוונת הרא"ש כאן במה שכתב שלאחר פוק דון זוכי ואפיק לנפשך לא מהני ביטול הרי זה רק להיכא שביטלו ולא שמע הנתבע מזה, דבכה"ג לחוד לא מהני הביטול כיון שהנתבע לא ידע וכדבריו בדף ע', ועל זה כתב בתשובה

* ואפיק לנפשך, בלי קנין אגב. ועיין ביתר דברי הבית יוסף שם.

* כן כתב הבית יוסף בביאור כוונת הטור דהיינו שדברי הרמ"ה קאי על הציור של פוק דון זוכי

דש"מ) מחלוקתם של הרא"ש והרמב"ן.

עיין בהרא"ש שכתב ששליח סתם, דהיינו בלי הרשאה של פוק דון וזכי ואפיק לנפשך, אינו יכול לכוף את הנתבע לדין משום שחיישינן שמא ביטל המשלח את השליחות, אבל ברמב"ן במלחמות בסוגיין בתחילת דבריו שם מבואר שגם בלא זה אין להשליח שום כח לכוף את הנתבע לדין אלא הרי הנתבע יכול לומר לו לאו בעל דברים דידי את.

שמה) אלמא חומשא ממונא.

א. פירש"י וז"ל, מדאיצטריך לי למיתני אין צריך לילך אחריו אלמא ממונא הוא גבי עכ"ל. ולכאורה יש לתמוה דהא גם אם לא הוי ממונא אלא כפרה, ג"כ איצטריך למיתני שאינו צריך לילך אחריו למדי, דהא רש"י לעיל על המשנה כתב שהטעם למה חייבים להוליך את הקרן למדי הרי הוא משום שעל ידי השבת הקרן הרי הוא מתכפר, וא"כ גם אם חומשא הוי כפרה לכאורה קיימת ס"ד שהוא צריך להוליכנו אחריו למדי כדי להשיג את כפרתו.

ועיין עוד לעיל בדף ס"ה באות ל"ח שהקשינו על דברי רש"י שם שחומשא הוא לשם כפרה, דהא בסוגיין אמרינן שהוא ממונא, ותירצנו שלעולם הרי הוא משום כפרה, רק שכוונת הגמרא כאן היא לומר שצורת הכפרה אינה בדרך מעשה מצוה בעלמא של נתינה, אלא צורת הכפרה היא על ידי שהתורה חייבה אותו בחיוב ממון גמור לשלם חומש להנגזל, ולבסוף הרי

שמיתה שפיר מהני לבטל את השליחות (משא"כ לאחר אגב), דאם איתא שהרא"ש חולק עליו ה"י לו לחלוק עליו כבר בדבריו לעיל על דף ע'.

והנה לפי כל הנ"ל לכאורה יש להקשות על המשך דברי הרא"ש כאן, דעיין בדבריו שהקשה שלפי מה שביאר שלאחר הלשון של פוק דון וזכי ואפיק לנפשך לא מהני ביטול א"כ למאי הלכתא אמרו שהוא רק בגדר שליח, ותי' הרא"ש שהוא רק בגדר שליח לענין שאין המורשה יכול להחזיק את המעות לעצמו אלא חייב הוא לתתם להמרשה, ואילו לפי הנ"ל מעיקרא לא קשה מידי, שהרי הוא שליח לענין זה שמיתה שפיר מועלת לבטל את ההרשאה, וכן לפי הב"י גם ביטול מהני היכא ששמע התובע שביטל.

וע"ע בביאור הגר"א בסי' קכ"ב סק"ד וסק"ח.

והנה שיטת הרמב"ן במלחמות היא שקנין אגב עדיף טפי מהלשון של פוק דון וזכי ואפיק לנפשך, והיינו בזה שהיכא שאמר לו פוק דון וזכי ואפיק לנפשך אם מת ונודע להנתבע מתבטלת ההרשאה, וכן אם נודע לו שביטל את ההרשאה, אבל מן הסתם לא חיישינן לזה, ואם נודע אחר כך שמת או ביטל נפטר הנתבע, אבל היכא שקנה באגב אז אפילו אם נודע להנתבע שמת או ביטל אכתי נשארת ההרשאה קיימת.

ועיין בשיטת הרמב"ם בפ"ג מהל' שלוחין ה"ז שסובר שהיו צריכים אגב משום שאין מטבע נקנה בסודר.

הוא נעשה חוב גמור להנגזל, וזוהי הכוונה במאי דאמרינן בסוגיין שחומשא ממונא הוא, ועיי"ש שביארנו ענין זה באריכות.

ועכ"פ גם לפ"ז אכתי יש להקשות כהנ"ל, דהא גם אם אינו בגדר ממונא אלא גם אם הוא בגדר מעשה כפרה בלי שהתורה קבעתו לחיוב ממון, שפיר איצטריך למיתני שאינו צריך להוליכנו למדי כדי שיתכפר.

גם יש לעיין בסברת הדבר למה מיפטר לפי האמת מלהוליך את החומש למדי, דהנה המפרשים כתבו שהילפותא שאינו צריך להוליך את החומש למדי הוא מהא דכתיב לאשר הוא לו יתננו וגו' בלשון יחיד, דהיינו הקרן, ולא החומש, מיהו הדבר צריך ביאור, דהא סוף סוף יחסר לו כפרת החומש אם לא יוליכנו למדי וכמו שכתבנו שיש לו גם אופי של כפרה, וא"כ איך אפשר לפוטרו. מיהו י"ל שבכה"ג שיעלה לו הוצאות הדרך או טירחה, פטרתו התורה מכל עיקר החיוב כפרה של חומש, וכיפרה לו גם בלי תשלומי חומש, וצ"ע.

ב. והנה התורת חיים בסוגיין כתב שכוונת הגמרא היא לאפוקי שאינו קנס. ולכאורה גם על זה קשה קושייתנו הנ"ל, דהא אפילו אם הוי קנס, בכל זאת איצטריך לאשמועינן שאינו צריך להוליכנו אחריו.

גם צ"ע על התורת חיים מהמשך הסוגיא, דהא בהמשך הסוגיא הוסיפה הגמרא להוכיח שהחומש הוא ממונא מהא דחזינן שהוא משלם חומשא דחומשא, ואילו לפי התורת חיים מה היא הראי' שאינו קנס, הלא גם אם הוי קנס הרי הוא

צריך להתחייב בחומשא דחומשא כשהוא כופר על החיוב של חומש ונשבע, דהא נהי שבפרק שבועת הפקדון מבואר שאם כפר על חיוב קנס ונשבע הרי הוא פטור מחומש, אבל מ"מ הרי הטעם לזה הוא משום שגם על ידי הודאתו ה' פטור משום הדין של מודה בקנס פטור, ואילו הטעם הזה לא שייך כאן, דהא התם איירי באופן שכפר ונשבע שלא עשה את עיקר העבירה שמחייבת את הקנס, ובזה שפיר ה' פטור אם ה' מודה, אבל הכא איירי באופן שכבר נתחייב לשלם את החומש, רק שהוא כופר עכשיו לומר שכבר שילם אותו וכמו שפירש"י על המשנה, וא"כ בכה"ג פשיטא שהוא חייב על שבועתו אפילו אם חומש הוא קנס, דהא אם ה' מודה שלא שילם שפיר ה' חייב לשלמו, וכמו היכא שהוא מודה שנתחייב בב"ד לשלם כפל ושעדיין לא שילם דפשיטא שהוא חייב לשלם וכמו שמבואר במכות דף ג' ע"א. ובאמת גם אם שבועתו השני' היתה שבועה שמעולם לא נשבע והודה בפעם הראשונה, אבל מ"מ גם בכה"ג נראה פשוט שהוא חייב חומשא דחומשא אפילו אם חומש הוא קנס, דהא גם בכה"ג אם ה' מודה ה' חייב, שהרי הוא מחויב ועומד משעה שהודה על השבועה הראשונה וא"כ גם זה דומה להיכא שהודה שנתחייב כבר בב"ד לשלם קנס דלא מיפטר בכה"ג משום מודה בקנס.

ג. והנה בשט"מ הובא עוד ביאור בסוגיית הגמ', והיינו שכוונת הגמ' היא להוכיח דהוי ממונא ולא כפרה מהא דמהני מחילה. ולכאורה צריך ביאור למה לא פירש"י כן. וצ"ל דס"ל ששפיר מהני מחילה גם על

חיוב כפרה, וס"ל שמהני אפילו היכא שהוא בגדר מעשה כפרה בעלמא בלי חיוב ממון, עיין לעיל בדף ס"ה באות ל"ח שביארנו ענין זה באריכות.

ד. לכאורה צ"ע על פירושו של רש"י דמה היא הראי' שחומשא הוא ממונא, דהא נהי שההוה אמינא שהוא צריך להוליכנו למדי הרי הוא משום דהוי ממונא וכמו שפירש רש"י, אבל מ"מ מנ"ל שכן נשאר גם לפי המסקנא, דהא איכא למימר שהטעם של התורה למה לפי האמת אינו חייב להוליכנו למדי הרי הוא משום שבאמת אינו בגדר ממונא.

שמו) ועדיין אני אומר וכו'.

עיין בגמ' דמיייתנן ברייתא דתניא ועדיין אני אומר אימתי אינו משלם חומש על גזל אביו בזמן שלא נשבע לא הוא ולא אביו, אביו ולא הוא, הוא ולא אביו, הוא ואביו מנין, ת"ל אשר גזל וכו'. ולכאורה יש לתמוה דאיך קתני דהוי ממעטינן רק היכא שלא נשבע לא הוא ולא אביו, הלא בכה"ג פשיטא דליכא חומש כיון שאין שבועה, ועיין בפ"י מה שכתב על זה.

ובשט"מ בשם הראב"ד הובאה גירסא אחרת וז"ל, עדיין אני אומר אימתי אינו משלם חומש על גזל אביו בזמן שלא נשבע לא הוא ולא אביו, או הוא ולא אביו, או אביו ולא הוא, אבל נשבע הוא ואביו מנין, והאי דאמרינן לא הוא ולא אביו אגב הנך אחריני נקט ל"י דאי ליכא שבועה כלל ליכא חומש משום דכפרה הוא וכו' עכ"ל. ברם גם לפי הגירסא הזאת צ"ע מה היא ההוה אמינא לחייב בנשבע גם הוא וגם

אביו יותר מהיכא שנשבע האב לחודי' או הבן לחודי', אבל לפי הגירסא שלנו לא קשה כל כך משום שי"ל שמה שנקטו גוונא דנשבע הוא ואביו הרי זה אגב הציוורים האחרים. ומדברי הרמב"ם בפ"ז מהל' גזילה ואבירה נראה שגרס כגירסתינו דהא לא הביא שם כלל את הציור של נשבע הוא ואביו ומשמע דס"ל דליכא שום רבותא מיוחדת בזה.

שמו) ל"צ דאיכא אחריות נכסים.

א. עיין ברש"י שגורס מיד כאן את קושיית הגמ' דאי הכי חומש נמי משלם. ומבואר בדבריו דמיקרי כפירת ממון משום שהבן ה"י חייב להחזיר משום כבוד אביו. ועיין בשט"מ בשם הרא"ש במה שהביא מר"ת דמבואר שדברי רש"י קשים בזה משום שהדין הנ"ל הוא רק משום כבוד אביו, אבל באמת אין כאן שום חיוב ממון, וא"כ הרי זה נחשב ככפירת דברים בעלמא ולא ככפירת חיוב ממון. מיהו בדעת רש"י לכאורה צ"ל שחז"ל עשו מזה חיוב ממון גמור, ומש"ה קא מקשה הש"ס דאמאי קאמרה הברייתא שאין הבן משלם חומש דמשמע שכן נשאת ההלכה למעשה, הלא לבתר שתקנו את התקנה של כבוד אביהן הרי הוא שפיר צריך להתחייב חומש.

ב. ועיין עוד בדברי רש"י שהקשה על הגירסא שלנו דגרסינן שעמד בדין וז"ל, והך העמדה בדין מאי מהני הרי כפר ונשבע ולא הודה וכו' עכ"ל. ותירצו תוס', שהכוונה היא שנתחייב האב על פי עדים, בלי הודאתו.

מיהו לכאורה יש לתמוה דא"כ איך פרכינן שיתחייב הבן חומש על שבועה דידי' דאיך שייך הוה אמינא לחייבו בכה"ג, הלא השבועה של הבן היתה לאחר שכבר באו העדים בחיי האב, והרי לא שייך שבועה המחייבת חומש ואשם לאחר שכבר באו עדים, דהא הרי הוא מחויב ועומד ולא מיקרי כפירת ממון. ועיין בפ"י שהקשה כן אלא שהקפיד להקשות דוקא מצד שב"ד פסקו את הדין על פי העדים.

גם צ"ע דהא בתוך הבריייתא דלעיל חזינן שהי' קיים הוה אמינא שישלם הבן חומש גם בציוור שנשבע אביו ולא הוא והיינו שישלם חומש רק בגלל שהוא הודה שאביו נשבע לשקר. ולכאורה גם על זה צ"ע דלפי תוס' דאיירי שכבר באו עדים א"כ מה שייך הודאה לאחר שכבר באו עדים, ואיזה שם של הודאה יש על זה.

ובהשקפה הראשונה הי' נראה שזה לא קשה מידי משום שכבר כתבו תוס' בריש דף ק"ח שבאמת חייבים חומש גם על הודאה לאחר שבאו עדים. מיהו נראה שאכתי קשה, משום שכבר ביארנו לעיל בדף ס"ג באות כ"א שהסיבה לחייב חומש בהודאה לאחר עדים הרי היא משום שהמכוון בהך הודאה היא לוידי' של תשובה וזה שפיר שייך גם לאחר שבאו עדים אבל אם המכוון היא להודאת בעל הדין של ממון א"כ בודאי לא שייך הדין הזה של הודאה לאחר שכבר באו עדים,

דהא מחויב ועומד הוא ואין הודאתו מוסיפה כלום, וא"כ בע"כ צ"ל שהמכוון בהך הודאה היא לוידי' על החטא של השבועה וכהנ"ל, וא"כ לפ"ז כ"ש שצ"ע איך שייך הוה אמינא שהבן ישלם חומש היכא שנשבע אביו ולא הוא והודה הבן וכדקתני בתוך הבריייתא, דהא מה שייך לגבי הבן ההודאה של וידי' מאחר שהוא עצמו לא נשבע לשקר, וגם אם ס"ד שהדין האמור בזה הוא הודאת בעל דין של ממון ג"כ קשה שהרי לאחר שבאו עדים לא שייך הדין הזה של הודאה וכהנ"ל*).

וע"ע לעיל בדף ס"ג באות כ"א מה שהוספנו בענין זה.

ג. עיין עוד ברש"י שהקשה וז"ל, ועוד דקמשני כשעמד בדין מכלל דעד השתא בשלא עמד בדין והא נשבע הוא ואביו קתני מכלל דבב"ד הוה עכ"ל.

הנה השט"מ בשם התוס' שאנן תירץ את קושייתו על פי מאי דתנן להדיא בפרק שבועת הפקדון שהוא חייב גם כשנשבע שלא בפני ב"ד, ובדעת רש"י י"ל דס"ל כדרכו של הרש"ש בסוף דף ק"ג ע"א בביאור ההוא משנה, דהיינו שלעולם שפיר בעינן שב"ד יפסקו עליו את השבועה רק שגוף השבועה יכולה להיות גם שלא בפני ב"ד.

והנה לקמן בסמוך פטרינן להבן משום שאין משלמים חומש על כפירת שיעבוד קרקעות, ופירש"י דהיינו משום שאין

ב"ד את העדות או לא פסקו את הדין. מיהו גם לפי זה קשה דהא הכא בודאי כבר חייבו בית דין את אביו בחייו (וכן מבואר בדברי הפני יהושע שהבאתי לעיל כאן).

(* ועיין עוד בהערה על אות כ"א שצידדנו שאולי לעולם המחייב של חומש ואשם הוא הודאת בעל דין של ממון, רק שגם לאחר עדים שפיר שייך הודאת בעל דין כל זמן שלא קיבלו

נשבעין על קרקעות, ועיין בשבועות דף ל"ז ע"ב דאיתא כעין זה בגמרא שם, ואילו התם הוסיף רש"י להקשות דהא נהי שאין ב"ד משביעין על הקרקעות אבל הרי שבועת הפקדון נוהגת גם כשהוא נשבע מעצמו שלא בגלל פסק דין, ועיי"ש מה שתירץ (וכן בדברינו לעיל בדף ס"ב אות י"ג). ועכ"פ דבריו שם הם דלא כדרכו של הרש"ש שכתב ששפיר בעינן תמיד שב"ד יפסקו עליו את השבועה.

ולפי מה שביארנו הרש"י בסוגיין אזיל כדרכו של הרש"ש א"כ יהי מובן מאד למה בסוגיין לא הוסיף רש"י הך הוספה שהוסיף בשבועות שם.

מיהו באמת גם במכילתין כתב רש"י להדיא דלא כהרש"ש אלא שלחומש ואשם לא בעינן שב"ד יפסקו עליו את השבועה, עיין בדבריו בדף ק"ח ע"א בד"ה או דלמא.

כשנשבע מעצמו "אין לה דין חיוב שבועה להביא עלי' קרבן".

והנה השט"מ בשם הרא"ש כאן הקשה למה בעינן קרא דאשר גזל לפטור את הבן מחומש, הלא כבר ידעינן מדרשה אחרת שאין נשבעין על הקרקעות. מיהו לפי דברי רש"י בשבועות אתי שפיר, והיינו משום שיש לומר דבעינן קרא לאשמועינן הך חידוש שאפילו כשנשבע מעצמו אין חומש (מיהו מרש"י בשבועות משמע שכוונתו היא לומר כן מסברא ולא מדרשה דקרא). מיהו אכתי קשה דהא יש מיעוט בפרשת שבועות הפקדון בכדי למעט קרקע מכל עיקר הדין של שבועת הפקדון אפילו היכא שנשבע מעצמו, וא"כ אכתי לא בעינן דרשה דאשר גזל וכן לא בעינן להטעם של אין נשבעין על קרקעות, וכ"כ הרא"ש בשט"מ בדף ק"ט ע"ב, ועיין בדברינו בדף ס"ב באות י"ג.

דף ק"ה ע"א

שמח) לפי שאין משלמין חומש על כפירת שיעבוד קרקעות.

פירש"י משום שאין נשבעין על הקרקעות. ועי' גם בשבועות דף ל"ז ע"ב דאיתא כעין זה בגמרא שם דאיתא שם שאין מביאין קרבן על כפירת שיעבוד קרקעות והוסיף רש"י שם להקשות דנהי שאין ב"ד משביעין על קרקעות אבל הלא שבועת הפקדון נוהגת גם כשלא נשבע על פי ב"ד. ותי' דמ"מ מכיון שלא שייך בכה"ג שבועת הדיינים א"כ משום כך גם

שמט) חיישינן שמא תייקר.

א. עיין בגמרא דאמר רב פפא לא שנו (שהיכא שמחל על הכל חוץ מפחות משהו פרוטה שאינו צריך להוליכנו אחריו) אלא שאין גזילה קיימת אבל גזילה קיימת צריך לילך אחריו חיישינן שמא תייקר, איכא דאמרי אמר רב פפא לא שנו גזילה קיימת ולא שנו אין גזילה קיימת אינו צריך לילך אחריו, לשמא תייקר לא חיישינן.

והנה יש ארבע דרכים איך להסביר את המחלוקת בין ב' הלשונות של רב פפא. א', שהלישנא קמא סוברת שמכיון שאם תתיקר יהי' חייב להשיב א"כ יוצא שהאשם שהוא מקריב עכשיו יהי' פסול למפרע במקרה שתתיקר, דהא יהי' איגלאי

מילתא למפרע שלא יצא ידי החיוב של השבה, והאשם הרי מתכשר רק אם הקריבו אותו אחרי השבת הקרן, והלישנא בתרא סוברת שאע"פ שיתחייב להשיב גם את הפחות משו"פ לאחר שתתייקר אבל בכל זאת אין האשם נפסל למפרע.

ב', שגם הלישנא בתרא סוברת שהאשם יהי' פסול למפרע, רק שהיא סוברת שאין צריכים לחוש לשמא תתייקר.

ג' שגם הלישנא בתרא סוברת שאפילו אם תתייקר לא יהי' חייב להחזירו.

ד', שהלישנא קמא סוברת שהוא חייב להחזירו גם עכשיו קודם שמתייקר משום שמכיון ששייך שתתייקר, שוב אין הנגזל מוחל על פחות משה פרוטה, והלישנא בתרא סוברת שהוא שפיר מוחל, א"נ שסברת הלישנא בתרא היא שהטעם למה מיפטר מלהשיב פחות משה פרוטה אינו רק משום מחילה אלא משום דין שיעור, וא"כ לא איכפת לן אם אין הנגזל מוחל, דבכל זאת מיפטר הגזולן. ולפי הדרך הזה יוצא שפליגי לענין מצות והשיב ולא רק לענין האשם.

ועתה נעיין בשיטות הראשונים בזה, וזה לשון השיטה מקובצת בשם הרא"ש, חיישינן שמא תתייקר ויהי' צריך להשיב ונמצא שבשעת הקרבן לא קיים מצות השבה, א"כ אפילו קיים אח"כ מ"מ הקרבן נקרב בפסול וכו', ולשמא תתייקר לא חיישינן וכו' דאפילו תתייקר נמי לאחר הקרבה כשר הקרבן דבשעת הקרבה לא הי' מחוייב להשיב עכ"ל. הרי שהוא מפרש כמו הדרך הראשון שהזכרנו לעיל, אלא שלכאורה הדרך ההוא צריך ביאור, למה האשם מיפסל למפרע לפי הלישנא קמא,

הלא בשעת ההקרבה לא הי' חייב בשום חיוב השבה. ויש לבאר דהא ודאי שאם הטעם למה מיפטר על פחות משה פרוטה הוא משום שנאמר דין שיעור של פרוטה א"כ לפי הטעם הזה בודאי צריך עיון כהנ"ל, דהא גם לאחר שמתייקר אכתי נשאר אמת שבשעת הקרבת האשם הי' פטור מלהשיבו, אבל אם נאמר שהטעם למה פטורים מלהשיב פחות משה פרוטה הוא רק משום שהנגזל מוחל וכמו שהבאנו לעיל באות ש"ח שיש סוברים כן, א"כ אז אתי שפיר, והיינו משום שיש להוסיף שהוא מוחל רק על דעת שלא תתייקר, ולכן אם אירע שאח"כ נתייקר איגלאי מילתא למפרע שהמחילה היתה מחילה בטעות ושגם הפחות משה פרוטה הי' בכלל החיוב השבה, משום שמעולם לא מחל עליו, וא"כ יוצא שהקריב את האשם לפני שגמר לתקן את השבועת שקר שנשבע. ועיין ביתר דברי הרא"ש בשט"מ שם.

והנה עדיין עיקר דברי הרא"ש צריכים ביאור, משום שסוף סוף למה יפסל האשם למפרע, הלא בשעתו שפיר בא האשם על שוה פרוטה, ואפילו אם נאמר שאיגלאי מילתא למפרע שהי' שם עוד סכום כסף שהי' חייב באשם, אבל בכל זאת לכל היותר הרי אנו צריכים לחייבו בעוד אשם, אבל למה יפסל האשם הראשון למפרע.

מיהו באמת האשם אינו בא לכפר על עון הגזילה אלא על עון השבועה, וא"כ בשלמא אם הי' בא לכפר על עון הגזילה, שפיר הי' שייך לומר כקושייתנו הנ"ל, דהיינו שהאשם יהי' כשר משום שכיפר מיהא על הסכום שהחזיר, שהוא עון גזילה

בפני עצמו, דהא כל שוה פרוטה ושוה פרוטה הוא עון גזילה בפני עצמו וכידוע, אבל מכיון שהאשם בא לכפר על עון השבועה, שהוא כולו עון אחד, והשבועה הרי היתה על כל הממוץ ביחד, א"כ שפיר יוצא כדברי הרא"ש, והיינו משום שמכיון שאין האשם יכול לכפר על עון השבועה עד שהוא מתקן את הגזילה על ידי השבת הקרן, א"כ שפיר יוצא שכל שוה פרוטה ופרוטה מעכב, משום שכל זמן שלא השיב את הכל הרי עדיין לא תיקן את כל הגזילה, ומש"ה לא שייך עוד שום תיקון על עון השבועה אפילו על החלק שהשיב, וכ"ש על החלק שלא השיב, משום שהשבועה כולו עון אחד הוא, ולא שייך על זה כפרה לחצאין, ואינו כמו גזילה שכל שו"פ ושו"פ הוא עון גזילה בפני עצמו.

ברם אכתי יש לעיין בזה משום שסוף סוף הרי נכללים בתוך שבועתו הרבה שקרים, דהיינו שבועת שקר על כל שוה פרוטה ושוה פרוטה, וא"כ גם בנוגע לעון השבועה אמאי לא נימא שיש כאן הרבה עונות ושהאשם כיפר על מה שהי' נכלל בתוך שבועתו שבועת שקר על הסכום שהחזיר.

וצ"ל שאינו כן, אלא האמת הוא כמו שנקטנו בתחילה, דהיינו ששבועתו כוללת רק חפצא אחד לחוד של שבועת שקר, וליכא מספר יותר גדול של איסורי שבועה היכא שהוא נשבע על מנה מהיכא שהוא נשבע על פרוטה, ומש"ה היכא שנשאר עון השבועה על חלק מהגזילה שפיר אמרינן שהאשם לא אהני כלל (ואפילו אם החלק

הנשאר הוא פחות משו"פ כיון שאיגלאי מילתא שלא מחל וכנהנ"ל. ודע שאין זה דומה למה שצדדנו לעיל באות ש"ח שיש מיעוט מיוחד בתו"כ לגבי אשם [לאשמה בה פרט לפחות משו"פ] שאינו בא על פחות משו"פ [אפילו כשאינו מוחל] משום שהתם איירי באופן שכל השבועה היתה רק על פחות משו"פ לחוד, ועל זה יש מיעוט ששבועה כזו אינה מחייבת אשם, אבל הכא השבועה היתה על גזילה גדולה וכל השבועה היא עון אחד כמו שביארנו וזה הרי כולל גם את הפחות משו"פ האחרון כיון דאיגלאי מילתא שלא מחל לו על זה, וא"כ גם הפחות משו"פ ההוא הרי הוא חלק מהשבועה הזקוקה לכפרת האשם).

והנה הרשב"א בסוגיין חולק על דברי הרא"ש הנ"ל וסובר שגם לפי האיכא דאמרי, אם תתייקר אח"כ, איגלאי מילתא למפרע שלא יצא ידי חובתו, רק שבכל זאת לא חיישינן לשמא תתייקר, וזהו כהדרך הב' שהזכרנו בראשית דברינו, וז"ל הרשב"א, מדקאמר לא חיישינן, שמע מינה מיחש לא חיישינן, הא נתייקר אחר שהביא אשמו לא נתכפר, וצריך להביא אשם אחר, דכל שהקריב אשמו קודם שישלם גזילו לא יצא עכ"ל.

איברא, באמת יש להבין את דברי הרשב"א בב' דרכים, דמצד אחד יש להבין כהנ"ל שכוונתו היא כמו הדרך הב' שהזכרנו לעיל, דהיינו שגם הלישנא בתרא מודה שהאשם יהי' פסול למפרע, רק שאינו חושש לשמא תתייקר, אבל מאידך גיסא י"ל שלעולם גם הרשב"א מודה

שהלישנא בתרא סוברת שהאשם נשאר כשר אפילו אם שוב נתייקר, וכל כוונת הרשב"א היא רק לומר שלאחר שמתייקר הרי מעתה מתחייב הוא בעוד אשם כדי לכפר על השוה פרוטה החדש שניתוסף, אבל אילו הי' האשם נפסל למפרע, לעולם גם האיכא דאמרי הי' מודה שצריכים לחשוש לזה ושאי אפשר להקריב את האשם עד שישב את הפחות משוה פרוטה האחרון, רק שמכיון שבדאי לא יהי' שום פסול, רק שיצטרך להביא אשם אחר, מש"ה לא חיישינן לשמא תתייקר. מיהו לפי הדרך הזה צ"ע בסברת הלישנא קמא, דהא מלשון הרשב"א משמע שאין שום מחלוקת בין ב' הלשונות בענין כשרות האשם. ועי' בשט"מ דמשמע דס"ל שהרשב"א חולק באמת על הרא"ש ופוסל את האשם למפרע גם לפי הלישנא בתרא וכביאורנו הראשון.

ועכ"פ לפי הרא"ש והרשב"א יוצא שהסיבה היחידה למה מחייב רב פפא לפי הלישנא קמא להשיב כבר עכשיו, אע"פ שעכשיו אינו שוה פרוטה, הרי זה רק משום תיקון האשם, אבל מצד מצות השבת גזילה בודאי אין עליו עכשיו שום מצוה כלל להשיבו. מיהו בשט"מ בשם התוס' שאנץ הובא שכוונת רב פפא לפי הלישנא קמא היא לחייבו להשיבו עכשיו משום עצם מצות השבת גזילה, והיינו משום שהוא סובר שהטעם למה מיפטר מלהשיב פחות משוה פרוטה הרי זה משום שהנגזל מוחל, ואילו היכא שיש לחשוש

לשמא תתייקר אז גם עכשיו אין הנגזל מוחל, וא"כ לפ"ז יוצא שיש עליו כבר עכשיו מצוה גמורה של השבה*.) ולפי התוס' שאנץ צ"ל שהלישנא בתרא סוברת שהוא שפיר מוחל. א"נ שהלישנא בתרא סוברת שהטעם למה אין מצות השבה על פחות משו"פ אינו רק משום שהנגזל מוחל אלא הרי הוא משום דין שיעור ואפילו אם ידעינן בודאי שאין הנגזל מוחל. וזהו כהדרך הר' שהזכרנו לעיל.

ועכ"פ גם מהרא"ש בפסקיו נראה כהתוס' שאנץ, דעיי"ש שהוא פוסק כהלישנא בתרא, ואילו לפי פירושו של הרא"ש בשט"מ, וכן מפירושו של הרשב"א, הרי יוצא שכל המחלוקת שבין הל"ק והלישנא בתרא היא רק לענין תיקון הקרבן אבל בלי החשש של תיקון הקרבן, אז לכו"ע לא הי' חייב עכשיו להשיב, וא"כ מכיון שבזמן הזה ליכא קרבן, לא הי' לו להרא"ש להכריע בזה בפסקיו, ואילו הרא"ש בפסקיו פסק כהלישנא בתרא וכנהנ"ל, ונהי שלפי פירושו של הרא"ש והרשב"א בהשט"מ חזינן הלכה שנוגעת למעשה גם בזה"ז, והיינו שלאחר שמתייקר, שפיר יהי' חייב להחזירו, אבל הלא הלכה זו מוכחת מתוך שתי הלשונות של רב פפא, וא"כ אכתי לא הי' הרא"ש בהלכותיו צריך להכריע, וא"כ בע"כ צ"ל שהוא סובר שם כפירושו של התוס' שאנץ, אשר לפי פירושו יוצא שפליגי ב' הלשונות בהלכה שנוגעת למעשה גם בזמן זה, והיינו שהלישנא קמא סוברת שהוא חייב גם

* ועיין בפ"י על תד"ה אמר וכו' שכתב וז"ל, אבל אי איתא בעינה פטור מלהחזירה מדין ב"ד

כיון שאינה שו"פ, אבל אם רוצה לצאת ידי השבה, לעולם צריך להחזיר מטעמא דשמא תתייקר עכ"ל.

עכשיו להשיב, ואילו הלישנא בתרא פוטרת אותו, אשר לפ"ז שפיר הוצרך הרא"ש לפסוק כהלישנא בתרא.

מיהו גם יש לומר טעם אחר בענין למה הרא"ש בהלכותיו, והיינו דלעולם י"ל שלא ס"ל כהתוס' שאנץ, אלא ס"ל שלפי ב' הלשונות ליכא לפני שמתיקר שום חיוב של השבה, והמחלוקת בין שני הלשונות היא כהדרך השלישית שכתבתי, והיינו שהלישנא קמא אוסרת את הקרבת האשם מחשש שמא תתייקר ויפסל למפרע וכמו שכתבנו לעיל, והטעם של הלישנא בתרא אינו משום שהיא סוברת שלא פסלינן למפרע (וכמו שביאר הרא"ש את הלישנא בתרא בפירושו שהובא בשט"מ), אלא טעמה של הלישנא בתרא הוא משום שהיא סוברת שאפילו אם לבסוף תתייקר לא יהי' חייב להחזירו, ומש"ה הוא דליכא למיחש למידי לגבי האשם, וא"כ יוצא שמחלוקתם הוא בדבר שנוגע למעשה גם בזמן הזה, דהיינו באם יצטרך להחזירו לאחר שנתייקר, ומש"ה שפיר מצא הרא"ש לנכון להכריע כהלישנא בתרא. ועיין בהגהות אשר"י על הרא"ש שהביא מהרשב"א שפוסק שלאחר שמתיקר הרי הוא שפיר חייב להחזירו, ולפי דרכנו הנ"ל הרא"ש חולק על זה. ועיין בטור בסי' שס"ז שהביא שהרמ"ה סובר כהרשב"א הנ"ל שהביא ההגהות אשר"י, ואילו הר"י חולק

עליו, ולקמן בהאות הבאה נבאר באריכות את סברות המחלוקת שבין הרמ"ה והר"י*).

והנה לקמן בסמוך קאמר רבא שאם גזל ג' אגודות בג' פרוטות, והוזלו ועמדו על ב' והחזיר לו שנים הרי הוא צריך להחזיר לו אחרת. וכתבו תוס' שהיינו רק משום שבתחילה היתה גם אותה אגודה שלישית שוה פרוטה, אבל אם מתחילה היו הג' אגודות שוות רק ב', אז אין עליו חיוב להחזיר את השלישית משום שלא חיישינן לשמא תתייקר. ולכאורה צ"ע דהא תוס' היו יכולים להעמיד אפילו לפי הלשון ששפיר חיישינן לשמא תתייקר, שהרי החשש של שמא תתייקר שייך רק לענין אם הקרבן נפסל למפרע ואילו רבא איירי לענין החיוב השבה בזמן הזה, באופן שלפי ב' הלשונות א"ש הך דיוק שאם הג' היו מתחילתן שוות רק ב' אינו צריך להחזיר שלישית. ולכאורה מוכח שתוס' מפרשים כמו התוס' שאנץ שאם חיישינן לשמא תתייקר הכוונה היא שהוא חייב גם עכשיו להחזירו. מיהו כבר הבאנו שהרא"ש בשט"מ מפרש שהחשש של שמא תתייקר הוא רק לגבי הקרבן ובכל זאת עיי"ש שהקשה שבג' אגודות בב' פרוטות נחשוש לשמא תתייקר (וע"ע בתורת חיים כאן). ועיין עוד בב"ח בריש סי' ש"ס שפירש את הלשון הנ"ל של תוס' שכוונתם היא לומר

(* והנה כל הנ"ל הי' בדעת הרא"ש, אבל הטור הרי הביא גם כן דפסקינן כהלישנא בתרא, ואילו בדעת הטור א"א לומר כדרכנו הנ"ל שכוונתו היא לפסוק בזה שגם לאחר שמתיקר אינו חייב להחזירו, דהא לבתר הכי הביא הטור מחלוקת מפורשת בזה בין הר"י והרמ"ה וכמו

שהזכרנו בפנים, ואם כן מהטור בודאי נראה כהתוס' שאנץ, דהיינו שפליגי שתי הלשונות באם הוא חייב כבר עכשיו להחזירו, ומש"ה הוצרך לפסוק כהלישנא בתרא שאינו צריך, ושוב הביא שפליגי הרמ"ה והר"י באם הוא צריך מיהא להחזיר לאחר שנתייקר.

שאפילו אם תתייקר לא יהי' חייב להשיבה וכהדרך השלישית שכתבנו, והבאתי את דבריו להלן באות ש"נ סק"ב עיי"ש.

ב. והנה עד עכשיו פירשנו את הל"ק של רב פפא רק בהדי הסברא של מחילה, דהיינו שהטעם שהוא פטור על פחות משהו פרוטה הרי הוא משום שהנגזל מוחל, אשר לפ"ז הטעם של הלישנא קמא הוא משום שלאחר שיתייקר יהי' איגלאי מילתא למפרע שלא מחל, וגם האיכא דאמרי סובר שיהי' איגלאי מילתא למפרע שלא מחל, רק שלא חיישינן לזה וכמו שביארנו בשם הרא"ש בשט"מ והרשב"א כל אחד לפי ביאורו. ולפי התוס' שאנן הל"ק סוברת שגם עכשיו אינו מוחל, והל"ב סוברת שהוא שפיר מוחל, א"נ דאפילו אם אינו מוחל אין חיוב השבה על פחות משו"פ.

ומעתה יש לעיין איך מפרשים את הל"ק של רב פפא לפי השיטה שסוברת שטעם הפטור בפחות משהו פרוטה אינו משום מחילה אלא משום שנאמר דין מסוים של שיעור פרוטה, דלפ"ז דברי הלישנא קמא צריכים ביאור, והיינו משום שמכיון שהחלק הזה שנשאר מהגזילה הגדולה לא הי' שו"פ, ונפקע ממנו החיוב של השבה, א"כ מאי איכפת לן אם אחר כך תתייקר, הלא את השהו פרוטה שהוא מעולם לא גזל (ודוחק לומר שהתורה פטרתו רק בתנאי שלא תתייקר, דזה אינו, דהא גם אם תתייקר אין כאן שו"פ של גזילה וכהנ"ל, ורק בדעת הנגזל יש מקום לומר שעל מנת כן לא מחל על הפחות משו"פ).

מיהו י"ל שגם אלו שסוברים שנאמר

דין מסוים של שיעור שו"פ, הרי הם מודים שהל"ק חולקת על זה וסוברת שהטעם שפטור על פחות משו"פ הרי הוא רק משום מחילה, רק שהם סוברים כהאיכא דאמרי וסוברים שסברת האיכא דאמרי הוא משום דין שיעור וכמו שצדדנו כבר לפי התוס' שאנן.

גם י"ל שלעולם גם הלישנא קמא סוברת שנאמר דין שיעור של פרוטה ושטעם הפטור של פחות משהו פרוטה אינו משום שהוא מוחל אלא משום שיש דין שיעור של פרוטה, והא דאיכפת לן שמא תתייקר הרי זה משום שבכלל הדין שיעור של פרוטה נאמר שרק כשאין הגזילה קיימת נאמר פטור על פחות משהו פרוטה אבל לא היכא שהגזילה קיימת כיון שהוא יכול לעמוד על פרוטה אע"פ שההוספה באה מעלמא ומעולם לא גזלה. ולפ"ז יוצא שגם עכשיו יהי' חייב בהשבה לפי הלישנא קמא (וכמו שסובר התוס' שאנן לפי הטעם של מחילה). ואולי י"ל גם בדרך אחרת והיינו שגם על היכא שהגזילה קיימת נאמר הפטור של פחות משו"פ אבל לא על לאחר שכבר נתייקר ונצטרף לעוד פחות משו"פ, ודוחק.

גם י"ל שכל הקושיא הנ"ל מה יעזור מה שאחר כך ניתוסף שוויות שלא גזל הרי זה קשה רק אם נאמר שמצות השבה היא על השוויות שגזל (אלא שנאמר תנאי ששייב ע"י החזרת גוף החפץ), אבל אם נאמר שמצות השבה היא להשיב את גוף החפץ שגזל בתנאי שיש בו שוויות של פרוטה א"כ אז י"ל ששפיר מהני מה שאח"כ נתייקר אע"פ שלא גזל שוויות זו

מהנגזל, ולהלן בהאות הבאה נאריך יותר בסברא זו.

שנ) לשמא תייקר לא חיישינן (המחלוקת של הרמ"ה והר"י).

א. עיין בטור בסי' שס"ז שהביא מחלוקת בין הרמ"ה והר"י לפי מאי דפסקינן דלא חיישינן לשמא תייקר מה יהי' הדין לאחר שנתייקר, דלהר"י גם אז הרי הוא פטור מלהשיבו ואילו לפי הרמ"ה הרי הוא חייב. וכדברי הרמ"ה הביא ההגהות אשר"י כאן בשם הרשב"א. ולעיל בהאות הקודמת צידדנו שהרא"ש בפסקיו סובר כמו הר"י. מיהו מלשונו בפירושו שהובא בשט"מ כאן משמע שהוא סובר כהרמ"ה, דעיי"ש שכתב בביאור האיכא דאמרי וז"ל, דאפילו תתיקר נמי לאחר הקרבה כשר הקרבן כיון שבשעת ההקרבה לא הי' מחויב להשיבו עכ"ל, ומשמע שלאחר שנתייקר הרי הוא שפיר חייב להשיבו.

ועכ"פ יש לעיין בסברות הר"י והרמ"ה. ונראה שיש לומר ד' ביאורים בסברות מחלוקתם.

א, י"ל דפליגי בענין אם המצוה של השבה נאמרה על גוף החפץ הגזול (ולא על שוויותה), דהיינו שהמצוה היא החזרת עצם החפץ, רק שנאמר תנאי דבעינן ששויותו תהי' שוה פרוטה, או האם נאמרה המצוה של השבה על שוויותה, דהיינו שצריך להחזיר לו את השוויות שלקח ממנו, רק שנאמר תנאי שישתמש בעצם הגזילה כדי לעשות את התשלומין, ומעתה אם נאמר שהדין של השבה נאמר

על שוויותו של החפץ א"כ יוצא כשיטת הר"י, דהא איך אפשר לחייבו להשיב שוויות זו שנתייקר אח"כ ועמד על פרוטה, דהא מעולם לא גזל ממנו את השוויות ההיא, ונהי שהנגזל יכול לבוא ולקחת את עצם החפץ כיון שהוא שלו אבל בכל זאת לא שייך על זה חיוב של השבה, דהא לא נשאר בידו שוויות שגזל מהנגזל, ורק היכא שיש בידו שוויות של שוה פרוטה שגזל מהנגזל הרי הוא חייב להשיב את החפץ שאותו שוויות נמצאת בתוכו, אבל אם נאמר שהחיוב של השבה נאמר על עצם החפץ, רק שנאמר תנאי שהוא צריך להיות שוה פרוטה, א"כ הכא הרי שפיר גזל את החפץ הזה שנמצא לפנינו ולא נשתנה אותו החפץ כל עיקר, וא"כ שפיר י"ל כהרמ"ה שהוא חייב בהשבה, דהא י"ל שסגי אפילו אם התנאי של שוה פרוטה נשלם אח"כ ע"י שוויות שלא גזל ממנו. וע"ע לעיל בחלק א' באות ס"ד בנוגע להחקירה הנ"ל במהותה של מצות השבה. ועכ"פ לפי הדרך הזה יוצא שאפילו אם נתייקר החלק הזה לפני שהחזיר את השאר, גם בכה"ג יסבור הר"י שהוא פטור להשיב אם נשאר הוא לבדו אצלו לאחר שכבר השיב את השאר, דהא סוף סוף את השוויות החדשה הזאת לא גזל ממנו.

ב, גם י"ל שלכו"ע עצם המצוה של השבה היא השבת עצם החפץ בתנאי שיהי' שוה פרוטה, רק שפליגי בענין מה הוא היסוד של הדין הזה דבעינן שוה פרוטה, דהיינו האם הוא דין מסוים בהלכות שיעורים, דנאמר בזה דין שיעור של שוה פרוטה, או האם הוא רק משום שעל פחות

משה פרוטה הנגזל מוחל, וכבר הבאנו מקורות לשני הצדדים הנ"ל לעיל באות ש"ח, וא"כ י"ל שהר"י סובר שהטעם הוא משום מחילה ולכן מכיון שמחל לו מעיקרא בזמן שעוד לא הי' שו"פ א"כ כבר נחלט הדבר ולא שייך לחייבו שוב כשהוא מתייקר, דהא כבר זכה בו, אבל הרמ"ה סובר שהטעם אינו משום מחילה אלא משום דין שיעור, ולעולם אינו מוחל, וא"כ שפיר י"ל שאע"פ שמעיקרא לא הי' חייב להשיבו כיון שהי' חסר בהשיעור אבל בכל זאת כשהוא מתייקר לבסוף הרי הוא שפיר חייב להשיבו ושפיר סגי אם נשלם השיעור אחר כך (וכבר כתבנו שאנו הולכים לפי הצד שעצם המצוה היא השבת עצם החפץ בתנאי שיהי' שו"פ, והיינו משום שאם עצם מהות המצוה הוא השבת השויות א"כ כבר ביארנו שלפ"ז בודאי לא סגי בזה שנתייקר אח"כ לחייבו בהשבה דהא מעולם לא גזל את השויות הזאת).

מיהו לפי הדרך הזה בביאור דברי הר"י יוצא שאם נתייקר לפני שהשיב את החלק העיקרי שפיר יהי' חייב להשיב גם מה שנשאר בידו משום שבכה"ג הרי בודאי לא מחל שהרי תמיד יש כאן שו"פ.

מיהו יש להקשות על הדרך הזה דהא ביארנו באות ש"ח שם שלכו"ע הרי הנגזל מוחל, רק שאיכא דסברי שנאמר גם דין של שיעור אפילו היכא שאינו מוחל, וא"כ אכתי אין מוסבר לפ"ז סברתו של הרמ"ה. ג', גם י"ל שגם הרמ"ה סובר שהטעם שצריכים שו"פ הוא משום שעל פחות משה פרוטה הנגזל מוחל, רק שהרמ"ה סובר שאם הוא מתייקר אח"כ א"כ על דעת כן לא מחל, ולכן אע"פ שכעת אינו

חייב עוד להשיב, וכן האשם לא יהי' פסול למפרע (ודלא כהל"ק שגם האשם יהי' פסול למפרע וכמש"כ הרא"ש), אבל בכל זאת לאחר שמתייקר הרי הוא חייב להשיב. ד', גם י"ל בדעת הרמ"ה שלעולם מצות השבה היא על השויות, רק שמה שנקטתי עד עכשיו שלפ"ז לא מעלה ולא מוריד מה שנתייקר אח"כ אינו מוכח, אלא י"ל שעל פחות משה פרוטה ליכא השבה משום דין של שיעור, רק שלא נאמר הפטור על היכא שכבר נתייקר ונצטרף לעוד פחות משו"פ, ודוחק.

ב. והנה הב"ח בסי' שס"ז הביא רא"י לשיטת הר"י שפוטר גם לאחר שנתייקר מדברי רבא לקמן בסמוך שאמר שאם גזל ג' אגודות בג' פרוטות והוזלו ועמדו על ב' והחזיר ב' הרי הוא צריך להחזיר גם את השלישית, וכתבו תוס' שאם גם בתחילה היו הג' שוות רק ב' פרוטות אינו חייב, והקשה הב"ח שלכאורה הי' רבא יכול לצייר ציור אחר שהוא חייב להשיב את השלישית, והיינו באופן שגזל ג' אגודות ששוות ב' פרוטות והשיב שתיים ושוב נתייקרה השלישית ועמדה על פרוטה דבכה"ג הרי הוא חייב להחזיר את השלישית, ובע"כ הא דלא אמר רבא כן הרי זה משום שבכה"ג הרי הוא פטור וכדעת הר"י.

מיהו לא הבנתי דבריו דהא רבא רצה לאשמועינן החידוש שאע"פ שעכשיו אינה שוה פרוטה אבל מ"מ הרי הוא חייב להחזיר משום שמעיקרא היתה שו"פ.

וע"ע שם (וכן בריש סי' ש"ס) שדייק הב"ח שהדין הנ"ל שהביא הטור בשם

הר"י לקוח מדברי תוס' הנ"ל, שהרי כתבו תוס' וז"ל, דאם גזל ג' אגודות שוות ב' פרוטות והחזיר לו ב' מהן דלא מחייב להחזיר לו שלישית כיון שמעיקרא בשעת הגזילה לא הוי ממונא ולשמא תייקר לא חיישינן עכ"ל. והבין הב"ח שכוונת תוס' היא לומר שאפילו אם תתייקר אינו חייב להחזירה ושזוהי כוונת הלישנא בתרא של רב פפא.

שנא ג' אגודות.

עיינ בגמרא דאמר רבא גזל ג' אגודות בג' פרוטות והוזלו ועמדו על ב', אם החזיר לו שתיים חייב להחזיר לו אחרת וכו'. ופירש"י שהוא חייב להוליכה אחריו. ולכאורה צ"ל שכוונת רש"י היא להיכא שנשבע. מיהו צ"ע דהא רש"י לא הזכיר שנשבע, ועוד דהא הציור של חמץ שעבר עליו הפסח איירי בפשטות בלא שבועה. ולכאורה צ"ל שלעולם רש"י איירי כשלא נשבע והרי הוא סובר כמו שהבין הש"ך מדברי הסמ"ע בס"י שס"ז סק"ב שמדאורייתא הרי הגזלן חייב להוליכנו למדי גם כשלא נשבע, מצד המצוה של והשיב, ועיין בזה לעיל באות ש"ט. מיהו נצטרך להוסיף לזה ג"כ שרש"י נתכוין בדבריו הנ"ל להיכא שהאגודה היא בעין (א"נ דס"ל שגם התשלומין שהוא משלם כשאינו בעין נכללים הם במצות והשיב, עי' בזה לעיל בהפתיחה באות ג' סק"א), דהא לכאורה גם הסמ"ע יודה שאם אין כאן מצות והשיב אלא חיוב תשלומי ממון וחוב בעלמא, אינו צריך להוליכנו אחריו למדי (עיין באות רצ"א סק"ב). וע"ע בהאות הבאה בענין אם רבא עצמו איירי

היכא שהאגודה השלישית היא בעין. וע"ע בההערה השני' על האות הבאה בענין אם קיימת מצוה של השבה גם כשעכשיו אינו שו"פ וכמו שנקטתי כאן.

שנב ג' אגודות.

עיינ בגמרא דאמר רבא גזל ג' אגודות בג' פרוטות והוזלו ועמדו על ב' אם החזיר לו שתיים חייב להחזיר לו אחרת, ותנא תונא גזל חמץ ועבר עליו את הפסח אומר לו הרי שלך לפניך, טעמא דאית' בעיני' הא לית' בעיני' וכו' בעי שלומי. והנה מלשונו של רבא במה שהוכיח מחמץ נראה דאיירי גם היכא שכבר אין האגודה השלישית בעין, ושכוונתו היא להוכיח מחמץ שהוא חייב לשלם כשעת הגזילה, ואע"ג דמתניתין דחמץ איירי היכא שהוא בעין אבל הרי דייקנן מיני' גם להיכא שאינו בעין. ועיין גם בתוס' שפירשו שרבא קאי גם על היכא שאין האגודה השלישית בעין. ובאמת כן נראה מגוף המימרא של רבא, דהא חזינן שלא קאמר שהוא חייב להחזיר לו את האגודה השלישית אלא שהוא חייב להחזיר לו "אחרת", ומשמע שאיירי כשאינה בעין ושהכוונה היא לאגודה אחרת ולא לזו שגזל וכמו שמבואר לעיל בדף י"א ע"א ברש"י על מימרא דשמואל שם שגזלן משלם או כלי אחר כעין שגזל או דמים. שו"ר בספר חידושי הראב"ד על ב"ק כאן שכתב להדיא דאיירי כשאינו בעין.

והנה יש שני דרכים לפרש איך מוכח מההיא דחמץ להיכא שאינו בעין, דמצד אחד י"ל שהרא"י היא מהלשון של המשנה, והיינו שמהלשון של המשנה משמע

שבאים לחדש קולא על הגזלן, דהא לא קתני לשון של "חייב להחזיר" אלא לשון של "אומר לו הרי שלך לפניך", דמשמע שהכוונה היא שהיכא שהוא בעין הרי הוא רשאי לפטור את עצמו ע"י גוף החמץ, משא"כ היכא שאינו בעין שאז הרי הוא צריך לשלם דמים.

ומצד שני יש לפרש שאין כוונת רבא לדייק מהלשון של המשנה אלא מעצם הדין של המשנה, והיינו שמעצם הדין של המשנה יש לדייק שהיכא שאינו בעין הרי הוא חייב בתשלומין כשעת הגזילה, והיינו משום שמצד הסברא שני הדינים תלויים הם זה בזה. ועכשיו נבאר למה תלויים הם זה בזה, אבל מקודם נצטרך להניח הנחה שהחייב של השבה כשהוא בעין חל בשעת תחילת הגזילה לתמיד ואינו חל בכל רגע מחדש כשהגזילה קיימת, ומעתה יש לחקור אם גם החייב לשלם דמים כשנאנס חל על הגזלן בשעת תחילת הגזילה, והיינו שבשעת תחילת הגזילה חל עליו חיוב לשלם דמים אם תאנס*), או האם החייב לשלם דמים חל בשעת האונס, רק שהוא מתחייב כמו השער של שעת הגזילה, ואם

ננקוט שהוא מתחייב בשעת תחילת הגזילה כמו החייב של השבה היכא שהוא בעין א"כ יש סברא לומר שכמו שאזלינן בתר תחילת החייב היכא שהוא בעין, ומה שהי' שו"פ בההיא שעתא מכריעו להיות חייב בהשבה, א"כ הה"נ להיכא שאינו בעין דמכיון שהיתה שו"פ בשעת תחילת הגזילה הרי הוא נשאר חייב, דמהיכא תיתי לומר שנאמר תנאי נוסף שגם בשעת איבוד מן העולם הרי הוא צריך להיות שוה פרוטה, אלא בודאי צ"ל כהנ"ל דכיון שבשעת הגזילה הי' שוה פרוטה הרי הוא נשאר חייב, כמו היכא שהוא בעין, וא"כ לפ"ז שפיר הוכיח רבא שמכיון שחזינן שכשהחמץ הוא בעין הרי הוא חייב להחזירו משום שאזלינן לענין המצוה של השבה בתר השעה שנתחייב דהיינו שעת תחילת הגזילה*), א"כ גם כשאנו בעין הרי הוא חייב בתשלומין כיון שבשעה שנתחייב בתשלומין, דהיינו בשעת הגזילה, הי' שוה פרוטה. אבל אם נאמר שהחייב לשלם דמים מתחיל רק בשעת האונס, א"כ שפיר יש סברא לומר שאם אינו שוה פרוטה בההיא שעתא אינו יכול להתחייב

(* ולפ"ז מובנת היטב שיטת הרא"ש שלאחר שנשתנה הרי הוא משלם כשעת תחילת הגזילה (עי' בדף ס"ו באות מ"ה בסוף קטע המתחיל והנה גם האמרי משה). ועיין עוד באות שני"ח מה שהבאנו בשם האבן האזל בענין מתי חל החייב אונסין של גזלן. וכן ע"ע בדף ס"ה באות כ"ז סק"א מה שכתבנו בענין זה.

(* הנה נקטתי בדברי הנ"ל שמאי דאמרינן שהוא אומר על החמץ הרי שלך לפניך הכוונה בזה היא למצות השבה ואין הכוונה רק דמיפטר כיון דהוי עוד של הבעלים, ומש"ה כתבתי שיש

ללמוד שהוא חייב בתשלומין מזה שהוא חייב בהשבה וכהנ"ל ששפיר נוהגת בכה"ג המצוה של השבה. מיהו בחלק א' בסוף אות ס"ד צידדתי שיש גם לפרש שאין הכוונה למצות השבה, וכן מבואר בדף ס"ה ע"א בתד"ה גופא. וע"ע בזה לעיל כאן בדף ס"ו בההערה השני' על אות נ"ה. ובאות שני"א נקטתי ששפיר יש מצות השבה בכה"ג ושמשום הכי כתב רש"י שהוא חייב להוליך את האגודה השלישית אחריו אע"פ שעכשיו אינה שו"פ.

(כשעת תחילת הגזילה), והיינו משום שלא שייך שיחול כעת שום חיובים כיון שאין כאן שוה פרוטה של ממון הנגזל, ואע"פ שאם הי' בעין בודאי הי' חייב להשיבו, הרי זה משום שהחיוב הזה כבר חל בשעת תחילת הגזילה כשהי' החפץ שוה פרוטה, והחיוב חל עליו לתמיד, דהיינו לכל זמן שהוא קיים, וממילא שוב אינו נפקע, אבל אם אינו בעין, שפיר קיימת סברא לומר שהוא פטור.

ומדברי הרמב"ם בפ"א מהל' גזילה ה"ו משמע שדיוקו של רבא הוא מעצם הדין של המשנה ולא מהלשון, שהרי הרמב"ם הביא רק שהוא חייב להחזיר את האגודה השלישית כשהיא בעין ולא נחית כלל להביא גם את הציור שאינו בעין, ולפי דרכנו צ"ל דס"ל להרמב"ם לדבר פשוט שהחיוב אונסין חל כבר בשעת תחילת הגזילה ביחד עם החיוב השבה של גוף החפץ, אשר לפ"ז שפיר תלויים הם שני הדינים חדא באידך וכמו שביארנו (דדוחק לומר שהרמב"ם סמך את עצמו על הלשון של אומר לו הרי שלך לפניך שכתב בפ"ג ה"ד לענין חמץ וכהתנא תונא של רבא לפי הדרך שראייתו היא מהלשון, ודו"ק).

והנה לכאורה יש עוד דרך איך להבין שדיוקו של רבא הוא מעצם הדין של המשנה ולא מהלשון, והיינו על ידי שנגקוט שהחיוב השבה כשהוא בעין אינו חל בשעת תחילת הגזילה לתמיד אלא הרי הוא חל בכל רגע ורגע מחדש, דלפ"ז אם חזינן שהוא יכול להמשיך לחול אע"פ שעכשיו אינו שוה פרוטה א"כ הה"נ להחיוב תשלומין כשאינו בעין, דגם החיוב הזה יכול לחול עליו עכשיו, והרי הוא

מתחייב עכשיו לשלם את הדמים שהי' שוה קודם לכן בשעת תחילת הגזילה, ולכן שפיר הוכיח רבא מהמשנה של חמץ גם את הציור שאינו בעין. מיהו עדיין אין זה מספיק משום שעדיין יש סברא לחלק ולומר שאע"פ שהחיוב כשהוא בעין יכול להמשיך ולחול עכשיו כשאינו שוה פרוטה אבל מ"מ החיוב תשלומין כשאינו בעין אינו יכול לחול, והיינו משום שיש לומר שהחיוב השבה כשהוא בעין הרי הוא ביסודו חיוב להשיב את גוף החפץ בתנאי שיהיה שוה פרוטה, וא"כ בזה שפיר יש לומר שסגי בזה שהי' בתחילה שוה פרוטה כדי להשלים את התנאי הזה ולכן שפיר שייך שיחול גם עכשיו החיוב של השבה אע"פ שעכשיו אינו שוה פרוטה כיון שהחיוב הזה הוא חיוב של השבת גוף החפץ של הנגזל, והרי יש כאן החפץ של הנגזל, משא"כ החיוב לשלם מעות הרי הוא ביסודו חיוב תשלומי דמים, וא"כ בזה אכתי יש סברא לומר שלא שייך שיחול עליו חוב זה בשעה שכבר אין כאן ממון של נגזל, וא"כ אכתי א"א ללמוד מצד הסברא שגם היכא שנאנס הרי הוא חייב לשלם.

שנב* ג' אגודות.

עיין בתוס' ד"ה אמר רבא וכו' שכתבו וז"ל, וה"ה באחת שגזלה והוזלה שמחזיר לו אגודה או דמי', אלא רבותא נקט דאפילו בשלשה דקיים מצות השבה בתרתי אפילו הכי חייב להחזיר לו אחת עכ"ל. ולכאורה צ"ב דמה בכך שכבר קיים מצות השבה בהשתים הראשונות, הלא אילו היתה השלישית עוד שוה פרוטה, הי' חייב

להחזיר אותה אע"פ שכבר קיים מצות השבה בהאחרות, וא"כ גם השתא למה לא יהא חייב להחזירה כמו בגזל אחת והוזלה ועמדה על פחות משה פרוטה דאכתי חייב הוא להחזיר כיון שמעיקרא היתה שו"פ, ומה בכך שכבר קיים מצות השבה בהאחרות.

והנה שמעתי בשם הגר"ז שבזמן שאדם גזול חפץ, אע"פ שאין כאן אלא מעשה אחד של גזילה, ואילו הי' קיים חיוב מלקות על הלאו של גזילה הי' לוקה רק פעם אחת, אבל מ"מ יש כאן לאוויין של לא תגזול כמנין הפרוטות שהחפץ שוה, ואם החפץ שוה מאה פרוטות יש כאן מאה איסורים אע"פ שאין כאן אלא מעשה אחד של גזילה. ושוב הראוני שכן איתא בקיצור בשם הגר"ז בחידושי הגר"ח על הש"ס בסוף ב"ק. ולכאורה י"ל כדבריו גם לענין המצוה של והשיב, והיינו שבזמן שהוא משיב את החפץ הרי הוא מקיים מספר מצות של והשיב כמנין הפרוטות שבו.

מיהו י"ל שהס"ד של הגמ' כאן היתה דלא כהנ"ל אלא שהיכא שגזל ג' אגודות אין כאן אלא חיוב אחד ומצוה אחת של השבה על כולם ביחד, דכולם ביחד נקראים החפץ הגזול כיון שגזל כולם ע"י מעשה אחד, ועד שהשיב את כולם אכתי לא קיים מצות השבה על הגזילה אשר גזל. ולפ"ז אתי שפיר דברי תוס', והיינו משום שנהי שהיכא שעמדו בשוויותן הרי הוא מחויב להשיב את כולן, והיכא שהשיב כבר שתיים הרי הוא חייב להשיב גם את השלישית, אבל מ"מ הרי זה רק משום שהיא עדיין שוה פרוטה וממילא עוד לא נשלמה המצוה של והשיב, אבל בהציור

של רבא, דהיינו היכא שהוזלו והשיב כבר שתיים ולא נשאר אלא פחות משה פרוטה, בזה שפיר יש הוה אמינא שאינו צריך להשיב את האגודה השלישית, ואע"פ שמעיקרא היתה שוה פרוטה וחל עלי' אז מצות והשיב, אבל הלא המצוה ההיא לא היתה על האגודה הזאת בנפרד, אלא על כולן ביחד בתורת השבה אחת על כל הגזילה כולה, ולכן יש סברא לומר שהיכא שנשאר רק פחות משה פרוטה אין זה מעכב בהקיום של אותה מצוה כוללת של השבה, אלא הרי זה שפיר מיקרי שעשה מעשה השבה בכל אותה גזילה דהא מה שנשאר אינה שוה פרוטה, ולא דמי לגזל אגודה אחת והוזלה, משום שהתם אכתי לא קיים מצות השבה כלל, ולכן הרי הוא חייב עוד להחזיר כיון שחל עלי' בנפרד חיוב של השבה בהיותה שוה פרוטה, אבל היכא שגזל ג' אגודות שהחיוב של השבה חל על כולן ביחד א"כ הרי זה שפיר מיקרי שעשה מעשה השבה בכל הגזילה כיון שמה שנשאר אינה שוה פרוטה, ומש"ה הוצרך רבא לאשמועין שגם בכה"ג הרי הוא חייב להחזיר אחרת, והטעם הוא משום היסוד הנ"ל שכתבנו לעיל דהיינו שיש חיוב של השבה בנפרד על כל שוה פרוטה ושוה פרוטה אשר לפ"ז יוצא שחל בשעת הגזילה חיוב של השבה בנפרד גם על ההיא אגודה שלישית, והרי לא יצא ידי מצוה זו, והוי ממש כמו היכא שגזל בתחילה רק אגודה אחת ושוב הוזלה.

והנה היכא שגזל ג' אגודות בשווי של ב' פרוטות, והשיב שתיים, כתבו תוס' שמשמע מדברי רבא שאינו חייב להחזיר את השלישית כיון שגם מעיקרא בשעת

הגזילה לא היתה שוה פרוטה. ומבואר מדבריהם שזהו יותר פשוט מהיכא שגזל ב' אגודות בפרוטה והשיב אחת דהתם חזינן שמיבעיא לי' לרבא בגמ' אם חייב הוא להשיב את השני'. ולכאורה הי' נראה לומר שהטעם למה הציור של גזל ג' ששוות ב' פרוטות הי' פשוט לרבא הרי זה משום שכבר קיים מצות השבה ע"י מה שהשיב את השתים הראשונות, אלא שצ"ע דהא כבר שמעינן מדברי רבא בג' אגודות בג' פרוטות שמה שכבר קיים מצות השבה בהאחרות אינו מוסיף כלום, וא"כ גם כאן הרי על הפרוטה השני' של הג' שגזל עדיין לא קיים מצות השבה.

שנג) אע"פ שגזילה אין כאן מצות השבה אין כאן.

כתבו תוס' וז"ל, נראה דלא בעי למיפשט אלא דלא מעכב מצות השבה ומצות השבה מיהא לא קיים עכ"ל. ומבואר מדברי תוס' שהכוונה היא ששוב אינו חייב בהשבה, ואע"פ שלא קיים מצות השבה אבל מ"מ אין מחייבים אותו להחזיר את האגודה השני'. ויש לעיין אם החזירו האם קיים מיהא מצות השבה אע"פ שהחזירו לחצאין, רק שבכל זאת אין מחייבין אותו להשיבו כיון שאין לו עכשיו אצלו שום חפץ שאפשר להגיד עליו שהוא בר השבה.

ועכ"פ מה שכתבו תוס' "דלא מעכב" מצות השבה, לכאורה כוונתם בזה היא לומר שאין החצי פרוטה השני מעכב עליו, כלומר שאינו חייב להחזירו.

גם י"ל שכוונתם במה שכתבו "דלא מעכב" היא שאינו מעכב את הבאת האשם.

ולפ"ז יוצא שבשביל הקרבת האשם לא בעינן שתתקיים מצות השבה, אלא סגי בזה לחוד שלא נשאר עליו עכשיו חיוב של השבה, וכגון כאן שאע"פ שלא קיים מצות השבה אבל מ"מ מכיון שאינו חייב עכשיו בהשבה הרי הוא שפיר יכול להביא את אשמו.

והנה אם מחל הנגזל על הקרן הרי הגזלן יכול להביא את אשמו. ולפי הנ"ל י"ל שהביאור בזה הוא שאע"פ שעל ידי המחילה לחוד לא מיקרי שהגזלן קיים מצות השבה, אבל מ"מ מכיון שאין עליו עכשיו חיוב של השבה הרי הוא יכול להביא את אשמו. מיהו הדרישה בסי' שס"ז אות ג' כתב שמחילה מיקרי שפיר כהשבה עיי"ש. וצ"ב דהא הגזלן לא השיב כלום (ועי' בקובץ שיעורים על ב"ב באות ב').

מיהו הדרישה בסי' ש"ס הבין אחרת לגמרי את כוונת תוס', והיינו שלעולם הרי הוא שפיר חייב בהשבה, ומה שכתבו תוס' "דלא מעכב" הכוונה היא כהרמ"ה (עי' באות שנ"ד) שסובר שאין עליו תורת גזלן לענין שב"ד יגבו ממנו את האגודה השני', אבל בכל זאת אכתי יש עליו חיוב של השבה להשיב את האגודה השני', ומצד הדין של כופין על המצות ב"ד מכין אותו עד שיקיים את המצוה.

והיש"ש כאן ביאר שלעולם כבר קיים מצות השבה ע"י הפחות משהו פרוטה הראשון, רק שאכתי לא קיים אותה כתיקונה, ועדיין יש עליו מצוה מדיני שמים להחזיר גם את השני'. מיהו צ"ע איך שייך לומר שקיים את המצוה ע"י האגודה הראשונה בזמן שאינה שוה פרוטה. וצ"ל

בדעת הי"ש ש"ש שיסוד המצוה של השבה הוא שישלק את עצמו מגזילת פרוטה וא"כ הרי שפיר עשה כן, אלא שצ"ע דמכיון שזוהי המצוה א"כ מאיפוא נובעת מצוה נוספת מדיני שמים להחזיר את השני'.

שנדה) אע"פ שגזילה אין כאן מצות השבה אין כאן.

עיין ברא"ש שהביא מהרמ"ה שלפי המסקנא הרי הוא שפיר חייב להשיב את האגודה השני', אלא שכתב הרמ"ה שני ביאורים במסקנת הגמ': א', שחייב הוא להשיב את האגודה השני' רק שאין כופין אותו על כך משום שאין ב"ד נזקקין לפחות משהו פרוטה. ב', שגם כופין אותו מצד ההלכה של כופין על המצות ומכין אותו עד שתצא נפשו. וצ"ע על דרכו הראשון של הרמ"ה, למה באמת לא יהי' נוהג כאן הדין של כופין על המצות, דנהי שאין ב"ד נזקקין לברר דין של פחות משהו פרוטה, אבל הכא למה לא יכפוהו כדי לקיים את המצוה, מצד הדין של כופין על המצות.

דף ק"ה ע"ב

שנה) בענין נשבע על חמץ שעבר עליו הפסח.

א. עיין בגמרא דבעי רבא אם הנשבע על חמץ שעבר עליו הפסח מתחייב או לא. ופירש"י וז"ל, שנשבע לאחר שנאסר עכ"ל. ומשמע מדבריו שאם נשבע קודם שנאסר, ליכא למיבעי, והיינו משום שבכה"ג הרי

כפר לו ממון גמור, וא"כ פשיטא שחל עליו חיוב של חומש ואשם, וכן לענין קרן ס"ל לרש"י שבודאי יצטרך לשלם תשלומי קרן ולא יוכל לומר הרי שלך לפניך וכמו שנבאר ענין זה לקמן בסק"ג וכן באות שנ"ו.

גם משמע מדברי רש"י שכל שנשבע קודם שנאסר הרי הוא בודאי חייב אפילו אם הודה לאחר שנאסר. ולכאורה יש להעיר על זה דהא לפי הצד שאמר רבא שמסתכלים על מה שהוא עכשיו עפרא בעלמא הרי א"א להחשיב בכה"ג את הודאתו כהודאת בעל דין על ממון, וא"כ נהי שבשעת השבועה עדיין הי' בגדר ממון אבל מכיון שבשעת ההודאה לא הי' בגדר ממון אין כאן התנאי של הודאה.

מיהו נראה שדברי רש"י א"ש משום שכבר כתבנו שההודאה המכוונת בפרשת שבועת הפקדון אינה הדין של הודאת בעל דין שנאמנת לחייב ממון, אלא הכוונה היא שהוא מתוודה על החטא שחטא בשבועתו, וזה הרי שייך גם לאחר שנאסר.

ועיין עוד בתוס' בב"מ סוף דף ג' שביארו שהסוגיא שם בב"מ סוברת שר"מ סובר שאין צריכים שום הודאה כלל אלא ה"ה שהוא חייב חומש על פי עדים, אבל שהסוגיא להלן כאן בדף ק"ו ע"ב סוברת שגם לפי ר"מ צריכים הודאה.

ב. והנה הרא"ש כאן כתב ששאלת רבא היתה גם בנוגע לתשלומי קרן, דהיינו שיתחייב לשלם דמי החמץ כעין שגזל ולא יוכל לומר הרי שלך לפניך. וכן משמע מלשון הרמב"ם בפ"ג מהל' גזילה ה"ה שהרי כתב שהוא משלם "קרן", ומשמע

מלשון זה שאינו יכול לומר על גוף החמץ הרי שלך לפניך. ונראה שכן משמע גם מדברי רש"י, שהרי בפירושו להמימרא של רבה דקדק רש"י לומר שמה שרבה אמר חייב כוונתו היא לקרבן שבועה, ואילו הכא בדברי רבא לא דקדק רש"י לומר כן, ולכאורה הרי זה משום שרבה איירי בעיקר לענין חומש ואשם אבל לא לענין קרן, דהא בהציוור של רבה החפץ עודנו עומד בשויו באופן שבודאי הרי הוא יכול לומר הרי שלך לפניך*), משא"כ השאלה של רבא היתה גם לענין לחייבו בתשלומי קרן ולכן לא הגביל רש"י את השאלה של רבא לענין קרבן שבועה לחוד.

ועכ"פ היש"ש כאן האריך להוכיח שלפי שני הצדדים של רבא הרי הוא יכול לומר על החמץ הרי שלך לפניך ודלא כהרא"ש, וכן פ"י שמה שכתב הרמב"ם "קרן" אין כוונתו לדמים אלא לגוף החמץ. והמשנה למלך בדבריו על הרמב"ם שם הוכיח שכן סובר הרי"ף, דהא מזה שלא הביא הרי"ף את הבעיא של רבא להלכה

חזינן שהוא מפרש שהשאלה היתה רק לענין חומש ואשם שאינם נוהגים בזמן הזה**) (**).
 ומעתה נבאר את הסברות של המחלוקת הנ"ל. ובדעת הסוברים שלפי שני הצדדים של רבא הרי הוא יכול לומר על החמץ הרי שלך לפניך נראה לומר שהם סוברים שלעולם עצם השבועה שהוא נשבע קאי על גוף החמץ, ולא מיקרי שהוא נשבע על הממון שיתחייב לשלם אילו ילך החמץ לאיבוד, אלא עצם השבועה קאי רק על גוף החמץ, רק דמכיון שיש כאן נפ"מ לענין ממון, משום כך מסתפק רבא לומר שחל כאן הדין של שבועת הפקדון, משום שי"ל שלדין שבועת הפקדון סגי בזה שיש נפ"מ לענין ממון ולא בענין שהשבועה תהי' כבר עכשיו על ממשות של ממון, וא"כ מכיון שהשבועה היא שבועה על גוף החמץ א"כ משום כך כשאנו דנין מה מיקרי ה"קרן" הרי יוצא שגוף החמץ הוא הקרן שנשבע עליו, ולכן אפילו לפי הצד ששפיר חל כאן הדין של שבועת הפקדון

הקרן שהוא משלם למעשה, ואם לא, חסר בהשם של חומש. ועיין בזה לעיל באות שי"ח.

יש לעיין דאכתי יש נפ"מ בזמן הזה לדינא בנוגע לאם הוא חייב להוליך את החמץ למדי כיון שנשבע עליו (וכלקמן בסמוך שהשבועה קאי על גוף החמץ לפי דעה זו), משא"כ אם אין כאן חיוב של שבועת הפקדון אלא רק מצות עשה של והשיב, אז אינו חייב להוליכנו למדי (עי' בזה באות ש"ט). מיהו יש לדחות דכיון שבשעת שבועה לא הי' שו"פ א"כ אפילו אם חל חיוב שבועת הפקדון לענין חומש ואשם (וכן אע"פ שהשבועה קאי על גוף החמץ וכהנ"ל) אבל אכתי אינו חייב להוליכנו למדי.

*) מיהו אכתי יתכן נפקא מינה לענין הקרן גם בהציוור של רבה, והיינו בענין אם הוא צריך להוליכנו עד מדי, שהרי אם חל הדין של שבועת הפקדון הרי הוא צריך להוליכנו עד מדי משא"כ כשאין כאן חיוב של שבועת הפקדון אלא רק מצות עשה של והשיב אז אינו חייב להוליכנו למדי אלא יניחנו בידו ויבוא הנגזל ויטול את שלו, עיין בזה לעיל באות ש"ט.

**) ובדעת הרא"ש ביאר היש"ש שהכרחו הוא משום דס"ל שאם אין כאן שוויות של קרן א"כ לא שייך למיבעי לענין חומש משום שאם קרן אין כאן חומש נמי אין כאן. ונראה שכוונתו היא משום שהחומש צריך להיות בגדר חומש מהסכום של

הרי הוא יכול לפטור את עצמו על ידי גוף החמץ כי ע"י החזרת גוף החמץ מתקיימת החזרת הקרן.

ומעתה צריכים לבאר את דעת הרא"ש למה הוא סובר שהוא מתחייב בתשלומי קרן ואינו יכול לומר הרי שלך לפניך לפי הצד של רבא ששפיר חל כאן הדין של שבועת הפקדון. ולכאורה ה"י נראה לומר דס"ל ששבועתו חשיבא שבועה לא רק על גוף החמץ אלא גם על אותו ממון שהוא צריך להתחייב אילו נאנס, ומיקרי שיש כאן כבר עכשיו את אותו ממון, ולכן סובר הרא"ש שהוא משלם ממון ואינו יכול לומר הרי שלך לפניך. וראיתי שכן הבין רעק"א ומש"ה הקשה שבודאי אינו צריך להחשב שיש כאן כבר עכשיו אותו ממון, ואפילו לפי המ"ד שסובר שדובר הגורם לממון כממון דמי, והיינו משום שבפסחים דף ה' ע"ב מבואר שגם המ"ד ההוא מודה שהעובדא שיתחייב לשלם כשיגנב אינו מספיק כדי שיחשב שיש כאן כבר עכשיו אותו ממון (ועי' ברעק"א איך ססידר את הקושיא).

מיהו יש ליישב את קושיית רעק"א ולומר ביאור אחר בסוגיית הגמרא לפי הרא"ש בענין למה הוא צריך לשלם תשלומי קרן ואינו יכול לומר הרי שלך לפניך, די"ל שהיינו משום שכפר את החיוב אחריות שגולן חייב בו, דדבר זה שוה ממון גם עכשיו.

איברא דרך זה אינו, משום שלפ"ז הרי הוא צריך להתחייב לשלם רק את השוויות של החיוב אחריות, דהיינו כמה אדם רוצה שישלמו לו כדי שיתחייב באחריות החפץ שזהו בודאי פחות מהשוויות של החפץ

כולו (ועיין באבן האזול בפ"ג מהל' גזילה ה"ה שדן על צד זה שחיובו הוא משום שכפר לו את החיוב אחריות), וא"כ אכתי צ"ע מה הוא טעמו של הרא"ש.

ולכאורה צ"ל כסברתו של החזו"א בסי' כ' סקי"ד שביאר בדעת הרא"ש שגדר חיובו הוא לשלם את אותו ממון שבגללו נתפתה להשבע לשקר, והרי הכא הממון שגרם לו לכפור אינו גוף החמץ, דהא גוף החמץ אינו שוה כלום, אלא הממון שגרם לו לכפור הוא הממון שהי' מתחייב לשלם אילו הי' נגנב ולכן הרי הוא מתחייב לשלם את אותו הקרן. ולפי הגדר של החזו"א לא קשה קושיית רעק"א הנ"ל דהא אין הכוונה בהתנאי של כפירת ממון דבעינן שכבר עכשיו יהי' לפנינו ממון מסוים שהוא כופר בו, אלא הכוונה היא רק דבעינן שהסיבה לזה ששיקר היא פיתוי ממון.

ג. ומעתה יש לעיין מה יהי' דינו לענין קרן היכא שנשבע קודם זמן האיסור, דהיינו האם הוא יכול לסלק את התובע ע"י גוף החמץ גם לאחר שנאסר, או האם הוא חייב לשלם דמים.

והנה החזו"א שם כתב שבכה"ג הרי הוא בודאי יכול לומר לו הרי שלך לפניך גם לאחר שנאסר אפילו לפי הרא"ש, ולא דמי לשיטת הרא"ש הנ"ל בענין הנשבע לאחר זמן איסורו, והיינו משום שמכיון שבשעת השבועה עדיין הי' שוה ממון, א"כ בכה"ג הרי זה נקרא שהחמץ עצמו הוא הממון שגרם לו לכפור ולשקר, ומכיון שחל אז חיוב להשיב את החמץ א"כ גם לאחר שנאסר הרי הוא יכול לומר לו הרי שלך לפניך.

לאחר שנאסר וכמו שהבאנו כבר. ועי' בהאות הבאה מה שנכתוב עוד בענין הנשבע על חמץ קודם שעבר הפסח.

שנו) בענין הנשבע על חמץ קודם שעבר עליו הפסח ושוב עבר עליו.

עיין בהאות הקודמת שביארנו את שיטות המפרשים בענין אם היכא שנשבע על חמץ שעבר עליו הפסח, דחייב חומש ואשם לפי צד אחד של ספיקת רבא, האם לפי הצד הזה שחלים דיני שבועת הפקדון הרי הוא חייב לשלם קרן בדמים כשזו לפני הפסח ואינו יכול לומר לו הרי שלך לפניך על גוף החמץ, או האם הוא שפיר יכול לומר לו הרי שלך לפניך. וגם הבאנו את דברי החזו"א שכתב בביאור הסוגיא בדף ק"י שהיכא שנשבע על חמץ קודם שעבר עליו הפסח ושוב עבר עליו הפסח הרי הוא בודאי יכול לומר לו הרי שלך לפניך. ועוד כתב החזו"א שם שמאי דאיתא בירושלמי שבכה"ג הרי הוא משלם דמי חמץ יפה הרי זה דלא כהבבלי.

מיהו עיין במל"מ בפ"ג מהל' גזילה ה"ה קרוב לתחילתו שהביא את דברי הירושלמי הנ"ל שהיכא שנשבע קודם הפסח ושוב עבר הפסח הרי הוא צריך לשלם חמץ יפה, ותפס כן המל"מ להלכה, ולא נחית לומר שהבבלי חולק על זה, ומש"ה כתב שם שאפילו אם נחלוק על הרמב"ם והרא"ש היכא שנשבע לאחר שנאסר, ונאמר שבכה"ג הרי הוא שפיר יכול לומר לו הרי שלך לפניך על גוף

וכתב כן החזו"א כדי ליישב את דעת הרא"ש והרמב"ם*) בהדי הסוגיא לקמן בדף ק"י ע"ב דהתם קאמר רבא לענין גזל הגר שאם נשבע להגר על חמץ חל הפרשה של גזל הגר, והרי הוא מתחייב בקרבן שבועה, רק שאעפ"כ מבואר שם שהוא יכול לסלק את הגר אפילו בגוף החמץ וכן פוסק הרמב"ם, ואילו הכא ס"ל להרמב"ם ולהרא"ש שאינו יכול לסלק את התובע בגוף החמץ (וכן הקשה היש"ש בסי' מ"ה), ועל זה תי' החזו"א שהתם איירי באופן שנשבע קודם פסח אשר בכה"ג גם הרמב"ם והרא"ש מודים שהוא יכול לומר הרי שלך לפניך גם לאחר שנאסר וכהנ"ל.

והנה גם היש"ש בסי' ס"ח כתב שהסוגיא לקמן שם איירי באופן שנשבע קודם הפסח אלא שהוא כתב כן כדי ליישב קושיא אחרת, והיינו שהכא מספקא לי' לרבא באם מיקרי כפירת ממון ובאם חל הדין של שבועת הפקדון, ואילו התם פשיטא לי' שחל הדין של גזל הגר ושמיקרי כפירת ממון, ועל זה כתב היש"ש שהתם איירי שנשבע קודם שנאסר ולכן פשיטא דמיקרי כפירת ממון כיון שבשעת השבועה הרי הוא בגדר ממון. מיהו אע"פ שגם היש"ש נחית לחלק כהנ"ל לענין אם מיקרי כפירת ממון או לא, אבל בכל זאת לענין אם הוא יכול לסלקו על ידי גוף החמץ לא ס"ל להיש"ש כהחזו"א לחלק בין נשבע לאחר שנאסר לבין נשבע קודם הפסח, דהא בסי' מ"ה הוכיח היש"ש מסוגיא דהתם שהוא שפיר יכול לומר לו הרי שלך לפניך על גוף החמץ גם כשנשבע

כמו שדוחק הים של שלמה בביאור לשונו.

(* שכנראה שהרמב"ם סובר כמו הרא"ש ודלא

החמץ, אבל בכל זאת עדיין נצטרך לומר שהיכא שנשבע קודם שנאסר, אינו יכול לומר לו הרי שלך לפניך לאחר שנאסר.

ומכל הנ"ל יוצא מחלוקת של סברות הפוכות, והיינו שלפי החזו"א גם הרא"ש מודה שהיכא שנשבע קודם שנאסר הרי הוא יכול לומר לו הרי שלך לפניך וכמו שביאר בהסוגיא בדף ק"י, ואילו לפי המל"מ יוצא איפכא, והיינו שגם החולקים על הרא"ש יצטרכו להודות שהיכא שנשבע קודם שנאסר אינו יכול לומר לו הרי שלך לפניך. ולכאורה צריך ביאור מה הן הסברות שבהן תלוי הנידון הנ"ל.

ובהאות הקודמת הבאנו כבר את דברי החזו"א שביאר שבהציור שנשבע לאחר שנאסר הרי זה נקרא שהממון שפיתהו להשבע לשקר הוא הממון שהי' מתחייב לשלם אילו ילך לאיבוד (אבל לא החמץ גופי', דהא אינו שוה כלום), ומש"ה סובר הרא"ש שהוא צריך לשלם מעות, משא"כ שנשבע לפני שנאסר הרי החמץ עצמו הוא הדבר שפיתהו להשבע לשקר ולכן הרי הוא שפיר יכול לומר לו הרי שלך לפניך.

מיהו עדיין צריכים לבאר את סברת המל"מ והירושלמי למה שנשבע קודם שנאסר אינו יכול לומר לו הרי שלך לפניך לאחר שכבר נאסר (ואין לומר שגם המל"מ מודה שמסתכלים על הממון שפיתהו, רק שהוא סובר שלא גוף החמץ פיתהו אלא שוויתו ולכן הרי הוא משלם חמץ יפה, דזה אינו, דהא המל"מ קאי שם גם בדעת הסוברים שאם נשבע לאחר שנאסר הרי הוא שפיר אומר לו הרי שלך לפניך ולא מסתכלים על הממון שפיתהו).

והנה באמת המל"מ עצמו כתב שם טעם לחלק וז"ל, וטעם גדול יש בחילוק זה, דבשלמא אם נשבע קודם הפסח דבאותה שעה שנשבע נתחייב בתשלומין גמורים ולרדוף אחריו כאשר ירדוף הקורא כדי לקיים מצות השבה, א"כ אף שאח"כ עבר עליו הפסח, אינו יכול לומר לו הרי שלך לפניך משום דנמצא דלא עביד השבה מעלייתא, אך שנשבע לאחר הפסח, דבאותה שעה לא הי' חייב בתשלומין לפי שהי' יכול לומר הרי שלך לפניך, נהי דלענין חיוב אשם חייב משום דהא כפר לי' ממונא כיון דאילו מיגנב ממונא בעי לשלומי, אך לענין החיוב בתשלומין לא תוסיף תת כוחה בשבועה מהחיוב שהי' חייב באותה שעה עכ"ל.

והנה את הביאור בדברים אלו שכתב המל"מ על הציור של נשבע לאחר שכבר נאסר כבר כתבנו בהאות הקודמת בקטע המתחיל ומעתה נבאר וכו', ברם דבריו על הציור של נשבע קודם שנאסר צריכים ביאור, והיינו משום שגם שנשבע קודם הפסח, מה בכך שנתחייב בתשלומין גמורים, בכל זאת למה שאני מכל גולן בלא שבועה, שאע"פ שהוא נתחייב בהשבה, בכל זאת אם עבר הפסח הרי הוא אומר לו הרי שלך לפניך.

ונראה שהשאלה הנ"ל תלוי' בענין מה הוא יסוד הדין של הך חיוב קרן שבא על ידי שבועתו, דהיינו האם הביאור הוא שהוא הקרן של כל גולן רגיל, דהיינו שהשבועה קובעת אותו להיות גולן על הקרן שכפר אפילו היכא שבלא השבועה לא הי' נחשב כגולן, וכגון היכא שנשבע

על פקדון לפי הצד שכופר בפקדון בלא שבועה אינו נעשה גזלן, אבל היכא שגזל בידים, דמחויב ועומד הוא בהחייב קרן של גזלן, באמת לא מתחדש שום חיוב חדש של קרן על ידי השבועה אלא רק חומש ואשם לחוד, או האם יש כאן חיוב חדש של תשלומי קרן עבור השבועה (מהפסוק של והשיב את אשמו בראשו בפרשת נשא עיי"ש), רק שהיכא שכבר נעשה עליו גזלן ממש ע"י מעשה גזילה, והרי הוא חייב בקרן של גזילה, א"כ אחרי שהוא משלם הרי הוא נפטר גם מהחייב החדש הנ"ל של קרן כיון שהתובע קיבל כבר את הקרן של גזילה.

ואם נאמר כהצד השני א"כ יוצא כדברי הירושלמי הנ"ל שהביא המל"מ, דהא מכיון שנשבע עליו קודם הפסח בזמן שהי' שוה דמים, א"כ כשבא להשיבו לאחר הפסח, נהי שהוא מקיים בזה מצות השבת גזילה, אבל עדיין אינו יוצא בזה ידי החייב החדש של תשלומי קרן מחמת פרשת שבועת הפקדון כיון שנשבע עליו בשעה שהי' שוה דמים, דהא בנוגע להחוב הזה לא נאמר שהוא יכול לפטור את עצמו על ידי אמירת הרי שלך לפניך היכא שכבר אינו שוה כלום, דהא החייב החדש הזה הרי הוא חיוב חדש של תשלומי דמי הקרן של שעת השבועה, ולא נאמר בזה שהוא יכול לפטור את עצמו ע"י אמירת הרי שלך לפניך היכא שאינו שוה ממון, ונהי שאם נשבע לאחר הפסח הרי הוא יכול לומר הרי שלך לפניך, אבל היינו משום שהתם לא נתחייב בהחייב הנ"ל של הקרן החדש של שבועה כיון שנשבע על החמץ בשעה שלא הי' שוה פרוטה, אבל כשנשבע קודם

הפסח, הרי הוא שפיר מתחייב בזה, ולכן קאמר הירושלמי שהוא חייב לשלם חמץ יפה, אבל לפי הצד הראשון שסוף דינו הוא להחשב גזלן, א"כ הרי הוא שפיר יכול לומר לו הרי שלך לפניך כשהוא נשבע קודם הפסח וכמו שכתב החזו"א בדעת הבבלי.

והנה יש לעיין עוד בהחקירה הנ"ל שחקרנו בענין החייב של קרן שמתחדש ע"י שבועת הפקדון, דהנה לקמן בסוגיין מבואר שמה שאמר רב ששת שכופר בפקדון נעשה עליו גזלן הרי זה רק כשהוא תחת ידו בשעת הכפירה, אבל אם הוא באגם, אמרינן שלאשתמוטי מיני' לפי שעה נתכוין ואין כוונתו לכפירה ממש, אלא שהני מילי היכא שלא נשבע, אבל היכא שנשבע הרי הוא מתחייב באחריות אפילו היכא שהיא עומדת באגם. ועיין בשער משפט בסי' צ"ב סק"ה שביאר שהיינו משום שהיכא שנשבע לא תלינן באשתמוטי, אלא נקטינן שבודאי לא הי' עובר על האיסור החמור של שבועה לצורך לאשתמוטי לפי שעה. והנה אם היינו אומרים דלא כדברי השער משפט, אלא שגם היכא שנשבע אכתי יכול להיות שכוונתו היא לאשתמוטי, א"כ יהי' מוכרח כהצד השני, דהיינו שהחייב קרן כשנשבע הוא חיוב חדש של תשלומי קרן עבור השבועה, ואינו החייב קרן של גזלן, דהא חזינן שהוא מתחייב אפילו כששייך אשתמוטי, אבל אם נאמר כמו שנקט השער משפט, דהיינו שהשבועה מחייבתו קרן רק בגלל שנקטינן בכה"ג שאין כוונתו להשתמוט, א"כ מעתה יש לחקור כהנ"ל, דהיינו האם פעולת השבועה היא רק

שנז) רש"י ד"ה נשבע עליו.

וד"ל, שאינו אצלו ולא גזלו ממנו עכ"ל. צ"ע למה הוצרך רש"י להזכיר בשבועתו את שני הדברים.

והנה זה ודאי שלא סגי בזה לחוד שנשבע שאינו אצלו (בזמן שהוא באמת אצלו), דהא עדיין אין כאן כפירת ממון שהרי לא פטר את עצמו על ידי שבועה זו ממה שתבעו שגזלו, דהא יכול להיות שגזלו, רק שנאנס, ומש"ה אינו עכשיו בידו, וא"כ נמצא שאין במשמעות שבועה זו שום כפירת ממון, דהא עדיין יכול להיות שהוא מודה שהוא חייב באונסין, ונהי שפטר את עצמו מהשבת גוף החמץ אבל מ"מ י"ל דס"ל לרש"י שזה לא מיקרי כפירת ממון*), ומש"ה לא סגי בזה שהוא נשבע שאינו אצלו. מיהו עדיין צ"ב למה לא סגי בזה שנשבע שלא גזלו.

ולכאורה ה' אפשר לומר שגם בכה"ג אין במשמעות השבועה ענין של כפירת ממון, דהא יתכן שהוא מתכוין לומר שהוא שומר חנם עליו. מיהו זה אינו דהא רבה להלן כאן מחשיב גם את זה לכפירת ממון, ועוד דאמרינן שעל דעת ב"ד הוא נשבע. תדע, דהא גם עכשיו שנשבע שלא גזלו ושאינו אצלו, אכתי יש להמציא שאין כאן

שהטעם למה הטט"ג חייב כפל רק אם נשבע הרי הוא משום שקודם שנשבע עדיין לא פטר את עצמו מהבעלים דהא אם לא ישבע יתחייב בתשלומין, ואע"פ שכפר את גוף החפץ, אבל לא סגי בכך. וע"ע באות שצ"ג, וכן בקצה"ח ר"ס שמ"ח. ועכ"פ נראה שהכא גרע טפי מהמקומות הנ"ל, והיינו משום שהכא מכיין שאין החמץ שוה כלום א"כ בודאי לא מיקרי כפירת ממון היכא שכפר בהחמץ וחייב את עצמו בתשלומין.

לקובעו לגזלן כי עכשיו יש כפירה שא"א להגיד עליו אשתמוטי, או האם השבועה מחייבת אותו גם בחיוב חדש של תשלומי קרן שלא מטעם גזלן, רק שלא נאמר חיוב זה היכא שכוונתו היא לאשתמוטי.

ועכ"פ הא מיהא נראה ברור שבודאי יש בכח השבועה לקבוע עליו שם של גזלן ולא רק לחייבו בחיוב חדש של תשלומי קרן, דהא בריש דף ק"ו פרכינן על רב ששת מהא דאמר אילפא ששבועה קונה דהא משמע מאילפא שעל ידי כפירה לחוד אינו נעשה גזלן אלא בעינן בדוקא שבועה, ועיי"ש שדחו שאילפא איירי בעומדת באגם, א"נ שאילפא לא איירי כלל לענין חיוב אונסין, אבל עכ"פ מהס"ד של הגמ' חזינן שהשבועה מחדשת עליו תורת גזלן (אפילו לפי הצד שכפירה בפקדון לא מיקרי גזילה), דהא חזינן שאילפא אמר לשון של שבועה קונה דמשמע שהוא נעשה עליו גזלן ע"י השבועה וקונה בו קניני גזילה לענין להתחייב באונסין ואינו רק בגדר חיוב תשלומין.

וע"ע בדף ק"ז ע"ב ברש"י ד"ה מ"ט לאו משום וכו' שביאר להדיא שגם החולקים על רב ששת מודים שאם נשבע הרי הוא נעשה גזלן גמור וקמה לי ברשותו.

(* ובאור שמח בפ"ח מהל' שבועות פלפל בענין זה, דהיינו האם הוא חייב על כפירת גוף החפץ גם היכא שחייב את עצמו בתשלומין. ועיין בזה בתוס' לקמן בדף ק"ז ע"ב בד"ה כגון. גם ע' בריטב"א בב"מ דף מ"ח בד"ה תשומת יד וכו' בענין היכא שייחד לו כלי בהלואתו וכפר בהכלי אבל הודה בעצם ההלואה. וכן עיין בקצה"ח בסי' ע"ג סק"ב. וע"ע בתוספתא דמכילתין פרק ח' ברייתא ג'. ודע שכבר הבאנו באות י' סק"ב את דברי האור שמח

משמעות מוחלטת של כפירת ממון, דהא אכתי יכול הוא לטעון שלא היתה כוונתו לכפור, אלא לעולם הי' שומר חנם ומה שנשבע שאינו אצלו הרי זה משום שכבר נאבד בפשיעה ונתחייב בדמיו, ובע"כ צ"ל שמכיון שהתובע תובעו מצד גזילה והנתבע נשבע שלא גזלו הרי זה נחשב כפירה לחלוטין משום דאמרינן שעל דעת בית דין הוא נשבע (עיין בשבועות דף ל"ט). ובאמת כדברינו אלו מוכח מעצם דברי רבה בסוגיין שהרי חזינן שרבה הזכיר שהוא טוען שהוא שומר חנם מיד בתחילת טענתו קודם שנשבע וכמו שפירש"י בד"ה שומר חנם אני עליו, וא"כ משמע שאם הי' נשבע סתם שלא גזלו, בודאי הי' מתחייב, ואין שום מקום לומר שלא נתכוין בשבועתו לכפור לגמרי אלא רק שלא גזלו, והיינו כהנ"ל משום שאמרינן שעל דעת ב"ד הוא נשבע, ורק היכא שאמר בתחילה שהוא שומר חנם, רק אז בעינן לדברי רבה, משום שאז שפיר ידעינן שלא נתכוין בשבועתו לכפור לגמרי, וא"כ הדרה קושיא לדוכתה, למה הוצרך רש"י לומר שנשבע גם שאינו אצלו, ואמאי לא תיסגי במה שנשבע שלא גזלו.

משמעות מוחלטת של כפירת ממון, דהא אכתי יכול הוא לטעון שלא היתה כוונתו לכפור, אלא לעולם הי' שומר חנם ומה שנשבע שאינו אצלו הרי זה משום שכבר נאבד בפשיעה ונתחייב בדמיו, ובע"כ צ"ל שמכיון שהתובע תובעו מצד גזילה והנתבע נשבע שלא גזלו הרי זה נחשב כפירה לחלוטין משום דאמרינן שעל דעת בית דין הוא נשבע (עיין בשבועות דף ל"ט). ובאמת כדברינו אלו מוכח מעצם דברי רבה בסוגיין שהרי חזינן שרבה הזכיר שהוא טוען שהוא שומר חנם מיד בתחילת טענתו קודם שנשבע וכמו שפירש"י בד"ה שומר חנם אני עליו, וא"כ משמע שאם הי' נשבע סתם שלא גזלו, בודאי הי' מתחייב, ואין שום מקום לומר שלא נתכוין בשבועתו לכפור לגמרי אלא רק שלא גזלו, והיינו כהנ"ל משום שאמרינן שעל דעת ב"ד הוא נשבע, ורק היכא שאמר בתחילה שהוא שומר חנם, רק אז בעינן לדברי רבה, משום שאז שפיר ידעינן שלא נתכוין בשבועתו לכפור לגמרי, וא"כ הדרה קושיא לדוכתה, למה הוצרך רש"י לומר שנשבע גם שאינו אצלו, ואמאי לא תיסגי במה שנשבע שלא גזלו.

שנח) שורי גנבת וכו' שומר חנם אני.

עיין באבן האזל בפ"ג מהל' גזילה ה"ה בתחילת דבריו, וכן להלן שם בד"ה ובעיקר וכו', שחקר מה יהי' הדין היכא

והנה עיין לקמן בסוגיין דאמר רב ששת הכופר בפקדון נעשה עליו גזלן וחייב באונסין, ומקשינן ממתניתין שאחד שבועת העדות ואחד שבועת הפקדון וכו', ואם איתא בכפירה הוא דאיפסל ל". והקשה שם הפ"י שנוקמה באופן שתבעו שורי גנבת והודה לו שהוא שומר חנם, ובדלא

החפץ, אבל לא את כל שוויתו של החפץ. וע"ע בריש אות כ"ז וכן באות שנ"ב בענין מתי חל החיוב אונסין של גזלן.

* כבר הערנו לעיל באות שנ"ה סק"ג שלפ"ז לכאורה הרי הוא צריך להיות חייב לשלם רק כמה אדם הי' משלם כדי שיתחייב חבירו באחריות

אמר לו הילך, הבכה"ג הרי הוא נפסל רק בגלל שנשבע אבל בלא שבועה אינו נפסל כיון שאינו כופר את גוף השור. ותירץ הפ"י שלשון שבועת הפקדון משמע שתובעו שהוא פקדון אצלו ושומר חנם הוא עליו וא"כ בע"כ צ"ל שהנתבע כופר לגמרי. מיהו אכתי קשה שנוקמה באופן שתבעו שפקדונו בידו ושהוא שואל או שומר שכר והלה מודה לו שהוא שומר חנם. ובע"כ צ"ל שלא מצי לאוקמא בהכי משום שבכה"ג אפילו אם ישבע אין נוהג הדין של שבועת הפקדון משום שאין כאן כפירת ממון ואינו אלא שבועת ביטוי בעלמא. מיהו באמת לאחר העיון נראה שהפ"י עצמו הרגיש בזה ונתכוין להעיר על זה בלשונו הנ"ל שהבאנו, שהרי כתב שמהלשון שבועת הפקדון משמע שהתובע תובעו שהוא שומר חנם. ואולי דיוקו של הפ"י הוא משום שלשון שבועת הפקדון משמע אפילו באופן שתבעו רק הא לחוד שהחפץ הוא פקדון ואפילו שמירה בחנם הוא בכלל, ומש"ה בע"כ צ"ל שהנתבע כפר לגמרי, ולכן שפיר פרכינן שמשעת כפירת הוא דאיפסל. ואם כנים אנחנו בכוונת הפ"י א"כ יוצא מדבריו שהוא סובר שכשטוענו שואל או שומר שכר אתה ונשבע לו שהוא שומר חנם הרי זה שפיר מיקרי שבועה של כפירת ממון לפי רבה ושפיר נוהג דין שבועת הפקדון, ומש"ה ה"י הפ"י מוכרח לשלול אפילו את האפשרות הזאת, משום שבהציור הזה הרי הוא נפסל רק משעת שבועה ולא משעת כפירה.

ועכ"פ יש להעיר למה בהציור שתבעו שהוא שואל או שומר שכר והודה לו

שהוא רק שומר חנם למה אינו נחשב כפירת ממון משום זה שכפר שאינו חייב לשומרו שמירה מעולה (אלא רק שמירה פחותה לחוד), דהא גם כפירה על חיוב שמירה צריכה להחשב כפירת ממון (אלא שלכאורה לא שייך לחייבו על זה אלא כדמי השוויות של מלאכת שמירה). ועיין בזה באבן האזל שם בד"ה ולכן.

שנט) בענין הנ"ל.

יש לעיין בהציור של רבה שתבעו גזילה והודה לו בשמירה ונשבע, האם ה"י חייב להשבע מדין מודה במקצת או לא, דהא מצד אחד הרי יש כאן כפירה על חיובי גזלן, והודאה על החיובים של שומר, אבל מצד שני הרי י"ל שלא מיקרי הודאה בממון משום ששומרים מתחייבים בחיוב ממון ממש רק משעת איבוד מן העולם כמש"כ הקצה"ח בסי' ש"מ סק"ד, וא"כ נהי שיש כאן כפירת ממון משום שכפר לו על חיובי גזלן שחלים בשעת הגזילה (עי' בזה באות כ"ז ושנ"ב), אבל בכל זאת הרי עדיין אין כאן הודאת ממון.

ועיין בקצה"ח בסי' פ"ז סק"א שהזכיר ציור שתבעו שהשאל לו ב' פרות והודה לו באחת מהן שהיא שאולה ועל השני' כפר שהיא שאולה אבל הודה שהיא שכורה, דהיינו שכפר בחיובי שואל על השני', וחקר הקצה"ח באם הוא חייב בכה"ג להשבע שבועת מודה במקצת. וכתב הקצה"ח שם בסוף דבריו שזה לא מיקרי כפירת ממון משום ששואל משתעבד רק משעת אונסין וכהנ"ל, אלא שהקצה"ח דן שם מצד אם חשיב כפירה, ואילו אנחנו חקרנו בנוגע להודאה דהיינו באם הודאה

על חיוב שומרים מיקרי הודאה בממון, ולכאורה אין לחלק בין שני הנידונים אלא גם בהודאה שייך לומר את סברת הקצה"ח לפוטרו משבועת מודה במקצת.

ועיין במה שהבאנו בהאות הקודמת מהאבן האזל שציידד לומר שלא בעינן כפירת ממון אלא סגי בכפירה שיש בה נפ"מ לענין ממון.

שס) בענין הנ"ל.

הנה שיטת תוס' בב"מ דף ו' ע"א, וכן הבעל המאור בריש פרק שור שנגח דו"ה בד"ה אנן וכו', היא שלאחר שמודה הגזלן ומוכן להחזיר את החפץ הרי החפץ נקרא שוב ברשות הבעלים, והרי הם יכולים להקדישו (והרמב"ן בב"ק שם חולק על זה). מיהו בע"כ צ"ל שאכתי לא מיפטר הגזלן מחיוב אונסין ולא פקע הקניני גזילה ואינו מתהפך להיות שומר חנם, דהא אם נאמר שהוא מתהפך להיות שומר חנם הרי יוצא שבהציוור של רבה הרי הוא נשבע אמת, דהא מכיון שהוא מוכן להחזירו הרי הוא מתהפך באמת להיות שומר חנם מכאן ולהבא ואין כאן כעת שום כפירת ממון כלל, ומה שהוא נשבע גם על העבר שהי' תמיד שומר חנם ולא גזלן, אין זה אלא שבועת ביטוי בעלמא, דהא אין כעת שום נפ"מ בזה לענין ממון.

ולפי תוס' והבעל המאור יוצא שכדי להחשב שאינו ברשותו של הבעלים בעינן שהגזלן מעכבו אצלו בחזקה, אבל אם הוא מסכים להשיבו הרי זה נחשב ברשות הבעלים אע"פ שלעת עתה יש עוד להגזלן קניני גזילה, כן ביאר הקו"ש באות ט', אבל מלשון הקצה"ח בסי' רי"א מבואר

דס"ל שפקע הקנין גזילה ונעשה שומר מממש.

שסא) וכיחש בה פרט למודה בעיקר.

צ"ע לפי מסקנת רבה דאיירי באומר הילך, למה בעינן קרא הלא אין כאן שום כפירה, שהרי הוא מחזירו לו, והוי כאילו הוא משביעו שלא גזל ממנו לפני עשר שנים (והחזירו ככו'), דבודאי נראה פשוט שאין זה אלא שבועת ביטוי בעלמא.

שסב) הילך.

עיין בראב"ד בפ"ג מהל' גזילה ה"ה ובמה שדחה המגיד משנה את דבריו (וכ"כ היש"ש כאן בסי' מ"ה וכתב שהראב"ד טעה טעות גדולה). ועיין באבן האזל שם בד"ה ובעיקר וכו' מש"כ בישוב דברי הראב"ד.

ועיין עוד במהדורא בתרא במה שכתב בכיאוור דברי הגמרא כאן לפי הראב"ד.

שסג) ג' שבועות הן.

עיין בגמ' דתניא בן עזאי אומר ג' שבועות הן, הכיר בה ולא במוצאה, במוצאה ולא בה, לא בה ולא במוצאה, ופרכינן לא בה ולא במוצאה בקושטא אישתבע, ומתצינן אימא בה ובמוצאה, ר"א אר"ח לפטור, ושמואל אמר לחיוב. ועיין בתוס' דמבואר מדבריהם שהם מפרשים ששמואל קאי על כל הג' ציורים ולא רק על האחרון. ואולי סובר כן גם רש"י שהרי רש"י הזכיר כאן שרב חנינא קאי על כולם ולא שינה לפרש ששמואל קאי רק על האחרון, וכ"כ השט"מ בשם

הרא"ש שרש"י מפרש ששמואל קאי על כולם.

והנה רש"י פי' שאיירי בעד אחד. מיהו ע"ע בשט"מ בשם הרא"ש שביאר שהציורים של בה ולא במוצאה ומוצאה ולא בה לא איירי דוקא בע"א אלא ה"ה שהיכא דאיכא ב' עדים, הרי זה ג"כ רק בגדר גורם לממון, דמי יימר שיבואו עוד שני עדים על מוצאה או על בה, ושוב הקשה הרא"ש בשם הר"מ דלכאורה אינו אפילו בגדר גורם לממון אלא רק בגדר גורם דגורם, דהא אפילו אם יבואו עוד שנים על מוצאה אכתי יוכל לטעון שנאנסה ממנו ושומר אבידה הרי פטור מאונסין, והסיק הר"מ מתוך כך שמאן דאמר חייב סובר כן רק בהציור של בה ובמוצאה משום שבכה"ג ליכא אלא גורם אחד דהיינו שיכול לטעון שנאנסה.

והנה לכאורה יש לפקפק בדברי הר"מ ולומר שמה שהוא יכול לטעון שנאנסה אין זה משוהוהו גרמא, והיינו משום שאכתי מיקרי שהעדוהו היא עדות המחייבת, ומה שהוא יכול לבוא עם טענה חדשה של נאנסה ולפטור את עצמו ממקום אחר לא מיקרי גורם (משא"כ בע"א י"ל שזה שפיר מיקרי בגדר גורם, והיינו משום שלכתחילה העד מחייבו רק שבועה ולא ממון, ואם אינו נשבע הסיבה שהוא חייב לשלם הוא בגלל שלא נשבע ולא בגלל עדותו של העד, ודלא כהצד שהעד מחייבו ממון, רק שהוא יכול לפטור את עצמו על ידי שבועה. ועיין בזה ברש"י בשבועות דף

ל"ב ע"א ובהגהות פורת יוסף בסוף המסכתא שם בנוגע למשביע עד אחד).

מיהו עיין בלשון רש"י כאן בסוף דבריו שכתב וז"ל, וכ"ש בה ובמוצאה, ומיהו ממון ממש לא מפסידו, דאי נמי אסידו ל"י ראינו שמצא פלוני זה, ה"י יכול לומר נאנסה ממני, ופוטר עצמו משבועה עכ"ל. ופירש המהרש"ל דאיירי רש"י כאן בעד אחד ושכונתו היא לומר שה"י יכול לומר שנאנסה לפני שאמר העד שהוא ראהו, כלומר שה"י יכול להכחיש את העד ולומר שהוא מעיד שקר ושמעולם לא מצא אותה (ואינו גורס ברש"י את המלה "ממני"). והרש"ש פי' דאיירי בב' עדים, וכוונת רש"י היא לומר שיכול המוצאה לישבע שנאנסה ממנו [כלומר מהמוצא] כדין שומר אבידה שטוען שנאנסה ממנו שדינו להשבע*). ולפי פירושו של הרש"ש בדברי רש"י יוצא גם מדברי רש"י כדברי התוס' הרא"ש שהיכא שהוא יכול לטעון נאנסה הרי זה שפיר מיקרי גורם לממון.

ועכ"פ עיי"ש ברש"ש שהעיר שלפ"ז דברי רש"י סותרים את מה שכתב לעיל דאיירי בעד אחד.

שסד) בענין כופר בפקדון.

עיין בסוגיין דאמר רב ששת הכופר בפקדון נעשה עליו גולן וחייב באונסין. ופירש"י וז"ל, משעת כפירה, ואע"פ שלא נשבע, ומכאן ואילך אין לו דין דשומר חנם אלא חייב באונסין אם יאנס עכ"ל. ולכאורה צ"ע דה"י מספיק לרב ששת לומר

* וגם הגיה שצ"ל בדברי רש"י "ופוטר עצמו

בשבועה". ובאמת כן צריכים להגיה גם לפי הרש"ל.

ברמב"ם בפכ"ב מהל' מכירה ה"ט ופ"ו מהל' ערכין הכ"ב שכתב שבכופר בפקדון אין הפקדון נחשב ברשות הבעלים.

שסה) בענין כופר בפקדון.

עיין לעיל באות ש"כ בענין למה אי אפשר לחייבו משום עושק.

שסו) בענין כופר בפקדון.

עיין בסוגיין דאמר רב ששת הכופר בפקדון נעשה עליו גזלן וחייב באונסין. ועיין בב"מ דף י' ע"ב דתניא אם המצא תמצא בידו הגניבה, אין לי אלא ידו, גגו חצירו וקרפיפו מנין ת"ל אם המצא תמצא מכל מקום. ופירש"י שם דאיירי באופן שנכנסה צבי לחצירו ונעל בפניו. וכתב הקצה"ח בסי' שמ"ח סק"ב שאין כוונת רש"י לומר שלקנין חצר בעינן שיעשה מעשה, דהא חצירו של אדם קונה לו אפילו שלא מדעתו, אלא כוונתו היא לומר דחיובי גנב וגזלן בעו מעשה. מיהו לכאורה קשה על זה מהדין של כופר בפקדון שלא עשה מעשה ומ"מ הרי הוא נעשה גזלן.

ובחלק א' אות תרצ"ג הסקנו שבעל כרחך מוכח מזה דלא כהקצה"ח שהבין מדברי רש"י שם שלא שייך החיוב אחריות של גזלן בלי שיעשה מעשה, אלא לעולם גם בלא מעשה הרי הוא חייב באונסין, ומה שהתנה רש"י שצריכים מעשה הרי זה רק לגבי הכפל של גנב וכתבנו כמה טעמים לחילוק זה וכדלהלן:

א. דכוונת רש"י במה שהתנה שיעשה מעשה הרי היא משום שבלי שיעשה מעשה אין החפץ משתנה להיות נחשב

שהוא נעשה עליו גזלן ואנן ידעינן שהוא חייב באונסין כמו כל גזלן, ולמה הוצרך לפרט שהוא חייב באונסין.

ועיין במ"מ בפ"ד מהל' גניבה ה"ב שכתב שאע"פ שכופר בפקדון חייב באונסין אבל מ"מ אכתי אינו נעשה גזלן גמור אלא הרי הפקדון עדיין מיקרי ברשות הבעלים. וכן מבואר גם מתוס' לקמן בדף ק"ז ע"ב בד"ה ושלח. וכן הבין האבן האזל בפ"ד מהל' גניבה ה"ב את דברי המ"מ ותוס' (מיהו הפלפולא חריפתא בסוף פירקין הבין אחרת). ועיין גם בהגהות רעק"א על חו"מ בסי' רצ"ד שכתב כעין דברי המ"מ, דעיי"ש שכתב שלא נפקע ממנו הדין שומר שלו, אלא עדיין נחשב הוא השומר של הבעלים, ואם הוקר ופשע לא יוכל לפטור את עצמו בתשלומין כשעת הגזילה כדין גזלן משום שעדיין רכיב עליו גם תורת שומר, ושומר מתחייב לשלם כשעת פשיעה (וע"ע בזה בתוס' רעק"א על משניות ב"מ בפרק המפקיד אות כ"ט).

ולפי כל הנ"ל י"ל ששפיר פרט רב ששת שהוא חייב באונסין, והיינו משום שכוונתו היא לומר שמה שנעשה גזלן הרי זה רק לענין שהוא חייב באונסין, אבל אינו נעשה ברשותו ואין לו בו שום קניני גזילה. מיהו מלשון רש"י כאן משמע שפקע מיני' דין שומר לגמרי. וכן מוכח מדבריו לקמן בדף ק"ז ע"ב בד"ה מ"ט לא וכו' (וע"ע בדברינו שם בנוגע לדעת תוס' והמ"מ). וכן עיין עוד ברש"י לעיל בדף ע' ע"א בד"ה דכפרי'.

וע"ע באבן האזל שם שכתב שמלשון הרמב"ם משמע בפשטות שהוא סובר שהוא נעשה גזלן גמור לענין הכל. ועי'

ברשותו של הגנב, ולחיוב כפל בעינין בדוקא שהחפץ יהי ברשותו, אבל בחיוב אונסין הרי הוא שפיר מתחייב אפילו אם אין החפץ נעשה ברשותו. וטעמא דמילתא למה יש חיוב אונסין גם בלי שהחפץ יהי נעשה ברשותו יש לבאר על פי דברי רש"י בסנהדרין דף ע"ב ע"א שכתב שגזלן חייב באונסין משום שלא גרע משואל שחייב באונסין משום שכל הנאה שלו (*), והרי סברא זו שייכת גם אם לא הוי ברשותו של הגנב או הגזלן, וכמו בשואל גופי שכל היכא דאית' ברשותא דמרא אית' (ועיין לעיל בהפתיחה באות ג' שהבאנו דעות אחרות בענין מנין לנו שגזלן חייב באחריות).

ולפ"ז יוצא שבכופר בפקדון, מכיון שלא עשה מעשה, אין החפץ יוצא מרשות הבעלים. ולעיל באות שס"ד הבאנו את דעות המפרשים בענין אם החפץ יוצא מרשות הבעלים.

ודע שלפי סברת רש"י בסנהדרין שם קשה באמת להבין את סברת המקשן בסוגיין למה כופר בפקדון לא יהי חייב באונסין.

ב. דמה שהצריך רש"י שיעשה מעשה אין זה בכדי שהחפץ יחשב ברשותו של הגנב, אלא הרי זה תנאי עצמי בהחיוב קנס של כפל דבעינן מעשה, והיינו משום שבלי שיעשה מעשה עבירה לא שייך לקונסו בכפל, אבל בהחיוב קרן של גנב וגזלן

שפיר יכול להתחייב גם כשלא עשה מעשה משום שהחיוב קרן של גנב וגזלן אינו ביסודו דין קנס וא"כ אין סיבה להצריך מעשה. מיהו צ"ע על זה מהא דאמרינן בסוגיין וכיחש בה, עונש שמענו וכו', דמשמע מזה דהוי שפיר מדין עונש. ולקמן באות שס"ט נאריך בזה.

ג. וגם האבן האזל בפ"ד מגניבה ה"י בד"ה וברוך וכו' חילק בין כפל דגנב לקרן דגזלן, אלא שכתב טעם אחר לחלק, והיינו משום שרב ששת הרי לומד מקרא דוכיחש בה שכופר בפקדון נעשה גזלן, וא"כ מהתם ילפינן באמת שלענין גזילה לא בעינן מעשה, והרי זה בגדר גזירת הכתוב אע"פ שמצד הסברא היינו צריכים לדמות באמת את החיוב אונסין להחיוב של כפל.

מיהו יש לדחות שלעולם הא דבעינן קרא אין זה כדברי האבן האזל שכתב משום שלא עשה מעשה, אלא אי משום הא לחוד הי' סגי באמת בהסברות שכתבנו לעיל, אלא הא דבעינן קרא הרי זה משום הטעמים שכתב הרא"ש בשט"מ ד"ה הב"ע וכו', וטעמו הראשון שם אינו מובן לי, אבל נראה שכוונתו בטעמו השני היא כך, דבעינן קרא להיכא דליכא אפילו קנין גזילה, וכגון היכא שכפר בזמן שהי' באגם ובאופן שלא שייך לומר שאישתמוטי הוא דקא מישתמיט וכמו שביאר שם. ועיין בהגהות רעק"א על חו"מ סי' רצ"ד שהקשה באמת על הא דמשמע בסוגיין

וס"ל לרש"י שמאי דאמרינן בגמ' שם "מידי דהוה אשואל" דכל הנאה שלו, אין זה רק משל ודמיון בעלמא, אלא הרי זה טעם גמור, אלא שצ"ע דתיסגי בילפותא משואל.

(* ואע"פ שבתחילת דבריו שם כתב רש"י שילפינן לי' משליחות יד, אבל מ"מ טעמא דמילתא הוא משום שלא גרע משואל שכל הנאה שלו וכמ"כ רש"י להלן שם וכמו שביאר המהרש"א,

שאפילו היכא שעומד באגם שייך לומר שהוא נעשה גזלן אי לאו משום דאשתמוטי הוא דקא מישתמיט, דהא בעינן קנין גזילה, ואילו בהציור הנ"ל אין כאן אפילו קנין חצר. מיהו לפי דברי הרא"ש הנ"ל יוצא שזוהי באמת עיקר כוונת הפסוק, דהיינו לחייב אפילו באופן דליכא קנין גזילה (ועכ"פ רש"י בד"ה דקאי באגם וכו' פי' שרב ששת איירי כשעדים מעידים שהפקדון הוא אצלו, וזהו דלא כהדרך השני הנ"ל של הרא"ש).

ועיין גם בספר אמרי משה בסי' ל"ב סק"א וסק"ב שהקשה על הקצה"ח מכופר בפקדון וכתב לחלק בין קרן דגזלן לכפל של גנב, וגם הביא שם מתוס' לעיל בריש דף ס"ה שסוכרים כרש"י שלכפל בעינן מעשה, ומהשט"מ בכתובות דף ל"ד בשם הרשב"א הביא שלענין קרן לא בעינן מעשה, ובאות ל"ב שם פלפל עוד בענין ראייתו מהרשב"א. ועיין עוד בחלק א' אות תרצ"ג במה שכתבנו בדברי המאירי בענין אם גזילה בעיא מעשה או לא, וכן בסוף האות במה שהבאנו מהרמב"ם והראב"ד, וכן בהערה השני' שם שהבאנו עוד כמה מקורות בזה, וכאן הבאתי רק את מה שנוגע לכופר בפקדון.

שסז) בענין כופר בפקדון.

בהמשך הסוגיא אמרינן שגם רב ששת מודה שהיכא שעומדת באגם אין השומר נעשה גזלן ע"י כפירתו משום שנקטינן

שלאשתמוטי הוא דקא מכוינ לפי שעה. ולכאורה צ"ע דהא בכל זאת הרי הוא מחזיקו ואינו מחזירו וא"כ למה אינו נחשב כגזול על מנת להחזירו לאחר זמן. ועיין בקצה"ח בריש הל' גניבה שנסתפק באם הגזול ע"מ להחזיר חייב באונסין. ולכאורה מוכח מסוגיין שאינו חייב.

מיהו עיין לעיל באות שס"ו שביארנו שמצד הסברא לחוד בלא קרא דוכיחש, כופר בפקדון לא הי' צריך להחשב גזלן כיון שלא עשה מעשה גזילה, ומהרא"ש הבאנו דבעינן קרא להיכא שלא עשה אפילו קניני גזילה וכגון היכא שהיא עומדת באגם, וא"כ לפ"ז י"ל שגם לפי האמת הרי הוא שונה מכל גזלן דעלמא, ומה שהפסוק מחדש אינו שהוא חייב עבור זה שהוא מעכבו מהבעלים דוגמת כל גזלן, דא"כ בודאי קשה מה שהקשינו שגם כשהוא משתמט הרי הוא בגדר גזול ע"מ להחזיר דחשיב גזלן, אלא י"ל שכוונת הפסוק היא לחדש חיוב חדש מסיבת הכפירה שלו*). ולפ"ז לא קשה מה שהקשינו שבהציור של לאישתמוטי יחשב גזלן מצד הדין של גזול על מנת להחזיר, דזה אינו, משום שבשלמא אם הי' נחשב גזלן משום זה שהוא מעכבו מהבעלים וכמו בכל גזלן, אז שפיר הי' שייך להקשות כן וכנהנ"ל, אבל מכיון שמה שמשוהו גזלן בכה"ג הוא הכפירה א"כ בזה קיימינן שהיכא שכוונתו היא להשתמט אין זה קרוי כפירה, ולכן אינו נעשה גזלן. ובאמת יש להבין כנהנ"ל את הלשון של הגמרא כאן

עשה מעשה, עי' במה שכתבנו על זה לעיל בהאות הקודמת.

(* ולפח זה אי אפשר ללמוד מכופר בפקדון שגם גזלן ממש יתחייב באונסין אפילו אם לא

שאמרה הכא במאי עסקינן דקאי באגם דלאו כפירה הוא וכו'.

והנה אולי יש ליישב גם בדרך אחרת, והיינו על פי השיטות שהבאתי באות שס"ד שכופר בפקדון אינו נעשה גזלן לענין שנחשב ברשותו, אלא סוף דינו הוא רק חיוב אונסין לחוד, דלפי דבריהם מבואר שאפילו אם נאמר שחיובו של כופר בפקדון הוא משום שהוא מעכבו אצלו אבל אכתי קיל הוא מכל גזלן (אולי בגלל שלא עשה מעשה), וא"כ י"ל שרק בגזלן גמור אמרינן שהוא חייב אפי' אם גזלו על מנת להחזיר, וצ"ע.

ועכ"פ לפי רש"י בסנהדרין דף ע"ב ע"א שכתב שגזלן חייב באונסין משום שלא גרע משואל שכל הנאה שלו וחייב באונסין, א"כ לכאורה גם כשדעתו של הגזלן היא להחזירו הרי הוא אכתי צריך להיות חייב, וכן אפילו כשאינו נעשה ברשותו, דהא גם שאילה הרי היא רק לזמן, וגם אין החפץ נעשה ברשותו, ובכל זאת הרי הוא חייב משום שכל הנאה שלו.

שסח) כופר בפקדון.

הנה שיטת הרמב"ם בפ"ג מגזילה הי"ד, וכן המאירי בסוגיין, וכן הריטב"א בשט"מ בב"מ דף כ"ו בד"ה עובר משום לא תגזול, היא שכופר בפקדון נעשה גזלן רק אם כפר בב"ד. וכן הביא האור שמח בהל' גזילה שם מהרי"ף בפ"ק דב"מ. וביאר האור שמח שסברת הדבר היא משום שאולי ספק מלוה ישנה יש לו עליו ואינו רוצה לגלות טענותיו אלא בב"ד. ושוב הקשה האור שמח על שיטה זו מלקמן בסוגיין דפרכינן על רב ששת מהא דאמר אילפא שבועה

קונה דמשמע שע"י כפירה לחוד לא קניא, ומתריצין שקיימא באגם, והקשה האור שמח שנוקמה בנשבע חוץ לב"ד אשר בכה"ג בלא השבועה אינו נעשה גזלן אפילו לפי רב ששת לדעת הרי"ף והרמב"ם (וזהו ציור יותר מרווח מלאוקמה בקיימא באגם, כן נר' כוונת האור שמח). ותי' האור שמח שכל זמן שלא ידענו את הסברא של לאשתמוטי שתירצה הגמ' שם, הה"נ שלא ידענו שחוץ לב"ד אין כוונתו לכפירה גמורה, אבל לאחר שחידשו את הסברא של לאשתמוטי, דהיינו שלפעמים אינו מתכוין לכפירה גמורה, א"כ מעתה אמרינן שה"ה שחוץ לב"ד אין כוונתו לכפירה גמורה.

והנה יש להעיר למה לא קבע האור שמח את דבריו על הקושיא הראשונה של הגמ' דמתיב רמי בר חמא ושכנגדו חשוד על השבועה כיצד, אחד שבועת העדות ואחד שבועת הפקדון ואפילו שבועת שוא, ואם איתא בכפירה הוא דאיפסל ל' ע"כ, דגם כאן יש להקשות שנוקמה באופן שנשבע חוץ לב"ד (ועכ"פ אע"פ שהגמ' כבר תירצה על הקושיא ההיא דאיירי בעומדת באגם ואשתמוטי משתמט אכתי י"ל כדברי האור שמח על הקושיא משבועה קונה דהיינו שגם שם תירצה הגמ' דאיירי באשתמוטי כי אם לא הי' שייך התירוץ ההוא אז גם לא הי' שייך לתרוץ חוץ לב"ד).

שסט) תד"ה מאי.

וז"ל, תימה בממון מה שייך לומר לא ענש א"כ הזהיר וכו' עכ"ל. והנה לכאורה כוונתם היא להקשות שלא שייך לומר בממון לא ענש א"כ הזהיר משום

שבממוץ אין התשלומין בגדר עונש. ועיין בתורת חיים שתירץ על קושייתם שמ"מ בגזלן שפיר איכא עונש דהיינו זה שהוא נפסל לעדות, דזה חשיב בגדר עונש בגופו ומש"ה שפיר שייך לומר שלא ענש הכתוב אא"כ הזהיר. מיהו צ"ע על דברי התורה חיים דהא עונש זה לא נזכר בתוך הפסוק (אפילו אם נודה דמיקרי עונש).

והנה רש"י כאן בד"ה וכחש בה וכו' הזכיר שהחייב של והשיב את הגזילה הוא בגדר עונש, ולקמן בד"ה לא עונש שבועה הזכיר לשון עונש גם על החייב של אונסין. ונראה שטעמו של רש"י במה ששינה את לשונו הוא על פי שיטתו בסנהדרין דף ע"ב שהחייב אונסין של גזלן הוא משום שלא גרע משואל שכל הנאה שלו וחייב באונסין עיי"ש, והרי החייב הזה בודאי אינו בגדר עונש דהא בשואל גופי' אינו בגדר עונש אלא משום שכל הנאה שלו, ומש"ה הזכיר רש"י בתחילה רק בנוגע להחייב המיוחד של והשיב כשהוא בעיני*) שהוא בגדר עונש, אבל בד"ה לא עונש שבועה הרי איירי רש"י בנוגע להא שהכופר בפקדון חייב באונסין לאחר שבועה אפילו למאן דפליג על רב ששת, והרי החייב הזה אינו נלמד משואל וא"כ החייב הזה בודאי יכול להיות בגדר עונש. מיהו עיין לעיל באות שנ"ו שצדדנו שהחייב קרן שהוא מתחייב בו ע"י שבועה הרי הוא באמת אותו חיוב קרן של כל גזלן, ואינו חיוב חדש של קרן, אלא ע"י השבועה הרי הוא נעשה גזלן. גם יש להעיר דהא רש"י בפסחים דף ל"ב ע"א (בד"ה כל היכא) הביא את הפסוק של

והשיב גם על היכא שאין הגזילה קיימת והגזלן משלם דמים, והיינו בע"כ משום שהוא סובר שלאחר שילפינן משואל הרי גם תשלומי דמים נכללים בוהשיב, ואילו לפי הנ"ל שוהשיב הוא עונש לכאורה לא שייך לומר כן כי החייב דמים אינו משום עונש אלא משום שכל הנאה שלו, וצ"ע. ובאמת מרש"י בד"ה וכחש משמע יותר שכוונתו גם שם היא להחייב אונסין עיי"ש.

ועכ"פ הגור ארי' בויקרא י"ט י"א כתב שגם החייב אונסין של כל גזלן הרי הוא בגדר עונש, ויישב בזה את קושיית תוס' כאן. וביאר שם הגור ארי' דהיינו רק בנוגע להחייב אונסין של גזלן אבל החייב תשלומין של נזקי ממוץ ואדם המזיק אינו בגדר עונש כיון שהוא משלם את מה שהזיק, אבל בגזלן הרי חזינן שהוא משלם גם עבור מתה כדרכה אע"פ שהיתה מתה גם בבית הבעלים, וא"כ חזינן שהם תשלומי עונש ולא תשלומי ממוץ שהפסיד. מיהו צ"ע מלעיל בדף ד' ע"ב דאמרין שחייבו של גזלן הרי הוא בגדר ממוץ ולא קנסא. ואולי ילמד הגור ארי' שהתם קאי רק על החייב השבה כשהוא בעיני, א"נ החייב תשלומין כשנאבד בפשיעה או שאכלו. והנה רש"י בדף ד' שם הזכיר באמת והשיב אבל רש"י אצלנו הרי כתב שוהשיב הוא עונש (ועכ"פ כוונת הגור ארי' היא לכל גזלן ולא רק לכופר בפקדון וכמו שיבאר למעין בדבריו).

וע"ע לעיל בדף ב' ע"א שהביאו תוס' את דברי המכילתא על פרשת בור שאין

המיוחדים של מצות והשיב כשהגזילה היא בעיני.

(* ועי' לעיל באות ש"ט שביארנו מה הם הדינים

עונשין ממון מן הדין, וא"כ חזינן מזה שגם תשלומי נזקי ממון הם בגדר עונש, ובשלמא לפי הרשב"א לעיל בדף ב' ע"ב שהבין שכונת המכילתא היא דוקא לבור א"כ אולי י"ל שרק בבור איכא גדר של עונש, די"ל שמה שעשאו הכתוב כאילו הוא ברשותו חשיב גדר עונש, ולכן רק בבור אמרו שאין עונשין מן הדין. מיהו הרשב"א עצמו כתב שם טעמים אחרים למה רק בבור אין עונשין מן הדין, אבל לעולם גם שאר נזקי ממון הרי הם בגדר עונש עיי"ש. ועכ"פ תוס' שם הרי סוברים שדברי המכילתא אמורים לענין כל האבות נזיקין וגם בדעת התנא של המשנה בריש מכילתין כתבו תוס' שהוא בגדר עונש (והנה מה שכתב הגור ארי' שם בתוך דבריו על נזקי ממון לשון של "עונש ממון" לאו דוקא הוא, א"נ ט"ס הוא וצ"ל "חיוב ממון", דהא איהו סובר שם שאינו עונש).

והנה לכאורה בדף ד' שם מבואר דלא כהמכילתא ותוס' דהא אמרינן שם שהאבות של המשנה הרי הן בגדר ממונא ולא קנסא. וי"ל שלעולם סיבת החיוב היא כדי להעניש את המזיק ולא בשביל טובת הניזק, וגם סיבת החיוב של גזלן לפי הגור ארי' הרי הוא משום עונש, רק שצורת העונש שקבעה התורה היא חיוב של ממונא שחל מיד בשעת ההיזק והגזילה ושהמורה בו חייב ולא חיוב של קנס, וזוהי כוונת הגמ' בדף ד'.

מיהו על הגור ארי' אכתי קשה משם, כי הגור ארי' הרי חילק בין מזיק לגזלן ואילו מהסוגיא שם מבואר שא"א לחלק בין נזיקין לגזלן דהא פרכינן למה אין רבי

אושעיא מונה גם גזלן כיון שהוא בגדר ממונא ואילו לפי הגור ארי' למה לא מתרצינן שהוא מונה רק דברים כגון האבות של המשנה שאין סיבת החיוב משום עונש. ויש ליישב שלא תירצו כן משום שחזינן שרבי אושעיא מונה גם חבלות אע"פ שסיבת חיובן הוא משום עונש עיי"ש באות ס"א. וע"ע ברמב"ם בפ"ב מנ"מ ה"ז שדימה חיוב נזיקין להלוואה. וע"ע בזה בחלק א' אות ס"ט וע"א.

שע) עוד בענין הנ"ל.

עיין בהאות הקודמת שהבאנו את תירוצו של הגור ארי' על קושיית תוס'. מיהו באמת לכאורה יש לפרש את קושיית תוס' כאן בדרך אחרת, והיינו שלעולם מודים תוס' שנאמר בגזילה דין עונש, רק שבכל זאת קשה להו שבעונש ממון לא נאמר הכלל של אין עונשין אלא אם כן מזהירין.

תדע, דהא אפילו בתשלומין של קנס, כגון ד' וה' של טביחה ומכירה, הרי הוא חייב אע"פ שלא באה על זה שום אזהרה, והתם הרי זה בודאי בגדר עונש. ויש עוד לפלפל בזה ובאתי רק להעיר.

וע"ע בשט"מ בשם ר"ת והרשב"א מה שתירצו על קושיית תוס'.

דף ק"ו ע"א

שעא) בענין שבועה קונה.

עיין בגמרא דאמרינן גופא אמר רב הונא אמר רב מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום ונשבע ואח"כ באו עדים

פטור שנאמר ולקח בעליו ולא ישלם וכו'. הרי שנקט רב הונא ציור של כופר הכל. ולכאורה לפי מאי דמסיק רב נחמן שרב אמר את דינו רק בשבועת הדיינים אבל לא בקפץ ונשבע מעצמו, ע"כ צ"ל שאיירי באופן שיש עד אחד, א"נ שהוא שומר וס"ל ששומר חייב שבועה אפילו כשהוא כופר הכל (עיי' בזה בדף ק"ז ע"א), א"נ דאיירי שהוא חייב להשבע מדין גלגול שבועה, אבל באופן אחר חוץ מהשלשה אופנים הנ"ל הלא אין כופר הכל חייב שבועה. שו"ר בחזו"א בסי' כ' סק"א שכתב כהנ"ל שלא איירי בכופר הכל רגיל (ובקושייתו שם כתב שאע"פ שכופר הכל חייב שבועת היסת אבל לא מסתבר לומר שרבנן פטרו אותו לגמרי לאחר שנשבע).

מיהו לכאורה יש לפרש את דברי רב הונא אמר רב באופן אחר, והיינו שכוונתו היא באמת לכופר הכל רגיל שאינו חייב שבועה, והא דאמרין בסוגיין שרב מודה בצירוף של קפץ ונשבע שאינו קונה וכן כשנשבע חוץ לב"ד, הרי זה רק באופן שהוא חייב שבועה, דבכה"ג אינו יוצא ידי החובת שבועה שלו אלא ע"י שבועת הדיינים בב"ד וכשיטת הר"ח והרמ"ה בשט"מ כאן*), ומש"ה שפיר אינו קונה כשקפץ ונשבע או נשבע חוץ לב"ד, אבל בכופר הכל שאינו חייב שום שבועה אכתי י"ל שהוא קונה אפילו ע"י שבועת עצמו.

מיהו יש לפקפק בדרך זו, והיינו משום דעיי' ברש"י כאן בד"ה בקפץ וכו' שפי'

שהטעם למה קפץ ונשבע אינו קונה, אינו משום שלא יצא ידי הבעלים בשבועה זו אלא משום שהפסוק שממנו דורש רב את דינו איירי בשבועת הדיינים, וא"כ לפ"ז יתכן שגם כופר הכל במלוה אינו קונה כיון שהוא נשבע מעצמו ולא בב"ד ואינו דומה לשבועת הפרשה, אע"פ שאין עליו שום חובת שבועה להבעלים.

והנה יש להמציא עוד דרך בענין למה נקט רב הונא אמר רב לשון שמשמע שגם סתם כופר הכל קונה אע"פ שהוא קופץ ונשבע וליכא בכה"ג שבועת הדיינים, והיינו משום שיש לומר שרב הונא סובר באמת שרב אמר את דינו גם בקפץ ונשבע וכן בנשבע חוץ לב"ד, ואפילו היכא שחייב בשבועת הדיינים, ולכן קאמר רב הונא שרב אמר את דינו גם בסתם כופר הכל אע"פ שהוא בגדר נשבע מעצמו, ומה שאמר רב נחמן שרב מודה בקפץ ונשבע וכן בנשבע חוץ לב"ד, זהו באמת דלא כדעת רב הונא.

ועיי' גם ברש"י בסוגיין שבשני מקומות כשהזכיר רש"י את הקושיות שהקשו בגמ' על דינו של רב, דקדק רש"י להזכיר רק את רב הונא ולא את רב, וכאילו הקושיות הן קושיות רק על רב הונא ולא על רב עצמו, דעיי' בד"ה להא שמעתא שכתב וז"ל, להא שמעתא דרב הונא עכ"ל, והיינו כהנ"ל שקושיית רב אחא בר מניומי היא על רב הונא ולא על רב, משום שעל רב שפיר יש לתרץ כמו שמתרץ רב נחמן

הכפל של ט"ג וכן לפוטרו מתשלומין כרב. ובחידושי הרשב"א על גיטין דף ל"ה ע"א הדבר מבואר יותר, וכן הביא שם מהרמב"ן.

* ודלא כהרשב"א שם שכתב לפרש שאפילו קופץ ונשבע (בנקיטת חפץ) יוצא ידי שבועת השומרים ולא בעינן שבועת הדיינים אלא לענין

שהברייטא איירי בקפץ ונשבע או בנשבע חוץ לב"ד ושככה"ג מודה רב, אבל רב הונא הרי סובר שגם בהני גווני קאמר רב. ולפ"ז הכוונה בהתירוצים של קפץ ונשבע ונשבע חוץ לב"ד היא לומר באמת דלא כרב הונא, ודוחק.

ועיין גם בדברי רש"י בד"ה אלא אמר רבא שכתב וז"ל, לא תשניי לתיובתא דרב המנונא לצדדין, דיכול לחזור ולהודות לאו תיובתא הוא לרב הונא, דכיון דהודה לא קאמר רב וכו' עכ"ל, וגם כאן נראה שמה שהזכיר רש"י את רב הונא הרי זה משום שלאחר תירוצו של רב המנונא שלצדדין קתני הרי אכתי נשארתי הקושיא על רב הונא דהא איהו קאמר בשם רב שאפילו בקפץ ונשבע חוץ לב"ד הרי הוא פטור, וא"כ כוונת רש"י היא לפרש בדברי רבא כך, דלא תשניי לתיובתא דרב המנונא על ידי התירוץ של לצדדין, באופן שאכתי ישאר קשה על רב הונא, והיינו משום "דיכול לחזור ולהודות לאו תיובתא הוא לרב הונא", ודוחק.

שעב) כאן בקפץ וכו'.

המ"מ בפ"ד מהל' גניבה ה"ה כתב שהרמב"ם לא הביא את הדין שקפץ ונשבע פטור מהכפל של ט"ט"ג עיי"ש. מיהו יש לתמוה על המ"מ דהא זוהי כוונת הרמב"ם בה"ג שם, וכמו שפירש המ"מ עצמו בתוך דבריו על ה"ב דכוונת הרמב"ם בה"ג היא

שכבר יצא ידי הבעלים בהשבעה הראשונה והשבעה השני' אינה שבעת הדיינים, אלא שבאמת יש שמפרשים אחרת את כוונת הרמב"ם בה"ג וכמו שהבאנו לעיל בדף ס"ב בהערה השלישית על אות י'.

שעג) רש"י ד"ה כאן בקפץ וכו'.

וז"ל, וסיפא לא קשיא לי' לרב דאע"ג דקתני משלם כפל לאחר שבעה וכ"ש קרן וכו' עכ"ל. הנה כוונת רש"י בקושייתו היא דכיון דקתני בהסיפא שבבאו עדים הרי הוא חייב כפל א"כ ה"ה שהוא משלם בכה"ג קרן ולא רק את הפעם השני' של כפל וא"כ קשה על רב דאמר שבנשבע ובאו עדים הרי הוא פטור*). ומדבריו אלו מוכח לכאורה שהוא סובר שהפעם הראשונה של הכפל היא קרן ממנוא ואין כולו בגדר קנס חדש של כפל, דאם ס"ל שהוא כולו בגדר קנס חדש ואין כאן שום תשלומי קרן, א"כ מאי קשיתי, דהא גם לפי רב אתי שפיר, משום שמה שהוא משלם ב' פעמים הרי זה משום שכל השתי פעמים הן קנס חדש, ולעולם אין כאן תשלומי קרן כלל, וא"כ מוכח מקושייתו של רש"י שהוא סובר שהפעם הראשונה היא קרן, דלפ"ז שפיר מקשה רש"י שמזה שהוא משלם כפל חזינן שהוא משלם גם קרן וקשה על רב (ועי' עוד בהאות הבאה,

משמע להדיא שכוונתו היא להקשות מהצירוף של באו עדים דמשלם כפל, וכן משמע מלשון תירוצו שתי' שרב מודה בט"ט"ג, ולא תי' שרב מודה בהודה (ואפילו בטוען טענת אבד).

* אבל אין לפרש שכוונתו היא להקשות על רב ממאי דקתני בהסיפא שבהודה הרי הוא חייב קרן, דהא כבר כתב רש"י לעיל דאזלינן כבר השתא שרב מודה בהודה, ועוד דמלשון קושייתו

וכן בחלק א' אות ס"ו, בענין מה היא מהותה של הפעם הראשונה של תשלומי כפל).

מיהו אכתי לא אתי שפיר לפי הנ"ל הלשון שכתב רש"י "וכ"ש קרן", דהא לפי הנ"ל יוצא שהכפל עצמו כולל בתוכו את הקרן, ובתשלומי כפל עצמו מצינו תופעה של תשלומי קרן, כי הכפל הוא הקרן ועוד פעם אחת, ואילו מלשוננו הנ"ל של רש"י משמע שהקרן הוא דבר נפרד מהב' פעמים של כפל, רק שאם הוא משלם כפל אז יש כ"ש שה"ה שהוא צריך להתחייב קרן, וא"כ לכאורה צריכים לפרש איפכא בכוונת רש"י, והיינו שלעולם כל הכפל הוא בגדר קנס חדש, רק דקשיא לי' לרש"י דאם חזינן שהשבועה מביאתו לידי כפל א"כ מצד הסברא יש ללמוד בכ"ש שלא היתה השבועה צריכה לפוטרו מקרן בציור של טוען טענת אבד, ועל זה תירץ דשאני השבועה של ט"ג דמכיון שיש גזירת הכתוב ששבועה זו מחייבתו בכפל א"כ בודאי ששבועה זו לא היתה יכולה לפוטרו מחיוב קרן (אילו הי' חייב קרן כשבאו עדים ולא כפל), אבל אכתי י"ל ששבועת טוען טענת אבד שפיר פוטרתו וכמימרא דרב.

שעה) תד"ה איתיבי'.

הנה תוס' חולקים על רש"י ומפרשים שאכתי לא אסיק אדעתן שרב פוטר רק בבאו עדים ולא בהודה, אלא אזלינן עכשיו שגם בהודה קאמר רב. ועיין במהרש"א שביאר שזה מיהא ידענו שאם הודה לאחר שטען טענת גנב הרי הוא שפיר חייב קרן. מיהו הפ"י פירש שלפי מאי דס"ד שרב

פוטר גם בהודה א"כ ה"ה שאם הודה לאחר שנשבע על טענת גנב יהי' פטור, ודלא כהמהרש"א. ועיין עוד בדבריהם בביאור דברי תוס' כל אחד לפי שיטתו.

מיהו לכאורה שיטת הפ"י צריכה ביאור, והיינו משום דמכיון שקנה כבר את הקרן כדחזינן מהא דאם מודה מיפטר, א"כ איך שייך לחייבו כפל כשבאו עדים, הלא אם אין קרן אין כפל. ודחיק טובא לומר שהגזיה"כ היא שהיכא שבאו עדים אז מתחדש עליו חיוב של קרן אע"פ שאם הי' מודה הי' נפטר, ובשלמא מאי דמסקינן שלפי רב בטט"א הרי הוא חייב קרן כשהוא מודה אע"פ שהוא פטור אם באו עדים, הרי לדבר זה שפיר יש להמציא כמה סברות וכמו שנבאר באות שע"ז, אבל אם נאמר שלפי הס"ד רב פוטר גם בטט"ג כשהוא מודה משום ששבועה קונה א"כ אין שום סברא לומר שע"י העדים מתחדש עליו חיוב קרן.

ולכאורה מוכרחים אנו לומר לפי הפ"י דהיכא שחייב כפל, כל הכפל הוא קנס חדש, וליכא תשלומי קרן בכה"ג, אשר לפ"ז שפיר י"ל שנהי שבהודה הרי הוא פטור מקרן אבל בכל זאת היכא שבאו עדים הרי הוא חייב בהקנס של כפל. ולעיל בחלק א' אות ס"ו הארכתי בנידון זה, וגם הבאתי שם את הראי' הנ"ל בקיצור לשון יותר. וע"ע בזה בהאות הקודמת.

שעה) והכא חוץ לב"ד וקפץ לא מצית אמרת.

ואין לומר דמ"מ הרישא של הבבא איירי בקפץ, דזה אינו, משום דהכא הכל הוא בתוך בבא אחת, ואינו דומה למאי

דאמרינן לעיל כאן בקפץ כאן בלא קפץ משום דהתם המדובר הוא בשתי בבות, חדא בט"ג וחדא בטט"א, אבל הכא הוי הכל בכא אחת בטט"ג, וכן פ"י המהרש"א בתוך דבריו על תד"ה איתיבי.

והפ"י בסוף דבריו על תוס' שם כתב דרך אחרת, והיינו דהא חזינן שבהחלק הראשון של הך בכא קתני שאם עד שלא באו עדים הודה הרי הוא חייב קרן והרי מזה גופא משמע שאם באו עדים קודם שהודה הרי הוא שפיר חייב כפל ולא חומש ואשם, וא"כ בע"כ צ"ל שלא איירי בקפץ.

שעו) בענין נשבע חוץ לבית דין וקופץ ונשבע.

הנה בסוגיין מבואר דהיכא שקפץ ונשבע, וכן היכא שנשבע חוץ לב"ד לא קאמר רב ששבועה קונה. ועיין ברש"י שכתב שהטעם למה הקופץ ונשבע אינו קונה הרי זה משום שאינו דומה לשבועת הפרשה דאיירי בשבועת הדיינים. ולעיל באות שע"א מבואר שלכאורה ה"י אפשר לומר טעם אחר, והיינו משום שעדיין לא יצא ידי הבעלים בשבועה זו ולא קיים את החובת שבועה שלו. וכתבנו שיתכן שרש"י לא כתב את הטעם ההוא משום שרצה לכלול אפילו כופר הכל במלוה שאינו חייב שבועה אלא הרי הוא נשבע מעצמו, דגם בכה"ג אע"פ שאינו חייב שבועה ולא שיך לומר שלא יצא ידי חובתו להשבע, אבל בכל זאת אין השבועה קונה כיון שאינו דומה לשבועת הפרשה דאיירי בטט"ג שהשביעוהו ב"ד.

והנה לכאורה יש ליישב בדרך אחרת

למה לא כתב רש"י שהטעם הוא משום שלא יצא ידי הבעלים, והיינו משום שי"ל שרש"י סובר ששפיר יצא ידי החיוב להשבע שבועת השומרים אפילו כשקפץ ונשבע ולא המתין עד שיחייבוהו הדיינים, ודלא כשיטת הר"ח והרמ"ה שהובאה בשט"מ כאן, אלא כשיטת הרשב"א כאן וכן בגיטין דף ל"ה ע"א ביתר ביאור (וכן הביא הרשב"א שם מהרמב"ן), ומאי דכתיב שהדיינים מחייבים אותו להשבע הרי זה בשביל החיוב כפל של טט"ג, וא"כ לפי הרשב"א יוצא שהוא שפיר נפטר מהבעלים גם כשקופץ ונשבע, ולכן שפיר הוצרך רש"י ליתן את הטעם הנ"ל, דהיינו שהדרשה של ולקח בעליו ולא ישלם נאמרה רק על הסוג שבועה דאיירי בה הפרשה דהיינו טט"ג שהשביעוהו ב"ד.

מיהו הטעם הזה השני אינו נכון משום שיש להוכיח שרש"י סובר באמת כהר"ח והרמ"ה ששומר יוצא ידי החובת שבועה רק אם חייבוהו ב"ד להשבע, דהא על הא דאמרינן שאם נשבע חוץ לב"ד אינו קונה לא פירש"י שהיינו משום ששבועת הפרשה איירי בנשבע בב"ד כמו שכתב על קופץ ונשבע, אלא פירש דהיינו משום שלא אלימא שבועת חוץ לב"ד לקנות, ומשמע שהוא דבר של סברא, ולכאורה צ"ע דהא גם שם ה"י לו לרש"י לומר דבעינן דומיא להשבועה של טט"ג הכתובה בתוך הפרשה שצריכה להיות בפני ב"ד דוקא כמו דאמרינן להדיא בגמרא כאן, ונראה שמוכח מזה שכוונתו בענין קופץ ונשבע לא היתה דבעינן את התנאים של השבועה שמביאתו לידי חיוב כפל, אלא כוונתו היתה דבעינן התנאים של השבועה ששומר חייב להשבע

כדי להפטר מהבעלים ולצאת ידי החובת שבועה שלו, וס"ל לרש"י שכדי להפטר מהבעלים ולצאת ידי שבועת השומרים בעינין שהדיינים יחייבוהו להשבע, ולאפוקי קופץ ונשבע מעצמו, אבל בכל זאת לא בעינין שישביעוהו ב"ד אלא הה"נ שהוא יוצא ידי חובתו אם נשבע שלא בפני ב"ד אחרי שב"ד חייבוהו להשבע וכשיטת הנתיבות המשפט שנביא להלן, ומש"ה הוצרך רש"י להמציא טעם חדש לנשבע חוץ לב"ד ולא הי' יכול לומר משום שאינו דומה להשבועה של הפרשה (ולפ"ז יוצא כדרכנו הראשון שבשביל שומר גופי' הוי סגי למימר שבקפץ ונשבע לא יצא ידי השבועה, רק שרש"י אתי לרבווי גם כופר הכל רגיל שאינו חייב שבועה).

איברא, לאחר העיון נראה שאכתי י"ל דס"ל לרש"י ששומר שפיר יוצא ידי חובתו גם בקפץ ונשבע אשר לפ"ז יוצא שמה שכתב רש"י דבעינין שתהי' דומה לשבועת הפרשה הכוונה בזה היא לשבועת ט"ג, והא דלא פירש לעיל שזהו גם הטעם למה בעינין שישבע לפני ב"ד, י"ל דהיינו משום שכשתירצה הגמרא דאיירי חוץ לב"ד סברה הגמרא עדיין שגם בקופץ ונשבע אמרינן דינא דרב, אשר לפ"ז בע"כ יוצא דלא בעינין דומה לשבועת ט"ג הכתובה בתוך הפרשה, ולכן הוצרך רש"י שם ליתן טעם אחר לנשבע חוץ לב"ד, אבל לאחר שזכינו לדין שגם בקופץ ונשבע לא שייך דינא דרב ומשום דבעינין דומיא דשבועת ט"ג*), א"כ ה"ה שסגי בזה גם לדין חוץ לב"ד.

ומעתה אביא את דברי הנתיבות שהזכרתי לעיל שהוא סובר ששומר יוצא ידי חובתו רק אם חייבוהו ב"ד להשבע אבל לא בקופץ ונשבע, רק שבכל זאת לא בעינין שישביעוהו ב"ד, אלא ה"ה שהוא יוצא ידי חובתו גם אם נשבע חוץ לב"ד אחרי שב"ד חייבוהו להשבע, דעיין בדבריו בסי' א' סק"ד שדן על זה שלא הביא הרי"ף להלכה את כל דיני ט"ג דהא דינים אלו נוגעים למעשה גם בזה"ז כיון שתפיסה מועלת על חיוב קנס, ות"י שהרי"ף סובר שבזמן הזה הרי הוא פטור בתורת ודאי משום שהחיוב של כפל הוא רק כשנשבע בב"ד ואילו בזמן הזה אין לנו ב"ד של סמוכין, ונהי שבשעה שב"ד דנין על השמירה ומחייבים אותו להשבע הרי הם נחשבים כמו סמוכים משום ששליחותיהו דקמאי קא עבדי וחשיב כאילו ב"ד סמוכין חייבוהו להשבע משום שדיני שמירה שכיחי הם ואית בהו חסרון כיס ולכן עבדינן שליחותיהו, אבל מ"מ הרי זה רק בשעה שחייבוהו, אבל בשעת השבועה כבר לא שייך לומר ששליחותיהו עבדינן, אלא הרי זה נחשב כנשבע חוץ לב"ד, משום ששומר יכול להשבע באמת גם חוץ לב"ד, וא"כ כל התועלת שיצא אם נאמר גם בשעה שמשביעין אותו שהם שלוחיהו דקמאי הרי הוא רק כדי שנוכל לחייבו כפל, ובזה הרי קי"ל שאין דנין קנסות בזה"ז ולא עבדינן שליחותיהו בנוגע לדיני קנסות עכת"ד הנתיבה"מ. הרי להדיא שכדי לצאת ידי חובת שבועת השומרים לא בעינין שישביעוהו ב"ד אבל

שלאו שבועה אלימתא היא.

(* דלענין קופץ ונשבע כנראה לא שייך לומר

בכל זאת אכתי בעינן שב"ד יחייבוהו להשבע וכמו שיצא לנו מדברי רש"י. ונראה שכן יש לפרש גם את כוונת הש"ך בסי' א' שם, וכן את כוונת הרמב"ן במלחמות בסוף פירקין שהביא הש"ך שם, וז"ל הרמב"ן שם, והיאך יתחייב כפל בחוץ לארץ בטט"ג והלא אינו משלם כפל עד שישיבעוהו ב"ד ואין דיני חוץ לארץ דיינים לפי שאינן סמוכין וכנשבע חוץ לב"ד דמי עכ"ל, וז"ל הש"ך, דלא מתחייב כפל אלא הנשבע לפני ב"ד עכ"ל, כלומר דלחייב אותו שבועה הרי הם שפיר יכולים, אבל אינם יכולים להשביע אותו, וממילא הרי זה כנשבע חוץ לב"ד וכמו שביאר הנתיה"מ.

והנה הבעל המאור שם כתב שדיני טט"ג שפיר נוגעים למעשה גם בזמן הזה לענין תפיסה. ונראה דהיינו משום שהוא סובר כדעת הרמ"ה בסוגיין שגם כדי לצאת ידי שבועת השומרים בעינן שישיבעוהו ב"ד אשר לפ"ז יוצא שגם בשעה שהוא נשבע מיקרי שעבדינן שליחותיהו והרי הוא כנשבע לפני ב"ד של מומחין ולכן שפיר נתחייב כפל ושפיר תועיל תפיסה.

שעז) בענין הודה מעצמו.

עיינן בסוגיין דמסיק רבא שרב קאמר דוקא בבאו עדים אבל לא בהודה מעצמו. ולכאורה צריך ביאור דממה נפשך, אם הוא קונה בשעת השבועה א"כ מה מועיל זה שהודה, הלא כבר קנה. ובודאי דוחק מאד לומר שהדבר תלוי ועומד, דאם באו עדים איגלאי ששבועה קונה, אבל אם הודה מעצמו הרי הוא חייב (אפילו אם הודה

לאחר עדים וכמו שמבואר בתוך הברייתא של בעל הבית שטען וכו'). ולכאורה יש לבאר ענין זה בכמה דרכים:

א', שבאמת הרי הוא נפטר בשעת השבועה לגמרי מהחויב ממון, רק שאם הוא מודה הרי הוא חייב בחיוב חדש של קרן לשם כפרה (ובכל זאת מהני מחילה על הסוג הזה של כפרה, עיין בזה בדף ס"ה באות ל"ח). ועיין בחזו"א בסי' כ' סקי"ז שהזכיר את הדרך הזה וכן את הדרך הראשון שדחינו מחמת דוחקו.

ב', דשבועה קונה רק לענין לפוטרו מדיני אדם, דהיינו שאין ב"ד גובין ממנו, אבל אכתי חייב הוא בדיני שמים, והכוונה בהודה היא להיכא שהוא רוצה לצאת ידי שמים משום שסתם הודה איירי באופן שבא לצאת ידי שמים כדאמרינן לעיל בדף ק"ד ע"א.

ג', שבאמת גם כשבאו עדים אינו קונה כלל את גוף הממון, רק שכוונת רב היא לומר שלאחר שבועה יש גזיה"כ שלא להאמין את העדים, וסילקה התורה בכה"ג את הנאמנות של העדים והאמינה את שבועתו, ומש"ה שפיר יוצא שאם הוא מודה הרי הוא חייב, דהא מעתה יש כאן הודאת בעל דין ונאמנות זו לא סילקה התורה.

והנה לכאורה אפשר לומר שרבא ורב אחא סבא בסוגיין פליגי בהני דרכים שכתבנו, והיינו שרבא סובר שמה שרב מחייב בהודה הרי זה חיוב ממון בדיני

אדם, דלעולם גם לפני שהודה הי' חייב מעיקר הדין, רק שיש גזיה"כ שלא להאמין בכה"ג את העדים, אבל באמת אינו קונה כלל וכמו הדרך האחרונה שכתבנו, ואילו רב אחא סבא סובר שאע"פ שרב מחייב היכא שהוא מודה אבל מ"מ הרי זה רק משום כפרה (כמו הדרך הראשון) או בדיני שמים (כמו הדרך השני) אבל לעולם סובר רב שהוא פטור מדינא. ואפרש דברי, דהנה בסוגיין מבואר שרב המנונא הקשה על רב מהא דתנן שאם השביע עליו חמש פעמים הרי הוא חייב על כל אחת ואחת, דאילו לפי רב הרי צריך לצאת שהוא קונה משעת השבועה הראשונה וא"כ האחרונות אינן שבועות של כפירת ממון, ועל זה תירץ רבא שמכיון שאם הי' מודה לאחר השבועה הראשונה גם רב הי' מחייבו א"כ שפיר חשיבי האחרונות שבועות של כפירת ממון, ורב אחא סובר שאפילו אם נאמר שרב מחייב במודה אכתי קשה שהשבועות האחרונות אינן צריכות להחשב שבועות של כפירת ממון מאחר שלפי רב לא הי' יכול להוציא את הממון בעדים, ומעתה לכאורה אפשר לומר שרבא ורב אחא סבא פליגי בהנ"ל, דהיינו שרבא סובר שמכיון שאם הי' מודה הי' חייב א"כ הרי זה מגלה שהי' חייב מדיני אדם גם לפני שהודה, רק שסילקה התורה את הנאמנות של העדים, וא"כ משום כך שפיר מיקרי שיש כאן כפירת ממון, דהא מחויב ועומד הוא גם לאחר השבועה הראשונה, וגם רב מודה בזה, ואילו רב אחא סובר שאע"פ שאם הי' מודה הי' חייב אבל הרי זה רק משום כפרה או בדיני שמים אבל מדינא הרי הוא פטור ומש"ה אכתי קשה קושיית רב

המנונא שהשבועות האחרונות אינן שבועות של כפירת ממון (ואפילו אם נאמר כהדרך שהוא חייב בדיני שמים, אבל בכל זאת כשהוא כופר בחיוב מדיני שמים אין זה נקרא כפירת ממון ואכמ"ל.

מיהו אע"פ שכן הי' נראה מצד הסברא אבל מ"מ מרש"י בע"ב בד"ה השתא מיהת לא אודי וכו' משמע שאפילו לפי רב אחא סבא הרי הוא חייב בעיקר הדין וכהדרך האחרונה שכתבנו, דהא כתב רש"י שהיכא שלא הודה "אין יכול להוציאו בעדים", ומשמע שלפי האמת הרי הוא שפיר מחויב ועומד, רק שבכל זאת לא מיקרי כפירת ממון כיון שא"א להוציאו בעדים (וכהנ"ל) שסילקה התורה את הנאמנות של העדים), ורבא סובר שזה שפיר מיקרי כפירת ממון כיון שלמעשה יש כאן חיוב ממון.

ובאמת גם מעצם דברי רב אחא סבא מבואר דלא כדרכנו הנ"ל שהרי אמר מי איכא מידי דאילו אתי סהדי ומסהדי ב"י פטור ואנן ניקו ניהיב"י קרבן אשבועה הואיל ויכול לחזור ולהודות השתא מיהא הא לא אודי, ואילו לפי דרכנו הנ"ל למה הוצרך לומר שהשתא מיהא לא הודה הלא אפילו אם הי' שפיר מודה הדין נותן שלא יתחייב אם שוב ישבע וכמו שביארנו. והנה שיטת המהרש"א על תד"ה איתבי' וכו' היא שזה הי' ברור בכל הסוגיא שהיכא שטען טענת גנב ונשבע והודה אינו קונה בשבועתו כמו שאינו קונה היכא שטט"ג ובאו עדים (ודלא כהפ"י שם). ונראה שהוכרח לומר כן משום דס"ל שאילו הי' פטור אם הודה לא הי' שייך לחייבו כפל כשבאו עדים, ומזה מוכח דס"ל שמה שרב מחייב בהודה הכוונה היא

שהוא מחייב בחיוב ממון גמור מדיני אדם ולא רק מדיני שמים או לשם כפרה, דהא אינו חיוב ממון גמור אכתי יקשה איך יתכן חיוב של כפל, וא"כ בע"כ צ"ל דס"ל שזה חיוב ממון גמור, וא"כ מזה יוצא שגם בט"א והודה הרי הוא חייב בדיני אדם בחיוב ממון גמור, דהא מדברי רבא משמע שאין הבדל בין ט"ג והודה לבין ט"א והודה.

דף ק"ו ע"ב

(שעח) מה לגנב שכנ משלם כפל שלא בשבועה.

עיינ לעיל בדף ס"ד באות כ"ו.

(שעט) והעדים מעידים אותו שאכלו.

עיינ לעיל בדף ס"ד באות כ"ג.

(שפ) והא הכא דא"א לכזית בשר בלא שחיטה.

עיינ בשט"מ בשם הרא"ש ובמה שכתבנו על דבריו לעיל בדף ס"ב באות ז' סוף סק"א, ובאות י' סק"ג.

(שפא) ולישני לי' בבן פקועה.

יש לפרש שהכוונה היא להיכא שלא שחטו אלא נחרו לחוד, ולכן אינו חייב בדו"ה, אבל אילו הי' שוחטו, אז שפיר הי' חייב בדו"ה, אע"פ שאזלינן השתא שאינו צריך שחיטה, ואפילו למ"ד ששחיטה שאינה ראוי' לא שמה שחיטה אבל י"ל

שהכא עדיף משחיטה שאינה ראוי' משום שי"ל דהא ששחיטה שאינה ראוי' לא שמה שחיטה הרי זה משום שעדיין נשאר אסור באכילה, אבל בבן פקועה מכיון שאין כאן איסור, לא איכפת לן במה שהשחיטה לא התירה.

מיהו לכאורה יותר מסתבר לומר איפכא, והיינו שהכוונה היא אפילו להיכא ששחטו, ושכלל זאת לא יתחייב בדו"ה, והיינו משום שאפילו המ"ד שסובר ששחיטה שאינה ראוי' שמה שחיטה הרי זה רק משום שהועילה לכל הפחות להוציא את הבהמה מידי נבילה (אע"פ שנשאר אסור צדדי), אבל היכא שלא הועילה השחיטה להתיר, וכגון בבן פקועה כי גם בלא"ה מותר, אז גם הוא מודה שלא שמה שחיטה.

(שפב) רש"י ד"ה ולישני לי' כגון שעמד דין.

הנה הגירסא בדבריו שלפנינו היא שחזר ונשבע עליו לאחר ששחטו ואכלו. ולכאורה הכוונה היא כך, שלאחר שאמרו לו צא תן לו חזר וטען שנגנב ממנו זה עכשיו לאחר הפסק דין וגם נשבע, ושוב באו עדים שהוא עצמו טבח וואכלו.

והנה המהרש"ל בחכמת שלמה שינה את הגירסא שלפנינו והשמיט מה שכתב רש"י שחזר ונשבע עליו. וי"ל שטעמו הוא משום שדבר זה אינו מוסיף כלום להציור. מיהו מלשון רש"י שכתב "שבועה קמייתא" נראה ששפיר גרסינן לי'. ועיינ גם בתוס' רי"ד שגרס ברש"י שנשבע שתי שבועות, אלא שדחה את פירש"י בזה עיי"ש.

שפג) כי יתן איש, אין נתינת קטן כלום.

הנה לכאורה י"ל בזה ג' פירושים. א', שלא חל הדין של שמירה, דהיינו שאינו חייב בשום תשלומי שומרים וכן אינו חייב לשומרו. ב', ששפיר חל הדין של שמירה, רק שגזיה"כ היא שכדי להתחייב בשבועה וכפל בעינן נתינה של בן דעת. ג', ששפיר חל הדין של שמירה, רק שגזיה"כ היא שכדי להתחייב בשבועה וכפל בעינן טענת בעל דין ואילו הטענה של הקטן אינה קרוי' טענה, ואפילו לאחר שהגדיל הרי טענתו בנוי' על ידיעה שהיתה לו בקטנותו. והנה רש"י פי' וז"ל, דכתיב איש פרט לקטן דאין נשבעין על טענת נתינתו ואין באין לידי כפל על ידו דהכא כפל כתיב עכ"ל. ומשמע מדבריו הנ"ל וכן מדבריו לקמן בד"ה תיהוי וכו' שלא נתמעט אלא מכפל ושבועה, אבל שומר מיהא הוי.

ובברכת שמואל בסי' מ' אות ב' הוכיח כהנ"ל מקושיית הגמרא, דהא בגמ' מקשינן שהיכא שנתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול, נילף מאבידה שהוא שפיר חייב, ושסגי בזה שהוא גדול בשעת תביעה לחוד. ולכאורה צ"ע דאם האמור כאן הוא שנתנת קטן מופקעת היא מדין שמירה א"כ מה היא קושיית הגמ' שנילף מאבידה שיתחייב כפל, הלא הכא גרע טפי מאבידה, דהא באבידה הרי הוא נעשה מיהא שומר בשעת הגבהתו ומש"ה הרי הוא שפיר משלם כפל משא"כ הכא בנתינת קטן הרי בכלל אינו בגדר שומר.

ואין לומר שכוונת הגמ' כאן היא להקשות שנילף באמת מאבידה שיתהפך בגדלותו להיות שומר כמו ששומר אבידה

נעשה שומר בלא נתינה, דזה אינו, דהא את זה שייך להקשות גם בלא הדין של רבי חייא בר אבא ששומר אבידה חייב כפל, אלא סגי בעצם הדין שהמגביה מציאה נעשה שומר, וא"כ בע"כ צ"ל שזה תמיד ידענו שהשומר של קטן שפיר מיקרי שומר, רק שבכל זאת יש גזיה"כ שאינו חייב כפל, ולכן שפיר מקשינן שאם הגדיל נילף מאבידה שהוא שפיר חייב אע"פ שלא היתה כאן שום מסירה מגדול וכדחזינן באבידה שהוא חייב כפל, ונאמר שהפסוק של כי יתן איש בא למעט רק כשטען בעודו קטן.

אלא שבאות ג' שם כתב הברכת שמואל שאכתי יש לעיין בדעת רב אשי שדחה ששאני אבידה דאתי מכח בן דעת משא"כ בנתינת קטן, והיינו משום שבדעת רב אשי אכתי יש לומר שכוונתו היא לומר שאינו נעשה שומר כלל מאחר שלא אתי מכח בן דעת.

והנה שיטת הרמב"ם בפ"ב מהל' שכירות ה"ז היא ששפיר נשבעים שבועת השומרים על הפקדון של קטן משום ששבועת השומרים לא בעי טענה וכמו שנבאר באות שפ"ה, ולא נתמעט קטן אלא משבועת עד אחד ושבועת מודה במקצת שצריכים טענה. ולפ"ז יוצא שהוא שפיר מיקרי בגדר שומר, ולכן ס"ל ששבועת השומרים שפיר נשבעין על פקדון של קטן כיון שאינה צריכה טענה. ועיין בראב"ד שם שהשיג על הרמב"ם וס"ל שלא הוי פקדון כל עיקר.

ועיין עוד בחידושי הרמב"ן על שבועות דף מ"ב בד"ה הא וכו' שנסתפק בהנ"ל, דהיינו באם המיעוט איירי רק לענין כפל

קראי מתמעט מכל עיקר הדין של שמירה (וההוא גמרא בדף צ"ג א"ש באמת עם הכלל של הרמב"ן בדף מ' שם דהא גם בפרשת שומר שכר כתוב לשמור). ועיין עוד בברכת שמואל בסי' מ' ומ"א שהאריך בענינים אלו.

שפד) כי יתן איש, אין נתינת קטן כלום.

א. פירש"י וז"ל, דכתיב איש פרט לקטן דאין נשבעין על טענת נתינתו ואין באין לידי כפל על ידו דהכא כפל כתיב עכ"ל. ויש לעיין למה הוצרך לומר שהמיעוט קאי גם על כפל, הלא בדרך ממילא מכיון שאין שבועת הדיינים אין כפל (והראב"ד בשט"מ כתב באמת כהנ"ל, דהיינו שמאחר שנתמעט משבועה א"כ מעתה ה"ה שאין כפל). ואולי כתב כן רש"י לרווחא דמילתא כיון שי"ל דקאי המיעוט גם על כפל דכתיב שם, ועיין בזה בדף ס"ג באות כ'. והנה לעיל בדף ס"ב באות י' סק"ב הבאנו את דברי האור שמח שכתב שהטעם למה ט"ג או מתחייב כפל רק אם נשבע הרי זה משום שלפני שנשבע עדיין לא נפטר מהבעלים עי"ז שטען טענת גניבה שהרי עדיין חייב הוא או להשבע או לשלם ורק לאחר שנשבע נמצא שבאמת פטר את עצמו עי"ז שטען ט"ג. ולפ"ז יוצא שהיכא שאינו חייב להשבע, אלא הרי הוא פטור ע"י טענתו לחוד, שפיר יתחייב כפל על טענת גנב גם בלא שישבע, וא"כ לפ"ז אתי שפיר דברי רש"י כאן, והיינו משום שאדרבה מאחר שנפטר משבועה א"כ מעתה היינו חושבים שהוא חייב כפל על ט"ג גם בלא שבועה כיון שהוא נפטר

ושבועה (משום שאין כאן מסירה מגדול א"נ משום שאין כאן טענת גדול), או האם הוי הפקעה מכל עיקר הדין של שומרים, ואינו חייב בשום חיוב תשלומין וכן אינו חייב לשמור. מיהו צ"ע דהא לעיל שם בדף מ' ע"א כתב לחלק שהיכא שיש מיעוט רק בפרשת שומר חנם ולא בפרשת שומר שכר, לא ממעטינן אלא מהדיינים המיוחדים שנזכרו בפרשת שומר חנם לחוד דהיינו כפל ושבועה, וכגון הא דדרשינן מקרא דכסף או כלים דבעינן שתי כסף, דמכיון דלא כתיב מיעוט זה אלא בפרשת שומר חנם, משום כך לא ממעטינן פחות משתי כסף אלא משבועה וכפל אבל לא מכל עיקר תורת שמירה (וביאר שהא מיהא נקטינן שהמיעוט בא למעט שבכל השומרים ליכא שבועה וכפל על פחות משתי כסף), אבל הדברים שהמיעוט שלהם כתוב גם בפרשת שומר שכר, וכגון קרקעות, שפיר ממעטינן להו מכל עיקר הדין של שמירה ואינו מתחייב עליהם אפילו בפשיעה, וא"כ לפ"ז צ"ע למה לא הכריע הרמב"ן בדף מ"ב שהפקדון של קטן נתמעט מעיקר הדין של שמירה מאחר שגם בפרשת שומר שכר כתיב "איש". ונראה שזוהי כוונת הגרא"ז שם באות ה' במש"כ על דברי הרמב"ן בדף מ"ב ע"י במש"כ למעלה בדף מ' ע"א בד"ה ובשבועת השומרים וצ"ע".

ועיין עוד ברשב"א בדף מ"ב שם שהכריע שפקדון של קטן נתמעט מכל עיקר הדין של שמירה והביא רא"י לזה מהא דדרשינן לקמן בדף צ"ג ע"א לשמור ולא לחלק לעניים ופטריןן שם גם על פשיעה וא"כ חזינן שמה שממעטים בהני

מהבעלים ע"י טענה לחוד בלא להשבע, ומש"ה שפיר בעינן לזה שהמיעוט קאי במיוחד גם על כפל. ועיין גם בהאות הנ"ל שהבאנו כמה קושיות על האור שמח, ועיין עוד לקמן באות שפ"ו.

ב. והנה עיין ברמב"ן בשבועות דף מ"ב ע"א שכתב שמכיון שממעטינן קטן מכפל דט"ג, ה"ה שבעל כרחך ממעטינן ל"י גם מעיקר שבועת השומרים, דאם נאמר שהוא חייב בשבועת השומרים א"כ כל היכא שנוהגת שבועת השומרים ה"ה שנוהגת הכפל של ט"ג. ברם שיטת הרמב"ם בפ"ב מהל' שכירות ה"ז היא שנהי שממעטינן פקדון של קטן מהכפל של ט"ג וכמו שמבואר בסוגיין, אבל אכתי לא ממעטינן ל"י לענין שבועת השומרים, ולית ל"י הך כלל שכל היכא דאיכא שבועת השומרים איכא נמי כפל של ט"ג. ועיין בברכת שמואל בסי' מ"א מה שכתב על זה וכן לעיל כאן באות כ' סק"א. וע"ע בזה בהראשונים שהבאנו באות שפ"ו.

שפה) כי יתן איש, אין נתינת קטן כלום.

עיין ברמב"ם בפ"ב מהל' שכירות ה"ז שפסק בשם רבותיו שאע"פ שאין נשבעין על טענת קטן אבל מ"מ הרי זה רק שבועת מודה במקצת ושבועת עד אחד, אבל שבועת השומרים שפיר נשבעין משום "שכל השומרים שבועתן שבועת שמא". ולכאורה צ"ע על שיטת הרמב"ם דהא בסוף פ"ד מהל' גזילה ס"ל להרמב"ם שנשבעין שבועת עד אחד על טענת שמא

(עיין במ"מ שם), ואילו בפ"ה מהל' טוען ונטען ה"ט פסק שאין נשבעין שבועת ע"א על טענת קטן, והרי לפי הכלל הנ"ל שכתב לענין שבועת השומרים הרי גם שבועת עד אחד היתה צריכה להיות נוהגת בטענת קטן.

מיהו יש ליישב שכוונת הרמב"ם בדבריו הנ"ל גבי שבועת השומרים אינה שבועת השומרים נוהגת בטענת שמא ושנשבעין על טענת קטן משום שטענתו חשיבא לכה"פ כטענת שמא, דזה אינו, אלא לעולם טענת קטן לא חשיבא טענה כלל, והא דנשבעין שבועת השומרים על טענת קטן הרי זה משום שלשבועת השומרים לא בעינן שום טענה כלל, והיינו משום שהמחייב של שבועת השומרים אינו "טענתו" של המפקיד, אלא עצם השמירה הוא הדבר שמחייבת את השבועה, וכן מבואר בלשונו בהל' טוען ונטען שם שכתב בנוגע לשבועת השומרים וז"ל, שאין נשבע מחמת טענה עכ"ל, ומש"ה בשבועת עד אחד, נהי שנשבעין על טענת שמא, אבל מ"מ הרי זה משום שגם זה מיקרי טענה לחייב שבועת עד אחד, אבל על טענת קטן אכתי אין נשבעין משום שאין לטענתו דין טענה כלל (ומש"כ הרמב"ם בהל' שכירות שכל השומרים שבועתן שבועת שמא, כוונתו היא שהשבועה באה על מצב של שמא אבל לא שבעינן מדריגה של טענת שמא), וכדברינו אלו מתבאר מתוך דברי הסמ"ע בסי' צ"ו סק"ג, וכן בב"י שם אות י'.

ועיין עוד בהגהות אשר"י כאן וביש"ש בנוגע לשבועת עד אחד, וכן באות ת"י

שהבאתי דעת תוס' שנשבעין שבועת ע"א על טענת קטן.

והנה הראב"ד בהל' שכירות שם השיג על הרמב"ם בזה"ל, ועוד, על ודאי שלו אין נשבעין, על ספק שלו נשבעין (בתמ"י) עכ"ל. ומהשגתו נראה שהבין שכוונת הרמב"ם היא לומר כמו שצדדנו בתחילה דהיינו שגם שבועת השומרים בעיא מיהא טענת שמא והא דנשבעין על טענת קטן הרי זה משום שטענתו חשיבא מיהא טענת שמא ולכן הקשה שבעל כרחך אי אפשר לומר שנשבעין על טענת שמא שלו דהא חזינן שהיכא שצריכים טענת ודאי לא חשיבא טענת ודאי שלו בגדר טענה וא"כ כ"ש שגם טענת שמא שלו אינה חשובה טענה אלא לא מיקרי טענת קטן בגדר טענה כלל (וכן ביאר הברכת שמואל בסי' מ' סוף סק"ד בשם הגאון ר' חיים דוב מבריסק, ועיין בדברי הברכת שמואל עצמו שם).

מיהו לא הבנתי השגה זו משום שנהי שאין נשבעין על טענת ודאי שלו היכא דבעינן טענת ודאי אבל מ"מ מה היא הראי' שאין טענתו קרוי' אפילו בגדר טענת שמא.

שפו) ואמר רחב"א אר"י הטוען טענת גנב בפקדון אינו חייב עד שיכפור במקצת ויודה במקצת.

א. עיין בשט"מ בשם הרא"ש שכתב וז"ל, הטט"ג בפקדון אינו חייב עד שיכפור, פי', אינו חייב שבועה, וכיון דאינו חייב שבועה

כפל נמי לא מחייב כדאמרין לעיל דאין כפל אלא כשהשביעוהו ב"ד, ואין לפרש אינו חייב כפל אבל שבועה חייב, דמסתמא כי היכי דמוקי רמי בר חמא כי הוא זה לאצרוכי כפירה והודאה לחיוב שבועה מדנקט כולהו שומרים ולא שייך בכלהו כפל, הכי נמי רבי חייא בר אבא וכו', ועוד מדקאמר ופליגא דר' חייא בר יוסף ואיהו לענין שבועה איירי עכ"ל. וכדבריו איתא בשט"מ שם גם בשם הגאון.

מיהו עיין בתוס' רי"ד כאן שחולק על זה וכתב שרבי חייא בר אבא קאמר באמת רק לענין כפל אבל לענין שבועה הרי הוא סובר שחייבים שבועת השומרים גם בפרה אחת ודלא כרמי בר חמא שסובר שגם בכדי לחייב שבועת השומרים בעינן כפירה במקצת והודאה במקצת אלא ס"ל לרחב"א שעירוב פרשיות כתוב כאן, רק דס"ל שהטעם למה עירב רחמנא וכתב כי הוא זה בשומרים ולא במלוה הרי זה כדי למעט מכפל היכא שלא הודה במקצת, אבל בכל זאת שבועה שפיר חייב וכהנ"ל.

וכשיטת התוס' רי"ד משמע גם מדברי הר"ר יהונתן בשט"מ כאן אבל מטעם אחר, דעיי"ש שכתב שטעמו של רבי חייא בר אבא שכופר הכל בטענת גניבה אינו משלם כפל הרי זה משום דכיון "דלאו באיסורא אתא לידי" לא קנסינן ליה היכא דעביד מילתא דלא שכיחא שגורם הפסד גדול למי שבטח בו וכו', אבל כשכופר במקצת ומודה במקצת הוי מילתא דשכיח וקנסו הכתוב כדי שלא ירגיל בו בכפירות". הרי שכתב שרחב"א בשם ר"י נתכוין לסברא צדדית השייכת לענין כפל, וא"כ משמע

שלעולם הרי הוא שפיר חייב שבועה לפי רבי חייא בר אבא.

מיהו יש לדחות דס"ל להר"ר יהונתן שלעולם רבי חייא בר אבא פוטר גם משבועה, רק הא דלא כתב הר"י שהוא פטור מכפל משום שאין כאן שבועה הרי זה משום דס"ל כסברת האור שמח שהבאנו לעיל בדף ס"ב באות י' סק"ב אשר לפי הסברא ההיא יוצא שרק מי שחייב באמת להשבע אינו מתחייב בהכפל של ט"ג עד שישבע, אבל אם אינו חייב שבועה הרי הוא יכול להתחייב בכפל אע"פ שלא נשבע עיי"ש. ברם יש להקשות על זה דאם ס"ל להר"י שלפי רחב"א ליכא שבועה ממייעוטא דכי הוא זה א"כ נימא שהמיעוט קאי גם על כפל ולמה לו להמציא סברא.

ועיין עוד ברש"י בדף ק"ז ע"ב בד"ה צריכין וכו' שכתב שרמי בר חמא פליג על רבי חייא בר יוסף, אבל לא כתב שהוא חולק גם על רבי חייא בר אבא לענין שבועה, ומשמע כהרא"ש והגאון שרבי חייא בר אבא מצריך כפירה והודאה גם בשביל החיוב של שבועה (ודלא כהתוס') רי"ד שסובר שרבי חייא בר אבא חולק על רמי בר חמא לענין שבועה), וכן משמע גם מלשון רש"י להלן שם וכמו שנבאר באות שפ"ט.

וע"ע באות שפ"ד סק"ב.

ב. ודע שמה שכתב הרא"ש שהכפל של ט"ג אינו שייך בכל השומרים, לכאורה אינו מוכרח, דהא לכאורה כוונתו היא משום שרק בשומר חנם יוצא שהוא פוטר את עצמו ע"י טענת גניבה, אבל שומר שכר ושואל הרי הם חייבים על גניבה.

מיהו דברי הרא"ש אינם מוכרחים, דהא גם בשומר שכר יתכן כפל של ט"ג היכא שהוא טוען טענת ליסטים מזויין אם נאמר שליסטים מזויין גנב הוא וכמו שמבואר לעיל בדף נ"ז ששומר שכר פטור על ליסטים מזויין ומשלם כפל היכא שפטר את עצמו בטענה זו לפי המ"ד שסובר שליסטים מזויין הוא כגנב. וכן שייך בו הכפל של ט"ג היכא שהוא טוען טענת גניבה באונס אם נאמר ששומר שכר פטור על גניבה כזו עיי"ש בתוס' שדנו על זה. וכן גם בשואל שייך שיפטור את עצמו ע"י טענת גנב בציוור של שמירה בבעלים עיין בתוס' בע"ב שם בד"ה נמצא וכו' שנסתפקו באם שואל בבעלים משלם כפל כשפטר את עצמו ע"י טענת גניבה.

ורש"י בדף ד' ע"ב בד"ה תנא לי' וכו' כתב שבשואל לא משכחת בי' הכפל של ט"ג. ועי' גם ברש"י בדף קי"ב ע"א בד"ה היתה פרה וכו' באמצע דבריו שכתב שהכפל של ט"ג משכחת לה רק בש"ח.

דף ק"ז ע"א

שפז) עירוב פרשיות כתוב כאן.

הנה שיטת רש"י בסוגיין היא שלפי ר' חייא בר יוסף כופר הכל בפקדון חייב שבועה משום שאינו נמנע מלהעז. ושיטת ר"ת היא שלעולם בעינן הודאה במקצת לכו"ע, רק דפליגי ר' חייא בר יוסף ורמי בר חמא בענין אם בעינן כפירה במקצת מלבד הפרה שהוא טוען עלי' שנאנסה,

היסוד הידוע שהחיוב של שבועת השומרים אינו רק כדי לברר את טענתו לב"ד כמו שבועת ע"א ושבועת מודה במקצת, אלא שבועת השומרים הרי היא ביסודה מעצם חיובי השמירה שהשומר חייב להבעלים, ויש להגדיר דהיינו שהוא חייב לברר להבעלים מה שאירע לפקדונם. ולפי הסברא הנ"ל לכאורה יוצא שאם המפקיד טוען ברי הרי השומר פטור מלהשבע שבועת השומרים גם בלא טעמו של הש"ך, כי בכה"ג הבעלים טוענים שהם יודעים מה קרה עם הפקדון, וא"כ לא שייך לחייב את השומר לברר להבעלים את אחריתו (וחיוב לברר לב"ד ליכא כשאין כאן החיוב להבעלים), ועכשיו מצאתי בחידושי הגרש"ש על ב"ב בסי' י"ט סק"ב שכתב בביאור דברי הרשב"א שגם בשבועת ע"א ושבועת מודה במקצת כשהתובע טוען ברי, השבועה היא גם בגדר חיוב שהנתבע חייב להתובע ולא רק בירור כלפי ב"ד עיי"ש).

שפח) בענין הנ"ל.

גם לכאורה יש לעיין, שלפי הסברא הנ"ל למה הוצרך הריב"א לומר שהטעם למה כופר הכל בטענת נאנסה נשבע הרי הוא משום דמעיו ומעיו, הא אפילו אם היינו אומרים שגם בכה"ג קיימת חזקה שאינו מעיו אבל בכל זאת הרי הוא חייב לברר להבעלים על ידי שבועה מה קרה להפקדון. מיהו לק"מ משום שי"ל שהריב"א נוקט לסברא פשוטה שגם מה שיש חזקה שאינו מעיו הרי זה נחשב בירור להבעלים, ולכן הוצרך הריב"א לומר שבכה"ג הרי הוא שפיר מעיו, אשר מעתה חוזרת לדוכתה שהוא חייב להשבע

דלפי ר' חייא בר יוסף סגי בזה שהוא מודה על אחת וטוען נאנסה על אחת, ולפי רמי בר חמא ורבי חייא בר אבא בעינן ג' פרות, אבל בזה כו"ע מודים שכופר הכל פטור משבועה גם בפקדון, ואפילו כשהוא יכול להעזי, משום שגזירת הכתוב היא שכופר הכל פטור משבועה בכל הציורים. והריב"א סובר שכופר הכל בפקדון שפיר נשבע כשהוא יכול להעזי וכמו שסובר רש"י, רק שרש"י סובר שהוא מוכן תמיד להעזי, ואילו הריב"א סובר שרק אם הוא טוען נאנסה הרי הוא מעזי כיון שאין המפקיד מכיר בשקרו, אבל לטעון להד"ם אינו מעזי ומש"ה כשהוא טוען להד"ם אינו נשבע בלא הודאה במקצת.

והנה הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קט"ו כתב שבבועת השומרים (בכופר הכל) שייכת רק כשהמפקיד תובע טענת שמא, אבל אם טוענו טענת ברי שלא נאנס אלא שפשע אין השומר חייב שבועה משום שאין אדם מעזי פניו בכה"ג לכפור. וסמך הש"ך את עצמו על דברי הריב"א הנ"ל שעל טענת להד"ם אינו נשבע בלא שום הודאה משום שאינו מעזי כיון שהמפקיד מכיר בשקרו, וא"כ הוא הדין שאם השומר טוען נאנסה והמפקיד טוען שהוא מכיר בשקרו אין השומר חייב שבועה משום שגם בכה"ג אמרינן שיש חזקה שאין אדם מעזי. ברם לפי רש"י לכאורה יוצא שהוא שפיר נשבע גם כשהמפקיד טוענו טענת ברי משום שגם בכה"ג אין השומר נמנע מלהעזי כיון שלא עשה לו המפקיד שום טובה. ועיין בדברי הפ"י על רש"י.

והנה בחלק א' אות קפ"ו הבאתי את

כדי לברר להבעלים מה אירע להפקדון.

דף ק"ז ע"ב

שפט) הטט"ג בפקדון אינו חייב עד שישלח בו יד.

פירש"י וז"ל, כפל עכ"ל. משמע שמה שאמר רבי חייא בר אבא לעיל שהטט"ג בפקדון אינו חייב עד שיכפור במקצת וכו' הרי זה איירי גם לענין חיוב שבועה ולא רק לענין כפל. ועיין בדברינו שם באות שפ"ו סק"א.

שצ) עד שישלח בו יד.

עיין לעיל בדף ד' ע"ב ברש"י ד"ה תנא ל' השומר חנם והשואל שכתב וז"ל, כגון שטוען שנגנב ממנו והרי היא בידו עכ"ל. ומשמע שבכדי להתחייב בהכפל של טט"ג בעינן שתהא בידו בשעה שהוא טט"ג, אבל אם אכלו או מכרו קודם לכן, או אם הלך לאיבוד אחרי שלקחו לעצמו, שוב אינו חייב כפל משום טט"ג (וגם עבור מה שאכלו י"ל שאינו חייב כפל כמו שביארנו לעיל בדף ס"ב באות י' סק"ד בענין שומר שגנב מרשותו), וכן משמע גם מלשון הרמב"ם בריש פ"ד מהל' גניבה. מיהו יש להסתפק באם כוונתם היא רק לפי המ"ד שפוטרו היכא ששלח בו יד (וכמו שפוסק הרמב"ם שם), או האם כוונתם היא גם לפי המ"ד שמחייב אפילו כששלח בו יד, והיינו שגם הך מ"ד יודה שאם אכלו או מכרו, או אם הלך לאיבוד אחרי שלקחו לעצמו, הרי הוא פטור ואינו חייב אלא אם כן

נמצא ברשותו. ובסברת הצד השני י"ל שהכפל בא על זה שהוא כופר בשקר לומר שאינו ברשותו בזמן שהוא באמת ברשותו, ולכן אע"פ שלא נפטר היכא ששלח בו יד אבל בכל זאת הרי הוא נפטר אם כבר אינו ברשותו.

ובאמת מדברי רש"י בסוגיין בד"ה אף שבועה שלא וכו' מבואר להדיא שגם הך מ"ד שמחייב אפילו כששלח בו יד הרי הוא מודה שצריכים מיהא שיהי ברשותו, דהא כתב רש"י אליבא דהך מ"ד, שחיובו הוא עבור זה שנמצא ברשותו. מיהו מדברי תוס' בד"ה ושלח וכו' משמע שלפי הך מ"ד שמחייב אפילו בשלח בו יד הרי הוא חייב אפילו אם אכלו קודם שנשבע, וכן הוכיח האבן האזל בפ"ד מהל' גניבה ה"א מדברי הראב"ד בה"ב שם בסוף ההשגה, וכן מדברי הראב"ד שהביא הרשב"א לקמן בדף קי"ב ע"א בד"ה היתה וכו'.

אולם, בדעת המ"ד שסובר שצריכים בדוקא שישלח בו יד, משמע מדברי רש"י בד"ה בדשלח וכו' שגם רש"י מודה דלא בעינן אליבי' שיהי עוד ברשותו, דעיין בדבריו שביאר שחיובו הוא משום עצם השליחות יד וא"כ לפ"ז לכאורה יוצא שהוא חייב גם אם הלך כבר לאיבוד.

ועיין עוד לעיל בדף ק"ו ע"ב בהאוקימתא של אכלו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול וכן בהאוקימתא של אכלו כשהוא גדול ותבעו כשהוא גדול ובתוס' שם בד"ה אבל וכו' דמשמע שהוא שפיר משלם כפל אפילו אם אכלו קודם התביעה (דוגמת הציור של אכלו כשהוא קטן). מיהו באמת יש להעיר על הסוגיא שם דהא התם רבי חייא בר אבא קאמר כן ואילו

רבי חייא בר אבא בסוגיין כאן מצדד לומר שהוא פטור אפילו אם רק שלח בו יד קודם, וכבר ראיתי שהעירו כן. ועל כל פנים לפי הצד שמצדד רבי חייא בר אבא שהוא חייב אפילו אם שלח בו יד (דהיינו הצד של "אפילו בעומדת על האבוסה") הרי משמע מדבריו לעיל בדף ק"ו שם שהוא חייב אפילו אם אכלו ודלא כרש"י. וע"ע בחלק א' אות ס"ז בענין הנ"ל.

שצא) אפילו עומדת על האבוסה.

לכאורה צ"ע על הצד הזה, דאמאי חייב כפל לאחר ששלח בו יד בלא שום גזירת הכתוב מיוחדת לומר כן, דהא כבר קנה את הגזילה ונתחייב באונסין ולא מיקרי כפירת ממון, ובשלמא לפי המ"ד שדורש דבעינן בדוקא שישלח בו יד תחילה הרי כבר ביארנו בהאות הקודמת שהוא סובר שהחיוב של כפל הוא בשביל זה גופא ששלח בו יד בצירוף טענת הגניבה, אבל לפי הצד שרבי יוחנן קאמר אפילו בעומדת על האבוסה הרי יוצא שהוא חייב אפילו אם לא שלח בו יד קודם, והיינו בעל כרחך בשביל זה לחוד שט"ג בשעה שהוא ברשותו, דנעשה בזה גנב, וא"כ אמאי חייב היכא ששלח בו יד תחילה, הלא כבר קנה בתורת גזילה ונתחייב באונסין ואיך שייך שיעשה שוב גנב עליו.

מיהו מרש"י בד"ה או דלמא וכו' משמע שלעולם גם הך מ"ד סובר שהפסוק איירי באופן שכבר שלח בו יד תחילה, וא"כ יוצא שיש גזירת הכתוב שהוא חייב אפילו כששלח בו יד תחילה, רק דס"ל להך מ"ד שלא אתי הפסוק למימר שצריכים כן

בדוקא, אלא לעולם גם בעומדת על האבוסה הרי הוא חייב.

מיהו נהי דאיכא גזירת הכתוב אבל אכתי הדבר צריך ביאור דהא מזה שהוא חייב כפל גם כשלא שלח בו יד הרי חזינן שהכפל הוא עבור זה שנעשה עליו גנב עכשיו ע"י טענת גניבה, וא"כ איך שייך בכלל לחייבו גם כששלח בו יד הלא התם כבר נעשה ברשותו ונתחייב באונסין מקודם, דהיינו משעת השליחות יד (ובודאי שקשה לומר שנאמרו כאן שני סוגי כפל). ברם י"ל דס"ל להך מ"ד שבשליחות יד, באמת אין הפקדון נעשה ברשותו של השומר (עיין בזה באבן האזל בפ"ד מגניבה ה"ב בד"ה אלא דאכתי קשה לר' חייא בר יוסף).

א"נ דס"ל להך מ"ד שהכפל של ט"ג אינו הכפל של גנב אשר נוכל להקשות שהיכא שכבר נעשה ברשותו א"א לו כבר להעשות גנב על החפץ, אלא החיוב כפל של ט"ג הוא חיוב מחודש בפרשת שומרים על זה שהוא פוטר את עצמו בטענת גנב, וא"כ גם היכא שנתחייב כבר באונסין וקנה את החפץ בגזילה אכתי יכול הוא להתחייב בכפל זה עבור זה שהוא פוטר את עצמו עכשיו מהחזרת גוף החפץ. וע"ע בספר אמרי משה בסי' ל"ה סק"ו שכתב הסבר איך שייך להתחייב משום ט"ג אע"פ שכבר נעשה עליו גזלן ע"י שליחות יד, וכתב כן כדי לבאר את שיטת הראב"ד בפ"ד מהל' גניבה ה"ב שכתב שיסוד חיובו של ט"ג הוא משום שנעשה גנב ואעפ"כ הרי הוא סובר להלכה שהוא חייב אפילו אם כבר שלח בו יד וכן אפילו אם כבר טבח או מכר לפני שט"ג. ועיין

עוד באבן האזל שם על ה"א בד"ה ולפ"ז וכו' מה שכתב בביאור שיטת הראב"ד.

ולעיל בדף ס"ב באות י' סק"א הארכנו בהצדדים אלו בענין יסוד הדין של הכפל של ט"ט"ג, וכן בדעות המאן דאומרים בסוגיא דידן.

שצב) רש"י ד"ה אבל שלח בה יד.

וז"ל, קודם שבועה עכ"ל. עיין לעיל באות י' סוף סק"ג.

שצג) אבל שלח בה יד קנה, ושבועה לא מהניא בי' כלום.

הנה בשט"מ איתא בשם הרא"ש והראב"ד שהכוונה היא שאין כאן כפירת ממון, דמכיון שכבר נתחייב באונסין א"כ אפילו לפי מה שהוא טוען שגנב הרי לא פטר את עצמו אלא הרי הוא חייב באחריותו. ולפי דבריהם יוצא שמה שכפר את גוף החפץ אין זה נקרא כפירת ממון מאחר שהוא עדיין חייב באחריותו, ועיין בזה לעיל בההערה על אות שנ"ז.

ועכ"פ הגרא"ז באבן האזל בפ"ד מגניבה ה"ב ביאר בכוונת תוס' ד"ה ושלח וכו' שלא סגי בזה לחוד שכבר נתחייב באונסין אלא בעינן בדוקא שכבר נחשב גזלן גמור גם לענין דהוי ברשותי, דרק בכה"ג, מכיון שכבר יצא מרשות הבעלים, שוב א"א לו להעשות גנב על החפץ (ועיין לקמן באות שצ"ה שהבאנו עוד ביאור בדברי תוס' הנ"ל).

ויש לעיין בזה בלשון רש"י בסוגיין

בד"ה אבל שלח בה יד, וכן בד"ה מ"ט לאו משום דקנה בשבועה ראשונה.

שצד) רש"י ד"ה מ"ט לאו משום דקנה בשבועה ראשונה.

וז"ל, להתחייב באונסין כדעת רב ששת דאמר לעיל הכופר בפקדון נעשה עליו גזלן אפילו בלא שבועה, והיכא דאישתבע כ"ש דכו"ע מודו וכו' עכ"ל. ולפ"ז הא דנקט רבי יוחנן שנשבע י"ל דהיינו משום שרבי יוחנן לית ליה הא דרב ששת (וגם רמי בר חמא בסוגיא דלעיל שם פריך על רב ששת עיי"ש).

ועיין בפ"י שכתב שנקט נשבע כדי שיוכל להעמידו אפילו בעומדת באגם אשר בכה"ג אפילו רב ששת מודה שבכפירה לחוד אינו נעשה גזלן כדאמרינן לעיל בדף ק"ה ע"ב.

וע"ע באבן האזל על פרק ד' מהל' גניבה ה"ב בד"ה אלא דאכתי עלינו לבאר וכו' ולהלן שם.

שצה) תד"ה ושלח בו יד פטור.

וז"ל, ונראה דדוקא וכו' עכ"ל. הנה האחרונים ביארו שהי' קשה להם איך יתכן החיוב כפל של ט"ט"ג, הלא מיד כשכפר וטען שנגנב, כבר נתחייב באחריות משום כופר בפקדון, וא"כ נמצא שבשבועתו אינו מוציא מרשות הבעלים, דהא כבר קנה לה בגזילה כמו היכא ששלח בו יד, וכמו היכא שטט"א ונשבע, ועל זה תירצו שהכופר בפקדון אינו נעשה גזלן גמור לענין שנחשב ברשותו, אלא סוף דינו הוא רק

ראשונה, דהא נקטינן השתא שלא איכפת לן במה שקנה כבר קניני גזילה, וא"כ בע"כ צ"ל דקיימי תוס' כמו הצד השני שכבר יצא ידי הבעלים בשבועה ראשונה, ולעולם לא איכפת לן במה שכבר קנה קניני גזילה, רק שבכל זאת אם כבר שלח בה יד קודם הרי הוא פטור מגזיה"כ.

ועיין בחזו"א בסי' כ' סקי"א אות ב' שהבין את דברי תוס' כמו הדרך השני' שכתבנו (וכן הבין הפלפולא חריפתא כאן באות צ' את דברי המ"מ), והעיר שלפ"ז לא אתי דבריהם שפיר לפי הצד של רבי חייא בר אבא שכבר קנה בשבועה ראשונה וכהנ"ל. וע"ע בדף ס"ב באות י' סוף סקי"א מה שכתבנו לבאר לפי הדרך הזה את סוף לשונם של תוס' שכתבו שכופר בפקדון נעשה גזלן רק לענין אונסין.

ועל כל פנים הגרא"ז שם ביאר בדברי תוס' כמו הדרך הראשונה שכתבתי לעיל, אלא שלפ"ז צ"ע למה הוצרכו תוס' לומר שאם שלח בה יד פטור משום גזירת הכתוב, תיפוק לי' משום שהתם הרי זה שפיר נעשה ברשותו, וכתב הגרא"ז שם דס"ל להתוס' שמצד הסברא היינו אומרים גם בשליחות יד שאין החפץ נעשה ברשותו של השומר אלא אכתי נשאר הוא ברשותו של הבעלים כמו בכופר בפקדון, ולכן בעינן גזירת הכתוב לפוטרו מהכפל של טט"ג, ומעתה הרי אנו מפרשים שטעם הגזירת הכתוב הוא משום שהשולח יד

חיוב אחריות לחוד (ולכאורה משום שלא גרע משואל שכל הנאה שלו, דוגמת דברי רש"י בסנהדרין דף ע"ב ע"א עיי"ש). וכעין דברי תוס' כתב המ"מ בפ"ד מהל' גניבה ה"ב עיי"ש. ולפ"ז הביאור בהמשך דברי הגמ' בנוגע להיכא שכבר נשבע על טענת אבד הוא כן, האם הוא פטור משום שכבר נעשה גזלן גמור, משום שעל ידי שבועה הרי הוא שפיר נעשה גזלן גמור, אע"פ שעל ידי כפירה לחוד אינו נעשה גזלן גמור, או האם לא איכפת לן כלל במה שהוא כבר נעשה עליו גזלן גמור (וגם לא במה שכבר שלח בו יד), רק שבכל זאת מיפטר משום שכבר יצא ידי הבעלים (בשבועה הראשונה*).

מיהו אע"פ שיש משמעות בדברי תוס' כהביאור הנ"ל שכתבנו בדבריהם, אבל מ"מ יש גם משמעות בדבריהם לביאור אחר, והיינו משום דחזינן שכתבו בתוך דבריהם דהא דמיפטר אם שלח בה יד הרי זה משום גזירת הכתוב, ומשמע מזה שכוונתם היא לתרץ שבאמת לא איכפת לן בזה לחוד שנעשה כבר ברשותו, ולעולם יתכן באמת שהכופר בפקדון נעשה גזלן גמור, רק שלא איכפת לן בזה, אלא אכתי יכול הוא להתחייב בכפל, חוץ מהיכא ששלח בה יד משום גזירת הכתוב. ולפ"ז בע"כ צ"ל שלא אתי דבריהם כמו הצד של רבי חייא בר אבא שפוטרו היכא שכבר נשבע עליו משום שכבר קנה בשבועה

אבל בטט"א ס"ל להרמב"ם שאפילו על ידי שבועה אינו נעשה גזלן גמור ומש"ה צריכים את הסברא של כבר יצא ידי בעלים בשבועה הראשונה, עיי"ש במ"מ.

(* והרמב"ם פוסק כמו הצד הזה שכבר יצא ידי הבעלים בשבועה הראשונה, רק דס"ל בביאור הך צד שלעולם שפיר איכפת לן אם כבר נעשה גזלן, ובאמת אם כבר שלח בה יד קודם הרי הוא פטור,

קונה באמת קניני גזילה (ועיין עוד במה שכתב בזה בנוגע להסוגיא בהמפקיד דמבואר שם שעל ידי שליחות יד הרי הוא יוצא מרשות הבעלים).

מיהו אע"פ שיתכן לפרש כן את דברי תוס' אבל בכל זאת לשונו של המ"מ אינה סובלת פירוש זה, שהרי המ"מ כתב דהא דפטור אם שלח בה יד "לאו משום שנעשה עליו גזלן אלא משום גזירת הכתוב וכו'", ומשמע שגם לפי האמת הטעם אינו משום שקנה בגזילה, וא"כ בדברי המ"מ עדיין קיימת הסתירה.

ולולי דמסתפינא אולי צריכים להגיה בדברי המ"מ דצ"ל "א"נ דכל שלא שלח יד וכו'". ובאמת כן י"ל גם בנוגע לדברי תוס' כאן, דהיינו שחסרות המלים "א"נ" ושצ"ל "אי נמי דהא דקאמר נעשה עליו גזלן". מיהו לכאורה תמוה טובא לומר שאותה טעות עצמה נפלה בב' המקומות. וע"ע בברכת שמואל על ב"ק בסי' מ"ב.

וע"ע לעיל באות שס"ד ושס"ו ושס"ז בענין דברי תוס' והמ"מ בנוגע לכופר בפקדון, וכן בחלק א' אות ל"ז* סק"ג.

דף ק"ח ע"ב

שצו) תבעו שומר והודה.

יש לעיין למה נקטו שתבעו, וכי לא מיפטר הגנב כשהוא מודה להבעל דבר גם בלי שיתבענו.

ואולי באמת אינו נפטר, והיינו משום דכיון שמודה בקנס מיפטר דוקא כשהוא מודה בפני ב"ד, א"כ י"ל שמכיון שבלי

תביעה אין על הדיינים שום חיוב לדון (עיין בזה בספרי על סנהדרין באות מ"ה), א"כ בלי תביעה אינם נחשבים כב"ד כיון שאין להם שום זקיקה לדון. מיהו יש לפקפק בזה. ועוד דכיון שהודאה בקנס בעי ב"ד א"כ זה גופא שנעשית בפניהם הודאה בקנס תיסגי כדי שיחשבו ב"ד באותה שעה שהוא מודה.

גם יש לתרץ על פי מאי דמסקינן שאם באמת נשבע, אכתי מיקרי השומר בגדר בעל דבר, והיינו משום דניחא להו להבעלים שימשיך לשמור וכמו שפירש"י, וא"כ י"ל שנוסף לזה בעינן ג"כ שהשומר יתבע מהגנב את גוף החפץ ושירצה להיות עוד שומר עליו, ודוקא אז חשיב השומר בגדר בעל דבר, אבל כל זמן שאין אנו רואים שהוא רוצה להמשיך להיות שומר על הפקדון, לא מיקרי בגדר בעל דבר. מיהו לפי הדרך הזה יוצא שאם יגלה השומר רצון בדרכים אחרים, תו לא בעינן שיתבע את הגנב, וצ"ע. ועכ"פ מלשון רש"י בד"ה נפטר וכו' משמע שתביעת השומר אינה כדי לגלות שהוא רוצה להיות שומר, אלא משמע שגם היכא שהוא נחשב שומר אכתי בעינן שתהי' תביעה ושבלא"ה אין כאן דין מודה בקנס.

שו"ר את דברי הגר"א בסי' פ"א סקמ"ח וביאורו של החזו"א בדבריו (בסי' י"ח סק"ז בד"ה שו"ע) דמבואר שלדין מודה בקנס פטור בעינן באמת שתהי' תביעה עיי"ש ובקצה"ח שם.

ועכ"פ הטור בחו"מ סי' שנ"ב כתב טעם אחר בענין למה השומר מיקרי בעל דבר אם נשבע באמת וז"ל, אם באמת נשבע

הנפקד כשנגנב, ונמצא הוא שיש לו לתבוע לגנב, שאע"פ שיצא מידי הבעלים, מ"מ עליו מוטל להחזיר אחריו להודיע שנשבע באמת, וכשהודה לו נפטר וכו' עכ"ל. הרי שלפי פירושו יוצא שלעולם י"ל שהשומר מסתלק לגמרי מהפקדון, רק שמכיון שמוטל עליו להחזיק את נאמנותו על ידי שיעמיד את הגנב לדין, הרי הוא מיקרי בעל דבר.

מיהו לא הבנתי את עיקר דברי הטור, דהא מכיון שהוכר הגנב הרי כבר ידעינן שמה שנשבע ה' אמת, ואם כי עדיין לא ידעינן אם אמת הוא שלא פשע, אבל הלא מן הסתם גם מהגנב לא נדע דבר זה, דהא הגנב רק מודה שגנב ותו לו.

שצו) אם בשקר נשבע לא נפטר גנב בהודאת שומר.

המאירי כתב שהכוונה היא אפילו להיכא ששיקר בדבר שאינו משנה לגבי חיובו, וכגון שנשבע שגנב ביום ונמצא שגנב בלילה או שנשבע שנאנס ובאמת נגנב. מיהו מדברי המהרש"א על תד"ה תבעו וכו' יוצא דלא כהמאירי, דעיין בתוס' דמבואר בדבריהם שלגבי הקרן חשיב השומר תמיד בגדר בעל דבר לתבוע את הגנב אפילו אם נשבע בשקר, ומש"ה לא

חילקה הגמ' כלום לענין הקרן, אלא לענין הכפל לחוד, וכהנ"ל שאפילו אם נשבע השומר בשקר אכתי חשיב בעל דבר על הקרן ומתחייב הגנב כשהודה על הקרן בפני השומר משום הדין שהודאת בעל דין כמאה עדים דמי. ובטעם הדבר למה מיקרי בעל דבר כתב המהרש"א דהיינו משום שהשומר מתחייב לשלם את הקרן להמפקיד מאחר שנשבע בשקר, ומש"ה מיקרי השומר בגדר בעל דבר לגבי לתבוע את הקרן מהגנב*). הרי שהבין המהרש"א שהגמרא איירי באופן שהוא מתחייב בתשלומין עבור זה שנשבע לשקר, והיינו בציוור שהוא פטר את עצמו על ידי השבועה, ודלא כהמאירי שפירש שהגמ' איירי אפילו באופן שלא נמצא שקרן על מה שפטר את עצמו על ידי השבועה אלא נמצא שקרן רק על פרט בעלמא שאינו משנה לגבי חיובו, דהא בציוורו של המאירי ששיקר בפרט בעלמא, שפיר היתה הגמרא יכולה לחלק גם בנוגע להקרן דהיכא שנשבע באמת הרי השומר נחשב כבעל דבר משא"כ היכא שנשבע בשקר לא חשיב בעל דבר ולא יתחייב הגנב לשלם קרן אם הודה לו על הקרן, וכהנ"ל העיר החזו"א בס"י י"ח סק"ז בד"ה ק"ח ע"ב וכו' שלפי המהרש"א אכתי יתכן למיבעי על קרן באופן שנשבע מפטור לפטור [והחזו"א צייר כגון שומר חנם היכא שנגנבה ונשבע

החפץ עצמו משום שהכפל הוא עבור גניבת החפץ עצמו (ועיין עוד באות ת' במה שכתבנו בדעת הרמ"ה).

ועכ"פ לפי הגירסא השני' שהביא רש"י יוצא שהוא שפיר נחשב בעל דבר גם לענין הכפל כיון דרמיא עלי' חיוב תשלומין להמפקיד.

* אבל לא לגבי הכפל וכמו שיוצא מדברי הגמ'. והחילוק בזה הוא דנהי שהשומר הוא בעל דבר לתבוע מהגנב את התשלומין שהוא עצמו חייב להמפקיד, אבל אכתי אינו בעל דבר לתבוע את גוף הפקדון, משום שמגוף הפקדון הרי הוא מסולק, ולגבי תביעת הכפל בענין הבעל דבר של גוף

שנאנסה[*]. ועיי"ש בחזו"א שכתב ביאור אחר בדברי תוס' בענין למה מיקרי השומר תמיד בגדר בעל דבר על הקרן, ודלא כהמהרש"א, אלא לעולם איירי תוס' אפילו באופן שלא נתחייב השומר על השבועת שקר שנשבע, וכהנ"ל שנמצא שקרן רק בפרט בעלמא שאינו משנה לגבי חיובו, רק שבכל זאת הרי הוא נקרא בעל דבר לענין הקרן משום שבודאי ניחא להו להבעלים שהגנב יתחייב על פי הודאתו להשומר באופן שהשומר נחשב כמורשה, אבל לא ניחא להו להבעלים שיחבטע השומר מהגנב את הכפל ושיפטר הגנב על ידי הודאתו.

ועכ"פ בין לפי ביאורו של המהרש"א ובין לפי ביאורו של החזו"א הרי יוצא מתוס' שגם כדי להתחייב משום הודאת בעל דין בענין הודאה בפני הבעל דבר. מיהו עיין בחזו"מ סי' פ"א סעי' כ"ד שנפסק שגם הודאה בפני אדם אחר מיקרי הודאה, וביאר הגר"א שהמקור הוא מסוגיא דידן, והיינו משום דהא דלא מחלקינן לגבי הקרן הרי זה משום שעל הקרן הרי הגנב חייב ומיקרי הודאת בעל דין אפילו אם לא מיקרי השומר בגדר בעל דבר, ודלא כמשמעות דברי תוס' שהודאה למי שאינו בגדר בעל דבר אינה חשיבא הודאה. ועיין בביאור הגר"א שם שכתב באמת שהדין של המחבר שם הוא דלא כתוס' כאן וכ"כ הקצה"ח שם. וע"ע בביאור הגר"א שם ובחזו"א שם בד"ה שו"ע וכו' בענין למה הדין של הודאת בע"ד לענין קרן חל אפילו כשהוא מודה בפני אחרים ואילו הדין

הודאה של מודה בקנס פטור הרי הוא דוקא כשהוא מודה להבעלים.

שצח) רש"י ד"ה נשבע לשקר מהו.

וז"ל, דכיון שלשקר נשבע וכו' עכ"ל. הדרישה בסי' שנ"ב העיר שהי' רש"י צריך לכתוב "אע"פ שלשקר נשבע". ועיי"ש במה שכתב על זה.

שצט) אמר רבא אם באמת נשבע נפטר הגנב בהודאת שומר, אם בשקר נשבע לא נפטר הגנב בהודאת שומר.

א. פירש"י וז"ל, אם באמת נשבע השומר שטען נגנבה באונס ונמצא כן, נפטר הגנב בהודאת שומר, דכיון דנאמן הוא, אנן סהדי דאי הוא משכחנא בהמה, ניחא לי' למרי' דתיהוי בידו' דהיאך, הלכך על שומר זה לחזר אחרי' ותביעתו תביעה והודאת גנב הודאה, ואם נשבע לשקר שטוען מת או נשבר או נשבה או נגנבה באונס, ובא ומצא שאינו כן, דכיון שמגליא מילתא דשקרן הוא, אנן סהדי דלא ניחא לי' למרי' דליהוי תו שומר עלה, ותביעתו אינה תביעה עכ"ל. הרי שפירש שאירי באופן שנשבע שנגנבה באונס או מתה כדרכה, ומשמע מזה שבשומר שכר איירי דפטור על הנך דברים, דהא אם איירי בשומר חנם, הרי אפילו אם נגנבה שלא באונס הרי הוא פטור (אם רק אינה בפשיעה), וא"כ

* וע"ע להלן באות שצ"ט סק"א בענין מה שיש

לדייק מדברי רש"י בענין אם ס"ל כדברי המאירי.

לכאורה כוונת רש"י היא לשומר שכר וכהנ"ל. מיהו מצד שני חזינן ששוב הזכיר רש"י פירוש אחר וז"ל, אית דגרס אם באמת נשבע דלא פשע, לא נפטר גנב, דכיון שבאמת נשבע, איפטר לי' שומר, ותו לא רמיא עלי' למיתבעי' לגנב, ואם לשקר נשבע כגון דפשע, נפטר גנב בהודאת שומר, דאכתי עלי' רמיא לשלומי עכ"ל. הרי שבלשון זה פירש דאיירי בשומר חנם, דהא כתב שהוא חייב רק משום שפשע ואם לא פשע הרי הוא פטור, ועיין במהדורא בתרא שהעיר על זה וצידד לומר שגם בפירושו להגירסא הראשונה כוונת רש"י היא לפרש בשומר חנם, ואיירי בשומר חנם שנשבע שנגנבה באונס ונמצא שנשבע שקר ונגנבה שלא באונס, ואע"פ שגם על זה מיפטר (כיון שלא פשע), אבל בכל זאת הרי זה אכתי מיקרי שנשבע לשקר, דס"ל לרש"י כדברי המאירי שהבאנו לעיל שגם אם נשבע לשקר מפטור לפטור, כגון שנשבע שנגנב בלילה ונגנב ביום, גם בכה"ג אין הבעלים רוצים שיהי' שוב שומר, וא"כ ה"ה להיכא שנשבע שנגנב באונס ונתגלה שנגנב שלא באונס וכציורו של רש"י*), אלא שדחה המהדורא בתרא את הדרך הזאת משום שברש"י בד"ה נשבע לשקר מהו וכו' מבואר להדיא דאיירי באופן שהוא פטר את עצמו על ידי

השבועה ונמצא שהוא חייב, וא"כ אכתי יוצא שכוונתו בפירושו הראשון היא לאוקמה בשומר שכר שפטר את עצמו על ידי שבועה שנאנסה, ונמצא ששיקר ושנגנבה בלא אונס, וא"כ צ"ע למה שינה רש"י אחר כך ופירש בשומר חנם.

ב. ועכ"פ לפי מה שביארנו שרש"י בהלשון הראשון מעמיד את דברי הגמ' בשומר שכר, א"כ לכאורה קשה טובא למה לא חשיב בעל דבר היכא שבשקר נשבע, וכן היכא שבאמת נשבע למה צריכים את הטעם שכתב רש"י שניחא להו להבעלים שיהי' שוב שומר עלה, הלא גם בלא זה הרי הוא צריך להחשב בעל דבר, דהא מבואר להלן בסוגיין דס"ל לרבא שאפילו היכא שכבר נשבע קודם שהוכר הגנב בכל זאת חייב השומר שכר לעשות עמו דין, וכתב רש"י שם שהכוונה היא שהוא ישלם להבעלים ויחזור אחר הגנב, ומבואר מלשונותיו שם שהחיוב היסודי שלו הוא לחזור אחר הפקדון וא"כ למה אינו נחשב בעל דבר בגלל דבר זה.

מיהו עיין להלן ברש"י שם בד"ה עושה עמו דין שכתב שלפי רבא הסיבה שהוא חייב לעשות עמו דין היא משום השבת אבידה**), וא"כ י"ל דס"ל לרש"י שאכתי לא סגי בטעם זה להחשיבו כבעל דין כיון

רש"י).

וזהו דלא כמו שיוצא מדברי המהרש"א על תד"ה תבעו וכו' שלענין הכפל אכתי אינו נקרא בגדר בעל דבר כיון שהוא מסולק מגוף החפץ וכמו שביארנו בהערה על אות שצ"ז.

** והנה צ"ע על דברי רש"י שם, דהא רש"י כתב בהדיבור הנ"ל שראשית כל הרי הוא צריך

(* אלא שהמהדורא בתרא כתב שלפי זה הכוונה היא באמת רק להיכא שנשבע לשקר מפטור לפטור ולא פטר את עצמו על ידי השקר, אבל אם פטר את עצמו על ידי השבועה ונמצא שהוא חייב, אז הרי הוא נחשב בגדר בעל דבר אפילו לגבי הכפל אף על פי שנשבע לשקר כיון שהוא חייב מיהא לשלם (וכמו שיוצא לפי הגירסא השני' שהביא

שאינו מצד חלות דין מסוים שיש לו בנוגע לגוף החפץ (כגון שמירה).

מיהו אכתי צריך ביאור משום שמבואר להלן שם שרבא סובר שבכ"ג שכבר נשבע ושוב הוכר הגנב, שומר חנם רשאי לעמוד בשבועתו ואינו צריך לעשות עמו דין, אבל בכל זאת אם רצה לעשות עמו דין הרי הוא רשאי לעשות עמו דין, משא"כ שומר שכר חייב לעשות עמו דין וכמו שהבאנו כבר (משום השבת אבידה), וא"כ אכתי צ"ע אמאי לא סגי בזה לחוד שהשומר רשאי לדון עם הגנב כדי להחשיבו בעל דבר גם בשומר חנם וגם בשומר שכר (ואפילו אם נאמר שהוא רשאי רק לאחר ששילם, אבל הלא ש"ש חייב תמיד לשלם וכהנ"ל), וא"כ למה בעינן שהמפקיד ירצה שימשיך לשמור.

מיהו באמת זה לא קשה מידי משום שיש ליישב בפשיטות דהא גופא שהוא רשאי לעשות עמו דין הרי זה מהטעם שכתב רש"י כאן דהיינו משום שמכיון שבאמת נשבע א"כ מן הסתם ניחא לי' להמפקיד שיהי' שוב שומר עליו, ואם הוא נשבע בשקר אז באמת לא יהי' רשאי לעשות עמו דין, וצ"ע.

שוב ראיתי בחידושי הרשב"א בד"ה רבא וכו' שהקשה על פירש"י הנ"ל שעושה עמו דין פירושו הוא שישלם ויחזור אחרי הגנב, והיינו שהקשה איך מחלק רבא בין נשבע באמת לנשבע בשקר הלא בשני הצדדים הרי הוא צריך להחשב

בעל דבר מאחר ששילם, הרי שהקשה דוקא מצד זה שהוא חייב לשלם. ועיין בזה לקמן באות ת', ובהערה כאן לעיל בסמוך.

ופירש הרשב"א שעושה עמו דין פירושו הוא רק שהוא חייב לטרוח לדון עמו.

מיהו צ"ע על הרשב"א משום שבתוך דברי הרשב"א שם מבואר דס"ל שהחוב לעשות עמו דין נובע מחיובי שמירה, וא"כ לפ"ז אכתי צ"ע כמו שהערנו לעיל דשומר שכר צריך להחשב בעל דבר לתבוע את הגנב אפילו כשנשבע קודם שהוכר הגנב, ואפילו אם נשבע בשקר, משום זה גופא שהוא חייב לתבוע את הגנב, ואפילו אם אינו משלם להבעלים, וכל תירוצנו הי' שהחוב הזה לתבוע את הגנב הרי הוא רק משום השבת אבידה, אבל הרשב"א הרי סובר שהוא מעיקר חיובי השומרים וכהנ"ל.

גם צ"ע בדברי הרשב"א משום שהרשב"א שם כתב שקשה על רש"י גם אם איירי רבא כאן בשומר חנם, ואילו דבריו צ"ע דהא בנוגע לשומר חנם, קאמר רבא שם שאם הוא נשבע קודם שהוכר הגנב הרי השומר יכול לעמוד בשבועתו ואינו צריך לעשות עמו דין, וא"כ יכולים להעמיד את דברי רבא כאן באופן שרצה לעמוד בשבועתו ולא לשלם (אע"פ שהסכים לתבוע את הגנב). מיהו לפי האמת אכתי קשה קושיית הרשב"א לפי מה שפירש"י עצמו בלשונו הראשון כאן

להמפקיד. ועוד דאמאי מתחייב איהו בהך השבת אבידה טפי מאיניש אחריני.

לשלם להמפקיד (אע"פ שהוא פטור) ורק אחר כך הרי הוא מעמיד את הגנב לדין, וצ"ע איך יתכן לומר שהשבת אבידה מחייבת אותו לשלם בתחילה

שאיירי בשומר שכר וכמו שביארנו כבר את כוונת רש"י.

(ת) אם באמת נשבע וכו', ואם בשקר נשבע וכו'.

עיין בשט"מ בשם הרמ"ה שגורס כהגירסא השני' שהביא רש"י, דהיינו שאם נשבע בשקר הרי הוא עדיין נחשב בעל דבר, ופירש דהיינו משום שבמקרה שיחזור הפקדון לרשותו הרי הוא מתחייב באונסין משום כופר בפקדון כיון שנשבע שנגנבה באונס בזמן שבאמת נגנבה בפשיעה, ואע"פ שכופר בפקדון חשיב גזולן גם בלא שבועה, אבל הרי זה דוקא כשהוא נמצא אצלו בשעת הכפירה, אבל אם ליתא גבי' בשעת הכפירה הרי אמרינן דאישתמוטי הוא דקא מישתמט, ומש"ה בעינן שבועה וכמו שמבואר לעיל בהסוגיא של כופר בפקדון.

מיהו יש לעיין בדברי הרמ"ה, למה הוצרך לזה שאם תחזור לרשותו יהי' חייב עלה גם באונסין, הלא גם בלא זה הרי הוא צריך להחשב בעל דבר משום שהוא חייב גם עכשיו לשלם עבור זה שנגנבה בפשיעה וכמו שביאר רש"י בביאור הך גירסא.

וי"ל דס"ל להרמ"ה שבזה לחוד לא סגי, דנהי דחשיב בעל דבר לתבוע מהגנב את התשלומין שהוא עצמו חייב לשלם להמפקיד, אבל מ"מ כדי לתבוע מהגנב את הכפל בעינן שיחשב בעל דבר על גוף הפקדון, ומש"ה הוצרך הרמ"ה לזה שהוא חייב באחריות, דמעתה הרי הוא נחשב כבעלים על גוף החפץ.

ועכ"פ לפי מה שסובר הרמ"ה דמיקרי בעל דבר רק בגלל זה שהוא חייב באונסין אתי שפיר הך בעיא דקא מיבעיא לי' לרבא בענין עמד לישבע ולא נשבע, ולא קשה מה שהקשה רש"י שפשיטא שהוא נחשב כבעל דבר כיון שאכתי רמיא עלי' חיובו, דלפי הרמ"ה זה לא קשה מידי, והיינו משום שמה שהוא נחשב בעל דבר אין זה משום שרמיא עלי' חיובו אלא משום שהוא נעשה כגזולן, וא"כ י"ל שאיבעיא לי' לרבא אם בזה לחוד שעמד להשבע הרי הוא נעשה כופר בפקדון או האם בעינן שבועה ממש.

מיהו עיין לעיל באות שני' שחקרנו בענין מה היא פעולת השבועה היכא שהפקדון עומד באגם, דהיינו האם הוא משום שמזה שהוא נשבע מוכח שאין כוונתו לאישתמוטי, משום שאילו היתה כוונתו רק לאשתמוטי לפי שעה, לא הי' נשבע לשקר עבור ריווח כזה, או האם גם בכה"ג יכול להיות שכוונתו היא לאשתמוטי לפי שעה, ובאמת גם בכה"ג אינו נחשב גזולן, רק שבכל זאת הרי הוא חייב בחיוב קרן חדש עבור זה שהוא נשבע לשקר, והרי הוא חייב לשלם את החפץ או דמי', והיינו משום שהתורה קבעה חיוב קרן מיוחד משום זה שהוא עבר על האיסור של שבועה גם בלא שהוא נחשב כגזולן על הפקדון. ולכאורה הך צד בגמרא שגם כשעמד להשבע לחוד הרי הוא מתחייב באחריות אתי שפיר רק אם ע"י השבועה הרי הוא מתחייב בהחיוב קרן של גזילה, דלפ"ז שפיר יתכן לומר שהוא חייב משום שגם מזה שהוא מוכן להשבע

(תא) אנן נמי עבדינן לך מילתא, טרחינן בתר גנבא, שקלנא אנן דידן, ואת דידך.

א. לכאורה הכוונה בזה היא שמה שהמפקיד רוצה להחזיק טובה להשומר הרי זה מהני לשווינו בעל דבר (כמו היכא שלא ניחא ל' דליהוי ל' תרעומת עליו לעיל בדרך ח' ע"ב).

והנה שיטת הרמב"ם בריש פ"ח מהל' שאילה ופקדון היא שגם כשקונה השומר את הכפל, גוף הפרה חוזרת להמפקיד, והביא שם הכ"מ בשם תלמידי הרשב"א שמקורו של הרמב"ם הוא מהא דאמרין בסוגיין "ושקלינן אנן דידן", דמשמע שגוף הפרה חוזרת להמפקיד, ובחידושי אנשי שם בריש המפקיד הקשה על זה דאם זוהי כוונת הגמרא א"כ למה לא מספיק בטעם זה לחוד כדי להסביר למה המפקיד נקרא בעל דבר, דהיינו משום שהפרה חוזרת אליו, ולמה תלתה הגמרא את הדבר דוקא בזה שהוא רוצה להחזיק טובה להשומר ולטרוח אחר הגנב. ועוד דאיך שייך לומר "אסתליקו לכו מהכא" הלא הפרה עצמה חוזרת להבעלים וא"כ לא נסתלקו. והסיק שם האנשי שם שהכוונה במאי דאמרין כאן "שקלנא אנן דידן" אינה שהמפקיד נוטל את גוף הפרה, אלא לשון זה קאי על מה שהמפקיד נוטל כבר מעות מהשומר (ובאמת הלשון של "שקלנא" הוא לשון עבר, אלא שהכ"מ שם גורס "ושקלינן אנן דידן", ועיי"ש באנשי שם).

ב. עיין ברמ"ה בשט"מ שפי' שסברת הצד שחשיב המפקיד בעל דבר היא משום

חזינן שאין דעתו להשתמט לפי שעה, אבל אם החיוב קרן הוא עבור השבועת שקר (אע"פ שעדיין יתכן שכוונתו היא להשתמט), א"כ מה בכך שעמד להשבע, הלא סוף סוף עדיין לא נשבע ובודאי אינו מתחייב בחיוב אחריות (ומלשונו של הרמ"ה שכתב שכשנשבע הו"ל "כגזלן" אין הכרח אם כוונתו היא לגזלן ממש או רק לחיוב קרן עבור שבועתו).

גם צ"ע על דברי הרמ"ה, דהא לפי הצד הנ"ל שפעולת השבועה היא להראות שאינו משתמט אשר מעתה הרי הוא חייב באחריות משום שהוא בגדר כופר בפקדון בכפירה גמורה והרי הוא נעשה עליו גזלן, א"כ לפי הצד הזה, בגוונא דידן, לא הי' צריך להתחייב באונסין, דהא בגוונא דידן לכאורה א"א לו להעשות עכשיו גזלן, דהא הרי הוא בבית הגנב, דבשלמא היכא שהוא עומד באגם, שפיר שייך לומר שהוא נעשה גזלן על ידי הכפירה והשבועה, משום שהתם הרי הפקדון נמצא תחת שליטתו ושפיר נקרא שהביא את הפקדון לתוך רשותו ע"י כפירתו (דהא גם דבר העומד ברה"ר נקרא שהוא ברשותו של אדם כמו שמבואר בקצה"ח בסי' שמ"ט סק"א עיי"ש), אבל היכא שהוא בבית הגנב הרי לא שייך לומר שיהפך להחשב גזלן, דהא אינו עומד בכלל תחת שליטתו.

מיהו אם נאמר שחיובו של כל כופר בפקדון אינו משום שנעשה החפץ ברשותו, אלא הרי הוא חיוב אחריות בעלמא מדיני שמירה, א"כ לפ"ז לק"מ על הרמ"ה, וכבר הארכנו בזה בכמה מקומות כאן.

דאמרינן שהיכא שהמפקיד רוצה להחזיק טובה להשומר ולטרוח אחרי הגנב ולתובעו לדין כדי שהשומר יהי בטוח בכספו, נקטינן שבאמת אין כוונת המפקיד להקנות את הכפל להשומר אע"פ שכבר שילם לו השומר ומש"ה שפיר חשיב המפקיד בעל דבר על הכפל.

תב) נגנבה באונס והוכר הגנב.

עיינן בסוגיין שסובר רבא שבין שומר חנם ובין שומר שכר עושה דין ואינו נשבע, ברם היכא שקדם ונשבע קודם שהוכר הגנב ואח"כ הוכר הגנב, ש"ח רשאי לעמוד בשבועתו משא"כ שומר שכר. ותו אמרינן רבה זוטי בעי לה הכי, נגנבה באונס והחזיר הגנב בבית שומר ומתה בפשיעה מהו, מי אמרינן כיון שנגנבה באונס כליא לי שמירתו או דלמא כיון דהדרה הדרה לשמירתו, תיקן. ודייקן הראשונים שרבה זוטי איירי בין בשומר שכר ובין בשומר חנם, דהא מהא דנקט נגנבה באונס חזינן דאיירי בשומר שכר שחייב על סתם גניבה, וכן חזינן דאיירי גם בשומר חנם מהא דנקט ומתה בפשיעה, וא"כ מוכח שכוונת רבה זוטי היא לכלול בכלל בעייתו את שני השומרים.

ועיינן בשט"מ בשם הרא"ש*) שכתב שלפי אב"י ורבא לעיל בודאי לא אמרינן שכלתה שמירתו, דהא כיון דפשיטא להו ששומר שכר חייב לעשות דין עם הגנב א"כ כ"ש שהוא חייב לשומרו אם חזר לרשותו (וכ"כ הפ"י בדעת הרי"ף, והרא"ש

בפסקיו, והטור, שהשמיטו את דברי רבה זוטי). וע"ע במה שכתב הרמ"ה בנוגע לש"ח לפי אב"י.

ברם בשם הראב"ד הובא בשט"מ שלעולם לא פליג רבה זוטי על אב"י ורבא לעיל וז"ל, ואפילו בשומר שכר שאנו אומרים שעליו לטרוח ולדון עם הגנב אפ"ה לענין חיוב שמירה כיון שנודע שנגנבה באונס הרי יצא מידי הבעלים ופטור או דלמא וכו' עכ"ל. ועיינן גם ברמב"ם בסוף פ"ח מהל' שאלה ופקדון שפסק כרבא שאפילו שומר חנם עושה עמו דין ובכל זאת הביא בעיית רבה זוטי.

ואולי י"ל בדעת הרמב"ם והראב"ד דס"ל כדברי רש"י בד"ה עושה וכו' שחיובו לעשות דין הוא משום השבת אבידה וא"כ לפ"ז לכאורה שפיר יוצא שאכתי יתכן לומר שכלתה שמירתו.

ועכ"פ הרי חזינן שרש"י על נגנבה באונס ואח"כ הוכר כתב שם שהשומר חייב קודם כל לשלם להבעלים עיי"ש, וא"כ לפ"ז נראה שבודאי הרי הוא חייב לשמור אם שב הפקדון לרשותו (ועי' עוד לעיל בההערה השני' על אות שצ"ט). וכן מבואר מדברי הפ"י בסוגיין וז"ל, דהא חזינן דלא איסתלק משמירתו ואדרבה ברשותי קאי עד שיחזירנה השומר לבעלים בידו, שעליו מוטל לפרוע לבעלים אפילו היכא דאיתא עדיין ביד הגנב, ומכ"ש כשבאה לרשותו, וא"כ פשיטא דחייב כשמתה ברשותו בפשיעה וכו' עכ"ל.

ועוד כתב הפ"י שם וז"ל, והרמב"ם שכתבה (לרבה זוטי) י"ל משום שהוא

טעות סופר ושצריך לומר ומספקא לי לרבה זוטי.

(* והמעיינן בדברי הרא"ש שם יראה שיש שם

מפרש דהא דאמר רבא עושה עמו דין לא איירי לענין שצריך השומר לשלם להבעלים אלא לענין הטיפול להעמיד את הגנב לדין עם הבעלים כמו שכתב הרב המגיד לשיטתו, וא"כ אין זה ענין למימרא דרבא דאפילו הכי שייך בעיא דרבה זוטי עכ"ל. מיהו יש לעיין בדברי הפ"י בדעת הרמב"ם, דהנה הרמ"ה בשט"מ הוא מהסוברים שלפי מאי דאמרינן שחייב השומר לעשות עמו דין, לא שייך הבעיא של רבה זוטי, ואילו מצד שני הרמ"ה בשט"מ הוא מהחולקים על רש"י שסוברים שאין השומר משלם להבעלים, והרי הפ"י כתב שלפי שיטה זו שפיר יש מקום להבעיא של רבה זוטי. וע"ע בדברי הרא"ש בשט"מ דמבואר שגם הוא סובר שאין השומר משלם ושככל זאת לא שייך הבעיא של רבה זוטי (ויש ליישב).

מיהו באמת חזינן שהפ"י דקדק לפרש כדעת הרמב"ם שחייבו של השומר הוא רק להעמיד את הגנב לדין בפני הבעלים, ומשמע שהשומר עצמו אינו חייב לדון עמו, וא"כ לפ"ז שפיר י"ל שהשומר נסתלק משמירתו, אבל הרמ"ה והרא"ש הרי סוברים שנהי שאינו משלם, אבל בכל זאת הרי הוא חייב לדון עם הגנב ולהוציא ממנו את הפקדון, וא"כ לפי שיטתם אכתי י"ל שמודה הפ"י שלא איסתלק משמירתו ולא שייך בעיית רבה זוטי. ברם עדיין אין זה מספיק משום שבדברי המ"מ שציין אליהם הפ"י איתא להדיא שהשומר חייב לדון עם הגנב (וכן איתא בדברי יתר הראשונים בשט"מ כאן), ודלא כלשונו של הפ"י שהוא חייב רק להעמידו לדין. גם צ"ע על שיטת הראב"ד, דהא

בשט"מ ד"ה אמר אביי וכו' הביא הראב"ד את שני הפירושים בעושה עמו דין, דהיינו גם פירש"י שהשומר משלם, וגם הפירוש שהשומר חייב רק לעשות דין עם הגנב, ולא הכריע הראב"ד בין שני הפירושים, וא"כ לא הי' לו להראב"ד להלן שם בסוף הסוגיא לכתוב בפשטות שבעיית רבה זוטי קיימת אפילו לפי מאי דאמרינן שעושה עמו דין, דהא אם עושה עמו דין פירושו הוא שהשומר משלם, א"כ תו לא שייכת האיבעיא. מיהו באמת הראב"ד בסוף הסוגיא לא הזכיר את שני הפירושים בעושה עמו דין אלא רק את הפירוש שהשומר חייב לעשות דין עם הגנב.

ועיין עוד בקצה"ח בסוף סי' רצ"ד מה שכתב בביאור הסוגיא כאן.

תג) עושה עמו דין.

עיין ברש"י שפירש שהשומר משלם להבעלים ושוב מוציא את הפקדון מהגנב, וכ"כ בשט"מ בשם גאון, והר"י יהונתן, והר"ם מסרקסטה. אבל בשם הרשב"א והרמ"ה איתא שאין הגנב צריך לשלם להבעלים תחילה, אלא כל חיובו הוא רק לעשות דין עם הגנב. ועיין במ"מ וכ"מ בנוגע לדעת הרמב"ם.

והסמ"ע בסוף סי' רצ"ד כתב שלפי רש"י עושה עמו דין פירושו הוא שהשומר עושה דין עם המפקיד ומשלם לו. ובאמת כן מבואר מדברי הרשב"א, דעיי"ש שהוא חולק על רש"י וכתב שמסתבר שעושה עמו דין פירושו הוא עם הגנב, הרי שלפי רש"י הכוונה היא עם המפקיד. ועיין גם בשט"מ בד"ה אמר אביי וכו' בשם הראב"ד שכתב

ג"כ שלפי דרכו של רש"י עושה עמו דין פירושו הוא עם המפקיד בזה שהוא משלם. ודע עוד שמלשון רש"י בסוגיין משמע שהשומר מתחייב לשלם להמפקיד רק בגלל שבין כך ובין כך לא יפסיד על ידי זה אלא יחזור ויוציא מהגנב, ומזה משמע שאם לבסוף לא יצליח להוציא מהגנב, אז באמת יחזור ויקח את מעותיו מן המפקיד. והש"ך בסי' רצ"ד סק"ח הבין בדעת רש"י עוד יותר והיינו שגם לכתחילה אינו חייב לשלם להמפקיד אלא א"כ ידוע מראש שיוכל להוציא את מעותיו מן הגנב.

ברם, עיין בשט"מ בשם הר"מ מסרקסטה שחולק על רש"י וסובר שאם לבסוף לא הצליח השומר להוציא מהגנב, אז שומר שכר מפסיד, ורק שומר חנם חוזר ולוקח מהבעלים, אבל בקדם ונשבע, אפילו שומר שכר חוזר ולוקח מהבעלים. וצריך ביאור מה היא סברת חילוקים אלו.

ואולי ס"ל שהחייב של שומר שכר לעשות דין עם הגנב נובע מעצם חיובו לשמור את החפץ משא"כ בשומר חנם הרי הוא רק משום השבת אבידה, אבל היכא שכבר נשבע, אז גם חיובו של שומר שכר הוא רק משום השבת אבידה. ולפ"ז י"ל דס"ל להר"מ מסרקסטה שרק היכא שחיובו הוא משום השבת אבידה הרי הוא חוזר ומוציא מבעלים, וצ"ע.

ועכ"פ בנוגע לעצם השאלה בענין מה הוא יסוד הדין של חיובו לשלם, עיין ברש"י כאן שהזכיר ענין השבת אבידה, וכבר עמדנו על דבריו לעיל.

תד) הדרה לשמירתה.

עיין בשט"מ שכתב בשם הראב"ד

שהדרה לשמירתה דוקא אם לא החזירו השומר להבעלים, וכן אם השומר לא אמר להבעלים טול את חפצך, אבל אם החזירו השומר או אמר להבעלים טול את חפצך אז לא הדרה לשמירתה. והנה מדבריו משמע שדוקא כאן מהני מה שהוא מחזירו לפוטרו מתשלומין, וכן מה שהוא אומר לו ללוקחו, אבל בשומר רגיל אינו מועיל, דהא אם גם בעלמא הרי זה מועיל א"כ לא ה"י צריך הראב"ד להזכירו כאן. ועיין באמת לעיל באות של"ד סוף סק"ב שהבאנו שדעת הראב"ד (הובאה ברשב"א בקידושין ריש דף י"ג) היא ששומר יכול לחזור בו מהחייב לשמור את החפץ כמו כל פועל שהוא יכול לחזור בו אפילו בחצי היום, רק שאעפ"כ אכתי אין השומר נפטר עי"ז מהחייב תשלומין של שומרים, וא"כ זהו שכתב הראב"ד כאן שהכא שאני ושפיר יש לו הברירה שלא להמשיך באחריות החפץ, והרי הוא נפטר מתשלומין על ידי זה.

מיהו צ"ע למה הכא הרי הוא יכול לפטור את עצמו מהחייב תשלומין יותר מכל דוכתי, דהא לפי הצד שלא כלתה שמירתו א"כ משמע מלשון הגמ' שהדרה לשמירתה בדרך ממילא משום דהוי חד שמירה עם קודם, ובתחילה הרי שפיר קיבל על עצמו שמירה, וא"כ למה נאמר שהוא יכול לחזור בו כאן יותר מבשאר דוכתי. ואין לומר שבכל זאת לא חשיבא המשך מאותה שמירה אלא חשיבא שמירה חדשה, ולכן הרי הוא יכול לסרב ולהחזירו להבעלים או לומר להבעלים ללוקחו, דזה אינו, דא"כ איך שייך לומר שהדרה לשמירתה מאליו בלא שום לשון של

שמירה מחדש, דעיין בתוס' לעיל בדף צ"ג ע"א שהביאו מהמכילתא דבעינן לשון של שמירה (וע"ע לעיל בח"א באות תנ"ב בענין קבלת שמירה), ויש ליישב.

תה) בענין הנ"ל.

גם צ"ע משום שאפילו אם נאמר ששומר אינו נפטר מהחיוב תשלומין ע"י זה שהוא חוזר בו, אבל מ"מ על ידי זה שהוא מחזירו בפועל ממש לבית הבעלים לכאורה נראה שבודאי הרי הוא נפטר אפילו אם עשה כן לפני כלות זמן השמירה שקבעו (עיין היטב בדברי הרשב"א שם), וא"כ אכתי אין מבואר למה הוצרך הראב"ד לומר כאן יותר מבכל דוכתי שהוא יכול להסתלק על ידי חזרה לרשות הבעלים.

תו) הגוזל את אביו ונשבע לו ומת משלם קרן וחומש לבניו או לאחיו.

א. השט"מ בשם ה"ר יהונתן והמאירי, וכן הרשב"א בחלק ב' תשובה ש"ח, וכן הגר"א בחו"מ סי' שס"ז, כתבו שהדין של המשנה שהוא צריך להוציא את הגזילה מתחת ידו אע"פ שהוא זוכה בה הרי זה נוהג רק אם נשבע. ברם הב"י בסי' שס"ז צידד שגם אם לא נשבע הדין כן, ועיין בפתחי תשובה שם.

ומלשון רש"י בסוגיין משמע שה"ה אם לא נשבע, דעיין בדבריו בד"ה הרי זה וכו' *

שכתב וז"ל, בעי למיעבד השבה עכ"ל, וכן בד"ה לזה וכו' כתב וז"ל, לקיים מצות השבה עכ"ל, והרי המצוה של השבה נוהגת גם כשלא נשבע. ועי' גם בתוס' שכתבו לשון כזה בד"ה לזה וכו'. ועיין עוד כעין זה לעיל באות ש"ט בסוף סק"א (בענין החיוב להוליכנו למדין).

ועכ"פ מדברי רש"י הנ"ל מבואר שהחיוב הוא חיוב גמור מדיני אדם מדאורייתא, וכן מבואר בתוס' בסד"ה לזה וכו' [ובשט"מ בשם הר"ר יהונתן איתא שזה מעכבו מלהביא את אשמו*]. מיהו יש לעיין בזה בלשונות שאר הראשונים, דעיין בשט"מ בשם הרשב"א שכתב וז"ל, וכל זה להורות שרוצה להוציא הגזילה מתחת ידו עכ"ל, ומשמע לכאורה שאינו חיוב גמור מן התורה. וע"ע בלשון הראב"ד שכתב וז"ל, ונראה לי כדי לצאת ידי שמים להוציא גזילה מידו ולא מעיקר איסור עכ"ל. ועיין גם במאירי שכתב שאינו מן הדין, אלא כדי לזכך דעתו של אדם, וכתב שלכן סובר הרמב"ם שהוא יכול אפילו לפרוע בו את חובו, וכן לתתו לבנו של הגוזל, וכן לארנקי של צדקה, וכן לכל מי שירצה (מיהו גם מלשון המאירי שם מבואר שדבר זה מעכבו מלהביא את אשמו, וצ"ל מדרבנן). מיהו המעיין בלשונות הרשב"א והראב"ד הנ"ל יראה שאולי יש לדחות שכוונתם בלשונותיהם הנ"ל היא רק להיכא שהוא נותן להבנים שלו, אבל כשהוא נותן לאחיו שלו, דהיינו בני אביו, שפיר יש בזה משום והשיב וכמו שנבאר להלן. וכן יתכן שכוונת המאירי שם

להלן שם כתב קנסינן (גם על בני אביו).

* ועיין שם שבתחילה כתב מצות השבה, אבל

היא דוקא להציורים שהזכיר שם שאין בהם אופן של חזרה להנגזל.

ועכ"פ בשם הרא"ש איתא בשט"מ שם וז"ל, ונראה דאין צריך ליתן כלל מן התורה כיון שהוא יורש, אלא מדרבנן הוא שצריך להוציא את הגזילה מתחת ידו, וכן משמע בגמרא מדאמר רב יוסף ואפילו לארנקי של צדקה עכ"ל. ומשמע שמכיון שהוא יורש הרי הוא פטור תמיד מעיקר הדין והרי הוא רשאי להחזיקו לעצמו, דהא טעם זה שהוא בגדר יורש מתאים גם להיכא שיש עוד בנים לאביו, דגם בכה"ג אינו חייב מעיקר הדין להשיב את חלקו.

מיהו הפ"י בד"ה במשנה וכו' כתב שמה שהוא צריך להוציא מתחת ידו הרי זה דין מהתורה (ולקמן באות זאת נביא את לשונו).

והנה עיין ברש"י שפירש שהכוונה בלבניו או לאחיו היא לבניו של אביו או לאחיו של אביו. ובגמרא אמר רב יוסף שהוא יכול לתתו אפילו לארנקי של צדקה. ולכאורה נראה שאין שום עדיפות לתת לאחי אביו יותר מלארנקי של צדקה, דבשלמא לבניו של אביו, דהיינו האחים של הגזלן, י"ל שזה נחשב השבה גמורה גם על החלק שראוי להיות לו, והיינו משום שי"ל ששאר האחין נקראים בגדר יורשים גם על חלקו, כי כל בן מיקרי יורש על כל הירושה, וא"כ שפיר מיקרי שהשיב את החלק שלו לרשותו של אביו במה שהשיב ליורשו של אביו אע"פ שגם הוא הרי הוא בגדר יורש, אבל כשהוא משיב לאחיו של אביו הרי בודאי לא חשיבא השבה לרשותו של אביו, דהא אחי אביו

אינם בגדר יורשים כלל במקום שיש בן, אלא הרי הם כאחרים, וא"כ בודאי שליכא בכה"ג שום קיום של השבה לרשותו של אביו, ולא מתקיים אלא הך דין לחוד שהוא צריך להוציא את הגזילה מתחת ידו וא"כ הה"נ אפילו לארנקי של צדקה. ולפ"ז צ"ל שמה שכתב רש"י שיש כאן משום מצות השבה, כוונתו היא רק כשהוא משיב לבני אביו, אבל לא כשהוא משיב לאחי אביו, דבאחי אביו גם רש"י מודה דליכא מצות השבה, ומה שכתב רש"י בד"ה לזה שהוא משיב לאחיו כדי לקיים מצות השבה, כוונתו היא לאחין דידי, דהיינו בניו של אביו (ודלא כלשון התנא של המשנה שהשתמש בלשון אחיו בכוונה לאחי אביו). וכן מוכח מדבריו להלן בד"ה ובעלי חוב וכו' שזאת היתה כוונתו כשהזכיר בד"ה לזה את המלה "אחיו".

מיהו לפי דרכנו הנ"ל יש לתמוה אמאי לא הזכיר התנא שבני אביו קודמים לאחי אביו כיון שכשהוא משיב לבניו של אביו הרי הוא מקיים מצות השבה, ונהי שרש"י פי' באמת שכוונת התנא היא לאחיו של אביו כשאין לו בנים, אבל בכל זאת אם איתא שבבניו החיוב הוא מדאורייתא משום והשיב, ובאחיו לא, הו"ל להתנא עצמו לחלק ביניהם (וכבר הערנו כן לעיל בנוגע להרשב"א והראב"ד).

גם צ"ע מה מוסיף רב יוסף במה שאמר שאפילו לארנקי של צדקה, הלא מאחי אביו שמעינן לה.

וי"ל שהו"א ששאני אחי אביו משום שאינו נהנה מזה שום טובת הנאה, אבל אכתי הוי אסרינן לארנקי של צדקה משום

שיש לו טובת הנאה בזה שהוא מחזיק את עצמו לבעל צדקה, והרי זה כמו סתם מתנה לאיניש בעלמא שבודאי אינו מועיל (לפי רש"י ותוס' אבל הרמב"ם סובר שזה שפיר מועיל), ולכן שפיר הוצרך רב יוסף לאשמועינן שלארנקי של צדקה עדיף ממתנה בעלמא ושפיר מותר. ובאמת עיין ברש"י שכתב שההיתר ליתן לצדקה הוא רק כשאינו מוצא יורשים לאביו ודלא כמו שנקטתי לעיל, ונראה דהיינו משום שבארנקי של צדקה יש מיהא מקצת הנאה בזה שהוא מחזיק את עצמו לבעל צדקה.

שו"ר בפ"י על המשנה שכתב וז"ל, לענין הקרן אמרינן שפיר דאע"ג דכשמת האב כולהו נכסים קמי' דידי' רמיא אפילו הכי הפקיעה התורה ירושת החפץ הגזול מיד הגזול והחמירה עליו דלא הוה לי' כפרה עד שיוציא גוף הגזל מתחת ידו, ולענין זה אמרינן דחזיא לדידי' כמאן דלית' יורש אביו, ושאר יורשי אביו יורשים אותו, דהיינו בניו או אחיו של (הגזול) [הנגזל], וכל זה מגזיה"כ דוהשיב את הגזילה וכו' עכ"ל. ולפי הסברו ה"ה שבאחי אביו יש קיום של השבה כיון שאין כאן קרוב טפי.

שו"ר את דברי הקובץ הערות בסי' מ' אות י' שכתב וז"ל, ובסוף פרק הגזול קמא תנן הגזול את אביו ונשבע לו ומת הרי זה יחזיר לבניו או לאחיו ופירש"י בבניו של אביו או לאחיו של אביו, ולפ"ז צ"ל דיש להמאוחר דין יורש במקום המוקדם, דלדעת הרשב"א דאחי האב כנכרים הן חשובים במקום בן א"כ מה טיבה של חזרה זו לאחי אביו דהוי כמחזיר לנכרי,

ולדעת הרשב"א צריך לפרש כפירוש תוס' שם לבניו של גזול או לאחיו של גזול, דכיון דאין הגזול יכול ליקח הגזילה לעצמו ודמי כאילו אינו ראוי לזכות בחפץ זה, שייך לשאר הבנים, אבל אם אין בנים לאביו, אין צריך להחזיר לאחי אביו דכנכרין הן חשובין עכ"ל.

ב. ועיין עוד בגמרא דאמר רב פפא שהוא צריך לומר "זה לגזילת אבי". ופירש"י דקאי על ארנקי של צדקה. ומשמע שכשהוא משיב לאחי אביו אינו צריך לומר כן. מיהו היינו רק לדעת המפרשים שכשהוא משיב לשאר בניו של אביו שהם בגדר יורשים ממש, אז בודאי אינו צריך לומר זה גזל אבי, דלפי דבריהם שפיר יש לדון כהנ"ל בענין אם הוא צריך לומר כן כשהוא משיב לאחי אביו כמו היכא שהוא משיב לארנקי של צדקה. וכהשיטה הנ"ל סובר המאירי, וכן משמע מדברי רש"י הנ"ל שהבאנו שכתב כן רק על ארנקי של צדקה, ומדבריהם מבואר שגם כשהוא משיב לאחי אביו אינו צריך לומר זה לגזילת אבי. מיהו היש"ש בסי' נ"ט כתב שהכוונה היא שלא מיבעיא שכשהוא משיב להיורשים הרי הוא צריך לומר זה גזל אבי אלא אפילו כשהוא משיב לארנקי של צדקה הרי הוא צריך לומר כן, דהוי אמינא דמכיון שהוא נותנו לגבוה שוב אינו צריך להזכיר שהוא גזל אביו משום "שבעל הצדקה הוא יודע נסתרות וכבר ידע", קמ"ל דשפיר צריך לומר כן אפילו בארנקי של צדקה. וכן הביא מהטור שגם כשהוא משיב ליורשים ממש הרי הוא צריך לומר כן. וכתב שכן נראה מדברי הרמב"ם. וע"ע

בדברי גאון בשט"מ ד"ה דף ק"ט וכו' שיש לפרש כן בדבריו.

כאן א"א לחייב את הגזלן לתתו בהקנאה גמורה משום שדבר זה בכלל אינו מעניינא של המצות השבה, וההקנאה לא תוסיף כלום לגבי מצות השבה.

דף ק"ט ע"א

(תז) תוס' סד"ה לוח.

וז"ל, ומיהו נראה דלא חשיב הכא מה שמחזיר להם כאילו נתן להם, דאין נותן להם לשם מתנה אלא סתמא בשתיקה מחזיר להם ואין דעתו לקיים אלא מצות השבה בעלמא, הלכך לא הויא מתנה ויכול בעל חוב לטרוף מהם, והוא ודאי אינו יכול לחזור ולקח מהם דאז לא היתה מתקיים השבה כלל אם הי' לוקח בעצמו מה שנתן, אבל מה שבעל חוב נוטל מתקיימא שפיר מצות השבה כיון דבעצמו אינו נוטל, ומיירי אפילו בלא אפותיקי עכ"ל. והנה מבואר מדבריהם שמעיקר הדין הי' שפיר יכול ללוקחו בחזרה משום שאינו חייב להקנות להם לשם מתנה בהקנאה גמורה, רק שאם יקחנה בחזרה, אז היתה מתבטלת המצוה של השבה, אבל כל זמן שאינו לוקחו בחזרה, לא איכפת לן במה שלא הקנה אותה בהקנאה גמורה. ולכאורה צריך ביאור למה אין המצוה של השבה מחייבת להקנות להם בהקנאה גמורה.

מיהו אכתי צ"ע, דבשלמא בכל גזילה שהיא שייכת באמת להנגזל הרי זה שפיר נחשב השבה במה שהוא משיבו לרשותו לחוד, אבל הכא שהיא שייכת באמת להגזלן א"כ איך שייך לומר דמיקרי השבה ע"י נתינה לחוד בלא הקנאה.

ובשלמא לפי השיטות שהבאנו בהאות הקודמת שאין הכוונה כאן שהוא מקיים מצות השבה מדאורייתא, אלא הרי זה רק חיוב דרבנן בעלמא, אם כן מעיקרא לא קשה מידי, משום שלפ"ז יש לומר שזהו באמת סוף חיובו, דהיינו לעשות מצות נתינה והוצאה מרשותו לחוד, מיהו לפי מה שכתבו תוס' כאן בתוך דבריהם שהכוונה היא שהגזלן צריך לקיים מצות השבה, א"כ קשה כהנ"ל, איך זה עולה למצות השבה.

דף ק"ט ע"ב

(תח) קטן וכו' בידוע שאין לו יורשים.

בענין זכיית קטן כשיש דעת אחרת מקנה.

א. כתבו תוס' וז"ל, וא"ת גזל גר קטן היכי משכחת לה והא אין זכי' לקטן כדאמרינן בפ"ק דב"מ דגזל קטן מדבריהם ולא מדאורייתא וכו', וי"ל דדוקא מציאה דאין דעת אחרת מקנה אותו לא הוי אלא

והנה באמת כל גזלן בעלמא מקיים מצות השבה אע"פ שאין הנגזל עושה קנין חדש, והתם באמת אין צורך לעשות קנין חדש, כי גם לפני שהשיב הרי החפץ הי' שייך להנגזל, ולא בעינן אלא מעשה של השבה לתוך רשותו, וא"כ י"ל שמאחר שבעלמא אין הנגזל עושה קנין חדש, גם

מדבריהם אבל כשדעת אחרת מקנה אותו קני מדאורייתא עכ"ל.

והנה עיין בתוס' בסנהדרין דף ס"ח ע"ב שהביאו את הסוגיא בגיטין דף ס"ד ע"ב דאמרינן שם שקטן שהוא על המדריגה של צרור וזורקו אגוז ונוטלו זוכה לעצמו ואינו זוכה לאחרים, ואם הוא על המדריגה של חפץ ומחזירו לאחר שעה אז סובר רבי אסי שהוא זוכה גם לאחרים ורב חסדא סובר שגם בכה"ג הרי הוא זוכה רק לעצמו אבל לא לאחרים, ופרכינן שם על רב חסדא דס"ל דאחד זה ואחד זה זוכה לעצמו ואינו זוכה לאחרים מההיא דמערימין על מעשר שני דחזינן שם שקטן יכול לפדות מעשר שני בשביל גדול וא"כ חזינן שהוא זוכה בהמעשר שני גם לאחרים וכרכי אסי, וכתבו תוס' בסנהדרין שמוכח מזה שכוונת רבי אסי היא שהוא זוכה לאחרים אפילו מדאורייתא כיון שיש דעת אחרת מקנה, דהא אם לא כן הרי קשה גם על רבי אסי מההיא דמערימין על מעשר שני, דהא התם בדין מעשר שני בעינן זכי' דאורייתא בכדי שיוכל לפדות את המעשר שני (ועיין באחרונים שכתבו למה לא שייך לומר שקנין דרבנן מועיל לדאורייתא), וא"כ בע"כ צ"ל שהיכא שיש דעת אחרת מקנה הרי הוא זוכה לאחרים אפילו מדאורייתא (ובהמשך דבריהם בסנהדרין שם הקשו דהא בחילול מעשר שני ליכא שום דעת אחרת מקנה, ולקמן בסק"ב נבאר את תירוץ על זה).

ועיין בהמשך דבריהם בסנהדרין שם שכתבו שלפי הנ"ל שדעת אחרת מקנה מועיל מדאורייתא (וה"ה מה שהוא זוכה

לעצמו לפי רב חסדא הרי זה דאורייתא כמו שכתבו שם), ניחא הא דאמרינן בסוכה דף מ"ו ע"ב שלא ליקני איניש הושענא לינוקא ביומא קמא, והיינו משום שהינוקא קונה מדאורייתא ושוב אינו יכול להקנותו בחזרה. ולכאורה דבריהם צריכים ביאור למה הוצרכו לזה שהקטן קונה מדאורייתא כדי ליישב ההיא דינוקא, דהא אפילו אם הוא קונה רק מדרבנן ג"כ אתי שפיר הא דלא ליקני איניש הושענא לינוקא. וי"ל דס"ל שאם הי' רק מדרבנן א"כ הטעם למה תיקנו רבנן הוא משום דרכי שלום, וכדתנן שמציאת חרש שוטה וקטן הרי היא שלהם מפני דרכי שלום, והתם בהושענא לא שייך הטעם של דרכי שלום כיון שהוא נותנו להקטן רק כדי לקיים את המצוה והקטן מחזירו מדעת, וכמש"כ הפ"י בגיטין דף ל"ט ע"א על תד"ה קטנים וכו' דליכא בההיא דסוכה חשש של דרכי שלום.

ברם עיין ברש"י בגיטין שם בד"ה זוכה אף לאחרים שכתב וז"ל, מדרבנן עכ"ל. ולהדיא פי' שם שאירי בדעת אחרת מקנה עיי"ש. ולפ"ז צ"ל דס"ל שמאי דפריך ממעשר שני הרי זה קשה באמת על תרוייהו, דהיינו גם על רב אסי, אם נאמר כתוס' שקנין דרבנן לא סגי למעשר.

ועיין גם בדברי רש"י על ההיא דסוכה שכתב דקני לי' ינוקא מדרבנן. ולכאורה צ"ע על דבריו דהא הטעם שתיקנו רבנן הוא משום דרכי שלום והתם בהושענא לא שייך טעם זה וכמו שהערנו.

וצ"ל דאע"ג דס"ל לרש"י שגם היכא שיש דעת אחרת מקנה הרי הוא קונה רק מדרבנן, אבל מ"מ בהא מיהא מודה רש"י

שאינו משום דרכי שלום בעלמא, אלא שהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה אז תיקנו רבנן קנין מיוחד גם שלא מטעם דרכי שלום, ומש"ה שפיר אמרינן שם שלא ליקני איניש לינוקא (מיהו הפ"י בגיטין דף ל"ט ע"א הבין שכוונת רש"י כמה שכתב בסוכה שם שהוא קונה מדרבנן הרי היא משום דרכי שלום, ותמה עליו דהא התם לא שייך טעמא דדרכי שלום עיי"ש).

ועיין בתוס' בגיטין דף ל"ט ע"א בד"ה קטנים וכו' שכתבו בסגנון אחר מדבריהם בסנהדרין, והיינו שהקשו שם שמאחר שמציאת חרש שוטה וקטן היא שלהם רק משום דרכי שלום, א"כ למה לא ליקני איניש הושענא לינוקא, ומשמע שקשה להו משום שהתם לא שייך החשש של דרכי שלום וכמו שכתב הפ"י שם. ותירצו ששאני התם דאיכא דעת אחרת מקנה וממילא הרי הוא זוכה גם אם ליכא משום דרכי שלום. אמנם התם לא נחתו לומר שדעת אחרת מקנה מהני מדאורייתא וכמו שכתבו בסנהדרין, אלא משמע שאפילו אם הוא מועיל רק מדרבנן, ג"כ ניחא, כי איכא דין זכי' מיוחד מדרבנן ע"י דעת אחרת גם בלא טעמא דדרכי שלום ומש"ה לא ליקני איניש הושענא לינוקא, והיינו כדברינו הנ"ל בדעת רש"י ודלא כמו שנקטו תוס' בסנהדרין שאם הוא מדרבנן הרי זה מוכרח להיות משום דרכי שלום.

ב. והנה אע"פ שבדבריהם בסנהדרין שם כתבו להדיא שבחפץ ומחזירו לאחר שעה בין מה שהוא זוכה לעצמו לכו"ע ובין מה שהוא זוכה לאחרים לפי רבי אסי הרי זה מדאורייתא כיון דאיכא דעת אחרת מקנה,

אבל מ"מ אכתי יש לעיין בקטן שהגיע רק למדריגת צרור וזורקו אגוז ונוטלו שהוא זוכה רק לעצמו, אם הזכי' הזאת היא ג"כ מדאורייתא היכא דאיכא דעת אחרת מקנה או האם היא רק מדרבנן, דתוס' שם בתוך דבריהם לא ביארו בפירוש דין זה. מיהו לכאורה יש כמה מקומות בתוך דבריהם שיש להתעורר בזה.

ובהשקפה הראשונה הי' נראה שגם זה מוכרח להיות מדאורייתא, דהא כבר הבאנו את הגמ' בסוכה שלא ליקני איניש הושענא לינוקא, וס"ל לתוס' בסנהדרין שם שהיינו משום שהוא קונה מהתורה וכמו שהבאנו לעיל, וא"כ אם איתא שבצרור וזורקו אגוז ונוטלו מהני הדעת אחרת רק מדרבנן (משום דרכי שלום) א"כ יוצא שלקטן כזה שפיר יוכל להקנות את לולבו, ומסתימת הגמ' שם משמע שאירי בכל הקטנים. מיהו באמת אין מזה ראי', משום שנראה פשוט שאירי שם מן הסתם בקטן שהגיע לשיעור חינוך לענין מצות לולב, דמשום כן הוא שרוצה להקנות לו, וא"כ י"ל שפשיטא שהוא כבר הגיע גם להמדריגה של חפץ ומחזירו לאחר שעה שהוא בודאי פחות מהמדריגה של הגיע לחינוך.

והנה לכאורה יש להביא ראי' להנידון הנ"ל מהמשך דברי תוס' שם, דעיי"ש שכתבו וז"ל, והא דאמרינן בריש פ"ב דקידושין איש זוכה ואין קטן זוכה, היינו דאין ממנה אחרים על פסחו, א"נ שאין זוכה לאחרים קאמר אע"ג דדעת אחרת מקנה אותן ודלא כרבי אסי עכ"ל, ואם נאמר שבצרור וזורקו אגוז ונוטלו הרי הוא זוכה לעצמו רק מדרבנן א"כ היו יכולים

לאוקמה בצרור וזורקו אגוז ונוטלו ולענין לזכות לעצמו ולכו"ע, ולמה הוצרכו להעמידו דלא כר"א, וא"כ לכאורה מוכח דס"ל לתוס' שגם בכה"ג הוא זוכה לעצמו מדאורייתא. מיהו יש לדחות דהא באמת גם בלא"ה קשה, דהא אפילו אם זה דאורייתא אבל אכתי היו יכולים לאוקמה בצרור וזורקו לענין לזכות לאחרים ולכו"ע, דהא בכה"ג לכו"ע אינו זוכה לאחרים, ולמה הוצרכו להעמיד בחפץ ומחזירו לאחר שעה ודלא כרבי אסי, וא"כ בע"כ צ"ל דס"ל שהמיעוט בא למעט את כל הקטנים ולא רק מדריגת צרור וזורקו, והיינו משום שהכי משמע שדוקא איש ולא פחות מאיש, ואפילו אם הגיע כבר למדריגת חפץ ומחזירו לאחר שעה, ומש"ה הוצרכו להעמיד את גם המיעוט על קטן שמחזיר לאחר שעה ולענין לזכות לאחרים ודלא כרבי אסי, ולא היו יכולים להעמידו על צרור וזורקו לחוד ולענין לזכות לאחרים ואל"כ דכו"ע, וא"כ השתא דאתינן להכי אכתי יכול להיות שבצרור וזורקו הרי הוא זוכה לעצמו רק מדרבנן אפילו כשיש דעת אחרת מקנה, ובכל זאת לא קשה מה שהקשינו למה לא העמידו תוס' את המיעוט על כהאי גוונא, דזה לא קשה וכהנ"ל שהמיעוט בא למעט את כל הקטנים דהיינו כל שאינו איש, ומש"ה הוצרכו להעמידו גם על חפץ ומחזירו לאחר שעה.

ובאמת מהמשך דברי תוס' שם לכאורה מוכח שבכה"ג הרי הוא קונה רק מדרבנן, דעיין בהמשך דבריהם שכתבו וז"ל, וא"ת והיאך מדקדק בגיטין דזוכה לאחרים מדפודה מעשר שני לאחרים והלא אפילו

לעצמו לא זכי מדאורייתא כשאין דעת אחרת מקנה אותן ובחילול מעשר מי איכא דעת אחרת מקנה לאחרים ע"י זכיית קטן עכ"ל, כלומר דאפילו לפי רבי אסי קשה איך הוא פודה את המעשר שני לאחרים, הלא ליכא בכה"ג שום דעת אחרת שמקנה את הפירות המחוללים להאחרים ע"י זכיית הקטן, ועיי"ש במה שתירצו, והמהרש"א והמהר"ם שם נתקשו בתירוץ, והביאו את דבריהם בגיטין ששם ביארו את כוונתם יותר, והיינו שהכי פריך הגמ' שם שבשלמא לפי רבי אסי הרי חזינן שהוא סובר שבמקום שהוא זוכה לעצמו מן התורה הרי הוא זוכה גם לאחרים וא"כ לפי שיטתו אתי שפיר ההיא דמערימים על המעשר, והיינו משום שמצינו בחילול מעשר שני שמופלא הסמוך לאיש מחלל לעצמו אפילו בלא דעת אחרת אע"פ שבממון אינו זוכה לעצמו כי אם בדעת אחרת, וא"כ לפי רבי אסי הרי הוא גם מחלל לאחרים בלא דעת אחרת מקנה, דכמו שלענין ממון הרי הוא זוכה גם לעצמו וגם לאחרים היכא שיש דעת אחרת מקנה א"כ כמו כן במעשר שני הרי הוא צריך להועיל גם לאחרים אפילו בלא דעת אחרת, אבל לפי רב חסדא דס"ל שאינו זוכה לאחרים ואינו מדמה זוכה לאחרים לזוכה לעצמו א"כ קשה דנהי שמופלא סמוך לאיש מחלל לעצמו בלא דעת אחרת אבל מ"מ אכתי אינו צריך להועיל לחלל לאחרים עכ"ד, ומעתה אם נאמר שבצרור וזורקו אגוז ונוטלו הא דזוכה מיהא לעצמו הרי זה מדאורייתא כשיש דעת אחרת מקנה א"כ נסתרו דברי תוס', דהא לפ"ז יוצא שגם לפי רבי אסי משכחת ציור שהוא

זוכה לעצמו מן התורה ולא לאחרים וא"כ גם לרבי אסי קשה אמאי ילפינן שכל היכא דמהני לעצמו מהני נמי לאחרים מהציוור של חפץ ומחזירו לאחר שעה, הא מצרור וזורקו אגוז ונוטלו יש ללמוד איפכא, והיינו שלפעמים אינו מועיל לאחרים אע"פ שמועיל לעצמו, וא"כ בע"כ צ"ל שמה שהוא זוכה מיהא לעצמו כשהוא על מדריגת צרור וזורקו אגוז ונוטלו הרי זה רק מדרבנן אפילו כשיש דעת אחרת מקנה.

ג. הנה לפי רש"י שגם בדעת אחרת מקנה אינו קונה אלא מדרבנן וכמו שביארנו כבר א"כ צ"ל שגזל הגר של קטן משכחת מדאורייתא על ידי אחד משאר האוקימתות שכתבו תוס' והראשונים בזה.

תט) קטן וכו' בידוע שאין לו יורשים.

א. בענין גר קטן שנתגייר בלי אביו. כתבו תוס' וז"ל, וא"ת גזל גר קטן היכי משכחת לה והא אין זכי' לקטן וכו' ובירושה ליכא למימר דגר אין יורש אביו דבר תורה עכ"ל. הנה בסנהדרין כתבו בחד תירוצא שמשכחת לה כגון שמת אביו קודם הגירות וירש את אביו כשהי' עוד גוי, וכדקי"ל שעכו"ם יורש את אביו דבר תורה. ברם נראה שהכא לא רצו ללמוד כן משום שא"כ צ"ל שנתגייר לבדו בלא אביו (דהא אביו כבר מת), והרי מחלוקת היא בכתובות אם שייך גירות בכה"ג כמו שכתבו בסוף דבריהם, וא"כ בע"כ צ"ל שאירי כשנתגייר עם אביו (וצריכים להוסיף שתוס' סוברים שהמחלוקת שם

קיימת אפילו אם נתגייר עם אמו ודלא כהשט"מ שם בד"ה גר קטן וכו' בשם הריטב"א, דאל"כ אכתי נוכל לאוקמה באופן שירש את אביו בגויותו ונתגייר עם אמו). וע"ע בסוף דברי תוס' בסנהדרין שם.

ב. בענין גר שהורתו ולידתו בקדושה לענין גזל הגר.

ועיין ברשב"א כאן שכתב וז"ל, וי"ל כגון שהיתה הורתו ולידתו בקדושה וירש את אביו גר עכ"ל (וכ"כ היש"ש כאן בס"י ס"ב), פי' שנתעברה אמו לאחר שכבר נתגייר אביו. ברם נראה דהא דלא פירשו כן תוס' הרי זה משום שא"כ הרי שפיר צריכים לחזור אחריו שמא יש לו אחין מן האב משא"כ כשנתגייר הוא עצמו בקטנותו.

גם י"ל שלא ניחא להו לתוס' בהך אוקימתא משום דס"ל שבכה"ג אין הקרן יוצא לכהנים משום שאינו נקרא בשם גר. ועיין ביש"ש (בהסימן הנ"ל) שהרגיש בזה אלא שכתב שמסתמא גם בכה"ג הגזל שלו יוצא לכהנים. ונראה שכוונתו היא משום שאינו תלוי דוקא בהשם גר אלא בזה שאין לו יורשים.

ועיין עוד במהרש"א בסנהדרין שם בסוף דף ס"ח שכתב את הטעמים הנ"ל בענין למה לא סגי בהך אוקימתא שכתב הרשב"א.

ג בענין מתי אומרים שמשפחת האם אינה קרוי' משפחה, ובענין אם האם עצמה יורשת את בנה.

ועיין עוד בתוס' בסנהדרין שם שכתבו שיתכן ע"י ירושה באופן שנתגיירה אמו

יורשת, וא"כ י"ל שתוס' בסוגיין לא תירצו שאיירי בגיורת מעוברת שנתגיירה משום שרצו לתרץ גם כר"י בר"ש ואילו בהציוור הנ"ל אכתי נצטרך לחזור אחריו אם יש לו אחין מן האם לפי ר"י בר"ש (וע"ע בתרומת הדשן בסי' שנ"ב בהגהה שם שהובא שהמהרי"ח נסתפק אם קי"ל כר"י בר"ש או כרבנן. מיהו שאר הפוסקים פסקו כרבנן).

גם י"ל שתוס' בסוגיין לא תירצו שאיירי בגיורת משום דס"ל שבכה"ג גם לפי רבנן צריכים לחזור אחרי מן האם, דעיין במרומי שדה בב"ב שם שצייד לומר שלפי הרשב"ם לכו"ע אמרינן בגיורת שמשפחת האם יורשת (ועיין ברש"י ביבמות דף נ"ד ע"ב בד"ה מה להלן וברש"ש ומאירי וערל"ג שם, וכן בהגר"ח על פט"ו מהל' איסורי ביאה).

ובדעת תוס' בסנהדרין י"ל שכוונתם היא גם לפי ר"י בר"ש משום שי"ל דסבירא להו כתירוצו של השט"מ בב"ב בשם תוספי הרא"ש על קושיית הרשב"ם, והיינו שלעולם מודה ר"י בר"ש שבכל המיקרים משפחת האם אינה קרוי' משפחה, רק שאמו שאני, ואמו שפיר יורשת אותו, דלפ"ז אתי דבריהם בסנהדרין שפיר גם לפי ר"י בר"ש משום שגם לדידי' אין צריכים לחזור אחרי אחין מן האם, וגם האם עצמה בידוע שכבר מתה דהא ממנה ירש הני נכסים שגזל הגוזל וכמו שכתבו שם. מיהו התרומת הדשן שם כתב שדברי תוס' בכתובות (ובסנהדרין) הם דלא כר"י בר"ש, וס"ל שם כדרכם של תוס' בב"ב שם.

כשהיתה מעוברת, דבכה"ג הרי הוא יורש את אמו, וכתב המהרש"א שאע"פ שהי' לו אם אבל מ"מ שפיר אין צריכים לחזור עליו שמא הולידה אמו עוד בנים לאחר שנתגיירה, משום שאפילו אם אירע כן ויש לו אחין מן האם אבל מ"מ אינם יורשים אותו משום שמשפחת האם אינה קרוי' משפחה וא"כ שפיר ידעינן שאין לו יורשים, וכן כתבו תוס' להדיא בדבריהם בכתובות דף י"א ע"א עיי"ש שגם שם כתבו תוס' כפירושם הנ"ל שכתבו בסנהדרין (והא דציירו שנתעברה אמו בגיורתה הרי זה משום שאם נתעברה לאחר שנתגיירה א"כ היינו מאדם ישראל וא"כ יש לו אב וצריכים לחזור אחרי אחין מן האב ושאר יורשין).

ובשיטת תוס' בסוגיין שלא כתבו את האוקימתא הנ"ל י"ל דהיינו משום דס"ל שאיכא מ"ד שבכה"ג שפיר צריכים לחזור אחרי אחין מן האם משום שבכה"ג שפיר אמרינן שמשפחת האם קרוי' משפחה, דעיין בב"ב דף קי"ד ע"ב דאמר ר"י משום ר"י בר"ש שהאם יורשת את בנה ופליגי שם רבנן עליו, והקשה שם הרשב"ם דהא קי"ל שמשפחת האם אינה קרוי' משפחה וא"כ איך יתכן שתירש, ותירץ דס"ל לר"י בר"ש שהיינו דוקא להקדים שאר האב לשאר האם אבל אם אין שאר האב שהוא יותר קרוב משאר האם אז משפחת האם שפיר יורשת. ובתוס' שם תירצו בשם ר"ת והר"י בדרך אחרת, והיינו שבגיורת איירי, וגיורת שפיר יורשת את בנה כיון שאין שום משפחת האב כלל, דהיכא שאין שום משפחת האב כלל אז משפחת האם שפיר

ת"י קטן אי אתה צריך לחזור אחריו.

בענין שבועת עד אחד ושבועת השומרים על טענת קטן ועל טענת שמא.

עיינן בסנהדרין דף ס"ח שכתבו תוס' וז"ל, וא"ת והיאך יתחייב אדם אשם על גזילו הא אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן כדדרשינן בהגוזל קמא ובפרק שבועת הדיינים כי יתן איש ואין נתינת קטן כלום, וי"ל דהני מילי בטענת כפירה והודאה אבל על פי עד אחד נשבעין וכו' עכ"ל. וי"ל דהיינו משום דס"ל נשבעין שבועת ע"א גם על טענת שמא (עיינן בזה בשבועות דף מ' ע"א ובתוס' ובר"ן שם), ומש"ה נשבעין גם על טענת קטן שהיא כטענת שמא. ועיינן גם ברמב"ם בפ"ב מהל' שכירות ה"ז שכתב שנשבעין שבועת השומרים על טענת קטן ולא ממעטינן ל' מהדרשה של כי יתן איש ולא קטן, משום ששאני שבועת השומרים שנשבעין אותה גם על טענת שמא. ולפי דבריו ה"ה שאיכא לאוקמה הכא בשבועת השומרים (ועיינן בערוך לנר בסנהדרין שם). ברם בפ"ד מהל' גזילה הי"ז ובמ"מ שם מבואר דס"ל להרמב"ם שנשבעין שבועת ע"א גם על טענת שמא, ואילו בפ"ה מטוען ונטען פסק הרמב"ם שאין נשבעין שבועת עד אחד על טענת קטן. ועיינן לעיל באות שפ"ה מה שכתבנו בישוב דעת הרמב"ם.

תיא קטן וכו' בידוע שאין לו יורשין.

בענין קטן אינו מוליד.

עיינן בסנהדרין דף ס"ח ע"ב דאמר רב

חסדא קטן שהוליד אינו נעשה בן סורר ומורה (פי' אותו הבן שנולד אינו נעשה בן סו"מ) שנאמר כי יהי לאיש בן ולא לבן בן וכו', ופליגא דרבה דאמר רבה קטן אינו מוליד שנאמר אם אין לאיש גואל וכי יש לך אדם בישראל שאין לו גואל אלא בגזל הגר הכתוב מדבר ואמר רחמנא איש אתה צריך לחזור עליו אם יש לו גואלים אם לאו, קטן אי אתה צריך לחזור עליו בידוע שאין לו גואלים.

והנה הרמב"ם בפ"ז מהל' ממרים לא הביא את דינו של רב חסדא, וא"כ חזינן שהוא פוסק כרבה שקטן אינו מוליד. מיהו לפ"ז צ"ע על לשונו בפ"ח מהל' גזילה ה"ז שכתב וז"ל, ולמה נאמר בגזל הגר איש, שהאיש אתה צריך לחקור ולחזור אחריו אם יש לו יורשים או אין לו, אבל אם הי' הגר קטן אי אתה צריך לחזור עליו אלא חזקתו שאין לו יורשים עכ"ל, ומשמע מדבריו אלו שלעולם שפיר יתכן שקטן יוליד, רק שלא חיישינן לזה משום שחזקתו היא שאינו מוליד, וא"כ לפ"ז קשה למה לא הביא להלכה את המימרא של רב חסדא כיון ששפיר שייך שיהי' לבן בן.

(ולכאורה הי' אפשר לומר שלעולם הרמב"ם פוסק באמת כרב חסדא, והא דלא הביא להלכה את דבריו הרי זה משום שהוא סובר שרב חסדא מודה שבדורות הללו א"א לקטן שיוליד, ולא דיבר רב חסדא אלא על הדורות הראשונים שהיו יולדים כבן ח' כדאמרינן בדף ס"ט ע"ב שם, אלא שגם בדורות הראשונים חזקתו מיהא שלא הוליד וכמש"כ הרמב"ם בהלכות גזילה, והיינו משום שהי' אירע כן רק על דרך זרות, וזהו הטעם למה אין

צריכים לחזור אחריו אם יש לו יורשים, ורבה ס"ל שבאותם דורות היו מביאים סימנים גמורים של גדלות בגיל ח', דהיינו זקן הפנים באיש, ובאשה דדים גדולים [וכ"כ השט"מ כאן בשם הרא"ש], באופן שכבר היו גדולים ואכתי לא משכחת לן כלל שקטן יוליד, וזהו הטעם למה אין צריכים לחזור אחריו, וא"כ לפ"ז יוצא שהרמב"ם פוסק באמת כרב חסדא, רק שלא הביא את דינו משום שגם רב חסדא מודה שכבר עבר ובטל מן העולם המציאות שקטן יוליד [אבל בהל' גזילה שפיר כתב רק שחזקתו שאינו מוליד, משום שזוהי באמת צורת הדרשה שהביא שם דקאי גם על דורות הראשונים]. מיהו הדרך הזה נראה דחוק משום שלא משמע שרב חסדא דיבר רק בנוגע לדורות הראשונים.)

והנה עיין בחידושי הר"ן שם בד"ה קטן

וכו' שכתב שלעולם גם אליבא דרבה יתכן לפעמים שקטן יוליד על דרך זרות (ומשמע מדברי הר"ן שכוונתו היא גם לדורות הללו ולא רק לדורות הראשונים וכמו שנבאר בהערה כאן), ומה שאמרו שאין אתה צריך לחזור עליו אם יש לו יורשים הרי זה משום שלא שכיח כלל שיוליד. ולכאורה דבריו תמוהין, דלפ"ז למה אמרו שהדרשה של רב חסדא פליגא על ההיא דרבה, הלא גם לפי רבה יתכן הך דרשה דלאיש בן ולא לבן בן היכא שאירע כן על דרך זרות. מיהו עיי"ש בר"ן שהוסיף שלפי רבה היכא שאירע על דרך זרות שקטן הוליד הרי הוא נעשה מיד גדול משום שבנים הרי הם כסימנים, וא"כ לפ"ז שפיר לא יתכן אליב"י הדרשה של ולא לבן בן דהא מכיון שהוליד הרי אינו בן אלא איש, ובנו מיקרי שפיר בגדר בן איש*).

ולפ"ז מתיישבים דברי הרמב"ם היטב,

דרך זרות, וא"כ למה הוצרך הר"ן להוסיף שלפי רבה אם אירע כן על דרך זרות הרי הוא מתהפך להיות גדול, ובע"כ צ"ל כהנ"ל שהוצרך לומר כן משום שהוא סובר שגם בזמן הזה יתכן שמי שמוחזק עד עכשיו קטן יוליד. ויש עוד לפלפל בזה. וע"ע בשט"מ כאן בשם הרא"ש בסוף דבריו. מיהו לפי דרכנו בדעת הר"ן צ"ע מה היא הרבותא של הדורות הראשונים, הלא גם עכשיו יתכן שיוליד על דרך זרות, וגם אז בדורות הראשונים היתה חזקתו שלא יוליד. ויש ליישב שהרבותא היא שהולידו בגיל ח' שהוא מוקדם מאד. ויש עוד לפלפל בזה.

והנה אולי יש לבאר את כוונת הר"ן בדרך אחרת ממה שכתבנו עד עכשיו, והיינו שלעולם כוונתו היא רק לדורות הראשונים, דרק אז ה' אירע כן על דרך זרות, רק דס"ל שבאמת יתכן להעמיד את דברי רב חסדא רק על דורות הראשונים, ומש"ה הוקשה לו למה אמרו שרבה חולק על רב חסדא, והוצרך לומר שרבה סובר שבנים הרי הם כסימנים.

* והנה באמת ממה שהוצרך הר"ן לומר כהנ"ל שהיכא שאירע כן על דרך זרות אמרין שבנים הרי הם כסימנים, מדבריו אלו יצא לי שהוא סובר שלפי רבה גם בזמן הזה יתכן שקטן יוליד על דרך זרות, וכמו שכתבתי בפנים שכוונתו היא גם לזמן הזה. ואפרש דברי, והיינו דמכיון שהוא סובר שיתכן גם בזמן הזה על דרך זרות שקטן יוליד משום הכי הוקשה לו שגם רבה יכול לסבור כרב חסדא, ועל זה תירץ דס"ל לרבה שבכה"ג הרי הוא נעשה גדול, אבל אם ס"ל להר"ן שרק בדורות הראשונים ה' שייך כן, א"כ לכאורה לא ה' צ"ל שהוא נעשה גדול על ידי זה, אלא לעולם ה' יכול לסבור שהוא נשאר קטן ושבכה"ג מצינו באמת שקטן יוליד בן, רק שבכל זאת שפיר אמרין שרבה פליג על רב חסדא משום שמדברי רב חסדא משמע שגם בזמן הזה שייך שיקרה כן, דהא משמע שרב חסדא דיבר למעשה, דהיינו גם על הדורות הללו, ועל זה פליג רבה וקאמר שקטן אינו מוליד כלל בדורות הללו כיון שגם בדורות הראשונים ה' קורה כן רק על

גדול על ידי זה, ומש"ה קאמר רבה שקטן אינו מוליד, אבל אילו הי' דבר רגיל שקטן יוליד, אז לא היינו אומרים שהוא נעשה גדול על ידי זה.

והנה בההערה כאן הזכרתי גם אפשרות אחרת ואפשר ליישב בה את דעת הרמב"ם, והיינו שלעולם בכה"ג שאירע כן על דרך זרות הרי הוא נשאר עוד קטן ודלא כהר"ן, רק שרבה סובר שזה יתכן רק בדורות הראשונים אבל בדורות הללו לא יתכן כלל שקטן יוליד, ולכן אמרינן שהוא חולק על רב חסדא משום שמרב חסדא משמע שכוונתו היא גם לדורות הללו. ולפ"ז יוצא שלעולם גם רבה יכול לקיים את הדרשה של רב חסדא על דורות הראשונים, רק שמכיון שהרמב"ם פוסק כרבה ולפי רבה המציאות הזאת כבר עברה ובטלה מן העולם א"כ משום כך שפיר לא הביא את דרשת רב חסדא, אבל בכל זאת בפ"ח מהל' גזילה שפיר כתב רק שחזקתו היא שלא יוליד, והיינו משום שלשון הדרשה ההיא מכוונת גם לדורות הראשונים.

ולפי הדרך הזה שיעור דברי רבה בסנהדרין הוא כך, דקטן אינו מוליד כלל בזמן הזה שהרי אפילו בדורות הראשונים הי' אירע כן רק על דרך זרות ומש"ה לא היו צריכים לחזר אחריו, אבל אילו בדורות הראשונים הי' נחשב כדבר רגיל, אז בודאי גם עכשיו הי' יתכן דבר כזה.

מיהו נר' שהדרך הנ"ל הוא דוחק, משום שלפ"ז יוצא שרבה ורב חסדא חולקים במציאות דהיינו באם יתכן שקטן יוליד בדורות הללו או לא, משא"כ לפי הדרך הקודם הרי יוצא שלכו"ע הרי זה

והיינו משום שלעולם י"ל שהוא פוסק כרבה כמו שמשמע מדבריו בהל' ממרים, רק שגם לפי רבה יתכן שאדם שאנו מחזיקים אותו כקטן יוליד וכדברי הר"ן, ומש"ה כתב בהל' גזילה שחזקתו היא שלא יוליד כלומר שחזקתו של קטן היא שלא הוליד, והיינו כרבה, אבל מ"מ אכתי שייך שהוליד על דרך זרות, רק שהיכא שאירע כן הרי הוא נחשב כגדול, ומש"ה לא שייך הדין של רב חסדא.

ונראה עוד שלפי דברי הר"ן י"ל שלעולם גם רב חסדא מודה שלא שכיח כלל שקטן יוליד, רק שמ"מ ס"ל שהיכא שאירע כן על דרך זרות לא אמרינן שבנים הרי הם כסימנים (וכן נראה מלשון המאירי שם). ובזה יש ליישב את קושיית השואל בשו"ת חת"ס בחלק חו"מ סי' כ"ח שהקשה דהא הך דרשה של רבה קתני להדיא בברייתא בסוגיין, וא"כ איך אפשר שרב חסדא יחלוק עלי' (ועיי"ש במה שתירץ החת"ס), ומעתה לפי הנ"ל לק"מ משום שכוונת הברייתא היא רק שחזקתו שאינו מוליד, ולעולם גם רב חסדא מודה לזה, רק דס"ל שהיכא שאירע כן על דרך זרות אכתי קטן הוא, ועל זה קאי המיעוט של ולא לבן בן.

ולפי דרכנו הנ"ל כוונת רבה בסנהדרין שם היא כך, דקטן אינו מוליד, והוכיח כן מהא שאין צריכים לחזר עליו אם יש לו יורשים או לא, והיינו משום שאינו מוליד אלא על דרך זרות ומש"ה אין צריכים לחשוש לזה ולחזר אחריו, וסובר רבה שמכיון שאינו אירע כן אלא על דרך זרות כדמוכח מהדרשה הנ"ל, א"כ משום כך נקטינן שאפילו כשאירע כן, הרי הוא נעשה

יתכן, רק שלפי רבה הרי הוא מתהפך להיות גדול.

תיב) קנאו השם (בענין שמועלין בו ובענין לקדש בו אשה).

עיינן בשט"מ בשם התוס' שאנן שכתב וז"ל, תימה לר"י למאי קאמר דקנאו, אי למימר דהוי ממון גבוה ולא מצי (הכהן) לקדש בו אשה, תיפוק ל"י מדקרי' רחמנא אשם כדאמרינן לקמן דאין חולקים אשם כנגד אשם עכ"ל. הרי שכתב שאין הכהן יכול לקדש בו אשה. מיהו עיינן בזבחים דף מ"ד ע"ב דאמרינן שמותר לקדש בו אשה, והקשו תוס' שם דא"כ לענין מה קנאו ה', ובמנחות דף ע"ג ע"א תירצו לענין שמועלין בו קודם שבא ליד הכהן. מיהו עיינן בתוס' במנחות שם שהמשיכו להקשות וז"ל, והיאך מקדשין בו את האשה הא לאו ממון כהן הוי כדמשמע בסוף הגזול קמא דאם החזירו בלילה או החזירו לחצאין לא יצא דאשם קרי' רחמנא, ועוד מסיק התם דאין חולקין גזל הגר כנגד גזל הגר משום דאשם קרי' רחמנא, וי"ל דהני מילי קודם חלוקה אבל לאחר שיגיע לכל אחד חלקו נעשה ממון כהן עכ"ל. וצ"ע מה מקשו הלא כבר כתבו לעיל שם דבר זה דנעשה ממון כהן רק אחרי שהגיע ליד כהן וכמו שהבאנו.

תיג) ונתנו לכהן שבאותו משמר.

בענין חלוקת קדשים לבית אב ולמשמר.

אין הכוונה שהוא בוחר לו כהן מסוים

מתוך כהני המשמר, אלא הכוונה היא שהוא מתחלק לכל בני המשמר כדאמרינן לקמן לכל אחיו הכהנים, ולשון הרמב"ם בפ"ח מהל' גזילה ה"ה היא שהוא נותנו לכהנים של אותו משמר, וכן הביא השט"מ מהרמ"ה לקמן בדף ק"י ע"א בד"ה כתב הרמ"ה וכו' שאפילו אם נתנו כבר לכהן אחד הרי הוא יוצא לכל בני המשמר, והוכיח כן מהא דאמרינן שצריך שיהא בו שוה פרוטה לכל כהן וכהן, ולקמן שם בד"ה בעי רבא הוכיח הרמ"ה עוד שהיינו לכל בני המשמר ממש ולא רק לאלו שזכו בפייס מהא דבעי רבא אם אין בו למשמר יהויריב ויש בו למשמר ידעי'. והנה הרמב"ם בפ"י מהל' מעשה הקרבנות הי"ד כתב שקדשים מתחלקים רק להבית אב של אותו יום ולא לכל המשמר (ועיי"ש בלח"מ על הט"ו שדן בזה, ועיינן גם בפ"א מהל' ביכורים ה"י). והתוס' רי"ד בסוגיין בד"ה כהן וכו' סובר ג"כ כהרמב"ם, והקשה שא"כ מאי שנא שגזל הגר מתחלק לכל בני המשמר, וכתב וז"ל, וי"ל דוקא אכילת הקדשים והעורות חילקו לבתי אבות מפני שהוויין בכל יום, אבל גזל הגר ושדה אחוזה שהן מקרה בעלמא לא חילקו לבתי אבות אלא הן לכל בני המשמרה עכ"ל.

תיד) ונתנו לכהן שבאותו משמר.

משום כפרה או משום חלוקת מתנות כהונה.

יש לחקור אם הא דבעינן שתצא לכל המשמר הרי זה דין בעצם כפרת גזל הגר, דלעצם הכפרה בעינן שתצא לכולם, או

האם בשביל עצם הכפרה הי' סגי גם אם הי' נתנו לכהן יחידי, רק שמדין חלוקת מתנות כהונה הרי הוא יוצא לכל המשמר.

ולכאורה יש נפ"מ בזה באופן שנאבדה לאחר שנתנו לכהן אחד לחוד ועוד לא יצא לכל המשמר האם הוא צריך לשלם פעם אחרת או האם אמרינן שכבר יצא ידי חובתו.

וכן יש נפ"מ בענין אם הוא יכול להביא את אשמו קודם שיצא הגזילה לכל הכהנים שבמשמר, דהא בודאי נראה פשוט שהדין של חלוקת מתנות כהונה אין בו כדי לעכב את האשם.

וכן יש נפ"מ היכא שמת קודם שיצא לכל בני המשמר האם היורשים של הגזלן מוציאים כמו היכא שמת קודם שנתן אותו כל עיקר וכדתנן בהמשנה בדף ק"י ע"א שבכ"ג הכסף ינתן ליורשיו.

איברא, לאחר העיון נראה שכל הנפ"מ שכתבתי אינם נכונים, אלא בודאי לפי שני הצדדים לא מתקיים שום דין בזה שהגזל מגיע לידו של כהן אחד לחוד, ואפילו לפי הצד שהוא מתחלק לכל המשמר רק משום דיני חלוקת מתנות כהונה, והיינו משום שסוף סוף גם לפי הצד הזה הרי אין לכהן יחידי שום כח לזכות ביותר מחלקו המגיע לו וא"כ אכתי לא נתקיים בהשאר שום נתינה לכהנים.

והנה לכאורה יש להקשות, דכיון שאינו מתכפר עד שהוא מגיע ליד כל אחד ואחד וכהנ"ל א"כ הרי זה צריך להחשב תמיד כמו השבה לחצאין, והרי החזירה לחצאין לא יצא כדאמר רבא להלן בסוגיין. מיהו

יש לתרץ שבאמת כהן אחד צריך לזכות בשביל כולם (וכן הוא לשון החזו"א בס"י כ' סקט"ז ד"ה ק"י א'), ובכ"ג מיקרי שפיר שכל ההשבה אירעה יחד. ולפ"ז הרי זה

מיקרי באמת שכבר יצא לכל המשמר לענין הציורים הנ"ל שכתבתי. וע"ע בזה באות תל"ב סק"ד.

והנה לקמן אמרינן שצריכים שיהא בו שו"פ לכל כהן וכהן. ולכאורה מוכח מזה שגם מה שמגיע לכל כהן וכהן הרי זה חלק מעצם הכפרה, דהא בודאי אין בכח הדין של חלוקת מתנות כהונה כדי לחייב שיהי' בו שוה פרוטה לכל כהן וכהן, ויש לפלפל בזה.

מיהו מרש"י להלן כאן בד"ה תאמר בגזל משמע שמצד עצם הכפרה הי' סגי באמת בהשבה לכהן אחד לחוד, רק שכולם תובעים אותו, והרי הוא צריך לתת לכולם מחמת זכותם במתנות כהונה, ויש לדחות.

(ת"ו) כשהוא אומר מלבד איל הכפורים אשר יכפר בו עליו הרי בכהן שבאותו משמר הכתוב מדבר.

בענין אם הכוונה היא להמשמר של שעת ההודאה או להמשמר של שעת ההבאה.

כתבו תוס' וז"ל, אין נראה לפרש שבשעת הודאה כשמתחייב, אלא למשמר שהי' בשעת הבאה, שהרי בכל הקרבנות חטאות ואשמות נדרים ונדבות אין אנו

הולכים אחר שעת החיוב ליתנו לאותו משמר שהי' באותה שעה שנדר או נדב או חטא שהוא מתחייב בה, אלא אחר הבאה אנו הולכים, וכמו כן בכאן עכ"ל. הרי שמהדרשה של מלבד איל הכיפורים ילפינן רק שהוא ניתן למשמר מסוים ולא לאיזה כהן או משמר שירצה, אבל בנוגע לאם הכוונה היא להמשמר של שעת הבאה כמו האשם, או אם הכוונה היא להמשמר של שעת הודאה ודלא כהאשם, לא אשמועינן הפסוק כלום, רק שמצד הסברא ידעינן שהכוונה היא להמשמר של שעת הבאה ולא של שעת הודאה וכמו שביארו תוס' בדבריהם שמסתבר שדומה בזה לכל הקרבנות שהולכים בהם אחר שעת ההבאה ולא אחר השעה שנתחייב.

ומעתה יש לעיין מה היתה הס"ד של תוס' לומר שהכסף ינתן להמשמר של שעת הודאה ושאינו כהאשם שניתן להמשמר של שעת הבאה. וי"ל דס"ד שהכהנים זוכין כבר בשעת ההודאה ושכאותה שעה נתנו השם להכהנים, ורק אם נאמר שהקנין של הכהנים מתחיל בשעת ההבאה, רק אז נקטינן שהוא נותן להמשמר של שעת הבאה. מיהו לפ"ז צ"ע קצת מה היא מסקנתם של תוס', ומה היא הראי' מקרבנות, הלא הכא י"ל שנותנים להמשמר של שעת ההודאה כי אז הרי הם זוכים בהמון.

ועל כל פנים כל דברינו הנ"ל בנויים על

ההנחה שכל הס"ד של תוס' היתה רק לגבי הכסף, אבל לא לגבי הקרבן וכמו שביארנו כבר. מיהו עיין ביש"ש בסי' ס"ג, וכן במהדורא בתרא בסוף דבריו על דף ק"ט, שהבינו שההוה אמינא של תוס' היתה גם על האשם, וא"כ לפ"ז י"ל שלעולם כוונת הדרשה של מלבד איל הכיפורים אינה רק לאשמועינן שהגזילה יוצאת למשמר מסוים, אלא הכוונה היא גם לאשמועינן לאיזה משמר היא יוצאת ואשמועינן שהיא יוצאת להמשמר שמקריב את האשם, רק שנסתפקו תוס' גם בנוגע להאשם לאיזה משמר הוא נותנו, ועל זה כתבו שמסתבר שהאשם והכסף הולכים להמשמר של שעת הבאה כמו בכל הקרבנות.

וברש"י בד"ה כשהוא אומר מלבד איל הכיפורים איתא שהדרשה של מלבד איל הכפורים משמיענו לא רק שאינו נותן את הכסף לכל כהן שירצה אלא לכל המשמר, אלא הדרשה משמיענו גם שהוא ניתן להמשמר של שעת הבאה כמו האשם וז"ל, משמע למי שזה ניתן זה ניתן עכ"ל, הרי שהדרשה משמיענו שיש להכסף אותו הדין שיש להאשם, ושהוא ניתן לאותו משמר שהאשם ניתן.

ברם, הא ודאי שגם לפי זה אכתי רשאי הוא ליתן את הכסף למשמר יהויריב בשעת משמרתו ואת האשם למשמרת ידעי' בשעת משמרתו וכדתנן להדיא במתניתין בדף ק"י שהוא יוצא בזה*), והיינו משום שאין

תמיד שהוא צריך לתת את שניהם לאותו משמר ממש ואין מקום להדין הנ"ל של המשנה בדף ק"י. ותירץ המהדורא בתרא שלפי זה נאמר שהמשנה איירי בדיעבד.

(* ועיין ביש"ש ובמהדורא בתרא שהקשו מזה על הסלקא דעתך של תוס' שהוא נותן גם את האשם וגם את הכסף להמשמר של שעת הודאה (וכפירושם הנ"ל בדברי תוס'), דאם כן יוצא

ההודאה היתה בתוך השבת של אותו משמר של שעת האשם (אע"פ שאינו מוכרח להיות כן) וכמו שמוכח מדבריו שהבאת הכסף היתה בתוך השבת של אותו משמר של כפרת האשם אע"פ שאינו מוכרח להיות כן, וא"כ אכתי י"ל שבהציוור שהודה בתוך שבת אחרת, גם הכסף וגם האשם ילכו להמשמר של שעת ההודאה, וצ"ע.

ובאמת יש להביא ראיה מדברי רש"י להלן בסוגיין דס"ל שהכסף ניתן באמת להמשמר של שעת הודאה, דהא לקמן בסוגיין בעי הש"ס בכהן שגזל את הגר אם הוא יכול להחזיק את הגזילה לעצמו, ופירש"י וז"ל, הרי שהי' כהן גוזל את הגר וכשהגיע משמר שלו בא והודה לאחר מיתת הגר עכ"ל, ולכאורה צ"ע למה הוצרך לומר שהודה בימי המשמר שלו, הלא אפילו אם הודה לפני כן למה אינו זוכה לעצמו כשמגיע השבת של המשמר שלו, ולכאורה מוכח שרש"י סובר שהמשמר של שעת ההודאה זוכה אשר לפ"ז שפיר אינו יכול לזכות אלא אם כן הודה בתוך השבת של משמרו, אבל אם הודה בתוך ימיו של משמר אחר הרי כבר זכה בו אותו משמר. ויש לפלפל בזה.

תטז) כהן שגזל.

עיי' בגמרא דת"ר הרי שהי' גוזל כהן מנין שלא יאמר הואיל ויוצא לכהנים והרי הוא תחת ידי יהא שלי ודין הוא אי בשל אחרים הוא זוכה בשל עצמו לא כל שכן וכו'. והנה לכאורה נכלל בהך ס"ד שלא נאמר בגזל הגר שום דין מיוחד שהגזלן

כוונת הדרשה שיתן ממש לאותו משמר שמקריב את האשם, אלא הכוונה היא שלמי שהאשם ניתן דהיינו המשמר של שעת הבאת האשם, גם הכסף ניתן, דהיינו המשמר של שעת הבאת הכסף, אפילו אם אינו אותו משמר של שעת הבאת האשם, דגם זה נקרא שלמי שזה ניתן זה ניתן (וכהדרך הזה כתב המהדורא בתרא עיי"ש). וגם כתב שם דרך אחרת והיינו שכוונת המשנה להלן שם היא שהוא יוצא רק בדעבד, וכוונת רש"י כאן היא שלכתחילה בעינן אותו משמר ממש).

ומעתה יש לעיין מה סובר רש"י בקשר לשאלת תוס', דהיינו האם רש"י סובר שהוא את נותן שניהם להמשמר של שעת הודאה או האם להמשמר של שעת הבאה. והנה עיי' ברש"י שכתב וז"ל, לכהן שבאותו משמר שהוא מתכפר בו עכ"ל. ולכאורה כוונתו היא להמשמר שהוא מתכפר בו כפרת האשם, וא"כ מוכח שהוא נותן גם את הקרן וגם את אשם להמשמר של שעת הבאת האשם ואינו נותן אותם להמשמר של שעת הודאה. מיהו לכאורה יש לדחות ראיה זו ולומר שאין מדבריו הנ"ל שום ראיה, דהא באמת מצד הדין אין שום הכרח כלל לתתו להמשמר שהוא מתכפר בו כפרת האשם, דהא כבר הבאנו שהוא יכול לתת את הכסף ליהויריב והאשם לידעי' (גם לכתחילה וכהדרך הראשון שהבאנו מהמהדורא בתרא), וא"כ בע"כ צ"ל שכוונת רש"י במה שכתב שהוא נותן את הכסף להמשמר שבו מתכפר, כוונתו בזה היא להציוור הפשוט שהכל קרה תחת משמר אחד, דהיינו גם הבאת המעות וגם הבאת האשם, וא"כ לעולם אימא שגם

צריך להפסיד, אלא כל הדין האמור בזה הוא רק שתיהוי לכהנים, וממילא בכהן גזול הרי זה מתקיים בזה שהוא עצמו הוא כהן*).

ועוד נראה שגם לפי המסקנא הוא כן, והיינו משום דעיין לקמן באות ת"ח שהבאנו שגם לפי המסקנא הרי הוא זוכה מיהא בחלקו הראוי לו בתור כהן מאותו משמר, וא"כ גם מהמסקנא מוכח שלא נאמר שום דין מיוחד של הפסד הגזלן אלא כל האמור בזה הוא רק שתהי' להכהנים.

תיז) והא כתיב ואיש את קדשיו לו יהיו.

א. בענין אם נאמר דין שהקרן נגרר אחרי האשם.

פירש"י וז"ל, ונפקא לן לקמן מיני' שכהן מקריב קרבנו בכל עת שירצה ובשרה ועורה שלו, והכי נמי הרי איל אשם קרבנות דכהן הוא זוכי בי', וכיון דמקריב לי' זוכי בי', גזל נמי דידי' הוא, כדאמרין מלבד איל הכיפורים למי שזה ניתן זה ניתן עכ"ל. ומתצינן דאיירי בכהן טמא, ופירש"י שאינו ראוי להקריב את האשם. והנה צ"ע למה הוצרך רש"י לפרש שקושיית הגמ' היא מצד שהוא זוכה בהאשם, דהא גם על הגזל עצמו שייך

לדרוש את הפסוק של איש את קדשיו לו יהיו וכמו שכתב רש"י עצמו להלן בד"ה אי בכהן טמא וכו' דגזל הגר נמי מקדשי המקדש הוא, אפילו אם לא הי' מקבל את האשם. וכן גם את התירוץ של הגמרא דאיירי בכהן טמא אפשר לפרש שהמכוון הוא להקרן, דהיינו שמכיון שהוא כהן טמא אין לו חלק בהקרן כיון שהוא קדשי המקדש וכהנ"ל.

(מיהו אולי יש משמעות מהגמרא דלא כפירושנו הנ"ל, דהא הדר פרכינן אי בכהן טמא דבר שיש לו חלק בו מי אית לי', ופירש"י שהרי אין לו חלק בגזל הגר כיון שנקרא קדשי המקדש, ומשמע מהמשך הגמרא שרק עכשיו בהקושיא הזאת מחדשת הגמרא שאם הוא כהן טמא אין לו חלק אפילו בגזל הגר של אחרים משום דהווי קדשי המקדש, אבל לפני כן הכוונה היתה רק שאין האשם שלו הולך אליו וממילא אינו מקבל את הקרן שהוא עצמו גזל, ואילו לפי פירושנו הנ"ל הרי יוצא שכבר כשאמרה הגמרא שאיירי בכהן טמא כוונת הגמרא היתה שאין לו חלק בשום גזל הגר. ויש עוד לעיין בזה.)

והנה יש להמציא הכרח להיסוד של רש"י דבענין שיזכה בהאשם (מלבד ממה שכתבתי כבר שאולי יש משמעות לזה בהגמרא כאן), דהנה יש לחקור בענין מאי

להכהנים לחלוטין ולהפסיד, אבל הא ודאי שהוא צריך לתת להם לפי שעה וכהנ"ל. ועיין ביש"ש בסוף סי' ס"ד שהוא חולק על המהרש"א ומפרש שאינו צריך אפילו להוציאו מתחת ידו, והיינו משום "שמאחר שקנאה ה' ונתנה אח"כ לכהנים א"כ כבר יצאה מידו הגזילה והוי כאילו הוציאה מידו ומשלחן גבוה קא זכי בה". וע"ע באות ת"ח.

* ועי' במהרש"א שכתב שאע"פ שהי' הוה אמינא לומר שהוא יוצא ידי פרשת גזל הגר בזה שהוא מונח תחת ידו וליכא שום דין מיוחד שהוא צריך להפסיד, אבל מ"מ אכתי לא גרע מכל גזלן שירש את הגזילה שצריך להוציאו מתחת ידו ובעלי חוב באין ונוטלים אותו בחובו (ובכה"ג הרי לבסוף אינו מפסיד), ולא ס"ד אלא שאינו צריך לתת

דדרשינן מלבד איל הכיפורים שלמי שזה ניתן זה ניתן ושגזל הגר הוא לאנשי המשמר, דמצד אחד י"ל שאינו אלא בגדר ילפותא אבל יסוד הטעם למה הקרן יוצא לאנשי המשמר אינו משום שנאמר דין מסוים שהוא נגרר בתר האשם אלא הרי זה דין עצמי מדיני גזל הגר שהוא יוצא לכל הכהנים שבמשמר, רק שילפינן שהכי הוא מקרא דמלבד איל הכיפורים. ברם מצד שני י"ל שעצם יסוד הדין שהוא יוצא לאנשי המשמר הרי הוא משום שדינו הוא להיות נגרר בתר האשם.

ואם נאמר כהצד השני, אתי שפיר דברי רש"י, ושפיר ה"י מוכרח רש"י לומר שמכיון שהוא זוכה בהאשם הה"נ להקרן, ולא ה"י יכול לפרש שכוונת הגמ' היא להקשות שהקרן בזכות עצמו יהי' נכלל בהפסוק של איש את קדשיו לו יהיו, והיינו משום שלפי הצד הנ"ל אם לא ה"י זוכה בהאשם א"כ תו לא ה"י שייך לדרוש את הפסוק של איש את קדשיו לו יהיו על קרן, אלא היינו מוכרחים לומר שאיש את קדשיו לו יהיו אינו כולל גזל הגר כיון שבגזל הגר יש דין מיוחד שהקרן נגרר בתר האשם, וא"כ לפי הצד השני שפיר הוצרך רש"י להדגיש שהכהן זוכה בהאשם, אבל אם נאמר כהצד הראשון דליכא שום דין מסוים שהוא צריך להיות נגרר אחר האשם אלא הרי זה רק בגדר ילפותא שהקרן הולך לאנשי המשמר א"כ שפיר ה"י מועיל הדרשה של איש את קדשיו לו יהיו אפילו אם מאיזו סיבה שהיא אינו זוכה בהאשם, דבכל זאת היתה מועלת הדרשה בשביל הקרן וכמו שתמיד מועילה דרשה זו להפקיע את המתנה מאנשי המשמר (ויש

לחלק), וא"כ אכתי לא ה"י רש"י צריך להדגיש שהוא מקבל את האשם, וא"כ י"ל דהא דהדגיש כן הרי זה משום דס"ל שנאמר דין מסוים שהקרן צריך להיות נגרר אחר האשם אשר לפ"ז לא שייך לדרוש קרא דאיש את קדשיו במיוחד על גזל הגר אלא הכל תלוי הוא בדינו של האשם.

ועכ"פ אין להקשות על זה ממאי דמסקינן שבכהן גזול אע"פ שהאשם הוא שלו, מ"מ הקרן יוצא לאנשי המשמר, וא"כ חזינן שלא נאמר שום דין מסוים שהקרן צריך להיות נגרר אחרי האשם, דזה אינו, דשאני התם שיש גזירת הכתוב מיוחדת שאין הקרן שלו וא"כ י"ל שכוונת התורה היא להוציא ציור זה מהכלל ולמימר שבכה"ג אין הקרן נגרר אחר האשם, ואין זה דומה לדברינו לעיל דהא התם אפשר לאוקמי קרא דאיש את קדשיו וגו' בשאר קדשים, וצ"ע.

מיהו אכתי יש לתמוה על מה שתירצה הגמ' שהברייתא מדברת בכהן טמא שאינו מקבל את האשם, ופרכינן שבכהן טמא לא שייך הק"ו של הברייתא משום שאין לו חלק בה, והרי לפי דרכנו הנ"ל אפילו אם שפיר ה"י שייך הק"ו של הברייתא אבל בכל זאת מאחר שאינו מקבל את האשם, אלא הרי הוא יוצא לאנשי המשמר, הרי מעתה צריך לחול הך דין מיוחד שהקרן נגרר אחר האשם, ומה לי בזה שיש ק"ו, הלא יש גזיה"כ שהקרן נגרר אחר הקרבן.

ואולי יש לדחוק דעדיפא מיני' קפריך על הך אוקימתא, דהיינו שעצם הק"ו הנזכר בתוך הברייתא אינו מכונן כלל לפי הך אוקימתא של כהן טמא.

ב. בענין מה שכהן מקריב קרבנו בכל עת שירצה ובשרה ועורה הם שלו, האם זה בשכר עבודתו.

גם יתכן ליישב את דברי רש"י אפילו אם נאמר שהדרשה של למי שזה ניתן זה ניתן באה לחדש רק שהוא יוצא לאנשי המשמר ולא נאמר בזה דין מיוחד שהוא נגרר אחר האשם, דגם לפ"ז אתי שפיר למה הוצרך רש"י להדגיש בקושיית הגמרא שהוא מקריב את האשם ושלמי שזה ניתן זה ניתן, ולא הי' יכול לפרש שכוונת הגמ' היא להקשות שהקרבן בזכות עצמו יהי' נכלל בהפסוק של איש את קדשיו לו יהיו, והיינו משום שמהסוגיא בסוף ערכין על פי פירש"י שם יוצא שאי אפשר לכלול את גזל הגר גופי' בכלל הפסוק של איש את קדשיו, דעיי"ש שכתב רש"י בכיור כוונת הגמ' שם שיסוד הדין של איש את קדשיו לו יהיו הוא שנתנה לו התורה את הבשר בשכר עבודתו ושזה לא שייך במקדיש שדה חרמו כיון שאין בו שום עבודה עיי"ש, וא"כ לפ"ז הה"נ שגם בגזל הגר לא שייך הדין של איש את קדשיו לו יהיו משום שגם בגזל הגר לא שייך לומר שהתורה זיכתה לו את הקרבן בשכר עבודתו. ועיין עוד בדרכו של רבינו גרשום בסוף ערכין שם.

והנה עיין גם ברש"י כאן בסוף דף ק"ט שהביא לישנא בתרא שהיכא שכהן בעל מום הביא קרבן, מכיון שאנשי המשמר עושים את העבודה הרי הם גם מקבלים את הבשר. ולכאורה גם מזה מוכח שהדין של איש את קדשיו הוא בשכר עבודתו. מיהו באמת אין משם רא"י לגזל הגר, אלא

אכתי הי' שייך לומר שהוא מקבל את הגזל שהוא עצמו גזל אע"פ שאין בו שום עבודה, והיינו משום שגם כהן אחר לא עשה בו שום עבודה, ואינו דומה לקרבנו של בעל מום שהבשר יוצא לאנשי המשמר עבור זה שהם עבדו את העבודה, וא"כ יש רא"י רק מסוף ערכין שם.

ובאמת מהלשון הראשון של רש"י שם גבי בעל מום נראה דלא כמו שכתבנו על פי דבריו בערכין, דהא בהלשון הראשון כתב רש"י שהבעל מום עצמו מקבל את הבשר אע"פ שאנשי המשמר עבדו את העבודה, וא"כ חזינן שזכותו בהבשר אינו דוקא משום שהוא עבד את העבודה (ואע"פ שהבשר נקרא בשם "עבודתה" משום שהוא שכר העבודה כמו שפירש"י לעיל, אבל בכל זאת ס"ל להך גירסא שכשכהן מביא קרבן נאמר בזה דין נוסף שיש לו זכות עצמי בהבשר גם בלא דין שכר).

תיח) אלא אתיא לכהן לכהן משדה אחוזה וכו'.

פי' שכמו ששדה אחוזה יוצא מתחת יד הכהן לכל הכהנים ה"ה שגזל הגר יוצא מתחת יד הכהן שגזל והרי הוא לכל הכהנים. ויש לעיין אם זוכה מיהא הכהן שגזל בהחלק הראוי לו בתורת כהן מאותו משמר, או האם כולו יוצא מתחת ידו. ולכאורה הרי זה תלוי באיך הוא הדין בשדה אחוזה.

ועי' בתוס' שכתבו וז"ל, תימה לרשב"א ל"ל אחוזתו (בשדה אחוזה) לומר שיוצאת מתחת ידו ומתחלקת לכל הכהנים, דהכי

ומשולחן גבוה קא זכי בה עכ"ל.

תיט) מנין לכהן שבא ומקריב קרבנותיו בכל עת ובכל שעה שירצה וכו'.

א. בענין אם כהן בעל מום יכול ליתן את הקרבת קרבנו גם לכהן שהוא ממשמר אחר או מבית אב אחר שאינו עובד עכשיו.

הנה בסוגיין מבואר שהוא יכול גם לשויו שליח לכהן אחר. ומלשונו של רש"י לעיל בד"ה משנכנס לרשותו וכו' משמע דמצי משוי שליח רק לכהן שבאותו משמר וז"ל, שאם נתנה לכהן אחר של אותו משמר, שוב אינו יכול להוציא מידו שנאמר ואיש אשר יתן לכהן לו יהי עכ"ל.

ברם מפשטות לשונם של רב ששת ורב אשי לקמן בסוגיין נראה שהוא יכול לתתו גם לכהן ממשמר אחר, דהא אמרו שהוא נותנה לכל כהן שירצה, וכן הוא לשון הרמב"ם בפ"ד מהל' כלי המקדש ה"ז. ועיין עוד בשט"מ לקמן בדף ק"י ע"א בד"ה תנינא וכו' שכתב בשם הרא"ש וז"ל, ואם בא להשמיענו דמצי לשויו שליח אפילו כהן שאינו מן המשמר, ישמיענו בטהור וה"ה בטמא עכ"ל.

ב. עוד בענין הנ"ל, ובענין מי מהמשמר מקריב קרבנו של ישראל, האם כל מי שרוצה או האם זה תלוי בדעת הישראל.

עיין במל"מ בפ"ד מהל' תמידין ומוספין ה"ט שנסתפק בענין מי זוכה בהקרבת קרבן יחיד. והוכיח שם שלא היו עושים על

הוה אמינא בשל אחרים זוכה בשל עצמו לא כ"ש, הא הכא נמי שייך למיפרך כמו לעיל דדיו לבא מן הדין להיות כנדון, ועיי"ש במה שתירצו. והנה לכאורה הי' אפשר לתרץ שאיצטריך קרא למימר שאינו זוכה אפילו בחלקו, דהא על זה שפיר נשאר הק"ו בלי שום פירכא, ומזה שלא תירצו כן לכאורה מוכח שתוס' סוברים שלא מסתבר לומר שבא הפסוק של אחוזתו לומר שהוא מפסיד אפילו את חלקו, כי אין שום סברא כלל לומר כן, וא"כ בודאי שבשדה אחוזה אינו מפסיד את חלקו אלא רק את השאר. ומעתה יוצא שגם בגזל הגר הרי הוא מקבל את חלקו משום קרא דואיש את קדשיו כיון שאין לענין זה שום ילפותא משדה אחוזה להפסידו.

ועיין ביש"ש בסוף סי' ס"ד שנקט באמת שהוא נוטל את חלקו אם הוא מאותו המשמר, וז"ל, ונראה כמו ששדה אחוזה אם לקח כהן מהגזבר, והמשמר של יובל שלו, שבודאי נוטל חלקו, אף בגזל הגר אם הוא כהן והוא במשמרתו, נוטל חלקו עכ"ל.

מיהו לכאורה נראה שאע"פ שאינו צריך לתת להכהנים את חלקו המגיע לו, אבל מ"מ אכתי לא מתבטל מיני' הך דין מיוחד של הוצאת הגזילה מתחת ידו, אלא גם כאן יצטרך לתתו לשאר הכהנים ולוה ובעלי חוב באין ונפרעין וכמו שכתב המהרש"א על הא דס"ד שכולו הוא שלו עיי"ש. מיהו היש"ש בהמשך דבריו שם חולק על המהרש"א וכתב וז"ל, שמאחר שקנה כבר ה' ונתנה אחר כך לכהנים א"כ כבר יצא מידו הגזילה והוי כאילו הוציאה מידו

זה פייס. ונסתפק שם אם הוא תלוי בדעת הבעלים או האם כל הקודם זוכה. ולכאורה יש לדון על זה בסוגיין כאן, דהא אמרינן שאע"פ שכהן שהביא את קרבנו רשאי לתתו לכל כהן שירצה, אבל מ"מ הרי זה רק אם הוא עצמו ראוי לעבוד אבל אם הוא בעל מום שאינו ראוי לעבוד אינו יכול לתתו לכל כהן שירצה (אבל האכילה עדיין שייכת לו לבדו), ואם נאמר שגם בעלים ישראל יכולים למנות את מי שרוצים א"כ איך שייך להקפיד על ראוי לעבודה, דהא אפי' ישראל יכול לתתו לכל כהן שירצה, ובשלמא אם נאמר שבעלים כהן יכולים לתתו גם לכהן ממשמר אחר א"כ יש לתרץ שבעלים ישראל יכולים לתתו רק לכהן מאותו משמר, וכן כהן שאינו ראוי לעבודה בודאי יוכל לתתו לכהן מסוים שבאותו משמר כמו שבעלים ישראל יכולים (שור"ר שתירץ כן החזו"א בחלק אורח חיים סי' קכ"ו סקכ"א), אבל אם נאמר שאפילו בעלים כהן נותנים רק לכהן שבאותו משמר צ"ע כהנ"ל. מיהו אכתי יתכן לומר שבעלים ישראל יכולים לתתו רק לכהן שהוא מהבית אב של אותו יום משא"כ כהן שיכול לתתו לכל בני המשמר, וצ"ע.

תכ) עוד בענין הנ"ל.

א. בענין אם נאמר דין מסוים שבשרו ועורו של קרבן הולך לזה שהקריבו.

עיי' ברמב"ם בפ"ד מהל' כלי המקדש ה"ז שפסק שאם עשה הכהן שליח להקריב הרי השליח זוכה גם בעבודתה ועורה, והראב"ד חולק עליו וכתב שהבעלים זוכים ולא השליח. ולכאורה דברי הרמב"ם

תמוהים, דהא חזינן שבזקן וחולה הרי הוא נותנה לכל כהן שירצה ומ"מ אין אותו כהן זוכה באכילתה וכמו שפסק הוא עצמו שם בה"ח. שור"ר שכן הקשה היש"ש כאן בסי' ס"ה והכריע מתוך כך כהראב"ד.

ובדעת הרמב"ם צ"ל שמה שפסק שהאכילה ג"כ שייכת להשליח, אין זה בדרך ממילא משום שלמי שזה ניתן זה ניתן, דהא לפ"ז בודאי כן צריך להיות גם בזקן וחולה וכהנ"ל, אלא לעולם העבודה והאכילה הרי הן שתי זכויות נפרדות שזיכתה לו התורה, רק שאנן נקטינן שמסתמא הרי הוא מתכוין ליתן לההוא כהן גם את הזכות של אכילה, ומש"ה בזקן וחולה שאינו יכול לתת לו את זכות האכילה, הרי היא שפיר נשארת לכל המשמר.

והנה לכאורה הי' נראה לתלות את שני הצדדים הנ"ל בב' הגירסאות שהביא רש"י לענין בעל מום, דהיינו שהגירסא שסוברת שהאכילה נשארת שלו אע"פ שאין לו זכות עבודה, אותה גירסא סוברת שהן שתי זכויות נפרדות, אבל הגירסא שסוברת שגם בשרה ועורה הן לאנשי המשמר סוברת שהאכילה נגזרת אחר העבודה.

אלא שלפ"ז קשה, דהא הרמב"ם שם פוסק כהגירסא שגם האכילה הולכת לאנשי המשמר אשר מזה יוצא שזכות האכילה תלוי' בזכות העבודה ודלא כמו שכתבתי בדעת הרמב"ם גבי זקן וחולה שהן ב' זכויות. ובאמת גם על גוף הגמרא של זקן וחולה קשה לפי הגירסא ברש"י שבבעל מום הרי הוא נותן את בשרה ועורה לאנשי המשמר ואין האכילה נשארת שלו.

מיהו לעולם י"ל שהן ב' זכויות, ובכל

להעבודה אבל בנוגע להאכילה אין לו שום זכות מיוחד ואינו דומה לכהן הבא בקרבנות עצמו.

דף ק"י ע"א

תכא) תד"ה אכילה.

וז"ל, וי"ל דהתם לא קאמר דיצא אלא רק דלא מיקרי רשע עכ"ל. ולכאורה יש לתמוה דאם לא יצא ידי חובתו ולא עשה פסח שהוא בכרת, א"כ שפיר קרי ל"י רשע. מיהו נראה שכוונתם היא דאחי כמ"ד שאכילת פסחים לא מעכבא וא"כ נהי שלא יצא ידי מצות אכילה אבל אחתי לא מיקרי רשע משום שהוא שפיר יצא ידי חובת הקרבת פסח, וכן תירצו תוס' בפסחים דף ק"ז ע"ב.

תכב) בא"ד.

וז"ל, ועוד דהתם לא מיירי באוכלו אכילה גסה אלא כלומר שאינו אוכלו לשם פסח אלא כדי להיות שבע עכ"ל. ועיין ברש"י בהוריות דף י' ע"ב שפירש כהדרך הזאת של תוס' דהיינו שאכלו שלא לשם מצוה אלא לשם קינוח סעודה. והמהר"ץ חיות שם הביא מהטורי אבן בר"ה דף כ"ט ע"א שהקשה דא"כ היכי קאמר שהוא יצא הלא מצות צריכות כוונה (לפי ריש לקיש שהוא בעל המימרא). ותירץ המהר"ץ חיות שלפי דרכו של רש"י לא גרסינן פסח מיהא קאכיל וכמקצת גירסאות שם, דהא ודאי לא קיים מצות האכילה וכהנ"ל, אלא גרסינן מצוה מיהא קא עביד, או פסח

זאת אפשר לסבור שבעל מום מאבד גם את הזכות של האכילה, די"ל שיש סברא לומר שמעולם לא זיכתה התורה את האכילה למי שאין לו זכות עבודה.

ב. בענין טמא בקרבן ציבור שזכה בהעבודה ועשה שליח, למי שייך העור, וכן בענין אונן.

ועיין עוד ברמב"ם שם בה"ט שפוסק (לפי גירסת הכ"מ בדבריו) שטמא בקרבן ציבור נותן את עבודת הקרבן לכל כהן שירצה ועורו לאנשי המשמר. והקשה הכ"מ שם בד"ה ואכתי וכו' וז"ל, ואכתי קשה דהתם (בהלכה ז' בכהן רגיל שעשה שליח) כתב שעור הקרבן לאותו כהן בלבד שנתן לו, וכאן כתב שהוא לאנשי המשמר עכ"ל. והנה הכ"מ הקשה רק על העור לחוד אבל לא על הבשר, והיינו כדברינו הנ"ל גבי זקן וחולה דמכיון שהוא עצמו אינו ראוי לאוכלו א"כ משום כך אינו יכול לעשות שליח ולכן הקשה רק למה מפסיד הוא את זכותו בהעור (ועיין בתד"ה לבעלי וכו', ובשט"מ כאן בד"ה וכתב הרמ"ה). מיהו צ"ע למה לא הקשה הכ"מ כן גם על הא דפסק הרמב"ם שם שבזקן וחולה הרי הוא נותנה לכל כהן שירצה ועורה לאנשי המשמר דגם על זה קשה למה מפסיד הוא את העור (ועיין עוד לענין אונן). ועוד שתירוצו על כהן טמא אינו מיישב את הקושיא על זקן וחולה, ולא עוד אלא שבאמת על כהן טמא בקרבן ציבור לא קשה מידי, והיינו משום שנהי שזכה בהעבודה ע"י פייס (וכמו שכתב התוס' ר"ד) אבל היינו רק בנוגע

מיהא קא עביד (כן נראה כוונתו שם, וגם הטו"א ציטט את הגמ' בהוריות בלשון של פסח מיהא קא עביד), והכוונה היא שהוא יוצא ידי הקרבת הפסח משום שאכילת פסחים לא מעכבא. ברם אכתי צ"ע על דברי תוס' בסוגיין, דהא כבר ביארנו שבתירוצם הראשון אזלי תוס' שאכילת פסחים לא מעכבא, וא"כ אם נאמר שגם התירוץ השני סובר כן א"כ כבר מתורצת הקושיא אפילו אם נפרש שהכוונה היא לאכילה גסה ממש, ואילו מהדרך הזאת של תוס' משמע שאם היתה הכוונה לאכילה גסה ממש, אז אכתי הי' קשה.

תכג) כהן גדול אונן.

עיין בגמרא דאמר רב אשי אם הי' כהן גדול אונן נותנה לכל כהן שירצה ועבודתה ועורה לאנשי המשמר, ופרכינן מאי קמ"ל תנינא כהן גדול מקריב אונן ואינו אוכל ואינו חולק לאכול בערב, ומתצינן סד"א כי חס רחמנא עלי' דכהן גדול לקרובי הוא אבל לשויי שליח לא מצי משוי קמ"ל. ועיין ברש"י שפירש דאיירי בכהן גדול שבא להקריב את הקרבן שלו. וצ"ע למה לא פי' באופן שהוא בא להקריב קרבנו של אחר שהרי הכהן גדול יכול לעשות את ההקרבה של איזה קרבן שהוא רוצה, וא"כ גם על כהאי גוונא מתוקמי דברי רב אשי שאמר שאת ההקרבה הרי הוא יכול לתת לכל כהן שירצה אבל האכילה הוא לאנשי המשמר. ובאמת עיין בשט"מ בד"ה וכתב הרמ"ה דמשמע שכן מפרש הרמ"ה.

ברם י"ל דס"ל לרש"י שבאמת לא יוכל כהן גדול לתת את הקרבת קרבנו של אדם

אחר לכל כהן שירצה, די"ל דס"ל לרש"י שאע"פ שהוא רשאי להקריב כל קרבן שהוא רוצה אבל מ"מ דוקא בזה שהוא מקריב הרי הוא זוכה בהקרבה אבל מקודם לכן אכתי לא נעשה הבעלים כלל אשר יוכל משום כך לשויו שליח.

תכד) הכסף ינתן לבניו.

עיין ברש"י שכתב וז"ל, דהא זכי בי' במיתת הגר אלא דבעי למיעבד השבה כי היכי שתיהוי לי' כפרה אשבועת', והשתא תו ליכא כפרה כיון דמית לי' עכ"ל. הרי שכתב דהוי כפרת השבועה ולא כפרת הגזילה. ועיין בפתחי תשובה בסוף סי' שס"ז, ולעיל באות ת"ו, ובאות ש"ט בסוף סק"א.

תכה) רש"י ד"ה אם קיים האשם.

וז"ל, דקנסינן לי' ליהויריב להחזיר האשם, דשלא כדין עבוד בני יהויריב דקבול אשם מקמי כסף עכ"ל. עיין במהרש"א לקמן בדף קי"א ע"א שכתב שהטעם למה אסור לקבל את האשם לפני הכסף הרי זה משום גזירה שמא יקריבוהו.

תכו) אין החומש מעכב.

פירש"י וז"ל, נתן את הקרן לכהנים אין החומש מעכב מלהקריב את האשם אם לא נתן עדיין ולבסוף נתן עכ"ל. עיין בתיו"ט שכתב שצריכים לנקד שלבסוף "נותן", כלומר שעדיין עומד הוא בחיובו לתת את החומש, אבל אם לא נתן לבסוף בודאי אינו מעכב את כפרת האשם. ועיין גם ברמב"ם בפ"ח מגזילה הי"ג שכתב וז"ל,

וחייב ליתן את החומש אחר כפרה עכ"ל. מיהו לכאורה צ"ע על רש"י והרמב"ם למה הוצרכו לומר כן, דהא פשיטא שעודנו חייב ליתן ולמה הוה אמינא שאינו חייב.

מיהו יש ליישב, דהנה בדף קי"א ע"א מבואר שהטעם למה צריך לעיכובא להקדים את הקרן להאשם הרי זה משום דכתיב האשם המושב לה' מלבד איל הכיפורים אשר יכפר, דאשם היינו הקרן, והרי כתיב בתרי' אשר יכפר בלשון עתיד דמשמע שעוד לא כיפר כפרת האשם, וא"כ חזינן שהשבת הקרן באה קודם להקרבת האשם, והא דאין החומש מעכב, אע"פ שכתוב שם גם "המושב" שזהו החומש כדאמרין בסוגיין, הרי זה משום דילפינן ממועל בהקדש שכמו שהתם אין החומש מעכב את האשם הה"נ כאן אין החומש מעכב את האשם, ע"כ תוכן הסוגיא לקמן שם. ולפ"ז שפיר יש להמציא ס"ד לפוטרו מן החומש אם לא הביא אותו קודם הקרבת האשם, והיינו משום דהוי ס"ד שלעולם הדרשה של אשר יכפר עליו קאי גם על מה שכתוב "המושב" שפירושו הוא החומש, ואע"פ שילפינן מהקדש שאינו מעכב את האשם, אבל אכתי י"ל שבעל כרחנו אנו צריכים להעמיד את הדרשה של אשר יכפר גם לענין חומש ומש"ה הוה אמינא שדרשינן אשר יכפר לענין הקיום של החומש עצמו, דהיינו שכל הקיום של נתינת חומש הוא רק קודם הקרבת האשם אבל אם נתן אותו לאחר שכבר הקריב את האשם תו לו מתקיים שום קיום דין של נתינת חומש, ולכן שפיר הוה פטרינן לי, ומש"ה שפיר הוצרכו רש"י והרמב"ם לאשמועינן שבכל זאת הרי הוא חייב.

ובטעמא דמילתא למה הוא חייב י"ל דהיינו משום שבאמת אשר יכפר קאי רק על "האשם" שפירושו הוא קרן, ולא על "המושב".

(תכז) או אינו אלא אשם זה חומש וכו' אדרבה חומש מעכב.

מלשון "אדרבה" משמע שלפ"ז קרן אינו מעכב ויהי' שייך שם של חומש אע"פ שלא שילם קרן (כיון שהוא חייב מיהא בחיוב קרן, ועיין באות שי"ח), וצ"ע.

(תכח) החזירו לחצאין לא יצא מ"ט אשם קריא רחמנא.

לכאורה יש לפרש שהכוונה היא שא"א לחלק את מתנות הדם של האשם ולעשות מקצתן היום ומקצתן למחר, ואפילו אם לן הדם בראשו של מזבח לפי רבא בזבחים דף פ"ז שסובר שלינה מועלת בראשו של מזבח. מיהו לכאורה זהו רק משום סיבה צדדית דהיינו משום שנפסל הדם בלינה, אבל אינו משום דין מסוים בדיני אשם שאינו נעשה לחצאין. מיהו עיין בשפת אמת בדף נ"ו שם שר"ל שבדם לכו"ע לא מהני מה שלן בראשו של מזבח משום שיש דין מסוים של הקרבה ביום זביחה (ודלא כהשט"מ שם). מיהו אכתי לא א"ש משום שהחסרון בזה אינו משום שהזריקה היתה לחצאין, דהא גם את כולו למחר א"א לעשות.

ולכאורה יש לפרש שהכוונה כאן היא שא"א לעשות את השחיטה היום והזריקה למחר וכהנ"ל בשם השפת אמת.

גם יש לפרש שהכוונה כאן היא שא"א לחלק את המתנות לב' בהמות. גם שמעתי לפרש דכיון שבדיעבד אם נתן מתנה אחת כיפר א"כ נמצא שהכפרה תלויה רק במתנה אחת לחוד, והרי מתנה זו א"א לחלק לחצאין לשתי מתנות המעכבות, וא"כ מזה נלמד גם להתשלומין, אלא שלפ"ז יוצא שלומדים אפשר מאי אפשר. וע"ע בשט"מ בשם הרמ"ה, וצ"ע.

תכט) החזירו לחצאין לא יצא.

עיין בחידושי הגר"ח על הש"ס שהובא בשם הגר"ז שהקשה מה לי אם מחזירו לחצאין, הלא גם על חצי לחוד הרי הוא יכול להביא קרבן משום שגם החצי הוי בגדר גזילת הגר, ועיין שם מה שתירץ. מיהו באמת הרי הדין של גזל הגר נוהג רק היכא שנשבע (עי' בפתחי תשובה בסוף סי' סס"ז), והקרבן הרי הוא לשם כפרת השבועה וכמו שכתב רש"י על המשנה, וא"כ לפ"ז שפיר יש סברא לומר שאינו יכול להתכפר עד שהוא משיב את הכל וכמו שביארנו לעיל באות שמ"ט סק"א בד"ה והנה עדיין וכו' ולהלן שם.

תל) אמר רבא גזל הגר שאין בו שוה פרוטה לכל כהן וכהן לא יצא ידי חובתו.

פירש"י וז"ל, ומוסיף משלו עוד להשלים עכ"ל. ובשט"מ בשם הרא"ש הקשה על רש"י וז"ל, ונראה לפרש דאפילו השלים אין זה השבה אלא מתנה בעלמא

עכ"ל. פי' דמה מועיל מה שהוא מוסיף משלו, הלא השיעור של השבה הוא שוה פרוטה, והכא ליכא שוה פרוטה מהגזילה לכל כהן וכהן, וא"כ נמצא שאכתי אינו מקיים מצות השבה לכל כהן וכהן.

מיהו בדעת רש"י י"ל דאזיל שהטעם למה אין השבה בפחות משוה פרוטה הרי זה משום שהנגזל מוחל (עי' בזה באריכות באות ש"ח), וא"כ הכא כיון שמתפקידי הכהנים הוא לקבל גזל הגר, בודאי אינם מוחליין, ושפיר שייך מצות השבה לכל כהן וכהן גם בפחות משוה פרוטה, רק דמכיון שא"א לעשות קנין על פחות משוה פרוטה וכמש"כ רש"י בסוכה דף כ"ז ע"ב והפ"י בגיטין דף י"ב ע"ב (ואכמ"ל בזה), לכן בעינן שיוסיף לכל אחד עד שוה פרוטה, ובכדי להשלים צורך זה בודאי סגי גם אם יוסיף משלו.

מיהו עיין בחזו"א בסי' כ' סקט"ז בד"ה יש וכו' שכתב שלפי רש"י מה שהוא מוסיף עליו להשלים שוה פרוטה לכל כהן וכהן הרי זה נכנס באמת לתוך עצם הכפרה ואינו בגדר מתנה בעלמא.

דף ק"י ע"ב

תלא) בעי רבא אין בו למשמרת יהויריב ויש בו למשמרת ידעי' מהו.

עיין בסוגיין דאמרינן ה"ד אילימא וכו' לא צריכא דיהבי' לידעי' במשמרתו דיהויריב, מאי, מי אמרינן כיון דלאו משמרתו הוא ולא כלום הוא, או דלמא

כיון דלא חזי ל'י, מעיקרא לידעי' קאי, תיקו. וכתבו תוס' וז"ל, ויכול להביא אשם מיד וליתבה לבני יהויריב להתכפר אע"פ שהכסף נתון לידעי' כדקתני בפירקין נתן את הכסף ליהויריב והאשם לידעי' יצא עכ"ל. הרי שהם מפרשים שמביעיא לענין שיחשב גם בשבתו של יהויריב שהגיע כבר הכסף לאנשי המשמר ע"י שנתן לידעי'. ולכאורה אפשר לבאר דהיינו משום דמכיון שבני יהויריב אינם ראויים לגזל זה א"כ לענין זה מיקרי גם עכשיו השבת של ידעי'. מיהו צריך ביאור למה פירשו תוס' על הדרך הנ"ל, דהא לעולם נימא דהא ודאי שאינו יכול להקריב עכשיו את האשם משום שלא מיקרי שהשיב את הגזילה עד שתגיע משמרתו של ידעי', רק שמביעיא ל'י באם מוציאים בני יהויריב את הגזל מידעי' כדי לקונסם על שקיבלו שלא במשמרתם (ויצטרך הגזלן להוסיף משלו כדי שיהא בו שו"פ לכל כהן וכהן שבמשמר יהויריב), או האם לא קנסינן כיון שבין כך ובין כך אינו ראוי ליהויריב, אבל לעולם פשיטא שאין האשם קרב השתא על הסמך של הך נתינה לידעי'. ועיין במהרש"א שנתעורר על זה וכתב וז"ל, אבל להמתין ולהקריב האשם במשמר ידעי' לא קא מיבעיא ל'י, דאם הביא כבר אשם ליהויריב היינו פלוגתייהו דרבי יהודה ורבנן דלקמן, דס"ל לחכמים יחזור אשם אצל כסף, ואם לא הביא אשם עדיין, ודאי דיכול להמתין ולהביא אשם במשמרת ידעי', ואפילו רבי יהודה לא פליג אלא היכא שכבר הביא אשם ליהויריב דיחזור כסף אצל אשם ודו"ק עכ"ל.

והנה דברי המהרש"א בנויים הם על

ההנחה שהיכא שלא נתן את האשם ליהויריב, אז אפילו רבי יהודה מודה לרבנן שממתינים עם האשם עד שמגיעה משמרת ידעי', וליכא מ"ד שסובר שמוציאים הכסף מידעי', והיינו משום שאע"פ שפשעו בני ידעי', אבל בכל זאת כיון שאין עוד תפיסת יד ליהויריב בהאשם, אין מוציאים את הכסף מידעי'. מיהו לכאורה י"ל איפכא מההנחה של המהרש"א, והיינו שי"ל שהיכא שעוד לא נתן את האשם ליהויריב, אז כו"ע מודים ששפיר מוציאים את הכסף מידעי', ואפילו רבנן סוברים כן משום שבכה"ג לא פשעו יהויריב כלום, ואילו בני ידעי' פשעו בזה שקיבלו את הכסף שלא במשמרתם, ואם נאמר כהנ"ל א"כ אכתי שייך לפרש את דברי הגמרא בדרך אחרת, ודלא כתוס', אלא לעולם הא ודאי שעד שלא הגיעה השבת של ידעי', עדיין לא יצא ידי חזרה לכהנים, וא"א עוד להקריב את האשם, רק שמביעיא לן באופן שלא נתן עוד את האשם ליהויריב, האם בכה"ג בין לפי רבי יהודה ובין לפי חכמים מוציאים את הכסף מידעי' ונותנים ליהויריב, או האם בכה"ג לכו"ע אין מוציאים כמו שנוקט המהרש"א, דמצד אחד י"ל ששפיר מוציאים וכהנ"ל משום שבני יהויריב לא פשעו כלום, אבל מצד שני י"ל שאין מוציאים וכמו שנוקט המהרש"א משום שלא מיקרי שבני ידעי' פשעו כיון שגם בלא"ה אינו ראוי לבני יהויריב.

ועיין בשט"מ בשם הרמ"ה בד"ה בעי רבא שכתב וז"ל, אלא כי תיבעי לן דיהיב ל'י לידעי' במשמרת יהויריב מאי, כיון דמשמרת של יהויריב היא לא עשה ולא

כלום וצריך להחזירו ולתתו ליהויריב ולהוסיף עליו כדי שיהא בו שו"פ לכל כהן וכהן ממשמרת יהויריב, או דלמא כיון דליהויריב לא חזי, מעיקרא ממונא דידיעי' הוא וכי קא יהיב לי' לידעי' במשמרת יהויריב שפיר קא יהיב עכ"ל. הרי להדיא שלפי הצד הראשון מוציאים את הכסף מידעי' ונותנין ליהויריב. ויש לפרש כהנ"ל דאיירי באופן שעוד לא נתן את האשם ליהויריב, דבכה"ג גם רבנן מודים שאין קונסין ליהויריב, אלא קונסין לידעי' ומחזירין את הכסף אצל האשם.

גם יש לפרש שלעולם איירי הרמ"ה באופן שכבר נתן את האשם ליהויריב שלא כדון, והא דמחזירין את הכסף אצל האשם לפי הצד הראשון הרי זה משום שאזיל רבא כרבי יהודה שסובר שהיכא ששניהם פשעו מחזירים את הכסף אצל האשם. מיהו לכאורה דוחק לאוקמה רק אליבא דרבי יהודה לחוד, דהא הרמ"ה בעצמו פוסק כרבנן כמו שהובא בשט"מ לקמן בדף ק"א ע"א עיי"ש. ובאמת חזינן שגם המהרש"א לא רצה לאוקמה כרבי יהודה.

תלב) כהנים בגזל הגר יורשים הוו או מקבלי מתנות הוו.

א. עיין לעיל באות שנ"ה ושנ"ו.

ב. הנה הכוונה ביורשים הוו אינה שהם יורשים משעת מיתת הגר, אלא הרי הם יורשים רק מהשעה שהוא מגיע לדיהם כמש"כ הנודע ביהודה במהדורא קמא חלק

או"ח סי' כ' בסופו בד"ה ומה דבעי רבא וכו', ועיי"ש שנסתייע מהא דתנן שאם מת הגזלן קודם שהחזירו להכהנים אין מוציאים מהבנים אלא הרי הוא שלהם, ואם נאמר שלפי הצד שיורשים הוו הרי הם יורשים מיד עם מיתת הגר א"כ למה הוי של הבנים, הלא כבר זכו בהו כהנים, וא"כ בע"כ מוכח שהחלות ירושה חל רק לאחר שהגיע לידי הכהנים (ועיין גם בחזו"א בסי' כ' בתחילת סק"ח שכתב כדרכו של הנו"ב).

מיהו לא הבנתי את ראייתו, דהא לעולם י"ל שהתורה הורישה את הגזילה להכהנים מיד לאחר מיתת הגר, אלא שאעפ"כ הא מיהא נראה שהישראל אינו משיג בזה כפרה, אלא כפרת הישראל היא דוקא על ידי שהוא נותנה בפועל להכהנים, וא"כ היכא שמת הגזלן ולא הגיע לכפרה, שפיר אמרינן שהבנים זוכים, דהא י"ל בזה דוגמת סברת אביי שאדעתא שלא ישיג את כפרתו לא הורישה להם התורה (ובודאי ע"י שהבנים נותנים אין האב משיג שום כפרה), ולכן בכה"ג שפיר זוכים הבנים. מיהו מלשון רש"י על המשנה (הובא באות תכ"ד) נראה להדיא כדברי הנו"ב, אם לא שנאמר שרש"י אזיל רק לפי הצד של מקבלי מתנות.

וע"ע בדברי הר"ב והתיו"ט שהבאתי באות תל"ה בסוף סק"ב.

ג. הנה חזינן בסוגיין שרבא בעי אם כהנים בגזל הגר הם יורשים או מקבלי מתנות. ומסיק רב זעירא דכי קא מיבעיא לי' כגון שנפלו לו עשר בהמות בגזל הגר,

מיהו לפ"ז יש לתמוה למה הביאה הגמ' ההיא דתפיסת הבית, תיסגי בעצם הדין שירוש פטור.

ד. גם צ"ע שלפ"ז הדרה לדוכתה מה שהקשינו באות תי"ד למה אין כאן תמיד החסרון של החזירה לחצאין, דהא כשהוא מתחלק לכל בני המשמר הרי כל אחד מקבל את חלקו זה אחר זה, ותייצנו שם שבאמת כהן אחד צריך לזכות בשביל כל בני המשמר, מיהו לפי דברינו עתה א"א ליישב כן, דהא חידשנו בדעת רש"י שלפני שהגיע חלקו לידו לא מיירי עוד בגדר יורש ואינו זוכה כלל, וא"כ הדרה קושיא לדוכתה שבאותה שעה הרי הוא לחצאין, דהא אין כולם מקבלים בבת אחת. ולכאורה צריכים לתרץ בדרך אחרת את קושייתנו באות תי"ד, והיינו דהא דלא מיקרי תמיד בגדר החזירה לחצאין הרי זה משום שסגי בזה לחוד שבשעה שהוא יוצא מתחת ידי ישראל הגזול הרי הוא יוצא כולו בבת אחת, ולא איכפת לן בזה שהכהנים אחר כך זוכין בזה אחר זה, וצ"ע.

גם י"ל כדרכו של החזו"א בסי' כ' סקט"ז שצידד לומר שאע"פ שהחזירה בלילה או לחצאין לא יצא, אבל מ"מ אם היא נשארה בשלימותה עד שהאיר היום או עד שיתר הכהנים קיבלו ג"כ את חלקם, אז הרי הוא שפיר יוצא ידי חובתו, וכוונת רבא במה שאמר שלא יצא הרי זה רק באופן שנאבד, וא"כ לפ"ז שפיר י"ל שהירושה חלה דוקא על ידי שקיבל כל כהן וכהן את חלקו הפרטי, רק שבכל כזאת אין מזה סתירה להדין של החזירה לחצאין

מחייבי לאפרושי מינייהו מעשר בהמה או לא, יורשים הוו דאמר מר קנו בתפיסת הבית חייבים, או דלמא מקבלי מתנות הוו ותנן הלקוח והניתן במתנה פטור ממעשר בהמה. ופירש"י וז"ל, בתפיסת הבית, כלומר שנפלו להם בהמות בירושה עד שלא חילקו עכ"ל. ומדבריו משמע שאם כבר חילקו הבנים וקם כל אחד בחלקו הרי הם פטורים, אפילו אם יש עשר בהמות בכל חלק. וטעמא דמילתא הוא משום דקי"ל שהאחין שחלקו לקוחות הוו. ולפ"ז גם בגזל הגר אפילו אם חשיבי יורשים אבל בכל זאת אינם חייבים במעשר בהמה אלא כל עוד שלא חילקו אנשי המשמר ביניהם, אבל לאחר חלוקה, הרי זה בגדר לקוח ופטור כל כהן מלעשר אפילו אם נפלו לו עשר בהמות בחלקו. ברם עיין בדברי רש"י לעיל כאן שכתב כגון שנפלו לו לכהן י' בהמות בגזל הגר, ומשמע מלשון זה שכוונתו היא לכהן יחידי לאחר חלוקה, וכן משמע באמת מלשוננו של רב זעירא שאמר כגון שנפלו לו עשר בהמות בגזל הגר. מיהו צ"ע דהא לאחר חלוקה הוי לקוח וכהנ"ל.

ברם יש ליישב על ידי שנוסיף עוד הוספה על דברינו בסק"ב, דעיי"ש שהבאנו שהדין של ירושה חל רק בשעה שמגיע להכהנים, ומעתה צריכים להוסיף שאין הכוונה שבשעה שהגזילה מגיעה לידי המשמר הרי כל המשמר יחד יורש בתפיסת הבית מן הגר כמו בירושת הבנים מהאב, אלא הכוונה היא שהירושה חלה רק לאחר חלוקת בני המשמר אהדדי, דאז חל דין שכל אחד יורש את חלקו בנפרד מהגר אשר לפ"ז יוצא שאין כאן שום לקוח.

או בלילה, משום שלאחר שלקח כל כהן וכהן את חלקו הרי כל הגזילה קיימת ביד כולם ביחד וכן ביום (אם לא שנתאכל חלקו של אחד מהם לפני שקיבלו האחרים).

ועכ"פ מדברי החזו"א מוכח שהוא סובר שכפרת הקרן אינה על ידי המעשה נתינה לכהנים, דהא אילו הי' כן א"כ אפילו אם לא נתאכל הרי אכתי אין כאן מעשה נתינה ביום ובשלימות, וא"כ בע"כ מוכח מדבריו שהכפרה היא על ידי זה לחוד שהקרן נמצא ברשות הכהנים, ולכן שפיר סגי בזה שהוא נמצא בידם אחר כך ביום ובשלימות.

תלג) כ"ד מתנות.

עיי' בתד"ה וגזל הגר. ודע שהגר"א בביאורו על משניות אבות בפרק ו' מנה י"ב במקדש וי"ב בגבולים, ומנה עורות עולה וגזל הגר בין המתנות של מקדש.

תלד) תד"ה וגזל הגר.

עיי' בתורת חיים ובפ"י. מיהו באמת כבר האריכו הראשונים בכמה מקומות באם יש איסור דאורייתא להכניס חולין לעזרה, או האם האיסור הוא רק להקריבו אבל להכניסו אסור רק מדרבנן, או האם ליכא אפילו איסור דרבנן להכניסו. ועיי' בזה ברשב"ם בב"ב דף פ"א ע"ב ובתוס' ובשט"מ שם, ובמל"מ בריש פ"ב מהל' שחיטה.

שוב ראיתי את לשונו של היש"ש כאן בס"י ס"ז שכנראה הבין שכוונת תוס' היא רק לומר שניבעי שיחזיר בירושלים

ולאפוקי חוץ לירושלים, אבל אין כוונתם להקשות דניבעי מקדש עיי"ש, וצ"ע.

תלה) נתן את הכסף לאנשי המשמר ומת אין היורשים להוציא מידם שנאמר וכו'.

א. עיי' בגמרא דאמר אביי על זה דשמע מינה שכסף מכפר מחצה, דאי לא מכפר, הוה אמינא מהדר ליורשים, מ"ט, אדעתה דהכי לא יהיב ל"י. וצ"ע מה היא הרא"י שכסף מכפר מחצה, דהא אדרבה אם כסף מכפר מחצה למה לן קרא למימר שלא הדרה, דלכאורה רק אם אינו מכפר מחצה, רק אז יש צורך לפסוק מיוחד למימר שאעפ"כ לא מיהדר להיורשים, אבל אם כסף מכפר מחצה הרי פשיטא שלא הדרה, ואילו מהמשנה משמע להדיא שהדין הזה נדרש מהפסוק של איש אשר יתן לכהן לו יהי'.

וצ"ל דס"ל לאביי לדבר פשוט שאם אינו מכפר מחצה, לא יתכן בכלל גזירת הכתוב כזאת שלא יחזיר להיורשים, ומש"ה מוכח מעצם הדין של המשנה שכסף מכפר מחצה, והא דבעינן קרא הרי זה משום שבלי הפסוק לא הוה אמרינן מצד הסברא לחוד שכסף מכפר מחצה, ומש"ה בעינן למילף מהפסוק הא גופא שכסף מכפר מחצה, וכ"כ התיו"ט שזהו החידוש של הפסוק עיי"ש.

ולפי הנ"ל יוצא שכל היכא שלא נשאר שום קיום דין מסוים אמרינן באמת שאדעתה דהכי לא יהיב, ולא שייך שתהי' גזירת הכתוב נגד זה. מיהו לפ"ז יש לעיין

בהמשך הסוגיא דפרכינן אלא מעתה חטאת שמתו בעלי אמאי אמרינן שלמיתה אזלה, תיפוק לחולין משום דאדעתה דהכי לא אפרשה, אמרי חטאת שמתו בעלי הלכתא גמירי דלמיתה אזלה, ולכאורה הי נראה לפרש שכוונת התרצן היא לתרץ שאע"פ שבאמת לא הקדישה אדעתה דהכי אבל בכל זאת הלכה למשה מסיני היא שלמיתה אזלה, מיהו לפי הנ"ל הרי א"א לפרש כן, דהא חזינן דס"ל לאביי שלא יתכן שתהי' הלמ"מ כזאת.

וצ"ל בדוחק שכוונת התרצן היא לחדש שיש מיהא קיום חיובי מסוים בדיני חטאת בזה שהחטאת אזלא למיתה ושניחא לי' להמקדיש שתשאר הקדש גם בשביל הקיום הזה (אבל אין שום קיום חיובי בזה שהכסף יהי' של הכהנים בלי כפרה). ועיין בחזו"א בליקוטים על חו"מ בסי' י"ט בהקטע השייך לר"י ע"ב בד"ה שם הלכתא וכו' שהקשה וז"ל, תימא אילו התנה בהדיא שלא תוקדש, ודאי לא אזלא למיתה, דלאו חטאת היא, השתא נמי כפירש דמי עכ"ל, ועיי"ש בתירוץ. מיהו לפי דרכנו הנ"ל לא קשה מידי משום שכוונת התרצן היא לחדש שבאמת ניחא לי' גם בהקיום דין של למיתה אזלא. מיהו הדרך הזה אינו במשמע כלל מלשון הגמ' בהתירוץ, וגם מצד הסברא יש לפקפק בזה.

ב. עיין ברמב"ם בפ"ח מהל' גזילה הי"א שכתב וז"ל, נתן הגזלן לאנשי המשמר ומת קודם כפרה אין יורשי הגזלן יכולים להוציא מיד הכהנים שנאמר איש אשר יתן לכהן לו יהי, ואפילו הי' הגזלן קטן שאין מתנתו מתנה אין יורשים מוציאין מיד

הכהנים עכ"ל. והנה לכאורה נראה שקטן שגזל אינו מתחייב בהשבה וכן אינו חייב בכפרת חומש ואשם, אלא שאעפ"כ מדברי הרמב"ם מבואר שגם כשהגזלן הוא קטן חל הדין של גזל הגר שקנאו השם ונתנו לכהנים, ומש"ה כתב גם בנוגע לקטן שאם נתנו לכהן ומת אין היורשים מוציאים משום שקנאו השם ונתנו לכהנים. ברם לכאורה מדברי הש"ס לא נראה כן, דהא בגמרא מבואר דהא דאין מוציאין הרי זה משום שהכסף מכפר מחצה, ומבואר שאם אינו מכפר, אז התורה אינה מכריחה כלל שהכסף יהי' להכהנים, וא"כ מזה יוצא שהיכא שלא שייך כפרה אין להכהנים זכות של גזל הגר, וא"כ בקטן מכיון שלא שייך בו כפרה למה יש דין של נתינה לכהנים (ועיין בחזו"א בליקוטים על חו"מ בסי' י"ט בתחילת דבריו על דף ק"י ע"ב).

והנה עיין בר"ב במשניות שפירש שהטעם של המשנה למה אין מוציאין הרי זה משום שכבר זכה בהו מהגר. ותמה עליו התירו"ט דהא בגמרא אמרינן שהטעם הוא משום שהכסף מכפר מחצה. מיהו דברי הר"ב מכוונים היטב לפי שיטת הרמב"ם שגם אם קטן השיב לכהנים אין מוציאין מיד הכהנים, דהא חזינן מהרמב"ם שהוא סובר שאין הסיבה משום שהכסף כיפר מחצה (אלא שזהו דלא כסוגיית הגמרא כאן וכהנ"ל).

ועי' בחזו"א בסי' כ' סק"כ שכתב שהרמב"ם איירי במופלא הסמוך לאיש דשפיר חייב בכפרה עיי"ש בדרכו.

וע"ע ברמ"א באו"ח סוף סי' שמ"ג.

ג. עיין בתוס' שכתבו וז"ל, מכאן נראה

דכהן אינו יכול למחול מכיון דהוי כפרה עכ"ל. והקשה הפ"י מהא דשפיר מהני מחילה היכא שהוא משיב להנגזל עצמו אע"פ שגם שם הרי הוא מכפר (ועיי"ש במה שתי' הפ"י). ובאמת ה"ה שקשה מהא דמהני מחילה על חומש וכדתנן בדף ק"ג, אע"פ שגם החומש מכפר כמש"כ רש"י בדף ס"ה ע"א.

והנה כבר ביארנו לעיל בדף ס"ה באות ל"ח שיש כמה סוגים של דברים המכפרים, ואין גדריהם שוה, וא"כ י"ל שכיון שקרא רחמנא לגזל הגר בשם אשם, הרי הוא דומה לאשם בזה שאין כאן חיוב ממון כלל אלא כל דינו הוא רק חיוב כפרה ע"י מעשה נתינה להכהנים, ומש"ה לא מהני מחילה, משא"כ כשהוא משיב להנגזל עצמו, יש כאן חיוב ממון, וכן החומש אע"פ שסיבת החיוב היא כפרה אבל מחמת סיבה זו התורה קבעה חיוב ממון ממש ולכן הרי הוא יכול למחול. מיהו לבסוף הסקנו שם בהאות הנ"ל שגם היכא שנעשה לבסוף חיוב ממון אכתי אינו בדין שתועיל מחילה כיון שסיבת החיוב היא משום כפרה, והבאנו ביאור אחר בשם הקובץ שיעורים בענין למה מהני מחילה על חומש, והיינו משום שתחילת הסיבה של החיוב של חומש אינה לשם כפרה כלל, ומאי דאמרינן שהוא מכפר הכוונה היא רק שכשהוא משלם יש לו גם כפרה, אבל הסיבה שחייבתו התורה היא רק לשם חיוב ממון, ולכן שפיר מהני מחילה ופקע חיובו. והוסיף שם שגם לא נחשב מחוסר כפרה אלא היכא שהוא חייב בממונא, אבל כשנתבטל חיובו אין צורך לפעולה של כפרה, ורק אם הוא עומד בחיובו ואינו

משלם, רק אז הרי הוא נשאר מחוסר כפרה. ולפי דרכו י"ל שבגזל הגר, כיון דקריא רחמנא להקרן בשם אשם, הרי גם תחילת הסיבה של הנתינה היא משום כפרה ולכן לא מהני מחילה אפילו אם נעשה לבסוף חיוב ממון.

ועיין בחזו"א בסי' כ' סקי"ז שכתב כהדרך הנ"ל, והיינו שכשהוא משיב להנגזל עצמו, אז סיבת החיוב הוא חיוב ממון, וממילא הרי הוא יכול למחול, ואע"פ שיש בזה גם כפרה, אבל מ"מ לא אמרה התורה כפרה אלא בזמן שקיים הדין של תשלומי גזילה משום ממונא, אבל בגזל הגר כל הסיבה של זכות הכהנים היא לשם כפרה וממילא לא מהני מחילה, וזה מוכח מדברי אב"י עצמו שהוכיח מהמשנה שכסף מכפר מחצה, דאילו היו הכהנים זוכים מסיבת חיוב ממון דהיינו משום שהם נחשבים במקום הנגזל א"כ גם אם אינו מכפר מחצה אתי שפיר הא דאינו חוזר להיורשים, דהא כבר זכו הכהנים מדין גזל, וא"כ בע"כ צ"ל שסיבת החיוב היא רק כדי שיתכפר הגזולן.

וע"ע בדברי החזו"א בליקוטים על חו"מ בסי' י"ט בתחילת דבריו על דף ק"י ע"ב דמבואר שאע"פ שהתורה נתן אותו להכהנים רק כדי שיתכפר וכהנ"ל אבל מ"מ לבסוף נולד מזה חיוב ממון גמור להכהנים וכמו הצד שכתבנו לעיל, והוכיח כן מהא דאמר אב"י שאם לא הי' מכפר מחצה, אז הי' חוזר משום שאדעתא דהכי לא יהבי', דלכאורה צ"ע דגם בלא זה שאדעתא דהכי לא יהבי', הלא כל זכותם היא רק משום כפרה והכא ליכא כפרה, וא"כ למה בעינן לזה שהוא עצמו אינו

ניחא לי', הרי בעצם אין להם שום זכות
בהממון בכה"ג, וא"כ בע"כ צ"ל שמכיון
שבשעת נתינה הי' אפשר לבוא לידי כפרה
א"כ נעשה כאן זכות של ממון גמור
ומש"ה שפיר הי' מקום לומר שהם זוכים
אע"פ שלבסוף נתבטל (וצ"ע), ולכן שפיר
בעינן הך סברא של אדעתא דהכי לא יהיב.
ולפי כל הנ"ל יוצא מדברי החזו"א בב'
המקומות שבגזל הגר לכהנים נולד לבסוף
חיוב ממון גמור ואעפ"כ לא מהני מחילה
כיון שתחילת הסיבה היא כדי שיתכפר
וכמו שהסקנו באות ל"ח שם.

מראה מקומות בענין גרמא וגרמי

(א) דין גרמא בניזקין.

א. גרמא בניזקין פטור כדאמר רב אשי בב"ק דף ס' ע"א. ועי' עוד ברא"ש בדף צ"ח שהביא הרבה מקומות שפטרין משום דהוי רק בגדר גרמא.

ב. אע"פ שגרמא בניזקין פטור מלשלם אבל בכל זאת הרי זה אסור כדאמרין בב"ב דף כ"ב ע"ב. ומבואר שם שהיכא שזה בגדר גירי דילי, לכו"ע על המזיק להרחיק את עצמו, אבל היכא דלא הוי גירי דילי, ס"ל לרבי יוסי שעל הניזק להרחיק את עצמו, ורבנן סוברים שגם בכה"ג על המזיק להרחיק את עצמו.

ג. היד רמה שם באות ק"ז כתב שגרמא בניזקין אסור או משום שהוא עובר על ואהבת לרעך כמוך, או משום לפני עור לא תתן מכשול. והקובץ שיעורים שם באות ע"ד כתב משום ק"ו מהשבה אבידה, וגם החלקת יואב בחלק חו"מ סי' כ' כתב סברא זו.

וע"ע בברכת שמואל בב"ק סי' ג' בד"ה ונראה וכו' שכתב וז"ל, דכמו דחזינן בדין אדם המזיק דאף באופן דליכא תשלומין מ"מ איסורא הוי, כגון בגרמא בניזקין דפטור אבל אסור, ומשום דמזיק דאדם דנלמד מקרא דמכה בהמה ישלמנה, לא רק לענין חיוב ממון נאמר, אלא דנאמר הקרא גם לענין דנעשה מזיק ונענש בדיני שמים, דהפרשה דאדם המזיק נאמרה גם לענין

איסור ועונש בידי שמים, ולענין תשלומין הוא דלא נשלם דין מזיק כל זמן דליכא מזיק בידיים, אבל לענין רשע ועונש בידי שמים זהו גם היכא דליכא מעשה בידיים עכ"ל.

ד. אע"ג דגרמא בניזקין פטור מדיני אדם, אבל בכל זאת הרי הוא חייב לשלם מדיני שמים כמו שאמר רבי יהושע בן לוי בב"ק דף נ"ה ע"ב דד' דברים העושה אותם פטור מדיני אדם וחייב מדיני שמים ואירי בגרמא בניזקין כמו שפירש"י שם.

ה. הקצה"ח סי' ל"ב כתב שגם העושה גורם דגורם עובר על איסור ומענישין אותו מן השמים, אבל מ"מ אכתי פטור הוא מלשלם אפילו מדיני שמים. והובא דין כזה בשט"מ בדף נ"ו ע"א בשם המאירי בד"ה וכתב וכו' דיש דברים שאין עליהם חיוב תשלומין מדיני שמים ומ"מ איסורא איכא.

ו. בשט"מ בדף נ"ו ע"א בד"ה העושה וכו' הובא בשם המאירי שהיכא שאין כוונתו להזיק הרי הוא פטור אפילו מדיני שמים (ועיי"ש לעיל לענין מי חטאת ופרת חטאת). מיהו תוס' שם בד"ה כסויי כסיתי סוברים שהוא חייב בדיני שמים אפילו אם נתכוין לטובה.

ז. בחלק א' אות ש"כ הבאתי את דעות המחברים בענין מאיפוא ילפינן את החיוב לשלם מדיני שמים.

ח. היש"ש בפרק הכונס בסי' ו' כתב שאע"פ שגרמא בניזקין חייב בדיני שמים אבל אם תפס הניזק מפקינן מיני, הובא בש"ך בחו"מ בסי' כ"ח סק"ב, ועיי"ש בנושאי כלים שהביאו כן גם מהרמב"ן והריב"ש והאריכו בזה.

ט. עיין בב"ק דף קי"ד דאמר רב אשי האי בר ישראל דזבין לי' ארעא לעכו"ם אמצרא דבר ישראל חברי' משמתינן לי' עד דקביל עלי' כל אונסא דאתי מחמתי'. והביא הב"י בסי' שפ"ו בסד"ה ומה שאמר וכו' בשם הרא"ה והרמב"ן והראב"ד שה"ה שבכל גרמא בניזקין משמתינן לי' עד דמסלק לי' או עד דמקבל עלי' כל אונסא דאתי מחמתי' (וכן הביא הרמ"א שם). ובשם הראב"ד הביא שכל היכא דלא קיבל עלי', אע"ג דאתי אונסא, הרי הוא פטור משום שגרמא בניזקין הוי. והסמ"ע בהסי' הנ"ל בסק"ט הביא מהרשב"א שהוא חייב לשלם את ההיזקים שאירעו אחר השמתא אבל אינו חייב לשלם את ההיזקים שאירעו קודם השמתא, וכתב הסמ"ע שזהו כהראב"ד שהביא הב"י. וע"ע בב"י שכתב שמהרא"ש משמע שהיכא שזבין ארעא לעכו"ם הרי הוא חייב מדינא לשלם כל אונסא דאתי מחמתי' ולכן הרי הוא חייב לשלם גם את ההיזקים שאירעו קודם השמתא. ולפי הרא"ש אין ראי' שמשמתינן לי' בכל גרמא בניזקין.

(ב) שיטת רש"י ועוד, שגרמא וגרמי הם דבר אחד.

עיין בב"ק דף ק' דמייתנין שרבי מאיר

דן דינא דגרמי וחכמים פוטרים. ולקמן נביא את שיטות הראשונים בענין מה נקרא גרמא דפטור לכו"ע ומה נקרא גרמי דמחייב רבי מאיר. אמנם הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי כתב שמרומז בכמה מקומות ברש"י דס"ל שגרמי וגרמא הם דבר אחד, ומאי דאמרינן שגרמא בניזקין פטור הרי זה רק לפי רבנן אבל רבי מאיר מחייב.

ועיין בב"ק דף כ"ו ע"ב דאמר רבה הזורק כלי מראש הגג ובא אחר וסילק כרים וכסתות פטור, וכתב שם הרי"ף שרבה אזיל לשיטתו דס"ל בדף צ"ח שלא דיינינן גרמי אבל אנן קי"ל כר"מ ומש"ה המסלק חייב. ועיין ברש"י שם בד"ה פטור שכתב שהמסלק פטור משום דהוי גרמא בניזקין, וכתב הרמב"ן שם שגם רש"י ס"ל דלא אזיל לפי רבי מאיר, והיינו משום דס"ל לרש"י שגרמא וגרמי הם דבר אחד וחייב לפי רבי מאיר.

ועיין ביש"ש בדף כ"ו שם בסי' ל"ז שתמה על הרמב"ן איך יאמר על פה קדוש שטעה בהלכתא ורווחתא שגרמי חייב ושגרמא בניזקין פטור.

ברם הש"ך בסי' שפ"ו סק"ד הוכיח כדברי הרמב"ן דס"ל לרש"י שאין חילוק בין גרמא לגרמי מדף נ"ה ע"ב דאמר רבי יהושע בן לוי שד' דברים העושה אותם פטור מדיני אדם ופירש"י בזה"ל, קסבר גרמא בניזקין פטור עכ"ל, והך לשון של "קסבר" לא שייך אלא היכא דאיכא פלוגתא, וא"כ מוכח שרש"י סובר שר"מ ורבנן פליגי בכל הציוורים.

ועוד הביא שם הש"ך ראי' מדברי רש"י בדף צ"ח דעיי"ש שפטר רבה את הזורק מטבע של חבריו לים הגדול, וכן עוד כמה

(ג) שיטת הר"י והרא"ש והרשב"א בענין מה מיקרי גרמא ומה מיקרי גרמי.

עיינן בב"ב דף כ"ב ע"ב בתד"ה זאת אומרת שכתבו וז"ל, וחילק ר"י בלשון אחד דדינא דגרמי דחייב היינו שעושה הוא עצמו היזק לממון חבירו, ועוד חילק דדינא דגרמי דחייב היינו שמשעת מעשה בא ההיזק עכ"ל. פי' שבא ההיזק מיד. ועיינן ביש"ש בהגוזל קמא סי' כ"ו שהביא את שיטת הר"י וכתב דבעינן נמי ברי היזיקא. ותוס' בב"ב שם הקשו על הר"י מהא דאמרינן שטיהר את הטמא ועירבן בעל הבית עם פירותיו הרי הדיין חייב משום גרמי אע"פ שבכה"ג לא עשה הדיין מעשה בגוף החפץ וגם לא נעשה ההיזק מיד. וע"ע במרדכי בפרק הגוזל קמא בסי' קי"ט וכן ברא"ש בפרק לא יחפור סי' י"ז איך שביארו למה במחיצת הכרם שנפרצה הרי זה נקרא שאסר את הזרעים על ידי מעשה. ועיינן בדברי הרא"ש בפרק הגוזל קמא בסי' י"ג, וכן בפרק לא יחפור בסי' י"ז, שכתב שהיכא שהוא עצמו עשה מעשה וגם ברי היזיקא הרי זה בגדר גרמי, ושוב הוסיף שעוד יש לחלק שהיכא שנעשה ההיזק מיד הרי זה בגדר גרמי. והנה מדבריו לא מבואר אם כוונתו לומר דבעינן באמת שלשתן יחד, או האם כוונתו היא לעשה מעשה וברי היזיקא לחוד, וכן להזיקו מיד לחוד (ומתוס' בב"ב שם שכתבו ש"חילק הר"י בלשון אחד וכו', "ועוד חילק וכו'" משמע יותר שלא בעינן הכל יחד). מיהו עיי"ש בפלפולא חריפתא בפרק הגוזל אות ע' שהביא שבפרק

ציורים, ופירש"י שם בד"ה חסורי חסרי' שהטעם של רבה בכולם הוא משום שגרמא בניזקין פטור, והרי אחד מהמימרות של רבה שם הוא השורף שטרות של חבירו דפטור, ובע"ב שם אמרינן ששורף שטרות הוא בגדר גרמי, וא"כ חזינן להדיא שרש"י סובר שהכלל של גרמא בניזקין פטור קאי גם על מאי דקרינן בגמרא בשם גרמי, ומשמע שהכל תלוי בפלוגתא דרבי מאיר ורבנן.

וע"ע בש"ך שם שהביא את מה שפירש"י בב"ב דף כ"ב ע"ב על מאי דאמרינן שם זאת אומרת גרמא בניזקין אסור וז"ל, ואפילו למאן דלא דאין דינא דגרמי עכ"ל. ולכאורה דבריו תמוהין דמה ענין דינא דגרמי להא דאמרינן שגרמא בניזקין אסור, הלא בגמרא כו"ע סברי שלא דיינינן, ובע"כ צ"ל דס"ל לרש"י שמאי דאמרינן בגמ' שגרמא בניזקין פטור הרי זה אתי רק לפי רבנן ולא לפי רבי מאיר דדאין דינא דגרמי.

וע"ע בתוס' רי"ד בגיטין דף נ"ג ע"ב דמשמע דס"ל שגרמי וגרמא הם דבר אחד וז"ל, אבל בגרמא בניזקין אע"ג דמחייב רבי מאיר וכו' עכ"ל.

ועיינן בחו"מ סי' תי"ח בש"ך סק"ד שכתב שכן היא שיטת הרמב"ם והראב"ן. וגם בסי' שפ"ו סק"ד כתב שכן היא שיטת הרמב"ם. וכן היא דעת הסמ"ע בסי' שפ"ו סק"א, ודעת הגר"א בסי' שצ"ו סק"ח בשיטת הרמב"ם. ובחלק א' אות תרפ"א הבאנו שהמאירי והקצה"ח כתבו אחרת בשיטת הרמב"ם, וציינו שם לדברי החזו"א על ב"ק בסי' א' סק"ו עיי"ש.

הנשרפין סוף סי' ב' כלל הרא"ש שלשתן ביחד*). ודע שבפרק הנשרפין כתב הרא"ש שגם כשרק התחיל ההיזק מיד, ושוב הולך וחזק, הרי זה מיקרי גרמי, וכן מוכח גם מדבריו בפרק הגוזל ולא יחפור (ולפ"ז אין צורך להגות הב"ח על דברי הר"י בתוס' בב"ב שם באות ו' שבב"ח שהגיה שצ"ל "דבשעת", אלא אפשר לגרוס "דמשעת" דמשמע שרק התחיל).

והנה עיין ברמ"א בסי' שפ"ו סעי' ג' שהביא את דברי הרשב"א בתשובה אלף נ"ב שאם החזיר שטר פרוע להמלוה הרי הוא פטור משום דהוה גרמא בניזקין. וכן הביא את דברי הר"ן והנ"י שסופר שכתב מנה במקום מאתיים פטור. והב"י שם הביא את דברי הרשב"א שביאר שהטעם למה מיפטר כשהחזיר שטר פרוע להמלוה הרי זה משום שלא נתחייב הלוה מיד עם חזרת השטר. והש"ך שם הביא את קושיית המהרש"ך על הרשב"א דמ"ש משורף שטרות דחשיב גרמי.

ולכאורה אפשר לומר חילוק פשוט, והיינו שבשורף שטרות בא ההיזק מיד, שהלא מיד איבד המלוה את כחו, וכבר עכשיו אינו יכול לתבוע, וכן אם החזיר שטר שאינו פרוע להלוה, אבל הרשב"א איירי באופן שהוא מחזיר שטר פרוע להמלוה דבכה"ג ליכא הפסד להלוה מיד

כל זמן שלא תבעו המלוה, ומה שקיבל המלוה כח להזיק את הלוה לא מיקרי עוד בגדר היזק להלוה, וכן היכא שכתב הסופר מנה במקום מאתיים הרי זה עוד לפני ההלוואה ומסירת השטר וליכא שום היזק מיד**). שו"ר שכ"כ המשאת בנימין בסי' פ"ה (והש"ך שם ציין לעיין בדבריו), אבל המהרש"ך שם כתב שגם בשורף שטרותיו לא מיקרי היזק מיד אלא אח"כ כשלא רצה הלוה לפרוע.

וע"ע בדף צ"ח באות כ"ט בענין אם מיקרי שההיזק בא מיד.

וע"ע בסי' נ"ה בסמ"ע סק"ה ונתיה"מ סק"א.

ד) שיטת הרי"ף והרמב"ן בענין מה מיקרי גרמא ומה מיקרי גרמי.

עיין בב"ק דף כ"ו ע"ב דאמר רבה זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים וכסתות ובא אחר וסילקן או קדם וסילקן פטור מאי טעמא דבעידנא דשדי' פסוקי מפסקי גירי'. וכתב הרי"ף (הובא שם גם בתוס') דהא דפטר רבה גם להמסלק (כדאמר או שקדם וסילקן) הרי זה משום שאזיל לטעמי' שלא דאין דינא דגרמי בדף צ"ח, אבל לדידן דקי"ל שגרמי חייב, שפיר מחייבין ל'י

שהתם נעשה מחויב על פי דין מיד (עי' בספרי על סנהדרין באות רי"ג) ומש"ה הרי זה נחשב שההיזק בא מיד, אבל בהחזיר שטר פרוע להמלוה, על פי דין הלוה אינו מחויב כלום, וכל ההפסד יבוא רק כשיתבענו המלוה, אבל עכשיו בשעת החזרה עוד לא נשתנה כלום.

* וכן ראיתי בשו"ת מהר"ם מלובלין בסי' ס"א שהבין כן את שיטת הרא"ש, וכן משמע בשו"ת משאת בנימין בסי' פ"ה שהבין כן את כוונת הר"י והרא"ש.

** והא דחשיב חייב את הזכאי גרמי אע"פ שאינו צריך לשלם עד שהלה יתבענו, הרי זה משום

להמסלק, וכן נפסק בשו"ע בחו"מ סי' שפ"ו סעי' ג' עיי"ש. ולכאורה ס"ל להרי"ף שמיקרי גרמי אפילו אם לא עשה מעשה בגוף החפץ, כל שברי היזיקא, דהא המסלק לא עשה מעשה בגוף הכלי, ומ"מ כתב הרי"ף שהוא חייב (ואע"פ שזרקו אחר). ועיין באמת ברא"ש בהמקומות שציינתי בהאות הקודמת שכתב שסילוק כרים וכסתות חשיב רק גרמא משום שלא עשה מעשה בגוף הממון ודלא כשיטת הרי"ף.

ועיין גם ברמב"ן בקונטרס דינא דגרמי (ברפוס הישן בעמוד רי"ח טור א') שכתב כהרי"ף דהוי גרמי. ובעמוד רי"ז ריש טור ב' הגדיר שגרמי הוא באופן שברי היזיקא. ועיין היטב להלן שם איך שביאר למה ב' הכובשים עדותם הרי הם פטורים מדיני אדם ולא חשיב גרמי משא"כ בנתיאש ממנה ולא גדרה.

גם כתב שם בעמוד רי"ז טור ב' דהא דפטרינן בדף נ"ו למאן דשויה לתבואת חברו טמון באש אע"ג דהוי ברי היזיקא הרי זה משום שהתם אינו גורם היזק אלא הרי זה רק מניעת גוביינא שעוד לא נתחייב בו המזיק, ולכן הרי זה נחשב גרמא.

ה) שיטת הריצב"א בענין מה מיקרי גרמי.

עיין בב"ב דף כ"ב ע"ב בתד"ה זאת אומרת, ובב"ק דף נ"ד ע"א בד"ה חמור וכו', וכן בדף ס"ב ע"ב שם בד"ה יצאו שטרות, ובדף ע"א ע"ב בד"ה וסבר, וכן בכתובות דף ל"ד ע"א, שהביאו את דעת הריצב"א שדינא דגרמי הוא קנס דרבנן שקנסו בהיזק מצוי ורגיל כדי שלא ילך

ויזיק ממונו של חברו בעין, והרי זה דומה למה שקנסו היזק שאינו ניכר (ומה שכתבו תוס' בב"ק דף נ"ד דבר זה בשם הרי"ף ובדף ע"א ע"ב בשם הריב"א הכוונה היא להריצב"א). וצידד הריצב"א (בתוס' בב"ב שם) שלפי ר"מ שקונס שוגג אטו מזיד בהיזק שאינו ניכר הה"נ שהוא קונס בגרמי (ודלא כדעת התוס' רי"ד שנביא לקמן שאפילו לפי ר"מ לא קנסינן שוגג אטו מזיד בגרמי).

והנה בב"ק דף ק' ע"ב מיייתנן הא דתנן מחיצת הכרם שנפרצה אומר לו גדור, נפרצה אומר לו גדור, נתיאש ממנה ולא גדרה הרי זה קידש וחייב באחריותו, ואמרינן שרבי מאיר היא דדאין דינא דגרמי. וכתבו שם תוס', וכן בב"ב דף ב' ע"ב בשם הרי"ף, דחשיב בכה"ג היזק ניכר, דאין לומר דחשיב היזק שאינו ניכר והרי הוא חייב רק מדרבנן כדי שלא ילך ויזיק ממון חברו, כי בכה"ג ליכא למיחש להכי כיון שגם בעל הכרם מפסיד עיי"ש. והנה מדבריהם מוכח שאולי שגרמי הוא דאורייתא, דהא אם הוא רק דרבנן כמו שסובר הריצב"א ומטעמא דשלא ילך ויזיק ממון חברו א"כ גם השתא דהוי היזק ניכר אכתי קשה קושייתם שלא שייך לקנוס בכה"ג כיון שגם בעל הכרם מפסיד. וכהנ"ל מוכח גם מקושייתם השני' שם שהקשו שאם נאמר דחשיב היזק שאינו ניכר א"כ רק במזיד קניס (ועיי"ש בגליון הש"ס שתמה על זה), ואילו לפי הריצב"א הרי גם אם נודה דהוי היזק ניכר אכתי ישאר קשה בנוגע לגרמי שרק במזיד קנסינן.

ברם אע"פ שמהתוס' הנ"ל בע"ב נראה

גם בשוגג וכן גם את בניו אחריו. וע"ע בתוס' רי"ד שם שהוכיח כשיטתו מהא דבנפרצה צריכים לומר לו גזור.

ובשבעות דף ל"ז ע"ב בתד"ה מיעט שטרות הקשו למה בעינן למעוטי שטרות מגזילה למאן דלא דאין דינא דגרמי דהא אפילו אם שרפן בידים הרי הוא פטור. וכתבו שלפי ר"מ שדאין דינא דגרמי שפיר בעינן קרא למעוטי שטרות. ומדבריהם מוכח דס"ל שגרמי הוא מהתורה. מיהו גם בב"ק דף ס"ב ע"ב בד"ה יצאו שטרות הקשו קושיא זו וכתבו שאפילו ר"מ מחייב גרמי רק מדרבנן כמו שהבאנו לעיל.

והרמ"א בסי' שפ"ו סעי' ג' כתב וז"ל, יש אומרים שבכל גרמא בניזקין אם הוא דבר שכיח ורגיל חייב לשלם משום קנס עכ"ל. ודבריו הם כשיטת הריצב"א.

ו) שיטת הרמב"ם בענין מה מיקרי גרמי ומה מיקרי גרמא.

עיין בחלק א' אות תרפ"א שביארנו את דעת הרמב"ם בזה.

ז) שיטת המרדכי.

עיין לעיל באות ד' שהבאנו את דעת הרי"ף שזורק מטבע של חבירו לים הגדול וכן השף מטבע של חבירו הם ציורים של גרמי. ועיין במרדכי בפרק הגזול קמא בסי'

כמו שנביא באות י' סק"ב. מיהו יש לצדד שאין חיובו משום אדם המזיק אלא משום ק"ו מנזקי ממונו אשר לפ"ז שוגג יהי' פטור. ועי' בחלק א' אות ב' סק"ז, וכן באות שמ"ג שם, בענין אם האומר מותר חייב בנזקי ממונו.

שגרמי הוא מן התורה, וכן שהוא חייב בשוגג, אבל מ"מ עיין בב"ק דף ק' ע"א בד"ה טימא וכו' דמבואר בדבריהם שגרמי פטור בשוגג, ומוכח לכאורה מזה דהוי רק דרבנן משום שאם הוי דאורייתא א"כ הרי זה צריך להיות כמו כל אדם המזיק שהוא חייב על שוגג כמזיד ואונס כרצון. ועוד כתבו תוס' בהמקומות הנ"ל בשם הר"י דהא דצריך להתרות בו שיגדור הרי זה משום שבלא זה אינו חייב משום גרמי, וא"כ מזה חזינן שפוטר הר"י גרמי בשוגג וכן שהר"י סובר שגרמי הוא דרבנן. וצ"ע מדבריו שהבאנו לעיל, וכן באות ג', דנראה מתוס' שהר"י חולק על הריצב"א וסובר שגרמי הוא מהתורה, ושהוא חייב בשוגג, וצ"ע כעת*) (מיהו הרמב"ן בריש ב"ב כתב טעם אחר למה צריכים לומר לו גזור עיי"ש).

ועיין בש"ך בריש סי' שפ"ו שהביא שגם הנ"י סובר שגרמי הוא דרבנן ממה שכתב בב"ק דף ה' שמוסר פטור בשוגג, דהא אם גרמי הוא מהתורה למה אינו חייב גם בשוגג.

ועי' בתוס' רי"ד בגיטין דף נ"ג שכתב שבגרמי לא קנסינן בניו אחריו וגם לא שוגג, ואפילו רבי מאיר שקונס שוגג אטו מזיד בהזיק שאינו ניכר, הרי הוא פוטר שוגג בגרמי. וגם מדברי התוס' רי"ד מבואר דס"ל שגרמי הוא דרבנן, דהא אם הוא דאורייתא א"כ היינו צריכים לחייב

*) והנה בכל דברי באות זו נקטתי שאם גרמי הוא מהתורה הכוונה היא שהוא בכלל אדם המזיק ושמשה הרי הוא חייב על שוגג כמזיד. וכן כתבו הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי והש"ך בסי' שפ"ו שאם גרמי הוא מהתורה חייבים על שוגג כמזיד

קי"ד שהקשה שאם נאמר שמה שהוא גורם הוצאות לחבירו הרי זה בגדר גרמי א"כ אמאי פטרינן ריפוי בהמה לפי ר"מ. ועוד למה חייבים על ריפוי אדם לפי רבנן דרבי מאיר, הא לא הוי אלא גרמי וא"כ נילף מקרא דרפא ירפא שגרמי חייב. וכתב המרדכי שכל הגורם הוצאות מחמת מעשה שעשה להאדם עצמו, כגון בריפוי, הרי זה נחשב בגדרה מזיק ממש, אבל כל הגורם הוצאות מחמת מעשה שעשה לממונו הרי זה בגדר גרמא, ולעולם זורק וסף מטבע הרי הם בגדר גרמא ולא גרמי. ועיין בקצה"ח בסי' שפ"ו סק"י מה שכתב על דברי המרדכי.

ובחלק א' אות תכ"א הארכנו בזה עיי"ש.

(ז*) שיטת הרמ"ה.

עי' בחלק א' בהערה על אות ט', וכן בספרי על ב"ב באות ט"ו, בנוגע לשיטת הרמ"ה שהיכא שהי' מחויב לבנות כותל בשביל היזק ראי', ולא בנה, הרי הוא חייב עבור הזיקא דגנבים משום דמיקרי גרמי.

(ח) מאן תנא דדאין דינא דגרמי.

א. עיין בב"ק דף ק' דמסקינן שרבי מאיר הוא התנא שדאין דינא דגרמי דתניא מחיצת הכרם שנפרצה אומר לו גדור, נפרצה אומר לו גדור, נתייאש ממנה ולא גדרה הרי זה קידש וחייב באחריותו. ועיי"ש בתד"ה מחיצת הכרם שביארו מנא ידעינן שהיא ברייתא רבי מאיר היא. והרמב"ן בקונטרס הגרמי (קרוב לתחילתו)

הביא שבירושלמי בפ"ז דכלאים מיבעיא לן שאולי אפילו רבנן דייני דינא דגרמי. ועיי"ש בפני משה איך שלומד.

ב. בפ"ז דמס' כלאים (הובא בדף ק') תנן המסכך גפנו על גבי תבואתו של חבירו הרי זה קידש וחייב, ר"י ור"ש אומרים אין אדם אוסר דבר שאינו שלו. ובדף ק' ס"ד להגמ' שמכאן מוכח שרבי מאיר (סתם משנה) דאין דינא דגרמי. ועיין ברמב"ן בקונטרס דינא דגרמי שהביא מקשים אמאי לא אמרינן שגם ר"י ור"ש דייני גרמי לפי הס"ד, דהא חזינן שהם פוטרים רק משום שאין אדם אוסר דבר שאינו שלו, הא לאו הכי היו מחייבים. ותירץ הרמב"ן שלעולם י"ל שהם לא דייני דינא דגרמי אלא שאמרו טעמא עדיפא, והיינו שבכלל אין כאן היזק כי אינו יכול לאסור משום שאין אדם אוסר דבר שאינו שלו. תדע שהרי לא אמרו "פטור משום שאין אדם אוסר דבר שאינו שלו", אלא אמרו בסתם אין אדם אוסר דבר שאינו שלו. אמנם עיין בתוס' שם בד"ה מחיצת הכרם שכתבו שר"י ור"ש פליגי רק משום שאין אדם אוסר דבר שאינו לו.

ג. בב"ק דף קט"ז תנן הגוזל שדה מחבירו ונטלוה מסיקין וכו', אם מחמת הגזלן, חייב להעמיד לו שדה אחר. ומוקמינן ל"י בגמרא דאחוי אחוויי דהיינו שהראה להנכרי ליטול את הקרקע של חבירו. ובדף קי"ז ע"ב אמרינן זיל לגבי ר"ש בן אליקים ור"א בן פדת דדייני דינא דגרמי, אזל לגביהו חייבי' ממתניתין דאם מחמת הגזלן חייב להעמיד לו שדה אחר,

(ט) ראיות המפרשים בענין אם גרמי חייב מהתורה או מדרבנן.

עיין לעיל שהבאנו את שיטת הריצב"א שגרמי הוא קנס דרבנן. והרמב"ן בקונטרס הגרמי האריך להוכיח שהוא דאורייתא. והש"ך בסי' שפ"ו השיג עליו והסיק כשיטת הריצב"א. ועתה נביא ראיות לכאן ולכאן.

א. הנה הרמב"ן שם שכתב שמהלשון של "דינא" דגרמי חזינן שהוא דאורייתא, דהא אילו הי' רק דרבנן הוי לי' למימר "קנסא" דגרמי. מיהו הש"ך שם כתב שאדרבה מהא דלא אמרו שגרמי חייב או פטור, אלא נקטו לשון של דיינינן ולא דיינינן, חזינן הוא רק קנס דרבנן. והיש"ש בפרק הגזול בסוף סי' כ"ו הסיק כהרמב"ן, וכתב שדיינינן הוא שפיר לישנא מעליא על היכא שהוא מחויב מעיקר הדין וז"ל, גם לרווחא דמילתא נ"ל דלשון התלמוד מורה על הדין מדאמר רבי מאיר הוא דדאין דינא דגרמי ולא אמר דמחייב דינא דגרמי, אלא כלומר דן דינא וירד לעומק של הלכה עד שדן לחייב כמו שמצינו גבי רבי נתן דיינא הוא וכו' עכ"ל.

ב. בב"ק דף קט"ז ע"ב איבעיא לן אם חיובו של מוסר הוא דינא או קנסא. ואמרינן שם שמתניתין היא דתנן הגזול שדה מחבירו ונטלוה מסיקין וכו' אם מחמת הגזול, חייב להעמיד לו שדה אחר, ואוקימנא דאחוי אחוויי. ושוב מיייתנן שאדם אחד עשה אחוי אחוויי וחייב אותו רב נחמן לשלם, ושאל אותו רב הונא בר חייא אם זה דינא או קנסא, כלומר האם

ואוקימנא באחוי אחוויי. ועיין בתוס' בדף קט"ז ע"ב בד"ה לא צריכא (השני) שהקשו דכיון דמשמע שם שהוא חייב משום גרמי א"כ אמאי לא הביאו הך מתניתין לעיל בדף ק' כשאבעיא לן התם מאן תנא דדאין דינא דגרמי. ותירצו וז"ל, ואומר ר"י דלא ניחא לי' לאתויי ממתניתין דהכא דלא קתני בה בהדיא דאחוי אחוויי אלא מיתורא דמתניתין מוקי לה הכי עכ"ל. והנה עיין בתוס' בדף ה' ע"א דס"ל שמוסר חמור משאר גרמי ואפילו מאן דלא דאין דד"ג קונס במוסר, וא"כ לפ"ז ליכא להוכיח ממוסר שדיינינן דינא דגרמי, כמו שרצו תוס' להוכיח בדף קט"ז ע"ב. שו"ר שהעיר כן בעל ההגה על הש"ך בר"ס שפ"ו עיי"ש.

ד. בדף צ"ט ע"ב תניא שמראה דינר לשולחני ונמצא רע חייב השולחני. וכתב הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי דהא דלא הביאה הגמ' בדף ק' את הברייתא ההיא הרי זה משום שרצו להוכיח שרבי מאיר הוא זה שדן דינא דגרמי ולא רבנן.

ה. תוס' בדף ק' ע"א בד"ה מחיצת הכרם וכו' כתבו שהחולק על רבי מאיר ולא דאין דינא דגרמי הוא התנא של הברייתא בדף ל"ג ע"ב דס"ל שמזיק שיעבודו של חבירו פטור, והיינו משום שמבואר שם בהסוגיא שאם מזיק שעבודו של חבירו פטור כ"ש שגם השורף שטרות (שהוא גרמי) פטור, והיינו משום ששורף שטרות קיל טפי משום שניירא בעלמא קלאי. ועיין בקצה"ח בסי' שפ"ו סק"ה מה שכתב על דברי תוס' הנ"ל, וכבר הארכנו בזה בחלק א' אות ת"ל.

זה מעיקר הדין או האם זה קנס, ושאל רב יוסף את רב הונא בר חייא מהו הנפ"מ אם זה דינא או קנסא, ואמר לו שאם זה קנסא לא גמרינן מיני'. והשיב רב נחמן לרב הונא בר חייא מתניתין היא והביא את המשנה הנ"ל, והרמב"ן בקונטרס הגרמי הביא משם ראי' שגרמי הוא דאורייתא, והיינו משום שהבין הרמב"ן שכוונת רב נחמן היתה להראות שהוא מחויב מדינא (מדקרי ל' התנא גולן) אשר מזה מוכח שחיובו של מוסר שהוא משום גרמי הרי הוא מעיקר הדין. ברם שוב צידד שם שאין ראי', והיינו משום שי"ל שלא היתה כוונת רב נחמן לפשוט שהוא דינא, אלא כוונת רב נחמן היא רק לומר שהציוור נזכר במתניתין עיי"ש. והש"ך בסי' שפ"ו שם העלה כהצד השני של הרמב"ן משום שממתניתין דהתם באמת לא מוכח אם הוא דינא או קנסא, והוכיח כן מהא דבתר דמיינתין ממתניתין שוב שאל רב יוסף מאי נפ"מ יש אם הוא דינא או קנסא, ואי סלקא דעתך שכבר פשיט ממתניתין דדינא הוא הול"ל מאי נפקא מינה בזה שהוא דינא ותו לא.

ג. בב"ק דף צ"ט ע"ב מבואר שבמראה דינר לשולחני וטעה השולחני ונמצא רע השולחני חייב אם אינו בקי גדול כעין דנכו ואיסור. ומיירי שם אפילו בשוגג. והביא הרמב"ן ראי' משם שגרמי הוא דאורייתא, דהא אם אינו אלא דרבנן א"כ הי' צריך להיות פטור בשוגג כמו בהיזק שאינו ניכר למ"ד שמדאורייתא לא שמי' היזק. ברם עיי"ש ברמב"ן שהביא שיש לדחות ששאני מראה דינר לשולחני דמכיון שהי' לו

ללמוד הרי זה נחשב פשיעה וגרע משוגג ולכן הרי הוא שפיר חייב אפילו אם גרמי הוא רק קנס.

ד. בב"ק דף ק' ע"א מסקינן שהתנא שדאין דינא דגרמי הוא התנא של הברייתא דתניא מחיצת הכרם שנפרצה אומר לו גזור, נפרצה אומר לו גזור, נתייאש ממנה ולא גדרה הרי זה קידש וחייב באחריותו, והביא הרמב"ן שם מוכיחים מזה שגרמי הוא קנס, דלפ"ז שפיר צריכים להתרות בו כדי לעשותו מזיד, אבל אם הוא דאורייתא א"כ גם שוגג צריך להיות חייב. ולהלן שם דחה את ראייתם משום דהא דבעינן להתרות בו הרי זה כדי שיהי' בגדר מקיים כלאים מרצונו, וכבר הבאנו לעיל באות ה' את דעות המפרשים בענין למה צריך לומר לו גזור.

ה. הש"ך בריש סי' שפ"ו הביא שהרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי הוכיח שגרמי הוא דאורייתא משום שאם הוא רק דרבנן איך ילפינן שאר גווני ממחיצת הכרם שנפרצה הלא קי"ל כשמואל דאמר בגיטין דף נ"ג ע"א שקנסא מקנסא לא ילפינן. ברם הש"ך שם הביא את דברי הרמב"ם ברפ"ז מהל' חובל ומזיק שפסק כרב, ובסימן רפ"ה סק"א כתב מקור לדברי הרמב"ם למה פסק כרב אע"פ שהלכתא כשמואל בדיני.

ו. בב"ק דף ס"ב ע"א מיבעיא לן אם עשו תקנת נגזל במוסר. וכתבו תוס' בדף נ"ד ע"א בד"ה חמור וכו' דמוכח מזה שגרמי הוא דרבנן וכשיטת הריצב"א, משום שאם הוא דאורייתא, מ"ש מנגזל, ולמה

לא נאמר שגם במוסר עשו תקנה. ברם עיין בש"ך בסי' שפ"ו שהביא בשם המהרש"ל שאפילו אם גרמי הוא דאורייתא אבל מ"מ שפיר יש לחלק בינו לבין נגזל כיון שלא הזיק בידיים ממש, והש"ך שם דחה את דבריו. וע"ע בקצה"ח שם בסק"א משי"כ על ראי' זו.

ז. הרמב"ן שם הביא ראי' שגרמי הוא דאורייתא משום שאם נאמר שהוא דרבנן משום קנסא א"כ למה לא פטרינן את יורשיו כדרך שפטרינן להו בהיזק שאינו ניכר למ"ד שמדאורייתא לא שמי' היזק. ברם עיין בש"ך שם שתמה מנ"ל להרמב"ן שבניו חייבים, אולי הם פטורים וכמו שהביא לעיל שם בשם הפוסקים.

ח. בב"ק דף קי"ז ע"א תניא ישראל שאנסוהו עכו"ם והראה ממון חבירו פטור, ואם נטל ונתן ביד חייב, ואמר רבה אם הראה מעצמו כנשא ונתן ביד דמי. והקשה הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי דאם גרמי הוא דאורייתא למה פטור הוא אם אנסוהו להראות טפי מהיכא שהראה מעצמו דהא באדם המזיק מחייבין אונס כרצון. ותירץ הרמב"ן שהיכא שאינו מזיק ע"י מעשה בידיים אלא בדיבור בעלמא הרי זה קיל טפי והקילו רבנן. ברם עיין בש"ך שם שכתב שדוחק לומר שעקרו רבנן דינא דגרמי דאורייתא. והעלה שם הש"ך שמוכח מסוגיא דהתם שגרמי הוא דרבנן משום קנס, ולא קנסוהו היכא דהוי אונס, אבל אם נשא ונתן ביד הרי הוא חייב אפילו אם אנסוהו משום דכיון שעשה מעשה הרי זה נפק מתורת גרמי וחשיב אדם המזיק דחייב גם על אונס כרצון.

ט. בב"ק דף צ"ח ע"א הביא הש"ס את המימרא של רבה של זורק מטבע של חבירו לים הגדול פטור, וכן את המימרא שלו שהשף מטבע של חבירו פטור, וכן את המימרא שלו שהשורף שטרותיו של חבירו פטור. ובסוף הסוגיא שם קאמר אממר בנוגע לשורף שטרות דמאן דדאין דינא דגרמי מגבי בי' דמי שטרא מעליא, ומאן דלא דאין דינא דגרמי מגבי בי' דמי ניירא בעלמא. והקשה הש"ך בסי' הנ"ל למה הזכיר אממר רק שורף שטרות לחוד, והוכיח מזה שבאמת דינא דגרמי הוא רק משום קנס דרבנן, דקנסו היכא שהדבר הוא שכיח ורגיל, וס"ל לאממר שדוקא שורף שטרות הוא שכיח ורגיל אבל בהציוורים האחרים של רבה לא שייך לקונסו כמו שביאר שם, אבל אם נאמר שגרמי הוא דאורייתא א"כ שוב לא שייך לחלק כהנ"ל, והדרה קושיא לדוכתה למה קבע אממר את דבריו דוקא על שורף שטרות.

ברם, עיין ביש"ש בפרק הגוזל סי' י"ט שכתב שלעולם איכא למימר שגרמי הוא דאורייתא, רק דס"ל לאממר ששאר הציוורים של רבה אינם גרמי אלא גרמא, דכן ביאר שם בדעת הפוסקים שפסקו שרק שורף שטרות חייב אבל לא האחרים.

י. עיין עוד בדף צ"ח ע"ב דלפני שהביאו את המימרא של אממר, הביאו את המימרא של רב דימי בר חנינא שהשורף שטרותיו של חבירו תלוי בפלוגתא דר"ש ורבנן, דלר"ש דאמר שדבר הגורם לממון כממון דמי הרי הוא חייב, ולרבנן דס"ל שלא כממון דמי הרי הוא פטור. ושוב דחי ר"ה ברי' דר"י שאולי גם ר"ש מודה בשטר

אלא באותם ציורים הנזכרים בגמרא, ואין להוסיף עליהם, משום דמאן לימא לן אם הוא שכיח או לא.

ב. הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי כתב שאם גרמי הוא דאורייתא הרי הוא חייב על השוגג כמזיד ועל אונס כרצון כמו בשאר אדם המזיק, אבל אם הוא רק קנסא דרבנן לא קנסינן אלא במזיד לחוד כמו שמבואר ברמב"ן שם ובש"ך בריש סי' שפ"ו ובסק"ו, וכדאמרינן בגיטין דף נ"ג בענין היזק שאינו ניכר שלא קנסו אלא במזיד (והש"ך בסק"ו הביא מהיש"ש שהוא פטור על שוגג).

(ואולי שייך לומר שאפי' אם גרמי הוא מהתורה אבל אינו נחשב בגדר ציור של אדם המזיק, אלא חיובו הוא משום ק"ו מנזקי בהמה, וממילא שוגג פטור.)

והנה כל זה הוא בדעת רבנן דס"ל שבהיזק שאינו ניכר לא קנסינן שוגג אטו מזיד. ברם עיי"ש בסוגיית הגמ' דס"ל לר"מ ששפיר קנסינן שוגג אטו מזיד, ונפלה מחלוקת בין הראשונים אם ס"ל לר"מ כן גם בגרמי, דעיינן בתוס' רי"ד שם שכתב שבדד"ג לא קניס ר"מ שוגג אטו מזיד והא דקניס בהיזק שאינו ניכר הרי זה משום שהיזק שאינו ניכר חמיר טפי מגרמי. מיהו תוס' בב"ב דף כ"ב ע"ב בד"ה זאת אומרת צידדו לומר שגם בגרמי קונס ר"מ שוגג אטו מזיד.

וע"ע באות ט' סק"ח שהבאנו את דברי הרמב"ן שאפילו אם גרמי הוא מן התורה אבל בכל זאת אם לא עשה אלא דיבור בעלמא הרי הוא פטור על האונס.

ג. הש"ך בסי' שפ"ו סק"א הביא שאם

כיון שאין עיקרו ממון. ושוב הביאו את המימרא של אמימר שלמאן דדאין דינא דגרמי הרי הוא חייב, ולמאן דלא דאין הרי הוא פטור. והקשה הש"ך שם דדילמא גם ר"מ שדן דד"ג ס"ל שהשורף שטרות פטור משום שאין עיקרו ממון, וכמו שאמר ר"ה ברי' דר"י בדעת ר"ש, וא"כ מנ"ל לאמימר לומר שמאן דדאין דינא דגרמי מחייב בשורף שטרות (ועיי"ש במה שהוסיף לפלפל בזה). והוכיח מזה הש"ך שדינא דגרמי הוא קנסא דרבנן ומש"ה אע"פ שאין עיקרו ממון, אכתי שייך לקנוס קנס זה, ועיין בקצה"ח שם מש"כ בזה.

יא. ע"ע בש"ך שם מה שהביא מב"ק דף ע"א להוכיח שגרמי הוא דרבנן ומה שהשיגו הקצה"ח שם.

(י) הנפקא מינה לדינא בין אם גרמי הוא דאורייתא או דרבנן.

א. הנה אם דינא דגרמי הוא דאורייתא פשיטא שדיינינן ליה בכל ציור שיצויר, ואפילו אם לא הוזכר בש"ס, ובלבד שלא יהי' בגדר גרמא אלא יהיו בו התנאים שהזכירו הראשונים. מיהו אם גרמי הוא רק דרבנן לא דיינינן בכל ציור שיצויר, דעיינן ברמ"א בסי' שפ"ו סעי' ג' שכתב וז"ל, י"א דבכל גרמא בניזקין אם הוא דבר שכיח ורגיל חייב לשלם משום קנס עכ"ל. וזוהי דעת הריצב"א (הובא לעיל כאן באות ה') שדינא דגרמי הוא קנס דרבנן שקנסו בכל היזק שהוא שכיח ורגיל. ועי' בש"ך בסק"ד שהסיק דלא כמשמעות לשון הרמ"א, אלא שלפי שיטה זו אינו חייב

ליכתבו לי' שטרא מעליא, ואי ליכא סהדי אנן מנא ידעינן, ומפרקינן אמר רבא תהא במאמינו. ובהמשך הסוגיא קאמר אמירא שמאן דדאין דד"ג מחייב את השורף שטרות. והקשה שם הפ"י דהא אפילו אם נאמר שגרמי חייב אבל מ"מ אכתי צריכים לפטור את השורף שטרותיו של חברו דהא מכיון דבעינן הודאתו א"כ הרי הוא בגדר מודה בקנס שהוא פטור לפי מש"כ הפוסקים שגרמי הוא קנס דרבנן. והוכיח הפ"י מזה שמודה בקנס דרבנן חייב, דמכיון שהי' נראה להם לקנוס א"כ קנוסו גם באופן שהוא מודה. ועיין גם בקצה"ח בסוף דבריו שם שהביא ראי' זו. ולעיל באות ש"ל בקטע המתחיל והנה עיין לקמן בדף צ"ח וכו' חילקנו בין עשרה זהובים להקנס של גרמי עיי"ש.

ה. עיין בחו"מ סי' א' דמבואר שלא דיינינן דיני קנסות בזה"ז כיון דליכא מומחין. ולכאורה הי' נראה לומר שאם גרמי הוא בגדר קנס א"כ גם גרמי לא דיינינן. מיהו המחבר בסי' א' שם פסק ששפיר דיינינן גרמי בזה"ז. וכתב הגר"א שם שלכאורה הי' נראה לתלות את זה באם גרמי הוא מהתורה או משום קנס דרבנן, אלא שהביא הגר"א שם שגמרא מפורשת היא שדיינינן גרמי גם בלא סמוכין. ולעיל בכרך זה באות ש"ל דננו כעין זה לענין הקנס של גזל מאחד מחמשה בני אדם שהדין הוא שהוא משלם לכל אחד ואחד די"א שדנין את הקנס ההוא גם בזה"ז, וכתבנו שם כמה דרכים שיכולים לשמש כהסבר גם לענין למה דיינינן גרמי אע"פ שהוא קנס.

גרמי הוא מן התורה חייבים בניו אחריו לשלם אפילו אם מת לפני שעמד בדין, אבל אם הוא רק קנס דרבנן אז לבניו לא קנסינן כדאמרינן בגיטין דף מ"ד לענין היזק שאינו ניכר, ואינם חייבים אלא א"כ כבר נתחייב אביהם בדין ונעשה חיוב ממוין. ותמה שם על הרמב"ן שכתב בקונטרס דינא דגרמי בפשטות שהבנים חייבים והוכיח מזה הרמב"ן שגרמי הוא מהתורה דמנ"ל להרמב"ן שהבנים חייבים. והתוס' רי"ד בגיטין דף נ"ג כתב שאין קונסין בניו אחריו עיי"ש.

(ועיין בש"ך בסי' שפ"ה סק"ג שתמה על הסמ"ע שפסק שבהיזק שאינו ניכר אין קונסין בניו אחריו אפילו אם כבר עמד בדין.)

ד. עיין ביש"ש בהגוזל בתרא בסוף סי' נ' שכתב וז"ל, ואם הודה המוסר מעצמו כבר כתבתי בהגוזל קמא גבי דינא דגרמי שאינו קנס, וא"כ ממילא מחויב לשלם בהודאתו, וכן נמצא בשם הר"י מקורביל בעל הסמ"ק להדיא עכ"ל. ומבואר מדבריו שאם דינא דגרמי הוא קנס אז אמרינן בי' שמודה בקנס פטור כמו בכל קנס. אמנם עיין בש"ך בסי' שפ"ח סקנ"א שהביא מהמרדכי, וכן מתשובת המהרי"ל, שמודה בקנס דרבנן חייב. והקצה"ח שם בסקי"א הביא את דברי השט"מ בב"ק דף צ"א ע"ב שהביא בשם ה"ר יהונתן שגם המודה בקנס דרבנן כגון עשרה זהובים הרי הוא פטור.

והנה עיין בדף צ"ח דאמר רבה השורף שטרותיו של חברו פטור, ופרכינן ה"ד אי דאיכא סהדי דידעי מאי הוה בשטרא

ו. עי' בש"ך בסי' שפ"ו סק"ב שביאר שאם גרמי הוא דרבנן אז גרמי דבהמתו בודאי פטור, משא"כ אם גרמי הוא מהתורה יש מחייבים גם גרמי דבהמתו.

ז. הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי כתב שדיינינן דינא דגרמי גם כשהוא רק גורם דגורם, וכגון הגורם לשריפת שטרות של חברו, ואע"ג דאמרינן בשבועות דף ל"א ע"א שעדי קינוי פטורים מקרבן שבועה משום שעדותן לא חשיבא תביעת ממון אלא רק גורם דגורם עיי"ש, אבל מ"מ הגורם גרמי חייב וז"ל הרמב"ן, דהתם לא חייבה התורה שבועה אלא על שבועת העדות המחייבת ממון או גורמת, אבל גורם דגורם כפירת דברים הוא, וממונא ליכא אפילו בכובש עדות גמור, ומי שדימה שני ענינים אלו ועירבן חייב משום כלאים עכ"ל. ועיין בש"ך בסי' שפ"ו סק"ג שהביא את דברי בעל התרומות שפטר גורם דגורם מההיא דשבועות. ועיי"ש בש"ך שהוסיף שלפי שיטתו שדינא דגרמי הוא דרבנן יש לפטור גורם דגורם.

ח. בסי' שפ"ו סק"י הביא הש"ך בשם בעל התרומות שבשורף שטרות אם הודה במקצת הרי הוא חייב שבועה דאורייתא, וכן אם הוא אומר חמשינן ידענא וחמשינן לא ידענא חל הדין שמחויב שבועה שאינו

יכול להשבע משלם. וכתב הש"ך שבע"כ צ"ל דס"ל שגרמי הוא דאורייתא, משום שאם הוא רק דרבנן לא שייך לחייבו שבועה דאורייתא. אמנם הקצה"ח שם בססק"ד השיג על הש"ך וכתב שאפילו אם דינא דגרמי הוא רק דרבנן אבל מ"מ הפקר ב"ד הוי הפקר, וממון גמור הוא להתחייב עליו שבועה דאורייתא. והנה גם היש"ש כתב שאם גרמי הוא דרבנן אין בו שבועה דאורייתא וכמו שהביאו שם. אמנם הקצה"ח כתב שסברתו של היש"ש אינה משום שלא שייך שבועה דאורייתא על חיוב ממון דרבנן, אלא סברתו היא משום שאם גרמי הוא דרבנן, אז הרי הרי זה בגדר קנסא, וס"ל להיש"ש שגם בקנסא דרבנן אמרינן דאם מודה מיפטר וכמו שהבאנו לעיל בסק"ד, ומש"ה ס"ל שלא שייך בי' שבועה דאורייתא וכשיטת תוס' בב"ק דף מ"ו ע"א שכל היכא דאי מודה מיפטר לא שייך שבועה עיי"ש.

ט. עיין ברמב"ן בקונטרס הגרמי שהקשה על המ"ד שמחייב רק בור ברשותו ופוטור על בור ברה"ר דאמאי לא יתחייב משום גרמי. ובאמת מסתעף מזה גם קושיא אחרת, והיינו למה בעינן בכלל פרשת בור, תיפוק לי' משום גרמי. ועיי"ש ברמב"ן מה שתירץ, הבאנו דבריו בחלק א' אות ט' והארכנו בזה.