

אלי' ברוך שולמן

שיעורים ע"פ מרובה

[דף ס"ב ע"ב]

### בענין גונב מן הגנב

במשנה, אין הגונב אחר הגנב כו'. יש כאן ב' חידושים, חדא דא"ח לגנב ראשון, ועוד דא"ח לבעלים, כן מבואר בסוגיא לק' (סט:), וע"ש דלמד מזה ר' יוחנן דאין הבעלים יכולים להקדיש הגניבה שביד הגנב דבשלמא גנב שני א"ח לגנב א' דוגונב מבית האיש ולא מבית הגנב, אבל אמאי א"ח לבעלים, אלא ע"כ משום שהגניבה נחשבת שאינה ברשות הבעלים עיי"תב"ש בגמ'. ולכ' הביאור דממילא גם זה בכלל המיעוט דוגונב מבית האיש דא"ז ביתו. (וכדאמרין שם לענין ואיש כי יקדיש את ביתו, מה ביתו ברשותו כו'). וכן מבואר בתוס' רי"ד ריש פרק הגוז"ב (קיא:), ובתורעק"א על המשנה כאן.

ב. והנה בשו"ת ריב"ש (רס"ו מובא ברמ"א ל"ד ז') כ' דהחולק עם הגנב אינו פסול לעדות, והק' התומים מי עדיף מכופר בפקדון. ות' הקצה"ח (ל"ד ג') דגונב מן הגנב נתמעט לגמרי מדין גזלן. והא דאמר' (לק' סה.) דבתברה או שתייה משלם כשעת השבירה היינו מדין מזיק ולא מדין גזלן. וכן מש"א רב חסדא (לק' קיא:): דגזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גבוה ורצה מזה גובה, מה שיכול לגבות מן האוכל הוא מתורת מזיק, ולא מתורת גזלן.

וקשה דהא מאותו קרא דוגונב מבית האיש דמיניה ממעטינן דא"ח לבעלים ממעטינן נמי דא"ח לגנב ראשון, כמבואר לק' (סט:), ואם איתא דהוא מיעוט לא רק מחיוב כפל אלא גם מחיוב קרן א"כ לא יתחייב הגנב השני קרן לגנב הראשון. והרי מפורש בברייתא (לק' סח.) דגנב שני חייב בקרן עכ"פ, ופרש"י (ד"ה ושני אינו משלם אלא קרן) דחייב קרן לגנב הראשון<sup>1</sup>. וע"כ דהקרא דוגונב מבית האיש אינו ממעט אלא מכפל.

ג. והנתה"מ (שם ס"ק ה') מסכים עם הקצה"ח דהגנב השני נפטר לגמרי ואפילו מקרן, אבל ס"ל דהיינו דוקא כשלא אכלו או שברו, דהגנב השני לא הוסיף שום הרחקה מן הבעלים, דהרי כבר ע"י הגנב הראשון יצא מרשות הבעלים, ומה הפסידו הגנב השני. אבל כשאכלו הגנב השני או שברו חייב קרן לבעלים מדין גזילה.

וכדברי הנתה"מ משמע מלשון הגמ' ב"מ (מג.) דההיא שעתא דתברה קא גזיל לה.

והאחרונים דייקו דגם דעת רש"י כן, דהרי בגונב מן הגנב דחייב קרן פרש"י (סח.) דהיינו לגנב הראשון, ומשמע דאילו לבעלים פטור. אבל בהא דרב חסדא (קיא:): דבא אחר ואכלו דרצה מזה גובה ורצה מזה גובה פרש"י משום דהוי כאילו גזלו. ולכאורה היא סתירה גלויה. אלא ע"כ דכשלא אכלו לא חשיב שגזלו לבעלים, שהרי לא הפסידו כלום שהרי מה לו לבעלים אם הוא אצל גנב ראשון או אצל גנב שני, אבל כשבא ואכלו הרחיקו מן הבעלים טפי והוי משתרש בגזילה וחשיב גזלן.

ולכאורה ביאור שיטה זו דמה שהגנב השני א"ח לבעלים אינו מגזה"כ אלא מסברא, משום שלא הפסידו כלום. ולכן כל זמן שלא אכלו או שברו פטור הגנב השני לגמרי מלשלם לבעלים, ואפילו קרן א"ח. והקרא דוגונב מבית האיש לא נצרך אלא לפטור מלשלם כפל לגנב השני, דבאמת הפסידו, ואין המיעוט פוטרו אלא מכפל, אבל קרן חייב, וכדברי הברייתא (סט.) דהגנב השני חייב קרן, וכדפרש"י דהיינו לגנב הראשון.

אבל קשה איך תפרנס שיטה זו את סוגיית הגמ' לק' (סט:): דר' יוחנן (הסובר דגניבה יצאה מרשות הבעלים ואינו יכול להקדישו) למד כן מדין המשנה דגונב מן הגנב פטור מכפל, ומבאר הגמ' דבשלמא לגנב ראשון פטור דכתיב וגונב מבית האיש ולא מבית הגנב, אבל אמאי א"ח כפל לבעלים, אלא ש"מ דהגניבה יצאה מרשות הבעלים.

<sup>1</sup> וכן מבואר בתוס' (סט. ד"ה כל). וע"ע בתוס' שם דחייב לגנב הראשון משום שהגנב הראשון צריך לגניבה להפטר מן הבעלים, ולכ' הכונה דחייב משום גרמי, אבל ק' דמפורש בתוס' (עא: ד"ה וסבר) דבדבר שאינו ראוי לכל העולם רק לזה שייפטר בו ל"ש דינא דגרמי עיי"ש. (גם אינו ברור אם טעמא דגרמי היה מועיל לחייב במעשר כיון שהוא חיוב צדדי עיי"ש בתוס'). אלא נראה דלעולם הוא מדין גזל אלא דאילו לא הפסידו לגנב הראשון כלל לא היה שייך לחייבו אפילו מדין גזל.

ובפשוטו הפירוש דכיון שהגניבה יצאה מרשות הבעלים לכן לא קרינן ביה מבית האיש, דמה ביתו ברשותו (עיי"ש בהמשך הסוגיא). ונעשה כמו הגנב הראשון שנתמעט מהך גזה"כ דוגונב מבית האיש.

אבל לשיטת רש"י והנתה"מ מה שא"ח לבעלים הוא מסברא משום שלא הפסידו, כדחזינן דפטור אפילו מקרן, ואילו לגנב הראשון חייב קרן עכ"פ. וא"כ איפה ראה ר' יוחנן מקור לשיטתו דהגניבה יצאה מרשות הבעלים, הא אפי"ת דהגניבה נחשבת ברשות הבעלים סוכ"ס הגנב השני לא הפסידו, דכמו שהגניבה כשהיא אצל הגנב הראשון היתה נחשבת ברשות הבעלים כך כשהיא אצל הגנב השני היא ברשות הגנב וסוכ"ס לא הפסידו.

ובקיצור לרש"י והנתה"מ קשה ממנ"פ, אם מה שא"ח לבעלים הוא מקרא, הרי מאותו קרא לא יפטר אלא מכפל, אבל קרן הו"ל להתחייב, כדחזינן דחייב קרן לגנב הראשון. ועוד דאם הוא גזה"כ א"כ מה לי אם אכלו או לא אכלו. אלא מאי אית לך למימר, דהוא מסברא משום שלא הפסידו, אבל הרי זה נסתר מהסוגיא (סט: דר' יוחנן למד ממשנתנו את יסודו דגניבה יצאה מרשות הבעלים, והיינו ע"כ משום שהבין שטעם הפטור הוא משום שיצאה מרשות הבעלים ולא קרינן ביה מבית האיש.

ד. והנה מהסוגיא הנ"ל מוכח דאלמלא הגזה"כ דוגונב מבית האיש הייתי אומר דהגנב השני חייב כפל לבעלים, דהיה נחשב שגנב מן הבעלים. ויל"ע אם היה חייב גם מדין גזלן. ונפק"מ אם לקחו מן הגנב הראשון בדרך גזילה, אם היה חייב קרן לבעלים.

ולכאורה יש להוכיח דגם אלמלא הגזה"כ לא היה חייב מדין גזלן. דאם איתא דהיה חייב גם מדין גזלן, א"כ גם עכשיו שנאמר הגזה"כ נהי דפטרינן לי' מדין גנב, אכתי נחייבו קרן מדין גזלן, שהרי המיעוט נאמר בפרשת גניבה לבד.

ולכן נראה, דזה פשוט מסברא, דהגונב מן הגונב אינו נחשב גזלן אצל הבעלים, שהרי לא הפסידו. ולזה אי"צ קרא. אבל היה ס"ד (אלמלא הקרא) דאכתי יתחייב מדין גניבה. ולזה בעינן להמיעוט דוגונב מבית האיש.

וצריך לבאר הדבר, איך היה ס"ד לחייבו מדין גניבה, אף דפשוט מסברא דא"ח מדין גזילה. ונקדים, דהנה ידוע מה שדייק הגרי"ז (עי' שיעורי ר' שמואל מכות טז.) בלשונות הרמב"ם, דבריש הל' גזילה כתב וז"ל כל הגוזל את חברו שו"פ עובר בל"ת שנאמר לא תגזול ע"ש. ואילו בריש הל' גניבה כ' כל הגונב ממון משו"פ ומעלה עובר על ל"ת עכ"ל. ויש לדייק דלגבי גזילה כ' לשון גזול "את חברו" ואילו גבי גניבה כתב סתם "גונב ממון". ויש לעמוד על מה שבהל' גזילה כתב שו"פ משמע דעובר על כל שו"פ בנפרד ואילו בהל' גניבה כתב משו"פ ומעלה משמע דהכל אחד.

וביאר הגרי"ז דחלוק יסוד דין גזילה מדין גניבה, דבגזילה יסוד האיסור הוא שהפסיד ממון חברו, ולכן העיקר מה שגזל "את חברו" והפסידו. והחייב על כל שו"פ שהפסידו. אבל בגניבה מלבד עצם הגזילה שבו גם מעשה הגניבה הוא מאוס לפני המקום כמבואר לק' (עט:) אמר ר"י מפני מה החמירה תורה בגנב יותר מבגזלן לפי שזה השוה כבוד עבד לכבוד קונו עיי"ש, ולכן כתב הרמב"ם הגונב ממון היינו עצם מעשה הגניבה (ולא מצד שהפסיד את חברו) וגם כתב משו"פ ומעלה דמצד מעשה הגניבה הכל א' בין שו"פ בין יותר את"ד. (ועד"ז עי' חזו"א ב"ק ט"ז ז'.)

ומעתה י"ל, דלענין גזל שיסודו הוא מה שהפסיד את חברו, פשוט דהגנב השני לא הפסיד את הבעלים כלל ולא חשיב גזלן כלפיו. אבל לענין גניבה שיסוד חיובו הוא מצד המעשה גניבה, היה ס"ד דגם מה שגנבו מן הגנב הראשון חשיב מעשה גניבה, וחשיב גנב גם אצל הבעלים. ולזה צריך קרא דוגונב מבית האיש, דגניבה כזו שאינה מבית הבעלים אין לו שם גניבה.

ה. ומעתה ניחא שיטת רש"י והנתה"מ, דהגנב השני חייב קרן לגנב הראשון, אבל אי"ח לבעלים כלל כיון שלא הפסידו. דקשה ממנ"פ, אם מה שא"ח לבעלים הוא מקרא, הרי מאותו קרא לא יפטר אלא מכפל, אבל קרן הו"ל להתחייב, כדחזינן דחייב קרן לגנב הראשון. ועוד דאם הוא גזה"כ א"כ מה לי אם אכלו. אלא מאי אית לך למימר, דהוא מסברא משום שלא הפסידו, אבל הרי זה נסתר מהסוגיא (סט: דר' יוחנן למד מדין זה דפטור אצל הבעלים את יסודו דגניבה יצאה מרשות הבעלים.

ולנ"ל ניחא, דאמנם מה שגנב השני פטור מדין גניבה הוא גזה"כ, דאלמלא הגזה"כ הייתי אומר דיש שם מעשה גניבה. והגזה"כ מפקיעו מדין גניבה לגמרי, הן לענין כפל והן לענין קרן. אבל מה שפטור מדין גזילה הוא מסברא, שלא הפסידו. אבל לענין הגנב הראשון, אמנם פטור לגמרי מדין גניבה, מאותו גזה"כ דמבית האיש ולא מבית

הגנב, אבל חייב קרן לגנב הראשון מדין גזלן, שהרי הוציאו מרשותו והפסידו עי"ז (וכמש"כ תוס' (ס.ט.) שהגנב הראשון צריך לגניבה כדי להפטר מן הבעלים).

ו. ובאמת גם לשיטת הקצה"ח י"ל כן, דאמנם הגזה"כ פוטרו לגמרי הן מכפל והן מקרן, אבל רק מצד פרשת גניבה. אבל מה שפטור מפרשת גזילה אי"ז מגזה"כ אלא מסברא שהרי הגניבה השניה לא הפסיד את הבעלים. רק דפליג על הנתה"מ בזה, דהנתה"מ ס"ל דאם אח"כ תברה או שתייה או אכלו אז חייב מדין גזילה, שהרי אותה שבירה הוציאה מן העולם והרחיקו מן הבעלים טפי, אבל הקצה"ח ס"ל דהוצאה מן העולם אינו אלא מזיק, וגזילה אינו אלא הוצאה מרשות, וכיון שהגנב השני לא הוציאו מרשות הבעלים – כי בלא"ה כבר יצא – אינו נחשב גזלן.

ולפי"ז ניחא מה שהקשינו לדברי הקצה"ח דהגזה"כ פוטרו הן מכפל והן מקרן, אמאי חייב קרן לגנב הראשון. ולנ"ל ניחא, דלגנב הראשון חייב מדין גזילה, וזה ל"ש אצל הבעלים.

אמנם לשון הקצה"ח לא משמע כ"כ כמהלך זו, אבל הדברים ניתנים להאמר מצד עצמם לפום שיטתו.

ונפק"מ לפי דברינו, דאף שהריב"ש הכשיר לעדות את החולק עם הגנב, אבל הגונב מן הגנב יהיה פסול לעדות. שהרי הוא גזלן כלפי הגנב הראשון. וכדחזינן דחייב לשלם לו קרן.

ז. אבל עי' תוס' ר"ד לק' (קיא:): וז"ל ושינוי יש בין גזלן לגנב דאילו גזלן שני משלם לבעלים כו' ואילו גנב שני שגנב מבית גנב ראשון אינו משלם כפל לבעלים הראשונים כו' דבגנב כתב בה בית האיש ואי"ז בית האיש כו' אבל לענין גזלן לא כתב בית הלכך אע"פ שאינו בביתו ואינו יכול להקדישו כו' כל היכא דקאי ברשותא דמרא קאי וגזלן שני חייב לשלם לבעלים עכ"ל.

ומבואר מדברי התוס' ר"ד דהמיעוט דוגונב מבית האיש אינו אלא מפרשת גניבה, ולא מפרשת גזילה, וזה כמש"נ, אבל ס"ל דהגנב השני חייב קרן לבעלים מדין גזילה, ודלא כהקצה"ח והנתה"מ, וגם דלא כמשמעות דברי רש"י (סח.). וצ"ל לדעתו דגם גזילת הגזלן השני מרחיקו מן הבעלים וחייב עליו משום גזלן.

ח. ועי' שו"ת הרא"ש (ס"ד א'), ומובא בקיצור בטור סי' שמ"ח, במי שסייע לאחותו לגנוב ספרים מבית בעלה, והיא היתה מגביה את הספר ומשליכה לו לחצר. וכתב הרא"ש שאי"ח לבעלים, כי מיד שהגביהה האשה לשם גניבה נעשה היא הגנב, ומאחר שנתחייבה היא כבר בגניבה תו לא מחייב שמעון במה שסייע לאחותו. ואע"ג דאמרינן בפ' הגוז"ב א"ר חסא גזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה, הני מילי התם שגם השני גזל מיד הראשון שהרי אכל, וכיון שלא נתיאשו הבעלים הו"ל כאלו גזלו מיד הבעלים, הלכך תרווייהו הוו גזלנין וגבי מהי מינייהו דבעי. אבל הכא שלא בא לגזול ולגנוב אלא בא לסייע לאחותו והיא כבר קנתה בהגבה לא מיחייב, דגנב אין כאן דלא נתכוין לקנות בהגבתו עי"ש.

ומבואר מדבריו דכל שהגנב השני נתכוון לגנוב מהגנב הראשון יש שם כונה לקנות ונעשה גנב וחייב קרן גם לבעלים הראשונים. וזהו דינו של רב חסדא דבא אחר ואכלו. (דהרי ע"י האכילה גוזלו גם מהגנב הראשון.) אבל כל שלא נתכוון לגנוב מהגנב הראשון, אלא לסייע לו – ואפילו בכה"ג שבא לסייע לו לגנוב מהבעלים הראשונים וכהך נידון דהרא"ש – לא נעשה השני גנב כלל. ואף דבעלמא גזלן בודאי אי"צ כונה לקנות היינו משום שהוא המוציא מרשות הבעלים אבל שם האשה כבר עשתה הקנין להוציאם מהבעלים, ובכה"ג כל שהשני לא נתכוון לגזול לא נחשב הגבתו לגזילה.

ויל"ע בחלוקה זו, דכשלא נתכוון לגנוב מהגנב הראשון לא נעשה גנב גם אצל הבעלים, וכשנתכוון לגנוב מהגנב הראשון נעשה גנב גם אצל הבעלים, אם הוא מדין גניבה או מדין גזילה. והיה מסתבר לומר דמדין גזילה ל"ש לחלק, דגזילה תלוי בהפסד הבעלים, ומצד הפסד הבעלים מה לי אם הגנב השני נתכוון לגנוב מן הגנב הראשון או לסייע לו. אבל מדין גניבה שפיר מובן החילוק, דכל שבא לסייע לגנב אין שם מעשה גניבה, משא"כ כשבא לגנוב ממנו.

ומה שפטור מלשלם לבעלים כשנתכוון לסייע, ולא מחייבין לי' מדין גזלן, נאמר דהיינו כהנתה"מ משום שלא הפסידו.

וא"ת א"כ גם אם נתכוון לגנוב ויש שם מעשה גניבה איך הוא חייב עי"ז והרי לא קרינן ביה וגונב מבית האיש. יהיה צ"ל שהמיעוט אינו אלא מכפל דגניבה, אבל בקרן דגניבה עדיין חייב.

ויהיה נפק"מ לפי"ז דאם הגנב השני לקחו מהגנב הראשון בדרך גזילה, ולא בדרך גניבה, יודה הרא"ש דא"צ לבעלים.

אבל העירוני דאפשר דלעולם ס"ל להרא"ש כמש"נ לדעת הקצה"ח והנתה"מ דא"ח מדין גניבה כלל, דהגזה"כ ממעטו מפרשת גניבה לגמרי. וכל חיובו מדין גזלן. ובאמת אין חיובו לבעלים כלל, שהרי לא הפסידו. רק חיובו לאשה, אם היתה כונתו לגזול ממנה. אלא דממילא חייב לבעלים משום שעבודא דר' נתן. ולפי"ז לא יחלוק הרא"ש על רש"י ועל הקצה"ח והנתה"מ כלל.

ח. ועי' ב"מ (כו:): נטל אבידה ע"מ לגזלה עובר משום לא תגזול, ומשמע דאינו עובר משום לא תגנב, וגם לא אשכחן שיהיה חייב כפל. ולכ' ק' אמאי אינו עובר משום לא תגנב כיון שאין הבעלים יודעים מזה. ובשי' ר' שמואל (ב"מ ל"ח) כ' בשם הגרי"ז משום דאבידה אינו ברשות הבעלים (עי' לק' (סח:)) מה שנביא בזה אם אבידה חשיבא אינה ברשותו) וא"כ אין כאן חיוב גניבה דאינו בכלל וגונב מבית האיש, אבל גזילה שפיר אית ביה.

וקשה לפי"ד רש"י והקצה"ח והנתה"מ דא"ח קרן לבעלים כלל, וכמה שביארנו שכבר היה מוצא מרשות בעלים וא"כ אין כאן מעשה גזילה כלל שלא הפסידו, א"כ מ"ש גבי אבידה דעובר עכ"פ משום לא תגזול.

ונראה דכיון שאלמלא נטלו היה לבעלים אפשרות להשיגו ע"י סימן שיש לו באבידה ועכשיו ע"י שנטלו ע"מ לגזלו נבצר זה מבעלים, גם זה נחשב הוצאה מהבעלים דומיא דתברה או שתייה והוי בכלל גזילה. ועי' לק' (סג.) גבי דבר שאינו מסויים מה שנבאר בזה א"ה.

וע"ע לק' (סה.) בסוגיא דתברה או שתייה.

**שם.** ולא הטובח והמוכר כו'. לכ' המיעוט דוגונב מבית האיש נאמר גבי כפל ומנ"ל דפטור מדו"ה. תי' בתוס' חדשים (על המשנה) כי הא דאמר' בב"מ (נז:): לענין גונב מהקדש דדו"ה אמר רחמנא ולא גו"ד. ולכ' אי"צ לזה כי גונב מן הגנב נתמעט דא"צ מעשה גניבה כלל, כי אילו היה זה מעשה גניבה רק פטור תשלומין נאמר בו א"כ הטביחה היתה נחשבת כגניבה חדשה וכמש"כ הריטב"א לענין גנב בשבת ואח"כ טבח דהיה חייב על הטביחה כאילו גנבו מחדש, וכמה שביארנו לעי' דכיון שע"י הטביחה נשתרש בגניבה יכול הטביחה לחייבו על הכל. אע"כ דגונב מן הגנב אינו מעשה גניבה כלל, ומה דחייב קרן (כמבואר לק' סח.) היינו מדין גזלן, וממילא דאין בו חיוב דו"ה.

**תוד"ה מרובה [א].** הק' הר"י מאורלינ"ש כו'. ק"ק מאי קושיא הא זה שאינו בא מן המעשר הוא תוצאה ממה דחייב באחריות, דלכך הו"ל דבר שבחובה, וא"כ אי"ז שיוור אלא הכל א'. וצ"ת.

**שם.** ועו"ל כו'. וק' דאכתי תק' מאינך ב' משניות, היינו מהמשנה דאין בין שבת ויוהכ"פ, והמשנה דאין בין שבת וי"ט. ועי' שטמ"ק בשם הר"א מגרמיזא שכ' דאיה"נ לענ"ז עדיין צריכים להתירוץ הראשון.

עוד יש לעי' למה מתחילה הק' התוס' דוקא מהמשנה דאין בין נדרים לנדבות, ולא מהמשניות האחרות שנשנו קודם במס' מגילה.

ועי' כוס ישועות, ותו"ד בתוספת ביאור קצת, דמתחילה ג"כ ידעו התוס' דיש ליישב הא דתנן אין בין שבת וי"ט אלא אוכ"נ, דאף ששייר מה שבשבת חייב כרת ומיתה אבל אי"ז נחשב שיוור כיון שאינו מענין המשנה שמדבר במה שאסור ומותר בשבת ובי"ט. וכן הא דתנן אין בין שבת ליוהכ"פ כו' אף ששייר שביוה"כ אסור באכילה אבל אי"ז חשוב שיוור כיון שאינו מענין המשנה. ולא הוקשה להם להתוס' מתחילה כ"א מהא דתנן אין בין נדרים

לנדבות, והרי שייר מה שנדר אינו בא אלא מן החולין, ואין לומר שא"ז שיור שאינו מענין המשנה, דזה אינו שהרי בודאי גם זה הוא מענין המשנה שהרי המשנה מדבר מחובת ההבאה דנדר ונדבה, ובודאי מענין זה הוא אם יכול לצאת יד"ח ההבאה ע"י מה שיביא ממעות מע"ש.

ולזה תי' התוס' בתי' הא' שמה שאמר מתחילה אין בין נדרים לנדבות פירושו הוא אין חיוב ההבאה בנדר יותר חמור מאשר חיוב ההבאה בנדבה אלא לענין חיוב אחריות. ולכן לא הזכיר מה שנדר אינו באה אלא מן החולין כיון דאי"ז חומר בחיוב ההבאה. ואגב זה כתבו דה"נ יש לפרש באינך ב' משניות דאין בין כו'. אבל מ"מ עיקר הקושיא אינה אלא מנדרים ונדבות. ולכן כשתי' בתי' הב' דהמשנה דנדרים ונדבות מיירי בעולות לא הוצרך לתרץ אינך ב' משניות, כיון שמתחילה לא היתה הקושיא משם.

**תוד"ה מרובה [ב].** תוס' הקשו מאי שייר דהאי שייר ותי' דשייר שותף שגנב מחבירו ושותפין שגנבו וטבח אחד מהן שלא מדעת חבירו. ועי' לק' (עח:) דשניהם נתמעטו וטבחו כולו ופרש"י דבעינן כולו בחיובא. ובשותף שגנב מחבירו החצי שלו אינו בחיובא שהרי אינו גנוב כלל, ובשותפין שגנבו החלק שגנב חבירו אינו בחיובא דהו"ל טובח אחר הגנב.

ועי' תוס' ר"פ שהקשה לל"ק מאי ס"ד לדייק דטוט"ג חייב דו"ה כיון דתני מרובה, הא חזינן דשייר הנך תרתי. (ועי' מהרש"א ומהר"ם מש"כ בזה.)

ועוד הוסיף תור"פ דאיכא גם שיור שלישי והיינו גנב משני שותפין והודה לאחד מהם. ותמוה דזהו הס"ד דר"נ בגמ' (עא:) דפטור משום דחמשה בקר אמר רחמנא ולא חמשה חצאי בקר, אבל לאורתא הדר ביה ואמר חמשה בקר ואפילו חמשה חצאי בקר. (ושם ל"ש הפטור דוטבחו כולו בחיובא, דמיירי שהודה אחר הטביחה, כמו שביאר רש"י (עח:) עיי"ש.)

ב. והנה עי' רש"י (קו:) ד"ה בשותף, לענין שותפין שגנבו וטבח אחד מהם שלא לדעת חבירו, שכתב רש"י דפטור מדו"ה דחמשה בקר אמר רחמנא ולא חמשה חצאי בקר, והכא לא קרינן וטבחו כולו בחיובא עיי"ש. ותמה הגרעק"א בגלהש"ס למ"ל לרש"י תרי טעמי, וכתב דשמא צריך לגרוס א"נ. ואכתי קשה דהא מסקנת ר"נ דחמשה בקר ואפילו חמשה חצאי בקר כנ"ל.

ונראה לבאר בדעת רש"י שהבין דהך טביחה כולה בחיובא היינו שכל מה שחייב עליו דו"ה יהיה נשחט בחיובא. והוקשה לו אם איתא דחמשה בקר ואפילו חמשה חצאי בקר – כמסקנת ר"נ – א"כ למה אי"ז כולה בחיובא, הרי גנב חצי בהמה ועל אותו חצי אנו באים לחייבו חמשה חצאי בקר, ואותו חצי בהמה הרי נשחט כולו בחיובא.

ולכן נקט רש"י דע"כ הך דרשא דכולה בחיובא נסמך על מה דחמשה בקר אמר רחמנא ולא חמשה חצאי בקר, וא"א לחייבו דו"ה על חצי הבהמה אלא על כולה דוקא. וכיון שלא גנב אלא חציה אין כאן טביחה כולה בחיובא.

וצריך לשני הטעמים. דאי משום וטבחו כולו בחיובא לחוד נימא דחייב חמשה חצאי בקר על גניבת ושחיטת חצי הבהמה, ואותו חצי שחייב עליו נשחט כולו בחיובא כנ"ל. ומאי דך, אי משום חמשה בקר ולא חמשה חצאי בקר לחוד נימא דכיון ששחט כל הבהמה, ואותה שחיטה היתה מקצתה בחיובא סגי בזה לחייבו חמשה בקר. אבל השתא שנאמרו שתי הסברות, דא"א לחייבו חמשה חצאי בקר על חצי הבהמה, וע"כ אנו באים לחייבו חמשה בקר על כל הבהמה, והרי שחיטת כל הבהמה אינה כולה בחיובא, ולכן פטור.

וא"ת איך אפשר ל"כ, דהדרשא דכולה בחיובא נסמך על הדרשא דחמשה בקר ולא חמשה חצאי בקר, והרי ר"נ הדר ביה והסיק דחמשה בקר ואפילו חמשה חצאי בקר. צ"ל דהיינו בגונא דר"נ שהודה אחר השחיטה, דבשעת השחיטה באמת השחיטה חייבה אותה חמשה בקר, אלא שאח"כ הודה לאחד ונפטר מחצי, בזה ס"ל לר"נ למסקנא דשייך תשלומין של חמשה חצאי בקר. אבל השחיטה עצמה א"א שתחייב אותו אלא חמשה בקר דוקא, ולא חמשה חצאי בקר.

ונראה דכל זה בכלל דברי רש"י (עח:) ד"ה שותף שטבח שלא לדעת חבירו, אחר שביאר דפטור משום דליכא כולה בחיובא, הוסיף וז"ל ואף על גב דאמרן לעיל חמשה בקר ואפי' חמשה חצאי בקר הני מילי היכא שגנב בהמת השותפין וטבחו ואחר כך הודה לאחד מהם על חלקו דבשעת טביחה הואי כוליה בחיובא עכ"ל. ובפשוטו כונתו להקשות קושיא מן הצד, למה בגונא דר"נ לא אמרינן דפטור משום דבעינן וטבחו כולה בחיובא, ותי' דמיירי

שהודה אחר השחיטה, אבל למה שנתבאר הקושיא היא ביתר שאת דעיקר דין וטבחו כולו בחיובא הוא רק משום דנקטינן שהשחיטה צריכה לחייבו חמשה בקר כנגד כל הבהמה ואותה שחיטה של כל הבהמה אין כולה בחיובא, ועל זה הקשה הרי ר"נ הסיק דחמשה בקר ואפילו חמשה חצאי בקר, ותי' דר"נ מיירי שהודה אחר השחיטה, דשייך להודות ולהפטר מחצי ולשלם חמשה חצאי בקר, אבל השחיטה עכ"פ צריכה לחייבו חמשה בקר כנ"ל.

ג. ותחילה חשבתי דשמא יש ליישב דברי תוס' ר"פ עפ"ז, דמש"כ דשייר גנב משותפין והודה לאחד מהם, כונתו כשהודה קודם השחיטה, דבכה"ג גם ר"נ מודה דחמשה בקר אמר רחמנא ולא חמשה חצאי בקר. אבל באמת אי"ז מספיק, דאם כונתו בכה"ג א"כ נמצא דכל הג' שיורים הם בחדא מחתא, דבכולם פטור משום שצריך להתחייב חמשה בקר כנגד כל הבהמה וליכא שחיטה כולה בחיובא. אבל לשון תוס' ר"פ לא משמע כן, דכשהקשה על הל"ק הא שייר הנך תלת, תי' שותף שגנב מחבירו ושותפין שגנבו וטבח אחד מהם לחוד, וגנב משותפין והודה לאחד מהם לחוד, דל"ק ס"ל דשותף שגנב מחבירו ושותפין שגנבו וטבח אחד מהם לא חשיב שיור כיון דבעצם שייך על בהמה זו דר"ה רק שכאן לא נשחט באופן המחייב דר"ה, דהיינו שחיטה כולה בחיובא, ואילו הא דהודה לאחד מהם תי' דלא חשיב שיור משום שאלמלא שהודה לא היה פטור, ומשמע להדיא דהא דהודה לאחד מהם אינו חסרון בשחיטה, ומשום דמיירי שהודה אחר השחיטה, והדרא קושיא לדוכתה הא הדר ביה ר"נ, וצ"ע.

**תוד"ה יצאו קרקעות.** עי' רמב"ם פ"ד גניבה ה"י שומר שגנב מרשותו כגון שגנב טלה מעדר שהופקד אצלו וסלע מכיס שהופקד אצלו אם יש עליו עדים חייב בכפל. והראב"ד כ' דאי"ז כלום.

ובמ"מ ביאר קו' דלא מצינו כפל בשומר כ"א בטוט"ג. ובכ"מ תי' דזהו כשאינו לוקח החפץ אבל אם לקחו בדרך גניבה חייב כפל. אבל ק' דמ"ש מכל שולח יד דאינו חייב כפל (וכדמוכח ממה שנחלקו בגמ' בשולח יד ואח"כ טט"ג אם חייב כפל).

ובאר"ש ביאר דלא דמי לשולח יד בעלמא דאף שנוטל הפקדון לעצמו אבל אינו נפטר עי"ז מחיוב תשלומין שהרי כשהבעלים יתבעו הפקדון ממנו יצטרך לשלם, ובזה לא דמי לגנב שמונע מן הבעלים גם החפץ וגם שוויו. אבל כאן דקדק הרמב"ם לצייר שלקח טלה מן העדר, או סלע מן הכיס, והיינו כדי שלא ירגיש בעה"ב שנחסר לו טלה א' או סלע א'.

עוד ס"ל להאר"ש דגם להרמב"ם חיוב זה אינו מדין גנב ממש, דכיון דבהתירא אתא לידי' אינו בגדר גניבה ממש, אלא הוא מדין טוט"ג. ואע"ג דטוט"ג אי"ח כ"א בשבועה, היינו משום שאינו נפטר מתשלומין כ"א ע"י שבועה, נמצא שאינו מונע הדמים מן הבעלים כ"א ע"י השבועה, אבל בגונב טלה מן העדר וסלע מן הכיס שאין הבעלים מרגישים אי"צ שבועה כדי להתחייב משום טוט"ג.

ולפי"ז ביאר האר"ש ספיקת התוס' לעי' (נז: ד"ה נמצא) בש"ש שטען טענת גניבה בבעלים אם חייב כפל עיי"ש וביאר האר"ש שהצד שחייב הוא דאע"ג דאי"ח שבועה כיון שהיתה שמירה בבעלים מ"מ כיון שנפטר בלא שבועה חייב משום טוט"ג.

ולפי"ז יש ליישב קושיית התוס' דבקרקע כיון שאי"ח שבועה א"כ היה מקום לחייבו משום טוט"ג אפי' בלא שבועה, ולכן צריך קרא לגלות דאין דין טוט"ג בקרקע כלל את"ד האר"ש.

ב. אכן ק' לסברא זו דטוט"ג אי"צ שבועה כ"א להפטר מן הבעלים ואינו מעצם גדר החיוב א"כ איך תתיישב הסוגיא לק' (סג:): דפריך גנב עצמו מנ"ל דחייב כפל וכ"ת דיליף ק"ו מטוט"ג, מה התם דבהתירא אתא לידיה חייב כפל גנב דבאיסורא אתא לידיה לא כ"ש, דיו לבא מן הדין כו' מה להלן בשבועה כו', והרי לפי"ד האר"ש דגם טוט"ג אי"צ שבועה כ"א כדי להפטר (ובגונא דנפטר בלא שבועה חייב אפי' בלא שבועה) א"כ מה שייך להצריך שבועה בגנב ממש.

ומשמע דהשבועה הוא מעצם החיוב. וכן מורה לשון רש"י לעי' (נז:): דקנסא משום שבועה עיי"ש<sup>2</sup>. ולדעת האר"ש צ"ל דאחר דילפינן דגם גנב משלם כפל א"כ זה נעשה הגדר גם בטוט"ג.

<sup>2</sup> אלא דמ"מ אין חיובו משום איסור הפלאה דא"כ אכתי תק' איך ס"ד ללמוד חיוב גנב ממנו, ולא משמע שזהו קו' הגמ' דדיו לבא מן הדין כו'. וסוגיית הגמ' משמע שחיוב טוט"ג הוא משום גניבה אלא שנאמר בו תנאי דצריך שבועה, ולכן אם באנו ללמוד חיוב גנב מטוט"ג היה לנו להצריך תנאי זה דשבועה גם בגנב ממש. אלא נראה הגדר דכיון דבהתירא אתא

ודברי הרמב"ם בגונב טלה מן העדר יל"פ דאינו מדין טוט"ג כ"א מדין גנב ממש, ואף דבתחילה בא לידו העדר בהתירא, אבל כל זמן שהיה שומר עליו היה נחשב ברשות הבעלים (עי' תורעק"א על משנתנו), ועכשיו שגנבו הוא נכנס ברשות השומר שגנבו, והוא בגדר באיסורא אתא לידה. (ואינו כשולח יד בעלמא דשולח יד אינו מונע הדמים מן הבעלים משא"כ כאן וכמה שביאר האור"ש וכן"ל). ולא דמי לטוט"ג דלא עשה מעשה גניבה בידים ולכן צריך שבועה.

ולפי"ז דברי התוס' (נז:): צ"ל דמיירי ע"י שבועה, וכדעת הקצה"ח והנתה"מ (סו"ס רצ"א) דשמירה בבעלים צריך שבועה ע"ש. וא"כ צריך להבין מה היתה ספיקת התוס' שלא יתחייב משום טוט"ג, עי' בשטמ"ק שם בשם ר"א מגרמיזא דכיון שפטור מחמת בעלים ולא רק מחמת טענת גניבה לכן שמא אין בו דין טוט"ג. (וביאר דבריו תלוי במה שיש להסתפק בכונת התוס' אם כונתם דידיע' שהיתה השמירה בבעלים והשומר טוען נגנבה, או"ד גם זה מכלל טענתו שטוען נגנבה וגם טוען שהיתה השמירה בבעלים. ואם המדובר דלא ידעי' שהיתה שמירה בבעלים וזהו בכלל טענתו א"כ דברי הר"א מגרמיזא יל"פ בפשטות דכיון דלא סגי בטענת נגנבה אלא צריך טענת בבעלים ג"כ לכן אינו בדין טוט"ג. אבל אם הכונה דידיע' שהיתה שמירה בבעלים א"כ לא ברירא לי כונתו.)

**שם.** מש"כ דקופץ ונשבע אי"ח כפל. עי' ריטב"א לק' (קו.) מבואר מדבריו פלוגתא בטעם דבר זה, דעת ר"ח דאינו נפטר ע"י קופץ ונשבע, וכיון שא"ז שבועה הפוטרת ממילא דאי"ח משום טוט"ג. ודעת הריטב"א דלעולם נפטר ע"י קופץ ונשבע רק גזה"כ הוא לענין טוט"ג דבעי' שיהיה מושבע ע"י ב"ד.

**שם.** וי"ל דאיצטריך להיכא דנשבע ע"י גלגול. הנה שי' הרמב"ם (פ"ב שכירות ה"ג) דאף שעשו"ק נתמעטו מחיובי השומרים אבל חייב בפשיעה דפשיעה מטעם מזיק. ומבואר דעתו שיש חלות חיוב שמירה גם בקרקע ששייך לומר דפשע באותה שמירה (עי' ש"ך סי' ס"ו ס"ק קכ"ו). אבל הראב"ד שם פליג, וכן מבואר מדברי התוס' ב"מ (נז: ד"ה ש"ח) ושבועות (מב: ד"ה ש"ח) דאפילו פושע פטור.

וא"כ יל"ע לדעת התוס' מ"ט צריך קרא למעט נשבע ע"י גלגול הא אינו בדין שומר כלל. ומוכח לכ' א' מן השנים, או דס"ל להתוס' דחיוב טוט"ג הוא אפילו כשאינו שומר כלל, ואינו מחיובי השומרים כ"א מדין גניבה בעלמא. אבל זה קשה דא"כ למ"ל קרא לרבות טוט"ג באבידה. או דס"ל דאע"פ ששומר קרקע פטור אפי' מפשיעה אבל מ"מ יש עליו חלות שם שומר<sup>3</sup>.

ועי' לק' (קז:): א"ר ששת הטוט"ג בפקדון כיון ששלח בו יד פטור מ"ט ה"ק רחמנא ונקרב בעה"ב אל האלהים אם לא שלח ידו, הא שלח ידו פטור. וכ"פ הרמב"ם (פ"ד גניבה ה"ב) והוסיף טעם בזה שכיון ששלח יד נתחייב וקנהו. והק' הראב"ד דע"כ דברי רב ששת הם דלא כהלכתא דהא ר' יוחנן אמר דהטוען טענת אבד ונשבע וחזר וטט"ג פטור שכבר יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, ולמה הוצרך לטעם זה תפ"ל דכיון שטען טענת אבד הוי כופר בפקדון ונעשה גזלן מקודם, אלא ע"כ דר' יוחנן לית ליה דרב ששת.

ובדעת הרמב"ם ביארו האחרונים דבכופר בפקדון אף שנתחייב באונסין לא פקע מיניה שם שומר משא"כ כששלח בו יד. [ועי' תוס' (קז: ד"ה ושלח) ומש"כ הגרעק"א בחו"מ (סי' רצ"ד)].

לידיה לכן השבועה הוא מחייבו במקום מעשה גניבה, וע"י השבועה הוי כאילו באיסורא אתא לידה. ומ"מ חיובו בגדר גניבה. ועוד ידובר בזה אי"ה.

<sup>3</sup>ועי' בשיעורי הג"ר דוב שווארצמאן שהעיר כי הראב"ד בהשיגו על הרמב"ם הנ"ל הק' עליו דאם חייב בפשיעה א"כ יהיה חייב לישבע שלא פשע. ומשמע לכ' דס"ל דאין עליו שם שומר כלל, דאם יש לו שם שומר א"כ מאי קושיא הרי הרמב"ם ביאר שיטתו דפושע משום מזיק אבל אינו מחיובי השומרים, משא"כ חיוב שבועה הוא בודאי מחיובי השומרים. אלא ע"כ דקו' הראב"ד דכיון שאין לו חיובי השומרים א"כ אין לו שם שומר כלל וממילא דאין כאן מזיק. אבל אי"ז מוכרח, דיל"פ קו' הראב"ד באופן אחר דה"ק דמה שפטור משבועה בעשו"ק הוא משום שפטור מתשלומין דאפילו נגנב אינו חייב וממילא אין סיבה לחייבו שלא נגנב, ולכן מק' דאם איתא דחייב בפשיעה א"כ יהיה חייב להשבע עכ"פ שלא פשע. והראב"ד לשי' (פ"ה טו"נ ה"ו) דבשטרות צריך להשבע שבועה שאינו ברשותו, והביאר דכיון שאם השטר ברשותו בודאי חייב להחזירו א"כ יש סיבה לחייבו שבועה שאינו ברשותו. את"ד.

עכ"פ מבואר שי' הרמב"ם דל"ש חיוב טוט"ג אא"כ נשאר עליו דין שומר.

**שם.** וא"ת גניבה בקרקע היכי שייכא. יש לעיין בכונת קושייתם. דאם כונתם להק' מהא דקרקע אינה נגזלת (כמבואר במשנה לק' קיז: דשטפה נהר אומר לו הרי שלך לפניך, ונלמד מקראי שם, וכן בסוכה לא. אמרינן דקרקע אינה נגזלת ואם תקף את חברו והוציאו מסוכתו אינו בדין סוכה גזולה) א"כ מה תי' במשיג גבול, וכי במשיג גבול אם שטפה נהר אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, בודאי דתמוה לומר כן. אלא משמע דאי"ז קושיית התוס' כלל. (ובגוף הקושיא כיון דקרקע אינה נגזלת למ"ל קרא למעטו מכפל עי' לק' מה שיתבאר בעז"ה.)

אלא בפשוטו כונת קו' התוס' דכל לקיחת קרקע היא בגלוי ולא בסתר וא"כ אינה גניבה אלא גזילה. וע"ז תי' דמשכח"ל במשיג גבול בסתר. וכמש"כ הרמב"ם רפ"ז גזילה דאם משיג גבול עובר משום לא תגזול ואם עושה כן בסתר עובר משום לא תגנוב. וע"ע לק' ביאור אחר בקושיית התוס'.

**שם.** אי"נ כו'. לכ' תי' זה הוא דוקא לענין טוט"ג, אבל לענין גנב ממש הרי בשעה שגנב את הענבים נעשו תלושים והר"ז כגניבת מטלטלין. וכן מוכח מן הסוגיא דלק' (צו.) בקוצץ דקל דנעשה גזלן לקנות בשינוי עיי"ש.

ויש לדחות דדוקא לענין גזלן כיון דתיכף כשגזלו נעשה תלוש בידו הוי כגזילת מטלטלין, אבל לענין גניבה כיון דבעי' וגונב מבית האיש שהגניבה תהיה מרשות הבעלים, לכן כיון דכל זמן שהיתה הגניבה ברשות הבעלים היה מחובר אין כאן מעשה גניבה. זאת אומרת כיון דבגניבה גם מה שהוא בבית הבעלים קודם הגניבה הוא חלק מתנאי הגניבה, וכיון דבאותה שעה היה מחובר א"כ הרי הוא בכלל גניבת קרקע ואי"ח כפל.

ומ"מ עי' בתוס' שבועות (מב: ד"ה ואין בהם) משמע מדבריהם שתי' זה דעשר גפנים כו' קאי אטוט"ג דוקא.

והנה התי' הראשון בתוס' דמיירי במשיג גבול לכ' אינו עולה כ"א לענין גנב ממש, ולא לענין טוט"ג, וכ"כ בשטמ"ק בשם הר"א מגרמייזא, אבל בשם הר"פ המציאו ציור של משיג גבול גם בטוט"ג. ולפי"ד הר"א מגרמייזא אם נאמר שהתי' השני של התוס' הוא לענין טוט"ג דוקא א"כ נמצא שהתי' הראשון הוא נצרך לגנב והתי' השני לטוט"ג ואין כאן שני תירוצים חלוקים אלא תרווייהו צריכי. ולשון התוס' לא משמע כן.

**שם.** הנה יש לעי' אם המעשה גניבה דטוט"ג הוא הקבלה הראשונה, והשבועה אינה אלא תנאי. או"ד השבועה עצמה היא מעשה הגניבה.

ולכ' יש לתלות דבר זה במחלוקת הראב"ד והרא"ש, שדעת הראב"ד (פ"ד גניבה ה"ב) דאם טבח ומכר ואח"כ טט"ג חייב דו"ה. [והראב"ד לשי' דשולח יד ואח"כ טט"ג חייב.] אבל עי' בגמ' לק' (קו:) דש"ט היכי משכח"ל טט"ג שאכלו ולא יתחייב על האכילה דו"ה משום שטבח, וכ' השטמ"ק בשם הרא"ש דהו"מ למימר כגון שאכלו קודם שטט"ג דכה"ג אי"ח דו"ה. אבל בתוס' רי"ד שם כתב דגם בכה"ג חייב דו"ה, וכהראב"ד. ועי' לק' (סד:) מה שנדון עוד בדבריהם.

והיינו דהרא"ש ס"ל דהגניבה היא השבועה, וא"א שיקדים הטו"מ להגניבה. והראב"ד והתוס' רי"ד ס"ל דהגניבה היא המסירה הראשונה, וא"כ שפיר קדמה הגניבה להטו"מ.

והנה מדברי התוס' לכ' יש להביא ראיה דס"ל כהראב"ד, שהרי התוס' כתבו דבציור דעשר גפנים טעונות כו' פטור מחיוב טט"ג דהוי בכלל קרקע. והרי לשי' הרא"ש שהגניבה היא השבועה, למה ייחשב זה טוט"ג בקרקע, הא בשעה שנשבע כבר היה תלוש. אע"כ דס"ל שעיקר הגניבה היא המסירה הראשונה, ובאותה שעה היה מחובר.



ואין לדחות דכיון שמסר לו קרקע לא נעשה שומר ולכן אין השבועה דאח"כ מחייבתו. זה אינו דהרי כבר הוכחנו מתחילת דברי התוס' (דצייר טוט"ג בקרקע בנשבע ע"י גלגול) דס"ל או דטוט"ג אי"צ לדיני השומרים או דיש שם שומר על קרקע.

אע"כ כנ"ל שדעת התוס' שהשמירה היא המסירה הראשונה, וכיון שבאותה שעה היה קרקע לכן הוא מתמעט מחיוב טוט"ג.

אבל א' מהלומדים הקשה דמ"מ אח"כ כשתלש הענבים למה לא תחשב אותה שעה כשעת הגניבה.

ולבאר הקושיא יותר, דהנה הבאנו לעי' מה שנח' בגמ' לק' (קז:): אם שולח יד ואח"כ טוט"ג חייב. ויש לעיין לדעת רב ששת דשולח יד ואח"כ טוט"ג פטור א"כ אזלא תירוץ התוס', דהא בשעה שהוא עצמו נטל הענבים נעשה שולח יד, ופשיטא שפטור אח"כ כשטוט"ג. אבל נראה דלק"מ, דמאן יימר שהוא נטל את הענבים בדרך שליחות יד, שמא נטלם בדרך שמירה, ורק אח"כ החליט להחזיקם לעצמם וטוט"ג.

אלא דעדיין ק', דכמו דבעלמא אמרין שעי"י שנשבע אח"כ נעשה קבלת השמירה למעשה גניבה וכנ"ל – ואף שמתחילה אתא לידיה בהתירא – ה"נ נאמר שעי"י שנשבע נעשה אותה לקיחת הענבים שהיתה בהיתר ובדרך שמירה למעשה גניבה. וצ"ת.

ושוב התבוננתי שאפשר לבאר את דברי התוס' באופן אחר, דלעולם ס"ל שהשבועה היא המעשה גניבה. (וכדעת הרא"ש הנ"ל.) אלא שהשבועה היא על השמירה שנתחייב מתחילה, שנשבע שהוא פטור מאותו חיוב כיון שנגנבה. וכיון שהקבלת שמירה היתה על קרקע, א"כ השבועה היא על קרקע, היינו על מה שנתחייב לשמור את הקרקע. ולא איכפת לן במה שהענבים עצמם הם תלושים בשעת השבועה. וזה נראה נכון בס"ד.

(ולפי"ז יהיה מוכרח כהך צד שצדדנו לעי' דס"ל להתוס' שיש שם שומר על קרקע.)

## בענין קרקע אינה נגזלת

א. הנה בסוגיין מצריך הגמ' קרא לפטור שטר וקרקע מחיוב כפל, וק' דלק' (קז:): נחלקו חכמים ור"א בגזל קרקע ושטפה נהר דעת חכמים דאומר לו הרש"ל, והכי קי"ל, ומבואר בגמ' שם דילפינן מן המקראות בפרשת וכחש בעמיתו למעט קרקע ושטרות. ובפשוטו היינו דנתמעטו מחיוב השבה (דבאותה פרשה כתי' והשיב את הגזילה אשר גזל), וכן משמע ברש"י שם דנתמעטו מהשבון, ובגמ' סוכה (לא). אמרו דנחלקו חכמים ור"א אי קרקע נגזלת, והיינו אותה פלוגתא הנ"ל. ומעתה ק' כיון דקרקע אינה נגזלת ואינה בהשבון, וכן שטרות, א"כ פשיטא דאין בהם חיוב כפל ולמה צריך קרא למעטם<sup>4</sup>.

ב. ונקדים דברי הגר"ח, דהנה מבואר במשנה (קז:): דאם גזל קרקע ושטפה נהר אומר לו הרי שלך לפניך. ובמשנה (צו:): נחלקו ת"ק ור"מ אם ה"ה בעבדים והזקיננו, ובגמ' שם מבואר דפלוגתתם תלוי אם מקשינן עבדים לקרקעות. והרמב"ם פ"ג דגזילה פסק דעבדים והזקיננו אומר לו הרש"ל. (אבל עי' במהודרת פרנקל בשינויי נוסחאות שיש נוסחאות שבהם פסק הרמב"ם דלא מקשינן עבדים לקרקעות ואם הזקיננו העבדים חייב לשלם.)

<sup>4</sup>לכ' היה אפשר להנה בקרא כתיב והשיב את הגזילה דהיינו כשהגזילה בעין, אבל אם אינו בעין חייב בתשלומין, וכתב הגר"ח (פ"ט גזילה ה"א) שהוא נלמד מקרא דושלם, והביא זה מתו"כ. ולפי"ז היה אפשר לומר דמה דממעטין קרקע ושטרות הוא דוקא מחיוב תשלומין, ולכן בשטפה נהר אומר לו הרש"ל ואינו חייב בתשלומי מה שנחסר. אבל מחיוב השבת הבעין לא נתמעטו. ושפיר היה ס"ד דכשמישיב הקרקע והשטר בעין חייב גם כפל.

אבל א"א לומר כן דבגמ' סוכה (לא). מבואר דכיון שקרקע אינה נגזלת אינה בכלל פסול מהבב"ע, ואם איתא דבאמת יש חיוב השבה בקרקע כשהוא בעין, ולא נתמעט כ"א מתשלומין כשנחסר, א"כ למה לא יחול עליו דין גזול לענין מהבב"ע.

והנה הגר"ח שם כתב להיפך, דהמיעוט לק' הוא מחיוב השבה, אבל מחיוב תשלומין לא נתמעטו (ויתבאר בסמוך). ואם כן י"ל דהיינו דס"ד דכשאינם בעין חייב כפל, מדין תשלומין. [וכיון שהבעין אינו בעמוד והשיב לא חשיב גזול לענין מהבב"ע כמו שכתבו ראשונים לענין גזילה אחר יאוש].

אבל ק' דזהו היפך סברת התוס' דהמיעוט דסוגיין מיייר כשהשטר הוא בעין.

ועי' ברמב"ם (פ"ט גזילה ה"א) וז"ל הגוזל קרקע מחבירו והפסידה כגון שחפר בה בורות שיחין ומערות או שקצץ את האילנות ושחת המעיינות והרס הבנין חייב להעמיד לו בית או שדה כשהיו בשעת הגזלה או ישלם דמי מה שהפסיד. אבל אם נשחתה מאליה כגון ששטפה נהר או נשרפה באש שירדה מן השמים אומר לו הרי שלך לפניך, שהקרקע בחזקת בעליה קיימת ואין אחריות הפסדה עליו אלא אם כן הפסיד בידו, מה שאין הדין כן במטלטלין ובעבדים כמו שביארנו עכ"ל.

ובהשגות וז"ל א"א אמת הוא זה אלא שהוא לא ביאר כן שהרי עשה עבדים כקרקעות לענין גזלה שהרי הזקינו אומר לו הרי שלך לפניך מיהו הני מילי לענין כחשה אע"ג דלא הדרא גזלה מיהא בעינה איתא ואומר לו הרי שלך לפניך אבל מ"מ נגזלים הם ונקנים ביאוש כדכתיב וישב ממנו שבי ואמרינן (גטין לז) העבד שנשבה ופדאוהו אם לשם בן חורין ואחר יאוש לא ישתעבד לא לראשון ולא לשני אלמא לאו כקרקע דמי דהא קני נפשיה ביאוש הילכך כשמת העבד או נשרף משלם את דמיו שהרי משמת אין שלו לפניו וכשמת לגזלן מת עכ"ל.

מבואר בראב"ד שני חילוקים, חדא דאף דמקשינן עבדים לקרקעות מ"מ יש בהם חילוק דקרקע אינה נגזלת כלל ולכן אינו נקנה ביאוש ואילו עבדים מבואר בגמ' דנקנה ביאוש הרי שיש בו דין גזל לענ"ז. (ועי' תוס' סוכה ל: ס"ל דקרקע אינה נקנית ביאוש אבל דעת התוס' ב"ב (מד.) דקרקע נקנית ביאוש כמו עבדים.) ועוד חילק הראב"ד, דכיון דעבדים חל בהם דין גזל לכן אף דבעבדים והזקינו אומר לו הרי שלך לפניך, אבל אם מתו חייב לשלם. והסברא צ"ב דכיון דנתמעטו מחיוב השבון א"כ מה לי אם הזקינו מה לי אם מתו. והרי אלמלא קרא גם קרקע היתה נגזלת (כדס"ל באמת לר"א) וא"כ השתא דאיכא קרא הן בקרקע והן בעבדים שהוקשו לקרקעות מהיכ"ת לחלק ביניהם.

וביאר הגר"ח דבגזילה אי' שני דינים, חדא חיוב השבה והוא דין מסויים בגזילה, ועוד חיוב תשלומין כשאינו בעין, דנלמד מקרא דושלם, והוא חיוב מזיק. ומה דממעטין קרקעות (וכן עבדים שהוקשו לקרקעות) מקראי דוכחש בעמיתו הוא דוקא מחיוב השבה, ולא מחיוב ושילם שהוא מדין מזיק. אלא דבקרקע כיון שאין חלים בה דיני גזילה וקניני גזילה ממילא דהיא נשאת ברשות בעליה ואין שם מעשה גזילה כלל, ולכן אפילו דין מזיק אין בו. אבל בעבדים כיון שבמציאות ניטלים מרשות הבעלים לכן אף שנתמעטו מחיוב השבה אבל נשאר בהם חיוב תשלומין מדין מזיק. ולכן קרקע אינה נקנית ביאוש כיון שאינה נגזלת כלל, משא"כ עבדים כיון שחל בהם מעשה גזילה נקנים ביאוש, דלא נתמעטו כ"א מחיובי גזילה ולא מעצם מעשה הגזילה. ואשר על כן אם העבדים הם בעין אלא שהזקינו אומר לו הרש"ל, דנתמעטו מחיוב השבה, אבל אם אינם בעין חייב לשלם מדין ושלם, דהוא מדין מזיק, דמזה לא נתמעטו את"ד הגר"ח.

ולכ' הדברים צ"ע דאיך אפש"ל דמה שבעבדים והזקינו אומר לו הרש"ל הוא שנתמעטו מדין השבה, הרי אדרבא זהו מיעוט מחיוב תשלומין שאי"ח לשלם מה שהוכחשו. אכן ביאור דברי הגר"ח, דבאמת אפילו אם הוכחשה הגזילה מ"מ כל שמחזירו בעין אין שם המזיק דגזילה ואינו בכלל חיוב ושלם. ומה שמחוייב להשלים החסרון אינו מדין ושלם כ"א מדין והשיב את הגזילה אשר גזל, שנעשה אחראי להחזיר הגזילה כעין שגזל, ואם הוכחש מחוייב לשלם כעין שגנב. ועבדים נתמעטו מדין זה, ולכן אם הזקינו העבדים אומר לו הרש"ל, ואי"ח לשלם מדין ושלם דכיון שעכ"פ מחזיר העבדים אין שם המזיק דגזילה.

ומקור לזה שחיוב השבה כולל גם אחריות להשלים מה שהוכחש, מהגמ' בסנהדרין (עב.) דחיוב גנב באונסין הוא "מידי דהוי אשואל".

אלא בדגמ' שם משמע דגם כשאין הגזילה בעין כגון חבית שנשברה חיוב התשלומין הוא "מידי דהוי אשואל", עיי"ש בסוגיא, ואילו למתבאר שיטת הראב"ד דרק בעבדים והזקינו וכן בשטפה נהר הוא דהוי חיוב אחריות, אבל כשמת העבד חייב לשלם מתורת תשלומי מזיק. ושמה הראב"ד יפרש דכונת הגמ' רק להביא ראיה משואל דשייך חיוב אונסין אפילו כשלא קנה החפץ. אבל רש"י לא פירש כן אלא דחיוב גנב הוא דומיא דשואל ממש שכל הנאה שלו עיי"ש<sup>5</sup>.

<sup>5</sup>והנה לכ' דברי רש"י קשים איך אפש"ל דחיוב אחריות דגזלן נלמד משואל. והרי גזלן חייב אפילו בבהמה שהזקינה, וכי אפש"ל דאם שאל בהמה והזקינה מחוייב לשלם מה שנחסר ע"י זקנה. ואפילו למ"ד דמשעת משיכה נתחייב באונסיה פשיטא דאי"ח על מה שהזקינן העבד. אבל יש ליישב בפשיטות דשואל לא נתחייב להשיב כ"א בתום ימי השאלה, וממילא דלא נתחייב להשיב כ"א בהמה שהזקינה לפי מידת ימי השאלה, משא"כ גזלן מחוייב להשיב מיד ולכן חייב אפילו על מה שהזקינה.

ג. ובאמת לפי המבואר יש מקום לדון ולבאר שיטת הראב"ד באופן אחר קצת מדברי הגר"ח, דלעולם אין כאן שני חיובים – חיוב השבה וחיוב ושילם – אלא חיוב אחד דהשבה, דמחוייב להחזיר הגזילה, או הוא או דמיו. והכל מדין והשיב. ועוד נתחדש בקרא ד"אשר גזל" חיוב אחריות על הגזילה שמחוייב להשיב. אלא יסוד שיטת הראב"ד דס"ל דהמיעוט דוכחש בעמיתו אינו ממעט עיקר חיוב והשיב, אלא הוא מיעוט מחיוב אחריות דוקא. דאם שטפה נהר אינו אחראי על ההפסד. אבל אינו מיעוט מעצם חיוב ההשבה. ולכן אם מתו העבדים חייב לשלם לקיים עיקר דין והשיב, דמזה לא נתמעטו עבדים, ורק אם הזקינו דרשינן דאומר לו הרש"ל ואינו חייב באחריות ההפסד.

ובפשוטו כן מתבאר מדבריו הראב"ד בחידושי, דהנה במשנה (קטז:): הגוזל שדה מחבירו ונטלוה מסיקין חייב להעמיד לו שדה. ודעת כמה ראשונים דאינו אלא קנס שהרי מעיקה"ד קרקע אינה נגזלת. אבל בחי' הראב"ד כתב דאף דבשטפה נהר אומר לו הרש"ל אבל מ"מ השבה בעי, ולכן בנטלה מסיקין חייב להעמיד לו שדה. הרי מבואר להדיא חילוק זה, דלא פטרינן קרקע כ"א מחיוב אחריות, ולא מעצם חובת השבה, ולכן אף דבשטפה נהר אומר לו הרש"ל אבל כשנטלוה מסיקין לגמרי מחוייב להעמיד לו שדה אחר. והוא מקביל ממש לדברי הראב"ד בהשגות לענין עבדים. ומפורש בדברי הראב"ד דהביאור הוא דאף שיכול לומר לו הרש"ל אבל מ"מ לא נפטר מעיקר חובת ההשבה.

וזה ממש כמו שחילק הראב"ד בהשגות דבעבדים והזקינו פטור, דעבדים נתמעטו מאחריות, אבל השבה בעי.

אלא דלכאורה אין דברי הראב"ד בחידושים שוים לגמרי לדבריו בהשגות, דבחידושו כתב כן לענין קרקע, ואילו בהשגות מבואר דלא אמר חילוק זה כ"א לענין עבדים, אבל קרקע אינה נגזלת כלל.

וקשה לפ"ד בהשגות דקרקע אינה נגזלת כלל, והיינו לכאורה משום דכל היכא דאיתא ברשותא דמרה איתא, ול"ש בה גזילה. אבל ק' א"כ למ"ל קרא למעט קרקע.

ועו"ק לפי דבריו בחידושים דגם בקרקע השבה בעי, א"כ תקף את חבירו והוציאו מסוכתו אמאי כשרה, כדאיתא בסוכה (לא). ומשום דקרקע אינה נגזלת, והרי השבה מיהא בעי.

ד. וברור בזה, דנתבאר דבגזילה איכא שני דברים, חיוב השבה דהיינו או הוא או דמיו, וחיוב אחריות. ודעת הראב"ד דהמיעוט דקרא הוא מחיוב אחריות דוקא, אבל השבה בעי. אבל בקרקע ל"ש חיוב השבה, שהרי היא מושבת ועומדת, אלא שהגנב חייב לפנות את עצמו.

ולכן לר"א דקרקע נגזלת, היינו דחל בה חיוב אחריות, דזה שייך שפיר בקרקע, וא"כ כשתקף את חבירו והוציאו מסוכתו הרי נתחייב באחריות הקרקע והו"ל סוכה גזולה. אבל לחכמים הרי עבדים וקרקעות נתמעטו מאחריות, והגם דהשבה בעי, אבל בקרקע ל"ש זה, שמושבת ועומדת, ולכן אין הסוכה נחשב גזולה. וכל זה בגזילה דעלמא וכגון תקף את חבירו והוציאו, אבל בנטלוה מסיקין באמת אין הקרקע מושבת ועומדת, ובכה"ג גם קרקע נגזלת שהרי השבה בעי.

ולפ"ז אין סתירה בין דברי הראב"ד בהשגות לדבריו בחידושים, דבהשגות מיירי בגזילה בעלמא ובזה עבדים בעו השבה אבל קרקע מושבת ועומדת. ואילו בחידושו קאי על המשנה דנטלוה מסיקין, ובזה גם בקרקע בעי השבה.

ה. וגם הרמב"ם נראה שסובר כן, ממש"כ (שם) דאם חפר בה בורות כו' חייב להשיב לו שדה כמו שהיתה בשעת הגזילה או לשלם, ומשמע מלשונו שא"ז מחיוב מזיק – דמה ענין מזיק לשעת הגזילה – אלא מחיוב גזילה. והיינו משום שמה שחפר בורות הוי הוספה בגזילה, כסברת הנתה"מ (ל"ד ה'), ומה שחיסר מהקרקע ואיבד מן העולם חייב להשיב, או הוא או דמיו, וא"ז ענין לחיוב אחרית, אלא הוא בכלל חיוב השבה שמזה עבדים וקרקעות לא נתמעטו.

ו. ולפ"ז ניחא למה צריך קרא למעט קרקעות מכפל. דהיינו לגונא שאינה מושבת ועומדת, והשבה מיהא בעי, וצריך קרא ללמד דמ"מ אי"ח כפל.

ולפ"ז יש לנו פירוש חדש בדברי התוס' שהקשו איך משכח"ל גניבה בקרקע, דקושייתו באמת משום שקרקע אינה נגזלת, דהיינו שאין בה חיוב אחריות, ואילו חיוב השבה לכאורה ל"ש בקרקע שהרי מושבת ועומדת. ולזה תירצו התוס' דמשכח"ל במשיג גבול, דס"ל דגם במשיג גבול אין הקרקע מושבת ועומדת, עד שיתקן את הגבול, ובכה"ג השבה בעי, וצריך קרא למעט מכפל.

ז. ולפי"ז יש לפרש דברי התוס' ר"פ איזהו נשך (ב"מ סא.) התמוהים, דעיי"ש בגמ' דמבע"ל למאי איצטריך הלא דלא תגזול והרי יכולים ללמוד איסור גזילה במה הצד מרבית ואונאה. והקשו התוס' דאמאי לא תי' דאיצטריך לאיסור גזל עבדים, דאינו יכול להיות למד מאונאה דאין אונאה בעבדים. ואף דקרקע אינה נגזלת, אבל אינו מקרא אלא מסברא שאינה זזה ממקומה, אבל עבדים שפיר נגזלים, וא"כ נימא דלזה צריך קרא דלא תגזול עיי"ש. ותמוה דהא קרקע אינה נגזלת לאו מסברא הוא אלא מקרא כמבואר בגמ' (לק' קיז:): דר"א וחכמים נחלקו בדרשת הקרא דוכחש בעמיתו.

אבל לנ"ל ניחא, דהקרא אינו ממעט אלא מחיוב אחריות, אבל השבה בעי, וא"כ עבדים שפיר נגזלים לענין דאם מתו חייב לשלם. ואף דקרקע אינה נגזלת ואפילו השבה אי"צ, כמבואר בגמ' בסוכה, היינו משום שאינה זזה ממקומה והיא מושבת ועומדת.

וא"ת א"כ הו"ל להתוס' להקשות עוד דהקרא דלא תגזול נצרך לא רק לגזל עבדים אלא לגזל קרקע, ובגונא שאינה מושבת ועומדת, דהיינו במשיג גבול. אבל זה אי"ק, דהגמ' מחפשת ציור של לא תגזול שאינו בכלל לאו אחר עיי"ש בסוגיא, ואילו משיג גבול כבר יש לו לאו בפנ"ע.

(ועדיין יל"ע למה לא הקשו דצריך לקרא לאיסור גזל קרקע היכא דנטלוהו מסיקין. אכן אדהכי קשה בתוס' בסוגיין למה לא תירץ דצריך קרא למעט מכפל בנטלוהו מסיקין. ושמא ס"ל דגם בנטלוהו מסיקין הוי מושבת ועומדת, רק אריא רביע עליה, והמשנה (קטז:): שחייבו לשלם אינה אלא משום קנס. ורק במשיג גבול הוא דצריך מעשה השבה ע"י השבת הגבול.)

**תוד"ה יצאו שטרות.** יל"ע מאי קשיא להו, נהי דשורף שטרותיו אי"ח משום מזיק למאן דלא דאין דינא דגרמי, אבל גנב חייב אפילו באונסין, דחייב באחריות הגניבה מידי דהוי אשואל, ואפשר דאחריות זו כוללת גם שריפת שטרות.

והיה אפש"ל דעבדים הרי נתמעטו מוכחש בעמיתו כמבואר לק' (קיז:), ונתבאר לעיל דהיינו מחיוב אחריות, אבל השבה מיהא בעי. וחייב השבה דהיינו השבת דמיו ס"ל דהוי כעין חיוב מזיק, וכל שפטור משום מזיק פטור משום השבת דמיו.

ב. אבל עיי' בתוס' שבועות (לז:): שהקשו למ"ל קרא דוכחש למעט שטרות מהשבה, והרי ממנ"פ אם השטר בעין בודאי חייב להשיבו גם לאחר הקרא, ואם אינו בעין למה צריך קרא לפטור הרי אפילו שורף שטרותיו של חברו פטור למאן דלא דאין דינא דגרמי. ודבריהם צ"ב והרי אלמלא המיעוט באמת היה חייב באחריות, ונימא שהאחריות היא גם על שריפת השטר.

אלא צ"ל דפשיטא להו להתוס' דל"ש חיוב אחריות אלא על היזק, וכל שהיה פטור אילו עשאו בידיים לא חשיב היזק, ול"ש בו חיוב אחריות.

ג. ועיי"ש בתוס' שתירצו דפטור גרמי היינו כשרפרו במקומו, אבל נטלו ושרפו חייב. דהיינו דכשנטלו ונעשה עליו גנב חייב על שריפת השטר.

ודברי התוס' צ"ב מה לי נטלו ושרפו נהי דנעשה גנב הרי ממנ"פ אי משום מזיק הר"ז גרמי, ואי משום אחריות הגניבה הא פשיטא להו להתוס' דל"ש אחריות בגרמי כנ"ל, ואם חזרו לסבור דשייך אחריות גם בגרמי א"כ למ"ל ששרפו בידיים.

וביאור דברי התוס' תלוי במה שנחלקו הפסקי תוס' עם הש"ך (שכ"ו ג'), שהש"ך פי' שכונת התוס' דאלמלא המיעוט היה חייב בנטלו ושרפו, והמיעוט בא לפטור אפילו בנטלו ושרפו, אבל הפסקי תוס' כתב דגם לבתר קרא חייב בנטלו ושרפו, וע"כ דכונת התוס' דכיון דחייב בנטלו ושרפו לכן היה ס"ד לחייב בנשרף מאליו ולזה צריך קרא.

ולפי' הש"ך צ"ל דאמנם ל"ש אחריות בגרמי, ולזה לא צריך קרא, אבל בנטלו ושרפו אין החיוב משום אחריות אלא משום דחשיב מעשה גזילה, וכסברת הנתה"מ (ל"ד ה'), ולכן היה ס"ד לחייבו משום גזילה. ויהיה צ"ל דחייב גזילה שייך אע"פ שמשום מזיק היה פטור, ודבר זה צ"ב.

גם יהיה מבואר לפי"ד הש"ך דהמיעוט בא למעט לא רק מחיוב אחריות – וכמש"נ לעיל בדעת הרמב"ם והראב"ד – אלא גם מחיוב השבת דמי הגזילה. ולפי"ז יקשה למ"ל קרא למעט שטרות מכפל, דלעיל תירצנו משום שלא נתמעטו אלא מאחריות, אבל השבה בעי. ושמה יהיה צ"ל דקרא דוכחש ממעט בגזילה, וקרא דסוגיין ממעט בגניבה.

אבל לפי הפסקי תוס' אדרבא, בנטל ושרף חייב גם לבתר קרא, והיינו כשיטת הרמב"ם דהמיעוט אינו אלא מחיוב אחריות ולא מחיוב השבה. אלא דכונת התוס' דכיון דאם נטל ושרף היה חייב לשלם מדין השבת הגזילה, ממילא שייך חיוב אחריות אפילו כשנשרף מאליו. וגם זה צ"ב מסברא.

[דף ס"ג ע"א]

**תוס' ד"ה רעהו.** וא"ת דלק' נפק"ל בפרקין כו'. בתוס' שבועות מ"ב תי' דחד בגנב וחד בטוט"ג. ויל"ע למה לא תי' כן גם כאן. ושמה ס"ל דכיון שהוקשו (כמבואר בסוגיא לק') לכן אי"צ ב' מיעוטים.

ובאמת תמוה דתרי רעהו כתיב ובגמ' ב"מ מבואר דרעהו קמא קאי אחיוב שבועה דאי"ח שבועה להקדש ורעהו בתרא (ישלם שנים לרעהו) דאי"ח כפל להקדש. ולפי שיטת התוס' בסוגיין דכפל ושבועה הכל אחד אי"כ למ"ל תרי קראי. ועי' פנ"י שכתב שזהו באמת קו' התוס', ותירוצם דחד לגנב ממש. אבל הוא סתום מאד בלשון התוס' וצ"ע.

**שם.** ואגב דגבי גנב איצטרך למנקט האי לישנא כו'. הביאור דעי' בגמ' לק' (עו). ר"ש אמילתא אחריתא קאי אין הגונב אחר הגנב כו' וכן הגונב מן ההקדש כו'. ומבואר דהגמ' מבאר דהדין דאין הגונב מן ההקדש חייב נסמך למש"א המשנה דהגונב מן הגנב פטור. וזהו שכתבו התוס' דאגב כו'.

אך הא גופא קשיא על דברי הגמ' מה ענין זל"ז. ובפשוטו נראה מזה דהמיעוט דרעהו ולא הקדש אינו מיעוט על חיוב תשלומין להקדש, אלא מיעוט במעשה גזילה, ודמי מצד זה להמיעוט דגונב מן הגנב, דחסר בגניבה מבית האיש.

ולהוסיף דיל"ע אילולא המיעוט למי היה חייב, לבעלים או להקדש. ובקדשי בד"ה פשיטא לבד"ה. ולכ' ה"ה קדשי מזבח דממון גבוה הם. אבל לשון הגמ' (עו). וכן הגונב הקדש מבית בעליו פטור משמע דהנידון לשלם להגנב. וכן משמע קצת מדברי ר"ש שאמר קדשים שחייב באחריותן.

ויש לבאר דכמו שהיה ס"ד דחייב גנב שני לגנב ראשון כיון שיש שם מעשה גניבה והיה לגנב הראשון זכותי ממון בגוה וכמש"נ לעיל, כך היה ס"ד דחייב לבעל הקרבן כיון שיש שם מעשה גניבה והיה לו זכות בגוה להתכפר בו.

וקשה איך גונב מבדק הבית מתמעט מאותו קרא דגונב קדשים מבית בעלים והרי הם שני ענינים. ונראה שגדר המיעוט דכל שיש בו צד רשות הקדש אינו מעשה גניבה להתחייב עליה. ודומה לגונב מן הגנב דג"כ חסר במעשה הגניבה כיון שלא הוציא מרשות בעלים גמורים.

ב. ועי' רמב"ם פ"ב גניבה ה"א הגונב את העכו"ם או שגנב נכסי הקדש אינו משלם אלא הקרן בלבד שנאמר ישלם שנים לרעהו ולא להקדש כו' וכן הגונב קדשים מבית בעליהן בין ק"ק בין ק"ל כו' הר"ז פטור מן הכפל ומתשלומי דו"ה שנאמר וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש עכ"ל. ועי' בחי' הגר"ח (סטנסיל) ובנוסח אחר קצת בברכת שמואל בשם הגר"ח ותורף הדברים דקרא דלרעהו ולא להקדש ממעט דאין חיוב תשלומין להקדש, וקרא דוגונב מבית האיש הוא מיעוט במעשה גניבה דאף דבקרבת היה מקום לשלם לבעלים אפילו בק"ק שהם ממון גבוה דגם לבעלים יש זכות ממון בגוה עיי"ש אלא דחסר במעשה הגניבה כיון שיש שם גם רשות הקדש.

ועי' בברכ"ש דבזה מתורץ קו' הלח"מ דהרמב"ם בהל' נזק"מ (פ"ח ה"א) כתב דלענין נזקין דבעינן רעהו ממעטינן ק"ק ולא קק"ל, ובפשוטו משום שפסק דקק"ל ממון בעלים הם. ומ"ש מגניבה דפטור אפילו גונב קק"ל. ולפי"ד

הגר"ח ניחא, דאמנם ק"ל קרינן בהו רעהו, דממון בעלים הם, אבל סו"כ יש שם רשות הקדש שהרי אינו של הבעלים לעשות כרצונו, וחסר במעשה הגניבה דבעי' וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש.

ויל"ע בק"ק דאינו רעהו א"כ למ"ל קרא דוגונב מבית האיש תפ"ל משום רעהו. וכמו בנזקין. ושי"ל דבגניבה ס"ד שיתחייב לבעלים כיון שהיה שם מעשה גניבה ויש לבעלים זכותי ממון בגוה, וכמו שהיה ס"ד שהגנב שני חייב לגנב ראשון כנ"ל, ול"ש למעטו מלרעהו דאין הנידון לשלם להקדש אלא לשלם לבעלים. משא"כ לענין נזקין תלוי בבעלים ממש. ואכתי צ"ת.

ועי' פ"ג מע"ש הכ"ד מע"ש ממון גבוה לפיכך אני אומר שפטור מכפל. ומבואר דאילו היה ממון בעלים היה חייב. וק' מ"ש מקק"ל דפטור מכפל, אע"ג דהרמב"ם פסק דהוי ממון בעלים, כמו שהוכיח הלח"מ ממה שפסק לענין נזקין דחשיב רעהו. (אבל האחרונים האריכו אם באמת ס"ל להרמב"ם דקק"ל ממון בעלים, עי' אבן האזל הל' נזק"מ שם.) ונראה דלא דמי, דקק"ל נהי דממון בעלים הם אבל הם ברשות הקדש, שהרי אינו יכול לעשות בהם כרצונם אלא חייב להקריבם, אבל מע"ש אילו היה ממון בעלים לא היה שם רשות גבוה כלל, רק דין איסור לאכלו חוץ לירושלים.

ג. אבל עי' רש"י לק' (עח:) דאי' בגמ' שם דאם אמר הרי עלי עולה והפריש שור ובא אחר וגנבו הגנב פוטר א"ע מן הבעלים (לר"ש דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי) בכבש עיי"ש ופרש"י דאילו אפסידא דהקדש מיפטר דמבית האיש כתיב.

וזה דלא כהרמב"ם ודלא כתוס', דלתוס' עיקר הלימוד הוא מרעהו, וגם דלא כהרמב"ם דלהרמב"ם המיעוט דמבית האיש הוא דוקא כלפי תשלומי הבעל, אבל תשלומי הקדש מתמעטים מרעהו, ואילו רש"י מיידי בתשלומין להקדש (אפסידא דהקדש לא מחייב) ומ"מ נקט קרא דמבית האיש. וא"כ לרש"י יק' באמת למ"ל תרי קראי.

ד. ובאמת עי' פסחים (ו.) כשביאר רש"י את שיטת ר"ש דגונב קדשים שחייב באחריותו חייב כתב וז"ל אע"פ שאין כפל להקדש דכתיב לרעהו ולא להקדש הכא חייב דזה חייב באחריותו רעהו קרינן ביה דהא גרם לו להתחייב ממון עכ"ל, והרי זהו ממש דין הסוגיא דלק' (עו.) אלא דהגמ' שם נקט קרא דוגונב מבית האיש, ורש"י בהביאו אותו הדין נקט קרא דרעהו ולא הקדש.

ה. וע"ע לק' (סח:) דמייתי ר' יוחנן ראייה דייאוש אינו קונה מהא דגנב והקדש ואח"כ טו"מ אינו משלם דו"ה, ודחי ר"ל דהבמ"ע בהקדושו בעלים ביד גנב, ועיי"ש ברש"י דפטור מדו"ה דכי קא טבח דהקדש טבח ורעהו אמר רחמנא ולא להקדש וכיון שפטור מכפל ממילא פטור מדו"ה עיי"ש, הרי דגם התם נקט להדרשא דרעהו, ודלא כדבריו לק' (עח:) דשם נקט הדרשא דוגונב מבית האיש.

באמת דברי רש"י (סח:) הנ"ל צ"ב דלמ"ל טעמא דרעהו ולא הקדש, תפ"ל דלא גנב מהקדש כלל, ולכ' צ"ל דס"ל לרש"י שהטביחה היא כגניבה מהקדש. וק' ממתני' (סב:) דאין הטובח אחר הגנב חייב. וכן ק' מהסוגיא שם (סח:) בהמשך דאם ב"ד אמרו לגנב צא תן לו ואח"כ טו"מ פטור מדו"ה דכבר פסקה הגניבה הראשונה עיי"ש.

ונראה דס"ל לרש"י בגנב והקדש כיון שכבר נעשה עליו גנב א"כ אחר שהקדשו [או לריש לקיש כשהקדשו הבעלים ביד הגנב] היה מקום לומר שמעתה יתחייב כפל להקדש, ולא משום שהטביחה עצמה היא מעשה גניבה (דזה אינו וכנ"ל) אלא משום שחיובי הגניבה שנתחייב ע"י הגניבה הראשונה עכשיו יעברו להקדש שנעשו הבעלים.

(וכמו בגנב משל אביו ואח"כ מת אביו דחייב כפל לירושלים, כדמוכח מהסוגיא דלק' דלא פטר ליה אלא מדו"ה דבעי' טבחו כולו באיסורא.)

ומעתה י"ל דלכן התם לא הביא רש"י הדרשא דוגונב מבית האיש, דהוא מיעוט במעשה הגניבה, ואילו כאן כיון שגנבו קודם שנעשה הקדש היה שם מעשה גניבה מבית הדיוט. ולזה הוצרך רש"י לבאר דמ"מ א"ח לשלם דו"ה להקדש דרעהו אמר רחמנא ואין חיוב כפל להקדש וממילא לא חיוב דו"ה.

עו"ל בע"א קצת דכשגנב מהבעלים חל עליו שם גנב ואח"כ כשטבח ונשתרש בגניבה זה נחשב מעשה גניבה ג"כ דהא מכח הגניבה הראשונה בא ומשתרש באותו מעשה גניבה, ולכן ס"ד שיתחייב דו"ה להקדש. ודומה למה שביארנו לעי' (סב:) בדברי הריטב"א כתובות דאם גנב בשבת וטבח בחול הטביחה היתה מחייבתו בכל.

(אבל עי' לק' מה שכתבנו לדחות פירוש זה וביארנו דברי רש"י בע"א.)

ו. ולפי"ז מבואר למה צריך קרא שישלם שנים לרעהו, ולא סגי בקרא דוגונב מבית האיש, דנפק"מ לכה"ג שבאמת גנב מבית האיש ואח"כ הקדישו [לר' יוחנן שהקדישו גנב אחר יאוש ולריש לקיש שהקדישו בעלים ביד גנב].

אלא דאכתי נשאר לבאר למה צריך קרא דוגונב מבית האיש ולמה לא סגי בקרא דרעהו ולא הקדש.

ושי"ל עפ"י מה שיש לדקדק בלשון רש"י פסחים שם שכתב אע"פ שאין כפל להקדש דרעהו כתיב, משמע דהמיעוט על כפל ולא על קרן, וקשה מ"ש מהרי עלי עולה והפריש שור ובא אחר וגנבו דאינו משלם כ"א כבש וביאר רש"י דאפסידא דהקדש לא מחייב דוגונב מבית האיש כתיב, הרי דפטור מפסידא דהקדש לגמרי.

ולכ' מבואר מזה שבאמת בזה יש חילוק בין המיעוט דוגונב מבית האיש שהוא מיעוט במעשה גניבה, וממעט גם מקרן, לבין המיעוט דישראל שנים לרעהו דאינו אלא מיעוט מכפל.

ומבואר א"כ דצריך לשתי הדרשות, דאי מוגונב מבית האיש דאינו נעשה גנב ע"י גניבת הקדש אכתי היה חייב בגנב ואח"כ הקדיש, ולזה צריך קרא דרעהו. ואי מקרא דרעהו לא היה נפטר כ"א מכפל, לזה צריך קרא דוגונב מבית האיש. ובגנב והקדיש באמת לא יהיה נפטר כ"א מכפל.

ז. ומעתה מבואר דרש"י לק' (עח:): דמיירי לענין חיוב קרן (דאי"ח כ"א דמי כבש ואי"ח אפסידא דהקדש כלל) נקט קרא דוגונב מבית האיש, ולא יכל להביא קרא דרעהו שאינו ממעט אלא מכפל. משא"כ רש"י בפסחים (ו.) דמיירי מענין חיוב כפל (דבא לבאר דלר"ש אם גנב קרבן שחייב באחריותו חייב כפל לנגנב) נקט קרא דלרעהו לרבותא דאע"פ שלעולם אין חיוב כפל להקדש מ"מ הכא קרינן ביה רעהו וחייב כפל לנגנב. (ומ"מ ה"ה דהיה יכול להוסיף דאע"ג שאין גניבה מהקדש דבעי' וגונב מבית האיש הכא שהיה גורם לממון לחבירו קרינן ביה מבית האיש, וכמפורש בגמ' לק' (עו.). ותרווייהו צריכי למימר, דלר"ש קרינן ביה מבית האיש, וקרינן ביה רעהו.)

אבל עי' רש"י בכורות (יא.) התם משמע דמוגונב מבית האיש לא ממעטי' כ"א מכפל, וצ"ת.

**תוס' ד"ה דהא, א"נ ע"כ אית לן למדרש כל חד פרטא באפי נפשי' ולמעט עופות דאל"ה לשתוק מכולהו פרטי ולכתוב שלמה לחודי' דמשום דהוּו בע"ח לא גריעי ע"ש.**

אע"ג דהשתא דדרשי' כל חד באפי נפשה הוי בעי' למעט עופות אע"ג דעל שלמה חייב, הרי דעופות גריעי משלמה, היינו לבתר דגלי קרא למדרש כל חד באפי נפשה, ודיינינן בע"ח לחודיהו, אבל אי לא הוי כתיב כ"א שלמה הוי מרבינן מיניה גם בע"ח, דמעצמינו לא היינו מחלקים.

ויל"ע למה הוצרכו התוס' לסברא, והרי פשוט דא"א למעט בע"ח מחיוב כפל, דהא חיוב דו"ה הוא בשור ושה, ואם אין כפל גם דו"ה ליכא, דדו"ה אמר רחמנא ולא גו"ד. וי"ל דזהו לבתר דילפינן חיוב כפל בבע"ח, וממילא דחיוב דו"ה כולל חיוב כפל. אבל אילו היו בע"ח פטורים מכפל, הייתי אומר דחיוב דו"ה אינו כולל חיוב כפל כלל.

**רש"י ד"ה ואי ס"ד האי על כל דבר פשע כו'. תורף שיטת רש"י דאילו נאמרו כל הפרטים בקרא קמא היה זה נדרש הן לשבועה והן לכפל, כיון דגם כפל כתיב התם אם ימצא הגנב ישלם שנים. אבל השתא דלא נאמרו הפרטים דשור חמור כו' בקרא קמא, גילתה תורה בזה דהפרטים ההם נדרשים בריבוי ומיעוט, ויש כאן ב' דרשות, הראשון לענין חיוב שבועה, והשני לחיוב כפל.**

וכל זה דלא כהתוס' שפי' הסוגיא דכפל ושבועה הכל אחד.

והנה למסקנת הגמ' ממעטי' דבר שאינו מסויים מחיוב כפל, ולהתוס' ממילא מתמעט דבר שאינו מסויים גם מחיוב שבועה, כמו שכתבו בסוף ד"ה למה, ואילו לרש"י נראה שאין ללמוד חיוב שבועה מחיוב כפל. ואזלי לשיטתו דרש"י פי' דבר שאינו מסויים שאין בו סימן, והרי זה ודאי שיש חיוב שבועה גם בדבר שאין בו סימן

שהרי מקרא מלא הוא שחייב שבועה על כסף. אבל תוס' (בלשון א') פי' דבר שאינו מסויים היינו שאינו במידה ובמשקל, והרי משנה מפורשת היא שאין נשבעין אלא על דבר שבמידה כו'.

אלא דלרש"י יק' כמו שהק' התוס' מאי מק' הש"ס דנימא כל הני פרטי בקרא קמא, הא א"כ נצטרך למעט עופות טמאים מחיוב שבועה, ושמא להכי לא כתבה תורה הפרטים בקרא קמא כדי שבאמת לא נמעט עופות טמאים מחיוב שבועה. וכן ק' למסקנת הגמ' מנא לן שקרא בתרא נדרש בריבוי ומיעוט, שמא אינו נדרש אלא בכלל ופרט וכלל, והטעם שלא נכללו הפרטים בקרא קמא הוא כדי שלא נמעט עופות טמאים מחיוב שבועה.

ושי"ל דאין סברא כלל לחלק בחיוב שבועה בין דבר שנבלתו מטמא לבין דבר שאין נבלתו מטמא, דרק לענין חיוב כפל כיון דאשכחן שהתורה עצמה חילקה בחיובי גניבה בין שור ושה לבין שאר בעלי חיים, הרי דגילתה תורה דגניבת בע"ח היא מעשה גניבה מיוחד בפנ"ע, זה נותן מקום לחלק דשמא כמו שיש חילוק בחיובי גניבה בין שור לבין שה, ובין שה לבין שאר בע"ח, ה"ה שיש חילוק בין בע"ח שמטמא בנבילה לבין שאר בע"ח. אבל בחיוב שבועה דלא אשכחן כעין זה, אין מקום לחלק בין כפירת בע"ח לבין כפירת שאר דברים, וכל שכן שאין מקום לחלק בין כפירת בע"ח שמטמאים בנבילה. ולכן אפילו אילו נאמרו הפרטים בקרא קמא, והיה נדרש הכלל ופרט וכלל הן לענין שבועה והן לענין כפל, מכל מקום היתה הדרשא מתחלקת דרק לענין כפל הייתי מחלק בין דבר שאינו מטמא כו', אבל לענין שבועה לא הייתי מחלק כלל. וא"כ שפיר מקשה הש"ס למה לא נאמרו הפרטים בקרא קמא, ולמה המתנה תורה לכתבם בקרא בתרא דוקא, אלא על כרחך לגלות שאין הפרטים דשור שה כו' נדרשים בכלל ופרט אלא בריבוי ומיעוט.

**תוס' ד"ה למה לי.** מש"כ דכפל והשבועה הכל אחד. התוס' לא ביארו סברתם בזה מהיכ"ת להשוות דיני כפל ודיני שבועה. ובתוס' רבינו פרץ מבואר שני דרכים בזה, או שסברא הוא להשוותם, או מצד מדרש הפסוקים דהיינו שהכלל ופרט דכי יתן איש גו' והריבוי ומיעוט דעל כל דבר פשע גו' שניהם מוסבים על כל מה שנאמר בפרשה, הן חיוב שבועה והן חיוב כפל.

ולהך צד דסברא הוא צריך להבין מהי באמת הסברא בזה, ולכ' צ"ל דסברא היא שטענה שאינה מחייבת בשבועה אין בכחה לחייב בחיוב טוט"ג.

ויתכן נפק"מ בין ב' דרכי רבינו פרץ – היינו בין הצד דכפל ושבועה הכל אחד מצד הסברא, לבין הצד דכפל ושבועה הם אחד מצד מדרש הפסוקים – לענין גנב ממש, דלהך צד שאנו משוים כפל ושבועה מצד הסברא גרידא, א"כ פשוט דאותה סברא ל"ש כ"א בטוט"ג ולא בגנב ממש. אבל גנב ממש יהיה חייב אפילו על פחות מב' כסף. אבל להך צד דשתי הדרשות מוסבות על מה שנאמר בפרשה, א"כ לפי מה דקיי"ל דמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור א"כ הפרשה כוללת גם גנב ממש (כמבואר לק' סד:) וא"כ יש לנו למעט גם גנב ממש. ועי' פסקי תוס'.

ועי' בתוס' בסו"ד כתבו דהמיעוט דדבר שאינו מסויים הוא גם לענין כפל וגם לענין שבועה, ואפילו היכא דנשבע ע"י גלגול פטור מכפל. ואין כונת התוס' לחדש הדין דדבר שאינו מסויים פטור גם מכפל, דאי"ז חידוש, דהרי המיעוט דדבר שאינו מסויים הוא מהקרא דכפל. רק כונתם דמה שפטור משבועה בדבר שאינו מסויים (כמבואר במשנה בשבועות לפי התוס' דדבר שאינו מסויים היינו דבר שאינו במשקל ובמידה) נלמד מקרא דמעטו מכפל. אלא שהוצרכו התוס' לבאר למה צריך קרא למעטו מכפל כיון שפטור משבועה וא"כ לא משכח"ל כפל, ולזה כתבו דמשכח"ל ע"י גלול ובה מירי המיעוט.

והק' מהרש"א מה הוצרכו התוס' לזה, הרי התוס' לעי' (ד"ה רעהו) כתבו דלפי מה דמסקינן דכפל ושבועה הכל א' ניחא למה פטרו הכתוב מכפל אף דלא משכח"ל שהרי פטור משבועה. ותירץ דהתוס' שם כתבו דתימה לר"י למה צריך קרא למעט הקדש מכפל, ומה שתירצו דלפי מה דמסקינן כו' אי"ז מדברי ר"י, ור"י סובר דאף שכפל ושבועה הכל א' אבל מ"מ כיון דקרא בתרא נאמר לענין כפל לא מסתבר שידבר הקרא בדבר שאינו, וכיון שאינו בנמצא שיהיה נשבע על הקדש א"כ למה כתבה תורה שאין עליו חיוב כפל. ודברי התוס' כאן הם דברי ר"י, את"ד מהרש"א.

ובאמת נראה שיש לתלות דבר זה בב' הדרכים בתוס' רבינו פרץ. דלהך צד שכתב רבינו פרץ דכפל ושבועה הכל אחד מסברא, א"כ סו"ס קרא קמא מדבר בענין שבועה וקרא בתרא בענין כפל, רק שיש סברא דמה שמתמעט מזה מתמעט מזה. וזהו שיטת ר"י ולכן הוקשה לו דלא מסתברא שהקרא בתרא ידבר בדבר שאינו, וכיון שכל שמתמעט מכפל מתמעט משבועה איך משכח"ל הך דין שאי"ח כפל. ותי' דמשכח"ל ע"י גלגול, ובהקדש דל"ש ביה



גלגול באמת נשאר ר"י בתימה. אבל סתמא דהתוס' שכתבו לעי' דאם כפל ושבועה הכל אחד ניחא, ס"ל כאידך דרך בתוס' רבינו פרץ, שהמיעוטים דכי יתן איש גו' ודעל כל דבר פשע גו' מוסבים על כל הפרשה, א"כ אין כאן קושיא כלל, שכונת המיעוט באמת למעטם מחיוב שבועה, וק"ל.

## דבר שאינו מסויים

רש"י פי' שאין לבעלים סימן בו. ובתוס' תמהו איזה מקום יש לחלק בגניבה בין דבר שיש בו סימן לדבר שאין בו סימן.

והמאירי העתיק פרש"י דדבר שאינו מסויים היינו שצא אבידה שאין בה סימן וכפר בה קודם יאוש והרי זה שייך לבעלים ונתמעט דאין חייב משום טוט"ג. ונראה לבאר זה, דהנה מצינו בגנב דא"ח א"כ גנבו מרשות הבעלים, ולכן גונב מן הגנב פטור. ויש לעיין אם גם חיוב טוט"ג הוא דוקא כשגנבו מרשות הבעלים, כי רשות השומר הוא רשות הבעלים. ונראה דזהו מה דממעט כאן, דאם מצא אבידה שאין בה סימן ונטלו קודם יאוש נהי דאינו שלו אבל כתב הגרעק"א (ב"מ כא: ד"ה אמנם י"ל) דאין לו חיובי שומר אבידה, ואינו שומרו בשביל הבעלים. נמצא שאין האבידה ברשות הבעלים, ולכן אם מצאו הבעלים ותבעו וטענו טענת גנב פטור, והוא כעין פטור גונב מן הגנב שאין הגניבה מרשות הבעלים.

אלא דיל"ע לפי"ז בגמ' לק' (סד:) דממעט דבר שאין בו סימן גם בגנב ממש. ולפי"ד המאירי לכאורה גם שם נפרש שגנב אבידה שאין בה סימן, וכגון שלא נתיאשו הבעלים ונטלו ע"מ לגנבו. וקשה א"כ אפילו יש בו סימן נמי דהא לא גנבו מרשות הבעלים, וכמו שהבאנו לעיל מהגר"ז שפי' דלכן הגמ' (ב"מ כו:) לא קאמר אלא דנטל אבידה ע"מ לגזלה עובר משום לא תגזול, ולא נקט לא תגנוב. ושמא ס"ל להמאירי דהתם כשנטלו בגלוי, אבל אם נטלו בסתר עובר משום לא תגנוב, אבל דוקא כשיש בו סימן, דלא נאבד לגמרי מהבעלים שהרי יש בו סימן, ורק אם אין בו סימן ואבד סברם הוא דחשיב שיצא מרשותו. אלא דמ"מ קשה למ"ל מיעוט מיוחד לדבר שאין בו סימן, והרי בגניבה ממש כבר יש לנו מיעוט דוגונב מבית האיש.

ב. הרמב"ם השמיט דין זה דדבר שאינו מסויים. וכתב היש"ש דהרמב"ם דחה סוגיין דדריש לקראי בדרך ריבוי ומיעוט, אלא פסק דהקרא נדרש בדרך כלל ופרט וכלל, וכן דייק מלשון הרמב"ם פ"ב גניבה ה"ד. אלא שנשאר בתימה איך דחה הרמב"ם לסוגיין, ועוד שאם נדרוש הקרא בדרך כלל ופרט וכלל יקשה קו' הגמ' דנמעט עופות טמאים שאין בהם טומאה.

והיה אפשר"ל דהרמב"ם פי' סוגיין כתוס' דכפל ושבועה הכל אחד, והכל נדרש מקרא בתרא, ולכן דחה סוגיין מקמי סוגיא דב"מ (נז:): שהביאו התוס' דדריש קרא קמא לענין שבועה וקרא בתרא לענין כפל. וע"כ דאותה סוגיא לא חש להקושיא דמה הפרט מפורש דבר שאינו מטמא בנבילה. (ובאמת עי' בגמ' לק' (סד.) דמשמע שהברייתא שם ג"כ לא חשש לקושיא זו, ועי' מה שכתבנו שם.) ושפיר נקט הרמב"ם דהוי כלל ופרט וכלל, ואין כאן מיעוט למעט דבר שאינו מסויים.

וזהו לפלפולא, אבל יותר נראה דהרמב"ם אזיל בשי' הר"י מיגש בסוגיין דכל הפסוק נאמר לענין שבועה, אלא דממילא נדע שא"ח כפל בדבר שאינו מסויים כיון שאין חיוב טוט"ג כ"א ע"י שבועה. וגריס לק' (סד:) דבגנב ממש מרבינן דבר שאינו מסויים עי"ש. וגם מבואר בר"י מיגש שפי' דבר שאינו מסויים דהיינו דבר שאינו במידה ובמשקל. והרי לגבי שבועה שפיר הביא הרמב"ם להך דין דא"ח כ"א בטענת דבר שבמידה ובמשקל ובמנין.

אלא דלפי"ד הר"י מיגש פטור גם משבועת השומרים, ולא רק משבועה מודה במקצת, ואילו הרמב"ם לא הביא דין זה דדבר שבמידה ובמנין כ"א לגבי שבועה מודה במקצת, ולא לגבי שבועת השומרים. אלא ד"ל דהרמב"ם ס"ל כהראב"ד בשטמ"ק דס"ל דכיון דגבי ש"ש לא ממעטינן דבר שאינו מסויים א"כ זה מגלה דבשבועת השומרים לא פטרינן דבר שאינו מסויים, כ"א בשבועת מודה במקצת גרידא.

עכ"פ הא מיהת מבואר מדברי הר"י מיגש דכל שפטור משבועה ממילא דל"ש בו חיוב כפל דטוט"ג, ואי"צ קרא למעטו מזה. וזה דלא כהתוס' בסוגיין שכתבו כמה פעמים דמשכח"ל ע"י גלגול. וצ"ל דהר"י מיגש ס"ל שאין חיוב כפל ע"י גלגול. וצ"ב במה פליגי.

ונראה דלק' (סג): נבאר אי"ה דבטוט"ג החיוב שבועה הוא במקום באיסורא אתא לידיה, והשבועה היא ההוצאה באיסור מהבעלים. ומסתבר א"כ דכדי לחייב משום טוט"ג בעי' שע"י השבועה פוטר א"ע מממון. וא"כ יש לתלות מח' תוס' והר"י מיגש במה שנחלקו ראשונים (עי' ב"מ צח). אם בגלגול שבועה אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ונאמר דהר"י מיגש ס"ל דל"א מתוך וא"כ גם אם לא ישבע לא יתחייב לשלם נמצא שהשבועה אינה פוטרתו מלשלם וק"ל.

**הטוען טענת גנב באבידה משלם תשלומי כפל שנאמר על כל אבידה כו'.** הנה יל"ע אם חיוב טוט"ג הוא מחיובי השומרים או שהוא מדיני גניבה. (ולהעיר שהרמב"ם כללו בדיני גניבה, אבל החינוך כתבו במצות השומרים.)

וממה שצריך קרא לטוט"ג באבידה לכ' היה משמע דהוא מדיני השומרים ולכן היה ס"ד דלא נאמר כ"א בשומר פקדון ולא בשומר אבידה. אבל מאידך מבואר לק' בסוגיין דהיה אפשר ללמוד חיוב כפל בגנב ממש בק"ו מטוט"ג, רק דא"כ דיו לבא מן הדין ולא היה חייב כ"א בשבועה. ואם נאמר דטוט"ג הוא מחיובי השומרים א"כ מה זה ענין לגנב ממש.

ושמא היה אפשר ל' דהנה שי' הראב"ד (פ"ד גניבה) דטוט"ג שטבח תחילה ואח"כ נשבע חייב דו"ה, ולכ' מוכח מדבריו דס"ל שאין הגניבה דטוט"ג נעשה ע"י השבועה (דא"כ איך יתחייב ע"י טביחה שהיה מקודם), אלא הגניבה היא מה שקיבל הפקדון מעיקרא. רק דכיון דבהתירא אתא לידיה לכן לא נתחייב אא"כ נשבע לבסוף, אבל כשנשבע נעשה גנב משעת קבלת הפקדון. (אבל לק' יתבאר דרך אחר בהבנת שיטת הראב"ד.) ולפי"ז י"ל דהיה ס"ד דרק קבלת פקדון יכול להעשות מעשה גניבה ולא נטילת אבידה. ואפשר להוסיף בזה טעם דהרי נוטל אבידה ע"מ לגוזלה נעשה גזלן ולא גנב, והבאנו לעי' דברי הגר"ז דכיון שאין האבידה ברשות הבעלים לכן לא קרינן ביה וגונב מבית האיש. וא"כ היה ס"ד לומר דגם טוט"ג – שהוא ג"כ מין גניבה – ל"ש באבידה. קמ"ל קרא בטוט"ג נעשה גנב גם בשומר אבידה.

עו"ל דאכן דין טוט"ג נאמר רק בשומר אבל אין הגדר דהוא מחיובי השומרים, דלעולם הוא דין גניבה, אלא דכיון דבהתירא אתא לידיה לכן המעשה גניבה הוא באופן אחר מגנב ממש, והמעשה גניבה הוא נטילת הפקדון, יחד עם טענת גנב, ושבועה, וכל זה הוא בכלל מעשה הגניבה. ולכן היה ס"ד דשומר אבידה כיון דאתא לידיה באופן אחר אי"ז בכלל המעשה גניבה דטוט"ג.

[דף ס"ג ע"ב]

**או אינו אלא לדין.** פרש"י לפרעון שש"ח שטען נגנבה ישלם.

והק' מהרש"א כיון דקרנא בעי לשלם איך יתחייב כפל, וכונתו כפיה"נ דהכי מק' הש"ס לעי' (נז). בפשיטות לענין ש"ש שטט"ג.

ובפשוטו י"ל שקושיית הש"ס לעי' שם היא לאחר דדרשינן הכא דונקרב בעה"ב הוא לשבועה, וא"כ גילה לנו קרא דש"ח אי"ח כ"א ע"י שבועה, ולכן שפיר מק' דש"ש כיון דקרנא בעי שלומי אי"ח שבועה ואיך יתחייב כפל.

אלא דקצת יש לעי' דהא גם ש"ש שטען נגנבה נהי שחייב לשלם אבל עכ"פ מחוייב לישבע שאינו ברשותו (כמבואר בש"ע סי' רצ"ה ס"א) וא"כ נהי דדרשינן הכא דאי"ח כ"א ע"י שבועה מ"מ מנ"ל דאין חיוב טוט"ג בש"ש. ואפשר דפשיטא לן דהשבועה המחייבת כפל צ"ל שבועה שנגנבה, ולא סגי בשבועה שאינו ברשותו, וש"ש כיון שחייב לשלם כשנגנבה פשוט דאי"ח בשבועה שנגנבה. אבל עי' תוס' לעי' (סב): שכתבו דהקרא דממעט שטרות מטוט"ג מירי במחזיר השטר בעין, דאם איבדו פטור אפי' מקרן דגרמי אינו אלא דרבנן. והק' הפנ"י הרי טוט"ג הוא בשבועה, ואיזה שבועה יכולים להשביע על שטרות, הא אפילו פשע או שלח בהם יד אי"ח (דהוי גרמי) ופשוט שא"א להשביעו שלא פשע או שלא שלח בהם יד. ותי' דמשכח"ל ע"י שבועת שאינו ברשותו. ומוכרח לפי"ז דחיוב טוט"ג משכ"ח אפילו ע"י שבועה שאינו ברשותו, והדרא קושיין לדוכתה.

אבל באמת לק"מ, דהנה אילו היה ונקרב בעה"ב לשון פרעון א"כ הו"א דטוט"ג חייב כפל אפילו כבא לפרוע דמי הפקדון, והביאור משום שעכ"פ גנב את הבעין של החפץ. אבל כיון דדרשינן דונקרב בעה"ב גו' הוא לשון שבועה, זה מגלה דאינו נעשה גנב ע"י גניבת הבעין לבד, אלא צריך שיגנוב גם את דמי החפץ. וזהו קושיית הגמ' לעי' דש"ש כיון דקרנא בעי שלומי א"כ נמצא שאינו גונב כ"א את הבעין של החפץ, ואילו קרא דונקרב כו' מגלה שאינו חייב בלא שיגנוב גם את דמי החפץ.

והנה הרמב"ם פסק דשומר שגנב טלה מן העדר או סלע מן הכיס חייב כפל, והק' האור שמח מ"ש משולח יד בעלמא. ותי' דשולח יד אף שגוזל את הבעין של החפץ אבל אכתי חייב לשלם את דמיו שהרי כשקיבל לשמרו נתחייב באחריותו. (ורק אם נשבע שנגנב דגונב גם את התשלומין הוא דחייב כפל.) משא"כ גונב טלה מן העדר דסבור שהבעלים לא ירגיש, וכן סלע מן הכיס, הרי בא לגנוב גם את השויות של הטלה ושל הסלע, וזהו גנב ממש. ולפי דברינו המקור לחילוק זה הוא בסוגיין, דונקרב בעה"ב אל האלהים מגלה שאינו חייב כפל ע"י גניבת הבעין לחוד בלא גניבת דמיו.

והנה רש"י בב"מ פי' בע"א או אינו אלא לדין שמשעה שטען נגנבה אע"פ שלא נשבע ישלם כפל. ומ"מ נראה שדבריו שם קרובים לדבריו כאן ביסודם, דאילו היה חייב ע"י כפירה לחוד בלא שבועה היה הביאור דאע"ג דאכתי לא נשבע ולא נפטר מתשלומין מ"מ עצם הכפירה יחייב אותו כפל שהרי ע"י הכפירה בא לגנוב מהבעלים את הבעין של החפץ. קמ"ל דא"ח עד שישבע ויפטור א"ע אפילו מתשלומין.

(ועי' מהרש"א הק' איך ס"ד דיתחייב בלא שבועה א"כ למ"ל קרא לגנב ממש תפ"ל בק"ו מטט"ג. וכתב דלפי פרש"י הכא ניחא. ולכ' כונתו דלפי פרש"י כאן היה ס"ד דחייב כפל אפילו כשבא לשלם וא"כ אינו מדין גנב כלל, כ"א גזה"כ בעלמא, וא"א ללמוד ק"ו לגנב ממש. ולא הבנתי, דגם לפי הס"ד דהיה חייב כפל כשנקרב לתשלומין, מ"מ חיובי מדין גנב שהרי גונב את הבעין, וכמש"נ. וצ"ע. ולגוף קושיית המהרש"א כבר הק' כן הרבה ראשונים עי' במהר"ם בשם השר מקוצי, ובתוס' ר"פ, ובשטמ"ק בשם רא"ה, עיי"ש מה שתירצו.)

אלא הוא עצמו גנבו. יש לעי' בלשון רש"י שבד"ה אלא הוא עצמו גנבו כתב ונקרב בעה"ב כל' והוא כבר נשבע בדבר שלא שלח ידו כו'. נקט שבועת שלא שלח בו יד. ואילו בד"ה לשבועה כתב שכיון שטוען וגונב מבית האיש ישבע שנגנבה ויפטור, נקט שבועת שנגנבה.

ונראה דהנה עי' בגמ' ב"מ (ו. ולק' (קז):) ג' שבועות משיעין אותו שבועה שלא פשע בה ושלא שלח בה יד ושבועה שאינה ברשותו. (ודנו המפרשים אם השבועה שלא נגנבה היא מכלל השבועה שלא פשע בה או השבועה שאינה ברשותו.) והנה דעת הרמב"ן עה"ת דמש"א ונקרב בעה"ב אל האלהים היינו שבועה שנגנבה, ומש"א אם לא שלח ידו גו' א"ז תוכן השבועה אלא מילתא באפי נפשה דאם שלח ידו נעשה גנבה ואינו נפטר אפילו אם נגנבה אח"כ. ולפי"ז לא הוזכר שבועה שלא שלח בה יד בתורה כלל. ונראה שכן צ"ל לדעת התוס' ב"מ (ו.) שכתבו דשבועה שלא שלח בה יד אינה אלא ע"י גלגול עיי"ש. אבל רש"י עה"ת פי' דאם לא שלח ידו הוא לשון שבועה, וכן מבואר מדבריו בסוגיין בד"ה אלא הוא עצמו וכנ"ל. אבל יש לעי' דלכ' מה שמתחייב כפל בשבועה היינו שבועה שנגנבה דוקא, דהרי שבועה שלא שלח בה יד נשבע גם בטענת אבד ואינה ענין לטענת גנב במיוחד. אבל נראה שגם רש"י מודה דמש"כ ונקרב בעה"ב אל האלהים היינו לישיבע שנגנבה, דקאי אדלעי' מיניה וגונב מבית האיש גו'. והרי כן מבואר בדברי רש"י בסוגיין בד"ה לשבועה שכתב שכיון שטוען וגונב מבית האיש ישבע שנגנבה ויפטור. ונמצא שב' השבועות הוזכרו בקרא.

ולפי"ז י"ל דליכא סתירה בדברי רש"י רק רש"י בד"ה אלא הוא עצמו גנבו בא לפרש המשך הכתובים לפי דברי הגמ' דקאי אטוט"ג, ומפרש דה"ק קרא אם לא ימצא כמה שאמר, והוא כבר נשבע (ונקרב בעה"ב גו') אם לא שלח ידו (שבועה שלא שלח בה יד) מה כתיב אחריו על כל דבר פשע שנים ישלם. ואח"כ בד"ה לשבועה מבאר רש"י שבועה ונקרב בעה"ב אל האלהים, מה היא אותה שבועה, דאינה השבועה שלא שלח בה יד, אלא שבועה אטענת וגונב מבית האיש, דהיינו שבועה שנגנבה. וזהו עיקר השבועה דטוט"ג שמחייבתו בכפל. (אבל עי' לק' (סד):) מש"נ שם לדון אם יכול להתחייב כפל ע"י שבועה שאינה מענין טענת גנב.)

וע"ע בראב"ד שיטה שלישיית דונקרב בעה"ב גו' אם לא שלח ידו גו' היא שבועת שלא שלח בה יד, ומש"א אח"כ על כל דבר פשע גו' היינו שבועה שלא פשע.

**אמר רבא תנא אחיים קא סמיך כו' כל הסוגיא.** בפשוטו ביאור הסוגיא דמהפרטים דשור חמור ושה יכולים לרבות כל בע"ח, וממילא דנרבה גם שאינם בע"ח ג"כ שהרי בעלי חיים כבר אמורים מחיים, אלא דהכללא בתרא אינו יכול לרבות כ"כ דהא חיים כתיב ביה, וכיון שהפרטים מרובים כ"כ שיכולים לרבות יותר מהכללא בתרא ממילא בטלה כל הכלל ופרט וכלל, וצריכים להכללים האחרים דהמצא תמצא. וכן מבואר מפרש"י עמ' ב' ד"ה ה"ג, דבטיל ליה כלל ופרט עיי"ש.

אבל עי' בתוס' ד"ה יאמר וד"ה מהיכא, דלהר"י שיטה אחרת בסוגיין, ותורף שיטתו דזה מוסכם הן להמקשן בברייתא והן להתרצן דחיים עיקר פירושו בע"ח, אבל אם הפרטים יכולים לרבות כל בע"ח א"כ לבע"ח עצמו אי"צ (דהיה יכול לכתוב רק חיים) וע"כ הפרטים מרבים גם שאינם בע"ח וממילא דמשתנה פירוש חיים, דאינו לשון בע"ח אלא לשון חשיבות. והשו"ט בין המקשן והתרצן הוא בזה, דהמקשן סבר שיש רק ג' חילוקים בבע"ח, והם קרב לגבי מזבח, קדוש בבכורה, ומטמא טומאת נבילה. ומשור נרבה קרב לגבי מזבח, ומחמור נרבה קדוש בבכורה, ומשניהם יחד נרבה מטמא בנבילה, ואייתר שה לרבות כל בע"ח, והרי לבע"ח כבר כתיב חיים וע"כ נרבה הכל, וממילא ישתנה פירוש חיים ללשון חשיבות, נמצא שנתרבה הכל, והמצא תמצא למה לי. והתרצן דחה דלעולם יש ד' חילוקים, כי יש חילוק בין עופות טהורים דעכ"פ מטמאים בבית הבליעה לבין עופות טמאים שאין מטמאים כלל. ולכן משור חמור ושה לא נוכל לרבות כ"א דברים המטמאים בנבילה או בבית הבליעה, ולא נרבה עופות טמאים. וממילא דחיים ישאר פירושו לשון בע"ח. נמצא שהכלל ופרט וכלל מרבה רק בהמות וחיות ועופות טהורים. ולכן צריך להכללים דהמצא תמצא לרבות שאר דברים.

ויש להבין מה דחקו להר"י לפירוש זה שלכ' הוא רחוק מאד מפשטות דברי הגמ'. ובדברי התוס' עצמם אינו מבואר הכרח לזה זולת מה שהקשה לו הר"ר אשר מלוניל שהק' על פתיחת הברייתא יאמר שור גניבה וחיים והכל בכלל, מה ס"ד דהכל בכלל כיון דחיים כתיב ביה. אשר קושיא זו לכ' נקל לתרצה כמו שתירצה באמת סתמא דהתוס' דהתנא אכתי לא אסיק אדעתיה שיש חילוק בין בע"ח לשאר דברים. ולכ' אין קושיא זו לעצמה שוה להוציא כל הסוגיא מפשטה.

אבל נראה דהוקשה לו להר"י דבסוגיין מבואר דמשור חמור ושה היינו מרבים כל בע"ח, והיינו ע"כ כנ"ל דמשור וחמור נרבה כל שמטמא בנבילה ומשה נרבה עופות, וק' דהא בגמ' לעי' (סג.) מבואר שיש חילוק בין עופות טהורים לעופות טמאים, וא"כ יתמה מה מק' הברייתא יאמר גניבה שור חמור שה וחיים והכל בכלל. וזה באמת ק' לפרש"י וסתמא דהתוס'. משא"כ לפי ר"י על קוטב זה באמת סובב הברייתא, וזהו באמת החילוק בין המקשן להתרצן דהמקשן סבר שאין חילוק בין עופות טהורים לעופות טמאים וממילא הכל בכלל והתרצן תי' דבאמת יש חילוק וכו"ל.

והנה לעי' (סג.) דברנו משי' הרמב"ם שהשמיט הא דטוט"ג אי"ח על דבר שאינו מסויים, והבאנו דברי היש"ש שכתב דהרמב"ם דחה אותה סוגיא שדרש הקרא דעל כל דבר פשע גו' בדרך ריבוי ומיעוט, והרמב"ם נקט שהוא נדרש בכלל ופרט וכלל (כמו שבאמת מורה לשון הרמב"ם). וכתבנו לעי' מקור לזה מסוגיא בב"מ (נז:): עיי"ש. אלא שא"כ יישאר קושיית הש"ס שם דאם נדרוש הקרא בכלל ופרט וכלל לא נוכל לרבות כ"א עופות טהורים שדומים לשור חמור ושה בזה שמטמאים עכ"פ בבית הבליעה כמו ששור חמור ושה מטמאים בנבילה. ומנ"ל לרבות עופות טמאים. אבל למבואר י"ל דהרמב"ם פירש סוגיין כפשטה וכפרש"י וסתמא דהתוס', וא"כ מבואר דהברייתא כאן אינה מחלקת בין עופות טהורים לעופות טמאים, ודלא כסוגיא דלעי', ולכן בצירוף הסוגיא בב"מ דחה הרמב"ם לאותה סוגיא.

**לרבות דבר שאינו מסויים כו'.** שי' רש"י דבא למעט דאי"ח על דבר שאינו מסויים. והתוס' ג"כ ס"ל כן אלא שגורסים למעט. אבל דעת הר"י מיגש (בשטמ"ק לעי' סג.) דבאמת בא לרבות בא שגנב ממש חייב על דבר שאינו מסויים. וביאר דלעי' גבי טוט"ג שנדרש בריבוי ומיעוט וא"כ אלמלא שלמה היה חייב על דבר שאינו מסויים, א"כ שלמה בא למעט. אבל כאן שנדרש (לפי הגמ' עכשיו) בכלל ופרט וכלל א"כ בלא שלמה לא הוי מרבינן דבר שאינו מסויים, ואתא שלמה לרבות.

ופשוט דהר"י מיגש לשי' דדבר שאינו מסויים היינו שאינו במידה ובמשקל וא"כ שור הוא דבר שבמידה ומכלל ופרט לא הוי מרבין כ"א כעין הפרט דהיינו דבר המסויים, ואתא שלמה למעט. אבל לרש"י שדבר המסויים הוא שיש בו סימן א"כ לא כל שור יש בו סימן (וכמש"כ רש"י) וא"כ מכלל ופרט וכלל הוי מרבין גם דבר שאינו מסויים ואתא שלמה למעט.

אך התוס' לעי' (סג. ד"ה דבר) כ' שיש לגרוס למעוטי דבר שאינו מסויים, דמהכ"ת למעטי דאיצטריך קרא לרבנותו עיי"ש, וק' הא התוס' באמת פי' דבר שאינו מסויים שאינו במידה כו' וא"כ כיון שדרשינן שור וחמור כו' בכלל ופרט וכלל א"כ מסברא היה לנו להצריך מעין הפרט דהיינו דבר המסויים דוקא (וכמש"כ הר"י מיגש) ומ"ק התוס' דמהכ"ת למעט דבר שאינו מסויים וצ"ע.

והנה למסקנת הסוגיא המצא תמצא נדרש בריבוי ומיעוט ולדעת הר"י מיגש נתרבה גם דבר שאינו מסויים וכשיטתו דבגנב ממש חייב על דבר שאינו מסויים. אבל לדעת רש"י ותוס' דבגנב ממש אי"ח על דבר שאינו מסויים א"כ ק' למסקנא דנדרש בריבוי ומיעוט א"כ נרבה אפי' דבר שאינו מסויים. והיה אפשר דבאמת למסקנת הגמ' חייב על דבר שאינו מסויים ומש"א הגמ' למעט דבר שאינו מסויים הוא רק לפי ההו"א שנדרש בכלל ופרט וכלל. אבל עי' בתוס' ר"פ כפיה"נ דלא ניח"ל בזה ופי' דלמסקנא ג"כ אי"ח על דבר שאינו מסויים דכיון דמעטי' ליה בטוט"ג הוי גילר"מ גם לענין גנב ממש עיי"ש.

## בגדר בהתירא אתא לידיה

א. ומה ט"ג דבהתירא אתא לידיה כו'. מבואר דגדר החילוק בין גנב ממש לבין ט"ג הוא דגנב ממש אתא לידיה באיסורא ולכן אי"צ שבועה להתחייב.

ויל"ע ממש"פ הרמב"ם (פ"ד גניבה ה"י) דגונב טלה מן העדר או סלע מן הכיס חייב כפל. (וכבר הבאנו כ"פ מה שביאר האור"ש החילוק בין זה לבין שולח יד בעלמא, דשולח יד גוזל הבעין אבל אינו פוטר א"ע מן התשלומין משא"כ גונב טלה מן העדר סבור שלא ירגישו הבעלים וא"כ בא לגנוב גם את השויות). ולמה חייב בלא שבועה והרי בהתירא אתא לידיה.

וצ"ל דאע"פ שהטלה הגיע לחצירו בהיתר אבל כל זמן שהיה שומר עליו כדן א"כ היה נחשב ברשות הבעלים (שהרי הבעלים יכולים להקדישו וכמש"כ המפרשים דבית השומר נחשב כרשות הבעלים) ועכשיו שגנבו יצא מרשות הבעלים וזהו בכלל באיסורא אתא לידיה.

והראב"ד שהשיג על הרמב"ם וס"ל דאי"ח כפל נראה דפליג בנקודה זו דס"ל דסוכ"ס כיון שבא לביתו מעיקרא באופן של היתר אין כאן מעשה גניבה דוגונב מבית האיש, והוא בכלל בהתירא אתא לידיה ואי"ח בלא שבועה.

ויסוד הפלוגתא בזה נראה, דמה שגנב ממש צ"ל באיסורא אתא לידיה הוא מהתנאים דוגונב מבית האיש, דכדי להתחייב כפל מדין וגונב מבית האיש צ"ל שהוצאה מבית האיש יהיה ע"י מעשה איסור. וכל שהוצאה מבית האיש לא היה ע"י מעשה גניבה אי"ח בלא שבועה. אלא שנחלקו הרמב"ם והראב"ד מהו גדר ההוצאה מבית האיש, דהראב"ד ס"ל שהוא מה שנכנס החפץ לביתו של הגנב. וכל שהכניסה לביתו של הגנב היה שלא ע"י מעשה גניבה אין כאן וגונב מבית האיש. והרמב"ם ס"ל דגם מה שמפקיע רשות הבעלים מהחפץ הוא בכלל וגונב מבית האיש ויכול להתחייב ע"ז.

ב. ועי' בהמשך סוגיין ידו אין לי אלא ידו גגו חצרו וקרפיו כו'. ועי' תוד"ה אין לי, שפי' דמיירי שהכישה במקל. אבל עי' רש"י גיטין (עז). וב"מ (י: ושם (נו:)) פי' שנעל בפניה. ויל"ע למה נידי התוס' מפרש"י.

והנה הקצה"ח בסי' שמ"ח ביאר הטעם דצריך שינעל בפניה כראוי משום דבלא"ה אין שם מעשה גניבה ולא נתחייב כלל. ולזה בעי' נעל בפניה שגילה דעתו שרוצה לגנובו. ובחי' הריטב"א (החדשים) גיטין שם כ' דבעי' נעל בפניה כיון שיהיה מוכחא מילתא דברצונו הוא.

וא"כ י"ל דפליגי בזה דרש"י ס"ל דסגי במה שמוכחא מילתא דברצונו היה, ולזה סגי בנעל בפניה, ותוס' ס"ל דצריך מעשה גזילה בגוף החפץ.

עוד י"ל דבאמת לענין חיוב גזילה גם התוס' מודי דסגי בנעל בפניה, אבל הכא איירינן לחיוב גניבה ולזה בעי' שיהיה באיסורא אתא לידיה כמבואר בגמ', וס"ל להתוס' דבמה שנעל בפניה לא חשיב באיסורא אתא לידיה כיון שנכנס תחילה בהיתר, וצריך שמתחילה יכניסנו לרשותו באיסור.

אבל מדברי רש"י מוכח דגם כשנעל בפניה נעשה גנב (שהרי דברי רש"י קאי עה"פ אם המצא תמצא בידו הגניבה), וצ"ל דס"ל שאף שמתחילה נכנסה בהיתר מ"מ עכשיו שנועל בפניה ומחזיקה באיסור נעשה באיסורא אתא לידיה.

ולכ' זה תלוי במח' הרמב"ם והראב"ד שביארנו בשומר שגנב טלה מן העדר אם נעשה גנב, דהרמב"ם ס"ל דאף שמעיקרא בא לידיו בהיתר מ"מ עכשיו שנוטלו באיסור נעשה גנב, והראב"ד ס"ל דכיון שמתחילה בא לידיו בהיתר לעולם אינו נעשה עליו גנב. ויהיה דעת רש"י כרמב"ם, ודעת התוס' כהראב"ד.

## בגדר חיוב ט"ג

א. הנה עי' לק' (קו:) על הא דא"ר יוחנן דטוט"ג וט"מ חייב דו"ה, מק' הגמ' מברייתא דטוט"ג והעדים מעידים אותו שאכלו חייב כפל, ואמאי אי"ח דו"ה דהא א"א שאכלו בלא טביחה. עיי"ש בגמ' שתירצו בכמה אופנים. ועי' בשטמ"ק שם בשם הרא"ש דה"מ לתרץ שטבחו קודם שנשבע דבכה"ג אי"ח דו"ה דהוי כטובח בבית הבעלים.

אבל עי' תוס' (קז:) ד"ה ושלח שכתבו דהברייתא מיירי בשאכלו אחר שנשבע דאל"כ הוי שולח יד ואח"כ טוט"ג.

ובאמת תוס' והרא"ש לא פליגי, דעיי"ש בגמ' נסתפק ר' זירא אם יש חיוב טוט"ג אחר ששלח בו יד. והביא ר' חייא בר אבא ראייה מהא דא"ר יוחנן הטוען טענת אבד ונשבע וחזר וט"ג ונשבע פטור, מאי לאו משום שכבר קנאו ע"י טענת אבד. ופרש"י משום דהכופר בפקדון נעשה גזלן (כדאי' לק' קה:) כ"ש ע"י שבועה. ודחה ר' זירא דהתם טעמא משום דיצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, וכן אמר ר' יוחנן בהדיא. ופרש"י דנפטור ע"י השבועה הראשונה דטענת אבד וממילא דאי"ח ע"י השבועה השנייה. ושוב איתא שם דא"ר ששת דטוט"ג אחר ששלח בו יד פטור.

ובפשוטו מבואר מזה דכופר בפקדון הוא כשולח יד, ולדעת רב ששת דאחר שליחות יד ל"ש חיוב טוט"ג ה"ה אחר כפירה. ור' יוחנן דס"ל דטוען טענת אבד וחזר וט"ג אינו פטור כ"א מטעם שיצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, ולא מחמת שנעשה גזלן בכפירה הראשונה, ע"כ פליגי על רב ששת וס"ל שיש חיוב טוט"ג גם אחר שליחות יד. וכן מבואר ברא"ש שם ובראב"ד פ"ד גניבה, ופסקו שניהם כר' יוחנן דיש חיוב טוט"ג גם אחר שליחות יד.

והנה דברי התוס' הנ"ל נאמרו על דברי רב ששת, דמק' התוס' לרב ששת אם העדים מעידים אותו שאכלו הרי הוא שולח יד ואיך חייב כפל, ותי' דע"כ לרב ששת צ"ל דהברייתא מיירי שאכלו אחר שנשבע. אבל מש"כ הרא"ש בשטמ"ק דה"מ לתרץ דמיירי שטבחו קודם, הרי דבריו נאמרו לתרץ קושיית הש"ס על ר' יוחנן שאמר דטוט"ג שטבח חייב דו"ה, ואיך יפרנס ר' יוחנן להברייתא דהעדים מעידים אותו שאכלו, ועל זה שפיר קאמר הרא"ש דה"מ לתרץ שאכלו קודם, דתירוץ זה היה עולה שפיר לר' יוחנן כיון דר' יוחנן עצמו פליגי על רב ששת וס"ל דשולח יד ואח"כ טוט"ג חייב.

ב. עכ"פ מבואר מדברי הרא"ש דאם ט"מ ואח"כ טוט"ג חייב כפל (עכ"פ למ"ד שולח יד ואח"כ טוט"ג חייב) אבל אי"ח דו"ה. אבל דעת הראב"ד (שם) דבכה"ג חייב אפילו דו"ה. וכן דעת התוס' רי"ד (קז:) עיי"ש.

וסברת הראב"ד לכאורה דע"י השבועה נעשה גנב למפרע משעת קבלת הפקדון (או עכ"פ משעת כפירה), ולכן הטביחה יכולה לחייבו דו"ה, אף שהיא קדמה לשבועה.

אבל סברת הרא"ש צ"ב, דממנ"פ אי ס"ל דנעשה גנב למפרע א"כ יתחייב אפילו דו"ה. ואם אינו נעשה גנב כ"א ע"י השבועה א"כ אפילו כפל אמאי חייב, והרי כשנשבע כבר לא היה הפקדון בעולם ואיך ייעשה עליו גנב.

ונראה דעת הרא"ש דאמנם אינו נעשה גנב עד שעה שנשבע, אלא דס"ל דדין טוט"ג שייך גם על דמי הפקדון, ולכן כשטבחו קודם שנשבע הרי עדיין הוא חייב דמים להבעלים, וכשנשבע שנגנב הא בא בזה לגנוב מהבעלים את דמי הפקדון, וחייב כפל.

ועדיין צ"ב דהא טענת נגנבה היא על השור ואילו מה שנעשה גנב הוא על הדמים, וזה חידוש לכ' דע"י טענת גניבה על השור ייעשה גנב על הדמים. ואפש"ל דלא איכפת לן בזה כיון דסוכ"ס ע"י טענת גניבה נפטר מהדמים. עוד י"ל עפ"י סברת המשנת ר' אהרן (סי' י"ז ד') דכל שחייב דמים על החפץ מאיזו סיבה שיהיה הדמים עומדים במקום החפץ לכל דבר (וע"י לק' בסוגיא דק"רן כעין שגנב שסברא זו נוגעת לכמה דברים שם). וה"נ כיון שהדמים שחייב בהם הם דמי החפץ לכן מה שטען טענת גניבה בפקדון ה"ל כאילו טען כן על הדמים.

ומעתה יל"פ דברי הראב"ד באופן אחר, דביסוד הדבר ס"ל שהחיוב גניבה חל משעת השבועה שכופר בדמים, ולא למפרע, ואף שטוען טענת גניבה על הפקדון דמעיקרא אבל כיון שהדמים הם דמי הפקדון שנתחייב בהם כשטבחה לכן נחשב טוט"ג בדמים. אלא דס"ל דכיון שיסוד חיוב טביחה משום שנשתרש בחטא, א"כ כאן שמעיקרא טבחה א"כ כשטוט"ג הרי הגניבה מושרשת ועומדת, וחייב דו"ה על הגניבה המושרשת הזאת שבטענת גנב.

ויש לעיין עוד בשיטת הראב"ד, דע"י בראב"ד לק' (ק"ב). דגרס בדברי ר"פ הניח להם אביהם פרה שאולה וטבחה בשבת פטור שאם אין גניבה אין טביחה ואין מכירה. ורש"י דחה גירסא זו דל"ש טענת גניבה בשואל. והראב"ד מקיים הגירסא ומיירי שטוען שהיה שומר חנם ונגנב. וקשה ממנ"פ אם נעשה גנב למפרע משעת השאלה א"כ נתחייב בגניבה קודם שבת, ואם נעשה גנב משעת השבועה א"כ נתחייב בגניבה אחר שבת, ועכ"פ בין כך ובין כך לא היתה הגניבה בשבת.

ונראה דמש"א ר"פ אם אין גניבה אין טו"מ הכונה דאם טבח בשבת נמצא שלא נתחייב בדמיה משום מזיק, ולא נעשה שום חיוב ממון, וממילא אח"כ כשטוט"ג ונשבע לא היה שם לא חפץ ולא דמים שיחול עליהם חיוב גניבה. וממילא דל"ש גם חיוב דו"ה.

וחתני הר"ר אליהו גרונהויז שליט"א הביא סיוע לביאור זה מדברי השטמ"ק (כתובות לד': ד"ה והרמ"ה ז"ל בפריטיו בסו"ד) שכתב דלדעת הראב"ד בשעת הטביחה לא נתחייב אלא בקרן והחיוב קנס אתיא אח"כ בשעת הכפירה והשבועה עי"ש ומבואר לכאורה כדברינו ודו"ק.

ג. והנה הרמב"ם שם פסק כרב ששת דהשולח יד ואח"כ טו"ג אי"ח כפל. ומ"מ הביא להא דר' יוחנן דהטוען טענת אבד ונשבע וחרז וטו"ג ונשבע פטור מחמת שכבר נשבע, אבל לא מחמת עצם הכפירה הראשונה. ולכ' הדברים סותרים זא"ז. וע"ש בנ"כ.

והנה לשון הרמב"ם שם וכן הטוען טענת אבידה בפקדון ונשבע וחרז וטען טענת גנב ונשבע ואחר כך באו עדים פטור מן הכפל שכבר יצא הפקדון מידי הבעלים משבועה ראשונה עכ"ל. ובודאי שלשון זה מבוסס על לשון ר' יוחנן בגמ' דיצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, אלא שמדברי הרמב"ם מבואר שאינו מפרש כפרש"י שיצא יד"ח שבועה, אלא שע"י השבועה יצא הפקדון מידיהם ורשותם של הבעלים. (ונראה שהרמב"ם גרס מידי במקום ידי.) וצ"ב למה צריך שבועה לזה הרי כל כופר בפקדון נעשה גזלן ע"י הכפירה לחוד וא"כ יצא מידי הבעלים ע"י עצם הכפירה.

וצ"ל דס"ל להרמב"ם דאף דהכופר בפקדון נעשה גזלן אבל היינו לענין שחלו עליו חיובי אונסין אבל אין בכחו להפקיע חובת השמירה מעליו וממילא דנשאר ברשות הבעלים. ורק ע"י השבועה הוא דנגמרה השמירה, כי השמירה נגמרת עם קבלת השבועה. וזהו שכתב הרמב"ם דכבר יצא מידי הבעלים ע"י שבועה.

וא"כ ניחא מש"פ הרמב"ם גם להא דרב ששת וגם להא דר' יוחנן. שהרי רב ששת דיבר משליחות יד, ומפורש בגמ' (ק"ח:) דעת ר"ע דע"י שליחות יד כלתה שמירתו לגמרי (דלכן אחר ששלח בו יד צריך להשיב הפקדון לבית הבעלים ולא סגי להשיבו למקומו בבית השומר) וכ"פ הרמב"ם פ"ד ה"י. ולכן שוב אין בו חיוב טו"ג שהרי כבר יצא מידי הבעלים והוי בגדר באיסורא אתא לידיה. משא"כ טוען טענת אבד ע"י הכפירה לחוד לא יצא מרשות הבעלים, ורק ע"י השבועה הוא דיצא מידי הבעלים, וזהו דקאמר ר' יוחנן דכבר יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה.

והשו"ט בסוגיא דף (ק"ז:) מתפרש כך דהגמ' מתחילה סברה דטעמא דר' יוחנן משום הכפירה, ויהיה מוכרח מזה דע"י כפירה לחוד יצא מרשות הבעלים, ונוכל ללמוד מזה בכל שכן לשולח יד. ודחה הגמ' דהתם טעמא דיצא מרשות הבעלים ע"י השבועה, אבל ע"י כפירה לחוד לא יצא מרשות הבעלים, ואפשר דה"ה ע"י שליחות יד. ולבסוף מסיק רב ששת דע"י שליחות יד ג"כ יוצא מרשות הבעלים. ומ"מ אין להקיש מזה לכפירה, ואדרבא מדברי ר' יוחנן מוכח דע"י כפירה לחוד לא יצא מרשות הבעלים, ומהיכ"ל לשוות פלוגתא בין ר' יוחנן ורב ששת. (אבל קצ"ע למה לא למדו מדברי ר"ע דע"י שליח"י יצא מרשות הבעלים ודמי לנשבע.)

ד. והנה לפי דעת הראב"ד והרא"ש שלא חילקו בין שולח יד לבין כופר בפקדון, א"כ כמו שבשולח יד כלתה שמירתו ונעשה גזלן ממש ה"ה לכ' בכל כופר בפקדון. ויק' א"כ איך ס"ל לר' יוחנן ואיך פסקו הם דשולח יד ואח"כ ט"ג חייב כפל, איך יתכן מעשה גניבה אחר שכבר נגזל החפץ מקודם.

וצ"ל אחד מן השנים, או דכשט"ג ונשבע נעשה גנב למפרע משעת ההפקדה (או משעת הכפירה). או דאף שכופר בפקדון הוי גזלן אבל ע"י הכפירה לא גזל כ"א את הבעין של החפץ, ועדיין היה חייב בתשלומין, ואח"כ כשט"ג ונשבע הרי גזל גם את השויות של החפץ (שהרי ע"י השבועה פוטר א"ע מן התשלומין). וכבר נתבאר לעי' (אות א') שהראב"ד והרא"ש באמת סבירא להו סברות אלו, ואזלי לשיטתייהו, ודו"ק.

[דף ס"ה ע"א]

**גופא אמר רב כו' מ"ט דרב כו'.** עי' רש"י לעי' (סד:) ד"ה אחייה לקרן מבואר מדבריו דהחידוש דקרא הוא גם בדין הקרן, ולא רק בדין הכפל. וכן מוכרח מרש"י פסחים (לב.) ויובא לק'. ודלא כתוס' והרא"ש דס"ל דעיקר חידושא דרב הוא לענין כפל, ומבואר ברא"ש דלקרן אי"צ קרא דהרי שעת הגניבה היא שמחייבתו, ולא שעת השבירה, שהרי לא קיבל עליו שמירה, ואייתר קרא לדיוקא דקרן דוקא כעין שגנב אבל כפל ודו"ה כשעת העמדה בדין עיי"ש. וצ"ב במה פליגי.

והיה אפשר ל' עפמ"ש"כ הרא"ש בפ"ק סי' י"א דחייב דמים בגזילה וגניבה הוא כדי שיוכל הנגזל לקנות חפץ חדש עיי"ש, ולפי"ז היה מקום לומר דתלוי באמת בשעת העמדה בדין דבאותה שעה יקבל הדמים ויקח בהם כלי חדש. אבל אי"ז מספיק בדעת רש"י שהרי מבואר בדברי רש"י דהקרא נצרך לא רק לענין הוזלה אלא גם לענין הוכחשה ובזה ל"ש הסברא הנ"ל.

ובאמת דברי הרא"ש לכ' קשים אהדדי דכיון דס"ל דהדמים הם כדי לקנות חפץ חדש א"כ אמאי סבירא ליה דפשוט מסברא שמשלם הקרן כעין שגנב. וצ"ל דמ"מ כיון שחייב הדמים חל בשעת הגניבה, לכן כבר נתחייב לשלם כשיעור הדמים דאותה שעה.

עו"ל בדעת רש"י עפ"ד הגמ' בסנהדרין (עב.) דחייב גנב באונסין הוא "מידי דהוי אשואל", ופרש"י שכל הנאה שלו. והרי נחלקו בגמ' (כתובות לד:) בשואל אם משעת משיכה נתחייב או משעת האונס, והרא"ש (לק' קיב.) כתב דהלכתא כמ"ד משעת האונס, וכ"כ הרמב"ן (ב"מ מג.). ועי' ברמב"ן ובריטב"א ב"מ (מג.) שבאמת כתבו בפשיטות ששואל חייב כשיעור הדמים דשעת אונס. וא"כ שפיר ס"ל לרש"י דאלמלא קרא דקרן כעין שגנב הייתי אומר דגם גנב מתחייב משעת האונס, וממילא דהיה צריך לשלם כיוקרא וזולא דשעת האונס. קמ"ל קרא דמ"מ משלם כעין שגזל<sup>6</sup>.

ב. והנה הרמב"ן (ב"מ מג.) הקשה כיון דגנב לא קנה אלא לענין אונסין אמאי באיתבר ממילא משלם זוז, ומאי שנא משואל דמסתמא משלם כשעת האונס. וצ"ב אמאי לא תי' דהוי גזל"כ דקרן כעין שגנב. ושמא ס"ל כתוס' והרא"ש דהקרא הוא לדיוקא דכפל ודו"ה כשעת העמדה בדין, דאם היה נצרך לגוף הדין דקרן כעין שגנב א"כ איך מנ"ל דגם כפל ודו"ה אינם כעין שגנב. ויותר נראה דלא מסתבר ל' להרמב"ן שהקרא יהיה מילתא בלא טעמא בעלמא, וכיון דחייב אונסין דשואל חל בשעת האונס, וחייב גנב הוא מידי דהוי אשואל, הוקשה לרמב"ן איזה טעם יש בגזל"כ זה.

ותי' הרמב"ן דשאני שואל דברשותי דמרי' היא למכירה וק"ו להקדש, אבל גזילה נפקא מרשות בעלים להקדש. ודבריו צ"ב מה ענין זל"ז.

ונראה ביאור דבריו, דאינו מתחייב באחריות עד שנצרך בפועל. ובשאלה היינו שעת האונס, דעד אותה שעה כיון דאי"צ לקיים אחריותו לא חל החיוב. אבל בגניבה הרי מיד בשעת הגניבה יצאה הגניבה מרשות הבעלים, ונאבד

<sup>6</sup>אלא דסברא זו אינה אלא בקרן, אבל בכפל ודו"ה ל"ש זה, שהרי אינם תלויים באונס, וא"כ מסברא יתחייב כעין שגנב. וצ"ל או דאיה"נ אבל גזל"כ הוא דכפל ודו"ה כשעת העמדה בדין, ואף שהקרא נצרך לדין קרן מ"מ ס"ל לרש"י דהוא נדרש גם לדיוקא (ודלא כהרא"ש דכל מה שנדרש לדיוקא הוא משום שאינו נצרך לקרן עצמו), או דבכפל ודו"ה משלם כשעת העמדה בדין מסברא אחרת, כמש"כ הרא"ש משום דאי בעי מודה ומיפטר.



מן הבעלים במקצת שהרי אינו ברשותו להקדישו ולמכרו. ובכלל החיוב אחריות הוא גם מה שצריך להשיבה אל חיק רשות הבעלים. נמצא דהחיוב אחריות נצרך מיד בשעת הגניבה, שהרי הוא אחראי להשיבו לרשות הבעלים. ולכן בגניבה לכו"ע חל החיוב אחריות בשעת הגניבה. (ובשיעורים ע"פ אלו נערות לד: הארכנו יותר).

אבל מדברי הרא"ש הנ"ל דגזלן פשוט מסברא דאינו משלם כשעת האונס כיון דלאו מידי קא עביד ולא קיבל עליו שמירה, משמע דס"ל דחיוב תשלומין דגנב אינו מחמת אחריות שמירה אלא מחמת הגניבה עצמה, והמעשה גניבה מחייב בתשלומין, ואם הגניבה בעין יוצא אלא אם נאבד לא נפטר מעצם החיוב תשלומין. וקשה מהמבואר בסוגיא דסנהדרין (עב). דחיוב אונסין בעי קנין, כדחזינן דרב הוכיח ממה שחייב באונסין דקנה לי' לגמרי, וגם רבא לא דחה אלא שהקנין הוא לענין אונסין לבד. ואילו לפ"ד הרא"ש שהגניבה עצמה מחייבת בתשלומין א"כ למה צריך קנין לזה.

וי"ל עפ"י הגמ' בע"ז (עא:): דמקשה למ"ד עכו"ם אין לו קנין משיכה א"כ איך חייב מיתה על גניבתו. ועיי"ש ברש"י ותוס' דכל שלא נכנס הממון לרשותו אי"ח משום גניבה. ונראה דתוס' והרא"ש יפרשו לסוגיא דסנהדרין עד"ז, דכמו דפשיטא לגמ' שם דל"ש חיוב מיתה בב"נ אם אין לו קנין בגניבה, ה"נ ל"ש חיוב תשלומי גניבה בישראל. ולכן בסוגיא דסנהדרין הוכיח רב ממה שחייב באונסין (דהיינו חיוב תשלומי גניבה שנתחייב ע"י הגניבה ולא נפטר כשנאנס) דע"כ קנה להגניבה, וכמו שרצו להוכיח בע"ז מעצם הדבר שחייב מיתה על הגניבה דע"כ קנה להגניבה. ורבא דחה דלא קנה אלא לענין אונסין – דהיינו לענין חיובי תשלומי גניבה.

ועיי' בתוס' ע"ז שם שהקשו דכמו שאמר רבא בסוגיא דקנה לענין אונסין לחוד ה"נ נאמר לענין ב"נ שקנה לענין מיתה לחוד, עיי"ש. הרי להדיא דמדמה ב' הסוגיות אהדדי.

אלא דצ"ע לפי"ז מאי קאמר רבא מידי דהוי אשואל, ומה ענין שואל לזה. וצ"ל דאמנם מה שצריך קנין בשואל הוא מטעם אחר, משום דעצם קבלת אחריות על אונסין הוא דבר שאינו מובן איך מתחייב ע"י האונס כיון שלא זלזל בשמירתו כלל. וע"כ שהוא מלתא דקנין דלענ"ז קנה להחפץ וחייב בדמיו. ובגנב צריך קנין מצד אחר, משום דעצם המעשה גניבה מצריך קנין בגוף הגניבה. אלא דמ"מ רבא קאמר דכמו שמצינו בשומר דקנה לי' לענין חיוב אונסין לחוד, כך נוכל לומר בגניבה דקנה רק לענין להתחייב בתשלומין.

נמצינו למדים דפליגי הרמב"ן עם תוס' והרא"ש בביאור הסוגיא דסנהדרין, דשי' הרמב"ן דגנב ושומר צריכים קנין מאותו הטעם, כדי להתחייב באונסין, ובזה נחלקו רב ורבא אם הגנב קונה לגמרי או רק לענין להתחייב באונסין. ושי' תוס' והרא"ש דגנב ושומר צריכים קנין מטעמים שונים, דגנב צריך קנין מצד המעשה גניבה להכניסו לרשותו, ושומר צריך קנין מצד אחריות אונסין, ומ"מ מדמה להו רבא אהדדי דכמו ששומר קונה רק לענין חיוב אונסין כך הגנב קונה רק לענין חיוב תשלומין.

ג. עוד יש לבאר דלעולם גם הרא"ש ס"ל שחיוב תשלומי גניבה הוא משום אחריות, מידי דהוי אשואל, וכפשוטו הסוגיא בסנהדרין. אלא דהרי גם בשואל שהוא ודאי חיוב אחריות, מ"מ נחלקו בכתובות אם משעת משיכה מתחייב או משעת שאלה, וס"ל להרא"ש דפלוגתא זו ל"ש אלא בשואל שחייב בשמירה, ולכן יש מקום לומר שהאחריות מחייבת אותו בשעת האונס כי קיבל עליו לשמרו אפילו מאונס, ולכן גם האונס נחשב מסיבות החיוב. אבל בגניבה, אף שחיובו מגדר אחריות, שהרי הוא מידי דהוי אשואל, אבל חלות החיוב הוא בשעת הגניבה, וכמו שהוא בשואל לחד מ"ד, כך הוא בגניבה לכו"ע. (ונפק"מ דאם מת הגנב ואח"כ נאנסה הגניבה יגבו מנכסיו, כמו בשואל למ"ד משעת משיכה אתחייב באונסיה).

אבל רש"י ס"ל דגם בגניבה היה שייך לומר שמתחייב בשעת האונס (ואולי ס"ל דיש חיוב שמירה בגניבה), וא"כ לא היה צ"ל חייב אלא כשווי דשעת העמדה בדין, אלא דאשמעינן קרא דאחייה לקרן כעין שגנב דמשעת גניבה מתחייב באונסיה. וכמו שראינו בדברי הרמב"ן, דס"ל ג"כ דמסברא היה מקום לומר גם בגניבה שיתחייב משעת אונס, אלא דהרמב"ן ס"ל דמה דלא אמרינן כן הוא ג"כ סברא משום דמיד כשגנבה חל החיוב אחריות להחזירה לרשות הבעלים, ולכן שעת הגניבה היא עצמה כשעת האונס. אבל רש"י ס"ל דגזה"כ היא, והגזה"כ מלמדת דמשעת הגניבה נתחייב באונסיה.

ד. והנה התוס' הק' עוד מה הוצרך רב לאשמעי' קרן כעין שגנב הא מתני' היא דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, והביאו מהגמ' בכ"מ שהביאו משנה זו לענין יוקרא וזולא. ותי' דרב לא מיירי כ"א לענין כפל, והיינו כשי' הרא"ש דלקרן אי"צ קרא. ויקשה לרש"י קו' התוס' הא מתניתין היא. אבל באמת עי' רש"י פסחים (לב), שם הובאה אותה משנה לענין דין זה דמשלם כיוקרא דשעת הגזילה, כתב רש"י שהוא נלמד מוהשיב את הגזילה אשר גזל, כעין שגזל, ותמוה הוא בסוגיא יליף לה מאחייה לקרן כעין שגנב. וצ"ל דחד בגזילה וחד בגניבה. וכע"ז בתוס' לעי' (יא. ד"ה אין שמין) וברא"ש שם לענין מה שצריך לשלם כלים מעולים עיי"ש. וכן מבואר ברש"י (ה).

לענין מיטב דצריך גז"ש לגנב וגז"ש לגזלן. וא"כ ניחא דאמנם מתני' היא לענין גזילה אבל רב אשמעי' דה"ה לענין גניבה.

ה. והנה יל"ע בלשון רש"י (סד:) הנ"ל וז"ל אחייה לקרן כעין שגנב, לק' היא בשמעתין דאם גנב בהמה והוכחשה או הוזלה משלם כשעת הגניבה דכתיב חיים החייהו לקרן של גניבה שיהא שלם עכ"ל. וק' דהנה בסוגיין מבואר שדין זה דקרן כעין שגנב נאמר גם לענין יוקרא וגם לענין זולא, וכן לש"י רש"י גם לענין הוכחשה מאליה וגם לענין נתפטמה מאליה, וא"כ מ"ט נקט רש"י שם דוקא להציור דהוזלה או הוכחשה. וגם בהביאו את הדרשא דאחייה לקרן כתב רש"י שהדרשא מתבאר החייהו לקרן שיהא שלם, ומשמע דעיקר מכוון הדרשא להחמיר על הגנב שצריך לשלם הקרן בשלימות (ודלא כתוס' ד"ה דתניא), והרי בסוגיין מבואר שהדרשא נאמרה הן לקולא והן לחומרא דבכל אופן משלם הקרן כעין שגנב.

ונראה לפי המבואר בדברי רש"י פסחים הנ"ל שהדרשא דוהשיב את הגזילה אשר גזל, כעין שגזל, היא מקבילה להדרשא דאחייה לקרן כעין שגנב, אלא דחד בגזילה וחד בגניבה. ועי' רש"י לעי' (ד:) ד"ה וגזלן, דמבואר מדבריו דעיקר דין תשלומי גזילה נלמד מוהשיב (אפי' היכא דאין הגזילה בעין, דבהכי מיירי התם לענין לשלם ממיטב עיי"ש). וא"כ מיניה נדון דבגניבה עיקר דין תשלומין נלמד מחיים שנים ישלם, לפי המבואר שיטת רש"י דקרא זה בגניבה מקביל לקרא דוהשיב בגזילה.

ומעתה נראה דכונת רש"י דבקרא זה תחמה התורה תחום מידת אחריות הגניבה, שמחוייב להשלים הגניבה כמו שגנב. ואמנם הדרשא הוא בלשון חומרא, שמחוייב להשלים הגניבה משלם כמו שגנבה, אבל ממילא משתמע מזה גם קולא שלא חייבתו תורה יותר מזה, שהרי כאן נמצא חיוב תשלומי גנב והתורה לא החמירה עליו כ"א להשלים הגניבה כמו שגנב, ולא יותר. וממילא נשמע דגם אם הוקר אינו מחוייב לשלם כ"א כמו שגנב, וק"ל.

### שבח שקודם שינוי, ודין הקרן בנתפטמה מאליה

תוד"ה גופא בר"ד ואע"ג דמתני' משמע דלענין שינוי איירי כו' מ"מ לענין יוקרא וזולא נמי איירי כו' ויותר מפורש בתוס' ב"מ (מג.) וז"ל ואע"ג דבפ' הגוזל אמרי' זה הכלל כל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה לאתווי דר' אילעא דאמר גנב טלה ונעשה איל עגל ונעשה שור נעשה שינוי בידו וקנאה כו' היינו דוקא יתורא דזה הכלל אבל פשטא דמתני' דמשלמין כשעת הגזלה מיירי ביוקרא וזולא עכ"ל. ומבואר כי שני חידושים שונים הם לגמרי, דעיקר המשנה דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה מיירי בדין יוקרא וזולא, אלא דמדיוקא מרבינן אף דינו של ר' אילעא דגנב טלה ונעשה איל נעשה שינוי בידו ע"ש.

וע' לק' רפ"ט ברא"ש סי' ג' כתב דשבח שקודם שינוי לגזלן, והביא ראיה מהמשנה שם דקאמר זה הכלל כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה ואמרי' בגמרא דבא לרבות טלה ונעשה איל, הרי דמשלם כשעת הגזילה ולא כרגע אחד קודם שינוי ע"ש. אבל הגר"א הגיה בדעת התוס' (צה. ד"ה משלם) דשבח שקודם שינוי לגזלן, וכן דעת הרשב"א שם, והראב"ד (פ"א גניבה ה"א). ולדידהו צ"ל דכשעת הגזילה דמתני' לאו דוקא אלא הכונה לרגע אחד קודם שנשתנה. ונראה דהתוס' לשיטתייהו כאן שפשטא דמתני' דכל הגזלנים כו' מיירי לענין יוקרא וזולא רק דמדיוקא מרבי' אף טלה ונעשה איל, אבל לפי הרא"ש א"צ לשום דיוק רק הכל נשמע מדין שינוי דהיינו טלה ונעשה איל, דמדאינו מחזיר האיל ש"מ דשינוי קונה, ומדאינו משלם כרגע אחד קודם שינוי אלא כשעת הגזילה ש"מ דקרן כעין שגנב.

ב. ועי' בפתח דברי התוס' כתבו וז"ל במסקנא דמילתא אמרינן דרב איירי לענין יוקרא וזולא עכ"ל, ולכ' כונת התוס' למה דמסקינן לק' עמ' ב' דבכחושה והשמינה מאליה לא מיירי רב רק ביוקרא וזולא. והק' הגרעק"א מה הוצרכו התוס' להצעה זו בשביל להקשות קושייתו שהקשה דהא מתני' היא בפרק הגוזל, והרי גם אי מיירי רב גם בדין כחושה והשמינה היה קשה דהא מתני' היא דכל הגזלנים כו'. ותי' דאילו היה מיירי רב בכחושה והשמינה היה אפשר לראות בזה חידוש, דהי' ס"ד לומר דגנב כחושה והשמינה יתחייב שמינה משום שכל שעה שהשמינה הוי כגזילה חדשה, ויהיה הכל בכלל שעת הגזילה. ולזה קמ"ל רב דאינו כן, ואפילו בהשמינה משלם קרן כעין שגנב. אלא דכיון דלמסקנא לא מיירי רב בהכחושה והשמינה כלל, כ"א ביוקרא וזולא, שוב א"א לומר דזהו חידוש של רב, זהו קושיית התוס', את"ד הגרעק"א.

והנה הגרעק"א כתב סברא זו בתורת סלקא דעתך בעלמא, לא שיהיה הדין כן אליבא דאמת. אבל לכ' זה תלוי בנוסחת דברי התוס' (צה.) הנ"ל לענין שבח שקודם שינוי, דלפי"ד התוס' כמות שהם לפנינו דשבח שקודם שינוי

לגזלן, ואינו צריך לשלם על אותו שבח, מוכח דלא אמרינן שכל שעה שהשמינה הוי כגוזלו מחדש. ונראה דלכן נקט הגרעק"א שסברא זו היא רק ס"ד בעלמא. אבל לפי גי' הגר"א דשבח שקודם שינוי לנגזל, ולא אמרינן בזה קרן כעין שגנב, לכ' כי זהו באמת מטעם סברת הגרעק"א דכל שהשביחה הויא כגזילה חדשה.

ג. אכן לכ' יש לתמוה על שיטה זו, דמ"ש זה מדין כחושה והשמינה, דהוי ס"ד בסוגיין דגם בזה נאמר דינא דרב דקרן כעין שגנב כפל כשעת העמדה בדין, ולא דחינן כ"א דכיון שיש סברא דאנא פטימנא ואת שקלת אפילו הכפל צ"ל כעין שגנב, וכן בהשמינה מאליה כתבו התוס' לק' דיכול לומר לו אטו שמינה גנבה מינך כו' וישלם כפל כעין שגנב, אבל לענין מה דהוי ס"ד דבכה"ג אמר רב קרן כעין שגנב לא מצינו חזרה, ואדרבה הרי הדברים ק"ו דאם הכפל דבעלמא הדין דהוא כשעת העמדה בדין ומ"מ בהשמינה משלם כפל כעין שגנב, כ"ש הקרן דבעלמא דינו באמת כעין שגנב שצריך לשלם קרן כעין שגנב בהשמינה.

אשר ע"כ נראה דצ"ל דאדרבא כיון דמסיק ר' חנינא דיכול לומר לו אטו שמינה גנבי מינך, דהיינו שאין מה שהשמינה בכלל הגניבה הראשונה ולכן אינו משלם עליה כפל, א"כ לענין הקרן הוא להיפך דכיון שאין מה שהשמינה בכלל הגניבה הראשונה א"כ כל מה שמשביח הוא גזילה חדשה וחייב עליו קרן, ואף שאי"ח ע"ז כפל כי אינו גניבה מבית האיש, אבל קרן עכ"פ חייב דזהו שעת הגזילה שלה כשבאה שבח זה לעולם. ורק לפי מה דהוי ס"ד לגמ' דבכחושה והשמינה משלם כפל כשעת העמדה בדין, ולא הוי סבירא לן הסברא דאנא פטימנא כו' וכן להסברא דאטו שמינה גנבי מינך כו', אלא הכל בכלל הגניבה הראשונה, אזי היה שייך לומר דקרן כעין שגנב, שהכל נכלל בחיוב קרן דהגניבה הראשונה.

ומדויק מאד כי הרא"ש לשיטתו דהביא בסוגיין מחלוקת הר"י והר"ף אם קי"ל כסברת ר' חנינא, ומשמע שדעתו נוטה כהר"ף דלא קי"ל כסברת ר' חנינא אלא הוכחשה או נתפטמה מאליה הו"ל כיוקרא וזולא ומשלם כפל כשעת העמדה בדין. ולכן הרא"ש לשיטתו ס"ל דשבח שקודם שינוי לגזלן, שהרי גם השבח מתיחס לגניבה הראשונה והוא בכלל הדין דקרן כעין שגנב. והתוס' שפסקו (לפי הגהת הגר"א) דשבח שקודם שינוי לנגזל לשיטתייהו שפסקו בסוגיין כר' חנינא דכחושה והשמינה מאליה משלם כפל כעין שגנב דא"ל שמינה גנבי מינך כו'.

ודא בדא סביך, דאם כפל כשעת העמדה בדין, וכדעת ר' אילעא וכפסק הר"ף והרא"ש, אם כן גם השבח שהוסף הוא בכלל הגניבה הראשונה, וככל יוקרא בעלמא. דאם לא היה בכלל הגניבה הראשונה לא היה שייך לחייב כפל על השבח כלל שהרי לא נגנב מבית האיש. וכיון שהשבח בכלל הגניבה הראשונה א"כ נאמר בו גם דין קרן כעין שגנב, וכשיטת הרא"ש דשבח שקודם שינוי לגזלן. אבל אם בהשביחה משלם כפל כעין שגנב וכדעת ר' חנינא וכפסק התוס' דיכול לומר לו אטו שמינה גנבי מינך כו', א"כ אין השבח בכלל הגניבה הראשונה, אלא גוזלו מחדש כשבא לעולם, ולא שייך לומר בו קרן כעין שגנב, דאדרבא שעת גזילה דידיה הוא כשבא השבח לעולם, ולכן השבח כולו לנגזל וכשיטת התוס' (צה). לגי' הגר"א. ונראה דזהו באמת גם מטעמי הגר"א שהגיה כן בדעת התוס' ודר"ק.

שו"ר כע"ז במשנת ר' אהרן (י"ז ה"ט).

ד. ומ"מ ק' לפי"ד הגר"א דתוס' ס"ל דשבח שקודם שינוי לנגזל, והא בטלה ונעשה איל כתבו התוס' לק' (סו). דלמסקנת הגמ' משלם כפל כדמעיקרא "כמו קרן", ובבהגר"א (שנ"ד ח' בסו"ד) דייק מלשון זה דס"ל להתוס' דהקרן נמי משלם כדמעיקרא. (ואלמלא דברי הגר"א היה אפשר"ל דמש"כ התוס' "כמו קרן" כונתם כמו שדין קרן בעלמא הוא כעין שגנב כך דין כפל היכא שנשתנה גוף הגניבה, אבל לעולם בטלה ונעשה איל משלם קרן כי השתא כיון דסוכ"ס טבחו להאיל ועוד דכל שהשביח הו"ל גזילה חדשה וכנ"ל).

ומדברי הגר"א שם מבואר שהבינו דהיינו אפילו כשישבר בידים<sup>7</sup> עיי"ש. ותימה דכיון שטבחו להאיל בידים למה לא ישלם קרן עכ"פ כדמי איל מדין תברה או שתייה. ועי' לק' מש"נ בזה.

ועו"ק שדברי הגר"א בזה סותרים למה שהגיה בדברי התוס' (צה). ששבח שקודם שינוי לנגזל. וא"כ בנתפטמה מאליה ג"כ הפיטום שהוא השבח צ"ל לנגזל. אכן בלא"ה הגר"א בהגהותיו על הרא"ש (צה). כתב שדעת התוס' <sup>7</sup>זה מוכרח ממש"כ הגר"א שדיוק זה שדייק מלשון התוס' – דבהוכחשה או נתפטמה מאליה משלם הכפל כדמעיקרא "כמו הקרן" – הוא דלא כהרא"ש שכתב דלענין הקרן אין פלוגתא בין ר"י והר"ף ולכו"ע הוכחשה או נתפטמה מאליה הוי כיוקרא וזולא. והרי איזו פלוגתא יש כאן, דאם איתבר ממילא א"כ גם להרא"ש וגם להגר"א הקרן הוא כדמעיקרא. וע"כ דנפק"מ בשיבר בידים, דלרא"ש שהוא כמו יוקרא וזולא משלם לחומרא, ולהר"י שהוא כמו פיטום בידים משלם הקרן כדמעיקרא.

כהרא"ש, וכתב המגיה שם שניכר מהכת"י שמש"כ בהגהותיו על התוס' נכתב אח"כ וחזר בו, וא"כ דבריו בשו"ע ל"ל שהם משנה ראשונה של הגר"א.

ה. וא"ת הרי לפ"ז יצא דלר' חנינא גם הרא"ש מודה דשבח שקודם שינוי להנגזל, ורק אליבא דר' אילעא דפסק הרא"ש כותיה הוא דשבח שקודם שינוי לגזלן, ויקשה א"כ מתני' דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה אשר הביא הרא"ש ממנה ראייה דמשלם כשעת הגזילה ממש ולא כרגע אחד קודם שינוי, ולא ניחא ליה להרא"ש לפרש דשעת הגזילה היינו כרגע אחד קודם שינוי, והרי אף לדעת הרא"ש ע"כ דר' חנינא לא פירש המשנה כן.

אבל הא לק"מ דהרי בלא"ה קשה דבגמ' (צו:) אמרו דזה הכלל לאתויי טלה ונעשה איל, ור' חנינא הרי ס"ל דטלה ונעשה איל אינו שינוי לק' בסוגיין, ויקשה לדידיה מתני' לאתויי מאי. וצ"ל לדעתו דלאתויי יוקרא וזולא אתי, וא"כ ממנ"פ, אי לדעת ר' חנינא הרי מתני' לענין יוקרא וזולא מיירי ושפיר משלם כעין שגנב, ואי לדעת ר' אילעא דמיירי לענין טלה ונעשה איל, הרי ר' אילעא לית ליה כלל הסברא דתורא גנבי מינך כו' וא"כ לדידיה הדין דשבח שקודם שינוי לגזלן ומתני' ג"כ ניחא כי כשעת הגזילה ממש נתן.

והיינו הרא"ש לשיטתו דס"ל דלדין דקיי"ל כר' אילעא א"כ לית לן סברת ר' חנינא דתורא גנבי מינך, אלא או כר' אילעא לגמרי הן לענין טלה ונעשה איל והן לענין תורא גנבי מינך, או כר' חנינא לגמרי בשניהם, עי' לק' בזה. ולדברינו הוא מוכרח לדעת הרא"ש שהרי ס"ל דמתני' דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה הוא ע"כ כשעת הגזילה ממש ואינו משמע כרגע אחד קודם שינוי, וא"כ לדין דקיי"ל דטלה ונעשה איל הוא שינוי ומתני' בא לרבות דין טלה ונעשה איל ע"כ דשבח שקודם שינוי לגזלן והיינו דלא כר' חנינא שיכול לומר תורא גנבי מינך כו'.

אבל להתוס' שפסקו דגם לדין דס"ל כר' אילעא דטלה ונעשה איל הוי שינוי, מ"מ קיי"ל לסברת ר' חנינא דיכול לומר לו תורא גנבי מינך, אשר ממילא דשבח שקודם שינוי לנגזל וכמש"נ, א"כ מתני' דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה ע"כ לאו דוקא, אלא הכונה דמשלם טלה ולא איל אבל לעולם כרגע אחד קודם שינוי, ולשיטתם בדבור שלפנינו דנדחקו היאך שמעי' ממתני' גם דינא דרב וגם דין שינוי קונה וכמש"נ לעי'.

ו. אכן באמת הרא"ש בסוגיין מתחילה הביא בפשיטות דבהוכחה או נתפטמה מאליה לענין קרן הו"ל כיוקרא וזולא. ורק אח"כ הביא פלוגתת ר"י והר"ף לענין כפל אי קיי"ל כסברת ר' חנינא. ומשמע דס"ל דגם לשי' ר"י דקיי"ל כר' חנינא דאטו שמינה גנבי מינך כו' ואי"ח כפל על השמינה, מ"מ גם קרן אי"ח עליו, ולית לי' הסברא שכתבנו דלר' חנינא כיון שהפיטום אינו מתיחס לגניבה הראשונה לכן חשיב גזילה חדשה בפיטום וחייב עליה קרן (אבל לא כפל כיון שאינו מבית הגנב כנ"ל). וצריך להבין אמאי מיאן הרא"ש בסברא זו.

ואפש"ל דס"ל כסברת הקצה"ח (סי' שמ"ח) דאף דקיי"ל דנעשה גזלן גם ע"י גגו חצירו וקרפיו, מ"מ כתבו התוס' דבעינן שנעל בפניה, ורש"י בכ"מ כתב שהכישה במקל, וביאר הקצה"ח משום שאינו נעשה גזלן אא"כ עשה מעשה גזילה. (ויש אחרונים שחולקים ע"ז וס"ל דרק בגניבה צריך מעשה ולא בגזילה.) ולכן גם לר"י דקיי"ל כר' חנינא דאטו שמינה גנבי מינך כו', מ"מ אי"ח קרן על הפיטום משום גזילה חדשה, כי לא היה מעשה גזילה בפיטום.

עו"ל דהרא"ש לטעמיה שכתב (שו"ת הרא"ש ס"ד א'), ומובא בקיצור בטור סי' שמ"ח, ודובר בו לעיל) דגונב מן הגנב שנתכוון לגנוב מהגנב הראשון חייב (עכ"פ קרן) לבעלים אבל אם לא נתכוון לגנוב מהגנב הראשון אלא לסייע לו אי"ח כלל אפילו לבעלים. ואף דגזלן בעלמא בודאי אי"ח כונה היינו כשהוציא מבית הבעלים, אבל כאן שכבר אינו ברשות הבעלים כל שלא נתכוון לגזול אי"ח לבעלים. וא"כ גם להר"י דקיי"ל אטו שמינה גנבי מינך כו' והגניבה אינה מתיחסת אלא לכחושה ולא למה שנתפטמה אח"כ, אבל הרי הוא ג"כ לא נתכוון לגזול הפיטום, וגם לא הוציאו מבית הבעלים, ובכה"ג לא חשיב גזלן על הפיטום כלל.

ולפ"ז דעת הרא"ש דגם לר' חנינא ולר"י שפסק כותיה השבח שקודם שינוי יהיה לגזלן. ולכן הרא"ש לק' בפרק ט' כתב כן בפשיטות, ולא כתב שתלוי בפלוגתת ר"י והר"ף אי קיי"ל כר' חנינא.

אבל לדעת הגר"א שהגיה בדברי התוס' (צה.) ששבח שקודם שינוי לנגזל נראה כמש"נ, דלר' חנינא דפסק ר"י כותיה כיון שהפיטום אינו מתיחס לגניבה הראשונה לכן אדרבא הו"ל כגוזלו מחדש, וחייב עליו קרן, ורק מכפל פטור כיון שאינו בכלל הגניבה הראשונה מבית האיש.

ז. והנה להרא"ש דשבח שקודם שינוי לגזלן ל"ק קושיית התוס' שהק' דהא ממתני' שמעינן דינא דרב, די"ל דכל הסוגיות שהביאו המשנה דכל הגזלנים משלמים כו' לענין דין יוקרא וזולא אין הפירוש משום דהמשנה מיירי באמת מדין יוקרא וזולא, רק המשנה מיירי בדין שינוי, אלא דלאחר ששמענו דינו של רב דקרן כעין שגנב א"כ

המשנה מתפרשת דבנשתנה משלם כעין שגנב ממש ולא כרגע אחד קודם שינוי. ולכן הש"ס בכל מקום תופס המשנה לענין דינא דרב כיון שלאחר ששמענו דינו דרב זה באמת פירוש המשנה. ורק להתוס' דשבח שקודם שינוי לנגזל א"כ מדין הקונה בקנין שינוי א"א למילף כלל דקרון כעין שגנב, ומדהביאו כל אותן הסוגיות את המשנה דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה לענין דין קרון כעין שגנב מוכח שכל אותן הסוגיות הבינו דהמשנה מיירי גם בדין יוקרא וזולא ממש, אשר לכן הוקשה להם להתוס' מאי קמ"ל רב הא מתני' היא. ולפי"ז יש לנו דרך אחרת להבין הקדמת דברי התוס' שכתבו דלמסקנא דמילתא אמרינן דרב איירי לענין יוקרא וזולא, דההצעה הזאת נצרכת לקושייתם, דאילו הוי מיירי רב גם לענין כחושה והשמינה א"כ היה יוצא דבכחושה והשמינה הדין דמשלם קרון כעין שגנב, וא"כ ה"נ דשבח שקודם שינוי לגזלן, דמאי שנא, והוא כשיטת הרא"ש, ואז לא היה קשה מידי קושיית התוס' וכנ"ל. ולכן הוצרכו התוס' להקדים דדינא דרב לא נאמר לענין כחושה והשמינה כלל, ובכחושה והשמינה משלם כפל כעין שגנב דיכול לומר לו אטו שמינה גנבי מינך כו'. וממילא דמשלם קרון כשעה שהיתה שמינה, שכיון שאין השמינה בכלל הגניבה הראשונה הרי גוזלו בכל רגע, וממילא דגם שבח שקודם שינוי לנגזל, וכשיטת התוס'. אשר רק לפי"ז יש מקום לקושיית התוס' דמאי קמ"ל רב הא מתני' היא כו' וכמש"נ ודו"ק.

**אנא פטימנא ואת שקלת.** הרמב"ן במלחמות ר"פ הגוזל עצים פי' שהשבח שלו משום תקנת השבין. והרשב"א (שם צד.) פי' דאפילו בלא תקנת השבטין השבח שלו עד שיעור ההוצאה מדין יורד. וק' א"כ אמאי חייב על הטביחה הרי אין כאן טבחו כולו בחיובא. ומ"ש משותף שגנב מחבירו. וצל"ח דכיון שגנב בהמה שלימה, וגם שחט כל מה שגנב, קרינן ביה וטבחו כולו בחיובא.

**מה לי קטלה כולה כו'.** פרש"י דהכחשה תחילת הטביחה, ותמהו התוס' מה ענין זל"ז. עו"ק תינח חיוב דו"ה דמיירי בטבחו אבל בברייתא הוזכר גם חיוב כפל דהוא כעין שגנב והתם לא טבחו כלל. ועוד דגם חיוב דו"ה משכח"ל במכרו ומה שייך לומר בזה דהכחשה תחילת מכירה.

ונראה עפ"י מה שנבאר לק' א"ה בענין תברה או שתייה, דשיטת רש"י (סו.) והריטב"א (כתובות לד:) דתברה או שתייה יכול לחייב גם כפל, דחשיב גניבה אריכתא, וביארנו שהוא נלמד מדין טביחה ומכירה דחייב משום שנשתרש (או שנה) בחטא, ומזה נלמד דכל השתרשות בחטא הגניבה חשיב המשך וגמר המעשה גניבה, ליחשב שעת הגניבה.

ונראה שזהו יסוד סברת רש"י כאן, דכל הכחשה אפילו אם עדיין לא טבחו מ"מ כיון שהוא מאבדו במקצת מן העולם הרי הוא התחלת ההשתרשות בחטא. ואף דא"ח דו"ה עד שעת טביחה, מ"מ כיון שהוא תחילת האיבוד מן העולם חשיבא כהוספה בגניבה והיא מחייבתו כפל. ולכן אם גנב שמינה והכחישה חייב כפל על השמינה, שמה שהכחיש את השמינה הוי כהוספה בגניבה עצמה וחייב עליה.

וגם אם לבסוף טבחו או מכרו, כיון שגם חיוב טו"מ הוא משום השתרשות בחטא, לכן מצטרף לטביחה או למכירה ההכחשה שקדמה להם.

ואכתי קשה לשון רש"י דאתחלה לה טביחה דמשמע דלא מיירי הגמ' מדין כפל אלא מדין דו"ה.

וי"ל דרש"י ס"ל דהקושיא מעיקרא לא היתה אלא מחיוב דו"ה, דאילו לענין חיוב כפל פשיטא שההכחשה עצמה מחייבת כפל, שהיא נחשבת המשך מעשה הגניבה כנ"ל. ורק מדו"ה הוי קשיא לן, דאותו שומן שאיבד הרי לא היה בכלל הטביחה ואיך חייב עליו דו"ה, ולזה מתרץ הגמ' שההכחשה מצטרפת לטביחה (וכן למכירה) כיון שהיא תחילת ההשתרשות בחטא והטו"מ גמר ההשתרשות בחטא וכנ"ל.

**תוד"ה מה לי קטלה.** בא"ד מה לי קטלה כולה דאין הולכין אחר דמים דהשתא דקנאה בשינוי כו'. הגרעק"א תמה דמה ענין זל"ז הא התם קנאה באמת בשינוי ושלו הוא ופשיטא דא"א לשער כדהשתא, ומה זה ראייה להיכא דלא קנאה בשינוי.

והגרעק"א פי' שראיית התוס' מב"ש דס"ל שינוי אינו קונה, ומ"מ כשמתה אמדינן הכפל כמו שהיתה מחיים.

ועי' תוס' ר"פ שביאר דברי הגמ' דכמו דקטלה כולה הוי שינוי גמור ואינו משלם כדהשתא ה"נ קטלה פלגא אף דלא הוי שינוי גמור לענין קנין אבל עכ"פ הוי שינוי לענין שא"ז אותה הגזילה שגזל וממילא לא נאמר בו דין כפל כשעת העמדה בדין, וכי הא דאמר' לק' עמ' ב' בטלה ונעשה איל (וכן כחושה והשמינה) דיכול לומר לו אטו תורא גנבי מינך, דיכרא גנבי מינך.

והדמיון צ"ב כיון דבשינוי גמור קונה א"כ איך אפשר ללמוד מזה לשינוי קצת.

גם מה שדימה זה לדין טלה ונעשה איל דיכול לומר לו אטו תורא גנבי מינך כו' צ"ב לפי מה שביארנו לעי' דהכונה דאין האיל בכלל הגניבה הראשונה, דמה שייך זה כאן דבודאי הכחושה בכלל הגניבה הראשונה.

לכ' יל"פ דבריו, דכמו בטלה ונעשה איל לא אמרינן שהאיל הוא הטלה והכל בכלל הגניבה, אלא נקטינן דההוספה אינה בכלל הגניבה הראשונה, כך בהוכחה לא אמרינן שהכחושה היא השמינה והגניבה כולה כאן, אלא הגניבה היא השמינה דוקא ומה שחסרה כאילו נאבדה מן הגניבה.

וזהו הדמיון לשינוי, דכמו בנשתנה לגמרי דכאילו אינה בעולם ומשלם כעין שגנב, כך בהוכחה מה שחסרה כאילו נאבדה מן העולם ומשלם החסרון כעין שגנב.

ומטין בשם הגר"ז שפי' עד"ז את דברי התוס', אבל בדברי תוס' ר"פ הוא רחוק קצת.

ויותר משמע דכונתו, שהבין ענין אטו תורא גנבי מינך באופן אחר, לא כמש"נ לעיל שאין האיל בכלל הגניבה הראשונה, אלא לעולם הגניבה אחת היא, אלא דיש כאן סברא פרטית כלפי דין כפל כשעת העמדה בדין, דלא נאמר זה אלא כשלא נשתנה כלל, ולא דיינינן אלא באומד דיוקרא וזולא, אבל כל שנשתנה מטלה לאיל א"א שאומד האיל ייחשב אומד הטלה שגנב. אלא אמדינן טלה כעין שגנב.

וה"ה כשהוכחה, א"א שאומד הכחושה יעלה לשמינה שגנב. אלא אמדינן שמינה כעין שגנב.

והדמיון לשינוי, דכמו בנשתנה לגמרי אמרינן דאי"ז הגזילה שגזל לקיים בו השבה כלל, כך כשנשתנה קצת, אי"ז הגזילה שגזל לענין שיהיה האומד תלוי בו.

והנה התוס' כתבו דהר"י פירש גם פירוש אחר דהסברא דמה לי קטלה כולה אינה אלא בהכחישה בידיים, דמדמה לי' לתחילת שחיטה למ"ד אין לשחיטה אלא לבסוף. ולפי"ז בהוכחה מאליה באמת ישלם כפל כשעת העמדה בדין. וקשה א"כ איך סתמו התוס' לעי' (ד"ה גופא) ולק' (סו.) דמסקנת הגמ' דרב לא מיירי אלא ביוקרא וזולא. אכל עפי"ד תוס' ר"פ נראה דגם לפירושו השני של הר"י, דהסברא דמה לי קטלה כולה כו' אינה אלא בהכחישה בידיים, אבל לפי האמת דמסיק ר' חנינא אטו תורא גנבי מינך כו' וה"ה דאמר' אטו שמינה גנבי מינך כמש"כ התוס' לק', ה"ה להיפך בהוכחה מאליה דאמרינן אטו כחושה גנב שמינה גנב, ולעולם אין שמין הכפל כשעת העמדה בדין כשנשתנה הגניבה<sup>8</sup>.

**שם**, בסו"ד ועוד אר"י כו' לכאורה קשה נהי דע"כ שמינן מתחילת שחיטה אבל מנ"ל לדון מינה להכחה דאינה שחיטה כמש"כ התוס' בר"ד. עו"ק למ"ל לאתויי ממ"ד אין לשחיטה אלא לבסוף, הא גם למ"ד ישנה לשחיטה כו' מ"מ חיוב דו"ה בודאי לא חל כ"א לבסוף כדלק' (עב). אבל פשוט דהוא הוא, דלמ"ד ישנה לשחיטה מתחילה כו'

<sup>8</sup> ולפי"ז דגם התוס' שלנו ס"ל כתוס' ר"פ, ק"ק מה שהגיה הגר"א בדברי התוס' לק' (צה.) דס"ל דשבח שקודם שינוי לנגזל, וקשה הא בהשמינה מאליה דעת ר"י דקיי"ל דאפילו הכפל משלם כעין שגנב, דאמרינן אטו שמינה גנבי מינך, וכל שכן הקרן. וביארנו לעיל דאדרבא היא הנותנת דמשום שהתוס' פסקו כר' חנינא דאטו תורא גנבי מינך כו' והפירוש שאין מה שהשביחה בכלל הגניבה הראשונה, לכן כל שהשביחה הו"ל גזילה חדשה וחייב עליה קרן אבל לא קרן דאינו אלא גזילה ולא גניבה שלא גנב מבית האיש. ולכאורה אי"ז עולה עם סברת תוס' ר"פ שביאר סברת ר' חנינא היא שהשומא דכפל כשעת העמדה בדין לא נאמרה כשנשתנה גוף הבהמה בין אם השביחה בין אם הוכחה. וצ"ת.

א"כ נהי דע"כ יש כאן דין מיוחד דשמינן מתחילת שחיטה ולא מסופה, אבל מ"מ מנ"ל לדון מזה להכחשה. אבל למ"ד אינה לשחיטה כו' א"כ תחילת השחיטה לא חשיבא שחיטה כלל, אלא הכחשה בעלמא, ואם ע"כ נאמר הוראה דשמינן מתחילת שחיטה א"כ מיניה שפיר נוכל לדון לשום מתחילת הכחשה, ופשוט.

**לימא פליגא דרב אדרבה כו'.** במה שיש לדון בזה מכח הסוגיא בסנהדרין (עב). עי' בס' ישמח אב שם מה שהארכנו בזה.

### בענין תברה או שתייה

דעת הקצה"ח (סי' ל"ד) דחייב תברה או שתייה הוא משום מזיק, אבל מדין גזלן פטור דהוי כגונב מן הגנב, וס"ל דגונב מן הגנב פטור אפילו מקרן<sup>9</sup>. והנתה"מ (שם) פליג וס"ל דאמנם גונב מן הגנב פטור מקרן, משום שלא הוסיף בגניבה כלום, אבל תברה או שתייה שהרחיקו מן הבעלים טפי חשיב גזילה. ולעי' (סב:) הארכנו בדין גונב מן הגנב.

והנה לשון הגמ' בב"מ (מג.) לכאורה מורה בעליל כנתה"מ, דאהיא דתברה או שתייה קאמר הגמ' דחייב ד' משום דהיא שעתא קא גזל לה ותנן כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה. והדיוק הוא כפול, חדא מלשון "היא שעתא קא גזל לה", ועוד וביותר ממה דמייתי עלה מתני' דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה.

אכן הרי"ף והרא"ש לא העתיקו אלא דהיא שעתא קא גזל לה, ולא הזכירו המשנה דכל הגזלנים, ואפשר שלא גרסו כן בגמ'. (ובדקדוקי סופרים מבואר דיש ספרים דלא גרסי לה). (וכן יש להביא סייעתא קצת מהדיבור המתחיל בתוס' שם ד"ה והא תנן כל הגזלנים כו' ומוסב על הגמ' בסוף העמוד שם עיי"ש, ואמאי לא הסיבו דבריהם על קושיית הגמ' כאן והיה הד"ה צ"ל ותנן – ולא "והא תנן" – אלא משמע שלא היה זה לפני התוס'). אבל אכתי פש דיוק לשון הגמ' דהיא שעתא "קא גזל לה".

(אבל הנמוק"י שם כתב דהיא שעתא קא מזיק לה, וכן הוא בחי' הר"ן, ושמא כך גרסו בגמ', וצ"ע.)

והאחרונים דייקו דגם רש"י ס"ל כנתה"מ, דהרי בגונב מן הגנב ס"ל (לק' סח.) דאי"ח לבעלים כלל, רק לגנב ראשון, ואילו בהא דא"ר חסדא ר"פ הגוז"ב גזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה ורצה מזה גובה פרש"י משום שנעשה כגזלו. וע"כ לחלק דכיון שאכלו הרחיקו מן הבעלים טפי והו"ל כגזילה.

ב. והנה היה אפשר להבין בדעת רש"י והנתה"מ דתברה או שתייה הוי גזילה חדשה. אבל הקשה האמרי משה ממתני' (סב:) דהטובח אחר הגנב פטור מדו"ה, ואמאי לא נימא דהויא גניבה חדשה. אלא מאי אית לך למימר, דגם לרש"י והנתה"מ תברה או שתייה אינה כגניבה אלא כגזילה, דסוכ"ס לא קרינן ביה וגונב מבית האיש.

אלא שהקשה האמרי משה ע"ז מדברי הריטב"א בכתובות (לד:) שדייק מלשון הגמ' דגנב ושבת וטבח בחול חייב, ולא אמרינן דכיון שאין גניבה אין טו"מ, משום שהטביחה נחשבת כגניבה. הרי דתברה או שתייה חשיב גניבה לחייב בדו"ה. ובחי' הרא"ה והריטב"א שם כתבו כן גם בשם רש"י<sup>10</sup>.

<sup>9</sup>הקצה"ח הוכיח זה גם ממה דבאיתבר ממילא אי"ח אלא א', ואם איתא דחייב תברה משום גזלן א"כ גם באיתבר ממילא הרי סוכ"ס הוא גוזלו במה שמעכבו אצלו. ודברי צ"ע לפי מה דס"ל להקצה"ח עצמו באותו (שמ"ח) דאין חיוב גזלן בלא מעשה, והוכיחו מדברי רש"י בב"מ (י.) לענין מה שנתרבה חיוב גניבה ע"י חצירו ופרש"י דהיינו בנעל בפניה, והתוס' אצלינו (ד"ה אין לי) כתבו שהכישא במקל, ולמה להו זה, תפ"ל שקנה בחצירו, וע"כ דלחיוב גניבה צריך מעשה דוקא. והקצה"ח לא חילק בזה בין גניבה לגזילה. אמנם האמרי משה (סי' ל"ב) פליג וס"ל דכל זה אינו אלא לענין גניבה, שצריך מעשה גניבה דוקא, אבל לחיוב גזילה אי"צ מעשה, כדחזינו בכופר בפקדון דנעשה גזלן. עכ"פ דברי הקצה"ח עצמו לכאורה סתרי אהדי.

<sup>10</sup>והנה הגרעק"א (כתובות שם) דייק ג"כ כדיוקו של הריטב"א דגנב בשבת וטבח בחול חייב, אלא שהגרעק"א אסברא לה באופן אחר, דכיון שגנב בשבת לא נתחייב בחיובי גניבה, וממילא דלא קנאו בקניני גניבה, וא"כ הגניבה עדיין ברשות

וכן מבואר גם מדברי רש"י לק' (סו. ד"ה לימא תהוי תיובתא) דאם רב אמר דכפל כשעת העמדה בדין כשהוזל כ"ש כשהוקרה דאפילו קרן חייב כדהשתא כדאמר רבה תברה או שתייה משלם ד'. הרי מפורש דתברה או שתייה מועיל גם לענין כפל דר"ה.

והכריח מזה האמרי משה דתברה או שתייה אינה גזילה חדשה אלא גניבה אריכתא, ודוקא כששברו הבעלים, וכי הא דגנב בשבת וטבח בחול. אבל אחר שבא ושברו אינו נידון כגניבה, דהרי לא קרינן ביה וגונב מבית האיש, ולכן טובח אחר הגנב פטור מדר"ה. וכ"כ האזן האזל פ"א גניבה הי"ד (בהשמטה) בשם הגר"ב בשם הגר"ח.

ג. אבל מאידך עי' ברמב"ן (ב"מ מג:): שהקשה מה חידש רבה במש"א דתברה או שתייה משלם ד', והרי פשיטא הוא. ותי' דס"ד דכיון שקנה הגנב לענין חיוב אונסין ס"ד דקנה לי' לגניבה (והוא כסברת רב בגמ' סנהדרין עב.). והנה אם איתא דחיוב תברה או שתייה הוא מדין גניבה אריכתא, הרי זה באמת חידוש גדול. ומשמע דהרמב"ן ס"ל דאינו אלא חיוב מזיק, וכפשטות דברי חי' הר"ן והנמוק"י (שם).

אבל מאידך ממה שנקטו רש"י והריטב"א דתברה או שתייה יכול לחייב כפל ודר"ה, ומניין למדו כן אם לא משום שהבינו הגמ' בב"מ כפשוטה דהיא שעתה קא גזל לה והר"ל שעת הגזילה, והיינו דנעשה גזילה אריכתא, וה"ה בגניבה דנעשה גניבה אריכתא וככל הנ"ל.

ד. ולדעת רש"י והריטב"א צ"ב מאיפה למדו חז"ל יסוד זה דשבירה שאחר גניבה חשיבא כגניבה אריכתא. ואפשר שהוא נלמד נלמד מדין טו"מ דחייב דר"ה, ואיתא בגמ' לק' (סח.) דטעמא משום שנשתרש בחטא, ומינה נלמד דכל השתרשות בחטא הוי כהוספה בגזילה, ואף דרק באופן המסויים דטו"מ ודוקא בשור ושה נתחדש דין דר"ה, אבל עכ"פ נוכל ללמוד מזה לענין קרן דכל השתרשות בחטא הוי חלק מהמעשה גניבה וכגניבה אריכתא<sup>11</sup>.

אלא דלכ' אי"ז מספיק דהרי הך טעמא דנשתרש בחטא לא נאמר בגמ' (סח.) אלא למ"ד דחיוב מכירה הוא אחר ייאוש דוקא, דבעינן מכירה דאהני מעשיו. אבל הרי סוגיין אתיא בדעת רב, ורב ס"ל דיאוש כדי קני, וחיוב מכירה

---

הבעלים, וכשטבחו בחול הר"ל גניבה מבית האיש. ועוד הוסיף הגרעק"א דגם אם לא עמד בחצירו מ"מ הטביחה היא מעשה גניבה משום שינוי, דשינוי קונה גם ליחשב קנין הגניבה דמעיקרא.

ולכ' יסוד דברי הגרעק"א דכל שאין לו לגנב קניני גניבה לא יצאה הגניבה מרשות הבעלים, תלוי במח' בעה"מ והרמב"ן ר"פ שור שנגנב בגנב שעשה תשובה ורוצה להחזיר ועדיין לא החזיר, דבעה"מ ס"ל דחשיב ברשות הבעלים, והרמב"ן פליג דסוכ"ס יש לו קניני גניבה. ודברי הגרעק"א לכ' הם כרמב"ן. אך כבר העירו דגם הרמב"ן לא כתב אלא דסגי בקניני גניבה להפקיעו מרשות הבעלים, אבל יתכן דמודה לבעה"מ מיהת דגם במה שמעכבו מן הבעלים אפילו בלא קניני גניבה ג"כ מספיק להפקיעו מרשות הבעלים, דלא עדיף מאבידה.

אכן הגרשש"ק (כתובות ס' מ') ביאר דעת הגרעק"א דכאן בשעה שהגנב טבחו א"א לומר דאי"ז מבית האיש כיון שהוא מעכבו מן הבעלים, דהרי זהו גופא חלק מהמעשה גניבה מה שכל רגע עיכבו מן הבעלים. נמצא שהגניבה עצמה מוציאו מרשות הבעלים ושפיר הר"ל וגונב מבית האיש. אלא מאי אית לך למימר, דכיון שיש לו כבר קניני גניבה לכן אי"ז מבית האיש, בזה שפיר קאמר הגרעק"א דכיון שגנב בשבת וקלב"מ ולא חלו עליו חיובי גניבה ה"ה דאין לו קניני גניבה.

אלא שהגרשש"ק הקשה עליו מהגמ' בסנהדרין (עב.) דדעת רב דבא במחירת פטור מהשבת הגניבה אפילו אם הוא בעין, דגנב קונה להגניבה כדחזינן דחייב באונסין. הרי דאע"ג דקלב"מ ואין לו חיובי גניבה מ"מ יש לו קניני גניבה. ואף דרבא פליג על רב מצד אחר אבל לא מצינו שחולק עליו בנקודה זו.

ולכ' י"ל דאיה"נ אבל בהא גופא נחלקו רב ורבא. דלרב דס"ל דקנה להגניבה לגמרי – ולא רק לענין אונסין – א"כ אין קנין הגניבה תלוי בחיוב אונסין. אבל לרבא דלא קנה אלא לענין אונסין, א"כ במקום קלב"מ דאי"ח באונסין, לא קנה להגניבה כלל.

עכ"פ א"א לומר שדעת הריטב"א כהגרעק"א, דהריטב"א כתב מפורש דמה שהטביחה בחול חשיבא כגניבה הוא נלמד מדין תברה או שתייה, ואילו לפי"ד הגרעק"א הטביחה היא גניבה ראשונה ואין כאן ענין לתברה או שתייה.

<sup>11</sup>אגב להעיר דהנתה"מ נקט דה"ה אם עשה שינוי בגניבה וקנאה הוי כתוספת בגזילה לחייב כשעת השינוי שהרי הרחיקו מהבעלים. והעירו האחרונים שזה נגד דברי הרא"ש (צה). דשבח שקודם שינוי לגזלן (אפילו בגזו), ובפירוש כתב הרא"ש דשינוי אינו כתברה. אבל מאידך ביראים (מצ' קס"ט) מפורש כנתה"מ דשינוי דהוי כתברה. ולדעת הרא"ש צ"ל דרק שבירה הוא דחשיב השתרשות בחטא, שהרחיקו בפועל, ולא שינוי שלא הרחיקו בידים. או דהרא"ש חולק על עצם יסוד הנתה"מ וס"ל דתברה אינו אלא מדין מזיק.



הוא דוקא קודם יאוש, וגם אנו קיי"ל דחיוב מכירה הוא בין קודם יאוש בין לאחר יאוש, ומבואר בגמ' דלא בעינן משתמש בחטא, אלא חיוב טו"מ משום ששנה בחטא.

אבל י"ל דאיה"נ גם תברה או שתייה חיובו משום ששנה בחטא, דשנה בחטא היינו מה שעשה מעשה בעלים בגניבה, וכל שבירה היא מעשה בעלים, וילפינן מטו"מ דכל ששנה בחטא הו"ל תוספת במעשה גניבה, וכגניבה אריכתא.

וניחא לפי"ז לתרץ קו' הגרעק"א, דהנה רש"י (ד"ה תברה) כתב דטביחה ומכירה הוי כתברה או שתייה, ותמה הגרעק"א תינח טביחה הוי כתברה אבל מכירה במה הויא כתברה, ובפרט לרב דיאוש כדי קני והמכירה היא קודם יאוש ולא חלה כלל. ובאמת בתוס' ר"פ (סו.) מבואר דמכירה הויא כאיתבר ממילא. אבל ברמב"ם ובשו"ע מבואר כרש"י דאם בשעת הגניבה היה שוה א' ועמד על ד' וטבחו או מכרו חייב ד', הרי דגם מכירה הויא כתברה, וכדעת רש"י.

ולנ"ל מבואר דכל עיקר הך דין דתברה הויא כגניבה אריכתא הוא משום ששנה בחטא ונלמד מדין טו"מ, וא"כ כל שכן מכירה עצמה שהיא כתברה.

ה. ועדיין יל"ע לדעת רש"י והריטב"א שהבינו בדברי הגמ' ב"מ הנ"ל דתברה או שתייה הו"ל גזילה אריכתא, ולכן חייב ד', ולמה הוצרך הגמ' לזה, תפ"ל דבאמת הו"ל מזיק.

והיה אפשר ל' משום דנחלקו רב חסדא ורב"ח לק' ר"פ הגוזל בתרא בגזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו אם יכולים הבעלים לגבות מהשני. ודעת רב"ח דאינו יכול. ומוכח שדעת רב"ח דכיון שאין החפץ ברשות הבעלים אין הבעלים יכולים לגבות מן המזיק. ולפי"ז נראה דגם אם הגזלן עצמו הזיקו א"א לגבות ממנו מדין מזיק. ולכן הוצרך הגמ' לאתוייה עלה מצד דההיא שעתא קא גזל ליה, דהיינו שנשתרש בחטא הגזילה הראשונה, ובזה שפיר מחייבין ליה. ועוד דאחר יאוש גם רב חסדא מודה דהאוכל פטור, ואילו תברה הגנב אחר יאוש לסברא דהוי גניבה אריכתא נראה דחייב דומיא דטבח אחר יאוש.

ומ"מ קשה בדברי רש"י לק' שם שפי' בדברי רב חסדא דבא אחר ואכלו חייב משום דהו"ל כגוזלו מהבעלים. ולמה לא כתב משום מזיק, והרי התם קאי קודם יאוש ולרב חסדא.

ו. עו"ק בדברי הגמ' שם (לפי גי' ס"ש) דמייתי עלה המשנה דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, מה צריך לזה, הרי גזלו עכשיו ע"י השבירה כשהוא שוה ד', ופשיטא דחייב ד', וכי צריך הדבר להאמר דאם גזל גזילה שהיתה שוה ד', והרבה ימים לפני הגזילה היתה שוה זוז, דחייב ד', והאם היה צריך להביא על זה המשנה דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה.

וכעין זה יש להקשות בדברי הרא"ש שכתב דאם גנבו כשהיה שוה ד', והוזל ועמד על זוז, ותברה או שתייה, דחייב ד' שלא יהא חוטא נשכר. ולמה צריך לטעם זה דלא יהיה חוטא נשכר, הא פשיטא דחייב ד' שהרי החיוב דמעיקרא להיכן הלכה.

ושי"ל דכיון שהכל גניבה אריכתא כנ"ל שמשתרש בחטא לכן היה ס"ד דהאומד היא לפי התחלת הגניבה. ולזה קמ"ל הגמ' דגם שעת השבירה נידון כשעת הגניבה ודיינין ליה בחומר שבשתי שעות הגניבה. ובזה ניחא גם דברי הרא"ש דהיה מקום לחייבו לפי שעת הגניבה דשבירה גם כשהוזל אלא דלא יהא חוטא נשכר ולכן נידון בחמורה<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> ושי"ל עפ"י יסודו של הגר"א קטלר זצ"ל (משנת ר' אהרן י"ז ד') שיובא לקמן בסמוך דכל שחייב לשלם עבור החפץ, ויהיה טעם החיוב אשר יהיה, ממילא אותם הדמים עומדים במקום החפץ, דמה לי הם מה לי דמיהם, וכל אותם הדמים נחשבים במקום החפץ לענין כל חיובי תורה. ולמשל אם גנב חפץ כשהיה שוה זוז, ועמד על ד', ושבירו, אמילו נימא שחיובו משום מזיק מ"מ עכשיו שחייב לשלם ד' זוזי מדין מזיק ממילא דכל הדי' זוזי הם במקום החפץ ומתקיים בכלם גם דין והשיב את הגזילה כאילו היה מחזיר את החפץ בעין שבדאי היה מתקיים דין השבה בכל החפץ, את"ד.

ועל פי סברא זו אפשר לבאר הגמ' בב"מ, אמאי מייתי המשנה דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, דבאמת היה מקום לומר כיון שכבר נתחייב בתשלומי זוז עם הגניבה הראשונה, כשהיה שוה זוז, א"כ אף שעכשיו שברו ונשתרש בחטא כשהיה שוה ד', מ"מ כל שמשלם זוז א' עבור הגניבה הראשונה הו"ל במקום החפץ, וכאילו מחזיר החפץ בעין, וממילא מתקיים דין והשיב גם עבור מה שנשתרש בחטא אח"כ. ולזה הוצרך הגמ' לבאר דכיון דנשתרש בחטא, א"כ נעשה שעת השבירה לשעת הגניבה, ובטלה שעת הגניבה הראשונה, כי ההשתרשות בגניבה נעשה שעת הגניבה, ועל אותה שעה חלה הדין דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה. וזו היא מה שמדגישה הגמ' דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, פי' דעכשיו שעת השבירה היא שעת הגזילה במקום הגזילה דמעיקרא.

ז. ועי"ל עפ"י מה שביארו האחרונים גדר שינוי קונה, דבעצם הגנב יש לו קניני גניבה והו"ל לקנות הגניבה לגמרי, אלא שהחוב השבה מעכבו, ולכן כל שאינו בכלל החוב השבה באמת קנה ואין הבעל יכול לתבעו, וביארו דמה"ט מבואר בגמ' (צו:) דאם נהנה אי"צ לשלם. ומעתה נאמר דה"ה לענין חוב מזיק, כיון שתביעת ההיזק אינו בכלל החוב השבה, אין הבעלים יכולים לתבעו, ולכן אף ששיברו כשהיה שוה ד' אין הבעלים יכולים לתבוע את זה, דאין לו אלא תביעת השבת הגניבה, והרי בשעת הגניבה היה שוה א'. ולכן צריכים לאתויי עלה מצד מה שהשבירה היא גמר הגניבה, שמשתרש בחטא הגניבה עצמה, ונעשה זה שעת הגניבה דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה.

ובזה ניחא גם מש"כ רש"י ר"פ הגוז"ב בהא דא"ר חסדא גזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה ורצה מזה גובה, ופרש"י משום שהאוכלו הו"ל כגזל את הבעלים, ולמ"ל זה תפ"ל משום מזיק. ולנ"ל נאמר דהגנב הראשון קנה לכל זכויות הגניבה זולת מה שכלול בחוב השבה, ולכן הבעלים אין יכולים לתבוע ההיזק מן השני כ"א מכח מה שאכילת השני היא השתרשות בגזילה.<sup>13</sup>

### עוד בענין תברה או שתיה, ובשיטת רש"י בשיבר בחוץ

עי' כתובות (לד:) מימרא דרבה דגנב וטבח בשבת פטור, אף דס"ל דבקנס ליכא קלב"מ, דאם אין גניבה אין טו"מ. והקשו ראשונים אמאי לא נקט רבה חידוש טפי, דאפילו גנב בשבת וטבח בחול פטור, דסוכ"ס אם אין גניבה אין טו"מ. ותי' הרא"ה והריטב"א בשם רש"י דבכה"ג הטביחה הוא כאילו חזר וגנב בחול, כיון דכל כמה דלא טבחו ברשותא דמרה קאי. (ולפנינו ברש"י ליתא.) וכ"כ הריטב"א שם, והארכנו בזה לעיל.

והקשה הרשב"א (ש"ת ח"ה סי' י"ז) מ"ש מגנב במחתרת והוציא החבית לחוץ (סנהדרין עב.), דקי"ל כרבא דכל שהוא בעין חייב להחזיר, ומ"מ אם שיבר בחוץ פטור. ולכאורה גנב בשבת וטבח בחול דמי לגנב במחתרת ושיבר בחוץ.

ותלוי בביאור הסוגיא שם, דרש"י תוס' ובעה"מ פי' דמש"א רבא דנטל חייב אבל שיבר פטור, הכונה דאם נטל ועודו בעין חייב להחזירו, אבל אם שיברו בחוץ פטור. (דאילו שיבר בפנים זהו דינא דמתני'). וזהו גם פי' הרשב"א. והרמב"ן במלחמות חולק, דכיון דהדרא בעיניה כשהוא בעין א"כ כששיברו למה לא יתחייב על השבירה, ומאי שנא מגנב כשהיה שוה זוז ותברא כששוה ד' זוזי, דחייב ד' זוזי כמבואר בסוגיין, דאשעת שבירה מתחייב. ולכן מפרש הרמב"ן דכונת רבה דאם נטלו בחוץ חייב אפילו שיברו אח"כ, ורק אם שיברו במחתרת פטור.

---

ולפי זה היה מקום לומר דגם להיפך, אם גזלו כשהיה שוה ד' זוזי והוזל, ועכשיו שוה זוז, ושיברו, דעיקר שעת הגזילה תהיה שעת השבירה, ולא שעת הגזילה דמעיקרא, ולא יהיה חייב כ"א זוז. ולזה הוצרך הרא"ש לבאר דאינו כן, שלא יהא חוטא נשכר, פי' דבמקום שהוזל כשנשתרש בחטא לא בטלה שעת הגזילה הראשונה, כדי שלא יהיה חוטא נשכר.

ומעתה יש לומר עוד, דסברא זו דההשתרשות בגזילה מבטלת את שעת הגזילה הראשונה אינו אלא משום שגם השבירה היא שייכת להגזילה הראשונה, דהכל גזילה אריכתא, והיא נכנסת במקומה, אבל אילו לא היתה השבירה נחשבת לגזילה, ולא היתה בה כ"א דין מזיק, לא היה החוב מזיק מבטל את החוב גזילה הראשונה, והיה נמצא שהגזילה הראשונה עדיין מחייבתו זוז, ועי"י חוב גזילה היה אותו זוז עומד במקום החפץ וכאילו הוא בעין, והיה מתקיים עי"י אותו הזוז גם תשלומי מזיק וכאילו החזיר את החפץ משלם. ולכן הוצרך הגמ' לומר שאין חוב תברה מדין מזיק כלל, כ"א מדין גזילה, ובההיא שעתא דשיברו קא גזל ליה, כדי שיחול על אותה שעה דין כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, ותבטל השעת גזילה הראשונה.

ומ"מ גם לפי מהלך זה קשה למה רש"י בר"פ הגוז"ב בהא דבא אחר ואכלו הוצרך לומר דהו"ל כגזלו, תפ"ל משום מזיק, והרי התם השני לא נתחייב מקודם כלל, וגם לא מיירי התם ביוקרא וזולא.

<sup>13</sup> ואף דהטובח אחר הגנב פטור מדו"ה, ומ"ש מתברא או שתיה דס"ל לרש"י (סו.) דהשבירה מחייבת כפל ודו"ה כשעת השבירה, וע"כ דרך בגנב עצמו נאמר דהו"ל גניבה אריכתא. צריך לחלק דלענין גניבה צריך מבית האיש, רק הגנב עצמו כששיברו נחשב מעשה גניבה (ואפשר דנלמד מדין טו"מ כמש"נ לעיל). אבל לענין חוב גזילה גם אחר שמוסיף על הגזילה נחשב כגזלו לבעלים.

וקשה על כך הנך רבוותא קושיית הרמב"ן, מ"ש שיבר בחוץ מתברא או שתייה. וזוהי עפ"י מש"נ לעיל דס"ל לרש"י דתברה או שתייה הוא בגדר השתרשות בגניבה, וא"כ י"ל דכל שהיה חייב מיתה וקלב"מ בגניבה עצמה א"ח גם משום תברה או שתייה<sup>14</sup>. אלא שמ"מ שיקשה תפ"ל משום מזיק עכ"פ<sup>15</sup>.

וכן קשה סתירת דברי רש"י, דבכתובות כתב (כעדות הריטב"א והרא"ה) דגנב בשבת וטבח בחול חייב דו"ה, ואילו בסנהדרין ס"ל דגנב במחתרת ושיבר בחוץ פטור<sup>16</sup>. וכמשה"ק עליו הרשב"א.

---

<sup>14</sup> והרמב"ן לטעמי' שהקשה 'ב"מ מג': מאי קמ"ל רבה דתברה או שתייה חייב ד', פשיטא. ודייקנו לעיל מזה דס"ל דחוב תברה או שתייה אינו אלא משום מזיק בעלמא.

<sup>15</sup> וזה על דרך שהקשינו לעיל בגמ' ב"מ (מג.) גופא למ"ל טעמא דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה תפ"ל משום מזיק. וכל התירושים שכתבנו לעיל לכאורה לא יעלה כן, דכיון דקלב"מ לא קנאו קניני גניבה, כמש"כ הגרעק"א כתובות לד: והובא לעיל. ואם באמת יש לו קניני גניבה גם במקום קלב"מ א"כ אמאי לא קנה לחבית אפילו אם הוא בעין, כיון שיש לו קניני גניבה ואין לו חוב השבה. ועי' בהמשך.

<sup>16</sup> והנה בקושיית הרמב"ן מתברר או שתייה האריך בעה"מ שם, ואעתיק מה שכתבתי בשיעורים עמ"ס סנהדרין לבאר דבריו שכתב וז"ל דשאני דין רודף מדין גזלן, דרודף מצי אתו לדידיה קננהו בדמי מההיא שעתא, ולכי תבר לה אח"כ דדידיה קא תבר ופטור מלשלם, ואע"ג דכי איתנהו הדרי בעינייהו חומרא הוא דרמו רבנן עליו דליהדר ממונא למריה כיון דאיתיה בעיניה עכ"ל.

ומבואר דמדאורייתא מודה רבא לרב דהגנב קנה לחבית, ומעיקר הדין נעשה שלו וא"צ להחזירו אפילו כשהוא בעין, והיינו טעמא דפטור כששיברו, דדידיה קא תבר, וכל מה דס"ל לרבא דכשהוא בעין צריך להחזירו אינו אלא חומרא דרבנן, ולא החמירו אלא כשהוא בעין, ולא כששיברו.

וקשה דהא מכל השו"ט בגמ' שם מבואר דנחלקו רב ורבא בגדר חוב אונס דגנב, ומשמע דפלוגתתם הוא מדאורייתא.

ועוד המשיך בעה"מ וביאר שיטת רב דאפילו כשהוא בעין א"צ להחזירו, וז"ל והאלקים אמר רב אפילו נטל, דכיון דביש לו דמים ונאנסו קיימי ברשותיה לענין אונסין ה"נ כי אין לו דמים קיימי ברשותיה, ואי מהדר להו מיחזי כמת ומשלם עכ"ל.

ואינו מובן מאי קאמר דאי מהדר להו "מיחזי" כמת ומשלם, ומשמע דבאמת היה לו להחזיר הכלי, אלא שאין לו לעשות כן שלא יהיה נראה כמת ומשלם. ותמוה, והרי הוא עצמו ביאר תיכף לפני זה דאפילו לרבא מעיקר הדין קנה לחבית ודידיה קא תבר, וכל מה שצריך להשיבו כשהוא בעין אינו אלא חומרא דרבנן, וא"כ בפשוטו הו"ל לומר דרב ל"ל חומרא זו, ואוקמה אדינא.

וכל דבריו נראים כזיל בתר איפכא, דבדעת רבא שצריך להחזיר החפץ כתב דמעיקר הדין קנה להחפץ אלא דחומרא דרבנן הוא להחזירו, ואילו בדעת רב שא"צ להחזיר החפץ כתב להיפך דמעיקר הדין צריך להחזירו אלא דאין לו לעשות כן שלא יהיה נראה כמת ומשלם.

וע"ע שם שחזר לבאר טעמא דרבא דפליג ארב ול"ל סברא זו דהא יש לו דמים חייב באונסין, וז"ל ולא היא, כלומר ולא מסתבר טעמיה דרב בהא, דכי אוקמינהו רחמנא ברשות' לא אוקמינהו אלא לבישותיה לענין אונסין כו' מידי דהוי אשואל, הלכך כי אין לו דמים ואיתנהו בעינייהו חייב להחזיר ולא הוה מת ומשלם, שאין זה נקרא תשלומין אלא חזרת ממון לבעלים עכ"ל.

ומשמע דלא קנה להגניבה, דמה שחייב באונסין אינו אלא דומיא דשואל, וממילא כשמחזירו אינו בתורת תשלומין אלא בתורת חזרה ול"ש ע"ז קלב"מ. ותמוה, דסותר למש"כ מתחילה דגם לרבא קנה להכלי, דלכך פטור כששיברו דדידיה קא תבר, ומה שצריך להחזירו כשהוא בעין אינו אלא חומרא דרבנן.

וכל דבריו הם חידה סתומה.

ונראה ביאור דברי בעה"מ עפ"י הקדמה אחת, דהנה זה ודאי מבואר בגמ' דיסוד פלוגתת רב ורבא הוא אם גניבה בעלמא חשיבא ברשות הגנב ולכן כשנאנס ההפסד הוא שלו, ומה שצריך להחזירו לבעלים הוא בתורת תשלומין, וכדעת רב, או דילמא היא ברשות הבעלים, וחוב אונסין אינו אלא מידי דהוי אשואל, ומה שצריך להחזירו לבעלים הוא בתורת השבה בעלמא. ועוד משמע בפשוטות דבתשלומין שייך פטור קלב"מ, ולא בהשבה, ולכן לרב, דס"ל שחזרת הגניבה הוא בתורת תשלומין, קלב"מ ופטור מלהשיב החבית, ולרבא, דס"ל שהוא בתורת השבה, ל"ש קלב"מ וחייב להחזירה. וכן משמע בדברי רש"י, וכן מבואר להדיא ברמב"ן.

אבל נראה שדעת בעה"מ דמדאורייתא קלב"מ פטור אפילו מהשבה. ואפילו בפקדון, אם בשעה שבה לידו נתחייב מיתה א"ח להשיבו, וממילא דנעשה שלו. וזהו גדר בדמים קנינהו. אלא דמ"מ החמירו רבנן דקלב"מ לא יפטור אלא מתשלומין, אבל לא מהשבה.

ולפ"ז מבוארים כל דברי בעה"מ. ושיעור דבריו, דטעמא דרבא דפטור כששיבר, משום דדידיה קא תבר, דמעיקר הדין קננהו בדמים. ומה שצריך להחזירו כשהוא בעין חומרא הוא דרמו רבנן עליו דליהדר ממונא למריה כיון דאיתיה בעיניה. דמדרבנן אמרו דאינו מת ומשלם, אבל מת ומשיב. אבל דעת רב דכיון דכשיש לו דמים חייב באונסין, א"כ השבת הגזילה אינה בגדר השבה אלא בגדר תשלומין, ואין אדם מת ומשלם, ולא נאמר בזה הך חומרא דרבנן. ורבא השיבו דמה שחייב באונסין אינו אלא מידי דהוי אשואל, אבל הגניבה אינה קנינהו לו, ואין זה נקרא תשלומין אלא חזרת ממון לבעלים, וממילא הוא בכלל החומרא דרבנן דמת ומשיב.

ב. ונקדים, דהנה יש לחקור במי שגזל כלי שווה זוז, ושיברו כשעדיין היה שווה זוז. דאמנם פשוט שחיובו הוא זוז, אבל יל"ע אם החיוב מדין גזלן לחוד, או שחייב גם מדין מזיק. וקרוב לומר דכל חיובו משום גזלן לחוד, אבל משום מזיק אינו חייב, שהרי חיוב מזיק הוא על מה שהפסיד את הניזק את השויות (דאילו הפסד הכלי עצמו הוא מעוות לא יוכל לתקן), ולכן חייב המזיק להשלימו לו, אבל כאן המזיק לא הפסיד לניזק את הזוז, כיון דבלא"ה כבר היה מחוייב ועומד לשלם לו זוז.

ומעתה, הרי שיטת רבא ב"מ (צא.) וב"ק (ע:) דאתנן אסרה תורה ואפילו בא על אמו, ודעת רש"י (עי' ב"מ שם בארוכה) דהכונה דכל דין קלב"מ אינו אלא דאין כח בב"ד לענשו שתיים. אבל עדיין חיובא רמיא עליה לצאת ידי שמים, וגם אי תפס לא מפקינן. נמצא דהגונב במחירתו כבר נתחייב בדמי החבית מדין גנב (אף שב"ד אין יכולים לגבות ממנו דקלב"מ). וא"כ מובנת שיטת רש"י דכשיברו אח"כ א"א לחייבו משום מזיק, שהרי מה הפסידו, כיון דבלא"ה היה חייב לשלם.

וא"ת מ"מ הרי גם כשגנב חבית במחירתו ושיברו בחוץ הרי הפסידו בזה דכל זמן שהחבית היה בעין היה יכול להוציאו בב"ד (לשיטת רבא דבנטל ולא שיבר חייב), ועכשיו ששיברו א"א להוציאו בב"ד. אבל הפסד זה לכל היותר הוא כשורף שטרותיו של חבירו, דתלוי בדינא דגרמי, כמבואר בגמ' (לק' צח:). והרי שיטת רש"י בכ"מ (עי' ב"ב כב; ב"ק נה:) דאין חילוק בין גרמא וגרמי, ובכ"מ דאמרינן גרמא פטור היינו דלא כר"מ דמחייב בגרמי, וא"כ מסתמא קי"ל דגרמי פטור.

ואילו משום גניבה אריכתא אי"ח כשיבר בחוץ, דכיון דקלב"מ בעיקר הגניבה קלב"מ בכולה.

משא"כ בגזל חביתא דחמרא שהיה שווה זוז ועמד על ד' ושיברו שפיר חייב, חדא שהרי הפסידו ג' זוזי והר"ל מזיק. אלא שיש לדון בזה דשמא אי"ז הפסד כיון שגם הזוז הוא דמי הגניבה מן הדין כיון דבשעת הגניבה היה שווה זוז. אבל בלא"ה ניחא דאדרבא בגמ' בב"מ משמע שאין חיובו משום מזיק אלא משום דהיא שעתא קא גזל לי, דהיינו דהר"ל גזילה אריכתא וכמשי"נ.

עו"ל באופן אחר קצת דהיינו טעמא דכששביר בחוץ אי"ח משום מזיק, דכיון דלרבא חייב לצאת יד"ש לכן יש לו קניני גניבה בחבית, וממילא אי"ח משום מזיק דכל שיש לו קניני גניבה פקעו כל תביעות הבעלים חוץ מתביעת

---

אלא דעדיין יל"ע בלשון בעה"מ מש"כ שדעת רב "דכיון דביש לו דמים ונאנסו קיימי ברשותיה לענין אונסין ה"נ כי אין לו דמים קיימי ברשותיה, ואי מהדר להו מיחזי כמת ומשלם", ומאי לשון "מיחזי" דקאמר בעה"מ, והרי כיון דקיימי ברשותיה הרי זה באמת בגדר מת ומשלם.

ונראה עפ"י מה שביארנו שם מחלוקת ראשונים אם במקום חיוב מיתה שנפטר מחיובי גניבה עדיין יש לו קניני גניבה. ונראה שדעת בעה"מ דכל שחייב מיתה ופטור מחיובי גניבה אין לו גם קניני גניבה, ואינו אלא פקדון אצלו. וא"כ לפי האמת אף דס"ל לרב דגנב בעלמא קונה להחפץ לגמרי, וחזרתו היא בתורת תשלומין, אבל זה הבא במחירתו כיון דחייב מיתה אין לו קניני גניבה כלל, ואם ישיב את החבית לא יהיה אלא בגדר השבה בעלמא. וא"כ אמאי לא נאמר דמדרבנן צריך להשיב את הכלי, דהרי רבנן אמרו דקלב"מ פטור מתשלומין ולא מהשבה. ולזה קאמר בעה"מ דמ"מ כיון דגנב בעלמא שיש לו דמים וחייב באונסין קונה להגזילה, וכשמחזירו הוא בתורת תשלומין, לכן גם בא במחירתו זה אם יחזיר את החבית היה נראה כמת ומשלם, ולא כמת ומשיב.

קיצור הדברים, הן לבעה"מ והן להרמב"ן, נחלקו רב ורבא בגדר החזרת גזילה. דלרב הוא בתורת תשלומין ולרבא הוא בתורת השבה. וכמבואר להדיא בגמרא. אלא דהרמב"ן ס"ל דגם מדאורייתא ל"ש קלב"מ כלל כ"א בתשלומין ולא בהשבה. וא"כ לרבא אין כאן קלב"מ ולא קנה להגניבה כלל, ואם שיברו אח"כ חייב. ואילו בעה"מ ס"ל דמדאורייתא שייך קלב"מ גם לענין השבה, אלא דחומרא דרבנן הוא דמת ומשיב, אף שאינו מת ומשלם. ולכן מחלוקת רב ורבא אינו אלא מדרבנן. אבל מדאורייתא גם רבא ס"ל דבדמים קנינהו, וכשיברו דידיה קא תבר.

אבל רש"י לא הזכיר מזה, ופשטות דברי רש"י מורים דל"ש קלב"מ בהשבת פקדון, וזהו פלוגתת רב ורבא, דלרב שמחזיר בתורת תשלומין שייך קלב"מ ולרבא שמחזיר בתורת השבה ל"ש קלב"מ.

ועוד הרי רבא עצמו אמר (ב"מ צא.) דאתנן אסרה תורה ואפילו בא על אמו, ושיטת רש"י (שם) דהכונה דחייב לצאת ידי שמים וגם אי תפס לא מפקינן מיניה, וכל דין קלב"מ אינו אלא דאין כח בב"ד לענשו שתיים. וקשה לשמוע דגם בפקדון יהיה שייך זה, דלא יהיה כח בב"ד להוציא הפקדון מיד הנפקד היכא דחייב מיתה. וגם אפילו את"ל שאין ב"ד יכולים להוציאו, אבל בודאי לא נעשה של הנפקד עי"ז, ועדיין הוא של הבעלים, שהרי אי תפס לא מפקינן מינה, וא"כ ל"ש לומר דבדמים קנינהו ודידיה קא תבר.

וא"כ לרש"י עדיין תסתער קושיית הרמב"ן, לרבא דס"ל דבנטל דאיתנהו צריך להחזירו, דכפקדון הוא גביה, א"כ למה כשיברו אח"כ פטור, ולא אמרינן דאהיה שעתא מיחייב. וכמו בתברא או שתיה דחייב ד' זוזי.

ההשבה, וכמש"נ לעיל עפ"י הגמ' לק' (צו:): דגנב אי"ח לשם מה שנהנה. ולכן גם כששיברו בחוץ פטור משום מזיק. וא"ת אם בגנב ל"ש חיוב מזיק א"כ תברה או שתייה אמאי משלם ד' זוז, היינו משום דהוי גניבה אריכתא. אבל בבא במחתרת כיון דלקב"מ בעיקר הגניבה, ה"ה בסופה.

ג. ולענין הסתירה ברש"י י"ל בשני אופנים:

האופן האחד, דהטביחה היא גניבה אריכתא והשתרשות בגניבה הראשונה, ולכן אף שכבר נתחייב בגניבה (לצאת יד"ש עכ"פ) וא"א לחייבו בחיוב חדש דמזיק, שהרי לא הפסידו כנ"ל, אבל אפשר לחייבו משום השתרשות בגניבה גופא. והם דברי רש"י שהביאו הרא"ה והריטב"א בכתובות. אבל בגנב במחתרת ושיבר בחוץ לא אמרינן שהוא השתרשות בגניבה, כי נאמר דשיטת רש"י דל"ש זה אלא בשור ושה, שהתורה חידשה בהם חיוב דר"ה, ובהם אמרינן דגם הכחשה אתחלתה דטביחה היא כמש"כ רש"י בסוגיין, דהיינו התחלת ההשתרשות בחטא כמש"נ לעיל. אבל בחביתא דחמרא ל"ש זה. ומש"כ רש"י לק' (סו.) דתברה או שתייה מחייב כפל היינו משום דמירי התם בטלה דשייך בה דר"ה עיי"ש.

ולפי"ז יהיה צ"ל דמש"א רבה דבגזל חביתא דחמרא ותברה או שתייה משלם ד' זוזי היינו מדין מזיק (כשי' חי' הר"ן והנמוק"י) – שהרי בחביתא דחמרא ליכא דר"ה<sup>17</sup>. ואין להקשות איך שייך שם חיוב מזיק, והרי לא הפסידו, דשם באמת הפסידו ג' זוזי.

ד. והאופן השני, דהרי דברי רש"י בסנהדרין באו לבאר דברי רבא שם (שאמר דמסתברא מילתא דרב כששיבר), וי"ל דרבא לטעמיה דס"ל (ב"מ צא.) דאתנן אסרה תורה ואפילו בא על אמו, דקלב"מ אינו פטור רק דין בב"ד, ולכן שפיר ס"ל לרבא דשיבר בחוץ פטור – שהרי שכבר נתחייב לשלם משום הגניבה (שהרי קלב"מ אינו פטור) וא"כ לא הפסידו בשבירה, וגם כיון שיש לו קניני גניבה יש לו גם קניני גניבה לכן אין הבעלים יכולים לתבעו תביעה אחרת חוץ מהשבה, וכסברות שכתבנו לעיל.

וא"ת אכתי נחייבו משום גניבה אריכתא. י"ל דכיון דקלב"מ בתחילת הגניבה, קלב"מ בכולה.

אבל הרי מצינו חולקים על רבא, כדחזינן דעת רב פפא (ב"מ צא., ב"ק ע.) דלית ליה הא דאתנן אסרה תורה ואפילו בא על אמו<sup>18</sup>. ודברי רש"י בכתובות נאמרו בביאור דברי רבה דגנב וטבח בשבת פטור, דמשמע הא טבח בחול חייב, ורבה ע"כ הוא מהחולקים על רבא וס"ל דקלב"מ הוא פטור, כדמוכח ממש"א רבה דאם אין גניבה אין טביחה ומכירה, ופרש"י משום דדר"ה אמר רחמנא ולא גו"ד, ואם איתא דגם בקלב"מ חייב רק דאין בי"ד יכולים לגבות (כדס"ל לרבא) א"כ אין זה גו"ד אלא דר"ה. אלא ע"כ שדעת רבה כר"פ דקלב"מ הוא פטור גמור.

וכיון שלרבה קלב"מ הוא פטור, ונמצא שלא נתחייב על הגניבה בשבת כלל, ואינו מחוייב ועומד, רק כל זמן שהבהמה בעין חייב להחזירה, ושפיר א"כ חייב על הטביחה משום מזיק, שהרי הפסידו להבעלים ע"י טביחה זו<sup>19</sup>. ועוד כיון שלא נתחייב בחיובי גניבה כלל, אין לו גם קניני גניבה, ולכן הבעלים יכולים לתבעו משום מזיק.

אלא שיקשה איך חיוב מזיק יכול לחייבו דר"ה<sup>20</sup>.

אלא י"ל דלעולם החיוב כשטבח בחול אינו משום מזיק אלא משום גניבה. ואף דבסנהדרין ס"ל לרש"י דאם קלב"מ בעיקר הגניבה קלב"מ גם בגמר הגניבה, זהו לרבא דקלב"מ אינו פטור, ויש לו חיובי גניבה מעיקרא, וגם קניני גניבה, נמצא שתחילת הגניבה היא במחתרת, ורק סופה וגמרה בחוץ, וחל דין קלב"מ על כל הגניבה. אבל

<sup>17</sup> ולדרך זה צ"ל דאף שיש לו קניני גזילה בחבית מ"מ שייך בה חיוב מזיק.

<sup>18</sup> ובייתור מוכרח בסוגיא דב"ק שם דרב פפא ס"ל דקלב"מ פטור לגמרי.

<sup>19</sup> אלא דלפי מה שהגיה תוס' הרא"ש (מובא בשטמ"ק ב"מ צא.) ומהרש"ל בסוגיא דסנהדרין דצ"ל רבה במקום רבא, ולכ' כן מוכח לרש"י דס"ל (ב"מ צא.) דלרבא דאתנן אסרה תורה ואפילו בא על אמו מועילה תפיסה בקלב"מ, ויקשה א"כ בגמ' סנהדרין מ"ט לא שקיל רבא הדיכרי מהגנבים עיי"ש, וע"כ דגרסינן רבה, דרבה ס"ל דקלב"מ הוא פטור, כדמוכח מדבריו בכתובות (לד:), וא"כ לא אתי שפיר מה שתרצנו כאן.

<sup>20</sup> ואפש"ל כסברת המשנת ר' אהרן (י"ז ד') דעכשיו שחייב מדין מזיק א"כ הוא כמחזיר הגניבה בעין, דמה לי הם מה לי דמיהם, ומתקיים בזה גם דין השבת הגניבה, כמו אם היה החבית בעין. (דהא לא קי"ל כרב דשייך קלב"מ גם כשהחבית בעין).

לרבה דקלב"מ הוא פטור, ולא נתחייב כשגנב בשבת בחיובי גניבה כלל, וה"ה שלא זכה בשבת בקניני גניבה, ממילא כשטבח בחול הו"ל כגונב חדשה מבית האיש, וכסברת הגרעק"א<sup>21</sup>.

וא"ת אם רש"י ס"ל כהגרעק"א א"כ בגנב וטבח בשבת דקאמר רבה (כתובות שם) דפטור משום דאם אין גניבה אין טו"מ, ופרש"י דדו"ה אמר רחמנא ולא גו"ד, ולמה ליה לרש"י זה, תפ"ל דכיון שגנב בשבת אין לו חיובי גניבה וקניני גניבה, ואין כאן חפצא של גניבה כלל, ופשיטא דפטור מדו"ה דל"ש דו"ה אלא בחפצא של גניבה. אבל לק"מ, דהרי לפי מהלך זה בגנב בשבת וטבח בחול דס"ל לרש"י דחייב דו"ה היינו כסברת הגרעק"א דהטביחה עצמה חשובה כמעשה גניבה, וא"כ בגנב וטבח בשבת אמאי פטור, נימא שהטביחה היא מעשה גניבה, שהרי ע"י הטביחה נתחייב בקנס דג' וד' (דבקנס נקט רבה שם דלא אמרי' קלב"מ) וכיון שנתחייב בחיובי גניבה (דהיינו חיוב ג' וד') גם קניני גניבה יש לו. ולכך הוצרך רש"י לומר דל"ש חיוב גו"ד בלא חיוב קרן, דדו"ה אמר רחמנא ולא גו"ד.

### פסקי הרמב"ם בתברה או שתיה

הרמב"ם (פ"א גניבה ה"ד) כתב וז"ל גנב בהמה או כלי וכיוצא בהן ובשעת הגניבה היה שוה ארבעה ועכשיו בשעת העמדה בדין שוה שנים משלם קרן כשעת הגניבה ותשלומי כפל או ארבעה וחמשה כשעת העמדה בדין. היה שוה בשעת הגניבה שנים ובשעת העמדה בדין ארבעה אם שחט או מכר או שבר הכלי או אבדו משלם תשלומי כפל או ארבעה וחמשה כשעת העמדה בדין. ואם מתה הבהמה או אבד הכלי מאליו משלם תשלומי כפל כשעת הגניבה עכ"ל.

מבואר שפסק דאם בשעת הגניבה היה שוה ב' ואח"כ הוקר ועמד על ד', אם איתבר ממילא משלם קרן וכפל זוז ב', ואם שברו בידים משלם קרן וכפל ד'. וצריך להבין באתבר ממילא אמאי אינו משלם הכפל ד' כשעת העמדה בדין. ואם נפשך לומר שאין הכפל יכול להיות יותר מהקרן, א"כ בשברו בידים אמאי משלם כפל ד', נהי דחייב קרן ד' אבל לאו היינו מדין גניבה אלא מדין מזיק או מדין גזלן. אמנם נתבאר דש"י והריטב"א דגם תברה חשיבא שעת הגניבה, אבל לשון הרמב"ם לא משמע כן, ממש"כ דבתברה משלם כפל ודו"ה ד' "כשעת העמדה בדין", הרי שמתורת שעת העמדה בדין נגע בה, ולא מתורת שעת הגניבה.

וביאר במשנת ר' אהרן (סי' י"ז) משום דס"ל להרמב"ם דגדר כפל כשעת העמדה בדין היינו שמשלם כשיעור ההשבה. וממילא באתבר ממילא כיון שא"ח קרן כ"א ב', א"כ זהו שיעור ההשבה, וממילא הוא גם שיעור הכפל. והא דכפל כשעת העמדה בדין הוא כשהגניבה בעין, דמתקיים בכל ערכו בשעת העמדה בדין דין השבה, וזהו שיעור הכפל ג"כ. וכן בתברה בידים, כיון שמשלם קרן ד' מדין תברה או שתיה, אף שאינו אלא מתורת מזיק או גזילה, אבל סוכ"ס עכשיו דמים אלה עומדים במקום החפץ, ומתקיים בכולם גם דין השבה הגניבה, דמה לי הם מה לי דמיהם ובכל הד' מתקיים ההשבה כאילו השיב החפץ בעין, וממילא משלם גם כפל ד' שזהו שיעור ההשבה. אבל באתבר ממילא דאינו משלם קרן אלא ב', וזהו שיעור ההשבה, וגם הכפל הוא בשיעור זה.

ועפ"ז פי' פירוש מחודש בסברת הגמ' דמה לי קטלה כולה מה לי קטלה פלגא, דכיון שהכחישו בידים חייב קרן על חלק זה שהוכחש, ואפ"ת שהוא משום מזיק אבל הדמי מזיק עומדים במקום הכחש, ומתקיים בהם דין השבה, נמצא שמתקיים דין השבת הקרן כשיעור שמינה, ושפיר חייב כפל ג"כ על השמינה, דמה דכפל כשעת העמדה בדין היינו שהכפל הוא כשיעור ההשבה. וכמו בקטלה כולה, כיון שחייב בתשלומי דמי כולה, זהו שיעור ההשבה ומשלם כפל ג"כ ע"ז, ה"ה בהכחישו בידים כיון שחייב קרן על מה שהכחישו זהו בכלל ההשבה וחייב ע"ז כפל. והוא נפלא מאד.

אלא שיל"ע לסברא זו דגדר כפל כשעת העמדה בדין הוא שמשלם כפל כשיעור ההשבה, האם זה נמדד לפי ההשבה אילו היה החפץ בעין, או לפי ההשבה בפועל. דלכאורה יש בזה סתירה, דבנתיקור ואתבר ממילא כתב הרמב"ם שמשלם כפל ב', כשיעור ההשבה בפועל, אף שאילו היתה הגניבה בעין היתה שוה ד', הרי שהכפל תלוי

<sup>21</sup>שהרי רש"י – לפי מה שהעתיקו דבריו הרא"ה והריטב"א – לא הזכיר שם דהוי כתברה או שתייה, ושפיר יש לפרש דבריו על דרך דברי הגרעק"א שהטביחה היא גניבה חדשה דבשבת לא היתה גניבה כלל. רק הריטב"א הוא שהוסיף דהו"ל כתברה או שתייה, דהיינו שכבר היתה גניבה בשבת ועכשיו ניתוסף תוספת והשתרשות בגניבה. ולהריטב"א יהיה צ"ל דאף דקלב"מ בתחילת הגניבה, לא חל דין קלב"מ בגמרה. והריטב"א א"כ יחלוק על רש"י בסנהדרין ויסבור כהרמב"ן דאם שיבר בחוץ חייב.

בהשבה בפועל. אבל מאידך בהזל ואתבר ממילא כתב הרמב"ם שמשלם כפל ב', כשיעור שווי הגניבה אילו היתה בעין, אף שבפועל משלם קרן ד' כדין קרן כעין שגנב. וצ"ת.

## בדברי הרא"ש

עי' ברא"ש, ויש לתמוה עליו במש"כ דלענין דר"ה לא אזלינן בתר שעת העמדה בדין ממש כ"א בתר שעת טביחה, דאהיא שעתא מחייב, ואינו מובן דהא מ"מ עד שעת העמדה בדין אי בעי מודה ומיפטר כמש"כ הרא"ש עצמו לענין כפל<sup>22</sup>.

עו"ק איך כתב הרא"ש דשעת החיוב בקנס הוא בשעת העמדה בדין, הרי הרא"ש עצמו כתב לעי' בפ"ק סי' כ' דמה דמהני תפיסת קנס בבבל אינו תקנה דרבנן בעלמא אלא דינא דאורייתא דעביד איניש דינא לנפשיה ע"ש, והרי אם איתא דכל חיוב קנס אינו חל עד שעת העמדה בדין הרי בבבל לא היה שם העמדה בדין כלל שאין דנים דיני קנסות בבבל ואיך תועיל התפיסה.

ועוד וכי כל חיוב קנס הוא נישום כשעת העמדה בדין, ולמשל נזקי קרן תם, והרי זו לא שמענו.

ועוד הרי הרא"ש עצמו כתב דקרן כעין שגנב פשיטא אלא דהקרא מדויק לדייק הא כפל דר"ה כשעת העמדה בדין, ואיך כתב תיכף אח"כ דגם כפל הוא סברא, הא א"כ קרא למה לי.

עו"ק דאם הטעם דכפל כשעת העמדה בדין הוא משום דאי בעי מודה ומיפטר, א"כ היה צריך להיות תלוי בשעת קבלת עדות, דשוב אינו יכול להודות, ואילו הרא"ש כתב מפורש דתלוי בשעת גמר דין.

ב. ונראה דבודאי מסברא היה מסתבר דגם כפל הוא כעין שגנב, דזהו עיקר שעת החיוב. אלא דאם לא היה מקום מסברא לחלק בין קרן לכפל א"כ לא היה אפשר לדייק קרא כעין שגנב הא כפל כשעת העב"ד, כיון שהכל אחד מסברא, והייתור ע"כ היה נדרש לדבר אחר. ולכן קאמר דמסברא יש מקום לחלק, דאף דגם כפל מתחייב בשעת הגניבה, אבל אין החיוב מוחלט כ"כ כמו קרן, דאפשר שיודה ויפטר. ולכן הייתור נדרש לומר דכפל אינו כעין שגנב, אלא כשעת העמדה בדין.

ג. עוד נראה, דא"א לדייק הא כפל כשעת העמדה בדין, אם לא היה מקום לשומא זו מסברא. והסברא היא, דעצם חיוב גניבה הוא חיוב השבה. וגם כשאין הגניבה בעין, ומשלם דמים, מבואר ברש"י לעיל (ד:): דהוא ג"כ בכלל והשיב. דהדמים עומדים במקום הגניבה. וכיון שבעצם החיוב הוא להשיב הגניבה, לכן כשאין הגניבה בעין יש מקום לומר שהשומא תהיה כעין שגנב, דהיינו שעת חלות החיוב השבה, וגם יש מקום לומר השומא תהיה כשעת גמר הדין, דהיינו שעת ההשבה בפועל.

אמנם אלמלא קרא הייתי אומר דהסברא הפשוטא יותר היא שהשומא תהיה כשעת חלות החיוב, דהיינו כעין שגנב, ולכן הקרא מיותר לדייק דדוקא קרן נישום כעין שגנב, כיון שהחיוב חל אז בהחלט, אבל בכפל – שהחיוב בשעת הגניבה אינו מוחלט כ"כ דשמא יודה ויפטר – נישום כשעת ההשבה בפועל, דהיינו שעת גמר דין.

אבל אין שום סברא שהשומא תהיה כשעת קבלת העדות, דא"ז לא שעת חלות חיוב ההשבה ולא שעת ההשבה בפועל. וכל הסברא דאי בעי מודה ומיפטר אינו אלא לגלות שחלות החיוב כפל בשעת הגניבה אינה מוחלטת כ"כ ולכן יש מקום לחלק ולומר דהקרא מגלה דדוקא קרן נישום כשעת חלות החיוב, אבל כפל אינו נישום כשעת חלות החיוב, והדרינן לומר שנישום כשעת ההשבה בפועל.

<sup>22</sup>ועי' בחי' הגר"ט שנדחק שאין כונת הרא"ש לדין מודה בקנס כלל כ"א לדין אם המצא תמצא בידו ולכן אחר השבירה כבר נשלם החיוב, וזה דוחק דלשון הרא"ש משמע ברור דנתכוין לדין מודה בקנס, ועוד דאם לאחר שבירה לא שייך כבר דין אם המצא תמצא בידו א"כ באמת יפטר מכפל וכחזרה קרן אצל הבעלים, אע"כ מא"ל דגם ע"י תשלומין מתקיים דין אם המצא תמצא בידו. גם נתקשה הגר"ט בלשון הרא"ש דהיא שעתא מחייב, והוצרך לאוקמה בשמכר וחזר וקנה הגזילה ע"ש בפנים, וכל זה דחוק טובא.

ד. וכל זה בקרן וכפל, שיסודם בחיוב השבת הבעין. ואף שכפל לעולם אינו אלא דמים, מ"מ התורה תלאה בחיוב השבת הבעין, שעיקר צורת קיום המצוה בשלימותה היא להשיב הגניבה בעין, וגם לשלם כפל כדמי אותה גניבה. אלא דאם אין הגניבה בעין אז הדמים עומדים במקומה.

אבל בחיוב תשלומין בעלמא, כמו חיוב תשלומי קרן, דהחיוב ביסודו הוא חיוב תשלומין על מה שהזיק, ולא השבת בעין, אין שום מקום לומר שהשומא תהיה בשעה אחרת משעת ההיזק שאז חל החיוב התשלומין.

וכן תשלומי דו"ה, מעצם יסודם אינם תלויים בהשבת הגניבה בעין, שהרי כל עיקר החיוב הוא משום שנשתרש בחטא ושחט את הבהמה או מכרה באופן שא"א להחזירה לבעלים. וכיון שהם מעיקר יסודם תלויים בדין תשלומין ולא בדין השבה, א"כ פשיטא שנישומים כשעת חלות החיוב, ולא כשעת ההעמדה בדין.

וזהו מש"כ הרא"ש דמשלם דו"ה כשעת טו"מ דהוא שעתא מתחייב.

אמנם למ"ד דחייב על מכירה קודם יאוש (עי' לק' סח.), אף שלא חלה המכירה ועדיין משכח"ל השבת הגניבה בעין, מ"מ כיון שחיוב דו"ה דשחיטה הוא מלתא דתשלומין ולא מלתא דהשבה, וגם חיוב דו"ה דמכירה לאחר יאוש הוא מלתא דתשלומין, לא מסתבר שהחיוב דו"ה דמכירה קודם יאוש יהיה לו גדר אחר, אלא גם הוא מתורת תשלומין.

ה. עוד יל"ע במש"כ הרא"ש דאם נתייקר בין טביחה להעמדה בדין פשיטא שמשלם כשעת טביחה ולא כשעת העמדה בדין דאפילו קרן אינו משלם כשעת העמדה בדין דלאו מידי קא עביד, ותימה דמה ענין קרן שעצם דינו כעין שגנב לענין דו"ה. ומשמע דס"ל כדעת הרמב"ם דא"א לשלם כפל או דו"ה יותר משיעור הקרן. וכן מבואר בטור (סי' שנ"ד) וז"ל היה שוה זוז ובשעת העמדה בדין היה שוה ד' כו' ואם מתה הבהמה או נשבר הכלי מאליו משלם קרן וכפל כשעת הגניבה עכ"ל, הרי מפורש דאם הוקר ואיתבר ממילא משלם כפל כעין שגנב, ולא כשעת העמדה בדין, וכדעת הרמב"ם.

אלא דלעיל הבאנו דברי המשנת ר' אהרן שביאר זה משום דכפל תלוי בחיוב השבה. אבל הרא"ש מיירי בחיוב דו"ה, ונתבאר שביסודם אינם חיוב השבה אלא חיוב תשלומין. אבל אי"ז קושיא כלל, דמ"מ גם חיוב דו"ה תלוי בחיוב הקרן, אלא דלאו היינו קרן דהשבה (דל"ש בשחיטה שהרי מוציאו מן העולם) אלא בקרן דתשלומין. ועכ"פ כיון שאין שם קרן אלא כשעת השבירה, אף שנתייקר אח"כ, פשיטא דגם דו"ה אינו יותר מזה.

ו. והנה הטור (שם) כתב וז"ל ואם הוקר או הוזל משעת טביחה או שעת שבירה להעמדה בדין לעולם בטר טביחה ושבירת הכלי אזלינן ואם הכלי בעין שלא נשבר משלם הכפל כשעת העמדה בדין עכ"ל. ותמוה דבשבירה ליכא חיוב דו"ה אלא חיוב כפל, והרי בכפל לא אזלינן אלא בטר שעת העמדה בדין ממש, כמבואר ברא"ש. והדרישה הגיה בדברי הטור דבמקום "שבירה" צ"ל "מכירה". אלא דסו"ד הטור מש"כ דאם הכלי בעין משלם כפל כשעת העמדה בדין באמת משמע דאם אינו בעין משלם כפל כשעת שבירה. אלא שדברי הטור לעיל מיניה שם לא משמע כן.

עכ"פ לפי הגירסא שלפנינו בדברי הטור, משמע שהבין דמש"כ הרא"ש לחלק בין כפל לבין דו"ה כונתו דבכפל משכח"ל שיהיה כשעת העמדה בדין ממש, דהיינו כשהוא בעין או איתבר ממילא, אבל דו"ה לא משכח"ל אלא כשעת טביחה, אבל איה"נ כששיברו גם כפל הוא כשעת העמדה בדין.

והביאור בזה נראה לפמש"נ, דס"ל דכשיברו חשיב משתרש בחטא, וכמו שהשתרשות בחטא המסויימת דטו"מ אמרה תורה דמחייב דו"ה, כך ילפינן מזה דכל שבירה מחייבת קרן וכפל כשעת השבירה ומלתא דגניבה. וביארנו בזה שיטת רש"י והריטב"א (כתובות לד:) דגנב בשבת וטבח בחול חייב קרן דו"ה על הטביחה שהיא נחשבת גניבה בפנ"ע, וכן ביארנו בזה דברי רש"י לק' (סו. ברה"ע) דאם כפל כשעת העמדה בדין כשהוזלה כ"ש כשהוקרה דאפילו קרן משלם כשעת השבירה, הרי דיש בכל השבירה לחייב גם כפל, כי ההשתרשות בגניבה נחשבת כגניבה. ומעתה י"ל עוד דאף שנתבאר שכפל תלוי בדין השבה, דלכן אנו מחלקים דבכפל כיון שאין המחייב דשעת הגניבה מוחלטת אזלינן בטר שעת ההשבה בפועל דהיינו שעת הגמר דין וככל מש"נ, אבל כל זה כשהגניבה בעין שעיקר דינה שיחזרנה בעינה, או כשנשברה מאליו שחייב באחריות והדמים במקום החפץ בעין. אבל כששיברה בידים אנו דנים שהשבירה מחייבת בפנ"ע משום השתרשות בחטא, אבל אותו חיוב ודאי אינו מלתא דהשבה אלא מלתא דתשלומין – שהרי זה עצם ההשתרשות בחטא מה שע"י ששיברה מונע האפשרות של השבה – ולכן



מתחייב על ידה חיוב כפל כשעת השבירה, ואותו כפל נישום כשעת השבירה עצמה, ולא איכפת לן שהוקר או הוזל אח"כ, וכמו בכל דין תשלומין דלא אזלינן אלא בטר שעת ההיזק, וכמש"נ לענין דר"ה<sup>23</sup>.

**אם עד שלא באו עדים משלם קרן וחומש, פרש"י דאינו משלם כפל דהוי מודה בקנס.**

והק' הפנ"י תינח לרב דס"ל לק' (עה.) מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור ניחא, אבל לשמואל מאי איכא למימר.

[והנה באמת לחכמים דס"ל דממון שאינו משתלם בראש אינו מתחייב עליו כפל, כדמוכח מהגמ' לק' (קח.) דמבע"ל אם יכול להתחייב כפל ב"פ או חומש ב"פ על ממון א' או"ד דוקא שני מיני ממון נתמעטו. וכן הוכיח השטמ"ק שם בשם הרא"ש (אלא שתמה מנ"ל לגמ' דבר זה, ועי' אור שמח שהביא מקור לזה). וא"כ לחכמים אם הודה תחילה ודאי פטור מכפל. אבל לר' יעקב לכ' צ"ל חייב וא"כ קושיין היא דאמאי לא קתני בברייתא דגם בזה נח' ר' יעקב וחכמים אם הודה ואח"כ באו עדים אם חייב כפל. (והאר"ש כ' דלפי הגמ' הנ"ל מיושב קו' הפנ"י ולא הבנתי כונתו.)]

ביום התלמוד תי' דכיון דמיירי שהחומש שוה לכפל, א"כ כיון שהודה ונתחייב חומש שוב א"א לחייבו כפל ע"י העדים, דהו"ל עדות שאא"ל דהרי ע"י הכפל יפטר מחומש וא"כ יכולים לומר לו מאי אפסדינך.

עו"ק אמאי לא משכח"ל חיוב חומש וכפל שהודה תחילה גם לרב, כשהודה בפני עדים אבל לא בב"ד, דלכ' חייב חומש דסוכ"ס הודה (וכן נקט המנ"ח קכ"ט ט' בפשיטות), ואינו נפטר מקנס כיון שלא הודה בב"ד. אכן לסברת הים התלמוד ניחא גם קושיא זו.

וחומשו עולה לו בכפילו. הסברא צ"ב. וראיתי כותבים בזה דחיוב כפל וחיוב חומש שניהם הם דין בקרן שהוא קרן מוגדל ולכן כל שהקרן מוגדל מתקיים ב' הדינים. והסברא עמומה.

ויותר נראה עפ"י מה שהדגיש רש"י דחומשא כפרה דהיינו דחיוב התשלומין יסודו במה שהנשבע צריך כפרה אלא דממילא זה נותן להנגזל זכות לתבוע ממון זה. ואילו כפל הוא קנס ויסוד חיובו דהנגזל זכאי בקנס זה אלא דממילא הגזלן צריך לשלם לו. וממילא י"ל דאותו ממון מצד הגזלן הוא נחשב חומש ונתכפר על ידו, ושוב אין לנגזל תביעה עליו, ואילו מצד הנגזל הוא קנס ובא על שכרו ושוב אין הגזלן מחוייב לשלם לו.

[דף ס"ה ע"ב]

**תוד"ה כפילא.** וריב"א פי' כו'. הק' מהר"ם לפי' ריב"א מאי איכא בין ר' יעקב וחכמים. ותי' דנפק"מ היכא דהחומש יותר מהכפל, דלר' יעקב חייב חומש ולחכמים פטור. ולכ' הוא תי' פשוט.

אבל מהראשונים מבואר דלית להו תירוץ זה, דעי' בתוס' ר"פ דהוכיח כדעת רש"י דאין החומש עולה מתוך הכפל כ"א כשהם שוים דאם לא כן מאי איכא בין ר' יעקב וחכמים. וכן עי' בשטמ"ק בשם הר"א מגרמיזא הק' לפי' ריב"א מאי איכא בין ר' יעקב וחכמים ותי' דלר' יעקב צריך לפרש שנותן הדמים בתורת חומש עיי"ש. וק' מה הוקשה להם להני ראשונים ואמאי לא תי' כפשוטו כמהר"ם דנפק"מ להיכא דהחומש יותר מהכפל.

ונראה בהקדם דברי הגמ' לק' (קח.) דמבע"ל אם כמו שממון שחייב עליו כפל אי"ח חומש אם ה"ה דממון שחייב עליו כפל אי"ח עליו כפל שנית וכן ממון שחייב עליו חומש אינו חייב עליו חומש שנית או"ד רק בתרי מיני ממון

<sup>23</sup> אבל בודאי אם בשעת הגניבה היתה שוה יותר מאשר בשעת השבירה ישלם כפל כשעת הגניבה, דלא היא חוטא נשכר. אבל הטור מיירי כשנתייקר בשעת השבירה, אלא דאח"כ הוזלה.

אמרינן כן. ומסיק דרך בתרי מיני ממון אמרינן כן, כדחזינן דהתורה ריבתה חמישיות הרבה. ועכ"פ מבואר ממה דמבע"ל גם בשתי פעמים כפל דעצם הדין דממון שאינו משתלם בראש אינו מוסיף חומש אינו דוקא בחומש, אלא גם בכפל נאמר דין זה. וגדר הדין אינו דחומש פוטר מכפל, אלא דחומש וכופל פוטרם זא"ז דא"א להתחייב שניהם.

ולפי"ז צריך להבין, כשהכפל גדול מהחומש, למה הכפל הוא שפוטר מן החומש, אדרבא נימא שהחומש יפטר מהכפל ולא ישלם אלא חומש. וצ"ל דכיון שאינו יכול להתחייב שניהם ע"כ דלעולם מתחייב בגדול שבהם.

וממילא דליתא לדינו של המהר"ם, שכתב דאם החומש גדול מן הכפל לחכמים משלם הכפל ונפטר מן החומש, משא"כ לר' יעקב צריך לשלם כשיעור החומש ויעלה הכפל בכללו. דזה אינו, דבמקום שהחומש גדול גם לחכמים משלם החומש, ופטר מן הכפל. ואי"ז הנפק"מ בין חכמים לר' יעקב. ולכן הראשונים נידי מדבריו.

ונראה גם להביא ראיה שדעת התוס' הוא כן, ודלא כהמהר"ם, דלפי המהר"ם דכל הנפק"מ בין ר' יעקב וחכמים הוא בגונא דחומשו יותר מכפילו, והיינו דמעיקרא שויא יותר מארבע ולבסוף שויא זוזא, והרי זה לא משכח"ל אלא לרב, א"כ אמאי לא פי' ריב"א דזה גופא הסייעתא לרב. ולא היה צריך לפרש שהסיוע אינו אלא מלשון בכפילו דמשמע כל כפילו. אע"כ כנ"ל דבכה"ג שהחומש יותר על הכפל גם חכמים מודי דמשלם החומש, ולא זהו הנפק"מ בין ר' יעקב וחכמים.

**תוד"ה אלמא.** עי' מהרש"א במהד"ב, שנקט בפשיטות דכונת התוס' דנוקים לברייתא כשתברה או שתייה.

וק' דמה חיוב חומש יש בתברה כו' הא החיוב חומש הוא מחמת השבועה. וכן הק' הגרעק"א. (ואי"ל דכונת התוס' שהיה שוה ד' בשעת השבועה ולכן חייב חומש זוז, דא"כ למ"ל לומר דתברה.)

וצ"ל דהחומש תלוי בפקדון עצמו, וכששברו אח"כ כשהיה שוה ד' ונתחייב ד' זוזי מתורת מזיק או גזלן, מה לי הם מה לי דמיהם והד' זוזי עומדים במקום הפקדון (וכסברת המשנת ר' אהרן שהבאנו לעיל), ומתקיים בכולם השבת הפקדון, ובזה תלוי החומש.

משא"כ חיוב כפל ס"ד לתוס' דאינו תלוי בגניבה עצמה, אלא בשעת הגניבה נתחייב כפל כשיעור ערך הגניבה בשעת חלות החיוב.

עד שתירצו התוס' דאלמלא קרא דכפל כשה"ב הייתי אומר דגם שיעור הכפל לעולם תלוי בקרן, וכל שהקרן הוא ד' זוזי – ע"י שנתחייב ד' זוזי כשיבירה ומה לה הגניבה מה לי דמיה – גם הכפל צ"ל כשיעור זה.

ב. עכ"פ הא מיהת מוכח מדברי התוס' לפי פירוש זה, שאין השבירה נחשבת גניבה בפנ"ע לחייב כפל מצד עצמה, ודלא כדעת הריטב"א בכתובות (לד:) בגנב בשבת וטבח בחול, ודלא כדעת רש"י לק' (סו.) דתברה יכול לחייב כפל. (וביארנו לעיל בדעתם משום שהשבירה היא השתרשות בחטא הגניבה דמעיקרא וקרינן ביה וגונב מבית האיש.) דאם איתא שהשבירה נחשבת גניבה בפנ"ע א"כ איך ס"ד להתוס' דהכפל לא יתחייב אלא זוז כעין שגנב, הא כיון ששיבירה כשהיתה שוה ד' זוזי הרי זו היא שעת הגניבה. אלא ע"כ דהתוס' לא סבירא להו שהשבירה יכולה לחייב מתורת גניבה.

ונראה דתוס' לשיטתייהו, דהנה בברייתא מבואר דטלה ונעשה איל משלם כפל דו"ה כעין שגנב, ולא אמרינן כפל דו"ה כשעת העמדה בדין, משום סברת ר' חנינא דא"ל אטו תורא גנבי מינך דיכרא גנבי מינך. וקשה, נהי דאי"ח דו"ה כדמי איל מכח הדין דכפל כשה"ב, דנגד זה נאמר הסברא דאטו תורא גנבי מינך כו', מ"מ יתחייב דו"ה כשיעור איל מכח מה שהטביחה היא גניבה חדשה. אכן היה אפשר"ל דגם זה נשלל ע"י הסברא דאטו תורא גנבי מינך כו', דהיינו אם נפרש דענין סברא זו הוא שאין האיל בכלל הגניבה הראשונה, וממילא דל"ש במה שניתוסף השתרשות בחטא שהאיל לא גונב מבית האיש. אבל לעיל (עמ' א') נתבאר מדברי תוס' ר"פ דאין זה הביאור בסברת ר' חנינא, אלא היא סברא פרטית בדין השומא דכפל כשה"ב שלא נאמר דין זה אלא כשלא נשנתה גוף

הגניבה. וצידדנו דגם תוס' מפרשים כן<sup>24</sup>. וא"כ הדק"ל מה לי דבטלה ונעשה איל כיון שנשתנה גוף הגניבה לא שייך הדין דכפל כשה"ב, אבל מ"מ ישלם דו"ה כשיעור איל משום שהטביחה היא עצמה שעת הגניבה. אלא ע"כ דתוס' לית להו סברא זו דתברה הוא כגניבה בפנ"ע.

ג. הגרעק"א פירש דברי התוס' באופן אחר, והביא שכן הוא בשטמ"ק, דקו' התוס' היא דנוקמה כשהפקדון בעין ונתייקר ועמד על ד', דמחזיר הפקדון כמות שהוא ששוה ד' זו"י ולכן גם החומש הוא זוז. ומש"כ התוס' כדאמר תברה או שתייה כו' ה"ק דטעמא דתברה כו' משלם ד' משום דברשות בעלים הוקר וה"נ כשמחזיר בעין מחזיר כדהשתא.

ונראה כונתם דעי' ברמב"ן ב"מ (מג:): דאי לא דינא דרבה דתברה או שתייה משלם ד' הוי ס"ד דבאמת ברשות גנב הוקר ואי"ח על מה ששברו<sup>25</sup>. ונראה דכן דעת התוס', וס"ל עוד דא"כ אם נתייקר לא היה מחזיר הבעין כלל. כי הגנב קונה הגניבה, ומחזירו רק בתורת תשלומין, והיינו כשלא נתייקר, אבל כשנתייקר למה יהיה חייב להחזירו בעין כיון שאין חיוב התשלומין אלא זוז והיא שוה ד'. ולכן מייתי התוס' דינא דרבה דתברה או שתייה כו' להוכיח דאפילו כשנתייקרה הגניבה מחוייב להחזיר אותה בעין, וא"כ מתקיים דין השבת הגניבה בכל החפץ של ד' זו"י וכולו חשיב קרן וממילא דהחומש הוא זוז<sup>26</sup>.

**רש"י ד"ה נעשה שינוי בידו וקנאו**, וז"ל להא מילתא דאם טו"מ שלו הוא טובח ופטור מדו"ה אבל קרן וכפל משלם קרן כי השתא וכפל כעין שגנב או כשעת העמדה בדין עכ"ל. והנה ממה שכתב דמשלם קרן כי השתא מוכח דבאמת האיל נשאר ברשות הבעלים, ולכן כשטבחו חייב קרן כי השתא מדין תברה או שתייה. והק' בתוס' ר"פ הא ר' אילעא כבר קנאו בשינוי. אכן רש"י באמת מדגיש דהא שקנאו בשינוי הוא רק להא מילתא דטו"מ כו' אבל אינו שינוי גמור שיהיה נקנה לגנב ממש.

וכן מבואר ברש"י לק' (צו:): ד"ה נעשה שינוי בידו וקנאו וז"ל לכך שאם טו"מ שלו הוא טובח שלו הוא מוכר עכ"ל.

---

<sup>24</sup> והיינו ממה שר"י כתב ב' פירושים בהא דמה לי קטלא כולה מה לי קטלה פלגא, ולפירוש השני ל"ש זה אלא כשהכחישה בידים, ומ"מ כתבו התוס' בפשיטות כמה פעמים דלמסקנא לא איירי רב אלא ביוקרא וזולא, וע"כ דאחר שנאמרה סברת ר' חנינא כל שנשנתה גוף הגניבה בין שהושבח בין שהוכחש אי"ז בכלל הדין דשמינן הכפל כשה"ב.

<sup>25</sup> וזהו כסברת רב בסנהדרין (עב.), ולפי"ד הרמב"ן עיקר מימרא דרבה אתא לאפוקי משיטת רב בסנהדרין. ומאד תסתער הקושיא (שקשה בלא"ה) א"כ מ"ק הגמ' לעי' לימא פליגא דרב אדרבה, הא ודאי פליג, דהרי עיקר החידוש דהמימרא דרבה הוא דלא קנה הגנב לגניבה, ולאפוקי משיטת רב בסנהדרין, וא"כ בודאי רב פליג על רבה.

ויש שכתבו דכונת רב בסנהדרין אינו אלא שהגנב היה קונה הגניבה אלמלא החיוב השבה, ובבא במחירת דליכא חיוב השבה דקלב"מ קנה לגניבה לגמרי. אבל במקום דליכא קלב"מ גם רב מודה דלא קנה הגנב לגניבה. אבל מלשון הרמב"ן ב"מ הנ"ל דנקט לשון הגמ' בסנהדרין (בביאור דעת רב) לבאר הס"ד אשר בא רבה לאפוקי ממנו, משמע דמפרש הגמ' בסנהדרין כפשוטו דלרב הגנב קונה הגניבה לגמרי, ומחזירו רק בתורת תשלומין, ורבה בא לאפוקי מזה דלא קנה לגניבה וברשות בעלים הוקר ולכן תברה או שתייה משלם ד'.

ובס' יש"א עמ"ס סנהדרין שם ביארנו דלרמב"ן לא קשיא, דלשון הרמב"ן במלחמות שם דרב טעה, וזה צ"ב נהי דרבא פליג עליה מ"מ אי"ז סיבה שיאמר הרמב"ן דרב טעה, ואי"ז מדרך הראשונים. אלא משמע דהרמב"ן מפרש מש"א שם "ולא היא" שאין זה מדברי רבא אלא מדברי סתמא דהש"ס. וא"כ הש"ס עצמו מעיד שסברת רב היא טעות, ומסתברא א"כ דגם רב חזר מזה.

<sup>26</sup> והגרעק"א הוכיח מדברי התוס' לפי ביאור השטמ"ק חידוש דין דאם נתייקר הפקדון ומחזירו בעין משלם חומש כיוקרא דהשתא, דהחומש תלוי בשויות הבעין, וראיתי בס' מידה טובה שהק' מדברי הגמ' כאן דאם שוה ד' והוזל ועמד על א' דמשלם חומש לפי שיעור ד', ואינו תלוי בשיעור הבעין. וצ"ל דכונת הגמ' דנוקמה להברייתא כשאין החפץ בעין, והתוס' הק' דנוקמה כשהחפץ בעין.

ועי' רמב"ם פ"ז גניבה ה"ז וז"ל וכמה הוא החומש אחד מארבע בקרן שאם גזל שוה ד' ונשבע משלם חמשה, ואם היתה הגזילה קיימת מחזיר אותה ונותן דמי רביע שלה עכ"ל. ודייק בספר הנ"ל דדעת הרמב"ם דהחומש תלוי בשויות הגזילה כשהיא בעין, וזהו ממש כסברת התוס' לפי"ד השטמ"ק.

וכן יש לדקדק מדברי רש"י לק' (סו.) ד"ה אבל לענין שלומי וז"ל כגון כפל לר' אילעא כו' עכ"ל לענינינו, ומבואר דגם אליבא דר' אילעא מק' הש"ס שישלם כפל כשה"ב, וק' מה שייך לומר שישלם כפל כשיעור איל הא קנאו בשינוי, אע"כ כנ"ל דלא קנאו בשינוי כ"א לענין שא"ח דו"ה אבל לא לדברים אחרים. [אבל לק' צדדנו דאפשר דרש"י התם מיירי לענין יוקרא וזולא וא"כ אין משם ראייה].

וצ"ב שיטתו מ"ש דלא חשיב שינוי לקנות, וגם מה הסברא שייחשב שינוי לענין דו"ה לחוד.

ב. עו"ק קו' הפנ"י דהגמ' (צו:) על הא דתנן זה הכלל כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה קאמר דזה הכלל לאתווי טלה ונעשה איל וכדר' אילעא, וגם שם פרש"י דקנאו לענין שאם טו"מ שלו הוא טובח כו', ותמוה דהרי המשנה שם מיירי בגזלן דלית ביה דין דו"ה כלל.

ג. עי' רש"י ד"ה ונקנינהו בשינוי השם כתב דטעמא דר' חנינא דס"ל דטלה ונעשה איל אינו נחשב שינוי הוא משום דממילא קא שבת. ולפי"ז י"ל דגם לר' אילעא הטעם דלא הוי שינוי גמור שאינו קונה אותו לגמרי כ"א לענין דו"ה הוא משום שהוא שינוי דאתיא ממילא. וכתב האחרונים דרש"י לשי' שכתב לק' (סו.) שינוי קונה היכא דשני לי' בידיים כו' עיי"ש.

והק' הקצה"ח (שנ"ד ג') מהמשנה (צו:) דגזל בהמה והזקנה דאינו יכול לומר לו הרש"ל ובגמ' מבואר דה"ט משום דהוי שינוי, והרי התם הוא שינוי דאתי ממילא, ויק' לר' חנינא, וגם לר' אילעא יק' לפי שי' רש"י דאפי' לר' אילעא אינו קונה אותו קנין גמור רק לענין דו"ה.

ד. ונראה דיסוד שיטת רש"י דבשינוי הבא מאליו לא קנה, משום שישוד קנין שינוי משום דבעינן והשיב את הגזילה אשר גזל כעין שגזל, אבל בשינוי הבא מאליו כגון טלה ונעשה איל, אמנם חיוב ההשבה הוא רק על טלה, אבל כיון שאילו החזירו בעודו טלה ג"כ היה נעשה איל אצל הבעלים, לכן יכול לקיים חיוב החזרת הטלה ע"י החזרת איל והוי כאילו החזיר הטלה ונעשה איל אצל הבעלים.

משא"כ שינוי בידיים כגון צמר ועשאו בגדים הרי ל"ש לומר שאילו החזיר הצמר היה נעשה בגדים אצל הבעלים, ולכן א"א לקיים החזרת הצמר כ"א ע"י תשלומין, וממילא דקנה להצמר.

אבל כשנשתנה לגרועותא אפילו מאליו כגון שהזקנה הבהמה סוכ"ס אינו יכול לקיים השבה כעין שגזל, כי השבת בהמה זקנה אין בה השבת ילדה.

ה. ועפי"ז יש לבאר מ"ט פטור כשטבח ומכר, דחיוב טו"מ הוא משום שנשתרש בחטא והוא דוקא כשהיה חייב בהשבה והוא הפקיע את אפשרות ההשבה ע"י שטו"מ. ובטלה ונעשה איל אמנם חייב בהשבת הטלה אבל אי"ח בהשבת האיל (מצד עצמו רק כדי שע"ז ייחשב כאילו החזיר הטלה) וכיון שאין האיל בהשבה מצד עצמו אין בו חיוב טו"מ.

אבל מ"מ קרן משלם כדהשתא, כיון דסוכ"ס חייב להחזיר האיל כולו (כדי שע"ז יהיה כאילו החזיר הטלה וגדל אצל הבעלים) לכן ברשותה דמרה הוא ולכן אם שברו חייב עליו.

ומה שאמר ר' אילעא דפטור מדו"ה משום ששלו הוא טובח שלו הוא מוכר, ע"כ אין כונתו דהוי שלו ממש, דזה מוכרח לשי' רש"י שלא קנה להאיל כלל. רק הוא לשון מושאל משינוי גמור דאחר שנשתנה אי"ח בטו"מ דשלו הוא טובח כו', והמכוון דכמו שאחר שינוי גמור אי"ח בדו"ה כיון שהוא שלו, ואין כאן השתרשות בחטא, ה"נ בטלה ונעשה איל כיון שעכ"פ אינו מחוייב להחזיר האיל (כ"א הטלה) לכן אין שחיטת האיל נחשבת השתרשות בחטא לחיבו דו"ה.

ו. והנה לק' דאמרינן זה הכלל כו' לרבות טלה ונעשה איל, ופרש"י דקנאו לכך דאי"ח על טו"מ. ותמה הפנ"י מה דו"ה יש בגזל. ובודאי אין מנוס מלדחוק דמ"מ הריבוי אתא לגלות דהוי שינוי לענין גניבה. אלא דמ"מ ארוחנא דבאמת גם בגזל הדין הוא דטלה ונעשה איל הוי שינוי לענין שאי"ח בהשבת האיל מצד עצמו. אלא דבגזל אין בזה נפק"מ למעשה דסוכ"ס צריך להחזיר האיל כדי לקיים חיוב השבת הטלה. רק נפקותא לענין גניבה ולדין דו"ה וכמו שפרש"י ודו"ק.

אבל עי' לק' (סו.) בענין שינוי ואי עבי דלא מהני) דרך אחרת בכל זה.

## אטו תורא גנבי מינך

הנה רש"י (ד"ה כעין שגנב) כתב דלקמן אותבינן לרב מהא. ומשמע דכונתו לקושיית הגמ' לק' (סו.) לימא תהוי תיובתא דרב. וקשה דהרי הגמ' מקשה כן תיכף כאן דפריך ר' אילעא אלא מאי שינוי לא קנה אמאי משלם כעין שגנב.

ובאמת הגרעק"א תמה איך מקשה הגמ' אותה קושיא פעמיים. ולרש"י ור"ת גם אין תירוצי הגמ' שוים, דכאן מתרץ אטו תורא גנבי מינך, ולק' מתרץ טלאים כדמעיקרא שהוא ענין אחר לפירושם.

ב. הגרעק"א תירץ שני תירוצים. התירוץ הראשון, עפ"י סברת התוס' ד"ה אלמא (לפי' מהרש"א במהד"ב) דאם גנב כשהיה שוה זוז ועמד על ד' ושברו גם אילולא דינא דרב היה משלם כפל ד' כי דין הכפל תלוי בקרן. ועפ"י ז' פי' הגרעק"א דקושיית ר' אילעא היא מכח דין תברה או שתייה, דכיון שטבחו כשהיה איל ישלם כפל דו"ה כשיעור איל מדין תברה או שתייה.

ועל זה תי' ר' חנינא משום דא"ל תורא גנבי מינך כו'. ולכ' היה אפשר ל' דהכונה דמה שניתוסף אינו בכלל הגניבה ולכן אי"ז בכלל הקרן דגניבה ואין הכפל תלוי בו. אבל א"כ יקשה מאי פריך שוב אדרבה, הרי כיון שאין התוספת בכלל הגניבה פשיטא דגם השומא דכפל כשה"ב ל"ש בו.

ונראה דמשו"כ פי' הגרעק"א לפי תירוץ זה שכונת ר' חנינא שקונה השבח מדין תקנת השבין, ולכן אי"ח קרן כ"א טלה, וממילא דגם הכפל כן שתלוי בשיעור הקרן. (ועיי"ש למה קרינן ביה וטבחו כולו באיסורא.) אבל לק' פריך דיתחייב כפל כשה"ב לא מצד שתלוי הכפל בקרן אלא מצד דין הכפל עצמו וכדינא דרב, ובכפל הרי ליכא תקנת השבין.

אכן מהלך זה של הגרעק"א לא יעלה למש"כ התוס' בשם ר"י דמה שתי' הגמ' טלאים כדמעיקרא דמים כשל עכשיו היינו גופא הסברא דאטו תורא גנבי מינך. ומוכח שאינו מלתא דתקנת השבין, שהרי ל"ש זה בכפל.

ג. באמת לדעת ר"י דטלאים דמעיקרא היינו גופא סברת ר' חנינא, יש לתרץ קושיית רעק"א באופן פשוט דאיה"נ קו' ר' אילעא דשלם כי השתא היינו מכח הדין דכפל כשה"ב, אלא שלא הקשה מכח המימרא דרב רק מדיליה. ותי' ר' חנינא דא"ל אטו תורא גנבי מינך כו' דלא אמרינן כפל כשה"ב כ"א ביוקרא וזולא.

אבל אח"כ מקשה על המימרא דרב דכפל דו"ה כשה"ב, דס"ד דסתיתמ דברי רב משמע דאפילו בכחושה והשמינה ס"ל כן, ולית לי' סברת ר' חנינא. ועל זה פריך מהברייתא. ומתרץ דגם רב לא אמר אלא לענין יוקרא וזולא, ולא לענין כחושה והשמינה. ועיי' לק' תוד"ה טלאים ומה שנתבאר שם.

אבל מהלך זה ל"ש כ"א לפי' ר"י, אבל לרש"י וכן לר"ת שפי' הא דטלאים כדמעיקרא באופן אחר, ואי"ז סברת ר' חנינא, שוב א"א לפרש דשתי הקושיות דומות, דא"כ למה נייד הגמ' מתי' ר' חנינא.

ד. עוד תי' הגרעק"א דכאן פריך בלא דינא דרב, אמאי משלם כעין שגנב הרי כיון שהתוספת היא של הבעלים א"כ כששוחטו הו"ל להתחייב דו"ה על שחיטת תוספת זו, וכיון ששחט איל יש לו להתחייב דו"ה אילים.

ועל זה מתרץ דאין השחיטה יכולה לחייב אלא מכח הגניבה, וכיון שהגניבה הראשונה היתה טלה, לכן אי"ח יותר מזה.

אבל לק' פריך מכח הא דרב, שדמי האיל ייחשבו כדמי הטלה שהרי כך הדין דהשומא של כפל ודו"ה היא כשעת העב"ד. ולזה מתרץ טלאים כדמעיקרא כו'.

אכן לפי זה התי' דטלאים כדמעיקרא אינו אותה סברא שאמר ר' חנינא, דר' חנינא אמר שאין טביחת האיל יכולה ליחשב השתרשות בגניבה, ולק' מתרץ הגמ' טלאים כדמעיקרא דלא נאמר השומא דכפל כשה"ב אלא ביוקרא וזולא. ואילו מדברי ר"י משמע שהכל סברא אחת.

ועוד דלעיי' (עמ' א') הוכחנו מדברי תוס' ר"פ וכן מפשטות דברי התוס' דמש"א ר' חנינא אטו תורא גנבי מינך כו' היא סברא פרטית בשומא דכפל כשה"ב שלא נאמר דין זה אלא כשלא נשתנה גוף הגניבה. דלכן סבירא להו

שהסברא שייכת גם להיפך בשמינה והכחישה. ומוכח א"כ שקו' ר' אילעא לא היתה שהטביחה תחייב כפל מצד עצמה, דא"כ מה תי' ר' חנינא.

ולכן נראה שמהלך זה אינו תואם את שיטת ר"י. ולר"י בלא"ה הסוגיא ניחא וכמש"נ.

אבל היא מכוונת מאד עם שיטת הריטב"א בכתובות (לד:): וכן משמע מדברי רש"י לק' (סו.) דתברא או שתיה חשיבא כגניבה לחייב כפל ודו"ה, וכמו שביאר האמרי משה דהו"ל גניבה אריכתא וכמו שביארנו לעיל דמשתרש בחטא. ולכן פריך ר' אילעא דגם בטלה ונעשה איל יתחייב כפל כדהשתא מצד הטביחה עצמה. ומתרץ דל"ש מתשרש בחטא כ"א כששובר מה שגנב, אבל כאן שלא גנב מבית הבעלים כ"א טלה, אין טביחת האיל יכולה להיחשב משתרש בחטא הגניבה. ואילו לק' פריך מצד דינא דרב דהשומא דכפל דו"ה צ"ל כשה"ב, ומתרץ דאיה"נ כשמשלם דמים משלם דמי איל, אבל כשמשלם טלאים דאי"צ שומא שהרי טלה גנב וטלה משלם אז נותן טלאים כדמעיקרא.

ה. עוד י"ל דרך אחרת בשיטת רש"י. דהנה על קו' הגמ' לק' עד כאן ל"פ כו' אבל לענין שלומי כו' פרש"י וז"ל אבל לענין שלומי, כגון כפל לר' אילעא ודו"ה לר' חנינא אי"נ ביוקרא וזולא בלא שינוי, דכו"ע כדמעיקרא משלם דקתני כעין שגנב עכ"ל, ומבואר להדיא מדברי רש"י שמה שנאמר בברייתא דמשלם כעין שגנב כולל גם דין יוקרא וזולא, ובפשוטו הוא תמוה שהרי הברייתא לא מיירי בדין יוקרא וזולא כלל כ"א בטלה ונעשה איל, ויוקרא וזולא מאן דכר שמיה.

ועוד דלפי"ד רש"י משמע שקושיית הגמ' היא גם לענין יוקרא וזולא, וא"כ מה תירצו טלאים כדמעיקרא כו' ופרש"י בא לשלם טלאים כדמעיקרא סגי דטלה גנב וטלה משלם, הא תינח טלה ונעשה איל מועיל תירוץ זה, אבל לענין יוקרא וזולא מאי איכא למימר.

ובאמת כי פרש"י בתי' הגמ' טלאים כדמעיקרא כו', דאם בא לשלם טלאים כדמעיקרא דטלה גנב כו', ובפשוטו כונתו אבל אם בא לשלם דמים באמת משלם כדמי אילים, והוא תמוה דלמה לא ישלם דמי טלאים והגנב יקנה בהם טלאים, ומי גרע דמי טלאים מטלאים עצמם. (וכן הק' התוס' רי"ד על פרש"י.)

עוד יש לעי' בלשון רש"י כאן ד"ה נעשה שינוי בידו וקנאו, שכתב וז"ל אבל קרן וכפל משלם קרן כי השתא וכפל כעין שגנב או כשעת העמדה בדין עכ"ל, והנה מש"כ קרן כי השתא היינו איל, ומדין תברה או שתייה, ומש"כ כפל כשעת העמדה בדין לכ' ג"כ הכונה כדמי איל, וא"כ יש לעי' למה שינה בלשונו דלענין קרן כתב כי השתא ולענין כפל כתב כשעת העמדה בדין.

(אמנם בזה י"ל דלענין קרן נקט לשון כי השתא דחיובו מדין תברה או שתייה, ולענין כפל נקט לשון כשעת העמ"ב דחיובו מכח דינא דרב כפל כשעת העמ"ב.)

וי"ל בזה, דהנה זה מבואר עכ"פ מדברי רש"י לק' (ד"ה אבל לענין שלומי) הנ"ל, דהברייתא דקתני גנב טלה ונעשה איל משלם כפל דו"ה כעין שגנב, כולל בזה גם דין יוקרא וזולא. זאת אומרת דהברייתא תרתי קאמר, חדא דמשלם כדמי טלאים ולא כדמי אילים, ועוד דהטלאים גופיהו נישומים לפי השער של שעת הגניבה, ולא כפי השער של טלאים בשעת העמדה בדין.

ומה שהכריח את רש"י לזה, נראה שהוא משום שבאמת הוקשה לו קו' הגרעק"א למה נשנית אותה הקושיא בסוגיין פעמיים, ולזה ביאר רש"י שיש כאן שני נידונים, חדא אמאי משלם דמי טלאים ולא דמי אילים, ועוד אמאי משלם הטלאים לפי השער של שעת הגניבה ולא לפי השער של עכשיו.

והשאלה הראשונה היא שאלת ר' אילעא לשלם כי השתא, דהיינו שישלם אילים ולא טלאים, דכיון שכפל כשעת העמ"ב ובשעת העמ"ב היה איל הו"ל לשלם איל. ועוד שהרי נשתרש בחטא. וע"ז מתרץ ר' חנינא משום דא"ל אטו תורא גנבי מינך דיכרא גנבי מינך, דכיון שנשתנה א"א לשער הכפל כשעת העמ"ב.

(ואף שרש"י לעי' עמ' א' ס"ל דבנתפטה מאליה משלם כשעת העמ"ב, י"ל דזהו כו' אילעא דלית ליה סברת ר' חנינא היכא דלא נשתנה, עי' ברא"ש.)

והגמ' לק' דנה בשאלה השניה, נהי דמשלם טלאים, אבל אמאי משלם טלאים כעין שגנב, הו"ל לשלם טלאים כשעת העמדה בדין, וא"כ אמאי קתני דמשלם כעין שגנב דמשמע דלענין יוקרא וזולא נמי אזלי בתר שעת הגניבה (כמבואר בדברי רש"י שם).

ועל זה מתרץ טלאים כדמעיקרא דמים כשל עכשיו, ועל פי דרכנו פירוש תירוץ זה הוא דהברייתא מיירי במשלם טלאים ממש, וא"כ באמת משלם כעין שגנב דהיינו דר"ה טלאים, דמה לי שנשתנה שער הטלאים והוזלו או נתייקרו, הרי גם הטלאים שמשלם הוזלו ונתייקרו עמו, וע"י שנותן דר"ה טלאים מתקיים שפיר דין כפל דר"ה כשעת העמדה בדין. אבל אם בא לשלם דמים בודאי צריך לשלם דמים לפי שער טלאים כשעת העמדה בדין, ולא בזה דיבר הברייתא. והוא פשוט ומרווח.

שוב הראוני דברי השטמ"ק בשם ה"ר יהונתן שביאר הא דאמר רבא טלאים כדמעיקרא כו' וז"ל כלומר אם רוצה לשלם בגוף הבהמות משלם שני טלאים ולא שני אילים דמשעה שגנב בעינן שישלם משום דאהיא שעתא הוא דמחייבין ליה ולא משום טביחה ומכירה שהרי קנאם באותו שינוי. דמים בשל עכשיו וכמו כן אם אין בידו טלאים ורוצה לשלם דמיהם משלם כדהשתא כלומר אם הוקרו טלאים דמעיקרא כשגנבו לא היו דמי הטלה אלא שני דינרין ועכשיו בשעת העמדה בדין נתייקרו ועומדין בשמונה דינרין משלם שמונה דינרין דהיינו דמי שני טלאים עכ"ל. וכע"ז שם בשם הר"מ מסרקסטה ע"ש. מפורש בדבריו דמפרש דדמים כשל עכשיו ג"כ קאי אטלה ונעשה איל, לא שמשלם דמי איל אלא שמשלם דמי טלה כשעת העמדה בדין, וזה ממש כדברינו.

ומה יקרו לפי"ז דברי רש"י כאן שכתב דלר' אילעא משלם קרן כי השתא וכפל (כעין שגנב או) כשעת העמדה בדין, דנתקשינו למה שינה בלשונו דלגבי קרן כתב כי השתא, ולגבי כפל כתב כשעת העמדה בדין. אבל לפי האמור הוא מדויק מאד, דלשון "כי השתא" הוא לשון ר' אילעא בגמ' דמק' לשלם כפל כי השתא, והכונה לאילים. ואילו לשון "כשעת העמדה בדין" הוא לשונו של רב, וקאי איוקרא וזולא. ופי' דברי רש"י שמשלם קרן כי השתא דהיינו דמי איל, שהרי סוכ"ס טבח איל וחייב מדין תברה או שתייה. ולענין כפל אינו משלם אילים, וכמו שביאר ר' חנינא משום דא"ל אטו תורא גנבי מינך כו'. אבל מ"מ הטלאים שמשלם משלם כשעת העמדה בדין, דהיינו טלאים לפי השער של שעת העמדה בדין, ודו"ק.

**א"ל רחמנא לצלן מדעתא דידך.** הסוגיא קשה דר' אילעא שלל סברת ר' חנינא, וא"כ איך יפרנס הוא את הברייתא אמאי משלם כעין שגנב. והרשב"א והראב"ד תי' דר' אילעא ס"ל דהברייתא משבשתא, אבל סתמא דגמ' רוצה ליישב הברייתא גם לדעת ר' אילעא דטלה ונעשה איל הוי שינוי, ולא הוקשה לסתמא דגמ' אמאי א"ח כדהשתא דהגמ' הסכימה עם סברת רב חסדא דאטו תורא כו'.

אבל תוס' ר"פ תי' דאין כונת ר' אילעא שהברייתא משבשתא, אלא בא להוכיח דטלה ונעשה איל הוי שינוי, ורק בדבר שנשתנה שייך לומר אטו תורא גנבי מינך, ואפילו לב"ש דשינוי במקומו עומד אבל עכ"פ השינוי מועיל לענין טענת אטו תורא גנבי מינך.

והגרעק"א כתב כעין זה מדנפשיה וביאר עפ"י דברי הרא"ש שכתב דהרי"ף ס"ל דלא קיי"ל כסברת ר' חנינא דאטו תורא כו' כיון דקיי"ל כר' אילעא, דתמוה לכאורה דא"כ איך נפרנס את הברייתא אמאי אינו משלם כדהשתא, דהא סתמא דגמ' לא ס"ל דמשבשתא היא. וביאר הגרעק"א דכונת הרא"ש דלא קיי"ל כרב חנינא דגם בדבר שלא נשתנה שייך סברת אטו תורא גנבי מינך.

אבל תוס' ר"פ עצמו סבירא ליה דגם לרבי אילעא בכחושה והשמינה יכול לומר אטו שמינה גנבי מינך כחושה גנבי מינך, וכן בשמינה והכחישה, ודלא כהרי"ף, דכך הוא מפרש סברת הגמרא לעיל מה לי קטלא כולה מה לי קטלא פלגא, ומחלק דטלה ונעשה איל כיון שעומד לגדול לכן אלמלא דנחשב שינוי גרע מכחושה והשמינה, וזהו טענת רבי אילעא דאם טלה ונעשה איל אינו שינוי אם כן רחמנא לצלן מלומר אטו תורא גנבי מינך, אבל כחושה והשמינה אף שאינו שינוי לקנות אבל על כל פנים כיון שבשעת הגניבה לא עמדה לכך שייך בה טענת אטו שמינה גנבי מינך.

[דף ס"ו ע"א]

**תוד"ה הם,** וי"ל דהתם ודאי יש להתיר כו'. ועי' בתוס' תמורה הוסיפו דבמשתחוה לקמה דעתו לעבוד לקמה ולא לקמה עי"ש. ולא הבנתי למה הוצרכו התוס' לבאר שבאתנן דעתה אקמח, וכן שבנעבד אין דעתו לעבוד לקמה,

והרי שינוי דמותו באתנן כבר ביארו התוס' לעי' דהוא משום שאינו נחשב אותו דבר שקיבלה, וזהו לאחר דילפי' מקרא דהם ולא שינוייהם, אבל אלמלא קרא היה נחשב אותו דבר, ועל"פ מה לי אם דעתה אקמח אם לאו, הרי אם הוא נחשב אותו דבר שקיבלה א"כ הוא אסור ואם הוא דבר אחר הוא מותר. וכדי לתרץ קושייתם היה די להם להתוס' במה שכתבו דבנעבד דעתו לעבוד את הולד, משא"כ באתנן אין דעתה אולד, דלכן בנעבד הולד הוא נעבד מצד עצמו, משא"כ באתנן אין הולד אתנן מצד עצמו, ולכן באתנן יותר קל להתיר ולד (שמעולם לא היה אתנן ממש, רק שניתן יחד עם האתנן) מאשר שינוי (דאלמלא קרא היה נחשב אותו דבר שקיבלה), ובנעבד יותר יש להתיר שינוי מאשר ולד כיון שהולד עצמו נעבד. [אמנם יש לעי' באמת מ"ט באתנן קיי"ל כב"ה דשינוי מותר, ואילו בנעבד הוי בעיא דלא איפשיטא, אבל לא זוהי קושיית התוס' וגם לא תירצו התוס' כלום בזה דאדרבא לענ"ז סברתם מגרע.] ודברי התוס' צל"ע.

**טלאים כדמיקרא דמים כשל עכשיו.** דעת רש"י לפי מה שהבין התוס' ר"ד ועוד ראשונים דאם משלם טלאים אי"ח אלא ד' טלאים, אבל אם משלם דמים חייב בדמי ד' אילים. והסברא צ"ב דלכאורה גם אם שילם טלאים אינו אלא שו"כ, ואיך יהיו החיוב פחות מאילו שילם דמים.

ונראה דרש"י לטעמי' דס"ל (לעי' ד:; ופסחים לב.) דחיוב תשלומי גנב הוא מלתא דהשבה ונלמד מקרא דוהשיב. ולעי' הבאנו דברי המשנת ר' אהרן דמה"ט ס"ל לרש"י דגם קרן כעין שגנב אינו אלא גזה"כ דמסברא היה מקום לומר שישלם קרן כשעת העמדה בדין כיון שהתשלומין באים במקום השבה.

וס"ל לרש"י עוד, דכיון דכל ענין התשלומין הוא כדי שהדמים יהיו במקום הגניבה עצמה כאילו השיבה, לכן יש ב' אופנים של תשלומין, דאם משלם כסף אז צריך לשומא כמה דמים הם שווי הבהמה שגנב, ושומא זו לענין כפל דו"ה תלוי בשעת העמדה בדין. אבל אם משלם טלאים, הטלאים שמשלם הם תחת הטלאים שגנב, כמש"כ רש"י דטלה גנב טלה משלם, ובזה אי"צ שומא, אלא הטלה שמשלם עומד בעצם במקום הטלה שגנב. וכיון שאי"צ שומא אינו תלוי בשעת העמדה בדין.

אלא דאכתי יל"ע מ"ק דטלה גנב, הרי כיון ששחטו כשהיה איל א"כ בההיא שעתא קא גזל לי, כלשון הגמ' בב"מ (מג.), ונימא דאיל גנב. והיה אפשר ל דאין הטביחה אלא כגזילה, אבל לא כגניבה, כיון שלא היה מבית האיש, והגניבה לא היתה אלא טלה. אבל ק' דמדברי רש"י כאן (ד"ה לימא) משמע דתברה מועיל גם לחייב כפל, וע"כ דס"ל דתברה הויא גניבה אריכתא לחייב כפל ג"כ.

וצ"ל דמ"מ אינו אלא גניבה אריכתא, וכיון שתחילת הגניבה היתה טלה, אין סוף הגניבה מחייבת אלא טלה. ואפשר דרש"י לטעמי' דס"ל בסנהדרין (עב.) דאם בשעת הגניבה קלב"מ פטור גם על השבירה, דהכל גניבה אריכתא וכיון שתחילתה היה בדין קלב"מ כל הגניבה היא בדין קלב"מ.

**תוד"ה טלאים** בר"ד נראה לר"י כו' כמו קרן". הנה הבאנו לעיל את דברי הרא"ש (צה.) דשבח שקודם שינוי לגזלן, דכיון שאינו מחזיר הגזילה בעין הדרין לכלל דקרן כעין שגנב. וכ"כ התוס' שם. אמנם הגר"א הגיה בדברי התוס' דצ"ל ששבח שקודם שינוי לנגזל, והארכנו בזה לעיל, אבל בהגהותיו על הרא"ש שם נקט שהתוס' מסכימים עם הרא"ש. וכן דעתו בבהגר"א (שנ"ד ח') שכתב שדעת התוס' דאם נתפטמה מאליה ומתה אי"ח קרן אלא כחושה, דאמרין אטו שמינה גנבי מינך לא רק לענין כפל אלא גם לענין קרן. ודייק כן מלשון התוס' כאן "וכן קרן".

אלא שבדברי הגר"א שם מבואר חידוש טפי, שהבין מלשון זה בתוס' דקרן וכפל שוים וכמו בכחושה והשמינה אי"ח כפל ודו"ה אלא כעין שגנב אפילו אם טבחו בידיים, כמו"כ בקרן, אי"ח קרן אלא כעין שגנב. ודלא כהרא"ש שכתב בפירוש שחייב קרן כשיעור שמינה.

וסברת התוס' לפי הבנת הגר"א תמוה, שהרי סוכ"ס ברשותא דמרה השביח והוא שיברו בידיים, ומאי שנא מהא דרבא דתברה או שתייה משלם ד'.

ולכ' צ"ל דס"ל דבאמת גם כשנתפטמה מאליה הכל בכלל הגניבה הראשונה, והסברא דאטו שמינה גנבי מינך כו' אינו אלא לענין האומד דהא דאמרה תורה דהאומד דכפל הוא כשעת העמדה בדין לא נאמר אלא ביוקרא וזולא,



אבל כל שנשתנה גופה אפילו שינוי קצת אמדינן כשעת הגניבה כי שעת הגניבה היא המחייבת. וכמש"נ לעיל (סה.) בדברי תוס' ר"פ. וס"ל עוד דגם בתברה או שתייה אי"ז גזילה חדשה, ומש"א רבא דמשלם ד' זוזי משום דההיא שעתא קא גזל לה היינו השתרשות בגזילה הראשונה, וגם ס"ל דאין זה אלא סברא כלפי האומד דיוקרא וזולא דהאומד ד"כעין שגנב" אינו תלוי בגמר הגניבה אלא בגמרה כשנשתרש בחטא.

ומעתה, כמו דאשכחן לענין האומד דכפל כשעת העמדה בדין, שביאר תוס' ר"פ שלא נאמר כלל זה אלא באומד דיוקרא וזולא, אבל כשנשתנה לעולם אזלינן בתר שעת הגניבה, שהיא המחייבת, כך לענין דינו של רבא, דהאומד דקרן הוא לפי גמר הגניבה וההשתרשות בה, לא נאמר זה אלא באומד דיוקרא וזולא, אבל כשנשתנה אזלינן בתר שעת הגניבה הראשונה, שהיא עיקר המחייבת.

אלא שקשה להבין דהרי שי' התוס' (סה.) דקרן כעין שגנב הוא סברא, ואם ביוקרא וזולא הסברא היא שמשלם כיוקרא דשעת השבירה שהיא גמר הגניבה, ה"נ בנתפטמה נימא כן שמשלם קרן כשעת השבירה שהיא גמר הגניבה. וצ"ע.

ועוד קשה סוכ"ס נחייבו משום מזיק. אך בזה נאמר על דרך דברי המשנת ר' אהרן (י"ז ד') שהבאנו לעיל דמה לי הם מה לי דמיהם, וכל שחיובו מדין גניבה הוא כעין שגנב א"כ מה לי הם מה לי דמיהם וזהו ההשבה גם לענין חיוב מזיק. וכיון שמדין גניבה סגי בזוז א', זהו החפץ גם לענין תשלומי מזיק. ולא דמי למש"כ הרא"ש בהוזל ותברה דלא יהא חוטא נשכר, דאי"ז אלא כשהיה חייב ד' זוזי מקודם מדין גניבה כעין שגנב, ואח"כ שברו כשהיה שוה זוז, דאינו יכול להפטר ע"י מה שהוסיף חטא, אבל כשגנבו כשהיתה כחושה שהדין הוא לשלם כעין שגנב, ואפילו נתפטמה ואיתבר ממילא משלם כעין שגנב, א"כ גם כשאיבדו בידים הרי לא נשכר טפי מאילו נשבר מאליו ואי"ח אלא כעין שגנב.

אי"נ י"ל כמש"נ לעיל דגזלן פטור משאר חיובים כדחזינן דאי"ח על מה שנהנה דכל מה שאינו בכלל החיוב השבה הוי שלו. ומאותו הטעם א"א לתבעו משום מזיק.

**שם** בא"ד ובלישנא דקרא נמי כו'. לכ' כונת התוס' דיש כאן ב' סברות נפרדות לחלק בין טלאים לבין דמים, חדא דבטלה ונעשה איל יכול לומר לו אטו תורא גנבי מינך כו' משא"כ ביוקרא וזולא, ועוד דגוף צאן ובקר כתובים בקרא. וק' דהא מפורש אמר ר' חנינא לעי' הסברא הראשונה ולמה הוצרכו התוס' כאן לסברא אחרת.

ועי' תוס' לעיל (סה.) ד"ה אנה וז"ל ומיהו לפי האמת אפי' כשנתפטמה משלם כפל דו"ה כעין שגנב כמו בטלה ונעשה איל דאמר לקמן דמשלם כפל דו"ה כעין שגנב כו' משום דא"ל אטו תורא גנבי מינך כו' וטעמא אפרש לקמן בע"ה גבי הא דקאמר טלאים כדמעיקרא דמים כשל עכשיו עכ"ל, הרי שהתוס' הבטיחו לפרש טעמא דמצי א"ל אטו תורא גנבי מינך כו', ואיפה קיימו התוס' הבטחה זו אם לא כאן בדיבור זה, וע"כ שדברי התוס' הם ביאור להסברא דמצי א"ל תורא גנבי מינך כו'.

ונראה דהנה מלשון התוס' מבואר עוד דמה דכפל דו"ה כשעת העמדה בדין תלוי במה שהוא שעת שומת ב"ד, דאף שהוא גזה"כ אבל טעמא אית בה דכיון שצריכים לשום הגניבה שומא זו יכולה להיות בשעת החיוב דהיינו הגניבה או בשעת השומא, ובכפל דו"ה באה הגזה"כ דהוי בשעת השומא.

וקושיית הגמ' דגם בטלה ונעשה איל או כחושה והשמינה כיון שלא קנאו בשינוי<sup>27</sup> נימא שהשומא נעשה בשעת שומת ב"ד ויהיה נישום כדמי איל או שמינה.

ומתרץ רבא דלא דמי, דביוקרא וזולא הרי בודאי קביעת היוקרא וזולא תלוי בשומא ולכן יש מקום לגזה"כ דלענין כפל דו"ה שיימינן כשעת שומת ב"ד. אבל בטלה ונעשה איל או כחושה והשמינה, מה שמשלם כנגד ה' טלאים או ה' כחושים אינו תלוי בשומא, כיון דגוף צאן ובקר כתיבי בפרשה, ולכן אין מקום לתלותו אלא בשעת החיוב דהיינו שעת הגניבה.

<sup>27</sup>דהברייתא קאי או לר' חנינא דטלה ונעשה איל אינו שינוי או כב"ש דשינוי אינו קונה.

ולבאר יותר, דיש לחקור בחיוב כפל וכן דו"ה אם הגדר שצריך לשלם ה' פעמים דמי הבהמה שגנב, או"ד הגדר שצריך לשלם דמי ה' בהמות. דאם הגדר שצריך לשלם ה' פעמים דמי הבהמה שגנב, הרי הבהמה שגנב השמינה, והטלה שגנב נעשה איל, וכשאנו באים לשום ה' פעמים דמיה היתה הגזזה"כ צריכה לקבוע שכל שומא של כפל ודו"ה תלוי בשעת שומת ב"ד. אבל אם הגדר שצריך לשלם דמי ה' בהמות, דהיינו שמלבד הקרן שהוא דמי הבהמה שגנב צריך לשלם דמי עוד ד' בהמות, א"כ עצם החיוב של ד' בהמות נוספות אינו ענין של שומא, וא"כ פשוט דאינו תלוי אלא בשעת החיוב דהיינו שעת הגניבה. ואם גנב טלה צריך לשלם דמי ה' טלאים. ומה לי שהטלה שגנב נעשה איל אח"כ, אבל הד' טלאים שנתחייב בהן לא נעשו אילים. וכל השומא אינו אלא לקבוע מהו דמי ד' טלאים, דהיינו יוקרא וזולא, ולכן רק יוקרא וזולא תלוי בשעת שומת ב"ד.

וזהו צירוף הטעמים שכתבו התוס', דכיון שגוף צאן ובקר כתיב בפרשה, א"כ עצם גדר החיוב אינו לשלם ה' פעמים דמי טלה, אלא לשלם דמי ה' טלאים, היינו טלה אחד שבמציאות שגנבו, ועוד ד' טלאים שמתחייב כנגדו. ואותן ד' טלאים לא נעשו אילים, ונשאר החיוב לשלם טלאים. אלא דלענין יוקרא וזולא תלוי בשעת של העמדה בדין, דלזה עדיין צריך שומא, ושומא דכפל דו"ה לעולם תלוי בשעת שומת ב"ד, והבן.

### בגדר קניני גזילה

אמר רבה שינוי קונה כו'. הנה דעת הנה"מ (בספרו קהילת יעקב על אה"ע כ"ח א') והגר"ח (פ"ב גזילה ה"ו) דאין השינוי קנין מצד עצמו רק ע"י השינוי פקע החיוב השבה וממילא קנה בקניני גזילה. וכן רווח בי מדרשא. (אבל ע"י בחי' ר' נחום דרך אחר דהשינוי עצמו חשיב מעשה קנין.) והנתה"מ (בקה"י שם) הביא ראייה לזה מהגמ' בתמורה (ו). דמבואר שם דלאביי דס"ל אי עביד מהני שינוי קונה גם בלי הגזזה"כ דוהשיב, והיינו ע"כ משום דכיון שפקע החיוב השבה<sup>28</sup> ממילא קנה בקניני גזילה. ועי' לק' בסמוך מה שהארכנו בזה.

ולכאורה קשה א"כ איך ס"ל לרבא בפ' בן סורר ומורה (סנהדרין עב). בבא במחותרת והוציא חבית דאם החבית בעין חייב להחזירה, ואמאי לא נימא דכיון שנפטר מהשבה ע"י קלב"מ ממילא קנה לחבית. וי"ל בג' אופנים: א', דרבא לטעמיה דאתנן אסרה תורה ואפילו בא על אמו (לק' ע:; ב"מ צא.), ופרש"י ותוס' דחייב לצאת יד"ש, ודעת רש"י דגם מועילה תפיסה, וא"כ שפיר חייב בהשבה רק שאין ב"ד מוציאים ממנו. ב', דקלב"מ פוטר מתשלומין אבל לא מהשבה, ג' דאיה"נ ע"י קלב"מ נפטר מהשבה אבל גם חיוב אונסין אין לו וקניני גניבה תלויים בחיובי גניבה, וכמש"כ הנתה"מ (שס"א א') והגרעק"א (כתובות לד:).

ב. ויל"ע במהות קניני גזילה ומאיפה הם נלמדים. והנתה"מ (קה"י שם) הזכיר שהגנב עשה מעשה קנין בשעת הגניבה, וזה צ"ב דמ"מ לא היה שם דעת להקנות לו, וגם כלתה קניני כשפקע החיוב השבה, וגם תלוי במח' ר"י וריצב"א בתוס' (כתובות לא:); אם הקנין הנצרך לחיוב גניבה יש לו גדר קנין ממש.

אכן הנתה"מ עצמו (קה"י שם) הזכיר גם שנתחייב באונסין, ויותר מפורש בדבריו בנתה"מ (שס"א א') דכיון שקנה להתחייב באונסין אין קנין למחצה ומאותו טעם יש לו קניני גזילה לקנות בשינוי.

(גם הגרעק"א (כתובות שם) הזכיר סברא זו שקניני גזילה תלויים בחיובי גזילה, אלא דלא מיירי הגרעק"א לענין הקנין לקנות בשינוי אלא בקנין להוציא מרשות הבעלים שלא יוכל להקדישו.)

ומבוארת שיטתו דהקניני גזילה לקנות כשנשתנה ופקע החיוב השבה הם דבר אחד עם החיוב אונסין. (ואיני יודע למה הוצרך הקה"י להזכיר גם שעשה מעשה קנין בשעת הגניבה.)

הגר"א'ו בקוב"ש הביא ראייה לזה מדברי רב בפ' בן סורר ומורה (שם) דס"ל דגם אם החבית בעין נפטר מהשבה דכיון דאם היה בר דמים היה חייב באונסין אלמא ברשותיה קאי. והגר"א'ו הבין בכונתו דכל גזלן יש לו קניני גזילה לקנות, אלא שהחיוב השבה מעכב על הקנין מלחול, וכאן שנפטר מהשבה ע"י קלב"מ קנה ע"י קניני גניבה, ומפורש בדברי רב שקנין זה נלמד ממה שחייב באונסין.

<sup>28</sup> והקה"י לא ביאר מאיפה ידע אביי דהחיוב השבה פקע ע"י השינוי, אבל כבר ביאר זה הגרעק"א בסוגיין דהוא נלמד מאתנן.

אלא דלכאורה אדרבא משם ראייה לסתור שהרי רבא פליג על רב וס"ל דחייב להחזיר החבית, דמה שגנב חייב באונסין אינו אלא מידי דהוי אשוואל.

והקוב"ש נדחק דלא פליג רבא על עצם סברת רב ולא פליגי אלא בגדרי קלב"מ דרב ס"ל דקלב"מ פוטר מהשבה ורבא ס"ל דאינו פוטר מהשבה. וכבר תמהו עליו דהוא נגד דברי הגמ' דמפורש שם דפליגי בגדר חיוב אונסין דרב ס"ל דהחיוב אונסין משום דברשותיה קאי ורבא ס"ל דאינו אלא מידי דהוי אשוואל.

וא"כ קשה להביא ראייה משם, אבל עכ"פ נראה דאינו ראייה לסתור, דיל"פ פלוגתתם בזה, דרב ס"ל דמדכל גנב חייב באונסין ילפינן דכל גזלן קונה לגזילה לגמרי, ונעשה שלו ממש, ומה שצריך להשיב את הגזילה כשהיא בעין אינו אלא בתורת תשלומין, ושייך בי' קלב"מ<sup>29</sup>. אבל רבא ס"ל דהן אמנם שהחיוב אונסין מורה שקנה לחפץ, אבל אינו קנין גמור, רק קנה לי' לענ"ז דאם יארע אונס יקנה את החפץ ויתחייב בדמיו, וזהו דקאמר רבא דהוא מידי דהוי אשוואל, דגם בשואל מה שחייב באונסין הוא מלתא דקנין, אבל אינו קנין גמור שהחפץ שלו, אלא קנין לענ"ז דאם יאנס ולא יוכל להשיבו יהיה קנוי לשואל. וה"נ בגנב קנהו לענ"ז שאם לא יוכל לקיים השבה יקנהו ויהיה ההפסד שלו.

וא"כ גם לרבא נוכל לומר דכשנשתנה ופקעה האפשרות של השבה שהרי אינו כעין שגזל קנהו ונתחייב בתשלומין. ונמצא שהקניני גזילה הם מצד החיוב אונסין.

ג. ובעיקר גדר קניני גזילה י"ל גם באופן אחר, דאלמלא שחייבתו תורה בהשבה היה הגזלן קונה בעצם מה ששולט בו, וכדאשכחן בקנין כיבוש, וכתבו ראשונים דלא רק מלך שיש לו דינא דמלכותא אלא גם לסטים בעלמא קונה בכיבוש מלחמה, דעניני בעלות תלויים במציאות מה ששולט בו, וזהו גם ענין זוטו של ים, ותרנגולת שמרדה (עי' חולין קלט), ועצם מה שהגזלן או הגנב לקחו ושולט בו הוי קנין, ואף שהבעלים מרדפין אחריו אבל סוכ"ס לעת עתה האלים גבר הוא הגנב, אלא דהתורה אמרה שהגנב או הגזלן עצמו חייב להשיב וזה מפקיע קנינו. וע"ע לק' בסמוך.

## בענין שינוי, ואי עביד לא מהני

הגמ' לעי' (סה:) הקשה לר' אילעא דס"ל דטלה ונעשה איל הוי שינוי מברייתא, ותי' דהא מני ב"ש היא דאמר גבי אתנן גם לרבות שינוייהן, ודלא כב"ה דדריש הן ולא שינוייהן. ומבואר דלב"ש דלי"ל שינוי באתנן ה"ה דלי"ל שינוי בגניבה. והקשו התוס' (שם ד"ה הן) דא"כ למ"ל לרבה להדרשא דוהשיב<sup>30</sup>. ותירצו דהדרשא דרבה נצרך לשינוי החוזר לברייתו. ורמזו ראייה לזה מהגמ' לק' (צד:) דמבואר שם דר' יוחנן דריש והשיב את הגזילה מ"מ, דשינוי אינו קונה, ומסיק הגמ' דהיינו שינוי החוזר, אבל שינוי שאינו חוזר קונה גם לר' יוחנן, וקשה כיון דר' יוחנן דריש והשיב את הגזילה מכל מקום, לכ' ל"ל דרשת רבה דאם כעין שגזל יחזיר, וא"כ מנ"ל דשינוי גמור שאינו חוזר לברייתו קונה. אלא ע"כ דלזה אי"צ לדרשא דרבה אלא הוא נלמד מאתנן.

אבל רש"י חולק על זה דעי' בגמ' לק' (צג:) דאביי פי' להמשנה שם בשינוי החוזר דהוי שינוי דרבנן, וכל שכן שינוי שאינו חוזר דהוי שינוי דאורייתא, ופרש"י שנלמד מוהשיב גו' אם כעין שגזל יחזיר כו', הרי להדיא דגם לשינוי שאינו חוזר צריך להדרשא דוהשיב. ולרש"י יקשה קושיית התוס' למ"ל הך דרשא תפ"ל מאתנן.

<sup>29</sup> ויל"פ דמה שצריך לעשות התשלומין ע"י הגזילה עצמה ולא סגי בדמים (כשהגזילה בעין) הוא משום שהתורה ייחדה הכלי שגזל לתשלומין. וכ"כ הרש"ש שם ודימה אותו לדין מיטב. והחת"ס (שו"ת חו"מ סי' קל"ב) כתב באופן אחר דהחיוב השבה הוא בתורת תשלומין בעלמא אלא שיש מצ' עשה לקיימה ע"י השבת החפץ עצמו.

והאחרונים הקשו מהגמ' לעי' (סה.) דמבואר שם דגם לרבה תברה או שתיה חייב ד', וכתבנו מזה שם.

<sup>30</sup> לכ' היה אפשר לתרץ קושיית התוס' דלא קאמר הגמ' לעי' אלא דלב"ש דלי"ל שינוי באתנן ה"ה דלי"ל בגניבה, אבל לאידך גיסא אינו מוכרח. והיינו דאפשר דללמוד דין שינוי בגניבה צריך לשתי הדרשות, דמאתנן ילפינן דכיון שנשתנה הוי פנים חדשות, ומוהשיב ילפינן דכל שהוא פנים חדשות אינו חייב בהשבתה ונקנה לגזלן. וכ"כ הפני' והקוב"ש (אות י"ג).

אבל באמת הוא נסתר מהגמ' לק' (צד.) במש"א ר"פ לאביי איכפל כל הני תנאי לאשמעינן כב"ש, הרי להדיא דמ"ד שינוי במקומו עומד בגניבה ע"כ ס"ל כב"ש באתנן.

ב. הגרעק"א יישב קושיית התוס' עפ"י הגמ' בתמורה (ו.) גבי פלוגתת אביי ורבא אי כל מילתא דעביד רחמנא כו' אי עביד מהני, שהקשה אביי לרבא משינוי דמהני, ורבא תי' דהוא גזה"כ מוהשיב את הגזילה אשר גזל אם כעין שגזר כו', ואביי מוקי להקרא לענין אחר שא"ח חומש על גזל אביו.

ומבואר דלאביי אי"צ קרא דשינוי קונה, ותמוה הרי אלמלא קרא למה יקנה כלל והיכן ידענו דשינוי אית ביה קנין לומר עליו דאי עביד מהני. אלא ע"כ דלאביי הוא נלמד מאתנן דמשם ידענו דשינוי מילתא הוא. אבל לרבא עדיין צריך קרא דכיון דעבר אמימרא דרחמנא ה"ל לומר דאי עביד לא מהני.

(וביאור הלימוד מאתנן בפשוטו, דמשם ילפנין דכיון שנשתנה והוי פנים חדשות פקע החיוב השבה, וממילא קנה בקניני גזילה שבו. וכמש"כ הרבה אחרונים דזהו גדר שינוי קונה. אבל לרבא אלמלא קרא א"א לקנות בקניני גזילה, דאי עביד לא מהני<sup>31</sup>.)

ונראה דכונת הגרעק"א דממילא ניחא קושיית התוס' ד"ל דרבה שהצריך הדרשא דוהשיב היינו כרבא, ואילו ר' אילעא דמוקי להברייתא כב"ש היינו משום דס"ל כאביי, ומוקי להקרא דוהשיב לענין שאינו מוסיף חומש על גזל אביו, ושינוי קונה נלמד מאתנן, וממילא דתלוי בפלוגתת ב"ש וב"ה.

ולפי מהלכו של הגרעק"א ניחא גם הגמ' לק' (צד.) דא"ל ר"פ לאביי איכפל כל הני תנאי כו' דמבואר דהמ"ד דשינוי אינו קונה בגניבה ע"כ ס"ל כב"ש באתנן, והיינו משום שר"פ הקשה לאביי לשיטתו דאי עביד מהני ודין שינוי קונה נלמד מאתנן.

ג. עכ"פ מפורש בגמ' בתמורה דלאביי דין שינוי קונה אי"צ לדרשא דוהשיב, אבל לרבא צריך להדרשא כדי שלא נאמר אי עביד לא מהני. ולרבא ודאי א"א ללמוד מאתנן כיון דבאתנן ל"ש טעמא דאי עביד לא מהני. וא"כ דברי התוס' תמוהים מאי קשיא להו על רבה, נימא דרבה ס"ל כרבא ולכן צריך להדרשא דוהשיב כי היכי דלא נימא אי עביד לא מהני.

ונראה בזה, דהנה הקצה"ח (במשובב סי' ל"ד) כתב דמה דשינוי תלוי בפלוגתא דאביי ורבא אינו מצד שהמעשה שינוי חשיב עבירה אמימרא דרחמנא, דהא גם אם נשתנה מאליו קונה, ובכה"ג ל"ש אי עביד לא מהני, כמש"כ התוס' בתמורה לענין צורם אוזן בכור, אלא העבירה אמימרא דרחמנא היא הגזילה עצמה. וכ"כ הרבה אחרונים<sup>32</sup>.

ומעתה יל"ע במש"א רבה שינוי קונה כתיבה ותנינא, ומייתי מהמשנה דלא הספיק ליתנו עד שצבעו, והרי התם ל"ש לומר אי עביד לא מהני, לא מבעיא כשצבעו קודם שהיה שם כשיעור, אלא גם אם צבעו לאחר שהגיע לכשיעור הרי שיטת התוס' (ד"ה עד) דאין תורת הפרשה בראשית הגז וכל זמן שלא נתנו לכהן לא נעשה ממון כהנים כלל, וא"כ אין שם גזל כלל, רק הפקעת מצות נתינה ע"י השינוי, ובזה ל"ש אי עביד לא מהני, שהרי גם אם נשתנה מאליו היה נפטר. וא"כ איך נלמד משם לענין שינוי דגניבה.

וכן קשה בגמ' לק' (צד:) דמקשה הגמ' לר' יוחנן הסובר דשינוי אינו קונה בגניבה והא ר' יוחנן אית לי' הלכה כסתם משנה ותנן לא הספיק לצבעו כו', וגם שם יקשה נהי דבראשית הגז מועיל שינוי אבל איך אפשר ללמוד משם לגניבה והא בגניבה כיון דאמר רחמנא לא תעבד אי עביד לא מהני, אא"כ נדרוש והשיב גו' כעין שגזל, ור' יוחנן לית לי' הך דרשא כמבואר שם.

<sup>31</sup>ועי' בשטמ"ק תמורה שם (בהשמטות) שהקשה דלאביי מי ניחא הרי בלא שינוי ודאי לא קנה, ותי' דהא ודאי קרא כתיב והשיב דלא קנה, רק דלאביי קרא דמשמע דלא אהני מוקמינן כשלא נשתנה, אבל לרבא דבכ"מ אי עביד לא מהני יש לנו לאוקמיה לקרא אפילו כשנשתנה. ומבואר בדבריו דאלמלא קרא דוהשיב לאביי היה קונה אפילו בלא שינוי כלל, והיינו ע"כ מכח הקניני גזילה. וכונת השטמ"ק דלאביי אמנם קרא כתיב והשיב וזה מעכב מלקנות ע"י קניני גזילה כל זמן שחייב בהשבה, אבל כיון שנשתנה ילפינן מאתנן דפנים חדשות באו לכאן ופקע החיוב השבה וממילא אהני הקניני גזילה, אבל לרבא מה לי שנשתנה סוכ"ס אי עביד לא אהני הקניני גזילה ולא קנה וממילא כיון שהוא של הבעלים עדיין יש לנו לומר דחייב גם על חפץ זה החדש בהשבה.

<sup>32</sup>אבל דעת הנתה"מ (שם, וסי' שס"א) שהעבירה אמימרא דרחמנא היא המעשה שינוי עצמו, דאילו מצד הגזילה ל"ש לומר דאי עביד לא מהני דהרי ע"כ קונה לענין חיובי אונסין וא"א לחלק הקנין. אלא הנידון הוא אם אהני השינוי. ונדחק לחלק דלא דמי לצורם אוזן בכור משום דמיירי בשינוי החוזר וחדש דבשינוי החוזר בעינן שינוי ע"י מעשה דוקא ולא שנשתנה מאליו. ודברי השטמ"ק שהבאנו לעיל מורים בעליל כהקצה"ח, שהקשה לאביי דאהני א"כ גם בלי שינוי יקנה, ומבואר דהנידון הוא אם אהני הקנין גזילה, ולא אם אהני השינוי.

ונראה דלכן היה פשוט להתוס' דרבה וכן סתמא דהגמ' לק' נקטו כאביי דאי עביד מהני וא"צ להדרשא דוהשיב, דהכל נלמד מאתנן, ואם שינוי הוי פנים חדשות באתנן ובראשית הגז ה"ה לענין חיוב השבה, ולא איכפת לן מה דבגזילה עבר אמימרא דרחמנא. ולכן שפיר הקשו התוס' למ"ל לרבה קרא דוהשיב, כיון דהכל נלמד מאתנן, והוצרך לתרץ דקרא דוהשיב בא לרבות שינוי החוזר, ומינה נלמד דגם בראשית הגז ובאתנן מועיל שינוי החוזר.

וא"ת א"כ הגמ' בתמורה כשהקשה לאביי מה יעשה עם הקרא דוהשיב – ומוקי לה לדרשא אחרנא דאינו משלם חומש על גזל אביו – אמאי לא תירצה דאביי מוקי לה לשינוי החוזר, וכרבה בסוגיין. אבל לק"מ דאביי אית לי' להדיא לק' (צג:) דשינוי החוזר אינו קונה מה"ת<sup>33</sup>.

ה. אבל לרש"י (ד"ה עד שצבעו, וחולין קלו.) דס"ל דראשית הגז הוי ממון כהנים א"כ מה שנעשה הצמר שלו כשצבעו הוא כדן שינוי גזילה, וא"כ לדידיה ליכא שום הכרח דרבה ס"ל כאביי, ושפיר נוכל לומר דרבה ס"ל כרבא ומ"מ קאמר רבה דשינוי קונה תנינא מהא דלא הספיק ליתנו עד שצבעו, דמשם נשמע דשינוי קונה אפילו בגזילה, ואף דבעלמא אי עביד לא מהני אבל בגזילה וכן בראשית הגז דיש בו ג"כ משום גזילה איכא גזיה"כ דוהשיב<sup>34</sup>. וכן סתמא דהגמ' (צד:) דפריך לר' יוחנן יכול לסבור כרבא. וא"כ לרש"י לא קשה קושיית התוס', ושפיר נוכל לפרש דברי רבה כפשוטם דכונתו לשינוי גמור, דגם בשינוי גמור צריך להדרשא דוהשיב – וא"א ללמוד מאתנן – דאלמלא הדרשא הייתי אומר אי עביד לא מהני. ולכן רש"י (צג:) נקט הדרשא דוהשיב גם לענין שינוי שאינו חוזר<sup>35</sup>.

אבל אביי עכ"פ ס"ל דאי עביד מהני ולדידיה אי"צ קרא לשינוי דגזילה כי הוא נלמד מאתנן, ושפיר א"כ קאמר ר"פ לאביי (צד.) לפום שיטתו איכפל כל הנך תנאי לאשמעינן כב"ש.

ו. אלא דלרש"י יקשה מ"ק ר' אילעא (סה:) דהברייתא אתיא כב"ש, והרי ממנ"פ אי אית לי' הדרשא דוהשיב א"כ מה איכפת לן דבאתנן אינו שינוי, ואם לית לי' הדרשא דוהשיב א"כ גם לב"ה דשינוי מועיל באתנן אבל בגניבה אינו קונה דאי עביד לא מהני<sup>36</sup>.

<sup>33</sup>ועדיין יל"ע בדברי רבא לק' (צד.) דפליג על אביי וקאמר דילמא עד כאן לא קאמר רשב"א התם אלא בכחשא דהדר, ולמה לי' זה והרי רבא ס"ל אי עביד לא מהני וצריך להדרשא דוהשיב לשינוי דגזילה וא"כ הול"ל דעד כאן ל"ק רשב"א אלא התם בגניבה דאי עביד לא מהני אבל בעלמא שינוי מועיל. אבל באמת לק"מ, דאביי אמר דכולהו הנך תנאי ס"ל שינוי במקומו עומד, ופרש"י (צג:) שאינו זז מרשות הבעלים, הרי דאביי מיירי בשינוי דגזילה וקאמר דכל הנך תנאי ס"ל דשינוי במקומו עומד בגזילה, ועל זה קאמר רבא דדילמא לא היא וכולהו סביא להו בגזילה דשינוי קונה דעד כאן ל"ק כו', ולכן הוצרך רבא לומר דרשב"א ס"ל בגזילה גופא דשינוי קונה ולא קאמר רשב"א דאינו קונה אלא בכחשא דהדר.

<sup>34</sup>אלא דיל"ע איזה קניני גזילה יש לו בראשית הגז, כיון שלא עשה שום מעשה גזילה. אבל אפשר דשם אי"צ קניני גזילה, שהרי בעצם היה שלו אלמלא החיוב נתינה, ורק החיוב נתינה עושה אותו ממון כהנים, ואם פקע החיוב נתינה נעשה שלו ממילא. ואכתי קשה איך נלמד משם לגזילה, והרי בגזילה עבר אמימרא דרחמנא, אבל בראשית הגז איפה עבר אמימרא דרחמנא. ואי משום הצביעה עצמה, הרי גם אם נצבע מאליה קנה, ובכה"ג ל"ש אי עביד לא מהני, כמו שכתבו התוס' בתמורה לענין צורם אזן בכור. וצ"ע.

<sup>35</sup>אלא דק"ק שהרי דברי רש"י שם נסובו על מש"א אביי שם דהמשנה מיירי בשינוי שאינו חוזר שקונה מה"ת, והביא רש"י לדרשת רבה, והרי לאביי אי"צ להדרשא (וכמפורש הרי בגמ' בתמורה). וצ"ל דלא היה זה מענינו של רש"י שם להכנס לענין של אי עביד לא מהני, ונקט לדרשת רבה הפשוטה לדינא דקיי"ל כרבא, אף שבאמת אינה נצרכת לאביי לפי מה דס"ל בתמורה דאי עביד מהני.

עוד יל"ע לשי' רש"י (צג:) דגם שינוי שאינו חוזר נלמד מהושיב, א"כ כיון דר' יוחנן ל"ל הך דרשא, כמובאר בגמ' (צד:), איך ס"ל דשינוי שאינו חוזר קונה, כמבואר שם. ודוחק לומר דר' יוחנן ס"ל כאביי דאי עביד מהני, ונלמד שינוי מאתנן.

<sup>36</sup>בדוחק היה אפשר"ל כסברת הפנ"י והקוב"ש דצריך לשתי הדרשות, דלב"ש דשינוי אינו מועיל באתנן ונחשב אותו דבר א"כ א"א לדרוש והשיב... אם כעין שגזל... דגם אם נשתנה הרי הוא כעין שגזל.

אמנם הם סביא להו עוד דגם אחר הלימוד מאתנן צריך גם לדרשא דוהשיב לגלות דעל ידי שנשתנה פקע קנין הבעלים, וזה נסתר מדברי אביי בתמורה, וגם מדברי רב פפא שאמר לאביי וכמה שנתבאר. אבל הא מיהת נוכל לומר כדבריהם בפרט זה, דהדרשא דוהשיב צריכה עדיין ללימוד מאתנן ללמוד שעל ידי השינוי הוא דבר אחר. וצריך לשתי הדרשות, הלימוד מאתנן נצרך ללמד דעל ידי השינוי נעשה דבר אחר ואינו כעין שגזל, והדרשא דוהשיב נצרך (לרבא) לגלות דאי עביד בגזילה מהני.

אבל לק"מ ואדרבא עפ"י דברינו יובנו דברי רש"י הקשים בטלה ונעשה איל, דהנה ר' אילעא אמר דטלה ונעשה איל נעשה שינוי בידו וקנאו ט"מ שלו הוא טובח שלו הוא מוכר, ופרש"י (ד"ה נעשה שינוי בידו וקנאו) וז"ל להא מילתא דאם ט"מ שלו הוא טובח ופטור מדו"ה אבל קרן וכפל משלם קרן כי השתא וכפל כעין שגנב או כשעת העמדה בדין עכ"ל. והנה ממה שכתב דמשלם קרן כי השתא מוכח דבאמת האיל נשאר ברשות הבעלים, ולכן כשטבחו חייב קרן כי השתא מדין תברה או שתייה. והק' בתוס' ר"פ הא לר' אילעא כבר קנאו בשינוי. אכן רש"י באמת מדגיש דהא שקנאו בשינוי הוא רק להא מילתא דט"מ כו' אבל אינו שינוי גמור שיהיה נקנה לגנב ממש.

וכן מבואר ברש"י לק' (צו:) ד"ה נעשה שינוי בידו וקנאו וז"ל לכך שאם ט"מ שלו הוא טובח שלו הוא מוכר עכ"ל.

וכן יש לדקדק מדברי רש"י לעי' בעמוד זה (ד"ה אבל לענין שלומי) וז"ל כגון כפל לר' אילעא כו' עכ"ל לענינינו, ומבואר דגם אליבא דר' אילעא מק' הש"ס שישלם כפל כשה"ב, וק' מה שייך לומר שישלם כפל כשיעור איל הא קנאו בשינוי, אע"כ כנ"ל דלא קנאו בשינוי כ"א לענין שא"ח דו"ה אבל לא לדברים אחרים<sup>37</sup>.

וכן מבואר בדברי רש"י בסוגיין דעל מש"א רבה שינוי קונה כתב רש"י היכי דשנייה בידים, הרי מפורש דאם לא עשה השינוי בידים לא קנה, והא דטלה ונעשה איל אינו שינוי גמור לקנות, ואינו מועיל אלא לפטרו מדו"ה בלבד.

וכיון דס"ל לרש"י דגם לר' אילעא טלה ונעשה איל אינו שינוי גמור להיות קנוי לגזלן, ואינו מועיל אלא לפטרו מדו"ה, שינוי זה אי"צ לקניני גזילה ואינו ענין למחלוקת אביי ורבא, ושפיר הוא יכול להיות נלמד מאתנן.

ז. ונראה דרש"י למד שיטתו מהכרח הסוגיא, דהוקשה לו איך תלה ר' אילעא דין טלה ונעשה איל בפלוגתא דב"ה וב"ה גבי אתנן, והרי א"א ללמוד דין שינוי מאתנן למה דקיי"ל כרבא דאי עביד לא מהני. וכמבואר בדברי רבה שהוצרך ללמוד דין שינוי קונה מדרשא דוהשיב.

ולזה פירש דהדרשא דוהשיב קאי אשינוי בידים, וכמש"פ רש"י להדיא, ושינוי כזה מועיל להיות נקנה לגזלן לגמרי והדרשא מלמדת דאהני אף דבעלמא אי עביד לא מהני. אבל טלה ונעשה איל שלא שינה בידים אינו בכלל הדרשא, ולכן אינו נקנה לגזלן, דהא אי עביד לא מהני. ואינו מועיל אלא לפטרו מדו"ה.

וגם יתבאר בזה גם עצם סברת רש"י דתמוה לכאורה ממנ"פ אם טלה ונעשה איל הוא שינוי יועיל גם להיות לגנב, ואם אינו שינוי לא יועיל גם לענין דו"ה. אבל לנ"ל מבואר מאד, דאמנם הוא שינוי להפקיע חיוב השבה, דזה יכולים ללמוד מאתנן, וכיון שאינו בעמוד והשב אי"ח עליו דו"ה, אבל מ"מ לא מועיל להיות קנוי לגזלן, דהא אי עביד לא מהני, ורק בשינוי בידים הוא שנאמר גזה"כ דוהשיב דמהני.

ח. ובזה יש לתרץ קושיית הקצה"ח (שנ"ד ג') מהמשנה (צו:) דגזל בהמה והזקינה דאינו יכול לומר לו הרש"ל ובגמ' מבואר דה"ט משום דהוי שינוי, והרי התם הוא שינוי דאתי ממילא, ויק' לפי שי' רש"י דאפי' לר' אילעא אינו קונה אותו קנין גמור רק לענין דו"ה. אבל לנ"ל מבואר דגם שינוי הבא מאליו ילפינן מאתנן דאינו כעין שגזל ולא קיים מצ' השבה, ולכן אינו יכול לומר הרש"ל, רק דמ"מ אינו קנוי לגזלן דאי עביד לא מהני.

(אלא דמ"מ קשה לר' חנינא דפליג על ר' אילעא וס"ל דשינוי הבא מאליו לא חשיב שינוי כלל אפילו לענין דו"ה, מה יענה להמשנה דבהמה והזקינה.)

ט. אלא דאכתי צריך להבין, דהנה האחרונים ביארו ענין קנין שינוי לא שהשינוי עצמו הוא קנין, אלא כיון שנשנתה פקע החיוב השבה, וממילא קנה בקניני גזילה. כ"כ הקה"י (לבעל הנתה"מ) (אה"ע כ"ח סע' א'), והביא ראייה מהגמ' תמורה הנ"ל דאביי ל"ל הדרשא דוהשיב ומ"מ ס"ל דשינוי קונה כיון דאי עביד מהני, והרי איזה קנין עשה וגם ליכא דעת מקנה, אע"כ דכיון שפקע החיוב השבה ע"י שינוי (וזה נלמד מאתנן כמש"כ הגרעק"א) ממילא קונה ע"י קניני גזילה. וכ"כ עוד הרבה אחרונים.

ומעתה צריך להבין איך שינוי בידים קונה ושינוי הבא מאליו אינו קונה, כיון דגם שינוי הבא מאליו נלמד מאתנן דפקע החיוב השבה, א"כ אמאי לא יקנה בקניני גזילה, ואי משום דאי עביד לא מהני, הרי הקרא דוהשיב גילה דמהני הקניני גזילה. ואם הקניני גזילה אהני לקנות כששינה בידים, אמאי לא יועילו גם בשינוי הבא מאליו, כיון דגם בשינוי הבא מאליו פקע החיוב השבה.

<sup>37</sup> אבל לק' צדדנו דאפשר דרש"י התם מיירי לענין יוקרא וזולא וא"כ אין משם ראייה.

י. ותחילה חשבתי דהאף אמנם דלאביי שינוי קונה ע"י הקניני גזילה לחוד דאהני, אבל לרבא דאי עביד לא מהני, ושינוי קונה מגזה"כ, ענין הגזה"כ אינו לגלות דאהני קניני גזילה, אלא קרא דוהשיב מגלה דהשינוי עצמו הוי קנין לקנות, והשינוי הוא דאהני.

והיינו טעמא דס"ל לרש"י דרק שינוי בידים קונה, משום שרק שינוי בידים חשיב קנין. אבל שינוי הבא מאליו כטלה ונעשה איל אינו נחשב קנין, ולכל היותר נלמד מאתנן דפקע החיוב השבה (ולכן פטור מדו"ה), אבל לא קנה להגזילה כיון שלא עשה קנין שינוי, ואילו מצד הקניני גזילה הא אי עביד לא מהני<sup>38</sup>.

אבל א"א לומר כן מהמשנה (צג:) דגזל פרה מעוברת וילדה משלם דמי פרה העומדת לילד, ופרש"י דקנהו בשינוי. והרי התם השינוי בא מאליו ואיך קנהו.

יא. ולכן נראה שסברת החילוק בין שינוי בידים לשינוי דממילא אינו שהשינוי צ"ל מעשה קנין, וגם אין כונת רש"י שצריך שינוי בידים דוקא דהרי זה נגד המשנה דפרה שילדה. אלא ודאי שאין כונתו אלא לאפוקי שינוי קלוש כמו טלה ונעשה איל שהוא טבעו של כל טלה ליעשות איל והאיל הוא רק גידולו של הטלה, ושינוי כזה הוא שינוי קלוש ואינו מועל לקנות, רק להפקיע החיוב השבה גרידא. אבל שינוי בידים שאינו מטבע גידולו, וה"ה השינוי דפרה שילדה שהוא ודאי שינוי גמור שנעשה דבר החדש לגמרי, מהני לקנות.

ועי' תוס' רי"ד שכתב בפשיטות דבטלה ונעשה איל אינו שינוי לענין אתנן. הרי מפורש שטלה ונעשה איל אינו נחשב פנים חדשות.

אלא שהדברים טעונים ביאור כמובן, חדא מאי שנא דמועיל שינוי קלוש להפקיע החיוב השבה ואינו מועיל לקנות. ועוד, אם השינוי עצמו אינו מעשה קנין ע"כ שהקנין נעשה ע"י הקניני גזילה וכמש"כ הנתה"מ (בקה"י סי' כ"ח) ועוד אחרונים דע"י שפקע החיוב השבה מועילים הקניני גזילה. וא"כ כיון דגם בטלה ונעשה איל פקע החיוב השבה, למה לא יועילו הקניני גזילה לקנות. ואי משום דאי עביד לא מהני, א"כ גם בשינוי גמור נאמר כן, ואיזה טעם יש שהקניני גזילה יועילו לקנות כשפקע החיוב השבה ע"י שינוי גמור ולא יועילו כשפקע החיוב השבה ע"י שינוי קלוש.

אכן נראה לבאר הדברים, ואגב זה יתורצו עוד שתי קושיות גדולות שהקשו המפרשים בסוגיין:

האחת, משה"ק הגרעק"א על סוגיית הגמ', דר' אילעא הקשה לר' חנינא דאם טלה ונעשה איל אינו שינוי לשלם כדהשתא, ולכאורה זו היא אותה קושיא שמקשה הגמ' בהמשך לימא תהוי תיובא דרב, ולמה שנה הגמ' על אותה קושיא פעמיים. והארכנו בזה לעיל.

והשנית, מה שהקשו ראשונים, כיון שר' אילעא חלק על סברת ר' חנינא ואמר רחמנא לצלן מדעתא דידך, א"כ איך יפרנס את הברייתא דמשלם כפל דו"ה כעין שגנב, ואם הברייתא משבשתא א"כ למה הוצרך לאוקמה כב"ש.

יב. ונראה, דהטעם דשינוי קלוש דטלה ונעשה איל מועיל לר' אילעא להפקיע החיוב השבה, אף דלשאר מילי אינו נחשב שינוי, הוא משום דלענין השבה נאמר דין מסויים דקין כעין שגנב, דהחיוב תשלומין הוא כשיעור טלה ולא כשיעור איל, לכן גם לענין השבה השינוי מטלה לאיל הוא שינוי (והרי שי' רש"י בכ"מ דגם תשלומין דגנב נלמדים מוהשיב, עי' רש"י לעי' ד:; ופסחים לד:), ופקע החיוב השבה לא רק מן החלק שנתגדל אלא מכל האיל.

וזהו שהקשה ר' אילעא לר' חנינא דאם טלה ונעשה איל אינו שינוי אמאי משלם כעין שגנב לשלם כהשתא, ואין כונתו להקשות מהדין המסויים של רב דכפל דו"ה כשעת העמדה בדין, דהש"ס מקשה זה אח"כ ולמה יקשו אותה קושיא פעמיים, אלא קושייתו היא מעצם דין השבה אפילו לענין קרן, דס"ל דהחיוב תשלומין כשאינו בעין מישך שייכא בחיוב השבה כהוא בעין (דשי' רש"י לעי' ד: ובכ"מ דחיוב תשלומין נלמד ג"כ מוהשיב), ולכן מקשה ממנ"פ,

<sup>38</sup> ורש"י לשיטתו, דכתבו הרא"ה והריטב"א (כתובות לד:): בשמו (וברש"י שלפנינו שם ליתא) דאם גנב בשבת וטבח בחול חייב דו"ה, דהטביחה מחייבתו גם קרן וגם דו"ה. ולעיל (ס:): הוכחנו דביאור שיטת רש"י שם כדעת הגרעק"א דמה שגנב בשבת כיון שלא חייבו בחיובי גניבה גם קניני גניבה לא היו לו, ונשארה הבהמה ברשות הבעלים, וכשטבחו בחול הו"ל כגניבה מבית הבעלים. אלא שיקשה תינח כשהבהמה בחצירו יש לומר שגנבו בקנין חצר, אבל אם לא היתה הבהמה בחצירו איך הטביחה חשובה כגניבה. וביאר הגרעק"א דכיון שהוא שינוי לכן קנה לי' בשינוי והשינוי עצמו הוא המעשה גניבה. ודברי הגרעק"א הם חידוש גדול דשינוי יפעול קנין גניבה גם כשלא היו לו קניני גניבה מקודם, אבל כך באמת עולה משיטת רש"י בראשית הגז, דג"כ לא היו לו קניני גזילה מקודם, ומ"מ השינוי עצמו הוי קנין. (ועי' חי' ר' נחום.)

אם אי"ח אלא בתשלומין דטלה א"כ גם החיוב השבה אינו אלא השבת טלה ויפקע החיוב השבה מן האיל, ואם לא פקע החיוב השבה מן האיל א"כ יהיה חייב בתשלומי איל – דהיינו קרן כדמי איל וכל שכן כפל ודו"ה – וזו היא קו' ר' אילעא דלשלם כי השתא, פי' לדבריק ר' חנינא דטלה ונעשה איל אינו שינוי לענין השבה ע"כ דחייב בהשבת איל וא"כ יהיה דין התשלומין ג"כ כדמי איל.

ור' חנינא תירץ דאטו תורא גנבי מינך כו', פי' דאף שלא פקע חיוב השבה מן האיל מ"מ החיוב תשלומין כשאינו בעין אינו אלא דמי טלה כמה שגנב. ור' אילעא אמר רחמנא לצלך כו' דלא ניח"ל לחלק בין חיוב תשלומין לבין חיוב השבת הבעין. ואם החיוב תשלומין אינו אלא דמי טלה, ע"כ דגם חיוב השבת הבעין אינו אלא טלה, ואם נעשה איל פקע החיוב השבה מכולו.

ואין כונת ר' אילעא להוכיח שהברייתא משבשתא, כי אדרבא לר' אילעא ודאי יאות קאמר הברייתא דמשלם דמי טלה, משום שהחיוב השבה הוא רק על טלה, וזה בכלל הדין דקרן כעין שגנב, אלא שמזה גופא מוכיח ר' אילעא דאין חיוב השבה באיל, וכשנעשה איל הוי שינוי לענין השבה ופקע החיוב השבה מכל האיל.

וכיון שאין הברייתא משבשתא מקשה הגמ' א"כ אמאי חייב דו"ה, דל"ש חיוב דו"ה כשאי"ח בהשבת הבעין וכמ"נ. ומתרץ דהברייתא כב"ש הסובר דשינוי אינו פנים חדשות כלל, ולכן אף שהחיוב תשלומין הוא דמי טלה אבל לא פקע החיוב השבה מהאיל כשהוא בעין כי לענין השבת הבעין ל"ש לחלק בין טלה לאיל.

ואח"כ מקשה הגמ' לימא תהוי תיובתא דרב, ואי"ז הקושיא שהקשה ר' אילעא, דר' אילעא הקשה על עצם חיוב השבת הקרן, דאם לא פקע חיוב השבה מהאיל יהיה חייב לשלם גם קרן כדמי איל, ומזה הוכיח שהחיוב השבה הוא טלה דוקא, ופקע כשנעשה איל. ואילו הגמ' בסוף מקשה דתינח לענין קרן, אבל לענין כפל דו"ה סוכ"ס אמר רב דיש גזה"כ שהחיוב תשלומין דידהו תלוי בשעת העמדה בדין, ואינו תלוי בשיעור השבה<sup>39</sup>.

וא"ת לפי דברינו שר' אילעא סובר דטלה ונעשה איל – אף שאינו שינוי לשאר דברים – חשיב שינוי לענין השבה מכח הדין דקרן כעין שגנב, א"כ גם בכחושה והשמינה נימא הכי, דכיון דקרן כעין שגנב ואם נאנסה אי"ח אלא דמי כחושה א"כ יפקע החיוב השבה מהשמינה אפילו אם היא בעין ויפטר מדו"ה. ותימה לומר כן.

ונראה דבודאי גם בזה ר' אילעא משוה חיוב התשלומין עם חיוב ההשבה, אלא דכאן הוא לאידך גיסא, כיון דכחושה והשמינה אינו שינוי כלל ובודאי לא פקע מהשמינה חיוב השבה, א"כ גם לענין תשלומין חייב לשלם קרן כי השתא, דהיינו דמי שמינה. (אא"כ פיטמה בידים דאז אמרי' אנא פטינא ואת שקלת כדלע"י.) וזה בכלל מש"א ר' אילעא דאם טלה ונעשה איל אינו שינוי לשלם כי השתא, וביארנו דהכונה גם לקרן, א"כ בכחושה והשמינה דבאמת אינו שינוי איה"נ משלם כי השתא. אבל לר' חנינא שחילק בין תשלומין להשבה, וס"ל דטלה ונעשה איל אינו שינוי וחייב בהשבת האיל ומ"מ לענין תשלומין יכול לומר אטו תורא כו', ה"ה לענין כחושה והשמינה דאף שחייב בהשבת השמינה אבל לענין תשלומין אי"ח אלא כעין שגנב דא"ל אטו שמינה גנבי מינך, כחושה גנבי מינך<sup>40</sup>.

ג. שוב התבוננתי דאי"צ לומר שר' אילעא השוה דין השבה ודין תשלומין. אלא ר' אילעא ידע מסקנת הגמ' דהברייתא דמשלם כעין שגנב מיירי בבא לשלם טלאים, ושי' רש"י דהוא דין מיוחד דאף דאם משלם דמים משלם דמי איל אבל אם בא לשלם טלאים משלם טלאים דטלה גנב וטלה משלם, כמ"כ רש"י בסוף הסוגיא, והוא מלתא דהשבה. ומזה הביא ר' אילעא דהדין השבה הוא לשלם טלה דוקא, וא"כ כשנעשה איל פקע חיוב השבה מן האיל, דאם החיוב השבה הוא להחזיר איל א"כ גם כשבא לשלם טלאים לשלם כהשתא דהיינו אילים. וזהו שאמר ר' אילעא לר' חנינא דאם טלה ונעשה איל לא חשיב שינוי לענין השבה א"כ לשלם (אילים) כי השתא<sup>41</sup>.

<sup>39</sup>אמנם בשינוי גמור שהגזילה נקנית לו לגמרי ודאי לא שייך לומר שישומו הכפל דו"ה כשה"ב כלל, שהרי באותה שעה הגזילה איננה, אבל בטלה ונעשה איל שלא נעשה שלו, וגם עדיין היא נחשבת החפצא של גזילה (דלכן אין הקניני גזילה מועילים בה כי היא החפצא שעבר בה אמימרא דרחמנא) רק דפקע מינה חיוב השבה, אבל לענין כפל ודו"ה עדיין נשום החיוב התשלומין לפי מידת החפץ הגזול בשעת העמדה בדין.

<sup>40</sup>ומספק"ל בשמינה והכחישה, אם גם בזה נימא דלר' אילעא כיון שאינו שינוי לא יתחייב אלא דמי כחושה. והרי רש"י לעי' (ד:): כתב בפשיטות דבשמינה והכחישה משלם קרן כעין שגנב, ולא מסתבר שדבריו הם דלא כר' אילעא.

<sup>41</sup>לכאורה לפי"ז הו"ל לרש"י לפרש בקושיית ר' אילעא שהיא נסמכת על דברי הגמ' לק'. אבל באמת להבנת דברי ר' אילעא במקומם די שנאמר דס"ל דמה שאמרה הברייתא שמשלם כעין שגנב הוא משום שהחיוב השבה הוא טלה ולא איל. ומזה הביא ר' אליעזר ראייה לשיטתו דאין חיוב השבה באיל, וממילא דפקע מן האיל חיוב השבה. אכן למסקנת הגמ' נחתנין לחלק דדוקא כשמשלם טלאים הוא דתלוי בחיוב השבה, אבל כשמשלם דמים אז יש דין אחר דכפל דו"ה כשה"ב.



(ור' חנינא השיב אטו תורא גנבי מינך כו' פירוש דאמנא כשהטלה בעין ונעשה איל חייב להשיב האיל, שאין החיוב השבה פוקע מן האיל, אבל כשבא לשלם טלאים אינו משלם אלא טלאים כמו שגנב.)

ובכחושה והשמינה כיון שאינו שינוי אם בא לשלם טלאים מסתבר דלר' אילעא משלם טלאים שמנים, דזהו חיוב ההשבה. (אבל לר' חנינא יכול לומר לו אטו שמינה גנבי מינך כו'.) וכן בשמינה והכחישה, כיון שאינו שינוי, לר' אילעא אם בא לשלם טלאים יכול לשלם כחושים. ואף דבגמ' לק' (סז:): דרשו שלא ישלם נגידין, אבל רש"י שם נזהר וכתב כחושים וקרובים למות, דזה כמו בהמה והזקינה דחשיב שינוי.

טז. אלא שמעתה צריך להבין, כיון דבטלה ונעשה איל ס"ל לר' אילעא שפקע החיוב השבה מן האיל א"כ למה אינו קונה האיל לגמרי, ומה לי דטלה ונעשה איל הוא שינוי קלוש לשאר דברים, אבל סוכ"ס לענין חיוב השבה חשיב לי' ר' אילעא שינוי, וכיון שפקע החיוב השבה נימא שיועילו הקניני גזילה לקנותו לגמרי.

ונראה, דהנה בגמ' בתמורה הקשה אביי לרבא הסובר דאי עביד לא מהני איך קונה בשינוי, והיינו איך מועילים הקניני גזילה. ורבא תי' דקרא כתיב והשיב את הגזילה כו'. ונראה בדעת רש"י שאין ענין הדרשא לגלות דלעולם כל קניני גזילה מהני, אלא ענין הדרשא הוא דאחר שינוי באו פנים חדשות ונעשה חפץ חדש, ובחפץ זה לא עבר על לא תגזול, ולכן כיון שבחפץ זה החדש לא עבר אמימרא דרחמנא מעכשיו מהני הקניני גזילה לקנות<sup>42</sup>.

ואף דלכאורה במה שמונע חפץ זה החדש מהבעלים עובר על לא תגזול מחדש, אבל הרי מיד עם השינוי שנעשה חפץ חדש מהני קנינו ונעשה הוא הבעלים והכל חל כאחד ומעולם לא מנע חפץ זה מבעליו ולא עבר אמימרא דרחמנא בחפץ זה.

יד. ורש"י למד כל זה מהכרח הסוגיא דר' אילעא תלה דין טלה ונעשה איל בשינוי דאתנן, ואילו רבה הצריך קרא דוהשיב ומשמע דא"א ללמוד מאתנן, וכמשה"ק תוס' (סה:). ותוס' תירצו דרבה מיירי בשינוי החוזר ורש"י לא ניח"ל בזה כמבואר בדבריו לק' צג:). ומזה הכריח רש"י דרבה ס"ל כרבא דאי עביד לא מהני, וצריך שינוי גמור כדי שנאמר שבאו פנים חדשות לגמרי שלא עבר בהם אמימרא דרחמנא, אבל טלה ונעשה איל שהוא שינוי קלוש באמת אינו מועיל לזה, ולא קנה לגזילה, דאי עביד לא מהני. אבל ר' אילעא דאמר דטלה ונעשה איל נעשה שינוי בידו היינו דוקא לענין שא"ח על טו"מ, כמו שפירש ר' אילעא בעצמו במה שסיים טו"מ שלו הוא טובח כו', והביאור דהוי שינוי לענין הפקעת חיוב השבה לחוד, ואף דלשאר דברים לא חשיב זה שינוי, אבל לענין חיוב השבה הוא נחשב שינוי, דכיון דבטלה ונעשה איל דינו לשלם טלאים, כדחזינן דאם בא לשלם טלאים משלם טלאים. ולכן אף שלא קנה הגניבה, דלא מהני הקניני גניבה, אבל עכ"פ פקע מצוות השבה מן האיל, ונפק"מ דאם טו"מ פטור מדו"ה דאין שם השתרשות בחטא. ולזה א"צ לקניני גזילה ולכן אינו ענין לנידון דאי עביד לא מהני, ושפיר הוא נלמד מאתנן. ובזה גם רווחא שמעתתא משתי קושיות המפרשים כמש"נ לעיל.

טו. אלא שצריך להבין בטלה ונעשה איל אם פקע החיוב השבה ע"י שינוי, א"כ איך מסיק רבא טלאים כדמעיקרא דמים כשל עכשיו, ופרש"י דאם בא לשלם דמים משלם כשעת העמדה בדין, והראשונים הבינו בדעתו שמשלם דמי איל, והרי כיון דלר' אילעא האיל אינו בעמוד והשב א"כ איך יהיה חיוב כפל כדמי איל.

(אבל לעי' כתבנו דשמה אפשר להבין דברי רש"י באופן אחר דרק לענין יוקרא וזולא משלם כשל עכשיו, ולפי"ז לק"מ.)

ונראה הגדר בזה, דאמנא כשנעשה איל ילפינן מאתנן דפנים חדשות באו לכאן ואינו חייב בהשבת האיל מדין השבת הבעין, אבל עדיין האיל בעמוד והשב מדין תשלומין, כי החיוב תשלומין הוא להשיב דמי הגניבה, וכאן כיון דלא מהני קניני הגניבה והבעלות של הנגנב בטלה עכשיו עברה לאיל – ככל מי מי שיש לו טלה ונעשה איל דלא פקע בעלותו – ולכן האיל הוא דמי הטלה בעצם. ולכן כשבא הגנב לשלם דמי הטלה משלם תמורה איל, לא בתורת השבת הבעין – כי הבעין של הגניבה כבר איננו דהאיל הוא פנים חדשות כדילפינן מאתנן – אלא בתורת תשלומין, כי האיל הוא דמי הטלה בעצם כיון שהבעלות של הטלה עברה לאיל. ולפי"ז מסתבר שמקיים מצ' השבה בכל האיל, ולא רק בדמי טלה שבו, כי הבעלות של הטלה היא עכשיו באיל כולו, ומקיים מצוות תשלומין בכל האיל. ולכן גם לענין הכפל אמרינן דמים כשל עכשיו, דשיעור הכפל נמדד לפי שויות הגניבה בשעת ההשבה,

<sup>42</sup>וצ"ל דגדר קניני גזילה אינו מצד החיוב אונסין (כמש"כ הנתה"מ שם), דהרי אדרבא בחפץ זה החדש ליכא חיוב השבה וממילא שאין בו חיוב אונסין. רק הקניני גזילה הם מצד עצם מה שכבושה הגזילה תחת ידו. והשתא כובש חפץ חדש שלא עבר בו על מימרא דרחמנא.

ושי' רש"י בכ"מ שגם תשלומין נלמדים מוהשיב, וכיון שהאיל הוא תשלומי הטלה בעצם לכן שויות הכפל נמדד לפי שויות האיל שעל ידה מקיים מצוות השבה.

ומ"מ אם שחט את האיל דעת ר' אילעא דפטור מדו"ה, אף שהאיל הוא בעמוד והשב, דל"ש בזה משתמש בחטא, השתרשות בחטא היא כשמרחיק את הבעין מן הבעלים, אבל כאן הבעין כבר חלף הלך לו, והאיל מתשלם בתורת דמים, ואם שחט את האיל ישלם דמים אחרים, והכל אחד. וגם למ"ד דחיוב דו"ה הוא משום ששנה בחטא (עי' לק' סח). גם זה ל"ש אלא כשעושה מעשה בעלות בגניבה עצמה, אבל כאן הגניבה עצמה איננה, ואין האיל אלא דמיה, ול"ש בזה שנה בחטא.

טז. ולפי דברינו הרווחנו פירוש חדש בדברי הגמ' הקשים בתמורה (ו:): דמסיק מאי איכא בין אביי ורבא, כיון דבכל הנך גווני שהקשה מהם אביי לרבא תירץ רבא דאיכא גזה"כ דאהני, ומסיק דשינוי קונה איכא בינייהו. והמפרשים תמהו דאיזה נפק"מ הוא זה כיון דגם לרבא שינוי קונה מגזה"כ דוהשיב. והגרעק"א רצה לתרץ דלאביי מיתרא קרא לשינוי החוזר, ועל דרך שכתבו התוס', אלא שדחה דהרי אביי ס"ל להדיא בר"פ הגוז"ק (צג:) דשינוי החוזר אינו קונה מה"ת.

אבל לשיטת רש"י י"ל דהכונה לשינוי הבא מאליו, כטלה ונעשה איל, דהרי מאתנן ילפינן דפקע החיוב השבה, וכמבואר בגמ' (סה:), וא"כ לאביי ממילא קנה בקניני גזילה, אבל לרבא לא הועילו הקניני גזילה א"כ נשתנה הגזילה שינוי גמור כדי שנאמר שהחפץ הזה לא עבר בו אמימרא דרחמנא, וזה ל"ש בטלה ונעשה איל אלא רק בשינוי גמור דשנייה בידים או כגון פרה שילדה.

(אכן רש"י בתמורה נדחק בדברי הגמ' ולא פירש כמש"נ, אבל אי"ז קושיא על דברינו שהרי יש מערערים על פרש"י בתמורה אם הוא באמת לרש"י, כידוע. עכ"פ לשיטת רש"י כאן עולה יפה.)<sup>43</sup>

## בענין יאוש

התוס' (ד"ה כיון) הוכיחו דיאוש אינו כהפקר גמור דא"כ מה לי דבאיסורא אתא לידיה. והקצה"ח (ת"ו) והנתה"מ (רס"ב) הבינו שכונתם להוכיח דלא יצא מרשות הבעלים עד דאתא לרשות זוכה (והנתה"מ הוסיף דוהי כהפקר דר' יוסי עי' נדרים מג.) ולכן כל שבאיסורא אתא לידיה וכבר נתחייב בהשבה אינו יכול לזכות מן הבעלים אבל אילו היה הפקר גמור למה לא יוכל לזכות מן ההפקר.

אבל רש"י כתב דיאוש נלמד מזוטו של ים ומוכח דהוי הפקר וכן מפורש ברש"י ר"פ אלו מציאות דיאוש הוי הפקר ויקשה קו' התוס'.

ובחי' ר' נחום כתב דאזלי לשי' דשי' התוס' (סט.) דגם למ"ד יאוש כדי לא קנה היינו שאין הגנב יכול לזכות אבל עכ"פ מועיל כלפי אחרים. וכיון שחל היאוש אם איתא דהוי הפקר גמור למה לא יוכל גם הגנב לזכות מן ההפקר. אבל רש"י ס"ל דלמ"ד יאוש כדי לא קני לא חל הייאוש כלל, כמו שהוכיח מדברי רש"י לק' (קיג:) על מש"א שמואל דינא דמלכותא ואמר רבא תדע דקטלי דילקא כו' וא"ל אביי דילמא משום דאייאוש ודחה רבא דאם דינא דמלכותא לאו דינא היכי מייאשי, ופרש"י דהא יאוש כדי הוי. הרי דאם יאוש כדי לא קני גם אצל אחרים אינו מועיל. (ותוס' שם פי' הגמ' בע"א.) וכן כתב להוכיח מדברי רש"י ב"מ (כו:) דבנטל סלע ע"מ להשיבו ואח"כ נתיאשו הבעלים דמבואר בגמ' דאינו עובר על לא תגזול ופרש"י משום דבעי' מעשה גזילה דומיא דויגזול את החנית מיד המצרי, ותוס' פי' משום דאחר יאוש ל"ש גזילה, ורש"י ניד מזה משום דס"ל דלא חל היאוש כלל.

<sup>43</sup> ושם יש לתרץ בזה תמיהת הפנ"י, שתמה על שיטת רש"י דלא קנה בטלה ונעשה איל אלא להפטר מדו"ה, ולא לשאר מילי, והרי הגמ' לק' (צו:): אמרה דהמשנה דזה הכלל כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה באה לאתווי טלה ונעשה איל. והרי בגזילה ליכא דו"ה כלל. ולנ"ל ש"ל שדברי הגמרא שם אתיין כאביי דאי עביד מהני, ולדידיה טלה ונעשה איל קונה לגמרי, דכיון שפקע החיוב השבה אהני הקניני גזילה. אבל לרבא לא אהני הקניני גזילה, וצריך לגזה"כ דוהשיב, שהוא מגלה שהשינוי עצמו הוי קנין, והיינו דוקא היכא דשנייה בידים וכמו שפרש"י בדברי רבה כאן.

אבל באמת רש"י לק' (שם) פי' ג"כ דטלה ונעשה איל קנה לענין דא"ח דו"ה, ומשמע דגם שם מפרש אליבא דרבא, והדרא קו' הפנ"י לדוכתה, וצריך לדחוק דאף דהמשנה מיירי בגזילה אבל מש"א זה הכלל לרבות טלה ונעשה איל הוא לענין גניבה.

וממילא דלרש"י ליכא להוכחת התוס' אם יאוש הוא הפקר גמור מה לי דבאיסורא אתא לידיה ולמה לא יוכל לזכות מן ההפקר, דלרש"י באמת לא נעשה הפקר כל דבאיסורא אתא לידיה.

אלא שהקשה ר' נחום (לק' סט:) מדברי רש"י שם בשה"ע דגם לצנועין דיכולים הבעלים לחלל ולהקדיש דבר שאינו ברשותו אבל היינו מקמי דאייאש, אבל אחר יאוש לא, ותוס' (סט.) פליגי וס"ל דגם אחר יאוש יכולים, ובפשוטו דתוס' לשי' דגם אחר יאוש לא יצא מרשות הבעלים, ורש"י לשי' דיאוש הוא הפקר, אבל ק' מכל הנך דוכתי דמוכח ששי' רש"י דאם יאוש כדי לא קני לא חייל היאוש כלל. ונשאר בצ"ע.

ונראה בדעת רש"י, דבאמת צריך להבין לדעת רש"י דיאוש נעשה הפקר איך מועיל באיסורא אתא לידיה למנוע חלות היאוש. ונראה, דהנה מה דיאוש הוא הפקר אין הכונה דהוי כאילו הפקירו, דהרי אדרבא למה דקיי"ל כר' יוחנן אינו יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו, ואילו יאוש בודאי מועיל גם בדבר שאינו ברשותו, כדמוכח למ"ד יאוש כדי קני, וגם מאן דס"ל דלא קני היינו מטעם אחר משום דבאיסורא אתא לידיה ולא משום שאינו ברשותו. אלא ענין יאוש דהוי סילוק ממעשה ומתביעת בעלות, וכל שאינו תובע בעלות החפץ ואינו עושה בו מעשה בעלים פקע הבעלות ממילא. (ורש"י מדמה זה לזוטו של ים ועי' בהמשך.) ונראה דטעמא דמ"ד יאוש כדי לא קני, דכיון שכבר נתחייב בהשבה, א"כ החיוב השבה עצמו נותן לבעלים זכות בעלות בחפץ, ומה לי שהוא מסתלק מלתבוע בעלותו, אבל הגזלן (או מוצא האבידה) מחוייב להשיבו לו וזה גופא הוא ענין בעלות. (ודוגמא לדבר מה דבמתנ"כ נעשה ממון השבט ע"י החיוב נתינה.)

ומעתה י"ל דנהי דע"י החיוב השבה לא פקע בעלותו, אבל כיון שהוא עצמו נתיאש ונסתלק, וכל בעלותו אינה אלא מכח החיוב השבה של הגזלן, בכה"ג אין הבעלים יכולים לחלל ולהקדיש ולעשות שאר מעשה בעלים, שהרי הבעלים מצד עצמם מסולקים מהבעלות, רק דחשיב שלהם מכח החיוב נתינה של הגזלן, ובעלות כזו אינה כוללת יותר ממה שיש בחיוב נתינה.

ב. רש"י כתב דיאוש נלמד מדין זוטו של ים, ותוס' כתבו דנלמד משמלה וכמפורש במשנה (ב"מ כז.) מה שמלה יש לה סימנים ויש לה תובעים, ופי' התוס' דהיינו לאפוקי לאחר יאוש, וכן פירשו כל הראשונים, וגם רש"י עצמו פי' כן שם, וקשה על דבריו כאן.

והנה הרמב"ן (ב"מ כג.) הקשה על שי' רש"י דיאוש נלמד מזש"י, הא ביאוש קיי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, אבל בזש"י מודה אביי דאפילו שלא מדעת מועיל כמפורש בגמ', וע"כ דזש"י אינו מטעם יאוש. אבל בחי' הריטב"א (הישנים) תי' דלא נחלקו אביי ורבא אלא כשאינו ודאי שיתיאש, אבל בזש"י הוי ודאי שיתיאש ובזה גם אביי מודה דמועיל שלא מדעת.

ותוס' ר"פ בסוגיין הק' דהא בזש"י גם עומד וצווח הוי הפקר, ואיך אפש"ל שהוא משום יאוש. ולכן ס"ל דזש"י הוא גזה"כ ואינו ענין ליאוש. וכדעת הרמב"ן. אבל בחי' הריטב"א (החדשים) (שם כד.) תי' דבזש"י תלינן דמה שעומד וצווח שקורי משקר, או בטלה דעתו.

ומבואר דגם הריטב"א ס"ל כרש"י דזש"י הוא מדין הפקר. וכן נראה דעת הרמב"ם (פי"א גו"א ה"י) שכתב לענין זש"י דהא ודאי נתייאש ממנה, וכן הוא בפי' ר"ח (ב"מ כא:).

ויקשה לר"ח והרמב"ם והריטב"א דכולהו ס"ל דזש"י הוא מדין יאוש, א"כ ניליף יאוש משם, ולמ"ל קרא דשמלה. אבל נראה דא"ק דמ"מ בכל א' יש חידוש, דאלמלא קרא דאשר תאבד ממנו ומצאת הו"א דבעי' יאוש בפועל אבל עומד וצווח או שלא מדעת לא, קמ"ל דבזש"י אפילו עמד וצווח בטלה דעתו וכן קמ"ל דאפילו שלא מדעת מועיל כיון שבודאי סופו להתייאש. ואלמלא קרא דשמלה הייתי אומר דרק יאוש אלים כזה דזש"י דכו"ע הוי ודאי מיאשים אבל יאוש בעלמא לא.

ועדיין יל"ע בדברי הרמב"ם (פט"ז שם ה"ח) במוצא מטמון בבכותל ישן דהוי של המוצא, והקשו הראשונים למה לא נימא דחצירו של בעל הכותל יקשה לו שלא מדעת. וגם הרמב"ם הק' כן ותי' דהוי כזש"י. והרי התם ל"ש לומר דסופו ודאי להתייאש דאדרבא אילו היה נודע לו שיש שם מטמון היה רוצה לזכות בו.

אלא צ"ל בדעת הרמב"ם דמה דזש"י חשיב כיאוש לאו היינו כמש"כ הריטב"א משום שסופו להתייאש, אלא משום שבעצם הוי מצב של יאוש, דכל ענין יאוש הוא שהבעלים נסתלקו מתביעת ומעשה בעלות, ובזש"י בעצם אינם יכולים לעשות שום מעשה בעלות.

ומ"מ כל זה אינו מועיל למה שהקשינו למה רש"י בסוגיין כתב דמה שיאוש מועיל באבידה נלמד מקרא דזש"י, והרי ביאוש יש קרא בפנ"ע דשמלה, כמבואר במשנה בב"מ וכמש"פ רש"י עצמו שם.

ג. והנה המשנה שם קאמר מה שמלה יש לה סימנים ויש לה תובעים אף כל דבר שיש לו סימנים ויש לו תובעים חייב להכריז. ותוס' פי' דיש לה סימנים ויש לה תובעים הוא דבר א', דע"י שיש לה סימנים אינו מתיאש. ובא ללמד דיאוש מפקיע חיוב השבה.

אבל רש"י שם פי' דהוי שני דברים, דשמלה יש לה סימנים, וגם כל שמלה יש לה בעלים תובעים אותה שלא נעשית מאליה. אף כל דבר כו' שיש לו סימנים ויש לו תובעים, למעוטי מידי דידעינן ביה דמיאש. ויל"ע דבמלמד דהיינו שמלה כתב דיש לה תובעים היינו שאינו הפקר, ואילו בלמד דהיינו כל דבר כתב דיש לה תובעים היינו לאפוקי שנתיאש. ופשוט דרש"י לשיטתו דיאוש היינו הפקר. ומ"מ יש לדייק מדברי רש"י שאין הלימוד משמלה בא ללמד עצם הדבר דיאוש הוי הפקר, דא"כ העיקר חסר מדברי רש"י דהו"ל לבאר דשמלה הוי דבר שלא נתייאש ממנה דזהו עיקר הלימוד. אלא ודאי דזה פשוט גם בלא הלימוד משמלה דיאוש הוי הפקר, אלא דאנו באים ללמוד דאין חיוב השבה בהפקר, דמה שמלה אינו הפקר, אף כל שאינו הפקר, דהיינו לאפוקי אם נתייאש.

וזה עולה יפה עם דברי רש"י בסוגיין דמה שיאוש הוי הפקר אינו נלמד משמלה, אלא מזש"י.

אלא דקשה בשתים, חדא כמשה"ק תוס' למה צריך לימוד דאין חיוב השבה בהפקר, פשיטא. (ואולי דהוי ס"ד דכיון שנעשה הפקר ע"י שנאבד ונתיאש תהיה מצוה להשיבה לבעלים הראשונים.) ועוד, כיון דמזש"י ילפינן דיאוש הוי הפקר, משם נמי נלמד דאין בו חיוב השבה, דהרי מקרא אחד הוא וכן תעשה לשמלתו גו' אשר תאבד ממנו ומצאת גו' וכיון שלמדנו מזש"י שיאוש הוי הפקר, משם נמי נלמד דא"ח בהשבה אחר שנתיאש, ולמה צריך הלימוד משמלה.

ונראה בזה, עפ"י מה שביארנו בר"ד בשיטת רש"י, דיאוש הוי סילוק, ועי"ז נעשה הפקר, והחיוב השבה אינו מונע עצם הסילוק אבל הוא מונע שלא ייעשה הפקר דהחיוב השבה נותן זכות בעלות לבעלים אע"ג שהוא מצד עצמו נסתלק.

ומעתה, אמנם זש"י הוא מלתא דהפקר, ולכן ילפינן מזש"י לכל יאוש דהוי הפקר, וכמש"כ רש"י בסוגיין, אבל אכתי היה ס"ד דחייב להשיב אבידה אפילו בתר יאוש, דאף שהבעלים נסתלקו אבל כיון שכל המוצא חייב בהשבה זה גופא שמא מונע שלא ייעשה הפקר, שהחיוב השבה נותן לבעלים זכותי ממון באבידה. ולא דמי לזש"י, דבזש"י הוא אבוד לא רק מן הבעלים אלא מכל אדם, ונמצא שלא רק שנתסלקו הבעלים אלא שנתסלקו המוצאים, דאין שם מי שימצאנו כי הוא אבוד מכל אדם, ולכן התם בשעה שנאבד ודאי נעשה הפקר. אבל ביאוש בעלמא, נהי שהבעלים נסתלקו, אבל שמא אכתי יש חיוב השבה על כל המוצא וזה היה מונע שלא ייעשה הפקר. ולזה בא הלימוד משמלה, דכל ש"אין לו תובעים" אין חיוב השבה, וכיון שנתסלקו הבעלים עכ"פ אין שם תובעים, ואינו דומה לשמלה ופטור מהשבה. ועכשיו שאין מצות השבה ממילא דהוי כזש"י ממש והוי הפקר.

ד. וא"ת סוכ"ס למה רש"י בסוגיין לא הזכיר הלימוד משמלה. אבל באמת לק"מ, ואדרבא למש"נ יהיה ניחא מה שתמהו התוס' על רבה איך יתכן ללמוד יאוש בגזילה מיאוש באבידה, והרי באבידה גופא אין יאוש מועיל אלא מקמי דאתא לידה, וכמו שהדגיש רבה עצמו, וכמבואר בגמ' בב"מ, ואילו בגזילה הרי לעולם בא לידו קודם יאוש.

אבל לנ"ל י"ל, דאמנם באבידה צריך שיהיה בהתירא אתא לידה, דאם בא לידו אחר שכבר נתחייב בהשבה שוב אין חיוב זה פוקע ע"י יאוש, וממילא החיוב השבה מונע שלא ייעשה הפקר וכמש"נ. אבל בגזילה אף שכבר נתחייב הגזלן בהשבה, אבל מספק"ל לרבה שמא בכל זאת דמי לזש"י, כיון שהגזלן אינו רוצה לקיים מצות השבה. ודומה לזש"י דאין מי שיקיים מצות השבה.

וזהו ספיקת רבה, אם כמו שבאבידה כיון שנתסלקו הבעלים ע"י יאוש, וגם המוצא א"ח בהשבה (דזה נלמד משמלה דא"ח בהשבה אם כשבא לידו לא היו לו תובעים) נעשה הפקר כזש"י, ה"נ בגזילה הבעלים נסתלקו ע"י יאוש, והגזלן אך שנתחייב בהשבה אבל הרי אינו רוצה להשיב, וייעשה הפקר כזש"י, או"ד לא דמי, דבאבידה ליכא חיוב השבה כלל, משא"כ הכא הגזלן נתחייב בהשבה, אף שאינו רוצה.

עוד י"ל דספיקת רבה, דשמא בגזילה אין החיוב השבה מונע שלא ייעשה הפקר, דהרי יכול לקיים מצות השבה בדמים. אמנם קודם יאוש בודאי צריך להשיב הגזילה בעין, כי לא נסתלקו הבעלים ואין השבה אחרת חוץ לגזילה עצמה, ודמי ושויות החפץ מונח בחפץ, אבל לבתר יאוש דהבעלים נסתלקו והיה צ"ל הפקר, ורק החיוב השבה הוא שנותן לבעלים זכותי ממון ומונע שלא תיעשה הפקר, והרי יכול לקיים השבה גם בדמים, שמא גוף החפץ

נעשה הפקר. ואפשר דלכונה זו כתב רש"י כאן בסו"ד וז"ל והכא בגזילה דאתי לידיה מקמי יאוש והדר אייאוש סגי ליה בדמים עכ"ל, דאין הכונה רק לומר דאין יאוש פוטרו מתשלומין, אלא לבאר גוף הספק של רבה למה יש צד שיועיל יאוש אחר דאתא לידיה באיסורא, ומ"ש מאבידה דכל שכבר נתחייב בהשבה שוב אין יאוש מועיל, ולזה ביאר רש"י משום דבגזילה אפשר דסגי ליה בדמים ובזה מתקיים הדין השבה, משא"כ באבידה שאין בה תורת תשלומין כלל וכל הדין השבה שלה היא להשיב האבידה הבעין<sup>44</sup>.

עכ"פ לשתי הסברות מבואר דכאן אין מקום להזכיר הלימוד משמלה, דכל הלימוד משמלה לא בא אלא ללמד שאין חיוב השבה בדבר שאין לו תובעים, ואי"ז ענין לכאן דמיירי כשבא לידו באיסורא וכבר נתחייב בהשבה מקודם. (וגם מהיכ"ת לדמות חיוב השבה באבידה לחיוב השבה בגזילה). וכל הספק של רבה אינו אלא שמא כיון שהבעלים נסתלקו, וגם הגזלן אינו רוצה לקיים מצות השבה – או שיכול לקיימה ע"י תשלומין – הר"ז דומה לזש"י, דע"י שנסתלקו הבעלים, ואבודה גם מכל המוצאים האפשריים, נעשה הפקר.

### שיטת התוס' בגדר באיסורא אתא לידיה

תוד"ה הכא. מש"כ דאם יאוש קני בגזילה ה"ה באבידה שקונה לענין זה שאי"ח להשיב את גוף האבידה, ולא יתחייב לשלם כ"א דמים, כמו לגבי גזל עיי"ש. ותמה הקצה"ח (סי' שנ"ג) בשלמא בגזל מלבד חיוב השבת הבעין הרי חייב גם בתשלומין, אבל באבידה שאי"ח כ"א להשיב את האבידה עצמה, א"כ איזה טעם יש שיקנה את האבידה ויתחייב דמים. וכתב דע"כ דהוי שיוור בקנין, שקונה גוף האבידה אבל לא דמיה.

וק' שהתוס' סיימו דבריהם "כמו לגבי גזל" ומשמע דמייתי ראייה מגזל דכמו בגזל נהי שקנה גוף הגזילה אבל מ"מ חייב לשלם דמים ה"נ באבידה, ואיזה דמיון הוא זה הרי בגזל פשוט שחייב מצד החיוב תשלומין, ומהיכ"ת ללמוד דיש גם שיוור בקנין.

ונראה דע"י בסנהדרין (עב). שנחלקו רב ורבא בגדר חיוב אונסין דגניבה, דעת רב דהוא משום שהגנב קונה הגניבה – ולכן הפסד האונס הוא שלו – וחייב לשלם דמים תחתיה, ודעת רבא דאינו קונה את הגניבה אלא דחייב באונסין מידי דהוי אשואל.

ונראה לפרש דברי התוס' כאן עפ"י שיטת רבא שם, שהרי לרבא דהחיוב תשלומין הוא מידי דהוי אשואל א"כ הוא מלתא דאחריות, דהגנב חייב באחריות אונסין דומיא דשואל. ונראה דהחיוב אחריות (הן בשואל והן בגניבה) אינו חיוב צדדי, שאם יאבד החפץ ישלם דמים בעלמא, אלא הוא חיוב השבה, דמתחייב שלעולם ישיב החפץ או הוא או דמיו.

והגע בצמך, אם הבעלים יקנה לשואל את החפץ הרי פשוט דייפטר גם מאחריות אונסין, ולא נאמר שהוא חיוב בפנ"ע לשלם דמי החפץ אם יאבד. אלא הוא חיוב השבת החפץ או דמיו, ואם קנה לחפץ קנה גם לדמיו.

ולכן היה פשוט להם להתוס' דאילו היה מועיל יאוש לקנות את הגזילה לגמרי היה נפטר ממילא גם מאחריות דמיו. ומדאינו כן, וחייב לשלם דמים עכ"פ, ע"כ דלא הועיל היאוש לקנות לגמרי, ולא קנה אלא הבעין, ולא את דמי החפץ וחייב עדיין בהשבת הדמים.

וע"י בלשון הרמב"ן ב"מ (כו:): מש"כ דלעולם גזילה אינה נקנית כל כך שלא יהא מחוייב בהשבת דמיה עכ"ל, ומיירי שם לענין יאוש עיי"ש, מבואר להדיא דמה שחייב לשלם דמים אפי' אם קונה ביאוש הוא משום שאין הגזילה נקנית כ"כ שלא יהא חייב בהשבת הדמים, והם הם הדברים.

<sup>44</sup> אלא שא"כ יקשה דהרי האחרונים ביאור ענין שינוי קונה דע"י שפקע החיוב השבה קנה הגזילה בקניני גזילה. אבל כל זמן שחייב בהשבה החיוב השבה מונע שלא יקנה בקניני גזילה. ואם איתא דסגי לקיים החיוב השבה בדמים א"כ נימא דכל גזלן יקנה הגזילה מיד בקניני גזילה, והחיוב השבה יקיים בדמים. ולאותו דרך שכתבנו לעיל (בענין שינוי) דס"ל לרש"י דלמה דקיי"ל אי עביד לא מהני באמת לא מהני הקניני גזילה, ומה שקונה ע"י שינוי היינו דהשינוי עצמו הוא מעשה קנין, וביארנו מזה מה דס"ל לרש"י דצריך שינוי בידיה, היה נוחא. אבל דחינו דרך זה מכח המשנה דגזל פרה מעוברת וילדה, וא"כ הדק"ל, מאי שנא לענין יאוש דאמרין דקנה ביאוש ויקיים השבה בדמים, ומ"ש קודם יאוש דלא אמרין שיקשה בקניני גזילה ויקיים השבה בדמים. ושיל"ח.

ולכן סבירא להתוס' דכמו שהוא כן לענין גזילה, דכל שכבר נתחייב בהשבה אין יאוש קונה לגמרי, ה"ה לענין אבידה, שהרי גם באבידה חייב להשיב החפץ ודמיו.

אמנם באבידה אין אחריותו עליו אם נאנס, אבל מ"מ גם באבידה ס"ל דבעצם חייב בהשבת דמי האבידה, אלא דאם נאנס ונאבד האבידה גם הדמים נאבדו עמה, שהפסד האונס הוא לבעלים. ורק בגזילה שחייב באחריות – מידי דהוי אשואל – אמרינן שגם נכסיו ערבים לדמי החפץ באופן שאם נאבד החפץ עדיין הדמים קיימים. אבל לענין שיור בקנין יאוש אין חילוק בין גזילה לבין אבידה, וכמו שבגזילה כיון שבאיסורא אתא לידיה וכבר נתחייב בהשבה אינו קונה אלא גוף החפץ, והדמים נשארים של הבעלים, כך הוא באבידה.

ומ"מ לא ביארו התוס' למה החיוב השבה מעכב שלא יוכל לקנות דמי החפץ, ומ"מ מועיל לקנות את הבעין. ושי"ל דכיון שיכול לקיים השבה ע"י השבת הדמים, לכן אין החיוב השבה מונע קנין הבעין, אבל הוא מונע קנין הדמים שלא לבטל מצות השבה לגמרי. וכע"ז צדדנו לעי' בדברי רש"י, אלא שהקשינו דא"כ כל גזלן יקנה עכ"פ את הבעין של הגזילה ע"י קניני גזילה, גם בלי יאוש, ובפרט למש"נ לעי' (בענין שינוי) דשיטת התוס' דסוגיית הש"ס כאביי דאי עביד מהני עיי"ש, וצ"ע.

## שיטת הרמב"ן בענין הנ"ל

עי' ב"מ (כו:): נטל אבידה ע"מ לגזלה כו' מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה. והק' הראשונים שם אמאי אין הלאו דלא תגזול ודלא תוכל להתעלם ניתק ע"י השבת האבידה שגזל. ועי' ברמב"ן שם ותו"ד דאף שבעלמא הלאו דגזילה ניתק לעשה, הני מילי גזילה גרידא שלעולם אינה נקנית כ"כ שלא יהא מחוייב בהשבת דמיה הלכך כי מחזיר גזילה או דמים מקיים ליה לעשה ומנתק לאו, אבל הכא דין אבידה פתיך בה, ולכן קונה לגמרי וכי אהדריה אינו אלא מתנה. ואע"ג דבעלמא אין אבידה נקנית ביאוש אחר שבאה לידו, כדאמרי' בר"פ אלו מציאות דכיון דבאיסורא אתא לידיה אינה נקנית, ה"מ כשנטלה ע"מ להחזירה דכיון דנעשה שומר של בעלים הו"ל אבדה זו כאלו היא ברשות בעלים לגמרי ומש"ה אין יאוש מועיל ברשות בעלים את"ד עיי"ש.

והנה לכ' יש כאן ג' נידונים. האחד, איך קונה הך אבידה כיון שכבר נתחייב בהשבת אבידה, והרי באבידה קי"ל (שם כא:): דאין יאוש דאבידה מועיל כשבאיסורא אתא לידיה. ולזה ביאר הרמב"ן דהתם ה"ט משום שנעשה שומר והוי יאוש ברשות הבעלים, וזה ל"ש כאן שנטל ע"מ לגזול והוי כמונח ע"ג קרקע.

השני, דגם למ"ד דיאוש בכדי קונה בגזילה, אבל עדיין חייב בתשלומין, וא"כ כאן כשהגביה ע"מ לגזלה אפ"ת דהיאוש קונה אבל יתחייב בהשבת דמים (ועי"ז יהיה ניתק לעשה). ולזה ביאר דזהו דין בגזילה, שאינה נקנית כ"כ שלא יהיה מחוייב בהשבת אבידה, אבל כשפתוך בה גם דין אבידה לעולם היא יכולה להיות נקנית לגמרי.

והביאור בזה דאמנם כבר ראינו בתוס' דס"ל נמי דיאוש אינו קונה לגמרי להפטר מתשלומין, אבל דעת התוס' דזהו דין ביאוש עצמו במקום שכבר נתחייב בהשבה דשוב אינו מועיל לקנות לגמרי להפטר מתשלומין. ולדעת התוס' אם פתוך בה דין אבידה א"כ כל שכן שנתחייב בהשבה טפי, ולכן סבירא להו באמת להתוס' דגם באבידה נאמר הך סברא, ולכן התוס' השוו דין יאוש באבידה לדין יאוש בגזילה. אבל הרמב"ן ס"ל שאינו דין ביאוש אלא דין בגזילה, דכללא הוא בגזילה דלעולם אינה נקנית כ"כ לגזלן עד שייפטר מתשלומין. ולא ביאר הרמב"ן מנין דין זה נלמד. (ושמא מקרא דושלם.) עכ"פ כיון שהוא דין מסויים בגזילה, א"כ היינו דוקא כשאינו פתוך בה דין אבידה, אבל כשפתוך בה דין אבידה א"כ יכול לקנותה לגמרי ע"י יאוש דאבידה. (והדברים עדיין צ"ב קצת.)

אבל לכ' יש כאן נידון שלישי, שלא דיבר בו הרמב"ן, והוא להך צד בספיקת רבה דיאוש אינו מועיל כשבא לידו באיסורא אפילו לקנות הבעין, והכי קי"ל דיאוש כדי לא קני, א"כ גם כשנטל אבידה לגזלה נאמר כן. דלכאורה ספיקת רבה שמא יאוש אינו מועיל כשבא לידו באיסורא אינו מחמת הדין המסויים באבידה דלעולם אינה נקנית כ"כ כו', דזה נאמר רק לענין קניית הדמים, אבל קניית הבעין הרי מצינו גם בגזילה, כמו שמצינו כשנשתנה. ומה דמסק"ל לרבה שמא אין היאוש מועיל כשבאיסורא אתא לידיה לכ' היינו משום שאין יאוש יכול להפקיע חיוב השבה, וא"כ גם במגביה מציאה ע"מ לגזלה נימא כן, ומה לי דפתוך בה דין אבידה, כל שכן דחייב בהשבה טפי.

ב. קצת יל"ע דמדברי רבה משמע שכל מה דמספק"ל לחלק בין אבידה לבין גזילה הוא משום שבגזילה אתא הגזילה לידיה באיסורא, אבל אילו גם האבידה היה בא לידו באיסורא היה דומה לגזילה, ואילו לפי דברי הרמב"ן מה שאינו מועיל יאוש באבידה כשבא לידו באיסורא הוא מטעם אחר לגמרי, משום שידו כיד הבעלים, אשר טעם זה אינו שייך בגזילה כלל.

והנה הגמ' בב"מ (כא:) קאמר דיאוש אינו מועיל באבידה אחר כבר נתחייב בהשבה דבאיסורא אתא לידיה, ובלשון הזה מספק"ל לרבה לענין גזילה, ולכאורה משמע שהכל מעין סברא אחת. ואילו לפי"ד הרמב"ן הן ב' סברות נפרדות, דבאבידה אינו מועיל משום שנעשה ידו כיד בעלים ובגזילה ל"ש זה. אבל שמא באמת הכל מעין סברא אחת, דענין באיסורא אתא לידיה בכל מקום הוא שיד הבעלים עדיין שולט עליו, וזה מונע היאוש מלחול. שיאוש הוא מה שאין לו תובעים, ומסתלק ממנו, וכשהבעלים יש להם שליטה על החפץ ל"ש שישתלקו ממנו.

וסברא זו פשוטה היא באבידה שידו כיד הבעלים ולכן פשיטא דבאבידה אם בא לידו קודם יאוש אין יאוש מועיל כלל, שהרי היא לגמרי ברשות הבעלים. אבל רבה מספק"ל שמא גם בגזילה נאמר כן, שאם בא לידו קודם יאוש אין יאוש מועיל בו, שהרי כל שבא לידו בתורת גזילה קנה הבעלים זכות בדמיה עד כדי כ"כ שלעולם אינה יכולה להיות קנויה לגמרי לגזלן להפטר מהשבת דמיה. ואותה זכות היא נכסי צאן ברזל של הבעלים, ולכן מספק"ל לרבה שמא כיון שאין היאוש יכול להפקיע חיוב השבת הדמים ממילא אינו מועיל כלל, שהרי הדמים נשארים של הבעלים וזה נותן לבעלים יד בחפץ עד שאינם יכולים להסתלק ממנו כלל.

ולפי"ז מה דמספק"ל לרבה שמא אין יאוש מועיל בגזילה דבאיסורא אתא לידיה, וסברת הגמ' בב"מ דאין יאוש מועיל באבידה אחר שבאה לידו דבאיסורא אתא לידיה, אי"ז סברות נפרדות, אלא כעין סברא א', רק שיש לו פנים שונות, דבאבידה הסברא היא דכל שבאה לידו קודם יאוש נעשה ידו כיד הבעלים כו' ועי"ז יש להבעלים כח בהחפץ ול"ש שיתייאשו, וכע"ז מספק"ל לרבה לענין גזילה שמא הזכות שיש לו בהשבת דמים ג"כ הוא כח בהחפץ שמונע היאוש מלחול.

וכל זה בגזילה בעלמא שלעולם אינה נקנית לגזלן לגמרי להפטר מהשבת דמיה, ולכן מספק"ל לרבה שמא יד הבעלים אינו מרפה ממנה ולא חל היאוש כלל. אבל במגביה מציאה ע"מ לגוזלה דפתוך בה דין אבידה, בזה לא נאמר הך סברא דלעולם אין הגזילה נקנית כ"כ להפטר מהשבת דמים, כמש"כ הרמב"ן, ומ"מ גם ספיקת רבה ל"ש בזה, ומועיל יאוש שפיר, דאין כאן יד הבעלים כלל.

נמצא שאותה סברא שכתב הרמב"ן לבאר איך מועיל שם (בנידון דמגביה מציאה ע"מ לגוזלה) יאוש – אע"ג דבגזילה בעלמא לעולם אינו קונה כ"כ להפטר מהשבת דמים – משום שפתוך בה דין אבידה ויכול לקנותה לגמרי, היא מועילה גם לבאר איך מועיל שם יאוש אע"ג דמספק"ל לרבה אם מועיל יאוש בגזילה היכא דבאיסורא אתא לידיה. דכל ספיקת רבה אינו אלא מכח שיד הבעלים שולט בדמים, וזה מפקיע היאוש לגמרי, אבל כאן שפתוך בה דין אבידה אין יד הבעלים שולט בדמים, ויכול לקנות הכל ביאוש. ואף דבאבידה בעלמא אינו מועיל יאוש כשבא לידו קודם, היינו משום שנעשה שומר, וזה ל"ש כשנטל ע"מ לגזול, ויש לו ב' הקולות, וכמש"כ הרמב"ן.