

## מפתחות

2	סימן א' בדין בית האיש, ובחילוק בין גנב לגזול
19	סימן ב' בגדר חיובא דדו"ה
28	סימן ג' גדר חיובא דטוט"ג
35	סימן ד' בדין גונב טלה מן העדר, ובפלוגת הרמב"ם וראב"ד ביסוד דינא דטוט"ג, ובדין שבועה בטוט"ג
46	סימן ה' בדברי התוס' ד"ה יצאו קרקעות, ובדברי התוס' לעיל [נ"ז:], ובחילוקים בין פטור דבעליו עימו לפטור קרקע
57	סימן ו' ביאור דברי התוס' בדין י' גפנים טעונות, ובגדר דין טוט"ג, שהגניבה נעשה מכח ה'כי יתן', וה'כי יתן' קובע את הדינים של הגניבה הזו, ובגדר "רשות שומר" ו"רשות גנב" וב'היתירא אתי' ליד'.
73	סימן ז' גניבת קרקע במשיג גבול, ודין קרן של גנב וקרן של גזול
81	סימן ח' בחילוקים בין גזול למזיק, ובחידוש הגר"ח בגדר הדין 'מזיק שבגנב', ובדין תשלומין באינו בעין מדין 'ושלם'
94	סימן ט' ביאור בדברי הגר"ח בתוד"ה יצאו שטרות
105	סימן י' קרן כעין שגנב
116	סימן י"א בדברי התוד"ה גופא אמר רב, ובדין ג' אגודות, וביאור שי' התוס' רי"ד בקרן כעין שגנב
128	סימן י"ב בסוגי' דאנא פטימנא, ומ"ל קטלא כולה
134	סימן י"ג ג' דרכים באחרונים בסוגי' דתברא ושתי'
151	סימן י"ד בגדר גניבה אריכתא בתברא ושתי', ובסברת הגר"ח דבעינן דווקא מזיק, ובדברי הראשונים בכתובות [ל"ד], ובסנהדרין [ע"ב]
167	סימן ט"ו בדברי הרא"ש בסברת "שלא יהא חוטא נשכר", ובדבריו שמחלק בין כפל לדו"ה בגזה"כ ד"אחייה"
176	סימן ט"ז הערות בסוגי' דחומש
183	סימן י"ז ביאור תוס' [ד"ה אלמא] - המשך לסוגי' דתברא ושתי'
187	סימן י"ח הערות בסוגי' דגנב טלה ונעשה איל, ובטלאים דמעיכא
195	סימן י"ט בגדר הדין שינוי קונה ע"י הפקעת הוהשיב, ובדברי הגר"ח והגרי"ז בדין שינוי קטן לגבי הרי שלך לפניך
204	סימן כ' מחלוקת הראשונים - וב' דרכים, בגדר 'שינוי קונה'
214	סימן כ"א בדין אי עביד לא מהני, והמסתעף לענין שינוי [תמורה ו']
217	סימן כ"ב הערות בסוגי' דראשית הגז
221	סימן כ"ג חילוקים בין יאוש לשינוי, ושיטת התוס' בגדר איסורא אתא לידיה, וגדר הדין חיוב דמים באבידה
229	סימן כ"ד בסוגי' דיאוש לאו כהפקר
233	סימן כ"ה שי' הרמב"ן באיסורא אתא לידיה
238	סימן כ"ו דרך חדשה ביאוש לא קנה מחמת חובת השבה, וביאור בכמה מחלוקות בראשונים בסוגי' זו
246	סימן כ"ז בסוגי' דיאוש ושינוי רשות
257	סימן כ"ח דגזל קרבן דחברי'
260	סימן כ"ט שינוי השם, ובחילוק בין שינוי מעשה ושינוי השם בצירופים
263	סימן ל' מצוה הבאה בעבירה
270	מפתח מפורט

## סימן א' בדין בית האיש, ובחילוק בין גנב לגזולן

**פרק א' בדין גונב וטובח אחר הגנב, ומיעוט דבית האיש** / / הקדמה – מזיק גזולן גנב. / / פלוגתת האחרונים בגדרי בית האיש. / / פלוגתת האחרונים בגדר המיעוט של בית האיש ולא בית הגנב. / / בקושי' התוס' חדשים בדין טובח לאחר הגנב, דשאני מטביחה על הקדש, דכאן חסרון בעיקר הגניבה. / /

**פרק ב' בדברי הגר"ח בחילוק בין גנב וגזולן, שהגזילה היא העיכוב ממון, והגניבה היא כשיש מעשה נטילה בהך עיכוב ממון.** / / מתמה בעיקר האי חידוש דמה דלא מיקרי גנב מיקרי ממילא גזול וחייב בחיוב גזילה, ומביא כעין זה בנפל סלע מן הכיס ומדברי רש"י להלן [ק"ב] בשומר שטבח. / / מביא את יסודו של הגר"ח לחלק בין גזול לגנב שבגזילה העיקר הוא העיכוב ממון ובגניבה העיקר הוא המעשה גניבה של לקיחה מרשות חבירו. / / תוספת ביאור בגדר המיעוט לא מבית הגנב, במעשה או בעיכוב ממון. / / מוכיח כן ממה דאיכא לאו דגזילה בגנב, ומבאר האיך ילפינן דין שינוי קונה מגזילה לגניבה, ומוכיח כן עוד מהחילוק בין גניבה וגזילה בכמה פרוטות, וביאור החילוק בין גניבה וגזילה משותפין, ונפ"מ נוספת בעבד שגנב או גזל. / / מבאר עוד בזה את החילוק ביניהם לגבי ניתק לעשה ללאו הניתן לתשלומין. / /

**פרק ג' תוספת חידוש, שיש מעשה נטילה של גניבה בלי העיכוב ממון של גזילה.** / / מצאנו תוספת חידוש בדברי הסמ"ג בדין של בן בג בג, ששייך גניבה בלי גזילה ובלי עיכוב ממון, ותוספת דברין מהמנ"ח בגנבת עכו"ם וכן בפחות משו"פ. / / גונב ע"מ למיקט. / / מקור מסוגי' דריש איזהו נשך למעשה גניבה בלי עיכוב ממון דגזילה. / / דן בשיטת הקצוה"ח שאין חיוב ממון בגונב ע"מ למיקט, ומבאר למה ליכא מלקות בבן בג בג ובגונב עכו"ם. / / דיון בראשונים בדין תשלומין בגזול ע"מ למיקט. / / ביאור בעיקר דברי הסמ"ג דמה שייך גניבה בלי עיכוב ממון, ומבאר שיש גניבה כנגד 'החזקה' חבירו. / / ביאור בקס"ד לשלם כפל לשומר ולגנב הראשון. / / מבאר שלא שייך דין תשלומין לא בגניבת עכו"ם ולא בבן בג בג, אף אי נימא שיש תשלומין בגונב ע"מ למיקט, שבבן בג בג הוא זה שזכאי בתשלומין לעצמו. / /

**פרק ד' בדברי רש"י בדין נעילה בגניבה ע"י חצר.** / / דן בדברי האמרי משה דג"כ חילק כחילוקו של הגר"ח לבאר את דברי רש"י בב"מ דבעינן נעל את החצר בגונב ע"י חצר כפשוטו בלי חידושים בהלכות מעשה גניבה. / / מבאר שהקצוה"ח איירי דווקא בחצר המשתמרת, והכא היה כבר מצב של עיכוב ממון והכא קס"ד דאהני מחשבתו. / / מבאר דאזיל לשיטתו דגם גזילה בעי מעשה גזילה, ולכן מדמה גונב ע"מ למיקט לגזול ע"מ למיקט. / / דוחה - שאין דין מעשה גזילה גם לפי הקצוה"ח, ונעילה נצרכת רק בחצר לייחס אליו מצב של עיכוב ממון שקיים מצד החצר גם בלעדיו, ולכן לא קשה מידי מכופר בפקדון. / / מוסיף כדברינו מהקצוה"ח בגניבה בד' אמות.

## פרק א' בדין גונב וטובח אחר הגנב, ומיעוט דבית האיש

### הקדמה – מזיק גזולן גנב.

החלק הראשון של ב"ק הוא הלכות מזיק ומכאן ואילך איירי בהלכות גנב וגזולן [חוץ מפרק החובל], ועיין במאירי, וחלוקין נינהו, דמזיק הוא מי שמפסיד ממון חבירו וגזולן הוא מי שמעכב ממון מחבירו, ותרתי נינהו, ועיין בהערה <sup>1</sup> כמה

1 ולהלן כמה חילוקים בין גזולן שהוא עיכוב ממון למזיק שהוא הפסד ממון:

חילוקים ביניהם מחמת הגדרה הנ"ל, וע"ע להלן [סימן ז'] שהרחבנו עוד בזה ובגדר החדש שחידש הגר"ח במזיק שבגנב.

גם גנב וגזלן תרתי נינהו, דבחיובים הם תרתי דגנב חייב בכפל ודו"ה משא"כ בגזלן וגנב נמכר בגניבתו משא"כ גזלן, וגם במעשים שלהם הם תרתי, שיש להם ב' צורות שונות למעשיהם, גנב מסתתר מאנשים וכשאינו מסתתר הוא גזלן [ב"ק ע"ט:], ובפרק מרובה איירי בדיני גנב ובפרק הגוזל איירי בדיני גזלן [שטמ"ק בשם ר' יהונתן].

#### פלוגתת האחרונים בגדרי בית האיש.

בדין גונב אחר הגנב מבואר במשנה שפטור מכפל ודו"ה, ומה שפטור לשלם לגנב ראשון ילפינן מקראי דבית האיש להלן [ס"ט:], וצ"ב דאיזה קס"ד איכא בזה, ועיין בקוב"ש [י"ז י"ח] דקס"ד לחייבו מחמת קניני גזילה, וצ"ע דעדיין לא קנה ועיין שם מה שכתב בזה, וצ"ע, וע"ע בחידושי הגר"נ פרצוביץ זצ"ל להלן [ס"ח].

א] במכתבו של מרן הגרי"ז זצ"ל [סוף הספר עמוד 160] מצאנו שכיון שתשלומי נזיקין הם תשלומי הפסד לכן יש דין של שמין אגב השדה שזו שומא האיך לדון את ההפסד שההפסד הוא כלפי שאר השדה, לעומת גזילה שבא על גוף החפץ עצמו, וכלשונו "וגזלן משלם דמי מה שגזל ולא דמי מה שהפסיד" ובזה רק דנים את מה שהוא לקח עיכב ותו לא, ואין זה ענין כלפי מה שנשאר.

ב] בסוגי' דגונב שטרות - להלן [סימן ח'] - הבאנו מהגר"ח שביאר למה אין דין גרמי בגונב שטר אף שיש דין גרמי במזיק שטר וכמבואר בתוס' בשבועות [ל"ז: ד"ה מיעט שטרות] בתירוץ השני, וביאר שרק ביחס ל'הפסד' חשיב כגרמי כיון שאין ההפסד תלוי בשטר אלא בחוב [מחוץ לשטר] האם ישלמו או לא, ולכן אמרינן שאין זה הפסד ישיר ולהכי חשיב כגרמי, אבל בגנב - אף אי לא יהיה הפסד כלל - אכתי מיקרי גניבה כיון שעוכב לא בעי הפסד להחשב כעוכב, ולכן ליכא בזה דין גרמי.

ג] מהאי טעמא יש אומרים שיש מקום לדון ולומר שאין היזק על ממון שיש עליה התחייבות של חברה ביטוח אף שפשוט שאין לפטור חיוב תשלומין על העיכוב שבגזילה בכה"ג.

ד] מצאנו דחליפי ע"ז תופסין את דמיהן, וזה במקח דמה לי הן מה לי דמיהן אבל במזיק כתב הגר"ד [ח"א כתובות סוף סימן כ"ד] דליכא דין זה, והיינו משום שהתשלומין הוא תשלומין על המעשה הפסד ולא משלם על גוף החפץ, ונראה פשוט שאחרי דברי הגרי"ז בדין שמין אגב קרקע, הרי פשוט שגזילה שבא על גוף החפץ [ולכן הכא אין דין שמין אגב השדה] שזה כבר מיקרי ממון ע"ז להיות תופס את דמיו.

ה] על דרך זו נראה שיש לדון בבני העיר שמכרו בית הכנסת או תיבה או ספר תורה שיש דין מעלין בקודש בהך ממון ולא קונים דבר פחות בקדושה בדמיו, והיה נראה שכך הדין גם בתשלומי גזל אבל בתשלומי מזיק היה נראה שאין שום דינים בממון הזה, ודו"ק.

ו] נראה דמהאי טעמא פירש הרא"ש [בשטמ"ק להלן ק"ד:] שגזילה היא מלוה שאינה כתובה בתורה דמדין נהנה הוא מתחייב, ולא דמי למזיק שלא נהנה ולכן רק מזיק מיקרי כתובה בתורה, והרי פשוט שאין הדברים כפשוטם, שהרי הגר"ח אמר שנהנה עצמו מיקרי מלוה הכתובה בתורה כיון שפטור בקלב"מ וכן הוא בגזלן עצמו, וע"כ שבעיקרו מלוה הכתובה בתורה היא, ולא דמי להלוואה ומקח שהוא מחייב את עצמו והכא בגזילה התורה מחייבת אותו ולכן התורה פוטרת בקלב"מ, אבל אחרי שהתורה מחייבת אותו בגזילה, שוב דומה הך חיוב לכל חיוב של הלוואה ומקח וכדומה, והיינו שזה חיוב תשלומין על החפץ עצמו - שחפץ מעוכב אצלו וחפץ שהגיע אליו או שלקחו בהסכמה או לא בהסכמה - מחייב תמורה ותשלום עליו, וזה מה שמדמה לנהנה, ולאפוקי שאינו כחיוב על מעשה גרידא, כמו חיוב על מעשה מזיק שזה לא חיוב על גוף החפץ אלא מחמת מעשה שנעשה לחפץ - ומעשה זה מחייבו בתשלומי הפסד החפץ ולא בתשלומי החפץ עצמו.

ס"ק קל"א] מה שהביא בזה דמדין גורם לממון אתינן עלה, והכא כו"ע מודי גורם לממון כממון דמי עיי"ש, וכל הדרכים הללו קשים לי, שהרי עד כמה שהגנב הוא הבעלים וזה ממנו וקנינו, א"כ הרי זה בית האיש, שהוא עצמו האיש ואין זה בית הגנב, וע"כ נראה שצריכים לפרש בזה באופן אחר, ועיין בזה בהמשך.

וכל זה כלפי הגנב ראשון, ומה דפטור לשלם לבעלים אמרינן שם משום שאינו ברשותו, והיינו דכיון דאינו ברשותו לכן אינו מבית האיש, כן מבואר בר"י מלוניל [משנה] ובמאירי [משנה ס"ח] וברי"ד ריש הגזול בתרא, והאמרי משה [סי' ל"ב ס"ק ו'] הסתפק אולי פטור מסברא דאינו ברשותו, והמנ"ח [מצוה נ"ד ס"ק ה'] נקט דיליף מסברא, וע' רעק"א במשנה דפטור מגזה"כ דמבית האיש וכ"ה בקצה"ח ל"ד ג'.

ויש לעיין דמה הגדרים בבית האיש ומתי חשיב אינו ברשותו להפקיע ממנו את התורת בית האיש, אטו בעינן ממש בית האיש, והרי פשוט שבגונב מבית השומר דחייב כיון דהוי ברשותו ושפיר חשיב מבית האיש, דיד שומר כיד בעה"ב, וזה משנה מפורשת ריש המפקיד, ועיין נמי בתוס' להלן [ע']., ובגונב מרשה"ר ומהאגם נחלקו הבבלי וירושלמי וכמו שהביא הקצה"ח [שמ"ט ס"ק א'], ובאופן שאין לגנב הראשון קניני גזילה כגון בקלב"מ, דעת רעק"א [כתו' ל"ד] דחשיב ברשותו וחשיב מבית האיש<sup>2</sup>, וכן דעת רעק"א בתשו' [מובא ברעק"א חדש כתו' ל"ד] דבגנב בלי משיכה דאין לו קניני גזילה יוכל הבעלים להקדיש, והאחרונים חולקים עליו, עיין בהערה<sup>3</sup>, ובאבידה האם מיקרי בית האיש או לא, עיין ברמב"ם [מכירה פרק כ"ב - ט'] דמיקרי אינו ברשותו, וכ"ה בנתה"מ [סימן רנ"ט ס"ק א'] וע' אמרי משה [סימן ל"ד ס"ק ג', וז'] שהאריך בזה, ופשוט דלפי רעק"א הנ"ל דבגנב בעי קניני גזילה להחשב אינו ברשותו, דאבידה לא חשיב אינו ברשותו.

#### **פלוגתת האחרונים בגדר המיעוט של בית האיש ולא בית הגנב.**

והנה בגדר המיעוט דמבית האיש ולא מבית הגנב, י"ל בג' אופנים:

2 וכל מה שהאו"ש גניבה [ג' - ב'] פליג הוא משום דס"ל דשינוי קונה בקלב"מ ודלא כהנתה"מ [סימן שנ"א ורעק"א הנ"ל שחידשו דאין קניני גזילה בקלב"מ].

3 ותמהו האחרונים [אהא"ז גניבה א' - י"ד ד"ה אבל, קובש"ע כתו' אות קכ"ב וע"ע קובש"ע מרובה אות ט'] דחסרון שליטה בלי קניני גזילה נמי חשיב אינו ברשותו וכמבואר להלן [קט"ז] בבא אנס כנגדו דאינו מחלל מע"ש, ומצאתי באו"ש גו"א [ו' - י"ד] ששם זו הלכה מסויימת בחילול מע"ש שצריך "וצרת בידך" כשפודה על מעות ובעינן "מצוי בידך", ובבא אנס אינו מצוי בידך - עיי"ש שהוכיח כן ממעות בקסטרא, ולדבריו נפלה ראיית האחרונים נגד רעק"א. ובעיקר קושי' האחרונים על רעק"א, ע' אבי עזרי מהדו"ק מכירה [כ"ב - ט'] מה שתיירץ בזה לחלק בין דין אינו ברשותו כלפי הבעלים לדין אינו ברשותו כלפי הגזולן עצמו, ואף דיישב דברי רעק"א לענין קלב"מ [כתו' ל"ד], אבל לא יישב את דברי רעק"א בתשו' לענין שהבעלים יכולים להקדיש.

א] נתמעט מכל הגניבה וגזילה לגמרי, ואין בו לא חיובין ולא לאוין וכ"ה שי' הקצה"ח [סימן ל"ד ס"ק ג'], וכשבא אחר ואכלו רק חייב מצד מזיק, ואין אפילו לאו של גזילה<sup>4</sup>.

ב] י"ל דלא נתמעט מכלום חוץ מחיובא דכפל, וכן הביא האו"ש גניבה [ג' - ב', ד"ה לכאו'] מהמבי"ט, וחוז' מזה הרי הוא גנב לכל דבר.

ג] האחרונים חידשו דמבית האיש ממעט דחסר בכל המעשה גניבה ואינו אלא גזלן, ולכן פטור מכפל, כ"כ החזו"א<sup>5</sup>, וכן שמע הגרש"ר מהגר"ז<sup>6</sup>, וכן נראה מהאמרי משה [סי' ל"ד ס"ק ד'], וכמעט מפורש כן בגר"ח<sup>7</sup>.

והנפ"מ יהיה שלפי דרכם ליכא דין ונמכר בגניבתו, ולפי האו"ש והמבי"ט יש ונמכר בגניבתו, וגם יהיה נפ"מ ביניהם לגבי הלאו דלא תגנוב, ולתרוייהו קעבר בלא תגזול, והגר"ש רוזובסקי זצ"ל [שם] הביא מהגר"ל דיסקין שיש דין ונמכר, והיינו ע"כ כהאו"ש.

ועיקר יסוד זה של הגר"ז והחזו"א הביא מו"ר שליט"א בענפי ארז מהתוס' ר"ד ריש הגזול ומאכיל שחילק בין גנב לגזלן וביאר דלכן ליכא כפל בגונב מן הגנב ואיכא קרן, ותמה שם המגיה דלמה חילק בין גנב לגזלן ולא חילק בין כפל לקרן, וע"כ כהחזו"א והגר"ז.

[ויש מקור בראשונים לפלוגתא זו שהר"ן בחידושו [ב"מ מ"ג] כ' דתברא ושתי' חייב מדין מזיק, וכסברת הקצוה"ח, ולעומת זאת רש"י והמאירי כתבו בריש הגזול ומאכיל [ק"א: וקט"ו. בד"ה דרב חסדא] דהוי גזלן, ומשמע כדרכו של החזו"א והגר"ז, עיי"ש, ולהלן בסוגי' דתו"ש הארכנו בכל זה].

**בקושי' התוס' חדשים בדין טובח לאחר הגנב, דשאני מטביחה על הקדש, דכאן חסרון בעיקר הגניבה.**

בדין טובח ומוכר לאחר הגנב, כתוב במשנה שגם טו"מ לאחר הגנב פטור, וע' תוס' חדשים דהק' דמהו המקור לזה ותי' ד"דו"ה אמר רחמנא, ולא גו"ד", וכדאמרו בהקדש בב"מ בהזהב, והק' דלפי"ז תמוה דלמה הגמ' לא הק' כבר כאן [דיתחייב עכ"פ גו"ד] ולמה המתינו עד ב"מ.

ונראה, דלפי החזו"א והגר"ז, דמבית האיש ממעט כל המעשה גניבה, ולא רק כפל אלא גם דין ונמכר, אבל גזילה אכתי איכא, א"כ אין כאן חטא דגניבה ואין כאן לא תגנוב וממילא לא שייך דיני טביחה ומכירה, וזהו דינו של המשנה, אבל התם בב"מ דאיכא גניבה, ורק דיש פטור כפל, התם קשה להו דשפיר איכא

4 סימן לדבר - מקומו של הקצוה"ח היא בהלכות עדות שבה להכשירו לעדות ולומר שלא עבר על הלאו ולא רק שאין חיובים של גנב שאז היה מקומו בהלכות גניבה, והעירני תלמיד אחד דמה הדין במזיק האם עבר על איסור מזיק לפי הטור שהאיסור הוא מצד איסור גזילה, ונראה שכפשוטו הוא עובר על האיסור, שהרי עיקר סברת הקצוה"ח שהוא לא עשה תוספת בעיכוב ממון, ולכן חסר בחפצא של גזילה, אכן עד כמה שהלאו של גזילה שייך גם במזיק, ששם אין עיכוב ממון רק עיכוב ממון [אשר זה ההבדל בין מזיק לגזלן], א"כ ה"ה ששייך איסור גזילה באופן זה.

5 בנדפס מחדש ריש מרובה - [סימן ט"ז ס"ק ז'].

6 שיעורי הגר"ש רוזובסקי זצ"ל [ב"מ סי' ל"ח].

7 בחזון יחזקאל ב"מ [פ"ג ה"ו] - מובא בגר"ח עה"ש הוצאת מישור [סוף ב"ק].

טביחה בגניבה אף שאין על זה כפל, וע"ז הוצרכו לפרש ד"דו"ה אמר רחמנא", דכשפטור מהכפל פטור נמי בדו"ה.

אולם להא"ש דגם הכא זה הוא רק פטור כפל, ויש גניבה ולא דלא תגנוב ודין ונמכר, שוב הדרא קושיא לדוכתא, ואדרבה, לפי החזו"א והגרי"ז י"ל דזהו כל הרבותא במשנה, דקס"ד דאף דאין כפל, אבל גניבה איכא וכהא"ש, ואז איכא חיובא דטביחה, וקמ"ל דאין כאן את כל הגניבה.

ופשוט שגם לפי דרכו שהקצוה"ח א"ש שאם אינו לא גנב ולא גזלן אז פשיטא שאין מחייב של טביחה, ופשוט.

איברא דראיתי בחזו"א שהוכיח דעל כרחק שיש גזילה מבית הגנב, ודלא כהקצוה"ח, דא"כ למה שנו במשנה כל הך דין דאין כפל ודו"ה מהגנב, הול"ל יותר, דאין אפי' אונסים וגזילה, וצע"ג, וע"ע בהערה <sup>8</sup>.

עכ"פ עיקר הדברים מפורשים ברבינו יהונתן מלוניל וז"ל: - "אין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל כלומר לגנב ראשון כו' דכתיב וגונב מבית האיש ולא מבית הגנב וכו' ואם טבח ומוכרו נמי לא משלם ד' וה' מהאי טעמא דוגונב מבית האיש ולא מבית הגנב וכו'", ומפורש בדבריו דילפינן מעיקר הילפותא דוגונב מבית האיש גם כן הא דטובח ומוכר אחר הגנב אין משלם דו"ה, וכן הוא משמעות הרמב"ם [פ"א מהלכות גניבה הלכה י"ז], "ולא לבעלים אינו חייב לשלם הכפל או ארבעה וחמשה מפני שלא גנב מרשותו", ומפורש בדברי הרמב"ם שגם על זה שלא משלם דו"ה אמרינן 'מפני שלא גנב מרשותו', ויתכן שזו כוונת רש"י במה שכתב "אין הגונב אחר הגנב כו' - דכתיב וגונב מבית האיש ולא מבית הגנב", שכוונתו רש"י לפרש את כל המשנה עד סופה, שגם את מה שאמר התנא דאין הטובח והמוכר אחר הגנב משלם תשלומי דו"ה דגם כן ילפינן מקרא דוגונב מבית האיש.

#### פרק ב'

#### בדברי הגר"ח בחילוק בין גנב וגזלן,

#### שהגזילה היא העיכוב ממון,

#### והגניבה היא כשיש מעשה נטילה בהך עיכוב ממון.

**מתמה בעיקר האי חידוש דמה דלא מיקרי גנב מיקרי ממילא גזלן וחייב בחיוב גזילה, ומביא כעין זה בנפל סלע מן הכיס ומדברי רש"י להלן [ק"ב] בשומר שטבח.**

אף דהוכחנו כהחזו"א והגרי"ז דחסר בעיקר הגניבה והוי ליה גזלן, וכן מבואר בתוס' רי"ד וכו"ל, אולם עיקר דבריהם צ"ב, דכבר נתבאר דגנב וגזלן תרתי נינהו, זה בגלוי וזה בסתר ואיך מי שנתמעט מגניבה נהיה גזלן, אלא דמצאנו עוד כמה גווני בחידוש זה.

<sup>8</sup> והיינו דאיכא שיטה נוספת, והיא שי' הנתה"מ, דכשקונה בשינוי, שוב הוי גזילה וגניבה, וע' או"ש גניבה [פרק ג' הלכה ב'] מה שתמה מהמשנה דהטביחה יהיה טביחה וגניבה ביחד, דהטביחה הוא שינוי, וע' באמרי משה [סי' ל"ב ס"ק ו'] מה שיישב בזה ולהלן [סימן י"ג] בסוגי' תברא ושתי' נאריך בשיטתו.

דיעויין בב"מ [כ"ו] דבנפל ממון ונטלה חבריו ע"מ לגזול דעובר בלא תגזול, והגמרא שם מנתה את כל הלאוין בכל אופן ואופן שהוא לא משיב, עיי"ש, והק' האמרי משה [סימן ל"ד ס"ק ג'] דלמה אין לא תגנוב ולמה אין כפל, והוכיח מכאן דאינו גנב כלל רק גזלן וכהאחרונים דלעיל, דאבידה אינו מבית האיש [וזה תולה על מה שהבאנו לעיל מרעק"א], וכן הביא הגר"ש רוזובסקי זצ"ל שם ממרן הגרי"ז, ועיין בהערה <sup>9</sup> דרך אחרת בסוגי' שם, עכ"פ הכא מצאנו מקור מהגמרא לחידוש זה, שמה שלא מוגדר כגנב ממילא מוגדר כגזלן וחייב מצד לא תגזול, וע"ד הנ"ל, וצ"ע.

עוד אופן הביא בזה מו"ר שליט"א בספרו ענפי ארז מהמבואר ברמב"ם [ריש פ"ז דגניבה] שכתב דבמשקלות אף שהוא "גנב" אין כפל והטעם לזה פי' המ"מ "שהרי הוא גזלן ואין כפל בגזלן" ופי' האהא"ז שם דאינו גנב כיון דהבעלים נתנו לו בידו ואין לזה גדרי גנב, ולכן דינו כגזלן [ואכתי קראו הרמב"ם גנב כיון שהוא מסתתר], ולכא' ק' דסו"ס אינו גזלן דהא מסתתר, ומוכרח דכל גנב הוא גם גזלן, וכשפקע ממנו דין גנב נשאר עכ"פ כגזלן, עכתו"ד, וגם הכא קשה כנ"ל דלמה חשיב כגזלן אי הוי בסתר, עוד יש להק', וכן הק' באהא"ז [פ"ח גניבה סוף ה"ז] על הרמב"ם הנ"ל במשקלות, דמה"ט דפירשנו דמשקלות אינו גנב, כמו"כ אינו גזלן, דנתנו בעצמו בידים, וצ"ע למה חייב מדין גזלן אם פטור מדין גנב.

והפשוט בכל זה עפ"י הגר"ח <sup>10</sup> שהביא גיוני נוספת של חידוש זה, שהביא מרש"י לקמן [ק"ב. ד"ה שאם אין] בענין שומר שטבח "אפילו הכי גזלן נעשה עליה ולא גנב שאין דין גנב אלא בטוען טענת גנב", והיינו שאין אפשרות ששומר יהיה גנב אלא בטוען טענת גנב, וכפשוטו מה דלא נהיה גנב היינו משום שבהיתירא את' לידיה או שחסר במעשה גניבה שהפקדון ממילא אצלו בתורת שומר, ורק בטוט"ג נתחדש גזה"כ שחייב, ותמה בזה הגר"ח דלכא' כמו שהשומר יכול ליעשות גזלן מאי שנא דלא נעשה גנב, ועוד דאי הוי בסתר הוי גנב ולא גזלן, ועיין בהערה <sup>11</sup> במה שיש לדון בעד אופנים כאלו שמרומזים בדברי הגר"ח שם.

הרי לנו פטור כפל בגונב מן הגנב [משנה כאן], ופטור מלאו של גניבה בנפל סלע מן הכיס [ב"מ כ"ו] פטור כפל במשקולות [רמב"ם], ודין גזלן ולא גנב משומר שטבח [רש"י ק"ב], וכולהו צ"ב כנ"ל דאיך נהיה גזלן, אחרי דלא נתקיימו בו תנאים של גניבה.

9 והנה פשוט שזה נגד הקצה"ח דלדידה אין לא תגזול אי חשיב אינו ברושתו וע"כ שהוא למד את הגמרא אחרת, וזה גם נגד האו"ש דלדידה איכא נמי לא תגנוב, וצ"ע, ויש לומר שהם לומדים שאין פטור של מבית האיש באבידה ויש שם פטור אחר שפוטור רק בגניבה ולא בגזילה. והביאור כך - וקרוב לזה מצאתי באמרי משה [שם ל"ד - ו'] - וזה ע"ד מה שהבאנו להלן במשקולות, דבעינן שיהיה מעשה בדרך גניבה ולא שיגרום שחבירו יתן לו, ומעתה כיון שמצד הל' השבת אבידה מחוייב ליטלו, [ודומה קצת לבהיתירא אתא לידיה, ודו"ק], א"כ המעשה אינו מעשה גניבה, ורק עיכוב ממון איכא במחשבתו, וזה גזילה ולא גניבה.

10 חזון יחזקאל ב"מ [פ"ג - ה"ו] - מובא בגר"ח עה"ש הוצאת מישור [סוף ב"ק].  
11 והיינו דכעין זה יש לדון ממה שאמרו דשליחות יד הוי גזלן [רמב"ם פ"ג גזילה הי"א], ולכא' למה לא נימא שאם שלח ידו בסתר יהיה נדון כגנב. וכן אמרו דשואל שלא מדעת הבעלים הרי זה גזלן [רמב"ם פ"ג שם הט"ו], ולא אמרו שאם הוא בסתר הרי זה גנב.

**מביא את יסודו של הגר"ח לחלק בין גזלן לגנב שבגזילה העיקר הוא העיכוב ממון ובגניבה העיקר הוא המעשה גניבה של לקיחה מרשות חבריו.**

ובביאור הענין חידש הגר"ח דבגזילה החיוב הוא על העיכוב ממון ובגניבה החיוב על מה שעשה מעשה גניבה, והביאור בזה, דכפשוטו גניבה וגזילה הם ב' מעשים ויש ב' צורות למעשים, זה בגלוי וזה בסתר, ויש כאן ב' פרשיות מקבילות, אולם נתחדש הכא דאינו כן, אלא דאין צורה למעשה גזילה, דאין לגזילה דין מעשה, שבגזילה העיכוב ממון המציאותי ועצם ה'מצב' של ממון חבריו מעוכב ממנו על ידו הוא המחייבו, ובגניבה נתחדש שיש מעשה וצורה האיך הוא מביא את המצב הזה של העיכוב ממון, והיינו מעשה לקיחה מחבירו, ונמצא שאין כאן ב' פרשיות מקבילות, אלא פרשה אחת של עיכוב ממון ובתוך כך פרשה יש תוספת דין, והיינו שאם העיכוב ממון של פרשת גזילה נהיה על ידי מעשה בצורה של מעשה גניבה, שוב מתחייב עוד מצד חיוב גניבה בהך גזילה, פרשה בתוך פרשה.

ואין דברי הגר"ח סתירה לגמרא שמחלקת בין סתר וגלוי אלא אדרבה, דבריו הם 'הסבר' בעיקר חילוק זה, והיינו שבגניבה נתחדש תרתי, א] בתחילה נתחדש שיש לגניבה דין מעשה ודלא כגזילה, ועל המעשה עצמו חייבים, ב] אחרי שיש מעשה הגדירה התורה שיש גם צורה למעשה והיינו שיהיה מעשה בסתר, ומה שאמרו בגמ' דגזילה בפרהסי', היינו שאין צורה למעשה כיון שאין מעשה, ולכן לא אכפת לן שיהיה בפרהסי', ודלא כגניבה, אבל לא שפרהסי' משוה לה לגזילה, דחילוקים של פרהסי' וסתר לא שייכים כלל בעיכוב ממון עצמו, עכתו"ד הגר"ח בתוספת ביאור.

ומעתה מיושב הכל בפשיטות, שכמו שבגזילה בגלוי חסר בצורה של המעשה של גנב דבעינן 'סתר', וממילא רק מחייבים מצד המצב של העיכוב ממון ולכן חשיב גזלן, כמו כן כשיש גזה"כ שפוטט במעשה גניבה, וכגון בית האיש ולא מבית הגנב שלא היתה כאן מעשה לקיחה מרשות הבעלים שהממון היה במצב של אינו ברשותו [בית הגנב], בכה"ג פטרה תורה, שאמרה תורה שחסר בעיקר צורת המעשה גניבה וממילא חשיב גזלן, וכן במשקולות, דאינו גנב כיון דהבעלים נתנו לו בידו ואין לזה גזרי גנב, וכלפי גזילה לא אכפת לן בזה דלא אכפת לן בצורה המעשה אחרי שממילא אין דין מעשה, ובשומר שטבח חסר במעשה גניבה כיון שבהתירה אתי' לידיה אבל אין זה ענין לגזלן שסו"ס איכא הכא עיכוב ממון פשוט.

[וע' ב"מ [ס"א] דבעושק שכר שכיר עובר בלא תגזול, והק' בחי' רמ"ש ב"ק [ס"ו] דלפי הקצה"ח למה יש גזילה, הא חוב אינו ברשותו ועל האו"ש עצמו לא ק' דאינו בסתר ולכן אין לא תגנוב, וכן חסר במעשה גניבה והרי זה ממש כיסוד הגר"ח].

**תוספת ביאור בגדר המיעוט לא מבית הגנב, במעשה או בעיכוב ממון.**

נמצאנו למדין שיש כמה דרכים שונים בגדר המיעוט של מבית האיש ולא מבית הגנב, דלמבי"ט ואו"ש גזה"כ בעלמא בהלכות כפל הוא, ולחזו"א ולגרי"ז הרי"ז גזה"כ במעשה דגניבה, וכמו דסתר הוא צורת המעשה, וכן מה שהוא יקח ולא מה שחבירו יתן [משקולות] הוא צורת המעשה, כמו"כ מבית האיש הוא כן, ולפי

הקצוה"ח הרי"ז גזה"כ בגוף העיכוב הממון, דממון שכבר מעוכב בדרגת אינו ברשותו אין בו משום עיכוב ממון חבירו.

ובנוסף אחר, לפי הגרי"ז "בית האיש" הוא הקובע במעשה, ולפי הקצוה"ח בית האיש מגלה על ה"אינו ברשותו", והמיעוט הוא בממון, שהממון כבר מעוכב למצב של "אינו ברשותו".

**מוכיח כן ממה דאיכא לאו דגזילה בגנב, ומבאר האיך ילפינן דין שינוי קונה מגזילה לגניבה, ומוכיח כן עוד מהחילוק בין גניבה וגזילה בכמה פרוטות, וביאור החילוק בין גניבה וגזילה משותפין, ונפ"מ נוספת בעבד שגנב או גזל.**

ומו"ר שליט"א בספרו ענפי ארז הביא ראיה גדולה לעיקר יסוד זה משו"ת הרי"ף [ח"א סי' קל"ג ומובא נמי בשו"ת הרשב"א סוף ח"ו] דכל גנב עובר בלא תגנוב ובלא תגזול, וברבינו בחיי פ' קדושים [פ' י"א] נמי מבואר דכל גנב הוא גזלן ועובר בלא תגזול [ולכן לאו דלא תגנוב מיותר לדרוש ע"מ למיקט, וכן הביא שם נמי מהשאלות פ' נח] ובפסקי הרי"ד ב"ק [ס"ה. - ד"ה אלא] מבואר דלא גרע גנב מגזלן, הרי דמכל הנ"ל מבואר דכל גנב הוא גם גזלן אף דאינו בפרהסי, והיינו כנ"ל.

וחידש בזה עוד דבזה יתיישב קושי' הקובש"ע [ריש מרובה] דהאיך ילפינן שינוי קונה מגזילה לגניבה, ותירץ דכל גנב הוא גם גזלן וקונה מדין גזילה, ומה"ט לא נאמרו הלכות שינוי במשניות במרובה שהם הלכות גניבה רק במשניות בהגזול שהם הלכות גניבה, דתמיד מצד הגזילה שבו אתינן עלה.

והגרש"ר בשם הגרי"ז [מכות אות תל"א] ביאר בדרך זו את לשונות הרמב"ם, דבריש גניבה כ' "כל הגונב שו"פ ולמעלה" ובריש גזילה כ' "כל הגזול שו"פ", והחילוק דכשדנים מצד העיכוב ממון, אז כל פרוטה נוספת הוא לאו, ולכן שיעור הלאו דלא תגזול היא שוה פרוטה, ולמעלה מזו יש כבר לאו נוסף, אבל כשדנים מצד המעשה, רק צריך שו"פ כדי שיהיה מעשה חשוב, וכל פרוטה נוספת אינה הוספה בלאו ולכן "שו"פ ולמעלה" עובר בלא תגנוב א' [וכמובן שממילא עובר נמי בלא תגזול].

וברשימות שיעורים להגר"י קלמנוביץ שליט"א יש תוספת דברים בכל היסוד הנ"ל, שמקודם הביא שאמר הערה זו למרן הגרי"ז זצ"ל על ההבדל בין כמה פרוטות בגזילה לגניבה, והגר"י ז' דימה לאיסור שתיית יין בנזיר על כל רביעית ורביעית, והוסיף שגם מרן הגר"ד זצ"ל סבר שבגזילה כל פרוטה היא גזילה נפרדת.

עוד הוסיף שם שגם כשאין כאן פרוטות נפרדות בחפץ הנגזל אכתי מודדים כן, ודבר זה דומה לכלי שיש בו מאה שותפין – הרי כל אחד הוא שותף בשוה פרוטה מעורב בכל הכלי, וזה שייך גם אי אין חלקים נפרדים של הכלי שאפשר לדון על כל חלק וחלק שהוא שוה פרוטה בפני עצמו בלי שייכות לכל הכלי, אלא כל כולו כלי אחד ותו לא ואעפ"כ כל אחד הוא בעלים על שו"פ אינו מבורר, והרי פשיטא דכה"ג כשהוא גזל את הכלי הרי הוא גזל לכל אחד ואחד את זכותו הנפרדת בשותפות בכלי שיש בה שו"פ, וממילא דה"ה בבעלים אחד נמי ההסתכלות היא

כך, אכן בגנב אינו כן שאין כאן אלא גניבה אחת, כיון שהוא לקח לקיחה אחת מרשות אחת שהיא 'רשות השותפות' – ודו"ק.

והוכיח כן, שהרי יש דין של וטבחו כולו באיסור ובעינן חמשה בקר ולא חמשה חצאי בקר, ולכן שותפין שגנבו וטבחו או מכרו פטורים, אכן הגונב משותפין וטבח חייב וכמבואר להלן [ע"ח: ע"א:], ואין כאן חמשה חצאי בקר אלא חיוב אחד של בקר שלם, ומוכרח שהגנבה היא גניבה וטביחה אחת מהרשות שממנו גנבו והיא רשות השותפות, אף שבגזילה העיכוב ממון הוא עיכוב מכל אחד ואחד. ושמעתי מהגר"י ערענפלד בשם הגאון ר' בנימין פאלער זצ"ל, דיש אופן שמתחלקין גניבה מגזילה, דמבואר ברמב"ם דעבד שגנב האדון חייב כפל, והגר"ח הוכיח מהכא דע"כ שיש מזיק בכל גניבה, הלכך אפשר לכלול חיובא דגנב בכלל הדין שמירתן עליך, ואמר ע"ז הגאון ר' בנימין פאלער זצ"ל, דרק המעשה גניבה הוא מעשה מזיק שעליו יכולים לחייב את האדון, אולם הגזילה והעיכוב ממון של העבד אינו בכלל מעשה מזיק, ולא נכלל בדין שמירתן עליך, ומה"ט הביאו הרמב"ם בהל' גניבה ולא בהל' גזילה.

#### **מבאר עוד בזה את החילוק ביניהם לגבי ניתק לעשה ללא הניתן לתשלומין.**

בעיקר החילוק בין גנבה לגזילה שמעתי לדון בזה עוד עפ"י מה שמצאנו דחלוקין ביניהם הפטור מלקות בגזילה וגניבה, דיעויין באבן האזל [פ"א מהלכות גזילה] שכתב לדקדק את לשון הרמב"ם בריש הלכות גזלה שכתב "ואין לוקין על לאו זה שהרי הכתוב נתקו לעשה שאם גזל חייב להחזיר שני' והשיב את הגזלה אשר גזל זו מצות עשה, ואפילו שרף הגזלה אינו לוקה שהרי הוא חייב לשלם דמיה וכל לאו שניתן לתשלומין אין לוקין עליו".

אולם בהלכות גניבה [פ"א ה"א] הזכיר הרמב"ם רק את הטעם שניתן לתשלומין, עיי"ש "ואין לוקין על לאו זה שהרי ניתן לתשלומין שהגנב חייבה אותו תורה לשלם".

וכתב הגרא"ז זצ"ל דמשמע מדברי הרמב"ם דאף שלא דגזילה פעמים שהוא ניתק לעשה כשהדבר הגזול בעין, לאו דגניבה לעולם איננו ניתק לעשה, אלא הוא בגדר לאו שניתן לתשלומין גרידא, והדברים צ"ב, דלמה לא יחשב הלאו דגניבה גם כן כלאו הניתק לעשה דומיא דלאו דגזילה.

אך לפי מה שנתבאר דחלוקים במהותם גזל וגניבה, שבגזל החטא מתמשך שזה העיכוב ממון והרי הוא ממשיך כל רגע ורגע לעכב את ממון חברו, אך בגניבה עיקר החטא הוא המעשה לקיחה שלקח בשעת הגניבה מהבעלים את ממון, ובזה יש מקום לחלק שדווקא בגזל השבחה מהני לנתק ולתקן את הלאו, דכיון שהלאו הוא על החטא המתמשך שהוא ממשיך לעכב את ממון חברו, כיון שמחזיר וכבר לא מעכב את ממון חברו בזה הוא תיקן את האיסור, אך בגניבה שהאיסור על מה שלקח בשעת הגניבה, יש לומר שהשבחו לא מהני לנתק ולתקן את הלאו לגמרי, ולכן אינו אלא בגדר לאו הניתן לתשלומין, ויש לדון בזה עוד.

## פרק ג'

## תוספת חידוש,

## שיש מעשה נטילה של גניבה בלי העיכוב ממון של גזילה.

מצאנו תוספת חידוש בדברי הסמ"ג בדין של בן בג בג, ששייך גניבה בלי גזילה ובלי עיכוב ממון, ותוספת דברין מהמנ"ח בגנבת עכו"ם וכן בפחות משו"פ.

הנה בב"ק [כ"ז:] אמר בן בג בג דיכול ליטול מהגנב את מה שגנב ממנו בפרהסי, ומדין עביד איניש דינא דנפשי, אבל לא יקחנו מחצירו דרך גניבה שלא יראה עליו כגנב, והמנ"ח [מצוה רכ"ד ס"ק ב'] הביא מהסמ"ג [ל"ת קנ"ה] דזהו לאו דגניבה מה"ת, וכדבריו משמע בתשו' הרי"ף [הנ"ל], וכן נמי יש משמעות קצת ברבינו יונה [שערי תשובה שער ג' אות פ"ה], עיין בהערה <sup>12</sup> שהבאנו לשונו.

ותמוה, דמ"ש דאיכא לאו דגניבה בסתר ואין לאו דגזילה בפרהסי, ולמה מותר לבא לקחת את שלו בפרהסי, אלא דהביאור כנ"ל דממון ידידה הוא ואין עיכוב ממון כלל, אבל מעשה גניבה אכתי איכא ושפיר שייך בזה לאו, וזה כנ"ל, [וע"ד זה מבואר במנ"ח אלא שהוסיף שזה מצד התרגלות במידה של גניבה].

אולם פשוט דבסמ"ג כתוב חידוש יותר גדול הרבה אחרי החידוש של הגר"ח, דלפי הגר"ח גם גנב וגם גזלן מתחילים בעיכוב ממון, רק דבגנב בעינן תוספת במצב של העיכוב ממון, והוא, דהך עיכוב עצמו יהיה ע"י מעשה, ונמצא שגניבה היא 'פרט' ו'סעיף' בהלכות גזילה, אולם הסמ"ג חידש עוד, דגנב חייב במעשה גם בלי העיכוב ממון.

וכתב המנ"ח שם [ס"ק ד'] דלפי הסמ"ג י"ל דאף דגזילת גוי הוא רק מדרבנן, שהתורה הפקירה ממון עכו"ם וליתא בגזילה, אבל גניבה יהיה אסור מה"ת בעכו"ם, דלא גרע מלגנוב חפץ ידידה, וההסבר כנ"ל, דחלוקין גניבה וגזילה, ועיין עוד במנ"ח להלן [סוף מצוה רנ"ח] דחילק בין גנב לגזלן בעכו"ם לשיטת הרמב"ם ע"ד הסמ"ג, והביא מפורש שיש לאו לרמות גוי במשקולות והיינו טעמא דגניבה חמורה מגזילה, וכנ"ל.

והוסיף עוד, דהרמב"ם כתב דגניבה בפחמש"פ אסור מה"ת [פ"א - ה"ב], וביאר המ"מ דחצי שיעור אסור מה"ת <sup>13</sup>, ועיין רמב"ם הל' גזילה שאסר כן גם בגזילה, וכ' המנ"ח דלסמ"ג הנ"ל דחידש דא"צ עיכוב ממון בלאו דגניבה, ה"ה בפחמש"פ א"צ לבוא לדין חצי שיעור אסור מה"ת, ויש לדון בדברי המנ"ח בזה, די"ל דבעי מעשה חשוב ולזה בעי שיעור פרוטה, ופחמש"פ הוא מדין חצי שיעור.

ומו"ר שליט"א בענפי ארז דייק את החילוק ברמב"ם בין ל"ת רמ"ד שכתב הזהרנו שלא נגנוב ממון לל"ת רמ"ה שכתב הזהרנו שלא לגזול מה שאין לנו בו

12 "לא תגנובו ולא תכחשו ולא תשקרו [ויקרא י"ט, י"א]. אמרו רבותינו [ב"מ ס"א:] לא תגנובו על מנת למיקט שלא יאמר אגנוב כלי פלוני כדי שיצטער ונקוט בפניו ויזהר בשמירת כליו ואחר כך אחזירנו לו, וכן אסור ליטול כלי מבית חברו דרך גנבה להשתמש בו ולהחזירו, ולא יגנוב את שלו מאחרי הגנב, שלא יראה כגנב".

13 ואגב מבואר מהמ"מ דשו"פ הוא שיעורין מהללמ"ס כשיעורין דכזית וכו'.

זכות, ומשמע שאם יש לו זכות ליכא גזילה אף דשייך גניבה והיינו בכגון הך דבן בג בג, ודו"ק.

#### גונב ע"מ למיקט.

והנה, הקצה"ח [סי' שמ"ח ס"ק א'] הביא מהריטב"א שהביא פלוגתת הראשונים בגדרי הלאו דגונב ע"מ למיקט, די"א ע"מ לצערו אף דדעתו להחזיר לו, וי"א ע"מ לצערו ודוקא באין דעתו להחזיר לו, ושי' הרמב"ם והחינוך שם גם בדעתו להחזיר, ולכא' שי' הריטב"א דצריך דוקא דעתו לא להחזיר הוא משום דאין זה עיכוב ממון דעיכוב ממון "זמני" [ע"מ להחזיר] אינו עיכוב ממון, ולפי"ז לשי' הרמב"ם וחינוך מבואר כהסמ"ג דא"צ עיכוב ממון בלאו דגניבה והוא כנ"ל, ובזה יבואר למה הרמב"ם הביא דין ע"מ למיקט רק בגניבה ולא בגזילה.

אמנם נראה דאכתי לא מוכרח דסובר כהסמ"ג, די"ל דתרוייהו מודי דבעי עיכוב ממון לגניבה, ופליגי אי עיכוב ממון "זמני" סגי להיחשב כעיכוב ממון דגניבה או לא, עכ"פ מהמנ"ח נראה דנקט דס"ל דא"צ עיכוב ממון וכדרך הראשון ומדמה לסמ"ג הנ"ל.

#### מקור מסוגי' דריש איזהו נשך למעשה גניבה בלי עיכוב ממון דגזילה.

והנה עיין עוד במנ"ח [שם] וכן להלן [סוף מצוה רנ"ח] שהקשה על הגמרא בריש איזהו נשך שהקשו דמה הוסיף לן לאו דגניבה יותר מלאו דגזילה, ותירצו בגונב ע"מ למיקט.

ותמה דלמה לא אמרו דנפ"מ לגבי הדין של בן בג בג וכן לגבי הדין גניבת עכו"ם, ותירץ דאדרבה, דרק אחרי הריבוי של גונב ע"מ למיקט איתרבי הני.

למדנו לפי"ז שברביבוי של גונב ע"מ למיקט נתחדש עיקר האי חידוש שחלוקין נינהו גניבה וגזילה בעיקר יסוד דינם, ולכן בגניבה סגי לן במעשה גניבה בלי העיכוב ממון שבו, וכל הגדר החדש הזה נתחדש בתירוץ של הגמרא בגונב ע"מ למיקט, ומכאן ילפינן לעכו"ם ולבן בג בג.

איברא דכל זה לפי הך צד דהיינו ע"מ לשלם דאז יתכן לומר דליכא עיכוב ממון, אבל לפי הצד שזה ע"מ לצער ואינו רוצה להשיב, שוב ליכא למימר הכי.

#### דן בשיטת הקצוה"ח שאין חיוב ממון בגונב ע"מ למיקט, ומבאר למה ליכא מלקות בבן בג בג ובגונב עכו"ם.

זאת ועוד, הרי הקצוה"ח [שם] הוכיח שאין דין תשלומין וחיוב אונסים בגונב ע"מ למיקט, ממה דאין דין תשלומין בגזילה ע"מ לשלם, ומדמה ע"מ לשלם לע"מ להשיב ויליף זה מזה בק"ו, עכ"פ מבואר שהוא לא מחלק בין גניבה לגזילה, ולדידיה ע"כ דלא חסר בעיכוב ממון גם לפי הך צד דאיירי בע"מ להשיב, מדחשיב גם גזילה, ודו"ק.

איברא דיתכן דאינו כן, ואדרבה, הרי אם לפי הקצוה"ח פטור לשלם ואינו אלא איסור גזילה ואיסור גניבה, א"כ י"ל שאין איסור זה שייך לגדרים הרגילים של גנב וגזלן, והרי מצאנו בטור שאיסור מזיק מצד איסור גזילה אתינן עלה אף דמזיק אינו גזילה ולא דמי לה, זה חסרון ממון וזה עיכוב ממון, וע"כ דמצאנו בכמה דוכתי כמה גווני של איסורים שכלולים בלאו אף אי אינם חלק מעיקר

הלאו, ולכן גם כשאין בהם את הגדרים של הלאו אכתי אסורים, ונראה שמזיק כלול בלאו של גזילה אף שלא שייך לעיקר גדרי גזילה.

וה"ה שיש לומר בע"מ לשלם וע"מ להשיב וע"מ למיקט, דכלול בלאו אף שאין בו את גדרי גזילה וגניבה הרגילים, ושפיר י"ל שהקצוה"ח מודה שאין כאן עיכוב ממון שאינו אלא עיכוב זמני, ואעפ"כ יש בזה איסור מה"ת מצד גזילה, ולא גרע ממזיק.

ויש ליישב בזה קושי' אחרת שאם אין תשלומין בגונב ע"מ למיקט, דא"כ למה אין בזה מלקות, הא שוב לא הוי ניתן לתשלומין ולא ניתק לעשה, וכן יש להקשות בבן בג בג ובגונב מעכו"ם, ולהנ"ל ניחא, דכיון שאינם מעיקר הלאו שוב אין בהם את המלקות של הלאו, ומצאנו רבות כהנה דכלולים באיסור ולא בעיקר הפרשה ולכן ליכא עונשים של עיקר הפרשה.

#### דיון בראשונים בדין תשלומין בגזול ע"מ למיקט.

אולם בעיקר נידון זה האם יש תשלומין בגזול ע"מ למיקט, אף שהקצוה"ח נקט שאין דין תשלומין, אכן כבר הערנו שיש לחלק בזה בין גנב לגזול, ובהדי' במנ"ח [מצוה נ"ד ס"ק כ"ב] שחייב בקרן ובכפל, ועיין להלן [סימן י"א] שהוספנו בזה ולמדנו בתוס' רי"ד דמגזה"כ דאחיי' נתחדש שיש קרן ואין כפל, עיי"ש היטב.

**ביאור בעיקר דברי הסמ"ג דמה שייך גניבה בלי עיכוב ממון, ומבאר שיש גניבה כנגד 'החזקת' חבירו.**

אולם עיקר המהלך צ"ב רב, דמה שייך גניבה בלי עיכוב ממון, אטו נימא דגם חפץ של הפקר ברשה"ר או חפץ של הפקר ברשות פלוני באופן שלא זכה לו חצירו, ובאופן שאינו מחזיקו לעצמו, הרי פשוט שמותר לילך בדרך גניבה להוציאו גם לפי הסמ"ג, דהסמ"ג לא חידש דמשכחת לה מעשה גניבה בלי שיש נגנב, דודאי דבלי נגנב אין מעשה גניבה, והנגנב הוא מי שלקחוהו ממנו וממנו מעכבים את הממון, ומה שייך גניבה בלי עיכוב ממון.

והפשוט בזה, שגניבה היינו לקיחה מתחת החזקת חבירו, והיינו מתחת שליטתו, ובגוונא דבן בג בג שגנבו חבירו ממנו והוא בא להחזירו לרשותו, הרי הגנב הראשון מחזיק בו ושולט בו, ולבא לקחת ממנו משליטת חבירו הוא גניבה מחבירו, והוא הנגנב, אבל חפץ שאין מי שמחזיקו אינו מעשה גניבה גם לסמ"ג, ולכן אף בנכסי עכו"ם שהתורה הפקירה ממונם נקט המנ"ח דלסמ"ג זה דאורי', שהגוי מחזיקו ושולט בו, והוא הנגנב אף דאינו ממון, ועיין בהערה <sup>14</sup> מה שהוספנו בזה עוד.

14 ובזה יתיישב מה שהעירני תלמיד אחד דלפי הסמ"ג דבדינא דבן בג בג איכא איסורא מה"ת, דלוקח את שלו ג"כ חשיב מעשה גניבה, א"כ מ"ל חפץ ידיה בבית חבירו ומ"ל חפץ הנגזל בבית הגנב, ואיך שייך מיעוטא דבית האיש.

ולכא' צ"ל דלדעת הסמ"ג יש גניבה מבית הגנב, וכל המיעוט הוא רק מכפל וע"ד האו"ש, אבל אין ללמוד כהקצוה"ח שנקט שאין גניבה וגזילה כלל ולא נפסל לעדות, וגם אין ללמוד כהאחרונים דנקטו שאינו גנב אלא גזול - ודו"ק.

אכן לפי הנתבאר הכא א"ש גם לפי האחרונים הללו, דגם לפי הסמ"ג הרי בעינן גניבה מהחזקת חבירו, ולכן בהפקר ליכא גניבה, וממילא י"ל דאדרבה, דזהו גופא הגוה"כ דבית האיש, דכשהחפץ אינו בבית האיש, רק תחת רשות הגנב, אינו ב"שליטת" הבעלים והבעלים אינו הנגנב כאן, דאף

**ביאור בקס"ד לשלם כפל לשומר ולגנב הראשון.**

וברשימות שיעורים להגר"י קלמנוביץ שליט"א יש תוספת דברים – דהנה לעיל הבאנו את החילוק בין גניבה לגזילה לגבי כמה פרוטות אי איכא כמה עבירות או לא, ושם הבאנו שיהיה נמי חילוק בין גונב לגוזל משותפין, ואחרי שיש הבדל בין גונב לגוזל משותפין, וכנ"ל, דגזלן גוזל מהבעלות ולכן יש כמה גזילות וגונב גונב מה'רשות המשותפת' ולכן יש רק גניבה אחת, עפי"ז הוסיף לבאר את הירושלמי ריש המפקיד וכן מבואר נמי בראב"ד בשטמ"ק שם דהיה קס"ד שמשלמים כפל לשומר, וע"כ שכפל שייך לגניבה וגניבה היינו המעשה לקיחה מרשות חברו, והכא קס"ד שרשות השומר היא הרשות שממנו גנבו.

ועפי"ז ביאר נמי את הקס"ד שחייבים כפל לגנב הראשון, ונוסיף בזה תוספת דברים ותוספת חידוש, דהנה, לעיל הבאנו בתחילת דברינו מהקובש"ע שמצד הקניני גזילה העתידיים היה צריך לשלם, והבאנו באופן אחר מהגר"נ פרצוביץ זצ"ל, ועיי"ש מה שתמהנו בזה, שהרי עד כמה שהגנב ראשון חשיב כבעלים וזה ממונו וזה קנינו, א"כ הרי זה בית האיש, שהרי הוא עצמו האיש ואין זה מבית הגנב.

אכן להנ"ל י"ל שלעולם הוא לא קנה והוא לא בעלים כלל, אלא דדומה לדינו של בן בג בג ולגונב עכו"ם, שהגניבה היא לא ממנו אבל הגניבה היא מרשותם ומהחזקתם, וה"ה הכא, הרשות שממנו גנבו היינו הרשות של הגנב הראשון, וזה המחייב של תשלומי גניבה.

והיינו דכל זה רק מתבאר אחרי החידוש נוסף במנ"ח שהעיקוב ממון בגניבה שונה מהעיקוב ממון בגזילה, וזה תוספת אחרי עיקר היסוד של הגר"ח.

**מבאר שלא שייך דין תשלומין לא בגניבת עכו"ם ולא בבן בג בג, אף אי נימא שיש תשלומין בגונב ע"מ למיקט, שבבן בג בג הוא זה שזכאי בתשלומין לעצמו.**

אולם נראה שיש כאן חידוש גדול, דזה לכא' לא יתכן שהגנב שני ישלם ב' פעמים קרן וכפל, גם לגנב הראשון וגם לבעלים, וקשה שהמשמעות הפשוטה בסוגי' להלן [ס"ט:] שהיה משלם ב' פעמים ולכן צריך מיעוט שפטור מלשלם גם לגנב הראשון וגם לגנב השני, והאיך יתכן לומר כן, [ולפי הקובש"ע באמת מתחלק התשלום כפי חלקם ובעלותם].

דהנה, זה פשוט שבדין של בן בג בג לא שייך חיוב תשלומין כלל, וכן הוא בעכו"ם, שהרי עד כמה שהתורה הפקיר ממנו מה שייך לשלם להם, ואף אי גניבה כזו מחייבת תשלומין אכן אין להם זכות על הממון לתובעו וליכא חיוב תשלומין כשאין זכות תביעה על הממון, ולעיל ביארנו שיתכן שאינם בכלל עיקר הלאו והם רק כלולים באיסור של הלאו ולכן אין בהם דין תשלומין, [ובזה ביארנו איך הקצוה"ח למד שזה שייך גם בגזילה בלי העיקוב ממון], אכן יש לזה

---

שהבעלים הוא הנגזל שיש לו עיכוב ממון, אבל כיון שאינו בשליטתו ואינו מחזיקו אינו הנגנב, דגנב הוא כשמוציא משליטת פלוני והכא כבר ממילא אינו בשליטתו, ודומה למי שגונב חפץ הפקר שאין מעשה גניבה כלפי אף אחד, ומה"ט גרע גונב מן הגנב מדינא דבן בג בג.

גם סיבה אחרת, שאף אם הם כלולים בעיקר הלאו אבל אכתי לא שייך תביעת ממון על ממון כזה.

ונמצא דבהך דבן בג בג, הרי אף אי היתה גניבה שמחייבת תשלומין, היינו משום שזה סוג מעשה שמחייב תשלומין, שהוא נטלו מתוך החזקת הגנב, אבל לעולם התוכן של התשלומין הוא להעמיד את הממון שגנבו, וכיון שהממון שגנבו שייך לו לעצמו, הרי שהוא זה שזכאי בממון הזה, ולכתחילה חיילא החיוב תשלומין מכח הגניבה מהגנב - לעצמו, והיינו ד'החזקת' חבירו [הגנב] היא סיבת החיוב [להגדיר את המעשה כמעשה גניבה שמחייב תשלומין], ו'הבעלות' שלו בממון הוא הממון ששולם, ולכן זה לעצמו, ואין זה בגדר אפוכי מטרטא למה לי אלא דלכתחילה חיילא ליה זכות בהך חיוב תשלומין, ודו"ק.

וה"ה בגונב מן הגנב, הרי הראשון מחזיק ממון בעלים והחזקתו היא סיבה להגדיר את המעשה כמעשה גניבה שגנבו ממנו, אבל ס"ס אין זה ממון אלא שזה ממון של הבעלים, ונמצא שאף אי היה משלם לגנב ראשון הרי אינו זכאי בהך ממון, והממון מעצמו מגיע לבעלים, שהרי התשלומין הוא להעמיד את הממון שגנבו והממון שגנבו הוא הרי ממון של הבעלים, ולא של הגנב הראשון.

ומעתה פשוט שלא היה קס"ד לשלם ב' פעמים, שהרי התשלומין בסוף תמיד מגיע לבעלים, וכל הנידון הוא האם הוא ישלם לבעלים או לגנב ראשון, אבל לא שייך ב' תשלומין לבעלים, ועד כמה ששולם לבעלים הרי לא שייך עוד תשלומין לגנב ראשון שיגיע שוב לבעלים, והיינו כמו בכל דין של רמ"ג רמ"ג, ולכן צריכים ב' מיעוטים, גם לא לשלם לגנב מצד החזקתו וגם לא לשלם לבעלים הראשונים שחסר כאן בית האיש, ודו"ק.

#### פרק ד'

##### בדברי רש"י בדין נעילה בגניבה ע"י חצר.

**דן בדברי האמרי משה דג"כ חילק כחילוקו של הגר"ח לבאר את דברי רש"י בב"מ דבעינן נעל את החצר בגונב ע"י חצר כפשוטו בלי חידושים בהלכות מעשה גניבה.**

והנה, בדומה לחילוק הזה בין גניבה וגזילה, דגניבה בעי מעשה וגזילה לא בעי מעשה, מצאנו נמי באמרי משה [סי' ל"ב ס"ק ב'], דהביא את דברי הקצה"ח [סי' שמ"ח ס"ק ב'] דמי שמתכוין לגנוב בהמה שנכנסה לרשותו ולא עשה שום מעשה נעילה לחצר, דאינו גנב, וכן דייק מרש"י בב"מ [י'], וכתב הקצה"ח, דאינו לא גנב ולא גזלן, ואם מת פטור באונסים, והאמרי משה חולק דשייך גזילה בלי מעשה וכל כופר בפיקדון נעשה גזלן בלי מעשה, ועל כרחך שאין כוונת רש"י שם לענין גזילה, רק לענין גניבה, דגנב צריך מעשה, עיי"ש שהוכיח מטוט"ג.

והנה, מהאמרי משה מבואר כהיסוד הנ"ל, אולם לכאורה היה מקום לחלוק עליו דיתכן שהקצה"ח מודה לכל היסוד הנ"ל, ולדעתו י"ל דנעילה בחצר אינו ענין לנתבאר לעיל לחלק בין גנב לגזלן, ואינו ענין לגר"ח, וזה סברא בעיכוב ממון עצמו.

דנראה בכוונת הקצה"ח, דאם רק נתכוין לגזול, א"כ לא נהיה שום עיכוב ממון בחפץ, דהממון לא נתעכבו מבעליו ע"י מחשבת הגזול, שהרי ממילא החפץ נכנס לרשותו, ומה שחושב שלא להוציאו לא שינה ולא הוסיף בעיכוב של גוף הממון עצמו מבעליו, והיינו דמצבו של החפץ לא משתנה כלל ע"י מחשבותיו<sup>15</sup>, ורק בנעילה איכא מעשה שמוסיף בעיכוב ממון, דע"י הנעילה נשתנה מצבו של החפץ, שניתוסף בו בגוף העיכוב ממון עצמו.

משא"כ בכופר בפיקדון, התם עצם הכפירה הוא המעשה, שנחסר ונתעכב ממון ע"י כפירתו לתביעת הפיקדון, ונמצא דהנידון של מעשה נעילה והנידון של הגר"ח דגניבה צריך מעשה - הם שני נידונים נפרדים.

הרי לנו שעיקר דברי רש"י הם פשוטים, שבלי נעילה אין כאן כלום אפילו מצד הלכות גזילה דלא איירי מצד ההלכות מעשים כלל וכלל, ודו"ק, וזה מה שהקצה"ח בא להשמיע.

**מבאר שהקצה"ח איירי דווקא בחצר המשתמרת, והכא היה כבר מצב של עיכוב ממון והכא קס"ד דאהני מחשבתו.**

איברא שמכל דברי הקצה"ח מבואר שבא לחדש הלכה דבעינן נעילה, והביא כן מהפוסקים, ולא נראה שבא להשמיע סברא כ"כ פשוטה.

אולם העירני תלמיד אחד לדייק בדברי הקצה"ח שדקדק בדבריו לומר שנראה מדברי רש"י דאיירי אפילו בחצר המשתמרת ואף בזה סובר רש"י דבעי מעשה נעילה.

ונראה דהביאור כך, דעצם סברתינו דלעיל היתה פשוטה לקצה"ח, דלולי העיכוב ממון שחל בחפץ עצמו אין כלום, ולכן בחצר שאינה משתמרת ליכא חידוש כלל, ולכן הקצה"ח הוצרך להדגיש דאיירי בחצר המשתמרת, והיינו דאיירי בחצר המשתמרת באופן שכניסת הגזילה לחצר משווה להיות מעוכב מעצמו גם בלי מעשה בעלים, והכא סובר הקצה"ח שיש מקום לומר דמהני גזילה במחשבה.

והיינו, שבלי מחשבתו לגזול, אף שיש מצב של ממון חבירו מעוכב בחצירו, אכתי לא אמרינן דבעל החצר חשיב כגזול, שעצם המציאות הזו אינה גזילה ידידה, אכן כשהוא מחליט לעכבו שם הרי בזה הוא הפך את המציאות הזו למעשה החזקה ידידה, דמקודם החפץ מצד עצמו היה מעוכב על ידי החצר, אכן כעת בעל החצר מחזיק ומעכב את החפץ ע"י החצר שלו, וזה כבר גזילה ועיכוב ידידה, ודו"ק.

ונוסיף, לפני מחשבתו היה 'מצב' של עיכוב ממון בחפץ, ואחרי מחשבתו הוא עושה 'עשייה' של עיכוב ממון בחפץ - עשייה בלי פעולה - וכאן יש מקום לומר שיש כאן גזילה ועיכוב ממון שמתייחס אליו, ופשוט שהאמרי משה למד כן ולכן הוא לא מצריך נעילה.

ובזה שפיר בא הקצה"ח לחדש חידוש, דגם בכה"ג בעינן מעשה נעילה, ובזה שפיר טוען האמרי משה דדילמא רק מצד המעשה גניבה בעינן נעילה ולא מצד הגזילה.

15 והיינו שאף דאפשר לומר 'הריני נזיר' ולהיות בזה כנזיר, אבל לומר 'הריני גזול' אינו גזילה בלי שיש חפץ שנגזל על ידו, ולא תלוי בדיבורו וכוונתו גרידא.

כמובן שצריכים להוסיף – דהכא איירי בסוג נעילה כזו שמוסיפה בעיכוב אף אי ממילא היה מעוכב מקודם ברמה מסויימת של עיכוב, ודו"ק.

להמחיש את הדברים – כבר דנו בגזילה באונס [קצוה"ח והגרי"ז – וכמבואר בזכרון שמואל], והרי זה פשוט שבהמת חבירו שמעוכבת אצלו ברשותו שלא בידיעתו אינה בכלל גזילת באונס, שכל המציאות הזו של ממון מעוכב הוא מצב שלא שייך לו ולא מתייחס אליו.

**מבאר דאזיל לשיטתו דגם גזילה בעי מעשה גזילה, ולכן מדמה גונב ע"מ למיקט לגזול ע"מ למיקט.**

למדנו א"כ שהקצוה"ח חידש שיש דין מעשה גזילה גם בגזילה, שחידש שיש דין מעשה נעילה גם אחרי שיש מצב של עיכוב ממון שמתייחס אליו במחשבתו, ולא חילק כחילוקו של הגר"ח בין גנב לגזול דבגזול סגי בעיכוב עצמו.

ולפי"ז העירני תלמיד אחד שהקצוה"ח אזיל לשיטתו לעיל מיניה [סי' שמ"ח ס"ק א'] דמדמה גונב ע"מ למיקט לגזול ע"מ למיקט, והוכיח דכמו דמצאנו בראשונים בסוף פרק המפקיד שיש פטור תשלומין בגזול ע"מ למיקט, ה"ה דאיכא פטור תשלומין בגונב ע"מ למיקט, ולפי הגר"ח יש לחלק וכמו שהבאנו עפ"י המנ"ח דלעולם בגנב צריך לשלם ובגזול אינו גזול כלל ולכן אינו צריך לשלם, אכן לפי הקצוה"ח ע"כ ששניהם הם עיכוב ממון ושניהם באים על ידי מעשה ואין מקום לחלק ביניהם.

והוסיפו לי עוד, דלכן לגבי הפטור מבית האיש ולא מבית הגנב מצאנו שהקצוה"ח [סימן ל"ד] לומד שאינו לא גזול ולא גנב, דלדידיה אין לחלק ביניהם וכדרכם של האחרונים [חזו"א והגרי"ז] ע"ד הגר"ח, ודו"ק.

**דוחה – שאין דין מעשה גזילה גם לפי הקצוה"ח, ונעילה נצרכת רק בחצר לייחס אליו מצב של עיכוב ממון שקיים מצד החצר גם בלעדיו, ולכן לא קשה מידי מכופר בפקדון.**

אולם נראה לדחות, שזה ברור שהקצוה"ח לא חידש בגזילה את מה שחידש הגר"ח בגניבה, והיינו שהוא לא חידש שצריכים מעשה בגזילה ולכן בעי נעילה ע"ד חידושו של הגר"ח שמצריך מעשה גניבה בכל גניבה, וראה ברורה מכופר בפקדון וכן לכובש שכר שכיר, וכטענת האמרי משה.

ומה דבעינן נעילה אחרי שממילא המצב של עיכוב ממון מתייחס אליו, וכנתבאר, בזה יש לומר דאדרבה, שבאמת כל החידוש של המעשה נעילה וכל הדיון בפוסקים בזה נאמר דווקא הכא בגזול ע"י חצר, ואינה הלכה כללית בכל גזילה.

והיינו, דמאן יימר דמהני מחשבתו וכוונתו כשיש מצב של ממון מעוכב בממון שלא מתייחס אליו, דגם בלעדיו הממון כבר מעוכב בלי ידיעתו, ומאן יימר דאהני לן מחשבתו להפוך את המציאות הזו להיות מציאות שמתייחסת אליו, ונראה שזה החידוש של הדין נעילה שהוא בעצמו צריך להוסיף בדרגת העיכוב על ידי נעילה, ואל"כ הרי העיכוב הוא מצד החצר ואינו משתנה במחשבתו להתייחס אליו.

ונמצא דלא מצד 'הלכות מעשים' אתינן עלה דלעולם לא בעינן מעשה כלל וכלל גם לפי הקצוה"ח, אלא דכדי לייחס את המצב של גזול אליו בעינן מעשה ידיה שיוסיף עיכוב בעיכוב, ואז הוא המעכב וזה גזילה ידיה, ודו"ק.

והרי הדברים מוכרחים, דבאמת קשה דהיכן ה'מעשה' גזילה בכובש שכר שכיר, והתשובה, שאי"צ מעשה, אלא בעינן שהעיכוב ממון יתייחס אליו ולא שהממון יהיה מעוכב מבעליו מעצמו, ולכן, בכופר בפקדון הרי פשוט שזה עיכוב ידיה שפירת תביעתו היא היא העיכוב, וזה עיכוב שמתייחס אליו לגמרי, וגם בכובש שכר שכיר שלא העמידו לדין ולא כפר בתביעתו, הא עצם זה שהוא לא משלם את חיובו מיקרי עיכוב ידיה שהוא לא עושה את המוטל עליו, ורק בחצר היה נידון האיך מייחסים מצב של עיכוב אליו, וזה חידשו הפוסקים דבעינן מעשה נעילה להוסיף עיכוב בעיכוב, ודו"ק.

ראיה גדולה לכל זה מצאנו בקצוה"ח לעיל [סימן ל"ד] - עיין מה שכתבנו בזה להלן [סימן י"ג סוף פרק א'] בסוגי' תברא ושת' להוכיח כדברינו.

#### **מוסיף כדברינו מהקצוה"ח בגניבה בד' אמות.**

וע"ע בקצוה"ח [סימן רמ"ג ס"ק י'] שג"כ הביא את הדין נעילה בחצר לשם גניבה, וחידש דא"כ בד' אמות בסימטה אי היה מהני לגנוב על ידו, גם התם היינו צריכים מעשה, והיינו מעשה של הכנסה של הגניבה לד' אמות על ידו דאל"כ חסר במעשה [דלא שייך נעילה], והדגיש שם הקצוה"ח שאם בחצר מצאנו שצריכים נעילה, אז "כל שכן" בד' אמות, ונראה שכוונתו נמי כנ"ל דד' אמות הוי ליה כחצר שאינה משתמרת, ושם יותר פשוט לקצוה"ח דבעינן מעשה, וכנ"ל דבאינה משתמרת הרי חסר בכל העיכוב ממון.

אם כהבנה הפשוטה בקצוה"ח שרק בא לחדש שצריכים 'מעשה' מצד הלכות מעשים, א"כ איזה "כל שכן" איכא הכא, הרי בתרוייהו נאמרו הלכה אחת דבעי מעשה - ותו לא, ומוכרח כדברינו שהנידון הוא לייחס את העיכוב ממון אליו.

**סימן ב'**  
**בגדר חיובא דדו"ה**

מביא כמה הוכחות שהגניבה היא חלק מהמחייב של דו"ה. / / מביא ב' צדדים בצירוף של הגניבה לדו"ה, או דניתוסף עוד תוספת קנס או דפקע הכפל וחיילא חיוב חדש של דו"ה, ומביא כמה מקורות לצד השני. / / מתמה טובא בעיקר המהלך שנסתלק הכפל וחיילא חיוב חדש של דו"ה, ומביא שיש בזה סתירות בשיטת רש"י. / / מקדים בכל הנ"ל עפ"י מה דמבואר דטביחה הוא אשתרש בחטא של הגניבה, ונמצא שאין מחייב של טביחה וכל כולה אינה אלא השרשה והעמקה של הגניבה. / / ביאור חדש בגדר דו"ה, דהכפל עצמו נהיה דו"ה, שיש ב' סוגים של גניבה, גניבה פשוטה [בלי טביחה] וגניבה לאחר העמקה והשרשה [עם טביחה], ומאותה סיבה שגניבה פשוטה מחייבת כפל, מסיבה זו גופא גניבה לאחר העמקה והשרשה מחייבת דו"ה. / / מדייק ומוכיח כן מהסוגי' דריש המפקיד. / / מיישב בזה את סתירת הרש"י, ומיישב בזה את הרמב"ם, ואכתי קשה מסברת הדרישה. / / כל הנ"ל מרומז בדיוק בפסוק שדייק הגר"ח שיש תנאי של שור ושה גם בגניבה של הדו"ה. / / תוספת דברים. / / הערה במשנה. / / ביאור דין טובח לאחר הגנב, דשאני מטביחה על הקדש, דכאן חיסרון בטביחה עצמו.

**מביא כמה הוכחות שהגניבה היא חלק מהמחייב של דו"ה.**

ע' ב"מ [נ"ז] ושבועות [מ"ב] שהק' בגמ' דבשלמא בגונב מהקדש אין כפל דנתמעט מרעהו אבל שיתחייב גו"ד, והביאור בקושי, דלכא' ב' קנסות לא קשורות ניהו ונהי דפטור מכפל אבל למה שיפטור מקנס דגו"ד ות' הגמ' ד"דו"ה אמר רחמנא ולא גו"ד" וע' רש"י דכפל בכלל הדו"ה, והפשטות בדבריו דאף דב' קנסות ניהו אבל תלויין זה בזה, ורק במקום קנס דכפל איכא קנס דגו"ד, ועיין ר"ח שמדויק בדבריו דמה שתלויים זב"ז היינו משום שגם הגניבה מצטרפת להיות חלק מהמחייב של הדו"ה חוץ ממה שהיא מחייבת את הכפל, ועיין בהערה <sup>16</sup> שביארנו האיך מדויק כן בדבריו.

ויש כמה הוכחות דגם הגניבה מחייבת בגו"ד חוץ ממה שהיא מחייבת את הכפל, וכמדויק בדברי הר"ח, וכדלהלן:

א' [יעויין תוס' [ס"ו. ד"ה טלאים] דטלה ונעשה איל וכחושה והשמינה בין גניבה לטביחה, דאין גו"ד כפי השמינה וכפי האיל, ודיינינן כפי הגניבה "דכמו"כ שעת הגניבה גרמה לו", ומבואר דהגניבה הוא חלק מהמחייב בדו"ה, ודו"ק.

ב' [דבר זה מפורש ברש"י משפטים [כ"א - ל"ז] דאמר ריב"ז חס רחמנא על הגונב שההתבזה דנושאו על כתפו, ותמוה, דיש בזיון בגניבה ולא בטביחה, וחס רחמנא בגו"ד ולא בכפל - היתכן - אלא דהגניבה גם מחייבת בגו"ד.

ג' כן מפורש נמי בסוגי' להלן [ס"ז:]: דהיה קס"ד דרק כשגונב שור ושה ביחד וטובח לאחד מהם, דאז חייב גו"ד על אותו אחד, ותמוה, דמה תוספת בגניבה יוסיף בגו"ד כשלא הוסיף בטביחה, וע"כ כנ"ל.

<sup>16</sup> דיעויין בר"ח שהדגיש בקושי' הגמ', דיתחייב גו"ד, כיון דגו"ד אינו תלוי בכפל שיש לו מחייב בפני עצמו, דכתב שם דרק כפל חיובא דגניבה אבל גו"ד חיובא דמכירה, ומשמע מדבריו שזהו השו"ט, האם יש שני מחייבים נפרדים או לא, ולמסקנה מה דתלויים אהדדי היינו משום דגו"ד אינו קנס עם מחייב בפנ"ע אלא שגם הגניבה מחייבת בגו"ד בהדי הטביחה, ולא כהקס"ד דכפל מתחייב בגניבה לחוד וגו"ד מתחייב בטביחה לחוד.

ד] יש מקור גדול לזה מדרכם של האחרונים בתוספתא, ויצא מזה נפ"מ גדולה בזה שגם הגניבה מחייבת בגו"ד, והוא, דשנינו בתוספתא [פ"ז - ה"ה] גנב פרה מעוברת וילדה וטבח לולד פטור מדו"ה ואי טבח לאם חייב, והרמב"ן למד דקנה ולד בשינוי ובאם ליכא שינוי, וע' או"ש ריש גניבה [א' - י"א ד"ה אולם] ובגר"ח [ע"ה ש' עמוד ק"מ בחדש] שביארו דלא כהרמב"ן [דאזיל למ"ד שינוי אינו קונה ומיישבים שי' התוס' מקושי' הרמב"ן - גר"ח שם] ומטעם אחר אין דו"ה, דעובר אינו שור ושה [וע' בחשק שלמה שהסתפק בשור שחוט אי דינו כשור ושה, ויש לעיין מרוח חיים שכל במשנה] ולכן אין דו"ה.

וצ"ב הרי בטביחה טבח שור ושה ומה אכפת לן בגניבה, הרי אין דין שור ושה בכפל, וגניבה שייך לכפל, ואמר הגר"ח דבפ' דו"ה כ' "כי יגנוב איש שור ושה", דגם הגניבה הוא בשור ושה, ונ' הביאור, דכיון דגם הגניבה מצטרפת לחייב קנסא דגו"ד, לכן צריך שור ושה כבר בגניבה, די"ל דתנאה דשור ושה אינו הלכה בהלכות טביחה המחייבת [שהרי כבר ממילא מצאנו חילוקים בין טביחה לגניבה לעניין ע"י שליח], אלא דזה הלכה ב"גו"ד" עצמו, דהתוספתא קנס של גו"ד הוא על שור ושה, ולכן צריך ששני המחייבים של הך תוספתא קנס [הגניבה והטביחה] יהיו בשור ושה, עכ"פ מבואר כאן שוב דגניבה הוא חלק מהמחייב ב"גו"ד".

**מביא ב' צדדים בצירוף של הגניבה לדו"ה, או דניתוסף עוד תוספת קנס או דפקע הכפל וחיילא חיוב חדש של דו"ה, ומביא כמה מקורות לצד השני.**

אולם, גדר הצירוף דהגניבה לדו"ה לא נתבאר עדיין, ולכאן זה מתפרש בתרי אנפי:

א] מתחילה מחייבת הגניבה כפל, ושוב כשטו"מ, מצטרפת הגניבה לחיוב נוסף דגו"ד בהדי הטו"מ, ומחייבת עוד ב' ג', והיינו שבאמת יש כאן ב' קנסות נפרדות שתלויות זב"ז.

ב] מתחילה הגניבה מחייבת כפל ושוב כשטו"מ פקע כפל מהגניבה, וחיילא חיוב חדש דדו"ה מכוח שניהם, ועכשיו הדו"ה הוא קנס אחד, ולא מורכב משני קנסות. ומו"ר שליט"א בענפי ארז דייק כשני הדרכים בראשונים, דמרש"י הנ"ל בב"מ משמע כצד א' שכ' "שהכפל בטו"מ בכלל תשלומי דו"ה", ומבואר דגם אחרי שיש דו"ה יש בו עדיין קנס דכפל, וזה סברת הגמ' דכשאיין כפל אין דו"ה, דדו"ה אמר רחמנא, אבל מהרמב"ם שכ' [בגניבה פ"א ה"ו] "תשלומי כפל נוהגין בכל חוץ משור ושה שהגונב את השור או את השה וטו"מ משלם על השה תשלומי ארבע ועל השור תשלומי חמשה" ומשמע דכשיש דו"ה אין כפל כלל, והיינו דפקע וכהצד השני, והוסיף לדייק כהרמב"ם מהמכילתא דרשב"י דדרשינן "חיים - פרט לשוחט ומוכר" והיינו דאז אין "חיים שנים ישלם", והיינו משום דפקע.

ואף שהמהלך ברמב"ם נראה כמחודש, אכן יש כמה מקורות לזה, וכלדהלן:

א] כן מבואר בדרישה [סי' ש"נ ס"ק ט"ז] שלמד כן בטור [וכן הפשטות בטור, אלא שהב"י שינה את הגירסא], דרוצה לפטור כפל במי שהיה לו פטור קלב"מ בטביחה אף דלא היה קלב"מ בגניבה, וזה משום דכיון דכייל רחמנא כפל בהדי

דו"ה הרי"ז חדא, ועיין בהערה <sup>17</sup> שהבאנו את לשונו ואת מה שיש להעיר עליו ממשנה מפורשת, עכ"פ מפורש בדבריו שאינו חיוב נוסף רק דפקע חיוב כפל וחיילא חיוב חדש וכהרמב"ם, ושו"ר דיש קס"ד כזה בריטב"א בכתו' [ל"ד: סוד"ה פטור שאיסור שבת ואיסור גניבה וכו'], וע"ע בהערה <sup>18</sup> מה שיש להעיר בזה עוד.

ב] עיין נמי בחזו"א [סימן ז' ס"ק ב'] דנקט דכלי והוקר משלם כפל כשעת הגניבה [ולא כהעמב"ד], ובטו"מ כיוקרא דטביחה, והוסיף, דכל הדו"ה אף הכפל המובלע בו שיימין כשעת הטו"מ, ומבואר דפקע כפל וחיילא חיוב חדש, ועיין בהערה <sup>19</sup> שהבאנו לשונו.

ג] הגאון הרב ר' אלי' ברוך פינקל זצ"ל דייק ברש"י לעיל [סוף ה']. דילפינן מיטב בגז"ש בכפל, וכן בדו"ה, ומה דידעינן מיטב בקרן הוא משום דקרן בכלל כפל, והעיר, דלמה לא כ' כן על כפל דבכלל דו"ה, ומשמע שדו"ה הוא חיוב חדש, ומשמע כהרמב"ם.

**מתמה טובא בעיקר המהלך שנסתלק הכפל וחיילא חיוב חדש של דו"ה, ומביא שיש בזה סתירות בשיטת רש"י.**

עכ"פ למדנו שיש ב' דרכים בעיקר דינא דדו"ה, או שזה חיוב נוסף של ג' על הכפל או שפקע הכפל וחיילא דו"ה, אולם יש כאן כמה נקודות קשות שעדיין צריכים עיון, וכדלהלן:

17 וזה לשון הדרישה: "דסבירא ליה לרבינו [הטור] דאף על פי דאם לא היה טובחו פשיטא שהיה משלם כפל אמעשה דגניבה, מכל מקום השתא דטבחו אזיל ליה ההוא חיובא שהרי בטביחה ישלם חמשה תחת הבקר וארבעה תחת השה אמרה רחמנא, ולא לחנם כייל רחמנא חיוב דכפילא בהדי חיובא חיובא דטביחה אלא לומר לך שכל שבא לידי מעשה דהטביחה שטבח שחיתה ראויה דין תשלומי כל החלקים שווים, דהיכא דחייב אינך שלשה חלקים הבאים על הטביחה חייב גם על הכפל הבא על הגניבה והיכא דאיפטר משלשה חלקים הבאים על הטביחה כגון שטבח בשבת דקים ליה בדרבה מיניה גם בחיוב כפל איפטר ליה כו", עיי"ש מה שהקשה דיפטור נמי את הקרן. ועיין בספר הלכה למשה [פ"ג ה"ד - הובא בהגהות טור שירת דבורה] שהשיג על דברי הדרישה "נראה דאין הכרעתו מכרעת שהרי משנה שלימה שנינו במרובה [עד, ב] גנב וטבח בשבת גנבה וטבח לעבודה זרה כו' משלם תשלומי כפל ואינו משלם תשלומי ארבעה וחמשה", ושמעתי ליישב דצ"ל שהדרישה יפרש שמה שאמרו במשנה שם שמשלם תשלומי כפל קאי דוקא על הסיפא דסליק מיניה דגנב והקדיש ואח"כ טבח ומכר, וכן דקדקו בתוס' [ע"ב. ד"ה סיפא] שכתבו על המפורש שם במשנה דגנב משל אביו ומת אביו ואח"כ טבח ומכר דמשמע דמחייב כפל, אלמא אינו מוכרח שמה שאמרו במשנה שם דמשלם תשלומי כפל קאי על כל המשנה, וצ"ע.

18 דבאמת דצ"ב דבקלב"מ הרי הוא לא חייב דו"ה ולמה לפוטרו מהכפל, דכשחיילא דו"ה מוכרח שיפקע כפל אבל לא כשפטור, ותיירץ דעכ"פ חייב לצאת ידי"ש בקלב"מ.

19 "וקרוב לומר דכלי ושברו ובשעת שבירה ד' אינו משלם כפל אלא כשעת גנבה שהרי אינו חייב כפל על השבירה אלא על הגנבה, והא דהוזכר כפל ודו"ה בלשון התוס' ס"ו ע"א ובלשון הרא"ש יש לומר דהיינו כפל המובלע בדו"ה דבשעה שטבח מתחייב חיוב חדש של דו"ה, וכיון דבשעת טביחה שויה ד' מתחייב בד', אבל אם הרגה או כלי ושברו יש כאן חיוב מזיק ואינו ענין לחיוב גנבה שפיר יש לומר דכפל כשעת גנבה. אבל ריהטת לשון הראשונים ז"ל משמע דגם בשבירת כלי כפל ד", ומבואר אף בדברי החזו"א דיש לומר "דבשעה שטבח מתחייב חיוב חדש של דו"ה", ולכן יתחייב את הכפל כשעת הטביחה.

א] יש לתמוה לדרכו של הרמב"ם מהסוגי' ב"מ [נ"ז] ושבועות [מ"ב], דמהו הראיה דליכא דו"ה בהקדש לפי הרמב"ם, בשלמא לרש"י י"ל "דדו"ה כתב רחמנא" ולכן בעינן דו"ה והג' וד' תלויים בכפל, אבל לרמב"ם דאין כפל בתוך הדו"ה, ותרי חיובים ניהו וזה פקע וזה בא, א"כ מהו המקור מקרא ד"דו"ה אמר רחמנא", דליתא בהקדש, ומה לי דאין כפל, הא תמיד אין כפל כשיש דו"ה, ומה אכפת לן מה שלא היה קודם הטביחה, וברמב"ם בפ' המשנה בשבועות כ' שם "וכיון שאין בהם תשלומי כפל [בהקדש] מן ההכרח שאין בהם דו"ה, לפי שאין זה נקבע אלא אחר חיוב תשלומי כפל כמו שביארנו בשביעי דקמא".

ונראה שהרמב"ם נתעורר בזה וכתב דע"כ יש הלכה שכל הדין של דו"ה בא דוקא לאחר כפל, אכן צ"ע, דמגלן מקרא ד"דו"ה אמר רחמנא" דזה רק לאחר כפל, וצ"ע גדול.

ב] מלבד כל זה הרי עיקר הדין בזה תמוה, דלמה לן לסלק את הכפל ולהביא במקומו דו"ה, אטו נסתלק החטא של הגניבה שחייב את הכפל, ולמה שישתלק הכפל, הא הוא הוסיף חטא ולמה לא נוסיף לו קנס ואיזה סיבה יכולה לגרום לסילוק הקנס הקודם, ואיזה מין מהלך נאמר כאן, וצ"ע.

ג] לעיל הבאנו ששיטת רש"י בב"מ היא שאין כאן חיוב חדש אלא שיש תוספת על הכפל וכלשונו: "שהכפל בטו"מ בכלל תשלומי דו"ה", אכן מדברי רש"י לעיל [ה'] הבאנו לדייק ששיטתו כהרמב"ם, וסותר משנתו.

ד] לעיל הוכחנו שהגניבה מחייבת כפל ושוב מצטרפת לטו"מ לחייב דו"ה, ועיקר האי מילתא תמוה דלמה הגניבה מחייבת ב' פעמים קנס, דמה נשתנה בגניבה בהוספה של הטביחה שכעת הגניבה מחייבת שוב, הרי קנס צריך סיבה לחיובו של הקנס, ואם גניבה מחייבת כפל הרי שיש בגניבה סיבה לחיוב כפל, ואיזה תוספת סיבת המחייב נתחדש בגניבה לחייב עוד חיובים וקנסות לאחר הטביחה, וצ"ע גדול.

**מקדים בכל הנ"ל עפ"י מה דמבואר דטביחה הוא אשתרש בחטא של הגניבה, ונמצא שאין מחייב של טביחה וכל כולה אינה אלא השרשה והעמקה של הגניבה.**

ונראה שתחילת הסברא בכל הנ"ל היא עפ"י מה שאמרו להלן [ס"ז: ס"ח]. בטעמא דד' וה', "מפני מה אמרה תורה וכו' מפני שנשתרש בחטא" ופירש"י משום שקנאו, וגם למ"ד דלא קנאו היינו ששנה בחטא, וע' שטמ"ק מהמאירי דלדידה היינו "נשתרש", "שמשתרש בחטא וא"י לזוז הימנו"<sup>20</sup> ומבואר דטו"מ אינם מעשים שמצד עצמם ראויים לקנס, ורק עד כמה שהם המשך והעמקה לגניבה הוא דקנסינן להו, ומה"ט מוכרח הגניבה להיות חלק מהמחייב, דהגניבה הראשונה היא זאת שנמשכת לתוך הטו"מ.

20 וע' שם עוד בשם ר' יהונתן "שבא ליהנות מדמי גזילתו", והיינו ששנה בחטא הוא האופן שנשתרש, ובלאו הכי מוכרח דא"צ "שנה" ממש שהרי בגנב בשבת וטבח בחול דחשיב הטביחה כגניבה וטביחה ביחד - ריטב"א כתו' [ל"ד] - ואין כאן "שנה", רק ש"שנה" הוא היכי תימצא של אשתרש, וכאן חוטא ונשתרש ביחד ודו"ק.

למדנו א"כ שבאמת אין מחייב של טביחה כלל וכלל, וכל ענינו של טביחה אינה אלא היכי תימצי להעמקת הגניבה, ולכן פשוט שעיקר המחייב בדו"ה הוא הגניבה שבו, שהעמקת הגניבה היא היא כל המחייב, ועיין בהערה <sup>21</sup>.

ובאמת דגדולה מזה מצאנו, הרי הרמב"ם בספר המצוות [ל"ת רמ"ג] הביא דין כפל ודו"ה ולא הזכיר טביחה ומכירה רק גניבה, ומבואר שהכל תלוי בגניבה שהיא גודלת ומשתרשת עוד, והעירוני עוד ללשון הרמב"ם במורה נבוכים [פמ"א] דבגניבה הוא מתחייב בדו"ה בתנאי שהוציאו מרשותו ע"י טו"מ, הרי שזה רק המשך לגניבה והיכי תימצי להוציאו מרשותו.

**ביאור חדש בגדר דו"ה, דהכפל עצמו נהיה דו"ה, שיש ב' סוגים של גניבה, גניבה פשוטה [בלי טביחה] וגניבה לאחר העמקה והשרשה [עם טביחה], ומאותה סיבה שגניבה פשוטה מחייבת כפל, מסיבה זו גופא גניבה לאחר העמקה והשרשה מחייבת דו"ה.**

ועפ"י כל הנ"ל אפשר להוסיף עוד, והוא, דבאמת אין כאן מחלוקת רמב"ם ורש"י, וכולהו מודי דדו"ה הוא חיוב חדש וכדמשמע מהמכילתא דרשב"י, וכמבואר ברמב"ם ודרישה וכו', וכולהו מודי לרש"י דכפל בכלל הדו"ה, ורש"י לא סותר משנתו מב"ק [ה'] לב"מ [נ"ז].

והביאור כך: שאלנו למה הגניבה מצטרפת שוב לחייב בדו"ה, וביארנו שבאמת אין מחייב של טביחה כלל וכלל, וכל ענינו של טביחה אינה אלא היכי תימצי להעמקת הגניבה, ולכן פשוט שעיקר המחייב בדו"ה הוא הגניבה שבו שהעמקת הגניבה היא היא כל המחייב, ומעתה נראה שלמדנו מזה דבר חדש, שבאמת יש ב' סוגים של גניבה, גניבה פשוטה [בלי טביחה] וגניבה לאחר העמקה והשרשה [עם טביחה], ופשוט א"כ שמאותה סיבה שגניבה פשוטה מחייבת כפל, מסיבה זו עצמה גניבה לאחר העמקה והשרשה מחייבת דו"ה, וכמו שגניבה פשוטה מחייבת כפל, כך ממש גניבה לאחר העמקה והשרשה מחייבת דו"ה, ופשוט א"כ שהעמקת והגדלת החטא היא היא סיבת העמקת והגדלת הקנס.

ולמדנו א"כ שיש צד שלישי בחקירה, אין הוספה של ג' נוספים בתוספת לכפל, [ואז איכא ב' קנסות נפרדים, כפל וג' נוספים], אין גם הסתלקות של הכפל לחייב במקומו קנס אחר של דו"ה, אלא שיש כאן מהלך שלישי, שכמו שעד עכשיו הגניבה היתה סיבה לחייב כפל, כמו כן גדלה סיבתה מחייב בגנבה והיא בעצמה מחייבת דו"ה, ועיין בהערה <sup>22</sup> תוספת הסברה בזה, וע"ע בהערה <sup>23</sup> קצת בנוסח אחר.

21 הראוני בלשון החזו"א [ב"ק סימן י"ט ס"ק י'] שכתב שהמעשה גניבה הוא תנאי בחיובא דדו"ה ולא סגי בטביחה, ודלא כדבריו שמעשה גניבה הוא העיקר.

22 ואסברא לי תלמיד אחד, דכמו שכלי קטן שוה ב' פרוטות וכלי גדול שוה ה' פרוטות, ואם כלי קטן גדל, הרי לא סילקו את הב' והביאו במקומו ה' וגם לא חל כאן ה' אחרי שנסתלק הב', אלא הך סיבה לב' היא היא הסיבה כעת לה' - הסיבה גדלה והמחיר גדל.

23 ובנוסח אחר קצת: חיוב דו"ה בא בזה דנשתרש בחטא, א"כ הך חטא שבגניבה שעד עכשיו מחייבו בכפל, הוא בעצמו מחייבו בכלל הדו"ה, והיינו דכמו דנתגדל החטא כמו"כ נתגדל הקנס, אבל אין הכוונה שהוסיפו קנס נוסף דב' וג', דאין כאן ב' קנסות רק קנס א', וגם אין הכוונה

**מדדיק ומוכיח כן מהסוגי' דריש המפקיד.**

ונראה שיש מקור מפורש לבזה מהסוגי' בב"מ ריש המפקיד, דמבואר שם דהמפקיד מקנה כפל לשומר כשנגנב הפיקדון והשומר משלם, וקס"ד דבשור ושה אינו מקנה כיון "דנפיש כיפלייהו" והיינו דאיכא דו"ה.

וק' תרתי, א] למה לא מקנה עכ"פ את הכפל, ורק את הדו"ה לא יקנה, ועיין בהערה <sup>24</sup>, ב] מהו הלשון "נפיש כיפלייהו", הול"ל "נפיש תשלומיו", וצ"ע.

ואחרי מה שנתבאר הכא שחיוב דו"ה בא בזה דנשתרש בחטא, א"כ הך חטא שבגניבה שעד עכשיו מחייבו בכפל, הוא בעצמו מחייבו בכל הדו"ה, דכמו דנתגדל החטא כמו"כ נתגדל הקנס, והכפל עצמו נהיה ונהפך לדו"ה, ואלו הן דברי הגמ' - "נפיש כיפלייהו", וזהו גם הסברא דלא מקנה לו כפל, דכיון דהך קנס יכול לגדול, שוב אינו מקנה לו כלל, ואם הגדר היה דפקע הקנס וחיילא קנס חדש, זה אינו סיבה לא להקנות את הכפל, וכן אם היה קנס נוסף דב' וג', גם לא היתה סיבה לא להקנות, אלא הכוונה שהקנס עצמו גדל, והגניבה ממשיכה לחייב [וכדהוכחנו לעיל ממה דחס רחמנא, וממה דקס"ד דגונב שור ושה, וממה דמבואר בתוס' ס"ו] אלא דנתגדלה ע"י הטביחה ולא מקנה לו קנס כזו שיכול לגדול, ודו"ק.

**מיישב בזה את סתירת הרש"י, ומיישב בזה את הרמב"ם, ואכתי קשה מסברת הדרישה.**

ונראה דזו הכוונה במכילתא דרשב"י וברמב"ם, דאחרי שגדלה הגניבה, אינה גניבה שמחייבת קנס ד"כפל", רק קנס ד"דו"ה", וכדברי הדרישה, ואלו ממש דברי רש"י בריש ב"ק לגבי מיטב, שעדיין לא יודעים שיש מיטב מהדו"ה, שיש לומר שהקנס לאחר שגדל יש לו חומרא דמיטב אכן אינו מוכרח שזה גם הדין בכפל שבו, שאין הכפל חלק ממנו, רק דממנו גדל, וכמו ד"אישתרש" מכפל לדו"ה כמו"כ י"ל ד"אשתרש" מזיבורית למיטב, ואין ראיה דתמיד היה בו מיטב, ומאידך גיסא, כשהגניבה פטור מכפל בהקדש, ודאי דפטור מדו"ה, דכל הדו"ה בנוי וגדל מהכפל.

ואלו דברי הגמ' בב"מ, "דו"ה אמר רחמנא ולא גו"ד", והיינו דאם היה "גו"ד" קנס נוסף בפנ"ע על הטביחה אז שפיר היה חייב, וכיון שאינו כן רק דכתב רחמנא "דו"ה", א"כ בזה כתבה תורה דהגדר הוא דהך קנס דכפל הוא נהיה קנס דדו"ה [ולאפוקי דלא הוסיפו קנס נוסף דגו"ד], והן הן דברי הדרישה, "שהרי בטביחה ישלם חמשה תחת הבקר וארבעה תחת השה אמרה רחמנא, ולא לחנם כייל רחמנא חיוב דכפילא בהדי חיובא חיובא דטביחה", והיינו דמדכיל רחמנא לחיוב חדש מוכרח מזה שיש כאן גדר חדש לכלה חיוב מתחילתו, והיינו ממש כדברינו. והן הן דברי רש"י ש"כפל בכלל הדו"ה", דאין כוונתו דשנים שייך לכפל ועוד שנים לדו"ה, רק דמתוך הך שנים נבנה כל הדו"ה, וא"ש.

דהפקיעו קנס דכפל וחיבוהו בקנס חדש, רק כמו דהחטא דגניבה עצמו גדל ואישתרש, כמו"כ הקנס גדל ואישתרש, והכפל נהיה דו"ה.

24 עכ"פ לרמב"ם דס"ל דמקנה פרה לכפילא גם למסקנת הסוגי' שם, דאי מקנה גוף הפרה איכא כפל לחד וג' לחד, ולפנ"י ברש"י [ס"ח:] דחייב בכה"ג ק' גם לא לפי הרמב"ם, ודו"ק.

[ואין מכאן סתירה לחזו"א, דאף דהדו"ה בנוי מהכפל, אבל שומא דדו"ה יכול להיות כפי שומא אחרת משומא דכפל].

אמנם סברת הדרישה עדיין לא מובנת, שחידש שאחרי דאיכא קלב"מ על הטביחה שוב פטור גם על הכפל, שהרי סו"ס אף שהגניבה והטביחה ביחד חשיבי כגנבה עמוקה והם ביחד מחייבים חיוב חדש בלי הגנבה הראשונה, והגנבה היום כבר לא מחייבת כפל בפני עצמה רק ביחד עם הטביחה מחייבים חיוב חדש, אכן כל זה אם הטביחה באמת מחייבת, אבל עד כמה שהטביחה כבר לא מחייבת, אכתי קיימת הסיבה של הגניבה מצד עצמה, שהרי לא נעלמה מעשה זה מלהיות מחייב בפני עצמו במקום שהגניבה העמוקה לא תחייב, ואי נימא דבקלב"מ אמרינן דכאילו עשאו אחר, א"כ קשה טובא, שהרי לא עשה את הטביחה ונשאר הגנבה לחודי, אבל גם אי לא נימא כן הא סו"ס להיכן נעלם מחייב זה של הגניבה ועיין בהערה <sup>25</sup>.

**כל הנ"ל מרומז בדיוק בפסוק שדייק הגר"ח שיש תנאי של שור ושה גם בגניבה של הדו"ה.**

ונראה דכל הנ"ל מרומז בדיוק בפסוק שדייק הגר"ח שהוא למד שיש תנאי של 'שור ושה' גם בגניבה של הדו"ה, דלעיל הבאנו את ביאורם של הגר"ח והאו"ש בתוספתא בפרה מעוברת.

דהגר"ח ביאר דכתוב "כי יגנוב איש שור ושה", הרי דהילכתא דשור ושה מתחיל כבר בגניבה, ולא רק בטביחה, והאו"ש ביאר דכתיב בקרא "חמשה תחת השור", דכל התשלומין צריך להיות "תחת השור" ולא רק בו"ג מתוך התשלומין, וכשנעניין בדבריהם נראה דבגר"ח מבואר דהגניבה מצטרפת לטביחה לחייב קנס דבו"ג ולכן צריך נמי גניבת שור ושה וכתבאר לעיל, אבל באו"ש נתבאר יותר דכתוב בקרא דכל החמשה צריך להיות תחת השה, אפי' הכפל שבתוך הדו"ה, וזה קשה דאיך שייך הלכות על הכפל שבתוך החמשה, הרי כפל רגיל הוא, דבשלמא לגר"ח ההלכה רק נאמרה בכו"ג, אלא דכיון דהגניבה מחייבת נמי בכו"ג לכן צריך שור ושה בגניבה, אבל האו"ש דייק דגם הכפל עצמו הוא תחת שור ושה והיינו כל הדו"ה, וצ"ע, ולהנ"ל הכל כפשוטו, דהקנס שגדל הוא קנס א' שהיה פעם כפל והשתא נהיה דו"ה, ובכל הדו"ה נאמרה הילכתא ד"תחת השור", דקנס א' הוא, ועיין בהערה <sup>26</sup> בביאור הפשוט באור שמח.

<sup>25</sup> ויש לדון דאי יש חיוב לצאת ידי"ש, א"כ הטביחה עדיין מחייבת אלא שמחייבת ברמה פחותה, וזה עומד במקום המחייב של הגנבה, ולא נראה כן, וצ"ע, והפשטות שלפי הדרישה באמת צריכים לחדש שהחיוב דו"ה בא לסלק את החיוב של הכפל, כן צ"ל כפשוטו - וצ"ע.

ונוסיף, דגם אי נימא כהמכילתא דרשב"י [הובא לעיל] שהפסוק אמר 'חיים שנים לשלם - למיעוטי טבח', וכאן כתוב שמתבטל הכפל לגמרי, וזה המהלך בדרישה, אכן אי נימא דקלב"מ היינו כאילו שעשאו אחר, א"כ גם לפי הדרישה קשה שהרי סו"ס לא עשה את הטביחה, וצ"ע.

<sup>26</sup> אמנם, האמת היא דכשנעניין בדברי האו"ש איך שהוא ביאר את הדיוק ד"חמשה תחת השור", נראה דאין זו כוונתו, ולדעתו אין תשלום חדש של ה', ואף דדייק כן בקרא, אכן מדבריו נ' דיש ב' קנסות, שמקודם חייב ב' ואח"כ עוד ג', ולדעתו הביאור בקרא הוא כך, דבגניבה א"צ חפץ מסויים והחיוב כפל מתייחס לגניבת "ממון", ולא לחפץ כלל, ובטביחה יש תנאי דשור ושה, וכאן הקנס מתייחס כבר ל"חפץ", ובקרא ד"חמשה תחת השור" נאמר שרק כשאפשר להעמיד את הכפל דגניבה כגניבת "חפץ דשור", הוא דמצטרף אליו עוד ג' לחמשה, אבל אם הגניבה ישאר גניבת

**תוספת דברים.**

שוב הראוני את דברי הירושלמי במרובה - מובא בהגר"ח על הרמב"ם [סוף הלכות עדות] – שעדי טביחה שקדמו לעדי גניבה, אז ב"ד מזהירים את העדי גניבה שאם יוזמו שיהיו חייבים דו"ה, ומבואר שכל הדו"ה שייכא בגניבה עצמה, והיינו כנ"ל, אכן מדברי הגר"ח שם יש לדון האם אכן זו סברת הירושלמי.

בעיקר החקירה יש לדון האם המחייב הוא בטביחה עצמה אלא שהטביחה מחייבת מחמת זה שיש בטביחה אישתרש בחטא של גניבה, או דילמא שהמחייב של טביחה היא האישתרש בחטא עצמו, והיינו הגניבה שאישתרש בתוך הטביחה, ועיין להלן [סימן י"ח] דנתבאר דבזה פליגי ר' אילעא ור' חנינא, והנפ"מ היא האיך שיימינן לתשלומין דדו"ה.

וע"ע להלן [סימן ט"ו] בביאור דברי הרא"ש בחילוק בין כפל לדו"ה, וגם שם הדברים בנויים על עיקר הנידון של טביחה שהיא בגדר אישתרש בחטא של גניבה.

**הערה במשנה.**

הקשה מו"ר הגרא"ז גורביץ זצ"ל - למה לא קתני במשנה מרובה טביחה נגד גניבה, דטביחה איתנהו בשליחות דישלד"ע בטו"מ, ונ' דלנתבאר דגניבה מצטרף לחיוב דו"ה, א"כ הנידון במשנה הוא "גניבה" דכפל מול "גניבה וטביחה" דדו"ה, וא"א לדון במעלת הטביחה לחוד, דאין זה הנידון במשנה, ויתירא מזו, דלנתבאר באו"ש דתנאה דשור ושה הוא בכל החמשה וגם בכפל דבחמשה, א"כ אין תנאה דשה שייך כלל ל"מחייבים" של הדו"ה רק ל"חפצא" דדו"ה, דחפצא דדו"ה הוא תשלום שחל תחת השור, ואינו מדיני טביחה וגניבה רק מדיני דו"ה, א"כ ה"מרובה" במשנה לא שייך לגניבה וטביחה שהם המחייבים, רק לחפצא של הדו"ה, שהוא החיוב עצמו, וממילא דלא שייך כלל לדבר על שליחות שהם דיני המחייב, ולא שייך לחיוב וקנס עצמו, ועיין בהערה <sup>27</sup>.

**ביאור דין טובח לאחר הגנב, דשאני מטביחה על הקדש, דכאן חיסרון בטביחה עצמו.**

הבאנו לעיל [סימן א'] בדין טובח ומוכר לאחר הגנב, במשנה כ' גם טו"מ לאחר הגנב, וע' תוס' חדשים דהק' דמהו המקור לזה ות' ד"דו"ה אמר רחמנא, ולא גו"ד", וכדאמרו בהקדש בב"מ, והק' דלפי"ז תמוה דלמה בעלי הגמ' לא הק' כבר כאן [דיתחייב עכ"פ גו"ד] ולמה המתינו עד ב"מ, עיי"ש מה שיישבנו בזה שם.

ונראה לחדד את הדברים על פי הערה נוספת מהאפיקי ים [סוף הספר, מבנו, בסוגריים - ד"ה והיה אפ"ל] שהעיר עוד, דשם בב"מ כ' במשנה לעניין הקדש,

"ממון", הרי"ז גניבה אחרת, ואין לגניבה כזו ענין כלל לטביחת שור דמתייחס לחפץ, ולא מצטרפין אהדדי, וזהו חיסרון דגניבת עובר, וכדרך ערלה ונטע רבעי שהביא שם, שיש ערלה שמצטרף לנטע רבעי ויש ערלה מסוג אחר דלא מצטרף, כן נ' בכוונתו, ודו"ק

27 וע' להלן [סימן ג'] בהערה בתוס' דהוכחנו כדברים הנ"ל מביאורו של הגר"א מגרמיישא לל"ק, ולל"ב דחולק יסבור דטבח ע"י שליח, לא שייך דבעינן חומרא בגניבה וטביחה נגד גניבה, דתרווייהו מחייבים בדו"ה, ובשור ושה איכא חומרא בגניבה דכפל דחייב בכל דבר לעומת דו"ה שגם הגניבה וגם הטביחה בעי שור ושה, וכנתבאר מהגר"ח

"לא תשלומי כפל ולא תשלומי דו"ה", ומשמע באמת דאין דין מסויים בטביחה ורק דנגרר דו"ה לאחר כפל, ולכן באמת אמרו שם בעלי הגמ' "דדו"ה ולא גו"ד", אבל במשנתינו כ' ו"לא הטובח" וכו', והיינו דאיכא דין בטביחה עצמו, ולכן לא אמרו בעלי הגמ' מה שאמרו בב"מ, ומיושבת הערת התוס' חדשים על בעלי הגמ', ורק דצריכים לבאר מהו הדין בטביחה לאחר גנב, הרי קרא בגניבה מיירי, [וע' באפיקי ים שם מש"כ בזה].

וכבר הערנו שהכל תלוי בפלוגתת האחרונים במיעוט דמבית האיש אכן כעת נחדד את הדברים עוד, והיינו דלפי החזו"א וגרי"ז, דמבית האיש ממעט כל המעשה גניבה, ולא רק כפל אלא גם דין ונמכר, אבל גזילה אכתי איכא, א"כ אין כאן חטא דגניבה ואין כאן לא תגנוב ואין כאן אשתרש בחטא, וזהו המשנה, דכיון דטביחה אינו כל המחייב דדו"ה, והגניבה מצטרפת, דהטביחה אינה אלא אשתרש בחטא הגניבה, א"כ כשאינו גנב אין "טביחה" וזהו שהביאוהו כדין נפרד ב"טביחה" עצמו, אבל התם בב"מ דאיכא גניבה, ורק דיש פטור כפל, התם ק' להו דשפיר איכא אשתרש בחטא, וע"ז הוצרכו לפרש דכיון דבעינן אישתרש חטא, שוב למדנו מקרא ד"דו"ה אמר רחמנא", דכל הכפל נהיה קנס דדו"ה [וכדלעיל], וכשפטור בכפל פטור בדו"ה.

אולם להא"ש דגם הכא זה רק פטור כפל, ויש גניבה ולא דלא תגנוב ודין ונמכר, שוב הדרא קושיא לדוכתא, ואדרבה, לפי החזו"א והגרי"ז י"ל דזהו הרבותא במשנה, דקס"ד דאף דאין כפל, אבל גניבה איכא וכהא"ש, ואז איכא אשתרש בחטא לחייבו גו"ד, וקמ"ל דאין זה טביחה המחייבת דאין כאן אשתרש בחטא, וע"ז זה י"ל נמי לקצה"ח.

## סימן ג' גדר חיובא דטוט"ג

הקדמה / / מביא כמה הוכחות דכפל מדיני שומרים הוא. / / מביא כמה הוכחות דכפל מפרשת גנב. / / מביא ג' סוגיות דיש סתירה בסוגי' עצמה אם מדין שומר אם מדין גנב. / / ישוב מהברכ"ש, דזה גנב מפרשת שומרים, וכעין זה מצאנו בפושע כמזיק. / / מבאר היאך מתיישבים כל הסתירות עפ"י היסוד הנ"ל. / / הבהרת דברים. / / ביאורו של הברכ"ש בתוס' [ק"ז:] בכופר בפיקדון שוב טוט"ג. / / מוכיח מעיקר הנידון של טביחה לאחר טוט"ג שהוא גנב מחודש מפרשת שומרים. / / מקורות נוספות ליסודו של הברכ"ש. / / ראייה ליסוד נוסף של הברכ"ש שהנתינה לשומר מצטרפת לגניבה, וכאן כבר מוכרח שיש בגנב המחודש גדר מסויים בהפקדה של הלכות שומרים. / / הערות בתוס' ריש פירקין, והוכחה ליסוד של הברכ"ש שהוא גנב מחודש מפרשת שומרים.

### הקדמה

טוט"ג איירי שגנב את הפקדון וטוען שאחרים גנבו, ואף דליכא נפ"מ בין טענת אבד לטענת גזל לטענת גנב שהרי כל החיוב בא על מה שהוא עצמו גנבו ע"י טענת שקר ומה לי דברי טענתו, ואעפ"כ ההלכה היא שרק בטוען טענת גניבה הוא דחייב, וזה ע"כ מגזה"כ.

בנוסף לזה יש גם שבועה מגזה"כ, וכמו שהבאנו מהאמרי משה להוכיח כן - עיין להלן [סימן ד'].

וכל דברינו כאן הם דלא כהטוענים שאומרים שכל החיוב כולו אינו בא אלא על גוף הטענה והשבועה, והטענה והשבועה עצמם עושים אותו לגנב, ובזה הם מסבירים למה יש נפ"מ באיזה טענה הוא טוען - שסוברים שהחיוב קיים בלי גוף הגניבה - ולכן הכל מיתלי תלי בדברי הטענה.

וכל זה טעות גמורה, שהרי מפורש בפסוק שכל החיוב הוא מצד שהוא עצמו גנבו, והרי פשוט שאם לא גנבו הוא - אז ליכא חיוב אף בטוען נגנבה בשבועה - ובאתי בזה לאפוקי מהטוענים בזה, ועיין בהערה <sup>28</sup>.

### מביא כמה הוכחות דכפל מדיני שומרים הוא.

יש לעיין בעיקר דין טוט"ג, האם מדיני שומר הוא, או מדיני גנב הוא, והיינו כך: דאי הוי בכלל חיובי שומר, שהחיוב כפל בטוט"ג כלול בכל החילוקי דינים של שבועה ותשלומין דשומרים, ולא שייכא הך כפל לפרשת גניבה, והיינו דכמו שכל שומר מקבל על עצמו את כל מה שכתוב בפרשת שומרים ומשתעבד לפרשה דידיה, וכמבואר בתוס' בכתובות [נ"ו:], ובשעבוד הזה כלול כל הפרטי דינים של השומר, [תשלומין שבועה שליחות יד פטור בעיליו עימו וחיוב לשמור], כמו כן כלול הדין טוט"ג וכפל דידיה בכלל הקבלה והשעבוד הזה.

28 ודין זה מפורש - עיין להלן בגמרא [ק"ז:] - "מה שבועה שלא פשעתי בה, כי מיגליא מילתא דפשע בה - פטור מכפל", ועיין תוס' "מה שבועה שלא פשעתי בה כי מיגליא מילתא דפשע בה פטור - דהא מהכא דרשינן טוען טענת גנב מדכתיב 'אם לא ימצא הגנב אלא הוא עצמו גנבו' וזה שפשע בה לא גנבו", והיינו שזה כל הדרשה - שהוא עצמו גנב, וכן מפורש ברש"י בחומש וכן הוא לשון הרמב"ם, שהכל מתחיל בזה שהוא עצמו גנבו.

ואי הוי מדיני גניבה, אז הפירוש הוא שהשמירה אינה אלא היכי תימצי לגנוב, שהשמירה מחייבת אותו לישבע והוא משקר בשבועתו ובכפירתו כהיכי תימצי להחזקי את הגניבה תחת ידו על פי בי"ד, ונמצא שהשמירה לא קשורה כלל וכלל לחיוב כפל, שהחיוב כפל הוא ככל כפל דפרשת גניבה - פרשת שומרים היתה ההיכי תימצי לגנוב כמו שכל גנב אחר צריך את ההיכי תימצי [כלים] שלו לגנוב, והוא השתמש בדיני התורה במקום הכלים הרגילים של גנב רגיל, ונמצא שהוא באמת גנב ככל גנב אחר.

ויש להביא כמה ראיות דאינו דין גנב פשוט ככל גנב אחר:

א] מהסוגי' כאן נראה דאינו דין גניבה, מדס"ל לחד מ"ד דאינו חייב בטו"מ, וע"כ דאינו גנב, ולמ"ד דס"ל שהוא חייב י"ל דחולק בזה גופא, אכן מדאיצטריך לדידה ריבוי מיוחד על זה נראה דאינו גנב, ורק דילפינן דין טו"מ לשומרים.

ב] בשומר אבידה מבואר שצריך עוד פסוק לחייבו בטוט"ג [ריש ס"ג:], וע"כ דחלוקין דין שומר אבידה משאר שומרים ולהכי בעי קרא, וע"כ דדיני שומרים הוא, דמצד המחייב של גניבה, הרי השמירה אינה אלא היכי תימצי, ומ"ל פרשיות שונות של שומרים אינם אלא היכי תימצי בעלמא.

ג] אי הוי גנב פשוט, א"כ מ"ל טט"ג מ"ל טוען טענת אבידה, ולמה אינו חייב בטוט"א, וכמבואר [ס"ג:], שהרי כל השמירה היא רק היכי תימצי לגניבה, ומוכרח שזה מחיובי שמירה, ובהלכות שמירה יש כפל, אלא שיש חילוקי דינים וגז"כ בדיני שומרים ככל שאר הלכות שומרים.

ד] לעיל [נ"ז:] יש פירכא בגמ', דפרכינן בין שו"ח לש"ש דלא ילפינן זה מזה, דשו"ח יש לו חומרא דטט"ג [דאין טענת גניבה פוטר בש"ש ולכן לא משכחת לה טוט"ג בש"ש], וע"כ שזה מחיובי השמירה, דודאי דמה שיש לשו"ח עוד היכי תימצי לגנוב אינו פירכא כלפי שו"ש.

ה] כן מבואר נמי שם ברש"י [ד"ה קרנא], דחיובא מצד השבועה הוא, וזה המחייב, וכלשונו: "משום שבועה הוא דקנסי רחמנא", ופשוט ששבועה לא שייכת להלכות גניבה, דגניבה היא הנטילה מחבירו, והשבועה והשמירה הם רק היכי תימצי לגנוב, ומרש"י משמע שזה חיובי שומרים.

ו] עוד מבואר כן מלהלן [ק"ו: בסוף] דאיכא מ"ד דרק בכופר במקצת ומודה במקצת איכא לטט"ג, אף דחייב שבועה ונשבע בלי המודה במקצת<sup>29</sup>, ואי מצד גניבה הרי גנב כבר גם בלי המודה במקצת, וע"כ שאינו גנב כפשוטו, וע"כ דשייך לדיני השמירה.

ז] כן הוכיח בזכר יצחק [סימן ס"ב ס"ק ב' ד"ה הן אמנם] מהרמב"ם [גניבה פרק ד' הלכה ט'] דקטן שנתן פיקדון ונתגדל ותבע וטען השומר טענת גניבה, דפטור, דממעטינן נתינה דקטן מתורת שמירה, ד"כי יתן איש כתיב", ואי היה גנב פשוט א"כ ודאי דאיכא גניבה ויש כפל, שהרי כעת בשעת הכפירה ותביעה שהיא שעת הגניבה הרי הוא גדול, וע"כ דמדיני שומרים הוא, וחסר בדיני שמירה בחפץ של קטן.

29 ע' חידושי ר' מאיר שמחה [שם], אמנם בשטמ"ק מפרש באופן אחר.

ח] כן מבואר נמי בתוס' [ריש ס"ג:], דקס"ד בטוען טענת אבידה דאינו גנב וכשאבדו מן העולם כבר חשיב גנב, וצ"ב, דאם אינו גנב מה יוסיף לנו מה שנאבד מן העולם, דאיזה נפ"מ איכא בזה בהלכות גניבה, וע"כ שזה שייך לחילוקי דינים בשומרים ובאחריות השמירה.

ט] להלן [סימן ד'] הבאנו ב' הוכחות שהשבועה של טוט"ג היא גזה"כ, ולו יצויר ושומר היה פטור משבועה ונאמן בכפירתו לחודי', לא היה פרשת טוט"ג, שהשבועה היא גזה"כ בעלמא ולא היכי תימצי בעלמא כדי לגנוב<sup>30</sup>, וע"כ שאינו גנב פשוט שבגנב פשוט אין סיבה שיצטרך שבועה, וע"כ שכל אלו אינם אלא הלכות בהלכות שומרים.

#### מביא כמה הוכחות דכפל מפרשת גנב.

אולם מאידך גיסא יש להוכיח להיפך שזה הלכות גניבה, ולא דיני שומרים:

א] להלן [ס"ד:] רצו ללמוד ק"ו מטוט"ג ד"בהיתירא אתא לידי" וחייב כפל, לגנב ד"באיסורא אתא לידיה" דק"ו שיתחייב בכפל, וק', הא אם זה מכלל הקבלת שמירה שלו, שקיבל לשמור ולהתחייב בכל האחריות של שומרים ובכלל זה כלול נמי הדין כפל, א"כ אין ללמוד לגנב, דבגנב לא היה שום קבלת שמירה, וע"כ דדין גנב הוא, ופשוט.

ב] לעיל [ד':] בכ"ד אבות נזיקין, הק' בגמ' דר' אושע'י השמיט גנב מכל האבות נזיקין, ותירצו בגמ' דבכלל שו"ח הוא והרי הביא שו"ח, ופירש"י דשו"ח היינו טוט"ג, והיינו דטוט"ג הוא מזיק דגנב, ומפורש א"כ דדין גנב הוא [וכל מה דר"ח מנה בנפרד [גנב וטוט"ג] הוא משום דב' סוגים דגנב, חד בהיתירא חד באיסורא].

ג] אף דהוכחנו מהרמב"ם מקטן דיני שומרים הוא, הא לשון הרמב"ם [פ"ד מגניבה ה"א] "דמשלם תשלומי כפל שהרי הוא עצמו הגנב", ובהדי' שהוא גנב, והרמב"ם הביאו בהלכות גניבה, וסותר משנתו, וצ"ע, וכלשון הרמב"ם שהוא עצמו הגנב מפורש בהדי' בראב"ד בחידושיו [ה']. ובר"י מלוניל בסוגיין.

ד] גם ברש"י יש סתירה, דלעיל הבאנו מרש"י דהוי מדיני שומרים, וברש"י [ס"ג:] ד"ה משלם תשלומי דו"ה] כ' בהדי' דמשלם דו"ה "כגנב עצמו", הרי דסותר משנתו.

#### מביא ג' סוגיות דיש סתירה בסוגי' עצמה אם מדין שומר אם מדין גנב.

כבר הקשינו דאיכא ראיות לכאן ולכאן, אולם איכא גם ג' מקומות דאיכא סתירה בזה מיניה וביה:

א] בסוגיין הכא מצאנו סתירה מיניה וביה, דמצד א', מגוף הנידון בטו"מ מוכרח שמדיני שומרים הוא, וכהוכחנו לעיל, ומאידך גיסא, הרי מבואר דמדיני גנב הוא, דלו יצויר ומזיק היה חייב כפל, לא היו מביאים במשנה עוד "מרובה" בכפל, דלא שייך כפל דמזיק לכפל דגנב, וה"ה כאן אי מדיני שומרים היה חייב כפל מה זה שייך לכפל דגנב, ומוכרח שזה כפל דגנב, ולא כפל דשומרים.

30 עיי"ש בהוכחות של האמרי משה נגד האור שמח.

ב] גם לעיל [ד':] יש סתירה מיניה וביה, דמצד א' מנה טוט"ג כגנב, ומוכרח דזה דיני גניבה, ומאידך, האיך מנאו בתוך "שו"ח" הא אם השמירה היא רק היכי תימצא א"כ אין זה שייך לשומרים, וע"כ דטט"ג עצמו הוא הלכות שומרים.

ג] גם ברמב"ם שהזכרנו לענין קטן איכא סתירה מיניה וביה, דאי הוי גנב כפשוטו א"כ היה צריך להיות חייב לקטן וע"כ דנתמעט משמירה, אכן בהלכות שמירה מפורש ברמב"ם [שכירות פ"ב הל' ז'] דקטן המפקיד, הרי הוא שומר לקטן וחייב לו שבועה וכל הלכות שמירה, ומאי שנא דין טוט"ג משאר דיני שמירה, וע"כ דמדיני גניבה הוא, וצ"ע.

**ישוב מהברכ"ש, דזה גנב מפרשת שומרים, וכעין זה מצאנו בפושע כמזיק.**

ועל הסתירה האחרונה ברמב"ם מצאנו שעמד בזה בברכ"ש סי' מ' [בסוף], והביא ע"ז ישוב עפ"י דברי הגר"ח, ובדבריו שם יתיישב נמי כל הסתירות בענין זה, וז"ל הברכ"ש "דהנה גניבה זו דטוט"ג הרי היא גניבה מחודשת, וצוללים<sup>31</sup> באוזני דברי מו"ר בשיעוריו שאמר דגניבה זו היא גניבה מחודשת, ונראה בעז"ה דגניבה זו היא דין בשומרים, משום דגניבה הוא דוקא ע"י איסורא אתי לידלי והכא הא בהיתירא אתי לידלי וליכא גניבה, אלא דגנזה"כ הוא שתהיה זו גניבה אם טוט"ג, ונראה דהוא דין בשומרים, דמה דהוי זה גניבה הוא גנזה"כ דע"י דיני שמירה דהיינו דדין נתינתו אם טוט"ג חשובה זו גניבה.

ונמצא דיש בדיני שומרים שני דיני חיובים, א] דין חיוב שומרים בעצם, ב] דין חיוב שומרים שחל לעניין [זה] שאם נעשה שומר וטוט"ג נעשה גנב לענין שבועה וכפל, וע"כ באה התורה למעט קטן מדין זה של שמירה, נהי דעדיין לא נתמעט כלל וכלל מדין השמירה לעניין התשלומין, מ"מ נתמעט מזה הדין של שמירה שחידשה התורה דשמירה מחייבת שבועה וכפל, וזהו שהרמב"ם סובר שבאה הגזזה"כ למעט קטן מדין נתינתו שמחייבת שבועה השומרים וכו' וממילא הוי כלא נתנו וליכא הך חידושא דיתחייב שבועה וכפל וממילא אינו גנב דהא בהיתירא אתא לידלי ואינו גנב כלל, עכ"ל.

דוגמא לחידוש זה מצאנו נמי ברמב"ם דפושע כמזיק ולכן חייב בקרקע, וביאר הגר"ח [ברכ"ש סי' ל"ב אות ד'] דודאי באיניש דעלמא אין פושע כמזיק ופשוט, וכ"ה בנתה"מ [סימן ש"א ס"ק א'] והוכיח כן ממה דפורץ גדר בפני בהמת חבירו פטור אף דודאי פושע הוא, ורק דמזיק מחודש הוא מפ' שומרים, ולענין זה חשיב שומר בקרקע, ורק לענין שבועה ותשלומין אינו שומר, וזה משל מדויק לדין טוט"ג שאינו גנב אתא גנב מחודש מפרשת שומרים, [ועיין להלן שגם לגבי קרקע יש לדמותו לדין פושע כמזיק בקרקע, ודו"ק].

למדנו מהברכ"ש בשם הגר"ח שיש פרשת גנב ומזיק דעלמא ויש גם פרשת מזיק וגנב מחודש, והיינו גנב ומזיק 'מחודש' מפרשת שומרים – וכן הוא לשון הברכ"ש [סימן מ"א ס"ק ב'] שזה 'גנב מחודש בדיני שומרים'.

ונוסיף - הביאור בנוסח זה ששייך גנב ומזיק מחודש מפרשת שומרים הוא כך:

31 העירוני לפסוק בשמואל [א' פרק ג' פסוק י"א] "תצילנה שני אזניו", וכתב הרד"ק – "תצילנה - מבנין הפעיל שרשו צלל והוא ענין הרגשה כמו לקול צללו שפתי".

השייכות שיש לאיניש דעלמא לממון חבירו שונה מהשייכות שיש לשומר לפקדון, שהחובים שלו על הפקדון מעמידים אותו ברמת אחריות על הפקדון באופן שההתייחסות שלו לממון הזה שונה מכל איניש דעלמא, וההתייחסות הזו החדשה גורמת שגם מעשה כזה דבעלמא אין בו תורת מעשה מזיק ומעשה גניבה מיקרי מעשה גניבה ומעשה מזיק אצלו – ודו"ק.

#### **מבאר היאך מתיישבים כל הסתירות עפ"י היסוד הנ"ל.**

עכ"פ אחרי יסוד זה מבואר הכל, דמצד א' הבאנו דטוט"ג שייך לחילוקי דינים בשומרים – לענין זה דבעינן דווקא טענת גניבה לעומת טענת אבידה, ולענין שומר אבידה, ולענין שבועה דמודה במקצת, ולענין קטן, וחשיב חומרא דשומרים – והביאור, דהך גנב מחודש רק נתחדש בדיני שומרים, אבל מאידך גיסא, אין התשלום תשלומין של שומרים, רק דמדיני שומרים נעשה לגנב, ואחרי שהוא גנב מחודש מפרשת שומרים, שוב תשלומין דידיה הוא תשלומי גנב, ולכן שייך ל"מרובה" במשנה, וא"ש נמי לשון הרמב"ם ורש"י, ושפיר ילפינן מיניה כפל דכל גנב.

וא"ש נמי ר' אושעי' לעיל [ד'], דמצד אחד טוט"ג שייך בכ"ז אבות בתוך שו"ח, דמחידושי שו"ח ומהלכותיו הוא, ואפ"ה נאמר כאן מזיק דגנב, דהתשלום עצמו הוא תשלום דגנב, ושפיר הישמיטו כפל דגנב.

#### **הבהרת דברים.**

וברור שגם אחרי כל הנ"ל, השבועה של טוט"ג וגם הדין שצריכים לטעון דווקא גניבה ולא אבידה, הנך שני דינים הם גזה"כ בעלמא, ולא מעלים ולא מורידים בעצם הלקיחה והעיכוב ממון של הגנבה, ולא נתבארו הטעמים להנך דינים, וכל מה שנתבאר הכא הוא דהאיך שייך דינים וגזה"כ באחד שגנב מחבירו, הא מה גרע גנב זה מכל גנב אחר, והתשובה, שבאמת אינו גנב ככל גנב אחר, ורק אחרי פרשת שומרים חיילא ביה דין גנב, ויש כמה הלכות בפרשה זו שהם גזה"כ בעלמא, ורק אחרי שנתקיימו כל ההלכות שוב חיילא ביה דין גנב מחודש מפרשת שומרים, ולא שהחידוש הוא שחל בו דין גנב ותו לא, אלא דגם אחרי שכבר חל בו הך דין אכתי אינו אלא גנב מחודש, ולכן אכתי לא ברור אי איכא ביה טביחה ומכירה.

#### **ביאורו של הברכ"ש בתוס' [ק"ז]: בכופר בפיקדון שוב טוט"ג.**

בדרך זו של הברכ"ש ממשיך הברכ"ש [סי' מ"ב] לבאר את השו"ט בתוס' [ק"ז]: אי בכופר בפיקדון [להז"ם וכדו'] דנעשה גזלן ושוב טוט"ג, אי חייב, דמתחילה הק' התוס' דלמה חייב, והכוונה, דכיון דנעשה גזלן כבר אינו שומר, ורק בשומר נאמרה פרשת טוט"ג ואם אינו שומר אינו גנב ע"י הדין טוט"ג, ומאידך גיסא בת' ס"ל לתוס' דכופר בפיקדון אינו גזלן ממש, ורק חייב באונסים, וממילא שפיר שייך טוט"ג דלא פקע מיניה שם שומר, ודו"ק.

#### **מוכיח מעיקר הנידון של טביחה לאחר טוט"ג שהוא גנב מחודש מפרשת שומרים.**

בזה יש ליישב הערה גדולה, ונתעוררתי לזה ע"י תלמיד אחד, הרי מה כל הנידון לפטור טוט"ג מטביחה ומכירה, הרי הטביחה עצמה היא מעשה גניבה, דטביחה

בתוך חצירו חשיב מעשה גניבה, דהחצר הוא הקנין והטביחה הוא המעשה גניבה וכמבואר באמרי משה [סי' ז' בהגה"ה] בשם השטמ"ק כתו' [ל"ד], וסתם שומר מחזיק את הפיקדון בחצירו וברשותו, ולפי"ז בשלמא כשהיה גנב מהתחלה ושוב טבח, אז אין הטביחה עצמה גניבה דאין גונב אחר הגנב, אבל כשאינו גנב רק טוט"ג, הרי אכתי שומר הוא וברשותו דמרי' הוא, ולמה לא נחשיב את הטביחה עצמה כגניבה לחייבו כפל ואם הטביחה כגניבה לכפל, יתחייב כבר דו"ה בטביחה, ומכוח זה מוכרח דדין טוט"ג הוא גנב, והו"ל כבר בית הגנב ולא בית האיש וממילא אין בזה גניבה נוספת.

אולם השתא ק' מאידך גיסא, דאם גנב הוא למה אין דין דו"ה בטביחה מצד זה שהוא גנב בטוט"ג, דמ"ש מגנב אחר, הרי דממנפ"ש ק', דמצד אחד ודאי אינו שומר פשוט, ומצד שני אינו גנב פשוט, ומוכרח דזה גנב מחודש מפרשת שומרים.

#### **מקורות נוספות ליסודו של הברכ"ש.**

עיקר יסוד זה של הגרב"ד הוא יסוד מוכרח מכל הנך קושיות דלעיל, אכן בהמשך הסוגי' נביא לזה כמה וכמה הוכחות, דמכמה מקומות מוכרח שדין מדיני שומרים, ומאידך מוכרח דהוי תשלומי גניבה:

א] עיין בזה להלן בדברינו [סימן ה'] בביאור ספיקת התוס' [נ"ז] בדרך השניה של האור שמח שהספק הוא האם בעליו עימו הוא שומר או לא, ומוכרח מינה וביה שהוא גנב מחודש מפרשת שומרים והכפל הוא כפל של גניבה.

ב] עיין עוד להלן בהמשך בדברינו [סימן ה'] בביאור קושי' התוס' [ד"ה יצאו קרקעות], שלא הקשה על עצם זה שבקרקע הוא לא שומר, דגם אחרי שהוא שומר שפטור על הכל אכתי יהיה לו חיוב של כפל כיון שזה חיוב של שומרים.

#### **ראיה ליסוד נוסף של הברכ"ש שהנתינה לשומר מצטרפת לגניבה, וכאן כבר מוכרח שיש בגנב המחודש גדר מסויים בהפקדה של הלכות שומרים.**

והנה בכל המקומות הללו אנו מוכרחין לבא ליסודו של הברכ"ש, שהוא גנב מחודש מפרשת שומרים, אבל יש בתוך דברי הברכ"ש יסוד נוסף, והוא, שהנתינה וההפקדה לשומר מצטרפות לגנב המחודש מפרשת שומרים, ולכן יש נפ"מ אם הנתינה היתה לקטן או לגדול אף שהנטילה והגניבה היו מגדול.

בחידוש הזה כבר מוכרח שיש בגנב המחודש גדר מסויים בהפקדה של הלכות שומרים, וגדר דזה הוכחנו וביארנו להלן בסוף דברינו [סימן ו'] בדין גונב קרקע בענין י' גפנים בצורות שנתחדש הגדר בזה הוא שהוא הופך את הרשות שומר לרשות גנב, וזה כבר גדר חדש בעיקר הדין של טוט"ג שהוא גנב מחודש מפרשת שומרים.

#### **הערות בתוס' ריש פירקין, והוכחה ליסוד של הברכ"ש שהוא גנב מחודש מפרשת שומרים.**

עוד יש להוכיח כהברכ"ש בשם הגר"ח מהתוס' [ד"ה מרובה] שאמרו ששייר טענת גנב בשומר אבידה, וק' למה מיקרי עוד היכי תימצא ולמה באמת בעי לזה

עוד קרא [להלן ס"ג:]<sup>32</sup>, ועיין בחידושי הגר"נ פרצוביץ זצ"ל מה שהביא בזה עפ"י יסודו של הגר"ח שמולביץ זצ"ל ששומר אבידה הוא סוג אחר של שומר. אולם נראה עפ"י הברכ"ש שחידש שיש כאן גנב מחודש מפרשת שומרים, והוסיף שהכל תלוי בהפקעה בנתינה, וממילא י"ל דכיון דאיכא דין "כי יתן איש" כלפי טוט"ג, וזה נתינה לפיקדון מיוחדת חוץ מנתינה רגילה, וכדחזינן דדוקא מכאן נתמעט קטן, והסברא דכיון דהלכות טוט"ג אינו תשלומי שומר רק תשלומי גנב [רק פרשת שומרים מעמיד לגנב], לכן צריכים נתינה מיוחדת לזה, ומינוי דשומר אבידה הוא מינוי שונה ואין כאן נתינה רק התורה ממנה, ולהכי זה חידוש בפנ"ע וגוונא אחרת, וע' תוס' ר"פ דל"ק באמת חשיבא חדא. עוד בתוס' - שותף שגנב - והיינו דבעי טבחיו כולו באיסורא, ושותפין שגנבו, היינו דשחט כולו שלא לדעת חבריו, והכא כולו אסור אבל אין כולו בחיובא [רש"י ע"ח:], והיינו דחיובא אין לו דהוי טביחה לאחר הגנב], וצ"ל לכאן דאין זה תרתי, דדין א' ותרי גוונא. ולל"ק צ"ב למה שייר הנך, וע' שטמ"ק בשם תוס' שאנץ ור"א מגרמיישא דצריך "טביחה דקרא", ובטביחה דקרא בעי שיהיה יותר כפל, וצ"ב הרי טביחת שאר רוח חיים ג"כ אינו טביחה דקרא, ולמה אמרינן בזה מרובה. ונ' דכאן מבואר דשור ושה אינו תנאי בטביחה רק תנאי בתשלום דחמשה, וכדהבאנו לדייק מהאור שמח, ומתני' מיירי במעלת כפל על דו"ה ולא בהלכות גניבה וטביחה [ובזה יישבנו קושי' מישלד"ע בטביחה].

32 וע' פנ"י [נ"ז. בד"ה עוד שם ואי סלקא דעתך] שהקשה על קרא יתירא, ות' מקנסא לא ילפינן.

**סימן ד'**  
**בדין גונב טלה מן העדר,**  
**ובפלוגת הרמב"ם וראב"ד ביסוד דינא דטוט"ג,**  
**ובדין שבועה בטוט"ג**

הקדמה. / / פלוגת הרמב"ם וראב"ד בגונב טלה מן העדר, ודברי המ"מ וכס"מ בזה. / / דרכו של האור שמח בפלוגת הרמב"ם וראב"ד, דנחלקו אי שבועה מגזה"כ שומר אינו גנב [ראב"ד] או שומר יכול להיות גנב וכל השבועה היא היכי תימצי בעלמא להשלים גניבתו [רמב"ם], ונפ"מ בטלה מן העדר שהוא לא יכול לתבוע שבועה. / / קושי' האמרי משה, שמוכיח דשבועה בטוט"ג הוא גזה"כ בעלמא. / / מבאר עפ"י הנ"ל שגם הרמב"ם מודה ששומר אינו יכול להיות גנב, ונחלקו באופן שהוא 'גונב' גם את הזכויות שמירה שיש למפקיד בפקדון, האם בזה הוא יכול להיות גנב, ומבאר את הדברים עפ"י האור שמח ששבועת השומרים היא חלק מעצם החובת שמירה, ועד כמה שהוא מעכב ממנו את הזכות שבועה [בגונב טלה] בזה הוא גונב את הזכויות של שמירה. / / דוחה גם את המהלך הזה. / / ביאור חדש בביאור פלוגתם דפליגי ביסוד הגדר דבהיתירא אתי לידיה האם שייך על ידי גונב טלה מן העדר שיחול כאן דין באיסורא אתי לידיה. / / תוספת ביאור בדברי הרמב"ם – דכל זמן שיש חיוב שבועה חשיב כיד בעה"ב ושוב חשיב כבהיתירא, ואהני לן הך אופן של האור שמח לפטור משבועה ושוב חשיב כבאיסורא אתי לידיה. / / מביא את סתירת הראב"ד בסברא דיד שומר כיד בעה"ב משליחות יד לטוט"ג, ומיישב עפ"י הנ"ל. / / מביא כמה דרכים באחרונים בביאור פלוגת הרמב"ם וראב"ד דנחלקו בעיקר החידוש של טוט"ג, ומתמה עליהם.

#### הקדמה.

למדנו לעיל [סימן ג'] מהברכ"ש בשם הגר"ח שיש פרשת גנב דעלמא ויש גם פרשת גנב מחודש, והיינו שיש גנב 'מחודש' מפרשת שומרים, וצריכים לבאר למה באמת אינו גנב פשוט ומה מוציא אותו מהפרשה הרגילה של גניבה עד שנתחדש בו שם גנב מחודש על הלכות חדשות והאחרונים נקטו דנחלקו בזה הרמב"ם והראב"ד בגונב טלה מן העדר, וכל זה יבואר בדברינו הכא.

#### פלוגת הרמב"ם וראב"ד בגונב טלה מן העדר, ודברי המ"מ וכס"מ בזה.

כ' הרמב"ם [פ"ד ה"י דגניבה] דהגונב טלה מן העדר שהופקד אצלו חייב כפל, והראב"ד כ' דאינו כלום, וביאר המ"מ דכיון דצריך שבועה כטוט"ג, בלא זה ליכא גניבה בשומר.

וביאור השגתו דשומר שאני, ושומר אינו גנב, מדמצאנו אצלו שבועה בדין טוט"ג, ומבואר דהכפירה מצד עצמה אינה גניבה, ומאי שנא דבעי שבועה יותר מאידך גנבים, וע"כ דאין אצלו גניבה, ובגונב טלה מן העדר ואח"כ טוט"ג חייב מצד טוט"ג ובשבועה, ובלא זה פטור.

וע' כס"מ שתירץ דכל טוט"ג מניחו במקומו, וכאן נוטלו מכלל מה שהופקד אצלו דרך גניבה, ולכן חייב בלי שבועה.

דרכו של האור שמח בפלוגת הרמב"ם וראב"ד, דנחלקו אי שבועה מגזה"כ דשומר אינו גנב [ראב"ד] או ששומר יכול להיות גנב וכל השבועה היא היכי תימצא בעלמא להשלים גניבתו [רמב"ם], ונפ"מ בטלה מן העדר שהוא לא יכול לתבוע שבועה.

ועיין אור שמח שמבאר את דברי הכס"מ דלעולם מודה הכס"מ לטענת הראב"ד ומ"מ, דשאני שומר שאין לו דין גניבה אלא בשבועה, אלא דהרמב"ם מיירי בגוונא מסויים, ורק באופן זה סובר הרמב"ם וכס"מ דאית ליה דין גנב גם בלי שבועה.

והאור שמח הקדים ודיקדק כמה דיקדוקים בדברי הרמב"ם וכס"מ, א] לשון הרמב"ם הוא, "טלה מן העדר", וק' דלמה אוקמי' בגוונא זו, הא גם במפקיד ב' טלאים ולקח א' מהם נאמר דין זה, ב] למה הדגיש הכס"מ דלקח "קצת מהכל" ומשמע שוב שהוא "קצת" ולא חצי מהפיקדון, ג] מהו הוספת הכס"מ "דרך גניבה".

ומפרש האור שמח דמיירי שהבעה"ב לא ידע המנין ודוקא לקח "קצת" באופן שהבעלים לא ירגיש ולא יוכל לתבוע שבועה, ובזה אמרינן דזה "דרך גניבה", שהבעלים לעולם לא ירגיש, וזהו ההדגשה "קצת מהכל", ולכן אוקמי' הרמב"ם בגוונא זו.

וחידש האור שמח, דדינא דשבועה בטוט"ג אינו גזה"כ בעלמא אלא דדינא דשבועה הוא משום שכיון שהמפקיד יוכל לתבוע את החפץ, א"כ השומר לא השלים גניבתו עד שישבע, ונמצא דבכפירתו ליכא גניבה כלל, ולעולם חסר בגניבה בלי שיפטר בשבועה, אבל מי שע"י כפירתו יפטר מיד מהבעלים גם בלי השבועה, הרי הוא גנב מיד.

ולפי"ז כיון שהוא דבר שלא במנין, שהפקיד עדר וכיס, שוב לא יודע לתבועו ומיד בלקיחתו איכא גניבה גם על דמיו, ולכן אי"צ שבועה, וזהו שכ' "שלקח קצת", ודו"ק.

וי"ל, דהראב"ד חולק בזה גופא, וסובר דדינא דשבועה בטוט"ג הוא גזה"כ בכל גנב, ואינו הלכה בעלמא להשלים את גניבתו, ולהכי חולק על הרמב"ם בזה.

הרי שלפי הראב"ד שומר אינו גנב, וכלשון המ"מ בדעת הראב"ד, רק דמגזה"כ נעשה גנב והיינו דווקא ע"י שבועה, אכן הרמב"ם למד ששומר נעשה גנב, וממילא כל מה שבעינן שבועה אינה אלא להשלים את הגניבה, ולא מגזה"כ, ונפ"מ באופן שיוכל לגנוב בלי להתחייב בשבועה כגונב טלה מן העדר.

ובדרך זו הוסיף עוד בהמשך הדברים שנחלקו באופנים אחרים שאין דין שבועה מעיקרא, וביאר בזה את ספיקת התוס' לעיל [נ"ז] בבעליו עימו שלמד שאין שבועה בבעליו עימו ולמד שנסתפקו בהנך ב' צדדים, [ונתקשה לפי"ז בדין חשוד], וכל זה יבואר להלן.

**קושי' האמרי משה, שמוכח דשבועה בטוט"ג הוא גזה"כ בעלמא.**

איברא דדרך זו של האור שמח דחה באמרי משה [סי' ל"ה ס"ק ג'], שהביא כמה ראיות דמה דטוט"ג בעי שבועה היינו ע"כ מגזה"כ [כמבואר בדף ס"ג:], ואלו הן:

א] מדקס"ד ללמוד מטוט"ג לגנב דבעי שבועה [ס"ד:], והרי בגנב רגיל אין חיסרון שלא השלים גניבתו, ואין חסרון שהוא שומר עד שבועתו.

ב] ועוד דרש"י הק' [ס"ג:] דאיך ילפינן כפל מטוט"ג לגנב, מה לגנב דא"צ שבועה, ולדרכים הנ"ל דוקא טוט"ג צריך שבועה להיות גנב, וקושי' רש"י לק"מ, [ויש לומר דרש"י כהראב"ד והרמב"ם חולק על שניהם].

ג] ועוד דלהלן [ק"ו] יש מ"ד דבעי דוקא שבועת מודה במקצת, אף דבלי שבועת מודה במקצת כבר נפטר.

ולפי"ז חידש דלעולם כל טוט"ג צריך שבועה, גם טוט"ג שהבעלים האמינו או שהביא עדים צריך שבועה מגזה"כ.

ד] מלבד כל זה הרי טוען טענת אבידה אינו גנב, ולפי האור שמח לא גרע טוען טענת אבידה מגונב טלה מן העדר, דטוען טענת אבידה גם השלים את הגניבה אחרי שנשבע כמו שגונב טלה השלימו בלי לישבע ומאי שנא, וצ"ע.

ויש להוסיף עוד על הקושיות של האמרי משה, שנמצא דנחלקו הרמב"ם והראב"ד בעיקר יסודו של הברכ"ש שהוא גנב מחודש מפרשת שומרים, שלפי הרמב"ם הוא גנב פשוט, ורק לפי הראב"ד הוא גנב מחודש, שהרי שומר אינו גנב, וזה תימא גדולה לומר שטוט"ג הוא גנב פשוט, וכנתבאר בארוכה לעיל [סימן ג'], וע"כ צריכים לפרש את הדברים באופן אחר.

**מבאר עפ"י הנ"ל שגם הרמב"ם מודה ששומר אינו יכול להיות גנב, ונחלקו באופן שהוא 'גונב' גם את הזכויות שמירה שיש למפקיד בפקדון, האם בזה הוא יכול להיות גנב, ומבאר את הדברים עפ"י האור שמח ששבועת השומרים היא חלק מעצם החובת שמירה, ועד כמה שהוא מעכב ממנו את הזכות שבועה [בגונב טלה] בזה הוא גונב את הזכויות של שמירה.**

ובאופן אחר נראה לבאר את דברי הכס"מ לפי הדיקדוקים באור שמח, דבאמת יש לומר דגם הרמב"ם מודה ששומר אינו גנב, ולכן הדין טוט"ג הוא גנב מחודש מפרשת שומרים, ורק בגונב טלה מהני בלי שבועה, וכדיבואר.

ונקדים ביסוד גדול והוא, דדין שבועת השומרים שאני מאידך שבועות, דאין זה שבועה ע"י טענה וכפירה, רק שבועה מדיני השמירה עצמן, שקיבל על עצמו שמירה ובכלל קבלת שמירה זו היא שישבע כשארין פקדון, ועיין בהערה <sup>33</sup> שהבאנו יסוד זה מהאור שמח, והבאנו כמה ראיות לעיקר יסוד זה.

33 יעויין באו"ש [טו"נ, א' – י"ב] דייסד דחלוק שבועת השומרים משאר שבועות, דתמיד שבועה בא לברר ולחזק טענתו נגד הטענה החשובה [שיש בו סיוע דע"א או סיוע דהודאת מקצת], וכסברת הגמ' ב"מ [ד.]. דע"י טענה וכפירה הם באים וכמבואר שם בתוס', ולעומת זאת, בשומרים אין כאן תובע ואין כאן טענה אלימתא, דהמפקיד לא יודע כלום, וע"כ שהשבועה היא מחיובי שומרים, שרק נפטר מחיובי השמירה אחרי שנשבע שנאנס.

האור שמח למד שזו עומק כוונת אביי ב"מ [ל"ה:] דשבועה באה "כדי להפיס דעתו של בעה"ב", ואינו כפשוטו שמתחייב מדיני פיוס, אלא הכוונה שנתחייב בחיובו לשמור את הפקדון, ונתחייב עוד להעמיד שבועה על הפקדון באופן שאינו מחזירו.

ויש עוד ראיות לעיקר יסוד זה בגדר שבועת השומרים, וכדיבואר:

א] ביסוד זה מבואר שי' המ"מ [שכירות פ"ב ה"ח] דמיגו לאפטורי משבועה אמרינן [דלא כהרמב"ם], אבל בשבועת השומרים לא מהני מיגו, וי"ל דמיגו הוא לאמת את הטענה, ולכן מהני

ומעתה נראה דא"נ כו"ע מודי דשומר לא נעשה לגנב, הלכך לא מצאנו דין טוט"ג אלא ע"י שבועה, וכטענת הראב"ד ומ"מ, אולם נראה, דשורת הדין היה דכל שומר שעושה מעשה גניבה, המעשה גניבה היה צריך להפקיע ממנו את הדין שומר, שהרי כעת הוא גנב ולא שומר, אלא דכיון דגם אחרי הגניבה יוכל המפקיד לתבוע ממנו שבועה לגמור את הדין שמירתו, [דשבועה מדיני שומרים היא], א"כ שוב ע"כ לא פקע ממנו הדין שומר ולהכי לא יחול בו שם גנב, והיינו, דכיון דשבועה מדיני שומרים הוא, ע"כ ממשיך הדיני שמירה גם לאחר המעשה גניבה, ואין אפשרות לסלק מעצמו את הדין שמירה.

אולם כל זה בסתם גניבה, אבל אם הגניבה יהיה באופן שבטלה התביעה על השבועה, שוב מפקיע המעשה גניבה מעליו את השם שומר, ואז הרי הוא גנב ולא

תמיד במקום שבועה, דנגד "הטענה חשובה" הוא מעמיד מיגו לחזק טענתו, ושוב א"צ שבועה, אכן בשבועת השומרים, הרי אין כאן שום טענה כנגדו, ורק דחייב שבועה לבעלים דגוף החיובי שמירה שלו הוא, ומה יהי על זה מיגו במקום זה, ועיין באור שמח [טו"נ פ"א הי"ב ד"ה ואחר שהעלינו כל זה] שכ"ל בנוסח שונה קצת, אבל כן הוא שורש הדברים.

[ב] נראה דביסוד זה מבואר נמי יסוד דברי הגמ' להלן [שם ל"ו]: בשומר שמסר לשומר שאמר לו "את מהמנית לי בשבועה", דאינו מאמין שבועתו של חברו, ויש לעיין דמה שורש טענה זו, הרי התורה האמינה כל א' בשבועה אם רק אינו חשוד, ופשוט, שבמדה במקצת וע"א, דאין דין שיכול לומר לו כן, ורק בשומרים יש כזה טענה, דבשבועת ע"א או מודה במקצת החיוב בא מצד טענה וכפירה, משא"כ בשומרים דמזכותי שומרים הוא שהוא תובע שבועה כהשלמה לשמירה, והיינו כנ"ל, וכ"כ הגר"ח בהדי' בסו"ד [שכירות א' – ד'] וז"ל, "דאין זה טעמא בדיני שבועה, כי אם בדיני שומרים הוא דהוי דינא הכי שא"י למסור חובת שבועה להשני ולהפטר על ידו", ומהך זכות הוא שתובע נמי שרוצה דוקא שבועה משומר זו ולא שבועת חברו.

[ג] ונראה עוד, דלהלן [ק"ו] מבואר דרב אמר ששומר שנשבע על הפיקדון שאינו ברשותו נפטר, וגם אם יבואו עדים שהפיקדון אצלו הוא קנה את הפיקדון ע"י שבועתו, והקשו מכאן על המשנה ריש המפקיד דלמה לא קנה את הכפל גם בנשבע ולא שילם, ועיין בפנ"י מה שתירץ בזה, וכתב בזה הגר"ש היימאן [חידושי ח"ב סי' כ"ב במכתב לבעל האפיקי ים] דאין הפשט שבאמת קנה ע"י שבועה, אלא דע"י השבועה האמינה לו התורה לגמרי, ושוב לא מהני עדים להוציאו ממנו בבי"ד, דבי"ד הוא נאמן בשבועתו, אכן השומר שיודע את האמת ודאי שחייב להחזיר את החפץ, דלאו ממונו הוא, רק דבי"ד לא מחזירים, עיי"ש מה שהוסיף בזה.

ונראה דכל זה רק שייך בשבועת השומרים, שהרי ודאי דשבועה בעלמא כלפי בי"ד הוא פחות ברור מהבירור של עדים, ורק בשומרים שזה לא ענין של ברור בעלמא, רק שהמפקיד האמין לו להפטר ע"י השבועה, הרי דהאמין לו בזה ותו לא, ומה שייך יותר נאמנות ממה שהוא האמין לו, ודו"ק.

[ד] ועיין ברשב"א ריש המפקיד דשבועת השומרים הוא בגדר 'תשלומין', ועל זה אמרו במשנה ריש מכילתין דרק כשיש חיוב תשלומין הוא דמקנה לו כפילא, בין תשלומין דשבועה ובין תשלומין דממון, וזה כנ"ל.

[ה] וביסוד זה דשבועת שומרים שייך לדיני שומרים ולא לטו"נ כשאר שבועות, בזה ביאר הגרש"ש"ק [ב"מ ריש סי' כ"ה] דמצאנו בדין שומר שמסר לשומר דברגילים להפקיד נשבע השני במקומו, ופשוט דבשאר שבועות לא יתכן שמישהו ישבע במקומו, וע"כ דהכא שאני דמדיני שומרים הוא, ולכן נשבע במקומו כמו שהוא שומר במקומו.

[ו] עיין להלן [סימן ה'] שהבאנו את דברי הברכ"ש בשם הגר"ח [סימן ל"ב] דחלוקין נינהו שבועת השומרים שתלויים באלומות והדררא שבטוען ונטען, ובזה נאמר הפטור 'קרקע' לעומת שבועת השומרים שהשבועה שייכת לחובת שמירה, ובזה ליכא פטור קרקע והפטור קרקע בהך שבועה שייכת לפטור הכללי של החובת שמירה.

שומר וא"צ שבועה, וכל קושי' המ"מ היתה דכיון דע"כ ישאר בו דין שומר כיון שחייב שבועה, שוב אין כאן מעשה גניבה.

ונראה דגם הראב"ד וגם הרמב"ם מודים ביסוד זה, אלא שלפי האמת אין היכי תימצא לסלק ולהפקיע את התביעה לישבע, וגם בגוונא זו של הכס"מ ואור שמח שבפועל הוא לא יכול לתבוע שבועה כיון שהוא לא יודע שנגנב והוא חושב שכל הפקדון חזר, אכן סו"ס כלפי האמת יש לו עליו תביעת שבועה שומרים רק שהוא לא יודע מזה, וע"כ שהוא עדיין שומר עד שישבע.

אלא שנקודת המחלוקת בין הרמב"ם לראב"ד הוא בזה, שהרמב"ם חידש שאף שא"א לסלק את החובת שבועה, ונמצא שעדיין חייב בחובת שמירה, אכן אכתי שייך לגנוב את עצם החובת שמירה הזו.

אלא שזה תמוה דמה שייך לומר שהוא גונב ממנו את החובת שמירה הזו – אטו חובת שמירה שייך בה גניבה.

והביאור כך – יש זכויות למפקיד בפקדון, שמלבד עצם בעלותו בפקדון כבעלותו בכל ממונו, הכא בפקדון ניתוסף לו זכויות של שומרים כנגד השומר, והיינו שזכותו של המפקיד בפקדון הוא לתבוע שמירה, וזכויות הללו קיימות בפקדון – מלבד עיקר בעלותו בפקדון ככל שאר ממונו.

ומעתה – 'פקדון' של ראובן אצל שמעון אינו כ'ממון' של ראובן אצל שמעון, ד'פקדון' של ראובן כולל את הזכויות של ראובן בפקדון כנגד שמעון, ויש גניבת 'ממון', ויש גניבת 'פקדון', והכא בשומר הוא גונב ממנו את ה'פקדון' ולא רק את ה'ממון', ודו"ק.

[ובתוספת ביאור – כמו שנגב מעכב ממון חבירו, והיינו שהוא מעכב ומשתלט על בעלותו של חבירו בלי להפקיע את בעלותו, ובזה הוא מיקרי גנב וגזלן, כמו כן שומר שגונב את הפקדון לעצמו, הרי בזה הוא גם מעכב ומשתלט על זכויותיו של המפקיד להחזיקו כפקדון גם בלי להפקיע את בעלותו של המפקיד בזכויותיו הללו, דע"י הגניבה של הפקדון כבר אין אפשרות לתבוע ממנו לשמור שהרי כבר אין פקדון, ובזה הוא גנב ממנו את הזכויות הללו של שמירה בפקדון – נמצא שהוא גנב את הפקדון ואת הזכויות של שמירה שיש למפקיד בפקדון – והדברים נשמעים כחידוש, ועיין בהערה <sup>34</sup> תוספת ביאור בזה].

34 והיינו דגניבה וגזילה היינו עיכוב ממון חבירו והיה אפשר לשאול שהרי באמת הוא לא עיכב את הזכויות של המפקיד אצלו, אלא שהוא גרם שהמפקיד לא יוכל להשתמש בהנך זכויות, אבל הוא לקחם לעצמו בתורת עיכוב ממון של גזילה וגניבה, [ויותר היה מדויק לומר שהוא הזיק את הזכויות הללו ולא גנבם].

אכן נראה לבאר את הדברים בדרך משל, שכהן שיש לו בעלות על תרומה ובא ישראל וגנב את התרומה, הרי מלבד הממונות הוא גם גנב את הזכות אכילה שיש לכהן באוכל אף דלעצמו ליכא זכות אכילה כזו, והגדר בזה, שהוא גנב את ה'תרומה', ולא רק את ה'ממון' ו'חפץ' שבתרומה, והזכויות של אכילת כהן הם חלק מהתורת 'תרומה' שבממון.

ואף אנו נימא הכא, שכשהוא גונב את הפקדון, הרי שיש כאן את הממון הפשוט של הפקדון כמו כל ממון אחר, אלא שכאן יש לבעלים גם תורת 'פקדון' בממון, והתורת 'פקדון' היינו הממון שכולל גם את הזכויות הללו לתבוע על הממון שמירה ושבועה וכדומה, והגניבה מתייחסת לא רק

אולם כיון שמזכויותיו של המפקיד להשביעו [וזה הרי מדיני שומרים וכלדעיל] גם אחרי שהפקדון כבר לא קיים לפנינו, הרי נמצא שזכות זו עדיין קיימת אצלו גם אחרי שהגנב עצמו גנבו לעצמו, שהרי ישביעו ובכך יכריחו להחזירו, ונמצא שאין אפשרות לשומר לגנוב ולעכב את הפקדון עם הזכויות של שמירה בפקדון, שתמיד יצטרך לישבע.

הרי שהשומר גנב ממנו רק את ה'ממון' ולא את ה'פקדון', שהרי דיני השמירה של הפקדון וזכויותיו אכתי עומדים למפקיד.

אולם הרמב"ם מצא אופן שיוכל לגנוב גם את הזכויות הללו, והיינו שיגנוב באופן שלא יוכל להשביעו, שיעלים ויעכב את הפקדון באופן שאין לו שליטה ואפשרות להשביעו שהוא לא ידע להשביעו, הרי בזה הוא מעכב וגנוב ממנו גם את ה'ממון' וגם את התורת 'פקדון' של הממון, [והרי הוא כגנוב את הזכויות של פקדון מהמפקיד בהך גניבה], ועיין בהערה <sup>35</sup>.

ובזה נחלקו הרמב"ם וראב"ד - שיש לחקור בדין זה ששומר הוא לא גנב, האם עצם הזכות של המפקיד בפקדון לתבוע שמירה ושבועה מעכבו מלהיות גנב על פקדון כזה, וזו שיטת הראב"ד דלכן לעולם לא משכחת לה שומר שהוא גנב, ותמיד נאמר דין שבועה מגזה"כ, או דילמא דהיכא שהגנבה אינה גנבה על הממון של הפקדון גרידא, אלא שגם את התורת פקדון שבפקדון כלול בגניבה, הרי בכה"ג הנך זכויות של פקדון לא מעכבות את הגנבה עד כמה שהם בעצמם כלולות בתוך הגנבה עצמה – ודו"ק.

וזו שיטת הרמב"ם דכבר א"צ שבועה וחשיב גנב בגנוב טלה מן העדר אף שלא נשבע, שהשבועה רק נצרכת בכל שומר שגנב ובכל טוט"ג כיון שהוא עדיין שומר וגם לא גנב את הזכויות של שמירה ביחד עם הפקדון, דעצם זה שתובעו לישבע לא מאפשרת אותו להיות גנב שעד כמה שאפשר לתבוע שבועה ע"כ דאכתי אינו גנב, ודו"ק.

#### דוחה גם את המהלך הזה.

כפשוטו היה מקום לחשוב שכבר לא קשה הכא קושיות האמרי משה, שהרי לפי דרך זו דווקא בגנוב טלה הוא יכול לגנוב את הדין שמירה לעומת כל טוט"ג, ולכן רק בגנב טלה הוא גנב פשוט לעומת כל טוט"ג, ומה שהקשה האמרי משה דבטוט"ג יש גזה"כ ודינים [שהוכיח שהשבועה היא מגזה"כ וגם טוען טענת אבידה לא מהני מגזה"כ], ומכל זה מוכרח שאינו גנב פשוט, ויש לומר דאה"נ ורק בגנוב טלה מן העדר הרי הוא גנב פשוט, וכל הנך גזה"כ נאמרו בטוט"ג.

---

לממון הפשוט אלא לתורת 'פקדון' שיש כאן, ובזה אנו כוללים את הזכויות של שומרים בכלל הגניבה, ודו"ק.

והעירני תלמיד אחד דגם אי לא נימא שיש כאן 'גניבה' על הזכות שומרים אלא שנאמר שהוא 'הזיק' את הזכות שומרים, [שהרי את הזכויות הללו הוא לא עיכב מהבעלים אלא שהוא עשה שלא יהיה לבעלים זכות שימוש בהם], אכן את עיקר היסוד עדיין ניתן לומר, שאם הזכויות הללו מעכבים אותו שלא יחול תורת גניבה בשומר א"כ באופן שיגנוב את הפקדון ובזה הוא גם מזיק את הזכויות הללו, באופן כזה שפיר חשיבא הגניבה כגניבה, ודו"ק.

35 וזה למרות שהזכויות עדיין קיימות לו כלפי שמאי - שהרי לפי האמת הוא לא סילק את הזכויות אלא שהוא עיכבם ממנו, וזה ככל גניבה שהבעלות קיימת אלא שעכבה מהבעלים.

אולם אכתי קשה שסו"ס כל טוען טענת אבידה לא גרע מגונב טלה מן העדר, שאף שהוא לא גנב את החיוב שומרים [ככל גונב טלה מן העדר שגרם שהוא לא יכול להשיעור], אכן הכא אלים טפי, שהוא נשבע באמת שנאבד, ובזה הוא באמת השלים את שמירתו, והסתלקו ממנו הזכויות של שמירה בשבועתו, ואם כל מה ששומר אינו גנב היינו רק עד כמה שיש עדיין למפקיד זכויות של שומר בפקדון להכריחו לשמור ולישבע, הרי אחרי שבועתו בטלה ממנו זכויות הללו ולמה לא יהיה גנב.

וכמו כן יהיה קשה בטוט"ג דלמ"ד דרך חייב אחרי שבועת מודה במקצת, ולמה לא נימא שגם בלי שבועת מודה במקצת שיהיה עכ"פ גנב פשוט כגונב טלה שהרי בטלה שמירתו, וצ"ע.

ועוד, שנמצא דלפי הרמב"ם כל טוט"ג הוא גם גנב פשוט, ודלא כעיקר יסודו של הברכ"ש שהוא גנב מחודש מפרשת שומרים, וזה תימא גדולה לומר שטוט"ג הוא גנב פשוט, וכתבאר בארוכה לעיל.

ומוכרחים אנו ללמוד מהלך חדש בשיטת הרמב"ם – וכדיבואר.

**ביאור חדש בביאור פלוגתתם דפליגי ביסוד הגדר דבהיתירא אתי לידיה האם שייך על ידי גונב טלה מן העדר שיחול כאן דין באיסורא אתי' לידיה.**

והנראה בזה, ונקדים בעיקר דברי המ"מ דטעמא דליכא דין גנב לפי הראב"ד הוא משום שאין שומר נעשה גנב, ויש להעיר, שהרי מפורש בגמ' להלן [ס"ג: ס"ד:] שהחילוק בין טוט"ג לכל גנב הוא ד"בהיתירא אתא לידיה", וכן הבאנו מהברכ"ש שזה עיקר החידוש של טוט"ג, וקשה דלמה פירש המ"מ בטעמו של הראב"ד דמצד עצם היותו שומר אתינן עלה, הא מפורש בגמרא דמצד בהיתירא אתי' לידי' אתינן עלה.

ועיין להלן [סוף הגזול ומאכיל] בשלטי גבורים [מ"ה: בדפי הרי"ף אות ב'] שהביא את הדין של הראב"ד בשם הריא"ז, והריא"ז ביאר דמצד בהיתירא אתי' לידיה אתינן עלה דלכן לא מיקרי גנב גם ככה"ג של גונב טלה מן העדר.

הרי לנו הסבר פשוט בשיטת הראב"ד, ומעתה שיטת הרמב"ם צ"ב, אולם נראה דבסברא זו גופא פליג הרמב"ם, שהרמב"ם מודה דמטעמא דבהיתירא אתי' לידיה אתינן עלה, אלא דסובר דכל זה בטוט"ג רגיל, ולכן דווקא טוט"ג חשיב כגנב מחודש, ורק בגנב זה נאמרה הלכה מגזה"כ שיהיה הגניבה דוקא ע"י שבועה, ולהכי בעי שבועה.

אולם בגנב טלה ממקום שהופקד, הכא ס"ל לרמב"ם שזה כבר בא לידו באיסור, דלקיחתו ממקומו דרך גניבה הוא באיסור, שעצם זה שהוא מעבירו לעדר שלו באופן שהבעלים לא ימצא את פקדונו, זה עצמו הוא מעשה באיסור להעלים את ממונו ממנו, ומה אכפת לן מה דמעיקרא הגיע לידו בהיתר אם עכשיו הוא מעבירו ולוקחו משם באיסור, וממילא דהוי כבר כגנב רגיל, ושוב אי"צ את החידוש של טוט"ג, ושוב אי"צ שבועה, ויתכן שזהו כוונת הכס"מ בשוב לרמב"ם<sup>36</sup>.

36 אלא דלפי"ז כבר ליתא לכל הדקדוקים של האור שמח בכס"מ, דשוב לא בעינן לאוקמיה בגוונא מסויים של האור שמח.

ומעתה נראה - דבזה יבואר למה כתב המ"מ דטעמא דהראב"ד דשומר אינו גנב ולא הביא את הטעם של בהיתירא אתי' לידי', ולמה הוצרך לחדש דהחידוש בכל טוט"ג הוא בעצם זה שהוא "שומר", וקשה אטו חולק הוא על הגמרא, וכבר הבאנו מהריא"ז שפירש כפשוטו.

ונראה דבא לפרש למה גם באופן זה של הרמב"ם אכתי מיקרי בהיתירא אתי' לידי', ובא לאפוקי מסברת הרמב"ם, והוא, שכיון שהוא שומר והרי יד שומר כיד בעה"ב, א"כ הרי ממילא חסר בכל הגניבה ובכל ההוצאה מרשות הבעלים, והוי זה כהעברה מיד שמאל ליד ימין, ונמצא שמשום שהוא שומר לכן זה עדיין בהיתירא אתי' לידיה גם אחרי שהוא גונב טלה מן העדר, דעצם זה שהוא מוציא מן העדר עדיין הוא המשך לקבלתו הראשונה אצלו בתחילת ההפקדה בתורת שומר, שכל עוד שאפשר לדון את המעשה של העברה מעדר של הפקדון לעדר שלו כהעברה מיד א' ליד השני, שוב הוי כולו בכלל ה"בהיתירא אתי' לידיה", ולכן צריך חידוש דטוט"ג גם בגוונא זו, ולולי השבועה אין כאן כלום, ודו"ק.

למדנו א"כ שגם הראב"ד למד כמבואר בריא"ז אלא שהוסיף המ"מ לבאר למה חולקים על הרמב"ם, דהרמב"ם וראב"ד פליגי בעיקר דינא דבהיתירא אתי' לידיה דלמה כל שומר דיינינן ליה דבהיתירא אתי' לידיה, שהרמב"ם למד שההיתירא אתי' לידיה תלוי בזה שהוא לא עשה שום מעשה איסור וכל כולו מעשה בהיתירא, והראב"ד למד דתלוי בזה שיד שומר כיד בעה"ב, ודו"ק.

**תוספת ביאור בדברי הרמב"ם - דכל זמן שיש חיוב שבועה חשיב כיד בעה"ב ושוב חשיב כבהיתירא, ואהני לן הכי אופן של האור שמח לפטור משבועה ושוב חשיב כבאיסורא אתי' לידיה.**

אולם נראה שצריכים תוספת דברים בביאור הרמב"ם, שהרי סו"ס טענת הראב"ד נכונה, דאיך אפשר לדון את המעשה של השומר כמעשה של באיסורא אתי' לידיה, הא סו"ס הרי ידו כיד בעה"ב, ומה שייך לדון את המעשה כמעשה גניבה של איסורא אם אינו אלא העברה מיד ימין ליד שמאל.

ולחכי נראה, דלעולם מודה הרמב"ם והכס"מ לעיקר סברת הראב"ד שמחמת זה שידו כיד בעה"ב לכן ע"כ הוא דלא חשיב באיסורא אתי' לידיה, אולם הרמב"ם מיירי דווקא בגוונא של האור שמח<sup>37</sup>, וכבר ביארנו דע"י זה שהוא חייב שבועה הוא דע"כ ממשיך בו דין שמירה והזכויות של שומרים עדיין קיימים אצל המפקיד, וסובר הרמב"ם דכיון דמיירי בגוונא כזו שע"י הגניבה הוא לא יוכל להשביעו, שוב חיילא הגניבה גם על התורת 'פקדון' שבממון ולא רק על הממון עצמו, והרי זה כגונב גם את הזכויות של השמירה בפקדון בזה שהוא מעכבם אצלו בגניבה, ונכתבאר לעיל, ומעשה גניבה כזה מיקרי מעשה גניבה של באיסורא אתי' לידיה, דמעשה זה עומד בעצמו בלי שייכות למצב הקודם של בהיתירא אתי' לידיה, שהרי עשה מעשה חדש נגד הפקדון בזה שהוא גונב ממנו את הזכויות של שומרים בפקדון בזה שלא יוכל להשביעו, ולכן חשיב באיסורא, וזו פלוגתת הרמב"ם וראב"ד.

37 וחזרו כל הדקדוקים של האור שמח בכס"מ, דשוב צריכים לאוקמיה בגוונא מסויים של האור שמח.

וכעת אין להקשות מטוט"ג, שבטוט"ג הוא לא עשה שום מעשה חדש של נטילת הפקדון לשם גניבה, ובמקומו הראשון קאי בהיתירא, אלא שכפר ונשבע עליו לשקר בתוך כך מצב של בהיתירא אתי' לידיה, אכן בגונב טלה מן העדר, הכא שורת הדין שיש כאן מעשה חדש של באיסורא אתי' לידיה, אלא דמחמת הדין שומרים [דיד שומר כיד בעה"ב] אנו אומרים שמעשה זה כלול בתוך שמירתו ולכן זה לא יצא מכלל המצב של בהיתירא אתי' לידיה, ולזה אנו אומרים שעד כמה שבמעשה הזה הוא גונב את הזכויות הללו בעצמם של שומרים, בזה הוא מוציא את המעשה הזה מתוך המצב של בהיתירא אתי' לידיה, ושפיר חייל דין באיסורא אתא לידיה, וא"ש.

ונמצא דלעולם השבועה היא שבועה מגזה"כ בכל שומר שגנב באופן של בהיתירא אתי' לידיה, אולם אי יעשה מעשה גניבה חדש באופן שאין הבעלים יכולים להשביעו, וכמו שהעמיד הכס"מ ואור שמח, בזה הוא דנהיה המעשה למעשה של באיסורא אתי' לידיה, ודו"ק.

**מביא את סתירת הראב"ד בסברא דיד שומר כיד בעה"ב משליחות יד לטוט"ג, ומיישב עפ"י הנ"ל.**

והנה יש דין שליחות יד שזה גם חידוש בשומרים שהוא גזלן, ועיין בתרומת הכרי [סי' רצ"ב סעיף ב', בד"ה ויש לי] דרק בגזה"כ דשליחות יד נעשה גזלן דאל"כ הרי יד שומר כיד בעה"ב, ואין כאן גזילה כלל, וכן הוכיח בשיטת התוס', ולעומת זאת מצאנו ברש"י בב"מ [מ"ג: ד"ה כי פליגי] דחידוש דשליחות יד הוא דבהיתירא אתא לידי'.

ומתחילה היה מקום לומר דפלוגתא זו בשליחות יד היא פלוגתת המ"מ וכס"מ והראב"ד והרמב"ם בטוט"ג, שהראב"ד למד דמצד יד שומר כיד בעה"ב אתינן עלה לכן לא מהני בגונב טלה, והרמב"ם למד מצד בהיתירא אתי' לידיה, ולכן הכא מיקרי באיסורא.

אולם קשה תרתי, א] בטוט"ג כתוב מפורש טעמא דבהיתירא אתא לידי', ב] בחידושי ר' שמואל [ב"מ סוף סימן כ"ה] הוכיח מהראב"ד ששליחות יד דחשיב גזלן אינו חידוש וליכא סברת יד שומר כיד בעה"ב כלל, ודלא כהתרומת הכרי בשיטת התוס', ולמדנו א"כ בשיטתו דליכא למימר שטעם זה של יד שומר כיד בעה"ב מעכב גזילה, ותמה הגר"ש רוזובסקי זצ"ל מדברי המ"מ הכא בדעת הראב"ד בגונב טלה מן העדר דמבאר דמדין שומר אתינן עלה, והניח בצ"ע.

ולדברינו הביאור פשוט שהדין בהיתירא אתי' לידיה רק נאמר לגבי גניבה ולא לגבי גזילה, וטעמא דשומר שאמר המ"מ אינו אלא לבאר למה במעשה של גונב טלה מן העדר אכתי חשיב בהיתירא אתי' לידיה, ולאפוקי מהרמב"ם, אבל אין כוונת המ"מ דיד שומר כיד בעה"ב מפקיע את כל הגניבה, ודו"ק.

**מביא כמה דרכים באחרונים בביאור פלוגתת הרמב"ם וראב"ד דנחלקו בעיקר החידוש של טוט"ג, ומתמה עליהם.**

כבר נתבאר עיקר פלוגתת הרמב"ם והראב"ד, אכן ראיתי באחרונים שביארו את הדברים באופן אחר.

דלמדו דפליגי בעיקר החידוש דטוט"ג, דתרווייהו מודי דטוט"ג הוא גנב, ותרווייהו מודי דבהלכות שומרים נתחדש הך גנב מחודש וכדהבאנו לעיל מהברכ"ש, רק דנחלקו מהו החיסרון בטוט"ג דבעי על זה חידוש, ורק בכה"ג בעי שבועה, ולפי"ז נחלקו האם האי חידוש נאמר בגונב טלה מן העדר, ומשכחת לה בכמה אופנים.

האמרי משה [ריש סימן ל"ה] והאהא"ז [גניבה פ"ד ה"י ד"ה וברך אחר] למדו ע"ד הגר"ח דהכופר בפקדון הוי גזלן כיון דחסר במעשה וגזלן לא בעי מעשה וגנב בעי מעשה, ולכן הא דטוט"ג חשיב כגנב הוא חידוש, ולכן בעי שבועה, אבל בגונב טלה מן העדר איכא מעשה ולכן ליכא חידוש ולכן לא בעי שבועה.

[אולם עיין באמרי משה שהקשה על זה, ועיי"ש שביאר בארוכה ליישב את שיטת הכס"מ דלעולם איכא ב' דינים בשבועה בטוט"ג, עיין בזה בהערה שהבאנו תמצית דבריו<sup>38</sup>].

ובאופן אחר כתב שם האהא"ז [ד"ה ונראה וד"ה ולפי"ז] שאינו גנב כיון שהבעלים יודעים בזמן השבועה שהפקדון לא יחזור אליו ושחסר לו הך פקדון, ולא נתקיים כאן תנאה ד'סתר'<sup>39</sup>, ואף דלא יודעים שבודאי הוא לקחו, אבל יודעים עכ"פ שלהם זה יחסר, לעומת כל גניבה שהם לא יודעים כלום, וגם בגונב טלה הם לא יודעים כלום ושפיר חשיב ב'סתר'.

38 והאמרי משה ביאר דברי הרמב"ם באופ"א דלעולם כל טוט"ג צריך שבועה, גם טוט"ג שהבעלים האמינו או שהביא עדים צריך שבועה מגזה"כ, ופי' דברי הרמב"ם כך, דלעולם טוט"ג אינו גניבה דאין מעשה, ולכן מגזה"כ בעי שבועה דגניבה צריך מעשה, לא כן גזילה, [ולא שהשבועה היא המעשה ורק דכיון דחסר מעשה הרי"ז גניבה מחודשת וכדברי הברכ"ש, ובחידוש זה נאמרה גזה"כ דשבועה].

והנה באוכל את הפיקדון ושוב טוען טענת אבידה פטור ובעי דוקא טוט"ג, [ע' להלן - ק"ו], והק' דכאן יש מעשה והרי הוא גנב רגיל, ולמה לא מהני, ועל זה כ' האמרי משה, דהכא אנו באים לסברת האור שמח, דכיון שעדיין ישלם את הממון ככל שומר, שוב אינו גנב גמור, וצריך להיפטר מהממון ע"י שבועה להשלים גניבתו, וכל שומר שנפטר מהממון של החפץ צריך להיפטר דוקא בטוט"ג להתחייב דזה מיקרי "גונב" ממון דחפץ, ולא מתחייב בטוען טענת אבידה דזה מיקרי "מאבד" ממון דחפץ, וזהו ילפותא דטוען טענת אבידה דלא חייב כפל וטוט"ג חייב, דאין זה הילכתא בעלמא בפרשה המחודשת דטוט"ג, אלא הילכתא היא בכל שומר שייגנוב חפץ ולא ממנו, שרק חייב כשיגנוב ממנו בטענת "גנב" ולא בטענת "אבד".

ובזה מבאר עפ"י האור שמח דין גונב טלה, דכאן אינו טוט"ג רק גנב פשוט כיון שיש מעשה וכמו באכלו, וא"צ שבועה דאינו מפרשת טוט"ג שרק טוט"ג צריך שבועה מגזה"כ, וכאן יצטרך שבועה רק להיפטר מהממון וככל אכלו, והא דא"צ שבועה דמיירי שלא יודע המפקיד כמה היו שם. הרי דייסד לנו האמרי משה דדין שבועה דטוט"ג יש בו ב' דינים, א' מגזה"כ צריך שבועה, וזה אף במקום שממילא היה פטור מהממון, וכגון בבעליו עמו או שהבעלים האמינו או שיש עדים, ב' בהך דין דטוען טענת אבידה פטור מכפל למדנו חידוש דטוט"ג כתוב עוד דין, דצריך להיפטר בשבועה מהממון כדי לגמור את הגניבה, ודוקא טענת גנב מיקרי גניבה על החיוב ממנו, ולא טענת אבד.

ונפ"מ בין ב' הדינים, א' דין השני אינו סיבה לשבועה באופן שממילא פטור מהממון וזהו החידוש בדין הראשון, ב' דין השני הוא סיבה לחייב שבועה גם באכלו, לא כן דין הראשון, דאכלו אינו מפרשת טוט"ג דגניבה גמורה היא, ודין הראשון רק מחייבו בפרשת טוט"ג.

ולפי"ז משכחת לה שיפטר משני הדינים, והיינו בעשה מעשה כגון שגנב בידים או אכלו, באופן שממילא פטור משבועה של הבעלים כגון שמאמינו או כגון שיש הרבה מטבעות ואינו יודע לתובעו, ושוב פטור משני הדינים, ואלו דברי הרמב"ם בגונב טלה מן העדר.

39 וע' קובש"ע [ב"ק אות פ"ה] דטוט"ג לא חשיב כמסתתר.

ובאופן אחר ראיתי בצפנת פענח [תרומות בהשמטות עמוד 103] שכתב שתמיד חסר בהוצאה מרשות בעלים כיון שהשומר מייחד ומקנה למפקיד מקום בחצירו, אבל בגונב טלה מן העדר הוא מוציאו מהרשות הזו, עיי"ש.

ובדעת הראב"ד שחולק על כל הנ"ל, עיין באהא"ז שם שביאר שהראב"ד ע"כ חולק בעיקר החסרון של וגונב מבית האיש, דלא דמי לגונב משומר, דבגונב משומר השומר הוא כבית האיש דידו כיד בעלים, אבל הכא שהוא עצמו הגנב הרי הוא מבטל את בית האיש, ולכן לא שנא טוט"ג לא שנא גונב טלה מן העדר הרי חסר בבית האיש.

אולם כאומר הדברים תמוהים לכאן' – הרי בגמרא מפורש טעמא דבהיתירא אתי' לידידה, ולמה לחדש טעמים חדשים לפרש האי חידוש ולמה חלוקין גנב מטוט"ג, וע"כ כדברינו, ודבריהם צ"ע.

## סימן ה'

**בדברי התוס' ד"ה יצאו קרקעות, ובדברי התוס' לעיל [נ"ז]:**  
**ובחילוקים בין פטור דבעליו עימו לפטור קרקע.**

הקדמה - ביאור קושי' התוס'. / / דברי הברכ"ש ביסוד מיעוטא דשבועה השומרים בקרקע, דחלוק פטור שבועה בקרקע מפטור שבועת השומרים בקרקע, וזה משום שחובת שבועה בקרקע שייכת לחובת שמירה עצמה ולא לטוען ונטען שביניהם. / / מוכרח מקושי' התוס' שקרקע הוא מיעוט בחיובים של שומר ולא בעיקר ה'שם שומר', ומוכרח שטוט"ג אינו מהחיובים של שומר אלא שהוא 'גנב מחודש' מפרשת שומרים. / / דרכו הראשונה של האור שמח בביאור ספיקת התוס' לעיל [נ"ז]: ודוחה. / / דרכו השניה של האור שמח בביאור ספיקת התוס' לעיל [נ"ז]: שיש ספק אי פקע ממנו תורת שומר גם כלפי הפטור טוט"ג, ושוב מוכרח שטוט"ג אינו מהחיובים של שומר אלא שהוא 'גנב מחודש' מפרשת שומרים. / / מקשה סתירה בסברות הפוכות בין פטור בעליו עמו לפטור קרקע – וסתירה בין התוס' כאן לתוס' לעיל [נ"ז]. / / מביא את שיטת הגר"ח בבעליו עימו שאינו שומר כלל ומעיר בשיטתו, ולדבריו נמצא שהרמב"ם והתוס' פליגי בסברות הפוכות. / / סיכום השאלות. / / מביא את ביאורו של הברכ"ש בדברי הגר"ח דגם בבעליו עימו שפיר חשיב כשומר אלא שיש פוטר בעיקר הדין שומר. / / הערה בשיטת הש"ך. / / מבאר שאין סברות הפוכות בין קרקע לבעליו עימו אלא ששני סוגים שונים של פטור ניהו, ולכן מתחלקים ומשתנים הדינים, דבעליו עימו הוא פוטר בכל פרט ופרט בעיקר הקבלת שמירה, לעומת קרקע שהוא פוטר כללי אבל אינו בעיקר הקבלת שמירה רק בחיובים עצמם. / / ראה גדולה לעיקר המהלך מהבדל נוסף שמצאנו בדרשות של בעליו עימו וקרקע בעיקר הפטורים / / מבאר את תוס' [נ"ז] באופ"א - עפ"י ר"א מגרמיישא, ומקשה עוד מתוס' לענין קרקע, ומביא ישוב מהברכ"ש. / / מקשה על הישוב של הברכ"ש, ומעורר שהרמב"ם והתוס' נחלקו בעיקר הפטור דבעליו עמו. / / הערות בהמשך התוס', בקפץ ונשבע ובשבועת גילגול.

**הקדמה - ביאור קושי' התוס'.**

יש להקדים שמה שהקשו התוס' דלמה לי קרא למיעוטי קרקע בגניבה, הא ממילא אין לו שבועה, שכל הך קושי' היא רק אי עיקר קרא דכפל מיירי בטוט"ג, וחיוב כפל של גנב רגיל ילפינן מיניה דאז ממילא ליכא כפל בקרקע בטוט"ג, אבל למ"ד דאיכא ב' קראי, חד בגנב וחד בטוט"ג אז פשיטא שאין כאן קושי' כלל, דאיצטריך קרא למיעוטי כפל בקרקע בגנב רגיל – כל זה מבואר בתוס' בשבועות [מ"ב]: בד"ה על כל דבר].

**דברי הברכ"ש ביסוד מיעוטא דשבועה השומרים בקרקע, דחלוק פטור שבועה בקרקע מפטור שבועת השומרים בקרקע, וזה משום שחובת שבועה בקרקע שייכת לחובת שמירה עצמה ולא לטוען ונטען שביניהם.**

וקושי' התוס' מתבססת על זה שקרקע נתמעטה משבועת השומרים – יש להעיר בזה.

א] מצאנו הרבה מיעוטים על קרקע, [ריבית אונאה גזילה כפל שבועה ושומרים], וכולהו ילפינן להו כל אחד בפרשה ידיה בכלל ופרט, ופשוט.

ב] בחיובא דשבועת שומרים באו לפונדק א' ב' חיובים, א] שבועה זו שייכת להלכות שבועה של כל התורה [מודה במקצת וע"א], ב] חיוב זה שייך להלכות שומרים, כחיוב תשלומין ושלוחות יד ופטור בעליו עימו וכדומה.

ואחרי הנך ב' הקדמות - יש לעיין במיעוטא דשבועת השומרים בקרקע - דמאיזה פרשה נתמעטה.

והיינו כך, דקרקע נתמעטה משבועה גם בלי שייכות לפרשת שומרים, וכדמצאנו במודה במקצת, וע' בתוס' כתובות [פ"ז: ד"ה ועוד] לענין שבועת ע"א בקרקע, ועוד דקרקע נתמעטה מפרשת שומרים בלי שייכות לשבועה, דליכא תשלומי שומרים על קרקע דש"ש לא משלם על קרקע בגניבה ואבידה, וכן בשו"ח - לשי' התוס' שבועות [מ"ב] וב"מ [נ"ז] [והרמב"ם חולק בפשיעה בשו"ח], וחקר מרן הגר"ד זצ"ל בשבועת שומרים, אי נתמעטה קרקע בשבועה זו מצד ההלכות שומרים שבו או מצד הלכות שבועה שבו, או מצד שניהם.

וע' ברכ"ש [סי' ל"ב] דפשט ספיקו עפ"י הגר"ח שהעיר דמיעוט דשבועה אינו מיעוט בשבועה עצמו רק בדררא ובטוען ונטען שמחייב את השבועה - ביאור דבריו - מבואר בב"מ [ד']. ששבועת ע"א ושבועת מודה במקצת מתחייבים על ידי טענה וכפירה, וביארו התוס' שיש אלימות בטוען ונטען על ידי הע"א וההודאה במקצת, והך אלימות בטוען ונטען מחייבת שבועה, וזה ה'דררא' שמחייב שבועות הללו, ויש לחקור דהיכן חל הפטור קרקעות, בגוף השבועה עצמה שאין שבועה על קרקע, או על המחייב וה'דררא' והטוען ונטען של השבועה שכשהך טוען ונטען כולל קרקע, שוב נתמעט מעיקר חובת שבועה, והגר"ח הוכיח כדרך השניה.

והוכיח כן מהדין מודה במקצת בקרקע, דכפשוטו היינו באופן שהוא מודה על כלים והוא כופר בקרקע ואז החובת שבועה היא על קרקע, ואז נאמר הדין שאין נשבעין על הקרקעות אכן מצאנו בב"מ [ד':] דהודאת קרקע וכפירת מטלטלין נמי פטור, אף דהשבועה עצמה היא רק על מטלטלין, ומוכרח מזה דאין הפטור מתייחס לגוף השבועה היכא שהיא על קרקע, אלא על הטוען ונטען שמחייבים שבועה היכא שיש בו קרקע, עוד הוכיח כן מספיקת התוס' בכתובות [פ"ז: בע"א על קרקע, דמצד השבועה אין לחלק בין ע"א למודה במקצת, רק מצד הדררא והטוען ונטען.

ולפי"ז בשבועת השומרים דודאי ליכא דררא וליכא טענה וכפירה והודאה וכפירה, הכא אין למעטו אלא ממיעוט דשומרים, דהכא אין טוען ונטען שמחייב את השבועה.

ועומק כוונת הברכ"ש הוא דיסוד החיוב של שבועת שומרים מצד חיובי שומרים הוא, שבכלל החיוב של שומר לבעה"ב הוא, וזה חלק מעיקר דין שמירתו, וכדאמרו בהמפקיד "להפיס דעתו דבעה"ב", ולא משום חיזוק הטענה, והבאנו לעיל [סימן ד'] את עיקר יסוד זה מהאו"ש טו"נ [פ"א הי"ב ד"ה ואחרי], והבאנו לזה הרבה ראיות, וזו נמי כוונת הברכ"ש הכא דע"כ שלא שייך לעיקר הפטור של שבועה בכל התורה.

**מוכרח מקושי' התוס' שקרקע הוא מיעוט בחיובים של שומר ולא בעיקר ה'שם שומר', ומוכרח שטוט"ג אינו מהחיובים של שומר אלא שהוא 'גנב מחודש' מפרשת שומרים.**

בקובש"ע הק' על התוס' - דלמה הק' התוס' דליכא שבועה ולכן ליכא דין טוט"ג, הו"ל להקשות מצד עיקר הדין טוט"ג, דכיון דאינו שומר כבר אין דין טוט"ג, ואי היה מקשה מטוט"ג עצמו שוב אין תשובה לקושי', [דגילגול שבועה הוא רק תשובה לקושי' של התוס' שחסר שבועה ולא תשובה לפטור בעיקר הדין טוט"ג], ודברי התוס' תמוהין.

ולפי ההקדמה הנ"ל מהברכ"ש, קושי' זו על התוס' היא מיניה וביה, דכיון דכל הפטור שבועה הוא פטור בהלכות שומר וכתבאר, א"כ, אם כבר הקשו התוס' דאינו נשבע כיון שאינו שומר, שוב הו"ל להקשות עוד, דלא שייך כל הדין טוט"ג למי שאינו שומר.

ותי' בקובש"ע דצ"ל דודאי דבקרקע הרי הוא שומר, ורק דפטור מתשלומין [וכמבאר במשנה שבועות מ"ד לענין ש"ש] ופטור משבועה [שם במשנה], והיינו שיש לו פטור מכל החיובים של השומר כלפי המפקיד אבל סו"ס שומר הוא, והפקדון הוא אצלו לשמירה, וזה סגי לן לגבי הדין טוט"ג, דסו"ס שומר הוא.

ונראה דמכאן מוכרח את היסוד של הברכ"ש בעיקר הגדר דטוט"ג, דלכא' תמוה דמאי שנא תשלום דכפל מאידך דיני תשלומין דשומר, ואי פטור על כל החיובים שלו בתורת שומר, חובת תשלומין וחובת שבועה, א"כ ה"ה שיפטר על הכפל של שומרים בטוט"ג, ומאי שנא.

ומכאן מוכרח - דאף דטוט"ג מדיני שומרים הוא אבל התשלום הוא תשלום דגנב - 'גנב מחודש' מפרשת שומרים - ובקרקע אמרינן דנשאר בו דין שומר כלפי זה שנתחדש בו הדין גנב מחודש, ורק נתמעט מכל החיובים של שומרים, וכפל אינו חיוב שומרים רק מחיובי גנב, רק דבעי שיהיה שומר כדי שיתחייב בחיוב הגנב, ופשוט.

ויסוד זה ממש מצאנו כבר ברמב"ם דפושע כמזיק ולכן חייב בקרקע, וביאר הגר"ח [ברכ"ש סי' ל"ב אות ד'] דודאי באיניש דעלמא אין פושע כמזיק ופשוט, וכ"ה בנתה"מ [סימן ש"א ס"ק א'], והוכיח כן ממה דפורץ גדר בפני בהמת חבירו פטור אף דודאי פושע הוא [ורק דמזיק מחודש בפ' שומרים, ולענין זה חשיב שומר בקרקע, ורק לענין שבועה ותשלומין אינו שומר, וזה משל מדויק לנד"ד בטוט"ג בקרקע.

הרי ששומר בקרקע אין בו שום חיובים, אבל סו"ס שומר הוא, ונפ"מ ששייך בו את הגנב מחודש מפרשת שומרים, ואת המזיק מחודש של פרשת שומרים, שהרי תשלומין דידהו הוא תשלומין של מזיק וגנב, ודו"ק.

**דרכו הראשונה של האור שמח בביאור ספיקת התוס' לעיל [נ"ז:], ודוחה.**

בתוס' לעיל [נ"ז] מבואר דיש ספק בבעליו עמו אי שייך טוט"ג, וע' קצוה"ח [סימן רצ"א ס"ק י"ח] דאף דבעליו עמו פטור מלשלם אבל חייב בשבועה אינו ברשותו, דשומר הוא, דאל"כ לא משכחת לה טוט"ג בלי שבועה [ודלא כשומר

[בקרע], ועיי"ש מה שביאר בספיקת התוס', [ודוחק מאד לומר שכוונת התוס' שיש גילגול שבועה, שכאן הוא האריך בזה ושם הוא לא רימז לזה], ופשוט. והאור שמח [גניבה ד' - י'] רצה לתלות את הספק של התוס' בהלכות שבועה דטוט"ג, די"ל דודאי דבעליו עמו פטור משבועה [ודלא כהקצה"ח], והספק הוא בדין שבועה לגבי טוט"ג, האם צריך שבועה מגזה"כ בטוט"ג וכיון שבבעליו עמו ליכא שבועה ליכא טוט"ג, או דילמא דהשבועה אינה אלא היכי תימצי להיפטר מהממון, וכל עוד שהוא עדיין חייב ממון למפקיד אכתי לא הושלמה הגניבה, ולכן באופן שממילא פטור מלשלם [בעליו עמו] שוב א"צ שבועה לחיובא דטוט"ג. ונמצא שהסתפקו התוס' בפלוגתת הרמב"ם והראב"ד בגונב טלה מן העדר האם בעי שבועה – עיין בזה לעיל [סימן ד'].

והעיר שם האור שמח דלפי"ז ה"ה אם היה חשוד שהוא פטור משבועה ויתחייב בטוט"ג בלי שבועה, וכתב האור שמח דבכה"ג עדיין יצטרך שבועה ואין כאן טוט"ג, וצ"ב הסברא, ועיי"ש שאמרינן בזה לא פלוג, וק' דה"ה בגונב טלה נימא כן.

אולם עיקר דבריו כבר נדחו לעיל [סימן ד'] מהאמרי משה דמוכרח מכמה דוכתי דשבועה בטוט"ג מגזה"כ הוא, ועו"ק, דלמה לא יעמיד בגילגול, וכדהעמידו תוס' מיעוטא דקרקע מטוט"ג, ולמה יש לתוס' צד דאין טוט"ג בבעליו עמו, וצע"ג על האור שמח.

**דרכו השניה של האור שמח בביאור ספיקת התוס' לעיל [נ"ז]: שיש ספק אי פקע ממנו תורת שומר גם כלפי הפטור טוט"ג, ושוב מוכרח שטוט"ג אינו מהחייבים של שומר אלא שהוא 'גנב מחודש' מפרשת שומרים.**

ובביאור ספיקת התוס' צ"ל כמש"כ האור שמח בדרך השניה, שהספק הוא האם בעליו עמו הוא שומר או לא, ואי אינו שומר שוב לא איתרבי אצלו גניבה מחודשת דטוט"ג, או דילמא שומר הוא.

ונ' דלדרך זו באור שמח מפורש כאן בתוס' דגדר דין טוט"ג הוא כהברכ"ש והיינו דמצד א' זה הלכות שומרים ומאידך גיסא התשלום הוא תשלומי גנב, ותרתי אית ביה.

והיינו, דיש לתמוה, דממ"נ ק' דאיך רצו לפוטרו מטוט"ג בזה שאינו שומר, ועל כרחך דדין טוט"ג הוא מדיני שומרים, ומאידך גיסא, איך פטרינן ליה מתשלומין דשומרים ואכתי חייב בכפל דטוט"ג, ומה החילוק, ועל כרחך דתשלומי כפל הוא תשלומי גנב ורק נפטר מהתשלומי שומרים, וזה סתירה, ומוכרח שטוט"ג הוא דין בשומר ולצד שאינו שומר ממילא אין דין טוט"ג, ומאידך, התשלום הוא תשלום דגנב, והיינו שזה כפל של גנב ולא כפל של שומרים, ולכן להך צד שרק פטור מתשלומין הרי חייב בתשלומי כפל דדין תשלומין דגנב הוא.

**מקשה סתירה בסברות הפוכות בין פטור בעליו עמו לפטור קרקע – וסתירה בין התוס' כאן לתוס' לעיל [נ"ז].**

איברא דמעתה איכא סברות הפוכות בין פטור בעליו עמו לפטור קרקע – וסתירה בין התוס' כאן לתוס' לעיל [נ"ז], וכדיבואר:

דהנה, בפטור דבעליו עמו הוא רק פטור מהממון ולא מהשבועה וכדהבאנו לעיל מהקצוה"ח [סימן רצ"א ס"ק י"ח] להוכיח מהתוס' לעיל [נ"ז:], וכן דייק בקרא "דבעליו עמו לא ישלם" ומשמע דרק פטור מתשלומין אבל שבועה איכא, וכ"ה בנתה"מ [סימן ש"א ס"ק א'], וע"ע בנתה"מ [סימן רצ"א ס"ק ל"ד] דנקט דפטור בעליו עימו הוא רק פטור תשלומין, וממילא דחייב שבועה שאינו ברשותו, ולמ"ד דחייב בפשיעה בבעלים חייב גם בשבועה שלא פשעתי, וכן הביא מהב"י בשם הרמב"ן שיש חיוב שליחות יד בבעליו עימו, וממילא דאיכא גם שבועה שלא שלחתי בו יד<sup>40</sup>.

עכ"פ מהתוס' מוכרח שיש חיוב שבועה בבעליו עימו [מדלא הזכירו גילגול שבועה וכדבריהם הכא], ואפ"ה יש צד לתוס' לפוטרו מטוט"ג, הרי דאף שהוא שומר לענין שבועה אכתי מספקינן דאולי אינו שומר לענין טוט"ג, [וכדהבאנו מהא"ש שזהו ספיקת התוס'], ובקרקע זה איפכא, דמה דאין שבועה היינו מדיני שומרים [וכדביארנו לעיל מהברכ"ש, ולא מדין דאין נשבעין על הקרקעות], אבל יש לו דין שומר לגבי טוט"ג, וכמבואר בתוס' כאן, וצ"ע, [וכל מה דיליף בסוגיין דליכא טוט"ג בקרקע היינו מצד דיני גניבה, ולא מצד שומרים, ופשוט], וע"ע בהערה<sup>41</sup> בהעמדת הסברות הפוכות.

והסברא היא כהתוס' כאן, דכיון דכפל דטוט"ג הוא תשלומין דגנב, ורק דצריך להיות שומר - אף בלי חיובי שומר - ובזה ממילא אית ליה פרשת טוט"ג, אבל שבועה וממון הם מהדינים וחייבים דשומר אחרי שהוא שומר ואחרי שהחפץ הוא לא בעין, ויותר קל לפוטרו מדינים הללו מלפוטרו מטוט"ג, דלפוטרו מטוט"ג צ"ל דאינו שומר כלל, ושוב צ"ב ספיקת התוס' [נ"ז] דנקטו דיש דין שומר לענין שבועה והסתפקו דאולי אין דין שומר לענין טוט"ג.

**מביא את שיטת הגר"ח בבעליו עימו שאינו שומר כלל ומעיר בשיטתו, ולדבריו נמצא שהרמב"ם והתוס' פליגי בסברות הפוכות.**

והנה אף שהבאנו בפשיטות מהתוס' והקצוה"ח והנתה"מ שיש חיוב שבועה בבעליו עימו, אכן כנראה שהגר"ח חולק בזה דהגר"ח נקט דבעליו עימו אינו

40 ואף שהקצוה"ח [סימן רצ"א ס"ק י"ח] נסתפק בדין שבועה בבעליו עימו שהביא בזה נידון בירושלמי, אבל לענין שליחות יד מודה הקצוה"ח [סי' שמ"ו ס"ק א'] לנתה"מ שיש חיוב על השליחות יד.

ובעיקר דברי הקצוה"ח דנקט דפליגי בדין שבועה בירושלמי, עיין בנתה"מ שהוכיח שמהירושלמי ההוא בעצמו מוכרח איפכא, דפשיטא דחייבים בשבועה, וכלשונו - "גם מה שמצא ראייה בהירושלמי פרק בתרא דשבועות [ה"א] פלוגתא דר' זירא אמר נשבע ור' חנינא אמר פטור עיי"ש, גם כן אין ראייה דשם לענין שבועה שלא פשעתי בה מיירי, ומאן דפטר הוא משום דסובר פשיעה בבעלים פטור, וכן מוכח כל הסוגיא דשם, ואדרבה משם ראייה להיפך, דמוכח שם דאילו היה פשיעה חייב היה חייב פשיעה אלמא דמדין שבועה לא אימעט. ולפי זה משמע דהשבועה שאינו ברשותו שהוא עיקר שבועת שומרין דחייב לישבע, כיון דאם הוא בעין ודאי דחייב להחזיר, משא"כ שבועה שלא פשעתי שפיר קאמר בירושלמי דפטור כיון דסבירא ליה פשיעה בבעלים פטור".

41 ובאמת שאפשר להעמיד את הסברות הפוכות בב' אופנים, א' יש סברות הפוכות לגבי הפטור בטוט"ג והפטור בחיוב שבועה, ב' יש סברות הפוכות בין הכח הפטור של קרקע לכח הפטור של בעליו עימו - וממנפ"ש יש כאן סברות הפוכות.

שומר כלל ואינו פטור בעלמא בדין תשלומין, עיין בזה בברכ"ש [סי' ל"ב ס"ק ד'] בשמו, ומסתבר דלפי הגר"ח ליכא חיוב תשלומין וליכא שבועה וליכא שליחות יד, וע' ש"ך [סימן ס"ו ס"ק קכ"ו] שכ' נמי כסברת הגר"ח.

וביארנו כן בשיטת הרמב"ם הנ"ל בפושע כמזיק, דיישבו בזה את קושי הראב"ד על הרמב"ם דכתב דפושע כמזיק לכן פשיעה בקרקע חייב, ומאידך פושע פטור בבעליו עימו, וקשה דמאי שנא, וע"כ דשאני פטור בעליו עימו מפטור קרקע, דבעליו עימו אינו שומר כלל הלכך ליכא בזה דין פושע כמזיק, ואפשר דבזה גופא פליג הראב"ד דלמד כהנאה"מ, ומה"ט תמה על הרמב"ם דמאי שנא.

וגם ברש"י נצטרך לומר כהגר"ח, דגם רש"י ס"ל דפשיעה כמזיק בקרקע, וכמבואר בפנ"י [ב"מ נ"ז: ד"ה בתוד"ה שומר חינום], וכ"ה בנימו"י [שם] וכן הוכיח הש"ך הנ"ל בדעת רש"י, וקשה דמאי שנא מפשיעה בבעלים דמבואר בריש השואל דפטור, וע"כ כנ"ל.

ולפי דרך זו פשוט שאין דין טוט"ג בבעליו עימו מתרי טעמי, א' אם אינו שומר אז לא מתחיל פרשת טוט"ג, ב' כיון דליכא שבועה פשוט שלא מתחיל הפרשה, ופשוט.

עכ"פ דבריו לכאן הם נגד פשטי דקרא דחייב שבועה ורק מתשלומין פטרי' קרא, וכדייק הקצוה"ח, ואף שהקצוה"ח הביא שבירושלמי נחלקו בזה אכן הנה"מ הוכיח דמשם מוכרח איפכא דכו"ע מודי דחייב שבועה, עיין בזה בהערה דלעיל, ודברי הגר"ח צ"ע.

עוד קשה, דשי' התוס' [בב"מ נ"ז, ובשבועות מ"ב] דפושע פטור בקרקע וכן שיטת הראב"ד, ולדידהו אין מחלוקת בגמ' בדין זה, ומאידך, בבעליו עמו מצאנו מחלוקת אמוראים בב"מ [צ"ה], ומבואר דבעליו עמו הוא יותר שומר משומר בקרקע, וזה תימא גדולה דנמצא דלדברי הגר"ח והש"ך פליגי בסברות הפוכות, דכפשוטו כל פלוגתתם אינו אלא בגדר הדין פושע אי הוי כמזיק ותו לא, ולדבריהם מוכרח דפליגי נמי בסברות הפוכות האם בעליו עימו יותר פטור או פחות פטור מקרקע, וצ"ע.

#### סיכום השאלות.

ולסיכום השאלות: א' יש סברות הפוכות בין התוס' כאן לתוס' לעיל, ב' יש סברות הפוכות בין שיטת רש"י והרמב"ם לשיטת הראב"ד והתוס', ג' לפי הגר"ח יתחדש שאין חיוב שבועה בבעליו עימו - ולא משמע כן בכמה דוכתי.

**מביא את ביאורו של הברכ"ש בדברי הגר"ח דגם בבעליו עימו שפיר חשיב כשומר אלא שיש פוטר בעיקר הדין שומר.**

ובישוב כל הסוגי' נקדים ונאמר דאדרבה, דכו"ע למדו ע"ד הגר"ח, ובזה יתיישבו כל הסתירות, ונקדים בתוספת ביאור מהברכ"ש בדברי הגר"ח בפטור בעליו עימו.

דנראה לחדש שבאמת גם הגר"ח מודה שיש שבועה ושליחות יד בשומר בבעליו עימו, דהנה, כבר הוכיח הגרב"ד [חו"ש מרן הגרב"ד ב"מ סי' מ"ט] מהסוגי' בהשואל [צ"ו] דאין כוונת הגר"ח דבעליו עימו לא חיילא חיוב שומר כלל, דבאמת חיילא דין שומר גם בבעליו עימו, אלא כוונת הגר"ח דחיילא בשמירה

"חלות פטור" דבעליו עימו, וראיה לזה, דבאופן שהיה שכירות בבעלים ושוב בשאלה בעלים, דנסתפקו אי מישך שייכא שאילה בשכירות, ושוב חיילא פטור בשאלה, והקשה דאי אינו שומר כלל בשכירות בבעליו עימו, א"כ חסר בכל החלות שמירה, וא"כ למה לא יחול הדין שאילה, הא מעתה מתחיל שמירה חדשה, וע"כ צ"ל דגם בבעליו עימו הרי הוא שומר, ורק דחיילא פטור בשכירות, וממשיך שוב הך פטור לשאלה.

והגר"ח עצמו הביא עוד ראיה לגדר המחודש הזה – עיין בזה בברכ"ש [סימן ל"ב] – שהוכיח כן ברמב"ם עצמו, דהנה, דעת הרמב"ם [פ"א ה"ד משכירות] דבעליו עימו בשומר הראשון ומסרו לשומר שני ופשע, דהדין הוא דשניהם חייבים, וק' דמה מחייב את ראשון, הרי יש פטור בעליו עימו, ואינו שומר, וע"כ שגם בבעליו עימו איכא חלות שמירה, אלא שיש "פוטור", ונתחדש דהך "פוטור" רק פוטרו ברשותו ולא ברשות השני, ועיי"ש במ"מ שזהו הביאור בדבריו, ועיין בהערה <sup>42</sup> מה שהוספנו בשיטת רש"י.

ולפי"ז י"ל נמי דהגר"ח מודה שיש שבועה ושליחות יד בשומר בבעליו עימו, וכדעת הקצוה"ח והנתה"מ, אלא שהגר"ח מסביר שהפטור תשלומין שיש בו אינו מתחיל בתשלומין עצמו, רק בעיקר הדין שומר כלפי התשלומין, אבל לעולם י"ל דכלפי השבועה שפיר חיילא הדין שומר, וכלפי החיוב שבועה הרי הוא שומר גמור.

וכל כוונת הגר"ח שם להסביר למה פושע כמזיק פטור בבעלים ולא בקרקע, וע"ז כתב שהתשלומין מצד פושע כמזיק הן תשלומין מפרשת מזיק, רק דע"י פרשת שומרים נתחדש הך מעשה פשיעה למעשה שמחייב תשלומי מזיק, [דבעלמא אינו מעשה מזיק, ואין ע"ז תשלומי מזיק], הילכך בקרקע שהפוטור הוא רק בתשלומין, שוב חייב בפשיעה שאין זה תשלומי שומרים, אכן בבעליו עימו שהפטור חיילא מעיקרא בעיקר החיוב שמירה כלפי התשלומין, זה כבר כולל גם תשלומי מזיק שהם כתוצאה מהחיוב שמירה, שבעליו עימו פוטור את השמירה שכבר לא נדון את הפושע - כמזיק.

אבל לזה מודה הגר"ח שיש חיוב שמירה, אלא דחייל פטור בשמירה דווקא לענין הדין תשלומין, ודווקא לדין פשיעה, הלכך שפיר איכא למימר דלא חיילא הפטור בשמירה כלפי חיוב שבועה, הילכך אין ראיה שחולק על הקצוה"ח ונתה"מ.

ובזה א"ש מה שהבאנו מהקצוה"ח שדייק דבקרא כתוב מפורש "בעליו אין עימו שלם ישלם" ומפורש דפטור תשלומין הוא ולא פטור שבועה, ולהנ"ל י"ל דהגר"ח מודה בזה.

42 ועפי"ז אפשר ליישב סתירה בשיטת רש"י, דעיין בדברינו בהמפקיד [סוף הסוגיא של כיצד הלה עושה סחורה] שהוכחנו שרש"י לומד שגם בבעליו עימו שפיר חשיב כשומר, ומכאן קשה למה שהוכחנו הכא שרש"י בדין פושע כמזיק מודה לדרכו של הגר"ח, ולהנ"ל א"ש דגם לפי הגר"ח שפיר חיילא פטור בדין שמירה לענין תשלומין, אבל הך פוטור הוא רק עד כמה שהתשלומין צריך לחול כלפיו, אבל אי התשלומין צריך לחול כלפי הבעלים, כלפי זה לא חיילא פטור בדין שמירה, עיי"ש היטב.

**הערה בשיטת הש"ך.**

ועיין היטב בדברי הש"ך [סימן ס"ו ס"ק קכ"ו] דג"כ חילק ע"ד הגר"ח אכן לא משמע כהגדרה זו של הגר"ח, אף דגם מדבריו יש לצדד שיש חיוב שבועה, ועיין בהערה <sup>43</sup> שהבאנו דבריו ובמה שיש לדייק בהם.

**מבאר שאין סברות הפוכות בין קרקע לבעליו עימו אלא ששני סוגים שונים של פטור נינהו, ולכן מתחלקים ומשתנים הדינים, דבעליו עימו הוא פוטר בכל פרט ופרט בעיקר הקבלת שמירה, לעומת קרקע שהוא פוטר כללי אבל אינו בעיקר הקבלת שמירה רק בחיובים עצמם.**

ונראה דעפ"י זה למדנו שאין באמת סברות הפוכות בין קרקע לבעליו עימו אלא ששני סוגים שונים של פטור נינהו, ולכן מתחלקים ומשתנים הדינים זה מזה.

דהנה, פטור קרקע הוא פטור בגוף החיוב עצמו, בגוף החובת שבועה ובגוף החובת תשלומין, ולכן כפל דטוט"ג חייב כיון שזה כפל של גנב ולא כפל של שומר, ממש כסברת הרמב"ם בחיוב קרקע בפושע כמזיק שזה תשלומין של מזיק ולא של שומרים, ורק פטור בעליו עימו יכול לפטור גם אותם, כיון שחל פטור בעיקר הקבלת שמירה לגבי הנך חיובים, ולכן דנו התוס' [נ"ז] לפטור בעליו עימו בטוט"ג ולכן סובר הרמב"ם דאיכא פטור בעליו עימו גם כלפי פושע כמזיק.

אולם אף שיש כאן אלימות בפטור של בעליו עימו, שהוא פוטר בשורש המחייב ובעיקר הקבלת שמירה כלפי החיובים הללו, אכן מאידך יש לו הגבלה, והוא,

43 וז"ל הש"ך "ומה שכתב שכל הפושע מזיק הוא, ר"ל כמו שכתבתי דלכך ממעטינן שומר שכר מעיקר תשלומין ולא ממעטינן שומר חנם מתשלומים ידיה, משום דפושע חייב מדין מזיק מסברא אפילו בלא קרא, ומה שכתב הראב"ד בהשגות שם, ואין פושע מזיק, שאם היה כן, פשיעה בבעלים למה פטור, אלא שאין פושע דומה למזיק, עכ"ל, וכן כתבו הרא"ש והר"ן פרק שבועת הדיינים [שם] ושאר פוסקים. לפע"ד אין זו הוכחה, דפשיטא דאין כונת הרמב"ם דפושע מזיק ממש הוא, אלא כמו מזיק הוא לענין דמן הסברא חייב פושע אפילו בלא קרא, וכמו שכתבתי. ואין להקשות היא גופא מנלן למעוטי עבדים ושטרות וקרקעות מתשלומין ולא מפשיעה, ושמירה בבעלים ממעטינן אפילו מפשיעה. נראה דבשלמא בעבדים ושטרות וקרקעות היינו כדאמרין בש"ס [ב"מ נ"ז ע"ב] דילפינן לה מכלל ופרט, מה הפרט מפורש דבר המיטלטל וגופו ממון, יצאו קרקעות שאינן מטלטלים, יצאו שטרות שאין גופן ממון, יצאו עבדים שהוקשו לקרקעות, הקדשות אמר קרא רעהו ולא של הקדש. א"כ עבדים ושטרות וקרקעות והקדשות כיון דאינן בכלל החיוב שחייבה התורה, הרי אינם מוזכרים בתורה כלל ומנא לן לחיוביניהו, ומוקמינן להו אסברא מבחוץ דפטורים משבועה וחייבים בפשיעה, דפושע כמו מזיק הוא, אבל פשיעה בבעלים בפרוש כתבה התורה לפטורא, דהא כתיב [שמות כ"ב י"ד] אם בעליו עמו לא ישלם, א"כ קאי אכל מה שהזכירה התורה לחיובא דהיינו פשיעה וגניבה ואינך, אם בעליו עמו לא ישלם, והיינו טעמא דקרא, דכשבעליו עמו לא ה"ל שומר עליו כלל אלא ה"ל כאינש דעלמא".

ויש כאן כמה חידושים, א] ההבדל בין הפטורים הוא שהמיעוט של קרקע אינו מיעוט בחיוב אלא דלא איתרבי חיוב, אבל בעליו עימו הוא פטור מפורש בקרא, ב] פושע כמזיק חייב מסברא בלי פסוק לכן ליכא בזה מיעוט של קרקע כיון שהמיעוט של קרקע אינו מיעוט מפורש אלא דלא איתרבי חיוב ולכן לא פוטרים את החייבים מסברא, אבל בעליו עימו הוא פטור מפורש ולכן הפטור כולל גם פשיעה שכתוב מפורש בפרשה, ג] מזה היה משמע לדייק שכיון ששבועה לא כתובה מפורש בקרא שם בהך מיעוט, שלכן באמת חייב שבועה, וזה כנתבאר לעיל בדברינו בדעת הגר"ח, ד] אולם הש"ך כתב שהגדר בפטור הוא – "לא ה"ל שומר עליו כלל אלא ה"ל כאינש דעלמא" – ולא משמע כהגדרה החדשה שנתבארה בדעת הגר"ח, אלא איניש דעלמא כפשוטו, והאיך שייך בזה שבועה, וכל שיטתו אכתי צ"ע.

שהפוטור הוא כלפי דין מסויים ולא כלפי כל הדינים כהדדי, דרך בקרקע שזה סוג מסויים של פקדון, הרי הסוג הזה של פקדון הופקע מכל הדינים ביחד, שאף שהפוטור רק חל בדין 'הבפועל' ולא בסיבת המחייב בקבלת השמירה, אבל ס"ס הפוטור שחל חל בהכל לומר שבפקדון כזה ליכא שום חיוב, אבל בעליו עימו אינו סוג אחר של פקדון אלא שיש תנאי בהפקדה ובקבלת השמירה שלא יהיה בעליו עימו, והכא חל פוטור לגבי כל פרט פרט בקבלת שמירה בנפרד, ואינו פוטור כללי אלא פוטור מפורטת כלפי כל הלכה שבחובת שמירה שהוא קיבל על עצמו. ועיין בתוספות כתובות [נ"ו:] שכל שומר מתחייב בקבלת שמירה על כל דין ודין בפרשה, ועיין בהערה <sup>44</sup> שהבאנו לשונם, הלכך שפיר שייך פטורים שמתייחסים לכל פרט ופרט בנפרד.

ולכן מצד אחד חל פוטור בקבלת שמירה כלפי הדיני תשלומין ולא חל פוטור כלפי החובת שבועה, ויצטרך לישבע שליחות יד ושבועה שאינו ברשתו אף שהוא פטור על תשלומין של פשיעה וגניבה וכדומה, שכל פרט ופרט בקבלת שמירה דנים בנפרד, ודו"ק.

ושוב ליכא סברות הפוכות, דמצד אחד בבעליו עימו שייך שהפוטור יהיה פוטור גם בפושע כמזיק ויש גם צד שהוא פוטור בעיקר הדין שומר כלפי טוט"ג, אף דכלפי שבועה אכתי חייבים, וזה איפכא מקרקע, והיינו משום שהפטורים שונים זה מזה, וכנ"ל, שקרקע הוא פטור כללי אבל רק בחיוב עצמו, לעומת בעליו עימו שהוא פטור בסיבת המחייב אבל הוא פוטור בדין מסויים ולא פוטור כללי. עפ"י כל הנ"ל התיישבו כל הסתירות.

#### **ראיה גדולה לעיקר המהלך מהבדל נוסף שמצאנו בדרשות של בעליו עימו וקרקע בעיקר הפטורים**

ואיכא ראיה גדולה לעיקר מהלך זה מהבדל נוסף שמצאנו בדרשות של בעליו עימו וקרקע בעיקר הפטורים.

דהנה, עיין בסוגי' דהשואל [צ"ה] דמבואר שם דהיה אפשר לפטור ש"ש בבעליו עמו ולחייב שואל, דפרכינן דשואל יותר חמור ואין לפוטרו ובעינן ילפותא ללמוד חדא מחברתא, ועוד מבואר דמיניה וביה בשואל היה אפשר לפטור על אונס ולא על גניבה ואבידה, עיי"ש, ומכל זה מבואר שהוא פוטור על כל חיוב בפנ"ע ואינו דין כללי לומר שאינו שומר.

ומאידיך גיסא בקרקע ילפינן בש"ש שפטור מתשלומין ובש"ח שאין שבועה – עיין בב"מ [נ"ז], ומכאן ידעינן ממילא לפטור כל השומרים, ולא פרכינן דשואל חמור, ולא צריך ילפותא מאחד לחברתא, וע"כ שזה דין כללי שאינו שומר, וכפשוטו היה נראה שבקרקע אינו שומר כלל ובבעליו עימו הוא שומר אלא שיש פטורים, ודלא כהברכ"ש והגר"ח.

אולם אחרי כל מה שנתבאר אדרבה – דמכאן ראיה לדבריהם, דעד כמה שהפוטור הוא פטור בעיקר הקבלת שמירה – שוב שפיר חשיב כפטור דווקא בדין המסויים,

44 "שאני התם דחייבתו תורה שומר שכר על שלוקה שכר ושואל לפי שכל הנאה שלו ומשעבדים עצמם לכל הכתוב בפרשה הלכך במקום שאין משעבדים עצמם פטורים".

שהקבלת שמירה מתחלקת לכל האמור בפרשה, ולכל דין ודין בנפרד, אבל קרקע הוא פטור רק בחיוב עצמו אבל הוא פטור כללי לכל החיובים כהדדי, ודו"ק, ועיין לעיל מה שהבאנו בהערה מהש"ך - קרוב לזה.

**מבאר את תוס' [נ"ז] באופ"א - עפ"י ר"א מגרמישא, ומקשה עוד מתוס' לענין קרקע, ומביא ישוב מהברכ"ש.**

מצאנו מהלך אחר בביאור דברי התוס' לעיל [נ"ז] שהספק בתוס' הוא ספק בגדרי טוט"ג, ואף דוודאי שומר הוא לענין טוט"ג, אבל אינו טוט"ג, דביאר בזה ר"א מגרמישא בשטמ"ק, דכיון דטענתו הוא להיפטר מצד בעליו עמו, שוב אין זה טענת גניבה, וזהו הספק שם.

איברא דזה סתירה לסוגיין ולתוס' דידן, דגם כאן אינו פטור בטענת גניבה רק בטענת קרקע ואפי"ה הו"ל טוט"ג, ומאי שנא <sup>45</sup>.

ובברכ"ש [סוף סי' ל"ב] מרמז ליישב קושי' זו ולחלק בין פטור קרקע לפטור בעליו עמו כלפי סברת ר"א מגרמישא, דאין החיסרון בזה שלא נפטר בטענת הגניבה ומצרף לזה פטור דקרקע ובעליו עמו, רק החיסרון הוא דבטענת בעליו עמו טענתו היא שאינו שומר כלל, דבעליו עמו הוא פטור בעיקר השמירה, וכדמוכרח ברמב"ם דפושע כמזיק בקרקע ואפי"ה פשיעה בבעלים פטור, וטענה שאינו שומר כלל אינה טענה להתחייב בטוט"ג, אבל בקרקע שזה רק פטור מתשלומין וחיובים, הכא מהני דמאי שנא טענת 'גנב' שהוא פטור בתשלומין מ'קרקע' שהוא גם פטור בתשלומין, ודו"ק.

**מקשה על הישוב של הברכ"ש, ומעורר שהרמב"ם והתוס' נחלקו בעיקר הפטור דבעליו עמו.**

אולם לכאן דברי הברכ"ש הם רק לפי מה דנקט דבעליו עמו הוא פטור בעיקר הדין שומר, ודלא כקרקע שיש לו דין שומר ורק שפטור מתשלומין, וזה הוכיח הברכ"ש ברמב"ם מפושע שחייב בקרקע ופטור בבעליו עמו, אבל בשי' התוס' אין ראייה לחילוק זה, ואדרבה, שי' התוס' [בב"מ נ"ז, ובשבועות מ"ב] דפושע פטור בקרקע, ואין בזה מחלוקת בגמרא, ובבעליו עמו מצאנו מחלוקת אמוראים בב"מ [צ"ה], ומבואר דבעליו עמו הוא יותר שומר מקרקע, וכדלעיל, ומוכרח שתוס' חולק וסובר איפכא מכל הנ"ל, והרי התוס' מחייבים שבועה בבעליו עימו, וכדלעיל.

ושוב צ"ב דברי ר"א מגרמישא, דמ"ש פטור דבעליו עמו דלא חשיב טענה לענין טוט"ג, מפטור קרקע דשפיר חשיב טענה, ודברי הברכ"ש הם רק לשיטתו ברמב"ם, וצ"ע דהאיך למד כן גם בשיטת התוס' דחולק מן הקצה אל הקצה.

ומכאן מוכרח ככל דברינו לעיל, שהברכ"ש למד ככל הנ"ל גם בשיטת התוס' – ואין בזה שום מחלוקת בין הרמב"ם לתוס' בעיקר גדרי הפטור, וכל פלוגתתם הוא רק אי פושע כמזיק, והכל כנתבאר לעיל, וא"ש.

45 והעירני תלמיד אחד לחלק דלעיל [נ"ז] מיירי בש"ש שחייב בגניבה ורק הבעליו עמו פטור וכאן י"ל דמיירי בש"ח דהיה פטור מצד גניבה ורק שיש פטור נוסף מצד קרקע, אולם יש לעיין בזה, דכיון דקרקע הוא פטור כללי שפוטור גם פשיעה [לשי' התוס' דפושע פטור] וכולל גם פטור שבועה, י"ל דאין להתייחס לפטור גניבה, ויש לעיין.

**הערות בהמשך התוס', בקפץ ונשבע ובשבעות גילגול.**

ע' היטב ברשב"א [ק"ו] שהביא מהר"ח דקפץ ונשבע אינו שבועה כלל לפוטרו בשומרים, ומובן למה לא מיקרי שבועה בטוט"ג, אולם י"ל עוד, דהוי שבועה לפוטרו בדין שומרים, אלא שאינה שבועה אלימתא לענין טוט"ג, וכ"ה שי' הריטב"א גיטין [ל"ה] וכ"ה ברש"ש [ק"ג].

וכעין סברא זו, דלענין כפל דטוט"ג יש שבועה מיוחדת, מצאנו בחידושי ר' מאיר שמחה בסוף [ק"ו:] דלחד מ"ד דבעינן שבועת מודה במקצת היינו דווקא לענין טוט"ג, אף דלענין להיפטר א"צ מודה במקצת, וזה כנ"ל, וכדבריו מפורש נמי בתוס' רי"ד [שם] <sup>46</sup>, ומבואר שיש שבועה מיוחדת בטוט"ג, אכן בשטמ"ק שם בשם הרא"ש מבואר דלענין להיפטר נמי בעי מודה במקצת להך מ"ד, ואין ראייה.

ובעיקר הך חידוש, דיש שבועה אלימתא לענין כפל דטוט"ג, מזה מוכרח דלא כסברת האו"ש ברמב"ם בגונב טלה ובדרכו הראשונה בתוס' [נ"ז:] לענין טוט"ג בבעליו עמו, שהסתפק דאולי כל הדין שבועה הוא רק להשלים את הגניבה, ולהיפטר מהממון, שהרי כבר נפטר בשבועה דקפץ בלי המודה במקצת, ומה בעי שבועה אלימתא, ומוכרח דמגזה"כ הוא.

וזה מוכרח מהתוס' מיניה וביה נגד האו"ש, א' בתוס' מבואר דאם בקופץ היה שבועה היה טוט"ג בהך שבועה למרות שאין השבועה פוטרו דממילא הוא פטור, ורואים דאין השבועה שייך לפטור, ב' מכל קושי' התוס', שכיון שאין שבועה בקרקע אין טוט"ג, הא אדרבה, כיון שבקרקע אין שבועה א"כ למה לא יתחייב בטוט"ג בלי השבועה, וכסברתו בבעליו עמו, וצ"ע.

וממשיך התוס' דנשבע ע"י גילגול ומוכרח דא"צ שבועת השומרים לטוט"ג [קובש"ע], וכן מוכרח מהקס"ד דכל גנב בעי שבועה [אמנם למבואר בחידושי ר' מאיר שמחה [ס"ד] דהתם מיירי בשומר שגנב, ובדידיה קס"ד דצריך שבועת השומרים, שוב אין ראייה משם].

ולפימש"כ בחידושי ר' מאיר שמחה לבאר סוגי' דלהלן [ק"ו:] דבעי שבועת במודה במקצת דוקא לענין טוט"ג ולא לשומרים, ג"כ מוכרח כנ"ל.

46 וע"ע בעיטור [אות פ' פקדון] ובשטמ"ק [שם] בשם הר"י מלוניל.

## סימן ו'

**ביאור דברי התוס' בדין י' גפנים טעונות,  
ובגדר דין טוט"ג, שהגניבה נעשה מכח ה'כי יתן',  
וה'כי יתן' קובע את הדינים של הגניבה הזו,  
ובגדר "רשות שומר" ו"רשות גנב" וב'היתירא אתי' לידיו'.**

**פרק א' בגדר דין טוט"ג, שהגניבה נעשה מכח ה'כי יתן', וה'כי יתן' קובע את הדינים של הגניבה הזו.** / / בדברי הקובש"ע שקבלת שמירה על קרקע מגדיר את הטוט"ג כטוט"ג בקרקע. / / דוחה דבריו שכאן צריכים שהמיעוט בקרקע יתייחס לחלק של הגנב שבטוט"ג ולא לחלק של השמירה שבטוט"ג - והדרא הקושי לדוכתא. / / מתמה עוד בעיקר דין טוט"ג דלמה ליכא דין חזרה קרן לבעלים, ומתמה עוד בעיקר הגדר של בהיתירא אתי' לידיו'. / / מתמה בדברי הירושלמי [בקצוה"ח ריש שמ"ט] והתוס' [בכמה דוכתי] והריטב"א [ריש המפקיד] דדנו האם בית שומר מיקרי בית האיש או דדומה לבית הגנב, ותמוה דבזה איירי קרא של בית האיש בטוט"ג שהוא בית השומר. / / מביא את דברי הברכ"ש בבאורו לדברי הרמב"ם בדין נתינה בפקדון ע"י קטן. / / למדנו עוד מדבריו שיש דין 'כי יתן', וזה מתייחס לעיקר הדין טוט"ג, ובזה חיילא מיעוטא דקטן בגוף נתינה זו, ונתחדש עוד שכל הטוט"ג חיילא מכח ה'כי יתן' ומתייחס ל'כי יתן' ולכן ה'כי יתן' קובע דינים על הטוט"ג לגבי קטן ולגבי קרקע ולגבי בית האיש. / / ומעתה היה נראה שכמו ש'כי יתן' של קטן מגדיר את כל הטוט"ג שהוא כנגד קטן ולכן נתמעט מדין 'כי יתן' בעצם זה שקטן נתן, ולא דנים בזמן הטוט"ג עצמו אלא בזמן ה'כי יתן', כיון שכל הטוט"ג נעשה מכח ה'כי יתן', ואז הוא היה קטן, כמו כן ה'כי יתן' של קרקע מגדיר את כל הטוט"ג שהוא בקרקע אף שהטוט"ג מצד עצמו היה בקרקע, שהטוט"ג הוא גניבה רק מכח ועל ידי ה'כי יתן', וכאילו שה'כי יתן' מצטרף לגניבה שבטוט"ג לקבוע את הדינים שלו. / /

**פרק ב' תוספת ביאור, שומר יש לו זכויות והפקדון 'ברשותו', וה'כי יתן' מחיל את הרשות והקנייני שומר, והנך קניינים נהפכו להיות קנייני גזילה ע"י הטוט"ג.** / / הקדמה. / / מביא יסוד גדול מהגר"ח ומהגר"ז, דשומר אינו חייבם גרידא, אלא דאיכא "רשות שומר", והיינו דהשומר "מחזיק" את הפקדון אצלו לענין החיוב שמירה, ומביא בזה את ראיותיהם של הגר"ח הגרי"ז הברכ"ש והאהא"ז. / / הוכחות נוספות ליסוד זה, ומבאר בזה את הקס"ד במשנה דליכא כפל דלא חשיב כבית האיש מחמת ה"רשות שומר" דרכיב עליו. / / סיכום היסוד והראיות. / / ה'כי יתן' מחיל כאן רשות והחזקה וזכויות של שומר, והגניבה נעשה מכח הנך זכויות להשוותם לזכויות קניינים של גנב, וזה הביאור והגדר ב'בהיתירא אתי' לידיו' – ודברי הגר"ח בזה. / / מבאר את דברי הגר"ח לגבי הדין שינוי קונה בטוט"ג. / / מיישב למה ליכא קרן של שומר בכל טוט"ג.

## פרק א'

## בגדר דין טוט"ג,

## שהגניבה נעשה מכח ה'כי יתן',

## וה'כי יתן' קובע את הדינים של הגניבה הזו.

**בדברי הקובש"ע שקבלת שמירה על קרקע מגדיר את הטוט"ג כטוט"ג בקרקע.**

תוס' הביאו את הדין של י' גפנים טעונות שבהם שייך דין טוט"ג, והנה, לכאור' ברור שבצרם מהגפן והכניסם לאוצר בלי שליחות יד וכלי גניבה, שהרי יש שסוברים שאין טוט"ג לאחר ש"י, וע"כ דמיירי שהיה צורך בכך ולכן אין ש"י, ופשוט.

והק' בקובש"ע [ד'], דבזמן הטוט"ג הם כבר בצורות, ומטלטלין נינהו, ואין זה טוט"ג בקרקע, ותי' שכיון שהשמירה התחילה בקרקע, דינו כקרקע, והוכיח מכאן דטוט"ג הוא מדיני שומרים, ואזלינן בתר השמירה, וכ"ה בחידושי ר' שמואל [סימן כ' ס"ק ז'], וזה כנתבאר מהברכ"ש שזה גנב מחודש בפרשת שומרים ולכן אי חשיב כקרקע כלפי שומרים שפיר חשיב כקרקע כלפי טוט"ג שזה דין בשומרים וא"ש המיעוט בסוגי' של כפל בקרקע בטוט"ג כזה שתחילתו קרקע.

**דוחה דבריו שכאן צריכים שהמיעוט בקרקע יתייחס לחלק של הגנב שבטוט"ג ולא לחלק של השמירה שבטוט"ג - והדרא הקושי' לדוכתא.**

אולם אכתי יש לעיין בעיקר דבריו - דאף דזה נכון דטוט"ג הוא גנב מחודש בפרשת שומרים אכן אכתי צריכים להבין דמה הגדר של המיעוט ולאיזה פרט בטוט"ג מתייחס המיעוט של כפל בסוגיין.

ונקדים - דהכא באנו ללמוד דין קרקע כלפי הפטור כפל גם בטוט"ג וגם בכל גנב רגיל, דכהדדי נמעטו, ועיין בפנ"י בסוגיין שכתב בן, וע"כ שיש גדר אחד לפטור כפל של שניהם.

והנה זה ברור שלא נוכל לדמות כל פטור שיש בטוט"ג לפטור בגנב רגיל, ולמשל, הרי אף אי בעליו עימו פוטר בטוט"ג, וכצד אחד בתוס' לעיל [נ"ז], הרי פשוט שבעליו עימו לא יפטור בגנב רגיל אף דתרווייהו כלולים במיעוט אחד.

והביאור, שאחרי שאנו אומרים שיש כאן גנב מחודש בפרשת שומרים הרי הפטור יכול להתייחס לחלק של ה'שומר' שבו וגם להתייחס לחלק של ה'גנב' שבו, וכיון שבעליו עימו רק מתייחס לחלק ה'שומר' שבו שוב לא שייך דן זה לכל גנב רגיל, ורק פטור שמתייחס לחלק ה'גנב' שבטוט"ג שייך לכל גנב רגיל - וזה פשוט.

ומעתה צ"ב - הרי כשיש לנו גנב מחודש בפרשת שומרים שתחילתו בקרקע וסופו במטלטלין, והיינו שהחלק הגנב שבו הוא בקרקע והחלק השומר שבו הוא בקרקע, הרי זה מוכיח שכל המיעוט של קרקע בטוט"ג באופן זה הוא רק כלפי ההלכות שומרים שבו, דומי' דבעליו עימו בטוט"ג, וזה לעולם לא שייך לכל גנב רגיל, וברור.

והרי הכא ברור שהטוט"ג שהוא עצם הטענה ושבועה וכפירה שבהם הוא גונב, והרי כל זה היה בתלוש ולא בקרקע, וממילא ברור שהמיעוט של טוט"ג בקרקע הוא מצד ההלכות שומרים שבו, דומי' דבעליו עימו, ואין זה ענין לכל גנב רגיל - והדרא קושי' הקובש"ע לדוכתא - ונדחה תירוצו - ומעתה צ"ע דהאיך פוטרים כל גנב רגיל מכפל מכח מיעוט כזה, ועיין בהערה <sup>47</sup> מה שכתבנו בזה ליישב את עיקר הקושי' באופן אחר, ומה שדחינו בזה.

47 ומידידי הרה"ג ר' יהודה גלושטיין שליט"א שמעתי לתרץ שהגניבה בטוט"ג הוא שגנב את "תביעת המפקיד", דהמפקיד תובעו להעמיד לו את הפיקדון והוא גונבו, וכיון שהפקיד קרקע התביעה הוא תביעת קרקע, [רק כשהיה משלם היה מקיים תביעתו לקרקע ע"י מטלטלין אבל התביעה הוא תביעת קרקע], וכיון שהתביעה היא קרקע הגניבה היא קרקע, ושוב א"צ לומר כהקובש"ע דאף דהגניבה הוא מטלטלין הא השמירה הוא קרקע, אלא שגם הגניבה הוא קרקע.

ומזה מוכרח שכתוב כאן יסוד גדול בעיקר הגדר של ה'גנב המחודש' בפרשת שומרים שנתחדש בטוט"ג, אלא שנקדים בזה בכמה קושיות נוספות בעיקר סוגי' ז.

**מתמה עוד בעיקר דין טוט"ג דלמה ליכא דין חזרה קרן לבעלים, ומתמה עוד בעיקר הגדר של בהיתירא אתי' לדידי'.**

שמעתי מראש הישיבה הגאון ר' בונים שרייבר שליט"א להקשות ממה שכתב רעק"א [שו"ע רצ"ד] בכל כופר בפקדון שהוא גזלן שבאמת הוא חייב תשלומין של הקרן משני דינים, גם מצד שומר וגם מצד גזלן, ונפ"מ ביוקרא ששומר חייב משעת פשיעה וגנב כשעת הגזילה, ולפי"ז הקשה שלכא' קשה שיש דין בכפל של גנב שאם חזרה קרן לבעלים לפני התביעה של הכפל דשוב לא מתחייב בכפל, ולפי"ז כל טוט"ג ישלם את הקרן מדין שומרים - וממילא דיחול כאן דין חזרה קרן לבעלים, ושוב יפטר מכפל, וצ"ע.

שמעתי מראש הישיבה הגאון ר' אברהם קפלן שליט"א לתמוה בעיקר הגדר של בהיתירא אתי' לדידי', דמה נפ"מ מה שהיה אצלו פקדון בהיתר להגניבה של הטוט"ג, דגניבה זו היא גניבה של איסורא מתחילתה ומה שהיה שומר בהיתר על הפקדון לפני כן לא שייך להחזקה של גניבה שבו שהיא באיסורא, והרי כל גנב לפני שגנב הרי הוא בהיתירא, ונוסיף, הרי פשוט שמי שהניח ממונו בחצר חבירו שלא בתורת שומר - שאם בעל החצר יגנוב את הממון ההוא דפשוט דלא מיקרי גניבה של בהיתירא אתי' לדידי', דסו"ס מתחילת הגנבה היה איסור, ומה אכפת לן מה שהיה קודם, ולמה כשהיה שומר אינו כן.

**מתמה בדברי הירושלמי [בקצוה"ח ריש שמ"ט] והתוס' [בכמה דוכתי] והריטב"א [ריש המפקיד] דדנו האם בית שומר מיקרי בית האיש או דדומה לבית הגנב, ותמוה דבזה איירי קרא של בית האיש בטוט"ג שהוא בית השומר.**

עוד יש לתמוה - הרי מצאנו דין 'אינו ברשותו' לגבי כפל ולגבי להקדיש ממונו, וילפינן לה מ'בית האיש' ומכי יקדיש 'את ביתו', ומצאנו בכמה דוכתי שדנו שאף שפשוט שבית הגנב לא מיקרי בית האיש אבל מה הדין בבית השומר, והוכיחו בכמה ראיות שזה בית האיש, ועיין בהערה <sup>48</sup> שהבאנו בזה את דברי הירושלמי

ויש לעיין האם זה נכון, דבאמת בכל טוט"ג בעינן שנמצא שהוא גנבו - דלפי דבריו שזה כל הגניבה, א"כ גם מי שטוט"ג ונמצא שהוא עצמו פשע וגנב ע"י אחר ג"כ יתחייב, שהרי סו"ס הוא גנב את תבנית המפקיד, והדין אינו כן, דיעויין להלן בגמרא [ק"ז:] "מה שבועה שלא פשעתי בה, כי מיגליא מילתא דפשע בה - פטור מכפל", ועיין תוס' "מה שבועה שלא פשעתי בה כי מגליא מילתא דפשע בה פטור - דהא מהכא דרשינן טוען טענת גנב מדכתיב 'אם לא ימצא הגנב אלא הוא עצמו גנבו' וזה שפשע בה לא גנבו", והיינו שזה כל הדרשה - שהוא עצמו גנב, וכן מפורש ברש"י בחומש וכן הוא לשון הרמב"ם, שהכל מתחיל בזה שהוא עצמו גנבו, והכא מה שהוא עצמו גנבו היינו מטלטלין.

48 דהנה, עיין בריטב"א הישנים ריש המפקיד שהק' דלמה באמת חייבים בכפל בגוונא של גונב מבית השומר, הא דרשינן בקרא וגונב מבית האיש ולא מבית הגנב, ומהאי טעמא מי שגנב מגנב לא חייב כפל לבעלים הראשונים דלא חשיב "בית האיש" וא"כ ה"ה דנימא כן בגונב מבית השומר דהא בעינן מ"בית האיש", ותל' דכל היכא דאיתא ברשות בעלים הוא, והיינו משום שיד שומר כיד בעה"ב, וע"ד זה מצאנו נמי בפנ"י [שם] שהקשה על המשנה [שם] דמה באו לחדש בסיפא של

[בקצוה"ח ריש שמ"ט] והתוס' [בכמה דוכתי] והריטב"א [ריש המפקיד] דדנו בזה - האם בית השומר מיקרי בית האיש או דדומה לבית הגנב. וכל זה תמוה מאד - שהרי בזה גופא איירי קרא של בית האיש והיינו בטוט"ג שהוא גונב בטענתו מבית שלו שזה באמת בית השומר, וכבר העירו בזה בתוס' בב"ק [ע']. בסוף דבריהם דקרא איירי בבית השומר ומזה מוכרח דחשיב בית האיש, ותמוה - שמה יש לדון אם בזה גופא מיירי הבית האיש של הפסוק, ומה הקס"ד בירושלמי ובריטב"א ובתוס' שאינו כן, וכל זה תמוה מאד. עוד יש לעיין דמהו הך קס"ד דחשיב אינו ברשותו ב"בית השומר" דהא פשוט דשומרו ומחזיקו עבור הבעלים, וצ"ע, ועיין בהערה <sup>49</sup>.

המשנה בדין "נשבע ולא רצה לשלם", דבשלמא ברישא א"ש וכמבואר שם בסוגי, אכן בסיפא דלא שילם קשה, שהרי שם פשיטא דהכפל שייך לבעלים, ותירץ הפנ"י שהחידוש דמיקרי מבית האיש ואיכא חיוב כפל.

וע' בקצוה"ח [סימן שמ"ט ס"ק א'] שהביא ירושלמי דבאמת קס"ד כן, דקס"ד התם למעט מקרא ד"מבית האיש" בגונב משואל או מש"ש או משוכר, ותי' "מכיון ששמירתו עליו כמי שהוא עליו", וביאר בקצוה"ח דמה שמוטל עליו לשומרו נעשה כמי שהוא ברשותו, הרי לן בהדי' דהשו"ט בירושלמי הוא כהריטב"א ופנ"י.

והנה, מצאנו בסוגי דצנועין במרובה [ב"ק ס"ט ע'] שיש שני דינים נפרדים שתלויים בדין אינו ברשותו, א' בקרא ד"איש כי יקדיש את ביתו" ילפינן דא"א להקדיש ממון שלו שנמצא ברשות הגזלן, שאין זה דומי' ד"ביתו", דביתו הוא ברשותו וחפץ שבבית הגנב לאו ברשותו הוא, הלכך אינו מקדישו אף דשלו הוא, ב' מקרא ד"וגונב מבית האיש" דרשינן דליכא חיובא דכפל כשגונבים חפץ מהבעלים באופן שהחפץ היה בבית הגנב, שאין זה מיקרי "וגונב מבית האיש", ודו"ק, ואע"ג דשני דינים נפרדים נינהו, אכן בשניהם יש דין "ברשותו", ובשניהם נתמעט "בית הגנב", דבית הגנב לאו ברשותו הוא.

ועיין בקצוה"ח [שם] שהביא מהתוס' בב"מ [ו']. שדן בדין מקדיש חפץ שלו דנמצא בבית שומר האם זה מיקרי ברשותו או לא, [והיינו האם נתמעט מדין איש כי יקדיש את ביתו כמו דהקדש על חפץ שנמצא בבית הגנב נתמעט], והוכיחו התוס' דזה כבר מיקרי ברשותו ושפיר חל ההקדש, שהרי מצאנו במשנה ריש המפקיד שיש חיוב כפל כשגונב מבית השומר, ומוכרח דבית השומר מיקרי בית האיש לגבי כפל, וממילא דה"ה דלענין הקדש הדין כן דשני הנך דינים תלויים זה בזה. [ובאמת דאין הדברים מדוקדקים, דבאמת בתוס' ב"מ לא הביאו הך דין של המשנה לגבי חיובא דכפל, אכן בתוס' בב"ק [ע']. ובתוס' בשבועות [ל"ג: ד"ה היכא] הביאו הוכחה זו], עכ"פ מהתוס' מבואר דהיה קס"ד דבית השומר מיקרי אינו ברשותו, וזהו מה דחידש לנו המשנה דשפיר מיקרי בית האיש דיד שומר כיד בעה"ב.

הרי לנו ירושלמי וריטב"א ותוס' דקס"ד דבית השומר לא מיקרי בית האיש לגבי חיובא דכפל ולגבי חלות הקדש, ולמדו מהמשנה דמיקרי בית האיש, והפנ"י הוסיף דזה גופא החידוש של הסיפא של המשנה.

49 דהיה אפשר לומר דקס"ד דבית האיש היינו ביתו ממש, וכיון שבמציאות אין זה בביתו, שוב קס"ד דלא חשיב בית האיש, אולם זה אינו, דהנה, בירושלמי, מובא בקצוה"ח [שם], מבואר דגניבה מגג שאינו מבוצר מיקרי אינו ברשותו וליכא כפל, והיינו דבעינן גניבה מחצר המשתמרת ואל"כ לא חשיב כ"בית האיש", והקצוה"ח הוכיח דע"כ דהבבלי חולק, דמפורש בסוגי' [להלן עמוד א' בשני הלישנות] דגם בגונב מהאגם אכתי חייב כפל, וע"כ דגם באגם אכתי מיקרי בית האיש, ומוכרח עכ"פ דהבבלי למד דפשיטא דא"צ בית האיש ממש, וא"כ שוב קשה דאיך קס"ד דבית השומר לא מיקרי בית האיש.

ואין לומר דזה גופא יליף ממתני' ולולי מתני' לא היינו יודעים דינא דגניבה מאגם, דזה אינו, שהרי נראה דיד שומר כיד בעה"ב עדיף טפי להחשב כבית הבעלים טפי מאגם, וא"כ איך יליף דינא

**מביא את דברי הברכ"ש בבאורו לדברי הרמב"ם בדין נתינה בפקדון ע"י קטן.**

והנה - לעיל [סימן ג'] הבאנו את דברי הרמב"ם גניבה [פרק ד' הלכה ט'] דקטן שנתן פיקדון ונתגדל ותבע וטען השומר טענת גניבה, דפטור, דמעטין נתינה דקטן מתורת שמירה, ד"כי יתן איש כתיב", ומכאן הוכחנו שאינו גנב פשוט, דאי היה גנב פשוט א"כ ודאי דאיכא גניבה ויש כפל, שהרי כעת בשעת הכפירה ותביעה שהיא שעת הגניבה הרי הוא גדול, וע"כ דמדיני שומרים הוא, וחסר בדיני שמירה בחפץ של קטן, ולעומת זאת מבואר ברמב"ם [פ"ד מגניבה ה"א] "דמשלם תשלומי כפל שהרי הוא עצמו הגנב", ובהדי' שהוא גנב, והרמב"ם הביאו בהלכות גניבה, וסותר משנתו, וצ"ע, עוד הבאנו מהברכ"ש [סימן מ'] שהעיר דאיכא ברמב"ם סתירה מיניה וביה, דמצד אחד מבואר שהמיעוט הוא מהלכות שמירה ולכן מיעוטו קטן, וקשה דבהלכות שמירה מפורש ברמב"ם [שכירות פ"ד הל' ז'] דקטן יכול להיות מפקיד, והרי הוא שומר לקטן וחייב לו שבועה וחייב לו את כל ההלכות שמירה, ומאי שנא דין טוט"ג משאר דיני שמירה, וע"כ דמדיני גניבה הוא, וצ"ע.

ומכאן הוכיח הברכ"ש שטוט"ג הוא גנב מחודש מפרשת שומרים, ולכן קראו הרמב"ם גנב אף דמצד שני יש לו פטור מצד הלכות פקדון, אלא שהוסיף בזה, שבפקדון עצמו יש דין הפקדה במסויים כלפי הך דין טוט"ג, ועיין היטב בלשון הברכ"ש שכתב שעיקר האי דינא חיילא על ידי 'נתינה מסויימת' לענין הך דין מסויים של טוט"ג - עיין בהערה <sup>50</sup> שהבאנו לשונו - והכא איכא מיעוט לקטן, דאף דקטן אית ליה נתינה והפקדה לכל שאר דיני שומרים - [עכ"פ לדעת הרמב"ם, ורבתינו חולקים] - אכן בדין זה יש נתינה לגבי טוט"ג ובנתינה הזו נתמעטה טוט"ג.

**למדנו עוד מדבריו שיש דין 'כי יתן', וזה מתייחס לעיקר הדין טוט"ג, ובזה חיילא מיעוטא דקטן בגוף נתינה זו, ונתחדש עוד שכל הטוט"ג חיילא מכח הך 'כי יתן' ומתייחס ל'כי יתן' ולכן ה'כי יתן' קובע דינים על הטוט"ג לגבי קטן ולגבי קרקע ולגבי בית האיש.**

ובגדר הך מיעוט בקטן היה אפשר לומר שהדברים כפשוטם, שכל שלא חל בעיקר החלות שמירה דין טוט"ג - ע"י ההפקדה כיון שבהפקדה הוא היה קטן, שוב לא יהני מה שיגדל אח"כ, שהדין הזה צריך לחול בהפקדה ובנתינה

---

דאגם מיניה, וע"כ דדינא דאגם פשיטא לבבלי גם לולי המשנה, ושוב קשה דמה החידוש של המשנה.

50 וזה לשונו - "דמה דהוי זה גניבה הוא גזה"כ דע"י דיני שמירה דהיינו דדין 'נתינתו' אם טוט"ג חשבה זו גניבה, ונמצא דיש בדיני שומרים שני דיני חיובים, א' דין חיוב שומרים בעצם, ב' דין חיוב שומרים שחל לעניין [זה] שאם נעשה שומר וטוט"ג נעשה גנב לענין שבועה וכפל, וע"כ באה התורה למעט קטן מדין זה של שמירה, נהי דעדיין לא נתמעט כלל וכלל מדין השמירה לעניין התשלומין, מ"מ נתמעט מזה הדין של שמירה שחידשה התורה דשמירה מחייבת שבועה וכפל, וזהו שהרמב"ם סובר שבא הגזה"כ למעט קטן מדין 'נתינתו' שמחייבת שבועת השומרים וכו' וממילא הוי כלא 'נתנו' וליכא הך חידושא דיתחייב שבועה וכפל וממילא אינו גנב דהא בהיתירא אתא לידיה ואינו גנב כלל", וע"ע להלן [סימן מ"א ס"ק ב'] שכתב גניבה מחודשה והוא מדיני שומרים, דע"י שיש עליו טענת השומרים ש'עיקרה נעשה על ידי נתינה' וע"כ מחייבתו וכו'".

המחייבת, אכן יתכן לומר שכתוב כאן דבר נוסף, שמלבד מה שה'כי יתן' מחילה כל דיני הפקדון ע"י נתינה, עוד נאמר דין מיוחד ב'כי יתן', שהדין טוט"ג מתייחס להך 'כי יתן', ועל ידו ומכחו חיילא הגניבה שבטוט"ג, וה'כי יתן' קובע את הדינים והגדרים של הטוט"ג שכל הגניבה של הטוט"ג רק חשיבי כגניבה עד כמה שנעשה מכח ה'כי יתן' ועד כמה שהוא מתייחס ל'כי יתן', וכן היה נראה יותר מדברי הברכ"ש שכותב – "דהיינו דדין 'נתינתו' אם טוט"ג חשובה זו גניבה" ודו"ק.

ומעתה היה נראה שכמו ש'כי יתן' של קטן מגדיר את כל הטוט"ג שהוא כנגד קטן ולכן נתמעט מדין 'כי יתן' בעצם זה שקטן נתן, ולא דנים בזמן הטוט"ג עצמו אלא בזמן ה'כי יתן', כיון שכל הטוט"ג נעשה מכח ה'כי יתן', ואז הוא היה קטן, כמו כן ה'כי יתן' של קרקע מגדיר את כל הטוט"ג שהוא בקרקע אף שהטוט"ג מצד עצמו היה בקרקע, שהטוט"ג הוא גניבה רק מכח ועל ידי ה'כי יתן', וכאילו שה'כי יתן' מצטרף לגניבה שבטוט"ג לקבוע את הדינים שלו.

ובזה מובן נמי למה יש מקום לדון האם הגניבה של טוט"ג הוא מבית שומר או מבית המפקיד, כדי שנוכיח האם בית שומר הוא בית האיש, והיינו משום שאף שהטוט"ג עצמו היה מבית השומר ולא מבית המפקיד, אבל ה'כי יתן' היה מבית המפקיד [לבית השומר ולא מבית השומר] ויש להסתפק האם דנים את הגניבה כגניבה מהך בית שבו נעשה הטוט"ג עצמו או מהבית שממנו נעשה ה'כי יתן', ובזה הסתפקו הירושלמי והתוס' וכו', וא"ש.

#### פרק ב'

#### תוספת ביאור,

**שומר יש לו זכויות והפקדון 'ברשותו',  
וה'כי יתן' מחיל את הרשות והקניני שומר,  
והנך קנינים נהפכו להיות קניני גזילה ע"י הטוט"ג.**

#### הקדמה.

נתחדש חידוש בגדר הגניבה מחודשת מפרשת שומרים - שהדין טוט"ג מתייחס ל'כי יתן', ועל ידו ומכחו חיילא הגניבה שבטוט"ג, ומהאי טעמא ה'כי יתן' קובע את הדינים והגדרים של הטוט"ג כיון שכל הגניבה של הטוט"ג רק חשיבא כגניבה עד כמה שנעשה מכח ה'כי יתן' ועד כמה שהוא מתייחס ל'כי יתן' – אכן נראה שצריכים להוסיף ביאור בכל הנ"ל.

**מביא יסוד גדול מהגר"ח ומהגר"ז, דשומר אינו חיובים גרידא, אלא דאיכא "רשות שומר", והיינו דהשומר "מחזיק" את הפקדון אצלו לענין החיוב שמירה, ומביא בזה את ראיותיהם של הגר"ח הגרי"ז הברכ"ש והאהא"ז.**

ובביאור הסוגי' נראה להקדים ביסוד החיוב שמירה בשומרים, ונקדים בתרתי, א] שומר אינו "חברת ביטוח" בעלמא שיש לו חיובי תשלומין, אלא שצריך גם לשמור את הפקדון, ב] רגילים להבין ששומר הוא 'חברת ביטוח' אלא דבנוסף הוא צריך לשמור את הפקדון, והגדר בחיוב שמירה שלו הוא כפועל בעלמא, שפעולתו ועבודתו הוא לשמור את הפקדון, והיינו דתרתיה אית ביה, גם חיוב אחריות לשלם וגם חיוב על הגברא לשמור כפועל.

איברא דאינו כן, אלא דהגדר בחיוב שומר הוא כך:

יש יסוד גדול בעיקר הגדר בפקדון ויסוד זה מפורסם בשם הגר"ז והוא, שפקדון 'נכנס לרשותו' ויש לו 'זכויות' בפקדון להחזיקו בתורת שמירה.

ביאור דבריו - הפקדון הוא "אצלו" לענין דין שמירתו [ודלא כפועל שאין לו כלום בחפץ], ונתחדש בזה שיש מציאות וחפצא של "רשות שומר" שהוא מחזיקו לענין שמירתו, וכמו דפשיטא לן שיש "רשות גזלן" אף דאינו של הגזלן אלא שיש לו זכויות בגזילה, כמו כן יש "רשות שומר" מחמת החזקתו בתורת שומר - [והגדרים בזה יבוארו], ולהלן המקורות.

א [יעוין בזה בברכ"ש [גיטין סי' כ"ה ס"ק ב'], דהק' הגרב"ד על מה שמבואר שם בגמ' דשומר שאמר לשליח "הולך פיקדון זה למפקיד" [להחזירו לו], וחזר בו השומר וביקשו מהשליח, דהדין הוא דצריך הלה להחזיר לשומר את הפיקדון ואין לו להעבירו למפקיד, וכל זה דוקא אי 'הולך' לאו כזכי, דאי 'הולך' כזכי דמי, אז כבר זכה בו המפקיד וכאילו הוא החזירו כבר למפקיד, וכעת השליח כבר מחזיקו עבור המפקיד.

ולכא' דין זה צ"ב, דהאיך יכול השומר לחייבו להחזירו לו, דאיזה זכויות יש לו בפיקדון ולמה אין הלה יכול להחזיר לבעלים, הרי לשומר איכא "חייבים" ולא "זכויות", ונמצא שתמיד כשמחזירים את הפיקדון לבעלים הרי לא 'לוקחים ממנו את זכויותיו' בפיקדון, אלא אדרבה, 'מפסיקים את חובותיו', ומה התביעה שלו להשיבו אליו ולא להחזירו לבעליו, ומה שייך על זה הולך כזכי, [ורק בשואל ובשוכר איכא זכויות של השתמשות בחפץ מלבד החיוב שומרים, אבל בסתם שומר ליכא זכות, רק חובה], וצ"ע.

והשיב לו הגר"ז דע"כ דמוכרח מהכא דלשומר יש זכויות, דהחובת שמירה אינה חובת שמירה גרידא, אלא שמחזיק ומעכב את הפיקדון אצלו בתורת שומר, והיינו שזה אצלו לענין השמירה, ועל זה אמרו בגמ' דאי חזר בו שפיר מחזירו לשומר.

ב [הגר"ז הוכיח דין זה גם מהרמב"ם, דהנה הרמב"ם [שלוחין ושותפין ריש פ"ג] כתב ששני מיני שלוחים ניהו, שליח עם הרשאה ושליח בלי הרשאה, וע"י הרשאה יש לו זכות לשליח לדון עם כל א' וא' כאילו הוא הבעל דין עצמו, אבל בלי הרשאה יכול הבע"ד לומר לשליח שאתה לא הבע"ד, ואין רצוננו לדון איתך ד"לאו בע"ד ידי את", [והיינו דדין שלוחו של אדם 'כמותו' רק נאמר להחיל חלויות עבור הבעלים, אבל אינו 'כמותו' לענין זה שנצטרך לדון עמו בלי שיש לו הרשאה].

ובהמשך לדין זה כתב הרמב"ם [שלוחין ושותפין פ"ג ה"ה] שמפקיד שמינה שליח בעדים להחזיר פקדונו מהשומר, והוא לא כתב לו הרשאה, אז יכול השומר לומר לשליח "לאו בע"ד ידי את" וא"צ להשיבו לו, אכן אם הוא רוצה אז שפיר יכול להחזירו לו אם הוא רוצה להפטר בזה מהחיוב שמירה, דסו"ס שליח הוא וכאילו קיבלו המפקיד.

והק' הגר"ז דאיזה "בע"ד" הוא השומר, הרי בשלמא כשבאים לגבות חוב מלוה אז הלוה הוא בע"ד על מעותיו ושפיר מצי למימר דהשליח של המלוה שאינו בע"ד ידיה ואינו חייב לשלם לו, אכן בשומר שמחזיר פיקדון, הרי לא מחייבים אותו בכלום, והיינו שלא 'לוקחים ממנו את זכויותיו' בפיקדון, אלא אדרבה,

'מפסיקים את חובותיו', ואיך הוא יכול לטעון "לאו בע"ד ידי את", הרי לא דנים איתו לחייבו בכלום אלא להפסיק את חיובי השמירה שלו.

וע"כ דמוכרח מהכא שיש תורת "בע"ד" לשומר, שיש לו זכויות בפיקדון לעכבם אצלו עד שיבא הבעלים, וממילא דכלפי זה שפיר חשיב כבע"ד על הנך זכויות, וממילא דא"צ לדון עמו אלא עם הבעלים.

וה"ה דבסוגי' דגיטין י"ל שזכות זה היה מזכה לבעלים אי הולך כזכי, ואי לאו כזכי דמי אז הוא יכול לחזור בו מזה, ולמדנו מהכא דהך זכות לעכבו בתורת שומר חשיב זכויות וקנינים ובעלות מסוימת בפיקדון שיש לשומר לענין החיוב שמירה.

ג] יסוד זה כבר אמר הגר"ח, דהנה, בב"מ [ל"ה:] מבואר במשנה דאפשר לשומר למנות עוד שומר שחייב יותר ממנו [שוכר ממנה שואל שחייב גם על אונסים] ובוזה הוא זוכה בתשלומין של השומר השני באופן שהראשון פטור [אונסים], וזהו הדין "קניא" דמבואר בסוגי' שם<sup>51</sup> - [ועיין להלן עוד ב' ראיות לזה בשם הגר"ח, מהסוגי' בב"ק [ק"ח:], ומהירושלמי מעש"ש].

וראיתי בחו"ש מרן הגר"ד [ב"מ ריש סי' מ"ט] שאמר בזה בשם הגר"ח שרואים מהכא ששומרים הוא גם זכויות ולא רק חיובים, דאל"כ מהיכי תיתי שיזכה בהך זכות, וע"כ שהפיקדון הוא 'אצלו' לענין השמירה.

ד] יסוד זה מבואר גם באהא"ז [ריש נז"מ], דהנה, שיטת הרמב"ם היא שכל שומר מחוייב על נזקי השור בלי קבלת אחריות מיוחדת לענין נזיקין, [והראב"ד פליג בזה], וזה מתבאר עפ"י הרמב"ם [ריש נז"מ] דיסוד החיוב של נזקי ממון לא תלוי בבעלות ממש, אלא "כל נפש חיה שהוא ברשותו של אדם" מחייב שמירת נזיקין, וגם "רשות שומר" איכלל וחשיב כרשותו, ודומה לגנב שחייב על נזקי השור כיון שזה ברשותו, [ועצם הדין יליף מריבוי במכילתא וכדהביא שם], עכ"פ כל זה רק אחרי דנתבאר שיש דין "רשות שומר", ודו"ק.

ה] ע"ד זה הוסיף באהא"ז [זכייה ומתנה פ"ג ה"ב] לבאר את שיטת הרמב"ם [שם] דיכול להקנות את הפיקדון לשומר כמתנה באמירה בלי קנין חצר, וכלשון הרמב"ם, "הרי"ז מתנה הנקנית בדברים בלבד וא"צ דבר אחר", וקשה דאיך קונים בלי מעשה קנין, וביאר [שם ד"ה ונראה] דהיסוד של קנין חצר אינו ע"י גוף החצר עצמו אלא דחצר מיקרי רשותו, וממילא י"ל דגם פיקדון ממילא מיקרי ברשותו של שומר גם בלי שהוא בחצירו וממילא קני גם בלי גדרי חצר.

אלא דלכא' דרך זו נסתר מהגמ' בריש המפקיד דמבואר דבקיימא באגם לא קונה בחצר, וכן למד רש"י שם, אכן עיין בהשמטות באהא"ז [שם] שהביא מהר"ח דבאמת למד איפכא דמהני באגם מסברא הנ"ל, הרי לנו ראיה ברורה לכל הך יסוד מדברי הר"ח, וע"כ דכן ילמד הרמב"ם סוגי' זו, ודו"ק.

ו] עוד הוכיח כן באהא"ז [חו"מ ד' - ג' ד"ה אכן הסברא וד"ה ונראה לבאר] דבשומרים איכא "רשות שומרים", וזה סוג בעלות מסוימת בפיקדון, וכתב שזה יסוד החידוש בריבוי של "לא ימצא" בחמץ שקיבל עליו אחריות שבזה מתחייב

51 וזה לא רק בשוכר ושואל [שממילא יש להם זכויות בפיקדון] אלא גם בש"ח שמסר לש"ש, ועיין בזה בתוס' ב"ק [י"א:].

בב"י, והוסיף בזה חידוש נוסף, דלפי"ז העיקר הוא השמירה ולא בעי אחריות כלל מעיקר הדין, ואף דמבואר בסוגי' דבעי קבלת אחריות, צ"ל דהא דבעי קבלת אחריות הוא רק כדי שתהיה "הוכחה" שהוא באמת מכניסו לרשותו לענין שמירה, שאם לא יתחייב בכלום, שוב אין "הוכחה" שבאמת הכניסו לרשותו לשמירה, ועיי"ש עוד שהוסיף בזה לבאר את שיטת הרמב"ם באנס.

**הוכחות נוספות ליסוד זה, ומבאר בזה את הקס"ד במשנה דליכא כפל דלא חשיב בבית האיש מחמת ה"רשות שומר" דרכיב עליו.**

[ז] עוד יש להוכיח כן מהסוגי' להלן [ק"ח: - אתמר נגנבה באונס, אביי וכו'] דמבואר שם דש"ש שנשבע ונפטר והוכר הגנב דהש"ש צריך להעמיד את הגנב לדין, וש"ח אינו חייב להעמידו לדין, ויכול להעמידו בדין ויכול לעמוד בשבועתו, ועיין בשטמ"ק בשם הרמ"ה דמדני שומרים הוא דלא כלתה השמירה ולכן השו"ש חייב, דכשנגנב הדין הוא דשו"ש חייב למצא את הגנב והשבועה היא רק לפוטרו מלשלם מיד, אבל זה לא מסלק ממנו את הדין שומר לגמרי.

ובשו"ח שאינו חייב לטרוח למצא את הגנב, בדידיה מהני שבועתו לגמרי, ונראה דהא מיהת דנשאר עליו תורת שומר גם בשו"ח לענין זה שאין הגנב יכול לומר לשומר חנם דלאו בע"ד ידי את אם השו"ח מעמידו לדין, וכן נראה מדברי הגר"ח מטעלז [עמוד קנ"ח] שביאר כן, [אף דהמשמעות ברמ"ה הוא דשו"ח באמת כבר כלתה השמירה].

ומכאן מוכח יסודו של הגר"י בגדר הדין שומר, דשומר 'מחזיק' את החפץ לענין השמירה, והוא בע"ד על החפץ לענין השמירה, ולהכי הוא ממשך להיות שומר גם אח"כ לענין תביעת הגזלן, וכן העירני תלמיד אחד, ודו"ק.

[ח] ע"ד זה יש להוכיח מהסוגי' לעיל מיניה [שם] בדין מודה בקנס פטור, דמבואר התם דמהני הודאת בע"ד של הגנב שגנב מבית שומר באופן שהוא מודה או לשומר או לבעלים ולא באופן שהוא מודה לאחר, עיי"ש בתוס', ומוכרח מהכא ששומר כבע"ד, ודו"ק, ועיין בקונטרסי השיעורים על ב"ק [עמוד נ"ד] שהביא ראיה זו, שוב יצא לאור הגר"ח החדש [הוצאת מישור] ומצאתי בב"ק [ק"ו:] שהביא ראיה זו.

[ט] שמעתי מידידי הרה"ג הרב ר' עמנואל רייניץ שליט"א להוכיח יסוד זה מכל הנדון בפתחי תשובה [סי' רצ"ג ס"ק ב'] שהוצרך לחדש [בשם הגלי' מסכת] שהמפקיד יכול לתבוע את הפיקדון באמצע הזמן, וצ"ע דמהיכי תיתי שאינו יכול לעשות כן וע"כ משום שיש לו זכויות.

וצ"ל דהא דבאמת אינו מעכבו מלהשיבו הוא משום שכל ההגדרה של הזכויות הללו הוא להחזיקו עבור בעלים, וממילא שכשתובעו הבעלים ע"כ הוא מבטל להנך זכויות.

[י] מהגאון הרב ר' יצחק עהרנפלד שליט"א שמעתי להוכיח כן מרעק"א [ב"מ מ"ח: על תוד"ה והא בעי' למימשך] שביאר שמיכה אינה מעשה קנין גרידא שמחייבת תשלומין רק שעל ידי המשיכה מכניסים את החפץ לרשות הקונה וממילא בעי' לשלם תמורת החפץ, [וכוונתו דלא הוי כחליפין דחשיב כמעשה קנין גם על החפץ וגם על ההתחייבות לשלם, אלא שהמשיכה רק מתיחסת לחפץ

להכנסו אצלו ושוב ממילא חייבים תשלומין עליה], אלא דהק' ע"ז רעק"א דבשומרים מוכרח דאינו כן דהתם המשיכה רק מחייבו בחיובי שמירה ותו לא, והשומר לא זוכה בפקדון, וע"כ דאינו מצד הכנסה ברשותו, אולם לפי הנ"ל א"ש. י"א] עוד נראה דהדברים מפורשים בקצוה"ח ושם מבואר גם את גדר ה'רשות שומר', עיין בזה בקצוה"ח [סי' ש"ז ס"ק א'] שביאר באופן אחר מדברינו הכא האידך מהני משיכה בשומרים, ועיין בהערה <sup>52</sup> הרחבה בדבריו ובמה שכתב בשיטת הרא"ש והרמב"ם.

52 דיעויין שם שהביא את הסוגי' בפרק השואל [ב"מ צ"ט]. שאמרו כשם שתיקנו משיכה בלקוחות כך תיקנו משיכה בשומרים, ושיטת הרמב"ם [פ"ב משכירות ה"ח] דמשיכה מהני בין לחזרה דמשכיר ומשאל ובין לאחריות ולחיוב גניבה ואבידה וחייבו שמירה, אבל דעת תוס' [שם ד"ה כך תקנו] והרא"ש [שם פ"ח סי' ט"ו] דמשיכה בשומרים אינו אלא לענין לעכב את החזרה דמשאל ומשכיר, אבל באחריות השמירה נתחייבו שומרים תיכף משנסתלקו הבעלים משמירה, והיינו כמבואר במשנה לעיל מינה [פ':] דב'הנח לפני' כבר נהיה לשומר חנם, [דאל"כ המשנה סותרת את התקנה שקונים ע"י משיכה, והמ"מ הביא מהרשב"א בשם הראב"ד דלמד ברמב"ם דהך משנה דב'הנח לפני' כבר נהיה לשומר חנם, דמיירי בסימטא דאיכא ממילא משיכה, דבלי משיכה לא נתחייב].

וביאר הקצוה"ח את שיטת התוס' והרא"ש וז"ל, דהא "דנתחייבו השומרים תיכף משנסתלקו הבעלים משמירה דהו"ל דין פועל דמשהתחילו במלאכה הוי להו קנין וכמבואר ריש פרק האומנין [שם ע"ו]: ובטור ושו"ע [סימן של"ג סעיף ד'], אלא דשוב הביא את שיטת הרמב"ן [הובא בנימוקי יוסף פרק השואל [נ"ז]. בדפי הרי"ף] דהרמב"ן סובר דמהני משיכה משום דהו"ל משיכה כמו התחילו במלאכה דהוי קנין אצל הפועלים ומש"ה בשומר חנם ושומר שכר מהני משיכה ע"ש, ועל זה הקשה הקצוה"ח "דא"כ למה לי משיכה הא פועלים משהתחילו במלאכה אינן צריכים לשום קנין וא"כ ה"נ משהתחילו לשמור ונסתלקו הבעלים משמירה ליהוי התחלה וכמ"ש בשיטת תוספות והרא"ש", ותירץ בזה קצוה"ח ש"אפשר דס"ל להרמב"ן דעיקר התחלה בשמירה מכי משכו לרשותו אבל כל זמן שלא משכו לרשותו לא הוי התחלת השמירה", ודבריו נפלאים, דמה שייכא משיכה עם כל גדר משיכה להתחלת מלאכה של שומר במעשה שמירה שלו, הא פשיטא ד'הנח לפני' בלי המשיכה איכא כבר התחלה מציאותית של המלאכה, דאז הבעלים מפסיק לשמור והשומר מתחיל, ולמה לי משיכה, ומאידך גיסא קשה דלא רק דקשה דלמה לי משיכה אלא דגם קשה דמה מהני משיכה, אטו דווקא ע"י משיכה עם הלכות משיכה [והיינו לסימטא] הוא מתחיל את המלאכה של שמירה, וצ"ע.

וברור דכוונתו כנ"ל, דכל המעשה שמירה היא פרט בדין "רשות שומר", והיינו דאחרי שהוא מושך לרשותו לזכות בו בתורת שומר אז הוא דהתחלת המלאכה מתחילה לחייבו בתורת פועל, דכל הפעולה שלו הוא רק בתורת הרשות שומר ולא כפועל בעלמא, הרי דלמדנו מהקצוה"ח דה'רשות שומר' חיילא לענין החיוב שמירה.

ומהמשך דברי הקצוה"ח למדנו דבדעת הרמב"ם נקט דה'רשות שומר' חיילא לענין החיוב אונסים ממש כרשות גנב דחיילא לענין החיוב אונסים, ולפי הרמב"ן חיילא ה'רשות שומר' לענין החיוב שמירה, [דביאר שם, דפליגי הרמב"ן והרמב"ם, דהרמב"ם למד דמשיכה היא כפשוטו ממש כמו בגנב, דבתריותו איכא רשות שומר ורשות גנב לענין החיוב אונסים וחייבו תשלומין, וזה משום ש"דעת הרמב"ם [פ"א משאלה ה"ה] דס"ל כלישנא קמא דריש פרק אלו נערות דשומרים משעת משיכה הוא דנתחייבו, א"כ שפיר מצינו למימר טעמא דמשיכה בשומרים להתחייב בדינו כמו גנב וגזול דקנו במשיכה להתחייב באונסין", אבל הרמב"ן הוצרך להכניס ענינא דשמירה והתחלת מלאכה, דהרמב"ן אזיל שליטתו דפסק כל"ב שחייב רק משעת אונסים ופשיעה, וכבר לא דומה לגנב, דאף דהפשטות הוא כהרמב"ם "דמשיכה מהני בשומר חנם ושומר שכר אע"ג דלא קנו שום דבר, דהו"ל קנין להתחייב על החפץ באחריות כל שומר כדינו וכמו גנב וגזול דקנו להתחייב באונסין מכי משכו אע"ג דלא קנו שום דבר", אבל "הרמב"ן לטעמיה [בב"מ צ"ז: ד"ה גמ'] דסובר כלישנא בתרא דפרק אלו נערות [כתובות ל"ד:] דשומרים משעת פשיעה הוא דמחייב,

י"ב] בעיקר דברינו ברמב"ם העירני בזה ידידי הגאון ר' אברהם שטיינפלד שליט"א לדברי הרמב"ם בפירוש המשנה במרובה [ע"ט] שביאר את הדין משיכה בשומרים, וכתב בזה"ל, "ארבע שומרים אינם קונים אותו הדבר הניתן להם לשמור לענין שיהיה חייבים בשמירתו ויתחייב כל אחד מהם בדינים המיוחדים להם וכו', אם לא קנו את אותן המטלטלין באחד מן הדרכים שהמטלטלין נקנים בהם", עכ"ל, הרי לנו דחיוב אחריות של כל השומרים שחל ע"י משיכה מוגדר ברמב"ם כקנין בפקדון וכלשונו "קונים אותו הדבר הניתן להם לשמור לענין שיהיה חייבים בשמירתו" ודו"ק, וע"ע בהערה <sup>53</sup> מה שיש להוסיף בזה.

י"ג] יעויין בקצוה"ח [סימן שמ"ח ס"ק ג'] שייסד שבדין מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי' נתחדש שיש שליח לדבר עבירה באופן שהוא משתף אחרים בשליחות ובזכייה, אכן זה רק במידי דזכייה ולא בכל מעשים אחרים, ולכן שליחות על מעשה טביחה לו ולחבירו, לא מהני, ושליחות על מעשה גניבה לו ולחבירו מהני, שיש זכויות של גנב משא"כ במעשה טביחה.

ובקצוה"ח [שם ס"ק ד'] ממשיך לחדש עוד, דמה הדין בשליח שעושה משיכה לעצמו ולחבירו, אבל לעצמו הוא נעשה שומר ומתחייב בחיוב שומרים ע"י המשיכה, אבל באותה משיכה הוא שליח גם לחבירו [בשוגג] לגנוב עבור חבירו, והוכיח בשיטת רש"י שבכה"ג אמרינן מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי', הרי לנו דמבואר בדבריו שיצירת רשות שומר ויצירת רשות גנב משתלבים כהדידי בזכייה אחת בדין מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי', ודו"ק.

ומוכרח שיש רשות שומר ומוכרח נמי שדומה לרשות גנב, ונראה שהגדר בזה הוא שבשניהם יש 'החזקה' על ה'רשות' של חבירו, שתמיד ה'רשות' של הממון שייכות לבעלות על הממון, אכן הכא ה'רשות' של החפץ נמצא אצל אחרים ע"י החזקתם, וכל החילוק ביניהם הוא שבשומר איכא החזקה 'בעד' חבירו ובגנב

---

וא"כ לא דמי לגנב וגזול דחייבין כשעת הגזילה וא"כ שפיר מהני משיכה להתחייב באונסין על שעת משיכה, אבל שומריין דלא מיחייבי אלא משעת פשיעה א"כ הו"ל כמשוך פרה ולא תקנה אלא לאחר שלושים [כתובות פ"ב]. דכלתה משיכה קמא, ומש"ה צריך לומר בטעמא דמשיכה דהו"ל כמו התחילו במלאכה – עיי"ש].

עכ"פ למדנו מדבריו דלפי הרמב"ם ה'רשות שומר' והרשות גנב דומין זה לזה דתרווייהו חיילו לענין החיוב ממון וחיוב אונסים ועל זה איכא משיכה, אבל לפי הרמב"ם אהני לן המשיכה לענין החיוב שמירה דהחיוב ממון רק חיילא אח"כ, וכלתה קנינו.

והיינו דרעק"א לא הקשה על משיכה של גנב שזה הבין רעק"א שמשיכת גנב היא משיכה לענין הכנסה לרשותו כלפי כל הזכויות של גנב, לא כן משיכת שומר, ובנקודה זו מבואר שהקצוה"ח הבין דגם בשומר איכא הכנסה לרשותו לענין החיובים, ורק דנחלקו הראשונים כלפי איזה חיובים, [ומש"כ [שם] בשם הנימו"י דלא מהני בש"ח וש"ש משיכה כיון שלא קונה את גוף החפץ ודלא כשואל, י"ל דאף דיש זכויות בש"ח וש"ש, אכן שאני זכויות מצד שומר שכולם הם 'בשביל' הבעלים, משואל ושוכר שהא כדי להוציא השתמשות לעצמו, ודו"ק].

53 ועיין עוד בזה באמרות אברהם פסחים [סימן כ"ג פרק א' ס"ק ה'] דביארנו דמשכחת לה נפ"מ אם ה'רשות שומר' שייכא לחיוב אונסים או לחיוב שמירה באופן שחזר בו מדין פועל יכול לחזור בו ואיכא חיוב אחריות בלי שמירה ובלי רשות שומר, עיי"ש.

ומהסוגי' בב"ק [ק"ח] למדנו עוד דגם כשכלתה השמירה ע"י שבועה ואין לו חיובים כלל לא חיובים של שמירה [כרמב"ן] ולא של אחריות אונסים [כרמב"ם] דגם בכה"ג אכתי נשאר עליו תורת בע"ד לענין זה שיכול עדיין לתבוע את הגנב.

איכא החזקה 'כנגד' חבירו, ולכן הרשות שומר אינה הפקעה מהרשות של הבעלים, ודו"ק.

י"ד] העירני תלמיד אחד לדברי הגר"ח על הרמב"ם [נז"מ פ"ד ה"ד] בביאור לדין ששור תם משלם מגופו גם באופן שהשומר חייב על נזקי שורו, ורואים שיש זכות לשומר במזיק לענין התשלומין שהוא חייב בתורת שומר, ובזה הוא זכה בפקדון לתשלומין.

ט"ו] בריש המפקיד מבואר שהשומר ששילם על הגניבה זוכה בכפל כשימצאו את הגנב, וביארו בגמרא שהמפקיד מקנה לו את הפרה לענין זה כיון שיכל לסמוך עליו, וזה אומדנא פשוטה שכך דעתו, אולם בירושלמי מבואר דילפינן דין זכות הכפל מגזה"כ מקרא ד"חיים שנים ישלם", והק' בירושלמי דה"ה בנשבע ולא שילם שיזכה בכפל, ותי' "למקום שהקדן הולך שם הולך הכפל", ורק בשילם יש לו קרן, וממילא שיש לו גם כפל.

והיינו דבקושי' למדו שמהזכויות של השומר היא שזוכה בכפל, ומ"ל נשבע מ"ל שילם, ובסוף תירצו, דהזכות שלו בכפל הוא רק עד כמה שזכה בקרן, וזכיינו בקרן הוא רק בשילם.

ולכאן ק' דלמה זכה בקרן ע"י תשלומין, דאי הקנה לו את הפרה עכשיו בשעת תשלומין, הא אינו מקנה דבר שאינו ברשותו, ואי כהבבלי שדעתו להקנות למפרע, א"כ שוב זכה ממילא בכפל, דהא פרה ידידה נגנבה, וא"צ גזה"כ שיזכה בכפל, וע"כ שמהזכויות של השומר הוא שזוכה בקרן דגניבה דוקא בשילם, וזה דווקא בשילם ולא בנשבע, דע"כ אין הבעלים זוכה גם בקרן וגם בתשלומי הקרן מהשומר, וע"כ שזיכוהו בתשלומין שלו, ומדיני זכותי השומר הוא, ושוב בא הגזה"כ דחיים שנים ישלם לחדש רק דכפל עצמו, אף דאינו של השומר, אף דבשעת הגניבה לא נגנבה פרה ידידה, אפי"ה זוכה בכפל, וכ"כ באהא"ז שו"פ [פרק ח' ה"א].

ט"ז] עיין בירושלמי מעש"ש [פ"ד ה"ג] שלמדנו שמתנת איש מתנה ומתנת קטן אינה מתנה, ודין זה למדנו מקרא דכי יתן איש, ויש לתמוה הרי הפסוק איירי בדיני פקדון שאין הפקדתו הפקדה לחייב בדיני שומרים ומה זה ענין למתנה של הקנאת ממונו לחבירו במתנה, ולמדנו מהכא שהפקדה פירושו הקנאת זכויות בפקדון לחייב את השומר, ודו"ק, שוב יצא לאור הגר"ח החדש [הוצאת מישור] ומצאתי בב"ק [ק"ו:] שהביא ראיה זו, ושמחתי שכיוונתי לדבריו.

י"ז] עיין באהא"ז שו"פ [פרק ח' ה"א] שהוכיח כן עוד מריש המפקיד – שמבואר שם בסוגי' ששומר ששילם על הגניבה זוכה בכפל כשימצאו את הגנב, וביארו בגמרא שהמפקיד מקנה לו את הפרה לענין זה כיון שיכל לסמוך עליו, וזה אומדנא פשוטה שכך דעתו, אולם בירושלמי [שם] מבואר דילפינן דין זכות הכפל מגזה"כ מקרא ד"חיים שנים ישלם", והק' בירושלמי דה"ה בנשבע ולא שילם שיזכה בכפל, ותי' "למקום שהקדן הולך שם הולך הכפל", ורק בשילם יש לו קרן, וממילא שיש לו גם כפל – ולהלן נאריך במהלך זה של הירושלמי.

עכ"פ מבואר דבקושי' למדו שמהזכויות של השומר הוא שזוכה בכפל, ומ"ל נשבע מ"ל שילם, ובסוף תירצו, דהזכות שלו בכפל היא רק עד כמה שזכה בקרן, וזכיותו בקרן הוא רק בשילם.

ולכאן ק' דלמה זכה בקרן ע"י תשלומין, דאי הקנה לו את הפרה עכשיו בשעת תשלומין, הא אינו מקנה דבר שאינו ברשותו, ואי כהבבלי שדעתו להקנות למפרע, א"כ שוב זכה ממילא בכפל, דהא פרה ידידה נגנבה, וא"צ גזה"כ שיזכה בכפל, וע"כ שמהזכויות של השומר הוא שזוכה בקרן דגניבה, וזה דוקא בשילם, ולא בנשבע, דע"כ אין הבעלים זוכה גם בקרן וגם בתשלומי הקרן מהשומר, וע"כ שזיכוהו בתשלומין שלו, ומדיני וזכותי השומר הוא, ושוב בא הגזה"כ דחיים שנים ישלם לחדש רק דכפל עצמו, אף דאינו של השומר, אף דבשעת הגניבה לא נגנבה פרה ידידה, אפי"ה זוכה בכפל.

י"ח] העירני תלמיד אחד לסוגי' בכתובות [פ"ד]. דמבואר בשיטת ר"ט במשנה דמהני תפיסה של ממון יתומים אי הוי פקדון אצל אחרים, והיינו טעמא דמיקרי אינו ברשותו של היתומים לגבי דין זה דממונם שהוא ברשותם לא מהני בו תפיסה, עיי"ש ברש"י.

ומאיך מצאנו דנחלקו בגמרא [ריש העמוד ב'] דדעת רב ושמואל בשיטת ר"ט הוא דלא מהני תפיסה בסימטא דזה מיקרי ברשותו של היתומים לגבי דין זה של תפיסה מיתומים, ולדבריהם מבואר דסימטא חשיב יותר ברשותם מפקדון ולמדנו מכאן שהזכויות של השומר מפקיעות את הפקדון מלהיות תחת ידי הבעלים.

י"ט] העירני תלמיד אחד לדברי הגר"א במשלי [פרק ו' פסוק ל"א] דמצאנו כמה סוגים שונים של גנב, וביניהם הוא מנה מי שגנב מביתו של שומר וכן שומר שגנב, עכ"פ כל מה שיש לדון שבגניבות הללו יש הבדל מגניבות אחרות אינו אלא משום שיש זכויות מסוימות של פרשת שומרים והם משנים את הדרגות השונות שיש בגניבה.

כ'] העירני ידידי הגאון ר' עמנואל רייניץ שליט"א לדברי החזו"א [ב"ק ק"ח: ד"ה יש לעיין] שצידד לומר א"א למנות שומר ושיחול שעבוד של שומר על חפץ ביד הגזלן דהוי אינו ברשותו לענין מכירה "שהרי שעבוד שומרים הוא על החפץ ולא חיוב ממון בעלמא", ומוכרח שיש כאן נתינת זכויות ודומה לכל הקנאה על חפץ ביד הגזלן.

כ"א] העירני תלמיד אחד שיש לעיין דלפי מה שמבואר ריטב"א בב"מ [מ"ב] שא"א לעשות שומר על חפץ חבירו, וקשה דלמה שומר עושה שומר, וע"כ שאינו זר ויש לו דינים בחפץ של הפקדון לענין העמדת שומר אחר.

כ"ב] העירני תלמיד אחד נ"י לדברי הקצוה"ח [סימן רנ"ט ס"ק א'] לבאר למה לא מהני יאוש אצל שומר שאין הכוונה מחמת זה שזה ברשותו על ידי השומר אלא משום שהשומר יש לו זכויות בפקדון והוא אמור להתיימש – וז"ל – "דכיון שהשומר אינו מתיימש שהרי הוא תחת ידו, וידו כיד בעלים – א"כ יאוש בעלים לא מהני", וגדולה מזו מצאנו בדברי המהרי"ל דיסקין זצ"ל [קפ"ט] ששומר שמתיימש שמותר לזכות בחפץ, והביא על זה את דברי רעק"א ריש ב"מ.

כ"ג] העירני תלמיד אחד לדברי המחנ"א על הרמב"ם [פ"א גו"א ה"ב] שהוכיח מתוס' אלו מציאות דמי שלא מחזיר פקדון של עכו"ם יש לו דין של 'הפקעת הלוואתו', ואי 'הפקעת הלוואתו' מותר א"כ ה"ה דמותר בפקדון – וזו ראייה גדולה, [עד כדי כך דמדמה לזכויות של מלוה].

כ"ד] נראה שההוכחה לכל הנ"ל הוא ממה שהבאנו לעיל שיש דיון האם בית השומר נקרא בית האיש או לא דהוי כעין בית הגנב, ועפ"י הנ"ל י"ל דקס"ד במשנה דהנך קנינים וזכויות שיש לשומר, הם עושים את החפץ לחפץ שאינו ברשותו, ושוב יש לפוטרו מהדין כפל לגמרי דדרשינן מבית האיש ולא בית השומר כמו דדרשינן כן בחפץ גנוב, ובזה א"ש הירושלמי והריטב"א והתוס' והפנ"י, ודו"ק, ועיין בהערה <sup>54</sup>.

וצ"ל דקמ"ל המשנה דמחלקינן בין רשות שומר לרשות גנב, דרק ע"י קניני גזילה נעשה החפץ לאינו ברשותו ולא בקניני שומר, דכל היכא דאיתא ברשותא איתא וכדביאר הריטב"א, וכוונתו, דהיות וכל הנך קנינים הם בתורת החזקה ורשות של השומר 'עבור' הבעלים, שוב פשיטא שזה אינו מגרע בכל הדין ברשותו, [ועיין כעין זה בדברי האה"א זכ"ה ומתנה שם], ודו"ק.

#### סיכום היסוד והראיות.

עכ"פ מכל הנ"ל למדנו דאין הגדר בשומר שיש בו תרתי, א] חיוב אחריות לשלם, ב] חיוב על הגברא לשמור כפועל, אלא הגדר בזה הוא שהפקדון 'נכנס לרשותו' והיינו שיש לו 'קנינים' בפקדון להחזיקו בתורת שמירה, ובתורת החזקה זו הוא חייב אחריות ושמירה על הפקדון <sup>55</sup>, והביטוי והנפ"מ של הזכויות הוא בזה שהוא לא צריך להחזיר לשליח בלי הרשאה [גרי"ז], ודווקא בהולך כזכי הוא לא מחייבו להחזירו לו [גרי"ז], וכשהוא מעמיד שומר אחר במקומו השומר חייב לו ד'קניא במיתה' [גר"ח], ושאפשר להקנות לו את הפקדון באמירה בעלמא [אה"א ז], והוא חייב על נזקי הפקדון כבעלים [אה"א ז], ולכן יש בל יראה בחמץ [אה"א ז] ומה"ט מהני ביה משיכה להתחייב בשמירה [עפ"י רעק"א וקצוה"ח].

54 ועיין במאירי [ב"ק ס"ט ד"ה ובפיקדון] שהביא שיטה שסוברת דלר"י דא"י להקדיש דבר שאינו ברשותו, דכמו"כ א"י להקדיש פיקדון דאינו ברשותו, ומשיטה זו מוכרח שוב יסוד הנ"ל דאיכא דין 'רשות שומר' מדחשיב הפקדון 'אינו ברשותו' כשהוא בבית השומר, והיינו דהקס"ד בירושלמי ובריטב"א הוא המסקנה במאירי לגבי אינו ברשותו בדין הקדש. אולם עיי"ש במאירי שהקשה מסוגי' בהספינה שאפשר להקדיש, עיי"ש, ויש להעיר טובא, דגם על המאירי וגם על הך שיטה תמוה טובא ממתני' ריש המפקיד דמבואר במשנה דבפיקדון איכא כפל, והרי הסוגי' בב"ק תלאם זה בזה, דהדין אינו ברשותו דנתחדש בקרא ד'וגונב מבית האיש' תלוי בדין אינו ברשותו דנתחדש בקרא ד'ואיש כי יקדיש את ביתו' ולמה לא הק' המאירי מכאן, וכמו"כ ק' על הך שיטה מכאן, וע"ד זה יש לתמוה נמי בדברי התוס' [ב"מ ו']. דלא הביאו הוכחה מהמשנה בריש המפקיד, וכבר הבאנו דהתוס' בשאר מקומות דימו את שני הגדונים, וצ"ע. וע"ד זה יש לתמוה עוד על היש"ש בב"ק, שסובר דבשואל אין המשאיל יכול להקדיש, דזכות השואל עושה שהחפץ יהיה אינו ברשותו, וכאן בסוגי' מבואר דשואל נמי זוכה בכפל, וכבר הק' כן בקצוה"ח [סי' רי"א ס"ק ב'], דמבואר מהסוגי' דקני כפילה, ועיין מה שכתבנו בכל זה בריש המפקיד.

55 ויתכן דגוף החיוב לשמור הוא כפועל, אבל תחילת המחייב מתחיל בזה שהוא ברשותו לדין זה ולא כפועל שאין לו כלום בחפץ שהתחייב בו לעשות פעולה.

וזה נמי הדין בע"ד שמצאנו בשומר לענין הודאת בע"ד אליו ולענין זכותו [שו"ח] וחובתו [שו"ש] לתבוע את הגנב [ב"ק ק"ח], ולהכי הוא זוכה בקרן וכפל כשהוא משלם על הגניבה [אהא"ז בירושלמי], ולכן הוא זוכה בשור תם להשתלם מגופו [הגר"ח], וזה הנתינה של קטן שממנו למדנו לכל מתנות אחרות של קטן [ירושלמי מעש"ש].

**ה'כי יתן' מחיל כאן רשות והחזקה וזכויות של שומר, והגניבה נעשה מכח הנך זכויות להשוותם לזכויות וקנינים של גנב, וזה הביאור והגדר ב'בהיתירא אתי' ליד' – ודברי הגר"ח בזה.**

הדרנא לקמייטא – הבאנו מהירושלמי במעש"ש [פ"ד ה"ג] שמתנת איש מתנה ומתנת קטן אינה מתנה, ודין זה למדנו מקרא דכי יתן איש, והוכחנו מהכא שאף שהפסוק איירי בדיני פקדון שאין הפקדתו הפקדה לחייב בדיני שומרים ומה זה ענין למתנה של הקנאת ממונו לחבירו במתנה, אכן למדנו מהכא ש'הפקדה' פירושו הקנאת זכויות בפקדון לחייב בהם את השומר, ודו"ק.

למדנו א"כ דהך 'כי יתן' שזה עיקר ההפקדה מתייחס לכל דיני שומר, אכן לעיל למדנו חידוש בדין 'כי יתן', שהדין טוט"ג מתייחס להך 'כי יתן', ועל ידו ומכחו חיילא הגניבה שבטוט"ג, וה'כי יתן' קובע את הדינים והגדרים של הטוט"ג שכל הגניבה של הטוט"ג רק חשיבא כגניבה עד כמה שנעשה מכח ה'כי יתן' ועד כמה שהוא מתייחס ל'כי יתן'.

ואחרי כל הנ"ל למדנו את גדר הדברים – ה'כי יתן' מחיל כאן רשות והחזקה וזכויות של שומר, והגניבה נעשה מכח הנך זכויות להשוותם לזכויות וקנינים של גנב – הוא ממשיך את ה'מצב' הקודם, את ה'החזקה' הקודמת, את ה'רשות' הקודמת – רק בצורה אחרת ובגדרים אחרים, מקודם בתורת שומר וכעת בתורת גנב.

אין זו התייחסות בעלמא ל'כי יתן', אלא שה'כי יתן' מחיל את הזכויות וההחזקה שמכחם חיילא כל הגניבה שבטוט"ג, ולכן דיני הגניבה שיש בטוט"ג נקבעים כפי ה'כי יתן'.

שוב יצא לאור הגר"ח החדש [הוצאת מישור] ומצאתי בב"ק [ק"ו:] שג"כ הביא את הירושלמי במעש"ש ב'כי יתן' שמחיל רשות שומר וזכויות של שומר, וג"כ ביאר דרך מכח הך זכויות חיילא דינא דטוט"ג, אלא שהוסיף בביאור הדברים דבאמת חסר בקניני גזילה בזה שהוא לא עשה מעשה קנין ולזה מהני ה'כי יתן' להשלים בזה, ושמחתי שכיוונתי לעיקר דבריו, אלא שהשלמת הדברים השלים באופן אחר קצת עיי"ש היטב.

למדנו א"כ למה דיני קטן ודיני קרקע נקבעים כשעת ה'כי יתן', ולמה מיקרי גנב מבית המפקיד ולא מבית השומר, וכעת נראה להוסיף, שכל היסוד כתוב בדברי הגמרא שאמרו שחלוק טוט"ג מכל גנב לגבי בהיתירא אתי' ליד'.

והבאנו לעיל לתמוה דאיזה נפ"מ איכא במה שהיה אצלו פקדון בהיתר להגניבה של הטוט"ג, דגניבה זו היא גנבה של איסורא מתחילתה ומה שהיה שומר בהיתר על הפקדון לא שייך להחזקה של גניבה שבו שהיא באיסורא, והוספנו – שהרי פשוט שמי שהניח ממונו בחצר חבירו שלא בתורת שומר – שאם בעל החצר יגנוב

את הממון שהוא דפשוט דלא מיקרי גניבה של בהיתירא אתי' לדידי', דסו"ס מתחילת הגנבה היה איסור, ומה אכפת לן מה שהיה קודם, ומאי שנא שומר שאינו כן.

והתשובה – כל הגניבה וכל ההחזקה של גנב בטוט"ג היא מכח ההחזקה הקודמת, מכח הקנינים הקודמים ומכח הרשות הקודמת, הוי אומר שהך "אתי' לידיה" של שומר היא היא הך "אתי' לידיה" עצמו של גנב – 'החזקה' - 'קנינים' - 'רשות' – זה התוכן והגדרה של הך "אתי' לידיה", וזה ממשיך ומשתנה ומתהפך בטוט"ג, ובזה הוא גנב, הרי לנו 'כי יתן' שמתחיל את הרשות שומר ונגמר ברשות גנב.

ולחוסף בזה ביאור – נוסף מחשבה אחת – הרי מבואר לעיל שטוט"ג וגנב [ד:]: מיקרי תרי גווני בגנב – בהיתירא ובאיסורא, ונראה שפושע כמזיק ומכה בהמה ישלמה אינם תרי גווני של אדם המזיק [ואף דכבר כתוב שומר חנם, אכן זה כתוב לגבי פשיעה שלא מצד פשע כמזיק]<sup>56</sup>, שאין ענינו של הבהיתירא שייך כלל למזיק שבו, ופשוט.

#### **מבאר את דברי הגר"ח לגבי הדין שינוי קונה בטוט"ג.**

בזה מובן מאד מה שדן הגר"ח [שיעורי ב"ב מ"ד] האם שינוי קונה בטוט"ג, והיינו דאף אי אית ליה קניני גזילה אבל הנך קנינים שונים מכל גזלן שמכח קניני שומר הוא דחיילו.

#### **מיישב למה ליכא קרן של שומר בכל טוט"ג.**

בזה יתיישב מה שהבאנו לעיל לתמוה ממה שכתב רעק"א [שו"ע רצ"ד] בכל כופר בפקדון שהוא גזלן שבאמת הוא חייב תשלומין של הקרן משני דינים, גם מצד שומר וגם מצד גזלן, ונפ"מ ביוקרא, שלכאוף קשה שיש דין בכפל של גנב שאם חזרה קרן לבעלים לפני התביעה של הכפל דשוב לא מתחייב בכפל, ולפי"ז כל טוט"ג ישלם את הקרן מדין שומרים – וממילא דיחול כאן דין חזרה קרן לבעלים, ושוב יפטר מכפל, וצ"ע.

ומכל הנ"ל למדנו דלפי האמת ליכא דין קרן של שומר בכל טוט"ג, וחלוק מכופר בפקדון, שעד כמה שה'כי יתן' בעצמו נהיה ל'כי יתן' של גנב, הרי בזה נתחדש שכבר אין חיובי שומר והכל רק מצד גניבה אתינן עלה, ויש לומר שרעק"א איירי דווקא בכופר בפקדון ולא בטוט"ג, וא"ש.

אלא שהעירני תלמיד אחד שסו"ס כל כופר פקדון נהיה גזלן בלי לבא לרשות שומר וכו', ולכן חייב גם מצד שומר וכמו שכתב רעק"א, אכן היא הנותנת שכבר ביאר באבי עזרי [גו"א פ"ג הי"ג] את החידוש הזה של רעק"א עפ"י מה שייסד שם שכופר בפקדון אינו גזלן ממש ואין בו קניני גזילה, וכל דינו אינו אלא עונש על ה'וכיחש' – לחדש חיוב אונסים בלי להיות גזלן, ולכן קיימא אצלו דין קרן של שומר, וא"ש.

56 ונפ"מ לגבי א"י אם פרעתיך ששייך בכל חיוב מזיק ולא בפושע כמזיק.

## סימן ז'

## גניבת קרקע במשיג גבול, ודין קרן של גנב וקרן של גזול.

פלוגתת הראשונים אי תשלומין באינו בעין בכלל והשיב או שזה דין אחר מקרא דושילם. / /  
 סתירת התוס' באיזהו נשך דקרקע אינה נגזלת היא מסברא ומהסוגי' להלן [ק"ז]. / / ביאור  
 בדברי הגר"ח שהיה שייך מעשה גזילה ע"י קניני גזילה בקרקע לולי המיעוט. / / מעורר  
 שעדיין יש חידוש בדברי הגר"ח. / / ביאור החידוש שיש לאו של גזילה במשיג גבול. / /  
 בקושי' הברכ"ש דל"ל מיעוט דכפל אחרי שממילא אין קרן, ובחידוש הגדול של הגר"ח - שיש  
 מעשה גניבה וגזילה בעבדים לא רק לענין הלאו אלא גם לענין החיוב ד'ושילם' באינו בעין. / /  
 מזיק וגזילה תרתי נינהו, עיכוב ממון לעומת הפסד ממון, וכאן נתחדש מזיק שבגניבה. / /  
 בדברי הברכ"ש שיש ושלם בעבד ושייך בזה כפל, וצ"ל דקאי בעבד ולא בקרקע וצ"ל דקאי  
 לשיטות שדין 'והשיב' ודין 'ושילם' תרתי נינהו. / / מבאר דאיכא קרן חדש בגניבה, וע"ז שייך  
 כפל, שהגדר בזה הוא מצד המזיק של הגנב, ויהיה נפ"מ בן עבד ואמה שגנבו או שגזלו. / / עוד  
 הוכחה לדין קרן שבגנב ליישב את הקושי' האיך שינוי קונה בגניבה. / / חילוק בין גנב לגזול  
 במשיג גבול דקרקע בחזקת בעליה עומדת, ולא חשיב 'עיכוב ממון', ודומה לע"מ למיקט. / /  
 פלוגתת הר"פ ור"א מגרמיישא בטוט"ג במשיג גבול.

### פלוגתת הראשונים אי תשלומין באינו בעין בכלל והשיב או שזה דין אחר מקרא דושילם.

יש להקדים, דבגנב וגזול איכא כמה דינים, דין השבה מקרא דוהשיב, ודין קניני  
 גזילה שקונה אח"כ בשינוי וכדומה, ודין תשלומין כשהחפץ לא בעין, ואיכא לאו  
 דלא תגזול ולא תגנובו, ובסוגי' זו יתבאר דמתחלקים זמ"ז.

והנה דין השבה הוא מצות עשה מקרא דוהשיב ויש לדון האם גם באינו בעין הוי  
 מצות עשה או חיוב תשלומין בעלמא [כעין מזיק ושומרים], וע' רא"ש בב"מ  
 [כ"ו] דבליטא בעין נמי מקיים מ"ע דוהשיב, וכ"ה ברש"י להלן [ק"ה] ושבועות  
 [ל"ז], ומדוייק כן נמי ברש"י לעיל [ד:]: שבדין מיטב דגזול הביא מקרא דוהשיב,  
 וע"כ דקאי על התשלומין שלא בעין כיון שרק אז איכא מיטב, וע"ע בראב"ד  
 להלן [ק"ז].

ולעומת זאת מדוייק ברמב"ם ריש גזילה דבעין יש והשיב וניתק לעשה, ובליטא  
 בעין הו"ל ניתן לתשלומין ומשמע דהא דלא לקי אינו מצד הניתק לעשה כיון דלא  
 מתקיים העשה, והגר"ח גו"א [א' - ט'] דיקדק כן ולמד דהמקור מהסיפרי ששם  
 מפורש דיליף מקרא אחר דכתיב 'ושילם', ובדעת הרא"ש ודעימיה צ"ל דילפינן  
 מ'ושילם' שיש גילוי דמ"ע ד'והשיב' מתקיים נמי בתשלומי דמיו.

וע' מכות [ט"ז]. בתוס' שלמדו דכששרפו עדיין לא ביטלו לעשה דיכול לשלם,  
 ומבואר כהרא"ש ורש"י, ולעומת זאת עיין שם בריטב"א בשם הרמ"ה שלמד  
 דאין מ"ע אבל לא לקי כיון דהוי ניתן לתשלומין, והוא פלוגתא הנ"ל.

להלן [סימן ח'] הרחבנו בכמה דרכים בפלוגתא זו אלא שהקדמנו את הדברים  
 לכאן כיון שעיקר האי פלוגתא נצרכת בסוגי' זו.

**סתירת התוס' באיזהו נשך דקרקע אינה נגזלת היא מסברא ומהסוגי' להלן [ק"ז].**

והנה, להלן [ק"ז:] מבואר דקרקע נתמעטה מקרא דוהשיב ומקניני גזילה מה' כלל ופרט', וזהו יסוד דינא ד'קרקע אינה נגזלת'.

ולעומת זאת עייין בתוס' באיזהו נשך [ס"א.] שכתב דקרקע אין בו לאו דלא תגזול, כיון דמסברא לא שייך גזילה, דא"י לזוזה ממקומה ולא נתמעטה מקרא ולכן עבד שאפשר להזיז אית ביה לאו דגזילה דרק יליף דינים מקרקע לעבד ולא סברות, ויש כאן ב' סתירות בין התוס' לסוגי'.

מחד גיסא הק' המהרש"א דודאי דהוי 'דין' ולא סברא בעלמא שהרי נתמעטה מכלל ופרט בב"ק [ק"ז:], והיינו דהסוגי' שם סותרת לתוס' כאן, ועל זה תי' הפנ"י דסו"ס אכתי היה שייך לאו, דהמיעוט הוא רק מקניני גזילה ומוהשיב ולא מהלאו, ותוס' קאי בלאו, ואה"נ דליכא והשיב וקניני גזילה בעבדים.

אכן לאידך גיסא אכתי קשה דאף שהסוגי' והתוס' קאי בשני דינים נפרדים, זה בלאו וזה בקניני גזילה, אכן סו"ס התוס' אכתי סותרת לסוגי' שם, דאחרי דמבואר בתוס' דמסברא אין לאו כיון דא"א לזוז את הקרקע, א"כ מה שייך לבא למיעוט של כלל ופרט מגזה"כ, דלמה בעינן מיעוט דליכא קניני גזילה אי ממילא אין אפשרות ואין היכי תימצא לגזול.

**ביאור בדברי הגר"ח שהיה שייך מעשה גזילה ע"י קניני גזילה בקרקע לולי המיעוט.**

על קושי' זו חידש הגר"ח [לעיל שם] יסוד גדול, דלו יצויר והיו קניני גזילה בקרקע אז היה גם לאו ומעשה גזילה ע"י הנך קניני גזילה עצמם, והיינו דשוב לא היה אכפת לן מה שא"א לזוזה ממקומה.

ביאור דבריו – ונקדים – נעל גדר ופרץ הם מעשה קנינים בקרקע, שבזה הוא מכניסו לרשותו ובוזה הוא נהיה לבעל הקרקע, וכשם שכשעושה משיכה לגזול אית ליה קניני גזילה, כמו"כ בנעל וגדר לשם גזילה הוא זוכה בקניני גזילה.

והנה כוונת התוס' שאין גזילה מסברא שא"א להזיזה, היינו דבקרקע אין "לקיחה" אליו ואין בה עיכוב ממון כיון דא"א להזיזה, ובחזקת בעליה היא עומדת, והיינו דגזילה היא 'עיכוב ממון', ועיכוב ממון היינו שממון חבירו מעוכב 'אצלו' – המצב של 'עיכוב' מתייחס אליו – עיין לעיל [סוף סימן א'] שחצר בלי מעשה נעילה של הגזלן מיקרי ממון מעוכב אבל אין המצב של העיכוב ממון מתייחס אליו – ובדומה לזה, גברא אלימא שעומד בין בעל הממון לממונו באמצע רשה"ר, ולא נותן לבעליו להתקרב לממונו אכתי לא מיקרי גזלן, שאין הממון 'אצלו' והוא רק 'מחסום' בעלמא בינו לממונו, אבל אין ממונו מעוכב 'אצלו'.

וה"ה בקרקע שגם אי ישתלט חבירו על קרקע ידיה, אכתי אין הקרקע 'אצלו', ואין כאן עיכוב ממון שמתייחס אליו, שקרקע בחזקת בעליה עומדת דהיינו שהקרקע מחזיקה את עצמה לבעל הקרקע, ולכן אינה 'אצלו' זה שמשתלט עליו, אולם ע"י קניני גזילה מגדירים את הגזילה כ'אצלו', וכבר אינו מחסום בעלמא בינו לקרקע – כל זה בשיטת התוס' באיזהו נשך, ודלא כתוס' בסוכה [ל"א.] עיי"ש.

ונוסיף ביאור - כמו שקרקע שהוא קונה מחבירו מדעתו דשוב מיקרי שהקרקע 'אצלו', והיינו משום שהבעלות שלו בקרקע מגדירה את הקרקע כנמצא 'אצלו', כמו כן חידש הגר"ח שמי שזוכה בקרקע בקנייני גזילה, גם בכה"ג הקרקע נמצאת 'אצלו', דאף דקנייני גזילה אינם בעלות ואין החפץ 'שלו' כלל וכלל<sup>57</sup>, וכל ענינו של הקנייני גזילה אינו אלא סיבה לבעלות עתידית במצבים מסויימים של שינוי, ונמצא שכעת אין הקרקע שלו כלל וכלל, אכן סו"ס הקרקע 'לקוח' ו'גנוב' ו'תפוס' - 'אצלו'.

והסברא בזה, שכמו שקנייני גזילה תמיד שוללים את ה'ברשותו' של בעל הממון, ומגדירים את הגזילה כאינה ברשותו של הבעלים, כמו כן לאידך גיסא, הגזילה היא ברשותו ונמצאת 'אצל' הגזולן ע"י קנייני גזילה, והנך קנינים היו מגדירים גם את הקרקע כ'אצלו'.

למדנו מכל הנ"ל דלו יצויר ולא היה מיעוט מקנייני גזילה, דשוב היה שייך לגזול ע"י הנך קנינים של נעילה וגידור והרי הם כמעשה גזילה, ורק אחרי שנתמעטו מקנייני גזילה, שוב הדרא הסברא דקרקע בחזקת בעליה, ומה שא"י להזיזה ממקומה שוללת ממנו כל אפשרות לגזול ולהגדיר את הקרקע כ'אצלו'.

ומעתה מיושבת הקושי - שלולי המיעוט בסוגי' להלן [ק"ז] שאין קנייני גזילה אז שפיר היה שייך מעשה גזילה, ושפיר היה שייך לאו של לא תגזול ע"י הקנינים עצמם, ומה שכתבו התוס' שאין לאו מסברא דא"א להזיזה, ולא מגזה"כ, היינו דדברי התוס' באים אחרי הסוגי' להלן [ק"ז] שממעטת קנייני גזילה בקרקע דאחרי הסוגי' אכתי היה מקום לדון שמא יש לאו, כיון שהסוגי' לא מיעטה את הלאו, אבל אחרי הסוגי' - כבר מבחינה מציאותית לא שייך הלאו, דלא שייך שהקרקע תהיה 'אצלו', ונפ"מ בעבדים שייך מעשה עיכוב מציאותית ושפיר איכא בהם לאו של גזילה.

#### מעורר שעדיין יש חידוש בדברי הגר"ח.

אולם עדיין יש מקום לעורר שיש עדיין חידוש גדול בדברי הגר"ח, דאף דממון שיש לו קנייני גזילה בהם מוגדרין כ'אצלו' ויש כאן עיכוב ממון, אכן לכל זה עדיין צריכים מעשה של עיכוב, שמי שמעכב על ידי קניין מיקרי גזול, ותחילת הדברים הוא שצריכים כאן 'צורה' של מעשה עיכוב, ואיזה מעשה עיכוב איכא בנעילה בקרקע שנעשה שלא מדעת בעל הקרקע, הא אין כאן שום תוכן למעשיו ונעילה וגידור בעלמא נינהו, ולמה איכא צורה של 'מעשה עיכוב' במעשה זה, הא אין זה יותר מגידור של קוף שאין בו שום תוכן, אלא שנתחדש בדברי הגר"ח, דאדרבה, דכיון של ידי המעשה, הקרקע מוגדר כ'אצלו', שוב מוגדר כל המעשה לשם גזילה לשם עיכוב - מתחילתו - כמעשה עיכוב, ודו"ק.

#### ביאור החידוש שיש לאו של גזילה במשיג גבול.

והנה, הרמב"ם כתב [פ"ז דגניבה הי"א] דיש לאו דגזילה וגניבה בקרקע במשיג גבול [תלוי, פרהסי' או סתר] והמקור בסיפרי, וכבר העיר המשנה למלך [מלוה ולוה פ"ד ה"א סוד"ה נשך] דהרמב"ם פליג על התוס', ותוס' בסוגיין נמי פליג

57 והרי זה של הבעלים הראשונים לגמרי אלא שאינו ברשותו - ולהוציא מליבן של אלו שמסתפקים וטועים בזה.

וס"ל כהרמב"ם דשייך לאו במשיג גבול, והק' דפלא על התוס' באיזהו נשך שדבריהם נגד הסיפרי.

אמנם מסברא נ', דתוס' שם סברי דכמו דקרקע תמיד מחזיק את עצמה ועומדת לבעליה, א"כ מה אהני מה שהזיו הגבול, הרי כמו שמי שמשלט על קרקע לא הביא את הקרקע 'אצלו' אלא איפכא, הוא נמצא בקרקע, כמו כן בהזיו הגבול הגבול לא הביא את הקרקע אצלו, אלא שהגבול עצמו נמצא באמצע שדהו, אבל שדהו לא זו ממקומה, ודעת הסיפרי והרמב"ם ותוס' דידן צ"ב, ובדוחק צ"ל דסברי, דכיון דחלק זה של הקרקע נראה כמצורף לשדהו ולא לשדה חבירו, וקרקע דידיה ממשיכה את עצמה בקרקע שלו, וזה גם כלול בעיכוב ממון, ושפיר מיקרי "מעוכב" ותפוס וגנוב אצלו, ושפיר אית ביה גזילה.

ועיין בירושלמי בכלאים [פ"ז ה"ד] – מובא גם בר"ש [משנה ו'] – בענין גזילת קרקע שנשתקע שם הבעלים, לגבי יאוש בקרקע, ודו"ק, וע"ע בסוגי' דב"מ [ז']. בקרקע באינו יכול להוציא בדיינים, ויש לדון האם הגדרים שם שייכי לכאן.

[ואין לומר דזה גופא נתחדש בלאו דלא תשיג, דבכה"ג מיקרי מעוכב אצלו ולולי הלאו אין תפיסה והחזקה בקרקע, דמפורש שם בסיפרי דידעו גזילה בקרקע לפני לאו דלא תשיג, ולא תשיג רק בא להוסיף עוד לאו, ועוד דלאו דלא תשיג רק בא"י וגזילה גם בחו"ל].

אמנם פשוט דאין קניני גזילה ודין והשיב בהשגת גבול כיון דנתמעטו מכלל ופרט, ולכא"ר רק ללאו דלא תגזול איתרבי, ונתחדש א"כ שלפי התוס' דידן והרמב"ם כבר א"צ לחידוש של הגר"ח דבנעל וגדר היה שייך גזילה מחמת הקניני גזילה, די"ל דבמשיג גבול היה קניני גזילה [וזה קצת הערה בגר"ח דקאי שם בשי' הרמב"ם].

**בקושי' הברכ"ש דל"ל מיעוט דכפל אחרי שממילא אין קרן, ובחידוש הגדול של הגר"ח - שיש מעשה גניבה וגזילה בעבדים לא רק לענין הלאו אלא גם לענין החיוב ד'ושילם' באינו בעין.**

והנה, הברכ"ש [סימן ל"ג ס"ק ב'] הק', דלמה בעינן מיעוט דכפל בקרקע עבדים ושטרות, הא אין קרן דנתמעט מדין והשיב וא"א להזיום, ותי' דבעבדים איכא מעשה גניבה, דיכול לזוזם, ואף דאין קניני גזילה ואין והשיב, אבל 'מזיק דגנב' איכא ויש בדין זה חיובא ד'ושילם', והביא כן מהגר"ח [לעיל שם], ולפי"ז מוסיף הברכ"ש דהיה שייך על זה כפל אף דאין והשיב, ודו"ק.

בדברי הגר"ח ובדברי הברכ"ש חיילא 'מהפכה גדולה' בכל הלכות גזילה וגניבה, דנתחדש בדבריהם דאף שהקדמנו שיש כמה דינים בגזילה, לאו, מ"ע דוהשיב, קניני גזילה, ותשלומין באינה בעין, אכן הכא מצאנו שדינים הללו מתחלקים זמ"ז.

ובאמת דכבר מצאנו בקצוה"ח [ריש שמ"ח] שיש לאו בגונב ע"מ למיקט אף דאין שוב חיובים וכדהוכיח מהשטמ"ק בסוף המפקיד, וע"ד זה ממש נתחדש לעיל בדברינו בתוס' באיזהו נשך שבעבדים יש לאו גם אחרי המיעוט מוהשיב וקניני גזילה, הרי לנו שהלאו עומד לעצמו בלי כל החיובים של גנב, שיש מעשה גזילה וגניבה ביחס ללאו בלי שום חיובים.

אכן הכא נתחדש עוד, ששייך ו'שילם' באינו בעין כשיש מעשה גניבה ומעשה גזילה אף אחרי המיעוט מהכלל ופרט אף דאין כאן והשיב ואין כאן קניני גזילה, דסו"ס איכא הכא מעשה גזילה והעבד אכתי מיקרי גזול ומעוכב אצל הגזול, ודלא כקרקע שא"א לזוזה ממקומה, ומהך סיבה עצמה שחידשו התוס' דאיכא לאו, מה"ט נמי איכא מעשה גזילה לענין חיובא דושילם – זה חידש הגר"ח.

**מזיק וגזילה תרתי נינהו, עיכוב ממון לעומת הפסד ממון, וכאן נתחדש מזיק שבגניבה.**

אולם סו"ס קשה דמנלן לחלק בין דין ושילם לדין והשיב, ומה לי שהם ב' פסוקים וב' דרשות לשיטת הרמב"ם, הא סו"ס שניהם מחיובי גזול נינהו, ומנלן לחלק ביניהם בעיקר דיניהם.

והגר"ח חידש שיש גדר נוסף וגדר חדש בכל גזול, והוא שיש דין 'מזיק' בגזילה, וכל המיעוטים בוהשיב הם בעיקר דין גזול וגנב אבל לא בדין מזיק דגנב, והדין ושילם באינו בעין מישך שייכא לדין מזיק הזה, ועיין בחידושי הגר"נ פרצוביץ זצ"ל [ד' ס"ק צ"ח] שהביא ששמע מהגר"ז שאין כוונת הרמב"ם שזה בכלל 'מכה בהמה ישלמנה' ואכתי שייך לפרשת גזילה וחיובי גזילה.

ובאמת דכל זה חידוש דגזולן הוא עיכוב ממון ומזיק הוא הפסד ממון, ולכן מצאנו ביניהם כמה חילוקים, והכא נתחדש שיש ביניהם שייכות, ובענין זה עיין להלן [סימן ח'] שהרחבנו בזה.

**בדברי הברכ"ש שיש ושילם בעבד ושייך בזה כפל, וצ"ל דקאי בעבד ולא בקרקע וצ"ל דקאי לשיטות שדין 'והשיב' ודין ו'שילם' תרתי נינהו.**

הדרינן לעיקר דברי הברכ"ש [סימן ל"ג ס"ק ב'] שהק', דלמה בעינן מיעוט דכפל בקרקע עבדים ושטרות, הא אין קרן דנתמעט מדין והשיב וא"א להזיזם, ות' דבעבדים איכא מעשה גניבה, דיכול לזוזם, ואף דאין קניני גזילה ואין והשיב, אבל 'מזיק דגנב' איכא ולכן יש בדין זה חיובא ד'ושילם', והביא כן מהגר"ח [לעיל שם], ולפי"ז מוסיף הברכ"ש דהיה שייך על זה כפל אף דאין והשיב, ודו"ק.

וכל זה מבואר בסוגיין שיש מיעוט של כפל בעבדים קרקעות אף שאין בהם והשיב, והביאור כנ"ל שיש מחייב מצד המזיק שבגנב.

אולם גם אחרי עיקר דברי הברכ"ש אכתי צ"ב, דאכתי לא משכחת לה בקרקע, שאין בקרקע מעשה גזילה, והרי בקרקע עצמה איכא מיעוט.

וי"ל דכוונתו דקרא רק איצטריך לעבדים, ואין נפ"מ במיעוט זה בקרקע עצמו, וכן באמת מפורש במאירי בשבועות [מ"ב: ד"ה אין בהם תשלומי כפל], אכן בתוס' לא נראה כן דבתוס' הקשו על קרקע, ותירצו בדין משיג גבול<sup>58</sup>, והדרא קושי' לדוכתא.

ואפשר לחדש דכמו דס"ל להתוס' דהכא דשייך לאו בלא תשיג, ה"ה דשייך ושילם, כיון שיש בזה מעשה גניבה, וכמו דנקט הברכ"ש דיש כפל על ושילם, ה"ה דנימא כן בקרקע [וק"ק דהגר"ח קאי שם בשי' הרמב"ם, דמודה דיש משיג גבול].

58 וע' שטמ"ק שזה רק על גניבה ולא בטוט"ג.

איברא, דיסוד הק' חידוש דהגר"ח, דשייך ושילם בעבדים, [וממילא גם במשיג גבול בקרקע], כל זה הוא רק לרמב"ם דדין והשיב ודין ושילם תרתי נינהו וכדהבאנו בריש דבריננו, אבל לשי' התוס' הרי אין מקור לדין ושילם בפנ"ע, ואינו אלא גילוי בדין והשיב, וכמבואר בתוס' במכות, ואם נתמעט והשיב, שוב אין קרן, והדרא קושי' לדוכתא.

**מבאר דאיכא קרן חדש בגניבה, וע"ז שייך כפל, שהגדר בזה הוא מצד המזיק של הגנב, ויהיה נפ"מ בן עבד ואמה שגנבו או שגזלו.**

והנראה בזה, דלעיל [ד':] מבואר דגנב וגזלן תרי מזיקין נינהו לענין הכ"ד אבות - וזה מלבד דין כפל ודו"ה, ומבואר דקרן דגנב הוא חיוב בפנ"ע דנתחדש בו מיטב, והיינו דאף דכל גנב הוא גזלן וכל גנב בעי מיטב מצד הגזילה שבו, וא"כ ל"ל ריבוי בדין מיטב לענין גנב, הא אכתי משכחת לה בגונב ע"מ למיקט שרק חייב בגנב ולא בגזלן<sup>59</sup>, שתשלומין דידיה יהיו ממיטב, ועיין בזה בדברי מו"ר הגאון שליט"א בספרו ענפי ארז [סי' א'], והביא [שם] עוד נפ"מ בדעת התוס' רי"ד [ס"ה], ולהלן [סימן ט"ז] בסוגי' דחומש הבאנו עוד נפ"מ, ונראה דהמקור לקרן זה הוא מקרא דחיים שנים ישלם, וקרן בכלל כפל, וע' רש"י שם [ה']. שנראה כן. ומעתה י"ל דמצאנו נפ"מ נוספת בקרן זה לענין מיטב, דלתוס' דושילם הוא קיום מצד והשיב, הרי כמו דקרקע ועבדים נתמעטו מוהשיב, ה"ה דנתמעטו מושילם, דחד דינא נינהו, אכן מקרן דגניבה אכתי לא נתמעטו, ושפיר חייבים בקרן זה, וקרן זה שייך תמיד בעבד, ובקרקע שייך עכ"פ במשיג גבול לדעת התוס' במרובה, ובזה צריך גז"ש דמיטב.

ואף דבמשנה להלן [קי"ז] בשטפה נהר לשדה הגזולה אומר הרש"ל דאין והשיב, ולמה לא ישלם מהדין הזה, זה לק"מ די"ל דמיירי בגזלן ולא בגנב או די"ל דמיירי בלי משיג גבול, רק שיושב שם ונעל וגדר, ולולי המיעוט היה גזילה מצד הקניני גזילה, וכנתבאר מהגר"ח, ודו"ק.

ומעתה נ' דכמו דעל קרן דושילם נקט הברכ"ש דהיה שייך כפל דעבדים ולולי המיעוט, כמו"כ י"ל בתוס' בקרן דגניבה, דאף דושילם מדין והשיב, היינו בהלכות גזילה, לא כן בקרן דגנב דלא שייך לדין והשיב ושפיר משכחת לה כפל לתוס' במשיג גבול, ודו"ק.

**עוד הוכחה לדין קרן שבגנב ליישב את הקושי' האיך שינוי קונה בגניבה.**

והנה, הקובש"ע [ריש מרובה] הק' דהאיך בעי הכא למעט גניבת קרקע הא כבר נתמעט גזילת קרקע, ות' דע"כ גניבה וגזילה תרתי נינהו, ולא ילפינן אהדדי, והק' דא"כ איך ילפינן שינוי קונה מוהשיב הנאמרה בגזילה ולא בגניבה.

ונ' פשוט, דכל גנב הוא גזלן וכנתבאר, ולהכי כל גנב קונה בשינוי מדין גזילה שבו, אמנם חוץ מזה יש קרן נוסף מדין "חיים שנים ישלם" בגנב, ואף אי דין והשיב ודין ושילם דגזילה נתמעטו בקרקע, אכתי לא נתמעט קרן זו דגנב, ופשוט.

59 וזה דלא כהקצוה"ח [ריש שמ"ח] שמדמה גנב לגזלן בע"מ למיקט, ועוד דפוסטר שניהם מתשלומין.

ויש לדון אם נתחדש גם פרשת והשיב בגנב, ופשטות אין ללמוד מגזלן, וע' להלן [סימן ט"ז] בדברי התוס' רי"ד שהארכנו בזה והבאנו בזה נידון באחרונים.

**חילוק בין גנב לגזלן במשיג גבול דקרקע בחזקת בעליה עומדת, ולא חשיב 'עייכוב ממון', ודומה לע"מ למיקט.**

ואחרי דאיתנן להכי, דסוגיין קאי בקרן מיוחד של גנב, ולענין קרן של גזלן וקניני גזילה כבר איכא מיעוט, שוב י"ל דליכא מחלוקת בין שני התוספות, דבאיזהו נשך מבואר דליכא גזילה של קרקע כלל, כיון דליכא מעשה לזוזו ממקומו, ורק אי היה ביה קניני גזילה הוא דהיה ביה מעשה גזילה ולא, והתוס' דידן דמיירי במשיג גבול, י"ל דמודי לתוס' באיזהו נשך דלא משכחת לה גזילה ולא דגזילה בקרקע כלל כיון דגם במשיג גבול ליכא עייכוב ממון, דגם בכה"ג אמרינן דבחזקת בעליה עומדת.

וי"ל דכל מה שאמרו הכא הוא דסו"ס מעשה גניבה איכא, והיינו, דכמו דחילקנו לעיל לענין גונב ע"מ למיקט דחסר בעייכוב ממון הלכך לא חשיב גזילה אבל סו"ס איכא מעשה גניבה, ולהכי חשיב עכ"פ גניבה, דלענין זה סגי העייכוב ממון דיחשב עכ"פ כמעשה גניבה, וה"ה הכא, דקרקע בחזקת בעליה עומדת הוא רק חסרון מצד העייכוב ממון דבעינן לגזילה, אבל לגבי מעשה גניבה ליכא חסרון, ושפיר אמרו דקרן דגניבה היה שייך הכא ועל זה היה כפל, אבל לאו דגזלן לא משכחת לה גם בהשגת גבול, ודו"ק, וכל זה דלא כהסיפרי דקאי נמי במשיג גבול ומדין גזילה.

**פלוגתת הר"פ ור"א מגרמישא בטוט"ג במשיג גבול.**

בפשטות התי' בתוס' קאי על גנב, ופליגי הראשונים בשטמ"ק אי קאי נמי על טוט"ג, ולר"א מגרמישא לא קאי, ולר"פ קאי גם על טוט"ג, וצ"ע בשורש פלוגתתם.

והנה בטוט"ג במשיג גבול צ"ב באיזה גוונא מיירי, ואין לומר דהשדה נמצא בין ב' שכנים ושכן א' שהוא השומר טוען שחצי השדה שלא החזיר נמצא אצל השכן השני, דנמצא דהמפקיד תובעו בחלק המערבי שחסר, וטוט"ג דחלק המזרחי חסר והרי שלך לפניך על חלק המערבי, ונמצא שמה שהוא מחזיק כגנב אינו אותו חלק שעליו הוא טוט"ג.

וע"כ צ"ל דנבלע הקרקע שהפקיד לגמרי, ותובעו שהוא גנב כל הפיקדון והוא טוט"ג שכל הפיקדון גנבו השכן השני ונמצא שהוא גנב את כל הפיקדון, וע' בזה בראשי שיערים.

אמנם, אכתי איכא נפ"מ בין הך טוט"ג לכל טוט"ג, דהכא אכתי צריך להוסיף לטוט"ג עוד טענה, שצריך לטעון שהקרקע שתח"י אינו מהפיקדון ושוב טוען טענת גנב, ונמצא שיש כאן ב' טענות, ואינו דומה לטוט"ג, ואולי זה סברת הר"א מגרמישא, ובזה חולק הר"פ.

אולם זו טעות, דמה שטוען שהקרקע שתח"י אינו מהפיקדון הרי נאמן מצד הממע"ה בלי שייכות לזה שהוא שומר, ורק אח"כ מתחיל כל הדין ודברים מצד שומרים ובזה פוטר עצמו בטענת נגנב, [שטוען שלא פשע ובא חבירו וגנבו ולכן

פטור], ונמצא דבטו"נ של שומרים דומה לכל טוט"ג, [ובמק"א ביארנו פלוגתם].

## סימן ח'

**בחילוקים בין גזולן למזיק,  
ובחידוש הגר"ח בגדר הדין 'מזיק שבגנב',  
ובדין תשלומין באינו בעין מדין 'ושילם'.**

**פרק א' פלוגתת הראשונים בדין ושילם ובדין והשיב, ומחדש דכולהו מודי לגדר החדש של מזיק שבגנב, אלא שחולקים אי הוי רק בגנב או גם בגזולן.** / / פלוגתת הראשונים אי ושילם באינו בעין מדין והשיב הוא והוי ניתק לעשה או שזה דין בפני עצמו. / / בחידוש הגדול של הגר"ח - שיש מעשה גניבה וגזילה בעבדים לא רק לענין הלאו אלא גם לענין החיוב ד'ושילם' באינו בעין, והוסיף בזה הברכ"ש דאיכא בזה נמי כפל. / / בחילוק בין ושילם לזהשיב דושילם הוא מדין מזיק, וראיית הגר"ח מעבד ואמה, ובדברי האבי עזרי בגונב ע"מ לאבד ובמשיכה לרשה"ר, דבתרווייהו איכא ושילם אף דליכא קניני גזילה וליכא והשיב. / / חידוש בדעת התוס' והרא"ש דאף דדין והשיב ודין ושילם חדא נינהו, ואינו חיוב חדש מצד מזיק דגזולן, אכן גם התוס' מודי לגדר החדש הזה בקרן דגניבה שזה קרן חדש, וע"ז שייך כפל. / / יתחדש כמה נפ"מ בין התוס' לרמב"ם, שהרמב"ם חידש חיוב אדון בעבד ואמה גם בגנב וגם בגזול, וכן יהני משיכה ברשה"ר בגנב ובגזולן, וכן בע"מ לאבד, אבל לפי התוס' והרא"ש כל הנך חידושים הם רק בגנב ולא בגזולן. / /

**פרק ב' בגדר הדין מזיק שבגניבה.** / / מזיק וגזילה תרתי נינהו, עיכוב ממון לעומת הפסד ממון, ויש ביניהם כמה וכמה חילוקים. / / מבאר דהך מזיק שבגנב אינו בכלל מכה בהמה ישלמנה, שאין בחפצא מעשה מזיק אלא כלפי הבעלים, והמעשה בחפצא הוא מעשה של עיכוב, וגם אינו בכלל והשיב דסו"ס אינו בעין. / / ד' דרכים בחידוש זה של המזיק שבגנב או והשיב כפשוטו או מכה בהמה ישלמנה כפשוטו, או גדרים חדשים בהנך ב' פרשיות. / / מעורר שיש כמה סתירות ביסוד זה של הגר"ח - בגמרא ברמב"ם ומיניה וביה בתוס'. / / מיישב את כל עפ"י כל הצדדים דלעיל, ומבאר את החילוקי דינים שבכל הצדדים. / / הערה מהדין שמירתן עליך בעבד ואמה. / / נפ"מ בצדדים האם שייך ושילם בעבדים, ומחדש שכבר יש לדון בחידוש האבי עזרי במשיכה ברשה"ר וכן בע"מ לאבד. / / בשיטת התוס' בדין מזיק שבגניבה בגנב ולא בגזול ונפ"מ במשיכה ברשה"ר ובגונב ע"מ לאבד. / / מקשה על הגר"ח מהדין ג' אגודות ומבאר דאדרבה דדוקא מהסוגי' דהתם איכא מקור למהלך החדש בדברי הגר"ח. / / מוכיח כן מהדין הרי שלך לפניך בחמץ שעבר עליו הפסח. / / הוכחה מהסוגי' בסנהדרין [ע"ב] לגדר זה שהדין ושילם כלול בדין והשיב. / / בדברי הרמב"ם בספר המצוות לגבי הדין ושילם.

## פרק א'

**פלוגתת הראשונים בדין ושילם ובדין והשיב,  
ומחדש דכולהו מודי לגדר החדש של מזיק שבגנב,  
אלא שחולקים אי הוי רק בגנב או גם בגזולן.**

**פלוגתת הראשונים אי ושילם באינו בעין מדין והשיב הוא והוי ניתק לעשה  
או שזה דין בפני עצמו.**

בדין השבה איכא מצות עשה מקרא דוהשיב ויש לדון האם גם באינו בעין הוי מצות עשה או חיוב תשלומין בעלמא [כעין מזיק ושומרים], וע' רא"ש בב"מ [כ"ו] דבליטא בעין נמי מקיים מ"ע דוהשיב, וכ"ה ברש"י להלן [ק"ה] ושבועות [ל"ז], ומדויק כן נמי ברש"י לעיל [ד':] שבדין מיטב דגזולן הביא מקרא דוהשיב, וע"כ דקאי על התשלומין שלא בעין כיון שרק אז איכא מיטב, וע"ע בראב"ד להלן [קי"ז].

ולעומת זאת מדויק ברמב"ם ריש גזילה דבעין יש והשיב וניתק לעשה, ובליתא בעין הו"ל ניתן לתשלומין ומשמע דהא דלא לקי אינו מצד ניתק לעשה כיון דלא מתקיים העשה, והגר"ח גו"א [א' - ט'] דיקדק כן ולמד דהמקור מהסיפרי ששם מפורש דיליף מקרא אחר דכתיב 'ושילם', [ובסוף דברינו הבאנו את דברי הרמב"ם בספר המצוות ויישבנו את דבריו שם], ובדעת הרא"ש ודעימיה צ"ל דילפינן מ'ושילם' שיש גילוי דמ"ע ד'והשיב' מתקיים נמי בתשלומי דמיו.

וע' מכות [ט"ז]. דתוס' שלמדו דכשרפז עדיין לא ביטלו לעשה דיכול לשלם, ומבואר כהרא"ש ורש"י, ולעומת זאת עיין שם בריטב"א בשם הרמ"ה שלמד דאין מ"ע אבל לא לקי כיון דהוי ניתן לתשלומין, והוא פלוגתא הנ"ל.

ועיין להלן [סימן כ'] שנתבאר בשיטת רש"י שסובר שיש ב' דינים, גם מדין והשיב וגם מדין ושילם, ונפ"מ בשינוי בידים ושינוי דממילא, עיי"ש.

ונראה שיש כמה חילוקים בין והשיב לושילם, ויש גם כמה גדרים שונים ודרכים שונות לבאר פלוגתא זו בראשונים, ויהיה בזה כמה נפ"מ ביניהם.

**בחידוש הגדול של הגר"ח - שיש מעשה גניבה וגזילה בעבדים לא רק לענין הלאו אלא גם לענין החיוב ד'ושילם' באינו בעין, והוסיף בזה הברכ"ש דאיכא בזה נמי כפל.**

דהנה, יעויין שם בדברי הגר"ח [לעיל שם] שחידש ששייך מעשה גניבה בעבדים ולא בקרקע דאף ששניהם נתמעטו מוהשיב ומקניני גזילה אכן מעשה גנבה אחתי שייך בעבד, וחיילא בגופם דין גזול, ועיין לעיל [סימן ח'] שכבר הבאנו כן מהתוס' באיזהו נשך לגבי הלאו דשפיר שייך בעבדים לאו דלא תגזול אף שבקרקע לא שייך, כיון שאין בקרקע אפילו מעשה גזילה, ובזה חלוק עבד מקרקע.

וחידש הגר"ח עוד דלכן שייך יאוש בעבדים שזה לא תלוי בקניני גזילה אלא במציאות של אבוד ואחרי המעשה גזילה הרי העבד בגדר 'אבוד'.

אולם הגר"ח חידש עוד בדעת הרמב"ם, שאחרי שנתבאר בדעת הרמב"ם שיש ושילם ויש והשיב וחלוקין נינהו לגבי ניתק לעשה, אז יתכן לומר שיש ושילם בעבד דושילם תלוי במעשה גזילה ולא בקניני גזילה, ורק קניני גזילה ודין והשיב נתמעטו, אבל ושילם הוא דין אחר, ואינו בכלל המיעוט.

ולעיל [סימן ז'] הבאנו שכבר הוסיף בזה עוד בברכ"ש [סימן ל"ג ס"ק ב'] שהק', דלמה בעינן מיעוט דכפל בקרקע עבדים ושטרות, הא אין קרן דנתמעט מדין והשיב וא"א להזיזם, ותי' דבעבדים איכא מעשה גניבה, דיכול לזוזם, ואף דאין קניני גזילה ואין והשיב, אבל 'מזיק דגנב' איכא ויש בדין זה חיובא ד'ושילם', וכדברי הגר"ח [לעיל שם], ולפי"ז מוסיף הברכ"ש דהיה שייך על זה כפל אף דאין והשיב, ודו"ק.

בדברי הגר"ח ובדברי הברכ"ש חיילא 'מהפכה גדולה' בכל הלכות גזילה וגניבה: דהנה, יש כמה דינים בגזילה, לאו, מ"ע דוהשיב, קניני גזילה ותשלומין באינה בעין, ודינים הללו מתחלקים זמ"ז, דכבר מצאנו בקצוה"ח [ריש שמ"ח] שיש לאו בגונב ע"מ למיקט אף דאין שום חיובים וכדהוכיח מהשטמ"ק בסוף המפקיד, וע"ד זה ממש נתחדש בתוס' באיזהו נשך שבעבדים יש לאו גם אחרי המיעוט

מוהשיב וקניני גזילה, הרי לנו שהלאו עומד לעצמו בלי כל החיובים של גנב, שיש מעשה גזילה וגניבה ביחס ללאו בלי שום חיובים.

אכן הכא נתחדש עוד, ששייך ו'שילם' באינו בעין כשיש מעשה גניבה ומעשה גזילה אף אחרי המיעוט מהכלל ופרט אף דאין כאן והשיב ואין כאן קניני גזילה, דסו"ס איכא הכא מעשה גזילה והעבד אכתי מיקרי גזול ומעוכב אצל הגזול, ודלא כקרקע שא"א לזוזה ממקומה, ומהך סיבה עצמה שחידשו התוס' דאיכא לאו, מה"ט נמי איכא מעשה גזילה לענין חיובא דושילם – זה חידש הגר"ח.

**בחילוק בין ושילם לוהשיב דושילם הוא מדין מזיק, וראיית הגר"ח מעבד ואמה, ובדברי האבי עזרי בגונב ע"מ לאבד ובמשיכה לרשה"ר, דבתרוייהו איכא ושילם אף דליכא קניני גזילה וליכא והשיב.**

אולם סו"ס קשה דמנלן לחלק בין דין ושילם לדין והשיב, ומה לי שהם ב' פסוקים וב' דרשות לשיטת הרמב"ם, הא סו"ס שניהם מחיובי גזול ניהו, ומנלן לחלק ביניהם בעיקר דיניהם.

ובזה חידש הגר"ח שיש גדר נוסף וגדר חדש בכל גזול, והוא שיש דין 'מזיק' בגזילה, וכל המיעוטים בוהשיב הם בעיקר דין גזול וגנב אבל לא בדין מזיק דגנב, והדין ושילם באינו בעין מישך שייכא לדין מזיק הזה.

וראיית הגר"ח לעיקר יסוד זה הוא מעבד ואמה שגזלו דמסברא היינו אומרים שלא מתחייב האדון מדין שמירתן עליך, שבדין שמירתן עליך רק כתוב שחיוב תשלומין על מעשה היזק מחייב תשלומין לבעל המזיק, אכן בגזילה דחלוק ממזיק לא מצאנו כן, אולם הרמב"ם חידש שאינו כן אלא שיש חיוב על האדון של עבד שגזול, [ופשוט שאין כל הכ"ד אבות נזיקין כלולים בדין שמירתן עליך, דפשוט שעבד ואמה שמאנס ומפתה שאין בזה דין שמירתן עליך לאדון, ומאי שנא גזול וגנב], ומזה הוכיח הגר"ח שיש שייכות בין גזול למזיק.

ובאבי עזרי [גו"א פ"ד ה"ד ס"ק ב'] הוכיח עיקר חידוש זה מעוד ב' מקומות נוספות, שהביא מהגאון בעל האבן האזל שהקשה שיש סתירה בדין גונב ע"מ לאבד, דלהלן [צ"ו] מבואר שיש חיוב תשלומין בגונב ע"מ לאבד, וזה דלא כהתוס' בהכונס [נ"ו:] בשם הירושלמי דמבואר שאין גזול חייב בנזקי הבהמה [ודלא ככל גזול אחר שחייב בנזקיו] בגונב ע"מ לאבד, וכבר חילק הש"ך [סימן שצ"ו] בדין גונב ע"מ לאבד לגבי הנך תרי דינים וצ"ב דמה החילוק בזה.

וביאר בזה דבגונב ע"מ לאבד חסר בקניני גזילה, ובלי קניני גזילה ליכא חיוב נזיקין, אבל אכתי שייך תשלומין בלי קניני גזילה, וזה ממש כדברי הגר"ח הכא, דמשכחת לה גזילה בלי קניני גזילה.

עוד הביא בזה באבי עזרי מהתוס' באלו נערות [ל"א:], שלמדו בשיטת רבינא דמהני משיכה ברשה"ר בגזילה ולא בכל הקנינים, כיון שאין כאן הכנסה לרשותו, ולא דמי לסימטה דהוי כהכנסה לרשותו, והביאור, דגם בהך גזילה לא יהיה קניני גזילה, ודמי לעבדים ולגונב ע"מ לאבד, אבל החיוב תשלומין מדין ושילם אכתי איכא.

אולם יש להעיר שהגר"ח עצמו הבין אחרת בהנך שני דינים – ודלא כהאבי עזרי:

דהנה, עיין בדברי הגר"ח<sup>60</sup> שלמד בדעת רבינא לגבי משיכה ברשה"ר שיסוד החידוש בזה הוא, שבגזלן א"צ קנין 'להכניסו' לרשותו, וסגי בקנין להוציא, ולכן א"צ סימטא, וע"ע בדברי הגר"ח לגבי גונב ע"מ לאבד שסובר שבאמת אינו גזלן כלל, גם לחיוב אונסים, וכמבואר מפורש בספרו [חובל ומזיק], והביא את הירושלמי שהביאו התוס' בהכונס, וכלפי הסתירה לסוגי' להלן [צ"ח] דמבואר שם שיש חיוב תשלומין בגונב ע"מ לאבד, הא הגר"ח<sup>61</sup> כבר יישב דשאני קנין יד שא"צ כוונה לגוף המעשה קנין, ולכן חשיב כבר כגזלן גמור גם בלי כוונת גזילה, והרי התם [צ"ח] מפורש דאיירי בקנין יד.

ועיין להלן בדברינו דביארנו דמוכרח מהגר"ח מיניה וביה דליכא דן מזיק דגזילה בהנך אופנים ורק בעבד שייך כן.

**חידוש בדעת התוס' והרא"ש דאף דדין והשיב ודין ושילם חזא נינהו, ואינו חיוב חדש מצד מזיק דגזלן, אכן גם התוס' מודי לגדר החדש הזה בקרן דגניבה שזה קרן חדש, וע"ז שייך כפל.**

והנה הבאנו לעיל מהברכ"ש שהוכיח מהסוגי' ששייך כפל בקרקע אחרי שאין בהם והשיב ואין בהם קניני גזילה ממיעוטא דכלל ופרט, וחידוש דסו"ס שייך בהם ושילם, וחידוש דעל החיוב הזה של ושילם היה שייך כפל.

אולם תמוה, דיסוד הך חידוש דהגר"ח, דשייך ושילם בעבדים, הוא רק לדעת הרמב"ם דדין והשיב ודין ושילם תרתי נינהו וכדהבאנו בריש דברינו, אבל לשי' התוס' והרא"ש הרי אין מקור לדין ושילם בפנ"ע, ואינו אלא גילוי בדין והשיב, וכמבואר בתוס' במכות וברא"ש בב"מ, ואם נתמעט והשיב, שוב אין קרן, והדרא קוש' לדוכתא.

ולעיל חידשנו דאף דכל גנב הוא גזלן ותמיד חייב קרן מצד גזילה, אכן אכתי איכא קרן נפרד בגנב עצמו מדין חיים שנים ישלם ומשכחת לה גנב בלי גזלן בגונב ע"מ למיקט שרק חייב בגנב ולא בגזלן, ומעתה י"ל דמצאנו כן נמי בקרקע, דלתוס' דושילם הוא קיום מצד והשיב, הרי כמו דקרקע ועבדים נתמעטו מוהשיב, ה"ה דנתמעטו מושילם, דחד דינא נינהו, אכן מקרן דגניבה אכתי לא נתמעטו, ושפיר חייבים בקרן זה, וקרן זה שייך תמיד בעבד, ובקרקע שייך עכ"פ במשיג גבול לדעת התוס' במרובה, וביארנו בזה את הסוגי' לעיל [ד'], דבהנך תרי גווני בעינן גז"ש דמיטב בגנב עצמו - מלבד הגז"ש בגזילה.

ואף דבמשנה להלן [ק"ז] בשטפה נהר לשדה הגזולה אומר הרש"ל דאין והשיב, ולמה לא ישלם מהדין הזה, זה לק"מ די"ל דמיירי בגזלן ולא בגנב או די"ל דמיירי בלי משיג גבול, רק שיושב שם ונעל וגדר, ולולי המיעוט היה גזילה מצד הקניני גזילה, וכנתבאר מהגר"ח, ודו"ק.

ועפי"ז חידשנו שכמו שעל קרן דושילם נקט הברכ"ש דהיה שייך כפל דעבדים לולי המיעוט, כמו"כ י"ל בתוס' בקרן דגניבה, דאף דושילם מדין והשיב, היינו בהלכות גזילה, לא כן בקרן דגנב דלא שייך לדין והשיב ושפיר משכחת לה כפל לתוס' במשיג גבול, ודו"ק.

60 שיעוריו על ב"ק [צ"ז. ד"ה ונראה לומר].

61 שיעוריו על ב"ק [צ"ח].

יתחדש כמה נפ"מ בין התוס' לרמב"ם, שהרמב"ם חידש חיוב אדון בעבד ואמה גם בגנבו וגם בגזלו, וכן יהני משיכה ברשה"ר בגנב ובגזלן, וכן בע"מ לאבד, אבל לפי התוס' והרא"ש כל הנך חידושים הם רק בגנב ולא בגזלן.

ועפ"י כל הנ"ל יתחדש חידוש, דהנה, לעיל הבאנו כמה חידושים בדין מזיק דבגנב, א' בעבד ואמה איכא חיוב על האדון מחמת דין זה, ב' בגנב ע"מ לאבד חייב בדין זה, ג' בגניבה ע"י משיכה לרשה"ר נמי הדין כן.

והנה אף שהרמב"ם בעבד ואמה מיירי בכפל והיינו דאיירי בגנב, אכן הגר"ח נקט דחידוש זה הוא גם בגניבה וגם בגזילה, עיין היטב בלשונו, אכן בדעת התוס' גזילה בעין ולא בעין חד דינא להו, ודווקא בתשלומי גנב מודי שיש גדר חדש מצד המזיק שבגניבה, והכא לא בעינן דין והשיב, ויתחדש שדינו של הרמב"ם בעבד ואמה יהיה רק בגנב ולא בגזלן – לדעת התוס'.

ולפי"ז יתחדש דנחלקו עוד, דלפי התוס' בגנב ע"מ לאבד יהיה חייב דווקא בגנב ולא בגזלן, וכן בדין גניבה ע"י משיכה לרשה"ר דדווקא בגנב הדין כן ולא בגזלן, ולפי הרמב"ם לא שנה גנב לא שנה גזלן, ודו"ק.

### פרק ב'

#### בגדר הדין מזיק שבגניבה.

**מזיק וגזילה תרתי נינהו, עיכוב ממון לעומת הפסד ממון, ויש ביניהם כמה וכמה חילוקים.**

בעיקר דברי הגר"ח נתחדש שיש גדר חדש בגנב וגזלן, והיינו מזיק שבגזלן וגנב, ועיקר הגדר בזה צ"ב, דגזלן הוא עיכוב ממון ומזיק הוא הפסד ממון, ולכן מצאנו ביניהם כמה חילוקים, וכדיבואר, והאיך שייך לדמותם ולחייב גנב מצד מזיק, ונקדים בכמה חילוקים שמצאנו ביניהם:

א' במכתבו של מרן הגרי"ז זצ"ל [סוף הספר עמוד 160] מצאנו שכיון שתשלומי נזיקין הם תשלומי הפסד לכן יש דין של שמין אגב השדה שזו שומא האיך לדון את ההפסד שההפסד הוא כלפי שאר השדה, לעומת גזילה שבא על גוף החפץ עצמו, וכלשונו "וגזלן משלם דמי מה שגזל ולא דמי מה שהפסיד" ולכן בגזלן רק דנים את מה שהוא לקח עיכב ותו לא, ואין זה נמדד ביחס לשאר השדה אחרי שלקחו ממנו הך ערוגה, ובזה חלוק ממזיק.

ב' בסוגי' דגונב שטרות - להלן [סימן ט'] - הבאנו מהגר"ח שביאר למה אין נידון של גרמי בגונב שטר וחייב לכו"ע, אף שיש נידון של גרמי במזיק שטר, וכמבואר בתוס' בשבועות [ל"ז: ד"ה מיעט שטרות] בתירוץ השני, וביאר שרק ביחס ל'הפסד' חשיב כגרמי כיון שאין ההפסד תלוי בשטר אלא בחוב [מחוץ לשטר] האם ישלמו או לא, ולכן אמרנו שאין זה הפסד ישיר ולהכי חשיב כגרמי, אבל בגנב - אף אי לא יהיה הפסד כלל - אכתי מיקרי גניבה כיון שעיכוב לא בעי הפסד להחשב כעיכוב, ולכן ליכא בזה דין גרמי.

ג' מהאי טעמא יש אומרים שיש מקום לדון ולומר שאין היזק על ממון שיש עליה התחייבות של חברת ביטוח אף שפשוט שאין לפטור חיוב תשלומין על העיכוב שבגזילה בכה"ג.

ד] מצאנו דחליפי ע"ז תופסין את דמיהן, וזה במקח דמה לי הן מה לי דמיהן אבל במזיק כתב הגר"ד [ח"א כתובות סוף סימן כ"ד] דליכא דין זה, והיינו משום שהתשלומין הוא תשלומין על המעשה הפסד ואינו משלם על גוף החפץ, ונראה פשוט שאחרי דברי הגר"ז בדין שמין אגב קרקע, הרי פשוט שגזילה שבא על גוף החפץ [ולכן הכא אין דין שמין אגב השדה] שזה כבר מיקרי ממון ע"ז להיות תופס את דמיו.

ה] על דרך זו נראה שיש לדון בבני העיר שמכרו בית הכנסת או תיבה או ספר תורה שיש דין מעלין בקודש בהך ממון ולא קונים דבר פחות קדוש בדמיו, והיה נראה שכך הדין גם בתשלומי גזל אבל בתשלומי מזיק היה נראה שאין שום דינים בממון הזה, ודו"ק.

ו] נראה דמהאי טעמא פירש הרא"ש [בשטמ"ק להלן ק"ד]: שגזילה היא מלוה שאינה כתובה בתורה דמדין נהנה הוא מתחייב, ולא דמי למזיק שלא נהנה ולכן רק מזיק מיקרי כתובה בתורה, ועיין בהערה <sup>62</sup> שהבאנו לשונו, והרי פשוט שאין הדברים כפשוטם, שהרי הגר"ח אמר שנהנה עצמו מיקרי מלוה הכתובה בתורה כיון שפטור בקלב"מ וכן הוא בגזלן עצמו, וע"כ שבעיקרו מלוה הכתובה בתורה היא, ולא דמי להלוואה ומקח שהוא מחייב את עצמו והכא בגזילה התורה מחייבת אותו ולכן התורה פוטרת בקלב"מ, אבל אחרי שהתורה מחייבת אותו בגזילה, שוב דומה הך חיוב לכל חיוב של הלוואה ומקח וכדומה, והיינו שזה חיוב תשלומין על החפץ עצמו - שחפץ מעוכב אצלו וחפץ שהגיע אליו או שלקחו בהסכמה או לא בהסכמה - החפץ והממון עצמם מחייבים תמורה ותשלום, וזה מה שמדמה לנהנה, ולאפוקי שאינו כחיוב על מעשה בעלמא, כמו חיוב על מעשה מזיק ששם זה לא חיוב על גוף החפץ על הפסד הפסד החפץ מחמת המעשה שנעשה לחפץ - ומעשה זה מחייבו בתשלומי הפסד החפץ ולא בתשלומי החפץ עצמו.

**מבאר דהך מזיק שבגנב אינו בכלל מכה בהמה ישלמנה, שאין בחפצא מעשה מזיק אלא כלפי הבעלים, והמעשה בחפצא הוא מעשה של עיכוב, וגם אינו בכלל והשיב דסו"ס אינו בעין.**

אחרי כל הנ"ל יש לעיין דמה הגדר בהך חידוש של הגר"ח שיש דין מזיק שבגנב לענין חיובא דושילם, וכדהוכיח מעבד ואמה, הא סו"ס תרתי נינהו, וכנתבאר, זה בעיכוב וזה בהפסד, ויש ביניהם כמה חילוקים, וכנתבאר, והאיך ולמה שייכי זל"ז דווקא לגבי דין שמירתן עליך.

62 וזה לשונו [ד"ה ואם מאית משלמי ליה יורשים] - "אף על גב דמלוה על פה אינו גובה מן היורשים משמע ליה שפיר דחומש גובה מן היורשים מדלא מקשי ליה אלא במסקנא דשמעתי על הקרן ועל הברייתא והיינו טעמא דחומש הוי מלוה הכתובה בתורה וככתובה בשטר דמיא אבל לקמן מקשה על הקרן מלוה על פה היא. ואף על גב דבפרק קמא דערכין אמרינן דנזיקין מלוה הכתובה בתורה היא היינו טעמא משום דמשלם אף על פי שלא נהנה והוי כעין חומש שחייבתו תורה מה שלא נהנה אבל גזלן הא דמשלם משום שנהנה הוא וזה מן הדין כשאר מלוה על פה שיש לו להחזיר מה שלוה ולא חשיבא כמו מלוה הכתובה בתורה". הרא"ש ז"ל.

ונקדים, דיעויין בחידושי הגר"נ פרצוביץ זצ"ל [ד'. ס"ק צ"ח] שהביא ששמע מהגרי"ז שאין כוונת הרמב"ם שזה בכלל 'מכה בהמה ישלמנה' דאכתי שייך לפרשת גזילה וחיובי גזילה.

הרי לנו דמצד אחד דין ושילם אינו בכלל מכה בהמה ישלמנה, ומאידך גיסא גם מוכרח דאינו בכלל והשיב, מדלא הוי לאו הניתק לעשה והיינו דלא מתקיים בזה המ"ע של והשיב, ולכן הוי לאו הניתן לתשלומין, וצריכים להבין למה שונה משניהם ומה עיקר הגדר בזה.

ונקדים שאף שמזיק זה לא מתחייב מצד פרשת מכה בהמה ישלמנה אבל סו"ס הרי הוא שייך לפרשה זו לענין זה שנתחדש דין שמירתן עליך בזה.

ובטעמא דמילתא למה איכא ביה צד מזיק אף דליכא הכא פרשת מכה בהמה ישלמנה – נראה פשוט, דכאמור – גזלן הוא עיכוב ומזיק הוא הפסד, אולם סו"ס הרי בכל עיכוב ממון איכא נמי הפסד ממון, והיינו דכלפי בעל הממון אין ביניהם חילוק, דמה לי הפסד ידידיה ע"י שריפת החפץ ומ"ל הפסד ידידיה ע"י גזילה, אלא דסו"ס חלוקים ניהו בעיקר גדריהם, שמזיק הוא מעשה של הפסד – בגוף החפץ עצמו, לעומת גזלן שהוא מעשה של עיכוב ממון – בגוף החפץ עצמו, אלא שסו"ס אכתי איכא לבעלים הפסד בהך עיכוב שנעשה בממון, ונמצא שכשבאים להגדיר את גוף המעשה שהוא המחייב, הרי פשוט שאין המעשה מוגדר כמעשה הפסד בחפץ אלא כמעשה עיכוב בחפץ, אלא שאחד מהפרטים בהך עיכוב שמתייחס לבעלים הוא שיש הפסד בעיכוב.

ונוסיף עוד, הרי אחרי שמצאנו שנחלקו בדין היזק שאינו ניכר וכן מצאנו חילוקים בין מכלי' קרנא ללא מכלי' קרנא, – הרי מכל זה מוכרח שיש הגדרה ברורה למעשה היזק בחפץ בפרשת מכה בהמה ישלמנה, ולא כל 'הפסד' שנגרם לבעלים מיקרי מעשה היזק, ופשוט א"כ שההפסד לבעלים שיש בכל עיכוב ממון גרע טפי מכל זה, ולכן אין בו את המחייב של פרשת מכה בהמה ישלמנה.

הרי לנו שהתשלומין של אינו בעין לא כלול במזיק של מכה בהמה ישלמנה אף שיש שייכות ויש צד מזיק בהך עיכוב ממון, אכן נראה דה"ה דאין לחייבו מצד פרשת והשיב את הגזילה, שהרי והשיב את הגזילה הוא 'השבת גוף העיכוב' וזה רק משכחת לה בחפץ בעין, ובאינו בעין לא מתקיימת השבת העיכוב בשלמותה, שהרי העיכוב הוא עיכוב של גוף החפץ ואת זה הוא לא השיב.

**ד' דרכים בחידוש זה של המזיק שבגנב או והשיב כפשוטו או מכה בהמה ישלמנה כפשוטו, או גדרים חדשים בהנך ב' פרשיות.**

ומעתה דנתבאר שאין כאן והשיב ואין כאן מכה בהמה ישלמנה, א"כ עלינו לבאר מה עיקר הגדר של הדין ושילם והיה נראה שבאמת יש לצדד בזה בד' צדדים, ונבאר את כל החילוקים בין הנך צדדים.

נקדים בשני הצדדים הפשוטים, או והשיב כפשוטו או מכה בהמה ישלמנה כפשוטו:

א] יש כאן קיום ממש של והשיב, דאף שהחפץ אינו בעין ואין כאן השבת גוף העיכוב, אכן סו"ס יש לומר שבדין ושילם נתחדש דמסברת מ"ל הן מ"ל דמיהן נתקיים והשיב.

ב] יש לומר לאידך גיסא שזה דין אחר ממש, ובדין ושילם נתחדש שיש כאן פרשת מכה בהמה ישלמנה, אלא שכבר דחה הגר"ז צד זה, [וכבר ביארנו את הסברא בזה למה אינו מכה בהמה ישלמנה כפשוטו], אלא דע"ד זה י"ל שבדין ושילם נתחדש דין מכה בהמה ישלמנה מחודש [בלי הפסד בגוף החפץ], ואין שייכות כלל בין ושילם לוהשיב, אכן גם הצד הזה נדחה [מכח הסוגי' של ג' אגודות], וכדיבואר להלן בסוף דברינו.

אולם נראה להוסיף עוד ב' צדדים אחרים – לא והשיב כפשוטו ולא מכה בהמה ישלמנה כפשוטו:

א] יש לומר שכיון שיש בכל גזלן וגנב צד מזיק והיינו ההפסד כלפי הגברא שיש במעשה עיכוב עצמו, וכנתבאר, שוב י"ל שהדין ושילם מגלה שאף שאין כאן מחייב של מכה בהמה ישלמנה כפשוטו, אכן הדין ושילם מחדש שהמחייב של והשיב שיש בחפצא מחייב חיוב נוסף של תשלומי נזיקין מחמת הך צד נזק שיש במעשה עיכוב, ואף שפרשת מכה בהמה ישלמנה אינה מחייבת חיוב כזה, כיון שסו"ס חסר במעשה מזיק, וכנתבאר, אכן בפרשת והשיב נתחדש חיוב תשלומי נזיקין מחודש מצד פרשת והשיב, וכל זה מתגלה בדין החדש של ושילם, ודו"ק.

ולהלן נביא מקור לצד הזה מהסוגי' בג' אגודות, וכן מוכרח מהרמב"ם בספר המצוות, ונוכיח כן נמי מסברא, וכל זה יבואר להלן בסוף דברינו.

דוגמא לזה כדהבאנו לעיל [סימן ג'] מהברכ"ש בשם הגר"ח בפושע כמזיק ובטוט"ג, שחל דין מזיק מחודש ודין גנב מחודש מפרשת שומרים, ואף בלי שום דין וחיוב מפרשת שומרים אם אך חיילא ביה תורת שומר שוב אית ביה הך דין מחודש של מזיק וגנב מחודש של פרשה זו, וה"ה הכא, אף בלי חיוב והשיב בפועל אכתי חיילא דין מכה בהמה ישלמנה מחודש מפרשת והשיב.

ב] י"ל עוד, דדין ושילם לא חידש שבפרשת והשיב חיילא חיוב תשלומי נזיקין מחודש מצד פרשה זו, ובאמת דלא חיילא חיוב תשלומי נזיקין כלל וכלל, אלא שבדין ושילם נתחדש קיום וחיוב מחודש של והשיב, בתוך פרשת והשיב, אלא שאינו גילוי בעלמא שיש כאן קיום ממש של והשיב מסברת מ"ל הן מ"ל דמיהן, וכדרך הראשונה, אלא דנתחדש דשייכא לפרשת מזיק בלי להיות תשלומי נזיקין, והגדר בזה הוא, דאחרי שבפרשת מכה בהמה ישלמנה נתחדש שיש תשלומין על נזק והפסד, וזה הרי סוג אחר של תשלומין, [דלא דמי לכל תשלום של עיכוב ולקוחה דהכא הוא משלם אך ורק על ההפסד ולא על גוף החפץ], ואחרי חידוש זה מגלה לנו דין של ושילם שאפשר לשלם על הך 'צד נזק' שיש לבעלים בהך עיכוב ממון, אלא שלא יהיה בזה קיום של תשלומי נזיקין מחודש, אלא שבזה יתקיים דין והשיב מחודש, ובטעמא דמילתא נוסף, שהרי והשיב בחפץ בעין תמיד משלים גם את הנזק שבהפסד, שבהשבת העיכוב בטל גם הך נזק שבגזילה, אלא שבאינו בעין לא מתקיים הדין והשיב, אכן חידש לנו דין ושילם לשלם עכ"פ את ההפסד של העיכוב [בלי עיקר המחייב של מכה בהמה ישלמנה], שבהתייחסות לפרט אחד בהשבת העיכוב והיינו להשבת ההפסד שבעיכוב, בזה חידש לנו קרא דושילם, שגם בזה חיילא קיום מחודש של והשיב במקצתו, ודו"ק.

**מעורר שיש כמה סתירות ביסוד זה של הגר"ח - בגמרא ברמב"ם ומיניה וביה בתוס'.**

אחרי כל הצדדים נראה להעמיד כאן כמה סתירות ביסוד זה של הגר"ח, בגמרא ברמב"ם ומיניה וביה בתוס':

א] הרי זה פשוט דכו"ע מודי שאין זה מזיק ממש, שהרי אין דין שמין בגנב, וכתבאר בגרי"ז, [ופשוט שדין זה קאי בתשלומין של ושילם באינו בעין].

ב] אכן מאידך גיסא, מצאנו שהרמב"ם חידש ב' חידושים: א] דין שמירתן עליך בגזילה וגניבה בעבד ואמה, ב] החילוק בין לאו הניתן לתשלומין [אינו בעין] ללאו הניתק לעשה [בעין], ומהנך תרתי מוכרח שיש גדר חדש של תשלומי נזיקין ודלא כחילוק של שמין.

ג] מאידך, בתוס' במכות [ט"ז] מצאנו שמצד אחד הוא חולק על הרמב"ם ויש כאן קיום של והשיב גם באינו בעין והוי ניתק לעשה, ומאידך, בתוס' בסוגיין מבואר שיש סברא של גרמי בתשלומי ושילם בגונב שטר, אלא שדווקא בתשלומין של האיני בעין איכא גרמי אף שבתשלומין של הבעין ליכא גרמי, וע"כ שגם לתוס' חלוקין הבעין והלא בעין, וכחילוקו של הרמב"ם [עיכוב והפסד], ומצד שלישי מצאנו בתוס' בשבועות [ל"ז] שאין כאן טענת גרמי כלל וכלל, גם באינו בעין, והכל מצד עיכוב ממון ולא מצד הפסד ממון.

**מיישב את כל עפ"י כל הצדדים דלעיל, ומבאר את החילוקי דינים שבכל הצדדים.**

אחרי שהעלנו את כל הצדדים בגדר החדש של מזיק שבגנב נראה שיתיישבו כל הסתירות, ופליגי בצדדים הללו, ועפ"י כל הנ"ל יתחדש כמה חילוקי דינים נוספים, בין הרמב"ם לתוס' בדין ושילם.

זה מוכרח שהרמב"ם למד - או שזה מכה בהמה ישלמנה כפשוטו [אלא שצד זה כבר נדחה], או שבפרשת והשיב נתחדש חיוב תשלומי נזיקין מחודש, ולפי"ז פשוט למה ליכא קיום של והשיב וליכא ניתק לעשה, ופשוט נמי למה איכא דין שמירתן עליך בעבד ואמה, שהרי סו"ס נתחדש חיוב תשלומי נזיקין מחודש, ולכן יש בזה דין שמירתן עליך, ולפי הך צד יתחדש דליכא דין חליפי ע"ז וליכא דין מעלין בקודש בהנך דמים, שהרי הוא רק משלם על ההפסד, ואף דלעיל רצינו לחלק בזה בין מזיק לגנב, אכן לרמב"ם ע"כ ליתא לחילוק זה.

אולם התוס' חולקים והם למדו שזה מדין והשיב והיינו שבהתייחסות לפרט של נזק בהשבת העיכוב חיילא קיום מחודש של והשיב, ולכן הוי ניתק לעשה, ופשוט לפי"ז דליכא בזה דין שמירתן עליך, אכן מאידך יש כאן דיון מצד גרמי, דעד כמה שגרמי פטור נמצא שאין הנזק הזה שייך לעיכוב, ושוב אין דין להתייחס להך נזק, שהרי אינו שייך לגוף העיכוב עצמו, ומה שדנו התוס' בשבועות דיתכן שאין חסרון של גרמי, היינו משום שהם דנו בעיקר הדין ושילם כהצד הראשון הפשוט, והוא, שבדין ושילם נתחדש דמסברת מ"ל הן מ"ל דמיהן נתקיים והשיב כפשוטו, ואז אין שום התייחסות לנזק שבגנב, ודו"ק.

ונראה דלפי התוס' יחזור החידוש לחלק בין גזלן ומזיק לגבי חליפי ע"ז ולגבי מעלין בקודש בדמי מזיק ובדמי גזילה, דאף דתחילת הדין תשלומין הוא מצד זה

שהוא מתייחס להפסד ולנזק של הוהשיב, ומצד זה היה מן הראוי לדון כאן דין מזיק שאין דין חליפי ע"ז ודין מעלין בקודש, אכן אחרי שנתחדש שחל בתשלומין הללו דין והשיב מחודש, שוב הוי ליה דמי החפץ ככל דין והשיב, ושפיר אמרינו בזה דין חליפי ע"ז ודין מעלין בקודש.

ונתבונן קצת - הרי זה ודאי פשוט שלפי הרמב"ם שיש דין שמירתן עליך הרי מה יהיה הדין אם העבד גנב ע"ז או דברים של קדושה, אטו שייך לומר שאחרי הדין שמירתן עליך יהיה על התשלומין של האדון דין חליפי ע"ז ודין מעלין בקודש, הרי סו"ס פשוט שלא נכנס לרשותו שום ע"ז ושום דברי קדושה, ואין זה חליפיו, אכן כל זה א"ש לדברינו שלפי הרמב"ם באמת ליכא דין זה, ורק להתוס' יש דין זה, אכן להתוס' ליכא דין שמירתן עליך שהרי יש דין ניתק לעשה, ודו"ק.

אחרי הכל - אכתי יש לדון לפי כל הנ"ל בחברת ביטוח על הק גזילה אי דמי בזה לגזול או למזיק, ודו"ק.

#### **הערה מהדין שמירתן עליך בעבד ואמה.**

והעירוני - הרי בעבד ואמה ליכא עיכוב ממון אצל האדון ואין התשלומין של האדון באים להשיב עיכוב או לסלק עיכוב ממון, שהרי אצלו מעולם לא היה עיכוב ממון, וא"כ האיך אנו אומרים שעיקר המחייב של ושילם נמצא בפרשת והשיב, הרי כלפי האדון אין שייכות ביניהם.

ונראה שאחרי מה שנתבאר בדברינו ריש ב"ק [סימן א'] בגדר חיובא דשור, שאין הפשט שהשור מתחייב אלא שאין לו מה לשלם אלא הגדר בזה, שלכל חיוב יש 'מעשה שמחייב' ויש גם 'מתחייב', ותמיד המעשה של השור הוא מעשה שמחייב תשלומין, אלא שהמתחייב במעשה זה הוא בעל הממון, ששור אינו בפרשת חיובים, וה"ה הכא, המעשה שמחייב תשלומין הוא המעשה של העבד וסגי לן מה שכלפיו איכא והשיב דאז כבר חיילא במעשיו דין מעשה שמחייב ושילם שהוא מפרשת והשיב, וזה כבר דין בכל מעשה המחייב תשלומי נזיקין שהמתחייב במעשה הוא הבעלים, ולכן מעיקרא חיילא באדון חיוב תשלומי נזיקין מפרשת ושילם, ודו"ק.

#### **נפ"מ בצדדים האם שייך ושילם בעבדים, ומחדש שכבר יש לדון בחידוש האבי עזרי במשיכה ברשה"ר וכן בע"מ לאבד.**

והנה עיקר הנפ"מ בין הנך צדדים הוא בקרקע ועבדים - הרי הגר"ח רצה לחדש שגם בעבדים שנתמעט מכלל ופרט מדין והשיב, אכתי מחוייב מצד ושילם כיון שזה גדר חדש של מזיק, והנה בשלמא אי היינו אומרים שבדין ושילם נתחדש דין מכה בהמה ישלמנה מחודש, ואין שייכות כלל בין ושילם לוהשיב, דאז היה פשוט האיך שייך בעבדים, אכן להלן יבואר שצד זה נדחה מכח הסוגי' של ג' אגודות, וע"כ צ"ל כדברינו ברמב"ם שבפרשת והשיב נתחדש חיוב תשלומי נזיקין מחודש, אלא דא"כ קשה דהנך נתמעטו מוהשיב וא"כ מה שייכא בהו בעבדים הך דין ושילם אם נתמעטו מוהשיב.

ונראה פשוט, דכבר הבאנו לעיל לדמות את הגדר בזה לדין פושע כמזיק וטוט"ג, ששם נתחדש שחל דין מזיק מחודש ודין גנב מחודש מפרשת שומרים, אף בלי שום דין וחיוב אחר מפרשת שומרים, והיינו דאם אך חיילא ביה תורת שומר שוב

אית ביה הך דין מחודש של מזיק וגנב מחודש של פרשה זו, וה"ה הכא, אף בלי חיוב והשיב בפועל אכתי חיילא דין מכה בהמה ישלמנה מחודש מפרשת והשיב.

ונראה שזה דומה ממש להתם, שהרי התם איירי בשומרים אחרי מיעוט של קרקע ואעפ"כ איכא דין שומר לענין הנך דינים מחודשים, וה"ה דהכא איירי במיעוט של קרקע, דאין כאן הפקעה בגוף הגזילה עצמה להיות גזילה שאין בה והשיב, אלא שעל הגזילה המסויים הזה של עבד וקרקע לא חיילא דין והשיב, אף שנעשה בו סוג גזילה שמצד עצמה יש בה דין והשיב, וזה סגי לדין המחודש של מכה בהמה ישלמנה, ממש ע"ד פושע כמזיק בקרקע.

ולפי"ז היה נראה שיש כבר מקום לדון בחידוש האבי עזרי במשיכה ברשה"ר שאינו מעשה קנין גם בהלכות גזילה, וחידוש שגם שם יהיה דין ושילם וכן בע"מ לאבד, ונראה לחלק שהרי התם עיקר עשיית הגזילה היא באופן שאין בה מחייב של והשיב, ולא שלא חל בה מחמת דיני החפצא שגזלו כמו בעבדים, והכא י"ל שאין דין והשיב בעיקר הגזילה ולכן אין גם דין ושילם, ודו"ק, וכבר הבאנו שהגר"ח עצמו למד באופן אחר הנך שני חידושים.

ופשוט שהבנת האבי עזרי בדברי הגר"ח היא שבדין ושילם נתחדש דין מכה בהמה ישלמנה מחודש, ואין שייכות כלל בין ושילם לוהשיב.

עכ"פ בדברי הרמב"ם מוכרחים אנו ללמוד שאין כאן הפקעה ממש מפרשת והשיב אלא שבעבדים לא חיילא הדין והשיב בפועל, אולם לשיטת התוס' שנתבאר שיש קיום של והשיב ע"י הדין ושילם, והוי ניתק לעשה, ונתבאר שלכן הוא יחלוק על הרמב"ם ולדידיה אין בזה דין שמירתן עליך, שהרי ביסודו דין והשיב הוא, אף שיש התייחסות לנזק שבגזילה, ופשוט דלדידיה ליכא דין ושילם בעבדים – וברור.

וזו נפ"מ נוספת בן הנך ב' דרכים – והיינו דאף דתרווייהו שייכי לדין והשיב, אבל סו"ס חלוקין נינהו בעבדים שהופקעו מוהשיב.

**בשיטת התוס' בדין מזיק שבגניבה בגנב ולא בגזול ונפ"מ במשיכה ברשה"ר ובגונב ע"מ לאבד.**

והנה עיין לעיל [סימן ז'] שנתבאר שלשיטת התוס' ע"כ מוכרח שיש גדר חדש של מזיק שבגנב עכ"פ בגניבה וזה משום שהדין תשלומין של גנב הוא באמת קרן חדש מקרא דחיים שנים ישלם.

והוכחה לזה היא - ממה שכבר הקשה הברכ"ש דלמה בעינן מיעוט על כפל בקרקע ועבדים אי ממילא אין בהם קרן מחמת הכלל ופרט, ומכאן חידוש שגם אם הקרן של והשיב נתמעט אבל הקרן של ושילם לא נתמעט וע"ד הגר"ח בעבדים, אכן לפי התוס' ליכא למימר הכי, וע"כ שנתחדש שהקרן של גנב לא נתמעט וזה קרן אחר ובזה מודי התוס' לרמב"ם שיש גדר של מזיק שבגניבה, ועל זה קס"ד דאיכא דין כפל, ועיין נמי להלן [סימן ט'] שנתבאר כן נמי בשטרות, דלכן בקרן זה יש דיון של גרמי.

ולפי"ז היה נראה שיש חילוקים נוספים בין גנב וגזול לפי שיטת התוס', והוא בגונב ע"י משיכה ברשה"ר ובגונב ע"מ לאבד, דנראה דהכא יודו התוס' והכא שפיר שייך חידושו של האבי עזרי, שהרי כאן הקרן של גנב לא שייך כלל לדין

והשיב, והכא י"ל כפשוטו שנתחדש שבדין וחיים שנים ישלם נאמר דין מכה בהמה ישלמנה מחודש, [וכהבנת האבי עזרי בשילם], ואין שייכות כלל בין הדין הזה לדין והשיב, ולא אכפת לן מה שעיקר הגניבה מופקעת מהדין והשיב, ודו"ק.

**מקשה על הגר"ח מהדין ג' אגודות ומבאר דאדרבה דדוקא מהסוגי' דהתם איכא מקור למהלך החדש בדברי הגר"ח.**

ונראה להוכיח כעיקר דברינו בדברי הגר"ח מהסוגי' להלן [ק"ה] בג' אגודות ששם מבואר שיש שייכות בין הדין והשיב לדין ושילם, דמבואר דבגזילה של שו"פ שבשעת ההשבה כבר שוה פחות מפרוטה דליכא ביה דין והשיב, וכחמץ שעבר עליו הפסח, וקס"ד דכיון דליכא והשיב בישנו בעין דשוב ליכא ביה דין ושילם באינו בעין, וקמ"ל דאעפ"כ איכא ביה דין ושילם, ועיין בזה להלן בתוס' [ס"ה. ד"ה גופא], וכל זה צ"ע, הרי עד כמה שיש מחייב חדש מפרשת ושילם ומדין מכה בהמה ישלמנה מחודש, א"כ מה אכפת לן ומה כל השו"ט בזה, וע"כ כדברינו שכל הדין מכה בהמה ישלמנה המחודש הוא מפרשת והשיב, וקשה על הגר"ח בעבדים שמופקע מהדין והשיב ואכתי אית ביה דין ושילם.

וע"כ כדברינו שגם בעבדים אין הפקעה מוהשיב, שהרי נעשה בו הך סוג של גזילה של והשיב, וזה סגי שיחול הדין המחודש של מכה בהמה ישלמנה מפרשת והשיב, ומה שלא חל עליו בפועל הך דין והשיב לא אכפת לן, ואדרבה זה גופא מה שנתחדש בסוגי' של ג' אגודות, ובזה גופא אזיל השו"ט דהתם.

**מוכיח כן מהדין הרי שלך לפניך בחמץ שעבר עליו הפסח.**

ונראה להוכיח כן עוד מהדין הרי שלך לפניך בחמץ שעבר עליו הפסח, דקשה שהאיך מהני לפוטרו והרי כפשוטו אין בזה מצוות השבה, וכמבואר להלן בתוס' [ס"ה. ה. - אלא שרש"י חולק בזה, עיין בזה להלן [סימן י"א], והאיך מהני השבה זו לפוטרו מהחייב של מזיק שיש בכל גזלן, הרי אטו יהני הרי שלך לפניך במזיק על חפץ ותיקן לו את הנזק אחרי הפסח, הרי כל מה דמהני הרי שלך לפניך הוא רק עד כמה שעיקר המחייב מתחיל מהעיכוב ממון ואז אמרינן שביטול העיכוב ממון מבטל את עיקר סיבת המחייב של גזילה, אכן עד כמה שיש מחייב חדש מצד המזיק וההפסד שבו האיך יהני בזה דין הרי שלך לפניך, וכן קשה בכל זולא, דהאיך מהני השבה של גזילה בזול כלפי הך הפסד לפוטרו מהדין מזיק של שעת הגזילה ובפרט בחמץ שעבר עליו הפסח, ומכאן מוכרח שכל המחייב של ושילם כלול בתוך עיקר פרשת השבה, ועד כמה שבוטל העיכוב ממון שוב בטל הכל.

ועיין להלן [סימן י"א] שהתחלנו לדון שאולי זו תחילת סברת הרי"ד בקרן של גנב שחייב בדין תשלומין כעין שגנב גם היכא שהוא מקיים את הדין והשיב.

**הוכחה מהסוגי' בסנהדרין [ע"ב] לגדר זה שהדין ושילם כלול בדין והשיב.**

ונראה להוכיח כן עוד, דהנה בסוגי' בסנהדרין [ע"ב] מבואר דאוקמי' רחמנא לגזילה ברשות הגזלן לאונסין, ואל"כ היה פטור באונסים, ויש לעיין הא מחוייב מצד והשיב לשלם את הבעין ואת הלא בעין כבר משעת הגזילה, ומה צריכים לחייבו ולדון האם הוא חייב או פטור באונסים, הא ממילא רמי עליו חיוב מוקדם משעת הגזילה, ודומה ללוה שנאנס שפשוט שחייב שהרי מחוייב הוא בהשבת ההלוואה.

והתשובה, שעד כמה שהיינו דנים את החפץ ברשות הנגזל, אז היינו אומרים שהאונס נאנס לו, ואי נאנס לנגזל שוב אין לחייב את הגזלן באונסים, שהרי האין נחייבו אי מה שאין כאן חפץ שייך לנגזל, וכיון שהדין תשלומין אתינן עלה מצד והשיב, א"כ היה פטור נמי בתשלומין בכה"ג – וע"ד זה ראיתי בחידושי הגר"נ פרצוביץ זצ"ל [ס"ב: - ס"ק י"ג].

אכן כל זה א"ש אי הדין תשלומין הוא מדין והשיב אכן אי חייב מצד ושילם על המזיק שבגזילה, שוב ליכא פוטרו, אטו שייך לפטור מזיק מדמי הזיקו היכא שהוא כבר נתחייב לשלם מחמת איזה אונס בתשלומין, הא כבר רמי עליו חיוב מצד המזיק הקודם, ומאי שנא הכא.

אולם לפי הנ"ל שגם הדין ושילם יסודו מדין והשיב, שוב א"ש דהיכא דליכא התחלה לדין והשיב, שהרי נאנס לנגזל, שוב ליכא לחייבו כלל.

אולם בעיקר קושי' זו עיין להלן [סימן כ"ג] מה שהבאנו מהגר"ח מטעלו.

### **בדברי הרמב"ם בספר המצוות לגבי הדין ושילם.**

והנה עיין בספר המצוות להרמב"ם [מצות עשה קצ"ד] וזה לשונו:

"והמצוה הקצ"ד היא שצונו להשיב את הגזילה בעצמה אם היא נשארת בעצמה, ותוספת חומש או לתת דמיה אם נשתנית, והוא אמרו יתעלה והשיב את הגזילה אשר גזל וכו', וכבר בארו במסכת מכות שלא דגול הוא לאו שניתק לעשה, ואמרו רחמנא אמר לא תגזול והשיב את הגזילה אשר גזל וכו', וכבר התבאר משפטי מצוה זו בפרקים האחרונים מקמא".

מפורש בהדי' בדבריו "או לתת דמיה אם נשתנית", שגם זה כלול בדין והשיב הרי לנו שהדין ושילם הוא מדיני והשיב, וכפשוטו היה נראה לומר מהמשך הדברים שמשמע דגם זה איכלל בדין ניתק לעשה.

וקשה על מה שדייק הגר"ח ברמב"ם שמחלק בהדי' בין לאו הניתק לעשה ללאו הניתק לתשלומין, בישנו בעין לאינו בעין, וצ"ע, דנמצא בדברי הרמב"ם סותרים זא"ז, והיה מקום לחלק בין שינוי לאינו בעין, שבספר המצוות קאי בשינוי ובזה אמר הרמב"ם שזה ניתק לעשה, לאינו בעין שביאר שזה הוי ניתן לתשלומין.

אולם לדברינו י"ל שמעיקרא אין כאן סתירה, שאף שהדין ושילם כלול בעיקר הדין והשיב, אבל אין כאן קיום של המ"ע של והשיב אלא שזה דין מכה בהמה ישלמנה מחודש בעיקר פרשת והשיב, ופשוט א"כ שהדין ניתק לעשה רק קאי על בעין בלי שינוי, אבל באידך איכא ושילם וזה דין אחר אלא שהוא מפרשת והשיב, ודו"ק.

וע"ע בספר המצוות [מצות לא תעשה רמ"ה] וז"ל - "אבל הוא אפילו בטל את העשה שבה אינו לוקה לפי שהוא לאו שניתק לתשלומין שאם שרף את הגזילה או השליכה בים יתן מה שהיתה שוה", ודו"ק.

אולם עיין להלן [סימן כ"ג] מה שהבאנו מהגר"ח מטעלו שחלוק הדין תשלומי גזילה בבעין מאינו בעין, ועפ"י דבריו מתיישבת סתירה זו ברמב"ם.

## סימן ט'

## ביאור בדברי הגר"ח בתוד"ה יצאו שטרות.

**פרק א' עיקר דברי הגר"ח שמזיק של הראיה של השטר הוא גרמי מחמת החוב, ומבאר למה הראיה של השטר מיקרי לאו גופו ממון.** / / ג' חלקים בשטר. / / מבאר למה ההיזק של הראיה שבשטר תלוי בגרמי שההפסד של השטר ראייה תלוי בהפסד של גוף החוב. / / מתמה בעיקר דברי הגר"ח ומתמה נמי למה הראיה של השטר מיקרי לאו גופו ממון. / / ביאור בגדר שטר כלפי החוב, ששטר אינו כח ומציאות בפני עצמה, אלא שהוא חלק מהחוב להשוותו כחוב 'מוחזק אצלו', וזה סוג אחר של ראייה, ולכן מיקרי לאו גופו ממון. / / מבאר למה המזיק של שטר מיקרי גרמי. / /

**פרק ב' ביאור החילוק בין גונב שטר ומזיק שטר, וביאור החילוק בדין גרמי - בין השבה לבעין לדין ושילם באינו בעין.** / / מבאר למה אין גניבה על החוב. / / מבאר למה הגזילה של הראיה שבשטר לא תלוי בגרמי דחלוקין מזיק וגנב, זה בעיכוב וזה בהפסד. / / מבאר דבקושי' התוס' מחלקין בין תשלומי גזילה למעשה הגזילה, ובתירוץ מחלקין בין והשיב לושי' בנקודה זו, והדברים מבוארים על פי דברי הגר"ח שחילק בין ושילם לוהשיב. / / מדקדק בלשון התוס' דכוונתו לחדש שהכפל תלוי בקרן של והשיב. / / דן בזה עוד שיתכן שהשבת הבעין הוא מדין שואל. / / מעורר שמבואר הכא שגם התוס' מודה לעיקר יסוד הגר"ח שיש חילוק בין דין והשיב לדין ושילם - אף דבתרומיהו איכא קיום של העשה והוי ניתק לעשה, ומבאר את שיטתם בזה. / / מקשה סתירה, דבתוס' מוכרח דבעי מיעוט רק על והשיב ולא על ושילם, ולהלן [ק"ז] מוכרח דרק על ושילם בעי מיעוט ולא על והשיב. / / מחלק בדין קרן שבגנב, בין בעין לאינו בעין. / / ביאור שי' התוס' בשבועות [ל"ז:] ובפולוגתם עם התוס' דידן. / / מחלק בכל הנ"ל בין תשלומי גניבה לתשלומי גזילה. / / שיטת המאירי.

## פרק א'

**עיקר דברי הגר"ח שמזיק של הראיה של השטר הוא גרמי מחמת החוב, ומבאר למה הראיה של השטר מיקרי לאו גופו ממון.**

## ג' חלקים בשטר.

תוס' מיירי בגונב שטרות ותוס' מביא ראייה מדין מאבד שטרות, ולפני לימוד השו"ט בתוס' צריכים קודם כל לדון כאו"א בפנ"ע, דין גנב בשטר ודין מאבד בשטר:

הנה במאבד שטר חייב רק למ"ד דגרמי חייב וכמבואר בסוגי' להלן [צ"ח]. בשורף שטר של חבריו דאינו הזיק בידים ורק חייב למ"ד גרמי חייב, וחשיב גרמי ולא גרמא דעושה מעשה בידים וברי היזיקא, כן מבואר ברא"ש בב"ב [פ"ב סי' י"ז].

והנה בשטר יש לדון מצד ג' דברים:

א [גוף החוב עצמו, ב] הנייר של השטר, ג [הראיה שבשטר – שחוב בשטר שוה יותר ממלוה בע"פ<sup>63</sup>, והתוספת הזו שיש ראייה על החוב גם זה ממון, ועיין בתוס' ב"מ [ריש נ"ו:] שהקשה דהאיך משכחת לה אונאה מה"ת בשטרות לפי הך צד בראשונים שמכירת שטרות הוא מדרבנן, ותירץ דאיירי כשהיה כבר מלוה ע"פ וכתב על זה שטר להשוותו למלוה בשטר, ומכירה זו היא מכירה מה"ת ויש עליו

63 ויש להעיר שאם שריפת שטר מיקרי ברי היזיקא, וכנתבאר ברא"ש, א"כ צ"ל דאין הבדל גדול בשווי בין החוב בלי הראיה לחוב עם הראיה, ודו"ק.

אונאה לולי המיעוט, הרי שיש כאן חפץ של ממון ששייך בו מכירה אלא שחפץ זה מוגדר כ"לאו גופו ממון" ולכן הוא נתמעט מאונאה, ובחפץ הזה יש לדון בו מצד מזיק שטרות וגזילת שטרות, וזה הראיה שבשטר.

**מבאר למא ההיזק של הראיה שבשטר תלוי בגרמי שההפסד של השטר ראה תלוי בהפסד של גוף החוב.**

והנה, לענין מזיק מפורש שרק חייב על הנייר, וק' דבשלמא החוב עצמו דינו כגרמי כיון שיכול הלוה עדיין לשלם גם אחרי שנשרף, ונמצא דההיזק רק נגמר בהצטרפות זה שהלוה לא משלם בסוף ומה"ט מיקרי גרמי, אבל השטר ראה שבו הוא מזיק בידים - כן העיר הגר"ח [בסטנסיל עמוד קל"ג - ובהוצאת מישור, בסוגיין].

ויש להעיר דאף דאינו נזק והפסד 'אחר', דזה גוף החוב וזה השטר ראה על החוב שהוא חלק מהשווי של החוב, אבל סו"ס אכתי אפשר לדון את מעשה ההיזק משני צדדים, וכמו ששייך למכור את הראיה לחודי' כמו כן שייך להזיקו, וזו טענת הגר"ח דמצד ההיזק לשטר חוב נוכל לחייבו כמעשה בידים אף דמצד הנזק לחוב עצמו אינו אלא גרמי.

ועל זה תי' הגר"ח דלו יצויר והיה הלוה משלם את חובו אחרי שנשרף, הרי לא יהיה למלוה נזק ממה דאין לו את הראיה, דאף דערכו של הראיה נקבע כפי המציאות שאנשים לא משלמים בלי להביא שטר, וערך זה נמצא בשטר ראה, והוא שרף את הערך הזה, הרי שעשה מעשה היזק בידים, אבל כיון שאם לא יהיה לו הפסד שוב אינו נזק, הרי נמצא דנזק של השטר ראה מיתלי תלי בנזק דחוב, ושפיר חשיב גרמי, שרק נשלם הנזק דשטר ראה כשהוא לא משלם את החוב.

**מתמה בעיקר דברי הגר"ח ומתמה נמי למא הראיה של השטר מיקרי לאו גופו ממון.**

אכן הדברים תמוהים, הרי כמה חפצים איכא בשוק של מציאותם אינה אלא עבור דבר אחר, ומאי שנא מפתחות לכספת משטר לחוב, ואטו נימא שבאופן שלא מוכרח שצריכים את המפתחות הללו - ושייך להגיע לכסף בלעדיו - דשוב לא מיקרי היזק, הרי יש כאן חפץ ויש לו שווי מחמת האפשרויות שהחפץ מעמיד, ומאי שנא שטר ראה, הרי זה שימוש - להעמיד אפשרויות של גבייה במקום שצריך, וכן כל 'הגנה' כנגד גנבים וכדומה, הרי השטר הוא ה'הגנה' על החוב, ואין זה תלוי על זה שהיו צריכים את ההגנה הזו בפועל.

עוד תמהו דלמה שטר מיקרי לאו גופו ממון, והרי לעיל הבאנו דקאי על שטר ראה באופן שכבר קיים החוב, ולמה אין גופו ממון, ואין לומר ש'התוכן' של השטר שכתוב בו - פלוני חייב וכו' - אינו גופו ממון שזו מציאות בפני עצמה מלבד עצם הנייר ודיו, ולכן זה מיקרי לאו גופו ממון - דזה אינו שהרי כל 'ספר' שיש בו 'חכמה' בתוך הדברים כתובים, שבגללה יש שווי גדול, לא מיקרי בזה לאו גופו ממון, שהרי זה התוכן והמהות של החפץ וגם הכא מהותו של החפץ הוא התוכן שבו יש לנו ראה שיש הלוואה, וצ"ע.

ועיין בחידושי הגר"ש רוזובסקי זצ"ל [סימן כ'] שהביא מהגר"ז דכיון שהשטר הוא רק לגבייה של החוב ומצד עצמו אינו כלום, שוב חשיב בזה לאו גופו ממון.

וגם הכא קשה כנ"ל דסו"ס יש כאן חפץ שיש בו שימוש ומה לי שהשימוש של החפץ הוא כלפי חפץ אחר, הרי זה שימוש וזה מציאותו – להעמיד אפשרויות של גבייה לחוב, ומה אכפת לן שמציאות אחת תלויה בשניה, הרי כמה חפצים איכא בשוק שכל מציאותם אינה אלא עבור דבר אחר.

**ביאור בגדר שטר כלפי החוב, ששטר אינו כח ומציאות בפני עצמה, אלא שהוא חלק מהחוב להשוותו כחוב 'מוחזק אצלו', וזה סוג אחר של ראייה, ולכן מיקרי לאו גופו ממון.**

ולמדנו מדברי הגר"ח כאן יסוד גדול בעיקר מהותו של שטר ראייה ששטר אינו חפץ נפרד מהחוב ששימושו הוא עבור החוב ככל כלי ששימושו הוא עבור חפץ אחר, אלא ששטר הוא טפל ונספח לחוב, ואין לו מציאות עצמית כלל וכלל מלבד מציאותו של החוב, ונבאר את הדברים.

דהנה, כל חפץ שמשמש לחפץ אחר, הרי יש לו את המציאות העצמית שלו, אלא שהמציאות הזו נצרכת לשימוש מחוץ להך חפץ, אבל סו"ס גם הוא קובע מציאות לעצמו, וגם אחרי שכבר לא צריכים את השימוש לחפץ השני אכתי לא בטלה מציאותו אלא שבטל השימוש שלו ולכן ממילא בטל השווי שלו, אכן הכא בשטר בטל כל מציאותו אחרי שהחוב נפרע, ששטר הוא רק ראייה על החוב שעליו הוא נכתב, וכששולם החוב הרי כבר בטל כל מציאותו, שהראיה עצמה כבר אינה ראייה, מלבד זה שאין לו שימוש – והיינו שאין כאן מציאות אחת שהשווי שלה תלויה במציאות אחרת, אלא שעצם מציאותה תלויה במציאות אחרת.

זאת ועוד – בעיקר הגדר של הראיה שיש בשטר יש גדר מחדש ונקדים בזה בב' הקדמות:

א] זה פשוט שאין שטר ראייה ראייה חיצונית לחוב ככל ראייה אחרת וכעדות של עדים על חוב שהם כראיה חיצונית על החוב, ב] גם אין הגדר בשטר ראייה שזה סוג מסויים של עדים שכל מציאותם אינם אלא להעיד על החוב המסויים הזה – בלי שום מציאות אחרת<sup>64</sup>.

אלא יתירא מכל זה – שגם כשיש חוב בעולם – גם אז אין השטר מציאות עצמאית, אלא כל כולו אינו אלא לתת צורה והגדרה אחרת למציאות של החוב – ודומה לצבע של חפץ שאין לה מציאות עצמית חוץ מהצורה החדשה שיש לחפץ על ידו – והיינו שכשיש חוב בלי השטר אז יש לחוב 'צורה' אחת ואחרי השטר יש לחוב 'צורה' אחרת<sup>65</sup>.

והנה מקור לדברים – שטר הוא ראייה מסוג אחר והיינו שהוא מוחזקות בחוב, שמי שמחזיק שטר הוא מוחזק בחוב וזה כח הראיה שבו – להיות מוחזק על ידו בגוף החוב, ועיין בהערה<sup>66</sup> מה שהבאנו בזה מהחזו"א ומהגר"ח מהסוגי' של ב'

64 נולדו להעיד על החוב וימותו בפרעון החוב.

65 החוב הוא החומר והשטר הוא הצורה כמו היחס בין העץ לשולחן ששינה צורתו מעץ לשולחן.

66 דהנה יש כמה ראיות שהדין שטרך בידי מאי בעי הוא דין ולא ראייה צדדית, וכבר הארכנו בזה האחרונים, אולם יש ראייה אחת שיש בה תוספת עומק לעיקר יסוד זה, וכדיבואר:

דהנה, מבואר בסוגי' בב"מ [ז'] דשנים אוהזין בשטר דומה לשנים אוהזין בטלית ויחלוקו, ולכאז' תמוה, שהרי כל מה שאפשר לגבות בשטר וא"א לטעון פרוע, היינו מדין שטרך בידי מאי בעי,

אוחזין בשטר, ונמצא שכל מציאותו אינה אלא להשוות את החוב להיות אצל המלוה ולא אצל הלוה, ומלבד זה אין לו מציאות עצמית, ודו"ק – כל כחו אינו אלא לשנות את החוב – חוב אצלי חוב אצלך.

יש חפץ שנצרך עבור חפץ אחר ויש חפץ שעצם מציאותו טפלה למציאות אחרת – והוא רק 'צורה' והגדרה של החפץ ההוא.

מה"ט נראה שמי שמוכר ראייה של שטר הוא מוכר דבר שאין גופו ממון, שעד כמה שגוף החוב עצמו חשיב כלאו גופו ממון, כמו כן השטר שאינו אלא צורת החוב הוא לאו גופו ממון.

ונוסיף ביאור – שאלנו – דמאי שנא 'הגנה' על חוב או על כל ממון אחר [שפשוט שגופו ממון] משטר ראייה על חוב שהוא גם 'הגנה' על החוב – והתשובה – מי שיכול לעשות ממון 'לא מוגן' לממון 'מוגן' ע"י 'פעולה' בעלמא – בלי לחבר אליו שום חפצא ומציאות אחרת, אלא שעל ידי 'פעולה' בעלמא הוא שינה את מציאותו של החפץ להיות חפץ מוגן – הרי פשוט שזה לא מכירה של דבר שגופו ממון – אלא מכירה של לאו גופו ממון, וכך גם בשטר ראייה – הרי הדיו והנייר אינם שטר

דבזה איכא אנן סהדי והוכחה דלא נפרע, והכא צ"ע, דיש לדון האם יש ראייה והוכחה של שטרך בידי מאי בעי בב' אוחזין או דליכא אנן סהדי, ופשוט דליכא אנן סהדי בכה"ג, אבל זה לא יתכן לומר דהאנן סהדי שייך לדין יחלוקו של המשנה דב' אוחזין, דאיך אפשר לומר בזה יחלוקו, אטו איכא אנן סהדי דחצי מהחוב נפרע וחצי לא נפרע מחמת הדין יחלוקו במשנה, ומה שייכי הנך תרי דינים אהדדי.

ועיקר הדבר שאין אנן סהדי על חצי מוכרח, דאטו מי שמשלם חצי מחזיק את השטר ביחד עם המלוה, ועוד, דכבר לא שייך טענת "שטרך בידי מאי בעי" שהרי ממילא נפל, וכעת כל הנידון הוא רק מי הגביה קודם, וממילא דאין כאן שום ראייה על הפירעון חוב, ולפי"ז למה ישלם אפי' חצי.

ועיין בקובש"ע בב"ב [ס"ק תר"ן] שהוכיח מכאן שטרך בידי מאי בעי אינו אנן סהדי פשוט, אלא שזה מהלכתא דשטרות מה ששטר מעיד ע"ז שלא נפרע, ועדות זו שבשטר הוא כל זמן שבעל השטר מחזיק את השטר, הלכך אי נקטינן דמדין ב' אוחזין מיקרי שמחזיקים בחצי שטר, שוב מעיד השטר שחצי לא נפרע ולכן הוא רק גובה חצי.

ובתוספת ביאור, דאין זו הלכתא בעלמא, אלא שזה מהזכויות של החזקת ותפיסת השטר, שמי שיש לו שטר בידו על חבירו שאינו יכול לטעון עליו טענת פרוע.

אולם נראה דאין זה זכות בעלמא דע"כ שכתוב בזה דבר יותר עמוק, דבאמת אכתי תמוה, דאטו נימא שבהלכות יחלוקו נתחדש שהוא מחזיק "חצי שטר" כמו שמחזיקים חצי טלית, הא אין מציאות בעולם של 'חצי שטר' דשטר הוא ראייה בעלמא על חוב, אטו אפשר לומר שהוא מחזיק 'חצי ראייה' ויש לו 'חצי ראייה' בגלל שהוא מחזיק 'חצי ראייה', הרי זה לא יתכן.

אלא דפשוט דכוונת הדברים הוא עפ"י מה שהביא בחו"ש מרן הגר"ד [ב"מ סימן כ'] מהגר"ח דמי שמחזיק שטר מחזיק חוב, שהחוב טמון בשטר, ונמצא שעד כמה שהוא מחזיק בחוב דרך החזקת השטר, באותה מדה ממש מעיד השטר שלא נפרע והיינו שהוא מעיד שהחוב שבשטר עדיין קיים, וממילא שאם הוא רק מחזיק חצי חוב דרך החזקת השטר, א"כ יש עדות מהשטר רק שלא נפרע הך חצי שהוא מחזיק, ועיין גם בחזו"א אהע"ז [סימן ע"ב ס"ק ז'] שג"כ כתב סברא זו בביאור הסוג' בב"מ שם.

למדנו כאן גדר חדש: היחלוקו הוא 'חצי' אבל אין ה'חצי' בשטר ובראייה אלא שה'חצי' הוא בחצי ה'חוב' ולכן הוא זוכה בחצי חוב, ודו"ק.

ושני החידושים תלויים זה בזה, דשטר מחזיק את החוב רק עד כמה שהשטר מעיד על זה, ואם כלפי פירעון ליכא עדות בשטר, א"כ כלפי ספק פירעון אין כאן החזקת שטר ואין כאן החזקת חוב, וע"כ ששטרך בידי מאי בעי הוא הלכה בשטר ולא ראייה צדדית, ודו"ק.

ראיה, אלא הראיה שבו הוא השטר ראיה והחתימות, והרי הראיה שבו אינה מציאות של ראיה חיצונית ועצמאית, שהרי מצד עצמם הרי הם פסולים מצד מפי כתבם, אלא כל מציאותו היא שבחתימת העדים השטר פועל בחוב ורק בזה השטר נהיה לשטר להפקיע פסול מפי כתבם, ופעולתו בחוב הוא להשוותו ולהפוך את החוב מחוב 'לא מוגן' לחוב 'מוגן', ובקצרה – חתימות הם פעולה לשנות את החוב מחוב בעל פה לחוב בשטר, ובלי זה אינם אלא נייר ודיו ותו לא, וזה כל כחו של שטר בלי להיות מציאות עצמית כלל וכלל – כל זה למדנו דברי הגר"ח הכא.

#### **מבאר למה המזיק של שטר מיקרי גרמי.**

בזה מבוארים נמי דברי הגר"ח למה המזיק של שטר מיקרי גרמי, שהרי מזיק זה אינו מזיק חפץ אחד שתלוי בשווי של חפץ אחר, אלא שהחפץ של שטר הוא ה'צורה' והגדרה של החוב, [חוב בשטר במקום חוב בעל פה].

ומעתה, כשאמר הגר"ח שכיון שאפשר לשלם את החוב בלי השטר, שוב אמרינן שכל השווי של השטר תלוי בשווי של החוב וההפסד שלו תלוי בהפסד שלו, ולכן - כיון שההפסד של החוב הוא גרמי [שתלוי אי ישלם בסוף] שוב כל ההפסד של השטר הוא נמי גרמי, דכל זה אינו אלא אחרי ש'התלות' זב"ז הוא סוג 'תלות' שנתבאר לעיל – מציאות שתלויה במציאות - באופן שהשטר אינו אלא הצורה של החוב.

ולכן אף שאפשר למכור אותו בפני עצמו, אכן כשבאים לדון את ההפסד של השטר, הרי על הצד שהחוב שולם שוב אין מציאות לשטר, ואף שלפני ששולם יש לו מציאות, אכן כיון שכל מציאותו אינה אלא כנספח לחוב, והרי אפשר לשלמו בלי השטר הרי אין שום הפסד והיזק בשטר בלי שכוללים את ההפסד של החוב בתוך ההפסד של השטר, וכמו שהיזק בחוב הוא גרמי אז ממילא גם ההיזק שבשטר הוא גרמי.

#### **פרק ב'**

#### **ביאור החילוק בין גונב שטר ומזיק שטר,**

**וביאור החילוק בדין גרמי - בין השבה לבעיף לדין ושילם באינו בעיף.**

#### **מבאר למה אין גניבה על החוב.**

נתבאר לעיל למה מזיק של חוב תלוי בדין גרמי - ומעתה צריכים לדון מה הדין בשומר בחוב ובגניבה בחוב, דגם הכא פשוט שאין הנידון על הנייר, שזה ודאי גופו ממון, ומאידך גיסא, לענין החוב עצמו אין כאן גניבה כלל אפילו בגרמא, וזה מתרי טעמי:

א] גניבה הוא עיכוב ממון חבירו, ואף שא"צ לקחת ממון חבירו לעצמו וגונב ע"מ לאבד נמי מיקרי גניבה, אבל צריך הוצאה ולקיחה ועיכוב מחבירו, ואף דגורם שהחוב לא ישולם בסוף, אבל אינו מעכבו ומוציאו ממנו, ואין כאן גזילה כלל, ורק דמזיקו ע"י הגזילה אבל אינו גוזלו.

ב] בגזילה צריך קנין ומשיכת השטר אינה משיכה לחוב, דרך נקנה בכתיבה ומסירה, אבל בלא זה אין שום מעשה קנין בחוב, ומה"ט נמי לא שייך טוט"ג על החוב, דשומרים בעי משיכה, ואין קנין שמתייחס לחוב.

**מבאר למה הגזילה של הראיה שבשטר לא תלוי בגרמי דחלוקין מזיק וגנב, זה בעיכוב וזה בהפסד.**

ולפי"ז, אם יש נידון של גניבת שטרות, ע"כ הנידון הוא מצד השטר ראייה, ולענין מזיק כבר נתבאר דחשיב מזיק בגרמי, דמיתלי תלי בחוב, ויש לעיין מה דינו לענין גניבה.

ואמר הגר"ח בזה, דחלוק גנב ממזיק דגנב חייב על העיכוב ממון ומזיק חייב על ההפסד ממון, ולכן לענין מזיק, אם אין הפסד לניזק אין זה נזק ולכן רק בהצטרפות מה שלא שילם החוב הוא דהושלם הנזק ולכן מיקרי גרמי וכתבאר לעיל, אבל בגנב א"צ כלל שיפסיד, וכל מי שמעכב ממון חבירו ממנו אף באופן שההוא לא הפסיד, מיקרי גזילה.

והעולם אומרים שכשיש שני חפצים יקרי ערך היחידים בעולם, וכששורפים אחד עולה שוויותו של השני יותר מכפל, אין זה מזיק, אבל בכה"ג אכתי מיקרי גזילה, דבגזילה א"צ שיפסיד ע"י העיכוב ממון, וכעין זה נמי לגבי חפץ שיש עליו ביטוח מחברת ביטוח.

וכבר הבאנו לעיל [סימן ח'] הרבה חילוקים בין גזלן למזיק זה בעיכוב וזה בהפסד, דלהכי מתחלקים בדין שמין אגב קרקע וכדביאר בזה הגרי"ז, ולכן יהיה ביניהם חילוק כלפי הדין חליפי ע"ז שתופס את דמיו שבאופן שגזל או הזיק ע"ז ושילם, וכן בגזל או הזיק דבר שיש בו קדושה, אי איכא לדמים דין שאין מורידים בקדושת הדמים שחפץ הנמכר, או לא.

וע"ד החילוקים הללו ביאר נמי הגר"ח לגבי גרמי, שבמזיק אנו תולים את ההיזק של השטר בהיזק של החוב, אבל גזילה דומה למכירה של הראיה, שכמו שנמכר בפני עצמו ה"ה שגונבים וגוזלים אותו בתור חפץ בפני עצמו.

ולפי"ז כשהוא מעכב את הראיה שבו, אף שאין לו בזה הפסד, שהרי החוב יוכל להשתלם, אפי"ה מיקרי עיכוב ממון בלי זה שהחוב לא ישולם בסוף, ושפיר איכא גניבה וגזילה, ואין זה תלוי כלל בגרמי וגרמא.

וברור, דכשדנים על השטר ראייה, הרי יש בו מעשה קנין, וכל מה דבעי כתיבה ומסירה הוא לענין שהחוב יהיה שלו אבל לענין שהשטר ראייה יהיה שלו, בזה סגי במשיכה ובמסירה, וזה כדהבאנו נמי לעיל מהתוס' לגבי אונאה שזה מכירה דאורייתא, וממילא א"ש איך נהיה שומר ואיך נהיה גנב בשטר, וע"ע בהערה <sup>67</sup> מה דהבאנו מהקובש"ע.

67 ויעויין בקובץ שעורים [בבא בתרא קמ"ז - אותיות תקט"ז, תקי"ז] "ובהא דאיצטריך קרא למעוטי שטרות מכפל ומשמירה, קשה דהא ליכא כפל ולא שייך גניבה כלל בגוף החוב, אלא בנייר בעלמא לצור עפ"י צלוחיתו, וזה הוי גופו ממון וחייב בכפל וכן להסוברין דשומר צריך קנין, א"צ למעט שטר משמירה דאין בו קנין.

ונראה דבשטרות תרתי איתנייהו בהו כשמוכרן, א] גוף החוב שקונה ע"י השטר, ב] הראיה שבו דהוא שיווי בפני עצמו, כדאמרינן שטרא דאית ביה זמן כמה שוה, ודלית ביה זמן כמה שוין, וכ"ש

מבאר דבוקשי' התוס' מחלקינן בין תשלומי גזילה למעשה הגזילה, ובתירוצ' מחלקינן בין והשיב לושילם בנקודה זו, והדברים מבוארים על פי דברי הגר"ח שחילק בין ושילם לוהשיב.

לפי ההקדמה הנ"ל חלוקין גניבה ממזיק, דמזיק בשטר ראייה וכן בחוב תלוי בדין גרמי, אבל לענין גניבה מתחלקים שהחוב אין בו גניבה כלל והשטר ראייה יש בו גניבה לכו"ע ולא תלוי בגרמי וגרמא.

ולפי"ז תמוהין דברי התוס' שתלה גנב במזיק, דממ"נ צ"ע, דאי כלפי החוב לכו"ע אין מציאות של גניבה, וע"כ דכל הנידון בגניבת שטרות הוא מצד השטר ראייה, וכלפי השטר ראייה פשוט שיש גניבה ולא שייך לנידון של גרמי, ומיושב קושי' התוס' כמין חומר, ויש לעיין למה לא תי' התוס' כן.

ומוכרחין לומר, דשאני מעשה גזילה מתשלומין דגזילה דאף דהמעשה גזילה הוא העיכוב ממון גרידא, אבל התשלומין מדין והשיב ומדין ושילם הם על הנזק שיש בגניבה, וכיון שבדיני נזק מיקרי גרמי ורק חייב למ"ד דגרמי חייב, א"כ ה"ה דתשלומין דגנב צריך שיהיה בזה מזיק דגניבה, וזהו קושי' התוס' דתולה בדין גרמי.

ובתירוצ' התוס' חידשו, דשאני והשיב מדין ושילם, דדין "והשיב" הוא החזרת העיכוב ממון, ואינו לסלק את הנזק שבגזילה, ורק דין ו"שילם" הוא לסלק הנזק שבגזילה, וכיון שכן, רק היה חייב בדין והשיב בגונב שטר, ורק על זה היה שייך כפל, משא"כ כשהחפץ אינו בעין לא היה שייך, דזה כבר תלוי בגרמא וגרמי.

והן הן דברי הגר"ח שהדין ושילם שונה מהדין והשיב, שהדין ושילם הוא על המזיק שבגנב והדין והשיב הוא על העיכוב של הגנב – וכדחילק בזה בעבדים שיש בהם ושילם אף שאין בהם והשיב, וכדהארכנו בזה לעיל [סימן ח'], וכן היה נראה שביאר בברכ"ש [ס' ל"ג] את דברי התוס' עפ"י דברי הגר"ח הללו.

#### מדקדק בלשון התוס' דכוונתו לחדש שהכפל תלוי בקרן של והשיב.

אולם נראה שאף שחילוק זה נכון אכן נראה לדקדק בלשון התוס' דעיקר השו"ט אינו בחידוש המסויים הזה, וכוונתו בתירוצ' לחדש חידוש אחר – והוא, שזה היה פשוט שיש חילוק בין דין והשיב שתלוי בגוף העיכוב לדין ושילם שתלוי בדין מזיק והפסד שבגניבה, וכל מה שבאו לחדש הוא שהכפל תלוי בקרן של והשיב.

והיינו שבאמת נתחדש כאן חידוש אחר בדברי התוס', דחידשו דהכפל שייך לקרן, דכפל הוא כפל של המזיק דושילם כשהחפץ אינו בעין, ויש דיני תשלומי מזיק לכפל בכה"ג, וכמו שאמר הגר"ח, ואז תלוי בגרמי, אבל כשהחפץ הוא בעין והוא משלם תשלומין דוהשיב, אז משתנה הכפל עצמו להיות כהקדן ואז אין בו דיני

---

חוב שאין עליו שטר, דשווה פחות מחוב בשטר, וכיון דהראיה הוא שיווי בפ"ע א"כ הגנב יתחייב לשלם כמה שוה הראיה שבשטר, ולא גוף החוב, שאותו לא גנב כלל, ולענין הראיה לא צריך כתיבה ומסירה, ומ"ש בתוס' דל"ל קרא למעוטי שטר מאונאה, ולא תירצו דאיצטריך קרא היכא דמכר לו את הראיה גרידא ולא החוב, זה אינו, דלענין מכירה מה תועיל הראיה ללוקח אם לא קנה גוף החוב, שהרי לא יוכל לגבות החוב, אבל בגנב ושומר שפיר י"ל דחיובן הוא לשלם שיווי הראיה."

מזיק דדומה לקרן של והשיב, וזה אינו תלוי בגרמי, ומדוייק בלשון התוס' שזה עיקר חידושם בתירוצם.

ועיקר חידוש זה מתבאר נמי להלן [סימן י"א] בדברי הרי"ד דשומא של כפל משתנה ולפעמים הכפל הוא כשעת העמב"ד ולפעמים הכפל הוא כשעת הגניבה, ותלוי בקרן כיון שהוא הכפלה של הקרן ואינו תשלומין בפני עצמו לשלם עוד קרן אחר.

**דן בזה עוד שיתכן שהשבת הבעין הוא מדין שואל.**

והיה אפשר לבאר את דברי התוס' באופ"א, דלעולם דין ו"השיב" ודין ו"שילם" חדא נינהו, ובתרווייהו אית להו גדרי מזיק, ורק דחייב להחזיר את הבעין כמו דכל שואל מחזיר את הבעין, וע"ז יש כפל.

ואמר בזה הגר"ד [ברכ"ש סי' ל"ג] דזה אינו, דעל קרן דשואל ודאי אין כפל, דאין זה דין "תשלומין", ורק בגזלן נתחדש דין תשלומין בממון דנגזל, ודו"ק, ורק על תשלומין דקרן שייך כפל.

**מעורר שמבואר הכא שגם התוס' מודה לעיקר יסוד הגר"ח שיש חילוק בין דין והשיב לדין ושילם - אף דבתרווייהו איכא קיום של העשה והוי ניתק לעשה, ומבאר את שיטתם בזה.**

והנה, כבר נתבאר שעיקר החילוק בין הבעין לאינו בעין מתבאר עפ"י הגר"ח שייסד לנו דחלוק והשיב מושילם, ולכן בעבדים יש ושילם אף דנתמעטו מוהשיב, והחילוק הוא דדין ושילם הוא על המזיק שבגניבה ודלא כוהשיב, ומעתה מתבאר לנו יסוד זה גם בתוס' ודו"ק, וכל זה מבואר לעיל [סימן ח'].

אולם, כבר הבאנו [שם] מהתוס' במכות שחולק על הרמב"ם וגם בגזילה בעין וגם בגזילה שלא בעין, בתרווייהו איכא קיום עשה דוהשיב והוי ניתק לעשה, וביארנו שחולקים גם על הדין החדש של הרמב"ם בעבד ואמה שגזלו שהרמב"ם למד שיש בזה דין שמירתן עליך ככל ממונו המזיק, והתוס' חולקים בדין זה, ומעתה קשה, דאיך נוכל לחלק ביניהם לשי' התוס'.

ולעיל [סימן ח'] ביארנו את הדברים עפ"י מה שיש להסתפק בשיטת התוס' דחולק על הרמב"ם בדין ושילם, ולדידיה שפיר שייך ושילם לדין והשיב, אלא שיש בשיטתו ב' דרכים.

א] יש כאן קיום ממש של והשיב ע"י הושילם, דאף שהחפץ אינו בעין ואין כאן השבת גוף העיכוב, אכן בדין ושילם נתחדש דמסברת מ"ל הן מ"ל דמיהן נתקיים והשיב, ופשוט שלפי הדרך הזו אין לדון כלל מצד גרמי שלדרך זו אין שום חילוק בין והשיב לושילם דתרווייהו תלויים בעיכוב ותו לא.

ב] באופן אחר י"ל שבאמת אין כאן גילוי בעלמא מצד מ"ל הן מ"ל דמיהן אלא שחידש לנו דין ושילם לשלם עכ"פ את ההפסד של העיכוב, ובהתייחסות לפרט אחד בהשבת העיכוב, והיינו להשבת ההפסד והנזק שבעיכוב, בזה חידש לנו קרא דושילם, שגם בזה חיילא קיום מחודש של והשיב במקצתו.

ונתחדש דלשני הדרכים אין חלות דין תשלומי נזיקין בהך והשיב, ולכן התוס' חולקים על הרמב"ם בדין שמירתן עליך בעבד ואמה ודו"ק.

אכן סו"ס לדרך השניה יש לומר שיש כאן דיון מצד גרמי, דעד כמה שגרמי פטור נמצא שאין הנזק הזה שייך לעיכוב, ושוב אין דין להתייחס להך נזק, שהרי אינו שייך לגוף העיכוב עצמו.

ועיין להלן שהבאנו מהתוס' בשבועות דנחלקו שם ב' התירושים האם באמת יש בושילם חסרון של גרמי, ועפ"י הנ"ל נחלקו בהנך ב' צדדים, והיינו שהם דנו בעיקר הדין ושילם כהצד הראשון הפשוט, והוא, שבדין ושילם נתחדש דמסברת מ"ל הן מ"ל דמיהן נתקיים והשיב כפשוטו, ואז אין שום התייחסות לנזק שבגנב, ודו"ק.

**מקשה סתירה, דבתוס' מוכרח דבעי מיעוט רק על והשיב ולא על ושילם, ולהלן [קי"ז] מוכרח דרק על ושילם בעי מיעוט ולא על והשיב.**

אולם יש כאן תמיהא רבתי, הרי שטרות נתמעטו להלן [קי"ז] מגזילה ומדין והשיב, ול"ל מיעוט מכפל, וקושי' זו הק' הברכ"ש על קרקע עבדים ושטרות, ותי' דכאן המיעוט לענין עבדים, ואף דנתמעטו מוהשיב, אבל מושילם לא נתמעטו, דזה דין אחר דמשלמים על ההיזק שבגזילה וצ"ל דרק מיעוט קרקע ללמוד הימנו לעבדים<sup>68</sup>, ועל דרך זו צ"ל הכא גם לענין שטר, ששייך מזיק דגניבה אף דלא שייך והשיב.

אולם זו סתירה גלו' לתוס' כאן, דתוס' כאן נוקטים דמצד מזיק דגזילה לא מיירי מיעוט דשטרות, דזה תלוי בגרמי, ואין לתלות קרא דכפל בדין גרמי, ורק בדין והשיב שייך לדון כאן, ומלהלן [קי"ז] מוכרח איפכא, דדין והשיב נתמעט, ורק ושילם י"ל דלא נתמעט, וצע"ג, וע' ברכ"ש [סי' ל"ג] שדבריו בהתחלה [ס"ק א'] לגבי שטרות סתרי לדבריו בסוף [ס"ק ב'] לגבי קרקע ועבדים, וצ"ע.

ותירא מזה ק', דאף אם נחלק בין והשיב לושילם לשי' התוס' בעיקר גדריהם, אבל תרוייהו נתמעטו מהכלל ופרט, דתרויהו מדין והשיב, ולא רק שק' על מסקנת התוס' דמיירי בוהשיב, אבל גם על ושילם [בקושי' התוס', למ"ד גרמי חייב] קשה, דנתמעט להלן [קי"ז].

**מחלק בדין קרן שבגנב, בין בעין לאינו בעין.**

והנראה בזה, דלעיל [סימן ז'] נתבאר [במשיג גבול] דאיכא קרן דגניבה מדין חיים שנים ישלם, וקרן זה לא נתמעט כלל בכלל ופרט להלן [קי"ז], דחלוק גניבה מגזילה, ונ' דבקרן זה יש הבדל בין בעין ללא בעין, דבבעין אינו מדין מזיק ובלא בעין הרי"ז מדין מזיק, כעין חילוקו של הגר"ח בין והשיב לושילם.

והביאור בזה, דמה דחלוק והשיב מושילם אינו דווקא משום שהם שני פסוקים, אלא שיש בזה סברא, והוא, דיסוד דין הגזילה הוא העיכוב ממון ולכן התשלומין הוא להחזרת העיכוב ממון, ולזה בעינן כעין שגזל ממנו, שהרי מחזיר את העיכוב ממון, אכן, באינו בעין לא שייך להחזיר את העיכוב ממון עצמו, ולכן נתחדש בושילם שעכ"פ הנזק שבעיכוב ממון ישתלם, והחילוק הזה הוא חילוק מסברא, ורק שהתורה גילתה חילוקים הללו בגזלן בחיוב והשיב ובחיוב ושילם, ומכאן ממילא למדנו גם לחיים שנים לשלם לחלק כן.

<sup>68</sup> ולעיל דייקנו שהתוס' חולק, ולדידהו שייך גם גזילה בקרקע, וביארנו דהתוס' ס"ל דשייך מזיק דגניבה גם בקרקע במשיג גבול.

וגדולה מזו מצאנו בחמץ שבעבר עליו הפסח שאומר הרי שלך לפניך, ובזה הוא פוטר את החיוב של ושלם, וקשה שהרי התוס' אמרו בהד' להלן [ס"ה. ד"ה גופא] דחמץ לא בת השבה היא כיון שאינו שוה כלום, ומהאי טעמא חשבו בסוגי' [ק"ה] לומר שפטור נמי מהדין ושלם, שתלויים זב"ז, וקשה דהאיך 'הרי שלך לפניך' פוטר דין ושלם אי אין בו שום קיום דין, אלא ע"כ כנ"ל דלמדנו מהדין והשיב שבהשבת הבעין עצמה איכא ביטול ועקירה לכל העיכוב ממון – ובזה ממילא בטלו כל החיובים האחרים – הרי לנו גילוי בדין והשיב שכל השבת הבעין – בין בפרשת והשיב בין בפרשת הרי של לפניך ובין בפרשת חיים שנים ישלם, בכולהו הגדר שווה – שבזה הוא מחזיר את גוף העיכוב עצמו, וממילא בטלה הסיבות לדון מצד ההפסד והנזק וממילא כבר ליכא דיון של גרמי ששייך דווקא לנזק של הגזילה.

ומהאי טעמא אמרו התוס' דגם גנב שחייב להחזיר את הבעין ואת הלא בעין מקרא דחיים שנים ישלם, אכתי חלוקין גדריהם זה מזה, אי תלוי בגרמי או לא – וכנ"ל.

### **ביאור שי' התוס' בשבועות [ל"ז]: ובפלוגתתם עם התוס' דידן.**

והנה – בתוס' בשבועות [ל"ז]: מבואר בת' השני דגם בשטר שאינו בעין יש חיוב תשלומין וליכא פטור גרמי בגנב, וכ' הברכ"ש דפליג על תוס' דידן וס"ל דושלם דומה לוהשיב ותרוייהו הם השבת הגזילה והעיכוב ממון, ותרוייהו לא שייכי לתשלומי מזיק.

וזה א"ש טובא לשי' התוס' דושלם שייך לוהשיב, דגם גדריהם שוין, ותוס' דידן הוא חידוש שמחלק ביניהם אף דתרוייהו מ"ע נינהו.

וכבר נתבאר לעיל דנחלקו בגדר החידוש של ושלם, א' תוס' בשבועות למדו דחידשו בדין ושלם דמהני מסברת מ"ל הן מ"ל דמיהן ובזה נתקיים והשיב, ב' תוס' דידן למדו שבהתייחסות לפרט אחד בהשבת העיכוב, והיינו להשבת ההפסד והנזק שבעיכוב, שבזה חידש לנו קרא דושלם, שגם בזה חיילא קיום מחודש של והשיב במקצתו

### **מחלק בכל הנ"ל בין תשלומי גניבה לתשלומי גזילה.**

אמנם הגר"נ פרצוביץ זצ"ל הוכיח דאין כאן מחלוק' מדהביא התוה"ר שבועות [ל"ז]: את דברי התוס' הנ"ל ושם [מ"ב:] הביא תוס' דידן, ולהנ"ל דבריו סותרים זא"ז.

וע"כ דצריכים לחלק, דהתם [ל"ז:] מיירי במיעוט דוהשיב, ובתוס' [כאן] ובתוס' הרא"ש [שם מ"ב] קאי במיעוט בגניבה דחיים שנים ישלם.

והביאור, דודאי מסברא יש חילוק בין בעין דחשיב חזרה והשבה על העיכוב ממון לאינו בעין שהוא רק השלמת הנזק ולא העיכוב ממון, וזה כתוס' דידן, רק דהתם מיירי לענין גזילה ולא לענין גניבה, ובגזילה איכא דין והשיב שהוא המ"ע ואיכא דין ושלם שהוא הגילוי בוהשיב, דגילתה תורה בושלם דבאינו בעין נמי מקיים את המ"ע דוהשיב, וכיון דושלם הוא גילוי בדין והשיב, שמקיים בו מ"ע זו, שוב יש הכרח שגדריהן שוין, וע"י דמיהן חשיב שמחזיר את גוף העיכוב ממון, אבל בחיים שנים ישלם שאין מ"ע דוהשיב, ואינו אלא דין תשלומין בעלמא, ומשכחת לה בבעין ובלא בעין, התם נשאר דינו כהסברא דחלוקין בעין מלא בעין, ודו"ק.

**שיטת המאירי.**

עיינן היטב במאירי בסוגיין וז"ל: "כן שמא תאמר בשטרות מיהא מה תועלת בתשלומי כפל והיאך שייך לומר בהם כפל - אפשר בנתינת סך מעות כמה שמחזיק השטר", וצריכין לדון בכל דבריו עכ"פ הכא מפורש דלא כדרכו של הגר"ח דרק דנים מצד הראיה, ודו"ק.

### סימן י' קרן כעין שגנב

בדברי המחנ"א שתלה פלוגתת רש"י והרא"ש בפלוגתת הרמב"ם וראב"ד בחופר בורות. / / מביא מהקצוה"ח בביאור פלוגתת הרמב"ם והראב"ד דלא פליגי כלל בגדר חיוב מזיק אלא בהלכות טוען ונטען בפטור שבועה. / / מעורר עוד - דלשיטת המחנ"א היינו צריכים לחלק בין מזיק דכו"ע מודי כדמעיקרא, לגזול דכו"ע מודי כשעת התשלומין, ודוחה בזה את כל החקירה, דגם דמי מקח הם דמים של גוף החפץ ולא דמי הפסד החפץ ואעפ"כ החיוב הוא כמו שעת המקח. / / טענה נוספת על המחנ"א מכחש. / / טענה נוספת על המחנ"א שמבואר ברא"ש שקס"ד שישלם בשעת אבידה מן העולם ולא בשעת העמב"ד. / / מביא את דברי הרא"ש לעיל [י"א] בדין אין שמין לגזול, ואת הג' דינים שנתחדשו שם, ומבאר את דבריו. / / מקשה דדבריו סותרים דבריו בסוגיין, ומכאן מוכרח עוד דלא המחנ"א. / / מוכיח שלא דנים ב'גדר' החיוב אלא בזמן החיוב. / / מביא מהגרשש"ק לבאר את דברי הראשונים סוף המפקיד שדנו לחלק בין שומרים בשעת האונסים לגזולן כשעת הגזילה, והחילוק הוא מתי הושלמה הלקיחה מבית בעלים. / / מבאר את הסוגי' עפ"י דבריהם - שהדין והשיב שמחייב השבה סותרת לגמר הלקיחה מבית בעלים, ולכן יש מקום לדון דרך בסילוק הוהשיב דאז חיילא גמר הלקיחה, ומבאר בזה את פלוגתת הרא"ש ורש"י, ומיישב את הסתירות ברא"ש, ומבאר למה קס"ד ברש"י דגם בכחש אמרינן כן. / / מקור לדברינו מדברי הגר"ח בגזילת עבד שנתחייב בשעת מיתת העבד ויש לדון אי חייב כשעת אונסים או כשעת הגזילה, ומעורר הערה גדולה דלפי"ז יש כמה אופנים של גזולן שלא משלם כשעת הגזילה. / / שי' רש"י - מבאר שי' רש"י בפסחים, ומקשה למה לי תרי קראי בקרן לרש"י, ומוכיח דלא כהמחנ"א ברש"י, מבאר למה לי תרי קראי. / / והנה ברש"י מבואר דאיכא גזל"כ ד"כמה שגזל" דיליף מקרא ד"והשיב", ואיכא קרא דאחי' לקרן, ולמה בעי תרתי, וי"ל דקרא דאחי' רק בא לאפוקי כפל ודו"ה ודין קרן יליף מאשר גזל, אכן ברש"י [ס"ד:] מבואר דגם לקרן בעי קרא דאחי'. / / עוד בדברי הרא"ש בקרן כעין שגנב, דקס"ד דאיכא המשך לגזילה, ואית ביה דין שומר.

### בדברי המחנ"א שתלה פלוגתת רש"י והרא"ש בפלוגתת הרמב"ם וראב"ד בחופר בורות.

רב חידוש תרתי, א] דין קרן כעין שגנב, ב] כפל ודו"ה כשעת העמדה בדין, ויש לעיין האם הדין קרן כעין שגנב הוא דין מסברא או מקרא, די"ל דקרא רק בעינן לדין כפל ודו"ה כשעת העמדה בדין, והדין קרן ידעינן סברא, והרא"ש כ' בהדי' דקרן מסברא, ושי' רש"י לעיל [ס"ד:] ד"ה אחי' נראה ברור דקרא איצטריכא ליה גם לענין קרן ג"כ, וכן מבואר בהדי' ברש"י [ס"ה:] ד"ה דכפילא זוזא] דיש חידוש ברב גם לענין הקרן.

והמחנ"א ריש נז"מ דן בספק זה, וכבר דייק מהרא"ש דפליג על רש"י בזה, אלא שלא הביא מרש"י בסוגיין, אלא מרש"י בפסחים [ל"ב] דיליף שם מקרא אחרניא, עוד מבואר במחנ"א דשי' התוס' כרש"י, אכן ע' בחזו"א [סי' ח' ס"ק ט"ו] דשי' התוס' כהרא"ש, וכן הפשטות, ולהלן [סימן י"א] יבואר בזה.

המחנ"א מוסיף, דיסוד השאלה תלוי במזיק דהתם ליכא גזל"כ, והתם יש לדון האם משלם כשעת הנזק או כשעת התשלומין בפועל, ואם התם כשעת התשלומין מסברא א"כ בגזילה בעי קרא לאפוקי מסברא זו, ואם התם מסברא כשעת הנזק א"כ ה"ה דבגזילה א"צ על זה קרא.

ובדין מזיק, הביא המחנ"א פלוגתת הרמב"ם וראב"ד במי שתבע את חבירו תשלומי נזיקין על זה שחפר בורות בשדה והודה במקצת דאין שבועה לרמב"ם דהוי תביעת קרקעות ולראב"ד אינה תביעת קרקע כיון שתובעו פחת, ומבואר דלרמב"ם החיוב הוא למלאות ולהכי חשיב התשלומין כדמי קרקע ולראב"ד החיוב הוא על הפחת של שעת הנזק ולכן אינו תשלומין דקרקע.

וכדברי הרמב"ם יש לדייק מרש"י ב"ק [ט': במשנה ד"ה כל שחבתי] שמבאר ד"הכשרתי את נזקו" היינו "עלי להכשיר ולתקן את הנזק", ומשמע דזהו יסוד החיוב דתשלומי נזיקין, וכעין זה מבואר נמי בדברי התוס' ר"פ [מ"ט: סוד"ה החופר] שמי שחפר ותבעוהו למלאות ולא מילא הרי הוא בעל הבור וכמאן דכרי' ומבואר דיש תביעה למלאות לתקן הנזק.<sup>69</sup>

ושורש הספק הוא, האם החיוב הוא לשלם את ההפסד שהזיקו, או להעמיד בחזרה את החפץ, ובנוסף אחר - לפי מידה [העמדת החפץ] או לפי דמים [תשלום ההפסד הממוני], וא"כ ה"ה בגזילה דתלוי בהנ"ל, ואף דהחיוב חיילא בזמן הגזילה וכטענת הרא"ש, אבל כיון דהחיוב שחל בשעת הגזילה יסוד דינו להעמיד את החפץ וכעת החפץ שוה פחות, א"כ ה"ה דמשלם פחות.

ונוסף ביאור, הרי לפי הך צד הממון אינו אלא 'היכי תימצי' בעלמא לחיוב, ואינו גוף החיוב עצמו, ולכן סובר הרמב"ם שזה 'תביעת קרקע' כיון שזה גוף החיוב, ומהאי טעמא אנו מודדים בכל שעה ושעה האם ראויים הנך דמים לתקן או להעמיד את החפץ שהוא כיון שזה גוף החיוב, ולכן אף שהדמים משתנים מרגע רגע, אכן גוף החיוב [שזה העמדת החפץ ההוא] לא משתנה ורק ההיכי תימצי לחיוב משתנה, ומה"ט החיוב דמים תלוי בזמן התשלומין ולא אזלינן בתר זמן הגניבה.

ודייק המחנ"א - דמדכתב הרא"ש דמסברא משלם כמו זמן החיוב, מזה מוכרח דס"ל כהראב"ד שהחיוב הוא לשלם דמי ההפסד [דמים ולא מידה] - כ"כ המחנ"א.

ולפי"ז מבואר דשי' רש"י יהיה כהרמב"ם, ובאמת דא"ש לשיטתו וכדהבאנו מדבריו בב"ק [ט':], דזהו יסוד החיוב נזיקין, "להכשיר ולתקן את הנזק". כל זה כפשוטו, אמנם כשנעיין בדברים נראה דאין הדברים כן.

**מביא מהקצוה"ח בביאור פלוגתת הרמב"ם והראב"ד דלא פליגי כלל בגדר חיוב מזיק אלא בהלכות טוען ונטען בפטור שבועה.**

ראשית כל - עיקר המקור מהרמב"ם וראב"ד דפליגי ביסוד דינא דחיוב נזיקין אינו ברור, דהקצוה"ח הבין פלוגתתם באופן אחר, דיעויין בקצוה"ח [סימן צ"ה ס"ק ח'] וז"ל "וזה הוא שי' הרמב"ם דדמי קרקע הרי הוא כקרקע, והיינו דכל זמן דלא נתחייב בבי"ד ולא עמד בדין, הרי כמי שמתדיינים על היזק הקרקע, ולהכי אינו בדין 'שבועה', עכ"ל.

69 וע' ש"ך [צ"ה - י"ח] שכ' דגם הראב"ד מודה דבנזק שאפשר לתקן, התם התביעה היא תיקון הנזק והממון הוא דמי קרקע ורק כשא"א אז אינו דמים בעלמא, ולפי המחנ"א יהיה נפ"מ בין ב' הנך תביעות בהזולה, ושי' הרמב"ם צ"ל דכיון דיסוד החיוב מתחיל מתיקון הנזק, א"כ גם כשא"א לתקן אכתי מיקרי דמי קרקע דאמרינן דכל ממון בא במקום הקרקע עצמו.

ומבואר כאן דסברת הרמב"ם היא, דכיון דתחילת הטוען ונטען עד הפסק דין הוא האם יש או אין או כמה נזק היה, והנזק עצמו הוא קרקע, הרי שהטוען ונטען הוא בקרקע, והראב"ד ע"כ דן את הטוען ונטען כפי סופו, והוא בפסק דין, שאז הוא מתחייב בדמים וזה כבר מטלטלין, וממילא דיתכן דכו"ע מודי שחייב נזיקין בא אך ורק על ההפסד הממוני וזה כפי שעת הנזק, והיינו לפי דמים ולא לפי מידה, אכן סו"ס בטוען ונטען עד ההעמב"ד הרי הם דנים על הקרקע ועל גוף הנזק ולכן בהלכות שבועה מיקרי שבועה על קרקע, וממילא יתכן שכו"ע מודי גם בגזלן שהסברא היא כשעת הגזילה.

**מעורר עוד - דלשיטת המחנ"א היינו צריכים לחלק בין מזיק דכו"ע מודי כדמעיקרא, לגזלן דכו"ע מודי כשעת התשלומין, ודוחה בזה את כל החקירה, דגם דמי מקח הם דמים של גוף החפץ ולא דמי הפסד החפץ ואעפ"כ החיוב הוא כמו שעת המקח.**

עוד יש להעיר דלפי דרכו שהנידון הוא בעיקר חיובא דתשלומי נזיקין וגזילה, העמדת החפץ או תשלום ההפסד הממוני, דהיינו מידה או דמים, א"כ היה מקום לומר שאין כאן מחלוקת, דכו"ע מודי דנזיקין הוא לפי דמים [ההפסד הממוני] וגזילה היא לפי מידה [העמדת החפץ], ולפי"ז בנזיקין כו"ע מודי דאזלינן כדמעיקרא ובגזילה כו"ע מודי כשעת התשלומין, ובאמת דכן הוא בתוספתא [בבא קמא פרק ג' ה"ד] שמפורש להדיא דנזיקין משלם כדמי הנזק בשעת הנזק, עיי"ש "הרג שורו של חבירו הוקרה בהמתו או שהוזלה הדליק גדיש של חבירו והוקרה תבואה או שהוזלה בין משעמד בב"ד ובין עד שלא עמד בבית דין אין לו אלא כשעת נזקו".

והסברא לחלק בזה היא עפ"י מה שנתבאר לעיל [סימן ח'] בעיקר החילוק בין מזיק לגזלן, דגזלן חייב על עיכוב החפץ ומזיק חייב על ההפסד, ולכן מזיק בלי הפסד אינו מזיק וגזלן בלי הפסד הוא גזלן [הגר"ח לגבי שטרות וכן נפ"מ לגבי חברת ביטוח], ומהאי טעמא נמי מזיק משלם את ההפסד ושמין אגב קרקע אבל גזלן משלם את החפץ עצמו ולא שמין [הגר"ז], ומהאי טעמא ממש תשלומי גזלן בעי"ז תופס את דמיו כמו חליפי ע"ז במקח כיון שבשניהם הוא משלם על גוף החפץ עצמו, ולכן שניהם תופסים את דמיהם לעומת דמי מזיק לע"ז [עפ"י הגר"ד].

ולמדנו א"כ ששני הצדדים של המחנ"א הם באמת החילוק בין גזלן למזיק, ולפי הבנתו היה צריך להיות שבגזלן כו"ע מודי דדינו כשעת התשלומין - להעמיד את החפץ ולהשיב את העיכוב של גוף החפץ עצמו - ובזה הוא משלם כשעת התשלומין, לעומת מזיק שדינו בהפסד הממוני ולכן הוא ישלם כדמעיקרא, ועיין

בהערה <sup>70</sup> מה שיש להעיר בזה, שוב מצאתי שכיוונתי בזה לטענת הגרא"ל מאלין זצ"ל [סימן פ' ד"ה והנראה - בסוגריים] על המחנ"א <sup>71</sup>.

ובאמת דמכח טענה זו אפשר לפרוך את כל החקירה של המחנ"א שבאמת אין כאן צד אמיתי של מידה ולפי התשלומין של עכשיו ולעולם פשוט שהסברא בכל חיוב הוא כדמעיקרא, והיינו טעמא דבמקח עצמו פשיטא שלא מתחייבים לשלם על ההפסד של המוכר אלא משלמים על גוף החפץ עצמו, ולכן פשיטא דתופס את דמיו, והרי פשוט גם בדמי מקח הוא לא משלם כשעת התשלומין ולפי מידה, והסיבה לזה פשוטה, שגם אי משלמים כ'העמדת החפץ' ודמי החפץ ולא דמי ההפסד, אכן ההעמדה של החפץ צריכה להיות כשעת חלות החיוב, והיינו שהוא משלם על החפץ של 'אז' – ופשוט.

וממילא דקשה לי דמה עיקר טענת המחנ"א שאם הוא משלם על הקרקע ודמי קרקע כקרקע [וכמבואר ברמב"ם] שאז המדידה צריכה להיות כפי השוק של היום, שרק כפי השוק של היום אפשר לקנות כזה חפץ ולתקן את הקרקע, הא דילמא כל החיוב שלו הוא כשעת החיוב וכדמצאנו במקח, וא"כ ה"ה בגזלה ומזיק נדון כמו 'אז', ולמה לן לדון העמדת החפץ כמו החפץ של היום ואז התשלומין הם היכי תימצי בעלמא, דלמא החיוב הוא העמדת החפץ של 'אז' והתשלומים הוא כפי החיוב כדמעיקרא, ודו"ק.

#### **טענה נוספת על המחנ"א מכחש.**

עוד יש לטעון על המחנ"א מעיקר דברי רש"י דהנה ברש"י מבואר שזה פסוק ולא סברא, אכן ברש"י לעיל [ס"ד:] מבואר דאירי בין בהזלה ובין בכחש, דבתרווייהו נתחדש משלמין כשעת הגזילה, וקשה שפשוט שלפי מידה היינו הך מידה שהיתה בשעת הגזילה ולא מידה אחרת יותר כחושה, ורק לענין זולא אזלינן כשעת תשלומין כדי שעל ידי התשלומין הוא יכול לקנות עכשיו את המידה שהיתה אז, אבל בכחש אנו אומרים דפשוט שישלם כמו השמינה שזו המידה האמיתית.

#### **טענה נוספת על המחנ"א שמבואר ברא"ש שקס"ד שישלם בשעת אבידה מן העולם ולא בשעת העמב"ד.**

יש כאן טענה נוספת על המחנ"א והיא, שהרי המחנ"א למד שהדיון כאן בקרן כעין שגנב הוא האם משלמים כשעת הגזילה או כשעת העמב"ד, אכן כשנעיין ברא"ש בסוגיין דמבואר שהרא"ש למד דקס"ד שישלם בשעת אבידה מן העולם, ולא בשעת העמב"ד, שהרי הרא"ש דן שם מצד שבירה דממילא או שבירה בידים, ומפורש שזה כל הנידון, ודו"ק, ואינו נידון כלפי הכפל והדו"ה שהם בשעת העמב"ד, ודו"ק.

70 והיינו שאין כאן טענה לשני הצדדים, שהרי שפיר שייך לומר שההפסד של הנזק הוא או בממון או במידה, אכן לאידך גיסא ברור, שהגזילה היא על החפץ ולא רק על ההפסד, ולכן תופס דמיו וכו'.

71 וכלשונו - "יש לדון ולומר דרק בגזילה כן הוא דלולא הך מתני' היה משלם כדהשתא, שכל עיקר חיובו הוא השבת הבעין, והוי אמרינן דגם דין התשלומין הוא להשלימו על ידי דמיו, אבל במזיק לעולם הוי עיקר חיובו רק בתשלומין ומשלם כשעת ההיזק".

**מביא את דברי הרא"ש לעיל [י"א] בדין אין שמין לגזלן, ואת הג' דינים שנתחדשו שם, ומבאר את דבריו.**

עוד נראה דעיקר דרכו של המחנ"א בשיטת הרא"ש נסתרת מיניה וביה מדברי הרא"ש לעיל [י"א].

דהנה, ע' ברא"ש [פ"ק סי' י"א] שכ' בדין אין שמין לגנב ולגזלן, [ודלא כמזיק שנותן לו נבילה ומשלם השאר], וז"ל "בר מגנב וגזלן שצריך לשלם לו בהמה וכלים שלמים, והנבילה והשברים לגנב ולגזלן, דבגנב כתיב חיים שנים ישלם, בגזלן כתיב "והשיב את הגזילה אשר גזל" כעין שגזל, ומיהו מעות יכול ליתן לו דמ"ל הן מ"ל דמיהן כיון שיכול לקנות בהן כעין שגזל, אבל לא דבר שיצטרך לטרוח ולמוכרו ולקנות בדמים כעין שגזל" עכ"ל.

בדברי הרא"ש נאמרו ג' דינים:

א] כשמתה הבהמה הגזולה, ומקיים דין "ושילם", יש דין לשלם בבהמה וכלים אחרים, וזה ילפינן מ"כעין שגזל", והיינו דאף דעיקר דרשה ד"כעין שגזל" מלמדנו שצריך שגוף החפץ שגזל יהיה כעין שגזל ולא ישתנה, כאן למדנו עוד דגם אחרי שאין גוף החפץ קיים צריך מדין "ושילם" לשלם בהמה אחרת, וגם בדין זה מתקיים דין ד"כעין שגזל".

ב] גם כשאינו משלם בהמה אחרת יכול לתת מעות כיון שע"י המעות הוא יכול להשיג בהמה אחרת שגם זה "כעין שגזל", והרא"ש ביאר שהסברא בזה היא מצד "מ"ל הן מ"ל דמיהן".

ג] אין לשלם בסובין או בנבילה עצמה כיון שיש טרחא למוכרם לקנות בהמה שלימה, ולהכי בזה כבר לא חשיב התשלומין "כעין שגזל" כמו במעות.

למדנו מהרא"ש ב' חידושים:

א] ברא"ש מבואר שדין "ושילם" אינו דין בפנ"ע בלי שייכות לדין "והשיב", וכשי' הרמב"ם וכדדייק הגר"ח, אלא דהרא"ש אזיל בזה לשיטתו בב"מ [כ"ו] וכשיטת התוס' במכות [ט"ז] דדין "ושילם" הוא קיום של המ"ע ד"והשיב", וההוכחה לזו היא דלדעת הרא"ש נאמרו הלכות של "כעין שגזל" בדין "ושילם", ומה"ט צריך לכתחילה לשלם בהמה שלימה אחרת, או במעות במקומו, ולפי הרמב"ם ד"ושילם" הוא דין נפרד, א"כ לא שייך כאן דינים של "כעין שגזל" ופשוט.

ב] עוד למדנו מדבריו, דדין "ושילם" הוא העמדת החפץ, וזה מוכרח ממה דלכתחילה בעי לתת בהמה או כלים שלמים, וכן ממה דצריך לתת מעות בתורת "מ"ל הן מ"ל דמיהן" כדי שיוכל לקנות ולהעמיד את החפץ, ומה"ט באמת לא מהני בסובין, ואם כל התשלומין היה רק להשלים את ההפסד של הגזילה, א"כ מה אכפת לן מה שאינו יכול לקבל את החפץ של הגזל.

**מקשה דדבריו סותרים דבריו בסוגיין, ומכאן מוכרח עוד דלא המחנ"א.**

ומעתה דברי הרא"ש סותרים זא"ז, דהוכחנו ברא"ש [י"א] דהחיוב גזילה הוא להעמיד את החפץ, וכשיטת הרמב"ם [בבורות], ומאידך, הכא בסוגיין [ס"ה] מבואר ברא"ש דהחיוב הוא לשלם על ההפסד של הגזילה, וכהראב"ד בנזיקין, [דאי כהרמב"ם השווי היה צריך להשתנות, וכטענת המחנ"א], וצ"ע.

אולם יתירא מזו קשה ברא"ש, דאיכא בדבריו סתירה יותר מפורשת, דהרי מהך סיבה שסובין לא מהני לעיל [י"א] שאין בהם העמדת החפץ, כמו"כ לא ייחזיקו זוז היכא שנתייקר ושוה עכשיו ד', ובסוגיין נקט דמסברא מהני זוז, וקשה, שהרי אין בזוז כדי העמדת החפץ כמו שאין בסובין העמדת החפץ, ויותר 'רחוק' השוק של אתמול מלקנות על ידי סובין בשוק של היום, וצ"ע.

ויתירא מזו, הרי הסתירה הוא בשורש החיובים של דין "ושילם", דאף אם בנזיקין יש ספק אם התשלום הוא על הנזק או להעמדת החפץ, אבל בגזילה מוכרח שזה להעמדת החפץ, וכמש"כ בהדי' [י"א], דכיון דשיטתו היא דה"ושילם" בא במקום ה"והשיב", ואינו תשלום חדש בפנ"ע, א"כ ע"כ שבא להעמיד את החפץ שהיה צריך לעשות בו "והשיב", ואם לא כן לא שייך כלל ל"והשיב", ורק שהוא תשלום נפרד על הגזילה עצמה, וכל השייכות לדין "והשיב" היא רק עד כמה שזה מעמיד חפץ דומה לחפץ שהיה מקיים בו "והשיב", ונמצא בדבריו בסוגיין סותרים לעיקר הגדר ד"ושילם" לשי' הרא"ש.

#### מוכיח שלא דנים ב'גדר' החיוב אלא ב'זמן' החיוב.

ומכל זה מוכרח שהנידון הוא נידון אחר, והיינו שאין הנידון כדעת המחנ"א מה 'הגדר' של התשלומין [מידה או דמים] דכבר נתבאר דבזה גופא חלוקין גזילה ומזיק, אלא שכל הנידון בזה הוא מתי 'שעת החיוב' וכלשון המשנה - משלמים "כשעת הגזילה", והיינו שיש נידון 'מתי' שעת החיוב ולא 'מה' גדר החיוב, עוד מוכרח שהנידון הוא או בשעת אונסים כשנאבדה ולא בשעת העמב"ד, וכדהוכחנו לעיל מדברי הרא"ש.

ולכן נראה לבאר את הדברים עפ"י מה שיש לדון דמה בין שומרים לגזלן וגם שם הנידון הוא בשעת אונסים, וכבר פתחו את הענין בראשונים, וכדיבאר.

**מביא מהגרש"ק לבאר את דברי הראשונים סוף המפקיד שדנו לחלק בין שומרים בשעת האונסים לגזלן כשעת הגזילה, והחילוק הוא מתי הושלמה הלקיחה מבית בעלים.**

והביאור בזה עפ"י הראשונים בסוף המפקיד – עיין בזה בשטמ"ק [ב"מ מ"ג בשם הרמב"ן וריטב"א] - שהק' דמ"ש גנב דחייב באיתבר ממילא כשעת הגזילה [בנתיקת מא' לד'] ושומרים חייבים כשעת האונסים, ות' דכיון דאינו ברשותו דבעלים ע"י הגזילה שוב מחייבין ליה על הגזילה עצמו, ורק בשומרים שזה ברשותו של הבעלים ולכן הוא יכול להקדישו, ולכן רק חייבים בשעת האונס, ועיין בהערה <sup>72</sup>, וע' קצה"ח [סימן רצ"א ס"ק א'] שהקשה שא"כ למה לר"ל דס"ל דגם בגזלן יכול הבעלים להקדיש, דלמה לדידיה חייב כשעת הגזילה, הא לדידיה שפיר היה לו להתחייב כשעת אונסים כשומרים.

72 וז"ל השטמ"ק שם "אני תמה כיון דאמרינן דכי איתא הדרא למרא בעיניה ורחמנא חייביה לגזלן באונס אמאי לא מחייב באונס דהשתא כו', ותברא דממילא נמי איהו מחייב עלה דהא חייב באונסין כשואל אטו כה"ג מי לא משלם ד', וי"ל דשאני שואל דמשעת משיכה מחייב במזונותיה ולא מחייב באונסין עד שעת שבורה ומתה וברשותא דמאריה הוא למכירה וק"ו להקדש, אבל גזילה כיון דמשעת משיכה מחייב באונסין ונפקא נמי מרשות בעלים להקדש לא מחייבין ליה באונסין אלא דשעת משיכה, דגזילה כשעת שבורה ומתה דשואלה, וההיא שעתא חייב עלה. הרמב"ן ז"ל – עכ"ל.

ועיין במילואי חושן [שם] מה שהביא מהגרשש"ק דלסימנא בעלמא נקט אבל אין זה עיקר הטעם לחלק ביניהם, אלא דעיקר החילוק הוא כדהביא שם מהגרשש"ק משיעוריו [מודפסים בספר הזכרון הגר"י פרנקל], ותמצית דבריו שם הם שיש לדון מתי נגמרה הלקיחה מבית בעלים, שבשואל ושומר שידו כיד בעלים והרי רשותו עומדת לו כרשות המפקיד ומחזיק עבורו, א"כ אין לקיחה ממנו עד האונס שכבר אין חפץ בעולם, אכן בגזלן שמחזיקו כנגד הבעלים, א"כ מיד נגמרה הלקיחה, וזה רואים בשיטת ר"י בזה שכבר א"י להקדיש, אבל היסוד קיים לכו"ע, שבגזלן הלקיחה מבית בעלים נגמרה מיד, לעומת שומרים שכל הלקיחה היא עבור הבעלים ולא נגמרה אלא באונסים, ומבואר בראשונים שכיון שחלוקין ביניהם לגבי זמן חלות החיוב שזה בזמן גמר הלקיחה מבית הבעלים, לכן גזלן משלם כשעת הגזילה ושומרים כשעת אונסים, עכתו"ד.

ובעיקר דברי הראשונים, עיין להלן [סימן י"ג בסוג' תברא ושת'] שהבאנו את דרכו של הברכ"ש בדברי הראשונים הללו.

**מבאר את הסוג' עפ"י דבריהם – שהדין והשיב שמחייב השבה סותרת לגמר הלקיחה מבית בעלים, ולכן יש מקום לדון דרק בסילוק הוהשיב דאז חיילא גמר הלקיחה, ומבאר בזה את פלוגתת הרא"ש ורש"י, ומיישב את הסתירות ברא"ש, ומבאר למה קס"ד ברש"י דגם בכחש אמרינן כן.**

ונראה דבנידון הזה דנו גם הכא, והיינו שאף שברור החילוק בין גזלן לשומר לגבי זמן גמר הלקיחה וממילא לגבי זמן חלות החיוב, אכן יש לדון מסבא אחרת שאולי בגזלן לא נגמרה הלקיחה מבית בעלים מיד, והוא מחמת הדין השבה, ונבאר את הדברים, דהנה יבואר להלן [סימן יט] מהאחרונים שקנין שינוי אינו קנין בפני עצמו, אלא שלפי האמת יש סיבה בתחילת הלקיחה לקנות לגמרי את הגזילה, אלא שע"י הדין והשיב יש עיכוב בקנין ונמצא שהקנין הוא רק ב'בכח', וע"י השינוי יורד ה'והשיב', ואז הוא ממילא קונה לגמרי וקנינו בכח נהיה לקנין בפועל.

ונתבאר להלן [סימן יט] שאין הביאור כפשוטו שיש ב' כחות זה מול זה, לקיחה מול 'והשיב', אלא שיש כאן סתירה יותר עמוקה, והיא, שיש ב' סיבות הפוכות בפועלות בלקיחה עצמה, והיינו שעד כמה שהלקיחה היא סיבה לקנות, היא גם סיבה הפוכה להשבה, ונמצא שעד כמה שהלקיחה מחייבת השבה היא לא יכולה להיות סיבה בפועל לקנות שהרי הדין השבה הוא סתירה בלקיחה עצמה, ודו"ק.

ונראה דע"ד זו נראה לומר גם הכא, דקס"ד דלקיחה המחייבת תשלומין לא נגמרה כל זמן שיש השבה בחפץ, דאע"ג שהלקיחה עצמה מחייבת השבה וע"כ שיש כאן גמר הלקיחה מיד שמחייבת השבה אבל אחרי שהיא מחייבת השבה שוב דיינינן שחסר במחייב ובגמר של הלקיחה, שהרי כל מה שניתן לחלק בין שומרים לגזלן הוא שבשומרים הלקיחה והחזקה היא 'בעד הבעלים' וממילא דשוב אינה 'נגד הבעלים', לעומת גזלן שהלקיחה מעמידה את החפץ לגזלן ולהחזקתו כנגד הבעלים, אבל כיון שיש השבה בגוף הלקיחה עצמה הרי שוב דיינינן שהלקיחה לא מעמידה לו את החפץ אלא אדרבה היא מעמידה אותה להשבה לבית בעלים, ולכן רק בנאנס הושלמה הלקיחה המחייבת, ודו"ק, ושוב הדרא דינא דבשעת אונסים נתחייב.

ונראה שהרא"ש למד שמסברא נגמרה הלכיה מיד ולכן הוא לא מצריך פסוק, ודעתו כדעת הראשונים סוף המפקיד שחילקו כפשוטו בין שומרים לגזלן, ובזה פליג רש"י שמסברא נקטינן שהלכיה לא הושלמה, ולכן צריכים פסוקים לחדש שאעפ"כ יש לקיחה מיד לענין החיוב הדמים, וממילא שמיד נקבע החיוב תשלומין כשעת הגזילה, וזה דינא דכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה.

ובזה מיושב הסתירות ברא"ש, דמצד אחד סובר הרא"ש שמשלמים מסברא כמו שעת הגזילה ואעפ"כ הוא לא יכול להביא סובין, כיון שאין בהם דין מה לי הן מה לי דמיהן כיון שיש טירחא למוכרם, ושאלנו, הרי ביוקרא האיד מהני לשלם לו דמים כשעת הגזילה שהרי לא יתכן לקנות את החפץ של הגזילה אחרי היוקרא של שעת העמב"ד, ולא שייך כלל סברת מה לי הן מה לי דמיהן וגרע מסובין.

והתשובה כך: זה ודאי שלא היה דיון שצריכים לתת לו אפשרות בפועל לקנות את הגזילה, שהרי לא סוברים לפי מידה משלם [שצריך לשלם ממון כדי שיוכל לקנות את החפץ עכשיו] וכהך צד במחנ"א, אלא שחיובו כך, דלכתחילה יש דין והשיב, ובלי והשיב יש 'ושילם במקום הוהשיב', ודין זה נקבע בשעת הגזילה והיינו בזמן גמר הלכיה שזה מיד, ודמי החפץ מיקרי 'ושילם במקום והשיב' מחמת סברא דמה לי הן מה לי דמיהן, וזה נקבע מיד וחיילא חיוב של 'ושילם במקום הוהשיב' מחמת סברא זו מיד בלקיחה, ולא דנים כל רגע ורגע אי מצי לקנות בדמים הללו את החפץ או לא שהרי חל כבר חיוב דמים שנקבע בו דין 'ושילם במקום הוהשיב' מיד בלקיחה מסברת מה לי הן מה לי דמיהן, ולכן לא אכפת לן יוקרא, אכן שאני מהם סובין, דלכתחילה לא נכללו בכלל הדין של 'ושילם במקום הוהשיב' כיון שטירחא למוכרם, אכן דמים דמיקרי 'ושילם במקום והשיב' מחמת האפשרות לקנות נקבע כך מיד בלי לדון כל רגע ורגע על האפשרות בפועל לקנות, ולכן לא אכפת לן יוקרא, ודו"ק.

עפ"י כל הנ"ל מיושב נמי מה דמבאר ברש"י דקס"ד דגם אי הוכחש חייב כמו הכחש ולא רק בזולא חשבנו כן, ולפי דרכו של המחנ"א תמוה, ולהנ"ל א"ש שרק נגמרה הלכיה אחרי שהחפץ כבר הוכחש ורק על חפץ כזה שהוכחש חייבים 'ושילם במקום והשיב'.

**מקור לדברינו מדברי הגר"ח בגזילת עבד שנתחייב בשעת מיתת העבד ויש לדון אי חייב כשעת אונסים או כשעת הגזילה, ומעורר הערה גדולה דלפי"ז יש כמה אופנים של גזלן שלא משלם כשעת הגזילה.**

נראה - דעיקר הסברא שהוזכרה כאן בביאור הסוגי' מוכרחת מדברי הגר"ח: הבאנו לעיל [סימן ח'] את דברי הגר"ח בגזילת עבד בשיטת הראב"ד שנתחייב בדין ושילם אף שאין והשיב וזה משום שדין ושילם הוא אחר דין אחר וזה חיוב מדין מזיק דגזילה.

והוסיף הגר"ח, דרק חייב בדין ושילם בשעת מיתת העבד, וביאר - וזה לשונו "דהיכא דאיתנהו לעבדים בעין אז שפיר אמרינן דהואיל וגופם אינו נגזל ע"כ ממילא לא חלה המעשה גזילה וחיובא דידה כלל, כיון דהרי הן ברשות בעליהם בכל מקום שהן, מה שאין כן בליתניהו בעין אז חיילא המעשה גזילה ומתחייב ע"ז בתשלומין", והיינו דכיון דליכא קניני גזילה בעבד שוב אמרינן "דהרי הן

ברשות בעליהם בכל מקום שהן", ואז אמרין דכבר "ליכא בהו מעשה גזילה עד מיתתן, שאז כבר אינם ברשות בעלים".

למדנו יסוד - שהדין לקיחה מבית בעלים בגזלן הושלמה מיד בשעת הגזילה מחמת הקנייני גזילה, ולכן כשאין קנייני גזילה שזה ברשות הבעלים דאז באמת לא הושלמה הלקיחה ואז חסר בכל המעשה גזילה המחייבת ושיולם, ואז לא חל החיוב עד מיתתן שכבר אינם ברשותו, וזה דומה ממש לדברי הראשונים בשומרים, שכל מה שלא חל החיוב בלקיחה הוא מחמת זה שהיא ברשות המפקיד והיינו דהקנייני גזילה בגזלן מגדירים אותו כאינו ברשות בעלים, ורק אז נשלמה הלקיחה מבית בעלים, והיינו ממש כדברינו הכא.

אולם מעתה יש הערה גדולה, דלפי"ז משכחת לה גזלן שאינו משלם כעין שגזל לפי האמת ורק ישלם כפי שעת האונסים, דדומה לשומר, ודו"ק, והבאנו לעיל [סימן ח'] מהאבי עזרי שגם בגזלן ברשה"ר ליכא קנייני גזילה וכן בגזלן ע"מ לאבד, וחייבים בהם בדין ושיולם כעין דברי הגר"ח בגזלן עבד, ובכל כה"ג יתחדש לפי הגר"ח שאין דין קרן כעין שגנב, ודו"ק, וכל זה חידוש גדול.

והיה מקום לחלוק על הגר"ח בזה ולומר דחיילא מיד הדין ושיולם אף דאין קנייני גזילה, דסו"ס השליטה של הגזלן בחפץ כנגד הבעלים מגדיר את החפץ כאינו ברשות הבעלים גם בלי קנייני גזילה, ועיין בהערה <sup>73</sup>, ושוב נימא דגם עבדים לא דומים לשומרים שמחזיקים עבור הבעלים והכא הרי הגזלן מחזיק כנגד הבעלים וגם בעבד ומשיכה ברשה"ר יתחייב מיד, דמיד נגמרה הלקיחה, ודלא כשומרים, והדרא דינא כקרן כעין שגנב.

ולפי דברינו, אדרבה שהדין יצא איפכא ממש מהגר"ח, דהכא פשיטא לן לאידך גיסא דדינא דקרן כעין שגנב פשוט, עד כדי כך שכאן לא בעינן פסוקים גם לרש"י, שהרי כיון שאין והשיב בעבדים שוב ליכא קס"ד דלא נגמרה הלקיחה, ואדרבה מיד נגמרה לכו"ע מסברא, בלי פסוקים, ודו"ק.

האיך שלא יהיה - עיקר הסברא בסוגי' כבר מפורש בדברי הגר"ח ודו"ק.

**שי' רש"י - מבאר שי' רש"י בפסחים, ומקשה למה לי תרי קראי בקרן לרש"י, ומוכיח דלא כהמחנ"א ברש"י, מבאר למה לי תרי קראי.**

המחנ"א הביא מרש"י פסחים [ל"ב]. דילפינן מכעין שגזל "כמה שגזל", וזה דינא דכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה, ולמדנו חידוש, דמצד אחד מבואר ברש"י דאף דמיירי בתשלומין ד"ושילם", אבל דרשינן "כמה שגזל" מקרא ד"והשיב", ומבואר ד"ושילם" הוא קיום דין "והשיב", וכשי' התוס' ורא"ש ולא כשי' הרמב"ם, וזה מפורש נמי ברש"י [ד:]: דמיירי שם בחיובי מזיק לענין מיטב והביאו גזלן, והביא רש"י קרא ד"והשיב" את הגזילה" ותמוה, הא בהשבת גוף הגזילה ליכא מיטב, ומוכרח דגם בדין "ושילם" באינו בעין מתקיים "והשיב".

73 והיינו דכבר נחלקו הראשונים בזה כלפי הדין שהבעלים א"י להקדיש את הגזילה מחמת הדין אינו ברשותו, ונחלקו האם זה תלוי בקנייני גזילה או בחסרון שליטה אכן בדין זה של השלמת הלקיחה י"ל דכו"ע מודי דחסרון שליטה מגרעת ומיקרי לקיחה, ודו"ק.

והנה ברש"י מבואר דאיכא גזה"כ ד"כמה שגזל" דיליף מקרא ד"והשיב", ואיכא קרא דאחי' לקרן, ולמה בעי תרתי, וי"ל דקרא דאחי' רק בא לאפוקי כפל ודו"ה ודין קרן יליף מאשר גזל, אכן ברש"י [ס"ד:] מבואר דגם לקרן בעי קרא דאחי'.

וצ"ל דאיכא קרן דגניבה ואיכא קרן דגזילה, וכבר הבאנו לעיל [סימן ט'] בסוגי' דשטרות דב"חיים שנים ישלם" כתוב קרן דגנב, ואף דכל גנב הוא גזלן ובכל גנב איכא נמי קרן ד"והשיב" וקרן ד"ושילם", חוץ מהמחייב דקרן דגנב, אכתי איתרבי ביה קרן דגנב לענין דין "ונמכר", והיינו דאי מצד גניבה היה חייב רק כשעת אונסים ואין הדין "ונמכר" נמדד יותר משעת הגניבה, ולהכי איצטריך קרא דגם מצד הגניבה הוא משלם כדמעיקרא, וכן באופן שאין קרן דגזילה וכגון בע"מ למיקט, וגם בזה היה קס"ד שיהיה כשעת אונסים ועל זה בעינן קרא דאחי' לקרן.

והביאור בזה שיש דין לקיחה ויש דין גמר הלקיחה, וקס"ד שאין גמר הלקיחה מיד מחמת הדין והשיב, וכנתבאר דבעינן בזה גזה"כ, ונתחדש בגזה"כ של "אשר גזל" דלקיחה של גזילה מיקרי לקיחה שמחייבת ושילם מיד, אכן כבר נתבאר לעיל [סימן א'] דחלוקין נינהו לקיחה של גזלן מלקיחה של גנב, וב' צורות שונות של לקיחה נינהו, זה עיקרו בעיכוב ממון וזה עיקרו במעשה נטילה, הלכך בעינן ב' פסוקים לחדש של כאן גמר הלקיחה גם כלפי גזלן וגם כלפי גנב ודו"ק.

ועיין להלן [סימן י"א] שתוס' הוא שיטה שלישית שצריכים פסוק אבל סגי לן בפסוק של גזילה, עיי"ש.

**עוד בדברי הרא"ש בקרן כעין שגנב, דקס"ד דאיכא המשך לגזילה, ואית ביה דין שומר.**

בתחילת דברי הרא"ש בקרן כעין שגנב, עיי"ש דמיירי בהוזל מד' לא', וכ', דאי איתבר ממילא פשיטא דאינו חייב דבשעת שבירה לא קעביד מידי ומשמע דאי הוי עביד היה סיבה לפוטרו מד' ולחייבו א', וכ"כ בהד' בהמשך דכששברו בידים חייב כהתחלה, ולא זוז, דלא יהא חוטא נשכר, ומבואר דלולי סברת חוטא נשכר היה משלם כדהשתא.

וקשה, דאיזה סברא איכא בזה, ונראה דעכ"פ זה מפורש בדבריו דהשבירה דאח"כ הוא המשך של הגניבה, ואינו מזיק בעלמא רק המשך וגמר להך גניבה ראשונה, [ושי' זו יבואר להלן בתו"ש בשי' הרמב"ם דחייב כפל כשעת השבירה], ולהכי קס"ד לדון את כל החיוב גניבה כפי ערכו בשבירה, דאין זה חיוב אחר, רק המשך חיובא דגניבה.

אולם גם אחרי הקדמה זו אכתי ק', דאף דזהו הגמר והמשך דגניבה קמיינא, אכתי לא שייך לומר דנעלם גניבה ראשונה, דדל מהכא תברא דידיה, הא כבר גנב הוא וחייב על הגניבה, ורק כשעלה מא' לד' שייך לדון כנ"ל לחייבו טפי, אבל לפוטרו לא שייך, ולמה ליה להרא"ש לבא לסברת "חוטא נשכר", וצע"ג.

עוד יש להעיר בדברי הרא"ש, דקס"ד דאם איתבר ממילא וע"י פשיעה, דאז יהיה חייב כזמן השבירה כשומרים, וחידש הרא"ש דגזלן לא קיבל שמירה, ומשמע שאם היה לו דין שומר היה משלם כשעת השבירה, וצ"ל דכוונתו דגם כשנשבר באונס דחייב מדין שומר, דיהיה חייב באונסין כשואל, וזה דוחה הרא"ש דאינו כשומר וחייב על שעת הגזילה, ומבואר בדברי הרא"ש דחידושו של רב בקרן

כעין שגנב, שאין החיוב אונסין דגזלן [מקרא ד"ושילם"] מדין שומר, וכל זה צ"ע ועיין בהערה <sup>74</sup>.

---

74 ואולי הביאור כך, דקס"ד דבגזה"כ ד"ושילם" נאמרה דהתורה העמידה אותו כשומר ואוקמי' ברשותו לאונסים כיון שבטלה דין "והשיב", וקמ"ל רב דאדרבה, החיוב "ושילם" לא בא כשבטלה "והשיב", רק הוא חיוב תשלומין מדין "והשיב" עצמו, ולכן החיוב "ושילם" הוא כשעת הגזילה כשעת חלות ה"והשיב".

ונ' עוד, דיתכן לומר דגם בקס"ד ידעינן דדין "ושילם" מדין "והשיב" הוא, רק דקס"ד דעצם הדין "והשיב" מעמידו כשומר ומחייבו בשמירתו ובאחריותו, וכל זה כדי שיעמיד את החפץ לקיים בו דין "והשיב", וממילא דכשאינו בעין חייב כשומר מעכשיו, וקמ"ל דאינו דין שמירה ואחריות אלא שהוא דין נוסף בקיום המ"ע ד"והשיב", ולכן חייב כשעת הגזילה, ויתכן שהדברים מתבארים עפ"י הראשונים שהבאנו לעיל בסוף המפקיד.

## סימן י"א

בדברי התוד"ה גופא אמר רב, ובדין ג' אגודות,  
ובביאור שי' התוס' רי"ד בקרן כעין שגנב.

פרק א' בדברי התוס', ובסוגי' דג' אגודות, דתלינן דין ושילם דין והשיב אהדדי. / /  
הערה בפשט בתחילת התוס'. / / מבאר למה לרש"י ליכא קושי' התוס'. / / פלוגתת רש"י  
ותוס' והרא"ש האם איכא ב' פסוקים או פסוק אחד או סברא בעלמא. / / בהמשך התוס', ובגזל  
ג' אגודות, ומביא פלוגתת רש"י ותוס', ומיישב שי' רש"י, ומבאר דרש"י ותוס' לשיטתיהו א"ש  
דושילם מדין והשיב, ומתמה בזה על שיטת הרמב"ם. / / ביאור שיטת הרמב"ם והראב"ד, דאף  
דושילם שייך גם בלי והשיב וב' גדרים נינהו וגם בנתמעט דין והשיב בכלל וכפרט אכתי איכא  
ושילם.

פרק ב' תוספת ביאור בעיקר הדין קרן כעין שגנב וכפל כשעת העמב"ד, ודרכו של התוס'  
רי"ד בדין קרן כעין שגנב. / / בדברי הגרא"ל מאלין זצ"ל בגדר הדרשה דאחי' דביסודו קאי  
על הקרן אף שהנפ"מ של המיעוט הוא כלפי הכפל. / / בקושי' הרי"ד. / / בתוס' רי"ד איכא  
חידוש מיוחד בדין קרן כעין שגנב שיש השלמת התשלומין עד ד' גם במקום והשיב, שכל גנב הוא  
גזלן ויש דין קרן מצד גזלן ומצד גנב. / / ראיות לשיטתו שמתחלקים הנך תרי דינים. / /  
שורש פלוגתת הראשונים והרי"ד בעיקר דין גניבה בלי עיכוב ממון, ודן בזה בדין גונב ע"מ  
למיקט לפי דעת הרי"ד, [ודן בזה עוד עפ"י מה שיש לחקור בגדר המזיק שבגנב שנתחדש  
בגר"ח]. / /

פרק ג' בחידוש של הרי"ד בדין כפל כשעת העמב"ד. / / בדברי התוס' רי"ד, בביאור  
חידושו בדין כפל כשעת העמב"ד שכפל הוא הכפלה של הקרן ולכן בעינן דווקא קרן של והשיב  
בשעת העמב"ד. / / מתמה האם יש והשיב של גנב או רק של גזלן, ומוכיח ששיטת הרי"ד שאין  
והשיב של גנב. / / ביאור דברי הרי"ד עפ"י הנתבאר לעיל שיש דין מיוחד של קרן של גנב בלי  
עיכוב ממון, אכן אין זה עיקר הדין קרן של גנב, ולכן ליכא ביה דין כפל אלא בקרן של עיכוב  
ממון. / / בדברי התוס' רי"ד, בביאור חידוש השלישי, בדין כפל כשעת העמב"ד כשאין החפץ  
בעין, קושי' על הרי"ד בנתייקר, וביאור בזה. / / הערות.

## פרק א'

בדברי התוס', ובסוגי' דג' אגודות,  
דתלינן דין ושילם דין והשיב אהדדי.

## הערה בפשט בתחילת התוס'.

"במסקנה דמילתא" וכו' וביאר רעק"א [בחדש] דלולי הך הקדמה היה אפ"ל  
דקמ"ל רב דעל הפיטום הנוסף אין גניבה חדשה בחצירו, ואין בזה גונב מן הגנב,  
ולכן דיינינן כשעת הגניבה, דחידוש זה לא קמ"ל מתני', ועל זה אמר רב דתמיד  
קרן כעין שגנב [והארכנו במק"א בדבריו, והנידון בזה הוא דמצד א' שאני פיטום  
מיוקרא שהחפץ שניתווסף לא היה בגניבה הראשונה, ומצד שני י"ל דכיון  
שהחפץ עצמו נתפטם, הרי הוא בכלל הגזילה הראשונה], וזה שאמרו תוס'  
דלמסקנה אין כזה חידוש ברב.

## מבאר למה לרש"י ליכא קושי' התוס'.

והנה לרש"י ליתא לתי' התוס', דלרש"י בעינן גזה"כ גם לקרן וגם זה קמ"ל רב,  
והדרא קושי' התוס' לדוכתא דמה קמ"ל רב, אכן נ' דלפום סברת רעק"א הרי

לרש"י לק"מ קושי' התוס', דהרי שי' רש"י דסברא דאנא פטימנא רק קאי על פיטום בידים, ומש"כ תוס' דלהלן בסוגי' [ס"ו] אמרו סברא גם על פיטום דממילא, הרי רש"י שם מבאר באופ"א ולדידיה נשאר דינא דרב על פיטום דממילא ג"כ, ולזה איצטריך חידוש דרב.

**פלוגתת רש"י ותוס' והרא"ש האם איכא ב' פסוקים או פסוק אחד או סברא בעלמא.**

אולם נראה דבלאו הכי לק"מ קושי' התוס' לרש"י, דברש"י מבואר דבעי קרא לגזילה וזה ילפינן מאשר גזל וכמוש"כ רש"י בפסחים, ובעי עוד קרא לגניבה וזה ילפינן מאחי' לקרן וכו', וי"ל דמתני' דכל הגזלנים בעי לענין גזילה ורב חידש לענין גניבה, ואף דכל גנב חייב נמי מצד גזלן, אבל נפ"מ לענין ונמכר ונפ"מ לגונב ע"מ למיקט, ופשוט [וע' פנ"י עוד סברא לחלק בין גנב לגזלן].

ומתוס' מוכרח דאין קס"ד לחלק בין גניבה לגזילה בענין זה ודו"ק, וצ"ב שורש פלוגתתם וי"ל דלתוס' דזה סברא ורב קמ"ל סברא, א"כ הך סברא קיים בגזילה ומסברא שייך גם בגניבה, אבל לרש"י שזה פסוק א"כ לא ילפינן גניבה מגזילה.

אולם אינו כן שהרי הבאנו לעיל [ריש סימן י'] מהמחנ"א שדייק שגם לפי תוס' בעינן פסוק, ונראה דכן מדויק בדבריו, שהרי כתבו התוס', אחרי שחידשו דרב רק בא לחדש את הדין של כפל [כיון דעיקר דינא דכל הגזלנים ידעינן כבר לפני רב], דמזה מוכרח דע"כ שהפסוק איירי בכפל ולא בקרן, ומבואר דלולי קושי' זו עיקר הדין של כל הגזלנים משלמים בשעת הגזילה בעי קרא אלא שזה לא הפסוק של רב, ומשמע שבאמת צריכים בזה פסוק אלא שממילא יש בזה כבר פסוק, וע"כ הכוונה כמו שהביא רש"י בפסחים, ונמצא שכל פלוגתתם היא האם איכא עוד פסוק בגניבה או לא.

נמצא דג' שיטות בדבר, לפי הרא"ש הכל מסברא, ולפי רש"י יש ב' פסוקים, ולפי התוס' יש פסוק אחד, ודו"ק.

ולפי דברינו לעיל [סימן י'] הביאור כך, דכבר נתבאר שיש דין לקיחה ויש דין גמר הלקיחה, וקס"ד שאין גמר הלקיחה מיד מחמת הדין והשיב שמחייבו לעקור את הלקיחה, ואי לא נגמר הלקיחה שוב אינו משלם כפי הזמן שהוא עד שנגמר הלקיחה, כעין שומרים, ובזה נחלקו, דדעת הרא"ש, דליכא סברא כזה לכן פשוט שנגמר הלקיחה, ודלא כשומרים, אכן לרש"י ותוס' בעינן בזה גזה"כ לומר שנגמרה הלקיחה, ובשיטת רש"י למדנו שנתחדש בגזה"כ של "אשר גזל" דלקיחה של גזילה מיקרי לקיחה שמחייבת ויתחייב לשלם מיד, אכן כבר נתבאר לעיל [סימן א'] דחלוקין נינהו לקיחה של גזלן מלקיחה של גנב, וב' צורות שונות של לקיחה נינהו, זה עיקרו בעיכוב ממון וזה עיקרו במעשה נטילה, הלכך בעינן ב' פסוקים לחדש שיש כאן גמר הלקיחה גם כלפי גזלן וגם כלפי גנב ודו"ק, וזו שיטת רש"י.

אכן שיטת התוס' כרש"י דבעינן לזה פסוק, אולם תוס' היא באמת שיטה שלישית, שצריכים פסוק אבל סגי לן בפסוק של גזילה, וזה משום שהפסוק 'מגלה' שאין בכחו של והשיב לעכב את גמר הלקיחה, ושפיר חשיב מעשה גזילה מיד, ורק

לרש"י לא הוי גילוי מילתא אלא דין מסויים בכל צורה של לקיחה ולקיחה, ודו"ק.

ויש להעיר בעיקר שיטת רש"י שיש בזה ב' פסוקים וב' דינים, חד בגנב וחד בגזל, דבאמת מדויק בנוסח הדינים לחלק בין גניבה לגזילה.

דבגנב פי' רב "כעין שגנב" ובגזילה לא כתוב "כעין שגזל" רק "כשעת הגזילה", והיינו שיש ב' צורות של לקיחה, דבגניבה שהמעשה הוא עיקר המחייב ולכן דיינינן מצד המעשה של הגברא ואמרינן 'כעין שגנב', ובגזילה שהעיכוב ממון עצמו בלי המעשה הוא עיקר המחייב, לכן לא דיינינן מצד המעשה גזילה, רק כ"שעת" העיכוב ממון, דהנידון הוא בממון שנחסר ולא במעשה, ודו"ק.

**בהמשך התוס', ובגזל ג' אגודות, ומביא פלוגתת רש"י ותוס', ומיישב שי' רש"י, ומבאר דרש"י ותוס' לשיטתייהו א"ש דושילם מדין והשיב, ומתמה בזה על שיטת הרמב"ם.**

מבואר בסוגי' שם שיש אגודה שהיתה שוה פרוטה בזמן הגזילה ובזמן ההשבה כבר שוה פחות מפרוטה, [ומיירי גם שכבר היתה השבה באגודות האחרות], וזה דומה לחמץ שעבר עליו הפסח שאחרי הגזילה בזמן ההשבה כבר לא שוה כלום.

והנה, בתוס' מפורש ב' חידושים, א] אם האגודה השלישית היתה בעין לא היו חייבים בה בהשבה, ב] הסוגי' איירי דאגודה שלישית אינה בעין, והנידון הוא על התשלומין האם חייבים בתשלומין מדין ושילם או לא, וזהו הראיה מחמץ שעבר עליו הפסח, דאף דלא מפורש במשנה שם דכשהחמץ אינו בעין דצריך לשלם, אבל יש דיוק, דלמה צריך לומר לו הרש"ל, הא אי היה פטור מלשלם בלאו הכי, א"כ מ"ל מה שיאמר הרש"ל או לא, וע"כ דזה פוטרו מעיקר התשלומין ידידה, ודו"ק, וזהו הראיה של הגמ' מהמשנה לג' אגודות.

והק' התוס' דלמה לא הוכיחו מכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, ות' דהכא איכא חידוש דשייך תשלומין אף כשמופקע מוהשיב, דגם אי היה החפץ בעין לא היה בו והשיב, ודו"ק, ואפ"ה כשאינו בעין יש חיוב תשלומין, וזהו דהוכיחו מחמץ.

וממה דמדמינן תשלומין דאינו בעין לוהשיב מוכרח דאזיל לשיטתו במכות [ט"ז] דושילם הוא קיום מ"ע דוהשיב, וכדנקטנו לעיל בריש פירקין בסוגי' דמיעוט דקרקעות [סימן ה'] ובסוגי' דשטר [סימן ט'] בשיטת התוס'.

איברא, דהאז"ש הל' חו"מ [פ"ג - ה"ח, ד"ה וכל, וד"ה אולם] דייק מרש"י דבג' אגודות מיירי בעין, מדכתב שצריך להוליכה אחריו למדי, ולדבריו ההכרעה בסוגי' היא זה גופא שיש חיוב השבה על הבעין, ודלא כהתוס', והסברא בזה, דכיון דחיילא השבה ביותר מש"פ תו לא פקע, וחולק על תוס' דסברי דאין חיוב השבה.

אולם לדרכו של רש"י תמוה ראיית הגמרא, דעיקר ראיית הגמ' משמע כתוס', וכן העיר שם האז"ש דלמה אמרו "טעמא דאיכא בעין וכו'", הרי שהביאו ראיה מחמץ דוקא כשאינו בעין, ולמה לא הוכיחו מחמץ בעין.

ובישוב הקושי י"ל ע"ד סברת התוס' דכיון דתלויין אהדדי והשיב ותשלומין, וכ"ה באמת שי' רש"י דילפינן דין תשלומין בדין והשיב [ד'], וכן הוכחנו מרש"י

פסחים [ל"ב], עיין בכל זה לעיל [סימן י'], א"כ י"ל דזהו נמי שיטתו כאן תלויין אהדדי, והוכחת הגמרא היא שאם מצאנו דין תשלומין א"כ ע"כ שיש חיוב והשיב, ולכן בג' אגודות חייב בהשבה עד מדי.

וכל דברינו הם ברש"י ותוס' דלמדנו דושילם הוא קיום דוהשיב, אבל ברמב"ם מדויק שאינו קיום של והשיב מדלא חשיב ניתק לעשה, וכדהארכנו בזה לעיל מהגר"ח [סימן ח'], ולדידיה הדרא קושי' לדוכתא, דמה תלינן ושילם בוהשיב.

**ביאור שיטת הרמב"ם והראב"ד, דאף דושילם שייך גם בלי והשיב וב' גדרים נינהו וגם בנתמעט דין והשיב בכלל וכפרט אכתי איכא ושילם.**

ובביאור שיטת הרמב"ם היה נראה כך דבאמת יש כאן תמיהא גדולה, הרי הרמב"ם ס"ל שדין ושילם ודין והשיב שני דינים נינהו לגבי ניתק לעשה וכן לגבי עבד ואמה שהאדון לא חייב בדין והשיב אף דחייב מדין ושילם, אכן בראב"ד מוכרח עוד שיש חיוב ושילם על עבד אף דעבד נתמעט מדין והשיב, וא"כ ק"ו מג' אגודות דחסר בדין והשיב רק מחמת זה שאין פרוטה, ואעפ"כ היה שו"ט דיתכן דליכא ושילם, ושיטתו תמוה מאד, דאם עבד נתמעט ואעפ"כ אית ליה ושילם א"כ כש"כ פחמשו"פ.

והיה נראה עפ"י מה שנתבאר לעיל [סימן ח'] בארוכה בגדר הדין תשלומי מזיק שבגניבה, שהדין ושילם מגלה שאף שאין כאן מחייב של מכה בהמה ישלמנה כפשוטו, אכן הדין ושילם מחדש שהמחייב של והשיב שיש בחפצא מחייב חיוב נוסף של תשלומי נזיקין מחמת הך צד נזק שיש במעשה עיכוב, והיינו שבפרשת והשיב נתחדש חיוב תשלומי נזיקין מחודש מצד פרשת והשיב, וכל זה מתגלה בדין החדש של ושילם, ודו"ק.

אלא דא"כ קשה דלמה איכא דין ושילם בעבד שיש מיעוט על והשיב מכלל ופרט, והיינו דבשלמא אי היינו אומרים שבדין ושילם נתחדש דין מכה בהמה ישלמנה מחודש, ואין שייכות כלל בין ושילם לוהשיב, דאז היה פשוט היאך שייך בעבדים, אכן מסוגיין דג' אגודות מוכרח דאינו כן, וע"כ צ"ל כדברינו ברמב"ם שבפרשת והשיב נתחדש חיוב תשלומי נזיקין מחודש, אלא דא"כ קשה דהנך נתמעטו מוהשיב מה שייכא בהו הך דין ושילם.

וביארנו בזה לעיל [סימן ח'] עפ"י מה שהבאנו שם לדמות את הגדר בזה לדין פושע כמזיק וטוט"ג, ששם נתחדש שחל דין מזיק מחודש ודין גנב מחודש מפרשת שומרים, אף בלי שום דין וחיוב אחר מפרשת שומרים, והיינו דאם אך חיילא ביה תורת שומר שוב אית ביה הך דין מחודש של מזיק וגנב מחודש של פרשה זו, וה"ה הכא, אף בלי חיוב והשיב בפועל אכתי חיילא דין מכה בהמה ישלמנה מחודש מפרשת והשיב.

ונראה שזה דומה ממש להתם, שהרי התם איירי בשומרים אחרי מיעוט של קרקע ואעפ"כ איכא דין שומר לענין הנך דינים מחודשים, וה"ה דהכא איירי במיעוט של קרקע, דאין כאן הפקעה בגוף הגזילה עצמה להיות גזילה שאין בה והשיב, אלא שעל החפצא המסויים הזה של עבד וקרקע לא חיילא דין והשיב, אף שנעשה בו סוג גזילה שמצד עצמה יש בה דין והשיב, וזה סגי לדין המחודש של מכה בהמה ישלמנה, ממש ע"ד פושע כמזיק בקרקע.

ומעתה א"ש הסוגי', דאדרבה, דין עבד ודין ג' אגודות שוין, דבתריווייהו ליכא דין והשיב בפועל מחמת חסרון מסויים בחפצא, אף דבתריווייהו נעשה גזילה כזו שמחייבת והשיב, שהגזילה עצמה נעשה באופן שהיא מחייבת והשיב, ורק בכה"ג דנו האם איכא בזה דין ושילם, והסיקו דחילא בזה דין ושילם, ודו"ק, וכל זה מדויק ברמב"ם בספר המצוות שהביא את הדין ושילם בתוך מצוות והשיב ומוכרח דשייכי אהדידי גם אחרי כל דברי הגר"ח, והגדר כנ"ל.

ולפי"ז היה נראה שיש כבר מקום לדון בחידוש האבי עזרי [מובא שם] במשיכה ברשה"ר שאינו מעשה קנין גם בהלכות גזילה, וליכא קניני גזילה וליכא והשיב, וחידש שגם שם יהיה דין ושילם וכנתבאר בגר"ח בראב"ד, וכן פירש בגונב ע"מ לאבד.

ונראה לחלק שהרי התם עיקר עשיית הגזילה היא באופן שאין בה מחייב של והשיב, ולא שלא חל בה מחמת דיני החפצא שגזלו כמו בעבדים, והכא י"ל שאין דין והשיב בעיקר הגזילה ולכן אין גם דין ושילם, ודו"ק.

ופשוט שהבנת האבי עזרי בדברי הגר"ח היא שבדין ושילם נתחדש דין מכה בהמה ישלמנה מחודש, ואין שייכות כלל בין ושילם לוהשיב, אלא דקשה עליו מסוגי' דג' אגודות.

### פרק ב'

**תוספת ביאור בעיקר הדין קרן כעין שגנב וכפל כשעת העמב"ד,  
ודרכו של התוס' רי"ד בדין קרן כעין שגנב.**

**בדברי הגרא"ל מאלין זצ"ל בגדר הדרשה דאחי' דביסודו קאי על הקרן אף  
שהנפ"מ של המיעוט הוא כלפי הכפל.**

יש להעיר בעיקר הדרשה של אחי' לדעת התוס' דעיקרו בא למעט כפל, ונאמר דין בקרן רק כדי שנדייק שאין הדין כן כלפי הכפל וזה דוחק<sup>75</sup>, ועיין בזה בדברי הגרא"ל מאלין זצ"ל [סימן פ' עמוד קצ"ג] שכתב שבאמת עיקר הגדר בהך דרשה דאחי' הוא דביסודו קאי על הדרשה על הקרן אלא שהנפ"מ במיעוט הוא כלפי הכפל.

וביאר את הדברים כך, שבאמת עיקר הדין קרן הוא כשעת העמב"ד כיון שההשבה היא של הבעין עכשיו והדין ושילם הוא מצד מ"ל הן מ"ל דמיהן לקנות על ידו את הבעין, אכן על זה איכא דין של כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה שבא לחדש שהכל נקבע כשעת הגזילה, וממילא שהיה צריך להיות הדין שגם הכפל הוא כשעת הגזילה, אלא שבפסוק של אחי' נתחדש הלכה בהך קרן, ונתחדש שביסודו החיוב הוא באמת כשעת העמב"ד, וכל מה שמשלם כדמעיקרא אינו אלא ריבוי ותוספת דין, אבל אין זה עיקר הדין תשלומין של הך קרן, והנפ"מ בזה היא שכבר אין בחלק הזה של הקרן דין הכפלה, שהדין הכפלה של הקרן הוא להכפיל את הקרן ואין לזה דין קרן לגבי הכפלה, ודו"ק.

75 אף שאין זו קושי' גדולה שכבר אמרו בשם החזו"א שלא נמסרו לנו המפתחות להבין את החלק בתורה של דרשות חז"ל.

הרי לנו ב' חידושים, א' עיקר הדרשה באמת קאי על הקרן, ב' למדנו עוד שבאמת כפל אינו תשלום חדש בלי שייכות לקרן, ואף שהיה נראה כן ממה דשיימנן להו בתרי שומות, אכן האמת היא שגם הקרן הוא כשעת העמב"ד, ועל זה איכא כפל והכפלה, ומה שמשלם מעיקרא אינו אלא תוספת דין, ודו"ק. ועיי"ש עוד שכתב כן נמי ביוקרא, וע"ע במשנת ר"א [סימן י"ז ס"ק י"ד] שכתב נמי בדומה לזה.

#### בקושי' הרי"ד.

והנה - בעיקר קושי' התוס' איכא דרך מחודש בתוס' רי"ד, דהק' קושי' התוס' דמה חדית לן רב הא משנה מפורשת היא, וקושיתו מתפרשת בב' אופנים:

או שכונתו בקושי' דנילף גנב מגזולן דדינו כעין שגנב, והיינו שהרי"ד למד דגם בגזילה וגם בגניבה איכא קרא, עיין בסוף דברי הרי"ד שלמד מ"אשר גזל", והיינו ממש כדהבאנו מרש"י בפסחים, אלא שהקשה דלמה לא נילף חדא מחברתא, ועיין לעיל מה שנתבאר בשיטת רש"י בזה.

ובאופן אחר י"ל דמקשה דכיון דכל גנב הוא גזולן, הרי ממילא משלם כעין שגזול כמו גזולן, ולעיל ביארנו בזה ברש"י דאיכא לאוקמי' לקרא בדין 'ונמכר' ובאופנים שיש גנב בלי גזולן.

**בתוס' רי"ד איכא חידוש מיוחד בדין קרן כעין שגנב שיש השלמת התשלומין עד ד' גם במקום והשיב, שכל גנב הוא גזולן ויש דין קרן מצד גזולן ומצד גנב.**

ותי' הרי"ד דאח"כ, דבאינו בעין כל גנב משלם כדהשתא מדין גזולן, אבל בישנו בעין גזולן פטור מלשלם כדהשתא כיון דמקיים דין והשיב בגזילה, ובכה"ג בגניבה איכא חידוש דאח"כ לקרן כעין שגנב, ויש לעיין בעיקר הגדר בחידוש זה, דמה הגדר בא' של והשיב ועוד ג' של תשלומין, ועיין בהערה <sup>76</sup>.

ונראה דיסוד דברי הרי"ד הם כך - ולהלן בחידוש השני ברי"ד נוכיח כפירוש זה – דנתחדש תרתי, א' כל גנב הוא גם גזולן וחייב בקרן מצד גזולן, ב' בנוסף לזה איכא ב' חובבים של קרן, קרן דגנב וקרן דגזולן, דכמו דבגזילה איכא חיוב קרן, ה"ה דבגניבה איכא קרן נוסף חוץ מדין כפל דבגניבה, וכשמשלם הגניבה מתקיימת שני דיני תשלומין בהדי הדדי, גם קרן דגזולן וגם קרן דגנב.

ומעתה, כשמקיים והשיב כשהוחזר החפץ עצמו, כאן מתקיים גם דין תשלומין דקרן דגניבה אף דוהשיב הוא מדין גזילה, דכיון דגוף הגזילה חזרה הרי ע"כ שהשבה זו כוללת כל הדיני תשלומין.

76 והיינו דכפשוטו היה אפשר לומר שיש תוספת על הדין והשיב דבגזולן יש דין והשיב על החפץ עצמו, ובגנב יש תוספת השלמה על הוהשיב דגזולן אכן לפי"ז יש לעיין דאם בדין "אח"כ" נאמר חידוש שמשנתנה הדין תשלומין של והשיב משווי דשעת העמב"ד לשווי דכעין שגנב, א"כ ה"ה דנימא איפכא, דביוקרא [מא' עד ד'] יפטר מלהחזיר כל הגזילה, ורק יצטרך להחזיר אחד, דבדין אח"כ נאמר דמשנתנה והשיב לכעין שגזל.

אמנם זו טעות דסו"ס ממונו הוא, ואח"כ דמחובת והשיב, רק חייב תשלומין דוהשיב כעין שגנב והיינו על א' מתוך הד', אבל הג' הנוספים עדיין חוזרים מדין ממוני גבך, דלא גרע משואל, אולם גם זו טעות, ואין זה המהלך בדברי הרי"ד.

ובזה חידש רב דמשכחת לה אופן שלא מתקיים תשלומין דגנב בהשבת החפץ, דבהוזה סגי מצד והשיב לומר הרש"ל, ואין יותר חיוב מצד פרשת גזילה, אבל בתשלומין דקרן דגניבה נאמרה הלכה דגם בכה"ג אחי"ל כעין שגנב, ונמצא דבהוזה מארבע לא, הקרן דגניבה עצמו מתחלק, וא' משתלם בתוך תשלומין דוהשיב, והג' הנוספים בממון, ועיין בהערה <sup>77</sup>.

#### ראיות לשיטתו שמתחלקים הנך תרי דינים.

ויש כמה ראיות לעיקר יסוד זה:

דהנה, לעיל [ד'] מבואר דגנב וגזלן הם שני מזיקים לענין מיטב, ומיירי שם לענין הקרן, דכפל נמנה בפנ"ע שם, וק' דכל גנב משלם מיטב מצד גזילה, וי"ל בגונב ע"מ למיקט, אכן לרי"ד י"ל דמשכחת לה כשהוזה, דהרי מצד גזילה מתקיימת והשיב בלי מיטב, ועל הג' הנוספים ישלם רק מדין גנב, ודו"ק.

וגוף הדבר דאיכא ב' דיני תשלומין בהדי הדדי, א' כלפי הגניבה וא' כלפי הגזילה, כן מבואר גם ברמב"ם, שבריש הל' גזילה נאמר דהעשה מנתק כשמחזיר חפץ בעין, וניתן לתשלומין בחפץ לא בעין, ובגניבה בתרוייהו זה רק ניתן לתשלומין, והביאור, דאף דגנב מנתק ללאו דגזילה בעשה דוהשיב, אבל כלפי לאו דגניבה דניתוסף בגנב ליכא עשה, ורק תשלומין מהני בו.

וכבר הבאנו שכן מבואר במיעוט של עבדים וקרקעות מקרן של והשיב ולפי הראשונים שדין ושילם שייך לדין והשיב א"כ גם דין ושילם נתמעט ואיזה קרן איכא שהיה שייך בו כפל, ולמה לי עדיין מיעוט על כפל, וע"כ שיש קרן נפרד של גניבה אחרי המיעוט של גזלן.

**שורש פלוגתת הראשונים והרי"ד בעיקר דין גניבה בלי עיכוב ממון, ודן בזה בדין גונב ע"מ למיקט לפי דעת הרי"ד, [ודן בזה עוד עפ"י מה שיש לחקור בגדר המזיק שבגנב שנתחדש בגר"ח].**

ובביאור פלוגתת הראשונים והרי"ד נראה להקדים דהרי זה פשוט שיש ב' דינים של קרן חד בגנב וחד בגזלן, והוכחנו כן, וא"כ למה פליגי על הרי"ד, דלכא' עיקר סברת הרי"ד היא כך, דכיון דגזילה מתייחסת לעיכוב ממון וגניבה מתייחסת למעשה גניבה, וכמו שייסד הגר"ח, עיין בזה לעיל [סימן א'], א"כ י"ל דאף דהעיכוב ממון מתוקן לגמרי כשהחפץ עצמו חזר, אבל בגניבה אכתי לא תיקנו את המעשה שגנב ד' בזמן הגניבה, ולזה בעי תוספת מדין אחי"ל.

ונראה פשוט ששיטת החולקים היא כך, דאף שגניבה תלויה במעשה וגזילה תלויה בעיכוב ממון, אכן הגניבה היא רק צורה אחרת של עיכוב ממון, והיינו שהעיכוב ממון נעשה בצורה של מעשה גניבה, ולפי"ז כל שבוטל העיכוב ממון שוב בוטל נמי עיקר המחייב של המעשה גניבה שהרי כל המעשה גניבה רק מחייב עד כמה שיש עיכוב ממון בהך מעשה, ודו"ק.

וגדולה מזו מצאנו בחמץ שעבר עליו הפסח שאומר הרש"ל ופוסט בזה את הדין ושילם, וקשה שהרי אין בזה דין קיום של והשיב דלאו בת השבה היא, וכמבואר

77 ועיין לעיל מה שהקשנו ביוקרא, אכן לפי הנ"ל פשוט דלא שייך לדון כלל ביוקרא שיהיה פטור מההשבה כדהשתא [ורק ישיב כדמיעקרא, והשאר יחזירו מדין ממון], דהדין אחי"ל רק נאמרה בקרן דגניבה, ואין לזה שייכות לדין והשיב.

בתוס', ואעפ"כ מהני לפוטרו, וע"כ שלמדנו בדין והשיב שכל שהושב העיכוב ממון עצמו דשוב בוטל עיקר סיבת המחייב של כל תשלומי גניבה וגזילה, גם אי לא הושב בתורת קיום מצות והשיב, ודו"ק, וכש"כ שדין והשיב מצד הגזילה יבטל את העיכוב ממון של גנב אף דמצד פרשת גזילה אתינן עלה.

ומכל זה היה נראה שהרי"ד חולק בעיקר הגדרה זו, והיינו שסובר שמעשה גניבה שאין בו עיכוב ממון נמי מחייב, והיינו דיעויין לעיל [סימן א'] שהבאנו את דברי המנ"ח לגבי גניבה מעכו"ם שחמיר טפי מגזלן מעכו"ם וכן בדין של בן בג בג דכולהו חשיבי כלאו של גניבה מה"ת, והקשה דלמה לא איתרבי בריש איזהו נשך בלאו של לא תגנובו ולמה הוצרכו שם לחדש דין גונב ע"מ למיקט, ותירץ דאדרבה דכולהו איתרבי כהדדי, דכולהו נתחדש שיש לאו במעשה גניבה בלי העיכוב ממון, ואבוהון דכולהו גונב ע"מ למיקט.

והקצוה"ח למד שרק איתרבי ללאו והיינו דאין כאן גניבה ממש לענין חיובא דגניבה, דחיובא דגניבה בעי גם עיכוב ממון, ורק לגבי הלאו איתרבי, אכן שיטת המנ"ח [מצוה נ"ד ס"ק כ"ב] עצמו דאיתרבי גם לקרן וגם לכפל, [ועיין לעיל [שם] שביארנו שזה לא שייך בגונב מעכו"ם, ופשוט נמי למה זה לא שייך בגונב דבן בג בג].

ונראה שאם נאמר שגם מעשה גניבה בלי העיכוב ממון מחייב תשלומין, וכסברת המנ"ח, א"כ בזה יובן סברת הרי"ד למה לא מהני דין והשיב לסלק את הקרן של גנב, שהרי כל הדין שהרי שלך לפניך פוטר גם בדיני גניבה הוא רק עד כמה שכל המחייב מתבסס על העיכוב ממון אבל עד כמה שהמחייב הוא המעשה גם בלי העיכוב שבו, שוב לא מהני בזה, והן הן דברי הרי"ד דלכן גם אחרי התשלומין של והשיב אכתי קיימא הדין קרן של גנב במקומו, ודו"ק.

ובקצרה – הראשונים בנויים על יסוד הגר"ח בחילוק בין גנב לגזלן, והרי"ד בנוי על החידוש הנוסף של המנ"ח בגונב ע"מ למיקט, ודו"ק.

אולם העירני תלמיד אחד דאין הכרח שהרי"ד סובר כמו המנ"ח בגונב ע"מ למיקט בכל גניבה בלי עיכוב ממון, דלעולם י"ל דסובר שצריכים מעשה של 'נטילה לעיכוב', והיינו שהעיכוב ממון אינו חלק מהמחייב עצמו אלא שהוא תנאי בצורת הנטילה, והיינו שיהיה כאן נטילה לעיכוב ממון, וכיון שהעיכוב ממון הוא רק 'צורה לנטילה' ואינו חלק מהמחייב עצמו, שוב פשוט למה לא מהני בזה הרי שלך לפניך ודין והשיב לפוטרו, שהרי אין העיכוב עצמו חלק מהמחייב לכן לא מהני מה שבוטל על ידי הדין והשיב.

ועיין בהערה <sup>78</sup> דרך אחרת בזה.

78 עוד העירני תלמיד אחד לסברא נכונה, והוא עפ"י מה שחקרנו לעיל [סימן ח'] בעיקר דברי הגר"ח בראב"ד ורמב"ם שיש דין ושילם גם היכא דליכא דין והשיב, ולפי הראב"ד גם היכא דנתמעט בכלל ופרט, כיון שזה מחייב מסוג אחר, והיינו מצד המזיק שיש בכל גנב וגזלן, אלא שחקרנו בגדר הדברים.

א] י"ל שבדין ושילם נתחדש דין מכה בהמה ישלמנה מחודש, ואין שייכות כלל בין ושילם לוהשיב.

ב] יש לומר שהדין ושילם מגלה שאף שאין כאן מחייב של מכה בהמה ישלמנה כפשוטו, אכן הדין ושילם מחדש שהמחייב של והשיב שיש בחפצא מחייב חיוב נוסף של תשלומי נזיקין מחמת הך

## פרק ג'

## בחידוש של הרי"ד בדין כפל כשעת העמב"ד.

בדברי התוס' רי"ד, בביאור חידושו בדין כפל כשעת העמב"ד שכפל הוא הכפלה של הקרן ולכן בעיני דווקא קרן של והשיב בשעת העמב"ד.

אולם ברי"ד איכא חידוש נוסף, דלא תמיד כפל כשעת העמב"ד, דלפעמים הרי"ז כשעת הגניבה, וכל דינו להיות כשעת העמב"ד הוא רק כשהחפץ בעין ואז מתקיים והשיב כשעת העמב"ד, ואף דמדין אחיל צריך להוסיף בקרן עד שיהיה כעין שגנב, אבל בהדי הדדי מתקיים גם והשיב כשעת העמב"ד, והכפל כמו והשיב, אבל כשחפץ לא בעין, אין והשיב כשעת העמב"ד ולכן אין כפל כשעת העמב"ד רק כדמיעקרא.

ולשון הרי"ד [בהתחלה שם] "ודמיתי כפל דגניבה לקרן דגזילה", והוא כנ"ל, שדמיתי את הדין כפל לדין והשיב של גזלן כשהוא בעין כשעת העמב"ד.

ויסוד דברי הרי"ד דאף אם יש גזה"כ דכפל כשעת העמב"ד, היינו רק באופן שהוא כפל של קרן שגם הקרן הוא כשעת העמב"ד, והוא משום שיש גדר מיוחד לדין כפל שאינו תשלומין בפנ"ע, לשלם עוד קרן נוסף, אלא שכפל פירושו "פעמיים קרן", להכפילו.

ולכן למד שצריך שומא כמו הקרן, ונקט דכל דברי רב הם סתירה לזה, דא"כ האיך כפל נישום כשעת העמב"ד וקרן כדמיעקרא, ועל זה מיישב הרי"ד דגם אחרי רב יש גם קרן שדינו כשעת העמב"ד והוא מצד והשיב, ועל זה יש הכפלה, וגזה"כ דכפל כשעת העמב"ד רק נאמרה באופן כזה, אבל באופן שאין קרן דוהשיב, וכל הקרן הוא אך ורק כדמיעקרא, אז באמת נשאר הכפל כהכפלה של הקרן דשעת הגניבה.

---

צד נזק שיש במעשה עיכוב, ואף שפרשת מכה בהמה ישלמנה אינה מחייבת חיוב כזה, אכן בפרשת והשיב נתחדש חיוב תשלומי נזיקין מחודש מצד פרשת והשיב, וכל זה מתגלה בדין החדש של ושילם, ודו"ק.

והוכחנו כצד השני בכמה הוכחות, א' מהסוגי' בג' אגודות דמדמינן והשיב לדין ושילם, ב' כן מוכרח מהרמב"ם בספר המצוות שהביא דין ושילם בתוך מ"ע של והשיב אף שאין כאן קיום עשה ולא חשיב נמי ניתק לעשה, ג' הוכחנו מעיקר הדין של הרי שלך לפניך דמהני, וכל זה רק עד כמה שהמזיק החדש של גנב כלול בתוך פרשת והשיב.

והעירני תלמיד אחד דבזה גופא פליגי הרי"ד והראשונים עכ"פ כלפי הקרן של גנב, והיינו דאף דבדין ושילם איכא ג' הוכחות שזה שייך לפרשת והשיב, והראשונים למדו שגם קרן של גנב שייך לזה, אכן הרי"ד חילק ולדידיה נתחדש בדין אחיל שבקרן הדין תשלומין הוא דין תשלומי נזיקין מחודש מפרשת גנב אבל בלי שייכות להשבה, ולכן הכא ליכא דין הרי שלך לפניך, והכא ליכא שו"ט של ג' אגודות, ורק בגזלן הדין כן, ודו"ק, ומהאי טעמא יצטרך לשלם את הקרן של גנב גם אחרי והשיב מצד הגזילה, ודו"ק.

אולם העירני תלמיד אחד שאין זה פשוט שיתכן שכיון שכל הגדר שלה מזיק מחודש בגנב וגזלן הוא מצד ההפסד שיש לבעלים ע"י העיכוב ממון, שאין זה הפסד של מזיק ממש אלא עד כמה שהבעלים הפסיד, וזה בעיכוב, וא"כ אכתי י"ל דכל שבוטל ההפסד ע"י השבה שוב ליכא מזיק אף דלא שייך התשלומין הזה לדין והשיב, ודו"ק.

**מתמה האם יש והשיב של גנב או רק של גזלן, ומוכיח ששיטת הרי"ד שאין והשיב של גנב.**

ולכא' צ"ב, דהך והשיב מדיני גזילה הוא, לא מדיני גניבה - וכדהבאנו בהדי' מלשונו "שמדמינן כפל דגנב לקרן דגזילה" והיינו משום שבגניבה עצמה אין והשיב רק דין תשלומין, וכדדייקנו מהרמב"ם - ודין כפל הוא מדיני הגניבה, ואין זה יכול להיות הכפלה של קרן דגזילה, דמה ענין זה לזה.

ועיין בחי' הגרא"ל מאלין זצ"ל [עמוד קצ"ב ד"ה והנ' לומר] דמבאר את הרי"ד כפי מה דנקט דיש והשיב גם מצד גזילה וגם מצד גניבה - ולא שמדיני גזלן חייב הגנב בוהשיב וכדנקטנו, וכמו דדייקנו ברמב"ם - אלא גם הלכות גניבה מחייבים והשיב, דילפינן מגזלן, וכן נראה דנקט הקובש"ע בריש מרובה דדין והשיב צריכים ללמוד לגנב מגזלן, וע' אהא"ז ריש גזילה דג"כ כ' דיש והשיב מצד דיני גנב, אלא שאינו מנתק ללאו כיון דלאו דגניבה חמיר טפי, עיי"ש.

אולם מלשון הרי"ד שכ' "דתולין כפל דגנב בקרן דגזלן" נראה ברור דאין והשיב בהלכות גניבה, רק מהלכות גזילה, דלדבריהם היה צ"ל דילפינן קרן של גנב מקרן של גזלן וממילא דאיכא כפל של גנב ולמה תלה כפל של גנב בקרן של גזלן, וע"כ כדברינו.

וע"ע בשאגת ארי' [סי' פ"א] דחייב והשיב בגנב והו"ל ניתק לעשה, והעונג יו"ט [סי' קי"ח בהגה"ה] כבר הק' מלשון הרמב"ם שמשמע שמצד הלכות גניבה אין והשיב כלל, שזה רק ניתן לתשלומין, והאהא"ז [שם] מבאר את הרמב"ם דאף דיש והשיב אכתי לא מנתק ללאו, וכנ"ל, ע"ע בהערה <sup>79</sup> מה שיש לדון בכל זה.

**ביאור דברי הרי"ד עפ"י הנתבאר לעיל שיש דין מיוחד של קרן של גנב בלי עיכוב ממון, אכן אין זה עיקר הדין קרן של גנב, ולכן ליכא ביה דין כפל אלא בקרן של עיכוב ממון.**

ועלינו לבאר תרתי, א] מה שייך הכפל לקרן של גזילה, ב] למה כשאין הגזילה בעין אז דנים מצד הקרן של גנב, אטו ב' דינים של כפל איכא בתורה.

ונראה בזה עפ"י ב' הקדמות:

א] כבר נתבאר לעיל, דנחלקו הראשונים האם גניבה היינו עיכוב ממון כמו גזלן אלא שנעשה בצורה של מעשה גניבה, וע"ד הגר"ח, וזו שיטת כל הראשונים דלכן מהני והשיב לפטור גם מקרן של גנב אכן הרי"ד למד שאין יסוד המחייב של גנב בעיכוב ממון, אלא אפילו בלי העיכוב ממון שייך שהמעשה גניבה יחייבו, וכעין חידושו של המנ"ח בגונב ע"מ למיקט, ולכן לא מהני ביה והשיב לפוטרו כולו מהך קרן.

79 והיינו דמה שהשאגת ארי' הוכיח כדבריו מסוגי' דחולין [קמ"א] צ"ע, דשם כתוב "ת"ש גנב וגזלן ישנן בכלל מלקות דברי ר"י, והא הכא דלאו שניתק לעשה הוא דרחמנא אמר לא תגזול והשיב את הגזילה וכו'", ומדקתני גנב וגזלן דייק השאגת ארי' דאיכא והשיב גם בגנב - אמנם אינו כן, דאדרבה, בהמשך רק הביאו לאו דלא תגזול ולא לאו דלא תגנוב, וע"כ דמיירי בגנב וגזלן רק מצד הלאו דגזילה דאיכא בשניהם, ואה"נ לאו דגניבה ממילא פטור מצד ניתן לתשלומין, ולר' יהודה דלית ליה ניתק לעשה מחייב, דאין ניתן לתשלומין בלאו דגזילה כל עוד שיש והשיב, ודו"ק.

[ב] כבר הבאנו לעיל מהגרא"ל מאלין שעיקר החידוש של אחי' אינו בכפל אלא בקרן לומר שמה שאיתרבי קרן כעין שגנב הוא דין נוסף יותר מעיקר הדין קרן, והיינו דבאמת עיקר הדין קרן היינו כשעת העמב"ד, ואיתרבי כדמעיקרא ואחי' גילה לנו דאין זה עיקר הקרן ולכן ליכא בזה דין הכפלה ועיקר הקרן הוא עדיין כשעת העמב"ד ולכן רק ביה מתקיים הדין כפל.

ומעתה נראה דע"ד זה חידש נמי הרי"ד בענינו, והוא, דבאמת עיקר הקרן של גנב גם לרי"ד, היינו רק בסוג תשלומין כזה שבא על העיכוב ממון, דהלא גונב ע"מ למיקט הוא חידוש דין דאיתרבי בקרא דלא תגנובו באיזהו נשך, והקצוה"ח למד דזה רק איתרבי ללאו בלי תשלומין, והיינו שזה דין מחודש של גנב, ונראה דגם הרי"ד דלמד שיש על זה תשלומין מודה דאין זה עיקר הדין תשלומי גנב, וגם לדידיה עיקר הדין תשלומי גנב הוא דווקא כשיש תשלומין על גניבה של עיכוב ממון, [ומודה לעיקר שיטת הקצוה"ח שסובר דלפי האמת ליכא בזה קרן כלל וכלל], וממילא דקרן זה אינו עיקר הקרן ולכן ליכא כפל על קרן זה.

ונמצא שמה שאמרו שהכפל של גנב שייך לקרן של גזלן, אין זה קרן של גזלן מצד הלכות גזילה אלא הכוונה לעיכוב ממון שיש בקרן של גנב, והיינו החלק של גניבה דשייכא לגזילה, אכן מצד הלכות גניבה הוא וקרן של גניבה הוא, ובא רק לאפוקי לקרן המחודש של גנב בלי עיכוב ממון שאין בזה כפל.

אלא דכל זה רק שייך באופן שהגזילה היא בעין ויש תשלומין של והשיב ואז התוספת תשלומין של קרן הוא קרן שלא שייך לעיכוב ממון ודומה לגונב ע"מ למיקט, אבל כשאין החפץ בעין, אז כל התשלומין בא כנגד העיכוב ממון, ולכן על כולו יש כפל, וא"ש למה לפעמים הכפל הוא כמו התשלומין של ד' ולפעמים כמו הקרן של הבעין בדין והשיב, דתלוי אי הך קרן של תשלומין של ד' כשעתה גניבה הוא קרן ששייך לעיכוב ממון או לא, ודו"ק.

**בדברי התוס' רי"ד, בביאור חידוש השלישי, בדין כפל כשעת העמב"ד כשאין החפץ בעין, קושי' על הרי"ד בנתיקרא, וביאור בזה.**

ונ' דבזה יש לבאר החידוש השלישי ברי"ד, שהסתפק דאולי גם בלי בעין שייך כפל כדהשתא, וע' היטב בדבריו דביאר שם דכיון דאם היה בעין היה כדהשתא, שוב מהני גם כשאינו בעין, וצ"ב הסברא.

ולפי הנ"ל א"ש, שבאו לומר בזה שתמיד יש חלק של הקרן ששייך לעיכוב ממון, והוא כנגד הדין והשיב, וזה גם באופן שהכל הוא תשלום אחד על אינו בעין, ולכן הדין כפל מתייחס לזה, וי"ל שזה גופא החידוש של אחי', וע"ע בהערה <sup>80</sup> בזה לגבי נתיקרה.

80 אמנם אחי' ק', דמה הדין בנתיקרא, מא' עד ד', הרי כשהחפץ בעין משלם ד' כדהשתא וכשאינו בעין משלם א' כשעת הגניבה, ובפועל יש רק תשלום של א' והכפל הוא של ד', וכאן א"א לומר דהדין והשיב אחשבי' לקרן דגניבה כד', כיון דבפועל אין כזה תשלום, ושוב איכא כפל בלי קרן, [ובשלמא בהזלה דהדין והשיב הוא פחות מקרן דגניבה, א"ש, דמה שיש בקרן דגניבה כנגד הוהשיב נהיה קרן לענין הכפלה, לא כן בנתיקרה].

והנ' בזה, דכבר דייקנו דשי' הרי"ד כרש"י דיליף משלמין כשעת הגזילה מקרא דאשר גזל, ומוכרח מזה דושילם דגזילה הוא קיום דוהשיב, וכתוס' מכות [ט"ז], וכן ביארנו לעיל בשי' רש"י [בסוגי' דקרן כעין שגנב], ומעתה י"ל דגם לאחר הדין דכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה,

**הערות.**

ע"ע בפנ"י מהלך אחר בג' אגודות, וע"ע בקצה"ח [סימן פ"ח ס"ק ד'] ויש לעיין בדבריהם, והארכנו במק"א, וע"ע בתוס' רי"ד דרך אחרת בג' אגודות והארכנו במק"א, וגם הארכנו שם בהמשך דברי התוס'.

---

דמשלמין א' מדין ושילם במקום לשלם ד', אף דהוהשיב הוא ד', הא כיון דבהך "א'" [מדין ושילם] איכא קיום דוהשיב [דבושילם מתקיים והשיב], א"כ מתקיים כאן תשלומין ד"ד" ביהך "א'", וכיון דהך "א'" מצד ושילם דגזילה יש בו קיום דין תשלומין ד"ד", כמו"כ מצד קרן דגניבה חיילא קרן של ד' לענין שיהיה כפל על הקרן, דאף ד"אחי" בא לאפוקי מהתשלום של ד' ואוקמי' על א', היינו רק כלפי הקרן עצמו אבל אכתי רואים בו הך ד' לענין הכפל, כיון שהא' מצד גזילה גם מתקיים בו ד' דוהשיב, וכמו דבישנו בעין מתקיים והשיב על ד' בפועל, וכנגדו דנים שבקרן של גניבה יש קרן של ד', כמו"כ כשיש תשלום של א' במקום הך ד' דינו כד' לענין שיחשב שיש כאן קרן דגנב לענין הכפלה.

## סימן י"ב

בסוגי' דאנא פטימנא, ומ"ל קטלא כולה<sup>81</sup>.

ביאור השו"ט בפיטום, וחילוק בין פיטום דבידים לפיטום דממילא. / / הקדמה. / / ביאור הסברא למה לא מחייבים דו"ה אחרי הפיטום אי טבח שמינה, וע"כ שהכל נמדד כפי האישתורש בחטא של גניבה, ומבאר את החילוקים בין פיטום דממילא לבידים. / / הערה מדברי האו"ש והגר"ה דבגונב עובר וטבח וטבח לאחר שהוא כבר שור ושה דאין בזה דו"ה כיון דאין כאן גניבת שור ושה, דמאי שנא מפיטום דממילא. / / בדין שבח שע"ג גזילה, וביאור שי' הרמב"ן באנא פטימנא. / / מבאר למה מיקרי וטבח וטבח כולו באיסור, הא שבח לאו דיהיה הוא ומחלק בין גוף החפץ לממון החפץ. / / מתמה בפירוש רש"י בסברת מ"ל קטלא כולה וכו' / / מתמה בדברי רעק"א בביאור סברת התוס' בתי' קמא מ"ל קטלא כולה וכו'. / / ביאור חדש בתוס', שכוונת התוס' לדמות סברת שינוי קונה שלכן אין בו 'שם גנוב' ולא שייך ביה שומא דה"ה לאחר קטלא פלגא חסר ב'שם גנוב' בשלמותו ואהני לן הדמיון לשינוי לענין זה שאין זה מיקרי "כל חפץ הגזול", רק 'חלקו'. / / מחלק בין כחש דממילא לפיטום דממילא בהאי סברא. / / תירוץ השני של הר"י במ"ל קטלא וכו', ושי' רש"י בזה.

### ביאור השו"ט בפיטום, וחילוק בין פיטום דבידים לפיטום דממילא.

#### הקדמה.

יש כאן הערה בפשט בדברי רש"י, דבקושי' הגמ' הק' מדו"ה והשמיט כפל, ובתי' הגמ' תי' כפל והשמיט דו"ה, וכעת צ"ע.

הנה - בסוגי' מצאנו ג' סברות בענין פיטום, א] סברת המקשן דגם בפיטום אמרינן דכפל ודו"ה כשעת העמב"ד, ב] סברת התרצן דאנא פטימנא וכו' דמחלקין בין פיטום בידים לממילא בדין זה, ג] סברת המסקנה [ס"ו]. בטלאים דמעיקרא, דלדעת התוס' היינו סברא ד"תורא גנבי וכו'" ולדעתו גם בפיטום דממילא כדמעיקרא, וצ"ב השו"ט והצדדים בזה.

**ביאור הסברא למה לא מחייבים דו"ה אחרי הפיטום אי טבח שמינה, וע"כ שהכל נמדד כפי האישתורש בחטא של גניבה, ומבאר את החילוקים בין פיטום דממילא לבידים.**

והפשוט בזה, דהנה - להלן [ס"ו]. כתבו התוס' בביאור הסברא ד"תורא גנבי מינך וכו'", דכיון שהגניבה היתה בכחושה וכל הפיטום שלא היה בזמן הגניבה לא חיילא בו שם גניבה, שוב לא שייך ביה שומת כפל שהרי פיטום זה אינו מהגניבה, וע"כ דהשומא כשעת הגניבה לפני הפיטום, ואף שהיום החפץ של הגניבה הוא שמינה, אכן ה'שם גניבה' רק מתייחס להך חלק שהיה בשעת הגניבה ולא לחלקים ניתוספו אח"כ.

אולם אכתי יש לעיין שהרי סברא זו נכונה דווקא כלפי הכפל שתלוי בגניבה, אכן כלפי דו"ה מה הסברא לחלק כן, הרי דו"ה תלוי בטביחה וסו"ס הטביחה היתה בשמינה.

וכתבו ע"ז התוס', דאין דו"ה כפי השמינה כיון שגם הגניבה היא חלק מהמחייב של הדו"ה, וע' בקובש"ע שם שביאר את כוונת התוס' שהטביחה היא תנאי,

<sup>81</sup> מהדורא קמא - קיץ תשס"א

והוכיח כן שמינה והכחישה דנמי אזלינן בתר שעת הגניבה אף שסו"ס טבח בהמה כחושה והאיך נחייבו דו"ה על שמינה, ומוכרח שהכל מצד הגניבה - וכיון שגנב שמינה לכן כל הקנס הוא בשמינה.

אכן נראה דא"צ לומר כן דכבר ביארנו לעיל [סימן ב'] בהרחבה שיסוד החיוב של טביחה אינה בטביחה עצמה אלא מה שיש בטביחה קיום של "אישתתש בחטא" של הגניבה, והיינו שהטביחה מצד עצמה אין בו קנס רק עד כמה שזה העמקה דגניבה ומצד זה מחייבין ליה על הטביחה, וכיון דהך פיטום לא היה בכלל הגניבה [ומה"ט אינו בכלל שומת כפל], לכן אין בו העמקה דגניבה, וזהו סברת הגמ' למסקנה להלן [ס"ו], דבכל פיטום, בין בידים בין דממילא דאמרינן כפל ודו"ה כדמעיקרא.

ונראה דלפי הקס"ד בסוגיין [ס"ה] - והיינו סברת התרצן דאנא פטימנא, וכן דעת הרא"ש למסקנה - דמחלקינן בין פיטום דממילא לבידים, הסברא בזה היא דפיטום דממילא הוא בכלל הגניבה הראשונה, כיון דמעצמו נתפטם ועמד להך פיטום, וסברא ד"אנא פטימנא וכו'" הוא ע"ד סברת "תורא גנבי מינך וכו'", והיינו דגם אם נאמר דפיטום דממילא הוא בכלל הגניבה הראשונה, אבל פיטום דבידים ודאי אינו בכלל, דמתחילת הגניבה לא עמד להתפטם כן, ושב אינו כלול בכלל האשתתש בחטא של הגניבה.

וסברת המקשן בסוגיין [ס"ה] הוא דכיון דהפיטום בידים נעשה בתוך הגניבה, וגרמה לגניבה עצמה להתפטם, ואינו תוספת ממון מן הצד שהצטרף אליה, בזה שפיר שייך שיחול בו שם גניבה, וגם שפיר שייך בו אישתתש בחטא.

הרי לנו שכל השו"ט בסוגי' היא סביב נקודה אחת - שיש לדון בחפץ הנגנב שניתוסף בו פיטום, מה כלול בחפץ הנגנב ומה לא כלול, על מה חל ה'שם גנוב' ועל מה לא חל ה'שם גנוב' - והנפ"מ בזה היא כלפי כל שומא שתלויה ב'שם גנוב' וזה כולל גם טביחה שהיא אישתתש של החטא של גניבה - ועיין עוד להלן בביאור התוס' לגבי מ"ל קטלא פלגא שנתבארה סברא זו עוד.

**הערה מדברי האו"ש והגר"ח דבגונב עובר וטבחיו לאחר שהוא כבר שור ושה דאין בזה דו"ה כיון דאין כאן גניבת שור ושה, דמאי שנא מפיטום דממילא.**

והנה, הבאנו בריש פירקין [סימן ב'] מהאו"ש והגר"ח דבגונב עובר וטבחיו לאחר שהוא כבר שור ושה דאין בזה דו"ה כיון דאין כאן גניבת שור ושה, וק' דהא כמו דפיטום דממילא מונח בגניבת כחושה, כמו"כ נימא דשור ושה מונח בגניבת עובר, ויש ליישב בפשיטות.

אכן נראה דבאמת אין כאן התחלה לקושי, דנראה דכאן אין ההגדרה שב'מעשה' הגניבה דמעיקרא היה כבר פיטום דממילא דא"כ למה אין הקרן גם על הפיטום שיבוא אח"כ ועל היוקרא שיבוא אח"כ, וא"כ מה הסברא דקרן כעין שגנב, הא הכל ממילא מונח כבר בגניבה הראשונה.

וע"כ שהביאור בזה הוא, שהנידון בסוגי' אינו כלפי "המעשה גניבה", מה מונח בו כבר ומה לא מונח בו, רק הנידון כלפי "חפץ הגנוב", האם על הך פיטום חיילא שם "חפץ הגנוב" או לא, ולמסקנה [להלן ס"ו] אין בחלק הפיטום שם חפץ

הגנוב, ובמסקנה בסוגיין [ס"ה] בפיטום דממילא חיילא שם "חפץ הגנוב" דמונח בגניבה, אבל אכתי לא היה ע"ז "מעשה גניבה", ולכן לענין קרן אינו חייב בו, ולענין עובר ושור ושה לא היה כאן גניבת "שור ושה", ופשוט.

אכן לפי"ז יש חידוש בגדרי "אשתרש בחטא", דאף דמעשה גניבה היה בכחושה, אבל כיון שהחפץ הגנוב מכוח הגניבת כחושה הוא חפץ שמינה, שוב יש כאן "חפצא דחטא" על שמינה, ושייך בו אשתרש, ודו"ק, ועיין בהערה <sup>82</sup>.

#### **בדין שבח שע"ג גזילה, וביאור שי' הרמב"ן באנא פטימנא.**

ויש לעיין, דמה דינו של הך שבח, דפשטות הגזלן קונה שבח שע"ג גזילה, וא"כ מה שייך לדון בכלל שיתחייב ע"ז דו"ה, וכ' החזו"א [בסוגיין] דכיון דאינו אלא תקנת השבים והשבח עצמו חוזר ורק שצריך לשלם לגזלן, א"כ הבהמה היא רק כמשכון לחוב צדדי, כן נ' בביאור סברתו, לכן שפיר שייך לחייבו, ובסברא זו מבאר נמי [להלן צ"ה: בד"ה והדבר - בחדש עמוד 174] דלכן חשיב וטבחו כולו באיסורא ודו"ק.

וע"ע רמב"ן במלחמות [ל"ד. בדפי הרי"ף בד"ה ועוד] דמבואר דתקנת השבים לדעת ר"ש בן אלעזר הרי"ז רק בשבח בידים וזה מסברא דאנא פטימנא דסוגיין, ומשמע דלא היה תקנה סתם, רק דעל מה שאין בו מעשה גזילה תיקנו שיהיה לגזלן.

אולם ברמב"ן מבואר שם יותר, דמחמת תקנת השבים הוא דאין לו דו"ה, דכיון דדידיה הוא השבח, לכן אין לו בה דו"ה, ומשמע דמצד הל' טו"מ הוי בכלל הגזילה דסו"ס הפיטום הוא בתוך הגזילה רק דכיון דאית ליה זכות ממון בממונא דהך שבח, לא שייך לחייבו על זה דו"ה, ודלא כמו שהבאנו מהחזו"א, ולרמב"ן צ"ל דממונא דשבח בגוף הבהמה שייך לו, ואינו תביעת ממון צדדית שהבהמה משכון עליו כנתבאר בחזו"א, ולכן לרמב"ן אין ע"ז דו"ה.

#### **מבאר למה מיקרי וטבחו כולו באיסור, הא שבח לאו דיהיה הוא ומחלק בין גוף החפץ לממון החפץ.**

אולם נ' דלענין שיהיה טבחו כולו באיסורא, כיון דסו"ס גופא דשבח לאו ידידיה [דרך בממונא דשבח קזכי] אכתי חשיב טבחו כולו באיסורא, וצ"ב בטעמא דמילתא.

ונקדים: כל חפץ יש בו את החפץ שבחפץ ואת הממון שבחפץ, והיינו דחוץ ממה שאפשר לחלק בעלות לכמה חלקים, לגוף פירות ותשמישים, אכן יש עוד חלוקה נוספת, שמחלק את הבעלות בין השווי וערך וממון של החפץ לגוף החפץ, דאף שהערך ושווי הוא הוא הערך ושווי של גופו של חפץ, אבל סו"ס חלוקין נינהו, ומצאנו בזה כמה דוגמאות, דבמעשר שני למ"ד דממון גבוה, הרי דאיכא ממונות לגבוה, אף דגופו שייך לו, ויכול להוריש ליורשיו, ואיכא מ"ד דחשיב "לכם", ועי' בזה בקובש"ע [פסחים אות י"ח], וכן הוא בדבר הגורם לממון דכמונו

82 ובעיקר הקושי מעובר ושור ושה, היה אפ"ל בפשיטות דלפי מה שכ' האו"ש דלענין כפל אינו אלא גניבת "ממון" ובשור ושה נתחדש דגניבה קאי על "החפץ" דשור ושה, וזו גניבה אחרת, וכל עוד שהוא עובר זה גניבת "ממון" ולא רואים חפץ דשור ושה בגניבת ממון, ורק בפיטום שיש גניבת חפץ מצטרף עוד חפץ לחפץ, ודו"ק.

וכשלו חשיב רק כלפי הממון של החפץ ולא כלפי גופו, עיין בקובש"ע [שם], וגם באיסורי הנאה דאין בהם דין ממון ואעפ"כ יש לו בעלות בגופן, וכעין זה מתבאר נמי בדברי הקצוה"ח [סי' שנ"ג ס"ק א'] לגבי קניני גזילה ע"י יאוש וש"ר, וז"ל, "אלא צ"ל שקנין שקנה ביאוש וש"ר אינו קנין גמור, אלא שיור בקנינו, דאינו קונה אלא גוף החפץ, אבל הדמים צריך להחזיר, וכו', וכיון שהיו שיור בקנינו, לזה הוכיח הראב"ד וכו', ע"כ אינו קונה קנין גמור ושייר בקנינו וא"כ לא הוי לכם", עייש"ה.

ועפ"י זה היה נראה לומר שהדין ממון בחפץ דשבח שייך לגזולן ולא גוף החפץ דשבח עצמו, ובעלות כזה סגי לענין טבח באיסורא.

#### **מתמה בפירוש רש"י בסברת מ"ל קטלא כולה וכו'**

בעיקר סברת הגמרא - "מה לי קטלה כולה מה לי קטלה פלגא" מצאנו כמה פירושים, ונתחיל בפירוש רש"י וז"ל: "מה לי קטלה פלגא - הלכך מההיא שעתא דאכחשה אתחלה לה טביחה".

וקשה בזה תלת, א] אין זה כטביחה דקנס וכדהקשו התוס', ב] מה נימא במכירה, וי"ל דלא מיירי בזה, וצ"ע, ג] מה הדין בכפל ובקושי' זו צ"ל דפשיטא דדנים כדמעיקרא, וכל הקס"ד לדון כעכשיו כיון דהטו"מ היה בכחש, וקמ"ל דדנים טו"מ כהתחיל בכחש, ולפי"ז, אף דטו"מ יש חילוק בין כחש דממילא לבידים, בכפל אין חילוק, וצ"ע, וייתיישב שיטתו להלן.

#### **מתמה בדברי רעק"א בביאור סברת התוס' בתי' קמא מ"ל קטלא כולה וכו'.**

ובפי' קמא דתוס' פירשו התוספות "אלא הכי פריך מה לי קטלה כולה דאין הולכין בתר הדמים דהשתא דקנאה בשינוי ואינה של נגנב אלא בתר מעיקרא שהיתה שלו וה"ה בקטלה פלגא", וכבר עמד בזה רעק"א, דלכא' הסברא מצד שינוי קונה הוא משום שאין שומא על בהמת הגזולן רק על בהמת הנגזל וא"כ ה"ה בקטלא פלגא, אלא דא"כ תמוה מאד, שבקטלא פלגא אין חיוב כלל דטו"מ שהרי שלו הוא טובח, ואין זה ענין לסוגיין שחייב בטביחה אלא שחייב כעין שגנב.

וע"כ צריכים לאוקמי' בכחש דהדרא ואין שינוי קונה אלא דא"כ שוב ק' דמהו הדמיון לקטלא כולה, כן הק' רעק"א, ותי' דע"כ דאזלי למ"ד דשינוי לא קונה, ולא דוקא מש"כ התוס' שינוי קונה, ודוחק.

אולם עכשיו ק' דמהו באמת הראיה מקטלא כולה, וכמו דלא פשיטא לן קטלא פלגא, למה פשיט לן קטלא כולה, וכ' רעק"א דצ"ל דאין כוונת הגמ' להביא ראיה מקטלא ושוב מכרה, רק קטלא היינו טביחה וראיה דלא שיימין כהעמב"ד שזה נבילה - ועיין בהערה <sup>83</sup> שמכאן מוכרח שהתוס' חולקים על הרא"ש - והשתא שפיר הוכיחו מקטלה כולה, דכמו דדיינינן כמו שהיתה לפני זמן השחיטה, כמו"כ דיינינן לפני הכחש, עכ"ד רעק"א.

ודברי רעק"א צ"ב:

83 דהנה הרא"ש סובר דטביחה שיימין בזמן הטביחה ולא בזמן העמב"ד - ואי תוס' יסברו כהרא"ש דכשעת הטביחה, הרי אז אינו נבילה, דהטביחה היתה בבהמה חיה, ולתוס' צ"ל דהעמב"ד כפשוטו גם לענין טביחה ואז כבר מתה.

א] דסו"ס יש לחלק, דכלפי טביחה כיון דזהו המחייב עצמו אין לדון כשוויותו דלאחר המחייב, אבל כאן הכחש לא שייך למחייב.

ב] תוס' כ' "קטלא" ולא כ' "טביחה", ולא כמו שכ' בת' השני, ולא משמע דקאי על הטביחה.

ג] למה תוס' מדמה כחש דממילא למתה פלגא ולמתה כולה, הא הכל מדמינן לשחיטה ומה ענין מתה לכאן, וצ"ע.

ד] סו"ס מפורש בתוס' דקנאה בשינוי ואינה של נגנב, ואיך דחקינן בזה.

**ביאור חדש בתוס', שכוונת התוס' לדמות סברת שינוי קונה שלכן אין בו 'שם גנוב' ולא שייך ביה שומא דה"ה לאחר קטלא פלגא חסר ב'שם גנוב' בשלמותו ואהני לן הדמיון לשינוי לענין זה שאין זה מיקרי "כל חפץ הגזול", רק 'חלקו'.**

ובביאור דברי התוס' נראה להקדים את מה שנתבאר לעיל בסוג' דאנא פטימנא, ונתבאר שם שכל השו"ט בסוג' היא סביב נקודה אחת – שיש לדון בחפץ הנגנב שניתוסף בו פיסום, מה כלול בחפץ הגנוב ומה לא כלול, ועל מה חל ה'שם גנוב' ועל מה לא חל ה'שם גנוב' – והנפ"מ בזה היא כלפי כל שומא שתלויה ב'שם גנוב' וזה כולל גם טביחה שהיא אישתרש של החטא של גניבה, וכל זה נלמד מהסברא דלהלן "תורא גנבי מינך" בנתפטמה מאליה – ונראה שזה נמי הסוג' כאן.

ונימא בזה חידוש דהכא באמת מיירי בקטלא פלגא בלי שינוי אבל בקטלא כולה איירי בשינוי, ובקטלא כולה איירי לענין כפל דכלפי הטביחה איכא טענה ד'שלו הוא טובח', וע"כ דקאי כלפי כפל, אכן בקטלא פלגא איירי לענין טו"מ, ומדמינן ליה לדין שינוי בקטלא כולה, והיינו דכמו דשינוי קונה כיון דאין זה "חפץ הגזול", דנשתנה לגמרי, ופשוט א"כ דליכא שומא בגניבה אחרי השינוי שהרי רק שייך שומא על "חפץ הגזול" ואחרי שינוי כבר אינו החפץ הגזול, כמו"כ שייך שינוי לענין זה גופא, והיינו דפקע מיניה שם "חפץ הגזול" לענין זה שלא יהיה שייך בו שומא, וזהו כעין סברא ד"תורא גנבי מינך" בנתפטמה מאליה, וכנתבאר בסוג' דאנא פטימנא, והיינו דעל דהך תוספת מעולם לא חיילא ביה שם "חפץ הגזול", וה"ה כאן, דכיון שהוכחש כולו שוב אין זה "חפץ הגזול" לענין שומא, ואין דין כפל ודו"ה כהעמב"ד, וע' תוס' ר"פ שמשמע שלמד כנ"ל, ומדמה נמי לסברא "דתורא גנבי וכו'", ודו"ק.

וצריכים להוסיף כאן תוספת בגדר השינוי, שאם באמת פקע מיניה שם "חפץ הגזול", הרי למה באמת אינו קונה, ועוד, דלמה יש עליו חיוב טביחה, דאף שאינו שלו אבל אינו חפץ הגזול, וצ"ל דשם "גזול" אית ביה, אבל אין בו את 'כל' החפץ הגזול, והשומא הוא על 'כל' החפץ הגזול, ואהני לן שינוי לענין זה שנאמר שאין זה מיקרי "כל חפץ הגזול", רק 'חלקו', ולכן צריך שומא כדמעיקרא, דרק אז היה "כל החפץ הגזול".

אמנם אכתי ק', דאף אם נאמר דאין זה "כל החפץ הגזול", ושומא נעשה ב'כל החפץ הגזול', הא כל זה לענין כפל ולא לענין דו"ה, דכאן אין הנידון רק מצד שומא אלא גם על הטביחה עצמו דסו"ס הטביחה לא היה בבהמה שמינה.

ומזה מבואר שוב יסוד הנ"ל, דכיון ד"אישתרש בחטא", א"כ כל החטא דגניבה מונח בתוך ה"אישתרש" דטביחה, ואף דבפועל שחט כחושה, אבל הגניבת שמינה "אשתרשה" דטביחת כחושה, דשם גזול לא פקע מהכחושה, ודו"ק.

#### מחלק בין כחש דממילא לפיטום דממילא בהאי סברא.

אולם לפי זה קשה שהרי סברת "שמינה גנבי מינך" לא נתחדש עד להלן [ס"ו], וכאן רק אמרו אנא פטימנא, ודוקא בידים, ולמה לענין כחש כבר אמרו סברא זו אף בכחש דממילא.

והחילוק פשוט, דלענין פיטום היה סברא דכל מה דנתפטם מאליה נכנס ומצטרף וחילא בו שם חפץ הגזול, דעמד להתפטם, אבל בכחש הנידון הוא דהגזילה מצטמצם ומתקטן ואף אם עמד לזה, אכתי יש לחייבו דסו"ס אין לפנינו את "כל החפץ הגזול", ודו"ק.

#### תירוץ השני של הר"י במ"ל קטלא וכו', ושי' רש"י בזה.

לפי הר"י בתירוץ השני יש רק ראייה מקטלא כולה דעל מעשה ידיה אין לפוטרו ודיינינו בלי מעשיו, ובכחש דממילא איכא עדיין שם גניבה עליו עכשיו, וכפל כהעמב"ד, וצ"ל דזה לא שייך לסברא "דאנא פטימנא", דשם הנידון אם זה נכנס ונצטרף לגניבה ואמרינן דלא מצטרף, ופשוט.

וכלפי הסברא בתי' א', דבטביחת כחושה מונח אישתרש דגניבה, ולכן חייב כשעת הגניבה, בסברא זו לא פליג הר"י, רק דמה דשמין כמו עכשיו זה מגזה"כ דאחי'י, וכמו כפל שהיה ממש בשעת הגניבה, ופשוט.

וע' נימו"י שהרכיב שי' רש"י עם הר"י, וכוונתו דאין רש"י מתכוין שזה תחילת המחייב, רק דכמו דתחילת השחיטה, אף שאינו מעשה המחייב, אכתי אינו פוטרו כיון שזה מעשיו, א"כ ה"ה כחש, ודו"ק, ומיושב קושי' התוס', ובזה מיושב נמי במכירה וכן לענין כפל, דאין הנידון שיהיה לו דין טביחה המחייבת, רק אתחלתא דטביחה אף דאינו טביחה המחייבת, ומיושב הקושיות דלעיל.

[והעירני תלמיד אחד די"ל דכיון דטביחה אינה גוף המחייב, רק שהיא היכי תימצא לאישתרש בחטא, י"ל דכל אישתרש בחטא חייב עליו בתנאי שבסוף יהיה טביחה בהדיה, וכחש יכול להצטרף גם לטביחה וגם למכירה, ודו"ק.]

ולדבריו יתחדש דהכחיש בשבת שפטור מצד קלב"מ, אז יתחייב כמו אחרי הכחש, וכן הדין בתחילת שחיטה בשבת וסוף שחיטה במוצש"ק, ואכתי יש לעיין, דלדבריו לא מיושב כפל בלי דו"ה, וצ"ע].

**סימן י"ג**  
**ג' דרכים באחרונים**  
**בסוגי' דתברא ושת'.**

**פרק א' ביאור בקצוה"ח ונתה"מ, בדין תברא ושת' ובדין גונב מן הגנב.** / / שי' האחרונים בגונב מן הגנב ובדין תברא ושת', ומקורות בראשונים להנך דרכים. / / דעת הנתה"מ, ומיישב את קושי' האחרונים מהמשנה, ושורש פלוגתת הקצוה"ח והנתה"מ. / / מקורות בראשונים לכל הדרכים באחרונים. / / ביאור בנתה"מ לפי דרכו הראשונה שהראשון קונה בשינוי וזו הגזילה. / / ביאור בנתה"מ לפי דרכו השנייה שהשני קונה בשינוי, וזו הגזילה, ומבאר עפ"י האור שמח שיש לגנב השני קניני גזילה. / / דוחה את המהלך, ומבאר עפ"י יסוד דברי הגר"ח בגזילת קרקע ע"י קניני גזילה. / / דן בהוכחת הקצוה"ח מאיתבר ממילא, ומ"ש מגונב מן הגנב. / /

**פרק ב' דן בדין מזיק בגזילה, ולמה לא שייך דין מזיק לדין תברא ושת'.** / / ד' הוכחות דאין תו"ש חייב מדין מזיק, ודלא כהקצה"ח, ותמיהה על שי' הר"ן. / / דן האם יש דין מזיק בגזילן, ודברי הברכ"ש בזה. / / בדברי הראשונים סוף המפקיד שכל גנב יתחייב באיתבר ממילא כדין שומר ומדין תברא ושת', ומוכיח דלדבריהם איכא חיוב מזיק בגזילן. / / סיכום השיטות שיש מזיק בגזילן - ומתמה בשיטת הר"ן והרשב"א שכנראה שלמדו את הסג' מדין מזיק. / /

**פרק ג' בדברי הגר"ח שבתברא ושת' נתחדש דין גניבה אריכתא.** / / שי' הרמב"ם בתו"ש שיש כפל, ובביאור דברי הגר"ח לגבי גונב ע"מ לאבד לעומת גונב ע"מ להזיק, [ובגניבה בקנין יד]. / / דן בדברי הגר"ח האם הכוונה דווקא למזיק בהלכות מזיק או לא, ומוכיח שצריכים מעשה היזק בהלכות מזיק. / / כמה נפ"מ בין הנתה"מ לגר"ח, ומעורר דכפשוטו הם ב' דרכים שונים. / / מתמה בזה דהאיך אפשר ללמוד שהנתה"מ והגר"ח הם ב' דרכים. / / מבאר שלפי האמת, דברי הגר"ח בנויים על הקצוה"ח והנתה"מ, ומקרב דבריהם זל"ז, והדברים מרומזים בדברי הגר"ח. / / סיכום דברי הגר"ח והנתה"מ בתברא ושת' – ותוספת ביאור ומקור בדברי הגר"ח. / / ישוב לשיטת הר"ן שכתב שתברא ושת' הוא מזיק, עפ"י הגר"ח שהכל גניבה אריכתא, ומיישב בזה נמי את האחרונים שהקשו משיטת רמב"ח.

**פרק א'**

**ביאור בקצוה"ח ונתה"מ,**

**בדין תברא ושת' ובדין גונב מן הגנב.**

**שי' האחרונים בגונב מן הגנב ובדין תברא ושת', ומקורות בראשונים להנך דרכים.**

יש ג' שיטות באחרונים בפטור גונב מן הגנב, מקרא דמבית האיש ולא מבית הגנב, ומכח פלוגתתם פליגי נמי בחיובא דגזול ובא אחר ואכלו דמה גדר חיובו, וממילא דנפ"מ נמי בתברא ושת' בסוגיין שזה כבר כמו שהוא האחר שבא לאכלו.

ובגדר הג' דרכים בדין גונב מן הגנב, עיין בזה בדברינו בריש פירקין, ולהלן בקצרה:

א) הקצוה"ח [סי' ל"ד ס"ק ג'] למד דנתמעט לחלוטין מפרשת גנב וגזול ואין אפי' לאו דגניבה וגזילה, ולכן ליכא פסול עדות בחולק עם הגנב, רק כשאכלו השני חייב מדין מזיק, וממילא פשוט שגם תברא ושת' מדין מזיק אתינן עלה.

ב] האו"ש [גניבה פרק ג' – ה"ב ד"ה לכאו'] והמבי"ט בקרית ספר [מובא באו"ש] נקטו דאיכא לאו דגניבה וגזילה ואיכא נמי לכל החיובים של גנב וגזלן, ורק נתמעט מכפל, וממילא פשוט שגם תברא ושת' מדין גנב וגזלן אתינן עלה.

ג] דרכם של הגרי"ז והחזו"א שפטור מכל חיובי גנב גם מקרן דגנב, דחסר במעשה גניבה, ולכן הוא רק חייב מצד גזלן, שהרי כל גנב הוא גזלן, וממילא דפטור מכפל, אלא דנפ"מ בין האו"ש להגרי"ז הוא בדין 'ונמכר' ובלאו דלא תגנובו, ודו"ק, וממילא פשוט שגם תברא ושת' מדין גזלן אתינן עלה.

ונתבאר עוד לעיל דשורש הפלוגתא הוא בקרא דמבית האיש ולא מבית הגנב, דלפי הקצוה"ח הרי"ז מיעוט על ה"אינו ברשותו", שהוא מצב בממון הגזול, שלא שייך בממון גזילה כיון שכבר אינו ברשותו, ולפי הגרי"ז ודעימ' הרי"ז מיעוט במעשה, דמעשה מבית הגנב אינו מעשה גניבה, וגניבה בעי מעשה וכלי מעשה הדרא ממילא לגזילה.

**דעת הנתה"מ, ומיישב את קושי' האחרונים מהמשנה, ושורש פלוגתת הקצוה"ח והנתה"מ.**

והנה, דעת הנתה"מ [סי' ל"ד ס"ק ה'] הוא מצד א' כהקצוה"ח, דלא שייך לא גנב ולא גזלן בגונב מן הגנב, וזה משום שאין כאן תוספת כלל בגניבה השניה מה שלא היתה בגניבה הראשונה.

ולפי"ז חידש שכשיש שינוי, דאז אהני לן הגזילה השניה להפקיע מהבעלים את בעלותו לחלוטין, דאז שפיר הו"ל גזלן, והיינו דתמיד חפץ הגנוב בבית הגנב הרי"ז "אינו ברשותו", ותמיד הגנב שני עושה שוב שיהיה "אינו ברשותו" ואין כאן שום תוספת, אבל בשינוי שיש הפקעה מה'שלו' יש כאן גזילה, עוד הוסיף בזה הנתה"מ שאם השני משתמש ולא הראשון, הרי הוא מוסיף בזה לקיחה נוספת של השתמשות וגם זה מיקרי תוספת על הראשון ושפיר מיקרי גזלן.

ולפי"ז כ' הנתה"מ דזהו דין תברא, דבלי הלכות מזיק יש לחייבו מצד גזילה חדשה שהרי יש כאן שינוי, והביא דזהו דברי רש"י כאן דתברא ושת' חשיב גזילה חדשה, ועיין במשובב שהקצוה"ח חולק עליו בהנך שני דינים.

והק' האו"ש [גניבה ג' – ב' ד"ה והן] דאי חשיב גנב בתברא, א"כ בכל גונב מן הגנב, אף דפטור בכפל, הא כשטובח אח"כ הו"ל גנב וטביחה כהדדי [כעין גונב בשבת וטובח בחול דטביחה הוי גניבה וטביחה], וכיון שהטביחה היא שינוי אין בו מיעוט דגונב מן הגנב לנתה"מ ויש כפל ודו"ה, וזה נגד משנה ריש פירקין.

ותי' האחרונים דהנתה"מ חולק על הקצוה"ח בעיקר המיעוט דבית הגנב, דלא למד דקאי על גניבה וגזילה, אלא דקאי על גניבה גרידא, וגזילה לא נתמעטה, ומה דלא חייב מצד גזלן הוא מסברא שלא הוסיף כלום בגזילתו, אבל כשמוסיף שפיר הו"ל גזלן, אבל אכתי פטור מכפל, דכפל נתמעט מגזה"כ, וא"ש המשנה, ועיין בהערה <sup>84</sup> שהבאנו מחלוקת אחרונים בדעת הנתה"מ.

84 כ"ה באמרי משה [סי' ל"ב ס"ק ו'], אולם ע' אפיקי ים [סימן כ"א ס"ק ט'] דג"כ למד בנתה"מ כהאו"ש דכוונתו לכפל וכן הביא מהגר"ח, ואף דלשון הנתה"מ הוא גזלן, הא כוונתו בפשטות לגנב ג"כ, דכיון דלמד כהקצוה"ח ורק מוסיף פרט דבשינוי כבר חייב, א"כ משמע שבית האיש הוא

ולמדנו א"כ שבאמת אין שייכות בין הקצוה"ח לנתה"מ, אף דכפשוטו היה משמע שדעת הנתה"מ הוא ממש כהקצוה"ח אלא שהוסיף על הקצוה"ח אופנים שונים שיש הוספה בגזילה, ושוב הדרא לן הדין גזילה.

אכן מעתה נתבאר שהם ב' שיטות שונות מתחילתן, שהרי בקצוה"ח מבואר שעיקר הדין שאינו לא גנב ולא גזלן אינו סברא אלא גזה"כ, והוא, שרק גזילה ממצב של 'ברשות' מיקרי גזילה, וזה מגזה"כ, ומה"ט חולק הקצוה"ח וסובר דשוב לא יהני כל הוספה והרחקה נוספת מהבעלים, דגזה"כ היא בעיקר הגזילה, וזה כל הדין של גונב מן הגנב, אכן הנתה"מ למד שהדין הזה שאינו לא גנב ולא גזלן הוא סברא, והיינו משום שהשני לא מוסיף כלום ובאמת אין כאן שום גזילה, ולכן חולק על הקצוה"ח וסובר שיש עדיין ב' אופנים של הוספה בהרחקה שבהם איכא דין גנב וגזלן, אלא דבכה"ג כבר נאמרה גזה"כ בהלכות כפל [וע"ד האור שמח] או בהלכות מעשה גניבה [וכסברת החזו"א והגרי"ז].

[ואכתי יש להעיר שהרי דברי הקצוה"ח בנויים על רמב"ח ריש הגזל ומאכיל שפוטרי מזיק אחרי הגזלן ובוזה כתב דפשוט דה"ה גזלן פטור, אלא דגם ר"ח דמחייב במזיק אכתי פטור בגזלן, ואף ר"ח מודה בלאחר יאוש דפטור אף אי יאוש לא קני, והרי במזיק ליכא פסוק וכמבואר בתוס' ריש הגזל ומאכיל, וכן במזיק לאחר יאוש לר"ח, ובגזילה הרי מבואר מדבריו דבעינן פסוק, עיי"ש, וקשה דהאיך בונה את הדברים על רמב"ח דלדידיה פשוט מסברא אף דלר"ח בעינן פסוק, וצ"ע].

#### מקורות בראשונים לכל הדרכים באחרונים.

ויש מקורות לדברי האחרונים בראשונים:

דהנה כדברי הקצוה"ח דמדין מזיק הוא, כן מבואר נמי בתוס' רעק"א בפרק המפקיד [משנה י"ב], וכ"ה בהדי' בחי' הר"ן [ב"מ מ"ג], ולעיל הבאנו מהנתה"מ שהשינוי הוא גזילה ורצה לדייק שרש"י ג"כ לומד כן מדכתב שהוא גזלן, ומשמע דלאו מדין מזיק הוא כהקצוה"ח אלא דמדין גזלן אתינן עלה, אכן אין ראיה לנתה"מ שהרי דברי רש"י הם נמי כהאור שמח או אפילו כהגרי"ז וחזו"א.

ועיקר יסוד של הגרי"ז והחזו"א - הביא מו"ר שליט"א בענפי ארז מהתוס' רי"ד ריש הגזל ומאכיל לגבי גונב מן הגנב, שמתחילה חילק בין גנב לגזלן, וביאר דלכן ליכא כפל בגונב מן הגנב ואיכא קרן, ותמה שם המגיה דמתחילה חילק בין גנב לגזלן ובסוף חילק בין כפל לקרן, וע"כ כהחזו"א והגרי"ז, דהנפ"מ בכפל מתחיל בזה דחסר במעשה גניבה.

אלא דכדברי הנתה"מ שהשינוי שיש בתברא ושתי' הוא הגזילה עצמה, כן מבואר ביראים [מצוה קס"ט] בהדי', וכן הוא בתוס' ר"פ [שטמ"ק ב"מ ע"ח] בדין מעביר ע"ד בעה"ב, אולם כבר הביא האפיקי ים [ח"א סימן כ"א] שהגר"ח הביא

---

מיעוט בגנב וגזלן כהקצוה"ח, ובשינוי הדרא גם גנב וגם גזלן, והאמרי משה הוא זה שחידש שהנתה"מ חולק לגמרי על הקצוה"ח.

שו"ר דגם בספר אהא"ז [גניבה א' - י"ד בד"ה אכן לבד] נקט כהאמרי משה דרק קאי בגזילה, דגניבה נתמעט מגזה"כ, וכן הוא בחידושי הגרשש"ק [סימן ל"ו ס"ק א'].  

136

מהרא"ש פרק הגזול עצים [סימן ג'] דמפורש בההיא רחל שהיתה טעונה וכו' דליכא דין גזילה בשינוי קונה.

ובאמת שיש נפ"מ גדולה בין הנתה"מ לאידך מהלכים דלדידיה מהני גם מכירה מדין שינוי רשות דג"כ קונה ושפיר חשיב כתברא ושת"י כמו טביחה, וממילא דאיכא ראייה מרש"י וכן מהשו"ע שהביאו דגם מכירה מיקרי תברא ושת"י שלמדו דווקא כהנתה"מ, וי"ל שר"פ להלן [ס"ו] דפליג וסובר שאין דין מכירה בכלל תברא ושת"י, דחולק ולא למד כהנתה"מ, ויש לעיין ממה שהבאנו לעיל מר"פ [ב"מ].

#### **ביאור בנתה"מ לפי דרכו הראשונה שהראשון קונה בשינוי וזו הגזילה.**

בעיקר דברי הנתה"מ יש לעיין דהאיך מהני הך קנין שינוי להיות מעשה גזילה, ועוד צריכים לדעת דמי קונה על ידי הך קנין שינוי, הראשון או השני, ויש בזה מבוכה גדולה בדברי הנתה"מ עצמו.

דהנה - בנתה"מ במהדורא קמא כתב "וכן אפילו אם אחר עשה שינוי אף שנקנה להגזלן, מכל מקום הוי כאילו אכלו דמה לי אכלו או הקנהו לאחר", ומבואר שהשני קנאו.

אולם עיין במהדורא בתרא שתיקן הנתה"מ וכתב "אם השני עשה שינוי ודאי דהוי גזלן, כיון שעל ידי שינוי הוציא מרשות בעליו דהוי גזילה חדשה", ונראה שהשמיט הנתה"מ בדווקא את מה שכתב במהדורא קמא שאם השני יעשה שינוי יקנה לגזלן והיה נראה שחזר בו מזה.

ונעלה כאן את הצדדים בזה, דבמהדורא קמא נקט דע"י השינוי נקנה לראשון, כיון דלראשון איכא קניני גזילה ולא לשני, ואפי"ה חשיב השני גזלן דהוי כאכלו ומ"ל אכלו ומ"ל מקנה לאחר, הא סו"ס הוא לקחו מהבעלים.

ועיין אמרי משה [סי' ל"ב ס"ק ז' בהגה"ה] דעמד בזה, דיש חידוש בנתה"מ דזה מיקרי "לקיחה של גזילה" אף דאינו לקיחה לעצמו, והוכיח דזה מיקרי לקיחה מדמצאנו אשד"ע בגזילה, והתם הגזלן שהוא השליח חייב אף דזכה בו בשביל חברו המשלח, וזה כנ"ל.

אלא שבאמת שיש לחלק - דלולי הכוונה לחבירו יש לקיחה ממש לעצמו, אבל בשינוי כל המעשה מצד עצמו אינו לעצמו רק מעשה שמכוון מעיקרו לראשון, ומאן יימר דחשיב כמעשה עיכוב ממון.

עוד יש לעיין דפשיטא דחלוקין נינהו, שהרי הכא הראשון קונה בשינוי על ידי זכות מוקדמת שקיימת לו כבר בלקיחה ידיה הראשונה בשעת הגזילה לקנות בשינוי, והרי גם בשינוי דממילא היה זוכה בו, ונמצא שאין כאן אפילו לקיחת שני לזכותו של הראשון, אלא שהמעשה של השני גורם שהלקיחה של הראשון לעצמו ישתנה מלקיחה של שליטה ללקיחה של בעלות, והשני עשה מעשה קוף בעלמא בכל התהליך הזה, ואטו לקיחת גזילה איכא לשני, וצ"ע.<sup>85</sup>

85 ויתכן שזה רק כמזיק שמפסיד ממון חבירו בלי העיכוב, אכן גם ביטול בעלות אינו מזיק דבעינן מעשה של היזק בחפץ, עכ"פ כאן חידש הנתה"מ דיש כזה עיכוב ממון.

עוד יש לעיין הרי מצאנו ריבוי של גונב ע"מ למיקט, ועיין בקצוה"ח [ריש סימן שמ"ח] שהביא דאיכא ראשונים דס"ל דאיירי גם בלי דעתו להחזיר, וקס"ד דעצם זה שהגזילה אינו לצורכו אלא לצער את חבירו דשוב חסר בעיקר הגזילה, הרי לנו שמה שגזילה עומדת לגזולן היא חלק מהגזילה, ויתירא מזה מצאנו בגונב ע"מ לאבד, דכפשוטו אינה גזילה וכמבואר בירושלמי, [מובא בתוס' ריש הכונס, וכן הביאו הגר"ח חובל ומזיק וכדהבאנו בהמשך, ועיין שם בהגר"ח דלמד שבאמת נתחדש גזילה חדשה, ולכן חידש שיש בזה גדרים מיוחדים באיזה איבוד איירי, עכ"פ למדנו דחיילא בזה סוג חדש של גזילה ועיכוב ממון, [ועיין בזה בהמשך], ולפי"ז תמוה מאד לומר שיש גזילה שכל כולה אינה שייכת אליו.

[ויש מקום לדון שאולי המהלך בזה הוא כך, שבאמת אין כאן גזילה חדשה בפני עצמה, אלא שהוא מוסיף וממשיך בעיכוב ממון של חבירו, שהראשון לקחו מרשות הבעלים, ומי שעושה שינוי ממשיך את הלקיחה הראשונה כלפי 'השלו', וגם זה חשיב לקיחה כיון שהכל חיילא מכח הלקיחה של הראשון שיקנה אח"כ בשינוי, ונמצא שהשני הוא גזולן בתוך גזילת הראשון להוסיף עליה].

**ביאור בנתה"מ לפי דרכו השניה שהשני קונה בשינוי, וזו הגזילה, ומבאר עפ"י האור שמח שיש לגנב השני קניני גזילה.**

אולם כל זה חידוש גדול, ובאמת דבמהדורא בתרא היה נראה שחזר בו הנתה"מ - ולמד שבאמת השני קונה, אלא שאינו מובן הגדר בזה דלמה יקנה הא אין לו קניני גזילה.

ונראה שהביאור בזה הוא כך, שאם השני יעשה רק שינוי בגזילה בלי להחזיק בו כלל בודאי לא יחשב בכך כגזולן, דפשוט שלא יתכן להחשיב את זה שלא החזיק בגזילה לעצמו כגזולן, אכן א"כ האיך יצטרף מה שהחזיק בו מעיקרא למה שעושה בו שינוי שיחשב מחמת השינוי כגזולן, ועיין באמרי משה [שם] דמשכחת לה בשינוי וגזילה באין כאחד, והביא כן מסוג' מפורשת בהיה דיקלא, וא"כ ה"ה הכא דמהני הלקיחה והשינוי בבאין כאחת.

אולם הכא אכתי לא קשה, שהרי הכא בלי השינוי של השני ליכא גזילה כלל כיון שהוא לא מוסיף כלום כנגד הבעלים, ואיזה גזילה איכא הכא.

ובביאור הדברים נראה כך – ונקדים - מצאנו להלן [ס"ח] דמשמע שם שאם יתייאשו הבעלים לאחר שמכר הגנב הראשון ללוקח יזכה בזה הלוקח, שכיון שמכר הגנב את החפץ ללוקח, זכה בזה הלוקח בקניני גזילה ובזכות ההחזקה של הגנב הראשון, וע"ע בנתה"מ [סימן שנ"ג ס"ק ד'] בביאור המ"ד דסבירא ליה דשינוי רשות ואח"כ יאוש קונה "דכיון שהגזולן יש לו זכות זה בשעת המכירה שכאשר יתייאש הגזול יהיה שלו, לכך אמרינן מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, כיון שהזכות היה לו בשעת מכירה, והגזול לא היה יכול לבטל זכות זה, יכול הגזולן למכור זכות זה".

למדנו הכא בדברי הנתה"מ שהלוקח מהגזולן זוכה בכל הדינים שנתנה התורה לגזולן בגזילה, ולפי"ז מסתבר שיזכה הלוקח גם בשינוי, שגם זה בכלל כל זכות שתבא לידו שמכר לשני.

ויש לדון דא"כ ה"ה שהגזול מגזול יזכה בקניני גזילה, ויקנה כבר בשינוי, כמו לוקח מגזול, והיינו דמלבד הגזילה של השני מהבעלים, הרי פשוט שיש כאן גזילה של השני מהראשון, וכלפיו איכא גזילה גמורה מבית האיש שהוא האיש שהוא בעלים על הקניני גזילה שיש לו בגזילה, ואת הקנינים הללו הוא בא לגזול, וי"ל שכעת הוא יזכה בקנין שינוי על הגזילה, ועיין להלן שהבאנו מהאור שמח שכתב כן בהד"ל שעל ידי גזילת השני הוא זוכה בקניני גזילה ואז הוא זה שקונה בשינוי.

כן היה נראה בשיטת הנתה"מ שלכן מיקרי השני גזול כלפי הבעלים כיון שאחר גזילתו כלפי הראשון אית ליה קניני גזילה, וממילא דע"י השינוי כבר נהיה של השני, ונמצא שהשני גזל את הבעלים ע"י השינוי.

**דוחה את המהלך, ומבאר עפ"י יסוד דברי הגר"ח בגזילת קרקע ע"י קניני גזילה.**

אולם אין זה מוכרח דלמה באמת יזכה בקניני גזילה בזה שהוא גזול עליהם, הא כמו שלא זוכים בחפץ הגזול בזה שגזלו כמו כן למה יזכה בקניני גזילה בזה שגזול קניני גזילה, דאין מקור מהאור שמח הנ"ל, שהרי האור שמח סובר שהגזול השני הוא תמיד גזול גמור כנגד הבעלים, דלדידיה כל המיעוט בגונב מן הגנב הוא רק מכפל, ולשיטתו אזיל, דפשוט א"כ שהוא 'מחליף' את גזול הראשון וזוכה בעצמו בקניני גזילה בזה גופא שהוא חשיב כגזול מהבעלים, והשני לא צריך לזכות בקניני גזילה מהגזול ראשון בזה שגזל ממנו את הנך קניני גזילה, אלא דמאותה סיבה שיש קניני גזילה לראשון מהאי טעמא יש גם לשני, אכן הנתה"מ עצמו סובר שאינו גזול כנגד הבעלים שהרי לא הוסיף כלום בגזילה, וא"כ למה לכתחילה יזכה בקניני גזילה - הרי אין לזכות בקניני גזילה מהראשון ואין סיבה עצמית שיוזכה בקניני גזילה.

והעירני בזה תלמיד אחד לומר כאן דבר חדש, דהנה, הבאנו לעיל [סימן ז'] מהגר"ח בספרו שבקניני גזילה בקרקע נהפך לגזול גם בלי להוציא את הקרקע מרשותו שהרי א"א להזיזו, אכן ע"י הקניני גזילה עצמו יהיה גזול, וזה עצמו תהיה לקיחה של גזילה, ולכן בעינן כלל ופרט למעט שקרקע אינו נגזול.

ומעתה נראה דגזול שני דומה לקרקע, שכמו שקרקע א"א להוציא מהבעלים כיון שתמיד ישאר בחזקתו, כמו כן בגזול שני איכא נמי להאי חסרון שא"א להוציא מהבעלים, שהרי ממילא לא נמצא תחת ידי הבעלים מחמת הגזול הראשון וא"א להרחיקו עוד, וממילא הכא לו יצויר ובגזילתו הוא יזכה בקניני גזילה, הרי זה עצמו תהיה הגזילה, וכדמצאנו בקרקע.

אולם באמת דהכא גרע מקרקע, שהרי ממילא יש כבר לראשון קניני גזילה ואין זה הוצאה מהבעלים יותר ממה שזה ממילא נמצא אצל הראשון, ולא יהני לזה קניני גזילה.

אולם - לו יצויר והקניני גזילה יחולו באופן שבבת אחת עם החלות קניני גזילה כבר איכא שינוי קונה - להפקיע את 'השלו', הרי שוב הדרא סברת הגר"ח לגבי קרקע וא"ש.

ונמצא שזכיתו של השני בקניני גזילה - באופן שיש כבר שינוי להפקיע את 'השלו', היא היא עצם הגזילה עצמה - כן נראה בביאור הנתה"מ.

דן בהוכחת הקצוה"ח מאיתבר ממילא, ומ"ש מגונב מן הגנב. הקצה"ח הוכיח את שיטתו מאיתבר ממילא, דלמה חייב א' ולא ד' הא המשיך לגזולו בחצירו, ויש לדון בזה.

ונקדים במה שהק' האמרי משה [סי' ל"ב ס"ק א'] שהקצה"ח [סי' שמ"ח ס"ק ב'] כתב דגזילה בחצר צריכה נעילה של הבעלים, ואין כאן יותר מנעילה אחת. אולם נראה שלפי מה שנתבאר לעיל בדברינו ריש פירקין [סימן א'] בגדר הך דין נעילה שאינו דין מעשה גזילה וכהבנת האמרי שמה ולכן הקשה מכופר בפקדון והוכיח מזה שרק גניבה צריכה מעשה נעילה ולא גזילה.

אולם למדנו שם שהגדר בזה הוא שהנעילה אינה באה אלא לייחס את המצב של העיכוב אליו, והיינו שיש כאן מצב של עיכוב ממון שממילא קיים על ידי חצירו שהגזילה נכנסה שם מעצמה, ומאן יימר שעל ידי כוונתו לעכבו הוא יכול לייחס את העיכוב הזה אליו, ובזה חידש רש"י שעל ידי הנעילה הוא מייחס את המצב של עיכוב ממון שקיים בחצר לעיכוב ממון של בעל החצר ע"י חצירו, ולפי"ז פשוט למה כופר בפקדון מהני שכאן כל העיכוב ממון מיוחס אליו.

ומעתה פשוט שהרי כל השהיית הממון בחצירו כולו בכלל העיכוב הזה, שזה עיכוב ידיה על ידי חצירו מחמת זה שהוא נעלו מתחילה ולא בעינן נעילה מחדש בכל רגע ורגע, ויתירא מזה, הרי לדברינו שכל התוכן של הנעילה הוא לייחס את העיכוב אליו, א"כ פשוט נמי שכל נעילת דלת כשיוצא מחצירו מהני שהרי כל נעילה היא פעולה של החזקת ושמירת כל חפציו ברשותו, וכשיש בתוך הנך חפצים חפץ הגזול, הרי המעשה הזה מעכב גם את הגזילה בכלל כל נכסיו, ושוב אינו כחפץ שנכנס לרשותו מאליו דהכא עיכוב ידיה הוא, ופשוט.

עכ"פ - מכח זה הוכיח הקצה"ח דאין גזילה כלל, וממילא דאיכא ראייה לשי' הקצה"ח ונתה"מ דאין גזילה כלל [עכ"פ כשאין שינוי], אכן לשיטות דתמיד יש גזילה או אפילו גניבה בלי כפל בגונב מן הגנב, א"כ ה"ה דאיתבר ממילא היה צריך להיות חייב ד', ושיטתו צ"ע.

ותי' האו"ש [גניבה פרק ג' - הלכה ב' ד"ה אמנם] דבשלמא בגונב מן הגנב, הרי השני יקנה בקניני גזילה כשישתנה במקום הראשון, ולכן יש כאן גזילה נוספת, שכעת מה שאינו ברשותו דנגזל תלוי בגזול שני, אבל בגזול שממשיך להחזיקו ברשותו, אף אם יעשה עוד הגבהה ועוד נעילה, הא לא נשתנה כלום בקניני גזילה, והרי"ז הגזילה הראשונה שממשיכה, ואין כאן גזילה חדשה לחייבו שוב.

#### פרק ב'

#### דן בדין מזיק בגזילה,

ולמה לא שייך דין מזיק לדין תברא ושת'.

ד' הוכחות דאין תו"ש חייב מדין מזיק, ודלא כהקצה"ח, ותמיהה על שי' הר"ן.

הנה לפי הקצה"ח תברא ושת' חייב מדין מזיק, וכן הביא בתוס' רעק"א בהמפקיד [משנה י"ב], וכ"ה בהדי' בחי' הר"ן ב"מ [מ"ג], וזה פלא דיש בזה כמה תמיהות.

א] לשון הגמ' בב"מ שהביאו משנה ד"כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה", ועוד, "והשתא קגזל מיניה", ולדבריהם אין גזילה רק מזיק [והנתה"מ בשו"ע כבר דייק מרש"י בסוגיין שזה גזילה].

ב] איך קס"ד דרב פליג על רבה, הא איך אפשר לחלוק בהלכות מזיק, וכמו"כ קשה בב"מ [מ"ג] דקס"ד דב"ה פליגי בדין תברא ושת"י.

ג] מאן יימר לן באמת דרב פליג, דכפשוטו י"ל דכוונת רב היה רק לענין גניבה וקרן דגניבה, ואה"נ בה"ל מזיק חייב, ומה שייכא זל"ז, והרי זה פשוט שרב רק חידש הלכות גניבה, ומה דבאופן של טביחה באו לפונדק אחד עוד מחייב נוסף של מזיק אינו ענין לדברי רב והדין של קרן כעין שגנב הוא עדיין דין נכון<sup>86</sup>, ורק אי גם מצד גזילה וגניבה משתנה דינו של רב באופן של טביחה שאז פשוט שהדין אינו נכון לגמרי, כיון שבאופן של טביחה הדין של גנב עצמו משתנה, ולדרכו של הקצוה"ח תמוה מאד קושי' הגמרא.

ד] ע' אפיקי ים [סי' כ"א ה' - ח'] שהק' להגר"ח: דהנה - יש הלכה במזיק דשמין הנבילה לבעלים, ובעלים מטפלין בנבילה, לא כן בגזלן, ויש בזה ב' צדדים די"ל דבמזיק כל הנזק הוא רק עד הנבילה ולא עד בכלל ולכן בעלים מטפלין וי"ל דהנזק כולל נבילה, ונבילה בתורת תשלומין, ולצד הראשון תמוה קושי' הגמ' על רב, די"ל דבתברא ושת"י כששוה ד', והשברים שוין ג', הנזק היה רק אחד, ושפיר קאמר רב קרן כעין שגנב, דמצד התברא רק חייב עד הנבילה, ודו"ק.

וגדולה מזה מצאנו בברכ"ש [סימן ה' ס"ק ב'] - שדן בעיקר דין מזיק בגזלן בלי שייכות לקצוה"ח, והיינו דאף אי חולקים על הקצוה"ח וסוברים שהמחייב של תברא ושת"י הוא מחייב של גזלן, אכן סו"ס יתכן דאכתי מודי כו"ע לקצוה"ח, דמלבד עיקר המחייב של תברא ושת"י [גזלן או גנב] דחייב נמי מצד מזיק, וחידש הברכ"ש שאף אי נימא שבכל תברא ושת"י יש גם מזיק, אכתי א"ש הסוגי' שהרי מעולם לא דנו בזה, שהרי כל החידוש של רבה היה מצד גזלן וכמפורש בגמרא "כל הגזלנים וכו'", ואי קשי' לך דלמה רבה חידש דבתברא ושת"י איכא דין גזלן אי ממילא חייב מדין מזיק - על זה תירץ בברכ"ש שיהיה נפ"מ בזה שאין שמין לגזלן ושמין למזיק, וזה החידוש של רבה בתברא ושת"י שהוא גזלן.

וממילא דרק על זה אמרו דרב פליג על רבה דמחייב קרן כעין שגנב מצד גזלן, ואף דממילא חייב מדין מזיק דנפ"מ כלפי שמין, הרי שאף אי מזיק הוא דין וחיוב נכון בתברא ושת"י, אבל אין זה ענין לעיקר דברי רבה ורב - וכל זה טענה גדולה על הקצוה"ח דמה המקור שבאמת חולקים בדין מזיק.

**דן האם יש דין מזיק בגזלן, ודברי הברכ"ש בזה.**

ובעיקר האי ענינא האם איכא דין מזיק בגזלן:

עיין באמרי משה [סי' ל"ב ס"ק כ"ז] שרצה לחדש שבאמת גזלן פטור מחיוב מזיק, וביאר דכמו דגזלן א"צ לשלם על נהנה והשתמשות מכוח הקנייני גזילה,

86 ולמשל, כל טובח ע"י שליח אמרינן שהמשלח חייב דו"ה כון שבזה אמרינן ישלד"ע, ואף שהטובח הוא גם מזיק ובזה לא אמרינן שליחות לדבר עבירה ופשוט שהשליח חייב בזה, אכן מה אכפת לן בזה, הרי סו"ס הדין של ישלד"ע בטביחה הוא דין נכון, וה"ה הכא, הדין קרן כעין שגנב הוא דין נכון אף דבאופן מסויים ששם היה טביחה דאז יש לדון מצד פרשה אחרת.

כמו"כ על מזיק א"צ לשלם, וכל זה שייך לדין כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, וא"ש דע"כ אין הנידון מצד מזיק רק מצד גזלן, וכל זה מבואר בקצרה בברכ"ש [סימן ד' ס"ק ב'] בשם הגרי"ז, וכ"ה בתחילת ספר ענפי ארז מהגרי"ד בשם אביו הגרי"ז, ולהלן [סימן י"ד] הבאנו דמוכרח מהיד רמ"ה בסנהדרין [ע"ב] דליכא דין מזיק בגזלן.

ואף אי נימא שיש דין מזיק בגזלן, הא סו"ס א"ש מה שאמר בזה בברכ"ש שאין זה הדיון בסוגי' ונפ"מ עכ"פ כלפי שמין.

ובעיקר הדמיון לקניני גזילה של שימושים, עיין בזה בהערה <sup>87</sup> במה שיש לדון בזה, ועיי"ש שהבאנו שלפי הראב"ד לא תלוי בקניני גזילה כלל, אלא שהמהלך בזה שהתשלומין של ושילם הוא על הכל, וזה כולל גם שימושים וזה כולל גם מזיק, אכן לפי הראשונים דמצד קניני גזילה אתינן עלה יש לדון, דיתכן דלא מהני הקנינים של השתמשות לגבי מזיק, שיש לומר שהקנינים הם רק כלפי השתמשות שענינם 'לקיחה מהבעלים' ודומין לגזילה, ולכן זה כלול בקניני גזילה, לעומת מזיק שענינו 'חסרון לבעלים', ולכן זה לא כלול.

אולם יש מקורות מפורשות שיש דין מזיק בגזלן, וכדעת הקצוה"ח:

---

87 והיינו שאין זה פשוט, דהנה, כבר נחלקו בגדר הדין הזה הוא ונפ"מ בלוקח מגזלן אי פטרינן ליה, ועיין ברשב"א לעיל [ל"ג] שפוטרו נמי מדמי שימוש, ורש"י והראב"ד מחייבים, וע' קובש"ע בב"ב [ס' קפ"ט] דלפי הרשב"א פטור מצד קניני גזילה וה"ה דמצד למכור הנך זכויות לאחרים, ולרש"י והראב"ד מטעם שהתשלום על הגזילה פוטרו מהכל, וכל זה נתחדש בדין והשיב, והיינו שבדין והשיב נתחדש שגם השבה על חמץ שעבר עליו הפסח כולל את כל השווי של החפץ והכל הושב, וכמו כן כל החיובים האחרים כלולים בזה והושבו כהדדי, עכ"פ לפי המהלך הזה פשוט למה זה לא פוטר את הלוקח, וע"ע חזו"א [סימן ט"ז ס"ק ח' - בסוגיין [ס"ה. בד"ה לימא פליגא] - בנדפס מחדש] שג"כ מרמז לזה.

אולם אין זה פשוט בשיטת הראב"ד, דקשה לומר דמצד חיוב השבה מהני, שהרי כבר נחלקו הראשונים אי ושילם הוא מדין והשיב או לא, ונפ"מ אי הוי ניתק לעשה ונפ"מ גם אי איכא חיוב ושילם בעבד שנתמעט מהדין והשיב, ושיטת הראב"ד דדין ושילם ודין והשיב תרתי ניהו, ודין ושילם שייך למזיק שבגזלן ומה זה שייך לתשמישין ונהנה, וא"כ להנך ראשונים האריך באמת מהני ושילם לפוטרו, ושיטת הראב"ד תמוה מיניה וביה.

ויש להעיר דהראב"ד אזיל לשיטתו במק"א, דהנה כבר נחלקו הגרי"ז והגר"ש רוזובסקי זצ"ל – מובא בחידושי [סימן י"ב] - האם הגר"ח למד בראב"ד להלן [צ"ז] בספינה שיש פטור על תשמישין גם בגזלן שאין בו קניני גזילה [והתם איירי לגבי שואל שלא מדעת דנחלקו אי למד הגר"ח שבשואל שלא מדעת ליכא קניני גזילה או דאיכא כלפי השימושין].

והגר"ש רוזובסקי זצ"ל הוכיח מהתם דגם בלי קניני גזילה סובר הראב"ד דאינו משלם על נהנה, ונמצא שהראב"ד לשיטתו [צ"ז] דאיכא פטור בשימושים גם בלי קניני גזילה, לשיטתו אזיל לעיל [ל"ג] ואינו פוטר את הלוקח מן הגזלן, ועיי"ש עוד מה שהקשה להגרי"ז על הראב"ד במקום אחר, דלשיטתו גם עבדים דחשיבי כמקרקעי איכא בהו דין ושילם אף בלי קניני גזילה ולמה אין בהם דין פטור על הנהנה ושימושים.

ובביאור שיטת הראב"ד – עיין בדברי הגר"ש רוזובסקי זצ"ל שם שביאר את שיטתו עפ"י הברכ"ש שכנראה למד שהיסוד בזה הוא מטעם אחר, והוא שכל ששילם על לקיחה שבגניבה, שוב אין לחייבו עוד על לקיחה נוספת בהך גזילה עצמה, ולקיחת שימושין שבאים מתוך החפץ מיקרי לקיחת נוספת בהך גזילה עצמה ולכן לא חייבים בזה עוד, ונראה דסברא זו שייכא גם בדין ושילם, ומהני דווקא לגזלן ולא ללוקח, ודו"ק.

א] הרי הבאנו מהר"ן בהדי' דתברא ושת' מדין מזיק ומפורש שיש דין מזיק בגזלן.

ב] ע"ע בקובש"ע להלן [ס"ק קל"ט – קמ"א] שהביא מהמרדכי שהוכיח דאין דין שבת דבהמתו ממה דגזלן פטור משבת<sup>88</sup>, ומוכרח דלו יצויר והיה חייב בשבת אף גזלן היה חייב<sup>89</sup>, והיינו משום ששבת מפרשת מזיק היא, וע"כ דחלוק מזיק מהשתמשות, ובאמת דבדין זה אזיל הקצוה"ח לשיטתו, והוא בקצוה"ח [סימן שס"ג ס"ק ב'] שכתב דאף שפטור בגמרא גזלן מתשלום על מה שנשתמש מכל מקום בגזלן עבדים חייב מדין שבת אף אי עבדי כמטלטלי ונגזלים, והקצוה"ח הוכיח כן בשיטת הרי"ף, ועיין בהערה<sup>90</sup> הבאנו לשונו.

ג] עוד הביא בקובש"ע [שם] מהנמו"י בפ"ק [ה']. דפי הרי"ף] בשם הרמ"ה, שגזלן שהזיק חייב מדין מזיק, ולפי כולם חוזרת הקושי'.

**בדברי הראשונים סוף המפקיד שכל גנב יתחייב באיתבר ממילא כדין שומר ומדין תברא ושת', ומוכיח דלדבריהם איכא חיוב מזיק בגזלן.**

ויש להביא ראיה נוספת לדין מזיק בגזלן – והוא דעיין בדברי הראשונים סוף המפקיד שהקשו שכל גנב יתחייב ביוקרא גם באיתבר ממילא כדין שומר שחייב כשעת אונסים, ולמה בגזלן איכא דין כעין שגזל, וכבר הבאנו את דבריהם ואת השו"ט בזה לעיל [סימן י'], אולם כבר דקדק הברכ"ש [סימן ה' ס"ק א' ד"ה ואף שברור] שכל מה שהרשב"א רצה לחייבו כשעת אונסים היינו מדין תברא ושת', עיי"ש היטב בדבריו.

וביאר הברכ"ש שחיובא דשומרים מדין כ"ד אבות נזיקין הוא וזהו שהקשה שלמה לא לחייב גזלן מצד מזיק חדש של שומרים כדמצאנו בתברא ושת', ודו"ק.

ונראה דגם הכא איכא מקור שיש חיוב מזיק בגזלן, וכל מה שתירצו הראשונים שלא שייך שומרים בגזלן, דכבר נכנס לרשותו של הגזלן, אכן לו יצויר והיה שייך שומרים בגזלן שוב היה מהני לחייב באיתבר ממילא מדין מזיק של שומרים, וזה באמת הדין של תברא ושת' שאז הוא מזיק באמת. ועיין להלן [ריש סימן ט"ו] מה שהבאנו בזה על דברי הרא"ש שם.

88 "ואם סגר בהמתו בבית ובטלה ממלאכתה פטור לדברי הכל כי ההיא דגזלן אפדנא דתורא וחרש בהן קנסיה רב נחמן משום דגזלן עתיקא הוה אבל מן הדין אינו חייב כלום, וכל שכן היכא דסגרה בבית דפטור".

89 וע"ע בריטב"א במכות [ג']. וברמב"ן שם ובדברינו באמרות אברהם [מכות סימן ט"ו פרק ב'].

90 וז"ל: "אפילו נימא דעבדי כמטלטלי נמי חייב לשלם לרבו כל שבטלו ממלאכת רבו משום שבת, ולא אמרינן בזה כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה ושבחא דגזלן הוי, דהיינו דוקא במטלטלין כמו בהמה וכלים דליכא בהו דין שבת אלא שיתחייב להחזיר מה שהרויח בגזילה ובזה אמרינן שבחא דגזלן, אבל הכא דאזקיה ממש חייב לשלם היזקו, וכדאמר רבה [ב"מ מ"ג]. תברא או שתיה משלם ארבעה כיון דכי איתיה הדרא למריה, וה"נ מיחייב משום שבת שבכל יום ויום על ביטול מלאכת רבו דהו"ל שבת באדם כמו נזק, ומש"ה ניחא בחמור וספינה דלית בהו דין שבת. וא"כ ניחא דברי הרי"ף דאע"ג דעבדא כמטלטלין אינו פטור אלא שלא בשעת מלאכה אבל בשעת מלאכת רבו חייב משום דהו"ל כאזקיה בכל יום ויום, ואם הוקר אח"כ משלם הנזק כשעת היוקר וזה נכון".

**סיכום השיטות שיש מזיק בגזלן - ומתמה בשיטת הר"ן והרשב"א שכנראה שלמדו את הסג' מדין מזיק.**

הרי לנו כמה מקורות בראשונים שלמדו שיש חיוב מזיק גם בגזלן, א] מרדכי בשם רבינו יקיר, ב] נמו"י בשם הרמ"ה, ג] קצוה"ח בשיטת הרי"ף, ד] רשב"א בסוף המפקיד לגבי איתבר ממילא, ה] הר"ן סוף המפקיד בסוגי' של תברא ושת', אולם תמהנו דמכמה סיבות מוכרח שאין ללמוד את הסוגי' מצד מזיק - וע"כ צ"ל לשיטתם כנתבאר מהברכ"ש דאף דאיכא מחייב מצד מזיק אכן עיקר הסוגי' קאי במחייב מצד גזלן וגנב, והרי איכא חילוק בין הדין גזלן לדין מזיק לגבי שמין - ושוב לא אכפת לן מה דאיכא חיוב גם מצד פרשת מזיק - ודו"ק. אולם שיטת הר"ן והרשב"א אכתי צ"ב שהרי כנראה שהם למדו את גוף הסוגי' של תברא ושת' מצד מזיק, וזה תמוה מאד וכנ"ל - ושיטתם יבואר להלן [פרק ג'] עפ"י דברי הגר"ח.

#### פרק ג'

#### בדברי הגר"ח

**שבתברא ושת' נתחדש דין גניבה אריכתא.**

**שי' הרמב"ם בתו"ש שיש כפל, ובביאור דברי הגר"ח לגבי גונב ע"מ לאבד לעומת גונב ע"מ להזיק, [ובגניבה בקנין יד].**

ברמב"ם [פ"א דגניבה הי"ד] מבואר דגנב כלי ושברו חייב כפל כשעת שבירה ובאיתבר ממילא חייב כדמעיקרא, וכל זה ביוקרא, אבל בזולא תמיד דהכפל כדשעת העמב"ד, ולמדנו חידוש, דמצד אחד מוכרח שכל הדין של רב דאזלינן בתר העמב"ד בכפל, כל זה בזולא, דאל"כ למה באיתבר ממילא חייב כפל כדמעיקרא, וזו באמת שיטת ר"ת להלן [סוגי' דטלאים כדמעיקרא].

ומאידך גיסא למדנו דבתברא ושת' הכפל הוא כדהשתא וע"כ מוכרח שיש כאן דיני מעשה גניבה בגוף מעשה התברא ושת', ועיין בכל זה באפיקי ים בשם הגר"ח [סימן כ"א - ס"ק ט' - י"א], וכ"ה באמרי משה בשם היש"ש, [סימן ל"ב - ד'].

וזו שיטה חדשה שלפי כל השיטות הקודמות לא היה שייך כפל על תברא ושת' שהרי סו"ס יש מיעוט מצד בית האיש, אכן הכא מצאנו ברמב"ם בהדי' שיש כפל. וכתב הגר"ח [חובל ומזיק] דמבואר א"כ ברמב"ם דכל "מזיק שבגזילה וגניבה דין גזילה וגניבה בו", ומה"ט בתברא איכא כפל דהמזיק שבו דינו כגנב.

הגר"ח הוסיף דיסוד זה מבואר נמי בגונב ע"מ לאבד דמבואר בירושלמי שפטור, ואינו גזילה ולמד הגר"ח דחסר בכוונת גזילה, [עיין בהערה הבאה], וכ"ה בתוס' בריש הכונס, ורבים תמהו עליו מהסוגי' להלן [צ"ח], ועיין מה שכתבנו בזה בהערה<sup>91</sup> בשם הגר"ח לחלק בין קנין יד לשאר הקנינים גם בגזילה.

91 דהנה רבים תמהו טובא על הגר"ח שדבריו הם כנגד הסוגי' להלן [צ"ח] שמפורש דגונב ע"מ לאבד מיקרי גניבה, והרבו לדבר בזה, אכן לאחר הרבה שנים נתגלה לאור עולם כוונת רבינו הגר"ח בשיעוריו [לב"ק צ"ח] ובגניזת הגר"ח, ושם יישב קושי' זו. ותוכן הדברים שלמד שבאמת כל החסרון של ע"מ לאבד הוא חסרון בכוונת גזילה, ועפ"י זה חידש דבקנין יד ליכא דין כוונה בעצם המעשה קנין רק בדעת לקנות, ולפי"ז בגניבה דליכא דין

וחידוש בכל זה הגר"ח דאף דגונב ע"מ לאבד אינה גניבה, שהרי אינה גזילה לשם 'גזילה' ולשם שום 'שימוש', אכן לו יצויר וכוונתו תהיה לשם מעשה היזק ממש, דאז שפיר חשיבא כגניבה וגזילה, והיינו דשפיר חשיב גניבה היכא שזה לשם 'מזיק' באופן שזה ממש 'לשם מזיק' ולא לשם איבוד דממילא בגרמא או ע"י היזק שאינו ניכר וכדומה, ודווקא באופן שזה לשם מזיק שחייב בהלכות מזיק, והוכיח כן מהסוגי' בע"מ לנסך.

וביאר הגר"ח שהיסוד בזה הוא דזה כבר חשיב לשם גזילה, כיון שהדין מזיק מצטרף לדין גניבה, ובכה"ג דין גניבה יהיה תלוי בגדרי מזיק, ולכן בגזול ע"מ לנסך חשיב גזילה אי היזק שאינו ניכר שמי' נזק, ולמ"ד דהיזק שאינו ניכר לאו שמי' נזק אינו כן, וכן בגרמא, דכיון דפטור במזיק כבר לא תהיה גניבה, דהדין גניבה תלוי במזיק בהלכות מזיק – עכתו"ד

מעומק דברי הגר"ח למדנו שאין כאן הלכה בעלמא שגנב וגזול שמיזיק דדינו כגנב וגזול במעשה זה, אלא שתחילת הדברים בנויים על זה שמעשה מזיק מצטרף לגוף הגזילה ורק מחמת זה נתחדש דדינו של מעשה זה כגזול, ולכן מצאנו שכשכבאים להגדיר 'כוונת גזילה', האם יש כאן 'מעשה גזילה' עם 'כוונה לגזילה' או לא, אז המזיק יכול כבר 'להגדיר' את המעשה כמעשה גזילה כיון שמיזיק מצטרף לגזילה.

ויש להעיר, שהאמרי משה [סי' ל"ב ס"ק י"ב] כתב בעצמו כדרכו של הגר"ח, רק שהוסיף בזה סברא, דגזול שהזיק אין הזיקו כשאר מזיק, דבכל מזיק אין 'מעשה לקיחה' והכא איכא, שהרי 'בתורת החזקתו ולקיחתו' הזיקו – ומראה בהיזק שעושה בו כרצונו, ולהכי במזיק כזה יש מעשה לקיחה וגזילה, ונראה דלדבריו גם היזק שאינו ניכר למ"ד דלאו שמי' נזק מהני דגם כן חשיב כגניבה וגזילה, דהעיקר כאן הוא המעשה "איבוד" ולא דוקא המעשה "מזיק", אכן מהגר"ח עצמו מבואר שאין זו כוונתו.

והנה, כבר הק' האחרונים על הגר"ח, דאף אם יש מעשה גניבה במזיק, סו"ס ליכא כפל דאין זה וגונב מבית האיש, ותירצו דהוי גניבה אריכתא, עיין בזה באהא"ז גניבה [א' - י"ד ד"ה אבל הריטב"א] שהק' על נוסח הגר"ח [מבעל האפיקי ים] דהוי גזילה חדשה, ובהשמטות [סוף גניבה] הביא שראה בכתבי הגר"ב"ד בשם הגר"ח דהוי 'גניבה אריכתא', וכ"ה באמרי משה [סי' ל"ב ס"ק י"ב], והיינו שממשיך את הגניבה קמייתא ולכן אין זה גונב מן הגנב.

ובאמת דאחרי דברי הגר"ח שהלכות ע"מ לאבד וע"מ להזיק מגדירים את הגניבה עצמה מתחילתה, מכל זה מוכרח שהמזיק מצטרף לגוף הגזילה ולא שזה הלכה

---

דעת לקנות אלא כוונה במעשה לגזול, הרי התם אף דבכל מעשה גניבה איכא דין כוונת גזילה בגוף המעשה, אכן בקנין יד ליכא דין כוונת גזילה והרי דעת לקנות לא בעינן כלל, ולכן מהני בגונב ע"מ לאבד, ודקדק שהסוגי' שם מיירי בקנין יד וא"ש, ודו"ק.

שוב שמעתי לדקדק שהגר"ח בספרו הגדול כבר דקדק שכל דבריו כלפי גונב ע"מ לאבד דלא מיקרי גזילה ולכן צריכים הלכות מזיק, דכל זה בגזול במשיכה והגבהה, עיי"ש שמדוקדק כן ב' פעמים, ורבים תמהו דמה בא להשמיע בזה שכתב משיכה והגבהה, ואחרי שנתגלה כוונתו בשיעוריו וכנ"ל, הרי ברור דבא בזה לאפוקי מקנין יד.

בעלמא בגזלן שמזיק ידידיה שם גזילה עליו, ופשוט א"כ שההצטרפות לגזילה היא היא הגניבה אריכתא – ופשוט.

**דן בדברי הגר"ח האם הכוונה דווקא למזיק בהלכות מזיק או לא, ומוכיח שצריכים מעשה היזק בהלכות מזיק.**

ושמעתי הרבה שטוענים שאין כוונת הגר"ח שחל גניבה אריכתא בתברא ושתי דווקא במזיק, אלא כל ביטול ההשבה מיקרי גניבה אריכתא, ומזיק אינו אלא היכי תימצי לביטול השבה, וממילא שיש לשלב את דברי הגר"ח גם במכירה וכל שינוי אחר כעין הנתה"מ דחשיב כתברא ושתי וכגניבה אריכתא, ולא רק בטבח, ורק דבנזק אמר הגר"ח שצריכים דווקא מעשה מזיק ואל"כ לא מתייחס אליו ביטול ההשבה ע"י איבוד בגרמא או בהיזק שאינו ניכר, אכן פשוט שאין הדברים כן.

ומוכרח דלא כדבריהם ממה שהגר"ח חידש שיש סוג של גזילה שמוגדרת עפ"י הלכות מזיק וזה גניבה ע"מ להזיק, ומזה למד שהלכות מזיק מצטרפים לגזילה, ומזה למד שתברא ושתי הוא גניבה אריכתא, עיי"ש היטב.

והגר"ח הוסיף עוד תנאי שצריכים גם להזיק אח"כ בכל גונב ע"מ להזיק – עיי"ש בהמשך דבריו שם שכתב שרק אחרי שניסך אז חשיב [למפרע] כגניבה, וזה חידוש, שהרי בכל גניבה אחרת ע"מ לאכול ולהשתמש א"צ להשתמש וכאן הבין הגר"ח שעד כדי כך אינה גזילה בלי כוונתו להשתמש דלכן רק במזיק ממש מיקרי [למפרע] גזילה, ומוכרח א"כ שזה הלכה במזיק, שמעשה מזיק מצטרף למעשה גניבה שיחול בו דין גניבה, וממילא שכל מה שאינו מזיק אינו מוגדר כחלק מהגזילה עצמה, וחידוש זה למד הגר"ח דשייך גם בתברא ושתי, וממילא שכל שאין כאן מעשה היזק דשוב לא מצטרפת להשוותה לגניבה אריכתא.

ושמעתי מוסיפים על זה עוד, שכבר הבאנו מרעק"א דייק מהשו"ע [סי' שנ"ד סעיף ג'] כרש"י דה"ה במכירה ודלא כהשטמ"ק, אבל הק' דשי' רב דיאוש קני, ושליו הוא מוכר ואי לא אייאש לא אהני מעשיו ואין תברא ושתי, ואמרו שעיקר היסוד בגר"ח הוא להעמיק את הגזילה, ולכן גם על ידי מכירה של לא אהני מעשיו אפשר להעמיק את הגזילה.

אכן פשוט שזה לא מתאים לדברי הגר"ח, הרי פשוט שהרחקה של איבוד דממילא יותר מעמיק את הגזילה ממכירה של לא אהני מעשיו שאין בה שום תוכן חוץ מהמציאות שיהיה כאן עוד גזלן שירצה להרחיקו עוד מהבעלים, ואיזה 'עשייה' איכא למוכר זה שמכרה [והרי גם במוכר בקנין חליפין בלי נגיעה בחפץ מיקרי מכירה לשיטת רש"י], הא אין לך גרמא יותר גדול מזה ואי גרמא במזיק לא מהני כש"כ שזה לא יחני.

עוד העירוני דיתכן שלפי הגר"ח לא צריכים 'מזיק' ב'הלכות מזיק', אלא שצריכים גניבה כזו שהיא לשם 'נזק' וצריכים שיהיה נזק 'שלו' ולא נזק של אחרים, אבל א"צ מעשה מזיק מצד הלכות מזיק, ובגרמא אינו נזק 'שלו' ובהיזק שאינו ניכר אינו 'נזק', והיינו דרך נתחדש בגר"ח שכמו שע"מ להשתמש מיקרי עיכוב של גזילה, כמו כן ע"מ שיעשה בה 'נזק' מיקרי עיכוב של גזילה, והיינו שזה דומה ממש לחידוש הקרא של גונב ע"מ למיקט שלצער מיקרי גניבה [והיינו לפיה שיטה שאין כוונה להחזירו] שכל החידוש בהך גניבה הוא אך ורק בכוונה של

הגזילה, וכמו כן חידש הגר"ח שכוונת 'נזק' מיקרי כוונה גזילה – והיינו שלא נתחדש שצריכים מעשה מזיק בהלכות מזיק אלא דבעינן 'נזק'.

אולם ברור שאין זו כוונתו שהרי הרמב"ם הזכיר שבגניבה הזו צריכים שיעשה את הניסוך והנזק להצטרף למעשה גניבה להשוותה לגניבה, וכדלעיל, ול"ל צירוף המעשה, ומאי שנא מע"מ לאכול שא"צ לאכול [הרי 'נזק' במקום אכילה], ועוד, דהאיך למד הגר"ח בדין תברא ושת' שמעשה מזיק מצטרף לגניבה וכמו שראינו בע"מ להזיק, הא מאי שנא מע"מ למיקט שלא למדנו ש'לצער' מצטרף לגניבה כמו שגניבה ע"מ להזיק מחדש שמזיק מצטרף לגניבה, ודו"ק.

מכל הנ"ל מוכרח שצריכים מעשה היזק ממש שנקרא מעשה היזק בהלכות מזיק וזה מצטרף לגניבה אריכתא של תברא ושת', כן מפורש בדברי הגר"ח.

אולם הסברא בכל זה צ"ע – דמה באמת ענינו של מזיק בהלכות מזיק לגניבה להטריף אליו, ועיין להלן [סימן י"ד] שביארנו עומק סברת הגר"ח בזה.

#### **כמה נפ"מ בין הנתה"מ לגר"ח, ומעורר דכפשוטו הם ב' דרכים שונים.**

הרי לנו דכפשוטו – לפי הקצוה"ח תברא ושת' הוא מזיק ולפי הנתה"מ זה כבר גזילה חדשה מחמת השינוי קונה, ולפי הגר"ח זה גניבה אריכתא מחמת הדין המיוחד שמזיק מצטרף לגניבה.

לפום ריהטא היה נראה דאיכא כמה נפ"מ בין הנתה"מ להגר"ח:

א] לגבי מכירה כפשוטו היה נראה דנחלקו, דהנה, הגר"ח נקט, דאם איבדו בגרמא או בהיזק שאינו ניכר, דאין זה גניבה דבעינן הלכות מזיק, ולפי"ז היה נראה דה"ה במכרה [אף דאהני מעשיו] דאינו גניבה דלא עדיף מאיבוד אחר שאין דינו כמזיק, ורק בטביחה חשיב כתברא ושת' כיון שזה מעשה היזק בהלכות מזיק, וכנתבאר, וכ"ה בשטמ"ק [ס"ו – מובא באפיקי ים], ובשי' רש"י מפורש דמכירה הוי תברא ושת', ופשוט שחולק, וכ"ה בשו"ע, ונראה שהם למדו כהנתה"מ דיש גזילה חדשה ע"י שינוי דטביחה וה"ה ע"י יאוש וש"ר דמכירה.

ב] יש ע"כ ביניהם נפ"מ לגבי כפל אי הוי כגנב או גזלן, דרש"י קראו "גזילה" וזה כהנתה"מ שזה ע"כ לא גניבה דא"כ גם השני יתחייב בכפל, וע"כ שיש דין מסויים של 'מבית האיש' ולא 'מבית הגנב' על מי שעושה שינוי אחרי הגזלן ולכאוף גם הגזלן עצמו כלול בזה, [וכדהבאנו לעיל מהאמרי משה בשיטת הנתה"מ], אכן הרמב"ם שקראו "גניבה" וחייב בכפל דבריו מתבארים עפ"י הגר"ח, ולכן היה נראה דלדעתו רק טביחה בכלל תברא ושת', והיינו כהשטמ"ק.

ג] לפי הגר"ח דווקא מזיק שחשוב כמזיק בהלכות מזיק מיקרי תברא ושת', לאפוקי היזק שאינו ניכר או גרמא וכו', אכן לפי הנתה"מ אינו תלוי בזה כלל, וכל דמיקרי שינוי וקונה, שוב מהני להחשב כגזלן שיש כאן הפקעה מ'השלו'.

ד] לכאוף היה מקום לדון שיהיה נפ"מ גם באופן שיש פחת על מקצת מדמיו, והיינו דלפי הנתה"מ כל שיש שינוי בכולו מיקרי שינוי לקנות כולו אף שמצד מזיק הוא רק מיקרי מזיק במקצת דמיו, אבל לדרכו של הגר"ח לכאוף אינו כן, שלפי הגר"ח אין כאן מזיק על יותר ממה שדינו כמזיק ולכאוף היינו רק כפי דמיו.

ה] העירני תלמיד אחד דיתכן שיש קיום של השבה בכלי שזרקו מהגג אף דחשיב כמנא תבירא אכן כל זה ביחס להלכות מזיק ששוב א"א להזיקו אבל בכלי חשיב

ככלי שלם לגבי כל דיני התורה, וכבר הארכנו בזה לעיל בכיצד הרגל במקומו, ולפי"ז נחלקו בזה הנתה"מ והגר"ח באופן שזרקו אחר את הגניבה מראש הגג ובא הגנב ועשה בו תברא ושתי, דלפי הנתה"מ איכא ביטול של ההשבה ולפי הגר"ח אין כאן מעשה מזיק, ודו"ק.

#### מתמה בזה דהאיך אפשר ללמוד שהנתה"מ והגר"ח הם ב' דרכים.

הרי לנו דב' דרכים שונים נינהו - וכן היה נראה לפום ריהטא, אכן לפי האמת אינו כן, שהרי קשה עליו ב' קושיות ברמב"ם עצמו.

א[הרמב"ם] איירי גם במכירה, וזה רק א"ש לפי הנתה"מ ולא לפי הגר"ח, וכתבאר - וצ"ע, ועיין בהערה <sup>92</sup>.

ב[הבאנו לעיל את קושי' האפיקי ים ממקצת פחת, שברמב"ם מבואר שעל כל החפץ חשיב כגנב לענין כפל, והקשה להגר"ח ב' קושיות דלמה דנים הכפל כנגד כל החפץ של יוקרא, א] הרי הגניבה היתה בזולא וזה המחייב של הכפל, וביוקרא היה רק מזיק ועל מזיק ליכא כפל, ב[עוד הקשה, שגם המזיק שהיה ביוקרא היה רק כנגד הפחת ולא כנגד כל החפץ.

והגר"ח עצמו תירץ לו דלפי הנתה"מ א"ש הכל, ועיי"ש שביאר שלפי הנתה"מ אינו מזיק אלא גזלן וממילא דבגנב שעשה שינוי נעשה כבר לגניבה, וא"ש הקושי' ראשונה, ועוד מיושב הקושי' השניה, שהרי על ידי הפחת במקצת הוא עשה שינוי בהכל, והיינו שבשחיטה של כל הבהמה איכא שינוי בכולו אף שההיזק אינו אלא כנגד הפחת [והיינו בשווי בין בהמה חיה לבשר שחוטא], ואעפ"כ איכא גזילה בהכל לפי הנתה"מ.

למדנו מדברי הגר"ח בע"פ שהוכיח ברמב"ם עצמו שהכל תלוי בגדרי שינוי ולא בגדרי מזיק, וקשה מדבריו בספרו, דהאיך מיישב הגר"ח את הרמב"ם בספרו מצד סברתו שהכל תלוי בגדרי והלכות מזיק, הא מוכרח כהנתה"מ ולפי הנתה"מ לא תלוי בגדרי מזיק.

אולם קושי' זו אינה מוכרחת, ועיין בזה בהערה <sup>93</sup> שיש כאן סברא עמוקה לחלק ולומר שמזיק במקצת שנהפך לגזלן דינו כגזלן בכולו.

<sup>92</sup> ועיי"ש באפיקי ים שהעיר שהרי הגר"ח חולק על הנתה"מ מכא דברי הרא"ש בשינוי דסובר דלא מיקרי גזלן, והוסיף דא"כ ה"ה דבמכירה הדין כן, והעיר מרש"י ומהרמב"ם עצמו שכתבו מכירה.

<sup>93</sup> והיינו דאכתי יש לדון - דיתכן דאף שיש חילוק בין מזיק במקצת לשינוי במקצת שמזיק הוא רק כנגד הפחת' והשינוי וגזלן הוא גזלן בכולו - אכן הכא בגר"ח שהמזיק עצמו נהפך לגזלן, הכא יש לומר שחשיב כבר כמזיק בכולו, ונבאר את הדברים.

דהנה, עצם המעשה מזיק הוא מעשה מזיק בכולו [כטביחה] אלא שכיון שהופחת רק מקצת דמיו שוב מיקרי מזיק במקצת, והוא לפי סברת הגר"ח בגנוב שטרות שיש הבדל בין מזיק לגזלן, שחידש שם תשלומי נזיקין צריך הפסד ותשלומי גזלן חייב גם בלי הפסד ולא צריך הפסד, וממילא דה"ה בנד"ד דכלפי תשלומי נזיקין אמרינן דכיון שאין כאן הפסד בכולו אלא כנגד הפחת דשוב שיימינן לנזק כנגד מה שהפסיד ותו לא, אבל כלפי הגזילה שלא תלוי בהפסד אלא בלקיחת החפץ עצמו, וכמו שחילק כבר הגר"ח, הכא חשיב על ידי הקצת כלקיחה בכולו כיון שמעשה הוא בכולו, ולכן אף שסברת הגר"ח היא שהמזיק עצמו הוא שנהיה לגזילה, אכן הכא כבר לא דנים בחיוב תשלומין של מזיק אלא במעשה מזיק, וסו"ס המעשה מזיק הוא בכולו, שהרי טבח את כל הבהמה להפחית את חלק מדמיה, ולכן חל דין גזלן בכולו על ידי המזיק במקצת.

**מבאר שלפי האמת, דברי הגר"ח בנויים על הקצוה"ח והנתה"מ, ומקרב דבריהם זל"ז, והדברים מרומזים בדברי הגר"ח.**

עכ"פ מכל הנ"ל היה נראה שלפי האמת אין כאן ב' דרכים ממש, ונקדים דבאמת עיקר דברי הנתה"מ באו לפרש דינו של הגזולן השני, שעל זה קאי הסעיף בשו"ע בחולק עם הגנב, והדברים קאי בעיקרם בסוגי' של בא אחר ואכלו להלן [קי"א], שבזה נחלקו אי הוי כגזולן או כמזיק, ובזה אמר הנתה"מ שדינו כגזולן והקצוה"ח אמר שדינו כמזיק.

אולם עיקר דברי הגר"ח לא קאי בסוגי' זו אלא בסוגיין בדין תברא ושת' שחידש שבגזולן עצמו התברא ושת' ידיה הוא מעשה גזילה וגניבה, שדין הגזולן הוא שמעשה היוזק ידיה דינו כמעשה גזילה להצטרף אליה ולהשוותה לגזילה אריכתא, ובאמת שהגר"ח לא חידש כלום כלפי גזולן שני, ואולי שיטתו כלפי אכלו אחר כהקצוה"ח, או כהנתה"מ.

הרי דתרווייהו קאי בשתי סוגיות, ויתכן שאין ביניהם מחלוקת כלל וכלל, ובאמת דיעויין בברכ"ש [ריש סימן ה'] שהביא את דברי הגר"ח בספרו וכתב על זה "וכתב שם רבינו דלא מיבעי' דלשיטת הנתיבות דלשיטתו הרי מבואר דבדין תברא ושת' שכל שהחפץ גנוב וגזול כל נזק שנעשה אח"כ דין גניבה וגזילה איחת ביה, אלא אפילו אם נימא דהשבירה הוא רק דין מזיק מ"ל וכו' הוי גזילה", ומפורש דדבריו בנויים גם על הקצוה"ח וגם על הנתה"מ, ומפורש עוד שאין כוונת הנתה"מ לשינוי הרגיל אלא לשינוי של מזיק, ויתירא מזו מצאנו בברכ"ש כתובות [סימן מ"א ס"ק ג'] שכתב שעיקר פלוגתת הקצוה"ח והנתה"מ היינו באחר שבא אחר הגזולן אבל בגזולן עצמו כולם מודי שהוא גזולן, ועיין היטב בלשון הקצוה"ח [סימן ל"ד] וכן בדבריו להלן [סימן שס"ג ס"ק ב'] שאף שהמשמעות אינה כהגר"ח אכן אין הכרח דלא כדבריו, אולם עיין בהערה <sup>94</sup> ראייה דלא כדבריהם בקצוה"ח, וע"ע בהערה <sup>95</sup> שבנתה"מ ליכא ראייה שחולק על הגר"ח.

ועיי"ש עוד בברכ"ש [שם ס"ק א' ד"ה והנה הנתיבות] שכתב שאין כוונת הנתה"מ בתברא ושת' לדין "שינוי קונה" הרגיל שכולל גם השבחה, אלא כוונתו ל"שינוי מזיק", עיי"ש, הרי שקירב את הנתה"מ להלכות מזיק.

והיינו שבאמת יש לומר שכמו שהגר"ח חידש שיש גניבה אריכתא ע"י המזיק שבגניבה, כמו כן ס"ל לנתה"מ שיש גניבה אריכתא בשינוי שבגניבה, ודו"ק, אלא שהגר"ח הוסיף ביסוד זה דבעינן נמי מזיק בהלכות מזיק לגניבה אריכתא.

94 והערני בני הבה"ח יהודה נ"י שאם הקצוה"ח היה מודה שיש מהלך של גניבה אריכתא בגזולן עצמו א"כ לפי סברתו שבאיתבר ממילא היה צריך להיות גזולן מחדש בכל רגע ורגע, אלא שדחה הקצוה"ח, שמוכרח מכל זה שאין גונב אחר הגנב, אכן לפי הנ"ל אין זו דחייה, שהרי לפי האמת זה אמור להיות גניבה אריכתא, ובגניבה אריכתא ליכא חסרון של גונב מן הגנב, ולפי הגר"ח לא קשה שהרי אין עוד מעשה כל רגע ורגע, אבל הקצוה"ח ע"כ לא חילק כן, ולשיטתו כבר אין ראייה מאיתבר ממילא.

95 והיינו שיש לדחות שהנתה"מ חולק על הגר"ח, שהרי בנתה"מ עצמו הוכיח כדבריו בגזולן שני מדברי רש"י שכתב דתברא ושת' הוא גזולן, ולפי הגר"ח יש לחלק שזה רק בתברא ושת' שזה הגזולן הראשון, אכן אין זו דחייה שעיקר ראייתו הוא ממכירה שזה שינוי ואי שינוי לא היה גזילה בשני גם בראשון לא היתה גזילה.

ובאמת שעיקר הדברים מדוקדקים בדברי הגר"ח עצמו וכלשונו:  
 "ונראה דאף אם נימא דהתם בגזל כלי ושברו לא הוי גזלן על מעשה השבירה,  
 ורק מזיק הוא דהוי, היינו רק דמעשה השבירה אינה חשובה גזילה, אבל הא מיהא  
 לכו"ע דההגבהה שעל מנת להזיק חשיבא מעשה גזילה, וכדהבאנו מהך דמנסך".  
 והיינו שהגר"ח מרמז כאן שיש כמה אפשרויות בדין גונב ע"מ להזיק, ולכן  
 הקדים "דאף אם נימא דהתם בגזל כלי ושברו לא הוי גזלן על מעשה השבירה,  
 ורק מזיק הוא דהוי", וכוונתו לאפוקי מכמה צדדים:

א] זה הרי פשוט דאי תברא ושת' דינו כגזלן דאז פשוט נמי דע"מ לנסך הוא  
 גזלן, והיינו שיטת הנתה"מ, ב] גם אי תברא ושת' הוי מזיק וכשיטת הקצוה"ח,  
 אכן יש לומר שהמזיק נהיה לגזלן, וכוונתו לדבריו לעיל מיניה ברמב"ם שיש כפל  
 על המזיק הזה, ולפי הצד הזה נמי פשוט לו שגזל ע"מ לנסך הוא נמי גזלן, ג]  
 ועל כל זה מוסיף הגר"ח חידוש - "דאף אם נימא וכו'" והיינו דאף אי נימא  
 שהקצוה"ח למד שהוא מזיק בתברא ושת', וגם נימא שהמזיק לא משתנה לגזלן,  
 אכן בדין ע"מ לנסך וע"מ להזיק – הכא שפיר מצטרפת הכוונה להזיק להשוותו  
 עכ"פ למעשה גזילה.

**סיכום דברי הגר"ח והנתה"מ בתברא ושת' – ותוספת ביאור ומקור בדברי הגר"ח.**

למדנו א"כ שעיקר החידוש של הגר"ח שיש גניבה אריכתא בדין תברא ושת',  
 בחידוש זה מודי הקצוה"ח והנתה"מ, ויתכן דתרווייהו מודי דאיכא כפל בתברא  
 ושת' ככל גנב אחר, אלא שהנתה"מ נקט דגם מעשה שינוי יהני לזה שכל מעשה  
 של ביטול ההשבה מהני להשוותה לגניבה אריכתא, אכן הגר"ח עצמו חידש עוד,  
 שרק מזיק בהלכות מזיק איתרבי בכלל תברא ושת' להשוותה לגניבה אריכתא.  
 ועיין להלן [סימן י"ד] שביארנו את שורש פלוגתא זו, ולמה בעינן להגר"ח דווקא  
 מזיק בהלכות מזיק, והבאנו מקורות מתוך הסוגי' לעיקר הגדר של גניבה  
 אריכתא, וגם הבאנו מקורות מכמה ראשונים ליסוד זה.

**ישוב לשיטת הר"ן שכתב שתברא ושת' הוא מזיק, עפ"י הגר"ח שהכל  
 גניבה אריכתא, ומיישב בזה נמי את האחרונים שהקשו משיטת רמב"ח.**

אחרי כל הנ"ל א"ש בפשיטות דלפי דרכו של הגר"ח יתיישב שיטת הר"ן שכתב  
 בדין תברא ושת' שזה מדין מזיק, ופשטות כוונתו כהקצוה"ח, וזה פלא שהרי  
 בגמרא שם מפורש דמדין גזלן אתינג עלה, ועל זה פירש הר"ן מזיק, ותמוה,  
 ובאמת דכבר תמהנו טובא בעיקר שיטה זו מהסוגי' עצמה.

אכן לפי הנ"ל י"ל דכוונתו כהגר"ח, והיינו דע"י דיני מזיק בהלכות מזיק ובגדרי  
 מזיק, בזה גופא נהפך למעשה גניבה, וזהו שכ' הר"ן דתברא ושת' הוא מזיק, ואף  
 שיש לדון בדברי הברכ"ש כתובות [שם] דנקט דגם הקצוה"ח עצמו מודה  
 שהמזיק מהני הכא מדין גזלן בגזלן עצמו שעשה תברא ושת', ורק בבא אחר  
 ואכלו נקוט שחייב מדין מזיק ממש, אכן בדברי הר"ן פשוט שיש לומר כן.

## סימן י"ד

בגדר גניבה אריכתא בתברא ושתי',  
ובסברת הגר"ח דבעינן דווקא מזיק,  
ובדברי הראשונים בכתובות [ל"ד], ובסנהדרין [ע"ב].

**פרק א' ביאור בדברי הגמרא בטעמא דתברא ושתי' דמבואר דמצד גניבה אריכתא אתינן עלה, וביאור עומק דברי הגר"ח בסוגי' דתברא ושתי' למה בעינן מעשה מזיק.** / / הקדמה – סיכום דרכו של הגר"ח בתברא ושתי' ובדין גניבה אריכתא, ומתמה בעיקר הדברים. / / מביא את דברי הגמרא ורש"י בעיקר החידוש של תברא ושתי' ומדקדק טובא בדברי הגמרא. / / מביא שהסמ"ע עמד בכל הנ"ל וביאר את כל הדקדוקים בסוגי', ומתבאר מכל הסוגי' עיקר היסוד של גניבה אריכתא, שלא דנו על חיובא דתברא ושתי' אי הוי גזילה או לא אלא אי 'שעת' תברא ושתי' הוי 'שעת' גזילה. / / ביאור סברת הגמרא למה תלוי בזה ש"כיון דאי איתה הדרא למרה בעינא" ומה מוסיף רש"י "הלכך ברשותא דמרה הוקרה", וביאור – שכל לקיחת גזילה מיקרי לקיחה לא מוחלטת [בזה שיכולים לתקן את הלקיחה ע"י והשיב], וממילא שהדין תברא ושתי' הוא להשוות גזילה לא מוחלטת לגזילה מוחלטת ובהו הוא מעמיק את המצב של הגזול. / / ביאור סברת הגר"ח למה בעינן דווקא מזיק בהלכות מזיק, וסברת הנתה"מ שחולק שכל שינוי קונה מהני לזה. / /

**פרק ב' ביאור פלוגתת הראשונים בכתובות [ל"ד] ובסנהדרין [ע"ב], בדין קלב"מ בתברא ושתי' ופליגי בגדר הדין גניבה אריכתא, במעשה או במצב הגזול.** / / הקדמה – ב' צדדים בגניבה אריכתא. / / ביאור דברי רעק"א בכתו' [ל"ד], וביאור פלוגתת האחרונים האם בקלב"מ איכא קניני גזילה, או דכמו דליכא והשיב ליכא קניני גזילה. / / הערה על רעק"א דהאידך קונה בשינוי של טביחה. / / ביאור דברי הריטב"א בכתו' [ל"ד], וגדר חדש בגניבה אריכתא בתברא ושתי'. / / פלוגתת הרשב"א והריטב"א בגדר הדין גניבה אריכתא, במעשה או במצב הגזול בחפץ, ונפ"מ לקלב"מ. / / פלוגתת הראשונים בבא במחירת ושבירו אח"כ, ומביא מהיד רמ"ה שם דתברא ושתי' הוא גניבה אריכתא. / / מקשה סתירה ברש"י וסתירה הפוכה ברמב"ם בדין גניבה אריכתא, ומיישב את סתירת הרמב"ם. / / מקשה סתירה ברמב"ן בדין גניבה אריכתא שמבואר שיש דין ונמכר על תברא ושתי' וע"כ שזה גניבה אריכתא, ומיישב שיטתו. / / ישוב לסתירת רש"י מכתו' [ל"ד] לסנהדרין [ע"ב], וביאור למה העמיד רבא דבריו בין בתברא ובין בשתי', והנפ"מ ביניהם. / /

**פרק ג' סיכום הראיות וחידושים נוספים בגדר הגניבה אריכתא שנתחדש בתברא ושתי' בדברי הגר"ח.** / / סיכום הראיות לדברי הגר"ח שיש גניבה אריכתא בתברא ושתי'. / / הערה גדולה לפי הגר"א דלאחר יאוש איכא דין תברא ושתי', וחידוש נוסף בגדר הדין גניבה אריכתא.

## פרק א'

**ביאור בדברי הגמרא בטעמא דתברא ושתי' דמבואר דמצד גניבה אריכתא אתינן עלה, וביאור עומק דברי הגר"ח בסוגי' דתברא ושתי' למה בעינן מעשה מזיק.**

**הקדמה – סיכום דרכו של הגר"ח בתברא ושתי' ובדין גניבה אריכתא, ומתמה בעיקר הדברים.**

לעיל הבאנו מהגר"ח שדייק ברמב"ם שיש דין כפל בתברא ושתי' ומזה מוכרח שבתברא ושתי' נתחדש דהוי 'גניבה אריכתא' ואל"כ איכא חסרון של גונב מבית האיש למיעוטי מכפל.

עוד למדנו שזו כוונת הר"ן שתברא ושת' מדין מזיק דאף דמפורש בסוגי' דמצד גזילה אתינן עלה, וע"כ שהמזיק מצטרף לגזילה ודינו כגזילה אריכתא.

עוד למדנו שגם הנתה"מ דלמד מצד גזילה חדשה ע"י שינוי יכול להודות שבתברא ושת' עצמה שזה כבר גניבה אריכתא והשינוי קונה מצטרף להשוותה לגניבה אריכתא בחיוב כפל, ורק בגזלן שני חשיב כגזילה חדשה בלי כפל, וע"ד זה הבאנו מהגר"ח גם בדעת הקצוה"ח שיכול להודות דתברא ושת' מדין גניבה אריכתא היא, ורק בגזלן שני פליג עם הנתה"מ.

עוד הוספנו שהחידוש השני של הגר"ח שרק במזיק חידש את הגניבה אריכתא, ולזה בעינן מזיק בהלכות מזיק, ונפ"מ בהיזק שאינו ניכר וכן בגרמא וכן במזיק את חלק מהחפץ אף שכל החפץ השתנה, וכן נפ"מ בזרק אחר את הגניבה ונהיתה למנא תבירא, וגם דלולי תשלומי נזיקין מצד פרשת מזיק לא היה דין גניבה אריכתא, כל זה נתחדש בדברי הגר"ח.

ועיקר סברת הגר"ח צ"ב דמה מוסיף לן דיני מזיק וחיובי מזיק בדין כפל בתברא ושת' לגבי הגניבה אריכתא, וגם עיקר הגדר בגניבה אריכתא צ"ב.

**מביא את דברי הגמרא ורש"י בעיקר החידוש של תברא ושת' ומדקדק טובא בדברי הגמרא.**

ונקדים בעיקר החידוש של רבה בחיובא דתברא ושת', ונוכיח מכל השו"ט בדבריו ששם מבואר עיקר הגדר של גניבה אריכתא:

דיעויין בב"מ [מ"ג] בטעמא דרבה, וז"ל הגמרא שם: "מאי טעמא, כיון דאי איתה הדרא למרה בעינא, ההיא שעתא דקא שתי ליה או דקא תבר לה קא גזל מיניה, ותנן כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה", ועיין ברש"י בסוגיין שהביא סוגי' זו וז"ל: "ובהמפקיד מפרש טעמא דכל כמה דאיתיה בעינא ברשותא דמרה קיימא דהא בעי לאהדורה הלכך ברשותא דמרה הוקרה וההיא שעתא דתברא ושתיה הוא דקא גזיל לה, אבל איתבר ממילא אמאי מחייבת ליה אההיא שעתא דגזלה וההיא שעתא זוזא הוא דשוויא וגבי טביחה ומכירה הוי כי תברא או שתייה".

ויש לעיין דלפי הפשטות בקצוה"ח ונתה"מ תמוה כל האריכות גם בסוגי' וגם במה שהוסיף רש"י לפרש את הדברים, אטו צריכים לחדש שמזיק חייב לשלם ומה קמ"ל לפי הקצוה"ח, וכן לפי הנתה"מ דמה איצטריך לחדש לנו שגזלן שמפקיע את 'השלו' דחשיב כגזלן, הרי הנתה"מ אמר עליו "דאין לך גזלן יותר גדול מזה", וא"כ מה חדית לן רבה, ועיין בהערה <sup>96</sup> מה שיש לצדד בזה.

96 והיה אפשר לומר שבא לחדש שאין פטור מיוחד בכל החיובים אחרי שכבר גזלה, שהרי היה מקום לומר שאחרי שיש קניני גזילה שכבר פטורים מכל חיוב אחר, וכן הבאנו לעיל [סימן י"ג] שיש חולקים שאין חיוב מזיק כלל וכלל בגזלן עצמו, וי"ל שגם אין דין גזלן בגזלן עצמו, ולכן יש חידוש בדברי רבה בגזלן עצמו.

וא"כ יתכן דזו כוונת הגמרא - "כיון דאי איתה הדרא למרה בעינא" - והיינו שבלי זה שהיה לגזלן חיוב השבה, אז היה מקום לפוטרו ולומר שכבר זכה בהכל, וקמ"ל שאינו כן, וחייב בהשבה ולכן הוא לא קנה, והיינו כסברת האחרונים שכשפקע הדין והשיב ע"י שינוי שאז באמת קונה את החפץ, וזהו שאמרו שלא קנה כיון שיש והשיב ולכן שייך לחייבו.

גם דברי רש"י שהוסיף - "הלכך ברשותא דמרה הוקרה" - צ"ב, אטו באמת כן הוא שגזילה היא ברשותו, הא פשוט שאינו ברשותו ולכן א"י מקדישו לפי ר"י.

עוד יש לדקדק, דמה כוונת הגמרא - "ותנן כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה", הרי מי שגזול ביוקרא וגם משלם ביוקרא הרי פשוט שאין אפשרות אחרת אלא לשלם יוקרא, והדין "כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה" נצרך רק כשהיה יוקרא או זולא, וא"כ קשה הרי הכא הוא גזול בשעת תברא ושתי' ואז היה יוקרא וגם עכשיו זה יוקרא כשבא לשלם, ומה קמ"ל, וכבר תמה בזה בפרי יצחק.

עוד יש לדקדק, דמה לשון הגמרא "ההיא שעתא דקא שתי ליה או דקא תבר לה קא גזל מיניה" ומה הכוונה "ההיא שעתא" אטו "שעתא" באו לחדש לנו - הרי אם תברא ושתי' הוא גזילה אז פשוט שזו השעה של הגזילה, ורש"י הוסיף, "ההיא שעתא - הוא' - דקא גזיל לה", והיינו דבאו לאפוקי זמן אחר ושעה אחרת שהשעה האחרת אינה שעת הגזילה.

**מביא שהסמ"ע עמד בכל הנ"ל וביאר את כל הדקדוקים בסוגי', ומתבאר מכל הסוגי' עיקר היסוד של גניבה אריכתא, שלא דנו על חיובא דתברא ושתי' אי הוי גזילה או לא אלא אי 'שעת' תברא ושתי' הוי 'שעת' גזילה.**

וכנראה שהסמ"ע [סימן שס"ב ס"ק י"ט] נתקשה בכל הדקדוקים הללו, וביאר שיש כאן חידוש, וז"ל: "פירוש, וכיון שהיתה חוזרת בעינה נמצא דהוקרה ברשות דהנגזל [וכלשון הגמרא והוספת רש"י], ואף על גב דכל הגזלנין אין משלמין אלא כשעת גזילה, הא עיקר גזילה נעשית בשעה ששתאה או מכרה או שבר החבית, דהא עד הנה ברשות הנגזל הוה קאי להדרה בעינה מן הדין ועתה קלקלה וגרם שלא הוחזרה לידו בעין, משא"כ כשנשברה מעצמה וכדמסיק, וק"ל".

הרי שהחידוש של רבה אינו שיש גזילה ומזיק אלא ש"עיקר גזילה נעשית בשעה של התברא ושתי'", וזה משום שהחיוב השבה גורמת שעד כדי כך חשיב כברשותו ולכן ע"י הפקעת הדין והשיב נמצא שעכשיו נעשה עיקר הגזילה.

ולפי דבריו מובן מה שאמרו כל הגזלנים שבזה באו לדקדק שהשעה האמיתית של הך גזילה היא השעה ההיא ולא בתחילת הגזילה.

והעירוני שהדברים מבוארים נמי בדברי הסמ"ג [עשין סימן ע"א] - "היה שוה בשעת הגניבה או הגזילה שנים ובשעת העמדה בדין ארבעה אם שחט או מכר או שבר את הכלי או אבדו משלם הכל כשעת העמדה בדין שהואיל ואילו היתה בעין היתה חוזרת נמצא שעת הגזילה היא שעת שחיתתו ושבירתו, ואם מתה הבהמה או אבד הכלי מאליו משלם הקרן כשעת הגניבה שהרי עכשיו לא נגע בו ועל מה אתה מחייבו על שעת גניבה באותה שעה לא היה שוה כי שנים".

---

אולם זה דוחק אטו לא ידעו שרק ע"י שינוי הגזלן קונה, ורק אז פקע הדין והשיב, ועוד דלפי ר"ל שהנגזל יכול להקדיש באינו ברושתו, אטו חידוש זה רק ידענו אחרי הדין תברא ושתי' שהגנב לא קנה ע"י הפקעת והשיב.

ועיין מה שהבאנו מרש"י שהוסיף על הדברים הללו של רבה וז"ל: "הלכך ברשותא דמרה הוקרה", והיינו שפשוט שידעו שיש חיוב השבה אלא שנתחדש בזה שהגזילה ברשותו מחמת זה, וגם זה תמוה, אטו באמת גזילה היא ברשותו, הא פשוט שאינו ברשותו ולכן א"י מקדישו לפי ר"י.

מפורש בדבריו שהחידוש של תברא ושת' הוא - "נמצא שעת הגזילה היא שעת שחיתו ושבירתו" – והיינו שלא חידשו שתברא ושת' הוא גזילה אלא שחידשו ש'שעת' התברא ושת' היא 'שעת' הגזילה.

מבואר מכל זה שיש גזילה אחת אריכתא ודנים מתי 'שעת הגזילה' והיינו מתי 'השעה העיקרית' לדון בה את הדין של כל הגזלנים משלמים 'כשעת הגזילה', והיינו ממש לשון הגמרא שיש דיון על "ההיא שעתא" כפשוטו, 'מתי השעה' ההיא שקרויה "שעת הגזילה".

נתחדש כאן חידוש נוסף שרגילים להבין ש'שעת הגזילה' היא השעה שהוא עשה את הגזילה בפועל, וכאן למדנו שאינו כן, אלא שגזילה היא תמיד 'מצב מתמשך' של עיכוב החפץ, ותמיד השעה ה'עיקרית' במצב המתמשך הזה היא השעה של 'צירת הגזילה' ולכן זה מיקרי 'שעת הגזילה', אכן לו יצויר ותהיה שעה אחרת שהיא יותר עיקרית בקביעה הזו, אז השעה הזו מתחדשת ומשתנית, ודו"ק.

אחרי כל הדיבורים פשוט וברור דלו יצויר והגזילה והתברא ושת' היו ב' גזילות נפרדות דאז ליכא דיון כלל, שאז כל גזילה היא שעת הגזילה של עצמה ושפיר מצי תובע כל מה שרוצה, ולמה לא יתבע את היוקרא, וע"כ כנ"ל, וזה שיש דיון מה שעת הגזילה מוכיח שיש גניבה אריכתא, והיינו ממש כיסודו של הגר"ח שבתברא ושת' כתוב שיש גניבה אריכתא.

אולם סו"ס עיקר דברי הסמ"ע הם חידוש לדון דווקא את השעה של תברא ושת' כשעת הגזילה יותר מהשעה של עשיית הגזילה עצמה, ולולי דבריו היה מקום לבאר את כל הנ"ל בלי לחדש שהיא עיקר הגזילה, שיש לומר כפשוטו שבתברא ושת' נתחדשה שעת הגזילה 'נוספת' בגזילה, והיינו שיש גזילה אחת שיש בה "פעמיים" שעת הגזילה, בתחילתה וסופה, ושניהם קובעים את השווי של החובת תשלומין של הגזילה.

אולם להלן [סימן ט"ו פרק א'] מבואר שברא"ש הה קס"ד לדיון מצד תברא ושת' לקולא בזולא [לולי סברת שלא יהא חוטא נשכר], והתם ממשיך הסמ"ע בסברא זו, ומוכרח כדבריו מהרא"ש, וכן מהריטב"א בכתובות.

**ביאור סברת הגמרא למא תלוי בזה ש"כיון דאי איתה הדרא למרה בעינא" ומה מוסיף רש"י "הלכך ברשותא דמרה הוקרה", וביאור- שכל לקיחת גזילה מיקרי לקיחה לא מוחלטת [בזה שיכולים לתקן את הלקיחה ע"י והשיב], וממילא שהדין תברא ושת' הוא להשוות גזילה לא מוחלטת לגזילה מוחלטת ובזה הוא מעמיק את המצב של הגזול.**

עפ"י כל הנ"ל יבוארו כמה נקודות:

א] שאלנו על דברי הגמרא דלמה תלוי בזה ש"כיון דאי איתה הדרא למרה בעינא", [ב] מה מוסיף בזה רש"י "הלכך ברשותא דמרה הוקרה", [ג] אטו באמת מיקרי ברשותא, הא א"י להקדישו.

ונקדים בקושי' מרכזית:

מה סברת תברא ושת' שייכא לעיקר דברי רב דקורן כעין שגנב, הרי כפשוטו דברי רב נאמרו דווקא בלי שיהיה מחייב אחר שהרי פשוטו שלו יצויר ויהיה מחייב אחר מצד עדים זוממים או כל פרשה אחרת הרי אז יתחייב כפי המחייב

ההוא ולא נתייחס לדין קרן כעין שגנב, ומה הקשו מתברא ושת' , הא בלי תברא ושת' דבריו נכונים, ויתכן שתברא ושת' היא פרשה אחרת ומחייב אחר, ומה שתמיד בכל טביחה איכא תברא ושת' לא קשה, שהרי פשוט שדברי רב הם לגבי הלכות גניבה ומה אכפת לן מה שבכל טביחה איכא מחייב אחר.

ונראה שהביאור בכל הנ"ל הוא עפ"י מה שנתבאר לעיל [סימן י] בעיקר החידוש של רב בקרן כעין שגנב, ובזה יבואר שעיקר חידושו של רב ועיקר חידושו של תברא ושת' חדא נינהו - ויש ביניהם סתירה:

ביארנו שם שהנידון בראשונים בסוף המפקיד היה לחלק בין שומרים שחייבים באונסים כפי שעת האונסים מגזלן שחייב כשעת הגזילה, והיינו טעמא שכל הלקיחה של שומר מהבעלים היא בשעת אונסים, שעד אז הרי זה ברשות הבעלים ויד שומר כיד בעל הבית, והוא רק לוקחו מהבעלים בשעה שכבר אין החפץ ברשות הבעלים, כשיצא משמירתו באונס, אכן גזלן מיד בלקיחתו הרי הוא מחזיקו כנגד הבעלים, שכבר א"א להקדישו, ומיד נגמרה הלקיחה כנגד הבעלים, ולכן חייבים כשעת הגזילה, והיינו דחלוקין נינהו בזמן הלקיחה והלקיחה מחייבת בזמן הלקיחה.

אלא שעל זה בא רב לחדש, שעדיין היה מקום לומר שכיון שכל גניבה יש בה והשיב, והדין והשיב אינו לא בגברא ולא בחפצא אלא בגוף הלקיחה עצמה ולכן הוי ליה ניתק לעשה ע"י והשיב שהדין והשיב הוא דין בגוף הלקיחה לתקנה, וקס"ד דלכן הלקיחה עצמה מעוכבת ולא מושלמת על ידי הדין והשיב שחל בה, וזה כעין יד שומר כיד בעה"ב שעומדת כסתירה בלקיחה עצמה של השומר וה"ה הדין והשיב - ופרט לפי מה שנתבאר באחרונים דכל לקיחת גזילה היתה צריכה לעשות הוצאה גמורה להשוותו כבעלים ממש, ומחמת הדין והשיב מתעכבת גמר הלקיחה בזה.

הרי שהדין והשיב הוא דין בלקיחה, וקס"ד דתמיד לא הושלמה הלקיחה עד שפקע הדין והשיב, וקמ"ל רב שיש לקיחה גם כשיש והשיב, וזה סגי לחייבו.

ונראה דעל זה גופא באה השו"ט בדינא דתברא ושת', והיינו דמעיקר הקס"ד של רב ראינו שבכל גזילה יש מצב של "כיון דאי איתה הדרא למרה בעינא" וכלשון הגמרא, ופירש"י "הלכך ברשותא דמרה הוקרה", הרי שסו"ס יש 'צד' חסרון בלקיחה שלא הושלמה מחמת הדין והשיב, וזה מוגדר כ'קצת ברשותו' מחמת הדין והשיב.

הרי שכל לקיחת גזילה מיקרי לקיחה לא מוחלטת בזה שיכולים לתקן את הלקיחה ע"י והשיב, ונמצא שמה שהוא לא משיב מיקרי 'קיום תמיד' של המצב המתמשך של הגזילה בשוא"ת, הלקיחה הלא מוחלטת מתקיימת כל רגע ורגע ע"י 'אי - השבת' הגזילה, ומצב כזה מוגדר כקצת ברשות הבעלים, אלא שבאיתבר ממילא חידש רב דאעפ"כ מיקרי לקיחה גמורה להחשב כשעת הגזילה לענין חיובא דקרן כעין שגנב, אכן בתברא ושת' שעל ידי מעשיו הוא ביטל את הדין והשיב, הרי בזה הוא השלים את הגזילה ושינה מצב של גזילה לא מוחלטת לגזילה מוחלטת.

וזהו חידושו של רבה - דלהשוות גזילה לא מוחלטת לגזילה מוחלטת הוא העמקת המצב של הגזול, יש מצב מתחדש ומתמשך שנהיה למצב מוחלט בתבא ושתי, וכעת השעה היא נקבעה כשעת הגזילה, וזה כדהבאנו מהסמ"ג והסמ"ע.

דבר זה מיקרי גניבה אריכתא, ובגניבה אריכתא איכא כפל על התבא ושתי, שהרי זה המשך לגניבה הראשונה והוא חלק ממנה, ולפי הסמ"ע זה הזמן העיקרי בגזילה ולדרכינו י"ל שזה זמן נוסף בגזילה.

הרי לנו שבעיקר הסוגי' מפורש סברת הגר"ח של גניבה אריכתא והיינו 'העמקת הגזילה' וזה המחייב של כפל בתבא ושתי'.

**ביאור סברת הגר"ח למה בעינן דווקא מזיק בהלכות מזיק, וסברת הנתה"מ שחולק שכל שינוי קונה מהני לזה.**

אחרי הקדמה זו פשוט שלא אכפת לן באיזה מעשה הוא ביטל את הדין והשיב, שכל אופן של ביטול הדין והשיב מיקרי העמקת הגזילה בין בשינוי מעשה בין במכירה וכדומה, וקשה טובא דברי הגר"ח דחידש דבעינן דווקא מזיק בהלכות מזיק בתבא ושתי' לחדש את הגניבה אריכתא להגיע לדין כפל, ומה סברתו בזה, הרי העיקר הוא שבעקירת הדין והשיב, הוא משווה את הגזילה הלא מוחלטת לגזילה מוחלטת ומה לי שינוי קונה או מזיק.

ויתכן לומר שהגר"ח למד שעצם זה שהוא עושה מעשה להשוות את הגזילה הלא מוחלטת לגזילה מוחלטת לא סגי לן, והיינו טעמא, שכיון שהמצב של כל גזילה היא שיכולה להגיע לאיתבר ממילא, וזה מצד עצמה מצב של גזילה מוחלטת בלי והשיב, הרי א"כ בכל גזילה מונח האפשרות הזו בבכח, ומה שבתבא ושתי' הוא עושה מעשה להביאו למצב בפועל אינו מעשה שבא לחדש מצב חדש בגזילה אלא כל כולו אינו אלא להביא את ה'בכח' של הגזילה ל'בפועל' של הגזילה, וזה לא מוגדר כגזילה נוספת או כתוספת גזילה בגזילה הקודמת, ואין בזה דין גניבה אריכתא, הרי כל ההעמקה שבגזילה מגיע גם באיתבר ממילא, ואז ההעמקה הזו מתייחסת לתחילת הגזילה שמתחילתה היתה לה כזו אפשרות, ומה שהוא עשה כן בעצמו אינה סיבה לייחס את ההעמקה הזו אליו בתור מעשה נוסף בגזילה, והכל מתייחס למפרע לתחילת הגזילה.

ולזה חידש הגר"ח חידוש, שבאמת שום מעשה לא יכול להיות גניבה אריכתא לחייבו כאילו שזו שעת הגזילה, אכן כיון שיש חידוש במעשה מזיק שמעשה מזיק מצטרף לגזילה - וטעמא דמילתא מבואר בהערה <sup>97</sup> - והרי מעשה מזיק הוא ממילא מעשה שמחייב תשלומין, והתורה כבר תבעו על מעשה זה, אף שרק בפרשת מזיק תבעו התורה על מעשה זה, אכן סו"ס מעשה זה הוא מעשה שיש עליו תביעת תשלומין, אלא שבגזול תמיד יש סברא לפוטרו מכל חיובים אחרים כמו שפטור על נהנה, וכבר הבאנו לעיל את האחרונים שדימו אותם אהדדי,

97 והא דמעשה מזיק מצטרף לגזילה, שבענינו של גזילה קיים גם צד מזיק, והיינו כנתבאר בגר"ח [הלכות גו"א] שיש צד מזיק בכל גזילה, ובזה נתחדשה פרשת ושילם שמתחייב להשלים את הצד מזיק שבגזילה, [כן העירני תלמיד אחד], וזה גם דינא דגונב ע"מ להזיק שמוגדר כסוג גזילה בפני עצמה מחמת זה שזה ע"מ להזיק, וממילא שמבואר שמעשה הזיק מצטרף לגזילה.

והיינו שכל חיובו הוא דין והשיב ודין ושילם, והכל בטל לחיובים הללו, וגם מזיק בטל לחיוב הזה.

ונתחדש בדין תברא ושתיא ש'מזיק' שונה מ'נהנה', והוא משום שעצם זה שיש במזיק העמקת הגזילה להשוותה לגזילה מוחלטת, אף שזה מצד עצמו אינו מעשה שמחייב, אכן זו כבר סיבה לדון את המעשה מזיק כמעשה המחייב, וזו סיבה לדון שהזכויות של גנב לא יפטרם אותו כמו שהם פוטרים את כל החיובים האחרים כמו 'נהנה' וכדומה, הרי למדנו שהצד גזילה של העמקת הגזילה שיש בגזולן שיש במזיק היא הסיבה לדון את המזיק כמזיק שמחייב.

למדנו א"כ שגזולן שמזיק שונה מכל מזיק אחר, שכל מזיק חייב מצד פרשת מכה בהמה ישלמנה, אבל גזולן שמזיק רק חייב במזיק עד כמה שהמזיק הוא העמקת הגזילה, ונתחדש בתברא ושתי' שמזיק כזה דינו כגזולן.

ובתוספת ביאור - הגר"ח סובר שגניבה אריכתא לא חל ע"י כל מעשה של ביטול הדין והשיב והעמקת הגזילה, שבזה הוא רק בא לשנות את ה'בכח' של הגזילה ל'בפועל' של הגזילה, וכדלעיל, אכן הכא במזיק שאני שהרי יש כבר סיבת החיוב במעשה מצד פרשת מזיק, אלא שמצד שהוא גזולן היינו פוטרים אותו מחיובו בפרשת מזיק כמו שפוטרים אותו מכל חיוב אחר, אז בכה"ג נתחדש שהגניבה אריכתא של העמקת הגזילה שיש במזיק הזה מחזירו לחיובו, אלא שהוחזר לחיובו מצד פרשת הגזילה שהרי מצד פרשת מזיק באמת אין לחייב גזולן כמו שלא מחייבים אותו בכל חיובים אחרים, הרי לנו מזיק שחזר להיות מזיק ע"י פרשת גניבה, ולכן דינו כגנב לענין כפל, וכמובן שכל זה בא אחרי חידוש הגר"ח שמזיק הוא חיוב שמישך שייכא לעיקר הדין גזילה, וכנתבאר בדין גונב ע"מ להזיק - וכדהאריך הגר"ח.

סמוכין לדברינו: הרי להלן הבאנו מהיד רמ"ה שחידש שיש גניבה אריכתא, ודבריו באו לפרש למה קלב"מ בתחילת הגניבה פוטר תברא ושתי' בסוף אחרי שכבר נגמרה סיבת הקלב"מ, ובתוך הדברים מבואר שהיד רמ"ה נקט שגם פטור על הדין מזיק של תברא ושתי' בלי שהוצרך לבאר, וקשה שהרי אין גמרות שגזולן פטור ממזיק ורק בנהנה כתוב שפטור והאחרונים מדמינן זל"ז וכדהבאנו לעיל [סימן י"ג], ולמה לא הוצרך היד רמ"ה לפרש כן, וצ"ע.

ולפי דברינו י"ל דבאמת הכל אחת, דמה שגזולן פטור במזיק בפרשת מזיק ומה שגזולן חייב במזיק מצד גניבה אריכתא - הכל אחת היא - וזה דינא דתברא ושתי', ודו"ק.

#### פרק ב'

**ביאור פלוגתת הראשונים בכתובות [ל"ד] ובסנהדרין [ע"ב],  
בדין קלב"מ בתברא ושתי' ופליגי בגדר הדין גניבה אריכתא, במעשה או  
במצב הגזול.**

**הקדמה - ב' צדדים בגניבה אריכתא.**

להלן נוכיח שיש מחלוקת בראשונים בגדר הדין גניבה אריכתא, שנחלקו האם מצד גניבה אריכתא ראוי לפטור את התברא ושתי' מחמת הפטור קלב"מ שיש בתחילת הגניבה, וכנראה שנחלקו בשורש הגדר של גניבה אריכתא, ובזה יתיישב

הרבה סתירות בראשונים בגדר הדין תברא ושת' אי הוי גניבה אריכתא או לא, עוד מבואר שיש סתירה בשטת רש"י בדין זה של קלב"מ בגניבה אריכתא, ויבואר שלפי רש"י שיש ב' דינים בגניבה אריכתא של תברא ושת', ובזה איכא נפ"מ ביניהם.

**ביאור דברי רעק"א בכתו' [ל"ד], וביאור פלוגתת האחרונים האם בקלב"מ איכא קניני גזילה, או דכמו דליכא והשיב ליכא קניני גזילה.**

מבואר בכתובות [ל"ד] דבגונב בשבת וטובח בשבת פטור מחמת הדין קלב"מ, ודייק רעק"א שם דמשמע דגנב בשבת וטבח בחול חייב, ואף דאם אין גניבה אין טו"מ, הא טביחה לשם גניבה היא גם גניבה וגם טביחה, והוסיף דה"ה בשואל וטבחה לשם גניבה, ושוב יתחייב כפל על הטביחה הזו מדין גנב וגם יתחייב כבר בדו"ה כהדי, וביאר רעק"א, דכיון דקנאה בשינוי הוי כגניבה, ודו"ק.

והק' רעק"א, דהא כמו דגונב מן הגנב פטור מכפל כמו"כ בגונב מעצמו והאיק מהני טביחה בחול לחייבו כפל גם אי גנב בשבת, הא אינו מבית האיש, ות' דבקלב"מ לא קם ברשות' כלל ואינו כגנב, וכוונתו, דליכא קניני גזילה היכא שהוא נפטר מהדין והשיב, ולכן כבר לא מיקרי בית הגנב אלא בית האיש קרינא ביה גם אחרי הגניבה בשבת ומהני שוב הטביחה לחייבו בכפל.

ועיקר דבר זה צ"ב וחידוש הוא, דנקט דהיכא דקלב"מ ופטור מוהשיב, דה"ה דלא קני בקניני גזילה, וכבר כ' כן הנתה"מ [סי' שנ"א], וביאר, דכיון דכל דין שינוי קונה נאמר בפסוק של והשיב, א"כ באופן שפטור מוהשיב כבר אינו זוכה בזכויות של גזלן, ואף דבקלב"מ פטור מוהשיב אין הכוונה דשוב קונה את החפץ, אלא שעדיין צריך להעמידו לבעליו, ורק שפטור מלהשיבו אליו, והיינו דאין "והשיב" - ולכן הוא גם לא יקנה בשינוי.

אולם האו"ש גניבה [ג' - ב' בד"ה אמנם] ואחריו האהא"ז גניבה [א' - י"ד ד"ה ומצאתי] נקטו דזכויות של גנב יש לו ורק חיובים לית ליה, ועיין בהערה <sup>98</sup> בביאור פלוגתתם, [ולהלן הוכחנו דפליגי הראשונים בפלוגתא זו].

98 ובביאור פלוגתתם נראה כך, דזה ודאי דשאני והשיב בגזלן שזה דין "תשלומין" לעומת השבת פיקדון שאינה דין תשלומין רק דין "העמדת החפץ", וזה רואים מפטור קלב"מ דוהשיב, וע"כ שזה דין תשלומין, דודאי דאין פטור קלב"מ בחיוב העמדת החפץ, וגנב עצמו שנפטר בקלב"מ מוהשיב חייב עדיין להעמיד חפץ כמבואר שם בנתה"מ, וקשה דאין אמרינן דוהשיב הוא דין תשלומין, דאין שייך תשלומין לחבירו בחפץ של חבירו, וע"כ דנתחדש בדין והשיב דהחפץ הוא ברשותו של הגזלן ולכן יש בו דין תשלומין משא"כ בשומר, דידו כיד בעלים, וברשות הבעלים הוא ולכן אין דין והשיב רק דין העמדת החפץ וליכא לגביה פטור קלב"מ.

וע"ע בברכ"ש כתובות [סימן מ"א] ובחו"ש מרן הגר"ד [שם סימן כ"ה] בהרחבה, שכל הדין תשלומין שמצאנו בדין קלב"מ בוהשיב מוכיח שאינה מצוה בעלמא אלא שהוא תשלומין, וזה מכריח שזה ע"כ ברשותו לשלם.

ומה"ט חיוב אונסים דשומר הוא כשעת האונסים ובגנב זה כשעת הגניבה, וביאור הראשונים [רמב"ן ריטב"א סוף המפקד] דכיון דגניבה היא ברשותו דגנב מהתחלה, שוב חייב חיוב תשלומין מהתחלה, ורק בשומר שאינו ברשות השומר, רק ברשות הבעלים ושומר יש לו חיוב להעמיד לו חפצו, התם החיוב אונסים מתחיל אח"כ.

ומעתה יש להסתפק, האם הך חידוש בגנב, שהעמידוהו לגניבה ברשותו, האם זה רק ליצור את החיוב תשלומין דוהשיב, וכן נקטו רעק"א והנתה"מ וממילא כשאין חיוב תשלומין שוב לא נכנסה

**הערה על רעק"א דהאיך קונה בשינוי של טביחה.**

יש כאן חידוש נוסף ברעק"א, דטביחה דרך גניבה חשיב גניבה כיון דקונה בשינוי, וזה צ"ב, דבשואל אין קנין שינוי, וה"ה בגנב אין קנין שינוי היכא דאין לגנב קניני גזילה, וכבר תמה בכל זה החזו"א.

ומבואר ברעק"א שבאמת זה גזילה בפנ"ע, שכיון שיש לו תפיסה והחזקה בחפץ בתורת גזול [אף שפטור מצד קלב"מ] או בתורת שואל [שיש לו בו קנינים להשתמשות], שוב חשיב כגזול כשטובחו בתורת החזקתו, רק דטביחה לא היתה חשיבא כלקחה אם לא היתה מפקיע בעלותו מדין שינוי קונה, כן צ"ל בביאור רעק"א.

אמנם אכתי ק' דאיך הדין שינוי קונה מחשיבו כגזול אם אין עדיין קניני גזילה, - וגרע מגזילה ושינוי בבת אחת דמהני<sup>99</sup>, וצ"ע, ונראה דגם הא צ"ל ע"ד הגר"ח בגזילת קרקע שעצם הקניני גזילה יכולים להיות העכוב ממון של עצם הגזילה, ואכתי צ"ע.

**ביאור דברי הריטב"א בכתו' [ל"ד], וגדר חדש בגניבה אריכתא בתברא ושתי'.**

וע' בריטב"א שכתב ג"כ דבטבחו בחול איכא גניבה וחייב כפל ודו"ה, וכסברת הרעק"א, ובפשטות י"ל דמודה לדברי רעק"א וכן נקט באהא"ז [גניבה י"ד - א'].  
אכן יותר נראה לומר שחולק, שהרי מצאנו ב' חילוקים בין הריטב"א לרעק"א, א' [הריטב"א לא הק' מגונב מן הגנב וכקושי' רעק"א, ב'] הריטב"א מדמה לתברא ושתי' ורעק"א לא מדמה.

ונראה ששני החילוקים הללו תלויין זה בזה, דלפי רעק"א דאין קניני גזילה, א"כ אין כאן גניבה ראשונה ואינו כתברא ושתי' שהשבירה והמזיק באים במצב של גניבה, אבל לפי הריטב"א י"ל דאיכא קניני גזילה [וכסברת האו"ש ואהא"ז] ויש גניבה ראשונה, ושוב דומה לתברא ושתי'.

ויהיה בזה עוד נפ"מ שלפי הריטב"א מיושב איך שייך גניבה ע"י שינוי, דלשיטתו יש כבר קניני גזילה, ושפיר יכול לגזול ע"י השינוי עצמו, אלא דלפי"ז לא יהני בשואל וכמו שחידש רעק"א.

עכ"פ זה מפורש בריטב"א שהוא מדמה לתברא ושתי' וגם מפורש שיש כאן כפל על הטביחה, הרי שא"כ כבר מפורש בריטב"א דתברא ושתי' חייב כגנב וחייב כפל, וזה בהדי' כשי' הרמב"ם, ואין חסרון של גונב מן הגנב להפטר מכפל כיון שזה גניבה אריכתא, וכדרכו של הגר"ח, ולכן לא הק' קושי' רעק"א, דכמו דבתברא ושתי' כבר נתברר דאין גונב מן הגנב, ה"ה כאן.

איברא, דזה תמוה, שהרי אם יש גניבה אריכתא, נימא דכיון דאיכא פטור קלב"מ בתחילת הגניבה, שוב אין לחייב גם על סופו, והיינו דממנפ"ש צ"ע, דאם זה

כלל לרשותו מעיקרא, או שזה כבר דינים של כל גזול, שתמיד החפץ נכנס לרשות הגזול, ושוב ממילא שייך דיני תשלומין, אבל גם כשלא יתחייב בתשלומין אכתי ברשותו הוא, וכן הוא סברת האו"ש ואהא"ז.

99 עיין בדין זה של שינוי וגזילה בבת אחת קובש"ע [ב"ק ק"ט] ואמרי משה [סימן ל"ב ס"ק ז'] בהגה"ה.

גניבה חדשה, הרי"ז גונב מן הגנב, וע"כ שאינו גניבה בפנ"ע, רק המשך דגניבה ראשונה, וא"כ למה מחייב במקום דיש פטור בעיקר הגניבה, ועיין להלן שהבאנו מהיד רמ"ה שכיון שזוה גניבה אריכתא שוב פטור בתברא ושת"י היכא דאיכא קלב"מ בגניבה בההיא דמחתרת ותמוה דמאי שנא הכא דלא אמרינן כן.

ואשר נראה בזה, דבהך חידוש דשייך גניבה אריכתא לענין דלא חשיב גונב מן הגנב, יש לפרשו בב' אופנים:

א] י"ל שתברא ושת"י היא המשך ל"מעשה" גניבה הראשונה, שממשכים וגומרים את המעשה הראשונה, ב] י"ל שזה מעשה אחר, והתברא ושת"י והגניבה הראשונה הם בעצם ב' מעשים בגניבה אחת, שוב ראיתי קרוב לזה בחידושי הגר"נ פרצוביץ זצ"ל, וצריכים לומר דכל מה דאמרינן דהוי גניבה אריכתא היינו רק מצד החפץ, דהחפץ לא נהיה גזולה פעמיים, רק דלכתחילה בגזילה הראשונה הרי החפץ הוא כבר "גזול" בצורה לא מוחלטת ובגזילה השניה הרי הוא "יותר גזול" שזה כבר בצורה מוחלטת, [או ע"י שינוי לפי הנתה"מ או ע"י מזיק לפי הגר"ח], דנמשך ונתעמק המצב של 'גזול' בחפץ, ולא נהיה כאן מצב חדש של "גזול", אבל בנוגע לגדרי המעשה גניבה י"ל דכמו דמעשה דגורם לחפץ להיות גזול הוא מעשה גזילה גמורה, כמו"כ מעשה שגורם שהחפץ יהיה "יותר גזול" הוא גם כן מעשה גזילה גמורה, והיינו שיש כאן ב' מעשים נפרדים.

ולפי"ז בקלב"מ, אף דפטור על המעשה הראשונה, אכן אכתי חייב בתברא ושת"י, שהמעשה הוא מעשה שמחייב בפנ"ע, ומאידך גיסא, אף שזה מעשה גניבה בפנ"ע ואין המעשה גניבה השני' מבית האיש, אבל כיון שהמצב של גזול בחפץ הוא מבית האיש, שזה רק המשך של הגזילה ראשונה, ואין כאן גזילה חדשה בחפץ, שוב י"ל דזה סגי להחשב כגזילה מבית האיש, ורק בזה איכא גניבה אריכתא, ולא במעשה עצמו, ודו"ק.

**פלוגתת הרשב"א והריטב"א בגדר הדין גניבה אריכתא, במעשה או במצב הגזול בחפץ, ונפ"מ לקלב"מ.**

והנה, הרשב"א והש"י ישנה בכתו' [ל"ד] חולקים על הריטב"א, ולדעתם אין דו"ה בטביחה, שכתבו, דאם אין כפל [דאין גניבה דקלב"מ] אין דו"ה, ויש לפרש דכוונתם דכיון דהטביחה עצמה היא גניבה מהגנב, ואינה מבית האיש, ורק הגניבה דשבת היתה מבית האיש, שוב אין כאן גניבה שיש בו כפל, אכן קשה, דלהוי הטביחה עצמה כגניבה, כיון שיש בה שינוי קונה, וי"ל דס"ל דאכתי הוי כגונב מן הגנב, דהוי גניבה חדשה, ולית להו הך חידוש דגניבה אריכתא.

וצריכים להוסיף דפליגי נמי על רעק"א שחידש שאין כאן קנייני גזילה ולכן אינו כגונב מן הגנב, ואיכא כבר כפל, דלדיהו ליכא כפל מחמת הדין גונב מן הגנב.

אמנם לדברינו הנ"ל יש לבאר דס"ל דהוי גניבה אריכתא ואפי"ה לא מהני, דכיון שעל תחילת הגניבה אמרינן קלב"מ ה"ה על כולו, דהגניבה אריכתא הוא במעשה הגניבה, ודלא כנתבאר עכשיו בריטב"א שהוא רק במצב של הגזילה בחפץ, [ולהלן יבואר עוד פלוגתת הראשונים בנידון זה].

**פלוגתת הראשונים בבא במחתרת ושברו אח"כ, ומביא מהיד רמ"ה שם דתברא ושת"י הוא גניבה אריכתא.**

בגנב במחתרת שאין לו דמים, פטור מתשלומין, וכמבואר במשנה בסנהדרין [ע"ב], ונחלקו רב ורבא אם רק בליתנהו בעין או אף באיתנהו בעין, ולרבא דרק בליתנהו בעין כתב רש"י [בד"ה מסתברא] דה"ה כששברו אח"כ כשכבר יצא מהמחתרת דפטור, וכ"ה בתוס' [ד"ה מסתברא] וכ"ה ברז"ה [שם].

והרמב"ן במלחמות חולק דשבירה אח"כ מחייבו כדין תברא ושת"י ובזמן התברא ושת"י כבר אין קלב"מ, ועיין ברמב"ם [גניבה פ"ג - ה"ב] ובמ"מ דנקט ברמב"ם כרש"י, אבל באו"ש דייק שם וכן מהרמב"ם בסוף גניבה, דדעתו כהרמב"ן שאין בזה קלב"מ.

וכפשוטו י"ל דפליגי בפלוגתת הגר"ח והנתה"מ, דלפי הנתה"מ היה אפשר לומר שאין גניבה אריכתא אלא שזו גזילה חדשה ע"י השינוי, שמפקיע בעלותו מן החפץ וי"ל דה"ה בשברו אח"כ חייב, וזו שי' הרמב"ם ורמב"ן.

משא"כ לפי הגר"ח דאין כאן גזילה חדשה, דתברא הוא מעשה מזיק, רק דהמזיק מצטרף לגניבה ראשונה להיות גניבה אריכתא, י"ל דכאן כיון שפטור על הגניבה הראשונה, שוב פטור על ההמשך, וזהו שי' רש"י ותוס' והרז"ה.

ועיין יד רמ"ה בסנהדרין [שם] שכתב מפורש, שכיון שגניבה ותברא ושת"י חיוב חדא נינהו, להכי בקלב"מ בגניבה פטור בתברא ושת"י, ומפורש כיסודו של הגר"ח שיש גניבה אריכתא לגבי פטור קלב"מ, ועיין בענפי ארז שהביא בתחילת הספר מהגרי"ד שביאר כן בעצמו בשיטת רש"י שמצד גניבה אריכתא אתינן עלה.

אולם אכתי קשה דסו"ס יש לדון עדיין מצד פרשת מזיק, ולמה לא נחייבו על זה שהוא הזיקו בשבירה אחרי המחתרת, ומוכרח שפטורים בזה, והיד רמ"ה לא התייחס לזה, והביאור כדברינו לעיל בדברי הגר"ח שתחילת הדין גניבה אריכתא בתברא ושת"י הוא שלפי האמת ליכא שום חיוב אחר של מזיק ונהנה בגזל, ונתחדש בתברא ושת"י שפרשת גניבה מחזירה את החיוב של מזיק – והכל אחת – חיובו מצד גניבה אריכתא ופטורו מצד פרשת מזיק.

**מקשה סתירה ברש"י וסתירה הפוכה ברמב"ם בדין גניבה אריכתא, ומיישב את סתירת הרמב"ם.**

אולם מעתה תמוהין גם דברי רש"י וגם דברי הרמב"ם, שהרי הרמב"ם כ' שיש כפל בתברא וביאר הגר"ח דעל כרחו דזה גניבה אריכתא, וא"כ איך כ' כאן דחייב כששברו אח"כ, ומאידך ק' על רש"י דנוקט דמכירה חייב בדין תברא ושת"י [ולא רק טביחה] וזה לא אזיל כהגר"ח, דאין בזה מעשה מזיק, וזה רק א"ש כהנתה"מ ולדידיה ק' למה פטור בבא במחתרת ושברו אח"כ.

ובישוב דעת הרמב"ם י"ל דחייב כששברו כשיצא מהמחתרת מדין מזיק, ואף דבכל תברא ושת"י הוכחנו דלא כהקצה"ח, התם ביארנו לעיל [סימן י"ג] בשם הגרי"ז ואמרי משה שכיון שיש לו קניני גזילה פטור, שכמו דיכול להשתמש בחפץ מחמת הקניני גזילה ופטור מתשלומי השתמשות, ה"ה דפטור מתשלומי נזקין מטעם זה, אבל כל זה בגזילה סתם, אבל בגזילה דקלב"מ, י"ל דליכא קניני

גזילה, וכמו שהבאנו מהנחה"מ [שנ"א] ומרעק"א [כתו' ל"ד], ושוב חייב על נהנה ומזיק, וא"ש ש' הרמב"ם.

וביד רמ"ה, וכן ברש"י שפוטרים, מוכרח דלא כרעק"א הנ"ל, דאל"כ ק' למה פטורים מדיני מזיק בבא במחתרת, דאף דמהדין תברא ושת' דגניבה אריכתא פטורים, הא סו"ס מדיני מזיק אכתי יתחייב, וע"כ שיש קניני גזילה גם בקלב"מ וכדעת האו"ש, הרי דמוכרח מהראשונים דנחלקו בפלוגתא זו.

**מקשה סתירה ברמב"ן בדין גניבה אריכתא שמבואר שיש דין ונמכר על תברא ושת' וע"כ שזה גניבה אריכתא, ומיישב שיטתו.**

אמנם ש' הרמב"ן צ"ב, דהנה גם הרמב"ן למד דין תברא ושת' כהגר"ח דמדין גניבה אריכתא הוא, שהרי כבר הוכיח הגרי"ל דיסקין [מובא באהא"ז גניבה ג' - י"ג] מהרמב"ן עה"ת דקרא ד"ואם אין לו ונמכר בגניבתו" דקאי בבא במחתרת, והק' דפטור מדין קלב"מ ותי' דלרמב"ן לשיטתו במלחמות דחייב בששבר אח"כ י"ל דמייירי בכה"ג ששברו אח"כ, ע"כ דברי הגרי"ל דיסקין.

ומוכרח דתברא ושת' יש לו דין גניבה לענין ונמכר, וממילא דחייב גם בכפל - שהרי אין לחלק בין ונמכר לכפל, וע"כ בפטור מכפל פטור מונמכר וכמבואר במנ"ח [מצוה מ"ב] - והרי ק' דזה כבר גונב מן הגנב, וצ"ל כהגר"ח דהוי גניבה אריכתא, אכן לפי"ז צריך לפוטרו אשבירה דאח"כ כיון דאיכא קלב"מ בגניבה ראשונה, וכמבואר ביד רמ"ה, ולמה חולק על היד רמ"ה ורש"י והרז"ה בדין שבירה לאחר שיצא מהמחתרת, ועיין בהערה <sup>100</sup> מה שיש לצדד בזה.

ונראה דמהרמב"ן נמי מוכרח כדביארנו בריטב"א [כתו' ל"ד], דאיכא גניבה אריכתא, אלא דבזה חולק על היד רמ"ה, דלדעת הרמב"ן יש מעשה גניבה גמורה בגניבה השני', ולא נאמר הדין גניבה אריכתא במעשה עצמו, והדין גניבה אריכתא נאמר רק במצב הגזול, והיינו שיהיה המשך למצב של "גזול" בחפץ, וזה סגי שיהיה "גזול" מבית בעלים, ומעשה גזילה שממשיך את המצב של גזול בחפץ הוא ג"כ מעשה גניבה גמורה.

ונמצא דפלוגתת הרשב"א ושי' ישנה עם הריטב"א [כתו' ל"ד] היא פלוגתת היד רמ"ה והמלחמות [סנהדרין ע"ב] דפליגי בגדרי גניבה אריכתא, במעשה או במצב הגזול.

100 ומוכרחין אנו ללמוד ע"ד הנחה"מ, דזה גניבה חדשה, וצ"ל עוד דיש דין גנב לאחר הגנב לענין ונמכר, וכל הפטור הוא רק מדין כפל, וכסברת האו"ש וכדהביא מהקרית ספר [לעיל ס"ק א'], ולכן יש מכירה ואין כפל.

אכן זה אינו, דאין לחלק בין ונמכר לכפל, דע"כ בפטור מכפל פטור מונמכר דיעויין מנ"ח [מצוה מ"ב] בשם האור החיים דמהרמב"ם שפוטרי גניבת עכו"ם והקדש מונמכר מוכרח שאין ונמכר כשאין כפל [דהתם רק נתמעט מכפל] וה"ה כאן, והדרא קושי' לדוכתא.

והיה אפ"ל דדעת הרמב"ן כדהבאנו מרעק"א בכתו' ל"ד, דכיון דמייירי בלי קניני גזילה [וכשי' רעק"א והנחה"מ] א"כ לא רק דכבר חייב קרן מדין מזיק [וכדביארנו ברמב"ם] אלא דכבר חייב מדין גנב וחייב כפל כיון דאין זה גונב מן הגנב, וכסברת רעק"א בטבח בחול, אלא דלפי"ז יהיה ק' כמו ששאלנו שם, דאיך קונה וגוזל ע"י שינוי, הא אין לו קניני גזילה, וצ"ב.

**ישוב לסתירת רש"י מכתו' [ל"ד] לסנהדרין [ע"ב], וביאור למה העמיד רבא דבריו בין בתברא ובין בשתי', והנפ"מ ביניהם.**

והנה, הקשינו בשי' רש"י, דמצד א' נקט דמכירה הוא בכלל תברא ושתי', וע"כ כהנח"מ, דכל שינוי שמפקיע בעלותו בחפץ מיקרי גזילה חדשה, וה"ה מכירה [ע"י יאוש ושינוי רשות], ומאידך גיסא רואים כהגר"ח דיש גניבה אריכתא, מדפוטר בשבירה של אח"כ, וע"כ כהיד רמ"ה דיש גניבה אריכתא, והיינו כהגר"ח.

ומכאן מוכרח מש"כ לעיל דגם הנתה"מ שלשיטתו תברא ושתי' היא גזילה חדשה בלי כפל, וכדהוכיח האמרי משה מהמשנה, כל זה הוא דוקא במשנה שא' גנב והשני גנב וטבח, שהשני מיקרי גונב מבית הגנב ונתמעט מכפל, אבל בכל תברא ושתי' שהשבירה וטו"מ היא ע"י הגנב הראשון, הכא השינוי קונה הוא המשך דגניבה ראשונה, וכולו מבית האיש, ויש כפל, ודו"ק, ונמצא שגם הנתה"מ מודה ששייך גניבה אריכתא ורק בגנב שני אמר שזה גזילה חדשה.

איברא, דאף דרש"י בסנהדרין מוכרח כהיד רמ"ה, אולם הריטב"א בכתו' [ל"ד] דייק מרש"י דחייב כפל ודו"ה בטביחה בחול, והיינו כהמלחמות בסנהדרין, ונמצא שרש"י סותר משנתו – והסתירה היא כפשוטו – האם קלב"מ בגניבה פוטר את התברא ושתי' אף שכבר אין בה קלב"מ או לא, וזו סתירה גדולה בעצם הדינים – האם אזלינן בתר המעיקרא בתחילת הגניבה שיש בה קלב"מ או בתר הסוף בתברא ושתי' עצמה, ועיין בחידושי ר' שמואל [סימן י"ב].

והנראה לומר בזה דבר חדש:

והיינו עפ"י מה שהביא התרומת הכרי [סי' שפ"ו] דדעת רש"י והרשב"א בגיטין במנסך דגזול ע"מ להזיק אינו גזול, עיי"ש במגיה בתרומת הכרי וצריך להתכוין לגזול כדי להתחייב בחיובי גזילה, וזה דלא כהגר"ח שלמד שעל מנת לנסך היינו ע"מ להזיק, וכתב הגר"ח בהדי' שאין בזה שום שימוש ואינו אלא מזיק אכן ברש"י מבואר שזה שימוש ככל גזילה, ועיין בהערה <sup>101</sup> במה שיש לדון מלהלן [צ"ח], וכמו שתמה בזה התרומת הכרי בעצמו [שם].

ועפ"י זה היה נראה שיש לדון בתברא ושתי' דהוי גניבה אריכתא, דהאיך מהני התברא ושתי', הרי אין לך "על מנת להזיק" יותר גדול מזה, שהרי התברא עצמה היא היא הגניבה והיא היזק בעצמה ולא רק לקיחה ע"מ להזיק.

אולם פשוט שזה תלוי בב' הצדדים דלעיל, דלפי דרכו של היד רמ"ה והרשב"א דהו"ל מעשה חדא, א"כ כיון דתחילת הגניבה היא לשם גזילה שפיר מצטרף סופה אליו, שהרי עיקר המעשה גניבה תמיד יהיה ההתחלה וזה נעשה ע"מ להזיק, אבל

101 והיינו ששם מבואר שגונב ע"מ לאבד מיקרי גניבה, וכבר תמה בזה בתרומת הכרי עיי"ש המ שכתב בזה, אכן בפשיטות היה נראה עפ"י המבואר בדברי הגר"ח בשיעוריו [לב"ק צ"ח] ובגנזי הגר"ח, שלמד שכל החסרון של ע"מ לאבד הוא חסרון בכוונת גזילה, ועפ"י זה חידש דבקנין יד ליכא דין כוונה בעצם המעשה קנין רק בדעת לקנות, ולפי"ז בגניבה דליכא דין דעת לקנות אלא כוונה במעשה לגזול, הרי התם אף דבכל מעשה גניבה איכא דין כוונת גזילה בגוף המעשה, אכן בקנין יד ליכא דין כוונת גזילה והרי דעת לקנות לא בעינן כלל, ולכן מהני בגונב ע"מ לאבד, ודקדק שהסוגי' שם מיירי בקנין יד וא"ש, ודו"ק, וכל זה כתצ ליישב את שיטת הרמב"ם ודברי התוס' שם וי"ל שגם בשיטת רש"י נימא כן, וא"ש.

אם נסבור כהמלחמות והריטב"א שיש ב' מעשים של גניבה, שוב בעינן שבכאו"א יהיה ע"מ לגזול, ודו"ק, ולא יהני בכה"ג לשיטת רש"י שגניבה ע"מ להזיק לאו שמיה גניבה.

ונראה לחדש בדעת רש"י, שלמד כשני הדרכים, ויהיה תלוי באיזה תברא ושת' איירי, דבאמת בזה חלוק 'טביחה' בכתובות ששם חייב אח"כ, מ'שבירה' בסנהדרין ששם פטור אח"כ, ש'שבירה' היינו ע"מ להזיק ו'טביחה' היינו ע"מ לגזול, ככל שימוש דעלמא, וזה גם נפ"מ בין תברא לשת', דתברא היינו שבירה של הזק ושת' היינו לגזול וטביחה דמי.

והיינו כך: דבאופן של "תברא" או שבירה [סנהדרין] שם יש חיסרון שזה ע"מ להזיק, וע"כ דהתם בעינן גניבה אריכתא דווקא במעשה א' בהדי הגניבה הראשונה, ולעומת כן באופן של "שת'" או טביחה, ששם זה לא ע"מ להזיק, אלא ע"מ לגזול ולהשתמש, וכאן י"ל כהריטב"א ורמב"ן שיש ב' מעשים, ורק שהגניבה אריכתא הוא במצב של 'גזול' שבזה איכא 'אריכתא'.

ונמצא דחלוק "שת'" וטביחה מ"תברא" ושבירה שאם הוא גנב בשבת והיה תברא ושת' בחול, דאי תברא בחול פטור, דאין לדון כאן מצד ב' מעשים רק מצד מעשה אריכתא וכהיד רמ"ה, וכיון שתחילתו פטור סופו נמי פטור, אבל בשת' בחול יש כבר לדון מצד ב' מעשים וכהריטב"א, שהשת' הוא מעשה גניבה מצד עצמו, ושוב ליכא פטור קלב"מ.

ומעתה פשוט שבכתו' [ל"ד] דמיירי בטביחה, וזה הרי דומה לשת' שזה כילוי החפץ להשתמשות ידיה, הכא יש לדון מצד ב' מעשים וכדעת הריטב"א, אבל בסנהדרין [ע"ב] דמיירי בשברה התם זה כבר תברא, והכא א"ש כהיד רמ"ה.

#### פרק ג'

#### סיכום הראיות וחידושים נוספים

#### בגדר הגניבה אריכתא שנתחדש בתברא ושת' בדברי הגר"ח.

#### סיכום הראיות לדברי הגר"ח שיש גניבה אריכתא בתברא ושת'.

להלן הראיות לעיקר יסוד הגר"ח שיש גניבה אריכתא בתברא ושת' [א] ברמב"ם ובריטב"א כתובות [ל"ד] מבואר שיש כפל בתברא ושת' וע"כ שזה מעשה גניבה.

[ב] ביד רמ"ה סנהדרין [ע"ב] מבואר שזה גניבה אריכתא ולכן אין חיוב על התברא ושת' באופן שהיה קלב"מ על הגניבה הראשונה.

[ג] ברמב"ן עה"ת מבואר שיש דין ונמכר על תברא ושת' וע"כ שזה גניבה אריכתא, וחייבים נמי בכפל - שהרי אין לחלק בין ונמכר לכפל, דפטור מכפל פטור מונמכר וכמבואר במג"ח [מצוה מ"ב] - והרי ק' דזה כבר גונב מן הגנב, וצ"ל כהגר"ח שזה גניבה אריכתא.

[ד] בר"ן סוף המפקיד מבואר דתברא ושת' הוא דין מזיק אף שמפורש שם בגמרא שזה גזלן, ומוכרח שכוונתו שהמזיק נהיה לגזלן, וזה מחמת הדין גניבה אריכתא, והבאנו שהגר"ח ביאר כן נמי בדעת הקצוה"ח.

ה] כבר העירו האחרונים<sup>102</sup> שרמב"ח להלן ריש הגזול ומאכיל פוטר בגזול ובא אחר ואכלו, והיינו משום שממון גזול אינו ברשותו של הנגזל, ולכן יש פטור על התשלומי נזיקין, עיי"ש בתוס' ריש הגזול, וזה סתירה לדין תברא ושתי' דחייב באכילה לאחר גזילה, והרי אמרו שרב ס"ל שתברא ושתי' חייב אף דלהלן [קט"ו] אמר אביי שסובר כרמב"ח.

ויישב בזה הגר"נ פרצוביץ זצ"ל [ס"ק ל"ג] דלפי הגר"ח א"ש, שאף דמצד מזיק חדש וגזילה חדשה אין לחייבו, אכן מצד גניבה אריכתא יש לחייבו, דאחרי שהאכילה והמזיק מצטרף לגזילה הרי זה המשך של הגזילה ראשונה ושפיר מחייבין ליה דכבר אין חסרון של מזיק באינו ברשותו, שהכל מתייחס להתחלה.

ו] הגר"ש רוזובסקי זצ"ל [חידושי סימן כ"א ס"ק ה'] הוכיח מהגר"א [סימן שס"ג סעיף י'] דגם לאחר יאוש איכא דין תברא ושתי', וקשה דגם ר"ח דחולק על רמב"ח ומחייב בבא אחר ואכלו, אבל הוא מודה דלאחר יאוש פוטר בבא אחר ואכלו, גם אי יאוש לא קונה, שהרי זו רמה חדשה של אינו ברשותו שבזה כבר מודה ר"ח, ולמה הוא בעצמו חייב, וע"כ צריכים לחלק כנ"ל, ועיין בהמשך.

ז] ובאמת שכבר הבאנו לעיל [פרק א'] דמכל הסוגי' בב"מ בדין תברא ושתי' מוכרח שזה גניבה אריכתא ומפורש כדרכו של הגר"ח.

ח] מדברי הסמ"ג והסמ"ע – מובא לעיל – שזו עיקר שעת הגזילה – מוכרח שהכל גזילה אחת.

ט] עדיין צריכים לדון בסברת הרא"ש ב'חוטא נשכר' אי שייך לסברא זו או לא, וזה יבואר בהמשך [סימן ט"ו].

**הערה גדולה לפי הגר"א דלאחר יאוש איכא דין תברא ושתי', וחידוש נוסף בגדר הדין גניבה אריכתא.**

איברא דאיכא הכא הערה גדולה, והעירני לזה תלמיד אחד, והוא, דלפי הגר"א למדנו דע"כ שתברא ושתי' הוא בגדר גניבה אריכתא בזה ולכן חייבים גם לאחר יאוש על אף שבא אחר ואכלו פטור בזה.

ויש לעיין, הרי מאי שנא הוא מאחרים וע"כ שכיון שהוא ממשיך את המעשה הקודם לכן כל חיובו מתייחס למעשה של לפני היאוש.

אולם אין זה פשוט, שהרי הבאנו ב' גדרים בגניבה אריכתא, או להעמיק את המצב בגזילה ע"י מעשה חדש של גניבה בגניבה אריכתא, ואז חייבים בתברא ושתי' אחרי שיצא מהמתחרת, או שהמעשה של התברא ושתי' בעצמו הוא מעשה שממשיך את גוף המעשה של הגניבה, ואז פטורים בתברא ושתי' אחרי שיצא מהמתחרת, אבל הצד השווה בין שניהם הוא שכעת יש תוספת מעשה – שתוספת מעשה הוא מעשה שמחייב אלא שהוא מחייב בתורת המשך והעמקה של המעשה או המצב הקודם.

אכן לו יצויר והמעשה שממשיך את המצב או המעשה הקודם הוא מעשה שמצד עצמו אין עליו תביעה וחיוב, אז בכה"ג ליכא לחייבו, שכל 'האריכתא' הזו אינה

102 אור שמח [אישות פ"ה ה"ז] פר יצחק [סי' ס"ב] אמרי משה [סימן ל"ב ס"ק כ"ה]

'אריכתא' שיש עליו מחייב, ומה שיש מחייב בהתחלה אינה סיבה לחדש מחייב בסוף.

ומדברי הגר"א למדנו אחרת, שכאן מבואר דא"ג שאין שום מחייב ואין שום תביעה על מה שנעשה לאחר יאוש גם אי יאוש לא קונה ולכן בא אחר ואכלו פטור, שזה כבר רמה חדשה של אינו ברשותו שבזה כבר מודה ר"ח לרמב"ח, וכתבאר, א"כ מה התחלת החיוב בתברא ושתי' בכה"ג, ומה מהני בזה גניבה אריכתא.

והיה נראה מזה שהגניבה אריכתא שנתחדש בתברא ושתי' הוא שהמעשה של תברא ושתי' הוא העמקה של הגניבה הראשונה, אבל לא חייבים על המעשה של תברא ושתי' בתור זה שהוא המעשה שמעמיק את הגניבה הראשונה, אלא שחייבים על הגניבה הראשונה פעמיים, א] על גוף הגניבה, ב] אחרי התברא ושתי' מתחייבים שוב ע"י המעשה הראשון, כיון שמעכשיו הוא עושה את המעשה ההוא לגניבה עמוקה, והיינו שכעת מה שהוא עשה את המעשה הראשון למעשה שאין בו והשיב גורם סיבה נוספת של מייב במעשה ההוא, אכן זה צריכים להוסיף, שמה שהושיב יסתלק מעצמו באיתבר ממילא לא מהני, ודווקא מה שהוא עושה שיסתלק הושיב מהמעשה הראשון, וזה דבר פלא, הרי מה אכפת לן האיק יסתלק, אם החיוב הוא מה שכעת המעשה ההוא הוא מעשה בלי והשיב.

וע"כ שיש מהלך חדש בגניבה אריכתא שהוא יכול להגדיר את המעשה הראשון בתברא ושתי' של עכשיו ושוב מחייבים על המעשה הראשון, ודו"ק, וכל זה חדש.

אלא שגדולה מזו הראוני בחידושי הגר"נ פרצוביץ זצ"ל [עמוד תר"ד] שיצא לדון בגנב בחול והתייקר ושוב טבח בשבת, דאף אי איכא קלב"מ על הטביחה, אכן אהני לן הטביחה בתורת תברא ושתי' לחייב את הגניבה של חול ביוקרא של שעת התברא ושתי' אף שהתברא ושתי' מצד עצמו אית ביה קלב"מ, והיינו ממש כהחידוש הזה, וכל זה דבר חדש ולא ברור הגדר בזה.

והנה בדברי הגר"ח מבואר שהוא למד גניבה אריכתא של תברא ושתי' מגונב ע"מ לנסך [להזיק], וחידש שם שצריכים את הניסוך עצמו [מעשה מזיק] להתחייב בגונב ע"מ לנסך, והניסוך [מזיק] מצטרף לגניבה ומזה למדנו שמעשה מזיק מצטרף לגניבה בתברא ושתי'.

והנה שם הניסוך הוא ניסוך של קלב"מ ואעפ"כ חייבים בהגבהה של הגניבה אף שלולי הניסוך באמת היה פטור לפי הגר"ח ועיין בהערה <sup>103</sup>, וקשה דהאיך מזיק כזה מצטרף לגניבה לחייבו בגניבה אם זה מזיק של פטור - ופשוט שאם יש פטור על תנאי החיוב אז אין צד לחייבו בכה"ג, אבל גם בלי זה אין לחייבו כיון שסו"ס מהניסוך הזה הוא חלק מהמחייב.

וע"כ צ"ל שבגונב ע"מ להזיק, כל ההיזק רק נצרך להגדיר את הגניבה כגניבה של היזק, [ובתור - תנאי החיוב], אבל בתברא ושתי' עצמה קשה מאד לומר כן, ואכתי צ"ע.

103 ועיין בתוס' גיטין [נ"ג]. בביאור פלוגתת רב ושמואל, אכן לדבריו לא בעינן ניסוך ממש.

## סימן ט"ו

**בדברי הרא"ש בסברת "שלא יהא חוטא נשכר",  
ובדבריו שמחלק בין כפל לדו"ה בגז"ה כ ד"אחייה".**

**פרק א' ביאור ברא"ש בתברא ושתי' בזולא ובסברת "שלא יהא חוטא נשכר".** / / ביאור בדברי הרא"ש בטעמא "שלא יהא חוטא נשכר" – עפ"י הסמ"ע שעיקר הגזילה היא שעת התברא ושתי'. / / מתמה דלהיכן נעלם החיוב הקודם, ומבאר שהושילם רק חל אח"כ בביטול הוהשיב, מבאר באופן אחר את דברי הרא"ש. / / חידוש בפרישה שתחילת הגניבה כמאן דלא עביד ולא מידי. / / בדברי הרא"ש לגבי פשיעה עפ"י דקדוק של הברכ"ש בראשונים סוף המפקיד שיש תברא ושתי' במה שכל גנב הוא שומר. / / בדברי הריטב"א בכתובות [ל"ד] בגניבה אריכתא גם לקולא. / /

**פרק ב' ביאור ברא"ש שמחלק בין כפל לדו"ה בגז"ה כ ד"אחייה".** / / קושיות היש"ש בדברי הרא"ש. / / ביאורם של האחרונים ביישוב דבריו. / / כמה קושיות על ביאור הנ"ל, וסתירה מיניה וביה ברא"ש לענין דו"ה. / / מוכיח שאין סברת "אי מודה מיפטר" סברא מצד עצמו, רק שזהו הגדר בגז"ה כ דאחי' לקרן, ונפ"מ לשאר קנסות. / / מבאר דהמחייב בדו"ה אינו הטביחה עצמו, רק הגניבה שטביחה היינו 'אישתרש של הגניבה', ומבאר שכל הגז"ה כ של אחי' קאי על שומת הגניבה ונפ"מ כלפי האישתרש של הגניבה. / / מבאר את סדר דברי הרא"ש בדרשה ובסברות, ומחדש שיש כאן ב' גניבות, הגניבה המציאותית והגניבה של קנסות ששמין אותה בהעמב"ד, וכל מה שטביחה היא אישתרש של גניבה היינו כלפי הגניבה המציאותית ולא כלפי הגניבה המחודשת של קנסות.

## פרק א'

**ביאור ברא"ש בתברא ושתי' בזולא  
ובסברת "שלא יהא חוטא נשכר".**

**ביאור דברי הרא"ש בטעמא "שלא יהא חוטא נשכר" – עפ"י הסמ"ע  
שעיקר הגזילה היא שעת התברא ושתי'.**

עיין בסוגיין ברא"ש שכתב בזה"ל: "אלא כי קאמר רב כגון דמעיקרא שויא ארבע והשתא שויא זוזא, קרן כעין שגנב מילתא דפשיטא הוא דאילו איתברה ממילא על כרחך משלם ארבע, דבשעת שבירתה לאו מידי קעביד, ואפילו איתבר בפשיעה דגזלן לא מקבל עליו שמירתה ואשעת גזילה קמחייבת ליה וההיא שעתא הויה שויא ארבע, וכ"ש אי תברה או שתייה הוה משלם דאם לא כן מצינו חוטא נשכר".

מבואר ברא"ש דקס"ד שיתחייב לשלם כשעת התברא ושתי', אף אי הוי פחות מהשעת הגזילה ורק מחמת סברת "שלא יהא חוטא נשכר" נתחדש שאינו כן, ולא נתברר טעמא במילתא למה קס"ד כן, והיה מקום לומר שיש דין רמ"ג רמ"ג, והגזלן יכול להחליט איזה תשלומין לשלם, הגזילה או האכילה, ובכך היה נפטר בתשלום הפחות, ונתחדש שאינו כן, ונתחדש בזה סברא דלא יהא חוטא נשכר, אכן לא ברור בטעמא דמילא דלמה יהיה הדין כן ולמה יוכל לשלם את הפחות, הא אדרבה הנגזלן יש לו זכות לתבוע איזה תשלומין שהוא רוצה.

וע"כ שכוונת הרא"ש לגניבה אריכתא, והיינו דלולי טעמא דגניבה אריכתא לא שייך להתחיל לדון כן, ועיין בסמ"ע [סימן שנ"ד ס"ק ה'] שג"כ הביא את הסברא הזו, וז"ל: "אבל ברישא דהזולה בשעת שטבחה או שברה בידים לא אמרינן

דהתחיל הגניבה משעת טביחה, דא"כ יהא חוטא נשכר, דאילו לא טבחה בידים אלא מתה מאליה היה צריך לשלם ד' ועכשיו ששברה בידים לא ישלם אלא ב' וכו', וחזר על חידוש זה להלן [ס"ק ט'], ושוב להלן שם [שס"ב ס"ק כ"א], עכ"פ מבואר בדבריו הקס"ד שכתב "לא אמרינן דהתחיל הגניבה משעת טביחה", והיינו דקס"ד דדנים את הכל כעכשיו ועכשיו זו ההתחלה.

ודבריו מתבארים עפ"י מה שהבאנו לעיל [סימן י"ד פרק ב'] מהסמ"ע [סימן שס"ב ס"ק י"ט] שלמד שהחידוש של רבה אינו שיש גזילה ומזיק בתברא ושת' אלא אדרבה – וכלשונו: "עיקר גזילה נעשית בשעה של התברא ושת' – וזה משום שהחויב השבה גורמת שעד כדי כך חשיב כברשותו ולכן ע"י הפקעת הדין והשיב נמצא שעכשיו נעשה עיקר הגזילה.

וביארנו שחידושו של רב הוא דלהשוות גזילה לא מוחלטת – דהיינו גזילה שיש בה והשיב – לגזילה מוחלטת – והיינו גזילה שנתבטלה ממנה והשיב – שזה העמקת המצב של הגזול, וזה עצמו ה'שעת גזילה' שעליה נאמר דין שמשלמים כשעת הגזילה.

וכאן הסמ"ע ממשיך שכיון שזה עיקר השעת הגזילה שוב קס"ד שיתחייב כשעה ההיא גם לקולא ועל זה בעינן טעמא "שלא יהא חוטא נשכר".

**מתמה דלהיכן נעלם החיוב הקודם, ומבאר שהושילם רק חל אח"כ בביטול הוהשיב, מבאר באופן אחר את דברי הרא"ש.**

אולם נראה דגם אחרי הדברים הללו של הסמ"ע עדיין קשה, דאף אי כעת נהיתה השעה ההיא לעיקר שעת הגזילה, ולכן ביוקר אפשר לחייב כפי כשעת העמב"ד, אכן סו"ס עד התברא ושת' ברור ששעת הגזילה היתה בגזילה עצמה, ורק בתברא ושת' חל שינוי ומהפכה בשעת הגזילה, וכיון שלפני כן השעת גזילה היתה ביוקר, א"כ להיכן פרח החיוב ההוא, ומי העלימו, וצ"ע.

ויתכן לומר כך, שבאמת יש לחקור מתי חיילא הדין ושילם, בתחילה ביחד עם הוהשיב או רק אחרי שמתבטלת הוהשיב, ונראה שתלוי בדין ושילם אי הוי קיום של והשיב או לא, ונמצא שדווקא לשיטת הרא"ש עצמו, חיילא אחרי שמתבטל הוהשיב.

והיינו משום ששיטת הרא"ש לעיל [י"א] וכ"ה בב"מ [כ"ו] היא שהדין ושילם הוא מחיובא דדין והשיב ובגדר מ"ל הן מ"ל דמיהן, ומסברא היה נראה שכל זמן שיש והשיב על הבעין אכתי לא חיילא הדין ושילם שהוא רק בגדר מ"ל הן מ"ל דמיהן של הבעין, דמה שייך לומר שחייב בהשבת הבעין וגם במ"ל הן מ"ל דמיהן של הבעין, הרי עד כמה שהבעין קיים אין בו קיום גם של עצמו וגם של האפשרות להשיגו ועיין בהערה <sup>104</sup>, [שכל אפשרות של קיום 'בדיעבד' של כל דין חיילא ומתקיימת במצב של הבדיעבד של הדין בתור אפשרות נוספת אחרי שאין את האפשרות העיקרית], אכן לפי הרמב"ם שהדין ושילם הוא דין אחר בפני עצמו ולא שייך לדין והשיב ואינו קיום דידה, א"כ לדידה יתכן באמת ששניהם חלו מיד כהדדי.

104 כמו שאין קידושי כסף גם מצד כסף וגם מצד שו"כ ככסף.

ומעתה נראה - כיון שכל גזילה היא גזילה לא מוחלטת עד שמתבטל הדין והשיב כיון שגזילה שעומדת להשבה אינה מוחלטת, וכנתבאר, ונמצא א"כ שהחלות דין ושילם תמיד חל כשהגזילה נהפכה לגזילה מוחלטת, וא"כ ממילא דמיתלי תלי ועומד הך חיוב בב' האופנים, באיתבר ממילא ובתברא בידים, שאם מה שהגזילה תהפך למוחלטת תהיה בידים ואז הבידים הזה הוא הוא עיקר הגזילה, דשוב יחול הדין ושילם כפי השעה ההיא, ואם מה שהגזילה תהפך למוחלטת תהיה בממילא דשוב מיקרי השעת הגזילה הראשונה לשעת הגזילה, ובזה בעינן סברת "שלא יהא חוטא נשכר" לחדש דאזלינן בתר מעיקרא.

וע"ע בחידושי הגרא"ל מאלין [סוף סימן פ'] דרך נוספת עפ"י מה שהאריך שם דהך צד דצריכים לשלם כדהשתא, היינו כיון שבזה יתקיים הדין והשיב, וממילא שבקיום הדין והשיב באמת נפטר לגמרי.

#### **חידוש בפרישה שתחילת הגניבה כמאן דלא עביד ולא מידי.**

הבאנו את דברי הסמ"ע – אכן עיין בדברי הסמ"ע [בפירושו על הטור] בפרישה [סימן שנ"ד ס"ק ד'] שהוסיף בלשון זה עוד, וכתב "לא אמרינן הא בשעת הגזילה לאו מידי עביד והשתא הוא דהוציאה מהעולם ומשעתא דהשתא הוא דמשלם, דא"כ יהא חוטא נשכר", הרי שכאן הוא הוסיף שלא רק ששעת התברא ושת' היא 'העיקר' אלא יתירא מזה, ש'שעת הגזילה' הראשונה נהפכה להיות "לאו מידי עביד", וביאר בטעמא דמילתא, שאז הרי הוא מוציאו מן העולם, וכל זה תמוה, דהא מה מוסיף לנו ה'הוצאה מהעולם' כשבאים לדון על גזילה שענינה 'עיקוב' מהבעלים ולא 'הוצאה מן העולם', הא מזיק שייך להוצאה מן העולם ולא גזילה, ועיקר דבריו צ"ע, ועיין בהערה <sup>105</sup>.

#### **בדברי הרא"ש לגבי פשיעה עפ"י דקדוק של הברכ"ש בראשונים סוף המפקיד שיש תברא ושת' במה שכל גנב הוא שומר.**

אולם סו"ס אכתי קשה שהרי הרא"ש הוסיף בתחילה "ואפילו איתבר בפשיעה דגולן לא מקבל עליו שמירתה", ותמוה דמה קס"ד דפשיעה יחייבו בפחות, הרי גם אי יקבל שמירה הא סו"ס גולן הוא, ולמה הוצרך לתרץ "דגולן לא מקבל עליו שמירתה", הא היאך הפשיעה יכלה לפוטרו, הא אינו אלא חיוב ומחייב חדש וצ"ע.

105 ואסברא לי תלמיד דאחד שמבואר כאן שאה"נ שכל עיכוב שיש בו והשיב חסר בגוף העיכוב כיון שדינו לחזור, ורק עיכוב כזה שהגיע לידי יציאה מן העולם מיקרי עיכוב ועד אז לא חייבים כלל וחסר בכל הגזילה, שהדין והשיב הוא דין לתקן ולעשות שלא יהיה כאן גניבה, ובהוצאה מן העולם נהיתה הגניבה לגניבה, ומעתה - בשלמא באיתבר ממילא הרי אז נעשה הגניבה הראשונה לגניבה מעצמו ומתחייב למפרע, אכן בתברא ושת' הרי הגניבה לא נהיתה לגניבה מעצמה אלא על ידי מעשיו בסוף, ונמצא שלולי המעשים של היום - מעולם לא הגיעה גניבתו לידי גניבה ולכן לא חשיב מידי מה שעשה מקודם, וכל הגזילה היא עכשיו, ודו"ק.

ואכתי לא ברור, הא דל מהכא מה שהוא עשה את התברא ושת', הא אם איתבר ממילא מהני הרי נמצא שבכל תברא ושת' הוא עצמו ה'ממילא' של האיתבר ממילא, ומה גרע, ויש לדון ואכתי צ"ע.

עוד יש להעיר דאי באמת לאו מידי עביד, א"כ למה באמת דיינינן מצד טענת "דא"כ יהא חוטא נשכר", ומה מהני בזה הרי באמת לאו מידי עבד מקודם ורק עכשיו יש גניבה, ויש לדון בזה.

ונקדים במה שיש לעיין בדברי הראשונים סוף המפקיד שהקשו שכל גנב יתחייב ביוקרא גם באיתבר ממילא כדין שומר שחייב כשעת אונסים, ולמה בגזלן איכא דין כעין שגזל, וכבר הבאנו את דבריהם ואת השו"ט בזה לעיל [סימן י'], אולם כבר דקדק הברכ"ש [סימן ה' ס"ק א' ד"ה ואף שברור] שכל מה שהרשב"א רצה לחייבו כשעת אונסים היינו מדין תברא ושת', עיי"ש היטב בדבריו.

למדנו מדקדוק זה שבאמת יש ב' דרכים בלימוד השו"ט בראשונים, דלעיל למדנו שהנידון היה דמאי שנא לקיחת גזלן מלקיחת שומר שדנים אותם בב' זמנים שונים, ונלמד את הגדרים של לקיחת גזלן מהגדרים של לקיחת שומר, אכן א"כ אין זה ענין לתברא ושת', ולפי דבריהם שזה שייך לתברא ושת' למדנו דרך חדשה בשו"ט, שהנידון הוא דמלבד החיוב הרגיל של גזלן נחייבו גם מצד שומר, והיינו שיש נידון לחייב את הגזלן מ'דין נוסף' כמו שמחייבים כל גזלן בדין נוסף של תברא ושת', ודו"ק.

וע"כ שהקושי של הראשונים היתה שכל גנב הוא גם שומר מלבד דהיותו שומר וזה מחייב חדש - וביאר הברכ"ש שבאמת מצאנו בכמה דוכתי שחל דין שומר על חפץ שאמור להיות אצלך כגון בלוקח וכו', ולכן הקושי' היא שיהיה באמת שומר. אולם מבואר בדבריהם שרק מצד תברא ושת' הקשו כן, והיינו שבאמת חיובא דשומרים מדין כ"ד אבות נזיקין אתינן עלה, וזהו שהקשה דלמה לא לחייב גזלן מצד המזיק החדש של שומרים וכדמצאנו בתברא ושת', ודו"ק.

ונראה דגם הכא איכא מקור שיש חיוב מזיק בגזלן, וכל מה שתירצו הראשונים שלא שייך שומרים בגזלן, דכבר נכנס לרשותו של הגזלן, אכן לו יצויר והיה שייך שומרים בגזלן שוב היה מהני לחייב באיתבר ממילא מדין מזיק של שומרים, וזה באמת הדין של תברא ושת' שאז הוא מזיק באמת.

אכן י"ל כנתבאר בר"ן שזה הדין של תברא ושת' להשוות את המזיק לגניבה אריכתא, וע"ד הגר"ח, ושוב א"ש כנתבאר לעיל במזיק ממש שלולי סברת "שלא יהא חוטא נשכר" באמת היה חייב כמו עכשיו.

וע"ד זה יש לבאר נמי ברא"ש, והיינו ממש כמו כל תברא ושת', שחל כאן גניבה אריכתא מכח התברא ושת' שיש בדין כ"ד אבות נזיקין בפשיעת שומר, ואז הדין יהיה שעיקר הגניבה הוא עכשיו, והדין כל הגזלנים נקבע כמו עכשיו, ונתבאר לעיל עפ"י הסמ"ע ודו"ק.

#### **בדברי הריטב"א בכתובות [ל"ד] בגניבה אריכתא גם לקולא.**

לעיל [סימן י"ד] הבאנו מהריטב"א בכתובות [ל"ד] דמחמת החידוש של גניבה אריכתא נתחדש שיש כפל בטביחה בחול לאחר גניבה בשבת, ולמדנו כן מתברא ושת', ובהמשך הריטב"א מבואר עוד בגדר גניבה אריכתא - וז"ל: "והיכא דמעיקרא שויה ד' ולבסוף שויה זוזא משלם כדמעיקרא לעולם אף על גב דתברה או שתיה, והיינו, דאמרינן הכא שאם היה גנוב מערב שבת וטבח בשבת חייב, ולא אמרינן טביחתו זו היא גניבתו וליפטר, דכיון דבגניבה וטביחה דהשתא לא מחייב דקם ליה בדרכה מיניה מחייב אגניבה דחול".

הריטב"א היה לו קס"ד כמו הרא"ש שישלם עכשיו והריטב"א דחה את זה וכתב – "ולא אמרינן טביחתו זו היא גניבתו וליפטר", ויש משמעות מהריטב"א דקס"ד

שבגניבה אריכתא נתחדש שהגניבה היא בסוף, וכנתבאר לעיל מהפרישה, וצ"ע, ובמסקנה משמע מהריטב"א שאינו כן רק מחמת זה שהטביחה פטורה מצד קלב"מ, עיי"ש, וזה תמוה דא"כ באופן שאין קלב"מ למה לא ישלם כזולא של התבאר ושת' ויפטר בזה מהיוקרא וכמו דקס"ד לריטב"א, וצ"ע.

### פרק ב'

**ביאור ברא"ש שמחלק בין כפל לדו"ה בגז"כ ד"אחייה".**

**קושיות היש"ש בדברי הרא"ש.**

כתב הרא"ש [סי' ב'] "אמר רב קרן כעין שגנב תשלומי כפל ודו"ה כשעת העמב"ד וכו' קרן כעין שגנב מילתא דפשיטא היא וכו' ומגניבה וחיים דריש דוקא אחייה לקרן כעין שגנב הא כפל ארבעה וחמשה כשעת העמדה בדין, דלגופיה לא איצטריך כדפריש' אלא לדיוקא, ועוד דסברא הוא דקרן נתחייב בשעת גניבה אבל כפל ארבעה וחמשה לא מחייב עד שעת העמדה בדין דאי מודה מיפטר, ובשעת העמדה בדין דכפל כמשמעותו כשויו עתה כשיגמר הדין, אבל לענין ארבעה וחמשה שמין כמה היה שוה בשעת טביחה ומכירה דההיא שעתא קמחייב, עכ"ל.

הרא"ש חידש שיש חילוק בין כפל לדו"ה, דכפל כשעת העמב"ד ממש ודו"ה כשעת הטביחה והק' ביש"ש [סי' ג' בסוף העמוד] דהא רב אמר כפל ודו"ה בהדי הדדי וע"כ דחיובם אחד בשעת העמב"ד, ולדידיה אין דו"ה שייך כלל להעמב"ד, רק לטביחה, ומה דשניהן אינם כזמן הגניבה אינה סיבה לכוללם לזמן העמב"ד, ויתירא מזו דאיך מתפרש המיעוט [דאחי' לקרן] לצדדין בתרי אנפי, והק' עוד דהא טעמא דהרא"ש הוא, דאי מודה מיפטר וזהו הטעם דכפל נקבע בשעת העמב"ד דאז הוא שעת חלות חיובו, והק' דהך טעם שייך נמי בטביחה והאיך מדמה הרא"ש טביחה לגניבה, והק' עוד דהמקור ברא"ש דמשלם כעין שעת הטביחה ע"כ יליף מקרן כעין שגנב, וק' דמצד טעמא דאי בעי מודי ומיפטר יש לחלק ביניהם והאיך ילפינן חדא מחברתא.

ויש להוסיף קושי' נוספת בפשט, דאחרי שהרא"ש מבאר סברא בקרן כעין שגנב וסברא בכפל ודו"ה כשעת העמב"ד, שוב ק' דל"ל מיעוט כלל, דידעינן הכל מסברא.

**ביאורם של האחרונים בישוב דבריו.**

ותירצו בזה האחרונים [בח' רמ"ש, ובח' הגרנ"ט ביתר ביאור, וכן מבואר בגר"ח הל' גניבה פ"א בד"ה ונ"ל, עיי"ש"ה], די"ל דאין כוונת הרא"ש לכלל של מודה בקנס פטור אלא כוונתו לדין חזרה קרן לבעלים, דיעויין להלן [ס"ח:]: דכשבעלים הקדישו גניבה ביד הגנב מיקרי דחזרה קרן לבעלים וליכא חיוב כפל, וביאר ברש"י [ד"ה חזרה קרן] דחיובא דכפל הוא רק באופן שהגניבה נמצאת עדיין בידו דאז אפשר לחייבו כפל וכדכתי' בקרא אם המצא תמצא בידו, וביארו האחרונים, דבהך קרא נתחדש דאין הכפל נתחייב ע"י הגניבה בעצמו אלא ע"י ה"גניבה אריכתא", והיינו בזה שממשיך להחזיקו עד העמב"ד ובשעת העמב"ד מחייבין ליה על הגניבה האריכתא שנגמרה בשעת העמב"ד.

ולפי"ז ביארו דשעת העמב"ד בכל הקנסות אינו המחייב בקנס, רק דזהו שעת חלות החיוב דאז מחייבין ליה על מעשה דמעיקרא ומה"ט שפיר אפשר לשום כפי שעת המעשה דמעיקרא, ורק בכפל דיש דין חזרה קרן לבעלים, ובזה נתחדש שהגניבה האריכתא היא המחייב והך מחייב לא נגמר עד שעת העמב"ד, ובכה"ג א"א לחייבו כעין שגנב שהמעשה המחייב לא נגמר עדיין, ובזה ביארו את החילוק בין דו"ה לכפל, דבכפל לא נגמר עיקר המחייב עד שעת העמב"ד משא"כ בדו"ה דכבר נגמר עיקר המחייב כבר בשעת הטביחה, וה"ה בשאר קנסות, אף דשעת חלות החיוב הוא העמב"ד, סו"ס השומא יהיה כפי שעת המעשה שמחייבתו. וע"ע בהערה <sup>106</sup> מה שהבאנו מהגרנ"ט לדון במת או נשבר לגבי הדין חזרה קרן לבעלים, ונחלקו בזה, ועיי"ש עוד מה שחידש בזה לחלק בין טביחה למכירה בדין זה.

#### **כמה קושיות על ביאור הנ"ל, וסתירה מיניה וביה ברא"ש לענין דו"ה.**

אולם מה שק' לדרכו של הגרנ"ט הוא דאף דתירץ ב' קושיות של היש"ש לחלק בין דו"ה לכפל, אמנם אכתי לא תירץ קושי' קמייתא דהיש"ש, דאיך כוללם רב ביחד כשאין שייכות ביניהם, ועוד, דלמה בעי קרא לכפל, הא סברא הוא, ועוד, דבעיקר דרכו של הגרנ"ט ק' טובא, א[פשטות הלשון ברא"ש] "אי מודה מיפטר" הוא דמודה בקנס פטור ולא חזרה קרן לבעלים ב[מהרא"ש משמע שתמיד יש חילוק בין כפל לדו"ה, ולדרך הנ"ל כפל ודו"ה שוין באופן של טביחה או שבירה וכדו', דאז לא משכחת לה חזרה קרן לבעלים, [וכמבואר לעיל בהערה], ג[מתחילה כשכתב הרא"ש הך סברא דאי מודה מיפטר, הוא כלל את הדו"ה בהדי הכפל, אכן לדברי הגרנ"ט הרי הכוונה לדין חזרה קרן אצל הבעלים וזה דווקא בכפל ולא שייך בדו"ה].

עוד קשה שהרי יש סתירה בדברי הרא"ש מיניה וביה, דמלבד מה שהק' היש"ש דמה החילוק בין כפל לדו"ה, והאיך השווה קרן לדו"ה, הא גם בדו"ה איכא סברא

106 והנה כבר העיר הגרנ"ט דלפי"ז כשמת או נשבר כבר נגמר המחייב שכבר החזיק בו לגמרי בלי אפשרות של החזרה לבעלים, וא"צ שימשיך להחזיק בו עד שעת העמב"ד לשעת החיוב, וא"כ החיוב יהיה כעין שעת השבירה, ולא כשעת העמב"ד - אגב, מהגרנ"ט מבואר דלא שייך חזרה קרן לבעלים ע"י תשלומין כשהחפץ אינו בעין, וזהו דלא כהחזו"א [סימן י"ח ס"ק י"א] - ולפי"ז כשהיה טביחה, הכפל יהיה כשעת הטביחה, נמצא דאין החילוק בין דו"ה לכפל, דכפל בזמן שיש טביחה הוא גם כשעת הטביחה וצ"ב האיך חילק הרא"ש בין כפל לדו"ה. וביאר הגרנ"ט דאכתי נפ"מ באופן דמכר לפני יאוש דחייב בדו"ה ושוב קנאו הגזלן מהקונה, דבכה"ג עדיין לא יתחייב בכפל עד שעת העמב"ד דיכול להחזירו לבעלים, אף דעל דו"ה כבר חייב, ושפיר חילק הרא"ש בין כפל לדו"ה דיש היכי תימצא שיתחייב בכפל רק כפי העמב"ד, ודו"ה כשעת המכירה.

וכ' הגרנ"ט דפשוט שבכה"ג אם יחזירו ודאי יפטר גם מדו"ה שהרי אם אין כפל אין דו"ה, אכן אכתי אין המשך החזקתו חלק מהמחייב בדו"ה רק דחסר תנאי דאם אין כפל אין דו"ה, לא כן לגבי כפל דחסר במחייב עצמו, ולהכי שעת השומא הוא שעת העמב"ד דוקא בכפל ולא בדו"ה, עכתו"ד. ויש להוסיף בזה ביאור, דאחרי דאמרינן דדו"ה אמר רחמנא ולא ג' וד' שוב ליכא חיוב של ג' וד', ולפי"ז לפני שנגמר המחייב של הכפל, ודאי שלא נגמר המחייב של דו"ה, דאין מחייב של ג' וד', ונמצא דטביחה ומכירה רק יכולים להיות סיבה לחייב דו"ה אחרי העמב"ד, אכן סו"ס, בשעת העמב"ד חיילא חיובו מכוח הטביחה גרידא, דהחזקתו עד העמב"ד אינה אלא תנאי בעלמא שיהיה כאן חיוב כפל.

דאי מודה מיפטר, הרי יותר מזה קשה, שהרא"ש עצמו כ' מתחילה הך סברא דאי מודה מיפטר בדו"ה עצמו ובסוף כ' דבדו"ה אזלינן כשעת החיוב.

**מוכיח שאין סברת "אי מודה מיפטר" סברא מצד עצמו, רק שזהו הגדר בגזה"כ דאחי' לקרן, ונפ"מ לשאר קנסות.**

יש קושי' נוספת בעיקר סברת הרא"ש לחלק ולומר שהכל תלוי בהעמב"ד כיון דאי בעי מודי ומיפטר, שהרי יש ב' ראיות שאין כאן סברא ברורה.

א] לדבריו קשה דלמה בעינן גזה"כ דאחי', הא קרן בשעת הגניבה הוא דין פשוט וגם כפל כשעת העמב"ד הוא דין פשוט דאי בעי מודי ומיפטר, וא"כ ל"ל קרא.

ב] ע"כ שאינה סברא מוכרחת דא"כ בשאר קנסות נמי תהיה השומא כשעת העמב"ד, ולא כפי שעת המחייב, והרי הכא דווקא מחמת הגזה"כ אמרינן כשעת העמב"ד, וצ"ע.

מכל זה מוכרח שאין כאן סברא בעיקר המחייבים של קנסות, וע"כ שזה גדר בעלמא בגדרי הגזה"כ של אחי' לקרן כעין שגגב, וכדיבואר, ומוכרח שכל המהלך של אי בעי מודי ומיפטר היא רק סברא וגדר בגזה"כ למה לדון את שניהם כשעת העמב"ד, וכדיבואר.

**מבאר דהמחייב בדו"ה אינו הטביחה עצמו, רק הגניבה שטביחה היינו 'אישתרש של הגניבה', ומבאר שכל הגזה"כ של אחי' קאי על שומת הגניבה ונפ"מ כלפי האישתרש של הגניבה.**

ולכן נראה דבביאור דברי הרא"ש צריכים לומר דבר חדש ולהקדים בזה כמה הקדמות בפשט:

הקדמה א': יש קושי' גדולה בעיקר הסוגי' - משמע בדבריו דבלי פסוק כולוהו כשעת הגניבה, גם כפל ודו"ה, וקשה דטביחה היא המחייב של דו"ה, ומה זה שייך לגניבה.

וע"כ צ"ל דטביחה אינה אלא אשתרש של חטא של הגניבה, ולכן דין הטביחה כשומא של שעת הגניבה אף אי זה הוי יותר מהטביחה, ובתוספת ביאור עיין בהערה <sup>107</sup>, וע"ע בהרחבה בזה לעיל [סימן ב'], שהבאנו כמה ראיות ליסוד זה.

הקדמה ב': הפסוק של אחייה מיירי בשומא של ה"גניבה", ולא בשומא של ה"טביחה", אלא שהטביחה ממילא תלויה בגניבה, כיון שהוא משתרש של גניבה, וממילא שאם בגזה"כ נתחדש שאין שומת הגניבה כשעת הגניבה [אלא כשעת העמב"ד], א"כ ה"ה בטביחה הוא כן.

107 והיינו דעל דרך זו מבואר בגמ' בשמנה והכחישה, דהסברא הוא כעין שגגב גם לגבי דו"ה [וזהו שהק' על רב ותי' מ"ל קטלה כולה], ומבואר דלולי גזה"כ דרב היתה הסברא דגניבת שמנה וטביחת כחושה איכא דו"ה של שמנה ומבואר דהגניבה הוא המחייב בדו"ה, ולא הטביחה, והאיך כ' הרא"ש דאחרי הגזה"כ דהטביחה הוא המחייב - ועי' קובש"ע [אות כ"ג ואות מ'] דנקט באמת דהגניבה מחייב וטביחה תנאי בעלמא אכן מדברי הרא"ש כאן מפורש לא כך. ומכל זה מבואר שהמחייב בטביחה הוא "האישתרש בחטא", והיינו דמחייבין ליה לא על גוף הטביחה, רק על מה שהטביחה מעמיקה את הגניבה, ובנוסף אחר, מה שבטביחה מונח "אשתרש" על הגניבה הקודמת הוא המחייב בטביחה, ולפי"ז, בטביחת כחושה מונח הגניבת שמנה ובטביחת א' מונח גניבת ד', וע"ז מחייבין ליה, ומה"ט אזלינן בתר הגניבה לפני הגזה"כ.

מבאר את סדר דברי הרא"ש בדרשה ובסברות, ומחדש שיש כאן ב' גניבות, הגניבה המציאותית והגניבה של קנסות ששמין אותה בהעמב"ד, וכל מה שטביחה היא אישתרש של גניבה היינו כלפי הגניבה המציאותית ולא כלפי הגניבה המחודשת של קנסות.

ומעתה י"ל כך – הגזה"כ של אחי' באמת רק איירי בשומת הגניבה עצמה, אלא שיש שומא של הגניבה ביחס לכל החיובים שתלויים אך ורק בגניבה כמו קרן ויש עוד שומא של הגניבה לגבי כל החיובים של קנסות שתלויים בהעמב"ד, והגזה"כ מגלה שיש ב' שומות של הגניבה, הגניבה המציאותית שהיא "גניבת ד'" והגניבה כפי האיך שהיא נתפסת בהעמב"ד כלפי קנסות והיא "גניבת א'", והתורה מתייחסת לשתי ההסתכלויות על הגניבה, המציאותית והשומא של קנסות, והתורה מחלקת בזה בין דיני קנסות לדיני קרן, הכל ב'גניבה' עצמה.

ועכשיו נבאר את סדר הדברים ברא"ש – באופן שמתחילה היתה ד' ושוב בטביחה היתה ג' ואח"כ בהעמב"ד היתה כבר ב', וסדר הדברים הם כך.

א] לולי הפסוק הכל היה ד' כיון שזה הגניבה, וטביחה היינו אישתרש של הגניבה והגניבה היתה ד' וזה ממילא כולל טביחה.

ב] אחרי הפסוק יש גילוי שלא לשום את הגניבה כלפי כל החיובים של קנסות כשעת הגניבה [ד'], אלא ששמין את הגניבה כלפי החיובים הללו כשעת העמב"ד [ב'] שזוש עת החיוב דאי בעי מודי ומפטר – ובקצרה – הפסוק מגדיר דכלפי קנסות התלויות בגניבה – כלפיהם אין כאן "גניבת ד'" אלא שיש כאן "גניבת ב'".

ג] עפ"י הדרשה הזו באמת משתנים ממילא גם הכפל וגם הדו"ה מד' לב', וזה תחילת דברי הרא"ש ששניהם כהעמדה בדין דאי מודה מפטר, וזה הפסוק מגלה בשניהם, פסוק א' עם גילוי א', וא"ש.

ד] אולם אחרי הך פסוק מחדש הרא"ש שיש ביניהם הבדל מסברא, דבאמת טביחה אינה גניבה, אלא שאמרנו ששומת הטביחה תלויה בשומא של הגניבה, כיון שהוא אישתרש של הגניבה.

ומעתה י"ל שכל הסברא הזו היתה נכונה בתחילה כשהיה פסוק ואז השומא של הגניבה היתה בשעת ה'גניבה המציאותית', ואז מסתברא שתלוי הטביחה שהיא אישתרש של הגניבה בשומת ה'גניבה המציאותית', שהרי אז באמת היתה כאן גניבת ד', ושפיר אמרין שיש כאן אישתרש של ד', אבל אי כבר לא שמין כשעת הגניבה, אלא כשעת העמדה בדין [גניבת ב'], אז כבר אין סברא לתלות את הטביחה בגניבה, דאינה באמת גניבת ב', אלא ששמין כאילו היה ב', וזה לא ה'גניבה המציאותית', רק הגניבה כלפי הקנסות, וכלפי גניבה זו אין כאן אישתרש בחטא, שהרי האישתרש בחטא מתייחסת לגניבה המציאותית ולא לגניבה כלפי שומא של קנסות

וממילא שהטביחה חוזרת להיות כטביחה עצמה ולא כאשתרש של הגניבה, ולכן כבר שמין אותה כשעת הטביחה עצמה.

ומעתה א"ש הרא"ש, דמתחילה כתב הרא"ש ששניהם הם כשעת העמדה בדין, שזה באמת הגזה"כ בהתחלה, דבשניהם אמרין אי מודה מיפטר, אלא דאח"כ

מתחדש סברא חדשה דע"כ כבר לא תולים את הטביחה בשומא של הגנב, וזה  
סברא שמתחדשת אחרי הגזה"כ.

**סימן ט"ז**  
**הערות בסוגי' דחומש<sup>108</sup>**

מתמה בדין חומשו עולה לו בכפילו, ומוכיח דחומש ממונא הוא ולא כפרה בעלמא. / / יסוד דינא דחומש הוא דנתגדל הקרן / / הערה גדולה דמוכרח דחומש וכפל שייכי לשני דינים שונים של קרן. / / הערה בדין מודה לאחר עדים לענין חומש. / / בקוש' הפנ"י על רש"י במודה בקנס. / / דרכו של האבי עזרי דמהני ההודאה מדין חזרה קרן לבעלים. / / הערה ברש"י. / / הערה בתוד"ה כפילא, וביאור פלוגתת ר' יעקב וחכמים. / / בדברי רש"י ד"ה דכפילא זוזא, ומוכיח דיסוד דינא דחומש אינו תשלום בפנ"ע אלא הגדלת הקרן, ומתמה על רש"י לעיל שלמד שנגיבה וגזילה הם ב' חידושים נפרדים בדין קרן כעין שגנב. / / מחדש שלפי רש"י אין דין כל הגזלנים כשעת הגזילה בכופר בפקדון. / / ביאור הוכחת הגמ' לרב, אף דמיירי בחפץ בעין. / / בדין נשבע וחוזר ונשבע, ומוכיח שוב שהחומש הוא קרן שנתגדל.

**מתמה בדין חומשו עולה לו בכפילו, ומוכיח דחומש ממונא הוא ולא כפרה בעלמא.**

ביסוד הך דין דחומשו עולה לו בכפילו, צ"ב, והא שני מחייבים איכא ולא שייכי אהדדי, ויש לו שתי תביעות נפרדות ואיך אפשר לקיימם ביחד. ולפמש"כ רש"י כאן שהחומש הוא כפרה דשבועה, היה אפשר לפרש דשאני כפרה שאינה תביעה וזכות הנגזל, רק דין נתינה דגזלן, וכל שנתנו קיים מצותו ונתכפר, וא"כ אפשר לחדש דיהני גם מה שנתנו ביחד עם הכפל, וזהו הביאור למה עולה לו, דבטוען ונטען ליכא תביעה כזו וממילא יוצא ידי שניהם. וע' רמב"ם [פ"ז גזילה ה"ח] "שהחומש עם הקרבן לכפרה הם באים ואינו מביאם אלא עפ"י עצמו" הרי שהרמב"ם הוסיף דלא רק שהוא כפרה אלא דשייך לכפרת הקרבן.

וע' רא"ש [פרק ט' סי' כ"ד] דבזה"ז ליכא חומש, וע' מג"ח [מצוה קכ"ט אות ט'] דתמה על דבריו, וצידד דאולי משום שהוא לכפרה לא שייך בזה"ז, ודחה דקרבן לא שייך בזה"ז אבל כפרה אחרת שפיר שייך, ואולי נאמר שהרא"ש כהרמב"ם דשייך לכפרת הקרבן.

אולם זה אינו דמבואר להלן [ק"ד:]: דאינו מביא אשם כשמת הגזלן ואפי"ה יורשים משלמים ממון דחומש, ומוכרח דאף דחומש תלוי בכפרה דאשם, היינו דמי שפטור מאשם לא נתחייב בחומש, אבל מי שנתחייב באשם רק שא"י להביא, אכתי חייב בחומש, - והיינו דינא דמת - וה"ה בנד"ד דבזה"ז אינו יכול להביא. וכן הוכיח שם במג"ח דקרבן בזה"ז באמת חייב וכמבואר בשבת [י"ד:]: אצל ר' ישמעאל שכתב על פינקסו שכשיבנה ביהמ"ק יביא חטאת שמינה, ונשאר בצ"ע בדעת הרא"ש.

אולם סו"ס אכתי צ"ע, אטו בקדמה הלואה אחרת לחומש, אם ישלם את ההלואה האם נימא דיהני לחומש, וצ"ע דמאי שנא.

ועוד צ"ב, דאיכא כמה ראיות שחומש הוא ממון:

<sup>108</sup> מהדורא קמא - קיץ תשס"א

א] מבואר להלן [ק"ד:] דכשמת האב צריך להביא החומש, והוכיחה הגמ' מזה שחומש ממונא הוא.

ב] גם מהא דמוסיף חומש על חומש מוכרח דחומש ממונא.

ג] עיי"ש בשטמ"ק בשם הרא"ש דמהני מחילה על החומש, ומזה נמי מוכרח שהוא ממונא וכ"ה בשם הראב"ד שם, ועיין בהערה <sup>109</sup> מה שהוספנו בזה.

ד] עיין נמי בראב"ד בסוגיין שכ' "דכל מי שנתחייב ב' ממונות יתן המרובה ויפטר מן המועט וכו'" וחזינן שהוא כלל ממוני ולא בגלל שחומש הוא כפרה.

עכ"פ, לפי"ז הדרא קושי' לדוכתא דלמה חל פטור ב"חוב דחומש" ע"י תשלומי "חוב דכפל", הרי בתרייהו איכא חוב ואיכא תובע.

#### יסוד דינא דחומש הוא דנתגדל הקרן

ומו"ר הגאון שליט"א בספרו ענפי ארז [עמוד ק"ע – מהדו"ק] ביאר בזה דיסוד דינא דחומש הוא דנתגדל הקרן ויסוד זה הוכיח מדכללה הרמב"ם [ספר המצות קצ"ד] בהדי מ"ע דוהשיב, ומבואר מזה דמקיים והשיב ע"י החזרת החומש גם כן, ועוד דייק מהראב"ד בתו"כ [דבורא דחובה י"ג הל"ח] שהיה קס"ד לחייבו חומש בלי שכפר בשבועה ופי' הראב"ד דהיות והוא תוספת לקרן קס"ד שדינו כקרן בלי שכפר ע"י השבועה.

עוד הוכיח כן מהריטב"א ישנים ב"מ [נ"ד:] דהק' האיך מוסיף חומש על חומש, הא על הלואה ליכא חומש, וחומש עצמו כהלואה ותל' "וי"ל כיון שבא ע"י קרן שהוא פיקדון הו"ל כפיקדון כאילו לא שילם כל מה שגזל הימנו" עכ"ל.

ולפי"ז כ' דהיות וזהו הגדר בחומש, א"כ היכא דכבר נתגדל הקרן מדין כפל - דגם כפל הוא הגדלת הקרן - שוב עולה לו הוספה דכפל במקום הוספה דחומש, עכתו"ד בענפי ארז.

והביאור בזה נ' דאין הכפרה בחומש לעשות מחייב חדש וחוב חדש, רק לעשות שהגניבה עצמה תגדל, וזהו תביעתו, שנתגדל הגניבה, ובתוספת ביאור, בתוך תביעתו על הקרן הוסיפה תורה שיוכל לתבוע קרן יותר רחב, ולא שיש לו תביעה נפרדת על החומש, וכ"ה בכפל שבתוך כך תביעה תובע קרן יותר רחב, וכיון שאינה תביעה חדשה בפנ"ע, שוב עולה לו לשניהם, וע' להלן בהמשך דברינו וכן להלן בדברינו בתוס' [ד"ה אלמא] בדרכו של רעק"א, דהוכחנו עוד כיסוד הזה.

#### הערה גדולה דמוכרח דחומש וכפל שייכי לשני דינים שונים של קרן.

ויש להעיר, דאיך אפ"ל דכפל הוא הגדלת הקרן, הא מזה גופא דהכפל כהעמב"ד והקרן כעין שגנב איכא ראיא דאינו גידול והכפלת הקרן, וצ"ל כמוש"כ הגרא"ל מאלין צצ"ל שיש קרן של השבת הבעין עצמו וכשאינו בעין איכא קרן שהוא

109 דיעויין שם שחילקו בין החומש דידן לחומש של תרומה שאינו מוחל וע"כ שהוא לכפרה, ובביאור החילוק, ע' בקובש"ע פסחים [אות קל"ג - על התוס' - כ"ט. ד"ה מאן יש אומרים] שכ' שגם אי חומש של שבועת פיקדון חשיבא ככפרה אפי"ה שייכא בה מחילה ואינה ככפרה דתשלומי תרומה, דבפיקדון איכא חוב דחומש לנגזל, ומזה נולדה הכפרה, דנתכפר בזה שמשלם חובו, והיכא דמוחלו על החוב שוב ליכא חיוב כפרה, ולפי"ז מבואר נמי למה כשמת עדיין משלם, שהרי החוב אכתי קיים, ונ' להוסיף דתחילת החיוב הוא כבר כפרה, רק שהצורה שבה נתנה תורה הכפרה הוא ביצירת חוב.

דמים במקום הבעין, וקרן זה הוא כמו העמב"ד [ואלו תרי אופנים של והשיב], ועל זה יש הכפלת הכפל, ומה שאמר רב דקרן כעין שגנב, זה כבר תשלום אחר וקרן אחר, שחייבו תורה על חיסרון דגניבה וזה נקבע ונמדד בשעת הגניבה, ועיין בכל זה לעיל [סימן י"א].

ומעתה תמוה, דמדעולה חומש וכפל כהדדי, מוכרח דחומש תולה בקרן של "אחי" - וכמבואר בסוגי' ונמצא דחומש וכפל אזלי על תרי דיני קרן, קרן דוהשיב וקרן דכעין שגנב, ושוב לא שייכי אהדדי, - וצ"ע.

[ובעיקר דין דחומשו עולה בכפילו, ע' תוס' רי"ד דגרס "ככפילו" - והיינו דנתקשה דהאיך שייך לצאת ידי"ח, דשני חיובים נינהו, אכן לדבריו צ"ב מה מחדש לנו ר' יעקב בזה].

#### הערה בדין מודה לאחר עדים לענין חומש.

כתוב בברייתא, אם משבאו עדים הודה וכו', ומבואר דאיכא חומש, וע' תוס' להלן [ק"ח. ד"ה ובאן] שחידשו דמהני הודאה לאחר העדים לחייבו חומש, ועיי"ש בתו"ח שחולק ועיי"ש בפנ"י שהק' דמפורש בסוגי' דידן דיש חיוב חומש גם בהודאה לאחר עדים, ועיין נמי ברש"י שבועות [מ"ט. בד"ה ה"ג - בשורות הרחבות] שכתב כהתו"ח - וצ"ע ג, וע' ענפי ארז [עמוד רי"ט מהדו"ק] מה שחידש בזה ליישב קושי' הנ"ל.

#### בקושי' הפנ"י על רש"י במודה בקנס.

רש"י מבאר דהטעם דפטור הוא משום מודה בקנס פטור, והק' בפנ"י דלפי"ז הו"ל להסוגי' לקמן להוכיח מכאן דמודה בקנס פטור, וע' פנ"י להלן [ק"ח. ד"ה חד] דמכוח קושי' זו הוכיח מהכא כהרמב"ם דס"ל דחומש פטור כפל שלאחריו, וזה הפטור כאן, ומה"ט לא הוכיחו מכאן דמודה בקנס פטור, ודלא כרש"י.

וע' בשטמ"ק בשם הרא"ש [בד"ה מאי תרי], דהוכיח מהגמ' דע"כ חומש נמי פטור כפל מדקמיבעי לן אי כפל פטור כפל וחומש פטור חומש, או דוקא תרי גוונא [חומש לכפל] ואי חומש לא פטור כפל מהו הקס"ד כלל. [וזה נגד הטור שחולק בתרי בנ"א וס"ל דכפל דשני פטור חומש דראשון וכמוש"כ שם הב"י דחומש אינו פטור כפל], ורצה להוכיח כן מבריי' דידן [וכהוכחת הפנ"י] ודחה דהא לר' יעקב כפל אינו פטור חומש, ומהיכי תיתי דמודה הפוך, וע' או"ש גניבה [פ"ד ה"ז] שכ' כהפנ"י הנ"ל להוכיח כהר"מ מכאן והביא שיש בתו"כ דרשה ע"ז.

ועיי"ש בתו"כ [דבורא דחובה פ' י"ג - ט'] וז"ל "ושלם אותו - אותו הוא משלם ואין משלם תשלומי כפל" ועיי"ש בר"ש משאנן שמפרש "דקס"ד דחומש דחייבו הכתוב לבד מן הכפל" - והיינו דע"ז בא קרא לומר דרק חייבו בחומש ולא יותר - והיינו כהאו"ש, אולם בראב"ד שם נ' שלמד בענין אחר דקס"ד דיש כפל בגזילה כשאינו בעין דבעין יש כבר מיעוט דיש והשיב וא"צ כפל, והכא נתמעטו אינו בעין.

עכ"פ, דין זה נלמד מדרשה אחרת, ולא שייך לדרשה של חכמים [משלם בראשון] ושפיר איכא למימר דמודה בזה ר' יעקב, ומיושב קושי' הרא"ש, ונ' דאולי יש אפ"י נפ"מ בדרשה ובגדר הדין, דהדרשה הוא אותו משלם ולא כפל, ומשמע שרק כשמשלם החומש אז נפטר מכפל, אבל לגבי כפל מה שיש חיוב כפל פטור כבר

חומש, והרא"ש דתלאן זו בזו, ע"כ ס"ל דילפינן אהדדי, וע"כ דרש את התו"כ כהראב"ד.

ודעת רש"י ע"כ כהרא"ש וראב"ד, [וכן לב"י שס"ל דגם לחכמים אין חומש פוטר כפל, צ"ל דג"כ ס"ל כן], ויש כאן נקודות חידוש בהך דרשה של הראב"ד שממעט גזילה מכפל גם בלי בעין, דהיה מקום לומר שזה רק לפי השיטות דהשבת הבעין והתשלומים באינו בעין הם ב' דינים נפרדין, זה מדין והשיב וזה מדין ושילם, וכדעת הגר"ח בראב"ד, וע"ז בעי ב' מיעוטים מכפל, אבל לפי הרא"ש ורש"י שכולהו מדין והשיב צע"ק למה צריך ב' דרשות על כפל למעט בגזילה.

#### **דרכו של האבי עזרי דמהני ההודאה מדין חזרה קרן לבעלים.**

ובעיקר קושי הפנ"י [דלמה לא הוכיחו מכאן דין מודה בקנס פטור], ראיתי באבי עזרי [חמישאה סוף גו"א] שיישב באופ"א, די"ל דהודאתו יש לו דין של חזרה קרן לבעלים, שהבעלים יכולים עכשיו לתבוע בגלל שהודה וזה מיקרי חזרה קרן לבעלים.

והק' דמבואר מסוגי' להלן דאין זה בכלל חזרה קרן לבעלים, דהאיך הוכיחו מגב שהודה דפטור מכפל דמודה בקנס פטור, הא תיפוק ליה מדין חזרה קרן לבעלים, וחילק בין טוט"ג בסוגי' דידן לגנב בסוגי' להלן.

והחילוק, דגנב שהודה אינו נאמן שגנבו, דאאמע"ר, ורק נאמן שחייב בהך ממון, ונמצא שהעדים לאחר הודאתו מחדשים לנו שיש גניבה, ויסוד הדין דחזרה קרן היינו דעדים צריכים למצוא גניבה בידו ולא שכבר יודעים שיש גניבה בידו, דאי יודעים כבר הרי זה כאילו חזרה לבעלים, והכא בהודאתו "הגניבה" לא חזרה, רק ה"ממון" חזר, ואין כאן חזרה קרן לבעלים.

אולם, בטוטע"ג שהאמינה תורה בהודאה על הגניבה עצמו, מדמחייבין ליה חומש ואשם, בכה"ג מיקרי כבר חזרה קרן לבעלים, דכבר יודעים על הגניבה ע"י ההודאה.

#### **הערה ברש"י.**

עיין רש"י - ואם משבאו עדים - ונתחייב בכפל - ועיין באבני נזר [חו"מ סי' קפ"ח] שהק' דלכאול' הול"ל אחר שבאו עדים לפני העמב"ד - דשוב ליכא מודה בקנס, ות' דקאי לרבנן דכפל פוטר חומש, וא"כ ה"ה חומש פוטר כפל אי חיילא לפניו ומה"ט ע"כ מיירי שהחומש היה רק אחרי שכבר נתחייב, אבל אה"נ לר' יעקב א"צ לזה, ונמצא דרש"י לגמרי כהרא"ש דמודה דבבכמים ילפינן חומש מכפל, ולר' יעקב צריך לטעמא דמודה בקנס.

#### **הערה בתוד"ה כפילא, וביאור פלוגתת ר' יעקב וחכמים.**

בתוד"ה כפילא מבואר דבעינן שיהא ניכר ולא יהיה מובלע, וע' שטמ"ק בשם הרא"ש שגם אי אמר בהדי' שנותן סכום מסויים לחומש לא מהני דסו"ס לא נראה שמפני החומש נותנו לו, וצ"ל ד'שם חומש' לא חיילא ביה עד שיהיה ניכר, ושי' הריב"א כשיטת רש"י, אלא דלדידיה ליתא להך תנאי שיהא ניכר, וכפל תמיד פוטר חומש.

ולפי התוס' היה החומש פוטר את הכפל וכן פי' הראב"ד בשטמ"ק, והוסיף, דבאופן שהכפל יותר אז רק יוסיף את ההפרש בין חומש לכפל, בשביל הכפל,

[וע"ע שם שכ' דבכפל יותר הכפל פוטר "דכל מי שנתחייב שתי ממונות יתן המרובה ויפטר מן המועט אבל איך יתן המועט ויפטר מן המרובה" ומשמע דלא שייך לזה שחומש הוא כפרה, וכלל הוא בשני תביעות - ופשוט שכוונתו דוקא הכא דאיכא ב' תביעות על מחייב א', ועל כרחק שאין החומש כפרה על שבועה גרידא, רק כפרה ע"ז ש"גזל" ע"י השבועה וזהו נמי חיובא דכפל].

ונ' דגם רש"י מודה דבחומש יותר מכפל, דחומש פוטר כפל, דרק בחומש יש דין שיהא ניכר וכמוש"כ שם ברש"י, דטעמא משום "דחומש כפרה", וכוונת רש"י דלהכי בעי "שם חומש" אבל "שם כפל" א"צ דאינו כפרה, ולהכי בחומש יותר על כפל נ' דרש"י מודה, וכל פלוגתא רש"י ותוס' הוא רק אי בכפל יותר מחומש אי פוטר דבעי ניכר, או לא.

וע' מהר"ם שהק' דלתוס' מה הנפ"מ בין ר' יעקב לחכמים, ובשלמא לרש"י א"ש שנפ"מ בחומש פחות מכפל דלר' יעקב לא נפטר מהחומש, אכן לתוס' ק' ות' דכשחומש יותר פליגי דלר' יעקב חייב החומש [ולחכמים פטור] וכ"כ הראב"ד, וע' תוס' ר"פ שהוכיח כרש"י מכוח הך קושי' דמה נפ"מ בין ר' יעקב לחכמים, וצ"ע"ג דמהו ההוכחה הא גם לתוס' י"ל דלר' יעקב חייב בחומש כשהחומש יותר, לא כן לחכמים, שהכפל פוטר.

עוד יש לעיין דלכא' נפ"מ כשחומש בא לפני הכפל שהחומש פוטר את הכפל לחכמים כמו שהכפל פוטר לחומש, ומה הק' התוס' ר"פ, וצ"ל דגם לר' יעקב הדין כן כמוש"כ הפנ"י ואו"ש, ודלא כרש"י והרא"ש.

וע"ע בשטמ"ק בשם ר"א מגרמיישא, שנפ"מ אי צריך לומר מפורש שנותנו עבור החומש, וגם לדידיה יתקשה דהו"ל למימר נפ"מ כשחומש יותר.

**בדברי רש"י ד"ה דכפילא זוזא, ומוכיח דיסוד דינה דחומש אינו תשלום בפנ"ע אלא הגדלת הקרן, ומתמה על רש"י לעיל שלמד שנגיבה וגזילה הם ב' חידושים נפרדים בדין קרן כעין שגנב.**

ברש"י מדויק שראיית הגמ' היא גם לגבי הקרן והיינו לשיטתו דקרן כעין שגנב הוא גם חלק מחידושו של רב, ולתוס' צ"ל שההוכחה היא רק לדין כפל.

עוד מדויק ברש"י שלו יצויר והיה הדין להיפך מרב, היה משלם חומש על זוז אף דכפירת שבועתו היתה על ד' זוז, וצ"ב דמה שייך חומש לקרן של גניבה, הא חומש הוא על כפירת שבועתו, וכן תמה בחי' ר' מאיר שמחה [לעיל ס"ה. - על תוס' כאן ס"ה:] ומכאן מוכרח כנתבאר לעיל, דיסוד דינה דחומש אינו תשלום בפנ"ע לכפרת השבועה אלא הגדלת הקרן, דכדי להתכפר אמרה תורה דדיינין ליה כאילו גזל ע"י כפירתו יותר מהקרן, וממילא התשלום של החומש הוא כפי הקרן.

ואכתי צ"ע דסו"ס יש משנה דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, ונתבאר לעיל דלרש"י זהו גזילה ורב חידש גניבה, ואף דכל גנב הוא גם גזלן ומה נפ"מ דמצד גניבה משלם כדהשתא, הרי ממילא מצד גזילה משלם כשעת הגזילה, וביארנו דנפ"מ לגבי ונמכר, דגם מדין גנב צריך לשלם כשעת הגניבה ולכן נמכר על זה.

והכא צ"ע, דחומש היה צריך להיות כעין שגזל גם לולי חידוש של רב לענין גניבה דסו"ס מדין גזילה צריך להיות כעין שגזל ולמה לתלות חומש על הגניבה יותר מגזילה וצע"ג.

[והיה אפ"ל דרש"י למד דכל הסוגיות דכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה היינו אחרי חידושו של רב, [ודלא כקושי' התוס'] אכן זה לא יהני בשי' רש"י, דלרש"י יש ב' פסוקים, א' לגנב וא' לגזלן].

ולחומר הקושי' נ' לחדש, דלעיל נתבאר דבגונב ע"מ למיקט שזה גניבה ולא גזילה - בכה"ג בעי דינא דרב, אבל זה ק' דכאן שנשבע ודאי אינו למיקט, אכן נ' דבכל טוט"ג הרי הוא גנב ולא גזלן, דכיון שזה גניבה מחודשת מפ' שומרים, וכדהארכנו בריש פירקין מהברכ"ש, שוב לא איתרבי רק לגניבה ולא לגזילה ודו"ק, וא"ש דברי רש"י.

אמנם תמוה, שהרי כל טוט"ג הוא גם כופר בפיקדון שהוא גזלן, והדרא קושי' לדוכתא, וצע"ג.

#### **מחדש שלפי רש"י אין דין כל הגזלנים כשעת הגזילה בכופר בפיקדון.**

ונ' לחדש דבכופר בפיקדון לא נאמרה דין כל הגזלנים כשעת הגזילה, דלהלן בתוס' [ק"ז:] מבואר דאינו גזלן לכל דבר רק לאונסין ולמדו האחרונים שאין לו קניני גזילה, ולא יקנה בשינוי, והנה ביוקרא ואיתבר ממילא הק' הראשון' בשטמ"ק בהמפקיד דמ"ש משומרים דמשלמים כדהשתא, ותי' דבשומרים אינו ברשות השומר רק ברשות הבעלים ולכן רק חייב משעת האונס, אבל בגנב שזה ברשות הגנב מהתחלה דיש בו קניני גזילה, מחייבין ליה משעת הגניבה, ולפי"ז נ' דבכופר בפיקדון דאינו ברשות השומר, דאין לו קניני גזילה, דינו כאונסים כדהשתא, וכן בהוזלה, ורק מדין טוט"ג שנעשה גנב חייב כעין שגנב. אולם ברעק"א [שו"ע סי' רצ"ד סעיף א'] כתב דכופר בפיקדון דינו כשעת הגזילה.

#### **ביאור הוכחת הגמ' לרב, אף דמיירי בחפץ בעין.**

יש לעיין בגמ', דכפשוטו מיירי שהחפץ בעין, ובכה"ג לא מיירי רב דפשוט שהקן בכה"ג הוא כדהשתא, וא"כ ה"ה דהחומש הוא כדהשתא, ובשלמא לתוס' רי"ד דגם בכה"ג קרן כעין שגנב א"ש אכן לראשונים שחולקים צ"ע.

והנה לולי דברי רש"י, היה אפ"ל דמה דחומש הוא כעין שגנב לא שייך לקרן כעין שגנב, ורק משום שכמו שרב חילק בין קרן לכפל - והסברא כהרא"ש דבכפל שייך מודה ומיפטר - לגבי זה הרי החומש דומה לקרן דליכא סברת מודה מיפטר, וממילא החומש מצד עצמו צריך להיות כעין שגנב, ולכן לק"מ ממה שהחפץ בעין, דאף דקרן כדהשתא, אבל חומש הרי אינו בעין [שהוא תשלום], ודינו כעין שגנב מסברא, [דבחומש ליכא סברת "מודה מיפטר" כמו דאיכא בכפל], אולם על רש"י קשה שכתב דלולי רב היה כדהשתא ומחמת רב הרי"ז כדמעיקרא, וק' דרב לא מיירי כשהחפץ בעין.

ובאמת דגם לולי רש"י קשה, שהרי פשוט דצריך החומש להיות חומש של קרן מסויים [וכנתבאר דלכן עולה בכפילו], וכשהחפץ בעין ליכא קרן כדמעיקרא, רק כדהשתא, ועל מה יהיה החומש.

והנראה בזה, דלעיל [סימן י"א] שאלנו, דאיך מהני והשיב בהוזל החפץ, הרי והשיב הוא תשלומין מהלכות גזילה ולא נתקיים דיני גנב לשלם מדין אחי' כעין שגנב, וביארנו שתשלום דוהשיב כולל כל הדיני תשלומין האחרים, שזה תשלום על החפץ עצמו, עיי"ש בארוכה, ולפי"ז, בתוך הדין והשיב על זוזא מתקיים נמי תשלומין של ד' דושילם, והחומש הוא חומש של הקרן ההוא של הושילם שבתוך הדין והשיב, וזה ד' זוזי, וזה שפיר תלוי על דין של רב, דבלי רב גם הושילם שבתוך הוהשיב הוא זוזא, ודו"ק.

וכמו"כ מוכרח בגמ', דלענין כפל מבואר דגם בחפץ בעין היה הכפל כדמעיקרא אף דהקרן הוא כדהשתא, שהרי החפץ בעין, ולמה נחלק בסברא ביניהם [בלי קרא דאחי'], וע"כ דהכפל הוא כפל של הך דין ושילם - וע"ע בחי' הגרא"ל מאלין זצ"ל [עמוד קצ"ד] בדומה לזה.

#### **בדין נשבע וחזר ונשבע, ומוכיח שוב שהחומש הוא קרן שנתגדל.**

בדין נשבע וחזר ונשבע, ע' ברשב"א דמיירי שחזר ונשבע על הקרן, לא על החומש, והק' דהאיך ילפינן כן מהך קרא והא קרא איצטריך לרבות היכא דנשבע על החומש עצמו, ות' דק"ו הוא, דאי יש חומש על החומש עצמו כש"כ על הקרן. ולכא' יש לחלק דאולי על מה שכבר נתחייב בחומש פעם א' לא שייך שיתחייב שוב, לא כן הך חומש, שמעולם לא נתחייב עליו חומש.

ונ' דלנתבאר לעיל דכל החיוב חומש על החומש הוא רק משום שחומש נעשה חוב ממון ואינו כפרה בעלמא, והגדר בזה ביארנו דנעשה לחלק מהקרן עצמו, דנתגדל הקרן, א"כ, אם שייך חומש על הך קרן מחודש - שאינו קרן ממש רק גידול הקרן שהצטרף אליו - שוב איכא למימר דכש"כ על הקרן עצמו, דהחומש אינו יכול להיות יותר טוב ממנו.

## סימן י"ז

ביאור תוס' [ד"ה אלמא] - המשך לסוגי' דתברא ושת' <sup>110</sup>.

דרכו של השטמ"ק ורעק"א, ומבואר כאן דרך חדש בגניבה אריכתא דתברא ושת', שממשיך גזילה קמייתא עי"ז שמזיק את הוהשיב. / / דרכו של המהרש"א מהדו"ב.

**דרכו של השטמ"ק ורעק"א, ומבואר כאן דרך חדש בגניבה אריכתא דתברא ושת', שממשיך גזילה קמייתא עי"ז שמזיק את הוהשיב.**

ע' שטמ"ק בשם ר"א מגרמיישא, וע' רעק"א שלמד דלא מיירי שטבחו ולא היה באמת תברא ושת' וא"כ מה הביאו התוס' מתברא ושת', הא החפץ הוא עדיין בעין, והוסיף רעק"א דאי היה תברא ושת' וזהו המחייב כהשתא, א"כ שוב ליכא הוכחה לגבי חומש דמה חומש שייך לתברא ושת', הא חומש שייך לדין כפירתו בשבועה, ותי' דמיירי בלי תברא ושת', ורק דכוונתם להוכיח דכמו דחזינן התם דתברא ושת' דיוקרא שייך לבעלים ולא לגזלן, כמו"כ לענין חומש יוקרא שייך לבעלים ושייך חומש על זה.

ולכא' צ"ב דמה הקס"ד בתוס' ולמה הוצרכו להוכיח מתברא ושת' דיש חיוב קרן כדהשתא, בשלמא אי החפץ לא היה בעין אה"נ דאז הדין תשלומין הוא כדמעיקרא, וקס"ד דה"ה החומש והיו צריכים להוכיח דיוקרא שייך לבעלים וצריך לשלם חומש על זה, אבל השתא שהחפץ בעין ברור שצריך להחזירו כדהשתא ומה צריך ראייה מתברא ושת'.

וצ"ל דהיות והדין תשלומין באינו בעין הוא כעין שגנב, והיינו זוז, א"כ הדין תשלומין בעין הוא גם זוז ואף שהיום צריך להשיב גוף החפץ ששדה ד', אכן אין דין תשלומין בתוך הוהשיב רק עד כמה שמחזיר זוז, ומה שמוכרח להחזיר כל החפץ דסו"ס כל החפץ הוא שלו, ע"ז אין דין "תשלומין" רק שמעמיד לו את שלו כהשבת פיקדון דממונו גביה, ומעתה, היות והחומש תלוי בדין תשלומין וכנתבאר בגמ' [דמה"ט חומש שייך כעין שגנב גם בחפץ בעין, שבזולא דיינינן חומש כהקדן של האינינו בעין שהוא ד' ולא בחפץ בעין שהוא א'] א"כ היות והיה יוקרא, סו"ס הדין תשלומין הוא רק א' ולא ד' וחומש היה צריך להיות כמו זוז [וע' בחידושי הגרא"ל עמוד קצ"ד], וא"ש הקס"ד של התוס'.

אכן השתא יש לעיין מה מצאו התוס' בתברא ושת' - הא סו"ס חומש תולה בדין תשלומין, ודין תשלומין הוא כעין שגנב, וע"כ צ"ל [וע' בחידושי הגרא"ל עמוד קצ"ז] דבר חדש בשי' התוס' בתברא ושת', דרבה חידש דכשיש יוקרא, אז אף דקרן כעין שגנב והדין תשלומין הוא כדמעיקרא, אכן בחפץ בעין ומקיים והשיב, אז אין הכוונה שיש תשלומין בוהשיב רק כלפי זוז, ואידך מחזיר מדין ממוני גבך [וכנתחדש לעיל] - ורבה חידש לא כן - אלא דכל זמן שהחפץ בעין, אז כל מה שנתייקר יש דין תשלומין בתוך הוהשיב על כל היוקרא.

והחידוש בדין תברא ושת' בנוי על חידוש הנ"ל, דאף דבאיתבר ממילא נעקר דין והשיב והדרא דין ושילם, אבל בתברא ושת' נתחדש דמה שהוא שברה בידים לא

<sup>110</sup> מהדורא קמא - קיץ תשס"א

עוקר דין והשיב וממילא לא נעקר דין תשלומין של יוקרא, ורק באיתבר ממילא נעקר דין והשיב ואז הדרא דינא דושילם, ורק אז יש דין של קרן כעין שגנב בדין תשלומין של אינו בעין, אבל בתברא ושת' לא שייך קרן כעין שגנב דלא נעקר והשיב, כך למדו התוס' את עיקר הדין תברא ושת'.

ולפי"ז ס"ל להתוס' שכשמחזיר את הבעין, מחזיר גם את היוקרא מדין תשלומין וממילא שייך ע"ז דין חומש דחומש שייך לתשלומי הקרן, ואף דבזולא מבואר בגמ' דאזלינן בתר תשלומין שהוא ד' אף דוהשיב הוא א', היינו דאז אין הכוונה שקיים כל הדין תשלומין, רק דנפטר ע"י השבת הבעין כמו חמץ שעבר עליו הפסח - אבל דין תשלומין נשאר כעין שגנב, וע"ז יש חומש.

ולדרכנו א"ש טובא לשון הגמ' בב"מ "כיון דאי איתא הדרא למרה בעינא ההיא שעתא קגזל ליה" - והיינו דעל היוקרא היה דין השבה, וזהו הגזילה.

וזה דרך חדשה בדין תברא ושת', שאינו מדין מזיק [כקצות], ואינו גזילה חדשה [כנתיבות], רק דאיכא גזילה אריכתא, אולם אין הגדר בזה דיש עוד מעשה גזילה בגזילה קמייתא [וכדביארנו בריטב"א וביד רמ"ה], ואינו מעשה מזיק שמצטרף למעשה גזילה ראשונה להמשיכו [וכדרכו של הגר"ח ברמב"ם] אלא הגדר בזה הוא כך, שממשיך גזילה קמייתא ע"ז שמזיק את הוהשיב, ודו"ק.

אולם לדרך זו פשיטא שבתברא ושת' הכפל צריך להיות כשעת העמב"ד, דכל מה ששייך לחלק כפל מקרן הוא משום שאף שתשלומין באינו בעין הוא כעין שגנב, סו"ס יש עוד דין תשלומין שהוא התשלומין במקום הוהשיב, והכפל הוא כפל של הך קרן - בין ביוקרא בין בזולא - ומעתה פשיטא דאין מקום לומר שהכפל יהיה כדמעיקרא רק אי נתלה הך כפל בדין תשלומין של הקרן כעין שגנב והיות וליכא דין כזה שוב ק' דמהיכי תיתי כפל כעין שגנב, וצ"ל דזה גופא תירצו התוס', דלולי פסוקים א"א לחלק כן, אולם ע' בר"פ שמבואר דלמסקנה הדרא התוס' דל"א קרן כעין העמב"ד - וצ"ע דהרי זהו יסוד דינא דתברא ושת', ואטו חזרו בו התוס' בתירוצן מגדר הקרן וצ"ע, וע"ע בהערה <sup>111</sup> מה שיש להוסיף בזה.

ויש כאן הערה נוספת - רעק"א לא רצה ללמוד שתוס' מיירי שהיה תברא ושת', דתברא ושת' לא היה שייך לחיוב חומש דחומש הוא על כפירתו בשבועה, ובמקום זה למד שתוס' מוכיח דאזלינן בתר יוקרא דהשתא לגבי הדין חומש - ולפי"ז נקט רעק"א דה"ה למעשה לענין זולא ישלם חומש כדהשתא, והק' בחידושי ר' מאיר שמחה לעיל [ס"ה]. דסו"ס צריך לשלם ככפירתו בשבועה ומה שייך ליוקרא וזולא כדהשתא - ולכא' קושיתו על רעק"א היא כקושי' רעק"א על הפשט בתוס' דמיירי בתברא ושת' ומאי שנא, והדבר פשוט וכנתבאר לעיל ברש"י שזה ידע רעק"א דגדר חומש הוא הגדלת תשלומי גניבה ומה"ט תלוי בדין תשלומי קרן, וזה לא ידע רעק"א דתברא ושת' שייך לחומש וזהו קושיתו.

<sup>111</sup> לדרך זו מובן נמי מה דלכא' ק' על התוס' דהאיך אמרו התוס' דלולי רב נאמר איפכא - דקרן כעין העמב"ד - הא זה נגד משנה דכל הגזלנים - והתירוצ', דהכא מיירי בחפץ בעין וזה לא שייך לא לרב ולא למשנה, דבחפץ בעין חידש רבה דהתשלומין הוא עם היוקרא [ויפה דייק ידידי הגאון הרב ר' ירוחם דגני שליט"א דתוס' כ' "דלא כרב" על כפל ולא כ' "דלא כרב" על חומש - דחומש תלוי על קרן בעין וקרן בעין לא שייך לרב].

**דרכו של המהרש"א מהדו"ב.**

ע' מהרש"א מהדו"ב דמבואר דכוונת התוס' דנעמיד בתברא ושתי' והיינו כשבתברא ושתי' והעמב"ד היה שוה ד', והנה זה ברור דלא שייך חומש על מזיק וע"כ דלא כהקצה"ח דלמד דתברא ושתי' מדין מזיק.

וצריכים להוסיף כאן דגם אי מדין גניבה אכתי ק' וכן הק' רעק"א, דחומש הוא על כפירה בשבועה וזה היה על זוז ומה אכפת לן מה שאח"כ הוסיף לגנוב ע"י תברא ושתי', הא חומש לא שייך לגניבה.

ובישוב שיטתו צריכים להעמיד כאן ב' יסודות:

א] מה שנתבאר לעיל מהרמב"ם דחומש הוא חלק מהדין והשיב, וגם מהריטב"א בב"מ שדינו כחלק מהפיקדון שהפקיד, נתבאר בזה דגדר חיוב חומש אינו תשלום נפרד להתכפר על כפירתו בשבועה, רק דכדי להתכפר חידשה תורה שדנים שגניבתו אינו על הקרן גרידא, רק כאילו שהקרן עצמו גדל, דדנים שגנוב ועיכב ממון יותר ממה שבאמת עיכב, והיינו דגדלה גניבתו.

ב] תברא ושתי', לפי הגר"ח אינה גניבה חדשה רק המשך דגניבה קמייטא, וביארנו בזה ב' צדדים, א] הוי מעשה א' ארוכה, ב] המצב של גניבה בחפץ הוא גניבה ארוכה, אלא שיש ב' מעשה גניבות נפרדות בתוך הגניבה הא', [וביארנו בזה כמה פלוגתות בראשונים], ולצד הראשון נמצא דתחילת גניבתו היתה ע"י כפירת הפיקדון ע"י שבועה ובתברא ושתי' ממשיך הק' גניבה, ונמצא דגמר הגניבה היה על ד' זוז.

ומעתה נראה, דאף דכפירתו בשבועה היה על זוז, אכן היות והגדר בכפרת חומש לא היה תשלום נפרד בחומש, רק דבחומש גדל הקרן של גניבתו ע"י כפירתו בשבועה, שוב צריכים לדון הק' גניבה כפי איך שנגמר והיות ובגמר הגניבה היה כבר ד' זוז, שוב אנו צריכים להגדיל הק' דחומש.

ואכתי יש לעיין, דלפי"ז למה ליכא דין כפל כשעת התברא ושתי', דהגר"ח ביאר בזה את שי' הרמב"ם דלמד דתברא ושתי' הוא גניבה אריכתא ומה"ט איכא כפל כשעת תברא ושתי', ולמה ס"ל להתוס' דאין כפל כשעת התברא ושתי' אם לומד דתברא ושתי' הוא גניבה אריכתא, וכדהוכחנו.

ונ' לחדש דהכא מיירי בטוט"ג, וכבר נתבאר בריש פירקין דזה גניבה מחודשת ואינו גניבה פשוטה [ברכ"ש סוף סי' מ'], ורק בפ' שומרים נתחדש דע"י טענה כזו נעשה כגנב, וי"ל א"כ דרק בגניבה פשוטה אמרינן דע"י זה שמזיק אחרי הגניבה נעשה המעשה מזיק למעשה "גניבה" דמצטרף אליה, אבל בטוט"ג, שהמעשה גניבה שבו הוא מחודש, בזה לא מצטרף המעשה מזיק להיות גניבה אריכתא, אכן כל זה לענין המעשה גניבה שבו, אבל לענין המעשה גזילה שבו, הרי המעשה גזילה שבו אין בו חידוש מפ' שומרים, והיא גזילה פשוטה, וכלפי זה שפיר שייך לצרף אליה מזיק להיות גזילה אריכתא, לא כן כלפי הגניבה וכיון שזה גזילה ולא גניבה אין בו כפל, [ולהלן נוכיח מתוס' דליתא לסברא הנ"ל].

ובביאור התירוץ של התוס', הרי זה פשוט שאין כוונתו לחזור בו דקרן אינו כשעת העמב"ד, דאי מדין תברא ושתי' הא דין מוסכם היא [וע' היטב בר"פ

שמשמע שחוזר מזה - וצע"ג], וע"כ דכוונתו היא רק דאי קרן כשעת העמב"ד מדין תברא ושתי' א"כ ה"ה כפל הוא כך.

והנה לעיל ביארנו סברא לחלק בזה, ומה דחו התוס' כאן, דאי כל התברא ושתי' הוא רק לענין קרן, א"כ ממילא כפל נשאר כעין שגנב ולמה צריכים פסוק לחלק בכלל.

וע"כ דליתא להך סברא, וגניבה אריכתא גם אמרינן מטוט"ג לתברא ושתי' והיה מקום לחייב כפל כשעת סופו של גניבה, ורק דקושי' התוס' היתה שכמו שמחלקינן לרב בין קרן כעין שגנב לכפל כשעת העמב"ד כן רצו לחלק בין כפל לקרן, דתברא ושתי' - שהוא גניבה אריכתא - רק נאמרה לגבי קרן דשמין בסוף הגזילה ולא לגבי כפל דלגבי כפל הדין שומא הוא כתחילת הגזילה - בלי סברא - וזהו שתירצו דכל הצד לחלק ביניהם הוא רק בפסוק.

**סימן י"ח**  
**הערות בסוגי' דגנב טלה ונעשה איל,**  
**ובטלאים דמעיקרא<sup>112</sup>.**

ביאור שי' רש"י דהשינוי רק לענין טביחה ומכירה, וישוב קושי' הפנ"י מלהלן ס"ו, וביאור שני הדינים בשינוי א' לענין קנין ב' לענין שא"י לומר הרי שלך לפניך. / / ביאור בפלוגתא ר' אילעא ור' חנינא, ומבאר דשינוי איכא ג' דרגות, ותלוי בהגדרת הדין שינוי כלפי הרי שלך לפניך. / / דרכו השניה של רעק"א בביאור קושי' הגמ', "לשלם כי השתא" – דנחלקו בגדר חיובא דטביחה בתורת אישתרש בחטא של הגניבה, ודברי המשך חכמה בעיקר פלוגתא ר' אילעא ור' חנינא. / / דרכו של רעק"א הראשונה, ותוספת הסבר מהאמרי משה עפ"י גדרי גניבה אריכתא בתברא ושת"י. / / ביאור שי' רש"י בזה. / / בביאור המשך הגמ' - "מ"מ קשיא". / / יש להעיר בדברי רש"י בד"ה לימא תיהוי תיובתא, דמשמע מרש"י דאף דרבה רק מיירי בקרן [וכמוש"כ רש"י לעיל ס"ה:], אפי"ה יש לעשות ק"ו מקרן לכפל ודו"ה, וזה צ"ב, הרי ע"כ אין זה גניבה אריכתא וכנתבאר לעיל, וא"כ הו"ל גניבה חדשה ומה זה שייך לגניבה קמיינתא, וצ"ע. / / בדברי הגר"א בתוד"ה טלאים לענין תברא ושת"י על הפיטום. / / ביאור שיטת הר"י בטלאים דמעיקרא. / / ביאור שי' רש"י בטלאים דמעיקרא. / / ביאור שי' ר"ת בטלאים דמעיקרא. / שי' הרמב"ם למסקנה.

**ביאור שי' רש"י דהשינוי רק לענין טביחה ומכירה, וישוב קושי' הפנ"י מלהלן ס"ו, וביאור שני הדינים בשינוי א' לענין קנין ב' לענין שא"י לומר הרי שלך לפניך.**

בדין טלה ונעשה איל פירש רש"י בדעת ר' אילעא דס"ל דקנה בשינוי, דהיינו דקנאו להא מילתא דליכא טביחה ומכירה, וכ"כ רש"י להלן [צ"ו: ד"ה נעשה שינוי בידו], דרק לענין טביחה ומכירה חשיב שקנאה, והיינו דאין כאן שינוי קונה ממש להיות שלו.

וזהו שכתב רש"י בהמשך דקרן משלם כי השתא ובכפל מסתפק, דלענין כפל תלוי במסקנת הסוגי' אי משלם טלאים או לא, אכן קרן כי השתא מדין תברא ושת"י, והק' עליו בתור"פ [ד"ה נעשה שינוי], דאין כאן תברא ושת"י כי השתא דהא שינוי קונה, וע"כ צ"ל דרש"י לשיטתו דרק קנאו לענין זה דלא נתחייב על טביחה ומכירה אבל של בעלים הוא וחייב בתברא ושת"י, ועיין בהערה<sup>113</sup>.

וכבר נתעורר בכל זה הפנ"י כאן, והעיר עוד [להלן צ"ו] דהמשנה בריש הגזול מיירי בגזילה, ועל משנה זו הביאו את ר' אילעא, ולא יתכן לומר דהשינוי הוא רק לגבי טביחה ומכירה דהא ליכא טביחה ומכירה בגזילה.

ובביאור שי' רש"י צריך להקדים, דע' בגר"ח [גו"א פ"ב - הט"ו] דנתבאר דתרי גוונא שינוי נינהו, א' שינוי שקונה גוף החפץ לגנב, והגנב ניפטר בתשלומין, ב' שינוי לענין זה שא"י לומר הרי שלך לפניך דבטלה והשיב ויכול הנגזל לתבוע או ממון או את השברים, והגר"ח כתב דזהו הביאור ברמב"ם [פ"ב הט"ו] דגזל כלי

<sup>112</sup> מהדורא קמא - קיץ תשס"א

<sup>113</sup> וע' ח' רמ"ש להלן [צ"ה. בד"ה ואולי יתכן] שמפרש דרש"י חולק על הרא"ש ריש הגזול ובכל שינוי משלם כפי מה ששוה לפני השינוי [מילדה וגזזה] וה"ה כאן ס"ל לרש"י דמשלם כמה שוה רגע לפני שנעשה איל, עייש"ה.

ושברו דצריך לשלם ואם רצו בעלים לקחת הכלי הרשות בידם, הרי דזה אינו שינוי גמור לענין קנין.

ובח' הגר"ז בגו"א כ' דזהו נמי כוונת הרמב"ם [בפ"ג - ה"ד] בגזל בהמה והזקינה "הרי"ז כגזל כלי ושברו", והיינו דגם כאן אינו שינוי גמור.

והנה להלן [ס"ו.] כ' רש"י [ד"ה שינוי קונה], דשינוי קונה רק היכא דשני בידים, והק' בקצוה"ח [סי' שנ"ד ס"ק ג'] מגזל בהמה והזקינה, וכן הק' על הב"ח שגם מחלק בין שינוי דממילא דלא קני ורק בידים קני, וק' מבהמה והזקינה, ות' באהא"ז [גו"א פ"ב סוף הט"ז] דבשינוי דממילא ס"ל לרש"י והב"ח דלא קני, ורק דלענין זה שא"י לומר הרי שלך לפניך קני.

והוסיף באהא"ז דרש"י אזיל לשיטתו בטלה ונעשה איל דרק קני "להא מילתא", והיינו משום דהוי שינוי דממילא, ומה"ט רק קני לענין דא"י לומר הרי שלך לפניך, ומה"ט פטור על הטביחה.

אולם, אף דנתבאר לן ברש"י שבשינוי דממילא לא קני גוף החפץ, ורק קני לענין שאין והשיב, וזה גם רואים ברש"י דידן שלא קני גוף החפץ, אמנם אכתי לא נתבאר מה השייכות בין שינוי לענין דאין והשיב ושינוי לענין שאין טביחה ומכירה.

ובביאור הדבר היה נראה דכבר אינו החפץ הגזול ולכן א"י לומר הרי שלך לפניך, דכבר פקע מיניה שם גזילה, אכן סו"ס ממונא דנגזל הוא ויכול לתובעו, וזה אהני לן נמי לענין טביחה ומכירה, דכיון שכבר פקע מיניה שם גזילה שוב לא נתחייב בו בטביחה ומכירה.

ומעתה א"ש דברי רש"י להלן [צ"ו], דאף דמיירי לענין גזילה, אכתי איכא נפ"מ לענין שא"י לומר הרי שלך לפניך, וזהו מה שדייקו מר' אילעא שהדגיש "טביחה ומכירה", והיינו שר"ל דאין כאן קנין ממש רק לגבי טביחה ומכירה, ושם הנפ"מ יהיה רק לגבי זה שא"י לומר לו הרי שלך לפניך.

ויתכן לומר בפשוטו דאף אי לא חסר ב'שם גזול' אכן עצם זה שאין והשיב היא הסיבה שאין טביחה ומכירה דגזילה כזו שאין בה והשיב ליכא ביה דינא דאישתירש בחטא כלפי חיובא דטביחה ומכירה, ומה"ט נמי ליכא דין הרי שלך לפניך, אכן בהמשך הדברים נצטרך לומר בדעת הגר"ח כנוסח הראשון שעצם זה שאין והשיב אינו פוטר בדין טביחה מכירה ורק אי פקע מיניה שם גזול כלפי הדין והשיב, וכדיבואר.

**ביאור בפלוגתת ר' אילעא ור' חנינא, ומבאר דבשינוי איכא ג' דרגות, ותלוי בהגדרת הדין שינוי כלפי הרי שלך לפניך.**

דעת ר' חנינא דאין שינוי בטלה ונעשה איל, וע' תוס' רי"ד [צ"ו:] דהק' מ"ש מבהמה והזקינה, דתרוייהו ממילא, ות' דבהמה והזקינה אין ראוי למלאכתו ולידה, משא"כ הכא - הביאו האחיעזר [ח"ג סי' פ"ב ס"ק א'], ולדבריו פלוגתת ר"ח ור"א היא האם לדמות לבהמה והזקינה או לא.

איברא, דהגר"ח [בגו"א שם] הוכיח מקושי' זו, דמכאן המקור לב' דינים בשינוי, דר' חנינא למד דכל הדין שינוי בבהמה והזקינה הוא רק לענין שאין והשיב וא"י

לומר הרי שלך לפניך, וה"ה בטלה ונעשה איל, אבל לענין שינוי קונה אין כאן שינוי, וזה המקור לרמב"ם.

והנה, בגר"ח רואים דאף דאין והשיב, וא"י לומר הרי שלך לפניך, אבל אכתי חייב על טביחה ומכירה, ודלא כנתבאר לעיל ברש"י בדברי ר' אילעא, ומבואר כאן דאיכא ג' גוויי שינוי:

[א] שינוי גמור בידים, שזה שינוי בכל החפץ וקני לכולו.

[ב] שינוי דממילא דלפי ר' חנינא רק פקע מיניה מצות והשיב, אף דהחפץ עדיין חשיבא כהחפץ הגזילה, ורק כיון דאינו "כעין שגנב", לא מתקיים ביה מצות והשיב, דמתנאי והשיב שיהיה כעין שגנב, אבל כיון דלא פקע מיניה עדיין שם גזול, אכתי שייך ביה טביחה ומכירה, וזו שי' ר' חנינא.

[ג] דעת רש"י בשיטת ר' אילעא, דבזה מודה לר' חנינא דאין שינוי קונה כיון שאין השינוי בידים, אבל אהני לן שינוי זה עכ"פ להפקיע את השם גזול מהחפץ, ולכן אין והשיב ולכן א"י לומר הרי שלך לפניך, וה"ה דאין דין טביחה ומכירה כיון שחסר ב'שם חפץ הגזול, ורק כשפקע מיניה השם חפץ הגזול כלפי והשיב הוא דליכא אישתרש בחטא של טביחה ומכירה.

ועיין בדברי התוס' ר"פ שכתב דטעמא דר' חנינא הוא משום שהוא שינוי דממילא, וקשה מבהמה והזקינה, וצ"ל דהתם נמי פליג וסובר דרק קונה לענין הרי שלך לפניך, ומבואר מדבריו דנקט כהגר"ח, [ואכתי יש לעיין מדברי הר"פ להלן צ"ו: בדברי ר' אילעא שם].

איברא שיש לעיין בעיקר דברי הגר"ח שלכאו' יש כאן 'פשרה' שיש כאן דין שינוי שאינו קונה אלא שהוא עכ"פ שינוי לענין הדין 'הרי שלך לפניך', ואינו ברור מה הגדר בזה, ולהלן [סימן י"ט] יבואר בזה, וכל מה שנתבאר הכא יהיה תלוי בגדרים שם, ושם הבאנו מהגר"נ פרצוביץ זצ"ל שלמד שיש חיוב והשיב אלא שאין קיום והשיב, וקצת מדויק כן בדברי הגר"ח, ולדרכו דחה את דברי האחרונים לדמות להכא, אכן עיין בדברינו שם דיבוארו הדברים באופן אחר.

**דרכו השניה של רעק"א בביאור קושי' הגמ', "לשלם כי השתא" – דנחלקו בגדר חיובא דטביחה בתורת אישתרש בחטא של הגניבה, ודברי המשך חכמה בעיקר פלוגתת ר' אילעא ור' חנינא.**

הקשו בגמרא - "לשלם כי השתא" - ובפשטות - קושי' הגמ' היא מרב, דרב חידש דמדין אחיי' שיימינן כשעת העמב"ד, אולם עיין ברש"י שכתב דלהלן אותבינן מרב, והיינו דלהלן [ס"ו]. כבר הק' הגמ' קושי' זו מרב, וע"כ דכאן הקושי' לא שייך לרב, וכבר עמדו בזה ברעק"א ופנ"י.

וביאר רעק"א [להלן ס"ו]. בחדש, בדרך השניה], ונבאר את דבריו עפ"י מה שנתבאר לעיל [סימן ב'] בעיקר גדר חיובא דטביחה ומכירה, דהנה - טביחה אינה חטא בפנ"ע, אלא שכל כולה אינה אלא בגדר אישתרש בחטא של הגניבה, וזה כל המחייב שבטביחה ומכירה, עיי"ש מה שנתבאר בזה.

ומעתה יש לדון האם המחייב הוא בטביחה עצמה אלא שהטביחה מחייבת מחמת זה שיש בטביחה אישתרש בחטא של גניבה, או דילמא שהמחייב של טביחה היא

האישתרש בחטא עצמו, והיינו הגניבה שאישתרש בתוך הטביחה, ונראה דבזה פליגי ר' אילעא ור' חנינא, והנפ"מ היא האיך שיימינן לתשלומין דדו"ה.

והיינו דלפי הדרך השניה שעיקר המחייב הוא האישתרש בחטא עצמו א"כ יש לומר שהשומא צריכה להיות כפי החטא עצמו, והיינו כפי הגניבה, אכן לפי הצד שהטביחה עצמה מחייבת אלא שהיא מחייבת מחמת האישתרש בחטא, א"כ י"ל דשיימינן כפי הטביחה, שסו"ס זה המחייב עצמו.

ועפ"ז יבואר השו"ט כאן, שקושי' ר' אילעא היא דבשלמא ביוקרא, דהחפץ עצמו לא משתנה יש להבין מסברא דדיינינן כפי החטא עצמו דהיינו לפי הגניבה, ולכן לולי הגזה"כ של אחי' היינו אומרים שישלם כשעת הגניבה גם בחיוב דטביחה, אבל כשיש תוספת בגוף החפץ, א"כ האישתרש עצמו גדלה, ואף דהחטא הוא בטלה, אבל האישתרש הוא באיל, ותמיד נדון את החפץ כזמן האישתרש, ונחייבו על טביחת איל, והיינו שהוא למד שהטביחה עצמה היא המחייב אלא שהטביחה מחייבת 'מחמת' האישתרש שבטביחה, ותירץ לו ר' חנינא "תורא גנבי" היינו דאין באישתרש יותר מהחטא, והחטא הוא גניבת טלה, והיינו שכל המחייב בטביחה עצמה אינה אלא הגניבה שבטביחה.

וע' משך חכמה פ' משפטים דכנראה אזיל קצת בדרך זו - שהביא דכבר נחלקו ריב"ז ור"מ [מובא ברש"י עה"ת] אי ההבדל בין הקנס בשור לקנס לשה הוא מחמת בזיון דשעת גניבה או מחמת ביטול מלאכה, ושורש פלוגתתם אי דנים כהחפץ דשעת החטא [גניבה] או כשעת האישתרש [טביחה], וביאר דפלוגתתם תלוי בפלוגתת ר' חנינא ור' אילעא הכא.

כן נראה בביאור דברי רעק"א והמשך חכמה.

**דרכו של רעק"א הראשונה, ותוספת הסבר מהאמרי משה עפ"י גדרי גניבה אריכתא בתברא ושת'.**

וע' אמרי משה [סי' ל"ו ס"ק ט"ו] שמבאר באופ"א - וכן הוא ברעק"א בדרך הראשונה [שם] - דהקושי' היא לפי החידוש שנתחדש ברמב"ם בדין תברא ושת' דחידש הרמב"ם דכפל הוא כשעת התברא ושת', ומבואר דזה גניבה אריכתא, וה"ה דהכא נימא דאיכא גניבה אריכתא מטלה לאיל.

ובת' הגמ' למד האמרי משה דלר"ח יש שינוי בין טלה לאיל לענין זה שאין המשך וגניבה אריכתא - אלא דע' ברעק"א שבתירוץ כבר למד באופ"א.

ונראה שהביאור בסברת ר' חנינא בדרך זו הוא כך, דאף דלר"ח החפץ עדיין הוא החפץ הגזול ולכן שייך ביה טביחה ומכירה, אבל "מעשה הגניבה" הוא מעשה בטלה, ובאיל אין כבר את "המעשה גניבה", ולהמשיך לגניבה אריכתא צריכים שיהיה "המעשה גניבה" עדיין לפנינו, וע"ע בחי' הגרא"ל [עמוד קצ"ד] ע"ד זו לפי שי' התוס' [בתוד"ה אלמא].

**ביאור שי' רש"י בזה.**

אולם ברש"י א"א לפרש כן שרש"י כ' "ולרבא דאמר תברא ושת' משלם ד' ליכא לאותובי דיכול לשינויי דהך מתניתא כפל ודו"ה דוקא נקט אבל קרן וכו'" - ומבואר דכיון דבתברא ושת' רק מחייבין ליה בקרן, שוב לק"מ מכפל ודו"ה, וע"כ דרש"י יצטרך לפרש כדהבאנו לעיל מרעק"א [בדרך השניה] והמשך חכמה.

אולם אכתי פלא:

[א] ברש"י בסנהדרין דפוטרו כשיוצא מהמחזרת מוכרח דהשבירה הוא המשך של הגניבה, וכדהבאנו מהיד רמ"ה [בסוגי' דתברא ושת']<sup>1</sup>, וממילא דצריך לחייבו בכפל ודו"ה מצד תברא ושת', ואיך כ' רש"י דאין קושי' כיון שתברא ושת' הוא רק קרן, ב] מה שהביא הריטב"א מרש"י בכתו' ל"ד לחייבו על טביחה בחול [כשגנב בשבת] מדין תברא ושת' וחייב בכפל ודו"ה, גם מזה מוכרח דיש חיוב בטביחה כגניבה אריכתא, וקשה כנ"ל.

וי"ל דרש"י סובר דידע הסוגי' מסברא דלא שייך לומר דיש המשך "למעשה הגניבה" כיון דמעשה היה בטלה, וזה איננו, [וכסברת האמרי משה בתירוץ], וע"כ דהתברא ושת' כאן הוא תברא ושת' בלי המשך לגניבה ראשונה, ודינו כגזילה, שהרי אינו מבית האיש, דרק בגניבה אריכתא הו"ל מבית האיש.

וצריכים להוסיף, הרי ביארנו לעיל [סימן י"ד] בסוגי' דתברא ושת' ליישב הסתירה ברש"י מדבריו בסנהדרין לכתובות, דע"כ צ"ל דיש תרי גווני בתברא ושת', א] מעשה א' אריכתא, ב] המצב של גנוב בחפץ נמשך כמות שהיא, ורק שבהך מצב של גנוב נעשה מעשה נוספת, [ובגוונא השניה יש לחייב גם באופן שהגניבה היה בפטור קלב"מ], וכיון שהמצב של גנוב בחפץ ממשיך, חשיבא גם המעשה הגניבה השני' כמתיחס לבית האיש.

ולכא' כאן נצטרך לומר, דלא רק דבטלה מעשה הגניבה הראשונה, אלא דגם המצב בחפץ נתחדש, דעד עכשיו היה הטלה גנוב ועכשיו האיל, ואין המצב של גזול בחפץ היום מתיחס למצב הראשונה בחפץ, ואין כאן מבית האיש, ודו"ק.

[והנה, לפי ר' אילעא דאין חיוב טביחה א"כ אין בחפץ שם גנוב, ולא שייך כלל גניבה אריכתא, אכן אכתי היה צריך להקשות לר' חנינא, דלשיטתו שיש טביחה, ע"כ יש מצב של גנוב בחפץ, ויהיה כאן גניבה אריכתא].

ויש להעיר, הרי רש"י הק' דלמה לא הק' מתברא ושת' ותירץ דמיירי רק בכפל ודו"ה, אכן בר"פ [בריש ס"ו.] תי' כן ות' עוד דאולי מיירי במכירה, ונראה דרש"י אזיל לשיטתו לעיל [ס"ה.] דכ' בהדי' דגם מכירה הוא בכלל תברא ושת'. [ובקושי' הגמ' "לקנינהו בשינוי השם" הארכנו במק"א].

#### **בביאור המשך הגמ' - "מ"מ קשיא".**

ע' רשב"א דפשטות הקושי' לר' אילעא, וק' דממילא ס"ל לר' אילעא דהברייתא משבשתא דהו"ל לחייבו כשעת העמב"ד, ות' דהקושי' לדידן דקיי"ל כר' אילעא וקיי"ל שאינו משבשתא וע"כ כב"ש.

אמנם ברעק"א ובפנ"י מבואר באופ"א, וכ"ה בר"פ [ד"ה הא מני ב"ש, ובדרך זו אזיל נמי בד"ה משום דא"ל, וע"ע בד"ה אי אמרת בתירוץ ובמגיה שם], דבאמת ליכא משבשתא לר' אילעא, והיינו דביסוד הדבר מודה ר' אילעא לר' חנינא דאזלינן בתר גניבה כשהיה שינוי, ורק בלי שינוי אזלינן כשעת טביחה, וסובר ר' אילעא דטלה לאיל הוא שינוי, ורק דלשיטתו דר' חנינא דאינו שינוי מקשה ר' אילעא דהו"ל לדון כדהשתא, ונמצא דלר' אילעא אינו משבשתא, ולכן הק' עליו דמ"מ מוכרח בברי' דטלה לאיל חייב בטביחה נגד מה שהוא חידש, וע"ז תי' דהאי לב"ש דהוי שינוי רק דלדידה שינוי לא קונה, ולכן לדידה חייב על טביחה.

ומרש"י שכתב דהקושי לר' אילעא משמע כר"פ ולא כהרשב"א, ודו"ק, ויש להעיר דלדרכו של הגר"ח שגם לר' חנינא יש שינוי בטלה לאיל, רק דלא פקע שם גזילה, וכתבאר, א"כ אין לפרש כנ"ל, ודו"ק, [ובמק"א הארכנו עוד בזה].

יש להעיר בדברי רש"י בד"ה לימא תיהוי תיובתא, דמשמע מרש"י דאף דרבה רק מיירי בקרן [וכמוש"כ רש"י לעיל ס"ה:], אפי"ה יש לעשות ק"ו מקרן לכלל ודו"ה, וזה צ"ב, הרי ע"כ אין זה גניבה אריכתא וכתבאר לעיל, וא"כ הו"ל גניבה חדשה ומה זה שייך לגניבה קמייתא, וצ"ע.

#### **בדברי הגר"א בתוד"ה טלאים לענין תברא ושתי' על הפיטום.**

כתבו התוס' דמשלם כפל ודו"ה "כדמעיקרא כמו קרן", וע' בביאור הגר"א [סי' שנ"ד] שדייק דאין תברא ושתי' על מה דאשבח, ורק על יוקרא, וע' פנ"י כאן [ד"ה משלם כפל נמי] שכ' בטעמא דמילתא, דקני שבח שע"ג גזילה ולא שייך לחייבו על תברא ושתי', וכל זה דלא כרש"י לעיל [ס"ה: ד"ה כעין] ולהלן [ס"ו]. ד"ה לימא תיהוי תיובתא] שמחייבו בתברא ושתי' גם באשבח, וכדברי הפנ"י כתב כבר הסמ"ע [סימן שס"ב ס"ק ט"ז] דבנתפסמה מאליה שייך לגזלן הך פיטום, אכן כבר תמה עליהם הנתה"מ [ס"ק ב'] דאינו של גזלן בנתפסם מאליה ודינו כיוקרא, וע' באמרי משה [סי' ל"ב ס"ק כ"א], שהאריך בקושי' זו, ועיי"ש עוד בהמשך דכ' דבשלמא לענין כפל ודו"ה י"ל דאין לחייבו דליכא גניבה אריכתא [כסברת הרמב"ם ביוקרא] על הך שבח, דרק ביוקרא שייך גניבה אריכתא ולא בשבח, דהגניבה קמייתא היתה רק על טלה וכחושה ולא שייך להמשיך על איל.

אולם אחתי קשה, דסו"ס יתחייב על הקרן מדין מזיק או גזילה חדשה, וכן תמה הקובש"ע כאן ונשאר בצ"ע, [וזהו באמת שי' הרא"ש דבנתפסמה קרן כדהשתא וכפל כעין שגגב [כך הביאו מהתוס'], אף דכ' קודם דלענין קרן דינו כיוקרא וזולא] דבקרן אף אי אין גניבה אריכתא סו"ס יש לחייבו מדין גניבה חדשה אכן לא ראיתי מקור ברא"ש שיש גניבה אריכתא בכלל] והוכיח מכאן האמרי משה דעל כרחק דליכא חיובים חדשים בגגב כיון דיש בו קניני גזילה ורק משום גניבה אריכתא היה אפשר לחייבו, ודו"ק.

אולם בחי' רמ"ש כאן דחה כל דברי הגר"א וס"ל דכוונת התוס' "לקרן" של גגב בלי התברא ושתי' והיינו כשמת מאליו וכו' שאז פשיטא דקרן כעין שגגב וה"ה כפל ודו"ה דתלויים בגניבה, ומה דבטבח יש גם תברא ושתי' על זה לא מיירי התוס', דזה גונב מן הגגב שהוא גניבה חדשה שלא מחייב כפל ודו"ה דנתמעט מוגונב מבית האיש, או שהוא רק מזיק וזה לא שייך לכפל ודו"ה.

#### **ביאור שיטת הר"י בטלאים דמעיקרא.**

בעיקר שי' הר"י איכא תרי טעמי דדין אחי' רק נאמרה ביוקרא ולא בטלה ונעשה איל, א] סברת "תורא גגבי ממך", דאף דלעיל הוזכרה הך סברא בקושי' ר' אילעא לומר דמעשה הגניבה היה רק גניבת טלה ולא גניבת איל, ומה"ט אין טביחת איל מחייבת דו"ה דאיל, דאם אין גניבה אין טביחה [דרך שניה ברעק"א], אכן סו"ס לענין השומא היה דין שצריך לעשות שומא כערך שעת העמב"ד, וע"ז יש סברא שאף שהשומא כשעת העמב"ד, אכן מה נכנס לשומא - וע"ז התשובה, ששמין חפץ שהיה בו מעשה גניבה וזה טלה ולא איל, וזה ליכא למימר ביוקרא

וזולא ששווי חפץ אינו חלק ממנו עד שנימא שגנב טלה וגנב ד' - הילכך בזה שייך גזה"כ דאחי"ל ב' כתי' בהדי' בקרא גוף השור ולא הדמים - ונ' בכוונתו, דכפל ודו"ה הוא לשלם כמה פעמים את הקרן, והיינו להחזיר הגזילה כמה פעמים, וצריכים להחזיר "תחת השור" כמה שוורים ושור היינו גוף השור ולא דמיו, הרי דקפידת התורה היתה בהחזרת החפץ שהיה ולא שייך ששומא של אחי"ל יסתור את גוף הדבר שצריכים להחזיר.

ואחרי ב' טעמים דלא שייך אחי"ל על טלה ונעשה איל הוסיפו התוס' דשוב יש להגדיר שדין אחי"ל בא לומר שהשומא של יוקרא וזולא הוא כשעת העמב"ד שאז שמין הבי"ד.

והנה התוס' הקשו "ואעפ"י שעל שעת טביחה וכו'" - ולכאן' הך קושי' הוא קושי' על טעמא ראשונה דלא שייך "תורא גנבי" ביחס לטביחה דהנדון הוא לשום חפץ שטבח, והו"ל להק' כן לפני טעם שני ומשמע שקשה גם על טעם השני, והביאור צ"ל דאף דבעי "תחת השור" אכן מהיכי תיתי תחת שור ד"גניבה", והו"ל להיות תחת שור ד"טביחה".

ותירצו בתוס' אם אין גניבה וכו', וביאר בקובש"ע דהכא הסברא היא גם בשמינה והכחישה והכא רואים שלא רק שצריכים גניבה להצטרף למחייב דדו"ה אלא שזהו עיקר המחייב והטביחה תנאי.

ובאופן"א י"ל דלא שהטביחה הוא תנאי בעלמא רק שבטביחה יש "חזרה" על חטא קמיתא [וזוהו האישתורש], וכאילו רואים שוב את הגניבה עם כל פרטיה, דהיינו גניבת שמינה, ויין בכל זה לעיל [סימן ב'].

#### **ביאור שי' רש"י בטלאים דמעיקרא.**

והנה יעויין היטב בתור"פ, ומבואר שרש"י גם למד כהנך שני טעמים ורק שהוסיף שלא רק כשהנידון הוא איזה חפץ [לעומת נידון של יוקרא וזולא] אלא גם כשהתשלומין הוא בכעין הך חפץ, גם אז אמרינן שאין דין אחי"ל.

ונ' דצריכים להוסיף בזה הסבר, דבקרא של שוורים "תחת השור" כתוב שרק במצב אחד דנים שהנגזל קיבל כמה שוורים תחת השור ובמצב הזה איכא ג' תנאים, א' כשמשלמים החפץ שהיה לנגזל ולא משלמין אותו כמו שהוא היום אחרי שהשתנה, ב' כשמחזירים חפץ ולא מחזירים דמים ג' כשהחפץ שמחזיר היום שוה למה שהיה בשעת הגזילה, במצב כזה שהצטרפו כהדדי הנך ג' תנאים, אז דנים שהוחזר לו "שוורים תחת שורו" הגנוב.

אכן, כשמשלם דמים או כשהחפץ לא שוה כמו אז, אז כבר לא הוחזר הגניבה, רק שמשלמים תשלומין "במקום" זה, ובזה איכא גזה"כ דאחי"ל דדין תשלומין שמין כדהשתא.

#### **ביאור שי' ר"ת בטלאים דמעיקרא.**

שי' ר"ת דקרא דאחי"ל הוא ליפות כוח קרן ולהקל על כפל ודו"ה, והנה מבואר מתוך דבריו דביוקרא, הדין דדו"ה כדמעיקרא, וק' דבטביחה איכא תברא ושתי', ואי תברא ושתי' הוא גניבה אריכתא, א"כ הו"ל להתחייב דו"ה כדהשתא שלא מדין רב, רק מדין תברא ושתי'.

וי"ל דזהו השו"ט לעיל [ס"ה:], ותי' "תורא גנבי ממך" - והיינו דאין גניבה אריכתא על טלה לאיל, אכן ק' דהתוס' כ' כן גם לענין יוקרא וזולא, וי"ל דלענין יוקרא וזולא כבר מיירי באופן אחר שהיה מכירה ולא טביחה [ורק בטלה ואיל מפורש בהדי' דמיירי שטבח] ובאופ"א י"ל דמיירי גם בטבח ולית ליה הך חידוש שיש גניבה אריכתא, ולדעתו הוי גניבה חדשה.

והנה לעיל בסוגי' [ס"ה.] הק' בכחושה והשמינה ומשמינה והכחישה ותי' אנא פטימנא ומ"ל קטלא, ולתי' ראשון בתוס' מ"ל קטלה מיירי גם על ממילא וזה מתאים רק לר"י ולא לר"ת, ור"ת יצטרך ללמוד כתי' שני וכמוש"כ כאן בהדי', והתירוץ של אנא פטימנא לא נשאר למסקנה, לא לר"ת ולא לר"י, דלר"י הרי גם בפיתום ממילא ליכא דין אחי' דרק ביוקרא וזולא איכא, ולר"ת הרי רק בזולא וכחש איכא אחי'.

#### שי' הרמב"ם למסקנה.

ע' רמב"ם גניבה [א' - י"ד], דקודם הביא הרמב"ם דין זולא שמחלקין בין קרן לכפל ודו"ה, דכפל ודו"ה כהעמב"ד, ובדין יוקרא כ' דתלוי אי תברא ושתי' או ממילא, דבתברא ושתי' משלם כדהשתא גם כפל ודו"ה ובממילא הכל כדמעיקרא, ומהדין דממילא משמע דביוקרא ליכא דין אחי' והיינו כר"ת, אכן מתברא ושתי' שכפל כהעמב"ד משמע כהר"י, ולמד הגר"ח דלעולם כר"ת אבל תברא ושתי' הוי גניבה אריכתא.

אולם אכתי ק' מהלכה י"ג דבכחושה והשמינה יש כפל ודו"ה כשעת הגניבה גם בטבח והו"ל כתברא ושתי', ותי' האמרי משה דלא שייך גניבה אריכתא מטלה לאיל, והיינו סוגי' הגמ' לעיל [ס"ה:] אטו תורא גנבי מנך.

ונ' דלנתבאר דבגניבה אריכתא יש עוד מעשה גניבה בגניבה קמייתא, הרי א"כ למה צריכים להמשך מעשה הקודם ומה אכפת לן מה שגניבה א' זה טלה וגניבה ב' זה איל, ונ' פשוט שכל מה שאין חיסרון של גונב מן הגנב, היינו משום שגניבה ב' ממשיך את מצב הגניבה ומה"ט מתיחסת היא לבית האיש, ובגניבת איל אינו מתיחס לבית האיש שהיה שם רק גניבת טלה.

## סימן י"ט

**בגדר הדין שינוי קונה ע"י הפקעת הוהשיב,  
ובדברי הגר"ח והגר"ז בדין שינוי קטן לגבי הרי שלך לפניך.**

מביא מהאחרונים דבהפקעת הוהשיב' חיילא קנינו, ומתמה משבר קטן. / / דרכו של הגר"נ פרצוביץ זצ"ל בביאור השני דינים של שינוי וכמבואר בגר"ח, ומתמה בדבריו. / / ו' תמיהות על עיקר היסוד דבהפקעת הוהשיב' חיילא הקנין ממילא. / / מבאר שאין הדין והשיב בגברא מונע מהגברא לקנות החפץ, דאינו תולה על הפועל כלל, אלא עיקר הדין הוא שעד כמה שה'גזול' בחפץ הוא סיבה להשבה, שוב אין ה'גזול' בחפץ סיבה לקנייה, ורק בשינוי חיילא הפקעה בעצם השם גזול' בחפצא כלפי קנייה, ומיושב הכל. / / פלוגתא רב ורבא אי קונה בקלב"מ בוהשיב. / / מבאר בזה את החילוק בין שבר קטן לשינוי בכל החפץ ששבר קטן הוא רק הלכות והשיב ולא בא להגדיר את המצב בחפץ. / / מבאר את גדרי השבר קטן בבהמה והזקניה, ולמה אינו בכל החפץ, ומביא תוספת הבנה מהגר"ז, ובחילוק בין הגר"ח להגר"ז. / / הערה בדברי הגר"ז בדין שינוי וגזילה באים כאחת. / / הערה כלפי דברי רש"י בטלה ונעשה איל. / / הערה.

**מביא מהאחרונים דבהפקעת הוהשיב' חיילא קנינו, ומתמה משבר קטן.**

דין שינוי קונה ילפינן מקרא דאם כעין שגזל יחזיר ואם לאו דמים בעלמא בעי לשלומי, ולכא' תמוה הא בפסוק מבואר דכשיש שינוי אין דין והשיב, אבל היכן מרומז כאן דין קנין.

וביאר האחרונים – עיין בזה היטב בלשונות הגר"ח על הרמב"ם [בפ"ט - ה"א מגו"א, ויותר ברור בפ"ב - ה"ט"ו דגו"א], דעיקר הגזלה"כ בשינוי הוא דבהפקעת הדין והשיב ממילא קונה את החפץ, הבאנו לשונו בהערה <sup>114</sup>, וע' קובש"ע בסוגיין שהוסיף בזה ביאור, דהקנין דגזילה בהתחלת הגזילה מזכה את הגזולן בקנינים שהיה אמור לזכות לגמרי בחפץ, ורק דמצות והשיב מעכבת את קנינו מלחול בפועל, וכשפקע דין והשיב ממילא קונה, והיינו טעמא דליכא חסרון של כלתה קנינו כיון שכל הקנין כולו חל מעיקרא ב'בכח' ובהפקעת הדין והשיב נהיה הך קנין דמעיקרא לבעלות בפועל, ורק באופן שלא חל מעיקרא כלום וכל החלות היא בסוף הוא דאיכא חסרון של כלתה קנינו, ועיקר הדברים שהפקעת הוהשיב מאפשרת לקנין דמעיקרא לחול מבוארים נמי בעונג יו"ט [סי' כ"ט], וכבר קידמם בזה בתרומת הכרי [סימן רצ"ב בהג"ה] הבאנו לשונו בהערה <sup>115</sup>.

והגר"ח הוסיף עוד דעיקר הקרא לא בא לומר שקנה ולכן אין והשיב אלא שהפסוק חידש שאין והשיב אף אי לא קנה, אלא דממילא קנה בהפקעת הדין

114 וז"ל הגר"ח: "דנראה דכל עיקר הך דינא דבעינן כעין שגזל על דין השבה נאמר, דדוקא אם היא כעין שגזל מיקיימא בה חובת השבה, ובאינה כעין שגזל לא מיקיימא בה שוב בהשבתה חובת השבה ומתחייב בתשלומין, וממילא הוא דהדר דינא דכיון דאינה בדין השבה בזה הוא דנקנית לו הגזילה".

115 וז"ל התרומת הכרי: "דענין קנין הגזול היינו שבשעת הגזילה אז נקנה החפץ להגזולן קנין גמור, אלא דאח"כ תיכף ומיד חל עליו חיוב השבה לבעלים שהטילה עליו התורה, ולכך באם נתבטל חיוב השבה על ידי שינוי רשות הרי הוא קנוי לגזולן ממילא למפרע ונתחזק קנינו כו".

והשיב, וכ"ה בדבר אברהם [ח"א סימן א'], אלא שכבר העירו שלא משמע כן מהסוגי' בתמורה, עיין בהערה <sup>116</sup> מה הבאנו בזה.

ובקובש"ע בסוגיין הביא מקור לעיקר מהלך זה שהפקעת הוהשיב הוא קונה מסוגי' מפורשת בסנהדרין [ע"ב] דאמר רב, הבא במחתרת בדמים קנינהו דקלב"מ, ותמה בקובש"ע דאיזה קנין יש בקלב"מ, וכתב דמוכרח מזה, דכיון דמשום קלב"מ מיפטר מהשבה, הגזילה נקנית להגזולן, דאי לאו חיוב השבה הגזולן קונה את הדבר.

איברא דמיניה וביה בגר"ח מבואר שאין הדברים כפשוטם, שהגר"ח שם [גו"א פ"ב - הט"ו] כתב שיש נפ"מ בין שינוי קטן דפקע והשיב אבל אינו קונה את הגזילה לשינוי גמור שקונה, דשינוי קטן כיון שאינו שינוי בכל החפץ אינו קונה את החפץ, וביאר שם הגר"ח ששיטת הרמב"ם היא שיש דין שינוי שחל אך ורק כלפי זה שאינו יכול לומר הרי שלך לפניך, אבל לא חל לענין שיקנה, והגזול יכול להחליט אם רוצה את הגזילה או לא, שהגזולן אינו קונה, אבל הגזולן אינו יכול להפטר בשינוי זה, וכל זה תמוה, שאם הקנין בשינוי חל ממילא ע"י הפקעת הדין והשיב, א"כ ה"ה בשבר קטן דעכ"פ פקע הדין והשיב וה"ה דנימא דקני, ומאי שנא.

**דרכו של הגר"נ פרצוביץ זצ"ל בביאור השני דינים של שינוי וכמבואר בגר"ח, ומתמה בדבריו.**

והנראה בזה ונקדים בעיקר דברי הגר"ח שנאמרו ב' דינים בשינוי, שיש שינוי קונה ויש שינוי לענין זה שא"י לומר הרי שלך לפניך, וצ"ב, דמה יסוד הנך ב' דינים, שאי אינו שינוי אז למה מהני לחצאין, ומה עיקר האי מילתא של שינוי לחצאין, הרי פשוט שאין ב' דרגות של שינוי באתנן לומר דמיקלש קליש האיסור בשינוי קטן, ומאי שנא דבגזילה אמרינן כן.

ובחידושי הגר"נ פרצוביץ זצ"ל חידש שעיקר חידושו של הגר"ח אינו בדין שינוי לומר שיש ב' דינים בשינוי, אלא שעיקר החידוש הוא שיש ב' דינים בוהשיב, והיינו, שיש דין בוהשיב לחובתו לומר שלא קנה את הגזילה ממילא ע"י הקניני גזילה וצריך להשיבו, ויש דין נוסף של והשיב לזכותו, לומר שבחמץ שעבר עליו הפסח יכול להפטר מהדין ושילם – שזה מחייבו לשלם כשעת הגזילה – ונתחדש בוהשיב שפטור כיון שמקיים דינא דוהשיב.

וממילא אחרי שיש כבר ב' דינים בוהשיב, שוב י"ל נמי שיש ב' דינים בשינוי שמבטל את הדין והשיב, שיש דין שינוי שמחדש שלא מקיימים והשיב כיון שאינו לגמרי כעין שגזל, והיינו דאף דנתחדש והשיב לזכותו לומר שהוא פטור מהדין ושילם וא"צ לשלם כשעת הגזילה, אכן זה דווקא בחמץ וכדומה שזה לגמרי כעין

116 דמבואר בתמורה [ו']. דלרבא דס"ל דאי עביד לא מהני וקשה שהתורה אמרה לא תגזול והאיך הוא קונה קניני גזילה [כן למד הקצוה"ח את קושי' הגמרא], ותימצו דילפינן ששינוי קונה מקרא דאשר גזל אם כעין שגזל יחזיר, ותמוה דמנא לן למילף מקרא זה שהשינוי קונה, והא אפשר דאין הכי נמי ששינוי אינו קונה דאי עביד לא מהני, ולא נאמר בפסוק אלא שאי אפשר לקיים בזה מצות השבה, ועיין בשפת אמת [שם בתמורה] ובדבר אברהם [שם בהגה"ה] ובכתבי הגרי"ז [שם בתמורה] שכבר העירו בזה וצ"ע.

שגזל, אבל באופן שאינו לגמרי כעין שגזל אינו מקיים דין זה ולכן אכתי חייב לשלם את הכל, אכן סו"ס כיון שאינו שינוי גמור אכתי לא פקע הוהשיב.

ומתוך דבריו מבואר שלמד שבאמת חיילא חיובא דוהשיב, והוא באמת חייב בוהשיב אלא שלא 'מקיים' את הדין והשיב, [ולכן נקט מה שיכול הבעלים להחליט לקחת בחזרה את השברים הוא מדין והשיב ולא מדין ממוני גבך], ובאמת דמדוייק בלשון הגר"ח שרק נתחדש הכא שלא 'מקיים' את הדין והשיב אבל חיוב איכא הכא, ולכן אינו אומר לו הרי שלך לפניך.

לפי דרך זו באמת פשוט למה לא קנה שבאמת לא פקע הוהשיב, והוא עדיין חייב בו, ורק שלא מקיים, וזה כל הדין של שבר קטן, אבל אה"נ דבשינוי גמור אינו כן שבזה הוא באמת מופקע מהוהשיב, ולכן דווקא שם הוא קנה, עכתו"ד.

ועפ"י דרכו פשוט שלא היה מקום לדון שיהיה ב' דינים בשינוי בכל התורה, שרק כאן יש הלכה נוספת בוהשיב, ובדין נוסף הזה נאמר דין נוסף של שינוי.

ויש להוסיף גדר לדברי הגר"נ פרצוביץ זצ"ל, והיינו עפ"י דברי הגרי"ז שחילק בין הנך ב' דיני שינוי, שבשינוי גמור אמרינן שהחפץ הוא 'אחר' ולכן זה כבר דין בכל התורה כאתנן וראשית הגז, שבכולם הנידון הוא האם זה חפץ שניתן עבור הזנות והוא האתנן או שזה החפץ הגזול, או דילמא לא אלא 'אחר' הוא, אכן בשינוי קטן ברור שאינו 'אחר' וברור שזה חפץ הגזול אבל אכתי אינו דומה לו ואכתי אינו כעין שגזל, ובעינן כעין שגזל לקיים דין והשיב, וזו הלכה מיוחדת בהלכות והשיב וזה דין מיוחד שלא שייך לשינוי של כל התורה.

אולם יש להעיר - דלכאוף עיקר המהלך הזה תמוה, שהרי אם הוא לא מקיים דין הרי שלך לפניך כיון שבוהשיב כתוב כעין שגזל, א"כ האיך יתכן לומר שהוא מחוייב בוהשיב, הא כל המחייב הוא הפסוק של והשיב, ושם כתוב תנאי של כעין שגזל, ואי לא מתקיים והשיב כיון שחסר בהך תנאי א"כ האיך מחוייב בוהשיב, הא החיוב בהאי קרא הוא דכתיב ומי יחייבו בלי הפסוק, וא"כ הדרא קושי' לדוכתא דע"כ שפטור מוהשיב, וע"כ דפקע הוהשיב, וא"כ למה לא קנה, וצ"ע.

#### ו' תמיהות על עיקר היסוד דבהפקעת הוהשיב חיילא הקנין ממילא.

ובאופן אחר היה נראה לבאר את דברי הגר"ח, ודבריו יבוארו אף אי לא נחדש שיש ב' דינים של והשיב, ואף אי לא נחדש שהוא מחוייב בהרי שלך לפניך בשבר קטן ורק שלא מקיים, וכבר תמהנו בזה.

ונקדים דבאמת איכא כמה וכמה קושיות בעיקר הנחה זו של האחרונים שבהפקעת הוהשיב ממילא קנה מכח קנינו הראשון, ונבאר את הדברים דבר דבר על אופניו:

א [שי' התוס' לעיל [ס"ה].] דבגזל חמץ ועבר עליו הפסח דאין בו שו"פ ולכן אינו בר השבה, ואין בו דין והשיב, וה"ה בג' אגודות [ולעיל שם הבאנו מרש"י שחולק], ותמוה, דאיך אומר לו הרי שלך לפניך, הרי אם פקע הדין השבה, ממילא הוא קונה את החמץ, ושוב א"י לומר הרי שלך לפניך.

ב [כבר הבאנו מהקובש"ע שהביא מקור לעיקר מהלך זה שהפקעת הוהשיב הוא קונה מסוגי' דסנהדרין [ע"ב] בשיטת רב, דהבא במחלתרת בדמים קנינהו דקלב"מ, ומוכרח דמשום קלב"מ מיפטר מהשבה, לכן הגזילה נקנית להגזול, דאי לאו חיוב

השבה הגזולן קונה את הדבר, וקשה שהרי רבא חולק, ואטו רבא חולק על כל היסוד, ועיי"ש שכתב – "והא דלא קיי"ל כרב בהא, היינו דס"ל דלא שייך קלב"מ אלא היכא שצריך לשלם משלו, ולא בהשבת החפץ שאינו שלו, אבל בהא דבלאו חיוב השבה נקנית הגזילה להגזולן כו"ע ס"ל הכי".

אלא שכבר העירו שהביאור הפשוט בסוגי' דסנהדרין [ע"ב] הוא שהמחלוק' בין רב ורבא היא האם כשנפטר בקלב"מ מדין והשיב קני לה לגזילה או לא, וכן מבואר בר"ן, [ודלא כהמבואר ברש"י], ותמוה, דלפי"ז פלוגתתם אינו במחירת גרידא, ונמצא דנחלקו נמי בעיקר הגדר דשינוי קונה, וצ"ע.

ג] בדין יורש של הגזולן - עיין בחזו"א [סימן ט"ז ס"ק ו'] שאין להם חיוב והשיב ואעפ"כ לא קונים ממילא, וקונים כשיהיה שינוי בגזילה, וכל זה אינו מובן, דאי הקנין בשינוי בא ע"י הפקעת הוהשיב, א"כ למה לא קונה בהפקעת הוהשיב במיתת האב, [ועיי"ש שחידש שהגזילה משועבדת לחיוב אביהם כעין שעבוד נכסים], וצ"ע.

ד] עיין להלן ברש"י [ק"ג:] שמבואר שעכו"ם שגזל קונה בשינוי, וכבר הקשו בזה מהמבואר ברש"י בעירובין [ס"ב] שבעכו"ם ליכא והשיב, וקשה שא"כ לא יקנה בכלל שהרי כבר אמרו רעק"א [כתובות ל"ד] והנתה"מ [סימן שס"א] שבגזילה כזו שאין והשיב ליכא קניני גזילה, וע"כ צ"ל שרש"י חולק בזה אכן א"כ קשה לאידך גיסא, דלמה לא יקנה מיד בקניני גזילה כיון דלא רמי עליו חיובא דוהשיב, ועוד דלמה קונה בשינוי הא בשינוי של אח"כ לא פקע הוהשיב, וצ"ע.

ה] ע' קה"י [סי' כ"ח סעיף א'] לבעל הנתיבות, שהביא שי' היראים דגזל עכו"ם מותר אבל לא קנה, והק', הא כיון שאין והשיב למה אינו קונה מיד, וצ"ע, [ואגב יש לתמוה, דכבר הבאנו שהנתה"מ ס"ל דהיכא דאין והשיב בעיקר הגזילה, שוב אין קניני גזילה כלל כמו בקלב"מ, ולשיטתו מה הקשה הכא, וצ"ע].

ו] והעולה על כולנה הוא מה שהבאנו מהגר"ח בדין שינוי קטן דפקע והשיב אבל אינו קונה את הגזילה, [וכבר נתבאר שא"א לומר שחייב בוהשיב אלא שאין כאן קיום], וזה תמוה, דאם הקנין בשינוי הוא ממילא ע"י הפקעת הדין והשיב, א"כ ה"ה בשבר קטן דעכ"פ פקע הדין והשיב וה"ה דנימא דקני, ומאי שנא.

**מבאר שאין הדין והשיב בגברא מונע מהגברא לקנות החפץ, דאינו תולה על הבפועל כלל, אלא עיקר הדין הוא שעד כמה שה'גזול' בחפץ הוא סיבה להשבה, שוב אין ה'גזול' בחפץ סיבה לקנייה, ורק בשינוי חיילא הפקעה בעצם ה'שם גזול' בחפצא כלפי קנייה, ומיושב הכל.**

מכל הנ"ל מוכרח דבר אחד שאין הדברים כפשוטם, והיינו שאין הדין והשיב בגברא מונע מהגברא לקנות החפץ, דאינו תולה על הבפועל כלל, ובאמת, דאין בזה שום סברא, דאדרבה, למה שחיובו להשיב יעכב את קנינו, נימא דאדרבה, שיחול קנינו, ושוב ממילא יפטר מדין השבתו.

אלא ביאור הדברים הוא כך, דכשדיני החפץ הגזול מחייבים אותו בהשבה, אין דיני החפץ הגזול יכולים לזכותו בחפץ מכח הקניני גזילה, דזה סתירה מיניה וביה, שעד כמה שה'גזול' בחפץ הוא סיבה להשבה, שוב אין ה'גזול' בחפץ סיבה

לקנייה, ובתוספת ביאור, הרי קניני גזילה קונים לו בהפקעת הוהשיב כיון שעצם זה שזה 'גזול' אצלו מחייב שיהיה שלו, אכן מהדין והשיב למדנו איפכא, שעצם זה שזה 'גזול' אצלו היא סיבה שיושב, והיינו דמלבד הממוני גבך שתמיד צריך לחזור אכן הדין שיושב בהשבה הוא דין נוסף וע"כ שעצם זה שזה אצלו בתורת 'גזול' מחייב השבה, ונמצא שבעיקר התורת 'גזול' שבחפץ איכא סתירה מיניה וביה, ובזה אנו אומרים שעד כמה שה'גזול' מחייב השבה אין ה'גזול' יכול להיות סיבה שיקנה.

ונוסיף – הרי גזילה מורכבת ממצאות שיש בה סתירה - ב' צדדים הפוכים – "גזול ממך – אצלי" – והיינו שמה שזה "ממך" מחייב השבה, ומה שזה "אצלי" מחייב קניני גזילה – דבר והיפוכו מתוך מצב אחד שיש בו תרתי דסתרי - וכל עוד שהמצב עצמו הוא מצב שמחייב השבה אכתי לא שייך ביה קניני גזילה.

ואחרי סברא זו ניתן לומר שכשפקע והשיב מהגברא אכתי לא קנה, ואין הכוונה בזה לחדש שיש ב' דיני והשיב, חד בגברא וחד בחפצא, דמנלן זאת ולמה להמציא דבר כזה, אלא הכוונה בכל זה היא כך:

בדין והשיב למדנו שה'גזול' צריך לשוב אלא שזה מוטל על הגזול והוא אחראי שיושב, והיינו שאם ה'גזול' מצד עצמו לא היה צריך לשוב ואעפ"כ היה חיוב או מצוה בעלמא להשיבו אז היה הדין והשיב בגדר קנס ועונש על הגזילה, אכן אינו כן שדין וחיוב ממון פשוט הוא, וע"כ שזה משום שלמדנו בדין זה של והשיב שה'גזול' מצד עצמו דורש השבה, אלא דרמי על הגזול לקיים דין זה שחל בעצם ה'גזול'.

ומעתה פשוט, שלו יצוייר והיה דין על הגברא שלא מוטל עליו חיוב והשיב, אכן ה'גזול' מצד עצמו אכתי דורש השבה, שוב אכתי לא היה קונה, כיון שסו"ס הסתירה בעצם השם 'גזול' אכתי קיימת, שעצם ה'גזול' דורש השבה, ולכן אין ה'גזול' יכול להיות סיבה לקנייה, ודו"ק.

וממילא מבואר יסוד דינא דשינוי קונה, שבדין שינוי נאמר ש'אחר' הוא, וכדבאנו מהגרי"ז, וכבר לא מתייחס אליו המעשה גזילה הראשונה לענין שיגדירו כ'גזול' שדורש השבה, ושוב יכול לקנות מחמת הקניני ודיני הגזילה בחפץ, אבל לו יצוייר דבפועל ליתא לדין השבה, אבל מצד הדין 'גזול' שבחפץ עדיין יש לחייבו בהשבה, אז אכתי אין הדין 'גזול' שבחפץ יכול לזכותו בחפץ, דזה סתירה, אף דבפועל ליתא לדין השבה, ודו"ק.

ומעתה פשוט, דדין קלב"מ ויורש, תרווייהו הם דינים בגברא, שבשניהם הפטור הוא מצד הגזול ולא מצד ה'גזול', ולכן פשיטא שאינו קונה, אכן אכתי קשה מהחמץ שעבר עליו הפסח ומכל פחות מש"פ שזה מצד החפצא.

אכן לפי מה שהגדרנו הכא לא קשה מידי, דאין החילוק מצד גברא וחפצא אלא דדווקא כשהפטור והשיב בא מחמת זה שחסר בעיקר ה'גזול', ו'אחר' הוא כלפי ה'גזול', אז ליכא סתירה, אכן הכא בחמץ וכל פחמש"פ, הרי מה שאין לו דין והשיב אין זה מהלכות גזילה שבחפץ, רק דבתביעות דחושן משפט וטוען ונטען אין תביעה וחיוב על פחמש"פ, ונמצא, דמצד ה'גזול' שבחפץ עדיין היו צריכים

השבה, ורק מצד החו"מ הכללי אין לתובעו וכיון שדיני הגזילה בחפץ עדיין מחייבים השבה, שוב אין דיני הגזילה יכולים לזכותו בחפץ.

וגם בגזול מעכו"ם שמותר ואינו קונה, הרי גם הכא הפטור הוא בחפצא שהגזילה היא גזילה של ממון עכו"ם וממון עכו"ם הותר – התיר ממנו – ואין הפטור בגזולן [גברא], ואעפ"כ אינו קונה שסו"ס מצד עצם ה'גזול' ליכא חילוק בין ממון עכו"ם לממון ישראל, ש"גזול" דורש השבה ו'גזול' צריך להיות מושב, ורק דבכל התורה איכא פטור כללי על כל התביעות שבאו מכח ממון עכו"ם, אכן עצם ה'גזול' לא נשתנה מאומה.

ומעתה עיקר הסברא בקלב"מ ובירוש אינו מצד זה שהפטור הוא בגברא, אלא מצד זה שהפטור אינו מצד פרשת גזילה, ולכן ה'גזול' שבחפץ עדיין דורש השבה, ודו"ק.

ובזה מבואר למה עכו"ם שגזול ואין בו והשיב שלא קונה מיד וקונה בשינוי, וקשה תרתי, אי ליכא והשיב למה אינו קונה מיד, ועוד, אי ליכא והשיב א"כ מה נתחדש בשינוי, הא בשינוי ליכא הפקעת והשיב דמעולם לא היה והשיב, וצ"ע.

ולפי הנ"ל א"ש שמצד עצם ה'גזול' שפיר היה והשיב אלא שזה לא מוטל בפועל על אף אחד, וזה כבר סגי לן שלא יקנה את החפץ, וכשיש שינוי שוב חיילא קנינו שהרי אז נשתנה ה'גזול' עצמו להיות 'גזול' שלא דורש השבה, ודו"ק.

#### **פלוגתת רב ורבא אי קונה בקלב"מ בזהשיב.**

ובזה יבואר נמי פלוגתת רב ורבא, שכאמור שיטת רבא היא דכיון דקלב"מ אינו מהלכות גזילה, ומצד ההלכות גזילה שבחפץ עדיין צריך השבה, ורק מצד פרשה ד"לא יהיה אסון" הוא דנפטר, שוב אין דיני גזילה שבחפץ יכולים לזכותו, ודומה לחמץ שעבר עליו הפסח – ועיין בהערה <sup>117</sup> במה שיש לדון בזה.

ואשר נראה לומר בזה – ובהקדם מה שחידש רעק"א באלו נערות – והוא, שקלב"מ הוא דין של 'כאילו עשאו אחר', והיינו שאינו 'פוטר' בעלמא אלא שגדר הפטור הוא לבא ולדון את המעשה כאילו עשאו אחר וראיה לכך ממה דמהני גם כשהיה קלב"מ ב'תנאי החיוב', וע"כ שאינו בגדר 'פוטר' אלא בגדר 'הגדרה במעשה', והפטור אינו אלא בגדר תוצאה בעלמא מהמעשה שמוגדר כמעשה אחר.

ומעתה נראה לחדש – דפשוט ששותפין שגזלו הם שותפין בקניני גזילה ושותפין בחיוב השבה – אכן לו יצוייר וראובן ושמעון יגזלו חפץ בשותפות, אכן השותפות יתחלק כך, שלראובן יתייחס החלק של הגזילה ששייך לחלות 'שם גזול' לענין הקניני גזילה, ולשמעון יתייחס החלק של הגזילה ששייך לחלות 'שם גזול' לענין החיוב השבה, דנראה שיש מקום לצדד ולומר שאפשר לדון את החלות 'שם גזול'

<sup>117</sup> ונראה שביסוד הדבר מודה רב, וכדמוכרח מחמץ שעבר עליו הפסח, רק דדעתו דשאני קלב"מ דכיון דחיילא הפטור והשיב מתחילת הגזילה ומעולם לא חיילא והשיב – ודלא כחמץ שחיילא ופקע אח"כ – הכא י"ל דזה כבר גזילה ו'גזול' אחר – 'גזול' בלי דיני והשיב, ובכזה סוג גזילה שפיר קונה, דבכזה סוג גזילה אין סתירה.

אולם לכאן קשה לומר כן – שהרי גם בגזול מעכו"ם מעיקרא לא חיילא והשיב בעיקר הגזילה ואכתי לא קונה וכמבואר ביראים וביארנו שזה דין צדדי לא בעיקר התורת 'גזול', ודו"ק, וקשה דמאי שנא קלב"מ.

בחפץ בב' אופנים, והיינו דביחס לראובן יש כאן 'גזול' שיש בו קניני גזילה, וביחס לשמעון יש כאן 'גזול' שמחייב השבה, ומתחלק עיקר ה'שם גזול' בחפצא בין הנך ב' גזלנין.

אולם פשוט שלא שייך היכי תימצא כזו – אלא דנראה דאחרי חידושו של רעק"א בקלב"מ – יש לומר דנחלקו רב ורבא אי שייך לומר כן, דנראה שזה הגדר בפטור של קלב"מ דהוי ליה כאילו 'עשאו אחר', והיינו דביחס לדיני השבה שנמצאים ב'גזול' הרי זה כאילו 'עשאו אחר', ודו"ק, ואין לדחות ולומר דכל הדין עשאו אחר אינו אלא לענין החיוב ולא לענין הגדרת עצם הגזילה – דאדרבה – זה גופא עומק כוונת רעק"א דעשאו אחר מהני בתנאי החיוב [והיינו שתנאי החיוב לא שייך כלל וכלל לגוף המחייב ולא שייך פוטר אלא במחייב ולא בתנאי המחייב] וע"כ שזה הגדרה בגוף המעשה עצמו – וממילא בגוף ה'שם גזול' עצמו – ודו"ק.

אלא דנימא דבזה גופא פליג רבא – דכיון דסו"ס הך חפץ עדיין גזול הוא לענין השבה – ודו"ק.

[והעירני תלמיד אחד דרעק"א בעצמו בגיטין [נ"ג] נקט בשיטת רב שאינו כן – וא"כ לדרכו רב סותר את עצמו].

**מבאר בזה את החילוק בין שבר קטן לשינוי בכל החפץ ששבר קטן הוא רק הלכות והשיב ולא בא להגדיר את המצב בחפץ.**

אחרי הכל אכתי קשה משינוי קטן, שהרי כאן נאמרה הלכה בעיקר הלכות והשיב שצריכים כעין שגזל, והאיך נימא שה'גזול' עצמו דורש השבה כזו שלא קיים בוהשיב, ולא דומה לכל האופנים דלעיל ששם נתבאר שהפטור אינו מצד פרשת גזילה עצמה, והכא ברור שהפטור הוא מצד פרשת גזילה.

אולם נראה דאדרבה – דדווקא לדרך זו מובנים דברי הגר"ח, דנראה דהחילוק בין שינוי בכל הגזילה לשינוי במקומו הוא כך, דבשינוי בכל הגזילה י"ל דזה כבר לא חפץ הגזול ו"כאחר דמי", וכדברי התוס' באתנן, אבל בשבר קטן דאינו אלא שינוי במקומו אין לומר "דאחר הוא" אלא שאינו כעין שגזל, דנשתנה מכות שהיה, וכן הבאנו מהגר"ז שלכן הדין שינוי גמור הוא דין בכל התורה והדין שינוי קטן הוא רק דין בגזילה.

ומעתה היכא שהחפץ הוא "חפץ אחר", שוב נשתנה הדין 'גזול' בחפץ, ואמרינן שהעצם היו גזולים ולא הכלי, וכבר אין דיני השבה מצד החפץ כלל, אבל כשאינו 'אחר', רק שאינו "כעין שגזל" ולא דומה לו, אז החפץ הוא עדיין החפץ הגזול, ומצד החפץ עדיין צריכים השבה, רק שבהלכות השבה נאמרה הלכה דרק מתקיימת השבה אם מחזירו כעין שגזלו, ואל"כ לא מתקיימת מצות השבה, הרי דזה תנאי שמתחילה מצד הלכות ההשבה ולא מצד שהחפץ עצמו לא צריך השבה, ומה"ט בשבר קטן אינו קונה, דומי' דחמץ וקלב"מ.

והעירני תלמיד אחד בתוספת ביאור: הרי יש דין לא להשיב במדבר אלא בישוב, ופשוט שאין זה דומה לשינוי החזור, והיינו שהיה מקום לדון ולומר שרק אח"כ בישוב הדרא דינא דוהשיב ודומה בזה לשינוי החזור שרק כשיחזור מהשינוי דאז הדרא דינא דוהשיב.

אכן פשוט שאינו כן והיינו משום שבשינוי החוזר אמרינן שכעת נשתנה עצם ה'גזול', וכעת 'אחר' הוא כלפי הגזילה הקודמת, לעומת השבה במדבר שזה רק הלכה מסויימת בהלכות השבה ש'ככה לא משיבים'.

וה"ה בנד"ד, בדין שבר קטן שאמרה תורה כעין שגזל, הכא אמרה תורה ש'ככה משיבים' ולא משיבים באופן שזה לאו כעין שגזל, כמו שלא משיבים במדבר, ואף אי פטור לגמרי מוהשיב - שהרי אי לא מתקיים והשיב באופן זה הרי איזה פסוק יחייבו בוהשיב באופן זה, אכן בשינוי גמור נתחדש עוד, שה'גזול' עצמו כבר לא דורש השבה ורק אז קונים, ורק דין זה דומה לכל התורה, ופשוט.

וממילא דליכא מקום להעלות על הדעת שיהיה ב' דינים של שינוי באתנן, ודו"ק.

**מבאר את גדרי השבר קטן בבהמה והזקינה, ולמה אינו בכל החפץ, ומביא תוספת הבנה מהגרי"ז, ובחילוק בין הגר"ח להגרי"ז.**

והדברים מוסברים עוד עפ"י הגרי"ז, ונקדים - דהנה, בעיקר דברי הגר"ח יש לתמוה דלמה בהמה והזקינה לא מיקרי שינוי בכל החפץ, הרי כולה הזקינה, ונראה שהישוב בזה נמצא בדברי הגרי"ז.

דהנה - הגרי"ז הביא את כל דברי הגר"ח וכתב "ומתוך דבריו למדתי שיש לומר בזה עוד" ונראה דבהקדמה זו בא לומר באופן אחר קצת מהגר"ח.

הרי הגר"ח ביאר שהחילוק הוא האם זה בכל החפץ או לא, והגרי"ז למד דבשבר קטן איירי בסוג שינוי שאינו בדרגא של 'אחר', אלא דמטעם אחר אינו מחוייב בהשבה, והוא משום שיש בגזילה הפסד והיזק ובזה נאמר שאין כאן דין והשיב כיון שהזקק ולא כעין שגזל הוא אם הוזק, וברור דלפי הגרי"ז כל זה דווקא בשינוי לגרעותא, ועיי"ש שכתב בהדי' דדווקא בשינוי גמור מהני גם בשינוי למעליותא.

והעירני תלמיד אחד דכל זה דלא כהגר"ח שלמד שטלה ונעשה איל שייך לנידון זה, והרי התם זה שינוי למעליותא, ורק בהזקינה א"ש דברי הגרי"ז, וא"ש נמי הדמיון בין הזקינה לשבר קטן, דאף דהזקינה היא בכל הבהמה אכן סו"ס אינו 'אחר' מחמת זה שהזקינה, וכל היזק והפסד בבהמה שאינו 'אחר' מחמת היזק זה נכלל בדין השני של פטור בדין והשיב.

והגרי"ז ביסס את דבריו על סוגי' בגיטין [נ"ג] ששם מבואר שכמו שחולקים אי היזק שאינו ניכר הוי היזק בהלכות נזיקין, כמו כן חולקים לענין שינוי קונה אי אינו ניכר חשיב כשינוי, והתוס' כתבו שעיקר המחלוקת היא האם אינו ניכר כניכר חשיב או לא, וביאר הגרי"ז שכוונת הדברים אינם כפשוטם, דלא נחלקו בעלמא אי הוי ניכר או לא, אלא שנחלקו אי חשיב כנזק ואי חשיב חפץ שהוזק, וכיון שיש דין בוהשיב שגזילה שיש בה היזק אינה כעין שגזל, שוב פשוט שפלוגתתם בהיזק ושינוי חדא נינהו.

עכ"פ - עפ"י דבריו שפיר מובן - הרי פשיטא שהדין שינוי לגבי הרי שלך לפניך שתלוי בגדרי היזק שזו הלכה בעלמא בהלכות והשיב לומר ש'ככה לא משיבים', ולא שייך לדין שינוי קונה לומר ש'אחר' הוא.

**הערה בדברי הגרי"ז בדין שינוי וגזילה באים כאחת.**

ויש להעיר בדברי הגרי"ז בדין שינוי וגזילה באים כאחת, דהנה הגרי"ז הביא בסוף דבריו סוגי' מפורשת ששינוי וגזילה שבאים כאחת קנה בשינוי, והעיר דכל זה לגבי שינוי קונה ולא לגבי הפטור בהרי שלך לפניך, עיי"ש מה שיישב בזה, וביאר שכיון שחלוקין ניהו שהדין שינוי כלפי הרי שלך לפניך הוא בוהשיב עצמו, א"כ הכל נמדד רק מאז שכבר חל הוהשיב וזה רק אחרי הגזילה, והיינו דמאז שחל עליו הוהשיב לא הוזק ולכן ליכא פטור בוהשיב בכה"ג, אכן כלפי שינוי קונה שיש הלכה של "אחר" – הכא ה"אחר" נמדד כלפי רשותו הקודמת של הבעלים, ואם אך 'אחר' הוא כלפי הך רשות, שפיר קונה.

ולא הבנתי את ההכרח לזה ולמה לא נימא דגם בלאו כעין שגזל מצד הנזק שיש בו, הרי אכתי יש לומר שהוזק מכמות שהיה תחת רשות הבעלים, ומה לי שזה דין בחיובא דוהשיב והדין והשיב לא חיילא עדיין, הא סו"ס אכתי יש להסתפק, האם המדידה - מה נקרא לאו כעין שגזל - האם זה ביחס לזמן חלות הוהשיב או ביחס לרשות הקודמת, ואכתי צ"ע.

**הערה כלפי דברי רש"י בטלה ונעשה איל.**

לעיל [סימן י"ח] הבאנו את דברי האחרונים לבאר את שיטת רש"י שכתב להא מילתא, וביארו עפ"י דברי הגר"ח שיש דין מיוחד של שינוי כלפי הרי שלך לפניך, וה"ה שיש דין שינוי כלפי פטור טביחה, והיינו שרק 'גזול' שיש בו עדיין דין והשיב איכא ביה חיובא דטביחה מצד אישתרש בחטא.

אלא שהקשה הגר"נ פרצוביץ זצ"ל דלדרכו שמבואר בדברי הגר"ח שיש והשיב, אלא שאין בו קיום, דלפי"ז ליכא ליישב כן, אכן לנתבאר הכא שאין והשיב, ורק מצד החפצא איכא דין שהחפצא צריך השבה, שוב א"ש מהלך זה.

**הערה.**

עיקר דברינו הכא הם בשיטת התוס' שבהפקעת הוהשיב חיילא הקנין וזה המהלך של שינוי קונה, אכן עיין להלן [סימן כ'] מהלך אחר בכלה דין שינוי קונה, והתם נתבאר שיטת רש"י עוד עפ"י דברינו הכא.

## סימן כ'

מחלוקת הראשונים - וב' דרכים,  
בגדר 'שינוי קונה'.

ב' דרכים בעיקר דין שינוי קונה, ומוכיח מרש"י דשינוי הוא מעשה קנין ומבאר בזה שיטת היראים. / / ביאור דברי התוס' בילפוטא מאתנן, ומאי שנא ד"חשיב כאחר" לא נאמר בדינים אחרים. / / ביאור ל"ל תרי קראי, ומחלק בין אתנן לגזילה בשינוי החוזר. / / לרש"י והרמב"ם לא מחלקין ב' קראי לחוזר ואינו חוזר כתוס', ולשיטתייהו חולקים על שי' התוס' בעיקר הדרשה, ונפ"מ בדין אתנן בשינוי שחוזר דתלוי במחלוקת הראשונים. / / תמיהא גדולה ברש"י מהדין שינוי דממילא דפקע והשיב ולא קנה, ודן בקושי' זו, וקושי' נוספת בשינוי קונה בקלב"מ. / / הקדמה לשיטת רש"י – יש לדון אי יורד הוהשיב מצד הבעין ולא מצד הדמים, האם זה קונה או לא – ותלוי בגדר הוהשיב מצד הדמים. / / ביאור שי' רש"י בשינוי דממילא ומבאר דבזה מודה רש"י דילפינן מאתנן, ומחלק בין הפקעת דין והשיב בגוף החפץ להפקעת דין והשיב מגוף החפץ וממונו. / / מיישב נמי את הקושי' מקלב"מ. / / ביאור הסוג' דסנהדרין [ע"ב].

**ב' דרכים בעיקר דין שינוי קונה, ומוכיח מרש"י דשינוי הוא מעשה קנין ומבאר בזה שיטת היראים.**

נתבאר לעיל [סימן י"ט] מהאחרונים בגדר שינוי קונה דילפינן מקרא דאם כעין שגזל יחזיר ואם לאו דמים בעלמא בעי לישלומי, דלכא' תמוה דהא בפסוק מבואר דכשיש שינוי אין דין והשיב, אבל היכן מרומז כאן דין קנין, והבאנו מהתרומת הכרי והגר"ח והעונג יו"ט דבהפקעת הוהשיב ממילא הוא קונה את החפץ, ובקובש"ע הרחיב בזה עוד, דהקנין דגזילה בהתחלת הגזילה מזכה את הגזלן בקנינים שהיה צריך לזכות לגמרי בחפץ, ורק דמצות והשיב מעכבת את קנינו מלחול, וכשפקע דין והשיב ממילא קונה.

איברא, שיש אחרונים שנקטו דשינוי הוא מעשה קנין, וע' מחנ"א בהגהותיו לרמב"ם [גו"א פ"ב - ה"ו], דבשברים לא קנה אף דחשיב שינוי, וכל הטעם דכשאין דעת לקנות אינו קונה, ואינו רוצה לקנות שברים, וכ"ה באור שמח [שם], והנתה"מ [סי' שנ"א] חולק בהדי' ולדעתו קונה בע"כ בשינוי, ושי' התרומת הכרי [סי' רס"ב ד"ה והנראה לי] הוא כהנתה"מ, ולדידהו מה דלא קני התם את השברים בשינוי היינו ע"כ כהגר"ח שהבאנו לעיל [סימן י"ט] שבשבר קטן נתחדש דין שינוי מיוחד לענין זה דליכא דין הרי שלך לפניך.

והפרי יצחק [ח"ב סי' ס"ג] הביא פלוגתא זו, וביאר את דברי המחנ"א ודעימ' דשינוי מדין מעשה קנין הוא ולכן בעי דעת, והוסיף דלפי"ז מבואר שי' ר"א מובא בתוס' להלן [ס"ח] דבעי נמי שינוי בידים, והיינו ככל הקנינים, ובדעת הנתה"מ ודעימ' נראה דצ"ל ע"ד הגר"ח, דכיון דשינוי מהני ממילא, דרק מפקיע והשיב וממילא קונה, שוב א"צ דעתו.

והנה, לדרך המחנ"א דמדיני מעשה קנין הוא, הדרא קושי' לדוכתא דאיך שמעינן כן מקרא, דקרא רק פוטרו מוהשיב, וי"ל בפשיטות, דבאמת תמוה, דמהיכי תיתי דיפקע הדין והשיב ע"י שינוי, דלמה יפטר מהשבת הגזילה, וע"כ דמזה דאמרה תורה דפקע דין והשיב, מזה מוכרח דיש קנין בשינוי וזהו שמפקיע לדין והשיב

ודו"ק, הרי לנו ב' דרכים הפוכים בעיקר הילפותא, ומעתה עלינו לבאר בדרכים הנ"ל את דברי הראשונים.

והנה, ש' רש"י בסוגיין דבעי שינוי בידים, וכפשוטו י"ל ע"ד הפרי יצחק ומחנ"א, דמדין מעשה קנין הוא, ולפי"ז מדוקדקים דברי רש"י בתחילת הגזול עצים שכ' "ואי"צ להחזיר לו כלים דקני בשינוי" ומלשון זה מבואר דהסיבה שאין והשיב הוא מחמת הקנין, וזה להפך מהגר"ח ודעימ' דהקנין הוא בתוצאה מהפקעת הוהשיב, וא"ש לשיטתו וע"ד המחנ"א ופרי יצחק.

והנה לעיל [סימן י"ט] הבאנו מהקה"י [סי' כ"ח סעיף א'] לבעל הנתיבות, שהביא את ש' היראים גזול עכו"ם מותר אבל לא קנה, והק', הא כיון שאין והשיב למה אינו קונה מיד <sup>118</sup>, ונראה דהנחה"מ לשיטתו דס"ל דאי"צ דעת, והיינו דקני מחמת הקניני גזילה שהיו לו מתחילה ע"י הפקעת הוהשיב, ושפיר הק', ובדעת היראים י"ל דאזיל כרש"י דצריך מעשה קנין דשינוי, ופשוט, ולעיל [סימן י"ט] ביארנו שגם לפי דרכו של הגר"ח אינו קונה בכל אופן שיש הפקעת הוהשיב, ורק בשינוי מהני לקנות, אלא דשוב היה קשה משיטת רב בקלב"מ, עיי"ש.

**ביאור דברי התוס' בילפותא מאתנן, ומאי שנא ד"חשיב כאחר" לא נאמר בדינים אחרים.**

בעיקר הילפותא באתנן, כ' התוס' דחשיב כאחר", ותמוה, הא אין להתיר כלאים וערלה בשינוי, ואין להפקיע בעלות בחפץ [בלי גזילה] ע"י שינוי, ומ"ש אתנן וגזילה, והביאור כמש"כ התוס' "ואין זה החפץ שניתן בתורת אתנן", והיינו שאם הנידון היה האם חפץ זה הוא החפץ שהיה לפני כן או לא, הרי זה פשוט דזהו החפץ הקודם, רק שהשתנה, דהחפץ הקודם לא נתבטלה ונולדה מחדש, ולכן ערלה לא הותר ובעלות לא פקע, אכן הכא הנידון הוא האם נתינת החפץ בתורת אתנן, האם פעולה זו שנעשה בעודה חיטה מתייחסת למצב החדש דסולת, די"ל דכלפי פעולות שנעשו בחפץ הקודם אמרינן דהחפץ שהשתנה הוא חפץ אחר שלא נעשה בו הנך פעולות, ובכלאים וערלה וכן בבעלות, הרי החפץ עצמו יש בו בעלות ויש בו איסור ערלה וכלאים, שהוא עצמו מחזיק את דינו, וא"צ התייחסות כל רגע ורגע למעשה מסויים, והמעשה קנין היה היכי תימצא ליצור את הבעלות הראשונה.

אבל באתנן, הרי אין כאן כלום בחפץ חוץ ממה שניתן תמורת זנות, ועד כמה דהך פעולה ממשיכה להתייחס לחפץ הרי הוא עדיין באיסורו, וה"ה בדין והשיב, דרק עד כמה שהמעשה גזילה ממשיך להתייחס לחפץ ולהחשיבו כחפץ הגזול, הוא דחייב בדין והשיב, ודו"ק, ושפיר ילפינן גזילה מאתנן, ועיין בהערה <sup>119</sup> באופן אחר.

<sup>118</sup> וכבר הערנו לעיל שם שיש לתמוה, דהנחה"מ ס"ל דהיכא דאין והשיב בעיקר הגזילה, שוב אין קניני גזילה כלל כמו בקלב"מ, ובעכו"ם ג"כ היינו צריכים לומר כן, ומה הק' כלל, וצ"ע.

<sup>119</sup> והיה מקום לומר דבערלה וכלאים הדין לא משתנה כיון שזה עצם מציאותו של הפרי, שהוא גדל בשנה מסויימת של האילן וינק בכלאים, וזה דבר מציאותי בפרי, אכן אינו כן שהרי כלאים אינו תלוי ביניקה, ועצם הגידול של הפרי במצב של עירבובי' אוסרו, אכן אכתי היה מקום לומר שיצירת הפרי במצב מסויים שאוסרו הוא חלק בלתי נפרד ממנו, וזה לא פקע בשינוי לעומת פעולות שנעשו בו לאחר יצירתו, אכן א"כ אכתי קשה מכל בעלות דלא פקע בשינוי, אף דרק

וזה גם הישוב לקושי' הקובש"ע, שהק' דבין טלה לאיל איכא פילגס, ומדויק בגמ' דרק מטלה לאיל חשיב שינוי ולא מטלה לפילגס ומפילגס לאיל, וק' דאי טלה ופילגס חדא, ואינו אחר, וכן פילגס ואיל חדא, א"כ ה"ה טלה ואיל חדא נינהו, כן הק' בקובש"ע, וע"כ דאין הנידון בעצם שם החפץ, האם אחר הוא או לא, אלא הנידון כלפי המעשה שנעשה בו, האם מתייחס למצב החדש, ואמרינן דאין השינוי לפילגס כ"כ רחוק מטלה, והמעשה שנעשה בטלה ממשיך להתייחס אליו, אבל שמעשה הטלה ימשיך בשלב אח"כ באיל, זה כבר שינוי טפי, וכלפי זה הרי הוא כ'אחר'.

עכ"פ למדנו מכל זה מה עיקר הילפותא מאתנן לגזילה, דמהיתירא דאתנן מגזה"כ דהן ולא שינוייהם שייך לגזילה לקנות בשינוי, ולהנ"ל א"ש שכבר נתבאר שעל ידי הפקעת הוהשיב חיילא קנינו דמעיקרא, וילפינן מאתנן שמעשה נתינה לשם זנות שנעשה בחיטין לא מתייחס למצב החדש של סולת כדי שימשיך לאוסרו, וה"ה בגזילה, המעשה גזילה לא ימשיך להתייחס למצב החדש ולחייבו בוהשיב, ושוב ממילא קונה, ודו"ק.

#### **ביאור ל"ל תרי קראי, ומחלק בין אתנן לגזילה בשינוי החוזר.**

והנה - התוס' הק' דלמה לי ב' קראי, ות' דחדא לשינוי החוזר וחדא לשינוי שאינו חוזר, ונ' דגזילה ילפינן מאתנן לענין אינו חוזר, אבל ילפותא דחוזר בגזילה לא ילפינן שוב לאתנן, דהילפותא מאתנן הוא דמעשה שנעשה בחיטין לא מתייחס למצב החדש דסולת כדי שימשיך לאוסרו, וה"ה בגזילה המעשה גזילה לא ימשיך לחייבו בוהשיב, אבל מזה שפטרנו תורה מוהשיב כשאין החפץ כעין שגזל אכתי לא מוכרח ד"אחר" הוא, די"ל דמהלכות והשיב שיחזירנו כעין שגזלו, ולא כשהשתנה, ואין ראיה שזה אחר, ובאתנן, אי לאו דנהיה אחר שלא יתייחס אליו המעשה נתינה בתורת אתנן אין סיבה להתירה, וילפינן מאתנן לגזילה, ולא ילפינן מגזילה לאתנן, ונפ"מ בחוזר באתנן, דבאתנן ליכא תרי קראי.

וכתבו האחרונים – עיין בזה בקצרה בפנ"י, ובארוכה בפרי יצחק [ח"ב סי' ס"ג] וכ"ה בקובש"ע [בסוגיין] - דאפשר ללמוד באופ"א מתוס' וליישב ב' קושי' התוס' די"ל דמה דאתנן מותר אינו מקור לקנין בגזילה, די"ל דאף דפנים חדשות הוא, אבל אכתי אין לו לקנות את הגזילה, והדרא קושי' התוס' דלעיל לדוכתא דאיך ילפינן מאתנן לגזילה, והתשובה היא דבאמת לא ילפינן כלל מאתנן לגזילה, וכוונת הגמ' בילפותא מאתנן הוא דמהתם ילפינן דשינוי חשיב פנים חדשות, ושוב איצטריך לן קרא דגזילה ללמד דכשיש פנים חדשות, - והוא ע"י שינוי וכדגלי לן באתנן - שוב ליכא והשיב דאינו כעין שגזל, ומיושב קושי' התוס' דל"ל ב' קראי, וזה טענה על התוס', דלמה נטה מדרך זו.

אולם דחו מהלך זה, דע"כ מ"כאשר גזל" אפשר ללמוד תרתי, א' לאו כעין שגזל חשיב פנים חדשות ב' בפנים חדשות אין דין והשיב, [וכמו דב"ה יליף תרתי בהן

---

חיילא מכח מעשה קנין, וע"כ צ"ל כנתבאר בדברינו כאן שבעלות הוא דין שקיים בחפץ אחרי שנעשה בו מעשה מסויים, והחפץ ממשיך להיות מחזיק את דינו, וכ"ה בערלה וכלאים, אכן אתנן וגזילה נעשה בהם מעשה אחד, ומעשה זה מחיל דין חיוב [השבה] או איסור [אתנן] כל רגע ורגע שהמצב בחפץ שייך למעשה הזה.

ולא שינוייהם], דאי לא היה פנים חדשות עדיין היה כעין שגזל, ואי מהפסוק בגזילה ילפינן תרתי, כמו"כ מאתנן ע"כ ילפינן תרתי.

**לרש"י והרמב"ם לא מחלקינן ב' קראי לחוזר ואינו חוזר כתוס', ולשיטתייהו חולקים על שי' התוס' בעיקר הדרשה, ונפ"מ בדין אתנן בשינוי שחוזר תלוי במחלוקת הראשונים.**

והנה, למבואר ברש"י והרמב"ם<sup>120</sup> דשינוי קונה הוא מעשה קנין, [ואין כאן הפקעת הוהשיב וממילא קונה] לדבריהם הדרא קושי' התוס', דאיך ילפינן מאתנן לגזילה, דאף "דאחר" הוא, ולא מתייחס אליו גזילה ראשונה לחייבו בדין והשיב, אכתי אין מקור דיש מעשה קנין, ורק לאחרונים דסגי ללמוד דפקע דין והשיב וממילא קונה, שוב א"ש דלומדים כן מאתנן.

ונ' דרש"י והרמב"ם יצטרכו ללמוד כדרכם של האחרונים [שהזכרנו לעיל], דרק יליף מאתנן דפנים חדשות באו לכאן, ומקרא דגזילה ילפינן קנין שינוי, וילפינן גם שינוי החוזר וגם שינוי שאינו חוזר מקרא דאשר גזל, [ולהלן יבואר באופ"א שרש"י לשיטתו יצטרך פסוק מיוחד של אתנן לגבי שינוי דממילא שזה דין אחר של שינוי קונה, וכדיבואר], וכל זה דלא כהתוס', ושי' התוס' ע"כ כהאחרונים דשינוי מהני מדין הפקעת הדין והשיב וא"צ לבא לגדרי הקנינים, ודו"ק.

ויש מקור לחידוש זה, דרש"י להלן [צ"ג: ד"ה וכו' ש שינוי דאורי'] הביא ילפותא דאשר גזל על שינוי שאינו חוזר, וכבר נתעורר בזה הפנ"י [שם] דזה נגד התוס' דידן, וכן העיר היש"ש ברמב"ם, שהרמב"ם הביא דרשה דוהשיב כעין שגזל כמקור לשינוי, אף שהוא פוסק דבחוזר לברייתו אין שינוי<sup>121</sup>.

ונראה דאזלי לשיטתייהו, דלדידהו ע"כ אתנן הוא רק גילוי על פנים חדשות ותו לא, דדין קנין דשינוי לא ילפינן, וע"כ דאין לחלק בקראי כתוס' בין חוזר לאינו חוזר.

הרי נתבאר כאן פלוגתת הר"מ ורש"י נגד התוס', דנחלקו בעיקר דין שינוי קונה, אי ע"י הפקעת הדין והשיב ממילא קונה, או דבעי מעשה קנין דשינוי<sup>122</sup>.

וע' בשטמ"ק דמבואר דשינוי החוזר מהני באתנן, ונ' דלנתבאר לעיל בתוס' מאתנן יליף לגזילה ולא ילפינן מגזילה לאתנן, ואין מקור לשינוי החוזר באתנן, ולרש"י

120 עכ"פ לדעת המחנ"א והאור שמח דנקטו שזה הפשט בשבר קטן, ולדא כהגר"ח דחילק ביניהם.

121 עיין חי' ר' שלמה [סי' י'] שהביאו.

122 ויש להוסיף, דהאחרונים דחו כיון דתרווייהו יש ללמוד מאשר גזל, גם פנים חדשות וגם הפקעת והשיב, וזהו ההכרח של התוס' [ע' לעיל], אמנם נ' דדחיית האחרונים תלוי במחלוקת אחרת, דלרש"י בפסחים [ל"ב] מבואר דכל הגזלנים כשעת הגזילה ילפינן מ"אשר גזל", כמה שגזל, ותוס' לעיל [ס"ה.] חולק, ונ' דלתוס' "אשר גזל" הוא מיותר, ושפיר ילפינן תרתי. אבל לרש"י דבלאו הכי איצטריך ללמוד דין כל הגזלנים כשעת הגזילה, לדידיה י"ל דאין ללמוד פטור השבה כשאינו כעין שגזל אם עדיין לא יודעים ממק"א דחשיב כפנים חדשות, שהרי בלאו הכי קרא איצטריכא לן לדין כל הגזלנים ודו"ק, ולכן לרש"י איצטריכא ליה תרי קראי, ורק לתוס' דכל הדרשה בא לדין שינוי הוא דילפינן את עיקר הדין דחשיב כפנים חדשות, ודו"ק. אכן איחן זה מוכרח דיתכן שגם שיטת התוס' הוא דבעינן קרא לדין כל הגזלנים כשעת הגזילה.

דאין לחלק בין חוזר לאינו חוזר, ה"ה באתנן הוא כן, והשטמ"ק א"ש כהרש"י ורמב"ם.

איברא דלהלן יבואר ששיטת רש"י אינו כן אלא שצריך אתנן לשינוי דממילא וגזה"כ דכעין שגזל לשינוי בידים, ואכתי א"ש מה שנתבאר ברש"י ששינוי שאינו חוזר למדנו מוהשיב, ודו"ק.

**תמיהא גדולה ברש"י מהדין שינוי דממילא דפקע והשיב ולא קנה, ודן בקושי' זו, וקושי' נוספת בשינוי קונה בקלב"מ.**

דהנה, שי' רש"י דדוקא שינוי בידים קני והק' הקצה"ח [סי' שנ"ד ס"ק ג'] מבהמה והזקינה, ותי' באהא"ז [פ"ב סוף הל' ט"ז דגו"א], דלרש"י בשינוי דממילא פקע והשיב וא"י לומר הרי שלך לפניך, אבל לא קני, ורק בשינוי בידים קני, והוסיף דא"ש לשיטתו דבטלה ונעשה איל כ' רש"י דכל השינוי הוא רק "להא מילתא" [והיינו לפוטרו מדין טו"מ, דכבר אינו החפץ הגזול], דבאמת לא קנה, וכמבואר שם בהמשך הרש"י דחייב על תברא ושתי' וע"כ דלא קנה, והדברים ברורים, וכל זה ע"ד הגר"ח שיש ב' דינים בוהשיב, חד לקנין וחד לגבי זה שלא מהני הרי שלך לפניך.

אולם אכתי יש לתמוה, שהרי עיקר דרשת רבא תמוה, דאיך ילפינן מעשה קנין בידים בשינוי קונה מקרא דוהשיב, דרק כתוב בקרא דפקע דין והשיב, ולא כתוב שקנה, ועל כרחך כדביארנו, דלדרכו של רש"י היתה קושי' דאיך ולמה יפקע הדין והשיב בזה שהיה שינוי, וע"כ דגלי לן קרא דשינוי הוא 'קנין' ולהכי קנה ולהכי פקע הדין והשיב, דבלי סיבה לקנות לא היה פקע דין והשיב, כן ביארנו לעיל וכן דייקנו מרש"י ריש הגזול [צ"ג:].

אולם כל המהלך הזה הוא סתירה גלויה לדין שינוי דממילא, דהכא אמרינן דע"י שינוי דממילא פקע והשיב אף דלא קנה, ומבואר דשייך הפקעת דין והשיב בלי שקנה, ושוב הדרא קושי' לדוכתא, דאיך ידעינן דשינוי בידים הוא מעשה קנין.

עוד יש לתמוה מהסוג' בסנהדרין ששם מבואר שעכ"פ לפי רב היכא שירוד הוהשיב מצד קלב"מ דשפיר קונה, ויתכן שגם רבא מודה לו בזה אלא שחולק שאין קלב"מ על והשיב – עיין בכל זה להלן – עכ"פ לפי רש"י שרק שינוי בידים קונה מחמת זה שזה מעשה קנין א"כ האיך מהני קלב"מ לקנות אי אינו מעשה קנין, וצ"ע.

ובישוב הקושי' משינוי דממילא – עפ"י החילוק של הגר"ח – דבאמת יש מקום לדון האם באמת פקע הוהשיב או שעדיין חייב בוהשיב אלא שלא מקיים את הוהשיב, ויש לומר שלא פקע, וכן הבאנו לעיל [סימן י"ט] מהגר"נ פרצוביץ צ"ל בביאורו לדברי הגר"ח, אולם עיי"ש [סוף סימן י"ט] שהוכחנו בשיטת רש"י דע"כ דמדמחלקינן לגבי טביחה לפוטרו לאחר שינוי דממילא דמוכרח מזה דבאמת פטור מוהשיב, ודו"ק.

והיה מקום לדון באופן אחר עפ"י מה שנתבאר לעיל [סימן י"ט] בארוכה להוכיח דלא כל הפקעת הוהשיב מחייב שיקנה את הגזילה, דביארנו שאין הדין והשיב דרמי בפועל אגברא מונע מהגברא לקנות החפץ, דאינו תולה על הבפועל כלל, אלא עיקר הדין בזה הוא שעד כמה שה'גזול' בחפץ הוא סיבה להשבה, שוב אין

ה'גזול' בחפץ סיבה לקנייה, ורק בשינוי חיילא הפקעה בעצם השם גזול' בחפצא כלפי קנייה, ובזה נתבאר דאיכא כמה גווי דפקע הוהשיב ולא קנה, וכמו ביושר ובעכו"ם שאין לו והשיב, וכן בפחמש"פ לתוס', דבכולהו מה דפקע הוהשיב אינו מעיקר השם גזול אלא מסיבות צדדיות לא מפרשת גזילה, ולכן אכתי אמרינן שהשם 'גזול' בחפץ הוא עדיין סיבה להשבה, אף דבפועל ליכא דין והשיב, ושוב אין ה'גזול' בחפץ יכול להיות סיבה לקנייה ודו"ק – כן נתבאר לעיל בעיקר האי דינא שבהפקעת הוהשיב קונים את הגזילה.

ובזה ביארנו את דברי הגר"ח במה שחילק בין שינוי קטן לשינוי בכל החפץ, ששינוי בכל החפץ הוא שינוי שמגדיר את ה'גזול' כ'אחר' – ודווקא בזה אמרינן שה'גזול' בחפץ הוא כבר 'אחר' ואז ה'גזול' מצד עצמו כבר לא מחייב והשיב, אכן השינוי קטן שאינו בגדר 'אחר', אף דנתמעט מהלכות השבה אכתי אינו קונה כיון שכאן ה'גזול' אכתי מחייב והשיב אלא שיש הלכה בהלכות השבה שלא משיבים בצורה כזו, וכיון שה'גזול' אכתי מחייב השבה שוב אינו קונה.

וע"ד זה היה מקום לפרש ברש"י – דאף דבזה חולק על התוס' שסובר שאינו קונה ממילא – גם באופן שה'גזול' של החפץ הוא 'אחר' ואף שה'גזול' כבר לא מחייב השבה, שלשית רש"י מה שיוירד הוהשיב הוא רק הוכחה שיש מעשה קנין, אכן עיקר החילוק שיש ב' אופנים איך יורד הוהשיב קיים גם לרש"י, והיינו דהיכא דפקע הוהשיב מה'גזול', בכה"ג יש עכ"פ 'הוכחה' שהוא קנה ויש מעשה קנין דאל"כ למה באמת יפקע הוהשיב מה'גזול', ומדפקע מוכרח שיש מעשה קנין של שינוי, אבל בשינוי דממילא לא פקע הוהשיב מצד ה'גזול' עצמו, ורק נאמר דין שלא משיבים בצורה כזו, ולכן ליכא הוכחה בכה"ג שהוא קונה ע"י מעשה קנין של שינוי – כן היה אפשר ליישב את הקושי הזה.

אכן זו טעות שהרי מצד הפקעת הוהשיב מהחפץ – לומר שה'גזול' כבר לא מחייב השבה – בזה שפיר איכא לחלק בין שבר קטן לשינוי בכל החפץ דזה 'אחר' וזה לא 'אחר', אבל ליכא לחלק בין שינוי דממילא לשינוי בידים, שהרי מצד ה'אחר' ליכא לחלק ביניהם, דתרווייהו בגדר 'אחר' ששניהם בכל החפץ, ושוב ליכא לחלק כנ"ל, והדרא קושי' לדוכתא.

**הקדמה לשיטת רש"י – יש לדון אי יורד הוהשיב מצד הבעין ולא מצד הדמים, האם זה קונה או לא – ותלוי בגדר הוהשיב מצד הדמים.**

ובביאור שיטת רש"י נקדים – דהנה כבר הבאנו בכמה דוכתי דנחלקו הראשונים בדין תשלומין בגזול, שיש לומר שמתחייב בדמים מדין והשיב, וזה מבואר בתוס' במכות [ט"ז] וברא"ש בב"מ [כ"ו], וכן דייקנו בריש פירקין מרש"י לעיל [ד':], ויש לומר עוד שהדין תשלומין לא שייך לדין והשיב, וילפינן מושילם, וכן דייק הגר"ח ברמב"ם דלמד דכתשלומין אינו ניתק לעשה, דאין בו דין והשיב, ודין בפני עצמו הוא, וכן מבואר נמי בריטב"א במכות [שם], והגר"ח הוסיף עוד שיש ב' גדרים להנך ב' חיובים, ורק הדין ושילם הוא דין ששייך למזיק שבגניבה, ונפ"מ בעבדים שאין בהם והשיב ויש בהם ושילם, ונפ"מ עוד לגבי שמירתן עליך – עיין בכל זה לעיל [סימן ח'] בארוכה – ודו"ק.

ונראה שיש לדון דאחרי מה שנתחדש לעיל [סימן י"ט] שמה שפקע הוהשיב לא סגי לקנות, דמשכחת לה כמה גווי דליכא והשיב ואכתי לא קנה, אלא דיתירא

מזו, בעיניו שה'גזול' בגוף החפצא לא ידרוש ולא יחייב להיות מושב, א"כ מה יהיה היכא שה'גזול' לא מחייב והשיב מצד הבעין אבל אכתי מחייבים והשיב מצד הדמים, האם סגי לן חיוב זה לעכבו מלקנות את הגזילה, וכפשוטו היה נראה שפשוט שאינו מעכבו ופשוט שקונה, שהרי מה שייך שהדין והשיב בדמים יעכב קנינו ב'גזול' אם החיוב דמים של והשיב הוא בדמים ולא בחפץ וקנינו שהוא בא לקנות הוא בחפץ, ודו"ק.

אולם נראה שזה תלוי בעיקר הגדר של הדין והשיב מצד הדמים, דכפשוטו הגדר בזה הוא, שהדין והשיב בדמים הוא דין תשלומין בעלמא בדמי הגזול ואתינן עלה מדין מ"ל הן מ"ל דמיהן, דבזה דנים שהוא מחזיר את החפץ כיון דדמיו דומה לבעין, וכמבואר כל זה ברא"ש לעיל [י"א] בטעמא דדין והשיב על ידי תשלומין, ופשוט שלפי דרך זו אין סיבה שהוהשיב יעכב קנינו בחפץ, שהרי מה שייך הדין תשלומין לחפץ, אולם היה נראה שבזה גופא חולק רש"י ולומד את הדין הזה באופן אחר, וכדיבואר:

והוא - דבגזילה הוא לקח את הבעין והגוף והוא לקח גם את דמיו, ותרווייהו כלולים בגזילה, ואף דתמיד סגי בהשבת הגוף בלי השבת דמיו וכדמצאנו בחמץ שעבר עליו הפסח אכן סו"ס גם דמיו כלולים בוהשיב, ואיתרבי בקרא דוהשיב, ובדין תשלומין נתחדש דאף אי לא ישיב את גוף החפץ בעין - אכתי רמי עליו לשלם דמיו מחמת הלקיחת דמיו שבגזילה, והיינו דאף דלהשיב את החפץ בלי דמיו מהני, וכדמצאנו בחמץ שעבר עליו הפסח אבל כשלא משיב את החפץ אז עכ"פ רמי עליו להשיב את דמיו.

ואין הכוונה כפשוטו, שמשיב כעת את דמי החפץ שיש היום בגזילה שא"כ היה לו להשיב כמו היוקרא דהשתא, ותמיד הדין דסגי לן כשעת הגזילה, ורק בתברא ושת' משלם כיוקרא דהשתא, וע"כ שהגדר בזה הוא, שאינו משיב את הדמים שיש בחפץ היום, אלא שמחמת הלקיחה שבגזילה הראשונה שכוללת גם דמיו של 'אז', מחמת הפרט הנוסף הזה בלקיחה, נתחייב גם בדין והשיב שמתייחס לדמיו של 'אז', אבל לא שמשלם ומשיב את הדמים של 'עכשיו' כיוקרא של 'היום', ודו"ק

ונראה, דלפי דברינו שאין הוהשיב דרמי על הגברא 'בפועל' מעכב את הקנין 'בפועל' - אלא שזה שה'גזול' מצד עצמו מחייב והשיב הוא 'סתירה' לזה שה'גזול' יהיה סיבה שיקנה את החפץ - וכנתבאר - לפי זה יש מקום גדול לומר שגם והשיב של דמיו יכול להיות 'סתירה' לקנין החפץ ע"י קניני גזילה - עכ"פ לפי מה שנתבאר בשיטת רש"י, והיינו שסו"ס חלק מה'גזול' שזה הדמים של 'הגזול' מחייב והשיב, ומה לי שהוהשיב הזה מתקיים בדמיו, הא סו"ס 'הגזול' עצמו דורש השבה מצד דמיו של 'הגזול', ונראה שזו תחילת שיטת רש"י דלכן הוא חולק על עיקר המהלך שעל ידי הפקעת הוהשיב הוא קונה, שהרי רש"י לומד שהפקעת הוהשיב הוא רק בחפץ של הבעין ולא בדמיו ולכן אינו קונה ממילא - ונבאר את הדברים.

ביאור שי' רש"י בשינוי דממילא ומבאר דבזה מודה רש"י דילפינן מאתנן, ומחלק בין הפקעת דין והשיב בגוף החפץ להפקעת דין והשיב מגוף החפץ וממונו.

ובזה יבואר שיטת רש"י דהנה יש לדייק בדרשה "ואם לאו דמים בעלמא בעי לשלומי", דמהו האריכות בלשון "דמים בעלמא", ונראה לומר דבר חדש, דהנה כבר הבאנו את המחלוקת ראשונים בדין תשלומין בגזלן, שיש לומר שמתחייב בדמים מדין והשיב, וכמבואר בתוס' במכות [ט"ז] וברא"ש בב"מ [כ"ו], וכן דייקנו בריש פירקין מרש"י לעיל [ד:], ויש לומר עוד שהדין תשלומין לא שייך לדין והשיב, וילפינן מושילם, וכדייק הגר"ח ברמב"ם דלמד דבתשלומין אינו ניתק לעשה, דאין בו דין והשיב, ודין בפני עצמו הוא.

ונראה לחדש שרש"י למד שיש ב' דיני תשלומין, גם מדין והשיב שזה דין להשיב את דמי החפץ, וכנתבאר, וגם דין ושילם שזה דין נוסף של תשלומין בעלמא כעין תשלומי נזיקין, וכדחילק ביניהם הגר"ח לגבי עבדים וכדומה שאין בהם דין והשיב.

ונראה שרבה הביא את הדרשה של שינוי בידים ופירש - "דמים בעלמא בעי שלומי", ועפ"י הנ"ל יש לומר שכוונתו שאינו דמים מדין והשיב, רק תשלומין אחרים, שהרי התוכן של הדרשה הוא דב'לאו כעין שגזל' נתמעט לגמרי מכל הדין והשיב, בין מה'השיב' שמתייחס לבעין של החפץ ובין מה'השיב' שמתייחס ללקיחת דמיו של 'אז', וזה גוף הדרשה, שאין והשיב מכל וכל כשיש שינוי, ולרש"י היה קשה קושי' גדולה - דמסברא היה נראה דכיון שכל השינוי רק מתייחס לגוף החפץ ולבעין של החפץ ולא לדמי החפץ, א"כ ליכא סיבה כלל שיפקע הוהשיב מדין דמים, אלא שסו"ס בדרשה כתוב כן, ונראה דבזה חלוק דרשה של אתנן מהדרשה של כעין שגזל, דבילפותא מאתנן לא מרומז כלל הוהשיב מצד דמיו, שבדרשה ההיא רק למדנו שהגוף והבעין הוא 'אחר' ולכן הוא לא משיב את הגוף והבעין, אבל הוהשיב לא פקע מכל וכל ואכתי קיימא בדמיו.

ואחרי הנך הקדמות יבואר שיטת רש"י, דמסברא היה נראה דכיון שהשינוי הוא רק בגוף החפץ ואינו בדמי החפץ, א"כ ליכא סיבה כלל שיפקע הוהשיב מהדמים, דכלפי דמיו לא היה כלל שינוי, ומזה דפקע והשיב מדמיו ג"כ, מוכרח דיש מהלך אחר, וזה היה תחילת דרכו של רש"י שיש הכרח מיניה וביה דע"כ שהשינוי הוא מעשה קנין, וכמו דכל מעשה קנין בגוף החפץ קונה לו גם את גופו וגם את דמיו להיות שלו, כמו"כ בקנין שינוי בגזלן נהיה גופו ודמיו ידיה - ולמשל משיכה והגבהה, אף דהמעשה נעשה לגופו ולא לדמיו, אכן כולו נקנה.

וממילא כיון שאין דין והשיב מחמת גזילת דמיו אחרי שקנה גופו במעשה קנין, וע"כ דדין תשלומין בעלמא נתחדש, וכל זה למד רש"י בדרשה דרבא, שאין סיבה בעולם שהשינוי שמגדיר את הבעין כ'אחר' יוריד את הוהשיב מדמי החפץ, ומדמהני להפקיע גם את הוהשיב הזה, מהכא כבר מוכרח שיש כאן מעשה קנין – וזה המקור לדין שינוי בידים.

אמנם, בשינוי דממילא, דאין כאן מעשה קנין, הכא באמת השינוי רק מתייחס לגופו ולא מתייחס לדמיו, ואכתי איכא חובת תשלומין מהדין והשיב, והמקור לדין זה ילפינן מאתנן, והיינו דכל מה שנתבאר דלרש"י אין ילפותא מאתנן, היינו

משום שלרש"י זה מהלך של מעשה קנין ולא של הפקעת הדין והשיב, אבל אחרי דבשינוי דממילא רק נאמר דין הפקעת הוהשיב ולא כתוב קנין, א"כ שפיר י"ל שרש"י לומד מאתנן כתוס', ודו"ק, ושפיר ילפינן דחשיב כ'אחר' כלפי הגזילה כמו שהאתנן הוא 'אחר' כלפי הנתינה בתורת אתנן, וכיון ד'אחר' הוא פקע הדין והשיב.

הרי לנו שרש"י חידוש חידוש אחד – והוא – שהדין תשלומין שייך לדין והשיב והיינו שהמחייב של הדין הזה מונח ב'גזול' עצמו, שה'גזול' עצמו מחייב להיות מושב כלפי דמיו, ודין זה מעכב את קנינו בחפץ הגזול, ומכאן זה יצא לרש"י ב' חידושים, א] אם בגזה"כ נתחדש שפקע הוהשיב מכל וכל א"כ מוכרח שהיה מעשה קנין להפקיע את הוהשיב גם מהחפץ, ומכאן מקור לדין שינוי בידים, ב] בשינוי דממילא דפקע הוהשיב מכאן ילפותא דאתנן, הכא באמת לא קנה שהרי באמת לא פקע מדמיו וזה מעכב קנינו, ודו"ק.

ויתחדש לפי"ז בשיטת רש"י שבשינוי דממילא איכא תשלומין מהדין והשיב ושפיר הוי ניתק לעשה, ובשינוי בידים ליכא דין והשיב רק דין ושילם ואינו אלא לאו הניתן לתשלומין.

ומה שהתוס' חולקים בכל הנ"ל הוא משום שהם למדו שהדין והשיב כלפי הדמים הוא רק בתורת מה לי הן מה לי דמיהן, ולכן לדידיה אף אי לא פקע דין זה אכתי ירד הוהשיב לגמרי מצד ה'גזול', שאין חלק ב'גזול' שמחייב השבה ב'גזול' עצמו, שהדין והשיב מצד דמיו הוא דין אחר, ולכן שפיר קונה בכל אופן שיורד הוהשיב בכל שינוי שהוא, ודו"ק.

#### מיישב נמי את הקושי 'מקלב"מ'.

ועפ"י דברינן הכא יתיישב הקושי הגדולה על רש"י מקלב"מ, שיש לומר שבאמת רש"י מודה לעיקר האי חידוש שבהפקעת הוהשיב הוא קונה מחמת הקניני גזילה, אלא שבשינוי ליכא הפקעת הוהשיב מכל החפץ, שהרי אכתי קיימא ב'גזול' דין והשיב לענין דמיו, ורק בקלב"מ משכחת לה הפקעת הוהשיב מכל וכל ולכן התם באמת קונים את כל החפץ מכל וכל.

אלא שיש כאן נקודה שצריכה ביאור: הרי כל דברינן מתבססים על נקודה אחת שאין הדיון על הוהשיב שבפועל דרמי אקרקפתא דגזול, אלא שהכוונה לדין והשיב שה'גזול' בחפצא דורש השבה, ולכן רק בשינוי שדנים את החפצא כ'אחר' הוא דמהני לקנות, אכן בקלב"מ אינו כן, שהרי קלב"מ הוא דין צדדי, וזה פטור בעלמא בגברא, והאיך מהני לרב לקנות.

ועיין בזה לעיל [סימן י"ט] שביארנו דיתכן דאדרבה, דעדיף קלב"מ משינוי, והיינו משום שחל בעיקר הגזילה מעיקרא שנגזל באופן שמעולם לא חייבה הגזילה השבה, והדין קלב"מ לא חיילא אח"כ כשינוי וכפחמש"פ, וכיון שחל בעיקר הגזילה חשיב כגזילה שמופקע מוהשיב, ורק בשינוי אינו כן, וממילא א"ש בפשיטות שיטת רש"י, שיש לומר שרש"י מודה דווקא בכה"ג דקונה ע"י הפקעת ה'והשיב', אבל בשינוי שממילא לא קונה כיון שלא חל בעיקר הגזילה, ודו"ק.

וצריכים להוסיף, שהרי גם בגזול מעכו"ם מעיקרא לא חיילא והשיב בעיקר הגזילה ואכתי לא קונה וכמבואר ביראים וביארנו שזה דין צדדי לא בעיקר התורת 'גזול', ודו"ק, וקשה דמאי שנא קלב"מ.

וצריכים לומר עפ"י רעק"א - שקלב"מ הוא דין של 'כאילו עשאו אחר', והיינו שאינו פטור בעלמא אלא שגדר הפטור הוא לבא ולדון את המעשה כאילו עשאו אחר, ולמשל, לו יצויר וראובן ושמעון יגזלו חפץ בשותפות, וראובן יעשה את החלק של הגזילה ששייך לקניני גזילה ושמעון יעשה את החלק של הגזילה ששייך לחיוב השבה, דנראה דאפשר לדון את התורת גזול בחפץ בב' אופנים, והיינו דביחס לראובן יש כאן 'גזול' שיש בו קניני גזילה, וביחס לשמעון יש כאן 'גזול' שמחייב השבה, ומתחלק עיקר ה'שם גזול' בחפצא בין הנך ב' גזלנים, ונראה שזה נמי הגדר בפטור של קלב"מ דהוי ליה כאילו עשאו אחר, דביחס לדיני השבה שנמצאים ב'גזול' הרי זה כאילו עשאו אחר, ודו"ק.

#### ביאור הסוגי' דסנהדרין [ע"ב].

הזכרנו לעיל את הסוגי' בסנהדרין [ע"ב] דמבואר דבגונב במחתרת פטור מתשלומי גנב, ושי' רב דגם בחפץ בעין פטור וקונה לגניבה, דבדמים קנינהו, ורבא חולק, ולרבא בחפץ בעין אינו קונה, ותמוה שי' רב דאיך קונה בדין קלב"מ, וביאר הקובש"ע [בסוגיין] דמוכרח מכאן דבהפקעת דין והשיב קונה לגזילה, וכיון דנפטר מהשבה ע"י דין קלב"מ שוב קנה.

והוסיף הקובש"ע דגם רבא לא חולק בזה, דרבא ס"ל דאין קלב"מ בוהשיב כיון שמשלם משל נגזל, ורק כשמשלם משלו נפטר בקלב"מ, אכן מהסוגי' לא נ' כדבריו, דמהסוגי' נ' דנחלקו אי הוי ברשותו של הגזול או לא.

איברא דיעויין היטב ברש"י שנראה שהמחלוק' היא בגדרי והשיב, אי חשיב כתשלומין רגילים, או דחשיב כהשבת הפיקדון, והיינו, דהשבת הפיקדון אינה דין "תשלומין" רק "העמדת החפץ" אבל כאן דהחפץ הוא ברשותו של הגזול, ודלא כפיקדון שהוא ברשות המפקיד, הכא י"ל דהשבתו אינו "העמדת החפץ" בעלמא, אלא דין "תשלומין" הוא, ובזה גופא נחלקו, עד כמה חשיב ברשותו של גזול לענין שההשבה יחשב כתשלומין ולא כהעמדת הפיקדון.

ונפ"מ לקלב"מ, דפשיטא דלא שייך קלב"מ בדין "העמדת החפץ", ורק שייך בדין "תשלומין", וזו כוונת הגמרא דנחלקו אי הוי ברשותו או לא.

הא מיהת מפורש, דלכו"ע כשפקע דין והשיב ודאי שקונה, ורק נחלקו אם פקע והשיב בקלב"מ או לא, [ולהלן נביא דרך אחרת בסוגי'].

## סימן כ"א

## בדין אי עביד לא מהני,

והמסתעף לענין שינוי [תמורה ו']<sup>123</sup>.

ב' דרכים בסוגי' בתמורה. / / במה שיש להעיר בעיקר המקור דמהני לקנות בשינוי. / / ביאור דרכו של השיטמ"ק בסוגי'

## ב' דרכים בסוגי' בתמורה.

בדין כל מה דאמר רחמנא לא תעביד, מצאנו דפליגי אביי ורבא אי עביד מהני או ולא, שי' אביי דמהני, ורבא ס"ל דלא מהני, ולוקה משום דעבר אמימרא דרחמנא, ובתמורה [ו'] איתא, והרי גזל דרחמנא אמר לא תגזול ותנן הגזול עצים ועשאן כלים צמר ועשאן בגדים משלם כשעת הגזילה [אבל הכלים והבגדים קנה בשינוי, אלמא מהני, רש"י], תיובתא דרבא, אמר לך רבא שאני התם דאמר קרא אשר גזל כמה שגזל, ולאביי האי אשר גזל מבעי ליה על גזלו שלו מוסיף חומש על גזלו של אביו אינו מוסיף חומש, עכ"ל הש"ס.

ובביאור הסוגיא מצינו ב' דרכים עיקריות, דהנה יסוד הסוגיא הוא שהלאו דלא תגזול צריך למנוע את הגזול מלקנות בשינוי, אך תמה בנתה"מ [סי' ל"ד] דהא הלאו הוא על הגזילה ולא על השינוי, ואמאי הלאו מונע מלקנות בשינוי אחרי שכבר גזל, והוכיח מזה דשינוי החפץ הוי גזילה חדשה ועובר ע"ז בלא תגזול, ולפי"ז הגזול ובא אחר ואכלו - השני חייב מדין גזול כיון שאכילתו הויא שינוי.

ולדרך זו הסוגיא מיירי בשינוי בידים, דהוי מעשה קנין, דלא יתכן לכאורה שקונה ע"י הקניני גזילה הראשונים דא"כ ל"ש בזה אעל"מ, דסו"ס פקע הוהשיב וקונה ממילא, וע"כ דשינוי הוא מעשה קנין ושפיר אמרי' דלא קונה כיון דאעל"מ.<sup>124</sup>

דרך אחרת בסוגיא נמצאת במשובב [שם], דבאמת שינוי אי"ז גזילה כלל, ומה דהלאו דלא תגזול מונע את הקנין בשינוי זהו משום ששינוי מהני מכת הקניני גזילה, וע"י לאו דלא תגזול אינו קונה את החפץ בשעת הלקיחה בקניני גזילה וממילא לא יקנה בשינוי, ומכל דברי הקצוה"ח נראה להדיא כהגרא"ו דשינוי קונה ע"י הקניני גזילה, ולא כמעשה קנין, ולפי"ז מקשה הש"ס לרבא דאעל"מ, משא"כ לאביי מסברא זוכה בקניני גזילה וממילא קונה גם בשינוי.

## במה שיש להעיר בעיקר המקור דמהני לקנות בשינוי.

והנה, בסוגיא מבואר דלרבא ל"מ לקנות ורק ילפי' דקונה מקרא דכאשר גזל, וצ"ב, דמה"ת שהגזול קונה את הגזילה, הרי יתכן שהחפץ נשאר של הנגזל ורק להגזול אין חיוב והשיב אבל אה"נ הנגזל יכול לבא וליטול את ממונו.

והנראה בזה, דהנה בסוגיין [ס"ו] אמרי' "והשיב את הגזילה אשר גזל אם כעין שגזל יחזיר ואם לאו דמים בעלמא בעי שלומי", ויש לדקדק, הרי הילפותא היא

123 סימן זה – כל כולו – הוא מחידושי תורה של אחד התלמידים.

124 ולפי"ז אינו קונה בשינוי בע"כ, וכ"כ הנתה"מ בספרו תורת גיטין [נ"ט] דבעי' כוונה לקנות, אולם צ"ע דבנתה"מ [סי' שנ"א] כ' להדיא דשינוי קונה בע"כ [ע' מלואי משפט שם].

דשינוי קונה והו"ל למימר אם כעין שגזל יחזיר ואם לאו לא יחזיר, ולמה נזכר ענין הדמים דבעי שלומי.

והנראה לומר, דעיקר הילפותא דשינוי קונה היא מהא דחייב דמים, והביאור, דזה מוכח מהפסוק שחייב דמים כיון שהתורה חייבה גזלן ולא יתכן ששינוי החפץ יהיה סיבה לפוטרו מחיובו, וע"כ מוכרח לפרש הקרא דנפטר רק מהשבת גוף החפץ, אבל דמים בעי שלומי [מדין והשיב, דמה לי הן ומה לי דמיהן], ומזה מוכח דקונה את החפץ דמה שייך תביעת תשלומין על החפץ אם הוא בעין ושייך לגזל ויכול ליטלו, ומדחייבתו התורה בתשלומין מוכח דהגזלן קונהו.

אמנם לפי"ד רבינו הגר"ח אכתי יקשה, דהנה הגר"ח בספרו [בפ"ב מגזו"א] ייסד דיתכן חיוב תשלומין גם בלא שיקנה הגזלן, כגון בשינוי קטן דאי"ז שינוי הקונה ואפ"ה לא מצי להפטר בו מחיוב והשיב, מדין אין שמין לגנב, ולפי"ז צ"ע דילמא הקרא אתי לשינוי קטן, וגם מה מקשי' לאביי דלא איצטריך קרא הרי בעי' לשינוי קטן, ועמד בזה הגר"ז [הובא באהל ישעי' - ס"ו, ובכתבי הגר"ז תמורה שם] והניח בצ"ע, ועי' להלן בדברי השטמ"ק.

עוד יש להעיר דכ"ז בשיטת רבא, אולם בשי' אביי מבואר דא"צ מקור דשינוי קונה, וצ"ע דבשלמא לשי' התוס' [ס"ה:] דילפי' שינוי בגזילה מדין שינוי באתנן - א"ש, אולם לשי' רש"י דלא ילפי' מאתנן [דשי' רש"י דרק שינוי בידים קונה ואם ילפי' מאתנן - שינוי דממילא ג"כ יקנה] צ"ע מה"ת דשינוי קונה, וכן לפי המהלך באחרונים דשינוי הוי מעשה קנין בגזילה לכאו' פשוט דל"ש ללמוד מאתנן וקשה משי' התוס', וביותר קשה מהסוגיא בתמורה דמבואר דא"צ מקור להא דשינוי קונה, וצ"ע ג.

קושיה נוספת בעיקר הסוגיא, דידוע יסוד הגרע"א [קמא, סי' קכ"ט] דאמרי' אעל"מ רק אם הביטול ימנע את חלות האיסור, אך אם בכל אופן ישאר האיסור לא אמרי' אעל"מ, ומהני גם לרבא, ולפי"ז קשה כאן דגם בלי קניני גזילה הוא עובר בלא תגזול על עצם ההשתלטות<sup>125</sup> [ואפי' בגזילת קרקע שי' כמה ראשונים דעובר בלא תגזול] וחי' הגרא"ו [הובא בחי' הגר"ש היימאן ח"א כתבים סי' מ"ח] דקניני גזילה הם תוספת בגזילה, ואמרי' אעל"מ לתקן את חומרת האיסור ע"י מניעת חלות הקניני גזילה.

#### ביאור דרכו של השיטמ"ק בסוגי'.

מדברי השמ"ק נראה דלמד מהלך חדש בכל הסוגיא, דהנה כ' השטמ"ק [אות ד'] ז"ל "וא"ת כיון דמהני אמאי משלם כלל, וי"ל דהא לא קשיא דקרא כתיב והשיב את הגזילה, אבל מ"מ מוכח שפיר דמהני מדמשלם כשעת הגזילה דאי לא מהני הוי כפקדון וישלם כדהשתא, תוספות", עכ"ל השטמ"ק, ודבריו קשים ונבארם בס"ד.

דהנה בקושיתו, דאי מהני א"צ לשלם דמים, יש להעיר דהנה מצינו בחולין [קל"א] בפורע חובו לבית המלך ע"י פירות של תרומה ומעשר, דחייב לשלם לכהונה כשווי התרומה מדין משתרשי, והיינו דכיון שנתרבה ממנו מכח התרומה

125 וזה קשה רק לפי מהלך הקצוה"ח, אך לפי הנה"מ דשינוי הוא גזילה חדשה נחא, דע"י דאעל"מ אינו גוזל בשינוי.

חשיב שממון הכהונה גביה, ומש"ה חייב להשיב לבעל הממון, ולפי"ז קשה דגם אם א"ע מהני מ"מ יתחייב לשלם דמים מדין ממוני גבך, וכמו במשטרשי<sup>126</sup>. גם בתירוצו צ"ב, כיון שעד כמה דמהני גם ליפטר מדמים, א"כ מה נתחדש בוהשיב.

ואמר לי ידידי הבה"ח יהודה זיסקינד נ"י דאי"ז קושיא כלל, דהנה תביעת ממון שייכא בג' דרגות, א] תביעת גוף החפץ עצמו, ב] מצינו דאיכא חלוקה בבעלות בחפץ, דאחד הוא בעלים על גופו, ואחר הוא בעלים על שוויותו<sup>127</sup>, ולפי"ז שייכא תביעה לא על גוף החפץ אלא על ממון החפץ, ג] תביעה שאינה על החפץ עצמו אלא מכח זכותו בחפץ הוא תובע את תמורתו, וזהו יסוד משטרשי, דהנתבע קונה את החפץ אך נתבע מבעל החפץ להעמיד את תמורתו.

ולפי"ז בגזלן כיון דא"ע מהני א"כ הוא מצליח לגזול לא רק את גוף החפץ וגם את דמיו, אלא יותר מזה, הוא גוזל את עצם הבעלות עצמה וממילא את כל הזכויות של הבעלים – וזה כולל את הזכות של תביעת תמורתו, ולכן פטור גם על התיבעה של ממוני גבך, ומש"ה הק' הש"מ לאביי דאמאי משלם דמים, וע"ז תי' דכתיב והשיב, דלבעלים איכא זכות לתבוע את החפץ כשהוא כאשר גזל, ואיכלל בזה זכות תביעת תמורתו כשאינו כעין שגזל, ושפיר חייב דמים.

והנה בהמשך דבריו מקשה השטמ"ק איך מוכח מהמשנה דמהני לגזול, ולכאורה קושייתו תמוהה, הרי קתני להדיא במתני' דבשינוי א"צ להשיב את הגזילה אלא משלם, אלמא מהני כמ"ש להדיא רש"י ותוס' דמזה מוכח דא"ע מהני, ונראה, דהשטמ"ק למד דאי"ז ראייה דמהני, ואינו משיב את החפץ מטעם אחר, והראיה דמהני היא מחלק אחר במשנה, וצ"ע.

ואפ"ל עפ"י יסוד הגר"ח הנ"ל דכשנשתנה החפץ, גם אם אינו קונה ל"ש הרש"ל וממילא ליכא ראייה דמהני, ומה שמשלם אי"ז משום שקונה את החפץ אלא משום שאינו נפטר בו מחיוב והשיב, ומש"ה למד השמ"ק דהראיה היא מחיובו לשלם דאם מהני א"צ לשלם וכמו שבאמת הק' לאביי אמאי חייב לשלם, וכיון שתי' דחיוב דמים נאמר בתורה בקרא דוהשיב, א"כ מקשה דליכא ראייה דמהני, וע"ז מתרץ דהראיה היא מהא דחיובו לשלם כשעת הגזילה.

בביאור תירוצו יש להקדים דכבר הק' הראשונים בב"מ [מ"ג:] מ"ש שומרים שמשלמים כשעת האונס מגזלן שמשלם כשעת הגזילה, ותירצו דבגזלן חייל חיוב דמים בשעת לקיחתו כיון שהוציא הוצאה גמורה מרשות הבעלים משא"כ בשומר שלא מוציא מהבעלים אלא שומר עבורו, ורק כשנאנס חייל חיוב דמים, וזהו תי' השמ"ק דכיון שמשלם כעין שגזל מוכח שהוציא לגמרי מהבעלים ואי"ז כפקדון, והוא למד שאי"ז הוצאה גמורה בלא קניני גזילה ומש"ה מוכח דהגזלן קונה קניני גזילה, ונמצא דלדרך השמ"ק הראיה אינה מזה ששינוי קונה, אלא ממה שחייב כעין שגזל, ולא כדהשתא.

126 כע"ז קשה גם בסוגיא דבא במחתרת [סנהדרין ע"ב] דלרב כיון דקלב"מ - קונה את החפץ אפי' בעין יקשה, שישלם כיון דמשטרשי לי'.

127 עי' בזה באמרות אברהם [פסחים סי' ט"ו פרק א'], ובעוד כמה דוכתי.

## סימן כ"ב

הערות בסוגי' דראשית הגז<sup>128</sup>.

מביא מהראשונים דשינוי מדין שינוי בגזילה ומבאר עפ"י דרכו של הפרי יצחק ששינוי הוא המעשה קנין ומעשה גזילה, ומבאר בזה את דברי רעק"א שטביחה היא מעשה שינוי ומעשה קנין של גזלן. / / דין ממון כהן לפני שיש שיעור. / / ביאור בדברי רש"י בחטפו. / / דרכו של הגרי"ז בזה, ודברי האהא"ז בשיטת הרמב"ם, והוכחה מתוס' כדבריהם. / / מביא פלוגתת רש"י ותוס' בשינוי בפאה. / / בדין הפרשה בראשית הגז

מביא מהראשונים דשינוי מדין שינוי בגזילה ומבאר עפ"י דרכו של הפרי יצחק ששינוי הוא המעשה קנין ומעשה גזילה, ומבאר בזה את דברי רעק"א שטביחה היא מעשה שינוי ומעשה קנין של גזלן.

ע' ברד"ה עד שצבעו פטור שכתב "דקנייה בשינוי", והנה באתנן אין הדין שינוי לענין קנין וכל דינו הוא רק להפקיע איסור, וה"ה בראשית הגז היה אפ"ל דרך בא להפקיע הדין נתינה, אולם מבואר כאן ברש"י דמדין קנין אתינן עלה, וע"כ דמירי שגזולו דרך בגזלן איכא קנין שינוי, וכ"ה באמת לשון הרא"ש בחולין [פרק ראשית הגז סי' ב'] "כיון שנתכוין לגזולו מן הכהן ושינהו קנאו בשינוי", וע"ע ברש"י להלן [צ"ג: ד"ה פטור] דמדין קנין שינוי הוא, וכ"ה ברש"י חולין [קל"ה. ד"ה פטור], וע' נמי בר"ן בחולין [ריש מ"ז: בדפי הרי"ף] שכתב שמדין קנין שינוי הוא בגזילה, וע"כ דלדידיה נמי מירי בגזילה, וכ"ה בהדי' בר"ן בתחילת הזרוע והלחיים [סוף דף מ"ד: בדפי הרי"ף] "דכל שנתכוין ליקח מתנות כהונה לעצמו ושינה אותן בצביעה או אכלן שוב אינו משלם" - והיינו כהרא"ש דמירי שגזולו, וע"ע בתוס' רי"ד להלן [צ"ד: אות ג'] דלמד מכאן דה"ה שאר מתנות כהונה ד"קנאם בשינוי" אחרי שהפריש תרומה וכדו' [על חיתין וטחנן] והיינו כנ"ל.

ויש לעיין, דצריכים מעשה קנין בחיובא דגזילה והיכן המעשה קנין, ולכא' אין כאן שום מעשה קנין בזה שצבעו, וי"ל דמה שמכוין לגזולו כשהוא בחצירו מהני, וקשה דבחצר בעי מעשה גזילה להתחייב באונסין כשי' רש"י בב"מ [י'] דבעי דוקא שינעול את החצר, ועוד יש לעיין, וכי מירי דוקא כשהוא בחצירו.

וע' רעק"א כתו' [ל"ד] דמבואר דשואל שטבח נעשה לגזלן, ועייש"ה, דזה ע"י שינוי קונה וצ"ע, דרק אחרי שהוא גזלן שייך לקנות בשינוי, אולם ז"א דכבר הוכיח בקובש"ע [אות ק"ט] מסוגי' להלן [צ"ה] בגזל דיקלא, דאמרינן שינוי וגזילה באין כאחת, אולם אין לדמותו לכאן, דהתם מירי שמוריד דיקלא מהאילן, ויש מעשה גזילה חוץ מהשינוי ולהכי אמרינן באין כאחת, אבל ברעק"א השינוי עצמו [שזה הטביחה] הוא המעשה קנין, ואין ראיה.

והנה, הבאנו לעיל ב' דרכים בשינוי קונה, ואי נימא דבקנין שינוי הקנין הוא ממילא דהשינוי מפקיע את הוהשיב וממילא קונה הואיל ופקע הוהשיב, ואינו מעשה קנין כלל, לפי הצד הזה לא שייך שיהיה גזלן על ידי השינוי עצמו, שהרי אין כאן מעשה קנין.

<sup>128</sup> מהדורא קמא - קיץ תשס"א

אולם, לפי דרכו של הפרי יצחק [ח"ב סי' ס"ג] דבגזלן נתחדש ששינוי הוא מעשה קנין, ומה"ט ס"ל לר"א דשינוי דממילא לא מהני דבעי מעשה קנין דוקא ככל הקנינים<sup>129</sup>, ומקניני גזילה הוא דיש לו מעשה קנין כזו, והביא סמוכין לזה מהמחנ"א בהגהות הרמב"ם [פ"ב דגזילה] דשינוי בעי דעתו, ולעיל הארכנו בזה.

ולדרך זו י"ל דהיכא דמתכוין לגזול ועושה שינוי, הרי שינוי הוא מעשה קנין בגזלן ושפיר מהני לעשותו לגזלן ומיושבין דברי רעק"א, ושוב אמרינן באין כאחת כההיא דדיקלא ודו"ק, וע"ד זו נמי י"ל גם בראשית הגז, ואדרבה מראשית הגז יהיה לנו מקור לחידושו של רעק"א.

#### דין ממון כהן לפני שיש שיעור.

והנה לפי מה שדייקנו ברש"י דמדין גזילה הוא, ע"כ צ"ל שיש כבר ממון כהן עוד לפני נתינה, דאל"כ לא שייך גזילה, וע' רש"י [שם צ"ג]: דגם לפני שיש שיעור ה' רחלים זה גם מדין גזילה הוא, וזה צ"ב דאיזה דין ממון כהן איכא בכה"ג, וכבר עמד בזה הגר"נ פרצוביץ זצ"ל, וכתב דרק מצות נתינה צריך השיעור, וזה חידוש, וצ"ל שיש זכות לכהן בגז ששכשיהיה שיעור יהיה כבר ממון שלו, ובהך זכות שייך גזילה.

#### ביאור בדברי רש"י בחטפו.

והנה מש"כ רש"י בסוף דבריו "מי שחטפו" - כפשוטו צ"ב מה השייכות לכאן, וי"ל דרוצה להוכיח שיש לכהן זכות ממון בו, וממילא שייך בו גזילה, [ובעיקר דברי רש"י שאפשר לתפוס ע' גליה"ש שציין לתוס' שגם אי טוה"נ ממון שייך תפיסת כהן ורק שצריך לשלם לבעלים].

והנה במחנ"א [זכ"י ומתנה ח'] נקט דתפיסה מהני דוקא היכא שזה ממון כהן כבכור בהמה ולא בפדיון הבן שהה' סלעים אינו של כהן, והק' הקובש"ע [כ'] מרש"י כאן שמבואר דבראשית הגז שייך תפיסה אף דאינו ממון כהן, וראיה מדאין בו הפרשה.

אולם לדברינו אינו כן, ואדרבה רש"י ודאי חולק, דכוונת רש"י לומר דבראשית הגז כבר יש זכות ממון לכהן ומה"ט שייך גזילה, וראיה לדבר מדשייך תפיסה ותפיסה רק שייך היכא שהוא ממון כהן, וכסברת המחנ"א.

**דרכו של הגרי"ז בזה, ודברי האהא"ז בשיטת הרמב"ם, והוכחה מתוס' כדבריהם.**

והנה יעויין בחידושי הגרי"ז [גו"א ד"ה ובעיקר] שכ' "דהנה עיקר דין שינוי מצינו אותו לענין כמה דינים כמו באתנן דדרשינן הן ולא שינוייהם ולענין ראשית הגז דאם צבעו מיפטר ופקע מיניה דין נתינה ועוד לענין כמה דברים ויסוד הדבר בכל הני דכל שנשתנה הוי כחפץ אחר" - הרי דלא למד דשייך לדין שינוי קונה מדיני גזילה, אלא דהושוו לגזילה כמו אתנן לענין זה דחשיב כאחר.

<sup>129</sup> ואין הכוונה כמו שרצה הגר"נ פרצוביץ זצ"ל לחדש דמעשה קנין הוא בכל מקום [עיין בזה ביד אליעזר - תשל"ה], אלא שכוונתו דדוקא בגזלן הרי"ז מעשה קנין.

ולדרכו של הגרי"ז ליכא ראייה לשאר מתנות כהונה, דכל הדין כאן הוא להפקיע ממנו 'שם גיזה' כמו באתנן שמפקיע ממנו 'שם אתנן', והתוס' רי"ד [מובא לעיל] דחידש דה"ה בשאר מתנות, היינו ע"כ דווקא לשיטתו דמדין גזילה הוא.

והנה הלח"מ [הל' גו"א פ"ב הי"ד] מצא כמה חילוקים בין שינוי גזילה וראשית הגז ברמב"ם, ונדחק, וע' אהא"ז שם שהביא מהמאירי ריש הגזל ש' שהרמב"ם באמת מחלק ביניהם ולא הסביר הטעם, וע' אהא"ז ש' שהשינוי הוא "להפקיע שלא יהיה ע"ז שם גז צאנך" ומה"ט בעי שינוי גדול, ולכן תיקונים שמוכרחין לעשות בתיקון הצמר, וכולם עושים הנך תיקונים, אינו מפקיע 'שם גיזה', לא כן בגזילה דחסר בכעין שגזל וזהו הפוטר, ומבואר כאן כהגרי"ז.

וע' היטב בלשון הרמב"ם בראשית הגז [הל' בכורים פ"י ה"ו] ש' "אבל אם גזו הצמר וצבעו קודם שיתן נפטר מראשית הגז" - ולא כ' דקנאו, אלא דדין פטור הוא [ודלא כהמשנה למלך שם ה"ח].

והנה, בתוד"ה לא הספיק מבואר דהיה קס"ד לתוס' דלא נפטר היכא דהיה כבר ה' רחילות, ומוכרח דתוס' לא למד מדין שינוי קונה דגזלן דא"כ מה נפ"מ, וע"כ דלמד כהגרי"ז והאהא"ז דמפקיע שם גיזה מיניה, ובזה היה קס"ד דאחרי שיש כבר ה' רחילות שוב לא שייך להפקיע שם ראשית הגז, וצ"ב למה.

וי"ל דקס"ד לתוס' דכשיש כבר שיעור ה' רחילות חיילא ממון כהן [בשיעור שצריך ליתן] בתוך כל הגז דה' רחילות, ושוב א"צ שם גיזה על הגז להתחייב בו, ולא שייך להפקיע שמו לפוטרו, וקמ"ל דלא חיילא ממון כהן רק ע"י נתינה, ומה"ט כל דפקע מיניה שם גז לא חיילא חיוב, וי"ל עוד, דאף אי חיילא, הא הממון כהן הוא לקחת בתורת ראשית הגז, וכשבטלה הך שם כבר בטלה זכותו.

#### מביא פלוגתת רש"י ותוס' בשינוי בפאה.

והנה, גבי פאה, כ' התוס' להלן [צ"ד. ד"ה מירחון] דאין ממון עניים עד הפרשה ואפי"ה חזינן דשייך שינוי שם, וע"כ דשינוי דהתם הוא להפקיע ממנו 'שם פאה' שלא יחול החיוב, ותוס' כאן מדמה להתם וע"כ דלשיטתו אזיל דשינוי דהכא אינו מדין קנין, ועיי"ש ברש"י שמוכרח דמדין שינוי קונה הוא וע"כ שיש כבר זכות ממון לעניים.

ומכבר הימים שמעתי עוד להוכיח מתוס' [ד"ה טוואו וארגו] להלן [צ"ג:] בשם הגר"ד לנדא שליט"א שהק' התוס' דהאיך שייך בראשית הגז שינוי דאריגה הא כבר נשתנה בטווי' וק' דנוקמיה בלי כוונת גזילה בטווי', וע"כ דתוס' לשיטתו דלא בעי כוונת גזילה ודו"ק.

#### בדין הפרשה בראשית הגז.

כתבו התוס' [בד"ה עד שצבעו] "ולא שייכא ביה הפרשה", וע' קובש"ע [אות ק"ג] שהטעם דליכא הפרשה בראשית הגז הוא משום דלא חיילא ביה קדושה ואינו אלא ממון כהן, ודלא כתרומה דשייך ביה הפרשה הואיל ויש בו קדושה, אלא דהק' מתוס' [ד"ה מירחון] להלן [צ"ד.] דמבואר דפאה נעשה ממון עניים בשעת הפרשה, ומבואר דאיכא הפרשה אף דהתם ליכא קדושה וצ"ע.

והנה ע' רמב"ם הל' בכורים [פ"י - ה"ח] שכתב, "המפריש ראשית הגז ואבד חייב באחריותו עד שיתן לכהן", והוא מהתוספתא וצריך לתת עוד, והטעם

כמוש"כ הכס"מ ומהר"י קרקוס דכת' נתינה ואינו נפטר עד שיתן [וע' רעק"א בגליון ר"מ פרנקל דלא שייך בתרומה דכבר נעשה השיריים לחולין, וע' צפנת פענח מתנות עניים 56].

ויתכן דזה נמי כוונת התוס', דאין כוונתו דלא חיילא ההפרשה כלל, רק שע"י ההפרשה לא יפטר דחייב באחריותו עד שיתן, "וכאילו לא הפרישו", והיינו לענין להיפטר מהכהן, דמצוותו היא נתינה ולא הפרשה, ועד שהגיע לידו לא עשה מצוותו, וממילא מיושבת נמי קוש' הקובש"ע, דבתרווייהו מהני הפרשה להחיל שם ממון כהן, ורק דלא מהני כאן לענין להיפטר מהכהן ע"י שינוי של הך ממון מסויים.

וע' רש"י חולין [קל"ו. ד"ה אין לך בו] דמבאר דיש בראשית הגז הפרשה ואז נעשית לממון כהן, וכ"ה במנ"ח [סוף מצוה תק"ח].

[ובאמת דגדולה מכל זה מצאנו בזרוע ולחיים, דהנה, הזרוע ולחיים הם חלקים ברורים בבהמה, ואין להם קדושה וגם אין איסור טבל לפני שהופרשו, והסברא אומרת דכל כה"ג אין צריך הפרשה כלל דבמקומן הם עומדים כמופרשין ועומדים, ועיין ספר המצוות [שורש י"ב] דדעת הרמב"ם בתרומה ומעשרות שרק ההפרשה מצוה ולרמב"ן גם ההפרשה וגם הנתינה מצוה, אכן כל זה בתרומה שיש איסור טבל לפני ההפרשה התם הפרשה מצוה, אבל בזרוע ולחיים כתב בהדי' דליכא מצוה בהפרשה, והבאנו לשונו בהערה <sup>130</sup>, ובדרך אמונה [בכורים פרק ט' הלכה א' ס"ק א'] הבין שכוונת הרמב"ן שאין מעשה הפרשה כלל כיון שהם מופרשים ועומדים, אכן אינו מוכרח דיתכן דרק בא לומר שאין כאן מצווה אבל מעשה הפרשה איכא דמצות הפרשה הוא רק להתיר טבל והכא אין איסור טבל ולכן ליכא מצווה אף שיש חלות שחל על ידי ההפרשה.

ונראה ששיטת הרשב"ם בב"ב [קכ"ג: ד"ה ודאשתחית] היא שיש חלות שחל על ידי ההפרשה גם בזרוע ולחיים, שיש לדקדק כן בדבריו שכתב שם - "קודם שהופרשו מן הבהמה" ואח"כ כתב "כשהם עדיין בתוך הבהמה", ומשמע ששייך בהם מעשה הפרשה, וקשה דאיזה נפ"מ איכא במתנות הללו אם הם עדיין מחוברים לבהמה או לא, ועיין בריטב"א [שם] שכבר הביא מי שפירש כן, ותמה דאין בזה סברא, ועיין בקובש"ע דפשיטא ליה דלא שייך קריאת שם, ובכתבי זרעא קיימא ריש תרומות ביארנו שבהפרשה זו חיילא הדין ממון כהן - עכ"פ אף שמקומם ברור אכתי איכא הפרשה מציאותית - וכש"כ הכא בראשית הגז שייך הפרשה להנך שיטות].

130 ז"ל השגות הרמב"ן לספר המצוות [שורש י"ב]: "כי הדברים הטובלים הם שתי מצות בודאי והמשל בזה החלה שכן כל העיסה אסורה לנו עד שנפריש אותה ונצטוינו בה מצוה נפרדת וכו', צוה אותנו ית' בנתינתו לכהן, וכן נצטוינו בנתינת התרומה ונצטוינו תחלה בהרמתה מן המצוה הבאה בחלה וכו'", הרי דבטבל ההפרשה והנתינה תרתי נינהו, ובהמשך דבריו כתב, "אבל הדברים שאינם טובלים כגון ראשית הגז והמתנות הזרוע והלחיים והקיבה לא נמנה אלא נתינתן והוא גם כן פשטיה דקרא שלא נצטוינו בהן בהרמתן אבל אמר ונתן לכהן הזרוע והלחיים והקיבה וכו' ואינו מברך בהפרשתן כלל, אבל במתנות כהונה שבמקדש כגון חלקם מן הקרבנות לא נמנה נתינתן מצוה לפי שלא בא בהן כתוב מצוה אותנו בה אבל הן חלק השם שלקח מן הקרבנות כמו שצוה באימורים לאישים כן צוה במתנות לכהנים וכו'".

## סימן כ"ג

## חילוקים בין יאוש לשינוי,

ושיטת התוס' בגדר איסורא אתא לידיה, וגדר הדין חיוב דמים באבידה.

ביאור החילוק בין יאוש לשינוי, דיאוש צריך דעת הגזול לקנות. / / כמה דרכים בביאור שי' התוס' להלן [ס"ט] דאי"צ מעשה קנין לקנות ביאוש, וקשה דמ"ש דבעי דעת ולא בעי מעשה. / / שי' התוס' באיסורא אתא לידיה, דמצד חיוב השבה אתינן עלה, וספיקת הגמרא הכא הוא ספק נמי באבידה. / / תמיהא רבתי דהאיך החובת השבה מעכבו לקנות. / / דרכו של הקצוה"ח בחידוש התוס' דגזילה ואבידה קונה חפץ וחייב דמים, שיש חילוק בין גוף לדמים בבעלות החפץ. / / חידושי דינים שיתחדשו לדרכו של הקצוה"ח, ומתמה בעיקר דבריו, דמה שורש פשרה זו. / / דרכו של הגר"ח מטעלו בהנ"ל, ומבאר דגם באבידה איכא חיוב דמים כשהחפץ בעין, [ודלא כהקצוה"ח שיש שיעור בקנינו], והחיוב דמים בחפץ בעין באבידה דומה לחיוב בגזול, ודווקא בחפץ לא בעין איכא חיוב אונסין בגזול, ומוכיח כן מהרמב"ם. / / דרכם של התוס' ר"פ והרשב"א בהנ"ל – מצד אחד חיוב תשלומין ומצד שני שיעור בקנינו. / / מבאר שיש ב' סוגים שונים של שיעור, לפי הקצוה"ח ולפי התוס' ר"פ.

## ביאור החילוק בין יאוש לשינוי, דיאוש צריך דעת הגזול לקנות.

מצאנו ד' חילוקים בין שינוי ליאוש – וכדלהלן:

א] להלן [ס"ו:] מבואר דצריך דעת לקנות ביאוש, ובשינוי אין גמ' על זה, והתרומת הכרי הוכיח שא"צ דעת בשינוי, וצ"ב דמה החילוק.

והביאור לכאן פשוט, דבשינוי הילפותא הוא מוהשיב, וילפינן דפקע הוהשיב ושוב קונה ממילא ע"י הקניני גזילה שיש לו, עכ"פ מבואר דהקנין הוא מפרשת גזילה עצמו, לעומת יאוש שהקנין הוא מפרשת אבידה, וילפינן מאבידה, דכמו דבאבידה רק נתחדש ביאוש "היתר זכייה" ותו לא, ושוב צריך לזכות בעצמו בקנינים ובדעת, כמו"כ ביאוש בגזילה הוא כן, ופשוט א"כ למה צריך דעתו, וע' בתרומת הכרי [סי' רס"ב ד"ה והנראה לי בזה] שמבאר כעין זה.

ב] יסוד זה מבואר נמי בחידושי הגר"ח על הרמב"ם [גו"א ט' - א'] דביאר בראב"ד דסובר דאף דשינוי לא קונה בעבדים דאינם נגזלים, אבל קני ביאוש, וביאר שם, דכיון דנתמעטו מגזילה ושינוי הוא מקניני גזילה, שוב נתמעטו ממילא מקנין שינוי, אבל יאוש הוא קנין באבידה, ורק דילפינן לגזילה דגזילה לא גרע מאבידה, וז"ל "ורק דאמרינן דגזילה היא ג"כ כאבידה לחשבה אינה ברשות בעלים שיהא נוהג בה דין יאוש", ואם רק נעשה בו מעשה גזילה, אף שאין בעבדים דיני גזילה אכתי שייך בו יאוש, ופשוט.

ג] חילוק כעין זה מצאנו בברכ"ש [ריש סי' ל"ה] שהביא מהרשב"א בגיטין [נ"ה] שבקונה ביאוש לא קנה גיזות בין היאוש לגזילה, והקשה מכאן על הרא"ש דבשינוי קונה גיזות למפרע, וביאר, דשינוי מהני מקניני גזילה ולכן קונה גם למפרע, וכדביאר העונג יו"ט [סי' כ"ט], ודלא כיאוש שהוא מקניני אבידה, ולכן רק מהני מאז שיזכה בו.

ופשוט נמי שהחילוק לענין "דעת" בין שינוי ליאוש בנוי על חילוק הנ"ל, ומה שהבאנו לעיל בסוגי' דשינוי מהאחרונים שסוברים שגם שינוי צריך דעת, היינו משום שלמדו ששינוי עצמו הוא מעשה קנין, ודו"ק.

ד] לפי"ז, לכאן פשיטא דה"ה נמי דבעינן נמי מעשה קנין ביאוש, וכ"ה בהדי' בתוס' להלן [ס"ט. בד"ה כל שלקטן], דבצד א' בתוס' נקטו דבעינן שיהיה בחצירו כדי לקנותו ביאוש, והיינו כנ"ל.

**כמה דרכים בביאור שי' התוס' להלן [ס"ט] דאי"צ מעשה קנין לקנות ביאוש, וקשה דמ"ש דבעי דעת ולא בעי מעשה.**

איברא, דבתוס' שם יש צד דא"צ קנין, ומהני כשאנו בחצירו, וזה תמוה בתרתי, א] אי ילפינן מיאוש דאבידה, הרי כמו דהתם בעינן קנין ודעת, כמו"כ הכא ניבעי, ב] אם א"צ מעשה קנין שוב ק' למה צריך דעתו בכלל, וצ"ע.

ויש בזה כמה דרכים באחרונים וכדלהלן:

א] יש שרצו לומר <sup>131</sup> דבאמת להך צד בתוס' ילפינן מאבידה דכמו דפקע החיוב השבה באבידה ע"י היאוש, [וכוונתם כנראה לחובת השבה לפני שנטלו, ומתירו לזכות בו לעצמו], ה"ה דילפינן כן בגזילה, רק דבגזילה הוא ממילא קונה ע"י הקניני גזילה, ומיושב קושי' א', אמנם קושי' ב' אכתי ק' דלמה בעינן דעת אי קני ממילא.

ב] ע' קובש"ע [אות כ"ה] שכתב באופן אחר דמה "שיכול" להפקיע "והשיב" ע"י זכייתו בחפץ זה כבר מפקיע "והשיב", אבל כיון דזכייתו בסוף צריך דעת ה"ה דכבר בעי השתא דעת, ולא הבנתי הסברא בזה.

ג] ע"ע בברכ"ש [ריש סי' ל"ו] שמרומז מהלך אחר דהמעשה קנין עצמו שעשה מתחילת הגזילה אכתי קיימא, ועל ידו יוכל כעת לקנות החפץ לגמרי בהדי דעתו, וזה חידוש גדול, ואולי אפ"ל באופ"א דכל היכא דיש למישהו סיבה בחפץ לקנותו, ורק דמעכבא ליה והשיב, בכה"ג יוכל לקנות בדעת בלי מעשה קנין, וגם זה חידוש.

ד] עיין בחי' ר' שמואל [סי' כ"ג ס"ק ה'] באופ"א, דכל חפץ שמתחייב לשלם עליו, זה כבר סיבה לקנותו, והביא כן ממעילה דלכן יצא מרשות הקדש, ועפ"י רש"י בב"מ [נ"ז:], רק דאין היתר זכייה לפני יאוש, עכתו"ד, ואכתי ק' דסו"ס למה בעינן דעתו.

ה] עיין בחידושי הגרש"ק [סי' ל"ח סוס"ק ו'] שחידש חידושי גדול ליישב קושי' זו שבאמת אין הלכה של דעת קנין, אלא דבלי דעת לא יחול היאוש, עיי"ש דברים עמוקים, שביאר שם שיאוש היינו שהחפץ אבוד ממנו ומצויה אצל כל אדם.

ועד כמה שלא מצויה אצל כל אדם שאינם רוצים לקנותו, וכגון בחמץ שעבר עליו הפסח, בכל כה"ג לא מיקרי מצוי אצל כל אדם להחשב כיאוש, וזו כוונת הגמרא שאינם רוצים לקנות.

לדבריו יתחדש תרתי, א] גם אי ירצה לקנות חמץ שעבר עליו הפסח לא יקנה שחסר ביאוש, ב] בגזילה רגילה - גם אי לא ירצה לקנות את הגזילה, אכתי יקנה,

131 חי' ר' ראובן [סוכה סי' ה' בהגה"ה], וכן בחו"ש מרן הגרב"ד [סי' י"ט], וכעין זה באמרי משה [סי' ל"ב ס"ק מ"ה].

שאין דין דעת קנין כלל וכלל, וכל זה חידוש גדול בפשט, דכפשוטו איכא דין דעת קנין.

סוף דבר, שיטת התוס' דסובר דא"צ מעשה קנין ביאוש אכתי ק', דאף אם נבאר איך ילפינן מאבידה, אבל יהיה ק' לפי"ז דלמה צריך דעת, וצ"ע.

**שי' התוס' באיסורא אתא לידיה, דמצד חיוב השבה אתינן עלה, וספיקת הגמרא הכא הוא ספק נמי באבידה.**

מבואר בגמרא דלא קני את הגזילה כיון דבאיסורא אתי' ליד'.<sup>1</sup>

והנה - בתוס' [ד"ה הכא נמי] הביא את הסוגי' בב"מ דיאוש באבידה לאחר שנטלה חשיבא באיסורא אתיא לידיה ולא קנה, והק' דמהו הצד דגזילה מהני.

למדנו מהתוס' דהך באיסורא אתא לידיה וההיא דב"מ חדא נינהו, ומבואר לפי"ז דבאיסורא אין הכוונה "דקעבר על איסור" רק הכוונה שיש כבר חובת השבה, וכ"ה לשון התוס' "דכבר נתחייב בהשבה", אכן עיקר הסברא בזה למה ההשבה מעכבו לקנות או מעכב את היאוש – כל זה יבואר להלן [סימן כ"ו].

לפי"ז למדנו שלפי שני הצדדים אמרינן דבאיסורא אתיא לידיה, אלא שיש ספק אם זה מעכבו מלקנות את גוף החפץ ואת דמיו או רק מעכבו לקנות את דמיו, וצריך עדיין לשלם, והך ספק דסוגיין הוא ספק גם באבידה.

וכעין זה מבואר נמי בריטב"א [החדשים] בב"מ [כ"א: ד"ה אביי אמר - בסוף], וכן מוכרח מהנתה"מ סי' שע"א [בא"ד - ומשו"ה מהני יאוש בקרקע וכו'] דהוכיח דאף אי יאוש לא קנה, הא בקרקע ועבדים תמיד קנה, דהצד דלא קנה הוא מחמת החובת השבה, [וזהו באיסורא קאתי לידיה] ובקרקע ועבדים ליכא חובת השבה, [וקרקע משכחת לה בנשתקע שם הבעלים, וכגון א' שמכר לד' ונעלם השביל], עכ"פ מבואר דתלוי בהשבה.

וכן הביא בפרי יצחק [ח"ב סי' ס"ד] מהשלטי גיבורים באלו מציאות דהך ספק בגזילה הוא ספק נמי באבידה, וע' ברעק"א בסוגיין שמבאר באמת למה לא הסתפקו באבידה עצמה, עייש"ה.

והנה, שי' הרמב"ם [גו"א פ"א] והר"ן [שטמ"ק בב"מ ל']. דגם לפני שנטלה איכא השב תשיבם אם הבעלים עוד לא נתייאש, וזה דלא כהרמב"ן וריטב"א שם בשטמ"ק דרק לאחר שנטלה איכא השב תשיבם, ולפי"ז קשה, דאם מצא לפני יאוש ונטלה לאחר יאוש, הרי לא יקנה באבידה, דאיכא השב תשיבם.

וחילקו האחרונים - ברכ"ש [ב"מ סי' ט"ז ב'] בשם הגר"ח ואמרי משה [סימן ל"ז - ח'] דהשב תשיבם לפני הגבהה הוא מצוה בעלמא, וזה לא מעכב לקנינו ביאוש, ורק לאחר הגבהה חיילא בהשבה דין ממון, ואז שפיר מעכבת ליאוש.

ובעצם הך חילוק בדין השב תשיבם, בין לפני לאחר, ע' בזה בחידושי הגר"ש רוזנבסקי זצ"ל ב"מ [סי' ל"א] שהוכיח כן.

**תמיהא רבתי דהאיך החובת השבה מעכבו לקנות.**

בעיקר שיטת התוס' דחיילא יאוש אלא שלא קונה מחמת החובת השבה – יש לעיין בזה טובא – דהנה, זה פשוט שאחרי שיצא מרשותו ואינו שלו דשוב לא שייך בו חיוב השבה, שהרי אינו שלו, וכ"ה בנתה"מ [סימן רס"ב ס"ק ג'], וכש"כ

אי מקנה הנגזל לגזלן ששוב לא שייך בזה השבה, שכל החיוב השבה הוא להשיב לו את שלו.

ומעתה קשה דא"כ איך החיוב השבה מעכבו מלזכות אחרי שכבר חל היאוש, הא אם ע"י קנינו יפקע החובת השבה, א"כ האיך חובת השבה מעכבו לקנות, והיינו דבשלמא אי קנינו ביאוש היה בא מכח הקניני גזילה, א"כ שפיר היה מובן למה אינו קונה, שהרי עד כמה שהוא שיש סיבה שיזכה בה מכח הגזילה איכא נמי סיבה הפוכה שהגזילה עצמה מחייבת שלא יזכה בה, ע"י החובת השבה – דאיך יזכה אם הך גזילה עצמה מחייבת להשיבה, אכן כיון שנתבאר לעיל בארוכה שהקנין של יאוש בגזילה אינו מחמת הגזילה אלא מחמת האבידה שיש בגזילה, והגזילה אינה אלא היכי תימצא לזה, א"כ למה לא יקנה את הגזילה, והאיך הוא מעוכב ע"י החובת השבה, הא אדרבה, החובת השבה מוגבלת מתחילתה לבעלותה של הנגזל, וכיון שאחרי שיחול הקנין ממילא יפקע בעלותו, א"כ מה מעכבו מלקנות, הא כמו שפשוט שאם הנגזל יקנה לו דממילא יפקע החובת השבה א"כ ה"ה בקונה ע"י יאוש נימא כן, וצ"ע – וכל זה יבואר להלן [סימן כ"ו] ושם יבואר עיקר הך דינא דבאיסורא אתי' ליד'.<sup>1</sup>

**דרכו של הקצוה"ח בחידוש התוס' דבגזילה ואבידה קונה חפץ וחייב דמים, שיש חילוק בין גוף לדמים בבעלות החפץ.**

יעיין בקצוה"ח [ס' שנ"ג ס"ק ב'] שהוכיח דאף דבגזילה איכא חיוב השבת גוף החפץ וגם חיוב דמים, אבל באבידה ליכא חיוב דמים, ורק חייב בהשבת גוף החפץ, וראיה לזה מדפליגי רבה ורב יוסף אי שומר אבידה כש"ח או כש"ש, ומוכרח עכ"פ דלכו"ע פטור באונסין וליכא חיוב דמים.

ולפי"ז תמה דאיך אמרו בתוס' שיש חיוב דמים באבידה כשקונה ביאוש, הא ליכא חיוב דמים כלל.

וחידש הקצוה"ח דאין כוונת התוס' לחיוב דמים, אלא דכוונתו דכל חפץ מתחלק לגופו ולדמיו, ושייך שא' יהיה בעלים בגופו וחבירו יהיה בעלים בדמיו, והקנין שיש בו ע"י יאוש הוא רק בגופו ולא בדמיו, דיש שיור בקנינו, דרק קנה ביאוש לענין גופו ולא לענין דמיו, וכוונת התוס' שמשלם לו דמיו שבחפץ, ואין כוונתו לחיוב דמים נפרד.

ובעיקר הך יסוד דמתחלקין חפץ ודמיו לשני בעלויות, עיין בקוב"ש פסחים [אות י"ח] שלמד כעין זה בכמה הלכות אחרות, שהבין כן בדין מע"ש ממון גבוה דמיקרי לכם [למ"ד דא"צ דין ממון] ושייך בו ירושה, ומצד שני א"י לקדש בו אישה דממון גבוה הוא, והיינו כנ"ל שגופו שייך לו ודמיו שייכי לגבוה, וכן מד נמי בגדר הדין שאיסוה"נ אינם ממון, והיינו נמי כנ"ל שיש בעלות גמורה בחפץ ולא בדמיו, וזהו נמי סברת ר"ש דדבר הגורם לממון כממונו אבל כ"ז לענין דמיו ולא לענין גופו, כל זה מבואר שם.

**חידושי דינים שיתחדשו לדרכו של הקצוה"ח, ומתמה בעיקר דבריו, דמה שורש פשרה זו.**

עכ"פ – בעיקר החידוש של הקצוה"ח היה נראה שיתחדש נפ"מ לדינא בין הדין תשלומי ממון לאחר יאוש בין גזילה לאבידה, שהרי בגזילה יש דין נוסף, והוא דין

השבה בדמים מדין מ"ל הן מ"ל דמיהן, וזה כהשבת החפץ עצמו, וזה חוץ מהך שיור בקנינו לענין הדמים שיש גם באבידה, ובאבידה איכא דין אחד בלבד והיינו הדין שיור בקנינו, והנפ"מ בניהם בהזלה, דבאבידה ישלם כדהשתא, דרק משלם לו את דמיו שיש לו עכשיו בחפץ שהרי הוא כשותף על הדמים שיש בחפץ היום וזה כפי הזולא של השתא, אכן בגזילה הוא צריך לשלם כדמעיקרא מדין קרן כעין שגנב, דחייב מדין מ"ל הן מ"ל דמיהן להחזיר את החפץ של שעת הגזילה.

ויתחדש חידוש נוסף לפי דרכו של הקצוה"ח בהוקרה, והיינו דאף דבגזילה שאינו בעין הדין הוא דמשלם כדמעיקרא, וזה הדין של איתבר ממילא לעיל [ס"ה], אבל בגזילה בעין שקנה ביאוש ישלם כדהשתא, דדמיו שיש בו עכשיו שייכי לגזלן.

ושאלוני תלמיד אחד שאם כל הגזלנים בשעת הגזילה הוא סברא וכמבואר ברא"ש, [ודלא כרש"י], א"כ גם באבידה נימא כדמעיקרא [בהזלה], אכן זו טעות מתרי טעמי - א] הסברא היא סברא דווקא בחובת "תשלומין" דאז שיימין לחפץ כשעת הגזילה, והכא באבידה אינו דין "תשלומין" כלל, ולא שייך בזה נידון איך לשומו, ב] חיוב השבת אבידה מתחדשת כל רגע ורגע [וכן יבואר להלן ברמב"ן] ולא שייך כל הך מושג דמשלמין כשעת הגזילה.

אולם עיקר דברי הקצוה"ח תמוהין, דמהיכי תיתי דיתחלק קנינו בין חפץ לדמיו ע"י החיוב השבה, דלמה יקנה לחצאין, וצ"ע, והיינו דאם החיוב השבה לא מעכבו מלקנות גופו, למה שיעכבנו מלקנות דמיו, ואיזה פשרה היא.

וראיתי בספר מידה טובה [י"ז - ד'] שהסברא בזה היא כך, דכו"ע מודי לסברת באיסורא אתי לידיה וזה מעכבו מלקנות לגמרי, אכן למ"ד דקני ס"ל דמה שנשאר והשיב לגבי הדמים מדין מ"ל הן מ"ל דמיהן, זה סגי עכ"פ ולא מיקרי שביטל חיוב השבה.

ולפי"ז כתב דחיוב דמים דוהשיב שנשאר מעכבו מלקנות דמי החפץ, ואת גוף החפץ הוא קונה וקנין זה כבר מבטל את הוהשיב שבגוף החפץ.

אולם לא נראה כן כלל וכלל מכמה טעמים:

א] אין שייכות בין דמים דוהשיב לדמי החפץ, דדמים דוהשיב חשיב השבה על כל החפץ מדין מ"ל הן מ"ל דמיהן, כולל גוף החפץ, ולמה זה יעכב את קנינו דווקא בדמי החפץ אי לא שייכי זל"ז.

ב] ממ"נ קשה, דמי אלים טפי, קנינו בחפץ או החיוב השבה, ואי נימא דקנינו בחפץ אלים טפי מחיוב השבה, א"כ יקנה לגמרי ואי השבה אלימא טפי לא יקנה כלל, ולמה קנה לחצאין - אטו פשרה עבדינן בין קנינא דיאוש לחיוב השבה כפשרה בין ב' בעלי דינים ומכריעים שזה נוטל דמים וזה נוטל גוף.

ג] באבידה ליכא חיוב דמים כלל - וכמפורש בקצוה"ח שם - וא"כ למה התם מתחלקים הדינים הדמים והגוף, וצ"ע.

דרכו של הגר"ח מטעלו בהנ"ל, ומבאר דגם באבידה איכא חיוב דמים כשהחפץ בעין, [ודלא כהקצוה"ח שיש שיור בקנינו], והחיוב דמים בחפץ בעין באבידה דומה לחיוב בגזלן, ודווקא בחפץ לא בעין איכא חיוב אונסין בגזלן, ומוכיח כן מהרמב"ם.

ונראה דע"כ צריכים לחלוק על עיקר יסודו של הקצוה"ח דנקט דליכא חיוב דמים באבידה, ולעולם י"ל שיש חיוב דמים באבידה כמו בגזילה מדין מ"ל הן מ"ל דמיהן, ומה שהוכיח הקצוה"ח דליכא דין תשלומין דא"כ היה חייב באונס או דעכ"פ היה חייב בפשיעה גם בלי דין שומר, הוכחה זו יש לדחות.

ועיין בזה בחידושי הגר"ח מטעלו [ב"מ] שביאר את הענין באופן זה, דהנה, בסוגי' בסנהדרין [ע"ב] מבואר דגזילה שנאנס חייב בדין אונסים "מידי דהוי אשואל", וצ"ב, דתיפוק ליה מחיוב דמים דגזלן.

וביאר בזה הגר"ח מטעלו, דחיוב דמים דגזלן הוא רק בחפץ בעין, וכגון בקונה בשינוי, אבל באינו בעין באמת פטור, ולכן בזה צריכים לבא לחיוב נוסף של אונסים דילפינן משואל, ונמצא דרק בשינוי שהחפץ הוא בעין וכן ביאוש למ"ד דקני הוא דאיכא חיוב דמים.

והוסיף הגר"ח, דהך דין בחיוב אונסים דילפינן משואל ליתא באבידה, הילכך פטור באונסים ורק חייב בפשיעה או גו"א מדין ש"ח וש"ש, אבל כשהחפץ הוא בעין, התם גם באבידה יש חיוב דמים, וזהו דמים דחייב הכא בקני ביאוש, עכתו"ד.

ובעיקר מה דנקט דיש חיוב תשלומין באבידה, כן מפורש בתוס' רא"ש ב"מ [כ"ו]: דלאחר דקני החפץ ביאוש, אכתי קיים עשה דהשב תשיבם בהחזרת הדמים.

והנה, עיקר חילוקו של הגר"ח מטעלו, מפורש ברמב"ם, שהרמב"ם כתב שבשינוי קונה וחייב דמים, ובהך דמים מקיים מ"ע דוהשיב, עיין בזה ברמב"ם ספר המצוות [מ"ע קצ"ד], אבל בשרף את הגזילה כתב הרמב"ם מפורש שחייב דמים [ריש הל' גו"א] וכתב שהוא לאו הניתן לתשלומין וכבר אינו ניתק לעשה, ומפורש דרק בחפץ בעין יש תשלומין מדין והשיב, לא כן באינו בעין, ומבואר כהגר"ח מטעלו, ודו"ק, ועיין בהערה <sup>132</sup> מה שהבאנו בזה עוד.

אולם עיקר הדבר צ"ב, דאי יש חיוב דמים מדין והשיב, א"כ למה תלוי דוקא בחפץ בעין, הא ממילא החיוב לא מתקיים בחפץ שגזל רק בדמים, ומ"ל חפץ בעין או לא, ועיין מה שנתבאר בזה בהערה <sup>133</sup>.

<sup>132</sup> והנה, בעיקר הקושי' מסוגי' דסנהדרין, דל"ל חיובא מדין שואל, הבאנו לעיל מהגר"נ פרצוביץ שמבאר דודאי החיוב בגזלן הוא תמיד "חיוב דמים", ורק ילפינן משואל דבמקום אונסין לא נפטרנו, אבל סו"ס דין חיוב דמים דגזלן הוא, ע"כ, עיין בזה בחידושי הגר"נ פרצוביץ זצ"ל [ס"ב - ס"ק י"ג].

וכפשוטו היה נראה מהרמב"ם דלא כדבריו, א] הגר"נ פ' למד שרק באונס צריכים לבא לילפותא משואל והרמב"ם מיירי בשרף, ב] לפי הגר"נ פ' תמיד החיוב דמים הוא חיוב אחד, ובשניהם מתקיימים מ"ע דהשבה, ורק דבאונס צריך ילפותא משואל, והדין דמים במקומו עומדת.

<sup>133</sup> והנראה בזה דאיכא סברא שהתורה יקנה לגזלן חפץ דנגזל לבטל דין והשיב, ומה"ט חידשה התורה עוד דין והשיב מדין מ"ל הן מ"ל דמיהן באופן שיקנה החפץ כדי שלא יתבטל בקנינו דין

**דרכם של התוס' ר"פ והרשב"א בהנ"ל – מצד אחד חיוב תשלומין ומצד שני שיור בקנינו.**

אולם עיין היטב בתוס' ר"פ וברשב"א כאן דמצד א' מבואר בדבריהם שיש שיור בקניני יאוש, שאינו קונה קנין גמור כיון דחייב דמים, ומשמע כהקצוה"ח שאינו קונה החפץ לענין דמיו, ומצד שני משמע שהחיוב דמים שייך לחיוב תשלומין בגנב מתחילת הגזילה.

והנראה בזה, דמי שגנב חפץ והפקירו הבעלים [לצנועין דמהני הפקר], פשיטא שפטור מלהחזיר את החפץ דאין השבה רק בחפץ הנגזל.

אולם נראה שכלפי הדין תשלומין תלוי, דאי דין תשלומין הוא גם דחשיב כהחזרת הבעין מדין "מ"ל הן מ"ל דמיהן", א"כ בהפקירו יהיה פטורש הריה בעין הוא כבר שלו והבעלים הפקירו, אכן אם התשלומין הוא תשלומין מדין "תשלומי מזיק שבגניבה", אז באמת חייב, דסו"ס מה שבשעתו עשה לו היזק דגניבה מחייבו, ומה אכפת לן מה שהפקיר אח"כ.

ונראה דה"ה ביאוש, דעל הצד דיאוש חיילא, הרי"ז כנתן רשות שיקנו החפץ, ומה שייך לחייבו להחזירו לבעלים אחרי שנתן כבר רשות שיקנו ממנו.

---

והשיב, אולם באופן שהחפץ אינו בעין, אף שהוא עצמו שרפו וביטלו, הרי ממילא ליכא והשיב, ולמה שיחדש התורה עוד חיוב והשיב בדמים.

ונראה שהמקור לרמב"ם הוא בסוגי' דשינוי קונה, שכתוב שם "דאם לאו כעין שגזל, דמים בעי לשלומי" ולמה לא כתוב שלא יחזיר החפץ, דמה שמשלם דמים הוא דין נוסף וזה תוצאה בעלמא ממה דקנה בשינוי, וע"כ שאינו כן, אלא אדרבה, זהו כל הסברא שנוכל לפוטרו מוהשיב דחפץ הואיל ועכ"פ נתחייב בוהשיב דמים, וזה דין א', והדין השני הוא דין תשלומין בחפץ שאינו בעין, ובזה איכא סוגי' אחרת, וזהו סוגי' דסנהדרין [ע"ד].

ונראה להוסיף שזהו ההמשך בין שתי הסוגיות, דאחרי שבשינוי מצאנו שיכול הגזלן לקנות כיון דעכ"פ חיילא דין השבה לענין הדמים, שוב מסתפקת הגמ' האם בסברא זו אפשר ללמוד נמי מאבידה שיקנה ביאוש, דסו"ס אינו מבטל את הוהשיב, דנתקיים בדמים כמו בשינוי, או דלא ילפינן, דא"י לבטל את הוהשיב בכלל, ורק בשינוי דנתחדש בהדי' יכול לבטלו.

ועל הך צד בגמ' שאפשר ללמוד משינוי, הכוונה היא דזה גילוי מילתא דבכל מקום שקונה ומבטל חיוב השבתה, שעכ"פ בתוך החיוב השבה מונח חיוב דמים לקיים ההשבה כדי שקנינו בחפץ לא יבטל את הוהשיב, וכמו דשינוי הוא כן כמו"כ ביאוש הוא כן, וכמו"כ ביאוש דאבידה שיש השב תשיבם, דגם התם מונח בתוך ההשבה דין תשלומין לקיים על ידו חיוב ההשבה כדי שלא יתבטל לגמרי, וזהו הביאור בתוס'.

אולם לכא' ק' טובא, דתוס' במכות [ט"ז] כתב מפורש שיש חיוב דמים מדין והשיב גם בשרף הגזילה, וע' רא"ש ב"מ [כ"ו] שגם בנשרף יש דין והשיב וכל זה דלא כהרמב"ם, וממילא הדרא קושי' לדוכתא דאם יש דמים מדין והשיב גם כשהחפץ אינו בעין א"כ למה באבידה ליכא חיוב כזה.

ונראה פשוט, דלכא' דעת התוס' ק', דלמה לן ילפוטא משואל בסוגי' דסנהדרין, תיפוק ליה דמדין והשיב צריך לשלם, [והיה אפ"ל כהגר"נ פרצוביץ זצ"ל שאונס הוא פטור], ונראה דגם התוס' מודי למה שנתבאר דלעיל, וכל פלוגתת הרמב"ם והתוס' היא אי אחרי ילפוטא דשואל, יש כבר גילוי שהוהשיב שייך גם בנאנס, וזהו שי' התוס', או שהוא דין בפנ"ע, וזהו שי' הרמב"ם.

ולפי"ז באבידה דליכא ילפוטא משואל, שוב יהיה פטור בחפץ לא בעין. [אולם לכא' יש להוכיח כהתוס' נגד הרמב"ם, דאי מדין שואל וכהרמב"ם, יתחייב כדהשתא, והרי דין גנב באיתבר ממילא דחייב מעיקרא, ומוכרח כהתוס', אולם, לנתבאר ברמב"ן בהמפקיד שם יש ליישב].

ולפי"ז, אי נימא דביאוש באבידה אכתי חייב בתשלומי דמי החפץ מדין "מ"ל הן מ"ל דמיהן", ע"כ שיש כאן "שיור ביאוש", דלענין זה שיתחייב עכ"פ בהשבת החפץ מדין מ"ל הן מ"ל דמיהן לא חיילא היאוש כלל, ושפיר כ' הר"פ דמצד א' חייב מדין חיוב תשלומין משעת הגזילה, ומצד שני כ' דבעינן לזה שיור בקנינו.

ובאמת דאזיל לשיטתו דמדויק בדבריו דמדין "מ"ל הן מ"ל דמיהן" הוא, עייש"ה.

**מבאר שיש ב' סוגים שונים של שיור, לפי הקצוה"ח ולפי התוס' ר"פ.**

איברא, דהך "שיור" חלוק לגמרי מה"שיור" של הקצוה"ח, דלפי הקצוה"ח הוא קנה את החלק של הגוף ואת החלק של הדמים הוא לא קנה כלל, הרי שהשיור הוא עד כמה מהגזילה נקנה לו, אכן לפי התוס' ר"פ הוא באמת קנה את כולו - גם גופו וגם דמיו - לענין זה שהחפץ יהיה שלו, אבל מאידך גיסא הוא לא קנה כלום - לא גופו ולא דמיו - לענין החיוב דמים, ושיור זה הוא כעין השיור של קידושין וגירושין "חוץ" מפלוני, שכלפי העולם יש כאן גירושין וקידושין גמורין, אבל כלפי הפלוני אין כאן כלום, ודו"ק.

וע"ע להלן בדברינו ברמב"ן [סימן כ"ה] דהוכחנו כנ"ל.

## סימן כ"ד

בסוגי' דיאוש לאו כהפקר<sup>134</sup>.

בפלוגתת רש"י ותוס' ביאוש כהפקר, וישוב בשי' רש"י [מהוכחת התוס' מסוגיין]. / / דרכם של האחרונים - פנ"י מחנ"א וקצוה"ח - בהנ"ל. / / ראיות מסוגי' דגזל חמץ ועבר עליו הפסח, דיאוש לאו כהפקר.

### בפלוגתת רש"י ותוס' ביאוש כהפקר, וישוב בשי' רש"י [מהוכחת התוס' מסוגיין].

בתוס' [ד"ה כיון דבאיסורא] כתב, דיאוש אינו כהפקר, והוכיח כן מסוגי' דידן וביאר הנתה"מ [סי' רס"ב ס"ק ג'] שהנידון הוא האם יצא מרשותו כבר כהפקר, או רק כשזוכה בו אז יצא מרשותו.

ותוס' הוכיחו כן מסוגיין, וכפשוטו ההוכחה היא דכיון שהיסוד באיסורא אתי לידיה הוא שהחיוב השבה מעכבו מלזכות, וזה פשוט שאחרי שיצא מרשותו ואינו שלו שוב לא שייך בו חיוב השבה, שהרי אינו שלו, וזה פשוט וברור, וכ"ה בנתה"מ [שם], א"כ איך החיוב השבה יעכבו מלזכות אם ע"כ כבר פקע ההשבה.

אמנם עיי"ש בנתה"מ עצמו שלא פי' את הוכחת התוס' כנ"ל, וכנראה שלמד דבאיסורא אתי לידיה, היינו כהקצוה"ח ברמב"ן דבא לידו ע"י איסור גזילה, וקשה שהרי הוא עצמו להלן - [סי' שע"א לענין קרקע] - פי' דבאיסורא אתי לידיה, דהיינו דהחובת השבה מעכבו, ועיי"ש שביאר את ההוכחה באופן אחר, [ובעצם ההוכחה צריכים לדון, עיי"ש"ה].

אולם רש"י חולק וסובר דיאוש כהפקר, וע' בזה במחנ"א [זכיה והפקר סי' ז'] ובקצוה"ח [שס"א - א'] שהביאו כן מרש"י בהשולח [גיטין ל"ט], ולדידיה הדרא קוש' התוס' לדוכתא.

וכפשוטו י"ל דנחלקו רש"י ותוס' בכחו של החיוב השבה, דתוס' למד דהיאוש חל הגם שיש חיוב השבה, והנידון בסוגי' הוא רק אם יכול לזכות בו אחרי דחיילא היאוש, וע"ז אמרינן דבאיסורא אתי לידיה וההשבה מעכבו, אבל רש"י למד דהיאוש מעיקרא לא חיילא במקום שיש חיוב השבה.

ותוס' אזלי לשיטתייהו [להלן ס"ט] דסובר דודאי דאחרים יכולים לזכות בו אף אי יאוש לא קני, ורק הוא מעוכב מלזכות בו ומוכרח דלדעתו היאוש חיילא, ורש"י יסבור דמעיקרא לא חיילא.

ולפי"ז א"ש, דאף דיאוש כהפקר, וכשהחפץ הוא הפקר שוב לא שייך עליו השבה, אבל לרש"י אין היאוש וההפקר חלין כלל כל עוד שיש השבה, וא"ש למה אינו זוכה בו, וכן ראיתי בשם הגר"נ פרצוביץ לבאר את פלוגתת רש"י ותוס'.

ובאמת די"ל דתלוי זה בזה, דאם יאוש הוא כהפקר, א"כ היאוש סותר להשבה [דאחרי שהוא הפקר לא שייך בו חיוב השבה], ושוב יכול ההשבה לעכב ליאוש מלחול, וזה שי' רש"י, ואם יאוש אינו כהפקר, א"כ אין סתירה בין חלות היאוש

<sup>134</sup> מהדורא קמא - קיץ תשס"א

לחיוב השבה ושפיר חיילא, וההשבה רק מעכבת אותו מלזכות ע"י הך יאוש, דלו יצוייר והיה יכול לזכות ע"י היאוש, זה כבר היה סתירה להשבה עצמו, דפשוט דלא שייך לתובעו להשיב חפץ שיכול לזכות בו.

אמנם לפי"ז תמוה ראיית התוס', דאיך הוכיחו שאינו כהפקר ממה דההשבה עדיין מעכבו לאחר היאוש, הא אדרבה, אם היה כהפקר שוב לא היה חלות היאוש חיילא כלל, ושפיר מעכבו מלזכות אם אין היאוש חל.

ומוכרח דתוס' נקטו בפשיטות שהיאוש חל, דפשיטא להו דאחרים יכולים לזכות, ומכאן הוכיחו דהיאוש אינו כהפקר, דאל"כ והיה כהפקר, ע"כ לא היה חל ולא היו אחרים יכולים לזכות.

ויש להוסיף בביאור שי' רש"י דיאוש לא חיילא בגזילה שיש בו חיוב השבה דהו"ל כיאוש ברשות [וע"ד הרמב"ן], דכיון דיש בגזילה דין ממון להחזירו, הרי"ז כברשותו, ודלא כאבידה דיש רק מצוה להחזירו, ודו"ק.

ובעיקר פלוגתת רש"י ותוס' אי מחמת החובת השבה לא חיילא היאוש או דשפיר חיילא ורק שהוא לא זוכה בה – עיין בזה להלן סימן כ"ו] מהלך חדש בכל הנידון הזה.

#### **דרכם של האחרונים - פנ"י מחנ"א וקצוה"ח - בהנ"ל.**

והאחרונים ביארו ברש"י באופ"א, דיעויין בפנ"י בגיטין [ל"ח. ד"ה רד"ה בחזקה] שהק' על התוס' דאיך קס"ד דמהני יאוש כהפקר בגזילה, הא גזילה אינו ברשותו ואין הפקר באינו ברשותו.

ובזה יישב את שי' רש"י, דרש"י סובר דיאוש כהפקר דוקא בעבדים דאינם נגזלים וחשיבי ברשותו, אבל במטלטלין דנגזלין ואינם ברשותו, הכא מודה רש"י דיש מהלך אחר ביאוש שאינו מדין הפקר, וזהו סוגי' דידן, וכן נ' מהחזו"א [זכיה מהפקר סי' ז'], וע"ע בפרי יצחק [ח"ב סי' ס"ד].

אולם, הדברים לא ברורים, דיעויין ברש"י ריש אלו מציאות דבאבדת מטלטלין כ' דיאוש כהפקר, וצ"ל דאבידה חשיב ברשותו ולכן לא מהני יאוש כהפקר, וזה דלא כהנתה"מ [סי' רנ"ט ס"ק א'] דנקט דאינו ברשותו, וע' אמרי משה [סי' ל"ד] דנסתפק בזה, וע' באבי עזרי [מכירה פרק כ"ב - ט'] דדייק מהרמב"ם דאבידה אינו ברשותו.

ונראה עוד דרש"י לשיטתו אזיל, שהרי אף דעבדים אינם נגזלים אבל סו"ס אינם תחת שליטתו, ולמה חשיבי ברשותו, ומוכרחין אנו לומר דרק בקניני גזילה אמרינן דחשיב אינו ברשותו, והיינו כפלוגתת הרז"ה ורמב"ן - עיין בזה בקובש"ע כתובות [ל"ד אות קכ"ב] ובחידושי הגרש"ש"ק [ב"ק סי' ל"ד] בהתחלה, ובאמרי משה [סי' ל"ד ס"ק ז'] - ולפי"ז פשוט דאבידה דאין בה קניני גזילה דחשיב ברשותו, דלא גרע מעבדים [וגם האמרי משה שם תלה דין אבידה בנידון הנ"ל, ופשוט], וא"ש רש"י ריש אלו מציאות דבאבדה יאוש כהפקר.

ולפי"ז יש לתמוה, דאיך ילפינן יאוש דגזילה מיאוש דאבידה, הא באבידה היאוש כהפקר ובגזילה אינו כהפקר, ותרתי נינהו ואיך ילפינן חדא מחברתא, וצ"ע, וע"ע בהערה <sup>135</sup>.

ובעיקר דברי האחרונים דלא מהני הפקר באינו ברשותו, הא תוס' ע"כ חולקים וסברי דמהני, וסברתם פשוט, דרק הקדש ומכירה והפקר שהוא פועל חלות, התם לא מהני באינו ברשותו, אבל הכא ביאוש כהפקר, הא ודאי שאינו פועל חלות, רק דחלות התורה הוא כשהוא מתיימש הימנו, [וכדמוכח מהא דמהני יאוש שלא מדעת [לרבא]], ובזה ליכא חיסרון של אינו ברשותו, ודברי הפנ"י ומחנ"א צ"ע.

וע' קצוה"ח [סי' שס"א ס"ק א'] שיישב שי' רש"י באופ"א, דבתוס' בעבודה זרה מבואר דקנין דמהני במתנה ובמציאה ולא מהני במקח לא מהני נמי בגזילה, והטעם בזה דבאיסורא אתי' לידיה דגזילה שוה למקח, [ולא הבנתי הסברא בזה], וכיון דלר' יוחנן משיכה מהני רק במציאה ומתנה ולא במקח, ה"ה דלא מהני בגזילה, וזהו כוונת הגמ' הכא, דביאוש לא קני היינו דמשיכה לא מהני מה"ת דבאיסורא אתי' לידיה, והיינו דתחילת זכייתו היה באיסור.

ודבריו תמוהין:

א] איך אמרו דלא קני ביאוש כלל, הא עכ"פ יקנה בחצר, וזה מוכרח שהרי תוס' שם בעבודה זרה קאי על חיוב אונסים בגזילה [לענין עכו"ם דאין לו משיכה], וע"כ דמשכחת לה לר"י חיוב אונסים בקנאו בחצר, וא"כ ה"ה לענין קנין ביאוש.

ב] הרי מצאנו דמשיכה מהני לחיוב אונסים, וע"כ דלר"י היינו מדרבנן, וא"כ ה"ה דמדרבנן יהי ביאוש ולמה לי תקנת השבים, הא ממילא מהני מדרבנן, ואיך קאמר רב יוסף דאפי' מדרבנן לא, וצע"ג.

#### ראיות מסוגי' דגזל חמץ ועבר עליו הפסח, דיאוש לאו כהפקר.

בגמ' מבואר דאי לא רצה לקנות לא קנה ע"י היאוש אף למ"ד דיאוש קנה ויכול לומר הרי שלך לפניך.

והק' הקצוה"ח [סי' ת"ו סוס"ק ב'] דאם נימא דיאוש כהפקר, שוב ק' דאף דאינו רוצה לקנות הא אכתי ק', דאיך יכול לומר הרש"ל, הא אין זה של הנגזל דיצא מרשותו, וצ"ע על שי' רש"י.

ויש להק' עוד, דאם יצא מרשותו ואין כאן והשיב, שוב יקנה ממילא כמו בשינוי, ולעיל ביארנו דהחילוק בין יאוש לשינוי, דשינוי א"צ דעת היינו משום דשינוי בטלה והשיב, לא כן ביאוש, אבל אם נאמר דביאוש ג"כ בטלה והשיב שוב יקנה ממילא וא"צ דעת.

<sup>135</sup> ועוד יש להעיר, הרי תוס' הוכיחו דליכא סברת באיסורא אתי' לידיה אם יאוש כהפקר ובאבידה שנטלה לפני יאוש איכא סברא זו [ומוכרח דיאוש לאו כהפקר], והרי רש"י סובר דבאבידה יאוש הוא כהפקר, וק' א"כ דלמה איכא סברא דבאיסורא אתי' לידיה. וע"כ צ"ל דרש"י ילמוד כהרמב"ן דבאיסורא אתי' לידיה באבידה, היינו שהוא שומר והו"ל יאוש ברשות, ושוב לא יהיה ק' קושי' התוס' מאבידה [ורק בגזילה יהיה ק', ובגזילה אמרנו דיאוש לאו כהפקר].

אולם קושי' זו לא ק' על רש"י, דלשיטתו אזיל דס"ל דשינוי ג"כ צריך דעתו [וכדהארכנו לעיל בסוגי' דשינוי], וסוגי' דגיטין [נ"ב] דמבואר דא"צ דעתו, היינו דשאני התם דזה שינוי דממילא, ובזה א"צ דעת, ודו"ק.

אמנם קושי' הקצוה"ח במקומו עומדת, וע' תרומת הכרי [סי' רס"ב בהגה"ה ס"ק א'] דנקט דרך כשהגזלן קונה א"י לומר הרש"ל אבל כשהפקירו אכתי יכול לומר הרש"ל, והסברא בזה צ"ע.

ועיי"ש עוד בתרומת הכרי שהק' דכי מטי זמן איסורא איך יכול לזכות, הא אין זכייה באיסוה"נ, ותל' דכבר מתייבש כמה רגעים קודם, ואז זוכה בו.

והק' דבגיטין [נ"ב] בענין שינוי א"א לומר שהשינוי הוא כמה רגעים קודם, ותל' באחיעזר [ח"ג סי' פ"ב ס"ק ב'] דבשינוי קונה ע"י הפקעת הוהשיב, וזה כבר זכייה דממילא, ומהני כמו דמהני בירושה, דרך בחלות ידיה אמרינן דאינו יכול לעשות באיסוה"נ - וזהו כהסברא דלעיל שדחינו דברי הפנ"י דלא שייך יאוש כהפקר באינו ברשותו, דהא אינו חלות ידיה, ואיסוה"נ נמי מדין אינו ברשותו אתינן עלה כמבואר בפסחים [ו':] - ורק יאוש שזה זכייה ידיה, התם אמרינן דא"י לזכות וצריך יאוש כמה רגעים קודם.

## סימן כ"ה

שי' הרמב"ן באיסורא אתא לידיה<sup>136</sup>.

מבאר דבאיסורא אתי' לידיה לפי הרמב"ן איכא תרי מהלכים, חדא בגזילה וחדא באבידה, ובדברי הברכ"ש לחלק בין והשיב בגזילה להשב תשיבם באבידה. / / ספק בין יאוש באבידה כלפי אחרים שלא נטלו את האבידה אי יכולים לזכות בה. / / דברי הרמב"ן בנוטל אבידה ע"מ לגזלה. / / בקושי' האחרונים על הרמב"ן דמ"ש גזילה למ"ד יאוש קני גזילה ואבידה למ"ד דיאוש לא קני - כלפי החיוב דמים.

**מבאר דבאיסורא אתי' לידיה לפי הרמב"ן איכא תרי מהלכים, חדא בגזילה וחדא באבידה, ובדברי הברכ"ש לחלק בין והשיב בגזילה להשב תשיבם באבידה.**

ע' רמב"ן במלחמות [ב"מ כ"ו] שהטעם דלא קנה אבידה כשנטלה לפני יאוש הוא משום שידו כיד בעלים שהוא שומר אבידה ויאוש ברשות לא מהני, ולפי"ז, הביאור בסוגי' דב"מ דבאיסורא אתא לידיה היינו דאיכא חיוב השבה ולכן נעשה שומר, ולפי"ז העירו הקצוה"ח [סימן שס"א - ב'] ורעק"א [ב"מ כ"א:] דמיושב קושי' התוס', דהק' התוס' דאיך קני ביאוש בגזילה אי לא קני באבידה שנטלה לפני יאוש, והתשובה, דבאבידה איכא טעמא אחרינא דנעשה שומר, משא"כ בגזילה, ועיין בהערה<sup>137</sup>.

אולם מעתה תמוהין דברי הרמב"ן לאידך גיסא, דמהו הצד בגמ' דיאוש לא קני בגזילה משום שבאיסורא אתי' לידיה, הרי ע"כ הביאור שהשבה מעכבת, וכתבאר לעיל בשי' התוס', ולמה ליכא באבידה טעם זה, ועיין בהערה<sup>138</sup>, ומוכרחין אנו לומר ד"באיסורא אתא לידיה" בסוגיין מתפרש רק לענין גזילה כמו ד"באיסורא אתי' לידיה" דהתם מתפרש רק לענין אבידה, ודלא כהתוס' דחדא נינהו, ונאמרו בזה כמה מהלכים באחרונים, ולא ירדתי לסוף דבריהם, ועיין בהערה<sup>139</sup>.

<sup>136</sup> מהדורא קמא - קיץ תשס"א

<sup>137</sup> ובגוף הדין דיאוש ברשות לא מהני, ע' קצוה"ח [רנ"ט - א'] שהקשה ממצא מעות בביהכ"ס דהרי"ז שלו וקס"ד שם דהטעם משום יאוש, וק' דחצר השותפין הוא כרשותו, ות' האמרי משה [ל"ז - י'] דבשומר שמחזיקו בשבילו אין זה "אבוד" כלל ודלא כביהכ"ס שזה עדיין "אבוד" הימנו, וכ"ה בנתה"מ [רנ"ט - א'] דגם בחצירו מיקרי אינו ברשותו אם זה "אבוד" דסו"ס אחרים יכולים לקחת, משא"כ ביד השומר.

<sup>138</sup> והיה אפ"ל דבאבידה באמת איכא תרי טעמי [להך צד בגמ' דבגזילה לא קני] אולם להלן יבואר דלשני הצדדים כאן, ע"כ הטעם באבידה הוא רק משום שנעשה שומר.

<sup>139</sup> וביאורו בזה הקצוה"ח [שם] והתרומת הכרי [רס"ב - ג'] דבאיסורא אתא לידו, היינו שהגיע לידו בעבירה, והיינו איסור גזילה, ודלא כאבידה שהגיע בהיתר, וסברתם צ"ב, דמה שייכא היתירא דיאוש להגעטו אליו באיסור, הא בשלמא אם היאוש והגזילה היו שייכים אהדדי היה מובן, אבל כבר נתבאר לעיל [ריש סימן כ"ג] דיאוש אינו מדיני גזילה, והגזילה היא רק היכי תימצא בעלמא שיהיה במצב של אבוד, ובזה שייך יאוש, ומ"ל מה דהך מצב נעשה ע"י איזשהו איסור, אטו חסר ב'שם אבוד' כיון שנעשה בעבירה, וכי נאמר שמי שנאבד ממנו אבידה בשבת, שנפל מידו ובזה נעשה הנחה ועבר בזה במלאכת הוצאה, אטו נימא שהמצב של 'אבוד' הוא בעבירה ואין כאן יאוש, וצ"ע.

וראיתי בברכ"ש [ב"מ ריש סי' ט"ז] דיצא לחדש דהרמב"ן חולק על התוס' ביסוד דינא דהשב תשיבם באבידה, דסברת התוס' דזה דין ממוני כמו בגזילה ורק קודם שנטלה זה מצוה בעלמא, ולכן בקודם שנטלה שפיר קונה באבידה, והרמב"ן סובר דכל הדין השב תשיבם באבידה הוא דין מצוה, ולכן רק החיוב השבה בגזילה מעכבת לזכייתו ביאוש, לא כן חיובא דהשבה באבידה, שאינו אלא מצוה בעלמא, והכא בעינן לסברא חדשה דנעשה לשומר.

איברא, דשי' הרמב"ן פשוט וברור בלי כל הנ"ל, ואדרבה, שי' התוס' דמדמינן השבה בגזילה להשבה דאבידה צריך עיון, וכבר עמד בחילוק זה בחי' ר' ראובן [סוכה סי' ה' בד"ה ולשי' הרמב"ן].

דבאמת יסוד המחייב בגזילה חלוק מאבידה, דבגזילה המעשה גזילה בהתחלה עשאו לחפץ הגזול וזהו המחייבו בהשבה עד שיחזירונו, דחייב לתקן את מעשיו הראשונים ולשלם מחמתם, אבל באבידה אינו כן, דהתם עצם הנטילה אינה סיבה שיתחייב להחזירו, אלא שהסיבה שמחייבו להחזירו הוא עצם זה שברגע הזה הוא מחזיקו, וברגע הבא כבר חייב משום שברגע הבא הוא עדיין מחזיקו, ולפי"ז, אם יתיאש בגזילה, אינו יכול לזכות בו דלא פקע הימנו חיוב השבה של אתמול בשעת הגזילה, וזה דין ד"אסורא אתא לידיה" דסוגיין, אבל באבידה אדרבה, אף שהיה חיוב השבה לפני יאוש, אבל חיובא דלאחר יאוש לא יחול כלל, דכבר נתיאשו הבעלים, ומה יחייבו ברגע לאחר יאוש בהשבה, ולמה לא יוכל לזכות אז, וע"כ דדין ב"אסורא אתא לידיה" באבידה הוא במהלך אחר, וזהו שביאר הרמב"ן דבשומר לא שייך יאוש, ודו"ק.

ובאמת דכעין זה ידוע מהאור שמח דדחה את שאילת הגר"ח בבעליו עמו בשומר אבידה, דטענת הגאון ר' מאיר שמחה היתה דלא משכחת לה פטור כזה, שהרי הפטור הוא פטור של שעת היותו שומר, והכא באבידה כל רגע ורגע שהאבידה אצלו איכא מחייב חדש ודין חדש של שומר, והוא כנ"ל.

**ספק בין יאוש באבידה כלפי אחרים שלא נטלו את האבידה אי יכולים לזכות בה.**

והנה - יש לעיין בדין אבידה שהגביה קודם יאוש דלא קנה דמה הדין באחרים אי מצי זכי בזה, וכפשוטו היה נראה דתלוי בפלוגתת התוס' והרמב"ן, דלפי שיטת התוס' דבגזילה מהני יאוש לאחרים לזכות בו, דרך הוא מעוכב מלזכות בו מחמת החובת השבה דרמי עליו א"כ ה"ה באבידה נימא כן, שהרי ילפינן זה מזה, אכן לפי הרמב"ן שאבידה וגזילה שונים ואבידה לא קני מצד זה שהוא שומר, א"כ לא חיילא היאוש כל עיקר, ודו"ק, אולם עיין בזה בריטב"א הישנים ב"מ [כ"א:] ודברי משפט [ר"ס ס"ק א'], ואכתי אינו ברור, ועיין בזה להלן [סימן כ"ו] מה שנתחדש בזה בשיטת התוס'.

ובחי' ר' מאיר שמחה [בב"מ כ"ו: בד"ה ולדעתי יש להוסיף] ביאר דכיון שהוא זה שגרם בגזילתו ליאוש, שוב לא מהני ליה הך יאוש, עכ"ד, ודבריו נסתרינן לכא' מיאוש בחמץ שעבר עליו הפסח דגם בכ"ג לא מהני יאוש בגזילה [ויש לדחות, ודוחק], שו"ר באמרי משה [ל"ב - ל"ח] שהעיר כן, ועוד העירני תלמיד אחד נ"י דלפי"ז בגונב מן הגנב יהני היאוש לגנב השני.

**דברי הרמב"ן בנוטל אבידה ע"מ לגזילה.**

כתב הרמב"ן דבנוטל אבידה ע"מ לגזילה לפני יאוש, דקנה לאחר יאוש, דהכא לא נעשה לשומר, ומצד אבידה שפיר מהני יאוש.

והנה בעיקר שיטת הרמב"ן היה אפ"ל דבאבידה באמת איכא תרי טעמי [להך צד בגמ' דבגזילה לא קני], וטעמא דבאיסורא אתי' ליד' באבידה שוה לגזילה, דהחובת השבה בשניהם מעכב קנינו, אלא דמלבד זה איכא נמי טעמא דשומר, אולם מהכא איכא הוכחה דליכא ב' טעמים באבידה, דאי נימא דבכל אבידה איכא נמי טעמא מצד שומר וגם מצד השבה, דאבידה דלא גרע מגזילה, א"כ האיך קונה מצד החובת השבה לאחר יאוש – ומוזה מוכרח שגם לפי הצד בגמ' דבגזילה לא קנה מצד השבה, אבל באבידה ליתא להך טעם [ומה"ט הוצרכו האחרונים לבאר למה עדיפא אבידה מגזילה].

איברא דדברי הרמב"ן תמוהין, דנהי דמצד אבידה לא אמרינן דבאיסורא אתי' לידה וקנה ביאוש, אכן להיכן נעלם הגזילה, וכמו דבכל גזילה אמרינן באיסורא אתי' לידה, ה"ה דבגזילה דהכא נאמר כן, ועיין בהערה <sup>140</sup> מה שביארו בזה האחרונים.

והיינו, דכמו דבכל גזילה איכא השבה "ממונית" ודלא כאבידה שזה "מצוה" בעלמא [ברכ"ש] וכמו דבכל גזילה איכא מחייב מתחילתו ולא מתחדש המחייב בכל רגע ורגע כאבידה [ר' ראובן], כמו"כ בגזילה זו לא שנה.

וראיתי חידוש בקה"י [סי' כ"ה], דיתכן דכמו דהקצוה"ח למד דבגונב מן הגנב אין חיוב קרן, שהוא כבר ממילא אינו ברשותו, ואמרינן דלא קעביד מידי בגזילתו ואין לחייבו כלום, י"ל דזהו נמי סברת הרמב"ן באבידה, דגם באבידה י"ל דאינו ברשותו ולא שייך בזה חיובא דגזילה, ואין השבה, וממילא יכול לקנות ביאוש, [וקרוב לזה ראיתי באהא"ז [י"ד - ו'] בשם גיסו בעל הלבוש מרדכי - דחסר בחיובא דגזילה כשאין כאן לקיחה בחזקה, וחסר בויגזול את החנית מיד המיצרי]. ואפשר לבאר עפ"י דרכם בלי לחדש שאין כאן מחייבים של גזילה כלל וכלל, ועיין בזה בהערה <sup>141</sup>.

140 והקצוה"ח [קס"ג - א'] יישב עפ"י דרכו, דלמד דלרמב"ן באיסורא אתי' לידה היינו דקעבר על איסור, דהכא שאני מכל גזילה, דתמיד הנטילה עצמו הוא נטילת גזילה וזהו באיסורא משא"כ הכא דרך מחשבתו בעבירה, דהחפץ הוא כבר "אבוד" בלי נטילתו, ובכה"ג לא אמרינן באיסורא אתי' לידה.

ובחי' ר' מאיר שמחה [ב"מ כ"ו: בד"ה ולדעתי יש להוסיף] ביאר נמי עפ"י דרכו דבכל גזילה הוא גרם ליאוש, משא"כ הכא דממילא היה אבוד ונתיימש מחמת האבידה.

אולם עיין לעיל בהערה מה שתמהנו בין בסברת הקצוה"ח ובין בסברת ר' מאיר שמחה, וצ"ע. 141 ונראה לומר, דאף אם לא נחדש ברמב"ן דאזיל כהקצוה"ח בגונב מן הגנב, ונוסף ע"ז דגם באבידה אין גזילה, אכתי יש מקום לבאר דעכ"פ כלפי יאוש אין גזילה ואין חיוב השבה, והביאור בזה, דנתבאר ברמב"ן דרך בחפץ "אבוד" שייך יאוש, ונ' דאין הכוונה ש"האבוד" הוא ההיכי תימצא שבו שייך יאוש, ותו לא, אלא יתירא מזו, שיאוש מצטרף למצב של "אבוד" לעשותו ל"אבוד לגמרי", והיינו שהיאוש הוא "העמקת האבוד בחפץ", וזהו ההיתר זכייה, עיי"ש, שכשהחפץ הוא עד כדי כך אבוד עד שהוא כבר מתיימש וכבר הסיח דעתו הימנו, שוב התירו התורה לזכות בו, וע"ד זה ראיתי באוהל ישעיהו בשם הגר"ד.

אולם עיין להלן [סימן כ"ו] ששם ביארנו מהלך חדש בכל ענינא דבאיסורא אתי' לידי', ושם ביארנו נמי סברת הרמב"ן בזה.

**בקושי' האחרונים על הרמב"ן דמ"ש גזילה למ"ד יאוש קני לגזילה ואבידה למ"ד דיאוש לא קני - כלפי החיוב דמים.**

עוד מבואר ברמב"ן שם דלמ"ד דקנה ביאוש בגזילה, דאכתי צריך לשלם, אכן בגזילה ואבידה כהדדי, והיינו אבידה שנטלה ע"מ לגזולו, בכח"ג אין חיוב השבה ודמים כלל - וע' בזה בנתה"מ [סי' רנ"ט ריש ס"ק א'] - ותמהו האחרונים דאין יתכן דעדיפא גזילה ואבידה למ"ד דיאוש ל"ק בגזילה, מגזילה למ"ד דיאוש קני, ועיין באהא"ז [גו"א י"ד - ו'] ובחידושי הגרשש"ק [סימן ל"ח - ס"ק ז'] ובשיעורי הגר"ש רוזובסקי זצ"ל [ב"מ - ל"ט אות ב'] ובקה"י [ב"מ סי' כ"ה].

ועומק הקושי' היא, דאם לאחר יאוש צריך לשלם, הרי מוכרח דהחיוב תשלומין הוא חיוב נוסף, דגם אחרי שקנאו הגזול מהנגזל, אכתי צריך לשלם לו, ואינו ענין לוהשיב, דמה שייך והשיב אחרי שקנאו ממנו ע"י יאוש, ולפי"ז להיכן נעלם הך חיוב נוסף באבידה וגזילה כהדדי.

ולנתבאר לעיל דחסר בכל הגזילה בגזילה באבידה, או כהקה"י שהחפץ ממילא אבוד או לדברינו דעכ"פ כלפי הזמן דלאחר יאוש לא היה גזילה כלל, ופשוט א"כ למה אין והשיב ולמה אין דמים, משא"כ בגזילה ושוב מתייאש, הכא אינו כן וע"ע בהערה <sup>142</sup>.

ועיין ברמב"ן שכתב בזה"ל - "ונקנית ביאוש לגמרי כדין מוצא מציאה לאחר יאוש ואינו חייב לשלם דמים כלל כדי לקיים והשיב את הגזילה שהרי נקנית לו לגמרי ביאוש מטעם אבידה", ובדבריו מדויק דבגזילה למ"ד דקני ביאוש, היינו טעמא דלא נקנה אליו "לגמרי" כמו דבאבידה נקנה "לגמרי", ומשמע כהקצוה"ח דאיכא שיעור בקנינו כלפי הדמים בגזילה, משא"כ באבידה.

איברא דמאיך גיסא מפורש דהחיוב דמים אינו תשלומין של דמי החפץ, רק חיוב דמים במקום והשיב מדין "מ"ל הן מ"ל דמיהן", וכמוש"כ "כדי לקיים והשיב", וזה דלא כהקצוה"ח.

---

ולפי"ז, כשהחפץ הוא במצב של "אבוד", הרי הוא במצב שסופו של הך מצב הוא שיהיה בו היתר זכייה, וכלפי סופו של הך מצב לא שייך גזילה כלל, דעד כמה שיש בו היתר זכייה לא שייך בו גזילה, וכל הגזילה הוא רק עד היאוש.

ואין לומר דההיתר זכייה הוא דבר חדש שמתחדש אח"כ כשמתיאש ולפני היאוש יש גזילה גמורה, דכיון דהיאוש הוא רק "העמקת המצב של אבוד" שכבר התחיל בחפץ, שוב אמרינן דהגזילה בחפץ זה רק מתיחס לזמן עד יאוש, ודו"ק, ונמצא דאף אם נחלוק על הקצוה"ח דבחפץ שהוא כבר גזול ואבוד לא עשה כלום בגזילתו, אבל אכתי נודה לו דלא עשה כלום כלפי הזמן דלאחר יאוש, ודו"ק.

וע"ע באמרי משה [ל"ב - ל"ח] דברים דומים לדברינו כאן עייש"ה.

142 והיינו דבאמת עיקר הקושי' ברמב"ן הוא רק אם נפרש כהקצוה"ח או כר' מאיר שמחה דיש סיבה צדדית למה דבאיסורא אתי' לידיה אינו זוכה בגזילה דנתייאש בו, [או מחמת האיסור שעבר או משום שהוא גרם למצב של יאוש], והך סיבה לא קיים בגזילה ואבידה כהדדי [וכדביארו כל א' לדרכו] אבל תרוייהו מודי דאכתי איכא גזילה גמורה עם חיוב השבה ודמים, ואז ק' דאף אם זוכה הרי למה לא ישלם וכמו למ"ד דיאוש קני בגזילה.

ונראה דהכא מפורש מה שנתבאר לעיל [סוף סימן כ"ג] בשל' התוס' ר"פ ורשב"א דאם יקנה את החפץ לגמרי אחרי יאוש, שוב לא יהיה שייך שום חובת תשלומין במקום והשיב, דאיך מחזיר חפץ שקנה מחמתו, ומ"ל שהפקירו או מתייאש, סו"ס הנגזל גרם לגזולן שיקנה, וע"כ צריכים לפרש שיש שיור בקנינו לאחר יאוש, וכלפי החיוב דמים מצד והשיב, כלפי חיוב זה לא קנה את החפץ כלל, ורק קנאו לענין זה שא"צ להחזירו, והרי"ז כשיור של "חוי" בקידושין וגירושין, ודו"ק. אולם עיין להלן [סימן כ"ו] דרך חדשה בהאי ענינא – ליישב גם את הסברא הזה.

## סימן כ"ו

דרך חדשה ביאוש לא קנה מחמת חובת השבה,  
וביאור בכמה מחלוקות בראשונים בסוגי' זו.

מביא כמה קושיות ומחלוקות עיקריות בסוגי' של יאוש. / / מביא מהאבי עזרי שהגדר בדין באיסורא אתי' ליד' הוא שאבידה כזה שיש בה חובת השבה לאו שמה אבידה, ומבאר שכל זה כלפי הדין והשיב בחפצא, ומבאר את פלוגתת הרמב"ן ותוס' באיסורא אתי' ליד' באבידה. / / מיישב עפ"י זה שיש אופנים בלי חיוב השבה בפועל בגברא [עכו"ם] ומיקרי איסורא אתי' ליד', ויש חובת השבה בחפצא שבאבידה וגזילה כהדדי [רמב"ן], ולא מיקרי איסורא אתי' ליד' כלפי האבידה. / / מיישב נמי דמאי שנא שמי שקונה ביאוש בגזילה שצריך לשלם, מקונה ביאוש בגזילה ואבידה כהדדי, שא"צ לשלם. / / מתמה בדברי האבי עזרי בביאורו לשיטת התוס'. / / מקדים – שהמתיר הוא האבידה עצמה ולא היאוש, אלא היאוש מגדיר את האבידה כאבידה גמורה. / / מבאר ששיטת התוס' היא, שהדין והשיב גורם שהגזילה מתחדשת כל רגע וגם האבוד' בחפצא מתחדש כל רגע, ונמצא שזכיתו מכח האבידה היא הפועלת ומחילה את השם אבידה' ולכן אינו זוכה מכחה. / / סיכום המחלוקת בין הראשונים בכחו של ההשבה לעכב בדין 'אבוד'. / / מיישב בזה האידך הדין והשיב מעכבו מלקנות. / / מחדש שבאבידה שהגביה לפני יאוש דשוב לא מצי אחרים לזכות בה לאחר יאוש.

## מביא כמה קושיות ומחלוקות עיקריות בסוגי' של יאוש.

לעיל [סימנים כ"ג – כ"ה] נתבארו כמה פלוגתות בראשונים בעיקר הך דינא דיאוש לא קני מחמת הסברא דבאיסורא אתי' ליד' דחובת השבה מעכבת, ונראה לבאר את כל המחלוקות וכל השיטות בזה בדרך חדשה, ולבאר מה עיקר המעכב בקנינו מחמת החובת השבה, ונקדיחם בכמה נקודות בסוגי' שצריכים ביאור.

א] נחלקו הרמב"ן והתוס' אי חובת השב תשיבם באבידה דומה לחובת והשיב בגזילה לגבי העיכוב לקנות ביאוש, והבאנו לעיל [סימן כ"ה] מהברכ"ש, שלפי הרמב"ן השב תשיבם הוא מצוה ולא חוב ממון ולכן אינו מעכבו, ונראה שהצדדים הללו הם מפתח גדול לעיקר ענינא זו.

ב] עוד הבאנו לעיל [סימן כ"ד] מהגר"נ פרצוביץ זצ"ל דנחלקו רש"י ותוס' אי מחמת החובת השבה לא חיילא היאוש כל עיקר ולכן לא קונים כלל וכלל [שיטת רש"י], או שהיאוש חל אלא שהגזלן לא קונה מחמת החובת השבה [תוס'], וצריכים לבאר יסוד הנך צדדים.

ג] הבאנו לעיל [סימן כ"ה] שלפי הרמב"ן אבידה וגזילה כהדדי והיינו בנוטל אבידה ע"מ לגזילה לפני יאוש, שהדין בזה שקנה לאחר יאוש, דהכא לא נעשה לשומר, ומצד אבידה שפיר מהני יאוש, והבאנו שכבר תמהו בעיקר דברי הרמב"ן, דנהי דמצד אבידה לא אמרינן דבאיסורא אתי' ליד' וקנה ביאוש, אכן להיכן נעלם הגזילה, וכמו דבכל גזילה אמרינן באיסורא אתי' ליד' מחמת החובת השבה, ה"ה דבגזילה דהכא נאמר כן, וצ"ע.

ד] עוד הבאנו לעיל [סימן כ"ה] שכבר תמהו האחרונים על מה שמבואר ברמב"ן דלמ"ד דקנה ביאוש בגזילה, דאכתי צריך לשלם, אכן בגזילה ואבידה כהדדי וכן"ל, בכה"ג אין חיוב השבה ודמים כלל, ותמהו האחרונים דאיך יתכן דעדיפא גזילה ואבידה למ"ד דיאוש ל"ק בגזילה, מגזילה למ"ד דיאוש קני, וצ"ע.

ה' בעיקר שיטת התוס' דחיילא יאוש אלא שלא קונה מחמת החובת השבה – יש לעיין בזה טובא – דהנה, זה פשוט שאחרי שיצא מרשותו ואינו שלו דשוב לא שייך בו חיוב השבה, שהרי אינו שלו, וכ"ה בנתי"מ [סימן רס"ב ס"ק ג'], וכש"כ אי מקנה הנגזל לגזלן ששוב לא שייך בזה השבה, שכל החיוב השבה הוא להשיב לו את שלו.

ומעתה קשה דאיך החיוב השבה מעכבו מלזכות אחרי שכבר חל היאוש, הא ע"י קנינו יפקע החובת השבה, וא"כ למה חובת השבה מעכבו לקנות, דבשלמא אי קנינו ביאוש היה בא מכח הקניני גזילה, א"כ שפיר היה מוכן למה אינו קונה, שהרי עד כמה שהוא שיש סיבה שיוזכה בה מכח הגזילה איכא נמי סיבה הפוכה שהגזילה עצמה מחייבת שלא יזכה בה, ע"י החובת השבה – דאיך יזכה אם הך גזילה עצמה מחייבת להשיבה, אכן כיון שנתבאר לעיל [ריש סימן כ"ג] בארוכה שהקנין של יאוש בגזילה אינו מחמת הגזילה אלא מחמת האבידה שיש בגזילה, והגזילה אינה אלא היכי תימצי לזה, א"כ למה לא יקנה את הגזילה, והאיך הוא מעוכב ע"י החובת השבה, הא אדרבה, החובת השבה מוגבלת מתחילתה לבעלותה של הנגזל, וכיון שאחרי שיחול הקנין ממילא יפקע בעלותו, א"כ מה מעכבו מלקנות, הא כמו שפשוט שאם הנגזל יקנה לו דממילא יפקע החובת השבה א"כ ה"ה בקונה ע"י יאוש נימא כן, שקנין ע"י יאוש לא שייך לגזילה שבו, וצ"ע.

ו' יש לעיין בדין אבידה שהגביה קודם יאוש דלא קנה דמה הדין באחרים אי מצי זכי בזה, וכפשוטו היה נראה דתלוי בפלוגתת התוס' והרמב"ן, דלפי שיטת התוס' דבגזילה מהני יאוש לאחרים לזכות בו, דרק הוא מעוכב מלזכות בו מחמת החובת השבה דרמי עליו א"כ ה"ה באבידה נימא כן, שהרי ילפינן זה מזה, אכן לפי הרמב"ן שאבידה וגזילה שונים ואבידה לא קני מצד זה שהוא שומר, א"כ לא חיילא היאוש כל עיקר, ודו"ק, ועיין בהערה <sup>143</sup>, ונראה שאינו ברור – וכדיבור.

ז' שאלוני ידידי הגאון ר' מנחם כהן שליט"א שלפי שיטת רש"י שאין חובת השבה בגוי, וכמבואר בדבריו בעירובין [ס"ב] – מובא בקצוה"ח [סימן שנ"א] – וא"כ ליכא בזה דין באיסורא אתי' ליד', וגוי היה אמור לקנות ביאוש גם כשנטלו לפני יאוש, והרי זה סתירה לגמרא בסוכה [ל':] שדווקא אי היה יאוש אצל העכו"ם וש"ר אצל הישראל אז קנה הישראל, ולמה לא קנאו הגוי ביאוש לפני כן.

**מביא מהאבי עזרי שהגדר בדין באיסורא אתי' ליד' הוא שאבידה כזה שיש בה חובת השבה לאו שמה אבידה, ומבאר שכל זה כלפי הדין והשיב בחפצא, ומבאר את פלוגתת הרמב"ן ותוס' באיסורא אתי' ליד' באבידה.**

ואשר נראה בכל זה – והוא – שיש לחקור בעיקר האם דינא דבאיסורא אתי' ליד' אמרינן שהחובת השבה מעכבת את הזכייה ע"י היאוש, ויש לומר בכ' אופנים, שלפי הצד שהיאוש לא חיילא כל עיקר, אז י"ל שהגדר בזה הוא, שהחיוב של הגברא להשיב גורם שהבעלים יהיו קשורים לגזילה, וממילא שהחפץ לא ניתן מהם, ולכן זה כבר דומה ליאוש ברשות דלא מהני בזה יאוש ולא חיילא כל עיקר, ולפי הצד שחל היאוש אלא שא"ל לזכות בגזילה מחמת החובת השבה, י"ל בזה

143 אולם עיין בזה בריטב"א הישנים ב"מ [כ"א:] ודברי משפט [ר"ס ס"ק א'].

שהחייב של הגברא שמחייב אותו בהשבה הוא סיבה לזה שימשיך להיות בעלים ולכן זה מעכב את זכייתו.

אכן ראיתי באבי עזרי [גו"א פי"ד ה"ו - רביעאה] דבר חדש בזה, שהוא למד שהחובת השבה פועל שלא חל באבידה 'שם אבוד' – ורק באבידה נאמר ההלכה שיאוש קונה והכא חסר בעיקר ה'שם אבידה', אלא שעיקר דבר זה צ"ב – ונראה לבאר את הסוגי' עפ"י דרכו ובאופן אחר – וכדיבואר:

ונקדים: הבאנו לעיל [סימן י"ט] את דברי האחרונים שהושיב מעכב את קנינו הראשון, וכשפקע הושיב אז קנה ממילא, וזה יסוד הדין של שינוי קונה, וביארנו [שם] שאין הפשט שהדין והשיב בגברא מונע מהגברא מלקנות את החפץ, שאינו תולה על הבפועל כלל, אלא עיקר הדין בזה הוא שעד כמה שה'גזול' בחפץ הוא סיבה להשבה, שוב אין ה'גזול' בחפץ סיבה לקנייה, ולכן דווקא בשינוי חיילא הפקעה בעצם ה'שם גזול' בחפצא כלפי קנייה, ודווקא אז הוא קונה, ולא כל הפקעת הושיב מיקרי נהיתה לקנות.

והביאור בזה – שבדין והשיב למדנו שה'גזול' עצמו צריך לשוב, אלא שזה מוטל על הגזול והוא אחראי לשוב, שהרי לו יצויר וה'גזול' מצד עצמו לא היה צריך לשוב ואעפ"כ היה חיוב או מצוה בעלמא להשיבו, אז הדין והשיב היה בגדר קנס ועונש על הגזילה, אכן אינו כן, שהרי זה דין וחיוב ממון פשוט, וע"כ שזה משום שלמדנו בדין זה של והשיב שה'גזול' מצד עצמו דורש להיות מושב, אלא דרמי על הגזול לקיים דין זה שחל בעצם ה'גזול', והיינו שכמו שהתחלה של תשלומי נזיקין היא שהנזק צריך להיות מתוקן ומושלם כך היא גם בהשבת הגזילה, ומעתה נמצא שבאמת יש סתירה בעיקר ה'שם גזול', דמצד אחד הגזול הוא סיבה לקנייה ומאידך גיסא הרי הוא סיבה לשוב לבעליו, ולכן אינו קונה.

ויתחדש לפי זה שלו יצויר ויהיה פטור בגברא שפוטר מהחייב והשיב, אכן ה'גזול' מצד עצמו אכתי דורש השבה, אז אכתי לא היה קונה, כיון שסו"ס הסתירה בעצם ה'שם גזול' אכתי קיימת, שעצם ה'גזול' דורש השבה, ולכן אין ה'גזול' יכול להיות סיבה לקנייה, ודו"ק – כן נתבאר לעיל לגבי שינוי קונה.

וע"ד זה היה נראה לומר גם הכא ביאוש אינו קונה, שאף שיש חובת השבה דרמי אגברא, אבל כל זה אינה אלא תוצאה ממה שהגזול עצמו צריך לשוב, ונראה לבאר את עומק החידוש שהבאנו מהאבי עזרי – שכל זה מצד הדין בחפצא.

והיינו כך שהגדר בדין איסורא אתי' לידי' הוא כך, שעל ידי החובת השבה כבר לא מיקרי 'אבוד' וחסר בעיקר ה'שם אבידה' – ונראה שהביאור בזה הוא, שה'גזול' בחפץ שהוא עצם המצב של 'אבוד' בחפץ, הרי המצב הזה מיניה וביה דורש להיות מושב, ולכן אין זה מצב של אבוד, שמצב של 'אבוד' שהמצב עצמו דורש להיות מושב, מצב כזה לא מיקרי 'אבוד', המצב הוא לא מצב של ניתוק עד כמה שהוא דורש להיות מקושר לבעלים – איפכא מניתוק.

למדנו מזה שהושיב בחפצא בא להגדיר את המצב של אבוד בחפצא – אי הוי אבוד או לא.

ובזה מבוארים היטב דברי הברכ"ש בביאורו לפלוגתת הרמב"ן ותוס' בדין באיסורא אתי' לידי' באבידה, ששיטת הרמב"ן שבדין השב תשיבם לא מעכב את

היאוש כיון שהוא רק מצוה בעלמא ולא חיוב ממוני כדין והשיב בגזילה, ולכן אינו מעכב את היאוש, והתוס' למד ששניהם הם בגדר חיוב ממוני, ואם אנו דנים מצד ה'בפועל' אין החילוק ברור כל כך, דסו"ס הרי הוא מחוייב להשיב, מצד מצוה או מצד חוב, ולמה אינו מעכבו מלקנות מכח היאוש גם לרמב"ן.

ולהנ"ל הביאור פשוט, שמצוות לא מגדירות את המצב של גוף הממון, ורק חיוב ממוני שמתחיל מתוך המצב בחפצא, מגידר את המצב עצמו כמצב לא אבוד, ודו"ק.

**מיישב עפ"י זה שיש אופנים בלי חיוב השבה בפועל בגברא [עכו"ם] ומיקרי איסורא אתי' לידי', ויש חובת השבה בחפצא שבאבידה וגזילה כהדדי [רמב"ן], ולא מיקרי איסורא אתי' לידי' כלפי האבידה.**

ויתחדש בזה תרתי, שהשבה בגברא בפועל שלא מתייחס למצב של אבוד לא מבטלת לתורת אבוד, וכן איפכא, גברא שפטור מחובת צהשבה אבל החפצא דורש להיות מושב בטל ממנו ה'אבוד', ובזה מיושבת ב' קושיות:

א] עכו"ם שפטור מהשבת גזילה אכתי לא קונה ביאוש, דגם בדידה לא מיקרי המצב של 'גזול' כ'אבוד', שהרי המצב הזה הוא מצב שדורש להיות מושב, ומיושבת הקושי' בשיטת רש"י מהסוגי' בסוכה [ל:'], [וכעין זה נתבאר שם לגבי זה שעכו"ם לא קונה גזילה מיד בזה שאין לו והשיב, ועוד דמהני ביה שינוי, וה"ה הכא לגבי יאוש], וע"ע בהערה <sup>144</sup>.

ב] ברמב"ן מבואר שגזול ואבוד כהדדי שפיר קונה וקשה דסו"ס איכא בזה חובת השבה, ולמה לא מיקרי באיסורא אתי' לידי', ולהנ"ל א"ש, שאף שהגברא מחוייב בהשבה, אכן אין החובת השבה שחילא בפועל בגברא מבטלת את המצב של 'אבוד', אלא שיש הגדרה בעצם ה'שם אבוד', שאבוד כזה שמצד עצמו דורש להיות מושב לאו שמיה אבוד, וכיון שיש ב' מציאויות שונות של אבוד בחפץ, א' מצד מה שנפל ממנו כשאר אבידה וא' מצד הגזול שבו, [והרי מבואר ברמב"ן] דלא פקע ממנו ה'שם אבוד' מחמת זה שהוא גם גזול, ותרתי אית ביה], א"כ כל מה דאמרינן שהוהשיב מבטל ל'שם אבוד', אינו אלא כלפי המצב של אבוד מכח מה שהוא גזול ולא כלפי המצב של אבוד מחמת הנפילה ככל אבידה.

ונראה פשוטש עיקר חילוק זה רק שייך לפי מה שנתבאר שתלוי בדין והשיב בחפצא מה שהחפצא מצד עצמו דורש להיות מושב, ולא דנים מצד החיוב בפועל, אלא שהמצב הזה 'מוגדר' כמצב לא 'אבוד', ולכן מתייחסים אך ורק מיניה וביה בתוך המצב עצמו.

ולדברינו כבר א"צ לחידוש הגדול שהאחרונים שרצו לחדש בשיטת הרמב"ן שלא חל הגזילה או שלא חל החיובי גזילה באבידה שגזלו, דלדברינו באמת חיילא הדין

144 והעירני תלמיד אחד לדברי הגר"ח בהלכות תרומות שיש דין פטור נתינת מתנו"כ בכרי שקנה מעכו"ם אף אי אית ביה דין טבל, דקאתינא מכח גברא שהוא פטור, והיינו שהעכו"ם פטור מנתינה ולכן הבא מכחו נמי פטור, וביאר הגר"ח דעד כמה שהפטור היה אך ורק מצד זה שהוא פטור בכל המצוות אז לא היינו פוטרים גם את הבא מכחו, דסו"ס הכרי אכתי מחוייב במתנות, אבל כיון שעכו"ם מופקע ממתנות, לכן חיילא פטור זה בכרי לגבי הבא מכחו, וה"ה הכא שהפטור והשיב אינו אלא מצד הפטור הכללי ממצוות, ודו"ק.

גזילה וחיילא גם הדין והשיב, אלא שזה לא משנה את הדין 'אבוד' מכח האבידה אלא מכח הגזילה.

**מיישב נמי דמאי שנא שמי שקונה ביאוש בגזילה שצריך לשלם, מקונה ביאוש בגזילה ואבידה כהדדי, שא"צ לשלם.**

ובזה יתיישב נמי מה שתמהו האחרונים על הרמב"ן דלמ"ד דקנה ביאוש בגזילה אכתי צריך לשלם, אכן בגזילה ואבידה כהדדי, והיינו אבידה שנטלה ע"מ לגזול, בכה"ג אין חיוב השבה ודמים כלל, ותמהו האחרונים דאיך יתכן דעדיפא גזילה ואבידה למ"ד דיאוש ל"ק בגזילה, מגזילה למ"ד דיאוש קני, וצ"ע.

ולפי הנ"ל א"ש, שכפשוטו מבינים שהמחלוקת אי קני או לא היא מחלוקת האם החובת והשיב היא סיבה שלא יקנה או שאינה סיבה שלא יקנה, אכן לפי הרמב"ן י"ל דכו"ע מודי ביסוד הדברים שזו סיבה שלא יקנה, אלא שסובר שכיון שיש קיום נוסף של והשיב ע"י דמים, א"כ אין כאן סתירה גמורה למצב של 'אבוד', שרק חובת השבה כזו שמחייבת אך ורק השבת החפץ עצמו, ויש דרישה באבידה עצמה שהיא תחזור, רק בכה"ג אמרינן שכבר לאו שמיה 'אבוד', אבל כיון שיש אפשרות של השבה שלא ע"י האבידה עצמה, א"כ אין בחובת ההשבה דרישה 'מוחלטת' שהחפצא תשוב, שהרי יש כאן צד השבה מבחוץ, ודו"ק, ולכן הוא יכול לקנות.

ומעתה נמצא דבגזילה דעלמא לולי החובת השבה ע"י דמיו לא היה שייך לקנות על ידי היאוש, דלולי השבה זו היינו צריכים להשיב להחזיר את גוף הגזילה, ולכן דווקא אי שילם מצי לזכות, ודו"ק, אכן כל זה בגזילה רגילה, אבל בגזילה ואבידה כהדדי, הרי התם ביארנו שמצד המצב של 'אבוד' של אבידה בלי שייכות לגזילה, הרי מצד המצב הזה שפיר מהני היאוש והוא יכול לקנות, ולא אכפת לן כלל מהדין והשיב מצד הגזילה, ולכן גם בלי החובת והשיב בדמיו מצי קונה, ודו"ק.

**מתמה בדברי האבי עזרי בביאורו לשיטת התוס'.**

ומעתה נבאר את שיטת התוס', שלפי שיטתו היאוש חל אלא שאינו יכול לזכות, ואחרים יכולים לזכות, ובאבי עזרי ביאר בזה עפ"י דרכו שכלפיו אינו אבוד שהוא צריך להחזירו, אבל כלפי האחרים שא"צ להשיב שפיר מיקרי אבוד מחמתו ולכן מהני להו היאוש להתירו, ודבריו צ"ב, אטו שייך שהשם אבוד יהיה אבוד להצאין, אבוד כלפי העולם ולא אבוד כלפי הגזולן, הרי אבוד הוא מצב בחפצא ביחס לנגזל, ולא ביחס לכל העולם שבאים לזכות באבידתו, ועיין בהערה <sup>145</sup>, וצ"ע.

ובאמת דמכל דבריו מבואר שלמד שהדין והשיב שמבטל את ה'שם אבוד' היינו והשיב מצד הגברא, ולכן הוא חילק שכלפי הגברא הזה שמוטל עליו והשיב אינו 'אבוד' וכלפי אחרים הרי זה 'אבוד', אכן לדברינו כל המהלך בזה הוא איפכא, דדוקא מצד זה שהחפצא דורש להיות מושב, דווקא מחמת זה לא חשיב 'אבוד', ולדברינו פשיטא דא"א לחלק בינו לאחרים.

<sup>145</sup> ועיין לעיל [סימן כ"ג] מה שהבאנו מהגרש"ש"ק בהך צד שצריכים רצון לזכות ביאוש אף דא"צ מעשה קנין מאי שנא, וביאר שיאוש היינו כלפי העולם, עיי"ש, ואולי לדרכו יש מקום לסברא זו, ואכתי צ"ע.

**מקדים – שהמתיר הוא האבידה עצמה ולא היאוש, אלא היאוש מגדיר את האבידה כאבידה גמורה.**

וע"כ צריכים לומר דבר חדש בשיטת התוס', שבאמת יש מחלוקת יסודית בין הראשונים לתוס' בעיקר סברא זו של והשיב שמעכב את הדין יאוש קונה, שהראשונים למדו שלא חל הדין אבוד כל עיקר, וכנתבאר, אכן התוס' למד שחל באופן שא"א לזכות מכח הדין אבוד, וכדיבואר.

ונקדים בחידוש אחד, שיש לחקור האם היאוש הוא המתיר או האבידה מתירה במקום יאוש, וחקירה זו ראיתי בשם הגר"ד [אוהל ישעיהו], והכריע שהאבידה מתירה, ונראה לבאר בזה עוד, דבאמת מצאנו היתירא של אבודה ממנו ומכל אדם, וזה היתירא מצד האבידה עצמה, אכן זה דווקא באבידה גמורה, אכן אבידה שמצויה אצל כל אדם לאו אבידה גמורה היא, אכן ע"י היאוש הוא משלים בה את התורת אבוד וה'שם אבידה', וזה הותרה מכח היותו אבוד, ונמצא אבידה אינה תנאי בחלות ובהיתירא דיאוש אלא שהאבידה היא היא עצם המתיר, [ועיין בהערה <sup>146</sup> מהיונת אלם].

**מבאר ששיטת התוס' היא, שהדין והשיב גורם שהגזילה מתחדשת כל רגע וגם ה'אבוד' בחפצא מתחדש כל רגע, ונמצא שזכייטו מכח האבידה היא הפועלת ומחילה את ה'שם אבידה' ולכן אינו זוכה מכחה.**

ועפ"י כל הנ"ל אמר לי בני הבה"ח יהודה נ"י - שנוכל לסלול דרך חדשה בשיטת התוס', ולחדש בשיטת התוס' שיש סברא מיוחדת למה לא מהני היאוש כלפי הגזלן עצמו, והוא, דאהני לן הדין והשיב לשנות את האבידה ולהשוותה לאבידה כזו שלא מתירה לזכות מכחה.

וביאר עפ"י מה שמבואר בקצוה"ח [סימן ל"ד] דהוכיח מאיתבר ממילא שאף שיש כאן גזילה חדשה שמתחדשת כל רגע ורגע, אכתי לא מחייבין ליה, ומוכרח מזה שאין שום חיוב כיון דלא הוי מבית האיש, ומזה הוכיח דה"ה שבגזלן שני ליכא חיוב נוסף מצד הפטור של בית האיש, וכבר תמהו שיש לחלק, שבגזלן שני יש מצב חדש של גזילה, שכעת הוא גזול אצל השני, לעומת כל רגע ורגע אצל הגזלן הראשון שאינו אלא כולו המשך אחד של גזילה אחת, אולם הקצוה"ח הבין שאינו כן, אלא שיש כאן מצב חדש של גזילה חדשה כל רגע ורגע, אלא שלא חייבים על כל רגע ורגע מחדש מחמת הדין מבית האיש.

ועומק סברתו הוא, שאם לא היה בגזילה חובת והשיב, א"כ כולה היתה גזילה אחת אריכתא בלי התחדשות כל רגע ורגע, שעשאו פעם אחת לגזול ותו לא, אכן כיון שיש חובת השבה, א"כ בכל רגע ורגע יש סיבה שהגזול ישוב, ומה שאינו מחזירו מיקרי גזילה חדשה כל רגע ורגע, שהתחדש המצב של גזול עוד ועוד.

ואחרי הדברים הללו יתחדש חידוש באבידה ע"י גזילה והוא - שהמצב של אבוד שחל ע"י גזילה אינו מצב אחד מוחלט, אלא מצב שהגזלן עצמו מחדשו ע"י זה

146 דיעויין ביונת אלם שכתב שהדין המיוחד של יאוש בזוטו של ים בשיטת הרמב"ם, היינו יאוש שמשלים את ה'שם אבוד', ולכן כו"ע מודי שיאוש שלא מדעת שמיה יאוש, לעומת כל יאוש בכל אבידה שהיאוש עצמו מתיר ולכן נחלקו אי יאוש שלא מדעת הוי יאוש או לא.

שהוא ממשיך לגזול עוד ועוד, וזה דלא כאבידה שנפל שהרי הוא במצב אחד של אבוד בלי התחדשות.

וממילא דחלוק אבידה ע"י גזילה מאבידה בנפילה כלפי היתירא דיאוש, שיש לומר שיסוד ההיתר של יאוש באבידה - שמגדיר את האבידה כאבידה גמורה שמנותקת מבעליה - היתירה התורה להשתלט עליה כיון שממילא בטילה ממנה שליטת הבעלים, וזה יסוד ההיתר זכייה, להשתלט כשממילא בטילה שליטת הבעלים, אולם כל זה אינו אלא באופן שממילא חסר ובטילה שליטת הבעלים, אכן הכא בגזלן, הרי המצב של אבוד אינו מצב מוחלט, אלא שהוא מחדשו בשליטתו ובהמשך גזילתו, ובזה שהוא זוכה בה מכח היאוש, בזה הוא ממשיך לאבדו מבעליו.

נמצא שהאבידה שהיא אמורה להיות ההיתר שמחמתה הוא יכול לזכות בה, הך אבידה עצמה נהיתה ונתחדשה ע"י הזכייה עצמה שהיא מתירה, וזו סברת המ"ד שיאוש לא קני, דבכה"ג ליכא היתירא דאבידה, שרק אבידה שקדמה ואין לה שייכות לזכיותו, אבידה כזו מתירה זכייה, אבל זכייה שפועלת ומחילה את ה'שם אבידה' כדי לזכות על ידה, בזה ליכא היתירא דאבידה.

וכל זה כלפי הגזלן עצמו, אבל כלפי אחרים שפיר מצי זכי, שהרי כלפי אחרים יש כאן מצב מוחלט של גזלן שממילא לא משיב, והוא גוזל גם אחרי הוהשיב, וכלפי אחרים דומה הגזלן לכל כח אחר שמוציא את החפץ מבעליה לאיבוד, ורק כלפי הגזלן עצמו אנו רואים את המצב של גזילה כמצב שמתחדש וכלפיו הוא מחדש את ה'שם אבוד' שממנו הוא בא לזכות.

#### **סיכום המחלוקת בין הראשונים בכחו של ההשבה לעכב בדין 'אבוד'.**

ונמצא ששורש פלוגתת הראשונים הוא בכח הדין והשיב, שהראשונים למדו שהכח של הוהשיב הוא לבטל לגמרי את ה'שם אבוד' ולכן לא חל היאוש, ושיטת התוס' היא, שה'שם אבוד' קיים גם במקום הוהשיב, אבל הוהשיב גורם עכ"פ שה'שם אבוד' מתחדש כל רגע ולכן הוא לא יכול לקנות.

והצד השווה בין כל המהלכים הוא - שכל ענינו של העיכוב של הוהשיב אינו מצד החובת גברא שבו, אלא מצד ההגדרה בחפצא, שזה חפצא שדורש להיות מושב, ולכן שפיר משתנה ה'שם אבוד' מחמתו, ודו"ק.

#### **מיישב בזה האיך הדין והשיב מעכבו מלקנות.**

ומעתה מיושב מה שהקשינו בתחילת דברינו - דאיך החיוב השבה מעכבו מלזכות אחרי שכבר חל היאוש, הא אם ע"י קנינו יפקע החובת השבה, א"כ למה החובת השבה מעכבו לקנות, דבשלמא אי קנינו ביאוש היה בא מכח הקניני גזילה, א"כ שפיר היה מובן למה אינו קונה, שהרי עד כמה שהוא שיש סיבה שיזכה בה מכח הגזילה איכא נמי סיבה הפוכה שהגזילה עצמה מחייבת שלא יזכה בה, ע"י החובת השבה - דאיך יזכה אם הך גזילה עצמה מחייבת להשיבה, אכן כיון שנתבאר שהקנין של יאוש בגזילה אינו מחמת הגזילה אלא מחמת האבידה שיש בגזילה, והגזילה אינה אלא היכי תימצי לזה, א"כ למה לא יקנה את הגזילה, והאיך הוא מעוכב ע"י החובת השבה, הא אדרבה, החובת השבה מוגבלת מתחילתה לבעלותה של הנגזל, וכיון שאחרי שיחול הקנין ממילא יפקע בעלותו, א"כ מה מעכבו

מלקנות, הא כמו שפשוט שאם הנגזל יקנה לו דממילא יפקע החובת השבה א"כ ה"ה בקונה ע"י יאוש נימא כן, וצ"ע.

ולפי הנ"ל א"ש, שבאמת החובת השבה לא מעכבו, אלא שהיא 'מגדירה' את האבידה כאבידה שמתחדשת כל רגע, ושוב אינו זוכה מכח מצב כזה של 'אבוד'.

**מחדש שבאבידה שהגביה לפני יאוש דשוב לא מצי אחרים לזכות בה לאחר יאוש.**

ובזה יתחדש חידוש בדין אבידה, דהנה, באבידה שהגביה קודם יאוש לא קנה, ומה הדין באחרים האם מצי זכי בה, ונתבאר לעיל שכפשוטו נראה דתלוי בפלוגתת התוס' והרמב"ן, דלפי הרמב"ן לא חל היאוש כל עיקר, ופשוטש גם אחרים לא יכולים לזכות בה, אכן לפי שיטת התוס' דבגזילה מהני יאוש לאחרים לזכות בו, דרק הוא מעוכב מלזכות בו מחמת החובת השבה דרמי עליו א"כ ה"ה באבידה נימא כן, שהרי ילפינן זה מזה, אכן לפי הנ"ל י"ל שאינו כן, אלא שהמצב של אבוד הוא מצב קיים בלעדיו, ואינו מחדשו, וכשהגביה את האבידה אז בטלה הדין אבוד מחמת מצות השב תשיבם [לשיטת התוס' שדומה לוהשיב ששניהם הם חיובים ממוניים], וזה הדין באיסורא אתי' לידי, אכן הכא הוא לא גוזלו, אלא מחזיקו להשיבו לבעליו, ולכן לא מיקרי אבוד, וזה גם כלפי אחרים, דרק בגזילה שהוא גזלו אחרי הוהשיב אז הוא המחדש את הגזול כל רגע ורגע ושפיר מהני כלפי אחרים, ודו"ק.

## סימן כ"ז

בסוגי' דיאוש ושינוי רשות <sup>147</sup>.

דרכו של הקצוה"ח בפלוגתת הראשונים ביאוש וש"ר, ויש ביניהם ד' נפ"מ, בהקדש ובקטן ובקידושי אשה ובש"ר ואח"כ יאוש. / / בפלוגתת הראשונים אי ע"י יאוש וש"ר איכא ממונא דגזלן מדין באין כאחת, ובפלוגתת הראשונים אי בקידושין בעי ממונא דמקדש. / / דרכו של רעק"א בפלוגתת הראשונים הנ"ל, דלדעת הרמב"ן מהני להקדיש אבל אינו קרבן ידידה, ודומה לשיטת המשנה למלך והר"ן דאיכא קידושין אבל אינו ממונא דמקדש. / / מה שיש להקשות בדרכו של הקצוה"ח ברמב"ן. / / דרך אחרת בביאור דעת הרמב"ן ור"ן לדרכו של רעק"א, שהיום הוא מקנה את הבעלות של לאחר הוהשיב, ומתמה בזה. / / דרך אחרת בזה שהוא מקנה קניני גזילה אבל הקונה קונה מכחו את הבעלות המחולטת מוחלטת. / / מבואר למה לא מיקרי ממונא דבעל ולא מיקרי קרבנו של המקדיש. / / מבאר את הגדר בבאים כאחת ברשב"א, עפ"י הנ"ל, שזה דומה לבאים כאחת בעבד, שיש כבר סיבה לבעלותו עכשיו אלא שהוהשיב מעכב דומי דבעלות האדון על העבד, שהסיבה לבעלותו של העבד על עצמו תמיד קיימת. / / מבאר מה תוכן הצירוף של היאוש עם הש"ר, ודוחה את ביאורו של הקצוה"ח בזה. / / ביאור אחר בצירוף דיאוש לשינוי רשות, שיש עיכוב בעלים מצד הבעלים אף שהגזלן מקנה את הקניני גזילה, ולזה בעינן היתירא דיאוש. / / ביאור ביאוש ושינוי השם בתרומה. / / בדברי רעק"א בדעת ר"ת והראב"ד דליכא שינוי השם בקרבן. / / דרך אחרת בזה.

**דרכו של הקצוה"ח בפלוגתת הראשונים ביאוש וש"ר, ויש ביניהם ד' נפ"מ, בהקדש ובקטן ובקידושי אשה ובש"ר ואח"כ יאוש.**

בעיקר דינא דיאוש וש"ר מצאנו ב' דרכים עיקריים בראשונים – מובא בקצוה"ח - והוא למד שיש כמה חילוקי דינים ביניהם שתלויים בגדר הדין יאוש וש"ר, וכידובר:

דיעוין בקצוה"ח [סי' שנ"ג ס"ק א'] שהביא מחלוק' רמב"ן ורמב"ם, שהרמב"ן במלחמות [מ"א בדפי הרי"ף] כתב דטעמא דיאוש וש"ר משום דבהיתירא אתי לידיה, והיינו דכלפי הלוקח חשיב בהיתירא ומה"ט מהני ביה יאוש כמו באבידה, וביאר הקצוה"ח דלאו מדין שינוי הוא, אלא דמדין יאוש דאבידה הוא, ולא נקנה כלל לגזלן, והלוקח קונה מעצמו.

מכח זה חידש כמה חידושים לדינא:

א] יאוש וש"ר לא מהני בהקדש, כיון שבהקדש צריכים תמיד מקדיש, שאין קנין מצד קונה במקדיש קרבן, וביאוש וש"ר רק קונים בקנין על ידי הקונה כמו מי שקונה אבידה, וזה לא שייך בהקדש, והכא הבהמה לא שייכת לגזלן.

ב] הקצוה"ח [סי' שס"ב] הוסיף דלפ"ז לא יהני בקטן, דאף להקנות לקטן מהני מדין דעת אחרת מקנה, אבל הכא לא מהני דאין הגזלן מקנה.

ג] לפי"ז לא מהני ש"ר ואח"כ יאוש, שהרי אין כאן צירוף של שינוי עם יאוש ע"י השינוי של שינוי רשות, אלא שהשינוי רשות הוא היכי תימצי בעלמא שיהיה בהיתירא אתי' לידי, וא"כ ע"כ צריכים בתחילה את הש"ר ורק אח"כ מהני היאוש שרק אז היאוש יכול להיות בהיתירא, ופשוט.

<sup>147</sup> מהדורא קמא - קיץ תשס"א

כל זה שיטת הרמב"ן, אכן שי' הרמב"ם היא דמהני ש"ר ואח"כ יאוש וע"כ דאינו מדין בהיתירא וע"כ דמהני מדין שינוי, והא דבעינן יאוש ג"כ היינו ע"כ משום שהש"ר הוא שינוי קצת, ולכן מהני רק אחרי שמצטרפין שינוי רשות עם היאוש. לפי הרמב"ם נתחדש דיאוש וש"ר יהני גם בהקדש וגם בקטן, [ועיין בקצוה"ח בסוף דבריו שכל שאולי גם בהקדש לא יהני - אבל מטעם אחר].

וכתב שם עוד לבאר בזה את פלוגתת הרמב"ם ורא"ש אי מהני יאוש וש"ר בקידושי אשה, שהרא"ש כתב בקידשה בגזל לאחר יאוש דהו"ל קידושין מספק, והיינו משום שיש ספק אי קיי"ל דיאוש קונה, וביש"ש הק' עליו דאיכא יאוש וש"ר אצל האשה ותל' הקצוה"ח דלדרכו של הרמב"ן א"ש דאין כאן ממונא דמקדש, והרא"ש אזיל לשיטתו שפסק דש"ר ואח"כ יאוש לא מהני, ולמדנו א"כ מהרא"ש דלא מהני יאוש וש"ר בקידושי אשה.

וביאר בזה הקצוה"ח שהרא"ש למד דמדין היתירא אתיא לידיה הוא וכדעת הרמב"ן, ופשוט שאשה שקונה ממון של אבידה מהבעל - מעצמה - לאחר יאוש, דפשוט שאינו מקדשה בזה, הרי לנו דלפי הרמב"ן ליכא קידושין ע"י יאוש וש"ר. אולם הרמב"ם אזיל לשיטתו דפסק [פ"ה דאישות] דקידשה בגזל לאחר יאוש מקודשת אף דס"ל דיאוש לא קני, וע"כ דמדין יאוש וש"ר הוא וכמוש"כ שם המ"מ, והוא לשיטתו דשינוי רשות מדין שינוי הוא דהא ס"ל דמהני ש"ר ואח"כ יאוש.

**בפלוגתת הראשונים אי ע"י יאוש וש"ר איכא ממונא דגזלן מדין באין כאחת, ובפלוגתת הראשונים אי בקידושין בעי ממונא דמקדש.**

אולם עיקר הדבר דש"ר הוא קנין שינוי צ"ב דהקנין הוא רק כשעובר לרשות חדש, והאיך קונה הגזלן דאצלו לא היה יאוש וש"ר, ושוב אין כאן ממונא דמקדש וגם אינו יכול להקדיש, והביא שם הקצוה"ח מהרשב"א בהניזקין [נ"ה] דכתב דמהני הקדש מטעם יאוש וש"ר או יאוש ושינוי השם, וביאר דאמרינן הקדשו וקנינו באין כאחת, וכן צ"ל בדעת הרמב"ם.

ובאבנ"מ [סי' כ"ה ס"ק נ"ה] הביא את פלוגתת הריטב"א והמשנה למלך אי מהני קידושין באיסוה"נ באישה חולה ומסוכנת, דכלפי האשה חשיב ממונא, שהריטב"א כתב דלא מהני דבעינן ממונא דבעל, והק' המשנה למלך מקידשה בגזל דמהני מטעם יאוש וש"ר אף דאינו של הבעל, דסו"ס קנאו מחמתו ולכן מהני וה"ה באיסוה"נ, ובאבנ"מ [שם] הביא עוד מקור למשנה למלך דאין כאן ממונא דמקדש ע"י יאוש וש"ר, והוא מדברי הר"ן שהביא שיטת רש"י דס"ל דמהני קידושין בחליפי איסוה"נ דאסורין למקדש ומותרין למקודשת וא"צ ממונא דמקדש, והר"ן הוכיח כדברי רש"י מקידשה בגזל דמהני מדין יאוש וש"ר, והיינו כהמשנה למלך, דביאוש וש"ר אינו ממונא דמקדש.

וביאר באבנ"מ דהריטב"א שחולק עליהם למד כהרמב"ם ורשב"א דמדין שינוי אתינן עלה ומהני דבאין כאחת ושוב איכא ממונא דמקדש, ושוב הביא דכן מפורש בריטב"א קידושין [נ"ב] דבאין כאחת, "דכיון דאיהי קניתיה אף הוא קונה אותו אעפ"י שלא קנה אותו דינר עד שיהא ברשותה".

אולם ש' הר"ן ומשנה למלך לא נתבארו באבני מילואים, דמצד א' ס"ל דמדין שינוי הוא, מדמהני לקדש בה, ואי כהרמב"ן דמדין בהיתירא אתא לידיה א"א לקדש וכמש"כ הקצוה"ח והאבנ"מ שם בדעת הרא"ש, ומצד שני ס"ל לר"ן דאינו ממונא דמקדש וזה צ"ב, דאי יש כאן שינוי, ע"כ צ"ל דבאין כאחת ושוב הו"ל ממונא דמקדש ואי אין כאן באין כאחת האיך יכול לקדשה בה, הא אינו מקנה לה כלום דלאו ידיה הוא וצ"ע, ומוכרח שיש כאן מחלוקת נוספת, דמצד א' מהני מדין שינוי ומאידך לא אמרינן בזה באין כאחת, ושורש פלוגתא זו צ"ב, ויבואר בהמשך.

**דרכו של רעק"א בפלוגתת הראשונים הנ"ל, דלדעת הרמב"ן מהני להקדש אבל אינו קרבן ידיה, ודומה לשיטת המשנה למלך והר"ן דאיכא קידושין אבל אינו ממונא דמקדש.**

אולם עיקר דרכו של הקצוה"ח נסתרת מיניה וביה בראשונים וכדיבואר: דהנה, לרעק"א איכא דרך אחרת בפלוגתת הרמב"ן ורא"ש עם הרמב"ם ריטב"א ורשב"א.

יעויין בדבריו בהשמטה בסוף דו"ח על הסוגי' בגיטין [נ"ה – ובנדפמ"ח ב"ק עמוד קפ"ה] שכ' ג"כ דפליגי הרמב"ן וריטב"א אי נעשה לממונא דמקדש ע"י ש"ר ויאוש, אכן הביא רמב"ן אחר, והוא מדברי הרמב"ן בהגוזל [מ"א בדפי הרי"ף בד"ה עוד כתב ה"ג] ובמלחמות בסוכה [ריש פ"ג], שכ' שם שביאוש וש"ר אפשר להקדיש קרבן, אכן הו"ל כקרבן בלי בעלים ורק כשר בקרבנות ששרים שלא לשם בעלים.

הרי מפורש ברמב"ן מצד אחד דמדין שינוי הוא מדמהני ההקדש, וזהו נגד הקצוה"ח שלמד ברמב"ן דבש"ר לא מהני הקדש, דהקנין הוא רק מצד הקונה, אולם מצד שני מבואר דלא אמרינן באין כאחת ולא נעשה לבהמה של המקדש, ורעק"א מדמה שם ש' הר"ן שהביא האבני מילואים [שאפשר לקדש בה אבל אין זה ממונא דמקדש] לרמב"ן הנ"ל, דבתרווייהו חזינן שיש הקנאה של הגזלן מצד אחד, ומצד שני אין זה ממונא ידיה.

הרי דרעק"א ג"כ למד שיש כאן מחלוק' אי הוי קנין לגזלן או לא אבל אין פלוגתתם אי שינוי רשות מדין שינוי או לא כהקצוה"ח, אלא דכו"ע מודי דמדין שינוי הוא ורק פליגי אי הך שינוי הוי נמי קנין בשביל הגזלן או לא. והוסיף שם רעק"א, דהרא"ש דס"ל דאינה מקודשת ס"ל כהר"ן ורמב"ן דלא אמרינן באין כאחת, וס"ל כהריטב"א דבעינן ממונא דמקדש ומה"ט אינה מקודשת.

והנה, הנפ"מ בין דרכו של הקצוה"ח לדרכו של רעק"א, דלקצוה"ח נתחדש לרמב"ן דלא מהני הקדש ולא מהני לקטן ולא מהני לקידושי אשה [למ"ד דבעינן ממונא דמקדש], ולרעק"א ליתא לשני הנפ"מ הראשונים וכל הנפ"מ הוא רק בקידושין, עוד נפ"מ איכא לרעק"א בקרבן, דלרמב"ן אף דאיכא הקדש, אולם אין זה קרבן ידיה, ורק אי נעשה לממונא דגזלן ע"י דבאין כאחת שוב מיקרי קרבן ידיה, [ומאד תמוהין דברי בן המחבר ברעק"א שם שהביא את דברי הקצוה"ח כסמוכין לדברי אביו, והא ב' דרכים שונים נינהו].

**מה שיש להקשות בדרכו של הקצוה"ח ברמב"ן.**

הרי לנו כמה תמיהות בדרכו שלה קצוה"ח ברמב"ן:

א] עיקר דברי הקצוה"ח ברמב"ן דלא מהני הקדש ע"י יאוש וש"ר נסתרין מהרמב"ן עצמו וכמו שהביא רעק"א דמהני הקדש לרמב"ן.

ב] מלבד זה יש לתמוה עליו, דלדידיה דליכא קנין ע"י הש"ר בכלל, אין הש"ר אלא היכי תימצי שיהיה בהיתירא, ואינו שינוי בפנ"ע לקנות, ומדברי הרמב"ן בסוף דבריו מפורש דיאוש קונה בצירוף הש"ר, וכבר דייק כן באמרי משה [סימן ל"ב ס"ק מ'], וע"כ כרעק"א דמדין שינוי הוא.

ג] עוד יש לתמוה, וכבר תמה בזה האמרי משה [שם ס"ק מ"א] דהאיך אמרינן רשות יורש לאו כרשות לוקח דמי וליכא ש"ר, הא ש"ר אינו מדין שינוי רק דהוי היכי תימצי שיוכל הלוקח לקנות ביאוש, דכלפיו ליכא באיסורא אתא לידיה, דאינו מחוייב בהשבה, והא גם ביורש ליכא חיוב השבה, ומה הנפ"מ בזה בין יורש ללוקח, וע"כ כרעק"א דמדין שינוי הוא, ובלי השינוי גם בלוקח וגם ביורש איכא חובת השבה ורק דע"י שינוי רשות שהוא מדין שינוי פקע החובת השבה, ושוב דיינינן אי רשות יורש כרשות לוקח לענין ש"ר.

מכל הנ"ל מוכרח כרעק"א, וכמו שמפורש ברמב"ן דאפשר להקדיש, דע"כ מדין שינוי הוא, רק שסובר הרמב"ן שקנין הוא ללוקח ומתקדשת ולהקדש ולא לגזלן ולמקדש ולמקדיש.

אולם עיקר דבר זה צריך ביאור - דאי ש"ר אינו קנין לגזלן האיך יכול להקנות ולהקדיש מה שאינו שלו, וכבר תמהנו כן בשי' הר"ן ומשנה למלך דס"ל דאפשר לקדש אשה ביאוש וש"ר ומצד שני ס"ל דאינו ממונא דמקדש דאינו קנין עבורו.

**דרך אחרת בביאור דעת הרמב"ן ור"ן לדרכו של רעק"א, שהיום הוא מקנה את הבעלות של לאחר הוהשיב, ומתמה בזה.**

ובביאור שיטתם נראה, נקדים בדברי הקוב"ש [אות ט"ז] שכתב בביאור הגדר דשינוי רשות, שכל גזלן יש לו קניני גזילה, וכשיפקע החיוב השבה ממילא חיילא קנינו ובעלותו לגמרי, וממילא יכול להקנות לו את הגזילה בקנין מוחלט מכח הנך קניני גזילה.

וכנראה שכוונתו כך:

שאף שהיום יש רק לגזלן קניני גזילה והיינו שהחפץ הוא ברשותו ואינו שלו ולכן אינו יכול להקדישו, אכן יש לומר שיש כבר לגזלן בעלות מוחלטת בחפץ עכשיו כלפי הזמן של אחר הפקעת הוהשיב, שאף שהיום החפץ הוא רק ברשותו ואינו שלו שהרי יש כאן עיכוב של הוהשיב, אבל היום יש לו את הבעלות של לאחר הפקעת הוהשיב, והיינו כמו שיש בעלים היום על הבעלות של לאחר ל' יום בחפץ, שכלפי הבעלות של היום אינו שלו וכלפי הבעלות של מחר הרי זה שלו גם היום, א"כ ה"ה דגם בדין והשיב נימא כן, שכלפי הזמן של אחרי הוהשיב איכא בעלות מוחלטת כבר היום, וכל מה שאומרים שגזלן אינו מקדיש כיון שאינו שלו, היינו שאינו מקדיש את הבעלות של היום כיון שכלפי היום אין לו בעלות על היום.

וממילא י"ל שאת הבעלות הזו הוא יכול להקנות להקדש וללוקח, דכבר מעכשיו שלו הוא, והיות ועם הקנאתו איכא ש"ר, וא"כ באמת פקע ההשבה מיד בהקנאה, שוב יכול להקנות לו הך בעלות של אחרי הפקעת ההשבה מיד - שהרי מיד עם הקנאתו פקע ההשבה.

אולם לא נראה כן, דנראה דא"א להשוות בעלות על לאחר ל' לבעלות על לאחר והשיב, וא"א לקנות היום את הבעלות הזו, שהרי אף שיש סיבה תמידית להיות בעלים מוחלט על החפץ ורק שהושיב מעכב, אכן סו"ס הוהשיב הוא סיבה מוחלטת תמידית שמעכבת את הבעלות המוחלטת ורק חשיב כבעלים 'בכח' [ולכן זה ברשותו ואינו של] ואין לו בעלות מוחלטת להקנות לו.

נמצא שהפקעת הוהשיב ע"י שינוי היא התחדשות של אז, ואין לו בעלות היום על הזמן שלאחר הפקעת הוהשיב, דבשלמא בלאחר ל' י"ל שהיום יש בחפץ את הזמן של מחר, שזה מציאותו של חפץ שיש לו היום גם את העתיד שלו, אבל חפץ אין לו היום את המציאות של לאחר השינוי, והיינו שלא מונח בעצמים היום את המציאות של כלים שלאחר שינוי, שהרי זו מציאות חדשה שמתחדשת אז ואז זה מפקיע את הוהשיב, וקשה לומר שהיום יש לו כבר את הבעלות ההיא.

והיה מקום לומר שוהשיב היא סיבה שמתחדשת כל רגע ונמצא שיש סיבה תמידית לבעלות מוחלטת אלא שכל רגע מתחדשת והשיב להפקיעו, ולכן דנים שיש כבר היום את הבעלות של לאחר הפקעת הוהשיב, אכן זה אינו נכון, שהרי חיובא דוהשיב אינו חיוב שמתחדש כל רגע ורגע, אלא בגזילה עצמה חיילא והשיב עד שיחזיר את הגזילה, וזו סיבה קבועה שלא יקנה, וע"כ שהפקעת הוהשיב היא התחדשות של אז ואיך נאמר שכעת הוא בעלים על מחר, והיום הוא מקנה את הבעלות של לאחר הוהשיב, וצ"ע.

**דרך אחרת בזה שהוא מקנה קניני גזילה אבל הקונה קונה מכחו את הבעלות המוחלטת מוחלטת.**

וכנראה שאמרי משה [שם] למד בקרוב לזה אבל באופן אחר, והוא, דבש"ר ובשינוי השם הוא רק מקנה ורק מקדיש את הקניני גזילה עצמן, והיינו דכמו שאצל הגזולין יש דין שאם יפקע הוהשיב ממילא יחול הקנין, כמו"כ בהקדש ולוקח, כשיפקע הוהשיב יחול קנינם לגמרי, הרי שהוא מקנה להם קניני גזילה שהם באמת רק בגדר 'זכויות' בחפץ אבל התוכן של הנך זכויות הם שיהפכו להיות קנין מוחלט כשיפקע הוהשיב.

ומעתה כיון שיש שינוי רשות שהוא קונה מדין שינוי וזה חל בשעת ההקדש עצמו, הרי נמצא שפקע הוהשיב בשעת הקנין עצמו ומעיקרא קונים את החפץ לגמרי [וכן הדין בשינוי השם], הרי שהוא מקדיש ומקנה את כחו וזכויותיו בחפץ, והקונה קונה את החפץ בבעלות מוחלטת בזה שהוהשיב פקע מיד בקנייתו.

וממשיך האמרי משה, שכל זה בש"ר בלוקח דחשיב שינוי, אבל ברשות יורש שאינו כרשות לוקח, הוא יורש את הקניני גזילה עם הוהשיב [דלאביהן ליכא השבה אחר שמת], דקשורים זה לזה הקניני גזילה עם הוהשיב, דלא שייך לזכות בקניני גזילה בלי החובת השבה, ולא זכו בחפץ באופן מוחלט ורק אי כרשות

לוקח דמי איכא ש"ר ופקע הוהשיב, וזכו בחפץ באופן מוחלט, עכת"ד בתוספת ביאור.

### **מבואר למה לא מיקרי ממונא דבעל ולא מיקרי קרבנו של המקדיש.**

ומעתה - לדרכו של האמרי משה מבוארין היטב דברי הרמב"ן דאיכא קרבן בלי בעלים, דאף שיש לו כוח להקדיש ולהקנות, דמקנה את הקניני הגזילה עצמן, אכן, סו"ס החפץ עצמו אינו שלו, דקנינו אכתי לא חיילא כלל בחפץ מחמת הוהשיב, ורק קנינו "בכח" הוא דמקדיש ומקנה, ונמצא שהבהמה עצמה שנקנה להקדש נקנה מהנגזל להקדש ע"י הקנאת הגזלן, ובכח"ג אינו קרבן דגזלן, דרק היכא דממונו נעשה לקרבן הוא דאמרינן דנעשה קרבן ידיה, והכא, בהמת הנגזל נעשה לקרבן ע"י הקדש דגזלן.

וגם דברי הר"ן, דמדמה קידושין ביאוש וש"ר לקידושין באיסוה"נ למקדש ולא למתקדשת, מבוארין עפ"י הנ"ל, דשם, הנידון הוא אי סגי מה שהקנה המקדש למתקדשת ממון או דבעי שיהיה ממונא ידיה, והיות והכא אינו ממונא ידיה, דממון הנגזל הגיע לאשה ע"י הקנאת הגזלן, חזינן דאין צריכים ממונא דמקדש, ומזה הוכיח הר"ן דה"ה היכא דמקדשה בחפץ שהוא איסוה"נ כלפי המקדש, דאף שהוא מקנה לה הכ חפץ דאיסוה"נ שלו הן, אכן סו"ס כלפיו אין לו דין ממון, והוכיח הר"ן דאפי"ה מהני כמו דהגזלן מקדש בממון הנגזל.

ויש להעיר דלדרך הראשונה [עפ"י הקוב"ש], שיש לו כבר בעלות על אחר זמן הפקעת הוהשיב, וזהו מה שמקנה ומקדיש, שוב לא מובן למה אינו קרבן ידיה, ולא מובן ראיית הר"ן לאיסוה"נ, ומוכרח כדרך השניה.

**מבאר את הגדר בבאים כאחת ברשב"א, עפ"י הנ"ל, שזה דומה לבאים כאחת בעבד, שיש כבר סיבה לבעלותו עכשיו אלא שהוהשיב מעכב דומי' דבעלות האדון על העבד, שהסיבה לבעלותו של העבד על עצמו תמיד קיימת.**

ונ' דלדרך זו מובן נמי שי' הרשב"א וריטב"א דאמרינן דהקדשו וקנינו באין כאחת ונעשה ממונא דמקדש, וכמוש"כ המ"מ ויש"ש לענין קידושין, דלכא' תמוה, דהאיך מהני באין כאחת בקנינים הרי כבר ייסד לנו הקצוה"ח [סי' ר' ס"ק ה'] דרק בגט דסגי בנתינה אמרינן באין כאחת אבל בקנינים לא אמרינן כן, ולהכי הדין הוא שכשנותן שטר מתנה על שדה בשדה חבירו דקונה את השטר וממילא קונה את השדה, אבל אם הוא יתן את השטר מתנה בהך שדה עצמה שהוא בא לקנות, אז לא נימא בזה באין כאחת שהשטר יקנה את השדה והשדה יקנה לו את השטר, כאחת, אף דכה"ג אמרינן בגירושין ושיחרור שהיד עצמו שקוני לאדון נעשה לידו של העבד ע"י השיחרור, וזה עצמו גורם את השיחרור, שהרי בקנינים לא אמרינן כן, וא"כ למה מהני כאן, ויתירא מזו, הרי יש כאן שני דברים שסותרים זא"ז, שאיך יכול לחול הקנין לגזלן באותו רגע שחילא להקדש ולמתקדשת - וצע"ג.

והנראה בזה, דהנה עיקר טעמא דבאין כאחת בעבד ואשה הוא כך:

בעבד מצד עצמו יש סיבה להיות בעלים על עצמו ככל אדם שהוא בעלים על עצמו, אלא דרכיב עליו עבדות, והעבדות היא סיבה להפקעה תמידית של בעלותו

על עצמו, להשוותו לממונא דאדון, ואף דכעת הוא ממונא דבעלים באופן מוחלט, אכן סו"ס איכא סיבה לבעלות על עצמו דסו"ס כל אדם הוא ברשות עצמו, ונמצא שהאדון לא צריך להקנות לו את עצמו, אלא שבהפקעת הממונא דאדון ממילא חוזרת הרשות והממון של עצמו לעצמו, כיון שהסיבה היתה כאן בכח כל הזמן, ופשוט, ומהאי טעמא שייך לחדש דינא דבאין כאחת, ואף דסו"ס חידוש הוא - שאיך ידו יהפוך להיות ידו ע"י השיחרור אם השיחרור רק יחול אחרי שזה ידו-וע"כ שיש כאן חידוש גדול שקשה להבין אותו, אכן הגדר של החידוש הוא שכשיש כבר סיבה להיות ידו אז אמרינן באין כאחת.

וה"ה הכא סוברים הרשב"א והריטב"א שיש באין כאחת, והיינו עפ"י מה שנתבאר שהוא מקנה את הקניני גזילה והקונה קונה את הבעלות המוחלטת, כיון שמיד פקע הוהשיב.

ומעתה כיון שלכל גזלן יש קניני גזילה, אלא שהקניני גזילה עצמם אינם בעלות מוחלטת אלא בגדר ברשותו ולא בגדר שלו, אכן סו"ס איכא סיבה תמידית שבעלותו מכח הקניני גזילה תהיה בעלות מוחלטת, אלא שהוהשיב הוא המעכב, ונמצא שבשעה שהוא מקנה את החפץ ויש ש"ר לקונה להפקיע את הוהשיב, ברגע זה אפשר לומר שחל הבעלות המוחלטת גם כלפי הגזלן כיון שהיתה כבר סיבה לבעלותו ובכה"ג שפיר אמרינן באין כאחת, ושפיר מיקרי קרבן דידיה ושפיר מיקרי ממונא דמקדש.

והיינו דהיות ועם חלות ההקדש חיילא סיבה שיהיה של הגזלן [דרכ הוהשיב מעכב את קנינו מלחול לגמרי וזה פקע עם חלות ההקדש] שוב אמרינן דדיינינן ליה דממונא דגזלן הגיע להקדש, דאמרינן בזה באין כאחת ורק כלפי זה אמרינן באין כאחת, ושפיר ס"ל לריטב"א דחשיב ממונא דמקדש שהגיע למתקדשת.

וכל זה אחרי מה שנתבאר ע"ד האמרי משה, דכבר א"צ את החידוש של "באין כאחת" לעיקר כוח הקנין, שהרי מקנה את הקניני גזילה שיש לו כבר, ורק לענין זה שיחול בו שם 'קרבנו' או שם 'ממונו' הוא דבעינן ל"באין כאחת", ושוב ליכא סתירה ליסודו של הקצוה"ח, דהתם בעינן ל"באין כאחת" לעיקר הקנין.

וכל זה בשיטת הרשב"א והריטב"א, אבל הרא"ש והרמב"ן והר"ן חולקין, דלא אמרינן בזה "באין כאחת".

הרי נתבאר דלא פליגי הרשב"א ורמב"ן בעיקר ההקדש, דלתרווייהו מקדיש את הקניני גזילה עצמן, ורק פליגי אי אח"כ אמרינן "באין כאחת" להחשב שהבהמה בא מהגזלן ולא מהנגזל.

והנה ע' בתשו' הרשב"א [תשו' תתקס"ח] דהק' דהאיך יכול הגזלן להקדיש, הא מה ביתו שלו וכו', ותי' דבאין כאחת, ולדברינו, הא אין החיסרון שאינו שלו, שהרי יכול להקנות את הקניני גזילה וכל החיסרון הוא דאינו קרבן ידידיה, וצ"ל דאחרי דס"ל להרשב"א דלא שייך קרבן בלי בעלים, א"כ ע"כ צריך להקדיש את הבהמה עצמו, ולא את הקניני גזילה גרידא, וע"ז הק' דמה ביתו שלו דבהמה עצמו אינו שלו.

**מבאר מה תוכן הצירוף של היאוש עם הש"ר, ודוחה את ביאורו של הקצוה"ח בזה.**

מעשה עלינו לבאר, למה צריכים לצרף כאן יאוש, וזה ק' בין לרמב"ן ובין לרשב"א, דהקנין להקדש היא ע"י שינוי דש"ר ולמה לי יאוש בכלל, והקצוה"ח הנ"ל נקט דשינוי רשות הוא שינוי קטן ומה"ט בעי צירוף.

ולכאנ' זה תמוה בש"י הרמב"ן, דהרמב"ן נקט דלא אמרינן צירוף בשינוי קטן ויאוש, דאי יאוש לא קני גם לא מצטרף, והכא דאמרינן צירוף, היינו משום דאיכא בהיתירא אתא לידה בהך יאוש, וזה תמוה דבהיתירא אתא לידה הכוונה דאין חובת השבה, ובלי השינוי רשות הרי איכא חיוב השבה [וכדביארנו לעיל ביורש], דזוכה בקניני גזילה עם החובת השבה, ורק בלוקח פקע חיוב השבה ע"י שינוי דש"ר, ואי אמרינן דהך שינוי הוא שינוי קצת דבעי צירוף, א"כ לא פקע ע"י השינוי גרידא ושוב ליכא כאן יאוש להצטרף אליו דבאיסורא אתא לידה, דאיכא חובת השבה, והיינו דעד כמה שצריכים עדיין את היאוש, אכתי איכא חובת השבה ואכתי חשיב באיסורא, ומ"ש מכל יאוש דלא מהני דבאיסורא אתא לידה<sup>148</sup>.

כמו"כ יש לתמוה בש"י הרשב"א, דאי הש"ר גרידא לא קני ובעי עימו צירוף דיאוש, הא האיך כ' הרשב"א בתשו' דמה דמהני יאוש וש"ר הוא מחמת בהיתירא [וז"ל שם בתתקס"ח "דכו"ע ס"ל דיאוש וש"ר קני והדין נותן שהרי כשבא ליד זה בהיתירא בא לידו והו"ל לדידיה כמציאה"] והא לרשב"א איכא באין כאחת, ומהני הש"ר גם לגזלן, וכלפי הגזלן ליכא יאוש, דאין כאן בהיתירא כלפי הגזלן, וע"כ דהש"ר בפנ"ע קונה ומה"ט קונה גם לגזלן, והצירוף של יאוש הוא לענין אחר.

וזה מוכרח עוד משי' הרשב"א דשינוי מעשה קטן מהני עם יאוש, בקיצען [רשב"א בחי' ס"ו: ודלא כהרמב"ן דהיאוש הוא באיסורא וליכא ביה צירוף] ולמה התם מהני צירוף ביאוש אף שהוא באיסורא והכא בעינן צירוף ביאוש שהוא בהיתירא, וע"כ שהכא הצירוף הוא לענין אחר.

**ביאור אחר בצירוף דיאוש לשינוי רשות, שיש עיכוב בעלים מצד הבעלים אף שהגזלן מקנה את הקניני גזילה, ולזה בעינן היתירא דיאוש.**

ומוכרח דענינו של הצירוף הכא הוא באופן אחר, ונ' דביאור הדברים הוא כך: והמהלך בזה הוא עפ"י מה שנתבאר לעיל מהאמרי משה בש"ר ושינוי השם, דעיקר הקנין הוא הקנאת הקניני גזילה, דנמצא דזכיית הלוקח היא בחפץ של הנגזל, דעם הזכיה עצמה איכא ש"ר וחיילא קנין מוחלטת דפקע הוהשיב, ומה"ט ס"ל לרמב"ן דלא מיקרי קרבנו, דהגזלן הקנה חפץ של הנגזל להקדש, ומה"ט חשיב ליה להר"ן כקידושין בממון של הגזלן, ומבואר כאן דמיד עם זכייתו בחפץ, הרי זוכה בממונא דנגזל.

148 והעירני תלמיד אחד דלפי מש"כ הקצוה"ח [ס' שס"א ס"ק ב'] דלשי' הרמב"ן באיסורא אתא לידה היינו דקעבר על איסור, ממילא בלוקח תמיד איכא בהיתירא גם אי חובת השבה לא פקע, וא"ש ודו"ק.

והיינו, דהיה אפ"ל דזוכה בקניני גזילה עצמן עם החובת השבה, ורק אח"כ פקע ההשבה, ונ' דזה אינו, אלא דתחילת זכייתו הוא בחפץ דנגזל, והטעם הוא דהיות ובעלותו של הלוקח היא עצם השינוי, שהרי השינוי רשות אינו מצד ה'רשות' וה'שליטה' של השני [וכדמוכרח מזה שגונב מן הגנב לא מיקרי ש"ר], אלא שהשינוי הוא ה'בעלות' החדשה, ונמצא שבעלותו של הלוקח היא השינוי עצמו, וע"כ דמעיקרא חיילא בעלותו מיד שזה השינוי עצמו, וממילא פשוט דלא חיילא מעיקרא חובת השבה כלפיו, ונמצא דקנייתו מתחילה היא בחפץ של הנגזל – הלוקח קונה מהנגזל.

ומעתה נמצא דמצד בעלותו של הגזולן יש כאן כח להך הקנאה דקניני גזילה ידידיה נינהו, ושפיר קס"ד דיכול להקנות, אכן היות והקנאתו חיילא על חפץ דנגזל קמ"ל דאין כאן קנין דיש כאן "עיקוב בעלים" מצד הנגזל, והיינו, דאף דמצד הגזולן יש בעלות להקנות, אבל מצד הנגזל איכא "עיקוב בעלים".

ויתכן לומר עוד דהך דין עיקוב בעלים אינו פשוט מסברא אלא דילפינן להך דין מפסוק ובזה יתישב קושי' אחרת, דהנה, להלן [ס"ח]: דרשינן מה ביתו שלו אף כל שלו, ולכאור' תמוה דמהו הקס"ד בכלל שיהני הקדש בדבר שאינו שלו, וכי בקנינים נמי צריכים ע"ז מיעוט, וע' קוב"ש קידושין [אות מ"ב] דנתקשה בזה, ונראה שהפסוק איירי במקדיש לאחר גזילה [במטלטלין שיש קניני גזילה], וקס"ד שיכול להקנות ולהקדיש מחמת הנך קניני גזילה, ולזה איצטריך הך קרא דמה ביתו שלו אף כל שלו, לחדש שסו"ס יש כאן יציאה מבעלותו ואכן בעלותו מעכבת, וא"ש.

ונראה דמה"ט נמי בעינן לצירוף של יאוש, דהיכא דאיכא יאוש, שוב אין כאן "עיקוב בעלים" לנגזל בממונו, דכמו דאחרים יכולים לזכות בו, כמו"כ הוא יכול לזכות, ושוב מהני הקנאת הגזולן על הקניני גזילה עצמן, ולא אכפת לן מה דחיילא זכייתו בחפץ דנגזל.

נמצא דאין היאוש צריך להפקיע ההשבה, דלרמב"ן זה א"א, [דאי יש השבה הרי אין יאוש, דבאיסורא אתי לידיה], והפקעת הוהשיב הוא ע"י הש"ר בעצמו, אלא דאיכא "מעכב" של הנגזל, דכיון דמתחילת זכייתו פקע והשיב וזוכה בממונו דנגזל, שוב יכול הנגזל לעכבו מלזכות מגזה"כ דמה ביתו שלו, ולזה בעינן יאוש.

ומובן נמי למה בעינן יאוש דבהיתירא אתא לידיה לרשב"א אף דתמיד לצירוף מהני יאוש דבאיסורא, דהכא, היאוש לבד צריך לסלק תביעת הנגזל, ורק יאוש דבהיתירא מהני לזה.

וע' קובש"ע [מובא לעיל] שג"כ כ' כעין זה, אכן לדרכו לא מובן איך הנגזל מעכב, דלדידיה, הרי כבר שייך הגזילה של אחר הפקעת ההשבה לגזולן, וזהו מה שמקנה ללוקח, והאיך יכול הנגזל לעכב וצ"ע.

#### **ביאור ביאוש ושינוי השם בתרומה.**

הנה לדרכו של האמרי משה, יש לעיין האיך מהני יאוש ושינוי השם בתרומה, דשינוי איכא רק אחרי החלות תרומה, והאיך יש לו בעלות להחיל לכתחילה חלות תרומה, והכא ליכא למימר דמקנה את הקניני גזילה לתרומה ובשעת חלות

התרומה פקע ההשבה, ונהיה כאן קנין גמור, דתרומה אינו מעשה הקנאה, רק מעשה הפרשה, ולא שייך בזה העברת הקניני גזילה עצמן לרשות תרומה.

והנ' בזה, דהנה בריש האיש מקדש מצאנו ילפותא דלא מהני בתורם את שאינו שלו, ומבואר דחלות תרומה אינו כשאר חלויות שמסברא צריכים כוח בעלים שהרי בעינן לזה פסוק, והטעם לזה נ' דכבר מונח דין הפרשה בטבל, שעומד לכך, ואינו כהקדש וקנין שהוא דין חדש שבאין להחיל, ולזה א"צ צריכים בעלות מסברא, ולהכי איצטריך קרא, [ובשערי חיים בקידושין סי' מ"ב ביאר באופן אחר].

וע' ירושלמי ריש תרומות שהיה צד שמהני בהפקר, והיינו דאולי דין בעלים הוא רק מדין "עיקוב בעלים" והיכא דליכא בעלים א"צ בעלים כלל, וע"כ מהטעם הנ"ל<sup>149</sup>.

ויש מקום לומר, דגם אחרי הגזה"כ ובעינן בעלות בתרומה, סו"ס בעלות מחודשת היא מגזה"כ, וכבר הארכנו בכתבים בתרומות להוכיח מכמה דוכתי דסגי בבעלות ברמה אחרת לתרום מחמת כל הנ"ל.

וממילא שיש לומר עוד דסגי בבעלות בקניני גזילה שעם החלות תרומה יהיה לו כבר בעלות מוחלטת ע"י שינוי השם, ונמצא דכאן א"צ לבא לכל החידוש של הקנאת הקניני גזילה עצמן, דרק בקנינים והקדש בעינן לזה.

#### **בדברי רעק"א בדעת ר"ת והראב"ד דליכא שינוי השם בקרבן.**

בתוס' [ד"ה עולא] הוכיח ר"ת דלעולם יאוש קני דאל"כ לא מהני הקדש בההיא דהניזקין דגנב והקדיש, והק' רעק"א דאף אי ר"ת חולק וס"ל דליכא יאוש ושר' בהקדש, דמעיקרא תורא דראובן, הא סו"ס שינוי השם איכא ויהני ההקדש מדין יאוש ושינוי השם אף דיאוש ל"ק, וכן למד הר"י את הבריי' הנ"ל.

והוסיף רעק"א להקשות דמפורש בברייתא [ס"ז.] דהקדשן הקדש ותרומתן תרומה, והטעם דאיכא שינוי השם, ות' רעק"א דע"כ צ"ל דליכא שינוי השם בקדושת הגוף מה"ט גופא דמעיקרא תורא דראובן, והבריי' מיירי בקדושת בדק הבית.

ויש להוכיח כרעק"א מלהלן בדברי ר"ת ליישב קוש' הר"י מאביי, דאביי הוכיח דיאוש לא קני מקרבנו ולא הגזול, דפסול מטעם מהב"ע, וע"כ דההקדש חיילא, והיינו משום ש"ר או שינוי השם בהדי יאוש, ובדעת ר"ת צ"ל דבקרבתנו ולא הגזול הפסול הוא דלא חיילא הקדש כלל דגלי קרא דיאוש לא קני, ולא משום מצהב"ע.

וע' שטמ"ק בשם הראב"ד לעיל [ס"ו:] דלמד כן באביי וכו' בתוס' רי"ד שם, ובדעת הראב"ד ותוס' רי"ד היה מקום לומר דלרב יוסף דאיכא שינוי השם אה"נ

149 ובעיקר הסברא, שכבר מונח דין הפרשה בטבל ומה"ט יש סברא שא"צ כוח הבעלים, כבר מצאנו סברא זו באו"ש מקואות [פ"א ה"ח אות ג'] דכ' דמסברא זו סובר הירושלמי שהפרשת תרומה היא חלות התורה כחליצה ומהני בקטן בגדול עומד ע"ג כחליצה ולא כהקדש, וכעין זה מצאנו באחיעזר [ח"ב סימן ל"ח - י'] דאף דהקדש לא מהני באינו ברשותו, אבל תרומה מהני מסברא הנ"ל, והארכנו בכתבים ריש תרומות בהרחבה בענין זה, ושם הוכחנו עוד שא"צ אותה רמה של בעלות בתרומה כמו דבעינן בכל הקנינים וחלויות.

חיילא קדושה, ורק אביי לא ס"ל טעמא דשינוי השם, ולמד ברייתא דהקדשן הקדש בבדק הבית ומטעם ש"ר, אולם לאביי יהיה ק' מתרומה דליכא שינוי רשות, ואי יאוש לחודי' ל"ק, ע"כ דקני מטעם שינוי השם, וא"כ ה"ה בקרבן יקנה מטעם שינוי השם, ומוכרח כר"ת דבקרבן ליכא שינוי השם כלל וכמש"כ רעק"א. ובעיקר שי' ר"ת במהב"ע נמי מוכרח כרעק"א דליכא שינוי השם בקרבן, דלדידיה, הנפ"מ בין יאוש לשינוי הוא דביאוש אכתי שם גזול עליו, לא כן בשינוי וכנתבאר בארוכה שם, ואי בכל קרבן כשמקדישו איכא שינוי השם, שוב לא יהיה בו משום מהב"ע, וע"כ דליכא שינוי השם בקרבן לדעת ר"ת וכמוש"כ רעק"א, וברייתא מיירי בקדושת בדק הבית.

אולם עיקר דברי רעק"א תמוהין דמטעם מעיקרא תורא דראובן לא חשיב שינוי השם, דסו"ס נשתנה שמו.

#### דרך אחרת בזה.

ונראה לבאר דעת ר"ת והראב"ד בהפ"ד באופן אחר עפ"י האמרי משה הנ"ל, דהנה לפי האמרי משה, הרי כל ההקנאה בשינוי השם וש"ר הוא רק משום שמקנה את הקניני גזילה עצמן ושוב חיילא שינוי עם הקנין של הלוקח והקנין של בדק הבית, דאל"כ אין שום התחלה להקנאתו, ובתרומה שאלנו דכל זה לא שייך דאין זה מעשה הקנאה, וע"כ דצריכים לחדש דהיות ודין בעלים בתרומה הוא בעלות מחודשת, שוב א"צ לבעלות מוחלטת וסגי בבעלות דקניני גזילה.

ונ' דלפי מה שייסד לנו הגר"ח דקדושת הגוף אינו מעשה הקנאה, רק התפסת קדושה בעלמא וע"י זה חיילא כאן דין ממון גבוה, אבל אין כאן הקנאה כלל <sup>150</sup>, א"כ לדרכו של האמרי משה הנ"ל תמוה, הא לא שייך שיקנה את הקניני גזילה שלו לגבוה, ודומה בזה לתרומה אלא דבתרומה הסברנו דסגי בקניני גזילה הואיל ובעלות מחודשת הוא אכן בקדשים אינו כן.

ונ' דמה"ט ס"ל לר"ת ולהראב"ד ורי"ד דליכא יאוש עם שינוי השם וש"ר בקרבנות, וע"כ דבריי' דהקדשן בבדק הבית מיירי וכרעק"א, דהתם משום הקנאה אתינן עלה ושפיר מהני להקנות הקניני גזילה שבו, ונמצא דאין סברת ר"ת סברא בשינוי השם עצמו וכמוש"כ רעק"א, רק דס"ל לר"ת דאין לו כוח הקנאה כדי להקדיש, ואף להרשב"א דאמרינן באין כאחת, זהו רק אחרי שיש כבר כוח הקנאה וכנתבאר לעיל, ובקרבן הרי אין כאן התחלה.

אולם לדברינו יהיה קשה, דהיכא שיש לו כוח הקנאה, וכגון ביאוש קני, התם איכא שינוי השם לר"ת אחרי שיחול ההקדש, וא"כ ק' למה איכא מהב"ע, וצ"ע.

150 לא בתחילה ולא בסוף, ודלא כהקובש"ע דנקט דגם בקדוה"ג יש קנין, רק דהתחלה הוא קדושה והקדושה מביא קנין, והגר"ח נקט דאין בו קנין גם בסוף דהגר"ח כ' דמה"ט לא חשיב מכירה לענין דו"ה ואיכא חיובי גניבה לבעלים של הקרבן ולא לגבוה לולי המיעוט, ודלא כגונב מבדק הבית.

**סימן כ"ח**  
**דגול קרבן דחברי' <sup>151</sup>.**

ביאור הפירוש הראשון ברש"י. / ביאור הפי' השני ברש"י, דהכפרה בקרבן ליתא בגזילה. / מכירה בכפרה של הקרבן

**ביאור הפירוש הראשון ברש"י.**

לפי' הראשון ברש"י דייק הפנ"י שאינו עולה לרצון לבעלים הראשונים אבל אינו נפסל, אולם בתוס' הק' על פי' זה ממה דמבואר להלן [ע"ו] דע"י שחיטה לשם בעלים חשיב חזרה קרן לבעלים והאיך כ' רש"י דנפסל, הרי דנקט דלרש"י הקרבן נפסל, ובאמת דגם אי נימא כהפנ"י דלא עלה לרצון, אכתי ק' קושי' התוס' דהאיך חשיב חזרה קרן לבעלים.

וע' תוס' רי"ד להלן [ע"ו] שתירץ קושי' התוס', דהכא מיירי שהקריבוהו שלא לשם בעלים והתם מיירי לשם בעלים הילכך חשיב חזרה קרן לבעלים, ולדבריו אנו מוכרחין לומר כמו שמדויק בתוס' שנפסל הקרבן, דאל"כ אלא דלא עלה לרצון לבעלים, הא בלאו הכי לא עלה לבעליו דהקריבוהו שלא לשם בעלים ומה הוסיף לנו גזה"כ דקרבנו ולא הפסול.

והטעם לחלק לגבי הך פסול בין הקרבה לשם בעלים או לא, מבואר בדבר אברהם [ח"ב סי' י"ב בהגה"ה] [שיישב מעצמו הקושי' מלהלן ע"ו] דכששחטו לשם בעלים שוב חשיב השבה ושוב לא חשיב גזול וליכא פסול, ורק כששחטו שלא לשם בעלים ליכא השבה ואכתי שם גזול עליו ובפסולו קיימא, ויש לעיין מהמשך הסוגי' שם.

**ביאור הפי' השני ברש"י, דהכפרה בקרבן ליתא בגזילה.**

ולפי' שני ברש"י, קמ"ל קרא דלא עולה לשני רק לראשון וביאר רש"י "הילכך אפי' אחר יאוש לא קני' דקרבן אינו נגזל דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא", ולכא' תמוה, דהאיך כ' רש"י דאין כאן גזילה, הא ממעטינן גזילת קדשים מרעהו [ס"ב:] ומבית האיש ולא מבית הקדש [ע"ו]. ומפורש שם שממעטינן גם גזילת קרבן ולא רק בדק הבית וכן מפורש ברמב"ם גניבה [פ"ב - ה"א], וצ"ע.

והנ' בזה דע' היטב בתוס' ר"פ שהביא לשון זו ברש"י בזה"ל, "וקמ"ל דאע"ג דיאוש קני' שאני קרבן דכל היכא דאיתיה ברשות רחמנא איתיה, הילכך לא קני ליה ביאוש", הרי דמבואר מדבריו דטעמא דבי גזא דרחמנא הוא טעם למה ליכא יאוש, ואינו טעם למה ליכא גזילה, וכן מדויק בתוס' רי"ד שכ' "ואע"ג דאייאש דכיון דאקדשי' בעלים כל היכי דהוא בי גזא דרחמנא הוא, ואינו מועיל לו יאושו של זה", ומפורש כנ"ל.

וע"ד זה צ"ל ברש"י שרש"י מודה ששייך בו גזילה לענין חיובי גזילה, אבל לגבי יאוש לא חשיב שהחפץ גזול.

<sup>151</sup> מהדורא קמא - קיץ תשס"א

והביאור בזה י"ל דיאוש הבעלים רק מהני אי גזלו ממנו, והיות "ובי גזא דרחמנא" מחזיקים את הקרבן עבורו, שוב לא שייך לגזול הימנו ואין כאן יאוש, וכל מה דיש כאן גזילה הוא מגבוה, דכלפי גבוה יש גזילה וע"ז צריכים מיעוט דרעהו, לומר דפטור מלשלם לגבוה.

אולם זה אינו, דכמו שבי גזא דרחמנא הוא סברא דלא גזלו מהבעלים, כמו"כ לא גזלו מגבוה דאכתי קאי בי גזא דרחמנא גם כשנמצא בבית הגנב, ועוד, דהגר"ח עה"ש נקט דלולי המיעוט דבית האיש, היה משלם לבעל הקרבן ולא לגבוה, הרי דהגזילה הוא מהבעלים, והיו צריכים לשלם לו, ואפי"ה לא חשיב גזול לענין יאוש, וצ"ע.

והנ' בזה דיש לעיין, דאיך שייך חיוב תשלומין לבעלים, הרי אינו יכול למכור קרבנו ולא שוה כלום לכל העולם, וע' אמרי משה [סי' מ' אות ה'] שביאר דברי הגר"ח הנ"ל [דהיה שייך תשלומין לבעלים] עפ"י רש"י בגיטין [נ"ג] דכהנים שפגלו במקדש חייבין לשלם לבעלים כיון שהבעלים צריכים להביא אחרים במקומן, וגם בנדבה חייבין לשלם [אף דא"צ להביא אחרים במקומן], שהרי ביקש להביא דורון, אלו דברי רש"י, והביאור ברש"י, שהרי הבעלים לקחו הך בהמה וייחדוהו לשימוש זה של כפרה ודורון, והוא הזיק ממנו הך שימוש ונמצא דשוויות הבהמה בשביל הבעלים הוא כפי מה ששוה בשוק, רק שהם משתמשים בו לתשמיש של כפרת קרבן ודורון, עכתו"ד בתוספת ביאור.

ומבואר מתוך דבריו דהגזילה רק מתיחסת לבהמה עצמו ולא לקדושה וכפרה בקרבן, והיות ויש לו בתוך הבהמה הך שימוש של כפרה, וגנב את הבהמה, שוב מחייבין ליה על מה שלקח מחבירו הבהמה, אכן על הכפרה וקדושה ודיני קרבן עצמו אין לחייבו, ונ' דלנתבאר כאן ברש"י, הרי ע"ז לא שייך גזילה, דבי גזא דרחמנא הוא, וכאילו שהקדש מחזיקים בכפרה עבורו ושוב לא חיילא בזה גזילה, ורק בבהמה יש גזילה וע"ז יש חיוב תשלומין וע"ז בעינן מיעוטא דרעהו ובית האיש.

והשתא א"ש, דלענין יאוש כ' רש"י שאין כאן גזילה, והכא, הנידון של רש"י הוא שהכפרה עצמו יהני לגזלן ואמרינן דלא מהני הואיל ואינו גזול, והיינו דדברי רש"י קאי ביחס לכפרה עצמו, שרוצה הגזלן לזכות בו ע"י גזילה ויאוש שיעלה לו הקרבן, ובזה כ' רש"י דליכא גזילה כלל, ואין זה ענין לגזילת הבהמה עצמו.

#### מכירה בכפרה של הקרבן.

אולם אכתי תמוה, דהא גם ע"י קנינים במכירה א"א לזכות בכפרה, ונמצא דאין החיסרון לגבי גזילה ויאוש, רק החיסרון הוא דלא נתפס בכפרה שום קנין, ולמאי איצטריך קרא "דקרבנו ולא הגזול", ויעויין בתוס' ר"פ שכבר עמד בזה וביאר דלהך לישנא ברש"י נצטרך לומר דמיירי בקק"ל לר"י הגלילי דמהני למכור לחבירו ומהני נמי שחבירו יתכפר - וכהפנ"י [כאן] וכנתה"מ [סי' רמ"א ס"ק ה'], ודלא כהקצוה"ח [סי' ת"ו] דס"ל דקונה בשר אבל אינו מתכפר - או דמיירי בק"פ דמהני מכירה בזה, ומעתה א"ש דצריך קרא למעטי' מגזילה.

ונראה דאין הגדר בר"פ [ופנ"י ונתה"מ] דמכירה מהני גם לכפרה [בקק"ל וק"פ] דבאמת המכירה מהני רק על הבשר אלא דיש דין בקרבנות הנ"ל דנגרר הכפרה

אחרי הבשר, דא"כ ק' טובא, הרי על הבשר שייך גניבה ויאוש, ויקנה הבשר וממילא יתכפר אף דאין על הכפרה עצמו גניבה ויאוש [דבי גזא דרחמנא קאי] דסו"ס נגרר הוא אחרי הבשר, אלא ע"כ הגדר הוא דע"י שמוכר את הבשר, אגב זה חיילא המכירה גופא גם על הכפרה, שמוכרו ביחד עם הבשר, וכן לענין זכייה מיאוש, לו יצוייר והיה יאוש על הכפרה, אז היה זוכה בבשר ע"י מעשה קנין בבהמה וקנינו היה מתפשט גם על הכפרה, והקס"ד כאן הוא דכמו"כ בגזילה, הגזילה בבהמה צריך להיות גזילה גם על הכפרה וע"ד הנ"ל בקנינים, ומעתה א"ש למה צריך קרא, דבגזה"כ דקרבנו ולא הגזול נתחדש דבי גזא דרחמנא הוא, ולא חיילא בו הגזילה, וממילא לא מהני היאוש.

ונסתפקתי לענין אבידה, דהיכא דנאבד קרבנו, ונתייאש, האם נימא דע"י זכייתו בבהמה יזכה גם בכפרה, או לא, דהכפרה בי גזא דרחמנא, ולכאן כאן ליכא גזה"כ כמו בגזילה, וכפשוטו צ"ל שיזכה בו.

אולם נ' דהיות והכפרה בי גזא דרחמנא, שוב אינו אבוד כלל מהבעלים, ודומה ליד שומר כיד בעה"ב דס"ל לרמב"ן דליכא יאוש דמחזיקים את האבידה עבורו, ולא מיקרי אבוד בכה"ג, וכלשון הנתה"מ [סי' רנ"ט ס"ק א'] "דלאו שמה אבידה" הילכך לא חיילא ביה יאוש, ורק בגזילה היה קס"ד דכמו דבמקח חיילא הקנין גם על הכפרה הגם דבי גזא דרחמנא הוא, כמו"כ בגזילה נימא כן, וע"ז צריכים מיעוט, אכן באבידה גם בלי גזה"כ הרי אינו אבוד כלל.

[ע' ראב"ד שכ' דיאוש לא מהני דאפי' זבוני נמי לא מצי ? מזבין ליה - וצ"ב ודו"ק].

## סימן כ"ט

## שינוי השם,

ובחילוק בין שינוי מעשה ושינוי השם בצירופים.<sup>152</sup>

מקשה על התוס' דמחלק בין שינוי השם לשינוי מעשה. / / מתמה על הצירוף של שינוי השם בהדי שינוי מעשה, מדברי התוס' ריש הגזול, ומתמה על הדמיון בין שינוי השם שאינו גמור בהדי יאוש לשינוי השם גמור בפנ"ע. / / מבאר יסוד החידוש ברב יוסף, ומיישב בזה הדמיון לשינוי השם גמור, ומיישב הצירוף בין שינוי השם לשינוי מעשה. / / מבאר איך ר' יוסף מדמה שינוי השם זוטא לשינוי מעשה גמור, והתוס' מחלקים ביניהם.

**מקשה על התוס' דמחלק בין שינוי השם לשינוי מעשה.**

בסוגי' דשינוי השם, ע' תוס' דצריך צירוף בהדי שינוי מעשה או בהדי יאוש, ודלא כשינוי מעשה שא"צ צירוף וזה סתירה מיניה וביה דאי שינוי מעשה א"צ צירוף, שוב אין שינוי השם יכול להצטרף אליו שהרי מצד עצמו יש כבר שינוי.

וע"כ שיש ב' סוגים ודרגות של שינוי, וכדיבואר, דהנה יעויין בתוס' ריש הגזול [ד"ה עצים] דמבואר דשינוי מעשה צריך שינוי השם [שיפוי עצים עד שיקרא נסרים], ולעומת זאת התוס' סותר משנתו דבתוס' [סוכה ל':] מבואר שבהמה והזקנה הוא שינוי מעשה גדול וא"צ שינוי השם<sup>153</sup>, ולמדנו ע"כ שיש ב' דרגות בשינוי, שינוי גמור ואינו גמור, ותוס' בסוכה איירי דווקא בשינוי גמור, ופשוט.

וממילא דגם פשוט שזה הביאור בדברי התוס' כאן, דבשינוי מעשה גמור כתבו בתחילת התוס' דא"צ צירוף, והיינו כמו שכתבו בתוס' סוכה [ל':], ובסוף התוס' מיירי בשינוי מעשה שאינו שינוי גמור ושינוי זה מצטרף לשינוי השם, והיינו כהתוס' ריש הגזול, ופשוט.

אולם זה תמוה, דלהלן מבואר בתוס' [ס"ז]. דגם בשינוי השם איכא ב' דרגות לגבי דין צירוף, דמבואר שם דשינוי השם גמור א"צ צירוף ורק שינוי השם שאינו גמור צריך צירוף, וכדמוכרח מקושי' הגמ' ממריש, וכן מטלה ונעשה איל, [ולתי' ב' בתוס' גם שינוי השם קטן א"צ צירוף, ותוס' כאן כתי' א'<sup>154</sup>], ומעתה למדנו ששינוי השם שזה ממש לשינוי מעשה, דתרווייהו בשינוי גמור א"צ צירוף ותרווייהו בשינוי שאינו גמור צריך צירוף, ותמוה א"כ דהאיך כתבו התוס' דלא דמי זל"ז כיון ששינוי השם צריך צירוף, וצ"ע"ג.

**מתמה על הצירוף של שינוי השם בהדי שינוי מעשה, מדברי התוס' ריש הגזול, ומתמה על הדמיון בין שינוי השם שאינו גמור בהדי יאוש לשינוי השם גמור בפנ"ע.**

והנה, בתוס' שם בהגזול מבואר דלולי השינוי השם אין השינוי מעשה שינוי כלל, ומבואר דשינוי מעשה הוא השינוי ושינוי השם הוא רק סימן ושיעור דליהוי שינוי

<sup>152</sup> מהדורא קמא - קיץ תשס"א

153 וע"ע במ"מ [גזילה ב' - ט"ו] ובקצוה"ח [ס' ש"ס ס"ק ה'] ותרומה"כ [סימן שנ"ג סעיף ג' ד"ה אך יש] דכ' כהתוס' בהגזול דשינוי מעשה צריך שינוי השם.

154 ועיין בביאור הגר"א [סימן שס"ג ס"ק ח'] שלמד שהתוס' חזרו בהם להלן [ס"ז] ממה שפירש כאן.

מעשה [וכ"כ התרוה"כ שם בהדי'], ונמצא דמש"כ התוס' כאן דשינוי השם מצטרף בהדי יאוש או בהדי שינוי מעשה היינו בב' אופנים שונים, דביאוש, השינוי השם עצמו פועל ומצטרף ליאוש, אבל בהדי שינוי מעשה אין השינוי השם רק היכי תימצי לשינוי מעשה.

ויש לתמוה דפשוט לכא' דאין זה ענין לדברי רב יוסף, דרב יוסף רק חידש חידוש בשינוי השם עצמו, והיינו דשינוי השם בעצמו הוא השינוי, דלולי רב יוסף קס"ד דאין זה מספיק שינוי דיחשב שינוי, וקמ"ל רב יוסף שהוא שינוי, וק', דלהיות סימן ושיעור בשינוי מעשה א"צ שהוא עצמו יחשב כשינוי ואין זה ענין לדברי ר' יוסף, ואיך מביא תוס' צירוף זה בדברי רב יוסף, וצע"ג.

עוד יש לעיין, תוס' להלן [ס"ז]. ביארו דקושי' הגמ' ממריש דאם רב יוסף חידש צירוף של שינוי השם קטן בהדי יאוש, א"כ ודאי דשינוי השם גמור מהני בלי יאוש, וצ"ע, דהקס"ד לולי רב יוסף הוא דשינוי השם אינו מספיק שינוי, וכל מה שחידש רב יוסף הוא שזה שינוי בהדי יאוש, אבל להיות שינוי בפנ"ע לא שייך כלל לרב יוסף, ואיך מוכרח כן מרב יוסף עד כדי כך שהגמ' מקשה ממריש עליו, וצ"ע.

**מבאר יסוד החידוש ברב יוסף, ומיישב בזה הדמיון לשינוי השם גמור, ומיישב הצירוף בין שינוי השם לשינוי מעשה.**

והנראה בכל זה, וצריכים להקדים ביסוד גדול בעיקר חידושו של רב יוסף בשינוי השם, דנראה דחידושו של רב יוסף אינו דשינוי השם הוא שינוי מספיק לומר שהחפץ השתנה, רק דעיקר חידושו הוא דהחפץ ושמו של החפץ חדא נינהו, והיינו דלו יצויר והיינו דנים כלפי השם עצמו, אז ודאי שיש שינוי גמור בשמו של החפץ ו'אחר' הוא, אבל מאן יימר דשינוי זה שייך ויש לה משמעות כלפי החפץ, דיתכן שהשם וגוף החפץ תרתי נינהו ואז יש לומר שדנים את השינוי בשם כשינוי בחפץ אחר, וקמ"ל שאינו כן, שרב יוסף חידש ששמו של החפץ והחפץ עצמו שייכי אהדי וחדא נינהו, ולכן שינוי בשמו הוא שינוי בגוף החפץ עצמו.

ואחרי חידוש זה יש מקום לחדש עוד, שי"ל שמה שיש נפ"מ בין שינוי השם גמור לאינו גמור דזה יצטרך צירוף דיאוש וזה לא, דזה ידעינן מסברא, וזה היה פשוט גם בלי רב יוסף, רק דלולי רב יוסף היה קס"ד דתרוייהו לאו כלום, דתרוייהו לא שייכי כלל לחפץ ושנוי בשם הוא כשינוי בחפץ אחר, ואחרי דחדית לן רב יוסף דחדא נינהו, שוב ידעינן לבד לחלק בדיני צירוף.

והיינו שכל הקושי' היתה, שאם פשוט שהשם והחפץ חדא ורק שמאן יימר דשינוי בשם הוא מספיק שינוי וקמ"ל רב יוסף שמספיק, א"כ י"ל דרק בהדי יאוש מספיק ודו"ק.

ומעתה א"ש טובא דברי התוס' [ס"ז]. דמשה שינוי השם גמור בלי יאוש לשינוי השם שאינו גמור עם צירוף דיאוש, שכלפי נקודת החידוש בדברי רב יוסף שפיר יש לדמותם.

והעירני תלמיד אחד שיש מקור לכל הנ"ל מדברי הגר"ח [פ"ב גזילה ט"ו], דהנה, כתב הגר"ח דמצאנו דב"ש חולק על הדין שינוי, אכן מצאנו ב' דינים שונים בשינוי, דין אחד ביחס לזה שאינו אומר הרי שלך לפניך ודין שני ביחס לזה

שקונה, ואעפ"כ מצאנו שב"ש חולק בשניהם, וביאר שב"ש סובר שאין שום משמעות לשינויים בחפץ ותמיד החפץ הוא הך חפץ ממש גם כשיש בו שינויים, ולפי ב"ה שיש משמעות לשינוי, לדידיה ממילא איכא חילוקים בין הנך שני דינים, וה"ה בנד"ד, לולי רב יוסף היה מקום לומר שהשינוי בשם אינו שינוי שיש בו משמעות כלל וכלל כלפי החפץ, ונתחדש שיש משמעות להך שינוי, אכן החילוקים ביניהם קיימים מצד עצמם.

עפ"י כל הנ"ל מבואר נמי מה שינוי השם הוא סימן ושיעור בשינוי מעשה ומבואר עוד למה חידוש זה שייך לחידוש של רב יוסף, דנראה דלולי רב יוסף דשמו של החפץ כחפץ אחר ולא שייך לחפץ, א"כ גם אינו מודד והוכחה לשינוי מעשה בחפץ, שהרי אין בו שום משמעות כלפי החפץ, ורק אחרי רב יוסף דשייך לגוף החפץ, שוב י"ל דמודדים על ידו, ושפיר הוי סימן ושיעור לשינוי בחפץ, ודו"ק.

**מבאר איך ר' יוסף מדמה שינוי השם זוטא לשינוי מעשה גמור, והתוס' מחלקים ביניהם.**

ומעתה יש ליישב קושי' קמייתא, דהנה יש לעיין דלמה טלה ונעשה איל הוא שינוי השם גמור, ומריש הוא שינוי השם קצת פחות מטלה ונעשה איל [אף דעדיין א"צ צירוף], ובעורות זה שינוי השם קטן, [שכבר צריך צירוף] - [וע' במהר"ם בהנך ג' דרגות], הרי בכולהו איכא שם חדש לגמרי ואינו כשינוי מעשה דעצים ששיפן שזה פחות שינוי מעשאו כלים או בהמה והזקינה, ששם הדרגות השונות באות מנפ"מ בגוף השינוי.

ונראה לומר שהג' דרגות אינם ג' דרגות בגוף השינוי עצמו כמה השתנה וכמה לא השתנה, ואדרבה, יש לומר דבאמת בשינוי עצמו כולהו חדא ואין שום הבדל בין כל הג' שינויים, אלא דביחס בין השינוי לחפץ הכא הם משתנים זה מזה.

וההסבר לזה הוא פשוט, שבאמת שינוי השם של טלה לאיל נוצר מחמת שינוי בגופו ממש, שהחפץ גדל והשתנה, - אלא שהשינוי בגוף אין בו שיעור שינוי להיות שינוי מעשה כבהמה והזקינה, ששם השתנה לחלוטין וכמבואר בתוס' ר"ד [צ"ו:] - ובמריש, גופו לא השתנה רק מצבו כחלק מהבנין השתנה, ובעורות, רק שימוש השתנה, הרי דכולהו השינוי בשם הוא לחלוטין רק דבשייכותו לחפץ משתנים, ודלא כשינוי מעשה זוטא שעצם השינוי הוא פחות משינוי מעשה גמור.

ומעתה נראה דרב יוסף מיירי בשינוי השם דעורות שמצד השינוי הוא שינוי לחלוטין ומדמה לשינוי מעשה גמור שמצד השינוי הוא גם לחלוטין, ותוס' מחלקין, דכיון דשייכותו של הך שינוי השם לחפץ הוא קטן, שוב בעי צירוף, וכבר דומה בדינו לשינוי מעשה זוטא שגוף השינוי אינו שינוי לחלוטין, ודו"ק.

## סימן ל'

מצוה הבאה בעבירה<sup>155</sup>

גדר הילפותא מקרבן גזול למצהבב"ע במצוות. / / שי' הירושלמי במצווה הבאה בעבירה דבעינן שיחול העבירה בחפצא והוכחה לזה מהבבלי, וביאורם של האחרונים בהך כלל, דדין פסול הוא. / / במה דיש להקשות בגדר מצהבב"ע, דדין פסול בחפצא הוא. / / מבאר הגדר בירושלמי באופן אחר ליישב סתירות הנ"ל. / / ביאור שי' ר"ת שמחלק בין יאוש לשינוי ובין יאוש לקנין בתקנ"ח, לענין מצוה הבאה בעבירה. / / ביאור בדעת הר"י בקרבן גזול, ומיישב הסתירה מדבריו לירושלמי עפ"י דברינו לעיל.

## גדר הילפותא מקרבן גזול למצהבב"ע במצוות.

הנה, המיעוט במהב"ע הוא קרבנו ולא הגזול ומכאן ילפינן לכל המצוות ויש לעיין, האיך ילפינן פסול הקרבה לכל מצוות, וכי פסול בעל מום הוא גם פוסל בכל המצוות, וע"כ צ"ל דפסול גזול בהקרבה אינו במעשה הקרבה עצמו, רק במעשה מצוה דמונח במעשה הקרבה דהקרבת קרבן הוא מצוה, ורק במעשה מצוה שבו איכא חיסרון גזול, ושוב ילפינן לשאר מצוות.

אכן לכא' תמוה א' הרי ילפינן "גזול דומי" דפסח", ומשמע דבחד גוונא הוא, דתרוייהו פסלי בהקרבה עצמו, ב' יש להוכיח שזה פסול בהקרבה מדפטור בכרת בשחוטאי חוץ בגזול, וכמבואר בגיטין [נ"ה:], וז"פ דמה דהגברא לא מקיים מצות הקרבה אינו פוטר, דסו"ס ראוי לאוה"מ מיקרי, וע"כ דפסול בהקרבה הוא, והדרא קושיא לדוכתא דהאיך ילפינן לאידך מצוות.

והנ' בזה דיעויין בריטב"א סוכה [ט'. ל"א] דמקרבן רק ילפינן לשופר ולולב דין מהב"ע, ויש עוד ילפותא דבסוכה גזולה יש ילפותא ד"לך למעט גזול" ומכאן ילפינן גם למצה ושאר מצוות דאמרינן בהו מצהבב"ע, והסברא לחלק, דלולב ושופר הם מעשה ריזוי, כמו קרבן, ורק בזה פוסל מהב"ע, ומצוות אחרות צריכות ילפותא אחרת.

ולדברי הריטב"א מיושב היטב מהו הילפותא מקרבן למצוות, דהחסרון בגזול בקרבן אינו במעשה הקרבה מצד עצמה, רק להיות וכל המהות של מעשה הקרבה בקרבן הוא מעשה לרצות, בזה איכא חיסרון דגזול, דחפצא דעבירה לא יכול להיות "לרצון" וזהו הילפותא למצוות, דבמצוות, היכא דמעשה המצוה הוא חפצא של ריזוי, בזה ילפינן דחפצא דעבירה לא יכול להיות מעשה לרצות, וזהו דוקא בלולב ושופר, ולמצוות אחרות באמת לא ילפינן [והתם איכא ילפותא אחרת], דרק במצוות שהם חפצא של ריזוי הוא דאיכא הך חיסרון, דאין החיסרון במעשה המצוה מצד עצמה רק במעשה ריזוי שבו<sup>156</sup>.

**שי' הירושלמי במצווה הבאה בעבירה דבעינן שיחול העבירה בחפצא והוכחה לזה מהבבלי, וביאורם של האחרונים בהך כלל, דדין פסול הוא.**

בירושלמי בשבת מבואר דהקורע על מתו בשבת קיים מצוותו ולא אמרינן בזה מהב"ע ולא דומה למצה גזולה, ומבאר הירושלמי "התם גופא עבירה [מצה גזולה], ברם, הכא הוא עבר עבירה [קריעה]", והוסיפו בירושלמי לדמות קריעה על המת למציא מצה מרשה"ר לרשה"י ומקיים מצות אכילת מצה, דגם בזה פשיטא דל"א מהב"ע.

<sup>155</sup> מהדורא קמא - קיץ תשס"א

<sup>156</sup> והנה דעת התוס' בסוכה [ל'] דבכל המצוות אמרינן מהב"ע וכולהו ילפינן מקרבן אף דכל המצוות אינם חפצא דריזוי, ולדידהו הדרא קושי' לדוכתא, וצריך לדחוק דמודי לעיקר סברת הריטב"א, רק דס"ל דכל המצוות, אף דהחפצא דמצוה אינו מעשה ריזוי, אכן סו"ס יש בכל מצוה משום ריזוי וילפינן דכשיש עבירה חסר בריזוי והיכא דחסר בריזוי חסר במעשה המצוה גופא כמו בהקרבה שחסר במעשה הקרבה היכא דאין כאן לרצון, ואכתי צ"ע.

וביאר החמד"ש סי' ל' דכוונת הירושלמי לחדש דבדין מהב"ע בעינן שיחול העבירה בחפצא, ורק גזילה חיילא בחפצא, לא כן הוצאה וקריעה בשבת, והחמד"ש הוכיח דגם הבבלי ס"ל כן, דבסוכה [ל"א] מבואר דלמ"ד דקרקע אינו נגזלת יוצא יד"ח בסוכה גזולה, וק' דסו"ס איכא משום מהב"ע, ועיי"ש בריטב"א שהק' כן ותירץ דגם ע"ז מהני מה שקרקע אינו נגזלת, וביאר החמד"ש דבקרקע הגברא עובר בלא תגזול, ולא חיילא העבירה בחפצא הואיל וקרקע אינה נגזלת, ולא חיילא ביה קניני גזילה ואין בו דין והשיב, וממילא לא שייך כאן מהב"ע.

אולם בעיקר הך יסוד דבעינן שהעבירה יחול בחפצא, יש לעיין, דמהו הנפ"מ אי חיילא בחפצא או לא, הא סו"ס העבירה הביאה את המצווה, וע"כ צ"ל כמוש"כ בשערי יושר שער ג' פרק י"ט דדין "פסול" הוא, וזה ילפינן "מגזול דומי' דפסח" שהוא "פסול", ושוב א"ש מה דבעינן שיחול בחפצא.

#### **במה דינש להקשות בגדר דמצהבב"ע, דדין פסול בחפצא הוא.**

והנה, במה דנתבאר לעיל מהבבלי וירושלמי דדין מהב"ע היא דין "פסול" ולכן בעינן שיחולו בחפצא, איכא לעיוני בזה טובא, דמבואר בתוס' סוכה [ל'. ד"ה הא קניי'] שאם קנה הגזלן הלולב ביו"ט ע"י שינוי [אגד] ליכא פסול מהב"ע, דכבר נגמר העבירה לפני תחילת המצוה, וק' דלמה לא אמרינן דיחוי אצל מצוות כמו בפסולים אחרים בד' מינים, והיינו, שאם בכניסת החג היו פסולים ושוב הוכשרו, יש לדון לפסול משום דיחוי אצל מצוות, [וכמבואר בסוכה ל"ג] וה"ה כאן, ואולי תוס' אזיל למסקנה דהתם דיחוי דמעיקרא לאו שמיה דיחוי, אכן אכתי ק' דמה יהיה בגזל ביו"ט ועשה שינוי ביו"ט דנראה ונדחה, וצ"ע, ומוכרח מזה שאין מצהבב"ע מדין פסול, ולהכי לא שייך ביה דין דיחוי.

עוד צ"ב דבתוס' בסוכה [ל' ד"ה משום] הק' בלולב של אשירה, דהו"ל לפסול משום מהב"ע, ומוכרח שסובר כהירושלמי שמה שחיילא עבירה בחפצא פוסלו למצוה, ולא משום שהמצוה באה ע"י העבירה דאל"כ ק' טובא, א' מה שייכא העבירה למצוה, שמה שעשו לולב זו לע"ז לא מוסיפה במצוה, ב' הרי מי שעשה העבירה דאשירה אינו זה שנטל את הלולב, ג' הרי תוס' הק' גם בעיר הנידחת, והתם לא עשו עבירה בעצים כלל, ורק שהעצים טעונים שריפה עם כל העיר, וע"כ שהיות והעבירה גרמה ששם העבירה - "עיר הנידחת" - יחול גם בלולב, שוב נפסל הלולב למצוה, ומפורש כהירושלמי, ועיי"ש בפ' המשניות להר"מ שנקט למסקנה דזהו טעם הפסול בלולב של עיר הנידחת, עכ"פ מוכרח דמדין פסול הוא.

אולם בתירוץ של התוס' נ' דחזרו בהם, דתירצו, דבעינן שהעבירה יגרום למצוה ומשמע דלא כהירושלמי, דאי מדין פסול אתינן עלה, למה בעינן שהעבירה יגרום למצוה, ואיזה צירוף יש בין הסברות, דאי דין פסול שחל בחפץ מה שיש בחפץ עבירה א"כ מה מוסיף לן מה שהעבירה גרמה למצוה, וע"כ דחזרו בהם למסקנה, [ואי למסקנה חולקים על הירושלמי, שוב ק' למה בקרקע ליכא משום מהב"ע].

ויש כאן סתירה נוספת בין תוס' לירושלמי, דלפי הך כלל שהעמידו התוס' שצריכים שהעבירה יגרום למצוה שוב לא מובן הדמיון בין הוצאת מצה בשבת לקורע בשבת, דבשלמא בהוצאת מצה, אין העבירה גורמת למצוה רק שעושה העבירה ומצוה ביחד, [לפי מה שהוכיח רעק"א בדו"ח סוכה [ל'] דמירי שאוכל ברה"ר ובליעתו זו הנחתו], לא כן קורע בשבת שרק ע"י העבירה קיים מצוותו, ומכוח קושי' זו נקט רעק"א בסוף תשו' קע"ד דתוס' חולק על הירושלמי, אולם הביא שם מקרבן העדה על הירושלמי שלמד שאין סתירה בין התוס' לירושלמי, וכן מפורש בשאגת ארי' סי' צ"ט ודבריהם צ"ע.

עוד צ"ע דמבואר בתוס' שם שמצה של טבל איכא ביה משום מהב"ע וק' דהתם לא חיילא העבירה בגוף החפצא, ובאוסף חידו"ת להגרא"ק ביאר דיש שני דינים במהב"ע, והביא מהרא"ש פסחים ל"ח דילפינן בירושלמי מדרשה אחרת דמהב"ע [מאלה המצוות], וזה המקור למצה של טבל אף דלא חיילא העבירה בחפצא, וקורע בשבת וגזילת קרקע שאני, דבעינן שהאיסור יהיה איסור חפצא עכ"ל, ולכא' דבריו צ"ע, דהתוס' בסוכה שם מיירי בפסול מהבב"ע דילפינן מגזול דומי' דפסח, והתם הק' בתוס' דיפסל משום מהב"ע במצה של טבל, והרי התם לא חיילא העבירה בחפצא ומהו קושי' התוס'.

הרי דמצאנו ד' סתירות לירושלמי מהתוס' בסוכה א' [הקושי' מדיחוי, ב'] למה בעינן שהעבירה תגרום למצוה, ג' מהו הפסול במצה של טבל, ד' לפי הכלל שבעינן שהעבירה יגרום למצוה, יש לחלק בין הוצאה לקריעה.

#### מבאר הגדר בירושלמי באופן אחר ליישב סתירות הנ"ל.

והנ' בזה דהבאנו מהשערי יושר דלמד דהיסוד בירושלמי הוא מדין "פסול חפצא", דחפצא שחיילא בו עבירה נפסלה למצוה כמו שנפסלה בעל מום לקרבן, ומכל הנ"ל נ' דאינו כן, אלא הפסול הוא מה שהעבירה מביאה את המצוה וכלשון הגמ' "מצוה הבאה בעבירה", ושוב צ"ב מהו הסברא דבעינן שהעבירה יחול בחפצא, אטו עבירה שחיילא בחפצא הביאה יותר את המצוה.

והנראה בזה דיש נפ"מ בין עבירה "שמביאה" את המצוה, לעבירה "שגורמת" למצוה, דגם בגזל מעות וקנה לולב היה מקום לומר שהעבירה הביאה את המצוה, ומתי אומרים שהעבירה "גרמה" למצוה ומתי אומרים שהעבירה "הביאה" את המצוה.

וע"ז אמרו בירושלמי כלל, שרק היכא שהשייכות בין העבירה למצוה הוא "שמשמש" בעבירה למצוה, הכא הוא דאמרינן דהעבירה "מביאה" את המצוה, ואל"כ, אין זה אלא שהעבירה גורמת למצוה, ועפ"ז חידשו, שאם העבירה אכתי נמצא בחפצא שנעשית בו המצוה, שוב אמרינן דהעבירה הביאה את המצוה, דאז שייך לומר "דמשמש" בהך מעשה עבירה למצוותו, לא כן בגזל מעות וקנה לולב, דהואיל ולא נמצא שם העבירה בחפצא, לא אמרינן שהעבירה הביאה את המצוה, ורק גרמא למצוה שתבא דהכא ליכא למימר "שמשמש" בעבירה למצוותו באופן שהעבירה כבר לא קיימת.

ונ' דזהו השו"ט בתוס' בסוכה, דבקושי' שהקשו מאשירה נקטו דמה דבעינן שיחול העבירה בחפצא הוא מדין "פסול" וכדברי השערי יושר הנ"ל, וא"כ שפיר אמרינן מהבב"ע וגם בלי שייכות בין מצוה לעבירה, וגם היכא שמי שעובר העבירה לא מקיים המצוה, וגם בעיר הנידחת, דסו"ס החפצא נפסלה מלהשתמש בו למצוה הואיל ויש בו עבירה, וכך היא שיטת הר"מ במשניות למסקנה.

אולם בתירוץ חזרו בו וחידשו הבנה חדשה בהך כללא של הירושלמי, דמה שבעינן שהעבירה יחול במצוה הוא רק לסימן שהעבירה "מביאה" מצוה, ולא רק "גורמת" למצוה שתבוא, וממילא תירצו דבאשירה שאינו גורם כלל למצוה, שוב לא מתחיל הדין מצהבב"ע.

אולם כל זה ניחא לחלק בין אשירה למצה גזולה, ובין גזל מעות וקנה לולב לגזל לולב, אכן חילוקו של הירושלמי בין מצה גזולה לקורע על המת אכתי לא מובן, דמה מוסיף לנו מה שבגזול, העבירה חיילא בחפצא לעומת קורע בשבת, הא סו"ס בקורע בשבת העבירה מביאה למצוה [ודלא כאשירה], וגם נמצא באותו שעה שמקיים המצוה, [ודלא כגזול מעות].

ונראה דבקורע בשבת, אף דבלי העבירה אינו יכול לקיים המצוה, אכתי י"ל דהעבירה אינו אלא גורם למצוה שתבוא, ואינה "מביאה" את המצוה, דסו"ס א"א לומר "שמשמש" במעשה קריעה דעבירה כדי לעשות מצוותו, דרק היכא דהמעשה עבירה כבר חיילא בהאי חפצא "שמשמש" למצוותו, שוב י"ל שמשמש בהאי חפצא עם העבירה שנמצא בה למצוותו, ורק כשיש לדון

"שמשותמש" במעשה עבירה למצוותו, שוב אמריןן שהעבירה "מביאה" את מצוותו. בקורע בשבת, דיינינן ליה כעושה קריעת עבירה וקריעת מצוה ביחד, דהתם א"א לומר "שמשותמש" בקריעת עבירה למצוותו, וממילא דהעבירה רק "גרמה" למצוה, ואינו "מביאה" את המצוה.

ונראה דזהו ההדגשה בירושלמי בדמיון להוצאה ברשה"ר במצה לקורע על המת, דאף דכבר הק' רעק"א דהוצאה אין כאן גורם ובקורע יש כאן גורם, אכן, כוונת הירושלמי להדגיש שכמו שבהוצאה, אף דאיכא עבירה ומצוה ביחד, סו"ס אינו "שמשותמש" במעשה הוצאה למצוותו שאינו אפילו גורם, כמו"כ בקורע, דכל שלא חיילא העבירה בחפצא, שוב דיינינן ליה כעושה עבירה ומצוה ביחד ולא "כמשותמש" במעשה עבירה למצוותו, ומיושב שי' קרבן העדה והשאגת אריה מקושי' רעק"א, דאין כוונת הירושלמי להוכיח ממצה ברשה"ר לקורע וכמו שלמד רעק"א, רק כוונתו להראות שכמו שברור שמצוה ועבירה ביחד לא מיקרי שהעבירה הביאה למצוה - במצה ברשה"ר - כמו"כ בקורע, דאע"ג דהתם העבירה גרמה למצוה, אכתי דיינינן ליה כמצוה ועבירה ביחד דסו"ס אין כאן "משותמש" בעבירה למצוותו.

ונ' דזהו נמי הביאור במצה של טבל, דבקורע בשבת ובמצה של טבל, בשניהם איכא למימר מצד א', שמשותמש באכילת קריעת עבירה לעשות את המצוה, ונמצא שהעבירה הביאה את המצוה, ומצד שני איכא למימר שעושה מצוה, ובאותו שעה עשה גם עבירה, ולא שהעבירה מביא המצוה.

ונ' שבטבל שהאיסור הוא איסור חפצא, שוב איכא למימר, ש"משותמש" בעבירה למצוותו, דכמו דמבואר בירושלמי, דבמצה גזולה, כשהעבירה חיילא בחפצא דיינינן שהעבירה מביאה את המצוה, שמשותמש בהך חפצא עם העבירה שבו כדי לעשות מצוותו, כמו"כ כשמשותמש בחפצא שמדיני החפצא שאכילה ידיה הוא בהכרח אכילת איסור, הרי משותמש באכילת איסור למצוותו, וזהו מהב"ע במצה של טבל, והיינו, ד"השתמשות" רק מתייחס לחפץ ולדיניה, בין לעבירה שכבר חיילא בו ובין לעבירה שדיני החפץ מביאים, לא כן בקורע בשבת, הרי אין דינים בבגד שמכריחים עבירה, ורק החלטתו לקרוע בשבת הביא את העבירה, ולכן לא שייך לומר "שמשותמש" בקריעת עבירה למצוותו, ושוב דיינינן ליה כעושה מצוה ועבירה ביחד.

אולם כל זה לדברינו דלא נתחדש בירושלמי שיש דין "פסול" של גזול דומי' דפסח שחיילא הפסול בחפצא, רק דכל מה דבעינן שיחול העבירה בחפצא הוא כדי שנחשיב את העבירה כאילו היא המביאה את המצוה, ושוב איכא למימר דגם כשהאיסור הוא איסור חפצא, אף דהעבירה לא חיילא בחפצא, אכתי איכא למימר דהעבירה מביאה את המצוה.

**ביאור שי' ר"ת שמחלק בין יאוש לשינוי ובין יאוש לקנין בתקנ"ח, לענין מצוה הבאה בעבירה.**

בדין מהב"ע בקרבן גזול פליגי הר"י ור"ת. לדעת ר"ת, גם כשקנה ביאוש ושוב הקדיש, אכתי פסול משום מהב"ע, ולדעת הר"י כשר בכה"ג והוכיח כן מהסוג' בסוכה שכשקנה לולב בשינוי שוב ליכא פסול דמהב"ע, וכן כשקנה בתקנ"ח בתקנת השבים נמי ליכא משום מהב"ע, ומ"ש יאוש משינוי ומתקנ"ח.

ובחמד"ש סי' כ"ו תי' דביאוש, הרי רק קונה ע"י זה שהוא גזול, דלולי כוונתו לגזול לא היה מהני ביה יאוש דהיה כשומר אבדה דלא מהני ביה יאוש, דהוי יאוש ברשות, ונמצא דהגזילה גרמה לקנינו ושפיר חשיב מהב"ע משא"כ כשקנה ע"י תקנ"ח, הרי הגזילה לא סייע בקנינו עכתו"ד.

אולם אכתי ק' משינוי דהתם קנינו שייך יותר לגזילה מיאוש [וכמבואר בגר"ח בגו"א, דיאוש מקניני אבדה הוא ושינוי מקניני גזילה הוא, ונפ"מ בעבדים], וע"כ צריכים להוסיף ביאור בחמד"ש ולומר, דמה שהגזילה מהני לקנין ביאוש גורם שישאר ה"שם גזול" בחפץ גם אחרי קנינו, ומהב"ע היא מה

שמשמש בחפץ שיש בו שם עבירה, בשביל מצוה, וכתבאר לעיל מהירושלמי, ובזה יש ליישב הקושי משינוי, דשאני שינוי מיאוש, דבשינוי חוץ מהקנין שבו, הרי יש בו משום פנים חדשות באו לכאן דמהני גם להפקיע "שם אתנן" וכמו"כ מהני להפקיע "שם גזול", ושוב לא מהני מה ששינוי הוא מקניני גזילה דסו"ס לא נשאר שם גזול, וקרוב לזה מצאתי באוסף חידו"ת להגרא"ק ס' ד' ובקה"י בסוכה.

ויש להעיר בזה, דמלשון הגמ' בסוכה שם "וליקנינהו בשינוי השם" משמע דמשום "קנין" דשינוי אתנן עלה ולא משום שינוי דאתנן שהוא דין "פנים חדשות" בעלמא, עוד יש להעיר, דמבואר שם דמהני ש"ר לזה, וק', הא ש"ר יכול להיות שינוי בגזילה לענין קנין, אבל ק' לומר שיש כאן פנים חדשות, ופשוט דבאתנן לא מהני, וע"כ דלא מדין שינוי דאתנן הוא.

עוד יש להעיר בעיקר חילוקו של החמד"ש בין יאוש לתקנ"ח, הרי הך תקנ"ח הוא רק בגזילה ולמה לא נימא דגזילה גרמה לו, דסו"ס בלי הגזילה ליכא תקנ"ח, וע"כ צ"ל דהגזילה הוא רק היכי תימצי שבו תיקנו חכמים אבל אינו גורם בעיקר הקנין, ונ' דגם ביאוש הוא כך, דיאוש מקניני אבידה הוא, וגזילה הוא רק עוד היכי תימצי שהחפץ יהיה אבוד מהבעלים, וגם בלי פרשת גזילה היה קונה ביאוש, [כמבואר בגר"ח הנ"ל], ושוב ק' מ"ש תקנ"ח מיאוש, וצ"ע.

ונ' באופן אחר, דהנה מבואר בקצוה"ח בס' ש"ג ס"ק ב' דביאוש קנה רק גוף החפץ ולא דמי החפץ, ובאבנ"מ ס' כ"ח ס"ק ד' הוכיח מהב"ש דחלוקין שינוי מיאוש בזה דבשינוי ליכא שיעור וקנה גם דמי החפץ, ולפי"ז א"ש דאחרי יאוש אכתי נשאר שם גזול בחפץ, לא כן אחרי שינוי, דביאוש לא קנה לגמרי, וא"ש נמי החילוק בין תקנ"ח ליאוש, דבתקנ"ח קנה לגמרי.

ובזה א"ש קושי' עצומה שהק' התוס' בסוכה [ט']. על ר"ת, דמלשונו של עולא שאמר "יאוש לא קנה" מבואר דלא קנה, ולדעת ר"ת קנה לגמרי ורק שיש דין מהב"ע, ואיך דברי ר"ת מתפרשין בלשונו של עולא, והניחו התוס' את שי' ר"ת בצ"ע, ולדרך הראשון שביארנו ק', אכן לדרך זו, שהשם גזול נשאר בחפץ מחמת שיעור בקנין יאוש, שוב א"ש הלשון יאוש לא קני, דבאמת חסר בשלמות קנינו, ועיין בהערה <sup>157</sup> מה שיש להוסיף מהלך חדש בהאי ענינא.

157 אולם יש לתמוה, דהאיך יכול להקדיש לר"ת אי יאוש רק קונה גוף החפץ ולא דמיו, הא בכה"ג שיש לו גוף בלא דמים א"י למכור ולהקדיש [עי' קובש"ע פסחים אות י"ח לענין מע"ש ממון גבוה] ובר"ת מבואר שיכול להקדיש [עי' רשב"א וריטב"א בגיטין נ"ה דפליגי לדעת ר"ת אי בקדוה"ג חילא קדושה, אכן כו"ע מודי דקדושת בדק הבית יכול להקדיש, וגם אי קדוה"ג לא חילא, היינו מחמת הפסול מהב"ע ולא משום שחסר בכוח בעלים, ופשוט].

ונ' לומר בזה דבר חדש, דהשיור בקנין יאוש אינו כהקצוה"ח שקונה הגוף ולא הדמים דבאופן זה א"י להקדיש ולמכור, אלא השיור הוא כך, דהנה, החיוב דמים בגזול הוא מדין והשיב כמבואר ברא"ש ב"מ [כ"ו] ובתוס' מכות [ט"ז] ובעוד מקומות, והגדר בזה דע"י מ"ל הן מ"ל דמיהן מחזיר לו הגניבה.

והנה זה סברא פשוטה שהיכא שהקנה הנגזל לגזול את החפץ דתו לא שייך חיוב השבה, דלא שייך חיוב ולהחזיר מה שהנגזל בעצמו הקנה לגזול, ונ' דה"ה ביאוש, שע"י יאוש דנגזל זכה לגזול, גם בזה לא שייך לחייבו בהשבה.

ולפי"ז גם החיוב דמים לא שייך אחרי שקנה ביאוש שהרי גם זה מדין השבה, ואי נשאר חיוב השבה גם אחרי יאוש, ע"כ מדין שיעור הוא, שביאוש קנה החפץ לגמרי לכל דבר, ולגבי זה שישאר חיוב השבה לא קנאו כלל [ואין זה דומה לשיור של הקצוה"ח שקנה גוף בלי דמים, ודומה יותר לשיור שמצאנו בגירוש חוץ שמגרשה חוץ מאכילת תרומה, שלגבי הכל היא מגורשת ולגבי תרומה אינה מגורשת כלל, וה"ה בנד"ד].

והדברים מפורשים בתוס' ר"פ [ס"ו. בד"ה מידי], דמבואר מתוך דבריו דיאוש לא קני לגמרי ומה"ט משלם דמים ומצד שני מבואר שם דמירי בחיוב דמים שנתחייב בשעת הגזילה, וכפשוטו דבריו תמוהין דלחיובו בשעת גניבה א"צ לבא לדין שיעור בקנינו, ועוד דלפי מה שביאר הקצוה"ח ששייר ולא קני דמי החפץ, הרי אין זה חיוב דמים דשעת הגזילה רק דמי החפץ של עכשיו, אולם לדברינו א"ש, דרך בשיור שייך להשאר חייב בחיוב דמים אחרי שקונה ביאוש, אי החיוב דמים מדין והשיב הוא.

והנה לדעת ר"ת, אחרי שהקדיש את הקרבן הרי יש שינוי השם ושוב פקע השם גזול ולמה איכא פסול מהב"ע בכה"ג, הא בשעת הקרבה כבר ליכא שם גזול וכמו לולב אחרי שינוי.

וצ"ל דר"ת אזיל לשיטתו במה שסובר דליכא שינוי השם בקדושת מזבח, וכדמוכח מהוכחת הר"ת מסוגי' בגיטין נ"ה, דרעק"א כבר הק' דמהו המקור משם דיאוש קונה, הא התם איכא יאוש ושינוי השם וכמו שלמד הר"י, והוכיח מכאן דלר"ת ליכא שינוי השם בקדושת מזבח דמעיקרא תורא דראובן וכו' [ועיקר ביאורו למה ליכא שינוי השם תמוה, ולעיל ביארנו באופן אחר דלא כרעק"א], ואזיל ר"ת לשיטתו כאן, דהגדרתו במהב"ע מחייב שבקדושת מזבח ליכא שינוי השם, וממילא איכא כבר הוכחה מסוגי' בגיטין נ"ה.

**ביאור בדעת הר"י בקרבן גזול, ומיישב הסתירה מדבריו לירושלמי עפ"י דברינו לעיל.**

לדעת הר"י, רק כשקנה בשינוי בשעת ההקדש עצמו, הוא דאיכא חיסרון דמהב"ע, ויש לעיין דהאיך שייך לפסול הקרבה במה שבשעת הקדש היה גזול, הא ע"י ההקדש נפקע "שם גזול" מהחפץ דשוב אינו כעין שגזול וההקרבה אינו הקרבה בחפץ שיש בו עבירה, אטו מי שהקדיש בעל מום וע"י ההקדש פקע פסול בעל מום, אטו יפסל להקרבה, ומ"ש גזול, הרי "גזול דומי' דפסח", ועיין בהערה <sup>158</sup>

וע' ריטב"א בגיטין נ"ה בביאור דעת ר"ת "שההקדש מסייע בעבירה", ונ' דכוונתו ע"ד הנתה"מ [ס'י ל"ד ס"ק ה'] דלעשות שינוי בגזילה הרי"ז מעשה גזילה ועובר על לא תגזול, [ודלא כהקצוה"ח שם דלא עבר על כלום], ונמצא דההקדש עצמו הוא מעשה גזילה, אכן אכתי לא נתבאר למה יש פסול עבירה בהקרבה, הא סו"ס ירד "השם גזול" ע"י ההקדש עצמו דקונה בשינוי, ודומה לפסול בעל מום שירד ע"י הקדש.

[והיה אפ"ל דהכא הפסול בהקרבה אינו פסול כבעל מום, אלא דזה עצמו שהעבירה גרמה להקרבה זהו מה שפוסל את ההקרבה, ושוב לא אכפת לן מה דירד השם גזול לפני ההקרבה, דסו"ס ההקרבה נגרמה ע"י העבירה ולהכי פסול.]

אולם, זה נסתר ממה שייסד לנו הירושלמי, דכמו שבעינן שהעבירה יחול בחפצא לדין מהב"ע, כמו"כ בקרבן בעינן שהעבירה יחול בחפצא, ואם יש כלל שהעבירה יחול בחפצא, פשיטא נמי דלא סגי במה שפעם היה בחפצא, דגם עכשיו צריך להיות בחפצא, והיכא שע"י ההקדש פקע מיניה השם גזול מהחפצא, שוב אין כאן עבירה בחפצא בשעת ההקרבה.

ובשלמא לר"ת דביאוש אכתי יש שם גזול בחפצא [וכנתבאר], וע"י ההקדש ליכא שינוי השם כלל [וכנתבאר] א"ש, דבשעת ההקרבה אכתי לא פקע מיניה שם גזול, והיכא שבאמת פקע מיניה השם

והנה מבואר עוד בר"ת דגם אי יאוש קני אכתי שייך חיוב טביחה וגם בזה צ"ל שיש הגבלה בקנין יאוש ואכתי חשיב גזול, וכן מבואר מתוס' ר"פ להלן [ס"ח: בד"ה ר' יוחנן] דלר"ת דרשינן מגזה"כ דחייב לאחר יאוש, ומבואר מדבריו עוד [שם ד"ה איתביה] דגדר הגזה"כ דאין כאן קנין גמור לגבי הטביחה, והנה אי נימא כהקצוה"ח, הרי רק הדמים גזול ולא שייך חיוב טביחה דאינו "שור ושה", רק "דמי שור ושה", דכבר ירד השם גזול מגוף השור ושה ע"י קנין יאוש, ועוד קשה דאין כאן וטבחו כולו באיסורא, וע"כ צ"ל דבגזה"כ נתחדש דכל השור ושה יש בו שם גזול לגבי החיוב טביחה, וכמו"כ אנו נאמר לענין החיוב דמים דכל הגזילה אינו קנוי לו לענין החיוב דמים

158 והיה מקום לומר שבמהב"ע, היכא דתחילת המצוה היה בעבירה, שוב נפסל כל המצוה, והיה אפשר לחדש דההקדש הוא תחילת המצוה בהקרבת קרבן, דחיובו של המקדיש הוא להקדיש ולהקריב, ושוב אמרנו שהיכא שבתחילת המצוה היה העבירה, נפסלה כל המצוה כולה.

אכן זה אינו, דכבר נתבאר לעיל דבקרבן גזול, אין הפסול "במצות הקרבה" גרידא אלא "בגוף ההקרבה", ומה"ט ליכא משום שחוטאי חוץ, [ורק דילפינן מהקרבה למצוה וכנתבאר לעיל], ושוב ק' מה איכפת לן מה שבשעת ההקדש היה עבירה, וזה א"א לומר שהקדש תחילת ההקרבה עצמה הוא.

גזול לפני המצוה ע"י שינוי כגון בלולב שעשה אגד אז אה"נ דלית ביה פסול מהב"ע, והוא מטעם הנ"ל, דכמו דמבואר בירושלמי דבעינן שהעבירה יחול בחפצא כמו"כ בעינן שהעבירה יהיה עדיין בחפצא בשעת המצוה, אולם לר"י צ"ע, דהא בשעת ההקרבה כבר פקע מיניה שם גזול].

ונראה דלפי מה שייסדנו בביאור סברת הירושלמי, דמה דבעינן שהעבירה יחול בחפצא אינו מדין "פסול" בחפצא כבעל מום [וכדעת השערי ישר], רק דיש כלל שהעבירה "יביא" את המצוה, וזהו רק "כשמשמש" בעבירה למצוה, [ורק מיקרי משמש כשחיילא העבירה במצוה] ומה"ט נתבאר דגם במצה של טבל מיקרי מהב"ע אף דלא חיילא העבירה בחפצא, שוב איכא ליישב דעת הר"י, דהיות ומעשה הקדש הוא יצירת כל דיני הקרבה בבהמה זו, דע"י ההקדש נעשה לקרבן, מה"ט איכא למימר דכשמעשה ההקדש הוא בעבירה, שוב אמרינן דכל ההקרבה שנוצרה ע"י הך הקדש "משמשת" בעבירה, ושפיר נפסל משום מהב"ע, דכמו שההקדש משמשת בעבירה, כמו"כ ההקרבה שנוצרה על ידה משמש בהך עבירה גופא.

## מפתח מפורט

**סימן א' בדין בית האיש, ובחילוק בין גנב לגזלן / /**

**פרק א' בדין גונב וטובח אחר הגנב, ומיעוט דבית האיש / /** הקדמה – מזיק גזלן גנב. / / פלוגתת האחרונים בגדרי בית האיש. / / פלוגתת האחרונים בגדר המיעוט של בית האיש ולא בית הגנב. / / בקושי' התוס' חדשים בדין טובח לאחר הגנב, דשאני מטביחה על הקדש, דכאן חסרון בעיקר הגניבה. / /

**פרק ב' בדברי הגר"ח בחילוק בין גנב וגזלן, שהגזילה היא העיכוב ממון, והגניבה היא כשיש מעשה נטילה בהך עיכוב ממון. / /** מתמה בעיקר האי חידוש דמה דלא מיקרי גנב מיקרי ממילא גזלן וחייב בחיוב גזילה, ומביא כעין זה בנפול סלע מן הכיס ומדברי רש"י להלן [ק"ב] בשומר שטבח. / / מביא את יסודו של הגר"ח לחלק בין גזלן לגנב שבגזילה העיקר הוא העיכוב ממון ובגניבה העיקר הוא המעשה גניבה של לקיחה מרשות חבירו. / / תוספת ביאור בגדר המיעוט לא מבית הגנב, במעשה או בעיכוב ממון. / / מוכיח כן ממה דאיכא לאו גזילה בגנב, ומבאר האידך ילפינן דין שינוי קונה מגזילה לגניבה, ומוכיח כן עוד מהחילוק בין גניבה וגזילה בכמה פרושות, וביאור החילוק בין גניבה וגזילה משותפין, ונפ"מ נוספת בעבד שגנב או גזל. / / מבאר עוד בזה את החילוק ביניהם לגבי ניתק לעשה ללא הניתן לתשלומין. / /

**פרק ג' תוספת חידוש, שיש מעשה נטילה של גניבה בלי העיכוב ממון של גזילה. / /** מצאנו תוספת חידוש בדברי הסמ"ג בדין של בן בג בג, ששייך גניבה בלי גזילה וכלי עיכוב ממון, ותוספת דברין מהמנ"ח בגנבת עכו"ם וכן בפחות משו"פ. / / גונב ע"מ למיקט. / / מקור מסוג' דריש איזהו נשך למעשה גניבה בלי עיכוב ממון דגזילה. / / דן בשיטת הקצוה"ח שאין חיוב ממון בגונב ע"מ למיקט, ומבאר למה ליכא מלקות בבן בג בג ובגונב עכו"ם. / / דיון בראשונים בדין תשלומין בגזול ע"מ למיקט. / / ביאור בעיקר דברי הסמ"ג דמה שייך גניבה בלי עיכוב ממון, ומבאר שיש גניבה כנגד 'החזקת' חבירו. / / ביאור בקס"ד לשלם כפל לשומר ולגנב הראשון. / / מבאר שלא שייך דין תשלומין לא בגניבת עכו"ם ולא בבן בג בג, אף אי נימא שיש תשלומין בגונב ע"מ למיקט, שבבן בג בג הוא זה שזכאי בתשלומין לעצמו. / /

**פרק ד' בדברי רש"י בדין נעילה בגניבה ע"י חצר. / /** דן בדברי האמרי משה דג"כ חילק בחילוקו של הגר"ח לבאר את דברי רש"י בב"מ דבעינן נעל את החצר בגונב ע"י חצר כפשוטו בלי חידושים בהלכות מעשה גניבה. / / מבאר שהקצוה"ח איירי דווקא בחצר המשתמרת, והכא היה כבר מצב של עיכוב ממון והכא קס"ד דאהני מחשבתו. / / מבאר דאזיל לשיטתו דגם גזילה בעי מעשה גזילה, ולכן מדמה גונב ע"מ למיקט לגזול ע"מ למיקט. / / דוחה – שאין דין מעשה גזילה גם לפי הקצוה"ח, ונעילה נצרכת רק בחצר לייחס אליו מצב של עיכוב ממון שקיים מצד החצר גם בלעדיו, ולכן לא קשה מידי מכופר בפקדון. / / מוסיף כדברינו מהקצוה"ח בגניבה בד' אמות. / /

**סימן ב' בגדר חיובא דדו"ה / /** מביא כמה הוכחות שהגניבה היא חלק מהמחייב של דו"ה. / / מביא ב' צדדים בצירוף של הגניבה לדו"ה, או דניתוסף עוד תוספת קנס או דפקע הכפל וחיילא חיוב חדש של דו"ה, ומביא כמה מקורות לצד השני. / / מתמה טובא בעיקר המהלך שנסתלק הכפל וחיילא חיוב חדש של דו"ה, ומביא שיש בזה סתירות בשיטת רש"י. / / מקדים בכל הנ"ל עפ"י מה דמבואר דטביחה הוא אשתרש בחטא של הגניבה, ונמצא שאין מחייב של טביחה וכל כולה אינה אלא השרשה והעמקה של הגניבה. / / ביאור חדש בגדר דו"ה, דהכפל עצמו נהיה דו"ה, שיש ב' סוגים של גניבה, גניבה פשוטה [בלי טביחה] וגניבה לאחר העמקה והשרשה [עם טביחה], ומאותה סיבה שגניבה פשוטה מחייבת כפל, מסיבה זו גופא גניבה לאחר העמקה והשרשה מחייבת דו"ה. / / מדייק ומוכיח כן מהסוג' דריש המפקיד. / / מיישב בזה את סתירת הרש"י, ומיישב בזה את הרמב"ם, ואכתי קשה מסברת הדרישה. / / כל הנ"ל מרומז בדיוק בפסוק שדייק הגר"ח שיש תנאי של שור ושה גם בגניבה של הדו"ה. / / תוספת דברים. / / הערה במשנה. / / ביאור דין טובח לאחר הגנב, דשאני מטביחה על הקדש, דכאן חסרון בטביחה עצמו. / /

**סימן ג' גדר חיובא דטוט"ג / /** הקדמה / / מביא כמה הוכחות דכפל מדיני שומרים הוא. / / מביא כמה הוכחות דכפל מפרשת גנב. / / מביא ג' סוגיות דיש סתירה בסוג' עצמה אם מדין שומר אם מדין גנב. / / ישוב מהברכ"ש, דזה גנב מפרשת שומרים, וכעין זה מצאנו בפושע כמזיק. / / מבאר היאך מתיישבים כל הסתירות עפ"י היסוד הנ"ל. / / הבהרת דברים. / / ביאורו של הברכ"ש בתוס' [ק"ז:] בכופר בפקדון שוב טוט"ג. / / מוכיח מעיקר הנידון של טביחה לאחר טוט"ג שהוא גנב מחודש מפרשת שומרים. / / מקורות נוספות ליסודו של הברכ"ש. / / ראה ליסוד

נוסף של הברכ"ש שהנתינה לשומר מצטרפת לגניבה, וכאן כבר מוכרח שיש בגנב המחודש גדר מסויים בהפקדה של הלכות שומרים. / / הערות בתוס' ריש פירקין, והוכחה ליסוד של הברכ"ש שהוא גנב מחודש מפרשת שומרים. / /

**סימן ד' בדין גונב טלה מן העדר, ובפלותגת הרמב"ם וראב"ד ביסוד דינא דטוט"ג, ובדין שבועה בטוט"ג** / / הקדמה. / / פלותגת הרמב"ם וראב"ד בגונב טלה מן העדר, ודברי המ"מ וכס"מ בזה. / / דרכו של האור שמח בפלותגת הרמב"ם וראב"ד, דנחלקו אי שבועה מגזה"כ דשומר אינו גנב [ראב"ד] או ששומר יכול להיות גנב וכל השבועה היא היכי תימצי בעלמא להשלים גניבתו [רמב"ם], ונפ"מ בטלה מן העדר שהוא לא יכול לתבוע שבועה. / / קושי' האמרי משה, שמוכיח דשבועה בטוט"ג הוא גזה"כ בעלמא. / / מבאר עפ"י הנ"ל שגם הרמב"ם מודה ששומר אינו יכול להיות גנב, ונחלקו באופן שהוא 'גונב' גם את הזכויות שמירה שיש למפקיד בפקדון, האם בזה הוא יכול להיות גנב, ומבאר את הדברים עפ"י האור שמח ששבועת השומרים היא חלק מעצם החובת שמירה, ועד כמה שהוא מעכב ממנו את הזכות שבועה [בגונב טלה] בזה הוא גונב את הזכויות של שמירה. / / דוחה גם את המהלך הזה. / / ביאור חדש בביאור פלותגתם דפליגי ביסוד הגדר דבהיתירא אתי לידיה האם שייך על ידי גונב טלה מן העדר שיחול כאן דין באיסורא אתי לידיה. / / תוספת ביאור בדברי הרמב"ם – דכל זמן שיש חיוב שבועה חשיב כיד בעה"ב ושוב חשיב כבהיתירא, ואהני לן הך אופן של האור שמח לפטור משבועה ושוב חשיב כבאיסורא אתי לידיה. / / מביא את סתירת הראב"ד בסברא דיד שומר כיד בעה"ב משליחות יד לטוט"ג, ומיישב עפ"י הנ"ל. / / מביא כמה דרכים באחרונים בביאור פלותגת הרמב"ם וראב"ד דנחלקו בעיקר החידוש של טוט"ג, ומתמה עליהם. / /

**סימן ה' בדברי התוס' ד"ה יצאו קרקעות, ובדברי התוס' לעיל [נ"ז]:, ובחילוקים בין פטור דבעליו עימו לפטור קרקע.** / / הקדמה - ביאור קושי' התוס'. / / דברי הברכ"ש ביסוד מיעוטא דשבועה השומרים בקרקע, דחלוק פטור שבועה בקרקע מפטור שבועת השומרים בקרקע, וזה משום שחובת שבועה בקרקע שייכת לחובת שמירה עצמה ולא לטוען ונטען שביניהם. / / מוכרח מקושי' התוס' שקרקע הוא מיעוט בחיובים של שומר ולא בעיקר ה'שם שומר', ומוכרח שטוט"ג אינו מהחייבים של שומר אלא שהוא 'גנב מחודש' מפרשת שומרים. / / דרכו הראשונה של האור שמח בביאור ספיקת התוס' לעיל [נ"ז]:, ודוחה. / / דרכו השניה של האור שמח בביאור ספיקת התוס' לעיל [נ"ז]: שיש ספק אי פקע ממנו תורת שומר גם כלפי הפטור טוט"ג, ושוב מוכרח שטוט"ג אינו מהחייבים של שומר אלא שהוא 'גנב מחודש' מפרשת שומרים. / / מקשה סתירה בסברות הפוכות בין פטור בעליו עמו לפטור קרקע – וסתירה בין התוס' כאן לתוס' לעיל [נ"ז]:. / / מביא את שיטת הגר"ח בבעליו עימו שאינו שומר כלל ומעיר בשיטתו, ולדבריו נמצא שהרמב"ם ו'התוס' פליגי בסברות הפוכות. / / סיכום השאלות. / / מביא את ביאורו של הברכ"ש בדברי הגר"ח דגם בבעליו עימו שפיר חשיב כשומר אלא שיש פטור בעיקר הדין שומר. / / הערה בשיטת הש"ך. / / מבאר שאין סברות הפוכות בין קרקע לבעליו עימו אלא ששני סוגים שונים של פטור נינהו, ולכן מתחלקים ומשתנים הדינים, דבעליו עימו הוא פטור בכל פרט ופרט בעיקר הקבלת שמירה, לעומת קרקע שהוא פטור כללי אבל אינו בעיקר הקבלת שמירה רק בחיובים עצמם. / / ראה גדולה לעיקר המהלך מהבדל נוסף שמצאנו בדרשות של בעליו עימו וקרקע בעיקר הפטורים / / מבאר את תוס' [נ"ז] באופ"א - עפ"י ר"א מגרמיישא, ומקשה עוד מתוס' לענין קרקע, ומביא ישוב מהברכ"ש. / / מקשה על הישוב של הברכ"ש, ומעורר שהרמב"ם והתוס' נחלקו בעיקר הפטור דבעליו עמו. / / הערות בהמשך התוס', בקפץ ונשבע ובשבועת גילגול. / /

**סימן ו' ביאור דברי התוס' בדין י' גפנים טעונות, ובגדר דין טוט"ג, שהגניבה נעשה מכח ה'כי יתן', וה'כי יתן' קובע את הדינים של הגניבה הזו, ובגדר "רשות שומר" ו"רשות גנב" וב'היתירא אתי לידיה'.** / /

**פרק א' בגדר דין טוט"ג, שהגניבה נעשה מכח ה'כי יתן', וה'כי יתן' קובע את הדינים של הגניבה הזו.** / / בדברי הקובש"ע שקבלת שמירה על קרקע מגדיר את הטוט"ג כטוט"ג בקרקע. / / דוחה דבריו שכאן צריכים שהמיעוט בקרקע יתייחס לחלק של הגנב שבטוט"ג ולא לחלק של השמירה שבטוט"ג - והדרא הקושי' לדוכתא. / / מתמה עוד בעיקר דין טוט"ג דלמה ליכא דין חזרה קרן לבעלים, ומתמה עוד בעיקר הגדר של בהיתירא אתי לידיה. / / מתמה בדברי הירושלמי [בקצוה"ח ריש שמ"ט] והתוס' [בכמה דוכתין] והריטב"א [ריש המפקיד] דדנו האם בית שומר מיקרי בית האיש או דדומה לבית הגנב, ותמוה דבזה איירי קרא של בית האיש בטוט"ג שהוא בית השומר. / / מביא את דברי הברכ"ש בבאורו לדברי הרמב"ם בדין נתינה בפקדון ע"י קטן. / / למדנו עוד מדבריו שיש דין 'כי יתן', וזה מתייחס לעיקר הדין טוט"ג, ובזה חיילא מיעוטא דקטן בגוף נתינה זו, ונתחדש עוד שכל הטוט"ג חיילא מכח הך 'כי יתן' ומתייחס ל'כי יתן' ולכן ה'כי יתן' קובע דינים על הטוט"ג לגבי קטן ולגבי קרקע ולגבי בית האיש. / / ומעתה היה נראה שכמו ש'כי יתן' של קטן מגדיר את כל הטוט"ג שהוא כנגד קטן ולכן נתמעט מדין 'כי יתן' בעצם זה שקטן נתן,

ולא דנים בזמן הטוט"ג עצמו אלא בזמן ה'כי יתן', כיון שכל הטוט"ג נעשה מכח ה'כי יתן', ואז הוא היה קטן, כמו כן ה'כי יתן' של קרקע מגדיר את כל הטוט"ג שהוא בקרקע אף שהטוט"ג מצד עצמו היה בקרקע, שהטוט"ג הוא גניבה רק מכח ועל ידי ה'כי יתן', וכאילו שה'כי יתן' מצטרף לגניבה שבטוט"ג לקבוע את הדינים שלו. / /

**פרק ב' תוספת ביאור, שומר יש לו זכויות והפקדון 'ברשותו', וה'כי יתן' מחיל את הרשות והקניני שומר, והנך קנינים נהפכו להיות קניני גזילה ע"י הטוט"ג.** / / הקדמה. / / מביא יסוד גדול מהגר"ח ומהגר"ז, דשומר אינו חייבים גרידא, אלא דאיכא "רשות שומר", והיינו דהשומר "מחזיק" את הפקדון אצלו לענין החיוב שמירה, ומביא בזה את ראיותיהם של הגר"ח הגר"ז הברכ"ש והאה"א. / / הוכחות נוספות ליסוד זה, ומבאר בזה את הקס"ד במשנה דליכא כפל דלא חשיב כבית האיש מחמת ה"רשות שומר" דרכיב עליו. / / סיכום היסוד והראיות. / / ה'כי יתן' מחיל כאן רשות והחזקה וזכויות של שומר, והגניבה נעשה מכח הנך זכויות להשוותם לזכויות וקנינים של גנב, וזה הביאור והגדר ב'בהיתירא אתי' לידו – ודברי הגר"ח בזה. / / מבאר את דברי הגר"ח לגבי הדין שינוי קונה בטוט"ג. / / מיישב למה ליכא קרן של שומר בכל טוט"ג. / /

**סימן ז' גניבת קרקע במשיג גבול, ודין קרן של גנב וקרן של גזול.** / / פלוגתת הראשונים אי תשלומין באינו בעין בכלל והשיב או שזה דין אחר מקרא דושילם. / / סתירת התוס' באיזהו נשך דקרקע אינה נגזלת היא מסברא ומהסוגי' להלן [ק"ז]. / / ביאור בדברי הגר"ח שהיה שייך מעשה גזילה ע"י קניני גזילה בקרקע לולי המיעוט. / / מעורר שעדיין יש חידוש בדברי הגר"ח. / / ביאור החידוש שיש לאו של גזילה במשיג גבול. / / בקושי' הברכ"ש דל"ל מיעוט דכפל אחרי שממילא אין קרן, ובחידוש הגדול של הגר"ח – שיש מעשה גניבה וגזילה בעבדים לא רק לענין הלאו אלא גם לענין החיוב ד'ושילם' באינו בעין. / / מזיק וגזילה תרתי נינהו, עיכוב ממון לעומת הפסד ממון, וכאן נתחדש מזיק שבגניבה. / / בדברי הברכ"ש שיש ושיילם בעבד ושייך בזה כפל, וצ"ל דקאי בעבד ולא בקרקע וצ"ל דקאי לשיטות שדין 'והשיב' ודין 'ושילם' תרתי נינהו. / / מבאר דאיכא קרן חדש בגניבה, וע"ז שייך כפל, שהגדר בזה הוא מצד המזיק של הגנב, ויהיה נפ"מ בן עבד ואמה שגנבו או שגזלו. / / עוד הוכחה לדין קרן שבגנב ליישב את הקושי' האיק' שינוי קונה בגניבה. / / חילוק בין גנב לגזול במשיג גבול דקרקע בחזקת בעליה עומדת, ולא חשיב 'עיכוב ממון', ודומה לע"מ למיקט. / / פלוגתת הר"פ ור"א מגרמיישא בטוט"ג במשיג גבול. / /

**סימן ח' בחילוקים בין גזול למזיק, ובחידוש הגר"ח בגדר הדין 'מזיק שבגנב', ובדין תשלומין באינו בעין מדין 'ושילם'.**

**פרק א' פלוגתת הראשונים בדין ושילם ודין והשיב, ומחדש דכולהו מודי לגדר החדש של מזיק שבגנב, אלא שחולקים אי הוי רק בגנב או גם בגזול.** / / פלוגתת הראשונים אי ושילם באינו בעין מדין והשיב הוא והוי ניתק לעשה או שזה דין בפני עצמו. / / בחידוש הגדול של הגר"ח – שיש מעשה גניבה וגזילה בעבדים לא רק לענין הלאו אלא גם לענין החיוב ד'ושילם' באינו בעין, והוסיף בזה הברכ"ש דאיכא בזה נמי כפל. / / בחילוק בין ושילם לוהשיב דושילם הוא מדין מזיק, וראיית הגר"ח מעבד ואמה, ובדברי האבי עזרי בגונב ע"מ לאבד ובמשיכה לרשה"ר, דבתרויהו איכא ושילם אף דליכא קניני גזילה וליכא והשיב. / / חידוש בדעת התוס' והרא"ש דאף דדין והשיב ודין ושילם חדא נינהו, ואינו חייב חדש מצד מזיק דגזול, אכן גם התוס' מודי לגדר החדש הזה בקרן דגניבה שזה קרן חדש, וע"ז שייך כפל. / / יתחדש כמה נפ"מ בין התוס' לרמב"ם, שהרמב"ם חידש חיוב אדון בעבד ואמה גם בגנב וגם בגזול, וכן יהני משיכה ברשה"ר בגנב ובגזול, וכן בע"מ לאבד, אבל לפי התוס' והרא"ש כל הנך חידושים הם רק בגנב ולא בגזול. / /

**פרק ב' בגדר הדין מזיק שבגניבה.** / / מזיק וגזילה תרתי נינהו, עיכוב ממון לעומת הפסד ממון, ויש ביניהם כמה וכמה חילוקים. / / מבאר דהך מזיק שבגנב אינו בכלל מכה בהמה ישלמנה, שאין בחפצא מעשה מזיק אלא כלפי הבעלים, והמעשה בחפצא הוא מעשה של עיכוב, וגם אינו בכלל והשיב דסו"ס אינו בעין. / / ד' דרכים בחידוש זה של המזיק שבגנב או והשיב כפשוטו או מכה בהמה ישלמנה כפשוטו, או גדרים חדשים בהנך ב' פרשיות. / / מעורר שיש כמה סתירות ביסוד זה של הגר"ח – בגמרא ברמב"ם ומיניה וביה בתוס'. / / מיישב את כל עפ"י כל הצדדים דלעיל, ומבאר את החילוקי דינים שבכל הצדדים. / / הערה מהדין שמירתן עליך בעבד ואמה. / / נפ"מ בצדדים האם שייך ושילם בעבדים, ומחדש שכבר יש לדון בחידוש האבי עזרי במשיכה ברשה"ר וכן בע"מ לאבד. / / בשיטת התוס' בדין מזיק שבגניבה בגנב ולא בגזול ונפ"מ במשיכה ברשה"ר ובגונב ע"מ לאבד. / / מקשה על הגר"ח מהדין ג' אגודות ומבאר דאדרבה דדוקא מהסוגי' דהתם איכא מקור למהלך החדש בדברי הגר"ח. / / מוכיח כן מהדין הרי שלך לפניך בחמץ שעבר עליו הפסח. / / הוכחה מהסוגי' בסנהדרין [ע"ב] לגדר זה שהדין ושילם כלול בדין והשיב. / / בדברי הרמב"ם בספר המצוות לגבי הדין ושילם. / /

סימן ט' ביאור בדברי הגר"ח בתוד"ה יצאו שטרות. / /

**פרק א' עיקר דברי הגר"ח שמזיק של הראיה של השטר הוא גרמי מחמת החוב, ומבאר למה הראיה של השטר מיקרי לאו גופו ממון.** / / ג' חלקים בשטר. / / מבאר למה ההיזק של הראיה שבשטר תלוי בגרמי שההפסד של השטר ראייה תלוי בהפסד של גוף החוב. / / מתמה בעיקר דברי הגר"ח ומתמה נמי למה הראיה של השטר מיקרי לאו גופו ממון. / / ביאור בגדר שטר כלפי החוב, ששטר אינו כח ומציאות בפני עצמה, אלא שהוא חלק מהחוב להשוותו כחוב 'מוחזק אצלו', וזה סוג אחר של ראייה, ולכן מיקרי לאו גופו ממון. / / מבאר למה המזיק של שטר מיקרי גרמי. / /

**פרק ב' ביאור החילוק בין גונב שטר ומזיק שטר, וביאור החילוק בדין גרמי - בין השבה לבעין לדין ושילם באינו בעין.** / / מבאר למה אין גניבה על החוב. / / מבאר למה הגזילה של הראיה שבשטר לא תלוי בגרמי דחלוקין מזיק וגנב, זה בעיכוב וזה בהפסד. / / מבאר דבקושי' התוס' מחלקין בין תשלומי גזילה למעשה הגזילה, ובתירוץ מחלקין בין והשיב לושילם בנקודה זו, והדברים מבוארים על פי דברי הגר"ח שחילק בין ושיב לוהשיב. / / מדקדק בלשון התוס' דכוונתו לחדש שהכפל תלוי בקרן של והשיב. / / דן בזה עוד שיתכן שהשבת הבעין הוא מדין שואל. / / מעורר שמבואר הכא שגם התוס' מודה לעיקר יסוד הגר"ח שיש חילוק בין דין והשיב לדין ושילם - אף דבתרומתו איכא קיום של העשה והוי ניתק לעשה, ומבאר את שיטתם בזה. / / מקשה סתירה, דבתוס' מוכרח דבעי מיעוט רק על והשיב ולא על ושילם, ולהלן [ק"ז] מוכרח דרק על ושילם בעי מיעוט ולא על והשיב. / / מחלק בדין קרן שבגנב, בין בעין לאינו בעין. / / ביאור שי' התוס' בשבועות [ל"ז]: ובפלוגתתם עם התוס' דידן. / / מחלק בכל הנ"ל בין תשלומי גניבה לתשלומי גזילה. / / שיטת המאירי. / /

**סימן י' קרן כעין שגנב** / / בדברי המחנ"א שתלה פלוגתת רש"י והרא"ש בפלוגתת הרמב"ם וראב"ד בחופר בורות. / / מביא מהקצוה"ח בביאור פלוגתת הרמב"ם והראב"ד דלא פליגי כלל בגדר חיוב מזיק אלא בהלכות טוען ונטען בפטור שבועה. / / מעורר עוד - דלשיטת המחנ"א היינו צריכים לחלק בין מזיק דכו"ע מודי כדמעיקרא, לגזול דכו"ע מודי כשעת התשלומין, ודוחה בזה את כל החקירה, דגם דמי מקח הם דמים של גוף החפץ ולא דמי הפסד החפץ ואעפ"כ החיוב הוא כמו שעת המקח. / / טענה נוספת על המחנ"א מכחש. / / טענה נוספת על המחנ"א שמבואר ברא"ש ששק"ד שישלם בשעת אבידה מן העולם ולא בשעת העמב"ד. / / מביא את דברי הרא"ש לעיל [יא] בדין אין שמין לגזול, ואת הג' דינים שנתחדשו שם, ומבאר את דבריו. / / מקשה דדבריו סותרים דבריו בסוגיין, ומכאן מוכרח עוד דלא המחנ"א. / / מוכיח שלא דנים ב'גדר' החיוב אלא ב'זמן' החיוב. / / מביא מהגרשש"ק לבאר את דברי הראשונים סוף המפקיד שדנו לחלק בין שומרים בשעת האונסים לגזול כשעת הגזילה, והחילוק הוא מתי הושלמה הלקיחה מבית בעלים. / / מבאר את הסוגי' עפ"י דבריהם - שהדין והשיב שמחייב השבה סותרת לגמר הלקיחה מבית בעלים, ולכן יש מקום לדון דרק בסילוק הוהשיב דאז חיילא גמר הלקיחה, ומבאר בזה את פלוגתת הרא"ש ורש"י, ומיישב את הסתירות ברא"ש, ומבאר למה קס"ד ברש"י דגם בכחש אמרינן כן. / / מקור לדברינו מדברי הגר"ח בגזילת עבד שנתחייב בשעת מיתת העבד ויש לדון אי חייב כשעת אונסים או כשעת הגזילה, ומעורר הערה גדולה דלפי"ז יש כמה אופנים של גזול שלא משלם כשעת הגזילה. / / שי' רש"י - מבאר שי' רש"י בפסחים, ומקשה למה לי תרי קראי בקרן לרש"י, ומוכיח דלא כהמחנ"א ברש"י, מבאר למה לי תרי קראי. / / והנה ברש"י מבואר דאיכא גזה"כ ד"כמה שגזל" דיליף מקרא ד"והשיב", ואיכא קרא דאחי' לקרן, ולמה בעי תרתי, וי"ל דקרא דאחי' רק בא לאפוקי כפל ודו"ה ודין קרן יליף מאשר גזל, אכן ברש"י [ס"ד]: מבואר דגם לקרן בעי קרא דאחי'. / / עוד בדברי הרא"ש בקרן כעין שגנב, דקס"ד דאיכא המשך לגזילה, ואית ביה דין שומר. / /

סימן י"א בדברי התוד"ה גופא אמר רב, ובדין ג' אגודות, ובביאור שי' התוס' רי"ד בקרן כעין שגנב. / /

**פרק א' בדברי התוס', ובסוגי' דג' אגודות, דתלינן דין ושילם דין והשיב אהדדי.** / / הערה בפשט בתחילת התוס'. / / מבאר למה לרש"י ליכא קושי' התוס'. / / פלוגתת רש"י ותוס' והרא"ש האם איכא ב' פסוקים או פסוק אחד או סברא בעלמא. / / בהמשך התוס', ובגזל ג' אגודות, ומביא פלוגתת רש"י ותוס', ומיישב שי' רש"י, ומבאר דרש"י ותוס' לשיטתייהו א"ש דושילם מדין והשיב, ומתמה בזה על שיטת הרמב"ם. / / ביאור שיטת הרמב"ם והראב"ד, דאף דושילם שייך גם בלי והשיב וב' גדרים נינהו וגם בנתמעט דין והשיב בכלל וכפרט אכתי איכא ושילם.

**פרק ב' תוספת ביאור בעיקר הדין קרן כעין שגנב וכפל כשעת העמב"ד, ודרכו של התוס' רי"ד בדין קרן כעין שגנב.** / / בדברי הגר"ל מאלין זצ"ל בגדר הדרשה דאחי' דביסודו קאי על הקרן אף שהנפ"מ של המיעוט הוא כלפי הכפל. / / בקושי' הרי"ד. / / בתוס' רי"ד איכא חידוש מיוחד בדין קרן כעין שגנב שיש השלמת התשלומין עד ד' גם

במקום והשיב, שכל גנב הוא גזלן ויש דין קרן מצד גזלן ומצד גנב. / / ראיות לשיטתו שמתחלקים הנך תרי דינים. / שורש פלוגתת הראשונים והרי"ד בעיקר דין גניבה בלי עיכוב ממון, ודן בזה בדין גונב ע"מ למקט לפי דעת הרי"ד, [ודן בזה עוד עפ"י מה שיש לחקור בגדר המזיק שבגנב שנתחדש בגר"ח]. / /

**פרק ג' בחידוש של הרי"ד בדין כפל כשעת העמב"ד.** / / בדברי התוס' רי"ד, בביאור חידושו בדין כפל כשעת העמב"ד שכפל הוא הכפלה של הקרן ולכן בעיני דווקא קרן של והשיב בשעת העמב"ד. / / מתמה האם יש והשיב של גנב או רק של גזלן, ומוכיח ששיטת הרי"ד שאין והשיב של גנב. / / ביאור דברי הרי"ד עפ"י הנתבאר לעיל שיש דין מיוחד של קרן של גנב בלי עיכוב ממון, אכן אין זה עיקר הדין קרן של גנב, ולכן ליכא ביה דין כפל אלא בקרן של עיכוב ממון. / / בדברי התוס' רי"ד, בביאור חידוש השלישי, בדין כפל כשעת העמב"ד כשאין החפץ בעין, קושי' על הרי"ד בנתייקר, וביאור בזה. / / הערות. / /

**סימן י"ב בסוגי' דאנא פטימנא, ומ"ל קטלא כולה.** / / ביאור השו"ט בפיטום, וחילוק בין פיטום דבידים לפיטום דממילא. / / הקדמה. / / ביאור הסברא למה לא מחייבים דו"ה אחרי הפיטום אי טבח שמינה, וע"כ שהכל נמדד כפי האישתורש בחטא של גניבה, ומבאר את החילוקים בין פיטום דממילא לבידים. / / הערה מדברי האו"ש והגר"ח דבגונב עובר וטבחו לאחר שהוא כבר שור ושה דאין כאן גניבת שור ושה, דמאי שנא מפיטום דממילא. / / בדין שבח שע"ג גזילה, וביאור שי' הרמב"ן באנא פטימנא. / / מבאר למה מיקרי וטבחו כולו באיסור, הא שבח לאו דיהיה הוא ומחלק בין גוף החפץ לממון החפץ. / / מתמה בפירוש רש"י בסברת מ"ל קטלא כולה וכו' / מתמה בדברי רעק"א בביאור סברת התוס' בתי' קמא מ"ל קטלא כולה וכו'. / / ביאור חדש בתוס', שכוונת התוס' לדמות סברת שינוי קונה שלכן אין בו 'שם גנוב' ולא שייך ביה שומא דה"ה לאחר קטלא פלגא חסר ב'שם גנוב' בשלמותו ואהני לן הדמיון לשינוי לענין זה שאין זה מיקרי 'כל חפץ הגזול', רק 'חלקו'. / / מחלק בין כחש דממילא לפיטום דממילא בהאי סברא. / / תירוץ השני של הרי"ב מ"ל קטלא וכו', ושי' רש"י בזה. / /

**סימן י"ג ג' דרכים באחרונים בסוגי' דתברא ושת'.** / /

**פרק א' ביאור בקצוה"ח ונתה"מ, בדין תברא ושת' ובדין גונב מן הגנב.** / / שי' האחרונים בגונב מן הגנב ובדין תברא ושת', ומקורות בראשונים להנך דרכים. / / דעת הנתה"מ, ומיישב את קושי' האחרונים מהמשנה, ושורש פלוגתת הקצוה"ח והנתה"מ. / / מקורות בראשונים לכל הדרכים באחרונים. / / ביאור בנתה"מ לפי דרכו הראשונה שהראשון קונה בשינוי וזו הגזילה. / / ביאור בנתה"מ לפי דרכו השניה שהשני קונה בשינוי, וזו הגזילה, ומבאר עפ"י האור שמח שיש לגנב השני קניני גזילה. / / דוחה את המהלך, ומבאר עפ"י יסוד דברי הגר"ח בגזילת קרקע ע"י קניני גזילה. / / דן בהוכחת הקצוה"ח מאיתבר ממילא, ומ"ש מגונב מן הגנב. / /

**פרק ב' דן בדין מזיק בגזילה, ולמה לא שייך דין מזיק לדין תברא ושת'.** / / ד' הוכחות דאין תו"ש חייב מדין מזיק, ודלא כהקצוה"ח, ותמיהה על שי' הר"ן. / / דן האם יש דין מזיק בגזלן, ודברי הברכ"ש בזה. / / בדברי הראשונים סוף המפקיד שכל גנב יתחייב באיתבר ממילא כדין שומר ומדין תברא ושת', ומוכיח דלדבריהם איכא חיוב מזיק בגזלן. / / סיכום השיטות שיש מזיק בגזלן - ומתמה בשיטת הר"ן והרשב"א שכנראה שלמדו את הסג' מדין מזיק. / /

**פרק ג' בדברי הגר"ח שבתברא ושת' נתחדש דין גניבה אריכתא.** / / שי' הרמב"ם בתו"ש שיש כפל, ובביאור דברי הגר"ח לגבי גונב ע"מ לאבד לעומת גונב ע"מ להזיק, [ובגניבה בקנין יד]. / / דן בדברי הגר"ח האם הכוונה דווקא למזיק בהלכות מזיק או לא, ומוכיח שצריכים מעשה היוזק בהלכות מזיק. / / כמה נפ"מ בין הנתה"מ לגר"ח, ומעורר דכפשוטו הם ב' דרכים שונים. / / מתמה בזה דהאריך אפשר ללמוד שהנתה"מ והגר"ח הם ב' דרכים. / / מבאר שלפי האמת, דברי הגר"ח בנויים על הקצוה"ח והנתה"מ, ומקרב דבריהם זל"ז, והדברים מרומזים בדברי הגר"ח. / / סיכום דברי הגר"ח והנתה"מ בתברא ושת' - ותוספת ביאור ומקור בדברי הגר"ח. / / ישוב לשיטת הר"ן שכתב שתברא ושת' הוא מזיק, עפ"י הגר"ח שהכל גניבה אריכתא, ומיישב בזה נמי את האחרונים שהקשו משיטת רמב"ח. / /

**סימן י"ד בגדר גניבה אריכתא בתברא ושת', ובסברת הגר"ח דבעינן דווקא מזיק, ובדברי הראשונים בכתובות [ל"ד], ובסנהדרין [ע"ב].** / /

**פרק א' ביאור בדברי הגמרא בטעמא דתברא ושת' דמבואר דמצד גניבה אריכתא אתינן עלה, וביאור עומק דברי הגר"ח בסוגי' דתברא ושת' למה בעינן מעשה מזיק.** / / הקדמה - סיכום דרכו של הגר"ח בתברא ושת' ובדין גניבה אריכתא, ומתמה בעיקר הדברים. / / מביא את דברי הגמרא ורש"י בעיקר החידוש של תברא ושת'

ומדקדק טובא בדברי הגמרא. / / מביא שהסמ"ע עמד בכל הנ"ל וביאר את כל הדקדוקים בסוגי', ומתבאר מכל הסוגי' עיקר היסוד של גניבה אריכתא, שלא דנו על חיובא דתברא ושת' אי הוי גזילה או לא אלא אי 'שעת' תברא ושת' הוי 'שעת' גזילה. / / ביאור סברת הגמרא למה תלוי בזה ש"כיון דאי איתה הדרא למרה בעינא" ומה מוסיף רש"י "הלכך ברשותא דמרה הוקרה", וביאור- שכל לקיחת גזילה מיקרי לקיחה לא מוחלטת [בזה שיכולים לתקן את הלקיחה ע"י והשיב], וממילא שהדין תברא ושת' הוא להשוות גזילה לא מוחלטת לגזילה מוחלטת ובזה הוא מעמיק את המצב של הגזול. / / ביאור סברת הגר"ח למה בעינן דווקא מזיק בהלכות מזיק, וסברת הנתה"מ שחולק שכל שינוי קונה מהני לזה. / /

**פרק ב' ביאור פלוגתת הראשונים בכתובות [ל"ד] ובסנהדרין [ע"ב], בדין קלב"מ בתברא ושת' ופליגי בגדר הדין גניבה אריכתא, במעשה או במצב הגזול.** / / הקדמה – ב' צדדים בגניבה אריכתא. / / ביאור דברי רעק"א בכת' [ל"ד], וביאור פלוגתת האחרונים האם בקלב"מ איכא קניני גזילה, או דכמו דליכא והשיב ליכא קניני גזילה. / / הערה על רעק"א דהאין קונה בשינוי של טביחה. / / ביאור דברי הריטב"א בכת' [ל"ד], וגדר חדש בגניבה אריכתא בתברא ושת'. / / פלוגתת הרשב"א והריטב"א בגדר הדין גניבה אריכתא, במעשה או במצב הגזול בחפץ, ונפ"מ לקלב"מ. / / פלוגתת הראשונים בבא במחירת ושבירו אח"כ, ומביא מהיד רמ"ה שם דתברא ושת' הוא גניבה אריכתא. / / מקשה סתירה ברש"י וסתירה הפוכה ברמב"ם בדין גניבה אריכתא, ומיישב את סתירת הרמב"ם. / / מקשה סתירה ברמב"ם בדין גניבה אריכתא שמבואר שיש דין ונמכר על תברא ושת' וע"כ שזה גניבה אריכתא, ומיישב שיטתו. / / ישוב לסתירת רש"י מכת' [ל"ד] לסנהדרין [ע"ב], וביאור למה העמיד רבא דבריו בין בתברא ובין בשת', והנפ"מ ביניהם. / /

**פרק ג' סיכום הראיות וחידושים נוספים בגדר הגניבה אריכתא שנתחדש בתברא ושת' בדברי הגר"ח.** / / סיכום הראיות לדברי הגר"ח שיש גניבה אריכתא בתברא ושת'. / / הערה גדולה לפי הגר"א דלאחר יאוש איכא דין תברא ושת', וחידוש נוסף בגדר הדין גניבה אריכתא. / /

**סימן ט"ו בדברי הרא"ש בסברת "שלא יהא חוטא נשכר", ובדבריו שמחלק בין כפל לדו"ה בגזוה"כ ד"אחייה".** / /

**פרק א' ביאור ברא"ש בתברא ושת' בזולא ובסברת "שלא יהא חוטא נשכר".** / / ביאור דברי הרא"ש בטעמא "שלא יהא חוטא נשכר" – עפ"י הסמ"ע שעיקר הגזילה היא שעת התברא ושת'. / / מתמה דלהיכין נעלם החיוב הקודם, ומבאר שהושילם רק חל אח"כ בביטול הוהשיב, מבאר באופן אחר את דברי הרא"ש. / / חידוש בפרישה שתחילת הגניבה כמאן דלא עביד ולא מיד. / / בדברי הרא"ש לגבי פשיעה עפ"י דקדוק של הברכ"ש בראשונים סוף המפקיד שיש תברא ושת' במה שכל גנב הוא שומר. / / בדברי הריטב"א בכתובות [ל"ד] בגניבה אריכתא גם לקולא. / /

**פרק ב' ביאור ברא"ש שמחלק בין כפל לדו"ה בגזוה"כ ד"אחייה".** / / קושיות היש"ש בדברי הרא"ש. / / ביאורם של האחרונים בשוב דבריו. / / כמה קושיות על ביאור הנ"ל, וסתירה מיניה וביה ברא"ש לענין דו"ה. / / מוכיח שאין סברת "אי מודה מיפטר" סברא מצד עצמו, רק שזהו הגדר בגזוה"כ דאחי' לקרן, ונפ"מ לשאר קנסות. / / מבאר דהמחייב בדו"ה אינו הטביחה עצמו, רק הגניבה שטביחה היינו 'אישתירש' של הגניבה, ומבאר שכל הגזוה"כ של אחי' קאי על שומת הגניבה ונפ"מ כלפי האישתירש של הגניבה. / / מבאר את סדר דברי הרא"ש בדרשה ובסברות, ומחדש שיש כאן ב' גניבות, הגניבה המציאותית והגניבה של קנסות ששמן אותה בהעמב"ד, וכל מה שטביחה היא אישתירש של גניבה היינו כלפי הגניבה המציאותית ולא כלפי הגניבה המחודשת של קנסות. / /

**סימן ט"ז הערות בסוגי' דחומש.** / / מתמה בדין חומשו עולה לו בכפילו, ומוכיח דחומש ממונא הוא ולא כפרה בעלמא. / / יסוד דינא דחומש הוא דנתגדל הקרן / / הערה גדולה דמוכרח דחומש וכפל שייכי לשני דינים שונים של קרן. / / הערה בדין מודה לאחר עדים לענין חומש. / / בקושי' הפנ"י על רש"י במודה בקנס. / / דרכו של האבי עזרי דמהני ההודאה מדין חזרה קרן לבעלים. / / הערה ברש"י. / / הערה בתוד"ה כפילא, וביאור פלוגתת ר' יעקב וחכמים. / / בדברי רש"י ד"ה דכפילא זוזא, ומוכיח דיסוד דינה דחומש אינו תשלום בפנ"ע אלא הגדלת הקרן, ומתמה על רש"י לעיל שלמד שגניבה וגזילה הם ב' חידושים נפרדים בדין קרן כעין שגנב. / / מחדש שלפי רש"י אין דין כל הגזלנים כשעת הגזילה בכופר בפקדון. / / ביאור הוכחת הגמ' לרב, אף דמיירי בחפץ בעין. / / בדין נשבע וחזר ונשבע, ומוכיח שוב שהחומש הוא קרן שנתגדל. / /

**סימן י"ז ביאור תוס' [ד"ה אלמא] - המשך לסוגי' דתברא ושת'.** / / דרכו של השטמ"ק ורעק"א, ומבואר כאן דרך חדש בגניבה אריכתא דתברא ושת', שממשיך גזילה קמייתא עי"ז שמזיק את הוהשיב. / / דרכו של המהרש"א מהדו"ב. / /

**סימן י"ח הערות בסוגי' דגנב טלה ונעשה איל, ובטלאים דמעיקרא** / / ביאור שי' רש"י דהשינוי רק לענין טביחה ומכירה, וישוב קושי' הפנ"י מלהלן ס"ו, וביאור שני הדינים בשינוי א' לענין קנין ב' לענין שא"י לומר הרי שלך לפניך. / / ביאור בפלוגתא ר' אילעא ור' חנינא, ומבאר דבשינוי איכא ג' דרגות, ותלוי בהגדרת הדין שינוי כלפי הרי שלך לפניך. / / דרכו השניה של רעק"א בביאור קושי' הגמ', "לשלם כי השתא" – דנחלקו בגדר חיובא דטביחה בתורת אישתרש בחטא של הגניבה, ודברי המשך חכמה בעיקר פלוגתא ר' אילעא ור' חנינא. / / דרכו של רעק"א הראשונה, ותוספת הסבר מהאמרי משה עפ"י גדרי גניבה אריכתא דתברא ושת'. / / ביאור שי' רש"י בזה. / / בביאור המשך הגמ' - "מ"מ קשיא". / / יש להעיר בדברי רש"י בד"ה לימא תיהוי תיובתא, דמשמע מרש"י דאף דרבה רק מיירי בקרן [וכמוש"כ רש"י לעיל ס"ה:], אפי"ה יש לעשות ק"ו מקרן לכפל ודו"ה, וזה צ"ב, הרי ע"כ אין זה גניבה אריכתא וכתבאר לעיל, וא"כ הו"ל גניבה חדשה ומה זה שייך לגניבה קמייתא, וצ"ע. / / בדברי הגר"א בתוד"ה טלאים לענין תברא ושת' על הפיטום. / / ביאור שיטת הר"י בטלאים דמעיקרא. / / ביאור שי' רש"י בטלאים דמעיקרא. / / ביאור שי' ר"ת בטלאים דמעיקרא. / / שי' הרמב"ם למסקנה. / /

**סימן י"ט בגדר הדין שינוי קונה ע"י הפקעת הוהשיב, ובדברי הגר"ח והגר"י בדין שינוי קטן לגבי הרי שלך לפניך.** / / מביא מהאחרונים דבהפקעת הוהשיב' חיילא קנינו, ומתמה משבר קטן. / / דרכו של הגר"נ פרצוביץ זצ"ל בביאור השני דינים של שינוי וכמבואר בגר"ח, ומתמה בדבריו. / / ו' תמיהות על עיקר היסוד דבהפקעת הוהשיב חיילא קנינו ממילא. / / מבאר שאין הדין והשיב בגברא מונע מהגברא לקנות החפץ, דאינו תולה על הפועל כלל, אלא עיקר הדין הוא שעד כמה שה'גזול' בחפץ הוא סיבה להשבה, שוב אין ה'גזול' בחפץ סיבה לקנייה, ורק בשינוי חיילא הפקעה בעצם השם גזול' בחפצא כלפי קנייה, ומיושב הכל. / / פלוגתא רב ורבא אי קונה בקלב"מ בוהשיב. / / מבאר בזה את החילוק בין שבר קטן לשינוי בכל החפץ ששבר קטן הוא רק הלכות והשיב ולא בא להגדיר את המצב בחפץ. / / מבאר את גדרי השבר קטן בבהמה והזקינה, ולמה אינו בכל החפץ, ומביא תוספת הבנה מהגר"י ז', ובחילוק בין הגר"ח להגר"י ז'. / / הערה בדברי הגר"י ז' בדין שינוי וגזילה באים כאחת. / / הערה כלפי דברי רש"י בטלה ונעשה איל. / / הערה. / /

**סימן כ' מחלוקת הראשונים - וב' דרכים, בגדר 'שינוי קונה'.** / / ב' דרכים בעיקר דין שינוי קונה, ומוכיח מרש"י דשינוי הוא מעשה קנין ומבאר בזה שיטת היראים. / / ביאור דברי התוס' בילפותא מאתנן, ומאי שנא ד"חשיב כאחר" לא נאמר בדינים אחרים. / / ביאור ל"ל תרי קראי, ומחלק בין אתנן לגזילה בשינוי החוזר. / / לרש"י והרמב"ם לא מחלקין ב' קראי לחזור ואינו חוזר כתוס', ולשיטתייהו חולקים על שי' התוס' בעיקר הדרשה, ונפ"מ בדין אתנן בשינוי שחוזר דתלוי במחלוקת הראשונים. / / תמיהא גדולה ברש"י מהדין שינוי דממילא דפקע והשיב ולא קנה, ודן בקושי' זו, וקושי' נוספת בשינוי קונה בקלב"מ. / / הקדמה לשיטת רש"י – יש לדון אי יורד הוהשיב מצד הבעין ולא מצד הדמים, האם זה קונה או לא – ותלוי בגדר הוהשיב מצד הדמים. / / ביאור שי' רש"י בשינוי דממילא ומבאר דבזה מודה רש"י דילפינן מאתנן, ומחלק בין הפקעת דין והשיב בגוף החפץ להפקעת דין והשיב מגוף החפץ וממונו. / / מיישב נמי את הקושי' מקלב"מ. / / ביאור הסוגי' דסנהדרין [ע"ב]. / /

**סימן כ"א בדין אי עביד לא מהני, והמסתעף לענין שינוי [תמורה ו']**. / / ב' דרכים בסוגי' בתמורה. / / במה שיש להעיר בעיקר המקור דמהני לקנות בשינוי. / / ביאור דרכו של השיטמ"ק בסוגי'.

**סימן כ"ב הערות בסוגי' דראשית הגז** / / מביא מהראשונים דשינוי מדין שינוי בגזילה ומבאר עפ"י דרכו של הפרי יצחק בשינוי הוא המעשה קנין ומעשה גזילה, ומבאר בזה את דברי רעק"א שטביחה היא מעשה שינוי ומעשה קנין של גזול. / / דין ממון כהן לפני שיש שיעור. / / ביאור בדברי רש"י בחטפו. / / דרכו של הגר"י ז' בזה, ודברי האהא"ז בשיטת הרמב"ם, והוכחה מתוס' כדבריהם. / / מביא פלוגתא רש"י ותוס' בשינוי בפאה. / / בדין הפרשה בראשית הגז.

**סימן כ"ג חילוקים בין יאוש לשינוי, ושיטת התוס' בגדר איסורא אתא לידיה, וגדר הדין חיוב דמים באבידה.** / ביאור החילוק בין יאוש לשינוי, דיאוש צריך דעת הגזול לקנות. / / כמה דרכים בביאור שי' התוס' להלן [ס"ט] דא"צ מעשה קנין לקנות ביאוש, וקשה דמ"ש דבעי דעת ולא בעי מעשה. / / שי' התוס' באיסורא אתא לידיה, דמצד חיוב השבה אתינן עלה, וספיקת הגמרא הכא הוא ספק נמי באבידה. / / תמיהא רבתי דהאיך החובת השבה מעכבו לקנות. / / דרכו של הקצוה"ח בחידוש התוס' דבגזילה ואבידה קונה חפץ וחייב דמים, שיש חילוק בין גוף לדמים בבעלות החפץ. / / חידושי דינים שיתחדשו לדרכו של הקצוה"ח, ומתמה בעיקר דבריו, דמה שורש פשרה זו. / / דרכו של הגר"ח מטעלו בהנ"ל, ומבאר דגם באבידה איכא חיוב דמים כשהחפץ בעין, [ודלא כהקצוה"ח שיש שיעור בקנינו], והחיוב דמים בחפץ בעין באבידה דומה לחיוב בגזול, ודווקא בחפץ לא בעין איכא חיוב אונסין בגזול, ומוכיח כן מהרמב"ם. / / דרכם של התוס' ר"פ והרשב"א בהנ"ל – מצד אחד חיוב תשלומין ומצד שני שיעור בקנינו. / / מבאר שיש ב' סוגים שונים של שיעור, לפי הקצוה"ח ולפי התוס' ר"פ. / /

**סימן כ"ד בסוגי' דיאוש לאו כהפקר.** / / בפלוגתת רש"י ותוס' ביאוש כהפקר, וישוב בשי' רש"י [מהוכחת התוס' מסוגיין]. / / דרכם של האחרונים – פנ"י מחנ"א וקצוה"ח – בהנ"ל. / / ראיות מסוגי' דגזול חמץ ועבר עליו הפסח, דיאוש לאו כהפקר. / /

**סימן כ"ה שי' הרמב"ן בבאיסורא אתא לידיה.** / / מבאר דבאיסורא אתא לידיה לפי הרמב"ן איכא תרי מהלכים, חדא בגזילה וחדא באבידה, ובדברי הברכ"ש לחלק בין והשיב בגזילה להשיב בשיבם באבידה. / / ספק בין יאוש באבידה כלפי אחרים שלא נטלו את האבידה אי יכולים לזכות בה. / / דברי הרמב"ן בנוטל אבידה ע"מ לגזולה. / / בקושי' האחרונים על הרמב"ן דמ"ש גזילה למ"ד יאוש קני לגזילה ואבידה למ"ד יאוש לא קני – כלפי החיוב דמים.

**סימן כ"ו דרך חדשה ביאוש לא קנה מחמת חובת השבה, וביאור בכמה מחלוקות בראשונים בסוגי' זו.** / / מביא כמה קושיות ומחלוקות עיקריות בסוגי' של יאוש. / / מביא מהאבי עזרי שהגדר בדין באיסורא אתא לידי' הוא שאבידה כזה שיש בה חובת השבה לאו שמה אבידה, ומבאר שכל זה כלפי הדין והשיב בחפצא, ומבאר את פלוגתת הרמב"ן ותוס' באיסורא אתא לידי' באבידה. / / מיישב עפ"י זה שיש אופנים בלי חיוב השבה בפועל בגברא [עכו"ם] ומיקרי איסורא אתא לידי', ויש חובת השבה בחפצא שבאבידה וגזילה כהדדי [רמב"ן], ולא מיקרי איסורא אתא לידי' כלפי האבידה. / / מיישב נמי דמאי שנא שמי שקונה ביאוש בגזילה שצריך לשלם, מקונה ביאוש בגזילה ואבידה כהדדי, שא"צ לשלם. / / מתמה בדברי האבי עזרי בביאורו לשיטת התוס'. / / מקדים – שהמתיר הוא האבידה עצמה ולא היאוש, אלא היאוש מגדיר את האבידה כאבידה גמורה. / / מבאר ששיטת התוס' היא, שהדין והשיב גורם שהגזילה מתחדשת כל רגע וגם ה'אבוד' בחפצא מתחדש כל רגע, ונמצא שזכיותו מכח האבידה היא הפועלת ומחילה את ה'שם אבידה' ולכן אינו זוכה מכחה. / / סיכום המחלוקת בין הראשונים בכחו של ההשבה לעכב בדין 'אבוד'. / / מיישב בזה האיך הדין והשיב מעכבו מלקנות. / / מחדש שבאבידה שהגביה לפני יאוש דשוב לא מצי אחרים לזכות בה לאחר יאוש. / /

**סימן כ"ז בסוגי' דיאוש ושינוי רשות.** / / דרכו של הקצוה"ח בפלוגתת הראשונים ביאוש ושינוי, ויש ביניהם ד' נפ"מ, בהקדש ובקטן ובקידוש אשה ובשר ואח"כ יאוש. / / בפלוגתת הראשונים אי ע"י יאוש ושינוי איכא ממונא דגזול מדין באין כאחת, ובפלוגתת הראשונים אי בקידושין בעי ממונא דמקדש. / / דרכו של רעק"א בפלוגתת הראשונים הנ"ל, דלדעת הרמב"ן מהני להקדיש אבל אינו קרבן ידיה, ודומה לשיטת המשנה למלך והר"ן דאיכא קידושין אבל אינו ממונא דמקדש. / / מה שיש להקשות בדרכו של הקצוה"ח ברמב"ן. / / דרך אחרת בביאור דעת הרמב"ן ור"ן לדרכו של רעק"א, שהיום הוא מקנה את הבעלות של לאחר הוהשיב, ומתמה בזה. / / דרך אחרת בזה שהוא מקנה קניני גזילה אבל הקונה קונה מכחו את הבעלות המחולטת מוחלטת. / / מבואר למה לא מיקרי ממונא דבעל ולא מיקרי קרבנו של המקדיש. / / מבאר את הגדר בבאים כאחת ברשב"א, עפ"י הנ"ל, שזה דומה לבאים כאחת בעבד, שיש כבר סיבה לבעלותו עכשיו אלא שהוהשיב מעכב דומי' דבעלות האדון על העבד, שהסיבה לבעלותו של העבד על עצמו תמיד קיימת. / / מבאר מה תוכן הצירוף של היאוש עם השינוי, ודוחה את ביאורו של הקצוה"ח בזה. / / ביאור אחר בצירוף דיאוש לשינוי רשות, שיש עיכוב בעלים מצד הבעלים אף שהגזול מקנה את הקניני גזילה, ולזה בעינן היתירא דיאוש. / / ביאור ביאוש ושינוי השם בתרומה. / / בדברי רעק"א בדעת ר"ת והראב"ד דליכא שינוי השם בקרבן. / / דרך אחרת בזה. / /

**סימן כ"ח דגול קרבן דחברי'.** / ביאור הפירוש הראשון ברש"י. / / ביאור הפי' השני ברש"י, דהכפרה בקרבן ליתא בגזילה. / מכירה בכפרה של הקרבן. / /

**סימן כ"ט שינוי השם, ובחילוק בין שינוי מעשה ושינוי השם בצירופים.** / / מקשה על התוס' דמחלק בין שינוי השם לשינוי מעשה. / / מתמה על הצירוף של שינוי השם בהדי שינוי מעשה, מדברי התוס' ריש הגזול, ומתמה על הדמיון בין שינוי השם שאינו גמור בהדי יאוש לשינוי השם גמור בפנ"ע. / / מבאר יסוד החידוש ברב יוסף, ומיישב בזה הדמיון לשינוי השם גמור, ומיישב הצירוף בין שינוי השם לשינוי מעשה. / / מבאר איך ר' יוסף מדמה שינוי השם זוטא לשינוי מעשה גמור, והתוס' מחלקים ביניהם. / /

**סימן ל' מצוה הבאה בעבירה** / / גדר הילפותא מקרבן גזול למצהבב"ע במצוות. / / שי' הירושלמי במצווה הבאה בעבירה דבעינן שיחול העבירה בחפצא והוכחה לזה מהבבלי, וביאורם של האחרונים בהך כלל, דדין פסול הוא. / / במה דיש להקשות בגדר דמצהבב"ע, דדין פסול בחפצא הוא. / / מבאר הגדר בירושלמי באופן אחר ליישב סתירות הנ"ל. / / ביאור שי' ר"ת שמחלק בין יאוש לשינוי ובין יאוש לקנין בתקנ"ח, לענין מצוה הבאה בעבירה. / / ביאור בדעת הר"י בקרבן גזול, ומיישב הסתירה מדבריו לירושלמי עפ"י דברינו לעיל.