הלכה · משנה תורה · מפרשים · אבן האזל · ספר נזיקין

אבן האזל על משנה תורה, הלכות גזילה ואבידה

הרב איסר זלמן מלצר

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אבן האזל על משנה תורה, הלכות גזילה ואבידה

הרב איסר זלמן מלצר

מקור הטקסט: ספריא · רישיון: לפי המהדורה: נחלת הכלל או Creative Commons

התכנים שלפניכם נאספו, מוינו, סוננו ונערכו בעמל רב ובמסירות על ידי צוות פרויקט 'אוצריא' (otzaria.org).

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/אבן-האזל-על-משנה-תורה-הלכות-גזילה-ואבידה/
הקובץ נוצר ב־18 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 5
הלכה א 5
הלכה ב 10
הלכה ט 16
פרק ב 21
הלכה א 21
הלכה ד 24
הלכה ז 36
הלכה ח 39
הלכה יב 41
הלכה טו 43
פרק ג 47
הלכה ד 47
הלכה ה 52
הלכה י 56
הלכה יב 58
הלכה טז 60
פרק ד 66
הלכה א 66
הלכה ג 66
הלכה ד 67
הלכה ה 69
הלכה ז 74
הלכה ט 75
הלכה י 78
הלכה יא 78
הלכה יב 80
הלכה יז 81
פרק ה 82
הלכה ב 82
הלכה ח 84
הלכה י 84
הלכה יא 86
פרק ו 86
הלכה א 86
הלכה ג 88
פרק ז 92
הלכה א 92
הלכה ג 93
הלכה יג 96
פרק ח 96
הלכה ד 96
הלכה יב 97
פרק ט 103
הלכה א 103
הלכה ו 105
הלכה טז 107
פרק י 110
הלכה ג 110
הלכה ד 114
הלכה ז 117
הלכה ט 118
הלכה י 119
פרק יא 120
הלכה א 120
הלכה ב 121
הלכה ד 122
הלכה ו 124
הלכה ז 125
הלכה י 127
הלכה יג 131
הלכה יד 132

הלכה טו 134
הלכה טז 136
הלכה יח 137
הלכה כ 138
פרק יב 139
הלכה ב 139
הלכה ג 140
הלכה ה 146
הלכה ו 148
הלכה ז 149
הלכה ח 150
הלכה י 151
פרק יג 153
הלכה א 153
הלכה ג 154
הלכה ה 156
הלכה ו 159
הלכה י 161
הלכה יא 162
הלכה יד 164
הלכה יז 165
הלכה כ 168
פרק יד 170
הלכה ו 170
פרק טו 173
הלכה א 173
פרק טז 175
הלכה ד 175
הלכה ח 177
פרק יז 179
הלכה א 179
הלכה ה 181
הלכה ו 182
פרק יח 184
הלכה ב 184
הלכה ו 185
הלכה יד 188

פרק א

הלכה א

כל הגוזל את חבירו שוה פרוטה עובר בלא תעשה שנאמר לא תגזול. ואין לוקין על לאו זה שהרי הכתוב נתקו לעשה שאם גזל חייב להחזיר שנאמר והשיב את הגזלה אשר גזל זו מצות עשה, ואפי' שרף (את) הגזלה אינו לוקה שהרי הוא חייב לשלם דמיה וכל לאו שניתן לתשלומין אין לוקין עליו.

בדברי הרמב"ם יש לעיין דבריש ה' גנבה כתב ואין לוקין על לאו זה שהרי ניתן לתשלומין שהגנב חייבתו התורה לשלם, ולא הזכיר מקודם דאם הגנבה בעין הוא ניתק לעשה ומבואר מדברי הרמב"ם דלאו דגזילה פעמים שהוא ניתק לעשה כשהדבר הגזול בעין ופעמים שהוא ניתן לתשלומין כששרפו ואינו בעין, ולאו דגנבה הוא לאו שניתן לתשלומין בכל האופנים, והדברים צריכין ביאור.

והנה מקור הדין מאי הוי לאו דגזלה כשאין הגזלה בעין הוא במכות ט"ז ע"א דגרסינן התם והא איכא גזל דרחמנא אמר לא תגזול והשיב את הגזלה וכו' ומשכחת ליה בקיימו ולא קיימו וביטלו ולא ביטלו, התם כיון דחייב בתשלומין אין לוקה ומשלם, ומשמע מלשון הגמ' דכשאין הגזלה בעין אינו לוקה משום דאין לוקה ומשלם ולא משום דהוי ניתק לעשה, אכן בתוס' שם ד"ה התם וכו' כתבו בהדיא דיש ספרים דלא גרסי אין לוקה ומשלם ואפי' לספרים דגרסי הכי הפי' דכיון דחייב תשלומין אכתי הוי ניתק לעשה.

והנה בגזלה מלבד קרא דוהשיב את הגזלה איכא עוד קרא אחרינא דאיתא בספרא פ' ויקרא סימן ש"פ וז"ל אי והשיב יכול והשיב דוקא ת"ל ושלם, יכול יהא משיב ומשלם ואל תתמה על זה שהרי הגנב משלם כפל וכו' ת"ל גזלה גזלה משלם ואין משיב ומשלם, ומפורש דבגזלה איכא תרי קראי והשיב כשהגזלה בעין ושלם כשאינה בעין, וא"כ ליכא למימר דילקה ולא ישלם דריבתה תורה בפירוש לתשלומין, אלא דיש לבאר כיון דכשאין הגזלה בעין איכא נמי קרא דושלם דחייב בתשלומין למה לא יהיה ניתק לעשה, ומ"ש קרא דושלם מקרא דוהשיב וכן יש לבאר דעת הרמב"ם דסובר דלאו דגנבה אינו ניתק לעשה.

אך זה מבואר לפי"מ שכתבו בתוס' כתובות ל"ב ע"ב ד"ה שלא השם וכו' וז"ל ונראה לר"י וכו' כלומר שהתשלומין לא נכתבו סמוך למלקות דאם היה כתוב באותו פסוק עצמו וכו' אז ודאי הו"א דהו"ל לאו שניתק לעשה ולא ילקה עליו, אבל עתה שנכתב רחוק זה מזה לא הוי ניתק לעשה ולא דמי ללאו דגזלה וכו' אע"ג דעשה דוהשיב את הגזלה לא כתוב אצל לאו דלא תגזול דהתם ודאי ע"כ הוא ניתק לעשה שהרי עוקר גזלה מתחת

ידו וכו', ומבואר דהיכי דאין העשה סמוכה ללאו לא מיקרי ניתק לעשה אא"כ בקיום העשה עוקר ומתקן כל מה שקלקל בהלאו, ויש לומר דזה רק בקרא דוהשיב דהעשה היא להשיב הדבר הגזול עצמו, אבל בקרא דושלם כיון שאינו משיב הדבר הגזול עצמו לא מיקרי שבקיום העשה מתקן הלאו, וכדכתיב חבול ישיב רשע גזלה ישלם, ומבואר שיטת הרמב"ם דכשאין הגזלה בעין אינו ניתק לעשה.

והנה בהלכה ד' כתב הרמב"ם גנב שהעידו עליו עדים כשרים שגנב חייב לשלם שנים לבעל הגנבה, אם גנב דינר משלם שנים גנב חמור או כסות או גמל משלם שנים בדמי' ויש לדקדק במה שכתב בסתם לשון תשלומין ולא כתב שאם הגנבה בעין צריך להחזירה וצריך לומר דכיון דבגזלה כתיב תרי קראי והשיב כשהגזלה בעין ושלם כשאינה בעין ומוכח דקרא דחיים שנים ישלם מיירי כשאין הגנבה בעין, ובודאי אם היא בעין צריך להחזירה דלא גרע מגזלה וכמבואר בהלכה י"ב, אבל קרא דחיים שנים ישלם קאי על אינה בעין ולכן מיושב מה שכתב הרמב"ם דלאו דגנבה הוא ניתן לתשלומין ולא ניתק לעשה, משום דתשלומין דכתיב בקרא דגנבה אינו עוקר הלאו וגם אינו סמוך ללאו וכנ"ל, משו"ה לא מיקרי ניתק לעשה, והא דלא הוי ניתק לעשה גבי גנבה משום עשה דוהשיב את הגזלה כשהגנבה בעין דצריך להחזירה משום האי קרא וכנ"ל צריך לומר דכיון דלאו דגנבה חמור יותר כדאיתא בפ' מרובה דף ע"ט וקרא דוהשיב לא כתיב גבי גנבה אלא גבי גזלה, לכן לגבי לאו דגנבה לא מיקרי ניתק לעשה דלא מתקן הלאו בזה כיון דהוא חמור שלא השוה כבוד עבד לכבוד קונו כדאיתא שם.

אכן צריך ליישב לשיטת הרמב"ם קושיית התוס' השניה שם שכתבו וז"ל ועוד דא"כ מאי פריך והרי משכונו של גר ומת הגר ומשני התם גברא בר תשלומין ושעבודא דגר פקע, ומ"ש הא כיון דלא משלם א"כ בטלו ולילקי וליכא נמי שני רשעיות לכן צ"ל כדפירשתי כיון דגברא בר תשלומין וכל אימת דמשלם לא לקי הלכך לא משכחת ליה ביטלו עכ"ל, ולפי' הרמב"ם קשה קושיית התוס' ממשכונו של גר.

ונראה דיש להסתפק אם הא דאין לוקה ומשלם הוא שאין ב"ד מקיימים בפועל שני עונשים דהא חייבי מלקות שוגגים חייבים, או דמעיקר הדין אינם חלים שני חיובים, ומה דחייבי מלקות שוגגים חייבים היינו משום שמעיקרא לא נעשה חיוב מלקות כלל, אבל אם בשעת הלאו נעשה חיוב מלקות אף אם יתבטל אח"כ יהיה פטור מתשלומין, וה"ה היכי דאמרינן משלם ואינו לוקה דאף דיתבטל החיוב תשלומין מ"מ אינו לוקה והתוס' שהקשו ממשכונו של גר סוברים כאופן הא' דכיון דמת הגר ופטור מלשלם צריך להיות חייב מלקות, אבל הרמב"ם כתב בהלכה ו' גזל שתים שוות פרוטה והחזיר אחת גזלה

אין כאן מצות השבת גזלה אין כאן, ומשמע מלשונו דלאחר שהחזיר אחת פקעה השבה לגמרי דהא גבי גזל שלש אגודות כתב חייב להחזיר השלישית וכאן כתב מצות השבת גזלה אין כאן, ומשמע דאין חייב להחזיר כלל ולא כדעת הרא"ש וא"כ למה לא ילקה כשיחזיר אחת ע"מ שלא להחזיר השניה כיון דבחזרת האחת ביטל מצות ההשבה בפרט לשיטת הרמב"ם דסובר קיימו ולא קיימו, וע"כ דסובר דכיון דבשעת הגזלה נתחייב בתשלומין לא חל עליו חיוב מלקות דאין לוקה ומשלם, ולפי"ז אפי' היכי דאח"כ נשתנה מציאות הדין וליכא חיוב תשלומין כמו גבי משכונו של גר מ"מ אינו לוקה ובשעת גזלה לא חלה חיוב מלקות וכנ"ל, ועוד נשוב בעזה"י לבאר בזה בפ"ג מה' מלוה:

-השמטות ומלואים-

במש"כ לעיל בד"ה ונראה, דשיטת הרמב"ם בגזל ב' אגודות דאינו מחוייב להחזיר השניה והקשיתי דילקה על לא תגזול וכתבתי משום דהוא ניתן לתשלומין בשעת גזלה אף דעכשיו אינו בר תשלומין כתב הדר"ג דאיך יתכן שבשעה שהחזיר האחת ביטל העשה ולמה לא יוכל לקיים העשה בשלימות לחזור ולהשיב גם השניה שהרי בידו הוא, ואפי' לשיטת הרמב"ם דקיימו ולא קיימו הא סבר דזה דוקא במתה דא"א כלל לקיים, הנה לא ראה שהרב אומר כן בכ"מ במקומו שהוא מפרש כן מצות השבת גזילה אין כאן איברא שהמ"מ אינו מפרש כן ולפנינו יבואר ובאור הדבר פשוט דאף שאם יחזיר מתחילה אחת ע"מ להחזיר גם השניה מסתבר דלא בטל העשה שהוא מעשה השבה אחת, אבל אם החזיר אחת והחזיק בהשניה בתורת גזילה כיון דאין השניה שוה פרוטה א"א שתהיה עליו מצות והשיב, ואפי' יחזור וישיב לא קיים העשה, וממילא לא שייך כלל למה שכתב הדר"ג דהרמב"ם לא סבר כרש"י בדין קיימו ולא קיימו.

אלא דעוד יותר יש לבאר עפי"מ שהעירותי בדברי המהרי"ק שורש צ"ד הובא בקצוה"ח סי' רמ"א דבדבר בעין לא מהני מחילה, והביא ראיה מדברי הרמב"ם פ"ג מה' זכיה ומתנה שכתב מחל לחברו חוב שיש לו עליו או נתן לו פקדון שהיה מופקד אצלו, ומדחילק בין חוב לפקדון דגבי פקדון כתב נתן מוכח דבדבר בעין לא מהני מחילה, והוא תמוה דבפ"ה מה' מכירה הל' י"א כתב יש דברים שאינן צריכין קנין ואין לקנין בהם טעם כגון וכו', או המוחל לחברו חוב או פקדון שיש לו בידו, ואין לומר דבאמת גם כאן צ"ל או נתן לו פקדון דבנתן לא שייך לומר שאין צריכין קנין ואין לקנין בהם טעם דאף דמהני בלא קנין משום שקנה בחצר, אבל לא שייך לומר דאין לקנין בהם טעם דהא אפשר שיאמר מתחלה הנני מקנה לך הפקדון שלי בקנין סודר שלא יקנה בחצר, ועוד דבאמת גם שם בה' זכיה קשה דאם נאמר דלא שייך מחילה בדבר בעין, וע"כ דמה דלא

צריך קנין הוא משום דקנה בחצרו, א"כ היה צריך לחלק בין חצר המשתמרת לאינה משתמרת דהא שיטת הרמב"ם דגם במתנה לא מהני אינה משתמרת אא"כ אמר זכתה לי חצרי.

אולם צריך לבאר סתירת דברי הרמב"ם דבה' מכירה כתב לשון מחילה בפקדון ובה' זכיה דייק לכתוב נתן, ונראה דלשון מחילה סתם בפקדון באמת לא מהני אבל לא מטעם דלא מהני מחילה על דבר בעין, אלא דאם לא אמר אלא לשון מחילה אינו מוכח דנותן לו הפקדון דאפשר אין כונתו אלא שמוחל לו התחייבות הפקדון שעל הנפקד, ואם אמר לו הנני מוחל לך הפקדון ושיהיה שלך זהו באמת לשון מתנה לפי"מ דנאמר דלשון מחילה מהני בפקדון, והרמב"ם דייק רק לכתוב נתן משום דאם לא אמר בלשון נתינה לא מהני, אבל זהו רק בה' זכיה דמיירי במתנה, אבל בה' מכירה דמיירי שמכר לו הפקדון וגמרו ביניהם על דמי המקח, א"כ מכיון שאמר לו על זה הנני מוחל לך הפקדון הרי מוכח להדיא שעיקר הפקדון מוחל לו, ולכן מהני בזה לשון מחילה, ובטעמא דמהני מחילה בפקדון נראה לי דהוא משום שיטת הרמב"ם דהפקדון עומד ברשות השומר, וכמו שכתבתי בפרק א' הלכה א' ואף דבודאי עומד גם ברשות הבעלים דבידו להקדישו מ"מ כיון דעומד ג"כ ברשות השומר שייך מחילה שישאר שלו, ומבואר דגם בה' זכיה שכתב הרמב"ם נתן הפקדון, וכתבתי דאם משום קנין חצר הו"ל להתנות שיהיה חצר המשתמרת, אבל לפי"ד אינו משום קנין חצר אלא דאפי' עומד באותה שעה ברה"ר מהני משום שהוא עומד ברשותו, ויעיין מש"כ בפ"ז מה' נז"מ לענין קנין שינוי.

ועכשיו שזכינו לזה דהרמב"ם סובר דמהני מחילה בדבר שהוא בעין א"כ בגזילה נמי מהני מחילה אפילו על דבר שהוא בעין דגזילה נמי עומד ברשות הגזלן וכמש"כ בפ"א שם, ולכן כשגזל שתי אגודות בפרוטה והחזיר לו אחת והחזיק בהשניה בתורת גזילה כיון דגזילה פמש"פ מוחל הנגזל כבר קנה הגזלן האגודה השניה ושוב עליו מ"ע דוהשיב את הגזילה ובמחילה בודאי לא קיים מצות והשיב, ומבואר שפיר למה אין כאן מצות השבת גזילה ומה דבג' אגודות והוזלו חייב להחזיר זהו מכיון דאי מיגניב חייב לשלם פרוטה ודאי אינו מוחל.

ומה שכתב דלדברי מנין ההכרח בדברי הרמב"ם שאינו לוקה זהו דבר פשוט דהא כתב ברפ"א שאין לוקין על לאו זה, וכן בפי"ט מה' סנהדרין מנה כל הלאוין שלוקין עליהם, ומנה כל הלאוין שנתקיים לעשה כשלא קיים העשה, וכן המכה את חבירו הכאה שאין בה שו"פ שלא ניתן לתשלומין ולא מנה גזילה ובודאי מוכרח דלא משכחת בגזילה מלקות.

ומה שהדר"ג מפקפק בעיקר היסוד שלי דלאו הניתן לתשלומין אינו לוקה אף שלבסוף לא ניתן לתשלומין, וכתב דדין חיוב תשלומין אינו שייך אלא היכי שהדבר בעין, והאריך להוכיח מלשון הרמב"ם דכתב מקודם שהוא ניתק לעשה, ואפי' שרף הגזילה פטור שהוא ניתן לתשלומין, הנה בזה יש לי להוכיח לפי דרכי שהרי כל דברי יסובו על ציר זה מה שהרמב"ם כתב גבי גנבה שהוא לאו הניתן לתשלומין, וגבי גזלה שהוא לאו הניתק לעשה, ובארתי דגבי גנבה אינו ניתק לעשה אלא ניתן לתשלומין, וע"כ מוכח דאפי' הגנבה בעין ניתן לתשלומין בזה אין לומר דבשביל כפל ניתן לתשלומין דודאי עובר בלא תגנוב אפי' בדברים שאין בהם חיוב כפל, ומתחלה חשבתי דזהו בשביל חיוב האחריות שיש עליו על הקרן שאם יגנב או יאבד יצטרך לשלם וכמו דאמר בגמ' בדף ק"ה שורי גנבת וכו' כיון דאי מיגניב ממונא קא כפר וכו', אכן שבתי וראיתי דאפי' בלא חיוב אחריות שייך ניתן לתשלומין אפי' כשהוא בעין, דהא כתב הרמב"ם בפ"ד מהל' גנבה הל' י"א דהמשיג גבול רעהו עובר בלא תגנוב ובקרקע ליכא חיוב אחריות דקרקע אינה נגזלת ומ"מ אינו לוקה וע"כ דעיקר דין תשלומין שב"ד נזקקין להוציא ממנו זהו נקרא ניתן לתשלומין ולפי"ז מוכרח דמש"כ הרמב"ם גבי גזילה מקודם שהוא ניתן לעשה קושטא דמילתא אמר דכיון דמפורש במס' מכות ט"ז דגוזל הוא לאו הניתק לעשה וגם ניתן לתשלומין ולכן כתב מקודם שהוא ניתק לעשה ואם נשרף הוא ניתן לתשלומין כמבואר שם להדיא.

ואחר אחרון אני בא שסיים הדר"ג במה שדייקתי מדברי הרמב"ם דגבי ג' אגודות וחייב להחזיר השלישית וכאן כתב מצות השבת גזילה אין כאן ומשמע דאין חייב להחזיר כלל, וכתב הדר"ג שבודאי כונתו לפרש מצות השבת גזילה אין כאן על האגודה השניה אבל דעתי דבודאי קאי על האגודה הראשונה ואין לדייק מלשון הרמב"ם שכתב מקודם ואינו מחוייב להחזיר שהרי לשון זה עצמו הוא בגמ' וכמו שהרא"ש מפרש בגמ' כן נפרש לשון הרמב"ם, והנה בעיקר הדברים כתב כתבתי למעלה דבפי' דברי הרמב"ם כבר חלקו המ"מ והכ"מ והמ"מ כתב כדבריו והכ"מ כתב דקאי על האגודה השניה, אמנם לא אזכור איך היה דעתי כשכתבתי דברי אלו, ואמנם דברי הדר"ג נכונים דאין מקום להוכיח מדברי הרמב"ם יותר מדברי הגמ' ומ"מ אף שאין הכרע ברור אבל דעתי נוטה כמו שכתבתי, והנה לפי גירסתינו דאיתא אע"פ ודאי לא מסתבר כדברי הכ"מ דאי קאי על האגודה השניה א"כ לא שייך לשון אע"פ דאדרבא מכיון שגזילה אין כאן זהו טעמא דהשבת גזילה אין כאן על האגודה השניה ואף שהכ"מ דחק ורצה לפרש כן אבל הוא דחוק, ולכן כתב אח"כ שהרמב"ם לא גרס אע"פ, ובאמת כן כתב הבעה"מ שכך הוא

בספרי ספרד, שגורסים אמרי ומפרש כד' הכ"מ והרמב"ן בשם הר"ח והבה"ג מפרש גם לפי גירסא זו דקאי על הראשונה, וכן הוא בבה"ג להדיא, אבל מ"מ דעתי נוטה דמדברי הרמב"ם נוכל להוכיח יותר דהרמב"ם דרכו לפרש דבריו היכי דאיכא למטעי ומכיון שכתב מקודם חייב להחזיר א"א דיהיה כונתו גם בב' אגודות דחייב להחזיר ויכתוב מצות השבת גזילה אין כאן דיש לפרש שפטור מלהחזיר, ובפרט שהבה"ג כתב להדיא דמחוייב להחזיר השניה לכן נראה דהרמב"ם סובר דאף שיפרש דהגמ' משמעינן דלא קיים מצות השבה בראשונה מ"מ כבר אין עליו מצות השבה בשניה כיון דאין כאן שו"פ ובפרט לפ"מ שבארתי דהרמב"ם סובר דשייך מחילה בגזילה קיימת היכא דמקודם לא היתה אלא פחות משוה פרוטה.

ומצאתי בשמ"ק שהביא מדברי הראב"ד שמפרש שהחזיר לו אחת ואכל האחרת ומפרש דלא קיים מצות השבה וממה שהוכרח לפרש שאכל האחרת מוכח דדעתו הוא דאף שנפרש מצות השבת גזילה אין כאן על הראשונה מ"מ אי אפשר לפרש דיש עליו מצות השבת גזילה להשיב השניה דאיך נאמר אין כאן הא יש כאן ומחויב להשיב ולכן הוכרח לפרש שהשניה אינה בעין משום דסובר כדברי הדר"ג שאם השניה קיימת ודאי מחייב להחזיר אבל חיוב תשלומין ליכא על פמשו"פ וארווחנא שגם הראב"ד סובר דא"א לפרש שיש עליו חיוב השבה ולכן הנני עומד בדעתי דדעת הרמב"ם הוא דאינו מחוייב להחזיר אלא דסובר דאפי' לא אכלה אינו מחוייב להחזיר וכמו שבארתי. [עד כאן].

הלכה ב

ואסור לגזול כל שהוא דין תורה אפי' עכו"ם עובד ע"ז אסור לגזלו או לעשקו ואם גזלו או עשקו יחזיר.

הכ"מ הקשה במה שכתב הרמב"ם אסור לעשקו דהא לא תעשוק את רעך כתיב, ועוד דהא בהגוזל ומאכיל אמר רבא דהפקעת הלואתו היכי דליכא חה"ש מותר, וכתב דמה דכ' הרמב"ם אסור לגזלו או לעשקו היינו מדרבנן, ולפי דבריו צריך לומר דמ"ד גזל עכו"ם אסור היינו מדברנן דהא מ"ד מותר היינו מותר לגמרי וכבר הקשה ע"ז החכ"צ דהא בב"מ פ' המקבל ובבכורות דף י"א מוכח להדיא דמ"ד גזל עכו"ם אסור הוא מה"ת וכן הישו"ש כתב דלא כהכ"מ, וכתב החכ"צ דדעת הרמב"ם דגזלו ועושקו אסור מקרא דואכלת דבזמן שאין מסורים בידיך אסור.

אכן בריש הלכות גנבה כתב הרמב"ם כל הגונב ממון משו"פ ולמעלה עובר על ל"ת שנאמר לא תגנוב וכו', ואחד הגונב ממון ישראל או הגונב ממון העכו"ם וכו', וכתב הגר"ח מוולאזין בס' חוט המשולש דדוקא גזילה דכתיב לא תעשוק את רעך ולא תגזול

אמרינן דגם לא תגזול הוא דוקא לרעך, ולכן כתב הרמב"ם כל הגוזל את חברו בשו"פ עובר בל"ת דדוקא חברו אבל גוזל עכו"ם אינו עובר בל"ת וכתב רק דאסור לגזלו, אבל גנבה דכתיב לא תגנובו ולא תכחשו ולא תשקרו איש בעמיתו כיון דכתיב אתנחתא על לא תגנובו הפסיק לומר דאיש בעמיתו לא קאי על לא תגנובו, וגנבה חמיר מגזלה, ולכאורה דבריו תמוהים דהא קיי"ל בר"ה דף ט' דמקרא נדרש לפניו ולפני פניו ולאחריו, וא"כ מאי מהני דכתיב אתנחתא על לא תגנובו הא התם גבי יובל הם פסוקים מיוחדים ומ"מ אמרינן דיובל הוא קאי גם על לפני פניו, וצריך לומר דכונתו דלא תכחשו הוא לפני פניו ולא תגנובו הוא לפני דלפני וזה לא דרשינן.

והגאון בעל קדושת יו"ט כתב שם דכיון דהרמב"ם מפרש הא דמוקים רב אשי במוכס עכו"ם לא כפירש"י משום הפקעת הלואתו אלא משום דסתם עכו"ם נוטל יותר מכדי קצבתו וכמו שכתב המ"מ והוסיף להוכיח כדברי המ"מ דהא בסתמא במלך עכו"ם עסקינן, וכן כ' הרמב"ם להדיא בין שהיה המלך עכו"ם וא"כ מאי מהני מוכס ישראל וממילא מוכח דרב אשי דאוקים במוכס עכו"ם, וכן אינך אמוראי דאוקמי במוכס העומד מאליו ובמוכס שאין לו קצבה פליגי על רבא וסברי דהפקעת הלואתו נמי אסור, והוכיח עוד מזה דהרי"ף לא הביא אלא הא דרב אשי והברייתא, ולא הביא קושיית הגמ' ותירוצא דרבא.

ויש להוסיף על דבריו דלפירש"י דמפרש מוכס שקנה המכס מן המלך בדבר קצוב לק"מ דבמוכס ישראל כיון שכבר קנה המכס אסור להפקיע דהוי גוזל ישראל, וכן כתב להדיא הר"ן בנדרים דמוכס ישראל שקנה המכס אסור להבריח אבל מוכס ישראל ממונה מן המלך אסור להמוכס להכריח לפרוע משום דהפקעת הלואתו מותר, ודבריו נכונים לשיטת הרמב"ם דמפרש מוכס שהוא ממונה מן המלך לגבות המס וא"כ בודאי קשה מ"ש מוכס עכו"ם ממלך עכו"ם וע"כ דטעמא דמוכס עכו"ם הוא משום דסתמו גזלן וכפי' המ"מ.

אכן כבר הקשה הלח"מ והמל"מ דלפי' המ"מ מה הביא רב אשי הא דתניא ישראל ועכו"ם שבאו לדין אם אתה יכול לזכהו דלפירש"י הוא להביא המסקנא דמחלק רבא בין גזילו להפקעת הלואתו, אבל לפי' הרמב"ם מה שייך תירוצא דמוכס עכו"ם להברייתא, והגאון בעל קדושת יו"ט כתב בזה דבדין ישראל לא מהני טעמא דמוכס עכו"ם ובישראל היה אסור בשביל ספק זה להבריח את כל המכס, וכן כתב הב"י להדיא והביאו הרמ"א דאפי' בישראל החשוד ליקח יותר אסור להבריח ממנו דבתר גנבא גנוב וטעמא טעים, ורק בדיני נכרים הדין כן, דהיכי דמתירא שלא יהא נגזל ושיטלו ממנו יותר מותר

להבריח ולא לשלם אפי' מה שמגיע ממנו, ולכן מייתי רב אשי ע"ז הא דתניא דאם אתה יכול לזכהו בדיני נכרים זכהו דכיון שהמלך עכו"ם דיינינן ליה כדיניהם.

אבל מסתפקנא טובא בסברתו דאיך אפשר לבוא מדין כדיניהם ולבטל דין המלך ששולח מוכסין לגבות המכס, כיון דסובר דבדיני ישראל הי' מחוייב ליתן ובדיני המלך בודאי מחוייב ליתן ואיפוא נמצא דינים אחרים, ואפי' אם נימא דיש דין אצל אומות העולם בדיני אנשים פרטיים שאם חושש שיטלו ממנו יותר יכול להבריח גם את הודאי, אבל גם דין זה הוא דין המלך דאטו יש להם דינים שכל אומות העולם מחוייבים לדון כן, וכיון שזהו דין המלך ובמכס הא איכא דין המלך לשלם מכס למוכסין ולא לחוש שמא יטלו המוכסין יותר מקצבתם, ומנ"ל לבטל דין המלך בדין אחר של המלך, אף דבזמנינו נוהגין כן דאפשר לבטל חוק אחד היכי שסותר חוק מוקדם זהו במלוכות שיש להם נמוסים קבועים שגם המלך אין לו רשות לשנות, אבל בזמן הגמ' ודאי עיקר החוקים היה על ידי המלך כדמוכח בגמ' וכמש"כ הרמב"ם שם, וא"כ אפי' נאמר שזהו דין מיוחד במכס למלך ושבאמת בצדק עשאו כיון שע"כ צריך הוא לשלוח מוכסין, ומה יעשה אם אין לו מוכסין ישראלים, וכיון שבדין עשה המלך חוק זה מנ"ל שאין דינו דין ואין לומר דהמלך לא מתכוין לזה אלא הוא מאמין להמוכסין דמנ"ל זה שמא גם הוא אינו מאמין להמוכסין, אלא שע"כ הוא שולח מוכסין לגבות המכס, וכיון שבדיני ישראל אסור להבריח ודיני המלך ג"כ שלא להבריח למה לא יהי' דינו דין.

וגם בעיקר יסודו על דברי הב"י דאף שהמוכס ישראל נוטל יותר אסור לגזול קצבתו כבר הקשה ע"ז הקצוה"ח מדברי הרא"ש בנדרים דמבואר להדיא דהיכי דנוטל יותר כולו גזל, ואין סברא לחלק בין מוכס ממונה לקונה המכס דאדרבא בקונה המכס ודאי לא ניחא למלך שיטול יותר וממילא כולו גזל דבאופן זה לא מכר לו, וכן הגר"ח מוולאזין כתב דרוב פוסקים אין סוברים כהב"י.

והגר"א ז"ל כתב דהרמב"ם אינו גורס דתניא אלא תניא והיא מילתא אחריתא וטעמא דמוכס עכו"ם כמש"כ המ"מ, אבל בריי"ף איתא כדתניא וברי"ף א"א למחוק דאחר שהביא הברייתא כתב להלכה כרב אשי דבתרא הוא ומוכח דהברייתא שייכא להא דרב אשי, וגם בדקדוקי סופרים ראיתי שבכל הכ"י הגירסא כגירסת הרי"ף וכדתניא.

והנראה דמה דהביא רב אשי הברייתא דישראל ועכו"ם שבאו לדין הוא משום דהיה אפשר לומר דמה בכך שהמוכס הוא עכו"ם וחשוד ליטול יותר מקצבתו כיון דדינא דמלכותא דינא ובדיני עכו"ם גם עכו"ם נאמן וזה הדין הוא שייך למלך והמלך מאמין למוכס זה ומנ"ל דלא מהני דד"מ גם במוכס עכו"ם, לכן הביא רב אשי הא דתניא דאם

אתה יכול לזכהו בדין ישראל זכהו, ובדין ישראל אין העכו"ם נאמן וחשוד ליטול יותר מקצבתו, ולכן אף דדין המלך להטיל מכס הוא כדין, אבל כיון דאין לו רשות אלא במכס קצוב לכן אף שהוא מאמין למוכס עכו"ם אין ישראל מחוייב להאמינו, [ועיין מש"כ בהלכות נז"מ פ"ח הל' ה' בדעת הרמב"ם דשטרי מתנה הנעשים בערכאות פסולים] ועכ"פ דגם דברי הקדושת יו"ט לכאורה נכונים דרב אשי ע"כ לית ליה דרבא מדצריך לשנויי במוכס עכו"ם, כיון דהרמב"ם מפרש מוכס ממונה ומכש"כ.

אבל באמת עוד אינו מיושב דאם עיקר הקושיא דפריך בגמ' והא דינא דמלכותא דינא לא קשה לרבא אמאי לא אייתי בגמ' הא דרבא על הך קושייא לא בב"ק ולא בנדרים ובנדרים ליתא כלל הא דרבא, ע"כ נראה פשוט דלהרמב"ם נאמר דאף בהברחת המכס איכא חה"ש כמו שכתב הכ"מ דשמא יתודע ואף דדברי הכ"מ שם אינם ברורים שרצה ליישב דעת הרמב"ם לפי פירש"י דטעמא דמוכס עכו"ם משום הפקעת הלואתו, ומחלק בין מוכס ישראל הממונה מן המלך למוכס עכו"ם שחכר המכס דבעכו"ם שחכר מותר להבריח דאז ליכא חה"ש ולא אבין כלל איך אפשר לחלק בזה דהא הרמב"ם כתב ג"כ הא דמוכס עכו"ם בממונה ואם איכא חה"ש בישראל ממונה איכא נמי חה"ש בעכו"ם ממונה, ואם הטעם כמש"כ המ"מ משום דנוטל יותר מקצבתו א"כ א"א לפרש בגמ' כפירש"י, ועוד אמאי לא כתב הרמב"ם היתרא דהפקעת הלואתו והכ"מ הולך בשיטתו שכתב כאן דהרמב"ם סובר נמי דהפקעת הלואתו מותר.

ועכ"פ ע"כ צ"ל בדעת הרמב"ם כמש"כ הכ"מ דהא דע"ע במקום דליכא חה"ש הוא כמש"כ רש"י ביורש אבל להבריח המכס אף דרש"י סובר דזהו נמי מקום דליכא חה"ש, אבל הרמב"ם יסבור דבמכס כיון דאפשר שימצאו מה שיבריח או שיתודע שקרו איכא בזה חה"ש אלא דמ"מ אי לאו דד"מ לא היה איסור משום חה"ש, דאם ע"פ דין הוא פטור ליכא חה"ש מה שמשקר ואינו רוצה להיות נגזל, ולכן פריך בגמ' שפיר על מכס מהא דד"מ דינא אפי' לרבא.

ולפימש"כ עלינו לבאר טעמו של הרמב"ם שהשמיט התירא דהפקעת הלואתו כיון שבררנו דמרב אשי אינו מוכרח דחולק על רבא, והגר"ח ז"ל בס' חוט המשולש מחלק בין עושק להפקעת הלואתו דעושק הוא דוקא באלמות שאומר איני נותן לך או שכופר והלה יודע, אבל הפקעת הלואתו שמטעהו בחשבון גם הרמב"ם מודה דמותר אי לאו חה"ש, וגם דבריו אינם מיושבים דאכתי היה להרמב"ם לכתוב בפירוש היתירא דהפקעת הלואתו באופן דליכא חה"ש.

והנראה בזה לפימש"כ הרמ"ה הובא בש"מ וז"ל, הא דתניא את זו דרש ר"ע מנין לגזל

העכו"ם שהוא אסור וכו' ליתא דקיי"ל כרב אשי דשרי בהפקעת הלואתו דומיא דמוכס, דעבר עברי הפקעת הלואתו הוא דקיי"ל עבד עברי אין גופו קנוי, ורבא דאמר גופו קנוי הא אתותב בפ"ק דקדושין, ועוד דהא רב ביבי ורב הונא אמר רב לית להו הא דר' עקיבא דהא אינהו לא קא אסרי אלא בזמן שאין מסורים בידך עכ"ל, והנה מש"כ דקיי"ל דע"ע אין גופו קנוי ורבא אתותב בפ"ק דקדושין דבריו נפלאים דליכא שם תיובתא על רבא, וקשה לומר דכונתו במה דהקשו התוס' דממתני' דלא קתני בשטר מוכח דלית ליה ע"ע גופו קנוי, דא"כ היכי שביק רבא מתני' וסבר כברייתא וכבר תי' התוס' זה שם, והרמב"ם פסק דע"ע גופו קנוי כרבא.

אכן בהא דכתב הרמ"ה דרב ביבי ורב הונא אמר רב לא סברי כר"ע. בזה נוכל לבאר שיטתו של הרמב"ם דיש להוכיח דהרמב"ם סובר כהרמ"ה שהביא הא דוחשב עם קונהו בה' גנבה פ"ז הל' ח' שכ' וז"ל, וכן אסור להטעות העכו"ם בחשבון אלא ידקדק עמו שנאמר וחשב עם קונהו אע"פ שהוא כבוש תחת ידיך ק"ו לעכו"ם שאינו כבוש תחת ידיך, ולא הביא הך קרא בה' גזלה ללמוד דגזל עכו"ם אסור, ומוכח דסובר דרק להטעות ילפינן דאסור דהוי בגדר גנבה ובגנבה סובר הרמב"ם דאיכא לא תגנוב אפי' בעכו"ם, אבל גזלה קיי"ל כרב הונא דילפינן מואכלת דבזמן שהם מסורים בידיך מותר.

ולפי"ז יש לומר דר"ע דסובר דגזל עכו"ם אסור מוחשב עם קונהו א"כ סובר דגם בזמן שהם מסורים בידיך אסור א"כ נוכל לומר דסובר דגזל עכו"ם אסור מלא תגזול ונאמר דהא דכתיב לא תעשוק את רעך ולא תגזול, לא קאי רעך אלא על לא תעשוק, והא דיליף מוחשב עם קונהו זה גופיה יליף דלא נימא דולא תגזול קאי ג"כ על רעך, ולפי"ז שפיר קאמר רבא כאן בגזלו כאן בהפקעת הלואתו דבעושק כתיב רעך, אבל לרב הונא דיליף מואכלת בזמן שהם מסורים בידיך דאינו סובר כר"ע דמוחשב עם קונהו ילפינן דגזל עכו"ם אסור, דא"כ אפי' בזמן שהם מסורים בידיך נמי דוחשב עם קונהו הא קאי אפילו שהם מסורים בידיך, וע"כ דסובר דבאמת גזל עכו"ם אינו אסור מלא תגזול דרעך קאי נמי על תגזול וכת"ק דמאחיך בב"מ דף קי"א וגזל עכו"ם אסור מואכלת וכן פסק הרמב"ם כמש"כ החכ"צ, וכיון דקרא דממעט רעך ממעט עושק וגזל ומ"מ גלי לן קרא דואכלת דדוקא בזמן שהם מסורים בידיך, א"כ אין לנו לחלק בין גזל ועושק ובתרווייהו בזמן שהם מסורים בידך מותר ובזמן שאין מסורים בידיך אסור.

איברא דקשה לפי"ז על פסקי הרמב"ם דשם בב"מ איתא דתנא דמתני' אמר דרעך למעוטי גר תושב, ות"ק דמאחיך סבר דרעך למעוטי גזלו וא"כ הרמב"ם דסבר דגזל עכו"ם אינו אסור מלא תגזול א"כ צריך רעך למעוטי גזלו דהא מקרא דמאחיך לא ידעינן למעט

גזלו כדאמר שם דגזלו מעושקו לא ילפינן, וא"כ איך פסק בפ' י"א מהל' שכירות כתנא דמתני' דבגר תושב אין חייבין ולא עבר אלא אעשה דביומו תתן שכרו.

ונראה דהרמב"ם סובר דכיון דאיכא קרא דואכלת את כל העמים אפי' אי לא הוי כתיב רעך הוי ידעינן דגזלו דמי לעושקו דכתיב מאחיך דהא קרא דלא תעשוק ולא תגזול סתמא כתיב ואי קאי נמי אעכו"ם א"כ אסור גם במסורין בידיך, וע"כ גלי קרא דואכלת דגזלו דמי לעושקו שנתמעט כבר מקרא דאחיך, ולהכי כתיבי בהך קרא עושק וגזל כחדא, ושפיר אמרינן דרעך למעוטי גר תושב וקיי"ל כתנא דמתני' וקיי"ל כרב הונא דגזל עכו"ם אינו אסור אלא מואכלת כנ"ל.

והנה בקדושין דף ט"ז בהא דתניא ויצא בשנת היובל בעכו"ם שישנו תחת ידיך כתבו התוס' וז"ל וא"ת אי בעכו"ם שישנו תחת ידיך מה שייך יובל ולמה לי נמי דקדוק כלל, וי"ל דהכא שהעכו"ם בטוח עליו ונתן לו מעות על גופו בא הכתוב להשמיענו שצריך לדקדק, והקשה ע"ז ח"א דא"כ איך מוכיח ר"ע דגזל עכו"ם אסור מקרא דוחשב עם קונהו, איברא דבש"מ פ' הגוזל ומאכיל כתב הרא"ש בשם הר"מ להקשות בהא דלמד רב הונא דגזל עכו"ם מואכלת דתיפוק ליה מוחשב, ותי' בסברא זו דמוחשב הו"א הואיל שהעכו"ם היה בטוח עליו, ולכאורה דבריו תמוהים דהא ר"ע למד מוחשב, וצ"ל בכונתו דרב הונא אית ליה הך חלוקא, אבל משמע מדבריו דהוא רק הו"א ומשמע דאינו סובר שיש חלוק בדין בין ר"ה לר"ע וע"כ דמפרש בזמן שהם מסורים בידך היינו בשעת כבוש דע"ז כתיב ואכלת, אבל מה שיושב העכו"ם אח"כ בא"י בזה אסור, וכמו הברייתא דקדושין דויצא בשנת היובל קאי על עכו"ם שישנו תחת ידיך, אבל בדברי התוס' דקדושין א"א לומר כן דמשמע מקושייתם ומתירוצם דפשיטא להו באמת דבעכו"ם שישנו תחת ידיך ודאי מותר גזל, ורק בשביל שהעכו"ם בטח עליו אסור, וא"כ קשה היכי למד ר"ע דגזל עכו"ם אסור.

וצ"ל דהתוס' סוברים כהרמ"ה דר"ה חולק על ר"ע וסובר דבזמן שהם מסורים בידיך והיינו שישנו תח"י גזלו מותר, ולכן רצו להעמיד הברייתא אליבא דר"ה וכמש"כ הרמ"ה דלא קיי"ל כר"ע, ולכן כתבו דהיכי שהעכו"ם בטח עליו גם ר"ה מודה דאסור.

ולפימש"כ בדעת הרמב"ם דמחלק בין גנבתו לגזלו לכאורה מיושב הא דוחשב עם קונהו אפי' לר"ה דסובר דבזמן שהם מסורים בידיך גזלו מותר, דהא קבע הרמב"ם הא דוחשב בדיני גנבה וכמש"כ, אבל באמת אינו מיושב דהא ודאי משמע דגם בע"כ אינו יכול לצאת, ועוד דאף דהרמב"ם לא הזכיר להלכה הך ברייתא דקדושין, אבל מכיון שסתם דבריו ופסק בה' עבדים פ"ב הלכה ו' דהמוכר עצמו לעכו"ם אם לא נפדה אינו

יוצא אלא ביובל שנאמר ואם לא יגאל באלה ויצא בשנת היובל ומכיון שלא חילק בין ישנו תחת ידיך לאינו תחת ידיך מוכח דבכל גווני אסור לו לצאת בע"כ, איברא דאפשר לומר דעיקר דינא קמ"ל דליכא דין יציאה בשש, והיינו אם אינו רוצה לגזול את העכו"ם.

אכן יש לומר דהרמב"ם ג"כ יסבור כשיטת התוס' דהיכי דבטח עליו אסור לגוזלו והוא מגדר חה"ש, אמנם דלפי"ז אין אנו צריכין לזה שכתבתי מה דהרמב"ם כתב להא דוחשב עם קונהו בה' גנבה, אך כיון דבאמת כן הוא דהרמב"ם סובר דגנבת עכו"ם אסור מלא תגנוב, א"כ אין אנו צריכין בהך דינא שלא יערים לסברא שבטח עליו ואפי' אם נימא דהוא משום חה"ש נ"מ היכי דבודאי לא יתודע החשבון דאפי' הכי אסור משום לתא דגנבה, אבל זה נאמר כתי' התוס' דלהוציאו בע"כ אסור משום שבטח עליו, אבל משום גזל עכו"ם אינו אסור כיון דקרא מיירי בישנו תחת ידיך, ומבואר מה דהרמב"ם לא כתב קרא דוחשב בה' גזלה, ועכ"פ זה נוכל לומר דהרמב"ם לא פסק כר"ע דלמד גזל עכו"ם מקרא דוחשב אלא כרב הונא מקרא דואכלת בזמן שהם מסורים וע"כ דרך קאי נמי על לא תגזול וממילא גזל ועושק חד דינא אית להו והפקעת הלואתו אסור וכמש"כ:

הלכה ט

כל החומד עבדו או אמתו או ביתו וכליו של חבירו או דבר שאפשר לו שיקנהו ממנו והכביד עליו [ב]רעים והפציר בו עד שלקחו ממנו אע"פ שנתן לו דמים רבים הרי זה עובר בל"ת שנאמר לא תחמוד ואין לוקין על לאו זה מפני שאין בו מעשה ואינו עובר בלאו זה עד שיקח החפץ שחמד כענין שנאמר לא תחמוד כסף וזהב עליהם ולקחת לך, חימוד שיש בו מעשה.

השגת הראב"ד: דמים רבים כו'. א"א ולא אמר רוצה אני. ואין לוקין וכו'. א"א לא ראיתי תימה גדול מזה והיכן מעשה גדול מנטילת החפץ, אבל הל"ל מפני שהוא חייב בתשלומין שהרי הוא כגזלן שחייב להשיב את הגזלה ולפיכך אינו לוקה וגם זהו חייב להשיב החפץ לבעלים.

כתב המ"מ על השגה הא' דדעת הרמב"ם דאע"ג דקונה עובר בלא תחמוד ולכן אפי' היכי דאמר רוצה אני עובר בלא תחמוד, ואע"ג דאמר רבא בתמורה, כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני הרי הוא כמו גוזל צמר ועשאן בגד שאינו משלם אלא כשעת הגזילה וקנה הדבר בשינוי אף כאן קנה בדמים, ודברי המ"מ תמוהים דהא פריך התם על רבא מהך דינא דהגוזל עצים ומשני שאני התם דכתיב אשר גזל, וא"כ איכא התם קרא ומנ"ל ללמוד על הך דינא דלא תחמוד, אך באמת עיקר קושייתו אינה קושיא כלל, דמה שייך הלאו דלא תחמוד להקנין בשלמא אי הוי כתיב בקרא לא תקנה,

הוי שפיר אמרינן דאינו יכול לקנות שלא כדין התורה ובפרט לפי"מ שמפרש הגרעק"א דאנו מפרשים קרא דאיכא איסורא וגם מניעה, אבל הכא לא כתיב אלא לא תחמוד, ואף דאינו עובר אלא עד שיקח וכמו שמפרש הרמב"ם כענין שנאמר לא תחמוד וגו' ולקחת לך מ"מ כשלוקח העברה הוא החמוד, דע"כ הרמב"ם סובר דעיקר הוא החמדה בלב, דהא כתב דאין לוקין על לאו זה מפני שאין בו מעשה.

ועל השגה הב' כתב המ"מ דהראב"ד הולך לשיטתו דברצון המוכר אינו עובר, אבל דעת הרמב"ם דהאיסור הוא אף ברצון המוכר, ולכן כתב שאין בו מעשה שנטילת החפץ ברצון המוכר הוא, והמ"מ קיצר כאן דהא הרמב"ם לא כתב דוקא באופן שאמר רוצה אני, רק דאינו סובר כהראב"ד דאיירי דוקא בלא אמר רוצה אני אבל עכ"פ מיירי בכל גווני, אלא דבאמת הרמב"ם אינו סובר כלל דצריך רוצה אני במכירה דבפרק י' מה' מכירה הל' א' כתב מי שאנסוהו עד שמכר וכו' ממכרו ממכר וכו' שמפני אונסו גמר ומקנה ולא הזכיר רוצה אני, וכבר כתב שם הלח"מ להקשות מזה דבהכונס מפורש להדיא דדוקא באמר רוצה אני, והביא דברי הב"י בטוח"מ סי' ר"ז דעושה מעשה בשתיקה הוי כמו רוצה אני, וטעמא דהרמב"ם נראה משום דבב"ב בסוגיא דתליוה וזבין לא הוזכר שיהי' צריך רוצה אני ואמר דאגב אונסיה גמר ומקני, ורק דדוקא בזבין דבתליוה ויהיב לא אמרינן אגב אונסיה גמר ומקני, אבל עכ"פ לא הוזכר בגמ' דצריך רוצה אני, לכן מפרש דמה דאמר בהכונס הא דאמר רוצה אני הוא לחלק מחמסן דחמסן הוא בלא רוצה אני, והיינו דבחמסן גם מעשה בשתיקה ליכא, דהחמסן נוטל החפץ ונותן מעות וזהו באמת גזל ממש על החפץ כיון דלא קנה כלל, אלא דמ"מ אינו פסול לעדות מדאורייתא כיון דמורה ואמר דמי קא יהיבנא כדאמר בב"מ דף ה'.

ונמצא דהרמב"ם כאן מיירי בודאי היכי שהמכירה קיימת דהא לא מיירי כאן בנטל באונס אלא בהפציר והרבה רעים עד שלקח ממנו, והכונה שהלה מכר לו, וכיון שמכר ונטל דמים הוי כמו רוצה אני ולכן שפיר לא הוי גזלה וכמש"כ המ"מ.

אך בעיקר דברי המ"מ דהרמב"ם סובר דאף שקנה עובר בלא תחמוד ואפי' אמר רוצה אני ולא רק היכי דעשה מעשה בשתיקה, נראה דהרמב"ם והראב"ד מחולקים בפירושא דאמר רוצה אני, דהראב"ד מפרש דהכונה הוא דרוצה באמת בלא האונס, ומזה הוא דמוכיח הגמ' בקדושין דף נ' דדברים שבלב אינם דברים דהא בלביה לא ניחא ליה, ומתרץ משום דמצוה לשמוע דברי חכמים או ניחא ליה בכפרה לא אמרינן דבלביה לא ניחא ליה, ולכן סובר הראב"ד כיון דלבסוף אמרינן דרוצה באמת א"כ למה יעבור בלא תחמוד דאטו בשביל שהפציר בו או אפי' אנסו פעם אחד לא יוכל אחר זמן רב לקנות

ממנו כשנתבטל ההפצרה והאונס, וא"כ מה נ"מ אם עכשיו ממש מוכר לו ברצונו הטוב, לכן ודאי אינו עובר בלא תחמוד.

והרמב"ם סובר דאפי' אמר רוצה אני אין הכונה שאפי' בלא האונס היה רוצה אלא דעכשיו בשביל האונס הוא רוצה, והיינו משום דיש צד רצון בשביל שמצוה לשמוע דברי חכמים גבי גט או דניחא ליה בכפרה גבי קרבן, וכמו שכתב בפ"ב מה' גירושין ה"ל כ' וז"ל ולמה לא בטל גט זה שהרי הוא אנוס בין ביד עכו"ם בין ביד ישראל שאין אומרים אנוס אלא למי שנלחץ ונדחק לעשות דבר שאינו מחוייב בו מן התורה, כגון מי שהוכה עד שמכר או עד שנתן, אבל מי שתקפו יצרו הרע לבטל מצוה או לעשות עברה והוכה עד שעשה דבר שחייב לעשותו או עד שנתרחק מדבר האסור לעשותו אין זה אנוס ממנו אלא הוא אנס עצמו בדעתו הרעה לפיכך זה שאינו רוצה וגרש מאחר שהוא רוצה להיות מישראל ורוצה הוא לעשות כל המצות ולהתרחק מן העברות ויצרו הוא שתקפו, וכיון שהוכה עד שתשש יצרו ואמר רוצה אני כבר גרש לרצונו, עכ"ל.

ודברי הרמב"ם צריכין ביאור דכיון שכתב דמי שתקפו יצרו הרע לבטל מצוה או לעשות עברה אין זה אנוס א"כ למה לי שיאמר רוצה אני, וע"כ דכונתו הוא דאיברא דאין לזה דין אונס מ"מ ליכא דין רצון, ובקרא כתיב לרצונו גבי קרבן וכן גבי גירושין אמרו מנין שאינו מגרש אלא לרצונו דכתיב והיה אם לא תמצא חן בעיניו כמש"כ הרמב"ם בפ' א', ולכן צריך שיאמר רוצה אני שיהיה רצון אלא דא"כ למה לי כל אריכות הסברו, וע"כ דהוא כמש"כ דאף שאומר רוצה אני אין הכונה שהוא רוצה גם אילו לא אנסוהו, אלא דהכונה שעכשיו שאנסו אותו אינו עושה בשביל האונס לבד אלא דהוא רוצה בשביל שרוצה לקיים מצוות, ורק דכנגד זה אינו רוצה בשביל טעמים שיש לו מצד יצרו, אבל כשאנסוהו הוא רוצה דבאמת יש לו ג"כ צד רצון בזה, ובלא הסברו של הרמב"ם לא הוי מהני הצד רצון שלו כיון דעכ"פ הוא אנוס בפועל, אבל לפי הסברו של הרמב"ם דזה לא מיקרי אנוס ממילא שפיר קרינן לרצונו כיון שיש לו צד רצון, ולפי"ז צ"ל דמה דאמר בקדושין הא בלביה לא ניחא ליה ומשני דמצוה לשמוע דברי חכמים היינו דמעיקרא סבר דדילמא בלבו ליכא צד רצון כלל, ומשני דכיון דאיכא מצוה לכן ודאי איכא רצון כנ"ל.

ומבואר מה שכתב הרמב"ם שאין אומרים אנוס וכו' כגון מי שהוכה עד שמכר או נתן, ודבריו תמוהים דאיך כתב דמי שמכר אומרים אנוס דהא קיי"ל תליוה וזבין זביניה זבינה, ולשיטת הרמב"ם גם בלא רוצה אני ובפרט דהא כתב בהך גוונא דגרושין דהוא באמר רוצה אני, אך כונתו הוא בעיקר גדר אונס דכיון דסובר דרוצה אני לא מהני שיהיה רצון גמור גם לולא האונס, וא"כ לגבי מכירה דליכא הך טעמא שכתב הוי באמת אונס, ומה

דמהני גבי מכירה אינו משום דלא הוי אונס דהא כתב הרמב"ם בפ' י' מה' מכירה טעמא דאמר בגמ' דאגב אונסיה גמר ומקנה, והיינו משום דאונס אינו מבטל קנינים אלא היכי דבשעת האונס הוא רוצה לבטל וחושב אפשרות הבטול, אבל היכי דבשעת ההקנאה גמר ומקנה בשביל טעמים שיש לו דכיון שלוקח מעות הוא גומר ומקנה, והיינו דאף דלכתחלה אינו רוצה אבל בדיעבד הוא מסכים וגומר ומקנה ואינו חושב על ביטול, זה מהני בקנינים אבל בגט ובקרבן דכתיב לרצונו לא מהני גמר ומקנה דצריך רצון ממש, אלא דאמרינן דרצון מצד אחד נמי מהני כיון דרוצה לקיים מצוות, וזהו שכתב הרמב"ם דגבי מכר נמי הוי אנוס דבאמת לא אמרינן כלל במכר דלא הוי אנוס כיון דליכא טעמא דהרמב"ם אלא דאגב אונסיה גמר ומקנה.

ולפימש"כ מבואר ג"כ טעמו של הרמב"ם דאינו מצריך רוצה אני במכירה משום דלשיטתו לא מהני רוצה אני במכירה כלל, ולכן מפרש כמו שכתבנו דהא דאמר בהכונס הא דאמר רוצה אני היינו לאפוקי חמסן שלקח מעצמו בלא מעשה מכירה של הבעלים וכמו שכתב הב"י, איברא דלשון הגמ' ודאי דחוק לפי' זה.

ע"כ נראה דאפשר לומר באופן אחר דבאמת הגמ' דב"ק סבר דצריך רוצה אני ממש, אבל הרמב"ם אינו פוסק כן להלכה, דהגמ' בב"ק ע"כ סובר כהו"א דסוגיא דקדושין וכן בסוגיא דב"ב דלא ידע מסברא דניחא ליה בכפרה ומצוה לשמוע דברי חכמים, ובסוגיא דב"ב הוי בעי למימר דיסוד דברי רב הונא דאמר תליוה וזבין זבינו הוא ממה דאמר כופין אותו עד שיאמר רוצה אני בגט ובקרבן, ולפי"ז ע"כ רב הונא נמי מיירי בדאמר רוצה אני, אבל לפי"מ דדחה בגמ' דהתם טעמא אחרינא משום דמצוה לשמוע דברי חכמים וניחא ליה בכפרה, ובמכירה לא שייך זה ומסיק דטעמא דרב הונא סברא הוא דאגב אונסיה גמר ומקנה, א"כ באמת ליכא רצון כלל אלא דגמר ומקנה, ולכן פסק דבמכירה לא צריך רוצה אני, וקושיית הגמ' היכי קרי ליה חמסן כיון דתליוה וזבין זביניה זבינא יתיישב כמש"כ דחמסן הוא דגם גמר ומקנה ליכא דהבעלים לא מכרו כלל.

נמצא דהרמב"ם והראב"ד מחולקים בפירושא דרוצה אני, והראב"ד לשיטתו שפיר סובר דאם אמר רוצה אני ליכא לא תחמוד כיון שהוא רצון גמור, והרמב"ם לשיטתו שפיר סובר דאפי' באומר רוצה אני עובר בלא תחמוד, ומה שלא השיגו בה' גירושין משום דשם כתב רק טעם והסבר וחלק עליו כאן שנוגע לדינא.

עוד הקשה הלח"מ בפי' י' מה' מכירה על דברי המ"מ דאע"פ שקנה עובר בלא תחמוד מקושיית הגמ' בהכונס דפריך אי יהיב דמי חמסן קרית ליה והאמר רב הונא תליוה וזבין זביניה זבינא, ולדברי הרמב"ם מאי פריך כיון דעכ"פ עובר בלא תחמוד, ולפימש"כ

עכשיו היינו יכולים לומר דאה"נ דבסוגיא דהכונס הוי סובר דטעמא דרב הונא משום דהוי רצון גמור וממילא אינו עובר בלא תחמוד, אבל באמת א"צ לזה דלהלכה מוכח מלשון הרמב"ם בפ"י מה' עדות דדוקא היכי שלא קנה שהבעלים לא עשו מעשה מכירה כלל נקרא חמסן וקרא זה גזל של דבריהם, דבפ"י מה' מכירה כתב מי שאנסוהו עד שמכר אבל בהל' עדות כתב החמסנים והם הלוקחים וכו', ומוכח דסובר דאפי' לא מכרו הבעלים כלל רק נטל ונתן דמים דלא קנה מ"מ לא הוי גזלן ולא עבר בלא תגזול אלא חמסן מיקרי, ומה שהקשה דהא עבר בלא תחמוד לק"מ דהא לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו, ואף דהתוס' בסנהדרין דף כ"ה כתבו לפרש דכן הוא האמת והרמב"ם אינו סובר כן ועיין בכ"מ פ"י מה' עדות, וכבר תמה עליו שם הלח"מ, מ"מ כיון דלא משמע להו איסור לא מיפסל אפי' מדרבנן וכמו בהני קבוראי שם דף כ"ו ע"ב, וכן שיטת התוס' בכמה דוכתי דלא כמו שכתבו בסנהדרין.

ולכאורה יש להעיר דכיון דהרמב"ם סובר דאפי' היכי שלא מכרו הבעלים כלל אינו גזלן ובודאי עבר בלא תחמוד וא"כ בזה יקשה קושיית הראב"ד דבזה ודאי הוי נטילת החפץ מעשה ואמאי אינו לוקה, ואולי נימא דגם בזה עיקר האיסור הוא החמוד בלב ואין בו מעשה אך מל' המ"מ לא משמע כן, וצ"ל דבזה פשוט כד' הראב"ד דאז הוי לאו שניתן לתשלומין שצריך להחזיר החפץ והרמב"ם לא נחית כאן לזה, דהא מיירי בהפציר והרבה עליו רעים דאז בודאי קנה ולא הוי לאו שניתן לתשלומין לכן כתב דאינו לוקה משום דהוי לאו שאין בו מעשה, דאף דאינו עובר אלא עד שיקח מ"מ הלקיחה הוא רק גמר לתנאי האיסור, אבל עיקר האיסור הוא החמוד שאין בו מעשה וכנ"ל:

-השמטות ומלואים-

הנני מעתיק מה שהשבתי לח"א הרב הגאון הנעלה מו"ה **אליעזר מנחם שך** שי' בענינים מחלק ב' על מש"כ אלי.

בפ"א מה' (גנבה) [גזילה ואבידה] הל' ט' על מש"כ המ"מ דמשו"ה אף שעובר בלא תחמוד קנה דהוא כמו גוזל עצים ועשאן כלים שקנה בשינוי, הקשיתי דהא שם גלי קרא דכתיב אשר גזל, וע"ז כתב חביבי דהא בכל גזל עובר ג"כ בלא תחמוד, וכיון דגלי קרא דקנה בשינוי בדרך גזלה ולא אמרינן אעל"מ ה"נ אם הקנהו המוכר ועשה קנין דלא גרע משינוי, והנה לפי"מ שמפרשים דעיקר מה דגלי קרא הוא בדין קנין שינוי אין ראיה ממה דגלי קרא דקונה היכי שנשתנה לזה שיקנה כשהוא בעיניה, אכן לפי"מ שבארתי דעיקר מה דגלי קרא הוא דמהני הגזילה דנעשה ברשות הגזלן וזה צריך נמי למ"ד יאוש לחודיה קנה אם נימא דקונה אפי' אם אינו בבית הגזלן וכמש"כ התוס' בדף ס"ט דע"כ משום

דכבר הוא ברשותו, ולפי"ז עיקר מה דגלי באשר גזל הוא דמהני הגזילה, וא"כ שפיר יש לומר דכמו דמהני בגזלה אף שעבר גם בלא תחמוד ה"נ מהני במכר אף שעבר בלא תחמוד, ומ"מ אינו מוכח גם לפי"ז להביא ראיה ממה דמהני בגזלה שיעמוד ברשותו לזה דליהני במכירה שיהיה שלו, דכיון דהוא עכ"פ נגד כללא דאעל"מ ורק דגלי קרא א"כ נימא היכי דגלי גלי:

פרק ב

הלכה א

הגזלה שלא נשתנית אלא הרי היא כמו שהיתה אע"פ שנתיאשו הבעלים ממנה ואע"פ שמת הגזלן והרי היא ביד בניו הרי זו חוזרת לבעליה בעצמה, ואם נשתנית ביד הגזלן אע"פ שעדיין לא נתיאשו הבעלים ממנה קנאה בשינוי ומשלם דמיה כשעת הגזלה, ודין זה דין תורה הוא שנאמר והשיב את הגזלה אשר גזל מפי השמועה למדו אם היא כשגזלה משלם אותה ואם נשתנית בידו משלם דמיה, נתיאשו הבעלים ממנה ולא נשתנית קנה הגזלן כל השבח שהשביחה אחר יאוש ואינו משלם אלא כשעת הגזילה, ודבר זה מדבריהם מפני תקנת השבים וכשמחזיר לו הגזלה שמין לו השבח, ונוטל מן הנגזל.

השגת הראב"ד: ודבר זה מדבריהם וכו'. א"א י"א נוטל את השבח עצמו ודוקא אמרו ג' שמין להם את השבח ומעלים אותם בדמים, אבל האיך לא עכ"ל.

במה דמחלק הרמב"ם בין שבח דקודם יאוש לשבח דאחר יאוש כבר כתבנו בה' גנבה פ"א הל' י"א והבאנו שם דברי הגר"א ז"ל שהביא ראיה לזה מב"מ דף י"ד ע"ב המוכר שדה לחברו ונמצאת שאינה שלו דפליגי רב ושמואל אם יש להלוקח שבח מן המוכר, והקשה רש"י דהנגזל ישלם בעד השבח ומזה הוכיח הרמב"ם דקודם יאוש השבח לנגזל, וכבר תמהתי שם דאיזה ראיה הוא מקרקע דאינה נגזלת למטלטלין, והראב"ד כתב דהרמב"ם הוכיח דינו מהא דגזל והשביח ומכר, וכתב ע"ז הגר"א דא"א לומר כן דכיון דהגזלן אין לו בשבח איזה זכות מכר ללוקח, ולכן כתב דזה מיירי בשבח דמחמת הוצאה ונביא דבריו בהלכה ד' ומה שיש לדון בזה, והוסיף עוד הגר"א ז"ל וכתב וכן מה שהקשה המ"מ מספ"ג דב"מ בשולח יד בפקדון דשם ודאי אין יאוש דמפקיד אין יודע כלל ממנו ג"כ מתורץ בזה עכ"ד וכונתו להעמיד שם ג"כ בשבח דמחמת הוצאה, ודבריו צריכים ביאור דהא הגמ' מוקים לה לפלוגתא דב"ש וב"ה בשבח שע"ג גזלה ובפלוגתא דר"מ ור"י בגוזל רחל וגזזה וילדה דר"מ סבר משלם אותה ואת גיזותיה וולדותיה, ור"י סבר גזלה

חוזרת בעיניה וגזות וולדות הוי שבחא דממילא כמו שפסק הרמב"ם להדיא בהלכה ו'.

וצ"ל דכונת הגר"א ז"ל דאף דפלוגתא דגזות וולדות מיירי בשבחא דממילא ולאחר יאוש מ"מ פלוגתא דב"ש וב"ה דמיירי קודם יאוש מיירי בשבח דמחמת הוצאה, אבל זהו תימה רבה דמנין לתלות זה בזה דכיון דאמרינן דשבח דמחמת הוצאה הוא לגזלן אפי' קודם יאוש ע"כ דזהו סברא מצד עצמה, דכיון דהשבח נעשה ע"י הוצאה שלו הוי לגזלן, וא"כ מנ"ל דר"מ דחולק בשבח דממילא אחר יאוש, יחלוק גם בשבח דמחמת הוצאה כיון דלא דמיין דזהו אפי' קודם יאוש, וביחוד לפי"מ שבארנו בפ"ז מה' נז"מ והבאתי בקיצור בפ"א מה' גנבה דשבח דמחמת הוצאה דהוי דגזלן יש באופן זה בארבעה מקומות בגזלן ובבע"ח ובמזיק ובבכור, ובכל הג' מקומות לא שייך לדין תקנת השבים וע"כ דהוא עיקר דינא, ושבח דממילא לאחר יאוש הוא משום תקנת השבים וא"כ לא שייכן זל"ז כלל.

אולם לדעת הגר"א דמפרש הא דגזל והשביח דמיירי בשבח דמחמת הוצאה, ומוכח ע"כ דסובר דגם הא דשבח דמחמת הוצאה לגזלן הוא ג"כ מפני תקנת השבים דהא אמר שם בגמ' גבי השביח עכו"ם ואנן תקנתא לעכו"ם ניקו ונעביד ומכאן הוכיח הרשב"א בפלוגתא דר"מ ור"י בלידה וגיזה דמה דשבח שע"ג גזלה לגזלן הוא משום תקנת השבים, ולפי"ז לא קשה כ"כ מה דתולה הגמ' זב"ז דמכיון דתרווייהו מפני תקנת השבים ורק דבשבחא דממילא הוא דוקא אחר יאוש, ובשבחא דמחמת הוצאה אפי' קודם יאוש, אכן אפי' לפימש"כ דשבח דמחמת הוצאה הוא מדינא אפשר דס"ל להגמ' דאם הגזלן מדינא לא הי' לו קנין כלל בגזלה לא הוי מתקני רבנן דיקנה השבח אפי' אחר יאוש דע"כ גם מה דמהני יאוש לגזלן למ"ד יאוש קונה הוא ג"כ משום קנין גזלה דאי לא במה עדיף מכל אדם, וכבר כתבו בתוס' בדף ס"ט מזה אם הגזלן קונה ביאוש אפי' אין הגזלה ברשותו וכן משמע מפשטות הפוסקים, ולכן אפי' לדידן דאית לן יאוש לא קנה מ"מ לגבי שבח הא דמהני אחר יאוש אף שהוא מפני תקה"ש הוא עכ"פ משום דיש לו קנין קצת בגזלה, ולכן סבר הגמ' דר"מ דאית ליה דשבח דממילא אפי' אחר יאוש הוי דנגזל ע"כ משום דס"ל דגזלן לא קנה כלל הגזלה ולכן לא מסתבר שיתקנו חכמים שיקנה השבח אפי' משום תקה"ש כיון דלא עדיף בהגזלה יותר משאר אינשי, ואף שמצינו תקנת מריש זהו תקנתא אחריתא דהוי בגדר זה נהנה וזה לא חסר דאינו צדק שיסתור בירה שלו בשביל המריש כיון שנותן לו דמיו, ומצינו משום ועשית הישר והטוב תקנו חכמים לכוף כמו בדינא דבר מצרא, ור' יהודה דאית ליה דשבח דלאחר גזלה דגלזן לאחר יאוש ע"כ סבר דהגזלן קונה הגזלה ונעשה ברשותו, ולכן שפיר שייך לתלות גם פלוגתא דשבח דמחמת הוצאה לפני יאוש אפי' לפימש"כ, דהא בארתי דעיקר מה דנוטל שבחא דמחמת הוצאה

הוא משום דקנה הגזלה ונעשה ברשותו.

והנה בעיקר יסוד דברי הרמב"ם דשבח דממילא הוא לגזלן מפני תקנת השבים כתב הגר"א משום דפסקינן כרשב"א בדף צ"ד ואמר שם דלרשב"א השביח נוטל שבחו משום תקנת השבים, ובאמת יש למשדי נרגא בהוכחה זו דאינה מבוררת דהכי איתא התם בהא דמני אביי תנאי דאית להו שינוי במקומו עומד, רשב"א מאי היא דתניא כלל זה אמר רשב"א כל שבח שהשביח גזלן ידו על העליונה רצה נוטל שבחו רצה אומר לו הש"ל, דשינוי במקומו עומד א"ה אפי' השביח נמי אמרי מפני תקנת השבים, ולכאורה הדבר מבואר כדברי הגר"א ז"ל, אבל אח"כ איתא התם אמר רבא ועד כאן לא אמר רשב"א אלא בהכחשה דהדר ואח"כ איתא אר"י אמר שמואל הלכה כרשב"א ומי אמר שמואל הכי והאמר שמואל אין שמין וכו' בשלמא לרבא דאמר כי קאמר רשב"א התם בהכחשה דהדר ל"ק כי קאמר שמואל בהכחשה דלא הדר אלא לאביי וכו', אביי מתני הכי, אר"י א"ש אמרו הלכה כרשב"א וליה לא ס"ל, נמצא דאם נימא דרשב"א סבר כמו דמוקמי רב ששת ואביי אפי' בכחשא דלא הדר ונימא דרבא אמר רק ודילמא לא קיי"ל כרשב"א, ואי קיי"ל כרבא וכן מוכח בגמ' דאמר בשלמא לרבא דאמר מוכח דאינו רק בדרך דחיה א"כ הא דאמר כחש אומר לו הש"ל אינו משום דשינוי במקומו עומד אלא בהכחשה דהדר, ולפי"ז ל"ק כ"כ א"ה אפי' השביח נמי דאף דהשבח ג"כ הדר, כיון שאין אנו דנין לקנות הבהמה אלא על עיקר השבח דבשלמא אי שינוי ל"ק שפיר פריך אפי' השביח נמי אבל אם רק כחשא דהדר ל"ק יש לומר דהשבח בעצמו שפיר קונה כמו דסובר הרמב"ן דולד וגיזה הוי שינוי רק לגבי עצמן, אלא דהרמב"ם סובר דולד וגיזה נמי משום תקה"ש, ועכ"פ הראיה אינה מוכרחת.

אכן כבר הבאתי דברי הרשב"א שהוכיח דהא דשבח גזלה לגזלן הוא מפני תקנת השבים, מהא דאמר גבי גזל והשביח ומכר דהוא משום תקנה והתוס' בדף צ"ד ע"ב כתבו ג"כ בשם ר"י דהוא משום תקה"ש והוכיחו מהא דר' יהודה אית ליה גבי צבע דשינוי לא קני, ובזה דחה ר"ת משום דצבע אינו מתכוין לקנות אבל הוכחת הרשב"א הוא הוכחה חזקה, ובאמת צריך להבין דעת ר"ת שכ' שם דאין אנו צריכין לומר דטעמא דשבח שע"ג גזלה הוא משום תקה"ש, דהא ראיית הרשב"א היא חזקה מהא דגזל והשביח ומכר, ואולי דסובר ר"ת דאפי' אי נימא דהוא משום גדר קנין שינוי, מ"מ לא שייך זה בעכו"ם דבישראל ממעטינן מקרא דאשר גזל ולא נאמר זה אלא בישראל, אבל עכו"ם דמצוין על הדינים מדין ז' מצוות ליכא בהו דין קנין שינוי דנלמד מאשר גזל, ובאמת הוא מבואר בסנהדרין דף נ"ז ע"א ברש"י ד"ה צערא דעכו"ם ליכא בכלל והשיב ולכן חייב על פמש"פ

דלאו בר השבון הוא, ובודאי אין כונת רש"י דעכו"ם שגזל אין ב"ד מוציאין ממנו אם יד ישראל תקיפה, אלא דכונת רש"י דליכא ביה מצוות השבה אלא דב"ד מוציאין ממנו מדיני חיוב תשלומין בשביל שנצטוו על הדינים, וכיון דבעכו"ם ליכא דין קנין שינוי א"כ גם שבח שהשביח גזלן עכו"ם אינו של גזלן כיון דתליא בדין שינוי לדעת ר"ת.

ולכן גם בעכו"ם שקנה מגזלן ישראל אף דגזלן ישראל דאיתא בכלל והשיב דיש לו דין בקנין שינוי יש לו דין בקנין שבח, מ"מ העכו"ם שאינו בקנין שינוי אינו בקנין שבח, ולכן פריך בגמ' ותקנתא לעכו"ם ניקו ונעביד דמדינא פשיטא דעכו"ם ליתיה בדין קנין שבח, וע"ז אמר דמיבעי ליה אם גזל ישראל ומכר לעכו"ם והשביח ומכר לישראל אי עבוד רבנן תקנתא, דמדינא כיון דהשבח נעשה ביד עכו"ם שאין לו דין בקנין שבח, ומשעה שהשביח נעשה של הנגזל גם ישראל הקונה ממנו לא זכה, ומ"מ מיבעי ליה דאפשר עביד רבנן תקנתא בזה כיון דמעיקרא ישראל והדר ישראל והיינו כדי שיקנה הישראל מיד העכו"ם שתשוב הגזלה להנגזל, ואף דאכתי דחוק אבל ע"כ צריכין אנו באופן כזה ליישב לדעת ר"ת דהאבעיא היא על תקנה מיוחדה כיון דבעיקר דין שבח שע"ג גזלה אינו סובר דהוא משום תקנה.

עכ"פ דעת הרמב"ם ברורה מסוגיא זו כמו שהוכיח הרשב"א דהוא משום תקנה, ואפשר דמזה הוכיח הרמב"ם שפיר דלא כדעת הרי"ף דהא דגזל והשביח ומכר מיירי בשבח דמחמת הוצאה, וכמו שנבאר בהלכה ד' דבזה לא צריך לתקנה וכמו דסובר הרמב"ם כן בשלשה מקומות דלא שייך תקנה וכמש"כ, וכיון דהא דגזל והשביח ומכר ע"כ בשבחא דממילא, א"כ שפיר כתב הראב"ד דהרמב"ם הוכיח מכאן חילוקו דשבחא דממילא דהוי דגזלן הוא דוקא לאחר יאוש, ונבאר עוד בזה בהלכה ד' ע"ש:

הלכה ד

הגוזל והשביח ומכר או הוריש לפני יאוש מה שהשביח הוריש ומה שהשביח מכר וקנה לוקח או יורש את השבח, ונוטל דמי השבח מן הנגזל ומחזיר לו הגזלה, וחוזר הנגזל ונוטל דמי השבח מן הגזלן שהרי לא נתייאש וכן אם השביח הלוקח או היורש נוטל השבח מן הנגזל.

השגת הראב"ד: הגוזל והשביח וכו'. א"א ראיתי זה החכם חולק בשבח שעל גבי גזלה בין לפני יאוש ולאחר יאוש, ויש לדבריו מקצת ראיה ממ"ש פ' מרובה יאוש אמור רבנן דקני ולא ידענא אי מדאורייתא כו' או מדרבנן משום תקנת השבים וכו' ועוד הכריחו מה שראה בכאן מכר והוריש וק"ל אם הגזלן בעצמו זוכה בו לל"ל מכר והוריש ומן הדין [נ"ל דט"ס וצ"ל ומשום הכי] מוקי לה לפני יאוש, ואפ"ה לא נהיר ולעולם הא נמי

לאחר יאוש, ומכר והוריש אצטריכא ליה סד"א כיון דלית ליה פסידא לגזלן דהא לא קבל עליה אחריות, ואי קביל איהו דאפסיד אנפשיה אימא לא לעביד תקנתא ללוקח, וזה עיקר עכ"ל.

המ"מ בהלכה (א') [ב'] במש"כ הראב"ד ויש לדבריו מקצת ראיה כתב ע"ז וז"ל ואיני מכיר ראיה זו דההיא דיאוש אמור רבנן התם דקני, קונה לגמרי אמרו שקנה כל גוף הדבר, ולא קיי"ל אלא כמ"ד יאוש כדי אינו קונה אפי' מדרבנן עכ"ל, ובדעת הראב"ד נראה לומר דכיון דהרמב"ם יש לו הוכחה ברורה מגמ' מפורשת בהא דהשביח עכו"ם דשבח שע"ג גזלה לגזלן הוא משום תקנת השבים וכמש"כ בהלכה א', לכן סובר הראב"ד דיש מקצת ראיה לזה ממ"ד יאוש קונה מדרבנן משום תקנת השבים, ומוכח דאף דעיקר התקנה הוא שיקנה הגזלן גוף הגזלה וישלם דמים משום תקנת השבים, ומ"מ לא תיקנו אלא לאחר יאוש, לכן אף לדידן דס"ל יאוש לא קני ולא מהני תקנת השבים לענין גוף הגזלה מ"מ לענין שבח שע"ג גזלה דאמרינן דהוי דגזלן משום תקנת השבים מסבתר דאינו אלא לאחר יאוש כמו למ"ד יאוש קני דמהני תקנת השבים לענין גוף הגזלה דלא מהני אלא לאחר יאוש, ואף דגזל והשביח והוריש מוקי הרמב"ם לפני יאוש והוא נמי משום תקנת השבים, ועיקר יסודו של הרמב"ם הוא מכאן לא קשה דודאי אפשר לחלק ולומר דבגזלן גופיה אנו למדין ממ"ד יאוש קונה דלא עביד רבנן תקנתא לגזלן אפי' משום תקנת השבים אלא אחר יאוש, אבל בלוקח ויורש שלא גזלו בעצמם שפיר שייך לעשות תקנה אפי' קודם יאוש.

אכן עוד אינו מיושב דכתב עוד המ"מ וז"ל ואדרבא יש לי קושיא על דברי הרב ז"ל משום דהא מ"ד יאוש כדי קונה, ע"כ הנך ברייתות דאמרי דשבח הגזלה לגזלן בלפני יאוש מוקי להו דאי לאחר יאוש הכל שלו, אלא שיש לתרץ דאה"נ אלא שאנו סוברין דאינו קונה ואמרי דשבח דוקא קונה לאחר יאוש ולא הוי תיובתא ולא סייעתא עכ"ל, ולפי"ז כבר א"א לומר דיסוד זה דתקנת השבים לא שייך אלא לאחר יאוש אנו למדים ממ"ד יאוש קונה מדרבנן משום תקנת השבים, דהא אדרבא מ"ד יאוש קונה מוכרח לפרש דהא דשבח שע"ג גזלה לגזלן הוא לפני יאוש, וא"כ מנ"ל לדידן לומר דתקה"ש לא שייך אלא לאחר יאוש.

ונראה דיש לומר דאיברא דנקטינן סברא זו דמ"ד יאוש קונה מדרבנן מוכח דתקנת השבים מסתבר דלא מהני לגזלן אלא לאחר יאוש, ומזה נוכיח דלהך מ"ד הא דשבח שע"ג גזלה לגזלן דע"כ הוא לפני יאוש אינו כלל משום תקנה אלא מעיקר דינא, אבל רבא דאמר גזל והשביח והוריש מוכח דהוי לגזלן משום תקנה, ובאמת מזה גופא הוכיח

הראב"ד אח"כ החילוק מלפני יאוש ולאחר יאוש, אלא שזה דחה לאח"כ דההיא ג"כ לאחר יאוש מיירי וקמ"ל דאימא דללוקח לא לעביד רבנן תקנתא, וממילא היה אפשר דתרווייהו לפני יאוש משום הך טעמא, אבל כאן הוכיח שפיר בתורת מקצת ראיה כיון דודאי דלרבא שבח שע"ג גזלה הוא משום תקנה דזה אין לומר דרבא חידש תקנה בגזל והשביח ומכר, ובזה שפיר נלמוד ממ"ד יאוש קונה דמסתבר דתקנת השבים לגזלן גופיה לא עשו חכמים אלא לאחר יאוש.

ואפשר דבאמת מטעם זה חולק הראב"ד על הרמב"ם במה דמוקים הא דגזל והשביח ומכר לפני יאוש משום דסובר דתקנת השבים לא מהני אלא לאחר יאוש, והרמב"ם סובר דאף דלגזלן עצמו לא מהני אלא לאחר יאוש כדחזינן ממ"ד יאוש קונה משום תקנת השבים מ"מ ללוקח ויורש אפשר דעבדינן תקנה אפי' קודם יאוש.

ובמה שכתב הראב"ד ואפ"ה לא נהיר ולעולם הא נמי לאחר יאוש ומכר והוריש אצטריכא ליה כתב המ"מ ע"ז ודברי תימה הם היאך העמיד ההוא דמכר לאחר יאוש שא"כ מהו מה שהשביח מכר והלא כבר קנוי הכל ללוקח ביאוש וש"ר דליכא מ"ד דלא קני וגם הר"א ז"ל כתב כן בפירושיו וחזר בו ממ"ש כאן לפי שהיתה כשגגה שיוצא מלפני השליט עכ"ל, ודברי המ"מ צריכים ביאור במה שפשוט לו דדברי הראב"ד הם דברי שגגה, דלכאורה מה שייך דין מה שלוקח קונה ביאוש וש"ר לדין שבח שע"ג גזלה דהוי ללוקח דמה דקונה ביאוש וש"ר הא לא הוי אלא לענין גוף הגזלה, וצריך לשלם דמים אבל דין שבח שע"ג גזלה דהוי דגזלן, וכן ללוקח הא אמרינן דהכל שייך לו וא"צ לשלם דמים בעד השבח, ואדרבה כשהוא אצל הגזלן דהגזלה חוזרת בעינה לוקח הגזלן דמי השבח אצל הבעלים וא"כ איזה שייכות יש מזה לזה.

ואין לומר דסובר המ"מ דאם קונה הלוקח ביאוש וש"ר אין לנגזל אלא דמי הגזלה כשעת הגזלה וכמו היכי דקנה הגזלן בשינוי דמשלם הגזלן כשעת הגזלה וכמש"כ הרא"ש בפ' הגוזל עצים סי' ג' דזה אינו דהא מפורש בדברי הרמב"ם בהלכות גנבה פ"א הי"ד דאם טבח או מכר משלם ד' דמכר נמי הוי כתבריה או שתייה, ולא חילק בין לפני יאוש לאחר יאוש, ולא דמי לשינוי וכמש"כ הרא"ש שם ועמש"כ בה' גנבה פ"א.

אכן דברי המ"מ נכונים דמה שהגזלן היה צריך לשלם בעד השבח אם לא היה שבח גזלה ללוקח זה אין נ"מ בהך דינא כלל דהגזלן ודאי אינו צריך לשלם דלא גרע מאילו היה השבח אצלו, ועיקר החידוש כאן הא כתב הראב"ד ס"ד הואיל ולית ליה פסידא לגזלן, ובזה שפיר הקשה המ"מ דללוקח אין נ"מ בהך דינא דקנה ביאור וש"ר כל הגזלה עם השבח.

אבל לדעת הרמב"ם דביאוש וש"ר צריך הלוקח ליתן דמים ובודאי היינו דמי הגזלה ששוה עכשיו דלא שייך לגבי לוקח לשלם כשעת הגזלה דהא לא גזל ובפרט שגם המוכר צריך לשלם כשעת המכירה כנ"ל וכ"ש הלוקח, א"כ דברי הראב"ד ברורים דשפיר אשמעינן דשבח שע"ג גזלה ללוקח, וממילא א"צ ליתן דמים בעד השבח, ושפיר כתב סד"א כיון דלית ליה פסידא לגזלן, ואף דאם אין הלוקח נותן דמים ביאוש וש"ר נוטל הנגזל מן הגזלן זה אינו דלגבי הגזלן ודאי ליכא חידושא דשבח שע"ג גזלה ודאי שלו ולא גרע מאילו לא מכר, ועיקר חידוש הוא שדנין לגבי לוקח דין שבח שע"ג גזלה דיהי' שלו ואינו צריך ליתן דמים.

-השמטות ומלואים-

לעיל בד"ה אבל, כתבתי דלדעת הרמב"ם דיאוש וש"ר צריך הלוקח לשלם דמים ובודאי דהיינו דמי הגזלה ששוה עכשיו דל"ש לגבי לוקח לשלם כשעת הגזילה דהוא לא גזל וכתבתי בזה ליישב דברי הראב"ד התמוהים לכאורה שכתב דמיירי לאחר יאוש ומכר והוריש איצטריכא לי' וכתב המ"מ דדברי הראב"ד הם כשגגה שיצאה מלפני השליט דא"כ מהו מה שהשביח מכר והלא כבר קנוי הכל ללוקח ביאוש וש"ר דליכא מ"ד דלא קני, ולמש"כ א"ש דברי הראב"ד דשפיר אשמועינן דשבח שע"ג גזלה ללוקח וממילא א"צ ליתן דמים בעד השבח, עי' במש"כ, והנה לכאורה עוד קשה דזה שפיר על גזל והשביח שלא יהיה צריך הלוקח לשלם בעד השבח, אבל בהשביח הלוקח הא קשה כיון שכבר קנה מקודם ביאוש וש"ר, אך לפמש"כ לקמן בד"ה אך בעיקר מיושב שכל זמן שלא שילם הקרן לא קנה ביאוש וש"ר. [ע"כ]

אמנם למעלה פ"ה מה' גנבה הל' ג' במש"כ הראב"ד על ד' הרמב"ם כל זה אין לו שורש וענף והוא שבוש המעתיק כתב המ"מ מקודם שהוא לפי הנוסחא המשובשת וכתב הנוסחא הבדוקה, ואח"כ כתב ואפשר שגם ע"ז תמה הר"א ז"ל שכיון שקנה הלוקח ביאוש וש"ר למה יתן דמים אפי' היה גנב מפורסם וצ"ע עכ"ל, ולפי"ז אם הראב"ד חולק שם על הרמב"ם א"א להעמיד כאן דברי הראב"ד אבל אינו מוכרח שהראב"ד חולק ואפשר אינו משיג אלא על הגירסא המוטעת, אבל בעיקר דינא שהלוקח נותן דמים כשקנה ביאוש וש"ר אינו חולק וא"כ דברי הראב"ד מבוררים.

ומבואר בזה מה דהראב"ד בפירושיו אינו סובר כן כמש"כ המ"מ משום דשם אינו סובר כדעת הרמב"ם דיאוש וש"ר צריך הלוקח ליתן דמים, וכאן כתב כן רק לדעת הרמב"ם עכ"פ ארווחנא שדברי הראב"ד אינם דברי שגגה והם ברורים ומבוררים.

אך בעיקר סברת הראב"ד דסד"א כיון דלית ליה פסידא לגזלן צריך להוסיף דסובר

דהא דשבח שע"ג גזלה הוי לגזלן אינו דתיכף כשנעשה השבח הרי הוא של הגזלן אלא דבשעת השבה או כשיגבו ב"ד אז דיינינן שבח גזלה לגזלן, ונ"מ שאם יקדש הגזלן אשה בשבח קודם שיבוא לידי השבה או גובייניה אפי' לדעת הראב"ד דיש לגזלן חלק בעיקר השבח מ"מ אינה מקדושת, דאם נימא דתיכף משנעשה השבח נעשה שלו א"כ איך שייך לומר דאח"כ כשמכרה לא נעביד תקנתא ללוקח כיון דכבר זכה בה הגזלן, וכן כפל הראב"ד סברא זו בלהכה ח' על מה דפסק הרמב"ם דגיזות וולדות עד שעת הקדש של בעלים, והקשה דהא שבח שע"ג גזלה לאחר יאוש לגזלן, וכתב ע"ז ואיכא למימר כיון דהקדישה ליכא תקנתא לגזלן הילכך כל מה שהשביחה עד שעה שהקדישה של הבעלים, ונמצא דנקט הראב"ד עיקר סברא זו לאמת לא רק בתורת הו"א דכיון דאח"כ הקדישה אין שבח הגזלה לגזלן, וע"כ דזהו טעמא דכיון דשבח שע"ג גזלה הוא משום תקה"ש לכן אין השבח לגזלן עד שעת השבה או שעת גובייניא.

עתה נבוא לדברי הרמב"ם ודעתו הוא דכיון דשבח שע"ג גזלה לאחר יאוש הוא דגזלן ע"כ מה דחידש רבא בגזל והשביח ומכר היינו לפני יאוש, וכמש"כ הראב"ד וכן הסכים המ"מ ואף דבהקדיש ע"כ צריך לסברת הראב"ד נבאר זה שם בהל' ח', והנה הגר"א ז"ל לא ניחא ליה בזה, וכ' בסי' שנ"ד סק"א וז"ל אבל הרי"ף כתב שם דמיירי בשבח דממילא [פי' הסוגיא דב"מ דף י"ד במוכר שדה לחברו ונמצאת שאינה שלו דפליגי רב ושמואל אם יש לו שבח] דבזה כל השבח לנגזל וחילק בין שמעתא דשם למ"ש רבא בב"ק צ"ו גזל והשביח ומכר כו' והוא דברי הרמב"ם כאן והיינו לפי שקרקע אין לה יאוש כמ"ש בב"מ ד"ה א' ובזה מתורץ מה שהקשה המ"מ על הרמב"ם משמעתא דב"ק הנ"ל גזל והשביח כו' דע"כ לפני יאוש מיירי דאל"כ הו"ל יאוש וש"ר ונעלמה ממנו דברי הרי"ף הנ"ל דשם בהשביח מחמת הוצאה, רק שק"ל להמ"מ שהרמב"ם עצמו מפרש שם בשבח דממילא ועמ"ש בסי' שס"ב ס"ג שט"ס ברמב"ם עכ"ל, ובסי' שס"ב ס"ד כשהביא המחבר הלכה זו דגזל והשביח ומכר וכו', כתב הגר"א ז"ל בסק"י וז"ל דין זה תמוה מאוד וכבר השיגו המ"מ דמאי אמר שם מה שהשביח מכר כו' כל זכות שתבוא לידו כו' הא הוא עצמו אינו זוכה בשבח, ואף שהראב"ד כתב שמכאן למד הרמב"ם שקודם יאוש לא קנה הגזלן השבח דאל"כ ל"ל מכר והוריש מ"מ השיג עליו וכ' דאדרבה מכר והוריש אצטריכא ליה כו', ועוד הוריש במאי קנה הא קיי"ל רשות יורש לאו כרשות לוקח דמי ועוד אמרינן ש"ר בלא יאוש כו' ולאו כלום הוא וא"א כלל וכלל לדין זה וודאי שיש כאן טעות ול"ג וחוזר הנגזל כו' עד וכן ובשבח דמחמת הוצאה וכדברי הרי"ף בפ"ק דב"מ, וצ"ל אחר ס"ט, עכ"ל.

ולכאורה דברי הגר"א סותרין זא"ז דבסי' שנ"ד הא כתב כדברי המ"מ דההיא דגזל והשביח ע"כ מיירי לפני יאוש, דאי לאחר יאוש הו"ל יאוש וש"ר וזהו שלא כדברי הראב"ד בהשגות ובסי' שס"ב כתב השגתו של הראב"ד דאדרבא מכר והוריש אצטריכא ליה, ומוכח דדעתו הוא להגיה בדברי הראב"ד כמו שרצה המ"מ להגיה דההיא נמי לפני יאוש מיירי וחולק על הרמב"ם, ואף דבפ"א מה' גנבה כתב ומסתברא כוותיה ע"כ רק מסתבר כתב, וזהו שכתב כאן דיש לדבריו מקצת ראיה, אבל להלכה דחה דברי הרמב"ם משום דבגמ' לא הוזכר דהוא לאחר יאוש, ומה שדחק הגר"א בדעת הראב"ד בזה אף דלהמ"מ לא נראה לומר כן בדעת הראב"ד, הוא שלא יהי' מופרך בתירוצו דהא הוי יאוש וש"ר, וכל זה הוא בדעת הראב"ד אבל הגר"א ז"ל דעתו כדעת הרי"ף וכן הסכים בסי' שנ"ד לדעת הרמב"ם דהא דשבח שע"ג גזלה לגזלן בשבח דממילא הוא לאחר יאוש, והא דגזל והשביח מיירי לפני יאוש אלא דמיירי בשבח דמחמת הוצאה ומ"מ צריך לתירוצו של הראב"ד דמכר והוריש אצטריכא ליה דאף דזה מיירי לפני יאוש, אבל כיון דמיירי בשבח דמחמת הוצאה א"כ אכתי קשה ל"ל מכר והוריש דהא שבח דמחמת הוצאה אפי' לפני יאוש לגזלן, וע"כ דהוא ג"כ מוכרח לתרץ כתירוצו של הראב"ד דמכר והוריש אצטריכא ליה סד"א כיון דלית ליה פסידא לגזלן לא עביד רבנן תקנתא, וסובר הגר"א ז"ל דשבח מחמת הוצאה הוא ג"כ משום תקנתא ולא מדינא.

והנה הגהתו של הגר"א ז"ל בכאן דוחק יותר מדי לחסר בבא שלימה ולהעמיד ההלכה אחר הלכה ט' והמ"מ והמ"ע הי' להם ספרים מדוייקים, אך בעיקר הדבר תלוי זה במה שכתבנו למעלה אם בשבח דמחמת הוצאה הוי לגזלן משום תקנת השבים או מן הדין דלדברי הגר"א ע"כ צריך לומר דשבח דמחמת הוצאה הוא לגזלן משום תקה"ש דהא בגמ' אמר להדיא בגזל והשביח דהוא משום תקנה, וכן הוא צריך לתירוצו של הראב"ד וכנ"ל, ובאמת קשה לפרש בדעת הרמב"ם כדבריו דהוא משום תקנה, דהא אחר שכתב הרמב"ם בהלכה ח' דגנב או גזל והקדיש וכו' דכל וולדותיה וגיזותיה משעת גנבה עד שעת הקדש של בעלים, כתב אח"כ בהלכה ט' בד"א בשבח הבא מאליו וכו', אבל אם היתה כחושה ופטמה וכו', וכתב המ"מ שם וז"ל זה דבר נכון שלא יעשה הגזלן הוצאה לתועלת הנגזל וכו' דעד כאן לא אמר לעיל דכיון דהקדיש כל וולדות וגיזות עד שעת ההקדש של בעלים אלא משום דכיון דהקדיש ליכא בזה משום תקנת השבים וכן כ' הר"א ז"ל עכ"ל, ומוכח להדיא דשבח דמחמת הוצאה הוי לגזלן מדינא, ואף דבאמת ע"כ מש"כ הרמב"ם בד"א אין כונתו בעיקרו על הלכה ח' בגנב והקדיש דא"כ מה זה שכתב אפי' לפני יאוש, דהא לפני יאוש א"א להקדיש וע"כ דמש"כ בד"א קאי על עיקר דין

שבח שע"ג גזלה שהוא בהלכה ו' ז', מ"מ מדכתב זה ההלכה אחר הלכה ח' מוכח כדברי המ"מ דגם דין גנב והקדיש לא הוי אלא בשבח הבא מאליו דאל"כ היה לו לכתוב הלכה ח' אח"כ, ומוכח דלא כדברי הגר"א ז"ל ושבח דמחמת הוצאה הוי לגזלן מדינא וכמש"כ.

והנה בשיטת הרי"ף יש לעיין דהנה לשיטתו צריך ע"כ לומר דשבח דמחמת הוצאה לגזלן הוי ג"כ מפני התקנה וכמו דאיתא בגמ' להדיא, אכן מלשון הרי"ף פ"ק דב"מ גבי בע"ח גובה את השבח משמע דהוא מדינא דז"ל שם ועוד שמעינן מינה בדינא דלוקח בהדי גזלן ונגזל דהיכי דזבין לוקח ארעא מגזלן ואשבחה ואתא נגזל לאפוקה מיניה דלוקח, דינא הוא דשקיל לה נגזל ולשבחא דאית בה, וחזינא ליה לשבחא אי הוי יותר על הוצאה שקיל לה הוצאה מנגזל דשבח הוצאה גבי דנגזל היא ואיהו מתהני ביה, ומאי דפייש ליה משבחא שקיל ליה מגזלן שכך כותב לו וכו', ומדבריו שכתב דשבח הוצאה גבי דנגזל ואיהו מתהני ביה, מוכח שבא ליתן טעם דהוא מעיקר הדין.

אכן לבד זה דברי הרי"ף צריכים ביאור במה שצירף דין דשבח שע"ג גזלה במטלטלין לזה שכתב מקודם בסוגיא פי' הא דאמר רבא שבח אין לו - בהכיר בה שאינו שלו - לאו שבח דאתי מחמת הוצאה הוא וכו', אבל שבח דאתי מחמת הוצאה שקיל ליה מנגזל כדבעינן למימר קמן וגרסינן נמי בפ' הגוזל עצים אמר רבא גזל והשביח ומכר וכו', ושמעינן מזה דשבח דאתי מחמת הונאה דלוקח הוי וכו', ודבריו אלו הביא הגר"א ז"ל בסי' שנ"ד והוא דלא כדעת הרמב"ם דסובר דשבח דמחמת הוצאה בשבח שע"ג גזלה הוי כולה לגזלן אפי' היותר על ההוצאה דמטלטלין נגזלין כדמוכח מלשון הרמב"ם, וכן כ' הגר"א בסי' שנ"ד משא"כ בקרקע כיון דאינה נגזלת אין להגזלן או הלוקח אלא ההוצאה כדין יורד, וכן מפורש ברי"ף שהבאנו דבריו, ומאי שייך זה לזה.

ונראה דהרי"ף סובר דמכיון דשבחא דממילא אינה לגזלן אלא לאחר יאוש א"כ אם היינו אומרים דבקרקע בשבח דמחמת הוצאה גם ההוצאה אינו נוטל הגזלן, א"כ לא חזינן שמונח בהשבח לא דמי ההוצאה ולא מעשה ידיו, וא"כ גם במטלטלין אין לחלק בין שבחא דממילא לשבח דמחמת הוצאה, ולכן הוכיח מהא דגזל והשביח ומכר דמפרש לה הרי"ף ע"כ לפני יאוש דאחר יאוש הו"ל יאוש וש"ר, ולכן מפרש לה בשבחא דמחמת הוצאה ושפיר מוכח מכאן דעכ"פ יש חילוק מדינא בין שבחא דממילא לשבחא דמחמת הוצאה בקרקע מדינא דההוצאה הוא כמו שמונח בהשבח, ולכן לא דמי לשבחא דממילא ואמרינן דבמטלטלין דנגזלין גם לפני יאוש עבוד רבנן תקנתא דכל השבח הוא לגזלן, אפי' היתר על ההוצאה ומה דאמר רבא בגזל והשביח ומכר ולא לגזלן עצמו כמש"כ הראב"ד דאשמעינן רבותא דאפי' ללוקח וכמש"כ הגר"א ז"ל.

אבל הרמב"ם לא ניחא ליה בזה לאוקמי הא דגזל והשביח ומכר בשבחא דמחמת הוצאה, ומשמע דסובר דשבחא דמחמת הוצאה שייך לגזלן הכל מדינא דכיון דאינו מפרש הא דגזל והשביח ומכר בשבחא דמחמת הוצאה אלא בשבחא דממילא ורק דללוקח או ליורש עשו תקנה גם לפני יאוש, א"כ מנ"ל להרמב"ם דין זה דשבחא דמחמת הוצאה שייך גם לגזלן לפני יאוש, וע"כ דזה סובר הרמב"ם מסברא דבמטלטלין דנגזלין לא שייך לנגזל שבחא דמחמת הוצאה דלא אמרינן בזה גזלתי אשבח וכמו שבארתי בארוכה בפ"ז מה' נז"מ, ובקיצור בארתי בפ"א מה' גנבה.

ומש"כ הגר"א להקשות על דעת הרמב"ם מהא דאמר התם השביח לוקח מהו ואמר ע"ז מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו דהא הוא עצמו אינו זוכה בשבח, והגר"א ז"ל כותב השגה זו בשם המ"מ ולא מצאתי בזה במ"מ ואדרבה במ"מ מבאר דעת הרמב"ם שכ' וז"ל אמר בגמ' בעי רבא השביח לוקח מהו בתר דבעיא הדר פשטה מה מכר וכו' ולפני יאוש היא ופירושה כשם שאם השביח גזלן השבח שלו כך אם השביח לוקח השבח שלו, ולדעת רבינו כשם שאם השביח גזלן ואח"כ מכר השבח של לוקח כך כשמכר ואח"כ השביח השבח של לוקח עכ"ל, א"כ המ"מ לא השיג אלא ביאר דברי הרמב"ם, ולכאורה צריך לפרש דהזכות לגזלן שהשבח שייך ללוקח היינו אם קיבל עליו הגזלן אחריות בעד השבח, אבל באמת אין זה מיושב דע"פ רוב אין מקבלין אחריות במטלטלין וגם כשלא קבל הגזלן אחריות ג"כ השבח ללוקח א"כ אין התקנה בשביל הגזלן, ומוכח דגם ללוקח שייך תקנת השבים כיון שנוטלים ממנו גוף הגזלה שיהי' השבח שלו.

ונראה דבאור הדבר הוא דאף דמה דהשבח הוא ללוקח הוא משום תקה"ש מ"מ זהו בשביל דמטלטלין נגזלין דהא בקרקע דאינה נגזלת לא אמרינן דמשום תקה"ש יהי' כל השבח ללוקח, אפי' בשבח דמחמת הוצאה אין ללוקח אלא ההוצאה, ולכן היה אפשר לומר דתקנה זו לא שייך אלא לגבי הגזלן שעכ"פ יש לו קנין גזלה ועומדת ברשותו אבל הלוקח שלא גנב ולא גזל אפשר הוא כאחר ואינו שייך כלל בשבח דאף דכשהשביח גזלן לפני יאוש אמרינן נמי דללוקח שייך שבחא היינו כיון דעכ"פ השבח נעשה ברשות הגזלן בזה אמרינן דכשמכר או הוריש עבוד רבנן תקנתא אפי' לפני יאוש, אבל עכ"פ זהו דוקא בשביל דיש להגזלן קנין גזלה ולכן אמר דכשהשביח לוקח הוי ג"כ השבח שלו דכל זכות הגזלן שעומדת ברשותו לענין יאוש ושינוי מכר ללוקח, וגם ללוקח יש קנין גזלה בזה לענין יאוש ושינוי, ולכן גם השבח שהשביח לוקח הוא של הלוקח, ובאמת לפימש"כ היה אפשר למבעי לענין שינוי אם עומדת ברשות הלוקח שיקנה בשינוי, אלא

דבעי רבא בשבח, וממילא ידעינן דלענין שינוי נמי הלוקח כמו הגזלן, ולדעת הרמב"ם גם לענין יאוש דהא מהני לשיטתו ש"ר ואח"כ יאוש, א"כ מוכח דהלוקח יש לו ג"כ קנין גזלה דקונה אח"כ ביאוש, ומיאוש ואח"כ ש"ר אין כ"כ ראיה אבל מש"ר ואח"כ יאוש בודאי ראיה ברורה לזה.

ומה שהקשה הגר"א ז"ל וז"ל ועוד הוריש במאי קנה הא קיי"ל רשות יורש לאו כרשות לוקח דמי, ועוד אמרינן ש"ר בלא יאוש וכו' ולאו כלום הוא, והנה לשון זה שכתב ולאו כלום הוא אין זה לשון הגמ' דבגמ' בדף ס"ח - כמו שציין המגיה שזהו כונת הגר"א ז"ל - לא הוזכר אלא ש"ר בלא יאוש מי איכא למ"ד דקנה, אלא דהגר"א ז"ל הוסיף מסברתו דלאו כלום הוא, אבל יש לומר דאף דש"ר אינו קנין לשום מ"ד ובפרט רשות יורש מ"מ מועיל לענין שבח, והוא עפ"מ שכתבו התוס' בריש הגוזל ומאכיל ד"ה גזל וז"ל, ותימה כיון דכי גזלה קיימת חייבין אמאי פטורין כשאכלוה, וכן קשה לרמב"ח דמוקי לה לפני יאוש, ועוד לרב חסדא ולרבא כיון דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי מה לי לפני יאוש מה לי לאחר יאוש וכו' וי"ל דדרשינן מקרא וכו' ומיהו קשה וכו' לכך נראה דהך דרשא דלקמן אסמכתא היא לכ"ע ומסברא מחלק רב חסדא בין לפני יאוש בין לאחר יאוש דלא הוי כ"כ ברשות מריה אחר יאוש כמו לפני יאוש שנקל לצאת מרשות בעלים בשינוי רשות או בשינוי השם, ואין זה דוחק דכי הוי מפקינן נמי מקרא צריך סברא זו דאמאי מוקמינן קרא טפי אחר יאוש מלפני יאוש כיון דגם אחר יאוש חשיבא ברשות מריה, ולרמב"ח ניחא טפי דאיהו לית ליה טעמא דרשות מריה כלל דכיון שהוא לא גזלן אינו יכול לתובעו שהרי אין לגמרי ברשות מריה שהרי אינו יכול להקדישו וגם הגזלן יכול לקנותו בשינוי מעשה עכ"ל, וחזינן דלרב חסדא ולרבא אע"ג דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי מ"מ לאחר יאוש פטורין כשאכלום, אף דהגזלן בעצמו אם הי' אוכל היה חייב לבד מה דחייב משום גזלה והיינו בתבריה או שתייה דמשלם אם שוה עכשיו ד' ולא מצינו חילוק בגזלן עצמו בין לפני יאוש לאחר יאוש, ולכן כיון דמסקו התוס' דרמב"ח ורבא בסברא פליגי א"כ יש לומר דלענין שבח דהוא משום תקנת השבים אית ליה לרבא כעין סברא דרמב"ח דמה דמחלקינן בין לפני יאוש לאחר יאוש לענין שבח שע"ג גזלה לומר דלפני יאוש לא הוי שבח גזלה דגזלן, דכיון דהוי יותר ברשות מריה לא עשו חכמים תקנה להפקיע השבח מהבעלים, זהו דוקא לגזלן בעצמו, אבל ללוקח או ליורש מסתבר לרבא דעשו תקנה גם לפני יאוש, כיון דחזינן דעכ"פ אפי' היורש לא דמי לגזלן עצמו, וכשאכלו לאחר יאוש פטור, לכן לגבי השבח כיון דלא בא לרשות נגזל מעולם, שייך לעשות תקנת השבים אפי' לאחר יאוש דלוקח ויורש לא דמי לגזלן עצמו, ומה דאמר

מה שהשביח מכר אין הכונה דמה שהשביח כיון שהוא שלו דזה א"א דא"כ פשיטא כיון שהוא שלו דהרמב"ם אינו סובר סברת הראב"ד, אלא הכונה דמה שהשביח מכר והוריש דמהני מכירתו או ירושתו דאף דלגוף הגזלה לא מהני לשבח מהני.

והנה כ"ז ביארנו לפי דברי הראב"ד בהשגות דיסוד דברי הרמב"ם לחלק בין לפני יאוש לאחר יאוש בששע"ג דהוא מהא דגזל והשביח ומכר אבל אח"כ ראיתי דיש עוד מקור לדברי הרמב"ם לפי"מ שהעלו הרמב"ן במלחמות והרא"ש בדעת הרי"ף דשבחא דממילא לא הוי לגזלן משום דמפרשים הא דרשב"א דהשביח נוטל שבחו הוא דוקא בשבחא דבידים או מחמת הוצאה, ומפרשים דהא דתניא בפ' מרובה כחושה והשמינה משלם כעין שגנב דמיירי בשבחא דבידים או מחמת הוצאה, וכדאמר בגמ' אנא מפטימנא ואת שקלת, אבל בשבחא דממילא משלם גם כפל דו"ה כדהשתא ולדבריהם הא דאמרינן דשבח שע"ג גזלה דגזלן הוא דוקא בגיזות וולדות שגזל פרה ונתעברה אצלו, וביאר הרמב"ן בטעמא משום דזהו שבח נולד חוץ מעיקר הגזלה, אבל כחושה והשמינה מאליה שגוף הגזלה הושבחה לא הוי דגזלן, אבל הרמב"ם לא ניחא ליה בחילוק זה דבגמ' אמר בסתמא דשבח שע"ג גזלה לר' יהודה דגזלן משמע בכל גווני, וקשה מברייתא דכחושה והשמינה דאמרינן דמשלם כעין שגנב משום דא"ל אנא מפטימנא ואת שקלת ומוכח דהוא דוקא בשבחא דמחמת הוצאה, אבל בשבחא דממילא משלם כהעב"ד, וע"כ מוכח מזה דהא דר' יהודה דהוא משום תקנת השבים הוא דוקא אחר יאוש והא דרשב"א וכן ברייתא דכחושה והשמינה דמיירי בשבחא דבידים או מחמת הוצאה זהו לפני יאוש.

איברא דהרמב"ן מוכיח כשיטתו דבגמ' פריך על ר"פ דאמר לר' יהודה שבח שע"ג גזלה דגזלן ממתני' דתנן גזל פרה ונתעברה אצלו וילדה, ילדה אין לא ילדה לא, אמר ר"פ ה"ה דאפי' לא ילדה ואיידי דקתני רישא ילדה תנא נמי סיפא ילדה ומוכיח הרמב"ן דעכ"פ דרישא דגזל פרה מעוברת וילדה הוי דוקא ילדה אבל מה ששהתה הפרה בבית הגזלן ונתגדל העובר לא הוי דגזלן משום דהוי שבח דממילא, ולדעת הרמב"ם צריך לומר דבגזל מעוברת תנן ילדה דהוא מילתא פסיקתא דהא לא תנן כמה שהתה בבית הגזלן, ואם הוי בעי למתני שנתגדל העובר לא הוי צריך למתני במעוברת אלא גזל עגל או טלה ונתגדל קצת ולא נעשה שור ואיל דזהו שינוי גמור, וכיון דלא בעי למתני בכה"ג תני פרה מעוברת וילדה והיינו דילדה תיכף ואיכא שבח, ולכן פריך רק מסיפא דגזל פרה ונתעברה אצלו וילדה דל"ל ילדה הא תיכף כשנתעברה איכא שבח, וע"כ צריך לפרש כן לדעת הרמב"ם דילדה תיכף משגזלה, דהא תנן משלם דמי פרה העומדת לילד, ולשיטת הרמב"ם דשבח דממילא שע"ג גזלה דגזלן כיון דמיירי לאחר יאוש א"כ כל שבח שנתגדל

העובר נמי דגזלן ולא רק לשיטת הרמב"ם צ"ל כן דגם הרא"ש דסובר דהוא משום שינוי כתב דהא דתנן משלם דמי פרה העומדת לילד הוא לאו דוקא, דאינו משלם אלא כשעת הגזלה, ולשון לאו דוקא אינו מדוייק דבודאי לא תנן במתני' היפוך הדין, וע"כ כונתו דמתני' מצי מיירי דגזל מעוברת וילדה תיכף ובזה תנן שפיר דמשלם דמי פרה העומדת לילד, ורק דמצינן למידק מלשון זה דאפי' שהתה המעוברת בבית הגזלן ואח"כ ילדה ג"כ משלם דמי פרה העומדת לילד, וע"ז כתב הרא"ש דהוא לאו דוקא, והיינו דלא תמיד מלשם דמי פרה העומדת לילד.

ובדעת הרמב"ן דסובר דלא הוי שינוי לגוף הפרה אלא לולד היה מקום לומר דלשיטתו לא הוי שינוי אלא לענין הלידה והיינו שאינו משלם השבח שהושבח ע"י הלידה אבל משלם באמת דמי פרה העומדת לילד, אולם בדברי הרמב"ן מפורש שלענין הולד אינו משלם אלא כשעת הגזלה, וכדברי הרא"ש, וא"כ גם לשיטתו צריך ע"כ לומר דמה דתנן גזל מעוברת וילדה היינו דתיכף אחר הגזלה ילדה ולא איירי מתני' אם נשתהא ובדין שבח העובר, וא"כ עכ"פ שפיר מיושב גם לשיטת הרמב"ם מה דאמר בגמ' איידי דקתני רישא ילדה וכנ"ל.

אמנם דהרמב"ן הוכיח שיטתו מירושלמי וז"ל ושוב מצאתיה בירושלמי דגרסינן תמן אמר רב חסדא הדא אמרה גזל כחושה והשמינה מחזירה בעינה מפני שעברה אצלו וילדה הא אם לא עברה אצלו וילדה משלם כשעת הגזלה, וכך פירושו מדקתני מתני' מעוברת וילדה וקתני נמי נתעברה אצלו וילדה משלם כשעת הגזלה משמע דבהנך הוא דאינן משלמין גיזות וולדות אבל לא נתעברה אצלו ולא ילדה אלא שגזלה מעוברת ועמדה אצלו עד סמוך ללידתה מחזירה בעינה מעוברת דהיינו כשעת הגזלה, ואע"פ שנתפטמה אצלו שהרי כל ימי עבורה היא משבחת מחמת גדול העובר ומחמת נפחה ופטמה ואעפ"כ מחזירה כמות שהיא ועומדת ש"מ דגזל כחושה והשמינה מאליה מחזירה בעינה עכ"ל, מדברי הירושלמי הם מפורשים דלא כדעת הרמב"ם דמדמי גיזות וולדות לשבחא דממילא.

אבל באמת הרמב"ן הוסיף דברים ופירש בירושלמי דמייתי הראיה מסיפא דמתני' מגזל פרה ונתעברה אצלו וילדה, והרמב"ן הוסיף דההוכחה הוה בין מרישא בין מסיפא, וכן מה שהוסיף הרמב"ן וכתב בלשון הירושלמי הא לא עברה אצלו וילדה וכו' בגירסתנו ליתא אלא מפני שעברה אצלו וילדה משלם כשעת הגזלה (ומסתבר דגירסת הרמב"ן הוא תוספת המגיהים) והנ"מ בין שתי הגירסאות דלגירסת הרמב"ן הוכחת היורשלמי הוא מדתנן במתני' עברה וילדה ולא קתני שבחא דממילא סתם כגון שגזלה מעוברת

ועמדה אצלו, אבל לפי זה קשה דלמה הוכיח מסיפא ולא מרישא, אבל לפי גירסתנו ההוכחה פשוטה היא כמו בגמ' דידן דפריך על ר"פ ילדה אין לא ילדה לא, ולפי שרצה הרמב"ן להשוות שיטת הירושלמי עם שיטת גמ' דידן ע"כ דחק בזה אבל הפשוט הוא כמש"כ דמרישא לא קשה כלל דמתני' מילתא פסיקתא נקט שגזל פרה מעוברת ותיכף ילדה ולא קתני ששהתה אצל הגזלן, אבל קושיית הירושלמי הוא מסיפא דלמה לי ילדה, וסובר הירושלמי דעבור לחוד לא הוי אלא כמו שבחא דממילא, וכמו דהוי סבר בגמ' דידן כדפריך על ר"פ ולכן לא פסק הרמב"ם כהירושלמי כיון דבגמ' דידן אמר ר"פ ה"ה דאפי' לא ילדה, והוא פשוט וברור.

ובזה מבואר מקורו של הרמב"ם בשבחא דמחמת הוצאה כיון דאינו מפרש כהרי"ף דרבא דאמר גזל והשביח ומכר מיירי בשבחא דמחמת הוצאה, א"כ מנ"ל עיקר דין זה דשבחא דמחמת הוצאה הוא דגזלן לפני יאוש, וע"כ דהוא מפרש כהרמב"ן דהא דרשב"א מיירי בשבחא דמחמת הוצאה, וכן הא דכחושה והשמינה אף דקתני בכפל ודו"ה סובר דה"ה בקרן וכמש"כ הרמב"ן במלחמות דאם היה הקרן כשהעב"ד היה משלם גם הכפל כהעב"ד דכן הוא בשבחא דממילא כמש"כ הרמב"ן והרא"ש.

והנה הגר"א ז"ל הקשה ע"ז בסי' שנ"ד ס"ד במש"כ הרמ"א והא דגנב כחושה והשמינה משלם כשעת הגנבה דוקא שהוציא עליה הוצאות, אבל נתפטמה ממילא הוי כאלו הוקרה, ואם שחטה משלם כשהעב"ד, וכתב ע"ז הגר"א ז"ל בס"ק ח' בליקוט וז"ל ממש"ש אבל מפטימנא מ' דוקא בפטמה, ואע"ג דהתם קאמר לענין כפל ודו"ה ה"ה לענין קרן וכו' וכ' הרא"ש וטעמו של הרי"ף דלא קיי"ל כר"ח דאמר תורא גנבי ממך וכו' אלא כר' אלעאי כו' ודבריו צע"ג הא ע"כ הוצרך לדר"ח דהא הברייתא סבר שינוי לא קניא, וע"כ משום תורא גנבי כו' וכמש"ש ע"כ ל"פ כו' א"ר טלאים כו' עכ"ל, ואני תמה מאוד על הגר"א ז"ל שלא הזכיר שהרמב"ן במלחמות כתב כן דלא קיי"ל כהא דאמר ר"ח תורא גנבי ממך כיון דא"ל ר"א רחמנא ליצלן מהאי דעתא, והברייתא מיישב הרמב"ן בזה דמפרש הא דאמרינן טלאים כדמעיקרא היינו דוקא בטלה ונעשה איל שנשתנה שינוי גמור ונמצא לפי דבריו דלדינא דס"ל טלה ונעשה איל קנה בשינוי ליכא שום חידוש בהא דטלאים כדמעיקרא, והחידוש הוא רק להברייתא דסברה שינוי לא קני וטלה ונעשה איל טבח ומכר משלם תשלומי דו"ה בזה מחלקינן דמ"מ כיון שנעשה שינוי גמור אינו משלם דו"ה בשביל מה שנשתנה, ואולי לא ניחא להגר"א ז"ל בתי' זה אבל לא אדע למה כי הוא ברור ומסתבר, וכן מבואר בלשון הרי"ף שכתב הסוגיא דרב דאמר קרן כעין שגנב הוא ביוקרא וזולא וכתב ע"ז וה"מ לענין יוקרא וזולא אבל גנב טלה ונעשה איל

עגל ונעשה שור משלם תשלומי כפל כעין שגנב והיינו דאמר רבא טלאים כדמעיקרא דמים כשל עכשיו אבל דו"ה אינו משלם כר' אלעאי וכו' ומפורש להדיא כדברי הרמב"ן.

והנה צריכים אנו עוד לבאר בטעמו של הרמב"ם דסובר כן בגיזות וולדות אפי' גזזה וילדה דדינם כשבח שע"ג גזלה דאינו לגזלן אלא לאחר יאוש מפני תקנת השבים, ובסוגיא בדף צ"ה מבואר להדיא דהוא מדין שינוי דבעי בטעמא דר"מ דאמר משלם אותה ואת גיזותיה וולדותיה אי משום דסבר שינוי במקומו עומד או משום דקניס, ומסיק דסבר שינוי קונה ומשום דקניס, ומוכח דעכ"פ לדידן דשינוי קונה דשייך מדינא הגיזות והולדות לגזלן ולבעה"מ ולהרא"ש הוי שינוי לגוף הבהמה ולהרמב"ן מהני שינוי להגיזות וולדות אבל עכ"פ אינו משום תקה"ש.

ונראה דהרמב"ם סובר דר"פ דאמר דר' יהודה ור"ש פליגי בשבח שע"ג גזלה חולק על סוגיא זו דהא קיימי על הא דר"מ ואף דהבעה"מ כתב דלא קיימי על הא דר"מ אלא מילתא אחריתא הוא דפליגי בשבח שע"ג גזלה. הרמב"ם אינו סובר כן והוא מוכרח לומר כן דכיון דסובר דשבח שע"ג גזלה הוא דוקא לאחר יאוש א"כ מה פריך בגמ' לר"פ מהא דתנן גזל פרה ונתעברה אצלו וילדה, ילדה אין לא ילדה לא, ואמר ר"פ ה"ה אפי' לא ילדה דהיכי דמי זל"ז, דבילדה הוא משום שינוי אפי' לפני יאוש ולא ילדה הוא דוקא לאחר יאוש, ולכן שיטת הרמב"ם שלא לחלק מפרה ונתעברה אצלו לשאר שבח שע"ג גזלה, כיון דר"פ לית ליה דגיזות וולדות הוי לגזלן מדין שינוי אלא מדין ששע"ג ור"מ לא קניס כלל אלא דלית ליה הא דתקה"ש, אבל לא צריך לקנס כיון דמדינא לית ליה לגזלן בשבחא דממילא:

הלכה ז

גזל פרה מעוברת ונתייאשו הבעלים ואח"כ ילדה רחל טעונה ונתיאשו הבעלים ואח"כ גזזה משלם דמי פרה העומדת ללילד ודמי רחל העומדת ליגזז ואם לפני יאוש או קודם שנשתנה ילדה או גזזה הרי הגזות והולדות של בעלים, ואע"פ שנתעברה או נטענה ביד הגזלן, הואיל ולא נתייאשו הבעלים ולא נשתנית הגזלה ברשות בעליה הוא עדיין אע"פ שהגזלן חייב באונסיה.

השגת הראב"ד: חייב באונסיה. א"א (זה) שבוש [הוא זה] שאין שינוי יותר גדול מלידה וגיזה.

עיין לח"מ במה שהקשה על דברי הרמב"ם, ובעיקר שיטת הרמב"ם כבר בארנו בהלכה ד' דשיטתו דאף דתחלת הסוגיא סברה דלידה וגיזה הוי שינוי אבל ר"פ דאמר דפליגי בשבח שע"ג גזלה פליג על זה ע"ש שבארנו בארוכה, ומה שהקשה הלח"מ דהא במתני'

קתני ברישא משלם דמי פרה העומדת לילד, ובסיפא משלם כשעת הגזלה ומוכח דגוף הפרה אינו חוזרת לבעליה, וכתב עוד הלח"מ דאף אם נדחוק בכל זה ונאמר דמה דקאמר דמי פרה היינו שיחזיר לו הפרה עצמו ודמי העובר משלם, ומ"ש בסיפא משלם כשעת הגזלה היינו שיחזיר לו הפרה בעצמה, ואם כחשה משלם פחתה, דוחק הוא לפרש כל זה בלשון המשנה ועוד שרבינו סתם דבריו, והנה כבר כתב בזה הרמב"ן במלחמות בריש הגוזל עצים דלא כל מה דתנן משלם כשעת הגזלה, קונה גוף הגזלה, וגם לשיטת הרמב"ן דגיזות וולדות הוא משום שינוי אינו אלא לענין הגזות וולדות ולא לגוף הגזלה, וכן כתבנו בהל' ט"ו דשיטת הרמב"ם דכל מה דתנן בדף צ"ד משלם כשעת הגזלה אינו קונה הגזלה.

ומה שכתב הלח"מ ועוד שרבינו סתם דבריו וכונתו דאפי' אם נדחוק ונפרש במתני' אבל הרמב"ם היה לו לפרש ולמה סתם וכתב משלם דמי פרה העומדת לילד, וכן בהלכה ו' כתב דמשלם כשעת הגזלה, אבל באמת הרמב"ם לא סתם כלל דכבר פירש דבריו בהלכה ב' וכתב נתייאשו הבעלים ממנה ולא נשתנית קנה הגזלן כל השבח שהשביחה לאחר יאוש ואינו משלם אלא כשעת הגזלה וכו', וכשמחזיר לו הגזלה שמין לו השבח ונוטל מן הנגזל, ולהדיא כתב שהלשון משלם כשעת הגזלה באופן שהגזלה חוזרת לבעליה, והלכה ב' היא הקדמה וכלל להלכות שאח"כ ובהלכה ו' כתב הרמב"ם כבר בארנו שהגזלה שהשביחה אחר יאוש וכו' כיצד גזל פרה וכו' וא"כ הרמב"ם כבר פירש דבריו דעיקר הגזלה חוזרת לבעליה.

ומה שהקשה הלח"מ על הראב"ד דכיון דלידה וגיזה הוי שינוי א"כ מאי פריך בגמ' על ר"פ ילדה אין לא ילדה לא, הא נ"מ דבילדה קונה הגזלן גוף הפרה, כבר כתבנו בפ"א מהל' גנבה הלכה י"א דשיטת הראב"ד אינו כשיטת הרא"ש דגיזה ולידה הוי שינוי לקנות גוף הפרה, אלא כשיטת הרמב"ן דלא הוי שינוי אלא לענין הגיזות וולדות בעצמם שיהיו לגזלן, אלא דמ"מ אנו צריכים לכאורה לתירוצו של הלח"מ דשיטת הראב"ד הוא דעיבור נמי הוי שינוי דאי לא"ה אכתי קשה מאי פריך כיון דהראב"ד סובר בזה כהרמב"ם דשבח שע"ג גזלה הוא דוקא אחר יאוש ולידה וגיזה הוי שינוי והוי דגזלן גם לפני יאוש, וע"כ כדברי הלח"מ דעיבור נמי הוי שינוי אלא דלפי"ז נצטרך לומר דר"פ לא מיירי כלל בשבח שע"ג גזלה שהושבחה ממילא אלא בגיזות וולדות ומיירי לפני יאוש דאי ר"פ מיירי בשבח שע"ג גזלה ולאחר יאוש א"כ לא שייך קושיית הגמ' על ר"פ ולפי"ז צריך ביאור מנ"ל לשיטת הראב"ד עיקר דינו של הרמב"ם שהסכים לו דשבח שע"ג גזלה לאחר יאוש בשבח דממילא הוי דגזלן, כיון דששע"ג דר' יהודה לר"פ לא מיירי בזה אלא בגיזות

וולדות, והייתי סבור לומר דהראב"ד מפרש הא דרשב"א דהשביח נוטל שבחו בשבחא דממילא ודלא כדעת הרמב"ן ולאחר יאוש ומפני תקנת השבים וכדאמר רב ששת אף דאמר זה רק למאי דהוי בעי למימר דרשב"א סבר שינוי במקומו עומד.

אבל ראיתי בש"מ שהביא בדף צ"ד דברי הראב"ד בפירושיו וז"ל הר' יצחק ז"ל כתב דברי ר' יהודה דאמר ששעג"ג דגזלן הוי ולא כתב דברי רשב"א שפסק שמואל הלכה כמותו ודומה לי לדעתו הא דר' יהודה עדיף מדרשב"א דרשב"א השביח קאמר ולא אמר שבח דומיא דכחש והיינו פטמה, ואלו לר' יהודה אפי' שבחא דממילא כגון גיזות וולדות שאין השבח משום מזונות ואפ"ה דגזלן הוי מפני תקנת השבים ובין שבח דממילא ובין השביח הגזלן כל מה שנוטל בשבח יותר על מזונותיה הכל משום תקנת השבים עכ"ל, ומבואר דהראב"ד ג"כ מפרש השביח דרשב"א שבחא דבידים, וגם סובר דגיזות וולדות שע"ג גזלה והיינו נתעברה הוי דגזלן משום תקנת השבים ולא משום שינוי, ואף דכתב זה בדעת הרי"ף אבל מכיון דלא השיג וכאן כתב דאין שינוי גדול יותר מלידה וגיזה מוכח דלא כדברי הלח"מ ולידה וגיזה קאמר ולא עיבור, ואף דעכ"פ הרי"ף אינו סובר כהרמב"ם דהרי"ף סובר דבשבחא דמחמת הוצאה השבח היותר על הוצאה הוא דגזלן משום תקנת השבים כמש"כ הראב"ד וכן מוכח להדיא מכיון דכתב הרי"ף בפ"ק דב"מ דהא דגזל והשביח ומכר מיירי בשבח דמחמת הוצאה, ואמר שם להדיא דהוא משום תקנת השבים, וכבר בארנו זה בהלכה ד', אבל עכ"פ בעיקר היסוד אם לידה וגיזה הוי שינוי בשבח דעיבור א"א שיסתרו דבריו, ועוד אפי' אם נאמר כן הדר תיקשי לשיטת הרי"ף קושיית הלח"מ מאי פריך מאי איריא ילדה.

ולכן הפשוט בדעת הראב"ד דאינו סובר אלא דלידה וגיזה הוי שינוי ולא עיבור, וגם בלידה וגיזה דוקא בגזל פרה ונתעברה אצלו וילדה, אבל בגזל פרה מעוברת וילדה לא הוי שינוי כמו שכתב בהשגה בהלכה ח', וכן מוכח מדברי המ"מ בפ"א מה' גנבה הל' י"א שכתב ולפי"ז פשוט שכונת רבינו כשהיתה מעוברת בשעת גנבה או טעונה וגזזה וילדה ואין כאן מקום להשגה, ומוכח מדבריו דבזה גם הראב"ד מודה.

ובמה שהקשה הלח"מ באמת כתבתי למעלה דמזה מוכח דעת הרמב"ם דר"פ מכיון דאמר דבשבח שע"ג גזלה פליגי והוא קאי על הברייתא דגיזות וולדות מוכח דלא סבר דלידה וגיזה הוי שינוי, ולכן פריך מאי איריא ילדה, אבל לדעת הראב"ד נראה דכיון דמתני' קתני ברישא גזל פרה מעוברת וילדה ובסיפא גזל פרה ונתעברה אצלו וילדה, וכיון דרישא בפרה מעוברת וילדה סובר הראב"ד דלא הוי שינוי והוא משום תקנת השבים, וע"כ דמתני' מיירי לאחר יאוש וא"כ פריך שפיר גם בסיפא מאי איריא ילדה

אפי' לא ילדה נמי ואף דבסיפא בילדה הוי מטעם שינוי והוי דגזלן אפי' קודם יאוש, מ"מ מתני' לא מפרשה ולא מיירי בחילוק זה ולכן שפיר פריך מאי איריא ילדה כיון דמתני' הא מיירי לאחר יאוש דומיא דרישא, אבל דעת הרמב"ם פשוטה יותר דלר"פ אין חילוק משששע"ג לגיזות וולדות וכנ"ל:

הלכה ח

גנב או גזל והקדיש וטבח אחר שנתייאשו הבעלים הרי היא ברשות הגזלן משעה שהקדישה בלבד כדי שלא יהא חוטא נשכר, וכל ולדותיה וגיזותיה משעת גנבה עד שעת הקדש של (ה)**בעלים**.

השגת הראב"ד: הקדש של בעלים וכו'. א"א קטיר קא חזינא הכא דהא אסיקנא דכל שבח שלאחר יאוש אפי' שע"ג גזלה הוא של גזלן מפני תקנת השבים, ואיכא למימר כיון דהקדישה הגנב ליכא תקנתא לגזלן, הלכך כל מה שהשביח עד שעה שהקדישה של בעלים הוא, וקשה לי כיון דהקדישה מאי חוטא נשכר איכא הלא הכל של הקדש וא"כ יהיה של הקדש ולא של בעלים, ואנן בגזל פרה מעוברת ורחל טעונה מפרשינן להנהו גיזותיה וולדותיה דהאי שמעתא דמס' גיטין עכ"ל.

הלח"מ מפרש דמה דכתב הראב"ד ואנן בגזל פרה מעוברת ורחל טעונה מפרשינן, היינו ליישב דכיון דסובר דלידה וגיזה הוי שינוי ואינו משום תקנת השבים, א"כ בטל תירוצו מה שכתב דכיון דהקדישה הגנב ליכא תקנתא לגזלן, ולכן כתב דמיירי בגזל פרה מעוברת דליכא שינוי, ולפי דבריו נשאר הראב"ד בקושיא במה שכתב וקשה לי וכו', ומה שכתב ואנן זהו מילתא אחריתא ליישב קושיא שלא הזכירה, ודחוק. ומתחלה נברר עיקר קושיית הראב"ד, והנה בגמ' דבעי כי אוקמו רבנן ברשותיה משעת גנבה או משעת הקדישה י"ל דמה דאמר משעת גנבה היינו דאפי' קודם יאוש. וכן מבואר ברמב"ן בגיטין דף נ"ה דאף דסתם גנבה יאוש בעלים, אבל משכחת גנבה בלא יאוש כגון שהיו עדים וידעו הבעלים מי גנב, ועוד דכיון דישל"מ לא הוי יאוש משכחת דהיה זמן בין גנבה עד שידעו הבעלים, וא"כ בגמ' שפיר בעי אם אוקמו רבנן ברשותו משעת גנבה או משעת הקדישה, ומה דאמר נ"מ לגיזותיה וולדותיה אפשר דהוא לגיזות וולדות שקודם יאוש, וקושיית הראב"ד הוא רק על דברי הרמב"ם שכתב וכל גיזותיה וולדותיה שמשעת גנבה עד שעה שהקדישה הן של בעלים, וקשה כיון דההקדש ע"כ אחר יאוש כדאיתא בגמ' וכן כתב בפי"ט מה' מעה"ק ושבח גזלה דלאחר יאוש הוי של גזלן, א"כ איך כתב דעד שעה שהקדישה הוי של בעלים הא משעת יאוש הוי של גנב אכן מה שתי' הראב"ד כיון דהקדישה הגנב ליכא תקנתא לגזלן לבד מה שהקשה א"כ מאי יהא חוטא נשכר לבד זה

לא מתרצא דמאי פסקת ולמה לא אפשר שיהיו גיזות וולדות בבית הגנב משעת יאוש עד שעה שהקדישה.

אלא דבזה י"ל דהראב"ד הקשה יותר דאפי' נוקים באופן דגזזה וילדה אחר שהקדיש נמי קשה דהא הכל הוא של הקדש, אכן גם זה אינו פשוט דאף דהקדש בודאי קנה ביאוש ושינוי השם או ש"ר מ"מ הא איכא נ"מ לגזלן דאם קנה משעת גנבה א"צ לשלם לנגזל בעד גיזותיה וולדותיה, ואם לא קנה עד שעה שהקדישה צריך לשלם דהא כתב הרמב"ם בפ"א מה' גנבה הל' י"ד היה שוה בשעת הגנבה שנים ובשעת העב"ד ד' אם שחט או מכר או שבר הכלי או אבדו משלם תשלומי כפל או דו"ה בשעת העב"ד, ומוכח דמכירה דמי לתבריה או שתייה דמשלם ד' ביוקרא וכ"ש בשבחא, וקשה לחלק בין מכירה להקדש, ואולי יחלק הראב"ד בין קודם יאוש לאחר יאוש, ויש לתלות זה קצת בדין אם הלוקח משלם דמים ביאוש וש"ר דהראב"ד חולק על הרמב"ם בזה.

עכ"פ נראה דהראב"ד לא הקשה אלא על הרמב"ם דבגמ' אפשר לאוקמי בגיזות וולדות שקודם יאוש ורצה ליישב דמה שכתב הרמב"ם עד שעת הקדש היינו דנכנסו הגיזות וולדות לרשות הקדש ומ"מ כתב דעד שעה שהקדישה היא של הבעלים והיינו דהשבח של הבעלים, וע"ז הקשה דהא הכל של הקדש, וזה פשוט להראב"ד דא"צ לשלם אלא כשעת הגזלה וכנ"ל, ומה שכתב ואנן בפרה מעוברת וכו' אינו כמש"כ הלח"מ אלא מילתא אחריתא ליישב דלא תיקשי גם על הגמ' דאפי' בגיזות וולדות שקודם יאוש כיון שקנה בשינוי הא ודאי אינו משלם אלא כשעת הגזלה ולכן כתב דמיירי בגזל פרה מעוברת.

ונראה ליישב דברי הרמב"ם דדין שבח שע"ג גזלה הא אינו אלא בשבח שנעשה לאחר יאוש, אבל גיזות וולדות דקודם יאוש לא הוי לגזלן אבל דין אוקמו רבנן ברשותו כיון דהוי קנין לגוף הגנבה הוי לגבי תשלומין של הגנבה כמו דין שינוי דקיי"ל כל הגזלנים משלמים כשעת הגזלה.

וכבר כתב הרא"ש בזה בריש הגוזל דכשקנה בשינוי, אינו משלם כשעה שלפני השינוי אלא כשעת הגזלה, וכן בגזל טלה ונעשה איל אינו משלם כשעה שהיה לפני שנעשה איל אלא דמים של טלה שגזל, וא"כ אם היה על הגנבה גיזות וולדות שנטענה או שנתעברה והקדישה כיון דאוקמי רבנן ברשותיה אף דמשעת הקדישה מ"מ אינו צריך לשלם בעד הגיזות והולדות שעל גוף הגנבה ומשלם כשעת הגנבה, ואף דאם יש גיזות וולדות שגזזה או שילדה אינו קונה בשביל זה דאוקמו רבנן ברשותו גוף הגנבה, דהגיזות וולדות שאינם ע"ג גזלה הם של הבעלים ולא הקנו אותם לגנב, אבל הגיזות והולדות שהם על

הגוף הגנבה וכשמקדיש הגנבה נעשו ג"כ הקדש, דהעמידו חכמים אותם ברשותו קודם ההקדש שיחול עליהם ההקדש מכחו של מקדיש בעצמו ולא יהיה קרבן גזול, גם לשלם עבורם אינו צריך.

ועכשיו מבוארים דברי הרמב"ם דמה שכתב וכל וולדותיה וגיזותיה משעת גנבה עד שעת הקדש הרי הן של בעלים, והקשינו דהא משעת יאוש כבר אינם של בעלים, אבל לפימש"כ מבואר דזה ודאי דגיזות וולדות שנתחדשו לאחר יאוש הן של גנב ובזה לא צריך להשמיענו דכבר כתב זה דששעג"ג לאחר יאוש הוא דגזלן, אבל כאן בא להשמיענו דהגיזות וולדות הן של הבעלים רק עד שעה שהקדישה, אבל משעה שהקדישה אינם דבעלים אפי' הגיזות וולדות שע"ג הגנבה והגנב אינו צריך לשלם עבורם וכמו שבארנו, ונמצא דפי' גיזות וולדות כאן היינו הגיזות שנגזזו והוולדות שנולדו עד שעה שהקדישה דרק הם של בעלים אבל הגיזות והעוברים שעל גבי בהמה משעה שהקדישה אינם של בעלים וכנ"ל.

ונמצא דבזה לא דמי מה דאוקמו רבנן ברשותיה לדין שינוי דגבי שינוי גם הגיזות וולדות שקודם השינוי אינם של בעלים דכיון דלא מקיימא כשאר גזל הכל של הגנב, אבל הא דאוקמא רבנן ברשותיה הוי רק מה דאוקמו ברשותו אבל הגיזות וולדות שקודם הקדש הם של בעלים וכנ"ל:

הלכה יב

אבל הגוזל עצים ושרפן וקצצן או חקק בהן ועשאן כלים או שגזל צמר וצבעו או נפצו ולבנו או שגזל טווי ועשהו בגד או שגזל לבינה ועשאה עפר או אבנים וסתתן או מעות והתיכן, הרי זה שינוי בידו שאם יעשם מעות אחרות פנים חדשות הן וכן כל כיוצא בהן.

עלח"מ והוא מפורש נפצו ולבנו ביחד וכן מפרש הגר"א ז"ל בחו"מ סי' ש"ס, ומש"כ בה' בכורים דלבנו לא הוי שינוי הוא לבנו לחוד, ומה שלא כתב שם דאם גם נפצו הוי שינוי סמך על מה שכ' כאן, והוא דוחק גדול דה' בכורים קבע קודם, וכ' עוד דהרמב"ם מפרש היפוך מפירש"י וכן כ' הגר"א וגם זהו דוחק דבודאי סרקו אלים מנפצו דנפצו ביד וסרקו במסרק כמו שפירש"י וכן הוא בערוך, וכ' הלח"מ דפסק הרמב"ם כר"ש משום דרבא אוקים כוותיה, והגר"א כ' דהרמב"ם אינו גורס הא והא ר"ש בדרבא אלא בדרחב"א, אולם בדק"ס לא נמצא גירסא כזו.

והמאירי בש"מ כתב דהרמב"ם מחלק בין גזלה לראשית הגז אף שהקשו בגמ' מזו לזו ולא כתב הכרח לזה ולא טעמא דמילתא, ונראה די"ל דגבי ראשית הגז דהוא לפטור לגמרי צריך שינוי גדול להפקיע שלא יהיו ע"ז שם גז צאנך, ולכן מה שהוא מוכרח

בתיקון הצמר והכל עושים כן לא נפקע בזה שם גיזה, אבל גבי גזילה דכתיב אשר גזל דצריך להשיב רק כעין שגזל וכיון דעכ"פ עשה הגזלן תיקון קבוע אינו כעין שגזל דא"צ להשיב מה שתיקן ואינו חייב להשיב אלא כשעת הגזלה.

והנה בגמ' גבי ראשית הגז מבואר דטואו הוי שינוי ולא הביא זה הרמב"ם לא כאן ולא בה' בכורים, וכן לא הביא זה הטור, ומשמע דסוברים דטווי חוזר לברייתו וא"כ יש להוכיח ממה דהוצרך רב אשי לשנויי בגדים נמטי ולא משני בנפצו, או סרקו לד' הלח"מ והגר"א, וע"כ דהוי שינוי ואם טואו הוי שינוי אינו הוכחה דעכ"פ יקשה דקנאו משעת הטויה, והנה בפשוטו דטווי ועשהו בגד לא הוי שינוי לכאורה ע"כ מוכרח לשנויי נמטי, אבל לשיטת הרמב"ם דהוי שינוי ומה דמשני נמטי הוא רק דליכא ליבון כדפירש"י א"כ מוכרח דלבנו בכל גווני הוי שינוי בין בנפצו בין בסרקו.

עוד נראה די"ל דאם טויה חוזר לברייתו ולבון אינו חשוב שינוי מ"מ גזל צמר שאינו טווי ולבנו וטואו וארגו ועשהו בגד הוי שינוי דדוקא בטווי אמר בגמ' דלא הוי שינוי משום דחוזר לברייתו ממש אבל צמר שאינו טווי ולבנו ועשהו בגד אף דלרבנן אינו שינוי חשוב מ"מ כיון דעכשיו עשהו בגד לא נגרע דין השינוי אא"כ חוזר לברייתו ממש וזה עכ"פ אינו חוזר לברייתו כמו שהיה בשעת הגזלה ולכן דוקא בטווי אמר בגמ' דהוי שינוי החוזר, ולפי"ז יהיו מוכח לד"ה מדהוצרך רב אשי לשנויי בגדים נמטי דלבנו הוי שינוי בכל גווני.

ובמה שכתב הרמב"ם דטווי ועשהו בגד הוי שינוי וכן כ' הטור והקשו הכ"מ והלח"מ דהא בגמ' מבואר דהוי שינוי החוזר עמש"כ הפרישה דלא צריך לזה אלא לאביי אבל לרב אשי ל"צ לומר כן ומסתבר דהוי שינוי שאינו חוזר וכן כ' המאירי דנפסד צורת החוט, ויש להוסיף על דברי הפרישה דהרמב"ם והטור סוברים דמה דמשני רב אשי בגדים נמטי אינו ר"ל דדוקא נמטי דהא תנן בגדים סתם אלא דאפי' נמטי דליכא לבון. אבל עכ"פ חולק על אביי וסובר דבכל גווני הוי שינוי ומתני דאורייתא קתני, ואף דלשיטת הרמב"ם דנפצו ולבנו הוי שינוי א"כ גזל צמר שאינו טווי ועשהו בגד ודאי הוי שינוי, וא"כ אינו מוכח דטווי הוי שינוי מ"מ יש לומר דמתני' סתמא קתני ובודאי בכל גווני בין באינו טווי בין בטווי ורב אשי משני רק דאפי' נמטי דליכא לבון נמי קנה אבל טווי ועשהו בגד נמי קנה, ובצדק הוכיח הפרישה ממה שהשמיט הרי"ף תירוצא דרב אשי דמוכח דבסתם בגדים נמי קנה, והמחבר בשו"ע השמיט טווי ועשהו בגד משום שהקשה בכ"מ ובב"י על דבריהם אבל באמת מבוארים שפיר דברי הרמב"ם והטור וכמו שבארנו:

הלכה טו

גזל כלי ושברו אין שמין לו הפחת אלא משלם דמיו והכלי השבור של גזלן, ואם רצו הבעלים ליטול הכלי השבור נוטלין, ומשלם הפחת שזו תקנה היא לבעלים, ואם לא רצו הרשות בידן וכן כל כיוצא בזה.

כתב המ"מ ע"ז וצ"ע למה לא קנה הגזלן בשינוי מעשה ואולי בששמו עליו עכ"ל, והגר"א ז"ל בסי' שנ"ד ס"ק י"ג כתב ואם רצו כו', המ"מ הקשה למה לא קנאה בשינוי, והביאו בה"ג וסמ"ע וקושיא אלימתא היא דכן אמרינן בהדיא בב"ק צ"ד א' דמשו"ה אין שמין ובהכחשה דלא הדר לכן תי' של המ"מ ליתא עכ"ל, ובליקוט כתב וז"ל ונראה שלמד ממש"ש צ"ז א' רצה פחתה כו', אבל הרשב"א שם תי' דשאני שם שעדיין ראוי למלאכתו ראשונה עכ"ל, ובאמת א"א לומר שהרמב"ם סמך ע"ז דהא לא הזוכר שם דאם רצה נוטל דמי הספינה אלא רצה פחתה נוטל, וזהו שהקשה הרשב"א וז"ל, וא"ת הא קיי"ל דאין שמין לא לגנב ולא לגזלן וא"כ היאך נוטל זה ספינה ופחתה הו"ל לגזלן לשלם דמי כולה ספינתא ולשקול איהו ספינה פחותה, וי"ל דלא אמרו אין שמין אלא כשנשבר או מת דאינו ראוי למלאכה ראשונה הא ראוי שמין ואינו משלם אלא פחת בלבד עכ"ל, ואמנם דדברי הרשב"א צריכין ביאור דלכאורה חידש כאן הרשב"א דין חדש דהא לא מצינו במשנתנו דף צ"ו אלא שני דינים בגזלן או משלם כשעת הגזלה או דאומר לו הש"ל, ומה דאמרינן אין שמין היינו היכי דמשלם כשעת הגזלה, והרשב"א חידש אופן דמחזיר הגזלה ומשלם הפחת, ולא מצינו דין כזה בגזלן, אבל באמת כוונת הרשב"א לזה דבודאי היכי דנפחת מאליו אין בגזלן אלא שני דינים האמורים במשנתנו, אבל הכא הא מיירי שקלקל הגזלן בידים שעשה מלאכה בהספינה, ולכן אף שהקלקול הוא קלקול מועט והוי כמו פירות שהרקיבו מקצתן דאמר לו הש"ל, מ"מ בעד הקלקול שקלקל בידים צריך לשלם, ואף דגזלן אינו משלם בעד המלאכה שעשה זהו דין שבח שהשביח בהגזלה דהוי דגזלן כיון דהוא שבחא דבידים, אבל מה שהזיק את הגזלה אפי' היזק מועט צריך גזלן לשלם כמו אדם אחר ולא מיפטר בהש"ל דאינו חייב מתורת גזלן אלא מתורת מזיק, וכמו תבריה או שתייה דמשלם ד', עכ"פ זהו פשוט דצריך לאוקמי דין זה דספינה בשלא נפחתה אלא פחת מועט ועושה מלאכה ראשונה וכמש"כ הרשב"א דאלא"ה אמאי משלם פחתה ולא דמי כל הספינה.

ובזה שכתבנו נתבאר דאין ראיה לדברי הרמב"ם, מהא דבעי ר"פ בדף ע"ח גנבה קטעה ומכרה, וכמו שראיתי שהביא זה האור שמח דאפשר דקטיעת יד בפרה העומדת לחליבה ולא למלאכה לא הוי אלא פחת מועט, ולא הוי שינוי כלל דעושה מלאכתה

הראשונה, וכמש"כ הרשב"א ואה"נ דבעד מה שקטעה צריך הגנב לשלם מצד מזיק, אבל מצד דין גזלה אומר לו הש"ל וכמו בפחת דספינה וכנ"ל.

ונראה להביא ראיה לשיטת הרמב"ם מהא דתניא שמינה והכחישה משלם כפל ודו"ה כעין שגנב ומכיון דקתני הכחישה סתם משמע בכל גווני אפי' בכחשא דלא הדרא, ומ"מ משלם דו"ה ולא אמרינן שלו הוא טובח, וביחוד מהא דלא פריך בגמ' ומוקים לה בכחש דהדר דהא בדף צ"ד בהא דאמר רשב"א כחש אומר לו הש"ל מוכיח אביי דסבר שינוי לא קני ורבא דחי דמיירי בהכחשה דהדר והכא מייתי הגמ' הברייתא בסתם ולא מוקים לה בהכחשה דהדר ומוכח דהוא בכל גווני, משום דדין כחש דלא הדר דאינו אומר לו הש"ל ומשלם כשעת הגזלה הוא רק לזכותו של הנגזל מקרא דחיים שנים ישלם, אבל אינו שינוי שיקנה הגנב הגנבה, אלא דוקא בשינוי גמור שאין שמו עליו וכמש"כ המ"מ.

ומש"כ הגר"א ז"ל דקושיא אלימתא היא דכן אמרינן בדף צ"ד דמש"ה אין שמין והיינו במה דבעי אביי למידק מהא דרשב"א דאמר כחש אומר הש"ל דסבר שינוי במקומו עומד, ורבא אמר דרשב"א הוא בהכחשה דהדר, ואח"כ בהא דאמר שמואל הלכה כרשב"א פריך דהא אמר שמואל אין שמין לא לגנב ולא לגזלן בשלמא לרבא דאמר כי קאמר רשב"א התם בהכחשה דהדר ל"ק כי קאמר הלכה כרשב"א דשינוי במקומו עומד בהכחשה דהדר וכי קאמר שמואל התם אין שמין וכו' בהכחשה דלא הדר ומוכח דהא דאין שמין הוא משום דין שינוי.

אכן כשנעיין בסוגיית הגמ' נראה דלא מוכח כלל דכונת הגמ' כאן לעיקר דין שינוי, דבדף צ"ה בהא דקתני בברייתא הגוזל רחל וגזזה פרה וילדה משלם אותה ואת גזותיה ואת ולדותיה דברי ר"מ, אמרינן עלה בגמ' מאי טעמא דר"מ דקסבר שינוי במקומו עומד או דילמא בעלמא שינוי קונה והכא קנסא הוא דקא קניס למאי נ"מ היכי דכחשה מכחש, והנה דעת הרא"ש דגיזות וולדות הוי שינוי גמור לקנות גוף הפרה, וכן דעת הבעה"מ אבל הרמב"ן במלחמות ריש הגוזל עצים סובר דלא הוי שינוי אלא לענין הגיזות וולדות וז"ל, ומאי דכתב הבעה"מ ז"ל שכל מה ששנינו משלם כשעת הגזלה גוף הגזלה קני לגזלן ומשלם דמיה כדמעיקרא, לאו מילתא היא שהגוזל פרה מעוברת וילדה אין הגוף קנוי לו שאין לו שינוי כלל בגוף הבהמה אלא בולד או בגיזות, והא דאמרינן לקמן טעמיה דר"מ משום שינוי קונה (צ"ל אינו קונה) הא דחקיה ז"ל למימר הכי כסבור היה שעל גוף הבהמה אמרו ולא היא, דהתם אולדות קאמרינן שהנולד שינוי הוי לענין הגזלה, אבל גוף הבהמה חוזרת בעיניה שאין בה שינוי כלל, אלא דמעיקרא גופא מליא והשתא גופיה סריקא וכו' עכ"ל, וכיון דמה דאמר בגמ' שינוי קונה לענין גיזות וולדות אינו שיהיה

שינוי לקנות גוף הפרה, א"כ ה"נ דהא דאמר למאי נ"מ להיכי דכחשה מכחש אינו מוכח דהוא לענין לקנות גוף הפרה אלא לענין זה שלא יאמר לו הש"ל.

ועוד יותר יש להוכיח כן מהא דדף צ"ד בהא דרשב"א דא"ר ששת ה"ק השביחה נוטל שבחו כחש אומר לו הש"ל דשינוי במקומו עומד א"ה אפי' השביח נמי אמרי מפני תקנת השבים, ומוכח דבלא הא דכחש אומר לו הש"ל דשינוי במקומו עומד הוי ניחא ליה דהשביח נוטל שבחו הוא משום דין שינוי ולפימש"כ הרמב"ן אין ספק דשבח שע"ג גזלה לא הוי שינוי לגוף הפרה, וכל השו"ט בזה אי קונה בשבח שע"ג גזלה הוא רק לענין השבח א"כ מ"ש כחש מהשביח, ולכן מוכח בודאי לפי דעת הרמב"ן דכחשא דלא הדרא דאמרינן דהוי שינוי אינו שינוי גמור לקנות גוף הפרה אלא דהוי שינוי לענין הכחש לומר דהכחש חסר מהפרה ואינו יכול לומר הרי שלך לפניך, דאינו כעין שגזל לענין זה, דאף דגוף הפרה לא נשתנה ולא נוכל לומר דכל הפרה הגזולה אינו כעין שגזל, אבל מה שחסר מהפרה אינו כעין שגזל ולא דמי לכחשא דהדרא או פירות שהרקיבו מקצתן דאמרינן דה"ה כעין שגזל ממש, ואי לאו קרא דחיים הוי מהני דין שינוי בכחש דלא הדר שישלם לו בעד הכחש כמו בשבח דנוטל השבח לפי סוגיא זו דהוי סבר דשבח הוא מדין שינוי, ועיין מש"כ בהלכה ד' אלא דמקרא דחיים ידעינן דאין שמין לגנב ולגזלן וכיון שצריך לשלם מקצת ואינו כעין שגזל ממש צריך לשלם לו בעד כל הגזלה.

ובאמת שיטת הרמב"ם דכל מה דתנן במתני' דף צ"ו משלם כשעת הגזלה היינו רק דאינו יכול הגזלן לפטור את עצמו במה שישלם מה שחסר להגזלה אלא צריך לשלם דמים בעד כל הגזלה, ואף דיכול לשלם לו בשברים דעלמא ומכ"ש בשברים דידיה אך הנ"מ הוא לענין פחת נבלה כמו שבארנו בפ"א מה' גנבה הל' ט"ו אבל מ"מ אם רוצה הנגזל ליקח את שלו ושישלם לו הגזלן מה שחסר להגזלה הדין עמו דלא קנה הגזלן את הגזלה משום דלא הוי שינוי גמור, ודבר זה מפורש ברמב"ם פ"ג הלכה ד' שכתב גזל בהמה והזקינה או כחשה כחש שאינו יכול לחזור כגון חלאים שאין להם רפואת תעלה או שגזל מטבע ונסדק או פסלו המלך או שגזל פירות והרקיבו כולן, או שגזל יין והחמיץ ה"ז כמו שגזל כלי ושברו ומשלם כשעת הגזלה, הנה מבואר להדיא דכל הני דתנן במתני' משלם כשעת הגזלה דינם כמו שגזל כלי ושברו, ובזה כבר כתב לפנינו דאינו שינוי גמור ואם רצו הבעלים ליטול הכלי השבור הרשות בידן, ואפשר דגם שיטת הרמב"ן במלחמות שהבאנו דבריו למעלה הוא כן שכתב וז"ל ומאי דכתב הבעה"מ ז"ל שכל מה ששנינו משלם כשעת הגזלה גוף הגזלה קני לגזלן ומשלם דמיה כדמעיקרא לאו מילתא הוא שהגוזל פרה מעוברת וילדה וכו' אף דהרמב"ן אינו דן כאן אלא על

הגוזל פרה מעוברת וילדה ועכ"פ אף אם הרמב"ן אינו סובר כן אבל הרמב"ם סובר שפיר דבכולה מתני' דדף צ"ו בכחש דמשלם כשעת הגזלה אינו דהוי שינוי גמור וכמו הא דמשלם כשעת הגזלה לענין שבח.

והקצוה"ח בסי' שנ"ט סעיף ו' בהא דמבואר בשו"ע דאינו שינוי אא"כ נשתנה שם הגזלה וכתב ע"ז דכן נראה מדברי המ"מ כאן דמתרץ בששמו עליו וכתב ע"ז וז"ל אך קשה מהא דפריך בפ' הנזקין למ"ד היזק שאינו ניכר שמו היזק מהא דתנן גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הש"ל כו' תיובתא ואי נימא דאפי' בשינוי מעשה כל שלא נשתנה שם הגזלה לא קנה א"כ אפי' למ"ד השא"נ שמיה היזק וחשיב ליה שינוי מעשה. וכמו דמפרשי תו' שם ע"ש אכתי מצי אמר לו הש"ל דמעיקרא לחם והשתא לחם וצ"ע עכ"ל וסבור הקצוה"ח דהרמב"ם ג"כ סובר בהא דמשלם כשעת הגזלה דהוי שינוי גמור ולא ראה דברי הרמב"ם דכתב להדיא ה"ז כמי שגזל כלי ושברו, איברא דהתוס' שם שהביא דבריהם בודאי סוברים דהא דמשלם כשעת הגזלה הוי שינוי גמור כדמוכח מדבריהם שם אבל הקצוה"ח דקאי בדעת הרמב"ם והמחבר לא הוי ליה להקשות מהא דגזל חמץ דפריך למ"ד שמיה היזק דבזה לא צריך כלל שינוי גמור וכנ"ל.

עוד כתב בקצוה"ח בסי' שנ"ד סעיף ה' במה דפסק המחבר ההלכה שלפנינו דאם רצו וכו' מביא דברי המ"מ ואח"כ הביא דברי הב"ח שמחלק בין שינוי דממילא לשינוי דבידים דשינוי דממילא אינו קונה ומביא מדברי התוס' דף ס"ח וכתב ע"ז הקצוה"ח וליתא דהתוס' לא כתבו אלא ליישב דברי ר' אלעזר וכו' אבל אנן הא קיי"ל דשינוי קונה אפי' בשינוי דממילא ובהדיא כ' הרמב"ם פ"ג מגזלה גזל בהמה והזקינה מטבע ונסדק משלם כשעת הגזלה ע"ש דהוי שינוי דממילא, והוא פשוט בכולי תלמודא דשינוי קונה לדידן אפי' בשינוי דממילא עכ"ל ולפימש"כ ראיית הקצוה"ח מופרכת היא דודאי גזל בהמה והזקינה ואינך אינו שינוי גמור והוה כמו שגזל כלי ושברו וכנ"ל אבל לא היה צריך להוכיח כנגד דברי הב"ח מכאן דהא גזל טלה ונעשה איל הוי שינוי גמור לדעת המרב"ם דהוי שינוי דממילא.

עוד כתב שם הקצוה"ח וז"ל ובמרובה דף ס"ו אמר רבה שינוי קונה כו' וכתב רש"י ז"ל שינוי קונה היכי דשני לה בידים, ומשמע דוקא שינוי דבידים וקשה דהא במתני' תנן גזל בהמה והזקינה משלם כשעת הגזלה והוא מטעם שינוי קונה כדמוכח בגמ' שם והוה שינוי דממילא וצ"ע עכ"ל וברור דרש"י סובר ג"כ כדעת הרמב"ם דהא דתנן משלם כשעת הגזלה אינו אלא לחייב הגזלן, אבל לא דקונה בשינוי ורש"י לשיטתו דסובר בהא דגנב טלה ונעשה איל דאינו שינוי גמור שכתב קנאו בשינוי להך מילתא דאם טבח

ומכר שלו הוא טובח ועיין ברמב"ן במלחמות ריש הגוזל עצים שביאר באריכות דעת רש"י ז"ל דכיון דהוא שבחא דממילא לא קנה בשינוי וכתב דהכי דייקא התם שמעתא כדעת רש"י ז"ל ומה שכתב הקצוה"ח, דהוא פשוט בכולי תלמודא דשינוי קונה לדידן אף בשינוי דממילא, הפשטות הזה בא לו בשביל דסובר דדין משלם כשעת הגזלה ודין קנין שינוי הכל אחד, אבל לפי שיטת הרמב"ם לא פשוט הדבר כלל והראיה המפורשה בשינוי דממילא דקנה הוא בטלה ונעשה איל, ובזה סובר רש"י דלא מהני לקנין רק לענין שלו הוא טובח ועיין מש"כ שם הרמב"ן במלחמות בזה, ולפי מה שנתבאר מבואר דמה שנסתפקתי למעלה בדעת הרמב"ן אם סובר כהרמב"ם בדין זה נוכל לפשוט מזה שהסכים אח"כ לדעת רש"י דטלה ונעשה איל אינו קנין וטעמא דשבח דממילא אפי' שינוי גמור כטלה ונעשה איל לא קנה א"כ מסתבר דה"ה בכחש וכל הנך דתנן במתני' גזל בהמה והזקינה וכו' משלם כשעת הגזלה אינו אלא לחובתו של הגזלן אבל לא קנה בשינוי וכדעת הרמב"ם ז"ל ורק שיש להסתפק בגזל כלי ושברו כיון דהוא בידים מ"מ כיון דעכ"פ מפרשינן מתני' דמשלם כשעת הגזלה רק לענין תשלומין ולא לענין קנין א"כ שפיר נוכל לומר דאפי' שברו בידים כיון דשמו עליו לא קנאו בשינוי, נתבאר לנו שיטת הרמב"ם ושדעת רש"י והרמב"ן ג"כ כהרמב"ם בזה ועיין מה שנכתוב בעזה"י עוד בזה בפ"ג הל' ד':

פרק ג

הלכה ד

גזל בהמה והזקינה או כחשה כחש שאינו יכול לחזור כגון חלאים שאין להם רפואת תעלה, או שגזל מטבע ונסדק או פסלו המלך, או שגזל פירות והרקיבו כולן, או שגזל יין והחמיץ, הרי זה כמי שגזל כלי ושברו ומשלם כשעת הגזלה, אבל אם גזל בהמות וכחשו כחש שאפשר לחזור או שגזל עבדים והזקינו, או שגזל מטבע ונפסל במדינה זו והרי הוא יוצא במדינה אחרת, או שגזל פירות והרקיבו מקצתן. או תרומה ונטמאת או שגזל חמץ ועבר עליו הפסח, או בהמה ונעבדה בה עבירה, או נפסלה מליקרב, או שהיתה יוצאת להסקל, אומר לו הרי שלך לפניך ומחזיר אותה בעצמה.

או שגזל עבדים והזקינו, גירסת הטור הוא דמשלם כשעת הגזלה כשיטת הרי"ף דעבדי כמטלטלי דמי, אבל גירסתנו והוא גירסת המ"מ והכ"מ הוא דאומר לו הש"ל וכתב הכ"מ דגירסא משובשת נזדמנה להטור ובאמת גירסתנו מפורשת בדברי הראב"ד בפ"ט הל' א' שכתב וז"ל שהרי עשה עבדים כקרקעות לענין גזלה שהרי הזקינו אומר לו הש"ל, ושם

נבאר בעז"ה דמדברי הרמב"ם כאן מוכח כדברי הראב"ד שם, ע"ש.

ובדעת הרי"ף דסובר דעבדי כמטלטלי לענין גזלה הקשה הלח"מ דהא פסק לענין שבועה דעבדי כמקרקעי ואין נשבעין, ותי' דדוקא לענין שבועה דלא תליא בסברא אלא מגזה"כ אמרינן דעבדים כקרקעות כיון דהוקשו לקרקעות, אבל לענין גזלה כיון דהוא תליא בסברא דקרקעות אין נגזלים דברשותא דמרא קיימן ועבדים אפשר לגזלן בזה לא אמרינן דעבדי כמקרקעי.

ובאופן אחר נראה דהנה גבי חיוב שבועה דנתמעט קרקע מקרא דכסף או כלים מה הפרט מפורש דבר המטלטל וגופו ממון כדאיתא בב"מ דף נ"ז כתב כן הרמב"ם בפ"ה מה' טוען הל' א' כסף או כלים פרט לקרקעות ולעבדים שהוקשו לקרקעות והא דקרקע אינה נגזלת ונתמעט בב"ק דף קי"ז מקרא דוכחש בעמיתו בפקדון וגו' מה הפרט מפורש דבר המטלטל וגופו ממון ומייתי לה בשבועות דף ל"ז גבי קרבן שבועה, כתב הרמב"ם בהל' שבועות פ"ז הל' ד' וז"ל ולמה נפטר משום שבועת הפקדון וכו' לפי שנאמר בפקדון או בתשומת יד או בגזל או עשק את עמיתו או אבדה הכל מטלטלין שאם יודה בהן יוציא ממון מתחת ידו יצאו קרקעות שאינם מטלטלין והרי הן לפני בעליהן ובחזקתן עכ"ל ונראה דמה שהרמב"ם האריך כאן ולא כתב בקצרה כמו גבי פטור משבועה משום דגבי שבועה כתיב להדיא פרט דכסף או כלים שהוא דבר המטלטל ממש אבל הכא כתיבי דברים כלליים ולכן הסביר שמשמעותן הוא דברים שאינם בחזקת בעליהן.

ולפי"ז אף דהרמב"ם סובר גם גבי דין גזלה ודין קרבן שבועה דממעטינן עבדים שהוקשו לקרקעות וכן מפורש בשבועות דף ל"ז, אבל הרי"ף יסבור דדוקא גבי מיעוטא דשבועה דכתוב בפי' כסף או כלים ממעטינן נמי עבדים דעכ"פ לא דמו לכסף או כלים כיון שהוקשו לקרקעות, אבל בקרא דוכחש דכתוב רק פקדון וגזל נתמעטו קרקעות לפי שהן בחזקת בעליהן וא"א לגזלן, אבל עבדים שאפשר להפקידן ולגזלן לא נתמעטו מהך כלל ופרט, והגמ' דשבועות דממעט בהדיא גם עבדים יהיה כמ"ד עבדי כמקרקעי לכל מילי, ולכן ה"נ גבי דין קרקע אינה נגזלת דממעטינן נמי מהך קרא לא ממעטינן אלא קרקע ולא עבדים.

עוד הקשה הלח"מ דכיון דסובר הרי"ף דעבדי כמטלטלי לענין גזלה אמאי כתב בהא דהתוקף בעבדו של חברו ועשה בו מלאכה פטור דהוא שלא בטלו ממלאכה, דהא בגמ' אוקמו הכי למ"ד עבדא כמקרקעי לענין גזלה, אבל למ"ד כמטלטלי גם בבטלו ממלאכה פטור, וכתב ע"ז הלח"מ וז"ל, דלפי האמת נמי מוקמינן דלא קיימא למלאכה דאי קיימא למלאכה הוי דינא כתוקף ספינתו כדלקמן וכי היכי דהתם היכי דנחת לאגרא

משלם אגרא ה"נ הכא אבל השתא דלא בטלו ממלאכה אע"ג דנחת אדעתא דאגרא אינו כלום והמקשה שהקשה לרב דאמר כמקרקע הוא משום דלדידיה מוקי מילתא דרב דנחת אדעתא דגזלנותא, אבל לפי האמת אנו צריכים לתי' המתרץ אפי' שנאמר עבדי כמטלטלי דמי כדי שנעמיד מילתיה דרב בכל גווני, עכ"ד הלח"מ, ודבריו אינם ברורים דמה דסובר דבלא קיימי למלאכה אפי' נחת אדעתא דאגרא פטור, ובודאי דעתו להוכיח כן מהא דספינה דאמרינן דנחת אדעתא דאגרא חייב דוקא בקיימא לאגרא, אבל באמת לא מוכח משם כלל דהתם בלא קיימא לאגרא לא מהני נחת אדעתא דאגרא כיון דבודאי הוי גזלה וגזלן אינו נותן שכר וכן מפורש בדברי המ"מ שכתב בפ"ג הל' ח' וז"ל, וסובר הרב דאם אינה עשויה למלאכה אע"ג דנחת ליה בתורת שכירות נותן פחתה דהא גזלן הוא וכן עיקר עכ"ל, ומוכח דעיקר טעמא בשביל דהוי גזלן וא"כ בעבד דלא הוי גזלן דניחא לבעלים אפי' אינו עשוי למלאכה כיון דנחת אדעתא דאגרא ודאי משלם שכרו.

-השמטות ומלואים-

לעיל בד"ה עוד הקשה, הבאתי דברי הלח"מ שהקשה דכיון דסובר הרי"ף עבדא כמטלטלין לענין גזלה, אמאי כתב בהא דהתוקף בעבדו של חברו ועשה בו מלאכה פטור דהוא בטלו ממלאכתו ובגמ' אוקמו הכי למ"ד עבדא כקרקע דמי אבל למ"ד כמטלטלי גם בבטלו ממלאכה פטור, ותי' הלח"מ דלפי האמת נמי מוקמינן דלא קיימא למלאכה הוי דינא כתוקף ספינתו דבקיימו למלאכה ובירד אדעתא דאגרא משלם אגרא עי"ש, והקשיתי על הלח"מ במה שמבואר דבלא קיימו למלאכה אפי' ירד אדעתא דאגרא אינו משלם ודעתו להוכיח כן מהא דספינה ואינה ראי' דבספינה כיון דהוי גזלן אינו משלם שכר אע"ג שירד בתורת שכירות אבל בעבד דלא הוי גזלן דניחא לי' לבעלים אפי' אינו עשוי למלאכה כיון דנחת אדעתא דאגרא ודאי משלם שכרו, ע"כ, והדברים אינם מובנים דלשי' הרי"ף דעבדא כמטלטלין א"כ הוי גזלן וכמו גבי ספינה וודאי צדק הלח"מ בזה דאם ירד אדעתא דאגרא משלם כמו גבי ספינה ובלא קיימא למלאכה אינו משלם גם אם ירד אדעתא דאגרא. [ע"כ].

והנראה בזה דלפי"מ דסוברים הרי"ף והרמב"ם דגם בגזלת מטלטלין שבח דממילא שייך לנגזל א"כ יש לחלק בין מלאכה של עבד למלאכה של ספינה ובהמה, דספינה אינה עושה מלאכה אלא ע"י אדם וכן בהמה וכמו הא דאמר בדף צ"ו בההוא דגזל פדנא דתורי וחרש בהם דהוא שבחא דבידים והוי כמו מחמת הוצאה, דאפי' לפני יאוש השבח לגזלן אבל עבד שעשה מלאכה אף שכפו אותו לעשות אבל עיקר המלאכה עושה בעצמו, ונמצא דהשבח שנעשה מחמת מלאכתו הוי שבחא דממילא, ולכן אפי' אי עבדא

כמטלטלי דמי מן הדין שיהי' השבח לנגזל, ואף דבודאי לא דמי לשבחא דממילא דמיירי בשבח שע"ג גזלה דאומר הנגזל גזלתי השביחה, אבל הכא השבח שהשביח הוא חוץ להגזלה מ"מ כיון דחזינן דאין לגזלן בשבח הנעשה ממילא א"כ אמאי יהי' לו בשכר מלאכה שהרויח העבד והגע בעצמך אם היה העבד עושה מלאכה אצל אחרים ודאי שהיו צריכים לשלם לנגזל דהא הגזלן לא קנה את העבד, וא"כ מאי נ"מ אם עשה מלאכה אצל הגזלן גופיה, ואף דהגזלן גזל מלאכתו כיון שעשה אצלו דרך גזלה, אבל זה אינו פוטרו מתשלומין דכל מה שגזל הא צריך לשלם.

והנה בפ"ב מה' גנבה הל' ט"ז כתבנו דנחלקו הרמב"ם והרא"ש בדין גונב דלשיטת הרמב"ם גנב וגזלן שני לא נתחייב גם בתשלומי קרן, ולשיטת הרא"ש חייב השני ולא נתמעט גונב מן הגנב אלא מתשלומי כפל ולשיטת הרא"ש ודאי יש לומר דגם מה שמשביח העבד הגזול אצל הגזלן חייב הגזלן אף דהוא גזלה חדשה אחר שכבר גזלו, אלא דאפי' לדעת הרמב"ם דסובר דבגנב וגזלן שני ליכא חיוב גזלה כלל, מ"מ יש לומר דכמו דגזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו חייב השני דאף דלא נתחייב מחיובי גזלה מ"מ חייב לשלם מדין מזיק או נהנה משל חברו, ה"נ מה שמשביחה הגזלה שייך להבעלים, ודוקא בספינה ובהמה שהשבח הוא ע"י אדם ולא הוי שבחא דממילא פטור.

איברא דלשיטת הרמב"ן ודעימיה דגיזות וולדות הוי שינוי לענין גוף הגיזות וולדות, וקונה הגזלן וא"צ לשלם אלא כמו שהיו קודם הגיזה והלידה, א"כ כ"ש דאין הגזלן צריך לשלם מה שהשביחה הגזלה דזהו ודאי דבר שנשתנה ואינה גוף הגזלה, אבל לשיטת הרמב"ם דסובר דלידה וגיזה לא הוי שינוי ואינם לגזלן אלא אחר יאוש, א"כ נוכל לומר דאף דשבח שהשביחה הגזלה ודאי אין זה גוף הגזלה מ"מ יסבור הרי"ף דליכא הך דינא כלל בגזלן שיקנה היוצא מן הגזלה ולא ישלם דמים דלא ידעינן מקרא דאשר גזל, אלא היכי דקונה הגזלה בשינוי אז אינו משלם אלא כשעת הגזלה אבל אם אינו קונה הגזלה אז גם מה שנהנה או נטל משבח שהשביחה הגזלה צריך לשלם.

ועוד דמסתבר דגם הרמב"ם יודה דנתעברה אצלו וילדה אין הולד גוף הגזלה, ומ"מ סובר דאינו לגזלן לפני יאוש משום דכיון דאינו קונה הגזלה, גם מה שנתהוה שבח מהגזלה שייך לנגזל ולכן שפיר יש לומר דה"נ לענין שבח שהשביחה הגזלה במלאכה וחרישה וכה"ג ולא מיפטר הגזלן אלא בשבחא דבידים וכנ"ל:

ב) **או** שהיתה יוצאה ליסקל הק' הלח"מ דבגמ' דף צ"ח משמע דהך סיפא דמתני' איתא כר' יעקב דאמר שור שהמית ונגמר דינו החזירו שומר לבעליו מוחזר, ושו"ט שם בגמ' גבי חמץ ועעה"פ לאוקמי כרבנן וכן פירש"י שם, וא"כ קשה דבפרק י"א מה' נז"מ פסק

גבי שומר כרבנן דאינו מוחזר, ותי' הלח"מ דהרמב"ם מפרש כפירש"י דדוקא במסרו בידים פליגי רבנן ור' יעקב והכא בתפסוהו ב"ד מאליהן, וכתב הלח"מ בעצמו דקשה מה דסתם הרמב"ם והיה לו לפרש דדוקא בכה"ג, אך עוד יותר קשה דהא בה' נז"מ ג"כ סתם וכתב דהחזירו שומר אינו מוחזר וצריך לאוקמי דהתם מיירי בהתפיסו לב"ד בידים והכא מיירי בתפסו מאליהן ובודאי א"א ליישב כן.

והנה הישׁ"ש כתב זה לחלק בין גזלן לשומר אבל דבריו תמוהין כמו שהקשה עליו הש"ך בסי' שס"ג ועיין מש"כ הנתיבות, ועכ"פ בעיקר הדברים הנראים להש"ך דאם הוא היזק שא"נ גם בשומר פטור ואם ניכר גם בגזלן אינו אומר הש"ל.

והנראה בזה דהרמב"ם בודאי אינו מפרש כפירש"י דפליגי דוקא בהתפיסו בידים דהא סתם בה' נז"מ ומוכח דבכל גווני אינו מוחזר, וע"כ דבכל גווני הוי היזק ניכר כשהיה השור ביד ב"ד דמינכר היזיקו כשנגמר דינו אבל זה ודאי דכל מה דנימא דהוי היזק ניכר הוא דוקא כ"ז שהוא ביד ב"ד בעת שגמרו דינו, אבל כשיצא השור מב"ד אף שדינו ליסקל לא מינכר היזקו דעכשיו הוא ככל איסוה"נ, ולכן בזה הוא הנ"מ בין גזלן לשומר דהרמב"ם כתב כאן בכל אלה דמשלם כשעת הגזלה ואינו יכול לומר הש"ל דהרי הוא כמו שגזל כלי ושברו, ובגזל כלי ושברו כבר כתב בפ"ב הל' ט"ו דאם רצו הבעלים ליטול הכלי השבור נוטלין ומשלם הפחת, וכן כתב בפ"א מה' גנבה הל' ט"ו וא"כ בכל הני דמתני' ג"כ סובר הרמב"ם דלא קנה בשינוי דלא הוי שינוי גמור, ולא הוי אלא היזק ניכר לענין שאינו יכול לומר הש"ל, וא"כ אם נעשה בהגזלה היזק ניכר ואח"כ נתבטל ההיכר ונעשה אינו ניכר מסתבר דגזלן יכול לומר הש"ל דבשלמא אם היינו אומרים דכבר קנה בשינוי וכמש"כ התוס' בגיטין דף נ"ג ע"ב ודאי לא מהני מה דנעשה אח"כ מהיזק ניכר היזק שא"נ, אבל לשיטת הרמב"ם דלא הוי שינוי גמור רק דמקרא דחיים ידעינן דכשאינו בשלמות אינו יכול הגזלן לפטור את עצמו בו בהשבה, וא"כ כשנעשה ההיזק אינו ניכר והוי כאילו הוא שלם שפיר יכול הגזלן לפטור א"ע בהש"ל.

ומצאתי שהדבר מבואר בדברי החק יעקב הביאו הקצוה"ח בסי' שס"ג ס"א דאף דחמץ ועעה"פ אומר הש"ל אבל בתבעו תוך הפסח הוי כשרוף ואינו אומר הש"ל, והקשה הקצוה"ח דאי בתוך הפסח הוי היזק ניכר א"כ קנה בשינוי, אבל דברי החק יעקב נכונים לשיטת הרמב"ם דאפי' בהיזק ניכר אינו שינוי גמור ולכן שפיר כשמתבטל השינוי אומר הש"ל ולפי"ז שפיר נוכל לחלק בין גזלן לשומר, דבשומר מה דקודם שנגמר דינו החזירו שומר לבית בעליו מוחזר אינו מדין הש"ל. דבשומר ליכא קרא דוהשיב אלא דאף דפשע השומר מ"מ אינו חייב אלא דוקא כשלסוף נעשה ההיזק בבית השומר אבל כשהחזירו

לבית בעליו אף שאח"כ נוטלין אותו ב"ד מבית הבעלים וסוקלין אותו מ"מ פטור השומר כיון שלא נעשה ההיזק ברשותו אבל בשור שנגמר דינו כיון דאמרינן דכשהוא ביד ב"ד הוי היזק ניכר וא"כ כבר נתחייב השומר לשלם וכשנתחייב בתשלומין אינו יכול לפטור את עצמו אפי' כשאח"כ נעשה הזיק שאינו ניכר דליכא ביה קרא דוהשיב, ואינו יכול לפטור את עצמו מחיובו בשור שאינו שוה כלום.

ועכשיו מיושב שפיר דעת הרמב"ם דזה ודאי דאינו מפרש כפרש"י דסיפא ודאי כר' יעקב וכמש"כ היש"ש דזהו דוחק דכיון דרישא כרבנן סיפא נמי כרבנן ותי' הגמ' דאתפסתי' לתוראי לא מהני אלא גבי שומר דבזה הוי פלוגתייהו דרבנן ור' יעקב, אבל בגזלן רבנן מודו כיון דעכשיו אינו היזק ניכר וכנ"ל.

ומה שהקשה הש"ך על היש"ש דהא מפורש שם בברייתא דגבי גזלן נמי איכא נ"מ בין נגמר דינו ללא נגמר דינו דקתני דדוקא בלא נגמר דינו אומר הש"ל וכתב הש"ך וכמדומה לי שהמהרש"ל אגב חורפיה לא ראה סוף הסוגיא ובודאי א"א לומר כן על המהרש"ל לכן נראה דדעת המהרש"ל דהרמב"ם לא חשש לפסוק כהברייתא כיון דתנן במתני' דביוצאה ליסקל ג"כ אומר לו הש"ל ובודאי מתני' כרבנן כיון דמוקי רישא כרבנן ויש להוכיח כן מהא דאמר רב חסדא לרבה בר שמו' דתני לו הברייתא אי משכחת להו לא תימא להו ולא מידי ופרש"י משום דחדו דמשכחי תיובתא למילתי ובאמת הוא קשה טובא האם משוא פנים בדבר ותורה כתיב בה אמת ולמה לא יאמר להם הברייתא שיתברר להם האמת דלא כרב חסדא ודרבנן נמי מודו בחמץ ועעה"פ ולכן מוכח מזה דזה ודאי א"א דלרבה נמי סיפא כר' יעקב ולכן גם לרבה ברייתא לאו מתרצתא היא דפליגא אמתני' דבמתני' מוכח דבגזלן רבנן נמי מודו משום דטעמא דאתפסתא לתוראי לא מהני בגזלן ולכן שפיר אמר לו אי משכחת להו לא תימא להו ולא מידי כיון דעכ"פ ברייתא לאו מתרצתא הוא, וא"כ ליכא למיפרך מינה גם על רב חסדא ומ"מ פסק הרמב"ם כרבה כיון דלרבה אתיא מתני' כרבנן והלכה כסתם משנה ושפיר חילק בין גזלן לשומר:

הלכה ה

בד"א כשהחזיר הגזילה, אבל אם נשרפה הגזילה או אבדה אחר שנאסרה בהנאה חייב להחזיר לו דמיה כשעת הגזילה, לפיכך אם כפר בו אחר שנאסרה בהנאה ונשבע חייב לשלם קרן וחומש ואשם.

השגת הראב"ד: וחומש ואשם וכו'. א"א דוקא דקאי ההוא מידי דכפר ביה באגם דאפשר דמיגניב מהתם וממונא מעליא בעי לשלומי הילכך ממונא קא כפר ליה, אבל איתיה להההוא מידי תותי ידיה דמצי לאהדורי לאלתר פטור דלאו ממונא קא כפר ליה

והכי איתא בגמ' עכ"ל.

כתב המ"מ וז"ל ומ"ש הרב המשיג ז"ל דאם איתא תותי ידיה פטור אפשר שחלק בהם רבינו דע"כ לא אמרינן הכי אלא דוקא גבי שורי גנבת והוא אומר ש"ח אני עליו דאע"ג דפטר עצמו מגנבה ואבדה ונשבע על כן והודה כיון דמודה בעיקרו ואמר לו הילך פטור, אבל היכי דכפר ביה אע"ג דבידיה הוא כיון דאי מיגניב ממונא בעי לשלומי השתא נמי ממונא קא כפר ליה עכ"ל ונראה לי בבאור מחלוקת הרמב"ם והראב"ד דיש לחקור בהא דאמר בגמ' שורי גנבת איך הדין באומר שורי שאלת והוא אומר ש"ח אני עליו דבזה נמי אי מיגניב או מיתביד חייב באחריותו וכשאומר ש"ח אני כפר ממון ולכאורה היה נראה פשוט דמדאמר רבה שורי גנבת דדוקא גנבת דכבר נתחייב בתשלומין וכשאומר לו ש"ח אני עליו כופר לו ממון אם יגנב או יאבד אבל בשורי שאלת דאכתי לא נתחייב לו ממון ואפי' למ"ד דשומרין מתחייבין משעת משיכה, כבר כתב הריטב"א בב"מ דף צ"ח הובא בש"מ שם וז"ל דאפי' למ"ד התם דחיוב שואל מחייב משעת משיכה לאו דמחייב חיוב גמור לאלתר דהא ודאי כל כמה שהוא בחיים כל היכי דאיתא ברשותא דמארי' איתא וליכא על השומר שום חיוב וכו' עכ"ל ועיין בקצוה"ח סי' ש"מ סק"ד שהאריך בזה דשומרין לא דמו לגנב וגזלן אפי' למ"ד משעת משיכה וא"כ לא הוי אכתי בשורי שאלת כפירת ממון כיון דאכתי לא נתחייב ממון ממש.

אכן ח"א הרב הגאון הרא"ש שי' העירני דמדברי הראב"ד ובעה"מ הובאו דבריהם בש"מ פ' השואל דף צ"ח ע"ב מוכח דבשורי שאלת נמי דינא הכי דבמה שחולקים שם הרז"ה והראב"ד אם בפקדון דקיימא באגם הוי הילך כתב הראב"ד להרז"ה וז"ל, וכן אתה אומר בכל פקדון שהוא בעין דהילך הוא השכחת תרדא כי תניא ההיא דא"ל הילך כי קאמינא אנא דקיימא באגם אלמא קיימא באגם לא הילך הוא והרז"ה השיב וז"ל כתבת השכחת תרדא וכו' כי רחוק הוא הענין מענין מודה במקצת ועל טעמא דרבא קיימינן התם דאמר רבא שורי גנבת והוא אומר לא גנבתי מה טיבו אצלך וכו' אלמא אע"ג דהוא קאי כיון דאדיהיב ליה מיגנב ממונא קא כפר ליה השתא ממונא כפר ליה וכל היכי דקאי ואינו משיבו לאלתר מיד ליד איתיה להאי טעמא וכו' הילכך אין ללמוד הילך שכולל הודאה כגון זה דרב ששת מהילך שיש בו כפירה כגון מימריה דרבא בשורי גנבת וכו' ומוכח מדברי שניהם דבעיקר מילתא מדמו פקדון לגנבה וגבי שורי שאלת נמי חייב דאל"כ אין ראיה כלל מזה לזה.

אכן כשנעיין במה שהשיב הרז"ה שנית להראב"ד נראה דבאמת לבד מה שרצה הרז"ה לחלק מהילך שאין בו כפירה להילך שיש בו כפירה הוא חולק גם בעיקר מילתא וסובר

דפקדון לא דמי לגנבה, דהראב"ד השיב להרז"ה וז"ל עוד אתה מחזיק לומר כי כל פקדון מאחר שמודה בו הילך הוא ואפי' עומד באגם ותגא דמלכא דלא מעיקר סברא אמרת לה ולא עבדת בה עובדא דהא רב ששת דאמר הילך פטור מפרש טעמיה כיון דאמר לו הילך כמאן דתפיס ליה דמי' ומאי דקא טען ליה לא קא מודה ביה ואני רואה בענין התרדא שכל זמן שהיא עמדת באגם אע"פ שמודה נחשבת ככפירה הואיל דאפשר דמיגנבה מהתם ולא כתפיס ליה דמיא וכו' וע"ז השיב הרז"ה וז"ל עוד קפצת ונשבעת שאין תורת הילך בדקיימא באגם וראייתך מן התרדא בענין הראשון ואיני יודע מה אשיבך ע"ז חוץ ממה שהשבתיך כבר כי [אין] הנדון דומה לראיה כי בראייתך מן התרדא בענין שורי גנבת וכו' אי קאי באגם ומיגניב ומיתביד מהתם דלא אתא לידיה לאו ממונא קא כפר ליה שהרי הוא מודה בדין השמירה שהוא שומר בה עכ"ל ודברי הרז"ה אינם מובנים דהא דנים לענין פקדון אי מיקרי הילך וכתב הראב"ד דכמו דלענין כפירה מיחשב כפירה הך דאילו מיגניב ה"נ לענין הודאה מיחשב הודאה מה שנתחייב בחיוב דאילו מיגניב ולא הוי הילך לומר דאינו מודה לו בחיוב דשפיר מודה לו בחיוב כיון דאילו מיגניב וא"כ מה הוא משיב להראב"ד דלאו ממונא קא כפר ליה שהרי הוא מודה בדין השמירה, כלפי לייא, ואדרבא מכיון שהוא מודה בדין השמירה ושהוא מחוייב אי מיגניב או מיתביד א"כ שפיר הוי הודאה.

ולכן ברור דיש כאן חסרון דברים וכאן בא לומר דפקדון לא דמי לגנבה גם לגבי כפירת ממון דקרבן שבועה, ואי כפר ליה בכה"ג כמו בשורי שאלת והוא אומר ש"ח אני עליו לאו ממונא קא כפר ליה, כיון דבעיקר דין השמירה הוא מודה ומה דיש נ"מ בפרטי חיוב אונסין דשואל חייב באונסין וש"ח פטור לא הוי כפירת ממון, אלא דזה ודאי מוכח דעיקר דין חיוב השמירה סובר הרז"ה דנמי הוי כפירת ממון ואם יכפור לו עיקר דין חיוב שמירה הוי כפירת ממון, והיינו באופן דאינו יכול לפטור את עצמו קודם חזרה לבית המפקיד מחיוב שמירתו וכמו הא דקיימא באגם דכיון דנתן לו מביתו אינו יכול לפטור עצמו כשאומר לו שהבהמה באגם אלא דלפי"ז אכתי יקשה אמאי הוי הילך כשמודה לו בפקדון דקיימא באגם דהא מודה לו בחיוב שמירתו כיון דכה"ג אם יכפור הוי כפירת ממון.

וצריך לומר דבזה באמת עומד הרז"ה על דעתו במה שכתבו מקודם לחלק בין כפירת ממון להודאת ממון דכפירת ממון כיון דכופר בשום חיוב של שמירה הוי כפירת ממון אבל בהודאת ממון כיון דאכתי לא נגנב לא קרינן ביה כי הוא זה ואין כאן הודאה בממון מבורר, וזהו שכתב הרז"ה איני יודע מה אשיבך חוץ ממה שהשיבותיך כבר שבעיקר

הדבר לענין מחלוקתם אי פקדון מיקרי הילכך עומד הוא על דעתו, רק דכאן הוסיף דמה דמוכח מדברי הראב"ד דכה"ג גבי פקדון יהי' כפירת ממון מוסיף לו הרז"ה דבאמת גבי פקדון כה"ג אם תובעו בפקדון ומודה לו בפקדון אף דכופר לו פרטי חיוב לגבי אונסין לאו ממונא קא כפר ליה.

ואפשר דהרז"ה והראב"ד חולקים בדין דבר שאינו מסויים לגבי שבועה דכבר כתבנו דהרמב"ם השמיט דין דבר שאינו מסויים ואפשר לומר דדין חיוב שמירה זהו גדר שאינו מסויים ויש לעיין בזה.

ובעיקר מילתא אם גבי פקדון נמי הוי כפירת ממון אם כופר בפרטי החיוב יש לומר דהראב"ד הולך לשיטתו ממה דסובר כאן בהשגה דאם הוא בידו פטור מקרבן שבועה וטעמא בעי ולכאורה דברי המ"מ נכונים דמה מהני מה שהוא בידו כיון שאינו מודה וצריך לומר בדעת הראב"ד דכיון דעכשיו אם היה נותנו לו אינו שוה כלום לא הוי כפירת ממון ולא דמי לקיימא באגם דאינו יכול ליתנו לו עכשיו וע"כ צריך הוא להודות בחיוב של ממון אבל כשהוא בידו אינו כופר לו דבר ששוה ממון ונוכל לומר דזה תליא במה שחקרנו אם בשורי שאלת והוא אומר ש"ח אני עליו נמי הוי כפירת ממון, דאם נימא דלא הוי כפירת ממון אלא בשורי גנבת וטעמא דכבר יש חיוב ממון וכשפוטר עצמו בש"ח אני עליו כיון דאיכא נ"מ באילו מיגניב או מיתביד הוי כפירת ממון וכן מה דמוכיח הגמ' מזה לענין חמץ ועבר עליו הפסח ונשבע עליו הוא נמי כיון דכבר נתחייב לו ממון רק דיכול לפטור עצמו בהשבת הגזלה וכיון דאיכא נ"מ לענין מיגניב או מיתביד הוי כפירת ממון אבל עיקר הכפירת ממון הוא עצם החיוב, לפי"ז גבי חמץ כיון דאינו מודה לו אפי' ישנו בידו לא מהני כיון דבעיקר כפר לו חיוב ממון ורק שהוא יכול לפטור עצמו בהחמץ וכיון שאם יגנב החמץ ע"כ יצטרך לשלם ממון הוי כפירת ממון אבל אם גבי שורי שאלת נמי הוי כפירת ממון וחזינן דאין עיקר החיוב משום שכבר נתחייב ממון דהא בשורי שאלת אכתי לא נתחייב וכמש"כ וע"כ דעיקר החיוב הוא רק בשביל הנ"מ דכיון דיש נ"מ בכפירתו הא דאילו מיגניב או מיתביד משום זה אמרינן דממונא קא כפר לו ולכן בישנו בידו דבאמת עכשיו ליכא שום נ"מ בכפירתו דאם היה נותן לו עכשיו אינו שוה כלום לא הוי כפירת ממון.

ואפשר דהראב"ד סובר דגם גזלן שנתחייב בתשלומין הוא לא דנעשו עליו עכשיו שני חיובים בהשבת הגזלה ובתשלומי הממון דכ"ז שהוא בעין ומחוייב בהשבה אינו מחוייב בתשלומין אלא דנעשה עליו דין שאם יאבד ולא יהי' לו להשיב יתחייב לשלם וסובר דאין נ"מ בין גזלן לשומר ויש לעיין בזה אבל עכ"פ זה ודאי דתליא בעיקר דין ממונא קא

כפר ליה אם הנ"מ דאי מיגניב לבד עושה דהוי כפירת ממון ולפי"ז ה"ה בשורי שאלת ולכן כשישנו בידו דליכא נמי דאלו מיגניב לא הוי כפירת ממון וזהו דעת הראב"ד ואם עיקר כפירת ממון הוא מה שכופר לו בחיוב התשלומין אלא דצריך לזה שיהי' חילוק בדין וכיון שאם יגנב יצטרך לשלם הוי כפירת ממון ולכן בחמץ אפי' ישנו בידו כיון דאין הא דאילו מיגניב הכפירת ממון אלא הכפירה בחיוב תשלומין, וחילוק בדין יש כאן אם אח"כ יגנב כיון שאינו מודה לו, וכנ"ל:

הלכה י

מי שהיה לו צמר וסמנין שרויין, ובא אחד וצבע הצמר בסמנין שלא מדעת חבירו, משלם לו דמי מה שהפסיד בצמר, ואינו מחשב לו שבח סמנין שעל גבי הצמר, ואם תפש הניזק דמי מה שחסרו מן הסמנין אין מוציאין מידו.

השגת הראב"ד: צמר וסמנין וכו'. א"א על בבא ראשונה דמשלם לו [דמי] מה שהפסיד בצמר ר"ל וזה הצבע והשבח אין הכל שוה אלא דמי הצמר עכ"ל ועל בבא שניה דאינו מחשב לו שבח סמנין שע"ג הצמר כתב נ"ל שיש כאן שבוש והכי איבעי ליה למימר אינו משלם לו מה שהפסיד בסמנין ומחשב לו שבח סמנין שע"ג צמר ואם תפס הניזק וכו' עכ"ל.

עיין מש"כ המ"מ, והלח"מ מפרש דמה שכתב כגון שהצמר נגרע מערכו היינו שהוזל יותר מצמר לבן, וכן פי' הלח"מ כונת הרמב"ם שבעד מה שהוזל הצמר משלם לו ובעד הסמנין אינו משלם לו, ותמה הלח"מ על ד' הראב"ד שרוצה לפרש שהצמר הצבוע הוא שוה כמו צמר לבן, דאיך שייך ע"ז לשון הרמב"ם דמשלם לו מה שהפסיד בצמר, ואני תמה על הלח"מ שפי' כן דברי המ"מ דלדבריו מה זה שכתב המ"מ והוא שלא נחשב שבח הצבע עתה בכלום, דמה שייך שבח הצמר כיון שקלקל, וגם איני יודע איך מפרש הלח"מ דברי הרמב"ם שכתב ואינו מחשב לו שבח סמנין שע"ג הצמר דמה יחשוב לו כיון שקלקל, ואם כונתו ג"כ כדעת הראב"ד להגיה ומחשב לו שבח סמנין שע"ג הצמר, ונאמר דהכונה שמחשב לו המזיק לבעל הצמר והצבע השבח סמנין, ולכן אינו משלם לו בעד הסמנין גם זה קשה בסברא דכיון שקלקל איזה שבח יש כאן ועיקר הדין מובן קצת דנאמר דעכ"פ הסמנין מונחים ע"ג הצמר אבל לשון שבח דכן הוא בגמ' קשה טובא דמאיזה טעם נאמר יש שבח סמנין כיון שלא השביחו כלום.

ועוד קשה לדעת הלח"מ במה שכתב דהרמב"ם מפרש הא דאמר בגמ' דזל צבעא היינו דהוזל יותר מצמר לבן דלאיזה טעם פירש הרמב"ם כן ופסק משום זה דצריך לשלם בעד הצמר שהוזל דהא בגמ' לא הוזכר זה כלל וברווחא היה יכול לפרש דאינו שוה אלא

כצמר לבן ואין כאן תשלומין בעד הצמר ולא היה צריך להוסיף מה שלא הוזכר בגמ'.

והנראה דהרמב"ם מפרש ג"כ דלא זל הצמר אלא עד כדי הצמר לבן וכמו שפי' הראב"ד דבריו, ומ"מ סובר דצריך לשלם בשביל קלקול הצמר דסבר דצמר צבוע משלמים עבורו בשביל הצמר ובשביל הצבע, ולכן אף דעכשיו הוזל צמר צבוע ואינו שוה אלא כמו צמר לבן מ"מ כשמשלמים בעד צמר צבוע יש בהדמים בשביל הצמר ובשביל הצבע, אלא דבשעה זו יש לצמר לבן ערך אחר מאיזה טעם אבל צבוע כיון שאינו לבן הדמים הוא בשביל הצמר וצבע, ולכן הצמר הלבן עכשיו הופחת מערכו מצד עצמו כמו למשל אם היו נותנים קודם בעד צמר לבן י' דינרים ובעד צמר צבוע כ' ועכשיו נותנים בעד צמר צבוע י', אנו אומרים דגם עכשיו דמי הצמר הצבוע הם חצי בעד הצמר וחצי בעד הצבע, ולכן כשצבע הצמר הלבן עכשיו שזל צבעא קלקל שני הדברים כיון דכל אחד בפ"ע שוה י' ועכשיו ביחד אינו שוה אלא י' ולכן סובר הרמב"ם דבעיא דגמ' אינו אלא על הצבע ולא על הצמר והסברא פשוטה דלגבי הצמר הוא מזיק גמור דהא גזל צמר וצבעו קנאו בשינוי, ולכן מה שהופחת הצמר מערכו לפי מה שהיה שוה צמר לבן ולפי הדמים שמשלמים עכשיו בעד חלק הצמר זה ודאי צריך לשלם אבל בעד מה שהופחת הצבע אינו צריך לשלם אם יש שבח סימנים על גבי צמר.

ומבואר מה שהגיה הראב"ד ומחשב לו שבח סימנים שעל גבי צמר היינו דמשו"ה אינו משלם לו בעד הצבע, אבל בלשון המ"מ נראה דכונתו ליישב דברי הרמב"ם כפי גירסתנו דמה שכתב משלם לו דמי מה שהפסיד בצמר ואינו מחשב לו שבח סימנים, והיינו שהדמים שעל גבי צמר היא הכל לדין דמי הצמר שאינו מחשב לו שבח הסימנים, והיינו שהדמים שנותנים בעד חלק הצבע אינו מחשב לו בחשבון הצמר, ואח"כ כתב ואם תפש הניזק מה שחסרו מן הסמנין אין מוציאין מידו והיינו דבלא תפיסה אינו משלם בעד הסמנין דשמא יש שבח סמנין ע"ג צמר, אבל לגבי הצמר אף דיש שבח סמנין ע"ג צמר מ"מ אינו מחשב לו וכנ"ל, ומובן עכשיו לשון המ"מ שכתב וז"ל ויהי' פי' המאמר כך כגון שהצמר נגרע מערכו אשר הי' מתחלה והוא שלא נחשב שבח הצבע עתה בכלום זהו שמשלם לו אבל אינו משלם דמי הסמנין כלל אע"פ שחסרו מן הסמנין, ואף דמשמע מלשונו שבא לומר כן לפי הגהת הראב"ד אולי יש כאן קצת חסרון בדבריו, ואולי כונתו לומר בעצמו דרק התשלומין בעד הצמר והפטור בעד הצבע, וכפי"מ שבארנו, ובלשון הרמב"ם מפרש כפי הגהת הראב"ד, אבל באמת אין צורך להגהה כיון שדברי הרמב"ם מבוארין כמש"כ:

הלכה יב

הגביה את החבית ליטול ממנה רביעית נתחייב באונסיה אע"פ שלא נטל, אבל אם הגביה את הכיס ליטול ממנה דינר וכיוצא בכיס מדברים שאינן גוף אחד הרי זה ספק אם נתחייב בכל הכיס או לא נתחייב אלא בדינר בלבד.

השגת הראב"ד: הגביה את הכיס וכו'. א"א לא מיחוור גבן הא מילתא דאם לא חשב ליטול ממנה אלא רביעית שיהא חייב בכולה אפי' לא נטל אלא מפני שהגביהה לגזול את כולה ולא נטל עכשיו אלא רביעית שהוא חייב בכולה ואמר שמואל לא נטל נטל ממש אלא אפי' [לא] נטל ואפי' למ"ד שליחות יד צריכה חסרון. ונטל רביעית דקתני רבותא קאמר דסד"א כיון דלא נטל אלא רביעית בטלה ליה מחשבתו קמייתא ולא מיחייב אלא ברביעית קמ"ל, ובעיא דרב אשי בארנקי נמי בשהגביהו ליטול את כולו ואליבא דמ"ד צריכה חסרון ואנן קיי"ל דאין צריכה חסרון וחייב בכל הכיס. וכל מה שבפנים שבוש הוא עכ"ל.

כ' המ"מ וז"ל והר"מ ז"ל פירש בשהגביה על (מנת) [דעת] ליטול ממנה רביעית וכו' וסובר ג"כ דבעיא דרב אשי בארנקי אפי' למ"ד שליחות יד אינה צריכה חסרון דדילמא אחר שהוא לא היתה כונתו לשלוח יד בכולו לא מיקרי בכי הא שליחות יד לחייבו על השאר מיהו קשה לזה קצת דהא בההיא דשמואל אמר לימא קסבר שמואל שליחות יד אינה צריכה חסרון אלמא אי ס"ל דאינה צריכה חסרון אפי' בלא טענת בסיס מתחייב בכל וכן הדין בארנקי, וזה דעת הרב אלפס ז"ל שהשמיט בעיא זו דרב אשי דארנקי, ויש לומר דכי דחו ה"ק לא לעולם דין צריכה חסרון או אינה צריכה אינו תלוי בכך עכ"ל.

ודברי המ"מ אינם מבוארים דלפי דבריו דאחר דאמר בגמ' לא שאני הכא דניחא ליה דתיהוי הא חבית כולה בסיס להאי רביעית חזר בו וסבר דבהא דחבית אי לאו הך סברא דבסיס הוי מודו כ"ע דצריכה חסרון משום דלא רצה ליקח אלא מקצתו ולפי"ז מ"ד אינה צריכה חסרון הוא דוקא בנתכוין ליטול כולו, וקשה מהא דדף מ"א דחד אמר שנטלה ע"מ לגוזלה וחד אמר ע"מ לשלוח בה יד וקא מיפלגי אי ש"י צ"ח ואם מ"ד אצ"ח הוא דוקא בנתכוין ליטול כולו. א"כ היינו ע"מ לגוזלה, ועמד ע"ז המוהר"א ששון בת' סי' ק"ב וציינו הש"ך בסי' רצ"ב ותירץ דש"י הוא בנוטל ע"מ לשלם וזה הנ"מ בין גזל לש"י, וכדבריו כתב הריטב"א בש"מ ואף שהביא זה בשם הרמב"ן, בחידושיו דף מ"א ובמלחמות לא משמע כן. אלא דחדוש דין דשליחות יד הוא דאפי' נתכוין ליטול מקצת וכדברי הריטב"א צריך לומר בדעת הראב"ד דלפי שיטתו ע"כ זהו החילוק בין גזל לשליחות יד, אבל בדברי הרמב"ם קשה לבאר כן דלא הזכיר ש"י הוא ע"מ לשלם.

ועוד קשה דהא עכ"פ משמע בגמ' דנטל ממנה רביעית חייב אפי' לא הגביה מעיקרא אלא ע"מ ליטול מקצת ואפי' בלא טעמא דבסיס, וכן כ' המוהר"א ששון. וא"כ יש לנו תרי גווני שליחות יד והיינו שלח יד ונטל מקצת חייב בכולו אפי' לא נתכוין אלא ליטול מקצתו, ושלח יד ולא נטל דקיי"ל דש"י אצ"ח אינו חייב אלא בנתכוין לגזול כולו אם לא בהא דבסיס, ותמיהני מנ"ל תרי גווני שליחות יד מקרא, דבקרא איכא חד דינא דש"י וע"ז קיי"ל דאצ"ח ואם זהו בנתכוין ליטול כולו מנ"ל בנתכוין ליטול מקצת ונטל דחייב בכולו.

והנראה בדעת הרמב"ם דאין כוונתו כלל לסברא דבסיס דאמר בגמ' בתי' דשמואל לומר דאפי' מ"ד צ"ח הכא מודה משום דניחא ליה דתיהוי האי חבית כולה בסיס להאי רביעית דהא לא הזכיר זה כלל וכתב וכיוצא בכיס מדברים שאינן גוף אחד א"כ אם הגביה ככר גדול ליטול מקצתו ודאי חייב אפי' בלא סברא דבסיס, ודעת הרמב"ם דבעיא דרב אשי הוי ודאי אליבא דהלכתא דקיי"ל אצ"ח, אלא משום דזה ודאי דמה דאמרינן דשליחות יד במקצת מחייבו בכולו הוא דוקא אם המקצת שייך לכולו וזהו דוקא בגוף אחד, אבל בהפקיד אצלו הרבה דינרים והנפקד הניחם בעצמו בכיס שלו, ואח"כ יגביה כיס שלו ליטול דינר אחד ודאי לא שייך לקיחת דינר האחד לשאר הדינרים דכל דינר ודינר הוי פקדון בפ"ע ולכן זה ודאי דכדהוי סבר מעיקרא לומר דהגביה את החבית ליטול רביעית תליא בהא דש"י צ"ח או אצ"ח היינו נמי משום דידע דחמרא לא מינטר אלא אגב חמרא והוי כמו גוף אחד, אלא דלא ידע מהך סברא דכיון דניחא ליה דתיהוי חבית כולה בסיס להאי רביעית הוי כמו שנטל כל החבית, אבל היכי דהמקצת לא שייך כלל לכולו הוי כמו הרבה פקדונות והגביה ליטול מקצת לא נתחייב בכולו, ולכן שפיר בעי רב אשי בארנקי להלכה אי אמרינן דהוי כגוף אחד דשאני נטירותא דארנקי מנטירותא דדינר.

אלא דלפי"ז צריכים אנו לומר דבחבית שמן נמי יהי' האבעיא כמו בדינר אפי' למ"ד אין צריכה חסרון וזהו שלא כדברי התוס' שהקשו בדף מ"א במאי דתלי הגמ' הפלוגתא דמ"ד שנטלה ע"מ לגוזלה. ומ"ד שנטלה ע"מ לשלוח בה יד דתליא אי ש"י צ"ח והקשו בתוס' דהא בחבית אמר לקמן דכו"ע מודו ותירצו דמתני' איירי בשמן ולדעת הרמב"ם ישאר קושיית התוס', דא"א לאוקמי בשמן דא"כ גם למ"ד אצ"ח הוי ספק ובאמת תי' התוס' אינו מרווח דמאי דוחקא להעמיד מת' בשמן ואין לומר משום דסתמא קתני. דגם האוקימתא שנטלה ע"מ לגזלה אינה מסתמא דסתם טלטלה גבי נפקד הוי לשלוח בה יד.

ונראה בדעת הרמב"ם דבאמת הך מ"ד שנטלה ע"מ לגוזלה לית ליה האי סברא דניחא

לי' דתיהוי חבית כולה בסיס והוי כמו שנטל כולו, והגמ' משני רק אליבא דשמואל דאינו מוכרח לומר דשמואל יסבור ש"י אצ"ח דשאני הכא דאיכא סברא דבסיס, ומצי סבר כמ"ד צ"ח אבל מ"ד שנטלה ע"מ לגוזלה לית ליה סברא דבסיס לומר דמשום זה אצ"ח, אבל סברא דחמרא לא מינטר אלא אגב חמרא ודאי הכי הוא לכו"ע. ולכן למ"ד אצ"ח שפיר הוי גוף אחד וכמש"כ.

אח"כ ראיתי דביסוד תירוצי כיונתי לדברי הנתיבות ורק שכתב בעיקר הדברים ליישב דעת המ"מ דמה דאמרינן ש"י אצ"ח הוא בהגביה ליטול את כולו, וכדעת המוהר"א ששון דהחילוק מש"י לגזל הוא דש"י בנוטל ע"מ לשלם, וכבר כתבתי דאינו מיושב, אך הנתיבות הוסיף לומר דש"י הוא דוקא בנוטל ע"מ לשלם ובזה הוא דאמרינן דשלח יד ע"מ ליטול מקצת ונטל מקצת חייב, אבל בנתכוין ליטול שלא ע"מ לשלם דזהו גזל אינו חייב אלא על מה שנטל, וכן קבע להלכה בחדושים והדברים תמוהים דלבד דלא נזכר לא ברמב"ם ולא בטור דש"י הוא דוקא בנוטל ע"מ לשלם, לבד זה הוא תמוה טובא דאיך אפשר דאם יטול ע"מ לשלם יתחייב וע"מ שלא לשלם לא יתחייב עוד כתב ליישב קושיית התוספות דגוף אחד הוי גם בשמן דהא הוא בלול בחבית ומ"מ בסיס לא הוי ודבריו תמוהין דאם נימא דזה שהוא בלול בחבית סגי דהוי כגוף אחד, א"כ מה אמר רב אשי חמרא הוא דלא מינטר אלא אגב חמרא, כיון דר"א לא מיירי לענין סברא דבסיס אלא לענין סברא דהוי כגוף אחד, ואולי כונתו דזה ודאי דסברא דבלול מהני דהוי כמו גוף אחד, ובודאי בזה איכא חילוק בין חבית יין ושמן לארנקי, אלא דלפי מה דחידש הגמ' דניחא ליה דתיהוי חבית כולה בסיס להאי רביעית ומהני אפי' למ"ד צ"ח, א"כ מסתבר דבהך סברא סגי דליהוי נמי כגוף אחד כיון דמצטרף לשמירתו ולכן בעי אי בארנקי נמי איכא מעליותא דשאני נטירותא דארנקי, ומ"מ לא משמע כן, ופשטות דברי הגמ' משמע דהך טעמא דחמרא לא מינטר אלא אגב חמרא הוא דמהני להלכה כיון דנימא דרב אשי להלכה בעי. ולכן נראה יותר כמש"כ, ואף דלפי"ז למה בעי רב אשי בארנקי דהו"מ למיבעי בשמן לא קשה דכיון דמשמע דסתם חבית הוא חבית יין בעי בארנקי דינרין וגם אשמעינן סברא דאפי' בדינרים שהם מפורדים לגמרי אפשר דמהני סברא דשאני נטירותא וכו':

הלכה טז

החוטף משכון מיד הלוה שלא ברשות בית דין הרי זה גזלן אע"פ שהוא חייב לו ואין צריך לומר אם נכנס לתוך בית [חבירו] ומשכנו שהוא גזלן שנאמר בחוץ תעמוד.

השגת הראב"ד: החוטף משכון וכו'. א"א לא מיחוורא הא מילתא אע"פ שאמרה

המשנה הנגזל כיצד היו מעידין אותו שנכנס לתוך ביתו למשכנו שלא ברשות וכו', התם הוא דאשתכח דלא הוי [חייב] כלום ועוד הרי פי' הרב ז"ל לפי שאין מקבלין שבועה להכחיש את העדים אבל משום פסול גזלנות לא מהפכינן ליה וגבי נסכא נמי אמרינן לישתבע הא קא מודה עכ"ל.

כ' המ"מ: החוטף משכון וכו'. יצא לו לרב מן המשנה וכו' דאמר הנגזל כיצד וכו' והר"א ז"ל העמידה בדאשתכח דלא הוה כלום, ואין נראה כן מלשון המשנה דאמר שלא ברשות, וכ"נ מדברי הרב אבן מיגש ז"ל שפירש זה לשונו שם שלא ברשות הבעלים ושלא ברשות ב"ד עכ"ל.

והנה לכאורה משמע דהראב"ד מפרש שנתברר שלא הי' חייב לו, אבל באמת א"צ לפרש כן מלבד דקשה הדבר שיתברר שלא הי' חייב לו דהא אין למצוא ע"ז עדים ולא ראינו אינה ראיה ואף דאפשר שיוכחש התובע בתביעתו שיתברר שבאותו זמן שתובע לא לוה אבל הוא דוחק גדול, אלא דא"צ לזה כלל דכיון שהתופס לא בירר טענתו ויצא הנתבע זכאי בב"ד הוי כמו שנמצא דלא הי' חייב לו, וממילא מה שחטף משכון הוי גזלה דכל חוטף מחבירו חפץ בפני עדים וטוען אתה חייב לי כיון דאינו נאמן בלא עדים לומר אתה חייב לי ממילא נעשה גזלן.

ומ"מ קושיית המ"מ במקומה עומדת דלפי"ז לא הוי צריך למתני שלא ברשות דהיינו שלא ברשות בעלים וב"ד כמו שפי' הר"י מיגש דכיון דמיירי דלא הי' חייב לו פשיטא דהוא שלא ברשות ובע"כ מדתנן שלא ברשות הוא לומר דאפי' באמת חייב לו, מ"מ נעשה דין גזלן על מה שחטף משכונו שלא ברשות, ואף דתנן נשבע ונוטל, ולא תנן דהגזלן גובה חובו היינו משום דזה לא צריך להשמיענו שאם יברר בעדים שחייב לו בודאי יגבה.

אכן קשה טובא דהר"י מיגש שהוכיח המ"מ מדבריו דאפי' אם חייב לו באמת הוי גזלן מוכח דסובר דתופס למשכון לא נפסל לשבועה כמו שאביא דבריו בפ"ד הל' י"א אם לא דנימא דהר"י מיגש מחלק בין לדון בו תקנת נגזל ובין עיקר דין גזלן, דאף דלא נעשה גזלן מה"ת כשתפס למשכון מ"מ לדין תקנת נגזל יש לו דין גזלן, ויש לומר עוד יותר דאפי' נימא דתופס למשכון אין לו דין גזלן. אבל כ"ז אם הי' תופס חפץ מבורר בפני עדים דחזינן דאין דעתו לגזול אלא לתפוס בעד חובו, אבל אם תופס כמה חפצים שלא ראו העדים כמה תפס, כמו דמיירי מתני' שפיר דיינינן ביה דין נגזל כיון שתפס שלא ברשות באופן שיוכל לגזול ולא להחזיר מה שנטל, לכן מהשתא דיינינן ביה דין תקנת נגזל, ומ"מ לגבי דין לפסלו לשבועה אפי' נטל שלא ברשות ושלא בפני עדים כיון דנאמן

ע"י הפה שאסר שלא הי' כונתו לגזול לא נפסל לשבועה בשביל שעבר על לא תבוא אל ביתו.

ולפי"ז בעיקר מחלוקת הרמב"ם והראב"ד יסבור הר"י מיגש כהראב"ד דתופס למשכון חפץ ידוע בפני עדים לא הוי גזלן דלא הוי רשע דחמס כיון שלא הי' כונתו לגזול ממון, וזהו דלא כדעת המ"מ שהביא מדברי הר"י מיגש ראיה לשיטת הרמב"ם ודוחק לומר דהמ"מ מביא מד' הר"י מיגש לסתור עכ"פ פי' הראב"ד. ובדעת המ"מ יש לומר דסובר דכיון דמתני' אמרה ע"ז נגזל מוכח דיש לו דין גזלן להתחייב באונסין, דאף דאמרינן דשלא ברשות ב"ד חייב בהשבת העבוט ומוכח דקונה משכון מ"מ כיון דלא הי' לו רשות לתפוס נעשה גזלן, אלא דכשעבר וגזל קנה בקנין משכון כנגד חובו, וכמו דמהני קנין גזלה לענין שיקנה ביאוש ושינוי וילפינן לה בתמורה מאשר גזל, ה"נ ילפינן לזה מדין השבת העבוט דמרבינן השב תשיב אפי' למשכנו שלא ברשות ב"ד, ומוכח מזה דקנה המשכון לענין קנין משכון, אך כ"ז לענין אחריות גזילה אבל שיהי' גזלן לפסול לעדות ולשבועה אפשר דצריך לזה רשע דחמס שיגזול ממון אחרים. וה"נ יש לומר דגונב ע"מ למיקט אף דעובר בלא תגנוב מ"מ אינו רשע דחמס דכיון דאין כונתו ליקח ממון אחרים ליהנות בהם אינו חמס, ולכן שפיר סובר הר"י מיגש דחוטף חפץ ומשכון כיון דנאמן שחייב לו משום הפה שאסר לא נפסל לעדות ולשבועה.

ושיטה זו מבוררה בדברי המ"מ פ"ג מהל' מלוה הל' ד' במש"כ הרמב"ם עבר בע"ח ונכנס לבית הלוה ומשכנו. או שחטף המשכון מידו בזרוע אינו לוקה שהרי ניתק לעשה שנאמר השב תשיב לו את העבוט, והשיג עליו הראב"ד וכתב וז"ל א"א שבוש הוא זה אלא מפני שנתחייב באחריותו כדכתיבנה לעיל. וכתב ע"ז המ"מ ודעת רבינו שאין זה לאו הניתן לתשלומין, שהרי לא אסרה תורה זה מחמת הפקעת ממון חבירו שהרי נוטלו בחובו ואין זה לא גנב ולא גזלן אלא גזה"כ היתה שלא לעשות כל אדם דין לעצמו, ואין זה לאו הניתן לתשלומין שהרי הלוה והמלוה אין מחלוקתן עכשיו בממון כלל אבל הוא לאו שניתק לעשה ואם לא קיים העשה לוקה, עכ"ל, ודברי המ"מ תמוהים דהא כתב כאן הרמב"ם להדיא דחוטף משכון שלא ברשות ה"ז גזלן, וכבר העיר שם מזה המחנה אפרים בחידושיו על הרמב"ם וכתב דמש"כ שם הרמב"ם אבד או נשרף היינו בפשיעה ומתחייב בשביל חיובי שומרים שנתחייב בשעת האונס, וא"צ לחיוב תשלומין של גזילה, ואם היו נכונים דבריו לא היו מספיקים אלא ליישב דעת הרמב"ם מהשגת הראב"ד, אבל דברי המ"מ יהיו מופרכים, אכן גם דברי המחנה אפרים בעצמם אינם ברורים דכיון דנעשה גזלן ונתחייב משעת הגזילה משום חיובי גזילה א"כ מנ"ל דכשנתחייב עכשיו גם משום

חיובי שומרים לא יהי' לאו הניתן לתשלומין, כיון דמשלם גם בשביל חיוב שנתחייב מקודם בחיובי גזילה, ועוד דלכאורה הוא תרתי דסתרי דאי אפשר שיהי' התופס משכון שלא ברשות גזלן ושומר ביחד, דחיובי שומר הוא שהחפץ עומד ברשות הבעלים והוא חייב בשמירתו, וחיוב גזלן הוא שהחפץ יוצא מרשות הבעלים ונכנס לרשות הגזלן, ויש להביא ראיה לזה דא"א שיהי' שני חיובים חיוב גזלן וחיוב שומר משולח יד בפקדון, דתנן בהמפקיד השולח יד בפקדון ב"ש אומרים יילקה בחסר וביתר, וב"ה אומרים כשעת הוצאה, ומוכח שם בסוגיא דשולח יד אינו חייב אם הוקרה אלא כשעת הוצאה מבית בעלים, וכן פסק הרמב"ם כאן בהל' י"א דשולח יד בפקדון הרי זה גזלן ונעשית הגזלה ברשותו כדין כל הגזלנים, ואם נימא דאפשר חיובי שמירה וחיובי גזלה כאחת א"כ מנלן דנפטר מחיובי שמירה וע"כ דזה א"א דכיון דנעשה גזלן א"א להיות שומר וגזלן, ולפי"ז לשיטת הרמב"ם דתופס משכון שלא ברשות נעשה גזלן לא הוי כשאר משכון דלא נתחייב אלא בחיובי שמירה אלא דנתחייב באחריות בדיני גזלן, וממילא אין מקום לתירוצו של המחנה אפרים.

אך באמת דברי המ"מ שכתב דאינו לא גנב ולא גזלן שלכאורה מופרכים מדברי הרמב"ם כאן אין כונתו שבאמת אין לו דין גזלן, וכונתו דאינו דומה לשאר גנב וגזלן שבאו להפקיע ממון אחרים, שהרי זה בא ליטלו בחובו ורק דהתורה אסרה מגזה"כ שלא לעשות כל אדם דין לעצמו, וממילא לא מיבעי אם אין המשכון שוה יותר מהחוב דלא רצה ליטול ממון חבירו כלל, אלא אפי' המשכון שוה יותר מהחוב עכ"פ לא הי' רצונו לגזול אלא לגבות את חובו, וממילא אין כאן לאו הניתן לתשלומין, וכמש"כ המ"מ שהרי הלוה והמלוה אין מחלוקתן עכשיו בממון, ומה שנפקע חובו כנגד המשכון בשביל שנתחייב במשכון לא שייך בזה תשלומין, דהא ע"מ כן תפס המשכון ואדרבא זהו זכות למלוה שיש לו זכות המשכון, ומה שנתחייב מדין גזלן בדמי המשכון היותר על החוב ג"כ לא נוכל לומר בזה לאו הניתן לתשלומין, דהא גם על מה שכנגד החוב יש לאו דלא תבוא אל ביתו, ונמצא דלאו זה עיקרו לא בא לדין תשלומין, אלא שלא יעשה דין לעצמו אפי' על מה שמגיע לו, ולכן כיון דעכ"פ מה שכנגד החוב לא ניתן לתשלומין שפיר הי' לוקה משום לאו דלא תבוא רק משום דהוי לאו הניתק לעשה וכמש"כ הרמב"ם.

ולפי"מ שבארנו לדעת המ"מ דהרמב"ם והר"י מיגש אינם חולקים בדין חוטף משכון וגם לדעת הרמב"ם לא יפסל לעדות נצטרך לפרש דמש"כ הרמב"ם לקמן בפ"ד הל' י"א וכן הטוען את חבירו שנכנס לביתו וגזלו כלים, והוא אומר דרך משכון לקחתי בחובי וכו' הואיל ואין שם עדים שמעידים שגזל, אין כונת הרמב"ם שאם היו עדים מעידים

שלקח דרך משכון הי' נפסל לשבועה, אלא כיון שאין עדים שמעידים שגזל, לכן נאמן בשבועה לטעון בחובי נטלתי דאם היו עדים מעידים שגזל לא היה נאמן לטעון בחובי נטלתי, ולפי"ז אין מקום כלל לקושיית הלח"מ שם, ושם בארתי הדברים לפי דרך הלח"מ דלשיטת הרמב"ם חוטף משכון נעשה גזלן גמור ונפסל לעדות ולשבועה ע"ש.

והנה במה שכתב הראב"ד ועוד הרי פי' הרב ז"ל לפי שאין מקבלין שבועה להכחיש את העדים, אבל משום פסול גזלנות לא מהפכינן ליה הקשה הלח"מ דהא הרי"ף כתב שני טעמים, חדא מפני שהוא גזלן ועוד לפי שאין מקבלין שבועה להכחיש את העדים. ועוד דהא בשער ב' שהוא מוב"מ כתב הרי"ף דאף שאין עדים כנגדו דהא העדים לא ידעו כמה נטל, מ"מ הו"ל גזלן וישבע הנגזל ששנים נטל, והוא באמת תימה גדולה בדברי הראב"ד.

ונראה דהנה זה כבר כתבתי דמש"כ הראב"ד דאשתכח דלא הוי כלום אין כונתו שנתברר דלא היה חייב לו, אלא דכיון דלא בירר החוטף שחייב לו בסתמא מחזיקינן ליה לגזלן דלאו כל כמיניה לחטוף ולטעון שחייב לו, ולכן בהלכות שהביא הרי"ף בהשערים הא לא הזכיר שנתברר שחייב לו ולכן ודאי הוי גזלן, ומה שהוצרך הראב"ד לתי' השני במש"כ ועוד הא כתב הרב בהלכות שאין מקבלין שבועה להכחיש את העדים, היינו משום דלשון המשנה דתנן הנגזל כיצד היו מעידין אותו שנכנס לביתו למשכנו שלא ברשות אף דנפרש דאפי' יודעין עדים שחייב לו. מ"מ כיון שמשכנו שלא ברשות הוי גזלן, וכמו שמוכיח באמת המ"מ, מ"מ כתב הראב"ד דממתני' אין להוכיח כלום דמתני' הא מיירי שכופר ואומר לא נטלתי כלום, וכיון שראו עדים שיצא וכלים תחת כנפיו והוא כופר במה שנטל ודאי הוי גזלן דהא כופר בפקדון נמי הוי גזלן וכן כופר במשכון, אבל הרי"ף בהשערים לא דייק בזה וכתב כגון שהעדים מעידים אותו שנכנס למשכן את חברו ולא הזכיר בזה למשכנו שלא ברשות משום דבעיקר ההלכה לא מיירי שנתברר שחייב לו ופשיטא דהוא שלא ברשות, ולכן שפיר דמדברי הרי"ף לא קשה כלל ודברי הראב"ד מבוררים.

ומה דניחא להראב"ד במתני' משום דמיירי שכופר שלא נטל ובודאי הוי גזלן ולפי"ז אכתי תיקשי מהא דאמר ר' יהודה עד שתהא שם מקצת הודאה שלא הוכחש מהעדים, צריך לומר דסובר הראב"ד דבאמת הא לא תנן במתני' דנתברר שחייב לו רק מלשון שלא ברשות מוכח דאפי' שלא ברשות לחוד הוי גזלן, אבל בדר' יהודה לא נפרש שנתברר שחייב לו וממילא שפיר הוי גזלן וכנ"ל.

ובדעת הרמב"ם שכתבנו דגם הוא יסבור כהר"י מיגש דלא נפסל לשבועה בתופס למשכון היכי שנתברר שחייב לו, ואם נפרש דמלשון שלא ברשות מוכח דאפי' היכי

שבאמת חייב לו, רק שהתפיסה הי' שלא ברשות לא יקשה ע"ז ממש"כ הרי"ף דלמה אין מקבלין ממנו שבועה חדא בשביל שהוא גזלן, ומוכח דנקרא גזלן לענין לפסול לשבועה, אבל באמת כתב הרמב"ם להדיא בריש פ"ד דקנס קנסו לגזלנים ואינו משום דין חשוד, ואף דזה הוצרך להלכה לת"ק דלא צריך שיהי' דין שבועה על הגזלן מ"מ עכ"פ מוכח דלא צריך לדין חשוד על השבועה, ועוד יותר יש להוכיח מדבריו בפיהמ"ש שכתב דאם טוענו דבר שאינו אמוד לא ישבע ליטול אלא ישבע מי שהוציא בין שבועת היסת בין שבועת התורה במוב"מ. וכן כתב רבינו האי גאון הובא בטור ומוכח דליכא דין חשוד על השבועה במתני' ואף דאין להביא ראיה מזה דלא הוי חשוד דיש לומר דטעמא הוא לפי שלא נתברר לעדים מה שהוציא אבל עכ"פ כבר אין להקשות ממתני' כיון דמתני' לא מיירי לדעת הרמב"ם מדין לפסלו לשבועה וכנ"ל, ועיין בזה בתוס' יו"ט במשניות ובתוס' רעק"א שם.

ומה שכתב הראב"ד וגבי נסכא נמי אמרינן לישתבע הא קא מודה תמה הלח"מ דמה שייך זה לדין חוטף משכון, דלפי דבריו אם היינו מאמינים לו דשלו חטף מותר לו לחטוף ועביד אינש דינא לנפשיה, ונראה בכונת הראב"ד דהוא לפי מה שפסקו הרי"ף והרא"ש בריש ב"מ כאביי דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, ומה דמשביעינן הוא משום דשמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו, ולכאורה הו"ל להראב"ד להקשות מכאן על הרמב"ם לשיטתו דאם חוטף משכון הוא גזלן צ"ל נפסל לשבועה, וא"כ היכי אמר אביי דמשום ספק מלוה ישנה משביעינן הא עכ"פ נעשה גזלן משום חוטף משכון וצריך לומר דסובר הראב"ד כמש"כ הרמ"א בסי' ד' דיש אומרים דבחפץ שמונח ברשות התופס או אפי' ברשות אחרים אינו עובר משום לא תבוא אל ביתו, ולכן בד' שומרים דנשבעין שאינו ברשותו ודאי לא הוי חשוד וגם בשנים אוחזין בטלית אף דכיון דחשדינן שחבירו מצא הטלית והוא החזיק בהטלית כדי לתפוס בחובו הרי הוא עובר על לא תבוא, מ"מ יש לומר דאפשר שלא חטף מידו כגון שחברו מצא הטלית והגביה תחלה ואח"כ הניחו לפניו ע"ג קרקע ברה"ר דאז מותר לו לתפוס ולא הוי חשוד אממונא, ולכן אף שטוענים כל אחד שהוא מצא וחברו חטף מידו וא"כ נעשה גזלן, מ"מ כמו דאמרינן דאין אדם נעשה חשוד ע"פ עצמו אלא ע"פ עדים כמש"כ הרמב"ם בפ"ב מהל' טוען, ה"נ לדין חשוד אממונא לא נעשה חשוד ע"פ טענת התובע דכיון דלב"ד אינו מבורר דאפי' אם תפס שלא ברשות אפשר שלא תפס מידו ואינו גזלן, לכן אף דהתובע טוען שתפס מידו לא נעשה בזה חשוד לב"ד ושפיר משביעין אותו, ועכשיו מובן שפיר מה שהקשה הראב"ד

מהא דנסכא דהעד מעיד שחטף, וא"כ אפי' בשביל מלוה נעשה גזלן לדעת הרמב"ם, ובדעת הרמב"ם כבר כתבנו דבזה לא נעשה חשוד וכנ"ל:

פרק ד

הלכה א

קנס קנסו חכמים לגזלנים שיהיה הנגזל נשבע על כל מה שיטעון ונוטל מן הגזלן, והוא שיהיה זה מוחזק שגזלו בשני עדים.

כ' הלח"מ דמה שהוצרך לקנס שקנסו חכמים אף דאיכא שבועה דאורייתא והוא חשוד דכשנגדו נשבע ונוטל, משום דהכא קנסו אפי' היכי שהוא מודה ואמר הילך, וקשה לפי"ז דמה מחדש ר' יהודה ואם מחדש דדוקא באופן שיש חיוב שבועה והוא באמת מטעם חשוד וחולק על הא דתנן נגזל בתקנה מיוחדת וכן מפרש הר"י מיגש דא"כ לא הו"ל לומר כיצד וכו'. אלא לומר דדוקא באופן שאינו אומר הילך, והנה התוס' בשבועות שם הקשו אדר"י דתיפוק ליה משום העדאת עדים ותי' דמיירי שהחזיר אותן שראו העדים, וגם בזה קשה דלא הו"ל לר"י אלא לומר כנ"ל, ועיין מש"כ בתוספת רעק"א במשניות, אך עכ"פ בדברי הרמב"ם א"א לומר כדברי הלח"מ דהא לא הזכיר כלל שהודה ואמר הילך, ומ"מ כתב דתקנת נגזל אינו אלא קנס ולא משום תקנת חשוד.

ע"כ נראה דדעת הרמב"ם הוא כמו שכתב הר"י מיגש דע"פ דברי העדים א"א לחייב כלל ממון דכיון שלא ראו העדים מה הן כמו שכתב הרמב"ם א"כ אפשר היו כלים שבורים שאינם שוים כלום, ואף דמלשון הר"י מיגש משמע שלא ראו גם כלים אלא דברים טמונים, וכמו שכתב שם דשמא עפר היה או דבר אחר שאין בו ממש, מ"מ גם בדעת הרמב"ם שכתב כלים צריך לפרש כן, שגם בזה אפשר לומר דשמא היו שבורים שאינם שוים כלום וכתב כלים משום דבגמ' מוכח שראו כלים, ועיין בדברי הר"י מיגש שם באורכה:

הלכה ג

בד"א בשטען דברים שהוא אמוד בהן, או שהוא אמוד שמפקידין אצלו אותן דברים שטען, וטען בדברים שאפשר שינטלו תחת הכנפים כמו שהעידו העדים.

הלח"מ הקשה דבפ"ז מה' חובל ומזיק כתב דדוקא בדברים שדרכן להניח בכיס, וכאן כתב רק דבר שאפשר דמשמע אף שאין דרכן, וכתב משום דבאין דרכן הוי אבעיא דלא איפשטא, ואם תפס לא מפקינן. וסמך כאן על מש"כ שם, ודבריו תמוהים שעירב שני ענינים. דשם הוא טוען שבהכיס שהחזיקו היה מרגליות אם אין דרכן, והכא הא אינו

טוען על מקום מסוים שמשם הוציא הגזלן הכלים. רק שאנו דנין מה שהוציא הגזלן תחת כנפיו, ובזה הוא להיפוך דמה שאינו עשוי להטמין תחת כנפיו כלים שלו אמרינן דודאי גזל, כדאיתא להדיא בשבועות וליכא כלל מידי שאין דרך לנוטלו תחת כנפיו אם רוצה לגזול באופן שלא יראו, ורק שהרמב"ם כתב דדוקא דברים שינטלו תחת כנפיו לאפוקי אם אי אפשר מפני גדלם, ולכאורה זהו מילתא דפשיטא רק שבא להשמיענו דדוקא על שעה זו שגזל תיקנו תקנת נגזל, לאפוקי אם טוען שאח"כ גזל ממנו עוד כלים שלא ראו העדים דלא דיינינן בזה תקנת נגזל.

והנה בטור הביא שני דעות מה דינו בטוען דברים שאינו אמוד דרב האי גאון כתב דנשבע הנתבע היסת, והר"ר ישעי' כ' דהנתבע יש לו דין גזלן כיון שנכנס למשכנו שלא ברשות, וכתב הב"י בשם הרב המרשים בדעת רב האי גאון דלא הוחזק גזלן דשמא עפר או צרורות היו, והשיג ע"ז הפרישה דהא כתב הטור להדיא שראו שהוציא כלים תחת כנפיו וצ"ל בדעת הב"י כמש"כ למעלה הל' א' דאפי' בכלים אפשר שלא היו שוים כלום, והפרישה כתב דמשום שאינו מכחיש להדיא העדים וכונתו באומר שלי נטלתי נעשה חשוד, והט"ז וכן הגר"א ז"ל כתבו דלמשכן שלא ברשות לא נעשה חשוד דלא משמע לאינשי גזל, וזהו על בחובי נטלתי, אכן דעת הרמב"ם מפורש בהלכה ז' גבי שכירו ולקיטו דנעשה גזלן והוא חשוד על השבועה, וכבר העיר הב"ח בהא דשכירו ולקיטו דמוכח דגם באינו אמיד סובר כהר' ישעי', אכן לפימש"כ דדעת הרמב"ם דאין מחייבין ממון עפ"מ שראו העדים כלים תחת כנפיו דשמא לא היו שוים כלום, א"כ צריך ביאור למה חולק על רב האי גאון בזה.

ונראה דהרמב"ם סובר דכיון דעכ"פ עשו חכמים בשביל עדות זו תקנת נגזל ואמרו ע"ז הנגזל, וכמש"כ הר"י מיגש במה שיישב הגירסא דאמר רב יהודה וז"ל ואם נפשך לומר היאך חותכין הדין על עדות כמו זו, והרי אפשר לומר שמא עפר הוא וכו', הנה רב יהודה חתך הדין על עדות כמו זו וכו' ולכן זהו עיקרא דתקנת נגזל דע"פ אומדנא זו שאינו מצוי שיוציא עפר או לפימש"כ לדעת הרמב"ם כלים שאין שוים כלום, החזיקו אותו חכמים לגזלן ותקנו תקנת נגזל, וכיון שהחזיקו אותו חכמים לגזלן אמרינן גם לקולא דאין מוסרין שבועה לחשוד זה אפי' היכי דא"א לחייבו שישבע הנגזל ויטול דכיון דע"פ אומד הוא גזלן נעשה מדבריהם לגזלן והוא חשוד על השבועה:

הלכה ד

ראוהו עדים שנכנס למשכן את חבירו ולא ראוהו בעת שיצא, או שיצא (ולא) [ואין] נראה תחת כנפיו כלום ובעל הבית טוען ואומר כך וכך נטל אפילו אומר מעולם לא

נכנסתי שהרי מכחיש את העדים הרי זה פטור שאם אמר נכנסתי ולא נטלתי נשבע שבועת היסת שלא נטל כלום והולך שאפשר שיכנס לגזול ולא גזל.

הטור הביא דברי הרמב"ם וכתב וז"ל ויראה כיון שהעדים מכחישין אותו שאינו נאמן עוד בשבועה אלא בעה"ב נשבע ונוטל, וכתב ע"ז הב"י דטעמו של הטור הוא דהוי כמיגו במקום עדים, וטעמו של הרמב"ם הוא משום דכל מילתא דלא רמיא עליה דאינש לאו אדעתי' הילכך שלא במקום עדים הוא, ולכאורה דברי הב"י פשוטים כדאיתא בשבועות דף ל"ד בההיא דאמר לא עברתי בצד עמוד פלוני, אכן בטעמו של הטור נראה דהכא לא הוי מילתא דלא רמיא עלי' דאינשי כיון שנכנס למשכנו לא דמי להתם דהתם עבר בצד עמוד פלוני שלא לשם לקיחת ממון, אך באמת נראה לי דדעת הרמב"ם ג"כ אינו כמש"כ הב"י דטעמא הוא משום מילתא דלא רמיא עלי' דאינשי דבשבועות דף מ"א איתא בההוא דאמר פרעתיך לפני פלוני ופלוני אתו ואמרי להד"ם דאמר רבא כל מילתא דלא רמיא וכו' ופירש"י כגון זה שלא הי' לו לומר פרעתיך בעדים וכו', וכן הוא בטור סי' ע', אבל הרמב"ם בפ"ו מה' טוען הל' ד' כתב שאין העדים זוכרין אלא דבר שהן עדים בו, ומפרש הא דלאו אדעתי' על העדים ולא על הלוה ומוכח דסובר דאף שלא הי' מחוייב לפרוע בפני עדים לא מיקרי מילתא דלא רמיא, דלא הוי מילתא דלא רמיא אלא בהא דלא עברתי בצד עמוד פלוני, וכמו שהביא זה הרמב"ם באותה הלכה וכ' שאין אדם משים דעתו לדברים שאין בהם ממש. וא"כ מכיון דהטור סובר דנכנס למשכנו לא הוי מילתא דלא רמיא כ"ש דהרמב"ם סובר כן דהוא מצריך לזה שיהיו דברים שאין בהם ממש ולא דברים שאין נ"מ לדינא כמו בפרעתיך בפני פלוני ופלוני.

והנה הרמב"ם כתב אפילו אמר מעולם לא נכנסתי שהרי מכחיש את העדים הרי זה פטור. שאם אמר נכנסתי ולא נטלתי נשבע שבועת היסת שלא נטל, ומוכח דבאומר לא נכנסתי אינו נשבע וצריך טעם למה נפטר בלא שבועת היסת, ונראה דכיון דעומד בדעתו ומכחיש את העדים ואומר שלא נכנס, וכיון דאינו מילתא דלא רמיא לא נוכל להשביעו שבועת היסת אפי' שלא נטל כיון דהוא עומד בדעתו וברור לו שלא נכנס ומטעם זה ברור שלא נטל, ובזה הלא מכחיש את העדים. ומה דהוא פטור הוא מטעם אחר דכיון דאם הי' אומר לא נטלתי הי' פטור ולא הי' נשבע אלא היסת. א"כ אין להבעה"ב שום בירור עליו שנטל. ולכן לא איכפת לן כלל מה שהוחזק כפרן דעכ"פ מנין לנו שנטל ובמה נוכל לחייבו ממון הא אפי' התובע טוען ברי והנתבע שמא פטור. אלא דלפי"ז צריך ביאור מה דצריך גבי לא עברתי בצד עמוד פלוני לסברא דמילתא דלא רמיא ואמאי הוי סבר ר"נ דהוחזק כפרן. וגם על הרמב"ם שכתב בפ"ו מהל' טוען דלא הוחזק כפרן קשה דלמה

לנו זה כיון דאפי' הוחזק כפרן נמי פטור.

ונראה דעיקר דין הוחזק כפרן הוא ודאי רק לענין זה דאינו נאמן אח"כ בטענותיו היכי דצריך טענה דידיה. וכמו לטעון פרעתי דהיכי דהוחזק כפרן לבד שאינו נאמן לטעון פרעתי קודם דבזה ודאי כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי. אלא דגם לטעון פרעתי אח"כ אינו נאמן דמשום דהוחזק כפרן אינו נאמן בטענתו. ועיין במש"כ הלח"מ פ"ו מהל' טוען הל' א'. וכן לענין שלא יוכל לטעון נזכרתי שפרעתי להשביע התובע. וזהו שכ' הרמב"ם שם בהל' ג' ואין המלוה חייב שבועה ע"ש וע"ע מש"כ הרמב"ם שם פ' ז' הל' ז' ובמקומו יבואר בעה"י.

ונמצא דמה דאמר ר"נ גבי לא עברתי בצד עמוד פלוני הוחזק כפרן הוא רק לענין זה דיש לו דין של כפרן ולא לחייבו מעכשיו לשלם, ונ"מ דאם יודה שהוא חייב שוב לא יהי' נאמן לטעון פרעתי אפי' אח"כ אלא בעדים. ובזה אמר רבא וכן פסק הרמב"ם דלא הוחזק כפרן. וממילא אם יודה שלוה יהי' נאמן לומר אח"כ שפרע דע"פ עצמו לא נעשה כפרן.

ובזה מיושב קושיית התוס' שם בהא דלא עברתי שהקשו מהא דריש ב"מ דכפר הכל ועדים מעידים על נ' דישבע על השאר ואמאי לא הוחזק כפרן ויפרע הכל. ותירצו דהכא דאמר לא עברתי משמע דבעי למימר דאם עברתי אני חייב. ותירוצם דוחק גדול. אבל לשיטת הרמב"ם מיושב דבאמת הוחזק כפרן לא מהני כלל לחייבו כשאין לנו ראיה על עיקר ההלואה דאין לחייב ע"פ טענת התובע לחוד. ולכן שפיר דשם אינו חייב אלא נ':

הלכה ה

היה עד אחד מעידו שנכנס ונטל כלים תחת כנפיו ואינו יודע מה הן והוא אומר לא גזלתי כלום או שאומר בחובי נטלתי הואיל ואין העד יודע מה היה תחת כנפיו, הרי זה נשבע בנקיטת חפץ שלא גזל שאינו מוחזק בגזלנות אלא בשני עדים.

השגת הראב"ד: היה עד אחד וכו'. א"א ואילו היה שם שני עדים והיה בענין זה לא היה נאמן זה אפי' בלא שבועה לאו היינו שמעתיה דרב יהודה דאומר ראוהו שהטמין כלים תחת כנפיו ויצא ואמר לקוחין הן בידי אינו נאמן ולא אמרן וכו' אלמא איכא אורחי טובא דמהימן ואע"ג דאיכא עדים עכ"ל.

כתב המ"מ דכונת הראב"ד הוא משום דהרמב"ם לא הזכיר שנכנס למשכנו, ולכן הקשה מהא דרב יהודה, והרמב"ם סמך על מש"כ למעלה דאנכנס למשכנו איירי. אכן אכתי דברי הראב"ד אינם מיושבים כמו שהקשה הלח"מ דהא גבי ראוהו שהטמין כלים חייב שבועת היסת כמש"כ הרמב"ם בפ"ט מהל' טוען. ואמאי כתב הראב"ד בלא שבועה, וכ' הלח"מ דאולי מש"כ בלא שבועה היינו בלא שבועה בנק"ח. ובודאי זה דחוק. ונראה

דכיון דהראב"ד מפרש דברי הרמב"ם בהלכה זו שהוא לא סמך על מש"כ מקודם. א"כ לבד שלא הזכיר הרמב"ם שנכנס למשכנו לא הזכיר גם טענת הבעלים שכתב רק דהעד מעידו שנכנס. והוא אומר לא גזלתי כלום וכו', וכיון שאין כאן תביעת בעלים ליכא שבועת היסת. ואף דאם הראב"ד מפרש כן הי' לו להקשות דמה הוי מהני אם היה העד רואה מה הן. אבל באמת בזה שיטת הרמב"ם דע"א מחייב שבועה אפי' בלא טענת הבעלים, והראב"ד השיגו בזה בהלכה י"ג ובהלכה י"ז. ולכן לא השיגו מטעם זה כאן דאינו אלא מה דמוכח מדבריו, ושם בהלכה י"ז מפורש להדיא.

ורק דלפי"ז אם הראב"ד מפרש דברי הרמב"ם בדליכא טענת בעה"ב א"כ יקשה אפי' לשיטת הרמב"ם דנשבעין ע"פ ע"א אפי' בלא טענת ברי של התובע, דעכ"פ למה כתב הרמב"ם שאינו מוחזק בגזלנות אלא בשני עדים דמה הוי מהני אם הי' מוחזק בגזלנות דכיון דאין הבעה"ב טוען ברי הא אינו יכול לישבע וליטול. ונראה דכונתו לענין אם אמר בחובי נטלתי דכיון שלא הכחיש לגמרי את הע"א ואינו נשבע נגד העד א"כ אם הי' מוחזק בגזלנות גם ע"פ ע"א כ"ז שלא נשבע כנגדו לא היה יכול לישבע שבחובו נטל. וממילא באמת הי' פטור לגמרי כיון שכנגדו אינו יכול לישבע. ולכן אמר דאינו מוחזק בגזלנות משו"ה יכול שפיר לישבע.

אלא דכ"ז הוא לבאר כונת הראב"ד בהשגתו, אבל כונת הרמב"ם הוא בודאי כמש"כ המ"מ דסומך על מש"כ מקודם גבי שני עדים שנכנס למשכנו והבעה"ב אומר כך וכך גזלתני. רק דצריך ביאור למה נשבע בנק"ח אפי' אם הבעה"ב טוען ברי כיון דלא הוחזק בגזלנות והע"א אינו יודע מה הן. והנה הטור בסי' צ' כתב בזה דנשבע היסת שאינו מוחזק גזלן ע"פ ע"א. וכתב הפרישה וכן בסמ"ע דטעמו משום דאפי' אם היו שני עדים בענין זה לא הי' נוטל בלא שבועה לכן אין ע"א מחייב שבועה כמבואר בסי' ע"ה בדברי הטור בשם הרמ"ה הביאו הש"ך ס"ק מ"ז. ודעת הרמב"ם צריך ביאור.

והנה התומים כתב דכיון דהע"א ראה שנטל כלים תחת כנפיו ואינו יודע מה הן והוא טוען לא גזלתי כלום דהיינו שלי נטלתי או בחובי נטלתי ע"כ כנגד הפחות שבכלים הוא מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ובודאי צריך לשלם ואנו דנין רק על שאר הכלים שבעה"ב תובע דכיון שלא הוחזק גזלן ע"פ ב' עדים לא דיינינן תקנות נגזל. אבל שבועה בנק"ח חייב. דהרמב"ם סובר דנתחייב מתוך טענתו הוי כמו העדאת עדים. והילך לא הוי כיון שהוא כופר. ודבריו תמוהים דהא לפנינו בהלכה ט"ז בהא דמשלם מקצת עפ"י ע"א משום מתוך כתב הרמב"ם מתחלה דישבע על השאר מדין מוב"מ. וכתב ע"ז ודעתי נוטה שישבע היסת. א"כ למה סתם בהלכה זו שישבע בנק"ח. ועוד. דעיקר יסודו דע"כ

מה שראה העד משלם משום מתוך בפחות שבכלים. ומוכח דסובר דעיקר דין נגזל כן הוא דכיון דראו עדים כלים תחת כנפיו, צריך לשלם בפחות שבכלים בלא תקנת נגזל. והוא תימה רבה דא"כ מה חולק ר' יהודה ואומר עד שתהא שם הודאה במקצת. ופירש"י דלר"י לא תיקנו שבועה ליטול אלא במקום שיש שבועה על הנתבע דלפי"ז תמיד יש שבועה על הנתבע מדר' חייא קמייתא ואין לומר דר' יהודה לית לי' דר' חייא דה"ל לגמ' לומר כן. ועוד דהא משמע מדברי הר"י וכן מדברי הרי"ף בפ' כל הנשבעין דדוקא ר' יהודה הוא דסבר דבעינן שיהי' דין שבועה על הגזלן. ואילו לפי"ז לדידן דקיי"ל כר' חייא גם לרבנן איכא שבועה על הגזלן. ועוד דלפי"ז לא הי' להרמב"ם לסתום דבריו והי' לו לכתוב דעכ"פ פחות שבכלים נוטל הנגזל, וגם בהלכה ב' גבי ב' עדים הי' לו לכתוב כן דזה נוטל בלא שבועה, וע"כ דמה שראו כלים תחת כנפיו אינו מחייבו בממון דאפשר היו כלים שבורים שאינם שוים כלום. וכן מפורש להדיא בחידושי הר"י מיגש במה דאמר בגמ' בטענו כלים הניטלין תחת כנפיו דאמר רב יהודה ראוהו שהטמין כלים תחת כנפיו ויצא. ורש"י אינו גורס "דאמר" אלא "אמר" משום דדינא דרב יהודה לא שייך לנגזל דמתני', והר"י מיגש יישב גירסת דאמר שפירש דלא ראו העדים גוף הכלים אלא שראו שהוציא דברים טמונים תחת כנפיו ואפשר לא כלים היו אלא עפר היה או דבר שאין בו ממש או דבר שאין בו שו"פ. וע"ז מייתי דרב יהודה דהתם נמי הכי הוא. ואילו לא ראו עדים היה נאמן לומר לקוחין במיגו דלהד"ם ובראו עדים אינו נאמן כיון דעכ"פ ראו שנטל וה"נ הוחזק בגזלנות אף שראו רק הנטילה, ואף שהרמב"ם כתב להדיא שראו כלים מוטלים תחת כנפיו ולא כמש"כ הר"י מיגש דלא ראו כלים אלא דברים טמונים. אבל בעיקר ודאי מפרש כהר"י מיגש, ומשום דמשמע להרמב"ם לשון הגמ' שראו כלים טמונים. אבל גם בכלים טמונים כיון שלא ידע מה הן אפשר שאינם שוים כלום דאפשר היו שבורים או כלי חרס מנוקבים. וע"כ דגם הרי"ף מפרש כן דכתב בשער א' כגון שהעדים מעידים אותו שנכנס למשכנו את חבירו ולא הי' תחת כנפיו כלום ויצא וכלים מוטלים תחת כנפיו. ומ"מ גורס דאמר, והראשונים לא כתבו תי' אחר על גירסת דאמר דהרשב"א והריטב"א והר"ן דחו גירסא זו, וע"כ דהרי"ף מתרץ כהר"י מיגש אף דכתב דראו העדים כלים תחת כנפיו דמשכחת גם בכלים שאינם שו"פ וכנ"ל, ובודאי זהו דעת הרמב"ם.

שוב ראיתי להנתיבות שכתב להיפוך מהתומים דמהכלים שלא ראו העדים לא מיירי ובודאי אינו נשבע ש"ד דהא העד אינו מעיד עליהם ולא הוחזק גזלן בעדים, ועיקר מחלוקת הרמב"ם והטור הוא על החפצים שמעיד העד שלקח רק שטוען בחובי נטלתי,

וגם אין לומר שאין העד יודע איזה כלים נטל דהא אפילו בב' עדים בעינן ראה כמש"כ הש"ך בס"ק ג', ולכן ע"כ שראה החפצים ומ"מ כיון דסובר הטור דאפי' בראו ב' עדים החטיפה והוא טוען בחובי נטלתי אין הבעה"ב נוטל בלא שבועה לדעת הטור כיון שטוען גנובים דמבואר בסעיף י"א דאינו נאמן רק הכא שנכנס למשכן הוי כמו הוחזק לגנב ומהימן בטוען גנובים וצריך הבעה"ב שבועה, וכמש"כ הש"ך בס"ק ז' לדעת הטור, ולכן כיון דאין מוציאין ממון אפי' בב' עדים בלא שבועת הנוטל, לכן גם בע"א לא דמי לנסכא דר"א, ע"כ תורף דבריו שביאר ד' הסמ"ע והקשה בזה על הש"ך שכתב בסק"ג דהמחבר ס"ל דהבעה"ב א"צ שבועה דלמה הסכים לדברי הסמ"ע.

אך גם דברי הנתיבות קשים טובא, דאיך אפשר לפרש שראו העדים הכלים דהא בין בדברי הרמב"ם בין בד' הטור מבואר להדיא שהעד אינו יודע מה הם, ומש"כ הנתיבות דע"כ בעינן ראה דאלא"ה נאמן במיגו דהחזרתי, זה לק"מ דשפיר מיירי בגוונא שאינו יכול לטעון החזרתי שיש עדים שהלך מבית הנגזל לביתו ומשם תיכף תבעו אותו לדין, אבל זה מבואר להדיא בדברי הרמב"ם והטור שלא ראה העד מה היו, לכן דברי הטור מבוארים אבל דברי הרמב"ם צריכים ביאור.

והנראה דהרמב"ם אינו סובר כדעת הרמ"ה שהביא הטור בסי' ע"ה דכל היכי דאין שנים מחייבים אלא ע"י שבועת התובע אין ע"א מחייב שבועה, ואף דלענין לחייב שבועה דאורייתא בודאי מסתבר כדברי הרמ"ה מ"מ לענין שבועה דרבנן בנק"ח יש לומר דכיון דע"א כל זמן שלא נשבע כנגדו הרי הוא כשנים, א"כ כיון דעכ"פ מדרבנן נעשה דין דעפ"י שנים נשבע ונוטל לכן כשיש ע"א ע"כ חייב הנתבע שבועה בנק"ח כעין דאורייתא, ואף דלא הוזכר שבועה זו במשנה ה"נ לא הוזכר שבועה דהחזרתי במיגו דנאנסו דצריך שבועה כדאיתא בב"ב דף ע' והוא כעין דאורייתא בנק"ח כמבואר ברמב"ם וטוש"ע אלא משום דע"כ כן הוא, כיון דאנו מאמינים אותו במיגו דנאנסו צריך לישבע בנק"ח כמו שהיה נשבע בנאנסו, ה"נ בשבועת ע"א דכיון דע"א כ"ז שלא נשבע כנגדו הרי הוא כשנים, ובלא שבועת הנתבע אנו צריכים להאמין להתובע שישבע ויטול, ולכן ע"כ צריך הנתבע לישבע להכחיש את העד ושבועה זו כעין דאורייתא ואף דדין דע"א כ"ז שלא נשבע כנגדו הוא כשנים הוא ודאי דוקא היכי דאיכא דין שבועה דהא בקרקע אינו מועיל ע"א, מ"מ כיון דמדרבנן נוטל בשבועה ה"נ מהני מדרבנן ע"א להשביע.

אולם אכתי צריך ביאור דהא כתב הרמב"ם להדיא שאינו מוחזק בגזלנות אלא בשני עדים, וא"כ ליכא ע"י ע"א תקנת נגזל, אך הדבר מבואר בפשיטות, דדין הוחזק בגזלנות אנו צריכים כאן לשני דברים א' לענין שלא יהי' הנתבע נאמן בשבועה ב' שיהי' התובע

נאמן על טענתו בשבועה, ולכן כשיש ע"א דכ"ז שלא נשבע כנגדו הוא כשנים, לענין זה מהני שפיר העד שאנו צריכין לדון כאן תקנת נגזל דבלא שבועה נגד העד צ"ל התובע נשבע ונוטל, אבל לענין זה שיהי' נפסל בתורת גזלן שלא להאמינו בשבועה בזה לא מהני ע"א דאין ע"א מועיל לפסול, ולכן אפי' אם הוא טוען בחובי נטלתי דאינו נשבע נגד העד שלא נטל, וכיון שלא הי' רשאי למשכנו לכאורה יש לו דין גזלן והיאך הוא נאמן לישבע שבחובו נטל, ולזה כתב הרמב"ם שאינו מוחזק בגזלנות אלא בשני עדים דגם ע"פ עצמו אינו נפסל כמבואר ברמב"ם בפ"ב מהל' טוען הל' ג', ולכן כתב דאפי' כאן שיש ע"א ואינו נשבע נגד העד לא מהני לפוסלו דאינו נפסל אלא ע"פ ב' עדים ולכן שפיר נשבע, ומה דלא אמרינן מתוך שאינ"מ כמו בנסכא דר"א כיון דהא דנאמן לומר בחובי נטלתי הוא ע"כ במיגו דלא נטלתי ובלא נטלתי הי' צריך לישבע להכחיש את העד זהו משום דעכ"פ השבועה בלא נטלתי אינה שבועה דאורייתא. ולכן בזה גם הרמב"ם סובר דמשואיל"מ לא אמרינן דאף דבאה מכח דין שבועה דאורייתא, והטור לשיטתו דסובר דבמקום שהנוטל צריך לישבע בב' עדים אינו חייב שבועה ע"י ע"א לכן סובר שפיר דנשבע היסת.

ובמה שכתב הש"ך דשיטת הטור דדין נגזל שנכנס אחד למשכנו הוא דוקא באיכא כל הני צדדי ריעותא שהצריכו בנכנס לבית חברו וכלים טמונים תחת כנפיו ומ"מ צריך לישבע אף דשם א"צ לישבע משום דהכא טוען גנובים, ומה דנאמן הוא משום דהוחזק הנתבע לגנב ולכן צריך המוציא לישבע, ולפי"מ שפי' הנתיבות בסק"ג ד' הש"ך כתב עוד באופן אחר דאינו חייב לישבע אלא על הכלים שלא ראו העדים, אבל עכ"פ זהו שיטת הטור דבדליכא הני ריעותא לא עשו תקנת נגזל, אבל באמת הוא תימה רבה לפרש כן דברי הטור דהא ברישׁ הסימן כשכתב דין נגזל לא כתב כלל דצריך כל הני ריעותא, לכן נראה דכונת הטור הוא להיפוך שבא להשמיענו דאף דדין נכנס לבית חבירו ויצא וכלים תחת כנפיו אינו אלא כשהבעה"ב טוען שאולים דאז מהני כל הני ריעותא, אבל בטוען גנובים אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקינן מ"מ כשראו עדים שנכנס למשכן הוי כמו מוחזק בגנב, וממילא אפי' טוען בעה"ב גנובים נאמן, וממילא א"צ לישבע אם מכירין עדים הכלים שהוציא, וזהו שכתב הטור וכל אלו החלוקים שייכים ג"כ בנגזל שנכנס אחד לביתו למשכנו וכל היכי דנאמן בעה"ב הכא התם נמי נאמן נגזל, היינו דנאמן מעיקר הדין בלא שבועה ובלא תקנת נגזל, וכל היכי דהכא אינו נאמן התם נמי אינו נאמן מצד דין בעה"ב דהוא נאמנות בלא שבועה, אבל נוטל בשבועה מדין תקנת נגזל, וזהו שפי' הטור את דבריו וכתב אלא שזהו ביניהם שהנגזל צריך לישבע כעין דאורייתא

כדי ליטול, והכא כל היכי דבעה"ב נאמן נוטל בלא שבועה, אבל זה פשוט דדין תקנת נגזל הוא בכל גווני ולא הוזכר בשום פוסק מהראשונים דתקנת נגזל יהי' צריך דוקא כל הני תנאי שהזכירו בטענת בעה"ב על הנכנס ויוצא וכלים תחת כנפיו:

הלכה ז

היה שם לקיטו או שכירו של בעה"ב אינן נשבעין ונוטלין, ואין הנגזל יכול לישבע שהרי לא היה בביתו בשעת שנגזל ואין העדים יודעים מה נטל תחת כנפיו כדי לחייב הגזלן להחזיר ואין משביעין את הגזלן מפני שהוא חשוד על השבועה.

כתב המ"מ דמה שלא כתב הרמב"ם דאם תפס הבעה"ב אין מוציאין מידו כדרכו ברוב התיקו, לפי שכל זה מן התקנה ומה שלא התקינו בפי' אפי' תפס מוציאין מידו, והקשה ע"ז הלח"מ דהא גבי תקנת נגזל במסור פסק הרמב"ם דאם תפס אין מוציאין מידו, וכן הקשה הגר"א ז"ל בביאורו לחו"מ ונשאר בצ"ע, ובפשיטות יש לחלק דהתם טוען התופס ברי ולפי טענתו ודאי הזיקו וכן בהא דפ"ז מה' חובל שהביא הלח"מ טוען שבודאי היו זהובים בכיס, אבל הכא התופס אינו יודע בעצמו אם גזלו.

שוב ראיתי שהמגיה במל"מ ציין לעיין בדבריו פכ"א מה' מלוה ומצאתי שכתב לחלק כמש"כ ובעיקר כתב כדברי המ"מ דזה שהוא מן התקנה לא אמרינן בספיקו אם תפס אין מוציאין מידו, ורק דהיכי דהתופס טוען ברי ולפי טענתו מגיע לו מן הדין בלא תקנה בזה שפיר מהני תפיסה. אבל באמת יש לדון בזה דאם נימא דבספק תקנה מוציאין ומצד דין תקנת נגזל פטור בתורת ודאי ורק שהתובע טוען ברי הא בזה ודאי לא מהני תפיסה, וא"כ אף שהחילוק מבואר אבל אכתי אינו מעלה ארוכה כלל.

לכן נראה דמהא דתקנת נגזל ודאי מוכח דלא כדברי המ"מ וגם בספק תקנה מהני תפיסה ולא כמו שהחליט שם המל"מ להלכה ומה דלא מהני תפיסה כאן הוא משום דכיון דכל זמן שלא נשבע אכתי לא נתברר חיוב כלל, וכיון שהתובע אינו יודע א"כ אין מקום כלל שיהי' לו רשות לתפוס כיון שהוא בעצמו אינו יודע, ומה שאומר שכירו ולקיטו הא כ"ז שלא נשבע בב"ד ודאי אינו נאמן ומספק אין משביעין אותו שבועת התקנה, אבל בתקנת נגזל במסור כיון שהניזק טוען ברי שמסרו ועשה לו היזק כך וכך, ורק שאין אנו מאמינים לו בזה שפיר יוכל לתפוס, דשמא כהך צד שתיקנו תקנת נגזל במסור והוא נאמן בשבועה והוא מוכן לישבע והוא יודע ברור שהזיקו ומוכן לברר בשבועה. אבל היכי שהוא אינו יודע כלל אין לו מקום לתפוס, כיון דכ"ז שלא קבלו ב"ד שבועת שכירו ולקיטו אכתי ליכא ספיקא שיתחייב לו והוא אינו יודע כלל. ולכן אינו יכול לתפוס ולא מהני תפיסתו:

הלכה ט

הגוזל א' מחמשה ואין ידוע מי הוא הנגזל וכל א' [וא'] מהן תובעו ואומר לי גזלת אע"פ שאין שם עדים שגזל הרי כל אחד מהן נשבע שזה גזלו ומשלם גזלה לכל א' וא', אף דבר זה קנס הוא שקנסוהו חכמים מפני שעבר עברה וגזל אבל דין תורה אינו חייב לשלם מספק.

אף דבר זה קנס הוא שקנסוהו חכמים, הכי מפורש בב"מ דף ל"ז דאמר שם גזל דעבד איסורא קנסוהו רבנן. וכן הוא ביבמות דף קי"ח. אכן כדמשני אח"כ פקדון אפקדון דכשהפקידו בשני כריכות דהו"ל למידק חייב לשלם לכל א' וא', לכאורה לא צריך לשנוייא דגזל דעבד איסורא קנסוהו רבנן דגזל נמי הו"ל למידק דליכא סברא דאנתו גופייכו לא קפדיתו אהדדי. אבל הרשב"א בש"מ כתב דמדלא קאמר אלא מוכח דשנוייא קמא קאי דבגזל הוא משום דקנסוהו וטעמא משום דגזל לא הו"ל למידק דסבר השתא אתי נגזל ותבע ובשעה קלה לא משתלינא ולא דמי לפקדון ומלוה דלזמן מרובה הוא. וכן כתב הרשב"א בטעמא דפטור בלקח משום דלא הו"ל למידק. אכן דברי הרשב"א אינם מובנים דבשלמא בלקח שפיר כתב דכיון דסבר דהשתא תבע לא הו"ל למידק. אבל בגזל מה מהני דלא הו"ל למידק הא כל טעמא דהו"ל למידק הוא משום פשיעה ואין לך פשיעה יותר מגזלה. ונוכל לדמות זה לנותן דינר זהב לאשה ואמר לה של כסף הוא דהזיקתו משלמת של זהב דא"ל מאי הוי לך גביה דאזקתו וה"נ מאי הוי ליה דגזליה. ואיך שייך לומר דלא פשע דלא הוי ליה למידק.

והרמב"ן בחידושיו מוכח דסובר דגדר הו"ל למידק הוא ג"כ כמו עבד איסורא ומחייבינן ליה משום קנס דכן כתב בד"ה ולענין פסקא וז"ל א"נ בשני כריכות אע"פ שלא בא לציי"ש חייב לשלם לכאו"א אפי' לר"נ דמכאן דעבד איסורא דמי הואיל והו"ל למידק וכו', וכן כתב בד"ה מי אמר רבה וז"ל ומיהו אי הו"ל למידק חייב דומיא דגזלתי אחד מכם דמחייב ר"ע עכ"ל ומוכח להדיא דהרמב"ן אינו סובר דבגזל לא הוי למידק אלא דהגמ' לא אמר בגזל דהו"ל למידק כיון דעיקר הגזילה פשיעה. והגמ' אשמעינן בתר הכי דהו"ל למידק נמי חייב כמו בגזל.

אבל מדברי הרמב"ם בפ"ה מהל' שאלה ופקדון הלכה ד' שכתב בטעמא דהו"ל למידק שהרי הוא פושע. ולא הזכיר שהוא משום קנס. וכאן כתב להדיא דקנס הוא שקנסוהו חכמים אבל מדין תורה אינו חייב לשלם מספק מוכח דהם שני דינים דבגזל אינו חייב מדינא ובפקדון חייב מדינא ולא כדעת הרמב"ן וצריך ביאור לפימש"כ דטעמו של הרשב"א אינו מבואר.

ונראה לבאר החילוק בין פקדון לגזל באופן אחר. דמעיקר דינא שפיר פוטר את עצמו במניח גזלה ביניהם ומסתלק ולא מיבעי היכי דהגזלה בעין דאומר הרי שלך לפניך ומה לו בזה שהנגזל אינו יכול לקבל בשביל שאינו מבורר לב"ד מי הוא הנגזל. אלא אפי' היכי שמשלם דמים כיון שודאי לו שלא גזל אלא לאחד אינו חייב אלא להניח הדמים ומי שיתברר שהוא הנגזל יקח דאינו מחוייב מעיקר הדין לשלם שני תשלומים. וכמו שכתב הרמב"ן לתרץ גבי מי שהפקידו אצלו זה ק' וזה ר' אמאי לא אמרינן ביה משואיל"מ. וכתב בזה דכיון דמעיקר דינא אינו חייב אלא תשלום אחד לא שייך גדר שבועה דנימא בזה אינו יכול לישבע. ואף דהגוזל את חברו בישוב לא יחזור לו במדבר וה"נ הכא איזה השבה או תשלומין הוא כשהנגזל אינו יכול ליקח. יש לומר דלא דמי דהתם עיקר הממון אינו שמור אבל הכא שמור הוא אלא שאינו יכול ליקח בשביל חסרון בירור וימתין עד שיתברר או עד שיבוא אלי', וכל זה הוא בגזל אבל בפקדון כיון דפשע בזה ששכח ושאינו יכול המפקיד לקבל פקדונו פשיעה זו מחייבתו דשומר מחוייב לשמור שיגיע הפקדון ליד הבעלים דבגזלן ליכא דין שמירה ולא דין פשיעה ואינו מחוייב אלא בהשבה או בתשלומין וכיון דמניח לפניהם נמי מיקרי השבה ותשלומין פטור. אבל בשומר גם זהו בכלל שמירה שיוחזר ליד הבעלים וכשפשע מתחייב מקרא דעל כל דבר פשע בזה שאינו מחזיר לבעלים, ולכן צריך לשלם לכל או"א מדינא. וזהו שכתב הרמב"ם בטעמא דהו"ל למידק שהרי הוא פושע לומר דפשיעתו מחייבתו.

והנה הרמב"ם כתב כאן דכל א' צריך לישבע שזה גזלן. וכן בה' שאלה ופקדון גבי שנים שהפקידו זה מנה וזה מאתים בשתי כריכות דצריך לשלם לכל א' מאתים, כתב ג"כ דישבע כ"א מהם שהפקיד מאתים, וכן כתב גבי הפקידו אצלו שני כלים שישבעו שניהם, אבל גבי מי שתבעוהו שנים זה אומר אני הוא בעל הפקדון וזה אומר אני הוא כתב ישלם לשניהם. וכן בשנים שהפקידו שתי בהמות אצל רועה ומתה אחת מהן כתב ישלם לשניהם ולא הזכיר שישבעו, איברא דבסי' ע"ו סעיף ב' במש"כ המחבר היו תובעין אותו כ"א אומר הלויתיך מנה וכו' צריך ליתן לכל אחד מנה כתב הש"ך אחר שישבע כל אחד, דכן כ' הטור בסי' ש' לענין פקדון, אבל מדברי הרמב"ם מוכח דיש חילוק בזה וצריכא טעמא.

ונראה דדעת הרמב"ם הוא שאינם חייבים שבועה היכי שהוא צריך לשלם לשניהם, אלא כמו בחנוני על פנקסו שהבעה"ב הי' לו עסק עם החנוני ועם הפועלים. וגם הם ידעו עכ"פ גם מזה והי' להם שייכות זל"ז. וכן הוא בשנים שהפקידו אצל אחד בשני כריכות. דלדעת הרמב"ם שפיר מיירי שהפקידו זה בפני זה, דלהרמב"ם אינו פטור אלא

בהפקידו בכרך אחד ממש, ולכן כיון שהפקידו שניהם כאחד רק שהוא פשע דהו"ל למידק. ולכן כשהוא צריך לשלם שני תשלומין צריכים הם לישבע כמו בחנוני על פנקסו. אבל כששנים תובעים אותו וכל אחד אומר אני הפקדתי אצלך דכיון שהוא פשע במה שאינו זוכר חייב לשלם. אבל אינם שייכים בהד"ת זל"ז. ולכן אין ללמוד דין זה מחנוני על פנקסו דצריכים לישבע כיון דכל אחד יש לו ד"ת מיוחדה, ואף דבלא זה שיודע שודאי הפקיד אחד לא הי' חייב דהא ברי ושמא קיי"ל דפטור. וא"כ כל עיקר החיוב הוא בשביל שיודע שבודאי הפקיד אצלו אחד וא"כ שייכים זל"ז. מ"מ יש לומר דנהי דהוא מתחייב בשביל זה שיודע שעכ"פ אחד הפקיד אצלו מ"מ שניהם מצד עצמם אינם שייכים להדדי, וכיון שכל אחד טוען ברי והוא אינו טוען טענה של פטור לכן חייב לכל או"א אבל אינם צריכים לישבע.

ומה דהצריך הרמב"ם כאן שישבע כל אחד אף דאין שייכות זה לזה שהוא גזל מאחד ואינו יודע ממי גזל. זהו לא משום שני תשלומים אלא משום שעיקר החיוב הוא רק משום קנס שקנסוהו חכמים ולא מדינא, ובזה לא מצינו שחייבו חכמים בלא שבועת התובע. אבל בפקדון כיון דחייב מדינא אינם נשבעים אלא בשביל שמשלם שני תשלומים וזהו רק בשנים שהפקידו אצל אחד זה ק' וזה ר'. אבל בשנים שתבעו פקדון ליכא דררא דשני תשלומין וכנ"ל.

והנה מה שהבאתי למעלה מדברי המחבר בחו"מ סי' ע"ו דשנים תובעים אותו בהלואה צריך לשלם לכל א' והוא בטור בשם בעל התרומות שער ל"ט וכתב שם בטעמא דבהלואה נמי הו"ל למידק כמו בפקדון והוא עפ"מ שכתבו הרמב"ן והרשב"א לחלק מפקדון למקח משום דבמקח הוא על שעה קלה. אבל בפקדון הוא לזמן והכי נמי בהלואה. אבל לפי"מ שבארתי בדעת הרמב"ם דמחלק בין גזל לפקדון דבגזל מדין תורה אינו חייב לשלם לכ"א ובפקדון חייב. דהוא משום דבהפקדון נתחייב בשמירה שיביא הפקדון ליד הבעלים וכשפשע חייב. א"כ לא צריך כלל לחלק מפקדון למקח אלא דבמקח אינו חייב יותר מבגזל דאמרינן דתשלומין בהנחה לפניהם הוי נמי תשלומין ואינו חייב יותר, וה"נ במקח ולפי"ז גם בהלואה הכי הוא דלא מצינו דין חיוב שמירה ופשיעה בהלואה, ולכן לשיטת הרמב"ם גם בהלואה יהי' כמו במקח דאינו צריך לשלם לכל אחד. והבעה"ת כתב כן לדעת הרמב"ן דסובר דהו"ל למידק הוא ג"כ כמו גדר עביד איסורא וחייב כמו בגזל. ולשיטתו גם בפקדון דהו"ל למידק אינו חייב אלא משום קנסא ולכן שפיר כתב דבהלואה נמי חייב וכנ"ל:

הלכה י

אמר לב' גזלתי א' מכם או אביו של א' מכם ואיני יודע איזהו אם בא לציי"ש חייב לשלם גזלה לכל א' וא'. אבל בדין אינו נותן אלא גזלה אחת והן חולקים אותה ביניהם שהרי אין א' מהן יודע שנגזל אלא זה בא והודיעם ולא קנסו חכמים בדבר זה מפני שאין לו תובע.

והן חולקים אותה ביניהם, הקשה הלח"מ דהו"ל לומר יהא מונח כדאמרו שם מניח גזילה ביניהם ומסתלק. ופירשו שם בגמ' דתהא מונחת, אכן הש"ך בחו"מ סי' שס"ה כתב וז"ל דדוקא לעיל סי' ש' וסי' רכ"ב דתבעי ליה ודאי חד מינייהו רמאי אמרינן הכי משא"כ הכא כיון שהם עצמם אינם יודעים שגזלו א"כ ליכא רמאי לכך חולקים עכ"ל, ולפי"ז מיושב קושיית הלח"מ דהתם אמר מניח גזילה ביניהם ומסתלק אליבא דר"ט בהיו שניהם תובעים דודאי חד מהם רמאי. אכן בקצוה"ח הקשה דלשיטת תוס' ורא"ש דאפי' באני ארגתיה דאיכא רמאי חולקים. והעיקר תליא אם החלוקה יכולה להיות אמת, ע"כ דבאין החלוקה יל"א אפי' ליכא רמאי יהא מונח דאין לומר דבחדא מהני להיות חולקין דא"כ למה אמרו לרבנן תי' אחר מאליבא דר' יוסי, ובודאי דבריו נכונים בזה והעיקר צריך לומר לא משום איכא רמאי וליכא רמאי דבזה אין נ"מ לרבנן. אלא דהיכי דהוי שמא ושמא אין לך דרא דממונא יותר מזה דהא בלא טענותיהם יש ספק לב"ד ועצם המעשה מטילה הספק כמו כאן שהגזלן אינו יודעו היכי דאיכא דרא דממונא לא צריך לאוחזין ולא להחלוקה יל"א כמש"כ בתוס' ריש ב"ב ותמיהני על הקצוה"ח שהזכיר שם זה דבדרא דממונא חולקין ולא נחת לזה לומר דבשמא ושמא כגון זה הוי דרא דממונא.

אח"כ ראיתי שהנחלת דוד ריש ב"מ נחת לחלק בזה בין ליכא ודאי רמאי ובין ודאי ליכא רמאי. ויישב בזה דברי הש"ך והשיג על הקצוה"ח והנתה"מ בסי' קל"ח שלא חילקו בזה, אבל באמת גם דבריו אינם נכונים דמלבד דקשה להכניס כונה זו בדברי הש"ך דהא כתב לחלק דבסי' ש' איכא ודאי רמאי, אך לבד זה מנלן גדר חדש זה דודאי ליכא רמאי שאני כיון דלרבנן לא תליא ברמאי אלא העיקר הוא כמש"כ דבשמא ושמא הוי דרא דממונא. ותמה אני עליהם שלא הזכירו דהוא משנה מפורשת בניפול הנמצא בין שני שובכות דמע"מ יחלוקו אף דאין החלוקה יל"א וע"כ משום דהוי דרא דממונא:

הלכה יא

הטוען את חבירו ואמר לו גזלתני מאה אם אמר לא גזלת(נ)י נשבע שבועת היסת כדין כל נתבע ואם הודה שגזלו נ' משלם ונשבע שבועת התורה על השאר כדין כל מודה

במקצת שהרי לא הוחזק גזלן בעדים, וכן הטוען את חברו שנכנס לביתו וגזלו כלים והוא אמר דרך משכון לקחתי בחובי שיש לי אצלך ובעה"ב אומר אין לך בידי כלום אע"פ שהודה שמשכנו שלא ברשות הואיל ואין שם עדים שמעידים שגזל הרי זה נשבע וגובה חובו מן המשכון שהפה שאסר הוא הפה שהתיר והואיל והוא נשבע ונוטל ה"ז נשבע בנק"ח כמו שיתבאר בהלכות טוען.

ה"ז נשבע וגובה חובו, כתב המ"מ מתוך המשנה והסוגיא מתברר דין זה דקתני ראוהו דוקא. והקשה הלח"מ ממש"כ המ"מ בפ"ב מהל' טוען הל' ג' בשם רבנו מאיר דמה דאין אדם נעשה חשוד ע"פ עצמו ה"מ הנתבע אבל תובע הנשבע ונוטל ואמר חשוד אני נאמן להזיק עצמו. וא"כ אמאי נשבע ונוטל כיון שמודה שמשכנו והאריך בזה הלח"מ וסיים בדבריו וא"כ לא ידעתי היכי נתברר. איברא דמסברא אפשר לאמרו אבל הכרח לדין זה לא מצאתי עכ"ד. ואני תמה דהא קושייתו היא קושיא עצומה וסתירה מפורשת ממה דשם כתב המ"מ דלענין נשבע ונוטל נעשה חשוד ע"פ עצמו. ומה כתב דמסברא אפשר לאמרו. ועל הרמב"ם הי' אפשר לומר דחולק על רבינו מאיר. אבל המ"מ הביא שם דבריו וכתב המ"מ ופשוט הוא. ואולי כונת הלח"מ לחלק דהתם בשאינו מוחזק ובא לישבע וליטול, אבל בנשבע על המשכון הוי כמו נשבע ונפטר.

והנה הרמב"ם והראב"ד חולקים שם בחשוד הפוגם שטרו וכ' המ"מ בדעת הראב"ד דלא הפסיד החשוד אלא כשמעיקר הדין אינו נוטל וחכמים תיקנו שיהא נוטל בשבועה. אבל פוגם שטרו שנוטל מן הדין לא הפסיד. והרמב"ם אינו מחלק וסובר דכיון שעכ"פ אינו נשבע אינו נוטל. אלא דמ"מ אפשר לומר דדוקא בפוגם שאינו מוחזק אבל נשבע על המשכון הוי מוחזק וכנ"ל אלא דמלשון הרמב"ם שכ' אם הי' בין הנשבעין ונוטלין אינו יכול להשבע וליטול. משמע דבכל נשבעין ונוטלין הוא כן רק דמסוף דבריו שכתב אלא הנתבע שכנגדו ישבע היסת ויפטר, אפשר לדייק דוקא היכי שהנתבע מוחזק לגמרי ולא בנשבע על המשכון דהתובע מוחזק במשכון וצ"ע.

אך בעיקר דברי הרמב"ם חולק בזה הר"י מיגש בחידושיו לשבועות ריש כל הנשבעין. בד"ה נמצא וז"ל אבל אם אין שם עדים שגזלו ולא שנכנס לביתו למשכנו ומשכנו. לענין גזלה אם הגזלן אומר להד"ם הו"ל כמנה לי בידך אין לך בידי שנשבע שבועת היסת ויפטר, ואם הגזלן מודה לו שגזלו מקצת וכפר לו מקצת כיון שגזלן הוא אי אפשר לו לישבע. וכיון שאין שם עדים שגזלו אי אפשר לו להחזירה על הנגזל. הלכך נותן לו אותו מקצת והולך לו בלא שבועה. וחולק להדיא בזה על דברי הרמב"ם ואינו מוכרח דחולק על עיקר הכלל דאין אדם נעשה חשוד ע"פ עצמו שכתב הרמב"ם בפ"ב מה' טוען, וכתב

שם המ"מ שכן כ' רבינו האי בשערי שבועות דהתם הוא כשהשבועה הוא בדבר אחר והוא אומר על עצמו שהוא חשוד בזה שפיר לא מהימנינן ליה שהוא חשוד אבל הכא ממ"נ אם לא גזל הרי אינו חייב שבועה ואם חייב שבועה הרי הוא גזלן, אח"כ כתב הר"י מיגש וז"ל ולענין הממשכן חברו שלא ברשות ואין עדים שנכנס לבית למשכנו ומשכנו אם היה בעה"ב מצוי שם וכו', ואם שלא בפני בעה"ב משכלו בין הודה במקצת בין לא הודה במקצת אינו חייב שבועה כלל לפי שאין נשבעין בין שבועת היסת בין שבועת התורה על טענת שמא וכו', אבל ודאי אם מודה שמשכנו בדבר שיש לו אצלו ובעה"ב אומר אין לו עלי כלום כיון שטענה זו טענת ברי הוא אצלו שהרי בעה"ב אומר אין לו עלי כלום הרי הממשכן נשבע בתקנתא דרבנן שבועה כעין דאורייתא ונוטל עכ"ל, וחזינן להדיא דגם בזה חולק הר"י מיגש על הרמב"ם וסובר כדעת הראב"ד דמה דתנן תקנת נגזל בנכנס למשכנו היינו משום שלא נתברר החוב. וכיון שעדים ראו מעשה גזלה לא מהני מה שטוען חוב יש לי אצלו ויש לו דין גזלן. אבל היכי שאין עדים ורק שהודה שמשכנו בשביל חובו לא נעשה גזלן ולכן אפי' לשיטת הר"י מיגש דבאופן זה נעשה חשוד עפ"י עצמו מ"מ במשכנו בחובו נשבע. וזהו כשיטת הראב"ד סוף פ"ג מה' גזלה, והמ"מ לא הזכיר שם דשיטת הר"י מיגש הוא כדעת הראב"ד ע"ש:

הלכה יב

ראוהו עדים שנכנס לתוך בית חבירו שלא בפני בעה"ב ונטל משם כלים, אע"פ שהוציאן מגולין ואע"פ שבעה"ב הזה עשוי למכור את כליו, אם טען ואמר דרך גזל לקחן והלה אומר ברשותך באתי ואתה מכרתם לי או נתתם לי או בחוב שיש לי אצלך תפשתים אינו נאמן, שכל הנכנס לבית חבירו שלא בפניו ונטל כלים משם והוציאם בפני עדים ה"ז בחזקת גזלן, לפיכך מחזיר הכלים לבעה"ב ואין כאן שבועה שהרי העדים ראו מה גזל ואחר שיחזיר חוזר ותובע את בעה"ב בכל מה שיטעון והדין ביניהם.

הלח"מ הקשה במש"כ הרמב"ם שהרי העדים ראו מה גזל משמע דאם לא היו העדים רואים מה גזל הי' נשבע בעה"ב ונוטל וזה תימה שהרי בהלכה ז' גבי שכירו ולקיטו כתב ואין הגזלן יכול לישבע שהרי לא הי' בביתו וכו' וכאן נמי הי' שלא בפני בעה"ב, וכתב ע"ז ואולי מש"כ כאן הוא אם הי' שם שכירו ולקיטו דהי' נשבע שכירו, ודבריו תמוהים, דהא פסק הרמב"ם דשכירו ולקיטו אין נשבעין ואין לומר דכונתו לא על שכירו ולקיטו אלא על שומר או אשתו של שומר דהם נשבעין דמסופקני טובא בזה דהא הך דינא חידש הרי"ף מסברתו דמי שלוקח חפצים מבית בעה"ב כשאין בעה"ב בביתו לא מהני טענת לקוח משום דזהו דרך גנבה, ובפשוטו משמע דזהו דוקא אם אין שומר בבית,

אבל אם יש שומר שהניח הבעה"ב ובא אחד ונטל בפני עדים כלים ה"ז אינו דרך גנבה, ומסתבר דיכול לטעון לקוח ושהשומר ידע שהבע"ב מכרו לו ולכן נתן לו, וכן אשתו של שומר כיון שהיא נשבעת במקום השומר מוכח דדין שומר יש לה, ואף דאין לדמות זה לדין כל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד דזהו כשהפקיד בבית שומר אבל הכא כשהניח שומר בביתו אמרינן דדוקא אשתו של שומר ולא בניו, אבל עכ"פ כיון דחזינן דאשתו נשבעת והוי כשומר לענין זה א"כ מסתבר דמי שנכנס ולקח בפניה חפצים ועדים ראו מבחוץ אין לו דין גנב דהא היה שם בא כח הבעלים לענין שמירה ובודאי ידעה שהבעלים מכרו לו ובדין לקח.

ויש להוכיח כן מראייתו של הרי"ף מהא דגודרות אין להם חזקה שכתב וז"ל ואי ס"ד דמאן דתפיס מידי דלחבריה קמי סהדי דלאו באפי חבריה ואמר לקוח הוא בידי נאמן הגודרות אמאי אין להם חזקה השתא מידי דודאי דלא באפי מארי' תפסי' ואמר לקוח הוא בידי נאמן הגודרות דספיקא נינהו דאיכא למימר דילמא באפי' מרייהו תפסינהו לא כ"ש דאית ליה חזקה עכ"ל, ומזה מוכח דהרי"ף מירי בגוונא דגודרות דלא היו הבעלים ולא שומר שלהם, דגודרות בהכי מירי דהא מפורש בב"ב דף ל"ו דגודרות דמסירי לרועה יש להם חזקה.

ובקושית הלח"מ באמת לק"מ דהא כתב הראב"ד בהשגתו בהלכה י"ג דאפשר דאף שלא הי' בפני בעה"ב מ"מ עכשיו מצא אותם בעה"ב בידו וטוען ברי, ומה שלא כתב זה הראב"ד כאן זהו משום דכאן הוא רק על משמעות הדברים ושם הוא תמה על עיקר הדין לשיטתו דע"א אינו מחייב שבועה בטענת שמא והוא פשוט:

הלכה יז

נכנס לביתו של חבירו שלא בפניו ונטל משם כלים בפני עד אחד ואין העד יודע כמה נטל, הרי הבעה"ב אומר כ' כלים היו בביתי והגוזל אומר לא נטלתי אלא י' והם שלי חייב להחזיר העשרה מפני שהוא מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ואינו נשבע על השאר אפי' שבועת היסת, מפני שאינו יכול לטעון על הגזלן טענת ודאי.

השגת הראב"ד: טענת ודאי. א"א ואם טענת בעה"ב אינה טענה היאך זה מחויב שבועה ולמה ישלם העשרה מכיון שאינו [מחוייב] שבועה שאינו יכול לישבע עכ"ל.

כתב המ"מ דדעת הרמב"ם דנשבעין בעד אחד בטענת שמא, והנה לכאורה קשה בהשגת הראב"ד ובדברי המ"מ דלמה אין כאן טענת ברי כיון שהנתבע מודה בב"ד שלקח עשרה ושהיו שלו, ובזה טוען התובע בריא שלא היו אצלו כלים שלו, דאף דבלא הגדת הע"א היה הנתבע נאמן שהיו שלו במיגו דאמר לא לקחתי, מ"מ אין כאן חסרון טענת ברי

דהתובע טוען שפיר ברי שלא הי' אצלו כלים שלו, וא"כ אף שאינו יודע שלקח אלא ע"פ הודאת הנתבע שפיר הוי טענת ברי וממילא שפיר חייב שבועה ע"פ העדאת העד, וצריך לומר דכיון דמה דאמרינן דהוי מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע היינו דאם הי' אומר לא לקחתי ואז אף שהי' מכחיש את העד לא היה מחוייב שבועה דאז לא היה טענת בריא שלקח, וכחו של העד הא אינו אלא במקום שיכול לחייב שבועה דע"א כ"ז שלא נשבע כנגדו ה"ה כשנים, אבל כאן כיון דאם היה אומר לא לקחתי הי' פטור לדעת הראב"ד א"כ למה לא יהי' נאמן לומר דידי חטפי במיגו דלא חטפי.

אלא דמ"מ יש לומר דאין אנו דנין כן, דעיקר דין שבועה שאנו דנין כאן הוא משום דבאמת מודה בעצמו שחטף והיה נאמן לומר דידי חטפי, או בשביל הפה שאסר או בשביל דאכתי לא הוחזקו הבעלים בהחפץ שנאמר חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו, אבל כיון דיש עד אחד שחטף ולפי דברי העד אנו צריכים להחזיק שלא חטף שלו משום דחזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו, ובזה טוען נמי התובע שלא חטף שלו, שפיר אנו מצרפין העדת העד לטענת התובע ומחייב העד שבועה, וכיון דכל זמן שלא נשבע להכחיש העד הוי העד כשנים והוא דמודה לדברי העד ואינו יכול לישבע להכחישו הוי משואיל"מ, וממילא אינו מוכח מכאן דעת הרמב"ם דנשבעין שבועת ע"א בטענת שמא:

פרק ה

הלכה ב

אסור ליהנות בדבר הגזול ואפי' לאחר יאוש והוא שידע בודאי שדבר זה הוא הגזילה עצמה כיצד ידע בודאי שבהמה זו גזולה אסור לרכוב עליה או לחרוש בה.

כתב המ"מ דהא דאמרינן בהגוזל גבי דינא דמלכותא דינא דילמא משום דמייאשי מרותייהו מינייהו התם משום דאיכא יאוש וש"ר שנמסר לרבים, ובהלכה ג' דכתב הרמב"ם גזל דקלים ועשה מהן גשר אסור לעבור עליו כתב המ"מ דמיירי בשלא נמסר לרבים, וכתב הלח"מ דזהו דוחק דודאי דרבינו איירי בגוונא דאמרה הגמ' בהא דגזל דקלים דהיינו דנמסר לרבים, ובזה אפשר לומר דבדבריו מדוייק דהוא באופן אחר דבגמ' מיירי לענין דינא דמלכותא דקטלי דיקלא וגשרי גישרי ועברינן עלייהו והיינו שנמסרו הגשרים להמדינה לעבור, אבל הרמב"ם כתב דינו בגזלן פרטי שגזל דקלים ועשה גשר וא"כ לא מיירי בפשוטו במסרו לרבים, והוציא מהגמ' רק דין זה דעשיית גשר מהדקלים לא הוי שינוי וכמש"כ המ"מ, אלא דעיקר דינא דנמסר לרבים דזהו מדברי הרשב"א הוא באמת חדוש דהא לא היה שום קנין ע"י הרבים לקנות הגזלה, וזהו דעת רש"י שכתב

דלא הוי ש"ר. ומה שכתב הלח"מ דהרמב"ם יפרש כפירש"י דהא דאמר היכי מייאשי היינו דהיכי מהני יאוש דהא ליכא ש"ר בודאי פירש"י הוא דחוק ומשום זה חלקו התוס' ופירשו דהיכי מייאשי היינו דלמה נתייאשו דהיו יכולים לתבוע העוברים לדין שישלמו להם, וראיתי בדק"ס שבכת"י הגירסא אמאי מייאשי וזהו כפי' התוס'.

ולכאורה יש להוכיח דהרמב"ם אינו סובר כשיטת הרשב"א וכפי' התוס' דא"כ כל הקושיא הוא דלמה מתייאשים שהיה להם לתבוע את העוברים לדין, וא"כ עיקר החדוש הוא דאין יכולים לתבוע אבל לא דמותר לעבור כיון דעכ"פ מתייאשים, והרמב"ם כתב בפ"ו דינא דמותר לעבור עליו, אלא דאין זה הוכחה דתפס לשון הגמ' דמינה שמעינן ג"כ דאין יכולין לתבוע שבדין נטל.

אכן בעיקר מה שהוצרך הרשב"א לחדש הך דינא דנמסר לרבים נראה דלא צריך לזה דמה דאיתא בגמ' אמר רבא בודאי צ"ל רבה מדאמר לו אביי דהכי אשכחן בכולי דוכתא, וכן ראיתי בדק"ס שבכת"י ה' הגירסא רבה, ורבה הא סבר דיאוש קונה, ושפיר הקשה לו אביי לשיטתו אבל לדידן באמת לא מהני יאוש אפי' בנמסר לרבים, דלא הוי שינוי רשות וכנ"ל, ועכשיו מיושב דשפיר כפי' התוס' וכהגירסא אמאי מייאשי ומ"מ שפיר פסק הרמב"ם דמותר לעבור עליו כיון דלא קיי"ל כרבה.

והנה הגר"א ז"ל בסי' שס"ט סק"ז במש"כ הרמ"א מיהו אם מסרו לרבים וכו' כ' ע"ז וז"ל ודעת הטור אף ביאוש לבד מותר והיינו כפי' התוס' ולא ס"ל חילוק של המ"מ דמה שמסרו לרבים הוי ש"ר וכדעת רש"י בזה עכ"ל, ולכאורה דבריו אינם מובנים דהטור לא כתב כאן כלל דמהני גם בלא ש"ר ולא הביא אלא דברי הרמב"ם בהלכה זו, ואח"כ הביא דין מלך שכרת אילנות לענין דינא דמלכותא שהביא הרמב"ם בפ"ו הל' י"ז. אך כונתו בודאי לשיטת הטור בסי' שנ"ג הביאה המחבר בס"ב דשינוי השם החוזר לברייתו עם יאוש קונה וכ"ש דשינוי מעשה החוזר עם שינוי השם מהני עם יאוש ועמש"כ שם הגר"א ז"ל, ולפי"ז מש"כ כאן ולא ס"ל חילוק של המ"מ אינו דמוכח דהטור אינו סובר חילוק זה, רק דבריו הם על מש"כ והיינו כפי' התוס', וע"ז כ' ולא ס"ל חילוק של המ"מ וכו', והיינו דמדלא כ' התוס' דמה שנמסר לרבים הוי ש"ר לחלוק על רש"י שכתב להדיא דלא הוי ש"ר, וע"כ דגם התוס' סוברים דלא הוי ש"ר אלא דהולכים לשיטתם בסוכה דף ל' דזהו שיטת הטור כמש"כ שם הגר"א דשינוי החוזר עם יאוש קונה, והכא הוי שינוי החוזר כמש"כ המ"מ. ואף דהתוס' שם כתבו דשינוי מעשה החוזר לא מהני עם יאוש וע"כ דאיכא קצת שינוי השם דאי לא"ה לא מיקרי שינוי מעשה סובר הגר"א דמעצים לגשר הוי שינוי השם גמור:

הלכה ח

עיין מה שכתבתי בהלכות גנבה פרק ו' הלכה א'.

הלכה י

נטלו מוכסין כסותו והחזירו לו אחרת, נטלו חמורו והחזירו לו חמור אחר הרי אלו שלו מפני שזו כמכירה היא וחזקתה שנתייאשו הבעלים ממנה ואינו יודע בודאי שזו גזילה ואם היה ותיק ומחמיר על עצמו מחזירן לבעלים הראשונים.

הלח"מ בפ"ו הלכה ג' הקשה במה דפסק כאן הרמב"ם שחזקתה שנתייאשו הבעלים ובגמ' דף קי"ד אמרינן דזה אינו אלא או כר"ש או בידוע שנתייאשו הבעלים, וכן כתב הרמב"ם בפ"ו הל' ג' שסתם הדבר שלא נתייאשו הבעלים, ואף דשם כתב במוכס עכו"ם כבר כתבתי שם דמקדושין דף נ"ב מוכח להדיא דאפי' בישראל סתם גזלה לא הוי יאוש בעלים ובגמ' שם בב"ק אמרינן דמוכס הוי כגזלן, וראיתי שכבר ביאר בזה הסמ"ע בסי' שס"ח והסכים עמו הגר"א ז"ל בביאורו דכיון שהחליף המוכס נתייאש והסמ"ע כתב וז"ל דכיון דרואה דה"ל כאלו כבר נמכר ויצא מתחת יד המוכס אז מייאש נפשו מלהדר אחר כסותו או חמורו שהן ביד זה שקיבל מהמוכס ודעתו להעמיד המוכס בדין על דמי הטלית עכ"ל, ודבריו תמוהים דהא לא הזכיר הרמב"ם דמיירי דוקא שרואה הבעלים שהמוכס החליף כסותו וחמורו, ואני תמה על הגר"א ז"ל שהסכים לדבריו שכפשוטו אין להם מקום כלל דא"א להעמיד ההלכה דוקא בתנאי שראו הבעלים דלא היה הרמב"ם סותם את דבריו.

ונראה להעמיד דברי הסמ"ע דא"צ דוקא שראו הבעלים שהמוכס החליף אלא דכיון שעומד לכך דאפשר ימכור או יחלוף, אף שעכשיו בעת שהחליף לא ידעו הבעלים מ"מ מהני מה שנתייאש מקודם שחשב שלא יוכל להציל גוף הכסות והחמור אלא כ"ז שלא ימכור, ואחר המכירה לא יציל אלא הדמים, וכמו בגנבה דמתייאש בשביל שאינו יודע מי גנב, ומהני יאוש על ספק זה שכשימכור יהי' יאוש, וראיה מהא דאמר בב"מ דכ"א דתאינה דמידע ידיע דנתרא לא הוי ישל"מ, וא"א לומר דכיון דידיע דנתרא נתייאש מעכשיו מכל התאנים אף בעודם על האילן, וע"כ דזה מהני רק דלא הוי ישל"מ אחר הנפילה.

איברא דממש"כ התוס' בסוכה דף ל' ע"ב שהקשו במה דאמר כי גזזו אונכרי נמי להוי יאוש בעלים בידיהו דידהו, דהא הוי ישל"מ דלא ידע נגזל בלוקח וכתבו וי"ל דלא מיקרי ישל"מ אלא היכי דבא בידו קודם שידעו הבעלים שנאבד מהם, אבל הכא ידעו בה ונתייאשו מקודם אלא דאין יאוש לקרקע משמע לכאורה מדבריהם דדוקא בשביל

שכבר נתייאשו מקודם, מ"מ אין זה הוכחה די"ל דהתוס' לא נחתו לזה כיון דבאמת לדבריהם כבר הי' יאוש מקודם.

אלא דיש לעיין למה פשיטא לגמ' שם דהוי יאוש כיון דסתם גזלה לא הוי יאוש, ואפשר דע"פ רוב כיון דגזלי ארעתא הוא מימים רבים כבר נתייאשו הבעלים, אבל לפי דברינו אפשר לומר דבאמת משום זה גופא אמר הגמ' דהוי יאוש דאף דמהקרקעות אכתי לא נתייאשו אבל מן האסא שיקצצו וימכרו אותם בודאי נתייאשו דלא ילכו לחפש כל הלקוחות שקנו אסא והוא כמש"כ דאף דעכשיו אין הבעלים יודעים שקצצו האסא מ"מ כיון דעומד לכך והוא כמו תאנה דמידע ידיע דנתרא הוי מעיקרא יאוש לזה ומהני היאוש לכשימכרו וכנ"ל, ובקדושין דף נ"ב דאיתא שם ההיא איתתא וכו' אתא ההוא גברא חטף זוזי מחבריה שדא לה אמר מיקדשת לי היינו דבפני חברו הי' זה, וכן משמע לשון הגמ' ולכן שפיר אמר בזה דסתם גזלה לא הוי יאוש בעלים שהנגזל יגבה מן האשה.

אלא דאתאן עלה דוקא לשיטת הרמב"ם דשינוי רשות ואח"כ יאוש נמי מהני, וכן כתבו להדיא הסמ"ע והגר"א ז"ל, והוסיף הגר"א דפליגי בזה התרי לישני דבגמ' בב"ק דף קי"ד ולישנא בתרא דסבר דאסיפא איתמר משום דברישא כיון שהחליפו אפי' בישראל הוי יאוש ומשום זה לא מתני לה ארישא ולמיתני איפכא וכמש"כ הסמ"ע דמזה מוכח דברישא בכל גווני הוי יאוש אלא דל"ק סבר דש"ר ואחר יאוש לא קני והרמב"ם סובר כלישנא בתרא.

ומה שכתב הרמב"ם ואינו יודע בודאי שזו גזולה פי' הכ"מ דהיינו דבשעה שנתנה לו לא ידע ולכן לא הוי באיסורא אתא לידיה. אבל עכשיו יודע בודאי שזו גזילה כדקתני מחזיר לבעלים הראשונים. ומה שכתב הכ"מ דצריכים אנו לזה שלא תהי' באיסורא אתא לידיה צריך ביאור דהא יאוש וש"ר קני בכל גוונא אפי' בודאי יודע שזו גזלה. וכבר תמה עליו בזה בדרישה ואין לומר דמשו"ה פטור מלשלם דמים כיון דלא אתא לידיה באיסורא. דהא כתב הרמב"ם בפ"ה מה' גנבה הל' ג' וז"ל או אינו נותן לא חפץ ולא דמים מפני תקנת השוק אם לא היה זה המוכר גנב מפורסם ומוכח להדיא דבלא תקנת השוק היה צריך הלוקח ליתן דמים אף שלא ידע שזו היא גנבה.

והנה הסמ"ע וכן הגר"א ז"ל כתבו דכונתו לומר דכיון שלא ידע שהוא גזולה איכא תקנת השוק ולכן א"צ להחזיר דמים אבל אין זה מכוון בלשון הרמב"ם דהו"ל לכתוב דזהו משום תקנת השוק, דהאיכא נ"מ אם כסות וחמור של הליסטים שוים יותר, ועוד דמלשון הרמב"ם שכתב והחזירו לו כסות אחרת מוכח דאפי' שלא בשעה שנטלו נתנו לו אלא אח"כ, וזהו שכתב שהוא כמכירה להשמיענו דאף שאינה מכירה ממש מ"מ

לענין ש"ר דינה כמכירה, אבל עכ"פ לענין תקנת השוק ודאי לא עשו בו תקנת השוק דלא עדיף מגנב ופרע בהקיפו דלא עשו תקנת השוק דלא על דעת זה נתן לו.

ונראה דבאמת אינו מדוייק בדברי הרמב"ם כמו שפירשו דכונתו דלא ידע בשעה שנטל דהא כתב ואינו יודע, ומשמע שגם עתה אינו יודע, ומה שהוכיח הכ"מ דא"א לומר כן דהא קתני שמחזיר לבעלים הראשונים ומוכח דידעינן של מי הם, זה אינו הוכחה כלל דבאמת אנו יודעים ויש עדים שמעידים שהם של הבעלים, אבל מנא ידעינן שהבעלים לא מכרו להמוכס, ובאמת לא שמענו דגזלן יהי' צריך להביא עדים על כל חפץ שיקח ושיהיו הבעלים יכולין להוציא מידו דהא דגזלן אין לו חזקה הוא דוקא מי שהוחזק גזלן על שדה זו או על חפץ זה, אבל בסתם חפץ גם מי שהוחזק גזלן חפץ שבידו הוא בחזקתו, אלא דמ"מ לכתחלה אסור ליקח מגזלן כיון שהוא מוחזק לגזול. ולכן זהו פשוט דאם מי שהניחו המוכסין אצלו הכסות והחמור כבר נתכוין לזכות וזכה בהם דבודאי אינו מחויב להחזיר לבעלים מספק, אבל כאן אנו דנין מעיקרא דמילתא לכתחלה כשמחזיר לו המוכס כסות וחמור אחר אם מותר לו לזכות בהם כיון דלכתחלה אסור ליקח מגזלן ולזה צירפה המשנה כאן טעמא דנתייאשו הבעלים והרמב"ם הוצרך להוסיף משום שאינו יודע בודאי שזו גזולה דבודאי גזל אסור ליקח מגזלן אפי' לאחר יאוש, אבל כאן דהוא ספק גזל והוא לאחר יאוש ולכשיזכה יהי' יאוש ושינוי רשות, ובכל אופן לא יהי' גזל בידו. וכיון דאינו אלא מספק מותר לו לזכות וכ"ש דאינו צריך ליתן דמים לבעלים דמספק ודאי אינו מחויב בדמים:

הלכה יא

עיין מה שכתבתי בהלכה זו בפרק א' הלכה ב'.

פרק ו

הלכה א

קורות אבנים ועצים וכיוצא בהן ששטפם הנהר אם נתייאשו הבעלים מהן הרי אלו מותרין והן של מצילן ואם אינו יודע אם נתייאשו או לא נתייאשו חייב להחזיר ואצ"ל אם היו הבעלים מרדפים אחריהם, לפיכך המציל מן הנהר ומזוטו של ים ומשלוליתו של נהר ומן העכו"ם ומן הדליקה ומן הארי ומן הדוב ומן הנמר ומן הברדלס אם ידע בודאי שנתייאשו הבעלים הרי אלו שלו ואם לא ידע יחזיר.

השגת הראב"ד: המציל מן הנהר וכו'. א"א אלו דברי תימה הם עכ"ל.

עיין במ"מ שכתב דהרמב"ם אינו מחלק מהא דקורות לאבדה ששטפה נהר וסובר

דזוטו של ים דוקא בשנתייאשו וכתב ע"ז מיהו עיקר הדין דאין יכולין להציל אע"פ שלא נתייאשו ה"ה של מוצאן. וכי בעינן נתייאשו דוקא ביכולין להציל ע"י הדחק וזהו מה שהשיג הראב"ד, וכתב המ"מ דאפשר סובר הרמב"ם דזהו נתייאשו אם אין יכולין להציל, וכן כתב בפי"א דזוטו של ים ודאי נתייאשו ממנה. והנה אכתי לא יישב המ"מ במה שחילק הרמב"ם בדבריו הא דכאן ממה שכתב בפ' י"א דכאן כתב אם ידע בודאי שנתייאשו ושם כתב שזה ודאי נתייאשו. ונראה דכאן מיירי בהצלה ושם מיירי במציאה דהצלה היינו בשעת מעשה שיתכן ע"י רוב עוזרים ומצילין שיצילו, אבל שם מיירי במציאה שהבעלים ועוזריהם כבר רחוקים ואז ודאי נתייאשו וכיוונתי בזה לד' הנחלת דוד והוא ברור.

אך בעיקר הדבר מה דסובר הרמב"ם דזוטו של ים הוא משום יאוש וסובר להדיא לקמן פי"א דקרא דממעט אבודה ממנו ומכל אדם הוא משום יאוש, והוא כדברי הירושלמי שמביאים התוס' בדף כ"ז צריך ביאור סוגיית הגמ' דריש אלו מציאות דאמר בזוטו של ים אע"ג דאית בה סימן רחמנא שריא כי פליגי בדבר שאב"ס ומוכח דלא שייך בזה פלוגתא דישל"מ וכבר עמד בזה בנחל"ד ונשאר בצ"ע ומה שרצה אח"כ ליישב עפ"ד הריטב"א דמשמע דאף דזוטו של ים נמי משום יאוש מ"מ מותר בזה ישל"מ א"א לומר כן בדעת הרמב"ם דהא כתב להדיא שזה ודאי נתייאשו הבעלים ממנה מוכח דבעינן שכבר נתייאשו.

ונראה דלפי"מ שבארנו דאבדה ששטפה נהר דאמרינן בסתמא שהיא מותרת לא איירי בשעת שטיפה אלא לאחר זמן א"כ בסתמא לא הוי שלא מדעת ולכן לא בעי הגמ' לאוקמי פלוגתייהו בהכי ומה דאמר בזוטו של ים וכו' רחמנא שרייא אינו ולא לומר דאפי' יש בה סימן נתייאשו דמעיקרא אמר דביש בה סימן לא פליגי כיון דאינה עומדת ליאוש, ולכן אף שנתייאש לבסוף נמי לא מהני ואפי' רבא מודה, אמר ג"כ דבזוטו של ים נמי לא משכחת לה לומר דמקודם לא נתייאש ואח"כ נתייאש דרחמנא שרייא בודאי נתייאש ואפי' אומר שלא נתייאש דנעשה כצוח על ביתו שנפל, אבל לאוקמי בזוטו של ים ושלא ידעו הבעלים זהו דוחק כיון שהוא לאחר זמן, ואם בשעת מעשה דאפשר להציל א"כ אפי' לא היו הבעלים אפשר שיבואו קרובים ואוהבים ויצילו ואינו עומד בודאי ליאוש. ולכן ניחא ליה לאוקמי בדבר שאב"ס דמשכחת לה בשעת אבדה ממש שלא ידעו הבעלים והוי ישל"מ.

-השמטות ומלואים-

לעיל בד"ה ונראה, כתבתי דמזוטו של ים ילפינן דאף בדבר שיש בו סימן כיון שמציאת

אבדה כזו אינה מצוי' לכן מותרת ומשמלה נלמוד בדבר שאין בו סימן ובארתי בזה מה שאמרו בגמ' איסורא דומיא דהיתרא ומוכיח מזה דישל"מ אסור ועי' בתוס' מש"כ ובדעת הרמב"ם אי אפשר לפרש כדבריהם עי' במש"כ ובארתי דמה היתרא בכל גווני אפי' ביש בו סימן ה"נ איסורא אפי' באב"ס משום דלא מיירי בלמוד זה מסימנים ומשכחת איסורא באב"ס היכא דהוי ישל"מ, ויש להקשות דאם לא ידע שנפל הא גם מצד זוטו של ים אסור, ונראה דאפשר בסימן העשוי לידרס ואין בו סימן שנדרס אבל הבעלים אין יודעין שנדרס אבל צ"ע דא"כ תמיד בעשוי לידרס אפי' נדרס אסור וזהו חדוש והיה אפשר דשייך יאוש על ספק אבל גם זה חדוש ואולי אפשר דנאבד ברשות היחיד ואינו עשוי לידרס אבל נדרס. [ע"כ].

אכן עוד נשאר לנו לבאר מה דאמר בסוף הסוגיא איסורא דומיא דהיתרא ומוכיח מזה דישל"מ אסור דתוס' לשיטתם דזוטו של ים שהתירה תורה אינו משום יאוש פירשו דזהו דמוכיח דע"כ ישל"מ אסור דאי מותר למה לי היתרא דזוטו של ים תיפוק ליה מטעם יאוש, וכן פי' הרמב"ן במלחמות אבל לדעת הרמב"ם צריך ביאור והנח"ד ביאר בזה עפי"מ שהבאתי דבריו למעלה דאף אם זוטו של ים משום יאוש מ"מ מותר גם בישל"מ אבל כבר כתבתי דא"א לומר כן בלשון הרמב"ם.

ונראה דלדעת הרמב"ם נאמר דאף דזוטו של ים הוא משום יאוש מ"מ גם משמלה דממעט דשאב"ס נלמוד דין יאוש וע"כ דגילתה התורה שני גדרי יאוש בדשאב"ס דמייאש משום דחזרת האבדה אינה מצויה משום שאב"ס, וזוטו של ים דאף דאם תמצא האבדה יש בזה סימן וידעו להחזירה אבל מציאת האבדה אינה מצויה, ולכן אמר דמה התירא בכל גווני אפי' בישב"ס ה"נ איסורא אפי' באב"ס משום דלא מיירי בלמוד זה מסימנים ומשכחת לה איסורא באב"ס היכי דהוי ישל"מ, ובאמת זהו כונת פירש"י וגם הנח"ד כתב דפירש"י לא משמע כדברי התוס' אך כתב כנ"ל, אבל לדעתי גם בדברי רש"י נפרש כמש"כ:

הלכה ג

המציל מיד ליסטים ישראל הרי אלו שלו מפני שסתם הדבר שנתייאשו הבעלים ואם ידע שלא נתייאשו חייב להחזיר, אבל המציל מיד ליסטים עכו"ם או מוכס עכו"ם חייב להחזיר שסתם הדבר שלא נתייאשו הבעלים ואם ידע בודאי שנתייאשו הרי אלו שלו. ומפני מה סתם ליסטים ישראל נתייאשו הבעלים וסתם העכו"ם לא נתייאשו, מפני שהבעלים יודעים שהעכו"ם מחזירין מיד הגזלן אע"פ שאין שם עדים שגזל אלא בראיות רעועות ובאומד הדעת.

אבל המציל מיד ליסטים עכו"ם וכו', הקשה הלח"מ דבגמ' מייתי עלה פלוגתא דר"ש ורבנן. דרבנן סברי סתם גנבה יאוש בעלים ור"ש סבר סתם גזלה יאוש בעלים. ואמר שם דלא מתוקמא מתני' לדברי הכל אלא בידוע שנתייאשו דמוכס ה"ה כגזלן וליסטים כגנב, וא"כ למה כתב הרמב"ם בין במוכס בין בליסטים שסתם הדבר שלא נתייאשו הבעלים, עוד הקשה דלעיל בפ"ה גבי נטלו מוכסין את כסותו, כתב וחזקתה שנתייאשו הבעלים ממנה, עוד הקשה דבגמ' הקשו מברייתא דהגנב והגזלן והאנס הקדישן הקדש ותרומתן תרומה, והקשו בגמ' מני אי רבנן קשיא גזלן אי ר"ש קשיא גנב ואמרו בשלמא לעולא משכחת לה בידוע שנתייאשו, והרמב"ם פסק בפ"ד מה' תרומות דהגנב והגזלן והאנס תרומתן תרומה ואם היו הבעלים מרדפים אחריהן אין תרומתן תרומה ומוכח דבסתמא תרומתן תרומה בין בגנב בין בגזלן, והרמב"ם הא פסק בפכ"ד מה' כלים כרבנן דסתם גזלה לא הוי יאוש בעלים, עוד הקשה דבפ"ה מהל' איסורי מזבח כתב הגונב או הגוזל והקריב הקרבן פסול ואם נתייאשו הבעלים הקרבן כשר, וקשה דהא פסק דבגנב גם בסתמא הוי יאוש, וכתב הלח"מ דע"כ לא פליגי רבנן ור"ש אי סתם גנבה אי גזלה הוי יאוש בעלים אלא בגנב וגזלן עכו"ם, אבל בגנב וגזלן ישראל סתמא מייאש, ולכן מה שכתב בפ"ה מיירי בישראל וכן בהל' תרומות הא ודאי מיירי בישראל, ומה שכתב בפכ"ד מהל' כלים וכן בכל מקום שהזכיר הרמב"ם דסתם גזלה לא הוי יאוש בעלים מיירי בעכו"ם, ומלבד שבעצמו כתב שזהו דוחק גדול הוא נגד גמ' מפורשת בקדושין דף נ"ב ע"ב דאמר שם לית דחש להא דר' שמעון דאמר סתם גזילה הוי יאוש בעלים דמיירי בההוא גברא דחטף זוזי מחבריה. ומפורש דאפי' בישראל לא הוי יאוש, שוב ראיתי שכן הוכיח הט"ז בסי' שס"א.

והנה בקושיא הראשונה של הלח"מ נראה פשוט דבליסטים הא שפיר חילק הרמב"ם בין ישראל לעכו"ם ובמוכס באמת לא הזכיר דמוכס ישראל סתמו הוי יאוש, ורק דגבי עכו"ם הזכיר גם מוכס עכו"ם, אבל כשבאר החלוק בין עכו"ם לישראל לא הזכיר אלא ליסטים, ומה שלא הזכיר דמוכס ישראל נמי לא הוי יאוש הוא משום דסתם מוכס ישראל לא הוי גזלן דדינא דמלכותא דינא והי' צריך לבאר במוכס העומד מאליו או מוכס שאין לו קצבה כמבואר בפ"ה ולכן כתב חד מינייהו דהוא מוכס עכו"ם כמבואר שם, אבל בעיקר דין יאוש לא הזכיר חילוק בין עכו"ם לישראל אלא בליסטים.

ומה שהקשה הלח"מ ממש"כ הרמב"ם בפ"ה גבי נטלו מוכסין כסותו דחזקתה שנתייאשו הבעלים כבר מבואר בדברי הסמ"ע והגר"א ז"ל, והבאתי דבריהם בפ"ה ע"ש דהיכי דהגזלן מוכר לאחר סתמו הוי יאוש ע"ש שבארתי בארוכה.

ומה שהקשה עוד במה שלא חילק הרמב"ם בה' תרומות וכתב בסתמא דהוי יאוש בין בגנב בין בגזלן נראה לפימש"כ בפ"ו מה' גנבה הל' א' ליישב במה דפסק שם הרמב"ם דאם רוב אותו הדבר גנוב אין לוקחין, והקשו ממה דפסק בפ"ה מה' גזלה כשמואל דאפי' מיעוט משלו מותר ליקח ממנו, וכתבתי ליישב ע"פ דברי הירושלמי פ"ב דקדושין דמוכח דאם נתייאש מן החפץ אף שלא נתייאש מן הדמים הוי יאוש לגבי החפץ, ולכן היכי דיש להגזלן מיעוט משלו מאותו המין שיש לו בגזילה א"כ כבר אינו בטוח הנגזל שיגבה מה שנגזל ממנו והוי יאוש לגבי החפץ, ואף דיאוש לחודיה לא קני בזה מהני מה דהוי ספק דאפשר אינו גזל כיון דכשיבוא לידו יהי' יאוש ושינוי רשות ועכ"פ לא יהי' גזל בידו [ויש לצרף קצת דברי המ"מ לענין כר מלא מוכין דבספק גזל מהני גם שינוי החוזר אף דשם צ"ע דמשמע דשינוי החוזר לא מהני אפי' עם שינוי רשות] ולפי"ז נראה להוסיף עוד יותר דגזלן שגזל תבואה ופירות כיון דהוא דבר המצוי בשוק והכל קונים זהו תמיד מתייאש הנגזל מגוף התבואה והפירות דכמה ספיקות בדבר שמא יש לו משלו, ושמא עד שיבוא לגבות יאכלם ושמא יקנה גם תבואה ופירות אחרים. ולכן אף דבודאי לענין ליקח מן הגזלן אסור אם אנו יודעין שהוא גזל וכמש"כ דרק אם יש לו מיעוט משלו מותר, מ"מ גם אם אין אנו יודעין שיש לו מיעוט משלו ודאי נתייאש בתבואה ופירות לענין גוף החפץ ולא דמי לחפץ מסויים ויסוד לזה הוא מה דמיעוט משלו מהני דהוי יאוש וכמש"כ, ועמש"כ בפ"ה הל' י'.

ועכשיו מיושב דסובר הרמב"ם דקושיית הגמ' אינו אלא מהקדישן הקדש דשפיר משכחת לה גם בכלי וחפץ הניכר ושלא יהי' כלה ואינו מתייאש מגוף החפץ, אבל מתרומתן תרומה לא קשה דודאי מתייאש מגוף הדבר וכנ"ל.

ומה שהקשה הלח"מ ממה דכתב הרמב"ם בפ"ה מה' איסורי מזבח דהגונב והגוזל והקריב הקרבן פסול זה פשוט דבאמת אף דסתם גנבה יאוש בעלים מ"מ משכחת לה גנבה שאכתי לא נתייאשו הבעלים דהיינו שהבעלים לא ידעו קודם ההקרבה שנגנב, ואפי' ידעו קודם ההקרבה אם לא ידעו קודם שהקדיש כיון דבשעה שהקדיש לא חל ההקדש נראה שהקרבן פסול, וא"כ שפיר כתב הרמב"ם מתחלה עיקר דינא דאם הקריב גנבה או גזלה פסול הקרבן, ואם נתייאשו קודם כשר, ולא בא כאן ללמדנו באיזה אופן אמרינן דבסתמא נתייאשו ובאיזה אמרינן דלא נתייאשו דהא מבואר במקום אחר החילוק בין גנבה לגזלה, וכן מצינו שכתב בפ"א מה' גנבה הל' י"א וז"ל, היתה הגנבה ביד הגנב והשביחה מאליה וכו' ואם אחר יאוש ילדה וכו', ולא כתב דבסתמא הוי יאוש וכן בפ"ב הל' ו' כשחילק בין הקדיש לפני יאוש ובין הקדיש לאחר יאוש לא הזכיר דבסתמא

הוי יאוש, וע"כ צ"ל דלא מיירי בהכי, וסמך על מה שכתב דהלכה כרבנן בפכ"ד מה' כלים דשם מקום מחלוקתן של רבנן ור"ש.

והנה הטור בסי' שס"ח כתב וז"ל ויש מפרשים הא דבגנב הוי סתמיה יאוש דוקא בגנב ישראל אבל בגנב עכו"ם לא הוי סתמיה יאוש ולפי"ז בליסטים אפי' אם הוא ישראל סתמיה לא הוי יאוש, אבל מדברי א"א הרא"ש ז"ל יראה דבליסטים ישראל סתמא הוי יאוש וליסטים עכו"ם סתמא לא הוי יאוש אלא אם כן ידוע שנתייאש ולפי"ז בגנב אפי' אם הוא עכו"ם סתמא הוי יאוש עכ"ל, והביאו הרמ"א בשו"ע והיש"ש תמה על הטור, וכן הש"ך והגר"א תמהו על הטור והרמ"א דבודאי ליסטים היינו גנב ובגנב יש חילוק בין עכו"ם לישראל ולא בגזלן וכמש"כ הרז"ה שהוא הי"מ והרא"ש הביא רק לשון הגמ', עיין בדבריהם שהאריכו.

והנראה בדעת הטור והרמ"א דעיקר החילוק בין עכו"ם לישראל אשכחן בגמ' בליסטים, וע"פ הסברא הפשוטה נראה דחילוק זה באמת לא שייך אלא בליסטים ולא בגנב ולא בגזלן, אף דלענין מחלוקת רבנן ור"ש מבואר בגמ' דליסטים דינו כגנב, דטעמא דרבנן דסברי דסתם גנבה יאוש בעלים הוא משום דלא ידע מי גנב ולא יוכל להוציא, אבל בגזלן יוכל להוציא ממנו, ור"ש סבר דבגנב לא הוי יאוש שמצפה להתודע ולמצוא את הגנב, אבל בגזלן ירא ממנו להוציא אפי' ע"י ב"ד, והנה ליסטים היינו דמיטמר מאינשי אבל מיד הבעלים לוקח בגלוי, ולכן סבר הגמ' דאף דטעמא דרבנן דסתם גנבה הוי יאוש משום שאינו יודע מי הגנב, מ"מ גם בליסטים כיון שלקח ממנו שלא בפרהסיא ואין לו עדים מתייאש שלא יוכל להוציא, ודוקא בגזלן אינו מתייאש שבודאי יש לו עדים שלקח בפרהסיא, ולר"ש דסבר דסתם גזלה הוי יאוש הוא דוקא בגזלן דחציף טובא ולא מיטמר מאינשי ירא ממנו, אבל מליסטים לא יפחד ויוציא ממנו כמו מגנב, אבל כ"ז לענין פלוגתא דרבנן ור"ש אבל לענין חילוק שבין עכו"ם לישראל דבליסטים עכו"ם דדייני בגיתי לא מייאש ובישראל מייאש ודאי מסתבר דזהו רק על ליסטים דעכ"פ הבעלים בעצמם יודעים מי הוא, ומהני הא דעכו"ם דייני בגיתי שיוכל להוציא בלא עדים, אבל גנב שבעצמו אינו יודע מי הוא מה מהני הא דדייני בגיתי, אלא דמ"מ יש לומר דכמו לר"ש דסבר דסתם גנבה לא הוי יאוש דסבר שימצא הגנב ה"נ לרבנן דלא סברי הכי מ"מ מודו דאפשר שימצא, אלא דכיון שעכ"פ אין לו עדים לא יוכל להוציא אבל בעכו"ם דדייני בגיתי גם בגנב לא מייאש.

ולפי"מ שבארנו א"כ דברי הטור ושיטתו בדעת הרא"ש ברורה דבא להוציא מדברי הרז"ה הוא הי"מ דסובר דבגנב איכא חילוק בין עכו"ם לישראל ולזה כתב דמדברי

הרא"ש שהביא רק דברי הגמ' דמחלק בין עכו"ם לישראל גבי ליסטים, ואח"כ הביא פלוגתא דרבנן ור"ש בגנב וגזלן בסתם, ומשמע דלרבנן גם בגנב עכו"ם הוי יאוש מוכח דסובר דבגנב ליכא נ"מ בין גנב עכו"ם לישראל וכמו שכתבנו.

אלא דדברי הטור תמוהים להיפוך במש"כ על דברי היש מפרשים שהוא הרז"ה דלפי"ז בליסטים אפי' אם הוא ישראל סתמו לא הוי יאוש וזה בודאי תמוה דהא עיקר החילוק בין עכו"ם לישראל הוא בגמ' בליסטים, אלא דהרז"ה סובר דגנב הוא כליסטים דליסטים היינו גנב, ולכן נראה ברור דיש כאן ט"ס וצ"ל ולפי"ז בגזלן אפי' אם הוא ישראל סתמו לא הוי יאוש, ומה שכתב אח"כ דמדברי הרא"ש יראה דבליסטים וכו' כונתו דדוקא בליסטים הוא החילוק, ולא כדברי הרז"ה דהחילוק הוא בגנב דליסטים היינו גנב אלא דוקא בליסטים. אבל בגנב אפי' בעכו"ם הוי יאוש, ובגזלן אינו חולק על הרז"ה דאפי' בישראל לא הוי יאוש וחולק רק בגנב ודברי הטור ושיטתו בדעת הרא"ש ברורה, וכן מוכח מדברי הרמב"ם דהחילוק בין עכו"ם לישראל הוא רק בליסטים וכמו שכתבנו:

פרק ז

הלכה א

כל מי שנתחייב ממון לחבירו הישראל וכפר בו ונשבע על שקר הרי זה חייב להחזיר לו הקרן שכפר בו והוספות חומש וחייב בקרבן והוא הנקרא אשם גזלות, אחד הגוזל או העושק או הגונב או שהלוהו או שהפקיד אצלו או מצא אבדה וכחש בה או שהיתה ביניהן שותפות ונשאר לו אצלו ממון או שעשה לו מלאכה ולא נתן לו שכרו, כללו של דבר כל שאילו הודה חייב לשלם בדין וכפר ונשבע משלם קרן וחומש שנאמר וכחש בעמיתו בפקדון.

כבר הקשו האחרונים על מה שסתם הרמב"ם וכתב דגם בעושק ובהלואה חייב ק"ש ובב"מ דף מ"ח איתא דדוקא ביחד לו כלי לעשקו ולהלואתו ונאמרו בזה תירוצים שונים, אכן כבר הקשו בתוס' דאנסת ופתית את בתי דלא שייך יחוד כלי כיון דאכתי לא נתחייב ותירצו דמיירי שיחד לו כלי לכשיעמוד בדין וקאי למ"ד אם מקנה דשלבל"ע ע"ש ובודאי הוא דוחק לאוקמי מתני' שלא כהלכה.

ונראה עפ"י דאיתא בספרי הבאתי ברפ"א וז"ל אי והשיב ושלם יכול יהי' משיב ומשלם ואל תתמה שהרי הגנב משלם תשלומי כפל, אם טבח ומכר ומשלם דו"ה ת"ל גזילה גזילה הוא משלם ואין משיב ומשלם, והיינו דמקודם כתיב והשיב את הגזלה ואח"כ ושלם אותו בראשו, וקמ"ל בספרי דאינו משיב ומשלם, וא"כ ע"כ והשיב הוא

כשהוא בעין ושלם כשאינו בעין, וא"כ י"ל דמה דאוקים רב חסדא כשיחד לו כלי לעשקו ולהלואתו, היינו כדי שיהי' אפשר שיהי' דין השבה גם בעושק ותשומת יד דבאמת בעיקר קרא דוהשיב כתיב נמי עושק וע"כ צריך לאוקמי שיחד לו כלי, ולכן אמר דבתשומת יד נמי משכחת לה באופן שיהי' דין השבה ומ"מ כי אהדריה קרא לא אהדר אלא בעושק כדאיתא שם, אבל מ"מ קרבן שבועה חייב נמי גם היכי דהוא בדין ושלם והיינו כשאינו בעין, אח"כ ראיתי דבעיקר הדברים כבר כתב כן הרמב"ן בחידושיו בב"מ דרב ששת אתא לאשמעינן רק שיהי' משכחת לה קרא דוהשיב אלא שלא הביא דברי הספרי ולא קרא דושלם ובדברינו לפי דברי הספרי מבואר ביותר, ואפשר כיון לזה הרמב"ן אלא שקיצר בדבריו:

הלכה ג

בד"א כשהיה חייב לשלם מחמת עצמו, אבל אם היה חייב לשלם מחמת אביו אינו משלם חומש, כיצד כגון שגזל אביו או גנב או שהיה חייב לאחרים והבן יודע וכפר [הבן] ונשבע ואח"כ הודה משלם הקרן בלבד שנאמר אשר גזל על גזלו הוא מוסיף חומש ואינו מוסיף חומש על גזל אביו.

בגמ' אוקים ר"ה בדר"י בשעמד בדין והניח הגזלן אחריות נכסים והא דפטור מחומש לפי שאין משלמים חומש על כפירת שעבוד קרקעות, והקשה הרא"ש בש"מ דא"כ למה לן קרא דאשר גזל דעל גזל אביו אינו מוסיף חומש, וכ' הרא"ש דלרהבדר"י הוי קרא אסמכתא בעלמא, ולרבא דאוקים כגון שהיתה דסקייא של אבא וכו' ולא ידע הבן ניחא דצריך קרא אף דהאדם בשבועה פרט לאנוס הו"א דזה רק לענין אשם אבל חומש חייב, והנה הרמב"ם כתב כתירוצא דרהבדר"י דהא כתב והבן יודע, ומה שלא כתב כתירוצא דרבא נראה דלתירוצא דרבא בודאי קשה ל"ל קרא דכיון שלא ידע שדסקייא של אביו מופקדת ביד אחרים עם הגזלה, א"כ לבד מה שנשבע בשגגה הנה אין עליו חיוב ממון כלל והיכי אפשר לחייבו קרבן שבועת הפקדון דצריך דוקא כפירת ממון ובלא האדם בשבועה פרט לאנוס הי' אפשר לחייבו משום שבועת ביטוי ולא משום שבועת הפקדון ולרבא ודאי צריך לומר דאסמכתא בעלמא הוא, אלא דעכ"פ קשה דלמה כתב הרמב"ם דרשא דאשר גזל כיון דהוא שעבוד קרקעות ובפ"ח כ' הרמב"ם דנתמעטו קרקעות מכלל ופרט וכלל, ובפ"ח מה' שבועות כתב דשעבוד קרקע הוא כקרקע.

והנה הרמב"ם לא כתב כשעמד בדין דבגמ' אוקי הכי למ"ד מלוה ע"פ אינו גובה מן היורשין, אלא דצריך להוסיף דאף דמיניה דידיה ודאי גובה מקרקע ומ"מ במלוה ע"פ חייב ק"ש והתוס' בב"מ דף ד' כתבו דבאמת מיירי דאין לו בני חרי, אבל מפשטות דברי

הרמב"ם לא משמע כן וצ"ל כמש"כ הרמב"ן בשבועות דף ל"ז דמלוה ע"פ כיון דאיכא נמי מטלטלין אין התביעה דוקא על הקרקע ורק מלוה בשטר כיון דטורף מלקוחות הוי עיקר תביעה על הקרקע ע"ש, ולפי"ז יקשה לכאורה אמאי אינו חייב ק"ש כיון דלא עמד בדין והוי מלוה ע"פ, אך באמת הוא פשוט דזה אינו אלא מיניה דידיה דגובה נמי ממטלטלי, אבל מיתומים כיון דאינו גובה אלא מקרקע ודאי הוי שעבוד קרקעות, וממילא נשארה קושיית הרא"ש במקומה דלמה צריך לקרא דאשר גזל ובריתא אפשר לומר דאסמכתא בעלמא הוא אבל על הרמב"ם קשה במה שהוצרך להביא קרא דאשר גזל.

והנה הקצוה"ח בסי' נ"ט הביא מדברי הרשב"א דמה"ת מטלטלי דיתמי נמי משתעבדי איברא דמה שציין לדבריו פ' הכונס חפשתי ולא מצאתי, ומה שהביא ממש"כ בסוף מס' קדושין שכתב וז"ל והיכי דלא גבי בע"ח מטלטלי דיתמי אינו תורה דמדינא גבי אלא משום דלאו עיקר אסמכתי' אמטלטלי ע"ש, אך המעיין בדברי הרשב"א שם ובמה שסיים את דבריו מוכח דאין כונתו שם דמה"ת משתעבדי גם מטלטלין אלא דהך סברא דלא עיקר אסמכתי' אמטלטלי מהני נמי מה"ת וכמש"כ שם דירדה תורה לסוף דעתן של בריות, וכונתו שם רק לומר דלא נימא דאמטלטלין מעיקר דינא לא שייך שעבוד כלל, ואפי' שעבדו בפי' לא מהני לזה כתב שם דמדינא הי' גובה והיינו דשייך שעבוד, אלא דבשביל דלאו אסמכתי' אינו גובה ונ"מ דבשעבדו בפי' גובה וזהו שחידש דמלוה גרע מטלטלין ואפי' שעבד להמלוה בפי' אינו גובה, ותמיהני על הקצוה"ח שלא עיין היטב בדברי הרשב"א.

והנה בב"ק דף י"א בהא דמשני כשעשאו אפותיקי כתבו התוס' דעכשיו גובין מיתמי ודורקא בעבדים, אבל בעשה שורו אפותיקי דאינו גובה מלוקח אינו גובה גם מיתמי, והוכחתם דהא אוקי מעיקרא ביתמי, אבל המאירי בש"מ כתב בשם הגאונים דגובה מיתמי, וכן כתב הרשב"א בסוף קדושין הנ"ל ע"ש וצ"ל דיפרשו כפירש"י דלמה דמשני כשעשאו אפותיקי לא מיירי ביתמי. אבל ראיתי עוד בש"מ בשם מהר"י כץ שכתב דר"ת פי' במקום אחר דהיכי ששעבדו בפי' גובה ממטלטלי דיתמי ותקשה ממש"כ כאן התוס' דאינו גובה מיתמי וכתב דכאן כתבו זה התוס' אי שעבודא לאו דאורייתא ומלוה ע"פ אינו גובה מיתומים דאז גם שעבדו בפירוש לא מהני אלא משום נעילת דלת וכיון דאינו גובה מלקוחות אינו גובה מיתומים אבל ר"ת שם פסק להלכה דמלוה ע"פ גובה מן היורשין דשעבודא דאורייתא, ולכן היכי דשעבד בפי' מטלטלין מהני לגבות מיתומים, ולפי"ז גם ר"ת סובר להלכה כהגאונים ואין צריכין למש"כ דהגאונים יפרשו כפירש"י דגם לפי' התוס' מיושב.

ונראה להביא ראיה לדעת הגאונים מהא דאמר ר' יוחנן בב"מ דף קי"ד משכנו ומת שומטו מע"ג בניו ומשמע דוקא מיתומים ולא מלקוחות, ואף דגבי לקוחות איכא תקנת השוק מ"מ נ"מ גם מכר בפחות. וכן ברמב"ם וטוש"ע לא הוזכר אלא דגובה מיתומים, ומוכח דף דב"ח קונה משכון מ"מ לא מהני לגבות מלקוחות ולא עדיף מאפותיקי דג"כ אלים השעבוד, ומ"מ לא מהני בשורו אפותיקי לגבות מלקוחות, וכן מוכח בפשיטות פסק ההלכה דגבי שורו אפותיקי פסקו דבמכרו אין בע"ח גובה, וגבי משכון פסקו דגובה מיתומים, ולפי דעת התוס' דבע"ח ולקוחות שוין הו"ל להפוסקים להזכיר בשניהם יתומים ולקוחות, וע"כ דבאמת אינו כן ואפותיקי ומשכון שוים דמיתומים גובה ולא מלקוחות, והגר"א ז"ל בסי' קי"ז הזכיר ד' התוס' כאלו הם פשוטים להלכה אבל מפשטות הפוסקים נראה כדעת הגאונים.

והנה זה עכ"פ יש לנו יסוד מדברי הרשב"א דשעבדו בפי' מהני גם במטלטלין מה"ת ולפימש"כ מהר"י כ"ץ זהו למ"ד שעבודא דאורייתא, אבל למ"ד של"ד גם בעשאו אפותיקי אינו גובה מיתמי, ועיין מש"כ הקצוה"ח שם לענין שעבדו בפי' דלא מהני אי של"ד מד' התוס' והריטב"א, איברא דהרשב"א בקדושין י"ג אינו סובר כן, ועכ"פ לדעת הרמב"ם נוכל לומר כן, ועכשיו נראה דהנה הפנ"י כתב במה דפריך בגמ' ונחייב בנו חומש אשבועה דידי' דאין לומר דגזה"כ הוא, דהא לא נתמעט אלא דעל גזל אביו אינו מוסיף חומש, והיכי דכפר הבן ממון הוי גזל דידיה, ולפי"ז אפשר לומר דזהו דוקא בגזלה קיימת או למה דמשני אח"כ בעמד בדין ואיכא אחריות נכסים דכיון דנשתעבדו הנכסים שיכול לגבותם גם מלקוחות הוי כמו חפץ מסויים שיש בידו וכופר והוי גזל דידיה, אבל בשעבדו מטלטלין היכי דאינו גובה אלא מיתומים ולא מלקוחות יש לומר דאינו אלא כמו זכות לגבות החוב, אבל לא הוי כמו שיש ביד הבן ממון הנגזל ושפיר אפשר שיתמעט מקרא דאשר גזל דעל גזל אביו אינו מוסיף חומש כיון דאינו תובע אלא מכח אביו. והגמ' דלא משני כן הוא דכיון דאזיל למ"ד מע"פ אינו גובה מיורשין, א"כ גם בעשה שורו אפותיקי אינו גובה כמש"כ, ולכן הוצרך לשנויי בשעמד בדין ולפי"ז באמת אינו אלא אסמכתא כמש"כ הרא"ש. אבל להלכה דקיי"ל דמע"פ גובה מן היורשין איכא נ"מ בעשה שורו אפותיקי וכנ"ל, ואין אנו צריכים לומר דמדאורייתא איכא נ"מ בין יתומים ללקוחות דאפי' אינו אלא מדרבנן מיושב דקרא דאשר גזל אינו מיותר אלא דמקרא ידעינן דרק על גזלו מוסיף חומש ולא על גזל אביו וכיון דעכשיו הפקיעו חכמים השעבוד ממטלטלין כשעשאו אפותיקי דאינו גובה מלקוחות לא אלים השעבוד ולא הוי כפירת ממון שלו אלא כפירת חוב אביו וכנ"ל:

הלכה יג

עיין מש"כ בפ"ד מה' גנבה הלכה ה'.

פרק ח

הלכה ד

וכן הגוזל את הגר ונשבע לו וחזר והודה לו וזקף עליו הכל מלוה ואח"כ מת הגר אע"פ שזכה בגזלה חייב להוציאה מתחת ידו, בד"א כשהודה בינתים אבל אם גזל את הגר שאין לו יורשים ונשבע לו ומת הגר הרי זה חייב לשלם הקרן וחומש לכהנים של אותו משמר ומביא אשמו ואח"כ יתכפר לו.

השגת הראב"ד: כשהודה בינתים וכו'. א"א ואפי' (לא) הודה בינתים אם לא זקפן עליו במלוה הכל לכהנים דלא איתמר בשמעתין הכי אלא לר' יוסי הגלילי אבל לר"ע כי לא זקפן לכהנים הוי עכ"ל.

כתב המ"מ וז"ל ובאמת הסוגיא האמורה שם לדעת ריה"ג הוא כדאמרינן מכלל דריה"ג וכו' אלא גזל הגר דקאמר רחמנא נתינה לכהנים וכו' ויראה לי דלר"ע ל"ש זקפן ל"ש לא זקפן בהוצאת גזלה מתחת ידו סגי אע"פ שאינה נותנה לכהנים והא דפריך לריה"ג משום דלדידיה מפרש טפי דאמר זכה הלה במה שבידו וכו' ונקט בברייתא זקפן להודיעך כחו דר"ע דאפי' זקפן בעי להוציא גזלה מתחת ידו ועל דרך זה כתב הרב למעלה זקפן זה נ"ל ועוד צ"ע, עכ"ל, והנה מה שכתב המ"מ דהסוגיא הוא לדעת ריה"ג כן הוא לפירש"י דפי' בהא דאמר מכלל וכו' אפי' לא זקפו לרבא פרכינן ולהדיא דמפרש דהא דאמר אלא גזל הגר וכו' הוא סיומא דקושיא דפריך לרבא לדעת ריה"ג וכן כתבו התוס' דה"ה דהו"מ למיפרך בתחלת סוגיא כי קאמר ריה"ג ל"ש לנפשיה וכו'. אבל באמת הדברים מבוארים בסוגיא כדעת הרמב"ם דהא לר' יוחנן דמשני הא ריה"ג הא ר"ע ואמר להדיא דזקפן במלוה הוא לרבותא דר"ע, אבל עכ"פ לר"ע נמי ל"ש זקפן ל"ש לא זקפן א"צ אלא להוציא גזלה מתח"י, אבל אינו נותנה לכהנים וכן הוא לרבא דסבר נמי דזקפן לאו דוקא כדפירש"י אכן נראה דאפשר לפרש דמה דאמר מכלל זהו סיומא דמילתא דרבא דאמר כי אמר ר"ע דלא מצי מחיל לנפשיה אבל לאחרים מצי מחיל וזהו מתני' דמחל לו על הקרן, ומוכח מזה דזקפן במלוה אינו מחילה וזהו דמסיים מכלל דריה"ג סבר אפי' לנפשיה מצי מחיל והיינו כיון דזקפן לא מיקרי מחילה כיון דלאחרים סבר ר"ע נמי דמצי מחיל, ומה דפריך בגמ' אלא גזל הגר דקאמר רחמנא נתינה לכהנים זהו סוף הסוגיא והוא קושיא לדברי הכל בין לריה"ג בין לר"ע דר"ע נמי לא אמר דצריך נתינה לכהנים.

אכן דברי הרמב"ם אכתי אינם מיושבים דלא משמע בדבריו דזקף במלוה הוא לרבותא ומפשטות דבריו משמע דיש חילוק בין זקפן ללא זקפן ומ"מ לא הזכיר לנו איך הוא דינא בלא זקפן, ונראה דסובר דזקפן מועיל דבאמת כבר נעשה מלוה ומ"מ סבר ר"ע דכיון דעכ"פ לא מחלן לגמרי אכתי לא קיים מצות השבת האשם. ולכן הוא מחויב להוציא גזלה מתחת ידו. ורק דהנ"מ בין זקפן ללא זקפן הוא בדין זכות בהגזלה דהיכי דזקפן דכבר נעשה מלוה אז ודאי זכה הגזלן בגזלה כיון דכבר נעשה מלוה אלא דמ"מ צריך להוציא מתחת ידו. אבל לא זקפן אכתי דין גזלה קיימת ומחוייב מעיקר דין השבת גזלה להוציא גזלה מתחת ידו אלא דמ"מ ליכא בזה דין דהשבה לכהנים כיון דכבר נתחייב להשיב להגר בעצמו דדוקא היכי דלא הודה אלא לאחר מיתת הגר דעתה נתחייב בהשבת האשם אז אמרינן דזכה השם ונתנו לכהנים אבל בנתחייב להגר ליכא דין השבה לכהנים אלא לכל מי מישראל שישיב הוי השבת גזלה, ונמצא דבאמת להלכה אין שום נ"מ בין זקפן ללא זקפן, כיון דגם בזקפן צריך להוציא גזלה מתח"י ומ"מ נקט זקפן דוקא דאז הוי רבותא במה דצריך להוציא גזלה מתח"י אף שזכה בגזלה אבל לא זקפן פשוט הוא דמחוייב להוציא גזלה מתחת ידו דלא זכה כלל:

הלכה יב

נתן את הכסף לאחת [מן] המשמרות ואת האשם למשמרה זו שהיא שבתה יחזיר הכסף אצל האשם לאנשי המשמרה הקבועה שהמשמרה שלקחה כסף בלא שבתה לא זכתה ומוציאין מידה.

כתב המ"מ נתן את הכסף לאחת מן המשמרות פי' שלא בזמנם והוא מבואר במשנה ודין אחר אמר בגמ' כזה ולא הזכירו רבינו ז"ל עכ"ל. ודברי המ"מ תמוהים מאוד דלפי פירש"י מתני' הוא כשנתן לכל א' בזמנו וסיפא דקנסינן ליהויריב הוא משום שקבל אשם מקמי כסף. ומצאתי שעמד ע"ז בישׁ"ש ואחר שהאריך בבאור הסוגיא וההלכה לדעת רש"י כתב וז"ל, והרמב"ם האריך בפי' המשנה בדברים דחוקים וזרים שלא כדרך המשניות וגם יש לו סוגיא אחרת בפלוגתא דר"י ורבנן מסוגיא שלנו גם תמוה לי שעיקרי הדינים לא הביא בספרו וכתב רק דין א' וז"ל נתן וכו' ודין זה לפי"מ שפי' לא הוזכר לא במשנה ולא בברייתא, ומ"מ נ"ל שכך הדין לר"ע דליכא למימר ליקנסה בני יהויריב דהא לא קבלו האשם מקמי הכסף אלא האחרים שקבלו הכסף שלא במשמרתם ראוי לקנוס ובזה מודים רבנן לר"י. ואדרבא לפי"מ שפי' הוא במשנה נראה שפסק כר' יהודה שדין זה שכתב בספרו יהי' אליביה והוא עצמו פסק בפיהמ"ש כחכמים עכ"ל.

והנה אחר העיון בפיהמ"ש נראה שמפרש מתני' דלא כפירש"י דנתן הכסף ליהויריב

הוא חד בבא ואשם ליהויריב הוא בבא אחריתא אלא דהוא חד בבא נתן הכסף ליהויריב ואשם לידעיה ומיירי במשמרתו דידעיה, ואמר ע"ז יֵצֵא אשם ליהויריב ומה דתנן כסף לידעיה הוא בבא אחריתא והיא משנה חסרה וכמו דקתני, ולדברי ר' יהודה כסף לידעיה, היינו שיוציאו ב"ד הכסף מיהויריב לידעיה והוא כהך גוונא דפלוגתא דברייתא דמפרש רבא דמיירי במשמרתו דיהויריב ולא ידעתי מש"כ הישׁ"ש שיש להרמב"ם סוגיא אחרת בפלוגתא דר"י ורבנן מסוגיא שלנו. דאין חילוק כלל בפירושו של הרמב"ם בברייתא ממה שמפרש רבא רק החילוק דבברייתא מיירי כשהיה המשמרה של יהויריב ומתני' מיירי שהמשמרה של ידעיה וכן כתב בפיהמ"ש וז"ל וכך אמרה הברייתא בזה הדין כשהיתה המשמרת ליהויריב עכ"ל.

אלא שבזה ודאי נכונים דברי הישׁ"ש דהרמב"ם אינו מחלק בין נתן האשם קודם או הכסף קודם. דגם אם נתן הכסף קודם מ"מ קנסינן לרבנן להמשמרה שלקחה האשם אף שהוא בזמנה דכיון שנתן הכסף להמשמרה שאינה זמנה לא זכתה והוי כמו דאכתי לא נתן הכסף כלל ולא היה להמשמרה שהוא זמנה לקבל האשם בלא כסף. והרמב"ם פוסק כאן בהלכותיו כר' יהודא וכמו שכתב הישׁ"ש וחוזר ממש"כ בפיהמ"ש, וטעמו נראה משום דרבי מפרש אליבא דר' יהודה בין בברייתא בין במתני' בהא דאמר אם קיים האשם, ונמצא שהרמב"ם שכתב בהלכה זו לאחת מן המשמרות כלל בזה דינא דמתני' והברייתא ואין נ"מ בין נתן האשם קודם או הכסף קודם וכנ"ל.

ויש כאן סוגיא עמומה בירושלמי והרבה פירושים נאמרו בזה ואינם מרווחים ואיתא שם להדיא לחד מ"ד דבני משמר שזכו במשמר שלא בשבתן מוציאין אותן מידן וזהו כלשון הרמב"ם. אבל צריך לבאר הסוגיא לפירושו של הרמב"ם. וז"ל הירושלמי שהוא תחלת סוגיא על מתני' דנתן את הכסף וכו' ר' חזקיה אמר בשתי שבתות פליגן ר' יוסי אמר בשבת אחת, מאן דמר בשתי שבתות נתן את הכסף ליהויריב במשמר ידעיה ואשם לידעיה במשמר יהויריב יצא, רבי אומר אם כדברי ר' יודן אם הקריבו בני יהויריב את האשם לא נתכפר להן אלא יוליך את הכסף מבני ידעיה אל בני יהויריב ויקריבו בני יהויריב את האשם ויתכפר להן, זאת אומרת אנשי משמר שזכו במשמר שלא בשבתן מוציאין אותו מידן מאן דמר בשבת אחת פליגן נתן את הכסף ליהויריב במשמר ידעיה ואשם לידעיה במשמר יהויריב לא יצא כו' זאת אומרת אנשי משמר שזכו בקרבן בשבתן אין מוציאין אותו מידן, ופי' הפ"מ דפלוגתא דר' חזקיה ור' יוסי קאי אתוספתא דאיתא שם נתן הכסף ליהויריב ואשם לידעיה יחזיר הכסף אחר אשם דברי ר' יהודה וחכמים אומרים אשם אחר כסף, וגורס הפ"מ כמו במתני' נתן הכסף ליהויריב ואשם לידעיה

יצא, אשם ליהויריב וכסף לידעיה יחזיר הכסף אחר אשם וכו', ומפרש הפ"מ מאן דמר בשתי שבתות נתן הכסף ליהויריב במשמר ידעיה ואשם לידעיה במשמר יהויריב יצא, דאפי' נתן לכל אחד שלא במשמרתו יצא כיון דנתן כסף קודם אשם, ורק בנתן אשם קודם פליגי ר"י וחכמים ע"ש בטעמא דפלוגתא שחידש בעצמו והוא דחוק מאוד. ועכ"פ לדעת הרמב"ם א"א לפרש כן ומדבריו מוכח שסמך על הירושלמי שכתב כלשון הירושלמי.

לכן נראה לפרש דברי הירושלמי לפי שיטתו של הרמב"ם והפלוגתא קאי על מתני' דר' חזקיה מפרש למתני' דמיירי בשתי שבתות וכמו שמפרש נתן הכסף ליהויריב במשמר ידעיה ואשם לידעיה במשמר יהויריב יצא וחסר כאן תיבת כו' כמו דאיתא בהא דר' יוסי והכונה יצא אשם ליהויריב ולדברי ר' יהודה כסף לידעיה וכמו שמפרש הרמב"ם אבל אם נתן לכל אחד בשבתו לא פליגי וזכה כל אחד בשלו וכדאיתא בבבלי. ומייתי ע"ז הא דאיתא בתוספתא רבי אומר אם כדברי ר' יודן אם הקריבו בני יהויריב את האשם לא נתכפר להן אלא יוליך את הכסף מבני ידעיה אל בני יהויריב ויקריבו בני יהויריב את האשם ויתכפר להן וזה ודאי מיירי כשנתן ליהויריב את האשם כמו בברייתא בבבלי וגם שם איתא דברי רבי בלשון אחר. וכן צריך לגרוס בתוספתא כמש"כ הפ"מ אלא דרישא נתן את הכסף וכו' יצא א"א לגרוס לדעת הרמב"ם דהא אינו סובר דיש חילוק ולא נוסיף בבא בתוספתא כמו לגירסת הפ"מ רק נתן אשם ליהויריב וכסף לידעיה וכמו בברייתא בבבלי, והברייתא מוסיפה על המשנה דגם בנתן אשם קודם פליגי דלא נימא דבזה כו"ע מודו דיחזיר אשם אצל כסף דלא הו"ל לקבל אשם קודם כסף. ור"ח לא רצה לפרש שנתן הכסף ליהויריב במשמר ידעיה ואשם במשמר ידעיה כמו דמפרש בבבלי דסובר דאז אין ספק שמוציאין מיהויריב הכסף, ודוקא כאן שעבר משמרו של ידעיה ולא תבע וקבל עכשיו האשם במשמר יהויריב דבזה פליגי דר' יהודה סבר דכיון דיהויריב קיבל הכסף שלא בזמנו מוציאין מידו, וחכמים סברי דאדרבא דעכשיו עכ"פ הוי משמר יהויריב וצריך ידעיה להחזיר האשם ליהויריב. אבל עכ"פ לדברי שניהם שלא במשמרו לא זכה בין שקיבל הכסף בין שקיבל האשם אלא דחולקין מי עדיף עכשיו יהויריב או ידעיה וזהו דאמר זאת אומרת כו' ר' יוסי אומר בשבת אחת, ולכאורה פי' בשבת אחת הוא כפשוטו וכדמפרש בבבלי וכן פירשו המפרשים אלא שא"א לפרש לפי"ז לנכון מה דאמר מאן דמר בשבת אחת נתן את הכסף וכו' זאת אומרת וכו' לכן נראה לפרש דכמו דבשתי שבתות היינו שנתן לכל א' שלא במשמרו ה"נ בשבת אחת שנתן לכל א' במשמרו ולא דבשבת אחת נתן שניהם דהוי לאחד שלא במשמרו, ור' יוסי חולק אגמ' דבבלי דפשוט דאם נתן לכל א' במשמרו זה זכה בשלו וזה זכה בשלו ורק בנתן אשם

קודם פליגי רבנן. וטעמא דר' יוסי הוא משום דבדף ק"ט ילפינן דגזל ניתן לכהן שבאותו משמר ולא לכל כהן שירצה מקרא דמלבד איל הכפורים אשר יכפר בו, ולפי גמ' דידן דאפשר ליתן כסף ליהויריב ואשם לידעיה ע"כ לא ילפינן מהך קרא אלא דהכסף שייך לאנשי משמר שהם בשעה שנותן הכסף כיון דלמשמר זה צריך ליתן האשם, אבל ר' יוסי סבר דלגמרי ילפינן דהכסף שייך להמשמר שנותן האשם ואיברא דע"כ איכא נמי דינא דמשמר לגבי כסף דהא אם הביא גזילו עד שלא הביא אשמו יצא ואם לא יביא אשם כלל נמי יצא ידי השבת גזלה, וע"כ דכיון דתלי קרא באיל הכפורים וזה שייך לאנשי משמר, וכיון דכשיחפוץ עכשיו להביא האשם צריך ליתנו למשמר זה לכן גם הכסף צריך ליתנו למשמר זה דהא צריך ליתן הכסף קודם האשם. אך כל זה אם לא יקריב האשם כלל אבל אם יקריב האשם ויתנהו למשמר אחר אז אגלאי מילתא דצריך ליתן גם הכסף למשמר זה שנתן האשם דאמר קרא דגזלו ואשמו הוא לחד משמר.

אלא דבזה פליגי ר' יהודה וחכמים דר' יהודה סבר דהכסף יחזיר אחר אשם כיון דתלי קרא כסף באשם, וחכמים סברי דכיון דהביא גזלו עד שלא הביא אשמו יצא, והכסף צריך ליתנו קודם האשם ובדין זכה יהויריב שקיבל הכסף במשמרתו ולכן גם האשם צריך ליתן במשמרתו אף שכבר עבר משמרתו וימתין עד שיגיע משמרתו ויקריבנו, ואמר רבי דלדברי ר' יהודה דיחזיר כסף אחר אשם נמצא דכ"ז שלא החזיר המשמר שקיבל הכסף את הכסף להמשמר שקיבל האשם, הוי כמו שלא הביא גזלו, דאף דמקודם אמרנו דיצא ידי חובת גזלו היינו משום דע"כ צריך ליתן גזלו מקודם וגם אם לא יקריב אשמו יצא ידי השבת גזלה, אבל אם יקריב המשמר הב' נמצא דלא נתן הכסף להמשמר שהקריב את איל הכפורים. לכן ע"כ אם היינו אומרים שהאשם כשר מתבטל למפרע נתינת הכסף וממילא הדר הו"ל אשם פסול. וכיון דהוי אשם פסול ממילא שוב לא נתבטל נתינת הכסף דהא ליכא כאן איל הכפורים. ואין לומר דשוב יחזור חלילה דכיון דאנו אומרים דלא נתבטל נתינת הכסף הו"ל אשם כשר, דזה אינו דאין אנו יכולין לומר שהוא כשר דע"כ אם יהי' כשר יהי' אשמו בלא גזלו וע"כ הוא פסול. נמצא דכלל ששנו חכמים במשנתנו דהביא גזלו עד שלא הביא אשמו יצא הוא כלל גמור, כיון דא"א ליתן אח"כ האשם ולומר שלא יצא ידי השבת גזלו. אבל האשם ע"כ הוא פסול וכנ"ל. ולכן שפיר אמר רבי בתוספתא דלדברי ר' יהודה אם הקריב יהויריב את האשם ומיירי בנתן ליהויריב את האשם כמו בברייתא דבבלי לא נתכפר אלא יוליך מקודם הכסף ליהויריב ואח"כ יקריב את האשם.

וסובר ר' יוסי דכל זה הוא דוקא אם קבל כל אחד בשבתו אבל אם קבל כ"א שלא בשבתו

אז רבנן דסברי יחזור אשם אצל כסף מודו לר' יהודה דיחזור כסף אצל אשם דכיון דקבל הכסף שלא במשמר שלו אין לו זכות בהכסף כלל דהא גלי קרא דדוקא לכהן שבאותו משמר, ואף דאח"כ קבל ידעיה ג"כ האשם שלא בשבתו מ"מ ידעיה זכה, בהאדם שניתן לו ויקריבנו כשיבוא שבתו. אבל יהויריב לא זכה בהכסף וזהו דאמר מאן דמר בשבת אחת פליגן נתן הכסף ליהויריב במשמר ידעיה ואשם לידעיה במשמר יהויריב לא יצא כו' פי' לא יצא אשם ליהויריב דרבנן נמי מודו דיחזור כסף אצל אשם, וזהו דקאמר זאת אומרת אנשי משמר שזכו בקרבן [שלא כצ"ל] בשבתן אין מוציאין מידן ודייק כאן לומר בקרבן ולא כדלעיל דאמר במשמר משום דלעיל הוא בין לענין הכסף בין לענין האשם, אבל הכא דוקא על האשם פליגי אבל הכסף ודאי לא זכה שלא בשבתן וכנ"ל.

ולדעת ר' יוסי דסובר דאם נתן לכל אחד שלא בשבתו לא פליגי רבנן על ר' יהודה בודאי אם נתן ליהויריב הכסף במשמר ידעיה, ואשם לידעיה במשמרתו כ"ש דחכמים מודו לר' יהודה דהא לא זכה יהויריב בהכסף וכנ"ל. ואפי' נתן מקודם אשם ליהויריב במשמרתו ואח"כ כסף לידעיה במשמרתו דיהויריב כדאוקי רבא בבבלי נמי אין נ"מ ורבנן מודו לר"י דיחזור כסף אצל אשם דלא סבר מה דאמר בבבלי דקנסינן לידעיה שקבל האשם לפני הכסף דהוי משום גזירה שמא יקריבו אשם לפני כסף כמש"כ המהרש"א שם ור' יוסי לית ליה הך גזרה ולכן סבר דדוקא בשבת אחת מחלוקת שקבל כל אחד בשבתו ובזה פליגי וכמו שנתבאר.

עוד איתא שם ואם עיבר משמר בני יהויריב כיני מתני' ואם היה שעיבר לאחר ימים זכו בני יהויריב את האשם לא נתכפר להן אלא יוליך את הכסף מבני ידעיה אצל בני יהויריב ויקריבו בני יהוידע את האשם ויתכפר להן זאת אומרת אנשי משמר שזכו בקרבן בשבתן נתעצלו ולא הקריבוהו מוציאין אותו מידן. והפ"מ פי' כאן בדוחק גדול שפי' לא נתכפר להן היינו שלא הקריבו ומה דאמר אלא יוליך זהו בתמיה והמעיין יראה שאין מקום לבאר כן, והנראה בזה דלפי"מ שבארנו דבשבת אחת היינו שנתן לכל אחד בשבתו, והתוספתא קאי בנתן אשם ליהויריב וכסף לידעיה כהש"כ וכדאיתא בבבלי, וכיון דנתן לכל אחד בזמנו א"כ ממילא כבר עבר משמרו של יהויריב ומה קאמר ואם עבר משמרו של יהויריב, לכן מפרש כיני מתניתא ואם היה שעבר לאחר ימים זכו בני יהויריב את האשם היינו אחר שחזרו המשמרות. והיה האשם ביד יהויריב וכבר החזירו בני ידעיה ליהויריב את הכסף שאז כבר היה יכול יהויריב במשמרתו להקריב האשם ולא הקריב, ומה דמסיים עלה בירושלמי לא נתכפר להן וכו' ברור שהוא טעות המעתיקים שהוצרכו להעתיק סוף דברי התוספתא בבבא זו והעתיקו דברי התוספתא מבבא הקודמת, [ותיבת

יהוידע ט"ס וצ"ל יהויריב] שכבר היא כתובה בירושלמי למעלה כמו שהבאנו, וצריך לומר כמו דאיתא בתוספתא והכי איתא התם עבר משמרו של יהויריב יחזיר האשם מבני יהויריב אצל בני ידעיה ויקריבו בני ידעיה את האשם ויתכפר להן, וזהו דמפרש הירושלמי דאם עבר היינו שעברו כל המשמרות והגיע משמרתו של יהויריב ולא הקריב האשם והגיע עוד הפעם משמרתו של ידעיה אז יחזיר האשם מבני יהויריב אצל בני ידעיה ויתכפר להן, וע"ז אמר זאת אומרת אנשי משמר שזכו בקרבן בשבתן נתעצלו ולא הקריבוהו מוציאין אותו מידן, ואשמעינן דרק האשם מפסידין אבל הכסף נשאר אצלם אף דמה שלקחו מבני ידעיה הכסף, הוא בשביל שזכו בני יהויריב האשם וסבר ר' יהודה דיחזור כסף אצל אשם, משום דכסף תליא באשם וכמש"כ, מ"מ זהו בתחלה אבל כיון שכבר זכה יהויריב באשם ובכסף נעשה הכסף כבר שלו בהחלט, ומה שהפסיד עכשיו בשביל שנתעצל ולא הקריב את האשם אין לוקחין ממנו אלא האשם, זהו דקאמר ויקריבו בני ידעיה את האשם ויתכפר לו והיינו דאף שבני ידעיה אין להם עכשיו הכסף מ"מ עכשיו אין זה חסרון כיון שכבר זכה יהויריב בכסף ובאשם ונתקיים השבת גזלה ויתכפר באשם שמקריב ידעיה.

והנה כל זה שבארנו ד' הירושלמי לשיטת הרמב"ם אינו לומר דהרמב"ם פוסק כפירושא דחד מהני אמוראי בירושלמי דבודאי פסק כרבא בבבלי, אלא שפירשנו הירושלמי דיהי' בשיטת הרמב"ם דלא נימא דאם נתן הכסף קודם יצא אפי' נתן שלא בזמנם, ולהלכה ודאי פסק הרמב"ם כסוגיא דבבלי, אבל מ"מ מהא דירושלמי יצא להרמב"ם שהמשמרה שלקחה כסף בלא שבתה לא זכתה ומוציאין מידה דמסוגיא דבבלי הוי משמע שהוא רק מטעם קנס דר"י וחכמים פליגי אי ליהויריב קנסינן או לידעיה קנסינן, אבל הירושלמי שפיר מוכיח מהא דאמר רבי דאם הקריבו בני יהויריב את האשם קודם שהחזיר ידעיה את הכסף לא נתכפר לו, ומוכח דידעיה מעיקר דינא לא זכה והוי הביא אשמו עד שלא הביא גזלו דאי הוי רק משום קנס א"א לומר דמיקרי הביא אשמו עד שלא הביא גזלו ולפי"ז צ"ל דמה דאמר רבא בבבלי דפליגי אי ליהויריב קנסינן או לידעיה קנסינן היינו דאי קנסינן ליהויריב ויחזיר לידעיה את האשם אין הכונה שידעיה יזכה שלא במשמרתו דבודאי שלא במשמרתו לא יקריב אלא דכשיגיע משמרת ידעיה יזכה בין באשם בין בכסף, אבל זה מוכח מדברי רבי דמעיקר דינא לא זכה המשמר שקיבל הכסף שלא במשמרתו ולכן הוי הביא אשמו עד שלא הביא גזלו וכנ"ל.

והנה אחר שבארתי סוגיית הירושלמי לפי שיטת הרמב"ם ראיתי מה שכ' בס' מרכבת

המשנה שהאריך הרבה לבאר הסוגיא לפי דעת הרמב"ם באופן אחר וכמדומני שדרכי היא נכונה והמעיין יבחר:

פרק ט

הלכה א

הגוזל קרקע [מחבירו] והפסידה כגון שחפר בה בורות שיחין ומערות או שקצץ את האילנות ושחת את המעיינות והרס הבנין חייב להעמיד לו בית או שדה כשהיו בשעת הגזלה או ישלם דמי מה שהפסיד. אבל אם נשתנה מאליה כגון ששטפה נהר או נשרפה באש שירדה מן השמים אומר לו הרי שלך לפניך שהקרקע בחזקת בעליה קיימת ואין אחריות הפסדה עליו אא"כ הפסיד בידו מה שאין הדין כן במטלטלין כמו שבארנו.

השגת הראב"ד: אבל אם נשחתה. א"א (תימה הוא זה שהוא לא ביאר) [נ"א אמת הוא זה אלא שלא ביאר] כן שהרי עשה עבדים כקרקעות לענין גזלה שהרי הזקינו אומר לו הרי שלך לפניך, מיהו הני מילי לענין כחושה אע"ג דלא הדרא גזלה מיהא בעינה איתא ואומר לו הרי שלך לפניך אבל מ"מ נגזלים הם ונקנית ביאוש דכתיב וישב ממנו שבי ואמרינן העבד שנשבה ופדאוהו לשם בן חורין אחר יאוש לא ישתעבד לא לראשון ולא לב' (אלא) [אלמא] לאו כקרקע דמי דהא קני נפשיה ביאוש הילכך כשמת העבד או נשרף משלם את דמיו שהרי משמת אין שלו לפניו וכשמת לגזלן מת עכ"ל.

כתב המ"מ וז"ל ועל מש"כ רבינו משא"כ הדין במטלטלין או בעבדים הר"א ז"ל חלק בעבדים בין הזקינו שאומרים לו הש"ל ובין מתו או נשרפו שאינן בעולם ועדיין לא עלה תירוץ לדברי רבינו שכתב כמו שבארנו והוא שם לא חלק בזה בפ"ג ואם זה מלשון רבינו פירושו או בעבדים הדין כן כמו קרקעות והנכון שהוא ט"ס עכ"ל, וע"פ דברי המ"מ נשמט בגירסא שלנו תיבות או בעבדים, והש"ך בחו"מ סי' שס"ג השיג ג"כ על הראב"ד והוכיח דבודאי אין חילוק מקרקעות לעבדים וגם אם מתו פטור, ומקודם נבוא לדברי המ"מ שכתב דהראב"ד לא תירץ מש"כ הרמב"ם כמו שבארנו, ובפ"ג מה' גזילה לא חלק בין כחשו למתו או נשרפו, ולדעתי שפיר מוכח להדיא בדבריו בפ"ג לחלק בזה דעיקר טעם דפטור בקרקעות אפי' נשרף הבית הוא משום דגם מקודם הי' עומד ברשות הנגזל והגזלן לא הוציא מרשותו וכמש"כ הרמב"ם כאן שהקרקע בחזקת בעלים קיימת ואין אחריות הפסדה עליו, אבל בפ"ג מה' גזלה כתב דין עבדים והזקינו בין כל אלה שאומר לו הרי שלך לפניך ומחזיר אותה בעצמה והיינו דיש על הגזלן דין חזרה אלא שמחזיר הגזלה כמו שהיא, וא"כ כבר ביאר שם הרמב"ם דדוקא עבדים והזקינו שיש מה להחזיר,

אבל מת או נשרף שאין מה להחזיר חייב לשלם.

ובעיקר מה שכתב הראב"ד לחלק בין עבדים לקרקעות כתבו כן בתוס' בב"מ ר"פ א"נ דהא דקרקע אינה נגזלת אינה מן המקרא אלא משום דאי אפשר לזווזה ממקומה אבל עבדי דניידי אע"ג דהוקשו לקרקעות יעבור בלא תגזול אלא דהתוס' כתבו זה לענין לעבור בלא תגזול, והרמב"ם אינו סובר כן דכתב בפ"ז מה' גנבה הל' י"א דגם על קרקע עובר בלא תגזול, וחלוק זה יהי' צ"ל לשיטתו לענין קרא דוהשיב את הגזלה דנתמעטו קרקעות ועבדים שהוקשו לקרקעות.

אכן בעיקר החילוק בין שהזקינו דאמרינן דאומר לו הש"ל משום דנתמעט מקרא דוהשיב ובין מת או נשרף דצריך לשלם דמיו, נראה דהוא עפ"מ שכתבתי בפ"א מדברי הספרי דאיכא תרי קראי חד והשיב כשהגזילה בעין וחד ושלם כשאין הגזילה בעין, ונמצא דאפי' הני דנתמעטו מקרא דוהשיב לא נתמעטו מקרא דושלם, ואם נאמר דבקרקע נמי עובר בלא תגזול היה צריך להיות ג"כ בכלל זה לחייב בדין ושלם. אלא דמ"מ כיון דאיכא סברא בהא דקרקע אינה נגזלת שלא גזל אותה מהבעלים כלל לכן אף אם עובר בלא תגזול בזה שהוא מונע תשמיש הבעלים מ"מ אין על מה לחייבו בתשלומין כיון שלא לקח מהבעלים כלום.

עכ"פ לענין תשלומין שפיר מבואר דיש חילוק בין קרקעות לעבדים, אלא שאנו צריכים להוסיף דמה שאנו מחלקים בין עבדים והזקינו ובין מתו דאף דגבי גזל מטלטלין אנו אומרים דבהמה והזקינה משלם כשעת הגזילה ואינו אומר הש"ל משום דאינו השבה בעין, ובעבדים אף דאנו אומרים דחייב עליהם בדין ושלם כשהגזלה אינו בעין, מ"מ בעבדים והזקינו מחזירם כמו שהם היינו משום דהך דינא דאם הגזילה אינו כמו שהיתה נקרא דאינו בעין ואינו מקיים והשיב וחייב בדין תשלומין זה אנו למדים מקרא דוהשיב את הגזלה אם כעין שגזל יחזיר, אבל עבדים שנתמעטו מקרא דוהשיב אנו אומרים דכ"ז שהוא מחזיר הגזלה אפי' אם יש בה חסרון שאינה כמו שהיתה אינו חייב בדין ושלם. ולענין זה הוא שנתמעטו עבדים מקרא דוהשיב את הגזלה, ובדברינו מבואר ליישב מה שהקשה הש"ך בסי' שס"ג על הראב"ד וז"ל מ"מ בהא דס"ל להראב"ד דכשנשרף העבד חייב אין דבריו נלפע"ד דהא עבד איתקש לקרקע והיאך נימא דהוקש לחצאין לענין כחש דלא הדרא ולא לענין נשרף וכו' וכבר בארנו ליישב זה וכנ"ל.

אכן מה שהקשה עוד מהא דאמרינן דתוקף עבדו של חברו ועשה בו מלאכה פטור, ומוכח דלא מהני גזלה בעבדים, זה צריך ביאור ונראה דגם זה מיושב בדברינו דמה דפטור מלשלם שכר מלאכה בתוקף בהמה של חבירו הוא משום דקנה בבהמה קנין

גזילה וזהו נמי מדין שאנו למדים מקרא דאשר גזל דאם אינו כעין שגזל קנאו בשינוי, וה"נ דאינו משלם שבח, וכבר בארנו זה בפ"ב במה דתולה הגמ' דין שבח בדין שינוי קונה דהכל נלמד מקרא דאשר גזל, ולכן עבדים דנתמעטו מקרא דאשר גזל אינו קונה אותם בשינוי ולא זכה בשבח אפי' בשבחא דבידים כיון שאין לו זכות גזילה ושפיר צריך לשלם מה שנשתמש בעבד הגזול כמו אם נשתמש בלא גזילה, ורק שלא בשעת מלאכה פטור משום דניחא לבעלים, אבל בשעת מלאכה שפיר חייב:

הלכה ו

גזל שדה ומכרה והשביחה הלוקח אם השבח יתר על ההוצאה נוטל ההוצאה מבעל חוב והקרן נוטל עם שאר השבח מן הגזלן.

השגת הראב"ד: גזל שדה ומכרה וכו'. א"א בשקבל עליו אחריות עכ"ל.

המ"מ כתב על דברי הראב"ד וז"ל ודברי תימה הם דהא אסיקנא שם בפ"ק דמציעא הלכתא יש לו מעות ויש לו שבח ואע"פ שלא פירש לו את השבח וכו' ואחריות ט"ס הוא בין בשטרי הלואה בין בשטרי מקח וממכר, ואפשר שהר"א ז"ל סובר שאם קבל עליו אחריות בסתם אף השבח בכלל, ואם לא קבל עליו אחריות כלל חייב באחריות הקרן מפני שהוא ט"ס אבל לא בשבח, ולא כן פירשו שאר המפרשים ז"ל עכ"ל, ומה שכתב המ"מ בלשון ואפשר הנה הדברים מבוארים להדיא בפירושי הראב"ד, וגם מה שכתב דלא כן פירשו שאר המפרשים ג"כ אינו מוכרח כמו שנבאר, והנה בהא דאמר רב המוכר שדה לחברו ונמצאת שאינו שלו דיש לו מעות ויש לו שבח פי' הבעל המאור דהוא בלא כתב לו אחריות, משום דאחריות ט"ס ושמואל נמי מודה בשדה גזולה דהוי כהלואה וכמש"כ בתוס', והראב"ד בש"מ כתב ע"ז וז"ל, א"א אני איני אומר כן כי זה הטעם אינו כלום שהרי לא היה יודע שאינה שלו ואדעתא דארעא נחית ועביד אינש דזבין ארעא ליומא לדעת שמואל, אבל הטעם דבשכתב לו אחריות סתם דברו רב ושמואל, ורב סבר אחריות סתם אף על השבח, ושמואל אמר על השבח לא כדאמר לו שמואל לרב שמואל בר שילת אמליך וכתוב שופרא שבחא ופירי, כלומר אע"פ שצוה לכתוב אחריות צריך להמלך על השבח עכ"ל, וכן הביא הש"מ מדברי הראב"ד בפירושו בהא דאמר רב יש לו מעות ויש לו שבח שכתב וז"ל, ואע"פ שקבל עליו אחריות סתם דקסבר רב שבח אינו צריך לימלך עכ"ל.

והנה אף דעיקר טעמא שחולק הראב"ד על הבעה"מ הוא דאינו סובר דשמואל מודה בזה דאחריות ט"ס, מ"מ זה אינו אלא עיקר ההכרח שמכריח לו לפרש דמיירי בכותב לו אחריות סתם, אבל ממילא מוכח מדבריו דגם רב לא סבר לגבי שבח אחריות ט"ס

אלא דאם קבל עליו אחריות סתם גם השבח בכלל וזהו שיטת הראב"ד כאן.

וכשיטת הראב"ד משמע מדברי הר"ח ז"ל הובא בש"מ דבהא דאמר בגמ' והאמר שמואל שבח שפר ושעבוד צריך לימלך כתב הר"ח וז"ל ואי אמרת אחריות ט"ס הוא ואע"ג דלא כתב כמו שכתב דמי, אמאי לית ליה שעבוד עכ"ל, ומוכרח דרק משעבוד פריך, וקצת יש להוכיח מפירש"י ג"כ דאינו מפרש כפי' הבעה"מ דפלוגתא דרב ושמואל הוא במוכר בלא אחריות משום דאחריות ט"ס, אלא כפי' הראב"ד דהוא במוכר באחריות סתם, דבהא דאמר רבא הלכתא יש לו מעות ויש לו שבח ואע"פ שלא פירש לו את השבח, ואחריות ט"ס הוא וכו' פירש"י ואע"פ דלא פירש ולית לן דשמואל דאמר שבח צריך לימלך, ואחריות טעות סופר הוא ולית לן דשמואל דאמר שעבוד צריך לימלך, ומוכח להדיא דהא דאמר ואע"פ דלא פירש לו את השבח היינו דקבל עליו אחריות סתם כיון דלא כלל ביחד הא דאע"פ שלא פירש עם הא דאחריות ט"ס ופי' שהם שני ענינים וכיון דמימרא דרבא הרי הוא לפסוק כרב א"כ ודאי דה"נ מפרש עיקר מימרא דרב, וזהו כפי' הראב"ד.

-השמטות ומלואים-

לעיל בד"ה וכשיטת, הבאתי דמשמע כן מדברי הר"ח דהא דמקשה בגמ' מהא דאמר שמואל שבח שפר ושעבוד צריך לימלך כתב הר"ח ואי אמרת אחריות ט"ס ואע"ג דלא כתב כמי שכתב דמי אמאי לית ליה שעבוד, ומוכרח דרק משעבוד פריך ע"ש וע"ז העירני הרב ר' נטע פריינד נ"י דלפ"מ שכתבתי בסוף א"כ בבע"ח גם הראב"ד מודה.

ואפשר יש לבאר בדברי הר"ח דפריך רב משעבוד דהר"ח סובר כשיטת הראשונים דאחריות ט"ס היינו כגון דקאמר לסופר והסופר שכח לכתוב והקשו הראשונים דא"כ מאי פריך מהא דצריך לימלך הא צריך לימלך דבלא אמר לסופר לאו ט"ס הוא, ונראה דלגבי עיקר המקח גם הם מודים דלא צריך לימלך דהוי כמקח טעות אלא לגבי שבח דהוה משום שקבל אחריות ולכן צריך לומר, ולפי"ז מיושב מה דפריך רק משעבוד משום דעל השבח צריך לימלך. [עד כאן].

אכן לכאורה שיטה זו תמוה טובא דאיך אפשר לומר דהא דאחריות ט"ס אינו על הקרן ולא על השבח, דהא בהא דאמר שמואל בע"ח גובה את השבח אמר רבא תדע שכך כותב לו מוכר ללוקח אנא איקום וכו' וא"ל רחב"א לרבא אלא מעתה מתנה דלא כתב ליה הכי ה"נ דלא טריף שבחא א"ל אין, וכן פסק הרי"ף וכל הפוסקים לחלק בין מכר למתנה, ומוכח דבמכר בכל גווני בע"ח גובה את השבח, וכן כתב הרמב"ם בפכ"א מה' מלוה הל' ג' וז"ל ואפי' לא כתב כבר נודע שזה דין המוכר עם הלוקח, והראב"ד לא השיג

שם על הרמב"ם ומוכח דמודה לו דאפי' לא כתב אחריות גובה בע"ח את השבח והלוקח גובה השבח מן המוכר.

ונראה דהראב"ד אינו חולק אלא בנמצאת שאינה שלו ולא בטרף בע"ח, וטעמא, דהא בבע"ח מעיקר דינא אינו גובה שבח שכנגד הוצאה ורק משום שכך כותב לו גובה דהלוקח השביח על דעת זה שיגבה מן המוכר בשביל שכתב לו, וא"כ הוא להיפוך דלא בשביל שגובה הבע"ח כתב לו אחריות אלא שבשביל שכתב לו שישלם לו שבח לכן גובה הבע"ח, וע"כ דניחא למוכר להעמיד הקרקע בפני בעל חובו שיגבה אותה עם שבחה, ובזה שפיר אנו אומרים דאע"פ שלא כתב לו כמו שכתב דבודאי על דעת כן מכר לו כיון דבסתמא כך דינו של מוכר עם הלוקח, ואם אינו רוצה לקבל אחריות או שלא לשלם בעד שבח עליו להתנות, אבל בלוקח מגזלן הא לא ניחא ליה לגזלן בזה שנוטל הנגזל את השבח אלא שמדינא נוטל השבח היתר על ההוצאה, ולכן אמרינן דמה דאחריות הוא ט"ס הוא רק נגד הקרן אבל על השבח לא נתחייב כ"ז שלא נתחייב בפי' וכמו שכתב הר"ח דהא דאמר שמואל שבח שפר ושעבוד צריך לימלך דאינו נסתר משום הא דאחריות ט"ס אלא שעבוד ומוכח דשבח שפר קיי"ל כשמואל דצריך לימלך:

הלכה טז

אין בעל השדה צריך לעשות מודעה על מכר זה הואיל והוחזק זה גזלן על שדה זו ואין ראייתו בה ראיה ואין צריך למסור מודעה ואין דין גזלן כדין האונס את חבירו ותלה אותו עד שימכור לו, שזה האונס אינו רוצה לגזול ולא גזלו עדיין כלום, לפיכך אם לא מסר המוכר האנוס מודעה ממכרו קיים.

השגת הראב"ד: אין בעל השדה וכו'. א"א זה אינו מחוור והרב ז"ל חולק עליו בהלכות והעיקר כדברי הרב ז"ל שאם היה כדברי זה המחבר דרב הונא הוא מפליג בזה למה ליה למהדר דרב ביבי מימרא היא ומימרא לרב הונא לא סבירא ליה והא בכה"ג רב הונא נמי הכי ס"ל עכ"ל.

המ"מ סיים דבריו וכתב וצ"ע היאך חלק בין זה להההיא דתליוה וזבין אחר שהגמרא משוה אותן עכ"ל, וגם הכ"מ והלח"מ שתקו כאן ולא כתבו ישוב לדעת הרמב"ם, והב"ח בסי' ר"ה וכן הגר"א ז"ל בסי' קנ"א כתבו דהרמב"ם אינו גורס כן בגמ' והגר"א ז"ל כתב שהוא הוספה מאיזה גאון והנה מה שכתבו דמדברי הרי"ף והרא"ש מוכרח דאינם גורסים זה בסוגיא ודאי כונתם דכיון שכתבו על הא דרב ביבי ודוקא במסר מודעא אזיני אבל אי לא מסר מודעה לא דקיי"ל כרב הונא דאמר תליוה וזבין זביניה זביני, ומוכח מדבריהם דרב ביבי אינו חולק על רב הונא, אבל באמת א"א לפרש בדברי הרי"ף

והרא"ש דכונתם לפרש כן בדברי רב ביבי דהא רב ביבי קאי על מה דאמר רב נחמן אמר לי הונא כולן שהביאו ראיה וכו' גזלן שהביא ראיה אין ראיתו ראיה, וע"ז אמר ורב ביבי מסיים בה משמיה דר"נ קרקע אין לו אבל מעות יש לו בד"א שאמרו עדים בפנינו מנה, ואם נימא דהרי"ף מפרש כן דברי רב ביבי א"כ מה דאמר ר"נ אמר לי הונא גזלן שהביא ראיה אין ראיתו ראיה מיירי במסר מודעא וא"כ מאי קמ"ל פשיטא דמודעה מהני ואף דאפשר לומר דקמ"ל דמודעה מהני דהא קיי"ל דלא כתבינן מודעא אזביני אא"כ ידעינן דאניס כמעשה דפרדיסא וקמ"ל דבגזלן אין צריך להוכיח על אונסו, א"א לומר כן דא"כ מה אמר מאי קמ"ל תנינא לקח מסיקריקון וחזר ולקח מבעה"ב מקחו בטל דהא קמ"ל דאפי' באמרו עדים בפנינו מנה לו ודמהני מודעא, ועוד מה מתרץ קמ"ל לאפוקי מדרב דאמר ל"ש אלא דאמר לו לך חזק וקני. אבל בשטר קנה קמ"ל כדשמואל דאמר עד שיכתוב לו אחריות נכסים דמנ"ל זה כיון דמיירי במסר מודעה ובזה ודאי אפי' בשטר ואחריות נכסים לא מהני וע"כ דודאי רב לא מיירי במסר מודעא דא"כ פשיטא ולא נחת לאשמעינן דגזלן הוי אונס דזה ודאי פשיטא, וא"כ א"א לומר דרב ביבי מיירי במסר מודעא דא"כ פשיטא דקרקע אין לו.

וע"כ דהרי"ף הביא דברי רב ביבי שהם כפשטן אפי' לא מסר מודעא, וכתב ע"ז ודוקא במסר מודעא אזביני, אבל לא מסר מודעא לא דקיי"ל כדרב הונא והיינו דלא קיי"ל בזה כרב ביבי, והביא הרי"ף רק עיקר הדין ולא הביא לשון הגמ'. ואדרבא מדברי הרי"ף יש להוכיח דסומך על הסוגיא דרב ביבי ורב הונא חולקים, דאל"כ למה כתב דקיי"ל כדרב הונא דהא לא מצינו מי שחולק על רב הונא והי' לו לכתוב דאמר רב הונא, וע"כ דמשום דרב ביבי באמת חולק על רב הונא ולא מיירי במסר מודעה, וע"ז כתב הרי"ף דלא משכחת הא אלא במסר מודעה ולא תיקשי על הרי"ף דבמסר מודעא פשיטא דהרי"ף בא להשמיענו דבלא מסר מודעה לא קיי"ל כרב ביבי, ועוד דאגב משמיענו דמסר מודעא מהני דודאי הוי אונס וכנ"ל.

ומה שהוכיח הגר"א ז"ל מקושית התוס' בדף מ"ז ע"ב בד"ה ורב ביבי מסיים דהא רב ביבי פליג על רב הונא, ורב הונא לא איירי במנה אלא בהודה אינו הוכחה לומר בשביל זה דהגירסא אינה עיקר דהרמב"ן כותב תמיד היכי דאיכא בש"ס הוספה מדברי הגאונים וגם הראב"ד היה יודע מזה וגם הרשב"א בש"מ הביא זה ולא הזכיר שאינה מדברי הגמ', ועיינתי בדקדוקי סופרים שמביא גירסאות מהרבה כ"י ובכל הכ"י איתא כן, ומש"כ התוס' דק"ק הלשון י"ל דרב ביבי מסיים זה משמיה דרב נחמן שהוסיף על מה דאמר רב הונא דגזלן שהביא ראיה אין ראייתו ראיה דאמר ע"ז רב נחמן קרקע אין

לו אבל מעות יש לו בד"א שאמרו בפנינו מנה לו, דהכל מדברי רב נחמן דסובר דאפי' במנה לו אין לו קרקע אבל רב הונא בעצמו שפיר לא איירי אלא בהודה לו וכמש"כ התוס' עכ"פ א"א ליישב דברי הרמב"ם באופן זה.

והנראה בדעת הרמב"ם דסובר דזה ודאי דמה דאמר רב נחמן בשם רב הונא דגזלן שהביא ראיה אין ראייתו ראיה דהוא בכל גוונא דדוחק הוא לפרש כפי' התוס' דרב הונא מיירי באמרו בפנינו הודה ולא באמרו בפנינו מנה לו, דא"כ לא הוי ליה למסתם ולומר דאין ראייתו ראיה כיון דמשכחת לה דראייתו ראיה, וכיון דרב הונא בעצמו סבר דתליוה וזבין זביניה זביני, ע"כ אנו צריכין לחלק בין אנס לגזלן, וכבר כתבנו דא"א לומר דרב הונא מיירי במסר מודעא כמש"כ הרי"ף וכמו שבארנו דאין כונת הרי"ף לזה, ומה דפריך הגמ' מדרב ביבי אדרב נחמן הוא משום דצריך לבאר עיקר הבנת דברי הרמב"ם במה שחלק בין גזלן לאנס, דאם נאמר דעיקר החלוק הוא דגזלן כיון שכבר נגזל ממנו הקרקע לא גמר ומקנה ודוקא באנס שהיא עתה ברשותו א"כ גם בלקח מסיקריקון וחזר ולקח מבעה"ב לא מהני נתן מעות, אבל יותר נראה דדוקא בגזלן דכיון שכבר גזל ממנו הקרקע דאף דהקרקע אינה נגזלת מ"מ בפועל אינה תחת רשותו ואינו רוצה להחזירה לו אלא שאנסו למכרה לו, א"כ כשמכרה לו מאונס ולקח דמים אינו אלא שהציל הדמים, אבל לא גמר ומקנה כלל כיון שכבר היא גזולה ואין זה מעשה מכירה, משא"כ בלקח מסיקריקון וחזר ולקח מבעה"ב כיון דהלוקח אינו גזלן ויחזיר לו בדיינים, א"כ אפי' אם מכר לו מיראת הסיקריקון הוי מעשה מכירה, כיון שלקח מעות מהלוקח שאינו מחזיק הקרקע בגזל.

והנה מדברי הרמב"ם מוכח כהסבר האחרון דהא כתב ואין דין הגזלן כדין האונס את חברו ותלה אותו עד שימכור לו, שזה האנס אינו רוצה לגזול ולא גזלו עדיין כלום, ומוכח דלא רק בשביל שכבר גזלו ממנו הקרקע אלא בשביל שהאנס אינו רוצה לגזול וכיון שהלוקח מן הסיקריקון ג"כ אינו רוצה לגזול לא סגי בזה שהסיקריקון כבר גזל כיון שהלוקח אינו רוצה לגזול שפיר הוי מעשה מכירה בלקיחת הדמים.

ולפי"ז שכתבנו קשה דכיון שהוכחנו לדעת הרמב"ם דלרב הונא דסבר תליוה וזבין זביניה זביני, וכאן אמר בסתמא דגזלן שהביא ראיה אין ראייתו ראיה דמשמע אפי' הביא עדים שבפניהם מנה לו מוכרחים אנו לחלק בין גזלן ואנס, א"כ קשה בהא דאמר הגמ' מאי קמ"ל תנינא וכו' לאפוקי מדרב וכו' דהא לקח מסיקריקון דינו כדין אנס ומהני ביה ראיה שבפניהם מנה, וא"א לומר דע"ז קאי מה דאמר רב הונא גזלן שהביא ראיה אין ראייתו ראיה, ולכן צ"ל דכל מה דאמר שם מאי קמ"ל תנינא וכו' לאפוקי וכו' הכל

מדברי ר"נ והכי משמע דאם הוא מדברי הגמ' הו"ל להמתין עד סוף דבריו של ר"נ והו"ל לסיים מקודם מה דרב ביבי מסיים משמיה דר"נ, אלא דהכל הוא מדברי ר"נ דאמר אמר לי הונא, ובאמת ר"נ לא סבר כהא דאידך דר"ה דתליוה וזבין, ולכן אינו מחלק בין גזלן לסיקריקון, ולכן ע"ז שפיר רב ביבי מסיים משמיה דר"נ קרקע אין לו אבל מעות יש לו בד"א שאמרו עדים בפנינו מנה לו דגם בלקח מסיקריקון ואמרו עדים בפנינו מנה לו לא קנה דלית ליה תליוה וזבין זביניה זביני, ולפימש"כ הוי מצי הגמ' להקשות מתחלת דברי ר"נ, אלא דאינו מפורש להדיא בדברי ר"נ דמיירי אפי' באמרו עדים בפנינו מנה לו, ולכן מקשה מדברי רב ביבי דאמר להדיא באמרו עדים בפנינו מנה לו, וקאי על לקח מסיקריקון כדאמר מעיקרא להדיא, ומוכח דלא סבר תליוה וזבין זביניה זביני.

ולכן ע"כ מוכרח דר"נ לפי"מ דמסיים רב ביבי ורב הונא פליגי ור"נ לית ליה כרב הונא אבל להלכה דקיי"ל כר"ה כדפסיק רבא הלכתא ובהא דאמר ר"ה גזלן שהביא ראיה אין ראייתו ראיה ודאי הוא בכל גוונא אפי' באמרו עדים בפנינו מנה לו, וע"כ אנו צריכים לחלק בין גזלן לאנס ור"ה לא קמ"ל כלל לדינא דסיקריקון דמתני' דסיקריקון ע"כ לא מיירי באמרו עדים בפנינו מנה לו, וכדאמר רב להדיא ל"ש אלא דאמר לו לך חזק וקני ופליג אשמואל בשטר אבל לא מיירי בנתינת כסף כיון דאית לן תליוה וזבין זביניה זביני, וע"כ דהא דאמר ר"ה גזלן שהביא ראיה אין ראייתו ראיה דהוא בכל גווני אפי' באמרו בפנינו מנה, לא קמ"ל מידי בדין סיקריקון ורק ר"נ הוא דאמר הכי, ולא תיקשי מאי קמ"ל תנינא דזה גופא קמ"ל דאפי' באמרו בפנינו מנה לו לא קנה שאין דין הגזלן כדין האנס וכמש"כ הרמב"ם:

פרק י

הלכה ג

העכו"ם המציקים לישראל ומבקשים להרגם עד שיפדה עצמו מיד העכו"ם בשדהו או בביתו ויתננה למציק ואח"כ יניחנו, כשירצה המציק למכור אותה הקרקע, אם יש ביד הבעלים ליקח מן המציק הן קודמין לכל אדם, ואם אין ביד הבעלים ליקח או ששהה הקרקע ביד המציק י"ב חודש, כל הקודם ולקח מן המציק זכה, ובלבד שיתן לבעלים הראשונים רביע הקרקע או שליש המעות מפני שזה המציק מוכר בזול הואיל וקרקע שאינה שלו הוא מוכר ה"ז מוכר בפחות רביע או קרוב לו, וזה רביע של בעלים שהרי מחמת שהיא שלהן מוכר בזול, לפיכך הלוקח מן המציק בשלשים נותן לבעלים י' או נותן להם רביע הקרקע, ואח"כ יקנה הכל ואם לא נתן הרי רביע הקרקע [כ]גזל בידו.

כתב המ"מ ומשמע דיד בעלים על העליונה רצו קרקע או מעות וכן הוא בהלכות עכ"ל, והנה דברי המ"מ הוא ברייתא מפורשת בהניזקין והביאה הרי"ף אבל בלשון הרמב"ם לא משמע כן דהא בלוקח קאי וכתב דנותן או רביע בקרקע או שליש המעות ומוכח דבדידיה תליא, ולמה לא פירש להדיא כדמפרש בברייתא דיד בעלים על העליונה, והוא באמת תימה גדולה דאיך אפשר לדחות ברייתא מפורשת, ונראה דסובר דבסיפא דקתני רבי הושיב ב"ד ונמנו שאם שהתה בפני סיקריקון שנים עשר חודש כל הקודם ליקח זכה, אבל נותן לבעלים רביע בקרקע או רביע במעות ולא קתני כדקתני ברישא נותן לבעלים רביע ויד בעלים על העליונה וכו' דנשתנה גם בזה דאין יד בעלים על העליונה, אלא דנותן רביע בקרקע או רביע במעות ובנותן תליא ולפיכך כתב כמסקנא דברייתא.

והנה הרמב"ם השמיט דינא דמתני' דלקח מסיקריקון וחזר ולקח מבעה"ב מקחו בטל, וגם מה דאיתמר עלה פלוגתא דרב ושמואל, והרי"ף פסק כשמואל והרמב"ם לא זכר כלל מזה, ולכאורה עלה בדעתי דסובר דזהו רק למשנה ראשונה ולא לב"ד של אחריהם. אבל א"א לומר כן דהא. גם לב"ד של אחריהם נ"מ אם יש לבעלים ליקח ולאחר ב"ד של רבי בתוך י"ב חודש, וגם הא יש נ"מ אם צריך ליתן רביע, וראיתי אח"כ שהטור וכן בשו"ע בסי' רל"ו כתב דינא דמתני' ופלוגתא דרב ושמואל ופסק כשמואל לענין אם קנה תוך י"ב חודש, וכתב ע"ז הגר"א ז"ל בס"ק ז' וז"ל ג"ז לשון הטור אבל הרמב"ם השמיטה דס"ל דזה אינו שייך למשנה אחרונה וכ"מ לשון המתני' כיצד לקח כו' ב"ד שלאחריהם כו' עכ"ל ודברי הגר"א ז"ל תמוהים שלא ביאר שום טעם לדבריו למה לא יהי' שייך לב"ד שלאחריהם הך דינא, ואם היינו אומרים דלב"ד שלאחריהם הקונה מן הסיקריקון קנה מעיקר דינא ורק מן התקנה אם יש לבעלים ליקח לא קנה, שפיר הי' אפשר לומר דהך תקנה לא הוי אם לקח אח"כ מן הבעלים ודוקא למשנה ראשונה דלא קנה מעיקר הדין אמרינן הכי, אבל הרשב"א והר"ן כתבו שכן מבואר להדיא בירושלמי ותוספתא דדין ב"ד שלאחריהם וכן ב"ד של רבי הוא מן התקנה שלא תשאר הארץ ביד הסיקריקון, ועוד דהא גם בבבלי דלבתר דאמרי כל דקטיל ליקטלוהו לא גמר ומקני דאמר לישקול האידנא ולמחר תבענא ליה בדינא.

וראיתי להאור שמח כאן שעמד בזה דאיתא בחו"מ היו הבעלים אומרים שיש בידם ליקח והלוקח אומר שלא הי' בידם ליקח, על הבעלים להביא ראיה דקרקע בחזקת הלקוחות והוא מהר"ן בשם ירושלמי ותמה ע"ז דכיון דמעיקר הדין הוא של הבעלים, רק מן התקנה הוה של הלוקח ואמאי הוי מספק קרקע בחזקת לקוחות, והביא דברי המהרי"ט ח"א סי' נ"ט דמן הדין הוי של הסיקריקון ותמה עליו כנ"ל, ולכן כתב דבודאי

זו הגירסא שהביא הר"ן מירושלמי אינה עיקר ובירושלמי שלפנינו וכן הביא הרשב"א מבואר להיפוך דקרקע בחזקת בעלים קיימא ע"ש עכ"ד.

והנה בשיטת הירושלמי נכונים דבריו אבל בדעת הרמב"ם צ"ל דסובר דהבבלי חולק על הירושלמי ועל התוספתא וסובר דלא מתנייא בי ר' חייא ור' אושעיא כיון דלא הוזכר בבבלי הך טעמא, לא מיבעי לפי מש"כ הר"נ דלטעם זה אינו אלא בא"י ולא בחו"ל הא מוכח להדיא מד' הרמב"ם דאינו מחלק בזה, וגם בלא דברי הר"נ יש להוכיח מד' הרמב"ם דאינו סובר כן, דכתב בטעמא דנותן רביע מפני שזה המציק מוכר בזול הואיל וקרקע שאינו שלו הוא מוכר ה"ז מוכר בפחות רביע או קרוב לו, וזה רביע של בעלים הוא שהרי מחמת שהוא שלהן הוא מוכר בזול לפיכך וכו', והוא תימה למה להרמב"ם להאריך ולהסביר כ"כ אם נימא דמעיקר הדין לא קנה הלוקח כלל דהסיקריקון לא קנה ורק דחכמים תיקנו כדי שלא תשאר הארץ ביד הסיקריקון שיחפוץ הלוקח לקנות וא"כ הוא פשוט כיון דהסיקריקון מוזיל רבעא לכן צריך ליתן הרביע לבעלים, ולמה הסביר דזה הרביע של בעלים הוא שהרי מחמת שהוא שלהן הוא מוכר בזול.

ומוכח מזה דהרמב"ם סובר דלדעת ב"ד של אחריהם קנה הלוקח מעיקר הדין אלא דנותן רביע משום דהסיקריקון מוזיל רבעא, ולא תיקנו כלום לטובת הלוקח, ומה דאם יש ביד הבעלים ליקח, הן קודמין זהו מדין מצרן כמש"כ הגר"א בסי' קע"ה ס"ק כ"ה והאור שמח כאן הביאו ותמה עליו דבעצמו כתב כאן דברי הירושלמי דכל מה דקנה הלוקח הוא מתקנה שלא תשאר הארץ ביד הסיקריקון וממילא א"צ לדין בר מצרא, אבל לפימש"כ מבואר דלדעת הרמב"ם צריך לומר דהלוקח קונה מעיקר הדין, וזהו שהוצרך הרמב"ם להסביר במה דנותן להבעלים רביע דלכאורה מה בכך דהסיקריקון מוזיל רבעא כיון דהסיקריקון קנה השדה וכי מוזיל גבי הלוקח דידיה הוא דמוזיל, ולכן הסביר דכיון דמוזיל בשביל זה שהשדה הוא של הבעלים,לכן יש זכות לבעלים בחלק זה, דחלק זה נשתייר לבעלים ליקח מן הלוקח, כיון דהסיקריקון ימכור בשביל זכותם בפחות רביע, ומ"מ מהני חלק במעות דהוי כמו שהבעלים שיירו לעצמם חלק ברביע שויה של השדה וגוף השדה הקנו להסיקריקון כולה.

ובזה מבואר מה דפסק הרמב"ם דאם לא נתן הלוקח רביע הרי רביע השדה גזל הוא, ואם הי' כל הדין מן התקנה א"כ מנלן דאם אינו מקיים כתקנת חז"ל דקנה כלל השדה כיון דמעיקר הדין לא קנה השדה וע"כ דמעיקר הדין קנה הלוקח, רק רביע השדה גזל הוא.

ועכשיו מבוארין שפיר דברי הגר"א ז"ל במש"כ בטעמא דהרמב"ם השמיט דינא דלקח מן הסיקריקון וחזר ולקח מבעה"ב, דאף שבעצמו בס"ק א' הלך בדרך הירושלמי דהוא

משום תקנה אבל לדעת הרמב"ם צריך לומר דהלוקח קנה מדינא לשיטת הבבלי, ולכן לדין ב"ד של אחריהם ליכא כלל דין לקח מן הסיקריקון וחזר ולקח מבעה"ב מקחו בטל דכיון דאינו אלא משום גדר מצרן דהוא משום ועשית הישר והטוב לא אמרינן דמקחו בטל, דאינו ודאי דמשום אימת הסיקריקון מכר לו, דרק אם הסיקריקון לא קנה אז לא מהני מה שלקח אח"כ מהבעלים, כיון דאפשר דמאימת הסיקריקון מכר ואוקי קרקע חזקת בעלים, אבל לדין ב"ד של אחריהם דאין לבעלים אלא דין מצרן אין אנו מבטלין מכירת הבעלים וזהו דתנן זו משנה ראשונה וכמש"כ הגר"א ז"ל.

אלא דאכתי קשה הא נ"מ בדין לקח מן הסיקריקון וחזר ולקח מן הבעה"ב לענין דין שיטלו בעלים רביע דזהו מן הדין כמש"כ הרמב"ם דאם לא נתן לו רביע הרי רביע השדה גזל בידו, ונראה לפימש"כ דסובר הרמב"ם דבלוקח תליא מילתא ליתן קרקע או מעות, וכיון דסברא דמאימת הסיקריקון מכר לו אינו אלא מספק ומשום אוקי קרקע בחזקת בעלים, א"כ לב"ד של אחריהם דבלוקח תליא ליתן מעות אינו אלא ספק מעות דפטור מספק, ואף דהוי א"י אם פרעתיך הא אינו חייב אלא בטוען התובע ברי, איברא דבגיטין דף ע"ח בהא דתנן מע"מ יחלוקו כ' הרשב"א דבספק פרעון כה"ג יחלוקו ע"ש אפשר לומר עפ"מ שכ' התוס' בב"ב דף ס"ב דדין יחלוקו אינו אלא היכי דאיתמר וה"נ בהאי גוונא לא הוי יחלוקו אלא המע"ה וזה מוכח מדתנן זו משנה ראשונה וכמש"כ הגר"א ז"ל, ואף דאכתי אפשר לפקפק דהא היכי דאינו נותן מעות מוכח מד' הרמב"ם דרביע הקרקע גזל, מ"מ שפיר י"ל דכ"ז אם צריך ליתן מעות בודאי, אבל מספק לא נתבטלה המכירה, וה"נ י"ל בעייל ונפיק אזוזי והי' ספק מחילה דלא נתבטלה המכירה, ובדברינו נתחזק מש"כ דהרמב"ם סובר דלדינא בלוקח תליא ליתן קרקע או מעות וכנ"ל.

ובטעמא דמילתא דלב"ד של אחריהם לפי שיטת הבבלי קנה הלוקח מן הדין אף דבבבלי נמי מפורש דלגזירה בתרייתא לא גמר ומקני, ובמה פליגי עם משנה ראשונה, נראה דהוא עפ"מ דמבואר בב"י סי' ר"ה שהקשה בהא דקיי"ל תליוה ויהיב לא קנה דאמאי גבי סיקריקון בתרי גזירות קמייתא גמר ומקני, ותי' מקודם דמשום פחד מיתה גמר ומקני, והקשה דהא יסורין גדול ממיתה והביא בשם הרשב"א דהוא דכיון שהפקיר המלכות אותם להריגה, ולא היו מקוים לשוב עוד לנחלתם, והב"י בעצמו תירץ דשאני התם דהסיקריקון לא אנס אותם על הקרקע אלא רצה להרגם, וזהו פודה עצמו בהשדה גם בלא מעות גמר ומקני, והתורת גיטין בסי' קל"ד הביא דברי הב"י והעלה מזה דלא הוי אונס אלא היכי שאנסוהו על הגט אפי' באונס ממון. אבל היכי שהאשה תפסה ממון מבעלה, ולא הזכירה בעת שתפסה שהוא כדי שיגרשה ואח"כ הוא מגרשה שתחזור לו

הממון לא הוי גט מעושה. אכן במה דאמר בגמ' דבגזירה בתרייתא לא גמר ומקני פי' הב"י דכיון דלא היה להסיקריקון רשות להרוג מסתמא לא היה כמו מקודם אלא שרצה להרוג אותו שיתן לו שדהו דבסתמא בלא גזל השדה למה יהרוג אותו כיון שהיה דינו למיתה אם יהרוג את הישראל ולכן אז הוי אונס ולא גמר ומקני.

אבל באמת פי' הב"י לא משמע בדברי הגמ' דהו"ל לומר העיקר דמעיקרא רצה להרוג את הישראל והישראל פדה את עצמו בהשדה ואח"כ רצה להרגו שיתן לו השדה, ובגמ' לא הוזכר זה אלא קמייתא ומציעתא כיון דקטלי אגב אונסיה גמר ומקני, בתרייתא אמרי האידנא לישקול ולמחר תבענא ליה בדינא.

לכן נראה דבאמת פליגי בזה משנה ראשונה וב"ד של אחריהם דמשנה ראשונה הוי סברי כתי' הא' של הב"י בשם הרשב"א דבאופן זה שפדה עצמו בשביל שרצה להרגו נמי הוי אונס, ורק דבקמייתא ומציעתא משום שהפקירם המלכות להריגה גמרי ומקני, ולכן שפיר אמר דבבתרייתא כיון דלא הופקרו להריגה לא גמרי ומקני, ומה שנתנו להסיקריקון היינו משום דאמרי לשקול האידנא ולמחר תבענא ליה בדינא, אבל ב"ד של אחריהם סברי דבאופן זה שהסיקריקון רצה להרוג את הישראל והישראל פודה עצמו בשדהו אין כאן גדר אונס על השדה ושפיר מהני הקנין של הסיקריקון, [והסיקריקון בעצמו בודאי עכ"פ צריך לשלם דלא גרע ממסור, אלא דאם דינא דגרמי הוא משום קנס קשה דאיך אפשר דמדינא הסיקריקון גוזל באופן זה ופטור מלשלם, ויותר מיושב לפי תי' זה של הב"י כדעת הרמב"ן דדד"ג הוא מדינא], ונמצא דמה דאמר בגמ' דבתרייתא אמרי לישקול האידנא ולמחר תבענא ליה בדינא, זהו רק פי' על דעת משנה ראשונה דלא גמרי ומקני משום פחד מיתה כמו בקמייתא ומציעתא, אבל לב"ד של אחריהם דהיכי דפדה עצמו לא מיקרי אונס על השדה, שפיר הוי הקנאתו הקנאה, ולא מהני אפי' אם חושב למחר תבענא ליה בדינא דהוי דברים שבלב כיון דלפנינו הקנה לו השדה קנה הסיקריקון ולא מיקרי אונס, ומבואר דעת הרמב"ם ודברי הגר"א ז"ל דלב"ד של אחריהם ליכא דינא דלקח מן הסיקריקון וחזר ולקח מן הבעלים וכנ"ל:

הלכה ד

היורד לתוך שדה חברו שלא ברשות ונטעה, אם היתה שדה העשויה ליטע אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו ליטעה ונוטל מבעל השדה, ואם אינה עשויה ליטע שמין לו וידו על התחתונה, אמר לו בעל השדה עקור אילנך ולך שומעים לו, אמר הנוטע הריני עוקר אילני אין שומעין לו מפני שמכחיש את הקרקע.

השגת הראב"ד: אמר לו בעל השדה עקור וכו'. כתב הראב"ד ז"ל נראה לי שאין אומרים

כך בארץ ישראל מפני ישוב ארץ ישראל עכ"ל. מפני שמכחיש את וכו'. א"א אפי' בחוצה לארץ כיון שמכחיש את הקרקע וזה מוסיף הוא דאית ליה נמי משום ישוב א"י עכ"ל.

אמר לו בעל השדה, כתב המ"מ וז"ל נראה שאין דעת הרב ז"ל בזה אלא בשדה שאין עשויה ליטע וכו' אבל בעשויה ליטע לא כל הימנו וכן עיקר ובזה הסכימו הרמב"ן והרשב"א ז"ל וכ"נ מן ההלכות, עכ"ל, והכ"מ כתב וז"ל פשט דברי רבינו דאכל מה דכתב לעיל קאי בין עשויה ליטע בין אינה עשויה ליטע אלא שהרב המגיד כתב וכו', ואני איני רואה בדברי בעל ההלכות הוכחה בזה עכ"ל, וכן כתב הסמ"ע כד' הכ"מ, והנה לכאורה דברי הכ"מ נכונים דהא בהלכה ד' כתב דין עשויה ליטע ודין אין עשויה ליטע וע"ז כתב בהלכה ה' דין אמר בעל השדה ומשמע פשוט דאתרווייהו קאי, אך אחר העיון דברי המ"מ מבוררים לבד מה דשיטתו מחוורת ע"פ הסברא דכיון דבשדה עשויה ליטע אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנטעה ונוטל מבעל השדה, וע"כ אפי' אין השבח עולה סך זה דאם השבח שוה כך אפי' באינה עשויה ליטע כן, וע"כ דאמרינן דודאי הוי ניחא לבעלים ונתחייבו בכך, א"כ מה מהני כשאומר עכשיו לא ניחא לי, אלא דגם מדברי הרמב"ם יש להוכיח כן דזה פשוט דאפי' אם נסתפק בשדה עשויה ליטע היינו דעכ"פ לא היה לו מעיקרא רשות ליטע, אבל יורד ברשות ובעל בנכסי אשתו ושותף דשמין בהם וידם על העליונה, ודאי אין מקום להסתפק שיוכל לומר להם עקור אילנך כיון דמעיקרא עשו ברשות ודאי חייב לשלם.

ולפי"ז יש להוכיח מזה דבהלכה ו' הזכיר הרמב"ם דין בונה בחצר דהוי כמו נוטע בשדה עשויה ליטע ושמין כמה אדם רוצה ליתן בבנין זה לבנותו, ובהלכה ז' כתב דין ירד לשדה חברו ברשות ובהלכה ח' דין יורד לשדה חברו שלא ברשות ונטע או בנה, ובא בעל השדה והשלים הבנין או ששמר הנטיעות, דשמין לו וידו על העליונה. ובהלכה ט' דין יורד לתוך חורבתו של חברו ובנאה שלא ברשות דשמין לו וידו על התחתונה, ובהלכה זו כתב דאם אמר לו בעל הקרקע טול מה שבנית שומעין לו, וכאן ע"כ לא קאי אלא על הלכה זו דיורד שלא ברשות ולא איורד ברשות בהל' ז', וכ"ש דלא קאי על הל' ח' שבא בעל השדה והשלים הבנין דודאי אינו יכול לומר טול מה שבנית, וכיון שכן דא"א לומר דקאי על הקודמים הו"ל לכתוב הלכה ט' אחר הלכה ו' ועל שניהם לכתוב דין טול מה שבנית, ומוכח מזה דדין טול מה שבנית אינו אלא ביורד שלא ברשות בשדה שאינה עשויה ליטע ולבנות וכמש"כ המ"מ.

ומש"כ המ"מ דכן נראה מן ההלכות ושכ' המ"מ דלא ראה הוכחה לזה, נראה פשוט דסובר המ"מ דכל הספק הוא רק באומר בעל הקרקע עקור אילנך או טול עציך. אבל

היורד שאומר עצי ואבני אני נוטל דפליגי ר"נ ור"ש ביורד לתוך חורבתו של חברו ובנאה של ברשות דכתב הרמב"ם בהלכה ט' דשמין לו וידו על התחתונה ומוכח דסובר דחורבה אינה עשויה ליבנות, ואף דגבי המקיף את חברו משלש רוחותיו כתב הרמב"ם זה גבי חורבה צ"ל דלמחיצה קיימא בודאי שלא תהי' פתוחה לר"ה אבל אינה עומדת בודאי לבנותה וא"א לחייב הבעלים. ומה דאיתא בירושלמי פ"ג דב"ב הביאו הראשונים וחורבות לא ניתנו להבנות היינו דלא בטל דין הזיק ראיה דשמא יבנה חורבתו, וממילא לפי שיטת הרמב"ם דין דיכול היורד לומר עצי ואבני אני נוטל זה ודאי דוקא באינה עשויה ליבנות. דבעשויה ליבנות כבר זיכה היורד לבעל החצר שאם יחפוץ יקנה בחצרו וכמש"כ הרשב"א וזהו שכתב המ"מ דכן נראה מן ההלכות דכיון שכתב דתליא זה בזה וכיון דפשוט להמ"מ דהיורד אינו יכול לומר אטול, לכן ודאי אינו יכול בעל השדה ובעל החצר לומר טול. אבל הנמוק"י אינו סובר כהמ"מ וגם ביורד כתב דיכול לומר אטול וסובר דחורבות עשויות ליבנות. וגם מדברי הרשב"א הביא דדוקא אם קדם בעל החצר ואמר אני נותן דמים. ועיין בחו"מ סי' שע"ה בב"י ובשו"ע ובהגהת הרמ"א דפסק כהמ"מ ועיין בביאור הגר"א שם.

וע"ד השגת הראב"ד הב' דסובר דכמו דמהני טעמא דישוב א"י לגבי הבעלים ה"נ מהני לגבי היורד שלא יוכלו הבעלים לומר עקור. כתב המ"מ דאינו דמיון דלא נוכל לחייב הבעלים בע"כ להחזיק נטיעות בשדה שאינה עשויה ליטע, ונראה להביא קצת ראיה לדברי המ"מ, דהנמוק"י כתב דכמו דטעמא דכחשא דארעא הוא דוקא אם השרישו ה"נ טעמא דישוב א"י אינו אלא אם השרישו דמוכח בגמ' דליכא בינייהו אלא חו"ל. ולפי"ז מוכח נמי דכמו דטעמא דכחשא דארעא אינו אלא להבעלים כנגד היורד ה"נ טעמא דישוב א"י מדלא אמר בגמ' דנ"מ לענין טענת היורד. רק דלכאורה קשה על שיטת הרמב"ם מדברי הרי"ף שכתב ואי אמר ליה בעל הקרקע טול עציך ואבניך דלא בעינא. בגין הא מילתא ליתא בגמרא בהדיא ושדרו ממתיבתא דכי היכי כד א"ל בעל בנין עצי ואבני אני נוטל שומעין לו. ה"נ אי אמר ליה בעל קרקע טול עציך ואבניך שומעין לו. ולשיטת הרמב"ם היכי תולים במתיבתא זה בזה דהא בעל הקרקע עדיף דבעקור אילנך שומעין לו ובהריני עוקר אילני אין שומעין לו.

ונראה דספיקו של הרי"ף אם יכול בעל הקרקע לומר טול עציך הוא משום דשמא ידו על התחתונה כבר נתחייב וכבר קנה הבנין לשלם בדין זה. ובזה שדרו שפיר ממתיבתא דכי היכי דבעל הבנין יכול לומר עצי ואבני אני נוטל. ומוכח דלא נגמר דין זה תיכף במעשה הבנין ולא קנה בעל הקרקע ה"נ דלא נתחייב. וא"כ זהו רק בגדר הוכחה על עיקר

הדין. וממילא גם בעקור אילנך אף דבעל האילן אינו יכול לומר הריני עוקר אילני משום כחשא דארעא. אבל בעל הקרקע ודאי יכול לומר לו כיון דאכתי לא קנה ולא נתחייב:

הלכה ז

היורד לשדה חברו ברשות אפי' נטע שדה שאינה עשויה ליטע שמין לו וידו על העליונה שאם היתה ההוצאה יתר על השבח נוטל ההוצאה, ואם השבח יתר על ההוצאה נוטל השבח, ובעל בנכסי אשתו והשותף בשדה שיש לו חלק בה כיורד ברשות הן ושמין להן וידם על העליונה, היורד לשדה חברו שלא ברשות ונטע או בנה, ואחר כך בא בעל השדה והשלים הבנין או ששמר הנטיעות וכיוצא באלו הדברים שמראין שדעתו נוטה למה שעשה זה וברצונו בא הדבר שמין לו וידו על העליונה.

כתב המ"מ וז"ל זה מתבאר בפ' חזקת דאמר שותף כיורד ברשות דמי שנוטל בשדה שאינה עשויה ליטע כשדה העשויה ליטע, ושדה העשויה ליטע נראה שכן דינו וזהו פי' אומדין שכתב רבינו לעיל עכ"ל, מוכח מדבריו דרוצה לפרש דדין אומדין ודין ידו על העליונה הוא דין אחד וזהו תימה גדולה דהא דייק הרמב"ם בהלכה ד' וכ' אומדין וכן בהל' ו' גבי חצרות כתב ג"כ ה"ז כנוטע שדה העשויה ליטע ושמין לו כמה וכו', וכאן כתב שמין לו וידו על העליונה, וכן בהל' ח' כתב ג"כ ביורד שלא ברשות ובא בעל השדה והשלים הבנין או ששמר הנטיעות שמין לו וידו על העליונה ובודאי הוא בדוקא וא"א לומר שהוא דין אחד, ומה שדחקו להמ"מ לומר שהוא דין אחד הוא מה דמבואר בפ' חזקת דשותף כיורד ברשות דמי ונוטל בשבח המגיע לכתפים בשדה שאינה עשויה ליטע כבשדה עשויה ליטע, ולפי"מ שפירש"י בב"מ דק"א בהא דלסוף חזינהו דגדרה וקא מינטר לה א"ל גלית אדעתך דניחא לך זיל שום ליה וידו על העליונה ופירש"י גלית אדעתך דניחא לך ועשיתה שדה העשויה ליטע וידו על העליונה הוא כשאר שתלי העיר, ומבואר להדיא דהוא חד דינא עם דין שדה העשויה ליטע.

אבל התוס' בב"ב דף מ"ב בד"ה המגיע לכתפים פירשו בסוף דבריהם דמה דאמרינן כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנטעה לאו היינו כדין אריס, דאריס נוטל למחצה ולשליש ויש לו תמיד חלק בשבח, ובהא שמין כמה אדם רוצה ליתן לקבלן ליטע שדה זו ולא ירד בה לאריסות, אלא מיד נוטל שכרו ויורד ברשות נוטל בשבח המגיע לכתפים כאריס שלא יסלקו אותו כמו קבלן כמו שעושין לנוטע שלא ברשות שמסלקין אותו בכך אפי' משדה העשויה ליטע, וכן כתב להדיא הרמ"ה בפירושו לב"ב, ופשוט דזהו שיטת הרמב"ם, וזהו שחילק בין זה לזה דבשדה העשויה ליטע אינו נוטל כלום בשבח ורק ביורד ברשות נוטל בשבח, ומקור לזה דיורד ברשות ידו על העליונה כתב הגר"א ז"ל בסי' שע"ה דכן

מפורש בתוספתא פ"י דב"ק.

אכן מה דאמרינן ידו על העליונה היכי דגלי הבע"ב דעתו דניחא ליה צריך ביאור דלכאורה לא עדיף משדה העשויה ליטע וכמו שפירש"י, ונראה דהחלוק הוא דבשדה העשויה ליטע כיון דעומדת לכך, וגם הבעלים היו נוטעין אם לא קדם הוא ונטעה, לכן אין הבעלים צריכים לשלם אלא כמה אדם רוצה ליתן, אבל בשדה שאינה עשויה ליטע כיון שבא זה ונטעה והבעלים גילו דעתם דניחא להו שפיר יש לו זכות וחלק בשבח שנעשה על ידו.

והנה בטור סי' שע"ה כ' וז"ל והרמ"ה ז"ל כ' שאפי' בשדה שאינה עשויה ליטע אי גלי דעתיה דניחא ליה בהו שמין לו וידו על העליונה ואי לא גלי דעתא דניחא ליה בהו איכא לפלוגי אם היא עשויה ליטע שמין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנטעה וכו' וכתב הפרישה דהאי שמין הוא כפי' ידו על העליונה. ומה דשינה בלשון הוא דקאי על לשון הגמ' ע"ש ודבריו תמוהים ולא ראה דברי הרמ"ה בפירושו בס' יד רמה דמבואר שם להדיא דשמין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנטעה אינו דין ידו על העליונה וכמש"כ.

וראיתי בהגר"א ז"ל בביאורו בסי' שע"ה סעיף ד' גבי יורד ברשות כתב וז"ל שאם כו' כיון שירד ברשות אבל בס"ג [היינו בבא בעל השדה והשלים הבנין או ששמר הנטיעות] אף דידו על העליונה אין נוטל יתר על השבח כיון דירד שלא ברשות עכ"ל. וכונתו לבאר מה דבס"ג לא הוזכר אלא ידו על העליונה, וכאן ביורד ברשות מבואר שאם היתה ההוצאה יתירה על השבח נוטל ההוצאה ואם השבח יתירה על ההוצאה נוטל השבח, אכן דבריו תמוהים דלפי"ז דאינו נוטל אלא שבח ולא הוצאה איך אפשר לומר ע"ז ידו על העליונה. וגם בסברא אינו מוכרח כלל. דכיון דבא וגילה דעתו דניחא ליה סבר וקיבל בכל אופן אפי' ההוצאה יתירה על השבח לשלם ההוצאה, ומה שדחק הגר"א בזה משום דבס"ג לא הוזכר רק ידו על העליונה הוא פשוט דהמחבר כתב לשון הרמב"ם, וברמב"ם מבואר דין יורד ברשות קודם בהל' ז' ואח"כ בהל' ח' דין בא בעל השדה והשלים הבנין. לכן כתב רק דידו על העליונה דסמך על המבואר והוא פשוט:

הלכה ט

היורד לתוך חרבתו של חברו ובנאה שלא ברשות שמין לו וידו על התחתונה ואם אמר בעל הבנין עצי ואבני אני נוטל, בבית שומעין לו בשדה אין שומעין לו מפני שמכחיש את הקרקע, אמר לו בעל הקרקע טול מה שבנית שומעין לו.

רש"י פי' דבשדה היינו בשדה ונטעה, אבל מדברי הרמב"ם לא משמע כן דדין היורד לתוך שדה חברו ונטעה כבר מבואר בהלכה ה' דאין שומעין לו מפני שמכחיש את

הקרקע. ולמה כפל כאן הדברים. ולכן ע"כ צ"ל דהרמב"ם מפרש דאפי' בבנאה בשדה אין שומעין לו דבזה נמי הכחיש את הקרקע במה שהעמיד עליו בנין דשדה צריכה לאויר ולמטר וכשהעמיד עליה בנין הוכחשה בזה, ורק דקשה דהתינח לטעמא דכחשא דארעא. אבל לטעמא דמשום ישוב א"י מה נ"מ בין בית לשדה וצ"ל דבית בין הבתים לא הוי כ"כ ישוב א"י, אבל בשדה דליכא בית והעמיד בית הנחוצה בשדה לשמירה או לדירה, איכא טפי ישוב א"י כיון דזה מועיל לתכליתה של השדה:

הלכה י

כל מי ששמין לו בין שהיתה ידו על העליונה בין שהיתה ידו על התחתונה אינו נוטל כלום עד שישבע בנק"ח כמה הוציא, ואם אמר יבואו הדיינים ויעשו שומת ההוצאה והרי היא גלויה לעיניהם וישערו העצים והאבנים והסיד ושכר האומנין בפחות שבשערים שומעין לו ונוטל בלא שבועה, וכן זה שנוטל השבח בלבד והיתה ידו על העליונה אין צריך שבועה.

הסמ"ע בסי' שע"ה כתב וז"ל נראה דר"ל דאם היתה ידו על העליונה וההוצאה יתירה על השבח דהדין ליתן לו ההוצאה כמ"ש, אם אומר איני רוצה ליקח היציאה יתרה על השבח בשבועה, אלא אקח השבח המועט בלא שבועה ישומו לי שומעין לו ומירי שהוא ניכר לעינים דעכ"פ יציאה היתה יתירה על השבח אלא שאינו ידוע כמה, ואמר ישומו לי כו' וז"ש נוטל השבח בלבד, ר"ל שהוא הפחות, וקמ"ל בכל זה דל"מ למימר ליה השבע וטול כדינך או לא תטול כלום עכ"ל, ודברי הסמ"ע תמוהים חדא דאם ניכר לעין שההוצאה יתירה על השבח אלא שאינו ידוע כמה. א"כ בזה שאינו רוצה לישבע למה יטול השבח בלבד, יטול ההוצאה בפחות שבשעורים כמש"כ הרמב"ם ולמה הוא צריך ליקח השבח שהוא עוד פחות מזה, ועוד דבאופן זה גם בידו על התחתונה נמי כן, וזה הקשה הנתיבות ולכן ביאר הנתיבות באופן אחר דבידו על העליונה נוטל מקודם הוצאות ואח"כ שבח כמו אריס, ואם זה אינו רוצה הוצאות ורוצה רק שבח א"צ לישבע וגם ביאורו דחוק, חדא דלא הוזכר בדברי הרמב"ם שיהי' נוטל מקודם הוצאה ואח"כ שבח ולא כתב שיהי' דינו כאריס אלא דנוטל השבח, ועוד דלא כתב הרמב"ם כלל אופן שהוא מוותר על שום דבר, וכתב רק דמי שנוטל שבח והיתה ידו על העליונה ומשמע דמדינא נוטל שבח אלא דכתב עוד תנאי לזה שהיתה ידו על העליונה.

ובאמת לא ידעתי כלל למה הוצרכו לידחק בדברי הרמב"ם שהם פשוטים וברורים דזה הא ודאי דהיכי שנוטל שבח לא שייך שבועה אלא שומא, אלא שהוסיף תנאי שהיתה ידו על העליונה, דהיכי שהיתה ידו על התחתונה ודאי אינו כן דכיון דע"כ אין עדים

על ההוצאה דביש עדים לא שייך שבועה, וכיון דאין עדים א"כ מנין שההוצאה יתירה על השבח דילמא ההוצאה פחותה מן השבח ואינו נוטל אלא הוצאה וע"כ ישבע. ואף דמשכחת לה דעכ"פ זה ניכר שההוצאה היתה יתירה לא נכנס הרמב"ם בציורים כאלה וכתב הפשוט דאם היתה ידו על העליונה ודאי אינו צריך שבועה, אח"כ ראיתי דברי הט"ז ובודאי לזה כונתו אף שלא ביאר דבריו, ואני תמה על הנתיבות שבודאי ראה דברי הט"ז ונכנס בדחוקים בעת שדברי הרמב"ם פשוטים וברורים, ומה שחידש הנתיבות דכשנוטל השבח נוטל מקודם ההוצאה ראיתי שכבר דבר מזה הט"ז בסי' ק"ג ודחה זה ודבריו נכונים, ובאמת יש להוכיח כן מדברי הרמב"ם גופייהו כאן, דכיון שכבר כתבתי דהרמב"ם לא הזכיר שבא לוותר מדינו אלא במי שנוטל השבח כדינו, א"כ מוכח להדיא דאינו נוטל ההוצאה דאל"כ אכתי צריך לישבע בשביל ההוצאה, וע"כ מוכח דהרמב"ם סובר דנוטל כל השבח ואין שמין לו כאריס וכמש"כ:

פרק יא

הלכה א

השבת אבדה לישראל מצות עשה שנאמר השב תשיבם, והרואה אבדת ישראל ונתעלם ממנה והניחה עובר בלא תעשה שנאמר לא תראה את שור אחיך, והתעלמת מהם ובטל מצות עשה ואם השיבה קיים מצות עשה.

מדברי הרמב"ם מוכח דסובר דהשב תשיבם חל קודם שיקחנה וקשה ע"ז מהא דאמר בגמ' והוא בפי"ד הלכה ז' דהמתין עד שנתייאשו הבעלים ונטלה אינו עובר אלא משום לא תוכל להתעלם, וכבר הקשה זה הרמב"ן בהא דאמר בגמ' בדף ל' האי עשה, ותי' הר"ן דלא עבר על עשה דהשב תשיבם אלא כשביטל העשה דהיינו שהלך ממנה והניחה באבדתה, אבל לא הלך אלא שהמתין עד שנתייאשו הבעלים, כיון דעד שנתייאשו לא ביטל העשה דהי' יכול עוד להשיב, ומה שנתבטל העשה מפני שנתייאש אין המניעה מצדו לכן לא עבר על העשה ולכאורה צריך ביאור דא"כ נימא דגם לא תוכל להתעלם לא עבר כיון דהיה יכול עוד להשיב, וצריך לומר דכיון דבאותה שעה העלים את עצמו מהשבתה עובר אפי' אם אח"כ חזר בו והשיב, אבל השב תשיבם כ"ז שלא ביטל ואפשר עוד לקיימו לא עבר, ולא דמי למילה דעובר בכל יום ומשמע דה"ה בכל רגע היינו משום דהוא צריך להיות מהול, וכ"ז שמשהא את עצמו והוא ערל עובר על המצוה, אבל הכא המצוה הוא להשיב את האבדה, אבל המשכת הזמן אין בזה עבירה על המצוה, אלא דאם מתעלם בכונה עובר על לא תוכל להתעלם.

הלכה ב

לקח את האבדה ולא השיבה בטל מצות עשה ועבר על שני לאוין על לא תוכל להתעלם ועל לא תגזול אפי' היה בעל האבדה רשע ואוכל נבילה לתיאבון וכיוצא בו מצוה להשיב לו אבדתו, אבל אוכל נבילה להכעיס הוא אפיקורס ואפיקורסים ועובדי עכו"ם ומחללי שבת(ות) בפרהסיא אסור להחזיר להם אבדה כעכו"ם.

בע"ז דף כ"ו בהא דאמר שם אני שונה לכל אבדך אחיך לרבות המומר ואת אמרת מורידין הקשו בתוס' דילמא אע"ג דמורידין משיבין אבדתו משום דיכין רשע וצדיק ילבש כדאמר בסוף ב"ק מטעם זה דממון מסור אסור לאבדו, ותירצו דטעם זה לא מהני אלא דאסור לאבדו אבל אין משיבין אבדתו, אח"כ כתבו ושמא מאן דאית ליה אסור לאבדו אית ליה נמי דמשיבין אבדתו, ומדברי הרמב"ם מוכח כתירוצם הא' דהא פסק דממון מסור אסור לאבדו, ובסברת התוס' נראה דאף דאסור לאבד משום הא דילבש צדיק אבל להשיב להם אבדה כיון דעכ"פ עכשיו מחזיקין אותם ודינם דמורידין א"א להחזיקם, אלא דיקשה דא"כ גם בהני דלא מורידין ולא מעלין כמו רועי בהמה דקה נמי לא ישיבו אבדתם מטעם זה, ומדברי הרמב"ם מוכח דמשיבין אבדתם דלא חילק באוכל נבלות לתאבון בין מוחזקין לאין מוחזקין כמו שחילק בפ"ד מהלכות רוצח לענין לא מעלין, ומשמע דלענין זה באמת מהני סברא דצדיק ילבש דאף דאסור להצילן אם נפלו לבור מ"מ צ"ל דלא דמי להני דמורידין דהני דלא מעלין דליכא חיוב להמיתן כיון דאנו מחזירין להם האבדה לא בשבילן אלא בשביל יורשיהם, ליכא בזה איסורא דלא מעלין דזהו רק דין דאסור לנו לטפל בהם ולהחיותן, וכיון דאין מחזירין בשבילם אלא בשביל יורשיהם ליכא איסור אבל הני דמורידין הוא חיוב לגרום מיתתן, לכן א"א להחזיקן אפילו בשביל יורשיהם.

והנה בפשוטו מוכח מהא דאיצטריך קרא למעט אבדת עכו"ם ואם הני דלא מורידין ולא מעלין כמו רועי בהמה דקה אין מחזירין אבדתן א"כ כ"ש עכו"ם ול"ל קרא למעט עכו"ם אך לפי"ז א"א לומר כמש"כ דמה דמחזירין הוא משום וצדיק ילבש דבעכו"ם לא שייך זה.

והנה לפימש"כ לפנינו בהלכה י' במחלוקת הרמב"ם והתוס' דלשיטת הרמב"ם הני דנתמעטו מדין השבת אבדה אינו אלא דפטור מלהשיב אבל אינה מותרת למוצא, ורק בעכו"ם משום דליכא בהו איסור גזל היכי שאינו יודע ע"ש, וא"כ שפיר הוכחתנו מעכו"ם דמשום הא דלא מעלין לא היה פטור מלהשיב, אבל לשיטת התוס' שבארנו שם דכל הני דנתמעטו מדין השבת אבדה מותרים למוצא, יש לומר דמ"מ זה אינו אלא

בהני דנתמעטו בפרשת אבדה דילפינן מומצאתה דמיעטה התורה לגמרי והם מותרים, אבל מה דפטור מלהשיב משום סברא דמורידין או אם היינו אומרים דמשום סברא דלא מעלין נמי פטור מלהשיב בזה אין ראיה דמותרים למוצא דהסברא מועילה רק דאין להחזיר להם אבדה. אבל לא אשכחן שהתורה התירה ממונם, וממילא אין ראיה ממה דהוצרכה התורה למעט עכו"ם לומר דהני דלא מעלין חייב להשיב דאיצטריך למעט עכו"ם לומר שהאבדה מותרת למוצא דלדעת התוס' אין אנו צריכין לומר מש"כ לדעת הרמב"ם דבאבדה ע"כ לא שייך איסור גזל, ולדעת הרמב"ם יקשה בטעמא דלא מהני הא דלא מעלין שיהי' אסור להחזיר להם אבדה, כיון שהוכחנו דאין הטעם משום צדיק ילבש.

ונראה דשפיר נוכל לומר דטעמא דמחזירין אבדה להני דלא מעלין הוא משום וצדיק ילבש, ומה שהוצרך קרא למעט אבדת עכו"ם הוא משום דנ"מ להיכי שנתגייר דנראה פשוט דאבדת עכו"ם דמי כמו אבדה שאין בה שו"פ, דאבדה שהוקרה בין אבדה ומציאה פטור מהשבה ה"נ עכו"ם שאבד ונתגייר קודם מציאה נמי אימעיט מאבדת אחיך ולא עכו"ם, [ואפי' לפימש"כ במקומו דהרמב"ם השמיט דין הוזלה והוקרה היינו משום דאינו לומד דין שו"פ מאשר תאבד כמש"כ שם] ואף דלפימש"כ לדעת הרמב"ם דטעמא דמותר אבדת עכו"ם הוא משום דליכא גביה איסור גזל וא"כ כיון שנתגייר איכא איסור גזל מ"מ נ"מ דעכ"פ ליכא חיוב השבה דמשום טעמא דלא מעלין כיון שנתגייר היה מחוייב מהשבה:

הלכה ד

טעות העכו"ם כאבדתו ומותרת והוא שטעה מעצמו אבל להטעותו אסור, כיצד כגון שעשה העכו"ם חשבון וטעה, וצריך שיאמר ישראל ראה שעל חשבונך אני סומך ואיני יודע אלא מה שאתה אומר אני נותן לך כגון זה מותר, אבל אם לא (י)**אמר לו כן אסור שמא יתכוין העכו"ם לבודקו ונמצא שם שמים מתחלל.**

לא כתב הרמב"ם טעם מה דאסור להטעותו והיה אפשר לומר דזהו מפני חה"ש כמו שכתב אח"כ במה דצריך לומר ראה שעל חשבונך אני סומך, אבל בפ"ז מהל' גנבה הל' ח' למד דין זה דאסור להטעותו מקרא דוחשב עם קונהו. וכתב והרי הוא בכלל כי תועבת ד' כל עושה אלה כל עושה עול מכ"מ, ומוכח להדיא דעיקר ממון העכו"ם אסור באופן זה והוא מוסבר בפשיטות דכיון דכל היתר דטעות עכו"ם נלמד מאבדתו אינו אלא היכי שטעה מאליו דומיא דאבדה, ומה שכתב אח"כ דשמא יתכוין העכו"ם לבודקו ונמצא ש"ש מתחלל נראה דבזה לא היה אסור משום ממון העכו"ם דאם ידע העכו"ם שהוא

טעות ונתן לו בכה"ג בישראל נמי מותר כדאיתא בב"מ דף ס"ד, ומה דאסור משום חה"ש אף דמסתבר דהיכי דבישראל מותר לא שייך חה"ש היינו משום דבישראל כה"ג באמת אסור דשמא טעה, ורק דבעכו"ם אם טעה מותר וממילא הוי חה"ש דהישראל היה צריך לחשוב דשמא טעה, אבל היכי שאינו טועה ונותן לו מותר, ולכאורה יש להוכיח דאם נאמר דמעיקר דין ממון יש לחוש דשמא נתכוין לבודקו א"כ בישראל אמאי מותר שמא מתכוין לבודקו, אך י"ל דשם כיון דאין הדעת טועה לא שייך נתכוין לבודקו, ועוד אפשר דבישראל לא שייך זה, ומ"מ גם בלא ראיה י"ל דמשום דין ממון ל"ח דשמא נתכוין לבודקו דכיון שיודע ונותן לו אמרינן דמתנה או גזל נתן לו כדאיתא שם בב"מ והוי בגדר דברים שבלב לומר שאינו נותן לו אלא לבודקו, ולכן שפיר הוצרך הרמב"ם לומר בזה דהוא משום חה"ש.

והנה במה דפסק הרמב"ם דצריך שיאמר ראה שעל חשבונך אני סומך כתב המ"מ וז"ל פסק כרב כהנא דעביד הכי פ' הגוזל ומאכיל, מיהו מהך דשמואל משמע התם דאינו צריך שיאמר לו ישראל ראה שעל חשבונך אני סומך ורב כהנא דעביד הכי מדת חסידות, עכ"ל. ולייישב דעת הרמב"ם נראה שמפרש הא דאבלע ליה חד זוזא בהא דשמואל דלא כפירש"י שהטעהו גם בזוז שנתן לו חסר זוז. אלא כפי' ר"ח והערוך דהיינו שנתן לו זוז יתר וכדתניא הגוזל את חברו והבליע לו בחשבון שהוא נותן לו יתר, והערוך מפרש שנתן לו זוז יתר כדי שילך העכו"ם מהרה. אבל הרא"ש בש"מ מפרש משום שאם ידע אח"כ שהוא של זהב יאמר כמו שטעה הישראל בחשבון כן טעינו שנינו וחשבנו שהוא של נחושת, ולכן י"ל דהרמב"ם מפרש כפי' הרא"ש ואף דהרא"ש בעצמו כתב שם שהוא לאו דוקא ובל"ז נמי מותר משום דסובר כהמ"מ דלא צריך שיאמר ראה שעל חשבונך אני סומך, אבל הרמב"ם מפרש דזהו דוקא וזה מהני כמו ראה שעל חשבונך אני סומך, ואף דא"כ הו"ל להרמב"ם להביא זה דגם הבלעת חד זוז מהני י"ל כיון דיש עצה פשוטה בלא הפסד כסף לומר ראה שעל חשבונך אני סומך לא הוצרך לכתוב זה, ואדרבא שמואל עשה כן לרווחא דמילתא דזהו הוכחה גמורה שהישראל בעצמו טועה בחשבון וממילא ודאי טועה גם בשומא ובפרט דבהא דמיירי הרמב"ם שהוא טועה בחשבון לא שייך עצה זו והי' צריך להביא אופן אחר, וכיון דגם בענין טעות בשיווי או בחפץ יכול לומר לו עליך אני סומך לא הביא הך דהבלעת זוז, ולפי"ז צריך לומר דהרמב"ם אינו גורס בהא דרב כהנא ואבלע ליה חד זוזא, ומצאתי ב"ה בדקדוקי סופרים שבכת"י האמבורג ליתא כן בהא דרב כהנא אלא בהא דשמואל.

ועוד נראה לומר דמהא דשמואל לא קשה כלל, דלא צריך לומר חזי דעלך קא סמיכנא

אלא בטעות בחשבון, דחשבון הוא דבר ידוע ואינו מצוי טעות, אבל בהא דשמואל שקנה לקנא דדהבא במקום דפרזילא וכמו שפירש הר"ח הובא בש"מ שהוא נחושת מוזהב דבזה שכיח הטעות דחסרון מבינות הוא דבר המצוי וליכא כאן חה"ש כלל, ובהא דאבלע ליה חד זוזא ודאי יפרש כפי' הר"ח שנתן לו יתר וכנ"ל.

ומה שהביא המ"מ מהא דרבינא להוכיח דלא בעינן חזי דעלך קא סמיכנא דבריו תמוהים דמה שייך הא דרבינא לטעות עכו"ם דהא לא טעה העכו"ם בעצמו. וזה דמי לגנבה משל עכו"ם דודאי עובר בלאו. והמאירי כתב בש"מ דכיון דעכו"ם אינו מביט אלא על המנין אינו מקפיד ומוחל, והוא דחוק, וראיתי שעמד בזה הגאון מוהר"ח ז"ל מוולאזין בס' חוט המשולש, וכתב שכל שותף היה יכול ליקח כמה שרוצה ואח"כ יעשו חשבון, ובשעת החשבון מאן יאמר לן דלא חשב רבינא לומר לו חזי דעלך קא סמיכנא, ולדעתי לא צריך למש"כ דהי' יכול כל שותף ליקח כמה שרוצה דהא לא הוזכר בגמ' ששלח ליקח את האילן במשכו מחלק העב שממילא לקח של עכו"ם, אלא ששלח ליקח חתיכת עצים שהי' צריך לו בבית, ואמר לו שיקח מהעבים. אבל אכתי לא הי' כל חלקו וזה בודאי רשאי עכשיו ליקח ואין בזה לתא דגנבה אלא דאח"כ כשיבואו לחלוק את האילן ויראו שרבינא כבר לקח למשל חמשה חתיכות אז העכו"ם בעצמו יחשוב רק על המנין ויתן לרבינא חלקו לפי המנין וזה צ"ל כמו שכתב מוהר"ח ז"ל דאה"נ דיאמר לו אז בעת החשבון חזי דעלך קא סמיכנא, ועוד יש לומר שכיון שהוא דבר ידוע דעכו"ם אינו מביט אלא על המנין לא שייך החשש דשמא יתכוין לבודקו, ולא דמי לטעות בחשבון:

הלכה ו

עיר שישראל ועכו"ם דרין בה ומחצה עכו"ם ומחצה ישראל, ומצא בה אבדה נוטל ומכריז ואם בא ישראל ונתן סימניה חייב להחזיר.

יש לדייק מלשון הרמב"ם שהוסיף לכתוב ואם בא ישראל ונתן סימניה שלכאורה הוא שלא לצורך ובמתני' דמכשירין ליכא אלא מחצה ומחצה צריך להכריז, וממילא מובן דלזה הוא הכרזה שאם יתנו סימנים יחזיר, ואולי מפני שלא זכר עוד הרמב"ם דין הכרזה ופירושה, והי' נראה לומר דהרמב"ם לשיטתו דס"ל בספק הינוח דלכתחלה לא יטול ואם נטל הרי אלו שלו משום דס"ל דבכל ספק מהני תפיסה. ולכן פסק ג"כ בכל ספיקי אבעיות דלא יטול ואם נטל אינו חייב להכריז, אך בדבר אחד חלוק כאן מכל ספיקי אבעיות כמו גבי כשיר מהו כשורה מהו, דהתם הוי ספק אם הוא דרך הינוח או דרך נפילה, דאם הוא דרך נפילה נתייאש ולא מהני שוב אפילו אם נתן סימן מנין דעכ"פ מקודם נתייאש ולכן אם נטל אינו חייב להכריז, אבל הכא דהוי ספק אם הוא

של עכו"ם או של ישראל. ואם הוא של ישראל לא נתייאש דהא ליכא רוב עכו"ם ולכן שפיר חייב להכריז, אך בזה נראה דשאני מרוב ישראל דברוב ישראל אם אחר ההכרזה לא יבואו ליתן סימנים מ"מ המציאה צריך להיות מונחת עד שעכ"פ יבואו בעלים אבל במחצה על מחצה כיון דהוי ספק דררא דממונא מהני תפיסה ורק דצריך להכריז. כיון דאפשר להתברר, וא"כ אם יכריז ויעבור שיעור שצריכים הבעלים לבוא ולא באו בודאי דמהני תפיסת המוצא והרי אלו שלו, ולכן דייק הרמב"ם לכתוב דלענין זה חייב להכריז שאם יבואו הבעלים ויתנו סימנים חייב להחזיר והיינו שאם לא יבואו הבעלים ה"ה של המוצא דמספק הוא מוחזק:

הלכה ז

היה רוב העיר עכו"ם אם מצא במקום מן העיר שרוב המצויים שם ישראל חייב להכריז אבל אם מצא בסרטיא ופלטיא גדולה בבתי כנסיות ובבתי מדרשות שהעכו"ם מצויין שם תמיד ובכל מקום שהרבים מצויין שם הרי המציאה שלו ואפילו בא ישראל ונתן סימניה, שהרי נתייאש ממנה כשנפלה מפני שהוא אומר עכו"ם מצאה אע"פ שהיא שלו, הרוצה לילך בדרך הטוב והישר ועושה לפנים משה"ד מחזיר את האבדה לישראל כשיתן את סימניה.

בסמ"ע בחו"מ סי' רנ"ט ס"ק ו' כתב בטעמא דלא אמרינן רוב וקרוב הולכין אחר הרוב דלא אמרינן כן אלא היכי דהקרוב אינו במקום שנמצא שם עצמו וצריכין לומר שבא לשם ממקומות אחרים, והט"ז הקשה על הסמ"ע מסוגיא דב"ב דזיקי דחמרא דאשתכח בי קופאי דאמר הגמ' ע"ז רוב וקרוב אף שהוא במקומו ממש, ולכן תי' הט"ז משום שאפשר להתברר ע"י ההכרזה לכן לא מהני רוב עכו"ם אלא היכי דנוכל לומר שנתייאש האובד, והנה מה שהקשה הט"ז מסוגיא דב"ב באמת יש שם מחלוקת הרמב"ם והרא"ש, דהרמב"ם והרמב"ן פוסקים דענבים הטמונים בכרם של ערלה אסורים כתי' הגמ' דענבי מצנעי, וכ' הרמב"ן דאע"ג דקיי"ל רוב וקרוב הלך אחר הרוב שאני הכא דהוא מקומו ממש ואמרינן כאן נמצאו וכאן היו, וזהו ממש סברת הסמ"ע דמקומו ממש לא אזלינן בתר רובא דעלמא, אכן מה שכתב זה בפרישה ובסמ"ע על דעת הטור בפשיטות, דבריו תמוהים דהרא"ש אינו סובר כן וסובר דלהלכה גם ענבים מותרים משום דרוב וקרוב הלך אחר הרוב, ולא סבר כסברת הרמב"ן דמקומו ממש שאני, ולא עוד אלא דהפרישה בעצמו בטור יו"ד סי' רצ"ד במה ש"כ הטור כדעת הרמב"ם דענבים אסורים הביא שם בשם מהרש"ל לתמוה על ד' הטור שפסק כהרמב"ם, דסוגיית הגמ' אינו כן אלא דרוב וקרוב הלך אחר הרוב וכן פסק הרא"ש.

ונראה דנוכל ליישב דעת הרמב"ם והטור אפילו לשיטת הרא"ש דמקומו ממש נמי אמרינן רוב וקרוב הלך אחר הרוב דרוב וקרוב לענין העיר הקרובה אל החלל ולענין זיקי דחמרי וענבים שנמצאו בפרדיסה דערלה הוא מילתא דלא שכיחא היינו דאפי' אם נימא דסמוך לעיר הקרובה מצוי אנשים עוברים ושבים מעיר הזאת יותר מאנשים של עיירות אחרות רחוקות מ"מ לא נוכל לומר בשביל זה דהרוצח הוא מרוב העוברים דזה אינו הוכחה דאטו בשביל שיש עוברים ושבים הם עלולים לרצוח ועלינו לחקור מהיכן יצא הרוצח ומעיר גדולה יותר מצוי שימצא רוצח, וכן שהטמינו גנבים ענבים אפשר שפיר שהטמינו ענבים אחרים שהי' להם, אבל הכא אף שבחלק העיר האחר יש רוב עכו"ם אבל העוברים ושבים שבחלק העיר הזה מצוי יותר שהם מכאן, ודמי למה דאמר בגמ' רוב ומצוי ליכא למ"ד, וניפול הנמצא אף שמצוי שיפול כמו שמצוי שיאבד האובד מ"מ כיון דהניפול יכול לדדות עד נ' אמה א"כ אין הכרח דדוקא ממקום הקרוב נפל, ולכן שפיר אזלינן בתר שובך שיש בו רוב יונים.

ובזה מיושב קושיית הקצוה"ח שהקשה בסי' רס"ב סק"ב שהקשה בהא דאמרינן מצא כלי ולפניו פירות דאם מראים הדברים שהם של אדם אחד הרי הוא של בעל הכלי ואמאי הא רוב וקרוב הלך אחר הרוב, אבל לפימש"כ א"ש דהא דמי לאבדה הנמצאת דאמרינן דמצוי יותר עוברים ממקום זה משמצוי מעיר הרחוקה שיש שם רוב, וה"נ כיון דזה אנו מאמינים לבעל הכלי שנתן סימן בכלי שאבד כי אבד כלי עם פירות, וכמש"כ הנתיבות וא"כ יותר מצוי שיפלו הפירות מכלי זה משמצוי שיבוא איש אחר מעלמא ויאבד שם פירות, ובזה גם הרא"ש יודה כסברת הרמב"ן דלא אמרינן דפירות מזה הכלי אינם כאן, וכאן הם אחרים משום דכאן נמצא וכאן היה, ואמרינן דהפירות הם בודאי אותם שיצאו מהכלי, וה"נ בהא דמרקוליס מצוי יותר שיהיו כאן האבנים מהמרקוליס ולא מהני רובא דעלמא.

ועל תי' הט"ז יש לדון דאם נימא באופן זה רוב וקרוב הולכין אחר הרוב, א"כ כמו דאזלינן אחר הרוב לענין מי שאבד את האבדה ה"נ צריך לומר כן לענין מי שעלול יותר למצוא האבדה, וכיון דרוב העיר עכו"ם נימא דנתייאשו מטעם זה הבעלים, ואולי יש לחלק, אכן בתוס' בדף כ"ד ע"ה בד"ה בטמון בסוף דבריהם מוכח דלא כהט"ז אלא דאפי' היכי דליכא יאוש ואפי' בדבר שיש בו סימן מ"מ ברוב עכו"ם הרי אלו שלו דתלינן דעכו"ם הטמינו ע"ש:

הלכה י

המוצא אבדה בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר שאינו פוסק אע"פ שיש בה סימן הרי זו של מוצאה שנאמר אשר תאבד (ממנה) [ממנו] ומצאתה, מי שאבודה ממנו ומצויה היא אצל כל אדם יצאת זו שאבודה ממנו ומכל אדם שזה ודאי נתייאש ממנה, המאבד ממונו לדעת אין נזקקין לו כיצד הניח פרתו ברפת שאין לה דלת ולא קשרה והלך לו השליך כיסו ברשות הרבים והלך וכל כיוצא בזה, הרי זה אבד ממונו לדעתו ואע"פ שאסור לרואה דבר זה ליטול לעצמו אינו זקוק להחזיר שנאמר אשר תאבד פרט למאבד מדעתו, אבדה שאין בה שוה פרוטה אינו חייב להטפל בה ולא להחזירה.

כבר כתבנו בפ"ו בבאור דעת הרמב"ם דסובר דזוטו של ים הוא מטעם יאוש וכד' הירושלמי ושיטת התוס' דהיתרא דזוטו של ים אינו מטעם יאוש דרחמנא שרייה, והנה לשיטת התוס' מוכח דמה דמיעטה התורה מדיני השבת אבדה הרי הן מותרים למוצא דהא אבדה ששטפה נהר מותרת מקרא דמי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם, וממילא גם אבדה מדעת אפי' בלא טעמא שכתב הטור דאבדה מדעת הוי הפקר, כיון דעכ"פ מיעטה התורה מקרא דאשר תאבד פרט למאבד מדעתו צריך להיות מותרת למוצא, וכן הוא אבדה שאינה שוה פרוטה, והרמב"ם דכתב במאבד מדעתו דאסור לרואה דבר זה ליטול לעצמו הוא משום דסובר דמה שנתמעט מדיני השבת אבדה אינו מותר למוצא, ואבדה ששטפה נהר הוא מטעם יאוש, ולכן באבדה שאינה שוה פרוטה לא כתב אלא דאינו חייב להחזירה אבל לא כתב שהיא מותרת למוצאה, ואבדת עכו"ם שמותרת דנתמעט מאבדת אחיך ולא עכו"ם, דאף דנלמד מהא דרבנאי דומצאתה דאתאי לידיה משמע אבל בזה אכתי אינו מיושב דהא על כל מה דנתמעט מדיני השבת אבדה כתיב ומצאתה ומ"מ אמרינן דלא נתמעט אלא מדין חזרה לבעלים, אבל לא דהוא למוצא, וא"כ מנלן באבדת עכו"ם שמותרת.

ונראה לפימש"כ בפ"א מה' גזלה מדברי הגאון מוהר"ח מוולאזין זצ"ל בס' חוט המשולש דגזל עכו"ם אינו אסור מלא תגזול אלא מקרא דואכלת בזמן שהם מסורים בידיך וכתב שם דמהך קרא לא ילפינן אלא היכי שגוזל ונוטל באלמות, וכן בעושק היכי שעושקו ואינו מחזיר לו חובו באלמות, ולכן באבדה כיון שאין הבעלים יודעים, כיון דאשמעינן קרא דליכא דין השבת אבדה ממילא אבדת עכו"ם מותרת.

ובדעת הטור יש לעיין דגבי אבדה שאינה שו"פ כתב להדיא דהרי הוא של מוצאה ומוכח דסובר דמה שנתמעט מדין השבת אבדה מותרת למוצא, וא"כ למה הוצרך לומר דאבדה מדעת מותרת משום דאבדה מדעת הוי הפקר תיפק ליה כיון דנתמעט מדין

השבת אבדה, ונראה דכיון דסובר בסברא דאבדה מדעת הוי הפקר הוצרך לומר כן משום דנ"מ דאם משום דין מה שנתמעט מדין השבת אבדה, א"כ אינה מותרת אלא היכי דכבר יש ע"ז שם אבדה, אבל בהשליך כיסו ברה"ר כ"ז שלא היה בכדי שיבואו ויקחו אותה, אכתי אין ע"ז שם אבדה דהא יכול לחזור וליקחה, לכן כתב הטור דהוי הפקר ותיכף מותר לרואה ליטלה, אבל בדעת הרמב"ם שפיר כתבנו דמוכח מכאן דמה שנתמעט מדין השבת אבדה אינו של מוצאה, דהא מוכח מדבריו דגם אחר שנעשה ע"ז שם אבדה אסור ליטלה.

ובדין זוטו של ים לכאורה משמע מדברי הטור שכתב בזה אפי' שהבעל עומד שם וצווח הרי הוא כצוח על ביתו שנפל דסובר דהיתר זוטו של ים הוא מטעם יאוש דבגמ' אמרו זה על אבדה במקום שרובה עכו"ם דהוא מטעם יאוש דמה שהוא צווח אינו שלא נתייאש, אך מכיון דלשון זה הוא לשון הרא"ש ובפשוטו משמע דהרא"ש הולך בדרך התוס' דזוטו של ים מותר אפילו קודם שידעו הבעלים צ"ל דהשמיענו דאף שצווח ואומר שלא נתייאש מ"מ מותר, אבל זה ודאי דאף שלא ידע ואכתי לא נתייאש נמי מותר, וכן מפורש בנמוק"י בשם הרשב"א והר"ן וז"ל שרייה ואפי' באת ליד המוצא לפני יאוש ואפי' אומר לא מייאשנא לאו כל כמיניה ואפי' מרדף אחריה דבטלה דעתו שהרי אבודה ממנו ומכל אדם עכ"ל, וצ"ל דסברי דזוטו של ים דכו"ע כל כה"ג מייאשי התירה התורה אפי' קודם יאוש, משום גדר יאוש ובפ"ו הבאתי מדברי הנח"ד שרצה לפרש כן בדעת הרמב"ם, וכתבתי דבדעת הרמב"ם א"א לפרש כן, אבל בדעת הרשב"א והרא"ש צ"ל כן, ומ"מ שפיר כתבו התוס' בהא דאיסורא דומיא דהיתרא דע"כ התירא אינו בידע ומתיאש ופשוט.

והנה במה שחלק הטור על הרמב"ם וכתב דאבדה מדעת הוי הפקר עיין בש"ך שהוכיח מהא דמכנשתא דבי דרי ומאשפה העשויה לפנות דסתם אבדה מדעת הוי הפקר, והקצוה"ח הוכיח מהא דצלוחית דלא הוי הפקר, והנה מהא דצלוחית כבר הקדימו הסמ"ג להוכיח מזה כדעת הרמב"ם אכן בודאי נכונים דברי הקצוה"ח דאפי' לדעת הטור דאבדה מדעת הוי הפקר זהו היכי דכבר הוי אבדה אבל מה שהוא ביד קטן עוד לא הוי אבוד, והגמ' אומר ע"ז רק אבדה מדעת דאינו מחויב החנוני לשמור הצלוחית יותר ממה ששמרו הבעלים, וכיון שנתנו הצלוחית להקטן רשאי החנוני להחזירה לו אף שאינה שמורה בידו אבל אכתי לא הוי אבודה, אכן נראה דעכ"פ אם נתנו הבעלים לקטן והקטן אבד יש ע"ז דין אבדה מדעת ולפימש"כ דגם בלא הפקר כיון דפטור מהשבה ה"ה של מוצאן לדעת הטור, והטור דכתב דהוי הפקר בהשליך כיסו ברה"ר הוא לענין זה דמותר

ליקח קודם שחל שם אבדה.

וארווחנא בזה ליישב דברי הב"ח שהשיג הקצוה"ח עליו דבנתנו לקטן ודאי לא הוי אבדה מדעת דנוכל לומר דעובדא דהב"ח כך הוי דמה שכתב שם והגיע המטבע ליד הנער משרתו אינו שהמשרת לקח מהקטן אלא שהקטן החזיק המטבע עד שאבדו והגיע ליד המשרת ובזה שפיר כיון דנתינה לקטן הוי לענין זה אבדה מדעת שאם יאבד הקטן אין חייבין עליו בהשבה ממילא הוא של מוצאה לדעת הטור ושפיר כתב הב"ח דהוי קדושין.

וראיתי להנתיבות שכ' דאבדה מדעת לא הוי הפקר אלא אחר יאוש, ולפימש"כ אינו כן דבאמת גם בלא יאוש ובלא הפקר כיון דמיעטה התורה מהשבה באבדה מדעת, הוא של מוצאה לדעת הטור, ומה שהוצרך הטור לומר דהוי הפקר היינו דמותרת גם קודם שחל ע"ז שם אבדה, כמו בהשליך כיסו ברה"ר דמותר ליקח גם קודם שהלכו הבעלים דאכתי ליכא שם אבדה, וא"כ כ"ש דאינו משום יאוש דאינו אלא באבדה, אלא דדעת הטור דאבדה מדעת הוי הפקר גמור מדעתו, ורק דבנתנו לקטן ודאי אין זה הפקר כיון דלא עשה אבדה בכונה כלל וכנ"ל.

ומה שכתב הב"י על ד' הטור לאו מילתא היא שבשביל שאינו חושש לפקח על נכסיו לא נאמר שהפקירם, ועיין בש"ך שכתב דאין כונת הטור להשיג בסברא אלא דמוכיח מגמ' דכ"מ שהוזכר אבדה מדעת הכונה הפקר ולא ידעתי כלל מה הועיל, הלא עכ"פ הב"י הקשה מסברא דלא מסתבר דמי שהוא עצל ואינו חושש לפקח על נכסיו הפקירם, אך באמת דברי הב"י שייכים על מה דקאי הטור מקודם בבהמה רועה בכרם של עכו"ם והתרו העכו"ם ולא חשש להוציאה. ובזה שפיר הקשה הב"י דבמה שנתעצל ולא חשש להוציא אין ראיה שהפקיר, אבל יש לומר דאף שתיכף אחר זה כתב הטור וז"ל, וכתב הרמב"ם אע"פ שאין לרואה ליטלה לעצמו וע"ז כתב ואין נראה כן דאבדה מדעת הוי הפקר, מ"מ אין כונת הטור לענין פרה רועה בין הכרמים דהרמב"ם לא על זה כתב אלא על השליך כיסו ברה"ר וע"ז הוא שהשיג הטור וקצר בדבריו שלא הביא כל דברי הרמב"ם, ובודאי פרה רועה בכרם עכו"ם והתרו בהבעלים לא הוי אבדה אלא לענין חיוב השבה, אבל בעיקר אבדה מדעת שהזכיר הרמב"ם שהשליך כיסו ברה"ר סובר הטור דכיון שאבד בפועל מדעתו הפקירה.

אלא דלהלכה נוכל שפיר לומר לדעת הטור דגם פרה רועה בכרם של עכו"ם מותר ליטלה לעצמו כיון דהוא אבדה מדעת עכ"פ לענין זה שאינו חייב בהשבה, וכיון דאינו חייב בהשבה והרי היא אבודה ה"ה של מוצאה אלא דאינו מגדר הפקר, וגדר הפקר

ודאי לא שייך אלא בהשליך כיסו ברה"ר, ונמצא דלהלכה סובר הטור באמת דבכל גווני ה"ה של מוצאו ורק דמטעם זה לא השיג על הרמב"ם דאין זה השגה אלא מחלוקת אבל בזה שכתב באבדה מדעת ממש דאסור ליטול בזה השיג דודאי הוי הפקר ולפיכך לא דייק הטור לבאר דבריו כיון דאין נ"מ להלכה.

והנה במש"כ הרמב"ם דהניח פרתו ברפת שאין לה דלת הוי אבדה מדעתו הביאו המחבר בסי' רס"א ס"ד כתב ע"ז הרמ"א וי"א דרפת לא מיקרי אבדה מדעת וחייב להחזירה (טור שם), וכתב ע"ז הגר"א ז"ל וז"ל כמש"ש אינה מתעה מדקתני כו' והרמב"ם מפרש לה שנפתחה הדלת מאליו וכיוצא עכ"ל, ודברי הרמ"א תמוהין במה דסובר דהטור חולק על הרמב"ם והוא ממה שכתב דאם הרפת פתוח בכל ארבע רוחותיו חייב להחזירה, דהא גם הרמב"ם והביאו המחבר בס"ג כתב מצא פרה ברה"ר וכו' או שהיתה ברפת שאינה משתמרת ואינה מאבדת לא יגע בה שאין זו אבדה, ומוכח דאם היא מאבדת חייב להחזירה והוא מפורש בגמ' דרפת שאמרו אינה מתעה ואינה משמרת והוא פשוט דהרמב"ם לא כתב דהוי אבדה מדעת, אלא בהניח פרתו ברפת שאין לה דלת. אבל מצא פרה ברפת פתוחה אמרינן דהניח ברפת סגורה וע"פ איזה סבה נפתחה והוא כמש"כ הגר"א ז"ל רק בדבריו שכתב והרמב"ם מפרש לה היה אפשר לומר דכונתו דמיירי שידענו שנפתחה הדלת מאליו, אבל באמת אין צריך לזה ובודאי דוחק להעמיד באוקימתא דבסתמא נמי עלינו לומר דלא הוי אבדה מדעת דאין אדם עשוי לאבד מדעתו ובודאי נעשה זה שלא מדעת הבעלים, ויש להוכיח כן ממה דאמר אינה מתעה מדקתני אינו חייב בה ואם נאמר דדוקא בידעינן שנפתחה מאליו א"כ מה מוכיח אפשר דלעולם מיירי במתעה ושלא ידעינן שנפתחה מאליו ופטור משום אבדה מדעת, וברה"ר חייב דלא הוי אבדה מדעת דברחה מהעדר דהא לא מוכח במתני' דהחלוק הוא בדין אי הוי אבדה, ובאמת קשה מה דהפסיק התנא בין איזהו אבדה ובין מצאה ברפת בדין החזירה וברחה ובהיה בטל מסלע.

ובדעת הטור ג"כ פשוט דאם הניח פרתו ברפת שאין לה דלת אין הרואה מחוייב לתקן ולסגור הרפת. וזה מוכח במש"כ למעלה מהא דאמר בגמ' אלא צלוחית אבדה מדעת הוא ומ"מ חייב על הפונדיון דמוכח מזה דלא הוי הפקר, וכתבנו דלא קשה לדעת הטור דאבדה מדעת הוי הפקר משום דביד קטן אכתי לא הוי אבדה, ומ"מ אמר שפיר אלא צלוחית אבדה מדעת דעכ"פ אין הרואה מחויב לתקן זה שקלקלו הבעלים מדעתם, וה"נ בהניח פרתו ברפת שאין לה דלת בודאי הוי לענין זה אבדה מדעת דאין ע"ז חיוב השבה, וא"כ הדברים פשוטים דאין שום מחלוקת בין הרמב"ם והטור.

אכן יש לומר דברפת שאין לה דלת חולקים הרמב"ם והטור דהטור כתב דאינה מתעה ואינה משמרת היינו פתוחה מצד אחד ומתעה היינו שהיא פתוחה מארבע רוחות, וכיון דמצד אחד נקרא אינה מתעה ואינה משמרת יש לומר דזה עוד עדיף ממה שהוא ביד קטן, דקטן אף דאכתי אין ע"ז שם אבדה מ"מ כבר הוי תחלת האבדה כיון דקטן מצוי שיאבד בכונה ולא רק בחסרון שמירה, ולכן אמר ע"ז בגמ' אבדה מדעת, ונ"מ שאם יאבד מיד קטן שיהיה לזה דין אבדה יהיה פטור מהשבה וכמש"כ למעלה אבל המניח במקום שאינו משומר ליכא אכתי ע"ז גם תחלת אבדה, ולא נאמר דאח"כ אם אבד משם הוי אבדה מדעת, והחלוק בין אינו משתמר למה שהוא ביד קטן, דקטן מצוי שיאבד בכונה והוי בצד אחד כמו מתעה, ולכן אם יאבד עשו זה הבעלים מדעתם. אבל אינו משומר אין כאן פעולת אבדה כלל, ולדעת הרמב"ם שכתב הניח פרתו ברפת שאין לה דלת הוי אבדה מדעת נצטרך לומר דרפת שאינה מתעה היינו שיש לה דלת אלא שהדלת אינה סגורה ובנקל אפשר שהפרה תצא אבל אינה פתוחה לגמרי כמו בלא דלת ונמצא דברפת שאין לה דלת חולקים הרמב"ם והטור. אלא דבדברי הרמ"א קשה לכוין זה וכדמוכח מדברי הגר"א ז"ל דסובר דבעיקר דין רפת איכא מחלוקת ובזה פשוט כמש"כ:

הלכה יג

מצא שק או קופה אם היה חכם או זקן מכובד שאין דרכו ליטול כלים אלו בידו אינו חייב להטפל בהן, ואומד את דעתו אילו היו שלו אם היה מחזירן לעצמו כך חייב להחזיר של חבירו. ואם לא היה מוחל על כבודו אפילו היו שלו כך בשל חבירו אינו חייב להחזיר. היה דרכו להחזיר כלים כאלו בשדה ואין דרכו להחזירן בעיר ומצאן בעיר אינו חייב להחזיר מצאן בשדה חייב להחזירן עד שיגיעו לרשות הבעלים ואע"פ שהרי נכנס בהן לעיר ואין דרכו בכך.

הכ"מ הביא שהרא"ש חולק וסובר דמספק אין לו לזלזל בכבוד תורתו, והנה יש לעיין בעשיר אם יש לו דין זקן ואינו לפי כבודו, ולכאורה לפי הכלל דכל דבשלו מחזיר א"כ אפי' עשיר נמי אך י"ל דזהו רק גדר בדין זקן ואינו לפי כבודו דתליא אם בשלו מחזיר אבל אם אינו זקן רק עשיר לא נפטר ואין לומר דדמי לדין שלו מרובה משל חבירו, דזה אינו דהם שני דינים דשלו מרובה ילפינן מאפס כי לא יהיה בך אביון וזקן ואינו לפי כבודו ילפינן מוהתעלמת. והנה מדברי הרמב"ם שכתב חכם או זקן מכובד מוכח דמכובד מפני עשרו לא נפטר, וכן ראיתי בש"מ בשם הר"ר יונתן דדוקא חכם בשביל כבוד תורתו, והש"מ כתב דהרמב"ם כתב חכם או זקן מכובד, אבל עכ"פ בעשיר משמע דגם הרמב"ם אינו פוטר דזקן מכובד חייבין בכבודו, אבל הטור לא הזכיר חכם או זקן

מכובד וכתב רק המוצא דבר שהוא מתבייש להחזירו אם הוא בענין שאילו היה שלו מחזירו חייב ליטפל בו. ומוכח דאין חילוק ואפי' עשיר נמי פטור, ומדברי הרא"ש שכתב דמספק אין לו לזלזל בכבוד תורתו משמע לכאורה דאינו פטור אלא חכם, אבל א"א לומר דהטור חולק על הרא"ש לכן צ"ל דהרא"ש אינו חולק על הרמב"ם אלא בחכם ומי שאינו חכם גם הרא"ש מודה דאזלינן לחומרא.

והנה קשה לדעת הרא"ש דסובר דאין לו לזלזל בכבוד תורתו, דא"כ למה שילם ר' ישמעאל בר' יוסי לפנים משוה"ד, דמה שייך לפנים משוה"ד כיון שאסור לו לטעון, ואין לומר שלא רצה ליהנות מכבוד תורה דא"כ לא שייך ללמוד זה מקרא דוהודעת והרב הגאון ר' נחמי' ירושלמי זצ"ל רב דלובאן אמר לי בזה דלפימש"כ בדעת הטור דגם עשיר נמי פטור א"כ יש לומר דר' ישמעאל בר' יוסי שהיה מקורב למלכות כדאיתא בב"מ דף פ"ד היה נכבד מלבד תורתו ובזה היה שפיר שייך לחייבו לשלם לפנים משוה"ד כיון דמותר לו לטעון, ומה דאסור לו בשביל תורתו בזה כבר י"ל דלא רצה ליהנות מכבוד תורתו, כיון דבלא תורתו היה צריך לשלם לפנים משוה"ד. ולפי"ז יכוונו שיטות הרמב"ם והרא"ש בשני הדינים דהרמב"ם דסובר דעשיר אינו פטור מוכח ע"כ דגם חכם מותר למחול על כבודו מדשילם רי"ש לפנים משוה"ד ואזלי לשיטתייהו.

ובעיקר דינא יש להעיר עפ"י מה דקיי"ל הרב שמחל על כבודו כבודו מחול. וכמו דמסיק רבא בקדושין דף ל"ב וכן פסק הרמב"ם בפ"ה מה' ת"ת הל' י"א, ואף דכתב הרמ"א ביו"ד סי' רמ"ב דמ"מ אסור לבזותו, ודאי דזה לא דמי ללבזותו, אלא דא"כ תיקשי על רב חסדא דסבר התם דאין כבודו מחול אמאי שלם ר' ישמעאל בר' יוסי לפימש"כ דתלי זה אם הוא מותר על פי דין למחול, ואפשר דרב חסדא לא יסבור דהוא משום לפנים משוה"ד אלא משום נהנה מכבוד תורתו, והגמ' דאמר דר' ישמעאל שלם לפנים משוה"ד זהו להלכה לפי מה דקיי"ל כרב יוסף דרב שמחל על כבודו כבודו מחול, אכן באמת גם בל"ז דברי הרמב"ם נכונים דודאי ליכא אסור לת"ח לעשות מלאכה אפי' פחותה, כשצריך לפרנסתו וכדאשכחן באבא חלקי' דהוי דרי ציבי, וכן אמרו פשוט נבלתא בשוקא ולא תימא גברא רבא אנא, וא"כ מסתבר דלהשיב אבדה ג"כ אינו זלזול בכבוד תורה, ומיושב ד' הרמב"ם שפסק להחמיר:

הלכה יד

וכן אם מצא בהמה והכישה נתחייב להטפל בה ולהחזירה אע"פ שאינה לפי כבודו שהרי התחיל במצוה.

הכ"מ הביא קושיית הר"ן מגמ' דב"ב דף פ"ח דאמרינן אימור דאמר רבה בבעלי

חיים דאנקטינהו נגרי ברייתא. אלמא דאין הטעם משום שהתחיל במצוה כמו שכתב הרמב"ם והנראה בזה דהנה מצינו בסוף ב"ק ג"כ הך סברא דאנקטינהו נגרי ברייתא דאמר זה רבא בטעמא דרב חסדא דשלא לדעת צריך דעת, והתם הטעם משום דהגנב אנקטה נגרי ברייתא במה שהוציאה מעדר הבעלים, וכן במה דאמר רבה בב"ק בדף נ"ז אנקטינהו נגרי ברייתא לפי גירסת הרמב"ם דקאי אהחזירה במקום שיראנה דאמרינן דכיון שלמודה לצאת מהעדר או מבית לא מהני החזירה במקום שיראנה, ולגירסתנו צריכה שמירה מעולה בבית, אבל שנאמר דבזה שהכישה בהליכתה כשהיא אבודה אנקטה נגרי ברייתא ועוד הזיק בזה, על זה אין ראיה לא מהא דאמר רבא בסוף ב"ק ולא מהא דאמר רבה בדף נ"ז. ורק שמפורש בזה הסוגיא דב"ב שהביא הר"ן, אולם בהא דבעי בגמ' דרכו להחזיר בשדה ואין דרכו להחזיר בעיר מי אמרינן השבה מעליתא בעינן, וכיון דלאו דרכו לאהדורי בעיר לא מחייב לאהדורי או דילמא בשדה מיהת מחייב לאהדורי וכיון דמחזיר בשדה מחזיר נמי בעיר, יש להוכיח מזה כד' הרמב"ם דהטעם הוא משום שהתחיל במצוה, ולכן שפיר דעכ"פ בשדה מחויב להשיב שמה שמקרב האבדה לעיר יש בזה קצת השבה, וכיון שהתחיל במצוה כבר נתחייב בה ומחוייב בהשבה גמורה. אבל אי אמרינן דטעם החיוב הוא משום שקלקל במה שהכישה, א"כ מהיכי תיתי להניח יסוד דבשדה מיהת מחייב לאהדורי כיון דהחזרה בשדה הוא קלקול.

והנה הא דב"ב מיירי גבי חנוני שלקח הצלוחית מן הקטן דפריך אבדה מדעת הוא כגון שנטלה למוד בה. וכדרבה דאמר רבה הכישה נתחייב בה, וע"ז פריך אימר דאמר רבה בב"ח דאנקטינהו נגרי ברייתא. והתם י"ל דליכא הסברא דהתחיל במצוה דזה לא שייך אלא גבי זקן ואינו לפי כבודו דבעצם יש באבדה זו דין השבת אבדה אלא שהוא פטור מלהשיב. ואמרינן דאם כבר התחיל במצוה מחוייב לגמור, אבל באבדה מדעת דליכא דין השבת אבדה כלל בהך אבדה יש לומר דליכא טעמא דהתחיל במצוה. וע"כ כדהוי ס"ד לדמות דין נטלה למוד בה באבדה מדעת לדין הכישה נתחייב בה. ע"כ דלא מפרש טעמא דרבה משום התחיל במצוה אלא משום שכיון שהכישה והתחיל להשיבה נעשה שומר עליה וממילא ליכא ביה פטור דזקן ואינה לפי כבודו. ולכן הוי מדמה לה לאבדה מדעת דגם הכא אם יתחייב בדין שומר יתחייב להשיב ופריך דזה אינו דכיון דהוא זקן ואינה לפי כבודו אף שהתחיל במצוה לא נעשה שומר עי"ז כיון דלא רצה להתחייב בזה בדין שומר, ומה דרחמנא שעבדיה למשיב אבדה בע"כ בדין שומר, היינו אם הוא מחוייב בדין השבת אבדה אבל זה אינו מחוייב. וה"נ גבי אבדה מדעת כשנטלה למוד בה. ולכן פריך דטעמא דרבה אינו משום שנעשה שומר אלא משום דאנקטינהו נגרי

ברייתא וקלקל בזה. ולפי"מ דסובר עכשיו דאינו משום שהתחיל במצוה ע"כ צ"ל כן. אבל הרמב"ם אינו פוסק כסוגיא זו משום דסוגיא דב"מ שהיא במקומה דאיבעי להו דרכו להחזיר בשדה אינו הולך לפי סברא זו כמו שכתבתי. ולכן כתב טעמא דהתחיל במצוה.

ובעיקר טעמא דהתחיל במצוה קשה דמה בכך שהתחיל במצוה אם התחיל שלא על דעת לגמור, ולשיטת הסוברים דדינא דהשב תשיבם אינו אלא לאחר שהגביה המציאה אפשר לומר דהיתרא דוהתעלמת פעמים שאתה מתעלם אינו אלא קודם שנתחייב בהשב תשיבם, אבל מכיון שנתחייב בהשב תשיבם ליכא היתר דוהתעלמת, אבל בשיטת הרמב"ם דחייב בהשב תשיבם תיכף כשראה א"כ ע"כ הא דוהתעלמת פעמים שאתה מתעלם הוא היתר גם על השב תשיבם, א"כ מאי נ"מ דהתחיל במצוה.

ונראה דגם להרמב"ם יש נ"מ דמקודם אינו אלא מצות השבה ואחר שלקח נעשה חיוב השבה דהא נעשה שומר אבדה, ואם לא יחזיר ויאבד מחוייב לשלם. וכיון דפטורא דזקן ואינו לפי כבודו ילפינן מוהתעלמת דהוא קודם שבאת לידו מסתבר דגם לענין מצות השבה אינו פוטרו אלא על קודם שלקח דאינו אלא מצות השבה, ולא על אחר שלקח דנעשה עליו חיוב השבה:

הלכה טו

החזיר את האבדה בשחרית למקום שהבעלים נכנסים ויוצאים שם בשחרית אינו חייב להטפל בה שהרי הבעלים רואין אותה אע"פ שהוא מקום שאינו משתמר בד"א בדבר שאין בו רוח חיים, אבל בבעלי חיים לעולם חייב להטפל בה עד שיכניסה לרשות הבעלים המשתמרת, ואינו צריך דעת בעלים.

כתב המ"מ ואע"ג דקיי"ל כרב יוסף דאמר ש"ש הוא דין האוקימתא אמת, וכן כתב הכ"מ אכן הסמ"ג השמיט דין זה ולא הזכירו, והנה לכאורה יש לעיין בהך דינא דהחזירה שחרית למקום דשכיח דעייל ונפיק וחזי לה כיון דעכ"פ עכשיו בשעת ההשבה אין רואין הבעלים, אלא דשכיח דעייל ונפיק ובודאי בקרוב יבואו ויקחו, וא"כ אמאי לא ניחוש שבתוך כך יגנבו את האבדה, כיון דהוי מקום שאינו משתמר וצריך לומר דבשעה קלה לא חששו לגנבה, וא"כ זהו דין דעל בעידנא דעיילי אינשי משום דבשעה מועטת אין חוששין לגנבה, וא"כ מאי ראיה דלדידן נמי אוקימתא דרבה אמת דילמא רבה לטעמיה דאמר שומר אבדה כש"ח דמי ואפי' אי הוי סבר כש"ש דמי סובר רבה דעל בעדנא דעיילי אינשי פטור אפי' בש"ש כדאיתא בב"מ צ"ג ע"ב, א"כ שפיר סובר דהחזירה למקום דשכיח דעייל ונפיק פטור, אבל לדידן דקיי"ל דשומר אבדה כש"ש וגם קיי"ל דבש"ש חייב בעל בעידנא דעיילי אינשי אפשר דחייב בכה"ג והברייתא דהחזירה למקום

שיראנה הוא כפשטיה למקום שיראנה ממש, וכדהוי סבר מקודם רב יוסף דאוקימתא זו אוקמא רבה כדי להעמיד הא דגנבה או שאבדה חייב דמירי בחד גוונא אלא שהחזירה בצהרים, אבל לרב יוסף אפשר דליכא לאוקמי הכי דבודאי חייב, ואפשר שזהו טעמו של הסמ"ג שהשמיט הך דינא.

אבל דעת הרמב"ם דפסק להלכה אוקימתא דרבה אף דקיי"ל כרב יוסף צריך ישוב, ואף דיש לומר דהכא עדיף מעל בעידנא דעיילי אינשי דכיון דהבעלים עייל ונפיק ירא הגנב מ"מ אין זה שמירה גמורה, ולכאורה הי' אפשר דאף שאם האבדה ברשות השומר והוא על בעידנא דעיילי אינשי חייב משום ש"ש, מ"מ כשהחזיר למקום שיראנה כיון דמצוי שיראה הוי השבה מעלייתא וכבר אינו שומר עליה, אבל באמת אין זה נכון דהא מדמקשה רבה לרב יוסף מברייתא דאין לי אלא לביתו מוכח דגם לענין השבה תלוי בהך דינא אי שומר אבדה כש"ח סגי כשמשיב למקום דהוי שמירה פחותה ואי כש"ש צריך להשיב למקום שמירה מעולה וכיון דעל בעידנא דעיילי אינשי חייב בש"ש, א"כ לענין השבה נמי לא מהני.

והנראה בזה דכיון דרבה סבר שם בב"מ דגם ש"ש פטור בעידנא דעיילי אינשי ורק רב חסדא ורבה ב"ר רב הונא ס"ל דלהכי יהבי לך אגרא כי היכי דתעביד נטירותא יתירתא נוכל לומר דזהו סברא רק בש"ש ששכרו אותו הבעלים ונותנים שכר בעד טרחו, אבל בשומר אבדה דהבעלים לא שכרו אותו ורק שמקבל שכר ממילא פרוטה דרב יוסף א"כ לא שייך לומר להכי יהבי לך אגרא, ומעיקר הדין חזינן דדעתא דרבה דגם ש"ש יכול להיות פטור בעל בעידנא דעיילי אינשי, ולכן סובר שפיר הרמב"ם דגם לרב יוסף פטור בהחזירה בשחרית למקום שיראנה:

-השמטות ומלואים-

לעיל בד"ה והנראה, כתבתי דבשומר אבדה לא שייך לומר להכי יהבי לך אגרא, ראיתי שכן מבואר במל"מ פ"י מהל' שכירות הל' א'. [ע"כ]

ב) **אבל** בבעלי חיים וכו', הלח"מ הקשה דמנין להרמב"ם דבבע"ח לא מהני החזירה למקום שיראנה ובגמ' ליתא כן אלא דרבה מודה בנאבדה מביתו, ועיין מה שתי' והוא דחוק דהרמב"ם יוציא דינו מקושיית התוס', ובהגהת הגר"א בחו"מ סי' רס"ז ס"ק ה' וכן בהגהות הגר"א על הש"ס כתב דהרמב"ם לא גרס מודינא לך בבע"ח, אלא גרס הא בבע"ח וקאי אדלעיל על החזירה שחרית למקום שיראנה וקאמר ע"ז דבבע"ח דאנקטינהו נגרי ברייתא לא מהני החזירה שחרית למקום שיראנה, ודברי הגר"א ז"ל ברורים, ונראה דהרמב"ם סובר דא"א לומר דליהני סברא דאנקטינהו נגרי ברייתא שיתחייב אפי' לרבה

בגנבה ואבדה מביתו, דא"כ כל שומר חנם כשנגנבה אצלו הבהמה והחזיר מהגנב יתחייב אח"כ בגנבה ואבדה ולפימש"כ התוס' דבגנבה לא מהני הך סברא יתחייב באבדה וזהו חדוש, ועוד קשה יותר דבמאי חלוק גנב משומר דכמו דגנב שגנב מבית הבעלים אנקטינהו נגרי ברייתא ה"נ שומר הוציאה מבית הבעלים, ואין לחלק דכיון שהבעלים הוליכוה לשומר שאני, דא"כ אם השומר הוליכה מבית הבעלים יתחייב בגנבה ואבדה, וע"כ מוכח דנגרי ברייתא לא מהני אלא לענין שלא לדעת צריך דעת, או לענין להחזירה במקום שיראנה, דצריך רק שהבעלים ידעו ממנה אבל לא שצריך שמירה מעולה יותר.

ונראה דהרמב"ם אזיל בזה לשיטתו דבב"ק דף נ"ח גבי נפלה לגינה דאמרינן שם עד שתצא ותחזור לדעת, ולפירש"י והרא"ש שם להך בהמה שהיתה פעם א' בגינה לא סגי לה בשמירה פחותה, אבל הרמב"ם שם בפ"ג מה' נזקי ממון הל' י"ב אינו מפרש כפירש"י, ולשיטתו גם להך בהמה סגי לה בשמירה פחותה ולכן גם היכי דאנקטינהו נגרי ברייתא סגי לה בשמירה פחותה גבי שומר חנם, ולכן לרבה דסבר שומר אבדה כש"ח ודאי פטור כשנאבדה מביתו אפי' בב"ח וא"א לשיטתו לגרוס מודינא לך בבע"ח על נאבדה מביתו, ולכן גורס הא בבע"ח וקאי על החזירה שחרית למקום שיראנה והדברים ברורים.

ועוד יש להביא ראיה לשיטתו מהא דאמר רבה שם מאי לאו לגינתו שאינה משתמרת ולחורבתו שאינה משתמרת ומוכח להדיא דלא אמרינן שבשביל דאנקטינהו נגרי ברייתא בעי שמירה מעולה, וכבר עמדו על זה בתוס' ב"מ דף כ"ט וכתבו דרבה הדר ביה כדמשני ליה רב יוסף דקי"ל דלא בעינן דעת בעלים ומעיקרא הוי צריך לאוקמי בכפותה ובודאי הוא דוחק, אבל לגירסת הרמב"ם מיושב הכל בפשיטות:

הלכה טז

ראה בהמה שברחה מן הדיר והחזירה למקומה הרי זה קיים המצוה וא"צ דעת הבעלים.

המ"מ כתב ע"ז פ' אלו מציאות דף ל"א מפורש, וכונתו מהא דאמר בדף ל"א דלא בעינן דעת בעלים, ואינו מבואר מה השמיענו הרמב"ם בהלכה זו שלא השמיענו בהלכה הקודמת דהא כבר השמיענו זה בהלכה הקודמת שכתב עד שיכניסה לרשות הבעלים המשתמרת ואינו צריך דעת הבעלים, ונראה דמקור הלכה זו הוא בדף ל"ב גבי רפת שאמרו אינה מתעה ואינה משמרת דאי משמרת השתא משכח לה אבראי מעייל לגואי משכח לגואי מיבעיא. ומפרש הרמב"ם משכח לה אבראי שיצאה מהרפת מחזירה לרפת וזה מה שכתב ראה בהמה שברחה מן הדיר והחזירה למקומה, והחדוש בזה הוא דאף

שראה שברחה וע"כ שלא שברה הדלת ולא חתרה דא"כ איך מחזירה לדיר פתוחה וע"כ שקפצה מעל הדיר שלא בדרך הרגיל, והו"א דכיון דעכ"פ בהמה זו קפצה וכבר לא הוי שמירה לגבה, לכן אשמעינן דשפיר מחזירה ועמש"כ בהשמטות להלכות נזקי ממון פ"ב בדין קפצו מלמטה למעלה לענין שומר, ועמש"כ בהלכה ט"ו בהא דנפלה לגינה ע"ש:

הלכה יח

כהן שראה האבדה בבית הקברות אינו מטמא להחזירה שבעת שקיים מצות עשה של השב (תשיבם) [אבדה] מבטל עשה של קדושים יהיו ועובר על לא תעשה של לא יטמא בעל בעמיו ואין עשה דוחה את לא תעשה ועשה.

עיין במ"מ שכ' שזהו כגירסת רש"י אבל האמת שאין צריכין לכך משום דבעידנא דמיעקר לאו לא מקיים עשה ואין עיקר הגירסא כן, ודברי המ"מ הוא ד' הרמב"ן בחידושיו לב"מ שכ' כדבריו וכתב דבספרים ישנים הגירסא פשיטא מי דחינן איסורא מקמי ממונא וכ' ע"ז הרמב"ן דלפי"ז לא קשה דלרוחא דמילתא פריך אפי' הוי בהשבת אבדה עשה ול"ת וטומאה ל"ת לחוד נמי לא דחי, ולכאורה צריך ביאור מה תיקן הרמב"ן מגירסא זו אם קשה לו על גירסתנו, דאפי' ל"ת גרידא לא הוי דחי א"כ מה הועיל בהגירסא פשיטא מי דחינן איסורא מקמי ממונא דהא עכ"פ לגירסא זו נמי משמע דאי לאו סברא זו הוי דחי, ונראה דהבנת ד' הרמב"ן הוא דכדפריך מי דחינן איסורא מקמי ממונא היינו דעשה דממון א"א לדחות בכל גווני אפי' אם הוא בעידנא ולא שייך לומר דהא בלאו הך סברא הא לא הוי בעידנא דאדרבא הגמ' אשמעינן דאפי' אם הי' בעידנא לא דחי, וה"ה דהוי מצי למיפריך הא לא הוי בעידנא וחד מינייהו פריך אבל כדפריך האי עשה והאי ל"ת ועשה משמע דל"ת לחוד הוי דחי.

והר"ן תי' על קושיא זו דהכא מקרי בעידנא משום שכבר התחיל במצוה של השבת אבדה ודמי למילה בצרעת דהתם נמי בלא פריעה לא קיים המצוה אלא דהוא חלק מהמצוה, וכ' ע"ז הנמוק"י וז"ל אבל הרב ר' יהוסף כתב דשאר מפרשים לא סברי הכי דיכולין לומר דלא דמי למילה דכל שנעשה בה הוא גוף המצוה עצמה וכו', אבל השבת אבדה עיקר גוף המצוה להשיב אבדה בבית בעלים שזהו עיקר גוף כונת המצוה והשאר הוי כעין מכשירי מצוה ודמי למכשירי שאר מצות, שאף שצריך לעיקר מצות נטילת לולב לעקרו מן הדקל מ"מ העיקר הוא הנטילה וכו' עכ"ל, ועל דברי הר"ר יהוסף יש להעיר מהא דאמרינן דרכו להחזיר בעיר מי אמרינן השבה מעליתא בעינן וכיון דלאו דרכו להחזיר בעיר לא מחוייב, או דילמא בשדה מיהת דרכו להחזיר וכיון דאיחייב ליה בשדה איחייב ליה בעיר, ומוכח מהך סוגיא דלהך צד דלא בעינן השבה מעליתא גם אם

לא היה מחויב בעיר מ"מ מחויב בשדה, א"כ חזינן דדין השבה אינו דוקא להביאו לבית הבעלים אלא כל כמה דמקרב בהשבה נקרא מקצת השבה כמו היכי דמקרב האבדה מן השדה לעיר דהתם הא לא שייך מכשירי מצוה, דאם יחזיר בשדה ולא בעיר לא יהי' מכשירי מצוה, וע"כ דחזרת שדה היא גופה מצוה, וא"כ מכ"ש כאן דעדיף עוד מינה דכיון דנטל המוצא את האבדה כבר בטל ממנה שם אבדה והוא עליה שומר ושומר דינו כבעלים, א"כ אף דבודאי גמר ההשבה הוא שישיב אותה לבעלים מ"מ כבר התחיל מקצת השבה בזה ועדיף מלהחזיר בשדה ולא בעיר.

והנה אף דהתם הוא אבעיא, אפשר דאפי' אי התם לא הוי השבה מעליתא מ"מ הכא דנעשה שומר מיקרי השבה מעליתא אלא דצריך לגמרה, אך אפי' אם נימא דהוא תליא בהך אבעיא מ"מ כבר לא יוכל הגמ' למיפרך הא לא הוי בעידנא כיון דלהך צד אבעיא דלא בעינן השבה מעליתא מיקרי בעידנא, ובזה מיושב ד' הר"ן ומיושבת גירסת הרמב"ם ורש"י, ובמה שהקשה עוד הרמב"ן דהא קודם שהגביה ליכא דין השב תשיבם כבר מבואר למעלה דשיטת הרמב"ם אינו כן אלא דמחוייב בהשב תשיבם תיכף משעת ראיה וכדכתב הר"ן שם:

הלכה כ

הרואה מים שוטפין ובאין להשחית בנין חבירו או שדהו חייב לגדור בפניהם ולמנעם שנאמר ולכל אבידת אחיך לרבות אבדת קרקעו.

ממש"כ הרמב"ם בנין חברו מוכח דס"ל דתלוש ולבסוף חברו הוי מחובר, ועיין בסי' צ"ה ובש"ך שם. אכן בהא דאמר בגמ' דאמר רבא לכל אבדת אחיך לרבות אבדת קרקע וא"ל רב חנניא לרבא תניא דמסייע לך ראה מים שוטפין ובאין ה"ז גודר בפניהם א"ל אי משום הא לא תסייעי הב"ע בדאיכא עומרים דצריכא לארעא מהו דתימא כיון דצריכי לארעא כי גופא דארעא דמיא קמ"ל, צריך ביאור דמה קאמר מהו דתימא, דהא עומרים הצריכים לארעא לכל דבר הוי כקרקע וכי פליגי ר"מ וחכמים בעומרים שאין צריכים לקרקע, ואולי כיון שהמים השוטפים ישטפו את הזרעים שבתוך השבלים, ויהיו תלושים קודם שיהיו אבודים הוי כמו אבדת מטלטלים.

והנה עיקר מה דהוי ס"ד למעט אבדת קרקע מקרא דשה ושלמה י"ל הוא משום דס"ד דאבדה הוא דבר שיצא מרשות הבעלים, אבל קרקע שאינו יוצא מרשות הבעלים מה שהוא מתקלקל לא דמי לאבדה, דמצינו לענין פריקה וטעינה דאמרינן פריקה בחנם טעינה בשכר ומעיקרא בעי למימר דהנ"מ בין פריקה לטעינה הוא בשביל צעב"ח וקאמר ודילמא משום דפריקה אית בה חסרון כיס. טעינה ליכא חסרון כיס וקאמר מי לא עסקינן

דטעינה נמי איכא חסרון כיס. וכיון דסבר דטעינה נמי איכא חסרון כיס, א"כ צריך טעמא אמאי טעינה בשכר ואבדה בחנם וצ"ל דאבדה יוצא מרשות הבעלים. ולכן אפשר לומר דאפי' אי תלוש ולבסוף חברו הוי תלוש מ"מ הכא חשוב כקרקע משום שעכ"פ עומדת ברשות הבעלים, ומה שמתקלקל לא עדיף מטעינה וצריך להיות בשכר, ולפי האמת דאבדת קרקע נמי חשוב אבדה וחזינן דקלקול נמי חשוב אבדה צריך ע"כ לומר דטעינה לא חשוב כ"כ חסרון כיס משום דהא דבטיל משוקיה זהו רק מניעת ריוח, ומה דאמר דאיכא גנבי ושקלי מה דאיתא בהדיה אפשר דהוא רק חשש ולא ודאי אבוד, והיכי דאיכא גזלנים ובודאי יקחו, באמת דמי לאבדה:

פרק יב

הלכה ב

פגע באבדת רבו עם אבדת אביו, אם היה אביו שקול כנגד רבו של אביו קודמת ואם לאו של רבו קודמת והוא שיהיה רבו מובהק שרוב חכמתו של תורה ממנו למד.

אם היה אביו שקול עיין בהגה"מ דבה' ת"ת כתב אעפ"י שאינו שקול וכ' ההגה"מ דשם הוא ט"ס. וכן כתב הכ"מ בה' ת"ת, ולענין אביו לפדות ורבו לפדות פסק בה' ת"ת דאפי' אינו שקול, דכן גרסינן במתני', וכ' הכ"מ דהוא משום דבפדיון דגופו בסכנה אביו קודם וחייב להצילו אעפ"י שאינו שקול כרבו. והוא מדברי הנמוק"י והל"מ תי' דבה' ת"ת מיירי לענין קדימה ובזה ל"צ שיהיה שקול. ובכאן מיירי דאי אפשר להשיב של שניהם ולכן אביו נדחה מפני רבו אפי' אביו חכם אם אינו שקול, והמקור לזה משום דברישא דמתני' דאבדתו ואבדת אביו משמע דמיירי שאי אפשר להשיב של שניהם מדלא קתני כבסיפא משיב של רבו ואח"כ של אביו ומש"ה מצריך ברישא שיהיה אביו שקול ובסיפא לא מצריך אלא אביו חכם, והעיר עוד הלח"מ דבה' מתנות עניים מבואר דיש חילוק בין להשיב אבדה בין לפדות. דלענין להשיב אבדה נדחה אביו מפני רבו אבל חכם שאינו רבו אינו דוחה את אביו, ולענין לפדות אם אין אביו חכם פודה החכם אע"פ שאינו רבו, נמצא דלפי שיטת הלח"מ הוא להיפוך מלפי שיטת הכ"מ, דלשיטת הכ"מ אם נוגע להצלת נפשו אביו הוא במעלה יותר מהיכי שאינו נוגע אלא לענין ממון, ולפי באור הלח"מ הוא להיפך דהיכי דנוגע בהצלה החכם קודם אע"פ שאינו רבו. ולענין ממון אם אינו רבו אינו קודם לאביו כלל.

ולבאר הדברים נראה דהיכי דנוגע לענין קיומו של אביו או רבו. אז רבו הוא במעלה יותר משום דכבוד תורה וקיומה עדיף מכבוד אביו. ורק דהנ"מ בין השבת אבדה ובין

פדיון הוא דלגבי השבת אבדה כיון דלאו עליה לחוד רמי. ולכן אם אינו רבו אביו קודם. דאם תאבד האבדה כל ישראל יכולין לפרנסו. אבל פדיון שהיא הצלתו הצלת תורה דוחה הצלת אביו אף שהחכם אינו רבו, ומטעם זה יש חילוק בין היכי שהשאלה הוא רק למי להקדים א"כ אינו נוגע אלא לענין כבוד, אז היכי דאביו הוא ג"כ חכם אעפ"י שאינו שקול כרבו. כיון דעכ"פ הוא חכם ודאי הוא רבו אעפ"י שאין רוב חכמתו ממנו, ולכן יש באביו שני מצוות כבוד אביו וכבוד רבו. ולכן הוא קודם לרבו אפי' לרבו מובהק שרוב חכמתו ממנו, אבל היכי שאי אפשר להשיב של שניהם וכיון דהוא רבו לא נוכל לומר דלאו עליו רמי. ולכן לא מהני מה דבאביו יש כאן שני מצוות וברבו מצוה אחת, דכיון דעכ"פ אביו אינו שקול כרבו החזקת רבו עדיף, והוא כמו שכתבנו למעלה דקיומו של החכם שהוא רבו עדיף וכ"ש לענין פדיון דהצלת נפש רבו עדיף והוא להיפוך משיטת הכ"מ והנמוק"י וכמש"כ:

הלכה ג

הניח אבדתו והחזיר אבדת חברו אין לו אלא שכר הראוי לו כיצד שטף נהר חמורו וחמור חברו. שלו יפה מנה ושל חברו מאתים, הניח את שלו והציל את של חברו אין לו אלא שכרו הראוי.

כתב המ"מ בשם הראב"ד דמיירי ביכול להציל וכן הוא בש"מ ועיין במש"כ בפ"א הל' י' דמשו"ה כתב בפ"ו דוקא אם ידע שהבעלים נתייאשו הרי אלו שלו ובפ"י כתב שבודאי נתייאשו הבעלים משום דבפ"ו מיירי שהציל בשעת שטיפה דאז יכול להציל ע"י הדחק, ובפ"י מיירי שהציל אחר זמן, ומשו"ה לא הוצרך הרמב"ם בכאן לפרש דמיירי ביכול להציל ע"י הדחק והוא פשוט.

והנה הלכה זו צריכה באור כיון דזה ודאי על השבת אבדה אין נוטלין שכר כמו שביאר הרא"ש להדיא בסוגיא וכן כל הראשונים דאבדה הוא בחנם ורק טעינה הוא בשכר, ורק בכאן יש לו שכרו משום דהפסיד חמורו, וכיון דשיטת הרמב"ם גבי היה בטל מסלע לקמן בהלכה ד' דנותן לו שכרו כפועל בטל שבטל מאותה מלאכה שהיה עוסק בה והיינו כמו שכתבו התוס' בבכורות דף כ"ט ע"ב דעל השבת אבדה אינו נוטל שכר כלל ורק על המלאכה שהוא בטל ממנה, וא"כ הכא היכי יש לו שכרו הראוי לו והיינו על השבת אבדה, והרא"ש כתב דחכמים תקנו שיטלו שכר היכי דיש לו היזק, אבל זהו לפי' הרא"ש שאומדים גבי היה בטל מסלע גם בעד שכר טרחו של ההשבה, אבל לפי' הרמב"ם הא אין נותנין לו בעד שכר טרחו.

ונראה דכאן כיון דהניח אבדתו ועסק באבדתו חברו א"כ לא נוכל לומר שהשבת אבדה

הוא בחנם דהא אינו מחוייב כאן כלל דאבדתו קודמת, וממילא כיון שעסק בשל חברו והציל את חמורו מגיע לו שכר טרחו כמו יורד לשדה חברו בשדה העשויה ליטע. אבל גבי היה בטל מסלע כיון ששמין לו כל מה שהיה יכול להרויח רק שמנכין לו מה שהיה נוח לו לשבת בטל, א"כ כבר אין לו היזק וכבר מחוייב הוא בהשבת אבדה, ורק דאם יתנה בפני ב"ד שאין נוח לו לשבת בטל אז יקח כל מה שהפסיד. אבל עכ"פ כבר יש כאן מצות השבת אבדה, ולכן אינו נוטל בעד טרחו.

והנה מה שהקשו בתוס' אמאי היכי דבטל מסלע נותן לו שכרו כפועל בטל דמשלם לו מה שהפסיד, וגבי שטף נהר חמורו אינו נותן לו בעד חמורו שאבד, ותי' משום דהתם מיירי ביכול להציל ע"י הדחק, עוד תירצו דהכא ישנם להבעלים והו"ל להתנות וכן כ' הרא"ש להלכה דאם אין הבעלים נוטל גם בעד חמורו אכן ברמב"ם כאן מבואר דאין חילוק בזה דבלשון אחד כתב שני ההלכות, ולכן נראה דגבי היה בטל מסלע כיון דאם לא יתנו לו מה שהפסיד אינו מחויב להשיב ויש לו ליקח שכר ההשבה, ושכר פעולה של ההשבה צריך לשום כפי שומת הפועל, וכיון דהוא פועל שהוא מרויח סלע א"כ שוה שכר פעולה של ההשבה סלע, ורק שנותנין לו כפועל בטל דאז כבר אין לו הפסד [והרמב"ם סובר דאם יתנו לו בעד הפסדו אז כבר הוא מחויב להשיב. ואין לו ליטול בשביל טורח ההשבה כמו שיבואר] אבל בשטף נהר חמורו לא נוכל לומר שכשהציל חמור חבירו שוה שכר פעולה שלו מה שהיה שוה חמור שלו דהא זה אינו מוכח כלל בשכר פעולה שלו, דדוקא מה שהפסיד בפעולה שלו אף שהיה פעולה שאינה שייך להשבה, כמו אם היה חייט והיה מרויח ממלאכתו והאבדה יכול להשיב גם מי שאינו אומן, מ"מ כיון שעכשיו הוא יחיד דהא אין אחר מי שיכול להשיב את האבדה ומלאכתו הקבועה הוא אומנת חייט, ולכן כשעוסק בההשבה שוה הפעולה כמו מה שהיה מרויח ממלאכתו, אבל חמורו אינו מוכח בהפעולה כלל, ולכן לא יוכל ליקח בעד חמורו ואין לו אלא שכרו.

אכן דצריך לבאר מה דפשוט כאן דעל השבת אבדה בעצמה אינו נוטל שכר וקשה מהא דאמרינן באין בין המודר גבי מחזיר אבדתו דמקום שנוטלין עליה שכר תפול הנאה להקדש, והנה רש"י פי' שם דמקום שנוטלין שכר היינו היכי שהיה בטל מסלע, וכן פי' הריטב"א והנמוק"י, אבל הרמב"ם כתב שם מקום שדרכן ליטול שכר וכן פי' בפי' המשניות דמקום שנוטלין היינו שנוהגין ליטול וקשה טובא מה שייך מנהג לעבור על דברי תורה, עוד קשה לשון הרב ר' יהונתן בש"מ בב"ק דף קט"ז שכתב וז"ל בד"ה ולימא משטה אני בך וכו' דהא מצוה היא להציל בהמת חברו בשכר עכ"ל ומשמע מלשונו

דמסתמא נוטל שכר דאין לומר דכונתו על כאן דהא בכאן אינו מחויב דשלו קודם.

והנה מקודם עלינו לבאר עיקר בין נטילת שכר בעד השבת אבדה, הרמב"ם כתב בהלכה ד' אלא נותן לו שכרו כפועל בטל שיבטל מאותה מלאכה שהיה עוסק בה, ומוכח דמפרש דעל ההשבה אינו נוטל כלל וכן פי' כפועל בטל דגבי עיסקא למחצית שכר וכן פירשו התוס' בבכורות דף כ"ט ע"ב, אכן בכאן פירש"י דנוטל גם בעד טרחו של ההשבה, ורק דמנכין אם המלאכה שהיה עוסק בה היתה כבדה וזאת קלה כמה היה רוצה לנכות ממלאכה כבדה לקלה, וכן פירש"י לקמן בדף ס"ח גבי עיסקא, אכן התוס' והרא"ש חילקו בין הך דהכא להא דעיסקא, דהכא פירשו כרש"י דנוטל בעד טרחו של ההשבה והתם גבי עיסקא פירשו דנוטל כפועל בטל לגמרי, ובטעם הדבר חילקו התוס' והרא"ש דהכא כיון שפטור מהשבה אם לא ישומו לו הפסידו וצריך לשום לו ולכן אגב שומא זו יכולין לשום ג"כ טורח האבדה, וגבי עסקא כיון דהשכר טרחא הוא רק מדרבנן דמיחזי כרבית הקילו לשום כאדם בטל לגמרי, אכן מה שקשה על התוס' הוא דגבי ראיית בכור כתבו ג"כ דשמין כאדם בטל לגמרי והתם דמי להשבת אבדה, וזה הקשה הפ"ח על הרא"ש בב"ק ובכורות, ונראה לתרץ במה שכתבו דאגב ששמין הפסדו שמין גם טורחו של עכשיו דטעמא דמילתא דגבי השבת אבדה הא דאסור ליקח שכר על השבת אבדה, אינו משום מה אני בחנם דאינו אלא בלמוד תורה והוראה אלא דהוא ממילא כיון דהתורה הטילה עליו חיוב השבת אבדה הוא מחוייב לעשות כן ואין לו על מה לבקש שכר, וכשהוא מבקש שכר הוא כמו גזל כשאינו רוצה להשיב בחנם, וממילא כאן כיון דיש לו היזק שמפסיד מלאכתו ואינו מחוייב כלל בהשבה בלא שכר אלא דאנו יכולים לשום כמה אדם רוצה ליבטל, וכיון דעכ"פ עכשיו אינו בטל שהרי טורח בהשבת אבדה ואינו מחוייב להשיב באופן תשלומין של כפועל בטל, לכן אין אנו יכולים לשום כמה אדם רוצה ליבטל ממלאכתו שהרי אינו יושב בטל, ולכן צריך לשום גם טורח האבדה, אלא דמ"מ אם מלאכתו הוא יותר כבדה מנכין לו מה שבטל ממלאכתו דכל זמן שלא התנה אנן סהדי דהוי ניחא ליה ליקח ולישב בטל ממלאכתו הכבדה, ובזה ניחא מה שהקשיתי על דברי הרמב"ם דמה שייך מנהג בזה, אבל לפי"ז אפשר כיון דאין אסור אלא דאין על מה להתחייב יכולים אנשי העיר לתקן ולחייב להאובד משום תקנת העיר שיכולים להסיע על קצתן, וכ"ז לענין השבת אבדה דבעצם אין איסור ליקח שכר אלא דאין על מה ליקח וכנ"ל, אבל גבי ראיית בכור כיון דאיכא איסור ליקח שכר משום מה אני בחנם, וא"כ כיון דעכ"פ אם ישומו טורח ראיית הבכור הרי אינו בחנם, ולכן ע"כ צריך לשום כמה אדם רוצה ליבטל משום דטורח ראיה ע"כ צריך להיות בחנם, אלא

דמ"מ אף דהרמב"ם ג"כ סובר דהא דאסור ליטול שכר אינו משום מה אני בחנם אלא משום דעפ"י דין אינו מגיע לו שכר, מ"מ בזה חולק על שיטת רש"י ותוס' וסובר דכיון דמשלמים לו השכר שהיה מרויח ומנכין לו מה שהיה רוצה ליקח פחות ולישב בטל ממילא כבר מחוייב בהשבת אבדה ובעד זה אין לו ליקח שכר.

אכן מה שכתבתי דדין מה אני בחנם אינו אלא בלמוד תורה והוראה ולא במצות השבת אבדה אינו מבורר דהרמב"ן בתורת האדם הביאו הטור ביו"ד סי' של"ו כתב דרופא אסור ליקח שכר בעד חכמתו משום מה אני בחנם דמחוייב מדין והשבותו רק שכר טרחו מותר, ומוכח דגם בהשבת אבדה שייך מה אני בחנם ומ"מ כתב הרמב"ן דבעד טרחו מותר ליקח דדמי לשכר הבאה ומלוי, והנה בקדושין בפ' האיש מקדש אמרינן דבשכר הבאה ומילוי מקודשת, ובשכר הזאה וקידוש אינה מקודשת, ופירש"י וז"ל ובשכר הבאת האפר ממקום למקום, ושכר מילוי המים דמילתא דטירחא הוא ורחמנא לא רמיא עליה ושרי למשקל אגרא ומקודשת ומתני' דבכורות בשכר הזאה וקידוש דליכא טירחא ושכר למוד מצוה הוא נוטל, והתורה אמרה ראה למדתי אתכם וגו' כאשר צוני וגו' מה אני בחנם אף אתם בחנם עכ"ל, ובתוס' ר"י הזקן כתב וז"ל בשכר הבאת האפר או המים ממקום למקום או מלוי המים יכול ליטול שכרו דמילתא דטירחא הוא ולא רמיא עליה רחמנא ושרי למשקל אגרא כן פירש"י ואיכא מ"ד הטעם דאין זה עיקר המצוה. כאן בשכר הזאה וקידוש שאין בו טורח ושכר לימוד המצוה הוא נוטל ומה אני בחנם אף אתה בחנם, א"נ שהוא עיקר המצוה לאידך פירושא אסור ליקח שכר וכו' ושמעינן מיהא שאין לאדם ליקח שכר מצוה ואם יש לו טורח בה מותר כפירש"י עכ"ל, ונמצא דלפירש"י מותר ליקח שכר טירחא, וזהו מקור ד' הרמב"ן דסובר דרפואה דמי להשבת אבדה ומ"מ סובר דשכר טירחא מותר ליקח דדמי לשכר הבאה ומלוי והיינו דמפרש כפירש"י אם אמנם דהיה אפשר לחלק דדוקא בשכר הבאה ומלוי דמצוה זו לא אשכחן דחייבה אותו התורה לטרוח בה, אבל השבת אבדה אם נלמוד מפריקה א"כ חייבה אותו התורה לטרוח בחנם, אכן הרי לפנינו דהרמב"ן אינו מחלק בזה, ולפי"ז לא קשה כלל על מה דנוטל שכר כפועל בטל לפירש"י דמחשבין גם טרחו של עכשיו, דלפי דברי הרמב"ן מותר ליקח שכר בעד טירחא, והא דחייבה התורה בהשבת אבדה צריך לומר דהיינו בטירחא קלה שאין דרך ליקח עליה שכר.

ומיושב לפי"ז שפיר פי' הר"ח שהסכים עליה הרמב"ן דשמין טורח של עכשיו הובא במ"מ ונביא זה לקמן בהלכה זו דלהרמב"ן מותר ליקח שכר טירחא כנ"ל, ולפי"ז מיושב דברי הרב ר' יהונתן שהבאתי בהלכה ג' שכ' דצריך להציל בהמת חברו בשכר דקשה

דהא דמי לפריקה דהא איכא נמי צעב"ח, ואין לומר דטביעה לא הוי צעב"ח, וכן משמע לכאורה בחולין דף ז' ע"ב גבי כודנייתא דעל עקרנא להו אמר איכא צעב"ח ועל קטילנא להו אמר איכא בל תשחית ולא אמר על קטילנא צעב"ח ואין לומר משום דבל תשחית חמיר, וכן משמע שם בפירש"י דכתב על עקרנא להו ובל תשחית ליכא שיהיו ראויות לדישה, דמ"מ מכיון שאמר לו רפב"י מקודם על עקרנא להו דאיכא צעב"ח איך אמר לו רבי קטילנא להו כיון דגם בזה איכא צעב"ח, ומוכח לכאורה דבהריגה ליכא צעב"ח, אולם מכיון דבסברא קשה הדבר ע"כ צ"ל דהיה סבור רבי דמכיון דהוא מזיק מצוה להרגו ומ"מ עקירה הוא צעב"ח יותר ואמר לו דאיכא בל תשחית, והיינו דמעיקר דינא אינו מזיק שאי אפשר בשמירה רק ממידת חסידות לכן איכא בל תשחית, ומצאתי ג"כ כן בתפארת יעקב בטעמא דאיכא בל תשחית משום דאינו אלא מדת חסידות, ומכיון דבפשיטו גם בטביעת הבהמה איכא צעב"ח יקשה לן דברי הרב ר' יהונתן, אכן לפי מה דנימא דעל טירחא גדולה מותר ליקח שכר א"כ ה"נ להציל מנהר איכא טירחא גדולה ומותר ליטול שכר.

אכן התוס' והרא"ש שדחקו בטעמא דרש"י דסובר דשמין גם טורח של השבת אבדה ע"כ ס"ל דאסור ליקח שכר בעד טורח השבת אבדה, וע"כ ס"ל כפי' השני שבתוס' ר"י הזקן דטעמא דשכר הבאה ומלוי דמותר היינו משום דהוא לאו עיקר המצוה אבל השבת אבדה דהטירחא הוא עיקר המצוה אסור ליקח שכר, וע"כ צריך לומר לדבריהם כמש"כ דדין מה אני בחנם, אינו אלא בשכר למוד והוראה, ואיסורא דנטילת שכר בהשבת אבדה הוא משום דכיון דמחוייב מן התורה אין מגיע לו שכר, וכיון שמפסיד מלאכתו ואינו מחוייב בהשבה אם לא שנשלם לו הפסדו, ולכן אין חושבים לו כפועל בטל כיון דגם עכשיו אינו בטל כמו שבארנו.

ובזה שכתבנו דלדעת הרמב"ם דסובר דמהני מנהג ליקח שכר ע"כ נצטרך לומר דמה אני בחנם הוא רק בשכר למוד והוראה יתיישב מה דגבי ראיית בכור לא הזכיר כלל הרמב"ם דאינו מותר ליקח שכר אלא כשבטל ממלאכה והטור הזכיר תנאי זה בסי' שי"ב, ולפי דברינו נוכל לומר דהרמב"ם סובר דכיון דלא הוזכר זה במתני' ולא בגמ' אלא תנאי דמומחה וזהו שלא יתיר בשביל דרא דנטילת שכר אפי' נוטל שכר בין על תם בין על בע"מ, אבל משום איסור נטילת שכר ליכא בראיית בכור איסור דמה אני בחנם דאף דהוא הוראה מ"מ כיון דבדיקת המומין הוא מלאכה קודם שיבוא לכלל הוראה מותר ליטול שכר על הראיה, ודין נוטל שכר להזות ולקדש משמע מלשון הרמב"ם פ"ז מהל' פרה דזהו דין מיוחד דהשכר פוסל בקידוש והזאת מי פרה, והנה במתני' תנן הנוטל

שכר לדון ולהעיד, והרמב"ם השמיט לגמרי דין להעיד, וכן הטור והמחבר השמיטו זה ורק הרמ"א הזכירו בסי' ל"ד ולדעת הרמב"ם היה אפשר כמש"כ ויהיה צריך לומר דאינו גורס במתני' ולהעיד וצע"ג.

ולשיטת הרמב"ן דמותר ליקח שכר טירחא בהשבת אבדה הא דשאני מפריקה דהוא בלא שכר אף דהוא טירחא צריך לומר דהוא משום צעב"ח, וצעב"ח דאורייתא והיינו דאף דהשבת אבדה נמי דאורייתא יש חילוק דהשבת אבדה הוא לחבירו, ולכן כיון דהוא טירחא שדרך ליטול עליו שכר צריך האובד ליתן שכר כמו שהיה עושה לו פעולה אחרת, אבל פריקה דהוא חיוב מצד צעב"ח של החמור, א"כ הוא מחוייב לעשות לא בשביל חבירו אלא משום הצעב"ח של החמור, ולכן אף דחברו נהנה מ"מ אסור ליקח שכר. בשביל שהוא מחוייב לעשות המצוה בחנם, והא דאמר בגמ' בב"ק דף נ"ו ע"ב גבי שומר אבדה מאי הנאה מטי ליה, צריך לומר דהיינו בסתם אבדה דליכא טרחא שרגילים ליקח עליה שכר דאלא"ה הוי כמו אומן דהוי ש"ש אף שאינו נוטל שכר בעד השמירה.

והנה המ"מ כתב כאן פי' הר"ח ורב אלפס ולזה הסכים הרמב"ן דכפועל בטל, היינו שאם הפועל מקבל בשעה שיש הרבה מלאכה כגון ערב הרגל סלע ובשעה שיש הרבה בטלים כגון באמצע השנה מקבל שקל, אז שמין כאן אף שהוא ערב הרגל, כבאמצע השנה ואינו מקבל אלא שקל, וטעמא דמילתא לא ביארו הראשונים, וכבר הקשו ע"ז התוס' בבכורות וכתבו דאין זה סברא כלל והוא כהלכתא בלא טעמא, ונראה ליישב דבריהם עפ"י מש"כ למעלה בטעם החילוק שבין היה בטל מסלע ובין שטף נהר חמורו, משום דגבי היה בטל מסלע כיון דאין עכשיו פועל אחר שיעסוק בההשבה וע"כ צריך ליתן לו שכר טרחו כיון שהוא פטור מהשבה, ושכר טרחו של זה כיון שהוא אומן שוה סלע כמו שהוא מרויח ממלאכתו, אבל באבדה לו חמורו אין זה ניכר במלאכתו, ולכן סובר הר"ח דכיון דבעצם אין שוה המלאכה שלו אלא שקל בשעה שמצוי הרבה פועלים ויש פנויים, אלא בשעה שיש הרבה מלאכה וחסר פועלים כמו בערב הרגל לוקח סלע, ונמצא דבערב הרגל גופא אם יארע סבה שלא יהיה לפועל אחד מלאכה ג"כ יניח בעד שקל, ולכן אינו מוכח בעבודתו דהוא שוה סלע אלא דהפסיד סלע דהא היה לו מלאכה ועל הפסד אין משלמין לו כמו דאין משלמים לו בעד חמורו שאבד, ורק בעד טרחו ששוה בודאי בעבור זה משלמים לו, ונמצא דלפי' הר"ח משלמים לו בעד שכר פעולתו שאין חושבים כפועל בטל שהוא בטל ממלאכה אלא ששמין כפי שלוקח פועל בטל בעד עבודתו, ובזה מבואר מה שהקשה הראב"ד בפ"י מה' שלוחין הל' ב' דבמה שפסק הרמב"ם דמקבל העסקא פטור מגנבה ואבדה דהוא כש"ח, והקשה הראב"ד דהא המקבל

נוטל שכר כפועל בטל, והעיר בזה ח"א הרב הגאון הרא"ש שי' דלשיטת הרמב"ם דנוטל כפועל בטל לגמרי א"כ אינו נוטל בעד טרחו של עכשיו כלום, והראב"ד יכול לסבור כפירש"י דשמין לו גם טרחו של עכשיו, אכן כפי המבואר כאן במ"מ דהראב"ד מפרש כפי' הר"ח, א"כ לשיטתו הקשה הראב"ד שפיר דהא נוטל גם בעד טורחו והרמב"ם מיושב שפיר לשיטתו כנ"ל:

הלכה ה

וכן שנים שהיו באים בדרך, זה בחבית של יין וזה בכד של דבש ונסדק הכד של דבש, וקודם שישפך הדבש לארץ שפך זה את יינו והציל את הדבש לתוך החבית, אין לו אלא שכרו הראוי לו, ואם אמר אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי או שהתנה בפני בית דין הרי זה חייב ליתן לו, ואם נשפך הדבש לארץ הרי זה הפקר וכל המציל לעצמו מציל.

בגמ' פריך לימא מהפקירא קא זכינא ותירצו כשעקל בית הבד כרוך עליה והרמב"ם לא הזכיר זה ופי' המ"מ דמש"כ הרמב"ם וקודם שישפך הדבש לארץ זהו בשעקל בית הבד כרוך עליה, וכתב וז"ל ונראה לפי זה שאע"פ שלא יוכל להציל אמרינן הכי כיון שעדיין לא נשפך אע"פ שעתיד להשפך וזה שסתם רבינו ז"ל, אבל רש"י ז"ל פי' חבית של דבש קשורה בעקל ולא ישפך הכל אלא מנטף מעט מעט וליכא הפקר וזה עיקר עכ"ל המ"מ, והקשה ע"ז הלח"מ דהא בגמ' בב"ק דקט"ו מדמה דין זה לתרומה, ובתרומה משמע שכיון שראוי שיאבד אע"פ שעדיין לא נאבד אין תרומתו תרומה, וכן כ' הרמב"ם בפ"ג מה' תרומות וז"ל והוא שיהיה המופרש שמור, אבל אם היה טעון כדי יין וכו' וראה שהן משתברות וכו' לא אמר כלום אלמא דלאו דוקא אם נשפך הדבש לארץ, אלא אפי' לא נשפך עדיין ונשאר הלח"מ בקושיא, והנה מפשטות ד' הרמב"ם לא משמע שיהיה צריך עקל בית הבד כרוך, אלא דכיון דעדיין לא נשפך אף שנסדק ועומד לישפך לא הוי הפקר ובודאי הוא היפוך ד' הגמ'.

והנה לפי מה דהוי סבר הגמ' דטעמא דלא אמר כלום גבי תרומה הוא משום דהוי הפקר א"כ קשה טיבא מה פריך אח"כ הגמ', ואם אמר לא אמר כלום והתניא מי שבא בדרך ומעות בידו ואנס כנגדו לא יאמר וכו' ואם אמר דבריו קיימים, ואי טעמא דלא אמר כלום משום הפקר מה סברא הוא דאם יש אנס כנגדו יהיה הפקר המעות שבידו, וזכורני בימי נעורי שהקשה א' מבני הישיבה דוולאזין (הוא הגאון ר' יואל שארין זצ"ל) דכשגזלן נכנס לבית הנגזל הרי הנגזל מתייאש וא"כ אח"כ כשלוקח הגזלן אמאי חייב בהשבה למ"ד יאוש קונה, והנה אי משום זה לא קשה דלא מהני יאוש כ"ז שהוא ברשותו, אבל

אי נימא דהוא מפקיר תהיה הקושיא חזקה, ומה שהוא גורם שיפקיר אינו אלא גרמי ויקשה למאן דלא דאין דד"ג, וע"כ דאין בזה גדר הפקר, ועוד דהא כמו דמצינו לענין מנא תבירא תבר. דנ"מ בין זורק כלי לזורק חץ כמש"כ התוס' בב"ק דף י"ז, וע"כ דהוא בסברא כן דכשהכלי מצד עצמו עומד לישבר שאני מבאופן שהולך מזיק על הכלי, וא"כ ה"נ יש לחלק לגבי הפקירא מהיכי שהיין עומד לישפך מצד שהכלי שבור, או שאנס עומד כנגדו דלא עדיף מזרק חץ על הכלי.

-השמטות ומלואים-

לעיל הבאתי קושית הגאון ר' יואל שארין זצ"ל, ראיתי שהנתיבות עמד ע"ז בסי' שס"א ס"ק ב' וסובר דבאמת אין הגנב חייב אלא משום גרמי. [ע"כ]

והנה בב"ק דף צ"ח דאמר רבה הזורק מטבע של חברו לים הגדול פטור מתיב רבא אין מחללין על מעות שאינם ברשותו כיצד היו לו מעות בקסטרא או בהר המלך או שנפל כיסו לים הגדול אין מחללין ופירש"י אלמא אבוד חשוב ליה בים הגדול ומשני ע"ז אמר רבה שאני לענין מעשר דרחמנא אמר וצרת הכסף בידך וליכא, וחזינן דאף דלא מקרי אבוד שיתחייב הזורק מ"מ לענין חלול מעשר לא מהני משום דכתיב וצרת הכסף בידך, וא"כ שפיר נוכל לומר דה"נ לענין תרומה לא מהני דמ"מ אינו ברשותו, ומצאתי שכ' כן הפנ"י במקומו ליישב קושיית המרדכי דהא סתם גזלה לא הוי יאוש בעלים, ותי' דאיברא דלא הוי יאוש, אבל מ"מ הוי אינו ברשותו, ודבר שאינו ברשותו אינו יכול להקדיש, וממילא אינו יכול ג"כ לעשותו תרומה, וא"כ לפי"ז אין ראיה כלל דהברייתא חשיב כהפקר מה שהכדי יין משתברין, דהא סגי במה דהוי אינו ברשותו, ולכן אפשר דהגמ' פריך מעיקרא אליבא דר"ל דלא סבר להא דאין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו, וע"כ דטעמא דברייתא הוא משום הפקר אבל לדידן דאין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו אין ראיה כלל דהוי הפקר, והא דפריך אח"כ מברייתא זו אברייתא דאנס משום דלר' יוחנן דאין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו א"צ כלל לענין תרומה שיהיה דוקא הפקר אלא באינו ברשותו סגי ומשו"ה סבר הגמ' דאנס עומד כנגדו אם אינו יכול להציל מסתבר דהוי נמי אינו ברשותו, כיון דהאנס בודאי יגזול ממנו ולכן משני כשיכול להציל ע"י הדחק.

ולפי"ז מיושב דברי הרמב"ם דלדידן לא צריך כלל להעמיד כשעקל בית הבד כרוך עליה אלא דכ"ז שלא נשפך הדבש לא הוי הפקר וכנ"ל, ומ"מ בהא דאנס עומד כנגדו לענין מע"ש פסק בפ"ד מה' מע"ש דאם אינו יכול להציל ע"י הדחק לא אמר כלום משום דלענין זה סגי במה דאינו ברשותו וכנ"ל:

הלכה ו

היה זה בא בכד של דבש וזה בא בקנקנים ריקנים ונסדקה כד הדבש ואמר לו בעל הקנקנים איני מציל לך דבש זה בקנקני עד שתתן לי חציו או שלישו או כך וכך דינרין. וקבל עליו בעל הדבש ואומר לו הן הרי זה שחק בו ואינו נותן לו אלא שכרו הראוי לו שהרי לא הפסידו כלום.

בטעמא דמילתא יש מחלוקת בין המרדכי והרא"ש בתשובה כלל ס"ד מובא בחו"מ סוף סי' קכ"ט דהמרדכי בסוגיא זו בב"ק כתב דהוא דוקא משום מצוה, וכן בהיתה מעוברת לפניו הוא ג"כ משום דאיכא מצוה והוא מחוייב, אכן הרא"ש בתשובה הובא להלכה בסי' קכ"ט סובר דאפי' היכי דליכא מצוה אם הבטיח לו יותר מכדי שכרו או שהבטיח לו שכר בדבר שאין נוטלין שכר והוא לא הפסיד כלום לא מהני, וכן כ' הרא"ש בהלכותיו ביבמות פ' מצות חליצה וז"ל, ונראה דהיינו דוקא כגון הכא ששואל דבר גדול במעשה שאין רגילין ליתן אלא דבר מועט וכו' ע"ש וכן כ' התוס' שם.

ונראה בבאור השיטות בזה עפ"מ שכ' הרמב"ן בחידושיו ביבמות לדחות ד' הסוברים דבשביל דמחוייב לעשות לכן אומר משטה אני בך, ולפי"ז גם רופא אין לו אלא שכר בטלה, וכתב ע"ז דהא גבי חליצה אינו מחוייב ממש, לכן כתב כדברי התוס' והרא"ש דטעמא הוא משום שהתנתה יותר מן הראוי לו, אבל גבי רופא אפי' קצב שכר הרבה חייב ליתן דחכמתו מכר לו, ולפי"ז לשיטת רש"י דגבי חליצה ביבם שאינו הגון לה כופין לחלוץ, נוכל לפרש דטעמא משום דמחוייב לחלוץ. איברא דהרמב"ן בעצמו הקשה דהא הפסידתו זכותו באשה ונכסים. וכתב דמיירי ביבם שאינו הגון דמצוה עליו לחלוץ מודברו אליו, אבל הרמב"ן לא נחת לטעמא בשביל חיוב המצוה, אלא דמשום זה לא הפסיד זכותו אבל בעיקר מילתא סובר דלא תליא בחיוב אלא אם התנתה יותר מן הראוי, ולפי"ז מש"כ הרמב"ן שם דכן נראה מפירש"י אינו אלא לענין זה דמיירי ביבם שאינו הגון, אבל לשיטת רש"י שפיר נוכל לומר דהוא משום חיובא, וכן משמע לשון רש"י שכתב משום דעליה רמיא למעבד, ולכן דעת המרדכי כשיטת רש"י, והתוס' והרא"ש לשיטתם שחולקין בפ' החולץ על רש"י, וכן הרמב"ן שם סובר כשיטת התוס' והרא"ש, ושיטת הרמב"ם הוא כשיטת רש"י דכופין לחלוץ א"כ היה אפשר לומר לשיטתו דהא דיכול לומר משטה אני בך הוא בשביל דאיכא חיובא וכשיטת המרדכי.

אכן יש לעיין בזה דנותן לו כאן שכרו הראוי דהא הרא"ש כתב בטעמו דחושבין שכר טרחו גבי היה בטל מסלע משום דהיה פטור מלהשיב דשלו קודם, אבל הכא דלא היה בטל משום דבר ולא היה לו הפסד אמאי נותן לו שכר טרחו, וצריך לומר

דכיון דקבל עליו אע"ג דמה דקבל יותר מכדי טרחו אינו חייב מ"מ שכר טרחו חייב וזהו אם נימא דליכא בהשבת אבדה משום מה אני בחנם, והרמב"ן דסובר דיש בהשבת אבדה משום מה אני בחנם, הא סובר דאם התנה חייב לשלם ואין מפקיעין ממנו חיובא דידיה, אבל זהו לשיטת הרמב"ן דאינו משום דאיכא חיובא אלא משום דהוי יותר מכדי טרחו, אבל לשיטת רש"י והמרדכי דטעמא דמשטה אני בך הוא משום דאיכא חיובא, א"כ אם לא היה רשאי ליקח שכר טרחו מאי נ"מ בין בכדי טרחו או יותר מכדי טרחו, כיון דטעמא הוא משום דחיובא רמי עליה, וכן כתב הרמב"ן שם דלהאי טעמא משום דאיכא חיובא לא היה מהני הקציצה שקוצצין לרופא ואינו נוטל אלא כפועל בטל אם הוא בטל ממלאכה, ולכן לשיטת רש"י ע"כ צריך לומר משום דשכר טרחא מותר ליקח בהשבת אבדה, ובדעת הרמב"ם לכאורה משמע דסובר דאסור ליקח שכר טורחו באבדה דהא סובר דכפועל בטל היינו בעד המלאכה שבטל ממנה, אבל בעד טורחו אינו נוטל כלל, וא"כ אמאי נוטל כאן שכר טורחו, וע"כ צריך לומר דכאן נוטל שכר טורחו משום דהתנה ליטול שכר ומוכח דסובר כפי' הרמב"ן דהא דמשטה אני בך הוא רק לענין יותר משכר טורחו:

הלכה ז

וכן מי שברח מבית האסורים והיתה מעבורת לפניו ואמר לו העבירני ואני נותן לך דינר והעבירו. אין לו אלא שכרו הראוי לו, ואם היה צייד ואמר לו בטל מצודתך והעבירני, נותן לו כל מה שהתנה עמו וכן כל כיוצא בזה.

המ"מ הביא דברי הרמב"ן שכ' דמהא שמעינן דמי שהוא חולה וסמנים ביד חברו שוים כ' והתנה עליו ליתן בדמיהם הרבה מחמת אונס חליו אין לו אלא דמיהם, ויש לעיין דבמאי שאני הסמנים מהיכי שאמר לצייד בטל מצודתך, כיון שהפסיד הצידה נותן לו כל מה שהתנה עמו, וכ' הלח"מ דמשמע אע"פ שהתנה עמו יותר ממה שהפסיד במצודתו חייב ליתן לו, וכן מוכח בגמ' אמרינן הכא בצייד וכו' דאמר לו אפסדתני כוורי בזוזא, והיינו דכיון שהפסידו דגים בעד זוז א' חייב ליתן לו כל מה שהתנה, ומוכח דפעולה לחוד אינו נוטל אלא מה ששוה פעולתו, אבל אם הפסידו חפץ לא אמרינן דנוטל רק מה ששוה החפץ, אלא כל מה שהתנה וא"כ הכא שלוקח אצלו הסמנים למה אינו נותן אלא מה ששוים הסמנים, אך באמת הדבר מבואר דהנ"מ שבין פעולה להיכי שהפסיד הדגים הוא, דפעולה בודאי יש לה קצבה דכיון דע"כ מחוייב לעשות דאפי' אם נימא דאבדה לא דמי לפריקה משום צעב"ח מ"מ הא עכ"פ רמי רחמנא עליה לטרוח דאפי' טעינה דבשכר הא עכ"פ מחוייב לעשות ובודאי לא יוכל לומר תן לי מאה מנה דא"כ נפל חיובא

דטעינה בבירא, אלא טעינה בשכר כמה ששוה, ולכן מה שהתנה ליתן יותר יוכל לומר משטה אני בך, אבל היכי שהפסיד הדגים בזה לא קצבה התורה ויכול לבקש בעד הדגים הרבה ולכן מהני קצבתו, לפי"ז נוכל לומר דהסממנים לא דמי לדגים כיון דזהו עיקר הרפואה ומחוייב ליתן לו הרפואה בכדי שויים, אכן כ"ז הוא לפימש"כ הלח"מ דנותן לו כל מה שהתנה אפי' הוא הרבה יותר מן ההפסד, וכן משמע באמת מלשון הרמב"ם. אכן בשיטה מקובצת הביא חבל ראשונים שכתבו דמיירי דאפשר היה הפסדו כמו שהתנה, וכן כ' הסמ"ע בחו"מ סי' רס"ד ס"ז א"כ אין לנו הוכחה דחפץ שאני מפעולה. ודינו של הרמב"ן מבואר בפשיטות:

הלכה ח

שיירא שהיתה הולכת במדבר ועמד עליה גייס וטרפה אם אינן יכולים להציל מידם, ועמד אחד מהן והציל הציל לעצמו.

הנתה"מ בסי' קפ"א הקשה כאן דהא הוי יאוש כדי דהא שינוי רשות לא הוי אלא במכירה או בנתינה כמבואר בסי' שס"א. ותי' הנתה"מ דהכא בגייס חשיב אבודה ממנו ומכל אדם. והנה כבר בארנו למעלה בפ' י"א דדעת הרמב"ם דאבודה ממנו ומכל אדם נמי צריך יאוש. וכבר הקשה הגר"א בביאורו לחו"מ על שיטת הטור בשם הרשב"א דנטילה בע"כ מהגזלן אינו שינוי רשות מדין זה דמציל מן הגייס. אכן מקור דברי הרשב"א הוא מהא דנטלו מוכסין חמורו דקרי ליה הגמ' יאוש כדי. ובאמת לפי מש"כ שם דמיירי התם לענין דין לכתחלה היינו דאף דבדיעבד קונה ביאוש ושינוי רשות אבל לכתחלה הא אסור לקנות מן הגזלן אפי' אחר יאוש אם יאוש כדי לא קנה, וא"כ כשנתנו לו חמור אחר הא עפ"י דין אינו רשאי לקנות הגזלה, ולכן אזיל הגמ' התם אם עפ"י דין צריך להחזיר לבעלים הראשונים ושלא להתכוין לזכות בהם. אבל אם נתכוין לזכות בהחמור, יש לומר דשפיר הוי יאוש ושינוי רשות.

והנה מקור ד' הרשב"א הוא בב"ק פ' הגוזל ומאכיל דכתב זה בשם הראב"ד ומוכיח זה מהא דלא מיקרי שינוי רשות אצל הגזלן גופא למ"ד שינוי רשות ואח"כ יאוש קנה. ובאמת קשה סברת הרשב"א דאי נימא דמשו"ה לא חשיב שינוי רשות מה שהוא ברשות הגזלן משום דבע"כ נקח מבית הבעלים א"כ מאי אולמיה במה שנתן להשני הלא בעצמו אין לו כח והיכי ימסור כחו לשני, וע"כ דדין שינוי רשות הוא במה שהגזלן מוסר הגזלה לשני. זהו מיקרי שינוי רשות שנשתנה רשות מהגזלה הראשונה ונמסר לאחר.

וראיתי שזה כתב הרשב"א גם בתשובה בסי' תתקס"ח וכ' ע"ז כדמוכח בפ' מרובה, וכונת ד' הרשב"א הוא מהא דאמר שם גנב ובא אחר וגנבו, הראשון משלם כפל והשני

אינו משלם אלא קרן, ורצה הגמ' להעמיד זה לאחר יאוש בגנב ראשון, אלמא דמי שגנב מגנב או מגזלן לאחר יאוש לא הוי יאוש ושינוי רשות משום דס"ל לרשב"א דיאוש ושינוי רשות א"צ ליתן דמים, אך באמת אין זה הוכחה אלא לגבי הגנב ראשון דבודאי כיון דיש לו זכות בהגנבה ליפטר ממנה מבעלים לכן לא קנה גנב שני שלא יתחייב לשלם דמים, וכמו שכתבו זה התוס' בדף ס"ט, אכן הרשב"א כפי הנראה אינו סובר דגנב או גזלן יש לו זכות בהגנבה או בהגזלה, ואף דאשכחן דיש לו זכות שהוא עומד ברשותו לענין יאוש למ"ד יאוש קנה או לענין שינוי היינו דעומד ברשותו, אבל אכתי לא אשכחן שבזכות זה יוכל לגבות מהתוקף ממנו או מהגונב ממנו ולכן כיון דאשכחן דהוא צריך לשלם אלמא בעצם אין כאן דין יאוש ושינוי רשות, ואכן מלשון הברייתא דקתני הראשון משלם תשלומי כפל, ושני אינו משלם אלא קרן משמע דמשלם השני לגנב הראשון, וכן בדין דהא בעלים לא יוכלו לתבוע ממנו דהא דוקא גזל ולא נתייאשו הבעלים רצה מזה גובה רצה מזה גובה, אבל נתייאשו אינו גובה הבעלים מהשני, וכן כתבו בתוס' בר"פ הגוזל ומאכיל:

הלכה י

היו שני שותפין והציל אחד מהן הציל לאמצע, ואם אמר לעצמי אני מציל הרי זה חלק מחברו והציל לעצמו.

המל"מ בהל' ח' בד"ה שיירא, הביא דמהרשב"א בתשובה סי' תתקל"ח מוכח דצריך דווקא בפני עדים, והמרדכי בשם ראבי"ה כתב על דין זה דשיירא שאם אין עדים בדבר נשבע שלא נתכוין להציל אלא לעצמו, ולכן תמה המל"מ על הרמ"א דבסי' קפ"א פסק כהמרדכי, ובסי' רצ"ב פסק כהרשב"א, והנה במרדכי לא נמצא דין זה שהביא והוא בהגהות מיימוני ברמב"ם ה' שלוחין ושם הוא בדין השותפין שבהלכה זו ולא בדין השיירא שבהלכה הקודמת, והחלוק מבואר דבדין שיירא לא מהני כלל מה שלא יתכוין להציל לחבריו דהא מיירי ביכולין להציל ע"י הדחק ואכתי לא נתייאשו ובמה זכה שלהם ורק באמר להם לעצמי אני מציל והם לא הצילו, אז אמרינן דנתייאשו וא"כ ודאי דצריך עדים על זה ובלא עדים אינו נאמן לטעון שאמר לעצמי אני מציל דהא בא להפקיע שלהם, אבל בשותפין היכי שאין יכולין להציל ורק דבסתמא אמרינן דהציל בעד כל השותפין, לכן כיון דהוא מוחזק נאמן לישבע שכיון להציל לעצמו.

אכן בדין אי מהני כונה בלב או דבעי דווקא אמירה שכבר הרגיש בזה הב"י וכתב דלא מהני מחשבה בלב ומה דקתני במרדכי כיון הוא לאו דוקא ובעי אמירה, וע"ז חילק הקצוה"ח גבי שותפין בין יכולין להציל ואין יכולין להציל, דיכולין להציל דהטעם הוא

משום דכגון זה שותף חולק שלא לדעת חברו בזה צריך דוקא אמירה, אבל במחשבה לא מהני משום דהוי דברים שבלב, אבל באין יכולין להציל דצריך להיפוך כונה לזכות בשביל כל השותפין וכיון שלא נתכוין לזכות עבורם לא קני, והנתה"מ כתב דגם ביכולין להציל לא הוי דברים שבלב משום דהא מוכח דבודאי חלק את עצמו והציל בעד עצמו, והנה ע"ד הנתה"מ יש להעיר דכיון דנימא לפי דבריו דהוא אומדנא דמוכח והוא בלב כל אדם, א"כ אמאי בעי שבועה, והקצוה"ח כתב להיפוך דמשו"ה בעי שבועה משום דמסתמא מציל לשותפות, אבל אי בסתמא מציל לכולם אמאי בעי שבועה, אכן גם על ד' הקצוה"ח קשה דא"כ גם גבי שותפין יש חילוק בין יכולין להציל בין אין יכולין להציל, ומפשטות ד' הראשונים והרמב"ם משמע דרק גבי שיירא יש נ"מ אבל גבי שותפין אין נ"מ בין יכולין להציל בין אין יכולין להציל.

לכן נראה לי עפ"י דברי הנתה"מ דיאוש לא נפיק מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה וא"כ לא צריך שיתכוין לזכות לשותפות אלא דכל זמן שלא נתכוין לזכות בעד עצמו ממילא הוא אכתי של השותפין, וכיון דמסתמא זוכה לשותפות הוי דברים שבלב שרוצה לזכות בעד עצמו. דגבי מציאה כה"ג אם באמת לא נתכוין לזכות עבורם הוא כמש"כ הצוה"ח. אבל כאן א"צ כלל לזכות עבורם. אלא דממילא כיון שלא זכה בעד עצמו לבד הרי הוא של השותפין כמקודם וכיון שהציל הרי בטל יאוש שלהם. ולכן שפיר דבכל גווני בעי אמירה דוקא וכלשון הרמב"ם דבעי דוקא אמר בין בשיירא בין בשותפין.

ובהא דצריך שבועה כ' הגר"א ז"ל דהוא משום דכל מילתא דהאי ידע והאי לא ידע צריך שבועה. והנה אם הציל השותף רק חלקו לבד דאינו נוטל חלק חברו לכאורה לא דמי לכל מילתא דהאי ידע והאי לא ידע דבכל הנהו מיירי היכי שצריך להוציא רק דהוא מוחזק בדבר אחר. אבל היכי דהוא מוחזק לגמרי לא מצינו דהמוחזק הטוען ברי ישבע. ואדרבא מצינו דאין נשבעין על טענת ספק. ויש לומר דכיון דבאמת הא גבי חלוקת שותפין צריך לחלוק עפ"י שלשה. אלא דבכגון זה היינו במקום היזק יכול ליקח על חשבון שלו שלא לדעת חברו. והחשבון יהיה אח"כ בפני שלשה שישומו כמה שוה מה שהציל. וא"כ אפשר דאם יחפוץ השותף ליתן לו כסף בעד מה שהציל רשאי דלא זכה אלא זכות מה ששוה מה שהציל אבל לא עצם הסחורה וא"כ הדר הו"ל נוטל. ואף דלכאורה איך יזכה בזה חיוב ממון על חברו אם לא זכה בגוף הסחורה י"ל דמה דאמרינן דכגון זה שותף חולק היינו דכן אומדן דעת השותפין דבמקום סכנה יציל כל א' את חלקו. דאף דצריך דין ב"ד על חלוקה מ"מ יש להשותף במקום סכנה הזכות בממון השותפות אף שלא יכלו עוד לזכות בעצם הסחורה לגמרי משום דאכתי לא נישום, ונמצא דנעשה הסחורה

שהציל כמו נכסי צאן ברזל, דאם יאבדו או יוזלו או יוקרו נעשה מעכשיו ברשות המציל אבל עצם הסחורה עוד לא נעשה שלו בשביל שלא נישומו, ואף דאפשר לומר דגם עצם הסחורה נעשה שלו ורק כפי שישומו אח"כ שלשה, אבל כיון דיש קפידא בעצם הדבר דזה יחפוץ עצם הדבר וזה יחפוץ עצם הדבר, ע"כ אמדינן דנעשה בזכות השותף כמו צאן ברזל, ואם יתן לו השותף השני דמים יחלקו בעצם הדבר לכן הדר נחשב זה נוטל.

אך מ"מ אין זה מוכרח דלשון חולק משמע דחולק וזוכה עצם הסחורה ע"כ צריך לומר דכיון דעכ"פ במה דחולק נוטל זכותו של חברו ע"כ נקרא בזה נוטל, ואף דאינו נוטל עכשיו אלא דטוען שכבר נטל, מ"מ כיון דאם לא נאמין לו הרי אינו בחזקתו כלל דשותף מוחזק בעד כל השותפין, ונמצא דאף דהוא תפוס וטוען שהציל לעצמו לא הוי בזה אלא תפוס ולא מוחזק, וכיון שבא להוציא מחזקת השותפין נקרא בזה מוציא וצריך לישבע כמו כל מילתא דהאי ידע והאי לא ידע, וכן באינם יכולין להציל כיון שכתבנו דלדעת הנתה"מ אכתי לא יצא מרשות השותפין עד דאתי לרשות זוכה, וזה עוד אינו מבורר שהציל דוקא לעצמו, ע"כ אף שהוא תפוס וטוען שהציל דוקא לעצמו מ"מ לא הוי רק תפוס ולא מוחזק, ונקרא שמוציא מחזקת השותפין וצריך לישבע במילתא דהאי ידע והאי לא ידע.

פרק יג

הלכה א

המוצא אבדה שהוא חייב להחזירה חייב להכריז עליה ולהודיעה ולומר מי שאבד לו מין פלוני יבוא ויתן סימנים ויטול אפי' היתה שוה פרוטה בעת המציאה והוזלה חייב להכריז עליה.

כתב המ"מ דעת הרב ז"ל דאע"ג דאסיקנא בגמ' דבעינן שתהא שוה פרוטה בשעת אבדה ובשעת מציאה לכו"ע כיון דשוה בשעת מציאה פרוטה חייב בכך והכי משמע התם באלו מציאות, וכ' ע"ז הכ"מ דברי הה"מ תמוהין שכתב שדעת הרב הפך מאי דאסיקנא, וע"ז כ' הלח"מ כתב הרב בעל כ"מ דדברי הה"מ תמוהים, ולא ידעתי למה כתב כן, והנה שלשה נביאים מתנבאים ולא בררו דבריהם. כונת הרב המגיד הוא פשוט, דאע"ג דבעי שתהא שוה פרוטה בשעת אבדה ובשעת מציאה מ"מ אחר המציאה אם הוזלה חייב להכריז, דלא בעינן אלא שעת מציאה, אכן בהא לא נחית הה"מ אמאי לא הזכיר הרמב"ם דין זה דבעינן שיהיה שוה פרוטה בשעת אבדה ובשעת מציאה, והכ"מ למד בדברי הה"מ דכונתו דלמסקנא סגי שיהיה שוה בשעת מציאה לחוד פרוטה, וע"ז תמה הכ"מ

דהוא הפך מאי דאסיקנא, אכן הלח"מ לא נחית לזה ותמה על ד' הכ"מ, ובאמת בדברי המ"מ אין רמז לזה ונחית רק לאם הוזלה אחר מציאה, אלא דדבריו תמוהין דהוציא זה ממשמעות והוא מפורש בדף נ"ה, רק הכ"מ למד כן בדבריו משום דבאמת דברי הרמב"ם תמוהים שהשמיט הך דינא דבעינן שתהא שוה פרוטה בשעת אבדה, וכן למעלה בפ' י"א כתב אבדה שאין בה שו"פ אינו חייב לטפל בה ולא להחזירה, ולא הזכיר דבעינן שתהא שו"פ בשעת אבדה ובשעת מציאה, ובפשוטו משמע דסגי שיהיה שו"פ בשעת מציאה, וזהו התימה שתמה הכ"מ על המ"מ דלמד בדבריו שהצדיק הרמב"ם בזה והוא באמת הפך מאי דאסיקנא, ואם אמנם כי המ"מ לא נחית לזה כלל ופירש רק דברי הרמב"ם במה דכתב דאם בשעת מציאה שו"פ אף שהוזל אח"כ שהוא גמ' מפורשת כנ"ל, אבל עכ"פ דברי הרמב"ם הם תמוהים שהשמיט לגמרי כל הסוגיא.

והנראה דבאמת הרמב"ם השמיט הסוגיא בכונה משום דבמתני' לקמן דף נ"ה קתני להדיא המוצא אבדה שהיא שו"פ חייב להכריז, ולא הצריך כלל שיהיה שוה בשעת אבדה אלא בשעת מציאה לחוד, וכאשר נעיין נראה שהרמב"ם השמיט לגמרי הדרשא על אבדה שאין בה שו"פ מה שאין זה דרך הרמב"ם שדרכו לכתוב גם מקור הדרשא מה שנלמד מקרא להדיא, ובזוטו של ים למד הרמב"ם להדיא מאשר תאבד ממנו ומצאתה, ובאבדה מדעת למד הרמב"ם מאשר תאבד פרט למאבד מדעתו, והכא לא הביא הדרשא לא מאשר תאבד ולא מומצאתה, ולכן אפשר דבאמת סובר הרמב"ם דכיון דממתני' מוכח דלא בעינן שיהיה שו"פ בשעת אבדה אלמא דלא ילפינן מאשר תאבד, ואשר תאבד ממנו ומצאתה איצטריך לזוטו של ים ולאבדה מדעת ולא אבדה מדעת ילפינן מאשר תאבד וזוטו של ים ילפינן מקרא דממנו ומצאתה או דומצאתה כדרבנאי וזוטו של ים יליף ממנו לחוד, ואבדה שאין בה שו"פ הכא מסברא או דיליף מרבית ואונאה:

הלכה ג

בא בעל האבדה ונתן סמנים שאינם מובהקים אין מחזירין [לו] עד שיאמר סימנים מובהקים, והרמאי אע"פ שאמר סימנים מובהקים אין מחזירין לו עד שיביא עדים שהיא שלו, אמרו חכמים והיה עמך עד דרוש אחיך אותו עד שתחקור אחריו אם רמאי הוא אם לאו.

השגת הראב"ד: שהיא שלו וכו'. א"א סימן מובהק לגמרי עכ"ל.

המ"מ הבין בדעת הראב"ד דסובר דאפי' בסימן מובהק לגמרי אין מחזירין לרמאי, ולפי"ז צ"ל הציון בד' הראב"ד לא על שהוא שלו אלא על סימנים מובהקים דסיפא דגם

בסימן מובהק לגמרי אין מחזירין לרמאי, והב"ח והש"ך בחו"מ סי' רס"ז כתבו דסובר הראב"ד דבסימן מובהק מחזירין לרמאי והוכיחו מזה שהציון הוא על עד שיביא עדים שהוא שלו, שע"ז כתב דסימן מובהק לגמרי נמי מהני.

והנה המראות הצובאות בפתיחה לסי' כ"ד כ' דמדברי הראב"ד בש"מ מוכח כדעת המ"מ שכ' שם דאם סימנים דרבנן גם סימן מובהק דרבנן. וא"כ ברמאי שתקנו שלא להחזיר בסימנים ואוקמא אדאורייתא אין חילוק. וכ' המה"צ דכן כתב הבעה"מ בשם הר"ש וכ"מ להדיא בש"מ שם בשם הראב"ד ע"ש, וכשעיינתי ראיתי דבדברי הראב"ד שם בהשגתו על הבעה"מ מבואר להיפוך שכתב וז"ל. ואי איתא לפרושי הכי הוא דמפרשינן מאי לאו בסימנים ואפי' בשאינו מובהק דקרא לא מפליג בהו. לא בעדים שלא יהא רמאי ואז נחזיר לו בכל סימן, אבל בסתם אין מחזירין לו אלא בסימן מובהק וכ"ש לרמאי עכ"ל. ומוכח דגם לרמאי מחזירין בסימן מובהק דהא לא כתב וכ"ש לרמאי דאפי' בסימן מובהק אין מחזירין.

איברא דלדברי הראב"ד בפירושו שהביא המה"צ דמדאורייתא אין חילוק בין סתם סימנים לסימן מובהק משמע דלרמאי אפי' בסימן מובהק אין מחזירין וצ"ל דבהשגות על בעה"מ חוזר ממש"כ בפירושו. וא"כ אפשר דגם בהשגתו על הרמב"ם דעתו כן. אלא דבאמת אין להוכיח כלל מדברי הראב"ד בפירושו דמפרש הגמ' אי נימא סימנים דרבנן דאז גם סימן מובהק דרבנן. אבל הראב"ד להלכה כאן הא לא השיג על הרמב"ם שכתב בהלכה דסימנים דאורייתא. וכיון דכל עיקר דין רמאי דלא מהני ביה סימנים הוא מדרבנן כמש"כ הריטב"א בש"מ. וכן כתב המה"צ בעצמו א"כ שפיר אפשר דסובר הראב"ד דכיון דסימן מובהק עדיף דמחזירין גט אשה אפי' אי סימנים דרבנן א"כ שפיר דסובר דגם לרמאי מחזירין.

והנה המ"מ כתב וז"ל דע דיש ג' מיני סימנים ס"מ ביותר כמו נקב בצד אות פלוני מחזירין אבדה לדברי הכל והרי הן בעדים וכו'. וזהו שיטת הרמב"ן דסימן מובהק מהני לכו"ע מדאורייתא ודלא כהראב"ד. אבל מה שכתב והרי הן כעדים אינו מדוייק דהא לרמאי אין מחזירין לשיטת הרמב"ם אפי' בסימן מובהק, אלא דכונתו דלענין ברור שאינו מצוי שיהיה גם באבדה של אחר נקב בצד אות פלוני. חשיב בירור זה כעדים דהוא ודאי ולכן מהני גם לענין גט ומיתת הבעל ומה דלא מהני ברמאי נקב בצד אות פלוני הוא משום דכיון דרמאי הוא שמא דרש וחקר מבעל אבדה ונודע לו הסימן. ולכן גם בנקב בצד אות פלוני לא מהני. ובאמת צריך להבין טעמו של הרא"ש דסובר דסימן מובהק מהני גם לרמאי. ואולי סובר דסימן מובהק ממש אינו מצוי שיודיע האובד לאחרים. ורק

סימן אמצעי כמו מדה ומשקל אפשר להתודע לרמאי שלא בגדר סימן רק בדרך שיחה בעלמא, אבל זה ודאי אינו מוכרח ושפיר מסתבר שיטת הרמב"ם דלרמאי לא מהני אפי' סימן מובהק ואין מחזירין לו אלא בעדים:

הלכה ה

הסימנים המובהקים סומכין עליהם ודנין על פיהם בכל מקום דין תורה, והמדה או המשקל או המנין או מקום האבדה סימנים מובהקין הן.

הרמב"ם פסק כאן דסימנים דאורייתא ובפ"ג מה' גירושין גבי גט כתב דצריך נקב יש בצד אות פלונית. ובפי"ג כתב דאין מעידין אלא על פרצוף הפנים אם החוטם אע"פ שיש סימנים בגופו ובכליו, וכבר הקשה זה בכ"מ ובזה היה אפשר לומר דמפני חומר איסור אשת איש חשש להחמיר כמ"ד סימנים לאו דאורייתא. אכן גם בה' נחלות פ"ז ה"ג כתב דאם יש סימנים מובהקים ואבד זכרו יורדין לנחלה משום דלא החמירו בדברים אלו אלא מפני איסור כרת, ומוכח דדוקא אבד זכרו אבל בסימנים לבד אין יורדין לנחלה.

והנראה בזה דהנה התוס' כתבו בדף כ"ה דאמר את האבדה לאו משום שהוא חשוד לשקר אלא דאמרינן ליה כי היכי דאת אבדת וכו'. וכונת התוס' א"א לומר דאין אנו חושדין אותו כלל דהא אינו ת"ח. ואין לומר דרק לענין טב"ע צריך ת"ח משום דאמר בדדמי אבל שקר לא יאמר. דא"כ נוכל להכריז האבדה והסימן וע"כ דבודאי אין אנו מאמינים לסתם עובד שאינו ת"ח, אלא די"ל בכונתם דזה מסתבר דמה דאמר שם האבדה היה צריך להיות ראיה שהיא שלו משום דכיוון האבדה נמו אינו מצוי דכמו דמדה ומשקל הוי סימן בשביל דיש כמה מיני מדות ומשקלות ה"נ יש כמה מיני אבדות ומדנתכוין לומר האבדה היה צ"ל סימן. ורק החסרון הוא משום דמצוי שיאבד גם איש אחר אבדה כזו. איברא דלכאורה לא נוכל לומר דעכ"פ יש לנו ראיה שהוא אבד חפץ כזה מדנתכוין לומר החפץ. דהא אם נאמר שזה החפץ הנמצא הוא של אובד אחר אין לנו שום ראיה שנתכוין דהא שלו לא נמצא כלל. אלא דמ"מ אם אמרו לו המקום והוא אמר האבדה אז האבדה בעצמה הוי סימן. וזהו מש"כ התוס' דלאו משום שהוא חשוד לשקר דבלא טעמא שגם אחר אבד היה גם כיוון האבדה סימן שאינו משקר.

אכן מדברי הרמב"ן גבי אין סימן למטבע הביאו המ"מ בפי"ד הל' י' שכתב חוששין שמה הוציא את זה ומאחר נפל והוא אבד אחרת כיוצא בה משמע דאפי' היכי שאין אומרין שהאבדה שלו מ"מ אנו אומרין שאבד אבדה כזו. וצ"ל בדעתו דזה שנתכוין לומר האבדה מכריח אותנו לומר שאבד אבדה כזו דלכוין כסומא בארובה אינו מצוי ויותר מצוי שאבד אבדה כזו. ובשביל זה נתכוין לומר האבדה. ובאמת מוכח כן מד' הגמ'

דאמר מ"ט אמור רבנן רקתא דנהרא לא הוי סימן דאמרינן ליה כי היכי דאיתרמי לדידך איתרמי נמי לחברך ומשמע דעכ"פ אמרינן דהוא נמי אבד.

ולפי"ז נוכל לומר דהנה בב"ב דף קע"ב ע"ב אמר רבה דלא חיישינן לנפילה ואביי אמר דלנפילה דיחיד לא חיישינן לנפילה דרבים חיישינן, והנה אליבא דרבה דסובר דנפילה דרבים נמי לא חיישינן אפשר דהיינו דוקא היכי דלא איתחזק נפילה. ומצאתי כן בפנ"י ואף שאחיו של הגרעק"א הקשה עליו דכיון דהשליח יודע שאבד א"כ למיחש על אחר הוי כמו דלא איתחזק נפילה. אבל באמת סברתו אינו מוכרחת דאפשר לומר דבנמצא כיון דאיתחזק נפילה לפנינו לא מהני מה שהוא אבד דאפשר כמו שהוא אבד כן גם אחר אבד, אכן אף דלכאורה הא רבה לא סבר סברת אביי דנפילה דיחיד דאי לא"ה איך מייתי ראיה, אך אפשר דסברת רבה דאינו חושש לנפילה הוא כמו שאמרתי בישוב ד' החכ"צ שכ' דהיכי דאיכא סימנים בגופו לא חיישינן לשאלת כלים משום דהוי שאלה דיחיד, והקשו עליו האחרונים דהא לא קיי"ל כאביי, ועוד דאביי גופיה לא התיר אלא בנפילה דיחיד אבל בשאלה דיחיד לא התיר מדצריך לומר על פקדון כיון דשמיה כשמיה לא מפקיד גביה. וישבתי שיטת החכ"צ עפ"י שיטת הרמב"ן שהסביר הא דמייתי רבא ראיה דלא חיישינן לתרי יצחק מדמגבין בשטרי דחבי בר נאני ונאני בר חבי אע"ג דשכיחין טיבא, דדחקו בזה הראשונים רש"י ותוס' דהא גבי תרי יצחק לא הוחזקו ובהוחזקו בודאי הוי אסור ובשטרי דחבי בר נאני הוחזקו, ופי' הרמב"ן דרבא מייתי ראיה דאמרינן כאן נמצא וכאן היה וכונת הרמב"ן ע"כ דכאן נמצא וכאן היה לחוד אינו מועיל דא"כ אף על אדם סתם דאזיל מקורטובא לאספמיא נאמר הכי וזה א"א. וע"כ דהוא בצירוף עם חששא דיחיד והיינו כאן נמצא וכאן היה עם סברא דלא שכיחא תרי יצחק, ולכן ס"ל לרבה דג"כ בנפילה היכי דאיכא כאן נמצא וכאן היה עם סברא דנפילה מזהר זהירי מהני.

ולכן אפשר לומר דרבה היה מודה בסברת אביי דלא חיישינן לנפילה דיחיד רק דסובר דהוצאת ממון עדיף טפי וכעין מה דכתב הנמוק"י בהא דהקשה דהא בכתובות לא סבר רב אשי כאן נמצא וכאן היה, ותי' דהוצאת ממון שאני אך באמת מרב אשי אין קושיא כלל כמו שכ' הש"ש דהתם איירי רק לענין להחזיק ריעותא דמומין מזמן לזמן ולחלק מקודם רשות הבעל לאח"כ. ולא שייך לכאן נמצא וכאן היה שבכאן דאנו מחזקין דאותו שנמצא הוא שהיה ואין אנו מחדשין אחר. או השטר שנמצא ביד יוסף בן שמעון הוא שהיה בידו מקודם ואין אנו מחדשין שהיה מקודם ביד אחר ומידו בא לידי זה ע"י מסירה או נפילה, והשתא דהכי נוכל לומר להיפוך דסברת כאן נמצא וכאן היה כיון דהוא גדר חזקה מהני אפי' להוציא ממון, אבל סברא דנפילה דיחיד כיון דהוא רק סברא

דלא שכיחא לא מהני בזה להוציא ממון כמו דאין מוציאין ממון באומדנא, ולכן סובר רבה דאפשר להוכיח דלא חיישינן לנפילה אפי' לנפילה דרבים, דדוקא משום כאן נמצא וכאן היה מהני להוציא ממון.

ולפי"ז נמצא דאם חיישינן לנפילה דיחיד א"כ ע"כ הא דמחזירין אבדה הוא משום דסימנים מהני אפי' לברר לגמרי, אבל אי לא חיישינן לנפילה דיחיד א"כ אפשר דסימני אבדה לא מהני אלא לברר דאינו רמאי והיינו שהוא אבד, וכיון שהוא אבד אבדה כזאת בסימנים כאלה. א"כ למיחש שמא עוד אחר אבד בסימנים כשלו הוי נפילה דיחיד, ונ"מ דגבי עדי מיתה כיון דלא שייך שם סברא דנפילה דיחיד דהא אין אנו יודעין כלל אם זה הבעל מת לכן לא מהני סימנים וגבי גט למאי דקיי"ל כרבי זירא דבהוחזקו אפי' באין שיירות מצויות חיישינן. לשיטת הרא"ש בדעת הרמב"ם. ומוכח דגבי גט חיישינן לנפילה דיחיד, א"כ שפיר דלהלכה לא מהני גבי גט סתם סימנים. אלא דוקא נקב בצד אות פלונית.

ונראה דבמה שכתבנו נוכל לבאר ד' הרמב"ם במה שכ' על מצאו קשור בכיס דפסק הרמב"ם אם מצאו קשור בכלי שהניחו בו ויש לו טב"ע בארכו ורחבו של גט. וכבר הקשו למה צריך שני הדברים. אכן באמת טב"ע בארכו ורחבו של גט אינו אלא סימנים והיינו דלא צריך שידייק ארכו ורחבו במדה רק שע"פ טב"ע בארכו ורחבו מכיר שזהו ארכו ורחבו של גט שלו, ולכן שפיר דבאמת היה אפשר למיחש לשאלה ואף דכאן לא שייך שאלה דהא בעצמו יודע שהניחו בכלי זה ולא השאיל אותה מ"מ אפשר למיחש דשמא מי שמצא הכלי הניח שם גט שלו. אך יש כאן סברא דכאן נמצא וכאן היה ושאלה דיחיד לא שייך כאן אף שע"כ צריך לחוש לאותו השם שכתוב בגט, רק כיון דמיירי הרמב"ם בשיירות מצויות דכ' הרשב"א דהוי נפילה דרבים, אבל היכי שיש סימנים בארכו ורחבו של גט ע"כ לשיטת החכ"צ הוי שאלה דיחיד ומבוארים דברי הרמב"ם.

איברא שאינו מבורר אם הרמב"ם פוסק הא דחיישינן לשאלה והאחרונים הוכיחו דהשמיטו הרי"ף והרמב"ם הא דחיישינן לשאלה, אבל באמת לא מצינו ג"כ ברמב"ם שיתיר לענין איסור א"א חשש שאלה, והנה הוכיחו מהא דהזכיר הרמב"ם גבי השבת אבדה במקום אוכף מרדעת. ומוכח דלא דווקא אוכף דלא מושלי. אך אפשר דבאמת לענין השבת אבדה לא חיישינן לשאלה, דאף דפוסק דסימנים דאורייתא מ"מ אינו מוכרח לחדש חשש שאלה דזה דוקא אי אמרינן דילפינן איסורא מממונא. אבל אי לא ילפינן איסורא מממונא לא קשה מהא דאעפ"י שיש סימנים בגופו ובכליו ולא צריך לחדש חשש שאלה, והרמב"ם דפוסק דאע"ג דלא הוחזקו כר' זירא אלמא דלא ילפינן

איסורא מממונא וממילא א"צ לחדש חשש שאלה, מ"מ יש לומר דהיינו דוקא לענין ממון אבל לענין איסור א"א כמו דמחמירין לענין סימנים ולענין לחוש לשני יוב"ש אע"ג דלא הוחזקו כן נמי חיישינן לענין שאלה, וזהו ד' הרמב"ם דאף שמצאו בכלי שהניחו בו מ"מ הוי חיישינן שמא אחר לקח הכלי והניח גט אחר וצריך לזה גם הא דסימנים, ואף דבהגט יש שמו ושם אביו וא"כ הוא כשאלה דיחיד, כבר כתבנו דכתב הרשב"א דבשיירות מצויות חשיב נפילה דרבים וממילא הוי שאלה דרבים, והרמב"ם הא מיירי כאן בשיירות מצויות, ולזה צריך גם סימני הגט וחשיב שאלה דיחיד, וטב"ע בארכו ורחבו של גט לא חשיב אלא כסימנים וכמש"כ.

ובאופן אחר נוכל לומר במה דכתב הרמב"ם דדוקא היכי דאבד זכרו יורדין לנחלה עפ"י מה שכתב הרמב"ם בה' שאלה ופקדון דהיכי דבא ונתן סימנים על חפץ של יתומים בעינן שאביהם לא היה אמיד ומוכח דבסימנים לבד אין מוציאין, וההסבר דאף דמצינו דסימנים מהני דאורייתא היינו היכי דהדבר בספק, אבל היכי דהוא ודאי לא מהני סימנים, וכיון דחזקה כל מה שביד אדם הוא שלו לא מהני סימנים להוציא ועיין מש"כ הקצוה"ח בסי' רנ"ט סק"ב, ולכן נראה ע"פ מה שכ' הרמב"ם לחלק בין מים שאין להם סוף דאם נשאת לא תצא, ובין ספינה שאבדה בים דנותנים עליה חומרי חיים וחומרי מתים, וכ' הריב"ש דהיכי שלא עמדו עד שתצא נפשו אע"ג שרובן לאבד מ"מ אסור מדאורייתא משום שיש חזקת אשת איש וחזקת חיים. ורק היכי ששהו עד כדי שתצא נפשו הוי מיעוטא דמיעוטא. ולכן נוכל לומר דהיכי דלא אבד זכרו יש חזקת חיים וחזקה הוי כודאי ולא מהני סימנים, ואף דהיכי שנמצא אחד מת לכאורה לא שייך חזקת חיים דהא ע"כ אחד מת, מ"מ נראה דשייך גם בזה חזקת חיים דהא מצינו חילוק בין ראינוהו חי מבערב ולא ראינוהו חי מבערב לענין נגע באחד בלילה דאלמא דעל אותו שלא ראינוהו חי לא שייך להעמידו בחזקת חיים דחזקה לא שייך אלא היכי שהחזקנו אותו מקודם. ומטעם זה נראה מה שכתבו בתוס' דחזקה שלא נתבררה בשעתה לא הוי חזקה וממילא אפשר דכאן נמי אף שאחד בודאי מת מ"מ שייך להעמיד אותו שידענו אותו בחזקת חיים, ומשום הכי לא מהני מדאורייתא סימנים כנגד חזקת חיים, ולזה היכי דאבד זכרו דאיתרע חזקה אז מהני מדאורייתא סימנים:

הלכה ו

באו שנים זה נתן סימני האבדה וזה נתן סימני האבדה כמו שנתן האחר לא יתן לא לזה ולא לזה, אלא תהיה מונחת עד שיודה האחד לחבירו או יעשו ביניהן פשרה, נתן האחד את הסימנים והשני הביא עדים יתן לבעל העדים, זה נתן סימנים וזה נתן סימנים ועד

אחד הרי העד אחד כמו שאינו, ויניח.

הגרעק"א בחידושיו לב"מ הקשה דאמאי לא נימא יחלוקו. דהא הוי חלוקה יכולה להיות אמת דאפשר הוא של שניהם, והוי כמו זה אומר אני ארגתיה וזה אומר אני ארגתיה, והמוצא תופס בחזקת שניהם, ונראה דכיון שמחויב המוצא להשיב לבעלים לא הוי השבה במה שיעשה חלוקה והוי כמו גבי אי תפסינן לא מפקינן שכ' הרמב"ם שיחלוקו ברצונם ובשבועה דד' הרמב"ם שם לכאורה תמוה דמה שייך שבועה היכי שיחלוקו ברצונם, ומוכח דבאמת היה שייך דין חלוקה מדין שנים אוחזין, ורק דמכיון שתפסו ב"ד לבירור אין מוציאין בלא בירור. ולכן אם שניהם מרוצים שיוציאו ב"ד מידם ויהיה כדין אז ישאר הדין יחלוקו כמו גבי שנים אוחזין ויהיה שייך ג"כ דין שבועה, ולפי"ז גם כאן אם יתרצו באופן זה שיניח המוצא מידו ויעמוד על הדין שביניהם אז צריך להיות דין חלוקה ובשבועה כמו התם, וסמך הרמב"ם על מה שכתב שם דשם עיקר הלכות טוען ונטען, וכאן כתב רק משום דין דסימנים, ולא נחית לזה ולכן כתב רק עד שיודה האחד לחבירו או שיעשו פשרה.

והנה הרא"ש דאותו שכנגד העד צריך לישבע ולא כתב כן הרמב"ם ומשמע דאינו סובר כן, ונראה דסובר הרמב"ם דלא שייך שבועה אלא היכי דהוא מוחזק ונשאר תחת ידו, דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין אבל הכא אין אותו שכנגד העד מוחזק ולא נשאר תחת ידו כלום, וסברת הרא"ש הוא דמכיון דאותו שיש לו העד מעוכב בשבילו שלא יתן לו המוצא בשביל זה צריך לישבע, והרמב"ם חולק על סברא זו אלא דדוקא היכי שהוא אצלו אז חייב הוא לישבע, ונראה דנוכל לומר דאזלי לשיטתייהו לפימש"כ במקומו באריכות דהרמב"ם והתוס' מחולקים, דתוס' סברי דלענין דין יחלוקו צריך דוקא שיהיו שניהם אוחזין ממש, וגבי מנה שלישי דמדמה בגמ' לטלית היינו משום שהנפקד תופס בחזקת שניהם וכן כתב שם הרא"ש, אבל שיטת הרמב"ם דלא צריך דוקא שניהם אוחזין אלא דאם גם אחד אוחז ואין אנו יודעין מי הוא, דליכא למימר כל דאלים גבר ג"כ יחלוקו, וזהו דמדמי בגמ' לטלית משום שהנפקד תופס בחזקת בעל הממון, ולכן יש לומר דשיטת הרא"ש דהמוצא תופס בחזקת שניהם, ולכן שפיר הוי נשבע ונפטר במה שאינו מניח למוצא ליתן לאותו שיש לו עד אחד, אבל הרמב"ם סובר שהמוצא אינו תופס בחזקת שניהם אלא בחזקת בעל הממון ולכן לא חשיב נשבע ונפטר.

ולכאורה מוכח דלא כמש"כ מהא דאמרינן בפ' הבית והעליה אם היה אחד מהם מכיר מקצת אבניו נוטלן, ואמר ע"ז בגמ' דאיירי בשיש עסק שבועה ביניהם, ומעיקרא מוקים הגמ' בחד תירוץ דמיירי דמנחי ברה"ר אלמא דאע"ג שהם מונחים ברה"ר מ"מ חייב

שבועה אף שאינו נשבע ונפטר, אכן אפשר לומר דיש נ"מ בין היכי שהדין יחלוקו ובין היכי שהדין יהא מונח, שבדין יחלוקו כבר נחשב בחזקת שניהן וכמו שכ' התוס' שם, אבל היכי שהדין יהא מונח סובר שפיר הרמב"ם שלא נחשב בחזקת שניהם, ולבד זה אפשר לומר דהא דקאמר כגון שיש עסק שבועה ביניהם א"א דמיירי כפשטיה וכשנפל ברה"ר דא"כ הוי ליה הילך, וכבר העיר בזה הנתה"מ וכתב דמיירי או שנשברו אותם שהוא מודה בפשיעתו. או שנלקחו לרשותו דרך גזלה וא"כ אפשר לומר דגם אותם שהוא אומר איני יודע מונחים ברשותו כיון דע"כ לא מיירי בשמונחים כולם ברה"ר ולא הוי דומיא דרישא, ונראה דבשביל זה השמיט הרמב"ם הא דאם היה אחד מכיר מקצת אבניו משום דבפשטה א"א להעמיד דהוי ליה הילך וצריך להעמיד באופן שלקח לרשותו. וכבר כתב בה' טוען דין משואיל"מ בטענת שמא:

-השמטות ומלואים-

עיין מש"כ בפ"ט מהל' טוען הל' ז' באריכות, ועוד נראה דבמחלוקת הרמב"ם והרא"ש יש לתלות בדברי הר"ן בפ' גיה"נ שהבאתי שם דלהר"ן דסובר דע"א נאמן באבדה ע"כ צ"ל דהא דאינו נאמן בסימנים וסימנים משום דע"א בהכחשה אינו נאמן וכ"כ בתשובות המהר"ם מינץ וע"כ צ"ל ששניהם טוענים ג"כ שמכירין בטב"ע דאל"כ ליכא הכחשה דאפשר שניהם אבדו והע"א מכיר בטב"ע שזהו של אחד, ולכן הרא"ש יסבור כהר"ן ושפיר שייך שבועה, אבל הרמב"ם לא יסבור כהר"ן ופשטות דין סימנים וסימנים והע"א לא משמע שטוענין בטב"ע ומ"מ אין הע"א נאמן, וא"כ ממילא לא שייך שבועה דהא אין הע"א מכחישו שהוא לא אבד חפץ בסימנים כאלו.

הלכה י

הכריז או הודיע ולא באו הבעלים תהיה המציאה מונחת אצלו עד שיבוא אליהו ובכל זמן שהאבדה אצלו אם נגנבה או אבדה חייב באחריותה ואם נאנסה פטור ששומר אבדה כשומר שכר הוא מפני שהוא עוסק במצוה ונפטר מכמה מצות עשה כל זמן שהוא עוסק בשמירתה.

לשון הרמב"ם אינו מדוקדק במה שכ' ונפטר מכמה מצות ולא כלשון הגמ' דפטור מלמיתב ריפתא לעניא. ומשמע שבמה שנפטר ממצוה אחרת שאין בה הפסד ממון ג"כ הוי בזה שומר שכר, ונראה דבא ליישב דאף דאמר הגמ' באין בין המודר דפרוטה דרב יוסף לא שכיחא, אבל שאר מצות ביחד כמו כל מה שנשנה במשנת אלו דברים זה שכיחא, ובמודר הנאה צריך שיהנה ממש הנאת ממון ומה שממילא פטור מלעשות מצוה לא הוי הנאה דאסור במודר הנאה. אבל בשומר כל טובת הנאה מיקרי שכר.

והנה בנמוק"י בנדרים כתב דאף דפרוטה דרב יוסף לא שכיחא מ"מ שכר גבי שומר מיקרי. ובטעמא דמילתא נראה דמה שיש לו דין שיהיה פטור מלמיתב רפתא לעניא כשיבוא העני בשעה שעוסק, זהו טובת הנאה תיכף ונקרא שכר גבי שומר, וגבי מודר מותר הנאה כזו, אלא דוקא הנאה של ממון ממש בשעה שבא העני כשהוא עוסק ובזה אמרינן דלא שכיחא. ואף דקיי"ל ויתור אסור במודר הנאה היינו עכ"פ הנאה ממש אלא שאין משכירין כיוצא בה. אבל במידי דאתי ממילא צריך דוקא של ממון. ולכן כיון דעיקר הפטור מלמיתב ריפתא לא שכיח לא חיישינן לזה. וכן כתב הר"ן שם דכיון דלא שכיחא לא מבטלינן בשבילה מצוה עשה:

הלכה יא

וצריך לבקר את האבדה ולבדקה כדי שלא תפסד ותאבד מאליה שנאמר והשבותו לו ראה היאך תשיבנו לו, כיצד מצא כסות של צמר מנערה אחת לשלושים יום. ולא ינערנה במקל ולא בשני בני אדם, ושוטחה על גבי מטה לצרכה בלבד אבל לא לצרכה ולצרכו, נזדמנו לו אורחים לא ישטחנה בפניהם ואפילו לצרכה שמא תגנב.

אבל לא לצרכה ולצורכו, כתב המ"מ ע"ז בעיא דלא איפשטא שם ולחומרא, וכן כתב הרא"ש, והרי"ף השמיט אבעיא זו ולא הזכירה והביא רק ברייתא דנזדמנו לו אורחים. וכתב כתי' הגמ' וכתב דגם לצורכה אסור וכמש"כ הרמב"ם. ומכיון שהביא תי' הגמ' על הברייתא קשה עוד יותר למה לא הביא דין דלצרכה ולצורכו. ולפלא על הראשונים שלא עמדו בזה ורק בעל ההשלמה הביא האבעיא.

ונראה דבפסחים דף כ"ו איפלגו אביי ורבא בלא אפשר וקא מכוין ומייתי בגמ' ע"ז ברייתא דנזדמנו לו אורחים להוכיח דלא אפשר וקא מכוין אסור. ודחי כמו דדחי הכא בגמ' דמקלי קלי לה אי משום עינא אי משום גנבי. וא"כ מוכח בגמ' דאי לא אפשר וקא מכוין אסור ודאי אסור לצרכה ולצורכו. וכיון דהרי"ף פסק שם דלא אפשר וקא מכוין אסור ממילא פשיטא דלצרכה ולצורכו אסור. ומה שכתב הרי"ף תי' הגמ' על הברייתא משום דסובר דמ"מ תי' הגמ' אמת להלכה ואפי' לצרכה אסור כיון דאיכא למיחש משום גנבי. וגם בדעת הרמב"ם אפשר דאינו רק לחומרא אלא דאסור בודאי כמו דמוכח מסוגיא דבפסחים.

אלא דקשה על הרא"ש והמ"מ שכתבו דהוא בעיא דלא איפשטא ולחומרא. וצריך לומר בדעתם דהא דלא אפשר וקא מכוין כתבו בתוס' שם דהיינו דלא אפשר אלא בטורח גדול. ולכן זה ודאי דכיון דלא ידע טעמא דמקלי קלי לה הוי מוכח מברייתא דלצרכה ולצורכו אסור. אלא דיש לומר דכ"ז באפשר דהיינו שבלא טורח יוכל לשטוח את האבדה אחר

שילכו האורחים. ולכן פושט מברייתא דנזדמנו לו אורחים. וסבר דאשמעינן בברייתא דאפי' לא אפשר אלא בטורח מדקתני סתמא. אבל מכיון דמשני טעמא דמקלי קלי לה ובנזדמנו לו אורחים אפי' לצרכה אסור, אין ראיה מברייתא לא על דינא דלא אפשר וקא מכוין ולא על דינא דלצרכה ולצורכו, וכיון דהכא בב"מ שהוא בדוכתא לא אפשטה האבעיא לא נוכל להוכיח מסוגיא דפסחים דזהו לפי ההו"א דלא ידע טעמא דמקלי קלי לה.

והנה התוס' כתבו דהא דאסור הוא גזירה שמא יתמשך ומסוגיא דפסחים לא משמע כן דא"כ לא הוי שייך לדין לא אפשר וקא מכוין. וזה העיר ח"א הגרא"ש ני' ולדבריהם גם בפרה צ"ל משום גזרה וכן כתבו להדיא, אבל באמת לא דמי דבפרה א"א לומר שמא יתמשך דהוא דין על העבר וצ"ל דפסלינן גזרה משום פרה אחרת וזהו דוחק דפרה לא שכיחא שנגזור משום פרה אחרת, ובראיית התוס' מספר ומכלי נחושת כבר תי' הר"ן דשטיחה הוא טרחא קלה, אבל תשמיש בכלים שלא לצרכן הוא טרחא גדולה ולא חייבו אותו חכמים, ובטעמא דספר כתב דניחא ליה משום מצוה, וגם בספר אפשר לומר הטעם הקודם.

עוד כתבו בתוס' דכלי נחושת וכלי כסף אפי' לצורכן מותר, כיון שע"י אותו תשמיש אינו יכול לבוא לידי קלקול דאי דוקא לצורך הכלי מאי פריך פקדון מאי עבידתיה גביה כיון שהוא שומר יש לו לעיין שלא יתקלקל, ודבריהם חידוש גדול דמותר להשתמש אפי' שלא לצורך הכלי, ולשון המשנה דתנן משתמש בהן לצרכן אבל לא לשחקן לא משמע כן, ולדברי התוס' צ"ל דמדתנן אבל לא לשחקן מוכח דלצרכן לאו דוקא אלא דבכלל הוי השמוש לצרכן ודחוק, ועל ראיית התוס' מפקדון כתב הרא"ש דפקדון שהבעלים בעיר יכולים בעצמם לבוא וליטפל בו, אבל לדברי הרמב"ם יש לדחות מטעם אחר דמדברי התוס' משמע דחיוב שמירה מחייבת להתעסק בהאבדה ובהפקדון, אבל הרמב"ם כתב וצריך לבקר וכו' שנאמר והשבתו לו כו' ומוכח דמדין חיוב שמירה לחוד אינו חייב בזה, ומשמע דשומר אינו חייב אלא לשמור מסבה חצונית, אבל מה שהחפץ מתקלקל מצד עצמו אין בזה חיוב שומר.

ויש להביא ראיה לזה מהמפקיד פירות אצל חבירו דאם הם אבודים יותר מכדי חסרונן מוכרם בב"ד משום השב אבדה, ואמאי לא יתחייב מדין שומר, ודוחק לומר דכיון דאינו יכול לתקן עיקר הפקדון אינו מדין שומר דמסתבר דעל הדמים נמי שייך שומר כמו אם יבוא גזלן שאינו נותן דמים וחמסן שנותן דמים והשומר יכול לעשות שהחמסן יקח ויתן דמים והניח לגזלן שיקח בלא דמים בודאי מסתבר שחייב.

ובזה יש לבאר מה שעמד הסמ"ע בסי' רצ"ח סכ"ב במש"כ המחבר והוא מדברי הרמב"ם וז"ל בד"א בפקדון שהלכו בעליו למד"ה, אבל אם היו עמו באותה הארץ הרי זה לא יגע בו אע"פ שנאבד, וכ' ע"ז הסמ"ע וז"ל אבל בטור כתב אבל אם הוא עמו במדינה וסתם מדינה בלשון הגמ' ופוסקים הוא עיר. וכ"כ הטור בסי' רס"ז אבל אם הם בעיר א"צ לטפל בהן, ודחק שם הסמ"ע להשוות הלשונות, אבל לפי מה שנתבאר תלוי בזה דהרא"ש כתב בטעמא דדוקא בהלכו למד"ה דאי ישנן בעיר אין הנפקד חייב ליטפל בו מאחר שהמפקיד יכול לשמור חפציו שלא יתקלקלו, ולפי"ז צריך לומר דמה דאמר כשהלכו בעליו למד"ה מילתא פסיקתא נקט וה"נ אם הם בעיר אחרת רחוקה דעכ"פ עכשיו אינם יכולים לטפל בהפקדון, אבל לשיטת הרמב"ם דהוא דוקא משום השבת אבדה הוא דוקא אם בעליו במד"ה דאז הוי לגבייהו בגדר אבדה, ולכן כתב דאם הוא בארץ לא יגע בו:

הלכה יד

מצא תפילין שם דמיהן ומניחן עליו שדבר מצוי הוא ביד הכל ואין עשויין אלא למצותן בלבד, מצא דבר שיש בו רוח חיים שהרי צריך הוא להאכילו אם היה דבר שעושה ואוכל כגון פרה וחמור מטפל בהן י"ב חודש מיום המציאה ושוכרן ולוקח שכר ומאכילן. ואם היה שכרן יתר על אכילתן הרי היתר לבעלים, וכן התרנגולים מוכר ביציהן ומאכילן כל י"ב חודש מכאן ואילך שם דמיהן עליו והרי הן שלו ושל בעלים בשותפות כדין כל השם בהמה מחבירו.

השגת הראב"ד: וכן תרנגולין וכו'. א"א יפה אמר שהרי שנינו שמין פרה וחמור וכל דבר שהוא עושה למחצית שכר הילכך כל מה שיוכל להחזיר ליד בעלים מחזיר עכ"ל.

במש"כ הרמב"ם בתפילין שם דמיהן ומניחן עליו לא פירשו מפרשי הרמב"ם כלום, והסמ"ע והש"ך בסי' רס"ז פירשו בדברי המחבר שהוא בתורת מכירה ששם דמיהן ולוקחן לעצמו, וביארו בדבריהם דגם בלשון הרמב"ם מפרשים כן, והנה גבי אחר י"ב חודש כתב הרמב"ם שם דמיהן עליו והרי הן שלו ושל בעלים, וגבי דבר שאינו עושה ואוכל כתב הרמב"ם דימכר בב"ד, ומוכח דשיטת הרמב"ם דהיכי דצריך מכירה מוכרם בב"ד וא"כ אמאי גבי תפילין שם דמיהם, ומשמע דהוא שלא בב"ד דאם שם דמיהם הוא נמי בב"ד. א"כ למה נקט כאן שם וכאן מוכרם בב"ד.

והנה הגר"א ז"ל בס"ק ל"ב במש"כ המחבר כד' הרמב"ם דשם דמיהן עליו והרי הם שלו ושל בעלים בשותפות כתב וז"ל ורש"י פי' בכולן מוכרן ובב"ד כמש"כ הרא"ש דלכך קאי שם, ותוס' פי' בכולן שם לעצמו וכמ"ש בתפילין שם דמיהן וכמש"כ בסכ"ד בהגה,

אבל מדברי הרי"ף ותי' [צ"ל וגי'] בגמ' משמע כרמב"ם שכתב בההיא דסכ"ד מוכרן משום דשם א"א לומר שם דמיהן שהרי טיפולו יותר משכרו וב"י כ' משום רבית ע"ש ונסתלקה תמיהת הרא"ש עליו ע"ש עכ"ל. וכונתו במה שכתב הרא"ש וז"ל רב אלפס גורס בעגלים וסייחין ואווזין ותרנגולין מוכרן בב"ד, ולא ידענא טעמא מאי. ובזה כתב דלשיטת הרמב"ם מיושב כיון דמפרש שם דמיהן למחצית שכר. אבל דבר שטיפולו יותר משכרו א"א לומר כן. ומש"כ הגר"א ז"ל מדברי הב"י דהוא משום איסור רבית זה כתב הב"ח מדברי הב"י שפי' כן בדבריו. אבל בדברי הב"י אפשר לפרש כמש"כ הגר"א ז"ל. והנה גם הגר"א ז"ל לא ביאר לפרש לדעת הרמב"ם החילוק מתפילין לדבר שאינו עושה ואוכל. וכתב כן על דברי התוס' דהוא כמ"ש בתפילין אבל לדעת הרמב"ם לא ביאר.

והנראה דדעת הרמב"ם בתפילין דלא כמו שפירשו הסמ"ע והש"ך, דאינו למכור התפילין והמוצא יקחם לעצמו. דממ"נ אם נימא דבשביל זה דתפילין שכיחי לכן ניחא ליה למכרם. ויש בזה תועלת שלא יצטרכו לשמרם שלא יתקלקלו. א"כ אפי' אם המוצא אינו רוצה לקנות ימכרו אותם לאחרים. ולמה הוזכר רק ששם דמיהן ומניחן עליו. והמחבר הוסיף לכתוב אם רוצה, ואפי' אם רק לא איכפת ליה ואין נ"מ להאובד. ג"כ טוב יותר למכרן שלא יצרטכרו לשמרם שלא יתקלקלו. וכספים יש להם שמירה בקרקע בלא טיפול והתעסקות. ואם יש קצת טעם דניחא ליה בשלו א"כ למה התירו להמוצא.

ולכן ע"כ דאין הבאור שיקח המוצא התפילין לעצמו אלא שהוא שם דמיהן עליו כמו גבי דבר שעושה ואוכל, אלא דהתם שם דמיהן שיהיה של שניהם בשותפות שיהיה כדאי להמוצא להתעסק והכא אף דבודאי לא יהיה ריוח משהייתן מ"מ כיון דניחא לאדם בשלו, וקרוב לודאי שלא יתקלקלו במה שיניחם עליו, והן עומדין למצותן ע"כ אמרו חכמים בזה תקנה זו שהמוצא ישום דמיהן שאם יתקלקלו קצת. ולהאובד יהיה ניחא לקבל דמים כמו שויין של עכשיו יקח דמיהן, ואם יחפוץ בהתפילין יקח התפילין. והחלוק שבין תפילין לספרים שג"כ עומדין למצותן הוא משום דספרים בודאי יקרעו ע"י תשמיש בהם אבל תפילין קרוב לודאי שלא יתקלקלו ומכיון שהם עומדין למצותן אמדינן דעת האובד דניחא ליה בזה:

הלכה יז

מה יעשה בדמים ינתנו למוצא ויש לו רשות להשתמש בהן לפיכך אם נאנסו כגון שטרפם גייס או טבעו בים חייב לשלם. ואע"פ שלא נשתמש בהן שכיון שיש לו רשות להשתמש בהן הרי הן אצלו כשאלה.

הרי הן אצלו כשאלה, בב"מ דף כ"ט בגמ' איתא והו"ל שואל עלייהו והקשו בתוס'

דהו"ל למימר והו"ל לוה עלייהו דהא ע"כ קנה המעות דבפ' המפקיד פריך אי נאנסו חייב מאי איריא הוציא כי לא הוציא נמי ואם חייב להחזיר אותם המעות עצמם א"כ לא קנאם השולחני בשלא הוציאם ולא מעל כדאמר בפ' השואל לא בקע בו לא מעל כיון שהמשאיל יכול לחזור בו, וכ' בתוס' דנקט שואל משום דנקט אונסין אבל באמת הו"ל לוה, וא"כ קשה על הרמב"ם שכתב והרי הן אצלו כשאלה.

והנראה בזה דהנה בפ' השואל פליגי רב הונא ור' אמי בשאל קרדום מחברו דר"ה סבר בקע בו קנאו לא בקע בו לא קנאו, ור' אמי סבר דלא בקע נמי קנה, ונמצא דלר"ה חיובו של שואל אינו משום שקנה הדבר השאול. אבל לר' אמי נוכל לומר דהוא דוקא בשביל הקנין לתשמיש שקנה בדבר השאול בשביל זה נתחייב באונסין, והנה לרב הונא דלא קנה בשאלה זכות תשמיש א"כ חיוב שואל הוא מה שלקח מרשות חברו לרשותו דבר שיכול להשתמש. וא"כ במפקיד מעות מותרין ובדמי אבדה שגם בלא ההיתר תשמיש נתנו המעות לרשותו. א"כ אין שום טעם לחייבו בחיוב אונסין, אבל לר' אמי דשואל קונה קנין שאלה א"כ ה"נ כאן במפקיד מעות ובדמי אבדה קונה קנין שאלה להשתמש, ולכן שפיר יכול להתחייב בחיוב שואל אף דגם בלא דין שאלה נתנו המעות ברשותו, ולכן בהמפקיד פריך ר"נ לרב הונא לשיטתו דסובר דשואל לא קנה קנין שאלה, א"כ ע"כ דהא דנתחייב באונסין הוא משום דין לוה ולכן קאמר מאי איריא הוציא, אבל הכא בדף כ"ט קאי הגמ' להלכה דקיי"ל כר' אמי דשואל קונה קנין שאלה ולכן שפיר אמר והו"ל שואל עלייהו וכן פסק הרמב"ם.

-השמטות ומלואים-

בד"ה והנראה, כתבתי דלר"ה דלא קנה בשאלה זכות תשמיש א"כ חיוב שואל הוא מה שלקח מרשות חברו לרשותו דבר שיכול להשתמש, וא"כ במפקיד מעות מותרין ובדמי אבדה שגם בלא ההיתר תשמיש נתנו המעות לרשותו א"כ אין שום טעם לחייבו בחיוב אונסין, מש"כ דאין שום טעם אינו נכון דהא בלא ההיתר תשמיש הם ברשותו רק בפקדון, אלא דעכ"פ אפשר לומר דלא נוכל ללמוד משואל כיון דבשואל נתחדש הכנסת רשות והכא גם בלא זה הם ברשותו. [עד כאן].

עוד יש לומר דבפ' המפקיד שפיר פריך לרב הונא אפי' להלכה דלא שייך לומר דקנין שאלה יחייבו באונסין אלא היכי דיש לו הנאה מקנין שאלה שלא יוכל המשאיל לחזור דאז בדעתו לקנות קנין שאלה, ולכן יש לחלק מדמי אבדה לפקדון, דבדמי אבדה נוכל לומר שנתנו חכמים למוצא זכות בהיתר תשמיש וקנין שאלה ואף דבודאי כשיבוא האובד צריך להחזירם מ"מ איכא נ"מ באם יבוא האובד עד שלא נשתמש ויהיה צריך

ב"ד לברר אם הסימנים שלו מועילים, או אם יש עליו חשש רמאי שיהיה צריך לברר אם יתנו לו בסימנים דאז כל זמן שאין המוצא צריך להחזיר לו יכול להשתמש בהמעות אפי' אם האובד ימחה בידו שלא ישתמש, ונמצא שיש לו זכות תשמיש לכן שפיר יכול להתחייב באונסין בקנין שאלה, אבל במפקיד כיון דכשיבוא המפקיד הוא צריך להחזירם לו כשהם בעין, א"כ איזה תועלת יש לו בקנין שאלה ובודאי אין דעתו לקנות כלל כיון דכ"ז שלא בא המפקיד יכול להשתמש בלא קנין וכשבא המפקיד ע"כ יחזירם, וא"כ לא דמי לחפץ דכששאל ע"כ ישתמש בו, ואין המשאיל יכול לחזור בו ושפיר קנה קנין שאלה, ולכן בהמפקיד דסבר ר"ה אפי' נאנסו ע"כ הוא משום דסובר דהו"ל לוה אבל הכא בדמי אבדה שפיר הוא מדין שאלה.

ובדברינו נוכל לבאר דעת הרמב"ם במה שפסק בדמי אבדה דהוי כשואל ולגבי מפקיד מעות מותרין פסק כר"נ דאינו חייב באונסין, והתוס' בדף כ"ט כתבו דר"נ ע"כ סבר כרבה דשומר אבדה כש"ח ובדמי אבדה משום שמותר להשתמש הוי ש"ש, והרא"ש פ' המפקיד סכ"ו כתב בזה להקשות על הרי"ף שפסק כרב יוסף וכר"נ וכתב מקודם לתרץ משום דכבר הוי ש"ש אסקינן דרגא והוי כשואל, וזה התי' הביא הבעה"מ בשם רבינו אפרים ואח"כ כתב דאינו טעם נכון דאין חילוק בש"ש בין שכרו מרובה או שכרו מועט, ובשביל שנתוסף לו פרוטה דרב יוסף לא יהיה כשואל וכן כ' בתוס' שם, וכתב בשם הראב"ד דהנאת שימוש דמפקיד גריעא לפי שירא לקנות בהן סחורה שמא יבוא המפקיד לתבוע פקדונו, אבל בדמי אבדה יודע שישהא אצלו.

והנה בפ"ז מה' שאלה ופקדון הל' ה' כתב הרמב"ם דהמוכר פקדון ע"פ ב"ד הדמים יהיו מונחים אצלו ויש לו להשתמש בהם והרי הוא עליהן ש"ש, וכתב המ"מ דלמד זה מדין מעות מותרין, ואע"ג דבדמי אבדה הוא כשואל כבר תירצו זה דבדמי אבדה כיון דבאבדה עצמה הוי ש"ש, לכן בדמי אבדה אנו מעלין מדרגה תחת וחייב באונסין וזהו דלא כמש"כ התוס' והרא"ש ובאמת קשה על המ"מ שהניח תי' הראב"ד וכתב תי' הר"א דלא מסתבר, ונראה דבכונה כ' המ"מ זה כאן גבי מוכר פקדון ע"פ ב"ד, דגבי מפקיד מעות מותרין שפיר מיושב בתי' הראב"ד דהנאת שימוש דמעות פקדון גריעא וכנ"ל, אבל הכא במוכר פקדון ע"פ ב"ד דע"כ מיירי כשהמפקיד אינו בעיר כמש"כ המ"מ בהל' א', ועוד דהרמב"ם בהל' ד' גבי דין התעסקות בפקדון כתב בד"א בפקדון שהלכו בעליו למד"ה, והמ"מ למעלה בהל' א' בדין מוכר פקדון ע"פ ב"ד דכתב דדין זה אינו אלא כשאין המפקיד בעיר הוכיח זה מדברי הרמב"ם אלו, וא"כ אפי' אם נימא דדין מוכר פקדון אינו דוקא כשהלכו למד"ה אלא שאינו בעיר, אבל עכ"פ בהכי נמי מיירי, וא"כ לא יתיישב

בכאן בתי' הראב"ד דבדמי אבדה נמי אינו ודאי שישהא אצלו זמן רב, ורק דכיון דעבר זמן ולא בא האובד סמכא דעתו שעוד יתמשך, א"כ כ"ש כשהלכו בעליו למד"ה דודאי סמכא דעתו של הנפקד שיתמשך זמן עד שיבוא, ולכן בשביל זה הוכרח המ"מ להתי' דמעלינן חד דרגא, אלא דבאמת אינו מיושב, דודאי מסתבר כמו שכתבו התוס' והרא"ש דבשביל תוספת פרוטה דרב יוסף לא נעשה לשואל.

אבל לפימש"כ מיושב בין בדמי פקדון בין במפקיד מעות דכיון דקיי"ל כר' אמי ושואל קנה קנין תשמיש, א"כ נוכל לומר דזהו דוקא היכי דיש לו תועלת בקנין התשמיש, אבל במפקיד מעות ובדמי פקדון שאין לו שום תועלת בקנין התשמיש לא ניחא ליה כלל לקנות קנין תשמיש ולהתחייב בדין שואל:

הלכה כ

המוצא מציאה לא ישבע מפני תיקון העולם שאם אתה אומר ישבע יניח המציאה וילך לו כדי שלא ישבע, אפי' מצא כיס וטען בעל המציאה ששני כיסים קשורים היו ואי אפשר שימצא האחד אלא אם נמצא האחר הקשור עמו ה"ז לא ישבע.

השגת הראב"ד: לא ישבע וכו'. א"א הרב ז"ל פוסק כראב"י דקאי ר' יצחק כוותיה במס' גיטין ואמר ישבע בשני כיסים קשורים ואין הכל מודים לו עכ"ל.

המ"מ כתב על ד' הראב"ד ודברי תימה הם דהא התם בגיטין לא קאי ר"א כוותיה דר' יצחק דהא עבדינן אוקימתא אחריתא וכן כתבו המפרשים ז"ל דאפשר דאיתא לר"א וליתא לדרבי יצחק וזה דעת ההלכות שאע"פ שפסק כר"א לא הביא ההיא דר' יצחק ועיקר עכ"ל.

והנה הרמב"ן בס' הזכות ביאר הסוגיא לדעת מי שסובר דר' יצחק כראב"י דהא דר' יצחק אינו אלא לומר דלא תיקנו תקנה במשיב אבדה, אבל זהו דוקא בטוענו מעיקרא טענת ברי כגון שראה כיסו ביד חברו אמר לו מה טיבו אצלך אמר מצאתיו, אמר לו קשורים היו ובודאי מצאת שתים, אבל אם אינו יודע שהגביה האבדה אלא על פיו מודה ר' יצחק דבזה משיב אבדה פטור מדינא, וזהו מה שהקשה בגמ' ור' יצחק לית ליה המוצא מציאה לא ישבע ומשני הוא דאמר כראב"י ומ"מ הקשו עוד וראב"י לית ליה משיב אבדה פטור, ומה קושיא הא ר' יצחק בהדיא לית ליה המוצא מציאה לא ישבע אלא דקושיית משיב אבדה אינו משום תיקון העולם אלא מדינא, ובזה הוא דמתרץ דפליגי אי בבנו מעיז או לא, וזהו רק תי' דלא הוי משיב אבדה ליפטר מדינא, אבל ליפטר משום תיקון העולם גם בזה שייך דמיירי עכ"פ שתבעו מחמת שהודה לו בתחלה שאמר לו מנה הלוני אביך ביום פלוני וע"ז השיב לו התובע תנהו לי שלא פרעת לי כלום, והנתבע משיב פרעתי

פרס דמיגו לא הוי כיון דאינו מעיז גם בבנו, ולכן מיגו לא הוי ותיקון העולם שייך.

ודברי הרמב"ן צריכים ביאור דהא מסתבר דלא שייך אין אדם מעיז אלא בתובעו ולא באינו תובעו וכאן יש לו מיגו שלא היה מודה לו מתחלה ואיזה אין אדם מעיז שייך כאן, ונראה כונתו דהוא משום דבשעה שאמר לו מנה הלוני אביך ביום פלוני לא אמר ופרעתי מחצה אלא אח"כ כשתבעו ואמר לו שלא פרעת כלום אמר פרעתי מחצה, ועל טענת לא לויתי הוי מיגו למפרע, רק על טענת פרעתי מחצה יש לו מיגו דאמר פרעתי כולו, וע"ז אמר שפיר אין אדם מעיז כי בזה כבר תובעו לומר לא פרעת כלום, עכ"פ לפי דעת הרמב"ן נשאר גם במסקנא התי' דר' יצחק דאמר כראב"י דלית ליה המוצא מציאה לא ישבע.

אכן דברי הראב"ד א"א ליישב כן דהראב"ד כתב שם להדיא דהא דמשיב אבדה הוא ג"כ משום תקנה, ולפי דבריו ע"כ למסקנא דראב"י נמי אית ליה משיב אבדה פטור סבר כמתני' ולית ליה דר' יצחק, ולפי"ז באמת צריך ביאור מה שכתב כאן ושם דר' יצחק סבר כראב"י אך דבריו בהשגותיו על הרי"ף אפשר לבאר באופן זה דמה שכתב דנראה שדחה הרי"ף הא דר' יצחק משום דאוקמו בגמ' דר' יצחק כראב"י ס"ל ולית הלכתא כוותיה, היינו דממ"נ אין הלכה כר' יצחק דלפי"מ דאוקים מעיקרא דר' יצחק סבר כראב"י אין הלכה כר' יצחק, ולפי"מ דדחה בגמ' דראב"י נמי ס"ל משיב אבדה פטור, א"כ ודאי אין הלכה כר' יצחק דפליג אמתני' ואפי' לפי הגירסא תנ"ה שכתבו התוס' דר' יצחק סבר כברייתא מ"מ לא שבקינן מתני' ועבדינן כברייתא וסתם משנה עדיפא, ובריתא דפלוגתא דראב"י וחכמים הא חכמים ודאי סברי כמתני'. לכן לית לן דר' יצחק, אבל דבריו בהשגות על הרמב"ם שבא לומר להיפוך דכיון דקיי"ל לדעת הרי"ף כראב"י לכן צ"ל נמי הלכה כר' יצחק זה צריך ישוב.

ונראה דבדברי הראב"ד בהשגותיו על הרי"ף יש חסרון דברים וכנראה שגם הרמב"ן לא עמד בזה, דז"ל הראב"ד והא דאמרינן התם מה לי הוא מה לי אבוה לא כשבא בכח צוואת אביו, אלא שאמר אני הייתי בשעת מיתת אבי וכו', וא"ת אי לא ס"ל כראב"י לוקי רבא להא דתני ר' אמי כגון שבא הבן בכח צוואת אביו וכו', הא לאו מילתא היא דרבנן נמי דפטרי לאו מדאורייתא פטרי ליה אלא מתיקון העולם דמשיב אבדה פטור מתיקון העולם ולא מד"ת והא דתנא ר' אמי דבר תורה קאמר ודבר תורה מה לי הוא מה לי אבוה ואפי' לרבנן אביו כה"ג אי הוי שייך משיב אבדה איהו נמי פטור, א"נ יורשין דומיא דידהו מה איהו בטענת ברי אף יורשין בטענת ברי ואי בטענת ברי מה לי הוא מה לי אבוה, כך היא הצעת שמועה זו וכו'.

ודברי הראב"ד מחוסרים ביאור דסוף דבריו אינם כראש דבריו דמקודם כתב דכיון דכל דין משיב אבדה הוא מדרבנן אין ראיה מהא דפריך מה לי הוא מה לי אבוה דסבר כראב"י דרבנן נמי לא פטרי מדאורייתא ור' אמי אקרא קאי, ולבסוף בא בדרך אחר וע"כ ט"ס דמוכח יש כאן ואחר מה שכתב ודבר תורה מה לי הוא מה לי אבוה ואפי' לרבנן. צריך לומר ועוד יש לומר אביו כה"ג אי הוי שייך ביה משיב אבדה איהו נמי פטור אי נמי יורשין דומיא דידיה וכו'. והיינו דזה דרך אחר לומר דבאמת משיב אבדה פטור מדאורייתא וכדעת הרמב"ן ומ"מ אין לומר דהא דתנא ר' אמי שבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין, מיירי כשבא היורש בכח צוואת אביו, דבקרא משמע דהמיעוט הוא בשביל שהם יורשין ואין עיקר החיוב נעשה על ידם, דהנתבע הוא יורש ולא עיקר החייב, ולא משום דיורשין לא טעני טענת ברי דבכה"ג משכחת גם באב דכשאינו טוען טענת ברי ליכא שבועה, ולפלא שהרמב"ן בס' הזכות העתיק תורף ד' הראב"ד ושיטתו וכתב בהחלט דשיטתו דמשיב אבדה פטור רק מדרבנן, ובאמת מבואר להדיא בדבריו שנטה לשני הצדדים.

ועכשיו מבואר שפיר דבהשגותיו על הרמב"ם הלך בדרך זה שאחז הרמב"ן ושביאר בעצמו דעת הסוברין דר' יצחק הוא כראב"י ואי פסקינן כראב"י צריך לפסוק כר' יצחק:

פרק יד

הלכה ו

הרואה חברו שנפל ממנו דינר על הארץ ולא ידע בו ונטל הדינר קודם יאוש עובר על עשה ועל שני לאוין כמו שבארנו, ואפי' החזיר לו הדינר לאחר שנתייאש מתנה היא זו וכבר עבר על האיסורים.

הלח"מ כתב דכונת הרמב"ם במש"כ וכבר עבר על האיסורים דאף שתיקן הלאו בהשבת הגזלה מ"מ עכ"פ עבר על לא תגזול ודבריו תמוהים דהא כתב מתנה היא זו, ואף שהתוס' כתבו דהכונה רק שעבר על לאו דלא תוכל להתעלם, אבל לאו דלא תגזול תיקן בהשבת הגזלה בודאי לד' התוס' הא דאמר מתנה בעלמא הוא דיהיב, הוא לאו דוקא והראב"ד בש"מ כתב דגירסא זו אינה עיקר דודאי לא הוי מתנה, אבל הרמב"ם אם היה מפרש בדרך פי' התוס' בודאי לא היה כותב מתנה היא זו. והתימה על הלח"מ שלא זכר דברי הרמב"ן בחדושיו ובמלחמות שביאר דבאמת מתנה היא דגזלה ואבדה היא. ומה דאינו קונה ביאוש אבדה היכי דבאיסורא אתא לידיה, זהו דוקא היכי דאתא לידיה בתורת השבה ונעשה שומר אבדה, אבל זה דנחת אדעתא דגזלה קנה ביאוש. וכיון שקנה ביאוש

משום אבדה אינו חייב נמי בהשבת גזלה.

ודברי הרמב"ן צריכים ביאור דהא בגזלה למ"ד יאוש קונה חייב לשלם, וא"כ ה"נ כאן שקנה ביאוש משום אבדה במאי מיפטר עכ"פ מתשלומי גזלה, וגיסי הגאון זצ"ל בס' לבוש מרדכי על ב"ק סי' מ"ו כתב בזה לפימש"כ הרמב"ם בפ"א דגזל הוא הלוקח ממון בחזקה וכמו ויגזול את החנית מיד המצרי, ולכן באבדה דאינו לוקח מרשותו דכבר יש עליה שם אבדה ואינה ברשותו לענין שיהיה יכול להקדישה לכן לא הוי גזל ממש, ומ"מ עובר בלא תגזול דלא גרע מעושק דנתרבה מאם אינו ענין לעבור בלא תגזול, ולכן באבדה אף דעבר בלא תגזול אבל דין להשיב את הגזלה ליכא באבדה, ותירוצו היה מחוור ומתקבל, אלא שהריטב"א בש"מ בסוגיא זו כתב דכל שבשעת נטילה נתכוין לגזלה הרי הוא גזל אע"פ שלא גזלה מיד חברו כיון דברשות מריה קיימא קודם יאוש כמו שנטלה מחצרו דמי וקרינן ויגזול את החנית ולהדיא דסבר דאבדה קיימא נמי ברשות בעלים.

אכן אפי' נימא דהרמב"ן אינו סובר כהריטב"א ואבדה לא קיימא ברשותו מ"מ אינו מוכרח דעל גזלת אבדה אינו חייב בתשלומין משום גזלה לפימש"כ בפ"א מדברי הספרי דבגזל איכא תרי קראי חד והשיב היכי שהגזלה בעין וחד ושלם כשהגזלה אינו בעין. ולפי"מ שישבתי בפ"ז דברי הרמב"ם שלא הביא הא דיחוד כלי ע"פ דברי הספרי, נמצא דבעושק אף דליכא והשיב אבל איכא ושלם. וא"כ משמע דאפי' אם נאמר דבגזל אבדה ליכא והשיב אבל איכא ושלם, ואף דיש לומר דבעושק בל"ז צריך לשלם משום חיוב שכירות מ"מ נראה דה"נ בגזל אבדה איכא חיוב תשלומין מקרא דושלם.

ונראה דבאור דברי הרמב"ן הוא דלא דמי גזלה לגזלה ואבדה. דגזלה אף דקנה ביאוש למ"ד יאוש קונה מ"מ לא נפקע ע"י קנין היאוש החיוב תשלומין שנתחייב מקרא דושלם דלא דמי להיכי שהנגזל היה נותן להגזלן הגזלה דודאי אינו חייב בתשלומין כיון דמה שנתייאש הוא מסבת הגזלה לכן לא נפטר מחיוב התשלומין במה שקנה גוף הגזלה, אבל בגזלה ואבדה כיון דמה שקנה הגזלה אינו משום יאוש דגזלה, אלא משום יאוש דאבדה. ונמצא דדין הקנין שהוא בשביל דין האבדה הוי כמו שהקנה הנגזל להגזלן הגזלה. דאז ודאי לא הוי כמו שנאבדה הגזלה דנימא דיתחייב בקרא דושלם. וה"נ כיון שקנה מצד אחר נפטר גם מדין ושלם. ובאמת הדברים מבוארים להדיא ברמב"ן במלחמות וז"ל. אבל בזו שע"מ לגוזלה נטלה הרי היא לבעלים כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש לגמרי כדין מוצא מציאה לאחר יאוש. ואינו חייב לשלם דמים כלל כדי לקיים והשיב את הגזלה שהרי נקנית לו לגמרי ביאוש מטעם אבדה עכ"ל. ומוכח להדיא דבעיקר דינא יש כאן נמי דין דוהשיב את הגזלה. אלא דכיון דקנאה ביאוש נפקע דין והשיב את הגזלה אפי'

לענין דין תשלומין. וכמו שבארתי.

אכן בדברי הריטב"א שכתב דאיכא לא תגזול משום דקיימא ברשותו והוי כמו ויגזול את החנית יש לעיין דבסברא משמע דאבדה לא קיימא ברשותו להקדישה כיון שאינו יכול ליטלה דבב"ק דף צ"ח תניא אין מחללין על מעות שאינם ברשותו כיצד וכו', ופריך מינה על רבה דאמר הזורק מטבע של חברו לים הגדול פטור, ומשני שאני לענין מעשר דבעינן וצרת הכסף בידיך, וכן פסק הרמב"ם דאין מחללין על מעות שאינם ברשותו. היו המעות ויכול ליטלם מחללים. ומשמע דמה שאינו יכול ליטול לא הוי ברשותו, ואף די"ל דדוקא לענין אין מחללין דבעינן מצוי בידיך מ"מ לא משמע כן כיון דעכ"פ חזינן דקרינן לזה אינו ברשותו, ודבר שאינו ברשותו אינו יכול להקדיש.

ונראה בטעמו של הריטב"א דזה אינו נקרא אינו יכול ליטלה כין שבעת שאבד הסלע ראה זה שנפל ממנו. וכיון דאיכא מצות השבת אבדה היה עומד שישוב הסלע אליו. לכן לא נקרא זה כלל אינו ברשותו אלא דלפי"ז יש לומר עוד יותר דכל אבדה שיש בה סימן בעיר שרובה ישראל כיון דעומד לכך שאחד ימצא ויכריז ויגיע להבעלים לא מיקרי אינו ברשותו, ודוקא דבר שאינו יכול ליטלו בודאי זה נקרא אינו ברשותו, ואף דלכאורה כיון שנטל ע"מ לגוזלה א"כ תיכף כשחשב ליטול הרי כבר לא היה עומד שישוב אליו הסלע וא"כ שוב כשנטל לא נטל מרשותו, אבל באמת זה אינו דמחשבה אינה מועלת וכיון דבסתמא כל א' מישראל עומד לקיים השבת אבדה לכן עד רגע שנטלה ע"מ לגוזלה היה עומד שישיב. וקיימא הסלע ברשותו.

אכן דברי הריטב"א עדיין צריכים ביאור דכיון שכתבנו דאפי' גוזל דבר שאינו ברשותו עכ"פ לא גרע מעושק דקיי"ל דעובר בלא תגזול, א"כ למה הוצרך הריטב"א לומר בטעמא דעובר בלא תגזול משום דהוי כמו ויגזול את החנית משום דקיימא ברשותו, לכן נראה דסובר הריטב"א דדין עושק הוא כשתובעו ואינו נותן לו דאז עובר בלא תגזול, אבל מעשה גזלה קודם שתובעו ליכא כיון דלא גזל דבר מרשותו, ולפי"ז היה באמת מקום לומר בטעמא דהרמב"ן דליכא והשיב בגזלה ואבדה אם סובר דלא כהריטב"א ולא קיימא ברשות הבעלים דגם ושלם ליכא כיון דלא הוי עושק עד זמן תביעה, אלא דכבר הוכחנו מלשון הרמב"ן דסובר דבאמת איכא והשיב, רק דבשביל שקנה ביאוש דאבדה, אינו חייב לא בהשבה ולא בתשלומין.

והנה עכ"פ נתבאר מדברי הריטב"א דגוזל דבר שאינו עומד ברשות הבעלים אינו עובר בלא תגזול, וא"כ גוזל מן הגזלן לא הוי גזלן ואינו חייב בחיובי גזלה, וכבר חולקים בזה הקצוה"ח והנתיבות בסי' ל"ד ובארתי בפ"ב מה' גנבה הל' ט"ז דחולקים בזה הרמב"ם

והרא"ש, דהרא"ש בתשובה מובא בטור סי' שמ"ח סובר דחייב, ומדברי הרמב"ם הוכחתי דסובר דפטור, ואיברא דשבתי וראיתי דמה שהוכחתי שם מדברי הרמב"ם ממה שכתב שם מפני שעדיין לא הוציאו הגנב מרשות בעליו יש לומר דזהו בשביל דכונתו במה שכתב חייב, דחייב גם בכפל כמו שכתב בראש ההלכה, דאף דמה דתנן נתנו וכו' ומת הוא כדי לפטרו גם מקרן אבל מה דתנן הגביהו או שהוציאו ומת היינו לחייבו נמי בכפל, וא"כ שפיר כתב בטעמא מפני שעדיין לא הוציאו, אלא דמ"מ לפי מה שבארתי שם דעת הרמב"ם בפלוגתא דרב אחא ורבינא מסתבר שפיר לומר כן בדעת הרמב"ם ועכ"פ יש לנו יסוד מדברי הריטב"א דגם הוא סובר כן דגוזל שלא מרשות בעלים לא הוי גזלן וכמו שבארתי שם בטעמא דמילתא דתליא בפלוגתא דרב אחא ורבינא ע"ש:

פרק טו

הלכה א

כל המוצא אבדה בין שיש בה סימן בין שאין בה סימן אם מצאה דרך הנחה אסור ליגע בה שמא בעליה הניחוה שם [עד] **שיחזרו לה, ואם יבוא** (ויטלנה) [**ליטול אותה**] **והיה דבר שאין בה סימן הרי אבד ממון חברו בידו שהרי אין לו בה סימן להחזיר בו, ואם היה דבר שיש לו סימן ה"ז הטריחן לרדוף אחריה ולתת סימנה ולפיכך אסור לו שיגע בה עד שימצאנה דרך נפיל(ת)ה ואפי' נסתפק לו הדבר ולא ידע אם דבר זה אבוד או מונה הרי זה לא יגע בו, ואם עבר ונטלו אסור לו להחזירו לשם ואם היה דבר שאין בו סימן זכה בו ואינו חייב להחזירו.**

השגת הראב"ד: דבר שאין בו וכו'. א"א דבר זה אינו מחוור אצלי שיזכה בו לעצמו אבל יעמוד בידו עד שיבוא אליהו עכ"ל.

המ"מ לא מצא ישוב לדברי הרמב"ם ודחה בעצמו שיטתו דודאי יהא מונח והכ"מ כתב דדעת הרמב"ם דמה דאמרינן יאוש של"מ לא הוי יאוש, היינו רק דאסור ליטלו אבל אם עבר ונטלה זכה בהם דכיון שאינו יודע למי ישיב, ולמקום שנטלה אין לו להחזירם כמו שנתבאר ממילא זכה בהם, דלא אמרינן יהא מונח עד שיבוא אליהו, אלא היכי דאתמר בהדיא, ובאופן זה כתב הש"ך, ודבריהם תמוהים דכיון דקיי"ל דלא הוי יאוש א"כ הוי גזל ומהיכי תיתי יזכה בהם, ועיין מה שתי' הנתיבות ודבריו לא יתכנו אלא בהלכה ו' גבי גוזלות מקושרים, ובאמת שיטת הרמב"ם בהל' א' ובהל' ו' היא שיטה אחת, ועיקר תירוצו אינו מוכרח כלל דכיון דקודם שנטל לא הועיל היאוש משום דהוי יאוש ברשותו איך מהני היאוש עם נטילתו הא בודאי אתא לידיה באיסורא דלוקח לעצמו אבדה

שבשעת נטילתו הוא מחוייב להשיבה וליקח אותה בתורת אבדה.

ומה שנסתייע הנתיבות מדברי התוס' ס"פ לולב הגזול גבי אוונכרי שהקשו דאיך מהני היאוש הא הבעלים לא ידעו שגזזו האונכרי, וכתבו וי"ל דלא מיקרי ישל"מ אלא היכי דבא לידו קודם שידעו הבעלים, אבל הכא ידעי בה ונתייאשו מקודם אלא דאין יאוש לקרקע, ומוכח מדבריהם דאח"כ מועיל היאוש שהיה מקודם, דבריו תמוהים מאד דהתם מיירי בגזלה ומשום יאוש ושינוי רשות דיאוש דגזלה הוי תמיד באיסורא ומ"מ מהני בזה יאוש וש"ר ומה מייתי ליאוש דאבדה שיועיל היאוש בעצמו.

ולכאורה היה נראה לומר דהרמב"ן כתב בטעמא דלא מהני יאוש היכי דבאיסורא אתא לידיה משום דנתחייב בהשבה ונעשה שומר וידו כיד בעלים וברשות בעלים לא מהני יאוש, ולפי"ז יש לומר דזהו דוקא בדבר שיש בו סימן דיקיים מצות השבה, אבל בדבר שאין בו סימן דלא יקיים מצות השבה א"כ אינו שומר לבעלים, אלא דבזה לא יתיישבו דברי הרמב"ם דזה מהני רק לומר דאחר שנתייאשו הבעלים אז מהני גם בתר דאתי לידיה באיסורא, אבל מדברי הרמב"ם מוכח דזכה בו תיכף כשהגביה האבדה אפי' יבואו הבעלים, ועוד דכיון דעכשיו הוי ספק שמא אכתי לא נתייאשו א"כ למה לא יחזיר למקומו, וזה קשה גם על דברי הכ"מ והש"ך.

ולכן המחוור הוא דסובר הרמב"ם דכיון דהוי ספק זכה מדין ספק דררא דממונא דסובר דמהני תפיסה אפי' בטוען שמא כמו בתקפו כהן דסובר דאין מוציאין מידו, וכיון דהוא ספק אם נתייאש או לא דאפי' בודאי הנוח מוכח מדבריו דהוא ספק יאוש שכתב אסור ליגע בה שמא בעליה הניחוה שם עד שיחזרו לה, והיינו דכיון דהוה מקום שאינו ודאי משתמר מסברא אין מניחין בעלים והולכים, ובודאי הניחו בעלים ושכחו והלכו ונתייאשו אלא דמ"מ הוי ספק דשמא הניחו עד שיחזרו.

אמנם עוד צריך לבאר דהרשב"א בתשובה סי' שי"א הביאו הכ"מ בפ"ב מה' בכורות כתב ליישב שיטת הרמב"ם דפסק דת"כ אין מוציאין מידו דקשה ע"ז מסוגיא דפ"ק דב"מ דמוכיח דמוציאין מהא דהספיקות נכנסין לדיר להתעשר וכ' ע"ז הרשב"א דיש לחלק בין בכור לפדיון פט"ח משום דגבי ספק בכור לא איתחזק בעלים בהבכור דאע"ג דאיתחזק באם בולד לא איתחזק אבל בפדיון פט"ח איתחזק בעלים מעיקרא בהשה, וא"כ לדעת הרשב"א היכי דיש לבעלים חזמ"ק גם הרמב"ם אינו סובר דת"כ אין מוציאין מידו, וא"כ אינו מיושב דהכא גבי אבדה הא היו הבעלים מוחזקים.

ונראה לומר דלפי"ז יסבור הרמב"ם דאבדה כבר יצאה מרשות הבעלים לפני יאוש ועיין מש"כ בפי"ז הל' ו', ויסבור דכיון שאינו ברשותו לא נקרא מוחזק, והנה בדין חזמ"ק

חקרו האחרונים אם הוא מגדר חזקת ממון או מדין חזקה דמעיקרא, ואם נאמר דהוא מדין חזקה דמעיקרא לא יתיישב, דאכתי אף דאינו ברשותו אבל הא יש חזקה דמעיקרא שהוא שלו, ולכן לפי"ז ע"כ יהיה מוכח לדעת הרמב"ם דמשום חזקה דמעיקרא לא היו מוציאין ממון כמו דאין מוציאין ממון ע"פ הרוב, וחזמ"ק הוא ג"כ גדר מוחזק ובזה נאמר שפיר דכיון שגם בלא יאוש יצא מרשותו לא הוי מוחזק וכנ"ל.

והנה לכאורה דברינו מופרכים במש"כ דכמו דלא מהני רובא להוציא כן לא מהני חזקה דמעיקרא להוציא דהא מפורש להדיא בכתובות דף ט"ו גבי מצא תינוק מושלך דאם רוב ישראל ישראל להחזיר לו אבדה, וא"כ מהני רובא גבי מציאה ועיין מש"כ התוס' שם, והמ"מ בפט"ו מה' איסו"ב כתב דמוצא אין לו חזקת ממון ואזלינן בתר רובא, אכן יש לומר דדוקא התם דמצא אבדה של התינוק דע"פ רוב הוא ישראל חל עליו מעיקרא חיוב ליטול המציאה בתורת השבת אבדה וקודם שנטל ודאי אינו מוחזק, וכן כשמצא בעיר שרובה ישראל וזה התינוק נתן בה סימן חל עליו חיוב להשיב ולא לזכות משום המיעוט, אבל הכא דמעיקר דינא לא יגע בו ואין כאן דרך השבה שאין בו סימן ודייניין כשנטל אם צריך להיות מונח עד שיבוא אליהו, ושפיר אנו אומרים כיון שאם נתייאש כבר זכה חשיב מוחזק ואין מוציאין ממנו ע"י חזקה דמעיקרא:

פרק טז

הלכה ד

המוצא מעות בחנות אם היו בין תיבה (לחנות) לחנוני הרי הן של בעל החנות ואם מצאן על התיבה ואצ"ל מתיבה ולחוץ הרי הן של מוצאן, ולמה לא תקנה החנות לבעליה לפי שאין החצר משתמרת ואע"פ שבעליה בתוכה צ"ל תקנה לי חנותי כמו שיתבאר.

השגת הראב"ד: המוצא מעות בחנות וכו'. א"א יש מי שאומר אפילו אמר תקנה לי רשותי לא קנה לו לפי שבאה לו שם המציאה קודם יאוש וחצירו כידו, ועוד כי אין היאוש קונה אלא באבדה (וזו אינה) [אבל זו לא היתה אצלו] אבדה אלא פקדון ששכחו בעליו.

מה שכתב הראב"ד בתי' א' כתב זה הרא"ש בהלכות והוסיף עוד דאפי' היורשין שזכו בהחצר אחר יאוש לא קנו בחצר כיון דמעיקרא בא לחצר לפני יאוש, אלא דמ"מ עיקר הסברא צריכה ביאור דהא עיקר טעמא דבאיסורא אתא לידיה הוא משום שנתחייב בהשבה והכא כיון שאין הבעלים יודעים לא נתחייבו בהשבה, ואפי' אם נימא דמה דאינו קונה ביאוש היכי דאתא לידיה באיסורא אינו משום שנתחייב בהשבה כד' הרמב"ן אלא דלא נלמד מאבדה אלא היכי דאתא לידיה בהיתרא וכמש"כ התוס' במרובה דמכאן מוכח

דיאוש אינו כהפקר, והיינו דאם היה כהפקר היה מותר גם באתא לידיה באיסורא, אבל גם לפי"ז קשה דלא שייך זה אלא היכי דאתא לידיה והוא יודע, אבל אם אינו יודע מה מגרע מה שנמצא בחצר.

ונראה דאפשר לומר טעם אחר במה דלא מהני יאוש אחר דאתא לידיה באיסורא, דהוא כיון דבסתמא עומד שישיב האבדה לא מהני כבר ע"ז יאוש דהוי כמו שאינה אבודה, ולא אשכחן דהתירה תורה ביאוש אלא היכי שהיא אבודה ואינה עומדת בודאי שתגיע לבעלים, ולפי"ז נוכל לומר דגם בנמצא בחצר אף שאינו יודע כיון דבודאי עומד שידע וישיב כבר אינה אבודה ולא התירה התורה זה ע"י יאוש.

ובזה נוכל ליישב מה שהקשו בתוס' בב"ק דף ס"ו בהא דבעי רבה לומר דיאוש בגזלה קונה דילפינן מאבדה והקשו בתוס' דהא באבדה גופה דוקא היכי דמייאש מקמי דאתי לידיה קונה, ותירצו בתוס' דבאבדה גופא אף שאינו קונה לגמרי מ"מ היה קונה לשלם דמים, ודברי התוס' צ"ע דאכתי זה מנלן כיון דיאוש דאבדה ילפינן מאף השמלה לענין שהיא מותרת לגמרי, אבל דין זה דהיכי דאתא לידיה באיסורא קונה לשלם דמים מנלן בשלמא להלכה למ"ד דיאוש קונה בגזלה, נוכל לומר דאבדה לא גרעא מגזלה אבל ללמוד גזלה מאבדה מנלן באבדה גופא בכה"ג, אכן לפי"מ שבארנו מיושב דהך טעמא לא שייך אלא באבדה לומר דבכה"ג דאתא לידיה קודם יאוש כבר לא הוי אבדה, אבל בגזלה לא שייך זה דהא הוא גוזל ועומד ואינו רוצה להחזיר לבעלים, ונמצא דלפי"מ שבארנו דין אתא לידיה באיסורא באבדה הוא גדר אחר מהא דאמר רבה בטעמא דלא מהני יאוש בגזלה דהתם טעמא משום דבא לידו באיסור גזל וזה הטעם לא היה שייך לומר גבי חצר, וזה כעין טעמו של הרמב"ן שנתחייב בהשבה, אבל טעם דלא הוי אבדה שייך לומר גם בחצר וכנ"ל.

ובדעת הרמב"ם דאינו סובר כן נוכל לומר דסובר כטעמו של הרמב"ן דהוא בשביל שנתחייב בהשבה ולכן לא שייך זה בחצר והש"ך בסי' רס"ח כתב דהרמב"ם נמי יכול לסבור כשיטת הרא"ש רק דהמשנה א"א לתרץ בזה דלא יתיישב לרבא דאמר ישל"מ הוי יאוש, וזה תימה דהרמב"ם לא כתב זה בפירוש המשנה אלא בהלכותיו ואינו כותב מה שאינו צריך להלכה, ואף שתירוצו של הרמב"ם ג"כ היא להלכה מ"מ משמע ודאי מדבריו דטעמא הוי רק לפי שאין החצר משתמרת, אבל אם נפל מאחד בבית של אחרים דהוי משתמר קנה בעל הבית ואין אחרים יכולים לזכות, ומש"כ עוד הש"ך דהא הרמב"ם מיירי להדיא ברוב עכו"ם, גם זה אינו נכון דבהלכה ד' לא מיירי ברוב עכו"ם רק בהלכה ה' בהא דפסק דאפי' צרורין ומונחין על גבי שולחן בזה כתב והוא שיהיה רוב עכו"ם, אבל

בהלכה ד' לא מיירי דוקא ברוב עכו"ם, ואף דעכ"פ אפשר לומר דמיירי בכל גוונא אפי' ברוב עכו"ם כיון דבהלכה ה' מיירי ברוב עכו"ם מ"מ סתימתו של הרמב"ם הלכה הוא דודאי משמע מדבריו דבחצר משתמרת בכל גווני זכה בעל החנות אפי' ברוב ישראל, ע"כ נראה ודאי כדברי המ"מ דהרמב"ם אינו סובר כהראב"ד והרא"ש ובחצר לא מהני באיסורא אתא לידיה וכנ"ל.

ומה שכתב הראב"ד בתירוצו הב' צריך ביאור דאם נימא דבכה"ג לא מהני יאוש כלל א"כ אמאי מותרת למוצא, ונראה ע"פ דברי הנתיבות דיאוש לא נפקא מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה, וכיון דחצר הנפקד קנוי למפקיד א"כ הוי כמו שמונח ברשותו של המפקיד וזהו כמו שרצה הנתיבות ליישב שיטתו של הרמב"ם בגוזלות מקושרים שהבאנו למעלה, אלא דצ"ל דלא כמש"כ הנתיבות דמטעם זה נעשה דין יאוש ברשותו דלא מהני דלפי"ז כתבנו למעלה דצ"ל אסור גם למוצא, כיון דלקח אבדה קודם יאוש, ואפי' לדעת הנתיבות לא נוכל לבאר כן דעת הראב"ד דהתם כבר נטל. אבל הכא תנן המוצא בחנות הרי אלו שלו ומוכח דמותר ליקח לכתחילה, ואם נימא דעכ"פ קודם שנטל ליכא יאוש הו"ל למיתני לא יגע בו, ועוד דהראב"ד גם שם חולק על הרמב"ם ע"כ בודאי א"א לפרש כן, אלא דנוכל לומר דטעמא דיאוש ברשותו לא מהני הוא משום דכל מה שהוא ברשותו ליכא ע"ז שם אבדה, אבל הכא כיון ששכח ואינו יודע גם מקומה של האבדה א"כ אף דעל קרקע לא שייך שם אבדה וברשות הבעלים קיימא, מ"מ לא מהני לומר דבשביל זה ליכא על החפץ שם אבדה, ורק דטעמו של הראב"ד לומר דאין יאוש קונה לבעל החצר אלא באבדה אבל פקדון דהוי כמו ששכר את החצר אין בעל החצר קונה את האבדה, והראב"ד לשיטתו בפ"ו מה' שכירות הל' ה' דחצר המושכר קונה לשוכר, אבל לשיטת הרמב"ם דקונה למשכיר לא מהני טעם זה:

הלכה ח

והואיל וחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו כמו שיתבאר למה לא יקנה בעל החצר זה המטמון שבתוך הכותל הישן אע"פ שהוא של אמוריים ותהיה מציאה זו לבעל החצר, מפני שאינה ידועה (לא) לו ולא לאחרים, וה"ז המטמון אבוד ממנו ומכל אדם ולפיכך הוא של מוצאו, ומה אבדה של אדם אמרה תורה אשר תאבד ממנו ומצאתה מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם יצאת זו שנפלה לים שאבודה ממנו ומכל אדם, ק"ו למטמון קדמוני שלא היה שלו מעולם והוא אבד ממנו ומכל אדם לפיכך הוא של מוצאו.

השגת הראב"ד: הוא של מוצאו. א"א זהו ק"ו שיש עליו תשובה אבדה שבים למי תזכה היא, אבל אבדה שבתוך הגל תזכה לבעליו וכן בכותל ישן, והטעם בכאן לפי שאינה

חצר המשתמרת וצריך שיהא בעליו בצדו ויאמר תזכה לי.

כתב המ"מ דלדעת הראב"ד דוקא בחצר שאינה משתמרת ולדעת הרמב"ם אפי' במשתמרת, ולדעתי לא כיון לזה הראב"ד דלא הו"ל לסתום ולתרץ בפשיטות שהטעם בכאן לפי שאינה חצר המשתמרת, והו"ל לכתוב דמיירי בחצר שאינה משתמרת, ע"כ נראה דדעת הראב"ד דאפי' חצר המשתמרת דינה כמו אינה משתמרת, דטעמא דחצר שאינה משתמרת לא מהני כתבו הראשונים בשיטה משום דלא הוי דומיא דשלוחו דאין אדם מניח בחצר שאינו משתמר ומטעם יד לא מהני אלא בסמוכה ובעומד בצד שדהו מהני מדין יד וא"כ אין העיכוב דוקא אם אחרים יכולין ליקח, והעיקר הוא שאינו משתמר בשביל הזוכה, וכיון דמה שמונח בגל ובכותל ישן אינו עומד שהבעלים ימצאו, נקרא חצר שאינה משתמרת לבעלים, ויש לומר דזהו תי' התוס' במצא בחנות דאין החצר קונה בדבר שאינו עומד שימצאו הבעלים.

אבל דעת הרמב"ם נראה דאין הטעם משום דלא הוי דומיא דשלוחו ומשום החלוק שבין יד לשליחות אלא דחצר שאינה משתמרת לא חשיבא חצר כלל דגדר חצר הוא משתמר, אבל אם החצר בעצמו הוא משתמר אלא דבאותה שעה מציאה זו אינה משתמרת לא הוי חסרון בדין חצר, ויש ראיה מוכרחת לזה ממה דבמתנה אפי' ברץ אחריו ואינו מגיעו מהני ולמדו מזה הראשונים דה"נ מהני במתנה אפי' חצר שאינה משתמרת, וכדאמר ר"פ בפ"א דב"מ דדעת אחרת מקנה אותן שאני דלא בעינן חצר משתמרת, והרמב"ם פסק בחצר שאינה משתמרת דלא כר"פ ולא מהני אפי' במתנה ומ"מ פסק דברץ אחריו ואינו מגיעו מהני במתנה, ולכאורה הוא תימה גדולה דרץ אחריו ואינו מגיעו הרי עכ"פ אין החצר משתמרת, ומוכח דכיון דהחצר הוא חצר משתמרת אף שהפתח פתוחה והצבי רץ ואינו מגיעו לא הוי חסרון בגדר חצר, וע"כ דהוא כמש"כ דדוקא אם החצר בעצמו אינו משומר, ומה דמהני עומד בצד שדהו היינו כמש"כ רש"י דעכשיו היא משתמרת על ידו, ובזה מהני החצר אף דחצר עצמו אינו משומר, ולפי"ז סובר הרמב"ם דכיון דהגל בעצמו הוא משתמר ואם ידעו הבעלים שהמציאה מונחת היה משתמר עבורם, ורק שהבעלים לא ידעו אין זה חסרון בדין החצר.

ובמה שהשיג הראב"ד על הרמב"ם דהוא ק"ו שיש עליו תשובה נראה דדעת הראב"ד הוא דיאוש ברשותו לא מהני, וכיון דזוכה בהחצר לא מהני אח"כ מה דהוי אבודה מכל אדם, דהא דעת הרמב"ם הוא דאבודה מכל אדם הוא ג"כ מטעם יאוש, ובדעת הרמב"ם יש לומר דאף דיאוש ברשותו אף שהוא אינו יודע באותה שעה שנמצאת והוא מתייאש מ"מ כיון דלבסוף ימצא, אין ע"ז שם אבדה ועל מה דלא הוי אבדה לא מהני יאוש,

אבל באבודה ממנו ומכל אדם לא מהני כלל מה דהוי ברשותו כיון דעכ"פ אינו עומד שימצאנה ע"כ יש ע"ז שם אבדה, וכיון דיש שם אבדה מהני יאוש:

-השמטות ומלואים-

בד"ה ובמה, כתבתי בדעת הרמב"ם דסבר דבאבודה ממנו ומכל אדם הוא ג"כ מטעם יאוש ומ"מ מהני יאוש ברשות כיון דבאבודה ממנו ומכ"א אינו עומד שימצאנה ע"כ שם אבדה עליו, וכיון שיש עליו שם אבדה מהני יאוש, צריך להוסיף דהא קשה כיון דסובר הרמב"ם דגם באבודה ממנו ומכל אדם ג"כ צריך יאוש והוא מטעם יאוש וא"כ איך יפרש הא דמצא בגל מטעם אבודה ממנו ומכ"א דהרי לא ידע כלל שבא לרשותו ולא נתייאש מעולם והוי יאוש שלמד"ע, וצ"ל דלא אמרינן יאוש של"מ לא הוי יאוש אלא היכא שאינו יודע שנאבד והוא חושב שישנם ברשותו אבל היכי שאינו יודע שבא לרשותו ואינו חושב כלל ע"ז זהו גופא הוי מגדר יאוש שאינו מחזיקו לשלו אף דחצרו קונה לו של"מ והיינו שחסרה לו הידיעה אבל אינו מסלק המציאה מדעתו כיון שאפשר שימצא מציאה.

פרק יז

הלכה א

כל מציאה שאמרנו בה שהיא של מוצאה אינו זוכה בה עד שתגיע לידו או לרשותו, אבל אם ראה את המציאה אפי' נפל עליה ובא אחר והחזיק בה ה"ז שהחזיק בה זכה בה.

המ"מ כתב דהרמב"ם פוסק כתי' הראשון בגמ' דלהכי לא קנה בד"א משום דגלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני ולא בד"א, ולכן לא חילק בין ר"ה לסימטא, והכ"מ כתב דלפי דברי המ"מ לא הו"ל להרמב"ם לכתוב אפי' נפל עליה, והמל"מ תמה על הכ"מ דמה שכתב אפילו נפל הוא ללמדנו דבנפילה אינו קונה, אבל ממה שלא חילק לומר דבסיטמא קנה מוכח דסובר דבכל גווני לא קנה, והרמ"א בהגה בסי' רס"ח כתב דנ"ל בדעת הרמב"ם דאינו מחלק בין נפל ללא נפל, והוא כדברי הכ"מ והש"ך כתב על דברי הכ"מ וז"ל ויפה כיון דאם כדברי הרב המגיד הו"ל להרמב"ם לחלק לקמן גבי ד"א בין נפל ועוד דמדברי הרי"ף משמע דסובר כאוקימתא שניה, עכ"ל.

והנה ראיית הש"ך מזה שלא חילק הרמב"ם לקמן גבי ד"א בין נפל נראה שאין בה כלל כדי הוכחה דאם נסבור כדעת המ"מ דמדלא חילק כאן גבי נפל בין רה"ר לסימטא מוכח דנפל בכל גווני לא קנה. א"כ למה הוצרך לחלק שם גבי דין ד"א כיון שכבר כתב כאן

דנפל לא קנה.

ובעיקר ראיית המ"מ מדלא חילק בין רה"ר לסימטא לכאורה היא ראיה חזקה וכמש"כ המל"מ, וראיתי להמגיה בביאור הגר"א ז"ל שבא לחדש לשיטות הסוברים דדוקא בבא הדבר לד"א ולא שהיה מונח מקודם ואח"כ בא הזוכה כמש"כ הש"ך בסי' ר' אלא שהש"ך כתב דזה אינו אלא במו"מ משום שהחפץ קנה המקום ולא במציאה, ובזה כתב המגיה דלדברי הנתיבות דיאוש לא נפק מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה שייך לחלק כן גם במציאה, ודייק בזה לשון הרמב"ם שכתב בהלכה ח' ואם הגיע המציאה לתוך ד' אמות שלו זכה בה, שהוא שהגיע המציאה אחר שהיו כבר ד"א שלו, ומלבד שעיקר הדבר הוא חידוש גדול, וגם שלפי דבריו נמצא דהרמב"ם תי' תירוץ ג' מה שלא הוזכר בגמ' ומנ"ל להרמב"ם לחדש כן ואמאי לא תירצו זה בגמ', אך מלבד זה אינו מיושב דזה ניחא באבדת ישראל שאין בה סימן דההיתר הוא מדין יאוש, אבל מה יתיישב באבדה בעיר שרובה עכו"ם דאין ההיתר משום יאוש דוקא דהא אנו אומרים דעכו"ם אבד וכמש"כ התוס' בדף כ"ד ע"א ד"ה בטמון, וא"כ אכתי היה לו לחלק דבעיר שרובה עכו"ם קונה בנפילה ודברי הרמב"ם שכ' ואם הגיע המציאה לתוך ד"א הוא כפשוטו ואולי בא לומר ג"כ שכל המציאה תהיה בתוך ד"א אבל חצי המציאה לא מהני ולא נימא כמאן דפסיק דמי, וכן מסתבר כיון דהוא רק תקנה דלא ליתי לאנצוויי.

ונראה דראיית המ"מ מדסתם הרמב"ם אינו מוכרח דהרמב"ם כתב כאן דאינו זוכה במציאה אלא משתגיע לרשותו, ובזה כתב דראה את המציאה לא קנה ואפי' נפל עליה לא קנה, וע"כ דמה שכתב דנפל עליה לא קנה היינו כשלא הגיעה לרשותו, וכיון דד"א של אדם ה"ה כחצרו וכמו שכתב בהלכה ח' ע"כ מיירי הכא באופן שאין כאן קנין ד"א ובזה סמך על מה שכתב לפנינו בהל' ח' דד"א אינם קונים אלא בסימטא ולא ברה"ר, ודיוק הכ"מ מדכתב אפי' נפל אף שהמל"מ דחה אותה מ"מ אינו מיושב לגמרי דלא הו"ל להרמב"ם לכתוב לשון אפי' נפל, כיון דעכ"פ נפילה הוא תנאי דמשום זה לא קנה, והיה יכול לכתוב וכן אם נפל עליה לא קנה, ובדעת הרי"ף דלא הביא חילוקא דנפל רק חילוק דבין רה"ר לסימטא, לכאורה משמע דאינו סובר לחלק בנפל וכמש"כ הש"ך, אלא דאינו ברור להוכיח כן דיש לומר דכיון דהביא המשנה כצורתה סמך אסתמא דבכל גווני לא מהני נפל, אלא דמ"מ מסתבר יותר לפרש בדעת הרמב"ם כמש"כ הכ"מ והרמ"א כיון שישבנו מה דסתם ולא חילק בין רה"ר לסימטא:

הלכה ה

שנים שראו גמל או חמור של מציאה וקדמו שניהם והנהיגוהו או משכוהו, או שהיה אחד מנהיג וא' מושך קנו שניהם, בד"א בחמור אבל בגמל אם היה א' מנהיג וא' מושך, המושך קנה אבל לא המנהיג.

השגת הראב"ד: שנים שראו גמל וכו'. א"א תימה הוא זה שמשיכה והנהגה תרווייהו משיכה מעלייתא נינהו אלא שהמשיכה בגמל וההנהגה בחמור, אבל תרווייהו בגמל או בחמור ספיקא הוא עכ"ל.

המ"מ כתב על תחלת דברי הראב"ד דט"ס נזדמן לו שהיה כתוב שם או שהיה א' מנהיג וא' מושך המושך קנה ולא המנהיג, אלא דמ"מ יש בד' הרמב"ם חידוש דהוא מפרש איכא חד צד דלא קני דהוא דוקא אם א' היה מנהיג וא' מושך וכמו שכ' המ"מ, ומדברי הראב"ד משמע ג"כ דמפרש כן שכתב אבל תרווייהו בגמל או בחמור ספיקא הוא ולמה כתב תרווייהו והיה לו לכתוב אבל משיכה בחמור והנהגה בגמל ספיקא, ומדכתב תרווייהו מוכח דדוקא היכי דהוי תרווייהו הוי ספיקא, אלא דבזה חולק הראב"ד במה שהרמב"ם פסק להלכה כאיכא דאמרי הנהגה בגמל, והראב"ד כתב דבשניהן הוי ספק.

והנה הכ"מ כתב דהרמב"ם מפרש דמה דאמר ליערבינהו וליתנינהו היינו דאי הוי תני הכי משמע גם א' מושך וא' מנהיג וכי קאמר איכא חד צד דלא קני היינו דבא' מושך וא' מנהיג לא קני, ואכתי אינו מבואר מנ"ל להרמב"ם לפרש כן דהא בפשוטו הוא על עיקר דינא דבהא דלאו אורחיה לא קני וכד' הרא"ש, ומצאתי שהנח"ד כתב כן דמפשטות דלישנא דגמ' משמע כהרא"ש.

וראיתי להגר"א ז"ל בסי' רע"א ס"ק א' שכתב דלל"ק באמת קאי גם אריש דשנים שהיו מושכין ומנהיגין, וטעמו של הרמב"ם הוא שפסק כאית דמותיב מסיפא. ולא ידעתי במה מיושב יותר דהא כדאמר למעוטי איפכא א"א לומר דקאי על א' מושך וא' מנהיג כ"ז דלא ידע שהוא רק על צד אחד. והנה התוס' כתבו בהא דאמר א"ה היינו ר"י הוי מצי לאקשויי מגופה דקתני או שהיה א' מושך וא' מנהיג, אבל אינו מיושב דמה שייך לומר א"ה היינו ר"י כשמפורש בברייתא להיפוך, ואפשר לומר דהוי סבר דא' מושך וא' מנהיג עדיף כיון דעכ"פ איכא גם מעשה שדרכה של בהמה זו בכך אז קני גם השני דמ"מ הוא מסייע, משא"כ אם עושה רק מה שאינו דרכה אז לא עבד כדעבדי אינשי ולא קנה, ולפי"ז עוד יותר יקשה דמנ"ל לפסוק בהיפוך דמושכין או מנהיגין קנו אפי' שלא בכדרכן ורק מושך ומנהיג לא קנה המנהיג בגמל.

ונראה בדעת הרמב"ם דסובר דמזה דאמר אית דאמרי משיכה בחמור ואיכא דאמרי

הנהגה בגמל, דצריך ביאור במה פליגי דלא מסתבר דיפלגו בסברא דנפשייהו, ועוד קשה על הברייתא גופה שבאה לפרש וסתמה, וביותר לל"ב דמפרש דהא דאמר במדה זו קנה היינו למעוטי איפכא ולא נתפרש מה נתמעט ומה לא נתמעט, לכן מפרש הרמב"ם דזה קאי על א' מושך וא' מנהיג ובזה אית דאמרי דמשיכה בחמור לא מהני משום דהא דאמר או שהיו א' מושך וא' מנהיג קאי ארישא דאמר שנים שהיו מושכין בגמל, וע"ז אמר או שהיה א' מושך וא' מנהיג היינו בגמל, אבל בחמור לא מהני מושך, ואיכא דאמרי הנהגה בגמל לא מהני משום דא' מושך וא' מנהיג קאי על מה דסליק ברישא והיינו ומנהיגין בחמור, וע"ז אמר או שהיה א' מושך וא' מנהיג היינו בחמור אבל הנהגה בגמל לא מהני, ונמצא דהברייתא פירשה מה שנתמעט משום שהיודעים פירושה יודעים אי קאי על מה דפתח ברישא או על מה דסליק ברישא, וזה דוקא אי נימא דקאי רק על א' מושך וא' מנהיג:

הלכה ו

בהמת מציאה שקדם אחד ואחז במוסרה לא קנה עד שימשוך או ינהיג, וכן בנכסי הגר, אבל קנה המוסרה לבדה, היה א' רוכב וא' אוחז במוסרה הרוכב קנה הבהמה והמוסרה שעל לחיי הבהמה בלבד, וזה שאוחז המוסרה קנה ממנה מה שאוחז בידו ושאר המוסרה לא קנהו א' מהן.

אבל קנה המוסרה לבדה, בהגה"מ כתב בשם הסמ"ג דקנה מה שתפוס בידו, ובחו"מ סי' רע"א ס"ב כתב המחבר לשון הרמב"ם וכתב ע"ז הסמ"ע דטעמא דקנה המוסרה משום שיכול לנתקה, וכ' הש"ך דזהו נגד הגמ' בפ"ק דב"מ דף ט' ולכן ע"כ דכאן קנה המוסרה מה שתפוס בידו, וכן הוא בסמ"ג ובהגה"מ, גם הגר"א ז"ל בבאורו סק"ד כתב וז"ל אבל קנה כו' דוקא מה שתפוס בידו, סמ"ג והג"מ, ועש"ך וכמש"ש בגמ' זה קנה כו' וזה קנה מה שתפוס בידו, עכ"ל, ואנכי תמה מאד על הש"ך והגר"א ז"ל שמיושב אצלם לבאר כן דעת הרמב"ם דאף דלכאורה ע"פ סוגיית הגמ' מבואר דלא קנה אלא מה שתפוס בידו, אבל איך אפשר לבאר כן דברי הרמב"ם דהא תיכף בהלכה ז' כתב כלשון הגמ' דזה שאחז המוסרה קנה ממנה מה שאחז בידו, וא"כ איך אפשר לפרש דמה שכתב בהלכה ו' דקנה המוסרה לבדה הכונה מה שתפוס בידו, אלא דבאמת דברי הרמב"ם תמוהים דמאיזה טעם יקנה כאן כל המוסרה, וכבר השיג הש"ך על דברי הסמ"ע במה שכתב בטעמא משום שיכול לנתקה דהא זה אמר ר' אבהו על הא דקתני בברייתא זה רכוב חמור וזה תפוס במוסרה זה קנה חמור וזה קנה מוסרה דהוא משום שיכול לנתקה ולהביאה אצלו. וע"ז אמר בגמ' והא דר' אבהו ברותא היא.

ולכאורה נראה דדעת הסמ"ע הוא דדוקא בזה רכוב חמור וזה תפוס מוסרה דסבר ר' אבהו דמהני טעמא דשיכול לנתקה ולהביאה אצלו להוציא הזכות מיד הרכוב וע"ז אמר דברותא הוא, ולכן כתב הסמ"ע לחלק דהיכי דליכא רכוב מהני טעמא דשיכול לנתקו אבל בא' רכוב וא' תפוס במוסרה כיון שהרכוב קנה מה שעל לחיי הבהמה לכן לא קנה התפוס במוסרה אלא מה שתפוס בידו, אבל א"א לומר כן דהא אמר ע"ז בגמ' דאלת"ה טלית שהיא מונחת חציה ע"ג קרקע וחציה ע"ג עמוד ובא אחר והגביה חציה מע"ג עמוד ה"נ דקמא קני ובתרא לא קני, הואיל ויכול לנתק ולהביא אצלו, ומבואר להדיא דאף דהראשון הגביה חציה מע"ג קרקע בשעה שלא היה עוד אחר מ"מ לא קנה משום שיכול לנתק ולהביא אצלו.

והנראה לי בדעת הרמב"ם דהנה זה ודאי דפשטות הסוגיא מתחלה משמע כדברי הרמב"ם דפריך על הברייתא דזה קנה חמור וזה קנה מוסרה ונקני נמי רכוב המוסרה ושו"ט עד דמסיק אלא אימא זה קנה חמור ובית פאגי וזה קנה מה שתפוס בידו והשאר לא קנה לא זה ולא זה. ומוכח דרק משום מה דפריך דנקני נמי רכוב במוסרה אסיק הכי. אבל בלא זה הוי ניחא דהתפוס במוסרה קנה כל המוסרה, ובטעמא דמילתא נראה דהנה התוס' כתבו במה דפריך ונקני נמי רכוב במוסרה דזהו אי אמרינן משוך בהמה זו וקני כלים שעליה קנה, וקשה דהול"ל ותפשוט דלא קנה, וביותר קשה לדעת הרמב"ם שפסק דלא קנה בודאי, ומשמע דסובר דלפי"מ דמסיק והלכתא בכפותה בלא כפותה ודאי לא קנה, אבל הראב"ד בש"מ כתב דלא דמי למשוך בהמה זו וקני כלים שעליה דשאני מוסרה דשמירת הבהמה היא, ולפי דבריו נראה דכל דבר ודבר קנינו הוא לפי תשמישן, ולכן שאר מטלטלין אין דרך קנין שלהם ע"י משיכת הבהמה, אבל מוסרה שמקומה הוא על הבהמה מהני לגבה משיכת הבהמה.

ולפי"ז נראה דיש לומר באופן זה לענין קנין המוסרה ע"י התפוס במוסרה דאף דכל המטלטלין קנינם דוקא במשיכה או בהגבהה שיוציאם לגמרי ממקומם, מ"מ י"ל דאין הטעם כדמשמע בפשיטות משום דבעינן שיוציאם מרשותם דהא קיי"ל גבי בהמה בב"ב דף ע"ה דכיון שעקרה יד ורגל קנה ואף דאמר ע"ז בטעמא דכיון דמיעקרא יד ורגל אידך למעקר קיימא. אבל האי סברא לא מהני אלא דנימא דהוי משיכה מעלייתא, אבל עכ"פ אכתי עומדת ברשות שהיתה עומדת, ובאמת קשה לי בזה על ד' התוס' בקדושין דף כ"ה שכתבו דמה דמסירה אינו קונה בסימטא משום שהמוכר הביא בהמתו ונעשה כחצרו ומה דקונה משיכה היינו משום שעקר הדבר ממקומו, וקשה דהא קיי"ל כיון שעקרה יד ורגל קנה, ומשמע דהתוס' סוברים דכיון דלמעקר קיימא לא נחשב כבר ברשותו.

אבל הרמב"ם יסבור דמזה מוכח דאין הטעם משום דצריך שיוציאם לגמרי מרשותם, ובאמת הגבהה דמהני ברשות בעלים ג"כ לא הוציאם מרשותם. אלא דכן הוא דין משיכה והגבהה שיעשה מעשה שיהיה מוכח דבאו לרשות הקונה, ולכן כל זה בשאר מטלטלין דדרך קנייתן ליקח אותם ממקומם, אבל מוסרה כיון דזהו מקומה להיות מונח על החמור אין דרך קנייתה ליקח אותה מעל החמור, ואף דבודאי גם אם יקח אותה מעל החמור קנה היינו משום דבודאי יש לה דרך קנין בעצמה, אבל כשהיא על החמור אין דרך קנייתה ליקח אותה בעצמה ומהני תפיסתה כשהיא על החמור.

ואפשר עוד דהרמב"ם מפרש דכדמתרץ לבסוף אלא אימא וכו' אינו משבש לגמרי הברייתא דקתני זה קנה חמור וזה קנה מוסרה אלא דמוסיף, ופירושא דברייתא הוא דכ"א כשהוא בעצמו, רכוב חמור קנה חמור, ואשמעינן דרכוב קני או במנהיג ברגליו, וזה קנה מוסרה היינו אם תפוס במוסרה בלא רכוב, וכשהם שניהם יחד אז הוא כדמתרץ בגמ' אלא אימא וכו', משום דקנין הרכוב אינו מועיל להתפוס במוסרה ובזה יהיו פסקי הרמב"ם מבוררים דמפורש כך בברייתא ובגמ':

פרק יח

הלכה ב

וכן אם מצא שטר שזמנו בו ביום והיה מקויים והחייב מודה יחזיר ואם אינו מקויים לא יחזיר שמא כתב ללוות ועדיין לא לוה.

המ"מ הביא מה שתמה הרשב"א דכיון דחייב מודה למה צריך כתוב בו הנפק דאי משום קנוניא ליכא דאי בעי כתב ליה שטר אחר מהשתא, והביא שהר"ר יהונתן כתב משום דלא סבר עדיו בחתומיו זכין לו, וכתב ע"ז המ"מ וג"ז צ"ע, ובאמת אינו מספיק כלל דזה מהני רק לומר דאם כתב ללות ולא לוה לא נתחייב הלוה אבל קושיית הרשב"א הוא דלמה ניחוש לזה כיון דיכול לכתוב שטר אחר. ובזה היה אפשר דחייש אפשיטי דספרא אלא דא"צ לזה, דאיברא דאין אנו מאמינים שכבר לוה מ"מ כשיתבע הלוה השטר שרוצה ליתנו להמלוה וללות למה לא נחזיר לו כיון דהוא בו ביום, א"כ גם עכשיו שמודה שלוה ובהך נתינה שנותן המוצא להמלוה אין בה כדי לחייב את הלוה מ"מ יש לו מיגו דאי בעי היה לוקח בעצמו ונותנו למלוה, או שיאמר להמוצא ליתנו להמלוה בשליחותו דאף דאין כותבין שטר ללוה עד שיהיה מלוה עמו להפוסקים דלא כאביי מ"מ א"צ שיראו נתינת המעות רק נתינת השטר וכמבואר בד' הרמב"ם בפ' כ"ג מה' מלוה, [והמל"מ כאן כתב זה בשם הרמב"ן והנמוק"י ולפלא שלא זכר ד' הרמב"ם ומה

שכתב דכ"נ שהוא הסכמת כל הפוסקים, בפירש"י בב"מ בדף י"ג מפורש שצריך שיראו העדים נתינת המעות] ואין לומר דדין מיגו לא מהני אלא בבע"ד ודלוה שאומר שהשטר שייך למלוה כבר אינו בע"ד דהא זהו דין בידו דעדיף ממיגו דהא בידו לומר למוצא אם אין השטר של המלוה אלא שלי שעדיין לא לויתי אני רוצה להתחייב עכשיו בשטר שלי וליתנהו למלוה.

ונראה לפי"מ דקיי"ל דבעל שאמר גירשתי את אשתי אינו נאמן וחוששין אף שבידו לגרשה. וכתב הרמב"ם בפי"ב מהל' גירושין הלכה ה' וז"ל לפיכך אומרין לו אם אמת הדבר הרי אתם קיימים גרש אותה עתה בפנינו, ולכאורה דבריו מיותרים דמה צריך ללמדנו שיש לו עצה לגרש מחדש את אשתו, ונראה דאף דכתב מקודם שחוששין שמא יתכוין לקלקלה או בגט בטל גירשה והיא אינה יודעת מ"מ אי לאו שיש לו עצה לגרשה לא היינו חוששין זה כיון דבידו לגרשה היה נאמן דהך חששא שאמר יתכוין לקלקלה אינו חשש גמור דהא בריש גיטין הביא הרא"ש ד' הירושלמי דאמר וחש לומר שמא החתימו בעדים פסולים. א"ר אבין אינו חשוד לקלקלה בידי שמים, וכן החשש שמא בגט בטל גירשה מי לא עסקינן דאומר שגירשה בפני מומחין אלא שאינם לפנינו דמ"מ אינו נאמן אלא דכיון דיש עצה שיגרשה חוששין, ושם איכא הפסד פשיטי דספרא וטרחא דעדי חתימה ומ"מ חוששין, וא"כ כ"ש הכא דיכול הלוה לומר שיתנו לו וימסור למלוה בפנינו או שימסור המוצא בשליחותו בגדר התחייבות מחדש, ואף דשם יש חשש כמש"כ הרמב"ם גם כאן אפשר דנתן לו מקודם שטר אמנה ורוצה גם עתה שיחזירו למלוה באופן זה, ועמש"כ כאן המל"מ, ולכן כיון דאפשר שיתחייב עכשיו מחדש אין מחזירין אם אינו שטר מקויים:

הלכה ו

מצא גיטי נשים בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה אין הבעל מודה אם נתנה האשה סימן מובהק ינתן לה ואם לאו לא יחזיר לא לזה ולא לזה אמר הבעל מידי נפל ונתן סימניו והאשה אומרת מידי נפל ונתנה סימניו ינתן לה והוא שתתן סימן מובהק כגון שאמרה נקב יש בצד אות פלונית שאילו לא הגיע לידה לא היתה יודעת היא.

השגת הראב"ד: מצא גיטי נשים וכו'. א"א תמה אני היכי פסקא למילתא דהא בעינן לאלתר אי נמי בשלא הוחזקו ב' יוסף בן שמעון ומקום שאין השיירות מצויות ככתוב בהלכות הרב ז"ל עכ"ל.

כתב המ"מ וז"ל ונראה לי שרבינו ז"ל סומך במש"כ בדינים אלו בפ"ג מה' גירושין ושם ביאר בארוכה מה שנראה לו מענין פסול הגט והכשרו, אבל כאן לא בא להודיענו אלא

בזמן שהגט כשר אם ינתן לו או לה עכ"ל, ולדעתי אין בזה כדי ליישב דברי הרמב"ם דלא הו"ל לסתום דאם הבעל מודה יחזיר לאשה והיה לו לכתוב שהוא באופן שנתבאר בה' גירושין.

והנראה בזה דהתוס' הקשו במה דפריך בגמ' הא אמר תנו נותנין דמנלן דהא דקתני ונמלך היינו לאפוקי אם גרשה מקודם דמחזירין לה לראיה ותירצו דמדלא קתני ולא נתנן וקתני ונמלך משמע דאם רוצה עכשיו ליתן יכול ליתן, ובמה דרמי ר' זירא אברייתא דקתני בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה הקשו ג"כ בתוס' דדילמא יחזיר לאשה לראיה בעלמא, ותירצו דבאמת אינו נאמן שכבר נתגרשה ומה דתניא יחזיר לאשה היינו שתתגרש בחזרה זו, אבל מדברי הרמב"ם לא משמע כן דא"כ הו"ל לפרש שצריך דוקא שיתנו בפני עדי מסירה ובתורת גירושין בשליחות הבעל ופשטא דיחזיר לאשה משמע דהוא בתורת שהוא שלה, וגם בלשון הברייתא קשה לפרש כן.

לכן נראה דאף דקיי"ל דבעל שאמר גירשתי את אשתי אינו נאמן היינו בדליכא גט אבל היכי דאיכא גט דמסייע כו"ע מודו דנאמן, ומצאתי שכתב כן בתורת חיים, ויש להוכיח כן ממה דפריך הגמ' בגיטין דס"ד וליהימניה לבעל דאמר רחב"א אר"י בעל שאמר גירשתי את אשתי נאמן, וקשה מאי פריך בפשיטות הא קיי"ל דחוששין ואינו נאמן, וע"כ דהיכי דאיכא גט דמסייע הכל מודים דנאמן, ולכן פריך דלזמן מרובה מנלן שזהו הגט שאבד, ויש לומר עוד דמה דקיי"ל דחוששין ולא מהני מה דבידו לגרשה הא כתב הרמב"ם משום דשמא יתכוין לקלקלה או בגט בטל גירשה, וזהו כשאומר סתם גירשתי דשייך לומר בגט בטל גירשה, וכן שייך לומר דיתכוין לקלקלה, אבל כששניהם מודים שהגט שהוא בפנינו כבר נתן הבעל לאשה לא שייך חשש זה, וכן בגיטין דס"ד לא שייך חשש זה וממילא דכ"ז כשאנו יודעים שזה הגט הנמצא הוא שלהם.

ולפי"ז נראה לפי"מ דפסק הרמב"ם בפ"ג מה' גירושין לענין פלוגתא דרבה ור' זירא אי בשיירות מצויות לבד לא יחזיר או דבעינן נמי הוחזקו דמחלק הרמב"ם דבשיירות מצויות מיקרי לאלתר כל שלא שהא אדם שם, ובהוחזקו מיקרי לאלתר כל שלא עבר אדם שם, וכתב המ"מ דפסק כר' זירא רק לחומרא, ולכן בהך ספיקא אם לאלתר הוא כל שלא שהא או לא עבר, פסק דבשיירות מצויות ולא הוחזקו דלרבה כשר ולא מחמרינן לומר דעבר ולא שהא הוי לזמן מרובה.

והנה התוס' בד"ה והוא שהוחזקו הקשו במה דמוכח דבאין שיירות מצויות אפי' הוחזקו מחזירין דמ"ט יחזיר לאשה כיון ששני יוסף בן שמעון בעיר, ותירצו דכיון שאנו יודעין שזה אבד גט כאן אין לחוש שגם האחר אבד כיון שאין שיירות מצויות, וזה בברייתא

דקתני המביא גט ואבד הימנו, אבל במתני' דדייקינן אם אמר תנו נותנים הא לא הוזכר שאנו יודעים שאבד, וצ"ל בכוונתם דכיון שמפרשים הא דאם אמר תנו נותנים היינו שהוא רוצה לגרשה עכשיו, ועל זה נאמן הבעל לומר שכתב גט ואבד ממנו דדוקא למפרע אינו נאמן לומר שכבר גירשה, אבל על להבא נאמן כיון שבידו לגרשה, אכן בברייתא דבזמן שהבעל מודה דג"כ אמרינן הכי, וכבר כתבתי דיחזיר לאשה משמע דנאמן שכבר גירשה דבמתני' דהוא רק מדיוקא דתנן ונמלך אפשר לומר כפירוש התוס', אבל לשון יחזיר לאשה לא משמע דהוא ע"מ לגרשה, וא"כ יקשה איך אפשר לאוקמי כשהוחזקו ומ"מ בעינן שיירות מצויות, ועוד דבאמת גם במתני' קשה דאף דלדין גירושין יש לומר דהבעל נאמן כיון שבידו לגרשה, מ"מ בדין מוצא אבדה כיון שהוחזקו שני יוסף בן שמעון מהיכי תיתי יאמין המוצא לזה שמא הוא של אחר שכתב גט לאשתו.

ומצאתי בש"מ שהריטב"א הקשה וז"ל ק"ל כל היכי דהוחזקו ואין שיירות מצויות מנלן למתלי בהאי טפי מהאי, בשלמא המביא גט כיון דהוחזק זה השליח שעבר בדרך הזה והאחר לא הוחזק בדרך זה ניחא, אבל כשלא ראינו לאחד מהם שעבר כאן יותר מחבירו מאי איכא למימר, תירץ מורנו דה"נ בשהוחזק בדרך זה (א' מהם) שעברו שם איש ואשתו וכו' עכ"ל, ונמצא דמה דמוקי רבה ור' זירא מתני' דדייקינן דאמר תנו נותנין ובברייתא דבזמן שהבעל מודה דמיירי במקום שאין השיירות מצויות הוא כדי לאוקמי אפי' כשראינו הבעל ואשתו שהלכו בדרך הזה, דאז מצי מיירי בהוחזקו, אבל בסתמא לא מצי מיירי כלל בהוחזקו, ונראה דהרמב"ם אין צריך לפרש כלל דמיירי בשלא הוחזקו שני יוסף בן שמעון, דכיון דאמר בזמן שהבעל מודה מוכח דהוא רק בעל אחד ואין ספק אלא בינו לבין אשתו, דבסתמא לא מיירי שראינו שהלכו בדרך הזה, וא"כ כל הקושיא הוא רק למה לא התנה הרמב"ם דלא היו שיירות מצויות כיון דפסק בה' גירושין דבשיירות מצויות ולא הוחזקו ג"כ פסול לגרש בו אם לא מצאו לאלתר.

ובזה שפיר נוכל לומר דכיון דמעיקר הדין היה צריך להיות הבעל נאמן שאמר גירשתי את אשתי הואיל ובידו לגרשה, ורק דקיי"ל כמ"ד חוש לה ולא הוי אלא חששא בעלמא, ולכן בזה לא מחמרינן כר' זירא דשיירות מצויות מהני למיחש אפילו בלא הוחזקו, וכמו שכ' המ"מ לענין לא עבר אדם שם ושפיר יחזיר לאשה אפי' בשיירות מצויות, ומיושב שיטת הרמב"ם שכתב יחזיר לאשה ולא התנה שיהיה לאלתר או שאין שיירות מצויות וכנ"ל:

הלכה יד

כל השטרות הנמצאות שדינן שלא יחזיר אם החזיר הרי אלו כשרים וגובים בהן ואין מוציאין אותן מתחת יד בעליהן והרי הם בחזקתן ואין חוששין להם.

השגת הראב"ד: כל השטרות וכו'. א"א דין זה אינו מחוור אם הוחזק בב"ד או אפי' בעדים ואין דנין בו מעשה עכ"ל.

שיטת הרמב"ם צריך ביאור דנהי דסובר דעיקר דין דלא יחזיר הוא על המוצא אבל החוב הוא בחזקתו, מ"מ יקשה דעכ"פ כיון שאנו יודעין שהשטר הוא אצל המוצא אמאי לא יוכל המלוה לגבות, ועוד יותר סובר הרמב"ם בפי"ד מה' מלוה דאפי' הוא תוך זמנו אינו גובה, והראב"ד השיג עליו דכיון שהוא תוך זמנו אמאי לא יגבה, ונראה דסובר הרמב"ם דכ"ז שאין השטר תח"י המלוה אין למלוה החזקה שטרך בידי מאי בעי דכשהוא ביד המלוה גובה החוב בעצם השטר, וכדאמר בקדושין דף כ"ז דשטר אפסרא דארעא ואף דזהו לענין שטר מכירה מ"מ יש לומר דה"נ לענין שטר חוב דהוא אפסרא דהשעבוד, ולכן מה דאומר שטרך בידי מאי בעי הוא בשביל דהוא באמת בידו, וכמו דין חזקה שכל מה שביד אדם הוא שלו ומדוייקים ד' הרמב"ם שכתב ואין מוציאין אותן מחמת יד בעליהן והרי הם בחזקתן, ולכאורה תמוה כיון שכבר כתב דגובים בהם למה לו לומר דאין מוציאין אותן מתח"י בעליהן וע"כ דהוא חדא מילתא דכיון שאין מוציאין אותן מתח"י בעליהן והרי הן בחזקתן לכן גובה בהן. אבל כשאין השטר בידו יכול הלוה לומר פרוע, ומהני ריעותא דנפילה גם לענין שלא לגבות החוב, ואפי' אם הוא תוך זמנו, וכמו שהוכיח הרשב"א שם כשיטת הרמב"ם.

והנה הרשב"א בתולדות אדם הביאו הגר"א ז"ל בחו"מ סי' ס"ה ס"ק נ' הקשה על הרמב"ם מהא דפריך בדף י"ג אי הכי כל שטרי דאתו לקמן ניחוש להו הכי ומשני כל שטרי לא ריעי הני ריעי וכתב וז"ל ומאי קושיא משטרי דעלמא שביד המלוה, הא אפי' בהני דנפול אי אהדרינהו למאן דנפיל מידיה ונפקי מתותי ידיה דמלוה מגבא גבי בהו, ולמה ליה לדחוקי כל שטרי לא ריעי הני ריעי נימא הני נפקי מתותי ידיה מלוה והני לא, דהא לאו כולה מילתא בריעותא דנפילה תליא, דאפי' כי נפל ואיתרע אי נפיק מתותי ידי מלוה כשר עכ"ל, עוד הוכיח מהא דאמר בדף י"ט אי אתא למיטרף אמרינן ליה אייתי ראיה וכו', ומ"ש משט"ח וכו', הכא גבי שט"ח לא אתי לוקח ותבע כו', ומוכח דאי הוי מערער ערעורו קיים.

ונראה ליישב לדעת הרמב"ם לפימש"כ בטעמו משום דדין שטר כשהוא ביד המלוה הוי מוחזק לענין זה דלאו פרוע הוא, דזהו רק לענין חששא דפרעון אבל מעיקרא בסוגיא

דהוי החשש שמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי בזה באמת לא מהני כלל חזקתו של מלוה, ולכן שפיר אפי' אם החזירו ליד המלוה לא מהני כיון דאיתרע בנפילה ואמרינן שמא לא נתן עד תשרי, וכן הוא בדף י"ט דמטעם שמא כתב ללות בניסן הוא, אבל להלכה דקיי"ל כאביי דמה דלא יחזיר הוא משום דחיישינן לפרעון, ושמא איקרי וכתיב לא חיישינן, א"כ שפיר אם החזירו והוא ביד המלוה גובה בו וכמש"כ.

-השמטות ומלואים-

בד"ה ונראה ליישב, שכתבתי בדעת הרמב"ם דלא מהני חזקה בשטר רק לענין פרעון דבזה נאמר כיון שהמלוה מוחזק בו ודאי שלא נפרע אבל למה דמספ"ל בגמ' דילמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי לא מהני החזקה. ולכן לא מהני החזירו ליד המלוה, ולהלכה דקיי"ל כאביי דמה דלא יחזיר הוא משום דחיישינן לפרעון ולכן אם החזירו שפיר דמי וגובין בו, והעיר הגריח"ס שי' דהא כתב הרמב"ם כל השטרות הנמצאות שדינן שלא יחזיר ובפרק זה הזכיר גם השטרות שאין מחזירין משום שמא כתב ללות ולא לוה כמו בהל' ב', ונראה דהגמ' בדף י"ג קאי קודם דמסיק רב אסי דאין כותבין אלא בשטרי הקנאה וא"כ בספק שמא כתב ללות ולא לוה הוא ספק גמור אבל למסקנא לרב אסי ושכן סובר הרמב"ם א"כ ליכא חשש אלא שמא מיקרי וכתב ובזה אין מבטלין חזקת המלוה ולא מהני חששא זו אלא שלא להחזיר ובדף י"ט יש לומר דשם פריך אמאי לא עשו תקנה זו להחזיר ולומר אייתי ראי' ואם היו מחזירין ע"מ כן לא היה גובה בלא ראי' משום תק"ח זו. [עד כאן].

ומה שהביאו להרמב"ם לחילוק זה לחלק בין אליבא דרב אסי דהוא משום שמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי ובין אליבא דאביי דהוא משום חשש פרעון נראה דהנה היכי דהמלוה בעצמו מצא הכל מודים שיגבה בו, וכמו שכתבו התוס' בדף י"ג ע"ב והוכיחו מהא דאמר בדף ז' ע"ב ואחר שמצא שטר שנפל ליד דיין משמע שאם המלוה מצאו גובה בו, והרשב"א בתשובה שם הוכיח ממה דאמר בברותא שנים אדוקים בשטר מלוה אומר שלי ונפל ממני ומצאתיו, ומוכח דאף דמודה שמצאו גובה בו, אבל באמת אינו מוסבר כ"כ דאם אמרינן דריעותא דנפילה מרע לשטר א"כ מה מהני דמצאו בהיתר, וא"כ אפשר לומר בדעת הרמב"ם דבאמת אין נ"מ ולרב אסי דהוא משום שמא כתב וכו' ודאי אין נ"מ ואפי' מצאו בעצמו איתרע שטרא, אבל במה שהוכיחו בתוס' ובמה שהוכיח הרשב"א בב' המקומות לא איירי אלא בחשש פרעון דבהא דאחר שמצא שטר אמר להדיא בטעמא משום דחיישינן לפרעון והיינו משום שכתוב בו הנפק ומשמע דגם ללא לוה עד תשרי ליכא למיחש וכמש"כ התוס' בדי"ב ע"ב ד"ה ולא לוה, והא

דשנים אדוקים בשטר הא מפורש ג"כ בברייתא דלוה טוען פרעתי, ולכן בזה שפיר אם המלוה מוחזק בעצמו יגבה, וכיון דמוכח דלחשש פרעון לא מהני ריעותא דנפילה סובר הרמב"ם דאין חילוק בין מצאו בעצמו בין החזירו לו שלא כדין דריעותא דנפילה הוי גם במצא בעצמו וע"כ דלענין חשש פרעון לא מהני ריעותא דנפילה אלא לענין שלא יחזיר לו המוצא, וכשאין מחזירין לו אינו גובה וכמש"כ.

והנה הקצוה"ח בסי' ס"ה סק"ט הקשה למה נותנין להמלוה כשנותן סימן כיון דאיתרע בנפילה ע"ש שהאריך בזה ונשאר בצ"ע, ועיין מה שכתב בזה הנתיבות, ונראה דמה דאין מחזירין למלוה משום חששא דפרעון הוא משום דבאמת לא ידעינן אם מהמלוה נפל או מהלוה, רק דהלוה מודה ובזה אמרינן דכיון דנפל איתרע חיישינן לקנוניא, וממילא אמרינן דאפי' נפל מהמלוה איתרע בנפילה ושמא הוא פרוע, אבל כל זה אי לא ידעינן ודאי שהוא של המלוה, אבל אם נותן סימן ואנו ידעינן שהוא של המלוה אין לנו רשות לחוש בחששות על שטר שלו והוא אומר כיון שממנו נפל תחזירו לי, וממילא כיון שמחזירין לו שפיר גובה וכשיטת הרמב"ם.

אח"כ מצאתי שכבר הקשה זה הרא"ש בש"מ גבי תכריך של שטרות בדף כ' ותי' ב' תירוצים א' כתי' הגד"ת שהביאו הקצוה"ח והנתיבות, ותי' ב' ומבואר ביותר במה שמביא שם מדברי הגליון כמש"כ, רק שלא ביארו דאינו מיושב אלא לשיטת הרמב"ם דאף דהחולקים אינם חולקים במצאו בעצמו אלא כשהחזיר המוצא שלא כדין, מ"מ יש לומר דבמצא בעצמו לא הוחזק פסולו בב"ד אבל כשהוחזק פסולו בב"ד קשה דלמה יגבה ולדברי הרמב"ם מיושב: