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

אבן האזל על משנה תורה, הלכות גניבה

הרב איסר זלמן מלצר

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אבן האזל על משנה תורה, הלכות גניבה

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-גניבה/
הקובץ נוצר ב־18 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 4
הלכה ג 4
הלכה ז 9
הלכה יא 10
הלכה יד 13
הלכה טו 22
פרק ב 24
הלכה א 24
הלכה ג 32
הלכה ד 37
הלכה ו 40
הלכה ז 43
הלכה יא 47
הלכה יב 48
הלכה טז 53
פרק ג 62
הלכה ב 62
הלכה ד 70
הלכה ח 71
הלכה ט 72
הלכה יא 72
הלכה יג 72
הלכה יד 74
הלכה טו 82
הלכה טז 90
פרק ד 97
הלכה א 97
הלכה ב 99
הלכה ה 103
הלכה ז 106
הלכה י 107
פרק ה 112
הלכה ב 112
הלכה ו 122
הלכה י 124
פרק ו 132
הלכה א 132
הלכה ז 133
פרק ז 135
הלכה א 135
הלכה ג 137
הלכה ד 138
הלכה ה 140
הלכה ו 142
הלכה י 143
פרק ח 144
הלכה ז 144
פרק ט 146
הלכה ג 146
הלכה ז 147
הלכה ט 150
הלכה י 151
הלכה יא 152
הלכה יג 156

פרק א

הלכה ג

אי זהו גנב זה הלוקח ממון אדם בסתר ואין הבעלים יודעים, כגון הפושט ידו לתוך כיס חבירו ולקח מעותיו ואין הבעלים רואים וכן כל כיוצא בזה, אבל אם לקח בגלוי ובפרהסיא בחוזק יד אין זה גנב אלא גזלן, לפיכך ליסטים מזויין שגנב אינו גזלן אלא גנב אף על פי שהבעלים יודעים בשעה שגנב.

השגת הראב"ד: ליסטים מזויין וכו'. א"א האי פיסקא לא מיחוורא דהא אקשינן בפ' מרובה וכיון דראוהו גזלן הוא ופריקו כיון דמיטמר מאינשי גנב הוא אלא היכי דמי גזלן א"ר אבהו כגון בניהו בן יהוידע ור"י אומר כגון בעלי שכם, ועוד דשמעתין דרב יוסף בשומר אבדה לא מתרצי בהדי שמעתא דר"י בטוען טענת גנב באבדה אלא בההיא דליסטים מזויין גנב הוא ותרתי שמעתתא הלכתא נינהו ושמא הטעהו מה שאמרו פרק הגוזל זוטא הב"ע בליסטים מזויין ור"ש היא אי הכי היינו גזלן תרי גווני גזלן ולאו מילתא היא דלענין יאוש קאמר ולר"ש הוא דאמר דגזלן כיון דמחציף נפשיה תו לא הדר ביה ומסתמא מייאש מיניה לאלתר הלכך לגבי יאוש היינו גזלן ותרתי למה לי ואי איתיה למילתא בליסטים מזויין לא מיטמר כלל ואי לא מיטמר מה לי מזויין מה לי אינו מזויין; עכ"ל.

כבר כתב המגדול עוז דהגירסא הנכונה מכת"י של הרמב"ם הוא כמו שלפנינו אין זה גזלן אלא גנב, והראב"ד והמ"מ היו גורסים אין זה גנב אלא גזלן, ולפי גירסתו ביאר המ"מ ענין ליסטים מזויין אלא דמ"מ נביא דבריו כדי לבאר שיטת הרמב"ם בפי' ליסטים מזויין דאינו כפירש"י ועוד ראשונים.

והנה זה לשון המ"מ, ע"כ יש לי לומר תרי גווני ליסטים מזויין איכא, חד כגון בניהו בן יהוידע או כגון בעלי שכם שהיו גוזלין מיד בעלים, ואלו אפי' נחבאו דינם כגזלן שאינם מתחבאים בשביל שלא היו לוקחים מיד בעלים אלא כדי שלא ישמור אדם ממונו מהם וכו', ולזה נתכון רבינו ז"ל באמרו אבל אם לקח בגלוי ובפרהסיא ובחוזק יד וע"ז נ"ל שהקשו בהדיא בפ' הגוזל אי הכי היינו גזלן דההוא ליסטים מזויין שהזכירו שם הוא כגון זה משו"ה מיאשי בעלים מיניה כיון שיש לו עזות כ"כ תו לא הדר ביה, וכמש"כ הראב"ד ז"ל, ויש אחר שלא יקח מיד בעלים בחזקה אבל הוא בא לגנוב וכסבור שלא ירגישו בעלים ומזיין עצמו בשביל שאם ירגישו בעלים ייראו ממנו ויניחוהו ליטול ובכה"ג הוי אונס לגבי ש"ש, ונחלקו בגמ' אם נקרא גנב או גזלן, ודעת רב יוסף שהוא גנב והלכה כמותו וכן דעת רבינו ז"ל פ"ד ובזה נתחוורו הסוגיות ועמדו דברי רבינו במקומן עכ"ל.

ודברי המ"מ תמוהים במה שכתב אופן הא' של ליסטים מזויין שבזה רצה לפרש מש"כ הרמב"ם כאן לפי גירסתו דהוא גזלן שהוא כגון בניהו בן יהוידע או כגון בעל שכם, דבניהו בן יהוידע דהוא ויגזול את החנית מיד המצרי זהו עיקר גזלן ואין לך גזלן יותר ממנו ולא הוצרך הרמב"ם להשמיענו דהוא גזלן ואפי' בעלי שכם שהיו מתחבאין ולא היו מתחבאין אלא כדי שלא ישמור אדם ממונו מהם, וקאמר ר' יוחנן דהוו גזלן אין זה מכוון כלל בלשון הרמב"ם, דהא לא זכר כלל הרמב"ם ליסטים מזויין שהי' מתחבא, ועיקר חסר ובלא מתחבא הלא זהו עיקר גזלן.

ולבאר דבריו נבוא מקודם לסוף דבריו שכתב דהאופן השני מליסטים מזויין הוא שלא יקח מיד בעלים בחזקה אלא בא לגנוב, וכסבור שלא ירגישו בעלים, ומזיין עצמו בשביל שאם ירגישו בעלים ייראו ממנו ויניחוהו ליטול, והנה ע"כ צריך לומר בכוונת דבריו דזה הליסטים מזויין אינו באופן דלבסוף הרגישו הבעלים והוא לקח החפצים בפניהם שבשביל שהוא מזויין יראו ממנו והניחוהו ליטול דזהו ודאי גזלן דמה לן מה שהי' סבור מתחלה כיון דעכ"פ לבסוף לקח בע"כ של הבעלים, דהא כתב הרמב"ם בפ"א מה' גזילה הל' ג' איזהו גזלן זה הלוקח ממון האדם בחזקה כגון שחטף מידו מטלטלין או שנכנס לרשותו שלא ברצון הבעלים ונטל משם כלים, ולהדיא דאפי' לא חטף מידו בחוזק אלא שלקח מרשותו כלים שלא ברצונו והיינו שבכח אלמותו יירא הלה ממנו והניחו ליטול זהו גזלן, ואין לומר דעכ"פ איכא נ"מ דהכא מתחלה נכנס לרשותו דרך גנבה, ושם מיירי שנכנס לכתחלה שלא ברצונו דזה לא מסתבר לחלק, דעיקר עלינו לדון על שעת הגזילה ואף דלפירש"י גם בנטל ממנו בע"כ היכי דמטמר מאינשי גנב הוא, הא המ"מ לא הזכיר כאן כלל הא דמטמר מאינשי, וע"כ דכוונת המ"מ ברורה דהא דקיי"ל שהוא גנב היינו שהוא לקח החפצים דרך גנבה ורק שזיין את עצמו שאם יראו הבעלים ייראו ממנו ויניחוהו ליטול, ובזה האופן אפי' הרגישו הבעלים ועמדו מרחוק ולא עיכבו בשביל יראתם נקרא גנב כיון דעכ"פ לא נטל מהבעלים בפניהם בעל כרחם.

אכן בב"ק דף נ"ז ע"א בהא דאמר כגון שטענו טענת ליסטים מזויין פירש"י גנב מזויין נטל הימנו בחזקה וטעמא אמר בגמ' שם כיון דמיטמר מאינשי גנב הוא, והיינו דאף שמהבעלים נטל בחזקה כיון דמיטמר משאר אינשי גנב הוא, וזהו לשון גנב מזויין שכתב רש"י דהוא מתחבא משאר אנשים ובא לבית בסתר אבל כשבא לבית נוטל בכח כלי זיינו בחזקה, ולפי"מ שבארנו בדעת המ"מ אין שיטת הרמב"ם כן, דלא הזכיר אופן זה לומר שזהו גנב.

איברא דלפי גירסתנו אינו גזלן אלא גנב, פי' הלח"מ וז"ל כיון שאמרנו שהלוקח

בחזקה הוא הנקרא גזלן, מפני כן הליסטים מזויין כיון דגנב והוא לוקח בחשאי נקרא גנב אע"פ שבידו לוקח בחזקה כיון שהוא לוקח בהחבא ומטמר מאינשי, בתר הפעולה אזלינן ונקרא גנב אע"פ שהבעלים ראו שגנב עכ"ד, ולכאורה דבריו הוא לפי פירש"י שהבאנו, אבל לפי"ז אין דבריו מדוקדקים במה שכתב אע"פ שבידו לוקח בחזקה וכו', בתר הפעולה שהוא עושה אזלינן וכו', ובאמת אין זה עיקר הטעם דהא מצד נטילתו החפץ נטל אותו בדרך גזלה בחזקה בע"כ של הבעלים, ורק שאנו אומרים דכיון דמטמר משאר אינשי נקרא גנב, וע"כ דכונתו דבאמת נטל החפץ דרך גנבה באופן שלא יראו הבעלים אלא שהזדיין א"ע שגם אם יראו ייראו ממנו ויניחוהו ליטול, אבל באמת לא נטל אלא דרך גנבה רק שהבעלים ראו מרחוק ולא עיכבו, וכן באמת מוכח מדברי הרמב"ם פ"א מהל' גזלה שלא הזכיר כלל בגלוי ובפרהסיא וכתב איזהו גזל זה הלוקח ממון האדם בחזקה, ומוכח מזה דמה שכתב כאן הרמב"ם בגלוי ובפרהסיא היינו דזה גופא עושה שיהי' נקרא בחזקה אף שלא לקח בחזקה בדרך אלמות מהבעלים, וכמו שכ' שם הרמב"ם כגון שחטף מידו מטלטלין או שנכנס לרשותו שלא ברצון הבעלים ונטל משם כלים או שתקף בעבדו ובבהמתו ונשתמש בהן, או שירד לתוך שדהו ואכל פירותיה וכו', והנה תקף בבהמתו ונשתמש משמע דאפי' שלא בפני הבעלים, וכן ירד לתוך שדהו ואכל פירותיה, והטעם דזה הוי נקרא בחזקה כיון שהוא בגלוי ובפרהסיא.

ונמצא לפי"ז דבגלוי ובפרהסיא הוא רק גורם שאפי' לקח חפצים שלא בפני הבעלים נקרא בחזקה, אבל אם לקח מיד הבעלים בחזקה בודאי נקרא גזלן ולא איכפת לן בשאר אינשי כלל, ולפי"ז אנו צריכין לומר דהרמב"ם מפרש כיון דמטמר מאינשי גנב הוא היינו דאף דהוא גנב מזויין והזדיין עצמו כדי שייראו ממנו הבעלים, מ"מ כיון דעכ"פ לקח שלא בפני הבעלים ומטמר מאינשי היינו מהבעלים לכן הוי גנב, אבל מיטמר משאר אינשי לא מהני היכי דגזל מהבעלים.

אלא דקשה לדעת הרמב"ם דהא בסוגיא בב"ק דף ע"ט מוכח להדיא כדעת רש"י דאמר שם ראוהו שהטמין בחורשין וכו' וכיון דראוהו גזלן הוא כיון דקא מטמר מינייהו גנב הוא, ואלא גזלן היכי דמי א"ר אבהו כגון בניהו בן יהוידע וכו' ר' יוחנן אמר כגון בעלי שכם שנאמר וישימו לו בעלי שכם מארבים על ראשי ההרים ויגזלו כל אשר יעבר עליהם בדרך, ור' אבהו אמר כיון דמטמר אטמורי לא גזלני נינהו, ור' יוחנן הא דקא מטמרי כי היכי דלא נחזינהו אינשי וניערקו מינייהו, ומוכח דאף דבעלי שכם גזלו להדיא בדרך מ"מ כיון דשמו מארבים ואטמרו סבר ר' אבהו דלא הוי גזלני, ור"י סבר דלא אטמרו אלא כי היכי דלא נחזינהו וכו', אבל עכ"פ תרווייהו סברי דאף שלוקח מהבעלים בחזקה כיון

דמטמרי משאר אינשי הוי גנב.

והנה ממה דאמר מעיקרא כיון דקא מיטמר מינייהו גנב הוא לא הי' קשה, לא לפי"מ שפירש"י דמה דפריך וכיון דראוהו גזלן הוא, דלא דמי לגנב בפני שנים דהתם ידע מי הם הבעלים, אבל חורשין מרעה לכל היא ולא ידע דמאן ניהו, וכיון דלא מיסתפי מכולי עלמא גזלן הוא, דשפיר מתרץ דכיון דקא מטמר מינייהו ואינו רוצה שהכל יראוהו אף דרואה דשני אנשים רואין סובר שאין זה הבעלים, וכן לפי"מ שכתבו התוס' דכיון דעושה במקום גלוי והיינו כמש"כ הרמב"ם דכל היכי שלוקח בפרהסיא הוי גזלן, דודאי משני שפיר דכיון דקא מטמר מינייהו לכן אף אם נאמר דכוונת התוס' ג"כ שרואה אותם, שמ"מ שנים רואים לא אלים זה מגנב בפני שנים דהוי גנב, אבל מהא דבעלי שכם דהם הא גזלו להדיא בדרך ומ"מ אי אטמורי משאר אינשי הוו גנב קשה.

ונראה דגבי בעלי שכם עיקר השאלה הוא לגבי אבימלך כדכתיב וישימו לו בעלי שכם מארבים ולו היינו לאבימלך וע"ז כתיב ויגזלו וגו' דהיינו משל אבימלך, ובעלי שכם כשעבר מחנה של עדרים או משאות משל אבימלך היו לוקחים את כל המחנה היינו הצאן עם הרועים או המשאות עם הגמלים ונהגיהם, ונמצא דאין אנו דנים כאן לגבי הרועים והנהגים אלא לגבי אבימלך, והנה מצינו בקרא גונב נפש ומפורש לקמן בפ"ט דאחד גונב קטן ואחד גונב גדול, וע"כ מה דשייך גנבה בגדול היינו שגונבים אותו מאלה שיש בידם להצילו, ונמצא דלשיטת ר' אבהו דהיו מטמינים בעלי שכם עצמם מאבימלך וחילו, לכן אף שלקחו המחנות העוברים בדרך הוו לגבי אבימלך גנבי, דאין אנו דנים עכשיו כלל לגבי הרועים והנהגים, דאף שלקחו אותם בע"כ מ"מ לגבי אבימלך שפיר הוו גנבי, ור' יוחנן דסבר דהוו גזלני משום שלא הטמינו עצמם מאבימלך כלל.

ועכשיו נבוא לבאר דברי המ"מ בראש דבריו שכתבנו שהם תמוהים, והנה המ"מ לפי"מ שבארנו דבריו תפש לכאורה שני קצוות שכתב באופן אחד מליסטים מזויין דהוי גזלן הוא כגון בניהו בן יהוידע ובעלי שכם. ואופן השני הוא שלוקח דרך גנבה רק שהבעלים יודעים, ואופן הממוצע שכתב עליו רש"י דהוא גנב דהיינו שלקח מהבעלים דרך גזלה רק שנטמן משאר אנשים זה לא זכר המ"מ כלל, אכן באמת כבר כתב הלח"מ דלגירסת המ"מ דגורס אין זה גנב אלא גזלן הוי הגירסא אע"פ שאין הבעלים יודעים בשעה שגנב, וע"כ צריך לומר כן דבאופן אחר לא יתיישב תיבת אע"פ וכבר הקשה המ"ע כן, וכיון שכן נאמר דמה שכתב המ"מ כגון בניהו בן יהוידע דהוא ויגזול את החנית מיד המצרי והקשינו דזהו עיקר גזלן, דדברי המ"מ הם על מה שכתב הרמב"ם שאין הבעלים יודעים וע"כ דנטל את שלהם שלא בפני הבעלים, ומ"מ כיון דלקח בדרך אלמות ובפרהסיא

נקרא גזלן וזהו שכתב המ"מ וכגון בעלי שכם לפי"מ שבארנו דגזלו את של אבימלך שלא בפניו ומ"מ כיון דלקחו בפרהסיא הוו גזלן, וע"ז כתב המ"מ שפיר דאלו אפי' נחבאו דינם כגזלן שאינם מתחבאים בשביל שלא היו לוקחים מיד בעלים והיינו דבאמת לקחו את של אבימלך שלא בפניו, אבל מה שהתחבאו אינו בשביל שבפני אבימלך לא היו לוקחים, אלא כדי שלא ישמור אדם ממונו מהם, ומובן עכשיו מה שכתב המ"מ ולזה נתכוין רבינו באמרו אבל אם לקח בגלוי ובפרהסיא ובחוזק יד, ולכאורה מה השמיענו המ"מ בזה הא זה הוי גזלן גמור, אלא דעיקר כונתו אף שלקח שלא בפני הבעלים.

ונמצא דבאמת להלכה הכל אחד דבין לגירסת המ"מ בין לגירסתנו אנו מפרשים שיטת הרמב"ם באופן אחד דאינו סובר כפירש"י והעיקר תלוי אם לוקח דרך גזילה מהבעלים אלא דאם לוקח בגלוי ובפרהסיא אז אפי' לוקח שלא בפני הבעלים הוי גזלן.

ועתה עלינו לבאר מה שכתב הרמב"ם בתחלת דבריו ואין הבעלים יודעים, דקשה דהא לגירסתנו כתב בסוף דבריו ואע"פ שהבעלים יודעים, וכבר עמד ע"ז הגר"א ז"ל בסי' שמ"ח סעיף ג' וכתב וז"ל, ומ"ש ואין הבעלים יודעים הוא לאו דוקא, דפעמים אף שיודעין הוי גנב כגון בליסטים מזויין וכו' אלא מה שכתב ואין כו' לאפוקי דבעלי שכם וכמש"ש וכו' הא דקא מטמרי וכו' עכ"ל, ולבד מה דמש"כ הגר"א ז"ל על דברי הרמב"ם דהוא לאו דוקא הוא דוחק, וגם מדבריו מוכח דמפרש דהרמב"ם סובר כפירש"י בביאור ליסטים מזויין, ובביאור מה דאמרו כיון דמטמר מאינשי גנב הוא, דכיון דכתב דמש"כ הרמב"ם ואין הבעלים יודעין הוא לאפוקי דבעלי שכם היינו שהבעלים יודעין, ומוכח דסבר דבעלי שכם גזלו מהבעלים, ומ"מ צריך להשמיענו דהוו גזלן משום טעמא דר' יוחנן, דהא דקא מטמרי כי היכי דלא נחזינהו, ומוכח דבלאו הך טעמא הוי גנב אף דגזל ממש מהבעלים, וכבר כתבתי למעלה מדברי המ"מ והלח"מ ושכן מוכח מדברי הרמב"ם דשיטתו אינה כפירש"י.

אך לבד כל זה יקשה לדעת הגר"א דכיון דמה דכתב הרמב"ם ואין הבעלים יודעין הוא לאפוקי דבעלי שכם דהוצרך להשמיענו דבעלי שכם כיון שהבעלים יודעין הוו גזלן משום טעמא דר' יוחנן, א"כ אמאי לא כתב הרמב"ם בפ"א מהל' גזלה קרא דבעלי שכם אלא קרא דויגזול את החנית דא"ר אבהו איברא דהגר"א ז"ל הרגיש בזה וכתב, ואף שהרמב"ם כתב כגון ויגזול את החנית מילתא פסיקתא ור' יוחנן לא פליג אלא בפירושא דקרא ולא לענין דינא, אבל עכ"פ אי איכא חידוש בקרא דבעלי שכם הו"ל להרמב"ם להביא זה הפסוק ולא קרא דויגזול את החנית.

אמנם דבש"מ כתב בשם גאון ז"ל דהא דלא יליף ר"י מקרא דר"א דקמ"ל דאפי' בכה"ג

דהוי מטמרי גזלני אינון, ומוכח דסובר דאיכא חידוש דין בקרא דבעלי שכם, וכן הביא הש"מ משכ הרמ"ה ז"ל דליתא לדר' אבהו דתלמיד דר' יוחנן הוא ואין הלכה כתלמיד במקום הרב, ומוכח דסובר דפליגי לענין דינא, אבל מדברי הרמב"ם מוכח דאינו סובר כן, אלא לפי"מ דמפרש ר' יוחנן דהא דקא מטמרי כי היכי דלא נחזינהו אינשי ונערקו מינייהו ליכא בזה חידוש דין כלל, דהא עיקר הגזלה הי' בגלוי ובפרהסיא ומה שהיו מטמינים עצמם כדי שלא יברחו הנגזלים פשיטא שזה אינו מגרע כח הגזלה, ומשו"ה לא הביא קרא דבעלי שכם דליכא ביה חידוש כלל, וממילא אין לפרש בדברי הרמב"ם דכתב ואין הבעלים יודעין, דבא לאפוקי דבעלי שכם כיון דעיקר הך דינא א"צ להשמיענו, ולהלכה באמת א"צ תנאי דשאין הבעלים יודעין כמו שכתב בסוף דבריו.

והי' נראה לומר דמתחלה כתב הרמב"ם פירוש של גנב דהוא גנב ברור בלא מחלוקת וזהו שגונב ואין הבעלים יודעין, ופירוש גזלן דזהו שגוזל בגלוי ובפרהסיא ובחוזק יד, ואח"כ כתב דכיון דזהו תנאי גזלן לכן ליסטים מזויין אע"פ שהבעלים יודעין בשעה שגנב הוי גנב משום דקיי"ל כרב יוסף דליסטים מזויין גנב הוא, אבל באמת אינו מיושב בזה לבאר לשון הרמב"ם כיון דאין נ"מ בדבריו כלל להלכה.

ע"כ נראה דכיון דקיי"ל כחכמים דעורות של גנב מחשבה מטמאתן דסתם גנבה יאוש בעלים, והטעם כדפרש"י משום דאינו יודע מי גנבו, וכן כתב הרמב"ם בפכ"ד מהל' כלים א"כ פשוט דליסטים מזויין שהבעלים יודעין אינו גנב לענין זה וא"כ עיקר פירוש גנב שאמרו חז"ל הוא גנב פשוט שאין הבעלים יודעין, אלא דמ"מ כיון דהכא אנו דנין אי מיקרי גנב או גזלן לענין כפל, ובזה פסקינן כרב יוסף דהוי גנב, לכן כתב שפיר דלפיכך ליסטים מזויין הוי גנב אף שהבעלים יודעין, אבל מקודם כתב שפיר פירושא דעיקר גנב כיון דהוי נ"מ לענין יאוש, והנה הראב"ד כתב דגם לר"ש דסבר דגזלן הוי יאוש, ליסטים הוי כגזלן וא"כ גם לר"ש צריך הרמב"ם להשמיענו פירושא דעיקר גנב, אלא דבעיקר אנו צריכין לבאר דברי הרמב"ם להלכה והיינו לרבנן וכמו שכתבנו:

הלכה ז

אחד האיש ואחד האשה שגנבו חייבין לשלם תשלומי כפל ותשלומי דו"ה, היתה אשת איש שאין לה לשלם הרי הכפל עליה חוב עד שתתגרש או ימות בעלה וב"ד נפרעים ממנה.

כתב המ"מ דמה שכתב הרמב"ם דהכפל עליה חוב ונראה מדבריו שגובין ממנה הקרן כונתו שהגנבה קיימת, אבל מפשטות דברי הרמב"ם בהלכה א' שכתב דהגנב חייב לשלם וכן בהלכה ד' כתב חייב לשלם שנים לבעל הגנבה, וכן בהלכה ה' כתב משלם

את הקרן משמע דמירי בשאין הגנבה בעין, דכשהוא בעין לא נקרא משלם אלא מחזיר, וכמו שכתב בהלכה ב' דאסור לגנוב ע"מ להחזיר או ע"מ לשלם, אך באמת היכי דאין הרמב"ם מזכיר מקודם קרן פי' כפל הוא השנים בדמי הגנבה כמו שכתב בהלכה ד', וראיה לזה מדבריו בפ"ב מה' נז"מ הלכה ב' שכתב כל המשלם מה שהזיק ה"ז ממון וכל המשלם יתר או פחות כגון תשלומי כפל או פחות כגון תשלומי כפל או חצי נזק הרי היתר על הקרן או הפחות קנס, והדברים מיותרים והו"ל לכתוב ה"ז קנס, ומוכח דסתם תשלומי כפל גם הקרן בכלל, ולכן הוכרח לכתוב הרי היתר על הקרן וממילא צריך לכתוב או הפחות וגם הוא פשוט בלשון המשנה בכולי דוכתי שמזכיר משלם תשלומי כפל ולא הזכיר הקרן, ואפי' היכי דלא שייך לומר בשביל שמחזיר הקרן כמו בדף ע"ב גבי עדים זוממין, וכן הוא ברמב"ם פ' כ"א מה' עדות, והוא פשוט:

הלכה יא

היתה הגניבה ביד הגנב והשביחה מאליה כגון כבשה שילדה וגזזה משלם אותה ואת גיזותיה ואת ולדותיה, ואם אחר יאוש ילדה וגזזה משלם כשעת הגניבה, הוציא עליה הוצאה והשביחה כגון שפטמה הרי השבח של גנב אפי' לפני יאוש וכשמחזיר הגניבה עם הכפל נוטל השבח מן הבעלים או מחשבים לו מן הכפל.

השגת הראב"ד: השביחה מאליה וכו'. א"א נ"ל שזה שבוש הוא דאפילו שבח שע"ג גזלה דגזלן הוה וכ"ש גזזה וילדה דקנייה בשינוי, ואי איתא להא מילתא לא משכחת לה אלא בשגנבה טעונה ומעוברת ואפ"ה אינו משלם אלא דמי פרה העומדת לילד ורחל העומדת ליגזז. אחר כך ראיתי שהוא חוזר על הדרך הזה במקום אחר אמרתי לא על חנם הוא אלא שהוא חולק בין לפני יאוש ולאחר יאוש ומסתברא כוותי' כדכתבינן לקמן, מיהו לא על גזזה וילדה שהרי קנאו בשינוי אלא בשבח שע"ג גזלה בלבד כמו שכתב לפנינו בהלכות גזלה ואבדה.

הראב"ד הודה להרמב"ם בדין שבח שע"ג גזלה לחלק בין לפני יאוש לאחר יאוש וחלק עליו בדין לידה וגיזה דהוי שינוי, אך אינו מבואר שיטתו בזה אם הוי שינוי לענין גוף הפרה או לענין הולד והגיזה, דהתוס' והרא"ש סוברים דהוי שינוי לענין גוף הפרה, והרמב"ן במלחמות והרא"ה הובא בנמוק"י סוברים דרק לענין הולד והגיזה, אכן הלח"מ הוכיח דהראב"ד חולק על הרא"ש דסובר דהא דתנן דמי פרה העומדת לילד אינו אלא כמו שהיתה שוה בשעת הגזילה דהא כתב הראב"ד ואי איתא להא מילתא וכו', ומוכח דבאופן זה איתא להא מילתא דהגזלן אינו נוטל שבח שע"ג גזילה, וטעם מחלוקתן נראה דהרא"ש דסובר דהוי שינוי גמור לענין גוף הפרה שפיר סובר דאינו משלם אלא כשעת

הגזילה, וכמו דלענין יוקרא וזולא משלם כשעת הגזלה אף דהוקרה קודם השינוי וכמו בגזל טלה ונעשה איל דאינו משלם אלא כמו שגזל טלה, ולא כמו שהי' קודם שנעשה איל וכדאיתא בדף צ"ו זה הכלל כל הגזלנים וכו' לאתויי הא דר' אלעאי וכו', אבל הראב"ד סובר דלידה וגיזה לא הוי שינוי אלא לענין הולד והגיזה ולכן כל זמן שהיו ע"ג הפרה הם של נגזל וליכא בזה קרא דכאשר גזל כיון דגוף הפרה אינו קונה, ובאמת הרמב"ן במלחמות שם כתב, וכן השיב ר' אברהם ב"ר דוד ז"ל ומשמע מכאן דזהו הראב"ד בעל ההשגות, וכבר בארתי בפ"ב הל' י"ב דהראב"ד בעל ההשגות על הרי"ף ועל בעה"מ הוא בעל ההשגות על הרמב"ם ע"ש, וזהו שלא כד' הלח"מ בפ"ב מה' גזלה הלכה ד' שכתב וז"ל ולראב"ד שסובר דלידה הוי שינוי קשה ג"כ דמאי הקשו בגמ' ממתני' דגזל פרה ונתעברה אצלו וילדה כו' למ"ד שבח שע"ג גזלה דהוי דגזלן מדנקט ילדה וכו' נימא דנקט ילדה משום דהוי שינוי דלידה וקנה הבהמה בעצמה וכו' ובאמת הראב"ד אינו סובר כלל דלידה הוי שינוי לענין גוף הפרה ובעיקר דעת הראב"ד נבאר שם בעז"ה.

והנה מה שכתב המ"מ דדברי הרמב"ם הם בשגנבה מעוברת כתב הלח"מ דע"כ כונתו בשביל סוף דברי הרמב"ם שכתב ואם אחר יאוש ילדה ואם נתעברה אצלו כיון דהיאוש הי' קודם הלידה א"כ השבח דהעיבור הוי לנגזל ואמאי כתב כשעת הגנבה וע"כ דגנבה מעוברת, אבל באמת גם בזה דברי הרמב"ם אינם מיושבים במה שכתב דאם אחר יאוש ילדה משלם כשעת הגנבה דעכ"פ אם הי' איזה זמן בין גנבה ליאוש שבח העיבור הוא לנגזל, והי' לו לכתוב דמשלם דמי פרה העומדת לילד דכן כתב בהל' גזלה בפ"ב הלכה ז' גזל פרה מעוברת ונתייאשו הבעלים ואח"כ ילדה, רחל טעונה ונתייאשו הבעלים ואח"כ גזזה, משלם דמי פרה העומדת לילד, ודמי רחל העומדת ליגזז, ואמאי כתב כאן משלם כשעת הגנבה.

ונראה דטעם החלוק בלשון הרמב"ם הוא משום דסתם גנבה יאוש בעלים וסתם גזלה לא הוי יאוש בעלים, ולכן אף דמשכחת בגנבה דלא הוי יאוש כגון שהיו עדים שראו מי שגנב והגידו תיכף להבעלים דאז לא הוי יאוש דטעמא דהוי יאוש הוה משום שאינם יודעין מי גנב, אבל עכ"פ היכי דהוי יאוש דהיינו בסתמא הוי יאוש תיכף, ולכן אף דהמ"מ מפרש דמיירי בגזל מעוברת משום דכתב הרמב"ם דאחר יאוש ילדה, מ"מ אין אנו צריכין לומר דהי' זמן בין הגנבה להיאוש כיון דסתם גנבה יאוש בעלים, אלא גבי גזלה דמסתמא לא הוי יאוש עד דשמעינן דנתייאשו הבעלים וממילא בלשון גזל פרה מעוברת ונתייאשו הבעלים ואח"כ ילדה משמע דהי' משך זמן בין גזלה ליאוש, לכן כתב שפיר משלם דמי פרה העומדת לילד.

ובעיקר דעת הרמב"ם דסבר דשבח שע"ג גזלה לא הוי דגזלן אלא לאחר יאוש כתב בזה הגר"א ז"ל בסי' שנ"ד ס"ק א' דמקורו הוא מהא דב"מ דף י"ז ע"ב דפליגי רב ושמואל במוכר שדה לחבירו ונמצאת שאינו שלו אם יש ללוקח שבח מן המוכר, והקשה רש"י דאמאי לא ישלם הנגזל בעד השבח ותי' כגון שגזלה משובחת והכסיפה ביד המוכר, ובתוס' תירצו דמהנגזל אין ללוקח אלא ההוצאה כדין יורד ונוטל מהגזלן השבח היותר על ההוצאה והרי"ף כתב שם דמה דפליגי רב ושמואל היינו בשבחא דממילא, אבל שבחא דמחמת הוצאה משלם הנגזל, והביא הרי"ף דזהו דבעי רבא בב"ק דצ"ו גזל והשביח ומכר וכו' ומפרש דזהו בשבח דמחמת הוצאה ע"ש, ומזה הוא מקורו של הרמב"ם לחלק בין שבחא דממילא, לשבחא דמחמת הוצאה בשבח שע"ג גזלה, אף דהרמב"ם מפרש הא דגזל והשביח ומכר דמיירי במטלטלין ע"ש בדברי הגר"א שהאריך בזה.

ודברי הגר"א ז"ל תמוהים דמאי שייך גזל קרקע לגזל מטלטלין בקרקע ודאי שאין לגזלן שום חלק בשבח דממילא כיון דקרקע אינה נגזלת ואפי' בשבח דמחמת הוצאה כבר כתב המלחמות כונתו של הרי"ף הוא רק כשיעור ההוצאה, וכמו שמפרש בלשון הרי"ף ע"ש, ובגזל מטלטלין שבח דמחמת הוצאה לגזלן אפי' היותר על ההוצאה כמו שכ' הרמב"ם, ואמנם דבזה הרגיש הגר"א ז"ל וכתב בסוף דבריו וז"ל, ומ"מ בזה ודאי חילוק בין קרקע ובין מטלטלין בשבח יותר על ההוצאה וכו', אבל כיון שכן בודאי אין דמיון כלל ובודאי בקרקע הטעם משום קרקע אינה נגזלת, ואיזה ראיה הוא למטלטלין דנגזלין דשפיר יש לומר דהשבח דגזלן אפי' לפני יאוש אפי' בשבחא דממילא כמו שנוטל בשבח היותר על ההוצאה אף דהגמ' בדף צ"ה מייתי ראיה משבח קרקע לשבח מטלטלין היינו רק אליבא דר"מ אי קניס דוקא במזיד או בשוגג נמי קניס אבל לדידן לעיקר דינא ודאי לא שייך זה לזה.

ובביאור שיטתו של הרמב"ם דמחלק בין שבחא דממונא לשבחא דמחמת הוצאה ביארתי בארוכה בפ"ז מה' נז"מ הל' י"ב והראיתי דשיטה זו מבואר בדברי הרמב"ם בד' מקומות, כאן ובפ"ב מה' מלוה גבי בע"ח גובה את השבח דשבחא דממילא גובה אף שלא כתב לו הלוה דאקני, ושבחא דמחמת הוצאה, אינו גובה אלא אם כתב לו דאקני ואז אינו גובה אלא חצי שבח והחצי הב' שייך ללוקח ובפ"ג מהל' נחלות גבי בכור ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהם דשבחא דממילא שייך לבכור ושבחא דמחמת הוצאה שייך להיורשים ובפ"ז מה' נ"מ בדין שבח מזיק דשבחא דממילא גובה הניזק ושבחא דמחמת הוצאה אינו גובה, ויסוד הדברים דדבר שהוא שלו ואינו ברשותו אלא

ברשות אחרים דשבחא דממילא שייך למי שהוא שלו, ושבחא דבידים או מחמת הוצאה שייך למי שהוא ברשותו, ע"ש שבארתי בארוכה מילתא בטעמא בכל הענינים ובענין בכור מפורש בגמ' ביש נוחלין דף קכ"ד אמר ר"פ דיקלא ואלים ארעא ואסקא שרטין כו"ע ל"פ דשקיל כי פליגי בחפירה והוי שובלי שלפופי והוי תמרי, מר סבר שבחא דממילא ומר סבר אישתני, ומוכח להדיא דדוקא בשבחא דממילא אבל שבחא דמחמת הוצאה אפי' שבח היתר על ההוצאה אינו נוטל הבכור, וכן לענין ניזק מפורש בב"ק דף ל"ד לחלק בין שבחא דממילא לפטמו, ורק דשאר הראשונים מפרשים דזהו דוקא בשבח שכנגד הוצאה, והרמב"ם מפרש כפשוטו דדוקא בשבחא דממילא נוטל הניזק, ומב' המקומות האלו למד הרמב"ם לחלק ג"כ לענין גזלן ולענין בע"ח דחד טעמא הוא וכמו שבארנו שם.

אכן עוד צריך ביאור עיקר מה דשבח גזלה אלא לגזלן אלא לאחר יאוש וגם מה דבפשוטו משמע בגמ' דגוזל פרה וילדה רחל וגזזה קונה הגזלן הולדות והגיזה מדין שינוי, וא"כ לא צריך ליאוש ובעז"ה נוסיף לבאר ענין זה בפ"ב מה' גזלה ואבדה:

הלכה יד

גנב בהמה או כלי וכיוצא בהן ובשעת הגניבה הי' שוה ד' ועכשיו בשעת העמב"ד שוה שנים משלם קרן כשעת הגניבה ותשלומי כפל או דו"ה כשעת העמב"ד, היה שוה בשעת הגניבה שנים ובשעת העמב"ד ד' אם שחט או מכר או שבר הכלי או אבדו משלם תשלומי כפל, או ד' וה' כשעת העמב"ד, ואם מתה הבהמה או אבד הכלי מאליו משלם תשלומי כפל כשעת הגניבה.

הגר"א ז"ל בסי' שנ"ד ס"ג סק"ח כתב וז"ל דברי הרמב"ם וטור שכ' דבהוקרה ומתה מאליה משלם אף כפל כעין שגנב תמוה מאד דזה לא תלוי בדינא דרבה ואמר שם לימא פליגא דרב אדרבה כו' משמע אי הוי פליג וס"ל דטבחה הוי כמתה מאליה ניחא אלמא דכפל ודו"ה כשה"ב וכן שם ס"ו א' ע"כ ל"פ כו' ופריך לרב וכ' רש"י שם ס"ה אבל לרבה לא פריך דרבה ל"ק אלא בקרן כו', ודברי תוס' וסמ"ג מחוורין מאד דאין חילוק בכפל ודו"ה דלעולם כשה"ב ביוקרא וזולא עכ"ל. והנה בטעם עיקר החילוק כבר כתב הפרישה דאף דכפל כשעת העמב"ד מ"מ אי אפשר לחייב כפל יותר משיעור קרן, ובאמת בעיקר הסברא כבר כתבו כן בתוס' בשם ר"ת שמפרש כן טלאים כדמעיקרא דמים כשל עכשיו דהיינו טלאים שדברה הברייתא דהיינו טלה ונעשה איל שנשתנו למעליותא כדמעיקרא, וה"ה ביוקרא וזולא דלהחמיר על דו"ה לא אמר רב, ואף דהרמב"ם ע"כ אינו מפרש הא דטלאים כדמעיקרא כפי' ר"ת כמו שנבאר לפנינו, מ"מ בעיקר מילתא גם סברת ר"ת הוא

כדעת הרמב"ם רק שחולקים לדינא כמו שנבאר.

-השמטות ומלואים-

לעיל הבאתי מדברי הפרישה להסביר דאף דכפל כשעת העמב"ד מ"מ אי אפשר לחייב כפל יותר משיעור קרן, וצריך להוסיף דהוא דוקא ביוקרא וזולא אבל בכחשה משכחת לה דמשלם כפל יותר מקרן דהא כתב הרמב"ם בהל' י"ג דשמינה והכחישה משלם כפל כעין שגנב ולא הזכיר קרן ובכונה לא הזכיר דבקרן יש חילוק בין כחשא דהדרא ובין כחשא דלא הדרא כמבואר בהל' גזו"א הל' ד' ובכחשא דהדרא יאמר הש"ל, וטעמא משום דהש"ל לא שייך אלא על קרן ולא על כפל. [ע"כ].

וקושיית הגר"א ז"ל דהא בגמ' קאמר אי לימא דמעיקרא שויא זוזא ולבסוף שויא ד' קרן כעין שגנב לימא פליגא דרב אדרבה, ומוכח דאי הוי פליגא דרב אדרבה הוי ניחא לגמ' דקרן משלם זוזא וכפל ודו"ה משלם ארבע, באמת לא ידעתי תמיהתו שתמה כ"כ עד כדי לדחות דעת הרמב"ם בשביל זה, דהא בודאי לא הוי מצי הגמ' למיפרך ולומר דאי אפשר דרב יסבור דקרן משלם זוזא וכפל ודו"ה ד' דאטו איכא משנה או ברייתא להיפוך, ואף דאיכא ברייתא דלקמן דטלה ונעשה איל הא מחלק הגמ' בין טלאים לדמים, ולפנינו נבאר דהרמב"ם מפרש כפי' ר"י בזה, ולכן שפיר פריך רק על הא דסבר קרן כעין שגנב מהא דרבה דתבריה או שתייה משלם ד', ומסיק דכי קאמר רב כגון דמעיקרא שויא ד' ולבסוף שויא זוזא, וסובר הרמב"ם דעכשיו אין לנו יסוד לומר דישלם כפל ודו"ה יותר מקרן ורק דאינו סובר כפי' ר"ת דר"ת אינו מחלק בין טלאים לדמים אלא בין למעליותא ובין לגריעותא וסובר דהוכחשה מאליה משלם כפל ודו"ה כשל עכשיו ומוכח דלשיטתו בהוקרה דהוי למעליותא גם אם טבח ומכר דמשלם קרן כשל עכשיו מ"מ כפל ודו"ה משלם כדמעיקרא דהא בטלה ונעשה איל (למאן דמחייב דו"ה) דמשלם דו"ה כעין שגנב אף דקרן משלם כשל עכשיו כדרבה, ולכן ע"כ גם בהוקרה כן דר"ת הא אינו מחלק בין טלאים לדמים, ולכן לדעת ר"ת ע"כ עיקר הדרשא דאחייה לקרן דוקא כעין שגנב לאפוקי כפל ודו"ה דהוא כשל עכשיו, אינו אלא לגרוע כח הכפל כגון שהוזלה אבל הוקרה משלם כשעת הגנבה דאז הוי עיקר חיוב הכפל, וכן דו"ה דינו ככפל.

אבל דעת הרמב"ם דודאי דרשא דקרא דכפל דו"ה כשעת העמב"ד הוא בכל גווני ולא נימא דקרא אתי להוזלה ולא להוקרה, אלא דכיון דמסתבר דאי אפשר שישלם הכפל יותר מהקרן דהא ישלם שנים אמר רחמנא, לכן היכי דאינו משלם קרן אלא כעין שגנב משלם נמי כפל כעין שגנב, ודרשא דכפל ודו"ה כהעמב"ד, הוא או באופן שהקרן מחזיר בעינו או באופן דגם קרן משלם כדהשתא כמו תבריה או שתיה.

ומה שהביא הגר"א ז"ל מהא דאמר בדף ס"ו ע"כ לא פליגי אלא דמר סבר שינוי קונה ומ"ס שינוי אינו קונה, אבל לענין שלומי כ"ע כדמעיקרא משלם דקתני משלם תשלומי כפל ותשלומי דו"ה כעין שגנב לימא תיהוי תיובתא דרב דאמר קרן כעין שגנב תשלומי כפל ותשלומי דו"ה כשעת העמב"ד, וכתב רש"י דף ס"ה ע"ב דלרבה לא פריך דיכול לשנויי דהך מתניתא כפל דו"ה דוקא, אבל קרן היכי דאשבח כי השתא לשלם, ודברי הגר"א ז"ל צריכין ביאור לעמוד על כוונתו דהכא הא פריך שפיר גם לדעת הרמב"ם מדו"ה דמשלם כי השתא, וכן מה שהביא מדברי רש"י ממה דלא פריך על רבה אין מקום כלל להוכיח מזה דלא כהרמב"ם, וצריך לומר דכונתו דכיון דאוקימנא דרב קאי כגון דמעיקרא שויא ד' ולבסוף שויא זוזא, ומ"מ פריך מברייתא דמיירי באשבח, וכמו שפירש"י שם דכ"ש כשהוקרה דאפי' קרן משלם כי השתא, ולא ניחא לגמ' לחלק בין למעליותא בין לגריעותא כמו שמפרש ר"ת בדברי הגמ', והיינו אם לא נפרש כפי' ר"ת וכמו שנכתוב לפנינו דגם הרמב"ם אינו מפרש כן, ומוכח מקושיית הגמ' דלא כסברת ר"ת דאין להחמיר כפל מקרן, אלא דקרא בכל גווני מיירי ואין לחלק בין הוזלה להוקרה.

ומה שהביא הגר"א ז"ל מש"כ רש"י במה דלא פריך הגמ' על רבה מברייתא ע"כ כוונתו דחזינן דאפשר לחלק בין קרן לכפל, דרבה מצי סבר דקרן משלם כי השתא וכפל כעין שגנב, וה"ה לרב איפכא אין הכרח מקרן לכפל דאף דקרן במתה מאליה כעין שגנב מ"מ כפל ודו"ה שפיר משלם כשל עכשיו, וזו הראיה אינה כהקודמת להוכיח דאפשר להחמיר בכפל יותר מבקרן דע"ז ליכא ראיה רק דמוכיח דכיון דרב דריש מקרא לחלק בין קרן לכפל לא צריך לאוקמי דאימתי משלם כפל כהעמב"ד דוקא כשמשלם גם הקרן כהעמב"ד משום דקרן וכפל בשעת תשלומין צריכים להיות שוים דהא חזינן דאפשר דלרבה אינם שוים.

אבל באמת גם מזה אין בו כדי תפיסה על שיטת הרמב"ם, דזה ודאי יש להוכיח דלא סבר הגמ' לחלק בין הוזלה להוקרה ודלא כסברת ר"ת דלהחמיר על כפל לא דרשינן מקרא, אבל מ"מ שפיר אפשר לומר דזה דוקא כשמשלם קרן כי השתא באיזה אופן שהוא, או שהגנבה קיימת או דתבריה או שתייה, אבל היכי דמשלם קרן כעין שגנב כגון במתה מאליה אין סברא דבשעת תשלומין ישלם חלק הכפל יותר מחלק הקרן דישלם שנים אמר רחמנא, ומהא דלרבה ניחא ליה לחלק בין קרן וכפל ודאי לק"מ דאשעת גנבה קא מחייבת ליה אי לא סבר רבה דרשא דרב שפיר משלם כדמעיקרא ואין בזה חילוק בין קרן לכפל, דקרן לא משום גנבה מחייבינן ליה והוא פשוט:

ובפירוש טלאים כדמעיקרא נראה דיפרש הרמב"ם כפי' ר"י דמחלק בין טלאים לדמים

דבטלאים בין שנתפטמה בין שהוכחשה אינו משלם גם כפל ודו"ה אלא כעין שגנב, ואף דברמב"ם אינו מפורש כן ומה שכתב כחושה והשמינה או שמינה והכחישה יש לפרש שהכחישה או השמינה בידים וכלשון הגמ' אנא מפטימנא, וכמו שפי' ר"ת וכן ר"י בדף ס"ה בד"ה אנא מפטימנא לפי' ב', מ"מ בלשון הרמב"ם א"א לפרש כן דבהלכה י"א הזכיר דין השביחה מאליה ודין הוציה עליה הוצאות והשביחה, ומוכח דלשון השביחה אינו דוקא על השביחה בידים, וכן בה' גזו"א פ"ב הל' ו' כתב כבר ביארנו שהגזילה שהשביחה אחר יאוש וכו' ומפרש בהשביחה מאליה, וא"כ כשכתב בהלכה י"ג סתם כחושה והשמינה או שמינה והכחישה אינו מוכיח הלשון דהוא דוקא בידים, וע"כ דהרמב"ם מפרש כפי' ר"י בדף ס"ה בפי' א' דגם בנתפטמה מאליה או הוכחשה מאליה דינא כמו בידים וזהו שלא הזכיר הרמב"ם חילוק לענין כפל ודו"ה, אלא בין השביחה והכחישה להוזלה והוקרה.

אולם מה שיש לבאר כאן הוא דכיון דסובר הרמב"ם דאין סברא שישלם כפל יותר מקרן א"כ מאי מהני מה דשחט הבהמה או שבר הכלי דמשלם ד' בשביל הקרן דלכן משלם גם כפל ודו"ה דהא הקרן אינו משלם אלא משום דין מזיק אבל משום דין גנבה הא אינו צריך לשלם אלא זוזא, וא"כ מאי נ"מ לענין כפל בין שחט ושבר למתה ונשברה מאליה.

וראיתי לידידי הגאון מוהרי"מ שי' בספרו אפיקי ים סי' כ"א שהביא מה שאמר לו אדמו"ר גאון ישראל מרן רח"ס זצ"ל דמדברי הרמב"ם מוכח כהנתיבות בסי' ל"ד דתבריה או שתייה חייב משום גזלן ולא משום מזיק כמו שסובר הקצוה"ח שם, ונמצא דבשעה שטובח הוי גנבה חדשה והראה שכתב כן הריטב"א בש"מ בכתובות דף ל"ד גבי גדי גנוב לו וכן כתב הגרעק"א בחידושיו שם דאם בשעת גנבה הי' קלב"ם אם טבחו בחול מתחייב אח"כ בשעת טביחה משום גנבה חדשה והוי גנבה וטביחה בב"א, ולפי"ז גם כאן כשטובח הוי גנבה חדשה וחייב משום גנב ושפיר חייב באותה שעה קרן וכפל ודו"ה.

אכן לבד מה דדברי הריטב"א ואחריו דברי הגרעק"א ז"ל הם חידוש גדול, דהנתיבות לא כתב אלא לענין קרן דהוי גזלן ולא לענין כפל לומר דהוי גנב כיון דאינו גונב מבית בעלים והוי כמו גונב אחר הגנב וכמו שכתב הקצוה"ח, ובזה אינו חולק הנתיבות רק במה שהקצוה"ח סובר דגם להתחייב קרן בתורת גזלן א"א כיון שלא הוציא עכשיו מרשות בעלים, וע"ז כתב הנתיבות דהיכי דאכלה והוציאה לגמרי מהבעלים נעשה גזלן מחדש דמעיקרא הי' של הבעלים ואינו ברשותן ועכשיו הוציאה גם מתורת שלו, ומטעם זה כתב הנתיבות דאפי' עשה שינוי וקנה אותה ג"כ נתחייב מחדש בתורת גזלן, אבל לחייבו

בתורת גנב לא כתב כלל הנתיבות דודאי ליכא וגונב מבית האיש.

אבל הריטב"א ואחריו הגרעק"א כתבו בפי' דכשגנב בשבת ושחט אח"כ בחול דאפשר לחייבו משום גנבה וטביחה בב"א, והגרעק"א ז"ל כתב בטעמא דמילתא וז"ל דכיון דהגנבה הי' בשבת ולא קם ברשותו לשום חיוב דקלב"ם לא נעשה גנב בזה ומש"ה בטבח בחול מקרי שפיר דרך גנבה, והנה אפי' אם היינו מודים לדברי הגרעק"א דכיון דלא נתחייב בחיובי גנבה שייך שיעשה אח"כ גנב מחדש לא שייך זה לכאן כלל דהכא עכ"פ נעשה על החפץ דין גנב וקם ברשותו לענין יאוש ושינוי והיאך אפשר שיעשה אח"כ גנב ולא יתמעט מוגונב מבית האיש ולא מבית הגנב, אלא דבאמת גם דברי הריטב"א והגרעק"א הם תמוהים דאפי' היכי דקלב"ם ואין עליו חיובי גנבה מ"מ בודאי אין הבעלים יכולים להקדישו, דאף דאינו בחיובי אונסין משום דקלב"ם אבל מרשות הבעלים ודאי יצא, ועוד דלכאורה מסתבר דאפי' לענין זכות הגנב שיקנה ביאוש ושינוי אינו מגרע מה דקלב"ם דאף דאינו מתחייב בחיובי גנבה אפשר לו שתכנס הגנבה ברשותו לענין יאוש ושינוי.

ומצאתי שכבר עמד בזה הגאון אור שמח בפ"ג מה' גנבה ושו"ט בדברי הראשונים בזה ודעתו הוא ג"כ כמש"כ אבל ראיתי בנתיבות סי' שנ"א שכתב דהיכי דקלב"ם כיון דאינו חייב בהשבה רק החפץ נשאר של הבעלים, לא הוי ברשותו לענין שינוי ויש לדון בדבריו ע"ש, ועכ"פ איך שנאמר לענין קלב"ם אבל לענינינו אין זה נוגע כלל, דכאן בודאי הוא גנב על כל הגנבה ויצאה מרשות הבעלים וקרינן בזה ולא מבית הגנב, ולכן הנתיבות לא כתב אלא דהוי גזלן ולא גנב.

ולפי"מ שבארתי למעלה דדעת הרמב"ם דאפי' השמינה מאליה כפל ודו"ה כעין שגנב, ושמפרש טלאים כדמעיקרא דמים כשל עכשיו כפי' ר"י א"כ אין צריך להוכיח בסברא דממקומו הוא מוכרח דאם נימא דמה דחייב בטבחו או מכרו משום דהוי גנבה חדשה, א"כ בהשמינה מאליה ודאי שייך לחייבו משום גנבה חדשה על השבח, וע"כ דהוא כדברינו דלא שייך לחייבו משום גנב על מה שכבר יצא מרשות הבעלים והוא פשוט.

והנראה לי בהסבר הענין דכיון דאם ישנה להגנבה בעין מבואר מה דמשלם כפל כשעת העמב"ד, דכיון דגזה"כ הוא דישלם כשעת העמב"ד ורק דמסתבר לן דא"א שישלם כפל יותר מקרן, אבל אם הגנבה בעין אף דמתורת תשלומין לא הי' צריך לשלם אלא זוזא, מ"מ כיון דעתה ליכא דין תשלומין אלא חזרת גנבה שפיר אפשר לקיים הכתוב דכפל הוא כשעת העמב"ד, ולכן מבואר שפיר היכי דתבריה או שתייה דמשלם ד' בשביל הכפל, דעיקר בעינן שיהי' נמצא בידו הגנבה כשיעור שאנו באין עכשיו לחייבו כפל כפי היוקר,

ולכן אף דאם מתה או נשתברה לא נוכל לחייבו בכפל ד' כיון דקרן אינו משלם אלא זוזא, אבל אם טבח או שיבר אף דאינו משלם אלא מתורת מזיק, אבל עכ"פ הא אנו גובין עכשיו ממנו הגנבה שנמצאת בידו, דאם היינו אומרים דעכשיו ליכא כלל גנבה בידו אלא משלם מתורת מזיק לא היינו יכולין לחייבו כלל בכפל וכמו דאמרינן בחזרה קרן לבעלים דפטור מכפל בדף ס"ח ע"ב ופירש"י בד"ה והרי חזרה דכפל לא מחייב אלא כשנמצאת ביד גנב שבאו עדים כדכתיב אם המצא תמצא בידו וע"כ דאף דמשלם בתורת מזיק אבל עכ"פ מה הזיק את הגנבה שהיתה בידו וא"כ כשאנו גובין ממנו אנו גובין את הגנבה שהיתה בידו, וא"כ כשטבח או שיבר כשהיתה שוה ד' ואנו גובין ממנו ד' שפיר נוכל לחייבו כפל ד' כדהשתא דהוי כמו שנמצאת הגנבה בידו דג"כ משלם כפל ד' כמו שכתבנו ולא קשה כלל דהא אינו משלם בשביל חיוב גנבה אלא בשביל חיוב מזיק דזה לא איפכת לן כלל כיון דעכ"פ משלם הגנבה בשיעור ד' לכן שפיר משלם גם כפל ודו"ה ד'.

והנה בס' הנ"ל הביא מה שאמר לו מו"ר זצ"ל ג"כ ליישב מה שהקשה לו בענייננו במה דאמרינן דאם טבח או שיבר דמשלם קרן כי השתא בעד כל הגזלה דהא קיי"ל דשמין לנזקין והנבלה היא של הבעלים ובגזלן אין שמין, וא"כ אמאי משלם קרן כי השתא הא מצד גזלן א"צ לשלם אלא כשעת הגזלה ומצד מזיק הא אינו צריך לשלם אלא פחת שפחתה מיתה והי' אפשר לומר דכיון דעשה שינוי וקנה בידים את כל הגזלה נתחייב עכשיו בשעת עשיית השינוי כפי מה ששוה הגזלה עכשיו, וע"ז הקשה ממה דמפורש בראש"ש ריש פ' הגוזל עצים להיפוך דבעשה בידים שינוי אינו חייב כפי מה שהגזלה היא בשעת עשיית השינוי אלא משלם כשעת הגזלה, ומשום זה כתב דמה דתנן משלם דמי פרה העומדת לילד ורחל העומדת ליגזז הוא לאו דוקא ואינו משלם אלא כשעת הגזלה, ומבואר דאפי' בגזזה דעשה השינוי בידים אינו משלם אלא כשעת הגזלה, וע"ז אמר לו מו"ר דמזה ראיה לשיטת הנתיבות דבתבריה או שתייה כיון דאיבדה לגמרי נעשה באותה שעה גזלן וכלשון הגמ' ההיא שעתא קא גזיל מיניה ולא כדעת הקצוה"ח דאינו אלא מזיק, ולכן מיושב דמשום גזלן מחייבינן ליה, ורק דבזה צ"ל דלא כמש"כ הנתיבות דכשעשה שינוי ג"כ נתחייב משום גזלן מחדש כדמוכח מדברי הרא"ש דבגזזה אינו משלם אלא כשעת הגזלה ודוקא בטבח ושיבר הוי גזלן משום דהוי דרך איבוד.

ונראה דאפשר ליישב קושייתו אפי' לשיטת הקצוה"ח דתבריה או שתייה אינו חייב אלא מטעם מזיק והוא עפי"מ שכתבתי בה' נז"מ בפ' ז' הלכה י"א בשור שוה ר' שנגח לשור שוה ר' והפחיתו חמשים, ובשעת העמב"ד השביח הניזק והרי הוא שוה ת' דנותן

כשעת הנזק, והקשה הסמ"ע בסי' ת"ג דאמאי אינו נוטל המזיק חצי שבח לענין זה שלא ישלם כלום, ומ"ש ממה דאמרינן גבי נתייקרה הנבלה דנוטל חצי שבח ותי' דיוקר אינו מצוי ויכול המזיק לומר מזלי גרם אבל מה שנתגדל הוא בטבע, ואינו מיושב לומר טעם דמזלי גרם על גזה"כ. וכתבתי דהא עיקר גזה"כ אינו דנוטל ממש חצי שבח. דהא אין לו בשבח היותר מהנזק. וע"כ דהוא לפחות שיעור הנזק. והקילה התורה על המזיק כיון דבשעת העמב"ד אין להניזק היזק בשיעור השבח שינוכה חצי מהשבח על שיעור הנזק. והנה כ"ז אם לא הוקרו שוורים אבל אם הוקרו גם שוורים אמאי נוטל המזיק בחצי שבח נבלה במה שהוקרה הא גם אם השור הי' חי היה מתייקר, וצ"ל משום דשור חי ונבלה הם שני מינים, ולכן לגבי היזק השור החי אנו שמין כמו שהי' בשעת הנזק ושבח הנבלה זהו מילתא אחריתא, וכל זה דוקא אם נשתנה הניזק לגמרי ונעשה משור חי נבלה או אפי' אם שחטו אדם ונעשה בשר, דשור חי ובשר הם שני מינים ואז שייך לומר שיטול המזיק בשבח דאפי' אם גם שוורים חיים ג"כ הוקרו מ"מ היזק השור החי אנו שמין כמו שהיה בשעת הנזק, והנבלה אנו שמין עכשיו ומחצית היוקר מנכין משיעור ההיזק, אבל אם המזיק שבר להניזק את רגלו והופחת בחמשים זוז אין סברא לומר דירויח המזיק מה שהוקר השור דהא חלק השור הנשאר גם אם הי' שלם הי' מתייקר, למה זה דומה לשק מלא תבואה ואכל שור חצי השק והוקר החצי השני דלא שייך שיקח המזיק חצי השבח.

וע"פ הנחה זו נאמר דבאמת הנזק במיתת השור הוא בכל השור ורק דגילתה תורה מקרא דישלמנה ואינך קראי דאינו חייב המזיק אלא פחת שפחתה מיתה, ובלאו הני קראי היינו אומרים דצריך לשלם בעד כל השור, וראיה לזה שעל בעל הבור להעלות שור מבורו, וכתב הרמב"ם בפ"ז הלכה י"ג על המזיק לטרוח בנבלה עד שממציא אותה לניזק כיצד כגון שנפל השור לבור ומת מעלה הנבלה מן הבור ונותנה לניזק, ואח"כ שמין לו פחת נבלה, ובארנו שם בשיטתו דאם לא יטריח בעל הבור להעלות הנבלה חייב לשלם דמי כל השור החי, ובשור שנפל לבור והוא חי אינו מחוייב בעל הבור להעלותו וכמו הזורק מטבע של חברו לים הגדול, ואפי' לדעת הרמב"ם דסובר דהוי גרמי ולא גרמא וחייב לשלם אבל בבור אינו מוכרח דחייב משום גרמי ותלוי בדין גרמי דבהמתו, ועכ"פ להראשונים דסוברים דהוי רק גרמא ודאי פטור, ועיין בקצוה"ח סי' ש"פ סק"י שהאריך בזה, ועיקר הדבר הוא דבשור שנפל לבור ומת נחשב הנזק כדי שיעור כל השור החי, ורק ששיעור דמי הנבלה אמרה תורה שיופחת משיעור הנזק, ולכן זהו דוקא כשנותן המזיק להניזק את הנבלה, ואפי' לפימש"כ שם דדעת הרא"ש אינו כדעת הרמב"ם ודין טורח נבלה אינו אלא על שיעור דמי ההוצאות ואינו שייך לתשלומי השור החי, מ"מ

אנו צריכין לומר כן דהא עכ"פ בשור חי שנפל לבור ודאי אינו חייב בהוצאות לשיטת הרא"ש דהזורק מטבע של חבירו לים הוי גרמא ופטור, וע"כ דזהו החלוק דבשור שנפל לבור ומת עיקר הנזק הוי על כל השור ורק דשיעור הנבלה אנו מנכין משיעור הנזק, ולכן מחויב המזיק להעלותו ורק דשיטת הרא"ש הוא דהחיוב אינו אלא על דמי ההוצאות ולא על עצם ההעלאה, אבל כל זה לא שייך אלא במת השור משום דשור חי ונבלה הם שני מינים לגמרי וכמו שכתבנו, אבל בנפל שור לבור ונשברה רגלו ודאי אין ההיזק אלא כשיעור הפחת שהופחת ולא על כל השור.

ומדוייק עכשיו מה שכתב הרמב"ם על המזיק לטרוח בנבלה עד שממציא אותה לניזק כיצד כגון שנפל שור לבור ומת וכו', ולמה דייק לכתוב דוקא באופן שמת, וע"כ דסובר דכל דין העלאת הנבלה הוא דוקא בנבלה ולא בהוזק השור, וזהו חדוש גדול לדינא ואפי' אם יסבור הרמב"ם דגרמי דבהמתו חייב וא"כ יתחייב בעל הבור גם על היזק ההעאלה, מ"מ יש חילוק דבמת השור כתבנו דשיטת הרמב"ם דעצם ההעלאה מחוייב בעל הבור ולא רק דמי ההוצאות, ואם לא יעלה בעצמו מחוייב לשלם בעד כל השור, אבל בהוזק השור לכל היותר אינו חייב אלא בדמי ההוצאות ככל היזק שאינו מחוייב המזיק למלא ההיזק, אלא לשלם דמי הנזק, וזהו החילוק בין מת להוזק, ומבואר ביותר מה דבהוזק השור אין להמזיק בשבח הניזק דבהוזק אנו אומרים דמה שנשאר לא הוזק, ואין להמזיק שום שייכות בזה וכמו שנתבאר.

ועכשיו נוכל ליישב קושייתו של בעל אפיקי ים אפי' לשיטת הקצוה"ח דתבריה או שתייה אינו חייב אלא משום מזיק דאין גזלה אחר גזלה אפי' לחייב בקרן, דמה דאנו אומרים דכשטבח השור משלם ד' ולא נאמר דמה ששוה הבשר יהי' השומא כדמעיקרא, משום דמה דאנו אומרים שמין לנזקין היינו דוקא בשביל שהנבלה מעיקר דינא שייכת להניזק, ולכן אנו פוחתין אותה מדמי הנזק, אבל גבי גנב וגזלן שהנבלה מעיקר דינא אינה שייכת להנגזל שפיר חייב לשלם בעד כל השור כיון דעיקר הנזק נחשב כדי כל השור, ולא דמי למה שכתב הרא"ש דבגזזה אף לשיטתו הויא שינוי מ"מ אינו חייב לשלם כמו שהיתה שוה לפני הגיזה, ולא אמרינן דמה שעשה שינוי הוי כתבריה או שתייה משום דבמה שגזזה לא עשה שום היזק בהרחל הטעונה ודרך רחלים לגזזם, אלא דמ"מ סובר הרא"ש דהוי שינוי, אבל ליכא קרא ע"ז לחייב לגזלן בשביל שעושה שינוי, אלא לשלם כשעת הגזלה כיון דעכ"פ אין לחייבו בדין מזיק, אבל כשטבח הבהמה דהוי מזיק על כל הבהמה, ורק דאם הבשר של הבעלים אז מנכין משיעור הנזק, אבל כאן דאין הבשר שלו ממילא חייב לשלם כשטבח הבהמה בעד כל מה ששוה בשעת הטביחה וכנ"ל.

אכן מה שהוכיח מו"ר זצ"ל מדברי הרא"ש דבגזזה אינו משלם אלא כשעת הגזלה דלא כדברי הנתיבות שכתב דגזלן העושה שינוי הוי גזלה חדשה הוי הוכחה קיימת דעכ"פ אם היינו אומרים דבשעת גיזה נעשה גזלן מחדש הי' חייב כמו שהוא שוה עכשיו וכמו בתבריה או שתייה, ומה שהוכיח הנתיבות מהא דמייתי בריש תמורה מהגוזל עצים ועשאן כלים דכל מילתא דא"ר לא תעביד אי עביד מהני, ופי' הנתיבות דזה קאי על מעשה השינוי, כבר השיג עליו במשובב נתיבות דא"א דהכונה הוא על מעשה השנוי כיון דשינוי דממילא נמי קני, וע"כ דהכונה על מעשה הגזלה, וכבר בארתי עיקר ענין זה בארוכה בפ"ז מה' נז"מ הל' י"ב.

אלא דבעיקר היסוד שהושוו בו הקצוה"ח והנתיבות דהגונב מן הגנב דאינו משלם תשלומי כפל אינו גנב גם לענין קרן, ובזה ביארו שם טעמא דהחולק עם הגנב אינו נפסל לעדות, דבר זה תלוי באשלי רברבי דהוא מחלוקת הרמב"ם והרא"ש דהרא"ש סובר להדיא דגונב מן הגנב הוי גנב והוא מדברי תשובת הרא"ש שמביא הטור ריש הל' גנבה בסי' שמ"ח וז"ל, ואף על מה שסייע לאשת ראובן להוליך הבגדים אין לחייבו, כי מיד שהגביהה החפצים ע"ד לגנבם קנאתם אפי' ברשות הבעלים, וכיון שנתחייבה בהגבהתם תו לא מיחייב שמעון במה שסייע להוליכם, והא דאמרינן גזל ולא נתייאשו הבעלים רצה מזה גובה רצה מזה גובה, היינו דוקא כשהשני גזלו מהראשון דכיון דלא נתייאשו הבעלים הוי כאילו גזלו מהבעלים, אבל הכא שלא בא לגנוב אלא לסייע לאחותו והיא כבר קנאתם בהגבהה לא מיחייב דגנב אין כאן שלא נתכוין לקנות בהגבהתו עכ"ל, ומבואר להדיא דהנוטל מן הגנב בשביל עצמו הוי גנב, ורק כיון שלא נתכוין לקנות לעצמו לא נעשה גנב, אף דגוזל מרשות הבעלים ולא נתכוין לקנות הוי גזלן וכדמוכח בדף צ"ח, וכבר כתבתי מזה ברפ"א מהל' נז"מ, היינו היכי דהוא עשה ההוצאה הראשונה מרשות הבעלים, אבל הנוטל מן הגנב לא נתחייב אלא א"כ נתכוין לקנות כיון שלא עשה הוצאה מרשות הבעלים, אבל מדברי הרמב"ם מוכח דלוקח מן הגנב לא נתחייב בחיובי גנבה וכמו שנבאר בפ"ב הלכה ט"ז, ומש"כ המחבר בשם הריב"ש דחולק עם הגנב לא נפסל לעדות, כבר כתב הגר"א ז"ל בביאורו שם דהוא משום דלא משמע לאינשי דהוי גזלן בזה ע"ש, ועוד נבאר זה בפ"ב ע"ש:

(**הוספה**) במה שהבאתי לעיל ד"ה וראיתי, במה שהובא בס' אפיקי ים מדברי אדמו"ר הגר"ח זצ"ל דתבריה או שתייה נעשה גזילה חדשה וה"נ נעשה גנבה חדשה, ועמדתי שם דאפי' לפי"ד הריטב"א והגרעק"א המובא שם יש לחלק דהתם לא נתחייב בחיובי גזילה, ראיתי אח"כ בהעתק מדברי ידידי הגאון מוהרב"ד שליט"א שמביא דברי רבינו

ומבואר שם דלזה מהני תחלת מעשה הגנבה ומצטרף מעשה הגנבה למעשה השבירה, ואם אמנם הוא חדוש גדול אבל כבר אין מקום למה שעמדתי שם בזה ע"ש:

הלכה טו

מי שגנב כלי ושברו או פחתו או נשבר או נפחת מאליו אין שמין לו הפחת אלא רואין כמה הי' שוה אותו הכלי ומשלם לבעלים שנים בדמיו והכלי השבור יהי' לגנב, ואם רצו הבעלים ליטול הכלי השבור וישלם להם הפחת והכפל שומעין להם.

השגת הראב"ד: מי שגנב כלי וכו'. א"א אע"פ שאמרו אין שמין לגנב ה"מ בקרנא אבל בכפלא שמין דומיא דגזלן והשכל מורה כן עכ"ל.

כתב המ"מ דהרמב"ם סובר דכיון דאמרינן אין שמין לגנב משמע בכל חיובי גנב ובין בקרן בין בכפל והביא עוד מירושלמי דילפינן דאין שמין לגנב מדכתיב חיים שנים ישלם חיים ולא מתים א"כ הוא בין בקרן בין לכפל, אך באמת צריכים אנו לבאר דברי הראב"ד דלכאורה אין פירוש לדבריו, דהנה בהא דאין שמין לגנב ולגזלן יש שני פירושים, הא' הוא פירש"י והתוס' דגנב וגזלן צריכים לשלם כלים שלמים או דמים ואינם יכולים לפטור א"ע בשברים אפי' בתורת תשלומין, ודרשא דישיב לרבות שוה כסף אפי' סובין ליכא בגנב וגזלן וכן כתב הרשב"א, והב' היא שיטת הרשב"ם בתוס' בב"מ דף צ"ט והרמ"ה בנמוק"י בב"ק דעיקר הדין הוא לענין פחת דשואל ונזקין מכיון שלא קנו הכלי השבור אינם חייבים אלא ההיזק שהי' בשעת השבירה ומה שהופחת אח"כ הוא לבעלים, אבל גזלן מכיון שקנה בשינוי צריך לשלם כל דמי הגזלה והשברים לגזלן, והרמב"ם ע"כ אינו יכול לפרש כב' הפירושים דכפי' הא' א"א דהרמב"ם פסק להדיא בפ"ג הל' י"א דדין הגנב לשלם הקרן והכפל מן המטלטלין שלו וא"כ ה"ה סובין וכפי' הב' ג"כ א"א דהא כתב דאם רצו הבעלים ליטול הכלי השבור שומעין להם.

ומבואר דהרמב"ם יש לו שיטה שלישית דדין אין שמין הוא ודאי עיקר דינו לענין פחת דאין הנגזל מפסיד בפחת הנבלה או פחת השברים משום דצריך הגזלן לשלם כל שיווי הגזלה אלא דמ"מ אם יחפוץ לשום לו השברים כמו ששוים בעת הגובייאנא, וכדאמר בגמ' בדף י"א השתא אי בעי למיתב לי' כמה נבלות יהיב ליה, דאין חילוק לשיטתו ממזיק לגזלן בזה, ורק דהטעם אינו כמו שכתבו הרשב"ם והרמ"ה משום דקנאו בשינוי, אלא דהכי הוא עיקר דינא דאין שמין דילפינן מחיים שנים ישלם דצריך לשלם לו כמו שהיו חיים, ולפנינו עוד נבאר מזה.

ועכשיו נבוא לדברי הראב"ד דלדברינו אין להם שום ביאור דבשלמא אם הרמב"ם הי' מפרש הא דאין שמין כפירש"י ותוס' דאין יכול לסלק בסובין הי' שפיר מבואר דסובר

הראב"ד דה"מ קרן אבל כפל יכול לסלק בסובין וממילא דכ"ש דיכול לשלם בשברים שלו כדאמר בגמ', אבל כיון דהראב"ד לא השיג עליו בפ"ג, וע"כ דהולך בשיטת הרמב"ם בזה וע"כ דמפרש הא דאין שמין נמי כמו שפירשנו לדעת הרמב"ם וא"כ מאי שייך אין שמין דהוא לענין פחת נבלה לכפל הא כפל בודאי צריך הגנב לשלם משלו ואיזה שייכות הוא לפחת נבלה דזה לא שייך אלא לדין הקרן דאין אנו אומרים דהבעלים צריכים לקבל הנבלה והשברים והגנב והגזלן צריכים רק להשלים ההיזק והוא רק לענין הקרן אבל לענין כפל אינו שייך כלל.

והנראה בדעת הראב"ד דהנה זה ודאי דאינו סובר דרשא דירושלמי דחיים שנים ישלם ולא מתים דא"כ מפורש גם בכפל, וע"כ דסובר דכיון דבגמ' דילן לא הזוכר דרשא זו וגם רב דריש מקרא דחיים דקרן כעין שגנב, א"כ אין לנו דרשא על אין שמין, ולכן עיקר דרשא הוא רק מאשר גזל, וכיון דהרמב"ם סובר דמיירי באופן דלא קנה בשינוי, ורק דמ"מ אמרינן דאינו יכול לפטור עצמו בכלים שבורים, לכן סובר הראב"ד דכיון דבאמת הכלי השבור הוא של הבעלים כמו שכתב הרמב"ם דאם רצו ליטלו שומעין להם, ורק דאינו יכול לפטור עצמו מתשלומי הקרן אם אינו כעין שגזל, לכן לענין כפל יכול הגנב לומר טול שלך בתורת כפל דלא אמרה תורה שהכפל יהי' דוקא משל הגנב, אלא ישלם שנים ואם לא יוכל לפטור עצמו מחיוב קרן במה שמשיב לו את שלו, יפטור עצמו בהשבה מחיוב כפל וכמו שמחיוב קרן אי לאו קרא דכאשר גזל הי' פוטר עצמו בהשבה כן פוטר עצמו מחיוב כפל בהשבה, אלא דמ"מ הפחת צריך לשלם דלא דמי לכחשא דלא הדרא לגבי קרן דאינו צריך להשלים הפחת, דבזה אמרינן דכיון דהוי כאשר גזל ממש ליכא דין תשלומין כלל, אבל בכחשא דלא הדרא והיזק ניכר הרי זה החלק אינו משיב לו.

אך בעיקר מילתא מה דהביא המ"מ מה דאמר בירושלמי דהא דאין שמין ילפינן מאשר גזל ומחיים שנים ישלם, וכתבנו דלהראב"ד לא ילפינן אלא מאשר גזל ולא מחיים, קשה טובא דהרמב"ם בפ' ב' מה' גזלה הל' ב' כתב להדיא דהא דשינוי קונה ילפינן מאשר גזל, וע"כ דהיכי דלא נשתנה לגמרי הוי כאשר גזל וכיון דגזל כלי ושברו סובר הרמב"ם דלא הוי שינוי איך ילפינן מאשר גזל, ועוד קשה דבדף צ"ד הוכיח הגמ' מדשמואל דאמר אין שמין דסבר שינוי קונה, וכבר הקשה כן הגר"א ז"ל בסי' שנ"ד ועמד בתימה על שיטת הרמב"ם, ובעה"י בהל' גזלה פ"ב נברר בזה:

פרק ב

הלכה א

הגונב את העכו"ם או שגנב נכסי הקדש אינו משלם אלא הקרן בלבד שנאמר ישלם שנים לרעהו לרעהו ולא להקדש לרעהו ולא לעכו"ם, וכן הגונב קדשים מבית בעליהן בין קדשי קדשים בין קדשים קלים בין קדשים שאין הבעלים חייבים באחריותן בין קדשים שהבעלים חייבים באחריותן ה"ז פטור מן הכפל ותשלומי דו"ה שנאמר וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש.

השגת הראב"ד: נכסי הקדש אינו וכו'. א"א גנב נכסי הקדש משלם קרן וחומש ואשם להקדש שהרי מעל עכ"ל.

ברישא בנכסי הקדש והיינו בקדשי בה"ב כתב קרא דרעהו וכן הוא בגמ' בדף ס"ג ובסיפא בגונב קדשים מבית בעליהן והיינו בקדשי מזבח כתב קרא דוגונב מבית האיש וכן הוא בדף ע"ו, וכבר עמדו ע"ז בתוס' דף ס"ג וכתבו דשם נמי סמוך על מיעוטא דרעהו, אבל מדברי הרמב"ם שהביא שני המיעוטים מוכח דסובר דשניהם צריכים, וכתב בזה הלח"מ דאי מחדא הו"א דדוקא קדשים שאין חייבין באחריותן, אבל כשחייב באחריותן מקרי רעהו כסברת ר"ש קמ"ל מיעוטא דוגונב מבית האיש דאפי' קדשים שחייב באחריותן פטור, ודבריו אין מספיקין דהא בפשוטו קיי"ל דדבר הגורם לאו כממון לכל מילי, ובפ"י מה' שבועות הל' ז' כתב הרמב"ם בפי' דדבר הגורם לממון לאו כממון לענין שבועה, ועוד דבדף ע"ח ע"ב אמר רבא הרי עלי עולה והפריש שור ובא אחר וגנבו גנב פוטר עצמו בכבש ופירש"י דהיינו אליבא דר"ש, והרמב"ם בפ' ט"ז מה' מעשה הקרבנות פסק דין זה על הבעלים שהפרישו שור ונגנב דפוטרים עצמם בכבש, ואין לומר דהרמב"ם אינו גורס גנב פטר עצמו ומפרש דקאי על הבעלים דא"א לומר כן, דא"כ איזה שייכות לדין זה בב"ק בדיני גנבה והוא שייך למס' זבחים, וע"כ דבאמת סוגיא דהכא קאי בגנב, ואליבא דר"ש, וקיי"ל דגנב פטר עצמו אף דבעלים אומרים דניחא להו בקרבן גזול, אלא דכיון דלא קיי"ל כר"ש לכן כתב הרמב"ם דין זה על הבעלים, וא"כ אי אפשר לפרש דילפינן דין זה מקרא דוגונב מבית האיש, דהא לענין קרן לא ילפינן מקרא דוגונב מבית האיש ולא מבית הקדש, דהא כתב הרמב"ם דגונב נכסי הקדש משלם הקרן, אכן לפי' הראב"ד הביאו הרשב"א דהאבעיא הוא לענין כפל אין להוכיח מכאן דאפשר גם הרמב"ם מפרש כן.

ונראה לבאר ע"פ מה שכתבו בתוס' בריש מרובה בד"ה יצאו שטרות וז"ל וא"ת ל"ל קרא למעט מכפל והא אפי' אבדו בידים לא משלם קרן למאן דלא דאין דד"ג, ואפי' מאן

דדאין לא הוי אלא מדרבנן וי"ל כיון דאי איתיה לשטר בעין חייב להחזיר ס"ד דכשמחזיר משלם הכפל עמו עכ"ל, ולפי"ז אתי שפיר דמלרעהו לא הוי ידעינן אלא דאינו משלם להקדש כפל בגנב נכסי הקדש אבל בגונב קדשי מזבח דאם איתא לקרן בעין נראה דבודאי הבעלים יש להם זכות לתבוע קרן שלהם, ובפרט בקדשים שחייב באחריותן, ולכן ס"ד דכשמחזיר משלם גם כפל לבעלים, ולזה אשמעינן קרא דוגונב מבית האיש, ואף דלפי"ז בגנב שור הנסקל שנגמר דינו בבית שומר דזה תליא נמי בדין דבר הגורם לממון כדאמר בדף ע"א ע"ב, ולמ"ד לאו כממון אינו משלם כפל, מנ"ל דלא משלם כיון דגבי קדשים שחייב באחריותן צריך ע"ז מיעוט מקרא דוגונב מבית האיש ולא מבית הקדש, ואי לא"ה הוי חייב כפל אף דקרן אם אינו בעין פטור מלשלם, יש לומר דבאמת בשור הנסקל נמי איכא למעוטי מקרא דוגונב מבית האיש דכיון דהוא אסור בהנאה לאו ברשותא קאי כדאיתא בריש פסחים, ואפי' אם איסוה"נ לא יצאו מדין שלו אבל עכ"פ אינו ברשותו ועיין בקצוה"ח סי' ת"ה ולכן אי הוי אמרינן דדבר הגורם לממון כממון דמי הוי חייב כמו דחייב לר"ש בקדשים שחייב באחריותן דלענין זה דהוא גורם לממון הוי וגונב מבית האיש, ולא דמי למש"כ בהלכה ד', דלשיטת הרמב"ם פטור בטבל מכפל כנגד דמי התרומה, אף דעיקר הגנבה אם איתא בעינה צריך להחזיר דהתם שאני כיון דחלק התרומה מעכשיו אינו של הבעלים וכמש"כ שם, ורק דהקרן מוכרח להחזיר דהגנב אינו יכול להפריש, וגם הבעלים אינם יכולים להפריש כ"ז שהוא ברשות גנב, אבל מ"מ כפל שפיר סובר דאינו צריך לשלם כנגד חלק התרומה והמעשר כיון דזה אינו שלו.

ועתה נבוא לבאר השגת הראב"ד והנה המ"מ כתב וז"ל וכבר האריך הר"א בזה פ"ו מהל' מעילה ונראין דבריו לרוב המפרשים, ועיקר מחלוקת הרמב"ם והראב"ד שם הוא בהא דתנן במעילה דף כ' ומיתי לה בב"ק דף כ' נטל אבן או קורה של הקדש ה"ז לא מעל, נתנה לחבירו הוא מעל וחבירו לא מעל, ופריך מ"ש הוא ומ"ש חבירו ואמר שמואל באבנים המסורות לגזבר עסקינן, ופירש"י דקושיית הגמ' הוא על רישא דנטל וכו' לא מעל וע"ז משני בגזבר דלא הוציא מרשות הקדש וכן מפרש הראב"ד, אבל הרמב"ם מפרש דקושיית הגמ' הוא על סיפא דקתני הוא מעל וחבירו לא מעל דמ"ש הוא ומ"ש חבירו. וע"ז משני בגזבר היינו דחבירו הוא גזבר ולכן לא מעל אבל מה דברישא לא מעל כתב הרמב"ם שם בפ"ו הל' ח' משום שהרי לא נהנה עדיין דשיטת הרמב"ם דנוטל מרשות הקדש לא מעל כל זמן שלא נהנה. ולכן זהו שהשיג כאן הראב"ד וזהו שכתב המ"מ דרוב המפרשים סוברים כהראב"ד היינו דמפרשים כפירש"י. איברא דמה שהשיג

הראב"ד בכאן אינו מדוייק דהא לא נזכר כאן שגנב בשוגג שלא ידע שהם נכסי הקדש ובגונב במזיד ודאי ליכא אלא קרן. וע"כ דכונת הראב"ד לומר דמשכחת דגונב משל הקדש יתחייב בקרן וחומש ואשם והוא אם לא ידע שהוא של הקדש. ומשום דהרמב"ם סתמא כתב דבאמת הרמב"ם לשיטתו דנוטל משל הקדש כ"ז שלא הקנה לאחר לא מעל.

והנה במעילה דף כ"א תנן שלח ביד פיקח ונזכר עד שלא הגיע אצל חנוני החנוני מעל לכשיוציא וכתב שם בתוספות רעק"א במשניות. דמה דאינו מועל קודם שיוציא הוא כיון דאיכא דעת נותן שמוציא מרשותו אינו מועל המקבל דאיסורא לא ניחא ליה דליקני וכדאיתא בנדרים דף ל"ה והקשה דא"כ מה שאל שם רב אחא בדר"י לרב אשי. הא מתני' היא ונשאר בצ"ע. והיינו דשם בעי רב אחא מרב אשי ככרי עליך ונתנה לו במתנה מהו. למעול נותן הא לא אסירא ליה. למעול מקבל יכול לומר דהיתרא בעיתי דאיסורא לא בעיתי. א"ל מקבל מעל לכשיוציא שכל המוציא מעות הקדש לחולין מעל אף זה מעל. ואם טעמא דמתני' משום דאיסורא לא ניחא ליה מאי בעי רב אחא.

ובתוס' בחגיגה דף י' ע"ב במה דמביא הגמ' מתני' דנטל אבן או קורה של הקדש נתנה לחברו מעל. כתבו ולא דמי להההיא דנתנה לחנוני דלא מעל דהתם מיירי במזיד ואין מתחלל. וחנוני דלא מעל עד שיוציא התם משום דלא עבד מעשה. ולפלא שלא זכר הגרעק"א דברי התוס'. ואפשר שקיצר וסמך על דברי התוס' דבאמת זהו הטעם דאמרינן שם בנדרים איסורא לא בעיתי משום דלא עשה מעשה. וכמו שכתב שם הר"ן וז"ל ואע"ג דבמוציא מרשות הקדש אפשר (ותיבת אפשר צ"ע כמו שיבואר לפנינו) דאפי' בטעות מעל שאני הכא שהוא לא הוציאה אלא חברו הוציאה וזה לא עשה אלא שקבלה עכ"ל. אבל בלאו הך סברא הי' בודאי מועל גם בקבלה דעכ"פ הוא נהנה מן ההקדש.

ופירושו של הגרעק"א יש לומר דהוא לפירש"י דנטל או קורה של הקדש מי שאינו גזבר מעל, וע"כ דהא דחנוני מעל כאן רק לכשיוציא הוא דבמקבל מחברו אמרינן איסורא לא ניחא ליה דליקני, אבל לדעת הרמב"ם דבנוטל אבן של הקדש לא מעל לפי שלא נהנה עדיין א"כ יש לומר דמה דחנוני לא מעל עד שיוציא הוא משום דבקבלה לבד לא נהנה. אף דלכאורה אי אפשר לומר כן דהא הרמב"ם מפרש דמה דפריך מ"ש הוא מ"ש חברו היינו דשניהם ימעלו, וכן פסק הרמב"ם להדיא דאם השני אינו גזבר שניהם מעלו א"כ ע"כ צריך לחלק מנוטל אבן מעצמו או מקבל מחבירו, אכן לפי מה דמבואר שם בפיהמ"ש להרמב"ם וז"ל כשנטל אבן או קורה של הקדש אע"פ שפגם לפי שכבר חסר מן ההקדש הדבר ההוא לא מעל עד שיהנה כפי העיקר הנזכר, וזה שאמר חברו לא מעל ע"מ שאותו החבר ההוא הגזבר וכו' אבל הנוטל שום דבר מן ההקדש ונתנו לחברו

שניהם מעלו לפי שכל אחד משניהם נהנה ופגם, זה נהנה בנתינת המתנה בטובת הנאה שבאה לו וזה נהנה בקבלתה עכ"ל, ולפי"ז יש לומר דדוקא מקבל מתנה נהנה בשעת הקבלה, אבל חנוני שקנו ממנו שום דבר בפרוטה א"כ אינו נהנה בקבלת הפרוטה כדי כל הפרוטה דהא נתן תמורתה, ואף דברישא דמתני' לא הוזכר פרוטה, אלא שלח ביד פקח וכו' הא תנן אח"כ כיצד יעשה נוטל פרוטה או כלי ואומר פרוטה של הקדש בכל מקום שהיא מחולל על זה וכיון דמיירי בפרוטה אין הנאת הקבלה אצל החנוני שו"פ וכנ"ל, ואה"נ אם נתן דינר דמרויח פרוטה ונהנה החנוני בקבלתו מעל תיכף.

אך באמת כ"ז אינו אלא לומר דמתני' לא מוכחא לדעת הרמב"ם כטעמא דגמ' דנדרים, אבל להלכה כיון דאמר רב אשי דמקבל מעל לכשיוציא, אבל בקבלה לא מעל, וכן פסק הרמב"ם בפ"ד מה' מעילה וע"כ משום טעמא דהיתרא לא בעיתי כדאמר רב אחא, וא"כ אפי' אם נתן דינר דהוי הנאה שו"פ מ"מ מקבל כיון שלא עשה מעשה לא מעל בשוגג דהיתרא לא בעיתי, ומה דתנן פרוטה יש לומר דלאו דוקא ואורחא דמילתא נקט, אבל בלא הגמ' דנדרים הי' אפשר לומר דפרוטה דוקא, וממילא מתישבת קושית הגרע"א מאי בעי ר' אחא הלא מתני' היא, דלדידיה ליכא למילף זאת ממתני' וכנ"ל.

והנה ישבנו קושיית הגרעק"א לדעת הרמב"ם אבל נשאר קושייתו לפירש"י וכל הראשונים, אכן הרשב"א בנדרים שם כתב וז"ל הא דבעי ככרי עליך יש מי שפירש בשלא הוציאו המקבל ויש מי שפירש בשהוציאו המקבל וזה נ"ל עיקר מדקא מאריך בלישנא ואמר שכל מוציא מעות הקדש לחולין מעל אף זה מעל אלמא בכך היתה שאלה עכ"ל, ולפי"ד הרשב"א דעיקר הבעיא הוי לכשיוציא וזה דפשט לו רב אשי צריך ביאור מה היתה שאלתו, דאין לומר דהוי סבר דגם לכשיוציא יכול לומר דהיתרא לא בעיתי דהרבה משניות יש שמוציא מעות הקדש בשוגג מעל, ואף שהר"ן כתב שם ואע"ג דבמוציא מרשות הקדש אפשר דאפי' בטעות מעל, באמת לשון אפשר שכתב קשה טובא איברא שראיתי בספר נדרי זרוזין שכתב ליישב דאפשר כל מוציא מעות הקדש בשוגג היינו באומר מותר דלא הוי כ"כ טעות. אבל באמת אינו מיושב כלל דנא ניקו ונאמר שכל המשניות דקתני בשוגג מעל, וכן מתני' דפ"ב דקדושין דאמר ר' יהודה בשוגג קידש מיירי דוקא באומר מותר והוא דוחק גדול ובודאי תיבת אפשר שכתב הר"ן אינו מדוייק ואולי ט"ס וצ"ל ודאי, ע"כ נראה דלפי' הרשב"א עיקר השאלה הי' אם בקונמות יש איסור מעילה בהוצאה מרשות, והיינו לשיטת התוס' דיש שני גדרי מעילה נהנה ומוציא, וכמו שכתבו התוס' בקדושין דף נ"ג ד"ה אף במכר וז"ל, ואין מעילה לר"מ אלא באוכל הקדש אבל במוציא הקדש אין לו מעילה וכו' עכ"ל וזהו לר"מ. אבל ר' יהודא

סבר המוציא מעות הקדש מעל. ולפי"ז שפיר מיבעי לי' בככרי עליך כיון דהוא רק איסור באיסור הקדש אבל אין להקדש בזה שום זכות ע"כ אפשר דליכא בזה מעילה של הוצאה מרשות. ולפי"ז נאמר דמה דאמר מקודם איסורא לא בעיתי היינו טעם מה דלא מעל במה שקבל הככר משום הנאה. ובזה מהני הסברא דאיסורא לא בעיתי דלא הוי הנאה דלא דמי לאוכל או נהנה בפועל בשוגג דודאי מעל דעכ"פ נהנה גופו. וכמו דמתעסק בחלבים ועריות חייב שכן נהנה. אבל הנאה של הכנסת נכסים כיון שאם הי' יודע לא הי' רוצה לא מיקרי הנאה ומה דמעל לשיטת התוס' בנטל אבן או קורה היינו משום מוציא מרשות הקדש ובמקבל מתנה כיון דעיקר ההוצאה מרשות עשה הנותן לא מעל. ולכשיוציא מעל בשביל הוצאת רשות.

וזהו דבעי רב אחא בדר"א לפי' הרשב"א אם בקונמות יש דין מעילה בשביל הוצאת רשות. ורב אשי פשיט ליה דלכולי מילתא הוי כמו הקדש ומעל גם בהוצאת רשות ונמצא לפי"ז דסברא דאיסורא לא ניחא ליה זהו פשיטא לרב אחא ואמר זה בדרך פשיטות. ועיקר בעייתו הוי אם מעל לכשיוציא. ולפי"ז גם לשאר הראשונים דע"כ צריך לפרש טעמא דחנוני מעל לכשיוציא כסברא דרב אחא נמי לא קשה קושיית הגרעק"א לפי' הרשב"א וכמו שבארנו.

אכן לדעת הרמב"ם א"א לפרש כפירושו של הרשב"א דלשיטתו כל דין מעילה הוא בנהנה מן הקדש וע"כ דמה דחנוני מעל לכשיוציא משום דבעושה מעשה ומוציא לא אמרינן סברא דאיסורא לא ניחא ליה. וא"כ מה מספקא לרב אחא כאן בככרי עליך כיון דהוא משנה מפורשת דחנוני מעל לכשיוציא. עכ"פ קושייתו של הגרעק"א מיושבת בין לפירש"י בין לשיטת הרמב"ם וכמו שבארנו.

והנה בנדרים דף ל"ד איתא הי' לפניו ככר של הפקר ואמר ככר זה הקדש נטל ואכלה מעל לפי כולה. להורישה לבניו מעל לפי טובת הנאה שבה. ופסק דין זה הרמב"ם בפ"ד מה' מעילה וקשה טובא דהא שיטת הרמב"ם דכ"ז שלא הקנה לאחרים ליכא מעילה. ומצאתי שהקשה כן בקרן אורה ונשאר בקושיא. ונראה דמה דסובר הרמב"ם דנוטל משל הקדש לא נהנה עד שיוציא. היינו בבא לגזול משל הקדש או בסבור שהוא של חבירו ובא לגזול משל חבירו וכ"ש בסבור שהוא שלו דזה לא חשיב הנאה, וזה מוכח ממש"כ המ"מ כאן דלדעת הרמב"ם גונב משל הקדש לא מעל והיינו בסבור שהוא של חברו, אבל בזוכה משל הפקר מה נ"מ ממקבל מתנה דכתב הרמב"ם דנהנה בקבלתו ולכן יש לומר דמה דמעל בנטלה להורישה לבניו היינו דכיון דמיירי בשוגג והיינו ששכח שהקדיש ועכ"פ בשעה שנטלה סבור הוא שנוטלה עכשיו מהפקר ולכן מעל כמו מקבל מתנה,

[ולשיטת התוס' דבמוציא מרשות הקדש מעל לפי כולו מה דלהורישה לבניו לא מעל אלא לפי טובת הנאה היינו דלא נתכוין לזכות בה ולהוציאה מרשות הקדש כמבואר שם בפי' הרא"ש].

איברא דלפי"מ שנתבאר דדוקא בגוזל מרשות הקדש לא מעל בנטילה לחוד דליכא הנאה וגזלה קודם שמוציא לא חשיבה הנאה א"כ בנטל אבן או קורה של הקדש דבאינו גזבר שניהם מעלו, וקשה דאמאי מעל השני במה שמקבל דבר הגזול, ואין לומר דמיירי שהשני הוא שוגג וסבור שהוא של הראשון דא"כ קשה מה מהני גזבר, דבשלמא לפי' התוס' דאנו דנין על הוצאה מרשות בגזבר לא יצא מרשות הקדש, אבל לשיטת הרמב"ם דאנו דנין על הנאה א"כ מה מהני שהוא גזבר כיון שהוא שוגג וע"כ דעכשיו הוא סובר שאינו הקדש כגון שאמר לו שפדאו וא"כ למה אינו נהנה בקבלתו וע"כ דמיירי ששניהם מזידין, וגם בל"ז דחוק לאוקמי המעילה לצדדין זה במזיד וזה בשוגג, וצריך לומר דמקבל מאחרים אף שיודע שהוא גזול נהנה בקבלתו ודוקא בגוזל מעצמו לא נהנה בהשגת הגזלה, ואף דהחלוק אינו מבורר כ"כ אבל אנו מוכרחין לחלק כן, כיון שמבואר להדיא כאן דשיטת הרמב"ם דגונב משל הקדש לא מעל, ובנטל מבואר להדיא דמקבל אף מזיד מעל.

ומה דכתב הרמב"ם בפ"ו דמעילה הל' ז' אחר דינא דנוטל אבן או קורה. הנוטל פרוטה של הקדש על דעת שהוא שלו לא מעל עד שיוציא אותה בחפציו או עד שיתן אותה במתנה. נתנה לחברו הוא מעל וחברו לא מעל שאין מועל אחר מועל בשאר הקדשות כמו שבארנו. והוא סיפא דמתני' דנטל אבן רק שהוסיף וכתב על דעת שהוא שלו. ע"כ דאין כונתו לומר דדוקא בסבור שהוא שלו דהא בכאן בדין גונב משל הקדש מבואר דגם בסבור שהוא של אחרים לא מעל בנטילתו ובנתנה לחברו ודאי דאין נ"מ דכיון דעכ"פ הוא שוגג לגבי הקדש מעל מעילה גמורה וחברו לא מעל ועיקר בא הרמב"ם לחלק הסיפא מהרישא לומר דרישא מיירי במזיד שידע שהוא הקדש וסיפא מיירי בשוגג. ולכן כתב על דעת שהוא שלו דלשיטתו אין נ"מ בין על דעת שהוא שלו בין על דעת שהוא של אחרים.

אלא דקשה מה שכתב הרמב"ם בטעמא דלא מעל חברו בנטל פרוטה של הקדש משום דאין מועל אחר מועל הא כיון דמיירי בשוגג בלאו הכי איכא טעמא דאיסורא לא ניחא ליה. וכמו שפסק בפ"ד לגבי ככרי עליך דלא מעל אלא לכשיוציא. ולומר דהכונה דלכן אינו מועל אף לכשיוציא זה קשה דא"כ הול"ל דמותר להוציא כמו בקרדום של הקדש דאמרינן דחברו מותר לבקע בו לכתחלה וכן פסק הרמב"ם. וע"כ דהכא לא מיירי אלא

במה דלא מעל בקבלתו. וא"כ למה לן טעמא דאין מועל אחר מועל. וע"כ צ"ל דכיון דלטעם זה אף אם המקבל מזיד לא מעל. וכן לכשיוציא לא מעל כתב טעמא דאין מועל אחר מועל כיון דהוא אמת דמכיון שמעל הראשון ליכא כלל דין מעילה.

והנה בב"מ דף צ"ו איתא בעי רמב"ח בעל בנכסי אשתו מי מעל ופירש"י דנפלו לה נכסים מאביה משנשאה. ואמר רבא מאן למעול למעול בעל דהיתרא ניחא ליה דליקני איסורא לא ניחא ליה דליקני. וכתבו בתוס' וז"ל למעול בעל הלא לא עשה שום מעשה, דאיסורא לא ניחא ליה דליקני לא הי' צריך לטעם זה דאפי' ניחא ליה דליקני הכל מה שבידה אפי' של אחרים ושל הקדש לא היה קונה כי לא תקנו לו חכמים. וא"כ היאך הי' לו למעול בנשואין לבד בלא לקיחת מעות אלא לפי שגבי ב"ד הוצרך להאי טעמא נקטיה נמי הכא. א"כ נקטיה למימר דאפי' לקח המעות לא ימעול כיון דאיסורא לא ניחא ליה דליקני ולא נתכוין לזכות בשל אחרים ולא נתכוין בנטילתו להוציאו מרשות בעלים דסבר שהן שלו. ע"ש שהאריכו בזה. ולדעת הרמב"ם שכתבנו דאין חילוק בין סבור שהוא שלו לסבור שהוא של אחרים. דאינו סובר דהמעילה הוא משום הוצאת רשות והעיקר הוא אם נהנה בנטילתו א"כ מועיל הטעם איסורא לא ניחא ליה דליקני דאם עשה מעשה ונטל למה לא יהי' לו בזה הנאה כנוטל מן ההפקר דמעל אפי' בשוגג. כיון דלשיטת הרמב"ם אנו מוכרחים לפרש הא דאיסורא לא ניחא ליה דליקני כפשוטו ולא כמו פי' התוס' שהכניסו בזה כונה אחרת כמבואר ועיין שם.

אכן הרמב"ם כתב בפ"ז מה' מעילה הל' י"א האשה שהכניסה לבעלה מעות הקדש או שנפלו לה בירושה וכו'. וממה שכתב שהכניסה משמע דבא לומר דלא דוקא לאחר נשואין דזהו מש"כ אח"כ שנפלו לה בירושה. והכניסה לו היינו בשעת נשואין וזה אפשר במעשה גמור שהכניסה לביתו מעות הקדש. ומ"מ שניהם לא מעלו. וטעמא דאפי' עשתה מעשה והכניסה לו המעות. אבל הלא לא הקנתה לו אלא דבשעת נשואין צריך הוא לקנות בתקנת חז"ל שזוכה בנכסי מלוג. ושפיר נוכל לומר דכיון דלא ניחא להו לא להאשה ולא להבעל לקנות מעות הקדש לא חשיב הנשואין מעשה לומר שימעלו אפי' בשוגג ושפיר שייך בזה איסורא לא ניחא ליה דליקני ולגירסתנו דגרסינן תמעול איהי היתרא נמי לא ניחא לה ג"כ מיושב לדעת הרמב"ם דאף שהכניסה לו אבל היא אינה מקנית לו ברצונה ולולא שתקנו לו חז"ל לא היתה מכניסה לו. וא"כ אין לה הנאה ובתוס' משמע דאין גורסין כן וכן מבואר בש"מ.

והנה בפ"ו מה' מעילה הל' י"ג כתב הרמב"ם המפריש שקלו והוציאו בשאר צרכיו בין הוא בין חברו מעל. וכתב ע"ז הראב"ד א"א זהו מן הטעות הראשון וכתב ע"ז הכ"מ כלומר

דאזדא רבינו לטעמיה שפירש במאי דפריך בגמ' מ"ש הוא ומ"ש חברו דהיינו לומר דהול"ל שניהם מעלו. ותמה בכ"מ על הראב"ד דהא דברי הרמב"ם הם דברי התוספתא. וכבר העיר בהר המוריה דבתוספתא שלנו אין הגירסא כן. אלא המפריש שקלו והוציאו ה"ז מעל. המפריש שקלו לחברו ה"ז מעל. אלא דבגירסת הרמב"ם והכ"מ הי' הגירסא כן. אבל עכ"פ בעיקר פי' דברי הרמב"ם והראב"ד כונת הכ"מ לפרש דמיירי במזיד כמו בנטל אבן או קורה של הקדש דהל' ז'. וכן כתב במרכבת המשנה ובהר המוריה בפי' דברי הרמב"ם והראב"ד. אבל לדעתי הוא דוחק לפרש כן דהו"ל להרמב"ם לפרש דבריו כמו שפירש להדיא בהל' ז' דהא כבר הפסיק בהרבה הלכות דמיירי בשוגג וסתם מעילה היא מעילה גמורה בחומש ואשם דאינה אלא בשוגג.

והנראה דכאן הוא מחלוקת אחרת דבהלכה ב' כתב הרמב"ם ק"ק התמימים שתלש מצמרן כיון שנהנה בפרוטה מעל אע"פ שלא פגם שהרי הן דומים לכוס של זהב שאינו נפגם שאין תלישת הצמר פוסלת אותן מלקרב. וכתב ע"ז הראב"ד וז"ל א"א זה אמרו מעצמו ואין לו סמך לא במשנה ולא מתוספתא ולא מגמ' והלא לא חלקו במשנה אלא בין חטאת חיה למתה שאין פגם למתה אבל בחיה לא חלקו כלל. ומה שאמר אין לו טעם שהקרבן התמים אפשר שיפול בו מום ויפגום וימכר ועוד שהעור לכהנים הוא והוא נפגם אצלם שקודם זריקה מועלין בכולן והוא דבר שיש בו פגם עכ"ל. ובטעם מחלוקת הרמב"ם והראב"ד נראה דהרמב"ם סובר דקדושת קרבן אין בזה להקדש כלל דין ממון. ולכן סובר דלא שייך פגם דאף שרוכב על הבהמה ותוכחש ויופחת חלבה ושמנה אין בזה היזק ממון למזבח וכ"ש אם תולש מצמרה דודאי אין היזק למזבח. וזהו שכתב הרמב"ם דכיון דבפגם אינה נפסלת מלקרב אין בזה פגם למזבח. ולכן מה שקדוש קדושת מזבח חייב בנהנה ולא פגם. ומה שהקשה הראב"ד דהא אם יפול בה מום יופחתו דמיה נראה דסובר הרמב"ם דעכ"פ עכשיו שהוא קרבן תמים אין בו דין דמים ואין היזק למזבח אם יופחתו דמיה ולכן לא שייך בו פגם.

ומה שהקשה הראב"ד ממה שהעור נפגם לכהנים נראה דמה שהכהנים זוכים בעור זהו אחר הזריקה כדתניא בזבחים דף מ"ד העולה דמה מתיר את בשרה למזבח ועורה לכהנים. ולכן קודם זריקה אין דין מיוחד על העור שהוא שייך לכהנים וכן משמע ברש"י זבחים דף ק"ד ד"ה אבל דמה דמועלין בעור ובגיזה הוא משום שהוא מכלל הבהמה. וכמו דלא נימא דרכב על בהמת חטאת הכחיש בשרה לאכילת כהנים. משום דקודם זריקה אין להקדש בזה דין ממון במה שיאכלו הכהנים. וכהנים משולחן גבוה קא זכו אחר זריקה.

ועיקר חידושו של הרמב"ם הוא דבקדשי מזבח אין להקדש בהם דין ממון אלא דין קדושת הגוף. ולכן אף דהמועל צריך להיות בפרוטה ובלא זה לא מעל היינו לגבי המועל אבל לא משום חסרון דמים של ההקדש. ולכן חייב בנהנה ולא פגם. אבל בע"מ כיון דעומד להמכר יש בו דין פגם.

ועכשיו נראה דסובר הרמב"ם דדין מה דנתחלל הקדש אינו אלא היכי דעיקר דין המעילה הוא בהפקעת ממון הקדש וזהו בקדשי בה"ב ובזה איכא נ"מ דאם נהנה במקצת כגון שרכב על בהמה טמאה או בקע בקרדום יצא לחולין דמי התשמיש. ואם נהנה בכולו כגון שהוציאו מרשות הקדש יצא לחולין כולו. אף דבדברים שאין בהם פגם כמו כוס של זהב מעל אע"פ שלא פגם הוא משום דבהם התשמיש בעצמו הוא הפקעה כיון דהוא שוה ממון וכדאמרינן בב"ק דף כ"א דהקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי. אבל קדושת הגוף כיון דדין מעילה שלה אינו בהפקעת ממון הקדש לכן אפי' היכי דאיכא דמים להקדש כגון בשקלי הקדש לא נתחללו. כיון דעיקר דין המעילה אינו על הפקעת הדמים אלא על נהנה מן ההקדש בלא דין ההפקעה. ולכן כל דין דנתחלל הקדש ע"י מעילה הוא רק בקדשי בה"ב ולא בקדשי מזבח אפי' בדמי קדשי מזבח.

וזהו שחלק הראב"ד ואמר דזהו מן הטעות הראשון דהוא סובר דקדושת מזבח ג"כ יש בזה דמים להקדש. וכשמעל הפקיע דמים מן ההקדש. ולכן שפיר שייך שיצאו לחולין ומה דיש מועל אחר מועל בבהמת קרבן כתב הראב"ד בהשגתו בהל' ה' מפני שהיא קדושת הגוף אינה יוצאה לחולין. והיינו דקדושת הגוף כיון דאין לה פדיון אינה יוצאה לחולין. אבל שקלי הקדש כיון דהוי דמי הקדש ואפשר להחליפם ולהוציאם לחולין שפיר מתחללים. וזהו שביאר הראב"ד דברי הרמב"ם דהוא הולך לשיטתו מהל' ב'. וכיון שכבר השיגו שם אמר דזהו מן הטעות הראשון. ובסדור הענין מבורר פירושנו זה דבפרק זה יש חמשה השגות הראב"ד קודם השגה זו. ולפי' הכ"מ דקאי על הא דנטל אבן או קורה של הקדש זהו בהל' ו' ובהשגה השלישית ואינו מן הטעות הראשון. אבל כפימש"כ זהו מן ההשגה הראשונה:

הלכה ג

הגונב פטר חמור של חברו קודם שיפדה משלם תשלומי כפל לבעלים שאע"פ שאינו עכשיו שלו ראוי להיות לו אחר שיפדה.

הלכה זו היא ברייתא בבכורות דף י"א כמש"כ המ"מ והכי תניא התם הגונב פט"ח של חברו משלם תשלומי כפל לבעלים ואע"פ שאין לו עכשיו יש לו לאחר מכאן. אבל צריך ביאור למה ישלם הגנב כפל בעד כל הפט"ח כיון דצריך לפדותו בשה והי' צריך

לנכות דמי השה ואף דבהשה יהי' לו טובת הנאה ליתנו לכהן הא פסק הרמב"ם לקמן בהלכה ה' דגנב תרומה מבעליה הישראלים שהפרישוה אינו משלם תשלומי כפל שאין לו בהם אלא טוה"נ וטוה"נ אינה ממון ובהלכה ד' פסק דגונב טבל משלם דמי טבלו והשיג הראב"ד דמשלם כפל דמי טבלו ודעת הרמב"ם דכפל אינו משלם אלא בעד חולין שבו כמו שבארנו שם. ומוכח דאינו משלם כפל בעד כל הטבל כיון שהי' צריך להפריש תרומה ומעשר וה"נ צריך לפדותו בשה. ובבכורות דף ט' ע"ב איתא והרי מעשר וכו' בפט"ח נמי מיקדשא כדר"א דאמר אשה יודעת דאין מע"ש מתחלל על ידה ועולה ואוכלתו בירושלים ה"נ אשה יודעת דפט"ח איסורא אית ביה ופרקא ליה בשה ומקדשה בהך דביני וביני. ומוכח דלא שייך לקדש בכל הפט"ח אף שיכולה לפדותו בשה. אלא בהך דביני ביני. ומה דתנן בסוף האיש מקדש דהמקדש בפט"ח אינה מקודשת מוקי בבכורות דף י' ע"ב כגון שאינו שוה אלא שקל וסבר לה כריבר"י דצריך דוקא שה דשוה שקל וליכא ביני ביני. וא"כ קשה למה ישלם הגנב כפל בעד כל הפט"ח.

והנה בהלכות קדושין פרק ה' כתב הרמב"ם המקדש בדבר שהוא אסור בהנאה כגון חמץ בפסח. או בשר בחלב וכיוצא בהן משאר איסורי הנאה אינה מקודשת. ולא הזכיר בפרטית כל האיסורי הנאה כדתנן במתני'. וממילא לא הזכיר פט"ח אבל מ"מ קשה למה השמיט הא דאמר בגמ' דבפט"ח מקדשא בהך דביני ביני. ובגמ' מוקמינן לה כגון שאינו שוה אלא שקל. אבל זהו דלא כהלכה דהא לא קיי"ל כריבר"י דצריך שה שוה שקל. ומעיקרא כדפריך בגמ' לימא מתני' דלא כר"ש דאמר פט"ח מותר בהנאה מוקים לה לאחר עריפה וד"ה. עכ"פ בפט"ח קודם עריפה אפשר לקדש לפי סוגיית הגמ' בהך דביני ביני. וקשה למה השמיט הרמב"ם דין זה.

וראיתי במהרי"ט אלגזי לבכורות שהביא ד' התוס' רי"ד בקדושין שכתב בהא דתנן דפט"ח אינה מקודשת דאף דהאשה יכולה לפדותו בשה מ"מ עכשיו הוא איסוה"נ. והקשה המהרי"ט אלגזי דהא בגמ' מבואר דאפשר דמקדשה בהך דביני ביני ומתני' כגון שאינו שוה אלא שקל ותי' דבאמת כ"ז שהוא איסוה"נ אינו יכול לקדשה כלל. רק דכשהוא מקדשה במה שיכולה לפדותו ולאחר שתפדה יכול לקדשה ולכן כתב התוס' רי"ד דמתני' מיירי שהוא מקדשה עכשיו ועכשיו הא הוי איסוה"נ והא דהוצרכו בגמ' לתרץ כריבר"י היינו דבגמ' לא רצו לאוקמי מתניתין דוקא דמקדשה מעכשיו דסתמא קתני ובכל אופן אינה מקודשת. ותירוצו דחוק דאי משום דסתמא קתני א"כ האוקימתא דכגון שאינו שוה אלא שקל ודאי אינו בסתמא וסתמא אפי' הוא שוה הרבה. וא"כ יותר הוי ניחא לפרש דהא דתנן המקדש בפט"ח הוא כשמקדשה מעכשיו כפשטה.

אכן בירושלמי ס"פ האיש מקדש איכא פלוגתא דר' יוחנן ור"א. דר' יוחנן אמר פט"ח אין מקדשין בו את האשה ור"א אמר מקדשין ומתני' דאין מקדשין מוקי ר"א לאחר עריפה. ומשמע דאי ליכא ביני וביני דהיינו לריבר"י דצריך שה ששוה שקל והפט"ח נמי אינו אלא שקל דאפי' ר"א לא יאמר דמקדשין בו את האשה כיון דהאשה אין לה הנאת כסף. ולכן מסתבר דבזה פליגי ר' יוחנן ור"א וא"כ צ"ל דעולא דאמר בבכורות דבפט"ח מיקדשא סבר כר"א דהא מייתי עלה הא דר"א דאמר אשה יודעת. וצ"ל דלא ידע הא דר"א דאמר בהדיא מקדשין בו את האשה. אבל ר' יוחנן דאמר בסתמא אין מקדשין הוא בכל גווני וכסברת התוס' רי"ד כיון דעכשיו הוא איסוה"נ לא מהני מה דיכולה לפדותו בשדה וממילא ר"א ור' יוחנן הלכה כר' יוחנן.

ואף דא"א לדחות תלמודין דבבלי משום הך דירושלמי י"ל כיון דבסוגיא דקדושין שהוא עיקר ההלכה לא הוזכר זה שיהי' אפשר לקדש בפט"ח בהא דביני ביני. וגם בפי' אמרו רק נימא דמתני' דלא כר"ש דאמר פט"ח מותר בהנאה. ומשמע דלר"י דאסור בהנאה שפיר ניחא ובבכורות הקשו גם לר"י דאסור בהנאה דהא אפשר לקדש בהך דביני ביני ואוקמה כריבר"י ודאינו שוה אלא שקל. וכיון דבקדושין לא אקשו ולא מתרצי ובפרט דלפי"ז הי' צריך לומר דמתני' שלא כהלכה דלא קיי"ל כריבר"י ולאוקמי מתני' לאחר עריפה אף דבבבלי אוקמו הכי היינו רק לאוקמי מתני' אפי' אליבא דר"ש. אבל באמת אקשו ע"ז בירושלמי מברייתא מפורשת דפליגי ר"י ור"ש אם מקדשין בפט"ח ואי לאחר עריפה הא ר"ש נמי מודה ואסיקו בקשיא על ר"א. ולכן מיושב דהרמב"ם והתוס' רי"ד סברו דהא דבכורות אינה להלכה אלא כר"א כיון דבמקומה בסוגיא דקדושין לא הוזכר זה ואדרבה מוכח דלר' יהודה ניחא מתני' כפשטה וכהלכה.

ועכשיו שבארנו דלגבי קדושין לא מהני להלכה אפי' לקדש בהך דביני ביני צריך לבאר למה בגנבה חייב כפל וגם לא הזכיר הרמב"ם דדוקא כנגד הך דביני ביני ועלינו לחלק כאן מדין קדושין לדין כפל בתרתי. חדא דלהלכה גבי קדושין אינה מקודשת אפי' מה דחזיא לביני ביני. ב' דאפי' למאי דסבר בבכורות דמקדשה אינה מקודשת אלא במאי דחזיא ביני ביני, אבל לא אמרינן דכיון דאפשר לפדותו הוי כולו ממון דאי הוי אמרינן כן א"כ מה מהני לריבר"י דאינו שוה אלא שקל כיון דנימא דבמה דאפשר לפדותו הוי כולו ממון ולא איכפת לן מה דצריכה להוציא שה וע"כ דלכו"ע לא הוי בהפט"ח ממון אלא מה דביני ביני.

אכן בירושלמי דקדושין שם איתא מתניתא מסייעא לר"א ופליגא עלוי. מתניתא מסייעא לר"א הגונב פט"ח של חבירו משלם תשלומי כפל וסיפא פליגא עלוי שאע"פ

שאין לו בו עכשיו פליגא על ר"א והיינו דהטעם יש לו בו לאחר זמן אינו צריך להיות מועיל בקדושין והיינו כמש"כ התוס' רי"ד דכיון דעכ"פ עכשיו הוא אסור בהנאה לא הוי כסף לענין קדושין ומ"מ מהני הך טעמא לחייבו בכפל דבקדושין בעינן דוקא שיהי' ממון בשעה שמקדשה.

רק דעכ"פ קשה דאפי' להסוגיא דבכורות ולר"א דסבר מקדשין בו את האשה מ"מ לא חזיא אלא במה דשוה ביני ביני אבל לא בכולה ואמאי חייב כפל לפי כולו. ויש לומר עפ"מ דאמרינן בקדושין דהילך מנה ע"מ שתחזירהו בתרומה יצא ידי נתינה בפדיון הבן בנו פדוי. אבל בקדושין אינו מקודשת. ולפי גרסתנו הוא שמא יאמרו אשה נקנית בחליפין. וכתבו הראשונים לפי גירסא זו דהוא מדרבנן אבל גירסת הרמב"ם הוא לפי שאין אשה נקנית בחליפין. ומוכח דבקדושין בעי כסף שתהנה בו וכמו שכתב הרמב"ם שאם לא החזירתו לא נתקיים התנאי ואם החזירתו הרי לא נהנית ולא הגיע לידה כלום. וחזינן דאף דבשאר דברים הוי כסף אבל בקדושין בעי שיהי' לה בשביל מה להקנות את עצמה.

ולכן שפיר מבואר דאיברא דלגבי חיוב כפל אמרינן דכיון דיכול לפדותו הוי כולו ממון לחייבו בכפל כיון דגנב אצלו מה שיש לו לאחר זמן דין ממון. מ"מ גבי קדושין כיון דחזינן דמתנה ע"מ להחזיר אף דהתם נמי לענין שאר דברים הוי נתינה משום דתנאי מילתא אחריתא מ"מ גבי קדושין בעינן דבר שתהיה לה הנאת כסף דאף דנימא דפדיית השה אינו מגרע מדמי הפט"ח והוא מילתא אחריתא. אבל עכ"פ הנאת כסף אין לה במה שצריכה כנגדו להוציא דמי השה. אבל לגבי דין כפל לא איכפת לן מה שיהי' צריך להוציא שה דזהו מילתא אחריתא. ובהפט"ח יש להבעלים דין שיהי' להם לאחר זמן כל הפט"ח וחייב הגנב כפל.

ומה שהקשינו דבמאי שאני מגונב טבלו שאינו משלם לו כפל דמי טבלו. כבר כתבנו בהלכה א' דטבל באמת חלק התרומה והמעשר אינו שייך להבעלים. ואף דיכול לעשר מכרי אחר ע"ז אין זה אלא שמחליף זה בזה אבל עכ"פ חלק התרומה והמעשר אין לבעלים בהטבל וכדאמרינן בנדרים דף פ"ה בסוגיא דגונב טבלו דבעי לאוקמי דפליגי אי מתנות שלא הורמו כמו שהורמו דמיא. ופריך ואי טוה"נ אינה ממון מה לי הורמו מה לי לא הורמו. וכתב הר"ן דכיון דטוה"נ א"מ כי לא הורמו מאי הוי דהא פתיכי ביה תרו"מ שאין לו בהן כלום. ולכן לא דמי לפדיון פט"ח שאין השה מגוף הפט"ח. אלא הוא דין שצותה תורה לפדותו בשה. ונוכל לומר דהוא מילתא אחריתא אבל התרו"מ הוא מגוף הטבל ופתיכי ביה ואין להבעלים בחלק זה כלום לכן שפיר דאינו חייב כלום.

ומזה יבואר לנו דין חדש ומסתבר דאם ראובן נתן לשמעון מתנה ע"מ להחזיר וגנבה גנב מבית שמעון דהגנב משלם כפל לשמעון דהחפץ הוא עכשיו של שמעון ותנאה מילתא אחריתא ואף דאין לשמעון היזק דכיון דאין לו אינו מחויב להחזיר ואם נשתמש בהמתנה סובר הרא"ש בפ"ג דסוכה דנעשה למפרע שואל שלא מדעת. אבל אם לא נשתמש בה אין לו היזק מ"מ לא שייך זה להגנב דעכשיו הוא שלו וממנו גנב וחייב לו קרן וכפל והוא יש לו דין להחזיר הקרן ואם אין הקרן בעין זה תלוי אם יוכל לפטור עצמו בדמים והרא"ש סובר שם דבדמים נמי מקיים תנאו ע"ש:

-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"ב מה' גנבה הל' ג' במש"כ הרמב"ם דהגונב פט"ח קודם שיפדה משלם כפל לבעלים, עמדתי דהא צריך לנכות דמי השה ואף דיהיה לו טוה"נ הא פסק הרמב"ם גבי תרומה דטוה"נ א"מ, וכתב דמה הוצרכתי לזה הא אף אם טוה"נ ממון דהא כיון שגנב ממנו ואינו פודה אותו נשאר אצלו כל השה ויש לו יותר מהטוה"נ, ודאי הוצרכתי לזה, דהא באתי להקשות למה משלם הגנב בשביל כל הפט"ח הא הבעלים היו צריכים להוציא ע"ז שה. והוכרחתי לחזק קושייתי שלכאורה אין לבעלים היזק בפדיון השה דאף שיתנה לכהן יש לו בה טוה"נ ואם טוה"נ היה ממון לא צריך לנכות להגנב בשביל פדיון השה, ואם כונתו דטוה"נ הא אינו שוה כמו השה, הקשיתי יותר דאינו ממון כלל ומה שכתב בעיקר קושייתי שלדעתו אף שנגנב הפט"ח צריכים הבעלים לפדותו, דמעיקר דינא חל עליו מצות פדיה רק שיכול לעורפו, וכיון שאינו יכול לעורפו מחוייב בפדיה, מסופקני טובא אם יכולים הבעלים לפדות הפט"ח שנגנב דכמו שכתבו התוס' בקדושין דנ"ו דאינם יכולים הבעלים לחלל מע"ש שנגנב ה"נ אינו יכול לפדות פט"ח שנגנב ולכאורה הדבר פשוט דדמי למע"ש, והנה במכתבו הב' כתב דאולי הצדק אתי מהא דמשמע מד' הרמב"ם שאם נתן הפט"ח לכהן דהכהן מחוייב בפדיה או בעריפה ומוכח דאין הלידה מחייב אלא מי שנמצא אצלו הפט"ח. אבל מזה ליכא הוכחה אלא דהחיוב הוא על הבעלים וכיון שנתן לכהן נתחייב הכהן אבל בנגנב כיון דהגנב אינו בעלים לא פקע חיובא מהבעלים, אבל לפימש"כ הוא מטעם אחר דפדיון לא שייך אלא היכי דהוא ברשותו דגדר פדיון הוא שפודהו ולוקחו לרשותו.

ומה שכתב דבעיקר הדין אינו מוכרח בלשון הרמב"ם שהגנב צריך לשלם בעד כל הפט"ח ואינו מנכה דמי השה דלשון משלם הוא כמו ששוה הפט"ח ובשוק אינו שוה

אלא בנכוי דמי שה, הנה לפי דבריו גם בגונב טבלו של חברו דסובר רבי וכן פסק הרמב"ם דמשלם לו דמי טבלו נמי נימא דהא צריך לשום הטבל כמה שהוא בשוק, ואינו שוה אלא בנכוי דמי התרומה והמעשר וא"כ מאי איכא בין רבי לריבר"י, ואף דיש לומר דמדאמר משלם דמי טבלו ולא דמי חולין שבו מוכח דכל דמי הטבל משלם, ויש לחלק מטבל לכאן דבטבל פתיכי בי' תרומה ומעשר כמש"כ הר"ן בנדרים, מ"מ אם עיקר לשון משלם דמי טבלו הוא כמו ששוה למכור בשוק חסר עיקר דינא וע"כ דצריך באמת לשלם בעד כל הטבל מאיזה טעם שיהי' וה"נ כאן בפט"ח, ובאמת צריך לומר כן בדין גונב טבלו דהא בגמ' איכא טעמא דטוה"נ ממון וטעמא דקנסוה רבנן לגנב ואם נימא דצריך לשלם כפי שויו בשוק א"כ איכא נ"מ דלטעמא דקנסוה רבנן לגנב משלם בעד כל הטבל, אבל לטעמא דטוה"נ ממון אינו צריך לשלם אלא לפי דמי טוה"נ שבו, ולא משמע דאיכא נ"מ לדינא, איברא דהתוס' בב"מ דף ז' כתבו להדיא דאינו יכול לתובעו אלא דמי טוה"נ אבל זהו בדבר מסויים כמו בכור, אבל כאן יש לומר דגם לטעמא דטוה"נ ממון כיון דלא דמי לבכור דאפשר עכ"פ להפריש ממקום אחר, ולכן אף דהרמב"ם סבור דכיון דטוה"נ אינה ממון אינו צריך לשלם בעד חלק התרומה רק משום קנס ומכפל פטור וכמש"כ שם, אבל אי טוה"נ ממון כיון שיש לו בזה דין ממון א"צ לשום כמה ששוה עכשיו אלא כיון שיש לו עכ"פ איזה דרך שיהיה הכל שלו צריך הגנב לשלם כל שויה דאין לו שייכות בזה שיצטרך הוא להוציא ממקום אחר וזהו כמו שיישבתי כאן גבי פט"ח:

הלכה ד

הגונב טבלו של חברו ואכלו משלם לו דמי טבלו וכן אם גנב חלבו ואכלו משלם לו דמי חלבו.

השגת הראב"ד: א"א משלם לו כפל דמי טבלו וכן בחלבו משלם לו כפל דמי חלבו.

בקדושין דף נ"ח ע"ב הגונב טבלו של חברו משלם לו דמי טבלו דברי רבי ר' יוסי ב"ר יהודא אומר אינו משלם אלא דמי חולין שבו. מאי לאו בהא קמיפלגי דמ"ס טוה"נ ממון. ומ"ס אינה ממון לא דכ"ע טוה"נ אינה ממון והכא בטבלים שנפלו לו מבית אבי אמו כהן. ובמתנות שלא הורמו וכו' ואבע"א דכו"ע כמו שהורמו דמיין וטוה"נ אינה ממון והכא בדשמואל קמיפלגי דאמר שמואל חטה אחת פוטרת את הכרי דמר אית ליה דשמואל ומר לית ליה דשמואל ואבע"א דכ"ע לית להו דשמואל והכא היינו טעמא דרבי דקנסוהו רבנן לגנב. והנה מכל התירוצים לא נוכל ליישב להלכה בטעמא דרבי כ"א בתירוצא בתרא. דתי' קמא הוא אוקימתא. דרבי ס"ל טוה"נ ממון. ואנן קיי"ל דאינו ממון ותירוץ ב' הוא האוקימתא בטבלים שנפלו לו וכו' והרמב"ם פסק סתמא. והתי' הג' כדשמואל

אינו אלא על תרומה וכתב שם רש"י דכי פליג רבי בתרומה פליג אבל במעשר מודה. והרמב"ם פסק סתמא דמוכח דמשלם לו כדי כל הטבל ואינו מנכה לא חלק התרומה ולא חלק המעשר. וע"כ אנו צריכין לתירוצא בתרא דהוא קנס לגנב.

ולפי"ז דברי הראב"ד בהשגות אינם מובנים דכיון דהוא מטעם קנס מהיכי פשיטא ליה דקנסו נמי לחייב כפל כיון דבברייתא לא קתני אלא משלם לו דמי טבלו וא"כ אימא דרבי נמי מודה דלחייב כפל דהוא קנס לא קנסינן.

ונראה בטעם הראב"ד לפימש"כ לקמן בפ"א מה' גזלה מהספרא דאיכא תרי קראי בגזלה. חדא והשיב לעניו קרן כמו שהוא בעין. וחדא ושלם כשאינו בעין. ודין ושלם כשאינו בעין זהו מכ"ד אבות נזיקין דחיובו הוא משום שחסרו ממון. ומכיון דטוה"נ אינה ממון לכן א"צ לשלם בעד הקרן אלא דמי חולין שבו דדמי התרומה והמעשר לא חסרו. ורק לרבי משלם דמי טבלו משום קנס. אבל זה הא פשוט דכשהטבל בעין ודאי צריך להחזיר לו את כל הטבל ולא דמי לתרומה דאם גזל מהבעלים אינו יכול להוציא מהם דתרומה כבר אינו שלו. אבל טבל כ"ז שלא הפרישו איך יכול הגנב לומר כשגזל עשרה קבין לא אחזיר לך אלא תשעה קבין. אטו הגנב יתרום ויעשר וגם הבעלים אינם יכולים לתרום ולעשר כשהוא ברשות הגנב. לכן פשוט דעיקר הטבל כשהוא בעין בודאי צריך להשיב כמו שהוא. ולזה סובר הראב"ד דמה שחייבה התורה בכפל אינו מדין גדרי מזיק אלא דקנסה תורה לגנב. ולכן כיון דגוף הטבל ודאי הוא של הבעלים וכשהגנבה בעין מחזירה כמו שהוא לכן גם כפל צריך לשלם כשעור הגנבה כיון דאין הכפל מטעם תשלומי היזק, ולזה אפי' כשאינו בעין דהקרן אינו צריך לשלם אלא מדין מזיק, אבל שיעור הכפל לא נשתנה ובלא דין קנס צריך לשלם כשיעור הגנבה שהיתה בעין.

אכן אכתי קשה דהא כתבנו בטעמא דהרמב"ם בפ"א הל' י"ד במש"כ דאם מתה הבהמה אינו משלם גם הכפל אלא כשעת הגנבה אף דבשעת העמב"ד היה שוה יותר משום דאין לשלם הכפל יותר מהקרן. וכיון דהראב"ד הודה להרמב"ם שם ולא השיג מוכח דסובר נמי דאין לשלם כפל יותר מהקרן.

ונראה דלא דמי דהתם טעמא משום דלא אמרה תורה להחמיר על כפל ודו"ה אלא להחמיר על קרן אמרה תורה אחייה לקרן כעין שגנב וכמבואר שם, לכן השומא הוי בכפל ג"כ כדין קרן, אבל הכא מכיון דבשעת גנבה שמחוייב להחזיר כל הטבל שפיר מתחייב בכפל כשיעור כל הטבל, גם עכשיו דליתא בעינא שבדין תשלומי קרן אינו חייב מדינא אלא כפי חולין שבו כהלכות מזיק אבל כפל דאינו מדין מזיק שפיר צריך לשלם כפי כל הטבל.

ובדעת הרמב"ם היה אפשר לכאורה לומר דכיון דכתיב שנים ישלם אין דין הכפל אלא כדין תשלומי קרן ואין אנו דנין על דין חזרת קרן והיה מיושב בזה לשון הרמב"ם פ"א הל' ד' ע"ש אבל לפי"מ שבארנו דברי הרמב"ם בפ' זה בהלכה א' במה דמביא הרמב"ם קרא דוגונב מבית האיש. ע"ש א"א לומר כן.

לכן נראה דהרמב"ם סובר דבעלים אין להם בטבל בחלק התרו"מ כלום, ורק דכ"ז שהוא בעין ע"כ צריך הגנב להחזיר כולו דהגנב אינו יכול לעשר ולהחזיר החולין. אבל א"א להתחייב כפל עבור כל הטבל. והוא כמש"כ בהלכה ג' דמבואר בנדרים דף פ"ה ע"א בהך סוגיא דגונב טבלו דבעי למימר דפליגי אי כמו שהורמו דמי ופריך ואי טוה"נ ממון מה לי הורמו מה לי לא הורמו. ופי' הר"ן דהא פתיכי ביה תרומה ומעשר שאין לו בהן כלום. ולכן לפי"ז אפי' איתא לטבל בעין שהטבל צריך להחזיר מ"מ כפל לא ישלם אלא בעד דמי החולין שבו. וכיון דרצה להשמיענו דהגנב צריך לשלם בעד דמי כל הטבל והוא משום קנס כדאיתא בגמ' לכן לא הזכיר כפל דבעד דמי החולין פשיטא דמשלם.

איברא דהי' מקום לפטרו מכפל לגמרי משום דבר שאינו מסויים אבל הרמב"ם השמיט פטורא דדבר שאינו מסויים גבי כפל. וכבר העיר בזה במלבושי יו"ט חלק ב' וכתב דהרמב"ם מפרש דמיעוטא דדבר שאינו מסויים הוא מיעוטא לענין שבועה דאינו חייב אלא על דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין. וכדתנן בשבועות דף מ"ב וכמו שמפרש הריב"א בתוס' שם דף מ"ג ד"ה אלא וממילא אינו חייב כפל בטוט"ג. ויש להעיר בזה מהא דתניא בדף ע"ח דשותף שגנב מחבירו פטור מדו"ה משום וטבחו כולו ומוכח דבכפל חייב והא הוי דבר שאינו מסויים. איברא דהרמב"ם השמיט דין שותף שגנב מחבירו וסמך על מה דכתב דין שותף שטבח שלא לדעת חבירו. רק דיש לעיין דבזה כתב דחייבין בכפל ויותר הו"ל להשמיענו דין שותף שגנב מחבירו שחייב בכפל ואולי כתב דין שותפין שגנבו להשמיענו דין מיגו דזכי לנפשיה וכדאיתא בב"מ דף ח'.

ובהשגת הראב"ד השניה במה דכתב הרמב"ם משלם לו דמי חלבו ולא כפל דמי חלבו. נראה דכיון דכל עיקר הרבותא הוא להשמיענו דלא אמרינן דכ"ז שהוא בעין ליכא חיוב תשלומין. ואף דבודאי גם בנאבד מאליו נמי חייב גנב וגזלן מ"מ הו"א דכ"ז דאיתא בעיניה ליכא חיוב תשלומין. וכמו שבארנו למעלה מדברי הספרא במה דאיכא תרי קראי והשיב ושלם דוהשיב הוא באיתא בעיניה ושלם בליתא בעיניה. והוא דאף דע"כ החיוב נתחייב משעת גנבה או גזלה. מ"מ הו"א דגמר החיוב תשלומין לא נתחייב אלא בשעה שנאבד. ולכן שייך באותה שעה קלב"מ. וזהו דאשמעינן דתיכף בשעת גנבה נתחייב בתשלומין אם לא יהי' בעין, וא"כ כל זה לא שייך אלא לענין קרן אבל כפל

דאפי' באיתא בעיניה חייב כפל וזה נתחייב בשעת גנבה. א"כ בשעה שאכלו לא נתחדש שום דבר לענין כפל ומה שייך להשמיענו דאכלו חייב כפל. ואף דלר"מ דסבר דבקנס ליכא קלב"מ מ"מ אם גנב בשבת פטור דאם אין גנבה אין טביחה ומכירה וליכא כפל ודו"ה. וא"כ אם היינו סוברין דליכא תשלומי קרן באכלו אפשר דגם כפל ליכא וא"כ שייך לכתוב דמשלם כפל וזה שייך למש"כ למעלה אם דין כפל שייך לחזרת הקרן או לתשלומי הקרן. מ"מ כיון דעיקר פטורא הוא בשביל הקרן וכיון דמשלם קרן ממילא משלם כפל ולא צריך להשמיענו:

הלכה ו

הגונב משל אביו וטבח או מכר ואח"כ מת אביו משלם תשלומי דו"ה, ואם מת אביו ואח"כ טבח או מכר משלם תשלומי כפל, ואינו משלם תשלומי דו"ה, גנב וטבח או מכר ואח"כ הקדיש משלם תשלומי דו"ה, ואם הקדיש ואח"כ טבח או מכר אע"פ שהקדישו קדשים קלים משלם תשלומי כפל ואינו משלם תשלומי דו"ה בד"א בשהקדיש אחר יאוש אבל אם הקדיש לפני יאוש אינו קדוש ואם טבח או מכר משלם תשלומי דו"ה.

השגת הראב"ד: ואח"כ הקדיש וכו'. א"א קיצר בכאן שאם הקדישו הקדש בדק הבית משלם דו"ה מה לי משעבדי לשמים מה לי משעבדי להדיוט עכ"ל.

כונת הראב"ד הוא מהא דתניא בדף ע"ט דגנב והקדיש משלם דו"ה ואמר ע"ז בגמ' דמה לי מכרו להדיוט מה לי מכרו לשמים. וע"כ דמיירי בקדשי בה"ב וכן כתבו שם בתוס'. והמ"מ כתב דהרמב"ם לא ניחא ליה לחלק בזה דעל מתני' אמר בגמ' דלא אמרינן מה לי מכרו להדיוט מה לי מכרו לשמים. ואיך יאמרו בגמ' שתי לשונות סותרים זא"ז ולא יבארו החלוק שביניהם. ע"כ נראה לו דהוא מחלוקת ובריייתא פליגא אמתני' והלכה כמתני'. ודברי המ"מ אינם ברורים דבגמ' בדף ע"ו אמר ודקא קשיא לך מה לי מכרו להדיוט מה לי מכרו לשמים. מכרו להדיוט מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דשמעון מכרו לשמים מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן. ופירש"י מעיקרא תורא דראובן קודם שמכרו קרוי השור על שמו של גנב. ומשמכרו קרוי על שם לוקח. אבל מכרו לשמים עדיין שם המקדישו עליו שקרוי עולתו של פלוני. וזה ודאי לא שייך אלא בקדשי מזבח. אבל בקדשי בה"ב ודאי לא שייך זה וליכא כלל סברא אמאי לא נימא מה לי מכרו להדיוט מה לי מכרו לשמים.

וסבור הייתי לומר דטעמא דבקדשי בה"ב לא הוי ההקדש כמכירה הוא משום דיש להבעלים רשות לפדותו ולזה קיימא ואין מי שיעכב בידם. ולכן אף שצריכים לשלם כסף מ"מ לא דמי למכירה דהגוף נמכר ואינו יכול לפדותו. ומה דצריך הגמ' לטעמא

דמעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן הוא בקדשי מזבח. דכ"ז שהוא תם אינם יכולים לפדותו. ואף דבאמת פסול לקרבן דקרבנו ולא הגזול מ"מ ודאי קודם שיומם א"א לפדותו וירעה עד שיסתאב. אלא דמלבד דאין הסברה ברורה דגם פדיון מקדשי בה"ב הוא כמו קנין מחדש, וכמו שכתבו התוס' בפסחים דף מ"ו דלא שייך הואיל ואי בעי פריק כמו דלא שייך הואיל ואי בעי קני. מלבד זה הא לפי"ז לא נוכל לומר דהוא מטעם אחד. וכדברי המ"מ דהרמב"ם סובר דליכא חלוק. דעכ"פ טעמא דאמר בגמ' בקדשי מזבח דלא אמרינן מה לי מכרו וכו'. לא שייך בקדשי בה"ב וא"כ פשוט דיש לומר דגנב והקדיש דאמר בגמ' מה לי מכרו הוא בקדשי בה"ב ומהיכי תיתי נאמר דברייתא פליגא אמתני'.

ונראה דטעם הרמב"ם דסובר דאפי' קדשי בה"ב לא אמרינן מה לי מכרו הוא מטעם אחר משום דכמו דאם הפקיר הגנב ודאי אינו חייב דו"ה דהפקר לא הוי כמכירה כיון שלא מכר לשום אדם והבעלים זכאים בו כמו כל אדם. ה"נ הקדש אף דאמרינן ע"ז רשות הקדש ורשות גבוה ובי גזא דרחמנא מ"מ כל עניני הקדש הכל הוא בשביל ישראל ובהמ"ק בעצמו הוא בית המקדש של ישראל וכל מה שהוקדש אליו הוא בשביל ישראל. ולכן נאמר דמה דאמרינן מכרו לשמים מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן אין הפי' כמו דפירש"י דקאי על הגנב אלא דקאי על הבעלים דאפי' קדשי מזבח מכיון שאנו רוצים לומר דהוי מכירה להקדש אמרינן דכל ההקדש הוא של ישראל ויש להבעלים בזה זכות כמו לכל ישראל ואין אחר ששייך לו כל הבהמ"ק וכל הקרבנות ולכן לא הוי כמכירה. ומה שהקדש למזבח הי' שייך להגנב זכות כפרה אם הי' קרבן כשר זה ודאי לא שייך לומר דהוי כמכירה דא"כ הוא ברשות הגנב. ובכמה דהוי מכירה להקדש הוא מכירה לכל ישראל. ולכן שפיר דאין שום נ"מ בין קדשי מזבח לקדשי בה"ב ובברייתא ודאי פליגא אמתני' וכנ"ל.

אח"כ ראיתי דהרמב"ם במלחמות פ' הגוזל ומאכיל כתב דהרי"ף אינו סובר לחלק בין קדשי מזבח לקדשי בה"ב וכתב ראי' לדבריו מירושלמי פ' מרובה הל' ד' ר' יוסטא בר מתון שאיל הפודה כלכלה מן הגזבר מהו שתטבל למעשרות השיב רשב"ל והא תנינן גנב והקדיש ואח"כ טבח ומכר כמה דתימר תמן המקדיש אינו כמוכר ודכוותה הפודה אינו כלוקח, והרי הקדש של כלכלה של בה"ב הוא וקאמר שאינו כמקח שקובע למעשרות ומייתי לה ממתני' אלא הקדש בה"ב נמי, למתני' אינו כמכר עכ"ד הרמב"ן, ולבאר הענין נביא סוף ד' הירושלמי דאמר שם מילתיה דר"ל אמרה מכירה כפדיון אמר ראוי הוא לפדותו ולאכלו, והפ"מ מפרש דהא דאמר מילתיה דר"ל אמרה הוא קושיא ממה דסבר

ר"ל בפ"ה דמעשרות בהא דהממרח כריו של חבירו שלא מדעתו דר"ל סבר אינו טובל ור' יוחנן סבר טובל ומקשה שם מהא דהקדישן עד שלא מרחן ומרחן הגזבר ואח"כ פדאן ואמר דיד הגזבר כיד אחר דמיא וא"כ הוא כמקח אמר ראוי הוא לפדותו ולאכלו ומשני דלענין זה אמרינן כיד אחר דמיא דמירוח ביד הגזבר לא הוי כמירוח ביד בעלים לאסרן לאכול מהן עראי משום דיכול לפדותן.

ודברי הפ"מ תמוהין בתחלתן ובסופן דבעצמו פי' שם להיפוך דלא גרסינן איתביה ר"ל לר"י אלא ר"י לר"ל, ור"ל השיב דגזבר הוא כבעלים וגם בעיקר הדברים לא שייכים לכאן, דהחקירה שם אם גזבר כבעלים או גזבר כאחר אינו הכונה אם הוא כבעלים הראשונים, אלא הוא שאלה בכלל אם גזבר לגבי הקדש יש לו דין בעלים, ונ"מ אם יכול לעשות מירוח לשיטת ר"ל דצריך גבי מירוח דוקא שיעשו הבעלים או מדעתן. וגם אין השאלה שם אם מירוח של הגזבר יועיל לאסרן לאכול מהן עראי אלא להיפוך אם מירוח של הגזבר מועיל אז יהיו הפירות נפטרים מדין מירוח הקדש. ואם אינו מועיל הוי כמו הקדישן ופדאן קודם מירוח. ועכ"פ לא שייך שאלה זו אם גזבר כבעלים או גזבר כאחר לכאן דגם אם הוא כבעלים אינו כבעלים הראשונים אלא כבעלים דהקדש והוא פשוט.

ובגה"ש פי' דכונת הירושלמי לדחות מה דבעי למיפשט ממתני' דפדיון אינו כמכר דלעולם פדיון כמכירה ומה דלא מחייבינן דו"ה על הקדשו משום דראוי הוא לפדותו. וכמו דאמרו בירוש' פ"א דמעשרות ה"א במה דאמר דהפקיר קמה וזכה פטור ממעשרות והקדיש קמה ופדאה חייב. מה בין הפקר ומה בין הקדש הפקר יצא ידי בעלים הקדש לא יצא ידי הגזבר פי' דהפקר כיון דיצא מיד בעלים לא קרינן ובא הלוי שידך וידו שוין אבל בהקדש אף שיצא מיד הבעלים אבל לא יצא מיד הגזבר. אמר ר' אבין אף ידי בעלים לא יצא מאחר שאמר לו פדה את ראשון. פי' שבשעת פדיון אומרים לבעלים פתח אתה ראשון כדתנן פ"ח דערכין. ולכן מקדיש אינו כמוכר מאחר שהוא קודם לכל אדם לפדות. אבל בפודה יצא ההקדש כולו מיד ההקדש. ומזה כתב בטעמא דשיטת הרמב"ם דבקדשי בה"ב פטור מדו"ה דאומרים לו פדה את ראשון. והוכיח מכאן כהרמב"ם וכבר הוכיח זה הרמב"ן כמו שהבאנו. ולא הבנתי כונת דבריו אם כונתו על הבעלים ממש כמו דמשמע מלשונו ודאי לא שייך כאן הא דאומרים לבעלים פדה ראשון כיון דלא הבעלים הקדישו אלא הגנב ויצא מרשות בעלים ביאוש ושינוי רשות מנלן דיוסיפו הבעלים חומש. ואף דיאוש לחודיה לא קנה ונמצא דכשנכנס לרשות הקדש ע"י יאוש וש"ר הוי כמו שנכנס לרשות הקדש מרשות הבעלים דהא קודם שנעשה הקדש לא יצא מרשות הבעלים מ"מ לא מסתבר דבכגון זה יוסיפו הבעלים חומש דהא המקדיש כתיב. ויותר מזה דרשינן

המקדיש ולא המתפיס וא"כ כ"ש היכי שהוא לא הקדיש כלל. ואם כונתו על הגנב שהקדיש דהוא מוסיף חומש ואומרים לו את פדה ראשון ולכן הוי כמו שלא נמכר. גם זה אינו מבורר דלכאורה גנב אינו בעלים אפי' אחר יאוש ורק ההקדש חל משום יאוש ושינוי רשות או יאוש ושינוי השם. ויש מקום להאריך בזה ונבאר במקום אחר, אך עיקר פירושו של הגה"ש לא מסתבר דלשון מילתיה דר"ל אמרה אינו לסתור דבריו של ר"ל. וגם לשון ראוי לפדות ולאכול אינו שייך בגונב שור דאין אנו דנין עכשיו על אכילת השור.

ונראה דפי' דברי הירושלמי הוא כפשוטו דמדברי ר"ל אנו למדין דמכירה הוא כפדיון. משום דהי' אפשר לומר דאלו שני השאלות שתלאן ר"ל זה בזה היינו אם פדיון חשוב כמקח לגבי קביעת מעשר ואם הקדש הוי כמכירה לענין דו"ה הי' אפשר לומר דהם שני ענינים שאינם שייכים להדדי. דנוכל לומר דהקדש אינו בעלים מיוחדים דיהיה בזה גדר מכירה ואינו אלא תפיסת קדושה על הדבר שהקדיש ולכן אינו מכירה לענין דו"ה. אבל לענין מעשר שיהי' ע"ז דין קביעות כמו מקח יש לומר כיון דעכ"פ מקודם היה אסור לאכול וכעשה מעשה הפדיון אפשר לו לאכול שייך שפיר שיקבע למעשר כמו מקח דעיקר הקביעות למעשר אינו תלוי בדין שבין אדם לחברו אלא העיקר דכיון שבעת שלא היה שלו לא היה ראוי לו לאכול וכשקנה והכשיר הפירות לעצמו לאכילה הוקבעו למעשר. א"כ גבי פדיון מהקדש שפיר שייך ג"כ שיקבע למעשר. ולכן אמר בירושלמי מילתיה דר"ל אמרה והיינו דמוכח מדבריו של ר"ל דבזה אינו מסתפק כלל וסובר דמכירה הוא כפדיון והכונה דפדיון הוא כמכירה דודאי רשות הקדש הוא רשות מיוחד וכשפודה מוציא מרשות הקדש ומכניס לרשותו. וכן כשמקדיש מוציא מרשותו ומכניס לרשות הקדש. ומה דסובר דאינו קובע למעשר הוא משום דראוי היה לפדותו ולאכלו והכונה דלא חידש כאן מעשה קביעות בשביל דכל שעה הי' ראוי לכך ובדידיה תליא דהקדש עומד לפדיון. ולא דמי למקח דתלוי בדעת המוכר. וזהו דאמר ראוי הי' לפדותו ולאכלו דקאי על הכלכלה דאנו שואלין אם מותר לאכלה עראי. ומזה הטעם אינו חייב המקדיש בדו"ה משום דין מכירה דכיון דיש לו רשות לפדותו ובדידיה תליא לא דמי למכירה וכמש"כ מקודם. אך עכ"פ זה מבואר בדברי הירושלמי כדעת הרמב"ם וכמש"כ הרמב"ן:

הלכה ז

הקדישו הבעלים והוא בבית הגנב אינו קדוש לפי שאינו ברשותן ואע"פ שלא נתייאשו ואם טבח או מכר אפי' אחר הקדישן משלם תשלומי דו"ה.

הלח"מ הקשה דכאן פסק כר' יוחנן דאא"מ דשא"ב ובפ"ט מה' מע"ש הל' ז' הביא להא דצנועין דאומרים כל הנלקט. ובגמ' אמרו דהוא דלא כר' יוחנן. ותי' ע"פ מה דאמר רבא שם דכיון דמע"ש ממון גבוה ואפ"ה אוקמי רחמנא ברשותיה לכן גם בא"ב יכול לחלל. ולפלא שלא ראה דברי הכ"מ במקומו שם שבין קושייתו בין תירוצו הוא של הרשב"א בתשובותיו המיוחסות להרמב"ן. אכן תירוץ זה אינו מרווח דהא רבא אמר אי לאו דאמר ר' יוחנן הוי אמינא וכו' ומוכח דהשתא דאמר ר' יוחנן הכי אינו חולק עליו והיכי ניקו אנן ונחלוק על ר' יוחנן. ומה דתירץ שם הכ"מ דיכול לחלל מע"ש של חברו שלא מדעתו ג"כ אינו מיושב דהא מגמ' מוכח דאינו כן. וכבר עמדו ע"ז בתוס' בקדושין דף נ"ו וכתבו דכיון דהגנב בעצמו אינו יכול לחלל. גם הבעלים אינם יכולים לחלל.

והנה לכאורה הדבר מבואר בפשיטות דכיון דהרמב"ם פסק כרשב"ג וכתב להדיא בשנת השמיטה דהפקר הוא. א"כ לא שייך כלל להא דר' יוחנן וע"כ דסובר הרמב"ם כשיטת התוס' דקדושין דיכול לחלל מע"ש של חברו שלא מדעתו. והגמ' דפריך ע"כ בעי לאוקמי בשאר שני שבוע. וכמש"כ שם בתוס' דכשהוא ביד גזלן אינו יכול לחלל אלא דזהו תימא על הרשב"א דעכ"פ לא שייך לא קושייתו ולא תירוצו. והנה אח"כ ראיתי דהקצוה"ח תי' כן בשם אחיו בסי' ס"ט ובסי' שנ"ד דחה זה דכיון דכתבו תוס' ס"פ מרובה דע"כ היו מחללים לכשיהיה נלקט דהא לא היו מחללים כל שעה. וא"כ בשביעית לא מהני לחלל מטעם זכות בשביל הלוקטין דהלוקטין עצמם אינם יכולים לעשות כן דהוי דשלבל"ע. ולדברי הקצוה"ח דברי הרמב"ם נשארים בתימה דלא שייך תי' הרשב"א וגם דברי הרשב"א עכ"פ תמוהים במה דהקשה ותי' מאינו ברשותו דהא בשנת השמיטה אינו שלו. ואין לומר דהרשב"א סובר דכיון דרבא לומד זה מהא דמע"ש ממון גבוה ומ"מ יכול לחלל וע"כ דרחמנא אוקמיה ברשותו ולכן גם אינו שלו יכול לחלל. דמע"ש מכיון דהוא ממון גבוה אינו שלו דלא מסתבר כלל ללמוד ממע"ש על אינו שלו דבאמת מע"ש אף דהוא ממון גבוה מ"מ הבעלים יש להם זכות לאכלם בירושלים. אלא דמכיון דהוא ממון גבוה ועכשיו חוץ לירושלים אינו יכול לאכול מדמי רבא זה לאינו ברשותו. אבל עכ"פ לא דמי כלל לאינו שלו. ועמש"כ בפ"ח מה' נז"מ הלכה א'. וא"כ לדברי הקצוה"ח נשארו דברי הרמב"ם והרשב"א בתימה.

אבל באמת אין הכרח כלל לדברי הקצוה"ח דמש"כ בתוס' דכל הנלקט הוא דמחלל לכשיהיה נלקט ודאי אינו כפשטות הגמ' ובפרט בלשון הרמב"ם שכתב כל הנלקט מפירות רבעי אלו מחולל על המעות האלו. ואם אפשר לדחוק ולפרש בלשון הברייתא דהכונה כל שיהיה נלקט יהיה מחולל. כמו דבעי בגמ' לומר דהוא כל המתלקט אבל

בדברי הרמב"ם ודאי א"א לפרש כן. ועיקר הוכחת התוס' הוא משום דהקשו מתי היו אומרים כן. דא"א דבכל שעה אמרו כן בלא הפסק. וכ"ת שבכל ערב היו אומרים לא היתה תקנה למה שאכלו קודם אמירה. ולכן חידשו בתוס' דכל הנלקט היינו לכשיהיה נלקט. ובאמת גם בגמ' הוא דוחק דבגמ' משמע או כל הנלקט או כל המתלקט. ועוד דבירושלמי פ"ה דמע"ש מפורש להדיא א"ר יוחנן אתיא דרשב"ג כמ"ד לעתותי ערב וכו' א"ר ירמי' אפי' כמ"ד בשחרית אתיא וכו'. ופשטיה דהירושלמי הוא דלעתותי ערב ממש אף שיש לדחוק בזה. וקושיית התוס' לא ידענא דהא בעצמם כתבו במה שהקשו דאם יאמר כל המתלקט הא לא היה מועיל למה שגדל אח"כ. ותירצו דמה שהיו יכולים לתקן מתקנים וקושייתם היה שייך אם היינו מפרשים דהצנועין לא היו עושים התיקון לציין בקזזות אדמה. אבל בפשוטו הצנועין היו מוסיפין תיקון אבל היו מציינים כדין. וא"כ מאי שייך להקשות דלא היה מועיל למה שאכלו קודם. כיון דאין עצה לזה. עכ"פ נתברר דדברי הרמב"ם פשוטים כשיטת התוס' בקדושין. וכמו שכתב אחיו של הקצוה"ח.

איברא דמש"כ וכן כתב הקצוה"ח דמה דפריך בגמ' הוא משום דבעי לאוקמי בשאר שני שבוע קשה דהא אמר בגמ' וכי תימא מאן תנא צנועין רשב"ג וכיון דהוא רשב"ג ע"כ קאי אשביעית. וראיתי בש"מ שהביא דברי המאירי שכ' די"א דצנועין הוא בשאר שני שבוע משום דצנועין מוחלין מתחלה לעוברי דרכים שלוקטים מכרם שלהם. ולדבריו גם בשאר שני שבוע זכו הלוקטין ומה דיכול לחלל הוא כשיטת התוס' דקדושין. אבל לדעת הרמב"ם א"א לומר כן דהא פסק דוקא בשנת השמיטה. וכן פי' בפיהמ"ש וצריך לומר דסבר הגמ' דאפי' לרשב"ג צנועין קיימי נמי אשאר שני שבוע דדוקא בתיקון דמציינין דהוא חיובא לכל אדם סבר רשב"ג דליכא חיובא לציין. ואף דאמר הלעיטהו לרשע וימות אין זה חובה והוכרחו לזה בגמ' מדאמר והצנועין אחר הא דרשב"ג ואי גם אהא דצנועין קאמר הול"ל אח"כ. ועוד אפשר לומר משום דעיקר פדיית מעשר הוא מצוה דהא מברכין עליו. וע"כ אנו מוכרחין לומר כן לדעת התוס' בב"ק שכתבו דע"כ אשאר שני שבוע קיימי דבשביעית בודאי לא היו יכולין לחלל כיון דכבר זכו העניים. וא"כ יקשה לדבריהם היכי הוי בעי לומר מאן תנא צנועין רשב"ג ובע"כ כדברינו דבצנועין רשב"ג נמי מודה, ומה דכתב הרמב"ם דוקא בשביעית הוא משום דלהלכה דקיי"ל כר' יוחנן בשאר שני שבוע א"א לחלל דהוי אינו ברשותו.

ובאופן אחר יש לומר דבנדרים איכא אבעיא בתורם משלו על של חברו אי צריך דעת בעלים. וי"ל דסוגיא זו אזלא אי צריך דעת בעלים וא"כ אינו יכול לחלל מע"ש של חברו שלא מדעתו וכשיטת התוס' בב"ק. וכמו שנבאר אח"כ וע"כ לא קיימי צנועין אשביעית

כמש"כ בתוס' אבל להלכה דיכול לתרום שלא מדעתו וה"נ דיכול לחלל וכשיטת התוס' דקדושין וכן סובר הרמב"ם א"כ שפיר קיימי צנועין אשביעית. ועוד יש לומר דבאמת אפשר דנחלק בין תורם משלו על של חברו דהתם אינו נוטל של חברו כלום אלא מתקן הטבל שלו. אבל בפודה מע"ש של חברו שהוא מחלל קדושת המע"ש של חברו על מעות שלו אפשר דלא מהני שלא מדעתו. וכן כתב בש"מ כאן בסוגיא לחלק בזה. אכן בב"מ דף כ"ב בסוגיא דישל"מ מבואר דלתרום משל חברו על של חברו ודאי לא אפשר בלא שליחותו. אבל הרמב"ם פסק בהא דכלך אצל יפות דמהני תרומתו ע"ש ובביאור הגר"א ז"ל בגמ' וביו"ד דסובר מהא דקדושין דנ"ב דהיכי דהוי מצוה ובודאי ניחא ליה מהני.

אכן דברי הרשב"א נשארו תמוהין במה שהקשה על הרמב"ם דהא קיי"ל כר' יוחנן כיון דהרמב"ם כתב להדיא בשנת השמטה. ואם הרשב"א אינו סובר כסברת התוס' דקדושין הוי ליה להקשות דהא אינו שלו. ועוד דמה שכתב לתרץ דהרמב"ם סובר כרבא קשה דבסברא משמע דזה לא מהני אלא על אינו ברשותו וכמש"כ. ובזה אולי נאמר דסובר הרשב"א דזה מהני נמי על אינו שלו. אבל הוא דחוק.

ונראה דיש לומר דהנה ע"כ הרשב"א אינו סובר כשיטת התוס' דקדושין דיכול לחלל מע"ש של חברו שלא מדעתו, וכמו דסוברים התוס' דב"ק שכתבו דבשביעית לא היו יכולים לחלל. [איברא דלהקצוה"ח אפשר שהוא בשביל שיטתם דהיה צריך לחלל מקודם לכשיהיה נלקט וכנ"ל] וצריך ביאור מ"ט באמת לא דמי לתורם משלו על של חברו. אכן החילוק מבואר דתורם משלו על של חברו אינו אלא מתקן טבלו על ידי טבל שלו שעושה אותה לתרומה אבל לחלל מע"ש של חברו כיון דרוצה להתפיס קדושת מע"ש של חברו על מעות שלו אפשר דצריך דוקא שליחות. וכן כתב המאירי בש"מ אלא שדבריו שם בנוגע לדין אינו ברשותו ע"ש. ולכן נוכל לומר דמשום זה מהני סברא דרבא דאמר דכיון דמע"ש ממון גבוה לכן אפי' אינו ברשותו יכול לחלל דהכונה דלענין חלול מע"ש צריך רק שלא יהיה עכוב מצד הבעלים כיון דבלא"ה אינו שלו ממש, ולכן בזה אפי' במע"ש של חברו לא בעי שליחות כמו בתרומה בתורם משל חברו. וכיון דהוא זכות שפיר יכול לחלל.

אך כל זה נוכל ליישב דברי הרשב"א בתירוצו אבל אכתי אינו מיושב דבריו בקושייתו שכתב אינו מחוור דהא קיי"ל כר' יוחנן דאמר גזל ולא נתייאשו הבעלים וכו' דכיון דהרמב"ם מיירי בשנת השמיטה גם בלא ר' יוחנן קשה. ובזה לית מאן דפליג דאינו שלו אינו יכול להקדיש.

ובאופן אחר יש לומר בדברי הרשב"א דבתוס' שם בסוגיא ד"ה והצנועין כתבו אי

שביעית נוהג בכרם רבעי כדמשמע דאמילתיה דת"ק קאי צ"ל דצנועין אשאר שני שבוע קיימי דאי אשביעית כיון שהיו זוכים מן ההפקר לא היו יכולים לחלל. עכ"ל וכבר כתבתי דד' התוס' בפשוטן הוא דלא כד' התוס' דקדושין דיכול לחלל מע"ש של חברו. ורק לדברי הקצוה"ח שהבאנו אפשר דאינם חולקים. עכ"פ נראה שלהתוס' מספקא אם שביעית נוהג בכרם רבעי. ולכאורה דבריהם תמוהים דהא משנה מפורשת פ"ה דמע"ש מ"ה ובשביעית פודהו בשויו דאלמא נוהג שביעית בכרם רבעי. ויש לומר דזה תליא בפי' המשנה דמתחלה מפרש הר"ש להוציא יציאות מביתו הוצאות לקיטה ובשביעית פודהו בשויו. ואין פוחת מן הרבעי הוצאות לקיטה. אח"כ כתב הר"ש ויש מפרשים ע"מ להוציא יציאות מביתו הוצאות הכרם חפירה וזמירה ובשביעית פודהו בשויו דכל הנך מלאכות לית ביה דאסירן בשביעית. ומוכח מדברי הר"ש בפי' ב' דשביעית אינו נוהג בכרם רבעי. ולכן פי' דההוצאות הוא רק המלאכות דבכ"ר נמי אסור [איברא דסוף המשנה דתנן אם הי' הכל מופקר אין לו אלא שכר לקיטה מוכח דבשביעית פודהו בשויו ואין לו שכר לקיטה וצ"ע] וא"כ נוכל לומר דהרשב"א סובר דשביעית אינו נוהג בכ"ר. ומה שהוכיחו בתוס' כבר כתב המהר"ם דאינו מוכרח די"ל כיון דהוא שביעית הלוקטים אינם יודעים שהוא כ"ר ואינם גזלנים. ומדברי הרמב"ם פ"ו מה' מע"ש הל' ו' שכתב כיצד פודין נטע רבעי מניח את הסל וכו' שיוציא יציאת השומרים והחמרים והפועלים מביתו וכו'. ובשביעית פודהו בשויו שאין שם לא שומרים ולא פועלים מוכח דשביעית נוהג בכרם רבעי. ומיושב כמש"כ:

הלכה יא

גנב ומכר והקנה למוכר לאחר ל' יום ובתוך ל' יום הוכר הגנב אינו משלם אלא כפל.

הלח"מ כתב דמה דבהלכה י"ב במכרה חוץ מל' יום הוי אבעיא דלא איפשטא החלוק בזה דכאן מיירי דבתוך ל' יום הוכר הגנב ושם מיירי דהוכר הגנב לאחר ל' יום. ודבריו לא נהירין דלא הי' להגמ' ולהרמב"ם לשנות הלשון ועוד דמכרה חוץ מל' יום אינו לאחר ל' יום דלאחר ל' יום היינו דעצם הקנין לא יחול אלא לאחר ל'. אבל חוץ מל' הוא שיור על המלאכה וכמו שפירש"י חוץ מל' יום אעשה בה מלאכתי. ובודאי דמכרה לאחר ל' יום ולא הוכר הגנב אלא אחר ל' דכבר הוחלט המכירה הוי מכירה גמורה וחייב דו"ה. וחוץ מל' יום מיירי נמי כמו בהלכה י"א דהוכר הגנב קודם. והאבעיא הוא משום דבגופה לא שייר אלא במלאכתה דהא בעי נמי חוץ ממלאכתה. וכמו שפירש"י אם תרצה לשוחטה שחוט מיד ואם תעשה בה מלאכה המלאכה שלי. ובחוץ מל' יום יש לומר דשייר לגמרי

מלאכה של ל' יום דל' יום תהי' אצלו לעשות בה מלאכה ואין רשות להלוקח לשחטה. אבל עיקר המכירה כבר נגמר היום וזהו דאבעי אם הוי שיור או לא:

הלכה יב

גנב וקטע ממנה אבר ואח"כ מכרה או שמכרה חוץ ממלאכתה או שמכרה חוץ מל' יום אין מוציאין ממנו תשלומי דו"ה, ואם תפס הניזק אין מוציאין מידו.

השגת הראב"ד: אין מוציאין וכו'. א"א לא מיחוורא לי דתפיסה מהניא בהא כיון דיותר ממה שהזיק הוא אין כח לחייבו אלא לב"ד ובדין פסוק בלי ספק וזה כיון שספק הוא אצלם איך גמרו את דינו עכ"ל.

כתב המ"מ ובהשגות וכו' וביאור דבריו הוא שהקנס אין אדם זוכה בו עד שעת העמב"ד מיהו אין זה קושיא לדברי רבינו אע"ג דהעמב"ד בעינן משום דאי מודה מיפטר מכיון שכפר ובאו עדים והעידו בו סגי בהכי וב"ד גופייהו אמרו לא ידענא אם חייב או פטור אנן לא מגבינן ליה מספק. ואם תפס לא מפקינן מיניה עכ"ל. ומשמע מדברי המ"מ דכל החסרון בקנס דאין זוכין עד שעת העב"ד היינו משום דאי מודה מיפטר וכיון שכפר ובאו עדים לא אמרינן בזה אי מודה מיפטר וכבר נעשה ספק בחיוב. וב"ד אומרים אנן לא מגבינן מספק ואם תפס לא מפקינן. אבל בפשוטו משמע בכמה דוכתי' דבקנס ליכא חיוב בעצם קודם דינו. וכן מבואר להדיא בתוס' בכתובות דף ל"ג ע"ב בד"ה לאו ובב"ק דף ע"ד ע"א ד"ה דאכתי ובזה דברי הראב"ד פשוטים דמספק א"א לעשות גמ"ד.

איברא דבזה שכתבו בתוס' בב"ק דהא דאמרינן דאכתי גברא לאו בר חיובא אין הטעם משום דאי הוי מודה מיפטר הוא דלא כפירש"י דמכות דף ה' דאמרינן וכן לענין תשלומי קנס באו שנים ואמרו בחד בשבת גנב וטבח ומכר. ובאו שנים ואמרו בחד בשבת עמנו הייתם אלא וכו' בע"ש גנב וטבח ומכר משלמים דבעידנא דקא מסהדי גברא לאו בר תשלומין הוא. פירש"י משום דהוי מצי למיפטר נפשיה בהודאה אישתכח דאינהו הוי מפסדי ליה אך אפי' לפירש"י יש לומר דהיינו דבלא זה כיון דודאי צריך לשלם אחר שנגמר דינו עכ"פ לא הפסידוהו ממון. ואפי' לפי מה דנימא דעיקר תלוי באי מודה מיפטר מ"מ כ"ז שלא נגמר דין לחייב בקנס אם העידו עדים והזימום חייבים לשלם אפי' אם נתברר שכבר העידו לפני ב"ד אחר ולא נגמר דינו כדמוכח בסיפא דאמר שם. באו שנים ואמרו בחד בשבת גנב וטבח ומכר ונגמר דינו וכו' אין משלמים דבעידנא דקא מסהדי גברא בר תשלומין הוא. ומוכח דבלא נגמר דינו לא נפטרו. [ולפי טעמא דרש"י משום דאי מודה מיפטר יש להוכיח מכאן דאפי' העידו בב"ד אחד יכולים אח"כ להודות בב"ד אחר כ"ז שלא נגמר דינו. ועיין בקצוה"ח סי' ש"נ שטרח להוכיח מכתובות פ'

נערה אליבא דר"ש דמר"ש נשמע לרבנן. ולפלא שלא זכר דמסוגיא זו מוכח להדיא כן]. וממילא אפי' לדעת רש"י יהי' נסתר דברי המ"מ שכתב דכיון שבאו עדים לא אמרינן אי מודה מיפטר דעכ"פ זה מבואר בסוגיא דכ"ז שלא נגמר דינו לאו בר תשלומין הוא, ולפירש"י צ"ל דגם בזה אי מודה מיפטר.

אלא דבאמת לא צריך כלל ליישב דעת הרמב"ם ולהיפוך דעת הראב"ד צריכה ביאור דמה איכפת לן אם לא נגמר דינו. כיון דעכ"פ אם הוא חייב ודאי קנס יכול לתפוס דהיא גמ' מפורשת דאם תפס לא מפקינן מיניה. וכיון דקיי"ל דבספיקא דדינא יכול לתפוס מספק למה לא יתפוס גם כאן מספק. ואם סברת הראב"ד דכ"ז שלא נגמר דינו לחייבו בקנס ליכא חיוב קנס כלל. א"כ בודאי נמי לא יכול לתפוס. איברא דדעת הרמ"ה הביאו הרא"ש בב"ק דף ט"ו דתפיסה אינו מועיל אלא בח"נ משום דהוא גובה מגופו. אבל בשארי קנסות אינו יכול לתפוס. ואם הראב"ד הי' סובר כן הי' אפשר לבאר דבריו מה דחולק כאן בספק לומר דאין להעמיד דברי הרמב"ם דכבר הי' גמר דין והיינו בזמן שהיו מומחין דכיון דספק הוא איך גמרו את דינו. אבל לכאורה א"א לומר כן דהראב"ד בהשגות על הרי"ף ריש אלו נערות כתב להדיא דתפסה מועלת בשאר קנסות.

אמנם מצאתי להגאון בעל מלבושי יו"ט ח"ב חח"מ סי' ו' שמפרש כן וסייע דבריו מדברי הראב"ד בפ"ח מה' עבדים שכתב להדיא דאין תפיסה מועלת בקנסות. ומש"כ בהשגות על הרי"ף. כתב בהחלט דאף שראה גדולי האחרונים חשבו שהוא ראב"ד אחד שאינו כן ותרי ראב"ד הם. והוכיח מזה שנמצא מאלה שהשיג על הרי"ף ועל הרמב"ם לא השיג וכן להיפוך. ופלפל בזה עם הגאון מוהריי"ל ז"ל הגדול דמינסק. אכן לא הזכיר שהגדולי תרומה כתב בשער ו' ח"א דכבר נודע דהראב"ד בעל ההשגות על הרי"ף הוא בעל ההשגות על הרמב"ם. והלשון כבר נודע מוכח שהוא ידיעה ברורה ולא רק שחשבו כן. אך באמת אין אנו צריכין להוכחות דהדבר מפורש להדיא בפ"ח מה' לולב בהשגתו על הרמב"ם בהדס שנקטם ראשו שכתב כבר הופיע רוה"ק בבית מדרשנו מכמה שנים והעלינו שהוא פסול והכל ברור בחבורנו וכו'. וזהו ממש"כ בחבורו הל' לולב בתמים דעים דכתב שם השגותיו על הרי"ף בהל' לולב וגם בנשים ונזיקין. והמ"מ כתב שם על השגת הראב"ד שהרמב"ן השיב עליהם והוא במלחמות שהשיב על ראיותיו בהל' לולב. וכן בהשגות הראב"ד על בעה"מ בסוכה שהביא פי' זה בשם י"א כתב עליו הראב"ד א"א ולמה כיסה מי הוא המפרש וכבר נודע מכמה שנים כי אני הוא המפרש ומתוך הירושלמי נתברר לי וכבר הכל מחובר יפה בחבור הל' לולב שחברתי עכ"ל. ואיך אפשר להעלות על הדעת להסתפק דתרי ראב"ד הם. נפלאתי על גאוני ארץ אלו שפלפלו בזה.

אלא דמ"מ כיון דאמת נמצא השגות על הרי"ף ועל הרמב"ם לא השיג. וגם להיפך וע"כ דחזר בו בזה ואין זה פלא כלל שמצינו באמוראים. וא"כ אפשר דכאן בהשגותיו על הרמב"ם חזר דזה כתב באחרונה כדמוכח בהשגתו בהל' לולב. וסובר דלא מהני תפיסה בשאר קנסות. ומ"מ לא ניחא לי פירוש זה דאם כל יסוד השגתו כאן הוא בשביל שסובר דבלא גמ"ד לא שייך תפיסה הי' לו לכתוב מתחלה עיקר זה וכמו שכתב בהל' עבדים. ואטו אינו יודע שרוב ראשונים סוברים דמהני תפיסה בשאר קנסות. ובפרט שבעצמו כתב כן וכנ"ל. ועוד דבפ"ה מה' סנהדרין כשכתב הרמב"ם דמהני תפיסה בקנס לא השיגו הראב"ד. ולא השיגו אלא כאן. ובה' עבדים דמיירי בספק חיוב קנס. ולכן יותר מיושב לומר דהראב"ד לא חזר בו משיטתו ואינו חולק אלא בספק חיוב. ובהל' עבדים אפשר דצריך לומר אין בספיקות בקנסות תפיסה מועלת. ואפי' בלא הגהה י"ל דכן כונתו כיון דבהכי מיירי. ומה שכתב אלא במי שחסרו ממון הוא משום דבקנס דח"נ שכ' הרמב"ם בפ' ב' מנז"מ הל' ו' דמהני תפיסה בספק קנס לפי"מ שבארנו שם דהוא ודאי שינוי לא השיגו שם ומוכח דבקנס דח"נ מודה דמהני תפיסה בספק. אלא דאם נאמר כן בדעת הראב"ד צריכים אנו לבאר דעתו למה לא יהני תפיסה בספק קנס.

והנראה לבאר דעת הראב"ד באופן זה דהנה בכתובות דף כ' בסוגיא דשנים החתומים. על השטר ומתו. ובאו שנים אחרים ואמרו קטנים היו אנוסים היו דקתני דאין נאמנים ואמר ר"נ דהוו תרי ותרי ולא מגבינן ופירש"י דהא דקתני אין נאמנים היינו דלא קרעינן לשטרא ואי תפס לא מפקינן. והביא הרא"ש שהר"ר יונה ז"ל כתב דתפיסה לא מהני מדאמר גבי אלמנה שתפסה דאמרינן מאן שם לך. וכתב הרא"ש דאין ממש בראיה זו דהתם לא מיירי לענין ספק אלא באלמנה ששמה לעצמה נכסי היתומים בכתובתה ואח"כ הוקרו הנכסים דאמרינן אין שומתה כנוס ולא יצאו הנכסים מרשות היתומים וברשותם הוקרו. ודברי הר"ר יונה ז"ל באמת תמוהים. ונראה דכונת הרר"י להניח יסוד זה לענין דלא ליהני תפיסה, והיינו דסובר הרר"י דאם הי' ספק של תרי ותרי על חפץ מבורר אז הי' מודה דאף דבתרי ותרי אין מוציאין מן המוחזק. מ"מ כשתפס השני גם ממנו אין מוציאין. אבל בחפץ שתופסים בעד חוב אם הי' הדין דמלוה שתפס מטלטלין של הלוה בעד חוב שמגיע לו בודאי הי' קונה את המטלטלין לגמרי. אז נוכל לומר נמי דבספיקא דתרי ותרי מהני תפיסה מספק דלהני תרי דאומרים דהלוה חייב הלא כבר זכה המלוה בתפיסתו והחפץ שלו. א"כ זהו כבר תרי ותרי על חפץ מבורר. אבל כיון דמוכח מהא דאלמנה ששמה לעצמה דבע"ח אינו יכול לתפוס משל הלוה שיקנה בתורת שלו. א"כ אפי' לאחר תפיסה החפצים שתפס המלוה הם בחזקת הלוה ורק שהוא תפוס

בהם ובכל אופן אינם בחזקתו. ובאופן זה סובר הרר"י דאינו יכול לתפוס מספק כיון שהוא בחזקת הלוה.

ועכשיו נוכל לומר דזהו ביאור שיטת הראב"ד דסובר דמה דמהני תפיסה בספיקא דדינא ואין אנו אומרים דכיון דהתופס עכ"פ לא קנה החפץ שתפס והוא בחזקת הבעלים לא יועיל תפיסתו מספק דהוא משום שאע"פ שלא קנה לגמרי החפץ שתפס אבל עכ"פ קנאו בתורת משכון דהא אפי' תפס שלא ברשות ב"ד יש בו דין משכון לענין השבת העבוט, והרמב"ם סובר בפי"ג מה' מלוה הל' ג' דמלוה שמוחזק במשכון אף שיש עדים שהוא משכון ואין לו מיגו נאמן לטעון על החוב כדי דמיו דהמלוה נקרא מוחזק, ולכן אף דודאי זה דוקא שכבר מוחזק במשכון ע"פ עדים. אבל לא יוכל בעצמו לתפוס חפץ משל חבירו ולומר דחייב לו דהא גם לקוחה בידי שהוא ודאי טענה על גופו של חפץ אינו יכול לתפוס ולטעון לקוחה, ולכן לא שייך שיתפוס ויטעון חוב יש לי עליך, אבל היכי דאיכא ספיקא דדינא או להשיטות דמהני בתרי ותרי אין להקשות, דהא כיון דלא קנה המלוה החפץ הוא עומד בחזקת הלוה והיכי יכול לתפוס מספק, דלהצד דמגיע לו החוב, החפץ עומד בחזקת המלוה בתורת משכון ואין הלוה מוחזק בו בתורת ודאי.

ולכן סובר הראב"ד דכל זה הוא בחוב של ממון אבל בחוב של קנס דאף דאמרינן דתפס לא מפקינן מיניה, וכתב הרא"ש דהוא משום דעביד אינש דינא לנפשיה, ודאי אינו כמו דין של ב"ד מומחין וזכה בתפיסתו דנעשה כמו שנגמר הדין על חיוב קנס דזהו דבר שאי אפשר דודאי הבע"ד לא נעשה כמו ב"ד מומחין, וכי אמרינן עביד אינש דינא לנפשיה היינו לתפוס את שלו אבל לא לדון דיני קנסות, וע"כ דהביאור דכיון דעכ"פ יש לו טענה על חברו שבדין ב"ד מומחין מגיע לו קנס ממנו לכן יש לו זכות לתפוס ממנו שלא יאבד ממונו ולא יהי' לו ממה לגבות, כיון דדין קנס יש לו עליו, ובזה סובר הראב"ד דמ"מ לא דמי לחוב של ממון דאף דנימא דיש לו זכות לתפוס אבל לא זכה זכות משכון בהחפץ הנתפס כיון דאכתי לא נגמר דין הקנס ואכתי גברא לאו בר חיובא ויש רק דין לעשות עליו חיוב, אבל זכות במשכון בודאי אין לו והוי רק תפיסה בלא שום חזקת משכון, ולכן סובר הראב"ד דבאופן זה לא מהני תפיסה מספק כיון שהחפץ עומד לגמרי בחזקת הבעלים.

ומבואר שיטתו דבקנס דח"נ מהני תפיסה גם בספק משום דזכה בשעת נגיחה דבדף ל"ג מבואר בש"מ בשם הראב"ד דאמרינן יוחלט למפרע, ואף דדעת הרמב"ם בארנו בפ' ז' מנז"מ דאינו סובר כן מכיון שאינו מפורש להדיא לא השיגו הראב"ד, וכיון דזכה משעת נגיחה אף דבלא גמ"ד לא זכה מ"מ לא אלים חזקת הבעלים שלא יועיל תפיסת הניזק

מספק, כיון דכשיגמור הדין יזכה למפרע.

ולדעת הרמב"ם נאמר דלא ס"ל כלל סברת הרר"י ומהני תפיסה בספיקא דדינא אף שהחפץ עומד לגמרי בחזקת הבעלים דלא מהני חזקת בעלים להוציא מכח התופס כיון שיש ספיקא דדינא, ולהצד שחייב קנס יש לו דין תפיסה, ונמצא דהרמב"ם והראב"ד מחולקים ביסודו של הר"ר יונה ז"ל דהראב"ד סובר כמותו במקצת דאם התופס לא נעשה מוחזק בדבר התפוס לא הוי מהני תפיסה מספק, ומה דמהני תפיסה הוא משום דיש לו זכות משכון ולכן בקנס דאין לו זכות משכון לא מהני תפיסה, והרמב"ם אינו סובר כלל כהר"ר יונה ז"ל וחזקת הבעלים לא מהני במטלטלין להוציא מיד התופס.

ומדי עיוני בענין זה ראיתי בענין הודאה בקנס שיטת הראב"ד התמוה מאוד והוא בדף ל"ג במה דאמר שם דלמ"ד יוחלט השור הקדישו ניזק קדוש, והקשה הרשב"א דהא אם מודה מיפטר וא"כ היכי קדוש ואינו דומיא דביתו, והביא שכתב הראב"ד דקנס דפ"נ שאני ומודה בב"ד נמי לא מיפטר, ועוד כתב גבי הא דאמר אי לא מייתי ראיה שקיל כדאמר מזיק ואע"ג דקנסא הוא לא דמי האי קנסא לשאר קנסות דהכא קרנא, וב"ד כי מודה זיל שלים אמרי ליה וכ"ש דאי תפס לא מפקינן מיניה, ואע"ג דבשאר קנסות לא דיינינן הכי וכ' ע"ז הרשב"א ולא ירדתי לסוף דעתו של הרב ז"ל דפ"נ למ"ד קנסא הא אמרינן בפ"ק דאי מודה ביד מיפטר בב"ד ואי הוי פירושא דאמרינן ליה זיל שלים ואי אמר לא משלמנא דקנסא הוא לא מגבי ליה האי דינא לא שמעינן ליה בשום דוכתא ודברי הרב צל"ע.

ונראה בשיטת הראב"ד דיש שני דינים בקנס, א' דאינו משלם ע"פ עצמו ב' דאם מודה פטור אפי' באו עדים אח"כ ובזה סובר הראב"ד דמה דפטרינן בקנס במודה ואח"כ באו עדים אינו אלא היכי דמקודם לא נעשה החיוב והיינו בשאר קנסות, אבל בקנס דח"נ כיון דהוא קרנא והוחלט השור לניזק אף דהוא קנס ואינו משלם ע"פ עצמו וצריך עדים וב"ד, אבל אם באו עדים אחר הודאה לא יפטר ולא ילפינן בזה מקנס דגנבה דפטור אפי' בבאו עדים אח"כ, ואף דלגבי זה קנס הוא שאינו משלם ע"פ עצמו הוא משום דמה דאדם נאמן לשלם ע"פ עצמו ולא אמרינן אדם קרוב אצל עצמו, היינו משום דילפינן מקרא דכי הוא זה ולכן לא ילפינן אלא לענין ממון דאין בזה גדר עונש, אבל קנס דהוא עונש אינו משלם ע"פ עצמו, אבל מ"מ לא דמי לשאר קנסות שיהי' נפטר בהודאתו אפי' אחר שבאו עדים, ולכן כתב עוד הראב"ד דאפי' לא באו עדים אף דאינו משלם ע"פ עצמו הוא משום דאינו נאמן על עצמו שיחייבוהו ב"ד, אבל אם תפס הניזק אין יכול להוציא ממנו דהא בעצמו הוא מודה בההיזק ואינו חוזר מהודאתו, ואפי' לא תפס כיון שלא נפטר

והוא יודע בעצמו ששורו הזיק אומרים לו ב"ד אם אתה יודע בעצמך צריך אתה לשלם אלא שב"ד אין גובין ממנו דלגבי ב"ד אין אדם נאמן על עצמו על עונשין, אלא דלשיטה זו ודאי קשה איך אפשר לומר דמהני תפיסה בשאר קנסות אפי' היכי דלא הודה כיון דכל עיקר מילתא דאי תפס לא מפקינן מיניה נאמרה בקנס דחצי נזק, וא"כ מנלן למילף מינה בשאר קנסות כיון דלא דמיין להדדי, ואולי דמסברא ס"ל הכי דגם בשאר קנסות כיון דיש לו טענה של קנס יכול לתפוס שלא יאבד ולא יהי' לו במה לגבות, משום דהא דאיתא בגמ' דמהני תפיסה בח"נ נמי אינו מגזה"כ אלא מסברא:

הלכה טז

הגונב ברשות הבעלים הואיל והגנבה עדיין היא ברשותם פטור מן הכפל, וכן אם טבח ומכר שם ברשותם פטור ואם הגביה הגנבה נתחייב משום גונב אע"פ שעדיין לא הוציאה מרשות הבעלים, כיצד גנב טלה מן הדיר והיה מושכו ויוצא ומת ברשות הבעלים פטור הגביהו או הוציאו מרשות הבעלים ומת חייב, נתנו שם בבית הבעלים לבכורת בנו או לבעל חובו או לשומר חנם ולשואל לנושא שכר ולשוכר והיה מושכו זה (שנותן) [שניתן] לו ומת פטור השומר. הגביהו או שהוציאו מרשות הבעלים ומת חייב השומר או בעל החוב שניתן לו מפני שעדיין לא הוציאו הגנב מרשות בעליו.

השגת הראב"ד: לא הוציאה מרשות הבעלים וכו'. א"א נראה מדבריו הא דקתני במתני' הגביהו השומר חייב כפל לבעלים קאמר לפי שהוא גנב וא"כ היכי שמעינן מיניה תקנו משיכה בשומרים והלא משום גנב הוא חייב ולא משום שומר אלא ודאי הא דמוקמינן לה בשומר לא בנתנו בבית הבעלים קאמר ואף לאו בגנב אלא מילתא באפי נפשיה קאמר.

כתב המ"מ וז"ל, נראה שדברי רז"ל ודאי הם כשידעו השומר או הבע"ח שהוא גנבו ואע"פ שהגונב מאחר הגנב פטור וכו' כיון שהגנב לא קנהו עדיין הרי אלו כגנובין מרשות הבעלים וכו', ומפרש רז"ל פטור וחייב על המושך או המגביה והוא בע"ח או השומר, וכן הוא מפרש הבעיא האמורה בגמ' תקנו משיכה או לא דפירוש משנתנו קא מיבעיא להו אם תקנו משיכה בשומרין שיתחייב השומר בשמשכה בתשלומי כפל או לאו ואסיקנא ממשנתנו דתיקנו, ויש במשנתנו פירוש אחר דחייב ופטור על הגנב הוא, וכן יש פירושים אחרים נכונים מזה בבעיא זו וזה דעת ההשגות עכ"ל, ומשמע מדברי המ"מ דרוצה לפרש דעיקר הבעיא דתיקנו משיכה בשומרים הוא לענין זה גופא שאם השומר נטל מבית הבעלים דבר הגנוב שיתחייב כפל והוא פי' דחוק דהא בב"מ דף צ"ט מייתי מימרא דר"א דתיקנו משיכה בשומרין על הא דאר"ה השואל קורדם מחברו

ומוכח דהוא לענין עיקר דיני שומרים, ואם יש מקום להשוותם ולומר דתליא זה בזה, א"כ בחנם דחק המ"מ דעיקר הבעיא הוא לענין כפל.

ומש"כ המ"מ ויש במשנתנו פי' אחר דחייב ופטור על הגנב הוא, זהו כלשון ב' שברש"י ומש"כ וכן יש פירושים אחרים נכונים מזה בבעיא זו וזה דעת ההשגות, לא הבנתי דבריו, דאם כוונתו לפרש, דהבעיא הוא לעיקר דיני שומרים, הלא כן הוא גם לפי' ב' שברש"י ולמה כתב דזהו דעת ההשגות דהוא כפי' א' שברש"י, ואם כונתו בפי' משנתנו, דפירושו של הראב"ד הוא כפי' א' שברש"י למה כתב בבעיא זו, ועוד למה כתב נכונים מזה, דהא רש"י דחה פירוש ראשון והמ"מ לא יישב קושיות רש"י על פי' זה.

ובדעת הרמב"ם דקאי אשומר לחייבו בכפל שהקשה הראב"ד דמה שייך זה לתיקנו משיכה בשומרים, בפשוטו צריך לומר דסובר דזה בזה תליא דאם תיקנו משיכה בשומרים ונעשה שומר להתחייב בדיני שומרים ע"י המשיכה אז הוי בזה קנין גנבה להתחייב מתורת גנב, אבל אם לא תיקנו משיכה בשומרים ולא נתחייב שומר באחריות עד שיכניסנה לרשותו, לא נתחייב בחיובי גנבה, דבשלמא גנב דעלמא משהוציא מרשות הבעלים נעשה גנב כיון שרצה לגנוב ולהכניסה לרשותו, אבל שומר זה שלא רצה לגנוב וגם לא נתכוין לזכות בשביל הגנב, ולכן לא נתחייב מתורת גנב, והדברים מבוארים בפיהמ"ש להרמב"ם וז"ל למד אותנו בזה ההלכה ב' עיקרים הא' כי הגנב לא יקרא גנב עד שיביא אותו הדבר הגנוב ברשותו ויקנה אותו מדרכי קניית המטלטלין, והב' כי ד' שומרים אינם קונים אותו הדבר הנתן להם לשמור לענין שיהי' חייבין בשמירתו ויתחייב כ"א מהם בדינים המיוחדים להם כמו שיתבאר אם לא קנו אותן המטלטלין באחד מן הדרכים שנקנים בהם המטלטלין במו"מ, וזהו מה שאמר תקנו משיכה בשומרין כדרך שתקנו משיכה בלקוחות עכ"ל, ומבואר בדבריו דתיקנו משיכה בשומרים הוא לענין שיתחייבו באחריות שמירתם.

ובתוס' כתבו דזה פשיטא דמשעת משיכה מתחייבים אלא דמיבעי ליה לענין שואל ושוכר אי מצי בעלים למהדר, וכמו דאר"ה בב"מ דף צ"ט דשואל קורדם מחבירו בקע בו קנאו לא בקע בו לא קנאו, ומייתי דמדחייב גנב אמשיכת שומר, ש"מ דמשיכה גמורה היא שאין יכול לחזור בו דאם היה יכול לחזור בו לא הי' מתחייב במשיכתו, ודבריהם צריכים ביאור דכיון דסוברים דבשביל זה דהשומר מתחייב במשיכתו בחיוב אחריות השמירה, לא מהני שיתחייב הגנב בכפל ודוקא בשביל זה דקנו השואל והשוכר שאין הבעלים יכולים לחזור, וא"כ מה מהני זה לענין ש"ח דהא במתני' קתני נמי ש"ח. וראיתי להיש"ש שכתב דכמו דבשואל מהני לענין חזרת המשאיל ה"נ בש"ח דנים לענין חזרת

השומר, ואין הדבר ברור והוא תלוי במחלוקת הראשונים אם הנפקד אינו יכול לחזור כשהפקידו לזמן, עיין בסי' רצ"ג סעיף ג' בביאור הגר"א סק"ג.

ונראה דכונת התוס' דאי מהני לענין שואל שלא יוכל המשאיל לחזור בו אז אמרינן דמה דנתחייב שומר באחריות ע"י משיכה היינו משום דנכנס הפקדון ברשותו ע"י משיכה שיוכל לתבעו בלא הרשאה, וכמש"כ בפ"א מה' נז"מ הל' א', אבל אם לא קנה השואל במשיכה לענין חזרה אכתי לא נעשה הפקדון ברשותו עד שיגיע לחצרו דלא תיקנו משיכה לגבי שומרים. ומה דמהני משיכה להתחייב בשמירה היינו משום דסמכו הבעלים על השומר אלא דבלא מעשה כלל סוברים דלא נתחייב כיון דלא הי' להבעלים לסמוך על השומר בדבור בעלמא, ובאמת שיטת התוס' והרא"ש בב"מ דמתחייב בדבור בעלמא כשאומר הנח לפני, ולכן עיקר זה אם נכנס הפקדון ברשותו ע"י משיכה או לא תליא בדין תקנו משיכה בשומרים.

-השמטות ומלואים-

לעיל בד"ה ונראה, בארתי בדעת התוס' בב"מ דף צ"ט דאי מהני לענין שואל שלא יוכל המשאיל לחזור בו אז אמרינן דמה דנתחייב שומר באחריות ע"י משיכה היינו משום דנכנס הפקדון ברשותו ע"י משיכה שיוכל לתבוע בלא הרשאה, אבל אם לא קנה השואל במשיכה לענין חזרה אכתי לא נעשה הפקדון ברשותו עד שיגיע לחצרו דלא תיקנו משיכה בשומרין והא דמהני משיכה להתחייב בשמירה היינו משום דסמכו הבעלים על השומר כיון שעשה מעשה, ובאמת שי' התוס' והרא"ש בב"מ דמתחייב בדבור בעלמא כשאומר הנח לפני, והנה צ"ע דלפי"ז נסתרו דברי דא"א לומר דזה בזה תליא דהא להלכה קיי"ל דתיקנו משיכה בשומרין לדין חזרה ומ"מ סוברים התוס' והרא"ש דבהנח לפני מתחייב ש"ח וע"כ צ"ל לד' התוס' דמה דמהני זה גבי ש"ח הוא כמש"כ אח"כ דתלוי אם נעשה השומר לענין שיוכל לתבוע בלא הרשאה. [עד כאן].

ולפי"ז לכאורה דהרמב"ם והתוס' אינם חולקים בפירושא דתיקנו משיכה בשומרים, ולדעת הרמב"ם ג"כ נוכל לומר דהאבעיא היינו לענין שלא יוכלו הבעלים לחזור לענין שואל ושוכר משום דקשה לומר דהרמב"ם מפרש דעיקר האבעיא הוא לענין חיוב אחריות דהא מתני' הוא בב"מ דף צ"ח דאם אמר לו השואל שלח ושלחה לו ביד בנו ביד עבדו חייב וכמו שהקשו בתוס', אלא דאף דעיקר האבעיא הוי לענין דין חזרה מ"מ עכשיו דנפשט דתיקנו משיכה בשומרים, מטעם זה גופא נתחייבו השומרים באחריות, משום דע"י משיכה נעשה ברשותם.

אכן מלשון הרמב"ם בפיהמ"ש לא משמע כן אלא דמפרש כפירש"י דפי' תקנו משיכה

בשומרים שלא יתחייב שומר בשמירה עד שימשוך, דהא כן הוא לשונו כי ד' שומרים אינם קונים אותו הדבר הניתן להם לשמור לענין שיהיו חייבין בשמירתו וכו', וכן הוא פי' הראב"ד בהשגות וכמו שהביא הרשב"א שיטתו בפירושיו דבעי אי תקנו משיכה בשומרים כלומר ולא נתחייב באונסין עד שימשוך או דילמא מכיון שקבל עליו נתחייב בשמירתו, וכדאמרינן בהשואל פרה במשיכה ובעלים באמירה מי נימא דפרה באמירת בעלים, והנה פי' זה צריך ביאור, דלפי"ז דתיקנו משיכה בשומרים היינו שלא יתחייב השומר במשיכה עד שימשוך, וא"כ אין זה מענין תיקנו משיכה בלקוחות דהתם התקנה הוא שיועיל המשיכה לקנות, ואין לומר דהתם נמי הי' התקנה שלא יועיל קנין כסף דזה דחוק שאינו מענינא כלל דהתם הוא תקנה שלא יאמר לו נשרפו חטיך בעליה ומה שייך זה לדיני שומרים.

ונראה דהאבעיא אי תיקנו משיכה בשומרים הוא דזה ודאי דשומרים מתחייבים משעת משיכה וכדתנן במתני' בב"מ דצ"ט אמר לו השואל שלח וכו', וכמו שהוכיחו בתוס' אלא דאי אמרינן דבשומרין לא תיקנו חכמים קנין משיכה להתחייב בשמירה, א"כ ע"כ עיקר דין שמירה מתחייב באמירה ורק דלא נתחייב אלא משיצא מרשות הבעלים ומכשיצא מרשות הבעלים ע"פ השומר חייב, ואם נימא דתקנו משיכה בשומרים נאמר דמה דחזינן במתני' דב"מ דע"י משיכה נתחייב השומר היינו משום קנין משיכה אבל בדבור בעלמא לא נתחייב, ובזה באמת יהי' תלוי דין הנח לפני אם צריך דוקא שיניחו ברשותו וכן הוא שיטת הרמב"ם, או דאפי' ברה"ר מכי הניחו לפניו וסמך עליו נתחייב השומר משור דעכ"פ יצאה מרשות הבעלים על פיו וזהו דעת הרא"ד בב"מ, אלא דקשה לי פי' זה דהא זהו פלוגתא דרב ושמואל בב"מ דף צ"ט בהא דתנן ביד עבדו של משאיל ופריך יד עבד כיד רבו ואמר שמואל בעבד עברי, ורב אמר לעולם בעבד כנעני ונעשה כאומר לו הכישה במקל והיא תבוא וגם שם חולקים הרמב"ם והרא"ש, דהרא"ש פוסק כרב וכתב דשמואל נמי לא פליג על רב, והרמב"ם פוסק כשמואל דדוקא בעבד עברי, ובאמר לו הכישה במקל והיא תבוא לא נתחייב, וזהו עיקר יסוד המחלוקת אם צריך דין משיכת השומר או דנתחייב בזה שיצא מרשות הבעלים ע"פ השומר, וא"כ מאי בעי אמימר כיון דהוא פלוגתא דרב ושמואל, ואפשר כיון דהרא"ש סובר דשמואל נמי לא פליג על רב א"כ זהו גופא דבעי אמימר דאם שמואל פליג על רב ודאי הלכתא כשמואל, וכמו שפסק הרמב}"ם אלא דמיבעי ליה דילמא לא פליג שמואל ושומר מתחייב בדבורא משהוציאו הבעלים הפקדון מרשותם על פיו.

ואף דבדברי הרמב"ם והרשב"א מבואר להדיא דהחדוש בדין תקנו משיכה בשומרין

הוא דאין השומרין מתחייבין אלא במשיכה, ומבואר להדיא בדברי הרשב"א דהאבעיא דילמא מתחייב בדבור בעלמא, יש לבאר דבאמת החדוש מתקנו משיכה בשומרים הוא שדין משיכה יועיל לקנין שומרים, אלא דאם היינו אומרים דבדין שומרים ליכא קנין משיכה ושוכר או שואל לא קנו עד שיביאו לחצרם, א"כ ע"כ מה דתנן בב"מ פ' השואל דע"י משיכה נתחייב הוא משום דלא צריך קנין משיכה ובדבורא נתחייב, ומה דצריך משיכה היינו שיצא מרשות הבעלים על פיו, וכשיטת הרא"ש דבהכישה במקל והיא תבוא ג"כ נתחייב, אבל אם תיקנו משיכה בשומרים לעינן קנין שוכר או שואל אז נאמר דגם לענין חיוב שומרים להתחייב באונסין דתנן דנתחייב ע"י משיכה היינו נמי ע"י קנין משיכה, וממילא נימא דבדבורא לא נתחייב כלל אפי' יצא מרשות הבעלים על פיו.

ובבאור מחלוקת הרמב"ם והראב"ד דהרמב"ם סובר דמשנתנו הוא לענין כפל ומ"מ שייך זה להא דתיקנו משיכה בשומרים וכמו שכתבנו, והראב"ד סובר דאם הוא לענין כפל לא שייך למיפשט ממתני' דתיקנו משיכה בשומרין, נראה דהוא עפמש"כ בפ"א מה' נז"מ הל' א' דהרמב"ם סובר דהדבר הנפקד נקרא שהוא ברשותו של השומר ויש להשומר דין בעלות עליו, והראב"ד אינו סובר כן ע"ש שבארתי זה משלשה מקומות שחולקים בזה, ולכן נוכל לומר דגם בכאן חולקים בזה, דלשיטת הרמב"ם דנעשה הדבר ברשותו של השומר שפיר פשטינן ממתני' דתקנו משיכה בשומרים, דמש"ה נתחייב השומר בכפל משום גנבה כיון דע"י קנין המשיכה נעשה השור ברשותו, אבל לשיטת הראב"ד דאינו סובר דנעשה הפקדון ברשותו של השומר, א"כ אין שייכות לדין כפל דגנבה מה דנתחייב ע"י משיכה בחיוב שמירה ובאחריות הפקדון.

אכן על מה שכתבתי בדעת הרמב"ם דמה דפשיט ממתני' דקתני משיכה בשומרים היינו מדמחייב השומר בחיוב כפל יש להעיר מהא דדף צ"ח בזורק מטבע של חבירו לים הגדול דאי שקליה בידיה מגזל גזליה השבה בעי מיעבד ומוכח דנעשה גזלן אפי' לא רצה לגזול לעצמו וא"כ אפי' אם לדיני שומרין לא היה מועיל משיכה מ"מ הוא גנב שהוציא הגנבה מרשות הבעלים, ואף דלא נתכוין להוציא לעצמו אלא בשביל הגנב יתחייב משום גנב, ואין לומר דזה דוקא לדין חיוב קרן דגזלה, אבל לדין כפל דגנבה בעי שיתכוין לגנוב לעצמו ויקנה בדיני קניני גנבה, דמלבד דלא מצינו חלוק בזה בין גנבה לגזלה, הא אפי' נימא כן לא יתיישב דבמתני' בסיפא לא מיירי אלא בדיני חיוב קרן דהא קתני ומת, ואם לחייבו בכפל אין נ"מ במה שמת ואף דבודאי חייב כפל מ"מ אין להוכיח ממתני' כיון דלא מיירי מחיוב כפל אלא מאחריות חיוב הקרן.

והנה בפ"א מהל' נז"מ בארתי במה דחידש גיסי הגאון שי' בס' לבוש מרדכי לחלק

בין לקחו בידו ובין משיכה דמה דאיתא בדף צ"ח היינו דוקא בנטלו בידו, אבל ע"י משיכה צריך דוקא שיתכוין לקנות, וזהו דאמר בירושלמי הוציאוה לאבדה פטורים, וכתבתי שם דמהא דמגרר כיס דאוקמו בסנהדרין דשדינהו בנהרא מוכח דאפי' בהוציאו לאבד נתחייב בחיובי גזלה והא דירושלמי היינו דוקא לענין חיובי נזקין ע"ש שבארתי בארוכה, אכן עכשיו נראה לי דאיברא דהוציאוה לאבדה חייבין בחיובי גזלה כיון שהוציאו מרשות הבעלים היינו דוקא היכי דדין הגזלה נעשה ע"י ההוצאה מרשות הבעלים, אבל היכי שלא הוציאו אלא הגביה, דאז הגנבה או הגזלה לא נעשה אלא ע"י קנין ההגבהה בזה צריך דוקא הגבהה של קנין, ולפי"ז יהי' ראיית הגמ' דתיקנו משיכה בשומרים מהגביהו ולא מהוציאו מרשות בעלים דבהוציאו בודאי חייב אפי' שלא בדרך קנין, אבל הגביהו אינו חייב אלא בדרך קנין, ולכן מוכיח מזה דתיקנו משיכה בשומרים ומהני הגבהה זו לענין קנין של שומרים לכן מהני לחייבו משום גנב, אבל בלא זה כיון דלא רצה לקנות לעצמו אין כאן הגבהה של קנין.

אולם במה שהבאתי שם דברי גיסי שי' שהוכיח מהא דאמרינן גבי מנסך מדאגבהה קנייה דגוזל ע"מ לאבד חייב, וכתבתי שם דכיון שעשה רצונו לא הוי לאבד, ראיתי אח"כ דרש"י פי' להדיא שם שהגביה ע"מ לגזלו, וכן כתב שם הרשב"א דמ"ד מנסך קלב"ם אינו משום דלא סבר כר' ירמיה דמשעת הגבהה הוא דקנה משום דהגבהה צורך ניסוך, אלא דמיירי כשהגביה שלא ע"מ לקנותו, ולכאורה מוכח להיפוך דגוזל ע"מ לאבד לא נתחייב משום גזלן.

אבל לפימש"כ דיש חילוק בין משיכה מרשות חברו להגבהה, דהגבהה אינו מחייב אלא בדרך קנין, א"כ מיושב שפיר דגבי מנסך הא לא הוציא מרשות חברו אלא הגביה, ולכן הוא דוקא שהגביה ע"מ לקנותו, אמנם מדברי התוס' שם בב"ק דצ"ח שהקשו בהא דאדייה אדוייה נמי הא איכא הגבהה, מוכח דגם בהגביהו ע"מ לאבד נמי פשיטא להו דחייב, אך יש לומר דשם הגבהה זו הוי דרך הוצאה מבית בעלים או ממקום שמור שהיה מונח והוי דרך גזלה.

איברא דמש"כ הוא דלא כד' הפיהמ"ש שכתב להדיא דלא נתחייב הגנב עד שיביא אותו הדבר הגנוב ברשותו ויקנה אותו בדרך מדרכי הקניות, אבל להלכה הוא באמת כמש"כ אף שלא פירש כן בפיהמ"ש משום דזה תלוי במחלוקת רב אחא ורבינא ובפיהמ"ש פי' אליבא דרב אחא דכן היה נראה לו יותר בפירושה של משנתנו, אבל בחבורו הא פסק להדיא כרבינא.

והנה בכתובות דף ל"א בפלוגתא דרב אחא ורבינא כתבו התוס' וז"ל אומר ר"י דאביי

ורבא דאמרי תרווייהו בב"ב דף פ"ד דמשיכה לא קניא ברה"ר לא פליגי ארבינא דהא דאמר דקני להתחייב באונסין, אבל אינו קונה שיהא שלו לגמרי, וריצב"א נראה לו דפליג דהא בנתנה לבכורות בנו דסיפא איכא נמי למידק כדדייק רבינא דברה"ר נמי קנה, ולשון א' דרש"י איירי לענין קנין, ולשון ב' נמי הא מוכח בגמ' שאין לגנב להתחייב אלא במשיכה הראויה לקנין עכ"ל, אבל במה שבארנו בשיטת הרמב"ם דבהוציאו מרשותו לא צריך גדר קנין וברה"ר נמי קנה, אין ראיה מסוגיא זו לסתור דברי רבינא דראיית הגמ' הוא מהגביהו דבזה כיון שלא הוציאו מרשותו וכל ההוצאה מרשות שיש בהגבהה הוא רק משום גדר קנין שבו, ולכן מוכיח שפיר דתקנו משיכה בשומרים וכנ"ל.

אכן לדעת הריצב"א דאינו מחלק בין משיכה להגבהה יקשה מה שהקשינו למעלה דמאי גרע מגוזל ע"מ לאבד, ונראה דלשיטתו באמת נצטרך לחלק בין יד למשיכה ונאמר דדוקא שקליה בידו חייב ע"מ לאבד, ומה דמוקי בסנהדרין דשדינהו בנהרא שהוכחתי דגוזל ע"מ לאבד ע"י משיכה נמי חייב יהיה כרבינא דאפי' ברה"ר נמי חייב.

והנה במה שכתב כאן הרמב"ם הגביהו או שהוציאו מרשות בעלים ומת חייב השומר או בעל החוב שניתן לו מפני שעדיין לא הוציאו הגנב מרשות בעליו מוכח דאם הוציאו הגנב מרשות בעליו פטור בין השומר בין הבע"ח, ומוכח דאף שהבע"ח עשה הכנסת רשות מ"מ לא נתחייב, וזהו דלא כדברי הרא"ש שהביאו הטור ריש הלכות גנבה הבאתי דבריו למעלה דאם השני נתכוין לקנות נתחייב בחיוב גנבה אפי' כבר נתחייב הראשון.

ונראה דהרמב"ם והטור הולכים בזה לשיטתם. דהרמב"ם דפוסק כרבינא דסובר דעיקר דין גנבה וגזלה הוא הוצאה מרשות הבעלים, ולכן היכי דכבר הוציאה הראשון אינו מתחייב השני בחיוב גנבה וגזלה ואף שהכניסה לרשות שלו משום דאין ההכנסה חיוב הגנבה והגזלה אלא ההוצאה. אבל הרא"ש והטור לשיטתם דפוסקים כרב אחא כמו שיבואר בפ"ג דדוקא בהכנסה לרשותו מתחייב הגנב, וכיון דעיקר הגנבה והגזלה הוא ההכנסה לרשותו, א"כ גם השני שגונב או גוזל ומכניס לרשותו שפיר מתחייב בדין גנב וגזלן.

ובמה שבארנו דלדעת הרמב"ם עיקר דין גנבה וגזלה הוא הוצאה מרשות הבעלים וזהו טעמא דמתחייב בהוציאו לרה"ר, ולפי"ז אם משכו ברה"ר גופא אינו מוכח דמתחייב דבזה נוכל לומר דכיון דלא הוציאו מרשות הבעלים, ומטעם משיכה באנו לחייבו כמו בהגבהה דמתחייב אפי' הגביה ברשות הבעלים, א"כ נוכל לומר דמשיכה לא מהני אלא בסימטא אפי' בגנבה אפי' לרבינא ובגמ' בדף ע"ט ע"ב ראוהו שהטמין בחורשין וכו' והא לא משך אר"ח שהכישה במקל וכן הוא ברמב"ם בפ"ב הט"ז ומוכח דמשיכה מהני

ביער דלכאורה הוא רה"ר, אבל ראיתי שהרשב"א כתב וז"ל שהכישה במקל וכו' פי' הראב"ד ז"ל דקמ"ל דיער מקום משיכה ואינו מחוור בעיני דפשיטא דלא גרע מסמטא עכ"ל, ולכאורה הי' אפשר להוכיח להיפוך דבעינן דוקא סמטא, אך באמת אינו הוכחה דבדברי הראב"ד י"ל דסובר דהוא רה"ר וקמ"ל דמהני משיכה ברה"ר, ואם נימא דכונתו דקמ"ל דיער אינו רה"ר אפשר דאזיל אליבא דרב אחא דמשיכה לא מהני.

והנה הרמב"ם השמיט עיקר דין גנבה ע"י חצרו דתניא בב"ק דף ס"ה ועוד בכמה דוכתי בידו אין לי אלא ידו גנו חצרו וקרפיפו מנין ת"ל אם המצא תמצא מ"מ, והוא תימה רבה ולפלא שלא העירו נו"כ בזה, והנה בהא דסבר רבינא דבר"ה נמי קנה וכתבו שם בתוס' דאביי ורבא דאמרי דמשיכה קונה בסימטא ולא בר"ה לא פליגי אדרבינא ובב"ק דף ע"ט כתבו בתוס' דאין נראה לחלק בין קניית גנב לשאר קניות מדדרשינן לעיל גבי גנב אין לי אלא ידו גנו חצרו וקרפיפו מנין משמע דלא מיחייב אלא במקום שראוי לקנות כי היכי דדרשינן בגיטין ונתן בידה, ואין כונת התוס' דברייתא הוא דלא כרבינא דא"כ קשה מברייתא על רבינא, וכונתם רק להוכיח דרבינא אינו מחלק בין גניבה לשאר קניות, ולא יקשה למה לן לרבות חצר תיפוק ליה משום משיכה, דא"כ גם על רב אחא קשה דעכ"פ חצרו לא גרע מסימטא, וע"כ דעיקר קנין דקרא הוא חצר ומשיכה בסימטא הוי כמו שמכניסה לחצרו, ותוס' מוכיחים מברייתא דמשמע דמרבה בגנבה קנינים כמו בגט, וכיון דרבינא סבר דמהני משיכה ברה"ר ע"כ דפליג על אביי ורבא וסבר דגם בקנינים מהני, ולפימש"כ דגם לרבינא עיקר גנבה הוא מה שמוציא מרשות הבעלים, א"כ כשגונב הבהמה מרה"ר צריך לרבויי דחצרו קונה דהא לא הוציאה מרשות בעלים.

אכן אפשר דלאו דוקא כשהוציאה מרשות בעלים אלא דגם אם היא ברה"ר במקום דניחא לבעלים והוציאה משום מיקרי גנב, ולפי"ז אפי' אם יער הוי רה"ר לא קשה, דכיון שהוציאה משם ובפרט לד' הרמב"ם שפי' הטמין בחורשין שהטמין הבהמה וא"כ הוציאה ממקום שיחדו לה הבעלים זהו גנבה ולא בעינן דוקא חצר הבעלים, ולפי"ז ברייתא ע"כ דלא כרבינא דאפי' היתה הבהמה ברה"ר כיון שהכניסה לביתו לא גרע מהטמינה בין האילנות וחייב בלא קנין חצר.

איברא דרש"י בב"מ דף י' ע"ב פי' גנו חצרו וקרפיפו מנין שאם נכנסה שם ונעל בפניה לגונבה שהוא חייב, ומשמע דרש"י פי' כן דאם הכניסה הגנב לחצרו למה לי קנין חצר תיפוק ליה משום משיכה וכמש"כ למעלה, אבל בתוס' בב"ק דף ס"ה פירשו להדיא גנו חצרו כלומר שהכישה במקל מחצרו של בעה"ב ונכנסה לגנו חצרו וקרפיפו, ומוכח דלא קשה להו דתיפוק ליה משום משיכה וכמש"כ, ואפשר עוד לומר דרש"י פירש כן בשביל

רבינא דרש"י מפרש כמש"כ דלרבינא עיקר דין גנבה הוא הוצאה מרשות הבעלים ולאו דוקא מרשות הבעלים, אלא מכל מקום דניחא לבעלים שתהי' שם, ולכן פירש"י שנכנסה לחצרו ונעל שם דבזה לכו"ע בעי דוקא קנין חצר, אבל מד' התוס' בב"ק משמע דלא ניחא להו לומר דבזה מתחייב בדין גנב דלא עשה מעשה בעיקר הגנבה, ואף דכופר בפקדון נעשה עליו גזלן וחייב באונסין בב"ק דף ק"ה, אבל שם יליף זה מקרא דוכחש בה, ואפשר דמהך קרא לא ילפינן אלא לענין חיוב אונסין ולא להתחייב בכפל בדין גנב ועמש"כ בפ"ד הל' י"ז במה דצריך קרא לחייב טוען ט"ג, ולפי"ז נוכל לומר דהרמב"ם סובר דברייתא דלא כרבינא ולרבינא באמת לא משכחת לה קנין חצר בגנבה.

אלא דאכתי קשה דאיך אפשר לדחות ברייתא מפורשת דמייתי לה הגמ' בכמה דוכתי, ואם הברייתא דלא כרבינא הו"ל לגמ' למיפרך מינה על רבינא, ובב"מ מיירי רבינא גופיה ומתרץ אליבא דהברייתא.

ונראה ליישב אם כי הוא בדרך רחוק קצת אבל לחומר הקושיא נ"ל דהוא דרך נכון, דאפשר קנין חצר בגנבה בגונב מן הגנב דאין כאן הוצאה מרשות הבעלים ועיקר הגנבה הוא קנין הגנב, אלא דגונב מן הגנב פטור מכפל וקרא דמרבה גנו חצרו וקרפיפו מיירי בתשלומי כפל, ולדעת הרמב"ם כתבנו בפ"ב הל' ט"ז דגונב מן הגנב גם בקרן אינו מחוייב לבעלים, אולם בגמ' דף ס"ט אמרינן דמתני' דצנועין פליגא על מתני' דגונב מן הגנב פטור, ותליא בהא דר' יוחנן דאם אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו גונב מן הגנב חייב כפל, וא"כ אפשר דהך ברייתא סברה כמתני' דצנועין וגונב מן הגנב חייב כפל, ואף דלפי"ז ס"ל דגם כשהוא ברשות הגנב הוי ברשות הבעלים, דאין לומר דמודה דאינו ברשות הבעלים רק דיכול להקדיש, דא"כ אין ראיה דמתני' דאין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל פליגא אמתני' דצנועין, וע"כ דסבר הגמ' דלמתני' דצנועין לא ס"ל טעמא דאינו ברשותו כלל, אח"כ מצאתי שהקצוה"ח סי' רצ"א כתב כן.

אלא דמ"מ אפי' נימא דלא הוי אינו ברשותו כשהוא בבית הגנב אבל זה פשוט דגונב מן הגנב אין גדר חיוב הוצאה מרשות הבעלים, דעכ"פ לא הוציא מרשות הבעלים ואין שום נ"מ לבעלים אם הוא אצל גנב זה או זה, ולכן אם גונב מן הגנב חייב ע"כ הוא משום קנין הגנב ולא משום ההוצאה, ולכן שפיר דלמתני' דצנועין דסברה דגונב מן הגנב חייב כפל איצטריך רבויא ומה דפריך בגמ' מהך ברייתא ובב"מ מיירי רבינא גופיה ומשני להך ברייתא הוא משום דעכ"פ למתני' דצנועין הוי דרשא דברייתא שפיר, ושפיר פריך ומתרץ עלה, אבל הרמב"ם להלכה דסבר כרבינא וגם גונב מן הגנב פטור שפיר השמיט לקנין חצר דגנבה, דאין נ"מ דעיקר תליא בהוצאה מרשות הבעלים, ואף דקנין גנבה נמי

מחייב כמו הגבהה בחצר הבעלים, מ"מ כיון שהכניס הגנב לרשותו כבר יש כאן הוצאה מרשות הבעלים ולא צריך לקנין חצר 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"ב מה' גנבה הל' ט"ז בד"ה והנה, במה שהוכחתי מד' הרמב"ם דהשני לא נתחייב בחיובי גנבה, יש לדחות דמה שכתב הרמב"ם מפני שעדיין לא הוציאו הגנב מרשות בעליו זהו לחייבו גם בכפל וכתבתי זה בפי"ד מה' גזו"א, רק ממש"כ ליישב מה שהשמיט הרמב"ם דין דגגו חצירו וקרפיפו יש לומר כאן בדעתו:

פרק ג

הלכה ב

כיצד זרק חץ מתחלת ד' לסוף ד' וקרע בגד חברו בהליכתו או שהדליק גדיש חברו בשבת או שגנב כיס בשבת והי' מגררו עד שהוציאו מרשות הבעלים שהיא רה"י לר"ה ואבדו שם ה"ז פטור מן התשלומין שאיסור שבת ואיסור גנבה והיזק באין כאחד, אבל אם גנב כיס בשבת והגביהו שם ברה"י ואח"כ הוציאו לרה"ר והשליכו לנהר חייב לשלם תשלומי כפל שהרי נתחייב באיסור גניבה קודם (שיבוא לאיסור) [שיתחייב באיסור] סקילה וכן כל כיוצא בזה.

בכתובות דף ל"א אמרינן ודאפקיה להיכי אי דאפקיה לר"ה איסור שבת איכא איסור גנבה ליכא אי דאפקיה לרה"י איסור גנבה איכא איסור שבת ליכא, ומוקים מעיקרא דאפקיה לצדי ר"ה וכר"א דכר"ה דמי ורב אשי אמר כגון שצירף ידו למטה מג' וקיבלה, ורבינא אמר דבר"ה נמי קנה לענין גנבה כמו שפירשו שם בתוס', והטור כתב לאוקימתא דרב אשי שצירף ידו, והרמב"ם שכתב שהוציאו מרשות הבעלים שהיא רה"י לרה"ר ואבדו שם ולא כתב שצירף ידו, מוכח דסובר כרבינא, וכן כתב להדיא הגר"א ז"ל בסי' שנ"א דהרמב"ם פוסק כרבינא והטור כרב אחא ובודאי סובר הטור בדעת הרא"ש כן דכיון דלא הביא לא בכתובות ולא בב"ק חידושא דרבינא דגנב קונה בר"ה מוכח דסובר כמש"כ הריצב"א שם בכתובות דמסוגיא דב"ק מוכח דלא כרבינא ועיימש"כ למעלה בפ"ב הל' ט"ז, ותמיהני על המל"מ שכתב למעלה בפ"ב הל' ט"ז דמסתימת דברי הפוסקים נראה דס"ל דחיוב הגנב אינו אלא במקום דמהני קנין, ולפלא שלא זכר דמדברי הרמב"ם מוכח דסובר כרבינא, אח"כ ראיתי שכבר הרגיש בזה השעה"מ דהרמב"ם מכיון

שסתם ע"כ סובר כרבינא ותמה על המל"מ בזה.

אמנם ראיתי לאחד מהאחרונים שכתב דגם הרמב"ם יסבור כגון שצירף ידו אלא שקיצר וכתב דברי הברייתא, אבל באמת א"א לומר כן כמו שנבאר. דבסנהדרין פריך מברייתא זו על רבא דסובר דבאיתנהו בעין חייב להחזיר ומסיק והלכתא דשדינהו בנהרא, וכן הרמב"ם כתב ואבדו שם ומוכח דהכונה דאבדו בידים בשעת מעשה וכמו שכתב אח"כ שאיסור שבת ואיסור גנבה והיזק באין כאחד, והנה הרמ"ה ז"ל בס' יד רמה כ' דיש להקשות בזה דאי שדינהו בנהרא אח"כ הא מתחייב בההיא שעתא דלא הוי קלב"מ וכדרבה דתבריה או שתייה מתחייב בההיא שעתא ואי שדינהו בנהרא בשעת הוצאה היכי מתחייב באיסור שבת הא נהר הוי כרמלית, וכתב תי' א' דכיון דמקודם נתחייב בחיוב תשלומין דגזלה ורק דמיפטר משום דקלב"מ לא מתחייב אח"כ במה ששבר, ותי' ב' כתב דהנהר שהשליכו בו הי' לו דין ר"ה כגון רקק מים שר"ה מהלכת בו בשבת דף ק' ואף דמרקק מים אפשר ליקח משכחת לה דמהנהר הקטן שטפו המים לנהר הגדול, ולרב אשי דאוקים כגון שצירף ידו לא מצינו לאוקמי דאח"כ שדא בנהרא דא"כ הוי מיחייב כדרבה אלא מוקמינן דאח"כ נפל מאליו בנהר וכתב הרמ"ה דהאי טעמא בתרא מסתבר לן טפי מטעמא קמא דלא מהני ליה פטורא דמתחייב בנפשו, אלא למיפטרי מההיא מעשה דעבד בשעת איסור מיתה ע"כ תורף דבריו, ונמצא דלפי דברי הרמ"ה במסקנת דבריו אי מוקמינן שאבד בידים אי אפשר לאוקמי שקבל מקודם בידו, ושיטת הרמב"ם מוכח דמיירי באבדו בשעת הוצאה וכמש"כ הב"ח ולא כדברי המ"מ דהא כתב דאיסור שבת ואיסור גנבה והיזק באין כאחד, וכיון שכן אי אפשר לאוקמי כגון שצירף ידו וכמש"כ הרמ"ה.

איברא דהרמב"ן במלחמות בסנהדרין דף ע"ב אחר שכתב דפי' דשדינהו בנהרא היינו דאחרים השליכו כתב עוד וז"ל א"נ יש לפרש דשדינהו איהו בנהרא מיד כגון ששלשל ידו ועשאו קטפרס וקבל וזרק מיד או שהפיל לנהר שהיא רה"ר כגון רקק שר"ה מהלכת בו, וכונתו במש"כ וקבל וזרק מיד אינו דקבל ואח"כ זרק דא"כ כבר נתחייב ומאי נ"מ שעה או רגע ולא הי' צריך לומר קטפרס, אלא ע"כ כונתו דעשה שני הפעולות ביחד הקבלה והזריקה שקבל ביד משופע.

ודברי הרמב"ן תמוהים דכיון שכתב ששלשל ידו מוכח דבעי לאוקמי גם אליבא דרב אשי וגנב לא נתחייב אלא במה דמהני לקנין וכיון דידו קטפרס ועומד ליפול לנהר הא לא קני דהא בגיטין דף ע"ח ע"ב איתא להדיא דזרק לה גט וידה קטפרס ועומדת ע"ג הנהר אינה מגורשת, ולא מסתבר לחלק בין קנין לגט, ועוד דהרמב"ן גופיה אומר שם

בחידושיו דידו קטפרס אינו מועיל גם במתנה.

ונראה בדעת הרמב"ן דסבור דאפי' לרב אחא דגנב לא נתחייב אלא במשיכה הראוי לקנין הוא דוקא במשיכה דאינו אלא מגדר קנין, אבל גנב שגנב והכניס הגנבה לחצרו אפי' באופן דאינו מועיל לקנין גם במתנה כמו בקטפרס מ"מ נתחייב בחיובי גנבה, דעכ"פ קרינן ביה אם המצא תמצא בידו.

איברא דבטור ושו"ע בסי' שמ"ח ס"ד מפורש להדיא דבעינן דוקא חצר משתמרת, אבל אינו משתמרת אף דקני במתנה אינו מועיל לענין גנבה והגר"א ז"ל בס"ק י"ז במש"כ המחבר אם היא משתמרת כתב וז"ל צ"ע ל"ל, בעומד בצד שדהו סגי כמש"ש י"א א' עכ"ל, ובזה נראה דאפשר לומר לפי"מ שפי' רש"י שם דעכשיו היא משתמרת על ידו א"כ אפשר דבגנב לא שייך זה דצריך להיות משומר גם מהבעלים, ולא מבעי לדעת התוס' י"א ע"ב דמה שאינו משתמר בשביל השוכר מיקרי אינו משתמר, אלא אפי' לדעת הש"ך שכתב דלא כן דעת כל הפוסקים מ"מ מסתבר דהוא דוקא מה שנוגע בין השוכר להמשכיר, דיש לומר דהמשכיר מאמין להשוכר ובשביל אדם אחד לא מיקרי אינו משתמר, אבל גנב לגבי הבעלים דבודאי אם ימצאו יקחו שלהם דמיקרי אינו משתמר.

ובזה מיושב מה שהקשה במנ"ח להמפרשים דטעם דלא בעינן משתמרת בדעת אחרת מקנה משום דאחרים לא יקחו, וכדאמרינן בב"מ דף ק"ב כיון דיצא לו שם מציאה בעיר וכו', א"כ בגנבה ג"כ הא לא יקחו אחרים ולמה צריך משתמרת, אבל לפימש"כ מיושב דצריך משתמר מהבעלים בעצמם שלא יקחו את שלהם.

אבל כל זה לשיטת הטור ושו"ע אבל בדעת הרמב"ן בהכרח צ"ל כמש"כ דבגנבה לא תליא בדיני חצר דבעינן לקנינים, ואפי' ע"י חצר דלא מהני גם למתנה נתחייב בחיובי גנבה וכנ"ל.

אלא דמ"מ לדעת הרמב"ם א"א לומר כמו שפירש הרמב"ן באופן ב' דהרמב"ן הולך לשיטתו דסובר דתוך ג' אינו צריך הנחה ע"ג משהו וכמו שכתב המ"מ בשמו פי"ג מה' שבת הל' ט"ז ולכן שפיר נתחייב בזה בחיוב שבת, אבל שיטת הרמב"ם שם דאפי' מתגלגל צריך הנחה ע"ג משהו שיהי' נח קצת, וא"כ א"א לומר כאוקימתא של הרמב"ן דאם כשקבל נח משהו הרי כבר נתחייב בחיוב שבת ואח"כ כשזרק בנהר חייב משום מזיק ואין איסור שבת והיזק באין כאחד, ואם לא נח א"כ לא נתחייב כלל בחיוב שבת, וע"כ דלא מיירי בצירף ידו, וכמו דכתב הרמב"ם בסתם וזרק תיכף לנהר, אלא דהנהר הי' ר"ה, וכמו שכתבו הרמ"ה והרמב"ן באופן ב' וע"כ דהוא כרבינא.

אכן יש לעיין בעיקר מילתא למה הוצרכו בגמ' לזה, לאוקמי דשדינהו לנהרא, והיינו

לפי' הרמב"ם כפשטו, דהמגרר זרק בנהר וצריך לאוקמי באוקימתא רחיקתא דהר"ה הי' רקק מים שר"ה מהלכת בו וזרק לרקק מים זה ונפל לארץ ומשם אשפלוה מיא ושטפו הכיס להנהר הגדול, ולמה לן כל כך אוקימתות דהא בפשוטו יש להעמיד שנאבד הכיס וצריך לשלם וע"ז הוא קלב"ם והדבר פלא, ובאמת מפרש כן הרמב"ן בפי' א' דשדינהו בנהרא היינו דאחרים השליכו, אלא דגם זה דחוק דלמה צריך לומר דשדינהו בנהרא הו"ל לומר דליתא בעינא, ורק דלפי' זה אינו דחוק אלא הלשון, אבל לפי' הרמב"ם עיקר האוקימתא תמוה טובא כיון דלא הוצרך לומר אלא דליתא בעינא.

ונראה בזה דבכתובות דף ל"ד אמר רבה דלר"מ חדוש הוא שחדשה תורה בקנס אע"ג דמקטל משלם, וסוגיא זו דסנהדרין הוא אליבא דרבה כמו שמגיה המהרש"ל שם, ולכן יש לומר דמה דבגנב וטבח בשבת פטור דאם אין גנבה אין טביחה ומכירה, היינו היכי דלא נעשה כלל חיוב גנבה דתיכף בשעת גנבה כבר לא היתה בעין וכמו שכתב הרמב"ם בהל' ד' היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת דרך גנבה פטור אף מן הכפל שהרי איסור שבת ואיסור גנבה באין כאחת, וזהו מהא דר"פ שם, ולכן גם הא דרבה יתפרש באופן זה, ומצאתי בש"מ שהרשב"א מפרש כן הא דרבה משום דאם גנב בחיוב שבת אפי' טבח בחול פטור ואינו סובר כהריטב"א שהבאנו למעלה בפ"א הל' י"ד דטבח בחול נעשה גנבה חדשה, ולפי"ז נאמר דדוקא באופן זה דבשעת גנבה ליכא חיוב קרן כלל, אבל היכי שגנב בשבת כיון דכ"ז שהקרן בעין בעין מחזירו אפשר להתחייב כפל לר"מ דבקנס לא אמרינן קלב"ם, אפי' אח"כ שטבחו דליתא בעין מ"מ לא פקע חיוב כפל, דאף דא"א להתחייב כפל בלא קרן היינו היכי דליכא מעיקרא דין קרן דלא נתחייב בכפל, אבל היכי דכבר נתחייב בכפל לא פקע.

-השמטות ומלואים-

לעיל בד"ה ונראה, כתבתי דאפ"ל דדוקא היכא דבשעת גניבה אין חיוב קרן כלל, אבל היכא שבשעת גניבה היה חיוב וכגון בגנב בשבת דכ"ז שהוא בעין חייב להחזירו אפשר להתחייב כפל לר"מ דבקנס לא אמרינן קלב"מ עי"ש, ויש להסתייע לזה מדברי התוס' ב"ק בריש מרובה שהקשו למ"ל קרא למעט שטרות מכפל למאן דלא דן דד"ג ואפי' כשאבדו בידים לא משלם קרן ותירצו כיון דאי אתי' לשטר בעין חייב להחזיר ס"ד דכשמחזיר משלם כפל עמו. [עד כאן].

איברא דלכאורה א"א לומר כן דהא בדף ס"ט ע"ב דאמר והרי חזרה קרן לבעלים פירש"י דכפל לא מחייב אלא היכי שנמצא הגנבה בידו, וא"כ ה"נ מה מועיל דבשעת גנבה נעשה חיוב כפל הא לא נעשה חיוב אלא כשימצאו בידו הגנבה וכיון דבשעת העמב"ד ליתא

לקרן בעין והיכי קרינן בזה נמצא בידו.

ונראה דכיון דאתנן אסרה תורה ואפי' בא על אמו דכיון דחייב לצי"ש הוי אתנן, ה"נ קרינן ביה ונמצא בידו דבאמת מחוייב הוא אלא שאין ב"ד מוציאין ממנו, ולכן אף דאמרינן אם אין גנבה אין טביחה וחזינן דמה דמיפטר משום קלב"ם אמרינן ע"ז אין גנבה, היינו דוקא לענין דין שנים ישלם וכמו שכתב רש"י ז"ל על זה דתשלומי דו"ה אמר רחמנא ולא תשלומי גו"ד, אבל לא מיפטר משום דליכא ונמצא בידו דלענין ונמצא בידו סגי מה דמחויב משום לצי"ש דעכ"פ יש בידו, אלא דלענין דין תשלומין דאמרה תורה שנים ישלם זהו דוקא מה דהוא מחוייב בדין ב"ד, ולכן היכי דבשעת גנבה ממש ליתא בעינא והיינו בטבח דרך גנבה ליכא כפל כיון דליכא קרן בתשלומי ב"ד, אבל היכי דבשעת גנבה איתא בעינא דלא מיפטר משום קלב"ם לכן אף דאח"כ נאבד לא פקע חיובו ומיושב מה דלא משני בסנהדרין דליתא בעיניה דכיון דתנן פטור ומשמע דפטור לגמרי ולרבה אליבא דר"מ חייב כפל וכנ"ל.

ולפי"ז מה שכתבתי למעלה בפ"ב הל"א במה דצריך קרא דוגונב מבית האיש ולא מבית הקדש והקשו בתוס' אמאי לא סגי בקרא דלרעהו ולא בהקדש, וכתבתי ע"פ ד' התוס' גבי הא דמיעט רחמנא שטרות מכפל אפי' למאן דלא דאין דד"ג, משום דכ"ז דאיתא בעיניה מחויב להחזיר, וכתבו בתוס' דס"ד דכשמחזיר מחזיר גם הכפל וכתבתי דכן הו"א גבי הקדש, ולדברינו עכשיו, ממילא הו"א דאפי' ליתא בעיניה דחיוב קרן ליכא מ"מ חיוב כפל הו"א דלא פקע וצריך קרא למעט.

-השמטות ומלואים-

לעיל בד"ה ולפי"ז, שכתבתי לתרץ קושיית התוס' בב"ק שהקשו למ"ל קרא דוגונב מבית האיש ולא מבית הקדש ותיפ"ל מהא דלרעהו ולא הקדש ותירצתי דכיון דבשעת גניבה היה מחוייב להחזיר ולכן אף שעכשיו ליתא בעיני' דחיוב קרן ליכא מ"מ הו"א דלא פקע חיוב כפל מני' עי"ש, ובאמת כמדומה שזה טעות דהא ליכא ונמצא בידו דלא משום קלב"מ פטור רק משום רעהו ולא של הקדש.

והנה המ"מ הקשה דבכתובות הקשו על הגביה את הכיס דחייב דלימא עקירה צורך הנחה, ותירצו שהגביה ע"מ להצניעו ועמד לפוש והיה לו לרבינו לבאר כן, ותי' דכ"ז אינו אלא למה דאמר מעיקרא דתליא באם אפשר להנחה בלא עקירה, אבל למאי דמשני דתליא באם מצי לאהדורי ומעביר סכין וקרע שיראין חייב לק"מ, והרמב"ם סובר כהאי תירוצא, דלישנא בתרא הוא לפיכך סתם דבריו והנה בשבת דף צ"א הקשו מברייתא זו למ"ד אגד יד שמיה אגד דאמאי פטור במגרר דקדים איסור גנבה לאיסור שבת ואוקמו

דאפקיה דרך שוליו ובליכא שנצין ובנסכא, והרמב"ם לא חלק בכ"ז וכתב בזה השעה"מ דע"כ צ"ל דהסוגיא דשבת קאי לתי' ב' דתליא באי בעי לאהדורי לא מצי מיהדר, ולכן פריך שפיר אבל לתי' קמא דתליא באם אפשר להנחה בלא עקירה לק"מ דהכא נמי א"א להנחה בלא עקירה דבלא עקירת מקצת הכיס שהוציא בראשונה לא יתחייב על שהוציא אח"כ כל הכיס וכמפורש ברש"י במתני' שם דתנן עד שיוציא את כל הקופה דהכונה אם הוציא בראשונה את כל הקופה אבל אם הוציא בראשונה מקצתה ע"מ שלא להוציא יותר ונמלך והוציאה או עמד לפוש פטור, ולכן כתב דהרמב"ם יסבור כתי' קמא דלא תליא באי בעי לאהדורי ודלא כדברי המ"מ, וקושיית המ"מ מהא דמוקים בכתובות רישא בהגביהו ע"מ להצניעו ועמד לפוש והרמב"ם סתם, תי' השעה"מ דהרמב"ם סובר דה"ה דהו"מ לשנויי משום דאי בעי גריר ולא הגביה.

והנה תירוצו על קושיית המ"מ אינו מתקבל דהרמב"ן דחה זה וכתב דליתא, דא"א להנחה בלא עקירה הפי' דא"א להתחייב על הנחה בלא עקירה משא"כ באוכל חלב דלאו משום הגבהה אתא לי' חיובא, ולכן במגביה את הכיס לא מהני מידי דהי' יכול לגרור כיון דהשתא מחמת הגבהת הכיס מתחייב. וכן כתבו להדיא בתוס' דאע"ג דאפשר בגרירה כך לי עקירה זו כמו עקירה אחרת, וא"כ איך ניישב דעת הרמב"ם בתי' דחוי דאינו מסתבר כלל, לכן נראה דעל קושיית הגמ' דכתובות, בודאי צריך לומר כדברי המ"מ דהרמב"ם פוסק כתי' דאי בעי לאהדורי, וכן מוכח ממה דכתב זורק ולא כתב מעביר דהא אמר בגמ' דאיכא בינייהו מעביר, ואם הי' סובר כתי' קמא הל"ל מעביר וע"כ דסובר דדוקא בזורק.

ובמה דהשמיט הרמב"ם אוקימתא דפ' המציע צ"ל כמש"כ השעה"מ אח"כ דהך סוגיא ע"כ למ"ד כליו של מוכר ברשות לוקח קנה, אבל הרמב"ם דסובר דלא קנה, וכ' המ"מ בפ"ד מה' מכירה הל' ה' דה"ה דמשיכה בכליו של מוכר לא מהני וע"ש בלח"מ, א"כ לא קשה כלל דכיון דהכיס לא קנה א"כ על המעות הוי משיכה בכליו של מוכר.

וצריך להוסיף על דברי השעה"מ דאפי' לפימש"כ דהרמב"ם סובר כרבינא דבגנב קנה גם ברה"ר שאין המשיכה מועלת היינו דוקא ברה"ר דאף דאינו ראוי לקנין אבל עכ"פ הוציא מרשות בעלים, אבל משיכה בכליו של מוכר דלא מהני, הוא משום דאכתי ברשות בעלים קאי, וא"כ לענין גנב נמי לא מהני, ועל חצי הכיס שהוציא הא מוכח בסוגיא דלא מיקרי גנבה, והנה לדעת הרא"ש והטור דרק מטעם ספיקא דדינא לא קנה לא כליו של מוכר ברשות לוקח ולא כליו של לוקח ברשות מוכר, א"כ אכתי אינו פטור לגמרי דאם תפס אין מוציאין מידו כדין כל ספיקא דדינא והרמב"ם פסק דפטור ולא

כתב דאם תפס אין מוציאין מידו ואף דלהשיטות דכל היכי דלקב"ם מהני תפיסה אין נ"מ בזה אבל הרמב"ם לא הזכיר זה, אכן באמת הרמב"ם לשיטתו כתב שפיר דפטור דסובר דמטעם ודאי לא קנה כמש"כ הכ"מ בפ"ד מהל' מכירה הל' ב' ע"ש.

עוד הקשה השעה"מ בהא דפסק הרמב"ם כאן כר' אבין דהיכי דעקירה צורך הנחה פטור מתשלומין דבב"ק דף ע' גבי גנב ומכר בשבת דאוקמי ר"כ באומר זרוק גנבותיך לחצרי ותיקני לי גנבותיך ופריך דלרבנן דלא אמרינן קלוטה כמו שהונחה כיון דמטיא לאויר חצר קנה לענין שבת לא מיחייב עד דמטיא לארעא ומוקים באומר לא תקני לי גנבותיך עד שתנוח, ופסק כן הרמב"ם למטה בהלכה ה' ו' ובתוס' שם הקשו דלמה צריך לזה הא עקירה צורך הנחה ותירצו בשם ר"ת דר' ירמיה פליג על ר' אבין והכא פריך אליבא דר' ירמיה, ור"י תירץ דאה"נ דהוי מצי לשנויי הכי, וא"כ קשה על הרמב"ם דפסק כר' אבין למה הוצרך לכתוב כגון שלא הקנה לו עד שתנוח בחצר ובשם המאירי כתב בש"מ וז"ל ואין אומרים בזו עקירה צורך הנחה היא כמו שביארנו בזורק חץ מתחלת ד' לסוף ד' וקרע שיראין בהליכתו שפטור שאין אומרים כן אלא לנזקין אבל לעינן מכירה לא, עכ"ל ולא כתב כלל טעמו של דבר.

ושמעתי בשם אדמו"ר גאון ישראל מרן רח"ס זצ"ל ליישב קושיא זו לחלק בין זורק ד"א ברה"ר ומוציא מרשות לרשות דבזורק ד"א ברה"ר כל הד"א הם גורמי החיוב ולכן מיפטר משום קלב"ם בזריקת שיראין בהליכתו, אבל במוציא מרשות לרשות אין עיקר גורמי החיוב אלא ההוצאה מרשות לרשות ואינו חייב אלא בעקירה והנחה והם עצם גורמי החיוב, אבל מה דנגמרה המכירה מכי מטא לאויר חצרו זו הרגע אינה מעיקר גורמי החיוב, לכן לא דמי להא דפריך בכתובות על ר' אבין מברייתא דגנב כיס דהתם שעת הגבהת הכיס זהו עיקר גרם החיוב, ותי' זה הי' מחוור מאוד אלא דבשבת דף ו' בעי הגמ' לאוכוחי דמעביר מרה"י לרה"ר דרך כרמלית חייב, ואמר שם מידי דהוי אמעביר חפץ מתחלת ד' לסוף ד' התם לאו אע"ג דאי מנח ליה בתוך ד"א פטור כי מנח ליה בסוף ד"א חייב ה"נ ל"ש, ופריך ע"ז מי דמי התם לגבי האי גברא מקום פטור הוא לכו"ע מקום חיוב הוא, ומוכח מלשון הגמ' דבד"א ברה"ר אין כל הד"א גורמי החיוב, אלא עיקר החיוב הוא מה שמוציא ממקום שבתחלת ד' למקום שבסוף ד' וכמו מוציא מרשות לרשות, ומלשון הרמב"ם פי"ב מה' שבת הל' ט"ו נמי משמע כן דז"ל מותר לאדם לטלטל ברה"ר בתוך ד"א על ד"א שהוא עומד בצדן וכו' ומפי הקבלה אמרו שזה שנאמר בתורה שבו איש תחתיו שלא יטלטל חוץ למרובע זה אלא במרובע זה שהוא כמדת אורך אדם כשמפשיט ידיו ורגליו בו בלבד יש לטלטל, ומלשון זה מוכח דעיקר החיוב הוא ההוצאה מן הד"א

אבל כל הולכת החפץ במשך ד' אמות אינו עיקר גורם החיוב, ובודאי עמד אדמו"ר על זה, אלא בשביל שהדבר מפורסם בשמו הנני להעיר כי הדבר אינו ברור וצריך עיון בזה.

והנראה בזה דבאמת עיקר החילוק שבין ב' תירוצי הגמ' באם אי אפשר להנחה בלא עקירה או בעי לאהדורי מצי למהדר תליא בזה דלתירוץ קמא מכיון דעקירה צורך הנחה ואי אפשר בלא עקירה, לכן כל הפעולה מהתחלת העקירה עד גמר ההנחה יש בה חיוב מיתה כיון שאם יפסיק רגע אחת לא יהי' חבור בין העקירה להנחה לכן כל הזמן הוא בחיוב מיתה, ולכן גם במעביר סכין ברה"ר וקרע שיראין בהליכתו אף דקריעת השיראין לא היה ע"י תחלת העקירה מ"מ אמרינן בזה קלב"ם, אבל לתירוצא בתרא דתליא באי בעי לאהדורי לא מצי למיהדר, פטורא דקלב"ם אינו אלא אם משעת עקירה בא עיקר חיוב המיתה והממון, דאז אמרינן עקירה צורך הנחה דזורק חץ מתחלת ד' לסוף ד' וקרע שיראין בהליכתו הלא כל חיוב המיתה והממון הוא ע"י הזריקה דאף דלא נגמר חיוב המיתה עד ההנחה מ"מ בעקירה כבר נתברר חיובו, ולכן שפיר קלב"ם ומה דהוצרך להשמיענו הוא דלא נימא דכיון דלא נגמר חיוב מיתה עד ההנחה נוכל לחייבו עכשיו בממון לזה אשמעינן דעקירה צורך הנחה, אבל במעביר סכין כיון דאי בעי לאהדורי מצי מיהדר א"כ בשעת העקירה לא בא עליו גרם חיוב הממון, ומה דבא חיוב הממון בין עקירה להנחה בזה לא נפטר משום קלב"ם.

ועכשיו מיושב שפיר ואפשר דלזה כיון המאירי דגבי מכירה בשבת דאמר הלוקח להמוכר זרוק גנבותיך לחצרי ותיקני לי גנבותיך אף דמעשה המכירה עשה בזריקת הגנבה להחצר מ"מ עיקר המכירה נגמרה מכי מטא לאויר חצרו ואם הגנב המוכר יחזור בו אחר הזריקה בפני העדים שראו הזריקה ויאמר שהוא חוזר מהמכירה הלא תתבטל המכירה ולא יתחייב בדו"ה, ונמצא דכאן אף שבא ע"י זריקה מ"מ הוי כמו מעביר סכין ברה"ר דהכא נמי אי בעי לאהדורי מצי מיהדר, דאף דלא מצי מיהדר מחיוב שבת אבל מצי מיהדר מחיוב ממון ואנן בעינן כדי שיהיה קלב"ם שיתברר בשעת העקירה בין חיוב הממון בין חיוב המיתה ולכן שפיר דלא אמרינן עקירה צורך הנחה כיון דהרמב"ם פוסק כמ"ד אי בעי לאהדורי וכמש"כ המ"מ.

ובדרך קצרה י"ל דזרק חץ וקרע שיראין כיון דס"ל דמעביר חייב עיקר הזריקה היא המחייבת בין לחיוב שבת בין לקריעת שיראין אבל בזרוק גנבותיך לחצרי אין עיקר הזריקה היא המחייבת אלא מעשה המכירה שהיא רק בשעה שהגיע לאויר חצרו דאף דתחלת מעשה המכירה היו ג"כ בשעת זריקה אבל עד שהגיע לחצר לא היה אכתי

מכירה כלל והיה יכול לחזור וכמש"כ ולכן עיקר חיוב המכירה היא רק בשעה שהגיע לאויר חצרו וכנ"ל:

הלכה ד

היתה פרה שאולה אצלו וטבחה בשבת דרך גנבה פטור אף מן הכפל שהרי איסור שבת ואיסור גנבה באין כאחת ואם אין גנבה אין טביחה ו[אין] מכירה.

הלכה זו היא מימרא דר"פ בכתובות דף ל"ד ומבואר שם דתליא בתרי לישנא דרבא ומאן דמתני להא דאמר רבא ואם הניח להם אביהם אחריות נכסים חייבים לשלם אריש היינו על מתה וסבר דמשעת שאלה איחייב באונסיה פליגא אדר"פ, וא"כ הרמב"ם דפוסק בפ"א מהל' שאלה כהך לישנא דמשעת שאלה, לא הי' לו לפסוק הא דר"פ, וכבר הקשה זה שם המ"מ ונשאר בצ"ע, וכתב שם הלח"מ דיש מי שרצה לתרץ דמש"כ הרמב"ם פטור אף מן הכפל אין הכונה דבקרן נמי פטור, אלא הכונה דלא רק מדו"ה פטור דמכפל נמי פטור ומשום דבהל' ג' כתב דגנב וטבח בשבת פטור מדו"ה דבכפל חייב דלא מיירי דגנב בשבת בחלול שבת, לכן כתב כאן דפטור אף מן הכפל, וכתב ע"ז הלח"מ דא"א לפרש כן שהרי כתב ואם אין גנבה אין טביחה ומכירה דמשמע דהכי קאמר דכיון דליכא קרן דהיינו גנבה מפני כן פטור אף מן הכפל ודו"ה דבכל מקום שהוזכר לשון זה שם באלו נערות פירושא הכי הוי, אבל תימא גדול דנראה משם דרבינו פסק דאפי' בקנס אין לוקה ומשלם, ולא אמרינן חידוש הוא שחדשה תורה כמו שכתב המ"מ בהלכה ב', וא"כ איך קאמר טעם דאם אין גנבה אין טביחה ומכירה וסיים דבריו בצ"ע.

אכן כשנדייק לשון הרמב"ם נראה דבכונה שינה מלשון הגמ' דבמימרא דרבה בגמ' איתא שאם אין גנבה אין טביחה ומכירה והוא טעמא דמילתא דפטור מכפל וד' וה' דסבר רבה כר"מ או דאזיל אליבא דר"מ דבקנס לא אמרינן קלב"ם, אבל הרמב"ם שינה ולא כתב שאם, אלא ואם, ומוכח דאינו כלל טעמא דמילתא, אלא דמקודם כתב פטור אף מן הכפל, ומה שכתב אף מן הכפל נוכל שפיר לומר כמש"כ הלח"מ דהוא לומר דלא רק מדו"ה כמו בהלכה ג' וע"ז לא אמר טעמא, והוסיף לכתוב ואם אין גנבה אין טביחה ומכירה, וכבר אין אנו יכולים לומר דהטעם הוא על דו"ה לחוד, דהא כפל נמי קנס, וע"כ דמש"כ ואם אין גנבה אין טביחה ומכירה אינו כלל טעם על דין הקודם, אלא דהוא מוסיף דכיון דאין כאן דין גנבה ממילא אין דין טביחה ומכירה, והוא להודיענו דאפי' אם בדין טביחה ומכירה לא יהי' קלב"ם ומשכחת לה דגמר השחיטה בחול דזה ודאי דמעשה הגנבה אינו דוקא בגמר השחיטה דהא טביחה לחוד לא הוי גנבה כמפורש במשנה בדף ע"ט וע"כ דכאן הוי גנבה משום דהוא בחצרו ובמה שטבחה דרך גנבה

הוי מעשה גנבה, וא"כ תיכף בתחילת השחיטה נעשה גנב, וא"כ אפי' התחיל לשחוט מקצת הקנה כבר נעשה גנב, ולכן אשמעינן שפיר דכיון דאין גנבה אין טביחה ומכירה, ואפי' גמר לשחוט בחול פטור ועוד דהא כתב נמי מכירה וסתם מכירה בשבת אין בה חיוב מיתה, ומש"כ דאפי' טבח אח"כ בחול פטור זהו כדעת הרשב"א בכתובות דף ל"ד ולא כדעת הריטב"א שהבאתי דבריהם בפ"א הל' י"ד ונוכל בפשיטות לומר דהרמב"ם סובר כן, ועוד משכחת לה דגמר הטביחה ע"י שליח ובאופן שלא אמר לשליח לשחוט בשבת, ובזה יהי' מיושב אפי' לדעת הריטב"א דטבח בחול נעשה גנב מחדש אבל ע"י שליח לא נעשה גנב מחדש.

ונהירנא שבימי חרפי שמעתי דבר נכון בקושיא הראשונה מגיסי הגאון מו"ה ברוך הורביץ שי' דבאמת קשה מה דאמר בגמ' דלישנא דרבא דסבר משעת שאלה פליגא אדר"פ הא אינו מחויב בקרן אלא משום שאלה ולא משום גנבה ואכתי לענין כפל ודו"ה ליכא קרן דגנבה, אך בב"ק דף ק"ה בעי רבא לענין גזל חמץ ועעה"פ ונשבע עליו אי אמרינן כיון דאילו מיגניב או מיתביד בעי שלומי ממונא קא כפר, ואמרינן ע"ז מילתא דאיבעי לרבא פשיטא לרבה דאמר שורי גנבתי והוא אומר ש"ח אני עליו חייב, ונמצא דרבא מיבעי ליה אם יש דין ממון כ"ז שהגנבה בעין מה שיהי' חייב מתורת גנב ולא בתורת שואל, ואם נימא דאין בזה דין ממון א"כ כשחייבה תורה לגנב כפל גם באיתא בעיניה אינו משום דיש עליו חיוב תשלומין אלא דגם מה שמשיב הקרן הוי דין קרן לומר בזה שנים ישלם, וא"כ לא איכפת לן אם הוא קרן דשאלה או קרן דגנבה כיון דעכ"פ איכא, שייך לחייבו כפל אי לא אמרינן בקנס קלב"ם, אבל לדידן דקיי"ל כרבה דיש בזה דין ממון ונוכל לומר דלא מיקרי קרן דגנבה אלא אם הוא חייב משום תורת גנבה ולא מהני מה דהוא מחוייב קרן דשאלה, ודבריו נכונים מאוד ודפח"ח.

אלא שזה בעצמו לא יועיל ליישב דברי הרמב"ם כיון דבאמת פסק הרמב"ם דבקנס אמרינן קלב"ם כדמוכח בהל' ג' ובפ"א מהל' נערה, ולדברינו אין נ"מ אפי' אם הי' מהני קרן דשאלה כיון דעכ"פ ליכא כפל אין טביחה ומכירה אלא דארווחנא בדבריו דלשון אין גנבה יהי' קאי גם על הקרן כמו שכתב הלח"מ דלשון אין גנבה דאמר רבה קאי על הקרן, ועכשיו מיושב דלדידן גם קרן דגנבה ליכא, אבל עכ"פ זה צריך לומר כדברינו דלא כתב הא דאם אין גנבה לטעמא דמילתא, ולכן לא כתב כלשון הגמ' שאם אין גנבה וכנ"ל:

הלכה ח

עיין מה שכתבתי בהלכות נזקי ממון פרק ב' הלכה ח'.

הלכה ט

עיין מה שכתבתי בהלכות נזקי ממון פרק ב' הלכה ח'.

הלכה יא

עיין מה שכתבתי בהלכות נזקי ממון פרק ה' הל' י'.

הלכה יג

גנב את העכו"ם או הקדש אינו נמכר על הקרן אלא ה"ז עליו חוב עד שיעשיר.

המ"מ וכן המ"ע לא הראו מקור לזה, וראיתי בליקוטי חידושי הגאון מוהרי"ל דיסקין זצ"ל בס' תורת האוהל שעמד בד' הרמב"ם לענין מה שחקר שם אם נמכר ע"פ הודאתו שגנב, בלא עדים ותלה חקירה זו בג' ספיקות, א' אם יש למכירה זו גדר קנס ב' אם תליא דין מכירה בדין כפל, ג' דאפשר הוא עכ"פ גדר עונש הגוף דאין עונשין ע"פ עצמו, וכשכתב הספק הב' כתב וז"ל אולי תלי רחמנא הנך תרווייהו דכתב רחמנא ונמכר בגנבתו אם המצא וגו' ישלם שנים לרעהו והיכי דאינו משלם כפל אפשר דאינו נמכר בהגנבה, וקצת סמך לזה מהרמב"ם שכתב דבשל הקדש אינו נמכר, ובאמת כל סוגיין דמרובה דף ס"ג הוא והכל לענין כפל דאינו משלם כפל בשל הקדש וממעטינן שם מכפל אבל לא לענין מכירה, והוכיח שם מדברי הרמב"ן בפירושו לתורה דמכירה לא תליא בדין כפל דכתב על מה שתרגם אונקלוס על ואם זרחה השמש ואם עינא דסהדיא נפלת עלוהי, ופי' הרמב"ן שאם יצא ממחתרת ובא בעה"ב לחייבו מיתה או להרגו ע"פ עדים שהיה במחתרת אז דמים לו, וכתב ע"ז הרמב"ן דלדעת רב דסובר שאם בא במחתרת ונטל כלים בדמיה קנינהו צריך לומר דמה דכתיב בקרא שלם ישלם חוזר אלמעלה על כי יגנוב איש והיינו דלא בא במחתרת, וקשה דלמה כתב הרמב"ן דוקא לדעת רב דהא אפילו לדידן אם אינם בעין פטור, ובקרא כתיב אם אין לו ונמכר בגנבתו, וע"כ דנימא דכונתו דנפרש קרא אם תבריה או שתייה דדעת הרמב"ן במלחמות שם דחייב לשלם, וקשה דזה אינו אלא מדין מזיק ומזיק אינו נמכר וצריך לומר דהוי גנבה חדשה (והיינו כדעת הנתיבות שכתבתי למעלה) אבל זה אינו מועיל אלא לחייבו קרן, אבל לענין כפל בודאי פטור דהוי גונב מן הגנב, ומוכח דדין מכירה אינו תלוי בדין כפל ע"כ תורף דבריו, ומה דפשוט להגאון דלענין כפל א"א להתחייב מתורת גנב הבאתי למעלה בפ"א הל' ט"ו דברי הריטב"א בכתובות דף ל"ד גבי גדי גנוב לו וטבחה בשבת דסובר שם דכיון דבשעה שגנב הי' קלב"ם אפשר להתחייב אח"כ גם כפל מתורת גנב, איברא דכתבתי למעלה דבסברא משמע דאפי' הי' קלב"ם בשעה שגנב מ"מ יצא מרשות בעלים ולא הוי וגונב מבית האיש, וכן הבאתי דהרשב"א אינו סובר כהריטב"א ע"ש, אלא דמ"מ בעיקר

טעמא אינו מבורר אם זהו דעת הרמב"ם במה דכתב דגונב משל עכו"ם או הקדש אינו נמכר משום דתליא בדין כפל דמהיכי תיתי נאמר כן ואין שום מקור לזה.

ונראה עפ"מ שכתב בספק הא' דאפשר יש לזה גדר קנס והביא ראיה ממה שכתב הרמב"ם בהל' ט"ז גנב לזה וחזר וגנב לזה וחזר וגנב לזה כולם שותפין אם היו דמיו כנגד הקרן של שלשתן או פחות מן הקרן נמכר ומחלקין ביניהן, וקשה דאמאי לא יטול הנגנב הראשון כל המגיע לו דהא נשתעבד לו מקודם ושעבודא דאורייתא, [ויש להעיר על דבריו דהא אין דין קדימה אלא בקרקעות אבל במטלטלין ואפי' בעבדים אין דין קדימה, ומשמע דסובר דהוא עצמו צריך להיות דינו כקרקע דטעמא דאין שעבוד במטלטלין וכן בעבדים מפני שיכול להבריחם, אבל הוא אינו יכול להבריח את עצמו ולא דמי לעבד דאינו אלא נכסים ויכול למוכרו אפי' למדינת הים, דאם נימא דמה שבע"ד עצמו יכול לברוח גם זה מגרע כח השעבוד וא"כ אמאי סובר הרמב"ם דבמע"פ נמי יש דין קדימה כמבואר בד' המ"מ פ"כ מה' מלוה הל' א', הא יכול הלוה לברוח ואין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד, וע"כ דזה אינו מגרע סמיכות דעת של שעבוד דאפשר למצאו ולא דמי לנכסים] ומוכח מזה דדין מכירה אינו אלא בשעת העב"ד דאז אמרה תורה ואם אין לו ונמכר בגנבתו, וקודם העב"ד אין שעבוד על גופו, וכיון דהוא דוקא בשעת העב"ד יש לזה גדר קנס דאין מוכרין אותו ע"פ עצמו.

ונראה דאף דמדבריו משמע דבא לומר דהוי מטעם זה קנס ממש לפטור אפי' באו עדים אח"כ משום דאח"כ בספק הג' כתב וז"ל, עתה נחקור היכי דלא באו עדים אח"כ ורק הודה בעצמו שלא ימכר משום דהוי עונש הגוף וכו' אבל באמת ממה שהוכיח דיש לזה גדר קנס אינו מוכח כלל דיש לזה דין קנס ממש דנימא מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור דבאמת לא מסתבר כיון שאין זה בכלל כל המשלם יותר ע"מ שהזיק, ורק דנוכל לומר דמכיון דזהו חדוש התורה בדין גנבה שב"ד מוכרין אותו ומטעם זה לא נעשה שום דין שעבוד מכירה קודם כיון דהוא רק דין על ב"ד למכרו בגנבתו דהא על חובות אחרים אין מוכרין אותו, וע"כ דגוף האדם לא נשתעבד בעד חובות, ולכן אין בזה דין קדימה אבל אינו דין קנס ומ"מ שפיר נשמע מינה דע"פ עצמו אין מוכרין אותו דבאמת הי' לן לומר אדם קרוב אצל עצמו ואין מחייבין את האדם על פיו אלא דמקרא דכי הוא זה ידעינן דאדם נאמן לחייב עצמו בממון וממילא נאמן רק שהוא חייב ממון, אבל מה דיש לגנבה דין מיוחד שב"ד מוכרין אותו בשביל זה ע"ז אין לו נאמנות על עצמו ובזה אמרינן שפיר אין אדם משים עצמו רשע והוא באמת מטעם הספק הג' הנ"ל, אלא דהוא אתא עלה משום גדר עונש הגוף ופלפל בזה באמר גנבתי בפני פלוני ופלוני דהוו עשאאי"ל,

ואם הוי עונש הגוף א"כ חייבים מלקות משום לא תענה והאריך שם, אבל א"צ לזה ואינו מוכרח לומר דהוא גדר עונש הגוף אלא דכיון דהוא דין ב"ד מיוחד בגנבה אינו נאמן על עצמו.

ועכשיו נראה דכיון דהך פרשתא מיירי בחומר דין גנבה דתחלת הפרשה כי יגנוב וגו' חמשה בקר וגו' אם במחתרת וגו' אם זרחה השמש וגו' אם אין לו ונמכר בגנבתו אם המצא תמצא וגו' דכולה מיירי בדין גנב בדו"ה ובדין מחתרת ובדין נמכר בגנבתו ובדין כפל, וכיון דבין דין כפל ודו"ה בין דין מחתרת לא שייכא בעכו"ם והקדש דבעכו"ם פשוט דלא שייך דין מחתרת דאינו חייב מיתה על דין רודף לעכו"ם וגם בהקדש ליכא בגזבר חזקה שאין אדם מעמיד עצמו על ממונו, שאינו ממונו אלא ממון הקדש ולכן כיון דדין מכירה הוא נמי חומר בדיני גנבה, לכן אף דגונב את העכו"ם או ההקדש חייב לשלם קרן אבל אין לזה חומר של דיני גנבה אלא משום שלקח ממון העכו"ם או ההקדש, ולכן ליכא בזה דינא דנמכר בגנבתו, ובזה מבואר דבאמת לא דמי ממש לכפל דמה דאינו משלם כפל אלא כשגונב דבר שהוא ברשותו מקרא דוגונב מבית האיש זהו דין מיוחד בכפל ובפרט דוגנב מבית האיש לא כתוב בהך פרשה, ולכן אין דנין מזה לדין ונמכר בגנבתו ולכן מיושב דאפשר לפרש קרא דנמכר בגנבתו על יצא ממחתרת, וכדעת הרמב"ן בפירושו על התורה דלדידן דלא ס"ל כרב קאי קרא על יצא ממחתרת דאף דכבר נעשה אינו ברשותו כשגנב במחתרת והיינו לדעת הרשב"א וכמש"כ למעלה, מ"מ שפיר יש לו לזה חומר גנבה לענין ונמכר בגנבתו.

ובאמת נראה דקרא דואם זרחה השמש עליו אף דבגמ' מפרש לה באב על הבן מ"מ פשטא דקרא מיושב יותר לדעת התרגום דאי קאי קרא באב על הבן דליכא דין מחתרת כלל, א"כ למה מחלק הקרא לשתים לומר אם זרחה השמש עליו דמים לו שלם ישלם אם אין לו ונמכר בגנבתו אם המצא תמצא בידו הגנבה וג' חיים שנים ישלם דהא גם באם זרחה חייב כפל, אבל לדעת התרגום מיושב דאם זרחה באמת אינו חייב כפל דלא הוי וגונב מבית האיש, וכדעת הרשב"א וכנ"ל ודרשא דאב על הבן אפשר דהוא מדכתיב עליו וכדאמר בברייתא וכי עליו בלבד זרחה וכו':

הלכה יד

הי' קרן הגנבה שוה מאה ואין הגנב שוה אלא נ' ה"ז נמכר ושאר הקרן עם הכפל עליו חוב עד שיצא בשביעית ויעשיר וישלם, הי' הגנב שוה מאה ואחד אינו נמכר שנאמר ונמכר בגנבתו עד שיהיו דמיו כולן מובלעין בגנבתו.

גנב ונמכר וחזר וגנב אם לשני גנב ה"ז נמכר פעם שניה ואפי' גנב למאה אנשים נמכר מאה פעמים ואם לראשון גנב פעם שניה אינו נמכר שני' אלא ישאר עליו הכל חוב.

גנב לזה וחזר וגנב לזה וחזר וגנב לזה כולם שותפין בו אם היו דמיו כנגד הקרן של שלשתן או פחות מן הקרן נמכר ומחלקין ביניהם ושאר הכפילות חוב עליו, ואם הי' דמיו יתר אינו נמכר והכל חוב עליו עד שיעשיר.

שותפין שגנבו כאחד משלשין ביניהן וכל א' מהן נמכר בחלקו מן הקרן וכל מי שדמיו יתר על חלק הקרן שנתחייב בו אינו נמכר.

המ"מ ציין לכל דברי הרמב"ם שהוא מסוגיא דקדושין, אבל באמת צריך באור, והנה שם איתא מכלל דעבד עברי נמכר ונשנה והתניא בגנבתו וכו' כיון שנמכר פ"א שוב אי אתה רשאי למכרו, אמר רבה ל"ק כאן בגנבה אחת כאן בשני גנבות א"ל אביי בגנבתו טובא משמע אלא אמר אביי ל"ק כאן באדם אחד כאן בשני גנבות, ת"ר גנבו אלף ושוה חמש מאות נמכר וחוזר ונמכר, גנבו חמש מאות ושוה אלף אינו נמכר כלל, ר"א אומר אם הי' גנבו כנגד ממכרו נמכר ואם לאו אינו נמכר, אמר רבא בהא זכנהו ר"א לרבנן דמ"ש גנבו חמש מאות ושוה אלף דאינו נמכר, דנמכר כולו אמר רחמנא ולא חציו ה"נ נמכר בגנבתו אמר רחמנא ולא בחצי גנבתו, ורש"י פי' דמה דאמר רבה כאן בגנבה אחת כאן בשתי גנבות דבגנבה אחת אינו נמכר ב"פ אבל בב' גנבות אפי' לא עמד בדין עד הגנבה הב' מ"מ נמכר וחוזר ונמכר, ואביי אמר כאן באדם אחד שעמד בדין בב"א על הרבה גנבות אינו חוזר ונמכר, אבל בב' בנ"א שמעמידים אותו בדין ב"פ נמכר בשביל כאו"א וה"ה אם גנב ועמד בדין ונמכר וחזר וגנב משיצא חפשי חוזר ונמכר והקשו ע"ז בתוס' במה שפירש"י דבגנבה אחת אינו חוזר ונמכר דאינו לא כרבנן ולא כר"א דרבנן סברי דנמכר וחוזר ונמכר ור"א סבר דאינו נמכר כלל, ע"כ פירשו בתוס' להיפוך דבגנבה אחת נמכר וחוזר ונמכר, ובב' גנבות וכן לאביי בב' בנ"א אינו חוזר ונמכר ואתיא כרבנן.

ושיטת הרמב"ם הוא דלא כרש"י ולא כתוס' דכתוס' בודאי אינו אלא דהוא גם לא כשיטת רש"י דרש"י הא מפרש לאביי דבב' בנ"א שמעמידים אותן ב"פ לדין נמכר וחוזר ונמכר, והרמב"ם פסק דאינו נמכר ועוד דרש"י פירש דאפי' באדם א' אם נמכר פ"א וחזר וגנב ועמד בדין נמכר פעם ב' והרמב"ם פסק דאינו נמכר, איברא דפירש"י בעצמו קשה דלשיטתו למה כתב דבאדם אחד אם נמכר וגנב דחוזר ונמכר דהא אפי' גנב והעמידו בדין וחזר וגנב צריך להיות נמכר וחוזר ונמכר ואפי' גנב וגנב והעמידו בדין על כ"א בפני עצמו דהא כתב בד"ה טובא משמע אם עמד על שתיהן בדין אחד קרינן ביה בגנבתו, ומצאתי שכבר עמד בזה הגרש"ש ונשאר בקושיא, עכ"פ הרמב"ם פסק בין גבי אדם

א' בין גבי שני בנ"א דלא כפירש"י, ותמיהני על הפנ"י בקדושין שם שכתב דהרמב"ם מפרש כפירש"י ואף דבודאי בזה הוא כפירש"י דלא כתוס' שמחלקים להיפוך בין אדם א' לב' בנ"א מ"מ הי' לו להזכיר דהרמב"ם חולק גם על פירש"י.

ובמה דפסק הרמב"ם דאם הי' הגנבה שוה ק' והגנב שוה נ' דנמכר ושאר הקרן עם הכפל חוב, כתב המ"מ דפסק כחכמים דברייתא שם, ואע"ג דאמר רבא בהא זכנהו ר"א לרבנן לא אמר שיהי' הלכה כן, ודבריו תמוהין דהא לא פסק הרמב"ם כת"ק דברייתא דפליג עם ר"א וע"כ צ"ל דפסק כברייתא קמייתא וכמש"כ התוס' ופירש"י דאינו לא כת"ק ולא כר"א, ומצאתי שהפנ"י עמד בזה, וכתב דהמ"מ מפרש כמו שכתב המהרש"א ליישב קושיית התוס' דברייתא מיירי בב' בנ"א ור"א דפליג לא קאי אמאי דאמר ת"ק בפי' אלא אדיוקא דמשמע ליה דסובר ת"ק דבאדם אחד אינו נמכר ונשנה, אבל נמכר פעם א' ולכן אמר דאינו נמכר כלל, אבל באמת אף דגם לפירש"י הוא דוחק לפרש כפירושו של המהרש"א, אבל לשיטת הרמב"ם א"א אף בדוחק לפרש כן דאיך נאמר דמה דאמר ת"ק גנבו אלף ושוה חמש מאות נמכר וחוזר ונמכר מיירי בב' בנ"א דהא לשיטת הרמב"ם גם בב' בנ"א אם שני הגנבות היו קודם שנמכר אינו נמכר וחוזר ונמכר אלא כולם שותפין במכירתו והשאר חוב, ודוקא בגנב ונמכר וחזר וגנב ואיך שייך לומר ע"ז גנבו אלף ושוה חמש מאות נמכר וחוזר ונמכר דמוכח דקודם שנמכר היה גנבו אלף.

ונראה דזה ודאי דהרמב"ם סובר דברייתא קמייתא פליגא על ברייתא דפליג ר"א, דקמייתא הא סברה להדיא דאינו נמכר ונשנה והך דפליג בה ר"א סבר ת"ק דאפי' בחד גנבה נמכר ונשנה, והרמב"ם פוסק כקמייתא דהא רבה ואביי מפרשי לה, אלא דמ"מ הא דאמר רבא בהא זכנהו ר"א לרבנן דכמו דאמרינן נמכר כולו ולא חציו ה"נ נמכר בגנבתו ולא בחצי גנבתו זה ודאי קושיא גם על ברייתא קמייתא דסברה אינו נמכר ונשנה אבל פעם אחת נמכר, ולכן שפיר כתב המ"מ דפסק כחכמים דברייתא והיינו ברייתא קמייתא דפליגא נמי על ר"א ושפיר כתב דאף דאמר רבא בהא זכנהו לא אמר שיהי' הלכה כן.

והנה הגאון מוהריל"ד זצ"ל שהבאתי דבריו למעלה בהל' י"ג כשהביא דברי הרמב"ם בהל' ט"ז כתב ע"ז ועיין בירושלמי סוף פ"ג דסוטה דמשם מקור דברי הרמב"ם דהלכות גנבה ועיין במפרשי הירושלמי ואכמ"ל עכ"ל, וראיתי דברי הירושלמי שם ועל הלכה ט"ז שחידש הרמב"ם דגם בב' בנ"א אם גנב קודם מכירה אינו נמכר אלא פ"א והשאר חוב, לכאורה אין מדברי הירושלמי שום מקור, ובאמת קשה ע"ז מהא דאמר אביי בגנבתו טובא משמע, דלדברי הרמב"ם דאפי' גנב אחר שנמכר מ"מ באדם אחד אינו חוזר ונמכר היכן משמע זה מבגנבתו הא בגנבתו ודאי לא משמע אלא הגנבות שקודם המכירה,

ונביא דברי הירושלמי לבאר ביותר הלכה י"ד וט"ו, וז"ל הירושלמי שם, בגניבו אינו נמכר ונשנה ואין לו עליו דמים מעתה בגניבה אחת אבל בשתי גניבות נמכר ונשנה, ר' ירמיה בעי גנב משל שותפות מה את עביד לה כגניבה אחת כשתי גניבות, היה גונב ומוציא בלילה נומר אם ידעו בו הבעלים בינתיים שתי גניבות הן ואם לאו גניבה אחת היא, ופי' הק"ע דמה דאמר ואין לו עליו דמים הוא בניחותא, דאין לנגנב יותר חוב על הגנב במה ששוה הגנבה יותר, ותמה מזה בש"ק על הרמב"ם דפסק שהשאר עליו חוב, ומה שכתב עוד בש"ק דהרמב"ם פסק כרבא ולא כאביי ומדברי הירושלמי, דבריו תמוהין דהא פסק להדיא כאביי ואין להאריך בדבריו בזה ע"ש, אבל מה שהקשה לפי פירושו על מש"כ הרמב"ם דהשאר עליו חוב זה באמת קשה.

אכן הפ"מ פי' דמה דאמר ואין לו עליו דמים זהו בתמיה דקס"ד דאפי' בשתי גנבות אינו נמכר ונשנה והרי חייב לו דמים בשביל גניבה האחרת, ולכן אמר מעתה בגנבה אחת פי' ע"כ דה"ק בגנבה אחת הוא דאינו נמכר ונשנה ופירושו דחוק דאיזה קושיא הוא ואין לו עליו דמים דילמא אה"נ דיש לו דמים ומ"מ אינו נמכר ונשנה, ובמה"פ הקשה בעצמו על פי' זה דמה מתרץ מעתה בגניבה אחת דאכתי יש לו עליו דמים מחצי הגנבה, לכן נראה דגרסינן ואין לו עליו אלא דמים כלומר בגנבה אחת ואינו שוה כל דמים אינו נמכר בשביל חציה ולכשיצא להמכר בשביל חציה השני דגזה"כ הוא אם אינו שוה עד דמי הגנבה אינו נמכר כלל עכ"ל, וזהו כמו דסבר ר"א ומלבד דאינו מיושב לפרש סתמא דירושלמי כר"א גם הלשון אינו נמכר ונשנה לא משמע כלל הכי.

לכן נראה דדברי הירושלמי נפרש כמו שמפרש הק"ע דהוא בניחותא דאינו נמכר ונשנה ואין לו עליו דמים, ומה דאמר בירושלמי מעתה בגנבה אחת אבל בשתי גנבות נמכר ונשנה הכונה הוא דכיון דאמר אינו נמכר ונשנה ואין לו עליו דמים א"כ אשמעינן קרא דבגנבתו דכיון דנמכר בגנבתו כבר אין עליו יותר חוב דבשביל חומר המכירה כבר נפטר מגנבתו, וא"כ ע"כ זה שייך רק על גנבה שלפני המכירה אבל לא שייך לומר דאם מכרוהו ב"ד פ"א יהי' פטור לעולם על כל הגנבות שיגנוב, וכיון דמפרשינן קרא דבגנבתו דבמכירה נפטר מגנבתו ע"כ דזהו רק בגנבה אחת אבל בשתי גנבות נמכר ונשנה ומזה מוכח באמת פירושו של הרמב"ם דבגנבה אחת פירושו קודם המכירה, ובשתי גנבות פירושו מה שיגנוב אחר המכירה, דאם שתי גנבות שתיהן לפני המכירה א"כ מה אמר מעתה בגנבה אחת דילמא אה"נ דאפי' בשני גנבות הוא נפטר, אבל לשיטת הרמב"ם מיושב שפיר דבשתי גנבות היינו גנב ונמכר וחזר וגנב, ובזה אמר שפיר מעתה וכו' דכיון דקרא אשמעינן דבמכירתו נפטר מכל חיוב גנבתו א"כ לא שייך זה על גנבות שיגנוב

אחר המכירה וכמש"כ.

ומה שהקשינו מהא דאמר אביי בגנבתו טובא משמע, יש לומר דענין הפי' דבגנבתו משמע הרבה גנבות באמת אין הדבר כן אלא דקרא דונמכר בגנבתו דממעט דאינו נמכר ונשנה ממעט אפי' טובא גנבות דהא אמר קרא ונמכר בגנבתו, והיינו בשביל גנבה אחת נמכר פ"א ולא נמכר הרבה פעמים אפי' בשביל הרבה גנבות וזהו בגנבתו אפי' טובא משמע פי' למעוטי אפי' טובא דאינו נמכר ונשנה, ולזה מתרץ אביי דכאן באדם א' כאן בשני בנ"א והיינו דקרא הא לא מיירי אלא בגנב מאדם אחד, ולכן גם מה שנתמעט דאפי' על הרבה גנבות אינו נמכר ונשנה, הוא באדם אחד אבל בב' בנ"א לא מיירי קרא, ולכן בשביל גנבת אדם אחר שפיר נמכר.

והנה הירושלמי הא אזיל להדיא אליבא דרבא דמחלק בין גנבה אחת לב' גנבות, אבל הרמב"ם הא פסק כאביי וממילא מדברי הירושלמי גופא מוכח דלאביי השאר עליו חוב דהא מוכיח הירושלמי ממה דאמר דאין לו עליו דמים דבשתי גנבות נמכר ונשנה, וכיון דלאביי אפי' בשתי גנבות אינו נמכר ונשנה, ע"כ דקרא דונמכר בגנבתו לא בא לומר דנפטר במכירתו מגנבתו אלא דבא לומר דאינו נמכר ב' פעמים וא"כ חוב הגנבה של השאר לא נפקע, ולכן שפיר פסק הרמב"ם דהשאר עליו חוב וגם שפיר פסק דכל החלוק בין אדם א' לב' בנ"א הוא על גנב ונמכר וגנב, משום דכיון דמוכח מירושלמי דמה דחילק רבא בין גנבה א' לב' גנבות היינו בגנב ונמכר וגנב, לכן ה"נ החילוק בין אדם א' לב' בנ"א הוא נמי בכה"ג אבל קודם המכירה לא מהני כלל ב' בנ"א דנעשו כולן שותפין וקרינן ביה ונמכר בגנבתו דאינו נמכר אלא פעם א'.

והמה"פ עמד על זה שלא זכר הרמב"ם בעיא דר' ירמיה בגנב משל שותפות ע"ש מש"כ בזה, ובאמת לק"מ דבעיא דר' ירמיה לא שייך אלא לסוגיית הירושלמי דסבר כרבא דמחלק בין גנבה אחת לב' גנבות, ולכן מיבעי ליה בגנב משל שותפות אם היה כגנבה אחת או כב' גנבות וה"נ אפשר למיבעי בעיא דר' ירמיה לאביי לפירש"י דבגנב מב' בנ"א אפי' קודם מכירה ה"ז נמכר ונשנה א"כ איכא למיבעי בגנב משל שותפות אי כאדם א' או כב' בנ"א, אבל לשיטת הרמב"ם דפסק כאביי ומפרש דדוקא בגנב ונמכר וחזר וגנב מאדם אחר נמכר ונשנה, א"כ לא שייך בעיא דר' ירמיה כלל והוא פשוט.

ובמש"כ הרמב"ם בהלכה י"ז שותפין שגנבו וכו' כתב המ"מ גם זה שם והוא פלא כי לא נמצא בקדושין כלל מזה, וכבר תמה בזה המה"פ בירושלמי בסוטה שם, והנה המה"פ כתב על בעיא דר' ירמיה בגנב משל שותפות דיש לפשוט מהלכה זו דכיון דשותפין שגנבו ואחד דמיו יתר על חלק הקרן, שאינו נמכר מ"מ השני שדמיו אינם יתרים נמכר

אלמא דשותפין אינם כמו אדם א', והנה כבר כתבתי דלדידן להלכה אין שייכות כלל לבעיא דר' ירמיה, אכן להירושלמי דמחלק בין גנבה אחת לב' גנבות אין לפשוט כלל דין זה מדין שותפין שגנבו, דאף דנאמר דגנב משל שותפות נקרא זה גנבה אחת מ"מ בשותפין שגנבו לא שייך כלל לומר דבשביל דאחד דמיו יתר על הגנבה ואינו נמכר משום ונמכר כולו ולא חציו, לכן לא יהי' נמכר מי שדמיו אינם יתר ונמכר כולו דבזה בודאי לא שייך לומר שהם כאדם אחד, דדין המכירה אינו תלוי בדין הגנבה כלל, ואף שהוא גנבה אחת מ"מ שפיר נמכר מי שדמיו אינו יתר, ונראה שהדבר להיפוך דבשביל דראה הרמב"ם בעיא דר' ירמיה דלדידן אין נ"מ בה השמיענו דמ"מ בשותפין שגנבו אין ספק שיהי' תלוי זה בזה, ולא כתב יראה לי משום דהדבר פשוט אף דאין דרך הרמב"ם לכתוב דברים שלא הוזכרו בהתלמודים מ"מ כתב זה משום דיש לזה דמיון מבעיא דר' ירמיה ולכן כתב דבזה לא שייך ספיקא דשותפין:

-השמטות ומלואים-

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

א) במש"כ בפ"ג מה' גנבה הל' י"ד על ד' המ"מ שכתב דהרמב"ם פסק כחכמים בברייתא, ותמהתי דהא חכמים סברי נמכר וחוזר ונמכר העיר לי כבוד חביבי דהגר"א ז"ל כתב דהרמב"ם גורס ואינו חוזר נמכרו ושכן הוא במכילתא והעיר שגם בתוס' הרא"ש הגירסא כן, בודאי דזהו שגגת העלם מה שלא ראיתי הגהת הגר"א במקומו ושהגר"א ז"ל כותב שהוא גי' נכונה מאוד, מ"מ שמתי עכשיו לבי לזה, והנה רש"י ז"ל כתב ה"ג וכו' נמכר וחוזר ונמכר, ומוכח דגם רש"י ראה הגירסא ואינו חוזר ונמכר והגיה חוזר ונמכר, אף דלפירש"י בעצמו קשה דברייתא הקודמת לא כחכמים ולא כר"א, וגם התוס' שהקשו על פירש"י בזה בכ"ז לא כתבו דהלגירסא ואינו חוזר ונמכר מיושב, וע"כ שהיה לרש"י ותוס' טעם ברור דצריך לגרוס דוקא כגירסת רש"י וטעמא בעי דלמה לא ניחא להו כגירסא הקודמת.

ונראה בדעתם דסוברים דמה דאמר ר"א אם היה גנבו כנגד ממכרו נמכר ואם לאו אינו נמכר דזהו דוקא כשהנגנב תובע הכל, אבל אם הנגנב מוחל בעד היותר לא מסתבר שלא נמכר, דאף דבשעת גנבה היתה יותר משויו דאטו שעת גנבה גורם דין ממכר דהא בשעת גנבה אכתי יש החפץ בעין ואפי' על חיוב האחריות אכתי אינו מוכח שלא יהיה ממה לשלם ואם הוא עכשיו עני אפשר יעשר, וא"כ א"א לומר דבשעת גנבה נעשה דין המכירה ובודאי דזהו דין בשעת גובייגא, וראיתי אח"כ שכן כתב המקנה והוסיף עוד

דהא עכ"פ יכול לומר לדידי שוה לי, ולכן ע"כ דזהו כשרוצה הנגנב שישאר חוב, והנה לפי"מ דמבואר בירושלמי דאין השאר חוב וזהו לרבנן א"כ קשה על מה דאמר ר"א דאינו נמכר, ולכן ע"כ דהגירסא הוא נמכר וחוזר ונמכר דהחוב לא נתבטל ובזה אמר ר"א דאינו נמכר כלל, ומה דאמר בירושלמי דאין השאר חוב זהו לברייתא קמייתא דאינו חוזר ונמכר, ולשיטת הרמב"ם דחולק על ירושלמי וסובר דגם לדידן הדמים חוב יש לומר דכיון דעכ"פ אינו מפורש להדיא בדברי ת"ק דנשאר הדמים חוב, לא שייך דר"א יחלוק לומר דאינו נמכר ובפרט דהוא מחלוקת במכילתא כמש"כ חביבי וכמו שנבאר.

ובמה שכתב לבאר דעת הרמב"ם דנשאר הדמים חוב משום דהוא מחלוקת במכילתא ור"י סובר דנשארו הדמים חוב, ולכן פסק הרמב"ם כר' יהודה וכמש"כ שם המלבים ודבריו בודאי נכונים לפי' המלבים, אבל מסתפקנא טובא אם כונת המכילתא כן הוא, והנה ז"ל המכילתא ונמכר בגנבתו לא פחות ולא יותר, ר' יהודה אומר אם גנב פחות ממה ששוה אינו נמכר יותר ממה ששוה הרשות ביד בעל הגנבה אם רצה למכור ימכור ואם לאו כותב לו שטר, ר' אליעזר אומר גנב פחות ממה ששוה אינו נמכר יותר ממה ששוה דיו להשתכר מחצה ולהפסיד מחצה, והמלבים פי' דר"י סבר דהחוב נשאר ור"א סבר דמפסיד החוב, אבל פי' זה קשה טובא דאם ר"י סבר דהחוב נשאר, א"כ מה שייך לומר הרשות ביד בעל הגנבה אם רצה למכור ימכור ואם לאו כותב לו שטר על דמיו כיון דאפי' מוכרו נשארו שאר הדמים חוב, ואין לומר דאם אינו מוכרו כותב שטר ואם מוכרו אינו כותב שטר דמאי נ"מ, וע"כ דר"י נמי סבר דאין הדמים חוב, ובזה שפיר קאמר דהרשות ביד בעל הגנבה, ור"א חולק ואומר דאם הגנב רוצה שימכרו אותו כדין התורה אינו יכול הנגנב לחייבו שיתן לו שטר על דמיו ודיו שישתכר מחצה ויפסיד מחצה.

ומה שדחק המלבים בריש הברייתא דתניא לא פחות ולא יותר לומר דקאי על פחות משש ויותר על שש בודאי דחוק והרגיש בעצמו הדוחק וכתב דיותר נראה שצריך למחוק זה דא"א לפרש כפשוטו דאין כאן ג' מחלוקת, אבל לדעתי נראה דרישא דברייתא הוא התחלה לדברי ר"י ור"א והיינו דמקודם אמר דנמכר בגנבתו לא פחות ולא יותר. דבין שהגנבה פחותה מדמיו בין שהיא יתירה על דמיו אינו רשאי למכרו, דא"א למכרו באופן שישאר חוב, ובזה אמר ר"י דהברירה היא ביד בעל הגנבה, ור"א אומר דאין הברירה בידו אלא דע"כ הוא נמכר בגנבתו, וכמה שתהי' אפי' הרבה יותר מדמיו כבר יצאה גנבתו בדמיו.

אכן בדעת הרמב"ם דחולק על המכילתא והירושלמי נראה דסובר דתנא דברייתא דמייתי בבבלי ע"כ חולק ע"ז דכיון דיליף מקרא דבגנבתו דכיון שנמכר פעם א' שוב אינו

רשאי למוכרו ע"כ דלא דרשינן בגנבתו לומר דנפקע כל הגנבה וכמ"ש דלא נוכל לדרוש מקרא דבגנבתו שני המיעוטים, ותנאי דמכילתא סברי דבב' גנבות נמכר ונשנה וכדעת הירושלמי, והרמב"ם פסק כסתמא דברייתא דבבלי דאיירו בה רבא ואביי, ופסק כאביי דמשמע בגמ' דדחה להא דרבא, ומה דסותר ר"א דמכילתא לר"א דמייתי בבבלי נראה דבבבלי הוא ר' אליעזר כדאיתא שם, אבל במכילתא אף דאיתא ר' אליעזר, הוא ט"ס דהא תני אחר דברי ר' יהודה וע"כ דהוא ר' אלעזר:

ב) במש"כ לבאר ד' הרמב"ם דסובר דבב' בנ"א דנמכר ונשנה הוא דוקא כשנגב אחר שנמכר דהוא ע"פ ד' הירושלמי דאמר מעתה בגנבה אחת, אבל בב' גנבות נמכר ונשנה וכתבתי דהוא ע"כ כשגנב אחר המכירה דאל"כ מנין פשיטא ליה זה מהא דאמר דאין לו עליו דמים, תמה חביבי דאיך אפרש סוף ד' הירושלמי שהבאתי בעצמי בגנב משל שותפין ובהיה גונב ומוציא בלילה דהוא בגנב קודם המכירה, ודאי דבריו נכונים ולפי דרכי שהיה ברור אצלי דאין לפרש באופן אחר דברי הירושלמי צ"ל דהוא מחלוקת ור' ירמי' חולק ע"ז וסובר דבב' גנבות בכל גווני נמכר ונשנה, אבל הנני מודה שזה דוחק גדול, ולכן נראה עכשיו בבאור ד' הירושלמי דאמר מעתה בגנבה אחת, דהוא דאם היינו אומרים דלא נפטר משאר הדמים, א"כ קרא דבגנבתו בא לומר דרק בגנבה אחת נמכר ולא בעד גנבה הב'. אבל אם אנו אומרים דנפטר משאר הדמים א"כ ע"כ ילפינן זה מקרא דבגנבתו לומר דנמכר בעד כל הגנבה, וא"כ אין לנו ראיה דאינו נמכר פעם ב' בעד גנבה ב', וזהו דאמר מעתה בגנבה אחת כיון דאמר דאין הדמים עליו חוב וזה דרשינן מבגנבתו א"כ ליכא מיעוטא על גנבה ב'.

אכן לפי"ז צריך ביאור מה דפסק הרמב"ם דבב' בנ"א דנמכר ונשנה הוא דוקא כשגנב אחר שנמכר ואמאי לא נימא דכמו למ"ד בב' גנבות נמכר ונשנה מוכח בירושלמי דהוא בגנב קודם שנמכר ה"נ לדידן בב' בנ"א.

והנה חביבי כתב דעיקר סברת הרמב"ם דאם לא היה מכירה בינתיים אף שעמד בדין כבר על מכירה של ראובן אבל הא אין דין קדימה דרק בשעבוד יש קדימה ומכירה לגופו אין זה דין שעבוד אלא חיוב על הב"ד למוכרו וא"כ אם אחר העב"ד גנב משמעון המכירה הוא בעד שניהם, וחולקים כסף המכירה ביניהם אבל למ"ד בב' גנבות שפיר גובה הנגנב מקודם בעד גנבה הראשונה מדמי מכירתו ע"כ תורף דבריו אכן בדבריו יתיישב רק לבאר למה לא נמכר היכי דעמד בדין לראובן וחזר ועמד בדין לשמעון קודם המכירה, אבל לא יתיישב כלל מה דמוכח מדברי הרמב"ם דדוקא אם הגנבה מהב' היה אחר המכירה, אבל אם היה קודם המכירה אלא שלא העמידו בדין עד אחר המכירה

דאז ודאי הראשון שכבר זכה בכסף מכירתו אין מוציאין ממנו בזה שהעמידו הב' לדין אחר מכירתו ומ"מ אינו נמכר וזה אינו מיושב בטעמו וגם ראייתו מגנב משל שותפין ג"כ לא שייך אלא היכי שחולקין הדמים ביניהם וכמו שכ' בעצמו.

ונראה דהרמב"ם סובר דמה דמוכח בירושלמי דלמ"ד בב' גנבות אינו נמכר ונשנה היינו אפי' גנב קודם המכירה הכל הוא לשיטת רבא דסובר דצריך מיעוט מפורש דאינו נמכר ונשנה, אבל אביי דאמר בגנבתו טובא משמע, ובארתי שם דאין הפי' כפשוטו דודאי בגנבתו לא משמע אלא גנבה אחת, אלא דאביי אמר דקרא דבגנבתו ממעט אפי' טובא והיינו דלא כתב קרא דנמכר אלא פעם א' בגנבתו, אבל פעם ב' אפי' הרבה גנבות לא ידעינן וממילא דאינו נמכר, וסברתו הוא דמכירת הגנב חידוש הוא וכמש"כ למעלה בהל' י"ג דהוא כמו קנס, וא"כ מנלן לומר שנמכר ב' פעמים, וכיון שכן גם בעד ב' בנ"א לא ידעינן שנמכר כיון דלא כתיב אלא ונמכר בגנבתו והוא פעם א', ולכן מפרש דלאביי דסבר דבב' בנ"א נמכר זהו כשגנב אחר המכירה דעכשיו הוא מילתא אחריתא לגמרי ופנים חדשות באו לכאן ויש בו אותו הדין שהיה בו פעם ראשון ולפי"ז ע"כ מפרש הרמב"ם דמה דבאדם א' בב' גנבות אינו נמכר היינו אפי' בגנב אחר המכירה, אף דבסברא היה צ"ל שימכר מ"מ ע"ז בא קרא דבגנבתו דאינו נמכר ונשנה.

הלכה טו

הי' קרן הגנבה שוה מאה ואין הגנב שוה אלא נ' ה"ז נמכר ושאר הקרן עם הכפל עליו חוב עד שיצא בשביעית ויעשיר וישלם, הי' הגנב שוה מאה ואחד אינו נמכר שנאמר ונמכר בגנבתו עד שיהיו דמיו כולן מובלעין בגנבתו.

גנב ונמכר וחזר וגנב אם לשני גנב ה"ז נמכר פעם שניה ואפי' גנב למאה אנשים נמכר מאה פעמים ואם לראשון גנב פעם שניה אינו נמכר שני' אלא ישאר עליו הכל חוב.

גנב לזה וחזר וגנב לזה וחזר וגנב לזה כולם שותפין בו אם היו דמיו כנגד הקרן של שלשתן או פחות מן הקרן נמכר ומחלקין ביניהם ושאר הכפילות חוב עליו, ואם הי' דמיו יתר אינו נמכר והכל חוב עליו עד שיעשיר.

שותפין שגנבו כאחד משלשין ביניהן וכל א' מהן נמכר בחלקו מן הקרן וכל מי שדמיו יתר על חלק הקרן שנתחייב בו אינו נמכר.

המ"מ ציין לכל דברי הרמב"ם שהוא מסוגיא דקדושין, אבל באמת צריך באור, והנה שם איתא מכלל דעבד עברי נמכר ונשנה והתניא בגנבתו וכו' כיון שנמכר פ"א שוב אי אתה רשאי למכרו, אמר רבה ל"ק כאן בגנבה אחת כאן בשני גנבות א"ל אביי בגנבתו טובא משמע אלא אמר אביי ל"ק כאן באדם אחד כאן בשני גנבות, ת"ר גנבו אלף ושוה

חמש מאות נמכר וחוזר ונמכר, גנבו חמש מאות ושוה אלף אינו נמכר כלל, ר"א אומר אם הי' גנבו כנגד ממכרו נמכר ואם לאו אינו נמכר, אמר רבא בהא זכנהו ר"א לרבנן דמ"ש גנבו חמש מאות ושוה אלף דאינו נמכר, דנמכר כולו אמר רחמנא ולא חציו ה"נ נמכר בגנבתו אמר רחמנא ולא בחצי גנבתו, ורש"י פי' דמה דאמר רבה כאן בגנבה אחת כאן בשתי גנבות דבגנבה אחת אינו נמכר ב"פ אבל בב' גנבות אפי' לא עמד בדין עד הגנבה הב' מ"מ נמכר וחוזר ונמכר, ואביי אמר כאן באדם אחד שעמד בדין בב"א על הרבה גנבות אינו חוזר ונמכר, אבל בב' בנ"א שמעמידים אותו בדין ב"פ נמכר בשביל כאו"א וה"ה אם גנב ועמד בדין ונמכר וחזר וגנב משיצא חפשי חוזר ונמכר והקשו ע"ז בתוס' במה שפירש"י דבגנבה אחת אינו חוזר ונמכר דאינו לא כרבנן ולא כר"א דרבנן סברי דנמכר וחוזר ונמכר ור"א סבר דאינו נמכר כלל, ע"כ פירשו בתוס' להיפוך דבגנבה אחת נמכר וחוזר ונמכר, ובב' גנבות וכן לאביי בב' בנ"א אינו חוזר ונמכר ואתיא כרבנן.

ושיטת הרמב"ם הוא דלא כרש"י ולא כתוס' דכתוס' בודאי אינו אלא דהוא גם לא כשיטת רש"י דרש"י הא מפרש לאביי דבב' בנ"א שמעמידים אותן ב"פ לדין נמכר וחוזר ונמכר, והרמב"ם פסק דאינו נמכר ועוד דרש"י פירש דאפי' באדם א' אם נמכר פ"א וחזר וגנב ועמד בדין נמכר פעם ב' והרמב"ם פסק דאינו נמכר, איברא דפירש"י בעצמו קשה דלשיטתו למה כתב דבאדם אחד אם נמכר וגנב דחוזר ונמכר דהא אפי' גנב והעמידו בדין וחזר וגנב צריך להיות נמכר וחוזר ונמכר ואפי' גנב וגנב והעמידו בדין על כ"א בפני עצמו דהא כתב בד"ה טובא משמע אם עמד על שתיהן בדין אחד קרינן ביה בגנבתו, ומצאתי שכבר עמד בזה הגרש"ש ונשאר בקושיא, עכ"פ הרמב"ם פסק בין גבי אדם א' בין גבי שני בנ"א דלא כפירש"י, ותמיהני על הפנ"י בקדושין שם שכתב דהרמב"ם מפרש כפירש"י ואף דבודאי בזה הוא כפירש"י דלא כתוס' שמחלקים להיפוך בין אדם א' לב' בנ"א מ"מ הי' לו להזכיר דהרמב"ם חולק גם על פירש"י.

ובמה דפסק הרמב"ם דאם הי' הגנבה שוה ק' והגנב שוה נ' דנמכר ושאר הקרן עם הכפל חוב, כתב המ"מ דפסק כחכמים דברייתא שם, ואע"ג דאמר רבא בהא זכנהו ר"א לרבנן לא אמר שיהי' הלכה כן, ודבריו תמוהין דהא לא פסק הרמב"ם כת"ק דברייתא דפליג עם ר"א וע"כ צ"ל דפסק כברייתא קמייתא וכמש"כ התוס' ופירש"י דאינו לא כת"ק ולא כר"א, ומצאתי שהפנ"י עמד בזה, וכתב דהמ"מ מפרש כמו שכתב המהרש"א ליישב קושיית התוס' דברייתא מיירי בב' בנ"א ור"א דפליג לא קאי אמאי דאמר ת"ק בפי' אלא אדיוקא דמשמע ליה דסובר ת"ק דבאדם אחד אינו נמכר ונשנה, אבל נמכר פעם א' ולכן אמר דאינו נמכר כלל, אבל באמת אף דגם לפירש"י הוא דוחק לפרש כפירושו של

המהרש"א, אבל לשיטת הרמב"ם א"א אף בדוחק לפרש כן דאיך נאמר דמה דאמר ת"ק גנבו אלף ושוה חמש מאות נמכר וחוזר ונמכר מיירי בב' בנ"א דהא לשיטת הרמב"ם גם בב' בנ"א אם שני הגנבות היו קודם שנמכר אינו נמכר וחוזר ונמכר אלא כולם שותפין במכירתו והשאר חוב, ודוקא בגנב ונמכר וחזר וגנב ואיך שייך לומר ע"ז גנבו אלף ושוה חמש מאות נמכר וחוזר ונמכר דמוכח דקודם שנמכר היה גנבו אלף.

ונראה דזה ודאי דהרמב"ם סובר דברייתא קמייתא פליגא על ברייתא דפליג ר"א, דקמייתא הא סברה להדיא דאינו נמכר ונשנה והך דפליג בה ר"א סבר ת"ק דאפי' בחד גנבה נמכר ונשנה, והרמב"ם פוסק כקמייתא דהא רבה ואביי מפרשי לה, אלא דמ"מ הא דאמר רבא בהא זכנהו ר"א לרבנן דכמו דאמרינן נמכר כולו ולא חציו ה"נ נמכר בגנבתו ולא בחצי גנבתו זה ודאי קושיא גם על ברייתא קמייתא דסברה אינו נמכר ונשנה אבל פעם אחת נמכר, ולכן שפיר כתב המ"מ דפסק כחכמים דברייתא והיינו ברייתא קמייתא דפליגא נמי על ר"א ושפיר כתב דאף דאמר רבא בהא זכנהו לא אמר שיהי' הלכה כן.

והנה הגאון מוהריל"ד זצ"ל שהבאתי דבריו למעלה בהל' י"ג כשהביא דברי הרמב"ם בהל' ט"ז כתב ע"ז ועיין בירושלמי סוף פ"ג דסוטה דמשם מקור דברי הרמב"ם דהלכות גנבה ועיין במפרשי הירושלמי ואכמ"ל עכ"ל, וראיתי דברי הירושלמי שם ועל הלכה ט"ז שחידש הרמב"ם דגם בב' בנ"א אם גנב קודם מכירה אינו נמכר אלא פ"א והשאר חוב, לכאורה אין מדברי הירושלמי שום מקור, ובאמת קשה ע"ז מהא דאמר אביי בגנבתו טובא משמע, דלדברי הרמב"ם דאפי' גנב אחר שנמכר מ"מ באדם אחד אינו חוזר ונמכר היכן משמע זה מבגנבתו הא בגנבתו ודאי לא משמע אלא הגנבות שקודם המכירה, ונביא דברי הירושלמי לבאר ביותר הלכה י"ד וט"ו, וז"ל הירושלמי שם, בגניבו אינו נמכר ונשנה ואין לו עליו דמים מעתה בגניבה אחת אבל בשתי גניבות נמכר ונשנה, ר' ירמיה בעי גנב משל שותפות מה את עביד לה כגניבה אחת כשתי גניבות, היה גונב ומוציא בלילה נומר אם ידעו בו הבעלים בינתיים שתי גניבות הן ואם לאו גניבה אחת היא, ופי' הק"ע דמה דאמר ואין לו עליו דמים הוא בניחותא, דאין לנגנב יותר חוב על הגנב במה ששוה הגנבה יותר, ותמה מזה בש"ק על הרמב"ם דפסק שהשאר עליו חוב, ומה שכתב עוד בש"ק דהרמב"ם פסק כרבא ולא כאביי ומדברי הירושלמי, דבריו תמוהין דהא פסק להדיא כאביי ואין להאריך בדבריו בזה ע"ש, אבל מה שהקשה לפי פירושו על מש"כ הרמב"ם דהשאר עליו חוב זה באמת קשה.

אכן הפ"מ פי' דמה דאמר ואין לו עליו דמים זהו בתמיה דקס"ד דאפי' בשתי גנבות אינו נמכר ונשנה והרי חייב לו דמים בשביל גניבה האחרת, ולכן אמר מעתה בגנבה אחת

פי' ע"כ דה"ק בגנבה אחת הוא דאינו נמכר ונשנה ופירושו דחוק דאיזה קושיא הוא ואין לו עליו דמים דילמא אה"נ דיש לו דמים ומ"מ אינו נמכר ונשנה, ובמה"פ הקשה בעצמו על פי' זה דמה מתרץ מעתה בגניבה אחת דאכתי יש לו עליו דמים מחצי הגנבה, לכן נראה דגרסינן ואין לו עליו אלא דמים כלומר בגנבה אחת ואינו שוה כל דמים אינו נמכר בשביל חציה ולכשיצא להמכר בשביל חציה השני דגזה"כ הוא אם אינו שוה עד דמי הגנבה אינו נמכר כלל עכ"ל, וזהו כמו דסבר ר"א ומלבד דאינו מיושב לפרש סתמא דירושלמי כר"א גם הלשון אינו נמכר ונשנה לא משמע כלל הכי.

לכן נראה דדברי הירושלמי נפרש כמו שמפרש הק"ע דהוא בניחותא דאינו נמכר ונשנה ואין לו עליו דמים, ומה דאמר בירושלמי מעתה בגנבה אחת אבל בשתי גנבות נמכר ונשנה הכונה הוא דכיון דאמר אינו נמכר ונשנה ואין לו עליו דמים א"כ אשמעינן קרא דבגנבתו דכיון דנמכר בגנבתו כבר אין עליו יותר חוב דבשביל חומר המכירה כבר נפטר מגנבתו, וא"כ ע"כ זה שייך רק על גנבה שלפני המכירה אבל לא שייך לומר דאם מכרוהו ב"ד פ"א יהי' פטור לעולם על כל הגנבות שיגנוב, וכיון דמפרשינן קרא דבגנבתו דבמכירה נפטר מגנבתו ע"כ דזהו רק בגנבה אחת אבל בשתי גנבות נמכר ונשנה ומזה מוכח באמת פירושו של הרמב"ם דבגנבה אחת פירושו קודם המכירה, ובשתי גנבות פירושו מה שיגנוב אחר המכירה, דאם שתי גנבות שתיהן לפני המכירה א"כ מה אמר מעתה בגנבה אחת דילמא אה"נ דאפי' בשני גנבות הוא נפטר, אבל לשיטת הרמב"ם מיושב שפיר דבשתי גנבות היינו גנב ונמכר וחזר וגנב, ובזה אמר שפיר מעתה וכו' דכיון דקרא אשמעינן דבמכירתו נפטר מכל חיוב גנבתו א"כ לא שייך זה על גנבות שיגנוב אחר המכירה וכמש"כ.

ומה שהקשינו מהא דאמר אביי בגנבתו טובא משמע, יש לומר דענין הפי' דבגנבתו משמע הרבה גנבות באמת אין הדבר כן אלא דקרא דונמכר בגנבתו דממעט דאינו נמכר ונשנה ממעט אפי' טובא גנבות דהא אמר קרא ונמכר בגנבתו, והיינו בשביל גנבה אחת נמכר פ"א ולא נמכר הרבה פעמים אפי' בשביל הרבה גנבות וזהו בגנבתו אפי' טובא משמע פי' למעוטי אפי' טובא דאינו נמכר ונשנה, ולזה מתרץ אביי דכאן באדם א' כאן בשני בנ"א והיינו דקרא הא לא מיירי אלא בגנב מאדם אחד, ולכן גם מה שנתמעט דאפי' על הרבה גנבות אינו נמכר ונשנה, הוא באדם אחד אבל בב' בנ"א לא מיירי קרא, ולכן בשביל גנבת אדם אחר שפיר נמכר.

והנה הירושלמי הא אזיל להדיא אליבא דרבא דמחלק בין גנבה אחת לב' גנבות, אבל הרמב"ם הא פסק כאביי וממילא מדברי הירושלמי גופא מוכח דלאביי השאר עליו חוב

דהא מוכיח הירושלמי ממה דאמר דאין לו עליו דמים דבשתי גנבות נמכר ונשנה, וכיון דלאביי אפי' בשתי גנבות אינו נמכר ונשנה, ע"כ דקרא דונמכר בגנבתו לא בא לומר דנפטר במכירתו מגנבתו אלא דבא לומר דאינו נמכר ב' פעמים וא"כ חוב הגנבה של השאר לא נפקע, ולכן שפיר פסק הרמב"ם דהשאר עליו חוב וגם שפיר פסק דכל החלוק בין אדם א' לב' בנ"א הוא על גנב ונמכר וגנב, משום דכיון דמוכח מירושלמי דמה דחילק רבא בין גנבה א' לב' גנבות היינו בגנב ונמכר וגנב, לכן ה"נ החילוק בין אדם א' לב' בנ"א הוא נמי בכה"ג אבל קודם המכירה לא מהני כלל ב' בנ"א דנעשו כולן שותפין וקרינן ביה ונמכר בגנבתו דאינו נמכר אלא פעם א'.

והמה"פ עמד על זה שלא זכר הרמב"ם בעיא דר' ירמיה בגנב משל שותפות ע"ש מש"כ בזה, ובאמת לק"מ דבעיא דר' ירמיה לא שייך אלא לסוגיית הירושלמי דסבר כרבא דמחלק בין גנבה אחת לב' גנבות, ולכן מיבעי ליה בגנב משל שותפות אם היה כגנבה אחת או כב' גנבות וה"נ אפשר למיבעי בעיא דר' ירמיה לאביי לפירש"י דבגנב מב' בנ"א אפי' קודם מכירה ה"ז נמכר ונשנה א"כ איכא למיבעי בגנב משל שותפות אי כאדם א' או כב' בנ"א, אבל לשיטת הרמב"ם דפסק כאביי ומפרש דדוקא בגנב ונמכר וחזר וגנב מאדם אחר נמכר ונשנה, א"כ לא שייך בעיא דר' ירמיה כלל והוא פשוט.

ובמש"כ הרמב"ם בהלכה י"ז שותפין שגנבו וכו' כתב המ"מ גם זה שם והוא פלא כי לא נמצא בקדושין כלל מזה, וכבר תמה בזה המה"פ בירושלמי בסוטה שם, והנה המה"פ כתב על בעיא דר' ירמיה בגנב משל שותפות דיש לפשוט מהלכה זו דכיון דשותפין שגנבו ואחד דמיו יתר על חלק הקרן, שאינו נמכר מ"מ השני שדמיו אינם יתרים נמכר אלמא דשותפין אינם כמו אדם א', והנה כבר כתבתי דלדידן להלכה אין שייכות כלל לבעיא דר' ירמיה, אכן להירושלמי דמחלק בין גנבה אחת לב' גנבות אין לפשוט כלל דין זה מדין שותפין שגנבו, דאף דנאמר דגנב משל שותפות נקרא זה גנבה אחת מ"מ בשותפין שגנבו לא שייך כלל לומר דבשביל דאחד דמיו יתר על הגנבה ואינו נמכר משום ונמכר כולו ולא חציו, לכן לא יהי' נמכר מי שדמיו אינם יתר ונמכר כולו דבזה בודאי לא שייך לומר שהם כאדם אחד, דדין המכירה אינו תלוי בדין הגנבה כלל, ואף שהוא גנבה אחת מ"מ שפיר נמכר מי שדמיו אינו יתר, ונראה שהדבר להיפוך דבשביל דראה הרמב"ם בעיא דר' ירמיה דלדידן אין נ"מ בה השמיענו דמ"מ בשותפין שגנבו אין ספק שיהי' תלוי זה בזה, ולא כתב יראה לי משום דהדבר פשוט אף דאין דרך הרמב"ם לכתוב דברים שלא הוזכרו בהתלמודים מ"מ כתב זה משום דיש לזה דמיון מבעיא דר' ירמיה ולכן כתב דבזה לא שייך ספיקא דשותפין:

-השמטות ומלואים-

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

א) במש"כ בפ"ג מה' גנבה הל' י"ד על ד' המ"מ שכתב דהרמב"ם פסק כחכמים בברייתא, ותמהתי דהא חכמים סברי נמכר וחוזר ונמכר העיר לי כבוד חביבי דהגר"א ז"ל כתב דהרמב"ם גורס ואינו חוזר נמכרו ושכן הוא במכילתא והעיר שגם בתוס' הרא"ש הגירסא כן, בודאי דזהו שגגת העלם מה שלא ראיתי הגהת הגר"א במקומו ושהגר"א ז"ל כותב שהוא גי' נכונה מאוד, מ"מ שמתי עכשיו לבי לזה, והנה רש"י ז"ל כתב ה"ג וכו' נמכר וחוזר ונמכר, ומוכח דגם רש"י ראה הגירסא ואינו חוזר ונמכר והגיה חוזר ונמכר, אף דלפירש"י בעצמו קשה דברייתא הקודמת לא כחכמים ולא כר"א, וגם התוס' שהקשו על פירש"י בזה בכ"ז לא כתבו דהלגירסא ואינו חוזר ונמכר מיושב, וע"כ שהיה לרש"י ותוס' טעם ברור דצריך לגרוס דוקא כגירסת רש"י וטעמא בעי דלמה לא ניחא להו כגירסא הקודמת.

ונראה בדעתם דסוברים דמה דאמר ר"א אם היה גנבו כנגד ממכרו נמכר ואם לאו אינו נמכר דזהו דוקא כשהנגנב תובע הכל, אבל אם הנגנב מוחל בעד היותר לא מסתבר שלא נמכר, דאף דבשעת גנבה היתה יותר משויו דאטו שעת גנבה גורם דין ממכר דהא בשעת גנבה אכתי יש החפץ בעין ואפי' על חיוב האחריות אכתי אינו מוכח שלא יהיה ממה לשלם ואם הוא עכשיו עני אפשר יעשר, וא"כ א"א לומר דבשעת גנבה נעשה דין המכירה ובודאי דזהו דין בשעת גוביינא, וראיתי אח"כ שכן כתב המקנה והוסיף עוד דהא עכ"פ יכול לומר לדידי שוה לי, ולכן ע"כ דזהו כשרוצה הנגנב שישאר חוב, והנה לפי"מ דמבואר בירושלמי דאין השאר חוב וזהו לרבנן א"כ קשה על מה דאמר ר"א דאינו נמכר, ולכן ע"כ דהגירסא הוא נמכר וחוזר ונמכר דהחוב לא נתבטל ובזה אמר ר"א דאינו נמכר כלל, ומה דאמר בירושלמי דאין השאר חוב זהו לברייתא קמייתא דאינו חוזר ונמכר, ולשיטת הרמב"ם דחולק על ירושלמי וסובר דגם לדידן הדמים חוב יש לומר דכיון דעכ"פ אינו מפורש להדיא בדברי ת"ק דנשאר הדמים חוב, לא שייך דר"א יחלוק לומר דאינו נמכר ובפרט דהוא מחלוקת במכילתא כמש"כ חביבי וכמו שנבאר.

ובמה שכתב לבאר דעת הרמב"ם דנשאר הדמים חוב משום דהוא מחלוקת במכילתא ור"י סובר דנשארו הדמים חוב, ולכן פסק הרמב"ם כר' יהודה וכמש"כ שם המלבים ודבריו בודאי נכונים לפי' המלבים, אבל מסתפקנא טובא אם כונת המכילתא כן הוא, והנה ז"ל המכילתא ונמכר בגנבתו לא פחות ולא יותר, ר' יהודה אומר אם גנב פחות

ממה ששוה אינו נמכר יותר ממה ששוה הרשות ביד בעל הגנבה אם רצה למכור ימכור ואם לאו כותב לו שטר, ר' אליעזר אומר גנב פחות ממה ששוה אינו נמכר יותר ממה ששוה דיו להשתכר מחצה ולהפסיד מחצה, והמלבים פי' דר"י סבר דהחוב נשאר ור"א סבר דמפסיד החוב, אבל פי' זה קשה טובא דאם ר"י סבר דהחוב נשאר, א"כ מה שייך לומר הרשות ביד בעל הגנבה אם רצה למכור ימכור ואם לאו כותב לו שטר על דמיו כיון דאפי' מוכרו נשארו שאר הדמים חוב, ואין לומר דאם אינו מוכרו כותב שטר ואם מוכרו אינו כותב שטר דמאי נ"מ, וע"כ דר"י נמי סבר דאין הדמים חוב, ובזה שפיר קאמר דהרשות ביד בעל הגנבה, ור"א חולק ואומר דאם הגנב רוצה שימכרו אותו כדין התורה אינו יכול הנגנב לחייבו שיתן לו שטר על דמיו ודיו שישתכר מחצה ויפסיד מחצה.

ומה שדחק המלבים בריש הברייתא דתניא לא פחות ולא יותר לומר דקאי על פחות משש ויותר על שש בודאי דחוק והרגיש בעצמו הדוחק וכתב דיותר נראה שצריך למחוק זה דא"א לפרש כפשוטו דאין כאן ג' מחלוקת, אבל לדעתי נראה דרישא דברייתא הוא התחלה לדברי ר"י ור"א והיינו דמקודם אמר דנמכר בגנבתו לא פחות ולא יותר. דבין שהגנבה פחותה מדמיו בין שהיא יתירה על דמיו אינו רשאי למכרו, דא"א למכרו באופן שישאר חוב, ובזה אמר ר"י דהברירה היא ביד בעל הגנבה, ור"א אומר דאין הברירה בידו אלא דע"כ הוא נמכר בגנבתו, וכמה שתהי' אפי' הרבה יותר מדמיו כבר יצאה גנבתו בדמיו.

אכן בדעת הרמב"ם דחולק על המכילתא והירושלמי נראה דסובר דתנא דברייתא דמייתי בבבלי ע"כ חולק ע"ז דכיון דיליף מקרא דבגנבתו דכיון שנמכר פעם א' שוב אינו רשאי למוכרו ע"כ דלא דרשינן בגנבתו לומר דנפקע כל הגנבה וכמ"ש דלא נוכל לדרוש מקרא דבגנבתו שני המיעוטים, ותנאי דמכילתא סברי דבב' גנבות נמכר ונשנה וכדעת הירושלמי, והרמב"ם פסק כסתמא דברייתא דבבלי דאיירו בה רבא ואביי, ופסק כאביי דמשמע בגמ' דדחה להא דרבא, ומה דסותר ר"א דמכילתא לר"א דמייתי בבבלי נראה דבבבלי הוא ר' אליעזר כדאיתא שם, אבל במכילתא אף דאיתא ר' אליעזר, הוא ט"ס דהא תני אחר דברי ר' יהודה וע"כ דהוא ר' אלעזר:

ב) במש"כ לבאר ד' הרמב"ם דסובר דבב' בנ"א דנמכר ונשנה הוא דוקא כשנגב אחר שנמכר דהוא ע"פ ד' הירושלמי דאמר מעתה בגנבה אחת, אבל בב' גנבות נמכר ונשנה וכתבתי דהוא ע"כ כשגנב אחר המכירה דאל"כ מנין פשיטא ליה זה מהא דאמר דאין לו עליו דמים, תמה חביבי דאיך אפרש סוף ד' הירושלמי שהבאתי בעצמי בגנב משל שותפין ובהיה גונב ומוציא בלילה דהוא בגנב קודם המכירה, ודאי דבריו נכונים ולפי

דרכי שהיה ברור אצלי דאין לפרש באופן אחר דברי הירושלמי צ"ל דהוא מחלוקת ור' ירמי' חולק ע"ז וסובר דבב' גנבות בכל גווני נמכר ונשנה, אבל הנני מודה שזה דוחק גדול, ולכן נראה עכשיו בבאור ד' הירושלמי דאמר מעתה בגנבה אחת, דהוא דאם היינו אומרים דלא נפטר משאר הדמים, א"כ קרא דבגנבתו בא לומר דרק בגנבה אחת נמכר ולא בעד גנבה הב'. אבל אם אנו אומרים דנפטר משאר הדמים א"כ ע"כ ילפינן זה מקרא דבגנבתו לומר דנמכר בעד כל הגנבה, וא"כ אין לנו ראיה דאינו נמכר פעם ב' בעד גנבה ב', וזהו דאמר מעתה בגנבה אחת כיון דאמר דאין הדמים עליו חוב וזה דרשינן מבגנבתו א"כ ליכא מיעוטא על גנבה ב'.

אכן לפי"ז צריך ביאור מה דפסק הרמב"ם דבב' בנ"א דנמכר ונשנה הוא דוקא כשגנב אחר שנמכר ואמאי לא נימא דכמו למ"ד בב' גנבות נמכר ונשנה מוכח בירושלמי דהוא בגנב קודם שנמכר ה"נ לדידן בב' בנ"א.

והנה חביבי כתב דעיקר סברת הרמב"ם דאם לא היה מכירה בינתיים אף שעמד בדין כבר על מכירה של ראובן אבל הא אין דין קדימה דרק בשעבוד יש קדימה ומכירה לגופו אין זה דין שעבוד אלא חיוב על הב"ד למוכרו וא"כ אם אחר העב"ד גנב משמעון המכירה הוא בעד שניהם, וחולקים כסף המכירה ביניהם אבל למ"ד בב' גנבות שפיר גובה הנגנב מקודם בעד גנבה הראשונה מדמי מכירתו ע"כ תורף דבריו אכן בדבריו יתיישב רק לבאר למה לא נמכר היכי דעמד בדין לראובן וחזר ועמד בדין לשמעון קודם המכירה, אבל לא יתיישב כלל מה דמוכח מדברי הרמב"ם דדוקא אם הגנבה מהב' היה אחר המכירה, אבל אם היה קודם המכירה אלא שלא העמידו בדין עד אחר המכירה דאז ודאי הראשון שכבר זכה בכסף מכירתו אין מוציאין ממנו בזה שהעמידו הב' לדין אחר מכירתו ומ"מ אינו נמכר וזה אינו מיושב בטעמו וגם ראייתו מגנב משל שותפין ג"כ לא שייך אלא היכי שחולקין הדמים ביניהם וכמו שכ' בעצמו.

ונראה דהרמב"ם סובר דמה דמוכח בירושלמי דלמ"ד בב' גנבות אינו נמכר ונשנה היינו אפי' גנב קודם המכירה הכל הוא לשיטת רבא דסובר דצריך מיעוט מפורש דאינו נמכר ונשנה, אבל אביי דאמר בגנבתו טובא משמע, ובארתי שם דאין הפי' כפשוטו דודאי בגנבתו לא משמע אלא גנבה אחת, אלא דאביי אמר דקרא דבגנבתו ממעט אפי' טובא והיינו דלא כתב קרא דנמכר אלא פעם א' בגנבתו, אבל פעם ב' אפי' הרבה גנבות לא ידעינן וממילא דאינו נמכר, וסברתו הוא דמכירת הגנב חידוש הוא וכמש"כ למעלה בהל' י"ג דהוא כמו קנס, וא"כ מנלן לומר שנמכר ב' פעמים, וכיון שכן גם בעד ב' בנ"א לא ידעינן שנמכר כיון דלא כתיב אלא ונמכר בגנבתו והוא פעם א', ולכן מפרש דלאביי דסבר

דבב' בנ"א נמכר זהו כשגנב אחר המכירה דעכשיו הוא מילתא אחריתא לגמרי ופנים חדשות באו לכאן ויש בו אותו הדין שהיה בו פעם ראשון ולפי"ז ע"כ מפרש הרמב"ם דמה דבאדם א' בב' גנבות אינו נמכר היינו אפי' בגנב אחר המכירה, אף דבסברא היה צ"ל שימכר מ"מ ע"ז בא קרא דבגנבתו דאינו נמכר ונשנה.

הלכה טז

הי' קרן הגנבה שוה מאה ואין הגנב שוה אלא נ' ה"ז נמכר ושאר הקרן עם הכפל עליו חוב עד שיצא בשביעית ויעשיר וישלם, הי' הגנב שוה מאה ואחד אינו נמכר שנאמר ונמכר בגנבתו עד שיהיו דמיו כולן מובלעין בגנבתו.

גנב ונמכר וחזר וגנב אם לשני גנב ה"ז נמכר פעם שניה ואפי' גנב למאה אנשים נמכר מאה פעמים ואם לראשון גנב פעם שניה אינו נמכר שני' אלא ישאר עליו הכל חוב.

גנב לזה וחזר וגנב לזה וחזר וגנב לזה כולם שותפין בו אם היו דמיו כנגד הקרן של שלשתן או פחות מן הקרן נמכר ומחלקין ביניהם ושאר הכפילות חוב עליו, ואם הי' דמיו יתר אינו נמכר והכל חוב עליו עד שיעשיר.

שותפין שגנבו כאחד משלשין ביניהן וכל א' מהן נמכר בחלקו מן הקרן וכל מי שדמיו יתר על חלק הקרן שנתחייב בו אינו נמכר.

המ"מ ציין לכל דברי הרמב"ם שהוא מסוגיא דקדושין, אבל באמת צריך באור, והנה שם איתא מכלל דעבד עברי נמכר ונשנה והתניא בגנבתו וכו' כיון שנמכר פ"א שוב אי אתה רשאי למכרו, אמר רבה ל"ק כאן בגנבה אחת כאן בשני גנבות א"ל אביי בגנבתו טובא משמע אלא אמר אביי ל"ק כאן באדם אחד כאן בשני גנבות, ת"ר גנבו אלף ושוה חמש מאות נמכר וחוזר ונמכר, גנבו חמש מאות ושוה אלף אינו נמכר כלל, ר"א אומר אם הי' גנבו כנגד ממכרו נמכר ואם לאו אינו נמכר, אמר רבא בהא זכנהו ר"א לרבנן דמ"ש גנבו חמש מאות ושוה אלף דאינו נמכר, דנמכר כולו אמר רחמנא ולא חציו ה"נ נמכר בגנבתו אמר רחמנא ולא בחצי גנבתו, ורש"י פי' דמה דאמר רבה כאן בגנבה אחת כאן בשתי גנבות דבגנבה אחת אינו נמכר ב"פ אבל בב' גנבות אפי' לא עמד בדין עד הגנבה הב' מ"מ נמכר וחוזר ונמכר, ואביי אמר כאן באדם אחד שעמד בדין בב"א על הרבה גנבות אינו חוזר ונמכר, אבל בב' בנ"א שמעמידים אותו בדין ב"פ נמכר בשביל כאו"א וה"ה אם גנב ועמד בדין ונמכר וחזר וגנב משיצא חפשי חוזר ונמכר והקשו ע"ז בתוס' במה שפירש"י דבגנבה אחת אינו חוזר ונמכר דאינו לא כרבנן ולא כר"א דרבנן סברי דנמכר וחוזר ונמכר ור"א סבר דאינו נמכר כלל, ע"כ פירשו בתוס' להיפוך דבגנבה אחת נמכר וחוזר ונמכר, ובב' גנבות וכן לאביי בב' בנ"א אינו חוזר ונמכר ואתיא כרבנן.

ושיטת הרמב"ם הוא דלא כרש"י ולא כתוס' דכתוס' בודאי אינו אלא דהוא גם לא כשיטת רש"י דרש"י הא מפרש לאביי דבב' בנ"א שמעמידים אותן ב"פ לדין נמכר וחוזר ונמכר, והרמב"ם פסק דאינו נמכר ועוד דרש"י פירש דאפי' באדם א' אם נמכר פ"א וחזר וגנב ועמד בדין נמכר פעם ב' והרמב"ם פסק דאינו נמכר, איברא דפירש"י בעצמו קשה דלשיטתו למה כתב דבאדם אחד אם נמכר וגנב דחוזר ונמכר דהא אפי' גנב והעמידו בדין וחזר וגנב צריך להיות נמכר וחוזר ונמכר ואפי' גנב וגנב והעמידו בדין על כ"א בפני עצמו דהא כתב בד"ה טובא משמע אם עמד על שתיהן בדין אחד קרינן ביה בגנבתו, ומצאתי שכבר עמד בזה הגרש"ש ונשאר בקושיא, עכ"פ הרמב"ם פסק בין גבי אדם א' בין גבי שני בנ"א דלא כפירש"י, ותמיהני על הפנ"י בקדושין שם שכתב דהרמב"ם מפרש כפירש"י ואף דבודאי בזה הוא כפירש"י דלא כתוס' שמחלקים להיפוך בין אדם א' לב' בנ"א מ"מ הי' לו להזכיר דהרמב"ם חולק גם על פירש"י.

ובמה דפסק הרמב"ם דאם הי' הגנבה שוה ק' והגנב שוה נ' דנמכר ושאר הקרן עם הכפל חוב, כתב המ"מ דפסק כחכמים דברייתא שם, ואע"ג דאמר רבא בהא זכנהו ר"א לרבנן לא אמר שיהי' הלכה כן, ודבריו תמוהין דהא לא פסק הרמב"ם כת"ק דברייתא דפליג עם ר"א וע"כ צ"ל דפסק כברייתא קמייתא וכמש"כ התוס' ופירש"י דאינו לא כת"ק ולא כר"א, ומצאתי שהפנ"י עמד בזה, וכתב דהמ"מ מפרש כמו שכתב המהרש"א ליישב קושיית התוס' דברייתא מיירי בב' בנ"א ור"א דפליג לא קאי אמאי דאמר ת"ק בפי' אלא אדיוקא דמשמע ליה דסובר ת"ק דבאדם אחד אינו נמכר ונשנה, אבל נמכר פעם א' ולכן אמר דאינו נמכר כלל, אבל באמת אף דגם לפירש"י הוא דוחק לפרש כפירושו של המהרש"א, אבל לשיטת הרמב"ם א"א אף בדוחק לפרש כן דאיך נאמר דמה דאמר ת"ק גנבו אלף ושוה חמש מאות נמכר וחוזר ונמכר מיירי בב' בנ"א דהא לשיטת הרמב"ם גם בב' בנ"א אם שני הגנבות היו קודם שנמכר אינו נמכר וחוזר ונמכר אלא כולם שותפין במכירתו והשאר חוב, ודוקא בגנב ונמכר וחזר וגנב ואיך שייך לומר ע"ז גנבו אלף ושוה חמש מאות נמכר וחוזר ונמכר דמוכח דקודם שנמכר היה גנבו אלף.

ונראה דזה ודאי דהרמב"ם סובר דברייתא קמייתא פליגא על ברייתא דפליג ר"א, דקמייתא הא סברה להדיא דאינו נמכר ונשנה והך דפליג בה ר"א סבר ת"ק דאפי' בחד גנבה נמכר ונשנה, והרמב"ם פוסק כקמייתא דהא רבה ואביי מפרשי לה, אלא דמ"מ הא דאמר רבא בהא זכנהו ר"א לרבנן דכמו דאמרינן נמכר כולו ולא חציו ה"נ נמכר בגנבתו ולא בחצי גנבתו זה ודאי קושיא גם על ברייתא קמייתא דסברה אינו נמכר ונשנה אבל פעם אחת נמכר, ולכן שפיר כתב המ"מ דפסק כחכמים דברייתא והיינו ברייתא קמייתא

דפליגא נמי על ר"א ושפיר כתב דאף דאמר רבא בהא זכנהו לא אמר שיהי' הלכה כן.

והנה הגאון מוהריל"ד זצ"ל שהבאתי דבריו למעלה בהל' י"ג כשהביא דברי הרמב"ם בהל' ט"ז כתב ע"ז ועיין בירושלמי סוף פ"ג דסוטה דמשם מקור דברי הרמב"ם דהלכות גנבה ועיין במפרשי הירושלמי ואכמ"ל עכ"ל, וראיתי דברי הירושלמי שם ועל הלכה ט"ז שחידש הרמב"ם דגם בב' בנ"א אם גנב קודם מכירה אינו נמכר אלא פ"א והשאר חוב, לכאורה אין מדברי הירושלמי שום מקור, ובאמת קשה ע"ז מהא דאמר אביי בגנבתו טובא משמע, דלדברי הרמב"ם דאפי' גנב אחר שנמכר מ"מ באדם אחד אינו חוזר ונמכר היכן משמע זה מבגנבתו הא בגנבתו ודאי לא משמע אלא הגנבות שקודם המכירה, ונביא דברי הירושלמי לבאר ביותר הלכה י"ד וט"ו, וז"ל הירושלמי שם, בגניבו אינו נמכר ונשנה ואין לו עליו דמים מעתה בגניבה אחת אבל בשתי גניבות נמכר ונשנה, ר' ירמיה בעי גנב משל שותפות מה את עביד לה כגניבה אחת כשתי גניבות, היה גונב ומוציא בלילה נומר אם ידעו בו הבעלים בינתיים שתי גניבות הן ואם לאו גניבה אחת היא, ופי' הק"ע דמה דאמר ואין לו עליו דמים הוא בניחותא, דאין לנגנב יותר חוב על הגנב במה ששוה הגנבה יותר, ותמה מזה בש"ק על הרמב"ם דפסק שהשאר עליו חוב, ומה שכתב עוד בש"ק דהרמב"ם פסק כרבא ולא כאביי ומדברי הירושלמי, דבריו תמוהין דהא פסק להדיא כאביי ואין להאריך בדבריו בזה ע"ש, אבל מה שהקשה לפי פירושו על מש"כ הרמב"ם דהשאר עליו חוב זה באמת קשה.

אכן הפ"מ פי' דמה דאמר ואין לו עליו דמים זהו בתמיה דקס"ד דאפי' בשתי גנבות אינו נמכר ונשנה והרי חייב לו דמים בשביל גניבה האחרת, ולכן אמר מעתה בגנבה אחת פי' ע"כ דה"ק בגנבה אחת הוא דאינו נמכר ונשנה ופירושו דחוק דאיזה קושיא הוא ואין לו עליו דמים דילמא אה"נ דיש לו דמים ומ"מ אינו נמכר ונשנה, ובמה"פ הקשה בעצמו על פי' זה דמה מתרץ מעתה בגניבה אחת דאכתי יש לו עליו דמים מחצי הגנבה, לכן נראה דגרסינן ואין לו עליו אלא דמים כלומר בגנבה אחת ואינו שוה כל דמים אינו נמכר בשביל חציה ולכשיצא להמכר בשביל חציה השני דגזה"כ הוא אם אינו שוה עד דמי הגנבה אינו נמכר כלל עכ"ל, וזהו כמו דסבר ר"א ומלבד דאינו מיושב לפרש סתמא דירושלמי כר"א גם הלשון אינו נמכר ונשנה לא משמע כלל הכי.

לכן נראה דדברי הירושלמי נפרש כמו שמפרש הק"ע דהוא בניחותא דאינו נמכר ונשנה ואין לו עליו דמים, ומה דאמר בירושלמי מעתה בגנבה אחת אבל בשתי גנבות נמכר ונשנה הכונה הוא דכיון דאמר אינו נמכר ונשנה ואין לו עליו דמים א"כ אשמעינן קרא דבגנבתו דכיון דנמכר בגנבתו כבר אין עליו יותר חוב דבשביל חומר המכירה כבר

נפטר מגנבתו, וא"כ ע"כ זה שייך רק על גנבה שלפני המכירה אבל לא שייך לומר דאם מכרוהו ב"ד פ"א יהי' פטור לעולם על כל הגנבות שיגנוב, וכיון דמפרשינן קרא דבגנבתו דבמכירה נפטר מגנבתו ע"כ דזהו רק בגנבה אחת אבל בשתי גנבות נמכר ונשנה ומזה מוכח באמת פירושו של הרמב"ם דבגנבה אחת פירושו קודם המכירה, ובשתי גנבות פירושו מה שיגנוב אחר המכירה, דאם שתי גנבות שתיהן לפני המכירה א"כ מה אמר מעתה בגנבה אחת דילמא אה"נ דאפי' בשני גנבות הוא נפטר, אבל לשיטת הרמב"ם מיושב שפיר דבשתי גנבות היינו גנב ונמכר וחזר וגנב, ובזה אמר שפיר מעתה וכו' דכיון דקרא אשמעינן דבמכירתו נפטר מכל חיוב גנבתו א"כ לא שייך זה על גנבות שיגנוב אחר המכירה וכמש"כ.

ומה שהקשינו מהא דאמר אביי בגנבתו טובא משמע, יש לומר דענין הפי' דבגנבתו משמע הרבה גנבות באמת אין הדבר כן אלא דקרא דונמכר בגנבתו דממעט דאינו נמכר ונשנה ממעט אפי' טובא גנבות דהא אמר קרא ונמכר בגנבתו, והיינו בשביל גנבה אחת נמכר פ"א ולא נמכר הרבה פעמים אפי' בשביל הרבה גנבות וזהו בגנבתו אפי' טובא משמע פי' למעוטי אפי' טובא דאינו נמכר ונשנה, ולזה מתרץ אביי דכאן באדם א' כאן בשני בנ"א והיינו דקרא הא לא מיירי אלא בגנב מאדם אחד, ולכן גם מה שנתמעט דאפי' על הרבה גנבות אינו נמכר ונשנה, הוא באדם אחד אבל בב' בנ"א לא מיירי קרא, ולכן בשביל גנבת אדם אחר שפיר נמכר.

והנה הירושלמי הא אזיל להדיא אליבא דרבא דמחלק בין גנבה אחת לב' גנבות, אבל הרמב"ם הא פסק כאביי וממילא מדברי הירושלמי גופא מוכח דלאביי השאר עליו חוב דהא מוכיח הירושלמי ממה דאמר דאין לו עליו דמים דבשתי גנבות נמכר ונשנה, וכיון דלאביי אפי' בשתי גנבות אינו נמכר ונשנה, ע"כ דקרא דונמכר בגנבתו לא בא לומר דנפטר במכירתו מגנבתו אלא דבא לומר דאינו נמכר ב' פעמים וא"כ חוב הגנבה של השאר לא נפקע, ולכן שפיר פסק הרמב"ם דהשאר עליו חוב וגם שפיר פסק דכל החלוק בין אדם א' לב' בנ"א הוא על גנב ונמכר וגנב, משום דכיון דמוכח מירושלמי דמה דחילק רבא בין גנבה א' לב' גנבות היינו בגנב ונמכר וגנב, לכן ה"נ החילוק בין אדם א' לב' בנ"א הוא נמי בכה"ג אבל קודם המכירה לא מהני כלל ב' בנ"א דנעשו כולן שותפין וקרינן ביה ונמכר בגנבתו דאינו נמכר אלא פעם א'.

והמה"פ עמד על זה שלא זכר הרמב"ם בעיא דר' ירמיה בגנב משל שותפות ע"ש מש"כ בזה, ובאמת לק"מ דבעיא דר' ירמיה לא שייך אלא לסוגיית הירושלמי דסבר כרבא דמחלק בין גנבה אחת לב' גנבות, ולכן מיבעי ליה בגנב משל שותפות אם היה כגנבה

אחת או כב' גנבות וה"נ אפשר למיבעי בעיא דר' ירמיה לאביי לפירש"י דבגנב מב' בנ"א אפי' קודם מכירה ה"ז נמכר ונשנה א"כ איכא למיבעי בגנב משל שותפות אי כאדם א' או כב' בנ"א, אבל לשיטת הרמב"ם דפסק כאביי ומפרש דדוקא בגנב ונמכר וחזר וגנב מאדם אחר נמכר ונשנה, א"כ לא שייך בעיא דר' ירמיה כלל והוא פשוט.

ובמש"כ הרמב"ם בהלכה י"ז שותפין שגנבו וכו' כתב המ"מ גם זה שם והוא פלא כי לא נמצא בקדושין כלל מזה, וכבר תמה בזה המה"פ בירושלמי בסוטה שם, והנה המה"פ כתב על בעיא דר' ירמיה בגנב משל שותפות דיש לפשוט מהלכה זו דכיון דשותפין שגנבו ואחד דמיו יתר על חלק הקרן, שאינו נמכר מ"מ השני שדמיו אינם יתרים נמכר אלמא דשותפין אינם כמו אדם א', והנה כבר כתבתי דלדידן להלכה אין שייכות כלל לבעיא דר' ירמיה, אכן להירושלמי דמחלק בין גנבה אחת לב' גנבות אין לפשוט כלל דין זה מדין שותפין שגנבו, דאף דנאמר דגנב משל שותפות נקרא זה גנבה אחת מ"מ בשותפין שגנבו לא שייך כלל לומר דבשביל דאחד דמיו יתר על הגנבה ואינו נמכר משום ונמכר כולו ולא חציו, לכן לא יהי' נמכר מי שדמיו אינם יתר ונמכר כולו דבזה בודאי לא שייך לומר שהם כאדם אחד, דדין המכירה אינו תלוי בדין הגנבה כלל, ואף שהוא גנבה אחת מ"מ שפיר נמכר מי שדמיו אינו יתר, ונראה שהדבר להיפוך דבשביל דראה הרמב"ם בעיא דר' ירמיה דלדידן אין נ"מ בה השמיענו דמ"מ בשותפין שגנבו אין ספק שיהי' תלוי זה בזה, ולא כתב יראה לי משום דהדבר פשוט אף דאין דרך הרמב"ם לכתוב דברים שלא הוזכרו בהתלמודים מ"מ כתב זה משום דיש לזה דמיון מבעיא דר' ירמיה ולכן כתב דבזה לא שייך ספיקא דשותפין:

-השמטות ומלואים-

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

א) במש"כ בפ"ג מה' גנבה הל' י"ד על ד' המ"מ שכתב דהרמב"ם פסק כחכמים בברייתא, ותמהתי דהא חכמים סברי נמכר וחוזר ונמכר העיר לי כבוד חביבי דהגר"א ז"ל כתב דהרמב"ם גורס ואינו חוזר נמכרו ושכן הוא במכילתא והעיר שגם בתוס' הרא"ש הגירסא כן, בודאי דזהו שגגת העלם מה שלא ראיתי הגהת הגר"א במקומו ושהגר"א ז"ל כותב שהוא גי' נכונה מאוד, מ"מ שמתי עכשיו לבי לזה, והנה רש"י ז"ל כתב ה"ג וכו' נמכר וחוזר ונמכר, ומוכח דגם רש"י ראה הגירסא ואינו חוזר ונמכר והגיה חוזר ונמכר, אף דלפירש"י בעצמו קשה דברייתא הקודמת לא כחכמים ולא כר"א, וגם התוס' שהקשו על פירש"י בזה בכ"ז לא כתבו דהלגירסא ואינו חוזר ונמכר מיושב, וע"כ שהיה

לרש"י ותוס' טעם ברור דצריך לגרוס דוקא כגירסת רש"י וטעמא בעי דלמה לא ניחא להו כגירסא הקודמת.

ונראה בדעתם דסוברים דמה דאמר ר"א אם היה גנבו כנגד ממכרו נמכר ואם לאו אינו נמכר דזהו דוקא כשהנגנב תובע הכל, אבל אם הנגנב מוחל בעד היותר לא מסתבר שלא נמכר, דאף דבשעת גנבה היתה יותר משויו דאטו שעת גנבה גורם דין ממכר דהא בשעת גנבה אכתי יש החפץ בעין ואפי' על חיוב האחריות אכתי אינו מוכח שלא יהיה ממה לשלם ואם הוא עכשיו עני אפשר יעשר, וא"כ א"א לומר דבשעת גנבה נעשה דין המכירה ובודאי דזהו דין בשעת גובינא, וראיתי אח"כ שכן כתב המקנה והוסיף עוד דהא עכ"פ יכול לומר לדידי שוה לי, ולכן ע"כ דזהו כשרוצה הנגנב שישאר חוב, והנה לפי"מ דמבואר בירושלמי דאין השאר חוב וזהו לרבנן א"כ קשה על מה דאמר ר"א דאינו נמכר, ולכן ע"כ דהגירסא הוא נמכר וחוזר ונמכר דהחוב לא נתבטל ובזה אמר ר"א דאינו נמכר כלל, ומה דאמר בירושלמי דאין השאר חוב זהו לברייתא קמייתא דאינו חוזר ונמכר, ולשיטת הרמב"ם דחולק על ירושלמי וסובר דגם לדידן הדמים חוב יש לומר דכיון דעכ"פ אינו מפורש להדיא בדברי ת"ק דנשאר הדמים חוב, לא שייך דר"א יחלוק לומר דאינו נמכר ובפרט דהוא מחלוקת במכילתא כמש"כ חביבי וכמו שנבאר.

ובמה שכתב לבאר דעת הרמב"ם דנשאר הדמים חוב משום דהוא מחלוקת במכילתא ור"י סובר דנשארו הדמים חוב, ולכן פסק הרמב"ם כר' יהודה וכמש"כ שם המלבים ודבריו בודאי נכונים לפי' המלבים, אבל מסתפקנא טובא אם כונת המכילתא כן הוא, והנה ז"ל המכילתא ונמכר בגנבתו לא פחות ולא יותר, ר' יהודה אומר אם גנב פחות ממה ששוה אינו נמכר יותר ממה ששוה הרשות ביד בעל הגנבה אם רצה למכור ימכור ואם לאו כותב לו שטר, ר' אליעזר אומר גנב פחות ממה ששוה אינו נמכר יותר ממה ששוה דיו להשתכר מחצה ולהפסיד מחצה, והמלבים פי' דר"י סבר דהחוב נשאר ור"א סבר דמפסיד החוב, אבל פי' זה קשה טובא דאם ר"י סבר דהחוב נשאר, א"כ מה שייך לומר הרשות ביד בעל הגנבה אם רצה למכור ימכור ואם לאו כותב לו שטר על דמיו כיון דאפי' מוכרו נשארו שאר הדמים חוב, ואין לומר דאם אינו מוכרו כותב שטר ואם מוכרו אינו כותב שטר דמאי נ"מ, וע"כ דר"י נמי סבר דאין הדמים חוב, ובזה שפיר קאמר דהרשות ביד בעל הגנבה, ור"א חולק ואומר דאם הגנב רוצה שימכרו אותו כדין התורה אינו יכול הנגנב לחייבו שיתן לו שטר על דמיו ודיו שישתכר מחצה ויפסיד מחצה.

ומה שדחק המלבים בריש הברייתא דתניא לא פחות ולא יותר לומר דקאי על פחות משש ויותר על שש בודאי דחוק והרגיש בעצמו הדוחק וכתב דיותר נראה שצריך למחוק

זה דא"א לפרש כפשוטו דאין כאן ג' מחלוקת, אבל לדעתי נראה דרישא דברייתא הוא התחלה לדברי ר"י ור"א והיינו דמקודם אמר דנמכר בגנבתו לא פחות ולא יותר. דבין שהגנבה פחותה מדמיו בין שהיא יתירה על דמיו אינו רשאי למכרו, דא"א למכרו באופן שישאר חוב, ובזה אמר ר"י דהברירה היא ביד בעל הגנבה, ור"א אומר דאין הברירה בידו אלא דע"כ הוא נמכר בגנבתו, וכמה שתהי' אפי' הרבה יותר מדמיו כבר יצאה גנבתו בדמיו.

אכן בדעת הרמב"ם דחולק על המכילתא והירושלמי נראה דסובר דתנא דברייתא דמייתי בבבלי ע"כ חולק ע"ז דכיון דיליף מקרא דבגנבתו דכיון שנמכר פעם א' שוב אינו רשאי למוכרו ע"כ דלא דרשינן בגנבתו לומר דנפקע כל הגנבה וכמ"ש דלא נוכל לדרוש מקרא דבגנבתו שני המיעוטים, ותנאי דמכילתא סברי דבב' גנבות נמכר ונשנה וכדעת הירושלמי, והרמב"ם פסק כסתמא דברייתא דבבלי דאיירו בה רבא ואביי, ופסק כאביי דמשמע בגמ' דדחה להא דרבא, ומה דסותר ר"א דמכילתא לר"א דמייתי בבבלי נראה דבבבלי הוא ר' אליעזר כדאיתא שם, אבל במכילתא אף דאיתא ר' אליעזר, הוא ט"ס דהא תני אחר דברי ר' יהודה וע"כ דהוא ר' אלעזר:

ב) במש"כ לבאר ד' הרמב"ם דסובר דבב' בנ"א דנמכר ונשנה הוא דוקא כשנגב אחר שנמכר דהוא ע"פ ד' הירושלמי דאמר מעתה בגנבה אחת, אבל בב' גנבות נמכר ונשנה וכתבתי דהוא ע"כ כשגנב אחר המכירה דאל"כ מנין פשיטא ליה זה מהא דאמר דאין לו עליו דמים, תמה חביבי דאיך אפרש סוף ד' הירושלמי שהבאתי בעצמי בגנב משל שותפין ובהיה גונב ומוציא בלילה דהוא בגנב קודם המכירה, ודאי דבריו נכונים ולפי דרכי שהיה ברור אצלי דאין לפרש באופן אחר דברי הירושלמי צ"ל דהוא מחלוקת ור' ירמי' חולק ע"ז וסובר דבב' גנבות בכל גווני נמכר ונשנה, אבל הנני מודה שזה דוחק גדול, ולכן נראה עכשיו בבאור ד' הירושלמי דאמר מעתה בגנבה אחת, דהוא דאם היינו אומרים דלא נפטר משאר הדמים, א"כ קרא דבגנבתו בא לומר דרק בגנבה אחת נמכר ולא בעד גנבה הב'. אבל אם אנו אומרים דנפטר משאר הדמים א"כ ע"כ ילפינן זה מקרא דבגנבתו לומר דנמכר בעד כל הגנבה, וא"כ אין לנו ראיה דאינו נמכר פעם ב' בעד גנבה ב', וזהו דאמר מעתה בגנבה אחת כיון דאמר דאין הדמים עליו חוב וזה דרשינן מבגנבתו א"כ ליכא מיעוטא על גנבה ב'.

אכן לפי"ז צריך ביאור מה דפסק הרמב"ם דבב' בנ"א דנמכר ונשנה הוא דוקא כשגנב אחר שנמכר ואמאי לא נימא דכמו למ"ד בב' גנבות נמכר ונשנה מוכח בירושלמי דהוא בגנב קודם שנמכר ה"נ לדידן בב' בנ"א.

והנה חביבי כתב דעיקר סברת הרמב"ם דאם לא היה מכירה בינתיים אף שעמד בדין כבר על מכירה של ראובן אבל הא אין דין קדימה דרק בשעבוד יש קדימה ומכירה לגופו אין זה דין שעבוד אלא חיוב על הב"ד למוכרו וא"כ אם אחר העב"ד גנב משמעון המכירה הוא בעד שניהם, וחולקים כסף המכירה ביניהם אבל למ"ד בב' גנבות שפיר גובה הנגנב מקודם בעד גנבה הראשונה מדמי מכירתו ע"כ תורף דבריו אכן בדבריו יתיישב רק לבאר למה לא נמכר היכי דעמד בדין לראובן וחזר ועמד בדין לשמעון קודם המכירה, אבל לא יתיישב כלל מה דמוכח מדברי הרמב"ם דדוקא אם הגנבה מהב' היה אחר המכירה, אבל אם היה קודם המכירה אלא שלא העמידו בדין עד אחר המכירה דאז ודאי הראשון שכבר זכה בכסף מכירתו אין מוציאין ממנו בזה שהעמידו הב' לדין אחר מכירתו ומ"מ אינו נמכר וזה אינו מיושב בטעמו וגם ראייתו מגנב משל שותפין ג"כ לא שייך אלא היכי שחולקין הדמים ביניהם וכמו שכ' בעצמו.

ונראה דהרמב"ם סובר דמה דמוכח בירושלמי דלמ"ד בב' גנבות אינו נמכר ונשנה היינו אפי' גנב קודם המכירה הכל הוא לשיטת רבא דסובר דצריך מיעוט מפורש דאינו נמכר ונשנה, אבל אביי דאמר בגנבתו טובא משמע, ובארתי שם דאין הפי' כפשוטו דודאי בגנבתו לא משמע אלא גנבה אחת, אלא דאביי אמר דקרא דבגנבתו ממעט אפי' טובא והיינו דלא כתב קרא דנמכר אלא פעם א' בגנבתו, אבל פעם ב' אפי' הרבה גנבות לא ידעינן וממילא דאינו נמכר, וסברתו הוא דמכירת הגנב חידוש הוא וכמש"כ למעלה בהל' י"ג דהוא כמו קנס, וא"כ מנלן לומר שנמכר ב' פעמים, וכיון שכן גם בעד ב' בנ"א לא ידעינן שנמכר כיון דלא כתיב אלא ונמכר בגנבתו והוא פעם א', ולכן מפרש דלאביי דסבר דבב' בנ"א נמכר זהו כשגנב אחר המכירה דעכשיו הוא מילתא אחריתא לגמרי ופנים חדשות באו לכאן ויש בו אותו הדין שהיה בו פעם ראשון ולפי"ז ע"כ מפרש הרמב"ם דמה דבאדם א' בב' גנבות אינו נמכר היינו אפי' בגנב אחר המכירה, אף דבסברא היה צ"ל שימכר מ"מ ע"ז בא קרא דבגנבתו דאינו נמכר ונשנה.

פרק ד

הלכה א

הטוען שנגנב מביתו הפקדון אם נשבע ואח"כ באו עדים ששקר טען ושהפקדון הזה אצלו ה"ז משלם תשלומי כפל שהרי הוא עצמו הגנב ואם טבח ומכר אחר שנשבע משלם תשלומי דו"ה ואינו מביא אשם ע"פ עדים על שבועתו ואינו מביא חומש שאין החומש משתלם עם הכפל ואם באו עדים קודם שישבע אינו משלם אלא הקרן בלבד.

כתב המ"מ ומ"ש ונשבע לפי שאם טבח קודם שנשבע פטור הוא אפי' מכפל וכמו שיתבאר בסמוך עכ"ל, וכונתו למש"כ בהלכה ב' דאם שלח בו יד קודם פטור מן הכפל, ובזה נכונים דברי המ"מ דמה דפטור אף מן הכפל אם טבח קודם שנשבע הוא בשביל ששלח בו יד, אבל לחייב בדו"ה נראה מדברי הרמב"ם דעיקר דינא הכי הוא דמקודם צריך שיתחייב בדין טוט"ג שיהי' לו דין גנב והוא אחר שנשבע וכמש"כ שהרי הוא עצמו הגנב, ואחר שנעשה גנב אז אם טבח ומכר חייב בדו"ה, ונ"מ מזה דאפי' מכר קודם באופן שלא שלח בו יד דהא משמע מגמ' דף ע' במה דאמר עקוץ תאנה מתאנתי ותקנה לי גנבותיך דאם הגנב עושה מעשה מכירה ע"י קנין כסף או חליפין נמי חייב בדו"ה וא"צ שיעשה שינוי רשות בפועל ביד הלוקח, וע"ש מה שכ' ר"ת בתוס' ד"ה עקוץ דהקנין הוא משום חליפין שוה בשוה, ובאופן זה לא שלח בו יד מ"מ אם ימכור השומר מקודם ואח"כ יטעון טענת גנב בודאי אינו חייב בדו"ה דהמכירה היה בעת שנעשה שומר ולא בעת שנעשה גנב, ומטעם זה גם בטבח קודם אפי' אם כדעת הראב"ד דלאחר ששלח בו יד אפשר להתחייב בדין טוט"ג מ"מ אינו אפשר שיתחייב אם נשבע אחר שטבח אלא בכפל ובדמי שחוטה דהא נעשה גנב אחר השחיטה וכ"ש שלא יתחייב בדו"ה.

אכן מה דפשיטא לכאורה, מבואר בדברי הראב"ד להיפוך בהשגתו בהלכה ב' בסוף דבריו ובב"ק דף קי"ב היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת פטור שאם אין גנבה אין טביחה ומכירה דכתב רש"י דלא גרסינן שאם אין גנבה וכו' דגבי שואל לא שייך לא כפל ולא דו"ה שהרי חייב בקרן לעולם אפי' טוט"ג, וכתב ע"ז הרשב"א בשם הראב"ד כגון שטען לא שואל אני עליה אלא ש"ח ונגנבה ממני, ואשתכח דאיהו טבחה בשבת ואפי' נודע שהוא שואל עליה, ואילו טבחה בחול הי' חייב בתשלומי דו"ה הואיל והי' פוטר עצמו בט"ג וכשטבחה בשבת פטור מפני שלא נתחייב עד שעת טביחה ובהאי שעתא קלב"ם עכ"ל, וכונתו ע"כ דטען טענת גנב ונשבע אחר שטבח דאין לומר דטט"ג קודם, א"כ כבר נתחייב בגנבה, ומה דפטרינן ליה משום קלב"ם בשביל מה שטבח בשבת משום דסובר דלא מהני לחייבו אח"כ משום טוט"ג, דאף דסובר דכששלח בו יד וטט"ג חייב בכפל זהו דוקא בשלח בו יד, אבל טבח דנשתנה לגמרי וקנאו בשינוי דהגנבה מתחלת בתחילת הטביחה ובגמר הטביחה קנאו בשינוי לכן אינו מתחייב אח"כ בטוט"ג.

ולפי"ז צריך לומר דדעת הראב"ד דלא בעינן בדין טוט"ג שיהי' לו דין שומר עד שעת השבועה אלא דאפי' נעשה גנב מקודם מ"מ יתחייב כפל כשטען ט"ג ונשבע אח"כ דזהו רק תנאי בדין חיוב שומרים לחייבם בכפל בתורת גנב אף אם באמת גנבו מקודם, וכן

מבואר מדבריו כאן בסוגיא הובא בש"מ שכ' בטעמא דשלח בה יד קנה דכיון דנתחייב א"כ לא היה פוטר עצמו בט"ג אף דהבעלים לא ידעו ומוכח דזה לחוד שנעשה גזלן אינו פוטר ומבואר לפי"ז דזהו שיטת הראב"ד דסובר בהלכה ב' דגם כששלח בו יד חייב כפל בטוט"ג דאף דמששלח בו יד נעשה ברשותו מ"מ שפיר מתחייב אח"כ בטוט"ג לכן בטוט"א ונשבע דודאי נתחייב לשלם ונעשה ברשותו דהוי כופר בפקדון דנעשה עליו גזלן מ"מ שפיר הי' מתחייב אח"כ בטוט"ג אי לאו הא דיצא ידי בעלים בשבועה ראשונה וגזלן ממש לא נעשה אלא בגדר גנב דלא דמי לכופר בפקדון דיודעים הבעלים אבל טוט"א אינם יודעים הבעלים והוי כמו גנב, ועמש"כ בהל' י' ומ"מ בלא טוט"ג אינו חייב שומר דהכי הוא דינא דשומר דאינו חייב אלא בטוט"ג ונשבע, וזהו שהשיג הראב"ד לקמן בהלכה י' במה שכתב הרמב"ם דשומר שגנב מרשותו חייב כפל, וזהו דלא כשיטת התוס' שהוצרכו לומר דלא נעשה כלל גזלן רק דנתחייב באונסין וכמו שנבאר בהלכה ב'.

וכמו שכתבתי בדעת הראב"ד כן מבואר בדברי המ"מ בהלכה י' שכתב על השגת הראב"ד שם וז"ל כוונתו לומר שלא מצינו כפל בשומר אלא בטוט"ג ונשבע הא לא"ה לא, דאע"ג דאחר שגנב מרשות (הבעלים) [השומר] משלם כפל וכמו שנתבאר הוא עצמו ודאי לא ישלם דאי לא למה לן שבועה משעת כפירה ליחייב בכפל, ומבואר להדיא דזהו שיטתו דבאמת טוט"ג וטוט"א שניהם נעשו גנבים תיכף בטענתם וכמו דכופר בפקדון נעשה גזלן, ורק דהכי הוא דינא דשומר דכשגונב מרשות עצמו אינו חייב כפל אלא בטוט"ג ונשבע, אכן בהלכה ב' נבאר דעת הרמב"ם באופן אחר דטוט"ג או טוט"א קודם שנשבע לא דמי לכופר בפקדון ולא נעשה גנב כלל, והמ"מ שם רוצה לבאר גם דעת הרמב"ם בדרך הראב"ד דכוונתו כשחזר וטען ט"ג ושם נבאר שדעת הרמב"ם בודאי אינו כדבריו אלא כמו שכתב הכ"מ ע"ש.

אבל זה ברור דלפי דעת הרמב"ם עיקר דין טוט"ג הוא שע"י טענתו ושבועתו יהי' לו ע"י זה דין גנב ויתחייב כפל ולכן כשאח"כ טבח או מכר חייב דו"ה אבל אם טבח ומכר קודם בודאי לא שייך דין טוט"ג כלל, ורק דבטבח קודם היה מקום לחייבו לפחות בכפל כשטען אח"כ ט"ג בדמים של שחוטה, בזה שפיר כדברי המ"מ דמכיון ששלח בה יד אינו חייב כפל, ועמש"כ בהלכה ב':

הלכה ב

בד"א שנשבע קודם ששלח בפקדון יד, אבל אם שלח בו יד וטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים פטור מן הכפל שכיון ששלח (בו) יד נתחייב בו וקנהו, וכן הטוען טענת אבדה בפקדון ונשבע וחזר וטען טענת גנב ונשבע ואח"כ באו עדים פטור מן הכפל שכבר

יצא הפקדון מידי הבעלים משבועה ראשונה.

השגת הראב"ד: נתחייב בו וקנהו. א"א הא מילתא דלאו כהלכתא [היא] דהא ר"י פליג עליה בהדיא ואמר הטוען טענת אבד ונשבע והודה וחזר וטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים פטור עליה מכפל, משום דיצא ידי בעלים בשבועה ראשונה אבל לא משום דנעשה עליו גזלן וקנאה, אלמא אע"ג דנעשה עליו גזלן וקנאה לחייב באונסין כיון דהוא פטר נפשיה מיניה בטענת גנב גנב הוא ומשלם כפל ואם טבח ומכר קודם שבועה ובאו עדים על הכל משלם דו"ה עכ"ל.

עיין במ"מ ולח"מ ודבריהם אינם מבוררין ואין מספיקין ליישב דעת הרמב"ם אלא שאני תמה על זה שלא הרגישו דהרמב"ם אינו מפרש שכבר יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה כמו שפירש"י ותוס' והראב"ד דנפטר בשבועתו ולא הי' צריך לישבע דהא כתב שכבר יצא הפקדון מידי הבעלים משבועה ראשונה, ומוכח דהוא מפרש שהוא בשביל שיצא מרשות הבעלים ולכן אי אפשר להתחייב כפל, דכמו בגנב אמרינן וגונב מבית האיש ולא מבית הגנב, וה"נ בטוט"ג אי אפשר שיעשה גנב אם קודם שטען ונשבע כבר לא הי' הפקדון ברשות הבעלים, וזהו ממש כמו הא דאמר דמששלח בו יד נתחייב בו וקנהו, אלא דצריכים אנו לבאר דהא בגמ' מוכח דהך דיצא ידי בעלים בשבועה ראשונה הוא סתירה למ"ד הואיל וקנה בשבועה ראשונה, וכן דלא אמרינן דמששלח בו יד קנה, ולדעת הרמב"ם הכל אחד.

והנראה בזה דהתוס' שם בד"ה ושלח בה יד כתבו ונראה דדוקא קאמר ושלח דגזה"כ היא כדאמר אם לא שלח הא שלח פטור, אבל כופר בפקדון אע"ג דאמר רב ששת לעיל הכופר בפקדון נעשה עליו גזלן וחייב באונסין כפל מיהא מחייב דהא דקאמר נעשה עליו גזלן היינו להתחייב באונסין עכ"ל, ודברי תוס' מוכרחים לשיטתם דהא דטוען טענת אבד ונשבע וחזר וטען טענת גנב ונשבע דאינו חייב כפל הוא בשביל דנפטר בשבועה ראשונה, אבל לא משום דנעשה עליו גזלן וטוען טענת אבד לא גרע מכופר בפקדון ונתחייב באונסין וכמש"כ רש"י בהא דאמר בגמ' לאו משום דקנה בשבועה ראשונה ופירש"י להתחייב באונסין כדרב ששת דאמר לעיל הכופר בפקדון נעשה עליו גזלן אפי' בלא שבועה והיכי דאשתבע כ"ש דכ"ע מודו, ומדאיצטריך טעמא דנפטר בשבועה ראשונה ע"כ דמשום דנעשה עליו גזלן לא מיפטר מכפל.

והנה בדעת התוס' משמע דלא כמש"כ בהלכה א' בדעת הראב"ד דדין גזלן אינו חסרון שלא ישלם בשביל זה כפל בטט"ג ומ"ד שלח בה יד קנה ופטור מכפל הוא משום דטען טענה שאינה פוטרתו אף שהבעלים לא ידעו, אבל מד' התוס' משמע דאם הי' כופר

בפקדון גזלן ממש היה פטור מכפל בטט"ג, ומשמע נמי דכונתם דשלח בה יד ג"כ אינו גזלן ממש ולא יצא מרשות הבעלים, דגזה"כ לפטרו מכפל ומה דחייב באונסין אינו אלא מחיובי השומרים וכמו כופר בפקדון דחיובו מוכחש בה.

אכן קשה לפי"ז מסוגיא דסוף פ' המפקיד דמסיק דב"ש וב"ה פליגי בשבח שע"ג גזלה, ומוכח דיש לשולח יד דין גזלן ממש דאם אינו כגזלן אלא להתחייב באונסין ולא יצא מרשות הבעלים למה יקנה שבח שע"ג גזלה, ולפי"מ דמוקים מעיקרא בשואל שלא מדעת היה מיושב, לכן צריך לומר דשליחות יד דאמר ר' זירא לחד צד שלח בה יד קנה הוי גזלן ממש, ומש"כ התוס' דדוקא שלח בה יד דגזה"כ הוא, היינו דכיון דהוי גזה"כ לפטרו מכפל אמרינן דהוי גזלן ממש, ובלא גזה"כ לפטרו מכפל אף דחייביה רחמנא בחיוב אונסין היינו אומרים דאינו אלא מדיני חיובי שומרים ולא הוי גזלן ממש, אבל כופר בפקדון אף דחייב באונסין מוכחש בה לא נעשה גזלן ממש.

אלא דאכתי קשה לר' חייא ב"ר יוסף וכן לר' זירא לחד צד דסברי דשלח בה יד חייב כפל, וכיון דמוכח ממתני' דפ' המפקיד דשולח יד הוי גזלן ממש ויצא מרשות הבעלים איך מתחייב אח"כ בטוט"ג, ולר' חייא ב"ר יוסף אולי אפשר לומר דגזה"כ הוא אבל לר' זירא קשה, ואפשר דלדידהו גם להתוס' נאמר כשיטת הראב"ד דאפשר להתחייב בטוט"ג אף שכבר יצא הפקדון מרשות הבעלים, ויותר נראה דר' חייא ב"ר יוסף ור' זירא לא יפרשו מתני' דפ' המפקיד בשבח שע"ג גזלה ובשליחות יד, אלא אם המחלוקת בשבח שע"ג גזלה לא קאי בשליחות יד אלא כדמוקים מעיקרא שטלטלה להביא גוזלות, וכן משמע בפיהמ"ש להרמב"ם שכ' כגון שגזל וכו' ואי מיירי בשליחות יד כפשטה דמתני' לא נאמר דפליגי בשבח שע"ג גזלה אלא כאוקימתי קמייתי שם.

ועוד יש לומר דמה דאמר הגמ' שם ובמאי אי בחסר מי איכא למ"ד והא תנן כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה זהו הכל להלכה דשליחות יד קנה ונעשה גזלן ממש, אבל אי שליחות יש הוא רק חיוב מחיובי שומרים אפשר דבאמת לא יתחייב אלא כשעת הוצאה אף ששלח יד בשעת היוקר, ואף דאם פשע בשעת היוקר והוזל משלם כשעת הפשיעה ועיין בקצוה"ח סי' רצ"א ס"א, מ"מ יש לחלק בין פשיעה דהוא גורם גוף ההיזק ובין שליחות יד דהוא רק גורם החיוב, ויש לעיין מהא דפריך בגמ' לא תאמר שליחות יד וכו' ותיתי משואל דכיון דשליחות יד דין גזלן יש לו א"כ משואל לא הוי ידעינן וצ"ע בזה.

אבל דעת הרמב"ם נראה דאינו כדעת התוס' וכן מוכח ממה שכתב בפ"ג מה' גזלה דהכופר בפקדון נעשה עליו גזלן וחייב באונסין כלשונו של רב ששת ואם הי' סובר כדעת התוס' דנעשה עליו גזלן לאו דוקא, לא הי' כותב אלא דנתחייב באונסין ומלבד זה

שיטת התוס' הוא דחוק דלמה לרב ששת לומר דנעשה עליו גזלן וכי לא סגי לומר דחייב באונסין ואם לומר דנפסל לעדות הול"ל דעובר בלא תכחשו וחייב באונסין וכדמייתי אח"כ מברייתא אבל לומר דנעשה גזלן מה שבאמת לא נעשה גזלן והפקדון ברשותא דמריה קאי זה דוחק.

ומה שדחקם לתוס' דרב ששת לא יחלוק על ר' יוחנן כבר כתבנו דלפירושו של הרמב"ם אינו סתירה כלל, ומה דמוכח בגמ' דהוא סתירה נראה דמה דשאל ר"ז לרחב"א בשלח בה יד אם חייב כפל אף דבודאי חייב באונסין יפרש הרמב"ם דזה גופא מיבעי ליה אם הא דחייב באונסין הוא משום גדר גזלן או דאינו בגדר גזלן ומה שחייבתו התורה באונסין הוא דין מדיני שומרים, ורחב"א בעי למיפשט מטוען טענת אבד ונשבע וחזר וטען ט"ג ונשבע דפטור מכפל מאי לאו משום דקנה בשבועה ראשונה להתחייב באונסין, אלמא דכל היכי דחייב באונסין נעשה גזלן ופטור מכפל ודחי ליה ר"ז דהתם הוא הואיל ויצא ידי בעלים בשבועה ראשונה ומפרש הרמב"ם דיצא הפקדון מידי הבעלים והיינו שיצא מרשותם דכיון שכפר ונשבע על הפקדון ואינו משיבו להבעלים אינו ברשות הבעלים, אבל בשלח בו יד כיון דאינו רוצה לגזול אפשר דאכתי ברשותא דמרא קאי וחייב כפל, וזהו דאמר איתמר נמי וכו' הואיל ויצא וכו' והיינו דמה דכופר בפקדון ונשבע חייבתו התורה בהשבת קרן וחומש עוד אינו ראיה לפטור מכפל בטט"ג אלא דטעמא דפטור מכפל הוא דכיון דכפר הרי גזלו ואינו ברשות בעלים, וממילא על שלח בו יד לא ידעינן דיש לומר דאינו חייב אלא באונסין אבל אינו גזלן, אלא דמ"מ כיון דאח"כ מייתי הא דרב ששת דדריש מקרא דאם שלח בו יד פטור מכפל סובר הרמב"ם דאינו גזה"כ כמילתא בלא טעמא אלא דקרא מגלה דאם שלח בו יד נתחייב עליו מדין גזלן, וכן מוכח באמת מסוגיא דסוף פ' המפקיד כמש"כ, ולכן כתב שפיר שכיון ששלח בו יד נתחייב בו וקנהו, ומה דבטוען טענת אבד אמר ר' יוחנן משום דיצא ידי בעלים והיינו מרשות בעלים, הוא משום דבלאו הך סברא היינו אומרים דאף דנתחייב בשביל שנשבע בקרן וחומש מ"מ לא נעשה גזלן, ולכן אמר זה מסברא שכיון שכפר יצא הפקדון מרשות הבעלים ובשלח בו יד באמת ליכא סברא זו אלא דגלי קרא דשלח בו יד פטור וטעמא דנתחייב וקנהו בדיני גזלן וכמש"כ הרמב"ם.

אלא דאכתי עלינו לבאר דכיון שכתבנו לדעת הרמב"ם דכופר בפקדון הוי גזלן באמת ולא רק להתחייב באונסין, א"כ קשה למה אמר ר' יוחנן טוען טענת אבד ונשבע וחזר וטט"ג דלמה לן נשבע דהא מכיון שטען טענת אבד הוי כופר בפקדון, וקושיא זו היא גם בדברי רש"י ז"ל דבהא דאמר משום דקנה בשבועה ראשונה כתב להא דרב ששת דכופר

בפקדון נעשה עליו גזלן, וכתב ע"ז והיכי דאשתבע כ"ש דכ"ע מודו, וקשה דעכ"פ בלא אשתבע נמי אמאי לא מיפטר מכפל.

ונראה דבטוען טענת אבד כיון דאיכא שבועה דאורייתא כ"ז שלא נשבע אכתי לא נשלם הכפירה לענין שיהי' בזה גזלן, דכיון דבשבועה דאורייתא נחתינן לנכסיה אם לא ישבע א"כ אכתי אינו ברור שכבר הוא גזלן, ואף דלענין דין שיהי' הפקדון ברשות הבעלים לא מהני כלל מה דנחתינן לנכסיה דהא ב"ד לא יגבו אלא ממון ולא גוף הפקדון שיכול להבריחו, מ"מ כיון דיהי' צריך לשלם אפשר שיודה כדאמר רבה בריש ב"מ רמא רחמנא שבועה עליה כי היכי דלודי, ולכן לא נתברר גזלו כ"ז שלא יצא מב"ד בפטור ואכתי ברשותא דמאריה קאי אבל כופר בפקדון כיון דליכא שבועה דאורייתא אף דאיכא שבועת היסת לא מהני להוציאו מתורת גזלן כיון דגם אם לא ישבע לא יגבו ממנו, ולפי"ז יהי' לנו חדוש לדינא דדוקא כופר הכל בפקדון אבל מודה במקצת כ"ז שלא נשבע בב"ד לא נעשה עליו גזלן.

אלא דאכתי קשה דעכ"פ אחר שנשבע למה צריך קרא לחייב בטוט"ג ולא אמרינן דהוא גנב ע"י הכפירה עם השבועה וגם בטוט"א אמאי פטריה קרא ואף דהוא גזה"כ מ"מ טעמא בעי דבשלמא אי אמרינן דזה גופא חדוש שחדשה תורה דבטוען טענת גנב ונשבע חייבתו תורה כאילו הוא עצמו גנב שפיר דלא חדשה תורה אלא בטוט"ג ולא בטוט"א, אבל אי נימא דמסברא דעיקר הכפירה הוי גנב אלא דצריך שבועה דתושלם הכפירה א"כ באמת למה לא יתחייב בטוט"א.

והי' אפשר לומר דטוט"ג או טוט"א מעיקר הסברא אין להם דין גנב דגנב היינו דבשעה שלוקח אין יודעים הבעלים שחסר להם באותה שעה הדבר הגנוב ואין להם שום ידיעה על מעשה הגנבה, אבל בטוט"ג או טוט"א בשעה שטוען בב"ד הלא יודעים הבעלים מחסרון הפקדון אלא דיש אצלם ספק אם הנפקד אומר אמת או שקר ובכה"ג לא הוי דרך גנבה, אלא דזה יש לתלות במחלוקת הרמב"ם ורש"י שכתבתי בפ"א מה' גנבה הלכה ג' אם לקח בידיעת הבעלים ומיטמר מאינשי אי הוי גנב ומפשטות ד' הראב"ד משמע דסובר כרש"י דהוי גנב, ודעת הרמב"ם ביארתי שם דהוי גזלן ונמצא דהולכים לשיטתם ובהלכה י' נבאר בזה יותר:

הלכה ה

הטוען טענת גנב בפקדון ונשבע, ואח"כ באו עדים שהוא ברשותו, וחזר וטען בו טענת גנב ונשבע ואח"כ באו עדים שעדיין ברשותו הוא אפי' מאה פעמים חייב כפל על כל טענה וטענה, ואם נשבע ה' פעמים נמצא משלם ו' הקרן שהפקיד אצלו וה' בקרן משום

ה' כפלות של ה' שבועות.

כ' המ"מ וז"ל והקשו המפרשים בטענה שניה היאך חייב כפל שהרי אינו מחוייב כפל אלא בשבועה שהשביעוהו ב"ד ולא בשקפץ ונשבע הוא וא"כ איך ישביעוהו ב"ד והרי הוא חשוד על השבועה משבועה הראשונה שנמצא שקרן ע"פ עדים, ותי' דאיכא למימר דהוי ידעי ביה דעבד תשובה וכו' וא"צ לכ"ז אלא בב' בתי דינין משכחת לה, ודין זה שקפץ ונשבע ואפי' בב"ד שאינו משלם כפל נתברר באותו פ' בסוגיא בברור, ותימה למה לא הזכירו רבינו ז"ל עכ"ל.

ודברי המ"מ תמוהים דשו"ט רק בהך קושיא דהוא פסול לשבועה ויישב זה בשני התירוצים, ובאמת הקושיא חמורה דהא מכיון שטט"ג ונשבע בפעם א' כבר נתחייב באונסין, וכשוטען ט"ג בפעם ב' אינו פוטר עצמו ובכה"ג אינו חייב בטט"ג, וקושיא זו הקשו בתוס', ובזה כתבו דאין סברא לחלק מב"ד אחד לשני ב"ד, והיינו דכיון דיש ביד הבעלים לברר דנתחייב באונסין א"כ גם בב"ד שני לא כפר במה שטען שנגנב, דדוקא לענין מה שהק' המ"מ דנעשה חשוד יש לומר דכיון דב"ד זה לא ידעו מפסלותו אף דכשיתברר תתבטל שבועתו מ"מ עכשיו מיקרי שבועה שב"ד השביעוהו ולא קפץ ונשבע, אבל לענין זה דצריך שיהי' כפירה של פטור כיון דביד הבעלים לברר דהוא חייב באונסין אין זה כפירה של פטור ובתוס' תירצו דמיירי דאמר לו בעל הפקדון לאחר שבאו עדים שיהיה שומר כבתחלה וקבל עליו דנעשה שומר מחדש, אך הקשו ע"ז דא"כ לא שייך האבעיא כלל דלא הוי חד ממונא דמה לי לקחו בידו ונתן לו ומה לי שלא לקחו בידו אלא אמר לו בעודו בידו תהא עליו ש"ח ונשארו בתימה.

והנה הבעה"מ והמלחמות חולקין בריש ש"ש דו"ה באם הודה הגזלן להנגזל ואמר לו שנותנו לו דבעה"מ סבר דהרי הוא כבר ברשות הנגזל ויכול להקדישו והרמב"ן סבר דאינו יכול להקדישו וכתב המלבושי יו"ט ח"ב חח"מ סי' ו' וז' דזה פשוט דאפי' לדעת הבעה"מ מ"מ לא נפטר מאחריות אונסין, ומסתבר כדבריו דעד שהגזלן משיב גזלתו לרשות הנגזל לא נפקע חיוב גזלו והבעה"מ סובר רק דכבר נעשה ברשותו כיון שאינו מסרב ליתן לו את שלו אבל נראה לי לחדש דזה דוקא בדין גזלה ממש אבל כופר בפקדון אף לשיטת הרמב"ם שביארנו דיש לו דין גזלן גמור ולא רק להתחייב באונסין כשיטת התוס', מ"מ לענין זה חלוק דין כופר בפקדון מגזלן, דגזלן כיון שהוציא הגזלה מרשות חברו לכן עד שישיב הגזלה לרשות חברו לא נפקע חיוב גזלו, אבל כופר בפקדון דכבר בארנו דאינו גזלן ממש מדאיצטריך לרבות מקרא דוכחש בה, לכן אף דנאמר דמכיון דחייבתו התורה בהשבה אלמא דהוא חייב בכל דיני גזלן מ"מ כמו דגדר השבה בגזלן

הוא למקום שנטל ה"נ בכופר בפקדון מכיון שהודה בפקדון ומוכן ליתנו לבעלים, אינו מחוייב להביא הפקדון לבית הנפקד אלא הנפקד צריך לילך לקבל הפקדון, ואף דלדעת הרמב"ן דסובר דאינו ברשותו של נגזל להקדישו יש לומר דכ"ז שלא קבל הפקדון אכתי ברשותו דכופר קאי לענין אונסין אם לא באופן דפשע במה שלא בא לקבל, אבל לדעת הבעה"מ דמכיון שהודה, כבר קיימא ברשות המפקיד, ורק דבגזלן כתבנו דלא פקע מיניה חיובו בשביל שהוא מחוייב להשיב לרשות הנגזל, אבל בכופר בפקדון אינו מחוייב להשיב אלא למקום שנטל.

ואחר שזכינו לזה נאמר דעכ"פ אף דמקודם שהודה כבר בטל ממנו דין שומר כיון שנעשה עליו דין גזלן ויצא הפקדון מרשות הבעלים, מ"מ עכשיו כשהודה חזר עליו חיוב השומרין כ"ז שלא החזיר הפקדון לרשות הבעלים, ולא דמי להא דבעי רבה זוטי בב"ק דק"ח היכי דנגנבה באונס והחזירם גנב לבית שומר דבעי אי כליא שמירתו או הדרא לשמירתו דהתם שפיר יש לומר דכיון דנגנבה באונס נתבטל כל חיוב השמירה כיון שכבר אינו ברשות השומר, ולכן אף כשהחזיר הגנב לא הדר חיובא עליו, אבל הכא בשביל שכפר בפקדון ונעשה גזלן לא נפקע ממנו חיובו שקבל עליו לשמור הפקדון ולהחזירו לבעליו, ולכן אף דודאי בשעה שיש לו דין גזלן לא שייך שיהי' עליו חיובי שומרין, אבל כשהודה ונעשה הפקדון ברשות הבעלים חזר עליו דין שומרין דלא הפקיע חובתו במה שכפר תחלה, ויש לומר דרבה זוטי לא מיבעי ליה אלא בנגנבה באונס, אבל בנגנבה בפשיעה והחזיר גנב לבית שומר ואח"כ הוקר הפקדון ופשע אח"כ דודאי חייב דע"י פשיעתו לא נתבטל חיובו ועכ"פ זה ודאי מסתבר דע"י כפירתו לא נתבטל חיובו כ"ז שלא קבלו הבעלים את הפקדון.

ועכשיו מיושב שפיר לפי שיטת הבעה"מ קושיית התוס' דמכיון שבאו עדים וקבל עליו את הדין נעשה כפקדון, ומ"מ לא קשה קושיית התוס' שהקשו לפי תירוצם דאמר לו בעל הפקדון יהי' לי בידך, דא"כ לא הוי חד ממונא ומה לי נטלו וחזר והפקידו מה לי אמר לו יהי' לי בידך, דזה שפיר הקשו לפי תירוצם דנעשה פקדון מחדש ברצון שניהם, אבל לפימש"כ לא נעשה פקדון מחדש אלא בכח חיוב הראשון של הפקדון ודמי למה שכתב הרמב"ם בהלכה ט' דטוט"ג בפקדון של קטן אף שתבעו כשהוא גדול פטור אלמא דאזלינן בתר תחלת הפקדון, אף דגם כשנתגדל לא קבל ממנו והחזיקו בפקדון, וה"נ הכא כיון דחיוב הפקדון נמשך משעה שהפקיד אצלו לכן במה שלא לקח ממנו הפקדון לא נעשה פקדון חדש, ושפיר בעי שם בגמ' אם על חד ממונא איכא כפל וחומש, וכאן נמי משכחת לה הרבה פעמים טוט"ג ומיקרי חד ממונא ורק דילפינן מחומש דעל חד ממון

איכא הרבה כפילי, וכן באבעיא דטט"א ונשבע והודה שפיר גרסינן והודה וכגירסתנו ולא כתוס' וכן הוא להדיא ברמב"ם בפ"ז מהל' שבועות הל' ט"ו והוא כדברינו דכיון שהודה נעשה שומר ובהל' ג' שלא הודה שפיר כתב שיצא הפקדון מידי הבעלים.

ובמה דתמה המ"מ דלא הזכיר הרמב"ם דבקפץ ונשבע ליכא כפל, נראה דסובר הרמב"ם דר"פ פליג על רבא דפשיטא ליה דבקפץ ונשבע ליכא כפל, משום קושיית הראשונים דהא הוי חשוד על השבועה והתירוצים דמיירי בשני ב"ד או שעשה תשובה הם רק שינויי דאין סומכין ע"ז הראשונים ופשטא דמילתא משמע דבעי בסתמא בכל גווני, ועוד דמדפשיט ר"פ מהא דמשלם הרבה חומשין דמשלם נמי הרבה כפילי מוכח נמי דדמיין זה לזה, ולכן כמו דבחומש מהני קפץ ונשבע ה"נ בכפל ואין בין זה לזה אלא דחומש הוא ע"י הודאה וכפל כשבאו עדים, והרמב"ם לשיטתו דלא מפרש בהלכה ג' שכבר יצא ידי בעלים משום שנפטרו כמו שפירשו הראשונים דא"כ מפורש כן במימרא ד"ר יוחנן דקיי"ל הכי דבשבועה דאינו מחוייב איננו מתחייב כפל אבל לפירושו לא שייך לזה ואדרבא יש עוד להוכיח מסוגיא זו דלא כרבא דלרבא למה אמר טעמא משום דקנה בשבועה ראשונה או משום דיצא מידי הבעלים תיפוק ליה דאינו מחוייב שבועה כמו שפירשו הראשונים וע"כ דבקפץ נמי חייב כפל:

הלכה ז

מסר שורו לשנים וטענו טענת גנב ונשבעו והודה אחד מהם, והשני באו עליו עדים שניהם משלמים את הקרן ואם תפש בעל הפקדון את הכפל אין מוציאין מידו וזה שהוא (נראה דצ"ל שהודה) **משלם חומש כשאר הנשבעין שבועת הפקדון שהודו מעצמן.**

הכ"מ הביא דהטור השיג על הרמב"ם דאין נראה כן בגמ' אלא כפל פשיטא דמשלם ובחומש מיבעי ופי' הכ"מ כוונת הטור משום דמשמע דבעיא דרבינא הוא כמו בעיא דרמי בר חמא דקאי על חומש, ובזה כתב הכ"מ דהרמב"ם סובר דאינו בחד גוונא אלא דהקשה דכיון דבעיא דרמב"ח איפשטא דממון המחייבו כפל פוטרו מן החומש א"כ איך אפשר לומר בבעיא דרבינא דפשיטא דמשלם חומש ולא מספקא לן אלא בכפל, דהא כפל מוציא מידי חומש שמענו אבל חומש מוציא מידי כפל לא שמענו ונשאר בצ"ע.

וראיתי במרכה"מ שכתב ליישב דבבעיא דרמו בר חמא בהל' ו' הא מיירי שמקודם באו עדים על טענת הגנבה ואח"כ הודה על טענת אבד לכן כבר נתחייב כפל והכפל פוטר מן החומש, אבל בבעיא דרבינא הוא להיפוך שמקודם הודה הא' ונתחייב חומש ואח"כ באו עדים על השותף הב' ולכן יש ספק שהחומש יפטור הכפל אבל לא הכפל את החומש שכבר נתחייב חומש, ותירוצו הי' נכון אלא דקשה דלמה בהך בעיא קבע רבינא

באופן ההיפוך מכפי המבואר בברייתא דכפל פוטר חומש, וגם הרמב"ם הי' לו לבאר להדיא דמקודם הודה א' ואח"כ באו עדים על השני, דמקדימת הלשון אינו מוכרח דכך הי' המעשה, וגם הי' צריך לבאר איך הדין להיפוך אף דאין דרכו לכתוב מה שלא נאמר בגמ' מ"מ כיון דכל הסוגיא הוא דכפל פוטר החומש, וכאן הוא להיפוך הי' לו לבאר.

ונראה דהרמב"ם סובר דכאן לא שייך שהכפל יפטור את החומש דכיון דהחומש הוא כפרה על השבועה דאף שאינו מעכב מ"מ עיקרו הוא לכפרה, וכמבואר בשבת דס"ט דחומש במקום קרבן ובב"ק קי"א דילפינן הדיוט מהקדש, ולכן אף דבמקום שמשלם קנס לא חייבתו תורה בחומש אבל הכא בשני שותפין אין סברא שבשביל מה ששותף א' משלם כפל לא ישלם השותף השני את החומש כדין כל נשבע והודה כיון שהוא אינו משלם קנס, ולכן סובר דע"כ האבעיא היא להיפוך דכיון דעכ"פ מצינו דהקפידה תורה שלא יהיו שני תשלומין וכדמוכח מלשון הגמ' בבעיא דר"פ תרי גווני ממונא קאמר רחמנא דלא נשתלם וכו', וכיון דע"כ השותף שהודה צריך לשלם חומש לכן אפשר דהבעלים אין להם לקבל שני תשלומין עבור כפירה אחת ופטור השותף שבאו עדים מכפל דכפל אינו כפרה אלא חיוב של עונש שהוא זכות להבעלים, והבעלים אין להם זכות על שני תשלומין:

הלכה י

שומר שגנב מרשותו כגון שגנב טלה מעדר שהופקד אצלו וסלע מכיס שהופקד אצלו אם יש עליו עדים חייב [ב]**כפל, ואע"פ שהחזיר הסלע למקומו והטלה לעדרו ה"ז חייב באחריותן עד שיודיע הבעלים שהרי כלתה שמירתו וכאילו לא החזיר כלום עד שיודיע בעליו אבל הגונב סלע מכיס חבירו או כלי מביתו והחזיר דבר הגנוב מבית למקומו אם ידעו הבעלים מגנבתו ולא ידע**[ו] **בחזירתו עדיין הגנב חייב באחריותו עד שימנה את מעותיו.**

השגת הראב"ד: שומר שגנב וכו', א"א זה אינו כלום עכ"ל. שהחזיר הסלע וכו'. א"א או שיחזיר הכיס לבעליו וימנה מעותיו עכ"ל.

כתב המ"מ על ההשגה הראשונה כוונתו לומר שלא מצינו כפל בשומר אלא בטוט"ג ונשבע הא לא"ה לא דאע"ג דאחר (שגנב מרשות שומר) [שנגנב מרשות הבעלים] משלם כפל וכמו שנתבאר הוא עצמו ודאי לא ישלם דאי לא למה לן שבועה משעת כפירה לחייב בכפל. ונ"ל שדעת רבינו ז"ל בשנשבע על כך וטט"ג וקמ"ל שאין זה שליחות יד הפוטרו מן הכפל לדעתו ז"ל (למטה) [למעלה], אלא הרי הוא חייב בכפל לפי ששליחות יד הוא בשנשתמש במה שנפקד אצלו אלא שגם זה צ"ע, סוף דבר איני יודע טענה לרבינו

עכ"ל, ודבריו תמוהים דבפ"ג מה' גזלה כתב הרמב"ם להדיא דהגבי' ליטול מקצת זהו שליחות יד וכ"ש כשהגביה ליטול כולו, ובודאי הרגיש המ"מ שא"א לומר כן, וכתב שאינו יודע טענה לרבינו ז"ל.

והכ"מ כתב וז"ל ול"נ שדעת רבינו דטוט"ג היינו כשמניח הפקדון במקומו וטוען שנגנב כולו והכא שאני שמכלל מה שהופקד אצלו לקח קצת בדרך גנבה עכ"ל, ולכאורה דבריו אינם מובנים דעיקר טענתו של המ"מ הוא דטוען טענת גנב צריך להיות גנב כמו דכופר בפקדון הוי גזלן ורק דכופר בפקדון שהבעלים יודעים שנגנב אצלם הוי גזלן, וטוט"ג שאין הבעלים יודעים הוי גנב, וכיון דחזינן דאמרה תורה דטוט"ג אינו חייב כפל אלא כשנשבע וגם טוט"א פטור מכפל אפי' נשבע אלמא דהכי הוא דינא דשומר שגנב מרשותו דמה שגונב מרשות עצמו לא דמי לאחר שגונב מרשות שומר, ויש להסביר זה בסברא דאחר שגונב מרשות שומר הרי בשעת גנבה מונח החפץ ברשות השומר שמחזיק עבור הבעלים וידו כיד הבעלים, אבל שומר שגונב מרשות עצמו א"א שיהי' באותו רגע גנב ושומר ביחד וכיון שהולך לגנוב הרי אין ידו כיד הבעלים, וכן הטוט"ג כשכופר בב"ד באותו רגע כבר אין ידו כיד הבעלים וא"כ אינו גונב מרשות הבעלים וליכא וגונב מבית האיש, ולכן זהו דחדשה תורה דטוט"ג חייב כפל דוקא כשנשבע וגם זהו רק מגזה"כ דטוט"ג ולא בטוט"א וזהו טעמו של הראב"ד שחולק על הרמב"ם בשומר שגנב מרשותו, ומה שכתב הכ"מ דשאני הכא דמכלל מה שהופקד אצלו לקח קצת דרך גנבה לכאורה אין לו ביאור דמה נ"מ אם לקח קצת דרך גנבה או לקח כולו דרך גנבה, ובפ"ג הל' ד' כתב הרמב"ם היתה פרה שאולה אצלו וטבחה בשבת דרך גנבה פטור אף מן הכפל ומוכח דאם טבחה בחול חייב משמע דאין חילוק אפי' לא היתה שאולה לו רק פרה זו.

והנה במה שהקשה המ"מ דלחייב בכפל בטוט"ג משעת כפירה ולמה לן שבועה כבר כתבתי בהלכה ב' דבלא שבועה לא נעשה לא גנב ולא גזלן כיון דחייב שבועה ולא נפטר מב"ד, אלא דאכתי קשה דעכ"פ כשנשבע כבר אין זה חידוש ואדרבא קשה דא"כ טט"א נמי לחייב בכפל, וצריך לומר דגזה"כ הוא דדוקא טוט"ג ולא טוט"א, וא"כ למה צריך תרי קראי חד לחייב טוט"ג וחד למעוטי טוט"א דהא מחד קרא ידעינן כיון דבסברא הוי טוט"ג גנב וכיון דכתיב טוט"ג ע"כ למעוטי טוט"א דאי לא"ה למה לן קרא, וע"כ דטוט"ג מסברא אינו חייב כפל דאפי' לאחר שנשבע לא דמי לגנב, ולכן צריך תרי קראי.

ונראה דאפשר לומר עוד באופן אחר דטוט"ג אף דאין הבעלים יודעים בשעה שטוען ט"ג שהוא עצמו נוטלו, אבל זה יודעים שאומר שאין לו הפקדון שלהם, ובודאי אין

טענתו ואפי' שבועתו ברורה אצלם וספק אם נכונים דבריו או שאינו רוצה להחזיר להם, ולכן לא דמי לגנב שבשעת הגנבה אין הבעלים יודעים כלל מנטילת החפץ וחסרונו, וכיון דלא דמי לגמרי לגנב צריך קרא לרבות דטוען ט"ג לאחר שבועה הוי גנב ובזה מיעט קרא דטוט"א לא הוי גנב.

ולפי"ז הי' מקום להסביר דבריו של הכ"מ דאף דבשומר שגנב מרשותו בשעת הגנבה אין הבעלים יודעים כלל, מ"מ כיון דעכ"פ יתבעו הבעלים ויהי' צריך לטעון נגנב או נאבד, וא"כ לא דמי לגנב דאף בעת שידעו הבעלים שנגנב אבל לא ידעו מגנב זה ובשומר ספק אצלם אפשר לקח לעצמו, ולכן אפשר לומר דכאן מיירי בגנב טלה מעדר וסלע מכיס באופן שאין הבעלים יודעים המנין וישאר תמיד בגדר גנבה שלא ידעו כלל, ולפי"ז נצטרך לדחוק דמה דכתב הרמב"ם בפ"ג היתה פרה שאולה אצלו וטבחה בשבת דרך גנבה היינו ג"כ שהיתה בין עדר פרות וזהו דוחק, וגם דחוק להעמיד ההלכה דוקא באופן שאין הבעלים יודעים המנין דא"כ היה להרמב"ם לבאר כן.

לכן נראה דאין צורך לזה דאף דבטוט"ג כתבנו דלא דמי לגנב היינו משום דבעת טענתו כבר יודעים הבעלים שחסר להם הפקדון, אבל שומר שגנב מרשותו כיון דבשעת גנבה אין יודעים וגם אח"כ לא יצטרך לכפור להם שידעו בשקרו אלא יאמר שנגנב או נאבד אף שהבעלים לא יאמינו לו בתורת ודאי גם אחר שבועתו, מ"מ כבר אין זה חסרון ושפיר הוי גנב כיון דבעת שגונב אין הבעלים יודעים.

ובמה שכתבתי לדעת הראב"ד דמשו"ה לא דמי שומר שגנב מרשותו לגנב דא"א להיות בשעה אחת גנב וגם ידו כיד הבעלים שיהי' וגונב מבית האיש בזה נראה דסובר הרמב"ם דאין זה חסרון כיון דמקודם שגונב הוי ידו כיד הבעלים דמחשבה אינו מוציאו מדין שומר שפיר נקרא זה וגונב מבית האיש, אמנם זה שכתבנו באופן אחר בטעמא דטוט"ג אינו גנב אפי' אחר שנשבע אין זה אלא לפי"מ שביארנו בפ"א הלכה ג' דעת הרמב"ם דהיכי דלוקח מן הבעלים בחזקה ומיטמר משאר אינשי לא הוי גנב ודלא כמו שפירש"י בב"ק דף נ"ו ע"א בד"ה טענת ליסטים מזויין, גנב מזויין נטל הימנו בחזקה, דרש"י סובר דאפי' היכי דנטל בחזקה כיון דמטמר משאר אינשי הוי גנב, ולדעת רש"י אין טעם לומר דטוט"ג לא הוי גנב משום דהבעלים יודעים עכ"פ בשעת הכפירה, דכיון דאפי' נוטל בחזקה הוי גנב כיון דמטמר מאינשי וזה שטוען ט"ג ונשבע בודאי הוי כמו מיטמר מאינשי דלגבי אנשים אחרים ודאי לא שייך לומר שאין מאמינים בשבועתו ועכ"פ אינו חצוף לגזול בפני אנשים וצריך להיות גנב, ולדעת רש"י ע"כ מוכח כשיטת הראב"ד דהכי הוא דינא דשומר דלא הוי גנב בגונב מרשותו ואינו חייב אלא בטוט"ג ונשבע וכמש"כ

ולכן אפשר דהראב"ד מפרש באמת כדעת רש"י וכן משמע פשטות לשונו בהשגתו שם ולכן שפיר השיג על הרמב"ם אבל הרמב"ם לשיטתו שפיר מיושב כדברינו.

ובדרך אחר יש לומר בדעת הרמב"ם במה דטוט"ג לא הוי גנב משום דמה דאמר רב ששת הכופר בפקדון נעשה עליו גזלן וחייב באונסין למדנו זה מקרא דוכחש בה ואזהרה מולא תכחשו, ומוכח דאינו גזלן מסברא וצריך לומר דבדבור בעלמא בלא מעשה לא הוי ידעינן לחייבו בדין גזלן אלא דקרא דוכחש בה מחייבו בדין גזלן, ולכן יש לומר דמהך קרא לא למדנו אלא דיש לו דין גזלן לענין קרן, אבל לא למדנו דיש לו דין גנב לענין כפל אפי' היכי דטוען באופן שלא ידעו הבעלים, דלענין כפל אפשר דבעינן מעשה ממש, כיון דאיצטריך קרא דוכחש בה להתחייב בדין גזלן אבל בשומר שגנב מרשותו שפיר הוי גנב.

וע"ד השגת הראב"ד השנית כתב המ"מ דאף רבינו מודה בזה דאם החזיר הכיס לבעלים ומנה שהוא פטור, ואפשר דיש לחלק דשומר צריך דעת בעלים ואין המנין פוטר והראשון נכון יותר עכ"ד, ודברי הראב"ד והמ"מ תמוהים מאוד דהכא בשומר שגנב מרשותו אם החזיר הכיס לבעלים למה צריך מנין הא לא ידעו הבעלים בגנבתו, דפסק הרמב"ם בהל' י"א דאפי' מנין אינו צריך, ובמה שכתב המ"מ דאפשר שומר צריך דעת בעלים ואין מנין פוטר אינו מבואר בטעמו, דבדף נ"ז אמר ר"א הכל צריכים דעת בעלים חוץ מהשבת אבדה, ופירש"י בד"ה הכל גונב וגוזל או ד' שומרים וא"כ גנב ושומר שוה ששניהם צריכים דעת בעלים, וכמו דבגנב פוטר מנין למה לא יפטור מנין בשומר, ובזה צריכים אנו לומר דהראב"ד אינו מפרש כפירש"י אלא דהכל צריכים דעת בעלים היינו כל השומרים חוץ מהשבת אבדה דהוא ג"כ שומר, ומ"מ גילתה התורה דא"צ דעת ומה דגנב צריך דעת ורק דמנין פוטר היינו מסברא דכיון דידעו מגנבתו ולא ידעו מחזירתו אינו שומר אותה, אלא דגם זה אינו מיושב חדא דבד' שומרים נמי ליכא קרא להצריך דעת ורק בהשבת אבדה איכא קרא לפטור, ועוד דכיון דס"ל דמנין פוטר משום דכשמנה כבר ידע מחזירתו של הגנבה, וא"כ אמאי לא יועיל בשומרים, ואף דרב ס"ל לדעת צריך דעת ושלא לדעת מנין פוטר, ופירש"י דכיון דידע הו"ל גזלה גמורה ובעינן השבה מעלייתא, היינו לרב דסבר הכי, אבל ר' יוחנן דסבר לדעת מנין פוטר משמע דמנין הוי כמו לדעת.

והנראה לי בדעת הראב"ד דסובר כמו שרצה המ"מ לומר בדעת הרמב"ם והיינו דהכל צריכין דעת בעלים קאי אשומרים דשומרים צריך דוקא חזרת הפקדון מדעת הבעלים ואפי' בלא ידעו הבעלים בגנבתו וסגי במנין וטעמא דמילתא דשומר נתחייב באחריות

הפקדון וקבל עליו שמירתו, ולכן צריך דוקא שימסור הפקדון מדעת לבעל הפקדון ולא דמי לגזלן דאינו חייב בשמירת הגזלה ואינו חייב אלא בהשבת הגזלה או לשלם דמיה, ולכן מכיון שהבעלים לא ידעו בהגזלה סגי בהשבה בלא ידיעתן דבידעו בגנבתו לא ידעו לשמור כשאין יודעים מחזירתה, אבל בלא ידעו אין להם היזק בזה, אבל בפקדון שקבל עליו שמירתו זהו דינא דהכל צריכים דעת היינו שיחזיר הפקדון מדעת המפקיד, דהוא בגדר מקח וממכר שמחזיר לו הפקדון חזרה ומסלק בזה ממנו חיוב שמירתו, אלא דמנין מהני כיון דקיי"ל דמנין הוי כמו לדעת.

אלא דלכאורה אין התחלה ויסוד לדברינו ולדברי המ"מ דאפי' נאמר דשומרים שאני אבל הכא הא כבר נעשה גנב כמו שכתבנו דמה דסובר הראב"ד דאינו חייב כפל הוא רק משום דליכא וגונב מבית האיש או משום דלא הוי גנב גמור אלא כמו גזלן אבל א"א לומר דלא נעשה גנב כלל דהא גם שולח יד ליטול מקצתו כבר נעשה גזלן כמו שכתבנו, ואם הוקרה אחר השליחות יד ואתבר ממילא אינו משלם אלא כשעת השליחות יד וכדין כל גזלן, אף דשומר מתחייב כשעת הפשיעה וכמו שהבאנו דברי הגרעק"א במשניות.

אך הבאור בזה דאיברא דעכשיו כבר נעשה גנב ומ"מ לענין השבה עלינו לדון גם בדיני השבת שומרים דכיון דקיי"ל דשומרים נתחייבו משעת משיכה, וכמו שפסק הרמב"ם בפ"א מהל' שאלה ופקדון הל' ה' וכפי"מ שבארנו למעלה בפ"ג הל' ד', וא"כ אפילו אם בשעה שגנב מרשותו הי' קלב"ם מ"מ נשאר עליו חיוב הפקדון וצריך לשלם, א"כ אף שעכשיו נעשה גנב ונחת עליו חיובי גנב והשבת גנבה מ"מ חיובי השבת פקדון לא פקע, ואם משיב באופן המועיל בדיני השבת גזלה, ואינו מועיל בדיני השבת פקדון שפיר נשאר עליו חיוב הקודם ואם נאנס חייב לשלם, ולא דמי להוקרה ואתבר ממילא דאינו חייב אלא כשעת השליחות יד היינו דכיון דכבר נעשה גזלן והגזלה עומדת ברשותו לא נעשה עליו חיוב שמירה וחיוב חזרת הפקדון על דמי היוקר אלא כמו שהי' שוה בשעת משיכה, ולכן אף דאם תברה או שתייה משלם ד' היינו משום דגבי גזלן נמי הכי הוא, אבל חיובו מצד חזרת הפקדון אינו אלא כמו שהיתה שוה בשעת משיכה כיון שהוקרה אחר שכבר יצאה מרשות הבעלים ואינו עוד שומר עליו ולא דמי לכל פקדון שגם אחר שהוקרה הוא ברשות בעלים, ולכן נתחייב גם אחר שהוקרה בכל דיני חיוב הפקדון להתחייב בפשיעה כשעת היוקר, וכ"ז לענין הוקרה, אבל עיקר השבת הפקדון נשאר עליו חיובו גם אחר שנעשה גנב או גזלן וכנ"ל.

ובדעת הרמב"ם נוכל לומר דאינו חולק בזה או דנאמר דסובר כדעת רש"י ואין חילוק

בין שומרים לגנב וגזלן ואם מחזיר לבית הבעלים אפי' מנין אינו צריך וכנ"ל ולכן לא הוצרך להשמיענו כיון שכבר כתב כן בהלכה י"א:

פרק ה

הלכה ב

הגונב ומכר ולא נתייאשו הבעלים ואח"כ הוכר הגנב ובאו עדים שזה החפץ שמכרו פלוני הוא גנבו בפנינו חוזר החפץ לבעליו, והבעלים נותנין ללוקח דמים ששקל לגנב מפני תקנת השוק והבעלים חוזרים ועושים דין עם הגנב, ואם גנב מפורסם הוא לא עשו בו תקנת השוק ואין הבעלים נותנין ללוקח כלום, אלא חוזר הלוקח ועושה דין עם הגנב ומוציא ממנו דמים ששקל לו, נתייאשו הבעלים מן הגנבה בין נתייאשו ואח"כ מכר הגנב. בין שנתייאשו אחר שמכר קנה הלוקח ביאוש ושינוי רשות ואינו מחזיר הגנבה עצמה לבעליה אלא נותן להם הדמים אם לקח מגנב מפורסם, או אינו נותן כלל לא חפץ ולא דמים מפני תקנת השוק אם לא הי' זה המוכר גנב מפורסם.

השגת הראב"ד: לא עשו בו תקנת וכו'. א"א כל זה אין לו שורש ולא ענף והוא שבוש המעתיק עכ"ל.

כתב המ"מ דנוסחא משובשת נזדמן להראב"ד ז"ל וכתב הכ"מ דזהו גירסת הטור שכתוב בה אלא נותן להם דמיו מפני תקנת השוק אם לא הי' המוכר גנב מפורסם ואם לקח מגנב מפורסם אז אינו נותן ללוקח כלום וצריך להחזיר לו הכלי בלא דמים, וכן כתב המ"ע שזו הגירסא היתה בנוסחת הראב"ד וכ' הכ"מ שהיא גירסא מוטעת, דאם אינו גנב מפורסם למה ישלם הלוקח דמים הא עשו תקנת השוק, דלפי"ז נמצא דמפסיד דמיו וחמור נתייאשו מלא נתייאשו דאף דמחזיר הכלי אבל אינו מפסיד הדמים, ועוד דמש"כ דבגנב מפורסם מחזיר הכלי ולא נמצא זה בגמ' דלוקח מגנב מפורסם אינו קונה ביאוש וש"ר ולא אשכחן אלא בלפני יאוש דלא עשו בו תקנת השוק לשלם לו דמים שנתן, וגירסת הטור שלפנינו הוא, נותן להם דמיו ומנכה מהן דמיו מפני תקנת השוק, ופירשו הד"מ והב"ח דהכונה נותן להם דמיו היינו דהלוקח נותן לבעלים ומנכה דמיו היינו דמים שנתן והיינו אם הגנבה שוה יותר ממה שנתן, וגבי גנב מפורסם שכתב וצריך להחזיר לו הכלי צ"ל הכל והיינו דאינו מנכה דמים שנתן אלא הלוקח צריך להחזיר כל הדמים, והגר"א ז"ל הסכים לפירושם, ומ"מ הרואה יראה שפי' זה דחוק דלשון וצריך להחזיר לו הכל בלא דמים אין לו משמעות כלל, כיון דגם החזרה הוא בדמים ולא גוף הגנבה והי' לו לומר ואינו מנכה מה שנתן, ולכן בודאי הגירסא שלפנינו היא המדוייקה

בפרט שהמ"ע העיד שהיא מועתקה מס' שהועתק מס' שהיה כתוב בכת"י הרמב"ם ז"ל.

והנה הש"ך הקשה מב"ב דף מ"ד וכ' זה הרמב"ם פט"ז מה' עדות, דאם מכר לו טלית מעיד הנגזל עליה שהרי אין טלית זו חוזרת לנגזל לעולם שכבר קנה הלקוח ביאוש וש"ר, ואם צריך הלוקח לשלם דמים אכתי הוא נוגע בעדות, וצריך להעמיד בגזלן שאינו מפורסם, ודמים שנתן הוא כל שיווי הגזלה, ולא היה להרמב"ם לסתום זה, ולכן חידש הש"ך שיטה חדשה בדעת הרמב"ם דהחילוק בין גנב מפורסם לאינו מפורסם אינו בשביל תקנת השוק אלא דגנב מפורסם הוי אתא לידיה באיסורא, ולכן צריך הלוקח ליתן דמים, וגנב שאינו מפורסם אתא לידיה בהיתרא וא"צ להחזיר הדמים, אפי' אם הדמים יתרים ממה שנתן הלוקח, ולכן איירי בגזלן שאינו מפורסם ואפי' הגזלה שוה יותר, וסובר הש"ך דזה אינו דוחק להעמיד דוקא בגזלן שאינו מפורסם, ומלבד דעיקר סברתו אינה ברורה דבאיסורא והיתרא אינו תלוי בידיעת הלוקח מלבד זה הא ברמב"ם מבואר להדיא דטעמא הוא מפני תקנת השוק, וא"א למחוק דברים אלו דבין בגירסא שלנו בין בגירסת הטור כתוב כן, וגם להעמיד דוקא בגזלן שאינו מפורסם הוא דוחק דאף דהרמב"ם אינו סובר כשיטת הסוברים דסתם גזלן הוא מפורסם כמש"כ המ"מ פ"ה מה' גזלה הל' ז' מ"מ זה ודאי דלא נוכל לומר דסתם גזלן אינו מפורסם, וראיה לזה דכאן כתב מקודם בסתם והבעלים נותנים דמים וכו', ואח"כ ואם גנב מפורסם הוא ובה' גזלה שם כתב אם גזלן מפורסם כו' ואם גזלן שאינו מפורסם וכו'.

אך בזה נכונים דברי הש"ך דהיכי דאתא לידיה בהיתרא הרמב"ם מודה דאינו צריך ליתן דמים רק דגנב שאינו מפורסם לא מהני שיהי' אתא לידיה בהיתרא דהשוגג לא מהני בזה כיון דעכ"פ בא לידו גזל אף שהוא שוגג לא הוי בהיתרא, ויועילו דברי הש"ך ליישב מה שהקשה הגר"א ז"ל דהא ביורש למ"ד רשות יורש כרשות לוקח דמי מבואר להדיא בריש הגוזל ומאכיל דפטורים מלשלם, וכן הקשה התומים ותי' משום דביורש הוי אתא לידיה בהיתרא, דדוקא לוקח דתחלת קנינו מן המוכר הוא כשהוא גזל מיקרי באיסורא, אבל יורש שפסק כחו של הגזלן וממילא נקנה לו מדין תורה זהו בהיתרא, עכ"פ קושיית הש"ך מהא דב"ב דף מ"ד צריכה ישוב.

והנראה בזה דבגמ' שם הקשו וכיון דאסהיד דלוי הוא היכי מצי מפיק לה ומשני דאמר ידענא דהאי ארעא לאו דיהודה היא, ופירשב"ם וכן בעליות הר"י בש"מ דאמר הוא ואחר עמו שיהודה הודה שהשדה אינה שלו, וכיון דאוקמינן בשינויא בתרא דהיו ב' כתי עדים לשמעון וליהודה, א"כ אף דאם לא היה קונה לוי הלוקח ביאוש וש"ר היה שמעון מוציא ממנו, ולוי אינו יכול לטעון דהא יש ג"כ עדים שהיא של יהודה משום דעכ"פ אינו שלו,

וכן כתב בעליות הר"י בש"מ וכדקיימ"ל בדף ל"ה דבא אחד מן השוק והחזיק מוציאין אותה מידו, אבל כל זה אם בא שמעון והוציא גוף הגזלה, אבל כשבא שמעון להוציא מלוי הלוקח שקנה ביאוש וש"ר ותובע רק דמים אז בודאי אינו יכול להוציא ממנו כיון דצריך להוציא דמים של הלוקח, וספק הוא אם הוא הבעלים דלא דמי לגוף הגזלה בלא יאוש וש"ר דעכ"פ אין לוי שייך לזה וכנ"ל.

ואין להקשות דאכתי הוא נוגע בעדות שאח"כ יתפשר עם יהודה ויתבעו שניהם ע"י הרשאה דכבר כתבו התוס' שם דנהרדעי דאמרי אין מוציאין אותה מידו דאפי' כתבו הרשאה לא מהני דכיון דרשעים הם אין נזקקים להם, וא"כ אף דקיי"ל כרב אשי דמוציאין מידו היינו משום דהשלישי אין לו שום טענה, אבל הרשאה שפיר יש לומר דלא מהני דבזה אינו חולק רב אשי, ומטעם אחר יש לומר דלא מהני הרשאה דהא קיי"ל לא כתבינן אורכתא אמטלטלי דכפריה משום דמיחזי כשיקרא, וזה אפי' יש לו עדים להוציא מידו מ"מ כיון שכפר ולא נתברר אכתי בב"ד אין כותבין הרשאה, א"כ אף שהנתבע לא כפר כיון שיש הכחשה בין התובעים ג"כ יש לומר דמיחזי כשיקרא.

אלא דלכאורה מפורש בסוגיא שם להיפוך דהא פריך שם וסיפא נמי נהי דמייאש מגופה מדמי מי מייאש, והיינו דשמעון נוגע להעיד כנגד יהודה כדי לתבוע דמים מראובן הגזלן, ומוכח דיוכל לתבוע דמים מראובן ולא יכול ראובן לדחותו, ונראה דיש נ"מ בין הגזלן ובין הלוקח דהגזלן כיון שגזל בודאי משמעון שפיר יוכל שמעון לתבוע ממנו דמי גזלו ואינו יכול לדחותו דדילמא הוא של יהודה, דאפי' אם הפרה של יהודה מ"מ כיון שראובן גזל הפרה משמעון, שמעון בע"ד שלו כמש"כ בתוס' בב"ק דס"ט וכמש"כ בפ"ב הל' ט"ז לדעת הרמב"ם דגונב מן הגנב פטור לגבי הבעלים מצד חיובי תשלומים, ובדף ס"ח דאיתא דגנב שני משלם קרן היינו לגנב ראשון, וכ"ז בגזלן דחיובו הוא בשביל חיוב תשלומי הגזלה, אבל הלוקח שקנה ביאוש וש"ר דחיובו הוא בשביל הגזלה שהיא בידו, וצריך לשלם דמיה בזה ודאי אם יבוא יהודה אם יתברר שהוא הבעלים הראשונים ששמעון גזל ממנו יצטרך הלוקח לשלם לו דמי גזלתו כיון שהגזלה בעין, ולכן שפיר יכול לוי הלוקח לדחות לשמעון בשביל שיש עדים גם ליהודה.

ואף דאכתי קשה לשינויא קמא דאמר הראשון נוח לי השני קשה הימנו דיש לשמעון עדים שיוכל להוציא גם מיהודה, א"כ יוכל לתבוע דמים יש לומר דבסיפא בפרה וטלית באמת צריך לאוקמי כשינוייא בתרא רק דמעיקרא דמיירי ברישא בהא דמכר לו שדה משני הגמ' שינוייא קמא דברישא סגי בזה.

עוד הקשה הגר"א ז"ל מהא דגזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו, רצה מזה

גובה רצה מזה גובה, אבל נתייאשו הבעלים פטור השני, ומאי נ"מ מלוקח אחר יאוש, והנה בריש הגוזל ומאכיל הקשו התוס' 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 אפי' אין גזלה קיימת צריכים להיות חייבין, וי"ל דדרשינן מקרא לקמן בשמעתין דפטור באין גזלה קיימת אשר גזל אם כעין שגזל יחזיר, מכאן אמרו הגוזל ומאכיל וכו' ומסתברא ליה לרב חסדא לאוקמי קרא דדוקא לאחר יאוש, ורמב"ח מוקי לה אף לפני יאוש, ומיהו לרב דאמר יאוש קני וסבר נמי כרב חסדא לדידיה צ"ל דאסמכתא היא וכו', לכך נראה דהך דרשא דלקמן אסמכתא היא לכו"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 שינוי השם וכו', ולרמב"ח ניחא טפי דכיון דהוא לא גזלו אינו יכול לתובעו שהרי אינו לגמרי ברשות מריה שהרי אינו יכול להקדישו, וגם הגזלן יכול לקנותו בשינוי מעשה עכ"ל, ובד' התוס' אלו ניישב הקושיא רק מקודם צריך לבאר עיקר טעמא דשיטת הרמב"ם דביאוש ושינוי רשות צריך הלוקח ליתן דמים, ונראה דזה תלוי בעיקר דין קנין יאוש וש"ר, דלהרמב"ן דסובר דטעמו משום דאתא לידיה בהיתרא, ודאי אין סברא שישלם הלוקח דמים, דכיון דאתא לידיה בהיתרא וילפינן מאבדה א"כ בודאי לא צריך ליתן דמים, אבל לדעת הרמב"ם א"א לומר כן דהא סובר דאפי' שינוי רשות ואח"כ יאוש נמי קנה, ואפי' לדעת התוס' דסוברים דדוקא יאוש ואח"כ ש"ר מ"מ משמע מדבריהם שכתבו שנקל לצאת מרשות בעלים בשינוי רשות או בשינוי השם, ומוכח דאין הטעם בשביל שברשות הלוקח אתא לידיה בהיתרא וקונה כמו באבדה אלא דגם ברשות הגזלן. לא הוי ברשות מריה אחר יאוש, ודין שינוי רשות מועיל לקנות עם יאוש כמו שינוי השם דמועיל עם יאוש.

ולכן סובר הרמב"ם כיון דשינוי רשות הוא ג"כ גדר שינוי דילפינן לה מאשר גזל, אלא דאינו שינוי גמור אלא כמו שינוי השם דמועיל עם יאוש, ובדף ס"ז כתבו התוס' בחד תי' דשינוי השם אינו מצטרף עם יאוש, אלא דע"י היאוש נעשה שינוי השם וכן שינוי רשות, ודין שינוי לא מהני לקנות לגמרי דהא דרשינן אם כעין שגזל יחזיר ואם לאו דמים בעלמא בעי שלומי, ואף דיש לומר דבאמת שינוי מועיל לקנות לגמרי ומה דצריך לשלם דמים הוא בשביל חיוב הגזלה, ולכאורה יש ראיה לזה דהא אינו משלם אלא כעין שגזל, ואם נימא דשינוי אינו מועיל אלא לקנות גוף הגזלה אבל צריך לשלם דמים א"כ אמאי לא משלם כמו שנתייקר או כמו שהושבח.

אבל באמת אין זה הוכחה דשפיר נוכל לומר דהא דילפינן מאשר גזל אינו אלא דקונה גוף החפץ אבל צריך לשלם דמים, והיינו לפימש"כ בפ"א מה' גזלה דאיכא תרי קראי חד והשיב לחזרת גוף החפץ וחד ושלם כשאין החפץ בעין, ולכן ילפינן מאשר גזל דאם אינו כעין שגזל ליכא אלא קרא דושלם דנתחייב לשלם כשעת הגזלה, אבל מ"מ יש לומר דזה לא ידעינן מקרא דאשר גזל דאפשר לקנות בשינוי שלא לשלם כלום דהא לא ידעינן מקרא אלא דאם כעין שגזל יחזיר ואם לאו פטור מקרא דוהשיב באופן דמשלם דמים משום קרא דושלם כדדרשינן ואם לאו דמים בעלמא בעי שלומי, וא"כ שפיר נוכל לומר דאפי' לוקח אחר יאוש דאין עליו דין גזלן להתחייב, ואם נאבדה הגזלה הי' פטור דלא נתחייב לאחר יאוש מתורת גזלן, ובפרט לפימש"כ בפ"ב מה' גנבה הל' ט"ז בדעת הרמב"ם דאפי' קודם יאוש לא נתחייב לגבי הבעלים, ומה דתניא בדף ס"ח דגונב מן הגנב משלם קרן היינו לגנב כדאיתא שם, מ"מ אינו יכול לקנות בשינוי רשות כיון דהוא מגדר שינוי וליטול החפץ בלא דמים כיון דעיקר קרא דוהשיב דדרשינן מיניה אם כעין שגזל יחזיר אתי רק לזה דאם אינו כעין שגזל א"צ להחזיר גוף החפץ, וא"כ נוכל לומר דאפי' היכי דמצד גזלה לא נוכל לחייבו משום קרא דושלם, מ"מ עיקר קנין שינוי לא גלי קרא לקנות בלא דמים, ואף דהגזלן כבר נתחייב בשעת גזלה בכ"ז הלוקח שנוטל החפץ ע"י שינוי רשות אינו יכול ליטול בלא דמים, כיון דמדין שינוי אנו למדין ולא גלי קרא ליטול ממון חברו בלא דמים.

ועכשיו מבואר דכ"ז הוא כשהגזלה בעין ורוצה הלוקח לזכות בו מדין שינוי רשות, אבל היכי דאכלו סובר רב חסדא כמש"כ התוס' דכיון דאינו ברשות הנגזל לגמרי ויצא קצת מרשותו ע"י יאוש לא נתחייב המזיקו או האוכלו דדוקא במזיק או אוכל ממון שהוא ברשות הבעלים לגמרי חייב.

והנה עוד יש להקשות על שיטת הרמב"ם מהא דתנן ופסק כן הרמב"ם בפ"ו מה' גזלה הל' ג' שהמציל מיד ליסטים ישראל הרי אלו שלו מפני שסתם הדבר שנתייאשו הבעלים ואם ידע שלא נתייאשו חייב להחזיר, ואמאי לא פסק דצריך לשלם דמים, ובפ"ה מה' גזלה הלכה י' כתב נטלו מוכסין כסותו והחזירו לו אחרת הרי אלו שלו מפני שזו כמכירה היא וחזקתה שנתייאשו הבעלים ממנה, ואינו יודע בודאי שזו גזילה, וכ' הסמ"ע והגר"א ז"ל שזה שכתב שאינו יודע שהוא גזילה הוא טעם שאינו צריך לשלם דמים, וא"כ קשה טובא דמ"ש במציל מן הליסטים שכתב בסתם הרי אלו שלו.

ונראה דכיון שכתב בפ"ד מה' גזלה הל' ז' וז"ל, דין הלוקח מטלטלין מן הגזלן כלוקח מן הגנב וכו' ואם כבר נתייאשו הבעלים קנה לוקח עצמה של גזילה ואינו מחזירה

דמוכח דדמים צריך לשלם, ולא כתב זה מפורש וסמך על מה שכבר כתב בה' גנבה משום דהי' צריך עוד לחלק כמו שחלק מקודם בין גנב מפורסם לאינו מפורסם, וא"כ לא צריך הרמב"ם גבי ליסטים לכפול הדברים ולכתוב שצריך לשלם דמים, וכאן כתב רק הדין דליסטים ישראל סתמו נתייאשו הבעלים, ורק גבי מוכסין הוסיף הרמב"ם וכתב דאינו יודע בודאי שזו גזילה דמטעם זה פטור מליתן דמים, וזהו כמו דאמר בגמ' בב"ב דף כ"ד ע"ב לענין ספק זה קדם דאם לא הי' קונה ביאוש וש"ר לא הי' יכול להחזיק בהחפץ דלהוציא חפץ מחזקת חברו צריך ראיה ברורה וכיון דמוכס הוי ספק גזלן א"כ בטל חזקתו והוי כמו גודרות דאין להם חזקה, ולכן כשבא בעל החפץ הי' יכול להוציא מידו, ואינו יכול לטעון לקוח אבל כיון דהחפץ ודאי קנה ביאוש וש"ר וכיון דהוא ספק גזילה פטור ליתן דמים מספק.

ובמה דפסק הרמב"ם דנתייאשו אחר שמכר ג"כ קנה הלוקח וכתב המ"מ דהוא תימה מהא דדף קט"ו באוקימתא דרב זביד דסבר ר' יוחנן דש"ר קודם יאוש לא קנה, וכ' ע"ז דשמא סובר דכיון דר"פ אוקי באוקימתא אחריתא הדרינן לכללין דיאוש וש"ר קנה ואין נ"מ מי קודם, וכ' עוד המ"מ דקצת נראה כן מן הסוגיא דדף ס"ח דאמר שנתייאשו הבעלים בי לוקח דהוי"ל יאוש וש"ר, ועיין בלח"מ ולכאורה אין משם ראיה דהתם רב זביד גופיה אוקים הכי ורק דהתם מתרץ אליבא דרב, ורב הא סבר גם אליבא דר"ז דש"ר ואח"כ יאוש קנה, ובעיקר תירוצו של המ"מ משום דר"פ מוקים באוקימתא אחריתא אינו מרווח דמנ"ל דר"פ פליג על רב זביד בהך סברא ודילמא סבר ר"פ להיפוך דר"ש ואח"כ יאוש ודאי לא מהני דהא רב סבר יאוש לחודיה קנה, וא"כ מה דאמר ר"ז אליבא דרב דש"ר ואח"כ יאוש נמי קנה הוא לאו דוקא דעיקר קונה בשביל היאוש, ואפשר דאשמעינן בזה דיאוש מהני גם לגבי לוקח שלא נתכוין לגזול, אבל עכ"פ ליכא הוכחה דלדידן דיאוש לא קנה מהני ש"ר ואח"כ יאוש.

ונראה בזה לחזק הוכחת המ"מ מדף ס"ח דמכיון דמרב גופיה אין ראיה כלל דסבר ש"ר ואח"כ יאוש הוי כמו יאוש וש"ר כיון דסבר דיאוש לחודיה קנה א"כ מאי קאמר רב זביד ולא תימא משום דהוי"ל יאוש וש"ר, והפי' בזה דאם נימא כן יהי' הברייתא דלא כרב דסבר יאוש לחודיה קנה, וא"כ איך הו"א כן דהא אם נימא דלא כרב לא מהני ש"ר וא"כ יאוש שיהי' מועיל במקום יאוש וש"ר וע"כ מוכח מזה דלכו"ע ש"ר ואח"כ יאוש הוי כמו יאוש וש"ר.

והנתיבות כתב דפלוגתא דרב ור' יוחנן אליבא דרב זביד הוא אם צריך להחזיר דמים דעל גוף הגזילה לא צריך לטעמא דיאוש וש"ר כיון דרב סבר דיאוש לחודיה קנה, והא

דאמר ר' יוחנן הדין עם הב' הכונה שצריך להחזיר דמים, ולשון הגמ' דאמר ש"ר ואח"כ יאוש לא קני לא משמע כלל דהוא לענין דמים, והוכחתו ממה דרב סבר יאוש לחודיה קנה לא ידעתי אם ירויח בזה דגם לענין דמים לא שייך לגדר יאוש וש"ר, ולא מיבעי ביאוש ואח"כ ש"ר דכיון דכבר קנה הגנב א"כ שלו מכר, אלא אפי' בש"ר ואח"כ יאוש כיון דכתבנו דשיטת הרמב"ם דגנב ב' לא נתחייב לבעלים וכ"ש לוקח א"כ כיון דהוא אחר יאוש דקונה לחודיה והלוקח לא גזל ודאי לא נתחייב דמים, וע"כ כיון דמה דאמר מר סבר יאוש ואח"כ ש"ר וכו' הא ר' יוחנן דסבר יאוש לא קנה שפיר קאמר, ומה דאמר ומר סבר ל"ש הוא באמת בשביל דרב סבר יאוש לחודיה קנה, וכדאמר רב זביד בדף ס"ח, ואפשר דבעי לאוקמי אפי' לרב ששת דאמר כי ניים ושכיב וכו'.

והנה הש"ך הק' על דעת הרמב"ם ממה דפריך בב"מ דכ"ב על אביי דסבר ישל"מ לא הוי יאוש מהא דתניא הגנב שנוטל מזה ונתן לזה וכן גזלן וכו' מה שנתן נתן דהא גנב הוי ישל"מ והקשה הש"ך לדעת הרמב"ם דש"ר ואח"כ יאוש נמי מהני א"כ מה איכפת לן דבתחלה כשנתן לו לא היה יאוש הא אח"כ היה יאוש כשנודע לבעלים, ולדעתי אין כאן התחלת קושיא דכיון דתניא מה שנתן נתן מוכח דתיכף כשנתן נעשה של המקבל, ואפי' אח"כ נודעו הבעלים מהגנבה ושנתן הגנב לזה הכל ביחד וא"כ אח"כ אין כאן יאוש כיון דהלוקח ציית דינא וע"כ משום דתיכף כשנתן כבר קנה המקבל משום שנתייאשו הבעלים ביד גנב ומוכיח שפיר דישל"מ הוי יאוש.

ובעיקר מילתא דיאוש ושינוי רשות קני, כתב הרמב"ן במלחמות בפ' הגוזל ומאכיל דהוא משום דאצל הלוקח בהיתרא אתא לידיה וקני ביאוש דומיא דאבדה, וכתב דלכן דוקא יאוש ושינוי רשות, אבל ש"ר ואח"כ יאוש לא קנה דבאיסורא אתא לידיה, [ושיטת הרמב"ם דש"ר ואח"כ יאוש נמי קנה וא"א לומר כדברי הרמב"ן וכמש"כ] אלא שצריך לעיין לפי"ז אמאי אמרינן דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי דאמאי לא יזכה היורש מצד עצמו כמו באבדה, וצ"ל דרשות היורש והמוריש כרשות אחד וכיון דאצל המוריש באיסורא אתא לידיה גם היורש אינו קונה.

והרשב"א כתב בריש הגוזל ומאכיל בשם הראב"ד דיאוש וש"ר הוא דוקא כשבא מכח גזלן כגון מכירה או מתנה הא נטלו אחר שלא מדעתו לא הוי ש"ר דאל"כ למ"ד ש"ר ואח"כ יאוש קנה יקנה הגזלן עצמו משום ש"ר ויאוש, ומדבריו מוכח דאינו מפרש כהרמב"ן דהוא משום אתא לידיה בהיתרא דא"כ אין כאן התחלת ראיה ואף דלמ"ד ש"ר ואח"כ יאוש קנה ודאי אינו משום בהיתרא כמש"כ הרמב"ן מ"מ עכ"פ אין כאן הוכחה מהך מ"ד להך מ"ד דכיון דלדידן הוא משום בהיתרא אפשר דמהני אפי' נטלו שלא

מדעתו. וע"כ דסובר דש"ר הוא לכ"ע גדר קנין דמהני עם יאוש, ולזה הוכיח דלא נקרא שינוי רשות אלא מה שבא מכח הגזלן היינו דהגזלן מוסר זכות הגזלה שלו לשני זהו נקרא ש"ר, אבל מה שנוטל אחר שלא מדעתו דנמצא הש"ר רק מה שנכנס לרשות אחר שאינו הבעלים ל"ק דאל"כ גזלן גופיה ליקני בש"ר. ובתוס' רי"ד כתב דדין יאוש וש"ר ילפינן מקרא דוהשיב את הגזלה דדוקא מי שגזל ישיב ומוקמינן לה אחר יאוש דקודם יאוש הלוקח בעצמו הוי גזלן, אבל לדעת הרמב"ם א"א לומר כן כיון דסובר דשינוי רשות ואח"כ יאוש קנה, ועוד לפימש"כ דשיטת הרמב"ם דכל שלא גזל מהבעלים אין לו דין גזלן, וע"כ דלשיטת הרמב"ם הוא כמש"כ למעלה דשינוי רשות הוא כמו שינוי השם דמצטרף עם יאוש וכנ"ל.

והנה הקצוה"ח בסי' שנ"ג ביאר ד' המ"מ פ"ה דקדושין שכתב במה דמתקדשת בגזל אחר יאוש דהואיל והיא קנאתו ביאוש וש"ר אף הוא קונה אותה והקשה דהא בעינן כסף קדושין משלו, וכתב לבאר ע"פ דברי הרשב"א בפ' מרובה בהא דאמרינן הקדישן הקדש דמעיקרא חולין והשתא הקדש דאכתי היכי חייל הקדש כיון דהקדיש דש"ש וכתב משום דאיכא שינוי השם קנאה הגזלן בזה השינוי וקנייתו והקדשו באין כאחת, וזהו כוונת המ"מ, וכתב עוד הקצוה"ח דזה ניחא בשינוי השם אבל בשינוי רשות דטעמא משום דבהיתרא אתא לידיה היכי אפשר שיקנה הגזלן דבאיסורא אתא לידיה, ויישב ע"פ שיטת הרמב"ם דש"ר ואח"כ יאוש נמי קנה, וע"כ דאינו סובר משום דבהיתרא אתא לידיה, וכדברי הקצוה"ח כתב גם הישש בפ' מרובה אלא שלא הזכיר דברי הרשב"א.

ולהקצוה"ח היה קשה לומר כן ביאוש וש"ר להשיטות דטעמא הוא משום דבהיתרא אתא לידיה, אבל באמת הדברים תמוהים דבשלמא ביאוש ושינוי השם דהיינו בתרומה או בהקדש בקדשי מזבח דמעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן שפיר שייך לומר דהקדשו וקנייתו באין כאחד דגם אחר שתרם או הקדיש לא יצא מרשותו, אבל בקדשי בה"ב דהוי שינוי רשות כמש"כ הרשב"א בב"ק דס"ז, או בלוקח איך שייך לומר דכיון דהלוקח או ההקדש קנאו קנה הגזלן ואיך שייך בזה לומר בב"א דלא דמי כלל לגיטו וידו באין כאחד דהתם שניהם על רשות העבד אבל הכא איך אפשר דע"י רשות הלוקח או ההקדש שקנו ביאוש וש"ר יקנה הגזלן והם דברים הפוכים, ועיינתי ברשב"א ולא נמצא שם דקנה הגזלן כמש"כ הקצוה"ח והוא בפי' הנזקין (בפ' מרובה ליתא) בסוגיא דחטאת הגזולה כתב וז"ל ואי קשיא לך היכי מצי מקדיש ליה י"ל כיון דשינוי השם א"נ ש"ר קני הקדשו וקנייתו באין כאחד עכ"ל, ולהדיא דכתב הרשב"א כן גם על יאוש וש"ר והרשב"א אינו סובר דש"ר ואח"כ יאוש קנה כדמשמע ברישׁ הגוזל ומאכיל, והרמב"ן בס'

המלחמות בסוף הגוזל ומאכיל כתב וז"ל, ואע"ג דאמרינן מעיקרא חולין והשתא הקדש דאלמא משום שינוי רשות ליכא, משום שארא נקט לה למימרא דבכולהו איכא נמי שינוי השם ולפיכך תרומתן תרומה דאילו משום שינוי רשות לא הוי תרומתן תרומה ולא מעשרותן מעשר אלא דקני כהן והוי ממוניה, אבל מ"מ חולין גמורין הן ואידך דברשותיה טבל אלא דמשום שינוי השם הוי תרומה ומעשר ברשותא דגזלן ומתקן אידך, ואיכא למימר נמי דלא הוי ממון כהן דכיון דלא תקן צריך הוא הכהן להחזיר שלא חלה עליו שם תרומה ובטעות בא לידו, אבל הקדש מההיא שעתא דאוקמה ברשות גבוה איתסר להדיוט, עכ"ל.

וכונת הרמב"ן במה דשו"ט לגבי תרומה הוא אם יתן התרומה לכהן ויהיה ש"ר ובזה כתב דעכ"פ לא מהני להתיר הטבל, ולכן כתב אח"כ דאיכא למימר דגם התרומה לא יהיה של כהן דבטעות בא לידו, ומשמע דלא שייך בב"א שיתרום ברשות הכהן והתרומה וזכות הכהן באין בב"א, דגם זה לא יועיל דכיון דרוצה ליתן לכהן תרומה, וכ"ז שלא זכה כהן אינו תרומה דאינו שלו.

עכ"פ מבואר מדברי הרמב"ן דבהקדש לא זכה הגזלן ורק בתרומה משום דאח"כ הוא נמי שלו [וצל"ע למ"ד טוה"נ אינו ממון] מ"מ לא קשה היכי מקדיש דהא אינו שלו, דקרא דאיש כי יקדיש את ביתו אינו דין דוקא בהקדש דה"נ ילפינן מיניה דאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו, וכמו דגבי הדיוט ניחא לן דמהני שינוי רשות, וכתב הרשב"א בר"פ הגוזל ומאכיל דדוקא במכר הו"ל ש"ר ולא בגוזל מן הגזלן, משום דלזה מהני זכות הגזלן דהוי ברשותו לענין זה שיכול לקנות בשינוי, וכן למ"ד יאוש לחודיה קני ה"נ מהני גם למ"ד יאוש לא קני למסור רשותו להלוקח, והלוקח קונה ביאוש ושינוי רשות, ה"נ בהקדש יכול הגזלן להקדישו ולאוקמי ברשות הקדש דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט.

ונראה פשוט דאין דעת הרשב"א כלל לומר דהגזלן קונה במה שההקדש קונה, ומה שהוצרך לומר דההקדש וקנייתו באין כאחד כונתו משום דיש לחקור הא דקונה ביאוש וש"ר אם צריך דוקא שיהיה שינוי רשות ממש שתכנס הגזלה ברשותו או מכירה לחוד סגי ואפי' מכרו בקנין חליפין, ויש להביא קצת ראיה ממה דמוקים רמב"ח ע' ע"ב ברייתא דמכר בשבת פטור כגון שאמר לו עקוץ תאנה מתאנתי, ואיך יתרץ לר' אלעזר ולרב ששת דסברי דחיובא דמכירה הוא דוקא היכי דאהני מעשיו דקני הלוקח ביאוש וש"ר, אלא דאינה הוכחה גמורה דאפשר רמב"ח סובר כהלכה כר' יוחנן ורב נחמן דחיוביה לפני יאוש ולא בעי אהני מעשיו, אך בפשוטו משמע דאין חילוק ובכל גווני דמכירה הוי שינוי רשות, אלא דבזה ע"כ צריך להסבר דבאין כאחד היינו דעי"ז דקנה נעשה שינוי

רשות, וע"י שינוי רשות נעשה הקנין, וזהו שהוצרך הרשב"א לסברא דהקדשו וקנייתו באין כאחד, ואין הכונה על הגזלן אלא על החפץ הגזול, דלכאורה אף דנימא דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט אבל כיון דחפץ גזול אינו יכול להקדיש א"כ אין כאן מכירה וליכא שינוי רשות ולכן הוצרך לומר דהקדשו וקנייתו באין כאחד, ואה"נ דבשביל זה גם אם מכרו בחליפין נמי קנאו בש"ר דכיון דנכנס לרשות הלוקח הוי ש"ר כמו הכא דנכנס לרשות הקדש.

ומה שכתב הקצוה"ח לבאר דברי המ"מ גבי קדושין הדבר פשוט דאין כונת המ"מ כלל לזה, אלא דכיון דהיא קנתה את הקדושין הוא קנה אותה היינו את האשה וכן מוכח מלשונו של המ"מ שכתב וכיון דקנאתו היא אף הוא קונה אותה, ואם כונת המ"מ אף הוא קונה אותה קאי על הגזלה הו"ל לכתוב דקנאתה, ומדכתב דקנאתו מוכח דהוא על החפץ הגזול וכן מפורש בריטב"א דף נ"ב וז"ל, וכי תימא כיון דקיי"ל דיאוש כדי לא קנה כי איכא יאוש בעלים מאי הוי הא ל"ק דכיון דאיכא יאוש ברשות גזלן וש"ר ברשותיה דידה קניא ביאוש וש"ר דכיון דאיהו קניתיה אף הוא קנה אותה אע"פ שהוא לא קנה דינר זה עד שיהא ברשותה, ומוכח שמדבר על הדינר ולא על הגזלה, וע"כ דלשון קונה אותה קאי על האשה, והוא מבואר להדיא בר"ן ס"פ האיש מקדש שכתב לגבי מקדש בדמי איסוה"נ לדעת רש"י דאסורים למקדש וז"ל ולדבריו היינו טעמא דמקודשת אע"פ שהיו הדמים אסורים למקדש משום דכיון שהיא מותרת ליהנות בהן וקנאתן מחמתו מקודשת דומיא דמקדש בגזל דאחרים למאן דאית ליה סתם גזלה יאוש בעלים דאע"ג דיאוש כדי לא קני וכ"ז שהוא בידו אינו קנוי לו אפ"ה כיון שקנאתו היא בנתינתו מקודשת והכא נמי הנאה הבאה לה מחמתו הוא עכ"ל.

ומה שכתב הריטב"א אח"כ וז"ל וכיוצא בו בהקדש כגון שגזל ונתייאשו הבעלים והקדישו קדוש וקנייה הקדש ביאוש וש"ר והוי מתכשר לקרבן דיליה אי לאו משום דאיכא מהב"ע כיון שיסייע ההקדש בקנינו, ולאפוקי היכי שאין ההקדש מסייע בקנינו כגון שהקדישה לוקח דכשר לקרבן עכ"ל, דלכאורה משמע דההקדש מסייע להמקדיש בקנינו אבל אין כונתו כן אלא דההקדש מסייע בקנינו של החפץ ולאפוקי היכי שהלוקח קנאו מקודם, וסובר הריטב"א דבלאו טעמא דמהב"ע הוי כשר לקרבן דלא כתיב בקרבן שיהיה שלו דוקא אלא כיון דעכ"פ יש לו רשות להקדישו הוי כשר לקרבן שלו, ובאמת מוכח כן מהא דאפשר להקריב קרבן בעד חברו ואפי' חטאת יכול להקריב מדעתו ועיין נדרים דף ל"ד וברמב"ם פי"ד מעה"ק הל' י'.

וכן מבואר ברמב"ן שם במלחמות שכתב וז"ל, וה"פ דודאי גבוה קני דאיכא שינוי

השם א"נ שינוי רשות אבל גזלן לא קני וכיון שאין לו בעלים היאך יקרב הרי מקדיש לא קנאו מעולם ואינה ראויה ליקרב ע"ג המזבח וכו', או כלך לדרך זו ודאי גבוה קני מטעם שפירשנו אבל קרבן פסול הוא לגמרי מ"ט דיאוש לא קני, וכיון שלא נקנים לו הו"ל מהב"ע וכו' וכן מבואר שני הסברות בחידושי הרמב"ן גיטין דף נ"ה ע"ש והריטב"א תפש לשונו האחרון של הרמב"ן דאין חסרון לגבי קרבן מה שהוא אינו שלו אי לאו משום מהב"ע.

והיש"ש כתב ג"כ כדברי הקצוה"ח דטעמא דהרא"ש דאינו מקודשת מדאורייתא בגזל לאחר יאוש אע"ג דאיכא ש"ר משום דלא הוי ממון של המקדש, וכתב לדחות טעם זה דכיון דהיא קנתה הגזלה נעשה ג"כ הגזלה שלו במסירתו לידה והוכיח זה ממ"ד דחיוב מכירה הוא דוקא לאחר יאוש דאהני מעשיו וקשה דעכ"פ הלוקח קנה אבל אינו של מוכר והלוקח אינו מחוייב בדמים ולא הוי מכירה אלא כמתנה, ואף דגם במתנה חייב דו"ה אבל אינו מיושב לשון ומכרו וכן דקדקו בתוס' דף ע' בהא דעקוץ תאנה ע"ש, ע"כ תורף דבריו, והנה לשיטות כל הראשונים דמהני קדושין דאורייתא בגזל לאחר יאוש הואיל וקנתה מחמתו ודאי דלא קשה קושייתו דבודאי מחוייב הלוקח לשלם כיון שקבל החפץ וקנה ע"י הקנאתו כמו שהאשה מתקדשת בזה שהיא נהנה מחמתו, ואם דיוקו של הישש"ש הוי דיוק אינו אלא להוכיח דלא כדעת הרא"ש דסובר דכיון דאינו ממון של המקדש אף דקנתה בש"ר אינה מתקדשת, אבל עכ"פ זהו דבר שא"א לומר דכיון דקנה הלוקח קנה הגזלן וכנ"ל:

הלכה ו

גנב ופרע בחובו גנב ופרע בהקיפו אין בזה תקנת השוק אלא הבעלים נוטלים הגנבה בלא דמים וישאר חוב אלו על הגנב כשהיה, משכן הגנבה בין שמשכנה ביתר על דמיה או בפחות מדמיה, הבעלים נותנים לבעל המשכון וחוזרין ועושין דין עם הגנב אא"כ היה הגנב מפורסם כמו שבארנו.

השגת הראב"ד: ביתר על דמיה כו'. א"א אלא בכדי דמיה.

כתב הכ"מ משום דלית לן למימר דמשכון לזכרון דברים נקטיה ולא דמי לדין שכתב בסמוך היה נושה בגנב מאה זוז דהכא שאני שלא הוציא מעות מידו עד שהביא לו (את) המשכון גלי דעתיה שכל סמך שלו אינו אלא (על) המשכון עכ"ל ודבריו נכונים, ובנוסח הכ"מ שלפנינו כתוב משום דאית לן למימר וכו' והוא בודאי ט"ס ובמקום "דאית" צ"ל "דלית" והלח"מ הקשה על דברי הכ"מ לפי גירסא זו דא"כ לא סמך דעתו על המשכון כיון דלא נקטיה אלא לזכרון דברים וכדאמרינן בס"פ כל הנשבעין וא"כ איך כתב שכל

סמך שלו אינו אלא על המשכון, ולא ראה הלח"מ שבודאי הוא ט"ס דמוכח, ומה שכתב הלח"מ וכדאמרינן בס"פ כל הנשבעין (וכונתו לס"פ שבועת הדיינים) דבריו תמוהים, דהא שם אמר זה אליבא דר' יהודה הנשיא דסבר כנגדו נמי משמט, משום דלזכרון דברים נקטיה אבל אנן קיי"ל כת"ק דכנגדו אינו משמט וא"כ לא אמרינן דלזכרון דברים נקטיה.

אכן מה שיש לעיין בזה הוא דכיון דהתם אפי' לת"ק מה שיתר על המשכון משמט א"כ אית לן דמה שיתר על החוב אינו על המשכון וא"כ אמאי עשו תקנת השוק לשלם כל מה שהוציא, ומפשטות דברי הרמב"ם מוכח דהבעלים נותנין כל מה שהוציא, והמל"מ כתב ליישב במה דלא אמרינן דלא הלוהו על המשכון כיון דהלוהו יותר משויו במה דסובר הטור בסי' ע"ב דהיכי דמוחזק במשכון וטוען יותר מכדי דמיו נאמן דיכול לומר לדידי שוה לי, וי"ל דהרמב"ם ג"כ סובר כהטור, וכתב עוד המל"מ דלפי"ז קשה על הראב"ד דבסי' ק"ט הביא הב"י מדברי בעה"ת בשם הראב"ד דהלוקח או היתומים שרוצים לסלק את הבע"ח ולשלם דמי הקרקע והחוב הוא יותר, דיכול הבע"ח לומר לדידי שוה לי, וכתב ואולי דהראב"ד שהביא בעה"ת אינו הראב"ד בהשגות, ותי' זה אינו מרווח, אבל באמת נראה דא"צ לכך דבלא קושייתו מהא דלדידי שוה לי א"א לומר דדעת הראב"ד בהשגות הוא דבהלוה על המשכון יותר מכדי דמיו לא עשו כלל תקנת השוק משום דאמרינן דלא על המשכון הלוהו, דהא לא קיי"ל כר' יהודה הנשיא דכנגדו נמי משמט וכמש"כ, וע"כ דכונתו במש"כ אלא כדי דמיו היינו דאפי' הלוהו ביותר מכדי דמיו אינו נוטל אלא כדי דמיו ולא כמו דמשמע מפשטות לשון הרמב"ם דנוטל כל מה שנתן, ולפי"ז מיושב דלא קשה משיטת הראב"ד דיכול לטעון לדידי שוה לי דסובר הראב"ד דלא מצינו דעשו חז"ל תקנה בכה"ג דלא יוכלו הבעלים להוציא שלהן אפי' באופן שיתנו דמיו, ולגבי הבעלים לא מהני טענת לדידי שוה דלהם אינו שוה יותר.

ויש לומר עוד דאף דביש לו שעבוד בין על קרקע בין על מטלטלין סובר הראב"ד דיכול לטעון לדידי שוה לי הוא דכיון דיכול לגבות חובו מדבר המשועבד ולו הוא שוה כל חובו, יכול לגבות כל חובו מגוף דבר המשועבד, אבל כאן דעיקר תקנת השוק לא היה שיהיה אפשר שישאר החפץ אצל הלוקח, אלא שהבעלים יתנו דמים שנתן, לכן אף דגבי זביני שוה מאה במאתן עשו תקנת השוק לסלק המאתים, התם המאתים הם בודאי דמי החפץ שסבר וקיבל ליתן בעדו, אבל במשכנתא כיון דחזינן דאינו משמט אלמא דאמרינן דהיותר מכדי המשכון אינו חשוב שיש עליו משכון, לכן גם כאן אמרינן דעל המותר הימניה ולא הוציא מאתים על משכון שאינו שוה אלא מאה, ולכן לא דמי לדין שעבוד דהתם א"צ נאמנות על מעיקרא אלא עכשיו טוען לדידי שוה לי מאתים והיינו

שאני מקבלו במאתים כמו שיכול לקנות דבר ששוה מאה במאתים, אבל הכא דצריך נאמנות דמעיקרא הלוהו על משכון זה מאתים ובזה קיי"ל דיותר מכדי שויו משמט, ואף דאפשר לומר דהתם לאו משום דלא מהימן לומר לדידי שוה לי אלא דמ"מ לא הוי של אחיך בידיך כיון דלכו"ע אינו שוה אלא מאה, מ"מ כיון דמשמע דהתם משמט ביותר מכפי שהוא שוה ואינו יכול גם עכשיו לטעון לדידי שוה לי לומר שלא יתן לו המשכון עד שיתן המאתים, ואמאי לא נימא דלענין זה לפחות הוי של אחיך בידיך דמה שהוא רוצה עכשיו לטעון על גוף המשכון זה היה בידו מקודם, וע"כ דמ"מ כיון דהמשכון אינו שוה אלא מאה ולא הלוה עליו מתחלה אלא מאה נמצא דשאר ההלואה הוי בלא משכון דמשמט, ובדעת הרמב"ם צ"ל דאף דלענין שמיטה לכו"ע מה שיתר על המשכון משמט מ"מ הכא הלוקח יכול לטעון לדידי שוה שלא להוציא ממנו הגזילה בלא דמים וכדמוכח מדברי המ"מ פ"ה דגזילה הל' ז' דהלוקח מיקרי מוחזק ע"ש:

הלכה י

בעל הבית שאינו עשוי למכור את כליו ויצא לו שם גנבה בעיר והכיר כליו וספריו ביד אחרים. או שהיה עשוי למכור והיו כליו אלו שהכיר מכלים העשויים להשאיל ולהשכיר אם באו עדים שזה כליו [של זה] ישבע זה (שהוא) [שהן] בידו בנקיטת חפץ בכמה לקח ויטול מבעל הבית ויחזיר לו כליו.

השגת הראב"ד: למכור את כליו וכו'. א"א אם היו כלים אלו מדברים העשויים להשאיל ולהשכיר לא היה צריך לשם גנבה אלא להפטר משבועה שלא מכרן, [כצ"ל, ובדפוס יש ט"ס].

כתב המ"מ דדעת הראב"ד דאפי' לא יצא לו שם גנבה בעיר מהני טענת גנובים דאי בעי אמר שאולים, ודעת הרמב"ם דלא מהני מיגו דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקינן, אבל בתוס' בב"מ דף קט"ז כתבו דלא שייך כאן אחזוקי אינשי בגנבא לא מחזיקינן דדוקא בהא דשבועות דף מ"ו דאמר עליו שהוא גנבם אמרינן הכי, אבל כאן שאומר שלקחן מגנב כמה גנבי איכא בשוקא, ובתוס' שם כתבו דלא אמרינן מיגו משום דמיגו להוציא לא אמרינן, אמנם בדעת הרמב"ם מוכח מהא דשטרא זייפא דפסק פ' י"ד מה' מלוה כרב יוסף אפי' בשטר מקויים דסובר מיגו להוציא לא אמרינן, ועוד יותר ראיתי מביאים מדבריו בפיהמ"ש בשבועות פ"ו משנה ה' שכ' שם להדיא דאין אומרים מיגו אלא לפטור ולא שיגבה בטענתו, אכן מזה עוד אינו מוכח כ"כ לענייננו דשם צריך להוציא ממון מחברו, והכא טוען על גוף החפץ שהוא שלו, ומ"מ יש לומר דגם בכה"ג שייך מיגו להוציא כמש"כ התוס', וכן כתב הרמב"ן בשבועות שם דלמי שסובר דלא אמרינן מיגו

להוציא ודאי לא אמרינן מיגו, וכן מוכח מלשון הרמב"ם בפיהמ"ש שכתב דלא אמרינן מיגו אלא לפטור.

והנה זה מבואר בדברי הראב"ד והמ"מ דמה שכתב הרמב"ם או שהיה עשוי למכור כליו והיו כלים אלו שהכיר מכלים העשויים להשאיל ולהשכיר קאי על מה שהתחיל שיצא לו שם גנבה, ואף דלא כפל כאן לומר שיצא לו שם גנבה, סמך על תחלת ההלכה כיון שלא חילק אלא בזה שמקודם מיירי באינו עשוי, ואח"כ כתב או שהיה עשוי, אבל יצא לו שם גנבה הוא גם באופן הב', וכבר הביא הש"ך בסי' שנ"ז שהוא מפורש בדברי הרמב"ם בפ"ח מה' טוען הלכה ה' שכתב וז"ל, אין כל הדברים אמורים אלא שהיה בעל הכלי טוען אני הפקדתי אצלך או השאלתיהו אצלך, אבל אם טען שכלי זה היה שלי ונגנב או אבד או נגזל וכו' אע"פ שהוא מדברים שעשויים להשאיל ולהשכיר מעמידין אותו ביד זה שהוא בידו עכ"ל.

והטור בסי' שנ"ז הביא מדברי הרמב"ם כאן דבעשויים להשאיל אפי' לא יצא לו שם גנבה מוציאין מיד המחזיק וכן כתב הנמוק"י וכבר כתב הב"י שהוא טעות דבאור דברי הרמב"ם הוא כמש"כ המ"מ, והב"ח כתב ליישב דברי הטור, אבל מדברי הרמב"ם בפ' ח' מה' טוען שהבאנו מפורש להדיא כדברי המ"מ וכנ"ל, ולפלא גדול שהגר"א ז"ל הסכים לדברי הב"ח, מדחלקינהו לתרתי רק שכתב דצ"ע מדבריו בפ"ח מה' טוען ולא אבין איך נבוא לעשות סתירה מפורשת בדברי הרמב"ם מדקדוק קלוש דאף לפי' הטור אינו מיושב דבריו דהוי לו לומר או שהיה עשוי למכור כליו ולא יצא לו שם גנבה, והיה כלים אלו מדברים העשויים להשאיל, ומדכתב רק או שהיה עשוי למכור ע"כ דיצא לו שם גנבה בעינן גם בעשויין וסמך אתחילת דבריו ולא הוציא מן הכלל רק עשוי למכור כליו והוא פשוט.

ונראה שהטור והנמוק"י היה להם גירסא אחרת בדברי הרמב"ם שהיה כתוב אפי' לא יצא לו שם גנבה ולא שפירשו כן בגירסתנו, וזה מבואר מדברי הגה"מ שכתב וז"ל וכן ס"ה חילק בין דברים העשויים להשאיל ולהשכיר לשאינם עשויים להשאיל ולהשכיר, אכן כתב דבדברים העשויים להשאיל ולהשכיר אפי' בעה"ב העשוי למכור כליו לא עדיף כולי האי ודי בזה שיצא לו שם גנבה בעיר דמיגו דנאמן השאלתיו והשכרתיו לך נאמן לומר נגנבו לי, עכ"ל, והנה ז"ל הסמ"ג בעה"ב שאינו עשוי למכור כליו ויצא לו שם גנבה בעיר והכיר כליו וספריו ביד אחרים, או שהיה עשוי למכור והיו כלים אלו מכלים העשויים להשאיל ולהשכיר אם באו עדים שאלו היו כלים של זה ישבע וכו', ומבואר דהסמ"ג העתיק לשון הרמב"ם ממש, וא"כ קשה טובא דברי הגה"מ שכתב אכן

כתב וכו' דמשמע שהסמ"ג אינו סובר כהרמב"ם וע"כ צ"ל דהגה"מ היה לו גירסת הטור דהרמב"ם סובר דדברים העשויים להשאיל לחוד מהני דלא צריך ליצא לו שם גנבה, ולכן כתב דהסמ"ג ג"כ מחלק בין עשויים לשאינם עשויים, ורק בזה דבעשויים אפי' עשוי למכור כליו לא עדיף כולי האי וסגי בזה שיצא לו שם גנבה. וזה ברור בכונת הגה"מ וממילא פשוט דכן היה גירסת הטור, ומבואר להדיא מדברי הגה"מ דבדברי הרמב"ם לפי גירסתנו הכונה דבעשויים להשאיל נמי בעינן יצא לו שם גנבה וכמו שכתבנו והעיקר הוא ודאי כגירסתנו כדמוכח מדבריו בה' טוען וכנ"ל.

ומה שכתב הגה"מ בטעמא דנאמן בעשוי למכור כליו משום מיגו. בדברי הסמ"ג כאן לא נמצא זה, אכן במצוה צ"ה הביא דמכאן מוכח דספרים אינם עשויים להשאיל דאל"כ יהי' נאמן במיגו, ומוכח דסובר דטעמא דעשויים להשאיל הוא משום מיגו, אכן שם קיצר הסמ"ג והיה משמע מדבריו דהוכיח מעיקר משנתנו ומדבריו כאן מוכח דהוכחתו הוא רק מהיכי דיצא לו שם גנבה דאינו מוציא בלא כל הני תנאים שהוזכרו.

והנה במה דהשיג הראב"ד דבלא יצא שם גנבה יהיה נאמן במיגו הי' אפשר לומר דכאן אינו נאמן במיגו מלבד מיגו להוציא משום דחזקה כל מה שביד אדם הוא שלו, כמש"כ הרמב"ם פ"א מה' מלוה הל' ל' דלוה אינו נאמן על מה שהוא ברשותו לומר שאינו שלו להפקיע מבע"ח אפי' במקום מיגו, ועמש"כ המ"מ בשם הרמב"ן, והתם ודאי לאו משום מיגו להוציא דלא שייך התם, רק דיש להעיר בזה דהא חזינן דעשויים להשאיל ולהשכיר מהני ביצא לו שם גנבה בעיר דאפי' בבעה"ב העשוי למכור כליו מוציאין ממנו ומוכח דגם לאומר גנובים מהני הא דעשויים להשאיל, וצריך באמת להבין טעמא דמילתא, וצריך לומר דכיון דעשוי להשאיל ויכול המערער להוציא בטענת שאולין אזל ליה חזקת המחזיק, וכמש"כ הרמב"ם בפ"ח מה' טוען שהן בחזקת בעליהן, אלא דא"כ גם בלא יצא שם גנבה נמי יהיה נאמן.

אכן נראה דהם שני ענינים דין חזקה שכל מה שביד אדם הוא שלו הוא חזקת בירור משום דסתמא דמילתא כך היא, ואלים כ"כ דלא אמרינן מיגו להוציא מחזקה זו, ודין מוחזק הוא דין בעצם וכדאמרינן בב"ק דמ"ו דהמע"ה סברא היא דמי שצריך עליו לברר, ולכן נוכל לומר דכיון שיצא לו שם גנבה טענת גנובין הוי טענה מעלייתא, אלא דבעשוי למכור כליו כיון דאפשר שני האופנים, לכן כשהלוקח מוחזק אלים חזקתו ואין מוציאין מידו, וכן מה שהיה מוחזק מי שמכר לו מעמידין בחזקתו לומר שלא היה גנוב, אבל בעשויים להשאיל כיון דעכ"פ הי' אפשר להוציא ממנו בטענת שאולים לכן לא אלים חזקתו ומהני יצא לו שם גנבה בלחוד, שהמערער יוציא החפץ דלא אלים חזקת המוחזק

להוציא מחמ"ק להחזיקו בלקוח, אבל כ"ז ביצא לו שם גנבה, אבל בלא יצא לו שם גנבה דעיקר טענת גנובים הוא כנגד חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו וזו חזקת בירור, לכן שפיר דלא מהני גם הא דעשוים להשאיל, דאף דנימא דלא אלים חזקת מוחזק שלו אבל אלים חזקת בירור שלו, כיון דעכשיו טוען גנובים ולא שאולים, א"כ הוא נגד החזקה ולא מהני מיגו.

וארווחנא בזה ליישב דברי ההגה"מ שהבאתי שכ' בשם הסמ"ג דבדברים העשויים להשאיל ולהשכיר אם יצא לו שם גנבה בעיר נאמן המערער אפי' עשוי למכור כליו, דנאמן לומר גנובים במיגו דאמר השאלתים לך, וקשה כיון דהוא מטעם מיגו דסובר דלא הוי חסרון מצד מיגו להוציא דאינו להוציא ממון גמור המוחזק בשלו, דכיון דעשוי להשאיל עוד לא הוחזק בהממון או דסובר דאמרינן מיגו להוציא, א"כ אפי' בלא יצא לו שם גנבה, אבל לפימש"כ מיושב דבלא יצא לו שם גנבה איכא חזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו, אבל ביצא לו שם גנבה ליכא חזקת בירור וכנ"ל, ומ"מ צריך למיגו ומהני מיגו משום דלא הוי מוחזק גמור משום דעשוי להשאיל וכנ"ל.

והש"ך כתב דמה דסובר הרמב"ם דעשוים להשאיל מהני אף בעשוי למכור כליו אינו מטעם מיגו, דמטעם מיגו לא היה חולק הרא"ש דמה שכתב הרא"ש בשבועות בראוהו שהטמין כלים דלא מהני מיגו דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקינן הוא בטוען אתה גנבת אבל בלקחן כמה גנבי איכא בשוקא כמש"כ בתוס' בב"מ דף קט"ז, וכן כתב הרא"ש גופיה גבי ספרא דאגדתא, ולכן כתב הש"ך דהכא מיירי אפי' היכי דליכא מיגו כגון בלא ראה.

ודברי הש"ך אינם ברורים דמה שכתב דהרמב"ם מיירי אפי' באופן דלא הוי מיגו כגון שלא ראה אינו בפשטות דברי הרמב"ם דהא מבואר בדבריו דהוא דוקא אם באו עדים שזה כליו של זה, וא"כ זהו ראה, ולא שייך לא ראה אלא באומן שמסרו לתקן בעדים וכן גבי נפקד שהפקיד אצלו בעדים דבלא ראה נאמן במיגו דיכול לומר החזרתי, ומה שהצריך הרמב"ם ראה גבי דברים העשויים להשאיל ולהשכיר בפ"ח מה' טוען הל' ד' שם הוא באופן דליכא עדים שזהו כליו כמו שכתב שם וז"ל, בד"א כשהי' כלי זה נראה ועומד ביד שמעון, אבל אם ראובן טען ואמר לשמעון כלי פלוני יש לי בידך ושכור הוא הוציאו אלי והרי יש לי עדים שהוא ידוע לי, ואמר לו שמעון אתה מכרתו לי וכו' מתוך שיכול לומר להד"ם ואין בידי כלום נאמן לומר שישנו אצלי ואתה מכרתו לי עכ"ל, ובזה שפיר דצריך ראה, אבל הכא דכתב הרמב"ם שיש עדים שזהו כליו של זה הרי הוא ראה, ואף דאפשר לאשכוחי שהעדים ראו הכלי בביתו ועכשיו באו לב"ד להעיד ובזה יכול

לומר החזרתי, אבל הרמב"ם לא מיירי בזה דלשון שזה כליו של זה מוכח דהכלים הם לפנינו בשעת הדין וזה ראה.

ומה שהחליט הש"ך דמטעם מיגו היה מודה הרא"ש דמוציאין מן המחזיק, וכתב דלא הוי מיגו להוציא כיון שמשלם ממון, עיקר סברא זו לא ידעתי דכיון דלא אמרינן מיגו להוציא, מה בכך שמשלם ממון כיון שהוא רוצה גופו של חפץ ואנו באין להוציא ממנו, ויש להוכיח זה ממה דהתוס' בריש ב"מ הקשו גבי חציה שלי וכולה שלי דליהמניה דחציה שלו במיגו דאמר כולה שלי, ותירצו דמיגו להוציא לא אמרינן, ובדף ח' בעי הגמ' לומר דהך בבא מיירי במקח וממכר ואוקימנא דנקט זוזי מתרווייהו ואין לו בזה היזק ממון ואין לחלק דהכא הוא בטוח בהדמים שלא יתן לו הכלי עד שיחזיר הדמים ושם צריך לתבוע מהמוכר, דבודאי מתני' דינא פסיקתא קתני אפי' המוכר עם הדמים לפנינו, וא"כ מוכח דאפי' אין לו היזק ממון שייך מיגו להוציא, וההוכחה אינו מההו"א דהא גם במסקנא אמר דמתני' דבזמן שהם מודים דהוא משנה יתירה, אתא לאשמעינן דמהגביה מציאה לחברו קנה חברו, ואי באמת מתני' לא מצי מיירי הא דחציה שלי במו"מ, א"כ כבר שמעינן, ומדאיצטריך משנה יתירה ע"כ דמצי מיירי במו"מ.

אח"כ מצאתי שהקצוה"ח בסי' פ"ב הקשה כן על ד' הש"ך והנתיבות בסי' קע"ג דחה קושייתו בחילוק שכתבתי דאין לחלק בזה ולדעתי דברי נכונים.

אכן בדעת הרמב"ם דעשויים להשאיל מהני אפי' בעשוי למכור כליו אם יצא לו שם גנבה נראה כדברי הש"ך דאילו מטעם מיגו, אבל לא מטעמו של הש"ך שכתב דבתרתי למעליותא סגי דעשויים להשאיל ואינו עשוי למכור כליו מהני אפי' לא יצא לו שם גנבה, דהך סברא דתרתי למעליותא לא מסתבר כלל כיון שלא הוזכר לא בגמ' ולא ברמב"ם הך דינא דעשויים להשאיל ואינו עשוי למכור יצטרפו, והקצוה"ח חולק על הש"ך מטעם אחר דכיון שכתב הרמב"ם פ"ח מטוען דדברים העשויים להשאיל הם הכלים שעושים אותם מתחלת עשייתן כדי להשאילן ולהשכירן ומשו"ה סובר הרמב"ם דכמו דאינו עשוי למכור כליו מהני בצירוף יצא שם גנבה ה"נ דברים העשויים להשאיל כיון שאין הדבר עומד למכירת עצמו ולפי"ז כ' הקצוה"ח. דלא שייך שיצטרפו עשויים להשאיל עם אינו עשוי למכור כיון דהוא חדא דשניהם משום שאינו עשוי למכרו ואף שבעיקר היסוד הלך גם הנתיבות בדרכו דדברים העשויים להשאיל לשיטת הרמב"ם הוי אינו עשוי למכור אבל דבריהם לא נראה לי כלל דמה שבנו יסוד על דברי הרמב"ם שכתב שעשיית אלו הכלים אינן למכירת עצמן ולא להשתמש בהן בע"ה בביתו, אינו הוכחה כלל דכלים אלו אינם עשויים למכור דהא כתב הרמב"ם והרי הן לבעליהן כמו קרקע שאוכל פירותיה

והגוף קיים, ואטו קרקע אינה עומדת למכירה, שלא יוכל לטעון לקוחה היא בידי וגדר בע"ה שאינו עשוי למכור היינו דמצד מצבו אינו עשוי שימכור כליו כגון שהוא עשיר אבל אם הוא עשוי למכור כגון שהוא עני וצריך למעות איזה סברא שלא ימכור יורות של נחושת שעשאן להשכירן וכונת הרמב"ם שכתב שעשיית הכלים אינן למכירת עצמן ולא להשתמש בהן בעה"ב בביתו הוא למה שסיים וכתב אלא להשאילן לאחרים כדי ליהנות כנגדן או להשכירן שכרן והיינו דעיקר עשיית הכלים הוא שיהיו שאולין או שכורין בבתים של אחרים וממילא אין חזקתן של אחרים ראיה על לקוח ובזה כתב דעיקר עשייתן אינן לא למכרן דאז בודאי קודם המכירה הם ברשות הבעלים ומציאותן ברשות אחרים ראיה על מכירתן אבל כשעיקר עשייתן הם להשאיל ולהשכירן א"כ מציאותן בבית אחרים הוא שימושן של הבעלים, ומה שדימה אותם לקרקע אף דקרקע לא נעשה לשאלה ושכירות הכונה דקרקע לא יוכלו הבעלים להחזיק בביתם או לשבת תמיד על הקרקע וממילא אין חזקתן ראיה בלא ג' שנים וכמו שכתב הרמב"ם פי"א מה' טוען הל' א' דקרקעות הידועות לבעליהן אע"פ שהן עתה תחת יד אחרים הרי הן בחזקת בעליהן.

אכן מ"מ נכונים דברי הש"ך שאין הטעם משום מיגו אלא כמש"כ למעלה דכיון דעשויים להשאיל הן בחזקת בעליהן לא אלים חזקת המחזיק אף שאינו טוען שאולים, ומ"מ בלא יצא לו שם גנבה נשאר החזקת בירור דחזקה כל מה שביד אדם היא שלו דהוא חזקת בירור וגם בלקח מאחר היה להמוכר חזקה זו משום דאחזוקי בגנבי לא מחזיקינן ולכן בעינן דוקא יצא לו שם גנבה אבל עשויים להשאיל עם אינו עשוי למכור לא מהני.

ובמה שכתב הראב"ד דא"צ לשם גנבה אלא להפטר משבועה שלא מכרן, הולך בזה הראב"ד לשיטתו דסובר בפ"ט מה' טוען הלכה ה' דבדברים העשויין להשאיל ולהשכיר המוציא נשבע בנק"ח אבל דעת הרמב"ם שם דא"צ לישבע, ותימה על הב"ח שכתב כאן דאפי' אם כונת הרמב"ם על יצא לו שם גנבה הוא רק לפטור משבועה ואישתמיטתיה דהרמב"ם סובר דא"צ שבועה.

עוד כתב הטור וז"ל כתב הרמב"ם כשאינו עשוי למכור כליו וגם יבואו עדים שזהו כליו של זה ישבע הלוקח בנק"ח בכמה לקחו ויטול מבעה"ב ומחזיר לו כליו, ע"כ, ורוצה לומר כיון שעדים מכירים שהן כליו א"צ שיעידו שראו אותם האנשים שחתרו ויצאו וחבילות על כתפיהם, והכי מסתברא עכ"ל הטור, ומדבריו מוכח דאם ראו שחתרו וחבילות על כתפיהם לא צריך לעדים שיכירו שהן כליו, וכבר תמה הב"י דמנ"ל להטור זה דזהו רק לדעת רש"י אבל לדעת הרמב"ם ודאי אין מוציאין עד שיבואו עדים שהן

שלו, והד"מ והב"ח כתבו דהטור סובר דהרמב"ם ורש"י אינם חולקים ומר אמר חדא ומר אמר חדא דרש"י יודה לדברי הרמב"ם דאם יש עדים אינו צריך יותר משם גנבה, והרמב"ם יודה לרש"י דמהני כל הני תנאים שהוזכר בגמ' ולא צריך לעדים ממש שכלים וספרים אלו שהכיר הם שלו וסגי במה שנותן בהם סימנים, ודבריהם תמוהים דאם הרמב"ם מפרש בסוגיא כשיטתו מנ"ל לחדש דין דרש"י וכן לרש"י מנלן לחדש דינו של הרמב"ם כיון דעיקר דין זה הוא חדוש במשנתנו ומנלן לפסוק דין שלא הוזכר במשנה ובגמ' ולהוציא ממון.

ולברר הענין נביא מש"כ הטור בריש הסי' וז"ל, המכיר כליו וספריו ביד אחר והוא אינו עשוי למכור כליו ויצא לו שם גנבה בעיר כגון שבאו בנ"א ולנו בביתו כו' ה"ז מוציא כליו מיד המחזיק בהן וכו', אע"פ שאין העדים מכירין שהן כליו, בד"א שאינו עשוי למכור כליו אבל עשוי למכור כליו אינו נאמן עד שיעידו העדים שהן אותן הכלים שראו נושאין אותן שחתרו בקיר וזה נותן בהם סימן, והב"י כתב וז"ל ואע"ג דאסיקנא בגמ' כגון דאמרו הללו כליו של פלוני היינו לומר שאותן כלים וספרים שנגנבו היו של זה אבל מי יגיד לנו שאלו שנמצאו הם אותם שנגנבו לו אלא ע"פ סימנים, וכונתו שמפרש דמה דאמר בגמ' דאמרי הללו כליו של פלוני אינו על אותם הכלים שהכיר אלא כפי' התוס' שהביא הב"י מקודם שכתבו וז"ל כלומר כשיצא הקול אומרים אלו כליו וספריו של פלוני שבני אדם הללו נושאין והם מכירים שהם חדשים, אבל לא אדע איך אפשר לפרש כן בדברי הטור שכתב להדיא עד שיעידו העדים שהם אותם הכלים שראו נושאין אותן שחתרו בקיר מוכח דלא כפי' התוס' אלא דאומרין על אותן הכלים שהכירן שהן אותן הכלים שנשאו בני אדם שלנו שיצאו במחתרת, ובאמת דברי התוס' דחיק טובא דלפי"ז הא כמו דמשני על הא דפריך ודילמא כלים הוי וכו', דמשני דאמרי נמי ספרים, וכן בהא דפריך ודילמא זוטרי הוי, משני דקאמרי ספר פלוני ופלוני, הו"ל לשנויי נמי כגון דאמרי חדתי, וע"כ דמה דמתרץ הללו כליו של פלוני היינו לומר דבעינן שיעידו ממש על אלו שרוצה בעה"ב להוציאן מיד המחזיק משום דהתי' דאמרי חדתי אכתי אינו מיושב דיש לומר דהיו לו שני ספרים כאלו אחד נגנב ואחד מכר.

והב"ח פי' דודאי יש עדים שהם אותם הכלים שראו נושאין אלא שאין אנו יודעין אם הכלים של בעה"ב, ומה שנשאו הכלים ויצאו מן המחתרת לחוד אינו מספיק, דשמא היו שם גם כלים של הגנבים, לכן צריך סימן, ולפי"ז מה דאמר בגמ' הללו כליו של פלוני אינו דודאי הכירו שהם כליו של פלוני, אלא דהקול היה דהכל אומרים דהכלים שנשאו מכיון שהוציאו מן המחתרת שאלו כליו של פלוני, אבל באומדנא זו בלבד אין מוציאין

אלא בצירוף סימנים, ע"כ תורף ד' הב"ח, וקשה לפי דבריו דזה ניחא בהך, אבל באינו עשוי למכור כליו דאין לנו כלל עדות דאלו הספרים שהכיר בעה"ב הם אותם שנגנבו, ובזה מהני סימן לחוד כמו שכתב הב"ח, דמה שכתב הטור וזה נותן בהם סימן קאי נמי ארישא, וקשה דהא בסי' רצ"ז מבואר דבסימנים לחוד אין מוציאין ודוקא היכי שהפקיד מקודם אצלו בעדים, וכללא דמילתא דסימנים אין מועילים אלא במקום ספק, וא"כ צריך לומר דיצא לו שם גנבה מהני לעשות ספק, אבל זה תימה דאטו אם היה אצלו גנבה כבר בטל חזקת כל אדם שיש לו ספרים או כלים שיוכל להוציא בסימנים, ודאי אין זה אלא דברי תימה, וזהו שתמה הב"י על הטור דאמאי מועיל סימן, ומה שכתב הד"מ ותמה על תמיהתו דהא מחזירין אבדה בסימנים, תמיהתו תמוה דאבדה שפיר מחזירין ע"י סימנים כיון דהוא ספק, אבל להוציא ממון מחזקתו הא קיי"ל בסי' רצ"ז דאין מוציאין בסימנים.

עתה נבוא לבאר מה שכתבו הד"מ והב"ח דסובר הטור דרמב"ם ורש"י לא פליגי, והנה בבעה"ב שאינו עשוי למכור כליו הא חולקים להדיא דהטור סובר דא"צ עדים שיעידו שהכלים הן של בעה"ב, דהא לא הזכיר עדים וכן פי' הב"ח דמה דכתב והוא נותן בהם סימנים קאי גם ארישא, והרמב"ם כתב להדיא דצריך עדים, ובעשוי למכור ואיכא כל הני תנאים דגמ', אם נימא דהרמב"ם מודה לרש"י א"כ הי' צריך לפרש דבעה"ב נותן סימנים, וגם דהטור לא כתב לשון הגמ' דאמרו זהו כליו של פלוני, אלא שיעידו העדים שהן אותן הכלים שראו אותן נושאין, אבל הרמב"ם הא כתב להדיא והכל אומרים הללו כליו וספריו של פלוני, ואם נימא דהרמב"ם מפרש כמו שפי' הטור דהיינו שהרואין אומרים בשביל שיצאו ממחתרת, אבל לא שיודעים שזהו כליו של פלוני, א"כ אין לנו בירור כלל שזהו כליו והו"ל להרמב"ם לכתוב שנותן בהם סימנים, ואף דאפשר שסתם וכתב כלשון הגמ' מ"מ זהו באופן דא"א לפרש באופן אחר, אבל הכא ברווחא יש לפרש דהרמב"ם בירר דבריו דהא כתב מקודם אע"פ שיצא לו שם גנבה והוכרו כליו אינו מחזירן מיד הלקוחות שמא הוא מכרם לאחרים, אבל אם באו בנ"א וכו' ונמצא דבפשוטו מה שכתב אבל אם באו בנ"א היינו ע"ז שהוכרו כליו, וזה ודאי קאי על הלכה ו' שכתב אם באו עדים שזה כליו של זה, ובאמת משמע שגם הד"מ מפרש כן דהא כתב דהרמב"ם יודה לרש"י ומר אמר חדא וכו', ומשמע דמפרש דהרמב"ם מיירי הכל בעדים, וכן הוא בפשוטו כמש"כ, וא"כ מפרש הרמב"ם דהכל אומרים הללו כליו של פלוני היינו בידיעה ממש שיודעים שהם כליו, וכיון דאפי' בכל הני תנאי שהוזכר בגמ' הוצרך שיהיו עדים א"כ מהיכי תיתי נאמר דהרמב"ם מודה דמהני סימנים, ובפרט שכבר בארנו דדברי הב"י נכונים דע"י סימנים אין מוציאין ממון, ולכן אפי' ע"י אומדנא וסימנים ביחד נמי אין

מוציאין, דלהוציא ממון צריך עדים ברורים.

נמצא לפי"מ שבארנו. א) דשיטת הרמב"ם דדברים העשויים להשאיל ולהשכיר בטוען גנובים אינו נאמן אלא ביצא לו שם גנבה וכדעת המ"מ ולא כדעת הטור, דהטור היה לו גירסא אחרת בד' הרמב"ם וזה מוכח מדברי הגה"מ, ב) מה דנאמן ביצא לו שם גנבה אינו משום מיגו דהוי מיגו להוציא דעכ"פ אינו לפטור אלא משום דדברים העשויים להשאיל מגרע חזקת המחזיק והן עומדים בחזקת הבעלים, וכיון דיצא לו שם גנבה בעיר דאין בירור על טענת לקוח, ממילא נשארו הכלים בחזקת הבעלים, ג) דברים העשויים להשאיל ואינו עשוי למכור ולא יצא לו שם גנבה לא מהני דלא כהש"ך ולא צריך למש"כ הקצוה"ח דדברים העשויים להשאיל היינו גדר אינו עשוי למכור, אלא דכ"ז דלא יצא לו שם גנבה איכא חזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקינן ולא שייך בזה איכא גנבי בשוקא דעכ"פ המוכר היה לו חזקה שהוא שלו, ד) מה שכתב בש"ך והסכים הנתיבות לדבריו דכל זה מיירי בלא ראה אינו נכון דהרמב"ם מיירי להדיא בהעידו עדים דכלים אלו הן של בעה"ב, ה) שיטת הרמב"ם דבלא עדים שהכלים שלו אין מוציאין בין באינו עשוי למכור כליו בלא הני תנאי דהוזכר בגמ' בין בעשוי למכור ובתנאים שהוזכר בגמ' בכולהו צריך עדים ממש שהכלים שלו, ולא כהד"מ והב"ח דסוברים דהרמב"ם והטור לא פליגי וכמו שהוכחנו:

פרק ו

הלכה א

כל דבר שחזקתו שהוא גנוב אסור ליקח אותו וכן אם רוב אותו הדבר שהוא גנוב אין לוקחין אותו, לפיכך אין לוקחין מן הרועים צמר או חלב או גדיים אבל לוקחין מהן חלב וגבינה במדבר אבל לא בישוב, ומותר ליקח מן הרועים ארבע צאן או ארבע גיזות של צמר מעדר קטן או חמש מעדר גדול שאין חזקתו שהוא גנוב בדבר זה.

בב"ק דף קי"ט איתא גזלן מאימתי מותר ליהנות ממנו, רב אמר עד שיהא רוב משלו ושמואל אמר אפי' מיעוט שלו, אורי ליה רב יהודה לאדא דיילא אפי' מיעוט משלו, והמ"מ כתב כאן שפסק כרב אבל באמת אינו כן דבפ"ה מהל' גזילה הל' ח' פסק להדיא כשמואל דאפי' מיעוט משלו מותר, ותמה שם המ"מ במה דכאן פסק דרוב אותו הדבר גנוב אסור, וחילק שם המ"מ בין רוב הדבר לרוב הממון דרוב הדבר אסור ורוב הממון מותר, והיש"ש הביא דברי המ"מ והקשה מה בין זה לזה דכמו מיעוט הממון שיש בידו בהיתר מתיר ואין אנו הולכין אחר הרוב אמאי לא יתיר מיעוט הדבר היינו דאף דרוב

הדבר הוא בגנבה לא נלך אחר הרוב ונאמר דהוא מהמיעוט דאינו בגנבה, וכתב הישׁ"ש משום דמיעוט הממון הוא ודאי שלו, ורוב הממון אינו ודאי גזל אלא בחזקת גזל, ולא משמע בדברי הרמב"ם כתירוצו דהוא כתב ואם הי' מיעוט משלו אע"פ שרוב ממונו גזול, ומוכח דהוא גזול בודאי. ומצאתי שהקשה כן הט"ז וכתב דגבי רוב הממון יש מיעוט בעין והו"ל קבוע וכל קבוע כמע"מ דמי, וקשה לי דהא כתבו התוס' בב"מ דף ו' דקבוע לא הוי אלא כשהאיסור וההיתר ניכרין וכן כ' בספר הכריתות דמשו"ה אינו אסור כל העולם משום נחל איתן דלא שייך קבוע כיון שאין האיסור וההיתר ניכרין, ועוד דעיקר מילתא אינו מובן דאמאי יהי' מותר במע"מ, ואף דהרמב"ם כאן כתב ג"כ אם רוב אותו הדבר גנוב היינו דאם אין רוב הדבר גנוב אין אנו מחזיקין בגנובים כלל דמהיכי תיתי נחזיק המוכר לגנב מטעם ספק, אבל הכא שרוב הוא גזלה ורק משום קבוע כמע"מ אמאי יהי' באמת מותר בספק.

ונראה ע"פ מה דאמר בירושלמי דקדושין פ"ב גבי חטף סלע מידה וקדשה אמר ר' יוסי אלו אמר כלי יאות, סלע דרכו להתחלף, ודברי הירושלמי קשה דאכתי במה זכה הגזלן בהסלע, ונראה דכיון שדרך הסלע להתחלף כבר נתייאש הנגזל מגוף הסלע ואין עליו אלא דמים דהא לא יוכל למצוא אצלו גוף הסלע שלו, ואף דגמ' דידן לא ניחא ליה בהך תירוצא ומוקים בדשדיך, נראה דהירושלמי סבר יאוש קני וגמ' דידן סבר יאוש לא קני דהכא ליכא יאוש וש"ר דהא חטף סלע מידה וקידשה.

ועכשיו מיושב דבפ"ו מה' גזילה היכי דאין הממון מסויים ולא מיבעי במעות אלא אפי' בחפצים מיירי כגון תבואה וכה"ג שיש לו ג"כ משלו, וכן פסק שפיר כשמואל דאפי' מועט משלו מותר, דכיון דיש להגזלן כמו אותם שגזל א"כ כבר אינו חושב הנגזל שיוציא מיד הגזלן הגזילה בעין, והוי כמו הא דאמר בירושלמי סלע דרכו להתחלף, וכיון דהוי יאוש וביד הלוקח הוי יאוש וש"ר, ולכן אף דלכתחלה אסור ליקח מן הגזלן לאחר יאוש, מ"מ כיון דהוי גם ספק שמא הוא של הגזלן לכן מותר אבל הכא הא לא ידעו הבעלים כלל שגנבו דהא מיירי בכגון רועים ושומרי פירות שהבעלים לא ידעו שגנבו משלהם, וא"כ ליכא יאוש ואם יקנה הוי גזל גמור ולכן אסור אם רוב אותו הדבר גנוב:

הלכה ז

החייט ששייר מן החוט כדי משיכת מחט ושייר מן הבגד מטלית שהוא ג' אצבעות על ג' אצבעות חייב להחזירן לבעלים. פחות מכאן שלו.

השגת הראב"ד: החייט ששייר וכו'. א"א כדי מלא מחט וחוץ למחט כדי מלא מחט כדי לתפור בו.

בגמ' מבואר כדברי הראב"ד ודברי הרמב"ם הוא מירושלמי שהביא הרי"ף וז"ל ואסיקנא מלא מחט וחוץ למחט כמלא מחט, ירושלמי תני בר קפרא מלא משיכת מחט, וכתב המ"מ דשיעור הגמ' זהו משיכת מחט שבירושלמי, ומפני שהלשון ההוא מבואר כתבו הרב עכ"ל, ודבריו תמוהים דבודאי שיעור מלא ב' מחטין מבואר יותר, עוד קשה דבירושלמי מסיק דשיעורא דבר קפרא הוא כפלים כמשיכת מחט, דז"ל הירושלמי תני ר"ח מלא מחט דבי ר' ינאי פתרין לה כפלים כמלא מחט, תני בר קפרא מלא משיכת מחט דבי ר' ינאי פתרין לה כפלים כמשיכת מחט, מה ופליג, מה דתני ר"ח מלא מחט דבי ר' ינאי פתרין לה כפלים כמלא מחט, מה דתני ב"ק משיכת מחט דבי ר' ינאי פתרין לה כפלים כמשיכת מחט.

אח"כ ראיתי שכבר תמה הגר"א ז"ל בזה בחו"מ סי' שנ"ח בין בזה שדברי הגמ' מבואר יותר בין בזה דבירושלמי מסיק דהוא כפלים כמשיכת מחט, והגר"א ז"ל אמנם רוצה ליישב דברי הרי"ף והניח רק דברי הרמב"ם בצ"ע וכתב דכוונת הרי"ף לומר דמה דתנן מלא מחט ר"ל משיכת מחט ומש"כ הגר"א ז"ל דתנן בודאי ט"ס דבמתני' תנן כדי לתפור בו, וע"כ כוונתו דמה דא"ר אסי מלא מחט היינו משיכת מחט והוא דחוק מאוד גם תמוה דלמה עשה מחלוקת בין ר"ח וב"ק בירושלמי לפי"מ דמפרש מלא מחט דבבלי משיכת מחט, אכן בעצמו כתב דבגמ' לא משמע כן, ע"כ פשוט דכמו דדברי הרמב"ם תמוהים כן הוא דברי הרי"ף.

והנה לקושיא הראשונה היה אפשר לומר דלא כהמ"מ והוא באמת תרי שיעורי ומ"מ הכריעו הרי"ף והרמב"ם כהירושלמי נגד הבבלי כיון דחזינן דבבבלי לא ידעו מברייתות דר' חייא ובר קפרא, וברייתות אלימי, ובמחלוקת שבין הברייתות נאמר דכדי משיכת מחט הוא שיעור פחות ופסקו לחומרא, אלא דאכתי קשה דהא בירוש' מסיק כפלים כמשיכת מחט וקשה לומר דהיה להם גירסא אחרת.

ע"כ נראה לומר כדברי המ"מ דכדי משיכת מחט הוא כשיעור דבבלי דמלא מחט וחוץ למחט כמלא מחט והני תרי ברייתות נמי לא פליגי, רק דצריך להוסיף דלכאורה דברי דבי ר' ינאי בירושלמי תמוהין, דבשלמא מה דאמר ר' חייא מלא מחט מפרשי שפיר דברי ר"י כפלים כמלא מחט דהא אמר בבבלי דמלא מחט לחוד לא חזי, ולכן מפרשי דמה דתני כמלא מחט היינו לבד שיעור המחט הראשון, דבלא זה א"א להתחלת תפירה, אבל ברייתא דב"ק דתניא משיכת מחט מה שייך לומר דמפרשי כפלים כמשיכת מחט דהא תניא משיכת מחט ולא כפלים, אבל לדברי המ"מ דהוא שיעור אחד מיושב, דבאמת משיכת מחט הוא ג"כ לבד המלא מחט הראשון, ומה דאמר כפלים הוא משום דשיעור

מחט ושיעור משיכת מחט חדא הוא.

והרמב"ם שכתב כדי משיכת מחט ולא הזכיר כפלים הוא משום דבאמת שינה קצת, דבר קפרא תני מלא משיכת מחט והיה אפשר לפרש דהוא רק שיעור החוט שמושכין בה התפירה, ולזה אמרי דבי ר"י כפלים כמשיכת מחט, והיינו דהוא לבד מלא מחט הראשון, אבל הרמב"ם כתב כדי משיכת מחט ולשון כדי הוא שיעור חוט שיספיק על משיכת מחט, וע"כ דזהו ביחד עם שיעור המלא מחט הראשון דבלא זה א"א לעשות משיכת מחט וכנ"ל.

ומה שהוצרך הרמב"ם להניח דברי הגמ' ולתפוש לשון הירושלמי הוא משום דבאמת קשה איזה שיעור הוא מלא מחט דיש מחטין ארוכים וקצרים, והנה על מלא מחט הראשון לא קשה דבודאי הכונה על מחט היותר קצר שמשתמשין בה באותו מקום, אבל על השיעור מלא מחט שמחוץ למחט קשה דאם במדינה זו המחטין ארוכים ובזו קצרים למה ישתנה השיעור שמחוץ למחט הלא מה שחוץ למחט שאפשר לתפור ולמשוך בו שוה בשניהם. וצ"ל דהיה ידוע להם שיעור המחטין והיה מחטיהם שוין, והיה שיעור מסויים גם בהחוץ למחט שיהי' כמלא מחט אבל להלכה אינו שיעור קבוע, ולכן תפשו הרי"ף והרמב"ם שיעורו של בר קפרא דהוא שיעור מבואר יותר כמש"כ המ"מ, והרמב"ם מפרש להדיא כדי משיכת מחט היינו שיהיה אפשר לתפור ולמשוך בו, והרי"ף קיצר ולא הביא כפלים משום דפסק גם כהבבלי דבעינן מלא מחט חוץ למחט, והדין מבואר שפיר והביא הירושלמי רק לפרושי דמה שצריך כך הוא כדי שיהי' אפשר משיכת מחט:

פרק ז

הלכה א

השוקל לחברו ממשקלות חסרות מן משקל שהסכימו עליו בני אותה המדינה או המודד במדה חסרה מהמדה שהסכימו עליה הרי [זה] **עובר בלא תעשה שנאמר לא תעשו עול במשפט במדה במשקל ובמשורה, אע"פ שהמודד או השוקל חסר גונב אינו משלם לו תשלומי כפל אלא משלם לו המדה או המשקל ואין לוקין על לאו זה מפני שהוא חייב בתשלומין.**

המנ"ח במ"ע רנ"ח הקשה בזה לפימש"כ הרמב"ם בפ"ח הל' ז' שהרי התורה הקפידה על המדות בכל שהוא וכתב בזה החנוך וז"ל כלומר שאע"פ שבשאר גזילות לא הקפידה תורה אלא בפרוטה בענין המדות הקפידה בכ"ש, ולפי"ז הקשה המנ"ח דא"כ למה אינו לוקה היכי דההסרון הוא בפמש"פ כמו בהכהו הכאה שאין בה שו"פ, ולכאורה היה

אפשר לומר דמה דהקפידה תורה על המדות בכ"ש היינו בעשיית המדות ושהייתן אבל א"א לומר כן דהא למד זה מקרא דובמשורה דהוא בקרא דלא תעשו עול, ובאמת יש להוכיח בדעת הרמב"ם כדברי החנוך אף דלא כתב להדיא דהאי בכ"ש היינו בפחות משו"פ, דהא בריש הלכות גנבה דייק הרמב"ם לכתוב כל הגונב ממון משו"פ ולמעלה, וכן בריש הל' גזילה כתב כל הגוזל את חברו שו"פ וכאן גבי חסרון משקלות לא הזכיר שו"פ ומוכח דדעתו הוא כמש"כ החנוך, וממילא קושיית המנ"ח היא חזקה דלמה אין לוקין בפחות משו"פ דלא ניתן לתשלומין.

והנראה בזה דכיון דעיקר איסור דמשקלות הוא בשעה שמודד או ששוקל כדכתיב לא תעשו עול במשפט, ודרשו חז"ל בספרא וכן הוא בסה"מ שהמודד נקרא דיין, וא"כ לא דמי כאן לדין גזל דאינו חייב בתשלומין בפחות משו"פ, דהכא בשעה שמודד או שוקל במדה ומשקל חסר עוד לא עשה שום מעשה גזלה דנאמר דמה דעבד עבד ואינו חייב לשלם, דבין ששקל קודם שלקח מעות בין שלקח מעות מקודם או דאפי' בב"א עכ"פ עוד לא עשה שום מעשה גזלה וכשמכר יכול להוסיף וכשלקח יכול שלא ליקח כולו או להוסיף מעות, ולכן אכתי הוא לכתחלה ניתן לתשלומין עד שיתן המקח ויקח המעות או להיפוך, ולכן הוא לאו שניתן לתשלומין אפי' בפחות משו"פ.

וצריך להוסיף דדין לאו הניתן לתשלומין אינו משום גדר כדי רשעתו, דלפי"ז לא היה שייך זה בפמשו"פ דאכתי לא גזל ואין כאן עונש של תשלומין, אלא דאינו כן, דאם היה מגדר כדי רשעתו הוי צריך קרא לגלויי דבפירוש ריבתה תורה דממונא משלם מלקי לא לקי כמו בחובל בחבירו, דבאמת לא דמי לחובל בחבירו דהתם עיקר הלאו אינו בשביל היזק הממון, ורק דבמעשה זו איכא נמי חיוב ממון, ונמצא דאיכא ממון ומלקות וכן באונס חייבי לאוין, ולכן צריך קרא דריבתה תורה לתשלומין אבל לאו הניתן לתשלומין עיקר הלאו הוא לדין ממון ומעיקרו לא ניתן למלקות. ולכן שפיר אפי' אין כאן גדר עונש ממון אלא דין ממון הוי לאו הניתן לתשלומין.

אכן יש לבע"ד לחלוק דמ"מ לא מיקרי לאו שניתן לתשלומין כיון שאין כאן דין תשלומין כלל, אלא שאינו רשאי לגזול לכתחלה. ולמה לא ילקה בשביל הלאו והרמב"ם כתב להדיא מפני שהוא חייב בתשלומין דמוכח דבשביל שיש חיוב תשלומין לכן אינו לוקה.

לכן נראה דלפימש"כ דלאו שניתן לתשלומין אינו משום גדר כדי רשעתו דכדי רשעתו הוא גדר שאין מחייבין אותו משום שתי רשעיות. אבל בלאו הניתן לתשלומין אין אנו דנין בשתי רשעיות אלא ברשעה אחת ואנו אומרים דאם ניתן לתשלומין אינו לוקה, והרמב"ם כתב בפי"ח מה' סנהדרין הל' ב' וז"ל, וכל לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד כגון

לא תנאף לא תעשה מלאכה בשבת אין לוקין עליו, וכל לאו שניתן לתשלומין כגון לא תגנוב ולא תגזול אין לוקין עליו וכל לאו שניתן לעשה כגון לא תקח האם על הבנים לא תכלה פאת שדך אין לוקין עליו, אלא אם לא קיים עשה שבהן, ומוכח מדבריו דבלאו הניתק לעשה תלוי בקיימו משום דפסק כמ"ד קיימו ולא קיימו, אבל לאו הניתן לתשלומין אינו תלוי כלל בקיום התשלומין דבכל גווני לא לקי כיון דעיקר הלאו ניתן לתשלומין ולא למלקות.

ונמצא דלאו שניתן לתשלומין הוי כמו לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד דאין נ"מ אם חייב מיתה או לא דעדים שהוכחשו בנפש אין לוקין למ"ד לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד אין לוקין, וה"נ לאו שניתן לתשלומין כיון דעירקר הלאו ניתן לתשלומין בכל גווני אין לוקין, ולכן לא דמי להכהו הכאה שאין בה שו"פ דהתם עיקר הלאו אינו משום היזק ממון וכמש"כ, ומה דפטור בהכאה שיש בה שו"פ הוא משום כדי רשעתו, ולכן בהכאה שאין בה שו"פ חייב, אבל הכא אין נ"מ כיון דעיקר הלאו הוא משום היזק ממון אלא דהקפידה תורה על המדות בכ"ש, ולכן אף דאם היה החסרון בפמשו"פ וכבר גמר המו"מ אינו בתשלומין משום דפחות משו"פ מחלי כדאמר בסנהדרין דף נ"ז, אבל עיקר הלאו בא לתשלומין וכנ"ל, ועיין מש"כ עוד בזה ברפ"א מה' גזלה.

ובמה שכתב הרמב"ם דאינו משלם תשלומי כפל כתב המ"מ משום דאמרינן בפ' א"נ דהיינו גזל ואין כפל בגזל, ובאמת משקלות דמי לגנבה ולא לגזל דהא הבעלים אינם יודעים, וזהו שכתב הרמב"ם אע"פ שהמודד אל השוקל חסר גונב, וטעמא דליכא כפל הוא משום דעכ"פ נותן לו בידים ולא דמי ממש לגנבה, ועיין מה שכתבתי בפ"ח סוף הלכה ז':

הלכה ג

כל מי שמשהה בביתו או בחנותו מדה חסרה או משקל חסר עובר בל"ת שנאמר לא יהי' לך בכיסך וגו' ואפי' לעשות המדה עביט של מימי רגלים אסור שאע"פ שאין זה לוקח ומוכר בה שמא יבוא מי שאינו יודע שהיא חסרה וימדוד בה, ואין לוקין על לאו זה שהרי אין בו מעשה.

מה שכתב הרמב"ם דאין לוקין על לאו זה שהרי אין בו מעשה, יש לעורר דמ"ש מקנה חמץ בפסח דחייב אף דהלאו לא יראה אין בו מעשה כיון דבא ע"י מעשה חייב וא"כ ה"נ בעשה או קנה משקל חסר למה לא יהי' מעשה, ומצאתי שכבר התעורר בזה המנ"ח, והקשה עוד יותר מהא דאמר בב"מ דף ס"א לאו דכתב רחמנא במשקלות ל"ל וכו' לעבור עליו משעת עשיה וזהו בודאי על לאו דלא תעשו עול כפירש"י [ודברי המ"מ שכתב כאן

וז"ל כל מי שמשהה כו' זה מבואר שם באיזהו נשך דאמרינן לעבור עליו משעת עשיה עכ"ל הם תמוהים דזה לא קאי על לאו דלא יהי' לך דלא שייך ללמוד לאו זה מגזל] ולכן הקשה המנ"ח דלמה אינו לוקה בעושה משקל חסר מלאו דלא תעשו דזהו בודאי מעשה, ובקושיא ראשונה יש לומר דכאן עיקר הל"ת הוא השהיה דיהי' אפשר לבוא לרמות בו, אבל אם קונה משקל חסר ע"מ לקוצצו ודאי לא עבר ואפי' עושה משקל דלכאורה לא שייך לומר שעושה ע"מ לאבדו, מ"מ אם כך היה שעשה לכתחלה כדי לקיים מצות איבוד משקל חסר ודאי לא עבר, א"כ אין העשיה או הקניה עיקר הלאו אלא מה ששהה אצלו ובזה אין בו מעשה, איברא דהתוס' בפסחים בפ' כל שעה כתבו דהמשהה חמץ ע"מ לבערו אינו עובר עליו, אבל הרמב"ם הא אינו סובר כתוס' דטעם התוס' דהוי ניתק לעשה, והרמב"ם הא אינו סובר דהוי ניתק לעשה.

ומה שהקשה עוד מהא דאמר בא"נ דקרא דמשקלות הוא לעבור משעת עשיה זה באמת קשה אבל לא רק על מה דפסק דאינו לוקה, אלא בעיקר הל"ת דלא תעשו עול לא הזכיר הרמב"ם דקאי על עושה משקל חסר אלא מי שמוכר במשקל או במדה חסרה כמו שכתב בהל' א' ונבאר זה בפרק ח' הלכה ז'.

והנה במצוה תר"ב כתב המנ"ח דמלשון הרמב"ם שכתב ואפי' לעשות המדה עביט של מ"ר אסור, מוכח דהל"ת הוא רק אם משהה כדי לרמות אף שאינו מרמה, אבל במשהה שלא לרמות רק עושה עביט של מ"ר וכדומה רק מדרבנן אסור, ומפרש דמש"כ הרמב"ם שאע"פ שאין זה לוקח ומוכר בה שמא יבוא וכו' דזהו רק דמדרבנן חששו לזה, אבל מד' הרמב"ם בסה"מ לא משמע כן שכתב במל"ת רע"ב וז"ל שהזהרנו מהיות המשקלות והמדות חסרות אצלנו בבתינו אע"פ שלא יעשה בהם מו"מ והוא אמרו יתעלה לא יהי' לך בכיסך וגו', ולשון גמרא בתרא דף פ"ט אסור לאדם שישהה מדה חסרה או יתירה בתוך ביתו ואפי' הוא עביט של מ"ר, ומדבריו מוכח דעיקר הל"ת אינו דוקא במשהה כדי לרמות, איברא דאפשר לומר דלעשות עביט וכדומה שהוא ביטול מתורת מדה ומשקל אפשר דאינו אלא מדרבנן, אבל מדבריו שכתב ולשון גמ', מוכח דזה עיקר הדין, אבל עכ"פ זה ודאי דעיקר הלאו אינו דוקא במשהה ע"מ לרמות:

הלכה ד

היו המדות והמשקלות של בני העיר חתומות בחותם ידוע וזו המדה או המשקל החסרים בלא חותם ה"ז מותר לשהותם לשאר תשמישי הבית, כיוצא בזה סלע שנפגמה מן הצד לא יעשנה משקל בין משקלותיו ולא יזרקנה בין גרוטותיו ולא יקבנה ויתלנה בצואר בנו שמא יבוא אחר ויעשנה משקל, אלא או ישחוק או יחתוך או יקוץ

או ישליך לים המלח.

כיוצא בזה סלע שנפגמה מן הצד כתב המ"מ פירוש שאין החסרון ניכר כמו מאמצע וזה ברייתא פ' הזהב והעמידוה בגמ' במן הצד עכ"ל, והנה בגמ' שם דף נ"ב פריך בהא דתניא אלא יקבנה ויתלנה בצואר בנו ורמינהו לא יעשנה משקל בין משקלותיו ולא יזרקנה בין גרוטותיו ולא יקבנה ויתלנה בצואר בנו ומשני כאן באמצע כאן מן הצד, ופירש"י באמצע יקבנה דמשנקבה לא סגיא מן הצד לא יקבנה לפי שהרמאי שימצאנה יקוץ אותה סביב עד שיוציא את הנקב ומרמה בזה את האחרים ויוציאנה בשקל, ומבואר בפירש"י דהחלוק בין באמצע בין מן הצד היינו בהנקב, דבאמצע מותר לנקבה ולא מן הצד, אבל הרמב"ם כתב שנפגמה מן הצד, ובהלכה ו' כתב סלע שנפגמה באמצע וכו' אבל נוקבה ותולה אותה וכו', ומוכח דמפרש דלא כפירש"י, ואם נפגמה מן הצד אסור לנוקבה אפי' באמצע, אך זה מבואר לפי"מ שכתב הרמב"ם בהלכה זו שמא יבוא אחר ויעשנה משקל ודלא כמו שפירש"י דהחשש הוא דשמא יקוץ אותה הרמאי ויוציאנה בשקל.

איברא דהכ"מ כתב כאן וז"ל אלא או ישחוק וכו', לפי"ד ה"ה הל"ל או יפגמנה באמצע, ורש"י פירש שהרמאי יקוץ אותה סביב עד שיוציא הנקב ויוציאנה בשקל, ולפי"ז מ"ש רבינו ויעשנה משקל צ"ל שהשין נקודה בסגול עכ"ל, והכ"מ רוצה להשוות דעת הרמב"ם עם פירש"י אבל דבריו תמוהים דלמה צריך לדברי המ"מ שהדבר מפורש בדברי הרמב"ם דכאן כתב שנפגמה מן הצד, ובהלכה ו' כתב נפגמה באמצע והדברים ברורים בדעת הרמב"ם דעיקר החלוק הוא בנפגמה כמש"כ המ"מ, ומה שכתב הכ"מ לנקד משקל בסגול תמוה, דרש"י כתב ויוציאנה בשקל אבל הרמב"ם כתב ויעשנה משקל, ואם הכונה שיעשנה שקל א"כ למה לא יעשה לכתחלה דהא תניא בסלע עד שקל ואף דזהו בנפחתה אבל איזה חשש הוא כיון דמותר לקיימה, לבד דתיבת משקל לא משמע שיעשנה שקל, ולכן הדבר פשוט דדעת הרמב"ם לפרש דלא כפירש"י ועיקר החשש הוא שמא יעשנה משקל וסובר דמה שינקבנו באמצע אין זה מונע לעשותה משקל, ולכן מפרש דהחלוק הוא בנפגמה דבנפגמה באמצע והיינו שנפחת באמצעו לא יוכל לעשותו משקל דניכר חסרונו, אבל חסרונו מן הצד אינו מורגש כשיחתוך סביבו, ולכן אפי' נוקבו באמצע לא מהני.

ומה שהקשה הכ"מ דהול"ל או יפגמנה באמצע יש לומר דבהא דתניא או יקוץ, בכלל זה כל התקונים שאפשר ע"י שיחתוך ויקוץ, דה"נ אשכחן בהא דאמר ר' אמי יתר על כן יקוץ, ופירש"י יקוץ יחתכנה לשנים והוא תימה דלמה לא יקוץ עד שיעשנה בשקל, וכן כ' הרמב"ם בהלכה ה' יקוץ עד שיעמידנה על מחצה, ובדעת רש"י אפשר דסובר דגם

היתר דעד שקל אינו אלא בדיעבד בנפחתה כך ודוחק, עכ"פ לדעת הרמב"ם אין הפי' יקוץ לחתיכות אלא יקוץ עד שלא יהי' עשוי לרמות:

הלכה ה

חסרה ועמדה על מחצה יקיים, עמדה על פחות ממחצה או על יתר ממחצה יקוץ עד שיעמידנה על מחצה, ואם לא חסרה אלא פחות משתות יקיים לשאת ולתת בה אבל לא למשקל שכל פחות משתות רוב בני אדם מוחלין בו במשא ומתן.

השגת הראב"ד: אבל לא למשקל וכו'. א"א פי' שלא ישקול בהם סלעים אחרים עכ"ל. שכל פחות משתות וכו'. א"א וגם במשא ומתן אם נתנה בחזקת שלימה הרי זה מקח טעות.

בהשגה הראשונה כתב המ"מ רצה הרב ז"ל [לומר] שאם היתה למשקל אחר ישרה מותר לשקול בה, ואין כונת רז"ל אלא למשקל שהיא חסרה ויפה פירש עכ"ל, ולדעתי צ"ע טובא בהך דינא דנראה דשיטת הרמב"ם אינו כשיטת הראב"ד ואפי' למשקל ישרה אסור לו להניחה, ולדעת הראב"ד דברי הרמב"ם הם מיותרים דאם לשקול בה משקל חסרה פשיטא, וכבר השמיענו זה בהלכה א' שכתב השוקל לחברו ממשקלות חסרות וכו' ה"ז עובר בל"ת וכו' ולא חילק בין שתות לפחות משתות דבמשקל אין נ"מ בזה, ואם כן למה הוצרך לכפול כאן דבסלע שחסרה אסור לשקול בה כביפה.

לכן נראה בדעת הרמב"ם דהנה בהא דתניא לא יעשנה משקל בין משקלותיו ולא יקבנה וכו', ופירש"י מן הצד לא יקבנה לפי שהרמאי שימצאנה יקוץ אותה סביב וכו' ויוציאנה בשקל, אבל הרמב"ם כתב בהלכה ד' שמא יבוא אחר ויעשנה משקל וכבר כתבתי מזה בהלכה ד', ונמצא דלפירש"י נוכל לפרש דגם הא דלא יעשנה משקל בין משקלותיו הוא דילמא אתי להוציאה ביפה, אבל לדעת הרמב"ם כל הך בבא הוא דילמא יעשו אותה משקל וישקלו אותה ביפה.

איברא דלפי"ז צריך ביאור בחסרה פחות משתות דיקיים לשאת ולתת בה אמאי לא חיישינן דילמא יעשנה משקל דבמשקל אין נ"מ דאפי' פחות משתות הוי מקח טעות או להחזיר הטעות, וצ"ל דכ"ז שהוא פחות משתות ועומדת להוציאה בתורת מטבע אינה עומדת לעשותה משקל אבל אם הוא משקל אפי' אם מכוין שלא להטעות חיישינן דלמא ימצאו אחרים ויטעו בה, ונמצא לפי"מ שבארנו דדעת הרמב"ם מפורשה דלא כדעת הראב"ד דעיקר דינא דלא יעשנה משקל בין משקלותיו הא ודאי אינו להטעות דא"כ פשיטא וע"כ אפי' למשקל ישר ומ"מ אסור דילמא יטעו בה, ולדעת הראב"ד צריך לפרש כפירש"י דשם ביותר משתות הוא דילמא אתי להוציאה ביפה אבל בפחות משתות הא

מותר להוציאה, ולכן מותר לעשותה נמי משקל אבל דעת הרמב"ם ודאי כמש"כ.

ועל השגת הראב"ד הב' כתב המ"מ וז"ל ודברי הרב אמת כ"ז שהסעלים יוצאים במשקל דכל דבר שבמדה ושבמנין ושבמשקל חוזר הוא, אבל יש שפירשו שאין המקח בטל אלא שהוא מחזיר האונאה אפי' פחות משתות וזה מבואר בהרבה מקומות ואף המחבר סובר כן פי"ב מה' מכירה ושם יתבארו עיקרי הדברים בע"ה כנ"ל.

והנה אם כונת הראב"ד הוא כדברי המ"מ לא חידש כלום, והרמב"ם בעצמו כתב כן פי"ב מה' מכירה הל' י' לחלק בין היו הסלעים יוצאים במנין או במשקל, ואף שדברי הרמב"ם שם צריכים ביאור ולכשנגיע לשם בעז"ה נבאר אבל עכ"פ עיקר החילוק מבואר בדבריו, אבל לדעתי אין כונת הראב"ד כן, אלא חידש דאם נתן לו הסלע בחזקת שלימה אז הוא מקח טעות בכל גווני, דלא אמרינן דסלע שחסרה פחות משתות אין בה אונאה ומותר להוציאה ביפה, אלא דוקא כשנתן לו בתורת סלע, ולכן אף שחסרה פחות משתות סלע שמה ויוצאה בשוק וכמו שכתב הרמב"ם דרוב בני אדם אין מקפידים, אבל אם נתן לו בחזקת שלימה אז הוא מקח טעות אף שאין הסלעים יוצאין במשקל דעכ"פ אינה שלימה.

אך יש לומר דזהו גופא תליא במחלוקת שהביא המ"מ אם מה דאמרינן דדבר שבמשקל אפי' פחות מכדי אונאה חוזר הוא בטול מקח או מחזיר הטעות, ובזה הוא מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בפ' ט"ו מה' מכירה דהרמב"ם כתב דאינו אלא מחזיר הטעות, והראב"ד כתב דאם אמר שק זה שיש בו סאה וחסר הוי מקח טעות, ואף דהכ"מ כתב שם דהרמב"ם אינו חולק אבל שיטת המ"מ שם דחולק ולכן דין זה שחידש הראב"ד תלוי בזה דלדעת הראב"ד דחוזר היינו שהוא טעות, א"כ ה"נ כיון שנתן לו בחזקת שלימה ואינה שלימה הוא טעות אבל לדעת הרמב"ם דחוזר פירושו רק דמחזיר הטעות, וכאן כיון שהסלעים יוצאים במנין ואפשר גם להמקבל להוציאה ביפה אין כאן מה להחזיר הטעות ואם מפני שנתן לו בחזקת שלימה לא היה כאן תנאי מפורש בפרט דהנותן הוציאה בחזקת שלימה והמקבל לא התנה ואינו שייך לגדרי תנאי.

ובמה שכתב הרמב"ם עמדה על פחות ממחצה יקוץ משמע דאפי' משהו פחות ממחצה וכן משמע מפירש"י, והרשב"א בש"מ חולק בזה וכתב דדוקא אם פחתה שתות דמ"ש מפחות מסלע דמותר להוציאה ביפה עד שתפחת שתות, והרא"ש שם כתב וז"ל ונ"ל משום דבלא"ה לא נטבע לשם שקל ולפעמים יוכל לרמות מי שאינו בקי חשו חכמים טפי עכ"ל, וע"ש עוד בשם הריצב"ש ג"כ לחלק באופן זה אבל עוד אינו מוסבר יפה החלוק, ונ"ל פשוט דסלע יש לו שם מטבע ובמטבע כיון שדרכו ליפחות קצת אמרינן

דעד שתות לא קפדי אבל סלע שנפגמה ועמדה על מחצה אין לזה שם מטבע כלל, אלא דכיון שבמשקל יש בה מתכות חצי סלע לוקחין אותה בחצי סלע, נמצא דזהו ודאי דבר שבמשקל ודבר שבמשקל אפי' פחות מכדי אונאה חוזר.

ובעיקר מה שכתב הרמב"ם דאם חסרה פחות משתות מותר לשאת ולתת בה כתב הרא"ש בב"מ בתחלה דדוקא במטבע מותר להוציאה ביפה שגם אחר יקח מזה שנותן לו ביפה, אבל חפצים שאין עומדין להוציאה אסור להונות אפי' פחות משתות, ואח"כ כתב או שמא גם בשאר חפצים הוי דרך מו"מ בכך ועד שתות הוי בכלל דמי מקח, ובחו"מ סי' רכ"ז סעיף ו' פסק המחבר דיש להסתפק בזה כספיקו של הרא"ש, אבל מדברי הרמב"ם בפרק י"ב מה' מכירה מוכח דבשאר דברים חוץ ממטבע אסור להונות דכתב שם בהל' א' אסור להונות כו', ובהל' ב' וכמה תהא הונייה ויהי' חייב להשיב כו' ובהלכה ג' היתה ההונייה פחות מזה בכ"ש. כו' אינו חייב להחזיר כלום ומוכח מדבריו דרק לענין חזרה מהני פחות משתות ולא לענין איסור אונאה.

ויש להוכיח זה יותר ממה דלכאורה סותרין דברי הרמב"ם זא"ז דכאן כתב שכל פחות משתות רוב בני אדם מוחלין בו במשא ובמתן, ושם בהלכה ג' כתב שכל פחות משתות דרך הכל למחול בו, אבל לפי"מ שבארנו דדעתו דבשאר חפצים אסור לכתחלה מיושב שפיר דדעתו דבדיעבד שלא לתבוע האונאה דרך הכל למחול בו, אבל לכתחילה לא אמרינן אלא דרוב בני אדם מוחלין ואין מקפידין אם נתאנו בפחות משתות ולכן גבי סלע שפיר כיון דעומד להוצאה ורוב בני אדם מוחלין יקחו אותו ביפה ולא יקפידו, וכיון דרוב יקחו א"כ אפי' אם יחוש דזה שנותן לו עכשיו הוא ממיעוט המקפידין נמי אין אונאה כיון דרוב אינם מקפידין הוא יוכל להוציאה וכמש"כ הרא"ש, אבל בשאר חפצים לכתחלה אסור להונות דילמא הוא מהמיעוט ורק בדיעבד אמרינן דדרך הכל למחול ומשמע דאפי' שלא להחזיר אונאה לא הוי מהני רוב, דהמתאנה יטעון אני מהמיעוט המקפידין, ואף דבריש המניח לא אמרינן הכי אלא להיפוך דאפי' ע"י רוב אין להוציא ממון יש חלוק גדול דהתם אמרינן דלא מכר לו אלא כד, אבל הכא ודאי היה אונאה ורק דאנו באין בטענת מחילה וצריך דוקא ודאי מחילה דזהו הוצאות ממון מהמתאנה ופשוט, עכ"פ נתברר דעת הרמב"ם דאסור להונות בפחות משתות ובודאי אלים ודאו של הרמב"ם מספיקו של הרא"ש והוא ברור להלכה:

הלכה ו

סלע שנפגמה באמצע אסור למכרה להרג או לחרם מפני שמרמין בה את אחרים, אבל נוקבה ותולה אותה בצואר (של) הקטן.

כתב המ"מ דמש"כ אסור למכרה כ"ש בנפגמה מן הצד, ומש"כ אבל נוקבה זהו דוקא בנפגמה באמצע, וכבר כתבנו מזה בהלכה ד' דהוא פשוט כדברי המ"מ דהרמב"ם סובר דהחלוק מבאמצע למן הצד הוא בנפגמה, ולא כפירש"י דהחלוק הוא בנוקבה ע"ש, דסובר הרמב"ם דנקב אפי' באמצע אינו מונע מלעשותו למשקל ודוקא בנפגמה באמצע ניכר חסרונו ואינו ראוי למשקל.

ובזה מבואר מה דהרמב"ם השמיט לכתוב לתגר ובודאי שכן הוא בגירסתו, אבל הוא לשיטתו דכיון דסובר דנפגמה באמצע ניכר חסרונו ואינו ראוי להטעות במשקל א"כ ה"נ אינו ראוי להטעות שיקחו אותו בסלע ולכן דוקא לחרם או להרג שביחד עם המורא מפניהם יוכלו להטעות גם באופן שלא יוכלו ליקח בגזל:

הלכה י

בני חבורה המקפידים זה על זה שהחליפו חלק בחלק או לוה ממנו מאכל והחזיר לו, עוברין משום מדה ומשום משקל ומשום מנין ומשום לוין ופורעין ביו"ט.

המחבר בשו"ע לא הזכיר זו ההלכה לא כאן ולא בה' יו"ט, ובטעמא דמילתא מבואר עפי"מ שכ' בב"י בטוא"ח סי' תקי"ז דהוא משום דיש ב' פירושים, פי' א' דאפי' באופן דלשאר בני אדם מותר למקפידים אסור, פי' ב' דאין נ"מ לדינא בין מקפידים לאין מקפידים, אלא דבשביל דמקפידים הם עוברים ומזכירים שם מדה ומנין ולשון הלואה, וכתבו התוס' בשבת בפ' שואל דלפי' א' קשה דלפי"ז צ"ל דהלל לא אסר אלא במקפידים והא דתנן שואל אדם כדי יין וכו' ובלבד שלא יאמר הלוני ע"כ איירי באין מקפידים, דהא במקפידים גם בזה אסור לפי' א' וא"כ מאי אמר שם לימא מתני' דלא כהלל, ולכן הוכיחו בתוס' כפי' ב' וכתב הב"י דמשום זה לא הזכיר הרא"ש הלכה זו לא במס' שבת ולא בביצה משום דלהלכה הוא כפי' ב' דאין בזה נ"מ לדינא ובשביל זה לא כתב המחבר דין זה בשו"ע.

אכן מדברי הרמב"ם כאן מוכח דיש נ"מ בזה להלכה ואפי' אם היינו רוצים לומר דהרמב"ם הביא זה אף שאין נ"מ להלכה א"א לומר כן דלפי"ז לא שייך לומר שהחליפו חלק בחלק, דהוא על מעשה שעבר דבזה הלא יש נ"מ אם החליפו כדין או שלא כדין והיה לו לכתוב לשון הגמ', וכן מש"כ או לוה ממנו, משמע דאמר לו הלוני א"כ אפי' באין מקפידין אסור להך פירושא, ואם דברי הרמב"ם הוא כפי' א' צריכים אנו ליישב קושיית התוס', ועוד דלשון או לוה ממנו דודאי משמע דאמר לו הלוני ולא השאילני, ולפי' קמא זה גם באין מקפידין אסור דהא מוקי מתני' דשואל כדי יין באין מקפידין.

ונראה דהרמב"ם ודאי סובר כפי' א' אבל מפרש באופן אחר והיינו דדינא דתנן במתני'

שואל אדם וכו' ובלבד שלא יאמר הלוני אין נ"מ בין מקפידין ואין מקפידין כיון דסתמא קתני וכן הא דהלל אומר לא תלוה אשה ככר לחברתה נמי הוא בכל גווני, אלא דכ"ז הוא בדבר חשוב קצת שדרך בני אדם להקפיד, וכמו בשואל אדם דתנן כדי יין וכדי שמן, וכן ה"נ בהא דהלל בככר דיש בו קצת חשיבות, ולכן דייק הרמב"ם לפרש הא דבני חבורה המקפידין דהוא שהחליפו חלק בחלק או לוה ממנו מאכל והיינו בדבר מועט, ובאין מקפידין אין עוברים משום לוין ופורעין דמה דאסור הלואה הוא משום דאתי למיכתב, אבל דבר מועט לא אתי למיכתב וכן גם הלל לא אסר בדבר מועט אבל במקפידין הוי דבר מועט כמו דבר חשוב, ומשום מדה ומשקל ומנין הוא כמו שפירשו בתוס' בשבת בפי' א' והרא"ש בב"מ הביא זה בשם י"מ דאפי' בגוונא דמותר לסתם ב"א כגון באומר מלא לי כלי זה אסור למקפידין, ומש"כ דמתני' דשואל אדם אפשר אפי' במקפידין שהקשו ע"ז התוס' דא"כ אפי' בשאלה אסור משום מדה יש ליישב בפשיטות דשואל אדם כדי יין לא מיירי כלל באומר מלא לי כד זה אלא בשואל כד יין כמו שהוא ובזה ודאי לא שייך איסור מדה אפי' למקפידין, ועכ"פ בעיקר מילתא הרמב"ם מפרש כפי' א' דאפי' מה דאסור לשאר ב"א אסור למקפידין ולכן כתבו כאן להלכה:

פרק ח

הלכה ז

אין טומנין את המשקלות במלח כדי שיפחתו ולא ירתיח במדת הלח [בעת שמודד] ואפי' היתה המדה קטנה ביותר שהרי התורה הקפידה על המדות בכל שהוא שנאמר ובמשורה והיא מדה אחת קטנה מל"ג בלוג.

בב"מ דף ס"א ע"ב תניא לא תעשו עול במשפט וכו' במשקל שלא יטמין משקלותיו במלח, ובמשורה שלא ירתיח וכו', וקודם לזה איתא א"ל רב יימר לרב אשי לאו דכתב רחמנא במשקלות ל"ל א"ל לטומן משקלותיו במלח, היינו גזל מעליא, לעבור עליו משעת עשיה, ומבואר מד' הגמ' דטומן משקלותיו במלח עובר בלאו דלא תעשו עול, וא"כ היה להרמב"ם לכתוב דין זה בפרק ז' גבי לאו דלא תעשו עול ולמה כתבו בפרק זה במש"כ מצות עשה לצדק המאזנים, ועוד קשה דכיון דעובר משעת עשיה בלאו דלא תעשו עול הרי יש בזה מעשה וזה הק' המנ"ח כמו שהבאנו בפרק ז' הלכה ג', ואף שכתבנו לתרץ בלאו דלא יהי' לך דכיון דאינו עובר בעשיית המשקל אם עושה ע"מ לאבד נמצא דאין עיקר העשיה היא העברה אלא השהיה, אבל לאו דלא תעשו עול הא בודאי עיקר המעשה הוא העבירה ואף דלא עבר אלא בעושה ע"מ לשקול בו ולא

ע"מ לאבד, מ"מ כשאומר בשעת עשייתו דהוא עושה לצורך משקל ודאי עבר בעשייתו ושייך בו נמי התראה כמו בעובד עכו"ם דאם אינו מקבלו בלבו באלוה אינו עובר ומ"מ באומר שמקבלו חייב, אך כבר כתבתי דלא מזה בלבד קשה אלא מעיקר הדין דלא הזכיר הרמב"ם לא בהלכותיו ולא בסה"מ דעושה משקל חסר עובר בלא תעשו עול.

והנראה בזה דהרמב"ם סמך על הספרא בפ' קדושים פרק ח' משנה ז' דאיתא שם מאזני צדק צדק את המאזנים יפה, ובמשנה ח' מכאן אמרו הסיטון מקנח את מדותיו א' לל' יום וכו', ומוכח דדקדוק המשקלות הוא מהך קרא וממילא טומן משקלותיו במלח ושלא ירתיח הוא ג"כ מהך קרא דע"כ הוא משום דקדוק דע"כ צ"ל דטומן משקלותיו במלח יש בזה רבותא דאי נעשה באמת מדה חסרה, א"כ מאי נ"מ באיזה אופן נעשה חסר, ונראה דמלח אינו אלא שואב הלחות שבולע המתכות בימות הגשמים והוא דבר מועט ואשמעינן דאף דמשקל הברזל אינו מחסר והו"א דרשאי בזה שלא יהי' המשקל כבד יותר בימות הגשמים, לכן אשמעינן דכיון דעכ"פ הדבר קבוע שבימות הגשמים מכבידים אין לו רשות להפחיתו וכן שלא ירתיח הוא ג"כ דקדוק דאף דבדרך שפיכה נעשה ממילא רתיחה קצת צריך לשפוך בנחת כדי שלא יהי' חסר, ועכ"פ זהו בכלל דקדוק דה"נ בלא קנוח מדות הוא נמי באמת מדה חסרה דמה נ"מ באיזה אופן המדה חסרה, אלא דמ"מ כל זה נלמד מקרא דמאזני צדק המאזנים יפה, וכמו שכתב הרמב"ם בהלכה א' מ"ע לצדק המאזנים והמשקלות והמדות יפה יפה, ובזה מיירי כל פרק זה, וסובר הרמב"ם דלא קיי"ל כברייתא אלא כהספרא דאלים בדרשא דקראי.

אכן קשה דהא רב אשי אמר דקרא דמשקלות הוא לעבור משעת עשיה, ונראה דזה תליא בדין גזל עכו"ם שכתבתי בפרק א' דגזלה מדברי הרמ"ה דלא קיי"ל כר"ע דיליף גזל עכו"ם מקרא דוחשב עם קונהו, אלא כרב הונא דיליף מקרא דואכלת, והוכחתי שכן דעת הרמב"ם דכתב בפ"ז הל' ח' קרא דוחשב בדיני משקלות דהוי מדררא דגנבה כמו שכתב בפ"ז הל' ב' אע"פ שהמודד או השוקל חסר גונב אינו משלם תשלומי כפל, והחלוק מגנבה לגזלה מבואר שם דבריש הל' גנבה מוכח דגנבת עכו"ם עובר בלא תגנוב ובריש הל' גזלה כתב רק אסור לגזלו, ומוכח כהרמ"ה דקיי"ל בזה כרב הונא ע"ש שבארתי בארוכה, וא"כ לפימש"כ הרמב"ם בפ"ז הל' ז' אחד הנו"ן עם ישראל או עם העכו"ם אם מדד או שקל בחסר עובר על ל"ת, א"כ לא קשה כלל מה דהקשה רב יימר לרב אשי לאו דכתב רחמנא במשקלות ל"ל והיינו דנלמוד מגזל, דהא איצטריך לעבור בלאו אם שוקל לעכו"ם במשקל חסר דאינו עובר באיסור גזל, אלא בזמן שאין מסורים בידיך אסור מקרא דואכלת אבל בגנבה עובר בלא תגנוב אפי' בזמן שהם מסורים בידיך, וכמו שבארתי שם

וה"נ במשקלות דלא חלקה תורה, ומגנבה א"א ללמוד דהא לא הוי גונב ממש דהא ליכא כפל וכמו שכתב הרמב"ם בפ"ז הל' ב' וטעמא משום דעכ"פ נותן לו בידים ואף דא"כ ה"נ לא דמי לגזל, אלא דמ"מ לא דמי דמגזל ילפינן דאסור ליקח ממון חברו אבל גנבה שהחמירה תורה לחייב כפל שפיר אמרינן דלא דמי משקלות לגנבה, וה"נ נוכל לומר לענין עכו"ם דצריך קרא דלא נוכל ללמוד מגנבה, וע"כ דרב יימר הקשה למ"ד גזל עכו"ם אסור מלא תגזול וכר"ע, ולהך מ"ד אמר ליה רב אשי לעבור משעת עשייה, אבל לדידן דקיי"ל כרב הונא לא קשה כלל וקרא דלא תעשו עול לא מיירי באיסור עשיית משקלות חסרות אלא באיסור נו"נ בהם, וכן באמת מבואר בספרא בקרא דלא תעשו עול דדריש כל הך קרא על מודד ואם שקר במדה ולא בדין עשיית מדות ומשקלות חסרות דלהלכה לא צריך לזה כלל וכנ"ל.

ובמה שכתב הרמב"ם שהרי התורה הקפידה על המדות בכל שהוא עיין מה שכתבתי בפרק ז' הלכה א' ב':

פרק ט

הלכה ג

גנבו ונשתמש בו ומכרו ועדיין הגנוב ברשות עצמו ולא הכניסו הגנב לרשותו פטור, גנבו והוציאו לרשותו ונשתמש בו ולא מכרו או מכרו קודם שנשתמש בו, או נשתמש בו ומכרו לאחד מקרוביו של גנוב כגון שמכרו לאביו או לאחיו הרי זה פטור שנאמר גונב נפש מאחיו עד שיבדילנו מאחיו ומקרוביו במכירה, וכן אם גנבו והוא ישן ונשתמש בו כשהוא ישן ומכרו ועדיין הוא ישן הרי זה פטור.

במה דכתב אם גנבו כשהוא ישן ונשתמש בו כשהוא ישן ומכרו ועדיין הוא ישן פטור, מוכח דאם באחד מהם הי' ניעור חייב, ודברי הרמב"ם ברורים מסוגיית הגמ' דבעי גנבו ומכרו ישן מהו ופריך ע"ז ותיפוק ליה דליכא עימור ומשני דזגא עליה, ומוכח דאם בתוך כך הי' ניעור חייב, דאל"כ מאי פריך דילמא בשעת עימור היה ניעור ומ"מ מיבעי ליה כיון דבשעת גנבה ומכירה היה ישן, וממילא מוכח נמי דדוקא בתרתי מיבעי ליה דבין הגנבה בין המכירה היה כשהוא ישן, דאין לומר דהפי' גנבו ומכרו ישן היינו דמכרו ישן אבל גנבה לא איכפת לן דהוא ניעור, דא"כ אמאי לא אפשר נמי דעימור היה נמי כשהוא ניעור וע"כ כדברי הרמב"ם, אלא דעיקר מילתא צריך ביאור ואינו מובן כלל דאם מספקא לגמ' דבישן לא קרינן ביה גונב איש ומכרו אמאי צריך דוקא שיהי' כל הג' סבות המחייבים הכל כשהוא ישן, ואמאי לא נימא דבחדא כשהוא ישן סגי לפטור והוא

תמיהא גדולה ולפלא שלא עמדו בזה מפרשי הש"ס והרמב"ם.

ונראה דעיקר בעית הגמ' הוא על הגנבה דאם גנבו כשהוא ישן לא הוי גנבה דהא בעי שיכניסו הגנב לרשותו, ומיבעי לגמ' דאפשר לא שייך זה אלא כשהוא ניעור ויודע שהוא ביד הגנב, אלא כשהוא ישן ואינו יודע כלל שהוא ברשות אחרים, ואם היה גבור היה יכול להתחזק ולצאת, א"כ אכתי לא גנבו ולכן אפי' כשהוא חלש או ילד קטן המוטל בעריסה מ"מ לא חלקה תורה ובכל אופן בישן פטור.

ומה דצריך דוקא לפטור שיהי' בכל הג' דברים ישן הוא משום דאם כשנתעמר בו הי' כבר ניעור או כשמכרו הי' ניעור א"כ כשנעשה ניעור והוא בביתו ומחזיק בו ועושה מעשה מכירה הוי גנבה חדשה כשהוא ניעור ולכן צריך דוקא שיהי' ישן בגנבה ובעימור ובמכירה דאז מספקא לן לפטור.

אלא דלפי"ז אכתי קשה דאם נימא דבשעת מכירה אם הוא ניעור נעשה גנבה ומכירה בשעת המכירה, דעכ"פ ליכא עימור דנמצא העימור קודם גנבה, ולכן צריך לומר דמהני מעשה הגנבה שגנבו כשהוא ישן, דאח"כ כשיהי' ניעור והוא בביתו יתחייב הגנב בלא מעשה כלל, וכמו בגנבת בהמה דאם הכישה במקל נתחייב הגנב אף דאח"כ כשעושה הבהמה הפעולה והולכת אינו עושה הגנב מעשה, ורק דמכיון דע"י מעשיו נגנבה חייב וכן גם הכא כיון דדרך הישן להתנער והוא גנבו והכניסו בביתו לכן אף דכשהוא ישן לא נשלם הגנבה, אבל כשנעשה ניעור והוא מוחזק בביתו נשלם הגנבה, וסבר הגמ' דאף דהעימור היה קודם שנשלמה הגנבה כיון דעכ"פ היה מעשה גנבה ועימור ומכירה חייב, אלא דזה ודאי דעימור קודם גנבה ודאי לא הוי כלום דמה דסמך עליו כשהוא ישן קודם מעשה הגנבה ליכא בזה שום איסור, אבל כשעשה מעשה גנבה כבר נחשב עימור אף דנשלמה הגנבה אח"כ וכנ"ל:

הלכה ז

הבא במחתרת בין ביום בין בלילה אין לו דמים אלא אם הרגו בעל הבית או שאר האדם פטורין ורשות יש לכל להרגו בין בחול בין בשבת בכל מיתה שיכולין להמיתו שנאמר אין לו דמים, ואחד הבא במחתרת או גנב שנמצא בתוך גג[ו של אדם] או בתוך חצרו או [בתוך] קרפיפו בין ביום בין בלילה ולמה נאמר במחתרת לפי שדרך רוב הגנבים לבוא במחתרת בלילה.

השגת הראב"ד: לבוא במחתרת בלילה וכו'. א"א איני נמנע מלכתוב את דעתי שנ"ל שאע"פ שדרשו חכמים אם זרחה עליו השמש דרך משל אם ברור לך הדבר כשמש שלא בא על עסקי נפשות וכו' אעפ"כ אינו יוצא מידי פשוטו ביום אינו רשאי להרגו, שאין

גנב בא ביום אלא אם יכול להשמיט שומט ובורח ואינו מתעכב לגנוב ממון גדול ולעמוד על בעליו להרגו, אלא גנב בלילה מפני שהגנב יודע שבעה"ב בבית, או בא להרוג או ליהרג, אבל גנב ביום אין בעה"ב מצוי ושמוטא בעלמא הוא, ובחיי ראשי כל מבין די לו בזה עכ"ל.

דברי הראב"ד בהשגתו תמוהים דבמכילתא מפורש להיפוך, וכבר הובא בהגה"מ וז"ל אם זרחה השמש עליו ר' ישמעאל אומר וכי השמש עליו בלבד זרחה וכו' אתה אומר לכך בא לחלק בין יום ללילה אם הרגו ביום יהיה חייב ובלילה יהיה פטור, ת"ל ולנערה לא תעשה דבר וכי מה למדנו מרוצח מעתה, אלא הרי זה בא ללמד ונמצא למד מה להלן לא חלק בין יום ולילה אף כאן לא תחלוק בין יום ולילה, מה כאן אם קדמו והרגו פטור אף להלן אם קדמה והרגתו פטורה, ומה להלן היו לה מושיעין הימנו והרגתו חייבת, אף כאן היו לו מושיעין הימנו והרגו חייב עכ"ל, ומפורש להדיא דלא כהראב"ד, וביותר תמוה דהראב"ד בעצמו הביא הך מכילתא בהלכה י"א.

אכן נראה דבאמת קשה דהא דין מחתרת ודין רודף שניתן להצילו בנפשו הם שני ענינים כמש"כ התוס' בסנהדרין דע"ג ע"א במה דלמד רוצח מנערה המאורסה שניתן להצילו בנפשו, והקשו דהא מקרא דמחתרת נפקא ותירצו דמחתרת אינו אלא רשות והכא חובה להציל, וכן מפורש ברמב"ם דכאן כתב דאם הרגו פטור, ורשות יש לכל להרגו וכו' וגבי רודף כתב בה' רוצח פ"א הל' ו' דכל ישראל מצווין להציל הנרדף מיד הרודף ואפי' בנפשו של רודף, וע"כ דטעמא דהתם הוא ודאי רודף להרגו, אבל הכא אינו אלא ספק כדאיתא להדיא במכילתא, ומה שכתב הרמב"ם ונמצא זה הנכנס לבית חבירו לגנוב, כרודף, אין כונתו דהוי ממש רודף דבמחתרת אינו אלא רשות וברודף חובה, וראיתי כעין זה מביאים מדברי הרמב"ם פט"ו מהל' תפילה שכ' כל כהן שאינו עולה וכו' ה"ז כעובר על ג' עשה וכתב שם הכ"מ דהכונה במש"כ כעובר שאינו עובר ממש וכן בפ"ב מה' אה"ט הל' ו' אם שחטו בתוך ז' אין שחיטתו מטהרתו מידי נבלה מפני שהוא כנפל, וכתב הכ"מ דאינו ודאי נבלה וז"ש שהוא כנפל דאינו נפל ממש, וכן הוא בכמה מקומות בש"ס, ולכן מש"כ הרמב"ם כרודף אינו דהוא ודאי רודף, וא"כ גם לענין יום ולילה אין ראיה מרוצח למחתרת דברוצח כיון דהוא ודאי רודף להרגו אינו מעכב מה שהוא ביום שלא נציל את הנרדף, דמה מועיל מה שהוא ביום שהרודף יתיירא מלהרוג להנרדף דהא קמן שהוא רודף אחריו, ואפי' אם יש ספק שמא לבסוף יתעכב מלהרגו כשיראה כשיש רואים, אין הספק הזה מוציא מידי ודאי שרודף אחריו להרגו, אבל במחתרת דאינו אלא סברא וחזקה דאמרינן דבא ע"מ כן שאם יעמוד כנגדו יהרגו, ובזה שפיר נאמר דביום

אין כאן חזקה זו, ולכן ע"כ צריך לומר דר' ישמעאל סובר דמחתרת דמי ממש לרוצח שהוא ודאי רודף, ואינו סובר כדאמר מעיקרא במכילתא דמחתרת הוא ספק בא להרוג, אח"כ מצאתי שכיוונתי בזה להרב בעל מזבח חדש בפתיחה שכתב כן, והוסיף עוד דר' ישמעאל סובר להדיא דמחתרת ניתן, להצילו בנפשו, ולמד מזה דין פקו"נ דדוחה שבת ביומא דף פ"ה. ומדאמר ניתן להצילו בנפשו מוכח דסובר דיש למחתרת דין רודף ממש, וא"כ דברי הראב"ד נכונים דלדידן דקיי"ל דמחתרת הוי רק ספק רודף שפיר אפשר לומר דביום אפי' ספק לא הוי.

ובדעת הרמב"ם נראה דהנה ביבמות דף י"א איתא לאיכא דאמרי דלרבנן דאמרי טומאה בסוטה הוא דכתיב דלא אמרינן אין מקרא יוצא מידי פשוטו וצרת מחזיר גרושתו מותרת דכיון דאיתעקר איעקר וכן פסק הרמב"ם פ"ו מה' יבום, איברא דצריך לבאר טעמא דמילתא דהא בשבת דף ס"ג אמרינן דאין מקרא יוצא מידי פשוטו, וביבמות דכ"ד אמר רבא אע"ג דבכל התורה כולה אמרינן אין מקרא יוצא מידי פשוטו הכא אתאי ג"ש אפיקתיה מפשטיה לגמרי, אכן באמת לא קשה דהרשב"א כתב שם וז"ל, הכא אתיא ג"ש ואפיקתיה לגמרי וע"י ג"ש זו נפיק כוליה קרא מפשטיה דא"א לומר דוהיה הבכור קאי אבן הנולד כפשטיה דקרא, דכיון דיקום על שם משמע לנחלה א"א לומר שהבן אשר תלד היבמה יקום בנחלת אביו המת וכו' עכ"ל, ולכן ה"נ בדין מחזיר גרושתו דכיון דאמרינן דאחר אשר הוטמאה בסוטה כתיב ולשון טומאה הוא טומאה ממש בגדר זנות, א"כ א"א לומר דקאי נמי על מחזיר גרושתו משנשאת דהא נשואים שלה לא היה זנות.

ונמצא דלא שייך לומר אין מקרא יוצא מידי פשוטו היכי דסותר זה לזה ולא אמרינן כן אלא כמו בהא דשבת בקרא דחגור חרבך על ירך גבור הודך והדרך דהוי גדר משל ונמשל דקאי בגבור ממש וקאי בלומד תורה, וכה"ג היכי דאין סותרין הפירושים, וא"כ הכא בקרא דאם זרחה עליו השמש באמת הדרש והפשט הם סותרים זה לזה דהא ביום א"א לומר דברור הדבר כשמש דאינו הורגו דהך סברא דביום אינו בא להרוג אינו ברור כשמש דכמה רוצחים רוצחים גם ביום, וע"כ דאם נאמר כפשטיה דקרא נאמר דכיון דכל דינא דמחתרת הוא משום דחזקה שאם יעמוד כנגדו יהרגו, וביום ליכא חזקה זו ליכא דינא דמחתרת, אבל ממה דדרשינן אם ברור לך הדבר כשמש שיש לו שלום עמך מוכח דבעינן דוקא ברור כשמש וא"כ ביום אינו ברור כשמש, ואף דהרמב"ם כתב בהלכה ט' ומפני מה התירה תורה דמו של גנב אע"פ שבא על עסקי ממון לפי שחזקתו שאם עמד וכו' ועכ"פ כתבתי שם דהרמב"ם מפרש הא דאמר חזקה אינו על אין אדם מעמיד עצמו אלא על מה דמסיים והאי מימר אמר וכו' ועכ"פ מוכח דצריך לטעמא דהתורה התירה

משום דאיכא חזקה, מ"מ להוציא מחזקה זו צריך דוקא ברור כשמש שיש לו שלום דלא אמרינן הך חזקה אלא בעיקר טעמא דמחתרת, אבל מ"מ אפי' היכי דהוי ספק נמי אין לו דמים, וצריך דוקא ברור כשמש שיש לו שלום ואז אין לו דמים, ומה דצריך ר' ישמעאל ללמוד מנערה המאורסה היינו על עיקר פירושא דאם ברור לך הדבר כשמש, אבל אמר בהדיא אתה אומר לכך בא לחלק בין יום ולילה, והיינו דלא נדרוש אם ברור לך הדבר כשמש, אבל לדידן דדרשינן אם ברור לך הדבר כשמש לא צריך כלל ללמוד מנערה המאורסה דבה"ג לא אמרינן אין מקרא יוצא מידי פשוטו וכנ"ל:

הלכה ט

ומפני מה התירה תורה דמו של גנב אע"פ שבא על עסקי ממון לפי שחזקתו שאם עמד בעל הבית לפניו ומנעו יהרגנו, ונמצא זה הנכנס לבית חבירו לגנוב כרודף אחר חברו להרגו, ולפיכך יהרג בין שהיה גדול בין שהיה קטן בין זכר בין נקבה.

לפי שחזקתו וכו', הרמב"ם ביאר כאן דברי הגמ' לא כפי' הפשוט ושכן משמע מפירש"י דבגמ' איתא אמר רבא מ"ט דמחתרת חזקה אין אדם מעמיד על עצמו על ממונו, והאי מימר אמר וכו' ובפשוטו מה דאמר רבא חזקה קאי על אין אדם מעמיד עצמו על ממונו, אך יקשה דמה צריך לומר חזקה דבודאי אם רואה אדם שרוצים ליקח ממונו אינו מניח, ונראה דמשום זה פירשו הרמ"ה והר"ן דהפי' הוא דאין אדם מעמיד עצמו על ממונו ויחפוץ להרוג את הגנב, ולכן ע"מ כן הולך הגנב שאם בעה"ב יחפוץ להרוג אותו יהרוג הוא את בעה"ב, והקשו ע"ז דאם כן הבעה"ב הוא הרודף, דהא אין לו רשות להרוג אותו בשביל שרוצה ליטול ממונו, ותירצו דעכ"פ עכשיו אין הבעה"ב עושה כלום והגנב הוא שנכנס לבית בעה"ב ע"מ כן, נעשה הוא הרודף, ודבריהם הוא באמת חדוש גדול, אבל הרמב"ם לא פירש כן דהבעה"ב יחפוץ להרוג את הגנב, אלא שאם עמד בעה"ב לפניו ומנעו היינו שלא יניח לו ליטול את שלו ואז יהרגנו ורק דלפי"ז קשה לשון חזקה וכמש"כ, ולכן פי' הרמב"ם דהא דאמר רבא חזקה לא קאי על אין אדם מעמיד עצמו על ממונו אלא על הא דמסיים והאי מימר אמר וכו' והיינו דכיון דאין אדם מעמיד עצמו על ממונו ומתאמץ שלא להניח ליטול את שלו, חזקה הוא שע"מ כן הולך הגנב שאם לא יניח לו ליטול יהרגנו, וזהו שכתב הרמב"ם לפי שחזקתו וכו'.

אכן נראה לי דאפשר לקיים גם הפי' דחזקה קאי על אין אדם מעמיד עצמו על ממונו, ורק דהכונה אינו להרוג אלא ליהרג והיינו דבלא חזקה זו מהיכי תיתי יהרוג הגנב את בעה"ב דהא מכיון שיחפוץ להרוג אותו הבעה"ב יניח לו החפצים וילך, ולזה אמר

שחזקה הוא שאין אדם מעמיד עצמו על ממונו ויתאמץ שלא להניח לו ליטול אפי' בספק סכנה עד שיבוא לידי זה שיהרוג אותו:

הלכה י

היה הדבר ברור לבעל הבית שזה הגנב הבא עליו אינו הורגו ואינו בא אלא על עסקי ממון אסור להרגו ואם הרגו ה"ז הורג נפש, שנאמר אם זרחה השמש עליו אם ברור לך הדבר כשמש שיש לו שלום עמך על תהרגהו, לפיכך אב הבא במחתרת על בנו אינו נהרג שודאי שאינו הורגו, אבל הבן הבא על אביו נהרג.

דברי הרמב"ם הם מפורשים בסנהדרין דף ע"ב דמקשי תרי ברייתות אהדדי דבחדא קתני אם ברור לך הדבר כשמש שאין לו שלום עמך הרגהו ואם לאו אל תהרגהו, ובאידך קתני אם ברור לך כשמש שיש לו שלום עמך אל תהרגהו ואם לאו הרגהו, ומוקמי קמייתא באב על הבן ואידך בבן על האב.

אכן קשה דהיה להרמב"ם לומר דבאב על הבן אם ברור לו שאין לו שלום עמו יהרגהו, איברא דגם סוף הברייתא השניה בבן על האב דאם ברור לו שיש לו שלום עמו על יהרגהו ג"כ לא הביא, וכבר הרגיש בזה הכ"מ וצ"ל דכיון דכתב בטעמא דמותר להרגו משום דחזקתו שיהרגנו, וא"כ אם ברור לו שלא יהרגנו כבר מפורש דאסור להרגו, וכן אפשר לומר כאן דכיון שכתב בטעמא דאסור להרוג אב הבא על הבן שודאי שלא יהרגנו א"כ אם ברור לו שיהרגנו פשיטא דהוי ככל אדם.

אכן אפשר לומר באופן אחר דבריש פסחים איתא בהא דכתיב לאור יקום רוצח וגו' דהכי קאמר אי פשיטא לך מילתא דאנפשות קאתי רוצח הוא וניתן להצילו בנפשו ואי מספקא לך מילתא כלילה יהי' בעיניך כגנב ולא ניתן להצילו בנפשו, וכתבו בתוס' שם דהאי קרא באב על הבן מיירי ולכן לא ניתן להצילו בנפשו אלא כשיודע ברור שלהורגו בא, אבל קשה טובא מה דסתמו שם בגמ' ולא הוזכר כלל דמיירי באב על הבן, ונראה דא"צ לזה דהא דין מצילין אותו בנפשו ודין מחתרת הם שני דינים כמש"כ בהלכה ח' מדברי התוס' בסנהדרין דבמחתרת רשות וברודף חובה, וכן מפורש בדברי הרמב"ם כמש"כ שם, וא"כ לא צריך כלל לומר דבפסחים מיירי באב על הבן דבפשוטו מיירי סתמא בכל אדם, דהא מיירי בדין ניתן להצילו בנפשו ובזה שפיר בעי רוצח ודאי.

ולפי"ז נוכל לומר דגם הכא דאמר באב על הבן דאם ברור לך הדבר כשמש שאין לו שלום עמך הרגהו היינו דברור שהוא בא להרגו דבסתמא אמרינן דודאי אב על הבן מרחם אם לא שהוא רואה ממש שהוא רודף אחריו דאז גם באב הוי רוצח, וממילא בזה לא צריך כאן הרמב"ם להשמיענו, דזה כבר אינו בדין מחתרת אלא בדין ניתן להצילו

בנפשו שכתב בפ"א מה' רוצח ושם לא חילק בין אב על הבן או שאר אדם דכיון דאנו רואין שהוא רודף אחריו הוא רוצח וניתן להצילו בנפשו:

הלכה יא

וכן הגנב שגנב ויצא או שלא גנב ומצאו יוצא מן המחתרת הואיל ופנה עורף ואינו רודף יש לו דמים, וכן אם הקיפוהו בני אדם או עדים אע"פ שעדיין הוא ברשות זה שבא עליו אינו נהרג ואצ"ל אם בא לב"ד שאינו נהרג.

השגת הראב"ד: יש לו דמים. א"א נ"ל בורח רוצה לומר עכ"ל. הקיפוהו. א"א זה שאמרו במכילתא דר' ישמעאל שאם יש לו מושיעים שאינו ניתן ליהרג וק"ל מעשה דאבנר ועשאל, ומ"ש אם הקיפוהו עדים, יראה לי כי ע"ד התרגום אמר אם עינא דסהדיא נפלת עלוהי וכו', ולא ידעתי מהו עכ"ל.

הרמב"ם מחלק בין גנב שגנב ללא גנב, דגנב שגנב אין לו דמים אם עדיין לא יצא מן המחתרת ודוקא ביצא יש לו דמים אבל בלא גנב הואיל ופנה עורף ויוצא אף שעדיין לא יצא יש לו דמים, ומקור דבריו הוא מדברי הירושלמי שהביא המ"ע אלא שלא פירש, וז"ל, תני ר' חייא במחתרת אין לו דמים חוץ למחתרת יש לו דמים, תני ר"ש בן יוחי אפי' חוץ למחתרת אין לו דמים לפי שממונו חביב עליו כנפשו חמי ליה אזל בעי מיסב ממונא מיניה וקאים עלוי וקטליה, רב הונא אמר נטל הכיס והפך את פניו לצאת והלך לו ועמד עליו והרגו אין ההורגו נהרג, עכ"ד הירושלמי, ופסק הרמב"ם כר' חייא דחוץ למחתרת יש לו דמים, וכרב הונא דאמר דנטל את הכיס והפך פניו לצאת והלך לו דאין ההורגו נהרג וטעמא דכ"ז שהוא במחתרת אין הבעה"ב מעמיד עצמו על ממונו והוא עומד להציל את שלו והגנב הורגו, ומוכח דדוקא נטל את הכיס והפך פניו, אבל בלא נטל את הכיס היה נהרג הבעה"ב שהרגו כיון שהפך פניו לצאת.

ולפי"ז אינו מבואר השגת הראב"ד שכתב בורח רוצה לומר, דהיכן הוזכר בורח דבין ברישא ביצא ממחתרת הא תני ר' חייא סתמא יצא ממחתרת יש לו דמים, בין בסיפא כשהוא יוצא ועוד לא יצא דמקורו מדברי רב הונא הא לא הזכיר רב הונא בורח אלא הפך את פניו לצאת והלך לו ומ"מ דוקא בנטל את הכיס אבל אם לא נטל יש לו דמים.

ונראה בכונת הראב"ד דזה תלוי איך שנפרש כאן לשון מחתרת דאם הכונה מחתרת ממש היינו מקום החתירה שדרך מקום זה נכנסים לבית, וא"כ בסיפא שלא גנב ומצאו יוצא מן המחתרת אף שלא הספיק לצאת מ"מ כיון שפניו לחוץ בדרך יציאתו מהיכי תיתי יהיה עליו שום ספק רודף, ובודאי לא צריך בזה דוקא שיהיה בורח, אבל באמת בלשון רב הונא בירושלמי לא משמע דהוא באופן שהוא בתוך המחתרת דלשון נטל את

הכיס והפך פניו לצאת והלך לו, לא משמע שהוא כבר בתוך המחתרת אלא שהוא עוד בבית במקום שנטל את הכיס אלא שהפך פניו לצאת ובזה סובר הראב"ד דלא מסתבר דאם בעה"ב מוצא לגנב בתוך הבית רק שהולך ופניו לצד הפתח כבר אין עליו דין מחתרת, דהא בודאי דרך הגנב לילך לכאן ולכאן לחפש מה לגנוב, ולכן אף דבנטל את הכיס אשמעינן רב הונא דהוי רבותא אף שהוא בתוך הבית והפך פניו לצאת והלך לו, דמ"מ יש עליו דין מחתרת, היינו משום שכבר גנב הכיס עם מעות דזה עיקר תכלית הגנבה, ובודאי מסתבר דכיון שכבר לקח את הכיס דכונתו באמת לצאת ומ"מ אשמעינן ר"ה דכיון שגנב והבעה"ב בודאי יחפוץ להציל לכן יש עליו דין מחתרת, אבל היכי שלא גנב אין שום ראיה ממה שהולך בבית ופניו לחוץ דאין דעתו לגנוב, ולכן כתב הראב"ד דאופן זה הוא דוקא בבורח שנראה ברור שרוצה לצאת, ואז אם לא גנב אין עליו דין מחתרת אף שעוד לא יצא.

ובדעת הרמב"ם שלא כתב בורח נראה דכונתו במש"כ יוצא מן המחתרת שהוא בתוך המחתרת ממש דאז ודאי לא בעינן בורח וכמש"כ דאף דהא דרב הונא אינו כשהוא בתוך המחתרת אלא ביוצא ועודנו בתוך הבית מ"מ הדין שהוציא הרמב"ם מהא דר"ה הוא באופן שברור שדעתו לצאת והיינו כשהוא בתוך המחתרת ויוצא משם, דעיקר השמיענו דאף שהוא בתוך המחתרת לא חיישינן דילמא יחזור ויכנס והוא חד דינא עם מה שצייר הראב"ד הבורח והכל נלמד מהא דר"ה דהיכי שרוצה לצאת אין לו דין מחתרת אלא בשנטל את הכיס וכנ"ל.

ובמה שכתב הראב"ד בהשגתו השניה על מה שכתב הרמב"ם וכן אם הקיפוהו בני אדם וז"ל וק"ל מעשה דאבנר ועשאל וכונתו דאיתא בסנהדרין דף מ"ט אתיוה ליואב דייניה א"ל מ"ט קטלתיה לאבנר א"ל גואל הדם דעשאל הואי, עשאל רודף הוי, א"ל היה לו להצילו באחד מאבריו, ומוכח דעשאל היה רודף אי לאו דהיה יכול להצילו באחד מאבריו אף דאבנר היה לו מושיעים דהא הלך עם עבדי איש בושת כמפורש במקרא שם, והיה אפשר לומר שהיו אז רחוקים ממנו אבל אין צריך לזה, דממ"נ אם היו קרובים ומ"מ סיכן עשאל את עצמו להרוג לאבנר כדרך המלחמות א"כ לא היו לו מושיעים דמאי נ"מ אם אבנר הרגו או הצבא שלו היו הורגים אותו, ואי משום דהיו יכולים להצילו באחד מאבריו, טענה זו הא טען יואב על אבנר גופיה ובמה עדיפי המושיעים מאבנר.

אלא דבאמת נראה דאף דבמכילתא איתא דרשא זו מקרא דנערה המאורסה דכתיב ואין מושיע לה דמוכח דאם היו לה מושיעים לא ניתן להצילה בנפשו ומזה למד לרוצח, ע"כ צריך לומר דהיינו בגוונא דהמושיעים יוכלו בודאי להושיע ולמנוע הסכנה כגון

שהוא עוד רחוק והמושיעים יוכלו להקדים ולהציל והוא הרגו מרחוק בחץ וכה"ג, אבל במעשה דאבנר ועשאל שהיה עשאל כבר קרוב לאבנר ורצה להרגו מה שייך כאן מושיעים, דגם אם היה אפשר שיבואו המושיעים ויקדימו להצילו אינו מחוייב אבנר לסכן את עצמו ורשאי להרגו, ולכן זכה יואב רק בטענה דהיה יכול להצילו באחד מאבריו.

ובמש"כ הרמב"ם או עדים, שהוא מהתרגום, וכתב הראב"ד ולא ידעתי מהו, ופי' המ"מ דכיון שיש עדים לא יגנוב, לא ידעתי למה נטה מדברי רש"י שכתב בחומש דכיון שיש רואים אין הגנב הזה בא על עסקי נפשות ולא יהרוג את בעל הממון, ונראה דזה תלוי בשני פירושים שהבאתי בהלכה ט' דלפי' הרמ"ה והר"נ שפירשו אין אדם מעמיד עצמו על ממונו היינו דהבעה"ב יחפוץ להרוג את הגנב ואז יהרוג הגנב אותו, בזה לא מהני עדים דכשהבעה"ב יחפוץ להרגו ע"כ יהרוג את בעה"ב, ולכן ע"כ צריך לומר כדברי המ"מ דכשיש עדים לא יגנוב כלל כיון שהב"ד יגבו ממנו, אבל לפי' הרמב"ם דהבעה"ב רק יעמוד כנגדו ולא יניחו ליטול ממונו שפיר נפרש כדברי רש"י דכשיש עדים אינו בא על עסקי נפשות, והמ"מ רצה ליישב גם לפי' הרמ"ה.

והנה הרמב"ן בחומש הקשה דהא כשפטר בקרא ההורגו דאין לו דמים, הכונה דפטור ממיתת ב"ד וא"כ ע"כ היו עדים, וכ' שם וז"ל וא"ת שלא בא הכתוב אלא להתיר לו דמו מידי שמים לומר שמותר להרגו, זה אינו אמת אלא הכתוב הראשון פוטרו בכל ענין מידי שמים ומב"ד בהתראה, והשני מחייבו בדין שניהם, לכן פירש דברי התרגום דקאי על יצא ממחתרת, דאף שראו עדיין ומעידים בב"ד שבא במחתרת דמים לו ואסור להרגו.

ונראה דמה דפשיטא להרמב"ן דא"א לפרש דקרא איירי כשאין עדים ובא לפטור מדיני שמים, הוא משום דמפרש אין לו דמים ודמים לו לא על דמי הבא במחתרת אלא על דמי ההורגו משום דרש"י פירש כן בהתרגום דמים לו חייב עליו אם הרגו, אבל הרמב"ם אינו מפרש כפירש"י בדברי התרגום דלא כתב חייב עליו אם הרגו, אלא אינו נהרג, ומוכח דהוא על הבא וממילא לא קשה על הרמב"ם קושיית הרמב"ן.

אכן ר' ישמעאל במכילתא ע"כ חולק על התרגום דהא אמר שם ומה להלן היו לו מושיעין הימנו והרגתו חייבת, אף כאן היו לו מושיעין הימנו והרגו חייב, וא"כ יקשה קושיית הרמב"ן דכיון דחייב ע"כ ביש עדים, וא"כ אפי' בלא מושיעים נמי, ואפשר דזהו שכתב הראב"ד ולא ידעתי מהו, היינו דא"א לפרש בדברי התרגום כפי' הרמב"ם ורש"י משום קושיית הרמב"ן, וביותר דבמכילתא מפורש להדיא דאם יש לו מושיעים חייב וע"כ ביש עדים, והרמב"ם הביא דברי המכילתא ודברי התרגום, ולכן סובר הראב"ד דיש

לפרש התרגום כפי' הרמב"ן.

ובדעת הרמב"ם י"ל דסובר דפי' הרמב"ן דקאי על יצא ממחתרת הוא דוחק דהא קרא בעודו במחתרת קאי, כדכתיב אם במחתרת ימצא וע"ז אמר קרא אם זרחה השמש עליו, ולכן אפי' אם ר' ישמעאל חולק על התרגום סובר כהתרגום, וסובר דפי' זה אינו סותר הדרש דאם ברור לך הדבר כשמש, ולא דמי לפירוש של ביום משום דאם יש עדים הוא ברור כשמש שאינו הורגו והרמב"ם לא כתב כלשון המכילתא דאם יש לו מושיעין והרגו חייב משום דלא משכחת לה דע"כ אין עדים אלא דהבא עליו אינו נהרג.

אלא דקשה דהא רב הונא בירושלמי נמי ע"כ לא סבר כהתרגום דהא אמר נטל את הכיס וכו' אין ההורגו נהרג, וא"כ ע"כ ביש עדים וכיון דביש עדים בכל אופן יש לו דמים למה אין ההורגו נהרג, וכיון דרב הונא סבר כר' ישמעאל ודלא כהתרגום הו"ל להרמב"ם לפסוק כר"ה דהא אמורא ודאי יכול להכריע בין התנאים, והנה לטעם המ"מ דהיכא דיש עדים ודאי לא יגנוב א"כ לא קשה כלל מרב הונא דהא רב הונא מיירי שנטל את הכיס והפך פניו לצאת, וא"כ שפיר משכחת שכבר ראה הגנב את העדים ומ"מ נטל את הכיס והא קמן דאינו ירא מהעדים, וכן אפשר ליישב הא דר' ישמעאל בכה"ג, אבל לטעם רש"י דכיון דיש עדים ודאי אינו בא על עסקי נפשות שפיר מוכח מרב הונא דלא כהתרגום.

אכן לפי"מ שכתב הרמב"ן מקודם וז"ל, ואולי יתכוין הרב לומר שאם מצאוהו עדים קודם שבא בעה"ב והכירוהו והגנב ידע בהם אינו בא על עסקי נפשות עכשיו, שכבר ראה שהכירוהו העדים ואם יהרוג יבואו עדים לב"ד ויהרגוהו, וזה טעם אם זרחה השמש עליו כי בלילה שלא הכירוהו העדים יהרגהו לבעה"ב ויברח עכ"ל, לפי"ז יהיה מיושב דלא קשה לא מר' ישמעאל ולא מרב הונא כיון דדוקא בהכירוהו העדים יש לו דמים, ומה שנטה הרמב"ן מתי' זה וכתב דכונת התרגום על יצא מן המחתרת נראה משום שהתרגום סתם ולא חילק בין הכירוהו ללא הכירוהו, וכן הרמב"ם הא סתם ג"כ וכתב בסתמא, אבל נראה דיש לומר דעדים נקראים דוקא אותם שיכולים להיות עדים, אבל באופן שיכול הגנב להרוג ולברוח ואין מכירים אותו שיוכלו להעיד עליו, [וע"כ הוא באופן שלא יוכלו לתפשו דאל"כ הרי הוא בכלל הקיפוהו בני אדם והיינו אותם שיוכלו להושיע] וכיון שלא יוכלו להעיד לא מיקרי עדים כלל, ולכן זהו המחוור דיסבור הרמב"ם כתירוצו הראשון של הרמב"ן אף שסתם דבריו ולא פליגי ר' ישמעאל ור"ה על התרגום ושפיר פסק כהתרגום:

הלכה יג

כל גנב שיש לו דמים אם נפל עליו גל בשבת מפקחים עליו ואם שבר כלים בביאתו חייב בתשלומין, אבל מי שאין לו דמים ששבר כלים בביאתו פטור כמו שבארנו.

בסנהדרין דף ע"ב ע"ב איתא ת"ר דמים לו בין בחול בין בשבת, אין לו דמים בין בחול בין בשבת, בשלמא אין לו דמים בין בחול בין בשבת איצטריך סד"א מידי דהוי אהרוגי ב"ד דבשבת לא קטלינן קמ"ל דקטלינן אלא דמים לו בין בחול בין בשבת השתא בחול לא קטלינן ליה בשבת מיבעי אמר רב ששת לא נצרכא אלא לפקח עליו את הגל, ופירש"י אם כשהיה חותר נפל עליו הגל מפקחין עליו היכי דלא בא על עסקי נפשות, אבל אם בא על עסקי נפשות כיון דניתן להרגו בלא התראה גברא קטילא הוא משעת חתירה עכ"ל והדברים תמוהים דהא כשיצא ממחתרת אסור להרגו, כיון דכבר אינו רודף, וא"כ כשנפל עליו הגל ואינו רודף אמאי הוא גברא קטילא במאי שאני מיצא ממחתרת, וכבר עמדו ע"ז הגאונים בספר אור גדול ובס' אחיעזר ושניהם לדבר אחד נתכוונו דהרמב"ם אינו סובר כרש"י מדלא כתב גבי מי שאין לו דמים דאם נפל עליו הגל אין מפקחין, וכתב רק דאם שבר כלים פטור, וטעמא משום דמי שאין לו דמים משכחת לה דאם יפקחו בגל ויצילוהו אז שוב יהרוג את בעה"ב ואז בודאי אין להצילו, ואם הוא ודאי דאחר שיפקחו הגל לא יוכל להרוג כגון שהוא שבור ורצוץ אז בודאי מפקחין, ובמה דאשמעינן גבי יש לו דמים דמפקחין כתב באור גדול דהוא דלא נימא ביש לו דמים הוי מיעוט דהוא רודף, ולכן אף דאסור להרגו מ"מ אין מחללין, ולי נראה יותר לבאר זה עפ"מ שהקשה הרמ"ה ז"ל ביד רמה דאמאי מפקחין אפי' ביש לו דמים, דמ"ש מרועי בהמה דקה דלא מעלין ולא מורידין ותי' דזהו דוקא בהוחזקו אבל זה לא הוחזק אלא באקראי וא"כ יש לומר דזה גופא אשמעינן קרא דלא רק דאסור להרגו, אלא דחייב להצילו אפי' בשבת דלא נימא דהוי כרועי בהמה דקה.

אכן בדעת רש"י נשאר בס' אחיעזר בצ"ע ובאור גדול כתב לתרץ דברי רש"י במה שהניח ליסוד דאם זה שאין לו דמים הפילו עליו הגל כדי להרגו בזה דאז אם הוא חי בתוך הגל והוא שבור באופן שכבר לא יוכל להרוג דמ"מ אין מפקחין עליו הגל בשבת כיון דע"י מעשיו התיר עצמו למיתה והביא עליו הסכנה דפשע בעצמו, ומש"ה אף בנפל עליו הגל בעצמו כשהיה במחתרת אין מחללין עליו כיון דמקודם היינו מפילים עליו הגל הוי גברא קטילא ואין מחללין עליו את השבת, ולפי דבריו יוצא לנו חידוש דמאבד עצמו לדעת אין מחללין עליו את השבת כיון דפשע בעצמו, ואף די"ל דדוקא הכא כיון דע"י פשיעתו נתחייב להרוג אותו והוי גברא קטילא, אבל המעיין בדבריו יראה דהעיקר נחת

לה בשביל דפשע, ודימה זה לגבי הא דאומרים לאדם חטא בשבת דף ד' בתוס' שם, אכן לבד דעיקר יסודו באם הפילו עליו כדי להרגו אינו מבורר אך גם אם יהיה כן אינו מוכרח דמשום זה אין מחללין בנפל עליו הגל כיון דעכשיו יש לו דין יצא ממחתרת, והפלת הגל לא היה כדי להרגו.

ונראה דרש"י לשיטתו דסובר דדין מחתרת הוא דוקא כשהוא ודאי רודף דאמרינן דשאר כל אדם הוי ודאי רודף וכמש"כ רש"י בפסחים בהא דדרשינן לאור יקום רוצח אי פשיטא לך מילתא דאנפשות קאתי, דהיינו בבן על האב והתוס' הקשו שם וכאן דלא בעינן ברור כנהורא דהוא רוצח, עכ"פ מוכח דדעת רש"י דמספק לא היה לו דין מחתרת, א"כ נוכל לומר דאם נפל עליו הגל הוי ספק אצלנו אם אחר שיצילו אותו אם יוכל להרוג ולא הוי ודאי רודף, וא"כ י"ל לדעת רש"י דבזה מהני גם ספק רודף כיון דכבר היה עליו דין רודף, נחשב לענין זה כגברא קטילא שכבר אין לו חזקת חיים שיהיה חובה להצילו כיון דאכתי הוי ספק שמא יהיה רודף, אבל אינש דעלמא שיהיה לנו ספק שמא הוא רודף, לא רק דאסור להרגו אלא דחייב גם להצילו דאין מחזיקין אותו בספק רודף.

והרמב"ם לשיטתו דסובר דגם מספק שיהרוג אין לו דמים וכמש"כ בהל' י"א דאף דמעיקר דינא אמר רבא חזקה וכו', מ"מ גם אם הוי ספק כמו ביום אין לו דמים, א"כ ליכא כלל חידושא בהא דאין לו דמים, דממ"נ אם ודאי שלא יוכל להרוג ודאי חייב להצילו אפי' בשבת, ואם ספק שמא יהיה רודף הרי הוא כבתחלה, דגם מתחלה מטעם ספק כבר אין לו דמים ולכן לא כתב הרמב"ם בהא דאין לו דמים דין דאין מפקחין וכנ"ל: