הלכה · משנה תורה · מפרשים · אור שמח · ספר נזיקין

אור שמח על משנה תורה, הלכות גניבה

רבי מאיר שמחה הכהן מדווינסק

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אור שמח על משנה תורה, הלכות גניבה

רבי מאיר שמחה הכהן מדווינסק

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/אור-שמח-על-משנה-תורה-הלכות-גניבה/
הקובץ נוצר ב־17 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 4
הלכה יא 4
הלכה יז 6
הלכה יח 9
פרק ב 10
הלכה א 10
הלכה יא 15
פרק ג 17
הלכה ב 17
הלכה ו 26
הלכה ח 27
הלכה יב 29
הלכה יד 29
הלכה יז 30
פרק ד 31
הלכה א 31
הלכה ב 32
הלכה ז 32
הלכה י 34
פרק ה 35
הלכה ג 35
פרק ו 36
הלכה ט 36
פרק ז 37
הלכה ב 37
הלכה ט 37
פרק ט 37
הלכה ג 37
הלכה ו 38
הלכה ח 38
הלכה יג 39

פרק א

הלכה יא

היתה הגניבה ביד הגנב כו' הוציא עליה הוצאה והשביחה כגון שפיטמה כו':

הנה רבינו חזר ופירש דבריו בהלכות גזילה, ועומק שיטתו הוא דלידה וגיזה לא הוי שינוי לא לענין גוף הפרה ולא להולד לדידן דקיי"ל דלא כר' מאיר, וזה שאמר ר' יהודה גזילה חוזרת בעיניה שהפרה עצמה הוי של בעלים, רק בשבח גזילה משום תקנת השבים אמרו דהוי של גזלן בין שלא ע"ג גזילה בין שע"ג גזילה, וזה דוקא אחר יאוש דאז שייך תקנת השבים כיון דהבעלים כבר נתייאש, א"כ ע"פ הרוב החזרה ליד הבעלים אינו משום כח ואומץ ידו של הבעלים, רק מפני שרוצה הוא להשיב, ואם נאמר דשבחא דידיה הוי אז ירצה להחזירה ואם לא לא ירצה להחזירה, ובקודם יאוש לא שייך תקנת השבים דהבעלים נוטל באומץ ידו או מפחד שמתפחד הגנב מחזיר [וכן פירש הראב"ד בהשגות] ולכן כייל התוספתא הך דפרה ונתעברה רחל ונטענה וגזזה עם עז וחלבה כו' דכמו דחלב לא הוי שינוי כן לידה וגיזה לא הוי שינוי ודוק:

אולם בפיטמו והשביחו בידים אף קודם יאוש שייך השבח לגזלן וטעמא דאיהו פוסק כסתם משנתנו וקיי"ל כר' חייא ב"א אר"י ד"ת גזילה הנשתנית חוזרת בעיניה כו' דשנוי דהדר לא קני, ומשנתנו משום תקנת השבים כו' פירושו דמפני תקנת השבים אמרו בגיזה ולידה דהוי ענין החוזר דכן דרך הפרה והשה לטעון ולהתעבר ולהוליד ולהגזז, ולכן אמרו דמשלם דמי פרה העומדת לילד, פירוש בהשבח, שלא כל הצמר והולד שייך להגזלן רק מה שהושבח על מה שהיתה עומדת לילד כו', אבל הפרה עצמה חוזרת בעיניה לבעלים ואימת דוקא לאחר יאוש, אבל גזל צמר ועשה בגדים, עצים ועשאן כלים בנסרים משופין, דהוי כהשביחו בידים וכפיטמו, זה אפילו קודם יאוש נוטל את השבח וג"כ מפני תקנת השבים דכיון דטרח להשביח כבר נשתקע ממנו שזה אינו שלו, ואם לא תתן לו השבח יעשה כל תחבולות רשע לבלי להשיבן לבעלים ולכן הוי של גזלן אף קודם יאוש, וא"כ מה שפסק רבינו בפרק ב' מהלכות גזילה הלכה י' שנוי החוזר לברייתו אינו שנוי כו' הגוזל עצים ודבקן במסמרים כו' אינו שנוי, פירוש לקנותה אבל מחזירה לבעלים ונותן לו הדמים מה שהושבח בעשייתו אותה תיבה, דהשביח בידים והוי כפטומה, דאף קודם יאוש הוי של גזלן, וכן בכולהו שמועות דאמר ר"פ דהדרן לברייתא, כן הדין דהשבח לגזלן, וכן הך דר"ש בן אלעזר דהשביחה נוטל שבחו פירוש אף קודם יאוש הואיל ופטמו קם השבח לגזלן ובכיחש הכחשה דהדרא חוזרת לבעלים, וא"כ הלכה כדפסק שמואל וכדפסק ר' יוחנן וכדאמר רב פפא בגזל עפרא ועבד לבינתא

וכיו"ב וכולהו סלקי אליבא דהלכתא, דקנין רק לענין שבחה קא אמרי, רק דנפ"מ בין הושבח מאליה להשביחו ע"י הוצאות בידים לענין קודם יאוש, וזה ברור בשיטת רבינו:

ושיטת הרמב"ן דכל מה דאמרינן דהוי שינוי הוא רק לענין הולד והגיזה גופיה, אבל הפרה אינו קונה דלגבה לא הוי שינוי במה שנתרוקנה [ובאמת הטעם נפלא]. והביא ראיה לזה מדברי תוספתא ערוכה בפ"ז, הגונב פרה מעוברת וטבח ומכר משלם תשלומי דו"ה כו' ילדה ואחר כך טבח את עוברה משלם תשלומי כפל ופטור מתשלומי ג', הגונב פרה מעוברת וילדה ואח"כ טבחה שמינה והכחישה משלם תשלומי כפל כשעת הגניבה ותשלומי ד' וה' כשעת הטביחה, ע"כ, הרי לפנינו דהעובר קנה בשנוי והפרה לא קנה בשנוי וכו'. והנה מה דמחלקת בין כפל לדו"ה לשמינה והכחישה עיין בש"מ לעיל שהביא זה וקלסא לגירסא זו. רק דא אמינא דמדנקט אח"כ תיכף הגונב טריפה כו' שוה"נ כו' דברי ר' מאיר משמע קצת דר"מ קאמר לרישא נמי ולא פליג עליה, ור"מ סבר דגם הולד לא קנה וכדנקט משלם אותה כו' ואת ולדותיה. אך מהא ל"ק, דלפי מה דמסיק דרק משום קנסא ושנוי סובר דקני אמת דקנסוהו לענין קרן אך לענין דו"ה לא קנסוהו, וזה נכון בסברא:

אולם לולא דמסתפינא מאביהן של ישראל הו"א דענין אחר יש בה. דהנה ד' וה' חיובו על בעל חי שור ושה בלבד וכפל חיובו על כל ענין המיטלטל ושוה כסף, וכל אימת דלא משלם כפל לא משלם דו"ה, דד' וה' הרכבה מחיוב הכופל עם חיוב הג', כן מי שגנב לא מרשות הבעלים כגון שגנב מבית הגנב, לא מיקרי גנב לענין כפל דבעי וגונב מבית האיש, ואחרי הקדמות אלו נלמוד חדשות, דאם הגניבה היתה באופן שכעת אין זה שור ושה חי אשר יתכן לחייבו בד' וה', א"כ חיוב הכפל מה שמשלם הוא על מה שגנב ממון, שאח"כ מה שהוא ברשותו אינו ראוי לחייב עליו כפל דהא אינו ברשות הבעלים וכמו גונב מבית הגנב, וא"כ חיוב הכפל אינו נכלל בכלל ד' וה' תחת השה, שהחיוב היה תחת עובר שמוטל בבטן אמו. ואיך יכלל זה הכפל בצירוף הדו"ה, וא"כ הוה כאילו אתה מחייבו על הטביחה בלא הגניבה [דהגניבה ענין אחר בלי מצטרף] הרי ד' וה' אמר רחמנא ולא תשלומי ג' וד'. שורש הדבר, כי זה רק חיוב שלשה על השור או שה ולא חמשה, דשנים שחייבתו היה על זמן שלא היה שור ושה כלל, רק אבר וחתיכת בשר בבטן אמו ואין השנים בצירוף השלשה להקראות חמשה תחת השור[1]:

[1] ודוגמא רחוקה לסברא זו תמצא בתוספתא מנחות פרק ו' בסוף דהתורה חייבה שלש שנים בערלה ובשנה הרביעית נטע רבעי להאכל בפדיון כדין מעשר שני, וכל זמן שאין לאילן דין ערלה אין לו דין רבעי כמפורש בירושלמי ריש ערלה, וכשנכנסו ישראל לארץ נתחייבו בערלה תיכף וכשכבשו וחלקו נתחייבו במעשרות ובנטע רבעי כדיני מעשר ואמר ר"א ב"ש דלא נתחייבו בנטע רבעי אחר י"ד שנה שכבשו וחלקו רק מנו ראשונה ושניה

הגהה

ודע דמה דנקט כחושה והשמינה משלם כפל כעין שגנב, וד' וה' כשעת טביחה, התם בהמה הואי קודם, רק לענין שעור התשלומין משלם כשעת הטביחה, ופוק חזי שכמה פוסקים סברי דמשלם כשעת העמדה בדין, אף שלאחר טביחה לא שייך שום חיוב, בכ"ז שמין כדהשתא [ועיין נתיבות בזה] לא כן בעובר שבעת חיוב הכפל אינו שור ושה כלל, ואף לגמרא דילן דלא מפלגא בין כפל לד' וה', הוא רק לענין שומא כשעת העמדה בדין, אבל חיוב הכפל בשעת הגניבה ושוב פטור אם טבח העובר, והבן כי התוספתא אינו ענין כלל להך דשינוי שפרשה הרמב"ן במלחמות ודוק. וביתר השיטות תוס' ורא"ש בארתי באורך נפלא בחידושי לגמרא ואכ"מ:

הלכה יז

הגונב מגנב אחר אע"פ שנתייאשו הבעלים אינו משלם תשלומי כפל כו' שהרי דין הבהמה [**הזאת**] **לחזור בעיניה לבעלים ולא קנאה הגנב ולבעלים אינו משלם כו' מפני שלא גנבה מרשותן**:

בסוגיא דדף ס"ח שקיל וטרי טובא, ורמי מינה על רב דסבר דיאוש לחודא קני ומשלם כפל לגנב, ולכאורה קשה טובא דילמא דמיירי כולה לפני יאוש ולא קשיא א"כ אמאי תני בגנב ומכר ובא אחר וגנבו דשני אמאי משלם תשלומי כפל שנוי רשות בלא יאוש מי איכא למ"ד לא קני, דנתבונן לר"ש דסבר גורם לממון כממון דמי וגונב קדשים שהוא חייב באחריותן חייב לר' שמעון, א"כ בגונב מן הגנב אמאי פטור, הא הוא גורם לממון דהא גורם שהגנב ישלם, דבשלמא בגונב מבית הנפקד כבר הקשה הראב"ד ז"ל בשמ"ק יעו"ש תירוצו כיון דאינו חייב באחריות כל הדברים רק בגניבה ואבידה לא באונסין, או דהעיקר כפי מה שהסברתי במקום אחר דמשום דיש כאן בעלים שהקרן שלו וברשותו הוא לכן משלם הכפל למי שהקרן שלו ולא למי שהוא גורם אותו להפסידו, ואימת אמר ר' שמעון בקדשים דלהקדש לאו בתשלומין הוי, לכן משלם לבעלים דלו גרם להפסידו בממון, וכן בגונב שור הנסקל מבית שומר דאצל הבעלים לאו ממון הוי ולגבי השומר הוי גורם לממון, לכן משלם לו תשלומין ד' וה', [וכיו"ב בתוספות יומא דף נ' ד"ה אחיו הכהנים כו' יעו"ש סברא כזו]. ונתבונן בגונב מן הגנב דלהבעלים אינו משלם משום

ושלישית בערלה ואח"כ נתחייבו בנטע רבעי, הרי אף ע"ג דדין ערלה נהג כיון דאז לא היה עדיין מיוחדת להם שינהגו בנטע רבעי ובמעשרות, אין על השנה הרביעית דין נטע רבעי שצריך שארבע שנים ינהגו להתחייב בנטע רבעי על הרביעית, כן הכא אע"ג דדין כפל יש לו על העובר כמו על כל ממון, כיון דהכפל הוי בגדר דלא היה שייך אז חיובא דשלש שמשלם על הטביחה, אינו מצטרף אל השלשה והוי כתשלומי ג' בלא כפל ופטור ודוק:

דלאו מבית האיש קרינא בהו, וא"כ לר' שמעון אמאי לא משלם בגונב מן הגנב הכפל לגנב, והא לא אשכחן לר' שמעון דפליג על הך דגונב מן הגנב. ויתכן דנחזי בגונב מן הגנב נהי דנתמעט מן תשלומי כפל, אבל קרן מיהא חייב לשלם כמו כל גנב, דהא גזל ולא נתייאשו הבעלים רצה מזה גובה רצה מזה גובה אם בא אחר ואכלו לכן התשלומין של קרן שייך להבעלים, ותו ליכא לחייבו שישלם תשלומי כפל להגנב, כיון דקרן משלם לבעלים, תו תשלום דכפל לחודיה לא חייבתו רחמנא, אבל גבי הקדש פרשתי לקמן פ"ב דכמה שיטות ראשונים ס"ל דאין גנב חייב מדין גנב דפטור גונב מן הקדש אף בתשלומי קרן אם נאנס וליתא בעינא וא"כ דאינו גנב לכן כל התשלומין לבעלים דלו הוי גורם לממון כיון דלהקדש פטור לגמרי ודוק:

אולם זה דחוק, חדא דכבר פרשתי שם שיטת רבינו, דשיטתו דגונב מן ההקדש חייב מתורת גנב אפילו ליתא בעיניה, וא"כ חזינא דאפילו במקום דמשלם קרן להקדש חייב בכפל לבעלים הואיל והוי דבר הגורם לממון, ועוד דהקצות והנתיבות בסימן ל"ד העלו דהגונב מן הגנב אינו חייב בהשבה היכי דליתא בעיניה, והא דגזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה, דוקא היכי דנהנה שנהנה מן ממון הבעלים, אבל אם נאבד פטור מתשלומין א"כ אין נפ"מ כלל בין הקדש לגנב ואף שבמק"א בארתי דהעיקר דלא כדבריהם מ"מ יש לדבריהם פנים בהלכה, ועוד קשה א"כ לאחר יאוש אם בא אחר ואכלו אף אם יאוש אינו קונה בכ"ז אין הבעלים מוציא מיד השני וכמוש"כ רבנן בתוס' ריש פ' הגוזל ומאכיל, ותו כיון דאינו מתחייב מתורת גנב לבעלים צריך לשלם להגנב משום דלגבי הגנב הוי דבר הגורם לממון אך רב סבר דבר הגורם לממון לאו כממון דמי, ולכן צריך לומר דלאחר יאוש מחויב לשלם כפל לגנב מטעם שקנאו ביאוש, ובפרק הגוזל ומאכיל קאמר אביי דרב לית ליה דרב חסדא, וסבר דגזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו דאינו גובה מן השני א"כ אינו מתחייב הגונב מן הגנב לשלם מדין גנב לבעלים, א"כ תו בגונב מן הגנב לפני יאוש יתחייב לשלם ג"כ כפל להגנב דלדידיה הוי דבר הגורם לממון, ובזה יש לומר דרב לטעמו אזיל דס"ל יאוש כדי קני, וא"כ קשה לדידיה מה דמקשה ר' יוחנן לר"ל דתנן גנב והקדיש ואח"כ טבח כו' ואינו משלם תשלומי ד' וה', ודוקא הקדיש הא לא הקדיש משלם ד' וה' אע"ג דמיירי לאחר יאוש דאי מיירי לפני יאוש א"כ מי מצי מקדיש אלמא דיאוש לא קני, וע"כ מתרץ כריש לקיש וכגון שהקדישוהו בעלים ביד גנב, ותו אתיא הך דר' שמעון דאמר קדשים שחייב באחריותן משלם ד' וה' כפשטיה על הך משנה דשל בעלים קא טבח, לכן א"ש, והך דאין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל אתיא דלא כר"ש, דלדידיה דבר הגורם לממון

כממון דמי וחייב לשלם לגנב כיון דאינו נחשב להבעלים גנב, דהדין עם הראשון היכי דליתא בעיניה והוי כמו בהקדש, אבל ר' יוחנן סבר דיאוש לא קני ולדידיה הך דתני הקדיש על הגנב קאי, וא"כ איך אמר ר"ש דבקדשים שחייב באחריותן משלם ד' וה', וע"כ דאמילתא אחריתא קאי וכמו דמוקי לקמן (דף ע"ו), וה"ק אין הגונב אחר הגנב כו' וכן גונב הקדש מב"ב פטור כו' ר"ש אומר קדשים שחייב באחריותן חייב, חזינא דבגונב מבית הגנב סבר ר"ש ג"כ דאינו משלם כפל לגנב, ולו יהא דמיירי קודם יאוש מ"מ הא אם נאמר דגזל ולא נתייאשו הבעלים אינו גובה רק מהראשון ולא מהשני אף שאכלו, א"כ דמי שפיר לגנב, ולמה שביק ר' שמעון דין גונב מן הגנב ונקיט דין קדשים שחייב באחריותן דלא נזכר במשנתנו, לכן אמר ר' יוחנן לקמן בהגוזל ומאכיל דהדין עם השני, וכיון דהוא גנב נגד הבעלים להתחייב בקרנא אף כי ליתא בעיניה, לכן אינו משלם כפל להגנב דלו לא הוי רק דבר הגורם לממון ואזלי רב ור' יוחנן לטעמייהו. אולם כ"ז דחוק:

והנראה ברור דתשלומי כפל לא שייך רק במקום שהוא צריך להיות ברשות שהוא שם, וכמו שהקשה הראב"ד בהמפקיד שיהא צריך הגנב לשלם להנפקד כפל, לא כן בגזלן או גנב שהחפץ שהוא ברשותו אינו צריך להיות שם, רק כל אדם מצווה להשיב החפץ לבעליו וליטול מן הגנב או הגזלן בעל כרחו, וכיון שכן ודאי לא קרינא מבית האיש, שאינו צריך להיות ברשותו רק מצוה על כל מי שיכול ליטלה מביתו ולהשיבו לבעליו שישיבנו וזה ברור:

אך צ"ע לפ"ז מאי מקשה לרב מן הברייתא לימא דאתיא כמ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי ואפ"ה ברישא לא צריך לשלם כפל בגונב מן הגנב כמו שבארתי, אבל בגנב ומכר ובא אחר וגנבו כו' השני משלם תשלומי כפל כיון דמשום תקנת השוק אינו חייב להחזיר עד שישלם לו מה שנתן לגנב, א"כ הוי דבר הגורם לממון וכממון דמי דכי איכא החפץ הלא יקח את הממון שלו מיד הבעלים ולהבעלים אינו משלם כפל דלאו מביתו קרינא בהו. ונראה דלרב קא מקשה, דאיהו אמר משמיה דר' חייא לקמן קט"ו אליבא דפירושא דרב פפא, דבהוכר הגנב לית ביה משום תקנת השוק וא"כ אין זה דבר הגורם לממון, וכאן בברייתא מיירי בהוכר הגנב דקתני הראשון משלם תשלומי ד' וה', וא"כ אמאי משלם השני כפל ללוקח מן גנב ראשון, וא"כ רב זביד מתרץ אליבא דר"פ, ודוק. ובאמת הא דאמר ולא תימא משום דבעינן יאוש ושינוי רשות, משום דסבר לקמן אליבא דרב דשינוי רשות ולבסוף יאוש קני וכאן אליבא דרב אזיל [וצע"ק דברי הרהמ"ג בפרק ה' הלכה ג']. אך דא צע"ק, דכאן סבר דיאוש לחודא קני, ולהלן אמר דסבר דשינוי רשות ולסוף יאוש קני, ולמה לן שינוי רשות כיון דביאוש לחודא קני, ואם נאמר דתמן משמיה דר' חייא

רבו, א"כ מאי מקשה מברייתא כיון דר"ח דרובא דברייתות כוותיה סובר דיאוש לחודה לא קני, ולחלק בין יאוש דגנב ליאוש דגזלן הא כתבו התוספות דאין סברא לחלק, וע"כ דסוגיין לא אזלא אליבא דרב זביד, וזה כמוש"כ דרב זביד מתרץ אליבא דרב פפא ודוק:

שוב התבוננתי, כי מה שעלה ברעיוני אם הגונב מבית הלוקח מיקרי דגנב דבר הגורם לממון, דבר זה צ"ע, דלא גרמו להפסידו דאף עפ"י שנגנב מבית הלוקח ולא מצי ליקח מעותיו מיד הבעלים, מ"מ מן הגנב הדר שקיל מעותיו שהרי מכר דבר שאינו שלו. אך לכאורה תליא במוכר דבר לחבירו ונמצא בו מום שאם כבר נתן המעות למוכר, הוי שומר שכר על החפץ כמו שפסק רבינו בהלכות מכירה פרק ט"ז הלכה ד', ועיין מחנ"א הלכות שומרין סי' י"ב שהביא חולקים בזה וצ"ע:

הלכה יח

גנב וטבח ובא גנב אחר וגנב, הגנב האחרון משלם תשלומי כפל לגנב הראשון שהרי קנה בשינוי מעשה וגנב הראשון משלם תשלומי ד' וה':

נסתפקתי בקנסא אי שייך דינא דר"נ, דאימת אמרו דינא דר"נ דוקא היכא דחיוב ממונא אית ליה גביה וממונא בעי למיתן לאשר אשם לו, אבל קנס דהוא יותר מכפי מה שהזיק מאן יימר דמשעבד ליה למלוה של האי גברא דבעי לשלומי ליה קנסא, ולאו בכל מילי אמרינן שעבודא דר"נ, דבשכירות פירשו בתוספות דלא קיי"ל כר"נ כיון דטרח בגופו, ובפרט לכמה רבנן מהאחרונים שכתבו דאם עמד בדין בב"ד אחד ובא והודה לפני ב"ד אחר, אותו ב"ד שהודה בפניהם אין מחייבין אותו, בזה יש להסתפק אם חייביה רחמנא בקנס לשלם לראובן הנושה בנושה בו קנס, ואם נאמר דלא שייך א"ש בדיוק לשון רבינו דלא אמרינן שהגנב השני משלם כפל לבעלים שהגנב הראשון צריך לשלם לו ד' וה'. אך רבינו לא נחית לזה, דגם לענין הקרן לא הזכיר, ובפרט לפי מש"כ בקצות סימן פ"ו דכתבה רחמנא ונתן לאשר אשם לו שאם כפר בתשומת יד בעי לשלם חומשא למי שהקרן שלו דממונא דיליה כפר יעו"ש, וגבי קנס לא שייך זה ואף אם עמד בדין מיפטר לר"ש אם כפר בו אח"ז ואינו מתחייב חומש, א"כ לא כתבה רחמנא גביה שעבודא דר"נ וצ"ע:

אולם למדתי זה מהא דתניא בפרק מרובה (דף עה) בסומכוס דאמרו משלמין תשלומי כפל והוא משלם תשלומי ג' כו' כגון דאתו סהדי וא"ל גנבת וא"ל גנבתי וטבחתי כו' מיהו לא בפניכם גנבתי אלא בפני פלוני ופלוני ואייתי סהדי ואזמינהו כו' ואתו פלוני ופלוני ואסהידו ביה דגנב וטבח כו' דהוי עדות שאי אתה יכול להזימה כו' לכן סבר דגנב משלם ג' והן משלמין כפל, ופירש"י וסבר עדות שאי אתה יכול להזימה הויא עדות ועדים

המוזמין משלמין תשלומי כפל לבעלים במקום גנב כו' אבל הכא כו' הלכך הך ראשונים שהוזמו משלמין בשבילו כפל כו', הרי דפירש רש"י דלכן תני הוא משלם תשלומי ג' כו' אע"ג דאיהו חייב לשלם כפל ג"כ לבעלים, מכל מקום כיון שהמוזמין צריכין לשלם לו משלמין הן לבעלים הראשונים משום שעבודא דר' נתן, אע"ג דכפל דבעי לשלם גנב הוי קנסא ונושה ראשון קנס קא תבע, ולרע"ק דקיי"ל כוותיה הא סבר דע"ז ג"כ קנסא הוי ואפ"ה אמרינן בהו שעבודא דר' נתן וזה ברור:

ובזה יש לומר מה דמסיק ואייתי סהדי ואזמינהו ואייתי בעה"ב כו' משום דאי אייתי בעה"ב סהדי קודם, הרי הגנב מחויב כפל מעיקרא ואח"ז נתחייבו המוזמין, א"כ בזה כתב האו"ז פרק שור שנגח הובא באורך במרדכי דאם לוה שמעון מראובן ואח"ז לוה לוי משמעון ליתא בזה שעבודא דר"נ, א"כ איך אמר סומכוס דהן משלמין כפל בשבילו לבעלים דהגנב חייב קודם, אולם זה שיטה דחויה, והעיקר דאשמעינן דאע"ג דהוזמו ואישתכח דמחייב בקרן רק משום הודאתו טרם שבאו הנך עדים בתראי דאייתי בעה"ב, מ"מ אינו חשוב חייב עצמו בקרן לאפטורי מכפל משום דאודי מחמת בעתותא דעדים וז"ב, והא דכתב באור זרוע, דאם ראובן היה חייב מנה לשמעון ובא לוי וגזל את ראובן מפקינן מיניה ויהבינן לשמעון, פירושו דאם הלוה ראובן ללוי הלא הוי כמכר מטלטלין שלו דלא מצי שמעון לגבות מהן, ומה דמשתעבדין נכסיה אינם משועבדים לשמעון דהוי דאיקני, אבל בגזל הרי הוה כאילו מונח מטלטלין אצל ראובן דמשועבדין לשמעון ולחנם נתקשה בזה בישׁ"ש, ומה דר"ש מסתפק במוסר הוא משום דסבר דינא דמוסר הוי קנסא דרבנן, ובקנס סבר דאף בקנס דרבנן לא מתחייב עפ"י הודאתו כמש"כ הישׁ"ש ועיין ש"ך שפ"ח בזה, לכן אין כאן שעבוד, ודלא כמו שהוכחתי דאף בקנס תורה דמפטר בהודאה ג"כ איכא שעבודא דר"נ, ודוק כי קצרתי:

פרק ב

הלכה א

וכן הגונב קדשים מבית בעליהן בין קדשי קדשים בין קדשים קלים כו' ה"ז פטור מן ה[כפל ומתשלומי ד' וה' שנא' וגונב מבית האיש כו':

הנה לעיל הלכות נזקי ממון פ"ח שלמים שהזיקו גובה מבשרן כו' וכן תודה שהזיקה כו' דפסק כהנך מימרות דאמוראי בתראי ר' אבא ורבא בפ"ק, דפירשו רבנן קדמאי דאזלא כמ"ד ממון בעלים הוי, וכן פסק בהלכות מעילה דהמוכר עולתו ושלמיו לא עשה ולא כלום וזה דלא כר"י דממון בעלים הוי כדאמרו פרק האשה בפסחים דף צ' יעו"ש, ועיין

משל"מ הלכות מעילה שם ובלחם משנה הלכות נזקי ממון. והנראה לדעתי דנתבונן דפליגי למ"ד מעשר ממון גבוה בירושלים ואינו יכול ליתנו במתנה ולא למוכרו כדאמר בהאיש מקדש (דף נד) ופסק כן רבינו פרק ג' מהלכות מע"ש הלכה י"ז, ולא לקדש בו האשה, ואפ"ה במצה ואתרוג דבעינן לכם וכיו"ב סבר כיון דיש לו היתר אכילה שפיר מיקרי לכם, וטעמא דאיהו בעלים והנאתה שלו, רק דין ממון אין לו, לכן בדבר שהוא מצי להיות רק הוא ענין תנאי שיהא שלו, ע"ז אמרינן כיון דהנאת אכילתה שלו מקרי לכם ועריסותיכם, כן דוגמתו סברת רבינו גבי קדשים קלים דאע"ג דלית ליה דין ממון ביה שאינו יכול למוכרו וליתנו במתנה ולקדש בו אשה, מ"מ בדבר דהא דבעינן שיהא שלו הוא רק ענין תנאי פרטי, מקרי בעלים לזה כיון דאכילתה שלו מצד שהוא בעלים ואין אחר רשאי לאוכלן, ולכן בתם שהזיק דצריך קרא למעט שור הפקר ופירש הגמרא דסד"א אם קדם אחר וזכה בו יגבה מניה כיון דאין שום שעבוד על נכסי הבעלים רק על התם לגבות מגופו בלבד, לכן צריך למעט נכסים המיוחדין יעו"ש, וא"כ כיון דשור איש הוא ענין תנאי פרטיי, לכן כיון דהנאת אכילתה הוא רק שלו ואין אחר רשאי לאכול בלתי ידיעתו ורשותו שפיר גובה מגוף השור ושפיר מקרי שור איש, ופוק חזי מש"כ רבנן בתוספות פרק הכונס דלסטים שהוציאו בהמה אחרי שהזיקה גובה הניזק מגוף הבהמה אף שהבעלים לא פשע ונעל כראוי וטעמא ע"כ משום דשור איש הוא מאמר תנאי לכן שור איש מקרי ושפיר גובה מגופו, כן הכא דינו לגבות מן גוף השור אע"ג דבעי שור איש כיון דהנאת אכילתה וצורכה הוא רק לו לא לתועליות זולתו מיקרי שור איש ודוק:

ודא ברור אם יגח שור מועד של בעל השלמים את בהמת אחד ויתחייב לשלם מן העליה כדין מועד שהזיק, ודאי לא ישתלמו מן שור השלמים אף לא מבשרו למ"ד דלאו ממון בעלים נינהו, דכיון דאינו רשאי למוכרו ואם מכר לא עשה כלום ואין לו דין ממון איך מצי גבי ממנו דממון גבוה הוי [ואפשר דממעשר שני ג"כ לא גבי] ואם נגח שור מועד של שלמים אפשר דמשתלם מן הבעלים ולא מן השור כיון דחיובא רמי אכתפא דגברא דמעליה משתלם ואף להחמיר אין לו דין תם לגבות מגופו, וכמו ביתמי דממטלטלין דילהו לא משתלם אם מועד הזיק אינו משתלם מן השור דהוי מטלטלי דיתמי כדפריש רבינו תם הך דפרה שהזיקה טלית (דף יד) יעו"ש, וכיון דחיובא אכתפא דגברי רמי תו אין משתלם מן השור שהוא שלמים וממון גבוה וכמו דאינו גובה חוב של הבעלים ממנו,

כיון דלית ביה דין ממון כלל[2] . ולפ"ז הוי בעי הגמרא לאוקמי משנה דנכסים שאין בהן מעילה היינו דהמזיק אם היה שלמים משתלם כמו אילו הזיק ממונו וזה דהוא גובה מגוף השור, וז"א רק לריה"ג דממון בעלים הוי דלרבנן חלוק דינו טובא וכמו שבארנו בס"ד, וא"ש הא דאמר רבא בנכסים שאין בהן דין מעילה היינו גם מעשר שני אם הזיק חייב בתשלומין אף דממון גבוה ולכן לא אמר נכסים דהדיוט, ומש"ה אמר קשיא ולא דמיפרך לגמרי ודוק (נ"ב. ולפי זה א"ש מה שהשמיט רבינו הך דתניא בפרק יש נוחלין דלריה"ג נוטל בכור פי שנים בשלמים דבזה לאו ממונו כיון דאינו יכול ליתן במתנה לא הוי של אביו ודו"ק. ויעוי' מפרש בנזיר ל' ע"ב ד"ה אבל בהקדש לא יעוי"ש):

הגהה

וכיון שזכינו לזה א"ש מה שפטור גבי גניבה אם גנב קדשים קלים דגנב אינו מתחייב רק בקנין והיינו משיכה ובמקום שהמשיכה קונה, אף דרבנן בתוספות בכתובות רצו לחלק בין חיוב אונסין לקניה לענין משיכה ברה"ר, הדרו רבנן בפרק מרובה (דף עט) עיי"ש שהכריחו דלא מתחייב גנב אלא במקום שראוי לקנות וכן פסק רבינו לקמן סוף פרקין וריש פרק ג', וכיון דלית ליה דין ממון ולא מצי הבעלים להקנות השלמים מדעתו כש"כ שלא מדעתו לא אפשר לאשכוחי בהו קנין כלל ואין משיכתו קונה מאומה והגבהתו ומשיכתו בשלמים דשל גבוה ובי גזא דרחמנא איתא, הוי כמו שגנב ועדיין היא ברשות בעלים לכן לא מתחייב מתורת גנב לשלם כפל וזה ברור. וכן מצאנו לרבינו בפרק ג' מהלכות מע"ש, כבר בארנו שהמעשר ממון גבוה הוא לפיכך אנו אומרים שהגונב מעשר אינו משלם תשלומי כפל כו', וכוונתו, דהתוספתא דב"ק פ"ז דמחייבתו כפל אתיא כמ"ד ממון הדיוט, וטעמא כדפרישנא, דכאן לשלם כפל אינו מאמר תנאי רק בעצם צריך שיהא לו בעלים דיהיה לו דין ממון ואיכא בהו קנין וזכות, וכיון שבארנו טעמא משום דגנב צריך קנין ולית דין קנין בהקדש אף בק"ק לבעלים, א"כ הגונב הקדש אינו חייב כלל אף באונסין וכמו שהיא עדיין ברשות הבעלים, וזהו צ"ע דכפל דלרעהו כתיב ואין תשלומין להקדש, ולגבי הבעלים לית ביה דין ממון כלל ולא זכות מכר וליכא קנין לגנב, אבל אצל הקדש אפשר דמתחייב באונסין דלהקדש דין ממון קרינא ושפיר איכא קניה לענין אונסין, אבל דא נסתר דא"כ ישלם כפל לבעלים כיון דבעלים מיקרי, רק החסרון דלית ליה דין ממון וזה יהיה מאמר תנאי, אם לא דאין דין קניה אצל הקדש וכמו שבארתי:

[2] ולפ"ז צריך ביאור דברי רבינו בהלכות נזקי ממון פרק י"א ה' ח' מהיכן משתלם מן השבח שהשביח ברדית כו' שכיון שנגמר דינו לסקילה אין לו בעלים שיתחייב בנזקין, ולפ"ז גם דמי רדיא שלו להבעלים וכמוש"כ ויש להאריך ולומר דהוי כרשות משנה והוי תם לגמרי וזה צ"ב רב ואכ"מ:

ובזה א"ש מה דפסק רבינו גנב את העו"ג או הקדש אינו נמכר על הקרן כו', משום דקנין להתחייב מתורת גנב ליכא וכי אכלו או איבדו אח"כ בידים הוי חיוב שלו מתורת מזיק או מדין נהנה וזה הוי חוב לא גנבה ונמכר בגנבתו ולא בחובו ונכון:

אך דא צע"ק, הא דעיסת מעשר שני חייבת בחלה בירושלים, הא שם אף אם תאמר דעריסותיכם הוא מאמר תנאי לחיוב חלה וחוק דתי דגלגול הפקר אינו מחייב בחלה וכן הקדש ובעי בעלים, וכיון דהיתר אכילתה שלו לא של זולתו הוי עריסותיכם, אבל להפריש אחר כך איך מצי, ולהקדיש הנפרש בקדושה של תרומה כיון דלאו בעלים הוי וכמו דאינו יכול ליתן במתנה אף דחבירו יאכלנה בקדושת מעשר וזה לאו מאמר תנאי רק עצם זכותי וממון בעלים, וצ"ל כיון דחל החיוב תו לא מוזר לאמר דאיהו כבעלים להקדיש דבר העומד לכך והיינו שעומד להיות מורם, וכמו דאשכחן בירושלמי דתרומות דבעי דבהפקר שנתחייב בתו"מ קודם מירוח כשהיה של בעלים, מי מצי אחר להפריש בעודנה הפקר, ורק על תורם של חבירו קפיד רחמנא, אע"ג דלמכור ולהקנות של הפקר ודאי לא מצי אינש, וצ"ל דהרמה שאני כיון שעומדת לכך, וכן אמר שם דגזבר כבעלים להפריש של הקדש שנתחייב כבר בתו"מ, ולא גרע בעלים אצל מעשר שני אע"ג דממון גבוה הוי מגזבר אצל הקדש, ויש להאריך עוד, ודוק כי הוא ענין חדש בס"ד:

ובהשגות כתב על מש"כ רבינו, או שגנב נכסי הקדש אינו משלם אלא הקרן בלבד, א"א גנב נכסי הקדש משלם קרן וחומש כו' להקדש שהרי מעל. ואיני מבין מי גילה לו דרבינו מיירי בשוגג ולא ידע שהן של הקדש דילמא במזיד ואינו מתחלל ואינו מתחייב קרבן וחומש, ואטו רבינו דינא דמעילה קאתי להשמיענו, והשגה זו פלא, והרב המגיד הוסיף פלא במה שציין לפרק ו' מהלכות מעילה האריך הר"א וכוון למש"כ בנטל אבן או קורה של הקדש דאם לאו גזבר שפיר מעל להראב"ד יעו"ש, ושיטת רבינו שם עמוק מבואר שם אבל מאי שייך כאן דזה הכל בשוגג וצ"ע:

נסתפקתי גנב מי מתחייב בהקדש לשלם קרנא היכי דליתא בעיניה אף דנתמעט מוגונב מבית האיש לא מבית הקדש זה דוקא לענין כפל דלא משלם, אבל בהשבה מחייב, ואם נגנב או נאבד בעי לשלם קרנא, ולמ"ד דמזיק הקדש פטור נראה דכ"ש הוא דמיפטר בגנבה מהשבה, אבל לפסק רבינו דמזיק הקדש חייב צ"ע, ונראה דתליא אם חיובא דגנב משום שומר וכמו שפירש רש"י בסנהדרין ע"ב דגזלן חייב משום שואל שכל הנאה שלו, וכיו"ב כתבו רמב"ן ורשב"א הובא דבריהם בשיטה ב"מ (דף מ"ג) ד"ה איתבר ממילא משלם כדמעיקרא, שחקרו אמאי לא משלם כדמעכשיו כדין שואל יעו"ש, שאם נאמר שאינו נחשב כשומר אין זה קושיא, א"כ בהקדש אין דין שמירה ושאלה ולכן פטור

מלשלם גם קרנא, אבל אם נאמר דחיוביה לאו מחמת שמירה וכמוש"כ תוספות פרק הכונס (דף נו) [וקצת משמעות לזה מדברי רא"ש במרובה סימן ב', ז"ל, דגזלן לא מקבל עליו שמירתה] אפשר דחייב דמאחריותה לא נתמעט בהקדש, ולכאורה מפורש הוא במשנה בפרק הגוזל דתנן גזל בהמה ונעבד בה עבירה או שנפסלה מע"ג המזבח אומר לו הרי שלך לפניך ופירשו בתוספות (דף צח) דבבהמת מוקדשין מיירי ומוכח משום דלאו שינוי הוא, הא אם נשתנו חייב לשלם כשעת הגזלה ומפורש דחייב לשלם, אמנם תמן נראה דכר' שמעון אתיא ובקדשים שחייב באחריותן דלבעלים ממון בעי לשלם בגוזל הקדש, וקמ"ל דבזה לא הוי שינוי ואומר לו הרי שלך לפניך כיון דלא מינכר השינוי, אבל גונב בהקדש אימא דלהקדש פטור מלשלם גם אם ליתא בעיניה:

והנה בסוגיין (דף עח) בעי רבא בגנב שור הקדש מי פטר גנב נפשיה בכבש או דילמא מצי אמר בעה"ב אנא מצוה מן המובחר בעינן למעבד כו'. וראיתי שהראב"ד (הובא בשיטה) הקשה בשמועה זו, דנהי דמשום אחריותן דבעלים מיפטר בכבש, מ"מ הא צריך לשלם להקדש פסידא דילהו וע"כ דבנאבד מיירי, חזינא דסובר רבינו דגנב פטור לשלם להקדש אם נאבדה וגם מאחריות דקרן פטרה תורה היכי דליתא בעיניה, אמנם יש לומר דדוקא בנאבדה דכל היכי דאיתא בי גזא דרחמנא איתא יעוין חולין (דף קלט) אף דהוא מחוסר הקרבה בכ"ז גנב פטור לשלם להקדש וכמו לר' יוחנן דלא מחלק בין הקדש בדק הבית לקדשי מזבח וסובר דבהרי זה, בקדשי בדה"ב כל היכי דאיתא בי גזא דרחמנא איתא, כן הכא בגנב מיפטר לשלם אם נאבד דכל היכי דאיתא בי גזא דרחמנא איתא, ולא שייך דישיב לרשות הקדש דכ"מ שהוא ברשות הקדש איתא ולפ"ז אפשר דאם מת או נשרף חייב הגנב לשלם להקדש, רק הכא בנאבד מיבעי ליה ופטור מלשלם להקדש דכל היכי דאיתא ברשות הקדש איתא ובי גזא דרחמנא ואע"ג דמחוסר הקרבה זהו דוקא לענין הבעלים שאמר הרי עלי ובעי להקריבו אבל לא לגבי גנב דמחייב רק על פסידא דהקדש והא איתא ברשות גבוה ובי גזא דילהו:

אולם רבינו לא הביא הבעיא הנ"ל רק בהלכות מעשה הקרבנות כתב דאם נאבדה פוטר הבעלים עצמו בכבש, וטעמו שסובר דהגנב חייב לשלם להקדש מה שהפסיד להקדש, רק לגבי כפל בעי אם משלם דמי שור, ולר"ש דמחייב תשלומי כפל לבעלים בקדשים שחייב באחריותן, וכן פרש"י והראב"ד בתירוץ הב', לכן לא הביאו להלכה דלא קיי"ל כר"ש דלגבי בעלים ליכא תשלומין ולהקדש בודאי חייב לשלם כל מה שהפסיד, ואם נאמר דפטור הגנב מלשלם להקדש אחריות קרנא דרחמנא מיעטתו מדין השבה לגמרי, א"ש מה דבשילהי חולין תנן לר"י דגנב וגזלן חייבין ארבעים, דסבר לאו הניתק לעשה

לוקה, דקשה דא"כ הא חייב בתשלומין ואינו לוקה ומשלם לר"י, ולפ"ז יתכן לאוקמי בגונב הקדש דמתשלומין מיעטתו תורה ועל לאו דלא תגנובו לוקה, וכבר תירצתי במק"א הך קושיא:

עלה בידינו, דהספק הזה הוא מחלוקת בין אבות העולם, לרבינו חייב, ולהראב"ד פטור. ומצאתי לשעה"מ הלכות חובל ומזיק פ"ז שכתב כן בשיטת רבינו, ועיין מש"כ בהשמטה אם גזלן כשומר יעו"ש, ולפ"ז אפשר דדוקא לענין כפל בעי לזה, משום דכפל אין חיובו על מה שהוא בשעת גניבה דמשלם כשעת העמדה בדין וא"כ הא עכשיו צריך לשלם רק כבש, אבל קרן כי משלם לבעלים דחיובו כעין שגנב משלם מה שגנב אף שהפסד לא גרם לו רק כבש, ולפ"ז אם נאמר מש"כ מור"מ מינץ ללמוד מכאן הך דאתרוג מהודר וכבר השיגו עליו המשל"מ והחכם צבי שטעה יעו"ש, אך מ"מ שפתי צדיק יפיקו רצון באתרוג של מע"ש דקיי"ל דיצא ודין ממון אין לו לר"מ דקיי"ל כוותיה, והזיק אחד האתרוג דיש ללמוד שאינו חייב לשלם רק דמי אתרוג כשר לא דמי אתרוג מהודר דבמכירה ליתא כדין מע"ש וחזי רק לצאת בו לבעלים מצוה מן המובחר, אבל לא ליקח דמים ממנו וכמו בהקדש, ולפ"ז גם ע"ז יש לפקפק, דבקרן מה שגנב על שעת הגניבה משלם, לא כן בכפל דחיובו על שעת העמדה בדין ואם הוזל אינו משלם רק כדהשתא, א"כ הוא הדין דאינו חייב רק על פסידא דהשתא. ולפי מש"כ לעיל דגנב בעי קנין וכן מפורש בירושלמי פרק ד' שומרין אף לענין גזלה אין חייבין אלא דרך קנין ר"ח אמר ר"ב אף בגניבה אינן חייבין אלא דרק קנין והארכתי בזה מבבלי וירושלמי בכ"מ, א"כ יש לסתור ולבנות הרבה לענין הקדש, וגם במה שהעירותי בדברי ההשגות ואכמ"ל:

הלכה יא

גנב ומכר והקנה למוכר לאחר שלשים יום:

בגמ' הגירסא פרט לשהקנה לשלשים יום, ופרש"י שלא הקנה רק לשלשים יום, ורבינו מפרש שהקנה לאחר שלשים יום ובתוך שלשים הוכר הגנב וחוזרת לבעלים טרם שחל המכירה אבל אחר השלשים חייב דו"ה דכבר חלה המכירה, ומש"כ בהלכה י"ב שמכרה חוץ מל' יום פירוש שמכר לו מעכשיו הגוף רק ששייר לו לעצמו בה לעשות מלאכה שלשים יום, נמצא דהמכירה חלה תיכף ויצא מרשותו לרשות לוקח, רק מה ששייר לו לעצמו מלאכת שלשים יום אם הוי שיורא. בזה בעי בגמרא דאפשר דחייב אף אם הוכר הגנב תוך שלשים דזה לא הוי שיורא ואפשר דפטור אף כשהוכר לאחר שלשים יום כיון דמעת דחלה המכירה שייר בה לעצמו איזה דבר, אבל בשמכר שיהא חל המכירה אחר שלשים יום, אז כי הוכר לאחר שלשים ודאי דחייב דמעת חלות המכירה לא שייר בה

מידי, ובלחם משנה אינו מדוקדק:

והנה לפירוש רש"י לכאורה קשה הא דשקיל וטרי על משנתנו דגנב והקדיש ואחר כך טבח דלתחייב אהקדש מה לי מכרו להדיוט מ"ל מכרו לשמים, הא יתכן דהקדיש לזמן שלשים יום וטבח בתוך שלשים דפטור מצד טביחה דכי קא טבח דהקדש קא טבח ומצד מכירה הרי חוזרת אחר שלשים יום, והגם דר' יוחנן מוקי למשנתנו בתמימין בפנים בכ"ז הרי איכא אמוראי דסברי פ"ג דנדרים (דף כט) דקדוה"ג פקע בכדי, וכן אמר בירושלמי קדושין פרק האומר בשם ר' יוחנן הר"ז עולה שלשים יום כל למ"ד יום ה"ז עולה לאחר שלשים יצאתה לחולין מאליה, ואין לומר דא"כ אכתי היא של בעלים ויתחייב דו"ה דשל בעלים טבח, דלמ"ד קנין פירות כקנין הגוף דמי והוא ר' יוחנן ודאי דאינו חייב דהשתא כי טבח דהקדש טבח, ואף למ"ד קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי ג"כ הכא קנוי גופא ופירות לזמן זה ועדיפא טפי, ועוד דאפשר דההקדש הוי שיור והוי כמו קטעה ומכרה או טבחה אם נאמר דחוץ מל' יום הוי שיורא, וקושיא זו הקשה לי רב אחד אך לא פירש כראוי, ונראה לי, דבגמרא מקשה דאיך חל ההקדש ותירץ ר' יוחנן דמיירי לאחר יאוש, ופירוש דחייל משום יאוש ושנוי השם וכמו דמפרש הברייתא, דהגנב והגזלן הקדשן הקדש וקנהו הקדש ביאוש ושינוי השם. וכיון שכן פטור על טביחה דחיילא הקדש וכי קא טבח דהקדש קא טבח ואם תוקים כשהקדישו לזמן הלא הוי תו שינוי השם החוזר ולא קנה, וכמו דאמר ר"ז בדף ס"ז שנוי החוזר לברייתו בשינוי השם לא הוי שינוי, וכיון דלא חלה הקדש א"כ כי קא טבח דהדיוט קא טבח ויתחייב על טביחה דעדיין הוי חולין ולא חייל הקדש, וזה תירוץ מספיק ופשוט. אולם לשיטת רבנן בתוספות סוכה (דף ל') ד"ה ולקנינהו בשה"ש דיאוש עם שינוי השם החוזר קונה ולכן קונה בעוצבא ביחדו אחר יאוש דמיקרי אברזין אף דחוזר לברייתו, ודלא כרש"י בפרק מרובה (דף סז) ד"ה ר' זירא אמר עיי"ש לא ניתן תירוץ זה להאמר והדק"ל:

לכן נראה, דהנה בחידושי הרשב"א לביצה ריש פרק ד' בהא דאמר תמן דבנוי סוכה מהני אם אמר איני בודל מהן כל בין השמשות ובעצי סוכה דע"כ מיבדל בדיל ותו כיון דלא מיבדלי ימים מלילות חלה עליהן קדושה, והקשה מ"מ איך אמר אביי כאן דלא מהני בה תנאה ומי עדיפא משור כל שלשים יום אמר עולה ולאחר ל' שלמים דפקע, ואמאי כי מתנה דליפקע קדושה מעצי סוכה לא מהני, וכתב מתוך הדחק יש לי לומר דהקישה הכתוב לחגיגה ממש מה חגיגה א"א לה לאחר שחלה עליה קדושה שתפקע קדושה אף עצי סוכה כן עכ"ל. וכוונתו דאימת חלה עליה קדושת חגיגה הוא דוקא כששחטה לחגיגה ואז אמרו דסכין מקדיש ליה לדם ואז לא פקע בכדי דלאחר שחיטה

לא פקעה, ודוקא מחיים דעדיין לא נגמר קדושת החגיגה ומצי להפקיע ע"י מום אז פקעה בכדי, ועצי סוכה הלא כבר נגמר קדושתן בבוא תחלת ימי סוכות ויושב בה ותו לא פקעה בכדי וז"ב, וכיון שלמדנו זה משיטת רשב"א תו א"ש קושית הגמרא דלתחייב על הקדש דהוי כמוכר לשמים ויתחייב משום מכר, ואם תאמר דאיירי שהקדיש לזמן אכתי כי טבח ולר' יוחנן דמוקי למשנתנו בתמימין ששחטן בפנים א"כ כי קא טבח בפנים תו חלה עליה קדוה"ג גמור דסכין מקדש ליה לדם, ואף אם תאמר דאין לשחיטה אלא לבסוף ותו בתחלת שחיטה מצי פריק ליה וכמו"ש בחולין (דף ל'). בכ"ז כי גמר שחיטתו ועדיין היא מפרכסת שהיא כחיה לכל דבריה אכתי יתחייב דבגמר שחיטה הרי מכר לה דחיילא הקדש גמור ע"י טביחתו בפנים דלא נפקע קדושה ויתחייב דו"ה על טביחה בפנים משום מכר דנעשה עכשיו ע"י טביחה בפנים מכר גמור לעולם שאינה חוזרת וכמו דפרישית. אך אז הא תו לא מצי להתחייב משום טביחה ורק לר' יוחנן דסבר דמכר טריפה לר"ש דשחיטה שאינה ראויה לא הוי שחיטה חייב, א"כ יתחייב משום מכר אף ע"ג דלא מצי להתחייב כשהיא שחוטה. אמנם אם אחר גמר שחיטה בעודה מפרכסת מכר יש לעיין דתניא אם מיקרי שה וכדשקיל וטרי בפרק הוציאו לו (דף מט) עיי"ש, וזה אינו נוגע לדברינו דמיירי בגמר שחיטה וכמוש"ב ודוק היטב:

פרק ג

הלכה ב

או שגנב כיס בשבת והיה מגררו עד שהוציאו מרשות בעלים שהיא רה"י לרה"ר ואבדו שם ה"ז פטור כו':

בזה נחלקו הרז"ה ורמב"ן בשאיבדו אח"כ או ששיבר חוץ למחתרתו מקום שיש לו דמים אם חייב לשלם, דדעת ר"ז הלוי דאף באיתנהו מן הדין הוי שלו רק חומרא בעלמא מדרבנן להחזיר לבעלים, לכן בליתנהו בעין אף ששיבר אחרי זה מיפטר וכן דעת רש"י ורבנן בתוס' סנהדרין שם, ורמב"ן סובר דחייב בתשלומין, ודעת רבינו כהרמב"ן דכתב ואבדו שם, הרי דוקא כי אבדו בעת שגמר ההוצאה מיפטר הא אם אבדו אח"ז חייב, וכן כתב לקמן פרק ט' אבל מי שאין לו דמים אם שבר כלים בביאתו פטור כמו שבארנו, דקדק דוקא בביאתו, וכן כתב להדיא בפירוש המשנה ואם שיבר אותה בצאתו כו' חייב בדמי החביות ולומר דרבינו סבור דאם גזל אז כשהוא במחתרת והגביה לגוזלה את החביות ונטלה אם שברה אח"ז פטור, היה לו לפרש, ומדלא משכח פטור רק בשיבר בביאתו מוכח דביציאתו אף אם נטלה בעודו במחתרת ושיברה אחרי זה חייב ודלא

כפירוש הרב המגיד, ונדחק הרמב"ן לטעמיה לפרש הך דשדינהו בנהרא דשדינהו אחר בנהרא דאונסין לא מחייב לשלם:

ולכאורה אינו מובן יפה, דהא פירש רבינו דהמה עדיין ברשות הבעלים קיימי וא"כ מכי יצא מן המחתרת משעה שהוסר מעליו רשות הבעלים להרוג אותו, א"כ אם עדיין הוא מחזיק בידו הוי כגונב מרשות הבעלים, הן דנאמר דזה דומה לגונב מרשות שואל או שומר חנם דחייב הגנב כפל, דז"א דאע"ג דאיהו לא נתחייב במחתרת כלל על אונסין, בכ"ז הא איהו לאפוקי מרשות בעלים מכוון ואינו בביתו של הבעלים רק הוי כגונב מביתו של גנב דאינו משלם כפל. אבל מכל מקום על הקרן יתחייב מתורת גנב. הן דלפי מה שפירשו האחרונים בקצות סימן ל"ד דהא דקיי"ל גנב ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו דרצה מזה גובה כו' זה דוקא מתורת מזיק, אבל מתורת גנב וגזלן אינו חייב אם נשבר באונס כיון שמרשות הגנב הוא נוטל אינו נקרא גנב להתחייב באונסין, א"ש שיטת רמב"ן, אבל כבר הוכחנו בכ"מ דלא כוותייהו דאפילו אם גנב מן הגנב ג"כ נקרא גנב לגבי הקרן וחייב באונסין, והבאתי שם הוכחות, וכעת בא לידי ספר קרית ספר להמבי"ט וראיתי שם בפרק ו' ונראה שדעתו כן, דרק לענין כפל אתמעט גונב מן הגנב הא קרן חייב לשלם ועובר בלא תגנוב מה"ת יעו"ש, א"כ צריך באור טובא אמאי לא יתחייב כאן גם על אונסין אם מחזיקו לעצמו גם בעת צאתו מן המחתרת בעת סר מעליו מר המות כמו הגונב מביתו של גנב:

אמנם לפי מה שפרשתי תמן טעמא דאמאי לא משלם אם בשעה דאיתבר ממילא הוה שויא ד' זוזי כמו דשויא השתא, ועל כרחין משום דכבר גנובה היא ומדוע גרע הגונב מן הגנב ופרשתי משום דשינוי קונה אף אם איננה בחצירו של גזלן מקום הראוי לקניה, רק כיון שהיא תחת ידו שנוי קונה לגזלן כדנפקא לן מקראי, א"כ במה נכנסת עכשיו טפי לרשותו יותר ממה שהיתה קודם, דאם הוי שינוי היתה קנויה לו בכל שויה ותו אף כי הגביה אותה או דהכניסה לחצירו אחרי דהוקרה ועמדה על ד' זוזי, במה הוסיף להכניסה ברשותו, אבל הגונב מן הגנב הרי אם תשתנית עכשיו תהיה שלו, א"כ תחת רשותו ושלטונו היא עומדת ושפיר חייב על האונסין, ותו כאן אף דאינו חייב באונסין משעת גנבה במחתרת הוא רק לחיובים דיליה להתחייב באחריותה פטור מדין אין אדם מת ומשלם, אבל לענין לקנותה בשינוי מעשה ודאי דדיליה הוי משעה שגנבה והגביה אותה, וא"כ במה הוסיף עכשיו במה שהיא תחת ידו להכניסה ברשותו לכן אינו חייב על האונסין כמו שאינו חייב באיתבר ממילא על מה דאייקור ודוק:

הן דלפ"ז צריך מובן מאי מותיב רב ביבי בר אביי מהך דתניא הגונב כיס כו' היה

מגרר ויוצא פטור שהרי איסור שבת ואיסור גנבה באין כאחד, ומאי קושיא דמיירי לענין חיוב כפל דאם הגביה הכיס הלא נתחייב כפל טרם שבא לידי חיוב מיתה, אבל היה מגרר ויוצא דחיוב כפל על הגנבה בא כשמוציא לרה"ר ואז נתחייב משום הוצאה לרה"ר ופטור מן תשלומי כפל, אבל לענין קרן לא מיירי, ומצינו לומר דהכי קא מקשה כיון דבעת חיוב מיתה לא נעשה גנב רק לאחר שהוציא ועוד הוא מחזיקה בידו א"כ להוי כגונב אז מבית בעלים כיון דאמרת דברשות בעלים קיימי מידי דהוי אשואל והוי כמו גונב מרשות השומר, אבל כיון שבארנו דאף לענין אונסין לא חשיב גנב כש"כ לענין כפל ומאי מקשה. והנה בפרק אלו נערות (דף לד) בשמועה דהיה גדי גנוב לו וטבחו בשבת, דאמר גנב וטבח בשבת פטור גנב וטבח במחתרת פטור, דיש לדקדק הא גנב בשבת וטבח בחול גנב במחתרת וטבח חוץ למחתרת דחייב, ובשיטה מקובצת נמצא דעות שונות לרבנן קדמאי יש מהם אומרים דלאו דוקא דהוה"ד גנב בשבת וטבח בחול ויש אומרים דעל קרן יתחייב כמו תברא או שתיה דמשלם כדהשתא, אבל כפל פטור דהוי גונב מן הגנב יעו"ש. ורבים מהקדמונים אומרים דהוי גנבה חדתא וחייב כפל ד' וה' עיי"ש. אולם לפי מה שפירש הנתיבות סימן ל"ד דהגונב מן הגנב לא עבר במידי ואינו חייב רק מטעם מזיק אך בשינה שכיון שעשה מעשה לקנותה עבר עכשיו בלא תגזול וכמו שפריך בתמורה על הגוזל עצים ועשאן כלים דרחמנא אמר לא תגזול [לפי פירושו דעל השינוי קאי] א"כ תמן דטבח ועשה שנוי לקנותה לכן עבר בלא תגנוב דעביד גניבה חדשה דמוציאה מרשות הבעלים יש רבנן קדמאי דמחייבי ע"ז תשלומי כפל ד' וה', אבל גם זה תימה, דא"כ גונב מבית הגנב וטבחו נאמר דהגניבה הוי הטביחה ויתחייב ד' וה' ומשנה ערוכה ולא הטובח כו' אחר הגנב משלמין כו', לכן ע"כ צריך לומר כיון דלא נתחייב בחיובי הגנב כלום וברשות מריה קאי ותו מיפטר מכל תורת גנב והוי כמו שהיא מונחת עדיין ברשות בעלים או דהוי כמו דלא נכנסה עדיין לרשות אחר דחייב אף בתשלומי כפל וכמו דטוען טענת גנב באבידה דחייב אע"פ שלא נטלה מרשות הבעלים, ובסתמא אף אם נטלה ע"מ לגוזלה ולא נתכוין להשיבה לבעלים דנימא דידו של המשיב אבידה כיד הבעלים דמי וברשותו מנחא, דמאן מודיע לן דכן הוי דילמא נטלה ע"מ לגוזלה ואי דמודה דנטל אותה ע"מ להשיבה לבעלים נמצא משלם תשלומי כפל לבעלים ע"י עצמו והוי מודה בקנס ומיפטר ואף דאיהו אמר להשיבה לבעלים נתכוין ורק נגנבה ממני והעדים מעידין שהיא תחת ידו א"כ לאו להודות לחיובא קא מודי, בכ"ז כיון דע"פ עדים לחודייהו לא מתחייב נקרא מודה בקנס ומרשיע ע"פ עצמו, וכאשר הוכיח בריטב"א פ"ד דשבועות גבי ידיעה בלא ראיה, דאם אומרים עדים דאנס אשה רק לא

ידעו מי היא ואיהו אומר לא אנסתי אשה מעולם דהוחזק כפרן בכ"ז מקרי מרשיע מפי עצמו, ועל כרחין דכל זמן שלא נכנסה לרשות אחרינא מתחייב כפל, וא"כ הכא דלא נתחייב בחיובים של גנב תו הוי כגונב אבידה וחייב כפל דו"ה, וא"ש שיטת הקדמונים, אבל לפי מה שהוכחתי דאף לענין אונסין סובר הרמב"ן דמיפטר וא"כ אינו גנב אחר זה וכש"כ לענין כפל ומאי מותיב רב ביבי בר אביי דילמא הך ברייתא לענין תשלומי כפל קאי:

והנראה לי ע"פ מה שנתבאר בדברינו, דכיון דלא קני רק לחייבו מטעם כדי רשעתו דשתי רשעיות לא עבדינן, אבל הזכותים שיש לגנב לענין לקנותה בשינוי וכיו"ב לא גרע כחו, ולכן הוי אח"ז כאיתבר ממילא דמיפטר על יוקר שהוקרה אח"כ דכבר נכנס לרשותו ואינו דומה לאבידה דטוען טענת גנב חייב כפל, דאם יקרה שינוי אכתי ברשותיה דבעלים קאי, וא"כ א"ש דרבינא מוקי לברייתא דהמגרר הכיס דאפקיה לרה"ר, ולענין קניה קני, וכבר פרשו רבנן בתוספות דבמקח וממכר ומתנה ודאי לא נפיק מרשותו דבעלים במשיכה ברה"ר, רק לענין שיהא קונה באונסין דזה הקנין אלים דבא בעל כרחו דגנב לזה מועיל המשיכה ברה"ר. והנה זה נראה ברור אם נשתנית הגניבה אז ברה"ר ודאי דקונה לגמרי, דכיון דכבר היא גנובה אצלו ואיהו מתחייב אם נאנסה תו גם לקנותה לגמרי על ידי שנוי דזה אינו רק בגזלן [וכמו דע"ז פריך הגמרא והרי לא תגזול דאמר רחמנא לא תעביד וכו' דקאי על הגזל כמו שבארו האחרונים דע"י גזלתו קונה בשינוי] אבל כאן דלהתחייב לא נתחייב מאומה בכל חיובי גנב דמה דהוי לחובתו בזה פטור מקרא דכדי רשעתו, רק לקנותה בשינוי מעשה אם יקרה אחר זה לזה מהני דזה הוי לזכותו, וא"כ ברה"ר דאף במוכר ונותן מדעת לא מהני במשיכה לרה"ר לאוקמי ברשותו של מושך לקנותה, כש"כ דאינו מועיל להגונב לקנותה רק בשינוי מעשה לאפוקי אותה מרשות בעלים לגמרי, וא"כ יתחייב תו אח"ז מתורת גנב לשלם תשלומי כפל כיון דלא נפיק עדיין מרשות בעלים כלל דגם לקנותה בשינוי לא מועיל המשיכה ברה"ר, ותו הוי כי מושכה אח"ז כגונב השתא של הבעלים מרה"ר דמיקרי וגונב מבית האיש כ"ז שלא נכנסה ברשות אחרינא, ורב ביבי בר אביי מקשה אם נוקמא לברייתא זו באפקיה לרה"ר דתו לא מצית לשנויי דפטור מכפל ונכון:

וע"ד החידוד יש לפרש רומיא דרב ביבי בר אביי, דליכא לפרש דלענין כפל מיירי ופטור מן כפל, דהנה בפרק המצניע מייתי מהך ברייתא דהמגרר ויוצא פטור, דאגד כלי לא שמיה אגד, דאם תאמר שמיה אגד קדם ליה איסור גניבה לאיסור שבת, הרי דמוקי להך ברייתא דלא שמיה אגד, וא"כ חייב מיתה תיכף מכי הוציא המעות וקנאן

להמעות טרם שהוציא הכיס ונתבונן דהא המוציא אוכלין בכלי פטור על הכלי דהכלי טפל לגבי האוכלין וא"כ על הכיס פטור מפני שהוא טפל למעות, וא"כ כי הוציא המעות הרי נתחייב טרם גמר להוציא כל הכיס, ותו כי גמר אח"ז להוציא הכיס מיפטר על הכיס ומתחייב על גניבת הכיס קרן וכפל דאימת קנה אותו כי הוציאו לגמרי מרשות הבעלים ואז על הכיס פטור שהוא טפל גבי מעות דאף מוציא אוכלין פחות מכשיעור מפטר גם על הכלי יעו"ש היטב. ואמאי אינו מתחייב על הכיס קרן וכפל, וצ"ל לפי זה דהלכה כרב דאפילו איתנהו בעינא ג"כ פטור מלהחזיר דבדמים קנינהו לגמרי והוי שלו, וכיון שהוציא המעות ונתחייב מיתה אעפ"י שלא גמר להוציא כל הכיס נעשו המעות שלו, ותו קנה להכיס תיכף אף טרם שהוציא את הכיס מרשות בעלים, משום דבשואל כתבו הפוסקים האחרונים דבנשתמש בה אף בלא משיכה והגבהה ג"כ מחויב באונסין, וכתבו עוד דאף שלא מדעת לא גרע בהא משואל מדעת וחייב לשלם תיכף מכי נשתמש בה ומתחייב באונסין, א"כ כיון שהוציא המעות לרה"ר וזכה בהמעות לגמרי כיון דבדמים קנינהו ותו הוי המעות שלו לרב, וכי מונחים בהכיס הוי כמונח מעות שלו בכיס של חבירו דחייב משום שואל שלא מדעת והוי גזלן וחייב באונסין, וא"כ תו כי גמר להוציא הכיס אינו חייב בתשלומי כפל על הכיס משום דכבר נתחייב בקרן מכי הוציא המעות ונשתמש בכיס שמונח מעותיו בכיס של חבירו, ותו קרן לא מתחייב בהוצאה מרשות של בעלים לגמרי את הכיס, גם כפל אין כאן, דכיון דעל הקרן הוי גזלן תיכף מכי הוציא המעות ומיפטר לשלם, כיון דבא בצירוף מיתה כאחד תו לא מתחייב אחרי זה שהוציא הכיס לגמרי [ואפשר דאחר זה הלא כבר זכה בהכיס שנעשה שלו כיון דע"י שימוש בה נעשה גזלן ותו הוי שלו דקם ליה בדרבה מיניה ודוק]:

ויהיה נאות מאוד לפ"ז, דרב ביבי בר אביי לטעמו בתלתא דוכתי דמותיב מהך ברייתא, דפריך בפרק המצניע דאם נאמר אגד כלי שמיה אגד מתחייב בנפשו לא הוי עד דמשיך כוליה, דהרי אכתי לא מחייב מיתה על גמר הוצאת הכיס בלא הוצאת הכיס מתחלה מרשות הבעלים, שאם הוציא אחד מקצתה ברשות זה ומקצתה ברה"ר ובא אחר והוציאה לגמרי מרשות הבעלים פטור ממיתה גבי שבת וכמוש"כ ההמ"ג ותוס' עירובין ל"ג בשם רשב"ם, א"כ צריך להחיוב גם תחילת הוצאת הכיס, וא"כ הוי עקירה צורך הנחה. אך הוא אזיל למאי דמותיב בפרק אלו נערות מהגביה דרישא דחייב ונימא הגבהה צורך הוצאה, וע"כ דבמעביר דאי בעי למיהדר מצי מהדר לא אמרינן עקירה צורך הנחה וא"כ קשה אי אגד כלי שמיה אגד קדים חיוב ממון לחיוב מיתה וע"כ דאגד כלי לא שמיה אגד, וא"כ שפיר מקשה כאן בסוגיא דבא במחתרת דלתחייב על הכיס

קרן וכפל דהא פטור ממיתה על הכיס מפני שהוא טפל לגבי מעות, וע"כ דכרב אתא דנעשה גזלן תיכף מכי הוציא המעות נעשה גזלן על הכיס מדין שואל שלא מדעת, ולכן כיון דכבר נפטר מקרן תו מיפטר מכפל כי הוציא מרשות הבעלים, והוא דרך חדוד אבל הפקפוקים רבים ואין להאריך. אך מה שכתבנו דמוקי ברה"ר. אין להקשות דאיך מוכיח דכרב אתא דאפילו נטל פטור, א"כ קני אותן לגמרי ואיך מועיל משיכה ברה"ר דאינו מועיל רק לענין אונסין, דז"א, דכיון דזה הקנין אתא בעל כרחו דבעלים הוי כמו דקני לשינוי אם גזולה היא תחת ידו, ורק אם אינו נעשה גזלן להתחייב וברשות בעלים קיימא ע"ז כתבתי דלענין זכותים דיליה לקנותה בשינוי לא מועיל ברה"ר ודוק. ואכמ"ל בקושיא זו כי מקום הברייתא בתוספתא ב"ק פרק ט' ושם אינו מדבר לענין כפל יעו"ש היטב, ועיין מש"כ בהלכות מכירה פ"ד בזה:

אמנם הך דשדינהו בנהרא דחוק טובא לפירוש רמב"ן כאשר תמה ע"ז רבינו יונה בחדושיו, ולכאורה יתכן כי מה דנקיט שדינהו בנהרא הוא מכוון נפלא, דאמר רבא בהגוזל (דף צח) הזורק מטבע של חבירו לים הגדול פטור מ"ט אמר הא מנח קמך והנ"מ בצלולין כו' והנ"מ דאדייה אדויי אבל שקלי בידיה מיגזל גזליה והשבה בעי למיעבד ופירש הרא"ש דהוי גרמא שגורם לו היזק דמצי למישקליה בר אמוראה בשכר, וכן פסק הרמ"א סימן שפ"ו דאף למה דקיי"ל דינא דגרמי זה לא הוי רק גרמא בניזקין, ודעת רבוותא בתוספות דבדאינו יכול בר אמוראה להצילן הוי כעכורין, וכבר הוכיחו האחרונים מדברי הרמב"ן דאף דאינו יכול בר אמוראה להצילן ג"כ לא הוי כעכורין ומצי אמר ליה הא מנחא קמך וא"כ אינו חייב על שעה שהזיקו רק משום שגזלו, ובשעת הגזלה לא נתחייב מאומה בהשבה דבדמים קנינהו למיפטר מהשבה, ולכן שפיר פטור דמסלקין עובדא קמא דגזלה לגמרי, והוי כאילו אחר שדינהו לנהרא ותו פטור, וגדולה מזו מצאנו לרבנן בתוספות גבי מנסך בפרק הניזקין דכיון דהו"מ למימר הרי שלך לפניך תו חשבינן כאילו עשה אחר הך עובדא דחייב מיתה ותו מצי לומר הרי יין דנתנסך לפניך, ואף דרב חולק תמן דוקא התם דבא החיוב קודם בשעת גניבה, אבל כאן הרי מעיקרא לא הותחל החיוב עליו, אולם לרבינו דסובר דלמאן דמחייב בדינא דגרמי גם הכא חייב דחוק לאוקמי כמ"ד דלא דנין דינא דגרמי:

ובהא דאמר רבא מסתברא מילתא דרב בששיבר, דמזה הוכיחו תוס' ורז"ה דאף בששיבר אח"כ כשיצא מן המחתרת פטור, דאל"כ מאי קמ"ל רב משנתנו היא ומאי אמר ונטל כלים ויצא. נראה לדעתי, דבאמת כוון רב אף אם שיבר אחר כך כשיצא ג"כ פטור, ואפ"ה להלכה לא קיי"ל כוותיה רק דאם שיבר אח"כ חייב דהוי מזיק ממון של בעלים,

ושמע נא דאביי מוקי פלוגתא דרב ור' יוחנן בפרק הגו"מ (דף קטו) דפליגי בדרב חסדא, דר"י אית ליה דרב חסדא ורב לית ליה דר"ח, ואם גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו אינו גובה מן השני דכבר איתחייב ליה קמא והשני אינו חייב כלום רק חייב לראשון מדר' נתן [דהוא בעל חובו של הראשון כמוש"כ התוס' פרק הגו"מ] א"כ אם נצרף שתי הקדמות שכתבנו, חדא, דבעודו במחתרת אף ע"ג דאינו חייב על האונסין ובהשבה מכל מקום איהו לאפוקי מרשות בעלים מכוון ובבית הגנב קרינא ביה והוי שני כגונב מן הגנב, והשנית, מה שהצענו דאין אנו מצרפין המעשה הראשונה שעליה נתחייב מיתה לתשלומי ממון ורק כאילו עשאו אחר חשבינן ליה וא"כ הוי כמו גנב ובא אחר ואכלו דפטור השני מלשלם כן הכא איהו פטור מלשלם, דהמעשה ראשונה שגנבה במחתרת הוי כאילו עביד אחרינא, ותו הוי כאילו בא אחר ואכלו דנפיק כבר מרשות בעלים והוי בבית הגנב, כן כי אכיל הוא דבטל הצירוף אל מעשה הגניבה אשר הוא גנב במחתרת דהא ע"ז נתחייב מיתה, א"כ בעית לסלק העובדא ראשונה ולחייבו רק על האי אכילה דהשתא הלא הוי כמו גונב מבית הגנב ואכלו דפטור מלשלם כן הכא פטור, ובמעשה זו בלבד ליכא לחייבו ממון, דגונב מן הגנב ואכלו לרב דפליג על רב חסדא פטור [לבד היכי דאיתא בעינא כמוש"כ תוספות (חולין קלד) ובשמועה דמקדש בפירות שביעית הארכתי בזה] אבל אנן דקיי"ל כרב חסדא א"כ כמו דאמרת דכל היכא דאיתא בעינא הוי של בעלים ומוציאין בדיינים כן הכא בשיבר אח"ז חייב לשלם כיון ששיבר כשיצא מן המחתרת ודוק כי הוא נכון:

ודא אין לומר דאף לרב יוסף דמוקי דרב סבר כרב חסדא דרצה מזה גובה רצה מזה גובה, מכל מקום הא בנתייאשו הבעלים אף בלא שינוי רשות כמו בעל כרחו וכיו"ב שבא אחר ואכלו אף לרב חסדא אין גובה מן השני כמו שפרשו תוס' ריש פרק הגוזל ומאכיל יעו"ש, וסתם גניבה הוי יאוש בעלים כרבנן [בב"ק דף סח וקיד] א"כ לכן לא משלם אם שיבר הכלים אף כשיצא מן המחתרת, דכמו דבא אחר ואכלו אחר שנתייאשו הבעלים בעודו ביד הראשון אף בגוונא דלא הוי שינוי רשות דמיפטר, כן הכא דתסלק מעשה ראשונה דנטלו במחתרת והוי כאילו עביד אחר ונוטל האי מגנב אחר יאוש ואכיל ליה או משבר ליה, דז"א דהא רב בעצמו סבר בפרק מרובה דיאוש לחודא קונה לגמרי וא"כ תו אף כי איתנהו בעינא צריך להיות שלו דגוף החפץ הא קני לגמרי, רק הדמים שנתחייב בעת היותו במחתרת ע"ז אמרינן בדמים קנינהו, וצריך לומר משום דמיירי כשהבעלים אינן יודעין שנגנב ממנו והוי כיאוש שלא מדעת ולא הוי יאוש ואף אם מוקמינן לה ברבא (כגירסת הגמרא) דסבר יאוש שלא מדעת הוי יאוש צ"ל דלא נתייאש בפירוש ודוק:

ולכאורה רציתי לומר דבר חדש, דאע"ג דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ואינו קונה לרב דסבר דיאוש לבד קונה, מכל מקום לגבי הא דרב חסדא דסבר דרצה גובה מהשני, בזה בנתייאשו אף יאוש שלא מדעת ואחר זה אכל השני פטור, דמשום דכבר כתבו הפוסקים דשנוי השם קני אף אם נתייאשו שלא מדעת דכיון דאין הבעלים מרדפין אחריהם תו מועיל שינוי השם לחודיה, דהבעלים מרדפין מה מועיל שינוי השם הלא אינו רק פטומי מילי דאטו אם הגזלן יקראנו כך יהיה כן כמוש"כ תוס' (דף סז) בתירוץ ועוד י"ל, אבל כי אין מרדפין יהיה אף מיאוש שלא מדעת כיון דאם ידעי לא ירדפו תו מועיל השנוי שם, וכיון שנקל אחר היאוש שלא מדעת לקנותו בשינוי השם תו כבר נפיק ליה מרשות מריה ופטור השני שגזל מהראשון ואכלו אחר דנפיק כל כך מרשות מריה דנקל לקנותו בשנוי השם כמוש"כ תוס' ריש הגוזל ומאכיל. וא"כ א"ש דמיירי דלא ידעו הבעלים מהגניבה והוי יאוש שלא מדעת ולא קני גם לרב בהך יאוש לחודיה ובכ"ז מפטר השני לכן פטור כאן אם שיבר אחר שיצא מן המחתרת דמסלקין מעשה הגניבה שגנב במחתרת והוי כמו גונב מן הגנב אחרי יאוש שלא מדעת ועל השבירה לחודיה פטור כמו שנתבאר, בכ"ז לא נהירא לי, ובפרט דכאן לרבא אזיל דסבר יאוש שלא מדעת הוי יאוש וקני לרב ביאוש גרידא וע"כ דידוע דלא נתייאש וצ"ל כדפרישית ודוק:

והנה רבנן בתוספות פרק הדר (דף סב) ד"ה בן נח כו' ומשמע ליה דאיירי בגוזל מישראל מדקתני ולא ניתן להשבון כו' ובגוזל מעו"ג היה חייב כו' ומשום קלבדר"מ לא שייך גבי עו"ג כו' ומשני כו'. ומפרש שאינו בתורת השבון כלומר אם אכלו שאינו בעין לא מחייב ליתן דמיו, פירוש משום דפחות מש"פ ישראל מחיל ליה, אבל גבי גוזל מעו"ג היה חייב בהשבון אף אם אכל דפחות מפרוטה גבי בן נח ממון הוא, אע"ג דקים ליה בדר"מ ועיין מהרש"א, משום דכיון דאיתא בעינא תו אף כי אכלה אח"ז חייב לשלם דשל חבריה אכיל, וזה דלא כר"ז הלוי ושיטתו כאן דאפילו אם שיבר אחרי זה פטור כיון דליתא בעינא. אולם יתכן דמשו"ה נקטו שאכלה ובכה"ג כו"ע מודו דחייב לשלם, דנהי דעל שבירה פטור מכל מקום במשתרשי ליה חייב לשלם דחכמים עשאוהו כממון שאין לו תובעים דהיכי דמשתרשי ליה חייב ומזיק פטור כן נראה לשיטת הרז"ה ודוק:

ודע דסברת רב צריך מובן דהא ביש לו דמים האם סבר רב דמצי הגזלן לסלקו בדמים, הלא הגזלה עצמה מחויב להחזיר, וכן סבר רב דבשויא זוזא והדר שויא ד' ותברה או שתיה משלם כדהשתא עיין ב"ק ס"ה, וא"כ איך מייתי מהך דיש לו דמים ונאנסו דחייב דברשותיה קיימי דהיכי דאין לו דמים דאפילו איתנהו בעינייהו המה שלו, ואין לומר דסברת רב דגזלן קני לגמרי וכמו דסבר רב דהכופר בפקדון ובאו עדים כיון שנשבע

שבועה קונה ומיפטר מלשלם, כן סבר בגזל דכי גזל נפיק מרשות בעלים לגמרי ורק חיוב ממונא אית ליה גביה דגזלן, והא דמחויב להשיב הגזלה הוא משום דכל זמן דלא מהדר הגזלה עצמה, כל דמים דמהדר מצי אמר לדידי שוה האי חפצא יותר ממה דיהבת לי, וכבר בארתי בהלכות שבועות שאם טוען לחבירו שור שלי בידך והלה משיב מכרת לי ולא יהיבנא לך דמים שקיל דמי ותיפטר חייב אם נשבע קרן וחומש, דזה הוי כפירת ממון מה שכופר גוף החפץ ובעי לסלק ליה בזוזי. והבאתי ראיות ע"ז מתוספתא וירושלמי, וכן העלה בקצות סימן ע"ג בתובע גוף החפץ ועד אחד מעיד כדבריו נשבע שבועת התורה יעו"ש, דזה לא מחוור דא"כ בהוכחשה הכחשה דהדרא איך אמר ליה הרי שלך לפניך יאמר הא שלך הוא ולא בעינא למשקל, ועל כרחין דברשות בעלים קאי כ"ז דאיתא בעינא, וצ"ל ביאור סברתו כך, דחזינא דביש לו דמים אם שוה מעיקרא ד' זוזי ולסוף חדא זוזי משלם כעין שגנב ד' זוזי אלמא דכבר הוא מחויב ועומד בדמי החפץ [דאילו הוי כשואל אמאי חייב כדמעיקרא דשואל אינו חייב רק כמו שויו בשעת אונסין]. א"כ באין לו דמים הוי כאילו במחתרת שלם עבור החפץ כשויא עכשיו וא"כ תו מבעי למיהוי שלו, ונחזי לפי סברא זו מי מצינן לומר דהיכי דקלבדר"מ אם תפיס לא מפקינן מיניה, דרק ב"ד אינן יכולין להוציא ולחייבו שתים, דא"כ איך תחשוב כאילו שלם להבעלים דתאמר אף כי איתנהו בעין פטור מלהחזירן לבעלים, וא"כ שפיר לא קיבל רבא הואיל ונפק מפומא דרב, דאף דאי תפס לא מפקינן מיניה בכ"ז לסברת רב ודאי אף אם תפיס מפקינן מיניה כיון דהוי כאילו נתן דמים להבעלים עבור החפץ ופשוט, וכמדומני שסברא זו כתוב בתומים, ועוד יש לנו דרך אחר בהך דרב ולפי שאינו נוגע להלכה לא הצגתיו:

ובמה שבארתי בשיטת רבינו בתחלת הלכה מבואר התוספתא ב"ק פרק י' הובא בירושלמי גנבים שנכנסו למחתרת כו' עשה אחד מהן תשובה אין חייב לשלם אלא חלקו בלבד, אע"ג דשנים שגנבו הוי כמו שנים שלוו דכל אחד חייב לשלם הכל, וטעמא דהחיוב שמשלם עבור חבירו הוי כמו חוב וכיון דבא במחתרת קלבדר"מ ופטור מלשלם רק על חלקו שנטל אף אם נאבד אחר זה צריך לשלם חלקו כמוש"ב לשיטת רבינו, דאף לצאת י"ש היה צריך לשלם על הכל וברור. ודוק בכל מה שהעליתי בהלכה זו:

וכן אם קצץ אילן (של) חבירו ביום טוב והתרו בו או שהדליק [את] הגדיש ביום הכפורים והתרו בו כו':

ההמ"ג כתב, פסק כר"י כו' ומתניתין דמרובה (דף ע') דמחייב אפילו במזידין הא אוקימנא לה בגמרא כר"מ דאית ליה אדם לוקה ומשלם כו' עכ"ל, ומאן פתר לן הא מילתא, מאין ידע דמשניות דמרובה מחייבי בהתרו בו למלקות. אדרבה לר' יוחנן א"ש

דמיירי בלא אתרו ביה ולכן בטבח בשבת פטור דחייבי מיתות שוגגין פטורים, וכן מוכרח לאוקמי אליבא דר"מ לרבה דבקנס מת ומשלם, וע"כ משנה דילן בלא אתרו ביה וסבר כר' יוחנן וכן פרשו בתוס' שם, ואטו דומיא דהא דתנא בפרק החובל, החובל בחבירו ביוהכ"פ משלם דמיירי אפילו התרו בו למלקות משום יוהכ"פ כמוש"פ רבינו פ"ד מהלכות חובל הלכה ט' נקטיה וצ"ע:

הלכה ו

עשה שליח לשחוט לו ושחט לו השליח בשבת הרי הגנב חייב בתשלומי דו"ה:

המשל"מ רמי מהלכות מעילה ויצא לחלק בחילוק חדש יעו"ש. ולדעתי נראה מובן אחר דהא דדייק רבינו לשחוט לו, היינו שישחוט לצרכו דאם לצורך השליח הרי היא מתנה וחייב משום מכירה, וכן פרש"י על נתן לאחר וטבח לא נתן במתנה אלא עשאו שליח לטבוח. וברור דהא דמחייב ע"י שליח הוא רק בטובח לצורך המשלח, ומפני זה כתב רבינו בהלכות מעילה שאין שליח לדבר עבירה בכל התורה כולה אלא במעילה בלבד, אע"ג דבטביחה ומכירה וכן בשליחות יד איכא שליחות לדבר עבירה, זה דוקא תמן שלצורך המשלח עבדו שליחותם, כן גבי שליחות יד אמר לעבדו או לשלוחו היינו שיטול שמן מהחבית עבורו וכמו אמר לעבדו שלצורך רבו עביד כל מה דעביד, אבל כי יטול אחר שמן מן החבית לצורך עצמו באמירת הנפקד לא מחייב הנפקד, לבד במעילה כי אמר לאחד טול חתיכה זו לאכול אותה חייב המשלח, ועוד כי בטביחה ובשליחות יד השליח לאו בר חיובא, דאטו מחויב השליח כי שחיט הלא תשלומי דו"ה אמר רחמנא ולא תשלומי גו"ד, כיון דלא גנב מרשות בעלים לאו בר שלומי כפל הוי וכן בשליחות יד כיון דאיהו לא הוי שומר לאו בר חיובא על שליחות יד הוי כמו"ש בשיטה מקובצת סוף המפקיד דהשולח יד בפקדון ע"מ לשלם לא מתחייב רק שומר דבעלים אפקיד ליה גביה, רק דהמשלח חייב בתשלומין ע"י מעשה שלוחו, אבל היכי דהשליח בר חיובא לעצמו רק כי איכא משלח רחמנא נטלה לחיובא דשליח ורמי על כתפיה דמשלח, לא מצאנו בכל התורה כולה ואבוהון דכולהו שחוטי חוץ דאינו חייב רק השליח כדכתיב הוא ולא שלוחו. ולפ"ז הא דאמר רבינו בהלכות מעילה דהיכי דאיכא איסור אחר ליתא לחייבו ע"י שלוחו. היינו כתמן שהשליח לצורך עצמו עשאה שהוא אכלה ובר חיובא הוא בכה"ג כיון דמחמת איסורא אחרינא רמי עליה להתבונן מה קא עביד והיינו משום איסור אכילת עולה לכן אף אם לא אמר לו לאכול בשר עולה כגון שהיו שאר חתיכות של הקדש עמהן תו לא פקע חיובא דמעילה ג"כ מעליו ולא רמי רחמנא על כתפיה דמשלח, אבל כאן דמשלח שלחו לשחוט לצורך עצמו והשליח אינו בר חיוב מתשלומי דו"ה

לא מיפטר המשלח במה ששלחו לשחוט בשבת, דאטו אם מצוהו לעשות עוד איסור אחר שהוסיף על חטאתו פשע, משום הכי יפטר מתשלומי דו"ה זה לאו סברא כלל, והוצרכתי לכתוב זאת להוציא מסברת המשל"מ ודברי הטור מזוקקים ודוק:

ובזה יוצדק לנו דברי חידושים המיוחסים להריטב"א ב"מ על משנה דהשוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה דישבע השוכר שמתה כדרכה שהקשה דאמאי פטור הא צריך לשבע שלא שלח בה יד השואל וכמו בפשע השני מתחייב השומר הראשון כן בשליחות יד, ותירץ דבפשיעה שע"י שפשע נאבדה הבהמה חייב הראשון שהרי קיבל עליו לשומרה יפה ומסרה למי שפשע בה, אבל בשליחות יד כיון שלא נאבדה ע"י שליחות יד זה רק שיתחייב על השליחות יד גופיה הא דמיא לאומר לשלוחו צא גזול שפטור דאין שליחות לד"ע כו', ותמהו האחרונים ובראשם הקצות דשליחות יד אתרבאי מעל כל דבר פשע דחייב ע"י שליח, ובמחכ"ת עד כאן לא איתרבאי רק ששלח יד השליח לצורך השומר הא שלח יד לצורך עצמו לא שמענו שיתחייב, וכאן כן השומר השני שלח יד לצורך עצמו פטור ובכה"ג אין שליח לדבר עבירה ופשוט מאוד:

הלכה ח

מי שהודה בקנס ואח"כ באו עדים כו' אבל אם הודה חוץ לב"ד כו' ואח"כ באו עדים ה"ז משלם קנס על פיהם:

אם הודה שלא בב"ד, או בזמן הזה דכ"מ שלא בב"ד הוי מי מתחייב לשלם בהודאתו כמו ע"פ עדים, כיון דאינו נפטר מטעם שהודה שלא בב"ד, ודא ברור כל זמן דלא תפיס מידי ודאי אינו חייב לשלם, דלא יהא עדיף מאם באו עדים כ"ז שלא הביאן בב"ד רק בחו"ל בעי דוקא שיתפיס ואז לא מפקינן מיניה, ורק אם תפס מסתפקא לן מי מתחייב עפ"י הודאתו, או דילמא כיון דאם יודה בב"ד יפטר לכן שלא בב"ד לא מצית לחייבו דממנ"פ או דמסלק הודאתו, או דתחשבנה להודאה גמורה, ומדברי רבינו אין ראיה, דדוקא אח"כ באו עדים הא בלא עדים לא מתחייב כפל רק אי תפס לא מפקינן מיניה, וזה שאמר רבינו בפרק א' מהלכות טוען ונטען הלכה ט"ז אתה ביישתני כו' אם היה במקום שגובין בו קנסות, דבמקום שאין גובין אפילו עפ"י עדים מאי שייך שבועה, ובקנס גמור אין שבועה לכו"ע כיון דאף אם יודה יפטר כ"ז דלא תפוס מידי, והספק הזה נחלקו בו רבוותא בתראי, עיין ש"כ סימן א' בחו"מ וסימן רס"ז ביו"ד. אולם הקשה מעבדא דר"ג דשם עיקר סוגיא דהודאה חוץ לב"ד הוי, ומוכח דשלא בב"ד לא הוי הודאה לחיוב כלל, דאי הוי הודאה שלא בב"ד כעדים חוץ לב"ד, הלא הוי מהני תפיסה ועבד תפוס בעצמו. וזה קושיא עצומה:

ובאמת צריך להתבונן אם הודה חוץ לב"ד ואח"כ יבוא לב"ד ויודה הלא יפטר תו אף אם יבואו אח"כ עדים, ויהיה צריך להחזיר מה שתפס, וע"כ דתפיסתו לא משוי ליה גובייגא לגמרי רק לשעה כ"ז שלא הודה בבית דין, ולפ"ז נראה, דזה לא שייך רק במידי דממונא דאם יפטר בשביל הודאתו אח"כ בב"ד יחזיר לו הממון, אבל בעבד דלא מצאנו עבד משתחרר וחוזר ומשתעבד כדברי ירושלמי הובא בתוספות פרק השולח גט (דף מא). א"כ איך תפיסתו בעצמו משוי ליה גובייגא לומר הלא הודית שלא בפני ב"ד והודאתך מועיל לחייבך, הלא מצי לבוא להודות לב"ד ולפטור, ותו איך מצי לתפוס בעצמו באופן דיהיה משוחרר ותו לא יחזור לרשות בעליו נגד מה שאמרה תורה דאם יודה אח"כ בב"ד יפטר, וע"ז לא נאמר דמצי עביד אינש דינא לנפשיה, דזה לאו דינא הוי ושחרור לזמן כל זמן שלא יודה ליכא, דאין שחרור רק כריתות גמור. ואימת אמרו הפוסקים דעבד תפוס בעצמו דוקא ביש עדים בזה"ז דהכה עינו ושינו, דאם נאמר דהוי תפוס בעצמו ויצא לחירות תו אף אם יהיו אח"כ סמוכים ויבא לפניהם ויודה בב"ד לא יפטר דכלום צריך הודאתו הלא אף אם יכפור לגמרי ג"כ הלא כבר יצא לחירות, ומאי איכפת לן תו בהודאתו או בכפירתו ולא קרינא ביה מרשיע את עצמו, אבל בהודה חוץ לב"ד ויבא אח"כ לב"ד ויודה ודאי דיפטר דאטו מי לא קרינא ביה מרשיע עצמו, וגדולה מזו ברור דלדידן דמודה בקנס ואח"כ באו עדים לא מיפטר רק דוקא כשהרשיע עצמו בקרן, פשוט, אם הודה חוץ לב"ד דחייב בתשלומי קרן ואח"כ הודה בב"ד אף ע"ג דהשתא אינו מתחייב בקרן, מ"מ קרינא ביה מרשיע עצמו לפטור, אף ע"ג דהודאתו שלא בב"ד אינה פוטרתו, ובב"ד לא נתחייב בקרן, מ"מ כיון דכולהו מחמת הודאתו מרשיע עצמו קרינא ביה, ואהני גווני אמר ריש ב"מ מה פיו שאין מחייבו קנס, דשלא בב"ד אף ע"ג דאינו פוטרו מ"מ אינו מחייבו דהוי כלא עמד בדין, ואם יתפוס ויודה אח"כ בב"ד יפטר, משא"כ בעדים דאף שלא בב"ד חייב לשלם אם תפס, ואם יודה אח"כ בב"ד לא יפטר, וכן אם יעידו עדים על הקרן חוץ לב"ד סמוכין ג"כ תו לא מהני הודאתו על הקנס בב"ד סמוכין, כיון דכבר נתחייב שלא ע"פ עצמו בקרן ופשוט מאוד:

ואם כה נאמר דהודאה חוץ לב"ד מהני לחייבו אם תפס בקנס, א"ש דברי הגמרא בשילהי פרק הגוזל, דדריש קראי דגזל הגר אשם זה קרן המושב זה חומש ובגזל הגר הכתוב מדבר או אינו אלא אשם זה קרן המושב זה כפל ובגניבת הגר הכתוב מדבר כו', ויפלא הלא אינו מתחייב כאן רק בהודאה וכפל פטור דהוי מודה בקנס. ולפ"ז א"ש, דהנה נתבונן דאם הודה בקנס למי שאינו בעל דבר לא הוי הודאה, וכמו שאמרו (דף קח:) תבעו שומר והודה, תבעו בעלים וכפר והביאו עדים כו' מוכח דאילו הודה לאחר

שאינו בעל דבר לא הוי הודאה כלל, ודוקא בשומר בעי יעו"ש בתוס', ולו יהא דכהנים מקבלי מתנה שוינהו רחמנא, מ"מ הנ"מ כי נתחייב לשלם מוכרח לשלם לכהנים, אבל למיפטר בהודאתו להם לא שייך דלאו בע"ד נינהו, ואם כי הודה לאחר מיתת הגר דבזה מיירי קרא דאילו הודה בחייו הלא זכה בגזלה לריה"ג ועיין שיטת רבינו בפרק ת' מהל' גזלה בזה יעו"ש, א"כ הוי הודאתו כמי דלא הודה בב"ד דבר חיובא הוי בתשלומי קנסא ורחמנא זכינהו לכהנים ודוק. אך קושיא זו ל"ק דמצי מיירי כגון טוען טוען טענת גנב ונשבע ובאו עדים והודה אח"כ דחייב בכפל, ואף דהשתא קיי"ל דפטור בכה"ג מאשם, דממון שאינו משתלם בראש אינו מוסיף חומש ואשם, משום דדרשינן והשיב את אשמו בראשו ממון המשתלם בראש וכדאמר (דף סה) שם, הא כ"ז דלא ידענא מהך דרשא ממון המשתלם בראש ודאי דבכה"ג מתחייב בכפל ואשם, דאף אם הודה אחר ביאת עדים חייב אשם בטוען טענת אבד וכמו שבארו בתוספות ק"ח ד"ה ובאו עדים אקמייתא ודוק. אולם קושיית תוספות הוא דמצד העדים הלא כבר נפטר שגר אין לו יורשין, רק מצד הודאה הלא מודה בקנס מיפטר ואין סברא לחייבו ע"ז רק בחומש דהודאה לא פטרה ביה, ולפ"ז מה שכתבנו סעד אם נאמר דהודאה שלא במקום הפוטרו מחייבתו א"ש. אך בכ"ז אינו מוכרח כמבואר למבין ודוק בכ"ז:

הלכה יב

אבל לא האשה ודבר זה מפי הקבלה:

טעם הדבר הוא מושכל, דקטן שגנב אם ליתא בעינא פטור מלשלם כשהגדיל ג"כ כמוש"כ לעיל פרק א' הלכה ח', והא דאמר במכילתא ותמכר על גניבתה והדין נותן כו' הבת שאביה רשאי למכרה אינו דין שתמכר על גניבתה, פירוש אם גנבה בגדלותה ולא אמר דיו דמיפרך קו"ח וכר"ט בפרק כיצד הרגל, וכיון שאינו מוכרת עצמה בגדלותה אין זכות למי שגנבה אצלו בה מה שאין לה זכות בעצמה למכור עצמה לכן אינה נמכרת על הגניבה, וברור דלא כמו שהובא במשל"מ ריש הלכות עבדים בשם הרמב"ן יעו"ש ומש"כ שם פרק ג' הלכה י"ג. וכן במכילתא בפסוק וכי יכה כו' יצא אמה העבריה שאע"פ שקטנה אמה אין גדולה אמה ודוק:

הלכה יד

היה קרן הגניבה שוה מאה כו' ושאר הקרן כו' עליו חוב עד שיצא בשביעית (**ויתעשר**) [**ויעשיר**] **וישלם**:

הנה שנה לנו רבינו כאן מכוון נפלא, דדעתו סוף פרק ג' מעבדים דתוטאי דאמר ענק ע"ע לעצמו הוא אף כשאתי ליד העבד מהאדון אין בע"ח גובה הימנו, ודלא כדמשמע מריש

הסוגיא שם דשקיל וטרי בדר"נ דקודם דאתי ליד העבד הוא, דתוטאי פסק למילתא אף באתי ליד העבד, ויעוין משל"מ ואחרונים מש"כ בזה. ולדעתי נראה ברור בסברתו טעם אחר, דכיון דמוכר את עצמו אין מעניקין לו ורק במכרוהו ב"ד, א"כ הוי להענקה דין דמי מכירה שנותן הרב כשקונה אותו מב"ד, וכשם שאין רשות לב"ד למוכרו בעד חוב רק בעד גניבה, כן אין בעל חוב גובה מהענקה שנותן לו הרב ביציאתו, דכל מה דהוי בשביל מכירת גופו לא משעבדא לבע"ח ולא יהיב ליה, ופלפול הגמרא קאי לפום הסברא דמוכר עצמו ג"כ מעניקין לו אז מסתברא דכי אתא לידיה בע"ח גובה הימנו רק מיעטו קרא דליתא בשעבודא דר"נ דאין הרב נותן לבעל חובו של העבד רק לעבד, ומיד העבד גבי בע"ח בדין סדור, אבל כיון דההלכה כמ"ד מוכר עצמו אין מעניקין לו תו הוי הך הענקה אף דאתא לידיה כדין דמים שנוטלים ב"ד בעד מכירתו דאין בע"ח גובה מזה ודוק. וכיון שכן הוי אמינא באופן שעדיין נשאר על העבד חוב מצד גניבתו גובה הנגנב יתר הדמים שגנב מדמי הענקתו, לזה למד לנו רבינו כאן כיון דאין לו זכות למוכרו עוד הפעם תו אין זה רק כחוב דעלמא ולכן אינו גובה מהענקה מותר הגניבה כמו הכפל ושניהן חוב עליו ולכשיתעשר ישלם אבל לא גבי מההענקה דאתי לידיה, ולכן כתב רבינו שיצא בשביעית, דאם יצא בגרעון כסף אין לו הענקה רק כשיצא בשש ולכשיתעשר ישלם לו מדמי הענקה, וזה עומק כוונתו של לשונו הזהב ודוק:

הלכה יז

שותפין שגנבו כו' נמכר בחלקו מן הקרן:

אע"ג דכל אחד מתחייב לשלם כל הקרן אם אין לשני נכסים ולשיטת כמה מרבוותא אף אם יש לפלוני נכסים צריך לשלם, דהוי כמו קבלן, בכ"ז לא מקריא גניבה רק חוב ונמכר בגנבתו לא בחובו, וזה פשוט:

וחתני נ"י העיר דלפי"ז צ"ע דברי הגמרא בפרק המצניע (דף צג) דאמר רבינא אף אנן נמי תנינא השותפין שגנבו וטבחו חייבין ואמאי ליבעי שיעור טביחה לזה ושיעור טביחה לזה, וצריך מובן דעד כאן לא בעי דנצרך שיעור לזה ושיעור לזה בשנים שעשו אלא דוקא לחייב לכל אחד חטאת בפני עצמו [יעוין תוספות בבא קמא (דף מ) ד"ה כופר אחד] דהמלאכה מתיחסת לכל אחד ואיך בשיעור אחד נחייב לכל אחד חטאת אבל כאן בשותפין שגנבו וטבחו הלא בין שניהם משלמין תשלומי דו"ה כדין אחד שגנב וטבח ולמה נצריך שיעור לכל חדא, ומוכרח לומר דאם אין לשני לשלם מחויב האחד בכל התשלומי דו"ה מתורת גנב לכן מייתי שפיר דבשיעורא חדא מיחשב כל אחד כמו גנב, ונכון דבר, ויש להאריך בזה ואכ"מ:

פרק ד

הלכה א

הטוען (טענת גנב) [שנגנב מביתו] וכו':

הנה בדינא דטענת גנב נתפרש בגמרא ריש מרובה, חד למעוטי קרקע כו' שלמה למעוטי דבר שאינו מסוים כו', ורבו בו הפרושים, יש שפרשו למעוטי חצי רמון וחצי אגוז דלא ויש שפירשו באופן אחר, ולכולהו קשיא השמטת רבינו, דרבינו סובר דלא בעי שתי כסף גבי שומרין כמוש"כ בהלכות טוען פרק ג'. והנה רש"י פירש למעוטי דבר שאינו מסויים דבר שאין בו סימן, וצ"ב מה לי יש בו סימן מ"ל אין בו סימן שמפני זה נטו רבנן בתוס' מפירושו. ונראה לנו עפ"י מה דשקיל וטרי סוגיא כולה על מלתא דרבה דאמר דבגזלן יאוש קני ומקשה ממשניות ובריייתות ומפרק, ואחר זה אמר רב על משנתנו דאין גונב אחר גנב משלם ת"כ, דלאחר יאוש קנאו גנב ראשון וגנב שני משלם כפל לשני ומקשה ממשניות ובריייתות ומפרק דמיירי בגנב, וכתבו רבנן בתוס' דאולי יש לחלק בין גנב לגזלן. והנראה דלפי מה דשקיל וטרי לקמן פרק הגו"מ בידוע אם קני דאימור לא מייאש, דיש לומר דגנב סתמא כי מייאש מן החפץ קא מייאש דעד שיחזור אחרי האנשים להוודע מי גנב סובר שיאכל החפץ, אבל מן הדמים לא מייאש דסבר אשכוחי אשכחינא ליה, אבל בגזלן כי מייאש ממנ"פ אם לאו אלמא הוי הא לא מייאש כלל, ואם אלמא הוא מיאש גם מן הדמים, ובנתייאש מן החפץ לא מן הדמים צריך ביאור אם הוי יאוש גמור וקונה את החפץ דשמענו גבי הפקר כי מייאש מפלגא דחפץ הוי יאוש לפלגא, וכמו שפרשו התוספות בכריתות בהא דשור הנסקל שהוזמו עדיו לשיטת ר"א דשור הנרבע מותר בהנאה דמפלגא מייאש כיון שנגמר דינו ויאסר באכילה, אבל יאוש מן החפץ ולא מן הדמים אם מועיל לקנות החפץ צ"ע. לכן יאוש דגנב שאני:

וכיון שכן נראה דמצינו לומר, דכאן בכופר בפקדון מן החפץ מייאש תיכף דאף למ"ד סתם גניבה לאו יאוש בעלים, אימת דוקא בגנב דאיהו ידע מאן עייל ונפיק בביתו ואזיל טרח ומייתי לה, אלא מפקיד מי ידע מאן עייל ונפיק בביתו דנפקד וכדאמר הגמרא בהמפקיד (דף לה). ואי משום דהנפקד אזיל ומייתי לה כיון דליכא חיוב תשלומין עליו וקא מטרח ליה לב"ד בשביל שבועה לחודא לא טרח ומייתי, ואי דאימר טוען שקר א"כ ודאי לא מצי מטרח עלה, ואולם מן דמים של החפץ לא מייאש, דסבור דלא משבע בשקרא דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא, ועוד דשבועה ליתא בחזרה לכן פריש ולא משתבע לשקרא. אולם זה רק מן הדמים, דיאמר אין נגנבה רק אנא לא בעינא לאשבועי אף בקושטא ומשלימנא, אבל מן החפץ מייאש, דכיון דאם ירצה לשלם דמיו תו ליכא

שבועה מה"ת, דאף דברירנא לעיל דכי כפר בחפצא ומודי בדמי ונשבע על שקר חייב קרבן שבועה דהוי כפירת ממון, ודלא כמוש"כ תוס' פרק הגוזל עצים (דף קז:) ד"ה כגון, בכ"ז פטור משבועת השומרים, דעיקרה על הספק שטוען בעל הבית בספק, ומשום להפיס דעתו של בעה"ב וכמו דאמר בפרק המפקיד (דף לה) בשמועא דשוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר יעו"ש, וכיון דיהיב ליה דמי החפץ הלא כבר מפוייס הוא ותו ליכא הוכחה שטוען שקר ולכן פטרתו תורה מלשבע וכמו ששנינו במכילתא שבועת ד' תהיה בין שניהם להוציא את הדיין שלא ישביענו בע"כ, פירוש אם אומר הריני משלם ואיני נשבע לא יוכל להשביעו על החפץ, וכיון דתיכף כי כפר מייאש מן החפץ שלו תו קנהו גנב זה הכופר בפקדון, ואימת דוקא בדבר שאין בו סימן, ואשתכח דבשעת שבועה שאז מתחייב בכפל שאז נעשה גנב לחייבו בכפל כבר קנה החפץ והוי שלו ואינו חייב רק דמים, נמצא דהך חפצא לא כפר ליה רק דמים כפר ליה ואינו חייב כפל רק קרבן שבועה ונכון. וכיון שכן זה דוקא לפי דין תורה, אבל לפי מה שתקנו חכמים שישבע שבועה שאינו ברשותו א"כ גם מחפצא לא מייאש דאימור שקר טוען וכי בעי לאשבועי בב"ד אימור לא ישבע וישלם, דמצאנו דאפילו על קושטא לא משתבעי אינשי, ומטעם זה אמרינן ריש פרק שבועת העדות דנחשב לגורם לממון דמאן יימר דמשתבעת יעו"ש, ולכן לא מייאש עד שעת שבועה דאז מתחייב בכפל, ולכן השתא בתר דתקון חכמים שבועה שאינה ברשותו ליכא למעט דבר שאינו מסויים מכפל וכמוש"ב, ולכך השמיטו רבינו. אולם אם כי הוא דרך מחודד, רחוק לייחסו לשיטת רבינו. לכן הפשוט נראה דמפרש כפירוש האב"ן מיגא"ש והמאירי בשיטה מקובצת יעו"ש היטב ותבין. ודוק היטב:

הלכה ב

ראה בהשגות.

ויעוין שו"ת רעק"א סימן צ"ו ולפי דבריו א"ש יעו"ש:

הלכה ז

מסר שורו לשנים וטענו טענת גנב ונשבע והודה אחד מהם והשני באו עליו עדים כו':

הנה מבורר שיטת רבינו, דמדקא בעי רב פפא תרי חומשי ותרי כפילי בחד גברא מאי כו' מי אמרינן תרי גווני ממונא קאמר רחמנא דלא נשתלמו עילויה חד ממון והכא חד גוונא הוי דילמא תרי ממונא כו' הרי דהוי בעי למימר דכפל אחד פוטר חבירו ומנא ידענא דכפל פוטר כפל מתשלומין, הרי ילפינן ושלם אותו בראשו דממון שאינו משתלם בראש אינו מוסיף עליו חומש ולא שמענו פטורא רק גבי חומש, ועל כרחין דכמו שכפל פוטר אותו מחומש, כן חומש פוטר אותו מכפל ודין כפל וחומש שוין, רק דמבעי ליה

אם תרי גווני ממונא לא משלם הא חד גוונא משלם, ופשיט דרק על תרי גווני ממון קפיד רחמנא ובממון שנתחייב ברישא אותו משלם, ולכן בבעיא דרמי ב"ח דבאו עדים קודם ונתחייב בכפל תו כי הודה אחרי זה מפטר מחומש, ובבעיא דכאן דהודה אחד קודם דנתחייב בחומש תו הכפל הבא אחר זה אין פוטרו מהחומש שכבר נתחייב, רק הבעיא אם מפטר מכפל הבא אחרי זה דכפל וחומש שוין. ולפ"ז א"ש מה דלא מייתי דמודה בקנס ואחר כך באו עדים פטור מברייתא (דדף סה) בע"ה שטען טע"ג בפקדון כו' אם עד שלא באו עדים הודה משלם קרן וחומש ואשם כו' דמוכח מכאן דמיפטר מכפל הבא אח"כ משום מודה בקנס, ומוכח מזה כפירוש רבינו דמפטר משום דחומש המתחייב קודם פוטרו מכפל הבא אחרי זה, דתרי גווני ממונא אינו משלם על חד ממון וזה מוכרח, ומצאתי להב"ח שעמד בזה והעיר קצת מדברינו עיי"ש:

והנה בתורת כהנים איכא תרי דרשות, חדא דמודה שמשלם חומש אינו משלם כפל, וחדא דמי שמשלם כפל אינו משלם חומש, ראה שמה על פסוק דושלם אותו בראשו, בראשו משלם ואינו משלם כפל כו' וכי היכי דמיעוט השני דמי שטוען טע"ג ומשלם כפל אינו משלם חומש אף כי הודה דכפל פוטרו מתשלומין, הוא הדין מי שהודה דמחויב חומש אף כי טעין טע"ג פוטרו מכפל הבא ע"י עדים אחרי זה יעו"ש בתו"כ דדריש על דרך קו"ח דהוינא מייתי חיוב השני בחבירו וע"ז איכא קראי, וכמו דכפל מלבד שאינו מחייב חומש, עוד פוטר אותו מחומש היינו כי הודה אח"ז, כן חומש מלבד דאינו משלם כפל על הודאה לבד מקו"ח, רק פוטרו ג"כ מתשלומין של כפל הבא אחרי שנתחייב בחומש, ודברי רבינו המה דברים שנאמרו למשה בסיני ודוק:

ולכאורה יש לומר דרבינו סבר בפרק כ"ה ממלוה דשנים שלוו נעשים ערבאים זה לזה וכי תבע לחד מצי תבע לכולה יעוין סימן ע"ז מחלוקת קדמאי בזה אם נעשה כל אחד קבלן על הכל או ערב יעו"ש, א"כ לפי מה שבארנו לעיל פרק ג' כן הכא דשנים שטענו טענת גנב אין על היותר ממחצה דין גניבה רק דין חוב לבד א"כ הא חומש מתחייב גם על כל חוב ממון שכפר לו אחד ממלוה או מערבות וכיו"ב. א"כ הטוען טע"ג והודה חייב חומש מכל השווי של השור שנעשה שומר להתחייב על כולו, וכי טעין חבירו טע"ג ובאו עדים דנעשה כאילו הוא עצמו גנבו, אינו גנב רק על חצי שנתחייב מצד עצמו מצד חיוב שמירה דיליה דע"ז נעשה גנב להתחייב כפל, אבל מה שנתחייב מצד שקבל עליו להתחייב בחיוב חבירו אין עליו דין גנב דלא עדיף משנים שגנבו רק חוב כמו מלוה דעלמא או מצד ערבות ואינו חייב רק בחצי כפל. וכיון שעל כל הממון איכא חיוב חומש ועל פלגא איכא חיוב כפל מסתברא דרק חומש פוטר הכפל לא שהכפל מפלגא יפטור

את החומש מכולו וזה נכון. אמנם לדעתי יהיה ע"ז כמו שאמרו בטענו אנסת בתי דקרן תבע ולמר קנס תבע. הוה"ד כאן מסתמא אינו תובע רק בעד חלק עצמו ואינו משלם חומש רק מחיוב פלגא דיליה. והירושלמי בשוה פרוטה ע"כ טעין לשניהם ואכמ"ל:

הלכה י

שומר שגנב מרשותו כגון שגנב טלה מעדר שהופקד אצלו כו':

הנה לאחר העיון בדברי מרן כסף משנה הקצרים, נראה כי סברת רבינו כך. דמשום הכי טוען טענת גנב בשומר דכגנב שויא רחמנא לשלם כפל ולא חייבתו תורה רק כשנשבע שנגנבה, הגדר בזה הוא משום דכל זמן דלא נשבע הרי השומר עדיין חייב בתשלומי הפקדון לבעלים ועדיין לא הפסידו דהרי אומר לו או השבע או שלם, ורק כי נשבע ונפטר אז נגמר גניבתו היינו כפירתו דאז שויא רחמנא כגנב לשלם כפל, וכל זה במפקיד אצלו דבר המנוי וידוע למפקיד וטוען אחר זה שנגנבה, אבל מי שמסר עדר לרועה בלא מנין או הפקיד אצלו כיס מלא מעות בלא מנין ובא הרועה ונטל שה מן העדר או סלע מן הכיס דרך גניבה שלא יכיר המפקיד הלא בדעת השומר שהבעלים לא ידע מזה כלום ולא ירגיש לתובעו והוא גנב גמור שמוציאו מרשות בעלים והבעלים לא ידע את מי לתבוע, א"כ לא שייך לומר שלא יתחייב אלא בשבועה שתיכף שלוקח ממנו הרי הוא גונבו שהרי סבור שלא יתוודע לבעליו, נמצא דמתחייב בגניבתו כפל, וזה דברי רבינו שומר כו' כגון שגנב טלה מעדר כו' וסלע מכיס כו' צייר רבינו בגוונא דסבור לגנוב מהבעה"ב שלא ירגיש ולא ידע לתבוע אותו שלא ידע אם חסר מהעדר שה או סלע מהכיס, ולזה פירש מרן והכא שאני שמכלל מה שהופקד אצלו לקח קצת בדרך גניבה וברור:

ולפ"ז מש"כ רבינו בפרק ג' הלכה ד' היתה פרה שאולה כו' דרך גניבה כו' פירושו ג"כ על אופן ציור זה שהשאיל לו עדרו וכיו"ב, דאם לא השאיל עדרו רק פרה לבד איך יתכן דמשלם כפל הלא היה חייב לשלם לו ממון ועל גוף החפץ לא משלם כפל. ולפ"ז א"ש מה שהקשו בתוספות דף נ"ז ע"ב דנמצא שומר שכר משלם כפל בטוען טענת גנב והוא היה שומר בבעלים אף דא"כ פטור מן השבועה [ובירושלמי שבועות פלוגתא ופירשתי בחדושי] רק דכיון דמיפטר משבועה תו אשתכח דבטענתו נגנבה הרי מיפטר מתביעת המפקיד והוי גנב כמו שו"ח שטוען טע"ג ונשבע דנסתלק המפקיד ממנו בטוענו שנגנבה בלבד. ויתכן דרבנן בתוספות כתבו ושמא אין שייך כפל בטוען טע"ג בענין זה, היינו דנסתפקו בהך סברא אם מיפטר בלא שבועה תו אינו צריך שבועה להתחייב בכפל שהרי הפסיד לבעלים ונגמר כפירתו בלא שבועה כמו כל שומר בשבועה. אמנם המובן הפשטי שנסתפקו אם בבעלים אינו שומר כלל ורחמנא לא חדשה כפל רק בשומר שטוען

טע"ג לא באיש אחר ויעוין נתיבות סוף סימן רצ"א ודוק. ואף לפי פירושי בתוס' דבאופן זה מתחייב כפל בלא שבועה. נראה דוקא היכי דסיבת השמירה היה לפוטרו משבועה כמו בשומר בבעלים אז נתחייב כפל בטוען טע"ג. אבל אם סיבת פטורו מהשבועה היה לא מצד השמירה ודאי דאינו חייב כפל בלא שבועה דלא פלוג רחמנא, וכמו שדעת רבינו דבהיה השומר חשוד על השבועה מיפטר בטוען טע"ג מלשלם ואטו יתחייב כפל השומר החשוד בטוען טע"ג בלא שבועה, וזה לא שמענו דגדרי התורה הולכים עפ"י דרך המצוי והרוב. ואולי בשומר חשוד שאינו יכול לשבע מפני שהוא חשוד חשיב כגזלן כאילו טעין טענת נאבד וכיו"ב, ובשומר שגנב יצא לרבינו מהך סוגיא דפרה שאולה יעוין ש"ך סימן שמ"א דברים צודקים, כן נ"ל לפי פירוש הכסף משנה אם כי לאחרונים דרך אחר בפירוש דברי רבינו ודוק היטב:

ואע"פ שהחזיר וכו':

במגיד ואין המנין פוטר כו'.

נ"ב ורמב"ן במלחמות הסכים לזה וכתב באורך עיי"ש. ובחידושי לגמרא הארכנו בעומק השיטה:

פרק ה

הלכה ג

נתייאשו הבעלים מן הגניבה כו' קנה הלוקח ביאוש ושינוי רשות כו':

הנה אם טוען הלוקח אל הגנב לא ניחא לי למיקני איסורא ואילו הוי ידענא דגזולה היא לא קנינא כלל, מי הוה מקח טעות או לא. לכאורה נראה לפשוט דא מסוגיא דקדושין דהמקדש בהקדש בשוגג דר"מ סבר בשוגג לא קידש, ומפרש הגמרא טעמא דאיהי לא ניחא לה דנתחיל הקדש על ידה ובעי במכר מאי א"ל אף במכר לא קנה, וה"נ לא ניחא ליה דליפוק החפץ מרשות בעלים אגב קנייתו. ומצאתי להבית שמואל סימן כ"ח שעמד בחקירה זו דרך אגב, דהמקדש אשה בגניבה שלא ידעה שגנוב הוא יכולה לומר אין רצוני להתקדש בגניבה עכ"ד, וכייל לנו בכיילא רבא הרב ז"ל דלכאורה ר' יהודה פליג עליה וסבר דבשוגג קידש ולא סבר טעמא דלא ניחא לה דתתחלל הקדש על ידה והלכה כוותיה, ועדיפא אפשר לומר, דאף לר' מאיר דוקא תמן דהמוכר גם המקדש גם המה שוגגים ולכן לא ניחא להו דלתחל הקדש על ידייהו, לא כן כאן בגזול, הלא המוכר איהו הגזלן ואם לא ימכור לו יהיה ברשות הגזלן כמו שהיה. ואולי ימצא למכור אותו לעו"ג וכיו"ב, בזה לא אמרו לא ניחא ליה דליקני גזלה על ידו וז"ב:

אולם אם נאמר כהב"ש דלא מפליג א"ש קושיא שעמדו רבנן בתוס' פרק מרובה (דף עט) ד"ה נתנו לבכורות כו' שהקשו לשיטת הסוברים דיש שליח לד"ע בשוגג היכי יליף דבטביחה ע"י אחר חייב מהיקשא דוטבחו ומכרו מה מכירה ע"י אחר אף טביחה ע"י אחר, דילמא מיירי מכירה בסבור שהוא של הגנב, ובכה"ג גם טביחה ישנו ע"י אחר דבשוגג בכל התורה יש שליח לד"ע, ולפ"ז הוי א"ש, דמכירה ע"י אחר היינו בלא ידע שגנובה לא אהני מעשיו דלא קני ביאוש ושנוי רשות דהוי מקח טעות וכמ"ד דהמוכר לפני יאוש פטור דלא אהני מעשיו, ובפרט דתמן לר"מ משני דבטביחה ע"י אחר. ולדידיה א"ש, דסבר דבשוגג הוי מקח טעות ודוק. אך אין לבנות יסוד ע"ז דמאן משני בטובח ע"י אחר ר' יוחנן ואיהו סבר דמוכר לפני יאוש חייב (בדף סח). ועוד כמה טעמים פשוטים. ועיין בפרק הדר (דף סח) דמייתי הך דתנן מי שנתן רשותו והוציא בשוגג דפליגי ר"מ ור"י אם אוסר ולא מפרש טעמא דר' יהודה דבשוגג אינו אוסר משום דלא ניחא לאינש למיקני רשות באיסור לכן לא הדר וזכה במה שנתן ואינו אוסר, משום דיהיה היפך שיטת ר' מאיר דסבר דבשוגג אוסר ממה שסובר גבי קידש בהקדש, וע"כ דענין אחר הוא, ולא דמי דשם בהוציא כבר איתעביד איסורא של הוצאה אף אם נאמר דלא חזר וקנה במה שנתן, משא"כ כאן אם יתבטל הענין תו לא איתעביד איסורא כלל דלא איתחלל הקדש ולא נפיק הגניבה מרשות בעלים ודוק: שוב הראוני מש"כ הנוב"י מהד"ת חלק אהע"ז סימן ע"ז על דברי הב"ש עיי"ש:

פרק ו

הלכה ט

כל אומן שמכר כו' אבל לוקחין ממנו כר מלא מוכין כו' ואם אמר הטמן אסור:

יש להסתפק אם אסור לקנות ממנו כר מלא מוכין, דנראה דשרי, דהמוכר דברים שהן שלו כהלכות מדינה אמאי אמר להטמינם אם לא דגנוב הוא אתו, הא בכר מלא מוכין דאמרינן דגנוב הוא ואפ"ה קנהו בשינוי, א"כ אין ראיה ממה שאמר להטמין שגנב הכר עם המוכין, דאין ה"נ דקנהו בשינוי ואינו רוצה שיודע גניבתו, או דבאמת מוכין בכר הוי שנוי שחוזר לברייתו ורק משום דאינו ודאי גנוב לכן שרי לקנותו כמוש"כ ההמ"ג והרשב"א, אם כן כשאמר להטמין אמרינן דודאי גנוב הוא ואסור לקנות ממנו וצ"ע להלכה:

פרק ז

הלכה ב

אע"פ שהמודד או השוקל חסר גונב כו', ובהלכה ג' כל מי שמשהה בביתו או בחנותו מדה חסירה כו' ואין לוקין על לאו זה שהרי אין בו מעשה:

לפ"ז צריך להיות, דהחוקק קב חסר, או הקונה משקל ומדה חסירה לוקה משום דע"י מעשה בא אף דכל עיקרו של לאו הוא אין בו מעשה, וכמו שפסק רבינו בקונה חמץ או חימץ עיסתו דלוקה, אף דעצם הלאו אין בו מעשה דלא יראה כתיב. ולולא דברי רבינו הוי אמינא משום דעיקרו של לאו הוא משום שמרמה בו הבריות ואתי למישקל ולמדוד בו ועשתה התורה סייג לדבריה שאפילו להשהות אסור, וכיון דעל עיקרו של לאו אינו לוקה משום דניתן לתשלומין אם שקל לו במשקל חסירה וכיו"ב, תו גם על השהיה של המשקל שהוא סייג ג"כ אינו לוקה. ומצאתי טעם זה בחינוך, אבל דברי רבינו קשה. ואולי נחלק דבחמץ שאינו שלו לא עבר אם משהה בביתו א"כ פירוש הלאו שלא ישהה בתורת שלו, והמעשה גורם לו שיהיה חמץ שלו, אבל משקלות גם על של אחרים עבר [אע"ג דלך כתיב וצ"ע] ודילמא אתי למישקל אסרה תורה. א"כ האיסור על השהייה בלבד הבאה אחרי המעשה ואינו מצטרף המעשה אל האיסור. ועיין תוס' ע"ז (דף סד) ד"ה רע"ק אומר אף המקיים כלאים ובכסף משנה ריש הלכות כלאים ואכמ"ל ודוק:

הלכה ט

וכן במדת הקרקע כו' ולא במשפט המשקל כו':

נ"ב. תורת כהנים וביארו במל"ת רע"א יעו"ש:

פרק ט

הלכה ג

במגיד שלא כדברי מי שפירש.

נ"ב, הוא הרמב"ן בפירוש התורה שחקר בזה, ומפשט המקרא דכתיב ונמצא בידו בתר ומכרו מורה שעל רשות לוקח קאי. ומש"כ ואעפ"י שפשט הברייתא מורה כן, יותר משמע כן מתוספתא ב"ק פ"ח או שמכרו ועומד בשוק יעו"ש. אמנם לדעתי פירוש הקרא דשאני דין דגונב נפש ומכרו מן כל שאר חייבי מיתות דעלמא, דבעלמא כיון שעשה תו אין לו תקנה, אבל כאן אף כי איכא סהדי דגנב ומכר מכל מקום כ"ז שלא העידו בב"ד והחזירו הנגנב לרשות עצמו או שהוציאו לחירות ואמר לו צא בכל מקום שתרצה כיון שיצא לחפשי קודם דאתו סהדי פטור המוכר והוי כמו שאמרו בגניבת ממון דאם חזרה

קרן לבעלים קודם ביאת עדים פטור יעוין רש"י ב"ק ס"ח וכפל לא מחייב אלא כשנמצא כו' כשבאו עדים דכתיב או המצא תמצא בידו. וכן לענין חיוב מיתה כתוב ונמצא בידו שבשעת העדאת העדים יהיה עדיין בידו ויהיה גנוב אצלו ולא שהחזירו לרשות עצמו ודוק כי זה חדש:

הלכה ו

אבל הגונב את העבד כו' פטור:

בגמ' מאחיו למעוטי עבדים. והנה לאפוקי עבד לא בעי קרא לכאורה דליכא בהו אזהרה דלא ימכרו ממכרת עבד, ואין עונשין אלא א"כ מזהירין. אך קרא דמאחיו גבי גניבה כתיב. וצריך קרא למעט היכי דגנבו ושדר ליה מרא גיטא דחירותא ומכרו הגנב דפטור ממיתה. ואין להקשות דקיי"ל דדבר שאינו ברשותו אינו יכול להקדיש ולא להקנות דלא כצנועין ב"ק ס"ט ור' יהודה סבר תמן דלא כוותייהו, דז"א, דאע"ג דאינו ברשותו בכ"ז קנין האיסור מצי להפקיע אף אם אינו ברשותו, וכמו דיכול לגרש אשתו אף אם היא שבויה, ומצד קנין האיסור בעינן לשמה וכל הדינים כמו בגט וממילא איפקע נמי קנין הממון ומחוסר ג"ש ג"כ קיי"ל דיכול לשחררו בגט דלא כל"ק דאמימר אף דודאי אינו ברשותו, וא"כ ה"ה היכי דנגנב או נשבה, והראוני בגהש"ס גיטין (דף לח) שהקשה כיו"ב גבי ההיא דאישתבאי כו' ושדר לה גיטא דחירותא והקשה כנ"ל ובמחכ"ת לק"מ:

ועיין מבי"ט ח"ב סימן צ"ג בשפחה שברחה עם ישמעאל ונשאת לו בדיניהם שלא היתה יכולה להוציאה ומכר הבעלים את השפחה הזאת לתוגרמי יעו"ש דשקיל וטרי אם הוי מכירה באונס, ודבריו צ"ע דהא כיון דלא הוי ברשותו אינו יכול למוכרו. ולהלכה יש לומר דעבדא כמקרקעי דמי וקרקע אינה נגזלת וה"ה עבדים כמבואר בהגוזל עצים (דף צז) ובקרקע הא מפורש בסוגיא דתקפו כהן דכל זמן שיכול להוציאו בדיינים ברשותיה קאי. אמנם בדברי המבי"ט משמע דלא היה יכול להוציאו בדיינים, ובזה גם בקרקע אינו יכול להקדיש ולמכור וצ"ע. ובעבד שהפיל עצמו לגייסות דרבו מוכרו ונוטל דמיו יעו"ש (דף מד) משמע דמועיל המכירה בכתיבת השטר אע"ג דאינו ברשותו משום דהקנאה לגזלן גופיה מהני כמו"ש האחרונים ואכמ"ל:

הלכה ח

בהשגות האריך בדבר חדש שביום אינו נהרג במחתרת וכפשטא דקרא יעו"ש.

וקצת סעד לזה מריש פסחים דפריך הא מדאמר ובלילה יהי כגנב אלמא אור יממא הוא, והפשט דהיפוך יום הוא לילה, וכי כתוב ובלילה אלמא דאור הוא שם דבר ליום, דאי על פעולת האור וכמו דמשני קראי הקודמין, הו"ל למכתב ובחושך יהי כגנב, וא"כ

מאי משני ה"ק אי פשיטא לך מלתא כנהורא, אכתי הו"ל למכתב ובחושך, ולכוון אי מספקא לך מילתא כחשוכא, ולפי דברי ההשגות מחוור, דכולא מילתא דניתן להצילו בנפשו אינו רק בלילה אבל רק אם פשיטא לך מלתא כנהורא דאנפשות אתי, והוי רוצח, ואי מספקא לך מילתא אפילו בלילה אז יהי כגנב וכו' ודוק:

הלכה יג

ואם שבר כלים בביאתו חייב בתשלומין:

במגיד הביא הגמרא דדוקא שבר דליתנהו, אבל נטל דאיתנהו חייב להחזיר אע"פ שאין לו דמים. ויש לחקור בהנך מילי דגנב מיפטר דליתנהו בעינא, רק היכי דאיתנהו בעינייהו חייב לאהדורי כדאמרו בשמועה דמחתרת, אם קנה הגנב בשנוי מי אמרינן דכיון דלא נתחייב בתשלומין הוי כאינש אחרינא וכשואל דמדמהו הגמרא ולא קני בשינוי, רק גנב הואיל דנפק מרשות הבעלים, או דילמא כיון דהוא נתכוין לגונבו ולאפוקי מרשות בעלים רק דמיפטר מתשלומין משום כדי רשעתו דוקא מחיובו פטריה רחמנא אבל מיפוי כח דידיה מאינש אחרינא לא אפקיה והוי ככל גזלן. וראיתי להנתיבות שדעתו דלא קני ליה בשינוי אבל ראייתו אינו מוכרח מכמה טעמים, ולפי השקפתי נראה דאע"ג דפטור מלשלם משום קם ליה בדר"מ היכי דליתנייהו בעינייהו אבל היכי דמשתרשי ליה חייב לשלם וכמו מזיק ונהנה ממתנות כהונה דמיפטר משום שאין לו תובעין ובכ"ז היכי דמשתרשי ליה הוי כמאן דאיכא בעינא וחייב לשלם דמיהן, כן בקם ליה בדר"מ אמרה תורה שאין לתובעו, [והראיה דמועיל אם תפס לשיטת רש"י ב"מ דף צ"א] אבל כל היכי דאיכא בעינא חייב להחזיר כן אם משתרשי ליה, והא דאמר בפרק מרובה וכיון דכי תבע ליה קמן בדינא לא אמרי ליה זיל שלים וכו' ופרש"י בדינא לומר החזיר לי תאנים שלקטת או תן לי מה שמכרת בדמיהן, ופירוש דאף דחייב לשלם ליה מה דמשתרשי ליה אינו חייב להחזיר לו החפץ שמכר לו רק דמי התאנים ואפילו סובין וז"ב, וכיון שכן הטובח בשבת דקנהו בשינוי מכל מקום חייב לשלם דמיו דהשתא דמשתרשי ליה וכמה שוה השתא חייב לשלם לו, והכא הספק שלנו אם נשתנה אם קני להחפץ ודוק:

ונראה דתליא בפלוגתא דאי עביד מהני דפריך בתמורה מגזלן דקני בשנוי ופירשו רבנן דעל הגזילה פריך דבזה לא מהני לאפקועי אותו מרשות בעליו והוי כגברא אחרינא ותו לא מועיל השינוי לקנותו, ומשני משום דרחמנא גלי והשיב את הגזלה כו' אשר גזל אם כעין שגזל כו'. ולפ"ז דלא הוי מועיל להפקיע אותו מרשות בעליו ע"י שינוי רק במה דאוקים רחמנא ברשותיה לענין חיוב אונסין, וא"כ במקום דקלבדר"מ דחיוב אונסין לא רמיא עליו לא הפקיעה תורה אותו מרשותו של בעלים, ולא מהני מה דגזל

ועבר אמימרא דרחמנא, אבל למ"ד מהני הלא מהני הגזל והוי גזלן וקני בשנוי כמוש"כ תוספות בריש פרק הגו"מ דסברא היא כו' יעו"ש היטב. אף דאין עליו עשה דוהשיב ולא נתחייב בכלום מצי להפקיעו אע"ג דרחמנא אמרה לא תגזול והוי גזלן, דגדר שם גזלן הוא הפקעה מרשות בעלים ולקנותו בשינוי. ומעתה יתכן לומר דזהו מה דמסיק בסוף הסוגיא בתמורה איכא בינייהו שנוי קונה, דכוונו בהאי גוונא דקם ליה בדר"מ ולא נתחייב בהשבה ודוק:

ולפ"ז יתכן לפרש הסוגיא דפרק הספינה יתיב אביי ואמר להאי שמעתא, איתיביה כו' הגונב כו' והרי כיס דבר הגבהה הוא ואפ"ה קני במשיכה כו', דיפלא א"כ היכי מחייב לענין שבת הא אין דרך הוצאה בכך ויעוין תוספות, ובזה נימא דכיון דלגבי קנין הוי דרך הוצאה מתחייב בהוצאה זו לענין שבת הואיל ועיילא לרשותיה לענין קנין להתחייב משום גנב. אמנם ז"א דהא מיפטר משום קם ליה בדר"מ וסוף סוף לא קני ליה להתחייב באונסין אך הא קני להוציאו מרשות בעלים לעייליה לרשותו לענין לקנותו בשינוי או יאוש אחר כך ומיגו דחשוב לענין זה מועיל גם לחיוב שבת וכמו דאמרו בכורות (דף י') הואיל ואיסורו חשובו יעו"ש וכיו"ב בכ"מ. אמנם זה תלוי בפלוגתא דאביי ורבא, וכאן כי אמר רבא לא הוי פריך מידי דע"כ בזוטרי אין דרך הוצאה, אבל לאביי דאי עביד מהני, ומהני המשיכה והגרירה לקנותו לענין לקנותו בשינוי, וכו' ומיגו דמועיל לקנין, חשובה גם הוצאה לשבת ולכן קם ליה בדר"מ ומסתמא מיירי בכל גווני ושפיר פריך ודוק היטב: