תלמוד בבלי · אחרונים · חידושי הרי״מ

חידושי הרי"מ על בבא קמא

יצחק מאיר רוטנברג (אלתר)

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

חידושי הרי"מ על בבא קמא

יצחק מאיר רוטנברג (אלתר)

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/חידושי-הרימ-על-בבא-קמא/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611161024 של הספרייה.

תוכן העניינים

דף ז. 4
דף ז: 5
דף ח. 10
דף לה. 10
דף נה: 21
דף נו. 21
דף סה. 22
דף סה: 35
דף סו. 44
דף סו: 60
דף סז. 67
דף פד. 73
דף פד: 77
דף פה: 78
דף פו. 79
דף פו: 80
דף פז. 82
דף פח. 85
דף פח: 87
דף צג: 95
דף צד. 105
דף צד: 106
דף ק: 113

דף ז.

גמ' רמי ליה אביי כו' מיטב כו' כאן מדעתו כאן בע"כ. ופירש"י דלא אטרחיה לב"ד ע"ש. ותמוה היכן מצינו חילוק בין משלם מעצמו לכשב"ד מגבין. וי"ל למאי דקי"ל אין ב"ד נזקקין לפחות מש"פ ואם הוזקקו גומרין גם לפחות מש"פ ע"ש ב"מ וא"כ י"ל כיון דשמין שיהי' שוה הזבורית ממילא אין חילוק השיוי שוה ממון בין עדית לסובין. וכשמשלם מדעתו שוב אין ב"ד נזקקין משא"כ בע"כ ונזקקין ב"ד לגוף הגבי' ששוה ממון שוב גומרין לגבות מיטב אף שאין בו שוה כו'. אך ז"א דמשמע שוב שאין חיוב עליו כלל כשמשלם מדעתו ליתן מיטב ולמה יחייבו ב"ד יותר. וי"ל למ"ש רמב"ן סוף ב"ב דמ"ד שיעבודא ל"ד יליף ג"כ מדמנעה תורה לשליח ב"ד לכנוס כו' ופריעת בע"ח מצוה מקרא דיוציא כו' העבוט. וכתב שם אח"כ על ק' תוס' דעולא דרכו כו' פחות שבכלים והא מיטב הוא כו' ושמעתי כיון כו' ונתן רשות ללוה להוציא מה שירצה כו' שהתורה חסה עליו אף אנו נא' שדינו בזבורית ע"ש. וא"כ י"ל גם לדידן דשיעבודא דאורייי' מ"מ קי"ל דנכסוה ערבין. וא"כ כשמשלם מדעתו אין נכסיו משועבדים בתורת ערבות. שפיר מצי יהיב זבורית דכיון דמקיים מצות פריעת בע"ח. ובזה נתנה לו תורה רשות ליתן הפחות כנ"ל. כמו אי שיעבודא ל"ד כנ"ל. משא"כ כשאינו רוצה וגובין בע"כ הוא מטעם שיעבוד ערבין שוב לדידן דש"ד גובין מיטב כמו שיש לו חלק בנכסים והתורה ציותה לברר חלק הטוב כנ"ל:

או י"ל למ"ש הרא"ש וש"ע לקמן דגם בע"ח מצי אמר הב עידית בציר פורתא כשרוצה ליתן כיוקרא דלקמי' דלא הקילה תורה רק כשרוצה להחזיק לעצמו אבל כשרוצה ליתנו רק כיוקרא כו' שוב צריך ליתן כדהשתא ע"ש. וא"כ אם רוצה לשלם ונותן זבורית שפיר שייך שרוצה להחזיק שאר נכסיו העידית לעצמו וסגי אפי' סובין. משא"כ בע"כ כשאינו רוצה ליתן כלל גם זבורית אין לו שום הוכחה שרוצה העידית לעצמו רק שא"ר לשלם כלל כנ"ל שוב גובין עידית. כמו ברוצה למכור כולן דגבי מעידית כן באינו רוצה ליתן כלום כנ"ל. ודוקא כשמברר בעצמו דרואין שחפץ בשאר נכסיו להחזיק לעצמו כדאמר ב"מ פרק א"נ וב"ב פרק ח"ה קפיד בערא כו' האי בעינא כו':

או י"ל כפירש"י ז"ל והיינו דהא כל צד אבות איתקיש בג"ש דתחת נתינה. ומינייהו ד' שומרין. וקי"ל ריש המפקיד דשומרין נעשה כאומר כשתגנב ותרצה ותשלמני קנוי' לך מעכשיו בלא אטרחיה לב"ד שמו דעתו של אדם כשלא יטריחו וישלם בחנם מרוצה להיות לו משעת פקדון. וא"כ כיון דבע"ח דינו בזבורית מה"ת ממילא בשומרין שנאבד אף בפשיעה סגי כשמשלם סובין זבורית כיון דנעשה כנ"ל ונקנה למפרע לא הוי מזיק

כלל דשלו נאבד והי' רק בע"ח בעד החפץ שקנה וסגי בזבורית. וזה דוקא כשמשלם מעצמו ולא אטרחיה לב"ד כמפורש בש"ס שם משא"כ כשאינו רוצה לשלם וגובין בב"ד דלא הקנה למפרע גבי מטעם מזיק ומשלם מיטב. וכיון שכן הדין בד' שומרין ממילא כיון דאיתקשו כולהו כאבות לענין מיטב. ולקולא ולחומרא קי"ל דלקולא מקשינן שוב ממילא בכל הנזקין כן החילוק בין משלם מדעתו ולא אטרחי' לב"ד סגי בסובין כנ"ל. ובין אטרחיה לב"ד דוקא מיטב כנ"ל:

תוס' ד"ה ישלם מדעתו כו' וא"ת כו'. איני מבין קושיתם ז"ל נהי דמשמע גם בע"כ היינו שהוא חיוב גמור שכופין אותו לשלם אבל מ"מ משמע גם מדעתו היינו שהתורה חייבתו לשלם מיטב גם שמשלם מרצונו. ואי הוי כ' ישולם הי' הפי' כשאין משלם רק שמגיע התשלומין לניזק שלא ע"י המזיק והיינו ע"פ ב"ד משא"כ ישלם כנ"ל. ואפשר קשיא להו לשון הגמ' מדעתו משמע:

דף ז:

גמ' וה"נ בניזקין דיני' בעידית ואא"ל הב לי בינוני' כו' כדינך שקול וא"ל שקול כיוקרא דלקמי'. הנה תמוה ממ"נ אי חשוב זה שיווי גם עידית כדיני' יהי' מחוייב ליקח כיוקרא כו' ואי לא חשוב שיווי שא"ל אלא מקומו ושעתו א"כ ממ"נ או שאינו יכול לכופו ליתן בינונית דלא דיני' ואם ע"כ יתן לו יהי' מחויב ליתן כדהשתא. ואם יכול ליקח כמה שירצה א"צ לתלות ביוקרא דלקמי' ולהביא ממעשר עני כנ"ל. ועוד היך מישב הפסוקים ואין משמעות דמיירי באופן הנ"ל בזה יותר מזה הפסוק. גם למה השמיט הרי"ף ז"ל דעכ"פ הי' לו להביא מה דמסיק א"כ הורעת כח כמ"ש הרא"ש ע"ש. ונראה לע"ד בעזה"י. דהא חמץ בפסח דהקדש חשוב לי' פרק כ"ש דבר הגורם לממון וכממון דמי שאח"כ יהי' שוה ויכול להמתין למכרו חשיב עכשיו ממון. וכן הקרקעות דבניסן זול ותשרי יוקר וכ"ע נטרי כו' והיינו משום שאין עכשיו קונים כמ"ש תוס'. זה אינו מגרע השיווי עכשיו דאף דקי"ל אין כו' אלא שעתו כמו ששוה עכשיו היינו כיון שנמצא עתה למכור ולקנות בפחות אינו שוה כ"א כן. אבל מה דזל בשביל שאין הזמן עתה לקנות ואין לוקחים כ"א בניסן כו' ולכך כשירצה למכור בתשרי אין קונה כ"א בזול. זה לא מקרי שאינו שוה דהא אין נמצא לקנות עתה קרקע בשיווי הזול דכ"ע נטרי עד ניסן כו' וחשיב שפיר השיוי כמו אז. דגם קרקע של המזיק שקנה בשעה שקונים דהיינו בניסן ג"כ בתשרי אינו שוה כ"א פחות רק שלא ימכרנו אז וא"כ כל שיוי הקרקעות הם כמו בניסן שהזמן לקנות כנ"ל:

אמנם זה שפיר לענין הקרקע כשרוצה להחזיקה לעצמה. אבל אם דינו במעות רק משום דשוה כסף ככסף דהיינו דיכול למכור החפץ ויהי' לו מעות. ע"ז ודאי לא שייך הנ"ל דאף דשוה בניסן יותר מ"מ זמנו לשלם לו עתה בתשרי ועכשיו כשירצה למכרו שוה פחות א"כ בתורת תשלומין שוה כסף ככסף צריך ליתן לו כדהשתא כנ"ל:

והנה ס"ד עכשיו דאף דדיני' דניזק בעידית מיטב מ"מ כשרוצה בינונית צריך ליתן לו בע"כ. הוא משום דמצי אמר לדידי שוה לי ואצלי זה מיטב והוי ס"ד דהברירה ביד ניזק לבחור גם בעידית איזה קרקע שירצה כיון דכ' מיטב כנ"ל. אמנם לא שייך לדידי זה מיטב רק לענין כשרוצה להחזיק לעצמו שחפץ בזה יותר כמ"ש הרא"ש נגד הלוה והמזיק אבל לענין כשרוצה למכרו שיהי' כסף ודאי לא שייך לדידי בינונית מיטב כיון דלמכור קפיץ עליו זביני מה שעידית לכל העולם ובדבר שאין דרכו לא מצי אמר לדידי שוה כדאמר פ"ק דקדושין גבי סודרא בפדיון ה' סלעים דדוקא כשדרכו להתכבד ע"ש:

וא"כ מיושב הכל ב"ה דכשנוטל ניזק כדיני' בעידית א"י ליתן כיוקרא דלקמי' דהתורה אמרה מיטב משום דקפיץ עליו זביני שיהי' לו מעות להשלים הזיקו ולענין כשירצה למכרו צריך ליתן כשיוי דהשתא דאינו יכול למכור העידית ביותר בתשרי ולהמתין א"צ דזמנו עתה. ואי"ל החזיקם לעצמך דצריך ליתן מה שיכול למכור כנ"ל. אבל אם ירצה ניזק בינונית טפי פורתא. א"כ מה שרוצה לכופו ליתן לו בינונית רק משום לדידי שוה לי היינו שרוצה להחזיק לעצמו ולא למכרם והוא חפץ בבינוני' יותר והוי מיטב שוב יכול ליתנם לו כיוקרא דלקמי' דלענין כשיחזיקם לעצמו הוי שפיר שיוי כמו שיהי' בניסן דגם כל קרקעותיו דיש לניזק שקנאם השיוי שלהם עכשיו כן שאין קונה ומ"מ שוים כשויים בניסן כנ"ל. ואי רוצה למכור מוכרח ליקח עידית דלענין למכור לא שייך לדידי שוה כנ"ל. ומיושב שפיר רומי' דקרא. דמיטב כ' ישלם דהיינו בתורת תשלומין נזקו שיוכל לקנות לו דבר שהזיקו שצריך כסף רק ש"כ ככסף צריך ליתן מיטב דקפיץ זביני וגם כדהשתא. ושם כ' כסף ישיב לבעליו. היינו מה שבעליו חפץ להחזיק לעצמו מרבי אפילו סובין היינו זבורית כיון שרוצה בו ומ"מ כיון שהוא לעצמו מתורת לדידי שוה נותן כיוקרא דלקמיה כו'. וע"ז פריך א"כ הורעת כו' והתורה אמרה מיטב כו'. היינו כיון דלס"ד הנ"ל הברירה ביד ניזק א"כ שפיר מצי אמר לדידי שוה הבינונית כו' ומ"מ א"י ליתן כיוקרא דלקמי' כיון דתורה אמרה מיטב היינו מידי דקפץ עלה זביני. א"כ לענין שיקח כיוקרא דלקמיה אינו מיטב דא"א למכרו עתה בשיוי זו ושוב צריך ליתן הבינונית כדהשתא שיהי' קרוי מיטב אף דשוה אצלו כעדית כנ"ל. ומשני אלא בבע"ח דלא שייך הנ"ל ואף דאומר לדידי שוה כבינונית כנ"ל שיחזיק לעצמו יכול ליתן כיוקרא כו' ודחי

דשייך נ"ד כנ"ל. וממילא י"ל דהרי"ף ז"ל סבר דלמסקנא דישיב אפי' סובין שהברירה ביד מזיק ליתן להמזיק מאיזה קרקע שירצה מעידית וכן בע"ח. ממילא א"צ ליתן כלל מן אחרים ואצ"ל כיוקרא דלקמי' רק כמו שירצה. ולכך לא הביא כלל כנ"ל:

עוד י"ל דכשמשלם כיוקרא דלקמי' חשוב תשלומי מעליא דהא ב"מ צ"ז ע"ב בהני כו' דתברי חביתא דחמרא ביומא דשוקא מזדבני בה' ושאר יומי בד' פסק הרי"ף ורמב"ם דמשלמי בשאר יומי ד' דהוי סגי לשלם לו חביתא דחמרא אף דשברו ביומא דשוקא דשוה ה' מ"מ אם ימתין ישוה ה' ע"ש ובסמ"ע ס' ד"ש. וע"כ דחשוב שיוי ואינו מגרע במה שלא נמצא עתה קונים. ואף החולקים י"ל משום דנמצא עתה ג"כ לקנות משא"כ כאן דכ"ע נטרי עד ניסן. ומ"מ ס"ד עכשיו דעידית כדיני' בעי למיתב לי' כדהשתא. דס"ל כיון דדינו במיטב והיינו מידי דקפיץ עליו זביני. וכשיתן לו כיוקרא דלקמיה לאו מיטב הוא כנ"ל דעכשיו לא מצי למזבין בשיוי זו כנ"ל. אבל אם רוצה בינונית דלאו כדיניה ע"כ הטעם כיון דהתורה אמרה לטובתו מיטב יכול לומר שמוחל זה הזכות של מיטב וממילא דיני' כשאר בע"ח ליקח בינונית. וא"כ שוב יהיב לי' כיוקרא דלקמיה כיון דמחל שא"צ ליתן לו מיטב שוב כיוקרא דלקמיה תשלומין נינהו כנ"ל רק דלאו מיטב כנ"ל. ודחי הגמ' א"כ הורעת כוחו כו' והתורה אמרה מיטב כו'. היינו שאין הטעם דמוחל זכות דמיטב רק כיון דכ' מיטב וזה אצלו מיטב צריך ליתן לו בינונית מטעם לדידי זה מיטב כו'. וא"כ שוב צריך ליתן לו כדהשתא שיהי' מיטב דקפיץ עליה כנ"ל. וא"כ הרי"ף ז"ל שפסק שם כרבא בהני שקולאי דבמשלמי חביתא דחמרא בשאר יומי סגי כשיוי ביומא דשוקא אף שגם כן דיני' במיטב דכולהו כאבות כו' א"כ ע"כ דזה מיטב הוא אף שא"י למכור עכשיו רק בד' משום דכשימתין כו'. א"כ לא הי' צריך להביא כאן דין הנ"ל דהא מצי יהיב כיוקרא דלקמי' גם בעידית. ולכך הביא רק ברייתא דמעשר עני כנ"ל. ור' אחא ב"י הקשה לאביי רק לפי סברתו דבעידית צריך ליתן כדהשתא א"כ גם בינונית משא"כ לדידן כנ"ל. ואפשר דלהפ' בשקולאי דיש חילוק בין תברי' ביומא דשוקא ע"ש. י"ל גם כאן כיון דקי"ל וביער בשדה אחר דשמין אגב שדה ג"כ החלוק מתי הזיקה ולהנ"ל אין חילוק:

עוד י"ל דלכאורה כיון דלהפ' יכול מזיק לברור ליתן איזה מעידית שרוצה לא שייך שיאמר ניזק שחפץ בינונית משום לדידי שוה מיטב דמ"מ הברירה למזיק ואינו רוצה ליתן כ"א עידית כמו כולן עידית. ולכך כתב באמת הרא"ש דדוקא כשרוצה ליתן כיוקרא ע"ש ולשאר פ' קשה. וי"ל כיון דע"פ דין הי' ראוי להשיב לו אותו דבר שהזיקו כמו ב"ח דזוזי יהיב כן בניזק כנ"ל. רק דלא הטילה תורה הטורח על המזיק לקנות לו חפץ

דהא ילפינן לקמן מוהמת יהי' לו דהטורח להעלות מהבור על הניזק ע"ש. וא"כ י"ל דמצי אמר הניזק לדידי שוה קרקע זו כמו הדבר שהזיק ממש. וצריך ליתן לו דזה אין טורח למזיק שלוקח שדה זו כנ"ל. ומה"ט לס"ד הנ"ל יכול ניזק לברור לו עידית שירצה כנ"ל. וא"כ להפ' ס' ד"ש דגם חילוק בין כשמשלמים חביתא דחמרא כדבר שהזיק סגי אף שאינו משלם ביומא דשוקא ואינו שוה בשעת תשלומין. משא"כ כשמשלם מעות משלם כשוי' דהזיק ע"ש. וא"כ י"ל דשפיר א"ל כדינך היינו מה שאני רוצה ליתן לך והוא בתורת שוה כסף שקול כהשתא ואי מה שאתה רוצה והוא רבותא אף שרוצה בינונית מ"מ ע"כ מה שאתה תוכל לברור הוא רק שהוא לך כאותה דבר עצמו שהוזק שוב שקול כיוקרא דלקמי' כמו בהחזיר חביתא דחמרא ממש כנ"ל וגם כשרוצה לברור מעידית כן רק רבותא נקט אף שרוצה בינונית. ויש לדחות:

עוד י"ל כיון דמיטב דמזיק. א"כ כשאין רוצה ליתן לו בינונית א"כ הוי אצלו מיטב ושוב יכול ניזק ליקחו בע"כ וכן בעידית מה"ט כתב רש"י דיכול ניזק לברור דכשמזיק בורר א"כ מה שבורר לעצמו יכול ליקח ע"כ דחשיב מיטב דידי רק שיוכל להעלות בדמים ולומר מה שבורר לעצמו לדידי שוה לי יותר כדאמר ריש פרק מי שהי' נשוי. כיון שאין ניזק מפסיד ע"ש בתוס' וא"כ מ"ש הר"ן דדוקא דרכו להתיקר או שוה במדי שייך לדידי שוה ע"ש פ"ק דקדושין. וא"כ שייך לדידי שוה רק כיוקרא דלקמי' שוה אצלו עכשיו. ואמר שפיר בגמ' דאי כדינך שקול ואי דוקא בינונית. והוא מטעם הנ"ל. שוב יכול לומר לדידי שוה כיוקרא דלקמי'. ושקיל ג"כ כנ"ל. וממילא למה דקי"ל בשל עולם הן שמין שפיר א"י ניזק לברור כלל. אדרבא נותן מזיק איזה שירצה כמ"ש הרא"ש. כנ"ל. עוד י"ל כמ"ש הרמ"ה ונ"י דגם ניזק דינו בכסף אי אית ליה כבע"ח ע"ש. וא"כ רק לא אמרינן זיל טרח דהטורח רמי אניזק. וא"כ יכול ניזק לברור מה שירצה יכול לומר לדידי שוה כמו כסף שכן דינו. וזה אין טורח למזיק. וכשאין נותן כסף שפיר יכול ליקח מטעם הנ"ל גם עידית מה שבורר דהא מחויב למכור וליתן כסף כשאין טורח. אך כיון דמה"ט שוב יכול לומר כיוקרא דלקמי'. דגם אם הי' חייב למכור וליתן כסף לא הי' מחייבין למכור עד תשרי כנ"ל. ושוב שיבחור מטעם הנ"ל שלא כדיניה א"ל ביוקרא כו' דלא יפסיד. ודחי הורעת כחו. דהא כיון שע"כ יתן עידית כדהשתא שוב אינו מפסיד מה שיתן לו בינונית דישאר לו עידית. וכשאינו מפסיד חייב למכור מיד:

גמ' אליבא דר"י לא תבעי. ותמוה ותי' תוס' דג"ש הוי ממש דניזק ולר"ע רק למעוטי דניזק ע"ש ואינו מובן למה. כיון דלר"ע ל"ל ג"ש למה ס"ד דניזק. ואדרבא היך דמשלם משמע יותר בשלו מג"ש דר"י. ונראה די"ל דכמו דלר"י דא"ל ג"ש אהני ג"ש ואהני קרא

דאי לא שוי' זיבורית דידיה כעידית דניזק צריך למיתב ליה מיטב דידיה כדאמר לעיל ע"ש א"כ י"ל לר"ע ג"כ כיון דמסברא ע"כ בשל עולם שמין רק קרא דמיטב היך דמשלם א"כ י"ל כנ"ל. דקרא היכא דלא שויה בינונית דידיה כעידית דעלמא בעי למיתב ליה עידית דידיה אף שטובים מעידית דעלמא ואף דבע"ח ביש ללוה עידית וזיבורית נוטל זבורית פחות מדינו כדי שלא יטול יותר מדינו והוי ס"ד בניזק ג"כ אף שבינונית שלו גרוע מעידית דעלמא רק טובים מבינונית דעלמא צריך ליטול ולא מעידית דידיה שהם יותר קמ"ל מיטב דידיה ולפי' הרא"ש ודאי שייך דאף שבינונית שלו טובים מעידית דעלמא ג"כ צריך ליתן לו עידית דידיה דאו מיטב דעלמא או דידיה כמו שמפרש הרא"ש לר"י אהני קרא ע"ש. וזה הוא הבעיא לר"ע או לגמרי בשלו משום קרא או כיון דמסברא בשל עולם אהני קרא רק להנ"ל. וא"כ מיושב דלי' לא תבעי דהא תרווייהו מקרא דאהני ג"ש דניזק ואהני קרא דמזיק ונלמד ב' חלוקים הנ"ל ואא"ל בשל עולם כנ"ל. משא"כ לר"ע י"ל ג"כ דא"ש סברא וקרא כנ"ל. ודחי דהיך דקמשלם לר"ע דוקא כנ"ל. ומיושב בזה דלכאורה מה פריך אי בשלו הן שמין תעשה בינונית כעידית וב"ח כו'. הא בניזק גזה"כ היך דקמשלם ומה ראיה לבע"ח. ולהנ"ל א"ש דאי מסברא בשל עולם הוי לן לאוקמי קרא דניזק כנ"ל כמו לר"י וע"כ דתמיד בשלו שמין וגם בע"ח כנ"ל:

אין לו אלא עידית כולן כו'. קשה פשיטא. ודייק מינה גאון ז"ל דקמ"ל שא"י למכור העידית ולגבות בינונית להגבותם. ולע"ד דקמ"ל אף שאין מספיק לכולן ל"א שהניזק יקח הכל שדינו בעידית ומשועבדים לו יותר וקמ"ל שדינם שוה וכולן גובין או שא' מוקדם או בזמנם שוה חולקין. וגם שאין הניזק יכול ליקח כל העידית והוא יתן חלקם בינונית שלו רק כולם גובין כנ"ל:

אין לו אלא בינונית כו'. ג"כ קשה מה קמ"ל. וי"ל דס"ד דיכול ניזק לברור לו איזה שירצה מהבינונית כיון דדינו במיטב י"ל לדידי היינו מיטב דשוה לי. דהא הרא"ש ז"ל כתב לענין יוקרא דלקמיה דאף דכשאינו רוצה ליתן כלל א"צ מ"מ דוקא משום שרוצה להחזיקו לעצמו אבל כיון שרוצה למכור כיוקר דלקמי' שוב צריך ליתן כהשתא ע"ש. א"כ כאן כיון שלא ישאר לעצמו דכולן יגבו שוב יוכל ניזק לברור. קמ"ל דכולן שוין וחולקין כשותפין דהא גם בע"ח יכול לומר כן וכמו שבע"ח א"י לברור דלוקח כדינו כן הניזק כיון שא"י לברור כנגד המזיק שוב זכותן שוה. וגם זבורית קמ"ל כנ"ל:

דף ח.

גמ' מכרן לא' או לג' ב"א כא' כו'. ה"ד אילימא בב"א השתא דג' דא"ל חד מיניה קדום כו' לא מבעי'. הנה לכאורה מה דפירש"י שכולן ביום א' הוא רק למ"ד ע"ח כרתי וגבי ב' שטרות ביום א' חלין מסוף היום שמוכח מתוכו א"כ שפיר חשיב ב"א אף שא' קודם. אבל לר"א דע"מ כרתי ולזה שמסר תחלה קנו גם ביום א' ולכך הדין שודא גבי ב' שטרות והכי קי"ל א"כ גם כאן אף דכל הג' ביום א' יוכל כל א' לומר הנחתי לך מקום שהוא קנה קודם בע"מ וקני מיד והאחרים אח"כ ואם היה ידוע בעדים כן היה הדין כן ממילא גם בספק כן. וי"ל ב' טעמים או דמספק א"י להפקיע זכותו דהא ודאי הי' משועבד לניזק עידית ובע"ח בינונית כו'. רק שמא לקח זה של עידית קודם והניח בינונית ונפקע שעבוד הניזק מהעידית ע"י הקנין וכן בע"ח מבינונית. מוקמין אחזקה שלא נפקע ועדיין משועבד לו והיינו שלקח אח"כ כנ"ל. וכמו חזקת מ"ק וא"י א"פ. ומ"מ אינו מוכרח דברי ושמא אף ברי גרוע מ"מ י"ל דמהני להחזיק כנ"ל. וי"ל עוד טעם דאם נאמר דבעל עידית יוכל לטעון נגד הניזק או בע"ח שלקח מקודם והניח לגבות וא"כ גם השני והשלישי יוכל לדחות לניזק ולבע"ח שאדרבא הוא לקח קודם והניח לו העידית ולא יוכל ג"כ לגבות ממנו א"כ שוב הוי כאשתדף ב"ח דגובה מהלוקח. וממילא אין שום א' יכול לדחותו כיון שאם יהי' הדין דיכול לדחות שוב הוי כאשתדף וממילא גבי עידית כדינו כיון שהוא ביום א' וא"י לדחותו כנ"ל:

אמנם בלוקח א' שקנה כולן ביום א' בג' שטרות גרע דשפיר יכול לדחות הניזק מעידית די"ל שקנאם קודם והניח לו בינונית או זבורית וקני בע"מ שקנה מיד. ולא שייך דא"כ גם זבורית לא יגבה דז"א דכאדם א'. עכ"פ יגבה הפחות וא"א לו לדחות א"כ לא שייך אשתדף ושפיר ה"א דיוכל לדחותו גם שהג' ביום א' וקמ"ל טעם הנ"ל מספק דמוקי אחזקה וא"כ מה פריך השתא כו' הא אדרבא י"ל שפיר ל"א בב"א היינו ביום א' בג' שטרות דעדיף משלשה וקמ"ל כנ"ל דגבי:

אולם דעת רמב"ן ז"ל בש"ע דבאמת מספק א"י להוציא ותמהו וש"ס הנ"ל. ולהנ"ל אדרבא קצת ראיה דאל"כ מה פריך וע"כ דלמ"ד ע"מ כרתי באמת א"י לומר מספק רק אי ע"ח כרתי ואין כאן ספק אף אי חד קדים ופריך כנ"ל:

דף לה.

סוגיא דשור שהיה רודף ע"ש כל הסוגיא

מתניתין שור שהיה רודף אחר שור אחר והוזק זה אומר שורך הזיק וזה אומר לא כי אלא בסלע לקה המוציא מחבירו עליו הראיה וכו'. ואמר ר' חייא ב"א זאת אומרת חלוקים עליו חבריו על סומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין. וכתבו תוס' ד"ה זאת אומרת ז"ל דוקא בכי האי גוונא פליג סומכוס שראוי להסתפק בדבר אף בלא טענותיהם אבל בשאר דוכתי לא דאטו אומר טלית זו שאתה לבוש שלי יהא הדין חולקין ע"ש. והקשו המ' אמאי כתבו תוס' זה אזאת אומרת הלא בשאר דוכתי דאמר סומכוס דיניה הוי להו למימר דדוקא פליג בכה"ג ומה ענין זה להא דזאת אומרת ע"ש. ונראה לישב דהנה רש"י ז"ל ריש מס' ב"מ פירש מאי דאמר התם דלא פליג סומכוס רק היכא דאיכא דררא דממונא ופירש"י דהיינו היזק ממון דהיכא שיש לאחד היזק ממון סבר סומכוס דחולקין אבל במציאה שאין לו היזק ממון לא ע"ש והוא תמוה כקושית תוס' דאטו אם אומר טלית זו שאתה לבוש שלי יהא חולקין לסומכוס ופירשו שם דברי רש"י ז"ל דסובר שצריך שתיהם שיהיה בלא טענותם ספק לב"ד וגם שיהא היזק ממון וסברתו היה דשם כיון שתפסו שתיהם הוי ספק לב"ד אף בלא טענותיהם ע"ש והוצרך לפרש משום דאין היזק ממון אבל היזק ממון לחוד לא מהני וגם מה שבלא טענותיהם הוא ספק לא מהני לחוד היכא דליכא היזק ממון רק בשניהם דוקא סבר סומכוס דחולקין וממילא לא קשה קושית תוס' הנ"ל דבטלית שהוא לבוש אין ספק לב"ד ע"ש. ונראה לפ"ז דלכך כתבו תוס' סברתם הכא גבי הא דזאת אומרת דמכאן הוכיחו דלא כפירש"י הנ"ל דהנה המהרש"א ז"ל לקמן ריש פרק שור שנגח את הפרה הקשה על התוס' שכתבו שם דלא הוי משאיל"מ משום דלא גרע כפירה מהודאה משום דאלו היה מודה היה פטור לא הוי משאיל"מ והקשה אמאי אמרינן הכא דמתניתין אתיא דלא כסומכוס הלא הכא הוא קנס וגם אם היה מודה היה פטור וגם לסומכוס לא גרע הכפירה מהודאה וגם עכשיו פטור ותירץ דהכא כיון דאיכא אומדנא שהשור הזיקו שהיה רודף אחריו רק שאין אנו יכולין להוציא ממון באומדנא לחוד דלא קי"ל כר' אחא בגמל האוחר בין הגמלים וכל זה אם כופר אבל אם מודה לא הוי מודה בקנס דמודה בקנס אינו פטור רק היכא שהיה יכול לכפור והכא אינו רוצה לכפור ולומר נגד האומדנא וממילא גם כשכופר הדין חולקין ע"ש וגם בספר פנ"י הקשה קושייתו וכתב דלשטת הפוסקים דמהני תפיסה אתי שפיר לישנא דהמוציא מחבירו עליו הראיה רק קשה איך מוכח דחלוקין חבריו על סומכס כמ"ש ואף דאינו יכול לכפור לסומכוס דאף אם יכפור יהיה חולקין מ"מ יכול לטעון ברי ובברי וברי לא אמר סומכוס וגם עכשיו שטוען שמא לא גרע מאם הודה כמ"ש ע"ש וע"כ כתירוץ המהרש"א ז"ל שאינו יכול להכחיש האומדנא כמ"ש. והנה השיטה מקובצת

כתב בשם הרב המאירי דמתניתין אתי שפיר אף כר' אחא דאזלינן בתר אומדנא אף להוציא ממון ואעפ"כ שפיר פטור הכא אף שרדף השור אחריו והוא אומר בסלע לקה משום דדרך הוא כשרודף השור אחר שור אחר והוא בורח ממנו כדרכו ליפול בבורות או ללקות בסלע ואעפ"כ פטור דאינו אלא גרמת שורו ושפיר ליכא אומדנא על זה ע"ש דלא כפירש"י ז"ל שפירש דבסלע לקה היינו שמתחכך היה בסלע ולקה ולא מחמת גרמת השור דרש"י סובר כשיטת הרמב"ן דאף שור ששרף שטרותיו של חבירו או שמחקן חייב בעל השור ע"ש בש"ך ח"מ סימן שפ"ו וע"כ אומר בסלע לקה לא מחמת השור והנה דברי המהרש"א אינו רק לשטת רש"י ז"ל דלשטת המאירי ליכא הכא אומדנא כלל ורק לדברי רש"י דהיכא דלקה בסלע מחמת רדיפות השור חייב מחמת דינא דגרמי ורק אומר שמתחכך היה בסלע והוזק ולא מחמת רדיפת השור ושפיר איכא האומדנא ולא הוי מודה בקנס דאיך יכפור אם יאמר שהיה מתחכך בסלע ולא מחמת השור אינו רוצה להכחיש האומדנא ואם יאמר מחמת רדיפת השור ג"כ יתחייב מדינא דגרמי כדברי רש"י ז"ל ותירץ שפיר. והנה לכאורה יש להקשות לפי מאי דקי"ל סימן פ"ח בח"מ דאם טענו דוקא והוא מודה לו בשוה דהיינו שתבעו שמגיע לי ממך חפץ והוא מודה לו שוה דהיינו מעות או אפילו תבעו שמגיע לו הלואה ששיעבד לו אפותקי חפץ והוא מודה לו הלואה סתם הוי טענו חטין והודה לו בשעורין ופטור אף מדמי שעורין ע"ש וא"כ קשה למה ליה לרש"י ז"ל לפרש בסלע לקה דהיינו מתחכך היה בסלע ולקה הלא יכול להיות דשפיר מודה לו שלקה מחמת רדיפת השור וחייב באמת מחמת דינא דגרמי ואעפ"כ כיון שהוא תובעו שהשור הזיקו והוא תם וגובה מגופו וקי"ל כר"ע דהוחלט השור ואף לר"י דב"ח הוא מ"מ כתבו תוס' דהוי כאפותקי מפורש וא"כ תבעו חוב שעשה לו חפץ א' אפותקי והוא מודה לו שחייב מדינא דגרמי ואינו חייב רק הלואה סתם והוי טענו חטין והודה לו בשעורין וא"כ שפיר פטור אף מהמעות שמודה מחמת דינא דגרמי דהתובע מחל לו זה החיוב שתובעו השור והוי ממש כטענו חטין והודה לו בשעורין. אך באמת רש"י ז"ל הוצרך לפרש דלא מחמת השור הוזק דהש"ס הוכיחו לקמן ממאי דקתני המוציא מחבירו עליו הראיה גבי גדול וקטן דמשמע אם לא מייתי ראיה שקיל כהודאת המזיק ואמאי הא הוי טענו חטין וה"ל בשעורין ע"ש וא"כ גם הכא ברישא דקתני המוציא מחבירו עליו הראיה ואם נימא שמודה לו שהוזק מחמת השור וחייב מדינא דגרמי קשה דמשמע אי לא מייתי ראיה שקיל כדאמר מזיק והיינו מחמת דינא דגרמי ואמאי הא הוי ט"ח והודה לו בשעורין כמ"ש וע"כ שאין המזיק מודה לו כלום והיינו שאומר שלא מחמת השור הוזק ואינו חייב כלל והוצרך רש"י ז"ל שפיר לפרש כן אך לפ"ז נשאר קושיית

המהרש"א מאי פריך הש"ס הלא שפיר אתיא מתניתין כסומכוס ואעפ"כ פטור דלא גרע כפירה מהודאה כמ"ש וא"ל דלא הוי מודה בקנס אם מודה שאינו יכול לכפור ולהכחיש האומדנא ז"א דשפיר יכול לכפור ולומר שהוזק בסלע מחמת רדיפת השור ועל זה ליכא אומדנא דדרכו בכך כמ"ש וא"ל דחייב מחמת דינא דגרמי ז"א דשפיר יפטר מחמת טענו חטין והודה לו בשעורין כמ"ש שהוא תבעו השור וגם לא יכחיש האומדנא וא"כ אם מודה שפיר פטור דהוי מודה בקנס וממילא גם עכשיו שכופר דלא מחמת השור הוזק רק מתחכך היה בסלע לא גרע הכפירה מההודאה ושפיר גם לסומכוס פטור כאן כקושית המהרש"א ומאי פריך הש"ס דחלוקין חביריו על סומכוס הלא גם לסומכוס פטור הכא דהוי מודה בקנס כמ"ש אך נראה לפמ"ש הש"ך ח"מ סימן פ"ח דפסקו טענו חטין והודה לו בשעורין פטור אף משעורין משום הודאה ומחילה ע"ש והקשה הא קי"ל דאדם יכול לחייב עצמו בדבר שאינו חייב ואף שבוודאי אינו חייב מ"מ כיון שמודה שחייב יכול לחייב עצמו בהודאתו וא"כ כיון שגם הנתבע הודה שחייב שעורין חייב את עצמו בדבר שאינו חייב ע"ש:

ובאמת נראה דלא קשה מידי דהנה קי"ל ריש סימן ע"ה בח"מ דאם התובע אומר שאין זה האיש חייב לו כלום והנתבע אומר שחייב לו פטור ואף שהוא אומר שחייב מ"מ כיון שהתובע הודה שאינו חייב מחל לו ופטור ע"ש ונראה דאם היו באים עדים והעידו שאין זה חייב היה חייב מן הדין דכיון דבאמת לא לוה ואינו חייב וא"כ לא שייך לומר שהתובע מחל לו במה שהודה שאינו חייב דכיון דבאמת אינו חייב ולא לוה כלום א"כ מה היה לו למחול וא"כ כיון שהנתבע הודה אח"כ שחייב שפיר הוי מחייב עצמו בדבר שאינו חייב ובהודאתו מחייב עצמו חיוב חדש כיון שבאמת לא היה חייב לו וזה החיוב החדש לא מחל לו ושפיר חייב ואם היו באים עדים שראו שהלוה לו וחייב כבר מקודם נראה דהוא פטור דלא שייך הכא מחייב עצמו בדבר שאינו חייב בהודאתו ז"א דאינו מודה על חיוב חדש כיון שכבר באמת חייב רק שמודה החיוב הראשון והחיוב הראשון מחל לו התובע שהודה שאינו חייב לו כלום וכבר היה חייב ומחל לו בהודאתו וא"כ נראה דאם היה ידוע לנו שלוה לו וחייב היה הדין נותן דפטור ואם באמת לא לוה אז היה חייב כמ"ש וא"כ לכך פטור בשתי הודאות ההפוכות כיון שעדיין אומר שבאמת חייב לו ולא נתחייב עצמו בדבר שאינו חייב כלום ולכך פטור ולפ"ז מיושב שפיר קושית הש"ך גבי טענו חטין והודה לו בשעורין שהקשה דהוי מחייב עצמו בדבר שאינו חייב ולפמ"ש א"ש דהכא כיון שהתובע אומר שאינו חייב לו שעורין והוא מודה לו שחייב שעורין וא"כ כיון שעומד בהודאתו ואומר עדיין שחייב מקודם שעורין וא"כ לא חייב

את עצמו בדבר שאינו חייב רק בהחיוב מקודם ושפיר מחל לו השעורין שחייב מכבר שהודה שאינו חייב לו שעורין והוא לא חייב עצמו כלל בדבר שאינו חייב כיון שהוא אומר עדיין שחייב לו באמת שעורין וא"כ לא חייב עצמו כלל בחיוב חדש והתובע מחל לו השעורין שחייב מקדם ולכן אתי שפיר דטענו חטין והודה לו בשעורין פטור והנה לפ"ז א"ש קושיא הראשונה דנראה דלסומכוס דסבר ממון המוטל בספק חולקין א"כ גם בטענו חטין והודה לו בשעורין שהתובע הודה שאינו חייב לו שעורין והנתבע הודה שחייב לו ועדיין התובע אומר שאינו חייב לו ותובע ממנו השעורין שכיון שאינו חייב לו באמת א"כ חייב עצמו בדבר שאינו חייב והוא לא מחל לו כיון שאינו חייב באמת והנתבע אומר שחייב לו באמת שעורין וא"כ פטור שלא חייב עצמו והוא מחל לו וא"כ לענין זה ג"כ הוי ממון המוטל בספק וחולקין אי אמר סומכוס בברי וברי וחולקין על השעורין שהתובע תובע אותו שעורין ג"כ שאומר שאינו חייב לו מקדם וחייב עצמו והוא מודה שחייב לו כבר ופטור עכשיו והדין חולקין לסומכוס והכא הוי שפיר דררא דממונא שגם בלא טענותיהם הוא ספק לב"ד דהכא הוי גוף המעשה ההודאות שהודו שניהם זה הוא המעשה ועל זה טוענין עכשיו התובע אומר שאינו חייב וחייב מחמת הודאתו והנתבע אומר שחייב ולא חייב את עצמו בהודאתו והמעשה הם ההודאות והטענות הם אח"כ וא"כ גם בלא טענותיהם היה ספק לב"ד דהיינו מיד אחר השתי ההודאות ההפוכות נולד הספק לב"ד ושפיר חולקין לסומכוס דשמא אינו חייב באמת וחייב את עצמו עכשיו בהודאתו וא"כ פריך הש"ס שפיר דחלוקין חביריו על סומכוס דע"כ אתיא מתניתין דלא כסומכוס דא"ל כמ"ש דהטעם דפטור הוא מחמת מודה בקנס דז"א כדברי מהרש"א שאינו רוצה לכפור ולהכחיש האומדנא וא"ל דיכול לומר שלקה בסלע מחמת רדיפת השור דליכא אומדנא על זה ואעפ"כ פטור מדינא דגרמי משום דהוי טענו חטין והודה לו בשעורין ז"א דאי אתיא כסומכוס ממילא אינו פטור בטענו חטין והודה בשעורין דהוא ספק שמא באמת אינו חייב בשעורין דהיינו שהשור הזיק בקרן וא"כ חייב עצמו בהודאתו חיוב חדש וכיון דהוא ספק הוא שפיר הדין חולקין ולא יהיה פטור וממילא גם עכשיו לא הוי מודה בקנס שאינו יכול לכפור ולומר שלא לקה כלל מחמת השור דעל זה איכא אומדנא ואינו יכול לומר שלקה מחמת השור א"כ יתחייב חצי לסומכוס מחמת דינא דגרמי ולא הוי מודה בקנס וממילא עכשיו שכופר ג"כ הדין חולקין ומוכח שפיר דלא אתי' מתניתין כסומכוס ולפ"ז א"ש כאן שהוכיחו מהא דזאת אומרת דלא כפירש"י ז"ל דלא בעי היזק ממון דוקא לסומכוס דאי נימא דדוקא היכא דאית ליה גם היזק ממון אז הדין חולקין לסומכוס אבל במציאה לא מיקרי היזק ממון

ולכך אין חולקין א"כ נשארה הקושיא מאי פריך הש"ס הלא שפיר אתי כסומכוס רק הכא פטור משום דלא גרע כפירה מהודאה והיה פטור אם מודה מחמת מודה בקנס דיכול לכפור ולומר שלקה בסלע מחמת השור ואינו מכחיש האומדנא ואעפ"כ יפטור מחמת טענו חטין והודה לו בשעורין כמ"ש. וא"ל דלסומכוס אף בטענו חטין והל"ב חייב חצי דהוא ספק שמא אינו חייב באמת שעורין וחייב עצמו בדבר שאינו חייב כמ"ש ז"א כיון דכל הספק הוא שמא אינו חייב באמת וחייב א"ע במה שאינו חייב א"כ לית ליה היזק ממון כמו במציאה כיון שבאמת אינו חייב ואם חייב לו באמת ודאי פטור דמחל לו רק הספק הוא שאינו חייב לו וליכא דררא דממונא לפירש"י ואין חולקין לסומכוס כמו במציאה וא"כ שפיר הוי מודה בקנס אם הודה ועכשיו שכופר לא גרע מהודאה ולכך הוכיחו דבספק לב"ד לחוד תליא מילתא ולא בהיזק ממון ג"כ. ולפ"ז מיושבים דברי הרמ"ה ז"ל שפירש טעמא דט"ח והל"ב פטור הוא משום משטה והקשו לוקי מתניתין בעומד בהודאתו. ולפמ"ש א"ש דאפשר דגם הרמ"ה סבר טעמא דהודאה ומחילה רק דעל זה קשה הא הוי מחייב א"ע בדבר שאינו חייב וע"כ צ"ל כמ"ש כיון שאומר עדיין שחייב באמת לא חייב עצמו בחיוב חדש כלום וא"כ קשה בהיפך לוקי מתניתין בחוזר מהודאתו ואומר שאינו חייב שעורין א"כ כיון שאומר שאינו חייב ממילא הודה שחייב א"ע בדבר שאינו חייב ושפיר חייב במתניתין ומאי פריך וע"ז כתב שפיר דאי איירי בחוזר מהודאתו ממילא שייך שפיר טעמא דמשטה ואי עומד בהודאתו שייך טעמא דהודאה ומחילה כמ"ש וא"ש:

רש"י בא"ד מתחכך הי' בסלע ולקה דאי ל"ה הוי חייב מדינא דגרמי כו'. והנה למאי דמסיק ראוי ליטול ואין לו קשה אמאי לא פירשו דפטור משום דהוי טענו חטין והודה לו בשעורין שהוא תובע שישלם לו מגוף השור והוא מודה לו בחוב בעלמא מחמת דינא דגרמי כמ"ש ואתי שפיר לישנא דהמוציא מחבירו ע"ה מחמת ראוי ליטול ואין לו כמ"ש. ונראה ליישב דהנה רש"י ז"ל סובר דגרמת שורו ג"כ חייב כדברי הרמב"ן שכתב דשור ששרף שטרותיו של חבירו או מחקן חייב ג"כ מדינא דגרמי דהרמב"ן ז"ל סובר דינא דגרמי דאורייתא ע"ש. עוד כתב הרמב"ן שם דאף גורם דגורם ג"כ חייב כגון שרדף השור לשרוף שטרותיו של חבירו וע"י רדיפתו יצאה אש ושרף השטרות אף שהוא בעצמו לא שרף רק מחמת רדיפתו נשרף מ"מ חייב מדינא דגרמי שאתה פשעת שהי' לך לשמור שורך ולא הי' רודף ולא היה נשרף השטר ע"ש. והנה לכאורה לדברי הרמב"ן אלו קשה הכא במתניתין דאמרינן בשנים שהיו רודפין אחר אחד זה אומר שורך הזיק וזה אומר שורך הזיק שניהם פטורים דכל חד מדחי ליה ואומר שורי לא הזיק אף שרדף רק שור

חבירי הזיק ולכך פטורין שניהם והנה בשורף שטרותיו של חבירו דחייב הוא משום שגרמת לי היזק שאיני יכול לגבות מבעל חובי שיכול לכפור כיון שאין לי שטר עליו וכן בשור ששרף ג"כ חייב מטעם זה ששורך גרם לי היזק ברדיפתו שע"י רדיפת שורך נשרף שטרי ואיני יכול לגבות וגרמת לי היזק בפשיעתך שלא שמרת השור ורדף ואיני יכול לגבות ולכך חייב ע"ש. ולפ"ז קשה הכא בשנים רודפין אחר אחד אמאי פטורין הלא יכול הניזק לבא לאיזה שירצה ולגבות ממנו מכח ממ"נ אי שורך הזיק א"כ ודאי חייב אתה ששורך הזיקני ואם שור חבירך הזיק גם כן חייב אתה מחמת דינא דגרמי שע"י רדיפת שורך גרמת לי שלא אוכל לגבות מהמזיק שאם לא הי' שורך רודף ג"כ שפיר הייתי גובה ממנו כיון שבאמת הוא הזיק שורי ורק מחמת שגם שורך רדף אחר שורי יכול לדחות אותי אצלך ואיני יכול לגבות ממנו שיכול לומר שאתה הזיקתני ואם כן על ידי רדיפת שורך גרמת לי שלא אוכל לגבות מבעל חוב וחייב אתה מחמת דינא דגרמי דהוי כנשרף השטר ע"י רדיפת שורו דחייב משום שע"י רדיפת שורך אין לי שטר וכופר ובלא רדיפתו הי' יכול לגבות וגם הכא ע"י רדיפתו כופר המזיק ואומר שהוא הזיקו ובלא רדיפתו היה יכול לגבות ממנו וחייב שפיר ממ"נ אם שורו הזיק ודאי חייב מחמת עצמו ואם שור חבירו הזיק ג"כ חייב הוא מחמת דינא דגרמי וגם על טמון באש כתב הרמב"ן הטעם דפטור מדינא היכא שראה שבא אש לשרוף והלך וטמנו ופטר את בעל האש מלשלם אף דהוי כשורף השטר של חבירו כתב דלא דמי דהתם פטרו באמת קודם שנעשה ההיזק ולא נתחייב כלל הבעל האש אח"כ אבל השורף שטרות חייב באמת רק שגרם שיכפור זה ולכך חייב ע"ש. וא"כ שפיר חייב גם הכא ממ"נ. ונראה דהנה הש"מ הקשה אמאי בשנים רודפין לא יוכלו שניהם לומר בסלע לקה ושנינו לא הזיקנו אותך רק בסלע לקית ודוחק לומר דהעדים ראו שא' הזיק ולא ידעו איזהו דזה דוחק ע"ש. ולכך תירץ דכיון דשני שורים רדפו אחריו לא תלינן בסלע דאין סברא דמב' השורים לא הזיק א' רק בסלע לקה דדוקא גבי שור אחד שרדף אחריו תלינן גם בסלע אבל בשני שורים ודאי אחד מן השורים הזיק ולא בסלע ע"ש. ולפ"ז א"ש דאינו צריך לשלם מדינא דגרמי משום דמחמת רדיפת שורו אינו יכול לגבות והי' לו לשמור שורו שלא ירדוף והי' גובה מהמזיק ז"א הלא אם שורו לא הי' רודף רק שור המזיק לחוד ודאי לא הי' יכול לגבות ממנו שהי' יכול לומר בסלע לקה דבשור אחד לחוד יכול שפיר לומר בסלע לקה כמ"ש דכל הטעם דלא תלינן עכשיו בסלע הוא משום שרדפו אחריו שני שורים וא"כ אם לא רדף אחריו רק השור הא' לחוד הוי תלינן שפיר בסלע כמ"ש ולא גרם לו היזק כלל ולכך שניהם פטורים. ולפ"ז א"ש דצריך רש"י ז"ל לפרש מתחכך הי' בסלע ולקה וא"ל כמ"ש דאף

דחייב מדינא דגרמי מ"מ פטור דהוי טענו חטין והודה לו בשעורין ז"א דהטעם דפטור הוא משום שמחל לו שעורין אבל באם תובע בשמא ממ"נ תן לי או גוף השור או מדינא דגרמי ודאי חייב באחד דלא מחלו לו רק משום דרישא איירי בברי מחל לו א"כ שפיר הדרא קושיא לדוכתיה דחייב מדינא דגרמי בשנים רודפין אחד וא"ל דבשור א' הי' יכול לומר בסלע לקה כמ"ש ז"א דלגבי השני הי' שפיר יכול לתבוע ממנו ממ"נ או גוף השור או מדינא דגרמי ולא הי' מוחל לו והי' חייב באמת וחייב הוא שפיר עכשיו מדינא דגרמי ולכך הוצרך רש"י ז"ל לפרש שאומר מתחכך הי' בסלע ופטור אף מגרמי וגם הוא פטור עכשיו כמ"ש וא"ש. ולפ"ז מיושב מאי שהקשו המפרשים מאי פריך הש"ס דילמא איירי בליכא עדים על הרדיפה ולהפוסקים דמהני תפיסה בקנס אתי שפיר לישנא דהמוציא מחבירו עליו הראיה ע"ש בפנ"י ואף דסיפא דשנים רודפין אחר אחד ע"כ איירי ביש עדים על הרדיפה דקתני אם היו שניהם של אחד שניהם חייבין ואי ליכא עדים הוי מודה בקנס ופטור אף באיש אחד מ"מ רישא איכא לאוקמי בליכא עדים ומסיפא לא קשה דודאי אינו מגיע לו רק מא' ואיך יתן הא' ודאי שלא כדין. ולפמ"ש מיושב דפריך שפיר דיתחייב הא' מדינא דגרמי וא"ל כמ"ש דבלא רדיפתו הי' יכול השני לומר בסלע לקה שלא הי' אלא שור אחד ז"א כיון דהכא איירי באיכא עדים על הרדיפה א"כ אף אם יאמר בסלע לקה יהי' שפיר הדין חולקין לסומכוס א"כ ממילא חייב עכשיו מדינא דגרמי חצי שבלא רדיפת שור הי' נוטל חצי וגרם לו להזיק חצי וחייב הוא ג"כ חצי כמ"ש ואמאי שניהם פטורים ופריך שפיר ועל זה אמר ר"א אמר סומכוס אפי' ברי וברי דילמא מודה בברי וברי וממילא אינו חייב מדינא דגרמי דשמא הי' טוען ברי בסלע לקה והי' פטור אף לסומכוס וא"ל אין אמר סומכוס אפילו בברי וברי ועל זה פריך ממאי דמתני' בברי וברי דילמא איירי בשטוענין שמא וגם התובע אינו יודע אם לקה בסלע או לא וא"כ אינו חייב מדינא דגרמי שמא הי' טוען הנתבע ברי והוי שמא וברי ולא אמר סומכוס חולקין ואתי שפיר כסומכוס ועל זה משני מדקתני ברישא זה אומר לא כי וע"כ ממילא איירי שגם התובע טוען ברי דאל"ה בשמא וברי לא איצטריך לאשמועינן דלא וממילא סיפא דומיא דרישא ואיירי ג"כ בכה"ג דדוקא לענין זה י"ל דרישא איירי בליכא עדים על הרדיפה והסיפא באיכא עדים דמה שאינו לענין הטענות אינו צריך להיות שוים כמ"ש הפ"י אבל לענין ברי וברי שפיר שוים ומשני שפיר ומיושב בזה קושית תוס' ד"ה וממאי ע"ש דמקשה שפיר למ"ש בהיפך דאתי שפיר מתניתין כסומכוס וא"ש:

גמ' זאת אומרת חלוקין עליו חביריו על סומכוס דסבר ממון המוטל בספק חולקין כו'. והקשה הפנ"י לשיטת הפוסקים דמהני תפיסה בקנס בין אם כופר בין אי מודה קשה

דילמא איירי במתניתין בליכא עדים על הרדיפה ולכך אתי שפיר דהמוציא מחבירו עליו הראיה דאם המזיק מוחזק אין יכול להוציא ממנו אף לסומכוס כיון דבלא הרדיפה ליכא דררא דממונא וגם אי מודה על הרדיפה מ"מ הוי מודה בקנס דבלא הודאתו לא הי' הדין חולקין ואם תפס הניזק והוא מוחזק שפיר מהני תפיסתו ושייך שפיר המוציא מחבירו עליו הראיה ואין להקשות ליתני דין זה אם מודה ולמה תני בכופר דז"א דבמודה לא הוי מצי למיתני המוציא מחבירו עליו הראיה דלא מהני מה שהביא עדים אחר שהודה דהוי מודה בקנס ואח"כ באו עדים ופטור ואף דלכאורה לא הוי מחייב עצמו בקרן והיכא דאין מחייב עצמו בקרן חייב במודה ואח"כ באו עדים והכא ליכא דררא דממונא קודם שבאו עדים והיה פטור מהכל וחייב אח"כ כשבאו עדים ז"א כיון דבאו עדים אח"כ שרדף השור אחר שורו והזיקו א"כ במה שאמרו שרדף אחריו מיד נתחייב חצי לסומכוס דאינו יכול לכפור על החצי דשפיר איכא דררא דממונא וחולקין אף אם כופר ואף אי מודה צריך לשלם חצי וממילא מיד נתחייב בחצי והוי שפיר מחייב עצמו בקרן ופטור על החצי השני' אף שאומרים אח"כ שהזיק הוי שפיר מודה בקנס ואח"כ ב"ע ע"ש בספר פנ"י ובתומים מפורש יותר קושיא זו. ונראה לישב דהנה הפוסקים הקשו אהא דאמרינן דמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור ובראה עדים שממשמשים ובאים והודה קודם שבאו חייב דאמרינן מחמת ביעתותא דעדים קא מודה ולא הוי הודאה מעליא שידע שבאים עדים ונתייירא לכפור שיתחייב מחמת העדים וקשה גם במודה בקנס ואח"כ באו עדים נימא הכי כיון שידע הוא באמת שיבאו עדים שהוא ידע האמת שיש כאן עדים ולכך הודה מחמת ביעתותא דעדים ומה סברת הש"ס שם לחלק בין ראה שממשמשים ובאים ובין אח"כ באו ע"ש בש"מ. ונראה לישב זה דהנה איתא בש"ס ב"ק פרק מרובה סוגיא דעד זומם דאם העידו העדים על הגניבה ועל הטביחה ג"כ ואח"כ הוזמו על שתיהן פטורין על הטביחה או בהיפך אם העידו קודם על הגניבה ותכ"ד על הטביחה דכיון דהוזמו על הגניבה אגלאי מילתא דכי אסהדי אטביחה פסולין היו וגם בלא ההזמה לא היה ראוי לקבל עדותן ולכך לא הוי הזמה ע"ש וכן קי"ל בכל מקום היכא דאגלאי מילתא אף לאחר הזמה דאף בלא ההזמה לא היה מהני עדותם רק הב"ד טעו וסברו שהעדות ראוי וכיון שנודע שאף אם לא הוזמו לא מהני עדותם לא הוי הזמה כלל דמחמת טעות הב"ד אינם צריכין לשלם כיון שבאמת גם בלא הזמה לא היה עדותן מועיל ע"ש. והנה לפ"ז יש להקשות איך אמרינן בראה עדים שממשמשים ובאים דלא הוי מודה בקנס וחייב משום דמחמת ביעתותא דעדים קא מודה הלא אותן העדים שבאים הם עדות שאי אתה יכול להזימו כיון דבאמת מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור רק דאמרינן דזה

אינו הודאה כלל דהודה מחמת העדים אבל אם היינו יודעין שהודה הודאה גמורה היה פטור אף שיש עדים וא"כ אם יוזמו ודאי לא יצטרכו לשלם דכיון דהוזמו אגלאי מלתא דלא הודה מחמת ביעתותא דעדים כיון שבאמת אין כאן עדים כלל וא"כ כיון שהודה הודאה גמורה היה פטור אף אם לא הוזמו והיה עדותם אמת מ"מ היה מודה בקנס ואח"כ באו עדים ופטור רק שקודם ההזמה טעו הב"ד וסברו שהודה מחמת ביעתותא דעדים וחייבוהו וא"כ עכשיו שנודע לאחר שהוזמו ולא היה עדות כלל ונודע שהודה הודאה גמורה ואף אם היה עדותם אמת היה פטור ובחנם חייבוהו אף בלא הזמה רק מחמת שטעו וא"כ אינם צריכין לשלם דמה להם לשלם בשביל טעות הב"ד שחייבוהו על ידם כמ"ש לעיל ולא יצטרכו לשלם וגם עכשיו אינם נאמנין דהוי עדות שאאי"ל וליכא עדים כלל ואיך נוכל לחייבו קנס בהודאתו וגם לענין קנס ודאי בעינן עדות שאתה י"ל אליבא דכ"ע דמקשינן לדיני נפשות מדכתיב משפט אחד יהיה לכם אף החולקים על הש"ך ז"ל בממון וא"כ איך אמרינן דחייב בהודה מחמת ביעתותא דעדים אך ז"א דלקמן ע"ב אמרינן דאף שהודה בפני עדים ואח"כ הוזמו מ"מ חייב ואמרינן דהודה מחמת העדים שהיה מתיירא שמא לא יוזמו אף שבאמת אינם עדים כלל חייב שהיה מתיירא לכפור שמא לא יוזמו ויתחייב ע"ש ברשב"א לב"ק שפירש כן וא"כ ממילא אף דהוי הכא עדות שאאי"ל מ"מ לא הוי הודאתו הודאה דאעפ"כ כיון שראה שהעדים ממשמשים ובאים הודה מחמת ביעתותא שהיה מתיירא לכפור שאם יכפור יהיו נאמנים וא"כ אף שבאמת אינם עדים לא הוי הודאה כיון שראה שהעדים באים ולכך שפיר חייב דאמרינן מחמת ביעתותא הודה כמ"ש וגם אם יוזמו ישלמו שלא טעו ב"ד כלל דאף שהוזמו מ"מ הוא ראה שבאים ולכך הודה כמ"ש ושפיר חייבוהו הב"ד דהודה מחמת ביעתותא. ולפ"ז מיושב ממילא מה שהקשו דגם גבי מודה בקנס ואח"כ באו עדים ג"כ נימא שידע שיבאו עדים כיון שהיה באמת שם וראה אותם ולכך הודה מחמת ביעתותא דעדים ז"א דעל זה הוי שפיר עדות שאי אתה י"ל שאם יוזמו א"כ באמת לא היו. שם ולא ראה אותם כלל והודה הודאה גמורה כיון שעכשיו שלא ראה שיבאו עדים רק דנימא דראה שהיו שם בשעת מעשה ואם הוזמו לא היו שם ולא ראה אותם כלל וודאי יהיו פטורים דאף בלא ההזמה היו פטורים דאגלאי מלתא שהיה פטור כמ"ש ולכך א"ש דמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור משום דהוי עשאאי"ל ואומרים שקר וכיון דאומרים שקר ולא היו שם כלל א"כ הודה הודאה גמורה לא מחמת העדים שלא ידע כלל מהעדים ולכך א"ש דפטור. ולפ"ז מיושב הקושיא שהתחלנו שהקשה הפנ"י מאי פריך הש"ס דלמא איירי בליכא עדים ומהני תפיסה ולא מצי למיתני בהודה דלא מהני העדים אח"כ דהוי מודה בקנס

ואח"כ ב"ע ואף דאינו מחייב עצמו בקרן מ"מ כיון שמעידים העדים שרדף והזיק וכיון שאמרו שרדף נתחייב בחצי ולכך פטור אח"כ כמ"ש. ולפמ"ש מיושב דהכא שפיר חייב אף דהוי מודה בקנס ואח"כ באו עדים כקושית הפ' דאמרינן מחמת ביעתותא דעדים הודה שידע שיבאו עדים וא"ל כמ"ש דהוי עשאאי"ל שאם יוזמו היה הודאתו הודאה גמורה והיה מודה בקנס ואח"כ באו עדים ופטור ז"א דהכא אם יוזמו וא"כ אמרו שקר גם על הרדיפה וא"כ לא היה מחייב את עצמו בקרן וא"כ פסקו הב"ד שפיר דחייב אף אי הודאתו הודאה גמורה מ"מ כיון שהוזמו ולא רדף כלל חייב דלא הוי מחייב עצמו בקרן כמ"ש וא"כ פסקו הב"ד שפיר דחייב מחמת עדותם כיון שהוזמו ולא הוי מחייב עצמו בקרן וממ"נ חייב דקודם שנודע שאמרו שקר היה חייב דמחמת ביעתותא דעדים קא מודה ואחר שנודע שאמרו שקר על הרדיפה ממילא היה חייב דלא חייב עצמו בקרן וכיון שהעידו על ההיזק אח"כ ממילא חייב ורק מחמת ההזמה פטור ושפיר יתחייבו העדים לשלם אם יוזמו והוי עכשיו יכול להזימו וממילא שפיר חייב דאמרינן מחמת ביעתותא הודה ואף לרבנן התם דלא סברי בראה עדים שממשמשים ובאים טעמא דביעתותא י"ל דג"כ טעמם הוא משום דהוי עדות שאאי"ל כמ"ש והם סברי דכיון שאינם עדים באמת לא שייך סברא דמחמת ביעתותא הודה אבל הכא דבאמת הוי יכול להזימו והוי עדות ג"כ מודים שפיר דלא הוי הודאה וא"ש. ולפ"ז מיושב מאי [שהקשו] ז"ל אהא דכתבו תוס' ד"ה זאת אומרת דדוקא פליג סומכוס היכא דאיכא ספק לב"ד בלא טענותיהם אבל בלא"ה מודה סומכוס דהמוציא מחבירו ע"ה דאל"ה כל א' אם יאמר טלית זה שאתה לבוש שלי הוא יהא הדין חולקין והקשו אמאי כתבו זה תוס' אהא דזאת אומרת כמ"ש לעיל. ולפמ"ש א"ש דהנה לכאורה יש לישב זה בפשיטות לפמ"ש תוס' לקמן ריש פרק שור שנגח הפרה שרצו להוכיח דסומכוס סבר חולקין דוקא היכא שאין אחד מוחזק רק עומדת באגם אבל היכא דאחד מוחזק מודה סומכוס דהמוציא מחבירו עליו הראיה ע"ש. ואח"כ דחו דבריהם והוכיחו דאף במוחזק סבר סומכוס דחולקין דאל"ה מאי הוכיח הש"ס זאת אומרת חלוקים חביריו על סומכוס מדקתני המע"ה דלמא איירי מתניתין היכא דהמזיק מוחזק ומודה סומכוס דהמע"ה ע"ש. וא"כ מיושב דבכל מקום לא הוי מצי להוכיח דסומכוס לא סבר חולקין רק שבלא טענותיהם היה ספק לב"ד מהא דאם יאמר לחבירו טלית זה שאתה לבוש שלי וכן מהא דאמרינן סרוכי לאו כלום וקשה יהי' חולקין ז"א דהתם הא מוחזק וכן אי נימא דסרוכי לאו כלום הוי השני לחוד מוחזק ובמוחזק מודה סומכוס דהמע"ה אבל בעומדת באגם שפיר סבר סומכוס חולקין אף אי ליכא ספק לב"ד בלא טענותיהם ולכך כתבו תוס' הכא גבי הא דאמר זאת אומרת דמהכא מוכח

דסומכוס סבר חולקין אף במוחזק דאל"ה לא מוכח כמ"ש תוס' וקשה שפיר מהא דסרוכי לאו כלום ומטלית זו שאתה לבוש שלי הוא ומוכח דפליג היכא דהוא ספק לב"ד בלא טענותיהם דוקא. אך ז"א לפמ"ש לקמן בספר שיטה מקובצת דאף דאמרינן דסומכוס לא סבר רק בעומדת באגם מ"מ פריך שפיר הכא דמשמע ליה דמתניתין איירי בכל גווני אף בעומד שור המזיק באגם לר"ע דהוחלט השור ע"ש וא"כ עדיין לא מוכח מידי די"ל דאין צריך ספק לב"ד כו' ולפמ"ש א"ש דשפיר הוכיחו דאי כמ"ש לא מוכח מידי דאתי שפיר כסומכוס רק דאיירי בליכא עדים על הרדיפה כמ"ש וא"ל דליתני בהודה ז"א דפטור אף אם באים עדים אח"כ דשפיר חייב עצמו בקרן אף בלא העדים דלא היה מודה בקנס רק אחצי דעל החצי האחר היה חייב אף אם היה כופר כיון דלא בעינן ספק לב"ד בלא טענותיהם והכא איירי שפיר בעומד באגם והוכיחו שפיר דבעינן ספק לב"ד כמ"ש וא"ש:

דף נה:

תוס' ד"ה התורה מיעטה כו' הקשו איך בעי למילף דשן ורגל חייב בר"ה ק"ו מקרן כו' וליפרוך מה לשן ורגל שמיעטה תורה בשמירתן כו'. ואפשר לומר דהא דמיעטה תורה וסגי שמירה פחותה היא משום זה עצמו כיון דהפשיעה שלא תצא ותכנס לחצר הניזק שע"פ רוב שומר חצרו וממילא בשומר הפרה בדלת שי"ל ברוח מצוי' יש ב' ספיקות דלא תצא וגם אם תצא אינו עומד שתכנס לרשות אחר וחשיב כרוח שאינו מצוי כלל כדאמר פסחים פרק אלו דברים דף ע' ב' ספיקות לא אסיק אדעתיה בקפץ כו'. וא"כ לס"ד דנילף דשן ורגל חייב גם בר"ה לא יהיה הדין כלל דסגי בשמירה פחותה וגם לזה נלמוד מקרן כנ"ל. משא"כ למסקנא:

דף נו.

אלא לחבריה. כ' תוספ' דוקא שוכר אבל אמר גם בד"ש פטור. וש"ך ז"ל תמה הא אמר פ"ב דקדושין דגם דאין שליח לד"ע חייב בד"ש ע"ש סימן ל"ב. ולע"ד לק"מ דהא אין השוכר יודע אם מעידין שקר אם כן באמר להם להעיד שקר לחבירו והעידו אמרינן ודאי אמת העידו לא מחמת ציוי של זה המשלח ד' רב כו' ד' מי שומעין. ולע"ד אף שנתברר אחרי שהעידו שאיש א' אמר להם להעיד שקר לא נתבטל עדותן כלל בזה. וא"כ יש לו עדים כשרים שהאמת כן וממילא פטור גם מד"ש. משא"כ שוכר דעכ"פ פסולין הם דנוגעים ונוטל שכר להעיד עדותו בטלה ואין לו עדים ושפיר חייב בד"ש משא"כ שאר

שליחות לד"ע כנ"ל. ועוד דלא שייך בעדים ענין שליחות גם כשהיא אמת וכמו מי שאמר לא' כהן קדש לך אשה גרושה דגם בד"ש פטור:

לנפשי' ממונא בעי לשלומי כו'. והגם שי"ל עידי שקר שלא ראו והמעשה אמת וכשמודה אחר שהגבו ב"ד ע"פ העדים ששקרו ואעפ"כ מגיע לו הוי כהאי דשטרא זייפא דפרק ח"ה דלהחזיק מהני המיגו וצ"ל דבזה רק עונש יש בי"ש דעבר לפני עור אבל חיוב תשלומין אין עליו גם בד"ש. גם י"ל גם בשמא ויש לו עדים ולשכנגדו עדים ולא היה שום א' מוחזק ושכר להזים ונעשה מוחזק דלא מפקינן מיניה וחייב בד"ש דנעשה מוחזק בשקר שבעצמו אינו יודע אם האמת כהעדים שלו. ואפשר דכה"ג גם מפקינן מיניה כדמשמע פרק ח"ה גבי אנן אחתינן כו' לזילותא ל"ח:

תוס' כסויי כסיתי' כו' וא"ת גלוי וידוע כו' דאפילו מתכוין לטובה ויוכל להציל כו' ע"ש ולע"ד תמוה הדין בשביל ס' שיוי טמון לא יציל אם אפשר שינצל עי"ז ונראה דמחוייב וע"כ אין לחייבו וי"ל דהא מה בכך דמשוי טמון כיון שהתורה פטרה מה שייך שעושה היזק. והא עי"ז עושה טובה לזה כמבריח ארי. וע"כ דמה לך לזה מה חזית דממון דהאי חביב טפי ואין רשאי לעשות מעשה אבל כשאפשר קצת שינצל גם במתכוין לפטור הלה ג"כ ס"ד דפטור גם בד"ש ועוד כיון דאפשר בכיסוי זה שהוא להציל ס"ד דהוי היזק שאינו ניכר בחיוב שכולו רק בד"ש וגם בד"ש פטור. ומשמע דהוא עצמו שכפף וכסי' כדי שיהא טמון פטור גם בד"ש דאל"ה לימא רבותא. אך י"ל דגם דטמון פטור מ"מ עכ"פ בד"ש חייב דהא גרם הפסד:

ומדלא נקיט רבותא אם היה טמון וגילה שגרם חיוב דחייב בד"ש. משמע דפטור גם בד"ש בפרט להנ"ל דבטמון חייב בד"ש א"כ בד"ש לא גרם לו הפסד כלל. מ"מ אינו מוכרח ולכתחילה נראה דאינו רשאי דמה חזית כו' אף שע"י פשיעתו. ואם גלה פטור ובעל הקמה עצמו נראה דרשאי לגלותו לעשות מחוייב בד"ש בי"א כיון שע"י פשיעה כו' והוא מתכוין לטובת עצמו כמו שחילקו הפ' במוחל שט"ח לעצמו בד"א. והחילוק בין מוחל דחייב בד"א שכבר יש חיוב ומפסידו משא"כ משוי טמון שעושה שלא יהיה חיוב. ואף למ"ד זרק כלי בתר מעיקרא מ"מ כ' תוס' דבזורק אבן לכ"ע בתר תבר כו':

דף סה.

אמר רב קרן כעין שגנב כו'. בתוס' הקשו מקמ"ל מתניתין היא דכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה. הנה לכאורה הי' אפשר לפרש דב' מילי נינהו. וקרן כו' אף שהוא בעין והוזל ג"כ מחוייב להשלים שווי' שהיה בשעת הגניבה דמתחייב מיד בשעת גניבה לשלם

שווי' וכמו שבאחריותו לענין אונסין כן באחריותו לענין זולא. ולכך פריך מ"ט על הקרן ויליף לה מקרא דחיים אחיי' לקרן כעין שגנב היינו כשוויו שהיה אז דאל"כ מפסיד השיווי שהיה יכול למכור אז. וי"ל דרב לטעמי' דאמר בסנהדרין ע"ב בא במחתרת ונטל כלים פטור דסבר דכל גנב קונה הגניבה מדאוקמי רחמנא ברשותו לאונסין רק חיוב עליו והשיב כחיוב פרעון ושפיר פוטרו קלבדר"מ ע"ש. ודחי שם ולא הוא כי אוקמי לאונסין מ"ד אשואל ע"ש. ולא מפרש שם טעם ארב שאינו סובר דחי' הנ"ל. ולמ"ש באמת מה"ט משלם הקרן כעין שגנב אף שבעין וע"כ לא בתורת שואל אוקמי רחמנא ברשותו רק שקנאו כנ"ל. ושפיר מהך קרא דאחיי' לקרו כו' יליף רב התם דקונה כנ"ל. ואנן באמת לא קיי"ל כרב בהא כשהוא בעין כדדחי התם רק בנאבד לענין זולא אבל רב שפיר מיירי קרן כעין שגנב בין שבעין והוזל ובין שנאבד אח"כ. ואך תקשה ממתני' דהגוזל מטבע ונפסלה דאומר הרי שלך לפניך דהוי כהוזל כנ"ל. וכן תרומה ונטמאת חמץ ועעה"פ ואף די"ל דלא קשה דהא אפשר לפרש במשנה דבהמה והזקינה כו' דהוי היזק ניכר ושינוי קנה ומחויב לשלם דמים כשעה"ג וא"י ליתן הבהמה בשויו דעכשיו דאין שמין לגנב וגזלן לעיל י"א. משא"כ מטבע ונפסל דלא הוי שינוי אומר הש"ל ומ"מ המותר לשויו צריך להשלים מקרא דאחיי' כנ"ל דלענין זה קנאו שהוא באחריותן גם כשהוא קיים לזולא כנ"ל. אך חמץ ועעה"פ דאינו שוה כלום ע"כ הפי' הש"ל שאין צריך לשלם. אמנם הא שם צ"ח ע"ב יליף לה מקרא מה ת"ל אשר גזל יחזיר כעין שגזל מכאן תרומה ונטמאת חמץ ועעה"פ כו' ע"ש. א"כ כיון דצריך קרא י"ל דוקא גזל אבל גנב ממילא כיון דכ' אחיי' לקרן דהוי למעליותא כמ"ש תוס' לא לגרוע ממילא א"י לומר הש"ל דלעיל י"א כ' תוס' מירושלמי דאין שמין בגזלן מאשר גזל ובגנב מחיים אחיי' לקרן כו' וע"כ דלא ילפינן מהדדי. ממילא י"ל כנ"ל ואף בזולא חייב להשלים:

אך לא משמע להו לתוספות לפרש כן דא"כ מה פריך לימא פליגא דרב אדרבה תברי' כו'. הא קרן כעין שגנב לא מיירי כלל בטבח כו'. ומ"מ אין כ"כ ראיה דלמאי דבעי למימר בהוקר מיירי וע"כ הפי' אחיי' לא למעליותא כמ"ש תוס' א"כ א"א לפרש כנ"ל משא"כ למאי דמסיק בזולא ואחיי' למעליותא י"ל כן אף שבעין. ועוד דעכ"פ משמע דקאי על שניהם קרן כו' בין שבעין ובין טבח כו' ופריך דבטו"מ גם הקרן משלם כיוקרא

אך למ"ש תוס' סנהדרין שם דוקא במחתרת שיש חיוב מיתה שפוטרו קנאו משא"כ שאר גנב דא"כ שלו הי' טובח כו' ע"ש. ונראה לפרש דאף דאמר התם דגנב קנה מדאוקי ברשותיה לאונסין וא"כ בכל גנב קאי מ"מ הא כיון דחייבה תורה בהשבה גוף החפץ. ניהו דחיוב זה הוא חיוב לשלם חפץ שלו. מ"מ הא שוב הוי עכ"פ כאפותיקי מפורש

דא"א לסלקו בזוזי. ולמפרע גובה כמ"ש תוס' גיטין פרק השולח. ולכך פוטרו שפיר החיוב מיתה כשאר חיוב דרק חיוב עליו להשיב וכיון שפטור אינו גובה ואינו שלו כיון דלא גבאו לבסוף. משא"כ כשאין פטור שוב כשגובה החפץ הוי דבעלי' למפרע. ומ"מ לא אמרי' שלו הוא טובח אף דקנאו בשינוי ולא גבאו ושלו למפרע מ"מ כיון שהוא עשה זה בטביחתן כו' שפיר חייבתו תורה ד' וה' דבלא הטביחה הי' דבעלים אף שגרם אלמפרע כנ"ל:

ומיושב בזה לשון הגמרא לימא פליגי דרב אדרבה כו' והא מיירי בדברי רב ועלה קאי והול"ל לימא פליגא אדרבה ולמה עוד הפעם הזכיר רב. וגם הול"ל למפריך ארבה. ולמ"ש י"ל דהא יש סברא לרב דאף תברי' משלם כדמעיקרא דרבה לדידן דלא קי"ל כרב בסנהדרין ולא קנאו ובדחברי' קעביד חייב כדהשתא בכל מזיק משא"כ לרב דקנאו ועכ"פ כשלא גבאו הי' שלו למפרע א"כ גרם רק שהפסיד שלו ולא ישלם רק כדמעיקרא דקנאו אז כנ"ל. ולכך אמר לימא פליגא דרב אדרבה דמספקא לי' משום דרב לטעמי' כנ"ל לכך פליג דבתברי' רק כדמעיקרא ומסיק דגם לרב חייב משום דמ"מ קודם שתברי' היה החיוב על גוף החפץ וכשגובה שלו למפרע שפיר חייב דגם בעבד שעשאו אפותיקי קי"ל דחייב מזיק שיעבודו כו' ע"ש כנ"ל. בתוס'. לענין יוקרא וזולא כו'. לכאורה אינו מובן דנהי דמייתי בפסחים ראיה היכא דמעיקרא שוי' ד' ולבסוף זוזא דמשלם ד' שם הפי' מעיקרא כשאכלו שאבדו מעולם ודאי דמשלם ד'. וכן בהמפקיד מייתי לה רבה על תברי' כו' בהוקר. משא"כ בהוזל דכשהיה בעין היה מחזירו וכשנאבד לא מוכח שישלם כשעת הגזילה. דהא בשומרין משלם רק כשיויו שבשעת פשיעה ואונסין כמ"ש הה"מ ה' שאלה. אף למ"ד משעת משיכה איחייב באונסין הוא שנתחייב כשויו שבשעת אבדה מעולם. וממילא גזלן דמדמי בסנהדרין דאוקמי' ברשותיה לענין אונסין י"ל כשויו דאז וקמ"ל רב כעין שגנב. דבהוזל גם תברי' כו' מחייבן כדמעיקרא רק מצד איתבר ממילא כנ"ל. וצ"ל דמשמע לתוס' דהא מתני' לענין שינוי שאינו מחזיר הכלי רק דמים וע"כ דמשמע להו לגמרא דגם לענין יוקרא וזולא דלשון משלמין כשעה"ג משמע בין הוקר בין הוזל. ומוכח ממילא גם הוזל. ומ"מ הא י"ל דזה אחר דאשמעינן רב מפרשינן המשנה כנ"ל:

והנה הטעם דחלוק מדין שומרין ושואל תמה בשיטה מקובצת פרק המפקיד למה באיתבר ממילא וכ' וי"ל דשאני שואל דלא מחייב באונסין עד שעת שבירה ומתה וברשותי' דמרי' למכירה והקדש. אבל גזלה כיון דמשעת משיכה מחייב באונסי' ונפקא

נמי מרשות בעלים להקדש כו' ע"ש בשם רמב"ן ז"ל. ואינו מובן הא ע"ז דנין כיון דכשבעין לא מחייב ממילא החיוב כשנאבד ומה בכך דאינו ברשותו להקדש:
והנה הטעם כדאמר לעיל י"א דאין שמין לגנב וגזלן ולשואל שמין וכ' תוס' הטעם דמזיק אינו מתחייב רק מה שהזיק ולא הזיק יותר דמה שנשאר מהכלי לא הזיק אבל גנב וגזלן קנו מיד כשהוציאו מרשות בעלים כו' ע"ש. והא מסיק בסנהדרין שלא קנו דלא כרב רק מ"ד אשואל. וצ"ל דמדמי לשואל רק לענין דאוקמי ברשותי' לאונסין אף שלא קנאו אבל לא לענין החיוב. אך מנ"ל באמת. ותוס' כ' דבירושלמי יליף בגנבה מחיים ולא מתים ובגזלה מאשר גזל וצ"ל דהלימוד הוא דלכאורה בשינוי דיליף מאשר גזל שכשאינו כאשר גזל לא יחזיר רק דמים בעי' שלומי ומנ"ל כיון שאין עליו והשיב מנ"ל דדמים חייב. וע"כ דהא יש בחפץ ב' דברים גוף החפץ שהוא דבעליו אף שרוצים ליתן דמיו. וגם יש בו זכות שוי' דמיו. ולכך כשהוא אשר גזל חייב להשיב גוף החפץ. וכשנשתנה או נאבד הוי אונס דא"א לו להשיב גוף החפץ שגזל. ומ"מ על שווי דמים שגזל אינו אונס דאפשר לו לקיים להשיב עכ"פ דבר השוה ממון שגזל דזה יתקן בתשלומין ומה"ט חייב באונסין לא מטעם שומרין דהא לא קיבל שמירה כמ"ש תוס' פרק הכונס נ"ו. א"כ החילוק הוא דבשלמא בשומרין לשואל שאמרה תורה חייב לשלם בפשיעה או אונס א"כ חייבתו תורה על הפשיעה או שואל על האונס דכ' ונשבר כו' ישלם. א"כ לא מחייב רק כשעת שוי' בשעת אונס דלא מחייב יותר ממזיק בידים. משא"כ גזלן דהחיוב ע"כ רק כשאינו מקיים והשיב גוף החפץ חייב והשיב על השיווי שלענין השווי הוא אשר גזל א"כ ממילא חייב השווי שבשעת גזילה דשווי שבשעת אונס אינו אשר גזל. ודוקא כשהוא בעין אף שהוזל מ"מ הוי אשר גזל החפץ כמו שהוא והש"ל והיינו דיליף צ"ח ע"ב תרומה ונטמאת כו' מאשר גזל דאף דהי' סברא דחייב והשיב על השווי יותר משומרין קמ"ל כיון דחשוב אשר גזל קיים והשיב אין חיוב דמים כלל. משא"כ בנאבד והחיוב ג"כ מוהשיב צריך להיות השווי אשר גזל כנ"ל וממילא משלם כמעיקרא כנ"ל. והיינו דיליף בירושלמי דאין שמין מאשר גזל היינו שלא נאמר דדינו כשואל ושומר שהחיוב על שעת אונסין וממילא מה שנשאר שלא נפסד אין חיוב רק המותר שהפסיד ושמין ויליף מאשר גזל כיון דנשתנה ואינו השבת גוף החפץ אשר גזל החיוב והשיב דמיו אשר גזל כנ"ל. ובגנבה יליף לה מחיים ולא מתים וע"כ מוכח ג"כ כנ"ל דהחיוב מיד. וא"כ זה עצמו הוא הטעם דאמר הכא מ"ט כו' חיים בגניבה אחיי' לקרן כעין שגנב דא"א ללמוד מגזלה כירושלמי הנ"ל. ומיושב קושית תוס' שפיר אמר מ"ט על הקרן בגנב כנ"ל. וי"ל דאי לאו אשר גזל מוהשיב לחוד לא הוי ידעינן. דהא קי"ל כרשב"ג באיצטלית דחזרת דמים הוי

חזרה דמה לי הן ומה לי דמיהן כיון דש"כ ככסף כ"ש שוה החפץ. וכ"פ הרא"ש סוכה פרק לו"ע במתנה עמ"ל דכ"ע היכא דלא שייך לצעורי' הוי חזרת דמים כחזרת החפץ כשנאבד ואינו בעין ע"ש. וא"כ בגזלה כיון דאם בעין אף שהוזל או נאסר פטור דהש"ל ואין חיוב כלל בדמיו כיון דמקיים והשיב רק כשאין מקיים כנ"ל חייב דמיו. וא"כ בהוזל ונאבד למה יהי' חייב יותר משויו שבשעת אבדה הא כשמחזיר שויו של אז הוי כחזרת גוף החפץ דהוי חזרה כנ"ל. וכשמחזיר החפץ מקיים והשיב ושוב אין חיוב כלל יותר כאם הי' החזיר החפץ השוה כך. דא"ל בין כלשון ב"א דמשמע שם דמדינא כן בכל דבר ע"ש. אך מדכ' אשר גזל א"כ כשהחפץ קיים הוי זה עצמו שגזל. אבל הדמים ניהו דהוי כחזרה של חפץ מ"מ הוי רק כחזרת חפץ שבשעת אבדה לא אשר גזל דכשגזל הי' החפץ שוה יותר שאין דמים אלו שוים. וע"כ חייב כשעה"ג ושפיר רק מאשר גזל יליף. ובגנבה מחיים כנ"ל. דכמו דאין שמין אף דש"כ ככסף אפילו סובין גלי קרא דדוקא כעין שגזל חיים או דמים דטוב כאותן של אז כשגזל ממילא דוקא כשוים של שעה"ג ולא אמרינן מה לי הן כו' כנ"ל. ובשומרין ושואל דליכא לימוד מה"ט באמת משלם בהוזל ונאבד כאח"כ דחשוב חזרת החפץ כשויו של אז דמ"ל הן כנ"ל. גם א"א ללמוד מגנב וגזלן דשם חייבתו תורה מצד איסורא דעביד י"ל דלצעורי' דקפידא ולא סגי בחזרת דמים כמו בגט משא"כ שומר דמצד החיוב שקיבל עליו כנ"ל. ועיין מ"ש לקמן בעי עיקר הטעם:

שם כפל ודו"ה כו' אחיי' לקרן כו'. ותוס' פי' דוקא קרן ולא הכפל. והיינו דלא קאי חיים על שנים ישלם רק אלעיל אם תמצא כו' הגנבה חיים אז ישלם ב' והא גם כשלא נמצא חיים משלם כפל. וע"כ דאמרה תורה דלעולם קרוי שנמצא בידו חיים הגניבה דצריך לשלם כחיים כעין שגנב. א"כ קאי על הקרן ולא אכפל. והא אקרן לא צריך דבל"ז כל הגזלנין כו'. וע"כ למעוטי כפל אתי. וא"כ לירושלמי דיליף מחיים דאין שמין א"כ מנ"ל למעט כפל הא צריך לגופי'. ובפשיטות י"ל כמ"ש תוס' לקמן ע"ב דאי לאו קרא יש להשוות קרן וכפל וכן מבואר בירושלמי ריש המפקיד דכ' שנים כו' דמשמע שהן שוין. וא"כ זה לרב מסברא דכפל ודו"ה שהוא קנס והחיוב בשעת העמדה בדין דקודם גמ"ד לאו בר חיובא כלל כדאמר פ"ק דמכות ואף לצי"ש פטור. ממילא כשויו דהעמדה בדין. רק דשוב ה"א דיש להשוותם וממילא גם הקרן כשעת העב"ד היכא דאיכא כפל. וזה לא מוכח כלל ממשנה דגזלנין משלמין כשעה"ג דגם גנב היכא דליכא כפל משלם כשעה"ג רק כשמשלם כפל שהוא קנס שפיר י"ל דכך היא הקנס שישלם ב' כשויו דשעת העמדה בדין. וקמ"ל רב דאף דאיכא כפל מ"מ הקרן כעין שגנב וע"ז יליף דאחייה לקרן כו' אף

כשמשלם כפל כנ"ל. ושפיר הזכיר הגמ' הטעם רק על הקרן דעל הקנס מסברא רק יליף דאין שוים כנ"ל:

לכאורה לרבה לר"מ דבקנס אינו פוטר קלבדר"מ והאי קרא אמחתרת כ' וא"כ י"ל דוקא נמצא חיים דהוי נטל ומחזיר כדאמר סנהדרין לרבא אז ישלם שנים דמכפל אינו פוטר. משא"כ כשאינו חיים פוטר מהקרן דהוי שיבר וממילא אם אין קרן כו' וא"כ חיים דוקא ולא מוכח לכעין שגנב. דבשלמא לדידן דגם מקנס פוטר א"כ ע"כ ישלם ב' קאי על אם זרחה כו' ומוכח כרב משא"כ לר"מ מנ"ל דקאי על רישא. וא"כ מה פריך מברייתא דלמא כר"מ. אך ז"א דהא רב סבר אפילו נטל. וע"כ קאי על אם זרחה דאל"ה אף חיים פטור. ועוד גם לדידן דנטל חייב מ"מ לא מיקרי גנב לחייב כפל כיון שאינו באחריותו כדאמר רבה פ"ג דכתובות להדיא גנב וטבח במחתרת ע"ש ומסתמא כרבא מ"מ דנטל חייב. וי"ל. ועוד דלא איצטרך קרא לאשמעינן הך דבל"ז ידעינן דקלבדר"מ אינו פוטר מגוף החפץ דזה לרבא מסברא. ועוד דכ' חיים ואח"כ ישלם דמשמע שהתשלומין כעין חיים אף שאין בעין וע"כ דקאי אאם זרחה שמש כו':

שם כחושה והשמינה כו' בתוס' תמהו דאי בהשמינה א"כ הי' מגרע כוחו של קרן כו'. ולע"ד די"ל דרב מיירי שפיר בזולא או בהכחישה רק כיון דע"כ הטעם דבשלמא כפל שייך כיון דחיוב קנס בהעמדה בדין אמרה תורה ישלם כשיוי הפרה בשעה שמחזירה בב"ד דגם הקרן קיים וממילא גם באינו קיים ג"כ כנ"ל. אבל טבח תשלומי דו"ה דלעולם אינו קיים למה ישלם כשעת העב"ד כיון דהחיוב על שעת טביחה ואי שוה יותר ואובד דבר השוה כו"כ. ומה בכך שהוזל אח"כ בהמה כזו כיון שאינה קיימת איך שייך לדון על מה שהוזלה. וע"כ ס"ל לרב כמו כפל דג"כ החיוב בב"ד על שעת הגניבה מ"מ כיון שבלא העמדה בדין אינו חייב רק בצירוף שניהם. א"כ החיוב מה שגנב דבר והוצרכו להוציא ממנו בב"ד דאם הי' מחזיר קודם שעב"ד הי' פטור. א"כ כיון שהוזל ואם לא גנב והי' ברשותו בשעה שמוציאין בב"ד ג"כ לא הי' לו רק פרה השוה כפי הזול דעכשיו ממילא גם החיוב כפל רק על שיוי זו דע"ז הוא שחייבתו תורה שגנב ולא החזיר עד שמוציאין בב"ד וכנ"ל. וא"כ בטבח ג"כ דהחיוב דו"ה על ששנה או נשתרש כו' ואיבד הפרה מהבעלים א"כ כיון דאם לא עמד בדין והודה הי' פטור א"כ החיוב ג"כ בצירוף שטבח ואיבד הפרה שאם לא הי' טובחה הי' עתה חוזרת בעינה בב"ד. וממילא ג"כ החיוב רק על שוי' דעכשיו דאם לא טבחה והיתה קיימת לא הי' לו רק פרה השוה כזולא כהשתא וע"ז האיבוד דטביחה שאינה קיימת בשעת העמדה בדין הוא החיוב ושפיר כשעת העמב"ד. א"כ פריך שפיר דממילא גם בהוקרה כן בטו"מ דאם היתה קיימת

היתה כהשתא א"כ בטביחתו איבד שלא יהי' לו הפרה בשעת העמדה בדין. ואם לטובת הגנב אמרה תורה כנ"ל דחשיב הטו"מ איבוד כהשתא ממילא גם לגריעותא כן דהחיוב ע"כ דנין כאם היתה קיימת כנ"ל. ושפיר אף דרב מיירי בזולא מ"מ כן ממילא בהוקר והשמינה ג"כ דהי' חוזרת בעין כמו ששמינה כנ"ל:

אך הא קי"ל שבח שע"ג גזלה דגזלן וא"כ גם אם היתה קיימת הי' השבח של גזלן ולמה ישלם כהשתא. אך זה רק מדרבנן מתקה"ש. וי"ל דאין התקנה פוטרתו מדו"ה כדאמר לקמן ע"ב אי חולין בעזרה ל"ד ע"ש. ועוד דמסקינן דצריך לשלם רק דמים לגזלן וניהו דקודם שמשלם הוא שלו מדרבנן מ"מ שוב אינו חשוב שלו לפוטרו מדו"ה אך תוס' סוברים דלר"י גוף השבח שלו. ולהרמב"ם ז"ל פשוט דהא סובר דקודם יאוש נתפטמה מעצמה לא קני השבח רק אחר יאוש או פטמה בידים. וא"כ למ"ד דלא מחלק בין בידים א"כ לא קנה השבח קודם יאוש פריך שפיר. דאף דלר"ש חיוב טו"מ לאחר יאוש מ"מ ע"כ מה שהשמינה הי' קודם יאוש ופריך כנ"ל. ומשני אנא מפטימנא כו' דבפטמה מודים מדינא השבח דגזלן כמ"ש הרמב"ם ז"ל גם קודם דאף אי אין אומן קבשב"כ מ"מ היינו שעושה השבח ע"ד בעה"ב משא"כ גזלן וא"כ גם אם היתה קיימת הי' השבח שלו ואיך ישלם כהשתא. ושפיר הוכיח הרמב"ם ז"ל דין שלו מכאן דהלח"מ כ' דאינו מוכח. ולמ"ש שפיר מוכח כנ"ל. דעיקר התירוץ כנ"ל:

ומיושב קושית תוס' דלמה אמר כי קאמר רב ביוקרא ולא בנתפטמה מאלי' וכ' דבאמת כו' וקשה למה נקיט אנא מפטימנא כו'. ולהנ"ל מיושב דר"ש דסבר לקמן דיאוש לא קנה א"כ שפיר פלוגתא דר"י ור"ש בשבח שעג"ג מיירי אחר יאוש כנ"ל וכמו שפ'. ולכך נתפטמה מאלי' אי כרב הי' משלם כהשתא כיון דנתפטמה קודם יאוש. ומשני דרק משום אנא מפטימנא היינו דגם לר"ש לא קשה. אבל רב גופי' דסבר לקמן יאוש כדי קני וע"כ ר"י ור"ש בקודם יאוש מיירי ומ"מ שבח שעג"ג דגזלן. א"כ א"א לאוקמי לרב בנתפטמה מאלי' דגם אם הי' קיימת הי' שבח דגזלן. ואף שמדרבנן י"ל דג"כ פוטר כנ"ל. ומוקי דוקא ביוקרא ושפיר הלשון מדויק דר"ש דפריך כנ"ל דחי לי' דאמר אנא מפטימנא כו' וכי קאמר רב ביוקרא דרב גופי' ע"כ רק ביוקרא לא בנתפטמה מאלי' כנ"ל:

עוד י"ל דהא קשה להפ' דפטום לא הוי כיוקרא רק כדבר הנוסף כגיזות וולדות א"כ כיון דקי"ל שבח שע"ג גזלה דגזלן ולתוס' צ"ה ע"ב קי"ל כר"י דכיון דכולה שבחא דידי' מתקה"ש פשיטא דמגופי' שקל ע"ש ד"ה לר"ש. וא"כ למה חייב דו"ה בכחושה והשמינה הא מקצת שלו ולא קרינן בי' וטבחו כולא באיסורא כגנב משל אביו דפטור כיון שיש לו חלק. ואף שהוא מדרבנן מ"מ הפקר ב"ד כו'. וכן תוס' לקמן מספקא להו בדרבנן

ע"ש. ולענין כולא באסורא י"ל לכ"ע דמ"מ יש לו חלק. וי"ל דזה טעמא דר"ש דפריך דסבר דע"כ השמינה הוי כיוקרא דלא שייך אטו יוקרא גנבי ממך כמ"ש תוס' שאינו דבר נוסף. וזה עצמו החילוק בשבח שעג"ג ג"כ דביוקרא לא זכי שאינו דבר נוסף משא"כ נתעברה כו' וכן נתפטמה אם הי' חשוב דבר נוסף שיהי' שייך אטו שומן גנבי ממך ממילא השבח פיטום שלו כנתעברה ופטור לגמרי מדו"ה דלא הוי וטבחו כו'. וע"כ דהוי כיוקרא ואעפ"כ משלם כמעיקרא ופריך שפיר. ומשני דא"ל אנא מפטימנא היינו אף דהוי כיוקרא מ"מ כאן צריך לשלם לו כיון שהשביח בידים ואף דלא קני בגופה מ"מ הוי כשדה העשוי' ליטע. וממילא אף דקרי כולו באיסורא שאין לו בגופו מ"מ לענין דו"ה לא שייך חיוב הנ"ל שלולא שטבחו והי' קיימת הי' לו שמינה כמו שהוא דהא הי' צריך לשלם לו בעד הפיטום א"כ לענין השיוי טבח רק השוה כחושה אם לא הי' טובח ושפיר משלם כדמעיקרא כנ"ל. ומטלה ונעשה איל לא קשה כמ"ש לקמן:

או די"ל להיפוך דגם לתוס' לר"י שתיקנו דשקיל מגופי' היינו דבלא התקנה הי' מפסיד כיון שהשביח ממילא. משא"כ בהשמינה דבלא התקנה ג"כ צריך לשלם לו לא שייך תקנת השבים וממילא לא קני כלל בגופי'. ומשני שפיר דא"ל אנא מפטימנא כו'. ואין לו בגופי' רק הדמים ולא הפסידו כלל השיוי ולכך דו"ה כמעיקרא וא"כ לא מצי לאוקמי דרב בנתפטמה מאלי' דאדרבא י"ל דבזה פטור מדו"ה לגמרי דלא קרי כולא באיסורא דקני השבח מתקה"ש כנ"ל. כיון דחשיב דבר נוסף כנ"ל. וקי"ל כר"י דשבח שעג"ג דגזלן וקי"ל מה שהשביח מכר כנ"ל. ורש"י והש"ך ז"ל כ' דפטום כיוקרא ע"ש:

עוד י"ל דהא השמינה הוי שינוי ככחשה וא"כ שלו טובח. וע"כ משום דהוי שינוי החוזר דלא קני. ועיקר הטעם בשינוי החוזר דהא עדיין עליו חיוב והשיב על אז כשיחזור לברייתו ויהי' אשר גזל ובואלו מחזירו אז. וא"כ כל מה שמחייבן בדו"ה הוא רק משום שדנין אותה כאלו חזרה להיות כחושה א"כ משלם כדמעיקרא כחושה. דא"א לחייבו כמו ששמינה דהא כמו שהוא עכשיו אין חיוב דו"ה כלל רק מצד שכאלו כבר חזרה להיות כחושה כנ"ל. וא"כ י"ל דמאלי' תלי' אי שינוי ממילא קונה שפיר שייך ג"כ כנ"ל כיון דהחיוב דו"ה רק משום דהוי שינוי החוזר כנ"ל. אבל למ"ד שינוי ממילא לא קני אף דאינו חוזר כמ"ש תוס' לקמן ס"ח א"כ החיוב לא מצד חוזר רק אף כמו שהיא לא קני בנתפטמה מאילי' ושפיר כדמעיקרא ורק בפיטמה כנ"ל. ולכך נקיט הגמ' מה שהוא לכ"ע אנא מפטימנא כו' ורק ביוקרא וזולא דממילא תלי' כנ"ל:

שמינה והכחישה כו' י"ל קטלה כו' פלגא כו'. ותמוה כמ"ש תוס' ואין תירץ מובן לכאורה מ"ש דאין הולכי' לבתר דמים דהשתא כו'. הא אמר ד' וה' כדהשתא אף שטבח וקני

בשינוי. וצ"ל דהא המיעוט אחיי' לקרן הוא רק למעט כפל דכ' ב' ישלם. ומנ"ל דו"ה שאינו כשעת טביחה וע"כ דממילא דינם שוה דכ' ארבע כו'. ונכלל כפל. ולענין כפל יש סברא לחלק דכשהוא בעין בשעת העמב"ד קאי ישלם ב' בשעת תשלומין דהא הבהמה חוזרת משא"כ נאבד דאין חיוב רק מצד שעת הגניבה דאיתבר ממילא כו' י"ל דגם הכפל כאז כיון שאין תשלומין אחרים רק על שעת גניבה. רק בטבח אף דהי' ראוי להיות הכפל כשגנב דהא אינו חוזרת רק כיון דחיוב דו"ה על הטביחה על שאבדה ואינה קיימת והא אלו הי' קיימת היתה חוזרת והי' הכפל רק כהשתא שהוזל ולא הוסיפה תורה בטו"מ רק הב' על הכפל שהי' בלא הטביחה ולא שיהי' הכפל יותר. ולכך בטבח ג"כ משלם כל הדו"ה כהשתא כנ"ל. וי"ל דנקיט רב קרן כשגנב בנאבד וטבח כנ"ל. וכפל ודו"ה היינו כפל כשבעין או טבח כשיש דו"ה ממילא הכפל נכלל וכל דו"ה בהעמדה בדין כנ"ל. אבל בנאבדה או שינוי שיש כפל לחוד ואין חוזרת עתה שוב הכפל כשגנב כנ"ל. וזהו שכ' תוס' דאם היתה מיתה מאלי' הי' החיוב כפל כשגנב כנ"ל. ואף הרגה בידים ג"כ דזהו אינו גניבה וג"כ אין תשלומין מצד גניבה רק כאז. רק בטו"מ כפל ג"כ כעכשיו כמו שהי' הכפל בלא הטביחה כנ"ל. ומשני שפיר דגם בהכחישה מ"ל קטלה כולא דהי' החיוב כפל כמעיקרא כנ"ל כן פלגא הא קנאו בשינוי וע"כ דסבר דמ"מ לא אמרינן שלו טובח כו'. ועכ"פ גם בלא הטביחה הי' הכפל כמעיקרא דקנאו ואין תשלומין כעכשיו כנאבדה והי' כפל כמעיקרא. ושוב כשטבח אח"כ גם הדו"ה כמעיקרא דלא אימעוט רק משום דשוה לכפל כנ"ל. אך מ"מ תמוה דצריך לימוד רק שלא יהי' כשעת טביחה אבל מנ"ל כשגנב. אך ממילא שוה לקרן כל דליכא קרא כמ"ש תוס' לקמן:

או י"ל דעכשיו דסוברים תוס' דהוי שינוי הכחיש וע"כ דאף דשלו טובח מ"מ חייב וע"כ שאין השנוי פוטרו וע"כ דנין כקודם השינוי דעכשיו בשעת טביחה שלו. א"כ ע"כ גם השיוי על מעיקרא קודם שהוכחשה ופי' התוס' אילו מתה היינו לענין הכפל כמו שיש לחלק בכפל כשיש תשלומין כעכשיו ישלם כזול משא"כ מתה קאי ישלם כשגנב כיון דא"א על עכשיו כן לענין דו"ה כשבלא שינוי דאפשר לחייבו על שעת טביחה כעכשיו משלם כזול כנ"ל משא"כ בשינוי קודם ומ"מ חייב דא"א לחייבו על שעת טביחה דשלו וע"כ החיוב שטבח דבר שגנב ולא הי' שלו קודם השינוי. ממילא התשלומין כמעיקרא. מ"מ דוחק גדול דלא מצינו מאן דפליג על שלו טבח. וע"כ בשינוי החוזר מיירי. ולפירש ב' התוס'. דדוקא בגניבה קיימת שחוזרת אז כפל כהשתא דשייך ישלם ב' משא"כ בנאבד דאין כאן תשלומי קרן רק משום הגניבה. רק רבותא דרב דקמ"ל דקרן כעין שגנב בנאבד משום דהחיוב על הגניבה אבל כפל (אף דכפל) אף כשבעין מ"מ החיוב על שעת הגניבה

והוי כלענין הקרן כשאינו בעין דל"ש הש"ל להכפל מ"מ משלם הכפל רק כהעמדה בדין כמו הקרן שחוזר בעין כשווי דהשתא. ואמר גם תשלומי דו"ה כן. היינו דהא במכר שפיר ג"כ משלם כזולא דהשתא דהא לרב חיובי' לפני יאוש כדאמר לקמן שהמכירה אינו מועיל רק שנה בחטא כו'. וא"כ שפיר חוזר הקרן וממילא דו"ה כהשתא כנ"ל. רק די"ל גם טבח ממילא כהשתא דהא איתקוש למכירה כדאמר בש"ס וכיון דבמכירה הי' משלם כזול דעכשיו ממילא גם טביחה כן. אבל בהכחישה מקודם. כמו אם מתה כו' דהי' כפל כמעיקרא וכן במכר ממילא אותו המותר נאבד וחייב דלזה הוי שינוי אף שאינו קונה קני עכ"פ לשלם ושוב יש תשלומין כדמעיקרא וחייב כנ"ל:

אך לשון תוס' משמע דקני בשינוי ואעפ"כ משלם. ואפשר דגם לתי' א' הוא דילפינן דלא אמרינן בשנוי שלו טובח אי אין לשחיטה אלא בסוף הוי תמיד שינוי קודם גמר וחייבו תורה שוב אף שאר שינוי כן ופליג אדר"א לקמן. ודוקא ביאוש אמר רב שלו טובח אבל בקנין שמחמת שינוי אינו פוטר מדו"ה ככל טביחה דיש שינוי כנ"ל. וא"כ בזה ע"כ חייבתו תורה כדמעיקרא קודם השינוי דעל אח"כ אין חיוב דשלו טובח. וממילא אף בשינוי ממילא ג"כ משלם כדמעיקרא כיון דשינוי ממילא ג"כ קני ומ"מ חייב ע"כ כשעת הגניבה משא"כ בלא שינוי כנ"ל:

ולתי' הב' סוברים דקודם גמר טביחה לא חשיב שינוי כמ"ש תוס' לקמן רק עכ"פ לענין השווי למ"ד אין לשחיטה אב"ס והוא שוה פחות כשעת גמר טביחה ומ"מ משלם כקודם התחלת טביחה וילפינן מזה דבשביל שעשה בידים בבהמה שתהי' פחות אמרה תורה שלא יהי' נשכר עי"ז ומשלם כקודם שהפחתה ושוי' וממילא גם הוכחשה בידים קודם ג"כ משלם כקודם שהכחישה דמ"ל כולה כו' שלא יהיה נשכר כנ"ל משא"כ בזולא או הכחישה ממילא א"א ללמוד ומשלם כהשתא כנ"ל. ובאמת י"ל גם פירש"י כן דהכחשה בידים אתחלתא דטביחה כו'. אף דקטלה באופן זה אינו חייב מ"מ הכחישה ואחר כך טבחה כמו דהתחלת טביחה אינו מגרע התשלומין כיון שטובח בסוף הגמר כן ההכחשה מקודם אינו מגרע כנ"ל:

ולע"ד נראה דיש לפרש לשון הגמרא כפשטי' דדוקא בזולא דכשהיא קיימת הטעם דפטור לשלם המותר משום הרי שלך לפניך דחשיב זה שגנב אף שהוזל ממילא גם הדו"ה כשעת העב"ד היינו כשעה שחוזרת כנ"ל. משא"כ הכחישה דע"כ בהכחשה דהדר דאל"ה קני כ"מ ריש הגוזל. וא"כ בכחש דהדר דהוי היזק ניכר דמ"ל קטלה כולה או פלגא דעלה אמר בגמ' הך לישנא גבי שואל וא"כ הטעם דפטור לשלם המותר שהכחישה אינו משום היזק שא"נ ל"ש היזק רק משום דהוי שנוי החוזר לברייתו וע"כ הטעם דפטור

אף דהחיוב לשלם עכשיו ועתה חסר ממנה ע"כ משום דהא תוקף ועושה מלאכה פטור דעל מה שמשהה אותה הגזלן לא חייבתו תורה כשמחזיר כמו שגזל. ולכך כיון דאם הי' משהה עד שתחזור לברייתה הי' השבה כן חשוב שנוי החוזר מה שמחזירה עכשיו כאלו מחזירה כשכבר הדרא לברייתה דהוי חזרה עכשיו על אז שתהי' כמו שגזל. וא"צ לשלם דכל שהוא בעין אין חיוב דמים וזה חשיב שמחזירה מה שתהי' אחר זמן כמו שגזל וכריש ב"ק שקול כיוקרא דלקמי' כו'. וא"כ בזה שפיר משלם דו"ה כעין שגנב בלי הכחשה כיון דבלא הטביחה הי' החזרה רק מצד דמחזירה כמו שכבר חזרה לקודם הכחשה. וכמו אם חזרה והי' טובחה דהי' החיוב כן בהכחישה דהדרא כנ"ל. ושפיר אמר מ"ל כולא כו'. ודוקא בזולא או שאר היזק שאינו ניכר כמו אם הי' נעשה שור הנסקל או גנב תרומה ונטמאת הי' משלם כפל כהשתא דבזה אם הי' קיים הי' חזרה מצד דחשיב עכשיו כמקודם משא"כ הכחשה דאי לא הי' הדרא לא הי' משלם כלל דו"ה דשלו טובח. וכל החיוב רק מצד דהדרא כבלא הכחשה ושפיר כעין שגנב כנ"ל. גם י"ל דעל הכפל משלם מדינא דגרמי במה שהכחישה כשורף שטר דכ"ז הי' משלם כמו שמינה ואף בקנס י"ל דחייב גורם. וממילא דו"ה ג"כ. אך ז"א כיון דאין המותר בתורת כפל רק גורם הדו"ה כדהשתא:

אדרבה כשתברי' כו'. לכאורה מה קמ"ל הא לא גרע מאם הזיקו אחר. וכן פרק המפקיד אמר השתא דגזלי וכל הגזלנין כו' למה ליה מטעם גזלן. וי"ל דאם אחר תברי' שמין כשויו הגוביינא מן הגזלן אם קשה להוציא ממנו אינו משלם יותר רק כשיוי הספק. וכמ"ש בש"ע בשורף שטר שמין כשויו אם קשה לגבות. וכן במוחל אף במוחל לעצמו כן א"כ גם גזלן עצמו משום מזיק לא הי' חייב רק כהפסד הספק אם יבוא לגוביינא ממנו. והשאר הוי כאיתבר ממילא כשעת גניבה. וקמ"ל דלא רק דחשיב עתה גזלן גמור דמה שקשה להוציא מחמת גזלנותא אינו מפחית השווי לגבי עצמו. גם ס"ד דלא חשיב הפסידו דהא יש לו החיוב אחריות מצד הגזילה ודוקא בא אחר ואכלו דא"צ להיות לו דו"ד עם הגזלן משא"כ בעצמו. או דס"ד דמטעם מזיק שמין השברים ורק על השיוי דשעת גזילה אין שמין משא"כ על המותר דתברי' וקמ"ל דגם ע"ז חשיב גזלן ואין שמין גם לענין המותר שהוקר וי"ל ממילא משלם זוזא. קושיא הנ"ל למה חלוק משואל וע"כ דחיובו מיד כשגנב כמ"ש תוס' י"א. וקשה דרש"י ז"ל סנהדרין פ' דחיוב אונסין בגזלן ילפינן משליחות יד דכ' אם לא ש"י כו' משום דאי שליחות יד לא מיפטר באונס ע"ש. וא"כ כיון דאמר פרק המפקיד דש"י אצ"ח דלא יאמר שליח' יד כו' דלא גרע משואל ע"ש. ומבואר דדינו כשואל דאל"ה הא צריך לגופיה שיתחייב בהוזל כשעת ש"י וגם

למאן דפליג למה אמר דיו לפטור בבעלים ולא אמר דיו להתחייב כשעת אונסין כנ"ל. וזה בהוזל וכן בהוקר קשה למה יגרע בשואל דחייבו כשעת אונסין וגזלן הא אמר התם דלא גרע משואל עכ"פ. ודוקא ש"י כשלא נשתמש עדיין כ' התוס' דא"א ללמוד משואל דלא יצא עדיין מרשות בעלים כלל. משא"כ גזלן וגנב גמור שמושך להשתמש בלי רשות לא עדיף מברשות כסברת הש"ס שם דחייב. ולכאורה י"ל דשוים דדוקא ש"ח וש"ש שחיובם על שלא שמרו כראוי א"כ חייבתם תורה ההפסד שבגרמתו כאלו עשוי בידים וע"כ החיוב רק על שעת אבדה בין יוקרא ובין זולא כנ"ל. משא"כ שואל דחייבתו תורה באונס שאינו ע"י מעשה שלו וע"כ דקני ליה לענין זה שהתורה אוקי ברשותיה לאחריות שיהי' כאלו שלו נאבד באונס והוי השואל הבעלים לענין ההפסד א"כ י"ל גם בשואל דשוה לגזלן דחיובו משעת משיכה. והי' נראה דתלוי בב' לישני דגמ' לקמן קי"ב בהיתה פרה שאולה לו וטבחה דדמי לגניבה דחיוביה משעת משיכה לרבא ולל"ב היינו דר"פ דחיוביה דשואל משעת אונסין. וי"ל דללישנא דמשעת משיכה בשואל ג"כ החיוב כשוי' דמעיקרא. והגמ' דאמר דלא גרע משואל הוא להך לישנא ונקיט דיו על בבעלים ששייך לב' לישנא הנ"ל. אולם לא משמע כן. דהא פשוט לש"ס פרק המפקיד דאמר דפליגי אי שואל של"מ גזלן חייב כמעיקרא ואי שואל הוי חייב כשעת אונסין ע"ש בפלוגתא דב"ש וב"ה. ומשמע דגם אי שואל משעת משיכה מ"מ החיוב רק כשיוי שיהי' בשעת אונסין רק דאותו החיוב הוא למפרע מיד משא"כ בגזלן כנ"ל. וי"ל דשואל שהחיוב מצד קבלת שמירה ג"כ אינו חייב בהוקרה קודם שנאנס כמו. טבעת כסף ונמצא זהב דדהבא לא קבלית עליה כו' סוף הכונס רק במזיק ע"ש. ובש"ח י"ל דחיוב בפשיעה בהוקרא די"ל נהי דלא קיבל אז שמירה כשיוי זה מ"מ כיון דאפשר שיתיקר והנח לפני ג"כ ש"ח א"כ עכ"פ אז כשנתיקר נעשה ש"ח על שויו דהשתא כיון שאינו מקזירוו. ונשאר בידו הוי כהנח. וש"ש ושואל לחיוב דידהו י"ל. דפטורים מהמותר. וממילא גם גזלן לא עדיף מינייהו וגם בפשיעה פטור דלא קיבל כמ"ש הרא"ש ורק כדמעיקרא כנ"ל. רק בהוזל קשה ועיין מ"ש:

ועיקר נראה דגנב וגזלן הוי מזיק מיד דהא הוציא החפץ מרשות בעלים והפסידם. וכאלו א' מוציא חפץ ונותנו לגנב מתחייב מיד לשלם לבעליו. וש"ת שנגנב בפשיעתו חייב מיד וא"י לומר שימתין אולי ימצא הגנב וחשיב מזיק מיד וכ"ש הגזלן עצמו כשמוציא החפץ מבעליו מה חילוק בין לוקחו לעצמו בגזלה או שנותנו לגזלן אחר. ומה"ט חשיב ריש מס' ב"ק גנב וגזלן בכלל כ"ד א"נ לשלם ממיטב דמזיק נקרא כנ"ל. וא"כ יש עליו חיוב תשלומין בעד החפץ מיד ככל מזיק. רק דאם מחזיר החפץ בעין פטור מצד דהא גם במזיק

שנתנו לגנב וגזלן או שומר שפשע ונגנב והוצרך לשלם ואח"כ הוכר הגנב קי"ל דההפץ חוזר לבעליו וחוזר המעות לשומר ששילם או להמזיק שמסר החפץ לגזלן. והטעם דאף דהיה צריך לשלם היינו דאף שנשאר ספק שמא יוציא החפץ מהגזלן ואף דספק הזה שוין ממון מ"מ אין שמין ס' כזה וא"י לנכות משיוי זה מהתשלומין דאין הבעלים צריכין להיות בספק ולכך צריך לשלם מיד ומ"מ נשאר ספק זה של בעליו שכשיוציא החפץ יהי' של בעליו והתשלומין יהיו חוזרין. וכן בגזלן עצמו אף דההיוב עליו לשלם דמים כשאינו מחזיר החפץ כשאר מזיק אם היו הבעלים רוצים. מ"מ כשמחזיר אח"כ החפץ נפטר מחיוב דמים דמזיק כהוכר הגנב כנ"ל דהיו הדמים חוזרין אף ששילם כבר מכ"ש שלא שילם עדיין ושפיר אמר הש"ל אף שהוזל משא"כ בנאבד נשאר החיוב דמים דמזיק כנ"ל דכבר נתחייבו כנ"ל. וכמו דאמר פרק המפקיד דאף למ"ד ת' בפשיעה וסופו באונס פטור מ"מ מודה כשגנב בפשיעת השומר ומתה בי גנב דחייב השומר דהא אי שבקה כו' בי גנב הוי קאי ונשאר החיוב דפשיעה כל שאינה חוזרת כנ"ל. וא"כ לא נפטר הגזלן במה שנאנס דהא גם בלא האונס היתה נפסדת מהבעלים ע"י גניבתו כמו שם כנ"ל. ושפיר משלם כשהוזלה כשעת גניבה דכל שאין חוזר גוף החפץ נשאר חיוב דמזיק דמיד שהפסידו כיוקרא דאז כנ"ל. וזו כוונת רמב"ן ז"ל שם בין שואל דברשותיה דמריה קאי א"כ קודם שנאנס הי' לבעלים חפץ שלהם הוי' החיוב רק כשעת אונס משא"כ גזלן דלאו ברשותיה והקדש ולשאר דברים א"כ הפסידוהו מיד בגזלתו כנ"ל. ומיד נתחייב כנ"ל. רק אף דזכי מיד בחיוב וכאלו שלם מ"מ כשהגזלה חוזרת בטל החיוב למפרע דזה הספק נשאר של בעלים כנ"ל. אף שזכה בכל התשלומין רק שא"צ להמתין ולהיות בס' אבל כשמוחזר בטל משא"כ נאבד כנ"ל. ולכך תבריה או שתי' אח"כ משלם כיוקרא אף דלענין ההיזק כבר שלם בעד החפץ מ"מ כיון שזה הס' שיהי' מוחזר הי' דבעלים לא גרע מגזל כו' ובא אחר ואכלו דרצה מזה גובה כו'. כן גובה מגזלן גופיה בתורת מזיק על תברי' דרצה גובה שלא בתורת גזלה. משא"כ איתבר שהחיוב רק מצד הגזילה והא זה כבר נתחייב אז על ההיזק זה עצמו. ואף בפשיעה הוא רק שהכניסו לס' הפסד וזה עצמו כבר הי' בשעת גזילה וע"ז נתחייב אז משום ספק הפסד. וכמו שנראה אם הגזלן נתנו לגזלן אחר דלא הוי כתברי' כו' ואינו משלם כיוקרא דשעה שנתנו להגזלן דדוקא בתברי' זה גזילה חדשה שהי' של בעליו ונפסד כדאמר בגמ' אבל זה ההפסד שנתנו לגזלן לא נפסד רק זה ההפסד עצמו שהי' קודם שנתנו לגזלן הב' דג"כ כבר הופקע מרשות בעליו ע"י ומה חילוק בינו להב'. וע"ז החיוב כבר נתחייב על שעת הגזילה כנ"ל. וקנה זה כששילם ככל מזיק דאף שהוקר פטור שכבר הזיקו קודם שהוקר כנ"ל:

דף סה:

גמ' גנב טלה כו' וקנאו טבח כו' שלו כו'. פירש"י להא מלתא דאי טו"מ שלו כו' ופטור אבל משלם קרן כדהשתא כו' וכפל כו'. ותמוה למה קרן כהשתא נהי דלא ס"ל כהרא"ש ז"ל בריש פרק הגוזל רק דשינוי הוי כתברי' כו' מ"מ היינו גבי שינוי בידים אבל שינוי דממילא הוי כאיתבר ממילא דמשלם רק כעין שגנב וכמ"ש הפוסקים באמת וגם מה זה להא מלתא הא קני גוף החפץ גם בשינוי דממילא אף שתוס' כ' לקמן דף ס"ח ע"א לר"א די"ל דמחלק בין בידים לממילא מ"מ לדידן דאין שמין לגזלן ע"כ שינוי ממילא ג"כ קני. אמנם לקמן בדרבה שינוי קונה כו' פירש"י ג"כ היכא דשינוי בידים. וכן פרק הגוזל ע"ש. ולכאורה מוכח כן ריש תמורה דפריך לרבא דאעל"מ והרי גזל דא"ר ל"ת ותנן הגוזל עצים כו'. ואי שינוי ממילא קני לא שייך אעל"מ כמ"ש תוס' שם גבי צורם אוזן בכור כו' דמ"מ נעשה השינוי. ומשמע דממילא לא קני רק מצד מעשה שלו שייך אעל"מ. אולם בלא ז' תמוה ג"כ שם דמשמע דלאביי דא"ע מהני בלא יתורא דאשר גזל שינוי קנה דמה"ט מוקי לאביי קרא לחומש ע"ש. ותמוה במה קנאו כמו כל חפץ של בעלים שנשתנה ודאי דכל השנוים לא מפקא להו מבעליו ועדיין שלו אף דקיימא באגם אז דלא שייך שזוכה בשעה שנשתנה וע"כ דמה ששלו הוי שלו לכל הדברים כו' וא"כ למה יקנה הגזלן בשינוי הא אינו שלו וכשואל ושומר דלא קני בשינוי. ומיתורא דאשר גזל י"ל דגלי קרא דאם אינו אשר גזל פטור. אבל בלאו קרא מה בכך דא"ע מהני כיון שא"י שהוא קנין כלל. ונראה דהטעם בהא בסנהדרין דף ע"ב ע"א אמר רב דגנב וגזלן מדאוקי רחמנא ברשותיה לאונסין מוכח דקנה לגזלה רק חיוב והשיב עליו כמו פירעון חוב אף דשלו ומה"ט קמ"ל בדר"מ פוטרו. רק גמ' דחי כי אוקמי ברשותי' לענין אונסין כשואל ע"ש. והא לענין אונסין חלוק משואל דמשלם כיוקרא דשעת הגזלה כמ"ש לעיל. וא"כ י"ל דע"כ לא דחי הגמרא רק דבמה שיש עליו חיוב והשיב גוף החפץ לא קני כלל כשהוא בעין דאין סברא דהפי' והשיב אף שהוא שלו. רק הגזלה של בעלים כיון שקיימת. ואין ראיה מחיוב אונסין די"ל כמו שואל דאף דאין לו קנין כלל בחפץ מ"מ חייב כנ"ל רק מ"מ לענין כשנאבד ואין והשיב י"ל שפיר בזה כרב דלזה נשאר הסברא דהא חלוק משואל דחייב כשעת הגזלה וע"כ אוקי רחמנא ברשותיה מיד לענין שכשלא יהיה אפשר בהשבת גוף החפץ קנאו להתחייב בדמיו מיד וכמעכשיו לכשיאבד. דזה מוכח שפיר כיון דחייבתו תורה בדמיו מיד ע"כ קנאו רק כשקיים אין ללמוד שקנאו כשואל כנ"ל דאפשר שיהיה חייב לשלם נאבד אף שכשקיים לא קני כנ"ל אבל לענין כשנאבד שפיר מוכח דקני לה מעכשיו לענין שכשיאבד כנ"ל. כיון דמשלם כנ"ל. דמה"ט

אין שמין. וזה י"ל דמוכח לדידן מחיים דאחיי' לקרן כו' ושפיר ילפינן גזלן מגנב דלא כירושלמי שהובא בתוספות ב"ק י"א ד"ה אין שמין. וע"כ דקני כנ"ל. בלא יתורא דאשר גזל. ומ"מ לא שייך שלו טובח כיון דכשבעין לא קני. וכן י"ל מקרא דא"ל ש"י כמ"ש רש"י סנהדרין דאל"ה היה שייך שבועה כהוקר כנ"ל. וא"כ בשינוי דילפינן מאתין דממעט שינוי כאלו נאבד דבר שהיה. א"כ בכחש וכה"ג או מתה דחשיב גם מה שנשתייר שאינו אותו שגזל וזה שגזל נאבד. וודאי דאין הבעלים צריכין לקבל השברים מאחיי' כנ"ל. ואף דמה שבא מאותו דבר ג"כ שלו מ"מ כיון דחשיב נאבד גוף הדבר ממילא נאנס וא"צ לקבל דבר הבא ממנו בעד החפץ שלם שהיה שלו. ומה"ט פסק הרמב"ם פ"ב מהלכות גזילה הלכה ט"ו באמת באין שמין דהברירה ביד הבעלים ע"ש. רק שאר פ' חולקין כיון דשינוי קני ע"ש בהה"מ וא"כ שפיר מה"ט גופיה קני כיון דלענין חיוב אין שמין כנ"ל. וכיון שחייבתו תורה לשלם הכל כל דמי החפץ ממילא קנאו שאין הברירה ביד הבעלים להחזיר דוקא מה שנשתנה כנ"ל. אמנם כיון שהקנין רק מטעם הנ"ל כיון דמשלם משום שנפסד מאחיי' לקרן ממילא קנאו כנ"ל וא"כ בהשביח לא שייך כלל זה דכיון שנעשה של בעלים לא חשיב כלל נאבד כיון דשוה יותר ולא מיחייב לשלם כלל וממילא לא יצא מרשות בעלים כלל. ולמה בגוזל עצים ועשאן כלים קונה להנ"ל ובצבעו כו'. אך י"ל הטעם כיון דקי"ל דהשבח בטרח ביה לכ"ע דגזלן כדמסיק פרק הגוזל דזה שהשביח קונה בלא שינוי וא"כ רק יהיה שותף עם הבעלים שיש לבעלים בכלים כפי שיווי העצים לבד ושוב הוי שינוי גמור לגריעותא דאין להם העצים כשהיה רק חלק בכלים ואין כאן שבח רק לגריעותא וא"צ לקבל השותפות בעד העצים וכיון שמחויב לשלם ממילא אין הברירה בידו וקני הגזלן לגמרי ומשלם כשעת הגזלה כנ"ל. וא"כ י"ל דקושית הש"ס בתמורה והרי גזל דאמר לא תגזול כו' ותנן הגוזל עצים כו'. ולא הוזכר כלל האיסור דבשעת שינוי רק איסור הגזל. וא"כ י"ל דפריך דלעולם לא יקנה כיון דהקנין בשעת הגזלה לענין ההפסד וממילא קני שלא יהיה הברירה ביד הבעלים וזה רק מסברא ככל קנינים אי קני קני לגמרי. וע"ז פריך דנימא אעל"מ כיון שהקנין ע"י איסור גזל כנ"ל. ושפיר אף דלענין ההפסד משלם שא"ל בעלים לקבל מה שנשתנה מ"מ כשרוצים לא יקנה הגזלן דלענין שיהיה שלו כשאין בעלים רוצים נימא אעל"מ כנ"ל. ומשני אשר גזל דגלי קרא דא"צ להשיב כשאינו אשר גזל והיינו ג"כ כנ"ל כשצריך לשלם ממילא קני כנ"ל. ושפיר לאביי הקנין מסברא כנ"ל. וא"כ בטלה ונעשה איל דהשינוי לשבח וממילא דלא קני הגזלן השבח אי לא יקנה בשינוי דלא שייך בזה שבח דגזלן דהוי כיוקרא לר' אלעי דלא סבר דיכרא גנבי ממך כו' וא"כ ממילא לא קני. אך מ"מ גם בזה שייך שהטלה

נאבד דאין כאן עוד טלה כיון שנעשה איל וא"צ הבעלים לקבל בעד הטלה ואם הוזל וכה"ג היה צריך לשלם כשעת הגזלה כנ"ל. וממילא קנאו דאין הברירה בידו כנ"ל. אמנם לעיין השבח שנתגדל אחר שגזל שוב לא קני דשפיר של בעליו השביח. דלענין השבח לא נתחייב כלל בגזלה לשלם כשיאבד דהא איתבר משלם כדמעיקרא כנ"ל. וכיון דכל הקנין רק מצד שנתחייב לשלם כנ"ל. א"כ זה שייך רק לענין גוף הטלה שגזל משא"כ לענין השבח מעולם לא קנאו שלא נתחייב כלל כשיאבד והוי השבח הגדול דבעלים א"כ ממילא בטבח הוי תבריה דמשלם כדעכשיו דהא גוף הטלה צריך לשלם שויו כדמעיקרא ושבח הגידול לא קנה כלל והוא דבעלים. כיון דלא שייך התקנה כלידה וגיזה שאינו דבר הנוסף מחוץ רק כמו יוקרא כנ"ל. רק דמ"מ שלו הוא טובח גוף הטלה שלו כמו שהיה בשעת הגזלה דזה נאבד בשינוי וקנאו כנ"ל. משא"כ לענין תשלומין שפיר משלם קרן כהשתא דהא המותר של בעלים כנ"ל. ושפיר כתב רש"י רק להא מלתא דשלו טובח אבל לשלם משלם כהשתא כנ"ל. וי"ל דגם קודם טביחה דגוף הטלה שלו שוב משלם הוא השבח לבעלים כשנשאר שלו. דכמו דג' שמין השבח כו' פרק הגוזל כו'. דכשהחפץ דבעלים אף דשבח דגזלן משלם לו. כן כאן להיפוך דעל הטלה הוי שינוי וקנאו שוב אף דהשבח לא קני מ"מ משלם רק הדמים לבעלים כנ"ל וא"ש:

עוד י"ל דכונת רש"י דקרן כדהשתא היינו כשעה שנעשה איל דכיון דקודם שנעשה איל היה דבעלים עם מה שנתגדל. א"כ אף דקני שנוי ממילא מ"מ הא משתרשי ליה וכאנס המלך גורנו כו' דהא נעשה שלו מה שהיה דבעלים עם הגידול כנ"ל וי"ל דשינוי בידים אף לדעת הרא"ש פרק הגוזל דבשינוי אינו משלם רק כשווי דשעת גזלה למ"ש הר"ן סוף חולין לחלק דמזיק מ"כ ואכלן דפטור אף דמשתרשי ליה משום דהפקיע מצוותו בידים משא"כ אנס דממילא הרויח בשל אחרים לא פקע לענין תשלומין ע"ש. וא"כ לענין עשה דוהשיב שייך ג"כ כנ"ל בשינה בידים שקנאו משום דאינו אשר גזל הפקיע בידים עשה דוהשיב דהוי כמו עשה דמ"כ דכ' וזה כו' לא מיחייב משום משתרשי ליה משא"כ נעשה איל דממילא נעשה שלו והריוח שלהם שפיר חייב משום משתרשי לי' כנ"ל ומשל' קרן כהשת' כשע' שנעשה איל ועל הגידול דאח"כ פטור כנ"ל רק על כשנעשה איל כיון דמה שנתגדל קודם היה של בעלים ונעשה שלו. ודוקא באיתבר ממילא שלא הרויח כנ"ל. והרא"ש ושאר פוסקים ס"ל כתי' תוס' ב"ק ק"א גבי צבע כו' דכשאינו נהנה גופו ובא ממילא פטור אף שנהנה ממונו ע"ש:

ורש"י ס"ל כהר"ן ז"ל כנ"ל. עוד י"ל דשאר פוסקים ס"ל דהא חזינן גם למ"ד שבח שע"ג גזלה דנגזל מ"מ כשגזזה וילדה לכ"ע שלו דגזלן וא"צ לשלם. וע"כ ע"פ מ"ש תוס' שם.

דאף דאין שום טעם בגזז בידים כיון דקודם שגזזה היה הגזה דבעלה אי שבח שעג"ג דנגזל א"כ גזזה בידים למה לא ישלם כתברי' או שתי' וע"כ הטעם כמ"ש שם בעזה"י. דבאמת קני השבח שעג"ג ג"כ כמו לר"י דמה"ט דגזלן שקונה בשעת הגזלה לענין דבר הנוסף אח"כ שאינו מגרע ההשבה כמו שגזל רק כל זמן שהוא עג"ג ס"ל לר"פ שהוא דנגזל דבטל לגוף הבהמה והוא בכלל והשיב דגוף הבהמה כיון שעדיין לא נפרד הולד וגיזה מהבהמה וצריך להשיב הכל. משא"כ כשילדה וגזזה דנפרד מגוף הגזלה שפיר קנאו למפרע משעת הגזלה כיון דאינו מגרע ומשיב הבהמה כמו שהיתה. דלענין כשיהיה נפרד מבהמה קנאו מיד בשעת גזלה כנ"ל. ולכך אף גזז בידים פטור כנ"ל. רק לר"י קני גם שבח שע"ג גזלה מתקנת השבים ונוטל דמים משום שעומד לפרוד וכדי שלא ישהנה כנ"ל. וכאן בטלה וגדל ג"כ הגידול חשיב שבח שע"ג גזלה אף קודם שנעשה איל. רק י"ל דבזה לא תיקנו אף לר"י כיון שאינו דבר נפרד וחשיב יותר גוף הבהמה מולד וגיזה אף דאינו לגמרי כיוקרא ופטום מ"מ לא תיקנו כשמחזיר הטלה ואינו נוטל דמיו. אבל כשנעשה איל דקנאו בשינוי שוב הוי שבח שלא ע"ג גזלה דכבר נפרד כיון דקנאו בשינוי ואינו מחזיר גוף הבהמה כלל רק דמיו שוב קנה למפרע השבח לגמרי. וממילא א"צ לשלם כלל מטעם משתרשי ליה דהא מרויח ממה שהי' שלו כנ"ל. משא"כ אי לא קנאו בשינוי הוי שבח שע"ג גזלה דבטל להשבת גוף הטלה גם לר"י בזה חייב ולא קני השבח כנ"ל. ורש"י ז"ל י"ל דלא סבר כנ"ל:

עוד נראה לע"ד די"ל. דהא במה פליגי ר"א ור"ח הא גם ר"ח סובר שינוי קונה כמ"ש תוס'. וגם במה פליגי בהא בדיכרי גנבי ממך כו' דאמר ר"נ מהאי דעתא כו' דלכאורה אינו מובן כלל דר"א סבר דשינוי הוא וקני לגמרי ואין סברא אצלו לומר דתורא לא גנבי ממך ולר"ח בהיפוך אדרבא יותר הסברא שייך לר"א מלר"ח. כיון דחשיב שינוי אף דלא קני שייך אטו דיכרא כו'. גם קשה למה הוצרך ר"א לומר טבח כו' שלו טובח הא ודאי כיון דאמר נעשה כו' וקנאו פשיטא כיון שקנאו לגמרי דלא מתחייב אטביחה אח"כ כיון דרשאי לכתחלה כשאר דבר שלו. וזה נראה דדחקו לרש"י ז"ל לפרש דקנאו להא מלתא כו' דאל"ה פשיטא. ורב דאמר לקמן הך לישנא בגונב אחר הגנב הוא משום דקאי אמתניתין דתני טבח כו' משא"כ ר"א כנ"ל:

ונראה דטעמא דר"ח דהא מי שאינו גזלן אינו קונה בשינוי כמבואר בפ' רק גזלן איתרבי מאשר גזל דאם גזל ונשתנה שאינו מה שגזל א"צ להחזיר כנ"ל. וא"כ סבר דעל גוף הטלה שהיה בשעה שגזל לא חשיב כלל הגידול שינוי אף דנעשה איל דמ"מ מה שהיה אז נשאר בו גם עתה רק שגדול יותר כמ"ש רש"י ז"ל אפירכא דשינוי השם דבשלמא

הגידול ממילא שבח כו' רק השינוי הוא על הגידול שניתוסף אחר הגזילה וכמ"ש הרבה פ' בלידה וגיזה דלא חשיב שינוי כלל לגוף הפרה רק לענין הולד והגיזה ע"ש. וזה י"ל דסברי תרוייהו ר"א ור"ת דלא חשיב שינוי מעשה לגוף הטלה שהיה אז רק לענין הגידול שאח"ז כנ"ל. אך ר"ח סבר דשוב לענין הגידול לא גזל מעולם ואיך יקנה בשינוי דכיון דגוף הטלה שהי' לא נשתנה והגידול היה של בעליו א"כ שהתוספות שע"י הגידול נשתנה ונעשה עי"ז איל מ"מ הא לא הי' התוספות בשעת הגזילה ולא גזל זה מעולם וכל מה שגזל מעט מעט נעשה ברשותו אחר שגדל וזה לא נשתנה ולא שייך ע"ז שאינו אותו דבר שגזל דהא לא גזל זה כלל וכמו שאינו גזלן דאינו קונה בשינוי. ובשלמא לצבוע אדום וצבעו שחור כו' וכה"ג בשינוי בידים שייך שפיר אף שבא בב"א הגזלה והשינוי מ"מ הא בזה עצמו שמשנה ומאבד החפץ מבעליו הוי גזילה כדאמר בש"ס החיליק בין תברי' ואיתבר דלעולם לא חשיב גזילה רק או שעת הגזילה שהוציאו מרשותו או שעה שמאבדו הוי גזילה חדשה לא בינתים מה שהיה הגזילה אצלו דמה"ט באיתבר לא מחייב רק על שעת הגזילה כנ"ל. וממילא בשינה בידים כצבעו כו' שפיר בגזילה זו הוי שאיבד הצמר וגזלה ושינוי שצבעו שחור וקנאו. משא"כ שינוי דממילא כנעשה איל כו'. בשלמא מה שגזל שייך כיון דנשתנה ממילא ואין אותו דבר שגזל קנאו כנ"ל משא"כ התוספות שלא גזל מעולם ומה שהיא אצלו בגזלה לא חשיב גזלה כנ"ל ובמה שנשתנה ממילא אינו גזלה כאיתבר כנ"ל ושוב איך יקנה בשינוי והוי כמי, שלא גזל ושפיר סבר ר"ח דלא קני כלל בשינוי זה. ונעשה אז של הנגזל כשנעשה איל ג"כ כנ"ל. והוא מטעם זה עצמו שאמר דיכרא גנבי ממך כו'. דמה"ט גופי' לא קני בשינוי דלא גנב מעולם זה התוספות כנ"ל וגם בלידה וגיזה סבור שהוא רק תקנה אף בילדה וגזזה ולא תיקנו כאן שאינו דבר נפרד כנ"ל. ומ"מ שפיר אינו משלם דו"ה רק כשעת גניבה ג"כ מטעם הנ"ל. דהא גונב מן הגנב לא מחייב דו"ה דלא קרינן וגונב מבית האיש דגנבו ממקום שכבר לא הי' ברשותי' דמרי'. ומה"ט גופי' פטור מאותו התוספות מדו"ה דאף דלא קנאו בשינוי מ"מ ניהו דבטביחה גזל גם זה התוספות מ"מ בזה זכו הבעלים בשעת שינוי כשכבר הי' אצלו בגניבה ואין חלוק בין גנב מגנב אחר או מהוא עצמו דכבר לא הי' מבית האיש. וגם הא קודם טביחה לא הי' שום גניבה על התוספות ואם אין גניבה אין טביחה כו'. ושפיר משלם רק כעין שגנב דו"ה. ומ"מ חשיב וטבחו כו' באיסורא דעכ"פ באיסור הוא הכל אף שאינו חייב על המותר מצד דאינו מבית איש אבל באסורא הוי כנ"ל. וטעמא דר"א. דהא גזלה שוה לקנין כדאמר בכתובות. וא"כ כמו דקי"ל דקל לפירותיו היכא דעבידא דאתי לכ"ע קני. וא"כ במוכר הטלה להשבח שיגדול אח"כ ויהי' נעשה איל ודאי דקני

דעבידי דאתי. א"כ בגניבה חשיב שפיר גניבה גם על הגידול שיתוסף אח"כ כיון שגנב כל הטלה א"כ יש בגניבה זה גם לפירותיו ולהגידול שיהי' אח"כ וחשיב שפיר שגנב גם זה התוספות קודם שהי' וממילא חשיב שפיר שינוי מה שגדל אח"כ ונעשה איל כיון שנעשה גזלן עליו קודם שבא לעולם ונשתנה כשנעשה איל ואינו אשר גזל ממש ולכך גם לידה וגיזה מה"ט הוי שינוי כנ"ל. ולכך סבר שפיר דהוי שינוי לענין התוספות כנ"ל וקני התוספות כשנעשה איל וממילא אף דלגוף הטלה שהי' כשעת גניבה לא הוי שינוי ולא קנאו מ"מ כיון שקנה התוספות הוי שותף דלא הוי וטבחו כולה מאיסורא ושפיר שלו טובח היינו שיש בו גם מה ששלו ופטור מדו"ה ושפיר קמ"ל אף דלא קני גוף הטלה כמו שהי' מ"מ להא מלתא קני דפטור מדו"ה כנ"ל. ומה"ט גופי' סבר דאם לא הי' קונה בשינוי הנ"ל משלם דו"ה כדהשתא שלא שייך דיכרי גנבי ממך כיון דסבר דחשיב בשעת גניבה כדקל לפירותיו א"כ הי' חייב כפל ודו"ה שפיר כהשתא כנ"ל. וע"כ דקנאו בשינוי ג"כ מטעם הנ"ל. וממילא לר"א שפיר י"ל דמשלם קרן כהשתא דהא דקי"ל איתבר ממילא משלם כזולא דמעיקרא היינו ביוקרא דא"י למכור דבר ליוקרא שאינו עומד לכך וכדאמר ריש המפקיד דיוקרא הוי כמו כפל דאתי מעלמא ואין זה בגוף הדבר משא"כ גיזה וולדות חשיב לי' שם שבחא דאתי מגופי' ע"ש. ויכול למכור לגזותיו כו' וכן להגידול שיגדול כנ"ל. ונראה דגם שומר ושואל דאינו חייב רק על מה שקיבל שמירה וי"ל דבהוקר ונאבד אינו חייב על היוקרא שע"ז לא קיבל שמירה מ"מ גיזה וולדות שגדל ונאבד אח"כ או טלה ונעשה איל שפיר חייב כשעה שנאבד דע"ז הי' החיוב מיד במשיכה לגיזותי' ולהגידול דאח"כ כדקל לפירות כנ"ל. וממילא גם בגנב וגזלן אף דאיתבר ממילא משלם כשעת גזלה היינו ביוקרא דלא הי' בשעת גזלה בגוף הדבר ולא נתחייב משא"כ לגיזות וולדות. ומה"ט באמת פירש"י ז"ל לקמן פרק הגוזל דמשלם דמי פרה העומדת לילד כרגע קודם הלידה ודלא כהרא"ש דשפיר חיוב זה מיד בשעת גזלה גם על הגיזה וולד דאח"כ. וממילא גם כאן לענין הגידול דאח"כ ושפיר פירש"י ז"ל לר"א דנעשה שינוי וקנאו דקאי על הגידול דאח"כ ולסברתו ע"כ קנה משום דחשיב גזלה מיד בגוף הטלה לענין הגידול דאח"כ שוב שפיר ממילא משלם כשעה שנעשה איל כנ"ל. דגם באיתבר הי' חייב על הגידול דלא דמי ליוקרא כנ"ל. ושפיר פי' רק להא מילתא דטבח כו' שלו דגוף הטלה לא קני. וגם על הגידול צריך לשלם קרן כהשתא רק דהתוספות שלו ולא הוי כולו באסורא ושלו טובח כנ"ל. והפ' וש"ע ס"ל דאינו חייב רק כשעת גזלה כהרא"ש ז"ל:

שם גמ' איתבי' וכו' ואי ס"ד קנייי' בשינוי אמאי משלם שלו הוא טובח כו' הלשון תמוה הא אמר ר' אלעי בפי' טבח שלו טובח כו' והול"ל הא תנן דמשלם ד' וה'. והקשה על הקנין אי ס"ד קנייי' כו':

וי"ל דהי' אפשר לפרש דר"א נעשה שינוי כו' דקני התוספות דהא קי"ל שבח שעג"ג דגזלן כר"י רק דנוטל דמים לרמב"ם ז"ל גם לר"י ואין גוף השבח שלו. דלא כשיטת התוס' לקמן דף צ"ה תוס' ד"ה ור"ש. והיינו משום דגוף הדבר כבר שלו א"צ להיות שותף עמו. וא"כ י"ל דזה בלא שינוי אבל בשנוי דהטלה אבד רק מ"מ אי שנוי לא קני זוכים הבעלים באיל כשנעשה איל. והא כבר תוספות זה של הגזלן א"כ יותר גוף הדבר שלו מדבעלים כשנעשה איל ע"י הגידול וי"ל שפיר ניהו דשינוי לא קני ועדיין מה שהי' בו כמקודם כשהי' טלה הוא דבעלים מ"מ התוספות שוב מצד שבח גזלה כאן בנשתנה אינו נוטל דמים רק יש לו חלק בגוף הדבר לכ"ע. ודוקא בלא נשתנה. אף שגדל מ"מ עקרו דבעלים ונותן לו רק דמים משא"כ בנשתנה ע"י הגידול כנ"ל. וא"כ י"ל דע"ז הוא דאמר ר"א שבח שלו טובח היינו המותר ואינו משלם רק כמו שגנב כהדין דתני בברייתא דמשלם כעין שגנב. ואף דא"כ לא קרינן וטבחו כולי' כו' דיש לו חלק. ופטור לגמרי. מ"מ אפשר לומר כמ"ש הר"ן פ"ב דכתובות אי ע"א בכתב הוי מפ"כ מ"מ במצאו לקיים כו' א' כיון דק"ש מדרבנן לא אמרינן רק נגד מה שתיקנו אבל לגבי הב' שיפסול בשביל זה שאינו מקוים שאינו מועיל שאמת דלענין זה שלא תיקנו הוי כלא תיקנו כלל. וכן בגמ' פרק אע"פ בקונם כיון דמה"ת מפקיע רק רבנן אלמוה שוב מהני לאחר שיגרשה ולא חשיב דשלב"ל. דלענין לאחר שיגרש שלו תיקנו חשיב כאלו גם על קודם גרושין לא הי' התקנה. לענין שלא יבטל על אחר גרושין מצד דלא מצי השתא ע"ש. וממילא כיון דהא דשבח גזלה דגזלן רק מדרבנן כמ"ש תוס' א"כ סגי לענין גוף השבח שפיר פטור מדו"ה דמ"מ שלו מדרבנן. אבל לענין השאר שהוא דבעלים שיפטר משום שאין כאן טבחו כולו באסורא זה לא אמרינן כלל דלענין החלק דבעלים שלא תיקנו דינו כטבח כולו שאינו שלו כיון דמה"ת כולו באסור'. לא מהני התקנה לפטרו רק על החלק שתיקנו כנ"ל. ושפיר בברייתא דמשלם דו"ה כשגנב כו' רק דפריך דאי חשיב שינוי ממילא באמת קני לגמרי גם גוף הטלה וממילא שלו טובח. ועיקר הפירכא רק ע"מ דחשיב לי' שינוי כנ"ל:

אטו דיכרא כו' נראה דפלוגתייהו בב' לישנא דב"מ פרק א"נ ס"ד ביהיב זוזי לגינאי אקרי כו' יהבינא לך בני גרמודי כו' לל"ק אע"ג דממילא קרבו כיון דליתנהו בהאי שעתא אסור דחשיב אין לו. ולל"ב כיון דממילא קרבו שפיר דמי חשיב כאלו הי' אז נכלל במכורה דמדידי' שביח ואזיל. ולא דמי לגזה דאי שקלת כו'. וי"ל דלל"ק דהתם י"ל דהוי הגידול

שינוי מעשה בגיזה ולידה. משא"כ לל"ב הנ"ל דחשיב כאלו אז יש בו עם הגידול א"כ לא הוי כלל שינוי רק מצד שינוי השם. ומיושב בזה השו"ע ורמב"ם דפסקו דקני בטלה ונעשה איל מצד שינוי שם ע"ש. ובגמ' משמע משום ש' מעשה ולהנ"ל א"ש כיון דקי"ל כל"ב דרבא הנ"ל ע"כ רק משום ש' השם כנ"ל:

ב"ש הוא. וקשה עדיין אמאי משלם כשעת הגניבה. וי"ל דבשלמא לב"ה דשינוי קונה. א"כ ע"כ אי חייב דו"ה צ"ל דלא הוי שינוי כלל וכעדיין אותו דבר שגנב א"כ הוי כיוקרא מה שנעשה איל ולא שייך אטו דיכרא גנבי כו' דע"כ דהוי כבשעת גניבה דאל"ה הי' קונה. משא"כ לב"ש דאף דהוי שינוי מ"מ לא קני דנעשה בשעת שינוי ג"כ דבעלים. מ"מ שייך אטו דיכרא כו' כיון דהוי שינוי רק שנעשה דבעלים מ"מ זה התוספות לא גנב כנ"ל:

הן כו' **תמהו** תוס' דהא נפקא לי' לרבה מאשר גזל כו' ועוד כו' ר"י כו' וכי פליגי אב"ה כו'. ואין קושייתם מובנת דתוס' ד"ה הא מני תמהו מה ענין גזלה לאתנן ותי' דאי שינוי קונה ראוי להתיר באתנן דאינו אותו דבר כו'. וא"כ שפיר מב"ש מוכח דבגזלה לא קני דאי לא חשיב אשר גזל וכמו נאבד אותו דבר גם באתנן הי' מותר. אבל מב"ה דמותר באתנן שאינו אותו דבר מ"מ אי לאו אשר גזל איך יקנה הגזלן מה בכך שאינו אותו שגזל כמו אצל בעלים דכל השינוים אין מוציא החפץ מרשותם כן אצל הגזלן. וע"כ מאשר גזל דכשאינו אותו שגזל פטרה תורה דמי לאתנן ותלי' בפלוגתא הנ"ל וכמו וולדות דממעט באתנן ובגזל דבעלים אי לאו משום שינוי כנ"ל. ונראה דקושייתם כמ"ש לעיל בפ"ק דתמורה מוכח דלאביי בלאו אשר גזל קני שינוי וע"כ דלענין כשלא יהי' קיים קנאו בגזלה כנ"ל. וכיון דמוכח מב"ה דחשיב נאבד ממילא קני. ורק לרבא משום אעל"מ צריך אשר גזל כו' כדאמר בגמ' דלאביי קרא אחומש כנ"ל. ולמ"ד הכא דשינוי ממילא קני ותלי' בפלוגתא דב"ש וב"ה א"כ לא שייך א"ע ל"מ כמ"ש לעיל. ולכך קשיא להו דחשיב כנאבד עכ"פ וא"כ לרבא קני מסברא בלאו אשר גזל כמו לאביי כו' ותי' דרבה בעי קרא לשינוי החוזר וי"ל דבאמת בשינוי שאינו חוזר הוי כנאבד ומהני ממילא ומוכח מב"ה וגם לרבא קני בלאו קרא דאשר גזל מסברא כמו לאביי. רק בשינוי החוזר כעשאן כלים דלא חשיב נאבד רק אי קני. דאי לא קני צריך להחזירו לברייתו ולא יהי' שינוי כלל וע"ז פריך שם דנימא אעל"מ לרבא דלא שייך דהוי כנאבד ממילא דבעשאן כלים אי לא קני לא הוי כלל כנאבד דיחזירנו לברייתו כנ"ל. ומשני מיתורא דאשר גזל דע"כ אשנוי החוזר דבאינו חוזר הוי כממילא ולא צריך דמוכח מאתנן לב"ה דהוי כמו נאבד וכמו לאביי כנ"ל. ולכך אמר רבה ג"כ מקרא דאשר גזל דקאי אשינוי חוזר כנ"ל. ואביי לטעמי'

פרק הגוזל דשינוי החוזר לא קני מה"ת רק דרבנן. ובאינו חוזר מוכח מב"ה ושפיר אמר בתמורה לאביי דקרא על חומש אתי כנ"ל:

או י"ל דכונת תוס' דבלאו יתורא רק מדכ' אשר גזל ג"כ מוכח מב"ה דאינו אותו דבר. ומלשון רבה משמע מיתורא. או מוהשיב הגזלה לחוד ג"כ אמעוט כשאין אותו גזלה. ודוחק. גם י"ל דהוכחת הגמ' מאתנן אגזלה. דאי שינוי קני בגזלה א"כ אם לא הי' נותן לה והי' בגזלה אצלה ג"כ הי' שלה כשנשתנה ושוב לא הוי אתנן וי"ל טלאים כדמעיקרא כו' ופירש"י בא לשלם טלאים כו' ותמוה מה חילוק לטלאים אחרים. ולכך פי' תוס' ונראה די"ל מה שפירש"י בטלה ונעשה איל דמשלם קרן כהשתא ואף דהוי כאיתבר ממילא כו'. די"ל דלכאורה קשה גם ביוקרא למה איתבר משלם זוזא כמעיקרא והיינו דעל שעת גזלה מחייבינן לי' ואז הי' שוה רק זוזא כו' ולא הפסידו יותר. והא כיון שאין הגזלן משלם עד עכשיו שהוקר דשוה יותר א"כ ניהו דמצד שבת שאם לא גזלו הי' בעליו יכולין למכרו כשהוקר ע"ז א"א לחייב הגזלן דמ"מ בשעת הגזלה לא היה שוה יותר. אך מ"מ הא כשהי' מוכרו אז על שאם יוקר אח"כ ישלם לו אז כשעת היוקר ולא הי' לוקח המעות אז רק אחר שיתיקר ודאי דהי' נוטל כשעת היוקר. וא"כ הא מבואר פרק א"נ ס"ה דהא דאין מרבין על המכר דוקא מפרש אם מעכשיו בפחות אבל בסתם כפרה וטלית שאין שער ידוע רשאי למכרו עתה שיתן לו המעות אז כשעת היוקר ע"ש. וגם במפרש רק מדרבנן אסור כנ"ל. וא"כ כיון דהגזלן משלם לו המעות עכשיו כשכבר נתיקר א"כ באופן זה שיקח המעות אחר שיתיקר שפיר הי' שוה בשעת הגזלה למכרו ליקח כשיתיקר כשעת היוקר וכיון שבאמת נתיקר א"כ אם הי' מוכרו כנ"ל הי' לו השווי דשעת היוקר וא"כ הפסידו אז בשעת הגזלה דבר השוה למכור יותר כשעת היוקר כנ"ל. דהי' שוה אז למכרו ע"ת אם יתיקר יתחייב מעכשיו כשווי דאז כנ"ל אך ז"א דלא הי' הלוקח לוקח שיהי' ספק זולא באחריותו דיהי' עליו חיוב כמעיקרא אם יוזל ואם יתיקר יתן כאז בשעת היוקר. ולא הי' יכול למכור על אופן הנ"ל רק כשהי' ספק זולא ג"כ באחריות המוכר. וא"כ כיון דגזלן מחייב כשעת הגזלה בהוזל ונאבד ממילא שוב באופן זה שזולא על הגזלן לא הי' שוה כלל למכור ללוקח כשיתייקר שיתן כשעת היוקר דאחריות יוקר וזול שוים ולא הי לוקח רק שגם ריוח דיוקרא שלו וא"כ א"צ לשלם באיתבר ג"כ רק כשעת גזלה כנ"ל:

אמנם בטלה ונעשה איל אי קודם קצת רק שנתגדל א"כ בזה שפיר הי' שוה גם אז למכור שיתן לו המעות כשיגדל ויוקרא וזולא ברשות לוקח כמו תקפה ברשותך ויוקרא וזולא ברשותי' ע"ש. דבזה הי' יכול ליקח המעות לשלם כשיגדל ויעשה איל כשויו כשנעשה

איל. ושפיר כתב רש"י ז"ל דמשלם כהשתא קרן כנ"ל. דכיון שאינו משלם עד עכשיו שפיר מחייב אשעת גזלה כשווי דעכשיו כנ"ל:

וא"כ י"ל דגם רש"י סבר כר"ת דביוקרא אין סברא לחייב דו"ה כשעת העמדה בדין דלא שייך טעם דלא מחייב קנס עד שעב"ד רק לגריעותא דמצד הגניבה לא הי' חייב רק משום שאם הי' קיים הי' מוחזר לו עכשיו ועכשיו הוזל ובלא הטביחה הי' לו רק כשיוי דעכשיו. משא"כ להיפך ביוקרא ניהו דבלא טביחתו הי' חוזרת עתה כשעת היוקר מ"מ הא אין זה מצד הגניבה דמצד הגניבה אין חיוב רק כשיוי דאז. וא"כ הוי טביחה ועמד בדין בלי הגניבה והא אין חיוב דו"ה רק בצירוף שניהם הגניבה והעמדה בדין כנ"ל. אך בטלה ונעשה איל למ"ש דשפיר החיוב כדהשתא מצד שויו בשעת הגניבה למכור ע"ת זה חיוב מעכשיו ללוקח לשלם כשיגדל ויעשה איל. א"כ ממילא גם דו"ה צריך לשלם לרב כדהשתא דיש צירוף שניהם דגם באיתבר ממילא משלם כהשתא מצד הגניבה כנ"ל. ופריך שפיר:

וע"ז משני טלאים כדמעיקרא היינו כיון דלא הוקר רק משום דנעשה איל והפסידו שהי' יכול למכור בשעת גניבה הטלה שישלם כשיגדל א"כ ממילא כשמחזיר לו טלאים א"כ הא משלם לו שיוי זה עצמו דשעת הגניבה דגם טלה זה יכול למכור שישלם כשיגדל ויעשה איל כנ"ל. ואף דיצטרך להמתין המעות עד אח"כ שוב זה רק כמעכב ומחזיר אח"כ דפטור הגזלן דהא כחשא דהדר ג"כ חשוב השוה עכשיו מה שיהי' אח"כ כשיחזור לברייתו ויהי' אשר גזל. וכ"ש בזה דכל ההפסד הוא רק זה שהי' יכול למכור כנ"ל ממילא כשמחזיר טלאים סגי כדמעיקרא כנ"ל. משא"כ דמים כדהשתא דהא יש חיוב עליו מצד השיוי שהי' לו עכשיו דמי איל כשהי' מוכרו בשעת גניבה כנ"ל ע"ת. וממילא החיוב דמים כהשתא כנ"ל וגם דו"ה כנ"ל. וכעין דמחלק הש"ס ב"מ צ"ז בתבר חביתא דחמרא ביומא דשוקא שוי ה' ושאר יומי ד' דתלי' אי מהדר לי' ביומא דשוקא סגי כשמחזיר חביתא דחמרא וכשמחזיר בשאר יומי צריך לשלם ה' ולא סגי בחביתא דחמרא. ובמעות לא סגי דלא יהיב ה' כשוי' ששינה ע"ש:

דף סו.

אמר רבה שינוי קונה כתיבה כו' אשר גזל כו'. משמע מיתורא דאי רק מאשר גזל מ"מ במה קנאו. רק מיתורא ילפינן דכשאינו אשר גזל א"צ להשיב וע"כ דאמר רחמנא שקנאו. ובתמורה מבואר דלאביי בלא"ה קני. ולמה. וגם מקרא הנ"ל מוכח רק לגריעותא דלא מקיים והשיב כשאינו אשר גזל. אבל למעליותא להפקיע מבעלים למה:

וי"ל הטעם דבכל אדם חפץ שלו כשנשתנה שהוא מ"מ דבעלים אף דלא קיימא ברשותו היינו אף דזה הוי כגידולין בדבר שזרעו כלה. דהא ב"ה משוי להו הן ולא שינוייהן הן ולא וולדותיהן. ובשינוי. דחשוב כנאבד החפץ שהי' ובא חפץ אחר במקומו וכשבא הב' נאבד והוי כזרעו כלה דגדולי תרומה וכה"ג לאו תרומה. רק מ"מ אין אחר יכול לזכות בו דבכל חפץ יש לבעלים ב' דברים קנין גוף החפץ שאף בדמים א"י ליטלו בע"כ וקנין שיוי החפץ בתורת דמים. וניהו דבשינוי נאבד גוף החפץ שהי' שלו ומה"ט גדולי תרומה פקע שם תרומה. מ"מ קנין השיוי בתורת דמים לא פקע דזה לא נאבד כלל דמה לי זה החפץ או היוצא ממנו וזכות השיוי בתורת דמי לא פקע מהחפץ גם אחר שנשתנה כנ"ל. ומה"ט אין אחד יכול לזכות. ושוב א"י לזכות גם כשרוצה ליתן דמיו דמאחר שנשאר זכות זה בתורת שיוי שוב הוי כגידולין בדבר, שאין זרעו כלה דהא בתורת השיוי עדיין קיים ולכך נשאר גם גוף החפץ שלו. וא"כ בגזלן דלענין החיוב דמים קנאו מיד בשעת גזילה כשיאבד החפץ החיוב למפרע עליו משעת גניבה. ונהי דקי"ל דבר הגורם לממון לאו כממון בקדשים כו' דלא כר"ש היינו דבשביל קנין זה אין גוף החפץ שלו אבל מ"מ קנין זה דגורם לממון הוא שלו. וא"כ כשנשתנה וחשיב נאבד שוב לגבי הגזלן הוי קנין דגוף החפץ פקע זכות הבעלים ולענין הזכות דמים כבר שלו משעת גזילה וממילא זכה בו והוי נגד הגזלן כגדולין במה שזרעו כלה כנ"ל. דלא נשאר כלל זכות השיוי דזה כבר דגזלן ושוב ממילא זכה וקני בשינוי כנ"ל. ורק מטעם אעל"מ וצריך קרא דאשר גזל כנ"ל:

ומה"ט גם כל צבוע אדום וצבוע שחור אף דבא בב"א הגזילה והשינוי ג"כ קני דהא חייב מצד תברי' דחשיב גזילה והשיוי לענין ממון שלו ממילא קנה ובנזקין לא קני כיון דשמין ומשלם רק המותר ממילא עדיין דבעלים לענין השיוי משא"כ גזלן דאין שמין מקרא כמ"ש תוס' י"א ע"ש. וא"כ לכאורה בהוקר ונשתנה לא יקנה המותר שהוקר דלענין המותר שהוקר שלא נתחייב בגזלתו לשלם עדיין זכות בעלים בו. אך ז"א כיון דקונה למפרע לענין כשיאבד לענין זולא ממילא קני לענין יוקרא שאינו דבר נוסף רק בגוף החפץ כמ"ש תוס' דלא שייך יוקרא גנבי ממך כנ"ל. אך בטלה ונעשה איל כו' דהגידול קודם שנעשה איל הי' של בעלים א"כ בזה שאינו הגזלן חייב על מה שנתגדל אח"כ בנאבד א"כ שפיר עדיין הזכות שיוי של התוספות דבעלים אף שנשתנה. ונהי דלא מיקרי לענין הטלה שהי' אז כאין כלה דהתוספות דבר מיוחד אבל זה לא קני. ושפיר כתב רש"י ז"ל דישלם קרן כהשתא כנ"ל. ומה"ט כתב רש"י ז"ל גם כאן בדרבה היכא דשני בידים בזה אף שהשביח ג"כ קני. משא"כ בממילא כי הא דנעשה איל כנ"ל. וי"ל דמאן דיליף מיתורא דאשר גזל גם בזה קני לגמרי דאין הטעם מחמת הקנין דמים דגזלן רק

דגלי כשאינו אשר גזל קני. משא"כ לאביי דאי עביד מהני וע"כ מטעם הנ"ל א"כ בנעשה איל לא קני. ומיושב בזה מה דמסיק בתמורה אלא בשינוי קונה פליגי דתמוה דלעיל מינה אמר לתרוייהו דקני. ולהנ"ל א"ש דלאביי מסברא כנ"ל ובנעשה איל קרן כדהשתא משא"כ לרבא ע"כ מייתורא דאשר גזל וגם בנעשה איל קני המותר ג"כ כנ"ל:

דמים בעלמא בעי לשלומי. לכאורה למה ישלם כיון דפטרתו תורה מגוף הדבר כשנשתנה. והא במתנות כהונה דכ' וזה ולכך באכלו שאין קיימים פטור לשנויא קמא אף בלא הטעם דממון שאין לו תובעין חולין ק"ל ע"ב וכאן אשר גזל כמו וזה דהתם דפטרה תורה מוהשיב כשאינו קיים. ומעולם לא נתחייב רק השבת החפץ ולא דמים. וגם מטעם משתרשי לי' פטור כיון דשני בידים הפקיע מצוותו כמ"ש הר"ן גבי מזיק מ"כ או שאכלן ע"ש. וגם תברי' או שתי' יהי' פטור. דא"ל מצד אחריות דעכ"פ נאבד וחייב באונסין משעת גזילה. או דכבר נתחייב משום מזיק בשעת גזילה כמ"ש לעיל. ז"א דא"כ חייב רק כדמעיקרא. ולמה תברי' משלם ד':

וצ"ל דגם לתי' קמא משום וזה ג"כ רק במ"כ שאינו ממון כהן רק מצד המצוה דונתן וגם לר"י דפ' א"ע דחשיב אינו שלו כלל לענין ב"י מ"מ ג"כ רק מצד חיוב המצוה דונתן כו' ומש"ה אינו שלו. אבל זכות ממון על השיוי כשלא יהי' חיוב המצוה מעולם לא הי' להם. ולכך כשאבדו והפקיע מצוותו שא"א לקיים עוד. ממילא אין חיוב ממון עליו גם מטעם מזיק דזה רק גרמא שהפקיע המצוה וממילא מפסיד. משא"כ גזילה שמלבד זכותו בגוף החפץ יש לו זכות שויו אף אם לא היה מקפיד על החפץ כהני דקייצי דמי. א"כ ניהו דוהשיב מיעט קרא כשאינו אשר גזל הוי כנאבד מ"מ זכות השויו לא פקע. וחייב לשלם בתברי' מטעם מזיק. ובשינוי או משום דלענין השיוי חשיב אשר גזל דמשלם כמו שהי' שוה אף שנשתנה או דלא אימעט כלל לענין זכות השיוי דבלא עשה דוהשיב ג"כ ממונא דנגזל הוא. וניהו דאמרינן דגלי קרא דכשאינו אשר גזל לא מיחייב והשיב וממילא מוכח שקנה דבר שנשתנה מ"מ לא מוכח רק לענין גוף החפץ. אבל א"א ללמוד מדפטרה תורה מהשבת החפץ כשנשתנה שיהי' פטור מגזילת דבר השוה ממון עכ"פ שחייב לשלם ומ"מ נראה כתי' הנ"ל דלענין השיוי חשיב אשר גזל. דאל"כ ילקה ולא ישלם למ"ד קיימו וגם למ"ד בטלו דפריך מכות י"ו ומשני דניתן לתשלומין ואי נימא דאינו בכלל העשה דוהשיב כיון דאינו אשר גזל א"כ למה ניתן לתשלומין הא לא יתוקן. וע"כ דבכלל העשה דלענין השיוי הוי אשר גזל וכנ"ל:

והיה אפשר דקרא לענין חומש. דהא ב"מ פרק הזהב אמר ר"ח דוקא יחד כלי כו'. והקשו מנ"ל. ולהנ"ל י"ל דאמר קרא אשר גזל אז איכא חומש משא"כ בשינוי דשוב אין מחזיר

החפץ רק דמים ואין כאן יחוד כלי ופטור מחומש. ושפיר יליף ר"ח מינה דבעי יחוד כלי כנ"ל. וממילא לא מוכח לענין תשלומין אדרבא כנ"ל. ויש לדחות. או דמוכח מדאמרה תורה אם לא שלח יד כו' דאי ש"י חייב באונסין כמ"ש רש"י סנהדרין ע"ב. וא"כ מינה דאף אם נאבד דא"א לקיים והשיב גוף החפץ מ"מ חייב דמיו ולא דמי למ"כ א"כ ממילא גם תברה בידים חייב על שעת ההיזקא ג"כ כיון דלא פקע חיוב השבה לענין ממון כנ"ל. וכן בשינוי כנ"ל. אך מ"מ צ"ל כנ"ל. דמנ"ל ניהו דבלא התרו חייב כשואל אבל בהתרו י"ל אף דמשלם לא יקוים העשה ושוב הוי בטלו ופטור וע"כ דמקיים כו'. ועוד למה אמר פרק המפקיד ל"ת ש"י ונילף משואל. הא גרע דמלקות פוטרו כיון שנאבד ואינו מחזיר החפץ וצריך קרא דמשלם ואינו לוקה אי נימא דקרא סתמא וחשיב בפירוש רבתה תורה בע"ז וחובל כו' א"כ צריך קרא דש"י להכי דלא דמי לשאול. ואם א"א ללמוד מקרא די"ל בלא התרו. א"כ דילמא באמת התרו פטור וע"כ צ"ל דמקיים כנ"ל:

שם שינוי קונה כתיבא ותנינא כו' אשר גזל כו' דמים בעלמא בעי לשלומי לכאורה הא בלאו דגזל דלא לקי הוא משום דניתק לעשה דוהשיב כו' וא"כ כיון דבשינוי לא מקיים והשיב שאינו כעין שגזל א"כ ילקה ויפטר מתשלומין בין למ"ד קיימו ולא קיימו ובין למ"ד ביטלו כו' כיון שביטל העשה בידים. ובש"ס מכות פ"ב אמר דגזל הוי לאו הניתן לתשלומין כיון דלא מקיים והשיב ילקה כמו בשאר לאו הניתק לעשה. ואף דגזלן חייב באונסין ולא גרע השינוי מאם נאנס שחייב לשלם. אך מ"מ היכא דהתרו בו יפטר מתשלומין כו' ויפטור כנ"ל ולרב דאמר בבא במחתרת דאפילו נטל פוטר קים לי' בדרבה מיניה א"ש דבכל גזילה יפטר המלקות מהשבה וגלי קרא דוהשיב דאין המלקות פוטר בגזילה דאל"ה לא יהי' העשה כלל דלעולם הוי ביטלו והוי כמו בתרומה דגלי קרא דמשלם ע"ש. וממילא גם בשינוי אינו פוטר מתשלומין ושוב לא לקי כיון שמשלם. אבל כיון דקי"ל דמגוף החפץ אין מיתה ומלקות פוטרים רק מתשלומין ובא במחתרת דוקא שיבר פטור ע"ש בסנהדרין. וא"כ לא גלי קרא כלל במה דמחייב בהשבה דהוי גוף החפץ שאינו פוטר כנ"ל אבל בשינוי שפיר יפטור כיון דאינו אלא תשלומין פוטר ולא ניתן כלל לתשלומין דאין ראייה כנ"ל. ונראה הטעם משום דהא דקים ליה בדרבה מיניה פוטר הוא משום דהא בב' מיתות נידון בחמורה דאיתגורי איתגור כו'. ולכך כיון שיש מלקות וממון ומשום רשעה אחת אתה מחייבו כו' וא"א בשתיהן נידן בחמור שהוא מלקות שלא יהי' נשכר. אבל היכא דאם נאמר שנידן בקלה לא יהי' חייב בחמורה כלל שלא עבר כלל ודאי דנידן בקל ולא שייך איתגורי איתגור כו'. וא"כ כאן בגזל כיון דאם חייב תשלומין אין כאן חיוב מלקות כלל דלא ביטל העשה כלל דוהשיב ורק ע"י שנאמר שחייב מלקות

יהי' חייב ממילא אינו פוטר ואמרינן דמשלם וליכא כלל חיוב מלקות דמקיים העשה כנ"ל. אך לכאורה כיון דאמרינן והשיב כו' אשר גזל אם כעין שגזל יחזיר כו' א"כ לא מקיים כלל עשה דוהשיב בתשלומין רק שיתחייב לשלם כמו באונסין בלא העשה ושוב מזה פוטר המלקות. אך נר' דהא בכל דוכתי קי"ל דשוה כסף ככסף ובאיצטלית בגט ע"כ לא פליגי רשב"ג ורבנן אלא בגט משום דלצעורה קא מכוין ע"ש. אבל בלא"ה כשנותן דמי איצטלית הוי כגוף איצטלית וע"ש ברא"ש פ"ק דקדושין גבי מתנה ע"מ להחזיר דסגי בדמים ע"ש. וא"כ גם בגזל שפיר מקיים עשה דוהשיב גם בחזרת דמים כמו באיצטלית הנ"ל כיון שמשלם דמי החפץ. רק מה שאמרה התורה אשר אינו תנאי על העשה דוהשיב דלא מיקיימא רק אם הוא כאשר גזל דז"א ושפיר מקיים כנ"ל רק דהוא לימוד אחר שלא יצטרך להחזיר גוף החפץ אלא א"כ הוא כאשר גזל ואם נשתנה קנאו ואף עפ"כ מקיים השבה בדמי החפץ וממילא כיון שמקיים העשה עדיין הוי ניתק לעשה ואינו לוקה כיון שמשלם כנ"ל. אמנם למאי דקי"ל בסנהדרין נקטעה יד העדים פטור דבעינן קרא כדכתיב יד העדים תהיה בו כו' ובמצורע גבי בוהן יד ופ"ג דכתובות גבי אין לה פתח בית אב כו' כיון דחסר תנאי שכתוב לא מקיים כלל ע"ש. וממילא כאן דכ' אשר גזל וכיון ששינה ולא מקיים אשר גזל שוב לא מקיים העשה דוהשיב כלל כיון דבעינן קרא כדכתיב וא"כ ממילא יפטר המלקות מתשלומין כיון שאינו קיום העשה והוי ביטלו כו'. וי"ל דבגזל יש ב' דברים שגוזל גוף החפץ וגם מה שגוזל ממנו שיוי החפץ שגזלו דבר השוה ממון דהא יש חמסן דיהיב דמי ולא גוזל רק גוף החפץ ובגזלן גוזל שניהם. ולכך ניהו דלענין גזילת גוף החפץ א"א לקיים והשיב בחזרת דמים כשנשתנה. אבל מ"מ מה שגזלו שיוי החפץ זה שפיר מקיים בהשבת דמיו ולענין גזילה זו נקרא אשר גזל שמחזיר לו שיוי החפץ שגזל ג"כ וממילא כיון שיש תשלומין ליכא מלקות כנ"ל. וכמו אלו גזל ממנו מידי דקייצי דמיו למכור שהיה נקרא בהשבת דמיו אשר גזל שלא גזל רק הקנין של השיוי דמים. וכן בגזלה חפץ לא גרע וג"כ מקיים לענין השיוי כנ"ל והוי לענין זה אשר גזל כנ"ל. וכמו עושק דאיכא עשה כנ"ל:

שם יאוש אמרי רבנן דנקני כו' לכאורה למה חייב לשלם דמיו ובש"ס אמר הטעם מדמי מי קא מיאש ב"ב פרק חזקת ע"ש. והא נהי דלא מייאש מדמיו מ"מ במה נתחייב זה לשלם עבור החפץ הא לא קנאו בתורת מכר. וע"כ היאוש הוי איזה קנין הפקר או מתנה ואטו אם הפקיר גוף החפץ או נתנו במתנה להגזלן יוכל לתבוע דמיו אח"כ ואם הוא מכר מאן לימא לן דהגזלן רוצה בדמיו ואיך יתחייב בע"כ. ולהפ' בש"ע דמכר הוי ג"כ זכות א"ש. וכשאינו רוצה באמת אינו קונה כדאמר זה מתיאש וזה אינו רוצה לקנות

כו'. אבל להפ' דמכר לא הוי זכות כלל שלא מדעתו קשה כנ"ל. ולכאורה י"ל כיון דסתם גזילה יאוש בעלים. וקנין זה אינו תלוי בדעת הנגזל אם רוצה להתיאש או לא רק דגלי קרא באבידה שזה עצמו מה שמייאש אצלו ומוסכם שלא יהי' לו עוד החפץ בזה יוצא הדבר מרשותו ונעשה של הגזלן וממילא חייב עכ"פ מדינא דגרמי שגרם לו היזק במה שגזלו שע"י זה נתייאש ממנו ממילא יצא מרשותו כיון שכפהו לזה ובע"כ יצא מרשותו וכעבד שעשאו רבו אפותיקי ושיחררו וכה"ג. אך אי סתם גזילה לא הוי יאוש רק מה שנתיאש אח"כ א"כ לא ברי היזיקא אז בשעת הגזילה ובכה"ג פטור בגרמי ולמה יתחייב לשלם כנ"ל. ולמ"ש לעיל א"ש שזה גזילה אחרת מה שגוזלו שיוי החפץ מלבד גזילת גוף החפץ. ולכך ביאוש שממילא יוצא מרשותו ע"י הסכמה של היאוש ולכך כיון דמדמי לא מיאש א"כ לא יצא מרשותו רק גוף החפץ אבל הזכות שיש לו בהחפץ לענין דמיו ושפיר חייב לשלם אם רוצה החפץ דלזה לא קנאו כלל כנ"ל:

ומיושב דברי רשב"א סוכה שכתב דלא מיקרי לכם כיון שצריך לשלם ע"ש. ותמוה. ולמ"ש א"ש הא דצריך לשלם דמים גם אי יאוש קונה לכאורה אינו מובן הטעם דאמר בש"ס מדמי מי מיאש מה בכך שאינו מיאש דמיו אטו בכל דוכתי כשנותן מתנה החפץ או שמפקירו נימא שישלם דמיו שלא הפקיר הדמים וז"א דכיון שהפקיר החפץ וזכה בו ממילא אינו חייב לשלם כלל וגם ביאוש כן כיון שמיאש מגוף החפץ ממילא אין כאן חיוב דמים כלל כנ"ל. וצ"ל הטעם דגנב או גזלן משעת הגניבה כו' נתחייב או חזרת החפץ או לשלם דמיו דהא והשיב את הגזילה כו' הוי ניתק לתשלומין כו' דכשאינו מחזיר החפץ ישלם דמיו ולכך חייב באונסין כנ"ל. רק כשנותן לו הנגזל במתנה אח"כ שמקנה לו מדעתי והוי כאלו החזיר לו החפץ כמ"ש לעיל שאימר הריני כאלו התקבלתי וממילא פטור בתשלומין כנ"ל. משא"כ ביאוש דקונה בלא דעת הנותן שאינו מקנה לו כלל רק שמתיאש וממילא נשאר החיוב תשלומין עכ"פ כנ"ל דאף שאמרה תירה דכשמתיאש יוצא מרשותי גוף החפץ מ"מ חיוב תשלומין לא פקע כנ"ל:

או י"ל דהא מזיק חפץ חבירו חייב לשלם כיון שמפסידו ממון וממילא גזלן חייב גם מטעם מזיק דהא גוזל החפץ ממנו ומפסידו ממנו רק דכשיש גוף החפץ מחויב להשיבו בעיני' וכשנותן לו במתנה אח"כ פטור גם משום מזיק דלא היה לו ליתנו במתנה אבל הקנין של יאיש אינו מדעתו רק שמיואש ממנו בעצמו ובזה יוצא מרשותו והוא דבר שאינו בידו דכיון שבאמת מוסכם אצלו שלא יהיה לו עוד החפץ מאי הוי ליה למיעבד וממילא לא מיפטר מהחיוב תשלומין משום מזיק כנ"ל. ועוד דעכ"פ חייב מדינא דגרמי

דהא במה שגזל או גנב גרם לו שע"כ מתיאש ע"י זה ושפיר צריך לשלם ממון משום חיוב דינא דגרמי כנ"ל:

או י"ל דהא חזינן במוכר עבדו לקנס דיכול למכור והוי קנין זה בגוף העבד שיש לו בו קנין שאם יזיקנו אחר יתחייב קנס ויכול למכור קנין זה וכן בשאר חפץ יש לו בו מלבד הקנין הגוף גם קנין דמים זה שאם יזיקנו אחר יתחייב לשלם ויכול למכור קנין זה וכן להיפך אם מוכר החפץ ומשייר לעצמו קנין זה ג"כ מהני ויש לו עדיין קנין דמים בגוף החפץ דהיינו קנין זה שאם יזיקנו אחר ישלם לו ואעפ"כ שגוף החפץ מכר מ"מ כששייר לעצמו הקנין דמים מהני כנ"ל. רק בכל דוכתי כשמוכר או נותן החפץ ממילא מקנה גם קנין זה כנ"ל. אבל כאן ביאוש דממילא בהסכמה זו של יאוש יוצא מרשותו ע"כ וא"כ ממילא כיון דמדמי לא מיאש שלא יהי' לו הדמים וא"כ הקנין דמים לא יצא כלל מרשותו דכיון דמקנין זה לא נתיאש לא יצא מרשותו עדיין קנין זה שיש לו בהחפץ שצריכין לשלם לו כשנוטלין ממנו החפץ והוי כמו שייר לעצמו קנין הנ"ל ולכך שפיר אף שקונה גוף החפץ מ"מ צריך לשלם דמים כנ"ל. י"ל שפ' הרמב"ם גבי קדושין דבעינן נודע שקנה ביאוש ותמהו דהא סתם גזילה הוי יאוש ע"ש. ולהנ"ל י"ל כיון דמדמי לא מיאש א"כ אין כל החפץ שלו עדיין ואינה מקודשת וכמו בשותף שקידש בכל החפץ דאינה מקודשת אף אי חלקו שוה פרוטה דהיא רוצה דוקא כולו וכן כאן כנ"ל. ולכך צריך נודע כו':

א"ד מדרבנן מפני תקנת השבים כו'. לכאורה אינו מובן בשלמא אי סתם גניבה וגזילה יאוש בעולם א"ש דשייך תקנה הנ"ל. אבל אי סתמא לא הוי יאוש רק היכא דשמעינן דאיאוש א"כ למה הי' להם לתקן משום תקנת השבים הא עדיין יצטרך כל גנב וגזלן להחזיר גוף החפץ דבסתם אינו מיאש. ובזה י"ל הטעם דאמר רבה בידוע נמי מחלוקת כו' ואינו מובן מאי חילוק בידוע שנתיאש בין אי סתם גניבה הוי יאוש או לא ע"ש פי' רש"י שדוחק ולהנ"ל א"ש דאי סתם גניבה הוי יאוש שפיר מהני מכח התקנה דשייך כנ"ל. אבל אי סתם לא הוי יאוש ממילא לא שייך התקנה וממילא גם בידוע אינו קונה כנ"ל:

יאוש אמרי רבנן דניקני כי' לאו מוצא אבידה דמיאש מריה מקמי' דתיתי לידי' קני ליה ה"נ קני לי'. ותמוה כמ"ש תוס' דהא באבידה ג"כ אינו קונה היכא דאתי לידי' קודם יאוש ע"ש. ונראה לישב די"ל הטעם דהא לכאורה כיון דקי"ל קנין בטעות או מחילה בטעות לא מהני כו' וא"כ ביאוש גם באבידה הא הוי בטעות דאם ידע שימצאנו המוצא לא הי' מתיאש ואיך יועיל. אך זה טעות דדוקא היכא שבשעת המחילה או הקנין הי' אז בטעות כמו בדבר שלב"ל שמוט ואכול דאלו היה יודע אז דאין הקנין כלום לא היה מוחל דבשעת המחילה לא היה ראוי למחול אלו ידע כנ"ל. אבל כאן ביאוש הא בשעה

שמתיאש הי' ראוי להתיאש כיון שאז עדיין לא מצאו המוצא ואז לא הי' טעות כלל דהי' ראוי לכך ועל להבא לא אמרינן אלו ידע כנ"ל. אמנם היכא שמצאו המוצא לפני יאוש שפיר י"ל דאין היאוש מועיל אח"כ דהוי שפיר יאוש בטעות דאלו ידע שמצאו זה לא הי' מתיאש דכאן כבר בשעת היאוש הוי בטעות כיון שכבר מצאו כנ"ל. ולכך לא מהני כנ"ל רק במיאש מקמא דתיתי לידיה ובפרט דהתם איירי בדבר שיש בו סימן רק דשמעינן דאיאוש כנ"ל. וממילא מיושב דכאן בגזילה דיודע שהוא בידו ואדרבה לכך מתיאש ממילא מהני אף דאתי לידי' קודם יאוש דלא הוי בטעות כנ"ל והוא כמו באבידה אתי לידי' לאחר יאוש ויליף שפיר מאבידה כנ"ל. ובזה מיושב דאמר רבא באלו מציאות נטלה לפני יאוש ע"מ לגוזלה והמתין עד שנתיאש כו' מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה כנ"ל ע"ש ותמוה דהא באבידה אינו קונה אתי לידי' קודם יאוש כנ"ל. ולהנ"ל א"ש דכאן כיון שנטלה ע"מ לגוזלה שוב מהני היאוש גם אח"כ דאף אם היה יודע הי' מתיאש אי אמרינן סתם גזילה יאוש בעלים ולא הוי בטעות כנ"ל:

עוד יש לישב. די"ל הטעם דבאיסורא אתי לידיה אינו קונה. דהא תוס' ע"א הקשו למאי דקי"ל דמדאורייתא מעות קונה ולא משיכה א"כ במתנה או זוכה מן ההפקר במה קונה מדאורייתא ותירצו דהיכא דליכא מעות משיכה קונה מן התורה ע"ש. וא"כ לכאורה כאן ביאוש ניהו דהוי קנין כהפקר וכה"ג הא מ"מ כיון דבגזילה אף אי יאוש קונה מ"מ צריך לשלם דמיו כמבואר בש"ס דכיון דבאיסורא אתי לידיה נתחייב במעות וא"כ כיון שיש כאן כסף שצריך לשלם עבור החפץ א"כ ממילא משיכה אינו קונה מן התורה רק מעות וא"כ שוב אינו קונה כלל דהא כל זמן שלא נתן דמיו לא קנאו במשיכה וממילא עתה אף שרוצה ליתן דמיו הא אינו מתיאש עכשיו שרוצה גוף החפץ וכיון שלא קנאו יכול לחזור בו כנ"ל ונהי דהוי יאוש קנין מ"מ אינו קונה כנ"ל. וגם מדרבנן לא שייך נשרפו חיטך כו' וי"ל דלא תיקנו כלל בגזילה וכה"ג:

אמנם בגזילה י"ל דהא הטעם דחייב מעות הוא משום שנתחייב בדמיו משעה שגזלו נתחייב או הוא או דמיו ולכך אף שמתיאש לא פקע החיוב תשלומין דמדמי מי מתיאש כנ"ל. וא"כ אין החיוב ממון בא עבור היאוש רק שנתחייב משעת גזילה ושפיר קונה כמו בהפקר דהא מצד קנין היאוש אין כאן דמי' רק שחייב לו מעות מכבר ולכך שפיר משיכה קונה כנ"ל:

אמנם באבידה שכתבו תוס' ג"כ דחייב בדמים היכא דאתי לידיה קודם יאוש ונתיאש אח"כ אף אי קונה ע"ש ולכאורה כאן לא שייך שנתחייב בתשלומין משעה שנטלה דהא לא נטלה לגוזלה ולמה ישלם אי יאוש קונה וע"כ צריך לומר דהיאוש אינו רק שמתיאש

מגוף החפץ דג"כ לא מתיאש מדמי שסובר מי שימצאנו יוכל להוציא ממנו דמיו ושפיר נתחייב בתשלומין ע"י היאוש כמו מכר דאמרינן שמתיאש כשנותן לו דמיו דקודם היאוש ודאי לא נתחייב בתשלומין באבידה דלמה יתחייב. וא"כ כיון דהתשלומין הוא ע"י היאוש שוב אינו קונה כלל דהא יש כאן כסף ואין משיכה קונה כנ"ל ולכך באבידה אינו קונה באתי לידי' קמי יאוש משא"כ בגזילה כנ"ל:

ומיושב ג"כ בנטלה ע"מ לגוזלה באבידה שפיר מועיל היאוש אח"כ דהא ג"כ נתחייב כבר בתשלומין קודם היאוש ושוב ליכא מעות וקונה היאוש כנ"ל. כיון דבאיסורא אתי לידי' כו'. הנה הטעם דאינו מועיל באיסורא אתי כו' אינו מובן כמ"ש תוס' דאי מטעם הפקר יועיל גם אח"כ. וצ"ל דהא באמת אי יאוש קונה היינו כיון דמצינו באבידה דמותר לאחר יאוש א"כ ע"כ שאמרה תורה דיאוש עצמו הוי קנין היינו כשהוא מוסכם אצלו שלא יהיה לו עוד דבר זה בהסכמה זו יוצא הדבר מרשותו וזה הוי קנין כמו שאמרה תורה דבדיבור של הפקר יוצא מרשותו וכן בהסכמה זו שמיאש יוצא ג"כ מרשותו והוי הפקר. ומסופק הש"ס דנימא כמו כן בגזלן דג"כ מיאש שלא יהי' לו עוד הדבר ויוצא מרשותו ג"כ וא"צ לומר שהוא מטעם הפקר כנ"ל. והא דאמר לחלק בין באיסורא אתי לידיה כ' תוס' הטעם משום דנתחייב בהשבה כו' ולכאורה אינו מובן דאם נתנו לו במתנה או מפקירו אח"כ ודאי דא"צ להחזיר אף שנתחייב בהשבה קודם הפקר וכיון דיאוש הוי קנין כנ"ל למה יחזיר. ונראה הטעם דהא כיון דאמרה תורה והשיב את הגזילה ויש עליו עשה להשיב א"כ לכאורה לא היה מועיל אף שנותנו לו במתנה אח"כ דמ"מ איך יפטר מעשה הנ"ל הא לא קיים והשיב כנ"ל. אך ז"א דכיון דנותן לו במתנה או שמפקירו אין כאן כלל עשה דוהשיב דאינו מחויב והשיב רק כשרוצה וכשנותנו לו הוי כאלו השיב כו' דהוא כאומר הריני כאלו התקבלתי וכמו בקדושין בתנאי ע"מ שאתן לך מנה ומוחלת דהוי נתקיים התנאי דהוי כאלו נתן וא"כ כל זה שייך באותן הקנינים שהם מדעת הנותן שהנותן דהיינו הנגזל רוצה להקנות כמו מתנה והפקר וכל הקנינים שבעולם שהם מדעתו שייך כנ"ל. אמנם ביאוש דבאמת אינו רוצה להקנות כלל החפץ ואדרבה באמת רוצה אותו רק שמתיאש ממנו ומוסכם אצלו שבודאי לא יוכל להוציא החפץ והתורה אמרה שזה הוא קנין שיוצא מרשותו אבל לא שייך לומר דהוי כאומר הריני כאלו התקבלתי דז"א דהא אינו אצלו כלל כאלו קיבל דעדיין רוצה אותו ושפיר לא נכטר כלל מחיוב העשה דוהשיב אף דהוי כהפקר וקונה אותו מ"מ מחויב בהשבה כיון דמה שיצא מרשותו אינו מדעתו כנ"ל וזה החילוק בין יאוש לשאר קנינים כנ"ל:

ובפרט למ"ש תוס' ריש אע"פ דלכאורה כל מחילה בניזקין וכה"ג יהיה מתנה על מה שכ' בתורה ע"ש דהטעם דאדם יכול לעשות בממונו ולפטרו דכשפטרו אינו חייב ע"ש וממילא כאן בקנין יאוש י"ל שפיר דלא יפטר מחיוב השבה כנ"ל ולכך רק היכא דבהיתירא אתי לידיה אז אינו מתחייב כלל בהשבה כיון שנוטלו אחר יאוש משא"כ היכא דבאיסורא אתי לידיה ונתחייב בהשבה אינו נפטר כנ"ל. גם י"ל באבידה לא הוי עקר משא"כ כאן דכבר נתחייב בהשבה כנ"ל:

הנה הרמב"ן ז"ל ב"מ בהא דנטלה לפני יאוש ע"מ לגוזלה כו' כתב הטעם דמוצא אבידה לפני יאוש לא קני לכ"ע ביאוש אח"כ וגרע מגזלן משום דנעשה שומר שלו קודם היאוש וידו כיד בעלים והוי כאלו הי' ביד הבעלים דלא מהני יאוש. משא"כ בגזלן דעכ"פ יצא מרשות בעלים מהני יאוש ע"ש. ולכאורה אינו מובן הא מתנה ומכר מהני בפקדון כשהוא ברשות הנפקד וא"צ קנין אחר וזוכה בדיבור לחוד ולמה גרע יאוש משאר קנין דכשמתיאש ממילא זוכה להנפקד רשותו כנ"ל. ונראה דלכאורה למה באמת מהני בנפקד בדיבור לחוד הא כתב הרא"ש ריש פסחים כיון שהשאיל הנפקד ביתו לשמירת ממונו ביתו קרינן בי' והוי ברשות המפקיד ע"ש. וא"כ במה יזכה הנפקד במתנה בדיבור המפקיד לחוד הא עדיין החפץ ברשותו ולא יצא מרשותו כלל שהוא ביתו כנ"ל. אך י"ל דגיטו וחצירו באין כא'. כיון שבדיבור זה נעשה חפצו של הנפקד וממילא בא לרשות הנפקד ג"כ דאינו שאול להמפקיד רק כל זמן שחפצו יהי' מופקד יהי' בית הנפקד שאול לשמירת ממונו אבל כשיסתלק מהחפץ נסתלק רשות מהשאלה ג"כ וחוזר להיות רשות הנפקד ואמרינן כמו גיטו וחצירו כו' דג"כ אם יועיל המתנה בא לרשותו ממילא כנ"ל. אך ז"א כמ"ש מהרי"ט בכ' שטר מתנה על קרקע והניחו בקרקע זו דלא אמרינן באין כא' שיזכה ע"י זה בשטר אף שאם יועיל יהי' מונח ברשוהו דאיך יזכה ולא אמרינן זה רק בגט דלא בעי זכי' רק נתינה וא"כ לא שייך כנ"ל. אך י"ל דזה עדיף דכאן כיון שנותן לו החפץ במתנה מסתלק ממילא שלא יהי' לו השיעבוד על רשות הנפקד ואף אם לא יזכה וממילא זוכה הנפקד דנעשה חצירו בשעה זו כנ"ל:

והנה במחילה בטעות כתב הגהות אשרי החילוק דהיכא דלא נתכוין כלל למחול משלו כמו שמוט ואכיל בדבר שלב"ל לא מהני שהי' סבור שהוא של הקונה ולא נתכוין למחול כלל שלא ידע שצריך למחול כלל. אבל היכא שנתכוון למחול רק שטעה באיזה דבר ואם הי' יודע לא הי' מוחל בזה אמרינן דהוי מחילה והביא ראי' מיאוש דהוי בטעות דאם הי' יודע שימצאנו ישראל זה לא הי'. מתיאש אעפ"כ כיון שעכ"פ נתכוין למחול שלו מהני ע"ש. וא"כ כיון שכ' תוס' לקמן דגבי יאוש צריך ג"כ שיקנה רשותו להגזלן

כן באבידה כנ"ל. וא"כ כשמצאו לפני יאוש שפיר לא מהני כמ"ש הרמב"ן ז"ל דנעשה שומר של בעל האבידה והוי רשות שלו כנ"ל. ואי"ל כאן כנ"ל דנסתלק מרשותו כמו במתנה דז"א דלענין סילוק מהחצר הוי מחילה בטעות כמו שמוט ואכיל שאינו מתכוין כלל להסתלק שאינו יודע שמצאו זה כלל כנ"ל ולא מהני דבשלמא לענין החפץ הוי מחילה בטעות דמתכוין למחול רק שהוא בטעות ומהני כנ"ל משא"כ לענין החצר דאינו מתכוין ולא מהני כנ"ל ושוב לא מהני היאוש של החפץ דעדיין הוי חצירו ולא יצא עדיין מרשותו כנ"ל כיון שלא הועיל על הסילוק כנ"ל וכמ"ש הרמב"ן ז"ל. אבל בגזילה דשפיר הוי ברשות הגזלן מהני היאוש דזוכה חצירו כנ"ל:

עוד י"ל למ"ש תוס' ד"ה כל הנלקט דצריך שיזכה חצירו להגזלן כמו שאר הפקר. ולכאורה הא גם במציאה כיון דחצר מטעם שליחות הוי מגבי' מציאה לחבירו דחב לאחרים אך כיון דהוא חצר המשתמרת אם לא יקנה לא יוכל אחר ליטלו ע"ש בנ"י פ"ק דב"מ. והנה לכאורה הוי חב לבעל החפץ עכ"פ דג"כ לא מהני דבשלמא במתנה א"כ הוא מדעת הנותן ואינו חוב לו. אבל ביאוש דממילא יוצא הדבר מרשות הנגזל אבל אינו מרוצה כלל וא"כ מה שיקנה החצר להגזלן הוי חב להנגזל ולא קני החצר כלל דהיכא דהוי חוב לא איתרבי זכי' כנ"ל. אמנם למ"ש תוס' דאף אם לא קנה הגזלן הוי הפקר ויכול כל אדם לזכות כו' ע"ש. וא"כ ממילא אין בזכי' זו חוב לנגזל דאף אם לא יזכה לו חצירו לא יהי' של הנגזל דיהי' הפקר ושוב קני חצירו לגזלן. אמנם למ"ש תוס' שם דבגזלן אף שיהי' יאוש הפקר אין שום [אדם] רשאי לזכות בו כיון דצריך הגזלן לשלם מעות ע"ש כיון דבאיסורא אתי לידי'. וא"כ שוב הוי חוב מה שיזכה חצירו לגזלן דאל"ה לא יוכל שום אדם לזכות ויהי' של הנגזל כנ"ל. וא"כ מיושב שפיר דמעיקרא בעי למימר דיאוש קונה בגזלן כמו מוצא אבידה ואף דהתם לא מהני במצא לפני יאוש י"ל הטעם שפיר כמ"ש הרמב"ן דהא נעשה שומר שלו ולא יצא מרשותו. ואף דהא כשקונה השומר שוב בא לחצירו דנסתלק וכמו במתנה אך למ"ש ז"א דשוב אין החצר קונה לו דחב לאחרים היינו לבעל האבידה כנ"ל. וא"ל דלא הוי חוב שאם לא יזכה יהי' הפקר דז"א שאם לא יזכה הנפקד לא יהי' הפקר כלל דיהי' ברשות הבעל אבידה עדיין שלא נסתלק כלל דמה שבא לרשותו הוא ע"י שזוכה כנ"ל כמו גיטו וחצירו אבל אם לא יזכה הוא שפיר הוי ברשות הבעל האבידה ולא יוכל אדם לזכות בו ורק ע"י שזוכה להמוצא יהי' נקרא בא לחצירו והוי שוב חב לאחרינא ואינו זוכה לו כנ"ל. ולכך לא קני במוצא לפני יאוש. אבל בגזילה דבין כך ובין כך אינו ברשות הנגזל. ואף אם לא יזכה חצירו לגזלן יהי' הפקר

כיון שאינו ברשות הנגזל ושוב לא הוי חוב וזכי לי' חצירו לגזלן כנ"ל. וקני כאן יאוש כמו אבידה במוצא לפני יאוש:

או דילמא הכא באיסורא אתי לידי' והיינו כדברי תוס' הנ"ל כיון דבאיסורא כו' וצריך לשלם מעות עכ"פ וממילא לא יוכל לזכות אדם בו אף אם יהי' הפקר ולא יזכה הגזלן ושוב הוי חב ולא קני לי' חצרו כנ"ל. ודוקא אבידה דיהי' הפקר כנ"ל. משא"כ גזלן כנ"ל. ומיושב קושית תוס' מהא דאבידה כנ"ל ע"ש:

שם יאוש כו' אבדה כו' ותמהו תוס' הא באבדה גופי' לא קני היכא דב"א אתי לידי' כו'. ותי' תוס' דגם שם קני גוף החפץ רק דצריך לשלם ע"ש. ותמוה לכאורה. דהא גם ביאוש דגזלה למה יצטרך לשלם. ובש"ס ב"ב פרק ח"ה אמר ניהו דמיאש כו' מדמי' מי מיאש כו' ומשמע שסתמא אינו מתיאש רק מגוף החפץ שלא יוכל להוציא דימכרנו קודם וכה"ג אבל מהתשלומין לא מיאש שמתי שיוכל יוציא ממנו דמיו עכ"פ. וא"כ זה שייך רק בגנב וגזלן אבל באבדה שמתיאש גם מדמיו מצד שא"י היכן. למה יצטרך לשלם דמים מה חילוק בין החפץ או דמיו. אולם גם בגזלה לכאורה מה בכך שמדמי לא מיאש הא כיון דיאוש קני ונתיאש מהחפץ מאין יהי' חיוב דמים. אטו מפקיר או נותן החפץ צריכין לשלם דמים. ולכאורה הטעם דהוי כנאנס דהא יאוש אינו קנין שברצון הבעלים רק דילפינן מאבדה שכשהדבר מיואש אצל בעליו שלא יהי' להם עוד החפץ בזה עצמו יוצא מרשותו ונסתלק. אבל לא שרוצה להסתלק או להפקיר רק ממילא נעשה אינו שלו. הוי כנאנס מהבעלים וחייב הגזלן ככל אונסין וכמו בשינוי כנ"ל. או מטעם גרמי דבמה שגזלן הוי ככפאו שיתיאש ולהוציאו מרשותו וכמוחל לעצמו דחייב:

אמנם זה שייך באי סתם גזלה יאוש כו' וגרם כנ"ל. אבל בהני דסתם לאו יאוש ואינו עומד ליאש רק דמ"מ שמעיני' דאיאש לא שייך ב' הטעמים דלא גרם לו. וגם באונס בזה לא מחייב גזלן שהביא האונס בעצמו. וגם לא הי' צריך להא דמדמי מי מיאש. ולכך לע"ד עיקר הטעם דהא מלבד שיש לבעלים קנין בגוף החפץ שלא יוכל אחר ליקחו אף בדמים יש לו קנין מצד השיוי ג"כ ואף בדבר העומד למכור וקייצו דמי יכול כל א' ליקח בדמים וא"כ בשלמא בקנין שמדעתו ורצונו שפיר כשמפקיר או נותן החפץ א"כ נותנו לגמרי ואין כאן זכות גם לקנין דמים שבו. אבל ביאוש דילפינן דכשמייאש ממנו יוצא בזה מרשותו א"כ אינו נפקע זכותו רק מה דמייאש וכיון דמדמי מי מיאש א"כ נשאר זכותו בהחפץ לענין השיוי דמים שבו שמה שהוא שלו בתורת שיוי לדמיו מזה לא נתיאש כלל שנתיאש שלא יהי' לו החפץ עוד רק דמיו. א"כ נשאר שלו לענין השיוי דמים ולא פקע כלל רק זכות גוף החפץ בהיאוש וא"ש דדמים בעי שלומי כנ"ל:

ומיושבים בזה ד' הרשב"א התמוה מאוד שכתב באתרוג ולולב הגזול דאי ביאוש וש"ר צריך לשלם דמים לא הי' מיקרי לכם ע"ש שתמוה מה ענין זה שלא יהי' נקרא לכם ולמ"ש א"ש דכיון דכל החיוב בתשלומין ע"כ משום דלענין השיוי לא פקע זכותו מגוף החפץ כנ"ל וא"כ לא מיקרי לכם דהא מבואר בש"ס פרק לה"ג דלכ"ע בעינין לכם שיהי' לו בו דין ממון ע"ש ובהנ"ל לענין הזכות ממון אינו שלו דדבעלים הוא כנ"ל. וא"כ כל הנ"ל שפיר בגנב וגזלן דמדמי לא מיאש אבל באבדה כשמתיאש מתיאש מדמי' כמו מהחפץ דמה חילוק. וא"כ אי יאוש קני באסורא אתי לידי' מאיזה טעם יהי' חיוב דמים לשלם על המוצא וי"ל דגם באבדה בדבר שיש בו ס' אינו מיאש רק מהחפץ לא מדמיו ודוחק. וי"ל דתוס' ס"ל כיון דעיקר היאוש כשמיאש אצלו ומה דשמעיני' דאיאש אינו רק גלוי מלתא שמיואש אצלו. וזה אינו מרצונו רק שמייאש ולא שייך אפסיד אנפשי'. ונהי דשומר אבדה לא מיחייב באונסין מ"מ כמו במ"כ אנס המלך גורנו דחייב משום דמשתרשי לי' כיון דיש חיוב נתינה עליו וא"כ היכא דבאסורא א"ל שיש חיוב השבה כבר עליו. א"כ אף אי יאוש קני מ"מ הוי ממילא שנעשה שלו ומשתרשי לי' במה שנפקע חיוב ההשבה ע"י היאוש. ושפיר חייב לשלם דמים גם באבדה כמו בגזלה כמו במתנות כהונה כנ"ל. ולא ס"ל כסברת הרא"ש פרק הגוזל כמ"ש בשנוי ע"ש ובמ"ש. [או] ומיושב בזה. דפריך מגזל חמץ כו' ומשני זה מתיאש וזה א"ר לקנות. ומה משני בשלמא אי יאוש קני מדרבנן שייך כיון שאינו רוצה מהני א"א בתקנ"ח ולא יצא מרשותו כלל. אבל אי קני מה"ת א"כ עכ"פ יצא מרשותו דהא אף במתנה לר"ל כשאומר א"א בה כל המחזיק זכה. ומאן דפליג רק משום כי יהיב אדעתא דלקבל מיני'. וביאוש לא שייך זה. א"כ כיון שיצא מרשותו אף שאינו רוצה לקנות מ"מ חייב לשלם מחמת הגזלה כנאבד כו' דמה חלוק בין קונה או לא לענין חיוב התשלומין שהוא רק מחמת שנעשה אינו של בעלים כנ"ל. ולמ"ש מיושב דע"כ בזה צ"ל ג"כ כנ"ל דמה פריך מחמץ ניהו דמיאש מחמת. האיסור אין זה מצד הגזלן ולא שייך טעמים הנ"ל ולמה יהי' חייב לשלם אף אי יאוש קונה. ורק משום משתרשי לי' כנ"ל. וממילא שפיר משני כיון דאינו רוצה לקנות לא משתרשי לי' ואינו חייב כלל על מה שיצא מרשותו ונפקע החיוב. ואף דע"כ רגע קודם האסור מ"מ א"ר כנ"ל:

אולם קושית תוס' ג"כ אינו מובן דמאי דאמר התם ב"מ כ"א ב' דאביי ורבא כו' היינו דהא ס"ל תרוייהו דיאוש לא קני בגזלה משום באסורא א"ל ולכך ס"ל גם באבדה כן דהא אמר לקמן רבא כו' דחדא ר"פ אמרה וכ' תוס' דרבא סבר לא קני רק אפשר מאביי קשי' להו דפריך לר"י אך הא פריך לרבה ג"כ. ונראה דק' לשטת ר"ת דפסק יאוש קני ושם סתם

גמ' קאמר בד' שיש בו ס' כ"ע דלא מהני משום באסורא א"ל כו' אבל לדידן דקי"ל יאוש לא קני לרוב הפוסקים לא קשה כנ"ל. די"ל מאן דס"ל בגזלה קני גם באבדה קני. וי"ל דמכאן הוכיחו הפוסקים דקי"ל יאוש לא קני אף דהלכה כרבה נגד ר"י. ולהרא"ש פרק הגוזל דבשינוי לא משלם משום משתרשי רק כמו נאנס וזה שייך בגזלן אבל שומר אבדה דפטור מאונסין א"כ למה יתחייב על מה שנפקע מחמת יאוש שלו ונשאר קושית תוס'. ועכ"פ מוכח משם דיאוש לא קני היכא דבאסורא א"ל כיון דא"א לפרש כתוס' לענין תשלומין. וקשה למה מסופק הרא"ש אי קי"ל יאוש קני הלא מוכח כנ"ל. ואפשר דסבר כרמב"ן ז"ל שמחלק דבאבדה לכ"ע לא קני באם א"ל קודם יאוש דבפקדון דברשותי' דמרי' קאי ואין יאוש קונה כשברשותו כו' ודוקא בגזלן דאינו ברשותו. וכן משמע שם ברא"ש דבאבדה לא הזכיר ספק ע"ש:

והי' אפשר לומר דחילוק הש"ס בין באיסורא א"ל אינו מובן מה בכך. ופי' משום דכבר נתחייב בהשבה. ומ"מ קשה למה לא נפטר ע"י היאוש כיון דקני. וי"ל דהא בתנאי ע"מ שתתן כו' לא הי' מהני המחילה מצד המחילה לבד דמ"מ לא נתן ולא נתקיים רק משום די"ל הריני כאלו נתקבלתי וכקיבל והחזיר ע"ש גיטין ע"ד וברשב"א שם. וא"כ גם לענין חיוב התורה והשיב כו' הא דמהני מחילה ומתנה אף דמ"מ לא קיים והשיב הוא ג"כ רק משום הריני כאלו התקבלתי וחשיב והשיב כיון שהוא לטובתו ומרוצה כנ"ל. אבל יאוש אף שקונה מ"מ הריני כהתקבלתי לא חשיב דשלא מרצונו הוא רק ממילא כנ"ל. וא"כ לא קיים והשיב ולא קני. ומ"ד קני הוא כמו דקי"ל באיצטלית מ"ל הן מ"ל דמיהן ואף דכשקיים לא מהני חזרת דמים מ"מ כן הוא או החפץ כשבעין או כשאינו בעין חזרת דמים כמו החפץ ע"ש. וא"כ כיון דיאוש קני והי' חשיב והשיב בחזרת דמים דמ"ל הן כו' וכאלו נאבד אי קני ולמה נימא דלא קני משום דאית עלי' עשה דוהשיב הא אי קני מקיים בדמים כו'. וא"כ גם באבידה י"ל כשבאיסורא א"ל דנתחייב בהשבה אף אי יאוש קונה מ"מ צריך לשלם דמים שיפטר לגמרי לא מהני היאוש כיון דיש עשה דוהשיב רק דמקיים בדמים כנ"ל. אך אינו נראה דלא חייבו תורה והשיב רק מה שהוא דנגזל או דבעל אבידה אבל כשנעשה שלו באיזה אופן שהוא אין כאן והשיב וכדאמר פ"ק דמכות בגזל הגר דשיעבודא דגר הוא דפקע ג"כ פקע עשה דוהשיב וכנ"ל. ולרב דסבר בסנהדרין ע"ב בבא במחתרת דגנב קני ליה ומ"מ חייבה התורה בהשבה ומה"ט קלבד"מ פוטר כמו משאר חיוב. א"כ גם ביאוש י"ל דלא מהני דמה בכך שקנאו מ"מ איכא עליה חיוב השבה כיון שאינו מחילה שיהי' חשיב השבה כאלו התקבלתי כו'. וי"ל כנ"ל. אבל לדידן דקי"ל דלא כרב והחיוב השבה הוא להחזיר הגזילה של הנגזל לא מה ששלו. א"כ אי קנאו

ביאוש אין כאן והשיב כלל. וכדאמר רבא ב"מ כ"ו בנטלה לפני יאוש כו' עד שנתיאש כו' אע"פ שאהדרי' מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה ואינו מקיים כלל השבה כנ"ל. וא"כ ממילא אי יאוש קני באבד באיסורא א"ל גוף החפץ למה יתחייב דמים. ובגזלן י"ל דחייב מטעם מזיק מיד כשגזל כמ"ש לעיל רק כשמחזיר החפץ ממילא אין חיוב. משא"כ באינו מחזיר אף דקני ביאוש. דכמו דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב היכא דרק אפשר לתלות שבלא הפשיעה לא הי' האונס דהספק על אחריות הפושע כ"ש בגזלן אף שאינו עומד ליאוש מ"מ נתיאש ע"י הגזילה ובא האונס שיצא מרשות בעלים ע"י הגזילה וחייב גם על זה אף שלא ברי הזיקא כיון שכבר הזיק כנ"ל. משא"כ באבידה לא שייך זה דאין היאוש כלל מחמתו:

וי"ל דהא ש"ח שהי' יכול לקדם כו' ולהציל ולא הציל חייב דהוי פשיעה. וכן בחמץ כשלא מכר כמ"ש המ"א וא"כ כיון דשומר אבדה עכ"פ ש"ח וכיון שבא לידו קודם יאוש אם הי' מודיעו כיון שיש בו סימן לא הי' מתיאש ולא היה פקע זכותו א"כ הוי כיכול להציל ולא הציל שבפשיעתו נפסד ואף שהוא עי"ז מרויח וש"ח א"צ להציל בשכר זה לא מיקרי בשכר רק שרוצה להרויח של אחרים. וא"כ חייב לשלם מטעם פשיעה. אך ז"א דהא משמע אף שלא ידע של מי ועשה כדינו להכריז מ"מ בבא לידו קודם יאוש חייב לשלם אף דלא פשע כלל שלא הי' אפשר להודיע קודם יאוש. ועיין מ"ש לקמן בעזה"י:

אבדה כו' דמייאש מרה מקמא דתיתי לידיה קני כו' משמע דזה לכ"ע דאף אי יאוש בגזילה קני מ"מ באבידה לא קני באתי לידיה קודם יאוש. ולתוס' צ"ל דזה בכלל הספק דאשכחן רק במקמא דתיתי לידיה ומסופק אם יש חילוק בין באיסורא א"ל או אין חילוק ורק לענין חיוב תשלומין יש חילוק בין באיסורא א"ל כנ"ל. ודוחק. והלשון משמע כהרמב"ן דבאבדה בא"ל קודם יאוש נעשה שומר דבעלים דברשותיה דמריה קאי ככל פקדון ולכ"ע לא מהני יאוש אח"כ. ודוקא כשאינו ברשותו כגזלן או קודם שבא למוצא כנ"ל. וטעם החולקין דהא גם שמונח באיזה מקום ג"כ הגוזל משם כאלו גוזלו מרשותו דהא אמר רבא נטלה ע"מ לגזלה עובר בלא תגזול. א"כ מה דקרי אינו ברשותו רק משוה שא"י היכא מונח א"כ מה בכך שהוא אצל שומר כיון שא"י היכן ג"כ מהני יאוש כמונח במקום אחר. דהא דלא מהני יאוש ברשותו הוא משום או דחצירו חוזר וזוכה לו. או דכיון דאינו יוצא מרשותו לא עדיף משאר קנינים. משא"כ ברשות שומר כמו דמהני בנפקד מתנה וא"צ קנין אחר רק בדיבור לחוד וע"כ דאף דהשאיל ביתו לשמירת ממונו להרא"ש ביתו קרינן ביה פ"ק דפסחים. מ"מ מיד שנתנו לו מסתלק שאלת ביתו בדיבור

ואינו מגרע קנין הנפקד וחצירו זוכה לו כמבואר בגמ' וש"ע. וא"כ גם לענין יאוש מיד שנתיאש פקע שמירתו ונקנה למוצא האבידה וזוכה חצירו כמו בגזלן ומ"ט לחלק:

ולע"ד החילוק דהוי יאוש בטעות דאלו ידע שהוא אצל המוצא ואינו גזלן לא הוי מתיאש כלל דלא היה עומד כלל להתיאש. דבשלמא בגזלן שהיאוש מצד הגזילה אינו בטעות דבאמת אצל הגזלן הוא. וכמו באבידה קודם שמצאו אף דאלו ידע היכן הוא לא הי' מיאש היינו משום שהי' נוטלו אבל כל שאינו יודע ראוי להתיאש ואינו בטעות כלל. משא"כ כשכבר מצאו מי שאינו גזלן הוי בטעות כנ"ל. וכמו שהי' סבור שמונח במקום שאינו משתמר ובאמת הי' מונח במקום המשתמר דחשיב בטעות וכדמשמע פרק המפקיד גבי כיפי דלא חשיב שילם דשומא בטעות הוא דהוי כיפי מעיקרא ע"ש ממש כנ"ל דאיגלאי שהי' במקום המשתמר רק שלא ידע כנ"ל. וכשהוא אצל השומר ג"כ כנ"ל:

אך תליא בתי' תוס' ב"מ ס"ז דקי"ל מחילה בטעות הוי מחילה ורש"י דדוקא באיסור לא הוי מחילה א"כ מהני היאוש ג"כ ולתוס' דדוקא באפשר שאם ידע ג"כ הי' מוחל משום ליקו בהמנותיה משא"כ בודאי לא הי' מוחל ע"ש. א"כ גם ביאוש דקאי אדבר שיש בו סימן דאי ידע שאצל המוצא ודאי לא מיאש שפיר לא מהני כנ"ל.

ובזה יש לישב מה דתמוה דאמר רבא פרק א"מ כ"ז נטלה לפני יאוש ע"מ לגזלה כו' וע"ג דאהדרה בתר יאוש מתנה הוא דיהיב ליה כו'. והא רבא סבר יאוש לא קני בגזילה. וכמ"ש תוס' לקמן כ"ז ע"ב ותירוצם אינו מובן כלל ע"ש. וי"ל דהא מה דמחלק הש"ס דבגזילה באיסורא אתי לידיה לא קני ג"כ אינו מובן החילוק כמ"ש תוס' דאי מטעם הפקר גם באיסור א"ל יהי' מועיל. וה"ה איזה קנין שהוא מתנה וכה"ג ג"כ קשה:

וי"ל דהטעם דהא מחלק ב"ב פרק חזקת דבאונס לא מהני תלוה ויהיב ולס"ד גם תלוה וזבין ואף דכל דמזבין אי לאו דאניס לא הוי מזבין ומחלק שאני אונסא דנפשיה מדאחריני. וכן יש לחלק גם ביאוש אף דהוי איזה קנין מ"מ דוקא באבדה שאינו מחמת המוצא מהני אף שברצונו לא היה מיאש מ"מ מיאש מצד עצמו. משא"כ גנב וגזלן שע"י אונס שלו מתיאש ומקנה אין ללמוד משם דקני דלא שייך בזה תלוה וזבין אף דחייב לשלם דהא אין התשלומין כמכר רק ממילא מצד הגזלה. אבל בעד היאוש אינו נותן כלום ולכך אמר דבאסורא א"ל שגזלו ועי"ז נתיאש לא מהני כיון שע"י אונס של הגזלן כנ"ל אולם א"כ באבדה אף דאתי לידיה קודם יאוש יהיה קונה דשם היאוש אינו מצד המוצא רק מצד עצמו. אך באבדה הטעם דהוי בטעות כנ"ל. וא"כ א"ש דאף דרבא סבור בגזלה יאוש לא קני מ"מ באבדה נטלה ע"מ לגזלה והמתין עד שנתיאש שפיר קני דלא שייכי ב' הטעמים דהא אין היאוש מחמת הגזלן רק מצד האבדה שא"י שמצאו ומהני

ככל אבדה וגם משום מחילה בטעות לא שייך דניהו דלא אמרינן סתם גזלה יאוש בעלים היינו רק ודאי אבל ספק הוי רק דמוקי אחזקת מ"ק כמבואר בב"ח ה' קדושין ע"ש. ודאי דפעמים מתיאש כו'. וא"כ לענין מחילה בטעות דכ' תוס' דהיכא דאפשר דאם היה יודע היה ג"כ מוחל שוב לא חשיב בטעות ומהני כיון דהמחילה בפנינו אין הספק מוציא כו' ע"ש. וא"כ בנטלה לגוזלה שפיר מהני היאוש שמצד האבדה ולא חשיב בטעות דהא גם אם היה יודע שמצאו זה ע"מ לגזלה ג"כ אפשר דהיה מיאש מצד גזלה ואף דלא היה קונה לגמרי משום דהוא מחמתו. אבל מ"מ היה מיאש עכ"פ דלא חשיב עכשיו בטעות ושוב מהני היאוש כנ"ל. וי"ל דזה בכונת תוס' דכיון דמהני היאוש למכרו. והיינו דאם לא היה מהני כלל אפשר דלא היה שייך כנ"ל שאם הי' יודע היה ג"כ מיאש משום גזלה כיון דלא חשיב יאוש כלל. משא"כ כיון דמהני לענין למכרו כו' שוב לא מיקרי עכשיו בטעות כנ"ל:

גם די"ל דשם אף אם היה מתיאש מחמת הגזלה ג"כ לא היה חשיב שמחמת גזלתו של זה הוא מתיאש דהא במה שנטלו הוא הגזלה. והא אם לא היה נוטלו כלל ג"כ הי' מתיאש מחמת האבדה ובמה שלא נטלו בתורת השבת אבדה זה אינו מגרע הקנין. א"כ נטילתו לגזלו לא גרם היאוש כלל והי' מהני אלו ידע ושוב מהני היאוש שמחמת האבדה דלא מיקרי בטעות דמהני כנ"ל. ולהרמב"ן ז"ל ג"כ יש לישב כנ"ל דבאבדה רק משום שומר ואין הטעם משום באסורא א"ל ושוב מהני שם כנ"ל:

דף סו:

זה מתיאש וזה אינו רוצה לקנות כו'. לכאורה אינו מובן מה בכך שאינו רוצה הא מ"מ כיון שנתיאש יצא מרשותו ועכ"פ יהי' הפקר דהא גם במתנה אי אמר אי אפשי בה כל המחזיק בה זכה לר"ל רק מאן דפליג משום כי יהיב אדעתא דליקבל מיניה כו' אבל ביאוש לא שייך זה כנ"ל. ולא יהי' אסור כלל כיון שנתיאש קודם זמן איסורי'. דמה דאמר כי מטי עידן איסורי' מיאש ודאי הפי' קודם דמטי דבשעה דמטי כו' אינו ברשותו כמו דאמר בש"ס לענין ביטול כו' רק קצת קודם כשאין שהות למכרו וא"כ לא יאסור כנ"ל. וי"ל דאינו מועיל כלל היאוש דהא הוי דבר שאינו ברשותו רק משום שהגזלן רוצה כמ"ש הב"ש סימן כ"ח וכיון שאינו רוצה אינו מועיל כנ"ל. או דאי קני מדרבנן יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים ואינו קנין כלל כנ"ל. או דיאוש לא הוי הפקר רק עד דאתי לרשות זוכה כמו לר' יוסי בהפקר גמור ולכך כיון שזה אינו רוצה לקנות לא יצא כלל מרשותו כנ"ל. והאחרונים האריכו בזה:

ונ"ל הטעם בין בהיתירא אתי לידי' לר' יוחנן בן נורי דאמר חפצי הפקר קונין שביתה לעצמם וכתב רש"י פ"ד דביצה דנקרא רשות לעצמו שהוא ברשות הפקר ע"ש וא"כ י"ל כיון דיאוש ושינוי רשות קונה וממילא כיון דבהיתירא אתי לידיה הוי יאוש ושינוי רשות דכשנתיאש ונעשה הפקר באבידה ממילא הי' ברשות הפקר ואח"כ כשזוכה בו בא לרשות אחר וקונה משא"כ באיסורא אתי לידיה כנ"ל:

או די"ל למ"ש הפ"י דאף דיאוש קונה הוא רק כהפקר לר' יוסי דלא נפקי מרשותיה עד דאתי לרשות זוכה ע"ש. וא"כ כיון דאמרינן קיימו ולא קיימו כו' והוא כמו בקדושין כנ"ל שמקדשה ע"מ שאתן כו' וגם כאן כיון דבמה שזוכה בו מבטל העשה א"י לזכות בו ולבטל העשה כנ"ל. משא"כ במתנה דמקיים והשיב שהוא כאומר הריני כאלו התקבלתי:

ועכ"פ זה צ"ל לדברי תוס' דאף שקונה מ"מ לא נפטר מחיוב דוהשיב וכמו לרב דאמר סנהדרין ע"ו דאף שקונה מ"מ איכא חיוב דוהשיב ע"ש. ולכך אינו קונה כנ"ל:

ובזה מיושב הא דמהני כשמוכר לאחר יאוש והוי שינוי רשות כו' והקשו דניהו דבאמת יאוש ושינוי רשות קונה מ"מ איך נעשה שינוי רשות כיון דאין יאוש קונה ואיך יכול למכור דבר שאינו שלו וממילא אין כאן שינוי רשות כו'. ולהנ"ל א"ש דבאמת הוא שלו ביאוש לחוד רק דמ"מ חייב בהשבה אבל מ"מ מועיל המכירה כיון שהוא שלו וממילא איכא שינוי רשות ושוב פטור מהשבה ג"כ כנ"ל:

ובזה י"ל מה שהקשו תוס' מהא דנטלה לפני יאוש והמתין לה עד שנתיאשו מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה כו' ותמהו בתוס' הא רבא סבר דיאוש אינו קונה כנ"ל. ולמ"ש יש לישב דלהנ"ל. דבאמת אף דבאיסורא אתי לידי' מ"מ קונה דלענין הקנין אין חילוק בין בהיתירא או באיסורא רק דאמרינן מ"מ לא נפטר וחייב בהשבה אף שקונה כנ"ל. וא"כ נראה למאי שפ' הפוסקים גבי מתנה ע"מ להחזיר דצריך לחזור ולהקנות לו דכיון שהיה שלו צריך להקנות כשמחזירו לו ע"ש. וא"כ נראה דכאן אף אי צריך לקיים השבה ומחזיר לאחר יאוש מ"מ צריך להקנות כיון שהוא שלו שקנאו רק שצריך להחזיר והוא כנ"ל ואף אי א"צ להקנות ג"כ א"ש. דכיון דיאוש ושינוי רשות קונה וכתב הה"מ דהגזלן חוזר וקונה את החפץ כשמוכרו דאיכא יאוש ושינוי רשות ע"ש פ"ה מה' אישות ונעשה שלו אז ע"ש. והנה גנב ופרע בחובו או פרע בהיקיפו הוי ג"כ שינוי רשות וכשפרע לאחר יאוש קנה ג"כ ע"ש. ונראה ממילא אם היה משכחת לה שמוכרו הגזלן אחר יאוש להנגזל עצמו בתורת מכר ולא בתורת חזרה ג"כ היה נקרא יאוש ושינוי רשות והיה הגזלן קונה את החפץ בשעת המכירה כנ"ל. אך במחזיר בתורת חזרה ודאי לא הוי שינוי רשות דהא הוי של הנגזל:

אמנם למ"ש דלאחר יאוש באמת קנאו רק דמ"מ לא נפטר מחיוב השבה וחיוב דההשבה אף שהוא שלו כנ"ל. א"כ נראה דשוב כשמחזיר אינו מקיים כלל מצות השבה דהא כשמחזירו אחר יאוש וכיון דהוא שלו רק שמחזיר מטעם חיוב השבה. א"כ שוב הוי כמו גנב ופרע בחובו וא"כ הוי החזרה גופי' שינוי רשות דמחזיר לו דבר שהוא שלו בחובו כנ"ל וא"כ הוי בשעת החזרה שינוי רשות. וממילא חוזר וקנאו הגזלן ביאוש וש"ר כדברי הה"מ הנ"ל ושוב יפטר גם מחיוב ההשבה בשעת החזרה ושוב מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה ואינו מקיים כלל מצות השבה כמו אי יאוש קונה לחוד כדאמר רבא כנ"ל. וא"ל לכאורה לא יצטרך כלל להשיב דהא גם אם יחזיר לא יקיים השבה כנ"ל. אך ז"א דאיך נימא שלא יחזיר א"כ יש עליו חיוב השבה דאין כאן שינוי רשות ולכך הוא מחויב להחזיר כנ"ל. אמנם כשמחזיר באמת אינו מקיים השבה כנ"ל. ומיושב קושית תוס' דאמר רבא שפיר המתין לה כו' מתנה בעלמא הוא דיהיב דאף דיאוש אינו קונה מ"מ כשמחזיר קונה מטעם שינוי רשות כנ"ל. אמנם לכאורה להנ"ל א"כ גם בגזילה לא מקיים השבה כשמחזיר כנ"ל ובאמת משמע דמקיים השבה כנ"ל:

וי"ל כמ"ש לעיל לענין קדושין ע"ש דהא באפותיקי מפורש דלא מצי לסלוקי בזוזי כ' התוס' דגם רבא מודה דלמפרע גובה וממילא אי אקדיש לוה לא מהני כשגובה לבסוף ע"ש בגיטין גבי עבד. וא"כ כאן לאחר יאוש ניהו דהוא שלו מ"מ כיון דיש עליו חיוב השבה ולא גרע מחוב והוי עכ"פ אפותיקי כנ"ל דהא לא מצי לסלוקי בזוזי דחייב להחזירו בעין וא"כ ממילא כשמחזירו להנגזל ממילא למפרע גובה ולא הי' כלל של הגזלן ושפיר מקיים השבה גם לאחר יאוש כנ"ל ולא שייך הנ"ל שקנאו בהשינוי רשות ושפיר לכך חייב בהשבה כנ"ל:

אמנם לכאורה י"ל דמ"מ לא שייך למפרע גובה כאן דבשלמא התם בחוב א"כ בעת שגבאו המלוה עדיין החיוב ושייך למפרע גובה כנ"ל. אבל כאן ניהו דקודם שמחזירו באמת חייב להחזירו ויש החוב דהשבה אבל בשעה שמחזירו כיון דעתה נעשה שינוי רשות דפרע בחובו כנ"ל א"כ בעת הזאת נפטר מחיוב השבה ג"כ כיון דהגזלן חוזר וקונה אותו אז כמ"ש הה"מ ואיך שייך למפרע גובה כנ"ל דבשעה שמחזיר אין כאן כלל החיוב חזרה כנ"ל:

אך י"ל דהא הגזלן חייב לשלם דמים עכ"פ גם לאחר יאוש ושינוי רשות כמבואר בש"ס דמדמי מי קא מייאש. וא"כ כיון דאביי סבר גם בחוב מעות למפרע גובה רק טעמא דרבא דבחוב מכאן ולהבא גובה הוא משום דמצי לסלוקי בזוזי וא"כ כאן ניהו דבשעת החזרה הוי שינוי רשות ונפטר מ"מ חייב דמים וממילא אמרינן למפרע גובה מחמת

החיוב תשלומין דזה לא פקע וכאן גם על החוב אמרינן למפרע גובה דלא שייך מצי לסלוקי בזוזי ז"א דאם לא היה מחזיר גוף החפץ לא היה שינוי רשות והוי חיוב השבה והי' חייב להחזיר גוף החפץ ולא הוי מצי לסלוקי כנ"ל וא"כ ממילא אמרינן למפרע גובה מחמת החיוב תשלומין שזה הוא גם בשעה שמחזיר כנ"ל דגם אחר השינוי רשות חייב תשלומין ושייך כנ"ל וממילא הוי חזרה ומקיים השבה ולכך מחוייב להחזיר ממילא דיקיים כנ"ל:

אמנם באבידה דלכאורה גם בנטלה ע"מ לגוזלה ואחר כך נתייאש מנ"ל דאי יאוש קני גם דמים אינו חייב דהא אמר בש"ס הטעם בגזילה דמדמי מי מייאש שסובר דמים ודאי יוכל להוציא ממנו אבל באבידה מיאש גם מדמים וממילא פטור לגמרי כנ"ל וא"כ שוב אמר רבא שפיר המתין לה עד שנתייאש מתנה בעלמא הוא דיהיב דאף דיאוש אינו קונה מ"מ אי יחזירה יש כאן יאוש ושינוי רשות ושוב קונה אותה והוי רק מתנה דלא מקיים השבה כנ"ל דלא שייך למפרע גובה דהא בשעת החזרה פקע החיוב לגמרי דגם חיוב דמים אין כאן כנ"ל. או י"ל למ"ש תוס' לקמן דלכך אין יאוש קונה מטעם הפקר דאין רשאין לזכות בו שנצרך להגזלן לפטור מדמיו וממילא באבידה דאין כאן דמים י"ל דקונה מטעם הפקר כנ"ל:

שם קרבנו ולא הגזול כו' אלא אחר יאוש וש"מ לא קני כו'. ותמוה דעדיין קשה למה לי קרא כאן גבי קרבנו ופי' תוס' דמ"מ הוי הקדש דהוי יאוש ושנוי רשות או שנוי השם רק דמ"מ מיעטיה קרא משום מצוה הבאה בעבירה ע"ש. ואינו מובן דזה אינו נכלל במיעוט דקרבנו דהא שפיר נקרא קרבנו רק דמ"מ פסול משום מה"ב. וי"ל למ"ש הר"ן ז"ל [ניחא בלא טעם מה"ב] דבשנוי רשות אין הגזלן קונה החפץ רק הלוקח משום דלגבי דידיה הוי בהיתירא אתי לידיה ע"ש. וא"כ שפיר אימעט מקרבנו שעדיין אינו שלו רק ההקדש קנאו ממילא מצד היאוש כנ"ל. אבל להפ' שכתב הה"מ שגזלן קונה אותו בשעת השינוי רשות א"כ שפיר קרבנו כנ"ל. ויש לומר [בלא טעם מה"ב] דהא לכאורה קשה למה קנה הגזלן ביאוש ושינוי רשות או שינוי השם בהקדש כו'. הא בש"ס ריש תמורה פריך למה שינוי קונה נימא אי עביד לא מהני דעושה איסור בהשינוי שמפקיעו מיד הבעלים נוסף על הגזילה ראשונה ומשני דגלי קרא אשר גזל כו' ע"ש וא"כ בשינוי רשות או שינוי השם קשה קושיית הש"ס דנימא אי עביד לא מהני שמפקיעו ג"כ וכאן לא שייך אשר גזל כו' דהא אי לא יקנה יהי' שפיר אשר גזל דכל מה דהוי שינוי השם הוא ע"י שמועיל ההקדש אבל אם לא מהני. עדיין הוא כאשר גזל ולא נשתנה כלל. ונימא שפיר דלא מהני דדוקא בשינוי מעשה דאף אי לא מהני מ"מ אינו אשר גזל משא"כ בהנ"ל. ובשלמא להפוסקים

הנ"ל דרק הלוקח קונה אותו א"ש דלגבי דידיה לא שייך אי עביד לא מהני אבל לפ' הנ"ל דהגזלן חוזר וקונה אותו נימא דלא מהני כנ"ל. אך י"ל כיון דלא אמרינן אי עביד לא מהני רק היכא שיתוקן האיסור אי לא מהני כמ"ש מהרי"ט גבי שוחט בשבת ע"ש. וא"כ כאן דהאיסור הוא מה שמפקיעו מהנגזל כו'. וא"כ כיון דאף אי נימא דלא מהני ואין הגזלן קונה אותו מ"מ קנאו הלוקח עכ"פ דלגבי דידיה הוי בהיתירא אתי לידיה כמ"ש הפ' הנ"ל וא"כ שוב גם הגזלן קונה אותו דלא שייך א"ע לא מהני שלא יתוקן האיסור כנ"ל דב"כ וב"כ נפקע מרשות הנגזל כנ"ל. אמנם בקרבן דאימעוט מקרבנו כנ"ל ואם אין הגזלן קונה אותו שוב לא הוי קרבנו ואינו הקדש כלל כיון שאמר זו חטאת או עולה ולא מהני דפסול וא"כ שוב אין הגזלן קונה אותו כלל מטעם אי עביד לא מהני דשפיר יתוקן האיסור שלא יועיל כלל וממילא שפיר אימעוט מקרבנו ולא הגזול דאי לא אימעוט הי' שפיר קרבנו דקנאו ביאוש ושינוי השם משא"כ עכשיו דאימעוט מקרבנו שאם לא הי' קונה אותו לא מהני אף שההקדש קנאו שוב אינו קונה אותו כלל מטעם אי עביד לא מהני ואינו נקרא קרבנו כלל ודייק שפיר כנ"ל. אמנם י"ל דאף שפסול מ"מ הוי הקדש עכ"פ דלא מיעטה תורה רק מהקרבה. ואינו מוכרח די"ל כמקדיש בעל מום למזבח. או דהוי בטעות כיון שרוצה שיהי' חטאת או עולה ופסול כנ"ל. או י"ל למ"ש תוספות דלכך לא הוי הקדש שינוי החוזר לברייתו ע"י שאלה משום דלא שכיח לא יתשולו עליו וע"ש. והיינו כשהוא כשר. אבל בפסול י"ל שפיר דהוי שינוי החוזר ע"י שאלה ושייך שפיר כנ"ל דלא מהני ויהי' פסול ויתוקן האיסור דלא קנאו דהוי שינוי החוזר כנ"ל. אך אבי הא סבר דאי עביד מהני ולא שייך הנ"ל. ויש לדחות. ולכאורה קשה לטעם התוס' הא מצוה הבאה בעבירה הוי פסול דרבנן כמ"ש תוס' סוכה. ועוד מאי חילוק בין קנאו קודם ההקדש או אח"כ הא חזינן בי"ט ב' דלא בעי לכם ואעפ"כ מיפסל משום מה"ב דמ"מ בלא עבירת הגזל לא הי' בידו לצאת בו וחשיב מה"ב וא"כ מה בכך שקנאו ביאוש קודם הקדש מ"מ הוי מה"ב דלא עדיף ממידי דלא צריך קנין כלל. ואף דהא ודאי אם גזל ואח"כ נתן לו הנגזל במתנה יוצא בו ולא חשיב מה"ב. היינו משום דגם אם לא גזלו הי' שלו ע"י המתנה ואינו בא ע"י העבירה משא"כ יאוש שאינו קנין מרצון הנגזל רק ממילא נתייאש ע"י הגזל ושפיר בא ע"י העבירה דאם לא גזל לא הי' מתייאש. ויש לעיין בלאו דלא תחמוד בתלוה וזבין באתרוג דהוי זביני ועובר אלא תחמוד אי חשוב מה"ב דע"י כפייתו יוצא בו ע"י שעבר כנ"ל. או דלא חשיב רק גורם דהא לא תני רק גזול כו'. וי"ל גם ביאוש שאין העבירה רק גורם שיתן לו במתנה כנ"ל. ודוחק. וי"ל למ"ש רשב"א ז"ל גבי שופר של א"ה דאי מצות ליהנות ניתנו לא יצא משום דמצוה הבאה בעבירה כזה לכ"ע

לא מהני שנאמר שקיים המצוה וע"י זה נעשה העבירה ואם נאמר שלא יצא אין כאן עבירה אמרינן לכ"ע דלא יצא ולא דמי לגזל דהתם עבירה כבר נעשה אף אי אינו יוצא בו עכשיו ע"ש. וי"ל דכה"ג מדאוריית' אינו יוצא מה"ב כנ"ל. וא"כ א"ש כאן החילוק דאי יאוש כדי לא קני רק ע"י ההקדש דהוי ש"ר או שינוי השם וא"כ אם נאמר שאינו הקדש לא יהי' נעשה העבירה דקנין זה שמפקיעו מהנגזל הוא איסור נוסף על הגזלה כמו תברי' או שתי' כו'. ולכך לא מהני מדאורייתא. כמו התם דאמרינן שאינו הקדש ולא נעשה העבירה. משא"כ אי יאוש לחוד קני שוב אינו ענין להמצוה. והוי רק כשאר מה"ב בגזל שאינו רק מדרבנן ודייק שפיר מקרא דקרבנו כו' דהוא מה"ת וע"כ דיאוש לא קני וא"כ שוב מה דיפסל להקרבה מועיל לתקן האיסור י"ל כנ"ל שיהי' שינוי החוזר ע"י שאלה כיון שפסול שפיר שכיח לאיתשולי כנ"ל. ובאמת צ"ל דכאן גזה"כ לענין הקרבה לפסול מה"ת מצוה הבאה בעבירה כיון שהקנין נעשה ע"י ההקדש וזה הוא המיעוט דקרבנו דוקא שהי' מקודם קרבנו ולא גזול ונעשה קרבנו ע"י ההקדש שיש סברא עכ"פ דמה"ב ופסלה תורה להקרבה כנ"ל. ועיין תוס' סוכה ט' ע"א כתבו ג"כ כנ"ל דאף דמה"ב דרבנן גזה"כ הוא דצריך שיהי' קרבנו בשעת הקדש יע"ש:

שם דגזל קרבן דחברי'. ותמוה מאד כמ"ש תוספות הא מוכר עולתו לאו כלום הוא ולמאי אצטרך ואיך יתכפר בו ורש"י ז"ל פי' שאינו לרצון לבעלי' הראשונים ותמוה דזה לא אימעוט כלל מקרבנו דלגבי בעלים קרבנו הוי. ול"א שפי' דאף אחר יאוש לא קניי' דקרבן אינה נגזלת תמוה ג"כ כמ"ש תוס' דאף מוכר לא מהני ונראה ליישב דמשכחת לה שפיר. דהנה לפי' תוס' עיקר קושית הש"ס הוי דאי יאוש קני לחוד הוי קרבנו וע"כ דלא קני רק ע"י ההקדש ולא מהני כנ"ל. והנה קי"ל אומר שור זה עולה אחר ל' יום הוי עולה אחר ל' כמבואר נדרים כ"ט ע"ש. וכתב הרשב"א ז"ל שם ובר"ן שם ע"ב דהא דאמר אמירה לגבוה כו' וא"י לחזור קודם ל' היינו לבר פדא אבל לדידן יכול לחזור קודם ל' כמו בקדושין התקדשי אחר ל' דחוזרת כו' ע"ש. אמנם קנין יאוש שאין זה חזרה רק שיוצא מרשותו ממילא. וא"כ במוכר לחבירו חפץ לזמן שיהי' שלו ל' יום ונגנב ממנו תוך ל' ונתייאש ודאי שאין הגנב קונה אותו ג"כ רק לזמן דלא מהני יותר יאוש שלו שאינו שלו רק על ל' כשהמוכר לא ידע שנגנב. וכן נראה היכא שמכר חפץ לא' לאחר ל' ועשה קנין המועיל על אחר ל' ונגנב מהמוכר קודם ל' ונתייאש אין הגנב קונה רק על ל' יום כשהלוקח לא נתייאש. ואף דאם היה המוכר מכרו לאחר קודם ל' הי' מהני כמו בקדושין היינו מטעם חזרה משא"כ יאוש דלא הוי חזרה רק ממילא כנ"ל ושפיר אחר ל' חוזר ללוקח כנ"ל. וא"כ כאן שאמרו הבעלים שור זה עולה לאחר ל' וקודם ל' גזלו

זה ונתייאשו והקדישו הגזלן תוך ל'. וא"כ כיון שהקדישו לעולם מהני כמו באחריך וגם דקדושת הגוף לא פקעה. וא"כ אם היה הדין דקרבן גזול כשר שפיר הי' מהני דההקדש חל דקנאו ביאוש ובשעת הקדש הוי שלו ממילא חל הקדישו לעולם וכשמגיע ל' לא יוכל לחול הקדש של הבעלים שכבר קדוש מהגזלן כמו בקדושין שקידוש הב' מעכשיו ע"ש. אמנם דמיעטה תורה קרבנו ולא הגזול היכא דרק בשעת ההקדש יועיל כמ"ש תוס'. ושפיר לא מהני דהא אם לא היה מקדישו לא הי' קונה אותו כלל על אחר ל' אף שנתייאשו הבעלים דאחר ל' בא ממילא הקדש של הבעלים שחל קודם הגזילה אחר ל'. ורק ע"י שהקדישו הגזלן קודם ל' יהי' ראוי להקרבה אחר ל' דלא פקע ושפיר אימעוט מקרבנו ולא הגזול. דלענין זה שיהי' כשר עכשיו אחר ל' בא רק מחמת ההקדש והוי כמו אי יאוש לא קנה וקונה ע"י ההקדש כנ"ל ומשני שפיר דגזל קרבן דחברי' ושפיר אף דיאוש קני ומהני יאוש כה"ג מ"מ מיעט רחמנא קרבנו ולא גזול כיון דמה שיהי' כשר עבור הגזלן הוי גזול כנ"ל. ומשכחת לה שפיר כנ"ל. ויש לדחות קצת. ואינו מוכרח:

שם ר"ש אומר חילוף הדברים כו' של גנב אין מחשבה מטמאתן לפי שלא נתייאשו הבעלים. יש לדקדק למה לא אמר במילתא דרבנן של גזלן כו' לפי שלא נתייאשו כו' ורק ר"ש אסקי' למילתא כנ"ל. ויש ליישב דבדר"ש הוי מצינן למטעי דאין טעמו כלל משום סתם גניבה לא הוי יאוש כו' רק למ"ש הטעם דיאוש לא קני בגזילה משום דבאיסורא אתי לידי' ופירשו הראשונים משום דנתחייב בהשבה אין היאוש פוטרו משא"כ באבידה לא נתחייב בהשבה כיון שנטלה אחר יאוש. ולכאורה הא בגזלן ג"כ אי סתם גזילה הוי יאוש א"כ בשעת הגזילה מיד בא היאוש ואינו מתחייב כלל בהשבה דבא בב"א הגזילה והיאוש והוי כמו באבידה דבשלמא אם סתמא לאו יאוש רק אח"כ שמעינ' דאייאש א"ש דכבר נתחייב בהשבה ואין היאוש פוטרו. אבל אי סתמא הוי יאוש קשה כנ"ל. ובגניבה א"ש אף דסתם גניבה יאוש מ"מ הא קי"ל יאוש שלא מדעת לא מהני וא"כ בשעת גניבה הא לא ידע ונתחייב בהשבה ולא מהני שוב אח"כ משא"כ בגזלה. לזה אשמעינן אף דבא בב"א לא מיקרי בהתירא עכ"פ. או י"ל למאי דאמר בתמורה כ"ד אמר על הבכור עם יציאת רובו ה"ז עולה לא מהני דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין כיון שבא בב"א מה שאמרה תורה שלא יועיל ודבריו סותרים זא"ז ע"ש. וכן כאן כיון דאי נתחייב בהשבה אינו מועיל היאוש. וא"כ בא בב"א החיוב השבה והיאוש לא מהני דהא בשעה זו דברי הרב שיהי' חייב בהשבה ואמרינן דברי הרב כו' ולא מהני שפיר גם בב"א כנ"ל:

וא"כ מיושב דה"א בדברי ר' שמעון דסבר סתם גזלה וגניבה הוי יאוש רק מ"מ בגזלן קני כנ"ל דלא נתחייב בהשבה אבל גנב דנתחייב דיש"מ לא מהני ולכך לא קנה ביאוש כנ"ל

ולכך גזלן אין מחשבה מטמאתן. והוצרך ר"ש לפרש שאין הטעם כנ"ל רק לפי שלא נתייאשו כו' דסתם גזילה לא הוי יאוש ולא מטעם הנ"ל משא"כ לרבנן ליכא למיטעי להיפך כנ"ל:

דף סז.

שינוי החוזר לברייתו כו'. י"ל טעם דמהני שינוי החוזר עם יאוש. דלכאורה מה בכך שחוזר לברייתו מ"מ הא עכשיו נשתנה ואינו כאשר גזל. והנה מבואר בחולין גבי כסהו הרוח דתלוי אי יש דיחוי אצל מצות או אין דיחוי ואי יש דיחוי אמרי' דנראה ונדחה אינו חוזר ונראה וכיון שנפטר מהמצוה אינו מתחייב אח"כ ואף שבידו לגלות ולא נדחה כלל כ' תוס' סוכה ל"ג דמ"מ הואיל ונפטר לא מחייבינן ליה להוציא מהפטור ולהתחייב ע"ש. וא"כ לכאורה בעשה דוהשיב את הגזילה דאמרינן כשאינו אשר גזל לא יחזיר דנפטר מעשה דוהשיב על החפץ וא"כ גם בשינוי החוזר לברייתו יהי' פטור אף שחזר לברייתו דנימא דכשנשתנה נפטר שלא הי' אשר גזל ופטור מהעשה ושוב אינו נראה שיהי' מחויב אח"כ כשנעשה כעין שגזל שחזר לברייתו דנראה ונדחה כנ"ל. ואף שהי' בידו להחזירו לברייתו ובידו לאו דיחוי הוא מ"מ לגבי פטור לא אמרינן כנ"ל כמו בכיסוי אף שבידו לגלותו כנ"ל. וי"ל דכאן לא נפטר מעולם דדוקא היכא שא"א להחזירו כמו שהי' אין עליו חיוב והשיב. משא"כ כשאפשר להחזיר כעין שגזל לא נפטר מעולם וגם כשבנאו בבירה ונשתנה שמו יש עליו החיוב והשיב להחזירו כעין שגזל ולהשיבו. אך אינו מוכרח דיש לומר דמ"מ עתה אינו כעין שגזל ולא שייך והשיב. רק משום דאיכא לאו הניתק לעשה וכל זמן שאינו מקיים העשה עובר בלאו ולכך י"ל דאף דעכשיו אין כאן חיוב והשיב מ"מ כופין אותו להחזירו לברייתו שיהי' החיוב השבה ולתקן הלאו. כיון דאז יהי' החיוב דהשבה כנ"ל. וא"כ י"ל דלכך מהני יאוש עם שינוי החוזר. דהא באבידה מהני יאוש כיון דבהיתירא אתי כו' ולא נתחייב בהשבה רק בגזל משום דבאיסורא כו' וכבר נתחייב בהשבה וא"כ שינוי החוזר אף כשחוזר לברייתו ונתחייב אז בהשבה שוב לענין זה הוי כמו באבידה דבהתירא אתי כו' דלענין שיתחייב בהשבה כשחוזר לברייתו כבר הי' היאוש מקודם ולא נתחייב כלל כנ"ל ולכך קני משא"כ בלא יאוש:

אך הלשון הש"ס לא הוי שינוי משמע דלא נפטר כלל כנ"ל דלא מיקרי נשתנה גם בשעה שעומד בשינוי כיון שאפשר לחזור לברייתו. ועוד דאי כנ"ל הא לא יתוקן הלאו אם יש דיחוי אצל מצות דפקע העשה. וע"כ דלא פקע כנ"ל. אך זה נראה דהיכא דיאוש ושינוי החוזר קונה. אף שבאמת חזר אח"כ לברייתו למה יהי' פטור הא יש לקיים והשיב דהא

עכשיו הוי כעין שגזל. אמנם בזה שייך שפיר כנ"ל דכיון שכבר נפטר רק שיחזור ויתחייב עכשיו בהשבה שוב הוי בהתירא אתי לידיה ומהני שוב היאוש לחוד כנ"ל כמו באבידה כנ"ל. וגם דהוי דיחוי אצל מצות כנ"ל. כיון שכבר נפטר כיון דחשיב שינוי כנ"ל:

שם מנין לשינוי שקונה שנאמר והשיב כו'. הנה בתמורה פריך למ"ד אי עביד לא מהני והרי גזל דרחמנא אמר לא תגזול ותנן הגוזל עצים כו' ומשני אשר גזל אם כעין שגזל יחזיר כו'. ופריך לאביי דאי עביד מהני אשר גזל למה לי ומשני מיבעי' ליה על גזילה שלו כו'. ותמוה מה פריך לאביי בשלמא אי הוי ידעינן מקרא אחרינא דשינוי קונה רק דס"ד אי עביד לא מהני הוי קשה לאביי למה לי קרא. אבל הא חזינן דלית לן קרא אחרינא רק מזה הוא דילף דשינוי קונה. ומאי פריך למה לי קרא לאביי. איך הוי ידעינן דקני נהי דאי עביד מהני היינו במה שהוא קנין אבל כאן איך מצינו שיקנה אי לאו אשר גזל כדאמר הכא. ועוד תמוה שם דמסיק השתא דשוויין אביי ורבא במאי פליגי ומסיק בשינוי קונה קמיפלגי. ותמוה מאד הא גם לרבא קני מאשר גזל דגלי קרא אם כעין שגזל כו'. ורש"י ז"ל כתב דלדידיה מאשר גזל ע"ש שתמוה. ונראה ליישב דהנה עוד יש לדקדק דפריך והרי גזל דא"ר לא תגזול כו' הא לאו דלא תגזול עבר בשעת הגזילה ומה זה ענין דנימא לא מהני על השינוי וצ"ל דזה איסור נוסף מה שגזלו בשינוי זה שמוציאו מרשות הבעלים לגמרי שלא יהי' שלהם וכמו דאמרינן תברי' או שתי' כו'. והוי ליה למימר והרי שנוי כו' ולא שייך הרי גזל. עוד קשה הא באמת קי"ל דגם שינוי דממילא קני טלה ונעשה איל כו' וכה"ג אף שלא עשאו בידים. וא"כ איך שייך לומר אי עביד לא מהני הא לא גרע משינוי דממילא הא בין כך ובין כך אינו כמו שהי' וכמ"ש שם ד' ע"ב ד"ה רבא גבי צורם אוזן בכור דלא גרע מנפל בו מום ממילא ע"ש. וכי בשינוי כיון דקני ממילא לא שייך א"ע לא מהני כנ"ל. וי"ל דהנה דקדקו המפרשים למה ליה למילף דשינוי קונה מיתורא דקרא דאמר מה ת"ל אשר גזל כו' הא בל"ז מפשטא דקרא מוכח דכיון דכ' אשר גזל היינו דא"צ להשיב רק כשהוא כאשר גזל כי' וכן מוהשיב את הגזילה לחוד היינו ג"כ הגזילה אשר גזל כנ"ל. אך באמת לא קשה דהא ודאי גם אם לא הי' עשה דוהשיב מ"מ לא הי' הגזלן קונה הגזילה דבמה קנאו להיות שלו בע"כ של הנגזל הא אין קנין רק מדעת המקנה. וכמ"ש הפ' בגזל כותי דאף דליכא גביה עשה דוהשיב מ"מ אינו שלו ע"ש. וא"כ מפשטיה דקרא לא הוי מוכח כלל דשינוי קונה רק דלא שייך והשיב כשאינה הגזילה עצמה שגזל אבל אעפ"כ לא קנאו להיות שלו. ושפיר איצטריך יתורא דאשר גזל כשאינו כאשר גזל א"צ כלל להחזירו והוא שלו. ואמר שפיר מה ת"ל אשר גזל כו' אם כעין שגזל כו':

והנה סנהדרין ע"ב סבר רב בא במחתרת פטר אפילו נטל ולא שיבר דבדמים קנינהו ופירש"י ז"ל דסבר מדאוקמי ברשותיה לענין חיוב אונסין בכל גנב וגזלן ע"כ שקונה החפץ בגזילה וגניבה רק יש עליו עשה דוהשיב כמו תשלומין משאר נכסיו של הגזלן אבל שפיר קנאו רק דחייבתו התורה להחזיר גוף הגזלה אף דהוא שלו וממילא המיתה פוטרתו ורבא פליג דכי אוקמיה ברשותיה רק לענין אונסין אבל לענין מקני ברשותיה דמריה קאי. והנה לרב לא איצטריך יתורא דקרא דאמר גזל רק מוכח מפשטיה כנ"ל דכיון דליכא עשה דוהשיב כשאינו כמה שגזל ממילא הוי שלו דהא קנאו בשעת גזילה רק חיוב עשה והשיב יש עליו וכשנשתנה וליכא העשה פטור ממילא וקנאו כנ"ל. משא"כ לרבא איצטריך כנ"ל. והנה י"ל דבהא תלי' דלרבא דאמר מה דאמר רחמנא לא תעביד א"ע לא מהני א"א לומר כרב דבדמים קנינהו דהגזלן קני גוף החפץ ע"י הגזילה דהא נהי דהוי קנין הא עכ"פ הוא באיסור דאמר רחמנא לא תגזול וממילא א"ע לא מהני ולא קני כלל ולכך ע"כ דלא איקמי רחמנא ברשותיה רק לאונסין אבל רב סבר א"ע מהני ושפיר קנאו בגוף הגזילה ומיושב דאמר רבא ולא היא כי אוקמי ברשותיה לאונסין מנ"ל הא דלמא באמת קנה לגמרי. ולמ"ש א"ש כיון דסבר רבא בכל דוכתי א"ע לא מהני איך נימא כאן דגלי קרא להיפוך אמרינן דרק לאונסין כו' משא"כ רב דסבר מהני יש סברא להיפך דקנאו לגמרי ואל"ה לא לקי כנ"ל:

ובמ"ש מיושב שפיר דגם לס"ד הוי ידע דשינוי מפשטיה דקרא דלא שייך העשה כשאינו כמו שגזל. והי' סבר כרב דממילא קנאו כיון דליכא עשה ובשעת הגזילה קנאו ופריך שפיר והרי גזל דאמר רחמנא לא תגזול ותנן הגוזל עצים כו' ואי נימא דלא מהני א"כ לא שייך הא דרב ולא קנאו בגזילה כיון דכ' לא תגזול וממילא איך קנאו במה שנשתנה נהי דליכא העשה אבל אינו שלו כנ"ל. ומדוקדק שפיר דלא הזכיר כלל רק איסור גזל דלא תגזול דקאי על קנין דשעת הגזילה. ומשני רבא שאני הכא דכ' אשר לא גזל ומוכח מיתורא דקרא דקנאו בשינוי עצמה ולא בשעת הגזלה כנ"ל. ופריך לאביי למה ליה אשר גזל הא לדידיה קנאו בשעת הגזילה כרב כנ"ל ומוכח מוהשיב הגזילה לחוד דליכא העשה וממילא הוא שלו משעת הגזילה ולא צריך יתורא דאשר גזל ומשני דמיבעי' ליה על גזילו שלו מוסיף חומש כו'. וא"כ נהי דבין לאביי ובין לרבא קונה בשינוי מ"מ יש חילוק דלאביי דא"ע מהני קנאו בשעת הגזילה כרב רק דהי' עליו עשה דהשבה ובשינוי נפטר אבל אין הקנין בשינוי ולרבא לא קנאו כלל בגזילה רק השינוי עצמה הוא דקני ליה ונ"מ לענין מחתרת בנטל וכה"ג יש כמה נפקו' מינה אי קנאו משעת הגזילה כנ"ל. ומיושב שפיר דמסיק ואלא במאי קמיפלגי אביי ורבא בשינוי קונה כו'. היינו דלרבא

השינוי קונה ולאביי אין השינוי קונה כלל רק הגזלה כנ"ל ולא סתרי כלל הא דמסיק דבשינוי קונה פליגי למאי דאמר אשר גזל כנ"ל. ומיושבים כל התמיהות הנ"ל:

ורש"י ז"ל פי' שם דרבא סבר באמת למסקנ' דשינוי אינו קונה דפלוגתא הוא ע"ש. ולע"ד תמוה מאד דהא כאן בב"ק ס"ו ע"ב דייק רבא ממשכבו כו' אלמא גזל עמרא כו' מי איכא למ"ד שינוי מעשה לא קני. ומפורש דרבא סבר לכ"ע שינוי קני או דעכ"פ הלכתא הכי ע"ש בתוס' אבל עכ"פ א"א לומר דסבר להלכה שינוי אינו קונה ופריך מי איכא למ"ד כו'. ואפשר סבר רש"י ז"ל למאי דאמר לקמן הדר ביה רבא ס"ז ע"ב והיינו מטעם הנ"ל:

ובמ"ש מיושב קושית תוס' לעיל ס"ה ע"ב ד"ה הן כו' דאמר לב"ה נפקא לי' שינוי מהן ולא שינויהם ולקמן אמר מאשר גזל כו'. ולמ"ש מיושב שפיר דמקודם ד"ה הא מני הקשו בתוס' מה ענין אתנן לגזלה ותירצו דסבר אי שינוי קונה ראוי להתיר באתנן שאין זה אותו דבר כלל ע"ש. וא"כ א"ש דבאמת מוכח מהן ולא שינויהם דאין זה אותו דבר שהי'. אבל מ"מ זה שפיר דלא יהי' שייך והשיב את הגזלה דאין זה הגזלה שגזל אבל מ"מ במה נעשה שלו מה בכך שאינו אותו דבר מ"מ לא יצא מרשות הנגזל כמו אומן שלא נתכוין לגזול ועשה ממנו חפץ אחר. ושפיר איצטרך אשר גזל דקנאו כו' אבל לאביי דסבר כרב וקנאו בשעת הגזלה שפיר מוכח מהן ולא שינויהם דאין כאן העשה ולא צריך יתורא דאשר גזל כנ"ל. רק לרבא כנ"ל. ולמה שתירצו תוס' דאיצטרך בשינוי החוזר כו' יש לישב ג"כ דברי רש"י דתמורה הנ"ל. די"ל שינוי שאינו חוזר מודה רבא בלא אשר גזל רק מקרא דהן ולא שינויהם והא דאמר בשינוי קונה פליגי בשינוי החוזר דהא דגוזל עצים כו' הוי שינוי החוזר. ומיושב דאמר רבא עמרא ועבדי משכב מי איכא למ"ד כו' היינו דבשינוי שאינו חוזר לכ"ע קנה כנ"ל מקרא דהן כו' לב"ה כנ"ל. ולמ"ש מיושב מ"ש לעיל איך קנינהו ביאוש ושינוי רשות הא נימא על השינוי רשות אי עביד לא מהני לרבא כיון דהאיסור הוא מה שמפקיעו מרשות הנגזל להיות נעשה שלו וכן שינוי השם למה קני הא אי נימא דלא מהני הוי כאשר גזל ולמ"ש א"ש דעל השינוי לא שייך כלל דלא מהני דאיסור גזל כבר עבר. רק הקושיא הי' כיון דלא קנאו בגזלה ממילא לא קנה בשנשתנה כנ"ל. משא"כ שינוי רשות שפיר קנה כנ"ל:

והי' אפשר לפרש בש"ס דתמורה בשינוי קונה פליגי כוונתו בשינוי רשות או שינוי השם דלא שייך למילף מאשר גזל ותלי' באי עביד לא מהני דלרבא לא קני כנ"ל ודוחק. דהא רבא סבר באמת יאוש לחוד לא קני ועם שינוי רשות קנה כנ"ל:

עוד י"ל למ"ש תוס' דף ס"ח ע"א ד"ה מה טביחה כו' דר"א סבר דשינוי שהגזלן עושה בידים ודאי קנה רק דממילא כגון מתה הבהמה וכה"ג לא קני ולכך שמין כו' ע"ש.

ולכאורה הא כיון דע"כ לא סבר מיעוטא דאשר גזל דא"כ גם שינוי דממילא מי יקנה דמ"מ אינו כעין שגזל וא"כ כיון דלית לי' הך מיעוטא מנ"ל דשינוי בידים יקנה וע"כ דמסברא קני שינוי בידים אף בלא קרא כאשר גזל כנ"ל. וא"כ מיושב דבתמורה דלא ידע בס"ד קרא דאשר גזל והוי סבר כר"א דמסברא קני וממילא דוקא שינוי בידים ולא ממילא ופריך שפיר לרבא נימא א"ע לא מהני דכיון דממילא לא קני גם בידים לא יועיל דשייך שפיר א"ע לא מהני והוי כשינוי דממילא ולא קני כנ"ל. ומשני אמר קרא אשר גזל כו' וגם שינוי דממילא קני ושוב לא שייך א"ע לא מהני דלא גרע מנשתנה ממילא וכמ"ש תוס' בצורם אוזן בכור כנ"ל. ומיושב בזה דלכאורה קשה ניהו דגלי קרא אשר גזל מ"מ נגמור מזה דבכל מקום א"ע מהני כדפריך בכל דוכתי. ולמ"ש א"ש דכיון דכ' אשר גזל גם ממילא קני ושוב לא שייך כלל א"ע לא מהני דלא גרע משינוי ממילא כנ"ל. ופריך אח"כ לאביי האי אשר גזל למה לי דהא לדידי' בל"ז מסברא ידעינן דשינוי בידים קני כיון דא"ע מהני. וא"ל דקרא אתי לשינוי דממילא דקני. דהא לא ידעינן כלל דשינוי קונה רק ממתני' דהגוזל עצים כו' והתם שינוי בידים ובשלמא לרבא ע"כ דשינוי ממילא קני דאל"כ גם בידים לא יקנה אבל לאביי אין מוכרח לומר דממילא יקנה דא"כ הוי תני במתני' רבותא דאפילו נשתנה ממילא כיון דזה אינו מסברא רק מקרא כנ"ל. וע"כ דבאמת לא קני ממילא. דבשלמא לרבא לא קשה ליתני רבותא בממילא דאין חילוק דהא בהא תלי' אי בידים קני גם בממילא קני דא"ע לא מהני משא"כ לאביי מוכח כנ"ל וא"כ אשר גזל למה לי ומשני על גזילו שלו כו'. ומיושב שפיר במסקנא דאמר אביי ורבא בשינוי פליגי היינו בשינוי דממילא דלרבא קני ע"כ מקרא דאשר גזל דאל"ה גם בידים לא הי' קונה ולאביי לא קנה ממילא רק שינוי בידים מסברא כנ"ל וא"ש:

שם אמר עולא מנין ליאוש שאינו קונה שנא' והבאתם כו' גזול דומיא דפסח כו' דלית תקנתא ל"ש לפני יאוש כו' וקשה למה לא פריך הש"ס למ"ד יאוש קנה הא עולא קרא קאמר. והנה לכאורה הא קאי על אחר ההקדש והבאתם גזול כו' והא עכשיו לית לי' תקנתא דניהו דיאוש קני מ"מ הא כשהקדישו לא הי' שלו ולא חל ההקדש א"כ עכשיו אין לו תקנה להקרבה דאף שיתיאשו בעלים חולין הוא דלא עדיף מחזר ולקחו מבעלים הראשונים דלא מהני יהבי' במתנה ע"ש ב"מ. וצ"ל דמ"מ לא הוי דומיא דפסח דאית לי' תקנתא שיחזור ויקדישו אחר היאוש. וע"כ דיאוש לא קני ולא יועיל דאף שיהי' יאוש ושינוי השם מ"מ יהי' הקנין מחמת ההקדש ויהי' פסול להקרבה משום מצוה הבאה בעברה כמ"ש תוס' אבל אי יאוש לחוד קני א"כ אם יקדישו אחר היאוש שפיר יהי' כשר להקרבה כנ"ל:

והנה לרב דאמר במחתרת כו' דכל גנב וגזלן קונה החפץ בשעת גזלה רק שמוטל עליו עשה דוהשיב וכמו תשלומין משאר נכסיו ע"ש. וקשה לכאורה למה גזל ולא נתיאשו הבעלים אין הגזלן יכול להקדיש הא שפיר שלו הוא כל זמן שלא החזירו וחל ההקדש דהא קי"ל במתנה ע"מ להחזיר כשלא אמר לו הוא קדוש ומוחזר כדאמר בש"ס ב"ב. וא"כ בגזלן יהי' שפיר קדוש ומוחזר דהיזק שאינו ניכר לא שמי' היזק ויכול לומר הרי שלך לפניך אף שנאסר בהנאה וא"כ שפיר חל ההקדש כיון דכל זמן שאינו מחזירו הוי של הגזלן ומה בכך שיש עליו חיוב השבה כנ"ל אמנם י"ל דהא פליגי אביי ורבא למפרע גובה בחוב כו' אי מכאן ולהבא גובה וכ' תוס' גיטין פרק השולח גבי עבד שעשאו אפותיקי ופ"ק דב"ק גבי הקדישו ניזק כו' דבאפותיקי מפורש דלא מצי לסלוקי בזוזי כ"ע סברי דלמפרע גובה כשגבאו לבסוף ע"ש. וא"כ בחוב דגזלן לא גרע מעשה החפץ אפותיקי מפורש לא מצי לסלקו בזוזי ומיד אחר הגזילה מוטל עליו חיוב השבה וא"כ כשגובה אותו הנגזל אח"כ נעשה למפרע שלו משעת הגזילה אף לרב דבשלמא בבא במחתרת פוטרו המיתה ואין הנגנב גובה אותו וקנאו כנ"ל. אבל בשאר גזלה כיון דמ"מ גובה אותו אף שיחול הקדש וא"כ חוזר ונעשה למפרע שלו כו' ושוב ממילא לא חל ההקדש של הגזלן כלל דלא הי' שלו כלל למפרע ולא דמי למתנה ע"מ להחזיר דאין עליו חיוב רק קיום התנאי לחזור ולהקנות לו משא"כ בגזילה כנ"ל. אמנם אם אח"כ נתיאשו הבעלים וקנאו הגזלן אח"כ ואינו מחזירו שוב קנאו הגזלן למפרע משעת גזלה דהא אין הנגזל גובה אותו ולא שייך למפרע גובה וממילא הי' של הגזלן. ואין להקשות א"כ למה חייב לרב דו"ה בטבח ומכר הא שלו הוא טובח דכיון דקונה אותו בשינוי אחר הטביחה ממילא הי' שלו בשעת הגניבה כיון שאינו גובהו ושייך שלו הוא טובח כמו אחר יאוש לרב. אך ז"א דדוקא היכא דאין הטביחה סיוע כלל להקנין שייך שלו הוא טובח דגם בזה פליג ר"ש ע"ש משא"כ הנ"ל דמ"מ בלא הטביחה הי' של הבעלים וע"י הטביחה נעשה למפרע שלו והוי נשתרש בחטא כדאמר בש"ס דמ"מ פועל הטביחה הקנין ושפיר חייב ד' וה' כנ"ל. והנה י"ל דזה עצמו הטעם דיאוש לחוד קני והכי סבר רב ג"כ דלטעמי' ס"ל שקונה אותו ואינו אלא חוב דהשבה ושוב מהני היאוש כמו סילוק ומחילה דמהני בחיוב אף שאין היאוש כהפקר ומתנה כנ"ל:

והנה פ"ק דקדושין אמר בבהמה של ב' שותפין הקדיש חציה וחזר ולקח חציה כו' דאמרינן ב"ח נדחין ודיחוי מעיקרא הוי דיחוי וכיון דבשעת הקדש נדחה ולא חזר להקרבה שוב אינו חוזר ונראה אף שחזר ולקח החציה כנ"ל ע"ש. לכאורה איך כאן אית ליה תקנתא אחר ההקדש כשיתיאשו הבעלים הא כבר נדחו בשעת ההקדש שלא היה

שלו ולא היה ראוי להקרבה ואינו חוזר ונראה כשנתיאש אח"כ. אך ז"א דכיון שההקדש לא היה מועיל כלל דאינו שלו א"כ לא נדחה כלל בשעת ההקדש וממילא כשיקדישנו אח"כ לאחר היאוש הוי זה תחלת ההקדש לא נדחה מעולם. דהתם בשותפין חל ההקדש רק דהי' פסול להקרבה משא"כ הכא כנ"ל:

אמנם למ"ש שפיר פסול בכה"ג כשנתיאשו הבעלים אחר ההקדש אי יאוש קני דהא באמת קנאו משעת הגזלה לרב רק כשגובהו לבסוף נתבטל ההקדש למפרע כנ"ל. וא"כ כשנתיאשו בעלים אח"כ וקונה הגזלן ביאוש ואינו מחזירו שוב חל ההקדש של הגזלן למפרע דהיה שלו בשעת ההקדש. וא"כ כיון דמ"מ היה פסול להקרבה דהא גבי אחריך אמרינן דאמרינן דהוי רק קנין פירות כיון שצריך להחזירו וקנין פירות אינו מועיל בקדושת הגוף כדאמר בנדרים כ"ט. רק דקדושת הגוף לא פקעה בכדי וממילא הוי הקדש לעולם. אמנם זה שיועיל בגזלה רק משום דקדושת הגוף לא פקע שוב קנין זה הוא רק מחמת ההקדש כנ"ל ופסול להקרבה משום מצוה הבאה בעברה כמו אי יאוש לחוד לא קני אלא עם שינוי השם כנ"ל. וא"כ ממילא היה בשעת ההקדש פסול להקרבה והוי דיחוי מעיקרא ושוב אחר היאוש אינו חוזר ונראה ועדיין פסול כיון שההקדש הי' חל ואעפ"כ הי' פסול הוא כמו גבי בהמה של ב' שותפין כנ"ל. וא"כ אדרבה מגרע גרע דלרב אי יאוש קני א"כ גם כשנתיאש אח"כ שפיר פסול כיון דחל ההקדש כשאינו גובהו לבסוף והיה פסול שוב אינו חוזר ונראה דנדחה כנ"ל. וא' לא קשה כלל למ"ד יאוש כדי קני מקרא דגזל כו' דהוי שפיר דומיא דפסח דלית ליה תקנתא דאף שיתיאש לא יועיל כלל כיון דחל הקדש למפרע לרב ופסול כנ"ל. רק עולא לא ס"ל הא דרב וסבר דגנב וגזלן לא קני כלל בשעת הגזלה ודייק שפיר מקרא דגזול כו' וא"כ אית ליה תקנתא דלא מיקרי דיחוי כיון שלא חל ההקדש יהי' מהני כשיקדישו אח"כ. משא"כ מאן דסבר קני מצי סבר כרב כנ"ל ולא מוכח כלל דשפיר לא יהיה מהני גם אחר היאוש דלא שייך שיחזיר ויקדישו דכבר קדוש כנ"ל:

דף פד.

רשב"י אומר כו' חיגר כו' דאלת"ה טריפה כו'. אינו מובן הדמיון בטריפה פטור משום עשאאי"ל ואין עדות שחייב. ובהרג בפני ב"ד באמת חייב כדאמר בגמ' סנהדרין ע"ח. וי"ל דהא לענין שפטור לגמרי לא שייך טעם דמשפט א' שוה כו' כמו מי שאין לו שפטור לשלם. ומה דאמר רשב"י טעם דמשפט א' הוא דלא נימא סומא משלם כדאמר לעיל בעיני קטנה. ולכך מה דאמר דאלת"ה היינו שאין סברא שסומא יסמא ויפטר. וע"ז אמר

שפיר טריפה שיהרג ויהיה פטור שיודע שא"א שיהיה עדות עליו כשהורג שלא בפני ב"ד ויפטר כן בהנ"ל. והיה אפשר לפרש גם על בפני ב"ד דנהרג מ"מ גברא קטיל' הוא והוא הרג בר קיימא והאיך קרי נפש ת' נפש והפי' מה עבדינן ליה דלא מיקרי כלל שהורגין וע"כ משום דלא אפשר דאין לו יותר. כן סומא שאין לו עין פטור. דעל טריפה לא אמר גמ' פטרינן ליה רק לא אפשר אלא ע"כ מסיים דפטרינן ליה. אלא דלא משמע ליה לרש"י ז"ל לפרש כן לשון מאי עבדינן ליה והא דלא פריך גם אי ממון בלית ליה מאי עבדינן ליה. דמ"מ יש חיוב עליו וכשיהיה לו ישלם אבל סומא וכה"ג לעולם פטור:

שם ופטרינן ליה. קשה דיהיה חייב מלקות כיון דליכא תשלומין. וגם עדים זוממין מיקיים במלקות רק לענין לחייב מיתה לא חשיב מקיים כמ"ש תוס'. וי"ל דגם זה ממשפט א' שוה כו'. וזה מלקות וזה עין אינו שוה. דמשמע דאי היה הפי' ממש לא הי' לוקה ולסמא עיניו דגם זה ב' רשעיות או כמו דלא עין ונפש כו' כן לא עין ומלקות תחת עין. והיה חשיב בפי' רבתה תורה חובל לא ילקה רק עין כו' וממילא אם סומא הי' לוקה אינו משפט שוה כנ"ל. וא"ש דנקיט רשב"י דרשא דמשפט א' אף דעל פטור לא שייך מ"מ אמר סומא כו' מקיים כו' ומלקה ואינו שוה. לכאורה אי ממש ושבתו יתן מפורש ממון הוי ב' רשעיות עונש גוף וממון. י"ל כמו מוציא ש"ר דהיה כמפורש תרווייהו. ועוד דכדי רשעתו רק על מלקות ומ' ומצריך הש"ס כתובות פרק א"נ מיתה וממון ומלקות וממון לא סימא עין וממון א"א ללמוד מהתם:

דבי ר"ח תני יד ביד כו' ניתן כו'. פירש"י עדים זוממין שהעידו שקטע ידו כו'. והא דיליף חובל כו' כתב פ"י דאי ממש א"כ מכאשר זמם נפקע לקטע ידם ולמה לי יד ביד ע"ש. וקשה דתוס' מכות ה' ע"ב כ' דבממון דא"נ זוממין עד שיגמר הדין מוכח רק מיד ביד ע"ש. א"כ אף אם הפי' בחובל יד ממש ג"כ צריך קרא דיד ביד שאין חייבין על קטיעת יד עד שיוגמר הדין לקטע יד חובל ודוחק לומר דבכלל חייבי מלקיות דשם דוקא מלקות מ' ע"ש. ולפירש"י שם מכות א"ש דע"כ לא בעי חייבי מלקות וגלות רק הני דלאו מכאשר זמם אבל הני דמכאשר זמם ממילא כמו דנפש תחת נפש מוכח שנגמר הדין כן כל הני דכ' גבי' לא תחוס נפש יד כו'. וי"ל גם תוס' ס"ל כן גם אי לא הוי כ' יד ביד רק מכאשר זמם דקאי אמיתה ושם דוקא נגמר הדין כן כל החיובים דמכאשר זמם כנ"ל.

שם פצע כו' צער במקום נזק ואי ס"ד ממש כו'. תמוה לי הא לס"ד דממש גם כוי' ת' כוי' ממש וא"כ צריך קרא דפצע כו' שיחתכו יד החובל בסייף ולצערו במקום נזק לא בסם דג"כ פצע ממש כנ"ל. וי"ל דמה דבעי קרא לצער במקום נזק אף דסברא הוא למה יהיה פטור בשביל שקטע ידו וע"כ משום דצער אינו דבר השוה ממון לא ס"ד דלשלם וחדוש

הוא וס"ד דוקא שלא יפטר לגמרי משא"כ במקום נזק אינו משלם צער שאינו ממון ובעי קרא דפצע כו' משא"כ אי נימא צער ממש שפיר סברא הוא ממילא לצערו כמו שצערו ואין חילוק בין במקום נזק או שלא במקום נזק ומיותר פצע וע"כ דכוי' לממון ופצע שישלם במקום נזק וממילא מוכח דגם עין ממון כנ"ל:

שם למיתב ליה הנך דביני וביני. מוכח דלא שייך בזה משום רשעה א' כו' דמחייב ליה לחתוך ידו ולשלם מותר הצער וצ"ל כמ"ש לעיל:

שם ורפא כו' רפואה במקום נזק כ"ה דהאי בעי אסיא כו'. וקשה מה בכך דהוא בעי אסיא מ"מ אמרה תורה שחייב לרפאות את הנחבל. וצ"ל דאין סברא שיהיה עדיף מנזק שהפסידו ממש ואעפ"כ פטור רק לינקם ממנו כן ריפוי ג"כ. ודוחק דגם עבד כנעני שלו חייב ברפוי. אך שם דממונו הוא משא"כ באחר כ"ש מנזק כנ"ל:

שם אלא במזיק. כ' תוס' דהוי ככופר דרחמנא קרי' כופר מלא תקחו כו' ותנאי דלעיל כו' דוקא שם דכ' פדיון נפשו כו'. וק' כיון דגם לשאר תנאי קרוי כופר לרוצח א"א כו'. ב' שחבלו בא' לא ישלמו נזק כדבעי לעיל מ' בשור של ב' שותפים לא חצי כופר כו' ולא ב' ונראה די"ל דמוכח דאף דקרי כופר תחת עין כו' מ"מ לאו כפרה כדקי"ל בשור באדם רק ממונא דהא קי"ל ריש מכות דעדים זוממין אינם משלמין כופר שרצו לחייב משום דכופרא כפרה ע"ש ברש"י. ועיקר הטעם כיון שהיה שקר לא הי' חיוב עליו כלל ע"ש וא"כ כיון דדמי נזק כופר איך כ' בע"ז יד ביד דהפי' כשהעידו שקטע ידו וחייב דמי יד ישלמו גם הם והא אין משלמין כשרצו לחייב כופר. ועוד דהם שנים ושייך חצי כופר או ב'. ומוכח מקרא דהך כופר ממונא ולא כפרה כנ"ל. ומה"ט י"ל דגם ר"י ב"ב דסבר דמי מזיק בכופר נפש מודה כאן שדמי ניזק. אך לר"א קשה דהא מבואר לעיל ומכות ב' ע"ב דפשיטא ליה לגמ' דאי כופר ממון דלכ"ע בדניזק שיימינן רק אי כפרה פליגי בדניזק או בדמזיק ע"ש. וא"כ ר"א דסבר בדמזיק ע"כ ס"ל כפרה וא"כ למה יתחייבו עדים זוממין. וי"ל דר"א ס"ל דלא כברייתא דהתם רק דע"ז משלמין כופר כשרצו לחייב כופר. או דמוכח דממון אף שהוא דמי מזיק מדמחייבו עדים. וכן לענין ממשכנין ודוחק:

שם האי חמרא דקטע כו' דר"פ ב"ש ארבעה דברים א"ל רבא והא ה' תנן א"ל לבר מנזק קאמינא א"ל אביי והא חמור הוא כו' א"ל שלמו ליה נזקא והא כעבדא כו'. תמוה מאוד ותוס' כ' דהיה סבור שאדם הזיקו ע"ש. ואיך פסק דין שלא ידע המעשה ולא הוזכר בגמ' שטעה וגם למה הביא הש"ס כל הטעות ומה קמ"ל בזה. ואפשר לומר דס"ל לרפב"ש כמ"ד לעיל מ"ב נקי מדמי ולדות וכדשני רבא ולא שורים הדומים לאנשים כו' תם פטור ומועד חייב וכדפריך אביי גבי בושת נמי כו' וכ"ת ה"נ לימא נקי מדמי ולדות ובושת

כו'. ולא חיישׁ להך פירכא דחד מינייהו נקיט. ע"ש וכמ"ש תוס' ד"ה כתב דמתני' דשור אינו משלם אלא נזק ופטור מדמי ולדות כר"ע אתי' או בתם. וממילא סבר דגם מה שאינו משלם ד' דברים ג"כ כר"ע והוא ס"ל כריה"ג וחייב ד"ד מועד כנ"ל. ומ"מ גם לדידיה דוקא שורו דומיא דידיה דמתכוין ובשור פיקח כדאמר לעיל ל"ה מי איכא כה"ג כו'. ולכך א"ל אביי אף לסברתך הא חמור הוא כו' ולכ"ע אינו משלם אלא נזק. עוד אפשר דקשה למה אמר לבר מנזק קאמינא ולא אמר באמת ה' דברים. וי"ל דסבר כיון דיש ק"ו דשור יהיה חייב ד' דברים לעיל כ"ו רק דאמעיט מאיש כו' מום בעמיתו כו' או מזה לרבנן לעיל לג' וזה במקום נזק י"ל דלא אמעיט רק היכא דמשלם נזק דבהכי מיירי הך קרא ומשלם עוד ד' דברים ואמעיט שור כשמשלם נזק פטור מד' דברים ולכך אמר במשנה שור א"מ אלא נזק כו'. וכן לגמרי שלא במקום נזק כ"ש דפטור כמו כשמשלם נזק כמ"ש תוס' כו' ע"ב. אבל כשיש נזק ואינו משלם כגון קטע ידיה דלאו אורחיה וקנס שאין דנין ולא מחייב כלל בלא ב"ד שוב חייב ד"ד דלא אפשר ללמוד משלא במקום נזק כמ"ש תוס' הנ"ל. ושפיר אמר רפב"ש דסבר רק קנס לא מגבינן בבבל א"ל שומי ליה ד' דברים כו' וא"ל רבא ה' תנן אמר לבר מנזק דקנס ומה"ט חייב ד"ד. ודחי אביי דא"מ אלא נזק אף במקום נזק ופטור. ולכך א"ל אח"כ שומו ליה נזקיה היינו דאי תפיס דמקודם לא הי' רוצה שישומו נזקו לענין תפיסה דיפסיד הנחבל דכשיהי' חיוב נזק ע"י תפיסה לא ישלם ד' דברים. רק כשדחה אביי דגם שפטור אינו משלם ד"ד. א"ל לשיימו' נזק לתפיסה כנ"ל:

ולפי' תוס' י"ל כיון דהזכיר הגמרא דא"ל אביי והא חמור הוא וחמור א"מ אלא נזק הוי כהזכיר שהיה סבר ר"פ דאדם הוי דאל"כ לא היה אומר אביי אלא והא חמור אמא"נ וי"ל דסבר רפב"ש דדוקא נזק קטיעת אבר לא שכיח אבל כל ד' דברים שכיח שלא במקום נזק וממילא לא מגרע ע"י דאיתרמי במקום נזק ודנין ולא ס"ל כהחילוק דגזילה ע"י חבלה או דלא דמי כמ"ש בש"ע. וסבר דאף בושת וצער דלית ח"כ דנין כיון דיוכיח כדסבר ר"ח דשלח לר"נ לפנדא דמרא כו' ולכך אמר שומו ד"ד ורבא הי' סבור דהשומא כדי שיועיל תפיסה והקשו לו הא ה' תנן וא"ל לבר מנזק קאמינא היינו שומא לגבות וא"ל אביי כו'. אמר שומא כדי לתפוס כו'. ושפיר קמ"ל הגמרא בהך טעות דנ"מ לדידן לענין שבת וריפוי דשכיח ואית בי' ח"כ דדנין גם כשהוא ע"י קטיעת אבר דאינו מגרע כנ"ל. דבסברא זו לא נחלקו על ר"פ כנ"ל:

דף פד:

צער שלא במקום נזק מאן תנא כו'. תוס' לעיל הקשו הא אדרבא איצטרך קרא לבמקום נזק ע"ש. ונראה די"ל מסברא ראוי לפטור יותר במקום נזק דס"ד דדי בתשלומין דנזק בעד הכל וצריך קרא דפצע. רק ממתני' דהכא מוכח דאינו כ"ש מבמקום נזק דהא תני לי' לחוד. ופריך מאן תנא כו' והטעם דהא. איכא מלקות בחובל ואמר כתובות פרק א"נ בפי' רבתה תורה חובל דמשלם ואינו לוקה וכ' תוס' דאף דממונא לקולא א"כ אתגור ותי' דחס רחמנא אממונא דנחבל ע"ש וזה שייך רק על נזק שיש בו ח"כ. וא"כ שפיר ס"ד דוקא במקום נזק דשייך חס כנ"ל. וכיון שמשלם נזק שוב אינו לוקה ולכך שוב חייב גם צער וש"ד. משא"כ שלא במקום נזק צער לחוד דלי' בי' ח"כ לא שייך חס כו' נימא דלוקה ואינו משלם שלא יהי' נשכר כנ"ל וצריך קרא דכוי' כו' לשלא במקום נזק וגם דליכא שבת ורפוי ופצע צריך בדאיכא שבת ורפוי דיש ח"כ ומפורש שמשלם שוב גם צער חייב יותר סברא שלא במקום נזק מבמקום נזק כנ"ל כיון דלא לקי כנ"ל. משא"כ כאן דמיירי בצער לחוד כואו כו'. ועוד כיון דפצע כו' לרבות שוגג כמזיד כדאמר בגמ' א"כ מלקות כנ"ל. וא"ל דא"כ מאי פריך אהא דלרבות שוגג והא מבעי' לצער במקום נזק והא א"ל דמרבין שוגג לא צריך לרבות במ"נ. ז"א דצריך על מזיד ולא אתרו בי' כנ"ל:

תוס' ד"ה ניהו דנזק תימה כו' י"ל פשוט דרפוי היינו היתרון בסמא חריפא כדאמר גיטין י"ב ולקמן פ"ז בתוס' ד"ה עבד ע"ש. ומה שתמהו תוס' למה יפטר כו' ועוד חבל בחרש. ועוד פעמים ירויח כו' לע"ד נראה דהא גיטין פרק השולח מי איכא עבד דלא מזדבן לקנסא דגם זה שיוי רק אי לא מהני ע"ש. וא"כ כיון דתוס' כ' דחרש שכר אומנות יש לו שיוי וממילא ודאי דאינו נותן לו דמי כולו כשעדיין בר אומנות וכ"כ רא"ש להדיא רק דסתמא ק אינו ראוי למלאכה ולהרויח. וא"כ כשהרויח ריוח זה שחבל בו אדם ויש לו צער רפוי המותר ודאי דחשיב שהרויח וכמו במלאכה. רק דפשיט' בחרשי' א"י לומר שעדיין שוה להרויח כשיחבול בו אדם כמו שם לקנס דאינו בידה ריוח זה ואינו עומד לכך. אבל לסברא דהכא דאזיל בתר שעת אומדנא וכיון דלא אמדוה עד שחרשו ויהי' הדין דנותן לו צער ובושת דכל חדא וזה כבר הרויח ממילא בשעת אומד שחרשו א"צ ליתן לו דמי כולו ואח"כ יתן לו צער ובושת דכל חדא דא"כ זה הרויח אחר שחרשו וממילא לא הפסידו כולו ויכול לנכות זה מדמי כולו דכבר עשה והרויח כנ"ל וכן אחר שחרשו קטע ידו בעצמו ג"כ כנ"ל קודם האומד דידו דהוי כעדיין ראוי למלאכה עכ"פ מה שהרויח ואם יתן לו צער ובושת דיד שפיר ינכה זה מדמי כולו דחרשו. וא"ש הבעי'.

משא"כ בחרש שחבל בו ודאי דמשלם לו צער ובושת דמה לו במה שהוא חרש רק כאן בחרשו שפיר. גם לא קשה שירויח. דז"א דא"א להרויח רק לפחות מדמי כולו כנ"ל:

תיקו. כתב הרא"ש ומסתברא דכמאן דגבו דמי למאי דפרישית דאין נ"מ אלא לפי עלוי שומא פרטית לכללית למה יעשו שומא אחרת שכבר נתחייב בשומא ראשונה. ותמוה מאוד שרוצה מסברא לפשוט בעי' דגמ' עיין במע"מ שתמה ולא תי' כלום. ולע"ד דקאי על התיקו דבספק אם נפטר מסופק רשב"א ז"ל בניטין במחצה על מחצה לענין חוב דהוי כא"י א"פ אף דשניהם מסופקים וא"כ אי חייב הי' בתיקו דהכא ודאי חייב מספק דכיון דכבר אומדה ונתחייב בוודאי והספק אם ע"י שחרשו ויתן דמי כולו יפטור מחיוב ראשון חייב בספק רק אף אי שם פטור דבלא ברי ושמא אין מוציאין בחזקת חיוב ואין ס' ממון. מ"מ מעשה ב"ד דכמאן דגבו דמי י"ל לכ"ע חייב. וזהו שכתב ומסתברא דכמאן דגבו דמי מאומד ראשון ושפיר הספק אם לטול מה שהי' כבר כגבוי ולכ"ע חייב בספק אם נפטר שאינו להוציא רק להחזיק בפרט דכל שאינו עושין אומד חדש לא נפטר מאומד ראשון רק שנעשה אומד חדש ודאי דמספק אין לעשות מעשה כדי שיפטור. ושפיר כתב למה נעשה שומא חדשה היינו כיון דקאי בתיקו. כן נ"ל ברור:

דף פה:

שבת הפוחתתו בדמים. תוס' שאין ב"א בקיאין אם סופו לחזור ולא יכניסו עצמם בספק ע"ש. לכאורה קשה מזה דלקמן צ"ט מוגרמת כו' וכן פ' בש"ע במזיק שעשה ס' טריפה דאין חייב שזה רק גרמא אף שנפחת משויו ע"י שהיא ס' טריפה מ"מ אי באמת כשר הוי רק גרמא ולמה וחייב כאן כיון שבאמת סופו לחזור רק ע"י שא"י נפחת כו'. וצ"ל כיון דבאדם חייב שבת אף דבבהמה פטור דרק גרמא שלא ירויח כמ"ש בהג"א מ"מ חייבה תורה באדם. כן בנזק ג"כ כיון דעכ"פ נפחת משויו אף דחשיב גורם. ואף דמבעית וכנגד עינו כו' פטור היינו שלא מקרי מעשה בגופו ע"ש. ובזה נתישב לי דתמוה למה קורא אותו שבת הפוחתתו כו' ושבק לשון נזק אי חייב נזק בסופו לחזור או לא וכן אביי ורבא נקטו שבת גדולה וקטנה כו'. ולהנ"ל מיושב דרק ע"י חיוב שבת הוא דמבעי' לו כנ"ל. וגם י"ל דקי"ל כרבא דגם בזה אינו נותן אלא שבת שכל יום ואפשר דרבה ואביי סברי גם בעושה ס' טריפה דפטור ודוחק. ונראה יותר כנ"ל:

תוס' הנ"ל דבידוע שסופו לחזור מודה אביי. ולשון הגמ' משמע אף בידוע דסתמא אמר וסופה לחזור. והא דפשיטא לתוס' הוא משום דאין נ"מ בין לשום שגם הלוקה ינכה לו הכל עד זמן שיבריא וממילא הכל בכלל שבת עד שיתרפא. אך למ"ש הרא"ש דשבת

נותן לו כפועל בטל א"כ יש נ"מ דנפחת בדמים למכור דהלוקחו לעבד ויקדים המעות יפחות כל הזמן עד שיתרפא כפי שהי' עושה מלאכה לא כבטל וצריך לשלם לו כל הפחת ממלאכה כנ"ל בתורת נזק. ושבת קטן כשומר קשואין עד שיתרפא קודם שתחזור ידו שזה לא שמין רק כפועל בטל דניחא לי' בבטל לפחות. משא"כ לרבא הכל כפועל בטל שאין דין נזק כנ"ל. עוד י"ל דנ"מ דאף דאמר לקמן צ"א ה' דברים כו' נותנין לו מיד שבת וריפוי עד שיתרפא ופי' תוס' דגם שבת שמין ונותן מיד. מ"מ למאי דאמר התם ומי יהבינן זמן לחבלות כו' כי לא יהבינן זמן לחבלה דחסרי' ממונא אבל בושת דלא חסרי' יהבינן זמן ע"ש. א"כ י"ל דשבת ניהו דאומדין לחייב מיד על כל המשך מ"מ אם אין לו מעות ומבקש זמן ב"ד נותנין לו על שיתן כל יום ויום דהא ליתן היום בעד ביטול מלאכה דמחר עדיין לא חסר ממונא ואף שחייב הוא בבושת לענין זה לבקש מעות שישלם בכל יום דחסרי' כנ"ל. משא"כ אי חשיב נזק נפחת מיד מדמיו למכור וצריך ליתן מיד בתורת נזק לאביי אף שסופו לחזור כנ"ל. ורבא סבר בכל יום. ומדויק מה דנקיט רבא שבכל יום ויום דמיותר ולמ"ש א"ש:

דף פו.

רבא אמר כו'. תוס' דחו גירסת הגאונים הכל לעבד דשבת קטנה למה לא יהי' לרב ע"ש. ולע"ד נראה דהא בהמה דהדקה באנדירנא קי"ל דפטור דבטול מלאכה אינו אלא כמניעת ריוח וכמבטל כיסו דפטור רק באדם גלי קרא דחייבים בשבת דידי'. וא"כ בעבד למה ישלם החובל כלל שבת לרבו הא נגד רבו הוי כשבת דבהמה שביטל ממונו ושורו ממלאכה וע"כ הטעם דהא העבד הוא אדם בפ"ע וחייבים לו בשבת וממילא מה שקנה עבד קנה רבו ובחיוב שלו זוכה הרב ומטעם חיוב דעבד כנ"ל. אבל לא בשביל חיוב שלו כנ"ל. וזה שפיר בעבד כנעני משא"כ בע"ע של חברו דאף דצריך לעשות מלאכה אבל ריוח זה שע"י חבלה אין הרב זוכה בו כלל. וא"כ הא מצד שיתחייב לרבו ע"י מה שמבטל עבדו ממלאכה ע"ז אין חיוב כלל כמו בהמתו. רק דנתחייב לעבד ועי"כ יזכה בו רבו והא אין לרבו דע"ע בזכות זה שמרויח ע"י חבלה כיון דאי בעי חבל לא מצי כדאמר לקמן בבת קטנה כנ"ל. וא"כ ממילא להיפך בשלמא שבת גדולה שהיא פחת שיוי דמים הי' סברא דלרב שהי' לו עבד עברי השוה דמים והפסידו רק דהא הי' לו רק על זמן וסגי במה שילקח קרקע ויאכל פירות עד שיצא שש ויש לו תשלומי עבדו. אבל שבת קטנה שאינו חייב כלל לרבו רק לעבד מצד עצמו ואין לרבו זכות כלל. ושפיר הכל

לעבד היינו שבת קטנה לגמרי הוי לעבד ושבת גדולה ילקח בהן קרקע ויאכל פירות כנ"ל וד' הגאונים ברורים לע"ד:

שם תוס' פיחת כו' ואע"ג דלא מפסיד העבד מידי כו' גם בהיזק זה לא יטול כו'. אינו מובן הטעם. וי"ל כמו דסבר אביי בקיטע יד ע"ע שגם עד הזמן כו' כחלה דנסתחפה שדהו כיון דיכול לשמור קישואין כמ"ש תוס' לעיל. כן בצמחה כו' כיון דלאביי ב' דברים ממילא שבת גדולה דהוא נזק אינו לרב דנסתחפה שדהו נגדו וחשיב כשומר קישואין דהא שבת קטנה לרב ויש לו ע"י שכר שמירת קישואין עד שיתרפא ושוב ריוח של העבד ע"י צמחה ידו אינו לרב דגופו אינו קנוי לו רק ע"ע דגופו קני היינו למלאכה ולא לענין פחיתת שויו שע"י צמחה ידו. משא"כ לרבא דשבת חדא הוא דאם לא יהי' לרב אינו עושה שום מלאכה שוב הכל לרב כנ"ל:

תוס' אבל למישם צ"ל החילוק בין נתכוין לקטן דנתכוין רק לבושה קטנה חשיב על המותר כלא נתכוין משא"כ נתכוין לעבד דיש לו בושת ככל אדם רק שהתורה לא חייבה לשלם אבל מ"מ נתכוין מיקרי נגד ב"ח שביישו כנ"ל:

דף פו:

גמ' זיקא כו' ואתי איהו דלינהו טפי. לכאורה הא אמר לקמן צ"א הגיע בו הרוק אבל בבגדו פטור. א"כ גם כאן הביוש שע"י דדלו בגדיו או הערימו הוי כמו על בגדו דפטור שביישו ע"י בגדיו. וצ"ל כיון שאדם ערום מבויש משא"כ כשמלובש חשיב זה הדלי' כמו ביישו במעשה בגופו שמה שנשאר ערום חשיב מעשה בגופו כנ"ל:

שם מ"ט דר"י גמר עיניך כו' מעדים זוממין מה התם סומין לא כו'. ופירש"י עדים א"א בסומין דאם לא ראה שקיטע ידו של חבירו היך יעיד. ותמוה א' כיון דא"א שיעיד מה שייך ללמוד מעדים כיון שלא העיד כלל. ב' ממ"נ לשמואל ור"ש ב"ב קכ"ח דהי' יודע עדות עד שלא נסתמא ונסתמא כשר א"כ אדרבא קאי לא תחוס עיניך דעדים זוממין גם אסומא בשעה שהעיד ונתחייב כן סומא שביישׁ. ולברייתא דמסיק שם בתיובתא דהי' יודע כו' ונסתמא פסול א"כ אין הטעם שכתב רש"י ז"ל דהא ראה העדות כדינו ומ"מ פסול. ועוד תמוה ק' תוס' דא"כ כל הפסולי עדות נמעט מבושת. והא וקצותה באשה כתיב כו' ותירוצם דחוק מאד כיון דעיניך אב"ד קאי מה ראיה דלענין ראיית הנדון קאי הג"ש. עוד תמוה מ"ש תוס' ד"ה וכן כיון דר"י פטרו מכל דינין שבתורה מה אר"י בושת ולמה ליה ג"ש דעיניך ומה שתירצו דלבסוף חזו בו ג"כ תמוה הא בברייתא זו עצמו תני

ר"י אומר סומא אין לו בושת וכן הי' ר"י פוטרו מכל דינין שבתורה כו'. ולמה תני ליה בושת כנ"ל:

ונראה לע"ד דקרא דגלות בלא ראות ודאי דבשעה שהרג הי' סומא דבהכי מיירי קרא וכן חייבי מיתות ומלקות דיליף ג"כ בשעה שעבר הי' סומא כנ"ל. ומה דפוטרו מכל הדינין היינו אף שהי' פקח כשעבר ואח"כ נסתמא דהיינו בשעה שדנין אותו ג"כ פוטרו מקרא דושפטו בין המכה כו' דכשאינו במכה כו' אינו במשפטים וכיון שעכשיו סומא ואינו במכה וגה"ד אלו הי' עובר אינו במשפטים לשפוט אותו. אף למ"ד דל"א אישתני דיניה אישתני קטלא מ"מ פטור בנסתמא כנ"ל. אבל בעבר כשהי' סומא וכשדנין אותו נתפתח לא אימעט מהאי קרא דמשפטים דשפיר יכולין לשפטו עתה. רק בגלות וח"מ ומ' אימעוט מקרא דבלא ראות והיקש דרשע כו' אבל בושת כשבייש שהי' סומא ונתפתח הי' שפיר יכולין לחייבו דעתה פתח ויליף מג"ש דע"ז והיינו דלא תחוס עיניך קאי פרט לסומין היינו אף שהי' פתח כשהעיד דכשר ואח"כ נסתמא והוזם מ"מ פטור דאינו המשפטים והחיוב בקנס בשעת העמדה בדין וא"א לחייבו סומא. א"כ לא תחוס היינו סומין לא דלית ביה משום לא תחוס הנאמר בבושת וקצותה כו' לא תחוס דקאי על שעת החיוב דבושת ממון ונתחייב בשעה שבייש ג"כ סומין לא. דעל כשסומא בשעה שמחייבין אותו לא איצטריך קרא דאינו במשפטים כנ"ל. רק על שעת החיוב אף שנתפתח אח"כ כנ"ל. וא"ש הכל בעה"ש

וי"ל גם פירש"י דמשמע שם ב"ב הנ"ל דגם לשמואל ור"ש כשר דוקא בקרקע כו' או כו' דמצי מכוין אבל באותן עדיות שא"י לכוין כראוי גזה"כ לפוסלו דהא רשב"ם פי' קושית הש"ס שם רק דמזה הכלל מוכח דמיעט כו' ע"ש ולא מגופי' דברייתא דפקח בשעת ראי' וסומא בשעת הגדה למה יפסל הא ראה שפיר ובאותן שאינו יודע א"צ למיתני. וע"כ דבאותן עדיות שא"י לכוין פסלתו תורה כמו א"י חקירות ושייך גם בזה תוס' בכשרות. וכן משמע גיטין כ"ג דשני רש"י סומא לפי שא"י ממי נוטלו כו' ואביי דחי ט"ע דקלא. ולר"ש קשה ג"כ למה ליה למתני כיון שא"י. ולכך י"ל דר"ש לטעמי' שם ב"ב הנ"ל דבאותן דברים שא"י לכוין הטיב פסלתו תורה גם במה שמעיד שכן הוא. ולכך אף דיודע בט"ע דקלא מ"מ כיון שאינו בירור כמו ראיה פסלתו תורה. ולכך פירש"י בקטע ידו היך מעיד. ולכך פסול גם שהיה פתח ונסתמא בשעת הגדה ככל פסול דבעי תוס' בכשרו'. ושפיר יש ללמוד מעיניך דסומין לא כשהי' סומא בשעת עדות כו' דהוא שעת החיוב כמו בייש כנ"ל:

והנה פסול סומא כתב הרא"ש ז"ל מאי ראה כו' כמו' דממעט אלם מלא יגיד כו' ע"ש. וכן פירש"י ותוס' נדה נ'. וקשה דמלא יגיד שפיר אבל בראיה כ' ראה או ידע ויליף פרק שה"ע דמיירי בעדות ממון דמתקיים בראיה בלא ידיעה וידיעה בלי ראיה כגון הודעה ע"ש. וא"כ א"א למעט סומא מראה דהא ישנו בידיעה בלא ראיה דהכשירה תורה. וצ"ל דדריש סמוכים דכשישנו בראיה ישנו בידיעה ומנ"ל למדרש הכי מנפשינו. גם הרמב"ם ז"ל פ"י מה"ע כתב מאו ראה ותמה הכ"מ דלא נמצא דרשא זו ע"ש. ובאמת דע"כ שמואל ר"ש ור"פ לא כנ"ל. אך י"ל כנ"ל. והנה לר"י אפשר להיפך דעיקר הפסול סומא בהגדה דהוי עשאאי"ל דאינו במשפטים כנ"ל וממילא פסול בשעת ידיעה ג"כ דצריך שיהי' ראוי להגדה בשעת ראיה דמה"ט פסול תחלתו בפסול וס' בכשרות כנ"ל. אך א"כ אמאי מסיק בתיובתא שם דלמא ברייתא כר"י ולכך פסול בהגדה כנ"ל דאינו במשפטים והם קי"ל כרבנן. ואפשר דחשיב יכול להזימו אם יתפתח כמ"ש תוס' גבי ב"מ נדון בחמורה כנ"ל:

דף פז.

מתני' בע"ע כו' חוץ מן השבת בזמן שהוא שלו. י"ל בזמן אתי לאורויי בחבל סוף שש חייב גם שבת שימשך אחר זמן. וי"ל דאף לר"י שכ' תוס' ע"ב ד"ה א"ל בנזק אף שנמשך אחר שיצא מרשותו הואיל ואירע הפחת בנערות הכל שלו. י"ל דוקא בשבת גדול דהיינו נזק שהפחת בב"א. משא"כ שבת שבכל יום החיוב כל יום ביטל מלאכה ואף דהעומד עכשיו מ"מ החיוב י"ל דבכל יום והוא אחר שיצא מרשותו. וי"ל דתליא בבעי' דרבא אי בתר מעיקרא אזלינן או בתר תבר מנא לעיל י"ו ע"ב ורבה בזרק כלי מגג ובא אחר ושברה ע"ש. ויש לדחות:

המכה אביו ואמו ולע"ב חבורה. קשה מה קמ"ל הא דאין חיוב מפורש במשנה בסנהדרין ואין לאו יותר רק מכלל מכה שאר ישראל כמ"ש הרמב"ם פ"ד מה"מ. ולמ"ד לעיל שבת הפוחתתו כו' חייב א"ש דקמ"ל בלא חבורה חייב נזק ע"ש רק למ"ד פטור קשה ודוחק דקמ"ל סכו נשא חייב דהול"ל בכל אדם וי"ל לאפוקי ממ"ש תי"ט סנהדרין פרק י"א ממכילתא דיליף דבעי חבורה מכה או"א מה אם מדת נזקין כו' אינו חייב עד שיעשה חבורה דאל"כ אין כאן נזק מדת עונשין מעוטה כו' ע"ש. וש"ס דילן ע"כ לא ס"ל כן דדייק לעיל דמתני' בלא חבורה ומ"מ חייב נזק דע"כ בצמחה ידו וסופו לחזור יש נזק כו'. והא אם יש נזק שוב חייב מיתה ג"כ כמו חבורה. רק הש"ס דידן ממכה נפש בהמה כו' דמה שתמה התי"ט שם לק"מ דכוונת הגמ' על קרא דמכה נפש בהמה דל"צ בבהמה דגם הכחישה באבנים חייב ומה לי קטלא פלגא כו' וע"כ למכה אביו כו'. עכ"פ קמ"ל מתני'

חייב בכולן בלא עשה חבורה והיינו דאף שחייב נזק אין חייב מיתה דלא כלימוד הנ"ל. ומיושב דיוק הגמ' לעיל מלשון חייב בכולן דעיקר רק קמ"ל חיוב נזק כנ"ל:

או י"ל דקמ"ל דהא תוס' שם סנהדרין תמהו למה בהכאה שאין ש"פ לוקה הא הוי לא יוסיף לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד על מכה אביו כו' ע"ש. ולע"ד י"ל דלמאי דמסיק התם דאין הבן נעשה שליח ב"ד להלקותו והכי קי"ל א"כ ברייתא דמייתי התם כפשטיה ומה מי שמצוה להלקותו מצוה שלא להלקותו ק"ו מי שאינו מצוה כו' שמצוה כו' היינו בנו ע"ש. וא"כ גופיה דקרא דלא יוסיף לא מיירי בבן דמיירי במי שמצוה כו' רק מק"ו אתי א"כ נהי דהק"ו חשיב רק גילוי מילתא דאל"ה אין מזהירין מהדין. מ"מ שוב לא חשיב לא יוסיף ניתן לאזהרת מב"ד כיון דלא מיירי פשטיה בבן רק באחר רק ממילא מוכח כו' וכדאמר עירובין ח' דלוקין אתחומין למ"ד משום דאל יצא כ' ולא אל יוציא אף דעיקר הוצאה משם ויש בו מיתת ב"ד מ"מ כיון דפשטא דקרא בתחומין לא חשיב ניתן כו' ע"ש. כן בהנ"ל ומיושב ע"ש. ושוב לוקה גם באביו בלא חבורה ואין בו ש"פ כמו באחר וכ"כ הרמב"ם דשוה לגמרי לאחר בלא חבורה. וא"כ למה דאמר פ"ג דכתובות ל"ב מחובל דממונא משלם ולא לקי כו' ואי ממונא לקולא מה לחובל שהותר מכללא בב"ד ע"ש. א"כ בנו דלא הותר בב"ד שפיר ס"ד דלוקה ואינו משלם דא"א ללמוד משאר חובל כנ"ל. וקמ"ל מתניתין דחייב דעכ"פ לאו דחובל הותר אף דנגדו לא הותר כנ"ל או י"ל דס"ד כיון דקרא דחובל כן ינתן בו ע"כ באחר מיירי דכ' ביה חבורה כו' ומום כו' דבאביו פטור דחייב מיתה. וכיון דמיירי באחר ואביו חמור כדאמר התם ק"ו דאף בב"ד אסור. א"כ א"א ללמוד אביו מאחר שיהי' ממונא משלם ולא לקי כיון דחמור י"ל דפטור ולקי. קמ"ל דלא דחייב כנ"ל. יעויין מה שכ' אח"כ:

והחובל ביה"כ. כתב ברטנורה אף דיש מלקות ביה"כ מ"מ בפירוש ריבתה כו' חובל לתשלומין מכדי כ' כו' יד ביד ל"ל אלא להביא חובל בחבירו ביה"כ שמשלם ואינו לוקה כו' ע"ש. ותמוה אנה מצא זה ונמשך לו זה מלשון הרמב"ם בפי' המשנה ובה' חו"מ ג"כ. וכוונתו כיון דבפירוש ריבתה כו' חובל דג"כ איכא מלקות דלא יוסיף ומ"מ גלי דמשלם ואינו לוקה שוב גם ביה"כ אין מלקות דיה"כ פוטר תשלומין דחובל וישלם ואינו לוקה אבל לא כמו שסבור הרב הנ"ל דגלי חובל ביה"כ. ותימה על תי"ט שלא העיר כלום. וגם על הרמב"ם ז"ל קשה מנ"ל הא נהי דגלי בלאו דחובל מנ"ל במלקות לאו דיה"כ שלא יפטרנו בהתרו בו משום יה"כ ועיין תוס' כתובות פרק א"נ גבי אוכל תרומת חמץ אי אמרינן כיון דגלי גלי וגם כרת דחמץ אינו פוטר או דוקא היכא דגלי גלי ע"ש ופ"ו מהלכות מעילה פ' כיון דחידוש מה דיש שליח לד"ע כשיש עוד עבירה אין שליח ע"ש

ופ"ג מהלכות גניבה במל"מ. גם אין דרכו לכתוב מה שלא נזכר בגמ'. וע"כ דמפורש משנתינו חובל ביה"כ בהתראה ומנ"ל והא כמה משניות דביה"כ חייב והם לאפוקי מדר' נחוניא אבל לא בהתרו למלקות. פ"ב לעיל ושבועות שהדליק גדישו ביה"כ ומדברי רש"י כתובות פרק א"נ ל' דפריך לר"ל מיה"כ ומוקי או כר"י דאין מלקות בח"כ או כר"ט והביא רש"י הדליק כו' ולא הזכיר החובל ביה"כ. משמע כהרמב"ם ואפשר דרמב"ם ז"ל דייק דכבר תנן לעיל במשנה פטור על מעשה עצמו כו' חבל באביו בשבת. ולמה תני הכא. ועוד שבכמה מקומות תני מפני שמתחייב בנפשו. ומפרש לה הגמ' פרק א"נ ופ"ק דחולין דכשהי' מזיד הי' מתחייב ע"ש. וכאן תני מפני שנדון בנפשו דמשמע מזיד ממש בהתראה. והא באמת גם שוגג פטור. ולכך י"ל דתני רק לגלויי על רישא דמיירי בהתרו בו. דהא תמוה כמ"ש לעיל למה תני מכה אביו ולא עשה חבורה וכן פ' שה"ע שהכני בני שחבל בי חבור' ביה"כ. וכתב שם תי"ט דקמ"ל שהכני בני אף שקרוב למיתה ע"ש. ואינו מובן דלא מצאנו חילוק. ולע"ד קמ"ל דהנה בהני דגלי קרא דמשלם ואינו לוקה כמו חובל סתם שוב בתר דגלי אין כאן התראה ומלקות דבאמת אינו חייב ושוב אין חידוש מה שמשלם רק החדוש מה דאמרה תורה דישלם כו' דהי' ראוי להיות לוקה והיה כדין בהתראה. משא"כ עכשיו. ואף דיכולין להתרות על אם תהי' הכאה שאינו ש"פ ילקה. ז"א כיון דבאמת ש"פ ואין חיוב כנ"ל. רק דא"כ לכאורה דלמא דוקא כנ"ל אמרה תורה דישלם ושוב אין חיוב מלקות. משא"כ חובל ביה"כ והתרו משום יה"כ דבאמת יש חיוב מלקות שוב י"ל דפטור ממון. אך באמת מוכח מלימוד הש"ס פרק א"נ מאם יתהלך כו' דע"כ בהתרו בו למיתה אם ימות ומותרה לחמור הוי מותרה לקל ממילא אף שהיה על הספק ולא מת מ"מ חשיב הספק התראה לחמור כהתראה לקל ואעפ"כ אמרה תורה אם יקום כו' שבתו יתן כו'. וא"כ מזה מוכח שפיר דאף שיש התראה ויש חיוב מלקות דלא יוסיף דחשיב מותרה כנ"ל מ"מ אמרה תורה דישלם ולא ילקה. וא"כ נראה דהיינו דקמ"ל מכה אביו ולא עשה חבורה והיינו שהתרה בו על הכאה זו חייב מיתה אם יחבול רק שלא עשה חבורה אבל חשיב התראה למלקות דלא יוסיף דמותרה לחמור כנ"ל. ומ"מ חייב בכולן ואינו לוקה והוי רבותא אף דיש החיוב מלקות כנ"ל. ואח"כ תני ג"כ חובל ביה"כ ג"כ אמזיד והתראה דומיא דסיפא שנדון כו'". וא"כ ע"כ בהתרו בו משום יה"כ דמשום חובל אין חיוב דספק מלקות דאין ש"פ לא חשיב התראה על שיש ש"פ רק חמור לקל מהני הספק כנ"ל. ולכך ע"כ בהתרו משום דיה"כ דחשיב התראה וקמ"ל דמ"מ משלם כנ"ל:

המכה או"א ועשה בהן חבורה פטור כו'. קשה למ"ל ב' או"א ושבת. וי"ל דמכה אמו ובושת בגלוי ב"ח לאב וס"ד דהוי מיתה לזה ותשלומין לאביו. קמ"ל דפטור דהוי כרק בבגדו רק משום דאשתו כגופו כדאמר פרק נערה. וא"כ הוי כדמי ולדות שכ' תוס' דחשיב מו"ת לאחד כיון שהולדות בגופה ע"ש. ובהנ"ל עדיף כיון דאין החיוב משום בושת בעלה רק שלה זוכה הוא כנ"ל משום דשייך ביה כנ"ל. וחובל בשבת קמ"ל אף דמקלקל כו'. או דקמ"ל פטור מכולן אף דחיוב שבת בכל יום שבטל ממלאכה וס"ד דחשיב חיוב מיתה קודם וממון אח"כ למ"ד שזרק כלי מראש הגג דבתר תברא מנא אזלינן קמ"ל דמ"מ החיוב ממון בא על המעשה שבא חיוב מיתה ועדיף מעקירה צורך כו' כנ"ל. גם ס"ד למאן דיליף ריש פירקין אבל אתה לוקח כופר לראשי אברים. ס"ד דכופרא כפרה ואין מיתה פוטרו כמו תשלומי תרומה שכ' תוס' קמ"ל דפטור:

דף פח.

א"מ זוממי עבד כו'. רש"י קי"ל דעבד כישראל כו' לוקה וגולה ע"י עבד כו'. זה שפיר לראב"י דמפרש התם בהוזם אבל הגמרא דחי שם דא"כ דכותיה גבי עבד כו' בר עדות הוא. א"כ לא הוזכר כלל דנהרגין זוממי עבד. וי"ל דרש"י ס"ל דלא דחי הש"ס רק מלפרש דמתני' מיירי רק בהעיד והוזם דא"כ דכותיה בעבד כו'. ומסיק דמיירי בהכה כו' היינו ג"כ אבל מ"מ כיון דתני סתמא גולה ולוקה כו' נכלל גם העיד והוזם ג"כ. או דש"ס כאן פריך לראב"י דאינו חושש לקושית הש"ס דכותיה בעבד דסיפא לאו דומיא דרישא דישראל גולה ולוקה ע"י כו"ע מיירי העיד והוזם ורישא דעבד וכ' ע"י ישראל בלטי' כו'. עוד נראה דראב"י סבר דהא קשה מה פריך דכותה כו' עבד בר עדות. הא אמר שבועות ל"ב הכל מודים בעד סוטה כו' בעד מיתה לכתובה כו' דחייב כיון דהימניה כו' חייב ק"ש. וא"כ גם עבד דנאמן לאחר קינוי וסתירה ומיתה לכתובה וכן קיבלו עלי'. וכיון דנאמן י"ל דחייב מלקות. אך ז"א מב' טעמים. א'. דוקא ע"א כשר דנאמן חייב ק"ש. לא פסול אף שנאמן. ועוד דגבי הזמה אפשר דגם ע"א שנאמן לא מחייב כדמשמע ריש ב"מ ע"א שאינו בתורת הזמה כו'. ועוד דעכ"פ מלקות לא משכחת בעדות עבד דכל הני שנאמן רק שמועיל לממון אבל לא מחייב מלקות. ומלקות בהזמה דוקא שהעיד שחייב מלקות. וזהו שדייק רש"י שם מכות ח' שהעיד בו שחייב מלקות כו' ע"ש. אמנם לא תענה משמע מהפ' דעובר ע"א ופסול היכא שמועיל עדותו דעד שקר היינו עדות המועיל. רק לדידן משום לא תענה לחוד לא לקי דהוי לאו שאין בו מעשה כדאמר פ"ק דמכות רק מקרא דוהי' אם בן כו' וזה מתורת עדים זוממין ע"ש. ודחי שפיר דכותי' בעבד. וא"כ י"ל דר"א

ב"י מוקי הך ברייתא כר"י דלאו שאב"מ לוקין ולקי משום לא תענה לחוד ע"ש ד' ע"ב א"כ שפיר משכחת דכותיה בעבד שהעיד בסוטה ומיתה כו' היכא שאין כתובה ולקי משום לא תענה. או באסור לחוד כנ"ל. ומיושב כאן דתמוה לרש"י ז"ל מנ"ל דאתי' הך ברייתא דגולה ולוקה כר"י דפריך אלא מעתה לר"י כו'. ולמ"ש א"ש דפריך לראב"י דהתם דע"כ מוקי לה כר"י כנ"ל. וברישא ישראל ע"י עבד משמע דגם בהעיד שחייב מלקות והוזם כיון דבר עדות לגמרי כנ"ל. גם י"ל לרש"י ז"ל ס"ל דהא תוס' סנהדרין פ"ה תמהו למה הכאה שאינו ש"פ ילקה הא הו"ל לאו שניתן לאזהרת מיתה ב"ד דבספרי וירושלמי מפיק מלא יוסיף אזהרה למכה אביו כו' ע"ש. וס"ל דמפורש בירושלמי הך דארבעים יכנו לא יוסיף כו' מה מי שמצווה מ' יכנו כו' וא"כ רק לאו דלא יוסיף יליף מינה מכה אביו כו'. אבל פן יוסיף עוד לאו נשאר למכה שאין ש"פ כנ"ל דלא ניתן כו' ולקי וא"כ בלאו זה כ' ונקלה אחיך כו'. א"כ דוקא לדידן אבל לר"י דלאו אחיו עבד א"כ לא לקי הכהו לעבד כלל דלא יוסיף ניתן לאזהרת מב"ד ופן יוסיף כו' לאו אחיך הוא א"כ ע"כ קאי רישא דישראל ע"י עבד בהעיד והוזם כנ"ל. עוד נראה עיקר דכונת רש"י מהא דעבד גולה ולוקה ע"י ישראל וע"כ בעדים והוי עשאאי"ל כמ"ש תוס':

תוס' זוממי עבד כו' וכיון דהם כו' גם העבד אינו נהרג דהוי עשאאי"ל כנ"ל. ותמוה למ"ש תוס' ריש מכות וכמה דוכתי דבב"ג דלא קאי עליה כאשר זמם לא צריך יכול להזימו א"כ כיון דאימעט עדי עבד מקרא דכאשר כו' לאחיו א"כ א"צ שיהיה עשאאי"ל. וגם שינוי' דגמ' משום ובערת הרע כו' תמוה. כיון שאין כאן עדות מה שייך ובערת הא בסנהדרין ע"ח אמר טרפה שהרג שלא בפני ב"ד פטור דהוי עשאאי"ל בפני ב"ד חייב משום ובערת הרע כו' ע"ש אבל בעדים כיון דלא עדות הוא ליכא ובערת כו' ע"ש. וכבר נתחבטו בפי' גמרא זו הג' בספר נב"י סימן ע"ד והג' החכם הספרדי. ואם נפרש מ"מ חייבה תורה אף דלאו אחיו מה שייך זה לובערת כיון דמעטי' קרא דוקא לאחיו חיוב בהזמה ע"ש שבנ"ב סימן ע"ד הנ"ל פי' דלמא באמת אין זוממי עבד נהרגין רק הקושיא מעבד דקרא כ' נקם ינקם כו' אך א"ל בפני ב"ד וזו שתי' הגמ' ובערת כו' ע"ש. ובמחילה מכ"ת נתחלף לו בין העבד לרב דקרא דנקם ינקם ברב שהרג לעבדו לא בעבד לרב ושפיר עשאי"ל הוא. ופשיט דקושית הש"ס מעובדא דעבדא דינאי סנהדרין פ"ק י"ט דקטל נפשא כו' והועד כו' בעדים ומ"מ היה חייב מיתה ומוכח דגם שלא בפני ב"ד נהרג שהיה בפני סנהדרין ולא יחלוק ר"י בזה. ובזה נדחה מ"ש שם בסוף ראיה בתורה דבממון לא בעי עשאאי"ל מדלא פריך זוממי עבד לא ישלמו וגם העבד לא ישלם ובמשנה נשתחרר כו' וכתב שק' עצומה. ולק"מ מנ"ל דמתני' ר"י הוא. ועוד במעידין עליו אחר שנשתחרר.

ועוד הא לא רצה לחייבו רק על אחר שנשתחרר דאחיו הוא. ועוד למה לי בהודה העבד מעצמו הא כל ה' דברים ממון לא קנס. ובפי' הש"ס דובערת י"ל דרבא לטעמיה דס"ל סנהדרין ע"ח שעדי טרפה שהוזמו נהרגין אף שאינם בזוממי זוממים ופירש"י דחידוש הוא וא"צ י"ל ורמ"ה פי' משום ובערת הרע כו' ע"ש פירושו דמשום דבעדים זוממין כ' ובערת הרע ע"ש וכן י"ל כאן בעדים זוממין אף שאינו לאחיו מ"מ שייך ובערת הרע יותר משאר עבירות ומ"מ הכל דוחק. ונראה לע"ד בעזה"י דהא גבי בת כהן דרשינן ג"כ לאחיו מלא לאחותו דאינם בשריפה רק בחנק כמבואר בסנהדרין וריש מכות. ומ"מ קי"ל דדוקא כשיש בעדותן גם לאחיו אימעוט ולא לאחותו משא"כ כשהעידה עליה שחללה שבת הן בסקילה דלא אימעוט מלאחיו רק כשיש לאחיו ולאחותו ע"ש בזה נידון לאחיו ע"ש. וא"כ למה פריך כאן דזוממי עבד לא יהרוגו משום כאשר כו' לאחיו ואף דעבד ישראל הוא כאשה מ"מ לא מיקרי לאחיו והא כשאפשר לקיים לאחיו לא אימעט כלל שיפטרו מש"ה כמו לאחותו מהך קרא גופיה דאימעט ג"כ מלאחיו כנ"ל. אולם לע"ד קושית הש"ס דהא בעבדא דינאי מלכא כו' שלחו ליה שיבוא כו' והועד כו' יבא בעל השור כו' ופירש"י ז"ל דהא יש בדין זה לפסוק עליו מיתה ג"כ הפסד ממונו דבעליו דעבדו כחמורו ע"ש. וא"כ שפיר יש בעדותן לחייבו מיתה ג"כ הפסד ממון לאחיו דהיינו בעליו דנקרא אחיו וא"כ כיון שיש שני חיובים בעדותן ממון לאחיו ומיתה לעבד שאינו אחיו שוב שפיר קרא כאשר זמם לאחיו שיהיו המוזמין נידונין במה שרצו לחייב לאחיו לא בהחיוב שרצו לחייב לאינו אחיו. וממש כמו בבת כהן. ומדויק דפריך זוממי כו' לא יהרוגו כו' רק משלמין ממון לבעליו כנ"ל. וע"ז משני שפיר כ' ובערת הרע בעדים זוממין. והיינו דבשלמא בת כהן ובועלה שפיר גם שידונו בחנק כבועל. יקוים ובערת וחשיב כאשר זמם בין מיתה קלה לחמורה כנ"ל אבל חיוב ממון נגד מיתה לא חשיב כלל קיום כאשר זמם דכ' ובערת והם רצו לחייב מיתה וישלמו והוי כאלו לא היה שום חיוב לאחיו רק למי שאינו אחיו וחייבין מיתה מכאשר זמם כמו בת כהן שאין לקיים בבועל כנ"ל וכמ"ש תוס' בעדי טריפה דמה דמקיים הזמה במלקות לא חשיב לענין מיתה כלל שמקיים וכמו אלו לא היה שום חיוב ע"ש ופשוט וברור לע"ד בעזה"י:

דף פח:

מתניתא ידענא כו'. אינו מובן הא גם לר"י מתני' מיתרצא. וצ"ל משום דסתמא תני עד שימות האב משמע ל"ש חי הבן כו' ל"ש. ודוחק דהא לא פריך מידי לר"י ומתני'. וי"ל דהא תמוה לר"י דק"פ כקה"ג. ואמר בש"ס דמכר הבן לאו דידיה זבין וא"כ כיון דחשיב

אינו שלו הוי קנין לאחר מיתה. דהא משני שם ב"ב דהוי גופא מהיום ופירי לאחר ל' ולר"י מה זה דגופא מהיום כיון שאינו קנין כלל. וגם יוכל לחזור בו כמו לאחר ל' ולמה מכר אב אין מכורין לגמרי. וכן יהיה מכירת הבן כמו מה שאריש מאבא מכור או כמו לכשאקחנה קנויה לך וזה הקשו תוס' יבמות ל"ו ע"ב ותרצו דלגבי הכי לא אלים ק"פ לבטל לגמרי קה"ג דבן וכיון דלבסוף אתי שדה לידא דבן חשיב מכר. ואינו מובן מהו וגם לר"י קדושין פרק האומר במעכשיו לאחר ל' דק' כולן תופסין דמתחיל האידנא כו' כשרגא כו'. וא"כ י"ל דקנין הגוף עכ"פ מתחיל מעכשיו אף דיש לב' ק"פ. אך זה שייך לרש"י שפי' שם גיטא דמשייר כו' שאינו כריתות ע"ש א"כ בקנין ממון צ"ל כו'. משא"כ לתוס' דכשהנמר לאחר מיתה לא מהני. א"כ גם בקנין לא מהני. ועוד דמפרש בתוס' בכמה דוכתי דשם דשייך גוף מהיום כו' לא אמרינן כשרגא דליבני גם לר"י:

גם החילוק בין מת הבן כנ"ל או לא אינו מובן. והנה אפשר לומר למ"ש הרמב"ם בקנה שדה לפירות דאינו בונה והורס. וא"כ ע"כ מה שאינו נוגע לפירות עכ"פ שלו גם אי ק"פ כקה"ג. וא"כ חשיב זה עצמו קה"ג דגוף הקרקע שלו שלא יהי' האב רשאי לקלקלו. וכן לענין שישלם לו מי שיפסיד גוף הקרקע. דהא מוכר עבדו לקנס בעי בגיטין מ"ג. והסברא דלא מהני רק משום מ"י דילמא מודה כו'. אבל חפץ לענין שמי שיזיקו ישלם לו משמע דהי' חשוב קנין. ואף די"ל להיפך דוקא קנס משא"כ דמים לא שייך המכירה כנ"ל. דזה לא הפסידו כלל שאלו לא הזיקו לא הי' בו זכות. והוי לא חסר. מ"מ לא נראה כן רק דלענין זה קני כאלו היה כל החפץ שלו. בפרט כשיש לו חלק עכ"פ. דבחצי עבד וחצי ב"ח אמר דמשלם חצי כו' וחצי כופר ליורשיו כו' אף נגחו ביום כו' משום דכלי' קרנא ע"ש מ"ב. וא"כ גם כאן יש לו מיד קנין הגוף כשיפסיד מי הקרקע יהי' התשלומין שלו על ההפסד שיאחר זמן כמו שבת גדולה לעבד לעיל. וחבלה דבת על אחר בוגרת ע"ש. ומשלם מיד וחשיב קנין כנ"ל. ואף דלשאר תי' תוס' גם בחד מי יימר חשיב דשלב"ל ובלא עבידא דאתי מספקא לש"ם וגם חפץ לדמיו כשיפסיד ג"כ ספק. מ"מ האסור להפסד חשיב בגוף הקרקע ולא שייך מי יימר דעכ"פ אסור להפסידו כנ"ל. ויותר נראה כיון דקני ע"מ להקנות ג"כ חשיב קנין וכה"ג. וא"כ כמו דמהני דקל לפירות כן מהני כשמקנה מיד דקל לפירות על אחר ג' שנים ומהני החזקה ולא אמרינן כלתה וגם א"י לחזור בו דכיון שגם הפירות דאחר ג' ג"כ יוצאים מגוף הדקל שייך שזוכה עתה בהדקל להפירות שאחר זמן כנ"ל. ואף דלכאורה זה ג"כ תלי' בהנ"ל דאי ק"פ לאו כקה"ג שייך כנ"ל משא"כ אי ק"פ כקה"ג ואין לו עכשיו לבעל הגוף כלום אין כאן מה לקנות מעכשיו בהדקל והוי כלאחר כנ"ל. מ"מ נראה כמו דאמר בש"ם פסחים פרק כ"ש כו'. דאף דאיסורי הנאה

חשיב לאו דידיה. והיינו ממש כמי שאין לו הקנין פירות רק דלעולם אין לו וגם לר"ל לא חשיב שלו. מ"מ בחמץ של הקדש במועד כו' אמר דגורם לממון כממון דמי ומשום דרשאי להשהות חשוב גם בפסח שלו משום שאה"פ יהי' ממון שלו גם עכשיו גורם כזה כממון דמי והכי קי"ל ע"ש. א"כ שפיר חשיב זה קנין הגוף עכשיו מה שיהי' לאחר זמן הקנין פירות גם כן שלו. ובמקנה לאחר ל' אינו מקנה לו עכשיו כלל ומה"ט כלתה כו' ויכול לחזור בו כנ"ל. אבל שפיר יכול להקנות מעכשיו שיהיה שלו הגוף אף שאין לו הק"פ רק לאחר זמן מ"מ כיון דמה שאינו נוגע לפירות הכל של בעל הגוף א"כ לענין זה שיהי' קנוי' לו מעכשיו לפירות דלאחר זמן שאינו נוגע לבעל הפירות לזמן הנקבע. שפיר הוי מיד של בעל הגוף שא"י עוד לחזור בו ולא שייך כלתה כנ"ל. כיון דאם הוא שלו חשיב מצד גורם לממון דאחר זמן כממון והוי שלו עתה שוב שייך בי' קנין הגוף להיות שלו והוי גורם לממון על הק"פ דאחר זמן דמיד כממונו דמי כנ"ל. והפ' פסקו שם דכה"ג כממון דמי ע"ש ולקמן צ"ח שפי' רש"י בדבר שגופו ממון ע"ש. דגם כאן חשיב עיקרו ממון כיון דהגוף שלו ולפירות גורם כנ"ל. וא"כ י"ל דמה"ט דוקא כשזוכה לבסוף גם בקרקע לפירות שמת אב בחיי הבן כנ"ל. דאיגלאי שהי' גורם לממון. משא"כ מת דלא זכה איגלאי שלא הי' כלל לו זכות דגורם כו' ולא הי' שלו כלל כנ"ל. ואף דלכאורה א"כ גם לאחר ל' יחשב ג"כ שזוכה מיד כנ"ל. לענין שיהיה שלו אחר ל' ולא יוכל לחזור דהא תוס' גיטין מ"ג כ' בעבד מוכה שחין אף שמכרו לגמרי חשיב לקנס כיון שאינו שוה יותר ע"ש. כן כיון שאין לו עכשיו זכות לר"י דק"פ כקה"ג א"כ הוי כלגמרי לאחר ל' ומ"מ יש לחלק. ועוד נראה דבאמת כן הוא דדוקא בכתובות פ"ב ופ"ו דאמר משוך ולא תקנה אלא לאחר ל' ע"ש. ודוקא נקט דפי' שלא יקנה מיד. ונראה דהיינו טעמא דר"י במעכשיו ולאחר ל' דמתחיל האידנא וגמר אז שזוכה מיד לענין לאחר ל'. וממילא אף דק"פ כו' וא"כ אינו זכי' כלל מיד וע"כ כמ"ש דחשיב זכי' מיד לענין אח"כ וא"י לחזור בו כנ"ל ומיושב ק' תוס' יבמות צ"ג אמאי לא קני לר"י גם ברשות המקנה נימא גופא מהיום ופירי לאחר ל' ע"ש דלמ"ש הוא זה עצמו דמה בכך מועיל גופא מהיום כיון דק"פ כקה"ג ורק משום דזכי מעכשיו על אחר ל' ולר"י דגמר אז צריך להיות במקום ראוי לקנין ע"ש. רק דתוספ' לטעמייהו דא"כ לא הי' מהני מהיום ולאחר מיתה כמ"ת קדושין ס'. אמנם נראה דלא קשה דבאישות דכל דמשייר לאו כלום וא"כ מהיום ולא"מ לא שייך כלל שתזכה מיד בגירושין על שתתגרש לאחר מיתה דאין גט לא"מ וכן בקדושין וצריך להיות נגמר אז כשמת ופקע האישות ע"י מיתה דקנין שעבוד יזכי' לא שייך באישות כנ"ל משא"כ בממון מהיום ולא"מ לר"י שייך שפיר מתחיל היום וגמר לא"מ ומ"מ זוכה

מיד לענין שיקנה אז לא"מ וממילא כמו בשעבוד ואפותיקי דקי"ל וכו' לר"י שעבודא דאורייתא וגבי מיורשים מה"ת ואף דמכאן ולהבא גובה כרבא מ"מ כיון דהשעבוד הי' מחייב הוי זכי' מעכשיו על שיהי' שלו כשיבא לידי גובייא אף שהזמן פרעון לאח"מ כנ"ל. ובאפותיקי מפורש דא"י נסלקו בזוזי הדין למפרע גובה בגבאו לבסוף כמ"ש תוס' גיטין ולעיל ע"ש וא"כ שפיר מהני קנין זה דמעכשיו לא"מ כנ"ל. ולכך שפיר דוקא מת אב בחיי הבן דהוי גבאו לבסוף שפיר למפרע שלו כאפותיקי מפורש כנ"ל. משא"כ במת קודם דלא זכה בגמר לא הי' שלו דכך ענין זכוי זו בתורת שעבוד כנ"ל שזוכה מעכשיו על אח"כ הוא כשבא לגובייא לגמר הזיכוי כנ"ל. וי"ל דכמ"ש תוס' יבמות שם דלכך דוקא באגם סוף ל' דע"י תחילת המשיכה דהתחיל הקנין נעשה האגם רשותו כמשיכה אריכתא וקני אז סוף ל' ע"ש א"כ כמו דקי"ל דגם במטלטלין מהני תפיסה מחיים בבע"ח וכ' תוס' הטעם כתובות פ' ובכורות נ"ב דאין יורשים כלל כיון שאינו ברשותם ומלוה זכותו קדים ע"ש וממילא גם מהיום ולא"מ כיון דא"צ עוד למעשה של המקנה רק הטעם דאין קנין לא"מ שפקע זכותו ונעשה דיורשים. ובהנ"ל אין יורשים כלל להפקיע זכותו. כיון דחשיב ברשותו דקונה ע"י שהתחיל הקנין. ובפרט כיון דזכה בגוף והמניעה הי' רק מה שהי' ק"פ לא דכקה"ג דמי ובשעת מיתה דנסתלק קנין פירות ממילא נעשה ברשותו ואי"ל ליורש לבטל זכותו דלא גרע ממטלטלין. ומ"מ כמו דבעי קיימא באגם בשעת גמר שיהי' ראוי לקנין מצד הקונה כן דוקא בחיי הבן בשעת מיתת האב שראוי לגמור הקנין משא"כ מת בחיי האב דאין נגמר לא מהני כמו בר"ה אחר ל' כנ"ל. וא"כ כל הנ"ל שפיר לר"י לטעמיה דסבר מעכשיו ולאחר ל' כשרגא דליבני כו' דמתחיל ונגמר כו' משא"כ לרב ושמואל תנאי או חזרה ואין כלל קנין זה שיתחיל כו' ושיזכה לענין אח"כ כיון שאין זכי' כלל. ואף שעבוד ס"ל לרו"ש של"ד ואף אי שעבוד מועיל גזה"כ. ובלא לוה לא מהני זכי במשכון כו' לרוב הפ'. שפיר אמר ר' ירמיה מתני' ידענא דאא"ל ק"פ כקה"ג דא"כ אי אין קנין לא"מ ולא יזכה גם חי הבן. או שיועיל מיד ושפיר מוכח דק"פ לאו כקה"ג ומהני מכירת הבן מיד כנ"ל. ולטעם הנ"ל במת בחיי אב גם יורשי בן לא היו זוכים וע"ש בתוספ' ב"ב ואי אמרינן זוכין י"ל דחשיב שלו קה"ג רק אינו ברשותו חשיב כמו איסורי הנאה דנקט ש"ס לישנא דאינו ברשותו וכמו גוזל כו' ולכך אף דיורשיו זוכין מ"מ להקנות אינו יכול קנין זה דאח"כ. ומ"מ י"ל דעדיף מלכשאקחנה קנוי' לך אף דג"כ קרי בש"ע אינו ברשותו הוא משום דאינו בידו משא"כ כשבידו ע"ש כתובות נ"ט שמשכנתו כו' בידו לפדותו ואף לעשר שנים ע"ש. וכמו דמהני לר"מ לכשאקחנה אף דלא עבידא דאתי משום דהדבר בעולם כמ"ש תוס' כן לדידן כשבעולם ועומד לכך שבידו ג"כ מהני.

ומ"מ כמו דלר"מ ג"כ לא קני רק כשבא לעולם אח"כ כן בהנ"ל כשחי הבן איגלאי דהי' עומד לבא ברשותו הועיל מיד על אחר שיהי' שלו משא"כ כשלא בא לרשותו כנ"ל. ויש לדחות כיון דאי מת קודם לא קני שוב לא עבידא דאתי גם כשחי לא תועיל מכירת הבן ויהי' יכול לבטל גם כשקנאה דאורתה לא שייך מה מכר כו' וצ"ל משום ברירה דהוברר דהי' עומד כו' והא ר"י ס"ל אין ברירה כנ"ל. ויותר נראה כנ"ל:

תוס' הכי כו' היך מצא ידיו כו' הא קי"ל ק"פ לאו כקה"ג ואחין כו' לקוחות ומחזירין ולא משכחת לה דמייתי בכורים כו'. בכמה דוכתי תמהו תוס' כן. ותי' דלדידן אין מחזירין ביובל ע"ש והרמב"ם פסק מחזירין וקשה כנ"ל ע"ש. ולע"ד דמ"ש הרמב"ם מחזירין כו' לא תבטל חלוקתם מכמו שהי' ע"ש פרק י"א מה' שו"י ה"כ דהפי' הוא לא שיחזיר זה חלקו לזה וזה לזה. דלמה יהי' כן רק שהחלוקה דהוי כמוכרים זה לזה ספיקו דיש לו זכות בחצי ואינו מבורר איזהו מוכר לאחיו שיהי' ודאי שלו ובעד זה מוכר לו הב' ג"כ ספיקו כנ"ל. וביובל מחזירין שישאר כקודם החלוקה דצריכין לחלוק מחדש בגורל או ברצוי וכשיבא בגורל חלק שהי' לו ג"כ הוי שלו כנ"ל. וא"כ ע"כ לא קאמר ר' יוסף דלא מצא ידיו כו' גיטין מ"ח רק למאי דס"ל מעיקרא ע"ש. אבל למאי דאמר הש"ס והשתא דאמר ר"א מחלוקת ביובל שני אבל ביובל ראשון ד"ה מביא וקורא דאכתי לא סמכי דעתי' ע"ש שאינו בטוח שודאי יוחזר לו ע"ש. וכן פסק הרמב"ם ז"ל. א"כ שפיר אחין דחלקו מביא כל א' בכורים דגם יובל ב' לא סמכא דעתי' דהלה דודאי יוחזר לו כיון דלא חוזר רק כקודם והספק שיחזור ויפול הגורל שיהיה לו חלק שהיה קודם שלו. וחזינן כיון דאינו ודאי שיחזור לו מביא וקורא מי שהוא שלו לזמן עד היובל כנ"ל. ופשוט. וכן בכורות נ"ז דאמר א"א שדה לחומרא א"נ לכתחילה פרש"י דלגבי יובל בעינן שתהא חוזרת קרקע לתחילתו שהי' ביחד ע"ש דהפי' כבתחלה וכן פירש"י שם נ"ב ע"א לקוחות ומחזירין זה לזה. וחוזרין וחולקין ע"ש. ונראה דבשנת היובל נשאר בלא חלוקה רק שותפות ואח"כ חולקין דקי"ל במוכר בשנת היובל אינו מכורה. ואם יחזרו ויחלקו ביובל אינו חלוקה כלל כיון דלקוחות וע"כ כנ"ל. וא"כ בל"ז מיושב תמיהת תוס' דהא קי"ל חולין ריש פרק ראשית הגז דשותפין מביאין בכורים וקורין רק לר' אלעאי למאי דמסיק ליתנהו להני כללי שותפין אין מביאין ע"ש. וא"כ ק' ר' יוסף לר"י דלא מצא הוא רק לר' אלעאי דשותפות פטור א"כ אחין כיון דאין ברירה הוי קנין הגוף שותפות דחוזר ביובל להיות שותפות אבל למאי דקי"ל כרבנן דשותפין מביאין א"כ אף דאין ברירה מ"מ שותפין הם בקה"ג וב' החלקים בשותפות ג"כ מביאין וקורין כל א'. ואף די"ל גם שותפין מטעם ברירה שמביא מאדמתך. משא"כ אי אין ברירה שמא הפירות דבכורים

מקרקע של הב'. ז"א דהא רבי קרא כל אשר בארצך לשותפות ע"ש וע"כ גלי דמביאין וקורין יהי' איזה טעם שיהי'. ואי ק"פ לאו כקה"ג ע"כ אחין רבי קרא לא שותפין שקנו דק"פ הוא דחוזר ביובל. וע"כ אחין ולק"מ:

עוד נראה ברור דהא נדרים פרק השותפין מ"ו ע"ב מסיק דבאין בה דין חלוקה קי"ל כראב"י דזה נכנס בתוך שלו כו' רק ביש בו דין חלוקה אסור דאין ברירה ואפילו חלקו משום דקי"ל לקוחות הן ע"ש ברשב"א ור"ן וש"פ. משא"כ באין דין חלוקה ע"כ החלוקה לזמנים וכל א' בשלו משתמש בשעה שמשתמש לפי שרוב קני' זו הוברר מתחילה קי"ל ברירה כה"ג ע"ש בר"ן שהאריך וא"כ בקרקע ירושה דאחין שחלקו כו' כיון דחוזר ביובל לר"י א"כ הקנין הגוף שבקרקע אין בו דין חלוקה דא"א לחלקו שיהי' לזה בחצי שדה קה"ג ולזה כו' כיון דלקוחות וחוזר ביובל ובטל החלוקה. ורק הקנין פירות יש בו דין חלוקה וא"כ שוב שפיר לענין קה"ג לדידן יש ברירה וכל חד שמשתמש בחצי שלו כנ"ל שפיר מביא ביכורים מקרקע שלו שגדלו בזמן שהוא שלו כנ"ל כמו בחצר שכל א' נכנס כנ"ל:

אולם תוס' לטעמייהו דהתם לאו משום ברירה פ' כראב"י רק משום דויתר מותר ע"ש א"כ גם באין דין חלוקה אין ברירה. אבל לדידן שפיר י"ל כנ"ל ור"י לטעמיה שם דבאין דין חלוקה פליגי ואמר על ר"י דהוי קשה לרבנן דראב"י לא משכחת בכורים כו' אבל לא למה דקי"ל כראב"י ע"ש:

ומטעם שותפות נראה ג"כ דתוס' לטעמייהו גיטין מ"ז ע"ב ד"ה טבל וחולין כו' שדחו דברי רש"י דחשיב כל חטה חצי טבל וחצי חולין ומעשר עני ע"ש. דא"כ לא הוי פריך מבכורים וכן מהא דמחצה יורשים כו' רק דאין תקנה לטבל זה שמא תגיע לו כל חלקו של נכרי או חציו ע"ש. א"כ גם באחין שחלקו לסברתם אי אין ברירה הספק שמא כל חלקו דחבירו הוא והפירות שמביא אינם מקרקע שלו רק של הב' וכן הב'. ולא דמי לשותפות כנ"ל. ומשום דגלי קרא. י"ל דאי קה"פ לאו כקה"ג ואין ברירה ע"כ קרא לא להכי אתי. ודוחק:

אבל הרמב"ם ז"ל פשוט דס"ל כרש"י בהא דטבל וחולין כנ"ל ולא קשה לדידי' כנ"ל. וא"כ הפי' ברמב"ם מחזירין זה לזה חלקו ביובל היינו שמחזירין שיהי' בשותפות כנ"ל לא תבטל החלוקה מכמו שהיתה עכ"ל היינו שלענין זה מחזירין שלא תבטל החלוקה מכמו שהי' קודם החלוקה. ואחר שנת היובל חוזרין וחולקין. אולם הלשון שכתב אח"כ וכן הבכור כו' מחזיר חלקו ונוטל חלק שכנגדו קצת דוחק דצ"ל שמחזיר כנ"ל ואח"כ חולקין ויכול להיות שיטול חלק שכנגדו. ודוחק. ולכך לפי פי' הכ"מ נראה דמפרש

דהפי' בש"ס בכורות אין מחזירין לבטלה דלא כרש"י הנ"ל רק דההחלוקה נשארה שאין היובל מבטל גוף החלוקה. שזה ב' דברים דהא אמר פ"ק דב"ב שותפין שקנו מידם לחלוק אי לאו דהוי קנין דברים מהני לכך צריך ברוחות. אבל כיון דההחלוקה מהני עד היובל שוב מהני לקנין שהם לענין שיהי' חלוק חלק זה לבד וזה לבד דאינו קנין דברים רק ששני החלקים הם של שניהם שלענין מה שהקנה כל אחד לב' זה מכר וחוזר ביובל אבל לענין לבטל החלוקה שיוכל אח"כ א' לעכב לחלוק צפון ודרום לא כמו שהי' חלוק זה אין שייכות ליובל. ונשאר החלוקה לא שותפות בכל מעורב כנ"ל. ולכך מחזיר חלקו ונוטל חלק שכנגדו. והפי' לא תבטל החלוקה מכמו שהיה שנשאר חלוק ולכך כל אחד מחזיר חלקו ונוטל חלק הב' כנ"ל. וא"כ שייך ק' תוס' דכל הפירות יכול להיות מקרקע של השני דהא חוזר כל חלקו להשני כנ"ל. אמנם עדיין שייך ב' התירוצים דהוי כיובל ראשון דלא סמכא דעתי' שיכול להיות שלא יחזור כו' והא גם כנ"ל. ע"כ ביובל שני יחזיר הב' חלקו לזה שהי' כבר שלו דמה חילוק הא גם חלוקה זו מכירה וא"כ עדיף הך לא סמכא דעתי' משם דשלא כדין כ"ש כאן שודאי יהי' שלו עוד כמה פעמים. וגם תי' ב' שייך דהוי שותפות דהא איך שייך שאין לו רק ק"פ בחלקו לפי שיחזור ביובל לאחיו ויהי' כיש לאחיו קנין הגוף הא גם לאחיו רק ק"פ דאף שיחזור לו ביובל הא גם הוא יחזור לזה ע"כ ביובל הב' חלק שקיבל מזה כנ"ל. וא"כ במה יש לו יותר קנין הגוף מזה. וע"כ הקנין הגוף נשאר בשותפות כנ"ל. בשותפות ואתרבי מקרא דכל אשר בארצך שמייתי שותפים ביכורים כנ"ל. ולדידן לא קשה כנ"ל. אולם לע"ד עדיין כמה קושיות. א'. דגם להנ"ל א"א לחלוק בשנת היובל דאינו מכירה והי' לו להזכיר דאחר היובל צריכין להקנות ולחלוק. ועוד דכיון שלא עשו יותר רק מה שחלקו וחשיב מכירה וכיון שבטל ביובל ההקנאה זה לזה ישאר כקודם כנ"ל. ועוד בכור ופשוט איך כתב הרמב"ם מחזיר ונוטל חלק שכנגדו הא יש לו ב' וזה א' ואי כונתו דמחזיר חלק א' ונוטל שכנגדו וחוזר ונותן חלקו ונוטל חלקו שמכבר אין זה במשמע לשונו כלל. ועוד דא"כ שפיר משכחת דמייתי בכורים בתרי בבכור ופשוט דבכור יש לו קה"ג דחלק א' ישאר ודאי שלו כנ"ל. ולכך הי' נראה לע"ד דהא תוס' ניטין תמהו דסותר ר' אסי אמר ר"י אחין שחלקו לקוחות ור' אסי אמר מחצה יורשין כו' דמספקא לי' וכ' תוס' דצ"ל הא דידי' הא דרבי' ע"ש. ובאמת הש"ס משני זה מדוחק גדול ועכ"פ הי' לו לגמ' לפרוך אהדדי ולשנויי. ועוד תמוה מספק אמאי חולקין הא קי"ל כרבנן דסומכוס ואף סומכוס מודה ע"ש פרק יש בכור בתוס'. ולכך י"ל דרמב"ם ז"ל סובר דר"א פירושא מפרש מלתא דר"י דאמר לקוחות היינו מחצה ומחצה נשאר יורשין. ודאמר מספקא לי' כו' אי כיורשין כו'.

היינו מה שאינו מבורר קרי דמספקא לי' והיינו כיון דקודם חלוקה יש לכל א' מחצה בהקרקע א"כ כשחלקו ונטל כל א' מחצה מיוחד א"כ בלא הקנאתם זה לזה הי' לזה מחצה בחלק של זה וכן לזה בשל שכנגדו כיון שאין ברירה. ורק שהקנו כל א' חלקו לב'. א"כ אינו לוקח רק על חצי חלקו ושפיר מחצה יורשין ומחצה לקוחות לר"י כנ"ל. וחולקין שם ע"ש. וא"כ מה דמחזירין זה לזה ביובל הוא רק כל א' מחצה מחלקו וזה הפי' שמחזירין זה לזה חלקו היינו חלקו שהי' לו בחלקו של זה בלא ההקנאה ורק קנאו כנ"ל וחוזר ביובל. וכן מפורש הא דמסיק בש"ס אין חוזרין לבטלה היינו לבטל לגמרי החלוקה רק החלוקה נשאר ומחזיר רק החלק שהי' לאחיו בזה בלא ההקנאה וע"פ זו המסקנא אמר ר' אסי אח"כ לפרש מלתא דר"י דמחצה כו' כנ"ל. וזהו שכתב הרמב"ם מחזירין זה לזה חלקו ביובל היינו חלקו שבה כנ"ל. לא תבטל החלוקה מכמו שהיתה כו' היינו כמו שהי' לאחיו חלק בזה החצי בלא החלוקה אבל לא שיבטל לגמרי. ולכך גם בבכור ופשוט שפיר כתב אח"כ דנותן לאחיו חלק שלם שהוא ונוטל שכנגדו. ומיושב ג"כ דר"י אמר אי לאו דאמר ר"י ק"פ כו' היינו למאי דבעי ר' ששת לפרש דמחזירין לבטלה משא"כ למסקנא דר"א דמחצה יורשין. שפיר מיירי בכורים דלא גרע משותפים. וכמ"ש תוס' בעצמם לרש"י כנ"ל. וגם החשש דמייתו חולין נראה שמדרבנן ובדרבנן יש ברירה כנ"ל:

שוב ראיתי בברכת הזבח פ"ו דעירובין שהקשה על הרמב"ם ק' הנ"ל וכתב והנה כתב עוד הרמב"ם חלקו ביובל לא תבטל חלוקתן מכמו שהיתה ע"ש. והי' סבור הגאון ז"ל דזה דין אחר כשחלקו בשנת היובל ותי' בזה ק' הנ"ל ותמה צ"ע מנ"ל להרב דין זה וסיים והדבר שקול עד יבא מורה צדק ע"ש. ופלא על הג' המחבר הנ"ל איך עלה על דעתו לפרש כן. דא"כ חסר בדין הקודם תיבת ביובל שכתב מחזירין זה לזה והול"ל ביובל. ועוד אי הפי' חלקו ביובל. איך רשאין לחלוק כיון דלקוחות כו'. ועוד למה כתב לשון לא תבטל כו' מכמו שהי'. והול"ל אין מחזירין או החלוקה קיימת. ועוד מאי שכתב וכן הבכור כו' הי' לו להקדים קודם הדין דחלקו ביובל כנ"ל. ופשוט לע"ד דטעות הוא. והפי' מחזירין זה לזה חלקו ביובל. והפי' לא תבטל כמ"ש לעיל. או כפי' הכ"מ. ולשון הכ"מ אטייע' שכתב חלקו ביובל וכו' וכן וכו' הי' סבור שדין אחר הוא. אולם מ"ש חלקו לא סתם הוא משום דסובר הרמב"ם דאין חוזר למה שהי' קודם חלוקה שיהי' הכל א' רק החלוקה אין בטלה כנ"ל. וברור:

עוד י"ל ק' תוס' הנ"ל למ"ש תוס' גיטין ס"פ השולח דאיך משכחת שדה אחוזה כיון דאחין שחלקו לקוחות הו"ל שדה מקנה. ותירצו כיון דלוקח שדה אחרת בשבילו חשיב

שדה אחוזה ע"ש. ואינו מובן הטעם. ונראה דלמ"ש לר"ח ומסקנא דש"ס דגם יובל ראשון דלא סמכא דעתי' חשיב הכל של הלוקח. דמה שאינו של הקונה לזמן מונע רק הקנין שיש לבעל הגוף ע"ש. וא"כ למ"ש דהא אסורי הנאה חשיב אינו שלו כיון שאין לו זכות כלל א"כ גם בעל הגוף כיון שיש לזה כל הפירות וההנאה למה יחשב של בעל הגוף וע"כ כמ"ש דבא"ה משום דא"י למכור עתה גם על אחה"פ אבל כאן יש לו זכות זה מיד למכור על אח"כ כשיהי' הגוף שלו והוי כמו של הקדש כו'. ובזה מיושב מה דתמוה לכאורה כיון דאמר ביובל א' דלא ס"ד הוי ק"פ כק' הגוף א"כ למה במכר הבן בחיי אב כו':

וכן בק"פ דבעל לא הוי כק' הגוף הא ג"כ ספק לבעל הגוף שמא ימות קודם הבן וכן האשה קודם הבעל ולא יהי' לה הגוף כמו שם אולי לא יחזור ביובל וכאן עדיף דהיא כדין. וג"כ לא ס"ד ושוב יהי' ק"פ כקה"ג כנ"ל ולמ"ש מיושב היטב דבהנ"ל עכ"פ יכולה למכור בט"ה ספק הזה שמא ימות קודם או יגרשנה ושוב יש לה ודאי הנאה ופירות גם עכשיו דהא ט"ה דידה וכן הבן עכ"פ הספק יכול למכור ושוב לא חשיב גורם לממון רק ממון גמור כמ"ש תוס' פרק מרובה לחלק בין גורם לממון לשטרות כיון דשוה למכור כו' וכן ע"ז משלמין ט"ה ע"ש. ושפיר לא שייך לא סמכא דעתי' דיש לו מיד הקרקע להנות מהגוף במכירה כנ"ל. משא"כ ביובל דנראה דא"י למכור לאחר שיהי' מוחזר לו ביובל דקנין זה מעכשיו דע"כ שיחול מיד משו' דקנין הגוף שלו ושוב היובל מפקיעו כנ"ל:

דף צג:

במשנה הגוזל עצים כו' כשעת הגזלה. וקשה דמשמע בין הוקר ובין הוזל הא בהוקרו עצים עכ"פ משלם כשעת השינוי דקי"ל תברי' או שתי' משלם ד'. וכן בשינוי דבזה קנאו והוציאו מרשות בעלים לגמרי. וא"ל דדוקא במזיק משא"כ שינוי שלטובתו מתכוין הוי כהאי דיורש מוחל לעצמו שלהרבה פ' פטור. דז"א דדוקא בגורם יש חלוק בין מתכוין להיזק לא במזיק בידים. ועוד שתי' מא"ל. וי"ל דבאמת הפי' כן דטעמא דתברי' כו' משום דזה גזילה חדשה שהי' של בעלים ע"ש. ממילא גם זה בכלל משלם כשעת הגזלה היינו בממילא גזלה ראשונה וכן בהוזל חשיב כאיתבר ממילא דלא עדיף ע"י השינוי. ובהוקר משלם כשעת הגזלה של השינוי כנ"ל. אך בסיפא דתני ילדה כו' וגזזה כו' בשניהם משלם כשעת הגזלה ולהנ"ל אינם שוים דילדה הוי כאיתבר ממילא וגזזה כתברי' כו'. ומה"ט הוכיח הרא"ש ז"ל דבשינוי אינו משלם רק כשעת גזלה דלא דמי לתברי' כו' ע"ש. אולם אינו מובן כלל למה כיון שבידים הוציאו מרשותו. וצ"ל כמו דמחלק הראב"ד ז"ל בעבד שעשאו אפותיקי כו' בין היכא דבדידי' קעביד מעשה אף שעי"ז נפסד הלה פטור ובין

עביד בדחברי' ע"ש. כן י"ל דעל מה שאמרה תורה דהוא קונה לא שייך שיצטרך לשלם דהא קנאו ודידי' הוא אף שעושה הקנין בידים. וא"כ כיון דשינוי קונה דכיון שהוא דבר אחר שלא גזלו הוא שלו ממילא כיון דבמה שעשאו שלו לא הפסידו דשוה יותר רק דהכלי נעשה שלו וע"י שהוא שלו ממילא יצא מרשות הנגזל וחשיב בדידי' קעביד מעשה דלא עביד בדחברי' להפסידו כלל רק במכוש אחרון שנעשה כלי נעשה שלו ועי"ז שנעשה שלו נפסד הנגזל ממילא חשיב בדידי' והוי רק גורם דפטור כיון שנתכוין לטובתו כנ"ל. ואף בדתברי' ג"כ קונה בשינוי. שם הוא להיפך דמ"מ הפסד של הנגזל שבא בב"א ההפסד והקנין וחייב על ההפסד דבדחברי' כו'. משא"כ בהשביח שעדיין לא הפסידו ואלו אחר בא והי' עושהו כלי שלא לגזול לא הי' חייב כלום. ורק משום שקנאו הגזלן הוי בדידי' קעביד כנ"ל. ואף להפ' ביורש מוחל לעצמו דחייב לשלם י"ל ג"כ דשם להיפוך הזכי' בא ע"י שמפסיד של חבירו ומוחל לעצמו וחייב על ההפסד משא"כ כאן שהפסד בא מחמת הזכי' שנעשה שלו כנ"ל. וכן שתי' ג"כ בב"א כמוחל. והי' אפשר לישב בזה ריש תמורה דפריך לרבא והרי גזל דקני בשינוי נימא א"ע לא מהני ומשני דכ' אשר גזל אם כעין שגזל יחזיר וא"ל דמים בעלמא בעי שלומי כו' ולבסוף מסיק אלא במה פליגי בשינוי קונה ע"ש. דתמוה מאוד הא דהא אסיק מעיקרא דגם לרבא שינוי קונה מקרא כנ"ל וכן ודאי דרבא סבר כהילכתא ע"ש ברש"י. ולמ"ש י"ל כנ"ל דבשלמא לאביי דשינוי קני מצד עצמו שייך כסברת הרא"ש הנ"ל דאינו משלם רק כשויו של שעת הגזלה דלא הפסיד רק ע"י שקנאו מזה בא ההפסד שיצא מרשות נגזל וכיון דבדידי' עביד פטור כנ"ל. משא"כ לרבא דאעל"מ רק הקנין מגזה"כ דאשר גזל וכיון שנשתנה מ"מ ואבד אותו דבר שגזל שוב ממילא קני אותו. וא"כ הוא להיפוך הקנין בא מחמת ההפסד שע"י שנפסד ואבד החפץ שגזל וא"א להשיבו מה"ט קנאו א"כ שפיר צריך לשלם כשויו שבשעת שינוי כתברי' או שתי' וכמוחל לעצמו כנ"ל. ושפיר אמר דפליגי בשינוי היינו אף דתרוייהו ס"ל דשינוי קני מ"מ פליגי לענין התשלומין כנ"ל. אך א"כ הי' צ"ל דהרא"ש ס"ל כאביי דא"ע מהני. ובאמת יש פ' כאביי כמ"ש הפ' בשיטת הרמב"ם. ומ"מ זה דוחק דרוב הפ' כרבא כדקי"ל הלכתא כרבא בר מיע"ל קג"ם. וקשה כנ"ל. דא"ל דגם לרבא כיון דלא יתקן האסור דעכ"פ נאבד שוב קונה כמו לאביי דלא שייך א"ע ל"מ. ושוב חשיב בדידי' עביד. ז"א דגם זה ודאי איסור השינוי שע"י זה מפסיד וגוזל היוקרא וזה יתוקן אי נימא לא מהני דיהי' כתברי' והפסיד בידים כיון דלא קנאו בתורת קנין ויתחייב כדהשתא. ויש לדחות:

ומ"מ תמוה גוף הסברא למה לא חשיב אבדו בידים מרשותו וכ"ש למאי דקי"ל דינא דגרמי וכמוחל. וקם דינא דחשיב אף מזיק לתוס' והרבה פ'. והי' אפשר לחלק דדוקא בולד וגיזה דאף דכשע"ג גזלה לא קני מ"מ היינו משום דבטל לגוף הבהמה משא"כ כשקנאו לענין התשלומין שהוא דבר בפ"ע לא נתחייב כלל. משא"כ ביוקרא כו' שהוא בגוף הדבר. אולם הרא"ש כתב להדיא דבכל שינוי הדין כן. וגם הראי' שכתב הרא"ש ז"ל מטלה ונעשה איל דאלו בא והוציאו קודם שנעשה איל כו' ולאחר שנעשה איל משלם כשעת הגזלה כו' ע"ש. ג"כ תמוה דשם בשינוי דממילא שפיר הוי כאיתבר ממילא דמשלם כשעת הגזלה. ומה ראי' לשינוי בידים שלא יהי' דינו כתברי' או שתיי'. ונראה דהא לכאורה י"ל דגם בילדה ושינוי דממילא ג"כ אין דינו כאיתבר ממילא ומשלם כדהשתא מטעם משתרשי לי' כאנס המלך גורנו כו'. ונהנה משל חברי' שנעשה שלו כמו ששוה עכשיו דאף במתנות כהונה דפטור מזיק ומ"מ חייב כנ"ל. ובאכלן כ' תוס' חולין קל"א משום שהי' מתענה ואל"ה הי' חייב. א"כ הי' אפשר לומר דדוקא איתבר ממילא שלא נהנה והחיוב על ההפסד משלם זוזא משא"כ בשינוי שקונה קנה רק גוף הדבר אבל בהוקר משלם כדהשתא. והי' תלי' בב' התי' של התוס' ב"ק ק"א ד"ה א"ד אין שבח סימנין כו' שהקשו הרי נהנה כו' ולתי' א' דבלא נהנה גופו ואינו בא ע"י מעשיו פטור. א"כ גם כאן בשינוי דממילא פטור. ולתי' הב' דרק נוי בעלמא לא חשיב הנאה ע"ש א"כ בשינוי שפיר חייב כנ"ל. אך למ"ש הר"ן ז"ל לחלק דדוקא אנס גורנו שלא פקע מצותו ועדיין נהנה מהמעשר חייב משום משתרשי לי'. משא"כ מזיק מת"כ או שאכלן דפקע מצותו פטור ע"ש ועיקר הטעם דכשנהנה באכילתו אז אין חיוב ולא מיקרי נהנה משל הלוי וכהן כנ"ל. וא"כ גם בשינוי כיון דמה שנהנה הוא ע"י שקנאו ונעשה שלו א"כ משלו נהנה ולא חשיב משתרשי לי' משל הנגזל כלל. ומ"מ צריך ראי' וע"ז הביא הרא"ש ז"ל ראייתו מטלה ונעשה איל דמשלם כדמעיקרא ולא מחייב משום משתרשי לי' כנ"ל. וא"כ ממילא מוכח גם בשינוי בידים דהא כלל במתניתין גיזה ולידה דמשלם כשעת הגזלה וע"כ דינם שוה ממילא ובידים. ובשלמא אי הוי אמרינן כנ"ל א"כ בשניהם הי' יכולין לומר דמשלם בהוקר כדהשתא. אבל כיון דמוכח בממילא כדמעיקרא. שוב מוכח דגם בגיזה שהוא בידים כן כנ"ל:

אולם מלשון רש"י ז"ל כאן ופרק מרובה בטלה ונעשה איל כו' שדייק להא מלתא דטבח ומכר שלו הוא טובח כו' דתמוה ע"ש משמע דסבר באמת כן דצריך לשלם כדהשתא דמשתרשי לי' ורק נ"מ דגוף האיל שלו וממילא שלו טובח ופטור מדו"ה כנ"ל. וגם אם נאמר דממילא משלם כדמעיקרא ג"כ אין הכרח כהרא"ש ז"ל בידים. דמה דתני סתם

כשעת הגזילה י"ל כמ"ש לעיל כיון דבידים חשיב עכשיו גזלה חדשה שייך הלשון בתרוייהו דמשלם כשעת הגזלה בממילא כגזלה ראשונה ובידים כדהשתא שהוא ג"כ שעת הגזלה. וכן מפורש ברש"י פרק מרובה בטלה ונעשה איל אף דשינוי דממילא משלם כהשתא ע"ש:

עוד אפשר טעמו ז"ל כמ"ש תוס' מ"ה גבי איתפסתי' לתוראי כו' לחלק דאי גומרין שלא בפניו א"כ אין ההיזק בא ע"י מה שניכר ודוקא אי אין גומרין כו' ע"ש. וגם תוס' ק' ע"ב כ' דאף אגע בי' שרץ חשיב אינו ניכר דמי יודע אם הוכשר ע"ש. וא"כ כיון דמי שאינו גזלן אינו קונה בשינוי. א"כ דוקא תברי' חשיב הזיק ניכר. משא"כ השביח עשאן כלים או גיזה דאין כאן היזק כלל רק ע"י שקנאו. והא אינו ניכר שגזלו מקודם דלא ס"ל כר"מ במשנה בבא אחר ועשאו כלי בלא נתכוין לגזול דזכות הוא. א"כ הוי אינו ניכר לענין ההיזק. ורק מצד חיוב האחריות של הגזלה דעכ"פ נאבד דלא שייך הרי שלך לפניך כיון דקנאו באמת. ושוב הוי כאיתבר ממילא דרק כדמעיקרא. ואף דמזיד חייב היזק שא"נ כמטמא היינו במתכוון להיזק משא"כ בזה דמתכוון לטובתו לקנות כנ"ל. וגם דלא שייך הקנס כיון שלא יפסיד הנגזל לגמרי דיהי' חייב כדמעיקרא כמ"ש במוחל דמשלם דמים שנתן להרא"ש ז"ל ע"ש כיון דלא יפסיד ממעיקרא כנ"ל. אך רמב"ן ורשב"א כתבו גיטין פרק השולח דזה עצמו שיוצא מרשותו ונעשה אינו שלו חשיב היזק ניכר ע"ש. וי"ל גם דכמו בזרק כלים כו' וסילק הוא עצמו הכו"כ דפטור להרבה פ' שרק גורם בסילוק זה שיהי' נשבר ע"י זריקה הראשונה ולא חשיב שמפסיד בסילוק זה כיון שזה עצמו אינו עושה ההיזק רק ע"י הזריקה שמקודם וכן בהנ"ל כיון דכשאינו גזלן לא קני בשינוי. ומה שהשביח מצד עצמו אינו היזק אדרבא כו' רק ע"י שקונה וזה בא רק מחמת הגזלה שמקודם. וא"כ כיון דחשיב בדידי' קא עביד שקנאו בשינוי רק גורם שיהי' נפסד ע"י הגזלה שמקודם. שוב חשיב ההפסד רק מחמת הגזלה שהוא כאיתבר ממילא לשלם כדמעיקרא כיון שהשינוי מצד עצמו אינו מפסידו רק ע"י הגזלה שמקודם כנ"ל. והנה ברישא י"ל דלא מיירי מיוקרא וזולא רק דמשלם כשעת הגזלה העצים לא הכלים כמ"ש רש"י ז"ל. ורק ראית הרא"ש מסיפא דלידה וגיזה. וא"כ לפי' הרמב"ם דסיפא מיירי לאחר יאוש. אין ראי' כלל וי"ל דשפיר שינוי בידים הוי כמו תברי' כו'. רק דאחר יאוש גם בהוקר ותברי' י"ל דאינו חייב המותר דיאוש קני באבדה רק משום באיסורא א"ל והיינו דאינו פוטרו מחיוב השבה שנתחייב בשעת גזלה וא"כ אינו חייב רק כשויו שבשעת הגזלה דהיוקר דאח"כ ניהו דכל שבעין לא קנאו משום שהוא בכלל דבר הגזול ואינו נפ' ובכלל חיוב ההשבה, של גוף הדבר מ"מ בתברי' אינו חייב על ההיזק של אחר יאוש

כמו מאכיל דפטור אחר יאוש רק כנאבד דממילא ואף אי ביוקרא לא נימא כן מ"מ בגיזה וולדות דאח"כ ודאי שייך כנ"ל באינו בעין דפטור על מה שגדל אחר יאוש:

ולכאורה גם ברישא בלא יוקרא הא אינו נעשה כלי בב"א א"כ כמו בנתן עצים ועשה כסא ושברו דאי אין אומן קונה בשבח כלי צריך לשלם דמי הכלי. ממילא בגוזל כו' ועשאו כלי דקודם שגמרו שיקרא כלי הי' שוה יותר. א"כ במה שגמרו וקנאו הוי כתברי' כשכבר שוה דבר שקרוב להיות כלי. ולמה משלם כשעת גזלה. והי' מוכח כרא"ש אך הא קי"ל שבח גזלה דגזלן ומתני' כר"י וא"צ לשלם בעד השבח גם קודם שנעשה כלי כמו אי אומן קונה כנ"ל אך להרמב"ם לפני יאוש לא קני השבח ורישא ע"כ לפני יאוש. אך בהוציאו הוצאות או השביח בידים גם לפני יאוש קני כמבואר ברמב"ם אנא מפטימנא כו'. והי' מוכח דגם בלא הוצאות בידים ג"כ קני אף לפני יאוש דזה אינו מפורש ברמב"ם ושו"ע ע"ש:

שם אביי שינוי דרבנן כו'. י"ל טעם פלוגתא דאביי ור"א. דהא בתמורה פריך נימא אי עביד לא מהני ומשני כאשר גזל כו' כיון שאינו אשר גזל כו' ולא שייך לא מהני כיון דמ"מ אינו אשר גזל. וא"כ שינוי החוזר דחשיב אשר גזל מה"ת כיון דאפשר לחזור כו' א"כ איך נימא דהוי קנין מדרבנן שתקנם (שקונה). הא נהי שדבריהם כקנין תורה מ"מ כיון דנעה באיסור א"ע לא מהני. דניהו דיש כח בי"ח לתקן דאף דלא מהני מ"מ יקנה. מ"מ אין זה סברא. דתיקנו רק שיקנה בכל קנין תורה. אבל מאחר שאמרה תורה שכל קנין אף שקונה מ"מ כשע"י איסור אעל"מ. א"כ איך יקנה כיון דחשיב אשר גזל כנ"ל. ולכך אביי לטעמיה דא"ע מהני סבר שפיר דמדרבנן קני. משא"כ ר"א דסבר בדקי"ל כרבא. וי"ל בזה ג"כ דהיינו דאמר בתמורה בשינוי קונה פליגי היינו בשינוי החוזר אי קני מדרבנן כנ"ל. כיון דהוי כאשר גזל. דאין טעם שנאמר דמדרבנן אינו אשר גזל:

שם ר"א כו' ברייתא שינוי דרבנן לא קתני. ותמוה הלשון כיון דר"א סבר שינוי החוזר לא קני אפילו מדרבנן למה קרי ליה שינוי דרבנן הול"ל דלא קני כלל ולמה אמר שינוי דאורייתא קתני. ומזה לע"ד דייקו תוס' סוכה ל"א דשינוי החוזר קני מדרבנן שכ' שם כדאיתא פרק הגוזל ע"ש. והא הלכה כר"א דבתרא וע"כ דמשמע להו כנ"ל והא גם לאביי קשה דאמר ברייתא שינוי דרבנן לא תני. ולמה ליה למיתני ש"ד כיון דבאמת קני אף שינוי דרבנן החוזר כ"ש שאינו חוזר. וי"ל דהא יש נ"מ כשהוזל בשינוי דאורייתא מחוייב לשלם כשעת הגזילה. משא"כ בשינוי דרבנן שנתקן לטובתו ומצי אמר א"א בתקנ"ח ונותן לו הכלים והבגד כו'. ולכך אמר אביי דברייתא תני ש' דאורייתא דבזה לעולם משלם כשעת הגזילה משא"כ בחוזר. ובמשנה תני דרבנן וכשהוא לטובתו דומיא דפרה אח"כ.

ור"א אמר דתנא דידן נמי ש' דאורייתא תני מילתא דפסיקא משלם כו' דבדרבנן לא הוי שייך משלם כו' כיון דכשהוזל אינו חייב כנ"ל אבל י"ל דגם ר"א סבר דקני מדרבנן כר"י: **עוד** י"ל למ"ש לעיל בטעם הרא"ש ז"ל דלא הוי כאנס גורנו דמשתרשי לי' לשלם בשינוי כדהשתא משום דבטלה ההשבה בשינוי כמזיק מ"כ ואכלן שכתב הר"ן ז"ל דלא משתרשי ליה מהדבר שחיוב עליו. ואם כן בשינוי החוזר דמה"ת איכא עשה והשיב רק חכמים תקנו שיקנה בשינוי זו. מ"מ שוב משתרשי ליה שנעשה שלו ומדבר שעדיין קיים מה"ת ולענין התשלומין לפטרו לא תקנו חכמים רק לקנות החפץ וכמו ביאוש אי קני מדרבנן ומ"מ חייב דמיו. וא"כ שפיר בשינוי החוזר ראוי שישלם כדהשתא אף אי קני מדרבנן. אמנם מתניתין מוקי לקמן כר"י דשבח גזילה דגזלן. ורק לרמב"ם ושו"ע הי' משלם לו השבח. וא"כ שפיר תני במתניתין שינוי דרבנן ומ"מ משלם רק כשעת הגזילה דלענין התשלומין בל"ז שבח הוא דגזלן כנ"ל. רק ברייתא י"ל כר"מ ור"ש דאין השבח דגזלן ממילא שפיר תני רק שינוי דאורייתא דבזה משלם רק כשעת הגזילה אף הוקר משא"כ שינוי דרבנן. ור"א רצה לשנויי גם לר' זביד דגם מתני' תני ש' דאורייתא דאל"ה היה משלם בהוקר כהשתא כנ"ל. כיון דשבח דנגזל כנ"ל. וסבר ג"כ דקני מדרבנן כנ"ל: שם

שינוי דרבנן דא"ב סתר כו' ותוס' סוכה תמהו דאמר התם בפשיטות דש' החוזר לא קני ע"ש. וכאן אמר דקני מדרבנן. וי"ל דהא אינו מובן למה תקנו דיהי' שינוי החוזר קונה כיון דמה"ת לא מהני מה תקנה יש אחר שינוי כזו מקודם. וכן ר"י דאמר מפני תקנת השבים וע"כ הפי' דאי לא יקנה יפסיד מה שהשביח והיינו אי שבח שע"ג גזילה דנגזל א"כ אם לא יקנה בשינוי כזו יפסיד השבח שייך תקנת השבים. משא"כ כדקי"ל כר"פ אליבא דר"י דשבח דגזלן. וא"כ גם אם לא יקנה גוף החפץ בשינוי החוזר מ"מ השבח של גזלן. וא"כ למה תיקנו שיקנה גוף החפץ הא לא יפסיד גם אם לא יהיה קונה בשינוי החוזר כנ"ל. דמ"מ השבח שלו. וי"ל דזה עצמו טעם פלוגתייהו. כיון דמה ששבח דגזלן הוא מתקנת השבים כדאמר לקמן א"כ ע"כ הוצרכו לתקן וסבר אביי שיותר ראוי לתקן שיקנה בשינוי החוזר גוף הדבר ואז ממילא השבח שלו מאם לא יקנה גוף הדבר רק שתהי' התקנה שיהי' השבח דגזלן דאין לזה טעם כיון דהחפץ של נגזל שלו השביח. ואף דיש כח ביד חכמים לתקן כנ"ל מ"מ ראוי יותר התקנה כנ"ל דקונה וממילא שבח שלו כנ"ל. ור"א סבר דאדרבה מה שאפשר שישאר דנגזל למה יפסידהו וראוי יותר התקנה דהחפץ נשאר דנגזל רק לתקן לקנות השבח לחוד כנ"ל. וגם י"ל דלטעמי' דקי"ל א"ע לא מהני. א"כ אין ראוי לתקן שיקנה גוף החפץ דאעל"מ כמ"ש לעיל רק השבח דלא שייך

בי' אעל"מ. משא"כ אביי דסבר מהני ראוי יותר שיקנה כנ"ל. וא"כ גם לאביי לא קני שינוי החוזר רק היכא דשייך תקנת השבים על השבח. משא"כ בלולב אי לא קנאו ואין יוצאין בו אין כאן שבח באגד כלל. וגם בל"ז כ' תוס' שם דנקל להתיר ולא שייך התקנה ממילא לא קני שינוי החוזר כלל אף מדרבנן כנ"ל:

עוד נראה דאפשר לומר דהטעם דשינוי החוזר לא קני דאף דעכשיו אינו אשר גזל. מ"מ לא פקע חיוב דוהשיב כו' דבידו לקיים עדיין והשיב כו' אשר גזל דהא יכול לסתרו ולהחזירו א"כ עדיין עליו החיוב והשיב כנ"ל וי"ל דתלי' בבעי' דר"פ אי יש דיחוי אצל מצות בכסהו הרוח דנפטר מהמצוה אם חוזר ומתחייב אח"כ ע"ש סוכה ל"ג ובתוס' דאף דבידו לגלות מ"מ הואיל ונפטר לא נתחייב להוציאו מן הדיחוי כדי לחזור ולכסות ע"ש דמספקא ליה לגמרא. וא"כ אי אין דחוי בדבר שבידו שפיר שינוי החוזר אף דחשיב עכשיו שינוי מ"מ הא בידו לסתרו ולקיים העשה. וי"ל דאף אי שם יש דיחוי אף דבידו היינו כיון דכסהו הרוח נפטר שהוא מכוסה ולא נתחייב לגלות כמ"ש תוס' וממילא נדחה כנ"ל. אבל כאן דבמה שנשתנה לא נפטר רק משום דא"א להשיב אשר גזל. וכיון דאפשר לסתרו ולהשיב כאשר גזל דבידו א"כ לא פקע החיוב ולא נדחה כלל דהחיוב לסתרו ולהחזיר אשר גזל כנ"ל. אמנם זה שפיר בלי התקנה דחייב לסתרו כמו במריש אי לאו התקנה. אבל אחר שתיקנו דשבח גזלה דגזלן משום תקה"ש. ויש לו חלק בו השבח. ומבואר לעיל ק"ג בגוזל ולא נשבע דא"צ להוליך למדי וכן בגזל א' מב' דאינו מחוייב להפסיד משלו כדי שתבא הגזילה ליד הנגזל. וא"כ שוב כיון דהשבח שלו בעשאן כלי וכה"ג א"כ אין עליו חיוב לסתרו כדי לקיים השבה גוף החפץ כאשר גזל דהא א"צ להפסיד משלו כנ"ל. וממילא קני גוף החפץ ג"כ אף דהוי שינוי החוזר דמ"מ עכשיו אינו אשר גזל וחיוב לסתרו אין עליו ושפיר קונה כמו שינוי שאינו חוזר מדרבנן היינו כיון שכבר תקנו שהשבח של גזלן דע"ז שייך שפיר תקה"ש ממילא קונה שינוי החוזר דאינו מחוייב להחזירו כנ"ל. ומיושב דנקט הש"ס כאן דאי בעי סתר אי בעי משליף ליה והא פשיטא כיון דקרי ליה שינוי החוזר ובכל מקום לא הוזכר דממילא מובן שינוי החוזר. ולמ"ש מיושב דנקט הטעם דקני מדרבנן ושוב דמה דלא קני מה"ת הוא רק משום א"ב סתר ומחוייב ממילא לסתרו ולקיים והשיב. ומה"ט אחר התקנה קני כשינוי שאינו חוזר כנ"ל. ומיושב ג"כ בסוכה באגד דלא שייך תקנת השבח ממילא לא קני אף דרבנן דמחוייב להתיר אגדו כנ"ל. ור"א סבר דלא קני גם מדרבנן או דסבר דהטעם בשינוי חוזר דלא מיקרי כלל נשתנה אף כשהשינוי עליו כיון דאפשר להחזירו. וכדאמר בנדה פ' דם ביבש כשאפשר לשרות וכמה דוכתי וממילא עדיין והשיב החיוב עליו גם כמו שהוא

אף שלא יסתרנו. וממילא לא שייך כנ"ל אף דהשבח שלו ולא קני או דסבר כחילוק דרבא לקמן ק"ד דדוקא בידע למאן גזל דכיון דאודי הוי כפקדון וחשיב השבה משא"כ בא"י חייב להפסיד משלו ע"ש וא"כ בשינוי חוזר דאם לא יהיה חיוב להפסיד משלו קני לגמרי ולא יקויים השבה בגוף החפץ שוב החיוב עליו להפסיד משלו ולא קני כנ"ל ואבייי סבר דדוקא התם שלא יבא ליד הנגזל כלל משא"כ כאן הא ישלם דמיו והדין הוא דשינוי קונה וסגי בתשלומין דמים שפיר אינו מחוייב להפסיד כדי להשיב גוף החפץ שיהיה השבה יותר מעולה כמו בידע דא"צ להפסיד כדי שיהיה השבה מעולה לידו ממש ע"ש:

או דר"א סבר דחכמים לא תקנו על השבח שהוא דגזלן רק כשלא יפסיד נגזל גוף החפץ משא"כ דנימא בשביל דקני השבח יקנה החפץ שיהי' שינוי ויפסיד הקרן שוב גם השבח לא יהי' שלו כיון שלא רצו להפסיד הקרן לנגזל כנ"ל. ועוד דשייך אעל"מ ומה"ט לא קני אף מדרבנן כנ"ל:

גמ' ולבון מי הוי שינוי. הא דלא פריך הברייתות אהדדי ומה שייך לשינוי' דאביי ור"א. הוא די"ל משום תקנת השבים מהני בליבון בגזל כר"י לקמן דמשנתנו הוא מתקה"ש כו' אף אי שינוי לא קני. כן אף אי לבון לאו שינוי מ"מ השביח. משא"כ לבנו לא שייך תקה"ש כדאמר לקמן. רק אביי דאמר דשינוי דאורייתא תני פריך כנ"ל:

שם בצבע כו' הואיל ויכול להעבירו כו'. וכ' תוס' דלרבנן הוי שינוי והוא שלו כהלכתא דא"כ סברי רבנן דשינוי החוזר קונה. ולמ"ש לעיל י"ל דהטעם דבשינוי לא הוי דחוי אף אי יש דחוי אצל מצות משום דלא נדחה כלל עשה דוהשיב דהא חייב לשלם דמיו משום והשיב רק גוף החפץ א"א להשיב שאינו אשר גזל. אבל מ"מ לא נפטר מהעשה. ושוב כיון שלא נדחה חייב שוב בגוף החפץ דלא קני דהחיוב לסתרו. משא"כ גבי מתנות כהונה י"ל דשפיר אינו מצטרף דדחוי מעיקרא הוי דחוי וחשיב שפיר צבעו דאין כאן הצמר שחייב ברה"ג ואין עליו חיוב להעביר ע"י צפון כדי שיתחייב כיון שאינו מתחיל חיוב עליו כמ"ש תוס' בכסוי דאינו חייב להסיר הדחוי כדי שיתחייב כנ"ל. וא"כ בשלמא אי איירי בשינוי גמור הי' שפיר קשה דמוכח דלא הוי שינוי דאין חילוק משא"כ למאי דמוקי ביכול להעבירו וחוזר י"ל כנ"ל ולא קשה לרבנן אף דסברו שחוזר אינו קונה בגזל אף מדרבנן מ"מ אינו מצטרף:

ובזה יש לישב מה דתמוה לי דהרמב"ם ושו"ע ה' גזילה סימן ש"ס פסקו דשינוי חוזר אינו קונה אף מדרבנן וגזל צמר וצבעו התנה כשא"י להעביר ע"ש. וגבי ראשית הגז הרמב"ם ז"ל פ"י מה' בכורים פסק סתם כרבנן דלא הפסיק ליתן עד שצבעו פטור וכן הטור כ'

של"ג י"ד ולא התנה כלל דוקא בקלא א' שא"י להעבירו. והא תליא הא בהא כנ"ל. ולא העירו הפ' כלל וכן בש"ע י"ד שם סתם דצבעו פטור. ולמ"ש י"ל הטעם כנ"ל דדוקא בגזלה לא חשיב דחוי דהא גם בעת השינוי לא נדחה העשה דוהשיב דחייב לשלם דמיו. משא"כ במתנות כהונה דכשצבען קודם שמבעירו פטור לגמרי דהוי משאל"ת ופטור מדמיו ונדחה עשה דתתן לו לגמרי שוב אף שיעבירנו פטור דיש דחוי אצל מצות ואינו. מחויב לסלק הדחוי ושוב קונה גם דהוי שינוי החוזר כרבנן הנ"ל:

עוד תמוה לי שהשמיטו הרמב"ם ושו"ע הך ברייתא דטואו וארגו וצבעו אי מצטרף או לא. דזה דין אחר שלא נלמד מהך דצבעו דשם דוקא צבעו כל הגיזה משא"כ הך דצירוף כמ"ש תוס' פרק מרובה. והי' נראה דדין זה דתליא בפלוגתא דר"ח ור"נ ב"א חולין קל"ה בגזז ראשון ראשון ומכרה דסבר ר"ח דחייב דבעידנא דגזז הוי לו שיעורא ה' רחלות ור"נ בר אמי סבר פטור דבעידנא דמלי שיעורא שגוזז החמישית כבר אין לו הראשונות ע"ש וא"כ בשלמא לר' נתן מהני טואו ראשון ראשון כו' כמכרו לאחר כיון דנשתנה וכמו נאבד משא"כ לר"ח מה מהני הא מ"מ בעידנא דגזז קודם השינוי הי' ה' רחלות וחייב אף דשינה אח"כ כמכרו כנ"ל. וא"כ רמב"ם ושו"ע דפ' כר"ח שם לא הביאו הך דאינו מצטרף. אולם תמוה לומר כן דא"כ אמאי לא פריך מהך ברייתא לר"ח וגם הי' לנו לפסוק כר"נ כיון דסתם גמ' מייתי הך ברייתא כאן ופרק מרובה. דאין הכרע לפסוק כר"ח רק משום דמארי דתלמודא טפי כמ"ש הכ"מ שם. וע"כ לחלק דדוקא במכרו סבר ר"ח שעדיין בעולם לא בנאבד או בשינוי דהוי כנאבד או איזה חילוק אחר. ועכ"פ הי' להם להביא דין הנ"ל ואפשר דכ"ש הוא לדידן מצבעו אח"כ שכבר חייב ונפטר וכ"ש שאינו מתחיל חיוב עליו ובריייתא קמ"ל רק פלוגתא דר"ש ודוחק דלא מוכח כלל דהא לר"ח י"ל דחייב כנ"ל. ואפשר דלר"ח הטעם דכבר חיוב קודם שמכר והוי כאלו גזז כולם ומכר א' דלא נפטר משא"כ צבעו נהי דהוי כגזז כולן ג"כ הי' פטור אם צבעו. אך בצבע א' לא מהני דהחיוב על השאר כמ"ש תוס' כנ"ל. וא"כ י"ל דמפרשים הפי' דלר"ח הפי' בברייתא דצבעו א' א' עד שצבע כל הגיזה. וא"כ אם צבע בב"א ג"כ הי' פטור רק דקמ"ל צבעו ראשון ראשון דנקיט רבותא אליבא דר"ש דסבר דלא חשיב שינוי אפי' לענין צירוף. וא"כ לא הוצרכו להביא לדידן דהיינו הך דצבעו הכל כנ"ל. וכשנשאר בלי צביעה חייב באמת לדידן דקי"ל כר"ח. ודוחק:

ולפירש"י חולין שם אינו ענין לפלוגתא דר"ח דפי' במכר הצאן א' א' ומחייב ר"ח דבשעת גיזה הי' צאנך משא"כ לענין שיעור דה' רחלות כו' מנה ופרס כיון שצבע או נאבד קודם שגזז הב' שפיר אין כאן שיעור לצרף דאין ביחד מנה ופרס לחייב. ולכך דייק רש"י

כאן מנה ופרס ע"ש. רק לפי' הרמב"ם שם ר"ח במכר הגיזה א' א' ע"ש ושייך מ"ש. ואפשר דברייתא סברה דמתנות שלא הורמו כמו שהורמו דמיא א"כ הוי כצבע אחר שגזז כולן ואחר הפרשה דהחלק ראשית שבאותו גיזה קנה בשינוי משא"כ לדידן דקי"ל לאו כהורמו לא קנה כלל דלא גזלן עדיין ושפיר לר"ח חייב ומה"ט השמיטו ובשינוי החוזר י"ל ג"כ כמו דריש פ' ראשית ה"נ אמר גז כו' שאינו מחוסר כו' יצא זה שמחוסר גזיזה פדייה ונתינה. כן בצבעו אף שיכול להעבירו עי"ץ מ"מ נפטר דמחוסר העברה כו' שהוא מעשה בגופו. דבגט להרבה פ' אף בתלוש וחתך מקלף גדול וכן קרן פרה אף דגם כל הפרה הי' יכול ליתן מ"מ כשנותן באופן שמחוסר בטל. ממילא אף שקודם שצבעו הי' חייב מ"מ עכשיו מחוסר מעשה ופטרי רבנן אף דשינוי החוזר לא קני. ופי' הרמב"ם ושו"ע שפיר כנ"ל: שם אמר אביי כו' רשב"י הא דאמרן כו' ותמוה מאד כמ"ש תוס' הא בטואו וארגו מודה וע"כ רק צבעו משום דלא נשתנה גוף הצמר. ותירוצם אינו מובן דבחדא שיטה כו' הא לא הוי כלל דין הזה דהא סבר דשינוי קונה רק שאין זה שינוי. ויחשוב ג"כ החכמים דסברו דלבון לא הוי שינוי. ונראה לישב דהא אין ללמוד כלל מהא דצבעו לענין שינוי שיהיה קונה בגזלה. דניהו דהשינוי חשוב כאלו אותו דבר שהיה אינו ונאבד וזה דבר אחר. מ"מ זה שפיר לענין מתנות כהונה דכ' וזה דמזיק פטור דכשאינו אותו דבר אין חיוב נתינה עליו. וכן ראשית גז כו' דילפינן כשעת גיזה כנ"ל. ולכך בשינוי שאין קיים אותו דבר שחייב שוב פטור מנתינה. משא"כ גזלה שגוף החפץ דבעלים וודאי דדבר של אדם אף שנשתנה הוא שלו דכל הגדולים ומאי דאתיא מחמתיה הוא של בעל החפץ. א"כ במה קנאו הגזלן שיצא מרשות בעליו ע"י השינוי נהי דאין עליו חיוב של והשיב מ"מ גם השינוי דאתי מחמת החפץ דבעליו הוא כעומד באגם או ברשות אחרים ונשתנה. ולכך יליף רק מיתורא דקרא דאשר גזל פרק מרובה. וא"כ מאן דמוקי קרא לחומש שינוי אינו קונה אף שאינו אותו דבר א"כ אין ראי' ממתנות כהונה רק להיפוך מ"ד שם דמצטרף וחייב וע"כ דלא חשיב נאבד כלל וכאלו עדיין אותו הדבר קיים כמו שהי'. שוב ודאי כ"ש דלא קני בגזלה דא"א כלל למעטו מאשר גזל דהא חשיב אשר גזל כנ"ל. אבל להיפוך מ"ד שם אינו מצטרף אין הוכחה שנקנה בגזילה וא"כ סבר אביי דבזה שהצביעוה חשיב שינוי מעשה לקנות לא פליג ר"ש ארבנן ואם הי' שינוי קונה גם בזה הי' קונה מצד מעשה השינוי וממילא הוי כמכר א' א' וסבר כר' נתן בר אמי דפטור ואינו מצטרף לפי' הרמב"ם ז"ל רק משום דסבר שאינו קונה בשינוי רק דבמתנות כהונה הוי כנאבד שאין קיים אותו דבר שחייב בזה יש סברא לחלק בין נשתנה גוף הצמר כטואו וארגו חשיב כאינו קיים משא"כ צבעו דגוף הצמר לא נשתנ'

וחשיב קיים כנ"ל. ושפיר דייק אביי דרשב"י סבר דשינוי אינו קונה וטעמא דרבנן בצבע ג"כ מה"ט דסברי שינוי קונה אף שאינו כנאבד. ולכך לא הזכירו בלא הספיק טואו וארגו דזה פשיטא אף אי שינוי אינו קונה מ"מ במ"כ פטור רק צבעו משום קנין דמ"כ וגזלות ולכך דייק רבה פרק מרובה דשינוי קונה מצבעו כנ"ל. וכאן בצירוף י"ל ג"כ מטעם קנין לר' נתן ב"א כנ"ל:

דף צד.

והפריש חלה כו'. לכאורה הא תורם דאינו שלו לא מהני ואדרבא מוכח כרבא דשינוי קני רק לענין ברכה הוי מהב"ע שייך אין זה מברך כו'. משא"כ אי לא קני. וי"ל כיון דקונה השבח הוי כשותפין דיכול לתרום. או במפרש משלו דזכות הוא דלא שייך ניחא למעבד מצוה כו'. כיון שהוא אצל הגזלן. או דזה עצמו זכות שלא יאכל טבל. או דהראיה רק דשינוי במקומו עומד. דבסוכה פרק לה"ג דאף דמצוה הבב"ע פסול מ"מ פריך ולקנינהו בשינוי כו'. דמוכח שם דגם מהב"ע לא חשיב כיון שנשתנה אין זה הדבר שנעשה בו העבירה ומוכיח מכאן דמ"מ במקום שיהי' שייך מהב"ע. וי"ל דמיירי לאחר יאוש דקנאו ורק מהב"ע ואי שינוי לאו במקומו עומד לא הוי חשיב מהב"ע ומוכיח אביי כנ"ל. ורבא דחי דברבה שאני גרע משאר מהב"ע כמו הקדש דמאוס כנ"ל. ומה"ט י"ל דלא נקיט הברכה על האכילה כיון שכבר שלו. ואין ענין איסורא להאכילה ורק על ההפרשת חלה שמה שיכול להפריש הוא ע"י שנעשה שלו באיסור גזל:

שם השביח כו'. לכאורה למה מוקי לה ר"ש בתרי גווני ומפקי ממשמעתא דבחד גווני. הא י"ל לאביי דשינוי חוזר קונה מדרבנן והוא לטובתו ויכול לומר א"א בתק"ח. ושפיר ידו על העליונה בהשביח לחוד רצה נוטל שבחו בנתפטמה דקנאו בשינוי מדרבנן רצה היינו כשהוזל ואם קנאו יצטרך לשלם כדמעיקרא רצה אומר הש"ל דא"א בתק"ח. אך י"ל דלשון נוטל שבח הוא רק השבח לא שקנה גוף הבהמה וע"כ דלא קני רק השבח משום תקנה וא"כ א"א לפרש כנ"ל דאם הוזל ג"כ יכול לזכות בשניהם שיטול השבח ועל הגוף יאמר הש"ל. והול"ל רבותא רצה נוטל השבח ומ"מ אומר הש"ל והלשון משמע דכשאמר הש"ל אינו נוטל שבחו כנ"ל. ולכך פליג ליה כחש כו':

מתנות עניים שאני. לכאורה למה. וי"ל כמו דיליף בספק צדק משלך ותן לו. כן בהשביח דכשמחזיר הכל נכלל בו גם מה שהיה דבכלל ר' ק' רק בשאר גזל א"צ ליתן מה ששלו ולכך קנו לגמרי משא"כ מתנות ע' כנ"ל:

גם י"ל דהא פריך בשינוי דנימא אעל"מ ומשני דגלי קרא דכשאינו אשר גזל דמים בעלמא בעי שלומי וא"כ י"ל דלא גלי רק לענין איסור גזל כשמשלם דמים ואינו רק חמסן דיהיב דמי' באיסור זה גלי דמהני באיסור חמס כיון שיהי' חייב דמיו אם יהיה קונה בשינוי כנ"ל. משא"כ מתנות כ' ועניים דאי יקנה בשינוי הוי מזיק כו' דפטור לגמרי מלשלם שוב א"א ללמוד וי"ל דלא קני כלל דאעל"מ ומ"מ אף דמסברא לא היינו מחלקין אבל כיון דכ' תעזוב שוב אמרינן החילוק כנ"ל. ולכך לאביי י"ל דילפינן מתעזוב כנ"ל:

דף צד:

ותנן כו'. תוס' תימה דל"מ מתני' דבהמה והזקינה כו' דמשלם כו' ע"ש. וי"ל דלכאורה לא תלי' כלל דניהו דשינוי אינו קונה ושמין אבל מה שנפסד והוא היזק ניכר הזקינה או כחש למה לא ישלם המותר כמו אונסין ומה חילוק בין נאנס כולו או מקצתה הא חיוב אחריות עליו גם שלא נשתנה. וניהו שכ' תוס' פרק הכונס נ"מ דגזלן דלא קיבל עליו שמירה ע"ש. מ"מ עכ"פ חייבו מטעם והשיב או החפץ או דמיו. א"כ כשחסר מקצת החפץ מ"ט שלא יהי' חייב דניהו דשינוי לא קני היינו דגם מה שנשתנה במה יצא מרשות בעליו. אבל מ"מ חסר ממנו כיון שהוא היזק ניכר. ושפיר הא דמשלם בהזקינה כשעה"ג היינו שמחזיר הבהמה וישלם מה שחסר כו' ולכך פריך רק דלא הספיק בשבח כנ"ל:

אמנם באמת לדידן משמע מגמ' דלא אמרינן כנ"ל. וניהו דממאי דפריך לעיל מהא דכחש הש"ל אשמואל דאין שמין אין ראיה לתוס' דשפיר פריך דאמר הש"ל הפי' להנ"ל דמחזיר הכחושה ומשלם המותר. ולמה אין שמין כיון דלא קנאו ורק המותר ישלם. אך לקמן דדייק מדר"מ בפרה והזקינה דמשלם כו' דסבר שינוי קונה וע"כ דמשמע לגמ' כתוס' הנ"ל דאי שינוי לא קני א"צ לשלם המותר ג"כ דאל"ה לא מוכח כלל מר"מ ומ"מ י"ל דבשלמא התם דאמר שינוי במקומו עומד ע"ש והיינו דפשיטא ליה אי היה חשיב נאבד מה שגזל ע"י השנוי הי' קונה רק משום דעדיין חשיב כמו שהיה אף שנשתנה. א"כ שפיר פטור מהמותר ג"כ כמו בהיזק שאינו ניכר ודייק שפיר. משא"כ כאן לס"ד דר"י יליף מקרא גזלה הנשתנית כו' דכ' אשר גזל כו' והוא תמוה דאדרבה הך קרא יליף דשינוי קונה כמבואר פרק מרובה. וע"כ דסבר ר"י כאביי ריש תמורה ובלאו קרא היה קונה דהוי כנאבד. ורק דסבר דאשר גזל לאו לחומש אתי אלא יליף ריבויא מיניה דאף שאינו הגזלה מ"מ הוא בכלל אשר גזל דמסתעף מהגזלה וחייב להחזיר. ושוב אין קושיא כלל מעבדים והזקינו כיון דאדרבא רק לענין השבה רבי קרא דאף שאינו אותו דבר מ"מ חייב. א"כ לענין מה שחסר ממנו שפיר חייב לשלם שאינו משיב הכל והוי היזק ניכר כנ"ל

ולכך פריך רק מצבעו. ולמסקנא ר"י מיירי רק בשנוי החוזר ולא פליג על הנ"ל ודייק שפיר לקמן להרבה פ' מ' ש"ס והטעם דפטור אף דבשואל משמע דחייב בכחשה דהדר. ניהו דהזקינה פטור אף דנפחת דהוי כמתה מ' מלאכה דעל זמן שהשאילה ידע שתזקין משא"כ בכחש. דגם על מקצת שנפחת חייב באונסין משא"כ גזלן דכשקיים אינו חייב כלל באונסין רק להשיב גוף הגזלה וזה חשיב קיום כיון שאינו חסר מגוף הבהמה שגזל כלום רק נפחת משויו כמו שהוא אף שניכר. מ"מ ניכר רק הפחת לענין השיוי למכור לא לענין גוף הבהמה. ולכך שואל חייב על הפחת של השיוי ג"כ באונסין והא באונס חסר מקצת השיוי שניכר כנ"ל. משא"כ גזלן דאין חיוב אחריות רק מצד והשיב הגוף או דמיו. וכיון שלענין הגוף אינו ניכר שהוא כמו שהיתה שלא חסר שוב אין חיוב עליו הפסד השיוי כנ"ל ואומר הש"ל. ורק אי קנאו בשינוי חייב כנ"ל. משא"כ כשלא קני שפיר מה שנפסד השיוי נסתחפה שדהו של הנגזל דכשהגוף קיים שלו הוא כנ"ל ושלו נאנס. ולכך בחסר ממש מקצת גם גזלן נראה דחייב אף בלא שינוי דמה שחסר אינו אשר גזל אף דמה שקיים לא נשתנה. וכן משמע לקמן צ"ז בתוקף כו' פחתה נוטל משמע אף דלא הוי שינוי ע"ש. ובפירות הרקיבו מקצתן נראה שהרקב מקצת ונראה ככולו קיים רק שנתרכך ע"י הרקב ולא בחסר מקצת פירות כנ"ל והפ' דגם שואל פטור בכחש דהדר סוברים דגם שואל אינו חייב באונסין רק כשנאנס מגוף החפץ וכל שהוא קיים אין חיוב ממילא אין חיוב על ההפסד של השיוי כל שאינו חסר כנ"ל. וזה הוא החילוק בין תרומה ונטמאת דלכ"ע פטור דשם גם על ההפסד של השיוי אינו ניכר ולכך לכ"ע פטור ואף בשומרין ובפשיעה כנ"ל. עוד י"ל קושית תוס' הנ"ל. דבשינוי שנחסר ונפחת שפיר לא מיקרי אשר גזל. וממילא כיון דצריך לשלם שאין הנגזל צריך ליקח החפץ שחסר דמה"ט אין שמין וממילא קנאו לגמרי. אבל בהשביח אם יתן לו כל החפץ כמו שהשביח ודאי דיהיה חשיב והשיב אשר גזל דנכלל בהכלים גם העצים דבכלל ר' ק' רק כיון דהשבח שלו דאף למ"ד אין אומן קונה בש"כ רק, משום דמשביח ע"ד בעה"ב משא"כ גזלן. וא"כ שוב יהי' של נגזל רק מחצית ושוב חשיב חסר וקני גזלן הכל. וע"ז י"ל דיליף ר"י אשר גזל מ"מ היינו דצריך להפסיד שלו גם השבח כדי שישוב אשר גזל כיון דבלא"ה לא יהי' השבה כמ"ש לעיל. וכמ"ש תוס' פ"ק מירושלמי דיליף אין שמין מאשר גזל כן לענין הנ"ל ולכך אמר משנתינו כו' תקה"ש שהשבח שלו וממילא חסר ושוב קנאו לגמרי כנ"ל. ולא הוי מצי לאקשויי מהזקינו דבנפחת מודה ר"י דקונה רק מלא הספיק כו' דהשביח ומ"מ פטור כנ"ל:

שם ת"ר הגזלנין ומ"ב שהחזירו כו' לשטת תוס' דגם בלא החזירו אין חייבין למה נקיט שהחזירו. וצ"ל דלא מבעיא קאמר ל"מ דאין מוציאין מהן אלא אע"פ שמעצמן מחזירין אין מקבלין כו' ועל המקבל כשמחזיר מעצמו הוא דארחנ"ה אבל לענין לחייבו אף שרוצה הנגזל להוציא אין מחייבין אותו כלל ולכך פריך שפיר הא אביהן חייב דמשמע כנ"ל דאף שרוצה אין חיוב כנ"ל. וא"כ לס"ד דאף בגזלה קיימת ואף לצי"ש פטור. א"כ ע"כ הפקיעו חכמים כל חיוב השבה בגזלן שיהיה שלו כשגזל כהפקר ב"ד כו'. וא"כ מה תקנת השבים איכא כיון דא"א לשוב שאינו מחזיר כלל דל"ד לשבח ואחר יאוש וכה"ג דתקה"ש שיחזור הקרן ודמיו משא"כ דפטור לגמרי. וצ"ל כיון דתשובת גזלה קשה דאפילו אבנט כו' הפקיעו וממילא הוא כשאר איסורין שאין להם תקנה ואעפ"כ יש תשובה ויהיה אסור גזל כמוהם שתועיל תשובה בלי השבה. אך תמוה דריש סנהדרין הוכיחו תוס' מכל ראיות שהביאו כאן דדנין גזלות שלא ע"י חבלות בח"ל אף שלא כדין תורה כדי לנעול דלת בפני גזלנין. ואיך כאן נאמר דתיקנו חכמים לפתוח דלת לגזלנין שיהי' פטורין לגמרי. והיה אפשר לומר מאחר שהפקיעו א"כ יהיה חייב מלקות בין קיימו כו' ובין למ"ד בטלו ול"ב כו' דהא מיד כשגוזל מבטל העשה דלא אפשר לקיים בהשבה וכמחזיר אבדה אחר יאוש דמתנה הוא דיהיב ולא מתקן לאוי' בהכי. ואף דהוא אינו מבטל רק מחמת התקנת חכמים מ"מ לא דמי למ"ש תוס' פ"ק דשבת אי לא התירו לו לרדותו דאינו חייב כיון דרוצה לרדותו רק שחכמים אין מניחין ע"ש. דהתם הוא ב' דברים וכשרוצה לרדות ולא יהיה נאפה כלל רק אין מניחין אותו א"כ לא עשה כל המלאכה. ובשעה שנותן הפת לתנור אף שיודע שיהיה אסור לרדותו מ"מ אם יעבור על הדרבנן וירדנו לא יהיה חייב א"כ לא עשה אז כל האסור כלל. משא"כ מיד כשגוזל עושה כל האיסור כיון דהפקר ב"ד כו' וכשגזל אף אם יחזור אינו מתקן וכיון דבהתראה יהיה חייב מלקות. א"כ לא שייך שפותחין דלת לגזלנים למלוי רבית דאדרבא הא מלקות חמורה מממון וככל איסורין דדי בחיוב מלקות שלא יעברו ודוקא שם לענין מומחין דאין מלקות דמ"מ ניתק לעשה שייך התקנה משא"כ כאן הפקיעו לגמרי כנ"ל. והיה מיושב בזה תמיהת תוס' מכל הני דמייתי שהיו דנין גזלות ע"ש. דהא כ' תוס' ריש סנהדרין ורמב"ן שם דבגזלה גמורה כשהיו מומחין בא"י דלא היה שייך כ"כ התקנה לדון בהדיוטות כדי לנעול דלת דהא אפשר לדונם במומחין משא"כ בח"ל דלא היה מומחין תיקנו לנעול דלת כנ"ל. וא"כ מיושב ג"כ הנ"ל דאז בא"י שהיה מומחין ודנין מלקות תיקנו כנ"ל. משא"כ בח"ל דתיקנו לדון בהדיוטות כדי לנעול כ"ש שתיקנו נגד תקנת רבי דאל"ה לא יהיה שום עונש לגזלנים. אך ז"א כיון דמה"ת לא משכחת מלקות בגזל דניתן לתשלומין לא

נכתב הלאו למלקות ואף שתיקנו לפטרו אין חיוב מלקות וכלאו שניתן לאמב"ד במחמר ג"כ אין מלקות ע"ש. וי"ל. ולמסקנא דבקיימת לא תיקנו לא קשה. ולמאי דאמר דלצי"ש מחזיר א"כ ע"כ שלא הפקיעו החיוב. וא"כ במאי יתוקן הלאו שכבר עבר כשאינו משיב א"כ החיוב מה"ת להשיב כדי לתקן. ורק התקנה היה שלא יהיה הב"ד נזקקין להוציא ומה תועלת בזה דמ"מ לא מקרי תשובה עד שיחזור ויתקן. וצ' דעיקר התקנה היה רק שכשיחזור לא יקבלו מהן וימחלו לו. רק שלא היה די בזה דיעשו תשובה דרמיות כמ"ש תוס' כשידע שהב"ד יוציאו יחזיר קודם שלא יקבלו כו' והוצרכו לתקן שלא יוציא ב"ד וממילא כשיחזיר מעצמו ניכר ששב דאם רוצה הלה לקבל ואף שאין רח"נ יכול לקבל. ומ"מ החיוב עליו לתקן שפיר נשאר מדינא וקרי ליה לצי"ש כיון שאין ב"ד מוציאין כמו היכא דקלבדר"מ דלב"ד אזהר כו' וחייב לצי"ש מה"ת דאתנן אסרה כו' ומה"ט נקיט הברייתא שהחזירו אין מקבלין ולא נקיט גוף הדין דאינו חייב ואין מוציאין משום דנקיט עיקר התקנה שהיה רק כשהחזירו אין מקבלין רק ממילא הוצרכו לתקן שלא יהיה ב"ד נזקקין להוציא כנ"ל:

וא"כ אפשר לישב תמיהת תוס' דמכל הני לא קשה שהי' גזלה קיימת. וכן גזלנא עתיקא דבעי למקנסי' ג"כ לא קשה רק עיקר קושיא מהאי רעי' כמ"ש מהרש"א ז"ל. והא ודאי דכופר בפקדון אינו בכלל התקנה דא"כ שום פקדון לא יוכל לתבוע דלטענתו שהלה כופר הוי גזלן וע"כ כל שאינו גזלה ועכ"פ כשאין עדים שפיר אינו בכלל התקנה, וגם זה ודאי דכשגזלן לוה וכה"ג ודאי דמוציאין דבשביל שהוא גזלן מ"מ לשאר תביעות דינו ככל אדם וא"כ שפיר אמר א"א לדר"ח משתבע שכנגדו אשארא דאף דאין ב"ד נזקקין להוציא תרי דאכל שהוא גזלה גמורה מ"מ כיון שחיוב גמור הוא הוי הודאה לחייב שבועה על השאר שאין עליו דין גזלה רק שכופר עכשיו ונשבע הלה ונוטל כנ"ל. דאף דנימא בחיוב ק"ל בדר"מ שאינו הודאה לחייב שבועה. הגם שאין הכרח דמשנה דחבלות בשבת כו' הוא רק דכפירה לא חשיב כיון דב"ד א"י לחייבו. אבל הודאה לענין מודה מקצת י"ל דחשיב. רק גם אי לא חשיב מ"מ היינו במה דמה"ת אין מחייבין חשיב גם מה שנתחייבו על השאר ב' רשעיות כיון דדנין על החיוב דקלבדר"מ. משא"כ בזה דאין מוציאין רק מתקנה א"כ על מה שלא תיקנו על השאר חשיב כאלו לא היה התקנה. וכמ"ש בגמרא כתובות פרק אע"פ לענין דשלב"ל אף דאלמוה לשעבודי' כל שהוא תחתיו מ"מ לענין אחר שיגרשה לא הוי דשלב"ל ע"ש. והר"ן פ"ב דכתובות לענין מצאו לקיים כו' אחד כו' ע"ש:

תוס' שכל אדם יכול להערים שיעשה תשובה כו'. אינו מובן ניהו דעל הספק תיקנו כשמחזיר מעצמו ואף שיש לחוש שמא מערים מ"מ מספק שמא שב תיקנו דאין מקבלין. אבל למה היה לתקן בודאי עומד במרדו ואינו מחזיר למה לא נוציא וגם הא ניכר ששב דאם ירצה יקבל אף דאין רח"נ וע"כ כוונתם כשיודע שיש עדים והב"ד יוציא ממנו יקדים ויערים להחזיר דאין לו הפסד ומרויח שלא יקבל כשרוצה להיות רחנ"ה. וא"כ י"ל בפשיטות דהתקנה היה גם לענין להוציא ממנו כמו לענין לקבל ממנו דמי שרוצה להוציא ממנו ב"ד אין ר"ח נוחה כמו במחזיר מעצמו שאין לו לקבל רק נקיט רבותא דאף מחזיר מעצמו ג"כ ארח"נ לקבל. וכ"ש בבא להוציא בע"כ שאין ר"ח נוחה ומ"מ אם הנגזל רוצה אף שאין רח"נ שפיר הב"ד מוציאין דלא הפקיעו ממונו וכמו במי שפרע דאף דאסור לחזור מ"מ כשרוצה לקבל מש"פ הב"ד נזקקין להוציא וכ"ש דברים שרק אין ר"ח נוחה דב"ד מוציאין כנ"ל. וא"כ בתקנה זו שפיר מתוקן הכל דלא שייך שיערים דמה תועלת בהערמה זו אם זה רוצה לקבל אף שארח"נ א"כ יקבל ממנו ואם רוצה שיהיה רוח חכמים נוחה א"כ אם לא יחזיר מעצמו ג"כ לא יוציא ע"י ב"ד משום ארח"נ כנ"ל. וא"כ מכניס עצמו בספק הפסד דאולי לא יוציאו הב"ד דמי יימר כו'. ושפיר ניכר ששב כשמחזיר ואין מקבלין כנ"ל. ומיושבים כל הקושיו' שהביאו תוס' דהיו דנין גזלות דכשהנגזל רוצה להוציא ממנו שפיר מוציאין כנ"ל. וכן מיושב מה דלא נקיט בברייתא אי מוציאין או לא דנכלל כל המקבל אין רח"נ בין שמקבל ע"י חזרתו ובין ע"י ב"ד כנ"ל:

שם אין חייבין להחזיר כו' ופירשו דרשות יורש כרשות לוקח וקנינהו בש"ר כו' תמוה מאוד למה פי' דלא כהלכתא דקי"ל כרבא דלאו כר"ל רק לדידי' אזהר כו' ובמה שאין צורך לפי' הסוגיא. גם למה לו כלל להביא הנ"ל. וי"ל דהנה לפי' הרמב"ם ושו"ע דדוקא החזירו מעצמו אין מקבלין תמוה מאוד מה פריך הא שפיר אביהן חייב להחזיר ואם ירצה יקבל או ימחול אבל כל שלא החזיר חיוב גמור יש. דעדיין לא ידע דעביד תשובה כמ"ש תוס'. ונראה דהא לטעם דאמר פרק הגוזל רב"ח דרשות יורש כרשות לוקח תמוה הא ש"ר לחוד לא קני למה יאוש יש ברבית. ותוס' כ' שם קי"ב הא הוי הלואה דמדעת נתן ותירצו דהוי נתינה בטעות שלא נתן אלא בתורת רבית למיקרי גזלה בעיני' ע"ש. וב"מ פרק א"נ ס"ז חשיב שם אסמכתא ודשלב"ל מחילה בטעות דמה שלא תבעו חשיב מחילה רק שבטעות שהיה סבור שע"פ הדין שלו ע"ש. וכתב בהג"א דעכ"פ יאוש חשיב דכל יאוש הוא בטעות ומ"מ חשיב יאוש ע"ש וא"כ שפיר אמר רב"ח דאי ר' יורש כר' לוקח חשיב יאוש עם ש"ר ברבית דניהו דמחילה בטעות לאו מחילה מ"מ יאוש הוי שכשלא תבעו להחזיר הרבית מיד נתיאש וקני עם ש"ר כנ"ל:

וא"כ למ"ש תוס' שם לחלק דפירות שמוט ואכול מחילה בטעות הוי מחילה משום דניהו דיכול לחזור מ"מ אין לו לחזור משום דליקו בהמנותי' שוב כיון דאפשר שאף אם היה יודע היה מוחל שוב הוי מחילה ע"ש. וא"כ פריך שפיר כאן כיון דהדין דאין לו לקבל הימנו ואין ר"ח נ"ה רק שימחול לו כמבואר ברמב"ם ושו"ע א"כ שוב גם אביהן אינו חייב להחזיר דכשלא תבעי מחל לו ומחילה בטעות הוי מחילה דגם אם היה יודע שחייב להחזיר לו אין לו לקבל וראוי לו למחול שוב גם בטעות הוי מחילה. ופריך שפיר כיון דע"כ הא דאין היורשין חייבין אף דש"ר לחוד לא קני ע"כ כשלא תבע לאביהן והיה מחילה בטעות שאינו מחילה רק יאוש חשיב ולכך ביורשים קני שיש ש"ר כנ"ל. וא"כ הא גם אביהן אין חייב להחזיר כיון דהמקבל אין רוח חכמים נוחה שוב הוי מחילה כמו פירות כנ"ל. ומיושב שפיר דהוצרך רש"י ז"ל לפרש כרמב"ח דהטעם משום דרשות יורש כו' דלרבא דקני המעות רבית לגמרי ורק העשה דוחי ולברי' לא אזהר כו'. לא הוי פריך מידי די"ל דמיירי בתבעו ורוצה שיחזרו ולא מחל מעולם דשפיר אביהן היה חייב להחזיר וכשירצה יקבל משא"כ יורש. ופי' דהקושיא רק לרב"ח דמפרש משום דרשות יורש כו' כנ"ל. ומשני ה"ה דאביהן כו' רק משום דבר המסוים דלרב"ח לא קנאו דאמרינן אעל"מ כגזלה. וכשהדבר בעין כ' הפ' דלכ"ע בטעות לא מהני דדוקא מחילה ושמוט ואכול כו' שאינו בעין רק חיוב. משא"כ חפץ שצריך קנין ומתנה לא מהני אף דאם היה יודע כו' כנ"ל. וא"כ בשלמא במעות דמ"מ דינו כהלואה דרשאי להוציא ומהני מחילה פריך כו' דגם אביהן כנ"ל. משא"כ דבר מסוים כו'. אביהן היה חייב להחזיר ואם ירצה לקבל אף למ"ד דגם בגזלה קיימת אין מקבלין מ"מ היה חייב להחזיר כנ"ל. ומ"מ אף דהיה יורשין פטורין דיאוש חשיב עם ש"ר וזה מהני גם בחפץ מ"מ חייבין משום כבוד כו'. ופריך שפיר אי עביד תשובה מה בעי' גבי' ואם החזיר ומחל שוב א"צ להחזיר כנ"ל. ומשני לא הספיק ומיושב הנ"ל. ואי כנ"ל מוכח ג"כ כמ"ש דגם שאינו מחזיר אין ראוי להוציא בב"ד וארח"נ דאי בזה ראוי כפשט הש"ע לא היה מחילה כנ"ל. דאם ידע מ"מ אין למחול כל שלא החזיר מעצמו כנ"ל למ"ש א"ש:

עוד י"ל למ"ש הרמב"ם דגם בשבח לא תקנו רק אחר יאוש דקודם יאוש לא שייך כלל שיפקיעו ממון מ"מ הנגזל משום תקנת השבים והראב"ד הסכים מלשון הגמ' פרק מרובה ע"ש. וא"כ י"ל דוקא בגזלן שייך התקנה דפ' דגזלן ישראל סתם יאוש בעלים משא"כ בגנב ולא קשה ק' תוס' וא"כ ברבית ג"כ הטעם משום דחשיב יאוש ופירש"י שפיר לרב"ח ע"כ דהוי יאוש כנ"ל:

עוד י"ל ד' רש"י ז"ל דקשה לשון הגמ' דמשני בדין דגם אביהן פטור והא דקתני בדידהו כו' משום סיפא. זה שייך היכא דעכ"פ צריך למיתני הרישא. והא הרישא מיותר לגמרי כיון דאביהן פטור פשיטא דהן פטורין כנ"ל וגם קושית תוס' מה פריך אי ע"ת מה בעי גביה הא דלמא החזיר ולא קבלו. ויש לפרש דהקושיא הי' דהנה לשון הגמ' במסקנא בשאין גזילה קיימת כו' אינו מדויק דהוי ל"ל דהגזילה עצמה מקבלין רק דמיו כו'. ולכך נראה דעיקר אשמועינן ר"נ דדוקא בשאין קיימת אבל כשקיימת אף שקנאו ביאוש למ"ד קני או בשינוי החוזר וכה"ג ורק דמים בעי לשלומי דלכאורה שייך התקנה דפטור כמו אין קיימת וקמ"ל ר"נ דליתא רק כיון דעכ"פ קיימת הגזילה אף שקנאו שפיר חייב לשלם דמים ולא תקנו בזה רק כשאין קיימת ומדויק הלשון קיימת כו' וטעם דעיקר החילוק דבקיימת לא שייך שלא ישיב עי"ז דא"א שיעלה יותר ממה שיש לו משא"כ אם הי' צריך לשלם מה שאכל ונאבד דאינו מספיק להשיב שייך התקנה. ולכך כשקיימת וזוכה בשל חבירו לא תקנו וצריך לשלם. וזה מוכח מלשון רש"י ז"ל לקמן גבי מריש דמשני שוי' רבנן כדליתא ואעפ"כ נוטל דמיו ופירש"י ומיהו דמי בעי אהדורי דהא גזלה קיימת בבירה ע"ש. ואף שקנאו מ"מ חשיב קיימת עכ"פ כנ"ל דצריך לשלם. וא"כ י"ל דגם לס"ד ידע דגוף הגזילה כשלא קנאו צריך להחזיר דאין סברא שיפקיעו גוף החפץ. ומה"ט לא קשה מכל הני שהביאו תוס' גם לס"ד דשם גוף הגזילה. רק ס"ד דאף שקיימת מ"מ כשקנאו כנ"ל ורק חיוב דמים שוב הי' התקנה לפטרו. ולכך תני גזלנין ומלוי רבית גזלן דומיא דמלוי רבית דלרבא קני המעות רק חייב לשלם ואף דמים אחרים משום וחי כו' אבל הוי כהלואה דלהוצאה ניתנה כו'. וגם גזלנין מיירי אחר יאוש או דסתם יאוש או בשינוי כנ"ל. ולכך גם לפי' תוס' נקיט שהחזירו כו'. משום כיון דמיירי כשאין יכול להוציא גוף החפץ דקנאו רק דמיו וקמ"ל דאף שהחזיר גוף החפץ אין מקבלין כיון דרק דמים מחייב אף שמחזיר החפץ הוא רק בתורת תשלומין אין חילוק בין ממון אחר להחפץ כנ"ל. ולרב"ח דמדמי רבית לגזלה אחר יאוש נראה דהטעם דקי"ל כרבא דא"ע לא מהני א"כ מצד הנתינה לא קני רק דמ"מ מתיאש אח"כ ואף בטעות הוי יאוש ועל היאוש לא שייך אעל"מ. וא"כ כיון דלרב"ח לא בעי לאשמועינן הדין דר' יורש כרשות לוקח דזה מוכח מהמשנה לרב"ח רק דפטורים מלשלם דמים דבגזלן כשקונה החפץ ביאוש או שינוי צריך לשלם והיורשים פטורין אף שהניח אחריות. דבלא הניח מוכח ממשנה דהגוזל ומאכיל דמאן דמוקי אברייתא כ"ש אמתני' ע"ש. וא"כ פריך הש"ס כאן מהברייתא דתני ביורשין כו' הא אביהן היינו היכא דקני גוף החפץ הי' חייב דאל"ה ליתני בגזל היכא שקני החפץ דפטור מחמת התקנה כנ"ל. או ברבית דהוי יאוש עם שינוי דקני ופטור

וכ"ש יורש דפטור ולמה תני ביורש דיש לטעות כרבא משום לברי' לא אזהר דבשלמא משנה דגוזל ומאכיל קמ"ל דר' יורש כר"ל משא"כ ברייתא כנ"ל ומשני דבדין דליתני כו' רק דתני יורש משום סיפא דהניח כו'. דבזה שפיר אביהן חייב דהא גזילה קיימת ולא קנאו וגם התקנה לא שייך כנ"ל. ופריך שפיר אי עביד תשובה מה בעי גביה כנ"ל:

שם אעפ"י שגבו מחזירין כו'. לכאורה דלמא הפי' משום התקנה דאף שכבר גבו בחזרה צריכין להחזיר להיות רוח חכמים נוחה. והי' מוכח דרק אין מקבלין אבל כשכבר קיבל א"צ להחזיר. אך אין ראיה די"ל לשון אע"פ שגבו משמע על הגזלנים שגבו דעלייהו קאי לא על הגזל כנ"ל:

דף ק:

אם השבח כו'. [ובתוס'] בירוש' מפרש כו' את כו'. והרא"ש פ' כן דכיון ששינה חייב לשלם לו כאלו הי' השבח ע"ש. ותמוה לי למאי דפ' הרא"ש לספק אי אומן קונה בשבח כלי א"כ אף הקדיח אחר נפילה פטור ונותן רק דמי צמרו אף שכבר הי' השבח והפסידו אח"כ. וא"כ איך יתחייב במה שצבעו שחור כאלו השביח אם הי' צבעו אדום הא אף כבר הי' צבעו אדום והשחירו הי' פטור מתשלומי השבח. גם בל"ז הסברא תמוה. ונראה לענ"ד הטעם פשוט למאי דאמר לקמן דאי אין שבח סמנין ע"ג צמר הדין בצבע קוף לצמר בסמנין דאידך פטור מלשלם דא"ל ל"ל גבאי ולא מידי ע"ש. ואף שנהנה דצמרו מעולה בדמים מ"מ פטור כיון דשלא מדעתו ואין גופו נהנה ע"ש בתוס' ורא"ש. וא"כ כיון דנתן לצבוע אדום וצבעו שחור א"כ מה שצבע שחור שלא מדעתו דשינה הוי כצבעו קוף דהא צבע מעצמו זה האומן שהסמנין שלו וא"כ אדרבא מסברא לא הי' צריך לשלם כלום לצבע אף שהשביח אי אין שבח סמנין כנ"ל. רק דמ"מ לענין המותר עדיין חשוב כמדעתו דהא לא הקפיד בעל הצמר לצבוע אדום רק שיהי' הריוח שלו ה' מנים וא"כ עדיין כשצבעו שחור די לו הריוח ה' מנים ושוב על ה' מנים הנותרים הוי כמדעתו דהא התנה ליתן לצבע המותר מהה' מנים ריוח. אבל על אותן הה' מנים שהי' הריוח דבעל הצמר אלו צבעו אדום דע"ז לא הי' מרוצה ולא התנה חשיב ממילא שלא מדעתו ופטור אף שנהנה כצבעו קוף כנ"ל. וי"ל דירושלמי סבר אין שבח סמנין כנ"ל וגם לדידן דספיקא הוא ג"כ פטור מספק כנ"ל וברור לענ"ד בעזה"י: