

אלי' ברוך שולמן

שיעורים ע"פ מרובה

[דף ס"ב ע"ב]

בענין גונב מן הגנב

במשנה, אין הגונב אחר הגנב כו'. יש כאן ב' חידושים, חדא דא"ח לגנב ראשון, ועוד דא"ח לבעלים, כן מבואר בסוגיא לק' (סט:), וע"ש דלמד מזה ר' יוחנן דאין הבעלים יכולים להקדיש הגניבה שביד הגנב דבשלמא גנב שני א"ח לגנב א' דוגונב מבית האיש ולא מבית הגנב, אבל אמאי א"ח לבעלים, אלא ע"כ משום שהגניבה נחשבת שאינה ברשות הבעלים עיי"ש בגמ'. ולכ' הביאור דממילא גם זה בכלל המיעוט דוגונב מבית האיש דא"ז ביתו. (וכדאמרין שם לענין ואיש כי יקדיש את ביתו, מה ביתו ברשותו כו'). וכן מבואר בתוס' רי"ד ריש פרק הגוזז"ב (קיא:), ובתורעק"א על המשנה כאן.

ב. והנה בשו"ת ריב"ש (רס"ו מובא ברמ"א ל"ד ז') כ' דהחולק עם הגנב אינו פסול לעדות, והק' התומים מי עדיף מכופר בפקדון. ותי' הקצה"ח (ל"ד ג') דגונב מן הגנב נתמעט לגמרי מדין גזלן. והא דאמר' (לק' סה.) דבתברא או שתייה משלם כשעת השבירה היינו מדין מזיק ולא מדין גזלן. וכן מש"א רב חסדא (לק' קיא:): דגזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גבוה ורצה מזה גובה, מה שיכול לגבות מן האוכל הוא מתורת מזיק, ולא מתורת גזלן.

וקשה דהא מאותו קרא דוגונב מבית האיש דמיניה ממעטינן דא"ח לבעלים ממעטינן נמי דא"ח לגנב ראשון, כמבואר לק' (סט:), ואם איתא דהוא מיעוט לא רק מחיוב כפל אלא גם מחיוב קרן א"כ לא יתחייב הגנב השני קרן לגנב הראשון. והרי מפורש בברייתא (לק' סח.) דגנב שני חייב בקרן עכ"פ, ופרש"י (ד"ה ושני אינו משלם אלא קרן) דחייב קרן לגנב הראשון¹. וע"כ דהקרא דוגונב מבית האיש אינו ממעט אלא מכפל.

ג. והנתה"מ (שם ס"ק ה') מסכים עם הקצה"ח דהגנב השני נפטר לגמרי ואפילו מקרן, אבל ס"ל דהיינו דוקא כשלא אכלו או שברו, דהגנב השני לא הוסיף שום הרחקה מן הבעלים, דהרי כבר ע"י הגנב הראשון יצא מרשות הבעלים, ומה הפסידו הגנב השני. אבל כשאכלו הגנב השני או שברו חייב קרן לבעלים מדין גזילה.

וכדברי הנתה"מ משמע מלשון הגמ' ב"מ (מג.) דההיא שעתא דתברא קא גזיל לה.

והאחרונים דייקו דגם דעת רש"י כן, דהרי בגונב מן הגנב דחייב קרן פרש"י (סח.) דהיינו לגנב הראשון, ומשמע דאילו לבעלים פטור. אבל בהא דרב חסדא (קיא:): דבא אחר ואכלו דרצה מזה גובה ורצה מזה גובה פרש"י משום דהוי כאילו גזלו. ולכאורה היא סתירה גלויה. אלא ע"כ דכשלא אכלו לא חשיב שגזלו לבעלים, שהרי לא הפסידו כלום שהרי מה לו לבעלים אם הוא אצל גנב ראשון או אצל גנב שני, אבל כשבא ואכלו הרחיקו מן הבעלים טפי והוי משתרש בגזילה וחשיב גזלן.

ולכאורה ביאור שיטה זו דמה שהגנב השני א"ח לבעלים אינו מגזה"כ אלא מסברא, משום שלא הפסידו כלום. ולכן כל זמן שלא אכלו או שברו פטור הגנב השני לגמרי מלשלם לבעלים, ואפילו קרן א"ח. והקרא דוגונב מבית האיש לא נצרך אלא לפטור מלשלם כפל לגנב השני, דבאמת הפסידו, ואין המיעוט פוטרו אלא מכפל, אבל קרן חייב, וכדברי הברייתא (סט.) דהגנב השני חייב קרן, וכדפרש"י דהיינו לגנב הראשון.

אבל קשה איך תפרנס שיטה זו את סוגיית הגמ' לק' (סט:): דר' יוחנן (הסובר דגניבה יצאה מרשות הבעלים ואינו יכול להקדישו) למד כן מדין המשנה דגונב מן הגנב פטור מכפל, ומבאר הגמ' דבשלמא לגנב ראשון פטור דכתיב וגונב מבית האיש ולא מבית הגנב, אבל אמאי א"ח כפל לבעלים, אלא ש"מ דהגניבה יצאה מרשות הבעלים.

¹ וכן מבואר בתוס' (סט. ד"ה כל). וע"ע בתוס' שם דחייב לגנב הראשון משום שהגנב הראשון צריך לגניבה להפטר מן הבעלים, ולכ' הכונה דחייב משום גרמי, אבל ק' דמפורש בתוס' (עא: ד"ה וסבר) דדבבר שאינו ראוי לכל העולם רק לזה שייפטר בו ל"ש דינא דגרמי עיי"ש. (גם אינו ברור אם טעמא דגרמי היה מועיל לחייב במעשר כיון שהוא חייב צדדי עיי"ש בתוס'). אלא נראה דלעולם הוא מדין גזל אלא דאילו לא הפסידו לגנב הראשון כלל לא היה שייך לחייבו אפילו מדין גזל.

ובפשוטו הפירוש דכיון שהגניבה יצאה מרשות הבעלים לכן לא קרינן ביה מבית האיש, דמה ביתו ברשותו (עיי"ש בהמשך הסוגיא). ונעשה כמו הגנב הראשון שנתמעט מהך גזה"כ דוגונב מבית האיש.

אבל לשיטת רש"י והנתה"מ מה שא"ח לבעלים הוא מסברא משום שלא הפסידו, כדחזינן דפטור אפילו מקרן, ואילו לגנב הראשון חייב קרן עכ"פ. וא"כ איפה ראה ר' יוחנן מקור לשיטתו דהגניבה יצאה מרשות הבעלים, הא אפי"ת דהגניבה נחשבת ברשות הבעלים סוכ"ס הגנב השני לא הפסידו, דכמו שהגניבה כשהיא אצל הגנב הראשון היתה נחשבת ברשות הבעלים כך כשהיא אצל הגנב השני היא ברשות הגנב וסוכ"ס לא הפסידו.

ובקיצור לרש"י והנתה"מ קשה ממנ"פ, אם מה שא"ח לבעלים הוא מקרא, הרי מאותו קרא לא יפטר אלא מכפל, אבל קרן הר"ל להתחייב, כדחזינן דחייב קרן לגנב הראשון. ועוד דאם הוא גזה"כ א"כ מה לי אם אכלו או לא אכלו. אלא מאי אית לך למימר, דהוא מסברא משום שלא הפסידו, אבל הרי זה נסתר מהסוגיא (סט: דר' יוחנן למד ממשנתנו את יסודו דגניבה יצאה מרשות הבעלים, והיינו ע"כ משום שהבין שטעם הפטור הוא משום שיצאה מרשות הבעלים ולא קרינן ביה מבית האיש.

ד. והנה מהסוגיא הנ"ל מוכח דאלמלא הגזה"כ דוגונב מבית האיש הייתי אומר דהגנב השני חייב כפל לבעלים, דהיה נחשב שגנב מן הבעלים. ויל"ע אם היה חייב גם מדין גזלן. ונפק"מ אם לקחו מן הגנב הראשון בדרך גזילה, אם היה חייב קרן לבעלים.

ולכאורה יש להוכיח דגם אלמלא הגזה"כ לא היה חייב מדין גזלן. דאם איתא דהיה חייב גם מדין גזלן, א"כ גם עכשיו שנאמר הגזה"כ נהי דפטרינן לי' מדין גנב, אכתי נחייבו קרן מדין גזלן, שהרי המיעוט נאמר בפרשת גניבה לבד.

ולכן נראה, דזה פשוט מסברא, דהגונב מן הגונב אינו נחשב גזלן אצל הבעלים, שהרי לא הפסידו. ולזה אי"צ קרא. אבל היה ס"ד (אלמלא הקרא) דאכתי יתחייב מדין גניבה. ולזה בעינן להמיעוט דוגונב מבית האיש.

וצריך לבאר הדבר, איך היה ס"ד לחייבו מדין גניבה, אף דפשוט מסברא דא"ח מדין גזילה. ונקדים, דהנה ידוע מה שדייק הגרי"ז (עי' שיעורי ר' שמואל מכות טז.) בלשונות הרמב"ם, דברישי הל' גזילה כתב וז"ל כל הגוזל את חבירו שר"פ עובר בל"ת שנאמר לא תגזול ע"ש. ואילו בריש הל' גניבה כ' כל הגונב ממון משו"פ ומעלה עובר על ל"ת עכ"ל. ויש לדייק דלגבי גזילה כ' לשון גזל "את חבירו" ואילו גבי גניבה כתב סתם "גונב ממון". ויש לעמוד על מה שבהל' גזילה כתב שר"פ משמע דעובר על כל שר"פ בנפרד ואילו בהל' גניבה כתב משו"פ ומעלה משמע דהכל אחד.

וביאר הגרי"ז דחלוק יסוד דין גזילה מדין גניבה, דבגזילה יסוד האיסור הוא שהפסיד ממון חבירו, ולכן העיקר מה שגזל "את חבירו" והפסידו. והחייב על כל שר"פ שהפסידו. אבל בגניבה מלבד עצם הגזילה שבו גם מעשה הגניבה הוא מאוס לפני המקום כמבואר לק' (עט:) אמר ר"י מפני מה החמירה תורה בגנב יותר מבגזלן לפי שזה השוה כבוד עבד לכבוד קונו עיי"ש, ולכן כתב הרמב"ם הגונב ממון היינו עצם מעשה הגניבה (ולא מצד שהפסיד את חבירו) וגם כתב משו"פ ומעלה דמצד מעשה הגניבה הכל א' בין שר"פ בין יותר את"ד. (ועד"ז עי' חזו"א ב"ק ט"ז ז'.)

ומעתה י"ל, דלענין גזל שיסודו הוא מה שהפסיד את חבירו, פשוט דהגנב השני לא הפסיד את הבעלים כלל ולא חשיב גזלן כלפיו. אבל לענין גניבה שיסוד חיובו הוא מצד המעשה גניבה, היה ס"ד דגם מה שגנבו מן הגנב הראשון חשיב מעשה גניבה, וחשיב גנב גם אצל הבעלים. ולזה צריך קרא דוגונב מבית האיש, דגניבה כזו שאינה מבית הבעלים אין לו שם גניבה.

ה. ומעתה ניחא שיטת רש"י והנתה"מ, דהגנב השני חייב קרן לגנב הראשון, אבל אי"ח לבעלים כלל כיון שלא הפסידו. דקשה ממנ"פ, אם מה שא"ח לבעלים הוא מקרא, הרי מאותו קרא לא יפטר אלא מכפל, אבל קרן הר"ל להתחייב, כדחזינן דחייב קרן לגנב הראשון. ועוד דאם הוא גזה"כ א"כ מה לי אם אכלו. אלא מאי אית לך למימר, דהוא מסברא משום שלא הפסידו, אבל הרי זה נסתר מהסוגיא (סט: דר' יוחנן למד מדין זה דפטור אצל הבעלים את יסודו דגניבה יצאה מרשות הבעלים.

ולנ"ל ניחא, דאמנם מה שגנב השני פטור מדין גניבה הוא גזה"כ, דאלמלא הגזה"כ הייתי אומר דיש שם מעשה גניבה. והגזה"כ מפקיעו מדין גניבה לגמרי, הן לענין כפל והן לענין קרן. אבל מה שפטור מדין גזילה הוא מסברא, שלא הפסידו. אבל לענין הגנב הראשון, אמנם פטור לגמרי מדין גניבה, מאותו גזה"כ דמבית האיש ולא מבית

הגנב, אבל חייב קרן לגנב הראשון מדין גזלן, שהרי הוציאו מרשותו והפסידו עי"ז (וכמש"כ תוס' (ס.ט.) שהגנב הראשון צריך לגניבה כדי להפטר מן הבעלים).

ו. ובאמת גם לשיטת הקצה"ח י"ל כן, דאמנם הגזה"כ פוטרו לגמרי הן מכפל והן מקרן, אבל רק מצד פרשת גניבה. אבל מה שפטור מפרשת גזילה אי"ז מגזה"כ אלא מסברא שהרי הגניבה השניה לא הפסיד את הבעלים. רק דפליג על הנתה"מ בזה, דהנתה"מ ס"ל דאם אח"כ תברא או שתייה או אכלו אז חייב מדין גזילה, שהרי אותה שבירה הוציאה מן העולם והרחיקו מן הבעלים טפי, אבל הקצה"ח ס"ל דהוצאה מן העולם אינו אלא מזיק, וגזילה אינו אלא הוצאה מרשות, וכיון שהגנב השני לא הוציאו מרשות הבעלים – כי בלא"ה כבר יצא – אינו נחשב גזלן.

ולפי"ז ניחא מה שהקשינו לדברי הקצה"ח דהגזה"כ פוטרו הן מכפל והן מקרן, אמאי חייב קרן לגנב הראשון. ולנ"ל ניחא, דלגנב הראשון חייב מדין גזילה, וזה ל"ש אצל הבעלים.

אמנם לשון הקצה"ח לא משמע כ"כ כמהלך זו, אבל הדברים ניתנים להאמר מצד עצמם לפום שיטתו.

ונפק"מ לפי דברינו, דאף שהריב"ש הכשיר לעדות את החולק עם הגנב, אבל הגונב מן הגנב יהיה פסול לעדות. שהרי הוא גזלן כלפי הגנב הראשון. וכדחזינן דחייב לשלם לו קרן.

ז. אבל עי' תוס' רי"ד לק' (קיא:): וז"ל ושינוי יש בין גזלן לגנב דאילו גזלן שני משלם לבעלים כו' ואילו גנב שני שגנב מבית גנב ראשון אינו משלם כפל לבעלים הראשונים כו' דבגנב כתב בה בית האיש ואי"ז בית האיש כו' אבל לענין גזלן לא כתב בית הלכך אע"פ שאינו בביתו ואינו יכול להקדישו כו' כל היכא דקאי ברשותא דמרא קאי וגזלן שני חייב לשלם לבעלים עכ"ל.

ומבואר מדברי התוס' רי"ד דהמיעוט דוגונב מבית האיש אינו אלא מפרשת גניבה, ולא מפרשת גזילה, וזה כמש"נ, אבל ס"ל דהגנב השני חייב קרן לבעלים מדין גזילה, ודלא כהקצה"ח והנתה"מ, וגם דלא כמשמעות דברי רש"י (ס.ט.). וצ"ל לדעתו דגם גזילת הגזלן השני מרחיקו מן הבעלים וחייב עליו משום גזלן.

ח. ועי' שו"ת הרא"ש (ס"ד א'), ומובא בקיצור בטור סי' שמ"ח, במי שסייע לאחותו לגנוב ספרים מבית בעלה, והיא היתה מגביה את הספר ומשליכה לו לחצר. וכתב הרא"ש שאי"ח לבעלים, כי מיד שהגביהה האשה לשם גניבה נעשה היא הגנב, ומאחר שנתחייבה היא כבר בגניבה תו לא מחייב שמעון במה שסייע לאחותו. ואע"ג דאמרין בפ' הגוז"ב א"ר חסא גזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה, הני מילי התם שגם השני גזל מיד הראשון שהרי אכל, וכיון שלא נתיאשו הבעלים הו"ל כאלו גזלו מיד הבעלים, הלכך תרווייהו הוו גזלנין וגבי מהי מינייהו דבעי. אבל הכא שלא בא לגזול ולגנוב אלא בא לסייע לאחותו והיא כבר קנתה בהגבה לא מיחייב, דגנב אין כאן דלא נתכוין לקנות בהגבתו עי"ש.

ומבואר מדבריו דכל שהגנב השני נתכוון לגנוב מהגנב הראשון יש שם כונה לקנות ונעשה גנב וחייב קרן גם לבעלים הראשונים. וזהו דינו של רב חסדא דבא אחר ואכלו. (דהרי ע"י האכילה גוזלו גם מהגנב הראשון.) אבל כל שלא נתכוון לגנוב מהגנב הראשון, אלא לסייע לו – ואפילו בכה"ג שבא לסייע לו לגנוב מהבעלים הראשונים וכהך נידון דהרא"ש – לא נעשה השני גנב כלל. ואף דבעלמא גזלן בודאי אי"צ כונה לקנות היינו משום שהוא המוציא מרשות הבעלים אבל שם האשה כבר עשתה הקנין להוציאם מהבעלים, ובכה"ג כל שהשני לא נתכוון לגזול לא נחשב הגבתו לגזילה.

ויל"ע בחלוקה זו, דכשלא נתכוון לגנוב מהגנב הראשון לא נעשה גנב גם אצל הבעלים, וכשנתכוון לגנוב מהגנב הראשון נעשה גנב גם אצל הבעלים, אם הוא מדין גניבה או מדין גזילה. והיה מסתבר לומר דמדין גזילה ל"ש לחלק, דגזילה תלוי בהפסד הבעלים, ומצד הפסד הבעלים מה לי אם הגנב השני נתכוון לגנוב מן הגנב הראשון או לסייע לו. אבל מדין גניבה שפיר מובן החילוק, דכל שבא לסייע לגנב אין שם מעשה גניבה, משא"כ כשבא לגנוב ממנו.

ומה שפטור מלשלם לבעלים כשנתכוון לסייע, ולא מחייבין לי' מדין גזלן, נאמר דהיינו כהנתה"מ משום שלא הפסידו.

וא"ת א"כ גם אם נתכוון לגנוב ויש שם מעשה גניבה איך הוא חייב עי"ז והרי לא קרינן ביה וגונב מבית האיש. יהיה צ"ל שהמיעוט אינו אלא מכפל דגניבה, אבל בקרן דגניבה עדיין חייב.

ויהיה נפק"מ לפי"ז דאם הגנב השני לקחו מהגנב הראשון בדרך גזילה, ולא בדרך גניבה, יודה הרא"ש דא"צ לבעלים.

אבל העירוני דאפשר דלעולם ס"ל להרא"ש כמשי"נ לדעת הקצה"ח והנתה"מ דא"ח מדין גניבה כלל, דהגזה"כ ממעטו מפרשת גניבה לגמרי. וכל חיובו מדין גזלן. ובאמת אין חיובו לבעלים כלל, שהרי לא הפסידו. רק חיובו לאשה, אם היתה כונתו לגזול ממנה. אלא דממילא חייב לבעלים משום שעבודא דר' נתן. ולפי"ז לא יחלוק הרא"ש על רש"י ועל הקצה"ח והנתה"מ כלל.

ח. ועי' ב"מ (כו:): נטל אבידה ע"מ לגזלה עובר משום לא תגזול, ומשמע דאינו עובר משום לא תגנב, וגם לא אשכחן שיהיה חייב כפל. ולכ' ק' אמאי אינו עובר משום לא תגנב כיון שאין הבעלים יודעים מזה. ובש"י ר' שמואל (ב"מ ל"ח) כ' בשם הגרי"ז משום דאבידה אינו ברשות הבעלים (עי' לק' (סח:)) מה שנביא בזה אם אבידה חשיבא אינה ברשותו) וא"כ אין כאן חיוב גניבה דאינו בכלל וגונב מבית האיש, אבל גזילה שפיר אית ביה.

וקשה לפי"ד רש"י והקצה"ח והנתה"מ דא"ח קרן לבעלים כלל, וכמה שביארנו שכבר היה מוצא מרשות בעלים וא"כ אין כאן מעשה גזילה כלל שלא הפסידו, א"כ מ"ש גבי אבידה דעובר עכ"פ משום לא תגזול.

ונראה דכיון שאלמלא נטלו היה לבעלים אפשרות להשיגו ע"י סימן שיש לו באבידה ועכשיו ע"י שנטלו ע"מ לגזלו נבצר זה מבעלים, גם זה נחשב הוצאה מהבעלים דומיא דתברה או שתייה והוי בכלל גזילה. ועי' לק' (סג.) גבי דבר שאינו מסויים מה שנבאר בזה א"ה.

עוד בענין הנ"ל

עי' כתובות (לד:): אמר רבה גנב וטבח בשבת פטור, והק' הריטב"א למה צ"ל טבח בשבת, אפילו טבח בחול נמי כיון שהגניבה היתה בשבת באופן שקלב"מ א"כ אם אין גניבה אין ט"מ. ותי' וז"ל כבר תירצו שאם טבח בחול הרי היא כאילו חזרו וגנבו בחול ומחייב הקרן נמי דהא כל כמה דלא טבחו ברשותו דמריהו הוה קאי ויפה כיון ז"ל ומתבררין דבריו ממה דאמרין בפרק מרובה במאן דגזל חביתא דחמרא מחבריה מעיקרא הוה שוה זוזי ולבסוף שוה ד' אתבר ממילא משלם זוזי תברה או שתייה משלם ד' כי השתא עכ"ל.

וק' נהי דהטביחה היא כגניבה אבל כיון שכבר הוא ברשות הגנב א"כ יהיה דינו כגונב מן הגנב.

[והגרעק"א שם כתב דכיון שהיתה הגניבה בשבת ולא נתחייב עליה א"כ לא חלו קניני הגנב ואח"כ כשטובחו הוא כגונב מן הבעלים. ועי' לק' (סח:)) מה שנבאר בזה א"ה. אבל אי"נ שתהיה זאת דעת הריטב"א, דהא בפירוש מדמה ליה לתברה או שתייה אחר הגניבה. אלא אם כן נדחוק דהריטב"א לא נתכוון כ"א להביא ראיה לעיקר הסברא דכיון שהגניבה עדיין שייכת להבעלים לכן כשטובחו ה"ז כגזלו מן הבעלים, וה"נ בטובח אחר שגנבו בשבת, אבל מ"מ יש חילוק ביניהם דבתברה או שתייה אינו אלא כגזלן, אבל אינו כגנב להתחייב כפל, שהרי אי"ז גניבה מבית האיש. ונאמר דוגונב מבית האיש הוא מיעוט מחיובי גניבה דוקא ולא מחויבי גזילה. משא"כ גנב בשבת דלא חל בו דין גנב כלל א"כ הטביחה אח"כ היא כגניבה ממש, לחיבו דר"ה].

והנה לכ' היה אפשר עפ"י שי' הנתה"מ (וכן נתבאר דעת רש"י) דבא אחר ואכלו גרע מגונב מן הגנב, דכיון שמוציאו מן העולם א"כ הוא מוסיף בגניבה. אלא שיהיה כאן חידוש, דמדברי הנתה"מ וכן מדברי רש"י לא שמענו כ"א דבא אחר ואכלו הוא כגזילה, דלכאורה אותה תוספת בגזילה שמאבדו מן הבעלים לגמרי אין לו גדרים של מעשה גניבה, ולכל היותר אינו אלא גזילה. אבל הריטב"א מירי לענין חיוב דר"ה וא"כ יהיה מוכח שהטובח אחר הגנב הוא בדין גניבה לחייב כפל ודר"ה.

אבל הרי א"א לומר כן דהא מתניתין היא שאין הטובח אחר הגנב חייב דר"ה. (ועי' אר"ש פ"ג גניבה ה"ב.)

ב. ונראה לבאר דברי הריטב"א, והוא דכשגנב בשבת נהי דלא חלו עליו חיובי גניבה דקלב"מ אבל שם גנב אית לי' דקרין ביה וגונב מבית האיש, אלא דליכא מעשה לחיבו, ובזה כשטבח אח"כ הטביחה שהיא הוספה בגניבה יכולה לחיבו בחיובי גניבה. משא"כ בטובח אחר הגנב דאין עליו שם גנב כלל, אינו נעשה גנב ע"י הטביחה, ואינו אלא כמזיק. ולכל היותר כגזלן.

ולבאר זה יותר, דהנה אי' לק' (סז:) דטור"מ חייב משום שנשתרש בחטא. משמע מזה שחייב טור"מ הוא משום שהוא הוספה במעשה הגניבה. ועי' לק' (עט:) שור שהלך ברגלו בחמשה שה שהרכיבו על כתפו בארבעה, וצ"ב הרי חילוק זה הוא בגניבה ולא בטביחה, אלא ע"כ שהגניבה עצמה היא חלק מהמחייב של דר"ה, והיינו כנ"ל משום שהטביחה אינה מחייב בפנ"ע אלא השתרשות בגניבה הראשונה ועי"ז גדל החיוב.

ועי' בלשון התוס' לק' (סח. ד"ה מה) דחייב טור"מ משום דאהני מעשיו להוציאו מן הבעלים ע"ש.

ומעתה נראה דמה שהטובח אחר הגנב אינו חייב דר"ה, הוא משום שחסר אצלו המחייב של הגניבה הראשונה. דכיון שלא היה אצלו מעשה גניבה (שהרי הגונב מן הגנב נתמעט מדין גניבה) ממילא דא"א לחייבו על טביחה לחוד.

אבל הגונב בשבת ואח"כ טבח, הרי היתה שם גניבה שפיר, אלא שכיון שקלב"מ אותה הגניבה לא יכלה לחייבו בחיובי ממון. אבל עכ"פ גניבה יש כאן, ואח"כ כשטבחו הר"ז משתרש בחטא, ולזה חידש לנו הריטב"א דבמקום שלא נתחייב קרן וכפל ע"י הגניבה הראשונה (משום דקלב"מ) אותה הוספה בגניבה יכולה לחייבו בכל, גם בכפל וגם בדו"ה.

[ומ"מ קצ"ע מה שהביא הריטב"א ראייה מהא דתברה או שתייה משלם ד', דמה ראייה היא דילמא התם חיובו משום מזיק, ונראה דסמך על לשון הגמ' בב"מ דהיה שעתא הוי גזלן. ומה שהגמ' עצמה הוצרכה לטעם זה, דלכ' תפ"ל משום מזיק, עי' לק' בסוגיא דקרן כעין שגנב מה שנבאר בזה בכמה גוני עיי"ש. אולם בריטב"א מבואר יותר דבמקום שמעיקרא היה גנב א"כ מההיא שעתא דטבח הוי גניבה ג"כ.]

ג. עוד שמא יל"פ דברי הריטב"א עפ"י יסודו של הג"ר אהרן קטלר זצ"ל (וידובר בו לק' סה. אי"ה) דכל שחייב קרן, יהיה הטעם אשר יהיה ואפילו מטעם מזיק, סוכ"ס התשלומין הם דמי החפץ וכאילו החפץ בעין דמה לי הן מה לי דמיהן ומתקיים בתשלומין גם דין והשיב את הגזילה.

ולפי"ז י"ל דלעולם תברה או שתייה וכן בא אחר ואכלו הוא בדין גזילה ולא בדין גניבה דאי"ז וגונב מבית האיש. ולכן הטובח אחר הגנב אי"ח דר"ה דאינו אלא גזלן. אבל בההיא דהריטב"א הרי באמת גנבו מקודם בשבת, אלא דקלב"מ ואינו חייב בתשלומי גניבה, אבל כל זמן שהחפץ בעין ודאי חייב להחזירו כמבואר בסנהדרין בסוגיא דבא במחירת, ודעת הרמב"ן שם דהוא חיובא דאורייתא, וא"כ אפשר שמתקיים בו והשיב את הגזילה. ומעתה כשטבחו אח"כ ונתחייב בתשלומין, אפילו אם אי"ז אלא תשלומי גזילה או אפילו תשלומי מזיק אבל סוכ"ס הרי הוא כאילו מחזיר החפץ דמה לי הן כו' ומתקיים באותם הדמים גם דין השבת הגניבה, ושפיר יכול להתחייב גם בדו"ה.

אבל מ"מ לשון הריטב"א לא משמע כפי' זה דא"כ למה הוצרך לומר דהוי כאילו גנבו בחול דברשותא דמריה קאי, לא הר"ל לומר אלא דחייב משום מזיק, אלא משמע דבאמת הטביחה היא מעשה גניבה.

שם. ולא הטובח והמוכר כו'. לכ' המיעוט דוגונב מבית האיש נאמר גבי כפל ומנ"ל דפטור מדו"ה. תי' בתוס' חדשים (על המשנה) כי הא דאמרי' בב"מ (נז:) לענין גונב מהקדש דדר"ה אמר רחמנא ולא גו"ד. ולכ' אי"צ לזה כי גונב מן הגנב נתמעט דאי"ז מעשה גניבה כלל, כי אילו היה זה מעשה גניבה רק פטור תשלומין נאמר בו א"כ הטביחה היתה נחשבת כגניבה חדשה וכמש"כ הריטב"א לענין גנב בשבת ואח"כ טבח דהיה חייב על הטביחה כאילו גנבו מחדש, וכמה שביארנו לעי' דכיון שע"י הטביחה נשתרש בגניבה יכול הטביחה לחייבו על הכל. אע"כ דגונב מן הגנב אינו מעשה גניבה כלל, ומה דחייב קרן (כמבואר לק' סח.) היינו מדין גזלן, וממילא דאין בו חיוב דר"ה.

תוד"ה מרובה [א]. הק' הרי' מאורלינ"ש כו'. ק"ק מאי קושיא הא זה שאינו בא מן המעשר הוא תוצאה ממה דחייב באחריות, דלכן הר"ל דבר שבחובה, וא"כ אי"ז שיוור אלא הכל א'. וצ"ת.

שם. ועו"ל כו'. וק' דאכתי תק' מאינך ב' משניות, היינו מהמשנה דאין בין שבת ויוהכ"פ, והמשנה דאין בין שבת ויר"ט. ועי' שטמ"ק בשם הר"א מגרמיזא שכ' דאיה"נ לענ"ז עדיין צריכים להתירוץ הראשון.

עוד יש לעי' למה מתחילה הק' התוס' דוקא מהמשנה דאין בין נדרים לנדבות, ולא מהמשניות האחרות שנשנו קודם במס' מגילה.

ועי' כוס ישועות, ותו"ד בתוספת ביאור קצת, דמתחילה ג"כ ידעו התוס' דיש ליישב הא דתנן אין בין שבת ויר"ט אלא אוכ"נ, דאף ששייר מה שבשבת חייב כרת ומיתה אבל אי"ז נחשב שיור כיון שאינו מענין המשנה שמדבר במה שאסור ומותר בשבת ובי"ט. וכן הא דתנן אין בין שבת ליוהכ"פ כו' אף ששייר שביוה"כ אסור באכילה אבל אי"ז חשוב שיור כיון שאינו מענין המשנה. ולא הוקשה להם להתוס' מתחילה כ"א מהא דתנן אין בין נדרים לנדבות, והרי שייר מה שנדר אינו בא אלא מן החולין, ואין לומר שאי"ז שיור שאינו מענין המשנה, דזה אינו שהרי בודאי גם זה הוא מענין המשנה שהרי המשנה מדבר מחובת ההבאה דנדר ונדבה, ובודאי מענין זה הוא אם יכול לצאת יד"ח ההבאה ע"י מה שיביא ממעות מע"ש.

ולזה תי' התוס' בתי' הא' שמה שאמר מתחילה אין בין נדרים לנדבות פירושו הוא אין חיוב ההבאה בנדר יותר חמור מאשר חיוב ההבאה בנדבה אלא לענין חיוב אחריות. ולכן לא הזכיר מה שנדר אינו באה אלא מן החולין כיון דאי"ז חומר בחיוב ההבאה. ואגב זה כתבו דה"נ יש לפרש באינך ב' משניות דאין בין כו'. אבל מ"מ עיקר הקושיא אינה אלא מנדרים ונדבות. ולכן כשתי' בתי' הב' דהמשנה דנדרים ונדבות מיירי בעולות לא הוצרך לתרץ אינך ב' משניות, כיון שמתחילה לא היתה הקושיא משם.

תוד"ה מרובה [ב]. תוס' הקשו מאי שייר דהאי שייר ות' דשייר שותף שגנב מחבירו ושותפין שגנבו וטבח אחד מהן שלא מדעת חבירו. ועי' לק' (עח:): דשניהם נתמעטו וטבחו כולו ופרש"י דבעינן כולו בחיובא. ובשותף שגנב מחבירו החצי שלו אינו בחיובא שהרי אינו גנוב כלל, ובשותפין שגנבו החלק שגנב חבירו אינו בחיובא דהו"ל טובח אחר הגנב.

ועי' תוס' ר"פ שהקשה לל"ק מאי ס"ד לדייק דטוט"ג חייב דו"ה כיון דתני מרובה, הא חזינן דשייר הנך תרתי. (ועי' מהרש"א ומהר"ם מש"כ בזה.)

ועוד הוסיף תור"פ דאיכא גם שיור שלישי והיינו גנב משני שותפין והודה לאחד מהם. ותמוה דזהו הס"ד דר"נ בגמ' (עא:): דפטור משום דחמשה בקר אמר רחמנא ולא חמשה חצאי בקר, אבל לאורתא הדר ביה ואמר חמשה בקר ואפילו חמשה חצאי בקר. (ושם ל"ש הפטור דוטבחו כולו בחיובא, דמיירי שהודה אחר הטביחה, כמו שביאר רש"י (עח:): עיי"ש.)

ב. והנה עי' רש"י (קו:): ד"ה בשותף, לענין שותפין שגנבו וטבח אחד מהם שלא לדעת חבירו, שכתב רש"י דפטור מדו"ה דחמשה בקר אמר רחמנא ולא חמשה חצאי בקר, והכא לא קרינן וטבחו כולו בחיובא עיי"ש. ותמה הגרעק"א בגלהש"ס למ"ל לרש"י תרי טעמי, וכתב דשמא צריך לגרוס אי"נ. ואכתי קשה דהא מסקנת ר"נ דחמשה בקר ואפילו חמשה חצאי בקר כנ"ל.

ונראה לבאר בדעת רש"י שהבין דהך טביחה כולה בחיובא היינו שכל מה שחייב עליו דו"ה יהיה נשחט בחיובא. והוקשה לו אם איתא דחמשה בקר ואפילו חמשה חצאי בקר – כמסקנת ר"נ – א"כ למה אי"ז כולה בחיובא, הרי גנב חצי בהמה ועל אותו חצי אנו באים לחייבו חמשה חצאי בקר, ואותו חצי בהמה הרי נשחט כולו בחיובא.

ולכן נקט רש"י דע"כ הך דרשא דכולה בחיובא נסמך על מה דחמשה בקר אמר רחמנא ולא חמשה חצאי בקר, וא"א לחייבו דו"ה על חצי הבהמה אלא על כולה דוקא. וכיון שלא גנב אלא חציה אין כאן טביחה כולה בחיובא.

וצריך לשני הטעמים. דאי משום וטבחו כולו בחיובא לחוד נימא דחייב חמשה חצאי בקר על גניבת ושחיטת חצי הבהמה, ואותו חצי שחייב עליו נשחט כולו בחיובא כנ"ל. ומאי דק, אי משום חמשה בקר ולא חמשה חצאי בקר לחוד נימא דכיון ששחט כל הבהמה, ואותה שחיטה היתה מקצתה בחיובא סגי בזה לחייבו חמשה בקר. אבל

השתא שנאמרו שתי הסברות, דא"א לחייבו חמשה חצאי בקר על חצי הבהמה, וע"כ אנו באים לחייבו חמשה בקר על כל הבהמה, והרי שחיטת כל הבהמה אינה כולה בחיובא, ולכן פטור.

וא"ת איך אפשר"ל כן, דהדרשא דכולה בחיובא נסמך על הדרשא דחמשה בקר ולא חמשה חצאי בקר, והרי ר"נ הדר ביה והסיק דחמשה בקר ואפילו חמשה חצאי בקר. צ"ל דהיינו בגונא דר"נ שהודה אחר השחיטה, דבשעת השחיטה באמת השחיטה חייבה אותה חמשה בקר, אלא שאח"כ הודה לאחד ונפטר מחצי, בזה ס"ל לר"נ למסקנא דשייך תשלומין של חמשה חצאי בקר. אבל השחיטה עצמה א"א שתחייב אותו אלא חמשה בקר דוקא, ולא חמשה חצאי בקר.

ונראה דכל זה בכלל דברי רש"י (עח:): ד"ה שותף שטבח שלא לדעת חבירו, אחר שביאר דפטור משום דליכא כולה בחיובא, הוסיף וז"ל ואף על גב דאמרן לעיל חמשה בקר ואפי' חמשה חצאי בקר הני מילי היכא שגנב בהמת השותפין וטבחו ואחר כך הודה לאחד מהם על חלקו דבשעת טביחה הואי כוליה בחיובא עכ"ל. ובפשוטו כונתו להקשות קושיא מן הצד, למה בגונא דר"נ לא אמרינן דפטור משום דבעינן וטבחו כולה בחיובא, ותי' דמיירי שהודה אחר השחיטה, אבל למה שנתבאר הקושיא היא ביתר שאת דעיקר דין וטבחו כולו בחיובא הוא רק משום דנקטינן שהשחיטה צריכה לחייבו חמשה בקר כנגד כל הבהמה ואותה שחיטה של כל הבהמה אין כולה בחיובא, ועל זה הקשה הרי ר"נ הסיק דחמשה בקר ואפילו חמשה חצאי בקר, ותי' דר"נ מיירי שהודה אחר השחיטה, דשייך להודות ולהפטר מחצי ולשלם חמשה חצאי בקר, אבל השחיטה עכ"פ צריכה לחייבו חמשה בקר כנ"ל.

ג. ותחילה חשבתי דשמא יש ליישב דברי תוס' ר"פ עפ"ז, דמש"כ דשייר גנב משותפין והודה לאחד מהם, כונתו כשהודה קודם השחיטה, דבכה"ג גם ר"נ מודה דחמשה בקר אמר רחמנא ולא חמשה חצאי בקר. אבל באמת אי"ז מספיק, דאם כונתו בכה"ג א"כ נמצא דכל הג' שיורים הם בחדא מחתא, דבכולם פטור משום שצריך להתחייב חמשה בקר כנגד כל הבהמה וליכא שחיטה כולה בחיובא. אבל לשון תוס' ר"פ לא משמע כן, דכשהקשה על הל"ק הא שייר הנך תלת, תי' שותף שגנב מחבירו ושותפין שגנבו וטבחו אחד מהם לחוד, וגנב משותפין והודה לאחד מהם לחוד, דל"ק ס"ל דשותף שגנב מחבירו ושותפין שגנבו וטבחו אחד מהם לא חשיב שיוור כיון דבעצם שייך על בהמה זו דר"ה רק שכאן לא נשחט באופן המחייב דר"ה, דהיינו שחיטה כולה בחיובא, ואילו הא דהודה לאחד מהם תי' דלא חשיב שיוור משום שאלמלא שהודה לא היה פטור, ומשמע להדיא דהא דהודה לאחד מהם אינו חסרון בשחיטה, ומשום דמיירי שהודה אחר השחיטה, והדרא קושיא לדוכתה הא הדר ביה ר"נ, וצ"ע.

תוד"ה יצאו קרקעות. עי' רמב"ם פ"ד גניבה ה"י שומר שגנב מרשותו כגון שגנב טלה מעדר שהופקד אצלו וסלע מכיס שהופקד אצלו אם יש עליו עדים חייב בכפל. והראב"ד כ' דא"ז כלום.

ובמ"מ ביאר קו' דלא מצינו כפל בשומר כ"א בטוט"ג. ובכ"מ תי' דזהו כשאינו לוקח החפץ אבל אם לקחו בדרך גניבה חייב כפל. אבל קו' דמ"ש מכל שולח יד דאינו חייב כפל (וכדמוכח ממה שנחלקו בגמ' בשולח יד ואח"כ טט"ג אם חייב כפל).

ובאר"ש ביאר דלא דמי לשולח יד בעלמא דאף שנוטל הפקדון לעצמו אבל אינו נפטר עי"ז מחיוב תשלומין שהרי כשהבעלים יתבעו הפקדון ממנו יצטרך לשלם, ובזה לא דמי לגנב שמונע מן הבעלים גם החפץ וגם שווייו. אבל כאן דקדק הרמב"ם לצייר שלקח טלה מן העדר, או סלע מן הכיס, והיינו כדי שלא ירגיש בעה"ב שנחסר לו טלה א' או סלע א'.

עוד ס"ל להאור"ש דגם להרמב"ם חיוב זה אינו מדין גנב ממש, דכיון דבהתירא אתא לידי' אינו בגדר גניבה ממש, אלא הוא מדין טוט"ג. ואע"ג דטוט"ג אי"ח כ"א בשבועה, היינו משום שאינו נפטר מתשלומין כ"א ע"י שבועה, נמצא שאינו מונע הדמים מן הבעלים כ"א ע"י השבועה, אבל בגונב טלה מן העדר וסלע מן הכיס שאין הבעלים מרגישים אי"צ שבועה כדי להתחייב משום טוט"ג.

ולפי"ז ביאר האור"ש ספיקת התוס' לעי' (נז: ד"ה נמצא) בש"ש שטען טענת גניבה בבעלים אם חייב כפל עיי"ש וביאר האור"ש שהצד שחייב הוא דאע"ג דאי"ח שבועה כיון שהיתה שמירה בבעלים מ"מ כיון שנפטר בלא שבועה חייב משום טוט"ג.

ולפי"ז יש ליישב קושיית התוס' דבקרע כיון שאי"ח שבועה א"כ היה מקום לחייבו משום טוט"ג אפי' בלא שבועה, ולכן צריך קרא לגלות דאין דין טוט"ג בקרקע כלל את"ד האור"ש.

ב. אכן ק' לסברא זו דטוט"ג אי"צ שבועה כ"א להפטר מן הבעלים ואינו מעצם גדר החיוב א"כ איך תתיישב הסוגיא לק' (סג): דפריך גנב עצמו מנ"ל דחייב כפל וכ"ת דיליף ק"ו מטוט"ג, מה התם דבהתירא אתא לידיה חייב כפל גנב דבאיסורא אתא לידיה לא כ"ש, דיו לבא מן הדין כו' מה להלן בשבועה כו', והרי לפי"ד האר"ש דגם טוט"ג אי"צ שבועה כ"א כדי להפטר (ובגונא דנפטר בלא שבועה חייב אפי' בלא שבועה) א"כ מה שייך להצריך שבועה בגנב ממש.

ומשמע דהשבועה הוא מעצם החיוב. וכן מורה לשון רש"י לעי' (נז): דקנסא משום שבועה עיי"ש². ולדעת האר"ש צ"ל דאחר דילפינן דגם גנב משלם כפל א"כ זה נעשה הגדר גם בטוט"ג.

ודברי הרמב"ם בגונב טלה מן העדר יל"פ דאינו מדין טוט"ג כ"א מדין גנב ממש, ואף דבתחילה בא לידו העדר בהתירא, אבל כל זמן שהיה שומר עליו היה נחשב ברשות הבעלים (עי' תורעק"א על משנתנו), ועכשיו שגנבו הוא נכנס ברשות השומר שגנבו, והוא בגדר באיסורא אתא לידיה. (ואינו כשולח יד בעלמא דשולח יד אינו מונע הדמים מן הבעלים משא"כ כאן וכמה שביאר האר"ש וכנ"ל). ולא דמי לטוט"ג דלא עשה מעשה גניבה בידים ולכן צריך שבועה.

ולפי"ז דברי התוס' (נז): צ"ל דמיירי ע"י שבועה, וכדעת הקצה"ח והנתה"מ (סו"ס רצ"א) דשמירה בבעלים צריך שבועה ע"ש. וא"כ צריך להבין מה היתה ספיקת התוס' שלא יתחייב משום טוט"ג, עי' בשטמ"ק שם בשם ר"א מגרמיזא דכיון שפטור מחמת בעלים ולא רק מחמת טענת גניבה לכן שמא אין בו דין טוט"ג. (וביאור דבריו תלוי במה שיש להסתפק בכונת התוס' אם כונתם דידיע' שהיתה השמירה בבעלים והשומר טוען נגנבה, או"ד גם זה מכלל טענתו שטוען נגנבה וגם טוען שהיתה השמירה בבעלים. ואם המדובר דלא ידעי' שהיתה שמירה בבעלים וזהו בכלל טענתו א"כ דברי הר"א מגרמיזא יל"פ בפשטות דכיון דלא סגי בטענת נגנבה אלא צריך טענת בבעלים ג"כ לכן אינו בדין טוט"ג. אבל אם הכונה דידיע' שהיתה שמירה בבעלים א"כ לא ברירא לי כונתו.)

שם. מש"כ דקופץ ונשבע אי"ח כפל. עי' ריטב"א לק' (קו). מבואר מדבריו פלוגתא בטעם דבר זה, דעת ר"ח דאינו נפטר ע"י קופץ ונשבע, וכיון שאי"ז שבועה הפוטרת ממילא דאי"ח משום ט"ג. ודעת הריטב"א דלעולם נפטר ע"י קופץ ונשבע רק גזה"כ הוא לענין ט"ג דבעי' שיהיה מושבע ע"י ב"ד.

שם. וי"ל דאיצטריך להיכא דנשבע ע"י גלגול. הנה שי' הרמב"ם (פ"ב שכירות ה"ג) דאף שעשו"ק נתמעטו מחיובי השומרים אבל חייב בפשיעה דפשיעה מטעם מזיק. ומבואר דעתו שיש חלות חיוב שמירה גם בקרקע ששייך לומר דפשע באותה שמירה (עי' ש"ך סי' ס"ו ס"ק קכ"ו). אבל הראב"ד שם פליג, וכן מבואר מדברי התוס' ב"מ (נז: ד"ה ש"ח) ושבועות (מב: ד"ה ש"ח) דאפילו פושע פטור.

וא"כ יל"ע לדעת התוס' מ"ט צריך קרא למעט נשבע ע"י גלגול הא אינו בדין שומר כלל. ומוכח לכ' א' מן השנים, או דס"ל להתוס' דחיוב טוט"ג הוא אפילו כשאינו שומר כלל, ואינו מחיובי השומרים כ"א מדין גניבה בעלמא. אבל זה קשה דא"כ למ"ל קרא לרבות טוט"ג באבידה. או דס"ל דאע"פ ששומר קרקע פטור אפי' מפשיעה אבל מ"מ יש עליו חלות שם שומר³.

² אלא דמ"מ אין חיובו משום איסור הפלאה דא"כ אכתי תק' איך ס"ד ללמוד חיוב גנב ממנו, ולא משמע שזהו קו' הגמ' דדיו לבא מן הדין כו'. וסוגיית הגמ' משמע שחיוב טוט"ג הוא משום גניבה אלא שנאמר בו תנאי דצריך שבועה, ולכן אם באנו ללמוד חיוב גנב מטוט"ג היה לנו להצריך תנאי זה דשבועה גם בגנב ממש. אלא נראה הגדר דכיון דבהתירא אתא לידיה לכן השבועה הוא מחייבו במקום מעשה גניבה, וע"י השבועה הוי כאילו באיסורא אתא לידיה. ומ"מ חיובו בגדר גניבה. ועוד ידובר בזה א"ה.

³ ועי' בשיעורי הג"ר דוב שווארצמאן שהעיר כי הראב"ד בהשיגו על הרמב"ם הנ"ל הק' עליו דאם חייב בפשיעה א"כ יהיה חייב לישבע שלא פשע. ומשמע לכ' דס"ל דאין עליו שם שומר כלל, דאם יש לו שם שומר א"כ מאי קושיא הרי הרמב"ם ביאר שיטתו דפושע משום מזיק אבל אינו מחיובי השומרים, משא"כ חיוב שבועה הוא בודאי מחיובי השומרים. אלא ע"כ דקו' הראב"ד דכיון שאין לו חיובי השומרים א"כ אין לו שם שומר כלל וממילא דאין כאן מזיק. אבל אי"ז מוכרח, דיל"פ קו' הראב"ד באופן אחר דה"ק דמה שפטור משבועה בעשו"ק הוא משום שפטור מתשלומין דאפילו נגנב אינו חייב וממילא אין סיבה לחיבו שלא נגנב, ולכן מק' דאם איתא דחייב

ועי' לק' (קז): א"ר ששת הטוט"ג בפקדון כיון ששלח בו יד פטור מ"ט ה"ק רחמנא ונקרב בעה"ב אל האלהים אם לא שלח ידו, הא שלח ידו פטור. וכ"פ הרמב"ם (פ"ד גניבה ה"ב) והוסיף טעם בזה שכיון ששלח יד נתחייב וקנהו. והק' הראב"ד דע"כ דברי רב ששת הם דלא כהלכתא דהא ר' יוחנן אמר דהטוען טענת אבד ונשבע וחזר וטט"ג פטור שכבר יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, ולמה הוצרך לטעם זה תפ"ל דכיון שטען טענת אבד הוי כופר בפקדון ונעשה גזלן מקודם, אלא ע"כ דר' יוחנן לית ליה דרב ששת.

ובדעת הרמב"ם ביארו האחרונים דבכופר בפקדון אף שנתחייב באונסין לא פקע מיניה שם שומר משא"כ כששלח בו יד. [ועי' תוס' (קז: ד"ה ושלח) ומש"כ הגרעק"א בחו"מ (סי' רצ"ד)].

עכ"פ מבואר שי' הרמב"ם דל"ש חיוב טוט"ג אא"כ נשאר עליו דין שומר.

שם. וא"ת גניבה בקרקע היכי שייכא. יש לעיין בכונת קושיתם. דאם כונתם להק' מהא דקרקע אינה נגזלת (כמבואר במשנה לק' קיז: דשטפה נהר אומר לו הרי שלך לפניך, ונלמד מקראי שם, וכן בסוכה לא. אמרינן דקרקע אינה נגזלת ואם תקף את חבירו והוציאו מסוכתו אינו בדין סוכה גזולה) א"כ מה תי' במשיג גבול, וכי במשיג גבול אם שטפה נהר אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, בודאי דתמוה לומר כן. אלא משמע דאי"ז קושיית התוס' כלל. (ובגוף הקושיא כיון דקרקע אינה נגזלת למ"ל קרא למעטו מכפל עי' לק' מה שיתבאר בעז"ה).

אלא בפשוטו כונת קו' התוס' דכל לקיחת קרקע היא בגלוי ולא בסתר וא"כ אינה גניבה אלא גזילה. ועי' תי' דמשכח"ל במשיג גבול בסתר. וכמש"כ הרמב"ם רפ"ז גזילה דאם משיג גבול עובר משום לא תגזול ואם עושה כן בסתר עובר משום לא תגנוב. וע"ע לק' ביאור אחר בקושיית התוס'.

שם. אי"נ כו'. לכ' תי' זה הוא דוקא לענין טוט"ג, אבל לענין גנב ממש הרי בשעה שגנב את הענבים נעשו תלושים והר"ז כגניבת מטלטלין. וכן מוכח מן הסוגיא דלק' (צו.) בקוצץ דקל דנעשה גזלן לקנות בשינוי עיי"ש.

ויש לדחות דדוקא לענין גזלן כיון דתיכף כשגזלו נעשה תלוש בידו הוי כגזילת מטלטלין, אבל לענין גניבה כיון דבעי' וגונב מבית האיש שהגניבה תהיה מרשות הבעלים, לכן כיון דכל זמן שהיתה הגניבה ברשות הבעלים היה מחובר אין כאן מעשה גניבה. זאת אומרת כיון דבגניבה גם מה שהוא בבית הבעלים קודם הגניבה הוא חלק מתנאי הגניבה, וכיון דבאותה שעה היה מחובר א"כ הרי הוא בכלל גניבת קרקע ואי"ח כפל.

ומ"מ עי' בתוס' שבועות (מב: ד"ה ואין בהם) משמע מדבריהם שתי' זה דעשר גפנים כו' קאי אטוט"ג דוקא.

והנה התי' הראשון בתוס' דמיירי במשיג גבול לכ' אינו עולה כ"א לענין גנב ממש, ולא לענין טוט"ג, וכ"כ בשטמ"ק בשם הר"א מגרמייזא, אבל בשם הר"פ המציאו ציור של משיג גבול גם בטוט"ג. ולפי"ד הר"א מגרמייזא אם נאמר שהתי' השני של התוס' הוא לענין טוט"ג דוקא א"כ נמצא שהתי' הראשון הוא נצרך לגנב והתי' השני לטוט"ג ואין כאן שני תירוצים חלוקים אלא תירווייהו צריכי. ולשון התוס' לא משמע כן.

שם. הנה יש לעי' אם המעשה גניבה דטוט"ג הוא הקבלה הראשונה, והשבועה אינה אלא תנאי. או"ד השבועה עצמה היא מעשה הגניבה.

בפשיעה א"כ יהיה חייב להשבע עכ"פ שלא פשע. והראב"ד לשי' (פ"ה טו"נ ה"ו) דבשטרות צריך להשבע שבועה שאינו ברשותו, והביאור דכיון שאם השטר ברשותו בודאי חייב להחזירו א"כ יש סיבה לחייבו שבועה שאינו ברשותו. את"ד.

ולכ' יש לתלות דבר זה במחלוקת הראב"ד והרא"ש, שדעת הראב"ד (פ"ד גניבה ה"ב) דאם טבח ומכר ואח"כ ט"ג חייב דו"ה. [והראב"ד לשי' דשולח יד ואח"כ ט"ג חייב]. אבל עי' בגמ' לק' (קו:) דש"ט היכי משכח"ל ט"ג שאכלו ולא יתחייב על האכילה דו"ה משום שטבח, וכ' השטמ"ק בשם הרא"ש דהר"מ למימר כגון שאכלו קודם שט"ג דכה"ג אי"ח דו"ה. אבל בתוס' רי"ד שם כתב דגם בכה"ג חייב דו"ה, וכהראב"ד.

והיינו דהרא"ש ס"ל דהגניבה היא השבועה, וא"א שיקדים הטו"מ להגניבה. והראב"ד והתוס' רי"ד ס"ל דהגניבה היא המסירה הראשונה, וא"כ שפיר קדמה הגניבה להטו"מ.

והנה מדברי התוס' לכ' יש להביא ראיה דס"ל כהראב"ד, שהרי התוס' כתבו דבציור דעשר גפנים טעונות כו' פטור מחיוב ט"ג דהוי בכלל קרקע. והרי לשי' הרא"ש שהגניבה היא השבועה, למה ייחשב זה טו"ג בקרקע, הא בשעה שנשבע כבר היה תלוש. אע"כ דס"ל שעיקר הגניבה היא המסירה הראשונה, ובאותה שעה היה מחובר.

ואין לדחות דכיון שמסר לו קרקע לא נעשה שומר ולכן אין השבועה דאח"כ מחייבתו. זה אינו דהרי כבר הוכחנו מתחילת דברי התוס' (דצייר טו"ג בקרקע שנשבע ע"י גלגול) דס"ל או דט"ג אי"צ לדיני השומרים או די שם שומר על קרקע.

אע"כ כנ"ל שדעת התוס' שהשמירה היא המסירה הראשונה, וכיון שבאותה שעה היה קרקע לכן הוא מתמעט מחיוב טו"ג.

אבל א' מהלומדים הקשה דמ"מ אח"כ כשתלש הענבים למה לא יחשב אותה שעה כשעת הגניבה.

ולבאר הקושיא יותר, דהנה הבאנו לעי' מה שנח' בגמ' לק' (קז:) אם שולח יד ואח"כ ט"ג חייב. ויש לעיין לדעת רב ששת דשולח יד ואח"כ ט"ג פטור א"כ אזלא תירוץ התוס', דהא בשעה שהוא עצמו נטל הענבים נעשה שולח יד, ופשיטא שפטור אח"כ כשטוט"ג. אבל נראה דלק"מ, דמאן יימר שהוא נטל את הענבים בדרך שליחות יד, שמא נטלם בדרך שמירה, ורק אח"כ החליט להחזיקם לעצמם וט"ג.

אלא דעדיין ק', דכמו דבעלמא אמרינן שע"י שנשבע אח"כ נעשה קבלת השמירה למעשה גניבה וכנ"ל – ואף שמתחילה אתא לידיה בהתירא – ה"נ נאמר שע"י שנשבע נעשה אותה לקיחת הענבים שהיתה בהיתר ובדרך שמירה למעשה גניבה. וצ"ת.

ושוב התבוננתי שאפשר לבאר את דברי התוס' באופן אחר, דלעולם ס"ל שהשבועה היא המעשה גניבה. (וכדעת הרא"ש הנ"ל.) אלא שהשבועה היא על השמירה שנתחייב מתחילה, שנשבע שהוא פטור מאותו חיוב כיון שנגנבה. וכיון שהקבלת שמירה היתה על קרקע, א"כ השבועה היא על קרקע, היינו על מה שנתחייב לשמור את הקרקע. ולא איכפת לן במה שהענבים עצמם הם תלושים בשעת השבועה. וזה נראה נכון בס"ד.

(ולפי"ז יהיה מוכרח כהך צד שצדדנו לעי' דס"ל להתוס' שיש שם שומר על קרקע.)

בענין קרקע אינה נגזלת

א. הנה בסוגיין מצריך הגמ' קרא לפטור שטר וקרקע מחיוב כפל, וק' דלק' (קיז:) נחלקו חכמים ור"א בגזל קרקע ושטפה נהר דעת חכמים דאומר לו הרש"ל, והכי קי"ל, ומבואר בגמ' שם דילפינן מן המקראות בפרשת וכחש בעמיתו למעט קרקע ושטרות. ובפשוטו היינו דנתמעטו מחיוב השבה (דבאותה פרשה כתי' והשיב את הגזילה אשר גזל), וכן משמע ברש"י שם דנתמעטו מהשבון, ובגמ' סוכה (לא.) אמרו דנחלקו חכמים ור"א אי קרקע נגזלת, והיינו אותה פלוגתא הנ"ל. ומעתה ק' כיון דקרקע אינה נגזלת ואינה בהשבון, וכן שטרות, א"כ פשיטא דאין בהם חיוב כפל ולמה צריך קרא למעטם⁴.

⁴ לכ' היה אפשר להנה בקרא כתיב והשיב את הגזילה דהיינו כשהגזילה בעין, אבל אם אינו בעין חייב בתשלומין, וכתב הגר"ח (פ"ט גזילה ה"א) שהוא נלמד מקרא דושלם, והביא זה מתו"כ. ולפי"ז היה אפשר לומר דמה דממעטין קרקע ושטרות הוא דוקא מחיוב תשלומין, ולכן בשטפה נהר אומר לו הרש"ל ואינו חייב בתשלומי מה שנחסר. אבל מחיוב השבת הבעין לא נתמעטו. ושפיר היה ס"ד דכשמישב הקרקע והשטר בעין חייב גם כפל.

ב. ונקדים דברי הגר"ח, דהנה מבואר במשנה (ק"ז): דאם גזל קרקע ושטפה נהר אומר לו הרי שלך לפניך. ובמשנה (צ"ו): נחלקו ת"ק ור"מ אם ה"ה בעבדים והזקינן, ובגמ' שם מבואר דפלוגתתם תלוי אם מקשינן עבדים לקרקעות. והרמב"ם פ"ג דגזילה פסק דעבדים והזקינן אומר לו הרש"ל. (אבל עי' במהודרת פרנקל בשינויי נוסחאות שיש נוסחאות שבהם פסק הרמב"ם דלא מקשינן עבדים לקרקעות ואם הזקינן העבדים חייב לשלם.)

ועי' ברמב"ם (פ"ט גזילה ה"א) וז"ל הגוזל קרקע מחבירו והפסידה כגון שחפר בה בורות שיחין ומערות או שקצץ את האילנות ושחת המעינות והרס הבנין חייב להעמיד לו בית או שדה כשהיו בשעת הגזלה או ישלם דמי מה שהפסיד. אבל אם נשחתה מאליה כגון ששטפה נהר או נשרפה באש שירדה מן השמים אומר לו הרי שלך לפניך, שהקרקע בחזקת בעליה קיימת ואין אחריות הפסדה עליו אלא אם כן הפסיד בידו, מה שאין הדין כן במטלטלין ובעבדים כמו שביארנו עכ"ל.

ובהשגות וז"ל א"א אמת הוא זה אלא שהוא לא ביאר כן שהרי עשה עבדים כקרקעות לענין גזלה שהרי הזקינן אומר לו הרי שלך לפניך מיהו הני מילי לענין כחשה אע"ג דלא הדרא גזלה מיהא בעינה איתא ואומר לו הרי שלך לפניך אבל מ"מ נגזלים הם ונקנים ביאוש כדכתיב וישב ממנו שבי ואמרינן (גטין לז) העבד שנשבה ופדאוהו אם לשם בן חורין ואחר יאוש לא ישתעבד לא לראשון ולא לשני אלמא לאו כקרקע דמי דהא קני נפשיה ביאוש הילכך כשמת העבד או נשרף משלם את דמיו שהרי משמת אין שלו לפניו וכשמת לגזלן מת עכ"ל.

מבואר בראב"ד שני חילוקים, חדא דאף דמקשינן עבדים לקרקעות מ"מ יש בהם חילוק דקרקע אינה נגזלת כלל ולכן אינו נקנה ביאוש ואילו עבדים מבואר בגמ' דנקנה ביאוש הרי שיש בו דין גזל לענ"ז. (ועי' תוס' סוכה ל: ס"ל דקרקע אינה נקנית ביאוש אבל דעת התוס' ב"ב (מד.) דקרקע נקנית ביאוש כמו עבדים.) ועוד חילק הראב"ד, דכיון דעבדים חל בהם דין גזל לכן אף דבעבדים והזקינן אומר לו הרי שלך לפניך, אבל אם מתו חייב לשלם. והסברא צ"ב דכיון דנתמעטו מחיוב השבון א"כ מה לי אם הזקינן מה לי אם מתו. והרי אלמלא קרא גם קרקע היתה נגזלת (כדס"ל באמת לר"א) וא"כ השתא דאיכא קרא הן בקרקע והן בעבדים שהוקשו לקרקעות מהיכ"ת לחלק ביניהם.

וביאר הגר"ח דבגזילה אי' שני דינים, חדא חיוב השבה והוא דין מסויים בגזילה, ועוד חיוב תשלומין כשאינו בעין, דנלמד מקרא דושלם, והוא חיוב מזיק. ומה דממעטין קרקעות (וכן עבדים שהוקשו לקרקעות) מקראי דוכחש בעמיתו הוא דוקא מחיוב השבה, ולא מחיוב ושילם שהוא מדין מזיק. אלא דבקרע כיון שאין חלים בה דיני גזילה וקניני גזילה ממילא דהיא נשאת ברשות בעליה ואין שם מעשה גזילה כלל, ולכן אפילו דין מזיק אין בו. אבל בעבדים כיון שבמציאות ניטלים מרשות הבעלים לכן אף שנתמעטו מחיוב השבה אבל נשאר בהם חיוב תשלומין מדין מזיק. ולכן קרקע אינה נקנית ביאוש כיון שאינה נגזלת כלל, משא"כ עבדים כיון שחל בהם מעשה גזילה נקנים ביאוש, דלא נתמעטו כ"א מחיובי גזילה ולא מעצם מעשה הגזילה. ואשר על כן אם העבדים הם בעין אלא שהזקינן אומר לו הרש"ל, דנתמעטו מחיוב השבה, אבל אם אינם בעין חייב לשלם מדין ושלם, דהוא מדין מזיק, דמזה לא נתמעטו את"ד הגר"ח.

ולכ' הדברים צ"ע דאיך אפש"ל דמה שבעבדים והזקינן אומר לו הרש"ל הוא שנתמעטו מדין השבה, הרי אדרבא זהו מיעוט מחיוב תשלומין שאי"ח לשלם מה שהוכחשו. אכן ביאר דברי הגר"ח, דבאמת אפילו אם הוכחשה הגזילה מ"מ כל שמחזירו בעין אין שם המזיק דגזילה ואינו בכלל חיוב ושלם. ומה שמחוייב להשלים החסרון אינו מדין ושלם כ"א מדין והשיב את הגזילה אשר גזל, שנעשה אחראי להחזיר הגזילה כעין שגזל, ואם הוכחש מחוייב לשלם כעין שגנב. ועבדים נתמעטו מדין זה, ולכן אם הזקינן העבדים אומר לו הרש"ל, ואי"ח לשלם מדין ושלם דכיון שעכ"פ מחזיר העבדים אין שם המזיק דגזילה.

ומקור לזה שחיוב השבה כולל גם אחריות להשלים מה שהוכחש, מהגמ' בסנהדרין (עב.) דחיוב גנב באונסין הוא "מידי דהוי אשואל".

אבל א"א לומר כן דבגמ' סוכה (לא). מבואר דכיון שקרקע אינה נגזלת אינה בכלל פסול מהבב"ע, ואם איתא דבאמת יש חיוב השבה בקרקע כשהוא בעין, ולא נתמעט כ"א מתשלומין כשנחסר, א"כ למה לא יחול עליו דין גזול לענין מהבב"ע.

והנה הגר"ח שם כתב להיפך, דהמיעוט לק' הוא מחיוב השבה, אבל מחיוב תשלומין לא נתמעטו (ויתבאר בסמוך). ואם כן י"ל דהיינו דס"ד דכשאינם בעין חייב כפל, מדין תשלומין. [וכיון שהבעין אינו בעמוד והשב לא חשיב גזול לענין מהבב"ע כמו שכתבו ראשונים לענין גזילה אחר יאוש.]

אבל ק' דזהו היפך סברת התוס' דהמיעוט דסוגיין מירי כשהשטר הוא בעין.

אלא דבגמ' שם משמע דגם כשאין הגזילה בעין כגון חבית שנשברה חיוב התשלומין הוא "מידי דהוי אשואל", עיי"ש בסוגיא, ואילו למתבאר שיטת הראב"ד דרק בעבדים והזקיני וכן בשטפה נהר הוא דהוי חיוב אחריות, אבל כשמת העבד חייב לשלם מתורת תשלומי מזיק. ושמא הראב"ד יפרש דכונת הגמ' רק להביא ראיה משואל דשייך חיוב אונסין אפילו כשלא קנה החפץ. אבל רש"י לא פירש כן אלא דחיוב גנב הוא דומיא דשואל ממש שכל הנאה שלו עיי"ש⁵.

ג. ובאמת לפי המבואר יש מקום לדון ולבאר שיטת הראב"ד באופן אחר קצת מדברי הגר"ח, דלעולם אין כאן שני חיובים – חיוב השבה וחיוב ושילם – אלא חיוב אחד דהשבה, דמחוייב להחזיר הגזילה, או הוא או דמיו. והכל מדין והשיב. ועוד נתחדש בקרא ד"אשר גזל" חיוב אחריות על הגזילה שמחוייב להשיב. אלא יסוד שיטת הראב"ד דס"ל דהמיעוט דוכחש בעמיתו אינו ממעט עיקר חיוב והשיב, אלא הוא מיעוט מחיוב אחריות דוקא. דאם שטפה נהר אינו אחראי על ההפסד. אבל אינו מיעוט מעצם חיוב ההשבה. ולכן אם מתו העבדים חייב לשלם לקיים עיקר דין והשיב, דמזה לא נתמעטו עבדים, ורק אם הזקיני דרשינן דאומר לו הרש"ל ואינו חייב באחריות ההפסד.

ובפשוטו כן מתבאר מדבריו הראב"ד בחידושי, דהנה במשנה (קטז:): הגוזל שדה מחבירו ונטלוהו מסיקין חייב להעמיד לו שדה. ודעת כמה ראשונים דאינו אלא קנס שהרי מעיקה"ד קרקע אינה נגזלת. אבל בחי' הראב"ד כתב דאף דבשטפה נהר אומר לו הרש"ל אבל מ"מ השבה בעי, ולכן בנטלה מסיקין חייב להעמיד לו שדה. הרי מבואר להדיא חילוק זה, דלא פטרינן קרקע כ"א מחיוב אחריות, ולא מעצם חובת השבה, ולכן אף דבשטפה נהר אומר לו הרש"ל אבל כשנטלוהו מסיקין לגמרי מחוייב להעמיד לו שדה אחר. והוא מקביל ממש לדברי הראב"ד בהשגות לענין עבדים. ומפורש בדברי הראב"ד דהביאור הוא דאף שיכול לומר לו הרש"ל אבל מ"מ לא נפטר מעיקר חובת ההשבה.

וזה ממש כמו שחילק הראב"ד בהשגות דבעבדים והזקיני פטור, דעבדים נתמעטו מאחריות, אבל השבה בעי.

אלא דלכאורה אין דברי הראב"ד בחידושים שוים לגמרי לדבריו בהשגות, דבחידושו כתב כן לענין קרקע, ואילו בהשגות מבואר דלא אמר חילוק זה כ"א לענין עבדים, אבל קרקע אינה נגזלת כלל.

וקשה לפי"ד בהשגות דקרקע אינה נגזלת כלל, והיינו לכאורה משום דכל היכא דאיתא ברשותא דמרה איתא, ול"ש בה גזילה. אבל ק' א"כ למ"ל קרא למעט קרקע.

ועו"ק לפי דבריו בחידושים דגם בקרקע השבה בעי, א"כ תקף את חבירו והוציאו מסוכתו אמאי כשרה, כדאיתא בסוכה (לא). ומשום דקרקע אינה נגזלת, והרי השבה מיהא בעי.

ד. וברור בזה, דנתבאר דבגזילה איכא שני דברים, חיוב השבה דהיינו או הוא או דמיו, וחיוב אחריות. ודעת הראב"ד דהמיעוט דקרא הוא מחיוב אחריות דוקא, אבל השבה בעי. אבל בקרקע ל"ש חיוב השבה, שהרי היא מושבת ועומדת, אלא שהגנב חייב לפנות את עצמו.

ולכן לר"א דקרקע נגזלת, היינו דחל בה חיוב אחריות, דזה שייך שפיר בקרקע, וא"כ כשתקף את חבירו והוציאו מסוכתו הרי נתחייב באחריות הקרקע והו"ל סוכה גזולה. אבל לחכמים הרי עבדים וקרקעות נתמעטו מאחריות, והגם דהשבה בעי, אבל בקרקע ל"ש זה, שמושבת ועומדת, ולכן אין הסוכה נחשב גזולה. וכל זה בגזילה דעלמא וכגון תקף את חבירו והוציאו, אבל בנטלוהו מסיקין באמת אין הקרקע מושבת ועומדת, ובכה"ג גם קרקע נגזלת שהרי השבה בעי.

ולפי"ז אין סתירה בין דברי הראב"ד בהשגות לדבריו בחידושים, דבהשגות מיירי בגזילה בעלמא ובזה עבדים בעו השבה אבל קרקע מושבת ועומדת. ואילו בחידושו קאי על המשנה דנטלוהו מסיקין, ובזה גם בקרקע בעי השבה.

ה. וגם הרמב"ם נראה שסובר כן, ממש"כ (שם) דאם חפר בה בורות כו' חייב להשיב לו שדה כמו שהיתה בשעת

⁵ והנה לכ' דברי רש"י קשים איך אפשר לחיוב אחריות דגזלן נלמד משואל. והרי גזלן חייב אפילו בבהמה שהזקינה, וכי אפשר לומר דאם שאל בהמה והזקינה מחוייב לשלם מה שנחסר ע"י זקנה. ואפילו למ"ד דמשעת משיכה נתחייב באונסיה פשיטא דאי"ח על מה שהזקיני העבד. אבל יש ליישב בפשיטות דשואל לא נתחייב להשיב כ"א בתום ימי השאלה, וממילא דלא נתחייב להשיב כ"א בהמה שהזקינה לפי מידת ימי השאלה, משא"כ גזלן מחוייב להשיב מיד ולכן חייב אפילו על מה שהזקינה.

הגזילה או לשלם, ומשמע מלשונו שא"ז מחיוב מזיק – דמה ענין מזיק לשעת הגזילה – אלא מחיוב גזילה. והיינו משום שמה שחפר בורות הוי הוספה בגזילה, כסברת הנתה"מ (ל"ד ה'), ומה שחיסר מהקרקע ואיבד מן העולם חייב להשיב, או הוא או דמיו, ואי"ז ענין לחיוב אחרית, אלא הוא בכלל חיוב השבה שמזה עבדים וקרקעות לא נתמעטו.

ו. ולפי"ז ניחא למה צריך קרא למעט קרקעות מכפל. דהיינו לגונא שאינה מושבת ועומדת, והשבה מיהא בעי, וצריך קרא ללמד דמ"מ אי"ח כפל.

ולפי"ז יש לנו פירוש חדש בדברי התוס' שהקשו איך משכח"ל גניבה בקרקע, דקושייתו באמת משום שקרקע אינה נגזלת, דהיינו שאין בה חיוב אחריות, ואילו חיוב השבה לכאורה ל"ש בקרקע שהרי מושבת ועומדת. ולזה תירצו התוס' דמשכח"ל במשיג גבול, דס"ל דגם במשיג גבול אין הקרקע מושבת ועומדת, עד שיתקן את הגבול, ובכה"ג השבה בעי, וצריך קרא למעט מכפל.

ז. ולפי"ז יש לפרש דברי התוס' ר"פ איזהו נשך (ב"מ סא.) התמוהים, דעי"ש בגמ' דמבע"ל למאי איצטריך הלאו דלא תגזול והרי יכולים ללמוד איסור גזילה במה הצד מרבית ואונאה. והקשו התוס' דאמאי לא תי' דאיצטריך לאיסור גזל עבדים, דאינו יכול להיות למד מאונאה דאין אונאה בעבדים. ואף דקרקע אינה נגזלת, אבל אינו מקרא אלא מסברא שאינה זזה ממקומה, אבל עבדים שפיר נגזלים, וא"כ נימא דלזה צריך קרא דלא תגזול עיי"ש. ותמוה דהא קרקע אינה נגזלת לאו מסברא הוא אלא מקרא כמבואר בגמ' (לק' קיז:): דר"א וחכמים נחלקו בדרשת הקרא דוכחש בעמיתו.

אבל לנ"ל ניחא, דהקרא אינו ממעט אלא מחיוב אחריות, אבל השבה בעי, וא"כ עבדים שפיר נגזלים לענין דאם מתו חייב לשלם. ואף דקרקע אינה נגזלת ואפילו השבה אי"צ, כמבואר בגמ' בסוכה, היינו משום שאינה זזה ממקומה והיא מושבת ועומדת.

וא"ת א"כ הו"ל להתוס' להקשות עוד דהקרא דלא תגזול נצרך לא רק לגזל עבדים אלא לגזל קרקע, ובגונא שאינה מושבת ועומדת, דהיינו במשיג גבול. אבל זה אי"ק, דהגמ' מחפשת ציור של לא תגזול שאינו בכלל לאו אחר עיי"ש בסוגיא, ואילו משיג גבול כבר יש לו לאו בפנ"ע.

(ועדיין יל"ע למה לא הקשו דצריך לקרא לאיסור גזל קרקע היכא דנטלוהו מסיקין. אכן אדהכי קשה בתוס' בסוגיין למה לא תירץ דצריך קרא למעט מכפל בנטלוהו מסיקין. ושמא ס"ל דגם בנטלוהו מסיקין הוי מושבת ועומדת, רק אריא רביע עליה, והמשנה (קטז:): שחייבו לשלם אינה אלא משום קנס. ורק במשיג גבול הוא דצריך מעשה השבה ע"י השבת הגבול.)

תוד"ה יצאו שטרות. יל"ע מאי קשיא להו, נהי דשורף שטרותיו אי"ח משום מזיק למאן דלא דאין דינא דגרמי, אבל גנב חייב אפילו באונסין, דחייב באחריות הגניבה מידי דהוי אשואל, ואפשר דאחריות זו כוללת גם שריפת שטרות.

והיה אפש"ל דעבדים הרי נתמעטו מוכחש בעמיתו כמבואר לק' (קיז:), ונתבאר לעיל דהיינו מחיוב אחריות, אבל השבה מיהא בעי. וחיוב השבה דהיינו השבת דמיו ס"ל דהוי כעין חיוב מזיק, וכל שפטור משום מזיק פטור משום השבת דמיו.

ב. אבל עיי' בתוס' שבועות (לז:): שהקשו למ"ל קרא דוכחש למעט שטרות מהשבה, והרי ממנ"פ אם השטר בעין בודאי חייב להשיבו גם לאחר הקרא, ואם אינו בעין למה צריך קרא לפטור הרי אפילו שורף שטרותיו של חברו פטור למאן דלא דאין דינא דגרמי. ודבריהם צ"ב והרי אלמלא המיעוט באמת היה חייב באחריות, ונימא שהאחריות היא גם על שריפת השטר.

אלא צ"ל דפשיטא להו להתוס' דל"ש חיוב אחריות אלא על היזק, וכל שהיה פטור אילו עשאו בידיהם לא חשיב היזק, ול"ש בו חיוב אחריות.

ג. ועיי"ש בתוס' שתירצו דפטור גרמי היינו כששרפו במקומו, אבל נטלו ושרפו חייב. דהיינו דכשנטלו ונעשה עליו גנב חייב על שריפת השטר.

ודברי התוס' צ"ב מה לי נטלו ושרפו נהי דנעשה גנב הרי ממנ"פ אי משום מזיק הר"ז גרמי, ואי משום אחריות הגניבה הא פשיטא להו להתוס' דל"ש אחריות בגרמי כנ"ל, ואם חזרו לסבור דשייך אחריות גם בגרמי א"כ למ"ל ששרפו בידים.

וביאור דברי התוס' תלוי במה שנחלקו הפסקי תוס' עם הש"ך (שכ"ו ג'), שהש"ך פי' שכונת התוס' דאלמלא המיעוט היה חייב בנטלו ושרפו, והמיעוט בא לפטרו אפילו בנטלו ושרפו, אבל הפסקי תוס' כתב דגם לבתר קרא חייב בנטלו ושרפו, וע"כ דכונת התוס' דכיון דחייב בנטלו ושרפו לכן היה ס"ד לחייב בנשרף מאליו ולזה צריך קרא.

ולפי' הש"ך צ"פ דאמנם ל"ש אחריות בגרמי, ולזה לא צריך קרא, אבל בנטלו ושרפו אין החיוב משום אחריות אלא משום דחשיב מעשה גזילה, וכסברת הנתה"מ (ל"ד ה'), ולכן היה ס"ד לחייבו משום גזילה. ויהיה צ"ל דחיוב גזילה שייך אע"פ שמשום מזיק היה פטור, ודבר זה צ"ב.

גם יהיה מבואר לפי"ד הש"ך דהמיעוט בא למעט לא רק מחיוב אחריות – וכמש"נ לעיל בדעת הרמב"ם והראב"ד – אלא גם מחיוב השבת דמי הגזילה. ולפי"ז יקשה למ"ל קרא למעט שטרות מכפל, דלעיל תירצנו משום שלא נתמעטו אלא מאחריות, אבל השבה בעי. ושמה יהיה צ"ל דקרא דוכחש ממעט בגזילה, וקרא דסוגיין ממעט בגניבה.

אבל לפי' הפסקי תוס' אדרבא, בנטל ושרף חייב גם לבתר קרא, והיינו כשיטת הרמב"ם דהמיעוט אינו אלא מחיוב אחריות ולא מחיוב השבה. אלא דכונת התוס' דכיון דאם נטל ושרף היה חייב לשלם מדין השבת הגזילה, ממילא שייך חיוב אחריות אפילו כשנשרף מאליו. וגם זה צ"ב מסברא.

[דף ס"ג ע"א]

תוס' ד"ה רעהו. וא"ת דלק' נפק"ל בפרקין כו'. בתוס' שבועות מ"ב תי' דחד בגנב וחד בטוט"ג. ויל"ע למה לא תי' כן גם כאן. ושמה ס"ל דכיון שהוקשו (כמבואר בסוגיא לק') לכן אי"צ ב' מיעוטים.

ובאמת תמוה דתרי רעהו כתיב ובגמ' ב"מ מבואר דרעהו קמא קאי אחיוב שבועה דאי"ח שבועה להקדש ורעהו בתרא (ישלם שנים לרעהו) דאי"ח כפל להקדש. ולפי שיטת התוס' בסוגיין דכפל ושבועה הכל אחד א"כ למ"ל תרי קראי. ועי' פנ"י שכתב שזהו באמת קו' התוס', ותירוצם דחד לגנב ממש. אבל הוא סתום מאד בלשון התוס' וצ"ע.

שם. ואגב דגבי גנב איצטרך למנקט האי ליטנא כו'. הביאור דעי' בגמ' לק' (עו). ר"ש אמילתא אחריתא קאי אין הגונב אחר הגנב כו' וכן הגונב מן ההקדש כו'. ומבואר דהגמ' מבאר דהדין דאין הגונב מן ההקדש חייב נסמך למש"א המשנה דהגונב מן הגנב פטור. וזהו שכתבו התוס' דאגב כו'.

אך הא גופא קשיא על דברי הגמ' מה ענין זל"ז. ובפשוטו נראה מזה דהמיעוט דרעהו ולא הקדש אינו מיעוט על חיוב תשלומין להקדש, אלא מיעוט במעשה גזילה, ודמי מצד זה להמיעוט דגונב מן הגנב, דחסר בגניבה מבית האיש.

ולהוסיף דיל"ע אילולא המיעוט למי היה חייב, לבעלים או להקדש. ובקדשי בד"ה פשיטא לבד"ה. ולכ' ה"ה קדשי מזבח דממון גבוה הם. אבל לשון הגמ' (עו). וכן הגונב הקדש מבית בעליו פטור משמע דהנידון לשלם להגנב. וכן משמע קצת מדברי ר"ש שאמר קדשים שחייב באחריותן.

ויש לבאר דכמו שהיה ס"ד דחייב גנב שני לגנב ראשון כיון שיש שם מעשה גניבה והיה לגנב הראשון זכותי ממון בגוה וכמש"נ לעיל, כך היה ס"ד דחייב לבעל הקרבן כיון שיש שם מעשה גניבה והיה לו זכות בגוה להתכפר בו.

וקשה איך גונב מבדק הבית מתמעט מאותו קרא דגונב קדשים מבית בעלים והרי הם שני ענינים. ונראה שגדר המיעוט דכל שיש בו צד רשות הקדש אינו מעשה גניבה להתחייב עליה. ודומה לגונב מן הגנב דג"כ חסר במעשה הגניבה כיון שלא הוציא מרשות בעלים גמורים.

ב. ועי' רמב"ם פ"ב גניבה ה"א הגונב את העכו"ם או שגנב נכסי הקדש אינו משלם אלא הקרן בלבד שנאמר ישלם שנים לרעהו ולא להקדש כו' וכן הגונב קדשים מבית בעליהן בין ק"ק בין קק"ל כו' הר"ז פטור מן הכפל ומתשלומי דו"ה שנאמר וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש עכ"ל. ועי' בחי' הגר"ח (סטנסיל) ובנוסח אחר קצת בברכת שמואל בשם הגר"ח ותורף הדברים דקרא דלרעהו ולא להקדש ממעט דאין חיוב תשלומין להקדש, וקרא דוגונב מבית האיש הוא מיעוט במעשה גניבה דאף דבקרבת היה מקום לשלם לבעלים אפילו בק"ק שהם ממון גבוה דגם לבעלים יש זכות ממון בגוה עיי"ש אלא דחסר במעשה הגניבה כיון שיש שם גם רשות הקדש.

ועי' בברכ"ש דבזה מתורץ קו' הלח"מ דהרמב"ם בהל' נזק"מ (פ"ח ה"א) כתב דלענין נזקין דבעינן רעהו ממעטינן ק"ק ולא קק"ל, ובפשוטו משום שפסק דקק"ל ממון בעלים הם. ומ"ש מגניבה דפטר אפילו גונב קק"ל. ולפי"ד הגר"ח ניחא, דאמנם קק"ל קרינן בהו רעהו, דממון בעלים הם, אבל סוכ"ס יש שם רשות הקדש שהרי אינו של הבעלים לעשות כרצונו, וחסר במעשה הגניבה דבעי' וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש.

ויל"ע בק"ק דאינו רעהו א"כ למ"ל קרא דוגונב מבית האיש תפ"ל משום רעהו. וכמו בנזקין. ושי"ל דבגניבה ס"ד שיתחייב לבעלים כיון שהיה שם מעשה גניבה ויש לבעלים זכותי ממון בגוה, וכמו שהיה ס"ד שהגנב שני חייב לגנב ראשון כנ"ל, ול"ש למעטו מלרעהו דאין הנידון לשלם להקדש אלא לשלם לבעלים. משא"כ לענין נזקין תלוי בבעלים ממש. ואכת"י צ"ת.

ועי' פ"ג מע"ש הכ"ד מע"ש ממון גבוה לפיכך אני אומר שפטור מכפל. ומבואר דאילו היה ממון בעלים היה חייב. וק' מ"ש מקק"ל דפטור מכפל, אע"ג דהרמב"ם פסק דהוי ממון בעלים, כמו שהוכיח הלח"מ ממה שפסק לענין נזקין דחשיב רעהו. (אבל האחרונים האריכו אם באמת ס"ל להרמב"ם דקק"ל ממון בעלים, עי' אבן האזל הל' נזק"מ שם.) ונראה דלא דמי, דקק"ל נהי דממון בעלים הם אבל הם ברשות הקדש, שהרי אינו יכול לעשות בהם כרצונם אלא חייב להקריבם, אבל מע"ש אילו היה ממון בעלים לא היה שם רשות גבוה כלל, רק דין איסור לאכלו חוץ לירושלים.

ג. אבל עי' רש"י לק' (עח:) דאי' בגמ' שם דאם אמר הרי עלי עולה והפריש שור ובא אחר וגנבו הגנב פוטר א"ע מן הבעלים (לר"ש דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי) בכבש עיי"ש ופרש"י דאילו אפסידא דהקדש מיפטר דמבית האיש כתיב.

וזה דלא כהרמב"ם ודלא כתוס', דלתוס' עיקר הלימוד הוא מרעהו, וגם דלא כהרמב"ם דלהרמב"ם המיעוט דמבית האיש הוא דוקא כלפי תשלומי הבעל, אבל תשלומי הקדש מתמעטים מרעהו, ואילו רש"י מיירי בתשלומין להקדש (אפסידא דהקדש לא מחייב) ומ"מ נקט קרא דמבית האיש. וא"כ לרש"י יק' באמת למ"ל תרי קראי.

ד. ובאמת עי' פסחים (ו.) כשביאר רש"י את שיטת ר"ש דגונב קדשים שחייב באחריותו חייב כתב וז"ל אע"פ שאין כפל להקדש דכתיב לרעהו ולא להקדש הכא חייב דזה חייב באחריותו רעהו קרינן ביה דהא גרם לו להתחייב ממון עכ"ל, והרי זהו ממש דין הסוגיא דלק' (עו.) אלא דהגמ' שם נקט קרא דוגונב מבית האיש, ורש"י בהביאו אותו הדין נקט קרא דרעהו ולא הקדש.

ה. וע"ע לק' (סח:) דמייתי ר' יוחנן ראייה דייאוש אינו קונה מהא דגנב והקדש ואח"כ טו"מ אינו משלם דו"ה, ודחי ר"ל דהבמ"ע בהקדשו בעלים ביד גנב, ועיי"ש ברש"י דפטור מדו"ה דכי קא טבח דהקדש טבח ורעהו אמר רחמנא ולא להקדש וכיון שפטור מכפל ממילא פטור מדו"ה עיי"ש, הרי דגם התם נקט להדרשא דרעהו, ודלא כדבריו לק' (עח:) דשם נקט הדרשא דוגונב מבית האיש.

באמת דברי רש"י (סח:) הנ"ל צ"ב דלמ"ל טעמא דרעהו ולא הקדש, תפ"ל דלא גנב מהקדש כלל, ולכ' צ"ל דס"ל לרש"י שהטביחה היא כגניבה מהקדש. וק' ממתני' (סב:) דאין הטובח אחר הגנב חייב. וכן ק' מהסוגיא שם (סח:) בהמשך דאם בי"ד אמרו לגנב צא תן לו ואח"כ טו"מ פטור מדו"ה דכבר פסקה הגניבה הראשונה עיי"ש.

ונראה דס"ל לרש"י בגנב והקדיש כיון שכבר נעשה עליו גנב א"כ אחר שהקדישו [או לריש לקיש כשהקדישו הבעלים ביד הגנב] היה מקום לומר שמעתה יתחייב כפל להקדש, ולא משום שהטביחה עצמה היא מעשה גניבה (דזה אינו וכנ"ל) אלא משום שחיובי הגניבה שנתחייב ע"י הגניבה הראשונה עכשיו יעברו להקדש שנעשו הבעלים.

(וכמו בגנב משל אביו ואח"כ מת אביו דחייב כפל ליורשים, כדמוכח מהסוגיא דלק' דלא פטר ליה אלא מדו"ה דבעי' טבחו כולו באיסורא.)

ומעתה י"ל דלכן התם לא הביא רש"י הדרשא דוגונב מבית האיש, דהוא מיעוט במעשה הגניבה, ואילו כאן כיון שגנבו קודם שנעשה הקדש היה שם מעשה גניבה מבית הדיוט. ולזה הוצרך רש"י לבאר דמ"מ אי"ח לשלם דו"ה להקדש דרעהו אמר רחמנא ואין חיוב כפל להקדש וממילא לא חיוב דו"ה.

עו"ל בע"א קצת דכשגנב מהבעלים חל עליו שם גנב ואח"כ כשטבח ונשתרש בגניבה זה נחשב מעשה גניבה ג"כ דהא מכח הגניבה הראשונה בא ומשתרש באותו מעשה גניבה, ולכן ס"ד שיתחייב דו"ה להקדש. ודומה למה שביארנו לעי' (סב:) בדברי הריטב"א כתובות דאם גנב בשבת וטבח בחול הטביחה היתה מחייבתו בכל.

(אבל עי' לק' מה שכתבנו לדחות פירוש זה וביארנו דברי רש"י בע"א.)

ו. ולפ"ז מבואר למה צריך קרא שישלם שנים לרעהו, ולא סגי בקרא דוגונב מבית האיש, דנפק"מ לכה"ג שבאמת גנב מבית האיש ואח"כ הקדישו [לר' יוחנן שהקדישו גנב אחר יאוש ולריש לקיש שהקדישו בעלים ביד גנב].

אלא דאכתי נשאר לבאר למה צריך קרא דוגונב מבית האיש ולמה לא סגי בקרא דרעהו ולא הקדש.

ושי"ל עפ"י מה שיש לדקדק בלשון רש"י פסחים שם שכתב אע"פ שאין כפל להקדש דרעהו כתיב, משמע דהמיעוט על כפל ולא על קרן, וקשה מ"ש מהרי עלי עולה והפריש שור ובא אחר וגנבו דאינו משלם כ"א כבש וביאר רש"י דאפסידא דהקדש לא מחייב דוגונב מבית האיש כתיב, הרי דפטור מפסידא דהקדש לגמרי.

ולכ' מבואר מזה שבאמת בזה יש חילוק בין המיעוט דוגונב מבית האיש שהוא מיעוט במעשה גניבה, וממעט גם מקרן, לבין המיעוט דישלם שנים לרעהו דאינו אלא מיעוט מכפל.

ומבואר א"כ דצריך לשתי הדרשות, דאי מוגונב מבית האיש דאינו נעשה גנב ע"י גניבת הקדש אכתי היה חייב בגנב ואח"כ הקדיש, ולזה צריך קרא דרעהו. ואי מקרא דרעהו לא היה נפטר כ"א מכפל, לזה צריך קרא דוגונב מבית האיש. ובגנב והקדיש באמת לא יהיה נפטר כ"א מכפל.

ז. ומעתה מבואר דרש"י לק' (עח:) דמיירי לענין חיוב קרן (דאי"ח כ"א דמי כבש ואי"ח אפסידא דהקדש כלל) נקט קרא דוגונב מבית האיש, ולא יכל להביא קרא דרעהו שאינו ממעט אלא מכפל. משא"כ רש"י בפסחים (ו.) דמיירי מענין חיוב כפל (דבא לבאר דלר"ש אם גנב קרבן שחייב באחריותו חייב כפל לנגנב) נקט קרא דלרעהו לרבותא דאע"פ שלעולם אין חיוב כפל להקדש מ"מ הכא קרינן ביה רעהו וחייב כפל לנגנב. (ומ"מ ה"ה דהיה יכול להוסיף דאע"ג שאין גניבה מהקדש דבעי' וגונב מבית האיש הכא שהיה גורם לממון לחבירו קרינן ביה מבית האיש, וכמפורש בגמ' לק' (עו.). ותרווייהו צריכי למימר, דלר"ש קרינן ביה מבית האיש, וקרינן ביה רעהו.)

אבל עי' רש"י בכורות (יא.) התם משמע דמוגונב מבית האיש לא ממעטי' כ"א מכפל, וצ"ת.

תוס' ד"ה דהא, א"נ ע"כ אית לן למדרש כל חד פרטא באפי נפשי' ולמעט עופות דאל"ה לשתוק מכולהו פרטי ולכתוב שלמה לחודי' דמשום דהוּו בע"ח לא גריעי ע"ש.

אע"ג דהשתא דדרשי' כל חד באפי נפשה הוי בעי' למעט עופות אע"ג דעל שלמה חייב, הרי דעופות גריעי משלמה, היינו לבתר דגלי קרא למדרש כל חד באפי נפשה, ודיינינן בע"ח לחודיהו, אבל אי לא הוי כתיב כ"א שלמה הוי מרבינן מיניה גם בע"ח, דמעצמינו לא היינו מחלקים.

ויל"ע למה הוצרכו התוס' לסברא, והרי פשוט דא"א למעט בע"ח מחיוב כפל, דהא חיוב דו"ה הוא בשור ושה, ואם אין כפל גם דו"ה ליכא, דדו"ה אמר רחמנא ולא גו"ד. וי"ל דזהו לבתר דילפינן חיוב כפל בבע"ח, וממילא דחיוב דו"ה כולל חיוב כפל. אבל אילו היו בע"ח פטורים מכפל, הייתי אומר דחיוב דו"ה אינו כולל חיוב כפל כלל.

רש"י ד"ה ואי ס"ד האי על כל דבר פשע כו'. תורף שיטת רש"י דאילו נאמרו כל הפרטים בקרא קמא היה זה נדרש הן לשבועה והן לכפל, כיון דגם כפל כתיב התם אם ימצא הגנב ישלם שנים. אבל השתא דלא נאמרו הפרטים דשור חמור כו' בקרא קמא, גילתה תורה בזה דהפרטים ההם נדרשים בריבוי ומיעוט, ויש כאן ב' דרשות, הראשון לענין חיוב שבועה, והשני לחיוב כפל.

וכל זה דלא כהתוס' שפי' הסוגיא דכפל ושבועה הכל אחד.

והנה למסקנת הגמ' ממעטי' דבר שאינו מסויים מחיוב כפל, ולהתוס' ממילא מתמעט דבר שאינו מסויים גם מחיוב שבועה, כמו שכתבו בסוף ד"ה למה, ואילו לרש"י נראה שאין ללמוד חיוב שבועה מחיוב כפל. ואזלי לשיטתו דרש"י פי' דבר שאינו מסויים שאין בו סימן, והרי זה ודאי שיש חיוב שבועה גם בדבר שאין בו סימן שהרי מקרא מלא הוא שחייב שבועה על כסף. אבל תוס' (בלשון א') פי' דבר שאינו מסויים היינו שאינו במידה ובמשקל, והרי משנה מפורשת היא שאין נשבעין אלא על דבר שבמידה כו'.

אלא דלרש"י יק' כמו שהק' התוס' מאי מק' הש"ס דנימא כל הני פרטי בקרא קמא, הא א"כ נצטרך למעט עופות טמאים מחיוב שבועה, ושמא להכי לא כתבה תורה הפרטים בקרא קמא כדי שבאמת לא נמעט עופות טמאים מחיוב שבועה. וכן ק' למסקנת הגמ' מנא לן שקרא בתרא נדרש בריבוי ומיעוט, שמא אינו נדרש אלא בכלל ופרט וכלל, והטעם שלא נכללו הפרטים בקרא קמא הוא כדי שלא נמעט עופות טמאים מחיוב שבועה.

ושי"ל דאין סברא כלל לחלק בחיוב שבועה בין דבר שנבלתו מטמא לבין דבר שאין נבלתו מטמא. דרק לענין חיוב כפל כיון דאשכחן שהתורה עצמה חילקה בחיובי גניבה בין שור ושה לבין שאר בעלי חיים, הרי דגילתה תורה דגניבת בע"ח היא מעשה גניבה מיוחד בפנ"ע, זה נותן מקום לחלק דשמא כמו שיש חילוק בחיובי גניבה בין שור לבין שה, ובין שה לבין שאר בע"ח, ה"ה שיש חילוק בין בע"ח שמטמא בנבילה לבין שאר בע"ח. אבל בחיוב שבועה דלא אשכחן כעין זה, אין מקום לחלק בין כפירת בע"ח לבין כפירת שאר דברים, וכל שכן שאין מקום לחלק בין כפירת בע"ח שמטמאים בנבילה. ולכן אפילו אילו נאמרו הפרטים בקרא קמא, והיה נדרש הכלל ופרט וכלל הן לענין שבועה והן לענין כפל, מכל מקום היתה הדרשא מתחלקת דרק לענין כפל הייתי מחלק בין דבר שאינו מטמא כו', אבל לענין שבועה לא הייתי מחלק כלל. וא"כ שפיר מקשה הש"ס למה לא נאמרו הפרטים בקרא קמא, ולמה המתנה תורה לכתבם בקרא בתרא דוקא, אלא על כרחך לגלות שאין הפרטים דשור שה כו' נדרשים בכלל ופרט אלא בריבוי ומיעוט.

תוס' ד"ה למה לי. מש"כ דכפל והשבועה הכל אחד. התוס' לא ביארו סברתם בזה מהיכ"ת להשוות דיני כפל ודיני שבועה. ובתוס' רבינו פרץ מבואר שני דרכים בזה, או שסברא הוא להשוותם, או מצד מדרש הפסוקים דהיינו שהכלל ופרט דכי יתן איש גו' והריבוי ומיעוט דעל כל דבר פשע גו' שניהם מוסבים על כל מה שנאמר בפרשה, הן חיוב שבועה והן חיוב כפל.

ולהך צד דסברא הוא צריך להבין מהי באמת הסברא בזה, ולכ' צ"ל דסברא היא שטענה שאינה מחייבת בשבועה אין בכחה לחייב בחיוב טוט"ג.

ויתכן נפק"מ בין ב' דרכי רבינו פרץ – היינו בין הצד דכפל ושבועה הכל אחד מצד הסברא, לבין הצד דכפל ושבועה הם אחד מצד מדרש הפסוקים – לענין גנב ממש, דלהך צד שאנו משוים כפל ושבועה מצד הסברא גרידא, א"כ פשוט דאותה סברא ל"ש כ"א בטוט"ג ולא בגנב ממש. אבל גנב ממש יהיה חייב אפילו על פחות מב' כסף. אבל להך צד דשתי הדרשות מוסבות על מה שנאמר בפרשה, א"כ לפי מה דקיי"ל דמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור א"כ הפרשה כוללת גם גנב ממש (כמבואר לק' סד:) וא"כ יש לנו למעט גם גנב ממש. ועי' פסקי תוס'.

ועי' בתוס' בסו"ד כתבו דהמיעוט דדבר שאינו מסויים הוא גם לענין כפל וגם לענין שבועה, ואפילו היכא דנשבע ע"י גלגול פטור מכפל. ואין כונת התוס' לחדש הדין דדבר שאינו מסויים פטור גם מכפל, דא"ז חידוש, דהרי המיעוט דדבר שאינו מסויים הוא מהקרא דכפל. רק כונתם דמה שפטור משבועה בדבר שאינו מסויים (כמבואר במשנה בשבועות לפי' התוס' דדבר שאינו מסויים היינו דבר שאינו במשקל ובמידה) נלמד מקרא דממעטו מכפל. אלא שהוצרכו התוס' לבאר למה צריך קרא למעטו מכפל כיון שפטור משבועה וא"כ לא משכח"ל כפל, ולזה כתבו דמשכח"ל ע"י גלול וזוה מירי המיעוט.

והק' מהרש"א מה הוצרכו התוס' לזה, הרי התוס' לעי' (ד"ה רעהו) כתבו דלפי מה דמסקינן דכפל ושבועה הכל א' ניחא למה פטרו הכתוב מכפל אף דלא משכח"ל שהרי פטור משבועה. ותירץ דהתוס' שם כתבו דתימה לר"י למה צריך קרא למעט הקדש מכפל, ומה שתירצו דלפי מה דמסקינן כו' א"ז מדברי ר"י, ור"י סובר דאף שכפל ושבועה הכל א' אבל מ"מ כיון דקרא בתרא נאמר לענין כפל לא מסתבר שידבר הקרא בדבר שאינו, וכיון שאינו בנמצא שיהיה נשבע על הקדש א"כ למה כתבה תורה שאין עליו חיוב כפל. ודברי התוס' כאן הם דברי ר"י, את"ד מהרש"א.

ובאמת נראה שיש לתלות דבר זה בב' הדרכים בתוס' רבינו פרץ. דלהך צד שכתב רבינו פרץ דכפל ושבועה הכל אחד מסברא, א"כ סוכ"ס קרא קמא מדבר בענין שבועה וקרא בתרא בענין כפל, רק שיש סברא דמה שמתמעט מזה מתמעט מזה. וזהו שיטת ר"י ולכן הוקשה לו דלא מסתברא שהקרא בתרא ידבר בדבר שאינו, וכיון שכל שמתמעט מכפל מתמעט משבועה איך משכח"ל הך דין שא"ח כפל. ותי' דמשכח"ל ע"י גלגול, ובהקדש דל"ש ביה גלגול באמת נשאר ר"י בתימה. אבל סתמא דהתוס' שכתבו לעי' דאם כפל ושבועה הכל אחד ניחא, ס"ל כאידך דרך בתוס' רבינו פרץ, שהמיעוטים דכי יתן איש גו' ודעל כל דבר פשע גו' מוסבים על כל הפרשה, א"כ אין כאן קושיא כלל, שכונת המיעוט באמת למעטם מחיוב שבועה, וק"ל.

דבר שאינו מסויים

רש"י פי' שאין לבעלים סימן בו. ובתוס' תמהו איזה מקום יש לחלק בגניבה בין דבר שיש בו סימן לדבר שאין בו סימן.

והמאירי העתיק פרש"י דדבר שאינו מסויים היינו שצא אבידה שאין בה סימן וכפר בה קודם יאוש והרי זה שייך לבעלים ונתמעט דאין חייב משום טוט"ג. ונראה לבאר זה, דהנה מצינו בגנב דא"ח א"כ גנבו מרשות הבעלים, ולכן גונב מן הגנב פטור. ויש לעיין אם גם חיוב טוט"ג הוא דוקא כשגנבו מרשות הבעלים, כי רשות השומר הוא רשות הבעלים. ונראה דזהו מה דמעט כאן, דאם מצא אבידה שאין בה סימן ונטלו קודם יאוש נהי דאינו שלו אבל כתב הגרעק"א (ב"מ כא: ד"ה אמנם י"ל) דאין לו חיובי שומר אבידה, ואינו שומר בשביל הבעלים. נמצא שאין האבידה ברשות הבעלים, ולכן אם מצאו הבעלים ותבעו וטען טענת גנב פטור, והוא כעין פטור גונב מן הגנב שאין הגניבה מרשות הבעלים.

אלא דיל"ע לפי"ז בגמ' לק' (סד:) דמעט דבר שאין בו סימן גם בגנב ממש. ולפי"ד המאירי לכאורה גם שם נפרש שגנב אבידה שאין בה סימן, וכגון שלא נתיאשו הבעלים ונטלו ע"מ לגנבו. וקשה א"כ אפילו יש בו סימן נמי דהא לא גנבו מרשות הבעלים, וכמו שהבאנו לעיל מהגר"ז שפי' דלכן הגמ' (ב"מ כו:) לא קאמר אלא דנטל אבידה ע"מ לגזלה עובר משום לא תגזול, ולא נקט לא תגנוב. ושמא ס"ל להמאירי דהתם כשנטלו בגלוי, אבל אם נטלו בסתר עובר משום לא תגנוב, אבל דוקא כשיש בו סימן, דלא נאבד לגמרי מהבעלים שהרי יש בו סימן, ורק אם אין בו סימן ואבד סברם הוא דחשיב שיצא מרשותו. אלא דמ"מ קשה למ"ל מיעוט מיוחד לדבר שאין בו סימן, והרי בגניבה ממש כבר יש לנו מיעוט דוגונב מבית האיש.

ב. הרמב"ם השמיט דין זה דדבר שאינו מסויים. וכתב היש"ש דהרמב"ם דחה סוגיין דדריש לקראי בדרך ריבוי ומיעוט, אלא פסק דהקרא נדרש בדרך כלל ופרט וכלל, וכן דייק מלשון הרמב"ם פ"ב גניבה ה"ד. אלא שנשאר בתימה איך דחה הרמב"ם לסוגיין, ועוד שאם נדרוש הקרא בדרך כלל ופרט וכלל יקשה קו' הגמ' דנמעט עופות טמאים שאין בהם טומאה.

והיה אפשר"ל דהרמב"ם פי' סוגיין כתוס' דכפל ושבועה הכל אחד, והכל נדרש מקרא בתרא, ולכן דחה סוגיין מקמי סוגיא דב"מ (נז:): שהביאו התוס' דדריש קרא קמא לענין שבועה וקרא בתרא לענין כפל. וע"כ דאותה סוגיא לא חש להקושיא דמה הפרט מפורש דבר שאינו מטמא בנבילה. (ובאמת עי' בגמ' לק' (סד.) דמשמע שהברייתא שם

ג"כ לא חשש לקושיא זו, ועי' מה שכתבנו שם.) ושפיר נקט הרמב"ם דהוי כלל ופרט וכלל, ואין כאן מיעוט למעט דבר שאינו מסויים.

וזהו לפלפולא, אבל יותר נראה דהרמב"ם אזיל בשי' הר"י מיגש בסוגיין דכל הפסוק נאמר לענין שבועה, אלא דממילא נדע שא"ח כפל בדבר שאינו מסויים כיון שאין חיוב טוט"ג כ"א ע"י שבועה. וגריס לק' (סד:) דבגנב ממש מרבינן דבר שאינו מסויים עי"ש. וגם מבואר בר"י מיגש שפי' דבר שאינו מסויים דהיינו דבר שאינו במידה ובמשקל. והרי לגבי שבועה שפיר הביא הרמב"ם להך דין דא"ח כ"א בטענת דבר שבמידה ובמשקל ובמנין.

אלא דלפי"ד הר"י מיגש פטור גם משבועת השומרים, ולא רק משבועה מודה במקצת, ואילו הרמב"ם לא הביא דין זה דדבר שבמידה ובמנין כ"א לגבי שבועה מודה במקצת, ולא לגבי שבועת השומרים. אלא די"ל דהרמב"ם ס"ל כהראב"ד בשטמ"ק דס"ל דכיון דגבי ש"ש לא ממעטינן דבר שאינו מסויים א"כ זה מגלה דשבועת השומרים לא פטרינן דבר שאינו מסויים, כ"א בשבועת מודה במקצת גרידא.

עכ"פ הא מיהת מבואר מדברי הר"י מיגש דכל שפטור משבועה ממילא דל"ש בו חיוב כפל דטוט"ג, ואי"צ קרא למעטו מזה. וזה דלא כהתוס' בסוגיין שכתבו כמה פעמים דמשכח"ל ע"י גלגול. וצ"ל דהר"י מיגש ס"ל שאין חיוב כפל ע"י גלגול. וצ"ב במה פליגי.

ונראה דלק' (סג:) נבאר אי"ה דטוט"ג החיוב שבועה הוא במקום באיסורא אתא לידיה, והשבועה היא ההוצאה באיסור מהבעלים. ומסתבר א"כ דכדי לחייב משום טוט"ג בעי' שע"י השבועה פוטר א"ע מממון. וא"כ יש לתלות מח' תוס' והר"י מיגש במה שנחלקו ראשונים (עי' ב"מ צח.) אם בגלגול שבועה אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ונאמר דהר"י מיגש ס"ל דל"א מתוך וא"כ גם אם לא ישבע לא יתחייב לשלם נמצא שהשבועה אינה פוטרתו מלשלם וק"ל.

הטוען טענת גנב באבידה משלם תשלומי כפל שנאמר על כל אבידה כו'. הנה יל"ע אם חיוב טוט"ג הוא מחיובי השומרים או שהוא מדיני גניבה. (ולהעיר שהרמב"ם כללו בדיני גניבה, אבל החינוך כתבו במצות השומרים.)

וממה שצריך קרא לטוט"ג באבידה לכ' היה משמע דהוא מדיני השומרים ולכן היה ס"ד דלא נאמר כ"א בשומר פקדון ולא בשומר אבידה. אבל מאידך מבואר לק' בסוגיין דהיה אפשר ללמוד חיוב כפל בגנב ממש בק"ו מטוט"ג, רק דא"כ דיו לבא מן הדין ולא היה חייב כ"א בשבועה. ואם נאמר דטוט"ג הוא מחיובי השומרים א"כ מה זה ענין לגנב ממש.

ושמא היה אפשר"ל דהנה שי' הראב"ד (פ"ד גניבה) דטוט"ג שטבח תחילה ואח"כ נשבע חייב דו"ה, ולכ' מוכח מדבריו דס"ל שאין הגניבה דטוט"ג נעשה ע"י השבועה (דא"כ איך יתחייב ע"י טביחה שהיה מקודם), אלא הגניבה היא מה שקיבל הפקדון מעיקרא. רק דכיון דבהתירא אתא לידיה לכן לא נתחייב אא"כ נשבע לבסוף, אבל כשנשבע נעשה גנב משעת קבלת הפקדון. ולק' נדבר עוד בזה אי"ה. ולפי"ז י"ל דהיה ס"ד דרק קבלת פקדון יכול להעשות מעשה גניבה ולא נטילת אבידה. ואפשר להוסיף בזה טעם דהרי נוטל אבידה ע"מ לגוזלה נעשה גזלן ולא גנב, והבאנו לעי' דברי הגר"ז דכיון שאין האבידה ברשות הבעלים לכן לא קרינן ביה וגונב מבית האיש. וא"כ היה ס"ד לומר דגם טוט"ג – שהוא ג"כ מין גניבה – ל"ש באבידה. קמ"ל קרא בטוט"ג נעשה גנב גם בשומר אבידה.

עו"ל דאכן דין טוט"ג נאמר רק בשומר אבל אין הגדר דהוא מחיובי השומרים, דלעולם הוא דין גניבה, אלא דכיון דבהתירא אתא לידיה לכן המעשה גניבה הוא באופן אחר מגנב ממש, והמעשה גניבה הוא נטילת הפקדון, יחד עם טענת גנב, ושבועה, וכל זה הוא בכלל מעשה הגניבה. ולכן היה ס"ד דשומר אבידה כיון דאתא לידיה באופן אחר אי"ז בכלל המעשה גניבה דטוט"ג.

[דף ס"ג ע"ב]

או אינו אלא לדין. פרש"י לפרעון שש"ח שטען נגנבה ישלם.

והק' מהרש"א כיון דקרנא בעי לשלם איך יתחייב כפל, וכונתו כפיה"נ דהכי מק' הש"ס לעי' (נז). בפשיטות לענין ש"ש שטט"ג.

ובפשוטו י"ל שקושיית הש"ס לעי' שם היא לאחר דדרשינן הכא דונקרב בעה"ב הוא לשבועה, וא"כ גילה לנו קרא דש"ח אי"ח כ"א ע"י שבועה, ולכן שפיר מק' דש"ש כיון דקרנא בעי שלומי אי"ח שבועה ואיך יתחייב כפל.

אלא דקצת יש לעי' דהא גם ש"ש שטען נגנבה נהי שחייב לשלם אבל עכ"פ מחוייב לישבע שאינו ברשותו (כמבואר בש"ע סי' רצ"ה ס"א) וא"כ נהי דדרשינן הכא דאי"ח כ"א ע"י שבועה מ"מ מנ"ל דאין חיוב טוט"ג בש"ש. ואפשר דפשיטא לן דהשבועה המחייבת כפל צ"ל שבועה שנגנבה, ולא סגי בשבועה שאינו ברשותו, וש"ש כיון שחייב לשלם כשנגנבה פשוט דאי"ח בשבועה שנגנבה. אבל עי' תוס' לעי' (סב:) שכתבו דהקרא דממעט שטרות מטוט"ג מירי במחזיר השטר בעין, דאם איבדו פטור אפי' מקרן דגרמי אינו אלא דרבנן. והק' הפנ"י הרי טוט"ג הוא בשבועה, ואיזה שבועה יכולים להשביע על שטרות, הא אפילו פשע או שלח בהם יד אי"ח (דהוי גרמי) ופשוט שא"א להשביעו שלא פשע או שלא שלח בהם יד. ותי' דמשכח"ל ע"י שבועת שאינו ברשותו. ומוכרח לפי"ז דחיוב טוט"ג משכ"ח אפילו ע"י שבועה שאינו ברשותו, והדרא קושיין לדוכתה.

אבל באמת לק"מ, דהנה אילו היה ונקרב בעה"ב לשון פרעון א"כ הו"א דטוט"ג חייב כפל אפילו כבא לפרוע דמי הפקדון, והביאור משום שעכ"פ גנב את הבעין של החפץ. אבל כיון דדרשינן דונקרב בעה"ב גו' הוא לשון שבועה, זה מגלה דאינו נעשה גנב ע"י גניבת הבעין לבד, אלא צריך שיגנוב גם את דמי החפץ. וזהו קושיית הגמ' לעי' דש"ש כיון דקרנא בעי שלומי א"כ נמצא שאינו גונב כ"א את הבעין של החפץ, ואילו קרא דונקרב כו' מגלה שאינו חייב בלא שיגנוב גם את דמי החפץ.

והנה הרמב"ם פסק דשומר שגנב טלה מן העדר או סלע מן הכיס חייב כפל, והק' האור שמח מ"ש משולח יד בעלמא. ותי' דשולח יד אף שגוזל את הבעין של החפץ אבל אכתי חייב לשלם את דמיו שהרי כשקיבל לשמרו נתחייב באחריותו. (ורק אם נשבע שנגנב דגונב גם את התשלומין הוא דחייב כפל.) משא"כ גונב טלה מן העדר דסבור שהבעלים לא ירגיש, וכן סלע מן הכיס, הרי בא לגנוב גם את השויות של הטלה ושל הסלע, וזהו גנב ממש. ולפי דברינו המקור לחילוק זה הוא בסוגיין, דונקרב בעה"ב אל האלהים מגלה שאינו חייב כפל ע"י גניבת הבעין לחוד בלא גניבת דמיו.

והנה רש"י בב"מ פי' בע"א או אינו אלא לדין שמשעה שטען נגנבה אע"פ שלא נשבע ישלם כפל. ומ"מ נראה שדבריו שם קרובים לדבריו כאן ביסודם, דאילו היה חייב ע"י כפירה לחוד בלא שבועה היה הביאור דאע"ג דאכתי לא נשבע ולא נפטר מתשלומין מ"מ עצם הכפירה יחייב אותו כפל שהרי ע"י הכפירה בא לגנוב מהבעלים את הבעין של החפץ. קמ"ל דאי"ח עד שישיבע ויפטור א"ע אפילו מתשלומין.

(ועי' מהרש"א הק' איך ס"ד דיתחייב בלא שבועה א"כ למ"ל קרא לגנב ממש תפ"ל בק"ו מטט"ג. וכתב דלפי פרש"י הכא ניחא. ולכ' כונתו דלפי פרש"י כאן היה ס"ד דחייב כפל אפילו כשבא לשלם וא"כ אינו מדין גנב כלל, כ"א גזה"כ בעלמא, וא"א ללמוד ק"ו לגנב ממש. ולא הבנתי, דגם לפי הס"ד דהיה חייב כפל כשנקרב לתשלומין, מ"מ חיובי מדין גנב שהרי גונב את הבעין, וכמש"נ. וצ"ע. ולגוף קושיית המהרש"א כבר הק' כן הרבה ראשונים עי' במהר"ם בשם השר מקוצי, ובתוס' ר"פ, ובשטמ"ק בשם רא"ה, עיי"ש מה שתירצו.)

אלא הוא עצמו גנבו. יש לעי' בלשון רש"י שבד"ה אלא הוא עצמו גנבו כתב ונקרב בעה"ב כל' והוא כבר נשבע בדבר שלא שלח ידו כו'. נקט שבועת שלא שלח בו יד. ואילו בד"ה לשבועה כתב שכיון שטוען וגונב מבית האיש ישבע שנגנבה ויפטור, נקט שבועת שנגנבה.

ונראה דהנה עי' בגמ' ב"מ (ו. ו) ולק' (קז:) ג' שבועות משיעין אותו שבועה שלא פשע בה ושלח בה יד ושבועה שאינה ברשותו. (ודנו המפרשים אם השבועה שלא נגנבה היא מכלל השבועה שלא פשע בה או השבועה שאינה ברשותו.) והנה דעת הרמב"ן עה"ת דמש"א ונקרב בעה"ב אל האלהים היינו שבועה שנגנבה, ומש"א אם לא שלח ידו גו' אי"ז תוכן השבועה אלא מילתא באפי נפשה דאם שלח ידו נעשה גנבה ואינו נפטר אפילו אם נגנבה אח"כ. ולפי"ז לא הוזכר שבועה שלא שלח בה יד בתורה כלל. ונראה שכן צ"ל לדעת התוס' ב"מ (ו.) שכתבו דשבועה שלא שלח בה יד אינה אלא ע"י גלגול עיי"ש. אבל רש"י עה"ת פי' דאם לא שלח ידו הוא לשון שבועה, וכן מבואר מדבריו בסוגיין בד"ה אלא הוא עצמו וכנ"ל. אבל יש לעי' דלכ' מה שמתחייב כפל בשבועה היינו

שבועה שנגנבה דוקא, דהרי שבועה שלא שלח בה יד נשבע גם בטענת אבד ואינה ענין לטענת גנב במיוחד. אבל נראה שגם רש"י מודה דמש"כ ונקרב בעה"ב אל האלהים היינו לישיבע שנגנבה, דקאי אדלעי' מיניה וגונב מבית האיש גו'. והרי כן מבואר בדברי רש"י בסוגיין בד"ה לשבועה שכתב שכיון שטוען וגונב מבית האיש ישבע שנגנבה ויפטור. ונמצא שב' השבועות הזכרו בקרא.

ולפי"ז י"ל דליכא סתירה בדברי רש"י רק רש"י בד"ה אלא הוא עצמו גנבו בא לפרש המשך הכתובים לפי דברי הגמ' דקאי אטוט"ג, ומפרש דה"ק קרא אם לא ימצא כמה שאמר, והוא כבר נשבע (ונקרב בעה"ב גו') אם לא שלח ידו (שבועה שלא שלח בה יד) מה כתיב אחריו על כל דבר פשע שנים ישלם. ואח"כ בד"ה לשבועה מבאר רש"י שבועה ונקרב בעה"ב אל האלהים, מה היא אותה שבועה, דאינה השבועה שלא שלח בה יד, אלא שבועה אטענת וגונב מבית האיש, דהיינו שבועה שנגנבה. וזהו עיקר השבועה דטוט"ג שמחייבתו בכפל. (אבל עי' לק' (סד): מש"נ שם לדון אם יכול להתחייב כפל ע"י שבועה שאינה מענין טענת גנב.)

וע"ע בראב"ד שיטה שלישית דונקרב בעה"ב גו' אם לא שלח ידו גו' היא שבועת שלא שלח בה יד, ומש"א אח"כ על כל דבר פשע גו' היינו שבועה שלא פשע.

[דף ס"ד ע"א]

אמר רבא תנא אחיים קא סמיך כו' כל הסוגיא. בפשוטו ביאור הסוגיא דמהפרטים דשור חמור ושה יכולים לרבות כל בע"ח, וממילא דנרבה גם שאינם בע"ח ג"כ שהרי בעלי חיים כבר אמורים מחיים, אלא דהכללא בתרא אינו יכול לרבות כ"כ דהא חיים כתיב ביה, וכיון שהפרטים מרובים כ"כ שיכולים לרבות יותר מהכללא בתרא ממילא בטלה כל הכלל ופרט וכלל, וצריכים להכללים האחרים דהמצא תמצא. וכן מבואר מפרש"י עמ' ב' ד"ה ה"ג, דבטיל ליה כלל ופרט עיי"ש.

אבל עי' בתוס' ד"ה יאמר וד"ה מהיכא, דלהר"י שיטה אחרת בסוגיין, ותורף שיטתו דזה מוסכם הן להמקשן בברייתא והן להתרצן דחיים עיקר פירושו בע"ח, אבל אם הפרטים יכולים לרבות כל בע"ח א"כ לבע"ח עצמו אי"צ (דהיה יכול לכתוב רק חיים) וע"כ הפרטים מרבים גם שאינם בע"ח וממילא דמשתנה פירוש חיים, דאינו לשון בע"ח אלא לשון חשיבות. והשו"ט בין המקשן והתרצן הוא בזה, דהמקשן סבר שיש רק ג' חילוקים בבע"ח, והם קרב לגבי מזבח, קדוש בבכורה, ומטמא טומאת נבילה. ומשור נרבה קרב לגבי מזבח, ומחמור נרבה קדוש בבכורה, ומשניהם יחד נרבה מטמא בנבילה, ואייתר שה לרבות כל בע"ח, והרי לבע"ח כבר כתיב חיים וע"כ נרבה הכל, וממילא ישתנה פירוש חיים ללשון חשיבות, נמצא שנתרבה הכל, והמצא תמצא למה לי. והתרצן דחה דלעולם יש ד' חילוקים, כי יש חילוק בין עופות טהורים דעכ"פ מטמאים בבית הבליעה לבין עופות טמאים שאין מטמאים כלל. ולכן משור חמור ושה לא נוכל לרבות כ"א דברים המטמאים בנבילה או בבית הבליעה, ולא נרבה עופות טמאים. וממילא דחיים ישאר פירושו לשון בע"ח. נמצא שהכלל ופרט וכלל מרבה רק בהמות וחיות ועופות טהורים. ולכן צריך להכללים דהמצא תמצא לרבות שאר דברים.

ויש להבין מה דחקו להר"י לפירוש זה שלכ' הוא רחוק מאד מפשטות דברי הגמ'. ובדברי התוס' עצמם אינו מבואר הכרח לזה זולת מה שהקשה לו הר"ר אשר מלוניל שהק' על פתיחת הברייתא יאמר שור גניבה וחיים והכל בכלל, מה ס"ד דהכל בכלל כיון דחיים כתיב ביה. אשר קושיא זו לכ' נקל לתרצה כמו שתירצוה באמת סתמא דהתוס' דהתנא אכתי לא אסיק אדעתיה שיש חילוק בין בע"ח לשאר דברים. ולכ' אין קושיא זו לעצמה שוה להוציא כל הסוגיא מפשטה.

אבל נראה דהוקשה לו להר"י דבסוגיין מבואר דמשור חמור ושה היינו מרבים כל בע"ח, והיינו ע"כ כנ"ל דמשור וחמור נרבה כל שמטמא בנבילה ומשה נרבה עופות, וק' דהא בגמ' לעי' (סג). מבואר שיש חילוק בין עופות טהורים לעופות טמאים, וא"כ יתמה מה מק' הברייתא יאמר גניבה שור חמור שה וחיים והכל בכלל. וזה באמת ק' לפרש"י וסתמא דהתוס'. משא"כ לפי ר"י על קוטב זה באמת סובב הברייתא, וזהו באמת החילוק בין המקשן להתרצן דהמקשן סבר שאין חילוק בין עופות טהורים לעופות טמאים וממילא הכל בכלל והתרצן תי' דבאמת יש חילוק וכנ"ל.

והנה לעי' (סג). דברנו משי' הרמב"ם שהשמיט הא דטוט"ג אי"ח על דבר שאינו מסויים, והבאנו דברי היש"ש שכתב דהרמב"ם דחה אותה סוגיא שדרש הקרא דעל כל דבר פשע גו' בדרך ריבוי ומיעוט, והרמב"ם נקט שהוא נדרש בכלל ופרט וכלל (כמו שבאמת מורה לשון הרמב"ם). וכתבנו לעי' מקור לזה מסוגיא בב"מ (נז:): עיי"ש. אלא

שא"כ יישאר קושיית הש"ס שם דאם נדרוש הקרא בכלל ופרט וכלל לא נוכל לרבות כ"א עופות טהורים שדומים לשור חמור ושה בזה שמטמאים עכ"פ בבית הבליעה כמו ששור חמור ושה מטמאים בנבילה. ומנ"ל לרבות עופות טמאים. אבל למבואר י"ל דהרמב"ם פירש סוגיין כפשטה וכפרש"י וסתמא דהתוס', וא"כ מבואר דהברייתא כאן אינה מחלקת בין עופות טהורים לעופות טמאים, ודלא כסוגיא דלעי', ולכן בצירוף הסוגיא בב"מ דחה הרמב"ם לאותה סוגיא.

לרבות דבר שאינו מסויים כו'. שי' רש"י דבא למעט דאי"ח על דבר שאינו מסויים. והתוס' ג"כ ס"ל כן אלא שגורסים למעט. אבל דעת הר"י מיגש (בשטמ"ק לעי' סג.) דבאמת בא לרבות בגנב ממש חייב על דבר שאינו מסויים. וביאר דלעי' גבי טוט"ג שנדרש בריבוי ומיעוט וא"כ אלמלא שלמה היה חייב על דבר שאינו מסויים, א"כ שלמה בא למעט. אבל כאן שנדרש (לפי הגמ' עכשיו) בכלל ופרט וכלל א"כ בלא שלמה לא הוי מרבין דבר שאינו מסויים, ואתא שלמה לרבות.

ופשוט דהר"י מיגש לשי' דדבר שאינו מסויים היינו שאינו במידה ובמשקל וא"כ שור הוא דבר שבמידה ומכלל ופרט לא הוי מרבין כ"א כעין הפרט דהיינו דבר המסויים, ואתא שלמה למעט. אבל לרש"י שדבר המסויים הוא שיש בו סימן א"כ לא כל שור יש בו סימן (וכמש"כ רש"י) וא"כ מכלל ופרט וכלל הוי מרבין גם דבר שאינו מסויים ואתא שלמה למעט.

אך התוס' לעי' (סג. ד"ה דבר) כ' שיש לגרוס למעוטי דבר שאינו מסויים, דמהכ"ת למעטי דאיצטריך קרא לרבותו עיי"ש, וק' הא התוס' באמת פי' דבר שאינו מסויים שאינו במידה כו' וא"כ כיון שדרשינן שור וחמור כו' בכלל ופרט וכלל א"כ מסברא היה לנו להצריך מעין הפרט דהיינו דבר המסויים דוקא (וכמש"כ הר"י מיגש) ומ"ק התוס' דמהכ"ת למעט דבר שאינו מסויים וצ"ע.

והנה למסקנת הסוגיא המצא תמצא נדרש בריבוי ומיעוט ולדעת הר"י מיגש נתרבה גם דבר שאינו מסויים וכשיטתו דבגנב ממש חייב על דבר שאינו מסויים. אבל לדעת רש"י ותוס' דבגנב ממש אי"ח על דבר שאינו מסויים א"כ ק' למסקנא נדרש בריבוי ומיעוט א"כ נרבה אפי' דבר שאינו מסויים. והיה אפשר דבאמת למסקנת הגמ' חייב על דבר שאינו מסויים ומש"א הגמ' למעט דבר שאינו מסויים הוא רק לפי ההו"א שנדרש בכלל ופרט וכלל. אבל עי' בתוס' ר"פ כפיה"נ דלא ניח"ל בזה ופי' דלמסקנא ג"כ אי"ח על דבר שאינו מסויים דכיון דמעטי' ליה בטוט"ג הוי גילר"מ גם לענין גנב ממש עיי"ש.

בגדר בהתירא אתא לידיה

א. ומה ט"ג דבהתירא אתא לידיה כו'. מבואר דגדר החילוק בין גנב ממש לבין ט"ג הוא דגנב ממש אתא לידיה באיסורא ולכן אי"צ שבועה להתחייב.

ויל"ע ממש"פ הרמב"ם (פ"ד גניבה ה"י) דגונב טלה מן העדר או סלע מן הכיס חייב כפל. (וכבר הבאנו כ"פ מה שביאר האו"ש החילוק בין זה לבין שולח יד בעלמא, דשולח יד גוזל הבעין אבל אינו פוטר א"ע מן התשלומין משא"כ גונב טלה מן העדר סבור שלא ירגישו הבעלים וא"כ בא לגנוב גם את השויות.) ולמה חייב בלא שבועה והרי בהתירא אתא לידיה.

וצ"ל דאע"פ שהטלה הגיע לחצירו בהיתר אבל כל זמן שהיה שומר עליו כדין א"כ היה נחשב ברשות הבעלים (שהרי הבעלים יכולים להקדישו וכמש"כ המפרשים דבית השומר נחשב כרשות הבעלים) ועכשיו שגנבו יצא מרשות הבעלים וזהו בכלל באיסורא אתא לידיה.

והראב"ד שהשיג על הרמב"ם וס"ל דאי"ח כפל נראה דפליג בנקודה זו דס"ל דסוכ"ס כיון שבא לביתו מעיקרא באופן של היתר אין כאן מעשה גניבה דוגונב מבית האיש, והוא בכלל בהתירא אתא לידיה ואי"ח בלא שבועה.

ויסוד הפלוגתא בזה נראה, דמה שגנב ממש צ"ל באיסורא אתא לידיה הוא מהתנאים דוגונב מבית האיש, דכדי להתחייב כפל מדין וגונב מבית האיש צ"ל שהוצאה מבית האיש יהיה ע"י מעשה איסור. וכל שההוצאה מבית

האיש לא היה ע"י מעשה גניבה אי"ח בלא שבועה. אלא שנחלקו הרמב"ם והראב"ד מהו גדר ההוצאה מבית האיש, דהראב"ד ס"ל שהוא מה שנכנס החפץ לביתו של הגנב. וכל שהכניסה לביתו של הגנב היה שלא ע"י מעשה גניבה אין כאן וגונב מבית האיש. והרמב"ם ס"ל דגם מה שמפקיע רשות הבעלים מהחפץ הוא בכלל וגונב מבית האיש ויכול להתחייב ע"ז.

ב. ועי' בהמשך סוגיין ידו אין לי אלא ידו גגו חצרו וקרפיו כו'. ועי' תוד"ה אין לי, שפי' דמיירי שהכישה במקל. אבל עי' רש"י גיטין (עז.) וב"מ (י:) ושם (נו:) פי' שנעל בפניה. ויל"ע למה נידי התוס' מפרש"י.

והנה הקצה"ח בסי' שמ"ח ביאר הטעם דצריך שינעל בפניה כראוי משום דבלא"ה אין שם מעשה גניבה ולא נתחייב כלל. ולזה בעי' נעל בפניה שגילה דעתו שרוצה לגנבו. ובחי' הריטב"א (החדשים) גיטין שם כ' דבעי' נעל בפניה כיון שיהיה מוכחא מילתא דברצונו הוא.

וא"כ י"ל דפליגי בזה דרש"י ס"ל דסגי במה שמוכחא מילתא דברצונו היה, ולזה סגי בנעל בפניה, ותוס' ס"ל דצריך מעשה גזילה בגוף החפץ.

עוד י"ל דבאמת לענין חיוב גזילה גם התוס' מודי דסגי בנעל בפניה, אבל הכא איירינן לחיוב גניבה ולזה בעי' שיהיה באיסורא אתא לידה כמבואר בגמ', וס"ל להתוס' דבמה שנעל בפניה לא חשיב באיסורא אתא לידה כיון שנכנס תחילה בהיתר, וצריך שמתחילה יכניסנו לרשותו באיסור.

אבל מדברי רש"י מוכח דגם כשנעל בפניה נעשה גנב (שהרי דברי רש"י קאי עה"פ אם המצא תמצא בידו הגניבה), וצ"ל דס"ל שאף שמתחילה נכנסה בהיתר מ"מ עכשיו שנועל בפניה ומחזיקה באיסור נעשה באיסורא אתא לידה.

ולכ' זה תלוי במח' הרמב"ם והראב"ד שביארנו בשומר שגנב טלה מן העדר אם נעשה גנב, דהרמב"ם ס"ל דאף שמעיקרא בא לידו בהיתר מ"מ עכשיו שנוטלו באיסור נעשה גנב, והראב"ד ס"ל דכיון שמתחילה בא לידו בהיתר לעולם אינו נעשה עליו גנב. ויהיה דעת רש"י כרמב"ם, ודעת התוס' כהראב"ד.

בגדר חיוב טט"ג

א. הנה עי' לק' (קו:) על הא דא"ר יוחנן דטוט"ג וטו"מ חייב דו"ה, מק' הגמ' מברייתא דטוט"ג והעדים מעידים אותו שאכלו חייב כפל, ואמאי אי"ח דו"ה דהא א"א שאכלו בלא טביחה. עיי"ש בגמ' שתירצו בכמה אופנים. ועי' בשטמ"ק שם בשם הרא"ש דהו"מ לתרץ שטבחו קודם שנשבע דבכה"ג אי"ח דו"ה דהוי כטובח בבית הבעלים.

אבל עי' תוס' (קז:) ד"ה ושלח שכתבו דהברייתא מיירי בשאכלו אחר שנשבע דאל"כ הוי שולח יד ואח"כ טוט"ג.

ובאמת תוס' והרא"ש לא פליגי, דעיי"ש בגמ' נסתפק ר' זירא אם יש חיוב טוט"ג אחר ששלח בו יד. והביא ר' חייא בר אבא ראייה מהא דא"ר יוחנן הטוען טענת אבד ונשבע וחזר וטט"ג ונשבע פטור, מאי לאו משום שכבר קנאו ע"י טענת אבד. ופרש"י משום דהכופר בפקדון נעשה גזלן (כדאי' לק' קה:) כ"ש ע"י שבועה. ודחה ר' זירא דהתם טעמא משום דיצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, וכן אמר ר' יוחנן בהדיא. ופרש"י דנפטר ע"י השבועה הראשונה דטענת אבד וממילא דאי"ח ע"י השבועה השנייה. ושוב איתא שם דא"ר ששת דטט"ג אחר ששלח בו יד פטור.

ובפשוטו מבואר מזה דכופר בפקדון הוא כשולח יד, ולדעת רב ששת דאחר שליחות יד ל"ש חיוב טט"ג ה"ה אחר כפירה. ור' יוחנן דס"ל דטוען טענת אבד וחזר וטט"ג אינו פטור כ"א מטעם שיצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, ולא מחמת שנעשה גזלן בכפירה הראשונה, ע"כ פליגי על רב ששת וס"ל שיש חיוב טט"ג גם אחר שליחות יד. וכן מבואר ברא"ש שם ובראב"ד פ"ד גניבה, ופסקו שניהם כר' יוחנן דיש חיוב טט"ג גם אחר שליחות יד.

והנה דברי התוס' הנ"ל נאמרו על דברי רב ששת, דמק' התוס' לרב ששת אם העדים מעידים אותו שאכלו הרי הוא שולח יד ואיך חייב כפל, ותי' דע"כ לרב ששת צ"ל דהברייתא מיירי שאכלו אחר שנשבע. אבל מש"כ הרא"ש בשטמ"ק דהו"מ לתרץ דמיירי שטבחו קודם, הרי דבריו נאמרו לתרץ קושיית הש"ס על ר' יוחנן שאמר דטוט"ג שטבח חייב דו"ה, ואיך יפרנס ר' יוחנן להברייתא דהעדים מעידים אותו שאכלו, ועל זה שפיר קאמר הרא"ש

דהר"מ לתרץ שאכלו קודם, דתירוצ זה היה עולה שפיר לר' יוחנן כיון דר' יוחנן עצמו פליג על רב ששת וס"ל דשולח יד ואח"כ ט"ג חייב.

ב. עכ"פ מבואר מדברי הרא"ש דאם ט"מ ואח"כ ט"ג חייב כפל (עכ"פ למ"ד שולח יד ואח"כ ט"ג חייב) אבל אי"ח דר"ה. אבל דעת הראב"ד (שם) דבכה"ג חייב אפילו דר"ה. וכן דעת התוס' רי"ד (קז:): עיי"ש.

וסברת הראב"ד כפי הנראה דע"י השבועה נעשה גנב למפרע משעת קבלת הפקדון (או עכ"פ משעת כפירה), ולכן הטביחה יכולה לחייבו דר"ה, אף שהיא קדמה לשבועה.

אבל סברת הרא"ש צ"ב, דממנ"פ אי ס"ל דנעשה גנב למפרע א"כ יתחייב אפילו דר"ה. ואם אינו נעשה גנב כ"א ע"י השבועה א"כ אפילו כפל אמאי חייב, והרי כשנשבע כבר לא היה הפקדון בעולם ואיך ייעשה עליו גנב.

ונראה דעת הרא"ש דאמנם אינו נעשה גנב עד שעה שנשבע, אלא דס"ל דדין טוט"ג שייך גם על דמי הפקדון, ולכן כשבטחו קודם שנשבע הרי עדיין הוא חייב דמים להבעלים, וכשנשבע שנגנב הא בא בזה לגנוב מהבעלים את דמי הפקדון, וחייב כפל.

[ועדיין צ"ב דהא טענת נגנבה היא על השור ואילו מה שנעשה גנב הוא על הדמים, וזה חידוש לכ' דע"י טענת גניבה על השור ייעשה גנב על הדמים, אבל הביאור בזה דהדמים הם דמי השור ולכן מה שטוען שהשור נגנב עושה גנב על דמי השור.]

ג. והנה הרמב"ם שם פסק כרב ששת דשולח יד ואח"כ ט"ג אי"ח כפל. ומ"מ הביא להא דר' יוחנן דהטוען טענת אבד ונשבע וחזר וט"ג ונשבע פטור מחמת שכבר נשבע, אבל לא מחמת עצם הכפירה הראשונה. ולכ' הדברים סותרים זא"ז. וע"ש בנר"כ.

והנה לשון הרמב"ם שם וכן הטוען טענת אבידה בפקדון ונשבע וחזר וטען טענת גנב ונשבע ואחר כך באו עדים פטור מן הכפל שכבר יצא הפקדון מידי הבעלים משבועה ראשונה עכ"ל. ובודאי שלשון זה מבוסס על לשון ר' יוחנן בגמ' דיצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, אלא שמדברי הרמב"ם מבואר שאינו מפרש כפרש"י שיצא יד"ח שבועה, אלא שע"י השבועה יצא הפקדון מידיהם ורשותם של הבעלים. (ונראה שהרמב"ם גרס מידי במקום ידי.) וצ"ב למה צריך שבועה לזה הרי כל כופר בפקדון נעשה גזלן ע"י הכפירה לחוד וא"כ יצא מידי הבעלים ע"י עצם הכפירה.

וצ"ל דס"ל להרמב"ם דאף דהכופר בפקדון נעשה גזלן אבל היינו לענין שחלו עליו חיובי אונסין אבל אין בכחו להפקיע חובת השמירה מעליו וממילא דנשאר ברשות הבעלים. ורק ע"י השבועה הוא דנגמרה השמירה, כי השמירה נגמרת עם קבלת השבועה. וזהו שכתב הרמב"ם דכבר יצא מידי הבעלים ע"י שבועה.

וא"כ ניחא מש"פ הרמב"ם גם להא דרב ששת וגם להא דר' יוחנן. שהרי רב ששת דיבר משליחות יד, ומפורש בגמ' (קין): דעת ר"ע דע"י שליחות יד כלתה שמירתו לגמרי (דלכן אחר ששלח בו יד צריך להשיב הפקדון לבית הבעלים ולא סגי להשיבו למקומו בבית השומר) וכ"פ הרמב"ם פ"ד ה"י. ולכן שוב אין בו חיוב ט"ג שהרי כבר יצא מידי הבעלים והוי בגדר באיסורא אתא לידה. משא"כ טוען טענת אבד ע"י הכפירה לחוד לא יצא מרשות הבעלים, ורק ע"י השבועה הוא דיצא מידי הבעלים, וזהו דקאמר ר' יוחנן דכבר יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה.

והשו"ט בסוגיא דדף (קז:): מתפרש כך דהגמ' מתחילה סברה דטעמא דר' יוחנן משום הכפירה, ויהיה מוכרח מזה דע"י כפירה לחוד יצא מרשות הבעלים, ונוכל ללמוד מזה בכל שכן לשולח יד. ודחה הגמ' דהתם טעמא דיצא מרשות הבעלים ע"י השבועה, אבל ע"י כפירה לחוד לא יצא מרשות הבעלים, ואפשר דה"ה ע"י שליחות יד. ולבסוף מסיק רב ששת דע"י שליחות יד ג"כ יוצא מרשות הבעלים. ומ"מ אין להקיש מזה לכפירה, ואדרבא מדברי ר' יוחנן מוכח דע"י כפירה לחוד לא יצא מרשות הבעלים, ומהיכ"ל לשוות פלוגתא בין ר' יוחנן ורב ששת. (אבל קצ"ע למה לא למדו מדברי ר"ע דע"י שליח"י יצא מרשות הבעלים ודמי לנשבע.)

ד. והנה לפי דעת הראב"ד והרא"ש שלא חילקו בין שולח יד לבין כופר בפקדון, א"כ כמו שבשולח יד כלתה שמירתו ונעשה גזלן ממש ה"ה לכ' בכל כופר בפקדון. ויק' א"כ איך ס"ל לר' יוחנן ואיך פסקו הם דשולח יד ואח"כ ט"ג חייב כפל, איך יתכן מעשה גניבה אחר שכבר נגזל החפץ מקודם.

וצ"ל אחד מן השנים, או דכשט"ג ונשבע נעשה גנב למפרע משעת ההפקדה (או משעת הכפירה). או דאף שכופר בפקדון הוי גזלן אבל ע"י הכפירה לא גזל כ"א את הבעין של החפץ, ועדיין היה חייב בתשלומין, ואח"כ כשט"ג

ונשבע הרי גזל גם את השויות של החפץ (שהרי ע"י השבועה פוטר א"ע מן התשלומין). וכבר נתבאר לעי' (אות א') שהראב"ד והרא"ש באמת סבירא להו סברות אלו, ואזלי לשיטתייהו, ודו"ק.