

תשלומי 'כפל', ד' וה' – אם הגנב פיטמה או הכחישה – כעין שגנב. אם הושבחה או הוכחשה מאליה – מחלוקת הראשונים. אם נשתנה מחירה – אם לגריעותא – כשעת העמדה בדין (ודו"ה – כשעת הטביחה. רא"ש). ואם למעליותא – מח' הראשונים.

דף סו

באורים ועיונים בפשט

'שינוי קונה כתיבא... מה תלמוד לומר 'אשר גזל' – אם כעין שגזל יחזיר, ואם לאו – דמים בעלמא בעי שלומי' – כתב הגאון מליסא בספר 'נתיבות המשפט' (שנא), שיש להבין מדברי הגמרא, שקנין 'שינוי' שייך ותלוי לחיובו של הגזלן בדמים. וכן הוכיח ממקום אחר, שכל שייפטר הגזלן מלשלם, כגון באופן שיש 'קם ליה בדרבה מיניה' – אינו קונה בשינוי. כי זה שהתורה הכניסה את החפץ לרשותו של הגזלן, אף בעל כרחו, (שלא כביאוש שתלוי ברצון הגזלן, כדלהלן) – כדי לחייבו באונסין, וכל שאינו חייב, נשאת הגזלה של הבעלים.

(א. וכן יש לדייק מלשון הרשב"ם (בבא-בתרא פו. ד"ה והא כוס), שכתב: 'אפ"ה אי לא משום שבת קני ליה' – משמע שמשום קלב"מ אינו קונה.

ואף לשיטה אחת בתוס' (כתובות לא: ד"ה וברה"ר) שמצינו קנין לגנב רק להתחייב באונסין ולא שיהא שלו לגמרי, נמצא א"כ שחייבי האונסין אינם מכריחים לקנותו, מ"מ לא מצינו שזיכתה לו תורה אלא באופן שחייב לשלם דמים. ויש להוסיף טעם עפ"י דברי הגר"ט (קלב) שהקנין נלמד מכך שלמדו מפי השמועה שאם אינו כעין שגזל – משלם דמים. נמצא א"כ שהתשלום אינו פועל-יוצא גרידא מהקנין אלא אדרבה, הוא מקורו. ושפיר יש לומר שכשאינו משלם לא קנה. הגם שניתן לומר שכשאינו משלם מפאת סיבה חיצונית – אינו מונע מלקנות, אך ה'נתיבות' סבר שחיוב התשלום בפועל גורם לקנין.

אולם נראה שאף לשיטה זו, הקובע הוא חיוב התשלום בעקרון, גם אם בפועל א"א לתבוע, שהרי השוו בגמרא קנין שינוי בראשית הגז לשינוי דגוילה, והרי שם אפילו דמים אינו משלם, דממון שאין לו תובעין הוא.

ועדיין צ"ב בקלב"מ, שחייב לצאת ידי שמים ומועילה בו תפיסה (ע"ש"י ב"מ צא. ולשיטת הנתיבות גופא (ר"ס כח) אף אם נענש בפועל בחמור, חייב לצי"ש), ורק ב"ד לא נוקקין לו. וא"כ מהי תיתי שגם בכגון זה לא קנה בשינוי, ומ"ש מממון שאין לו תובעין.

ב. מה שכתב ה'נתיבות' בפשטות, שגזלן קונה בשינוי בעל כרחו, כן הוכיח גם ב'תרומת הכרי' (רסב). ואולם ב'מחנה אפרים' (הגהות על הרמב"ם – גוילה, ב) כתב ששינוי קונה רק ברצונו של הגזלן, וכן הביא סימוכין לדבריו בשו"ת פרי יצחק ח"ב סג).

– משמע מדברי הגמרא, שדוקא שינוי שעושה קנין, נחשב 'לא כעין שגזל' ואין יכול לומר לו 'הרי שלך לפניך', אבל במקום שלא קנה, הגם שנשתנה (עתוס' שבת נח) שדבר שנאסר בהנאה נחשב שינוי מעשה, אך אינו עושה קנין) – יכול להשיבו כמות שהוא מטעם 'הרי שלך לפניך'.

אך יש לומר שזה דוקא לדעת רבה שמקורו מ'אשר גזל', אבל לפי שיטת אב"י (בתמורה ו) שלא למד קנין שינוי מכאן (אלא או מסברא, או מקרא ד'הם' – ולא שינוייהם – ע' קצה"ח סס), יש לומר שגם בשינוי שאינו קונה, אין יכול לומר 'הרי שלך לפניך', כי הרי נשתנה. וכן למאן דאמר 'שינוי – במקומו עומד'. (עפ"י שו"ת אחיעזר ח"ג פב, א ב).

והגר"ח מבריסק זצ"ל (בהל' גוילה ואבדה ב, טו) כתב (בשיטת הרמב"ם) ששני דינים הם, גם עצם הקנין מפיקע מלומר 'הרי שלך לפניך', וכמבואר בגמרא להלן שכשקנה ביאוש שוב אין יכול לומר

'הש"ל'. וגם מציאות השינוי כשלעצמה מונע מלומר 'הש"ל', כיון שאינו כעין שגזל, ואינו יוצא בו ידי חובת השבה.

ובזה הסביר דברי הרמב"ם שישנם שינויים שאינם בכל החפץ אלא במקצתו, שעדיין אינם מקנים לגזלן את הגזילה, ואם ירצו הבעלים את החפץ – יכולים לתובעו, ואעפ"כ אין יכול לומר להם 'הרי שלך לפניך' אם אינם חפצים בו אלא בדמים.

– בעצם גדרו של קנין 'שינוי', כתבו האחרונים (עפ"י סוגיות הגמרא בסנהדרין עב ובראשונים, ובתמורה ו), שבעצם הקנין נעשה כבר בשעת הגזילה, אלא שחיוב 'והשיב את הגזלה' מונע מהגזלן לקנותו, וכשנעשה בו שינוי, פקע חיוב זה מהחפץ עצמו, ושוב ממילא נקנה החפץ לגזלן, מכח קניני הגזילה הראשונים. ולפי הגדרה זו, גם אם בשעת השינוי, החפץ אסור בהנאה, שלא שייך בו קנינים וזכיה – קונהו.

ואם כי דברי הגדולים לא נאמרו בסגנון אחד, וכמה חילוקים יש ביניהם (יש שכתב שחיוב דמים חל מיד בגולה, אלא שמצות ההשבה מחייבתו שלא לשנות את החפץ אלא להשיבו כמות שהוא, אך כשינה – חל הקנין למפרע. וי"א שלא חל למפרע אלא שהקנין תלוי ועומד, וכשפקעה מצות ההשבה שמונעת את הקנין, ממילא קנה) – בכללות הענין שוים הם ביסוד זה. (ע' קובץ שיעורים; הגר"ח – ריש הל' גזילה (וע' במה שהעיר על דבריו בבית ישי פב, הע' ב); אחיעזר ח"ג פב,ב; הגרנ"ט – קלב (וע"ע נתיחה"מ לד; שו"ת אור שמח ח"ב יא). ואמנם יש שכתבו שהדבר שנוי במחלוקת הראשונים, שיש הסוברים שהשינוי מזהו קנין ממש, והסרת מצות ההשבה לבדה, לא מקנה את החפץ ממילא. – ע' באריכות ב'בית ישי' פב,א).

'אי דאורייתא מידי דהוה אמוצא אבידה, מוצא אבידה לאו כיון דמייאש מרה מינה מקמי דתייתי לידיה, קני ליה, האי נמי... או דלמא לא דמיא לאבידה, אבידה הוא דכי אתאי לידיה בהתיירא אתיא לידיה, אבל האי כיון דבאיסורא אתאי לידיה – מדרבנן הוא' – יש ליתן טעם לחילוק זה, על פי המבואר מדברי התוס' במסכת ע"ז (עא) שמעשי קנין של גזלן, כל שאינם מועילים במקח שבין מוכר לקונה, לא יועילו בגזלן, אע"פ שמועילים הם במציאה ובמתנה – מפני שמציאה ומתנה, בהתר באים לידו, אבל גזל – באיסור בא לידו.

ולפי זה, להלכה דקיימא לן כרבי יוחנן שדבר-תורה אין קנין למטלטלין אלא מעות, אם כן מובן שכל ש'באיסורא אתא לידיה' לא מועילה משיכה לגזלן, אך אילו היה בא לידו בהתר הרי זה כמציאה ומתנה שמועילים בהם משיכה וחצר, כיון שאין שם דמים. (קצות החושן שסא,א. ובשו"ת פרי יצחק (ח"ב סה,י) תמה על דבריו, שדברי התוס' נאמרו רק בעכו"ם שאין לו מצות השבה, והגידון על מעשה הקנין בעת הגולה, אבל כאן מה סברה היא זו, שכיון שגזל מתחילה, לא תועיל משיכה אם הפקירו הבעלים או נתנו לגזלן במתנה).

– מדברי התוס' כאן מבואר, שלאותו צד שמועיל יאוש בגזילה לקנות את גוף החפץ ולהתחייב עבורו דמים, הוא הדין באבידה, גם לאחר שזכה בה, היה מועיל יאוש כלפי גופו של חפץ וחייב לו דמים. (כן פשטת כוונתם. וכ"כ בשו"ת פרי יצחק ח"ב סד. ונראה שגם הגאון בעל 'ברוך טעם' שהביא שם, כך הבין כוונת התוס' (ודלא כמוש"כ בפר"י שם בדעתו), אלא שתמה על תוספת הלשון בגמרא 'כיון דמייאש מרה מינה מקמי דתייתי לידיה קני ליה', והלא לפי הצד דקיימינן, הוא הדין בנתייאש אחר שבא לידו. ומדוע לא סתמו הלשון).

ואולם ב'קצות החושן' (שסא,ב) כתב על פי דברי הרמב"ן (במלחמות ה' פ"ב דב"מ. וכ"מ מהריטב"א שם) שבאבידה לא שייך טעם זה של 'באיסורא אתא לידיה', שהרי אין לו איסור ליטלה, אדרבה, מצווה

ליטלה כדי להשיבה, אלא הטעם שלא מועיל יאוש לאחר שבאה לידו, כיון שאין בכונתו של המוצא לגזולה אלא להשיבה לבעלים, ונעשה עליה כשומר שידו כיד הבעלים, אם כן במצב כזה לא מועיל יאוש כלל, כי החפץ ברשותו, ויאוש ברשותו – לא מועיל. לא כן הגולן שאינו 'שומר' ואין ידו כיד בעלים, לכך נסתפקה הגמרא שיועיל יאוש, כי אין כאן 'יאוש ברשותו', או שמא כיון שבא לידו באיסור – לא יועיל.

(ומהתוספות מבואר שאינם מחלקים בכך, שהרי השוו מציאה לגזילה, וי"ל שלשיטתם הם הולכים, שנראה מדבריהם (בב"מ כו. ד"ה וניזל. וכ"כ שם הרא"ש. וע' רשב"א) שיאוש ברשותו – מועיל. וע' בזה בתרומת הכרי רסב; נתי"מ ר"ס רנט; חדושי הגר"ר בענגיס ח"א לד; פרי יצחק ח"ב סה – באריכות).

(ע"ב) 'כי קאמינא אנא, זה מתייאש וזה רוצה לקנות, האי – זה מתייאש וזה אינו רוצה לקנות' – יש לשאול, מה בכך שאין רוצה לקנות, סוף סוף כיצד אומר לו 'הרי שלך לפניך' וכבר אינו שלו?

מכאן הוכיח ב'קצות החושן' (תו סק"ב), שיאוש אינו כהפקר היוצא מיד מרשותו, אלא היאוש מהוה רק התר נטילה לאחרים, אולם כל עוד לא זכו בו אחרים, הרי הוא עדיין שייך לבעלים. (וכשיטת ר' יוסי – נדרים מג – לענין הפקר, שאינו חל עד דאתי לרשות זוכה, אלא שאין הלכה כמותו בהפקר).

וכן כתב ב'נתיבות המשפט' (רסב סק"ג. ובספרו 'מקור חיים' תמת). והרחיב ביסוד זה, ובגדר 'יאוש' בכלל, ב'שערי ישר' (ה, יב). וע' בשו"ת פרי יצחק ח"ב סה, כד-כו; דובב מישרים ח"ב לו. ובח"ג סו"י קכו.

ואולם, הרבה אחרונים חולקים על כך – ע' חזון איש (ב"ק יח, ג), שכתב להפך, שאפילו ר' יוסי מודה ביאוש שכבר נפקעה הבעלות מיד. (וע' ש"ש בסק"ב בבאור דברי הגמרא כאן 'האי זה מתייאש וזה אינו רוצה לקנות'). וכן חלקו ב'תרומת הכרי' (רסב); בשו"ת באר יצחק כג; זכר יצחק לא, בד"ה ומה שדחה. וע' בבית ישי' (צח, א) שכתב לתלות הדבר במחלוקת האמוראים. וע' בשו"ת שבת הלוי ח"ח קז, ד ובשו"ת ציץ אליעזר ח"ג כח.

וכמה נפקותות ביסוד זה: אם כשהזרין הבעלים מיאושם, צריכים קנין מחדש לזכות בחפץ; וכן דנו אם יש כאן 'דעת אחרת מקנה'; וכן לענין חמץ בפסח, או בהמה שנאבדה והתיאשו בעליה ממנה, וילדה בכור – האם הוא קדוש בכורה, ועוד.

וכבר האריכו האחרונים בכונת התוס': 'מכאן משמע שיאוש אינו כהפקר גמור' – ע' באחרונים הנ"ל, חו"א שם סק"א; פני יהושע – גטין לה; שו"ת פרי יצחק ח"ב סד.

'שינוי השם כשינוי מעשה דמי...' – ודוקא שינוי השם כגון זה, שגרוע הוא, כי הוא שינוי החזון לקדמותו על ידי מחשבה גרידא, דוקא הוא צריך לצירוף ה'יאוש' כדי לקנות לגולן (ואז הוא מועיל מן התורה – רא"ש וטור. וע' בנתי"מ (שסא, א) בבאור מקור לצירוף שני אלו לקנות מה"ת), אבל יש שינוי-השם המועיל לבדו, כמו 'טלה ונעשה איל' שלדעת ר' אילעא (לעיל סה) קונה לבדו (ואף החולק עליו, לא חלק אלא משם שגם בן יומו קרוי 'איל', אבל כל שנשתנה שמו – מועיל לכו"ע). והכי קיימא לן. (הרא"ש; תוס' סוכה ל: ד"ה וליקנייה; טור חו"מ שנג. אבל רש"י והמאירי להלן (סו). כתבו ששינוי דעשיית אברזין אינו שינוי החזון, והא דבעי יאוש, צ"ל כמוש"כ התוס' להלן שם, כדי שיועיל יחודו של הגולן, דבלא"ה לא הוי שינוי השם כלל. ולשיטת רש"י אפשר ששינוי השם החזון אפילו עם יאוש – לא מהני, כמוש"כ בשער המלך (גירושין א, א). וע' חידושי בית מאיר כאן).

ככתבם וכלשונם'

'קרבנו' – ולא הגזול

'אדם כי יקריב מכם' – פרש"י: 'אדם – מה אדם הראשון לא הקריב מן הגזול, שהכל היה שלו, אף אתם לא תקריבו מן הגזול'. וצריך עיון, הלא כבר דרשינן (בב"ק טו) "קרבנו' – ולא הגזול'. ואף שהש"ס מדחה שם דמיירי בגזול קרבן חבירו, מכל מקום הוה ליה למיכתב 'לכם', כמו בארבע מינים, ואמאי דורש כאן ממלת 'אדם'?

– דבר גדול גילו לנו בזה, כי ענין הקרבן הוא להקריב את עצמו – את כל עצמיותו – להקב"ה, וזה שייך רק ב'נותן', אבל ב'נוטל' לא שייך קרבן, כי הנוטל אינו נותן בשום אופן, ואין קרבנו קרבן באמת. לפי זה, כל זמן שיש שאיפת הנטילה בלב האדם, דהיינו 'גזילה שבלב', אין שייך בו קרבן. והיינו דכתיב 'שונא גזל בעולה'. ורק אם האדם נקי מגזילה שבלב, כמו אדם הראשון שלא היה שייך אצלו חמדה, שהכל היה שלו, אז שייך לקרבן.

ואיך יכול אדם לבוא לבחינת אדם הראשון, שלא יהא שייך אצלו שישאף למה שחוץ ממנו? זה יתכן רק אם ישים את כל שאיפתו לרוחניות, כי ברוחניות יש לכל אדם עולם בפני עצמו, ואין שייך כלל ליגע בעולם חבירו'. (מתוך 'מכתב מאלהו' ח"א – 'מצוות שבלב' – עמ' 126).

דף טז

'זהרי צנור... שאני שאיבה דמדרבנן היא. אי הכי אפילו דרישא נמי? התם איכא תורת כלי עליו בתלוש, הכא אין תורת כלי עליו בתלוש' – רש"י פרש שהמדובר על גורת שלשה לוגין שנפלו למקוה, שפוסלים אותו.

וכתב רבנו תם (תוס' ב"ב טו ד"ה מכלל, וברא"ש, ועוד), שגורת ג' לוגין אינה אלא במקוה חסר, אבל מקוה שלם – אפילו כל מים שאובין שבעולם לא יפסלוהו. ולפי זה מדובר כאן כשאין במקוה ארבעים סאה מים שאינם שאובין, שלכן אם עברו באותו צינור ג' לוגין מים, הרי הם כשאובין ופוסלין אותו. שיטת רשב"ם (בב"ב סט) שאין מדובר על פסול ג' לוגין' אלא על מקוה כשר שמוסיף לו מים דרך אותו צינור, וכשיעור שמוסיף – מחסיר כנגדו מים, ואם לא נשתייר בו רוב של מי גשמים, הגם שמדאורייתא כשר, שהרי 'קמא קמא – בטיל', וכל מעט מעט שהוסיף, נהפך להיות חלק מהמקוה הכשר, חכמים פסלו כל שלא נשתייר רוב מי-גשמים.

שיטת הר"י (בב"ב סט), שאפילו כל המקוה של מים שאובין – אינו פסול מן התורה אלא מדרבנן (גזרה שלא יטבלו בכלי עצמו, שאין זו טבילה כלל, שאין זה דומיא ד'מעין'), וזו כוונת הגמרא 'שאיבה – מדרבנן'.

והראב"ד (בפירושו השני) כתב כעין זה, אך דוקא כשהגשמים באו מאליהם למקוה דרך הכלים, אולם שאיבה בידי אדם – פוסלת לשיטה זו.

הרמב"ם, הגאונים, הרשב"א והשו"ע – כולם פסקו ששאיבה, אפילו בכולו, אינה פוסלת אלא מדרבנן. (ע' 'שו"ע יו"ד רא, ג ד ובבהגר"א), אולם הרמ"א (שם) פסק כדעת הסוברים שפסול מדאורייתא. (ונפקא מינה – לספקות, אם ידונו כספקא דאורייתא או דרבנן). וע' בשו"ת שבט הלוי ח"ב קג.