

מראי מקומות- בבא קמא קי"ח

(א) ורמינהו, מלוה משתלמת בכל מקום, אבידה ופקדון אין משתלמין אלא במקומן- יש לע', בשלמא להמסקנא, דביאור הוא לענין תביעה, שפיר מובן החילוק בין מלוה לאבידה ופקדון, דמלוה ידו על העליונה. אבל לפי הה"א, דמה דאמרי' דמלוה משתלמת בכל מקום, היינו שיש זכות ללוה לשלם בכל מקום שירצה, מ"ש מלוה מפקדון. ותי' הרמב"ן (מלחמת מד: בדפיו) דהמקשה ס"ל דכיון דבאבידה ופקדון הוא פשע במה שהביאם כלל להמדבר, שאין דרך הנפקדים לעשות כן, א"כ ס"ד דמשו"ה אינו יכול להחזירם שם, דלא על דעת כן הפקידן אצלו, שיביאם למדבר (וע' בפני יהושע, דמשמע דהבין דכוונת הרמב"ן הוא דא"כ אם נאנס הבהמה הו"ל תחלתו בפשיעה וסופו באונס), משא"כ בהלואה, דמלוה להוצאה ניתנה, לכן אין שייך תחלתו בפשיעה, ושפיר יכול להחזיר לו אף במדבר.

(ד) האומר לחבירו גזלתיך וכו' ואיני יודע אם החזרתי לך אם לא החזרתי לך, חייב לשלם- הא דהיכא דאינו יודע אם פרעת' חייב, כ' הרי"ף (מד: בדפיו) דהיינו משום דאין ספק מוציא מידי ודאי, וכיון שהי' מחוייב לו בודאות, ויש ספק אם פרע לו, אין ספק מוציא מידי ודאי, וחייב. אולם ע' בט"ז

(בתשו', נדפס בשו"ע חו"מ סוף סי' ע"ה) שפי' באו"א, ע"פ מש"כ לפרש הא דקיי"ל דברי ושמא לאו ברי עדיף, ומשום דמוקמינן לה בחזקת מרי'. והיינו משום דמוקמי' בחזקה קמא שהי' קודם שנולד הספק, דלא הי' עליו שום חוב, וא"כ מוקמי' בחזקה זו

ופטרי' [ולכאו' מבואר מדבריו שהוא הבין דמה דאמרי' הכא דאוקמי' ממונא בחזקת מרי', אי"ז משום סברא דמאן דכאיב לי' כאיבא, וכו', אלא דהוי בגדר חזקת מ"ק, וכבר דנו בזה האחרונים (קונטה"ס, נתיבות) בעיקר גדר המע"ה, ואכ"מ]. וא"כ, ה"ה

הכא, כיון דקודם שנולד הספק הי' בחזקת חיוב, א"כ מוקמי' לה באותה חזקת חיוב.

עוד ביאור אי' בשב שמעתתא (ב', ז'), דמה דאמרי' דאיני יודע אם פרעת' חייב, היינו משום דאמרי' דברי ושמא ברי עדיף. דהיינו,

דמה דבאיני יודע אם נתחייבתי אמרי' דלאו ברי עדיף, היינו משום דע"י החזקת ממון דמסייע להשמא, משווי' לי' כמו ברי, ולכן אין מוציאין ממון מספק. אבל באיני יודע אם

פרעת'ך, דכבר איתרע החזקת ממון, כיון דודאי הי' חייב לו מעיקרא, א"כ אין כאן חזקה, וא"כ אמרי' לכו"ע דברי ושמא ברי

עדיף.

(ב) ה"ק, מלוה ניתנה ליתבע בכל מקום, אבידה ופקדון לא ניתנו ליתבע אלא במקומן- פרש"י, מלוה ניתנה ליתבע בכל מקום, אם ירצה המלוה, שהרי ידו על העליונה. וכ' הסמ"ע (ע"ד, א') דאין הלוח יכול לומר אם הייתי רוצה לפרוע לך כאן במדבר, הי' רשות בידך שלא לקבלם (וכדאי' במתני'), א"כ גם כשאני רוצה לשלם לך הרשות בידי, קמ"ל

דיד המלוה על העליונה, כיון שעשה טובה עם הלוה. אולם ע' במאירי שפי' החילוק באו"א, דמה שיכול לתבוע ממנו ההלואה

במדבר, היינו משום דנקטי' דמסתמא יש להלוה מעות עמו, וא"כ אינו יכול להשמט באומרן שאין לו מה לשלם, משא"כ בפקדון

וגנבה, שאין הדרך להביא הפקדון והגנבה עמו למדבר, אין המפקיד או הנגזל יכול לתבוע במדבר להחזירם לו. אולם הוסיף

דאין ספק דאם באמת הדברים הללו היו עמו, דיכול התובע לתבוע לו להחזירם לו (עוד כ')

דגזילה שקנאה הגזלן בשינוי דינו כהלואה, ולדבריו לכאו' זה פשוט [ויש לע' לפי הסמ"ע אם יש

מקום לחלק בין גזילה בעין או אם נשתנית הגזילה וצריך לשלם

דמיס].

(ה) **חייב לשלם - יש לעי',** הא כ' תוס' לעיל (מו). דמה דס"ל למ"ד דברי ושמא דברי עדיף, היינו היכא דהברי טוב והשמא גרוע, מהו באיני יודע אם פרעתין, דחייב לשלם לכ"ע, האם בכה"ג ג"כ צריך להיות הברי טוב ושמא גרוע, או דלמא כיון בכה"ג חייב אפי' בברי גרוע ושמא טוב יהי' חייב לשלם. וע' במשנה למלך (שאלה ד', א') שהביא מהתרומת הדשן דנקט בפשיטות דאין חילוק בין איני יודע אם נתחייבתי ואיני יודע אם פרעתין לענין זה, ולעולם צריך ברי טוב ושמא גרוע (וביאר דהא גופא דאינו יודע אם פרע הוא שמא גרוע, דלמה לא ידע אם פרע). אולם ע' בקובץ שעורים (ב"ב תרנו) שכ' להוכיח מהר"ן בקידושין ובחי' הר"ן לב"מ דס"ל דבאיני יודע אם פרעתין, אפי' בברי גרוע ושמא טוב חייב לשלם [ואולי יש לתלות מח' זו בביאור הא דחייב לשלם באיני יודע אם פרעתין לכ"ע, ע' לעיל].

(ז) **היכי דמי, אי דלא קא תבע ליי, וכו' -** הק' התומים (ע"ה, כ"ב, ד"ה ונראה), לוקמי מתני' בדלא הו"ל למידע אם גזל או לא, דהו"ל שמא שלו שמא טוב, ובשמא טוב הרי כ' תוס' בכמה דוכתי דפטור לכ"ע, ולכן פטור בסיפא, אבל ברישא, דהו"ל איני יודע אם פרעתין, יהי' חייב אפי' בשמא טוב. והוכיח מזה כמש"כ לעיל מהתרומת הדשן, דאפי' באיני יודע אם פרעתין אינו חייב אא"כ הו"ל שמא גרוע (וע"ש שהאריך בשאלה זו, אם א"י אם פרעתין צריך שמא גרוע דוקא).

(ח) **אתמר נמי, אמר ר' חייא בר אבא וכו' -** הק' הפני יהושע, מהו הראי', דלמא שאני התם שהתובע אומר ברי, משו"ה חייב לצאת ידי שמים, אבל מתני' מיירי דלא קתבע ליי. וכ' דשמא רש"י בא לתרץ זה (במש"כ דכיון דהגזולין ידע דגזל ג"כ נחשב קצת טענת ברי), אלא דדוחק הוא. וע' מש"כ ליישב זה. וכבר הרגיש הרשב"א בזה, וביאר דכוונת הגמ' הוא דכי היכי דמצינו בר' יוחנן דאע"ג דפטור מדיני אדם חייב לצאת ידי שמים, א"כ י"ל כאן ג"כ (אבל אה"נ, אינו ראי' על ציור זה ממש).

(ט) **אמר רב לדעת צריך דעת, שלא לדעת מנין פטור -** בביאור הא דנגבב "לדעת", פרש"י דהיינו דהכיר הבעלים שנגבב מהן טלה. וע' ברשב"א שכ' דע"כ ה"לדעת" דגניבה שוה ל"דעת" דחזרה, וכי היכי דדעת דחזרה אינו שמנה אותם והכיר שהוחזר, ה"ה לדעת דגניבה אינו יכול להיות ע"י מנין, אלא מיירי דראה הגנבה. אולם הביא מיש מי שפירשו (והוא דעת הראב"ד [ולכאור' לשון רש"י משמע כן ג"כ]) דלא פי' כן, אלא דלדעת דגניבה היינו אפי' אם מנה עדרו והכיר שחסר א'. והק' הרשב"א דא"כ לדעת דגנבה ולדעת דחזרה אינם שוים. ועוד, דא"כ צ"ל דמה דצריך דעת טפי להחזרה הוא משום קנס, ולא משמע בסוגיין שיש ענין של קנס.

(י) **לדעת צריך דעת - פרש"י,** אם הכירו הבעלים שנגבב מהן טלה, צריך שיודיעם כשיחזרינה, דכיון דידע, הו"ל גזילה גמורה, ובעינין השבה מעלייתא. ובביאור הא דחשיב גזילה

(ו) **אבל אם אמר איני יודע אם גזלתין, וכו' -** כ' הרע"ב דעכ"פ צריך לישבע שאינו יודע אם גזלו (דומה למש"כ רש"י דלמ"ד ברי ושמא לאו ברי עדיף דצריך לישבע שאינו יודע). והק' בתוס' רעק"א (ע"ט), למה ישבע שאינו יודע, לימא דהו"ל כחמשין ידענא וחמשין לא ידענא, דלא אמרי' שצריך לישבע דחמשין אינו יודע, אלא אמרי' דכיון דאינו יכול לישבע, צריך לשלם. וכ' ב' תירוצים - א) דהא דאמרי' מתוך שאינו יכול לישבע משלם, זהו רק בשבועה דאורייתא, אבל כאן דאפי' אם הי' ברי לא הי' חייב שבועה דאורייתא, דהא אינו מודה במקצת, א"כ גם לא אמרי' מתוך שאינו יכול לישבע משלם, אלא ישבע שאינו יודע. ב) מה דאמרי' דיכול לישבע שאינו יודע, זהו רק היכא דעיקר השבועה דהי' נשבע אם הי' ברי הוא ג"כ שבועה דרבנן, וא"כ לא אמרי' דזה נקרא אינו יכול לישבע, שהרי יכול הוא לישבע, דיכול לישבע דאינו יודע. אבל בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא, דאם הי' ברי הי' נשבע שבועה דאורייתא, אז לא אמרי' דגם בשמא יכול לישבע איני יודע, דאי"ז שבועה דאורייתא, ולכן בכה"ג אמרי' מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

לו הכסף, וא"כ ע"כ יודע כמה זוזי יש לו. וכ' דל"ק, דכאן ע"כ ה' צריך לפרש כן, משום דאל"כ מ"ש אי אית לי' זוזי אחריני בכיסי' או לא, אע"כ צריך לאוקמי' דמיירי דלא ידע. אולם יש ראשונים שפירשו להיפוך, וע' ברשב"א שפי' דהיכא דלית לי' זוזי אחריני בכיסי', אזלא יצא, משום דבכה"ג אינו עשוי למשמש בכיסו, כיון דיודע שאין מעות שם, וא"כ לא יכיר שהחזיר לו הגזילה, אבל אם יש מעות שם, אז שפיר יצא, דמשמש בכיסו, ויכיר שיש לו הוספת מעות ויבין שהגזלן החזירה לו.

(ד) **אבל לוקחין מהן תפורין- פרש"י**, בגדים תפורים, דאי נמי גנבו, קננהו בשינוי. והק' הרשב"א, ל"ל דנעשו לבגדים, תיפוק לי' משום שטואו ולבנו וארגו. ועוד, בגדים מאן דכר שמייהו. ופי' בשם הראב"ד דתפורין היינו גיזין תפורין זה עם זה, וכיון שתפורין זה עם זה, אמרי' דמסתמא לאו גזולין הם, דאם היו גזולין, הי' מוכרן מעט מעט כדי שלא יהא בה הרגשה.

(ט) **ולוקחין מהם חלב וגבינה כמדבר אבל לא בישוב- הק' הפני יהושע**, למה אינו יכול לקנות מהם גבינה, הרי כיון שעשה גבינה מהחלב, א"כ קנאו בשינוי, וכמו דאמרי' לעיל לענין בגדים תפורין דמותר לקנות ממנו משום דקנאו בשינוי. ותי' דבעצם לעולם ראוי להיות אסור לקנות מן הגנב, ואפי' אם קנאו בשינוי, משום שמחזיקין ידי עוברי עבירה. ומה שמותר היכא דקנה הבגד בשינוי, היינו רק משום שאי"ד בחזקת גזול, דשמא לקחו מצמר שלהן, וכיון דליכא אלא ספק, מותר מטעם שינוי. אבל בגבינה, שאין דרך לקנות חלב ולעשות גבינה ממנו, א"כ הגבינה שנמצא ברשות הרועה ודאי בחזקת גזול הוא, וא"כ אע"פ שקנאו בשינוי אסור לקנותו ממנו.

גמור כשידע, כ' האור החמה, דהיינו משום דאז עם הגזילה איכא יאוש בעלים, כיון שיודע שנגנב ממנו, וא"כ עי"ז נגמר הגניבה, ויצא מרשותו טפי. ומה שצריך השבה מעלייתא, ביאר בשעורי בקיאות דהיינו דצריך הגזלן להקנותה להנגזל, כיון שיצא מרשותו ע"י יאוש.

(יא) **מודה רב ברקועתא- פרש"י**, שהטלה ניכר הוא כשנגנב וגם ניכר כשהוחזר. והק' הרש"ש, א"כ הו"ל נגנב לדעת (עכ"פ לדעת הראב"ד דמנין נחשב גניבה לדעת), וא"כ צריך חזרה לדעת לשי' רב (ולא סגי ברקועתא, דלא עדיף ממנין, וצריך השבה מעלייתא, כמש"כ רש"י בעמוד א'), והניח בקו'.

(יב) **ר"ע סבר כלתה לו שמירתו- ע' בקהלות יעקב** (בחלקים, חלק א', י"א) שחקר בדעת ר"ע, האם מה שכלתה שמירתו הוא משום שלא מהימן לו, ואינו רוצה שיהי' שומר שלו, וכמו שמשמע מפרש"י, או דלמא יש לצדד עוד דבעצם מה שהוא נעשה לגזלן עוקר דין שומר שלו, וכ' דאף דיש לפלפל כצד השני, אולם נראה דהעיקר הוא הצד ראשון, דשוב אין המפקיד רוצה שיהי' שומר שלו. אולם לכאור' יש להק' בזה קו' השלטי גבורים (הובא בפלפולא חריפתא [ב']), למה אינו נחשב לשומר, הרי כיון שהחזירה, הרי עשה תשובה, וא"כ למה שוב אינו נאמן לו להיות שומר שלו. ותי' דאע"פ דכלפי שמיא גליא עשה תשובה, מ"מ כיון דמעיקרא הי' גזלן, עדיין אינו נאמן לאינשי, דחיישי שמא יחזור לסורו. **ובדעת ר' ישמעאל**, נקט הקה"י שם דמה שלא כלתה שמירתו הוא משום דכיון דידו כיד בעלים, א"כ אינו יכול להיות נחשב לגזלן מיד בעלים, דלעולם הוי רשותם כרשות בעלים לענין הפקדון, ולא יהי' שייך לעשות בה קניני גניבה, דהיינו להוציאו מרשות בעלים ולהכניסו לרשותו.

(יג) **הא דאית לי' זוזי אחריני בכיסי' הא דלית לי' וכו'- פרש"י**, דאית לי' זוזי אחריני ולא ידע כמה. והק' המעשה רקח (גזילה א', ח', אות ח'), הא לעיל פרש"י דכיון דאדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה, הוא הכיר שהחזיר