

בבא קמא סו

משה שווערד

1. תוספות מסכת בבא קמא דף סה עמוד ב ד"ה הא מני

הא מני בית שמאי היא - האי שנויא ליתא לרבא דאית ליה בריש הגזול קמא (לקמן דף צד.) דוקא לגבוה אסרי ב"ש משום דאמאיס וא"ת היכי מדמה ליה דמה ענין אתנן אצל שינוי וי"ל דקסבר דאי שינוי קונה א"כ ראוי הוא להתיר שינוי באתנן דחשיב כאחר ואין זה אותו שבא לידה בתורת אתנן וממאיס נמי לא מאיס.

2. תוספות רי"ד על בבא קמא דף סה/ב

הא מני בית שמאי היא דאמרי שינוי במקומו עומד. קשיא לי ולר' אילעא דאמר טלה ונעשה איל עגל ונעשה שור הוי שינוי, אילו נתן לה טלה ועגל באתננה ונעשה איל ושור כשרין הן למזבח לבית הלל, בתמיה. והרי כיון שנפסלו בעודן כבש ועגל שוב אין להן תקנה, אלמא אין דין המזבח ודין הגזילה שוין, דאע"ג דלגבי מזבח שינוי במקומו עומד, לענין גזילה הוי שינוי, והם הכי נמי לבית שמאי, והיכי ילפי' גזילה ממזבח. תשובה. **בוודאי בשינוי הבא מאיליו אין דינן שוין. אבל בשינוי מעשה דהוא שינוי חשוב, כי היכי דחשוב לענין גזילה חשוב נמי לענין מזבח, ולא דמי שינוי הבא מאיליו לשינוי הבא בידים:**

• דבר יעקב מסכת בבא קמא דף סה עמוד ב

[ו] רד"ה נעשה שינוי בידו וקנאו - בשינוי להא מילתא דאם טבח ומכר שלו הוא טובח וכו' ופטור מד' וה' - כוונת רש"י דאינו קונה בשינוי ממש להיות שלו [כיון שהוי שינוי ממילא], ורק קונה לענין שפטור מד' וה' כיון ששלו הוא טובח ושלו הוא מוכר. ולפ"ז מפרש רש"י שחייב קרן משלם כדהשתא כיון שעכשיו הוא טובח בהמה של הגזול דמי לתברה דמשלם כדהשתא [כ"כ המהר"ם].
ר' פרץ חולק על רש"י וסובר שקונה לגמרי בשינוי ולכן משלם קרן כשעת הגניבה.

הפנ"י מקשה על רש"י מה ראה לפרש כן, ולמה לא פירש שקנה לגמרי בשינוי וגם הקרן משלם כעין

שגנב. ולא דמי לתברה או שתייה שלא קנאו בשינוי ולכן משלם ד' כדהשתא. וכן משמע מהגמ' [להלן צו ב] דאמרינן כל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה לאתווי הא דרבי אילעא משמע שקונה הבהמה בשינוי ואינו מחזיר הבהמה אלא משלם קרן כעין שגזל. והנה גם בגמ' להלן [צו ב] רש"י מפרש גנב טלה ונעשה איל נעשה שינוי בידו, לכך דאם טבח או מכר שלו הוא טובח ושלו הוא מוכר, וגם שם תמה הפנ"י למה הוצרך לפרש כן. וגם מקשה דהתם מיייר בגזלנים, ובגזלן ליכא ד' וה' וא"כ ע"כ הכוונה לענין שקונה ממש.

ועצם דברי רש"י מבארים האחרונים [הפנ"י כאן וקה"ח [סימן שנד - ג] ומרומי שדה וחי' ר' אריה ליב סימן פ] **שרש"י סובר בסברא ששינוי דממילא אינו קונה.** וכן נראה מדברי רש"י [סו. ד"ה שינוי] שכתב **שינוי קונה היכא דשני ליה בידים.** ומקשה הקה"ח מהמשה [להלן צו ב] דתנן גזל בהמה והזקינה משלם כשעת הגזילה משום שקנה בשינוי ושם הוי שינוי דממילא. והנה הגר"ח [הובא להלן] מקשה מהמשה שם על דברי ר' חנינא, וצ"ב למה הקה"ח מקשה על רש"י [אליבא דר' אילעא].

הגר"ח מתרץ דאף היכא שהשינוי הוא שינוי קטן ולכן אינו קנה בשינוי מ"מ כיון שאינו כעין שגזל אינו יכול לומר הרי שלך לפניך.

ולפ"ז מבארים האחרונים [חי' ר' אריה ליב סימן פ ושי' ר' דוד אות קצה] כוונת רש"י שלענין טלה ונעשה איל אינו שינוי גמור לענין שיקנה ומ"מ הוי קצת שינוי לענין שאינו יכול לומר הרי שלך לפניך, וכיון שחייב הטביחה הוי רק אם טבח מה שגזל וכאן איכא שינוי מהגזילה שגזל אינו חייב על הטביחה, [ומש"כ רש"י קנאו זה ל"ד]. וא"ת למה לא נאמר שיש גם גניבה חדשה בזמן הטביחה. וי"ל דמ"מ נתמעט מכפל וד' וה' כיון דלא קרינן ביה וגונב מבית האיש. עוד י"ל ע"פ שיטת הרשב"א [הנ"ל סכ: אות ג] שסובר שלא אמרינן טביחתו זו היא גניבתו, ולא מחייבים כפל וד' וה' על אותו מעשה אלא דוקא כשהגניבה היתה מקודם חייב ד' וה' כשטבח אח"כ. מיהו אכתי צ"ב דא"כ למה קרן חייב כדהשתא ולא אמרינן שאינו מה שגזל. ודוחק לומר שכונת רש"י כדהשתא רק לענין יוקרא וזולא. ונראה די"ל דהתפץ כולו שייך לבעלים אלא דכיון שהשתנה אינו חייב להשיבו בעין, וגם הבעלים יכולים לתבוע ממנו ואינו יכול לומר הרי שלך לפניך, ולכן ליכא חיוב ד' וה' דזה שייך רק כשטובה חפץ שחייב להחזירו לבעלים, ומ"מ כיון שכולו שייך לבעלים משלם קרן כדהשתא. ולפ"ז סובר רש"י סברת הגר"ח בשיטת ר' אילעא וא"כ ר' חנינא שפליג סובר שליכא שינוי כלל, ודלא כגר"ח שלומד בשיטת ר' חנינא שאיכא שינוי קצת וא"כ לפי ר' אילעא הוי שינוי גמור [עיי' להלן אות ח].

3. דבר יעקב מסכת בבא קמא דף סו עמוד א

[ה] רד"ה טלאים כדמעיקרא - כלומר בא לשלם טלאים כדמעיקרא סגי דטלה גנב טלה משלם - **רש"י מבאר שתלוי במה הוא משלם, אם משלם בטלאים משלם כדמעיקרא ואם משלם בכסף משלם כדהשתא דהיינו דמי שוורים ולא דמי טלאים. בתוס' ר' פריץ מבאר הסברא בזה משום שבפסוק מוזכר שיתן ד' צאן תחת השנה ודרשינן להלן שלא יתן כחושים אלא כעין מה שגנב, אבל לגבי דמים לא מיירי קרא, ולכן הא דילפינן מקרא**

דאחייה לקרן כעין שגנב [וממעטים כפל וד' וה'] מוקמינן בדמים. דכיון שהדמים תלוי בשומת ב"ד מסתבר שתלוי בשעת העמדה בדין. וכתב ר' פרץ דלפ"ז לגבי יוקרא וזולא שתלוי בשומת ב"ד ישלם כשעת העמדה בדין.

התורי"ד כתב על דברי רש"י שאין הדעת מקבלתו, דכיון שיכול להפטר בטלאים למה יצטרך לשלם [דמים] דמי אלים, הלא יכול לקנות בדמים טלאים וא"כ למה לא יפטר בדמי טלאים.

4. תוספות מסכת בבא קמא דף סו עמוד א ד"ה טלאים כדמיעקרא

טלאים כדמיעקרא – [1] נראה לר"י דה"פ דלענין טלה ונעשה איל או כחושה ונתפטמה או איפכא לשלם כפל נמי וכן ד' וה' כדמיעקרא כמו קרן אבל דמים דהיינו יוקרא וזולא כשל עכשיו ששמין אותו טלה של שעת גניבה לפי גדלותו או קטנותו שהיה בשעת גניבה לפי יוקרא וזולא דהשתא וטעמא דטלאים משום דא"ל תורא גנבי ממך והוא הדין כחושה והשמינה דא"ל שמינה גנבי ממך אבל לגבי דמים אין שייך למימר יוקרא גנבי מינך ובלישנא דקרא נמי גוף צאן ובקר נזכרים בפסוק ודרשי' מינה (לקמן דף סז:): שאם גנב שור שוה מנה לא ישלם תחתיו ה' נגידים דכתיב תחתיו דמשמע תחת גוף השור ומשום דלשון גוף השור נזכר בפסוק משום הכי אמרינן טלאים כדמיעקרא ואף על פי שעל שעת טביחה בא ד' וה' מ"מ כמו כן שעת גניבה גרמה לו שאם אין גניבה אין טביחה ומכירה אבל דמים שכל עיקרם תלויים בשומת ב"ד וגם אין נזכרין בפסוק סברא הוא דמוקמינן בהו אחייה לקרן דוקא כעין שגנב ולא ד' וה' אלא כשעת העמדה בדין שב"ד שמיין אותה באותה שעה [2] ור"ת מפרש דאין חילוק בין טלאים ליוקרא וזולא וה"פ טלאים שדבר בהן הברייטא דהיינו טלה ונעשה איל שנשתנו למעליותא כדמיעקרא וה"ה ביוקרא וזולא דמיעקרא שוין זוזא ולבסוף ארבעה דהיינו כדמיעקרא דלהחמיר על ד' וה' לא אמר רב דמים פי' דמים דאיירי בהו רב כגון דמיעקרא שוים ארבעה ולבסוף שוים זוזא דנשתנו לגריעותא בההיא קאמר רב כשל עכשיו וה"ה בטלאים כגון שמינה והכחישא דהוי כשל עכשיו והא דאמר לעיל שמינה והכחישא כעין שגנב צ"ל דוקא בהכחישא בידיים.

5. רש"י מסכת בבא קמא דף סו עמוד א ד"ה שינוי קונה

שינוי קונה - היכא דשני להו בידים פשיטא ליה דמדאורייתא ודאי קנה וכי מהדר לא בעי לאהדרינהו בעיניהו אלא דמים משלם כגון צמר ועשאו בגדים דהא כתיבא בהדיא ותנינא כו' אבל יאוש מספקא ליה הא דאמור רבנן קני אי דאורייתא אי דרבנן.

• דבר יעקב מסכת בבא קמא דף סו עמוד א

ט] רד"ה שינוי קונה - היכא דשני ליה בידים פשיטא ליה דמדאורייתא ודאי קנה - כתב הקה"ח [סימן שנד - ג] דמשמע מרש"י שרק שינוי בידים קונה אבל שינוי דממילא אינו קונה, וזה רש"י לשיטתו [לעיל סה ב] שכתב שטלה ונעשה איל אינו קונה בשינוי ממש, ע"ש אות ו.

ומקשה הקה"ח מהמשנה [להלן צו ב] דתנן גזל בהמה והזקינה משלם כשעת הגזילה משום שקנה בשינוי ושם הוי שינוי דממילא. והנה הגר"ח [הנ"ל סה: אות ו] מקשה מהמשנה שם על דברי ר' חנינא, ומקשה בש"ר דוד [אות רכ] צ"ב למה הקה"ח מקשה על רש"י ולא מקשה על דברי ר' חנינא.

המצפה איתן מתריץ [קושית הקה"ח] שגם בבהמה שהזקינה אינו קונה הבהמה כיון שהשינוי הוא שינוי דממילא, והא דקאמר משלם כשעת הגזילה היינו לענין שאינו יכול לשלם לפי מה שנפחתה עכשיו, דאינו יכול לומר הרי שלך לפניך כיון שאינו כעין שגזל, [וזה כעין סברת הגר"ח הנ"ל]. היד דוד ואילת השחר כתבו שכוונת רש"י כאן לומר שדברי רבה אינם תלויים במחלוקת ר' אילעא ור' חנינא, דהא מיירי בשינוי בידים, ולעיל פליגי בשינוי דממילא [ולפי ר' אילעא אפשר שגם שינוי דממילא קונה ממש].

6. תוספות מסכת בבא קמא דף סה עמוד ב ד"ה הן ולא

הן ולא שינוייהם - **תימה דבסמוך נפקא ליה לרבה דשינוי קונה מקרא אחרינא דכתיב אשר גזל כעין שגזל יתיר** ועוד קשה דרב חסדא קאמר דשינוי אין קונה דדריש אשר גזל מ"מ ובהגוזל קמא (צד:): קאמר רבי יוחנן דבר תורה גזילה המשתנית חוזרת בעיניה מדכתיב והשיב את הגזילה מ"מ וכי פליגי אבית הלל [1] **ונרא' לר"י דלקמן מיירי בשינוי החוזר לברייטא** ואהכי מייתי בריש הגוזל קמא מלתיה דר' יוחנן ורבה דבסמוך סבר דאפי' שינוי החוזר לברייטא נמי קני **וצריכי תרי קראי דאי לאו אלא חד קרא הוה מוקמינן ליה בשינוי שאין חוזר...**

7. פני יהושע על בבא קמא דף סה/ב

בד"ה הם ולא שינוייהם. ... אמנם לענ"ד אין דבריהם מוכרחים דבלאו [2] הכי איצטריך קרא דאשר גזל דנהי דילפינן מהם ולא שינוייהם דשינוי הוי כגוף אחר אפ"ה לא הוי ידעינן מסברא כלל למימר שהגזלן יקנה בגזילה ע"י שינוי בלא דעת הגזל ויגזול כל שבחו בעל כרחו של הגזלן דהא בכל קניני ממון בעינן דעת אחרת מקנה ועוד הא אמרינן בעלמא בפשיטות [לעיל ל"ד ע"ב] היכי מצינן מזיק נשכר שזה נשכר ומכ"ש גזלן גמור דגרע ממזיק לכך איצטריך קרא דאשר גזל דגזירת הכתוב הוא להיכא דנשתני מעין שגזל אין צריך להחזיר:

8. קובץ שעורים ח"א - מסכת בבא קמא דף סה/ב

(יג) תוד"ה הן ולא שינוייהם, תימא דבסמוך נפקא ליה לרבה דשינוי קונה מקרא אחרינא וכו'. [3] ולולי דבריהם היה אפשר לומר דאיצטריכו תרי קראי, דמקרא דהן ולא שינוייהם מוכח, דע"י השינוי פנים חדשות באו לכאן ואין זה שגזל, אבל אכתי לא ידעינן דפקע מיניה חיוב השבה, דשמא חייב להשיב גם אם אינו כעין שגזל, ולזה ילפינן מקרא דבעינן שיהא כאשר גזל, ואי מקרא דאשר גזל אכתי לא ידעינן דמפני השינוי לא הוי כעין שגזל, דאפשר דגם אם נשתנה אכתי מיקרי כעין שגזל, ולא אמרינן דע"י השינוי פנים חדשות, וכדחזינן גבי אתנן דאי לאו קרא היה פסול גם כשנשתנה, ולא אמרינן אחר הוא ולא אותו שנתן לה, וה"נ גבי גזילה אכתי מיקרי כעין שגזל, ולפי"ז למ"ד שינוי אינו קונה אפשר לפרש שני טעמים, א) דע"י השינוי לא נעשה פנים חדשות, ואכתי מיקרי כעין שגזל, ב) דאפילו לא הוי כעין שגזל מ"מ חייב להשיב, דלענין חיוב השבה לא בעי שיהא כעין שגזל, אבל למ"ד שינוי קונה צריך לשני הטעמים יחד, וחדא בלא אידך לא סגי, ובדעת תוס' שלא תירצו כן, נראה דכיון דקרא דאשר גזל הוא קרא יתירא, דאתא לאשמועינן דאם לאו כעין שגזל לא יחזיר ממילא מוכח מזה דע"י שינוי לא מיקרי כעין שגזל, דאי נימא דגם לאחר השינוי אכתי הוי כעין שגזל, א"כ קרא יתירא למאי איצטריך ומה בא ללמדנו, אלא דהתיינח דאפשר למילף מקרא דאשר גזל, אבל מקרא דגבי אתנן, אי לאו כאשר גזל, אין ראייה דנפטר מהשבה, דשפיר י"ל, דלא בעי כלל שיהא כעין שגזל, ומדברי תוס' מבואר, דמקרא דגבי אתנן גרידא ידעינן דשינוי קונה, וזה צ"ע:

9. מהר"ץ חיות מסכת בבא קמא דף סה עמוד ב

גמרא הא מני ב"ש היא דס"ל שינוי במקומו עומד ולא קני. נ"ב ע"י שיטה מקובצת דהקשה דילמא כב"ה נמי אתיא וע"כ ס"ל לב"ה דשינוי קונה דוקא באתנן דהוא שינוי גמור בידים אבל בשינוי דממילא כהאי טלה ונעשה איל"כ ע"י מודה דשינוי ל"ק וזנה בפשיטות לק"מ דנקט ב"ש לרבותא דהם ס"ל אף שינוי גמור במעשה ל"ק וכן יש ליישב ג"כ הא דקשה לכאורה דהנה מצינו (תמורה ו ע"א) מקשה הש"ס למ"ד כ"מ דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני א"כ למה הגזלן עצים ועשאו קנה בשינוי הרי השינוי נעשה באיסור ולא מקרי עשי' ומשני הש"ס שאני הכא דגלי קרא אשר גזל ע"ש וא"כ י"ל עד כאן ס"ל לב"ה שינוי קונה היינו דוקא באתנן שנתן לה חטים ועשאו סולת הנה לא עשתה הזונה שום איסור במה ששינתה החטים לסולת ובכ"ה ג' שינוי קונה אבל בגזל דהשינוי נעשה באיסור לא מקרי שינוי מפני דכ"מ דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני [4] ועפ"ז יש ליישב ג"כ קוש' התוס' דהקשו למ"ל אשר גזל הא כבר נפקא מהן ולא שינוייהם אבל לפי הנ"ל ניהא דאם מפני הן ולא שינוייהם הו"א דוקא התם דליכא איסור בעשיית השינוי אז שינוי קונה ומפ"ז צריך אשר גזל דאף בגזילה שהיא איסור ג"כ הדין דשינוי קונה וגלי קרא דכל שאין הגזילה כעין שגזל א"צ להחזיר וא"כ אפשר דגם ב"ה מודה דרק הן ולא שינוייהם דרשו במקום דליכא איסור אבל באיסור לא הוי שינוי ושוב גם כב"ה אתיא ברייתא הנ"ל רק דנקט ב"ש מפני שהם ס"ל בהדיא אף בכ"ה ג' דליכא איסור ג"כ שינוי אינו קונה ומכ"ש במקום שהשינוי הוא איסור ועוד י"ל דבנ"ד כיון דמיירי טלה ונעשה איל שינוי דממילא והוא לא עביד איסור בכ"ה ג' שוב שפיר ילפינן מהן ולא שינוייהם דגם כאן נהי דעשה איסור בגזילה מ"מ הגזילה נשתנית מעצמה ובשינוי לא נתעביד איסור דנימא ביה אי עביד לא מהני:

10. דבר יעקב מסכת בבא קמא דף סה עמוד ב

[5] הקה"ח [סימן שס - ב] וחי' רע"א מתרצים קושית תוס' ע"פ המבואר בגמ' [תמורה ו א] דלרבא איצטריך קרא אשר גזל כדי שלא נאמר שלא קונה גזילה בשינוי משום אי עביד לא מהני. ולפי אב"י איצטריך קרא למעט חומש בגזילת אביו.

11. קובץ שעורים ח"א - מסכת בבא קמא דף סו/א

(יד) דף ס"ו. בהא דילפינן דשינוי קונה מקרא דאשר גזל, לכאורה קשה, דמקרא לא ידעינן אלא דאינו חייב להחזיר לאחר שנשתנה, וגם אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, אבל אכתי מנא ידעינן דנקנה להגזלן ע"י שינוי, וצ"ל דהא בהא תליא, דכיון דפקע דין השבה ממילא הוא קני להגזלן מגזילה הראשונה, ...

(טז) והנה מכל המבואר מוכרח, דיש להגזול כח למכור ולהוריש ולהקדיש באמירתו, אמנם צריך ביאור, כיון דיאוש כדי לא קני, מה כחו של הגזול להקנות, ובירורן של דברים לפי הנ"ל דמיד בשעת הגזילה נקנית לו לאחר שיהא נפקע חיוב השבה, והזכות הזה שיש לו בהגזילה יכול למכור ולהוריש, ומאחר דשינוי רשות מפקיע חיוב השבה כמו שינוי מעשה, ממילא חל הקנאתו דלענין זה הוא בעלים משעת הגזילה, וע"כ צריך לדעת הגזול והקנאתו, ומ"ש הראשונים הטעם, משום דבהיתירא אתי לידיה דלוקח, היינו כדי שלא תהא מניעה מצד הגזול דעדיין היא שלו, ולא סגי בהקנאת הגזול לחודא, כמו דלא מהני במוכר קודם יאוש, ואין אומרים כיון דע"י השנוי רשות יהא נפקע חיוב השבה, תועיל ההקנאה מצד הגזול גרידא, אלא כיון דעכשיו עדיין היא של הגזול הוא מעכב לחלות המכירה, ומ"ש אמר יאוש מקודם יאוש אי יאוש כדי לא קני ולזה כתבו הטעם, דמצד הגזול ליכא עיכובא לאחר יאוש, ומ"מ בהא לחודא לא סגי, דאכתי העיכוב מצד הגזול, דגם הוא בעלים על החפץ, וע"כ א"א ללוקח לקנות שלא מדעת הגזול:

(יח) היוצא מכל המבואר, דהגזילה קנויה לאלתר להגזול, על הזמן שלאחר הפקעת חיוב השבה מהחפץ, כגון ע"י שינוי מעשה או שינוי רשות, והנגזל הוא בעלים כל זמן שלא נפקע חיוב השבה, וע"כ אי לאו קרא דוגונב מבית האיש, היה הגנב ושני צריך לשלם כפל לשניהם, להנגזל והגזול:

12. דבר יעקב מסכת בבא קמא דף סו עמוד א

[ח] אמר רבה שינוי קונה כתיבא ותנינא כתיבא והשיב את הגזילה אשר גזל וכו' אם כעין שגזל יחזיר ואם לאו דמים בעלמא בעי שלומי - הקובץ שיעורים [אות יד] מקשה מנא ליה דגזול קונה הגזילה, דמקרא לא ידעין אלא שאינו חייב להחזיר החפץ אחר שנשתנה, ואינו יכול לומר הרי שלך לפניך, אבל מנ"ל שנקנה לגזול אחר השינוי. [ולפי הגר"ט [הנ"ל אות ז] נחא, דכיון שחייב לשלם ע"כ דקונה החפץ דאל"כ נמצא גזול משלם כפל]. הקו"ש מתרץ דהא בהא תליא, דכיון שפקע חיוב השבה ממילא הוא קנוי לגזול מחמת הגזילה הראשונה, דכל גזול קונה בגזילה קניני גזילה דאוקמיה רחמנא ברשותיה כדי שיתחייב באונסין, אלא שחיוב השבה מונע ממנו לקנות, והיכא דנפקע חיוב השבה מחמת שינוי או יאוש ממילא הוא קונה. יסוד זה כתבוהו הרבה אחרונים, דהיינו דהיכא שפקע חיוב השבה ממילא הוא קנוי לגזול מחמת שהגזול קונה בגזילה קניני גזילה, אלא שחיוב השבה מונע ממנו לקנות, והיכא דנפקע חיוב השבה ממילא קונה.

- העונג יום טוב [סימן כט הובא להלן צה. אות ו] ביאר עפ"י מש"כ הרא"ש ששבת שנעשה לפני השינוי הוי של גזול, ומבאר העויו"ט דגזול כשקונה בשינוי קונה למפרע מזמן הגזילה דהיינו מזמן שקנה בו קניני גזילה.
- הקה"י [קידו' סימן כא] מבאר עפ"י דברי רש"י [קידו' נב א] שכתב שאם נגזל מוחל הגזול קונה הגזילה. ולכאורה קשה דחפץ שנמצא בעין לא מהני ביה מחילה אלא צריך לעשות בו הקנאה, אלא שאני גזילה שמהני מחילה על החיוב השבה, וממילא זוכה בו הגזול מכח קניני הגזילה שיש לו בו.

13. תוספות רבינו פרץ מסכת בבא קמא דף סו עמוד א

מידי דהוה אמוצא אבדה. ולא דוקא דומיא דאבדה, דהתם באבדה אפילו דמים לא משלם, והכא בגזלה (נמי) דקני ליה לגוף הגזלה, מכל מקום דמים בעי לשלומי, וטעמא רבה איכא דלא דמי גזל לאבדה, דבאבדה נתייאש מקמי דתיתי לידיה דמוצא, ואם כן הפקר הוי, הלכך לא מיתחייב מידי, אבל גזול דאתא לידיה קודם יאוש, מיד נתחייב לשלם או גופו או דמיה הלכך כי נמי נתייאש בתר הכי לא מיפטר מדמי. וא"ת א"כ היכי מדמה להו אהדדי, וי"ל דהכי מדמה להו כי היכי דבאבדה מועיל יאוש לקנותה לגמרי כמו כן מקנה גוף הגזלה לקנותה שלא ישלם רק את הדמים.

14. תוספות מסכת בבא קמא דף סו עמוד א ד"ה הכא נמי

הכא נמי כיון דמייאש כו' - אף על פי שאין יאוש מועיל באבדה בתר דאתי לידיה כדקאמר לאו כיון דמייאש מרה מינה מקמי דאתי לידיה קני ליה וכדאמר באלו מציאות (ב"מ דף כא:): בהדיא מ"מ בעי למילף שפיר דיאוש קני בגזל בתר דאתי לידיה דבמציאה נמי נהי שלא היה קונה לענין זה שלא יצטרך להשיב ולהפטר לגמרי הואיל וכבר נתחייב בהשבה מ"מ היה קונה לענין זה שלא יתחייב לשלם כי אם דמים כמו לגבי גזל.

15. דבר יעקב מסכת בבא קמא דף סו עמוד א

יט בא"ד - מ"מ בעי למילף שפיר דיאוש קני בגזל בתר דאתי לידיה דבמציאה נמי וכו' מ"מ היה קונה לענין זה שלא יתחייב לשלם כי אם דמים כמו לגבי גזל - התוס' הקשו איך אפשר ללמוד יאוש בגניבה מאבדה, הרי

בגניבה מיירי שהתיאש אחר שבא ליד הגנב, ובכה"ג באבידה אין היאוש מועיל היכא שהתיאש אחרי שהאבידה באה ליד המוצא.

והנה הרמב"ן במלחמות [ב"מ כו ב] מבאר הטעם שלא מהני יאוש באבידה לאחר שבא ליד המוצא היינו משום שהמוצא נעשה שומר לבעל האבידה וידו כידו, וממילא האבידה נחשבת למונחת ברשות בעל האבידה, ויאוש אינו מועיל בדבר שמונח ברשותו בעל האבידה.

ולפ"ז כתבו האחרונים [רע"א [ב"מ כא ב] וקה"ח [סימן שסא - ב] ופרי יצחק ח"ב סימן סה - ה] שמתורץ קושית התוס', דשפיר ילפינן יאוש בגניבה לאחר שבא לידו מיאוש באבידה לפני שבא לידו, וליכא קושיה שבאבידה אין היאוש מועיל אחר שבא לידו, דשאני התם שהמוצא הוי שומר עבור הבעלים והוי יאוש ברשות, אבל בגניבה שאין הגנב שומר עבור הבעלים והחפץ נחשב לאינו ברשות בעלים שפיר מהני יאוש...

כא [בא"ד - דבמציאה נמי נהי שלא היה קונה לענין זה שלא יצטרך להשיב ולהפטר לגמרי וכו' מ"מ היה קונה לענין זה שלא יתחייב לשלם כי אם דמים כמו לגבי גזל - מבואר בתוס' שמוצא אבידה שבא לידו קודם יאוש אף על פי שקנה האבידה חייב לשלם דמים. הקה"ח [סימן שנג - ב] מקשה למה חייב בדמים, הרי חיובו של מוצא אבידה הוא להשיב החפץ, והיכא שאין חיוב להשיב, למה יהיה חייב בדמים, [ולא דמי לגזלן שחייב באחריות, אבל מוצא אבידה למה יתחייב דמים כשקונה ביאוש].

הקה"ח מתרץ שהיאוש אינו קונה קנין גמור [היכא דאתי לידיה קודם יאוש] אלא איכא שיור בקנין, שהיאוש מהני רק לענין שקונה גוף החפץ אבל לענין דמים לא קני ליה [והוי שיור בקנינו] כיון שבא לידו באיסורא.

הגרש"ש [ב"ק סימן לז] והקה"י [ב"מ סימן כה - א] ושי' ר' שמואל [ב"מ כא: סימן ו - א] מקשים מה שייר שיור לענין לשלם דמי החפץ.

בשי' ר' דוד [אות רלב] מקשה למה יהיה חייב דמים הרי הבעלים מתיאש גם מהדמים. ומביא [באות רלד] שמשמע בר' פרץ שאינו מתיאש מן הדמים, ומבאר ר' דוד משום שאת הדמים הוא סבור שלעולם יוכל לגבות ממנו ולכן אינו מתיאש מזה.

הקה"י ור' שמואל מתרצים [קושית הקה"ח למה חייב דמים] שמכיון שיאוש אינו קונה אא"כ כוונת המוצא לזכות [כמבואר בגמ' להלן ע"ב], א"כ היכא שהמוצא אבידה רוצה לזכות זה נחשב לפשיעה מצדו, ולכן חייב תשלום ממון ככל שומר אבידה שפושע. מיהו הגר"ש מקשה שזה דוחק לומר שיש חיוב פשיעה אחר יאוש הבעלים.

כב [בא"ד - דבמציאה נמי נהי שלא היה קונה לענין זה שלא יצטרך להשיב ולהפטר לגמרי וכו' מ"מ היה קונה לענין זה שלא יתחייב לשלם כי אם דמים כמו לגבי גזל - מבואר בתוס' שמוצא אבידה שבא לידו קודם יאוש אף על פי שקנה האבידה חייב לשלם דמים. עוד מבואר ברש"י וטוס' שגזלן שקונה ביאוש, קונה החפץ ואכתי חייב לשלם דמים.

ומקשים התרוה"כ [סימן רסב ד"ה אך כל] והקו"ש [ב"ב אות קפד] ושי' ר' שמואל [ב"מ כ: אות ו] למה חייב לשלם ממון הרי הבעלים התיאשו לגמרי גם מהחוב ממון.

והנה כתב הרמ"א [סימן קסג - ג] בשם המהרי"ק ששייך יאוש בחוב ממון. הט"ז מביא חכם צבי שחולק וסובר שליכא יאוש מחוב שכבר חל, דמי לאבידה שלא מהני יאוש אחרי שהתחייב בהשבה. והנה אף לפי החכ"צ שסובר שלא מהני יאוש בחוב, אכתי קשה באבידה שאינו חייב חוב ממון, למה אחרי יאוש חייב ממון הרי התיאש גם מהחוב.

התרוה"כ מתרץ לפי מש"כ הקה"ח [סו"ס תו] והנה"מ [סימן רסב] דיאוש לא נפיק מרשות בעלים עד דאתי ליד זוכה, לפ"ז לא שייך יאוש בחוב, כיון שאין אפשרות לזכות בחוב, וכיון שליכא זוכה הרי הוא נשאר ברשות בעלים.

16. תוספות מסכת בבא קמא דף סו עמוד א ד"ה כיון דבאיסורא

כיון דבאיסורא אתי לידיה - מכאן משמע שיאוש (ו) אין כהפקד גמור דא"כ אפ"ל בתר דאתא לידיה באיסורא יוכל לקנות מן ההפקד והא דאמר בהשולח (גיטין דף לט:) נתייאשתי מפלוני עבדי דלא בעי גט שחרור אי אמרי' המפקד עבדו יצא לחירות ואין צריך גט שחרור לא משום דכי מתיאש הרי הוא מפקירו דאי יאוש הוי הפקר

א"כ אפ"ל אתא לידיה באיסורא כיון שמפקיר זכה בהן אלא התם היינו טעמא דכי היכי דבהפקר אין צריך גט שחרור לפי שאין רשות לרבו עליו ה"נ כשנתייאש אין לרבו רשות עליו.

17. נתיבות המשפט /ביאורים/ על חו"מ סימן רסב

[ג] דבר שנתייאשו הבעלים. והנה הא דיאוש קונה נראה דלא יצא ע"י יאוש מרשות בעלים עד דאתי ליד זוכה. דהנה התוס' בב"ק דף קט"ז (ע"א) אהא דאמר בש"ס בעובדא דרב ספרא דלוינהו אריא ובכל לילא שדר ליה חמרא, כדמטא זימניה דרב ספרא שדר ליה חמרא ולא אכליה, קדם רב ספרא זוכה ביה, אמר ליה רב אחא מדפתי לרבינא למה ליה למזכי ביה נהי דכי אפקריה אדעתא דאריא אפקריה אדעתא דכ"ע לא אפקריה, והקשו התוס' בד"ה אדעתא דאריא דהא אמר בב"מ (כד, א) המציל מן הארי ומן הדוב הרי הוא שלו מפני שהבעלים מתייאשים מהם. וליישב זה נראה, דהתוס' בב"ק דף ס"ו (ע"א) בד"ה כיון דבאיסורא כתבו וז"ל, מכאן משמע שיאוש אינו כהפקר גמור, דא"כ אפילו בטר דאתי לידיה באיסורא יכול לקנות מן ההפקר. ולכאורה אינו מובן דבאיזה ענין חלוק יאוש מהפקר, הא כמו שהפקר כל המחזיק בו זכה בו, כמו כן ביאוש. לכן נראה לפענ"ד דבזה חלוק בין יאוש להפקר, דבהפקר פליגי ר' יוסי ורבנן בנדרים דף מ"ג (ע"א) דר' יוסי סבר דהפקר כמתנה מה מתנה עד דאתי לרשות זוכה אף הפקר עד דאתי לרשות זוכה, והנה אף דקיי"ל בהפקר דהוי הפקר אע"ג דלא אתי לרשות זוכה ואפילו הוא בעצמו צריך לחזור ולזכות בו, מ"מ ביאוש נראה דלא מהני עד דאתי לרשות זוכה, ואם נתייאש מהאבידה וכלה היאוש קודם דאתי ליד הזוכה א"צ לחזור ולזכות בו, רק כיון שראהו תיכף זכה בו ואין שום אדם יכול לזכות בו שוב. וזהו ראית התוס', דאי לא תימא הכי רק דיאוש הוי כהפקר גמור ואפילו לא אתי ליד הזוכה יצא מרשות בעלים, א"כ אפילו בגזילה נהי דהגזלן לא קנה מטעם דבאיסורא אתי לידיה, מ"מ הא של הגזלן ג"כ לא הוי דהא יאוש הוי כהפקר לכל אדם והיאך יכול לתובעו גוף החפץ כיון שאינו שלו שהוא הפקר, רק דמים יכול לתבוע, ומהיכי תיתי יהיה עדיף אתי לידיה באיסורא מלא אתי ליד זוכה כלל, ומדבעינן אתי ליד זוכה בהיתירא ודאי דאי לא אתי ליד זוכה כלל לא הוי הפקר. ומקרא גופיה מוכח כן, דבשלמא בהפקר דאתי (בירושלמי פאה פ"ו ה"א) מקרא (שמות כג, יא) דתשמטנה ונשטתה דנלמד משמיטה הוי הפקר אפילו לא אתי ליד זוכה, אבל יאוש כתבו התוס' בב"ק (ס"ז) [ס"ו] (ע"א) בד"ה מוצא אבידה דנפקא לן מהא (ב"מ כז, א) דמה שמלה מיוחדת שיש לה סימנים שאין הבעלים מתייאשין (וז"ל) [וכי'], ושם בקרא (דברים כב, ג) כתיב ומצאתה, ובב"מ דף ב' (ע"א) אמרינן ומצאתה דאתי לידיה משמע, וכיון דלא נכתב קרא דיאוש קונה רק במקום דאתי לידיה מהיכי תיתי לן למילף במקום דלא אתי לידיה:

18. דבר יעקב מסכת בבא קמא דף סו עמוד א

[כד] ... החזו"א [ב"ק סימן יח - א וג' וכו' כהקה"י [ס"ו לז] בשם החזו"א] חולק על הנה"מ וסובר שביאוש יצא מרשות הבעלים מיד. וההבדל בין יאוש להפקר מבאר החזו"א שהפקר הבעלים עושה מרצונו, והוא אחד הענינים שהתורה השליטה בעלים על ממונו, דכמו שיכול למכור ולהקדיש יכול להפקיר, וצריך שיהיה הממון תחת שליטתו כשיפקיר, ולכן אינו יכול להפקיר ממון הגזול שאינו ברשותו, אבל יאוש הוי הפקעה בעל כרחו נגד רצונו, ולכן הוי בממון שאינו ברשותו. [וכע"ז כתב הדרכ"ד]. והא דגזלן שבא לידו באיסורא אינו יכול לזכות היינו משום שהתורה לא נתנה לו זכות זכיה בדבר שהוא עבר בו איסורא.

19. דבר יעקב מסכת בבא קמא דף סו עמוד א

[כו] ורב יוסף אמר יאוש אינו קונה - א. הרמב"ם [גזילה ב - א ע"ש בהג' מיימוני] ורוב הראשונים פוסקים הלכה כרב יוסף שיאוש אינו קונה. הרא"ש כתב קיי"ל כרבה לחומרא שיאוש קונה לחומרא. ולכן כתב הרא"ש אם קידש אשה אחר יאוש צריכה גט מדרבנן לחומרא, אבל מה"ת קיי"ל דיאוש אינו קונה. וכ"פ הטור [חו"מ סימן שנג]...

ב. הפלפולא חריפתא והים של שלמה והדרישה [הובאו בחי' רע"א אצלנו ובקה"ח [סימן שנג - א] ובאבנ"מ סימן כח - ד] מקשים על הרא"ש והטור למה אינה מקודשת מה"ת הרי האשה קנתה ביאוש ושינוי רשות. ומתריצים רע"א והקה"ח והפל' חריפתא שהרא"ש סובר שבקדושין בעינן שהמקדש יתן כסף ידיה ולא מספיק שהאשה תקנה הכסף.

ומוסיפים הקה"ח ורע"א לבאר דיש שני טעמים למה לוקח קונה ביאוש ושינוי רשות...

20. דבר יעקב מסכת בבא קמא דף סו עמוד א

כת' רד"ה משום תקנת השבים - שלא יהא צריך לחזור ולטרוח אחר הגזילה עצמה - **כתב השער המלך [לולב ח - ט ד"ה ודרך] שיוצא לפי רש"י שדוקא היכא שאין הגזילה בעין עשו חכמים תקנה, אבל היכא שהגזילה בעין אינו קונה ביאוש.** השעה"מ מביא דכ"כ היש"ש [סימן ז] בשם ההג' מיימוני. **הנ"ב [תנינא אה"ע סימן ע"ז ד"ה ובוזה] מקשה מהגמ' להלן שאבוי מקשה לרב יוסף מעורות ששם הגניבה קיימת בעין, וא"כ מוכח שגם היכא דאיכא גזילה בעין איכא תקנה.**

=====

21. נתיבות המשפט /ביאורים/ על חו"מ סימן שנא

[א] עדיין הוא בעין שחייב להחזירו. והנה אם נשתנית הגזילה כגון שגנב טלה והוציאו באיסור שבת ונעשה איל נסתפקתי אם חייב להחזיר, דכיון דהגנב קונה גוף הגניבה בשינוי ורק דמים בעי שלומי על השעה שגנבו, ועל זה השעה הוא קם ליה בדבריה מיניה:

אמנם נראה לפענ"ד שהנגזל נוטל הגזילה אף שנשתנית, דקנין שינוי נלמד מקרא (ויקרא ה, כג) דוהשיב את הגזילה אשר גזל אם כעין שגזל יחזיר ואם לאו דמים בעלמא בעי שלומי (ב"ק סו, א), **וכיון דהתורה חייבה בדמים הרי מוכח דרחמנא אוקמיה ברשותיה, ובעל כרחו אוקמיה רחמנא ברשותיה בשינוי מקרא דאשר גזל, דדוקא ביאוש בעינן ריצוי הגזלן אבל בשינוי קני בעל כרחו, דהא חייב באונסין בעל כרחו,** וכיון דבמקום שהוא קם ליה בדבריה מיניה לא נתחייב בוהשיב, דהא אפילו בגזילה בעין אין הב"ד יכול לכופו הגזלן לקיים השבה, רק הנגזל בא ונוטל שלו וכמ"ש בקצה"ח סימן (ש"ן) [שנ"א] (סק"ג), וכיון דאינו בוהשיב וליכא עליו חוב חזרה ממילא לא קני הגזילה. וראיה לזה דא"כ בהא דאמרין (שם עא, א עד, ב) גנב וטבח בשבת דפטור, הו"ל למימר רבותא טפי דגוף הבהמה נעשה של הגנב דהא קנאו בשינוי, אלא ודאי דכיון דאין עליו חיוב דמים לגריעותא דידיה אין לו גם כן קנין הגוף למעליותא:

22. מגן אברהם על או"ח סימן תמ

דהגזל חמץ ועבר עליו הפסח א"ל הרי שלך לפניך ואם נאבד צריך לשלם דמיו נמצא דנהנה במה שמחזיר לו החמץ ואפ"ה שרי

• דבר יעקב מסכת בבא קמא דף סו עמוד ב

בש"י ר' דוד [אות רסט] מתרץ שאין כאן שום הנאה, שהגזלן אינו משתמש בחמץ. דאין הביאור שחל חיוב תשלומין והגזלן פורע ע"י נתינת חמץ, אלא הביאור שכיון שהחמץ עדיין נמצא לא חל על הגזלן עדיין חיוב תשלומין וא"כ אינו משתמש בחמץ לפטור עצמו, אלא מחזיר לבעלים את שלהם. וכ"כ הקו"ש [פס' אות יז].

23. רש"י מסכת בבא קמא דף סו עמוד ב ד"ה דגזל קרבן

דגזל קרבן דחבריה - שהקדיש חבירו ולעולם לפני יאוש ואיצטריך לאשמועינן דאינו עולה לרצון כלל ואפי' לבעלים הראשונים ואף על גב דלא הוה יאוש, ל"א דגזל קרבן דחבריה הלכך אפי' לאחר יאוש לא קנייה דקרבן אינו נגזל דכל היכא דאיתיה בי גזא דרחמנא איתיה.

24. תוספות מסכת בבא קמא דף סו עמוד ב ד"ה דגזל משכב

דגזל משכב דחבריה - **משמע מתוך פ"ה שר"ל משכב גמור של חבירו אם גזלו אין מטמא משכב דגזירת הכתוב הוא וזהו תימה ...**

25. תוספות רי"ד על בבא קמא דף סו/ב

משכבו ולא הגזול. **פירש המורה, גזירת מלך היא להוציא משכב הגזול שלא ייעשה אב הטומאה לטמא אדם. ונראה לי שטעם גדול יש בדבר. דכי היכי דאם כפה סאה וישב עליו לא הוי מושב, דבעינן המיוחד לשיבה (כדאי' שבת נט, א), הם הכי נמי משכב דחבריה לא הוי אב הטומאה, דבעינן המיוחד לו שלא יוכל חבירו לומר לו קום ואעשה בו צרכי:** אבל מיהו הא דאמר' משכבו ולא הגזול, קשיא לי טובא, וכי הוב אינו מטמא משכב שאינו שלו, והא תנן בפרק חמישי דטהרות (מ"ז) ישן ברה"ר ועמד עליו [במשנה - ועמד, כליו] טמאים מדרס, ותנן נמי בפרק (חמישי) [הג' - רביעי (מ"א)] דובין, ר' יהושע אומר נדה

שישבה עם הטהורה במטה [כפה - משנה] שבראשה טמא מדרס, ישיבה בספינה כלים שבראש הנס שבספינה טמאין מדרס, אלמא דזב מטמא מדרס שאינו שלו, ובכמה מקומות מוכיח דבר זה, ולמה אינו מטמא הגזול שאינו שלו:

ונראה לי, אע"ג דמטמא משכב שאינו שלו, גזירת מלך היא שהגזול לא ייטמא, מידי דהוה אסוכה דפליגי ר' אליעזר ורבנן בפרק הישן (סוכה כז, ב), דר"א סבר כשם שאין אדם יוצא ביו"ט הראשון של חג בלולבו של חבירו דכתיב ולקחתם לכם כך אין אדם יוצא בסוכתו של חבירו דכתיב חג הסוכות תעשה לך, ורבנן סברי אדם יוצא ידי חובתו בסוכתו של חבירו, דכתיב כל האזרח בישראל ישבו בסוכות, מלמד שכל ישראל רשאים לצאת בסוכה אחת, ואלא לך למאי אתא, למעוטי גזולה. **אלמא אע"פ שבסוכת חבירו יוצא בין מדעתו בין שלא מדעתו, בגזולה אינו יוצא, והם הכי נמי כרבנן, אע"פ שמטמא משכב חבירו, הגזול אינו מטמא:**

26. דבר יעקב מסכת בבא קמא דף סו עמוד ב

[ז] רד"ה משכבו וכו' גזירת הכתוב להוציא את המשכב הגזול שאינו נעשה אב הטומאה לטמא אדם - **בשי' ר' דוד [אות רפג] מעיר דמלשון רש"י משמע שאינו טהור לגמרי, אלא שלא נעשה אב הטומאה אבל ראשון לטומאה הוי.** ומביא דכן סבר המאירי. והמאירי מביא שהרמב"ם סובר שהוא טהור לגמרי. וסברת רש"י מביא הגר"ד שדין זה שמשכב הזב נעשה אב הטומאה הוי חידוש, דכיון שטומאתו הוי ע"י שקיבל טומאה מהזב שהוא אב הטומאה, היה המשכב צריך להיות ראשון לטומאה. ולכן סובר רש"י שטומאת משכב הזב אינו דין קבלת טומאה מהזב אלא דין טומאה מצד עצמו, ועל טומאה זו דמצד עצמו מיעטה התורה משכבו ולא הגזול, ועדיין נשאר טומאה מצד שמקבל טומאה מהזב ונעשה ראשון. ולפ"ז מתורץ קושית התוס' מהדיא דגנבים שנכנסו לבית דהתם חיישינן שנעשה ראשון טומאה.

27. דבר יעקב מסכת בבא קמא דף סו עמוד ב

[יג] ר"ש אומר חילוף הדברים - החזו"א [ליקוטים לחו"מ סימן יט] מעיר וכי נחלקו רבנן ור"ש במציאות מתי אדם מתיאש. ותירץ כל יאוש מעורבת בה קצת תקוה וכל תקוה מעורב בה קצת יאוש, ולכן הדבר מסור לחכמים לומר מתי מיקרי יאוש, ולפי רבנן אלימא יאוש שגורמת הגניבה בגלל שאין לו מקום ידוע לתקוה, ולפי ר"ש אלים היאוש שגורם הגזילה שהוא מצד רפיון כוחו.

28. שערים מצויינים בהלכה

ומהגמ' כאן מבואר דאע"פ שהיה קשה להן, מ"מ לא דחו אותה מהלכה שמקובל מדורות הקדמונים, וכבר כתבו הפוסקים שערי תירוצין לא ננעלו, ומשום קושיא אין משנין ההלכה שנהגו בה כל בית ישראל מדור דור. וכ"כ בתומים (סי' לג) דאין לנו לחדש דין מכח ראיה וקשיא, דשערי תירוצין לא ננעלו. וכ"כ במג"א (סי' רב סק"ח) דמשום קושיא אין לבדות דין חדש. ובחי' תת"ס (סוף מס' כתובות) הובא תשובה ממרן החת"ס בזה"ל, "ואלפים קושיות מתגוללים כעת בעוה"ר בבתי מדרשות, כי לקוצר שכלנו אין אתנו יודע עד מה כו', ורע בעיניהם להודות על האמת ולעזוב החריפות שלהם, וזאת המכשלה תחת יד החריפים כו', ואין האמת חשוב בעת הזאת כלל". וע"ע מה שהארכנו מזה במס' שבת (פג: ד"ה כמה שנים) ובחגיגה (ג: ד"ה עשה אוניך) וביבמות (לו. ד"ה אפשר, סו. ד"ה מי קתני) וב"ב (קכו. ד"ה קשיא).	האי מילתא קשי בה רבה לרב יוסף עשרין ותרתין שנין. מפרש בשטמ"ק בשם הרא"ש, דרבה הקשה לרב יוסף, ור"מ פירש דלרבה נמי הוי קשי, דהוה מספקא ליה אי יאוש קני מדאורייתא. וכ"כ בתוס' ר"פ.
--	--

במס' כתובות (מב: ד"ה עשרין) דרב יוסף ישוב בראש וסייעוהו מן השמים לפרקה להיות לו לשם וכו', ומפרש דהיינו טעמא דלא פרקה כולוהו שני דרבה, משום שלא היה תירוצו נכנס באזני רבה, דהוה ס"ל דבכה"ג במחשבה לחוד לא מקרי שינוי השם כלל אפילו גרוע, ובתר דנח נפשיה דרבה פירקה ר"י לשיטתיה, דבכה"ג נמי קרי ליה שינוי השם במחשבה לבד.

ונראה דרב יוסף עמד לפרקה דשינוי השם כשינוי מעשה דמי, משום שעכשיו שמלך היה לו שם אחר, וכשינוי מעשה דמי, כדאיתא במ"ד (ויקרא סו"פ כו) שאפילו היה קצר ונתמנה מלך נעשה ארוך [וכע"ז מצינו בפוסקים לענין צוואת ר"י החסיד שלא יהיה שם החתן כשם חמיו, שאם א' מהם נעשה רב, אז אין להקפיד בזה, כיון שיש שינוי בשמו, שקורין לו "רב", ע"י מש"כ בשמ"ב ח"ד סי' קמה ס"ק יז], וגם ידוע דמי שנתמנה לנשיא ואב"ד נפתחין לו שערי חכמה שלא היו לו מקודם כמבואר ברש"י מס' הוריות (יד. ד"ה נחמני). ועי' במס' יבמות (כג.) לכי מגיירא גופא אחרנא היא. ועי' מש"כ בחי' חתם סופר [ירושלים תשי"ט].

ולא איפרקה עד דיתיב ר"י ברישא ופרקה.
הקשה בשושנים לדוד מס' כלים (פכ"ו מ"ח) אטו מעיקרא מקמי דמלך לא הוה ידע לתרוצי, ומלכותא יהב ליה דעתא, ובפרט דהא מילתא דפשיטא הוא [והנה כבר פרש"י

30. הגהות יעבץ מסכת בבא קמא דף סו עמוד ב

"קשו" בה רבה "ורב" יוסף כצ"ל ונ"ב דוגמת זה ר"פ נערה (מ"ב ב') וקמ"ל שהזוכה מן השמים לעלות לגדולה מגלין לו טעמי תורה לפי שעסק בה לשמה וזכות רבים מסייעתו [וערש"י בכתובות שם]:

31. שו"ע חו"מ סימן שס

(א) כל הגזול חייב להחזיר הגזילה עצמה שנאמר: והשיב את הגזילה אשר גזל (ויקרא ה, כג). ואם אבדה או נשתנית, משלם דמיה, בין שהודה מפי עצמו בין שבאו עליו עדים שגזל. אפילו גזל קורה ובנאה בבירה גדולה, הואיל ולא נשתנית, דין תורה הוא שיהרוס כל הבנין ויחזור הקורה לבעלים; אבל תקנו חכמים, מפני תקנת השבים, שיהיה נותן את דמיה ולא יפסיד הבנין. אפילו גזל קורה ועשאה בסוכות החג, ובא בעל הקורה ותובעה בתוך החג, נותן לו את דמיה. אבל אחר החג, הואיל ולא נשתנית ולא בנאה בטיט, מחזיר את הקורה עצמה: הגה - גזל קרקע ובנה עליה בניינים גדולים, צריך לסתור הכל ולהשיב קרקע לבעלים, דלא עשו תקנת השבים בקרקע (ר' ירוחם נל"א ח"ו):

• פתחי תשובה על חו"מ סימן שס

[א] תקנת השבים בקרקע. עבה"ט מה שעמד על לשון הסמ"ע ועיין בלבוש שכתב טעם אחר דלכך לא עשו תקנת השבים בקרקע דטעמא מאי עשו תקנת השבים כדי שלא יעלים הגזלן שגזל ולא יעשה תשובה ובקרקע לא שייך זה דאי אפשר להעלימה ע"ש. ועיין בתשובת המבי"ט ח"ג סי' קמג שכתב דאם לא נעשה בהשגת גבול מדעתו רק שהבנאים הכניסו חצי אמה מקרקע חבריו שלא מדעתו אפשר שגם

הגאונים יודו שעשו בו תקנת השבים ויפרע לבעל הקרקע מה שישוה החצי אמה כי לא החמירו אלא מפני מה שעבר על לא תסיג גבול רעד והכא לא עבר כיון שלא ידע עכ"ל ...

1. חדושי הגרנ"ט מסכת בבא קמא סימן קלב

בענין שינוי קונה

[סו, א] בגמ', אמר רבה שינוי קונה כתיבא ותנינא, כתיבא דכתיב והשיב את הגזילה אשר גזל, מה ת"ל אשר גזל כעין שגזל יחזיר ואם לאו דמים בעלמא בעי שלומי, ע"ש. ולכאורה צ"ב דמנ"ל דאם לאו דמים בעלמא, דילמא אי לאו אינו חייב להשיב כלל, דהא כיון דדין התורה הוא ד"והשיב את הגזילה" ודרשינן דווקא כעין שגזל יחזיר, א"כ י"ל דהיכא שנשתנה ליכא מצוה ד"והשיב" וא"צ להשיב כלל, ומ"מ הגזילה של הגזול ויכול ליתלה, אלא שעל הגזול אין חיוב השבה, וא"כ מנ"ל דשינוי קונה.

והנה הרמב"ם (פ"ה מגזילה ה"א) כתב וז"ל: הגזילה שלא נשתנית וכו' חוזרת לבעליה בעצמה ואם נשתנית ביד הגזול אעפ"י שלא נתיאשו הבעלים ממנה קנאה בשינוי ומשלם דמים כשעת הגזילה ודין זה דין תורה הוא שנא' והשיב את הגזילה אשר גזל מפי השמועה למדו אם כשגזלה משלם אותה ואם נשתנית בידו משלם, עכ"ל. וכוונתו לבאר דאין הדרש מחמת יתור הלשון דאי מיתור הלשון י"ל כנ"ל דרק מצוות השבה ליכא אבל עדיין של גזול היא, אלא הדרש הוא דמפי השמועה קבלו לדרוש שאם לאו דמים בעלמא, וממילא שמעינן דהגזול קונה את הגזילה היכא שנשתנה, דא"ל לומר דאינו קונה ומ"מ משלם דמים דא"כ הו"ל כפל ולא מצינו כפל בגזול, וז"פ.

ובעיקר הדין דמקום שנשתנית הגזילה יש חיוב דמים, הנה לכאורה חיוב דמים זה חל מיד וכן נראה ממש"כ בתוס' (נו, ב ד"ה פשיטא) דגזול פטור על פשיעה כיון דלא הו' שומר על החפץ שהרי לא קיבל עליו שמירה, ובאופן שגזול פירות והרקבו מקצת ע"י פשיעתו יכול לומר לנגזל הרי שלך לפניך, וע"י בשטמ"ק סו"פ המפקיד גבי איבתר ממילא משלם כשעת הגזילה, ולענין שומרים משלם כשעת יוקרא, וכ"כ שם ברמב"ן וע"י ברא"ש לקמן (צג, ב) גבי גזל פרה מעוברת וילדה דאף שלכאורה מסתבר דברשותיה דמריה אשתכח וצריך לשלם כשעת לידה אפ"ה גזול אינו משלם אלא כשעת גזילה, דכל היכא דקונה בשינוי חזרה שומא לשעת גזילה, **ומכ"ן נראה דחיוב דמים חל מיד בשעת גזילה, אלא שיש תנאי שאם הגזילה לא תשתנה צריך להחזיר את הגזילה עצמה, אבל אם נשתנית משלם דמים, ולפי"ז גם קנין הגזילה חל מיד בשעת גזילה על תנאי, דהא נתבאר דמפי השמועה למדו שמשלם דמים, ומזה למדנו ששינוי קונה וא"כ אין השינוי גורם לתשלום הדמים שהרי נתבאר דחיוב דמים חל מיד וא"כ הכ"נ דהקנין חל מיד, אלא שיש בזה תנאי שצריך שתשתנה הגזילה, אבל אחר שנשתנית מתברר שמיד בשעת גזילה קנה הגזול, נמצא לפי"ז דגם מצות השבה אינה חלה אלא מספק, דשמא ישתנה החפץ ויתברר שמיד בשעה ראשונה נתחייב דמים, אכן זה דחוק.**

ונראה בזה, דבאמת מצוות השבה מדין ודאי היא, דאף שביד הגזול לשנות הגזילה וממילא חייב רק דמים, מ"מ יש עליו מצות השבה הכוללת בתוכה שיזרה לא לשנות החפץ ולגרם חיוב דמים, אלא יקפיד שישאר החפץ כפי שהוא וישיבו כך לבעליו, ונמצא שאם שינה את החפץ בידיים ביטל בכך מצות השבה.

והנה בסנהדרין (עב, א) תנן הבא במחתרת ושבר את החבית פטור, ושם בגמ' אמר רב דאף אם נטל כלי נמי פטור מאי טעמא בדמים קנינהו, אמר רבא מסתברא מילתא דרב בשייבר אבל נטל לא וכו', ועיי"ש דרב ס"ל דקלבד"מ קונה את החפץ ואף אם החפץ קיים אינו מחזירו לבעליו דקנינהו בהקלבד"מ, ורבא ס"ל דקלבד"מ אינו עושה קנין כלל ואם החפץ שנטל קיים הרי הוא של הבעלים אבל אם שיבר פטור וכתבו רש"י ותוס' שם דאף אם שיבר אח"כ כשיצא מן המחתרת פטור מלשלם, ע"ש. ותימא לפירושה דבשלמא אם שיבר בשעה שהיה במחתרת שפיר י"ל דכיון שהיה עליו אז חיוב מיתה זה פוטרו מחיוב דמים, אבל בשבר אחר שיצא מהמחתרת לרבא דס"ל דלא קנה והכלי שייך לנגזל א"כ בשיבר אח"כ אמאי פטור, ועי' בבעה"מ ובמלחמות שם שהאריכו בקושיה זו, ובגמ' שם מיתנין הא דתניא הגונב כיס בשבת פטור שהרי איסור שבת ואיסור גניבה באין כאחד ומסקינן דמיירי בשדינהו לנהרא, והאריכו שם הבעה"מ והרמב"ן אם מיירי דהגנב עצמו שדינהו או אחר שדינהו, וכתבו דמסתבר דאחר שדינהו, דאם הגנב עצמו שדינהו א"כ להוי כמזיק מחדש כיון שעדיין לא קנה הכלי בקלבד"מ והוא של הבעלים, ע"ש.

אכן לפימ"ש כ"כ דגם הקנין חל מיד בשעת הגזילה למפרע, א"כ שפיר י"ל דאף אם הוא עצמו שיבר אח"כ מ"מ פטור שהרי הוברר למפרע שקנה מיד בשעת גזילה וכשהיה עדיין במחתרת, וכן גבי גונב כיס בשבת נמי י"ל כנ"ל דאפי' ששדינהו גנב עצמו מ"מ פטור כיון שהוברר למפרע שקנה מיד בשעת גניבה, אלא דלפי"ז יקשה לן דקאמר רבא תברא או שתיהו משלם ד', והלא לפי"ד הוברר למפרע שכבר קנאה הגזול משעת גזילה וא"כ לאו מזיק הוא, וצ"ג, ולפימ"ש כ"כ מבואר היטב מש"כ המ"מ דאם קידש הגזול אשה אחר יאוש מהני מטעם באים כאחת, ומבואר שפיר דהא מתברר למפרע שקנה את הגזילה מיד דגזילתו ע"י השינוי רשות.