

מה שאמרה הברייטא "מכירה שאינה חוזרת", אינו בא למעט "מכירה שאינה מתקיימת" ויכולה לחזור, אלא לומר לך: **פרט לשקנה לו לשלשים יום**, שזו אינה מכירה אלא שכירות בעלמא.

ומוכיחה הגמרא, שאף רבי אלעזר סבר כמו רב ששת: **חיוביה דמכירה רק לאחר יאוש הוא**, שנתקיימה המכירה!

ב-פז **דאמר רבי אלעזר: תדע [הרי לך ראייה] שפתם גניבה יאוש בעלים הוא**, שהרי אמרה תורה: **טבח ומכר משלם תשלומי ארבעה וחמשה**, הרי שחיבה התורה ארבעה וחמשה על מכירה, והרי דלמא לא אייאש [שמא לא התייאש], והאיך חיבה תורה כל גנב?!

אלא לאו משום דאמרין: פתם גניבה יאוש בעלים היא.

הרי שסובר רבי אלעזר אף הוא, שלא חיבה התורה קודם אלא לאחר יאוש.

ומקשינן על רבי אלעזר: **ודילמא אף על גב דלא אייאש חיבה התורה**, ומנין לרבי אלעזר להוכיח מזה שסתם גניבה יאוש בעלים היא?!

אמרי בני הישיבה לפרש את דעתו של רבי אלעזר:

לא סלקא דעתך שיתחייב לפני יאוש על מכירה שלא הועילה כלום, כי מכירה דומיא **דטביחה** חייבה התורה!

מה **טביחה דאהנו מעשיו** [הועילו מעשיו] שהרי אף את הפשר קנה הגנב ב"שינוי מעשה",⁽¹⁾ אף **מכירה לא** חייבה תורה אלא בכגון **דאהנו מעשיו**.

ואי תאמר שחיבה התורה על מכירה אף כשהיתה לפני יאוש, הרי מאי אהנו מעשיו, והרי המכירה אינה קיימת, וכאילו לא מכר?!

תו מקשינן לרבי אלעזר: **ודלמא לא** חייבה תורה אלא בכגון **דשמעיניה דאיאש** [שמענו אותו שהתייאש] קודם המכירה, ומנין להוכיח מזה ש"סתם גניבה יאוש בעלים"?!

אמרי בני הישיבה לפרש את דעתו של רבי אלעזר:

לא סלקא דעתך, שלא חייבה תורה אלא בכגון ששמענו על יאוש הבעלים, ומשום:

דמכירה דומיא **דטביחה** חייבה התורה, ומה **טביחה** חייבה התורה גם כשטבח **לאלתר** [סמוך מיד לגניבתו] ואף קודם שהמתין

בקצרה, שהרי "נשתרש בחטא" היינו שהועילה מכירתו, וזה כרב ששת.

1. כן נראה לתוספות בפשטות לפרש, ולפי פירוש זה כתבו התוספות, שרק שינוי כעין טביחה ששינה הגנב בידיים, מועיל לקנות לרבי אלעזר, אבל שינוי דממילא כגון שבירה אינו שינוי לדעת רבי אלעזר, וכדמוכח מדברי רבי

אלעזר בפרק ראשון [יא א] גבי "אין שמיך" [וכעין חילוק זה מתבאר ברש"י לעיל סו א בדברי רבה שאמר: "שינוי קונה", ופירש רש"י, דהיינו שינוי בידיים, ראה שם, ובהערות]; ובפירוש שני פירשו התוספות, ד"אהנו מעשיו" אין הכוונה לקנין הפשר על ידי שינוי, אלא שהועילו מעשיו לחסרה מן העולם.

הסוגיא הבאה היא סוגיא שלישית הדנה בדין יאוש אם הוא קונה.

לאחר יאוש מאי היא דעתו של רבי יוחנן? האם לדעתו יאוש קונה או לא?

רבי יוחנן אמר: חייב ומפרש לה ואזיל.

וריש לקיש אמר: פטור.

רבי יוחנן אמר חייב, כי סבר: חיוביה על מכירה, הוא בין לפני יאוש וכמו שנתבאר לעיל שנחלק רבי יוחנן על רבי אלעזר המחייב רק לאחר יאוש, ובין לאחר יאוש ומשום שיאוש אינו קונה.

ריש לקיש אמר, פטור, כי סבר: חיוביה לפני יאוש הוא, אבל לאחר יאוש, קנה הגנב את הגניבה, ושלו הוא טובח, ושלו הוא מוכר.⁽⁵⁾

ליאוש הבעלים, אף מכירה חייבה התורה גם כשמכר לאלתר מבלי להמתין ליאוש בעלים.⁽²⁾

אמר תמה ליה רבי יוחנן לרבי אלעזר, הסובר: לא חייבה תורה אלא על מכירה שהועילה:

גניבה בנפש — שאמרה תורה [דברים כד ז]: "כי ימצא איש גונב נפש מאחיו מבני ישראל, והתעמר בו ומכרו, ומת הגנב ההוא" — תוכיח,⁽³⁾ שאין שם יאוש בעלים [שהרי אין אדם מתייאש על עצמו]⁽⁴⁾ שיועיל לעשות את המכירה למכירה קיימת, ומכל מקום חייב הגנב אם מכרו!

מכלל, למדנו מקושייתו של רבי יוחנן דסבר רבי יוחנן, מכירת בהמה גנובה לפני יאוש חייב עליה ארבעה וחמשה אף שלא הועילה מכירתו.

בגיטין לו ב [ד"ה וקשיא] הוא: "לא שייך יאוש אלא בממונו, אבל בגופו לא שייך יאוש, וכדאמרינן בבבא קמא גניבה בנפש תוכיח שאין יאוש לבעלים", [ומיהו, אין כוונת הרשב"א משום שישראל אינו חפץ ממוני, כי דברי הרשב"א שם עוסקים בגוי, ראה שם].

ב. כתב ה"מנחת חינוך" [מצוה לו אות ו בנדמ"ח], שלא דוקא קאמרה הגמרא שמשום חסרון יאוש לא חלה המכירה, כי אף בלאו הכי היאך יוכל למכור את חברו אם אינו עבד.

5. שיטת רבינו תם היא: [הובאה ב"תוספות רבינו פרץ" כאן; ודברי רבינו תם אלו הם תוספת על מה שהביאו התוספות לעיל סז א ד"ה אמר, בשם רבינו תם "משמע דסבר — רבי יוחנן — בכל דוכתי דיאוש קני", ואשר הוא תמוה מסוגיא זו].

2. כתבו התוספות שאין הכוונה "לאלתר" ממש, כי עד שלא נודע לבעלים על הגניבה, אף שאם יודע להם יתיאשו, אין זה אלא "יאוש שלא מדעת", ויאוש שלא מדעת קיימא לן שאינו יאוש, אלא הכוונה "לאלתר" דומיא דטביחה שאף היא אינה מיד, עד שיבוא הגנב לביתו, ובשיעור זה כבר נודע מסתמא לבעלים.

3. הקשו התוספות: והרי גניבת נפש ומכירתו לא הוקשה לטביחה, ואם כן מה ראייה היא משם?! ותירצו התוספות, שרבי אלעזר לא למד "טביחה דומיא דמכירה" מטעם היקש, אלא שמסתבר לדמות מכירה לטביחה, ועל זה מקשה רבי יוחנן: אדרבה נילף מכירה ממכירה; וראה לשון הרשב"א בזה.

4. א. נתבאר על פי רש"י; ולשון הרשב"א

איתיביה רבי יוחנן לריש לקיש הסובר יאוש קונה מהא דתנן [לקמן עד ב]:

גנב בהמה והקדיש אותה הגנב [באופן שחל הקדשו, כדמפרש ואזיל], ואחר כך טבח הגנב את הבהמה, הרי זה משלם תשלומי כפל לבעלים, שהרי גנבה קודם ההקדש, ואינו משלם תשלומי ארבעה וחמשה לבעלים שהרי את של ההקדש טבח, ואף להקדש אינו משלם ארבעה וחמשה.⁽⁶⁾

והרי אימת [אימת] הקדישה הגנב:

אילימא לפני יאוש הקדישה הגנב, מי קדוש על ידי הקדשו של הגנב?!

והרי "ואיש כי יקדיש את ביתו קדש" אמר רחמנא, מה "ביתו" שלו, אף כל שהוא שלו יכול להקדישו, אבל אין הגנב מקדיש דבר שאינו שלו.

אלא פשיטא שהמשנה עוסקת בכגון שהקדישה הגנב לאחר יאוש, שאפילו אם יאוש אינו קונה, חל ההקדש או משום

שהביא שם, שלקנות את הגזילה בקנין לאחר היאוש [לפי מה שצדדו התוספות לקמן סט א, שהגזלן צריך לעשות מעשה קנין אחר היאוש] דינו כמכר, שלדעת רבי יוחנן אי אפשר לקנותו אלא במעות ולא בשום קנין כגון משיכה או חצר [לדעת ה"קצות החושן"], ואילו לריש לקיש אפשר לקנותו במשיכה או בחצר, ולכן לרבי יוחנן לא קנה הגזלן את הגזילה אחר יאוש, כי אין לו במה לקנותו, שהרי אין שייך שם מעות, ואילו לריש לקיש הרי הוא קונה אותו בקנין משיכה או חצר.

6. כתב רש"י בד"ה ואינו משלם: "דהא כי קא טבח דהקדש טבח, ו[להקדש אינו חייב לשלם ארבעה וחמשה, משום ד]רעהו" אמר רחמנא, "ישלם שנים לרעהו" ולא להקדש, ו[אף שפסוק זה אינו ממעטו אלא מכפל, מכל מקום ממילא לא משלם אף על הטביחה, שהרין כיון דפטריה [התורה] מכפל [להקדש, וכדדרשינן מ"רעהו"], תו לא מחייב בטביחה ומכירה, ד"תשלומי ארבעה וחמשה" אמר רחמנא, ולא שלשה וארבעה"; וראה תוספת דברים בביאור רש"י, במקום עיקר דין זה, לקמן עד ב, בהערות שם.

אף רבי יוחנן סובר שיאוש קונה, אלא שמכל מקום חייב הוא על הטביחה ומכירה שלאחריה, מגזירת הכתוב "וטבחו או מכרו" לא שנה לפני יאוש ולא שנה לאחר יאוש [ופירש דבריו המגיה על "תוספות רבינו פרץ", דכיון שסתם גניבה יאוש בעלים, אם כן משמע שחיובו הוא אף לאחר יאוש].

ושיטה זו אינה כרש"י ולא כהתוספות בד"ה רבי, וב"תוספות רבינו פרץ" הביא שר"י דחה שיטה זו, משום שאם כן מאי מקשה הגמרא לעיל סז ב על רב הסובר יאוש קונה ממה שמצינו חיוב על טביחה ומכירה לאחר יאוש, ומאי קשיא, שמא רב כרבי יוחנן הוא סובר; [והמדקדק בכל לשון הגמרא כאן, יראה שפשטות לשון הגמרא "מכלל דסבר רבי יוחנן לפני יאוש חייב, לאחר יאוש מאי", ובהמשך: "רבי יוחנן אמר חייב, חיוביה בין לפני יאוש בין לאחר יאוש", מורה כשיטת רבינו תם].

ב. ב"קצות החושן" [שסא א], תלה מחלוקת זו של רבי יוחנן וריש לקיש אם הגזלן קונה את הגניבה ביאוש [כפירוש רש"י והר"י], במחלוקתם שנחלקו [בבא מציעא מז ב] אם במכר מעות קונות או משיכה קונה, ועל פי מה

אם טבח הרי הוא משלם תשלומי ארבעה וחמשה לנגנב, ואף שכבר נתייאשו הבעלים.

ואי סלקא דעתך: יאוש קונה, אמאי משלם ארבעה וחמשה כשטבח לאחר יאוש! ? והרי שלו הוא טובח, שלו הוא מוכר. (8)

הרי מוכח ממשנה זו שיאוש אינו קונה, ותיקשי לריש לקיש ?

אמר ליה ריש לקיש לרבי יוחנן:

לעולם יאוש קונה, ומשנה זו עוסקת לפני יאוש ולכן חייב הגנב על הטביחה אם לא

"שינוי השם" שמעיקרא חולין והשתא הקדש, או משום "שינוי רשות" שנשתנתה מרשות הדיוט לרשות גבוה. (7)

ואם כן מוכח שיאוש אינו קונה [ורק משום שינוי השם או שינוי רשות חל ההקדש], שהרי:

וטעמא דהקדיש וטבח ומכר אחר ההקדש הוא דאינו משלם תשלומי ארבעה וחמשה, ומשום דכי קא טבח, דהקדש קא טבח ולא של הנגנב.

אבל אם לא הקדיש הגנב את הבהמה, כי אז

7. על פי "תוספות רבינו פרץ".

שצריך קנין לקנותו לאחר יאוש, אלא אם "יאוש קונה", אבל כדי להצטרף לשינוי רשות, אין צריך לקנותו תחילה, ואם כן משכחת לה שתחול המכירה, שנתייאשו בשעה שהבהמה ברשות הרבים, ומכרה הגנב, ונמצא משתרש בחטא.

וכתב ליישב, שאם כי אין הגניבה נקנית לו לאחר יאוש כשאינה ברשותו, מכל מקום שוב — לדעת הסובר שיאוש קני — אינו חייב על הטביחה, כי היות ורשות ביד הגנב לקנותה לעצמו, לא שייך לחיבו על טביחה ומכירה, וגם אין לו חיוב השבה על הגניבה מאחר שיכול הוא לקנותה; ואם כן ניחא קושיית הגמרא על רב, שלשיטתו אין לחיבו על הטביחה והמכירה שלאחר יאוש.

וכעין קושיא זו יש להקשות כאן, שהרי יש לפרש שהברייתא עוסקת כשנתייאש והבהמה ברשות הרבים, ולכן פטור הוא על הטביחה רק כשהקדישה תחילה, אך בלי זה הרי הוא חייב; וכן שייך כאן תירוץ ה"חזון איש", שאפילו כבי האי גוונא שהבהמה ברשות הרבים יש לו ליפטור על הטביחה, משום שיכול לזכות בה.

ברם העירו האחרונים, שלפי מה שהובא בהערה 5 בשם ה"קצות החושן", שאף רבי יוחנן

8. א. כתב ב"תוספות רבינו פרץ", שלפי שיטת רבינו תם, שאף לרבי יוחנן יאוש קונה, אלא שמכל מקום הוא חייב מגזירת הכתוב, צריך לפרש דהכי קאמר: "ואי סלקא דעתך דקנה לענין שיש לו להפטור מארבעה וחמשה, משום ששלו הוא טובח — אמאי משלם", [והוא כעין "סרס המקרא ודרשהו"].

ב. לעיל ריש סח א, הוכיחה הגמרא שיאוש אינו קונה ממה שאמר רבי עקיבא שחייב מכירה הוא משום שנותרש בחטא, דהיינו שהועילה מכירתו; והקשתה הגמרא: הרי בהכרח שלאחר יאוש הוא, שאם לא כן לא הועילה מכירתו דשינוי רשות לבד אינו קונה, ואם נתייאש, הרי כבר קנה ביאוש, ופטור על המכירה.

והקשה ה"חזון איש" [הובא בהערה 1 שם]: לפי מה שציידו התוספות לקמן סט א, שאין היאוש קונה לגולן אם הגניבה מונחת ברשות הרבים ואינה ברשותו של גנב לקנותה, אם כן יש לומר שחייבו הוא כשמכר לאחר יאוש, אלא שלא היתה הגזילה עומדת ברשות הגולן לקנותה! ? [פירוש: עד כאן לא אמרו התוספות

שניהן — הגזלן והבעלים — אינן יכולין להקדיש⁽¹⁰⁾ זה — הגזלן — לפי שאינו שלו, וזה — הבעלים — לפי שאינו ברשותו!⁽¹¹⁾

ואם כן אי אפשר לפרש את המשנה באופן שהקדישהו בעלים ביד גנב, וכפי שפירשה ריש לקיש?!

אמרי בני הישיבה לפרש את דעתו של ריש לקיש:

הוא — ריש לקיש — דאמר כתנא ד"צנועין", הסובר: בעלים מקדישים ועושים

ההקדש; ודקשיא לך: אם כן האיך הגנב יכול להקדישו, אימא לך: הכא במאי עסקינן:

כגון שהקדישהו בעלים ביד גנב קודם שנתייאשו, וחל ההקדש מכח הבעלים, ולכן פטור הגנב כשטבחו אחר ההקדש מתשלומי ארבעה וחמשה.

ומקשינן על פירושו של ריש לקיש: ומי קדוש על ידי הבעלים כשאינן הגניבה ברשותו, אלא ביד גנב?!

והאמר רבי יוחנן:⁽⁹⁾ גזל ולא נתייאשו הבעלים:

הגזלן להחזירה, ובגדר "אינו ברשותו": כתבו התוספות לקמן ע א ד"ה לא, שפקדון ביד שומר חשוב "ברשותו", וראה שם בדברי רש"י, ובהערות שם], וכן היא דעת הראשונים והפוסקים [מלבד: "יש חולקין" במאירי לקמן סט א ד"ה ובפקדון]; אך נחלקו בעל המאור והרמב"ן [לעיל יח א מדפי הרי"ף], אם כאשר החליט הגזלן להשיב את הגזילה לבעליה, כבר חשובה הגזילה "ברשותו" של הבעלים ויכול הוא להקדישה; ודעת בעל המאור היא, שדי בזה כדי להחשיבה "ברשותו".

ומפרשים האחרונים את מחלוקתם, שהרי דבר פשוט הוא, שאין סיבת הדין שאין הבעלים יכולים להקדיש משום שבפועל "אינו ברשותו", שהרי יכולים הבעלים להקדיש דבר שהוא ביד שומר, וכמו שהוכיחו הראשונים; ונחלקו בעל המאור והרמב"ן, אם מה שגזילה חשובה "אינו ברשותו" הוא משום "קניני הגזילה" שיש לגזלן בגזילה, או שהטעם הוא משום שאין הגזילה בשליטת הבעלים, כי הגזלן השתלט עליה, והנפקא מינה היא באופן שהגזלן רוצה להשיבה, כי אז אם כי קניני גזילה עדיין יש לו בגזילה עד

מודה שהיאוש קונה לגזלן, אלא שלפי דעתו אין מעשה קנין בו יכול הוא לקנות גזל; הרי שלפי סברת ה"חזון איש" יש לנו לומר, שלא יתחייב על טביחה לאחר יאוש אפילו לרבי יוחנן, היות ומן הדין יכול הוא לזכות בה, רק שאין לו מעשה קנין; ואם כן מוכח — לפי ביאור ה"קצות החושן" — מדברי רבי יוחנן שמחייב בטביחה לאחר יאוש, דלא כסברת ה"חזון איש".

9. כתב ב"תוספות רבינו פרץ" שאין כוונת הגמרא להקשות מרבי יוחנן על ריש לקיש, אלא משום שבהמשך הסוגיא מבואר, שסתם משנה היא כרבי יוחנן בזה, וכן הפסוק מסייע לדבריו.

10. לאו דוקא להקדיש, אלא אף שאר חלות אין יכולים הבעלים להחיל על הגזילה, וכמבואר בהמשך הענין, שאין הבעלים יכולים לחלל כרם רבעי שביד הגנב, ואולם להרשב"א שיטה אחרת בזה, ויתבאר בהערות לקמן סט א.

11. הרחבה בדין "אינו ברשותו": א. דין פקדון ביד שומר, וגזילה שרוצה

שאר חלות על דבר שנגזל או נגנב מידם, ואף שאין הגניבה ברשותם.

דתנן:

כרם רבעי — שהוא טעון חילול כדי לאוכלו — היו מציינין אותו בשביעית

ברגבי אדמה, כדי לרמוז שאפשר ליהנות מן הפירות רק לאחר חילול, כמו אדמה שיש אפשרות ליהנות ממנה; וכל זה בשביעית שהפירות הפקר הם, וכל הבא ליטול יבוא ויטול; אבל בשאר שני שבוע לא היו מציינים אותם, שאם משום הגנבים שלא

שלא ישיבנה לבעליה, מכל מקום כבר אינו משתלט על הגזילה, וראה עוד ב"ספר המפתח" לקמן סט א מקורות להרבה אחרונים שדנו בחקירה זו.

ב. נתנו הבעלים בטעות את ממונם לאחר, ויכולים להעמידו בדין ולהוציא ממנו, אם יכולים להקדישו:

ב"קצות החושן" [שנד ד] הביא בשם הריטב"א [קדושין נו ב ד"ה מתקיף], במי שלקח בהמה טמאה במעות מעשר שני [ומקח טעות הוא, שאין לוקחין בהמה טמאה במעות מעשר שני], שיכול הלוקח לחלל את מעות המעשר השני שביד המוכר ואף שברח המוכר ואינו לפנינו; ומשום ש"לא אתו לידיה דמוכר בתורת גזל, אלא בתורת מקח וממכר, והיה סבור [המוכר] שיצאו לחולין, ואילו איתיה קמן [שלא ברח], ונימא ליה דליהדרניהו ללוקח הוה מהדרי להו, וכיון דטעותא הוא, ואיהו לא הוה מעכב להו, כפקדון חשיב גביה שיכול מפקיד להקדישו ולחלל עליו מעשר בכל מקום, מה שאין כן בגזלן, דאי אמרינן ליה דלהדרה לגזילה לא הוה ציית לן"; אך בתוספות [כאן בד"ה הוא], מבואר גבי אותו ענין שאינו יכול לחלל, כיון שזה חשוב "אינו ברשותו".

ודעת ה"קצות החושן" להכריע כדעת התוספות: "דכל היכא דלא ידע הוה ליה דבר שאינו ברשותו, אף על גב דציית דינא וכו', ודוקא פקדון הוה ליה דבר שברשותו, ומשום דכל אימת דבעי מפקיד שקיל ליה, אבל כל שבטעות דין אתי לדידה או בטעות אחר, ומחוסר

ראיה והעמדה בדין, אף על גב דציית דינא, הוי דבר שאינו ברשותו"; [ולשונו צריך ביאור, דפתח ב"כל היכא דלא ידע", ומשמע שאינו יודע היכן הדבר כי ברח המוכר, ובלשונו בסיום דבריו משמע, שאפילו אם הוא לפנינו, חשוב "אינו ברשותו"; וראה היטב בתוספות קדושין נו א ד"ה מתקיף, דמשמע, שעיקר מה שחשוב שם "אינו ברשותו" הוא משום שברח המוכר, ואם כן עיקר טעמם הוא משום שזה כמו אבידה, ראה אות ג].

וה"קצות החושן" הוכיח כשיטתו מן הסוגיא בעמוד א, דהנה לקמן סט ב מבואר, שדין גונב אחר הגנב שוה לדין הקדש בדבר ש"אינו ברשותו", דהיינו, כל שאין הבעלים יכולים להקדישו כי אינו ברשותם, אף הגונב אותו ממקום שהוא שם אינו חייב, והוא בכלל המיעוט שהגונב אחר הגנב פטור, וכל שיכול להקדישו במקום שהוא, הגונב אותו משם חייב עליו כפל.

והנה לעיל מתבאר מן הסוגיא [וכפי שנתבאר שם בהערה 7], שהגונב ומכרו לאחר באופן שלא חלה המכירה, ובא גנב גנבו מבית הלוקח, אין הוא חייב כפל לבעלים, ואף שאילו היינו יודעים מי הלוקח, היה הוא ציית דינא, שהרי לא לקח מן הגנב אלא משום שלא ידע שגנוב הוא, ומכל מקום מבואר שהגונב ממנו אינו חייב כפל לבעלים, ובהכרח שזה מיקרי "אינו ברשותו" של הבעלים ובכלל גונב אחר הגנב הוא.

וב"דברי יחזקאל" סימן נד אות ג כתב ליישב לשיטת הריטב"א, שגבי לוקח מגנב, חשוב "אינו

יאכלו בלי חילול, אין לחוש לזה, ש"הלעיטהו לרשע וימות" –

ואילו הצנעוץ [אנשים חסידים] היו מניחין את המעות לחילול כרם הרבעי, והיו

ברשותו" מחמת קניני הגזילה שיש לגנב, שלא פקעו כשמכרו ללוקח [וכמו שהביא שם בשם הרשב"א], וראה עוד שם אריכות בזה.

ב. אבידה אם נקראת "אינו ברשותו":

בריטב"א בתחילת המפקיד מבואר שאדם יכול להקנות אבידה, [ולמד מזה ב"דברי יחזקאל" סימן נד אות ד, שאבידה – לדעת הריטב"א – נחשבת "ברשותו".

ואילו מדברי הרמב"ם [מכירה כב ט] נראה, שאבידה נקראת "אינה ברשותו", [זה לשון הרמב"ם שם: "מי שהיה לו פקדון ביד אחר, הרי זה מקנהו בין במכר בין במתנה, לפי שהפקדון ברשות בעליו הוא, והרי הוא כחזקת שהוא קיים, ואם כפר בו זה שהופקד אצלו, אינו יכול להקנותו, שזה כמי שאבד, שאינו ברשותו].

ויש הסוברים, שלשיטת הרמב"ן ש"קניני גזילה" הם הסיבה ל"אינו ברשותו" אם כן אבידה חשוב "ברשותו", ויש הסוברים, שאף להרמב"ן יש לומר, שאינו אלא כמוסיף שאף מצד "קניני גזילה" חשוב "אינו ברשותו", ומיהו מודה הוא לסברת ה"בעל המאור", שכל שאינו בשליטת הבעלים, חשוב "אינו ברשותו", ויש לומר שמודה הוא באבידה שהיא נקראת "אינה ברשותו".

ובסגנון הוכחתו של ה"קצות החושן" שהובאה באת ב, הוכיחו אחרונים שאבידה נקראת "ברשותו", מהמבואר בבבא מציעא כו ב, שהנטל אבידה על מנת לגזולה, עובר משום "לא תגזול", וה"קצות החושן" בסימן לד סק"ג סובר, שהגונב אחר הגנב אינו עובר אפילו בלאו, ואם אבידה חשובה "אינו ברשותו" לא היה לו לעבור ב"לא תגזול", [אלא שאין דברי ה"קצות

החושן" בענין הלאו מוסכמים על כולם]; וראה "קהלות יעקב" לבבא מציעא הנדמ"ח סימן כח ד"ה ולבאר, וצריך תלמוד.

וראה בענין אבידה, ב"אמרי משה" סימן לד, שהביא גם מדברי ה"אור שמח" בזה, וב"דברי יחזקאל" סימן נד, וב"קהלות יעקב" לבבא מציעא הנדמ"ח סימן כח.

ד. בטעם הדין שאינו יכול להקדיש דבר

שאינו ברשותו:

ב"קהלות יעקב" זרעים סימן כ ד"ה ובאמת, כתב, שדין זה ד"אינו ברשותו" לא מצי להקדיש, אינו דין מיוחד על עשיית חלות [שצריך שיהיה ברשותו], אלא הוא דין כללי, דמה שהוא אינו ברשותו מחליש כח הבעלים, וממילא אינו יכול להקדיש דהוי קצת "אינו שלו"; וראיתו היא, ממה שדין "אינו ברשותו" כמו שהוא מונע את הבעלים מלהקדיש, כך הוא פוטר את הגנב משלומין, ובגמרא לקמן סט ב, לומדת הגמרא דין זה מזה, [וראה בהערות שם], ובהכרח שמשום שבעלותו נפגמה נחשב כבלתי בעלים גמור ואינו יכול להקדיש, והוא הדין שאינו מתחייב כפל לבעלים דלאו ממון גמור הוא, לפי שכבר נפגמה בעלותו קודם הגניבה על ידי זה שהוא אינו ברשותו.

ה. מה נמנע מן הבעלים, כשהדבר "אינו

ברשותו":

הנה עיקר דברי רבי יוחנן נאמרו גבי הקדש; ומכל מקום מוכח בסוגייתנו, שאף לחלל מעשר שני ש"אינו ברשותו", אין הוא יכול; וכן לענין הפקר בדבר ש"אינו ברשותו" נראה מן הסוגיא כאן שאינו יכול, וכפי שיתבאר בהערות בסוגיא. ודעת רובם המכריע של הראשונים, שאין אדם יכול להקנות דבר שאינו ברשותו, וכאשר

שנאמר: "אם המצא תמצא בידו הגניבה משור עד חמור עד שה חיים שנים ישלם", אבל אם החזיר הגנב את הגניבה לבעלים קודם שעמד בדין ושוב אינה בידו, כי אז אין בית דין מחייבים אותו כפל על הגניבה —

והרי כאן שהקדישוהו הבעלים ביד הגנב, הרי זה כאילו חזרה קרן לבעלים, (14) ואין הגנב משלם אפילו כפל, ואילו במשנה שנינו, שכשהקדישוהו בעלים, אינו פטור אלא מארבעה וחמשה, אבל כפל הרי הוא חייב, ואם כדבריך שהקדישוהו בעלים, למה הוא חייב?!?

ומשנין: משנה זו עוסקת פשכבר עמד הגנב

אומרים: כל הנלקט [שכבר נלקט] מזה על ידי הגנבים, (12) יהא מחולל על המעות האלו, כדי שלא להכשיל את הגנבים.

הרי מוכח שלדעת תנא זה אפשר לחלל פירות שאינם ברשותו של המחלל, אלא ביד הגנבים, והוא הדין שיכולים הבעלים להקדישם; וסובר ריש לקיש כתנא זה. (13)

תו מקשינן על פירושו של ריש לקיש, שפירש את המשנה — "גנב ואחר כך הקדיש משלם תשלומי כפל" — שהיא עוסקת בכגון שהקדישוהו בעלים ביד גנב:

הרי אין גנב משלם כפל אלא כשבשעת העמדה בדין היתה הגניבה בידו, וכמו

ברשותו", שהרי המעות ברשותו, וראה "חתם סופר".

14. א. כתב ב"אמרי משה" סימן מ אות יד, שלכאורה אינו מובן במה חזרה הקרן לבעלים, והרי עדיין הוא גנוב מן ההקדש; ופירש שם, שקנייני הגזילה פקעו מעת שהקדישוהו הבעלים, שאין קנייני גזילה בדבר של הקדש, ולכן נקרא זה "חזרה קרן לבעלים"; ולפי זה ביאר שם, שאם מכר את הדבר הגזול, אין זה "חזרה קרן לבעלים".

ב. והנה לשון רש"י הוא: "אי כשהקדישו בעלים, כפל אמאי משלם, הרי חזרה קרן לידם, דאקדשוהו כל היכא דאיתיה", ואפשר, שכוונתו היא, שחזרה קרן לבעליה החדשים, כי מאחר שהקדיש, וכל היכא דאיתיה בי גזא דרחמנא איתיה, הרי נמצא שכאילו החזיר את הקרן לבעלים, [וראה חולין קלט א, לדעת ריש לקיש, שהאומר: "הרי עלי מנה לבדק הבית", ונתן מנה, ונגנב או נאבד, אינו חייב באחריותו, ואין דינו כמו קדשי מזבח שהוא חייב באחריותו

נראה מדבריהם בסוגיא ד"אורכתא" לקמן ע א; אלא שדעת הרשב"א בשבועות לג ב, שדברי רבי יוחנן גזירת הכתוב הם גבי הקדש, אבל יכול להקנות דבר שאינו ברשותו, [וראה ב"קצות החושן" קכג א, שתמה מאד על שיטה זו].

12. כתב רש"י "כל מה שלקטו בני אדם היום מכאן יהא מחולל", ומשמע שבסוף היום היו אומרים כן, והיו מחללים את מה שכבר נלקט; ואולם התוספות לקמן טט א ד"ה כל הנלקט, פירשו לא כן אלא שהיו אומרים בבוקר שיחול החילול לאחר שיילקט, ויובאו דבריהם בהערה לקמן טט א.

13. א. ובגמרא לקמן טט א מתבאר, כיצד מתיישבים דברי רבי יוחנן עם משנה זו.

ב. לשון רש"י הוא: "אלמא אף על גב דליתיה ברשותיהו מיפרק ותפיס להו למעות בקדושה"; ויש לעיין, הרי עיקר הנידון הוא על הפירות שנתחללו ["מיפרק"], אבל מה ד"תפיס להו למעות בקדושה" אינו ענין ל"אינו

גניבתו, ובאלמות הוא מחזיק בה], והרי גזלן אינו משלם תשלומי ארבעה וחמשה.

ב. ואם אמרו לו בית דין: "חייב אתה ליתן ט-א לו", והלך טבח ומכר, הרי הוא משלם תשלומי ארבעה וחמשה.

מאי טעמא?

כיון דלא פסקוה בית דין למילתיה [היות ולא היה פסק דין החלטי], אכתי גנב הוא [עדיין שם גנב עליו].

ואם כן תיקשי: היות ולפי ריש לקיש המשנה עוסקת כשעמד הגנב בדין קודם שהקדישוה בעלים, אם כן אפילו אם לא היו מקדישים אותה, היה הגנב פטור מתשלומי ארבעה וחמשה, ואילו במשנה מבואר, שאינו פטור אלא אם כן הקדישוה בעלים תחילה!?

ומשנינן: לא צריכא המשנה להשיענו שאם גנב והקדישוה בעלים ואחר כך טבח ומכר שהוא פטור משום שהוא של הקדש, אלא בכגון שהקדישוהו בעלים אחר דאמרי ליה בית דין לגנב:

"חייב אתה ליתן לו" בלבד, שעדיין לא

בדין על הגניבה — קודם שהקדישוהו בעלים — וכבר חייבוהו בית הדין את הכפל, ושוב אינו נפטור מן הכפל אף אם היה מחזיר את הקרן לבעלים.⁽¹⁵⁾

ומקשינן: היכי דמי, איך היה פסק הדין קודם שהקדישוהו בעלים!?

אי דאמרי בית דין לגנב: "צא תן לו את הכפל", כך הרי אי אפשר לומר, כי:

אם כן מאי איריא: הקדיש [אחר שעמד הגנב בדין] ואחר כך טבח, שהוא פטור מתשלומי ארבעה וחמשה, והרי אפילו לא הקדיש, נמי לא ליחייביה לגנב בארבעה וחמשה, כיון שפסקו בית דין לגנב "צא תן לו"?

דהרי אמר רבא:

א. אמרו בית דין לגנב: "צא תן לו", והלך הגנב וטבח ומכר, הרי הוא פטור.

מאי טעמא?

כיון דפסקוה בית דין למילתיה [פסקו בית הדין את דינו באופן סופי], וטבח ומכר, הוה ליה גזלן⁽¹⁶⁾ שטבח ומכר [שהרי נודעה

הקרן לבעלים, וזה דלא כדמשמע מהגמרא שצריך לכל הפחות שיאמרו לו בית הדין "חייב אתה ליתן לו", רש"ש לקמן תחילת דף סט א, וראה עוד ב"ספר המפתח".

16. כתב הראב"ד: "צא תן לו, וטבח ומכר פטור מארבעה וחמשה, מפני שהוא כפקדון בידו, וסבר יצא מתורת גניבה, אבל חייב אתה ליתן לו, לא סמכה דעתיה, סבר מעייני בדיני, ועדיין בתורת גניבה הראשונה עומד".

כשנגנב או נאבד, ומשום ד"כל היכא דאיתיה בי גזא דרחמנא איתיה".

ג. ראה מה שכתב ה"חזון איש" ליקוטים חדשים כאן, דברים מחודשים במקור דין "חזרה קרן לבעלים".

15. לשון רש"י הוא: "כשעמד בדין: שבאו עדים קודם שהקדישוהו בעלים"; ונראה מלשונו של רש"י, שאין צריך פסק דין, אלא די במה שבאו עדים, כדי ששוב לא ייפטר אף אם יחזיר