

הגזילה לאחר שהבעלים כבר נתייאשו ממנה, שאז גם רב חסדא מודה שהנגזל אינו יכול לגבות רק מהגזולן עצמו.

אמר מר: גזילה קיימת חייבין לשלם.

והוינן בה: **נימא תיהוי תיובתא דרמי בר חמא**, שסובר רשות יורש כרשות לוקח דמי, שאם כן מדוע הם חייבין לשלם כשהגזילה קיימת, והרי קנאוה ביאוש ושינוי רשות?

ומתרצינן: **אמר לך רמי בר חמא: כי תניא החיא:**

לפני יאוש, שהבעלים עדיין לא נתייאשו קיב-א מהגזילה, ולכן לא קנאוה הבנים, שהרי שינוי רשות לבד אינו קונה.⁽¹⁰⁾

רב אדא בר אהבה מתני להא דרמי בר חמא, אהא, רמי בר חמא לא אמר את דבריו על משנתנו אלא על ברייתא זו:

שהקרקעות הללו משועבדות לנגזל עבור החוב של השבת הגזילה של אביהם.

וסובר רבא, מכיון שהברייתא מפרשת את הדין של הניח להם אביהם אחריות נכסים, שאין הכוונה שהגזילה קיימת ומשום כבוד אביהם, אלא שהניח להם קרקעות המשועבדות לתשלום הגזילה. אם כן יש לפרש כך גם את המשנה, ואין לחשוש מכך שרבי פירש את המשנה באופן אחר.

אמר מר בכרייתא: אין הגזילה קיימת פטורין.

והוינן בה: **נימא תיהוי תיובתא דרב חסדא**, שאמר אם בא אחר ואכל את הגזילה, רצה מזה גובה רצה מזה גובה. ולדבריו למה לא יתחייבו הבנים לשלם כשאכלו את הגזילה?⁽⁹⁾

ומתרצינן: **אמר לך רב חסדא: כי תניא החיא: לאחר יאוש**. שהבנים אכלו את

9. הגמרא היתה יכולה להקשות לרב חסדא מהרישא של הברייתא "הגזול ומאכיל את בניו פטורין מלשלם" כמו שהקשו לעיל מהמשנה. אלא שניחא להו להקשות מהסיפא שממנה יקשה גם לרמי בר חמא לקמן. תוס' ד"ה אין.

10. ומכל מקום, אם אין הגזילה קיימת פטורים מלשלם, כי רמי בר חמא לא סובר כרב חסדא שרצה מזה גובה רצה מזה גובה. רש"י. והתוס' ביארו סברת רמי בר חמא שאפילו לפני יאוש אין הגזילה נחשבת כאילו היא ברשות הבעלים לגמרי, שהרי הבעלים אינם יכולים להקדישה, וגם הגזולן יכול לקנותה בשינוי מעשה (ולולי שגזלה לא היה מועיל שינוי מעשה ברשות הבעלים). ולכן אין הבנים

א. לפני יאוש וגזילה קיימת.
ב. לפני יאוש ואין גזילה קיימת.
ג. לאחר יאוש וגזילה קיימת.
ד. לאחר יאוש ואין גזילה קיימת.
הראשון חייב לדברי הכל.
האחרון פטור לדברי הכל.
שני האמצעים: לרב חסדא ורבא חייב.
לרמי בר חמא פטור.
נמצא, לרב חסדא ורבא, לעולם חייב, חוץ מלאחר יאוש ואין גזילה קיימת. ולרמי בר חמא

ומסוף הפסוק "וחי אחיך עמך" אנו לומדים את הדין של החזרת רבית, שאמרה תורה אהדר ליה החזר לו את הרבית כי חיבי דנחי בהרך כדי שיוכל לחיות עמך.

ודייקנן: רק לדידיה קא מזהר ליה רחמנא, המלוה עצמו שלקח את הרבית ועבר על "אל תקח מאתו נשך ותרבית", רק הוא מוזהר להחזיר את הרבית ולקיים "וחי אחיך עמך". אבל לבריה, בנו, שלא לקח את הרבית לא מזהר ליה רחמנא להחזיר את הרבית.⁽¹²⁾

ומבאר הגמרא: מאן דמתני לה את דברי רמי בר חמא אברייא, כל שבן שהוא סובר שרמי בר חמא אמר את דבריו גם אמתניתין, שהטעם שהבנים פטורים מלשלם בהניח להם אביהם משום שרשות

דתניא: הניח להן אביהן שהוריש להם מעות של רבית, אף על פי שיוודעין שהן של רבית, אין חייבין להחזיר אותן ללוה שנתן את הרבית לאביהן.

ועל זה אמר רמי בר חמא: זאת אומרת מכאן ראייה שרשות יורש כרשות לוקח דמי שלכן אינם חייבים להחזיר את הרבית, כיון שהלוה כבר נתייאש מהם, וקנאום היורשים ביאוש ושינוי רשות.⁽¹¹⁾

רבא אמר: לעולם אימא לך רשות יורש לאו כרשות לוקח דמי. ושאני הכא שהיורשין אינם מחוייבים להחזיר את הרבית, משום דאמר קרא [ויקרא כה לז] "אל תקח מאתו נשך ותרבית ויראת מאלקיך וחי אחיך עמך".

מדעת מכל מקום הוא נחשב כגזול ביד אביהם, הואיל ולא נתן את הרבית לשם מתנה אלא בתורת רבית, והוי נתינה בטעות. ולכן אי לאו שיש כאן שינוי רשות היו הבנים חייבים להחזיר את הרבית. תוס' ד"ה אע"פ.

12. הקשה הרשב"א: אם כן גם בגזילה נאמר כן, דהא כתיב "והשיב את הגזילה אשר גזל" שרק לדידיה אזהר רחמנא לבריה לא אזהר רחמנא?

ותירץ דעיקר הטעם משום הסיפא דקרא דכתיב "וחי אחיך עמך" שמזה אנו דורשים את הדין של החזרת רבית. וכיון שהוא נותן את הרבית מדעתו ואינה גזילה לכן מסתבר שלא הזהירה תורה אלא למי שלקח את הרבית ששייב לו כדי להחיותו, אבל בניו שלא לקחו את הרבית אינם מוזהרים יותר מכל איש אחר מישראל להחזיר לו את הרבית כדי להחיותו.

לעולם פטור, חוץ מלפני יאוש וגזילה קיימת. ומחלוקת שני האמצעים תוכל להבחין מסוגיא דשמעתא. דרב חסדא ורבא לא סבירא להו דרמי בר חמא. ורמי בר חמא לא סבירא ליה דרב חסדא ורבא.

הלכך לפני יאוש ואין גזילה קיימת, לרב חסדא חייב, דהא אמר רצה מזה גובה רצה מזה גובה. ולרמי בר חמא פטור דלא סבירא ליה הכי. לאחר יאוש וגזילה קיימת, לרמי בר חמא פטור דאמר: רשות יורש כרשות לוקח דמי. ולרבא ורב חסדא חייב דלא סבירא להו הכי.

11. הקשו תוס': מה הראיה הרי אפילו אם אין כאן שינוי רשות אין הבנים חייבים להחזיר את הרבית שהרי הלוה נתנם לאביהם מדעת, ולא היתה הרבית אצלו בתורת גזילה אלא בתורת הלואה, והדין הוא שמלוה על פה אינו גובה מן היורשין ולכן פטורים הם מלהחזיר את הרבית? ותירצו שאף על פי שהלוה נתן את הרבית

יורש כרשות לוקח דמי. (13)

ואילו מאן המתני לה אמתניתין, יסבור שדברי רמי בר חמא נאמרו רק על המשנה. אבל אברייטא, רמי בר חמא כרבא מתני ליה, שהטעם אינו משום שרשות יורש כרשות לוקח דמי, אלא משום דדרשינן מהפסוק שעצם החיוב של החזרת רבית אינה מוטלת רק על המלוה עצמו ולא על יורשיו.

תנו רבנן: הגזול ומאכיל את בנו, פטורין מלשלם.

הניח לפניהם, השאיר להם בירושה את הגזילה ועדיין היא קיימת אצלם. אם הבנים גדולים, הם חייבים לשלם. (14) ואם הם קטנים, פטורין מלשלם לפי שקטנים אינם בני דין. (15) [וכדעת סומכוס לקמן].

ואם אמרו הבנים הגדולים לנגזל: אין אנו

יודעין חשבונות שהשב אבינו עמך, ושמא שילם לך כסף תמורת הגזילה פטורין מלשלם.

והוינן בה: וכי משום דאמרי אין אנו יודעין, יהיו פטורין? והרי זה ודאי שהחפץ הגיע ליד אביהם בגזילה, ואילו האפשרות שהוא שילם לו עבור הגזילה היא רק ספק, וברי ושמא ברי עדיף? (16)

ומתריצין: אמר רבא: הכי קאמר: גדולים שאמרו יודעים אנו חשבונות שהשב אבינו עמך, והוא שילם לך עבור הגזילה, ולא פש לך גביה ולא מידי, ולא נשאר לך חייב כלום, פטורין מלשלם הואיל והם טוענים כן בודאות. (17)

תניא אידך: הגזול ומאכיל את בנו פטורין מלשלם.

הניח לפניהם הוריש להם את הגזילה

15. ואף שהגזילה קיימת מכל מקום מיחסרא גוביינא מהם. רש"י.

16. כן כתב רש"י. וכתב הפני יהושע: אף על גב דקיימא לן דברי ושמא לאו ברי עדיף אלא המוציא מחבירו עליו הראיה, מכל מקום כאן הוי כאיני יודע אם פרעתין שהוא חייב. ועוד דהכא כיון שהחפץ בעין וידוע שבתורת גזילה באת ליד אביהם, אם כן קאי בחזקת מרא קמא שהוא הנגזל, והיתומים הם המוציאים.

17. שהם נאמנים במיגו שהיו יכולים לומר החזרנו לך את הגזילה. או שמדובר כשאין עדים על הגזילה אלא שהם מודים בכך. ויש להם מיגו שהיו יכולים לכפור לגמרי על הגזילה. תוס' ד"ה ולא.

והקשה הרא"ש: אם כן גם בטענת שמא,

13. כי פשטות המשנה כלשונה משמע שמדובר שהגזילה קיימת. ורבא סובר שחסורי מיחסרא המשנה, וצריך להוסיף בפירוש שמדובר באין גזילה קיימת, כמו בברייתא. רש"י.

ועוד הביא רש"י גירסא אחרת בהיפוך, שמאן דמתני לה אמתניתין כל שכן אברייטא. כי במשנה אפשר להעמיד כרבא שכבר אכלום ואילו בברייתא כתוב בפירוש "שיודעין שהן של רבית" משמע שהרבית נמצא בעין. ומאן דמתני אברייטא אבל במתניתין אין הכרח שרשות יורש כרשות לוקח דמי משום שאפשר להעמיד כרבא כשאכלום.

14. לפי רמי בר חמא מדובר לפני יאוש (שאם לא כן היו קונים ביאוש ושינוי רשות). רש"י.

ואכלום, בין גדולים בין קטנים חייבין לשלם.

והוינן בה: קטנים, מי מיחייבי? (18) לא יהא אלא דאזיק אזוקי, הרי אפילו נכנסו קטנים לחצרו של הגזול והזיקו שם, אין מחייבים אותם לשלם, כמו ששינינו לעיל [פז א] "והם שחבלו באחרים פטורים". ואיך אפשר לחייב אותם על כך שאכלו את הגזילה?

ומתריצין: אמר רב פפא: הכי קאמר: הניח אביהם לפניהם, ועדיין לא אכלום, בין גדולים בין קטנים חייבין להחזיר את הגזילה, שכיון שהגזילה קיימת, עדיין היא

ברשות בעליה וחייבין להחזירה להם. (19)

אמר רבא: הניח להם אביהם פרה שאולה, משתמשין בה היורשים כל ימי שאלתה, כל משך הזמן שאביהם שאל את הפרה מהבעלים. (20)

מתה הפרה, אין הבנים חייבין באונסיה. כי אף על פי שאביהם היה חייב אילו היתה מתה אצלו, שהרי שואל חייב על האונסים, מכל מקום הבנים פטורים היות והם לא שאלו אותה ולא קיבלו על עצמם חיוב שמירה עליה. (21)

18. גם מאכילת גדולים היה יכול להקשות מדוע הם חייבים, ומה ההבדל אם אכלו מחיי אביהם או לאחר מותו. אלא מקשה מקטנים שהיא קושיא יותר חזקה שאין שייך כלל לחייב קטנים בתשלומין. תוס' ד"ה קטנים.

19. ואין סתירה מהברייתא הקודמת שקטנים פטורים כי הברייתא הזאת סוברת כרבנן שחולקים על סומכוס ומחייבים בקטנים. רש"י.

20. הטעם, משום שכל זכות שהיה לאביהם באותה פרה הם זוכים בו דיוורש כרעא דאבוה הוא. ריטב"א כתובות (לד ב).

21. כתב הרא"ש שרק מאונסין הם פטורין אבל בגניבה ואבידה הם חייבים שהואיל והם נהנים ממנה שמשתמשים בה חייבים בשמירתה כדין שומר שכו.

ועוד כתב, שכל זה דוקא בסתמא. אבל אם אמר להם המשאל: פרה זו השאלתי לאביכם, החזירה לי או קבלו עליכם אונסים כדין שואל, הדין עמו, כי אדעתא דהכי השאל לאביהם שיתחייב באונסים, ולמה יניחם להשתמש בלא

מדוע לא נטען ליתומים שמא אביהם שילם עבור הגזילה. כמו שמצינו בעלמא שטוענים ליתומים כל מה שאביהם היה יכול לטעון, וגם כאן אילו אביהם היה קיים היה נאמן בטענה זו מכח מיגו דלעיל?

ותירץ שהוא דבר שאינו מצוי שהגזולן יקנה את הגזילה מהגזול, ולכן אף שאביהם היה נאמן לטעון כן, מכל מקום כיון שהוא מילתא דלא שכיחא לא טענינן להו ליתמי.

וכן כתב בעל המאור. והרמב"ן במלחמות חלק עליו, שמוכח בכמה מקומות שטוענים ליתומים אפילו בטענה רחוקה. אלא שכאן מדובר שיש עדים שאביהם גולה וראה בידו בשעת מיתה. הלכך הוא עצמו לא היה יכול לטעון שקנה ממנו את הגזילה שהרי אין לו שום מיגו, אבל הם עצמם יכולים לטעון שאביהם קנאה במיגו שהיו יכולים לומר אנחנו החזרנו לך את הגזילה, שהרי העדים לא ראו את הגזילה ברשותם. ולכן אם הם לא טוענים ברי, לא טענין להו, כי אין טוענין ליתומים אלא דברים שנאמנים עליהם מחמת אביהם אבל לא דברים שנאמנים עליהם מחמת עצמם.

ואיכא דמתני לה אסיפא של דברי רבא בטבחוה ואכלוה משלמים דמי בשר בזול. שאם הניח להם אביהם קרקעות, משלמים את מלא המחיר של הבשר.

ומבאר הגמרא: מאן דמתני לה ארישא, הוא יסבור שכל שכנ שרבא אמר כן אסיפא בטבחוה ואכלוה, שאם אביהם הניח להם קרקעות, משלמים את מלא מחיר הבשר.

ולדעה זו, רבא פליגא על דרב פפא שרבא סובר שחיוב האונסים מוטל על השואל משעת השאלה, ולכן גם ברישא שמתה הפרה, אמר רבא שאם הניח קרקעות הרי הם משועבדות עוד מחייו לתשלום האונס, ואילו רב פפא סובר שרק בשעת האונס חל חיוב התשלומין.

ומאן דמתני לה אסיפא סובר, שרק שם אמר

כפטורים היו הבנים, שהפרה של אביהם היא, וטבחוה ואכלוה, משלמין דמי בשר בזול רק שני שלישי ממחיר הבשר ישלמו, שאילו היו יודעים שהם יצטרכו לשלם עבור הבשר, לא היו קונים אותה במחיר מלא. (22)

הניח להם אביהם אחריות נכסים קרקעות חייבין לשלם. ומיד תבאר הגמרא.

איכא דמתני לה את הסיפא, הניח להם אביהם אחריות נכסים, ארישא של דברי רבא, שאם מתה אין חייבין באונסיה, ועל זה אמר רבא שאם הניח להם אביהם קרקעות, חייבין לשלם, משום שהקרקעות הללו נשתעבדו עוד מחיי אביהם לתשלום האונס. שלדעת רבא חיוב האונסים מוטל על השואל משעת השאלה, וממילא כבר מאז נשתעבדו נכסיו לצורך תשלום האונס. ולא כדעת רב פפא, הסובר לקמן שחיוב האונסים בשואל חל רק משעת האונס.

מהשוכר. והכא נמי אף על פי שהם ירשו זכות אביהם, בעלי דברים דמשאל הוו? ותירץ שאינו דומה דשם כיון שהשואל נעשה עליה שואל בפירושו, דין הוא שיהא שואל דבעלים שלא יהא הלה עושה סחורה בפרתו של חברו, מה שאין כן ביתומים שלא נעשו שואלים מעולם, והרי זה כאילו שכר אביהם בית ומת, שמשתמשין בו כל ימי שכירותו ואין חייבין לשלם דמי השכירות.

22. ואינו דומה לדינא דרב חסדא בגזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה ומשמע שמשלם לגמרי. וכאן בשאלה הרי לא שייך יאוש. משום דשם יודע השני שהוא גזול ביד הראשון, ואפילו אם אינו יודע מכל מקום הוא גזלה מהראשון, אבל כאן

קבלת אונסין.

וכתב המחנה אפרים (שאלה ופקדון א) שמכאן ראה שחיוב השואל הוא משום שקיבל עליו להתחייב באונסין ועל מנת כן השאילו. ולא משום שכל הנאה שלו וחשיב כדידיה. שהרי היתומים משתמשים בה וכל הנאה היא שלהם ובכל זאת הם פטורים משום שלא קיבלו על עצמם שמירה.

והריטב"א בכתובות (לד ב) הקשה: למה יהיו הם פטורים מאונסין שכיון שאביהם לא היה לו בה זכות אלא בקבלת אונסים אף הוא לא הוריש להם זכותו אלא בקבלת אונסין. וכמו שאמרו בבבא מציעא (לה ב) בשוכר פרה מחבירו והשאלה לאחר דקיימא לן כרבי יוסי דאמר "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו" והשואל הוא בעל דברים של המשכיר אף ששאל

כבר נתחייב בשעת גניבה שהיתה מערב שבת. ואילו על הארבעה וחמשה אף שנתחייב בה רק בשעת טביחה, שהיתה בשבת, מכל מקום אינו נפטר מהם, כי על חיוב קנס אין פטור של קם ליה בדרכה מיניה, כמבואר במסכת כתובות [לד ב] שהואיל וכל חיוב קנס הוא חידוש שחידשה תורה, לכן לא אמרינן ביה קם ליה בדרכה מיניה.

חיתה פרה שאולה לו, שאל פרה קודם שבת, וטבחה בשבת, פטור לגמרי, משום שאיסור שבת ואיסור גניבה באין כאחד. כי בשעת הטביחה בשבת, אז הוא עושה את מעשה הגזילה שגזולה בכך מהבעלים, וכיון שהוא חייב מיתה על הטביחה הזאת, אי אפשר

רבא את הדין של הניח להם אביהם אחריות נכסים אבל ארישא, במתה הפרה, לא אמר שאם הניח להם קרקעות שיתחייבו לשלם עבור האונס, והיינו דרב פפא, כי רבא סובר כרב פפא שרק בשעת האונס חל חיוב התשלום ואז אביהם השואל כבר לא היה בחיים כדי שיתחייב על האונס וישתעבדו נכסיו לכך. ואילו הבנים לא שאלו את הפרה ולא קיבלו על עצמם חיוב שמירה עליה. (23)

ומביאה הגמרא את הא דאמר רב פפא: חיתה פרה גנובה לו, שגנב פרה מערב שבת, וטבחה בשבת, חייב בתשלומי ארבעה וחמשה, משום שכבר חייב בגניבה קודם שיבא לידי איסור שבת, ואין כאן פטור של "קם ליה בדרכה מיניה", היות ועל הקרן

שלא הודיעם לפני מותו שפרה זו שאולה, ולכן רק בהשאיר להם קרקעות הם חייבין לשלם כי הקרקעות נשתעבדו מחייו.

וכתב עוד שמוזה ראייה שחיוב השואל באונסין חל משעת הפשיעה שגרמה לאונס ולא בשעת האונס ממש.

וכן הביא הנמו"י כאן בשם הרא"ה, וכתב עוד דנפקא מינה בשואל חמור על מנת לתת לשלוחו שירכב עליו ומתה בדרך, והדבר ספק אם מחמת מלאכה מתה או לאו, שהוא פטור דהוי כאומר איני יודע אם הלוייתי, שהרי חלות החיוב הוא בשעת האונס ויתכן שכלל לא נתחייב על אונס זה כיון שהיה מחמת מלאכה. אבל מי ששאל חמור לרכוב הוא עצמו עליו ונתנה לשלוחו ומתה. והדבר ספק אם מתה מחמת מלאכה או לא, חייב, שהרי הוא פשע בכך שנתנה לשלוחו שאין השואל רשאי להשאיל, וכבר מאז חל החיוב עליו אלא שיתכן שנפטר מהחיוב בשעה שמתה מחמת מלאכה, והרי זה כאומר איני יודע אם פרעתיך דחייב.

אין כוונתם לגזול אלא לאכול משלהם ולכן משלמין רק דמי בשר בזול. וגם שם אם בא אחר ואכלו ברשות הגזולן משום שהוא סבר שהוא שלו, לא ישלם אלא דמי בשר בזול. רשב"א וריטב"א כתובות (לד ב).

התוס' לעיל (כו ב) בד"ה ושמואל כתבו שמכאן ראייה שאדם המזיק פטור באונס גמור, שלכן הם פטורים מלשלם בתורת מזיק כי הם אנוסים שסברו שהיא של אביהם, ומשלמים רק דמי בשר בזול משום שכך נהגו.

23. לכאורה אם כן גם בסיפא בטבחה ואכלוה מדוע משתעבדין נכסי האב מחיים? ובכתובות (לד ב) פירש רש"י משום דאיבעי להו למידק שהיו צריכים לברר מקודם אם פרה זו באמת של אביהם.

והקשה הרשב"א שם: אם הם נחשבים פושעים אם כן גם בלא הניח להם אביהם אחריות נכסים יתחייבו לשלם בגלל פשיעתם? וביאר שהחיוב הוא על אביהם שפשע בכך

הרי שדעת רב פפא היא, שהשואל מתחייב רק בשעת האונס, ולא אמרינן שמשעת השאלה עומדת הפרה ברשותו והוא מתחייב לשלם את הקרן לבעלים, שאם כן, גם בהיתה שאולה לו וטבחה בשבת היה לו להתחייב שהרי השאלה היתה לפני שבת.

תנו רבנן: כתיב [ויקרא ה כג] "והשיב את הגזילה אשר גזל".

מה תלמוד לומר "אשר גזל" שהרי פשיטא ששייב את מה שגזל?

לחייבו גם בתשלומי הקרן עבור הטביחה, שהרי קם ליה בדרכה מיניה.

ואף על הקנס של ארבעה וחמשה אי אפשר לחייבו [אף שאין על זה פטור של קם ליה בדרכה מיניה], משום שלא שייך חיוב כפל וארבעה וחמשה אלא בגנב עצמו שגונב מבית הבעלים או בשומר שטוען טענת גנב, ובשואל לא שייך שיפטור עצמו בטענת גנב שהרי הוא חייב על הגניבה, והטביחה שעשה אינה מעשה גניבה אלא מעשה גזילה. הלכך לא שייך בו חיוב ארבעה וחמשה.⁽²⁴⁾

אלא בשבועה, הרי דשומר לא חשיב גנב בעצם. אכן טעמא בעי אמאי חשיב גזולן ולא גנב? וביאר דהנה מצינו חילוק בין גנב לגזולן דבגזולן לא בעינן לקיחת איסור, מה שאין כן בגנב בעינן דוקא שיהא עצם הלקיחה באיסור. וכמו דחזינן דמיעט רחמנא גונב מן הגנב מכפל, והרי בגונב מן הגנב לא חסר אלא עצם הלקיחה שלא היתה מבית הבעלים, אבל זה פשיטא שמחזיק תחת ידו חפץ של הבעלים, ומדמיעט רחמנא מכפל חזינן דבעינן דוקא לקיחה באיסור. ובאמת כן היא הדרשא "וגונב מבית האיש ולא מבית הגנב" רצה לומר דבעינן שתהא לקיחת גניבה מבית הבעלים.

(אמנם לגבי קרן לא בעינן לקיחת איסור שהרי גם הגונב מן הגנב חייב בקרן, ומשום דלגבי קרן די בכך שמחזיק החפץ באיסור ורק לגבי כפל בעינן שתהא עצם הלקיחה באיסור).

אבל לגבי גזולן לא מצינו שצריך לקחת איסור (ואף דקיימא לן דגזולן גם כן צריך קנין, היינו מטעמא דבלאו הכי לא חשיבא הגזילה תחת ידו, אבל עצם הלקיחה לא בעינן אלא שיהא תחת ידו חפץ שאינו שלו).

ולפי זה מיושב היטב הטעם דשומר שכפר

24. רש"י הביא שיש גורסין "שאם אין גניבה אין טביחה ומכירה" שאף שעל הטביחה ומכירה היה צריך להתחייב שהרי בקנס לא אמרינן קם ליה בדרכה מיניה. מכל מקום, מאחר שהוא פטור על הקרן אי אפשר לחייבו על הקנס בלבד דארבעה וחמשה אמר רחמנא ולא שלשה וארבעה.

ודחה רש"י גירסא זו שאין צריך לטעם זה משום שלא שייך בכלל לחייב שואל בטביחה ומכירה כאמור בפנים.

והרשב"א הביא שהראב"ד מקיים גירסא זו ומפרש בכגון שהשואל טוען שהוא איננו שואל עליה אלא שומר חנם ונגנבה ממנו, שנמצא שרצה לפטור עצמו בטענת גנב, ואילו טבחה בחול היה חייב בתשלומי ארבעה וחמשה. ורק משום שטבחה בשבת שהואיל והוא פטור מהקרן משום קם ליה בדרכה מיניה פטור נמי מארבעה וחמשה, שאם אין גניבה אין טביחה ומכירה דארבעה וחמשה אמר רחמנא ולא שלשה וארבעה.

ובחזון יחזקאל בבא מציעא (ג ו) העתיק מכתב יד הגר"ח שכתב בדעת רש"י שנראה שהוכיח מהא דטוען טענת גנב אינו חייב כפל

אלא לומר, שיחזיר רק אם הוא כעין שגזל, שהגזילה קיימת. אבל אם הגזילה אינה קיימת, פטור מלשלם דמיה.

ובודאי שהגזולן עצמו חייב לשלם עבור הגזילה גם כשאינה קיימת. ועל כרחק שהפסוק מדבר לענין בניו של הגזולן, שפטורין מלשלם כשאין הגזילה קיימת.

מכאן אמרו: הגזול ומאכיל את בניו, פטורין מלשלם.

הניח לפניהם שהוריש להם את הגזילה ועדיין היא קיימת, בין שהבנים גדולים, בין שהם קטנים, חייבין להחזירה.

משום סומכוס אמרו: בנים גדולים חייבין. בנים קטנים פטורין.

בר חמוה דרב ירמיה בן חמיו של רבי ירמיה טרק גלי באפיה דרבי ירמיה נעל את דלת בית אביו כדי שרבי ירמיה לא יוכל ליכנס שם. שרבי ירמיה רצה לקחת את הבית לעצמו.

אתא רבי ירמיה לקמיה דרבי אבין לטעון על בן חמיו שמונע ממנו ליכנס ולהחזיק

בבית.

אמר רבי אבין: שלו הוא תובע בן חמין! שהבית שייך לו מדין ירושה, וכדין הוא עושה שמונע ממך ליכנס שם.

אמר ליה ירמיה: והא מיתנינא פהדי יש לי עדים דאחזקי ביה בחיי דאבוה, שהחזקתי בבית הזה עוד בחיי אביו, [שהיה רבי ירמיה טוען שהאב מכרה או נתנה לו במתנה].

אמר ליה רבי אבין: וכי מקבלין עדים שלא קיב-ב בפני בעל דין?!? ובן חמין הוא הלא קטן והרי זה כאילו שלא בפניו.

אמר ליה רבי ירמיה: וכי לא מקבלין עדים שלא בפני בעל דין?

והא קתני בברייתא דלעיל, שלדעת תנא קמא בין גדולים בין קטנים חייבין, שהגזול מביא עדים שהגזילה שייכת לו ומוציאים מהקטנים?

אמר ליה רבי אבין: הרי מחלוקת סומכוס בצידד! סומכוס אכן חולק ופותר את הקטנים משום שאין מקבלין עדים נגד קטנים, דהוי כאילו שלא בפני בעל דין.

לחלק בין גנב לגזולן מדברי הרמב"ם, שבתחילת הלכות גניבה כתב "כל הגונב ממון משהו פרוטה ומעלה עובר על לא תעשה שנאמר לא תגנבו". ואילו בתחילת הלכות גזילה כתב "כל הגזול את חברו שוה פרוטה עובר בלא תעשה שנאמר לא תגזול" ולא נקט "שוה פרוטה ומעלה". משום דבגנב חיובו על הלקיחה, אם כן מעשה אחד הוא כל מה שגנב, מה שאין כן בגזילה שחיובו הוא על כך שנמצא בידו ממון שאינו שלו, אם כן על כל פרוטה ופרוטה איכא חיוב נפרד.

לא חשיב גנב אלא גזולן משום דגבי שומר הרי בא לידו בהיתר וליכא שום לקיחה באיסור רק בכפירה מחזיקו תחת ידו, ואם כן לא הוי אלא גזולן, אם לא בטוען טענת גנב דהוי גזירת הכתוב שחייב על זה כפל כמו בגנב עצמו.

ועיין שם שביאר דעת הרמב"ם שחולק על רש"י ומקיים הגירסא שאם אין גניבה אין טביחה ומכירה שגם בשומר יתכן שיהא עליו שם גנב על אף שגנב הוא רק על ידי לקיחת איסור.

ואומרים בשם הגר"ח שהוכיח את היסוד