

חרב אבינועס זומר

הקדש בדבר שאינו שלו ואינו ברשותו

הגמ' בב"ק (סח:) מביאה מחלוקת בין ר' יוחנן לצנועים האם אדם יכול להקדיש דבר שלו ואינו ברשותו. "אמר ר' יוחנן גזל ולא נתיאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו וכו', צנועים (בנ"א חסידים שרוצין לסלק ידי כל אדם מן העבירה כשיש להם כרם רבעי וחוששין שמא אוכלין ממנו עוברי עבירה בלא פדיון - רש"י) מניחין את המעות ואומרים כל הנלקט מזה מחולל על המעות" וכל מה שלקטו בנ"א היום מכאן יהא מחולל אלמא אע"ג דליתיה ברשותיהו' מיפרק ותפיס להו למעות בקדושה - רש"י).

ר' יוחנן לומד את דינו מהתורה שנא' "ואיש כי יקדיש את ביתו קודש לה'" - מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו (סט:). לולא הפסוק היינו אומרים מצד הסברא כמו צנועים, שאדם יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו. והטעם מצד שבמכירת חפץ לאחר או בהקדשתו האדם מוסר לשני את בעלותו דהיינו את ה"שלו" וכלל לא מוכר את ה"ברשותו", וממילא מה איכפת לי שהחפץ אינו ברשותו.

אולם צנועים סוברים שאע"פ שהתיאש יכול להקדיש שכך משמע מקושית 'תוס' (סח: ד"ה הוא) "וא"ת והא צנועים מחלליו אף לאחר יאוש" וכן כתב תוס' (סט: דה כל שלקטו) ביחס להפקר בדבר שלא ברשותו "אין להקשות אם בעה"ב מתיאש למה צריך להפקיר וכו' והלא יאוש חשוב הפקר".

ר' יוחנן מצריך מכח הפסוק בעלות שלמה על החפץ דהיינו שיהיה גם שלו וגם ברשותו וגם את יכולתו להשתמש בחפץ ומתעורר צורך להגדיר את גבולות "לא ברשותו".

הקדש בפקדון

פשיטא, שכאשר נמצא מחוץ לעיר או שאין לו מפתח לדירה וכדו', הוא יכול להקדיש כי המניעות מלהשתמש בחפץ הם רגעיות וצדדיות וה"ה אם יושב בכלא במאסר עולם, אין מניעה מהותית להשתמשות בחפץ ואפי' אם יש מניעה הלכתית מצד החפץ, כמו מוקצה בשבת יכול להקדיש, כיון שצריך מניעה שתבטא את חוסר בעלותו על החפץ. לפ"ז יוצא שיכול להקדיש פקדון וכ"כ תוס' במפורש (בב"ק ע"י ד"ה לא כתבינן), ומבאר הקצות (סי' שנ"ד סק"ד) שהטעם הוא, דהא כל אימת דבעי מצי לקחתו, אולם רש"י חולק על תוס'. נהרדעי קמא סוברים שלפי ר' יוחנן אי אפשר לכתוב הרשאה על חפץ שאינו ברשותו (ב"ק ע'). ואומר רש"י "הלכך אם אבד יכול לחזור ולתבוע מיד הנאמן" א"כ מבואר מרש"י, שכשהחפץ אצל שומר אין בעליו יכול להקדישו אליבא דר' יוחנן. ומבאר הקצות (סי' קכ"ג סק"א) שפה מדובר שיש לנפקד טענה או תביעה ולא רוצה להחזיר וא"א לומר פה דהא כל אימת דבעי מצי לקחתו - יש מישהו הפוגע בבעלותי. תוס' שהעמידו את נהרדעי קמא בגזל ולא בפקדון יאמרו שסו"ס הרי השומר מודה שהוא לא הבעלים ויחזיר החפץ לבעליו והעכוב זמני.

הקדש בחפץ מושכר

הגמ' בערכין (כ'): אומרת: "המשכיר בית לחברו וכו' הקדישו הדר בו מעלה שכר להקדש" יוצא מהגמ' שהמשכיר יכול להקדיש למרות שאין הבית ברשותו. ולפי סברת הקצות כל אימת דבעי מצי לקחתו אינו יכול להקדיש שהרי אינו יכול להפסיק השכירות באמצע זמנה. ובאמת כתב היש"ש (ב"ק פ"ה סי' ל"ג) "והא דיכול להקדיש היינו בית ממושכן או קרקע ממושכן דקרקע לעולם ברשותיה דמריה קאי אבל שכר בהמתו וכו' פשיטא דלא יכול להקדיש מדר' יוחנן" והקצות (סי' רי"א סק"ב) חולק וסובר שהגמ' בערכין איירי גם במטלטלין (ע"ש בראיותיו). יוצא שלקצות אין חסרון באי המצאות החפץ ברשותו וליש"ש יש חסרון, ולכו"ע אין חסרון באי יכולת השימוש בחפץ גם אם ירצה. וצ"ל שאי יכולת ההשתמשות גורמת לפגם בבעלותו, כיון שבעלות על דבר מתבטאת בהשתמשות בו, וממילא דוקא כאשר השימוש יהיה בנגוד לרצונו א"כ בשכירות השוכר משתמש בחפץ מכח רשותו של המשכיר, ומרצונו הוא ויתר על השימוש לתקופה מסוימת הרי אין זה מראה על חסרון בבעלות, אלא ההיפך. ועוד י"ל לגבי כל המקרים לעיל שאי יכולת השימוש אינה נוגעת כלל לבעלות, אלא כך היא דרכו של עולם בשימוש בחפציו.

הקדש במשכון

מתוס' בכתובות (נט:ד"ה שדה) משמע שיכול להקדיש גם משכון וז"ל: "משמע דבעודה ממושכנת אינו יכול להקדיש דאין כח להקדש לבטל כח המלוה וכו' וא"ת וכו' דמשמע דבזמן השכירות יכול להקדיש וי"ל וכו' אי נמי בהקדש ממש היה חל על השדה הממושכנת והכא מיירי וכו' א"כ תוס' לא מחלק בין שכירות למשכון וגם למ"ד שלא יכול להקדיש זה רק מצד כח הבעלות של הממשכן, על הצד שזכה בחפץ ומצד יכולת הבעלים אין חסרון, אלא שאין על מה לחול. וצריך להבין מדוע יכול להקדיש הרי זה שונה משכירות כי כאן אי יכולתו להשתמש היא בניגוד לרצונו. אלא צריך לברר מהו "לא ברשותו" שאולי טעמו באמת משום אי יכולת השתמשות אך משכון לא מוגדר "לא ברשותו".

התנאים לגדר "לא ברשותו"

ר' יוחנן אמר את דינו בגזילה. בגזילה ישנם ג' צדדים לומר שלא יכול להקדיש א. החפץ אינו בידו ואין ביכולתו לממש את בעלותו עליו, וממילא היא אינה ניכרת. ב. נמצא אצל אחר, שלא מתכוון להחזיר ומשום שמשמש בזה נראה שהוא הבעלים. ג. קנייני גזילה לגזלן ויש לו בעלות מסוימת וא"כ יש 2 בעלים ולכן א"א שאחד יקדיש בלא השני. וצריך לדון האם אנו זקוקים לשלשת הצדדים כדי להגדיר גזילה "לא ברשותו" או שמספיק שזה לא אצלו, בכדי להגדיר את המצב "לא ברשותו".

הגמ' (סט'). מביאה תוספתא לגבי לקט: "ר' יהודה אומר שחרית בעה"ב עומד ואומר כל שילקטו עניים (שאינם יודעים שב' לקט ג' לא לקט - רש"י) יהא הפקר, ר' דוסא אומר לעיתותי ערב אומר כל שלקטו עניים יהא הפקר". לפי הגמ' ר' דוסא סובר כצנועים שאפשר להפקיר דבר שאינו ברשותו והרי העניים חשבו שזה שלהם וכלל לא התכוונו לגזול ואין פה קנייני גזילה ובכל זאת לר' יוחנן לא יכול להקדיש. אולם תוס'

וד"ה כל שלקטו) מקשים "למ"ד יאוש כדי קני, מה מועיל הפקר לפוטרו מן המעשר והלא כבר זכו בהם עניים בתורת גזל ע"י יאוש" א"כ עניים ממש כגזלן. ובאמת רבינו פרץ מתרץ "דכי אמרינן יאוש קנה ה"מ זה מתיאש וזה רוצה לקנות אבל הכא זה מתיאש וזה אינו רוצה לקנות, שהרי עניים וכו' ובשגגה הם מלקטים, הלכך לא גנבים ולא גזלנים הם, הלכך לא קני ביאוש" יוצא שלרבינו פרץ לא צריך קניני גזילה להגדיר "לא ברשותו".

תוס' (סח: ד"ה הוא) הקשו "הא יכול לחלל מע"ש של חברו דאמרינן אין לוקחין בהמה טמאה עבדים וקרקעות ממעות מע"ש ואם לקח יאכל כנגדן בירושלים ופריד ואמאי יחזרו דמים למקומן ומשני כשברח אלמא מחלליך מעות שביד המוכר וי"ל דהתם הוי כמו גזלן דאי לא ברח הוי המקח חוזר והוי כמו גזלן ולא נתיאשו הבעלים וכצנועים דהכא" ובתוס' רי"ד ופ' האיש המקדש) כתב דהך דאין לוקחין בהמה טמאה לא הוי כמו גזלן, כיון דבטעות בא המקח לידו, ואילו הוי ידע המוכר שהמקח חוזר הוי מהדר והוי ציית דינא, לכן הוי כמו פקדון שיכול להקדישו. הקצות (סי' שנ"ד סק"ד) מקשה על תוס' רי"ד 2 קושיות א. צנועין ור' דוסא אמרו דבר אחד דתנן ר' דוסא אומר לעיתותי ערב כל שלקטו עניים יהא הפקר (ב"ק סט.), והתם לאו בתורת גזילה באו ליד עניים אלא דאין בקיאיין דשניים לקט שלשה לא לקט, ובודאי צייתי דינא ואפ"ה חשיב לא ברשותו. ב. גנב ומכר ובא אחר וגנבו אם מכר קודם יאוש אין הגנב משלם כפל (ב"ק סח:) וטעמא דגונב מגנב פטור מכפל משום דהוי ליה דבר שאינו ברשותו א"כ החפץ ביד הלוקח הו"ל דבר שלא ברשותו אע"ג דאי הוי ידע שהחפץ גנוב היה מחזירו לבעלים. ואפשר לומר שמחלוקת תוס' ותוס' רי"ד היא בהגדרת "לא ברשותו" תוס' מבין שכאשר חפץ נמצא אצל אחר זהו "לא ברשותו" ותוס' רי"ד נזקק לקניני גזילה בכדי להגדיר החפץ הגזול "לא ברשותו". ולפי"ז לא קשה קושיות הקצות כי בגנב ומכר יש בחפץ קניני גזילה מכח הגזלן הראשון ולא פקעו במכירה לשני, וגם בעניים אפשר דיש קניני גזילה כדמשמע בתוס' לעיל שמשוה לגזלן. אולם במקרה של בהמה טמאה כיון שהמוכר רצה למכור והכל נעשה בהסכמתו לכן אין פה בעלות בניגוד לרצונו. ולפי תוס' רי"ד מובן מדוע יכול להקדיש משכון שהרי אין במשכון קניני גזילה ונחשב ברשותו אע"פ שאי יכולת ההשתמשות בחפץ היא בנגוד לרצונו. מהגמ' בבבא מציעא (ו. 12.) משמע דחפץ שלא נמצא אצלו הוי "לא ברשותו" אע"ג דלא נמצא ברשות אחרת.

הגמ' בדין שנים שאוחזים בטלית מסתפקת בהקדישה בלא תקפה האם הטלית מקודשת ומנסה לפשוט מ"ההיא מסותא דהוו מנצו עלה בי תרי האי אמר דידי הוא והאי אמר דידי הוא קם חד מיניהו ואקדשה וכו' ופשטה מהא דאמר רב נחמן כל ממון שאין יכול להוציאו בדינים הקדישו אינו קדוש הא יכול להוציאה קדוש אע"ג דלא אפקיה. והא אמר ר' יוחנן גזל ולא נתיאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו, מי סברת במסותא מטלטלי עסקינן במסותא מקרקעי עסקינן דאי יכול להוציאה בדינים ברשותיה קיימא" (עכת"ד הגמ'). ולכאורה מה הקשתה הגמ' מר' יוחנן הרי ר' יוחנן דיבר כשיש קניני גזילה או שנמצא אצל אחר ובמסותא מודה ר' יוחנן שיכול להקדיש. ואולי זה תירוץ הגמ' שמחלקת בין קרקע למטלטלין, שבקרקע אין קניני גזילה ובמטלטלין יש. וכך הבין רע"א שהקשה (בגליון הש"ס שם) "הא עיקר החילוק בין מטלטלי למקרקעי דמטלטלין נגזלין וקם ברשותיהו דגזלן מקרי אינו ברשותו דהנגזל, אבל הקרקע אינה נגזלת וכו' וא"כ הכא

במסותא דהגזילה במה דאמר דידי הוא וליכא קנין יכול להקדישו, וצ"ע. ואפשר לישב דהחילוק בגמ' הוא שבמטלטלין מחוסר גוביינא לעומת קרקע שלא מחוסר גוביינא ופה במסותא מחוסר גוביינא. אולם לכו"ע קרקע שלא יכול להוציאה בדינים הקדישו אינו קדוש אע"פ שלא קנוי לגזול ולא ברשות אחר אלא מספיק שלא יהיה אצלו בכדי להגיד החפץ "לא ברשותו". וכ"מ מהשו"ע (סי' רי"א סע' ז') שפסק שאדם לא יכול למכור פקדון שכפר בו השומר דהרי זה כמו אבידה. ואם למכור לא יכול ה"ה להקדיש, ואבידה החסרון רק שהחפץ לא אצלו ואינו יכול להשתמש ואין פה חסרון שנמצא אצל אחר. וא"כ חוזרות קושיות הקצות על התוס' רי"ד וכמו כן צריך להבין הקדש במשכון. וצריך לומר שהחסרון ב"לא ברשותו" זהו פגם בבעלות כאשר נעשה בניגוד לרצונו ולכן בגזל ובעניים החפץ הגזול והלקט של ג' הם בניגוד לרצונו של הבעלים נמצאים אצל הגזול והעני אך בבהמת מע"ש שהוא מכר מרצונו אין פה פגם בבעלות כאשר נמצא אצל אחר. וביחס למשכון צ"ל שתלוי ברצונו אם יפרע החוב ולכן אי השתמשותו לא נחשב בניגוד לרצונו. ועוד י"ל דכותב הרמב"ם (וערכין פר' ו' הל' כה') "מי שהיה מוכר דלועין ובא לוקח ונטל אחת והלך לו וכו' ואם אין הדמים קצובים והקדישה מקודשת שעדין ברשותו היא שזה לקחה לא לקחה דרך גזילה וכן כל כיוצא בזה" (וכ"כ הרשב"ם ב"ב פח. ד"ה ברשותא דמרייהו). ולפ"ז במשכון לא לקחה דרך גזילה ולכן יכול להקדיש ולגבי עניים אולי צ"ל דמשמעות גזל היא שאין כוונה להחזיר בכלל ולכן בלקט העניים חושבים שמוותר ליקח אך בדלועין דעתו להחזיר אם המחיר יהיה גבוה (ובנוסף לזה צריך תנאי שיהיה בנגוד לרצון הבעלים ולכן במכירת בהמת מע"ש אע"פ שהלוקח לא מתכוון להחזיר נחשב ברשותו כי יש פה הסכמת הבעלים).

מחלוקת תוס' והרשב"א

לגבי ספק הגמ' (ב"מ ו') בהקדישה בלא תקפה שואלים תוס' (ד"ה הקדישה) והרשב"א מדוע לא מוכיחים מר' יוחנן שא"א להקדיש. ותירץ הרשב"א "וי"ל דשאני הכא דתפיס בה אלא דאינו יכול להוציאה בדינים והו"ל כמסותא מקרקעי כשאין עדים לא לזה ולא לזה". וביאר דבריו, יש לחלק בין דינו של ר' יוחנן המדבר במקרה שהחפץ נמצא אצל אחר, ויש גם קניני גזילה לעומת טלית ששנים תפוסים וכ"א מבטל כח חברו ודומה למסותא שאינה שייכת לאף אחד. תוס' תירץ שהספק בגמ' כאשר שתק ולבסוף צווח והשתיקה היא הודאה וכיון דאודי הוי כפקדון שיש לו ביד אחרים דיכול להקדיש. וצ"ל שתוס' לא ביאר כרשב"א כי מבין שאין משמעות לכך שהחפץ נמצא אצל אחר או שיש קניני גזילה להגדרת "לא ברשותו" ואנו מתיחסים רק לאי המצאות החפץ אצלו. והרשב"א לא ביאר כתוס' כי מבין שגם כאשר יודה לא הוי פקדון, ויבואר לקמן.

מחלוקת בעה"מ והמלחמות

נחלקו בעה"מ והמלחמות (ו"ח. בדפי הרי"ף) במקרה שהגזולן רוצה להחזיר החפץ, לפי בעה"מ יכול להקדיש ולפי המלחמות אינו יכול להקדיש. וביאר ר' אלחנן וקובץ שעורים ב"ק סי' ט') דלדעת בעה"מ מה דלא הוי ברשותו, הוא מפני שבפעל אין לו שליטה על הנכסים וכאשר מוכן להחזיר אין מניעה מלהשתמש. ולרמב"ן מה דלא הוי

ברשותו הוא מפני קניני גזילה ועד שלא הגיע לידי הנגזל לא פקעו קניני הגזילה. לפי דברי ר' אלחנן צ"ע דברי בעה"מ דהרי גם הרמב"ן יודה שלא צריך קניני גזילה כדי שיהיה "לא ברשותו" כדמוכח מהגמ' בב"מ אלא סו"ס יש פה קניני גזילה והם לא פוקעים בהסכמתו להחזיר ומדוע בעה"מ מתעלם מקניני הגזילה. וצ"ל שבעה"מ מבין שלא רק שלא זקוקים לקניני גזילה לגדר "לא ברשותו" אלא שאין להם שום השפעה בהגדרת החפץ להיותו "לא ברשותו" כמו שמשמע מתוס' לעיל.

מהקצות רואים ב2 מקומות שחולק על ר' אלחנן והבין את המלחמות בלא הטעם של קניני גזילה. א. תוס' (ב"מ ו.) אמר שא"א לפשוט את הספק הקדישה בלא תקפה מר' יוחנן דכיון שהודה הוי ליה כפקדון ואומר הקצות (סי' רי"א סק"ג) שבעה"מ סובר כמו תוס' ולדעת הרמב"ן דס"ל דאפי' רוצה להחזיר לא יכול להקדישו צריך לפרש אחרת את הגמ'. ואם נאמר שהטעם משום קניני גזילה הרי בטלית ששניהם תפוסים אין קניני גזילה והרמב"ן יבאר כמו תוס', יוצא שהקצות הבין אחרת את המלחמות. ב. הרמ"א (ואה"ע סי' כ"ח סע' ה') פוסק "אשה שחטפה מעות מאיש אחד והוא ביקש ממנה שתחזירם לו ולא רצתה ואמר לה הרי את מקודשת לי בהם ושתקה והחזיקה המעות לא הוי קידושין" וכתב הב"ש (שם) "מדכתב בהג"ה ושתקה ש"מ דס"ל אם אמרה הן נעשה פקדון אצלה ומקודשת ונעשה פקדון וקידושין כאחד, ולפ"ז מ"ש ר' יוחנן גזל ולא נתיאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדישו היינו כ"א אינו יכול להקדיש אבל בריצו שניהם נעשה הקדש" וכתב האבנ"מ (סקי"ג) "וכן נראה מדברי תוס' פ"ק דמציעא וכו' אמנם מדברי הרמב"ן דאפי' הגזלן רוצה להחזיר הגזילה אין הנגזל יכול להקדישו כ"ש אם אין הגזלן רוצה להחזיר הגזל לנגזל אע"ג דרוצה בהקדש דלא הוי הקדש". ואם נאמר דסברת המלחמות משום קניני גזילה ונחשב שיש פה שני בעלים, הרי יכול כ"א להקדיש חלקו כמו שאיש ואשה שמכרו בנכסי מלוג המכר חל (ע' רמב"ם אישות פר' כב' הל' ט"ז) וא"כ אין חסרון בשני בעלים. אלא צריך לומר שהאבנ"מ מבין את הרמב"ן ללא קניני גזילה, כי קניני גזילה אינם גורמים חסרון בגדר רשותו של אדם בחפציו, שהרי ללא הפסוק יכולים להקדיש דבר שכלל לא ברשותו [ולצנועים אפי' אם התיאש (עי' קוש' תוס' סח': ד"ה הוא)] א"כ לא קשה להבין שגם לאחר שחידשה התורה, אם יש רק עוד בעלות היא לא תגרע מכח ההקדשה. ויותר מזה שאפי' אם יש גרעון בכח הקדשתו ע"י בעלות נוספת הרי יכול למחול לגזלן על חיובי אונסין כלפיו וממילא יפקע קנינו וקוש' ר"ש שקאפ). וביאר ר"ש שקאפ (בחידושו סי' ל"ד) שאע"ג שאני יכול להשתמש כי רוצה להחזיר לי, אך מכיון שהוא גזלן אין לי אמון בו שלא יחזור בו וכל עוד שלא אצלי אני לא מחשיב את החפץ כפקדון ששומר לי. לפי זה דברי האבנ"מ מובנים כי כ"ש שכאשר מסכים רק להקדיש ולא לתת לי שלא נחשב פקדון. אבל דברי הקצות קצת קשים לפי דברי ר' שמעון, שהרי בשנים אוחזים בטלית ואחד הקדיש והשני הודה בפני בי"ד לא הגיוני שיחזור בו ויגזול בפני בי"ד ופה אין סיבה לחוסר אמון בהודאתו, והודאתו תחשב כפקדון, ומדוע אומר הקצות שהרמב"ן יבאר הגמ' אחרת מהתוס'.

ונלע"ד לומר בהבנת הרמב"ן דיש חילוק בין פקדון לגזילה, בפקדון אני יצרתי את המציאות של אי יכולת השמוש שלי בחפץ לעומת גזלן שאחר גרם בנגוד לרצוני. ולכן בפקדון מספיקה יכולתי להשתמש כדי להוכיח על הבעלות בחפץ. אך בגזילה בעלותי נפקעה מחמת המציאות שבפועל מונעים אותי מלהשתמש, לכן אני עכשיו צריך להראות מחדש בעלות בפועל, מבחינה חיצונית וזה דוקא כשיגיע לידי ולכן לא

מספיקה לרמב"ן האפשרות להשתמש.

ר' אלחנן וקובץ שיעורים ב"ק סי' י') מקשה על בעה"מ "דבסוגיה דצנועים מבואר דשיך הפקר בי"ד הפקר גם לענין אינו ברשותו דמשום תקנת עניים אוקמוה ברשותיה כדי שיוכל להפקיר ולחלל מה שביד הלוקטים. ובשלמא אי נימא דהא דלא הוי ברשותו משום קנייני גזלן שפיר י"ל דהפקיעו חכמים הגזילה מהגזלן, אבל אי נימא שהדבר תלוי במה שבפעל אינו יכול לשלוט על נכסיו מפני סירובו של גזלן מה יועיל בזה הפקר בי"ד הפקר וצ"ע. ר' אלחנן הבין ש "לא ברשותו" חסרון טכני, לא בבעלות אלא ביכולת השליטה על החפץ. והסברא היא - איזה ערך יש למכירה או להקדשה אם החפץ לא אצלו אלא אצל גזלן שלא מתכוון להחזיר החפץ. אך בגמ' משמע לא כך, שהרי ר' יוחנן למד דינו מגונב מגונב שלא משלם כפל והטעם כי אינו ברשותו של הבעלים (ב"ק סט:), ולו החסרון הוא טכני מדוע לא ישלם כפל לבעלים שהוא הנגזל הרי יש אצלו חפץ גזול של הבעלים. אלא ודאי החסרון הוא בבעלות ולכן נקרא שלא גנב חפץ מבעליו ולא משלם כפל. ולפ"ז אפשר לומר שהתורה חידשה ש"לא ברשותו" לא איזה פגם נפרד אלא זהו פגם ב"שלו". לא שמלבד שלו אני צריך גם ברשותו אלא שהשלו נמצא במצב נורא שאינו ברשותו, כביכול חצי שלי. לולא התורה הייתי אומר כמו צנועים כי אדם המקנה חפץ מוסר רק את ה"שלו" ואני מתעסק בכלל ב"רשותו". וחידשה התורה ש"הלא ברשותו" גורם לפגם "בשלו" וא"כ לא מכרתי או הקדשתי את ה"שלו" כי אין לי את כל ה"שלו". ולפ"ז מובנת הגמ' גם לפי בעה"מ כי הפקר בי"ד הפקר אומר לי תתנהג גם במצב הזה כמו במצב הרגיל, גם חצי בעלות תפעל, או שכמו שהפקר בי"ד יכול לעשות דבר שלא שלי לשלי ק"ו שיוכל לעשות דבר שהוא חצי שלי לשלי.

הגמ' בפסחים (ל:): מביאה מחלוקת בין רבא לאבבי לגבי בע"ח, רבא אומר מכאן ולהבא הוא גובה ואבבי אומר למפרע הוא גובה ואומרת הגמ' כי אליבא דכולי עלמא היכא דאקדיש לווה בא המלוה וטורף, ופליגי אבבי ורבא כי אקדיש מלווה לרבא לא חל ההקדש ולאבבי חל ההקדש. ואומר רש"י שלרבא היכא דאקדיש לווה אינו הקדש שהרי הם ממושכנים למלוה ואע"ג שהם שלו אינם ברשותו, והרי החפץ "שלו" "וברשותו" כי נמצא אצלו ומשתמש בו, וצ"ל שזה מצד שיש למלוה יכולת גביה בחפץ [ובסוף באמת נעשתה הגביה] זה מפקיע מבעלותו - פגם ב"שלו". ואליבא דאבבי שיוכל להקדיש החפץ אע"ג דעדין לא גבה והלוה משתמש ולמלוה היה אסור אז להשתמש ולכאורה זה שלו ולא ברשותו. וצ"ל כי כיון שהחסרון של לא ברשותו זהו פגם "בשלו", א"כ פה נחשב ששימוש של הלוח בחפץ נובע מרשותו של הבעלים ומימוש ה"שלו" של המלוה מתחיל מזמן הפרעון וכאילו קנה חפץ מראובן ומשאילו לראובן מיד לאחר הקניה.

כעין דינו של אבבי מצינו בשטה מקובצת (ב"ק לג' ד"ה ולר' עקיבא קדוש) "וכן בגזל גדול נמי אם הקדישו הנגזל ואח"כ העמיד הגזלן בדין והוציא מידו בבי"ד הכא נמי דקדיש, והא דאמר ר' יוחנן גזל ולא נתיאשו הבעלים אינו קדוש הוא היכא שלא הוציאו בבי"ד וצ"ע דבשעת ההקדש לא היה ברשותו ובאמת רע"א (בשו"ע סי' שנ"ד) נשאר בצ"ע. ואולי אפשר לבאר עפ"י דברינו, שמכיון שהחסרון של "לא ברשותו" זהו פגם ב"שלו" לכן "לא ברשותו" לזמן לא פוגם ב"שלו" ונחשב כמו פקדון ושכירות שיוכל להקדיש מטעם שזהו דבר זמני, ארעי. כי דוקא גזלן אשר לעולם לא יוכל להשתמש ממילא מתרוקנת כל המשמעות לבעלות' בחפץ כי הביטוי לבעלותו קרי :

שמושו לא תהיה לעולם. וזהו הסיבה שה"לא ברשותו" גורם פגם בשלו וכאשר מוציא מהגזלן התברר למפרע ש"הלא ברשותו" לא היה פוגם ב"שלו".

רע"א נשאר בצ"ע כי אם ר' יוחנן דיבר במצב כזה דוקא וכל המשמעות הממונית מתרוקנת א"כ לא רק שיש פגם ב"שלו" המכונה "לא ברשותו" אלא אין בכלל "שלו", כמו שאם יש לאחד קנין פירות בקרקע לעולם קנין הקרקע של השני עובר לראשון ועי' רשב"ם ב"ב נ' ד"ה כקנין הגוף דמיו ולכן גם לא קשה על רע"א שבב"מ (בגליון הש"ס) ביאר שקניני גזילה יוצרים את ה"לא ברשותו" והרי גם בקרקע אינו יכול להקדיש ושם אין קניני גזילה, אלא מכיון שהגמ' מעמידה שקרקע לא יכול להקדיש במקרה שלא יוצאה בדינים א"כ סובר רע"א שלא מפני שנחשב "שלו ולא ברשותו" אינו יכול להקדיש אלא מפני שנחשב "לא שלו" וממילא א"א להוכיח מקרקע על ר' יוחנן ב"שלו ואינו ברשותו" שהדין גם כשאינו קניני גזילה.