

בדין יאוש ושינוי החוזר

(א) כתב הטור (חו"מ שנג): "ואם יש עם היאוש שינוי השם, אפילו הוא גרוע שחוזר לברייתו, קונה מן התורה וא"צ להחזיר אלא הדמים", ומקורו של הטור כתב הב"י ז"ל "ומה שאמר ואם יש עם היאוש שינוי השם אפילו הוא גרוע שחוזר לברייתו קונה מן התורה ואין צריך להחזיר אלא הדמים, כן כתב הרא"ש בפרק מרובה (סוף סימן ב), והוא מדברי התוספות שם (סו: ד"ה מי איכא) שכתבו אהא דקאמר התם מי איכא למאן דאמר שינוי מעשה לא קני, ולא בעי לאוקמי בשינוי החוזר לברייתו דאיכא למאן דאמר דלא קני, דרב יוסף לא פליג ארבה אלא ביאוש לחודיה, אבל שינוי מעשה אפילו בחוזר לברייתו דאיירי ביה רבה כדפירשתי לעיל", ומבואר בדברי הב"י דב' ראיות מצא לשיטת הטור חדא מדברי הרא"ש והב' מדברי התוס'.

(ג) כתב הרא"ש (מרובה ס"ג) וז"ל: "אבל יאוש ושינוי רשות, או יאוש ושינוי השם גרוע קונה מדאורייתא" וכתב הגר"א דאין מזה ראיה לדברי הטור שהרי הטור ובתריה המחבר פסקו דמהני יאוש עם שינוי השם החוזר לברייתו, ולא כתב הרא"ש דמהני בכה"ג, אלא דמהני יאוש עם שינוי השם גרוע, דמחלק שם הרא"ש בין שינוי השם טוב שאינו צריך ליאוש ומהני בפנ"ע, לבין שינוי השם גרוע דלא מהני אלא אם איכא נמי יאוש, ושינוי השם גרוע היינו כגון הא דאמרינן בב"ק (סו:): "שינוי השם כשינוי מעשה דמי, שינוי מעשה מאי טעמא,

(ב) והמחבר פסק (שנג ב) לשיטתו, וז"ל "נתיאשו הבעלים מהגניבה, אינו קונה, וצריך להחזירה, ואם יש עם היאוש שינוי השם שחוזר לברייתו, י"א שקונה ואינו צריך להחזיר אלא דמיה". וכתב עליה הגר"א: "כן

[1] נערך ע"י הרה"ג יהודה שפירא שליט"א.

יוכי ע"ה היתה דבוקה בסבא זצ"ל ולקחה מפיו הרבה תורה ויר"ש. וגם הוא חיבב אותה מילדותה, כי ראה שחכמנית היא.

דמי, אילימא דגזל עמרא ועבדיה משכב, מי איכא למ"ד שינוי מעשה לא קני, אלא מאי אית לך למימר דגזל משכב דחבריה, הכא נמי דגזל קרבן דחבריה, וכתבו התוס' (ד"ה מי איכא) "ולא בעי לאוקמי בשינוי החוזר לברייתו דאיכא למ"ד דלא קני, דרב יוסף לא פליג עליה דרבה אלא ביאוש לחודיה, אבל שינוי מעשה אפילו בחוזר לברייתו דאירי ביה רבה כדפרישית לעיל, לא פליג עליה, עכ"ל ומזה למד הב"י דיאוש עם שינוי מעשה החוזר לברייתו מועיל לקנותו, ודחה הגר"א שהוא שגגה גדולה, דלא מיירו התוס' כלל בעניין זה דיאוש עם שינוי מעשה, אלא ה"ק התוס' דאף דנחלקו רבה ורב יוסף גבי יאוש אי קני, מ"מ לא נחלקו גבי שינוי מעשה, ובמה דאמר רבה דשינוי מעשה קונה מודה לו רב יוסף, והיינו אפילו בשינוי מעשה החוזר לברייתו, ומש"ה לא מצי מוקים לברייתא דמשכבו ולא הגזול בשינוי מעשה החוזר לברייתו דאף בכה"ג שינוי קונה, אבל מ"מ אינו עניין כלל וכלל לשינוי מעשה החוזר לברייתו שיועיל לקנות עם יאוש למ"ד דלא קני בפנ"ע, ומה מצא הב"י בדברי התוס' הללו לעניין צירוף יאוש עם שינוי החוזר לברייתו, ואדרבה הא מסברא י"ל דכיון דכל אחד לא סגי ביה לקניין, לא ביאוש לבדו, ולא בשינוי החוזר לברייתו לבדו, מה מהני שנצטרפו.

ח וכתב עוד הגר"א דאדרבה מדברי התוס' יש ראייה לסתור דברי הטור, שהרי התוס' שהובא לעיל ביארו דלא מהני שינוי השם עם יאוש אלא בשינוי השם קטן כמשכא והשתא אברזין, אבל שינוי השם החוזר לברייתו לאו שינוי הוא ואינו מצטרף ליאוש לקנות, וביותר

התם מעיקרא עצים השתא כלים, שינוי השם נמי, מעיקרא קרו ליה משכא והשתא אברזין וכתבו שם התוס' (ד"ה שינוי השם) "לאו כשינוי מעשה ממש, דשינוי מעשה לחודיה קני כדמוכח לעיל ולקמן (סח). גבי גנב וטבח ובא אחר וגנבו, דפריך ושינוי מעשה מי איכא למ"ד דלא קני, אבל שינוי השם גרידא לא קני בלא יאוש או שינוי מעשה" וכתוס' שם (סז). ד"ה הא לאו) ביארו דתרי שינוי השם איכא, יש שהוא קונה לבדו ויש שאינו קונה אלא עם יאוש, ז"ל: "נראה לפרש דבלא יאוש איירי, ולהכי פריך לרב יוסף אי אמרת בשלמא דשינוי השם לא כלום הוא שפיר, אלא אי אמרת דשינוי השם קטן עם יאוש קני, א"כ שינוי השם גדול כי האי דמריש יש לו לקנותו בפני עצמו", והיינו דהא ד"מעיקרא קרו ליה משכא והשתא אברזין" הוא שינוי קטן, ומש"ה כתבו דלא מהני אלא עם יאוש, וזהו נמי כוונת הרא"ש שכתב ששינוי השם גרוע כה"ג כ"משכא והשתא אברזין" מהני עם יאוש, אבל זה לא שמענו מדברי הרא"ש דיאוש החוזר לברייתו מצטרף עם יאוש לקנותו, דכל שינוי השם החוזר לברייתו אין כאן שינוי השם כלל, ואין ליאוש עם מה להצטרף.

ד והשתא נבוא לבאר דחיית הגר"א לראיית הב"י מהתוס', דכתבו התוס' בהא דאמרינן בגמ' (סז): דפליגי רבה ורב יוסף גבי יאוש, דרבה אמר יאוש קונה ורב יוסף אמר יאוש אינו קונה, ומקשי על רבה מברייתא "איתיביה אביי לרבה קרבנו ולא הגזול, היכי דמי אילימא לפני יאוש למה לי קרא פשיטא, אלא לאו לאחר יאוש ש"מ יאוש לא קני, אמר ליה רבא וליטעמיך הא דתניא משכבו ולא הגזול היכי

עליה, זהו כוונת התוס' אבל מדין שינוי מעשה החוזר עם יאוש לא איירי התוס' כלל".

ח והנה המחנה אפרים בהגהותיו על הרמב"ם (רמב"ם הלכות גזילה י י) שפסק "שינוי

החוזר לברייתו אינו שינוי" האריך בזה טובא אי מהני שינוי השם החוזר לברייתו עם יאוש, ויש לדון ולהעיר בדבריו כמה הערות ועל כן נייתי דבריו ונעמוד בהם, וז"ל: "נ"ב ומכל מקום אם נתייאשו הבעלים קנה, כן כתב הרא"ש בפרק מרובה" עכ"ל, וכבר בריש דבריו יש להעיר כמבואר מהגר"א, שאין ראייה מדברי הרא"ש לצירוף יאוש עם שינוי החוזר לברייתו, אלא עם שינוי קטן כמבואר, אבל החוזר לברייתו יש לומר דליכא שם שינוי עלה ואינו מצטרף.

ט ומבאר עוד המחנה אפרים "ולמדו מההיא דרבה דאמר שינוי קונה קרא ומתניתא, וכתבו התוס' דאיירי בשינוי החוזר" עכ"ל, לכאורה נראה לומר דכוונתו לדברי התוס' סה: (ד"ה הן) שכתבו בהא דאמרין בגמרא התם דטעמא דב"ה דאמרי שינוי קונה דילפי לה מקרא דהן ודרשינן ולא שנייהם, והקשו התוס': "תימא דבסמוך נפקא ליה לרבה דשינוי קונה מקרא אחרינא דכתיב אשר גזל כעין שגזל יחזיר וכו', ונראה לר"י דלקמן מיירי בשינוי החוזר לברייתו, ואהכי מייתי בריש הגזול קמא מלתיה דר' יוחנן, ורבה דבסמוך סבר דאפי' שינוי החוזר לברייתו נמי קני" ומזה יליף המחנ"א דשינוי החוזר לברייתו לדעת התוס' מהני עם יאוש, אלא שזה תמוה טובא דלא שמענו מדברי התוס' כלל לעניין שינוי החוזר לברייתו עם יאוש, אלא דלרבה מהני שינוי לבדו לקנות אף בשינוי החוזר לברייתו,

לתירוץ השני שכתבו התוס' שם (סז: ד"ה הא לאו) "ועוד יש לומר דבכל מקום הוי שינוי השם גרידא קני לרב יוסף בלא יאוש וכו'" הרי דשינוי השם אינו צריך ליאוש כלל.

י וכתב הגר"א דאף שמדברי התוס' ב"ק ליכא ראייה להטור, ואף ראייה לסתור איכא כמבואר, מ"מ מדברי התוס' בסוכה (ל: ד"ה וליקנייה) מבואר כוונתיה שכתבו שם התוס' ז"ל "וא"ת ועוצבא דהתם (ב"ק סו:): כיון דלית בה קיצוע ואין בה אלא מחשבה א"כ שינוי השם דידיה חוזר לברייתו הוא ואמאי קני, וי"ל דהתם איכא יאוש בהדי שינוי השם, דהיכא דליכא יאוש אין מחשבה מטמאתו כדקתני לפי שלא נתייאשו הבעלים, ועדיף שינוי השם החוזר דקני עם יאוש כדאשכחן גבי עוצבא משינוי מעשה החוזר לברייתו דאפילו עם יאוש לא קני כדמסיקנא הכא", הרי להדיא דס"ל דמהני יאוש עם שינוי החוזר לברייתו, אלא דצריך עיון ליישב סתירת התוס' אהדידי אי שינוי החוזר לברייתו מצטרף ליאוש לקנות או לא.

י וכקושיית הגר"א הקשה נמי הפנ"י על הב"י בסוגיין בדברי התוס', ז"ל "הב"י בטור חו"מ (שנג) היה מבין מדברי התוס' אלו ביאוש לחודיה היינו בלא שינוי החוזר, אבל שינוי מעשה והיינו עם יאוש אפילו חוזר לברייתו קנה וכו', שמכאן מקור הדין דשינוי החוזר קני עם יאוש, ואגב חורפיה לא דק דפשט לשון התוס' כפשוטו, דרב יוסף לא פליג עליה דרבה אלא בדין היאוש לבד, אבל במה דקאמר רבה דשינוי מעשה החוזר קונה לגמרי בלא יאוש לא אשכחן דפליג רב יוסף

שינוי אלים לא בעינן יאוש, איברא דראיתי בתוס' בפרקין דף ס"ז ד"ה שני השם שכתבו דשינוי השם גרידא לא קני בלא יאוש, אבל מדברי ר' ברוך בי"ד בגזל טלה אין נראה כן, ובתוס' כ"כ אח"כ בדף ס"ז ד"ה הא לאו הכי, וההיא דהגנב הקדשן הקדש היינו טעמא דבעינן יאוש, משום דאין אדם מקדיש דבר שאינו שלו, וראיתי בתוספות בסוכה כדברי הרא"ש ז"ל"ה הרי שמאחד דברי התוס' בסוכה דכתבו דמהני שינוי החוזר לברייתו עם יאוש, עם דברי הרא"ש, וכבר נתבאר שאין ראייה כלל מדברי הרא"ש, דלא אמר אלא בשינוי השם קטן כמשכא ונעשה אברזין דמצטרף עם יאוש, אבל בשינוי החוזר לברייתו לא שמענו מדבריו, ולעולם י"ל דכל שהוא חוזר לברייתו ליכא שם שינוי עליה ואינו מצטרף עם יאוש לקנות.

ג) ואפשר לבאר היאך יליף לה הב"י מדברי התוס', ובהקדם יש לתת טעם וגדר בהאי דינא דיאוש לבדו לא מהני, ושינוי החוזר לברייתו לבדו לא מהני, וכשנצטרפו להם בבת אחת מהני, ומאי שיאטא הא להא, לכאורה כל אחד מהם פועל קניינו והוצאתו מרשות הבעלים בעניין אחר לגמרי, שיאוש עניינו שהבעלים מוצאים החפץ מרשותם ומש"ה מהני למ"ד יאוש קונה, ושינוי עניינו שאין זה החפץ הגזול ומש"ה תו אינו חייב להחזירו לבעלים, וכיון שכל אחד מהם גורם בדרך אחרת שהגנב יקנה החפץ, צריך לבאר מה צירוף יש ביניהם.

ד) ונראה לבאר דעניין שינוי גמור באופן שאינו חוזר שהוא קונה, הוא מטעם שאין זה החפץ הנגנב, ומהני שינוי גמור לבדו

ובעל כרחק כן הוא כוונת התוס' דאי נימא דמיירי עם יאוש, הא רבה גופיה ס"ל דיאוש לחודיה קני וא"צ לו להצטרף עם שינוי כלל, ובעל כרחק כוונת התוס' דלרבה סגי בשינוי החוזר לבדו.

ה) ושמא כוונת המחנ"א לתוס' (סו: ד"ה מי איכא) שהובא לעיל משמיה דהב"י, אלא שכבר נתבאר מהגר"א והפנ"י שאין ללמוד מזה כלל כהטור, דלא כתבו אלא דמודה רב יוסף לרבה דשינוי מעשה קונה ולא מיירו כלל עם יאוש.

ו) ומקשה המחנ"א על דברי התוס' שהביא, דמוקמי התוס' לשינוי דמתניתין ריש הגזול דמייתי מינה רבה סיעתא לדבריו דשינוי קונה, בשינוי החוזר, ז"ל "וקשה לי דבפרק הגזול מסיק דמתניתין איירי בשינוי שאינו חוזר, וכן כתבו התוס' בפרק מרובה דף ס"ז גבי הגנב והגזולן הקדשן הקדש, דאמרן טעמא דהוי שינוי השם שינוי שאינו חוזר, ואע"ג דנתייאשו הבעלים דהכי מוקי לה בפרק בתרא", ויש להעיר בדבריו דבאמת הגמרא ריש הגזול מוקי לה בשינוי שאינו חוזר, אלא שכבר עמדו על זה התוס' שם (ד"ה הגזול עצים) דמקשו לרבה דס"ל דאפילו שינוי החוזר מהני היכי מוקי לה למתניתין, עיי"ש מה שתירצו, אלא שכבר כתב המחנ"א דמדברי התוס' (סז). מבואר דמוקמי לה בשינוי שאינו חוזר.

ז) וסיים המחנ"א: "איברא דקשה לי על דבריהם אם הוי שינוי שאינו חוזר, א"כ מאי פריך בפרק בתרא אהאי מתני' אי ר"ש קשיא גנב אי רבנן קשיא גזולן, הא כיון דאיכא

לא ילפינן אלא לשינוי גמור שאינו חוזר, ורבה דיליף מכעין שגזל מיירי בשינוי החוזר, וא"כ י"ל דמה שכתבו התוס' המובא לעיל שהביאו הב"י כראיה לדברי הטור, שכתבו דמודה רב יוסף לרבה, כוונתם באמת דלרב יוסף לא מהני אלא עם יאוש, דאל"ה יש לתמוה מאי קאמרי התוס' "ולא בעי לאוקמי בשינוי החוזר לברייתו דאיכא למ"ד דלא קני, דרב יוסף לא פליג עליה דרבה אלא ביאוש לחודיה, אבל שינוי מעשה אפילו בחוזר לברייתו דאיירי ביה רבה כדפרישית לעיל לא פליג עליה" הא כיון שמצינו מאן דפליג דלא מהני שינוי החוזר, מנ"ל להתוס' דרב יוסף ס"ל בפלוגתא זו כרבה, דלמא ס"ל כהני דפליגי ארבה דלא מהני שינוי החוזר כלל, ואף שלא מצאנו בזה דרב יוסף פליג ארבה, הא לא מצינו נמי דס"ל כוותיה.

טז אלא צ"ל דאין כוונת התוס' דלא פליג ומודה לו דשינוי החוזר בעצמו הוה קניין לבדו, אלא שהוא מצטרף להיות קנין עם יאוש, וזה מטעמא דקשיא להתוס' מה יענה רב יוסף לילפותא דרבה, הא קרא כתיב כאשר גזל דמשמע כעין שגזל דווקא, הא לאו כעין שגזל אינו מחזיר, ומש"ה ביארו התוס' דמודה רב יוסף להאי ילפותא דשינוי יש בו מעשה קניין, ומהני משום הקניין אף בעניין שאין השינוי פוטר מהשבה משום שאינו החפץ הגזול, אלא אף שלא יצא מכלל חפץ הגזול והיינו בשינוי החוזר מהני משום קניין, וזה ס"ל להתוס' דדעת רב יוסף דלא מהני השינוי לקניין אלא בהצטרפות היאוש, ובזה כל פלוגתתם דרבה ורב יוסף, אי שינוי החוזר קונה לבדו, או דבעינן עמו יאוש, וא"כ נמצא כדברי הב"י בדברי

כיון שכבר אין החפץ שגנב בעולם, ועניין יאוש הוא שעל ידי היאוש נקנה החפץ למי שהוא בידו, אלא דלמ"ד יאוש אינו קונה סבירא ליה כמבואר בגמרא כיון דבאיסורא אתא לידיה ונמצא מה שנתחייב בהשבת החפץ גובר על קניין היאוש, אבל לעולם אין הקניין שבכל יאוש מתבטל, אלא דאינו מועיל, אבל כל שמלבד היאוש עשה שינוי החוזר לברייתו, אף שאין בהאי שינוי סברת הקניין שבשינוי גמור, דהיינו שאינו כעין שגנב וכאן כשהשינוי חוזר לא יצא מכלל כעין שגנב, מ"מ אית ביה בכל שינוי גם מעשה קניין, אלא שמצד עצמו אין הקניין הזה מועיל להוציאו מרשות הבעלים, דכח הבעלים עצמם עדיף על כח הקניין שבשינוי, דאין כאן מעשה קניין גמור ברשות הבעלים אלא יש כאן מעשה קניין המתנגד לבעלות של בעל החפץ, וגבר בעלות בעל החפץ, דאין אדם יכול לעשות קניין בממון אחרים כמו שאין אדם מקדיש דבר שאינו שלו, אבל זה אינו אלא בזמן שלא נתייאשו הבעלים, אבל כל שנתייאשו יש כח ביד הקונה ע"י שינוי להוציא החפץ ע"י המעשה קניין שבשינוי מרשות בעלים שנתייאשו, ואין בכח הבעלות קלישתא של הבעלים שנתייאשו למנוע מהקניין לחול.

טז ואפשר שמקור לסברא זו דשינוי אף שהוא חוזר יש בכוחו לפעול מעשה קניין, נלמד מהא דרבה (סו.) ד"אמר רבה שינוי קונה כתיבא ותנינא, כתיבא והשיב את הגזלה אשר גזל מה ת"ל אשר גזל אם כעין שגזל יחזיר ואם לאו דמים בעלמא בעי שלומי", וכבר הקשו התוס' הא בית הלל ילפי לה מקרא אחרינא ד"הן ולא שינויהם", ותירצו דמקרא

התוס' דמוכח מינייהו דס"ל דשינוי החוזר עם יאוש קונה.

(יז) ולפ"ז צריך לבאר בקושיית הגמרא דרבה על רב יוסף דאמרין "איתיביה אביי לרבה קרבנו ולא הגזול, היכי דמי אילימא לפני יאוש למה לי קרא פשיטא, אלא לאו לאחר יאוש ש"מ יאוש לא קני, אמר ליה רבא וליטעמיך הא דתניא משכבו ולא הגזול היכי דמי אילימא דגזל עמרא ועבדיה משכב מי איכא למ"ד שינוי מעשה לא קני, אלא מאי אית לך למימר דגזל משכב דחבריה, הכא נמי דגזל קרבן דחבריה", דהא דמקשי לטעמיך האיך יפרש משכבו ולא הגזול, אף דמיירי בשינוי החוזר כדכתבו התוס' הנזכר ולרב יוסף הא אינו קונה לבדו, והאי קושיא ד"ולטעמיך" לשיטת רב יוסף קא מקשי, צ"ל דפשיטא ליה להגמרא דאיכא יאוש, ומש"ה מקשי לא מיבעיא לשיטת רבה דקשה הא איכא יאוש, אלא אף לרב יוסף שיאוש לבדו לא מהני נמי קושיא משום דמצטרף לשינוי החוזר וקונה.

(יח) והנה במה שמבואר בתוס' דשינוי השם לבדו לא קני אלא רק עם יאוש, לכאורה היינו בשינוי שאינו חוזר לברייתו, וכמו שביאר הגר"א דבשינוי החוזר לדעת התוס' בב"ק לא מהני אפילו עם יאוש, וכמו שכתב דמוכח כן מדברי התוס' סז. דכן נראה מכל מהלך התוס' שם, דהא בריש דבריהם רצו לפרש דקושיית הגמרא ממריש מיירי עם יאוש, והא עלה משני רב זירא דהוה שינוי השם החוזר לברייתו, והיינו דבהא לא מהני אף עם יאוש, ורק בשינוי השם שאין חוזר הוא דמהני בצירוף עם יאוש, ואף לתירוץ התוס' דמיירי בלי יאוש

ומהני משום דהוה שינוי השם גדול ואין צריך לצירוף של יאוש כדי לקנות, נמי מוכח כהנ"ל, דהא מדמי הגמרא שינוי השם גדול לשינוי השם קטן שצריך צירוף של יאוש, וכמו דדחי רב יוסף דשינוי השם גדול לא מהני בחוזר לברייתו, ה"נ שינוי השם קטן הצריך ליאוש לא מהני אלא בשאינו חוזר לברייתו, ומ"מ צריך לצרף יאוש כדי לקנות, ויש לתמוה דלכאורה הא עיקר דינא דשינוי השם מיירי בשינוי החוזר לברייתו, דהא מיירי שגנב עורות של בעה"ב וחשב עליהן לעיצבא והוה שינוי השם כדאמרין "מעיקרא קרו ליה משכא והשתא אברזין", והא כשם שדעתו של הגנב לעיצבא הא יכול לחזור בו ממחשבתו, ואין כאן אלא שינוי החוזר, ובע"כ צ"ל לפירוש זה בדעת התוס' דמיירי בעניין שקיצען ושוב אינו חוזר.

(יט) והובאו לעיל דבריו של המחנ"א שהביא מר' ברוך ב"ד דפליג גבי טלה ונעשה איל דשינוי השם לבדו קונה, אלא שיש ליישב דעת התוס' גבי טלה ונעשה איל, דלעולם התם מהני שינוי השם גרידא, דהובאו לעיל דברי התוס' (סז, א ד"ה הא לאו) שכתבו דתרי שינוי השם איכא, דבגדול מהני לבדו, ובקטן בעי נמי יאוש, ולא ביארו היטב מהו שינוי השם קטן או גדול, וכן ברא"ש ביאר דחילוק איכא בין שינוי גדול לקטן, ונראה לבאר החילוק מהו קטן ומהו גדול, דכל ששינוי השם נעשה מחמת שנעשה בחפץ שינוי מעשה, אף שהשינוי נעשה מאליו (דמש"ה אין כאן קניין מחמת שינוי מעשה), מ"מ חשיב שינוי שמו שינוי גדול וחשוב, והיינו כגון טלה ונעשה איל, אבל שינוי השם קטן היינו שלא בא מחמת מעשה, אף לא מעשה דמאליו, ובכה"ג הוה שינוי שצריך

לברייתו בשינוי השם לא הוי שינוי" הא מקור הדין דשינוי השם מהני הוא בגנב והתם נמי הוה שינוי החוזר אי מיירי בלא קיצען.

(כב) אשר ע"כ נראה לומר דבזה גופא פליגי רב יוסף ורב זירא, דרב יוסף ס"ל דהא דגנב מיירי בלא שקיצען והוה שינוי החוזר לברייתו, ואפ"ה מהני עם היאוש, ומש"ה הוצרך לתרץ הא דמריש דלא הוה שינוי השם כלל דמריש שמו עליו, אבל לא מצי לתרוצי כרב זירא דהא בגנב נמי הוה שינוי החוזר לברייתו, ואפ"ה מהני עם היאוש, אבל רב זירא ס"ל דהא דגנב מיירי בע"כ בשינוי שאינו חוזר לברייתו כיון דמיירי שקיצען וכמבואר לעיל, ומש"ה שינוי שאינו חוזר לברייתו מצטרף עם היאוש לקנות, ובמריש דהוה חוזר לברייתו אינו קונה אף בצירוף יאוש.

(כג) ונראה שכל זה אכניס בדברי התוס' בסוכה (ל, ב ד"ה וליקניוה) ז"ל "תימה הא אמרינן דשינוי מעשה החוזר לברייתו לא שמייה שינוי, והוא הדין בשינוי השם כדאמרינן במרובה (ב"ק סז, א) גבי מריש דשינוי החוזר לברייתו בשינוי השם לא שמייה שינוי, וי"ל דפריך הכא אליבא דרב יוסף דמסיק התם שינויא אחרינא" והיינו ממש כמבואר, דפלוגתא איכא בין רב יוסף לרב זירא אי שינוי השם החוזר לברייתו מצטרף עם יאוש לקנות, דרב יוסף ס"ל דמהני לקנות, ורב זירא ס"ל דרק בשינוי שאינו חוזר לברייתו מהני לקנות בצירוף יאוש.

(כד) ואם כנים הם הדברים א"כ נמצא דמה שפסק הטור דשינוי השם החוזר לברייתו מצטרף עם יאוש לקנות, תלוי

צירוף של יאוש כדי לקנות, אבל מודו התוס' שפיר לר' ברוך ב"ד דשינוי השם גדול לבדו מהני, ומש"ה משני הגמרא גבי עורות של עבדן, אף דאיירי בשינוי השם קטן, שהרי אין הגנב עושה שינוי כלל בעורות אלא מחשבה בעלמא, מ"מ מהני השינוי השם דמחשבתו להצטרף עם יאוש לקנותו.

(כ) ואף שנתבאר דגנב בעורות מיירי בעניין שאינו חוזר ע"י שעשה מעשה שקיצען, וא"כ לכאורה יש כאן שינוי השם במעשה, והוה שינוי גדול, ואמאי צריך צירוף של יאוש, ונראה לחלק דלא אמרינן דהוה שינוי השם גדול אלא היכא שהמעשה עצמו הוא הגורם לשינוי השם שלא יכול לחזור ולהתבטל, כגון בטלה ונעשה איל שיש כאן שינוי מעשה מאליו שגדל ונעשה איל, ושינוי זה גורם שלא יכול להתבטל האי שינוי, אבל בגנב שחשב על העורות אין שינוי השם עצמו נעשה ע"י השינוי מעשה שמקצען, שהרי שמו משתנה במחשבה בלבד, ואין הקיצוע אלא מוסיף אחר שינוי השם שלא יוכל להתבטל, ומש"ה הוה שינוי קטן שצריך לצירוף יאוש כדי שיקנה, ועדיין צ"ב.

(כא) ואי הוה אמרינן דלעולם מיירי הא דגנב בשינוי ע"י מחשבה בלבד ולא קיצען, ואפ"ה מהני, א"כ צ"ל דקושיית הגמרא ממריש היינו משום דמריש מיירי סתמא שנתיאשו הבעלים, וכמש"כ התוס' בתחילת דבריהם, וקשיא להגמ' אמאי לא מהני שינוי השם עם היאוש, ומשני רב יוסף דלא הוה שינוי השם כלל כיון דמריש שמו עליו, אלא שלפ"ז אין מובן כלל לתירוץ רב זירא דמשני "שינוי החוזר

כו אלא כי קאמר רב, כגון דמעיקרא שויא ארבע והשתא שויא זוזא, קרן כעין שגגב. מילתא דפשיטא הוא, דאילו איתברא ממילא על כרחך משלם ארבע, דבשעת שבירתה לאו מידי קעביד, ואפילו איתבר בפשיעה, דגולן לא מקבל עליו שמירתה, ואשעת גזילה קמחייבת ליה, וההיא שעתא הוא שויא ארבע. וכ"ש אי תברא או שתייה הוה משלם, דאם לא כן מצינו חוטא נשכר. עכ"ל.

כז ויש לעמוד על כמה דקדוקים בדברי הרא"ש. חדא, דמאי האי דקאמר דאילו איתברא ממילא משלם ארבע, משום דבשעת שבירתה לאו מידי קעביד, וכי אי הוה עביד מידי דמחייב ליה אף בשעת שבירה, היה נפטר מחיובו על שעת הגזילה. ועוד צ"ע מאי האי דקאמר 'וכ"ש אי תברא או שתייה הוה משלם, דאם לא כן מצינו חוטא נשכר', דאם כל טעם חיובו הוא משום שלא יהא חוטא נשכר, אי"ז כ"ש, דהא עיקר טעם החיוב לא שייך בו, ולא הו"ל למימר אלא 'זה"ה'.

כח והנראה לבאר בדבריו, דהיה מקום לחשוב, שהגונב מחבירו אינו מתחייב בשעת הגניבה אלא את השבת הדבר כמו שהוא בעין, ולא רמי עליה כלל חיוב ממון. ורק אם השתמש בדבר או הזיקו חל עליו חיוב לשלם את שוויו כפי שהוא בשעת השימוש או ההזיק, ומהו"א זו אתי הרא"ש לאפוקי.

כט והיינו הא דאמר הרא"ש 'דפשיטא הוא דאילו איתברא ממילא על כרחך משלם ארבע, דבשעת שבירתה לאו מידי קעביד', והיינו, דמאחר דבשעת שבירה לא

בפלוגתא רב יוסף ורב זירא, וא"כ יש לומר דמה שכתבו התוס' (סו, ב ד"ה שינוי השם) דמצטרפין היאוש עם שינוי השם לקנותו יהיה תלוי בפלוגתא האמוראים ריש סו. אי מיירי בשינוי השם החוזר אם לאו, ונמצא דמה שדקדק הגר"א מדברי התוס' סו. דלא מהני צירוף דשינוי השם עם יאוש אלא בשאינו חוזר, זהו לשיטת רב זירא, אבל לשיטת רב יוסף דלא תירץ משום שחוזר לברייתו כרב זירא, משום דס"ל דאף בחוזר מצטרף עם יאוש לקנותו, ולא כתבו התוס' דבריהם אלא לדעת רב זירא, ונמצא שהב"י שדקדק כפסק הטור מהתוס', האי דקדוק אליבא דרב יוסף הוא דאף בשינוי החוזר נמי מצטרף ליאוש לקנות.

בביאור דברי הרא"ש בענין קרן כעין שגגב

כח ב"ק (סה.) 'אמר רב, קרן כעין שגגב, תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה כשעת העמדה בדין'. וכתב הרא"ש (פ"ז סי' ב) וז"ל, ומסיק דביוקרא וזולא קאמר רב. ולא כגון דהוי מעיקרא שויא זוזא והשתא שויא ארבע, דהאמר רבה, האי מאן דגול חביתא דחמרא, מחבריה מעיקרא שויא זוזא ולבסוף שויא ארבע, תברא או שתייה משלם ארבע (- דהחבית היא של בעליה, ואם היה מחזירה בעינה היה מחזיר ארבע, ונמצא כששבר או שתה הוא גולו או הזיקו עכשיו בארבע), איתבר ממילא משלם זוזא (- דאין כעת שום מעשה גזילה המחייב, דאין הוא מחוייב עבור השבירה שאירעה מאליה, אלא בעבור המעשה שעשה בשעת הגזילה, ומשו"ה משלם זוזא כשעת הגזילה).

לחייבו, אך אינה מפקיעה את סיבת החיוב הראשונה שחלה בשעת הגזילה, וא"כ כ"ש הוא שישלם ד' כשעת הגזילה. ומש"כ הרא"ש 'דאם לא כן מצינו חוטא נשכר' אין כונתו שזה טעם שמשלם ד', אלא מבאר בזה הא דאמרן, שלא יתכן שהחוטא שהוסיף סיבת חיוב על סיבתו הראשונה בכך ששברה או שתיה, יהא נשכר לשלם כשעת החיוב השני שהיא שעת הזול, ודו"ק.

עביד מידי המחייבו ממון, דהא איתברא מאיליה, ע"כ דשעת חיובו אינה שעת השבירה אלא שעת הגניבה, דהגניבה מחייבתו בדבר עצמו אם הוא בעין, או בדמיו אם אינו בעין, ובשעת הגניבה היתה החבית שוה ד'.

ל) וממשיך הרא"ש, דאף אי תברה או שתייה בעצמו דיש מעשה המחייב בשעת השבירה, מ"מ אי"ז אלא סיבה נוספת