

ספר

מנחת משה

על מסכת בבא קמא

הערות ציונים וביאורים על סדר הדף

פרקים המניח, שור שננח ד' וה',
שור שננח את הפרה, הכונס, הגוזל עצים

בעזרת החונן לאדם דעת
משה בלאאמו"ר הגאון הרב גדליה שליט"א פינקל

שנת השמיטה תשע"ה
פעיה"ק ירושלים תובכ"א



כל הזכויות שמורות

פינקל

רח' מינץ 19

ירושלים 02-5710779

עימוד: תשבץ 02-5870442

הקדמה

אברכה את ה' בכל עת תמיד תהלתו בפי, על רוב חסדיו אשר גמלני מעודי, ושם חלקי מיושבי בית המדרש לחזות בנועם השם ולהגות בתורתו ללמוד וללמד בדיבוק חברים, אילו פינו מלא שירה כים, אין אנו מספיקים להודות על טובתו וחסדיו עמנו.

ועל זאת אודנו עתה בעמדי בפתח שער הספר על מסכת בבא הכולל הערות וצינונים וביאורים ומראי מקומות על סדר הדף אשר נכתבו, ונשנו, ונשלו בעת לימוד המסכת להיות לעזר לבני החבורה בישיבת 'מיר' ירושלים ע"ה"ק בבית המדרש 'פרידמן', והדברים הכתובים הובאו לפני הלומדים בסדר שני, והם תמצית דברי רבותינו הראשונים ואחרונים הנוגעים להבנת השו"ט בסוגיות הנלמדות.

ואקבע ברכה למורנו ראש הישיבה הגאון רבי אליעזר יהודה פינקל שליט"א הנושא את משא הישיבה על שכמו, ומוסר נפש להצלחת תלמידי הישיבה, יברכהו ה' להמשיך שלשלת מסירת התורה, לפאר ולרומם ממלכת התורה, להגדיל תורה ולהאדירה.

בהדר כבוד ומורא אודה לכבוד אבי מורי ורבי הגאון רבי גדליה שליט"א ר"מ בישיבה"ק, מחבר הספרים 'אמרי גדליה', ולאמי מורתי שתחי' לאוי"ט, על כל אשר גמלוני מעודי, ועל שחנכוני והדרכוני בדרך אמת ותורתם ומוסרם לי לעיניים, והם שהמריצוני ועודדוני להוציא הספר לאור העולם, יתן ה' ויראו רוב טובה ונחת דקדושה מכל יוצ"ח לאוי"ט.

אודה בכל לב לכבוד מורי וחמי הגאון רבי שרגא יהודה עמית שליט"א ראש ישיבת 'קרית מלאכי' ולחמותי שתחי' לאוי"ט, על כל הטובה אשר גמלוני, מאז שזכיתי להיכנס לביתם, בית גדול של תורה וחסד המאיר לתלפיות בהעמידם תלמידים באור התורה והיראה, יתן ה' ויראו ברכה בכל מפעלם, ורוב נחת דקדושה מכל יוצ"ח לאוי"ט.

וברבתי לכבוד ידידי המופלג שתול בבית ה' ומוכתר במידות ששנו חכמים בקנין תורה הרה"ג ר' אליהו גולדברג שליט"א, אשר זה כמה שנים שהלימוד בצוותא הביא את הדברים לצאת לאור העולם, ישא ברכה מאת ה' ויזכה ללמוד וללמד, להגדיל תורה ולהאדירה.

בן אודה לכל בני החבורה ולומדי בית המדרש שליט"א, שהרבה מן הדברים נתעוררתי ולמדתי מפיחם, כולם יתברכו ממקור הברכות, וברבתי לחברי ידידי רבני בית המדרש 'פרידמן' העומדים לשרת בקודש, הדואגים מתוך אחריות לרומם ולגדל תלמידי בית המדרש, כולם יתברכו לראות ברכה בעמלם.

ואקבע ברכה לאשר נרבה לבו להקים את דברי התורה בהוצאת הספר, איש אשר רוח בו מוקיר ורחים רבנן ר' ברוך משה רייא שיח' לאוי"ט משיקאנו ארה"ב, זכות התורה תעמוד לו ולזרעו להתברך בשפע ברכה והצלחה לאורך ימים ושנים.

והברכה לנו"ב מרת אלישבע שתחי' לאוי"ט מנשים באוהל תבורך, המצוינת בכל מידה נכונה ומסירה ממני עול חשבונות רבים, זכות אהבתה ומסירותה לתורה עמדה לי לכתוב ספר זה, ואפיל תחינה לנורא עלילה שנזכה לגדל ולחנך בנינו ובנותינו לתורה ויראת שמים, ולא תמוש התורה מפינו ומפי זרענו עד עולם.

תוכן הענינים

לדברים שנתבארו בארוכה

פרק המניח

חילוק בין נמצא נגחן למתני' דלא אזלינן בתר הרוב	ג.
ביאור תוס' דמיעוט דיינים שאני	ה.
מחלוקת תוס' והרמב"ן בפטור אדם המזיק באונס	ו.
גדר דין עבד איניש דינא לנפשיה	יד.
ביאור המחלוקת רב ושמואל בבור דלא אפקרינהו	כב.
גדר דין נתקל פושע	כח.
סברת תוס' דחייב משום בור בהיה לו פנאי לסלק השברים	לא.
מצא בור מגולה כיסהו וחזר וגילהו	לה.
המכסה בור בדליו של חברו	לט.
היה לו לעמוד חשיב אדם המזיק	מו.
שיטת הראשונים במסקנת הסוגיא דקדרים	מט.
היה בעל קורה ראשון ועמד	נג.
החיתר לרוץ בערב שבת לצורכי שבת	ס.
ביאור הראיה מהא דרב חנינא שהיה יוצא לקראת שבת	סא.
חילוק בין סילק כרים וכסתות להוציא הלא את ראשו	סה.
בגדר יוחלט השור	סח.
סברת תוס' דע"ז חשיב לאו בר חיובא	עא.
חיוב תשלום דמי חרישה לר' ישמעאל	עד.
אילו גבך הוה לא מינך הוה גבי	עח.

קרנא דתורא קבירא ביה פ
 ספק קים ליה בדרכה מיניה פד
 שיטת רש"י ותוס' בפטור דתנא דבי חזקיה פו
 טעם הפטור במענו חטין והודה בשעורין פט
 ניזק אומר מועד הזיק את הגדול ותם את הקטן צב

פרק שור שננח ד' וה'

דעת הבעל המאור דלר"י יש חיוב לשלם דמים צה
 גדר גבית שור תם מגופו צט
 דעת הגר"ח בגדר אמירתו לעניים קא
 דעת הראשונים אם יש קנין לעניים באמירה קד
 גדר המועדות לשבתות קו
 הקדש אם חשיב מזיק לולא המיעוט של רעהו קיב
 דעת תוס' במיעוט דויתר גוים קטז
 פטור שור של חש"ו שהזיק קיח
 הטעם שאין מעמידים אפטרפוס לתם לגבות מגופו קכב
 ביאור הגדון אם כופר דמי ניזק או דמי מזיק קכה
 נימא ליה אתפסיה לתוראי קלג
 דעת הרמב"ם במועד לבהמה הוה מועד לאדם קלז
 קושית הראשונים דבעינן קרא לבן פקועה קמא
 ביאור קושית הגמ' דכופר בתם חשיב מודה בקנס קמה
 שיטת הראב"ד דכופר חשיב קרן קמז
 עד אחד לחיוב שבועה בקנס קמט
 דעת הרמב"ם בחיוב דמי ולדות בהרג בלא מתכוון קנב
 ביאור זכות היורשים בכופר קנה
 גדר הדין דכל זמן שהשור בסקילה בעלים משלמים כופר קנח
 כל שאין משלם על פי עצמו אין חיוב דמים קסא
 ביאור שיטת רש"י באשו שלא בכוונה ביסוד חיוב כופר ודמים קסה

ישוב הגר"ז בדעת רש"י בסוגיין קסח
מועד להתחכך על בנ"א בכתלים קע
נוקין שלא בכוונה קעג
דעת ר"ת דשור הנסקל לא נאסר מחיים בהנאה קעז
בדברי המג"א והרע"א לענין הרי שלך לפניך בשומר קפב
צד תמות במקומה עומדת קפה

פרק שור שננח את הפרה

ברי ושמא כנגד חזקת מרא קמא קפח
ביאור התוס' דליכא דין מתוך שאינו יכול להישבע משלם קצא
הטעם שאין חולכים בממון אחר רוב קצג
ביאור הסברא דהמוציא מחברו עליו הראיה קצו
פרה שהזיקה גובה מולדה רג
ביאור סוגית הגמ' שבעל החצר חייב בנוקי הבור ריב
דעת תוס' בגדר חיוב בור שהוא ממונו ריג
חזא ירוקא ונפל ריט
ביאור סברת תוס' דחמרתא מעברתא רכא
שיטת רש"י בביאור סברת כי אפקרנא רכו
דעת ר"ע דבעל הבור דאית ליה בעלים רלב
בגדר ההיתר של לאושין רלד
סברת רב דבור שחייבה תורה להבלו ולא חבטו רלו
בור של ב' שותפין רמ
חפר בור ח' והשני חפר ט' לרבנן לענין נזקין רמד
שיטת רש"י בטעמא דבכדי שידע רמט
יסוד חדש בחיוב כיסוי בור לאחר שנתגלה רנא
דעת שמואל בגדר חיוב חבט בבור רנח
שיטת רש"י בביאור דעת ר' נתן בדיון כי ליכא רסא
אנא תוראי בבירך אשכחתיה רסד

הניח אבן על פי הבור רסח
שור פסולי המוקדשין לענין נזקין רעג

פרק הכונס

נפרצה בלילה ונודע לבעלים רעז
ביאור שיטת רש"י דכיסוי חשיב שמירה פחותה רעה
אי בכותל בריא כדיני אדם נמי נחייב רפ
שיטת הרמב"ם בחיוב נזקי הבהמה בכותל בריא רפב
גדר חיוב מקרב הדבר אצל האש רפד
איסור לא יגיד בעד אחר רפז
ולסטים נמי דהכישוה רצא
חילוק בין חיובי שומר לגזלן רצג
ביאור סברת תוס' בחיוב גזלן בנזקי הבהמה רצה
גביה בור תם מגופו בגזלן ובשומר רצו
גדר חיוב מעמיד רחצ
שומר שמסר לשומר לגבי חיוב נזקין שא
גדר חיוב דשומר אבירה שג
שיטת תוס' דשומר שכר חייב בגניבה באונס שט
בגדרי חיוב נהנה משתרשי ליה ומבריה ארי שיב
ביאור שיטת תוס' בפטור מברית ארי שמו
גדר חיוב שמירה בנזקין ובשומרים שיח
בגדר שמין אנב שדה אחר שכא
יצירת אש ע"י רוח מצויה שכט
סברת תוס' שאם אין בליבוי ללכות פטור שלא
ביאור סברת רב אשי לחלק בין חיובי שבת לנזקין שלג
הטעם דבאס"ו חשיב מבעיר את הבעירה שלה
ביאור הגדון להציל עצמו בממון חברו שלו
טעמא דרבנן לחלק בין מדליק בשלח למדליק בשל חברו שמוג

פרק הגזול עצים

גזל ונעשה שינוי משלם כשעת הגזילה או שעת השינוי שנא
דעת האחרונים אם בכל שינוי מעשה בעיני שינוי השם שנג
הפקעת החיוב של גזלנין ומלוי ברבית שנמ
פלוגתת רב פפא ורב זביד שסד
תקנת השבים בלוקח שע
גזל נסכא ועשה זוזי או כלי אם נחשב שינוי שעה
דעת הגר"ח והגר"ז בדין שינוי הגזילה שעז
תוקף ספינתו של חברו ועשה בו מלאכה שעמ
ביאור דברי הראב"ד בגדר שואל שלא מדעת שפב
גזול על מנת לאבד שפו
מעם הפמור בשף מטבע של חברו שפח
מום הפוסל קרבן אם חשיב שינוי שצ
גומרין דינו של שור שלא בפניו שצג
גדר דין אומן קונה בשבח כלי שצה
טבח אומן שקלקל בחינם ובשכר שצמ
מחיצת הכרם שנפרצה תד
גדר חיוב נהנה ע"י מעשיו תי
ביאור דמיון המחלוקת ר"י ור"מ בצבע לשינה מדעת בעה"ב תיא
ביאור הגדון בסברת מי הודיע לבעל החמין תיג
גדר החיוב לילך למדי להשיב הגזילה תיח
שליח שעשהו בעדים תכג
אלמא חומש ממונא הוא תכח
חובת השבה בגזל פחות משה פרומה תלב
חובת השבה בפחות משו"פ שהוקרה אח"כ תלג
כפר ונשבע על חמץ אם חייב דמים לאחר הפסח תלה
החידוש בכופר בפקדון שנעשה עליו גזלן תלח

גדר חיוב כפל בטוען טענת גנב תמג
טוען טענת אבר וחזר וטען טענת גנב תמח
ביאור תוס' דיש טוען טענת גנב בכופר בפקדון תנא
גדר חובת השבה בגזל אביו ומת תסב
הדירו אביו מנכסיו אם יורש בנו הנכסים תסד
חיוב קרבן שבועה בקפיץ ונשבע תסח
היה בעל מום נותנה לכהן שבאותו משמר תעא
גדר דין דאיהו לא מצי עביד שליח לא מצי משויה תעב
גדר דין הכפרה בגזל הגר תפ

פרק המניח

דף בו ע"א

רש"י ד"ה ואם הוזק בה. הנתקל, כתב הפנ"י שכונת רש"י דלא נפרש כונת המשנה שהוזק בעל החבית בחרסים, וחייב הנתקל כיון שהוא שברו.

והיינו דלא תימא שאע"פ שאין חייב הנתקל על השבירה, מ"מ חייב לסלק השברים ויתחייב בנזקין, לכן פי' רש"י שהוזק הנתקל, ובעל החבית חייב משום דאיהו נחשב המזיק.

התנו לתת כד
הטעם שיכול לתת כד

תוס' ד"ה ואיכא דקרו לחביתא כדא ולכדא חביתא. תרוייהו צריכי שאם התנה לתת לו כד והקנה לו בסודר ונתחייב הלוקח לתת דמים וכו', מבואר מדברי התוס' דיש חידוש בין על הלוקח ובין על המוכר, והיינו שאם התנה המוכר לתת לו כד, יכול הלוקח לומר שלא יתן דמים אלא אם יתן לו חבית, ואם התנה לתת חבית ונתן הלוקח דמים, יכול המוכר לומר שלא יתן חבית אלא כד, משום שהוא מן המיעוט שקוראים לכד חבית.

והנה ברש"י משמע שחולק על תוס', דרש"י לא פירש דקאי אתרוייהו, אלא כתב בכונת הגמ' שאם התנו על חבית יכול המוכר לומר שרוצה ליתן כד כיון שהוא מהמיעוט שקוראים לכד חבית, ומשמע שכל הנפק"מ של הגמ' הוא רק אם התנה המוכר למכור חבית, אבל אם התנו למכור כד בזה אין חידוש

שיוכל ליתן לו המוכר כד ולא חבית, אע"פ שיש מיעוט שקוראים לחבית כד ולא מהני חזקת הלוקח בדמים, וכן דייק החזון יחזקאל ב"ב [פ"ד ה"א], והביא שכן משמע בחידושי הראב"ד בסוגיין.

וכתב שם לבאר ע"פ מה שמבואר במנחות קח ע"ב דהאומר לחברו בית בבתי אני מוכר לך יוכל ליתן לו הפחות שבבתי, אע"פ שלא נתן עדיין הלוקח הדמים, והטעם משום שהמקח היה על בית, וכל הבתים הם בכלל המקח לכן יוכל ליתן איזה מהם שירצה, וא"כ ה"נ הכא אם התנו למכור כד אף אם כו"ע היו קוראים לחבית כד, מ"מ היה יכול ליתן לו כד דכמו שבבית יכול ליתן לו הפחות שבבתי, ה"נ יוכל הכא ליתן לו הפחות שבכד, ולכן פרש"י שכל החידוש של המשנה הוא רק בכה"ג שהתנו ליתן חבית, דיכול לומר שהוא מן המיעוט שקוראים לכד חבית ולא יתן לו חבית אלא כד כיון שאין הולכים בממון אחר הרוב.

ובדעת התוס' שחלקו על סברא זו, י"ל ע"פ מש"כ החזון יחזקאל שם בשם המלבושי יו"ט שכל הדין שנותן פחות שבבתי אינו בתורת ודאי, אלא שהוא מספק דלא ידעין על איזה מהבתי חל המקח, ולכן יוכל ליתן לו פחות שבבתי דהמע"ה, [עי"ש דפליג על הגאון ר' אלעזר משה הורביץ בשו"ת אוהל משה דסבר דהא דנותן לו הפחות שבבתי הוא בתורת ודאי], וכיון שזה רק מחמת הספק לכן כ"ז רק אם נתן לו דמי

המקח והמוכר מוחזק ולפיכך נותן לו הפחות שביניהם, אבל בלא נתן לו דמי המקח והלוקח מוחזק במעות ויכול הלוקח לומר שלא יתן לו דמים עד שיתן לו איזה בית שרוצה, וה"ה כאן יוכל הלוקח לומר לו שהוא מן המיעוט ולא יתן לו דמים אא"כ יתן לו חבית.

והחזון יחזקאל כתב די"ל בדעת התוס' שאף אם הדין של בית בבתי הוא דין ודאי יש לחלק בין הנושאים, דבית בבתי אני מוכר לך חלות המקח חל על 'בית' ולכן ביד המוכר לקבוע על איזה בית חל המקח אף אם עדיין לא נתן לו דמים, אבל הכא אע"פ שיש שקוראים לחבית כד, מ"מ הם ב' חפצים שונים והנדון הוא על מה חל חלות של המקח, לכן אע"פ שלבנ"א כד הוא ג"כ כד, מ"מ אין יכול ליתן לו פחות שבכדים כיון שזה ב' חפצים שונים, ולכן אם הלוקח מוחזק בדמים אין המוכר יכול לכופף אותו לקחת כד, אלא הלוקח יכול לומר שהוא מן המיעוט שקורא לכד חבית ולא יתן לו דמים אלא אם יתן לו חבית.

נתן הלוקח דמים

המוכר יכול ליתן כד

תוס' בא"ד. ואם התנה לתת לו חבית ונתן הלוקח דמים יכול לומר לו המוכר וכו', המהרש"א במהדורא בתרא העיר דלא הוצרכו התוס' לפרש דמיירי שנתן דמים, דאפילו בלא נתן דמים יוכל המוכר לומר שלא יתן לו חבית אלא כד כיון שהוא מוחזק בחבית, וממילא יתבטל המקח, וכ"כ להדיא בהגהות אשר"י כאן.

והרש"ש כתב דהוצרכו התוס' לזה לחדש דכה"ג שנתן הלוקח דמים יוכל המוכר לכפות את הלוקח שיקבל כד, ולא

אמרינן דבכח המוחזק הוא רק שלא יוכל להוציא ממנו אבל אינו יכול לכופו לקבל כד, אלא דדין מוחזק מועיל דיכול לכופו לקבל כד.

סברת תוס' דמתני' ברב

דסבר הולכים בממון אחר הרוב

תוס' בא"ד. ואומר ר"ת דאפי' רב דאמר הולכין בממון אחר הרוב וכו' הכא מודה שיכול המוחזק לומר למוציא אע"פ שהרוב מסייעך לא תוציא ממני ממון דקים לי בנפשאי וכו', ביארו דבריהם כתב הרע"א שאף לרב שהולכין בממון אחר הרוב להוציא מן המוחזק מ"מ היכא שהמוחזק טוען ברי והמוציא שמא אין כח לשמא להוציא אע"פ שיש רוב שמסייע, [וע"ע קונטרס הספיקות כלל ו' ט' שכתב כן בכונת תוס'].
והרע"א והנחל"ד הוכיחו דכל סברת תוס' הוא שאין הולכין אחר הרוב אם התובע שמא והנתבע ברי, אבל אם שניהם טוענים ברי אף לרב הולכין בממון אחר הרוב שהרי הגמ' ב"ב צב ע"א מקשה על רב מהמשנה בכתובות הוא אומר אלמנה נשאתיך והיא אומרת שהיתה בתולה, ואמאי לא אמרינן רוב נשים בתולות נישאות, והרי התם שניהם טוענים ברי ומ"מ מקשה הגמ' על רב.

ומוכח שאף אם הנתבע ברי מ"מ כיון שהתובע ברי אזלינן בתר רוב, וכל סברת תוס' הוא שרוב אינו מסייע לטענת שמא, אלא שהקשו שבתוס' בכורות כ ע"א מבואר דבשמא ושמא אף לרב אין הולכים אחר הרוב, וקשה דלכאורה ברי וברי הוה כשמא ושמא ואמאי הולכים אחר הרוב בברי וברי.

וצריך להבין הסברא בזה שאם רוב הוא בירור שיכול להוציא ממון, מדוע אם התובע שמא והנתבע ברי אין מוצאין ממון ע"פ הרוב, דאם נפרש שהסברא שאזלינן בתר הרוב הוא שאם יש ספק אם קנה לשחיטה או לחרישה מכח דין רוב אנו אומרים שהמכירה מתפרשת לפי רוב בנ"א, דאדם שקונה שור ע"כ הכונה לחרישה, א"כ מדוע אם אין טענת ברי אין הולכין אחר הרוב.

ועיין בחי' ר' מאיר שמחה [ב"ב צב ע"א] שביאר בכונת תוס' דהיכא שהמוחזק טוען ברי אין הולכים אחר הרוב משום שכדי להוציא ממון ע"י רוב צריך טענת ברי, דסברת רב שהולכין בממון אחר הרוב אין הכונה שהמכירה מתפרשת לפי הרוב, אלא הביאור שמכיון שיש רוב שקונים לרדיא אנו תולים שכך היא דעתו של הלוקח לקנות לפי הרוב, [וכן משמע בלשון הרא"ש להלן ריש פרק הפרה], ומכיון שדעת הלוקח כן לכן אנו מפרשים שכן היה דעתו של מוכר למכור כפי דעתו של הלוקח, ואמרינן שאם המוכר נתכון כפי המיעוט היה לו להתנות ואם לא התנה אנו תולים שדעת המוכר והלוקח הוא לפי הרוב.

ולפי"ז נראה שזה בא ר"ת לומר, שאם המוכר טוען קים לי שאני מן מיעוט, א"כ א"א לפרש את המכירה שהיתה ע"פ כונת הרוב, ונמצא שא"א לילך אחר הרוב ואין חסרון של דברים שבלב כיון שיש לו כח לפרש את המכירה, ונמצא שאין כונת תוס' דבשביל שיוכל להוציא ע"י רוב צריך טענת ברי, אלא כונתם שאם השני טוען ברי להיפך יש לו כח לספק שאין כאן רוב כלל, ועי'

באות הבאה שיבואר מה הטעם לחלק דבסוגיין איכא טענת ברי וחלוק מנמצא נגחן, [ולפי"ז מישב קושית רע"א מהך דב"ב עי"ש].

חילוק בין נמצא נגחן למתני' דלרב לא אזלינן בתר רוב

תוס' בא"ד. הכא מודה שיכול לומר למוציא אע"פ שהרוב מסייעך לא תוציא ממני ממון, דקים ליה בנפשאי שאני מן המיעוט וכו', הרש"ש ביאר שכונת התוס' דהתם בנמצא נגחן מיירי שהלוקח נתן דמים והמוכר רוצה לקיים את המקח וקיום המקח תלוי בדעת שניהם, ובזה ס"ל לרב שאין למוכר כח לטעון שהלוקח הוא מהמיעוט דאדרבה אומר לו הלוקח שהוא מן הרוב ולכן התם המוחזק שמא ומהני טענת ברי להוציא ע"י רוב, משא"כ כאן בסוגיין מיירי בלא נתן דמים ואע"פ שהתנה המוכר ליתן חבית מ"מ יכול המוכר לומר דאע"פ שרק מיעוטא קרי ליה כד, מ"מ קים לי שאני מן המיעוט שקורא לחבית כד ולא אתן לך חבית, ולא אזלינן בתר הרוב.

ובתב הרש"ש דכל מה שכתבו תוס' לעיל דמיירי אף אם שילם דמים, והמוכר יכול ליתן לו כד כ"ז רק לשמואל, אבל לפי רב ע"כ מיירי בלא נתן דמים, אבל בנתן דמים לרב דין הוא כמו בנמצא נגחן שהולכים אחר הרוב.

אולם עי' היטב בתוס' ב"ב צב ע"א [סוף ד"ה המוכר] שכתבו הך חילוק של תוס' כאן ומשמע מדבריהם דמיירי באופן שהלוקח נתן דמים והמוכר יכול לכופף את הלוקח לקבל כד ודלא כהרש"ש.

הברכת שמואל [סי' כא] כתב דדוחק לפרש שכונת תוס' שהסוגיא כרב רק אם לא נתן דמים שתוס' לא חילקו בזה, ולכן כתב לבאר דהכא אף אם נתן דמים יכול המוכר ליתן לו כד ולא דמי לנמצא נגחן דאזלינן בתר רוב, דהתם דוקא המוכר חשיב שמא דהלוקח ברי והמוכר שמא, אבל הכא אף אם נתן דמים חשיב שיש למוכר טענת ברי.

והחילוק הוא דהכא בכד וחבית הספק הוא בפ' הלשון אם הלשון כד מתפרש כד וחבית חבית או דחבית נקרא ג"כ כד וכד נקרא ג"כ חבית, משא"כ במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן אין ספק בלשון דלשניהם קוראים שור, אלא הספק הוא בכוונה האם התכוון לקנות שור לרדיא או לשחיטה.

ובנות התוס' דבמוכר שור לחבירו ונמצא נגחן אין למוכר טענת ברי, מכיון דבשביל לקיים את המקח צריך המוכר לטעון שהלוקח התכוון לקנות לשחיטה כהמיעוט ובזה הוא שמא דאינו יודע מה היתה דעת הלוקח אם רוצה לקנות לרדיא או לשחיטה, משא"כ בכד וחבית שהספק הוא בלשון, ממילא יש למוכר טענת ברי כיון שלפי טענת המוכר שאצלו הלשון חבית הוא כד, גם אצל הלוקח מתפרש הלשון כך כיון שהלוקח רצה לקנות מן המוכר וממילא הדיבור שלו מתפרש לפי הלשון של המוכר, ואף דגם ללוקח יש טענה דאצלו הלשון חבית הוא חבית וממילא גם אצל המוכר הלשון מתפרש חבית, מ"מ אזלינן בזה בתר המוחזק ואצל המוחזק דהוא המוכר הלשון חבית הוא כד, ולכן אף לרב אם נתן דמים אין הולכים אחר הרוב כיון שהמוחזק הוא טעון ברי ול"ד לנמצא נגחן.

ונראה שלדרכו של הברכ"ש אפשר שאי"ז מדין טענת ברי ושמא כמו שכתב הרע"א בתוס', שהרי הלוקח ג"כ טוען דהלשון מתפרש לחבית ממש, אלא כונת תוס' דאין הולכין אחר הרוב להוציא ממון היכא דאית למוכר טענה ברורה מה היה המקח ג"כ כלפי הלוקח, דבנגחן אין לו טענה כלל דהתם הנדון מה היתה כונת הלוקח וזה המוכר לא יודע, אך הכא הוא נדון מה לשון המקח שדיברו, ובזה יש כח טענה למוכר שהלשון שדיברו מתפרש על כד כיון שהוא מוחזק, וכן אם הלוקח מוחזק כגון שלא נתן דמים יש לו טענה להחזיק המעות ולא לילך אחר הרוב שהמוכר יכריח אותו ליקח כד, דיש לו טענה שהלשון של המקח היה על חבית, ועי' בתוס' רבנו פרץ ואפשר שזה כונתו, [וע"ע בחי' הגרש"ש סי' כו שביאר כונה אחרת בתוס'].
בתוס' דמיירי דאית ליה זוזי

תוס' בא"ד. ומיירי דאית ליה זוזי דלא שייך לומר שקול כדך בזוזי, כונת תוס' דבמקום שהתנה למכור כד, יכול הלוקח לומר שהוא מן המיעוט שקורא לחבית כד ולא ישלם לו דמים אלא אם יתן לו חבית, דע"כ צ"ל דמיירי שאית ליה זוזי דאל"כ אם הולכים אחר הרוב הלוקח יכול ליקח את הכד וליתן אותו בחזרה למוכר בתורת זוזי וכדמבואר להלן ריש פרק הפרה, ולכן ע"כ דאית ליה זוזי וכיון שאין הולכים אחר הרוב הדין הוא שהלוקח יכול לומר שהוא מן המיעוט.

המהרש"ל גרס דלא שייך לומר שקול 'כדא', והיינו דקאי על המוכר שאם התנו למכור חבית ושילם לו דמים דיכול

המוכר לומר לו שקול כדא בזוז, ולכן ע"כ צ"ל דמיירי דיש לו זוזי ולכן לא יוכל לומר לו שקל כדך בזוזא.

ובמהדרורא בתרא תמה על מהרש"ל שאם הולכים אחר הרוב הרי ע"כ יש חבית, וכיון שהתנו על חבית ורובא קרו לחביתא חביתא חייב ליתן לו חבית, ואפשר שכונתו דבאופן שאין לו חבית יכול ליתן לו כד במקום הכסף שצריך להחזיר וכן מבואר בשטמ"ק בשם רבנו ישעיה עי"ש.

והנה הרש"ש כתב לדרכו שביאר בתוס' שלפי רב אם הלוקח נתן דמים הולכים אחר הרוב בסוגיין, וא"כ לפי"ז צ"ל דכל מה שכתבו תוס' הכא לגי' מהרש"ל הוא רק לשמואל דאין הולכין אחר הרוב שרוצה לתת לו כד, אבל לרב דהולכין אחר הרוב ואין לו כדים ע"כ יהא חייב ליתן לו זוזי והרי גם הלוקח רוצה זוזי.

דף כז ע"ב

ברש"י אין הולכים בממון אחר הרוב

גמ' קמ"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב. פרש"י היכא דמספקא לן מילתא כגון הכא וכו', ואפשר לבאר מש"כ רש"י היכא דמספקא לן ע"פ מש"כ הש"ש [ש"ב פ"ד] דהיכא שמכר שור לחברו ונמצא שהוא טריפה, דהרי זה מקח טעות אע"פ שאין כאן אלא רוב שרוב בהמות אינם טריפות ואין הולכים בממון אחר הרוב. מ"מ כיון שאין כאן ספק לפנינו, כה"ג אף בממון הולכין אחר הרוב, ורק במקום שיש ספק לפנינו אין הולכים אחר הרוב.

רש"י בא"ד. וכגון המוכר שור לחברו ונמצא נגחן וכו', הפנ"י כתב דמשמע דרש"י חולק על תוס' וס"ל דמפרש שהסוגיא היא כשמואל דאין הולכים בממון אחר הרוב, וחולק על תוס' בע"א שפירשו הסוגיא גם כרב, וטעמא דלשון הגמ' משמע דלעולם אין הולכים בממון אחר הרוב.

ביאור התוס' דמיעוט דיינים שאני

תוס' ד"ה קמ"ל דאין הולכים בממון אחר הרוב. תימה מה טעם וכו' ליתי בק"ו מדיני נפשות וכו', הקו"ש בקונטרס דברי סופרים ס"ה ביאר שכונת התוס' להקשות בתרתי א' מ"ט אין הולכים בממון אחר הרוב גילף ק"ו מדיני נפשות שהולכים אחר הרוב, ב' דבממון גופא מצינו דאזלינן בתר הרוב דהא בדיינים מוציאים ממון ע"פ רוב.

ועי' היטב בלשון תוס' בסנהדרין דמשמע מדבריהם דכל קושיתם היתה ללמוד ק"ו מדיני נפשות לדיני ממון עי"ש.

ובתבו התוס' וי"ל דהתם גבי דיינים שאני דחשיב מיעוט כמי שאינו, למבואר בקו"ש כונת תוס' כאן לישב קושיתם הב' דא"א ללמוד ממה שמצינו שרוב מוציא בדיינים, וביאור הדבר כתב בקונטרס הספיקות כלל ו' בשם מהר"ם חביב דמש"כ דהמיעוט כמי שאינו היינו שיש דין על מיעוט הדיינים שיהפכו דעתם כפי הרוב, ונמצא דלעולם אין כאן הכרעה של רוב כיון דהפסק נעשה עפ"י כולם, והקוה"ס הקשה ע"ד מכמה דוכתי עי"ש.

ובהמשך דבריו הקשה דבחולין יא ע"א ילפינן מקרא דאחרי רבים להטות

דאזלינן בתר רובא בכל התורה, ולדברי מהר"ם חביב בדיינים ליכא מיעוט ואיך אפשר ללמוד מהתם, וכתב בקוה"ס שע"כ צ"ל דילפינן מתחילת הדין דכיון שיש כח של רוב לכן המיעוט מחויבים להודות לרוב ונמצא דפוסקים את הדין מחמת הרוב ומזה נלמד לכל התורה שיש הכרעה של רוב, אלא שהקשה הקוה"ס דאיך מהני רוב בדיינים הרי כיון שאין הולכין בממון אחר הרוב ממילא אין המיעוט צריכים להודות לרוב.

ולכן ביאר הקוה"ס בכונת התוס' דהסברא של שמואל שאין הולכין בממון אחר הרוב הוא משום דאמרינן סמוך מיעוט לחזקת ממון וכמו שביאר בכלל ה' ו', וחידשו תוס' שבדיינים כיון דלרוב יש כח של ב"ד אלים טובא כח ב"ד שאין מעלה לחזקת ממון כנגדו ולכן שפיר מהני הכרעה של רוב, ולעולם אין כונת התוס' דהמיעוט נחשב כמי שאינו לפי שצריך להודות לרוב, אלא כוונת התוס' שבדיינים אין מעלה לחז"מ וממילא המיעוט כמי שאינו ולכן אזלינן בתר הרוב.

בחידושי הגר"ח על הש"ס ביאר כונה אחרת בתוס' שהקשה איך הולכים אחר הכרעה של רוב בסנהדרין, הא הכרעת הדין צריכה להיות ע"פ ב"ד של כ"ג, ומכיון שיש כאן רק רוב חסר בהכרעה של ב"ד, וביאר הגר"ח דבקרא דאחרי רבים להטות נתחדש ב' הלכות א' הלך אחר הרוב דהיינו שהרוב מברר ומכריע את הספק, ב' היכא שאין ספק כגון בשחיטת סימנים דקי"ל רובו ככולו, והיינו שזהו הלכה בכמה ממדות התורה שצריך כולו דרובו ככולו.

וביאר הגר"ח דדבר זה נלמד נמי מסנהדרין מכיון שצריך הכרעה של ב"ד של

כ"ג והרי יש כאן הכרעה רק של רוב ולא של כל הב"ד של כ"ג, וע"כ משום דאמרינן דרובו ככולו דאנו דנים כאילו שהפסק נעשה מכח ב"ד של כ"ג, אלא דעכ"פ צריך להלכה של הלך אחר הרוב שהכרעת הדין הוא ע"פ הרוב דלולא הך דינא לא היה שייך לומר רובו ככולו.

ובזה ביאר כונת תוס' דהדין דהלך אחר הרוב אומר שהכרעת הדין הוא כפי רוב הדיינים, ואין בזה חסרון של אין הולכים בממון אחר הרוב כיון שאין הנדון על גוף הממון אלא כפי מי הכרעת הדין, ואחר שאומרים שההלכה כהרוב נאמר עוד הלכה של רובו ככולו ולכן לא חשיב שמוציאים ממון מכח הרוב שאין כאן מיעוט לפנינו שהרוב יש להם דין של כל הב"ד.

וזה כונת תוס' דהתם גבי דיינים שאני דחשיב מיעוט כמי שאינו כיון שההלכה כהרוב ואין למיעוט תוקף של ב"ד, ומדברי מהר"ם חביב שהביא הקונטרס הספיקות מבואר דלא כהגר"ח שביאר שמיעוט הדיינים צריך לפסוק כהרוב ולא משום דינא דרובו ככולו.

סברא דנפשות הרוב

מכריע את המוחזק

תוס' בא"ד. אבל גבי ממון דאיכא מיעוט וחזקה, כונת תוס' לחלק דא"א לעשות ק"ו מנפשות דהתם ליכא חזקה אבל בעלמא יש מיעוט וחזקת ממון ולכן אין מוציאים ממון ע"פ רוב.

הש"ש [ש"ד פ"ח] הקשה בשם אחיו אמאי בנפשות לא אמרינן הכי דהאדם מוחזק בעצמו ולא ניזיל אחר הרוב, ובקו"ש קו' דברי סופרים ס"ה אות ב' כתב דבממון

שהנדון הוא בין אדם לחברו יש דין של מוחזקות דהוא מוחזק טפי מחבירו, משא"כ בדיני נפשות שזהו נדון של בין אדם למקום, לגבי גבוה אינו מוחזק לא בגופו ולא בממונו.

הטעם שחזקת ממון אלים מרוב

תוס' בא"ד. בעיקר סברת התוס' דלא אזלינן בתר רוב משום שיש חזקת ממון הקשה הש"ש ש"ד פכ"ד הא קי"ל דרובא וחזקה רובא עדיף, ומ"ש דלענין ממון לא אמרינן הכי דהרוב יהיה עדיף מחזקת ממון.

ובתב לבאר דהא דבעלמא רוב עדיף מחזקה הוא משום דהרוב הוא בירור העומד עכשיו לפנינו משא"כ חזקה הוא חזקה דמעיקרא ואינו לפנינו וע"כ הרוב מכריע, אבל חזקת ממון אף עכשיו הוא מוחזק בממון ולכן בכה"ג היא עדיפא על הרוב, וכ"כ בקצה"ח בסי' ר"פ סק"ב ובסי' עב ס"ק ל"ה, ועיי"ש שכתב דלפי"ז כנגד חזקת מרא קמא דלא הוה כחזקת ממון שהרי אינו מוחזק עכשיו בזה אף בממון הולכים אחר הרוב.

ועי' קצה"ח סי' ר"פ שם שכתב דהתרומת הדשן כתב סברא אחרת דלא מועיל רוב כנגד חזקת ממון משום דבממון הכלל הוא הממע"ה, דלא סגי בהכרעות של שאר דיני התורה אלא בעינן ראייה ורוב לא חשיב ראייה, ולפי"ז ה"ה אם יש רק חזקת מרא קמא נמי אין הולכים אחר הרוב [ועיין שו"ת רע"א תנינא סי' קג ה'].
תוס' בסנהדרין ג ע"ב [ד"ה דיני] כתבו שהטעם שאין הולכין בממון אחר הרוב במכר שור לחברו כיון דלא הוה רוב

מעליתא, ומשמע מדבריו שבאמת אין חילוק בין ממון לנפשות אלא החילוק הוא באיזה סוג רוב מיירי, ועי' בקוה"ס שם שהאריך טובא בביאור כונת התוס', ע"ע מש"כ דאיכא ראשונים דס"ל דברובא דאיתא קמן הולכים בממון אחר הרוב.

פטור ממלא רשות"ר חביות

גמ' בממלא רשות הרבים כולה חביות. בפשוטו הטעם שפטור מלשלם על החבית, משום דס"ל לרב דעביד איניש דינא לנפשיה ולכן מותר לו לשכור בשביל שרוצה לילך ברשה"ר.

אולם הנחלת דוד כתב להוכיח מקושית הגמ' לקמן כח ע"א דמקשה ממתני' דדוקא נתקל אבל שבר לא, דמוכח דלא עביד איניש דינא לנפשיה, דע"כ ס"ל לגמ' שאף בממלא רשות"ר כולה חביות לא פטור משום ה"ט, ולכן כתב דכונת הגמ' דמכיון שמילא רשו"ה בחביות א"א לעיוני היכן עומד חבית ואין יכול להיזהר ואנוס הוא, וכן נראה מדברי המאירי עי"ש.

ברש"י אם הוזק השובר לאחר ששכר

רש"י ד"ה דוקא נתקל אבל שבר. ברצון ואח"כ הוזק בחרסיו פטור, מבואר מדברי רש"י דאע"פ שלא הוזק השובר בשעת השבירה מ"מ פטור בעל החבית, ואע"פ שכשאדם אחר שהוזק בו חייב בעל החבית ולא השובר כדמשמע ברש"י במתני', מ"מ אין חייב בעל החבית על הנזק של השובר עצמו.

והמעם נראה דכיון ששברו הרי ידע שיש שם שברים וממילא איהו דאזיק אנפשיה, אבל אם אדם אחר הוזק בעל החבית חייב דחשיב בעל הבור מכיון שהניח את החבית הוא אחראי לתקלה זו ולכן ג"כ על חרסים הוא אחראי.

ומשמע ברש"י דבנתקל בה שפטור אם הוזק בה אח"כ יהא בעל החבית חייב בנזקו, וצ"ב מה הטעם בזה הרי כמו שאם הוזק בה לאחר ששבר הוא פטור א"כ אמאי לאחר שנתקל יהא חייב, ומלשון הגמ' אין הכרח לומר דהוזק בה לאחר ששברו דיש לפרש כמש"כ המאירי שהכונה שאם הוזק בשעת שבירתו כגון שהותז חרס בגופו וחבל בו, ומבואר שחולק על רש"י וכל הנדון על היזק בשעה שנתקל ולא אח"כ וכן מבואר בשו"ע סי' תי"ב, ואפשר שלדבריהם אם הוזק בו אח"כ בעל החבית פטור כיון שהוא נתקל ויודע שיש שם שברים איהו דאזיק אנפשיה.

קושית הגמ' איבעי ליה לעיוני אם על הרישא או על הסיפא

תוס' ד"ה אמאי פטור. אבל הך לא פריך אמאי חייב בנזקו כשהוזק דיותר יש לו לשמור עצמו שלא יזיק משלא יוזק, כונת תוס' דהך סברא דאיבעי ליה לעיוני אינו סיבה להחשיב אותו פושע גמור, ולכן רק לענין זה שיהא חייב בנזקין מקשה הגמ' שיהא חייב דאף אם אינו פושע גמור חייב, אבל אם הוזק אינו סיבה לפטור בעל החבית דאדרבה בעל החבית פשע בזה שהניח אותו ברשוה"ר.

אולם הרשב"א חולק על תוס' וכתב דהטעם שלא מקשה הגמ' מסיפא כיון שאפשר

להקשות מהרישא לא נטר להקשות מסיפא, ועוד דאלימא ליה להקשות מרישא דיש יותר רבותא לחייב הנתקל בנזקין מלפטור את בעל החבית על נזקי הנתקל, וכן כתב במאירי דהקשו ארישא אמאי אין חייב הנתקל הרי איבעי ליה לעיוני וכ"ש אסיפא אמאי חייב על הנזקין הרי איבעי לעיוני.

והקשה הברכ"ש [סי' כב] אמאי הוה רבותא יותר לחייב הנתקל מאת בעל החבית, הרי כדי לחייב את הנתקל אין צריך שיהא פשיעה אלא סגי שלא יהא אונס, אבל כדי לפטור את בעל החבית צריך לעשות את הנתקל פושע, וכתב לבאר שיסוד המחייב של בור הוא מחמת שכרה בור שלא ברשות ואותו אדם שנפל היה לו רשות להלך שם, אבל אם לשניהם אין רשות דלחופר אין רשות לחפור ולניזק אין רשות לילך שם הוא פטור, ולפי"ז ביאר דהמאירי כתב שמניח את הכד ברשוה"ר אינו פושע כ"כ כמו כל חופר בו דהכא מכיון שעומד לפוש מותר לו להניח כדו אבל בכל בור חשיב פשיעה גמורה במה שחפר הבור.

ולפי"ז כתב דקושית הגמ' איבעי ליה לעיוני שיחשב הנתקל שלא ברשות והמניח חשיב ברשות וממילא יהא חייב בנזקין וכ"ש אם הוזק יש לפטור את המזיק כיון שהוא הניח ברשות את הכד ברשות הרבים, ותי' הגמ' דמייירי באופנים כמו אפילה או קרן זוית דחשיב הניזק ברשות ולכן הוא פטור.

והנה תוס' לכאורה חולקים על המאירי דהמניח לא נחשב ברשות אלא חשיב שלא ברשות, אלא דמקשה הגמ' דאיבעי ליה לעיוני ואף אם המניח שלא ברשות חייב

דשניהם שלא ברשות חייב אם הזיק כדמבואר לקמן מח ע"ב.

גדר פטור דכל המשנה ובא אחר ושינה

תוס' בא"ד. ולא שייך כל המשנה ובא אחר ושינה וכו' דגבי אדם לא אמרינן הכי, מבואר בתוס' שאף שיש סברא של איבעי ליה לעיוני וחשיב פשיעה מ"מ כיון יש יסוד חדש בנזקין דכל המשנה ובא אחר ושינה דפטור אף הכא היה צריך להיות פטור, אלא שכתבו תוס' דבאדם המזיק לא נאמר הך פטור דכל המשנה.

ומצינו ב' דרכים בביאור הסברא בזה בהגהות אשר"י כתב 'ולא גבי אדם המזיק דחייב גם בלא מתכון רק שאין אונס גמור', ומבואר מדבריו דיסוד הפטור של כל המשנה הוא פטור בחיוב שמירה, דכיון שאחד שינה לא חשיב פושע ואין לו חיוב שמירה כשמומונו הזיק, ולפי"ז יש חילוק דאדם המזיק שחייב אף באונס ממילא אף אם אחד שינה חייב השני בנזקין.

אולם ביש"ש [פ"ב סכ"ט] נראה סברא אחרת שכתב דגבי אדם השינוי של השני הוא שינוי גדול משל הראשון ולכן חייב, [וכן נראה מדברי הנימוק"י כאן], והביאור בזה נראה כמש"כ בחזו"א דדין כל המשנה אינו משום דלא חשיב פשיעה בשמירה, דבאמת חשיב שפשע בשמירה דאף שעל ההיזק שנעשה הוא אונס מ"מ כיון שלא שמר בהמתו הוה כתחילתו בפשיעה וסופו באונס, אלא הפטור הוא משום שאי"ז צורת נזקין שהניזק גרם את הנזק ע"י ששינה וע"כ הוא פטור

מדיני נזקין כמו שמצינו פטור של שן ורגל ברשוה"ר, ולפי"ז רק בממון המזיק אפ"ל סברא זו, אבל באדם לא נחשב שהמשנה גרם את הנזק דשינוי השני גדול מהראשון וע"כ חשיב מזיק.

קושית תוס' מהניח חנוני נרו מבחוץ

תוס' בא"ד. והא דאמר גבי הניח חנוני נרו מבחוץ בעל הגמל פטור ולא אמר איבעי ליה לעיוני, הרע"א תמה על דבריהם שהרי מוכח מתוס' שהסברא של איבעי ליה לעיוני אינו סברא דחשיב פושע גמור, שהרי תוס' ביארו שכל קושית הגמ' היא רק אמאי אין חייב הנתקל, אבל לגבי החיוב של המניח החבית בנזקין אי"ז סיבה לפטור, וע"כ דלא הוה כאונס גמור כמו בשור פיקח דפטור משום אי בעי ליה לעיוני.

וא"כ מה מקשה תוס' שיהא חייב בעל הגמל, דכל סברת הגמ' הוא לענין חיוב מדין אדם המזיק דחייב אף באונס אבל לענין חיוב ממונו המזיק אף דאיבעי ליה לעיוני מ"מ יש לומר דאי"ז פשיעה בשמירה ומה הקשו תוס' רצ"ע.

קושית תוס' דבהמה נמי איבעי ליה לעיוני

תוס' בא"ד. וקצת קשה הא דאמר רבא לעיל כי אית לך וכו' הא בהמה בעי לעיוני, לכאורה כונת תוס' דמכיון שיש סברא של איבעי לעיוני לכן הוא נחשב פושע במה שהזיקה, [ואין להקשות דאדרבה כיון שדרך הבהמה לעיין וזה סיבה לפטור בשור פיקח

לבהמה לשכב ברשוה"ר ולכן אם הזיק הוא חייב, ול"ד לכל רגל דכיון שדרך הבהמה כך לכן אסור להניח דבר זה ברשה"ר.

תוס' ד"ה ושמואל אמר באפילה שנו. והא דפליגי לקמן אי נתקל פושע הוא או לא, כגון שנתקל מעצמו ולא נתקל בשום דבר, אבל הכא שנתקל מחמת מכשול ולא בעי לעיוני אנוס הוא, עי' בדברי הרע"א ובנחל"ד מש"כ לפרש קושית התוס'.

מחלוקת תוס' ורמב"ן בפטור אדם המזיק באונס

תוס' בא"ד. תוס' ביארו דאע"פ שמרבינן לעיל דאדם המזיק חייב באונס כברצון מ"מ כ"ז דוקא באונס כעין אבידה שהיא קרובה לפשיעה, אבל באונס כעין גניבה אף אדם המזיק פטור, ולפי"ז ע"כ צ"ל דכל הנך אופנים דסוגיין דנתקל דפטור הוה אונס כעין גניבה ויבואר להלן.

אולם הרמב"ן ב"מ פב ע"א הקשה על התוס' מהא דמבואר בגמ' לעיל כו ע"ב דהיתה אבן מונחת לו בחיקו ונפלה דחייב בנזיקין אע"פ שלא הכיר בה, והא התם הוה אונס כגניבה דחשש רחוק הוא שיניח לו אדם אבן שם, (ועי' בנחלת דוד), ולכן כתב הרמב"ן דאדם המזיק פטור אפילו מאונסים הגדולים דנלמד מקרא דפצע תחת פצע דל"ש פטור אונס באדם המזיק.

ועי' שטמ"ק לעיל כו ע"א בשם הריב"א ורבנו ישעיה שכתב שיטה שלישית בזה דבכל אונס שחייב שומר שכר דהיינו גניבה ואבידה חייב באדם המזיק אבל אונס גדול יותר לא, ומשמע מדבריהם שיטה אמצעית

שנפל לבור ה"נ לא חייב לשמור ואמאי חייב לשלם, דזה אינו דאמרינן דאע"פ שדרכה לעיין מ"מ חייב באחריות נזקיה].

ועי' מהרש"א שהקשה הרי תוס' כתבו בתחילת דבריהם שאם יש סברא של כל המשנה אין סברא לחייב משום איבעי ליה לעיוני ורק באדם כתבו תוס' שאין סברא של כל המשנה אבל בבהמה יש כל המשנה וא"כ מה הקשו תוס', עי"ש מש"כ לישב.

והנה הרשב"א כתב לישב קושית תוס' שאף דיש סברא דשור פקח לא נופל בבורות מ"מ מנלן שהוא פיקח כ"כ שלא להזיק אחרים ורק שומר על עצמו שלא יוזק, והוכיח כן הרשב"א שהרי הבהמה מועדת לשבר ברגלה ברשות היחיד, וכונתו שאם היא מועדת ע"כ שזה אורחיה דכל היכא שהבהמה מועדת חשיב אורחיה וא"כ חזינן שאין דרכה לעיוני.

בעיקר קושית התוס' הקשה הקו"ש [קובץ ביאורים ח"ב] דהטעם דאית לה רשות לסגויי עליה משום דרגל פטור ברשוה"ר כמ"ש התוס' לקמן לב ע"א [ד"ה איבעי]. וא"כ אף דאיכא סברא דאיבעי לעיוני מ"מ לא גרע מכל רגל שפטור ברשות הרבים.

ואפשר לומר דמצינו רגל ברשה"ר דחייב כגון היכא דקפצה הבהמה ואכלה, וביאר הרא"ש בפרק כיצד הרגל סי' ד' דכל הסברא דשן ורגל פטור כיון דאורחיה לכן אסור לו הניח פירותיו ברשוה"ר, [והוה כעין דין של כל המשנה], אבל היכא דאין דרכה בכך מותר לו להניח וחשיב חצר הניזק, וא"כ אפשר לומר דה"ה אם דרכו לעיוני מותר

דלאו בכל אונס מחייב כהרמב"ן אלא רק באונסים שחייב ש"ש, [ועי' בנחל"ד שתמה על תוס' דאיך אפ"ל שחיוב של אדם המזיק יהא פחות מש"ש].

והנה החזו"א כתב שאף הרמב"ן מודה דבאונס שאינו יכול להיזהר כלל דפטור, אלא דסבר הרמב"ן דאף באונסים דלא שכיחא יש סברא באדם המזיק דהו"ל לאסוקי אדעתיה דמרבינן מקרא דפצע תחת פצע דאדם המזיק יותר יש לו לשמור עצמו עי"ש בדבריו. **ובדברי** החזו"א לכאורה משמע בלשון הגמ' לעיל ד ע"א דקאמר 'אדם שמירת גופו עליו' והיינו שהחיוב נזקים של אדם המזיק הוא מפני שלא שמר ומבואר שאם שמר והיה אונס פטור.

ואפשר לדחות דהא דאיתא לעיל אדם שמירת גופו עליו משום דאף לרמב"ן החיוב הוא אפילו באונס שלא יכול לשמור מ"מ יש גם חיוב באדם המזיק מחמת פשיעה, ונפק"מ בגוונא היכא שהניזק פשע שאז אין חיוב כשהמזיק אנוס וכמש"כ הרמב"ן שם, ומ"מ אם פשע המזיק חייב לשלם מחמת פשיעתו, א"כ י"ל דע"ז אמרינן אדם שמירת גופו עליו.

בעיקר פי' החזו"א ברמב"ן יש לעיין מלשון הרמב"ן שכתב שם בסו"ד דאפילו באונסים הגדולים כרוח סערת אליהו חייב בהם, ובפשוטו התם לא הוה ליה לאסוקי אדעתיה כלל הך אונס ומשמע דלא כהחזו"א.

ישוב שיטת הרמב"ן מהראיות של תוס'

תוס' בא"ד. תוס' הוכיחו כדבריהם מכמה דוכתי, ויעוין ברמב"ן שם שכתב לישב

כל הראיות של תוס', דמה שהוכיחו מדברי הירושלמי דישן אצל הכלים פטור כתב הרמב"ן דהטעם הוא כמו שמבואר בירושלמי משום שהניזק פשע שהביא הכלים אצלו.

ובן הא דלקמן לב ע"א שאם עמד בעל החבית פטור בעל הקורה הטעם משום שפשע בעל החבית בזה שעמד, וכן הא דסוגיין דבאפילה וקין זוית פטור מטעם שהניזק פשע שהניחו במקום ההוא בזמן ההוא.

והא דטבח אומן שקלקל כתב הרמב"ן דפטורים משום דבעסוק במלאכתו אין לזה שם מזיק, ועד"ז כתב בשטמ"ק לעיל כז ע"א לישב לדעת הריב"א ור' ישעיה הא דמעביר חבית ממקום למקום דכיון שמתעסק לטובת הניזק לאו אדם המזיק הוא, ובפשוטו הביאור בזה דכיון שמתעסק לטובת הניזק אע"פ שיש לו סיבה להתחייב מ"מ הניזק מוחל על התביעה כיון שלא נתכון להזיק אלא לטובת הניזק, אולם מדברי הרמב"ן משמע שלא משום מחילה אלא דאין לו דין מזיק כלל.

והביאור בזה כתב בספר קונטרסי שיעורים [בענין אדם מועד לעולם] דכתב לבאר דברי הרמב"ן ע"פ מה שיסד שם דגדר החיוב של מזיק התחדש דכל שיש לו שם מזיק חייב בתשלומי נזק, דהיינו שאין החיוב נזיקין מחמת עצם הפסד לחברו, אלא מחמת ההפסד שנעשה חידשה התורה שיש לו שם מזיק.

ובזה ביאר דס"ל להרמב"ן דאם מתעסק לטובת הניזק אין עליו שם מזיק ולכן לא שייך לחייבו אף שיש כאן הפסד לחברו,

וכתב שם לבאר דהתוס' שהוכיחו מטבח אומן ולא תירצו כהרמב"ן חלקו ע"ז וס"ל דבאדם המזיק ליכא להך כללא ואי"צ שם מזיק כדי לחייבו, אלא חיוב של אדם המזיק הוא מחמת עצם ההפסד לחברו וליכא הך סברא שמתעסק לטובת הניזק, ולכן הוצרכו התוס' לחדש דבקרא דפצע תחת פצע לא נתחדש רק אונס כעין אבידה, ומה שהוכיחו תוס' מהניח להם אביהם עי' בשטמ"ק בכתובות לד ע"ב שכתב בשם הרמב"ן דכיון דחזקה כל מה שתחת יד אדם שלו, ע"כ היה מותר להם לשחוט הבהמה דכסבורים שהיא שלהם, ועי' קה"י סי' ל"ד שביאר כן כונתו.

המחנה אפרים נזקי ממון ס"ה הקשה לסברת הרמב"ן דהיכא שמתעסק לטובת הניזק פטור אף באדם המזיק מהא לקמן לב ע"א דבעי הגמ' המזיק את אשתו בתשמיש המטה מהו, ולכאורה מה הצד לחייבו הא מכיון שמתעסק לטובת האשה, ואדרבה הוא משועבד לכך ואף היא משועבדת לכך, ותי' המחנ"א שם דכיון דאית ליה הנאה נעשה שומר על האשה וחייב מדין שומר. **ועי'** בחזו"א שכתב ליישב דהיכא שפשע אף במתכון לטובת הניזק הוא חייב בנזקין, והוכיח כן דמייירי בכה"ג מהא דפסק הטור בסי' תכ"א דחייב בה' דברים וע"כ שפשע כמבואר לעיל כו ע"ב דרק במזיד חייב בה' דברים.

דעת התוס'

בישן אצל הכלים

והנה בדעת התוס' צ"ב דלעיל ד ע"א הביאו דברי הירושלמי דבהלך לישון אצל הכלים פטור דהם גרמו לו, ומשמע דלא

כמש"כ התוס' כאן להוכיח דאף באדם המזיק יש פטור באונס אלא כסברת הרמב"ן שהם גרמו לו דהיינו שהניזק גרם לו לכך, [וכן צ"ע בדברי הנמוק"י כו ע"ב שכתב בדבריו סברת הירושלמי וגם כתב סברת התוס' עי"ש].

ועוד קשה במה שהוכיחו התוס' מדף לב ע"א דאם עמד בעל החבית פטור בעל הקורה משום דהוא אנוס, והא התוס' עצמם [שם ד"ה והא] כתבו דטעם הפטור משום שבעל החבית פשע במה שעמד, וכן משמע להדיא בסוגית הגמ' לב ע"א דאמרינן התם שהפטור של בעל הקורה כשעמד בעל החבית הוא משום כל המשנה ובא אחר ושינה בו, והיינו דהוא גרם לנזק כמ"ש שם תוס' ד"ה והא, ולדברי התוס' כאן א"צ לזה אלא הפטור הוא משום דבעל הקורה אנוס הוא.

עוד צ"ב לפי התוס' דכונת הסוגיא דפטור משום דהוה אונס כעין גניבה, מדוע להך אוקמתא דהפטור הוא משום דאין דרכם של בנ"א להתבונן בדרכים אטו דבר זה חשיב אונס גמור הא איבעי ליה לעיוני כדמקשה הגמ'.

ואפשר לבאר בדעת התוס' די"ל שבאמת בישן שהזיק אין הפטור בגלל שלא שכיח שיבוא אחר לישן שם, דיתכן שמייירי אפילו במקום שהיה צריך לאסוקי אדעתיה שיבוא אחר לישון שם, אלא דמ"מ פטור כמו באונס גמור, דהטעם שאונס גמור פטור משום שהתורה חייבה אדם המזיק רק כשהיה לו לשמור עצמו ולא שמר, וכשלא יכול לשמור הרי הוא פטור ולכן גם בישן הוא פטור דבכה"ג אין לו חיוב לשמור את עצמו אלא

אדרבה החיוב על הניזק לשמור את עצמו שלא יניח כלים במקום שחברו ישן ולכן הוה אונס, ובזה יש לבאר הא דאמרינן דאין דרך בנ"א להתבונן בדרכים, די"ל דמה"ט אין עליו חיוב שמירה כיון דהניזק היה לו לשמור עצמו.

והרמב"ן חולק בזה על התוס' וס"ל שאפילו אם אונס גמור חייב ע"כ אין החיוב של אדם המזיק על מה שלא שמר, אלא על עצם מעשה הנזק, אלא דמ"מ יש פטור כשהניזק פושע, והטעם י"ל דכל היכא שהניזק פשע אין למזיק שם מזיק וכמש"כ לעיל, אבל התוס' ס"ל דאף באופן שהניזק פשע בעצם יש לו שם מזיק, ולכן אם אדם המזיק היה חייב באונס גמור אף באופן שהניזק פשע היה חייב כיון שיש לו שם מזיק ורק בגלל דין אונס הוא פטור, ועי' בכ"ז.

הש"ך סי' שע"ח סק"ב כתב דכל הפטור של אדם המזיק באונס הוא רק היכא שהזיק שלא בכוונה, אבל במזיק בכוונה חייב אף באונס, והוכיח כן מהא דמבואר בסנהדרין עד ע"א דנדרף שהזיק חייב לשלם אע"פ שהוא אנוס שלא יתרגהו, והביאור בזה נראה דבזה שנתרבה דאדם המזיק חייב אף באונס ע"כ דלית ליה פטור של ולנערה לא תעשה דבר.

והא דבאונס גמור פטור אינו משום ולנערה אלא דע"ז אין לו חיוב שמירה ומעשה ההיזק לא מיוחס אליו, וא"כ י"ל דכ"ז רק כשהזיק שלא בכוונה דהתם ההיזק לא מתיחס אליו, אבל במזיק בכוונה ע"כ פעולת ההיזק מתיחס אליו כיון שמתכוון להזיק ואע"פ שמעשה ההיזק מותר משום שהוא אנוס מ"מ חייב בתשלומים שהרי הזיק, ועי' ברמב"ם

פ"ח מחובל ומזיק ה"ד ובברכ"ש ב"ק סי' אות ה' שמבואר כן.

הוזק בקרנא דעצרתא האם חייב בעל החבית

אמר רב פפא קרנא דעצרתא הוי דברשות קא עביד איבעי ליה לעיוני. הנה לעיל בתחילת הסוגיא בהא דמקשה הגמ' אמאי פטור איבעי ליה לעיוני הובא שנחלקו תוס' והרשב"א והמאירי, האם קושית הגמ' היא רק אמאי נתקל פטור או גם מדוע אם הוזק חייב בנזקו, ותוס' כתבו דעל הא דאם הוזק חייב בנזקו לא מקשה הגמ' משום דיותר יש לו לשמור עצמו שלא יזיק משלא יזוק, אבל הראשונים כתבו שקושית הגמ' היא אף על הסיפא.

ונראה לפי"ז שהכא דיש טענה של איבעי ליה לעיוני אם הוזק לפי תוס' בעל החבית חייב בנזקו, אבל לרשב"א והמאירי כיון שמותר לו להניח שם לא חשיב מזיק ואף אם הוזק בעל החבית פטור, וכן מבואר בהדיא במאירי בסוגיין וכן מפורש ברמב"ם פי"ג מנז"מ ה"ו שכתב כן, ועי' ברכ"ש סי' כב שעמד בזה.

אלא שיש להקשות לדעת הרמב"ם דאם ברשות קא עביד פטור אף אם הוזק, ואמאי בהא דפותחין ביבותיהן הדין הוא שהוא חייב אם הזיק הרי הוא ברשות, ועי' בתלמיד לר"ת שכתב דיש חילוק דהכא יש מקום קבוע ולכן איבעי ליה לעיוני ג"כ שלא יזוק, אבל בהא דפותחין ביבותיהן אינו מקום קבוע אלא בכל רשו"ה יכול לעשות כן לכן אף שהוא ברשות על המזיק לשמור עצמו לא להזיק.

גדר דין עבד איניש דינא לנפשיה

גמ' דאתמר ר"י אמר לא עבד איניש דינא לנפשיה, ר"נ אמר עבד איניש דינא לנפשיה. בספר קונטרסי שיעורים כתב לחקור בביאור הך הלכתא האם הוא מזכויות של האדם על ממונו שיוכל גם להכות את חברו כדי ליטול את ממונו שלו, או"ד דאין זכות לאדם להכות את חברו ליטול ממונו, אלא הטעם דשרי הוא משום דהוה כשליח ב"ד כלשון הגמ' כח ע"א שלכל אדם יש את הכח של ב"ד אבל בלי כח ב"ד לא היה יכול לכופו.

ובתב להוכיח מדברי הרא"ש שכתב דרק היכא שהיה בכוחו להוציא ממון בב"ד, דהיינו שיש לו ראייה שהממון שלו עבד איניש דינא לנפשיה, אבל אם אין יוכל להוציא ממנו בב"ד מחמת חסרון ראייה אין הלכה של עבד איניש דינא לנפשיה, וכן נפסק בשו"ע סי' ד'.

והנה זה ברור שאם יבאו לדון בב"ד אחר אחרי שעשה דין לעצמו ולא הביא ראיות פשיטא שישלם כל דמי החבלה וא"כ דברי הרא"ש פשיטא, אלא י"ל דמיירי דבשעה שעשה דין לעצמו לא היה לו ראיות שהממון שלו אלא רק אח"כ כשעמד בדין באו עדים וע"ז כתב הרא"ש דבכה"ג חייב דמי החבלה כיון שיסוד הדין של עבד איניש דינא לנפשיה הוא משום דחשיב כשליח ב"ד, ולכן רק אם היה יכול לברר באותה שעשה שכדין עושה עבד דינא לנפשיה והו"ל כשליח ב"ד.

אבל אם הגדר הוא שיש לו כח לזכות בממונו אף ע"י הכאה א"כ אף אם לא היו לו

ראיות באותו שעה יהיה הדין דעבד איניש דינא לנפשיה אם אח"כ כשבא לב"ד יש לו ראייה דהדין עמו ולא ישלם לו דמי החבלה, אלא ע"כ דהוה כשליח ב"ד ולכן רק אם בשעה שעושה את הדין יכול להוכיח כן מותר, וכן נראה מדברי הרא"ש לעיל טו. שכתב דהטעם דמהני תפיסה בקנס משום דעבד איניש דינא לנפשיה, וע"כ שיש לו כח של ב"ד דבקנס כ"ז שלא חייבוהו ב"ד ליכא חיוב, ע"ש בקונטרסי שיעורים שהאר"י בכ"ז.

ספק הפסד אם חשיב מקום פסידא

ריש"י ד"ה במקום דאיכא פסידא. ואתי ודלי ולא ידע מה דלי, או שמא יכלו המים ואין לך פרעון לזה, משמע ברש"י שאם יש לו ספק אם יהיה לו ממון לפרוע חשיב פסידא. **אולם** א"א לפרש כן דא"כ אמאי קאמר הגמ' לקמן דבשור מועד לית ליה פסידא הא תלוי אם אית ליה ממון לפרוע, וברא"ש מבואר דהכונה היא שמא יכלו המים ותקלקל השדה דכיון שאין לו במה להשקות שדהו יתקלקל השדה ואין בידו לתבוע מן המזיק כיון שאינו אלא גרמא בנזיקין.

דעת הרא"ש בהיתר דמקום פסידא

גמ' היכא דאיכא פסידא כו"ע לא פליגי דעבד איניש דינא לנפשיה. כתב הרא"ש דמשו"ה כשרואה שחברו בא לגזול או שבא להכות את חברו יוכל להכותו כדי שלא יגנוב ממנו, וכן פסקו הטור ושו"ע חו"מ סי' ד', משמע מדבריהם דמיירי אף באופן שבא לגזול כשאין עדים שרואים המעשה, וכן מפורש בדברי הרשב"א לקמן בההיא דשור שעלה

ע"ג שור חברו דאף היכא דליכא עדים עביד איניש דינא לנפשיה.

וצ"ב למבואר ברא"ש דרק היכא שיוכל להוכיח בב"ד אמרינן עביד איניש דינא הא כאן ליכא עדים.

וצ"ל דאין כונת הרא"ש דבעינן שיוכל בפועל להוכיח כן בב"ד, אלא דכל הדין שעביד איניש הוא רק היכא שהדבר ברור, אבל א"צ שיהיו לו עדים ע"ז אלא גם באופן שאם הב"ד היו רואים את הדבר היו פוסקים כדבריו כיון שידוע שאותו חפץ שלו, ולכן עביד איניש דינא לנפשיה וכשבאים לגנוב יכול למנוע אותם, אבל היכא שגנוב לו חפץ ובא להוציא ממנו ממון בזה צריך עדים כדי לעשות דין לעצמו.

האיסור של נראה עליו כגנב

גמ' בן בג בג אומר אל תכנס לחצר חברך ליטול את שלך שלא ברשות שמא תראה עליו כגנב. המנחת חינוך מצוה רכ"ד ב' כתב לדייק מלשון הסמ"ג דהך דינא שלא יראה עליו כגנב הוא איסור מן התורה ותמה א"כ אמאי אין מלקות על זה, וכן מבואר בספרא פרשת קדושים דיליף לה מקרא דלא תגנובו, ועי' בהגהות על המג"ח שם שכתבו דכן מפורש בשו"ת הרי"ף שעובר באיסור תורה. **אולם** בפ"י הגר"י פערלא על הרס"ג צידד שהוא איסור דרבנן [והוכיח כן מהא דכתבו התוס' דבמקום פסידא מותר ליכנס בכה"ג].

ויש להקשות דבשלמא אם הוא איסור דרבנן אפ"ל דאף דעביד איניש דינא לנפשיה מ"מ הך איסור דמראית עין לא התירו, אבל

אם הוא מה"ת קשה דכמו שדין עביד איניש דינא לנפשיה מתיר לעבור על איסור של לא יוסיף א"כ ה"נ יהיה מותר לעבור על האיסור שלא יראה עליו כגנב.

ואפ"ל לפי המבואר לעיל שכל ההיתר דעביד איניש דינא לנפשיה משום שנעשה כשליח ב"ד, וא"כ י"ל דלא הותר לו לעבור בכל האיסורים בשביל לזכות בממון אלא רק בדבר שהב"ד בעצמם היו עושים יש לו כח לעשות, והבי"ד לא היו נוטלים הממון באופן דנראה כגנב לכן לדידיה נמי אסור, [עוד נראה לדון דכל הדין של עביד איניש הוא רק לעבור על איסור שבין אדם לחברו, שיוכל לחבול בו או להפסיד לו ממון אבל לעבור איסור של בין אדם למקום לא, וי"ל שנראה כגנב הוה כאיסור בין אדם למקום].

והנה בתוס' מבואר דאי היה מיירי כאן באופן שיש פסידא היה מותר להיכנס אף שלא ברשות אף שנראה עליו כגנב, ולמבואר דהב"ד בעצמם לא היו עושים כן קשה אמאי במקום פסידא מותר, ואפשר דסבירא להו דהא דבמקום פסידא עביד איניש אינו מדין שליח ב"ד אלא שזהו הלכה דיש לאדם כח לעמוד על ממונו אע"פ שחברו ניזק מחמת זה ועיין.

תפיסה מחברו

אם תלוי ברין עביד איניש

רש"י ד"ה אלא שבור את שיניו. כלומר קח בחזקה וקשיא לר' יהודה, משמע מדברי רש"י שמפרש כונת הגמ' דשבור את שיניו דלא מיירי ע"י הכאה אלא בחזקה דהיינו שתופס ממנו הממון בתפיסה בעלמא, ומבואר דאף בתפיסה בעלמא הוא רק למד"א עביד

איניש דינא לנפשיה אבל אי לא עביד לא, וכן כתב הסמ"ע סי' ד' ס"ק דלמד"א לא עביד איניש לנפשיה אין בכוחו לתפוס ממון אפי' בלא הכאה, [אלא שכתב דאם הוא שלא בעדים יוכל לתפוס דנאמן במיגו שקנהו].

והביאור בזה נראה ע"פ מש"כ החזו"א [אהע"ז סי' כ"ז סק"ח] דלמד"א לא עביד איניש דינא לנפשיה הטעם הוא משום שילפינן מקרא דואלה המשפטים אשר תשים לפניהם, דא"א לכפות בשביל הוצאת ממון וכן א"א לתפוס ממון שלא ע"פ ב"ד, וכמו דלענין דיני נפשות לא חל חיוב מיתה על האדם כ"ז שלא פסקו עליו ב"ד שהוא מחויב, ה"ה בדיני ממון אע"פ שהוא מחויב מ"מ כדי שיהא לו כח לתפוס את הממון מהשני צריך ב"ד ובל"ז א"א לתפוס, אע"פ שידוע בברור שהממון שביד חברו שלו הוא מ"מ לית ליה כוח תפיסה בזה.

אולם היש"ש סי' ה' והתומים ס"ד הביאו דהמהרי"ק [שורש קס"א] חולק, וסובר דכל הגדון דלא עביד איניש דינא לנפשיה הוא רק היכא שעושה מעשה דיין שמכחו או מפסידו ממון, אבל אם בא לתפוס את ממונו שנמצא אצל אחרים לכו"ע עביד איניש דינא לנפשיה, ועי"ש במהרי"ק שכתב בתוך דבריו דהמחלוקת הוא רק כשיש הפסד כגון ההיא דשקיל אפדנא או בהא דשובר את שיניו שמזיק אותו בזה נחלקו אם עביד דינא לנפשיה או לא, וע"ע בנתה"מ ס"ד סק"א מש"כ בדברי המהרי"ק.

דף בח ע"א

מאי שבור את שיניו בדין. והיינו דבאמת לא עביד איניש דינא לנפשיה אלא תובע

אותו לב"ד, וצ"ע א"כ אמאי הברייטא אומרת שלא יכנס משום שלא יראה עליו כגנב הא בלא"ה אסור משום דלא עביד איניש דינא לנפשיה.

ולפי מהרי"ק באות הקודם שאם בא לתפוס את ממונו אין בזה איסור דעביד איניש א"ש דכונת הברייטא שבור את שיניו בדין וא"כ יוכל ליכנס לביתו לתופס את ממונו ולכן הוצרכה הגמ' לומר טעם אחר שלא יראה עליו כגנב.

שור שעלה על גבי שור חברו

גמ' ת"ש שור שעלה על גבי שור חברו כו'. מבואר דמשום דעביד איניש דינא לנפשיה יכול לשמוט את השור התחתון, והקשה החזו"א [ס"ד סק"ג] מ"ט למד"א לא עביד אין יכול לשמוט הא אם היה הולך לב"ד היו אומרים לו לשמוט את השור התחתון, ואם ימתין עכשיו הרי השור ימות וא"כ נמצא שיש כאן פסידא שהוא מפסיד את השור.

ולכן כתב החזו"א דאף אם היה בא לב"ד לא היו אומרים לו לשמוט את השור מכיון שאין הנזק מצוי עדיין ולכן לא חשיב דאיכא פסידא.

אלא דא"כ צ"ב לפי המבואר לעיל דהביאור בעביד איניש דינא לנפשיה דיש לו דין של שליח ב"ד א"כ איך יתכן שיוכל לעשות יותר ממה שהב"ד עצמם היו עושים והרי אם היה בא לב"ד לא היו אומרים לו לשמוט וצ"ע, ע"ע במהרש"ל ב"מ צג. שהקשה אמאי במועד לית ליה פסידא הא איכא נפק"מ לכושרא דחיותא או טירחא יתרה.

שהיה לו לשמטו

גמ' שהיה לו לשמטו ולא שמטו. הסמ"ע סי' שפ"ג סק"ו כתב בכונת השו"ע דאי שמט את התחתון שהוא שורו אע"פ שהיה יכול לדחוף את העליון בנחת פטור, ורק אם דחף את העליון ומת והיה יכול לדחוף אותו בנחת בכה"ג הוא חייב, ולפי"ז כונת הגמ' היה לו לשמטו היינו לדחוף את העליון בנחת, ומבואר מדברי הסמ"ע דאי נוטל שורו ליכא הך סברא דהיה לו לשמטו.

החזו"א התקשה טובא מהכ"ת לחלק בין היכא דלוקח שורו לדוחף שור חברו, דאם יש הלכה שאם יכול לצמצם את הנזק חייב לעשות כן א"כ לכאורה בכל גונא יהא חייב לעשות כן ואף כשנוטל את הממון שלו, ומבואר דהסמ"ע ס"ל שאם נוטל את ממון א"צ להתחשב בחברו.

דעת הרמב"ם

בשור שעלה ע"ג שור חברו

הרמב"ם פ"ו מחובל ומזיק ה"ו כתב הדין של שור שעלה ע"ג שור חברו דמיירי בחצר הניזק, אבל בחצר המזיק אם עלה השור והזיקו אין יכול הבעלים לעשות דין לנפשו, והטעם כתב הב"י סי' שפ"ג דס"ל להרמב"ם דשור המזיק בכונה פטור בחצר המזיק, והיינו דכיון שפטור מחיובי שמירה א"כ אין לו זכות להציל שורו ולהפסיד למזיק את שורו.

והדרישה שם כתב דסברא רעועה היא דכיון שרואה שהולך להפסיד את שורו מדוע שלא יוכל להציל את שורו, ומבואר מדברי הדרישה שאף באופן שאם היה בא לב"ד לא היה חייב בתשלומים מ"מ עביד

איניש דינא לנפשיה ודלא כהרא"ש דלעיל שהרי ב"ד לא היו מחייבים אותו להפסיד כיון שאין לו חיוב שמירה בתוך חצרו, ועי' חזו"א ס"ד סק"ד מש"כ לבאר דעת הרמב"ם. וי"ל לדון האם במקום ששמר על שורו ויצא באונס האם כה"ג א"כ יוכל לשמוט שורו, או"ד דרק בחצר המזיק דאין לו חיוב שמירה אבל מ"מ יש לזה שם מזיק, אבל כה"ג ששמר אפשר שאין ע"ז שם מזיק כלל.

הממלא חצר חברו כדי יין

ת"ש הממלא חצר חברו כדי יין וכו'. הא דחשיב הכא דליכא פסידא כתב המהרש"א דכונת הגמ' להקשות מהא דתני משבר ונכנס והיינו דע"כ שעומד בחוץ ונכנס לתוך ביתו, וזה לא חשיב פסידא שהרי יכול לילך לב"ד, משא"כ משבר ויוצא חשיב פסידא שהרי צריך לצאת מביתו לילך לב"ד, ועי' במהר"ם שביאר עד"ז.

ומשני הגמ' משבר ונכנס להביא זכויותיו, ולמבואר במהרש"א כונת הגמ' היא דאו או קתני, דהיינו שאם עומד בחוץ נכנס להביא זכויותיו, ואם עומד בפנים יוצא כדי לילך לב"ד, ועי' במהר"ם.

תוס' ד"ה משבר ויוצא. אבל הכא לא אטרחוהו לסדרן זה על זה, מבואר מתוס' דלא חייבוהו לטרוח טירחא יתירה, צ"ב הא למד"א לא עביד איניש דינא לנפשיה מוטל עליו לטרוח ללכת לב"ד ואמאי לא נימא שזה טירחא יתירה.

ואפשר דכונת התוס' הוא דאף שליח ב"ד בעלמא דינו כן שאין צריך לטרוח לסדרן זה על זה ולכן אף הוא א"צ לטרוח

כי דינו כמו שליח ב"ד, אבל לילך לב"ד מחויב אע"פ שיש טירחא בזה שזהו עיקר דינו.

דבכפיה על מצות אינו רק הכאה בעלמא כמו בדין אפרושי מאיסורא אלא השיעור בזה הוא עד שתצא נפשו.

והנה דעת הב"ח דלאפרושי מאיסורא הוא רק מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא, אבל השאגת אריה סי' נ"ח נקט שהוא מדאורייתא, ועי' פרי יצחק סי' כ"ו.

היתר לעשות דין לעצמו לאפרושי מאיסור לא תגזול

הקשו האחרונים אמאי לר' יהודה לא עביד איניש דינא לנפשיה הא איכא איסור של לא תגזול ונמצא שהוא לאפרושי מאיסורא, ועוד הקשה הגר"ע א [בכו"ח] מהא דאמרינן בסמוך וקצותה את כפה ממון מאי לא בשאינה יכולה, ובעי להוכיח דלא עביד איניש דינא לנפשיה והא התם לאפרושי מאיסורא הוא.

ואולי י"ל דרש"י ביאר לעיל דלאפרושי מאיסורא לא חשיב דינא לנפשיה כיון שהוא 'לשמים', וא"כ י"ל שאם כונתו גם לעצמו חשיב דינא לנפשיה ואין בזה את ההיתר של לאפרושי מאיסורא, ולכן כשיש לו רוח ממון לא יוכל להפרישו משום שעובר באיסור ל"ת, וכן י"ל בהא דלקמן דכיון שהאשה באה להציל את הבעל יש לה צורך עצמי והוה לנפשיה ואין בזה דין אפרושי מאיסורא.

וב"ב הסמ"ע [תכ"א כח] שדייק מדברי הטור שהביא דברי הרא"ש שאם בא להציל חברו מהכאה כתב משום לאפרושי מאיסורא ואילו כשאחר בא להכות את אביו ובא להצילו לא כתב משום לאפרושי מאיסורא, וכתב

ת"ש מנין לנרצע וכו' ת"ל לא תקחו כופר לשוב וכו'. משמע מדברי הגמ' דבעינן קרא להכי ויש להקשות בין למד"א עביד איניש בין למד"א לא עביד הא מייירי שיש לו הפסד ואמאיבעי קרא.

בחידושי הראב"ד ביאר בכונת הגמ' עד האידנא אימתה דרביה עליה, דאין הכונה שהרב יודע בבירור שוא גזלן אלא שחושד בו שמא יגזלנו וע"ז בעי קרא דמסברא אמרינן דכיון שהוא משועבד אסור לו להכותו מחמת הספק וילפינן מקרא שיוכל להכותו.

היתר לאפרושי מאיסורא אינו מדין עביד איניש דינא

גמ' ר"ה בר יצחק אמר במסר לו שפחה כנענית. ברש"י מבואר שהטעם הוא דכיון שהוא לאפרושי מאיסור האי דינא לאו לנפשיה הוא, והרא"ש לקמן בסי' יג למד מזה דאם אחד רואה שחברו מכה מותר לו להכות המכה לאפרושי מאיסורא כמבואר בסוגין, וזהו הלכה חדשה דלאפרושי מאיסורא א"צ כח של ב"ד.

והנתח"מ סי' ג' כתב שבכל המצוות יש לאדם כח לכפות חברו ואי"צ כח של ב"ד, אולם הקצוה"ח במשובב נתיבות כתב דיש חילוק בין לאפרושי מאיסורא דבזה יש כח לכל אדם, משא"כ בכפיה על מצות עשה צריך כח ב"ד, ועוד כתב שם שיש חילוק

מנחת

דף כח ע"א

משה

יט

דבבא להציל את אביו אף בכה"ג שאדם זה מכה אחרים תמיד והוא לא אכיפט ליה ע"כ שכל כונתו כאן לא משום האיסור אלא כדי להציל את אביו, ורק היכא שמתכון להפריש חברו מהאיסור יש בזה היתר של לאפרושי מאיסורא.

היתה דרך הרבים עוברת בשדהו

גמ' ת"ש הרי שהיתה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו וכו'. ואי אמרת עביד איניש דינא לנפשיה לנקוט פזרא וליתבי, רש"י ותוס' ביארו דקושית הגמ' היא אמאי אינו זוכה בדרך הרבים, ומשמע מדבריהם דעצם ההחלפה חלה, אלא דמקשה הגמ' דכיון דעביד איניש דינא לנפשיה יוכל לעכב בני רשה"ר לעבור שם, וצ"ב באיזה כח יכול להחליף שהרי כל מה דעביד דין לעצמו היינו על ממון שלו שביד חברו אבל להחליף את הדרך הוא דבר חדש.

ועי' רשב"ם בבא בתרא צט ע"ב שמבואר מדבריו דכיון שאין בני רשה"ר מפסידים כלום כופין על מידת סדום, ולכן ההחלפה חלה וקושית הגמ' היא רק שיוכל לכוף אותם שלא להחזיק בדרך הראשון מחמת דין עביד איניש דינא לנפשיה, ועי' ברבנו יונה ב"ב צט ע"ב.

קושית הנתה"מ על המהרי"ק

הק'שה הנתה"מ ס' ד' לדעת המהרי"ק שלכו"ע יכול לתפוס את שלו בלי הכאה אף למד"א לא עביד איניש דינא לנפשיה, א"כ אמאי מקשה הגמ' ולינקוט פזרא

וליתבי רק למ"ד עביד הא לכו"ע יוכל לעשות גדר סביב השדה כדי שלא יוכלו להכנס דזה הוי כתופס ממון בלי הכאה עי"ש במה שביאר.

ואפשר לומר דהסברא של המהרי"ק היא שכשנוטל את שלו מותר לו ליקח משום דלא הוי בכלל מעשה דין ורק אי מכה הוא עושה מעשה דין וצריך להלכה של עביד איניש דינא לנפשיה, וא"כ יש לומר דכאן שבא להעמיד את ההחלפה של השדה חשיב עשיית דין ולא חשיב שנוטל את שלו לכן זה תלוי בדין עביד איניש דינא לנפשיה.

בעל הבית שהניח פאה מצד זה

גמ' ת"ש בעה"ב שהניח פאה וכו' זה וזה פאה ואי אמרת עביד איניש דינא וכו'. מקשה הגמ' דאי עביד דינא לנפשיה אמאי זה וזה פאה.

צ"ב כונת הגמ' דהא מעיקרא שהניח פאה מצד אחד דעתו היה שאם עניים יקחו מהצד השני אין זה פאה, ונמצא שיש כאן תנאי דהוה פאה רק אם יקחו מכאן ואם לא אין כאן פאה כמבואר בתוס' וא"כ אמאי דבר זה תלוי בדין עביד איניש דינא לנפשיה הרי מעיקרא לא נעשה פאה רק על תנאי, ואפילו למ"ד לא עביד דינא לנפשיה אמאי זה וזה פאה.

ורבנו פרץ כתב דהעניינים סבורים דאף שנעשה בטעות מ"מ שניהם פאה ולכן תלוי בדין עביד איניש דינא לנפשיה, וצ"ע.

זה וזה לפטור מן המעשר

גמ' אמר רבא מאי זה וזה פאה לפטור מן המעשר. הקשו האחרונים דכיון שהיה בדעתו שאם יטלו מצד אחר לא יהא ע"ז תורת פאה כלל נמצא שכל הפאה היתה בטעות וא"כ אמאי פטור מהמעשר הרי התברר עכשיו שזה לא היה בכלל הפאה.

והחזו"א וקו"ש ח"ב כתבו דכיון דפטור מעשר בפאה הוא מובא הלוי שיש לו חלק ונחלה ממילא כיון שבאותה שעה היה זכות לעניים לקחת, פטור מן המעשר אע"פ שהתברר שהיה טעות, ועוד כתבו לישב דאפשר דנעקר מזה שם פאה רק משעה שזכו העניים ממקום אחר, וא"כ כמו שמצינו הפקר לזמן ה"נ י"ל דחל שם פאה לזמן ולכן חל פטור ממעשר.

דף בח ע"ב

ביאור דברי רש"י ורב לטעמיה

גמ' אבל הוא עצמו פטור קרקע עולם הזיקתו. פרש"י וממונו של זה גרמא בעלמא עבד ליה, ורב לטעמיה דבור שחייבה עליו תורה להבלו ולא לחבטו, לכאורה כונת רש"י לבאר אמאי אין חייב משום ממונו שדחף אותו על הקרקע, וע"ז כתב רש"י משום שגרמא בעלמא הוא.

אולם צ"ב מה הוסיף רש"י דרב לטעמיה דבור פטור על החבטה דקרקע עולם הזיקתו, הרי הנדון כאן לא היה כלל שיתחייב משום בור, ועוד דאף אם בכל בור חייב על חבטה הכא ל"ש לחייבו שהרי לפי רב החיוב של אבנו סכיננו ומשאו הוא משום שור. **ולפי** פשוטו כונת רש"י לבאר מדוע רב אמר שחייב כאן משום שור, וע"ז ביאר רש"י

דרב לא יכול להסביר שחייב משום בור שהרי דעת רב דבור שחייבה תורה הוא להבלו ולא לחבטו, וא"כ אין אפשרות להסביר את המשנה שחייב על חבטה ולכן ע"כ רב חייב לבאר הטעם במשנה שהחייב משום ממונו והיינו שהוא מדין שור.

וי"ש לבאר באופ"א כונת רש"י שאף שסבר רב דבלא אפקרינהו חייב משום שור, מ"מ הרי צורת המזיק הוא כמו בור שזה נעשה ע"י תקלה, [ולכן כתבו תוס' לעיל ג ע"ב שנלמד משור ומבור במה הצד], וא"כ י"ל שאם רב היה מחייב בעלמא בבור על החבטה, אף בכה"ג שמתחייב מצד ממונו ג"כ היה מתחייב על נזק של חבטה, ולכן הכא באס"ו שחייב מדין שור היה חייב גם על חבטה, וזה כונת רש"י לומר שרב לטעמיה שסבר שבור שחייבה תורה הוא רק להבלו ולא לחבטו ואם נחבט בקרקע גרמא בעלמא הוא לכן אף לענין חיוב דממונו הוא סברא לפטור דקרקע עולם הוא, וע"י להלן לא ע"ב בסוגיא של קדרים מש"כ לבאר ע"פ יסוד זה.

והקשה הרשב"א על רש"י דלקמן ג ע"א נחלקו ר"נ ורבנן בשור שדחף חברו לבור דלרבנן בעל השור חייב לכה"פ חצי נזק ואמאי הכא אין לחייב את בעל המים, וכתב לישיב דיש חילוק בין מים לשור, דשור עושה מעשה דחיפה אבל המים רק גרמו לאדם להחליק וכה"ג אין חיוב, ולכאורה כונת הרשב"א דגרמי דבהמתו פטור, ועוד כתב הרשב"א שעיקר ההיזק הוא אינו מן המים אלא מהרפש שנתערב יחד עם המים ולכן אין לחייב בעל המים על מה שנדחף מכח המים לקרקע.

הילפותא דאס"ו משור ובור

גמ' ורב הנ"מ היכי דאפקרינהו אבל היכא דלא אפקרינהו ממונו הוא. פרש"י דמשורו למדנו, אמנם תוס' לעיל ג ע"ב הקשו איך אפשר ללמוד משור דמה לשור שהוא בע"ח וכונתו להזיק, וע"כ כתבו התוס' דילפינן במה הצד מבור ושור, וברש"י משמע דמשור לבד ילפינן וכן נראה מדבריו לעיל ג ע"ב.

ועיין ברשב"א שכתב בשם הראב"ד לישב קושית התוס' דאע"ג דאין כאן כונה להזיק מ"מ אהני פשיעותא ידידיה כאילו כיון בהזיקן, וצ"ב כונתו שאף שמוכן להזיק מחמת הפשיעה מ"מ התם כונה להזיק הוא במעשה ההזיק וזה ל"ש באסו"מ, וצ"ל דהחומרא בכוונה להזיק הוא בגלל שידוע שיש כוונה להזיק לכן צריך לשמור יותר.

פטור כלים בבור

רש"י ד"ה שור ולא אדם. אבל בנזק אדם חייב בעל הבור דקרא מכופר ממעטיה, משמע ברש"י שהטעם דמחלקים באדם בין מיתה לנזיקין משום דחלוקים הם בתשלומים, שבנזיקין הוא תשלום של ממון ובמיתה הוא חיוב כופר, ולפי"ז בנזקי כלים שנתמעטו לכאורה ל"ש לחלק בזה דתשלום של מיתה ותשלום של נזיקין שווה דשניהם הוא חיוב של ממון.

אולם רש"י [בד"ה וכלים] כתב דהטעם דפטור מנזקי כלים משום דשבירתן זו היא מיתתן, וקשה אמאי הוצרך לזה הול"ל משום דשניהם הוא חיוב ממון.

ואפשר שאין כוונת רש"י שכל שבירת כלי מפסידה את הכלי לגמרי והרי היא

כמיתה שהרי יתכן שהכלי לא יופסד לגמרי, אלא כוונת רש"י דהתשלום על שבירת כלי הוא מחמת הפסד הממון שבו ולענין הפסד הממון אין נפק"מ אם הכלי הופסד לגמרי או לא, וכונת רש"י 'שבירתן זו היא מיתתן' הוא שנזקי כלים הרי הם כמיתה כיון שדין תשלום של נזקי כלים הוא מחמת הפסד ממון, משא"כ מיתת אדם התשלום אינו על הפסד הממון, ולכן רק באדם שייך לחלק בין נזיקין למיתה דסיבת התשלום הוא שונה.

וזה כונת רש"י דקרא מכופר ממעטיה, דהיינו דקרא איירי בתשלום כופר שהוא על עצם ההריגה ולא בתשלום נזיקין שבאה על הפסד ממון משא"כ לענין כלים שהתשלום הוא תמיד על הפסד ממון, [אולם עי' במרומי שדה לעיל י ע"א שכתב חידוש גדול שפטור כלים בבור הוא דוקא היכא שהופסד הכלי לגמרי, אך אם הזיק באופן שאפשר לתקן חייב בתשלומין עי"ש].

יסוד המחלוקת בין רב ושמואל

בלא אפקרינהו אם חייב משום בור

רש"י ד"ה דאפקרינהו. רש"י מאריך לבאר שהמחלוקת רב ושמואל אם אס"ו דלא אפקרינו חייב על כלים תלוי אם חייב מדין שור או משום בור תלוי במחלוקת האם עיקר חיוב של בור בתורה הוא אף בבור ברשותו, דרב שסבר דהפקיר רשות ולא הפקיר בורו אין חיוב מדין בור, וכל חיוב של בור הוא בהפקיר רשותו ובורו ולכן על תקלה שלא הפקיר חייב משום שור וחייב בור על כלים, ושמואל דסבר דאף בהפקיר רשותו ולא הפקיר בור התורה חייבה משום בור ה"ה כל תקלה חייב משום בור, וממילא א"א לחייב על תקלה

דלא אפקרינהו משום שור ולכן פטור על הכלים דא"א לחייב רק משום בור.

וצריך לבאר מה הטעם של רב שא"א לחייב על תקלה משום בור ולפטור בו כלים, שהרי כל הנדון האם בור שחייבה תורה הוא אף בהפקיר רשותו ולא בורו הוא משום דיש סברא לתורך ברשותי מאיבעי, ולכאורה הך סברא ל"ש רק במניח תקלה ברשות הרבים, וכן לדעת שמואל שפרשת בור הוא אף בהפקיר רשותו ולא בורו צריך לבאר מה הטעם שא"א לחייב על תקלה משום שור הרי הוא ממונו ומ"ש מכל ממונו שהזיק שחייב משום שור.

בחידושי ר' אריה ליב [סי' עד ד"ה ויש לפרש] ביאר ע"פ דברי הבעל המאור בסוגיין שהלך בדרכו של רש"י, ומבואר מדברי בעל המאור שאע"פ שהטעם של רב שחייב של בור הוא רק היכא שהפקיר רשותו ובורו משום דבמקום שהפקיר רשותו ולא בורו יש סברא של תורך ברשותי מאי בעי מ"מ יש סיבה לפטור תקלה משום בור, וביאר דבכל תקלה יש את אופן ההזיק של בור שכל ההזיק נעשה ע"י תקלה ולא דמי לכל ממונו שהוא עושה פעולת הזיק, וא"כ לרב כיון שפרשת בור לא נאמרה בהפקיר רשותו ובורו נמצא שאין לנו מקור לומר שדבר שהוא ממונו יש בו חיוב של נזק של תקלה, ולכן כיון שהוא ממונו יש סיבה לומר שהוא מזיק של שור דהוה כמו כל ממונו המזיק.

אבל לשמואל דסבר דבור שחייבה תורה הוא אף בהפקיר רשותו ולא בורו, נמצא שנתחדש בקרא דאף תקלה שהוא בעלים יש

בו חיוב של בור לכן אף בתקלה של אס"ו דלא אפקרינהו יש לנו לומר שהוא בור שהרי מצינו שהתורה חייבה על תקלה שהוא בעלים משום בור עי"ש עוד בכ"ד.

אולם עדיין צריך לבאר דאף שיש הכרח שהוא בור מ"מ מה הטעם שאם יש הכרח לומר שהוא בור דלא יהא חיוב גם משום שור דהא סו"ס הוא ממונו, והיה אפ"ל דכיון שצורת היזק הוא ע"י תקלה ל"ד לשור.

ואפ"ל ע"פ מש"כ באחרונים לענין מזיק של רגל דהקשו האחרונים אמאי כל רגל פטור ברשוה"ר ואמאי לא יתחייב מדין אש, וביארו דמכיון שהתורה חייבה משום רגל א"א לחייב משום מזיק אחר, עי' חזו"א ב"ק י"א י"ד ואמרי משה לו ג'.

אמנם תוס' הקשו דבשמעתא דמחזרת מבואר להיפך מרש"י, ולכן כתבו תוס' דאף רב יכול לסבור דבור ברשותו חייב כשהפקיר רשותו ולא בורו, אלא דסבר רב דחייב אף מדין שור ונפק"מ שחייב אף על הכלים, ותוס' חלקו על רש"י דאפשר לחייב על תקלתו כשלא הפקיר גם מדין בור וגם משום שור.

וברעת שמואל כתבו התוס' דיכול לסבור דבור ברשותו פטור משום דיש סברא של תורך ברשותי מאיבעי, ולכן באסו"מ דל"ש ה"ט חייב מדין בור ולא מדין שור, והטעם דשמואל סבר שאין חיוב של שור מבואר ברבנו פרץ דלאו משום דסבר שא"א לחייב משום ב' אבות כרש"י אלא שסבר שמואל דא"א ללמוד משום דאיכא למפרך דמה לשור שכן הוא בע"ח.

סברא דתורף ברשותי בבור

תוס' ד"ה ה"מ היכא. אבל בור ברשותי ליכא לחיובי משום שור דתורף ברשותי מאי בעי, ביאור דבריהם לחלק בין שור לבור ביאור הברכת שמואל סי' י"ב אות א' ואבי עזרי פי"ב מנזק"מ ה"ב דבבור ל"ש לומר תורף ברשותי מאיבעי משום שהחיוב בבור אינו על עצם הנזק כיון שהניזק הזיק את עצמו ע"י שבא אל הבור, אלא החיוב הוא בזה שהכשיר את הנזק מעיקרא שהעמיד תקלה ברשה"ר כשחפר בור, ולכן כשהפקיר רשותו נמצא שמעמיד את התקלה ברשות הרבים, משא"כ בשור החיוב הוא על זה שלא שמר ממונו הזיק וכיון שההזיק נעשה ברשות המזיק פטור דתורף ברשותי מאיבעי.

והנה בדעת רש"י לעיל נתבאר דסבר ג"כ הך סברא של תוס', אולם עי' בחי' רא"ל סי' עד שכתב בתחלה דרך אחרת ברש"י ולדבריו נמצא דלפי רב בור ברשותי בהפקיר רשותו ולא הפקיר בורו יהא חייב מדין שור עי"ש.

ביאור שיטת רש"י

דהפקיר רשותו ובורו חייב

תוס' ד"ה ה"מ היכא דאפקרינהו. ומה שבקונטרס רצה לחייב בהפקיר רשותו ובורו אין נראה וכו', האמרי משה [סי' כ"ט אות י"ג] כתב לבאר דעת רש"י דס"ל שהפקיר רשותו ובורו חייב משום דההפקר חשיב כמעשה כרייה מחדש, והיינו דעצם זה שמעמיד בור לבני רשה"ר חשיב ככורה בור. **והוסף** דרש"י אזיל בזה לטעמיה לקמן דף מח ע"א [ד"ה הכא] דהפקר חשיב ככריית בור [ולהלן שם יבואר כל דברי רש"י

שם], אבל התוס' ס"ל דההפקר לא חשיב ככרייה אלא החיוב מחמת שזה ממונו ולכן דוקא בהפקיר רשותו ולא בורו חייב אבל בהפקיר רשותו ובורו פטור, והנה תוס' לטעמייהו דסבר לקמן כט ע"א דלא סברי שהפקר הוא כמעשה כרייה עי"ש.

ומבואר שדעת התוס' בזה דכריית בור הוא דוקא ע"י מעשה בידים ולכן הפקר לא הוא מעשה כרייה כיון דלא עשה בידים, ויש להוכיח כן מהא דאיתא לעיל ו ע"ב דכותל ואילן שנפלו והזיקו דלא חשיב תחילת עשייתן לנזק, אף דבשעת הפשיעה הם עומדים לנזק, מ"מ תחילת בנין הכותל ונטיעת האילן לא היה לנזק כמו שפרש"י שם, והיינו דבשעת העשיה לא היו עומדים לנזק, ומוכח שצריך מעשה בידים לכריית בור ואין חיוב על עצם הפשיעה.

והא דחייב בנפלו מראש גגו משום דאיכא מעשה בידים שהניחן בראש גגו, ומיהו צ"ל דאי אפשר לחיבו בהפקיר רשותו ובורו מדין כותל ואילן דדוקא כותל ואילן חייב כיון דאיכא פשיעה בממונו.

והנה בעיקר היסוד שכתבו תוס' דיש ב' מחייבים בבור א' היכא שהוא בעל התקלה והיינו שחפר את הבור ב' היכא שהוא בעל הבור, עי' ברע"א לעיל ו ע"א בתוס' ד"ה מה לבור שהקשה מה המקור לב' החיובים מן התורה ואכמ"ל.

נתקל באבן ונשוף בקרקע

תוס' ד"ה ונשוף באבן. אבל נתקל באבן ונשוף בקרקע פטור ואפילו שמואל מודה דפטור, ביאור דבריהם הוא דאף שמואל אית הך סברא דקרקע עולם הזיקתו כסברת

רב דמכיון שאין הקרקע שלו אין חייב ע"ז משום בור, אלא שסבר שמואל דהיכא שהוא כרה בור התורה חייבה אותו אף על החבטה של הבור שעשה כיון שיש לזה שם תקלה, וא"כ כ"ז דוקא אם מקום התקלה משונה משאר רה"ר, אבל כשאנו משונה משאר רה"ר אין לזה שם תקלה, ולכן כ"ז רק על החבטה של מקום הבור, אבל אם נפל לאחורי הבור שאינו מקום התקלה ואותו מקום שווה לשאר רה"ר פטור דקרקע עולם הזיקתו, וזהו מש"כ התוס' דרק בקרקע שתחת המים דהתם נמי יש שם בור כיון שזה משונה משאר רה"ר.

וי"ש לדון מה הטעם שהקרקע משונה האם הוא מחמת שיש שם טיט והיא מזיק עכשיו יותר, [ואע"פ דמיירי שתמו מיא כמו שמבואר להלן לא ע"ב מ"מ יש בה עדיין מים וזה גורם להזיק גדול יותר], או שאף שאין שם מים מ"מ חייב דזה חשיב קרקע הבור כיון שזה שינוי כלפי רשוה"ר.

וי"ש לדון לפי המהלך הראשון שיש שינוי בקרקע רשה"ר דמבואר לרב פטור משום קרקע עולם אמאי לא הוה כאס"ו שחבטה דידה הוא כמש"כ תוס' ג ע"א, וצ"ל דמ"מ לרב חייב רק אם הוא שלו ממש דיש כאן עשיה חדשה לגמרי אבל כשהוא משתמש בקרקע שכבר היתה אע"פ שהוא גרם לכך שתוכל להזיק עדיין אפשר לומר בזה קרקע עולם הזיקתו.

ביאור קושית תוס'

ואע"ג דשור שדחף

תוס' ונשוף באבן. ואע"ג דשור שדחף חברו לבור והניח אבן ע"פ הבור חייב וכו', החזו"א [ה' יב] כתב דמש"כ התוס' להקשות

משור שדחף לבור שיטפא דלישנא הוא וקושייתם רק מהניח אבן ע"פ הבור, משום דבשור שדחף חייב אף אם נחבט בקרקע עולם, והחילוק הוא דבשור שדחף החיוב הוא על מה שהשור עשה היזק ואין חילוק היכן נעשה ההיזק, וכדחזינן בדף יז ע"ב דרסה על הכלי ונתגלגל למקום אחר ונשבר דחייב, משא"כ בהניח אבן ע"פ הבור שהוא חיוב של בור, ובזה החיוב על מה שהעמיד תקלה לכן רק אם הבור עצמו הזיק חייב, וזהו מה שהקשו תוס' דנימא קרקע עולם הזיקתו.

ועי' מש"כ בריש העמוד בהא דסבר רב שאם הוחלק במים דפטור דכתב רש"י משום דקרקע עולם הזיקתו, ואע"פ דרב מיירי דלא אפקרינהו וחייב משום שורו ולכאורה חייב אף בקרקע עולם הזיקתו, וע"כ צ"ל כמש"כ הרשב"א שהובא לעיל דהכא ל"ש לחייב משום שורו דהמים הוה גרמא בעלמא.

סברת התוס'

דיש שם תקלה על הבור

תוס' בא"ד. יש לחלק כיון דיש שם תקלה על הבור, ביאור דבריהם כתב הפנ"י לקמן נג ע"א דדמי להא דמבואר שם בגמ' שאם היה בור ט' והניח אבן על פי הבור והשלימו לעשרה דחייב משום שבעל האבן נעשה חלק מהבור, ה"ה כאן כיון שעשה תקלה שע"ז אפשר ליפול לבור נעשה חלק מן הבור.

ובן ביאר החזו"א שם והוסיף לבאר דהא דלא אמרינן הכי במניח אבן ברשו"ה שנעשה בור יחד עם הקרקע שאצלה ויתחייב אם הוזק בקרקע, וביאר דדוקא במניח אבן על פי הבור דיש לבור שם של תקלה משום

שהוא משנוה מטבעו של עולם לכן יכול להתחייב על מה שהוזק בקרקע של הבור, אבל במניח אבן באמצע רשוה"ר דאין לקרקע של רשוה"ר שם של תקלה לא יכול להתחייב על מה שהוזק בקרקע עולם.

בקושית תוס' לרב

אמאי לא אמרינן קרקע עולם

תוס' בא"ד. ומיהו לרב ודאי קשה כי היכי דקאמר רב קרקע עולם הזיקתו ה"נ נימא בעל האבן בור של פלוני הזיקו, החזו"א שם כתב להקשות על דבריהם מדוע הקשו לרב טפי משמואל, הרי לשמואל בעל האבן נעשה שותף בבור לגבי החבטה א"כ ה"ה לרב נמי יעשה בעל האבן שותף לגבי ההבל כיון שהוסיף תקלה בבור.

ואפ"ל בדעת התוס' דלרב שסבר שאין חיוב בבור על החבטה ע"כ הביאור בזה שכל החיוב של בור רק אם יש כאן יצירת מזיק, וזה דוקא בהבל דיש לו שם מזיק, אבל לקרקע עצמה לענין החבטה אין שם מזיק כי זה מזיק רק בכוח הנפילה, אבל שמואל שחולק סבר שכל שעשה תקלה מתחייב ג"כ על ההיזק שנעשה בקרקע עולם שנגרם מחמתו.

וא"כ י"ל דכל מש"כ התוס' סברא כיון דיש שם תקלה על הבור הוא סברא לחייב בעל האבן דנעשה שותף למזיק של הבור כ"ז רק לדעת לשמואל שמחייב אף על החבטה, והיינו דס"ל לשמואל שאין החיוב של בור רק באופן שיש כאן יצירת מזיק, אלא החיוב הוא גם כשנגרם נזק מחמת הבור ולכן בעל האבן נעשה ג"כ שותף לחבטה שנגרם מחמת הבור, אבל לרב דבעינן שיצור מזיק חדש הקשה תוס' דבעל האבן יכול לומר בור של

פלוני הזיקתו ולא חשיב שעושה מעשה מזיק חדש, דהאבן רק גורמת לו ליפול בבור אבל אין כאן יצירת מזיק.

ישוב הרמב"ן על קושית תוס'

תוס' בא"ד. ומיהו ודאי לרב קשה כי היכי דקאמר רב קרקע עולם הזיקתו ה"נ נימא בעל האבן בור של פלוני הזיקו, הרמב"ן במלחמות בפרק הפרה כתב לישב קושית תוס' דיש חילוק בין מניח אבן ע"פ הבור שנפל ע"י מעשיו שהניח שם אבן הרי"ז דומה לשור שדחף שחייב כיון שממונו הזיק, משא"כ בכל בור אין כאן מעשה דידה שלא עשה דבר חדש ברשה"ר אלא שסילק העפר ועי"ז נוצר בור ואין כאן מעשה שלו ולכן אין חיוב של דוחף.

והנה התוס' שחלקו על הרמב"ן נראה דס"ל דכדי להתחייב משום דוחף א"צ דוקא שהדחיפה תהא ע"י מעשיו כיון שהחיוב הוא מה שהוא גורם לנופל להינזק בתוך הבור, ולכן אין חילוק בין אם נעשה ע"י מעשה שלו או שגרם לו ליפול, אבל הרמב"ן סבר דהחיוב בדוחף הוא מחמת שהוא עושה מעשה של דחיפה ולכן סבר דרק היכא שהוא הביא את האבן דהוה כשור שדחף.

עוד תי' הרמב"ן דכל החיוב באבן אינו אלא היכא שלא אפקרינהו דחייב מצד שור ולכן אין סברא של קרקע עולם דשורו שדחף חייב במה שהוזק בקרקע, אבל בבור בעלמא ל"ש לחייב משום דוחף.

ועי' ברכ"ש [סי' י"ב] מש"כ לבאר בדברי הרמב"ן שהחיוב של בור שונה מכל המזיקים שהרי הבור לא עושה מעשה היזק

אלא שהנזק נעשה ממילא ובגרמתו ע"י שבא אחר ונתקל שם, וכל החיוב הוא על הכשר נזקין דע"י כרית הבור הכשיר הבור שיוכלו ליפול לתוכו, וע"כ סבר רב דהחיוב בבור אינו אלא על ההבל שזה הכשיר אבל את החבט הוא לא הכשיר דהחבט כבר היה קודם לכן בבור ומשו"ה פטור ג"כ על מה שהבור דוחף דאת הדחיפה ג"כ לא הכשיר, משא"כ בשור החיוב הוא על שלא שמר שורו וחייב לשמור שורו שלא ידחוף שור אחר לבור ולכן חייב על הדחיפה ומשו"ה במניח אבן חייב על זה שלא שמר את אבנו שלא ידחוף אחר לבור.

במתכוין להורידה למטה מכתפיו

גמ' אמר רבה במתכוין להורידה למטה מכתפיו. פרש"י ונתקל והוטחה בכותל חייב דנקל פושע הוא, צריך להבין שאם כונה הגמ' שמתכוין להורידה חייב משום דנתקל פושע א"כ מדוע הוצרך להעמיד בכה"ג שמתכוין להורידה למטה מכתפיו.

ורבננו פרץ כתב דהגמ' רוצה לחדש דלא תימא שמכיון שהתכוין להורידה למטה מכתפיו א"א לחייב מדין נתקל פושע קמ"ל דאפ"ה בכה"ג חייב דנתקל פושע.

ביאור הס"ד דר"מ מחייב בנזקי בור באונס

גמ' א"ל אין מחייב היה ר"מ אפי' אזנה בידו. בתוס' מבואר שהנדון של הסוגיא לחייב אפילו אזנה לאו משום אדם המזיק ולחייב דוקא אם הוזק בשעת נפילה ממש, אלא אף

אם הוזק לאחר נפילה ג"כ לחייב משום בור, [ועוד תוס' כתבו דמיירי אפילו באופן שלא היה לו פנאי לסלק השברים].

והקשה הפנ"י מה ס"ד דמחייב ר"מ בנזקי ממנו באונס, הא לקמן בריש הכונס קאמר ר"מ דשן ורגל התורה מיעטה בשמירתן וסגי בשמירה פחותה דהיינו דלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה, וקאמר עלה בגמ' שם ד' דברים מיעטה התורה בשמירתם בור ואש שן ורגל ואיך שייך לומר דחייב באונס.

ובתב הפנ"י די"ל דסבר רבה דס"ל לר"מ דשאני נזק דבור משאר המזיקים דכרית בור דמי לנזק דאדם המזיק שחייב אף על האונס משום דבור מעשה האדם גרמו ותחילת עשיתו לנזק, ואפשר שחולק על הא דאמרים בריש הכונס דאף בור סגי בשמירה פחותה.

ואפשר לומר ע"ד הפנ"י דכל מה שמבואר בגמ' כאן הוא רק לגבי כריית בור, דבזה נאמר הדין דאדם מועד לעולם וכמו שאדם המזיק חייב באונס ה"נ חייב על כריית בור באונס ומטעמא שכתב הפנ"י דמעשיו גמרו לו, ונמצא לפי"ז דכריית הבור חמור מעצם השמירה בור עצמו דבבור עצמו ה"ז פטור כששמר שמירה פחותה ובכריית בור חייב באונס כמו אדם המזיק וצ"ע.

ולכאורה כדברי הפנ"י מבואר בתוס' [ד"ה ואונס] שכתבו דאע"פ שילפינן מקרא דפצע תחת פצע לחייב אונס וכתבו דהכא חשיב אונס גמור, וצ"ע קושייתם הרי הכא לא מיירי בחיובי אדם המזיק אלא הוא חיוב של בור ומה שיש להקשות מכא דנא דפצע תחת פצע, וע"כ שתוס' ס"ל שיצירת

מנחת

דף כמ ע"א

משה

כו

בור נדון בגדרי פשיעה של אדם המזיק, ולא משמע מתוס' דקאי לפי מה דס"ד בד"ה והתניא דמיירי כשהזיק בשעת נפילה ממש], ועי' ברבנו פרץ שביאר כל הסוגיא באופ"א ונדון הסוגיא הוא לא כשהזיק לאחר נפילה כשלא היה לו פנאי לחלק עי"ש היטב.

ראית הגמ' מקנקנים

דאונס פטור

גמ' וכי תימא ה"נ לענין קטלא אבל לענין נזקין חייבו דתניא נשברה כדו ולא סילקו וכו'. לכאורה קשה מה הראיה מקנקנים שפטור ברוח שאינה מצויה הא התם אין זה מעשה האדם שהרי הניח ברשותו ובזה יש פטור ברוח שאינה מצויה, אבל הכא הרי"ז מעשה האדם וכמש"כ באות הקודם שמבואר בתוס' [ד"ה ואונס] דשיך ללמוד מפצע תחת פצע דהוה כאדם המזיק.

ועי' בברכת שמואל סי' י' שכתב דמוכח מכאן יסוד שהחיוב ביצירת התקלה בבור אינו דקא כשעשה את התקלה בידים, אלא כל שפשע בכרית הבור הוא נחשב בעל הבור, ולכן אין חילוק אם נעשה הכרייה בידים או ממילא.

ונראה להוסיף עוד בזה שבגמ' בפ"ק מבואר שהחיוב של בור הוא משום שתחילת עשיתו לנזק ומעשיו גרמו לו, ונראה דהכא נמי חשיב תחילת עשיתו לנזק וכמו שכתב רש"י לעיל ו ע"א שאם הניח אס"ו בראש גגו חשיב תחילת עשיתו לנזק כיון שיודע שיכול ליפול ברוח מצויה, וה"נ כשהניח קנקנים חשיב מעשיו גרמו לו ותחילת עשיתו לנזק אלא שאת התקלה לא עשה בפועל.

אלא שהקשה הפנ"י הרי כשהניחו בראש הגג חייב מכח הצד השוה של אש ובור ובאש הרי יש פטור של רוח שאינה מצויה וא"כ מה מקשה הגמ' מהכא דאינו אלא בור בלבד עי"ש בכ"ד.

כריה בור באונס

לדעת הרמב"ן

תוס' ד"ה ואונס. ומפצע תחת לא מרבינן אונס גמור כדפרשית לעיל, כונת תוס' דחשיב אונס כעין גניבה לכן ל"ש לחייבו משום אדם המזיק, ויש להקשות לפי דעת הרמב"ן שאדם המזיק חייב אף באונס גמור א"כ מה מקשה הגמ' ואונס רחמנא פטריה דכתיב הרי באדם המזיק ל"ש לומר הך דינא. **וכתב** הקה"י [סי' כד] דע"כ צ"ל שהרמב"ן יפרש את הסוגיא דלא חשיב אדם המזיק פשיעת כרית בור דמה שהוזק לאחר נפילה נדון ככל מזיק של בור וחלק על תוס' שגם בזה יש גדרי אדם המזיק.

דף כמ ע"א

גדר דין נתקל פושע

גמ' אלא אביי אמר פליגי בשעת נפילה בנתקל פושע מר סבר נתקל פושע וכו'. בפשוטו למד"א נתקל פושע סבר דחשיב פשיעה גמורה, וכן נראה מדברי רע"א בגליון הש"ס כאן וכן מבואר ברע"א לעיל כז ע"ב בתוס' ד"ה באפילה עי"ש.

אולם מדברי הרשב"א לעיל כח ע"ב נראה דלא חשיב פשיעה גמורה, דבהא דמבואר בגמ' לעיל דנתקל בקרקע ונשוף באבן

לר' נתן חייב בעל האבן הק' הרשב"א דאם נתקל פושע אמאי חייב בעל האבן הרי הנתקל פושע והוזק בפשיעתו, ותי' הרשב"א דמוכח מכאן שאף למד"א נתקל פושע, אינו פשיעה גמורה שחייב עליה שומר חנם אלא שאינו אנוס.

ולכאורה כונתו דאין הכונה דהוה פושע גמור אלא חשיב כאנוס כעין אבידה שאדם המזיק חייב עליה, ולכן לענין זה שלא יזיק אחרים הוא חייב דבאונס אדם המזיק חייב, אבל לענין שלא יוזק דנימא איהו דאזיק אנפשיה אין סברא לפטרו דמ"מ אין כאן פשיעה גמורה, [ועי' היטב בדברי הרשב"א כז ע"ב ד"ה באפילה דמשמע כן].

וכתב הדברי יחזקאל [סימן נ' ו'] שלפי דברי הרשב"א נמצא שיש חיוב על כרית בור אף אם הוא אנוס, שהרי בגמ' כאן מבואר שאם נתקל פושע ונפל הכד מידו חייב על ההיזק של התקלה, ונמצא שהכלל של אדם מועד לעולם נאמר גם על יצירת מזיק של בור, ויסוד זה נתבאר לעיל מדברי הפנ"י בביאור סוגית הגמ' לעיל, ולפי"ז נתבאר דכל מה דמבואר בריש הכונס דסגי בשמירה פחותה אינו אלא אחר שנעשה המזיק אבל יצירת המזיק חמיר טפי והוה בכלל הילפותא דפצע תחת פצע וכמש"כ לעיל.

אולם צ"ע להרשב"א מהא דמבואר בגמ' דבקנקנים שנפלו הגג ברוח שאינה מצויה שהוא פטור לר"מ, ולכאורה מ"ש נתקל פושע דחשיב אנוס כעין אבידה מרוח שאינה מצויה שהרי מבואר בתוס' וברשב"א לעיל דרוח שאינה מצויה חשיב אנוס כעין אבידה, וא"א לומר דרק היכא שהוא מעשה האדם בעצמו יש חיוב של אדם מועד לעולם, אבל

בקנקנים אי"ז מעשה בידים ולכן אין חיוב של יצירת בור בכה"ג, דהא אביי הקשה לרבה שאמר שלר"מ חייב אפילו באזנה מהך דקנקנים ואם יש חילוק בין מעשה אדם בעצמו לרוח מה מקשה הגמ' וצ"ע.

ובאמת דברי הגמ' צ"ב שהרי יש לחלק בין מתני' לקנקנים דאין מעשה אדם, ועי' בברכ"ש סי' י' אות ב' שעמד בזה עי"ש מש"כ לבאר, עוד יש להקשות שהרי לרב החיוב במשנה הוא משום שור וא"כ לר"מ אמאי חייב בנתקל פושע לפי הרשב"א הרי בחיוב של ממונו אין חיוב באונס כעין אבידה.

וראיתי לבאר דהנה מצינו במקום אחר שיש ב' דרגות של פשיעה, יש פשיעה לגבי שומר חנם ויש פשיעה לענין חיוב נזקין, דהנה בריש פרק הכונס תנן נפלה לגינה משלמת מה שנהנית, ובדף נח ע"א נחלקו בגמ' רבא ורב כהנא, רבא אמר דמיירי שדחפתה חברתה, ורב כהנא אמר שהוחלקה במימי רגליה, ומבואר בגמ' שלפי רב כהנא היכא שדחפתה חברתה משלמת אף מה שהזיקה, משום דאיבעי ליה לעבורי חדא חדא, והרע"א שם ציין לתוס' ב"מ צג ע"ב שהקשו מהא דמבואר בגמ' שם לגבי שומרים שאם רועה אחד העביר את הבהמות על גבי גשר מעל הנהר ודחפה בהמה את חברתה וחייב רב פפא לשלם, וכתבו תוס' דמיירי שהיה שומר שכר וחייב לשלם אבל בשומר חנם פטור משום דלא הוה פשיעה דנטרי כדנטרי אינשי, והקשו תוס' אמאי לגבי נזקין חייב רב כהנא מה"ט דאיבעי לעבורי חדא חדא, וכתבו תוס' שע"כ רב פפא סבר כרבא שכה"ג לא חשיב פשיעה אלא אנוס.

אולם הרשב"א בפרק הכונס כתב ז"ל דלגבי בעה"ב פשיעותא הוא, אבל לגבי שומר חנם פטור משום דלא קביל עליה למטרח כולי האי, וביאור הדברים מבואר ברמב"ן בסו"פ הפועלים שלגבי חיוב שמירה אופן השמירה הוא כפי מה שדרכם של בנ"א לשמור, אבל אם אין דרכם של בנ"א לשמור אין זה בכלל פשיעה, אבל לגבי חיוב נזקין אף אם לא שמר כדנטרי אינשי חשיב פשיעה ואע"פ שהתורה מיעטן בשמירתם מ"מ לענין חיוב דחיפה הוא פשיעה.

ולפי"ז יש לבאר דברי הרשב"א בסוגיין שהרשב"א בקושיתו סבר דלמד"א נתקל פושע הוא חשיב פשיעה גמורה שאף שומר חנם יהא חייב עליה, ולכן הקשה הרשב"א אמאי אם נתקל בקרקע והוזק באבן שהוא פשיעה שלו והיינו דגדר דין של נתקל פושע הוא של שמר על עצמו כדרך בנ"א שהולכים בזהירות ולכן אף בשומר חנם הוא חשיב פשיעה, וממילא יפטר בעל האבן, ותי' דלמד"א נתקל פושע אין כאן פשיעה גמורה ששומר חנם חייב עליה והיינו שמצד אופן השמירה שבנ"א הולכים הוא שמר את עצמו אלא שלענין נזקין הוא חייב משום דהתם איכא חיוב גדול יותר שצריך לשמור את עצמו שלא יזיק, ולכן נתקל פושע אינו סברא לפטור את בעל האבן אם הוא הוזק כיון שמצד נטרי כדנטרי אינשי אין כאן פשיעה.

ולפי"ז נמצא שאין כונת הרשב"א דחשיב אונס כעין אבידה, אלא כונתו דהוא פשיעה של נזקין והוא דרגה אחרת, ולכן לענין כרית בור אפשר דדרגה כזו של פשיעה אינה מחייבת אלא כל מה שזה מחייב הוא רק

שהוא לא יעשה מעשה מזיק כשהוא נתקל, ואפשר שזה ביאור דברי תוס' לעיל דיותר יש לו לשמור שלא יזיק משלא יזוק, דלא יזיק הוא דרגה אחרת של חיוב פשיעה, ע"ע מש"כ בדף כא ע"ב ובריש פרק הכונס כמה נפק"מ הנדון זה.

והנה בתוס' ב"מ פב ע"ב [ד"ה וסבר] מבואר דלא כהרשב"א שכתבו שכל חיוב כריית בור הוא רק בפשיעה אבל באונס אפי' כעין אבידה אין חיוב, ולפי"ז צ"ל דנתקל פושע היינו שיש לו דין של פושע גמור, וכן מבואר בחי' הגר"ח הלכ' שכירות.

ולדברי הרשב"א צ"ל דהא דמבואר בגמ' ב"מ פב ע"ב דאי נתקל פושע אף שומר חנם חייב, היינו מדין אדם המזיק דמצד חיובי שמירה פטור דהוה כעין אבידה.

פליגי בשעת נפילה

גמ' פליגי בשעת נפילה. תוס' בכל הסוגיא מבאר דשעת נפילה היינו כל כמה שלא היה לו פנאי לסלק, ואחר נפילה היינו שהיה לו פנאי לסלק, אולם הבעל המאור פירש דשעת נפילה היינו כפשוטו שעת נפילה ממש וחייב מדין אדם המזיק, ולמד"א נתקל לאו פושע לא חשיב אדם המזיק והביאור בזה דהפשיעה חשיב כמעשה האדם כיון שזה נגרם מחמתו משא"כ כשלא פשע חייב רק מדין בור והוה בור באונס ופטור.

ובן דייק התוס' רי"ד בדעת רש"י דשעת נפילה היינו שעת נפילה ממש ומדין אדם המזיק, דרש"י [בד"ה אלא אמר אביי] כתב מתני' 'כשהוזק' הכד בשעת נפילה ופליגי 'כשהוזק' בחרסית, וממה ששינה רש"י הלשון

דבשעת נפילה כתב שהזיק ולאחר נפילה שהוזק משמע דבשעת נפילה ההיזק הוא בהדי דקא אזלי ולאחר נפילה שהוא הוזק ע"י דין בור.

ותמה התוס' רי"ד על רש"י דהגמ' מדייקת מהמשנה דהוחלק אחד במים דמיירי בשעת נפילה ולרש"י דשעת נפילה היינו שעת נפילה ממש קשה האיך שייך לומר הוחלק אחד במים בשעת נפילה, ועוד דרב ושמואל נחלקו בהוחלק אחד במים אם חייב על כלים ומשמע שהחייב הוא מדין בור ואם בשעת נפילה ממש הרי הוא חייב מדין אדם המזיק, [ועי' ברבנו פרץ שתמה כן].

והנה הרמב"ן במלחמות חלק על הבעה"מ דאף שהזיק בשעת נפילה אין כאן חיוב של אדם המזיק, אלא החיוב הוא משום אש כיון שלא נפל מכוחו אלא שנתקל בקרקע ועי"ז נפל, ול"ד להא דמבואר לעיל כו ע"ב שאם היתה אבן מונחת לו בחיקו ונפלה והזיק שחשיב אדם המזיק, דהתם האבן נפלה מכוחו שנפל מחמת העמידה ולכן חשיב אדם המזיק. **ועי'** ברמב"ן ב"מ פב ע"ב שכתב סברא זו דכל היכא שנפל מידו שלא במתכוין לא חשיב אדם המזיק ובזה ביאר הא דמעביר חבית ממקום למקום דלא חשיב אדם המזיק ודלא כתוס' לעיל כז ע"ב שביאר דהוה אדם המזיק, ותוס' אזלי לשיטתם שכתבו כאן [בד"ה והתניא] שאם הזיק בשעה שנופל חשיב אדם המזיק וע"כ דגם כה"ג שלא נפל מכוחו חשיב אדם המזיק.

ואפשר שיסוד פלוגתתם הוא במה שהתבאר לעיל כז ע"ב שנחלקו ביסוד החיוב של אדם המזיק, שדעת תוס' שאדם המזיק

חייב רק באונס כעין אבידה אבל באונס כעין גניבה פטור, ומבואר שדעת תוס' שחיוב נזקין של אדם המזיק תלוי בגדרים הרגילים של כל נזקי ממונו שחייב לשמור את עצמו שלא יזיק, ולפי"ז נראה שאף אם ההיזק לא בא מכוחו אלא שהחבית נפלה ממנו גם זה בכלל החיוב של אדם המזיק.

אבל הרמב"ן שחולק שאין חיוב של אדם המזיק בזה, משום שהרמב"ן למד שיסוד החיוב של אדם המזיק אינו מחמת שלא שמר אלא שהתורה חייבה על מעשה אדם יותר מעל חיוב של ממונו, ולכן י"ל שכל מה שהתורה חייבה הוא רק כשיש מעשה מזיק, ולכן היכא שנפלה ממנו ואין כאן פעולת היזק של אדם אין חיוב של אדם המזיק.

בתרתי פליגי

גמ' בתרתי פליגי פליגי בשעת נפילה וכו'. הקשה הפנ"י דעיקר דברי אב"י הוא לישיב מה שהקשה על רבה שפירש דכונת ר"י נתכון היינו נתכון להורידה למטה מכתפיו, ואב"י בא לומר שהכונה של מתכוין היינו לשבור או לזכות בחרסיה, ואמאי לא אמר אב"י כן בהדיא ועיקר הדבר חסר מן הספר עי"ש מש"כ לבאר, וע"ע בתוס' רבנו פרץ מש"כ.

במעם דחייב בהיה לו פנאי לסלק השברים

תוס' ד"ה פליגי. דאי היה לו פנאי לסלק הוה מחייב אפילו ברוח שאינה מצויה דכיון דלא אפקרינהו עליה ידידיה רמיה לסלוקי וכו', דעת התוס' דהיכא דאחר כרה בור ברשות

מנחת

דף כט ע"א

משה

לא

חברו חייב בעל החצר, ועי' בתוס' לקמן מח ע"א שנסתפקו בדבר זה דשמא כל החיוב דאמרינן לקמן הוא רק בשור שחפר בחצר חברו שא"א לחייב את השור אבל באדם לא.

וצריך לבאר סברת תוס' מה הטעם שבעל הממון חייב ואמאי אין חיוב גם למניח התקלה, דאע"פ שיש סברא לחייב את בעל הממון משום דהו"ל לסלוקי אבל מה הטעם שזה סיבה לפטור את המניח ואמאי לא יהא בזה הדין של רצה מזה גובה רצה מזה גובה.

ובאמת דכל מה שמצינו הדין של רצה מזה גובה הוא כששניהם עשו מעשה אחר כהא דריש פרק הגוזל דגול ובא אחר ואכלו דכל אחד עשה מעשה אחר של גזילה, אבל הכא הוא תקלה אחת שיש סיבה לחייב את שניהם, אולם אכתי קשה מדוע לא יהיו שניהם חייבים, ונראה שאע"פ שוראי שיש סיבה לחייב את מניח התקלה שהרי אם היה תקלה של הפקר הוא היה חייב ע"ז, אבל כשיש בעלים הוא סיבה יותר לחיוב ממניח התקלה, ומצינו שאם יש ב' מזיקים המזיק העיקרי הוא אחראי על ההיזק יותר מן המזיק השני.

ורונמא לזה מצינו בשיטת רבנן לקמן נג ע"א דשור שדחף חברו לבור בעל

הבור פטור משום דאזלינן בתר העיקר שהוא הדוחף והוא נחשב המזיק העיקרי, וכמו שביאר הפנ"י שם שאף שבעל הבור נחשב מזיק מ"מ כל החיוב נזקין מוטל על בעל השור שהוא המזיק העיקרי, וא"כ ה"נ אע"פ שהמניח עשה תקלה כיון שבעל הממון יש בו סיבה יותר לחיוב עליו מוטל כל אחריות

ההיזק, ונראה הטעם שבעל הממון יש בו יותר סיבה לחיוב משום שהחידוש של בור שבעל התקלה עשאו הכתוב כאילו ברשותו ולכן עיקר המחייב של בור הוא בעל הממון, ולכן היכא שיש בעל הממון ממש ובעל התקלה מי שבעל הממון הוא נחשב עיקר המזיק ועליו מוטל עליו כל האחריות.

וי"ש לדמות סברא זו לשיטת רבנן באחד חופר בור ט' והשני השלימו ל"י, דהשני חייב על הכל משום דאיהו אחראי גדול יותר על ההיזק, וכמו שיבואר להלן נא ע"א ע"ש.

אולם הרמב"ן במלחמות לקמן לא. פליג על התוס' וס"ל דהחופר עליו לסלק הנזק ולא על בעל החצר דלא אמרינן זה חופר וזה מתחייב, ועי' בנחלת דוד ואמרי משה [סי' כ"ט ז] שכתבו ליישב הראיות שהביא התוס' לדעת הרמב"ן, דהא דאמרינן דבעל החצר חייב בנזקי הבור משום שהפקיר רשותו והפקר הרי הוא ככרייה כפרש"י שם ע"ש, אבל תוס' דלא סבירא להו כן אזלי לטעמייהו דס"ל לעיל כח ע"ב שהפקר אינו כמעשה כרייה ולכן כתבו שם דבהפקיר רשותו ובורו פטור כמש"נ שם.

חידוש תוס' דבור דממונו
חייב בלא פשיעת בריה

תוס' בא"ד. ואידך מודים לחכמים וכו' דאע"פ שהיה לו פנאי לסלק דהוה מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס ומצי אמר האי בירא לאו אנא כריתיה וכו', ויש להסתפק האם מיירי שהפקירו מיד כשלא היה לו פנאי לסלק, או דילמא שאפי' אם הפקירו לאחר שהיה לו פנאי לסלק מ"מ פטור.

והאמרי משה [כט אות יז] הוכיח מדברי התוס' לקמן מח ע"א דאף כשהפקיר לאחר שהיה לו זמן לסלק פטור, וביאר דסברת התוס' היא דבאופן שנפל באונס לא חשיב מעשה כרייה ידיה, וכל החיוב של בור הוא מחמת שהוא ממונו שהזיק, ולכן בשעה שהפקירו א"א לחייב אותו יותר שהרי הבור אינו שלו, וכתב שם שזהו שלא כדברי הסמ"ע שכתב שאדם שחפר בור ברשותו ואח"כ הפקיר רשותו ולא הפקיר בורו ואח"כ הפקיר גם בורו דחייב על מי שנפל, ולמבואר בתוס' היכא שכל החיוב הוא משום ממונו ל"ש לחייב היכא שהוא כבר לא ממונו.

והביא האמרי משה שם שהריב"א בשטמ"ק כתב דכל מה דפטר ר' יהודה כשהפקיר אינו אלא כשהפקיר מיד אבל אם הפקיר לאחר שהיה לו פנאי לסלק ולא סילק חייב, וכן מבואר בשטמ"ק מח ע"א, וביאר האמרי משה דסברת הריב"א הוא שהחיוב של הוה ליה למלווי ולא מליא היא סברא דחשיב ככורה בור בידים, כיון שהבור נמצא ברה"ר מחמת שלא סילקו, ולכן לא מהני ההפקר כמו שלא מהני כשכרה הבור בידים ממש ודלא כתוס' שזהו רק חיוב של ממונו, ומשו"ה לשיטת הריב"א בהפקיר רשותו ולא בורו אם יפקיר אח"כ את בורו לא יפטר כיון שאין החיוב משום שהבור ממונו שהזיק אלא החיוב הוא דחשיב ככרייה וכדברי הסמ"ע.

ונראה דבחקירה זו נחלקו התוס' והרמב"ן באות הקודם שלתוס' החיוב הוא משום ממונו ולכן חייב בעל הממון אפילו אם נתנו אחר שם, אולם הרמב"ן סבור שהחיוב הוא משום דחשיב ככרייה וע"כ מחייבים את

מי שעשה בידים, ותוס' אזלי לטעמייהו בזה, ועמ"ש"כ לקמן לא ע"ב.

דעת הריב"א דפליגי לאחר נפילה אף בהפקיר קודם שהיה לו פנאי לסלק **והנה** הריב"א בשטמ"ק מבאר שכונת הגמ' ופליגי לאחר נפילה במפקיר נזקיו, רק אם מפקיר קודם שהיה לו שהות לסלק דלר"מ חייב ולר"י בכה"ג פטור וחולק על תוס' שביארו שנחלקו ר"מ ור"י אם יש חיוב של בור ברשוה"ר, אלא אף לר"י יש חיוב של בור ברשוה"ר ונחלקו רק כשלא היה לו לסלוקי האם מועיל ההפקר, ומבואר לפי דבריו שר"מ שחולק על ר' יהודה סבור שאף אם יפקיר מיד לאחר נפילת אונס חייב כיון שאם לא היה מפקיר היה מתחייב לסלק הנזק ממילא לא יועיל מה שהפקיר.

וצ"ע הסברא בזה דמכיון שהיה אנוס על נפילה הרי"ז דומה למפקיר שורו דפשוט שהוא פטור על הנזקין שיעשה אח"כ, וצ"ל דלא שייך ליפטר ע"י הפקר כיון שיש לזה שם מזיק כבר ודוקא בשור שייך להפקיר כיון שעדיין אין לו שם מזיק.

ולפי דברי הריב"א שר"מ סבר מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס חייב, צריך לבאר מה כונת הברייתא ומודה ר"מ לחכמים במעלה קנקנים ונפלו ברוח שאינה מצויה והזיקו שחייב, שתוס' ביארו שכונת הגמ' הוא שר"מ מודה שמפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס פטור אבל לפי השטמ"ק א"א לומר כן.

והיה מקום לחלק שכל סברת הריב"א הוא רק באס"ו שאינם מתקלקלין בנפילתן כמש"כ תוס' ובזה יש לזה תורת מזיק בשעת נפילה ולכן לא מהני בזה ההפקר, אבל

מנחת

דף כט ע"ב

משה

לג

בקנקנים כתבו תוס' שבסתמא הוא מפקיר ובפשוטו אי"צ מעשה הפקר אלא מיד שנפלו נעשו הפקר, וא"כ בזה אפשר שר"מ מודה שמיד שנפלו חל בהם הפקר ולכן אף לר"מ ל"ש לחייב עליהם משום בור, ולפי"ז כונת הגמ' שמודה ר"מ בקנקנים שדבר זה אי"צ מעשה הפקר שלו ולכן אין חייב על הנזק שנעשה.

אולם עי' בשטמ"ק לקמן מח ע"א שמבואר מדבריו שלפי הריב"א אף בכה"ג יהא חייב לר"מ עי"ש שכתב שאם הבהמה הטילה גללים חייב בעל הבהמה לר"מ דמחייב אף במפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס, ולכאורה גללים ג"כ אין כאן מעשה הפקר אלא ההפקר חל ממילא וא"כ קשה מה כונת הגמ' ומודה.

וצ"ל לפי הריב"א שכונת הגמ' ומודה ר"מ במעלה קנקנים לא שהזיקו לאחר נפילה אלא שהזיקו בשעת נפילה ופטור משום שהוא אנוס כמו ומודים חכמים לר"מ דמיירי בשעת נפילה.

מתכוין לזכות בחרסיה

גמ' אמר ר' יוסף במתכוין לזכות בחרסיה. מלשון הגמ' משמע דהפקירן וצריך לעשות זכיה מחדש, אולם רש"י פירש שלא הפקירן, ועי' בנמוק"י מש"כ לבאר לחלק בין מים לבין חרסית, [ומדבריו נראה דלא כמש"כ תוס' ד"ה הוחלק].

דף כט ע"ב

רש"י ד"ה אליבא דר"מ כ"ע לא פליגי. דהשתא בהפקיר נזקו הבא ע"י אונס מתחלה מחייב, משמע מרש"י דר"מ מחייב

אף במפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס וכמו שכתב בשטמ"ק בשם הריב"א שהובא לעיל ודלא כמש"כ התוס'.

אולם המהרש"א במהדורא בתרא כתב דכונת רש"י דר"מ מחייב בנתקל שלפי רבנן חשיב אונס כ"ש בפשיעה גמורה, וכן מפורש ברש"י לקמן לא ע"ב ד"ה דאמר ליה וכו' דמפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס פטור, [ולדעת הרשב"א שהובא לעיל דנתקל פושע לאו פשיעה גמורה אלא כאונס כעין אבידה א"ש מש"כ רש"י אנוס, אולם ברש"י לקמן לא ע"ב ד"ה אי נתקל] מבואר דחשיב פושע ממש].

הטעם שבור עשאן

כאילו הוא ברשותו

גמ' שני דברים אינם ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאילו הן ברשותו. הר"ן בפסחים ו ע"ב ביאר דכיון דקרייה רחמנא בעל הבור, אע"פ שאין רשות הרבים שלו, ע"כ שכונת התורה דכדי להתחייב צריך להיות בעלים, ולכן אמרינן דעשאן הכתוב כאילו הן ברשותו.

ועי' תוס' חכמי אנגליה בפסחים ו ע"ב שכתבו דמשו"ה לא מצינו לענין אש דעשאן הכתוב כאילו הם ברשותו משום דרק בבור כתבה התורה בעל הבור אבל באש לא כתבה התורה בעל האש.

והטעם שהתורה חידשה כן בבור שאע"פ שאינו שלו עשאן ברשותו יעוין

באבי עזרי [פי"ב ה"ג] שנראה שהסברא בזה הוא משום שחלוק מזיק של בור משאר המזקים וכמו שנתבאר לעיל כח ע"ב שבור הניזק הזיק את עצמו, ואינו דומה לשאר המזקים שהמזיק הוא עושה את ההיזק לניזק,

וכל החיוב של בור הוא מחמת שהוא נחשב בעל התקלה והתורה חייב את בעל התקלה, ומכיון שהחיוב הוא על מה שעשה את התקלה הוצרכה התורה לומר שהוא בעל התקלה כדי שיהא חייב על נזקי הבור אבל אם לא היה לו דין של על הבור לא היה מחויב על התקלה שעשה כיון שההיזק הוא רק גרמא בעלמא.

בונה לקנין בקנין יד

גמ' ואמר ר"א לא שנו אלא שנתכון לזכות בה אבל לא נתכון לזכות בה פטור. תוס' בפירוש אחד כתבו שקונה ע"י קנין יד.

ועי' משנה למלך פ"ז מגו"א ה"ח שכתב דמוכח מכאן דאף לקנין יד צריך כונה לקנות ואינו קונה שלא מדעתו, ול"ד לחצרו שקונה לו שלא מדעתו, ודלא כשי' המהרי"ט דידו שלא אדם קונה לו שלא מדעתו.

מוצא בור מגולה

וכיסהו וחזר וגילהו

גמ' למוצא בור מגולה וכיסהו וחזר וגילהו. הרמב"ם פ"ב מנזקי ממון כתב המוצא בור וכסהו וחזר וגילהו בעל הבור חייב וזה האחרון פטור, וכתב הראב"ד שם 'ובכדי שידע', מבואר דשיטת הראב"ד דכל מה שחייב בעל הבור כשחזר וגילהו רק לאחר שנודע לו שנתגלה אבל קודם לכן פטור.

ובתב' המגיד משנה דמשמע שלפי הרמב"ם חייב אפילו קודם שנודע לו שהבור נתגלה משום דלא היה לו לסמוך על כיסוי של חברו דהו"ל לחשוש שיבא בעל הכיסוי ויטול את הכיסוי, [ודומה להא דמבואר בגמ' וכל החיוב של בור הוא מחמת שהוא נחשב בעל התקלה והתורה חייב את בעל התקלה, ומכיון שהחיוב הוא על מה שעשה את התקלה הוצרכה התורה לומר שהוא בעל התקלה כדי שיהא חייב על נזקי הבור אבל אם לא היה לו דין של על הבור לא היה מחויב על התקלה שעשה כיון שההיזק הוא רק גרמא בעלמא.]

לקמן דמכסה בורו בדליו של חברו ונטל בעל הדלי דחייב בעל הבור דהו"ל לאסוקי אדעתיה שיבוא הבעלים ויטול הכיסוי].

הברכת שמואל [סי' כ"ג] ואבי עזרי שם ביארו פלוגתת הרמב"ם והראב"ד ע"פ מה שכתבו לחקור בהך דינא דולא יכסנו הא כיסהו פטור, האם הכונה בזה שכיסוי הוא סילוק המזיק ודמי למי שמילא את הבור בעפר, או"ד דלא חשיב סילוק המזיק אלא שזה מדין שמירה על הבור, וכתבו שבזה נחלקו הרמב"ם והראב"ד, דהרמב"ם סבר שלעולם אין צריך לחשוש שיקח המכסה את הכיסוי דכיון שכיסה מסתמא לא יקח את הכיסוי, אלא דסבר הרמב"ם שהכיסוי חשיב רק שמירה על הבור אבל אין כאן סילוק המזיק, וממילא מוטל על בעל הבור לשמור על הבור ואינו יכול לסמוך על שמירת האחר, ולכן בשעה שנסתלק השמירה חייב בעל הבור אף קודם שנודע לו, אבל הראב"ד סבר שכיסוי הבור הוא סילוק המזיק ולכן כשכיסהו פקע ממנו חיוב שמירה ורק כשחזר ונודע לו חייב לכסות.

וצריך להוסיף שאף דע"י הכיסוי חשיב כאילו נסתלק הבור לגמרי עדיין חלוק מהא דאטם וחזר וגילהו דהשני חייב והראשון פטור דהתם יש כאן מעשה כרייה גמור של השני שהרי נסתלק כל מעשה הראשון, משא"כ כאן אף דכסוי חשיב סילוק הבור מ"מ כשגילהו חזר הבור הראשון לקדמותו ואין כאן בור חדש וע"כ הראשון חייב, וכתב הברכ"ש דבהא דלקמן דכיסה בדליו של חברו הדין הוא דחייב בעל הבור אפילו לא הו"ל למידע גם לשיטת הראב"ד כדמשמע שם שהראב"ד לא פליג שם ע"ד

מנחת

דף כמ ע"ב

משה

לה

הרמב"ם, ומשמע דמודה דחייב מיד ולא בכדי שידע, והטעם דהתם אין כאן כיסוי כלל משום דהו"ל לאסוקי אדעתיה שבעל הכיסוי יקח הכיסוי, עכ"ד.

אולם צ"ב דאי אמרינן במכסה בורו של חברו דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה שיחזור ויגלה סו"ס אמאי מחייב הרמב"ם חייב ומה זה גרע מכיסוי שיכול לעמוד ברוח מצויה דחשיב כיסוי.

וי"ש לבאר באופן אחר דבאמת גם כשכיסה בורו של חברו הו"ל לבעל הבור לאסוקי אדעתיה שיקח את הכיסוי ומ"מ סבר הראב"ד דפטור עד כדי שידע כיון דע"י הכיסוי חשיב שנסתלק הנזק לגמרי וע"כ פטור אפילו במקום דהו"ל לאסוקי אדעתיה, ואף שכיסוי שאין יכול לעמוד ברוח מצויה לא חשיב כיסוי, י"ל דהתם מצד עצמו לא חשיב כיסוי כלל משא"כ הכא דמצד עצמו יש כאן כיסוי גמור אלא דבעי לאסוקי אדעתיה שיקח חברו הכיסוי, י"ל דבזה לא חשיב שאין כאן כיסוי משא"כ בהא דלקמן במכסה בדליו של חברו דמודה הראב"ד דחייב מיד ואי"צ בכדי שידע התם ליכא כיסוי כלל דאינו יכול לקבוע כיסוי בדבר שאינו שלו.

והנה נפק"מ בזה באופן שיכסה בכיסוי של הפקר דלמבואר י"ל דכיון שלא עתיד לקחתו משם אף להרמב"ם חייב רק כשידע, אבל לביאור הברכ"ש כיון שאי"ז כיסוי שלו לא חשיב כיסוי, וע"ע בחזו"א ס"ב סק"כ מש"כ לדון בכיסהו בכיסוי של בעל הבור.

הפכה למטה מג' טפחים

גמ' אלא אמר רב אשי כגון שהפכה למטה משלושה. רש"י ביאר דמכיון דלא נתכוין

לזכות בה ולא עקרה ממקומה ג"ט חשיב הראשון עדיין כבעל הבור, [וכונתו משום דבעלמא תוך ג' כלבוד דמי כמש"כ בר"ח].

ובתב החזו"א [ב' ס"ק י"ח] דאע"פ שאם הגביה ב' טפחים תו אין יכול להזיק וא"כ אמאי לא חשיב איהו בעל הבור דהא נסתלק מעשה הראשון, וביאר משום דכל שלא עקרה לגמרי ממקומו (דהיינו ג"ט) חשיב שיש כאן תקלה אלא שאין בכוחה להזיק והוה כבור מכוסה וכשהניח חשיב שהסיר השמירה ולכן חשיב הראשון בעל הבור.

הרשב"א כתב דא"צ שיגביהה דוקא ג"ט אלא אפי' הרחיקה ממקומה ג"ט ג"כ נעשה איהו בעל הבור דחשיב שסילק כרית הבור של הראשון וכ"כ בהגהות הב"ח כאן, ועי' בלשון רבנו חננאל ובמאירי דמשמע מדבריהם שצריך דוקא ע"י הגבהה שנעשה שלו, וקשה לדעת הרשב"א אמאי לא הוה כבור המתגלגל דמבואר לעיל ו ע"א דהראשון הוא בעל הבור.

וצ"ל דהיכא שבכוונה גלגלו אדם למקום אחר נעשה איהו בעל הבור דהטעם בבור המתגלגל הוא מכיון שיש רוח מצויה שיתגלגל למקום אחר חשיב איהו בעל הבור גם על המקום שיתגלגל לשם אבל כשנעשה בכוונה חשיב המתגלגל בעל הבור.

נתכוין לזכות בו חייב משום ממונו

רש"י ד"ה כשהפכה למטה ג'. ומיהו היכא דנתכוין לזכות בה מחייב משום ממונו דאיכא למד"א הבטה בהפקר קני, ובתוס'

משמע דהקנין הוא ע"י הגבהה אלא דלא בעינן הגבהה של ג"ט כמו בכל מקום כיון דאיכא מד"א הבטה בהפקר קני, וכ"כ הרשב"א ועי' ביש"ש סט"ו.

עי' בר"ן קידושין ט ע"ב מדפי הרי"ף שכתב בדעת רש"י שאע"פ שלא מהני הך הגבהה לגבי קנין מ"מ לגבי חיובי בור סגי, וז"ל ורש"י נזהר בזה ופ"י דאע"ג דלאו הגבהה מעליא היא קניל התחייב בנזקין כמפקיר נזקיו הואיל ודעתו לזכות בה שמאותה שעה נסתלק מעשה ראשון עכ"ל, ונראה מדבריו שיש כאן בעלות חדשה לגבי בור.

תוס' לעיל ע"א הוכיחו מכאן שבעל הבור חייב אע"פ שלא כרה את הבור ולכן אם אחר הניח תקלה של חברו ברשוה"ר הבעלים חייב משום ממונו.

והרמב"ן הובא לעיל חולק על התוס' דלא אמרינן זה חופר וזה מתחייב, וכתב האמרי משה [סי' כ"ט סק"י] דצ"ל דכל סברת הרמב"ן הוא רק אם אפשר לחייב את בעל התקלה, אבל היכא שאין בעל התקלה חייב בעל הממון.

חילוק בין מצמצם למפריח

גמ' ומצמצם מ"ט פטור משום שאין דרכם של בני אדם להתחכך בכתלים. צריך לבאר א"כ מה הטעם שבמפריח הוא חייב הרי אין דרכם להתחכך בכתלים, ועי' בנמוק"י שנראה מדבריו דהא דמפריח חייב משום דהוציא הקוצים מהכותל דאף אם בנ"א הולכים כדרכם ג"כ ניזוקין, אבל במצמצם לא הוציא הקוצים לחוץ ואם הולכים כדרכם אינם

ניזוקין ולכן כיון שאין דרכם לילך סמוך לכותל ממש אין חייב על ההיזק.

מבואר מדברי הנמוק"י דיש חילוק בצורה שהקוצים מונחים בכותל בין מפריח ומצמצם, וכן נראה בסמ"ע תט"ו סק"ב שכתב דמצמצם לא הוציא כלל לרשות הרבים אפילו יצאו ובולטים מן הכותל כל שהן ברשותו.

אולם ברש"י משמע חילוק אחר דרש"י פ"י דמצמצם לתוך שלו דה"ל בור ברשותו ואע"פ שהפקיר רשותו שהקצהו לרשוה"ר פטור, משמע ברש"י שאין חילוק בצורה שהקוצים מונחים בכותל אלא החילוק הוא אם כנס הכותל לרשותו או שהכותל עומד סמוך לרשוה"ר, וצ"ב א"כ מה החילוק הרי אין דרכם להתכך בכתלים.

ואפשר לומר שאף שאין דרך להתחכך בכתלים מ"מ יש חילוק אם הוא הוציא את הקוצים לרשוה"ר או שזה ברשותו, דאם הם ברשוה"ר חשיב המצניע שלא ברשות ולכן אף שאין דרך להתחכך חייב המצניע לשלם דהיכא דאחד ברשות ואחד שלא ברשות השלא ברשות חייב אם הזיק ולכן אע"פ שאין דרך להתחכך מ"מ יהא חייב כיון שהוא שלא ברשות, אבל במצמצם כיון שלא הוציא מרשותו ואין דרך בנ"א להתחכך חשיב המצניע ברשות ומי שהולך ברשוה"ר חשיב שלא ברשות ולכן אם הזיק פטור.

וי"ש לדמות להא דמבואר בריש פרקין בהא דמקשה הגמ' איבעי ליה לעיוני שהובא שנחלקו הראשונים אם קושית הגמ' היא רק אמאי פטור הנתקל, או הקושיא היא אף מדוע חייב בנזקו הרי איבעי ליה לעיוני, ובאר בברכ"ש שהנדרון בסוגיא שם הוא האם המניח

דף ל ע"א

לא יהא אלא ברפשו

גמ' לא יהא אלא ברפשו. פרש"י דכיון שנעשה הרפש שלו ולא הפקירו לחייב, כתב החזו"א (ס"ה ס"ק י"ב) דלכאורה א"צ לזה דאף אם יפקירנו יתחייב כיון דל"ש לומר כאן קרקע עולם דדמי לנתקל באבן שהניחו ברה"ר דל"א קרקע עולם הזיקתו, עי"ש מש"כ לדחות.

עוד כתב החזו"א לדון איך זכה ברפש דהרי לא עשה מעשה קנין, וכתב דאפשר דהמים חשיב ככלי, או דכיון שהוא מחובר לקרקע נתינת המים חשיב כקנין חזקה במים, ואולי י"ל דע"י שהוא עשה את הרפש נעשה הרפש שלו וכמש"כ האחרונים דכל דבר שאדם עשה יצירה חדשה נעשה שלו.

גמ' ותרתי למה לי. עי' ברש"י, ומשמע מדבריו שקושית הגמ' היא דוקא לרב אבל לשמואל לא וצ"ב מה הטעם בזה, וכתב הפנ"י דלשמואל בעינן ב' המשניות דהמשנה כאן דקתני והוזק בהן לגלות דהא דקתני לעיל הוחלק אחד במים היינו שניזוק בקרקע ולא בגוף המים כמו שמשמע כאן.

מצניע קצותיו בכותל חברו

גמ' ת"ר המצניע קצותיו לתוך כותל של חברו ובא בעל הכותל וסתר את כותלו וכו' חייב המצניע, אמר ר' יוחנן ל"ש אלא בכותל רעוע אבל בכותל בריא המצניע פטור וחייב בעל הכותל. כתב הרא"ש דהמצניע פשע בזה שהניח בכותל רעוע שהרי עומד לסתור כתלו והרי"ז דומה לאס"ו שהניחן

כד חשיב ברשות כיון שהדרך להניח ברשות הרבים כדי לפוש, או"ד שהנתקל חשיב ברשות כיון שמותר לו לילך ברשות הרבים ובתחלה ס"ל לגמ' שהמניח ברשות והשני עליו לעיוני, ודוחה הגמ' שאין דרכם של בנ"א להתבונן בדרכים ולכן הוא נחשב ברשות והמניח של ברשות.

ברש"י שביאר שהפקיר

רשותו לבני רשוה"ר

רש"י ד"ה אבל צמצמן. דהפקיר רשותו שהקצהו לבני רשוה"ר, הרע"א [החדש] ומהר"ם שיף להלן נ"ע"א הקשו מדוע הוצרך רש"י לומר שהפקיר רשותו לבני רשוה"ר הרי השתא ס"ל לגמ' דר' יוחנן מחייב רק בבור ברשות הרבים אבל בבור ברשותו פטור, וא"כ אמאי הוצרך רש"י לומר שהפקיר רשותו לבני רשוה"ר ומספיק אם הקוץ נמצא בתוך רשותו.

ובתבו לבאר דרש"י אזיל לשיטתו שכתב לקמן מט ע"ב לבאר דלמד"א דבור ברשות פטור הטעם הוא משום שיש סברא של כי אפקרנא לא להתחייב נזקי הבור, וכתבו התוס' שלפי רש"י חופר בור סמוך לרשוה"ר כו"ע מודו דחייב דל"ש כי אפקרנא, ולפי"ז כתבו דה"ה הכא אם לא הפקיר רשותו לבני רשוה"ר לא היה ראיה מכאן שסבר ר"י דבור ברשותו פטור, דהוה כחופר בור סמוך לרשות הרבים דל"ש לומר כי אפקרנא ולכן הוצרך רש"י לומר שהפקיר רשותו לבני רשוה"ר.

אלא שהקשה רע"א דמה דחק את ר"י להעמיד מתני' רק במפריח ולא במצמצם, הרי אפשר להעמיד במצמצם בכה"ג שלא הפקיר רשותו לבני רשוה"ר.

הראיה ממכסה בור בדליו של חברו

גמ' זאת אומרת המכסה בור בדליו של חברו ובא בעל הדלי ונטל את דליו חייב בעל הבור. כתב התוס' רי"ד דמוכח מכאן שהמצניע זכוכית בכותל של חברו אע"פ שראה בעל הכותל את הקוצים מ"מ חייב המצניע, שהרי כאן ע"כ בעל הדלי יודע שנעשה בור כשנוטל את הדלי והרי הוא עושה בור בידים ומ"מ פטור בעל הדלי וחייב בעל הבור, וא"כ ה"ה לגבי מצניע זכוכית נמי אע"פ שראה את הזכוכית אין לבעל הכותל שם של כורה בור כשמפיל את הכותל, ולפי מש"כ בחזו"א שדעת הרא"ש והתוס' שאם ראה בכל הכותל הוא חייב צ"ע.

והחזו"א ודברי יחזקאל [ס"נ אות ג] ביארו שצ"ל שאין ראה מכאן אם כשנוטל ברשות אין לו דין של כורה בור, אלא יש כאן נדון אחר האם בעל הבור שכיסה בכיסוי שאינו שלו האם חשיב רוח מצויה שהכיסוי יפול וממילא לא חשיב כיסוי, או דלא חשיב כרוח מצויה וחשיב שמירה ראויה על הבור, וזהו ראית הגמ' מהא דמצניע דכיון דהו"ל לאסוקי אדעתיה שזה יסתור כותלו לא חשיב שומר על בורו.

וב"נ מדברי רש"י [ד"ה חייב בעל הבור] שכתב 'וה"נ איבעי לאסוקי אדעתיה שזה יטול דליו דהיינו דחשיב שלא שמר בורו', אבל הא דהשני פטור לא היה נדון בגמ' דפשיטא דכה"ג שנוטל את שלו לא חשיב בעל הבור, אלא הראשון שכרה הבור יש לו דין בעל הבור דלא היה כאן כיסוי כלל, אבל הכא ביאר החזו"א דאם בעל הכותל ראה

בראש גגו שחייב משום שיוכל ליפול ברוח מצויה, אבל בכותל בריא המצניע לא פשע ובעל הכותל חייב דאיבעי ליה לעיוני שמא אחד הצניע.

ובכתב החזו"א (סי' ב' סק"כ) שמדויק מדברי הרא"ש שכתב דהטעם שבכותל בריא חייב בעל הכותל דאיבעי ליה לעיוני ובכותל רעוע לא איבעי לעיוני, דכל הנדון בסוגיא אם המצניע חייב או בעל הכותל הוא רק באופן שלא ראה הקוצין והזכוכיות, אבל אם ראה חייב בעל הכותל דאיהו חשיב כורה הבור, [ועי' להלן שבדברי יחזקאל למד כונה אחרת בביאור דברי הרא"ש].

אולם התוס' רי"ד כאן כתב דה"ה אם בעל הכותל רואה את הקוצים קודם שסתור את הכותל פטור בעל הכותל וחייב המצניע, וביאר התוס' רי"ד דהסברא בזה דכיון שאינו עושה מעשה של כרית בור אלא סותר את כותלו ומאליהן נפלו חייב המצניע שהוא פשע בכרית הבור, וכן דייק בדברי יחזקאל סי' נ' ובערוך השולחן סי' תט"ו מדברי רש"י ד"ה וחייב בעל הכותל 'דהו"ל לאצנעניהו' דמשמע דראה אותם קודם ולכן בכותל ברי צריך להצניעו.

ועי' ב"ח סי' תט"ו שכ"כ דה"ה בידע פטור בעל הכותל, [וכן משמע בלשון הגמ' דמיירי שראה דקאמר מהו דתימא התם הוא דלא ידע ליה לא מצי לאודועי ופרש"י שלא ידע מי הוא המצניע], אולם התוס' רי"ד כתב דבכותל בריא חייב בעל הכותל משום דליכא פשיעת המצניע אזלינן בתר פשיעת בעל הכותל שהיה לו לחשוש שמא יש כאן קוצים שיהיו בור.

את הקוצים חייב משום דל"ד לכורה בור וכיסהו דהתם יש כאן בור אבל הכא אע"פ שהמצניע פשע מ"מ לא עשה את עצם הבור, אלא בעל הכותל שסותר כותלו חשיב עושה הבור ע"י כוחו ולכן אם ראה אותם חשיב איהו בעל הבור והראשון אע"פ שפשע פטור.

והנה החזו"א שם כתב דה"ה אם לקח עפרו של חברו וטמם בורו ובא חברו ולקח עפרו דחייב הראשון, וקשה הא לעיל מבואר דאם טמם בעפר בור של חברו וחזר וגילהו חייב השני כיון שנסתלק הבור לגמרי ורק אם נטל הכיסוי חייב הראשון (כיון שגם כשהבור היה מכוסה היה נחשב שיש כאן מזיק), וא"כ כאן שטמם בעפר ונסתלק הבור לגמרי אמאי לא יתחייב השני כשהוציא עפרו.

ונראה ביאור דברי החזו"א דכיון דמותר לבעל העפר ליקח את שלו הו"ל כמו שמילא את בורו בעפר ויש רוח מצויה שתוציא את העפר מהבור דפשיטא דכה"ג חייב וממילא לא חשיב שסילק את הבור.

קושית תוס' דכותל רעוע יתחייב שמא הניחו כשהיה בריא

תוס' ד"ה וחייב בעל הכותל. וא"ת כותל רעוע נמי איבעי ליה לאסוקי וכו', י"ל דמ"מ ראוי המצניע להתחייב יותר כיון שפשע כ"כ והרא"ש הוסיף שהראשון פשע תחלה, בפשוטו נראה דס"ל לתוס' בקושיתם שהטעם שבעל הכותל פטור משום שהוא אנוס דלא הוה ליה לאסוקי אדעתיה שיש שם קוצים ולכן הקשו דיתחייב משום תחילתו בפשיעה דשמא הצניען כשהיה בריא.

ועי' באבן האזל פי"ג מנזקי ממון הכ"א שביאר כן, ותמה שעיקר הפטור כאן משום דלא חשיב כורה בור כלל כיון שמותר לו לסתור כתלו ולא משום שהוא אנוס, עי"ש מש"כ לבאר כונת תוס' באופ"א אלא שהעיר מדברי השטמ"ק עי"ש.

ובדברי יחזקאל שם שכתב לבאר שכונת תוס' בתי' לחזור בהם וס"ל שטעם הפטור לאו משום אנוס אלא משום דהמצניע פשע ע"כ א"א לחייב את בעל הכותל ולכן כתב הדברי יחזקאל שלפי סברא זו אף אם ראה בעל הכותל את הקוצים הדין הוא שיהא פטור כיון שהראשון פשע ודלא כמש"כ החזו"א ברא"ש שהובא לעיל.

הנמוק" בשם הרמ"ה כתב תי' אחד על קושית תוס' ז"ל והרמ"ה תי' דלא אמרינן מיגו דהוה פושע לגבי זמן בריאות להוי פושע לגבי זמן רעיעות, וכתב הדברי יחזקאל שמבואר שנחלקו תוס' הרא"ש עם הרמ"ה מה טעם הפטור בכותל רעוע שלפי תוס' אף השני פשע אלא כיון שהראשון פשע תחלה חייב המצניע, אבל לפי הרמ"ה בעל הכותל אנוס ולכן פטור ולכן אין לחייב אותו שמא הניחם כשהיה כותל ברי דלא הוה ליה לאסוקי אדעתיה שמא יש כאן קוצים מזמן שהכותל היה בריא.

ולכאורה איכא ב' נפק"מ בין תוס' והרמ"ה א' היכא שבאמת הצניע כשהיה כותל ברי וסתר כתלו כשהוא רעוע, ולפי תוס' טעם הפטור הוא שהראשון פשע הכא הרי לא פשע, אבל לרמ"ה פטור דלא הוה לאסוקי אדעתיה, ב' היכא שהניח חרש שוטה וקטן הקוצים בכותל שלפי תוס' לכאורה בעל

הכותל יהא חייב דל"ש לומר שהראשון פשע, אבל לרמ"ה שטעם הפטור משום שהוא אנוס ל"ש לחייב אותו אף בכה"ג.

ביסחו בכיסוי שאינו שלו ונמלו בעל הכיסוי

כתב המאירי דבמכסה בדליו של חברו ובא אחר שאינו בעל הדלי ולקח הכיסוי חייב בעל הבור כיון שפשע בכיסוי, והנמוק"י הביא בשם הרמ"ה לענין מצניע בכותל חברו שאם אחר סתר כותלו חייב הסותר ולא המצניע דכל דברי הגמ' אינו אלא בבעל הכותל אבל אחר חייב משום דחשיב כורה אחר כורה ולכאורה פליג ע"ד המאירי.

והדברי יחזקאל שם כתב דאפש"ל שהרמ"ה לא נחלק על המאירי וכל סברת הרמ"ה הוא רק במצניע בכותל משום דהכא אע"פ שזה רוח מצויה שיהא בור מ"מ כל זמן שאין יכול להזיק אין עליו תורת כורה בור ולכן אם אחר סתרו חשיב איהו כורה הבור, והיינו דמדמה לכורה אחר כורה דהתם נמי חשיב השני בעל הבור שהוסיף בכרייה של השני חיוב מיתה, אבל כשסתרו בעל הכותל פטור משום דאין לו תורת כורה בור כיון שלא צריך לחשוב שיש קוצים כאן אבל אדם אחר שהוא שלא ברשות חשיב איהו כורה הבור, משא"כ בציור של המאירי שיש כאן בור והוא תקלה וכיון שכיסה אותו בכיסוי שאינו שלו לא חשיב כאן כיסוי כיון שרוח מצויה שתקח את הכיסוי לכן אף אם אדם אחר לקחו הראשון חייב.

אולם יש לעיין בעיקר דברי המאירי שכתב דהראשון פשע שכיסה בכיסוי שאין עומד ברוח מצויה, ולכאורה דבר זה תלוי

במחלוקת אם תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, והרי"ז דומה ממש להא דמבואר לקמן ריש הכונס נו ע"א באדם ששמר את השור ע"י כותל רועע ולבסוף חתרה, דהגמ' תולה דבר זה בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס, וה"ה הכא הרי לבסוף נעשה אונס שאדם אחר לקח את הכיסוי של הבור, ועוד אף למד"א תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב בעינן שהאונס יהא מחמת הפשיעה וכן דעת המאירי בהכונס שם, אבל הכא הרי אין האונס מחמת הפשיעה וצ"ע.

רש"י ד"ה כל המקלקלין ברשה"ר. רש"י כתב ב' פירושים במה חולק רשב"ג האם קנסו נמי גופן, או שחולק באופן שיש רשות להוציא שקנסו אף בכה"ג. **וביאר** השטמ"ק דכונת רש"י הוא דס"ד מעיקרא דמתני' בשעת הוצאת זבלים דעביד ברשות ובזה נחלקו אי קנסו נמי גופן, אבל למסקנא דמתני' מיירי שלא בשעת הוצאת זבלים ולכו"ע קנסו גופן אטו שבחן ע"כ דרשב"ג פליג גם על ברשות.

כל המקלקלין שהזיקו חייבים **גמ'** ת"ש כל אלו שאמרו מותרין לקלקל ברשה"ר אם הזיקו חייבים לשלם. הקשה הפנ"י לר' יוחנן דאמר לעיל בדעת ר' יהודה דמפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס פטור אבל לאחר נפילת פשיעה חייב, מה מקשה הגמ' הא רש"י פירש דכל המקלקלים קאי על פותקין ביבותיהן וכו' שבודאי מפקיר דבר זה וכיון שהוא ברשות הרי"ז כמפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס ולכן אם הזיקו פטור, אבל במתני' דמיירי בתבנו וקשו שלא הפקירו ע"כ חייב כשהזיקו.

והנחל"ד תמה ע"ד הפנ"י דיש חילוק בין מפקיר נזקיו לכאן, דהתם במפקיר נזקין אין כאן מעשה כרייה של בור אלא שיש לחייבו משום שהיה ממונו וע"כ אם הפקיר אין על מה לחייב, אבל הכא אע"פ שנתנו לו רשות להוציא אבל יש כאן מעשה כרייה של בור שלו אלא שנתנו לו רשות להוציא, אלא שאמרו רבנן שאם הזיק חייב לשלם, ולכן ל"ש לומר שאם הפקיר הוא פטור שהרי יש כאן מעשה כרייה שלו.

וי"ש להוסיף עוד דהנה עי' הסמ"ע תי"ד סק"ו שנחלק עם הלבוש אם יש חיוב שמירה בנתנו רשות, ואולם נראה שאף לדעת הסמ"ע שאין חיוב שמירה מ"מ יש כאן מעשה של כרית בור אלא שזה בהיתר.

ע"ע שטמ"ק לעיל ו ע"א שכתב סברא אחרת ליישב קושית הפנ"י, וז"ל ולא דמי למפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס דפטורי כיון דהכא נתן את הנזקין בידים, אבל נשברה כדו ברשות הרבים והפקיר החרסים והזיקו פטור עכ"ל, וחידוש השטמ"ק דבכרית בור בידים אע"פ שהיה אנוס באותה כרייה לא נאמר הפטור של מפקיר נזקיו, ועי' ברכת שמואל סי' י' שביאר ענין זה.

ביאור תוס' ד"ה אפילו תימא

תוס' ד"ה אפילו תימא. וי"ל דכל הקודם בהם לאחר שלושים יום זכה, צ"ב א"כ מה מקשה הגמ' לימא מתני' דלא כר' יהודה הא אפ"ל דאם הזיקו חייבים לשלם היינו לאחר ל' יום, ועי' במהרש"א במהדורא בתרא שהק' כן.

ורבינו פרץ כתב לישב קו' התוס' באופ"א דהכונה דכל הקודם בהם זכה היינו לאחר שהזיק, ועי' בנחל"ד שהביא שכן פסק הטור ושו"ע סי' תי"ד דלאחר שהזיק כל הקודם זכה, אולם הקשה דהא כל ההכרח לחדש דכל הקודם זכה לאחר שהזיק הוא מכח קושית התוס', וא"כ כ"ז רק להו"א של הגמ', אבל למסקנת הגמ' דמתני' שלא בשעת הוצאת זבלים והוא שלא ברשות משו"ה אם הזיקו חייבים לשלם וכל הקודם בהם זכה, א"כ מה הכרח שבדבר שיש לו רשות בשעת הוצאת זבלים הדין דאם הזיק כל הקודם בהם זכה וצ"ע.

ביאור תוס' שלא בשעת הוצאת זבלים

תוס' ד"ה מתני' שלא בשעת הוצאת זבלים. וי"ל דהתם כי יעמיד מתני' שלא בשעת הוצאת זבלים אתיא דלא כר"י וכו' ועוד מדלא קתני בהדיא ואם הזיק משלם מה שהזיק, צ"ב כונתם מש"כ ועוד מדלא קתני וכו'.

וביאר בספר כוס ישועות דכונת הגמ' לימא מתני' דלא כר"י היינו דבמתני' משמע מהא דקתני אם הזיק חייב לשלם שלכן אסור נמי להוציא זבלו לרשוה"ר שמא יזיק, אבל לר"י דמותר להוציא סברה הגמ' ע"כ שאין חיוב לשלם כשהזיק ולכן מקשה הגמ' לימא מתני' דלא כר"י, וע"ז מתרץ הגמ' דאע"פ שמותר להוציא מ"מ חייב לשלם.

אבל לפי מש"כ התוס' דהתם מייירי שהוציא ברשות שהרי יכול להוציא לזבל לאלתר ואפ"ה קתני אם הזיק חייב לשלם א"כ א"א לפרש דקושית הגמ' התם כדהכא דהא חזינן שאפשר להוציא וחייב לשלם, וא"כ אפשר

דר"י נמי סבר שחייב לשלם כשהזיק, וע"כ קושית הגמ' היא אמאי אם הזיק חייב לשלם דמדברי ר"י משמע שאף הזיק פטור מלשלם, וזהו מש"כ התוס' 'ועוד מדלא קתני בהדיא ואם הזיק משלם מה שהזיק', דמשמע מדברי ר' יהודה שאף אם הזיק פטור מלשלם, ועי' היטב במהרש"א שזהו כונתו.

דף ל ע"ב

גדר הקנס של מוציא זבלו לרשות הרבים

גמ' תנן ההופך את הגלל ברה"ר והא תני עלה אסורין משום גזל. מקשה הגמ' לרב דקנסו ג"כ גופן א"כ אמאי אסורין משום גזל הא היה צריך להיות הדין דכל הקודם בהו זכה, ויש להקשות דהא לעיל קאמר הגמ' דהופך את הגלל למעלה מג' חשיב בעל הבור וקשה הרי הדין הוא שכל הקודם בהם זכה ומדוע חשיב בעל הבור.

ובתב התוי"ט דחייב משום בור אע"פ שהפקירו משום דמפקיר נזקיו לאחר נפילת פשיעה חייב, אולם קשה דהיכא שהפכו למטה מג' ונתכוין לזכות בה כל מה שנעשה בעל הבור הוא משום דהוה כממונו ואי אמרינן דכל הקודם בהם זכה הרי לא נעשה ממונו, וע"כ צ"ל דאין הכונה של הקנס שעשו אותו הפקר גמור אלא שזהו היתר זכיה והוה כיאוש דלא יצא מרשות בעלים עד שאחר זכה בזה, ולכן בגלל כשזכה בו חשיב בור שלו וחייב ע"ז.

ובן מוכח מהא דמבואר בגמ' לעיל דבעי להעמיד המשנה שהוציא תבנו וקשו ברשות בשעת הוצאת זבלים והא דקתני כל

הקודם בהם זכה מיירי לאחר ל' יום, ואי נימא דכיון שהיה מותר לו להוציא לא חשיב כרית בור ידיה א"כ כל החיוב הוא משום שהבור הוא ממונו, ואם כל הקודם בהם זכה לאו הוה ממונו אמאי חייב משום בור, וע"כ דלא חשיב כהפקר ממש אלא שנתנו לו היתר זכיה.

ובן יש להוכיח ממה שסבר רב דאס"ו דלא אפקרינהו חשיב שור וחייב בו על הכלים ואם כל הקודם בה זכה אמאי חייב משום שור היה צריך להיות שדינו כבור דאפקרינהו אלא ע"כ שלא יצא מרשותו.

קושית הרע"א בגליון הש"ס

גמ' אמר ר"ב ב"י גלל קרמית. רע"א בגליון הש"ס הקשה לס"ד דהגמ' דקנסו לעולם בכל חפץ המזיק ברשה"ר א"כ תקשה ליה מהא דמבואר לעיל כא ע"א דאכלה מצידי הרחבה משלם מה שנהנית ואמאי חייב לשלם הרי כל הקודם בה זכה ונמצא שהבהמה אוכלת משלו.

ואפשר דהתם מיירי שמונח באופן שלא מזיק דלא הוה בור וכה"ג פשיטא שאסור לאכול, עי' בהגהות חשק שלמה לעיל כא ע"א שכ"כ.

דבר שיש בו שבח קנסו

גמ' דבר שיש בו שבח קנסו גופו משום שבחו דבר שאין בו שבח לא קנסו. מבואר שלמסקנת הגמ' הקנס לא היה מחמת שעבר איסור שהוציא ממונו לרשות הרבים.

אלא ביאר הנמוק"י שהקנס היה רק על דבר שהושבח ברשות הרבים ולכן בדבר שאין בו שבח לא גזרו, אבל לס"ד דקנסו בכל

דבר אף אם אין בו שבת כתב בנמוק"י שגדר הקנס היה כדי שלא יוצא כל דבר לרשות הרבים.

אבל הכא מי יימר דמזיק

גמ' וזעירי אמר לך וכו' אבל הכא מי יימר דמזיק. צריך לבאר דכמו שמצינו התם שיש לקנוס מחמת שעבר איסור מיד ה"נ הרי במה שהוציא לרשות הרבים ולא שמר על ממונו דיש בזה ג"כ איסור.

והביאור בזה שכל החיוב שמירה הוא כדי שלא יבוא לידי היזק, אבל עצם זה שלא שמר אין בו איסור בעצם אלא דמשום שע"י חסרון שמירה יכול לבוא ליד היזק לכן חייב לשמור והיינו דקאמר דכיון דשמא לא יזיק לכן פשיעת השמירה אין סיבה לקנוס אותו, אבל באיסור רבית משעת הלואה איכא בזה איסור.

קנס ברבית על הקרן

תוס' ד"ה שטר שיש בו ריבית. דעת התוס' דקנסו לגמרי שלא לגבות החוב אפילו מבנ"ח, אולם תוס' ב"מ עב ע"א כתב בשם הריב"א דקנסו רק שלא יגבה ממשעבדי אבל מבנ"ח יוכל לגבות, וכן מבואר בריב"א כאן שהקשה דאם יפטר מלפרוע החוב לגמרי נמצא חוטא נשכר, ולכן סובר דיש חיוב לפרוע וקנסו שלא יוכל לגבות בכח השטר.

והרע"א הוכיח מדברי התוס' שהקשו דא"כ מצינו חוטא נשכר דהלואה עובר באיסור רבית מיד בשעת ההלואה ולא רק כשנותן את הרבית למלוה, ועי' במשנה למלך פ"ד ממלוה ולוה ה"ב שכתב לצדד דעובר

האיסור רק היכא שנותן את הריבית, וכתב הרע"א דדחוק לומר דכונת התוס' הוא שיש איסור של לפנ"ע.

איסור לא תשימון

תוס' ד"ה וחכמים אומרים. וקשה לר"י למה השטר כשר כיון שהעדים חותמים עוברים בלא תשימון, והנה דעת התוס' דהיכא שהרבית כתובה בשטר עוברים העדים באיסור דלא תשימון משעת כתיבה אפי' היכא שלא יבוא לידי גובינא.

אולם בהגהות מרדכי בפרק איזהו נשך כתב דהיכא שניכר הרבית בתוך השטר ולא אתי לידי גובינא העדים לא עוברים איסור כלל ולכן השטר כשר.

וביאר הקה"י [סי' כ"ה] דלפי"ז הא דמבואר בסוגין דהמלוה והלוה כן עוברים באיסור רבית אע"ג דניכר הרבית דהאיסור על המלוה והלוה הוא לפסוק חוב של רבית אע"פ שלא יבוא לידי גובינא, אבל העדים כל האיסור הוא שמסיעים להלואה וחתמתם בשטר מועלת לעשות את השטר לשטר ראייה, ולכן היכא שהרבית מפורשת בתוך השטר ולא יבוא לידי גובינא נמצא שלא סיעו כלום בריבית, אבל כשלא מפורש בשטר הרבית ויכולים לגבות עוברים באיסור רבית משעת החתימה.

אבל התוס' ס"ל שהאיסור של העדים הוא מה שמשתתפים בגוף השימה של הרבית דהחתימה על שטר של רבית זה עצמו נקרא שימה של רבית ולא רק משום סיוע, ולכן אפי' אם ניכר הרבית בשטר עוברים האיסור.

הקצה"ח [סי' נ"ב] כתב לישב קושית התוס' ע"פ מה שכתב הר"ן בהא דשוחט בשבת אע"פ שנעשה מומר בשחיטתו מ"מ שחיטתו כשרה דנעשה מומר רק בסוף העבירה דהיינו בגמר השחיטה ונמצא שבעת ששחט כדין שחט, וא"כ ה"ה כאן י"ל דהעד נפסל הוא רק לאחר שחיתם על ההלואה אבל בשעת החתימה היה לו דין של עד כשר.

והנתנה"מ שם תמה דכל סברת הר"ן הוא לענין פסול מומר שהרי יש שיטה שלגבי מומר צריך ג' פעמים, אבל לגבי פסול עדות שזה תלוי ברשע נפסל בשעת מעשה העבירה, וע"ע קה"י מש"כ לתמוה ע"ד הקצה"ח ובקו"ש ח"ב ב"ק אות יז.

איסור העדים משעת שומא

תוס' בא"ד. התוס' כתבו דא"א לומר דכשהרבית כלול עם הקרן העדים נפסלים, אבל כשהרבית כתובה מפורש בשטר כיון שלא יוכל לגבות בזה העדים כשרים ולכן סברי רבנן דגובים הקרן, דבסוגיא מפורש דמשעת כתיבה עביד ליה שומא והיינו שיש איסור במעשה הכתיבה.

והק' הרע"א דאפשר דאה"נ ליכא איסור לעדים וכונת הגמ' דמשעת כתיבה היא כמש"כ התוס' בד"ה שטר וכו' דאף בלא כתיבה אלא עצם מעשה ההלואה היא אסורה, ולכן אף במלוה ע"פ משמע מתוס' שיש איסור ומשעת כתיבה היינו מזמן ההלואה, וכן תמה על מה שהק' התוס' [בד"ה דמשעת] דהיה פשוט לתוס' שהעדים עוברים איסור דמנלן

ליה הך דינא, דאפשר דכל האיסור הוא בשעת ההלואה והאיסור הוא רק על המלוה והלוה כמש"כ התוס' ד"ה שטר.

א"נ שיש עדים שאנוסים מחמת נפשות

תוס' בא"ד. א"נ כגון שיש עדים שאנוסים מחמת נפשות, בחי' הגרש"ש (סי' כח) הקשה דכיון שהיו אנוסים נמצא שאין לעדות שלהם תורת עדות וא"כ איך אפשר לגבות את הקרן, ואע"פ שכל האונס היה רק על הרבית מ"מ בהגדת העדות שזהו החתימה לא מוכח על מה היה העדות דבכתימה לא ניכר על מה היה אנוס והרי אפשר שאף אם לא היה הלוואה היה חותם ואין ע"ז תורת עדות על כלום, עי"ש מש"כ.

עדות בשטר של רבית חלה לענין גביה

תוס' ד"ה דמשעת כתיבה עביד ליה שומא. תימא לר"י מה שומא יש כאן ומה מזקת עדותן ללוה והלא לא יגבו ב"ד הרבית ע"י שטר זה כיון שניכר בו ריבית, בחידושי הגרש"ש [סי' כח] כתב לדון ע"פ מש"כ הריטב"א בקידושין דאדם שנתחייב רבית חל חיוב אלא שהתורה אסרה לגבות חוב זה, ואם יתפוס מהני תפיסתו אלא שיש מצוה להחזיר, ולפי"ז כתב דיש לדון דאם ימכור שטר שיש בו רבית זכה הלוקח אף ברבית דרק למלוה איכא איסור לגבות רבית אבל ללוקח אין לו איסור לגבות את הרבית וא"כ יש נפק"מ בעדות העדים עי"ש.

דף לא ע"ב

המעם שהראשון פטור
על נזק השלישי

גמ' שני אממנו פטור דא"ל האי בירא לאו
אנא כריתה. רש"י בכל הסוגיא מבאר
שאם השני לא פשע אין לו חיוב על ממונו
מדין כורה בור ולכן השני אינו חייב במה
שהשלישי הוזק בממונו, ומשמע בסוגיא שאף
הראשון אין לו חיוב על נזק של השלישי.
והרמב"ן במלחמות הקשה שאם נתקל פושע
אמאי אין לחייב את הראשון שגרם
את ההפלה של השני, ואמאי אינו מחויב על
יצירת הבור שהוא עשה, וכוונת הרמב"ן
לכאורה שהרי מצינו שפשיעה כרייה היא
סיבה להחשיב אותו בעל הבור, שהרי אם
הניח אס"ו בראש גגו חייב אם נפלו ברוח
מצויה והזיקו אחר שנח בקרקע, [ועי' באמרי
משה סי' כט כא שכתב דלענין פשיעת כרייה
בבור בעינן דוקא בדבר שבא ע"י מעשה, אבל
הכא אע"פ שהוא פושע לא חשיב מעשה
לענין כרית בור, ועי' בחזו"א סי' ד' סק"ד
ד"ה עוד הקשה הרמב"ן מש"כ לבאר].

ביאור קושית הגמ' לרב

גמ' אלא לרב דאמר אי אפקריה אין אי לא
לא מאי איכא למימר. בפשוטו כונת הגמ'
דלרב כיון שלא אפקרינהו כמו שפרש"י דגוף
מי מפקיר א"כ הוה שור וא"כ יש לחייב אף
על הכלים, וכן כתב הרשב"א בהדיא.

אולם מדברי הרע"א שהבין שאין כונת הגמ'
להקשות שיהא חייב משום שור
דהקשה שתוס' כתבו לעיל כח ע"ב דלרב
היכא דל"ש לחייבו מדין שור חייב מדין בור,
וא"כ אף דא"א לחייבו מדין שור כיון דלא

היה לו לעמוד חשיב אדם המזיק

גמ' שני אגופו מחייב דהיה ליה לעמוד ולא
עמד. דעת רש"י שהסברא דהיה לו
לעמוד ולא עמד חשיב אדם המזיק, וכתב
רש"י דהוה כמזיק בידים וכן הוא דעת רש"י
למסקנת הסוגיא דאף אם אין פשיעה בעצם
הנפילה יש לו דין של אדם המזיק, מיהו צריך
לבאר מה הטעם דחשיב כעושה מעשה בידים
הרי על עצם הנפילה ל"ש לחייבו ומדוע אי
העמידה חשיב מעשה.

ועי' במשנת ר' אהרן סי' יג בהגה"ה בסוף
הסימן שכתב לדמות לסוגיא בשבועות
יז ע"א לענין טמא שאינו יוצא מן המקדש
דלוקה וחשיב לאו שיש בו מעשה מכת העשיה
הראשונה שנכנס בתחלה למקדש, וה"נ יש
לצרף את המעשה בתחלה אע"פ שהעשיה
הראשונה היתה באונס.

ע"ע חזו"א [א' סק"א] שהקשה דלכאורה לא
דמי לאדם המזיק בעלמא שהוא הולך
ומזיק אבל הכא ההיזק נעשה ע"י שנתקלו
באדם, [והקשה על המשנה בריש מכלתין
דקתני ולא זה וזה שדרכו לילך ולהזיק כהרי
הבור שאין דרכו לילך ולהזיק, ואם אדם המזיק
חייב אף בכה"ג הרי אפשר ללמוד בור מאדם
שאין דרכו לילך ולהזיק].

ולבן כתב החזו"א דצ"ל שאדם שמזיק בכה"ג
צריך למילף במה הצד מבור ואדם, וכמו
אס"ו לרב שנלמד מבור ושור ה"נ אדם שהזיק
בכה"ג, [עי"ש שהוכיח שיש בו כל חומרי
אדם שיהא חייב בד' דברים ואין בו דיני בור].

אפקריה מ"מ הרי יוכל להתחייב מדין בור, והבין הרע"א שכונת הגמ' להקשות שלרב בלא אפקרינהו א"א לחייבו כלל, משום שכל החיוב הוא משום ממונו וא"א לחייב אדם משום שור, והקשה ממש"כ תוס' שלפי רב היכא דלא אפקרינהו חייב אף מצד בור וא"כ מה מקשה הגמ', [ולא נתברר לי היטב סברת רע"א אמאי אין לחייב אדם משום שור].

ע"ע בחי' ר' שלמה סי' ו' שכתב באופ"א שכונת הגמ' שלרב כי היכא דבלא אפקרינהו אפשר לחייב משום שור ה"נ אפשר לחייב אותו מדין אדם המזיק וממילא יהא חייב על כלים.

ביאור רש"י ד"ה ראשון פושע

רש"י ד"ה ראשון ודאי פושע. וקסבר רבא דרבנן לא פליגי אר"מ בנתקל פושע וכו', כונת רש"י דרבא לא רצה להעמיד דבריו כר"מ ורצה להעמיד כרבנן ולכן כתב דכו"ע ס"ל דנתקל פושע.

והקשה השטמ"ק דא"כ לא הרויח רש"י כלום דהא ע"כ רבא אמר דראשון חייב על ממונו משום דמפקיר נזקיו לאחר נפילת פשיעה חייב וא"כ נמצא דהיינו כר"מ והוה שלא כהלכתא, וכתב השטמ"ק דאע"פ דפליגי במפקיר נזקיו רבא העמיד הברייתא כמד"א שהוא חייב כיון דסתמא דמתני' הוא דחופר בור ברשוה"ר חייב סתם לן רבא כהך מתני', וע"ע בפנ"י מש"כ לבאר.

ע"ע בשטמ"ק שכתב דא"א לומר שרש"י פירש שנחלקו במפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס והעמיד הכא כר' יהודה דפטור, דא"א לומר כן שהרי בברייתא מפורש ומודה

ר"מ לחכמים באס"ו שנפלו ברוח שאינה מצויה שהוא פטור, ומבואר שמפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס אף לר"מ הוא פטור, אולם עי' לעיל כט ע"א שהובא דהריב"א בשטמ"ק כתב כן ועי"ש מש"כ לישב קושיא זו.

רש"י ד"ה מאי לא אפילו ראשון. דבגופו לא משוינן דין בור דנימא מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס הוא, צ"ע כונת רש"י דמשמע שאם משוינן בגופו דין בור שייך לדון תורת הפקר, והרי ברש"י בד"ה אלא לרב כתב דגופו מי מפקיר משמע.

ביאור דעת רבא לרש"י דשני חשיב בור משום שהיה לו לעמוד

רש"י ד"ה אלא אמר רבא וכו'. מבואר ברש"י דסבר רבא דלכו"ע נתקל לאו פושע ומ"מ ראשון חייב מדין אדם המזיק כיון דהיה לו לעמוד ולא עמד וחייב בין אם הוזק גופו של שני ובין אם הוזק ממונו של שני, אבל שני חייב רק מדין בור ולכן חייב רק על נזקי גופו של שלישי ולא על נזקי ממונו, וכתב רש"י דראשון פושע טפי משני לכן הראשון חשוב אדם המזיק אבל שני מיסתייה אי משוית ליה דין בור וצ"ב כונתו, ותוס' בע"א כתבו דאע"פ שזה דוחק אין לחוש כיון דלא קאי במסקנא הכי.

במשנת ר' אהרן סי"ג ביאר דלמד"א נתקל לאו פושע הוכיחו התוס' לעיל כז ע"ב דהטעם דפטור דהוה אונס כעין גניבה דאע"פ דחייב בשומר שכר מ"מ באדם המזיק פטור, וי"ל דאונס כזה שחייב ע"ז שומר שכר לא חשיב אונס גמור שפטור מקרא דולגעה ל"ת דבר, אלא דפטור משום דלא הוה בכלל

הריבוי של פצע תחת פצע דרך באונס כעין אבידה נאמר הריבוי ולא באונס כעין גניבה, וא"כ י"ל דאע"פ שנתקל לאו פושע וחשיב אונס מ"מ חשיב מעשה ידיה ואי"ז אונס דכה"ת שהמעשה לא מתייחס להאדם אלא אע"פ שהוא מעשה ידיה מ"מ ליכא חיוב תשלומים.

וא"כ יש לומר דע"י הסברא שהיה לו לעמוד ולא עמד הוא מסלק את האונס של מעשה הנפילה וממילא מעשה הנפילה מתייחס אליו ולכן חשיב אדם המזיק, אבל השני שנתקל בראשון הוה אונס גמור ולא הוה מעשיו כלל ופטור מקרא דולנערה ל"ת דבר, ולכן אע"פ שהיה לו לעמוד ולא עמד לא הוה אלא בור כיון שאין כאן מעשה של אדם המזיק, דכדי לחייב מדין אדם צריך שיהא כאן מעשה של האדם, [ועי' ברבנו פרץ].

דעת הר"ח בשו"ט בסוגיין

תוס' בע"א כתבו בשם ר"ח לבאר כל הסוגיא באופ"א עי"ש היטב, ובתחילת דברי רבא פ"י תוס' כהל"ב של רש"י, ובל"ב באלא אמר רבא כתבו תוס' שכונת רבא דהראשון אע"פ שהוא נתקל ופושע מ"מ פטור על ממונו כיון שאף אם הוא פושע חייב רק משום בור כיון שלא הזיקו בידים, ותוס' תמהו עליו שהרי מבואר במשנה להלן שאם היה בעל קורה ראשון ובעל חבית אחרון ואם עמד בעל קורה חייב על מה שנשבר החבית ואם אין לו דין של אדם המזיק אלא בור אמאי חייב על מה שנשבר החבית.

ועי' ברבנו פרץ שכתב דהיכא שעמד בעל קורה חשיב עמידתו מעשה מזיק כיון שנעקר מן ההילוך ולכן חשיב מעשה ידיה

אבל הכא לא חשיב מעשה ידיה כיון שנפל, ע"ע ברבנו פרץ שכתב דלכן ה"נ למד"א היה לו להזהיר חשיב מעשה כשעמד לכתף, [אולם בדברי רבנו פרץ יש לעיין טובא שהוא הביא פי' ר"ח והקשה קושיא זו של תוס' ולא תי' הך סברא דעמידתו חשיב מעשה וצ"ע].

מסקנת הסוגיא דהשני פטור

על ממונו באפקרינהו ולא אפקרינהו

גמ' תרגמה רב אדא בר מניומי קמיה. נחלקו הראשונים בביאור מסקנת הגמ', דעת רש"י שלמסקנא נתקל פושע ולכן הראשון שנפל חשיב אדם המזיק, ואע"פ שלא עושה מעשה מזיק אלא שהאדם נתקל בו וניזוק, מ"מ מעשה הנפילה חשיב כאילו שעשה מעשה בידים וממילא כל מה שנגרם מגופו אח"כ חשיב כמעשה שלו, ולכן חייב גם אם גופו הזיק ממונו של שני, וממונו של הראשון חייב מדין בור דכיון שפושע על הנפילה חשיב ככורה בור וחייב רק על גופו של שני ולא על ממונו, אבל השני אע"פ שאין לו דין של נתקל פושע כיון שלא נפל מעצמו אלא מחמת הראשון, מ"מ חשיב אדם המזיק כיון שהיה לו לעמוד ולא עמד, אבל ממונו של שני שהזיק פטור כיון שהו"ל בור ומפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס פטור לכו"ע.

ובתב רש"י בד"ה תרגמה וכו' הטעם שממונו של שני פטור אף על גופו של שלישי ז"ל 'וא"נ לא הפקירו שורו הוא וטפח באפיה ואנוס הוא', ונראה מדבריו שאף היכא דלא אפקרינהו פטור השני מה שממונו הזיק.

ובפשוטו נראה מרש"י דהך סברא הוא בין לרב ובין לשמואל, והיינו שלרב לא יהא חייב בלא אפקרינהו משום שור, ובין

לשמואל שסבר דבלא אפקרינהו חייב משום שור, וכונת רש"י דשורו דטפח דהוא שמר על הבור ולכן אנוס הוא על ההיזק שנעשה, ומה שנקט רש"י הלשון שורו אי"ז מוכרח דמייירי מדין שור דעיין בלשון הגמ' לעיל כג ע"א דאמר הך לשון לענין אש, [ועי' פנ"י שהבין דכונת רש"י דוקא לרב פטור אבל לשמואל כה"ג יהא חייב].

ובתב הרש"ש דמשמע מרש"י דהשני פטור על ממונו שהזיק אף בכה"ג שהיה לו פנאי לסלק משום שהיה אנוס על הנפילה, והקשה דבריש הכונס מבואר דאי נפרצה ביתו ביום באונס ויצא השור והזיק חייב כשהיה יכול לשמור שורו והטעם שאע"פ שיצא באונס מ"מ האחריות עליו כשיכול לסלק הנזק ואם היה לו אפשרות לשמור ולא שמר חייב, וא"כ מדוע כאן כשיש לו זמן לסלקו ולא סילק ולא הפקירו אין לחייבו לרב משום שורו ולשמואל מדין בור.

וביאור דעת רש"י צ"ל כמש"כ הרמב"ן במלחמות דכיון שהשני שנפל הוא אנוס על נפילתו א"א לחייב אותו על מה שממונו נמצא ברשה"ר, וכתב שהרי"ז דומה לאדם שהצניע אבנו בביתו ובא אדם והוציא אותו לרשות הרבים דאין לו חיוב מפני שממונו תקלה ברשה"ר דלא אמרינן שזה חופר וזה מתחייב.

ולמדנו מדברי הרמב"ן שיסוד החיוב של בור הוא יצירת התקלה ולכן היכא שאחר הוא אחראי על יצירת התקלה אין לחייב את הבעלים, ולכן השני פטור אף במה שממונו נמצא ברשה"ר דהוא לא גרם התקלה, ולפי"ז א"ש קושית הרש"ש דאע"פ שאם רואה שורו ברשה"ר חייב לשמרו מפני שהוא מחויב

לשמור על ממונו של יזיק, אבל בבור שאחר עשה את התקלה אין חיוב על בעל הממון לשמור לסלק את המזיק אלא הכורה מוטל עליו לסלק.

ונראה שאף לפי רב דסבר דהיכא דלא אפקרינהו חייב משום שור הכא פטור, שאף לרב שחיוב של אס"ו הוא משום שור כבר ביאר בברכת שמואל [סי' א] דאי"ז כשאר מזיק של שור אלא מכיון שצורת המזיק הוא ע"י תקלה נלמד מבור שחשיב מזיק, אלא שהתיחסות ההיזק לבעלים נלמד משור, דכמו ששור הוא ממונו וחייב ללשם לכן אף כל דבר שהוא ממונו הוא אחראי ע"ז, ומכיון שצורת ההיזק הוא ע"י תקלה לכן צריך שיהא פשיעת ביצירת התקלה ומכיון שאדם אחר הניחו ברשה"ר ואין כאן פשיעת הבעלים בתקלה לכן הוא פטור מההיזק.

ועי' באבי עזרי (פי"ג מנז"מ הי"ט) שהוכיח עוד דכן הוא שיטת רש"י דלקמן מח ע"א בהא דהכניס שורו לחצר בעה"ב שלא ברשות וחפר בה בורות שיחין ומערות בעל החצר חייב בנזקי הבור, פרש"י דכשהפקיר ה"ז נותן תקלה ברה"ר, ומוכח דאין חיוב על עצם הבור שהוא ממונו והיינו דכיון שהשור חפר את הבור אינו נחשב כורה בור.

אולם תוס' לעיל כט. חלקו ע"ז וכתבו דאפילו כשנתן אחר אס"ו שלו ברשה"ר מתחייב והוכיחו כן מהסוגיא בדף מח. ומבואר שדעת התוס' הוא שהחיוב בבור הוא מחמת שהוא ממונו ולא מחמת דהו"ל כמעשה כרייה, אלא חייב על עצם מה שממונו הזיק כמו בשור, ואיכא ב' חיובים בבור מחמת הכרייה או מחמת שהוא ממונו ולכן אע"פ נתנו אחר ממנו ברשה"ר מתחייב.

ונראה דרש"י ותוס' לשיטתם בדף מח ע"א
האם כשהו"ל לסלוקי חייב אפילו
לאחר דאפקריה, דלרש"י החיוב מחמת דחשיב
ככורה ממילא גם באפקריה חייב, אבל לשיטת
התוס' החיוב מצד ממונו וע"כ באפקריה פטור
ויעוין להלן מח שביארנו כל הענין, [ולכאורה
לתוס' הא דמבואר בסוגיין דשני פטור אם
ממונו הזיק הוא רק היכא דאפקרינהו, אבל
אם לא אפקרינהו יהא חייב כמו שכתבו לעיל
שאם הניח אדם אבנו ברשה"ר שבעל הממון
יהא חייב].

דעת הבעל המאור

דעת הבעה"מ דמסקנת הגמ' דאע"פ דנתקל
פושע מ"מ לא שייך לחייב מדין אדם
המזיק כיון שהוא לא עשה מעשה הזיק אלא
הניזק בא אצלו, וכל החיוב הוא רק מדין בור
ופטור על הכלים, וממונו חייב ג"כ מדין בור
וחייב רק על האדם ולא על הכלים, והשני
אע"פ שאנוס הוא שהרי נפל מכת הראשון
מ"מ כיון שהיה לו לעמוד ולא עמד חשיב
נמי בור, וכתב הבעה"מ שכ"ז לדעת שמואל,
אבל לדעת רב א"א לחייב הראשון מדין בור
כדמקשה הגמ' דהא לא אפקרינהו ולרב ע"כ
השני חשיב אדם המזיק.

הרמב"ן במלחמות הקשה על הבעה"מ דאי
נתקל פושע ע"כ חשיב אדם המזיק,
ועוד הקשה הרמב"ן דאם השני חשיב אנוס
אמאי הראשון לא חייב על ממונו של שני
דהוה ככורה בור בממונו של חברו, וצריך
הראשון להתחייב ע"ז מדין בעל הבור, (וצריך
לבאר דהרי הבעה"מ סבר דאין לו דין אדם
המזיק וחייב רק מדין בור וא"כ לא מצינו

שבורו שכרה בור חייב על הבור השני ועי'
בחזו"א).

ובאמת קושית הרמב"ן קשה גם על רש"י
ותוס' דס"ל דהראשון אדם המזיק
וא"כ כמו שחייב על ההיזק שעשה לשני,
כמו"כ יחשב כורה בור בממונו של השני, ועי'
בחזו"א ואמרי משה סכ"ט אות כ"א שכתבו
דלענין כרית בור בעינן מעשה בידים ממש
עי"ש, ומוכח כן מהא דכותל ואילן בפרש"י
לעיל ו ע"ב וכמ"ש לעיל.

ועוד הקשה הרמב"ן דהא מבואר במשנה
לקמן שאם עמד בעל הקורה חייב על
החבית מדין אדם המזיק ולא מדין בור שהרי
חייב על הכלים אע"פ שלא עשה מעשה בגוף
החבית, ולסברת הבעה"מ הרי בעל החבית
בא והזיק עצמו וע"כ דאף זה בכלל אדם
המזיק [וכן הקשה התוס' בסוגיין על הר"ח].
ובתב החזו"א לחלק בין עמד בעל קורה
לסוגיין דהתם מעשה העמידה חשיב
כמו מעשה נזק בממון חברו, משא"כ בנתקל
שזהו רק משום שהיה צריך לעמוד ולא עמד
לא חשיב מעשה אדם ולכן חייב רק מדין
בור, ויסוד זה מבואר ברבנו פרץ כאן, והוסיף
דאפי' אי עמד לכתף ומותר לו לעמוד מ"מ
כיון שהיה לו להזהיר ולא הזהיר נמצא שכל
העמידה היא בפשיעה וחשיב מעשה מזיק של
אדם.

ועוד סברא כתב רבנו פרץ לחלק דבקדרים
שנפלו לא חשיב אדם המזיק משום
שאף אם לא היה אדם חי היה שייך להיתקל
בהם, אבל כל שצורת ההיזק נעשה רק מחמת
שהוא אדם חי חשיב אדם המזיק, ולכן עמד
בעל הקורה חשיב אדם המזיק, ועי' תוס' רי"ד

לקמן דף מח ע"א שכתב סברא זו, [ועי' ברע"א בע"א שהק' על מד"א היה לו להזהיר אמאי חייב אם כל החיוב הוא רק משום בור ולמבואר כאן מיושב היטב, וע"ע באמרי משה סי' כט בהגה"ה].

דעת הרמב"ן במלחמות

דעת הרמב"ן דמסקנת הגמ' דנתקל לאו פושע הוא וכיון דהו"ל לסלוקי ולא סלקי חייב מדין בור, והא דחייב הראשון על ממונו משום דאין הקדרים מפקירים ממונם וחייב משום דהו"ל לסלוקי ולא סלקי, והשני חייב על גופו מה"ט דהיה לו לעמוד אבל על ממונו פטור דאע"פ שלא הפקירו יכול השני לומר האי בירא לאו אנא כריתיה, והיינו דהראשון הוא שגרם לכריית הבור, ואע"פ שזהו ממונו כתב הרמב"ן דהרי"ז דומה כמו שאחד לקח אס"י של חברו ונתנו ברשה"ר דבעל הממון פטור כיון דאיהו לא כורה הבור, וזהו שיטת הרמב"ן דאף על בור שהוא ממונו חייב רק היכא שיש פשיעת כרייה, [וזהו דלא כדעת תוס' לעיל כט. ולעיל התבאר שדעת רש"י בסוגיין כהרמב"ן].

ובתב הרמב"ן דאע"פ דהתם כשהניח אס"י של חברו חשיב איהו בעל הבור מ"מ הכא הראשון פטור כיון שנתקל אנוס וכדו של השני אינו שלו הרי"ז כמפקיר נכסיו לאחר נפילה דפטור וה"ה כאן אינו אחראי ע"ז, ומבואר מדברי הרמב"ן דאע"פ שהראשון חשיב כורה הבור בממונו מדין הו"ל לסלוקי, מ"מ א"א לחייב אותו על ממון השני מחמת זה.

והיינו דגם הרמב"ן סובר דבור בעינן מעשה בידים וכדמוכח מהא דכותל ואילן

וכנ"ל, אלא דקושיית הרמב"ן על הבעה"מ שהובא לעיל דאי נתקל פושע צריך לחייב את הראשון על ממונו של השני, משום דסבר הרמב"ן דאם יש פשיעה בנפילה ה"ז חשיב כמעשה בידים, משא"כ להרמב"ן עצמו ליכא פשיעה שהרי נתקל לאו פושע.

דף לב ע"א

זה בא בחביתו וזה בא בקורתו

מתני' זה בא בחביתו וזה בא בקורתו נשברה כדו של זה בקורתו של זה פטור שלזה רשות להלך ולזה רשות להלך. הנמוק"י ביאר כל המשנה ע"פ הסוגיא לקמן מח ע"א דמבואר שם דשניהם ברשות או שניהם שלא ברשות הזיקו זה את זה חייבין הוזקו זה בזה פטורין. **והיינו** שאם שנים הולכים ברשות הרבים או בחצר השותפין והוזקו זה בזה פטורין, וה"נ הכא כיון שיש לשניהם רשות לילך ברשות הרבים לכן אם הוזק בעל החבית בקורה פטור בעל קורה, ואע"פ שהכא בעל הקורה הזיק את החבית כתב הנמוק"י במשנה הבאה שזה חשיב כהוזקו משום דתרווייהו קא עבדי מעשה כמו שמבואר בגמ', וכונת הגמ' דהזיקו זה את זה חייבים מיירי שהזיקו זה את זה בידים, [ועי' בביאור הגר"א שע"ח סקכ"א].

ויסוד הפטור דשניהם ברשות ושניהם שלא ברשות כתב הנמוק"י לקמן מח ע"ב [כא ע"א מדפי הרי"ף] משום דהוה אנוס גמור דפטור אף באדם המזיק, וכונתו שלא מוטל על המזיק לשמור א"ע שלא יוזקו בו וממילא חשיב כאנוס גמור, אבל להזיק בידים חייב

משום שמוטל עליו לשמור את עצמו מפילו בשניהם ברשות או שלא ברשות וע"ז לא הוה אונס בזה, וכתב הנמוק"י שלפי השיטות דאדם המזיק חייב אפילו באונס גמור צ"ל דסיבת הפטור משום פשיעת הניזק, ולפי"ז ה"נ הכא פטור בעל הקורה משום פשיעת הניזק, [ע"ע בברכת שמואל סי' טו שנראה מדבריו ביאור אחר בפטור של שניהם ברשות].

והנה דעת רש"י ותוס' דשניהם רצים ברשות ושלא ברשות אם הזיקו חייבים ומשמע אף בדעבדי תרוייהו עבדי מעשה, והקשה בתוס' רי"ד לקמן מח ע"ב א"כ אמאי פטור בעל הקורה הרי הזיק את בעל החבית, וכתב דמכיון דמיירי שבאין זה לקראת זה הניזק פשע אנפשיה דאיבעי ליה לעיוני, וכל מה שסבר רש"י דהזיקו חייב הוא רק כשאחד הולך או רץ סמוך לשני ובכה"ג לא מוטל על הניזק לשמור את עצמו ולכן אם הזיקו חייב, [נמצא לפי"ז שטעם הפטור במשנה לאו משום דשניהם ברשות כהנמוק"י אלא דהניזק פשע ואיהו דאזיק אנפשיה דלא חשיב מזיק וכ"כ בחזו"א סי' ד' אות ג' עי"ש].

נשברה חבית בקורה

מתני' היה בעל קורה ראשון ובעל חבית אחרון נשברה חבית בקורה פטור. כתב הנמוק"י דהכא נמי כיון שהלך הראשון כדרכו ברשות ובעל החבית הזיק עצמו בקורה חשיב הוזקו בשניהם ברשות ולכן פטור.

אולם רש"י פירש שזה מהלך כדרכו והשני מיהר ללכת, ומשמע שהוא דין דאיהו דאפסיד אנפשיה, וצ"ב אמאי לא פירש כהנמוק"י דשניהם ברשות פטור אם הוזק

פטור, ואפשר דלרש"י האופן הראשון של המשנה הוא משום איהו דאפסיד ה"נ פי' כן שאר הדינים במשנה ועיין.

היה בעל קורה ראשון ועמד

מתני' ואם עמד בעל הקורה חייב. לעיל לא ע"א נחלקו בגמ' האם המשנה מיירי באופן שעמד לפוש אבל עמד לכתף פטור ואיכא מד"א שאף בעמד לכתף חייב ואע"פ שמותר לכתף מ"מ חייב שהיה לו להזהיר, ורש"י שם מבואר דהטעם דעמד לפוש חייב כיון שמשונה הוא דאין רשוה"ר עשויה לכך, ומשמע מדבריו דדמי להא דמבואר לקמן מח ע"א דאחד ברשות ואחד שלא ברשות דאם הוזק הרשות חייב השלא ברשות, וכן כתב בנמוק"י כאן דכיון שעמד חשיב שלא רשות והדין דשלא ברשות חייב אם הוזק בו הברשות.

אולם מדברי התוס' לא ע"א [ד"ה וקתני] משמע שחלקו ע"ז, שתוס' הקשו אמאי חייב בעל הקורה כשעמד לפוש הרי בעל החבית היה צריך ליזהר שמא יעמוד לכתף, ותיצרו דלעולם מוטל על בעל החבית האחרון לחשוש שמא בעל הקורה הראשון יעמוד ויזיק את החבית דיכול לראות אם הוא עומד לכתף או עומד לפוש, ולכן אע"פ שיכול לראות שעמד בעל הקורה לפוש מ"מ מכיון שאין דרכו של בעל הקורה בשעה שעומד לפוש לעמוד כשלדא לכן לא הו"ל לאסוקי אדעתיה שיעמוד באופן זה בשעה שעומד לפוש, ולכן אסור לראשון לעמוד כך ולכן אם עמד לפוש חייב, אבל בעמד לכתף שיכול האחרון לראות שעמד לכתף לכן מכיון שידוע

האחרון שפעמים עומד כשלדא לכן אף באופן שרמי כשלדא פטור דאז היה מותר לו לעמוד והאחרון צריך להיזהר עכ"ד התוס'.

ומשמע שהתוס' חלקו על סברת הנמוק"י ולית ליה הך סברא שהוא שינה,

דאי אית להו דמה שעמד בעל הקורה לפוש הוא שינוי א"כ מה הקשו דהו"ל לאסוקי אדעתיה, הא כיון ששינה בעל הקורה הראשון נמצא שהוא שלא ברשות ובעל החבית ברשות ולכן חייב, והיה נראה דס"ל לתוס' דגם לפוש חשיב ברשות, וא"כ צ"ב מ"ט חייב בעל הקורה הא שניהם ברשות והוזקו זה בזה.

וי"ל דכל הסברא דבשניהם ברשות חייב הוא רק היכא דלא פשע אבל היכא דפשע אע"פ שעושה ברשות חייב כיון שהוא גרם את הנזק, ויבואר להלן שכן מוכח מדברי התוס', [אולם יש לדחות דכונת תוס' שכל הסברא שבעל הקורה הוא שלא ברשות הוא כיון שאין השני יכול לראות מה עושה אבל אם בלא"ה צריך להיזהר א"כ חשיב כברשות].

היה בעל חבית ראשון

ועמד פטור

מתני' היה בעל חבית ראשון ובעל קורה אחרון ואם עמד בעל החבית פטור.

הנמוק"י ביאר דכיון שעמד בעל החבית הרי שינה והוה כברשות ושלא ברשות דאף אם הזיקו הברשות פטור, ועי"ש בנמוק"י שהוסיף דה"ה אם עמד בעל החבית לכתף דאין זה משונה מ"מ פטור בעל הקורה כיון דאין דרכן של בנ"א להתבונן בדרכים והיינו דהוה אונס גמור ופטור, אולם הרמב"ם פ"ו מחובל ושו"ע סי' שעט כתבו שאף בזה יש חילוק שאם עמד

לכתף חייב בעל הקורה, ובפשוטו הטעם משום דאף שבעל הקורה גם ברשות אבל בהזיקו הדין הוא שאף בשניהם ברשות חייב כמו שמשמע בגמ' שם, והנמוק"י סבר דחשיב אונס גמור ולכן אף בכה"ג פטור.

והנה בתוס' לכאורה נראה טעם אחר מהנמוק"י שכתבו ד"ה תרוייהו בסו"ד דכיון שהוא יודע שבא אחריו בעל קורה נושא כשלדה פשע בעמידה, וכן כתבו בד"ה והא, וצ"ב אמאי לא פירשו כפשוטו דכיון שהרי שינה כמש"כ הנמוק"י ועי' בנחלת דוד שכבר עמד בזה, ומבואר מדברי התוס' כמש"כ להוכיח באות הקודם דבתוס' לעיל משמע דלא חשיב משונה אם עומד לכתף או עומד לפוש וחשיב ברשות וע"כ כל החיוב משום שפשע בעמידה שידע שבעל הקורה אחריו והוא גרם את הנזק ע"י פשיעתו.

והנה תוס' לעיל כו ע"ב כתבו שאדם המזיק חייב אף באונס מ"מ באונס גמור פטור, והוכיחו דין זה ממתני' דקתני שאם עמד בעל החבית פטור בעל הקורה, וצ"ב למתבאר בתוס' בסוגיין הרי הכא פשע בעל החבית א"כ מהו ההוכחה דאדם המזיק פטור באונס גמור.

וצ"ל כמש"כ לעיל דרק מחמת שפשע בעמידתו ע"כ חשיב אונס גמור דבל"ז לא הוה האונס גמור דהו"ל לאסוקי אדעתיה שמא יעמוד וכמש"כ תוס' לעיל, ונמצא שאף לתוס' טעם הפטור הוא משום אונס אלא דלאו משום דחשיב שלא ברשות מחמת עצם העמידה, אלא משום שיודע שחברו הולך אחריו לכן חשיב פשיעה שפוטר אותו מחמת אונס.

ועי' ברכ"ש ט"ז ד' שנראה שלמד שכונת תוס' כהנמוק"י דבעל הקורה חשיב ברשות, אלא דמש"כ תוס' הק' סברא הוא להחשיבו אונס גמור שלא יהא בו החיוב של אדם המזיק עי"ש היטב.

ישוב דעת הרמב"ן ממזיק את אשתו

גמ' בעא מינה המזיק את אשתו בתשמיש המטה מהו כיון דברשות קעביד פטור או"ד איבעי ליה לעיוני. הקשה המחנה אפרים נזקי ממון ס"ה על מש"כ הרמב"ן ב"מ פב ע"ב דטבח אומן שקלקל פטור מע"פ שאדם המזיק חייב באונס גמור מ"מ כיון שמתעסק במלאכתו לא חשיב מעשה מזיק, וא"כ אמאי חשיב מזיק הרי נתכוין לטובתה שהרי צריך לקיים שעבודו.

ורתי' המחנ"א שהבעל חייב מדין שומר על האשה, ועי' בחזו"א מה שתמה ע"ז ולכן כתב דהיכא שפשע ל"ש סברת הרמב"ן ועי' קה"י כ"ד, [ועי' מש"כ לעיל כז ע"ב].

התם כי הדדי נינהו

גמ' התם כי הדדי נינהו הכא איהו קא עביד. הנה בגמ' להלן מח ע"ב מבואר דשניהם ברשות או שניהם שלא ברשות הזיקו זה את זה חייבין הוזקו זה בזה פטורין, ופרש"י שם דכונת הגמ' כפשוטו דכל ההיתר דשניהם ברשות הוא רק כשהוזקו אבל אם הזיקו ליכא פטור דשניהם ברשות, ועי"ש שכתב דלשון המשנה בהמשך העמוד שנים שהיו מהלכין בדרך 'והזיקו' ל"ד אלא הכונה 'הוזקו', וזהו כונת הגמ' כאן תרוייהו כי הדדי נינהו דהיינו דהניזק משתתף בנזק והו"ל הוזקו זה בזה ופטור.

אמנם הרמב"ם פ"ו ה"ג מחובל ומזיק כתב שהפטור של שניהם ברשות או שלא ברשות הוא בין בהזיק ובין בהוזק, אלא החילוק הוא האם מתכוין להזיק או לא דאם מתכוין חייב ואם לא מתכוין פטור מע"פ שהזיק ועי"ש בדברי המ"מ, ולדברי הרמב"ם צ"ב דהגמ' כאן פושטת הכא איהו קא עביד מעשה ולכן חייב המזיק את אשתו, ובשלמא לרש"י שהחילוק הוא בין הזיק להוזק א"ש דלכן חייב שהרי הזיק, אבל להרמב"ם קשה דהרי היכא שהוא שלא בכונה פטור אם הוא ברשות, וכן הא דקתני דטעמא דמתני' דפטור כיון דכי הדדי נינהו לפי הרמב"ם קשה אמאי צריך להך סברא הא אף הזיקו פטורים.

והאבן האזל ביאר דלשיטת הרמב"ם פשיעה חשיב שלא ברשות, וה"נ צ"ל שהזיק אותה בפשיעה וזהו כונת הגמ' איבעי ליה לעיוני. ומסקנת הגמ' דהא דחשיב פשיעה זה דוקא כשהוא עושה המעשה לבד דאז הו"ל ליזהר וחשיב שלא ברשות אבל היכא דתרוייהו כי הדדי נינהו לא חשיב פשיעה דגם על הניזק ליזהר וע"כ פטור.

החידוש בבעטה במהלכת כרבוצה

גמ' לימא מסייע ליה וכו' והא הכא דכרבוצה במהלכת דמי וקתני חייב. צריך להבין מה הנדון בזה הרי לכאורה זה פשוט שאם בעטה הרבוצה במהלכת שהיא חייבת כמו כל שור שמזיק ברשוה"ר, ומדוע היה צריך ר"ל להוכיח נדון זה מהמשנה.

ובתב הפנ"י דצ"ל דמיירי הכא שהרבוצה הזיקה את המהלכת בשעה שהיא עלתה עליה, וכדי להציל את נפשה הזיקה את המהלכת ולכן ס"ד שתפטר, קמ"ל שחייב כיון

שהמהלכת ברשות עבדה והרבוזה גרמה לכך, והיינו דמייתי ממתני' שאם עמד בעל הקורה חייב כיון שהוא גרם אע"פ שהוא לא עושה ההיזק בידים, והיינו שכל הנדון כשנעשה נזק מכח שינוי.

הסברא לחייב בהזקה ברבוזה

גמ' טעמא דבעטה הא הוזקה ממילא פטור. בהגהות חשק שלמה הביא להקשות בשם ר' יעקב בארי"ט מה הצד לחייב בהזקה ע"י השור דאם מצד בור הא כרית הבור נעשה ע"י שורו וקיי"ל איש בור ולא שור בור, ודוחק לומר דהבעלים נמצאים שם וראו דהו"ל ככרית בור שלהם מדין הו"ל לסלוקי, ועי' בברכ"ש סי' ט"ז סק"ו שכתב דא"א לומר נמי דע"י פשיעתו יחשב שור, דאיש שור אמר רחמנא ולא שור שור עי"ש.

והחזו"א ס"א סק"ב ביאר שכל המיעוט של איש בור ולא שור בור הוא רק כשהשור חפר בור, אבל לא כשהוא עצמו נעשה בור משום שאם ע"י פשיעת הבעלים השור נעשה בור חשיב בור ידיה והרי זה כאס"ו שנפלו מראש גגו ברוח מצויה, ועי' תלמיד ר"ת שכתב כן.

טעם הפטור בפסקא כשלדא

גמ' דפסקא לאורחא כשילדא. בתוס' מבואר דהכונה שכבר בתחילת ההילוך הולך בעל הקורה כשלדא ואין לשני לילך באידך גיסא, ולכן אסור לראשון לעמוד שהרי השני אין לו דרך לילך, ומשו"ה כשעמד הרי נחשב פושע וחייב לשלם וכן נראה בתוס' ד"ה תרוייהו, אולם צריך לבאר שהרי מבואר בגמ'

שאם עמד לכתף פטור ומדוע הרי אין לו היכן ללכת, וצ"ל דבעצם אף שהראשון הוא נחשב פושע מ"מ כשמותר לו לעמוד מוטל האחריות על השני ואע"פ שאינו פושע ועי'.

והמהרש"א דייק שתוס' לעיל לא ע"א נד"ה וקתני[חלקו על תוס' כאן ומכל דבריהם שם מבואר שחלקו על תוס' כאן וס"ל שאינו עומד כשלדה בתחלת ההליכה, ולכן כתבו תוס' שבעצם השני פושע שהיה צריך לראות איך הראשון עומד, וביארו שיכול לראות אם עמידתו כשלדה לכתף או לפוש והפשיעה של השני כשעמד לפוש, ועי' בשטמ"ק בשם בגליון מש"כ ליישב קושית המהרש"א.

והנה הרמב"ם השמיט את הדין של הגמ' דמיירי ברמי כשלדא, והיינו דלהלכה לא קיי"ל דאיבעי ליה לסגויי באידך גיסא, ועי' בברכת שמואל סי' טז].

ביאור הסברא

דאיבעי לך לסגויי באידך גיסא

גמ' הכא כגון דרבעה בחד גיסא איבעי לה לסגויי באידך גיסא. מבואר בגמ' כאן חידוש שאע"פ שהרבוזה עושה שלא ברשות שהרי רשות הרבים אינו עשוי לכך שירבצו שם שורים, אלא הוא מקום הילוך של בנ"א ושורים, מ"מ כיון שיש מקום לילך בצד השני אין היא חייבת על מה שמהלכת הוזקה בה. **וי"ש** להקשות דלעיל כו' ע"ב מקשה הגמ' על המשנה דקתני שהמניח חבית ברשה"ר ובא אחר ושברו פטור אמאי איבעי ליה לעיוניי, וצריך להתחייב על מה שהזיק את החבית, וכתבו תוס' שכל קושית הגמ' היא

רק על מה שנתקל ושבירה, אבל על הא דקתני במשנה שאם הוזק בעל החבית חייב בנזקו לא מקשה הגמ', משום שיותר יש לו לשמור עצמו שלא יזיק משלא יזוק, ויש להקשות אמאי לא יוכל לומר בעל החבית איבעי לך לסוגיי באידך גיסא, שהרי החבית לא לוקח את כל מקום של רשות הרבים, ומ"ש הכא שיכולה שבעל הרבוצה יכול לומר כן לבעל המהלכת לפטור את עצמו מתשלומי הנזקין שהזיקה.

ונראה שיש חילוק בין בעטה רבוצה למהלכת להוזק בחבית ברשה"ר, דהכא אע"פ שרבוצה אסור לה לרבוץ ברשות הרבים אבל עצם ההליכה של בהמה ברשות הרבים היא ברשות, אבל התם במניח את החבית הרי הוא מניח כאן בור ויש כאן פשיעה בעצם הנחת הבור ולכן כשאדם פושע בהנחת הבור אין יכול לומר איבעי ליה לסוגיי באידך גיסא, אלא הפשיעה מחייבת אותו לשלם אם אדם הוזק בו, אבל ברבוצה אע"פ שאסור לה לרבוץ אבל כיון שרשות הרבים עשוי להילוך של בהמות ופעמים שהיא רובצת יש לו לבעלים טענה לומר שהמהלכת היתה צריכה לילך במקום אחר.

ונמצא שכל הסברא של הגמ' הוא כשיש ב' בנ"א ברשה"ר ולשניהם יש היתר ללכת אלא שיש נדון מי צריך לשמור על עצמו יותר, ע"ז אנו אומרים שאם יש לניזק אפשרות לילך במקום אחר המזיק אינו מחויב לשלם, ויסוד זה מבואר בתוס' לעיל לא ע"א שלמדו מהסוגיא שכל מקום שהניזק יכול לשמור את עצמו האחריות של הנזקין עליו, ולכן הקשו תוס' שם אמאי באופן שרמו ליה

כשלדה חייב בעל הקורה להזהיר הרי בעל החבית שבא אחריו היה לו להיזהר שלא ינזק, [ותי' תוס' דפעמים לא רמי כשלדה ולכן א"צ לשמור], ועוד כתבו תוס' שם להקשות למה אם עמד לפוש חייב הרי הניזק צריך לשמור את עצמו שלא ינזק במה שעמד לכתף, א"כ ה"נ יתחייב לשמור שלא ינזק אם עומד לפוש, ועי"ש בלשון תוס' שכתבו 'פושע הוא' והיינו שיש תביעה עליו שהוא ניזק, וכמש"כ דהיכא שיש רשות לב' בנ"א לילך על הניזק לשמור את עצמו של ינזק.

והא הכא דכמהלכת ברבוצה

גמ' והא הכא דכמהלכת ברבוצה דמי וקתני פטור. מקשה הגמ' דכמו שאם עמד בעל החבית פטור בעל הקורה ה"ה התם נמי מותר למהלכת להזיק לרבוצה, וצ"ב מה מדמה הגמ' הא בעל החבית שעמד הוא שעשה שינוי כמש"כ הנמוק"י ומשו"ה פטור בעל הקורה דהוא ברשות ובעל החבית שלא ברשות, משא"כ התם בפרה שניהם עשו שינוי הרבוצה בזה שרובצת והפרה המהלכת בזה שבעטה, והפטור התם הוא מדין דכל המשנה ובא אחר ושינה, ולא מדין שלא ברשות שהרי שניהם שלא ברשות.

אמנם תוס' ביארו דהגמ' מדמה דכמו שפטור בעל הקורה משום שבעל החבית פושע ה"ה התם נמי פרה רבוצה גרמה לו, ואין הפטור הכא משום שהוא שלא ברשות אלא מצד שהראשון גרם לו, והיינו כמש"כ דדעת התוס' דליכא כאן שינוי של בעל החבית בזה שעמד לפוש וממילא דחשיב כברשות, אלא דכיון שפשע שהיה צריך לחשוש לבעל הקורה לכן חייב, והיינו דמדמה הגמ' דהתם נמי כיון

שפשע הפרה הרבוצה ולכן בעטה מהלכת נמי פטורה.

אמנם אפ"ל שאף לפי סברת הנמוק"י דהכא בעל החבית שינה שעמד, מ"מ מדמה הגמ' דכמו שאם שינה איהו דאזיק אנפשיה, ה"נ הכא אע"פ שהמהלכת שינה מ"מ איכא ג"כ הך סברא דאיהו דאזיק אנפשיה, ועי' בברכת שמואל סי' ט"ז אות א'.

סברת תוס'

לפטור בעמד בעל החבית

תוס' ד"ה והא הכא דכמהלכת. וי"ל דס"ד כי היכי דמתני' פטרינן בעל קורה לפי שבעל חבית גרם בעמידתו וכו', כונת תוס' שיש כאן פשיעה של בעל החבית שעמד, וכמו שכתבו תוס' ד"ה תרווייהו שיש כאן פשיעה גמורה בעמידה, והנה בתחילת פרק מקשה הגמ' אמאי פטור אם נשברה החבית הרי איבעי ליה לעיוני, ואמאי התם לא נאמר הך סברא דבעל החבית פשע שהניח וממילא יפטור אם הזיקו כמו כאן דס"ד שמהלכת בעטה ברבוצה ג"כ פטורה.

וצריך לומר שאע"פ שהתם יש פשיעה והוא עשה בור וחייב על מה שהוזק ול"ש קושית הגמ' איבעי ליה לעיוני, מ"מ לענין זה שהוא הזיק כיון שצריך לעיין חשיב שלא ברשות, דיש עוד הלכה דאם הוא שלא ברשות חייב על מה שהזיק אע"פ שהראשון פושע, אבל מה שהוזק מחייב את הפושע שהוא גרם את ההזק.

טעם הפטור

הוזקה רבוצה במהלכת

תוס' ד"ה איבעי לסגויי באידך גיסא. וא"ת הא אפילו להזיק אית ליה רשות לסגויי

עלה, לכאורה כונת תוס' להקשות שהרי זה ברור שאם המהלכת הזיקה את הרבוצה בדרך הליכתה היא פטורה, ואם יש סברא דאיבעי לסגויי באידך גיסא נמצא שיש כאן פשיעה של הבעלים ואמאי פטור, ות' תוס' דטעם הפטור הוא משום דהוה רגל ברה"ר והיינו שאף שיש סברא דאיבעי לסגויי אבל מ"מ גזה"כ הוא שרגל פטור ברה"ר.

וצריך להבין דבגמ' משמע שטעם הפטור לאו משום רגל, שהרי הגמ' רוצה

להוכיח ממתני' דעמד בעל החבית ונשברה חבית בקורה פטור דה"נ אם בעטה מהלכת ברבוצה פטור, ולכאורה כונת הגמ' לדמות שכתבו שבעל החבית פשע בעצמו בזה שעמד ואיהו דאפסיד אנפשיה, [וחשיב שלא ברשות ובעל הקורה ברשות ולכן אם הוזק פטור], ה"נ יש פשיעה של הפרה הרבוצה במה שעמדה דהיא שלא ברשות ולכן אף אם הזיקה אותה מהלכת פטור דהתם נמי איהו דאפסיד אנפשיה.

ודוחה הגמ' נהי דאית לך רשות לסגויי לבעטוי לית לך רשות, וכונת הגמ'

דאה"נ מצד שהיא פשעה שרבצה באמצע רשות הרבים יכולה המהלכת לעלות עליה ולהזיק אותה בדרך הילוכה, אבל אין לה היתר לבעוט דכלפי אותה שינוי של בעיטה לא חשיב שהרבוצה גמרה לה, וא"כ מבואר ברור שטעם הפטור בלסגויי הוא משום שהרבוצה שינתה וכהך דמתני' דעמד בעל החבית, וא"כ מדוע כתבו תוס' שטעם הפטור הוא משום דהוה רגל ברשות הרבים, ועי' בפנ"י שעמד בזה והוסיף שהרי אף באדם המזיק איכא הך פטור, אם שינה והוזק בו דפטור וא"כ ע"כ

דלאו מטעם רגל, וא"כ קשה מהו סברת הגמ' דאיבעי לסגויי באידך גיסא וצ"ע, [ועי' בברכת שמואל סי' ט"ז שביאר דברי תוס'].
שניהם רצים והזיקו זה את זה

מתני' או שהיו שניהם רצים והזיקו זה את זה שניהם פטורים. רש"י לקמן מח ע"ב כתב שצריך לגרוס במשנה הוזקו זה בזה דאם הזיקו זה את זה חייבים, והטעם לחלק דבהוזקו אמרינן שכל אחד גרם לעצמו את ההזיק, אבל להזיק אדם מועד לעולם וצריך לשמור את עצמו שלא להזיק לחברו, ובהגהות הגר"א הביא דעת הרמ"ה שכתב שאף בהזיקו זה את זה הואיל ותרוייהו עבדי מעשה, ועי' בטור סי' שע"ח שהביא דברי הרמ"ה.

וביאר הבית יוסף שההכרח של הרמ"ה כדי לא לדחוק לשון המשנה עם הברייתא, וכן כתב הנמוק"י כאן דהיכא שתרוייהו עבדי מעשה אף שכל אחד הזיק את חברו חשיב כהוזקו, ורק אם שניהם מזיקים זה את זה בידים חייבים.

והנמוק"י הוכיח כן מהא דמבואר במשנה הקודמת דזה בא בחביתו וזה בא בקורתו נשברה חבית בקורה פטור, והבין הנמוק"י דטעם הפטור הוא משום דשניהם ברשות והרי התם חשיב הזיקו שהרי בעל הקורה הזיק את בעל החבית, אלא ע"כ דהיכא דתרוייהו עבדי מעשה חשיב כהוזקו ופטורים.

אלא דא"כ צ"ע לפי רש"י דהזיקו חייבים מה הטעם במשנה לעיל שפטור בעל הקורה והרי הוא מזיק את בעל החבית והקשה כן התוס' רי"ד להלן מח ע"ב, וכתב לבאר שצ"ל שלפי רש"י טעם הפטור הוא משום

דבעל החבית איהו דאזיק אנפשיה דמכיון שמייירי שאחד בא כנגד חברו לכן היה צריך לשמור את עצמו שלא יזיק אותו בעל הקורה ואם לא שמר איהו דאזיק אנפשיה, וכל מה שסבר רש"י שהזיקו חייבים הוא בכה"ג שאחד הולך ליד חברו ולא הולך כנגדו, דכיון שאדם מועד לעולם צריך לשמור את עצמו שלא להזיק חברו.

והנה דעת הרמב"ם פ"ו ה"ג מחובל ומזיק שהפטור של שניהם ברשות או שלא ברשות הוא בין בהזיק ובין בהוזק, אלא שהחילוק בין אם הוא מתכוין להזיק או לא שאם מתכוין חייב ואם לא מתכוין פטור, ולפי הרמב"ם כונת המשנה לעיל דזה בא בחביתו כפשוטו דאף אם חשיב הזיקו יש את הפטור של שניהם ברשות ומשום דאיהו אפסיד אנפשיה, [ועי' מש"כ לעיל].

ונמצא לפי הנמוק"י שדינא דמתני' דהכא הוא מאותה הלכה של המשנה הקודמת דשניהם ברשות, אבל לרש"י דינא דמתני' לעיל הוא סברא אחרת ולא משום דשניהם ברשות, ולפי הנמוק"י צ"ב מדוע בעינן ב' משניות לזה, ועי' בביאר הגר"א (שע"ח ס"ק כ"א) שכתב שהחידוש של המשנה דאין חילוק בין נזקי גופו לנזקי ממונו, דהמשנה הראשונה מיירי בנזקי ממונו והמשנה כאן מיירי בנזקי גופו, ונראה דהא דבעינן ב' משניות משום שיש סברא לחלק בין נזקי גופו לנזקי ממונו משום דנזקי אדם אינו על הפסד הממון שבו כמבואר בכ"מ (עי' קה"י כתובות סי' ל"ג), והטור כתב דהרמב"ם חילק בין נזקי גופו לנזקי ממונו ועי' בביאור הגר"א שם ס"ק י"ט.

תוס' ד"ה שניהם שהיו מחלכים

תוס' ד"ה שנים שהיו מהלכים והזיקו. שכל אחד גרם לעצמו חבלה ולא הזיקו ממש במתכוון וכו', הקשה הרש"ש דשיטת רש"י ותוס' לקמן מח ע"א דאפילו שלא במתכוון אם הזיק בידים חייב ואמאי כתבו התוס' דוקא במתכוון.

וביאר האבן האזל (חו"מ פ"ו ה"ג) דדעת התוס' דאפילו הזיקו בידים חשיב כמו הוזקו כיון דתרויהו עבדי מעשה וכמש"כ הטור בשם הרמ"ה בסי' שע"ח, וחידשו התוס' דאע"ג דהוי ליה כהוזקו מ"מ היכא דמתכוון חייב דע"י כונה חשיב כמו הזיק בידים.

ההיתר לרוץ**בערב שבת לצרכי שבת**

גמ' בערב שבת בין השמשות. כתב הרא"ש שאף ברץ להכין צרכי שבת וכתב בהג"ה דמשמע מלשון זה דלאו דוקא בבין השמשות אלא משעה שמתחילין לאפות ולבשל צרכי שבת הרי הוא ברשות והוא מחצי היום והילך, וכן נראה בנמוק"י דלאו דוקא אם רץ בין השמשות אלא אף אם הוא רץ באמצע היום למזבן צרכי שבת, והוסיף שאף אם אין בידו דבר ג"כ אלא רץ סתם תלינן שהוא לכבוד שבת דיכול להיות שרץ לצרכי שבת שהרי צריך למימר עשרתם ערבתם או לממשא פניו ידיו ורגליו או לשנוי כסותיה, ונראה מדבריו דבעינן שהריצה תהא דוקא אם מתעסק בצרכי שבת עצמם.

אולם הרמב"ם פ"ו מחובל ה"ט כתב שאף אם רץ כדי שלא תכנס השבת והוא אינו פניו, וכתב הסמ"ע [שע"ח יא] דמשמע

מלשון זה שאף אם רץ לגמור עסקיו כדי מהר קודם השבת גם זה בכלל רץ ברשות, וכתב שמדברי הרמ"א שם משמע דדוקא אם הוא רץ בשביל צרכי שבת גופא.

ע"ע בפתחי תשובה שע"ח שכתב בשם תשובת חות יאיר שכל הדין הוא רק ברץ בבין השמשות אבל ברץ לשאר דבר מצוה לא, משום שכל ההיתר הוא בבין השמשות שזמנו בהול, שהרי הוא ספק יום ספק לילה אבל בשאר דבר מצוה לא אמרינן הכי, וכן נראה במרדכי כאן שכתב ודקא אותה מצוה דבין השמשות שאין לו שהות אבל בשאר מצוה כגון לרוץ לבית הכנסת או לבית המדרש דיש לו שהות לא, ונראה מדבריו דכונת הגמ' בין השמשות הוא דוקא בין השמשות, אכן מדברי הראשונים משמע דל"ד בין השמשות אלא אפילו באמצע היום ג"כ מותר, ואולי דכבר באמצע היום חשיב שאין שהות.

והנה בשו"ע או"ח [סי' רנ] ישכים בבוקר ביום שישי להכין צרכי שבת, והביאור הלכה שם סו"ד כתב שהרמב"ם השמיט דין זה שישכים בבוקר לצרכי שבת, וכתב דאפשר שסבר הרמב"ם דרך בין השמשות פטור כשרץ אבל בבוקר לא, ולכן לא פסק הרמב"ם שיש מצוה להכין צרכי שבת מהבוקר, אלא שכתב הביאור הלכה דא"כ לפי מד"א שיש מצוה להשכים בבוקר נמצא שאם הוא רץ בבוקר והזיק יהא פטור, ואין סברא לומר שיתחייב דלא היה לו לרוץ שהרי לכל דבר מצוה מותר לרוץ, ושוב כתב דאף שמותר לרוץ מ"מ חייב על מה שהזיק, דכל מה שפטרו אותו כשהזיק כשרץ הוא רק כשזמנו בהול, ולכן כתב

דהשו"ע הביא דין זה בחור"מ כלשון הגמ' שרק בין השמשות ולא כל ערב שבת, אע"פ שפסק כאן שיש מצוה להכין צרכי שבת מהבוקר.

ומדברי הביאור הלכה נראה שלמד שלפי הרמב"ם אין דין להשכים בבוקר, אבל ברמב"ם פרק ז' מחובל משמע של"ד בבין השמשות מותר לרוץ אלא אפילו קודם לכן שכתב שמותר לרוץ לגמור עסקיו ומשמע דל"ד בין השמשות.

ע"ע בנמוק"י שכתב שאם רץ לצרכי עצמו בע"ש חייב וכן כתב הרמ"א שע"ח סעי' ח', ועי' בחידושי ר' מאיר שמחה שכתב שמסברא נראה שכיון שבע"ש אדם יודע שחברו רץ ממילא הוא צריך לשמור את עצמו שלא יוזק ע"י חברו ולכן אפשר שאף אם הוא רץ לצרכי עצמו כיון שחברו לא יודע היה צריך לשמור את עצמו ע"ש.

ביאור הראיה מהא דרב חנינא שהיה יוצא לקראת שבת

גמ' בערב שבת מאי ברשות איכא כדר' חנינא וכו'. בפשוטו קושית הגמ' היא איזה ברשות יש בערב שבת, ותי' הגמ' כדר' חנינא שהיה יוצא לכבוד שבת, אולם צ"ע דלא מוזכר שם שהם רצו לכבוד שבת ומנ"ל דאם רץ הוה ברשות.

ועי' בשטמ"ק בשם רבנו יהונתן שכתב שכונת הגמ' להקשות מאי ברשות איכא על הא דאמר בין השמשות והרי בבין השמשות אין דרכו של ישראל להתעסק במלאכה וא"כ למה הוא רץ, וע"ז אומרת הגמ' שהיה יוצא מעוטף

לקראת שבת מלכתא ואומר בואו ונצא לקראת כלה, ומשמע מדבריו שהבין שבאמת היה שם מעשה ריצה.

ובן נראה מדברי הנמוק"י שכתב ז"ל רבי ינאי 'מרקיד ואזיל מרקיד ואתי' ואומר בואי כלה, לומר דכי האי נמי רהיט לצרכי שבת משום שהוא לכבודו כ"ש כשרהיט לצורך קיום שבת דכתיב בקרא עכ"ל, מבואר מדבריו שהיה רץ בשעה שהיה מקבל פני שבת ונלמד משם דכ"ש שעוסק בצרכי שבת גופא, ועי' בלשון רבנו חננאל שכתב ג"כ דר"ח הוה מרקיד ואזיל.

אולם הרמב"ם הלכ' שבת [פ"ל ה"ב] כתב איזה כבוד זה שאמרו חכמים שמצוה על אדם לרחוץ פניו ידיו ורגליו בחמים מערב שבת מפני כבוד השבת, ומתעטף בציצת ויושב בכוד ראש מיחל להקבלת פני השבת כמו שהוא יוצא לפני המלך, וחכמים הראשונים היו מקבצין תלמידהן בערב שבת ומתעטפין ואומרים בואו נצא לקראת המלך עכ"ל, ונראה מדברי הרמב"ם שלא היו רצים אלא היו יושבים בכובד ראש לקבל פני שבת, [ע"ע לשון רש"י בשבת קיט], וא"כ צ"ב מה מיייתי הגמ' ראיה מכאן לענין הא דרץ בערב שבת.

ואולי אפ"ל באופ"א שכל ההיתר של רץ בערב שבת מפני שהוא ברשות מהטעם שזה רשות מצוה, וא"כ אפשר לחדש שכל מה שפטרו אותו מלשלם אינו אלא משום שיש מעשה מצוה במעשה הריצה ולא הוה כהכשר מצוה, וא"כ אפשר לדון האם אדם שמכין צרכי שבת אם חשיב כמעשה מצוה

דף לב ע"ב

המבקע עצים ברשוה"ר

מתני' המבקע ברשה"ר והזיק ברה"י חייב. דעת הרמב"ם פ"א מחובל ומזיק הי"א דחייב אף בד' דברים, והיינו דחשיב פשיעה כמו בנכנס לחנותו של נגר.

אולם הנמוק"י כתב דחייב נזק שלם ומשמע דחייב רק בנזק ומשמע דלא הוה פשיעה גמורה, וכן משמע רהיטת לשון הגמ' דקעביד ע"ז צריכותא.

תוס' ד"ה זה שלדעת נכנס. א"נ כולה ברייתא בשלא הכיר בה וכו', וצ"ב לפי"ז ללישנא בתרא דר' יוסי בר חנינא דהדין שחייב בד' דברים ופטור מגלות קאי ארישא ולמבואר בתוס' שלא הכיר בו ונכנס שלא ברשות מדוע יהא חייב בד' דברים הרי, ועמד בזה הרשב"א.

ובתב הרשב"א דכיון דמיירי בחנותו של נגר א"כ הו"ל לנגר לאסוקי אדעתיה שמא יכנס אדם שלא ברשות כיון שהדרך הוא שנכנסים כך ולפיכך חייב בד' דברים, אלא שצ"ב א"כ אמאי פטור מגלות ללישנא בתרא הרי הוא פושע כיון שיודע שנכנסים ומ"ש מנכנס ברשות, וצ"ל דמ"מ אינו פושע כ"כ כיון דנכנסים שלא ברשות ול"ד ליער.

תוס' ד"ה דלא סגי וכו'. וא"ת והא דתנן וכו', לכאורה כל קושיתם הוא רק לתי' בתרא בתוס' הקודם דמיירי שלא ראהו, דאי מיירי בראהו י"ל דהתם מיירי שלא ראהו ולכן לא הוה קרוב למזיד משא"כ כאן שראה אותו לכן אינו גולה דקרוב למזיד.

עצמה או דחשיב רק כהכשר מצוה בעלמא ועיקר המצוה הוא הכבוד בשבת עצמה, וההכנה בע"ש אינו אלא הוא הכנה למצוה ככל הכשר מצוה.

ואפשר לבאר דהנה בכתבי הגר"ח הובא דברי הגרי"ז דדייק מהרמב"ם דב' מצוות איכא בהדלקת נרות כיבוד ועונג, דבפ"ה מהל' שבת כתב הרמב"ם ההלכה דנר שבת חובה וכתב שזה בכלל עונג שבת, ובפרק ל' ה"ה כתב וצריך לתקן ביתו מבעוד יום מפני כבוד שבת ויהיה נר דלוק וכו' שכל אלו לכבוד שבת הן, וגדר דין כבוד שבת מבואר ברמב"ם שם בפ"ל דכבוד היינו לפני שבת שעושה מעשים שנראה כמיחל להקבלת פני שבת כמו שהוא יוצא לקראת המלך, ובה"ה כתב הרמב"ם מסדר אדם שולחנו בערב שבת ואפי' א"צ אלא לכזית וכו' כדי לכבדו בכניסתו וביציאתו, משמע דכל מצות כבוד שייכת דוקא בכניסה וביציאה ולא בשבת עצמה, ומצות עונג שייכת דוקא לשבת עצמה לאכול ולשתות ולענג עצמו בשבת.

ולפי"ז אפשר לבאר דכונת הגמ' להוכיח שגדר המצוה של כבוד שבת הוא קודם שבת ולכן יש היתר של רץ ברשות, דאפשר שכל מה שפטרו מלשלם אם הזיק הוא רק היכא דיש מעשה מצוה בגוף הריצה ולא משום דיש כאן הכשר מצוה והיינו דמייתי מר' חנינא דהכבוד קודם השבת חשיב מעשה מצוה, [ואולם יש לעיין דהסמ"ע דייק מהרמב"ם שאף אם הוא רץ לגמור עסקיו ג"כ מותר, וקשה לומר שיש מעשה מצוה של כבוד שבת במה שגומר עסקיו מהר קודם שבת ועיין].

המהרש"א כתב דלטעם המבואר בגמ' דפטור מגלות משום דל"ד ליער ל"ק דהתם כיון שיש לו זכות ליכנס שהרי יש לו בית שם הרי"ז דומה ליער שיכול ליכנס מתי שירצה.

סברת תוס' דבניסה

שלא ברשות לא דמי ליער

תוס' ד"ה חייב בד' דברים. וי"ל דשאני התם וכו' אבל הכא שתחילת כניסתו שלא ברשות אין לחוש כ"כ ולא דמי ליער, כונת התוס' דהיכא שנכנס שלא ברשות אינו צריך להיזהר וע"כ ל"ד ליער, משא"כ היכא שנכנס ברשות אע"פ שעכשיו הוא שלא ברשות מ"מ הרוצח צריך להיזהר דהוה פושע טפי ודמי ליער, ולפי"ז הא דאמרינן דל"ד ליער הוא משום דבשלא ברשות לא הוי פושע כמו ביער, אמנם הריב"א שהקשה לא סבר כן, וכ"כ הטור בסי' תכ"א דשיטת הריב"א הוא דמיירי בדלא חזיא.

ונראה דלשיטת הריב"א הדמיון ליער הוא דהתורה לא חייבה גלות כשהניזק נכנס שלא ברשות דאין לו שם מזיק כ"כ וממילא אי"ז שייך אם המזיק פשע או לא.

דמעה דיינא גופיה

גמ' דטעה דיינא גופיה. הקצה"ח [שמ"ח סק"ד] הקשה לשיטות הפוסקים דיש שליח לדבר עבירה בשוגג, א"כ אמאי גולה השליח ב"ד הא הוא לא עבר העבירה ואדרבה הב"ד הם צריכים לגלות דחשיב דהם עשו את המעשה, ועי' בנתה"מ מש"כ לישב.

והפרי יצחק ודבר אברהם ח"א ס"כ [הובא בשיעורי הגר"ש מכות אות שצ"ד] כתבו דשליח ב"ד הוא שליח של כל ישראל, שהרי על כולם מוטל להלקותו ולא שליחותא דבי דינא עביד והרי"ז כמקיים חיובו, ועי"ש עוד מש"כ הגר"ש.

גדר פשיעה לענין ד' דברים

גמ' רב פפא משמיה דרבא דתני לה ארישא הנכנס לחנותו של נגר שלא ברשות וכו'. רש"י פירש דמיירי שראה אותו מעיקרא ולכן חשיב פושע לענין ד' דברים אלא שלענין חיוב גלות אינו חייב, והטעם כתבו תוס' משום דלא הוה דומיא דיער, דכיון שנכנס שלא ברשותו יכול לתלות שמא כבר יצא, והיינו שילפינן מיער שרק כה"ג שיש כאן שוגג גמור אבל היכא שהוא קצת אנוס לא הוה דומיא דיער ופטור מגלות, מיהו מבואר שלענין ד' דברים חשיב פושע ויותר משוגג, שהרי שוגג אין חייב בד' דברים כמו שמבואר לעיל כו ע"ב.

והנה תוס' ד"ה ונתזה כתבו דאפשר להעמיד כל הסוגיא שלא ראהו ומבואר שאע"פ כן חשיב פשיעה לענין ד' דברים והובא לעיל שהרשב"א כתב דהיה צריך לחשוש שמא אדם עומד להיכנס אצלו ולכן לענין זה נחשב פושע ומ"מ לענין גלות אינו שוגג.

מאן דמתני לה

אסיפא כ"ש ארישא

גמ' מאן דמתני לה אסיפא כ"ש ארישא. פרש"י פטור מגלות שאינו דומה ליער, הקשה הפני יהושע דבגמ' לעיל משמע דרבא

שאמר שפטור מגלות משום דהוה שוגג קרוב למזיד חולק על הטעם שפטור מגלות משום שלא דומה ליער.

ובתב דמוכח מרש"י שהכונה בגמ' לעיל דאמר לפי שאינו דומה ליער הוא מדברי ר' יוסי בר חנינא בעצמו, וא"כ ע"כ שסברת רבא שאמר דהוה שוגג קרוב למזיד הוא לפרש מדוע אינו דומה ליער, והיינו שביער עצמו פטור משום דחשיב שוגג גמור, אבל הכא כיון דלאו שוגג גמור אין חיוב גלות משום דלא דומה ליער, והיינו שמצד הסברא מה שהוא שוגג קרוב למזיד אינו סיבה לפטור אלא משום דלא דמי ליער, ויבואר עוד להלן בתוס', [אכן בדעת הרמב"ם כתב הכס"מ שחולק וס"ל שרבא בא לחלוק על הטעם של יער, עי' כס"מ פ"ו מרוצח הי"א].

גמ' ומאן דמתני לה ארישא אבל אסיפא כיון דברשות חייב גלות. ולכאורה זה ברור שאף יהא חייב בד' דברים שאם בנכנס שלא ברשות חשיב פושע כ"ש בנכנס ברשות, ומבואר שאע"פ שבעלמא כל שוגג אינו חייב בד' דברים כמו שמבואר לעיל כו ע"ב, מ"מ שוגג דמחייב גלות חשיב פושע לענין ד' דברים.

ביאור קושית תוס' שיפטר מד' דברים

תוס' ד"ה מאן דמתני לה אסיפא. משמע דיותר הרישא קרובה לאונס וכו', ותימה אי מטעם אונס פטור כ"ש שהיה לו ליפטר מד' דברים וכו', לכאורה זה ברור בכונת הגמ' דאף למאן דמתני' אסיפא כ"ש

ארישא כ"ז רק לענין גלות, אבל ד' דברים פשוט שברישא אין חייב, דכיון שהוא שלא ברשות הרי הוא אונס גמור, ומוכרח כן בגמ' שאם יהא חייב בד' דברים לא יהא חילוק בין רישא לסיפא וכן כתב בהדיא הרא"ש, וא"כ צריך לבאר מה קושית תוס' דכ"ש שיהא לו להיפטר הרי באמת הוא פטור מה"ט.

ובתב הפנ"י לבאר שקושית תוס' שלפי מה שמשמע השתא בגמ' נראה דסברא פשוטה וברורה דהנכנס שלא ברשות חשיב אונס גמור, ואין כאן סיבה לחייב ד' דברים, שאם אין כאן סברא ברורה שהרישא היא קרובה לאונס מהכ"ת לומר דמאן דמתני אסיפא כ"ש ארישא, אלא ע"כ דברור שהרישא הוא קרוב לאונס, וא"כ הקשו התוס' א"כ איך יתכן שיהא מד"א דמפרש דברי ר' יוסי בר חנינא על הרישא שא"כ נמצא שיהא חייב בד' דברים, והרי הוא אונס גמור ואין כאן סברא לחייב אותו, אלא ע"כ שאין זה סברא ברור כ"כ שהוא אונס וא"כ תקשה מנלן לגמ' הך סברא דמא דמתני אסיפא כ"ש ארישא, הרי אי"ז ברור לומר שהרישא הוא אונס כ"כ.

דעת תוס' לפטור ברישא מגלות

תוס' בא"ד. וי"ל דלאו משום אונס פטור ליה הכא אלא לפי שאינו דומה ליער כשנכנס שלא ברשות, ביאור דבריהם כמו שהתבאר לעיל שהסברא שאמרה הגמ' דהוה שוגג קרוב למזיד הוא סיבה שלא ללמוד מיער, והיינו שהכללים של שוגג לענין גלות חלוק מהכללים של שוגג בכל התורה כולה, ולמדנו מיער שהמחייב בגלות הו רק שוגג שהוא דומה ליער, אבל אם יש לו רשות ליכנס חשיב כבר כמזיד לענין גלות ואין חייב גלות,

וכן כה"ג שנכנס שלא ברשות אע"פ שראה אותו ואפשר לדון דשם יהא חייב בד' דברים, מ"מ לענין גלות אין כאן חיוב כיון שהוא שלא ברשות חשיב לגבי גלות קרוב לאנוס ואין חיוב של גלות כה"ג.

ונמצא שתוס' בקושיתם הבינו שכונת הגמ' לומר דכמו שהכא בנכנס ברשות הוא קרוב למזיד ופטור מגלות ה"נ בנכנס שלא ברשות הוא אנוס ופטור, ובתי' ס"ל לתוס' שאי"ז אנוס גמור שפטור בכל התורה אלא שאנוס כזה הוא סיבה לפטור מגלות משום דילפינן מיער, וה"נ קרוב למזיד הוא סברא ללמוד מיער וכמש"כ הפנ"י לעיל.

דף לג ע"א

פטור דממציא עצמו

גמ' ומצא פרט לממציא את עצמו וכו' אבל אהא פטור לגמרי. כתב ר"ח דפטור מד' דברים אבל בנזק חייב וכ"כ הטור סי' תכ"א, אולם הב"י שם כתב שם דמדברי הרמב"ם פ"א מחובל ומזיק הי"ט שכתב ופטור מכלום שנאמר ומצא פרט לממציא עצמו, משמע דפטור לגמרי אף מנזק, וכתב הב"י שהטעם שפטור אף מנזק דילפינן מהך קרא, דלענין גלות כבר כתב הרמב"ם פ"ז מרוצח, וע"כ כונתו דמהך קרא ידעינן נמי שפטור מנזק, (והב"ח כתב דפטור משום דהוה אנוס גמור ודייק כן מדברי הנמוק"י בסוגין עי"ש, וצ"ב כונת הב"ח דאי הוה אנוס גמור אמאיבעינן קרא למעט מגלות הא אנוס הוא).

וצ"ב דעת הרמב"ם שהרי קרא דומצא הוא מיעוט לענין גלות ולא לענין נזקין ואיך ילפינן נזקין מהך קרא, שהרי חזינן

בסוגיין דגלות אינו שייך לנזקין דהא בנכנס לחנותו של נגר פטור מגלות משום דל"ד ליער ומ"מ חייב בד' דברים וצ"ע.

וצ"ל דע"כ הדין של ומצא פרט לממציא את עצמו הוא גילוי מילתא דלא חשיב מעשה מזיק כיון שהניזק המציא את עצמו וע"כ זה פטור גם לענין נזיקין, משא"כ בנכנס לחנותו של נגר הרי מבואר בגמ' שטעם הפטור משום שלא דמי ליער וכמו שהתבאר לעיל ולכן אינו מקור לפטור מנזקין, ועי' בחזון יחזקאל פ"א ה"א ד"ה פרט.

הטעם לחלק מהיו כרים וכסתות וקדם וסילקן

תוס' ד"ה והוציא הלה את ראשו. ל"ד להיה תחתיו כרים וכסתות וכו' דאין לו לחשוב שיסלקו הכרים וישברו הכלים, כונת התוס' דהתם הוה אנוס דאין צריך לחשוב שיטלו משם הכרים וכסתות משא"כ כאן לא חשיב אנוס דצריך לחשוב שאולי יוציא את ראשו.

אולם צ"ב דבגמ' שם לכאורה מבואר סברא אחרת אמאי פטור, שהגמ' לעיל כו ע"ב אומרת משום 'דפסוקי מיפסק גיריה', דהיינו שהנזק לא היה מזומן מעיקרא בשעה שזרק הכלי מראש הגג, ולא משום דאין לחוש שאדם יקח והוה אנוס, וצ"ל שכונת התוס' דאע"פ שאין כאן אנוס גמור דיתכן שאדם כן יקח, אבל מ"מ סגי בדרגה כזו של אנוס לפטור מכיון שהנזק לא מזומן, אלא שאם היה פושע לא היה שייך לפטור מה"ט דפסוקי מיפסק גירה דכיון שזהו רוח מצויה ע"כ חשיב שהנזק מזומן, ובסוגיין ליכא ה"ט דלא חשוב שהנזק מזומן דכאן יש לחוש שיוצא הלה את ראשו

שהרי חזינן שחייב הד' דברים, וע"כ דהוא פושע ולכן ל"ש לומר ה"ט דפסוקי מיפסק גיריה שהנזק לא מזומן.

והנה לדעת הר"ח והטור דאף לפי הצד שפטור מד' דברים מ"מ בנזק חייב קשה מ"ט חייב בנזק הרי פסוקי מיפסק גיריה דהא לא הוה פושע, וצ"ל דאע"פ שאינו פושע מ"מ לא הוה אונס כדהתם ולכן ל"ש לפטור אותו משום דמיפסק וכו' ורק היכא דאיכא אונס שייך הסברא דפסוקי מיפסקי גיריה.

בשטמ"ק הקשה על התוס' דהא מבואר לעיל בזרק כלי מראש הגג דאף היכא שקדם הזורק עצמו וסילק ג"כ פטור והא כה"ג הוה פושע ול"ש לומר סברת תוס' דאין לו לחשוב שיסלקו, ועי' במהר"ם שיף כאן מש"כ בזה.

החזו"א [סי' ב ס"ק י"א] עמד בזה וכתב דדבר שתלוי בדעת האדם לא חשיב רוח מצויה דכיון שיש כאן עבירה אמרינן שמא יחזור בו וכל רגע חשיב שיש כאן מחשבה חדשה, ורק בדבר המסור לטבע הבריאה חשיב כרוח מצויה עי"ש.

וי"ש לדון האם בנזקי ממונו נמי איכא הך סברא דהיינו כשיודע שאחר בר דעת יכול לפרוץ השמירה אי חשיב שפשע בשמירה ועי"ש בחזו"א, ועי' בשיעורי הגר"ש [מכות אות של"ז] שכתב כדברי החזו"א, אלא שכתב שזה סברא רק בפטור של מיפסק פסוקי גיריה דהיכא שזה מסור ביד אדם חשיב מפסק פסיק, אבל בהלכות שמירה דבר כזה לא חשיב שמור אלא רוח מצויה היא.

הרשב"א כתב לישב קושית התוס' דרבה שפוטרי התם פליג נמי אלישנא קמא דהכא, ובאמת ללישנא דבסוגיין חייב ה"נ גם בזרק כלי והיו תחתיו כרים וכסתות חייב אם קדם וסילק, דעת הרמב"ם פ"ז מחובל ה"ז דזרק כלי מראש הגג חייב הזורק עי"ש בנו"כ מש"כ לבאר שחייב משום גרמי והסוגיא דמיפסק גיריה זה למד"א גרמי פטור, וצ"ע א"כ אמאי הכא בממציא את עצמו פטור הרמב"ם לגמרי אפילו מנזק וכמש"כ לעיל ואמאי לא יתחייב משום גרמי.

עי' בחידושי הגר"ש ב"ק סי"ט שכתב דבנזקי גופו ל"ש חיוב של גרמי כיון שנזקי גופו זה פרשה מיוחדת ולא מחמת ההפסד ממון וכמש"ל ובזה לא נתחדש דין גרמי.

טעם ההיתר ליכנס לתבוע שכרו מבעה"ב

גמ' ת"ר פועלים שבאו לתבוע שכרן מבעה"ב ונגחן שורו של בעה"ב וכו'. מבואר בגמ' דאם בעה"ב לא שכיח במתא מותר להם להכנס לביתו שלא ברשות והבעלים חייב בנזקין.

והנמוק"י ביאר הטעם בזה ע"פ המבואר ב"מ קטו ע"א דיש לפועל זכות להכנס לביתו למשכנו, ולכן כשלא נמצא בעיר כמו שיש לו זכות למשכנו כ"ש שיוכל להיכנס לביתו לתבוע שכרו, אלא דאם שכיח בעיר אין לו היתר להיכנס כיון שיש אפשרות לתבוע בשוק.

ובתב הרא"ש דעכשיו נוהגים ליכנס בבית בעה"ב לתבוע שכרן ואין מצוי מעות בשוק לפרוע לפועלים הילכך אפילו שכיח בשוק נכנסים.

החידוש במשנה שמשלם

במותר חצי נזק

מתני' שני שוורין תמין שחבלו זה בזה משלמים במותר חצי נזק. מועד בתם משלם במותר נזק שלם, פרש"י כלומר אם הזיק את התם יותר משהזיקו תם.

הרא"ש דייק מלשון רש"י שכתב 'יותר' ממה שהזיקו תם, דמשמע שהחידוש של המשנה הוא דהמותר היינו היותר מההיזק של תם ולא מהתשלום של תם, דהיינו דעל הסכום ששויים הם בנזק אין לו דין מזיק, ולמשל אם המועד הזיק את התם נ' והתם הזיק אותו מ' משלם לו רק עשרה דהמ' שהזיקו לא חשיב בכלל מזיק, [ולא אמרינן דישלם ל' דחצי מהנזק הוא כ' ונמצא שנשאר חייב ל'].

אולם הוכיח הרא"ש שתוס' חולקים על רש"י, מדהקשו תוס' דהוה משנה שא"צ ולא כתבו שבא להשמיע חידוש זה, והתוס' כתב שהחידוש הוא לר"ע דסבר יוחלט השור ויכול הנזיק להקדישו או למכרו אבל כאן אין לניזק זכות בזה אלא הוא נשאר של מזיק, וכן לר"י דיושם השור אי נאבד שורו שאין יכול לומר אני אתבע כל דמי ההיזק.

ע"ע בשטמ"ק שכתב דיש חידוש אף בב' מועדים שהזיקו זה את זה למד"א שצריך מיתה והעמדה בידן שוין כאחד דאם הפקיר האחד לא אמרינן דהשני יתחייב, ומכל זה מבואר שהחידוש של המשנה הוא דהיכא של אחד מזיק את חברו כלפי מה שכל אחד הזיק אין תביעת נזקין.

אלא דברש"י מבואר דאין לו שם מזיק על מה ששניהם שוים בנזק ולכן אף בתם

לא חשיב מזיק רק על הנותר כמו שדייק הרא"ש, אבל התוס' ס"ל סברא זו לענין גבית הנזקין דהיינו שאין ע"ז דין גביית נזקין כלל כיון שלשני יש גם תביעת נזקין ולכן כל אחד עומד בשלו בין בתם בין במועד.

הנמוק"י כתב דהחידוש של המשנה הוא דאע"ג דב' בע"ח שכל אחד חייב לחברו נחלקו בכתיבות קי ע"א אם יש סברא של הפוכי מטרטא וקי"ל להלכה דאמרינן זה גובה וזה גובה, הכא כו"ע מודו משום שהתורה אמרה שהתשלום הוא במיטב וזהו המיטב שכל אחד יעמוד בשלו, אולם כתב הסמ"ע בסי' ת"ב סק"א דבתם ל"ש סברת הנמוק"י כיון שמשלם מגופו ואין בו דין מיטב עי"ש, וא"כ מ"ט אין חיוב לכל אחד. [ע"ע בנמוק"י שכתב דהיכא ששור של אחד פחות משיעור התשלום שלו חברו מפסיד כיון שהניזק גובה רק מגופו, ועי' ברע"א שכתב שכל דברי הנמוק"י ל"ש לפי לרש"י עי"ש].

דעת הראשונים

שרק בהתחילו בבת אחת

ובתבו הרא"ש והנמוק"י דכל הדין של המשנה מיירי רק היכא שהתחילו בבת אחת או בזה אחר זה שלא בשעת חימום, אבל אם הכה השני בראשון לאחר שהכהו בשעת חימום פטור לגמרי דכל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור, וכן לגבי אדם כתב שאם בא להכותו יכול להציל את עצמו, ואע"פ שלא שייך באדם הכלל של כל המשנה מ"מ יכול להציל את עצמו, אלא שכתב שאם הוא

דף לג ע"ב

בגדר יוחלט השור

גמ' ר' ישמעאל סבר בע"ח הוא וזווי הוא דמסקי ביה. בפשוטו נראה דסברת ר"י דיושם השור משום שחויב המזיק הוא חוב דמים כלשון הגמ' זווי הוא דמסקי ביה, וכל הזכות בשור הוא מדין אפותקי כמו שמשמע בגמ' בע"ב.

וכן נראה בתוס' שכתבו דהו"מ למימר נפק"מ בין ר"י לר"ע דלמר יכול לסלק בזווי ולמר לא יכול לסלק בזווי, וכן מבואר ברש"י ד"ה יושם השור, [והא דאם אין השור שוה חצי נזק אינו משלם יותר בדמים היינו משום דהתורה קבעה שצורת התשלום של תם הוא לפי שויות השור כמבואר בקרא 'ומכרו את השור החי' ולכן אם שוה פחות אין ממה לגבות].

ונמצא שלר"י עיקר החיוב של המזיק הוא ממון, אלא שב"ד מגבים את השור אם לא ירצה לשלם ממון, אבל ר"ע סבר דהתורה מקנה לו את השור מיד בשעת הנזק ולכן לא יכול לסלקו בזווי.

והנה לקמן בסוף פירקין לו ע"א נחלקו רש"י ותוס' בדעת ר' ישמעאל באופן שנאבד השור אם הניזק גובה ממון, דעת רש"י דיגבו משאר נכסים של מזיק, אמנם התוס' חלקו וס"ל דהפסיד את זכותו, והביאור בזה שנחלקו רש"י ותוס' מהו גדר הדין של מגופו, דרש"י ס"ל שזהו כאפותקי שאינו מפורש שיש רק זכות קדימה לגבות מהשור, ולכן אף אם אבד חייב לשלם משאר נכסים, אבל תוס' ס"ל שזהו אפותקי מפורש ולכן אם אבד פטור

יכול להציל עצמו במכה מועטת אין לו היתר ליתן לו מכה גדולה להציל את עצמו.

והחזו"א כתב שכל הסברות שכתבו הראשונים דאין לו שם מזיק כיון שהזיקו זה את זה, כל זה אינו אלא כשהזיקו בבת אחת אבל כשהזיקו בזה אחר זה לא, כיון שכבר חל חיוב הנזק ולא שייך לומר דאין ע"ז שם מזיק, והתם הוא רק סברא של הפוכי מטרתא, ועי"ש שהביא מדברי הדגול מרבבה שס"ל דאף בהזיקו זה אחר זה אמרינן הך דינא, וע"ע במרומי שדה מש"כ בזה, והרש"ש כתב דמדברי הרי"ף והרמב"ם משמע דמיירי אף בזה אחר זה, וקשה הרי כבר חל החיוב של הנזק וצ"ע.

סברת תוס'

לפטור בחמה מריפוי

תוס' ד"ה לפוטרו מד' דברים. שאם ירצה בעליו לא ירפאהו אלא ימכרהו מיד, בפשוטו כונת תוס' דאע"פ שיש סיבה לחייב אותו בדמי רפואה מ"מ כיון שיכול למכור לכן לא חשיב שהזיקו דבר זה.

ועי' חזו"א סי"ג סק"י שנראה דמיירי באופן כזה שאם ימכור אותו יהיה שווה כמו שהוא שווה קודם החבלה, ולכן א"צ לשלם לו דמי רפואתו, וזה הנפק"מ בין אדם לשור דבאדם חייב לשלם דמי רפואתו אע"ג דלא הופחתו דמיו, אבל בשור אינו חייב לשלם כיון שאין לו הפסד מזה כיון דיכול למכור דדמיו לא נפחתו מחמת הצורך ברפואה, אבל בגונא דנפחת דמי השור הרי"ז בכלל נזק שמשלם לו וכ"כ התוס' בגיטין מב ע"ב, וע"ע בחידושי הגרש"ש סי"ג.

מתשלומים, כמו שנפסק בשו"ע חו"מ סי' קי"ז לענין אפותיקי מפורש שאם נאבד איבד זכותו, אלא דס"ל להתוס' דיש למזיק זכות לסלקו בזווי אם ירצה ככל אפותיקי מפורש (ועי"ש בביאור הגר"א דאף באפותיקי מפורש יכול לסלקו בדמים).

אמנם רבנו פרץ והשטמ"ק הביאו דעת הריב"א דפליג על התוס' וסבר שאף לר' ישמעאל אין יכול לסלקו בדמים, וכל החילוק בין ר"י לר"ע הוא רק מאיזה זמן נעשה הדין של יוחלט השור, דר"ע סבר שנעשה מזמן הנזק ור"י סבר דרק משעה שבאו לב"ד ומאותה שעה שמים את השור או יוחלט השור לניזק.

אלא דהקשה א"כ אמאי הגמ' אומרת דלר"י אם הקדישו אינו קדוש הרי בסוגיא בפסחים מבואר שאף לרבא דסבר בכל הלואה מכאן ולהבא הוא גובה, מ"מ היכא שאין יכול לסלקו בזווי מודה רבא דלמפרע הוא גובה, וכיון דהכא לר"י אין יכול לסלקו בזווי אמאי הקדישו אינו קדוש, וכתב דאע"פ שהמזיק אין יכול לתבוע זווי מ"מ הניזק יכול לתבוע זווי והיכא שהוא יתבע השור לא יבוא לידי גביה ובכה"ג ההקדש לא חל, אבל לר"ע יוחלט השור משעת ההיזק ע"כ אף אם מתרצה לקבל דמים כבר חל ההקדש, [ועי' תוס' גיטין מ ע"ב ד"ה הקדש שכתבו בתוך דבריהם כרבנו פרץ].

אולם צ"ע דר"י אמר ומכור את השור אב"ד קא מזהר רחמנא, ולפי הריב"א אפשר לומר נמי על המזיק והניזק שהרי בעמדה בדין הוא נעשה שותף והרי כל המכירה היא רק אחרי העמדה בדין שהרי כיון שהוא קנס לא

חל חיוב רק לאחר העמדה בדין, וכן קשה הלשון בע"ח הוא וזווי הוא דמסיק ביה, עי' באבן האזל פ"ט הי"ב.

ועי' להלן בע"ב שהובא שהקצה"ח הוכיח מהגמ' שאף לדעת תוס' שיכול לפרוע זווי, כ"ז רק קודם העמדה בדין אבל לאחר שעמדו בדין אף לתוס' אין יכול לפרוע זווי, דמיד שעמד בדין הוחלט השור לניזק וכמו שסבר ר"ע, ולדבריו נמצא שכל המחלוקת הוא רק מאימתי יוחלט השור מזמן הנזק או משעת העמדה בדין, והוא ע"ד הריב"א אלא שתוס' חלקו שקודם העמדה בדין יכול המזיק לפרוע זווי, והיינו שיבוא לב"ד שהם יפסקו שהוא יגבה דמים אבל לאחר עמדה בדין אין יכול לומר כן ועי' להלן מש"כ.

ביאור תוס' שנתרצה הניזק לדמים

תוס' ד"ה איכא בינייהו. וי"ל דלמאן דאמר למפרע הוא גובה היינו היכא שגבה לבסוף אבל הכא אם נתרצה ניזק לבסוף לקבל מעות ולא גבהו לר"י אין קדוש, צ"ב אמאי כתבו התוס' אם נתרצה 'הניזק' הא מדברי התוס' הקודם משמע שאף המזיק יכול לסלקו בזווי, ועי' במהר"ם שי"ף מש"כ לבאר.

והמהר"ם שיף בע"ב [בתוס' ד"ה משום דר' אבהו] ביאר שכונת תוס' שהניזק יוכל לסלקו בזווי מיירי לאחר העמדה בדין וכל מה שכתבו תוס' לעיל שיכול המזיק לסלקו הוא רק קודם העמדה בדין, אבל לאחר העמדה בדין אינו יכול לסלקו בזווי אלא רק אם נתרצה הניזק וכמו שכתב הקצה"ח שהובא באות הקודם.

אולם הקשה בחי' הגרש"ש [סכ"ט ו'] על המהר"ם שיף דאם מיירי לאחר העמדה בדין והמזיק אין יכול לסלקו בזווי ולכן הוא תלוי רק בניזק, הרי לאחר העמדה בדין זכה הניזק מיד בשור ואם רוצה זווי צריך המזיק לקנות ממנו השור וא"כ נמצא שכבר חל ההקדש, ולכן כתב לבאר כונת תוס' באופ"א עי"ש.

הטעם שלמפרע הוא גובה

אינו זוכה בשבח עד הנוביינא

תוס' בא"ד. ועוד דלר"ע קדוש הגוף והשבח משהקדיש אבל לר"י שבח דמזיק ואינו קדוש עד שיגבנו, הך דינא שלמד"א למפרע הוא גובה אין השבח שלו למפרע מפורש בגמ' ב"מ לה ע"ב דאביי אמר שהמלוה אוכל פירות של הקרקע רק מכי שלמו ימי אדרכתא, ומשמע שאף אביי דאית ליה בפסחים למפרע הוא גובה מ"מ אין הפירות של מלוה מיד. **וצריך** לבאר הגדר בזה שהרי כיון דלמפרע הוא גובה אמאי לא יזכה בשבח שהיה עד עכשיו, ועי' במערכת הקנינים סי' י"א שביאר הגרש"ש שאין הכונה בדין של למפרע הוא גובה דאיגלאי מילתא למפרע שהקרקע היה שלו, דזה ברור שאם הקדישו המלוה לא עבר הלוא באיסור מעילה כ"ז שהיה משתמש בשדה, אלא הביאור הוא דסבר אביי דהזכות שיש למלוה עכשיו בקרקע לגבותו בזמן הפרעון הוא קנין גמור על הזמן ההוא והוא כקנין דלאחר זמן, ולכן כבר עכשיו יש לו כח להקדיש את הזמן ההוא, ורבא דפליג על אביי סבר דכיון שיכול לסלקו בזווי ע"כ לא חשיב הזכות של השעבוד על הזמן של אח"כ כקנין גמור עכשיו ולכן הוה כדשלבל"ע.

ולפי"ז א"ש דאין הכוונה שזכה בקרקע למפרע לגמרי ולכן לא זכה בפירות של עד זמן הגביה וכל זכיתו הוא רק מכאן ולהבא, אלא שיש לו כח מעיקרא להקדיש את הזמן שיבוא אח"כ, ועי' בחידושי רבנו דוד בפסחים ל ע"ב.

סברת תוס' דע"ז

חשיב לאו בר חיובא

תוס' בא"ד. ונראה דאע"ג דלר"ע קיימא ליה ברשותיה משעת הנזק קודם העמדה בדין וכו' ואע"ג דקי"ל פלגא נזקא קנסא, ביאור דבריהם כתב הפני יהושע שתוס' התקשו שלפי מה שכתבו שגם לר"י אפשר לומר למפרע הוא גובה ואם גבהו לבסוף הוא קדוש מכאן ולהבא, וא"כ ע"כ שלפי ר"ע כונת הגמ' הקדישו ניזק היינו שהוא קדוש מעכשיו, וע"ז כתבו תוס' 'ואע"ג דפלגא נזקא קנסא' וכונתם שהיה מקום לדון שבקנס ל"ש לומר שזכה בשור משעת הנזק מכיון שבקנס הרי יכול להודות וליפטר וא"כ לא הוה כגבוי, וזה מש"כ תוס' שאע"פ כן חשיב כגבוי ולכן חל ההקדש מעכשיו.

ובזה ביאר פנ"י המשך דבריהם שכתבו שלגבי עדים זוממים אמרינן שחייבם כיון דבעידנא דקא מסהיד גברא לאו בר תשלומין הוא, ואמאי הרי חזינן לר"ע דיוחלט השור וחל ההקדש מעכשיו, וביאר הפנ"י שכונת תוס' לומר שלגבי עדים זוממים חשיב גברא לאו בר תשלומין כיון דאיבעי מודה מיפטר, והיינו דבאמת כבר חל חיוב בקנס קודם העמדה בדין אלא דכיון שאיבעי מודה מיפטר לכן לגבי הזמה חשיב גברא לאו בר תשלומין, וכן פרש"י לקמן עד ע"א ד"ה ואי

דלא עי"ש] דכיון שיכול להודות אין זה חיוב ברור ולכן חייב בהזמה, והיינו נמי הא דחייב בדמי שינו כיון דשמא יודה ויפטר לכן לענין עדים זוממין לא חשיב שהוא גברא שמחויב. **אמנם** תוס' לקמן עד ע"א [ד"ה דאכתי] הקשו על פירוש רש"י שכתב שיש חיוב הזמה כיון שיכול להודות דהא לשמואל שסבר דמודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב א"כ אמאי חייבים הא לא מהני הודאתו, ולכן כתבו התוס' דצ"ל דכל זמן שלא עמד בדין לא חשבינן ליה בר חיובא כמו שפירשנו בפרק המניח, ומשמע שכונתם שהטעם שלא הוי בר חיובא אינו מחמת שיכול להודות וליפטר. **והביאור** צ"ל כמש"כ האבנ"מ [צ"ג ס"ק כ"ג] דסברת התוס' הוא דאף דלר"ע נעשה השור של ניזק משעה ראשונה מ"מ בעי העמדה בדין ורק לאחר העמדה בדין זוכה בזה למפרע, אבל קודם לכן לא כיון שהוא קנס, ולכן לענין הזמה כיון שבאותה שעה לא היה מחויב חשיב לאו בר תשלומים. **ועי'** בשטמ"ק בשם תוס' שאנ"ץ שכתב דאף שחיוב קנס חל רק לאחר העמדה בדין מ"מ ס"ל לר"ע שחל למפרע ולכן לענין הזמה לא חשיב גברא שהוא מחויב, [אמנם יש לעיין דבגמ' משמע שהניזק זוכה בזה למפרע גמור ולא רק לגבי הזמן דמכאן ולהבא, שהרי לר"ע צריך לשלם דמי רדיא כדאמרי' בסוגיין, וא"כ אמאי לא חשיב בר חיובא].

ע"ע בקוב"ש ב"ק אות ס' שביאר כונת התוס' ע"פ מש"כ התוס' במכות דף ה. שחילקו בין ממון לקנס, שבקנס יש סברא דשמא לא יבאו עדים ואף אם יבאו שמא לא תתקיים עדותם שהרי צריך דרישה וחקירה, משו"ה לא חשיב מחויב משא"כ בממון דלא בעינן

דרישה וחקירה חשיב מחויב, ולפי דרך זו אפשר לומר דהתוס' סברו שחיוב קנס חל מיד אלא שכיון שאינו ברור לכן לענין הזמה חשיב גברא לא בר חיובא.

מבואר לדרכו של הפנ"י חידוש שהרי לפי מה שתוס' למדו בקושיא שהפסוק של ומכרו את השור לפי ר"ע לא חידש דין חדש בהלכות קנס, אלא התחדש ששיעבוד של הניזק הוא רק מהשור, ואין המזיק יכול לסלקו בזווי, ומבואר בפנ"י שהטעם שהקדישו ניזק ההקדש חל מיד כיון שיש חיוב עכשיו מיד בשעת הנזק ככל קנס.

אולם צ"ב הרי עדיין לא גבה את השור ובמה זכה שהשור נעשה שלו, ולמסקנת תוס' שכתבו שזה גופא מה שילפינן מקרא שזוכה בשור מיד בשעת נזק קודם העמדה בדין א"ש דהוא הלכה מיוחדת בחצי נזק של תם.

ונראה מכאן יסוד גדול בדין שיעבוד שאם יש לאדם שיעבור רק על דבר אחד, הוא זוכה בזה מיד בלא מעשה קנין, ולכן ס"ל לגמ' שאף בלא פסוק לר"ע יוחלט השור והוא יכול להקדישו, ומצינו דוגמא לזה בנתה"מ סי' שד"מ שאם הלוח יחד מעות לפירעון המלוה זוכה בזה מיד ואי"צ לעשות מעשה קנין בזה.

ביאור קושית תוס' מפרק נערה

תוס' בא"ד. וא"ת בפרק נערה וכו', לפי מש"כ הפנ"י שתוס' הבינו שקנס חל מיד בשעת הנזק אלא שיש סברא לענין עדים זוממים שמכיון שהוא יכול להודות מקשים תוס' דשם מבואר שלא חל חיוב כלל רק בשעת העמדה בדין.

ולפי דרכו של האבנ"מ שכונת תוס' שחל למפרע מקשים תוס' דהתם מוכח שלא חל למפרע דאם היה חל למפרע האחין היו צריכים לזכות בקנס, [ועי' חזו"א ג' יז].

קושית הרע"א בגליון הש"ס

תוס' בא"ד. ושמא י"ל דהיינו טעמא דזוכה משעת נגיחה וכו', כונת תוס' דשמא הכא למד ר"ע מקרא דמיד בשעת נגיחה הוא זוכה בשור, אבל בכל קנס באמת כל החיוב הוא רק משעת העמדה בדין ולכן לא הספיקה לעמוד בדין עד שלא בגרה קנסה לעצמה. **אולם** למבואר לעיל י"ל בכונת תוס' דגלי קרא דזוכה משעת נגיחה אבל עדיין צריך העמדה בדין, והיינו שהך דינא שזוכה למפרע משעת נגיחה נלמד מקרא אבל בכל קנס ל"ש לומר הכי שהוא חל למפרע אלא כל החיוב חל רק משעת העמדה בדין, [ועיין תוס' בכתובות לג ע"ב שכתבו דבקנס אין חיוב לצאת יד"ש קודם גמר דין, משום דכל החיוב חל רק לאחר גמר דין דכתיב אשר ירשיעון וכו'].]

הגרעק"א בגליון הש"ס כתב דלפי"ז א"ש קושיתם בתחילה דל"ש למפרע הוא גובה לר"י כיון דליכא למימר דגלי קרא וא"כ הרי"ז כמו כל קנס שהחיוב הוא רק מכאן ולהבא משעת העמדה בדין, וכן קשה דהתוס' גיטין מ ע"ב כתבו דלר"י היכא דגבה השור לבסוף חל ההקדש וכן מבואר מדברי רבנו פרץ כאן.

וביארנו משום שאף רבא מודה לאב"י דהיכא שאין יכול לסלק בזוזי אמרינן למפרע הוא גובה, ותמוה הרי כל החיוב בקנס הוא רק משעת העמדה בדין.

ועי' בתרומת הכרי סי' ת"ז שהקשה כן והוסיף דבגמ' מבואר שיש שיעבוד קודם העמדה בדין והרי החיוב חל רק לאחר העמדה בדין. **והגרנ"ט** כתב דאע"פ שבקנס חל חיוב רק לאחר העמדה בדין מ"מ נשתעבדו נכסיו משעה הנזק, וכדמוכח בסוגיין שאם מכר שורו קודם שעמד בדין מוציא מיד הלקוחות, (ועי' חידושי הגרש"ש סכ"ט ובקו"ש ח"ב סי"א).

ועיין בקו"ש [ח"ב סי' י"ג ד'] שכתב לבאר בגדר חיוב קנס שאין הכונה בדברי הראשונים שלא חל חיוב קודם העמדה בדין ולכן אין ג"כ חיוב לצאת יד"ש, אלא הטעם שאין חיוב לצאת יד"ש הוא משום שגדר הדין של העמדה בדין בקנס הוא שנאמר הלכה חדשה שאע"פ שחייב מ"מ ב"ד צריכים לפסוק את הענוש, וכמו בפסק של מלקות ומיתה ול"ד לפסק דין של ממון שאין צורך בפסק דין אלא לברר אם המעשה היה או לא, ולכן אין חיוב לצאת יד"ש שאף אם ישלם הוה מתנה בעלמא, משום שכ"ז שב"ד לא פסקו שחייב לשלם אין לזה תורת תשלום של קנס. **ולפי"ז** אולי אפשר לישב קושית הרע"א שאף בקנס שיש דין של גמר דין מ"מ יש לדון בזה הכלל של למפרע הוא גובה, משום שבאמת יש סיבה ומחייב קודם העמדה בדין ועיין.

קושית תוס'

דאי מודה מיפטר

תוד"ה איכא בינייהו. אע"ג דאי מודה מיפטר דקנס הוא מ"מ השתא מיהת לא הודה, ברשב"א מבואר שכונת תוס' להקשות איך מהני ההקדש לר"ע הא לא הוה דומיא

דאיש כי יקדיש ביתו שהרי אם מודה יפטר, וכונתו דמכיון שיכול להודות וליפטר חשיב שחסר לו בבעלות על השור, וע"ז תי' דמ"מ השתא מיהא לא הודה.

והנה לעיל נתבאר ב' דרכים האם לר"ע דיוחלט השור האם הוא מיד או לאחר העמדה בדין, והנה אם הוחלט השור מיד בשעת הנזק א"ש קושית תוס' דחסר לו בבעלות להקדיש שהרי יכול להודות וליפטר, וע"ז תי' דמ"מ הא לא הודה, ונראה שכונתם שההודאה היא התחדשות ולכן חשיב שלו לגמרי לענין הקדש, אולם אם יוחלט השור רק לאחר העמדה בדין דנעשה השור שלו למפרע, צ"ב מה הקשו תוס' הרי כל ההקדש חל רק על הצד שהוא יעמוד בדין ובאותה שעה כבר אין יכול להודות ולהפטר, ואפ"ל דמ"מ הקשו שחסר במעשה ההקדש עכשיו כיון שהחייב אינו ברור והוה כדבר שלא בא לעולם ועיין.

ועדיין יש לעיין לפי הדרך הראשונה שכתבנו שמיד בשעת הנזק זוכה בשור מה מהני הודאתו הרי כבר זכה בשור ואמאי לא הוה הודאה על ממון, ומבואר דמ"מ יש לזה תורת קנס כ"ז שלא עמד בדין ועי'.

הרשב"א כאן ולקמן לה ע"ב הביא בשם הראב"ד שכתב לישב קושית

התוס' דחלוק קנס דחצי נזק משאר דיני קנסות דהכא אם מודה לא מיפטר, משום דיוחלט השור מיד קרנא הוא ומיד שהזיק נעשה שותף בשור ולכן אם מודה לא מיפטר, אבל שאר קנסות כל החיוב חל רק משעמד בדין, וכתב הרשב"א ולא ירדתי לסוף דבריו דהא אמרינן בפ"ק דאף דפלגא נזקא קנסא אי מודה מיפטר, וכתב דלראב"ד ע"כ כוונת הגמ' דב"ד

אומרים לו זיל שלים אבל אין כופין אותו לשלם, אך הקשה ע"ז דלא מצינו כן בשום מקום.

האבן האזל פ"ב מגניבה הי"ב [ד"ה ונראה] כתב לבאר בכונת הראב"ד דבקנס איכא ב' הלכות, א' דאין מחייבים עפ"י הודאתו דלא נאמר בזה הודאת בע"ד כמאה עדים דמי, ב' דמודה בקנס פטור דהיינו שהודאה היא פוטרת, וסובר הראב"ד דלענין ליפטר ע"י הודאתו לא ילפינן משאר קנסות כיון דהכא קרנא הוא דמחייב ליה וכבר התחייב מיד וע"כ אם באו עדים אח"כ חייב, אבל לענין דאין מחייבים לו ע"פ הודאתו שלא נאמר בקנס דין הודאת בע"ד בזה דמי לשאר קנסות כיון דאינו ממון וע"כ אין בזה דין הודאת בע"ד כק' עדים.

ועי' בדברי הראב"ד שכתב דהא דאי מודה לא מיפטר משום שהודה מחמת ביעתותא דעדים וצ"ב כונתו, ואפשר דכונתו דכמו דהתם ליכא הודאה הפוטרת כיון שהוא יודע שב"ד באים לחייב אותו, ה"ה כאן כיון שחל חיוב ליכא הודאה הפוטרת, (ועי' בקה"י סכ"ו).

חיוב תשלום דמי החרישה לר' ישמעאל

גמ' וכי מאחר שחוזר וגובהו למה מכור לרדיא. פרש"י שאם חרש בו לוקח אינו נותן דמי החרישה לניזק, מבואר ברש"י דרק לר"י דס"ל יושם השור הדין כן, אבל לר"ע דיוחלט השור אינו מכור אף לרדיא ומשלם לניזק דמי חרישתו, וכן כתבו התוס' לעיל ע"א דלר"ע אינו מכור לרדיא אלא צריך ליתן דמי החרישה לניזק.

ובתב הרשב"א ואני מסופק בדין זה דכיון דכשמכרו המזיק הו"ל כגזול דהניזק שותף בו, וכמו שגזולין אין משלם מה שנשתמש לבעלים ה"ה כאן, דלוקח מגזולין כגזולין דאתי מיניה דאיהו נמי לאו אדעתיה דשכירות נחית וכדאמרינן בפרק הגזול שגזולין פטור מדמי השתמשות, ולכן כתב הרשב"א דאע"פ שא"צ לשלם מ"מ לר"ע אסור לחרוש בו כיון שכבר זכה בו ניזק.

הקו"ש [ב"ב אות קפט] ביאר שנחלקו מהו הסברא שא"צ הגזולין לשלם דמי ההשתמשות, דהרשב"א ס"ל שהוא מחמת קניני גניבה שיש לגנב, וה"נ כיון דאתי מכח הבעלים שנתכוין לגזולו נמצא שעומד תחת קניני הגניבה של הגנב ולכן אין חיוב לשלם, וכונת הרשב"א לאו אדעתא דשכירות נחית היינו דלא אדעתא דהניזק אלא מהמזיק, אבל רש"י ס"ל דהטעם משום שיש לו חובת והשיב דהתורה פטרתו מהחייבים האחרים ולכן כל זה הוא סברא רק לגזולין עצמו שיש לו חובת והשיב ולא ללוקח שבא מכוחו.

הקצה"ח [ת"ז סק"ד] כתב סברא אחרת בדעת רש"י, שהרי תוס' כתבו שרק לאחר העמדה בדין נעשה של הניזק וכל זמן שלא עמד בדין הוא שייך למזיק ואע"פ שאחר העמדה בדין יהיה של ניזק למפרע משעת ההיזק מ"מ קודם העמדה בדין אף לר"ע יכול להשתמש, ולכן לאחר שיעמוד בדין ונתברר שהיה שלו צריך לשלם לו כל דמי ההשתמשות שהרי נתברר שנשתמש בשל חברו ול"ש כאן הדין שגזולין פטור מדמי ההשתמשות שהרי לא היה גנב בשעה זו כי השתמש בהיתר, אמנם החזו"א תמה בסברא

ע"ד הקצה"ח דכיון שידוע שלאחר שיגבה בסוף יהא של הניזק אסור לו עכשיו להשתמש בו.

והנה בעיקר מש"כ הרשב"א שיש למזיק דין גנב צ"ב אם כונתו שעצם מעשה המכירה הוא גזילה או שכונת שהמזיק נתכוין לגזלו ורצה לקנותו בזה שהשור בחצרו, ויש להעיר הא כיון שהשור אינו ברשותו של הבעלים ל"ש להתחייב מדין גנב ע"ז כמו בגונב מן הגנב דוגונב מבית האיש בעינן, [ועי' שטמ"ק בסוגיין שהבין דחשיב השור אינו ברשות הניזק עי"ש שהק' אמאי הניזק יכול להקדיש לר"ע הא אינו ברשותו].

אולם אפשר דסבר דגונב מן הגנב חייב באונסין ולכן אע"פ שאינו ברשותו חשיב גנב, אלא שא"כ יש להעיר אמאי השני לא חשיב ג"כ גנב והרי אף בשוגג יש דין גנב, ואמאי הוצרך הרשב"א לומר שפטור מדמי ההשתמשות מחמת הראשון הרי יכול להפטר מחמת עצמו.

הרמב"ם פ"ח ה"ו כתב כהרשב"א שאין חייב להשתמש בדמי חרישה, ובביאור הגר"א כתב דלהרמב"ם לכתחילה יכול לחרוש בשור ודלא כהרשב"א דלכתחילה אסור, דשיטת הרמב"ם דין הוחלט השור זה רק מכאן ולהבא ועי' מש"כ לקמן.

הסברא לר"ע

דקדוש מדר' אבהו

גמ' הקדשו מוקדש אפילו לר"ע וכדרב אבהו. לכאורה לפי מש"כ לעיל שלר' עקיבא יוחלט השור הכונה לאחר שעמד בדין י"ל שמכיון שעכשיו הוא של מזיק אע"פ שאח"כ יחול ההקדש למפרע שיהי' דר' אבהו.

אבל אם לר"ע יוחלט השור מיד בשעת הנזק מה שייד לומר כאן כד' אבהו הרי זה דומה למקדיש חפץ של אחר שפשוט שלא חל ההקדש, ועי' בתרומת הכרי סי' תז שעמד בזה.

משעמד בדיון אינו מכור

גמ' משעמד בדיון מכור אינו מכור. הקשה הקצה"ח סי' ת"ז לדעת התוס' דפירש הסוגיא לר"י דיושם השור אמאי אם מכור לאחר העמדה בדיון אינו מכור הא יכול לסלקו בזווי, ואם נימא דמיירי דלית ליה זווי וגובים את השור הא מבואר בביריתא שיש הבדל בין תם למועד והא בדלית ליה מעות לפרוע וב"ד מחליטים את השור לניזק אין חילוק בין תם למועד.

ולבן כתב הקצה"ח דצ"ל דאף לדעת התוס' לאחר העמדה בדיון לא יכול לסלקו בזווי ולכן אין יכול למכור, וכל מה שכתבו תוס' שיכול לסלקו בזווי הוא קודם שעמד בדיון והיינו שיבוא לב"ד ויאמר שרוצה לפרוע זווי והפסק יהא על זה, והאבן האזל העיר מלשון הגמ' לעיל דזווי הוא דמסקי ביה ועוד דאמר ר"י ומכרו אב"ד ואם לאחר שעמד בדיון לר"י ג"כ יוחלט אפשר לפרש ומכרו על הניזק ומזיק.

ובתב האבן האזל שאף לתוס' יכול לסלקו בזווי לאחר העמדה בדיון, והטעם שמכרו אין מכור משום שלאחר העמדה בדיון נעשה השור כאפותיקי מפורש שהדין הוא שהשבח אינו של הלואה אלא של המלוה ולכן אין יכול למכרו אפילו לרדיא אבל לסלקו בדמים יכול, וכדבריו נראה ברש"י ד"ה משעמד בדיון נשתעבד גופו לניזק ושליו הוא.

ונראה ברש"י דלא כהקצה"ח שלאחר העמדה בדיון יוחלט השור, שכתב שנשתעבד גופו לניזק משמע שעדיין הוא משועבד עד הגביה, ע"ע בחזו"א מש"כ לישב קו' הקצה"ח.

שיטת הרמב"ם ביוחלט השור

הרמב"ם פ"ח מנזק"מ ה"ו כתב דשור תם עד שלא עמד בדיון מכור מכור אלא שהניזק גובה ממנו ודינו שמכור לרדיא, וכתב המ"מ דאף דפסק הרמב"ם כר"ע דיוחלט השור מ"מ מועיל המכירה לרדיא, וביאר המ"מ דמקור דברי הרמב"ם הוא מדברי הגמ' דבעי למימר דהטעם שההקדש חל כדרב אבהו וע"כ דאתי כר"ע משום דלר' ישמעאל א"צ להא דרב אבהו דהא יושם השור ואם יקדיש קדושת הגוף יפקיע השעבוד וע"כ דאתי כר"ע ולכן הוצרך הגמ' לה"ט דר"א, [והתוס' לכן נדחקו דמיירי שהקדיש קדושת דמים ולא מפקיע מידי שעבוד ולכן צריך להגיע לדר"א]. **ועי'** קצה"ח שם שביאר דסבר הרמב"ם דאף לר"ע מכור לרדיא כיון דאף לר"ע דיוחלט השור הוא רק משעת העמדה בדיון ולא למפרע משעת הנזק, והטעם משום שכל החיוב של קנס הוא רק משעת העמדה בדיון וכמו שהקשו התוס', ולכן אם מכרו קודם שעמד בדיון הוא מכור לרדיא, ונחלקו ר"ע ור"י לאחר העמדה בדיון האם יכול לסלקו בזווי.

אולם אכתי צריך לבאר לפי הקצה"ח דיוחלט השור רק משעה שעמד בדיון אמאי צריך להגיע דחל ההקדש כדר' אבהו הא בלא"ה הוא קדוש שהרי עד העמדה בדיון יש רק שעבוד וקדושת הגוף מפקיע מידי שעבוד,

ועי' בתרומת הכרי סי' ת"ז שהקשה כן והוסיף דע"כ יש רק שעבוד דהא לפי הרמב"ם דהברייתא כר"ע והגמ' אומרת דממה שאם שחטו מה שעשה עשוי נלמד דמזיק שעבודו של חברו פטור ומבואר שאין לו בזה רק שעבוד בעלמא וקודם העמדה בדין לא חשיב שלו עי"ש מש"כ.

שחיטת השור אם הוה כנאבד

גמ' אמר רב שיזבי לא נצרכא אלא לפחת שחיטה. תוס' לקמן לו ע"א הקשו על דעת רש"י שכתב דאף אם נאבד השור לר"י חייב ליתן דמיו דהכא הא הוה כנאבד ואמאי לא מחויב לשלם הפחת לניזק.

ובתב האבן האזל פ"ד מנזק"מ הי"ב דיש לחלק דבנאבד קודם העמדה אף רש"י מודה שאין חיוב דבשעה שבא לב"ד אין שור ול"ש לקיים 'ומכרו את השור', ורק אם נאבד לאחר העמדה בדין שכבר ב"ד שמו השור ופסקו ליתן או את השור עצמו או ליתן דמים לכן את אם נאבד חייב לשלם דהו"ל כאפותקי שאינו מפורש לשיטת רש"י.

ז"א המזיק שעבודו של חברו פטור

גמ' ז"א המזיק שעבודו של חברו פטור. לדעת רש"י ותוס' כ"ז רק לר' ישמעאל דיושם השור ולכן חשיב רק שעבוד ואף שכל החיוב חל רק לאחר העמדה בדין, מ"מ שעבוד יש כבר קודם ההעמדה בדין כמו שנתבאר לעיל [ועי' בתרומת הכרי סי' ת"ז שביאר באופ"א], אבל לר"ע דיוחלט השור חשיב מזיק גמור ואע"פ שהוא זוכה רק משעת העמדה בדין מ"מ זוכה בזה למפרע וכמש"כ בתוס' וע"כ חשיב מזיק גמור וחייב.

והנה לדעת הרמב"ם דהברייתא כר"ע ויוחלט השור רק משעת העמדה בדין נמצא פטור אף לר"ע משום מזיק שעבודו של חברו, וכן פסק הרמב"ם בפ"ח מנזקי ממון ה"ז דאם שחטו גובה מבשרו ואין משלם לו ההפסד, ואף דלר"ע אמרינן למפרע הוא גובה כמש"כ התרומת הכרי שהובא לעיל, מ"מ אינו חייב בתשלומי הנזק דכל הדין למפרע הוא גובה הוא רק על מה שגבה לבסוף, וכיון שגבה לבסוף בהמה שחוטא אמרינן למפרע הוא גובה רק על הבשר ולא על כל השור.

אולם הקשה הלח"מ דהרמב"ם פסק פ"ז מחובל ה"ט דמזיק שעבודו של חברו חייב מדין דגרמי וא"כ אמאי הכא לא חייב לכה"פ מדין גרמי, ועי' באבי עזרי מש"כ.

הסברא דזיקא בעלמא הוא

גמ' התם הוא דא"ל לא חסרתין ולא מדי דא"ל זיקא בעלמא הוא דשקלי מינך. צ"ב כונת הגמ' דהא פשיטא דבהלכות מזיק דבר כזה חשיב הפסד גמור וא"כ אמאי לגבי מזיק שעבודו חשיב זיקא בעלמא.

ועי' בחידושי הגרש"ש סכ"ט אות ז' שביאר דלענין שעבוד היה ס"ד דכל השעבוד בשור תם הוא על הדבר כמו שהוא ולא על התשמישים של הדבר, ולכן היכא שחפר בורות בקרקע המשועבדת שקלקל גוף הדבר חשיב מזיק ממש, אבל היכא שגוף הדבר נשאר בשלימות אלא שהזיק את השימושים של החפץ ס"ד דכה"ג לא חשיב מזיק והוה כזיקא בעלמא ופטור.

תוס' ד"ה משום דרב אבהו. אבל בלא רב אבהו לא קדיש משום דקדושת דמים

לא מפקיע מידי שיעבוד, כתב במהרש"א שתוס' אזלי על הא דאמר הגמ' בברייתא השניה מכרו מכור הקדישו מוקדש לר' ישמעאל קודם העמדה בדין משום דרב אבהו ועל זה ביארו תוס' שבלא רב אבהו לא היה חל ההקדש משום דלא מפקיע מידי שיעבוד, אבל הא דאמר בברייתא הראשונה דלר"ע קדוש כדרב אבהו התם בלא ר' אבהו לא היה קדוש כלל כיון שהרי לאחר העמדה בדין הוא של הניזק ולא היה חל ההקדש כלל.

דף לד ע"א

ש"מ בע"ח מאוחר שקדם וגבה

גמ' ש"מ בע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה לא גבה. הקשו הראשונים דהא בברייתא מבואר דבמועד אם קדמו בע"ח וגבו מה שעשה עשוי ואי בעלמא אמרינן דמה שגבה לא גבה מ"ש תם ממועד.

ותי' דכל הנדון אי בע"ח מאוחר שקדם וגבה אינו אלא מקרקע אבל ממטלטלין ליכא נדון כלל ואמרינן מה שגבה גבה, ולכן במועד גבית השור הוא מטלטלין לכו"ע מה שגבה גבה, וכל נדון הגמ' הוא רק בתם דהוה כמקרקעי כיון דהוה כאפותיקי ששעבודו מפורש, ועי' בתוס' כתובות דף צ. שכ"כ.

אילו גבך הוה לא מינך הוה גבי

גמ' ושאני התם דא"ל אילו גבך הוה לא מינך הוה גבי ליה דהאי תורא דאזקן מיניה משתלמנא. פרש"י וכ"כ הרמב"ם פ"ח מנזק"מ דהסברא היא דאף אם היה גובה קודם לכן והזיק ברשותו היה חייב, והתוס' הקשו ע"ז איזה טענה היא דהא יכול לומר דאם היה אצלו היה שומר ולא היה נעשה ההיזק כלל.

ועי' חידושי הגר"ח על הש"ס וחזון יחזקאל [פ"ה ה"א] שביארו בכונת רש"י והרמב"ם דהשעבוד של שור תם אינו מחמת החוב של המזיק אלא שהשור משועבד מצד עצמו להשתלם ממנו לגבות הנזק, והביאו ראיה מהא דס"ד לעיל יג ע"ב דאפילו שור של הפקר משתלם מגופו, ולפי"ז ביארו שכונת הגמ' דאילו הוה גבך אין הכונה כמו שהבינו תוס' שאם היה בביתו, אלא הפירוש הוא דהרי אילו היה השור בבית שומר או אצל גזלן והזיק היה גובה מגופו של השור, אף שהבעלים בעצמם לא פשעו בשמירה ואין סיבה לחייב הבעלים, משו"ה הניזק קודם דאף דהשעבוד של הבע"ח קודם לניזק מ"מ אפשר לגבות את השור גם מחלק השעבוד של הבע"ח כמו בבעלים שמסר לשומר שגובים את השור מהבעלים אף שהבעלים לא פשעו בזה, (ומ"מ בנפרצה באונס אין גובין מהשור, כיון שאין כאן פשיעה כלל ודוקא כשפשע מי שהיה מחויב בשמירת השור חל דין על השור שיגבו מגופו).

אולם תוס' פי' שאין גוף השור משועבד לבע"ח כמו שמשועבד לניזק, וכונתם דלגבי הניזק הוא שיעבוד אלים טפי ולכן הוא קודם, ועי' במהר"ם שיף שכתב דהוה כמו אפותקי מפורש ולכן הוא קודם לבע"ח מוקדם, ועי' ברכנו פרץ מש"כ שבלשון הגמ' לא משמע שזה הטעם, עי"ש מש"כ לבאר.

ונראה שתוס' שחולקו על רש"י י"ל שנחלקו בדין גביה דמגופו בפשיעת שומר, שלדעת רש"י זה מחמת פשיעת השומר וכמש"כ, ולתוס' הדין גביה דמגופו הוא מחמת פשיעת הבעלים, ויעוי' בחי' הגר"ח פ"ד

מנז"מ ה"ד שהוכיח מדברי התוס' בדף מה ע"א שהגביה של שור תם שנגח אצל השומר הוא דין על הבעלים עי"ש.

ונראה שהתוס' שם אזלי לטעמייהו כאן שהחייב מחמת פשיעת הבעלים, ועי' מש"כ לקמן ר"פ דו"ה בדבר זה נחלקו הש"ך והקצוה"ח עיי"ש ועי' היטב בדברי רבנו פרץ, ועי' באבן האזל שהקשה על התוס' שהרי גם בשור תם שהזיק אצל גזלן גובה מגופו אף דליכא שם פשיעה, וצ"ל דבגזלן זה מחמת הקניני גזילה משא"כ לגבי שומר.

ע"ע בחי' הראב"ד והרשב"א, ויותר מפורש ברשב"א בריש פרק ד' וה' שכונת הגמ' אילו גבך וכו' הוא ששיעבוד של השור הוא כשיעבוד של קרקעות, ולכן הוא קודם לבע"ח שלגבי הבע"ח הוא רק שיעבוד של מטלטלין, ועי' ברמב"ן במלחמות ריש פרק ד' וה' שכתב בדבריהם.

שבח מזיק נותן כשעת הנזק

גמ' אמר מר שבח מזיק נותן כשעת הנזק מני ר' ישמעאל היא. הקשה התרומת הכרי על דעת הרמב"ם שפסק דלר"ע הוחלט השור רק משעת העמדה בדין א"כ אמאי בשבח מזיק נוטל משעת הנזק הא אינו זוכה רק משעת העמדה בדין, ועי' או"ש ואבהא"ז שכתבו ליישב דסבר הרמב"ם כפירוש הר"ח בסוגיין שכונת הגמ' שבח מזיק היינו דמעיקרא לא היה בשור שיעור של חצי נזק והשביח ועכשיו יש בו שיעור של ח"נ דלר"ע דגובה מגופו של שור גובה כל הח"נ, אבל לר"י דיושם השור חייב לפי שעת הנזק.

וביאור הדבר דלר"י שהחייב הוא דמי השור התשלום נקבע בשעת הנזק עצמו, אבל לר"ע אין כאן דין תשלום אלא הוא זכיה בגוף השור וממילא אי"ז תלוי בשעת הנזק אלא בשעת העמדה בדין, וכן נראה מדברי הרמב"ם פ"ז הי"ב שכתב ואם מחמת עצמו השביח משתלם חצי נזק ממנו כולו כשעת העמדה בדין, ומפורש דהחצי נזק הוא לפי השיעור של עכשיו ולא מקבל לפי השיעור שהשביח משעת הנזק.

ובן פירש ר"ח הא דכחש מזיק דמעיקרא היה בשור שיעור של חצי נזק ובשעת העמדה בדין הוכחש ואין בו שיעור ח"נ, דלר"י דיושם השור והוא חייב דמים דנים לפי שעת הנזק וכיון דבשעת הנזק היה שווה ח"נ חייב לשלם, אבל לר"ע דיוחלט השור דנים לפי שעת העמדה בדין ומכיון שבאותה שעה אין שיעור של ח"נ פטור.

אולם צ"ע דלעיל הוכחנו דאף לרש"י דסובר שאף שבנאבד השור חייב לר' ישמעאל מ"מ בנאבד קודם העמדה בדין פטור, דהא מבואר בגמ' לעיל קדם ושחטו אין משלם הפחת, והא הכא קודם גמר דין הכחיש והו"ל כנאבד דפטור לר' ישמעאל ואמאי משלם כשעת הנזק, (והר"ח עצמו כתב לעיל דזה לר' ישמעאל), ועוד דמשמע בגמ' דלר"ע כה"ג חייב וכאן מבואר דבכחש לר"ע פטור דכשעת העמדה בדין, ועי' באבן האזל פ"ז הי"ב שעמד בזה עי"ש מש"כ לבאר.

הטעם שפיטם המזיק

אינו נוטל השבח

גמ' רישא משכחת לה בין דפטמא פטומי בין דשבחא ממילא. תוס' כתבו דמיירי

שאין השבח יתר על היציאה ולכן לא נוטל
בשבח דשותף הרי"ז כיורד ברשות.

אולם הראב"ד בשטמ"ק כאן כתב דאין כאן
דין של יורד ברשות דכיון דלאו
שותפות גמורה הניזק מתיאש מהשבח וגם
המזיק לא ירד אדעתא דשותפות, ונראה כונתו
בזה שאף לר"ע דין הוחלט השור אינו מיד
בשעת הנזק אלא למפרע ומ"מ אינו למפרע
גמור, ולכן לא חשיב כיורד ברשות באותה
שעה, וכ"כ בחי' ר' אריה ליב סי' עז בסופו.

קרנא דתורא קבירא ביה

גמ' דאמר ליה קרנא דתורא קבירא ביה. תוס'
לעיל י ע"ב [ד"ה לא] כתבו שאף שלענין
פחת נבילה אמרינן דהוה דניזק, ולא אמרינן
קרנא דתורא קבירא ביה מ"מ הכא חייב לשלם
לו ההפסד, משום דהתם היה לו למכור הנבילה
מיד אבל כאן יכול לומר שהיה סבור שתתרפא
ולכן לא מוטל עליו למכור, ומבואר דכל
שגורם היזק לחברו והחפץ הולך להיפסד יותר
אם יכול להציל אותו ע"י מכירה המזיק פטור
מלשלם על ההפסד שנגרם כשלא מכרו.

והקה"י סי' י' תמה ע"ז דהגמ' בס"פ כיצד
הרגל אומרת שאם הניח גחלת על
לב שורו דאע"פ שהבעלים עומדים שם
ויכולים לסלקה ולא סילקה מ"מ המזיק חייב,
ומוכח דאף שהניזק יכול למנוע את ההיזק
מ"מ המזיק חייב, וא"כ אמאי אמרינן הכא
דהיכא שהיה לו למכור פטור המזיק.

וביאר הקה"י דכל הסברא שאם יכול למכור
אינו חייב לשלם על ההפסד הוא רק
בנבילה שהיא עומדת בתורת תשלום על הנזק

לכן היכא שיכול למכרה מיד לא חשיב היזק
על מה שנפסד אח"כ, אבל סברת הגמ' קרנא
דתורא קבירא ביה הביאור הוא שהנזק שיהיה
אח"כ בשור נמצא כבר עכשיו דחשיב כאילו
כבר הזיקו, ואין הכוונה שמתחייב על מה
שיהיה אח"כ דכלפי ההיזק של אח"כ חשיב
גרמי וגרמי דבהמתו פטור, ולכן ה"נ מניח
גחלת על שורו אע"פ שהבעלים רואים מ"מ
יש כאן מעשה היזק של המזיק לכן אע"פ
שיכול למנוע ההיזק אי"ז סיבה לפטור את
המזיק עי"ש.

בחדושי הראב"ד כאן כתב לתרץ קושית

תוס' דיש חילוק בין נזק שמחמת
מכה ליוקרא וזולא, דביוקרא וזולא הוא דבר
שנעשה ממילא הוה על הניזק, אבל כאן זהו
מחמת המכה לכן חייב המזיק לשלם, וכתב
השטמ"ק כתובות מא ע"א שהראב"ד חולק
על סברת התוס' שהיה לו למכור וסובר
הראב"ד דהסברא שהיה לו למכור אינו פוטר
את המזיק ולכן אף בנבילה שהופחת בדמיה
מחמת שהסריח הוא על המזיק ואין ההפסד
של ניזק, אבל לתוס' אף כה"ג הוא על המזיק
כיון שהיה לו למכור.

ונראה שהראב"ד סובר שהנזק לא מונח
בתחילה כשיטת תוס', אלא דהמזיק
חייב גם על הנזק שנעשה אח"כ מחמת המכה
וס"ל דד"ז לא חשיב גרמי וממילא לא יועיל
להחשיב את השור בתורת תשלומים כיון
שמזיק מתחייב גם על הנזק שנעשה אחרי
מעשה הנגיחה מחמתו, וזהו הטעם שסובר
הראב"ד דביוקרא וזולא לא שייך כיון שיוקרא
וזולא אין זה נזק בפנ"ע כיון שהחפץ עצמו
לא הוזק יותר ולא שייך לומר שמתחייב ע"ז

אלא רק מחמת שזה מונח במעשה הנגיחה ולענין זה חשיב תשלומין בשור עצמו שיכול למוכרו ודו"ק.

המעם דחשיב מניח מעותיו על קרן הצבי

תום' ד"ה הכא במאי עסקינן. וי"ל דסיפא איצטרך וכו' הוי ליה מזיק כמניח מעותיו על קרן הצבי כמו בהלך למדינת הים ובא אחר ופרנס את אשתו, צ"ע מדוע ס"ד דהוה כמניח מעותיו על קרן הצבי הרי הוא משביח ממש שמפטם את השור, ובהלך בעלה הוה פורע חובו ולכן מניח מעותיו על קרן הצבי, ואפשר דבשותף נחשב שהוא עושה עבור עצמו שהרי הוא צריך להאכיל את בהמתו ולכן ס"ד שאף הפיטום הוה בכלל עיקר מה שמאכיל אותה, ולכן אין חייב השותף לשלם לו קמ"ל דסו"ס כיון שיש כאן שבח הרי הוא כיוור ברשות.

פחת נבילה דניזק

מתני' שור שוה מאתיים שנגח שור שוה מאתים וכו'. האחרונים חקרו בדינא דפחת נבילה דניזק האם הכונה שאם הרג שור חשיב שיש כאן מעשה נזק על כל דמי השור, והנבילה עומדת בתורת תשלום לניזק, או שכל הנזק הוא רק עד שיעור דמי הנבילה, ומה ששוה הנבילה לא חשיב בכלל הנזק.

האפיקי' ים [ח"ב סל"ז] הוכיח ממתני' דמבואר דהחיוב לשלם בין לר"י ובין לר"מ קכה דע"כ שהנזק הוא רק עד השויות של הנבילה, דאם הנבילה היא בכלל הנזק נמצא שהפסידו מאתים וצריך לשלם

חצי נזק שהוא ק' מנה וא"כ חוץ ממה שמשלם את הנבילה חייב רק עוד נ' ואמאי אמרינן הכא נמצא שצריך להוסיף ע"ה דנמצא שבצירוף הנבילה איכא קכ"ה והוא יותר מן ההיזק.

ועוד כתב באפק"י דאם ההיזק הוא על כל השור נמצא דשור שוה מאתים שנגחו אותו והנבילה שוה מאה דיפטר מלשלם כיון שההיזק הוא מאתים ומשלם לו את הנבילה בתורת דמים.

הקה"י סי' י' אות ב' כתב לישב קושית האפיק"י דאף אם אמרינן שהנבילה היא בתורת תשלום מ"מ יש ב' תשלומים בתם תשלום של הנבילה שזה משתלם ממילא ותשלום שמשלם בפועל חצי נזק, וכתב די"ל שהגדר של התשלום של חצי נזק הוא דכל דינר פוטר היזק של ב' דינרים, וי"ל שכל זה רק במה שהוא משלם בפועל, אבל במה שמשלם ממילא בזה לא אמרינן הכי, ולכן אף אם הנבילה היא שווה נ' צריך עדיין לשלם בפועל חצי מק"נ עי"ש.

דף לר ע"ב

אופן השומא דשבח נבילה

גמ' שבח נבילה איכא בינייהו. במסקנת הגמ' מבואר דנחלקו באופן שהושבחה הנבילה לאחר מיתה דהמזיק זוכה בחצי מהשבח, ובפשוטו הביאור הוא שנעשה שותף יחד עם הניזק בשבח, כלשון רש"י ד"ה ר"מ לית ליה שבח נבילה ר"מ לית ליה שותפות, ונמצא דלפי"ז שאם היה השור שוה מאתים והנבילה היא ק' דההיזק הוא מנה וחייב לו נ' אם

הוקרה הנבילה ועומדת על ק"כ המזיק מקבל חצי מהשבח ונמצא שצריך לשלם רק ארבעים שהרי חצי מהנזק היה חמשים ועכשיו קיבל המזיק עוד עשרה, וכן מבואר ברע"ב במשניות וברע"א שם.

אולם הרמב"ם [פ"ז מנזק"מ ה"י] כתב שהדין של שבח נבילה חולקין הוא בין בתם ובין במועד, וכתב הרמב"ם דכשהיה הניזק שוה מאתים והנבילה מנה, במועד אם הוקר הנבילה בעוד כ' חייב לשלם רק עוד תשעים דהמזיק מקבל עשרה מהשבח, אבל בתם משלם ארבעים וחמש, וצ"ב מ"ש תם ממועד דכמו שבמועד חולקים ומקבל חצי מהשבח ומשלם פחות ה"ה נמי בתם נימא הכי דישלם רק ארבעים כיון שיש לו חצי בשבח.

וביאר הרש"ש ואבן האזל בדעת הרמב"ם דאין הגדר של שבח נבילה שנעשה שותף בנבילה, אלא התורה חסה על המזיק וחשיב כאילו שלא הזיקו בחלק של השבח, ומשו"ה יש חילוק בין תם למועד כיון שכאילו הנזק היה רק על תשעים ונמצא שחצי נזק הוא ארבעים וחמש.

ובמה שחידש הרמב"ם דהדין דשבח נבילה שייך גם גם במועד כתב החזו"א סי"ד סק"ד לדייק דרש"י חולק ע"ז שכתב [בד"ה שלם ישלם] דאחד לתם ואחד למועד, ומשמע דקרא אתי רק לתם דהמזיק נוטל בשבח אבל במועד אין המזיק נוטל בשבח, ויסוד פלוגתתם בזה נראה דרש"י דס"ל שהוא נעשה שותף בנבילה ולכן נתחדש רק בתם ולא במועד, אבל הרמב"ם לטעמיה ס"ל דחשיב דאינו בכלל הנזק נמצא דזהו גילוי מילתא מה נכלל

בנזק וממילא אין חילוק בין תם למועד, ומקור דברי הרמב"ם כתבו היש"ש והפרישה דסבר דשלם ישלם בעלים משלמים ואין נוטלין קאי גם על מועד.

נבילה שוה שיעור כל חצי נזק

גמ' היכן מצינו מזיק נשכר. פרש"י שאינו מפסיד כלום, הפנ"י הקשה ע"ז אמאי לא פירש רש"י כפשוטו דקושית הגמ' היא היכן מצינו שהמזיק מרויח, דלמבואר ברש"י שהמזיק צריך להפסיד נמצא שאם הנבילה שוה יותר מחצי נזק יצטרך לשלם את כל החצי נזק ואם הוא שוה פחות ישלם רק את ההפרש וזה דבר שאי אפשר, ואי נימא דישלם קצת עד שיהא לו קצת הפסד זה ג"כ לא מסתבר דלא בא הכתוב לסתום אלא לפרש.

ועי"ש בדברי הפנ"י שמדברי הרמב"ם מבואר דהיכא ששוה הנבילה כשיעור כל הנזק פטור המזיק דלהרמב"ם עיקר הדין דהמזיק לא ירויח ודלא כרש"י, אולם הביא דבלבוש מבואר דאה"נ חייב לשלם ולא נאמר ההלכה של שבח נבילה וצ"ב כנ"ל, ובאמת עי' במאירי שהובא ב' דעות בזה, ועי' בפנ"י שהאריך בזה.

החילוק בין שבח נבילה להוקרה הבהמה לאחר הנזק

בעיקר הדין של שבח נבילה דלר' יהודה חולקים מבואר בגמ' דשור ששוה ה' סלעים שנגח שור שוה ה' סלעים והנבילה הוקרה ושוה עכשיו ל' סלעים אע"פ שהמזיק אין מקבל חלק מהנבילה מה שהושבח, מ"מ אין חייב לשלם לניזק כלום.

ובתב הסמ"ע [תג סק"ז] דאע"פ שהגמ' בע"א אומרת שאם הושבחה הבהמה שהוזקה לאחר הנזק ד' מאות וזו דמשמלם לו כפי השיעור של הנזק, ואמאי לא יפטר כהכא.

ובתב לחלק דהתם שהניזק יכול לומר למזיק לולא שנגח שורך היה נעשה שמן יותר ממה שעכשיו, אבל נבילה שהוקרה אי"ז מצוי דאין דרך של הנבילות להתיקר כ"כ ואין יכול לומר לו אם לא היה מת היתה הבהמה מתיקרת בכפלים.

ועי' חזו"א שכתב כדברי הסמ"ע וביאר שזה גופא החידוש של הגמ' לעיל דאלמלא הזיקן היה עומד על ח' מאות, וכונת הגמ' דאע"פ שיש גזה"כ שהמזיק נוטל חצי מן המת הכא אין זוכה בו משום דלולא ההיזק היה שוה יותר, והא דאמרינן דהמזיק זוכה בשבח של הנבילה משום שלולא ההיזק לא היה לניזק אותו שבח, אבל לר"מ דשבח נבילה של ניזק אין חידוש בהך דינא דאלמלא הזיקן ולעולם משלם לו כפי מה שהיה ההפסד בשעת הנזק.

והחזו"א כתב לחדש דאם היה ברור שהמחיר של השוורים יתיקרו א"כ המזיק לא יזכה בשבח כיון שיכול לומר לו אלמלא הזיקן היה מרויח יותר כמו שהגמ' אומרת, מיהו כתב לדון דשמא בנבילה לא אמרינן הך סברא דלמלא הזיקן כיון שהנבילה הוא דבר אחר ויתכן שתתיקר הנבילה אף שלא יוקר השוורים לכן אין טוענים אלמלא הזיקן.

ואפשר לומר עוד שסברא לחלק בין שבח של הנבילה דל"ש לומר התם הטענה של אלמלא לפי הצד שהנזק היה על

כל דמי השור והנבילה היא תשלום א"כ י"ל דדוקא לגבי שור ע"י דיכול להשביח יותר נמצא דחשיב שיש כאן עוד נזק, משא"כ לגבי נבילה עצם מה שהרג את השור חשיב נזק על כל השור והנבילה היא עומדת בתורת תשלום לכן לא איכפ"ל מה שלולא ההיזק השוורים היו משבחים אלא לעולם מקבל המזיק חצי מהשבח של הנבילה.

והביא החזו"א שם דביש"ש כתב דהדין שהמזיק זוכה בשבח הוא רק בנבילה אבל אם הוזק לא, והקשה עליו דבגמ' לעיל משמע דיש סברא של אלמלא הזיקן אבל אם ליכא הך סברא הדין היה שלא ישלם כלל על הנזק כיון שיש למזיק שותפות בניזק.

מלאכה שא"צ לגופא במקלקל

תוס' ד"ה חובל וצריך לכלבו. שיטת התוס' דפלוגתת ר' אבהו ור' יוחנן היא אליבא דר"ש דסבר מקלקל בחבורה חייב, ור"ש יליף ממה שתורה התירה מילה ואסרה שריפת בת כהן בשבת ע"כ שמקלקל בחבלה ומבעיר חייב, ונחלקו ר"א ור"י איזה מקלקל אסרה תורה בחובל ומעביר, דר' אבהו סבר שכל מקלקל חייב בחובל ומבעיר דבמילה ליכא מעשה תיקון דאין צריך את מעשה המילה אלא מחמת המצוה למול, אבל ר' יוחנן סבר דמילה ושריפת בת כהן חשיב שיש תיקון קצת ולכן ילפינן משם דחובל ומבעיר שאסורים הוא רק בכה"ג שיש תיקון קצת, ולכן רק בחובל וצריך לכלבו או מבעיר וצריך לאפרו הוא דומה למילה דהתם נמי חשיב שיש בו תיקון קצת שהדין מהול משויה ליה כתיקון.

ובתבו התוס' שמאותו טעם שחייב אף אם אין כאן תיקון ה"נ חייב במלאכה שאין צריכה לגופה, דיסוד דין של מלאכה הצריכה לגופה מבואר בגמ' חגיגה משום דמלאכת מחשבת אסרה תורה, וכן הא דבעינן תיקון במלאכה הוא משום מלאכת מחשבת ולכן אם מקלקל בחובל ומבעיר אי"צ תיקון ה"נ אין צריך מלאכה הצריכה לגופה, אבל לר' יוחנן דבעינן תיקון קצת ה"נ כדי להתחייב צריך מלאכה הצריכה לגופה.

ועוד תי' כתבו תוס' די"ל שאף לר' אבהו שאין צריך תיקון כלל בחובל מ"מ בעינן עכ"פ מלאכה הצריכה לגופה, אולם צ"ב מה הטעם בזה הא לא חיישינן אמלאכת מחשבת שהרי מתעסק נמי פטור וא"כ אמאי מלאכה שא"צ לגופה פטור, וכ"כ תוס' ביומא דף לד ע"ב, ועי' תוס' שבת עה ע"א [ד"ה טפ"].

והבית יעקב בכתובות ה. כתב די"ל שהטעם דבמלאכה שא"צ לגופה פטור לאו משום דבעינן מלאכת מחשבת, אלא משום דלא הוה דומיא דמשכן ולא חשיב מלאכה כלל, ועי' קה"י כתובות סי' ה' שתמה ע"ז שהרי מפורש בגמ' בחגיגה י ע"ב שהטעם משום מלאכת מחשבת עי"ש בכ"ד מש"כ לישב.

ואפשר לבאר בדעת הבית יעקב דהא דמקלקל לא חשיב מלאכת מחשבת הוא מחמת שהתוצאה היא קלקול, אבל אי"ז גריעותא בעצם המלאכה דהמלאכה היא אותה צורה של מלאכה, ובזה אמרינן דילפינן ממילה דלא בעינן מלאכת מחשבת לענין זה, משא"כ במלאכה שא"צ לגופה אף

דגם זה ילפינן ממלאכת מחשבת, מ"מ בזה הילפותא ממלאכת מחשבת הוא דהיכא שאין צריכה לגופה הוה גריעותא בעצם המלאכה מחמת שאינו צריך את עיקר המלאכה, וא"כ י"ל שאף בחובל שא"צ תיקון אבל צורת המלאכה היא כמו שעושה תיקון אבל בא"צ לגופה חסר בשם של המלאכהו לכן אף במקלקל י"ל דבעינן שיהא לזה צורת מלאכה.

דף לה ע"א

ספק קים ליה בדרכה מיניה

רש"י ד"ה ומנא ידעינן. דאי מסתמא מריה נמי מחייב אי לא ידעינן ביה שצריך לאפרו, מבואר ברש"י דבספק אם הוא מקלקל חייב לשלם ואין פטור של קלב"מ, וצ"ב דכיון שיש צד שהוא מחויב מיתה אמאי לא אמרינן על הממון המוציא מחברו עליו הראיה שהרי הוא מוחזק.

והמג"א סי' רע"ח כתב שבאמת בספק קלב"מ נמי פטור מלשלם, ועי' בחי' הגרש"ש סי' ל' שכתב דהגמ' כאן קאי להצד שחייבי מיתות שוגגין חייבין דלא כתנא דבי חזקיה, ובשוגג ליכא פטור של קלב"מ וכל הפטור הוא רק כשיש חיוב מיתה בפועל, ולכן ה"ה בספק אע"פ שיש צד שחייב מיתה מ"מ כיון שבפועל א"א להרגו אין פטור של ממון, אולם לפי דברי רבא לקמן בגמ' דאף בשוגג יש קלב"מ ה"ה בספק מיתה יש קלב"מ והממע"ה.

אולם הפמ"ג בפתיחה ח"א אות ב' שכתב דיש לחלק בין שוגג שזהו מעשה שאפשר היה לחייב ע"ז מיתה אילו אתרו ביה,

ולכן התם יש בו דין של קלב"מ, אבל אדם שעשה מעשה שיש ספק אם הוא חייב לעולם לא יכול לבוא לידי חיוב מיתה, ולכן בכה"ג לא נאמר פטור של קלב"מ, ועי' בקו"ש ריש אלו נערו שג"כ צידד דדעת רש"י הוא אף אי קיימנן כתדב"ח מ"מ בספק אין דין קלב"מ.

ויש לדון עוד דלפוסקים דס"ל דבזמה"ז אף שא"א להעניש בפועל חשיב חייבי מיתות מזידים כיון שזהו מעשה שאפשר לחייב עליו מיתה א"כ ה"ה נמי מעשה שהוא ספק חשיב כמזידים, ונפק"מ אם יועיל בזה תפיסה כמש"כ בקצה"ח סי' כ"ח לחלק בין שוגג למזיד בזה, אולם י"ל דבספק כיון שאף בזמן שיבנה בהמ"ק לא יחייבהו מיתה בפועל לא חשיב כמזיד אלא כשוגג ואכמ"ל.

דעת רש"י שיש

קלב"מ במקלקל

תוס' ד"ה מתניתין וכו'. ועוד דל"ד לשוגג שיש בו איסור מלאכה אבל כאן אין בו איסור מלאכה, עיין בחי' הרע"א [החדש] שהובא שם בשם תשובות בית יצחק שהביא בשם הר"ע שכתב דשיטת רש"י דכל מקלקל יש בו איסור דאורייתא והוא פטור רק מחיוב מיתה וקרבן, ולכן ס"ל לרש"י שיש בזה פטור של קלב"מ, וכ"כ בספק קובץ המודפס בסוף רמב"ם פרנקל פ"א משבת, וע"ע אגרות משה או"ח ח"א סי' קכג שכ"כ.

והנה רע"א בתשובה ח' כתב שיש חילוק בין מתעסק בכל התורה למתעסק בשבת, דבכל התורה כולה מתעסק הוא פטור רק מקרבן אבל יש בו מעשה עבירה, אבל

בשבת מתעסק הוא פטור לגמרי ואין בו איסור כלל, והטעם לחלק בזה שטעם הפטור בשבת הוא משום דמלאכת מחשבת אסרה תורה אבל בכל התורה כולה אין הפטור מה"ט, ולפי"ז צריך לחלק בין חסרון של מלאכת מחשבת שנלמד לפטור מתעסק משום שאין כאן כונה למלאכה, לפטור של מקלקל דיש בו איסור כיון שהוא מתכוון לעשות הך מעשה אלא שהוא פעולת קלקול עבורו ולכן יש בזה איסור ועיין.

אולם בחי' ר' ראובן כתובות [סי' יט] ביאר שיטת רש"י ע"פ מה שחקרו האחרונים בגדר הפטור של חייבי מיתות שוגגין, דבפשוטו גדר הפטור הוא שהתחדש בתורה שאין החיוב מיתה פוטר ממון, אלא מעשה העבירה פוטר אותו מחיוב הממון, ולכן ס"ל לתוס' שרק בשוגג שיש כאן מעשה עבירה אלא שאין חייב עליה יש פטור של קלב"מ, אולם בכתובות לה ע"א כתב רש"י שטעם פשוט של שוגגין הוא 'הואיל ויש בו צד מלקות', משמע דלאו משום דהמעשה פוטר אלא משום דחשיב שיש כאן צד חיוב.

וביאר ר' ראובן דזה גם כונת רש"י בסוגיין דהפטור של שוגגין אינו מחמת שיש כאן מעשה עבירה אלא כל שיש אפשרות לבוא לידי חיוב מיתה איכא קלב"מ, ולכן אף במקלקל אע"פ שאין כאן איסור מ"מ כיון שיש אפשרות לבוא לידי חיוב אילו היה עושה הך מעשה לצורך תיקון לכן יש בזה פטור של קלב"מ, ובזה ביאר מחלוקת הראשונים לענין רודף אם פטור משום חייבי מיתות שוגגין או דחשיב מזידין, ועי' מש"כ במנחת משה כתובות ואכמ"ל.

שיטת רש"י ותוס'

בתנא דבי חזקיה

גמ' תנא דבי חזקיה וכו' אף מכה אדם לא חלקת בין שוגג בין מזיד בין מתכוון לשאין מתכוון בין דרך ירידה לדרך עליה. תוס' כאן ובכתובות לה ע"א סנהדרין עט ע"ב ביארו דתנא דבי חזקיה בג' עניני ממון איירי. **א'** בין בשוגג ובין מזיד היינו דבשעה שהרג בשוגג נתחייב ממון, כגון שקרע שיראין של אחר, דאמרינן כמו שבמזיד נלמד מלא יהא אסון דפטור מכל חיובי ממון, ה"נ אם הרג בשוגג לא מתחייב על הממון כשקרע שיראין באותה שעה.

ב' בין מתכוון לאינו מתכוון מיירי לענין דמי נהרג, והיינו דלעיל כו ע"א דרשין מקרא דעליו שאין חיוב לשלם דמי הנהרג במזיד במתכוון, וילפינן דה"נ באין מתכוון כגון שמתכוון להרוג את זה והרג את זה דאף שלא מתחייב מיתה בפועל, מ"מ פטור מלשלם דמי הנהרג, וכתבו תוס' שאין צריך קרא לענין באופן של אין מתכוון לפטור ממון אחר דהיינו שקרע שיראין באותה מעשה, משום שזה אפשר ללמוד ק"ו משוגג, וכונתם דיש יותר סיבה לפטור אין מתכוון שהוא קרוב יותר לחיוב מיתה משוגג.

ג' בין דרך עליה לדרך ירידה, דבדרך עליה אין יכול ליפטר עצמו מחיוב מיתה ע"י תשלום ממון, ה"נ בדרך ירידה אין יכול לפטור עצמו מחיוב מיתה ע"י ממון דאע"פ שדרך ירידה מצינו ששגגתו נתנה לכפרה מ"מ אין יכול לפדות חיוב מיתה ידיה.

ועיין תוס' לעיל ד ע"א [ד"ה כראי] שכתב ר"י דמקרא דעליו נתמעט ג"כ שוגג שאין חייב בדמי הנהרג, וכל ההיקש של

תדב"ח הוא רק לענין אין מתכוון, וצריך ביאור מדוע בקרא דעליו יש סיבה לפטור שוגג יותר מאין מתכוון הרי בשניהם אין חיוב מיתה, ואפשר משום שהמיעוט דעליו מיירי בבהמה שהרגה אדם דיש חיוב כופר וכתוב עליו דוקא בהמה ולא על האדם, וא"כ י"ל דבהמה שהרגה אין חילוק בין שוגג ומזיד לכן המיעוט לגבי אדם הוא ג"כ בכל גונא, אבל שור שנתכוין להרוג את זה והרג את זה לכאורה אין חיוב כופר ולכן לא נתמעט אדם בכח"ג לכן צריך ילפותא של תדב"ח.

אולם א"א לומר כן דמעליו לא ממעט אינו מתכוון, שהרי ממעטינן מעליו שאין חיוב כופר בבור, והרי התם הוא מיעוט של אינו מתכוון דל"ש לומר התם מתכוון, והביאור בזה כמו שכתב החזו"א [סי' יב יא] שבאמת אין צורך להקיש של תנא דבי חזקיה למעט אינו מתכוון שהרי אפשר ללמוד מעליו, אלא דרבי בסנהדרין עט ע"ה לומד מהפסוק נפש תחת נפש לרבות אין מתכוון שחייב דמים, ולכן הוצרך תדב"ח היקש שלא ללמוד הך פסוק והיינו דבקרא דעליו ישאר מלמד על הכל.

אולם ברש"י בסוגיין נראה שחולק על תוס', דרש"י פי' דרך עליה שהרגו וכו' פטור מן התשלומין, מבואר בהדיא שאין כונת ההיקש לענין שיתן דמים לפטור מחיוב מיתה אלא לפטור מן התשלומין, וכן דייק השטמ"ק כתובות לח ע"א מרש"י שם [ד"ה לחייבו ממון] שהגדון לפטור דרך עליה היינו בשוגג, ומשמע מזה שכל ההיקש של תדב"ח הוא רק לענין להתחייב ממון אחר בשעה שהרג, והחידוש של ההיקש של תדב"ח הוא דיש

בג' אופנים של שוגג שאין חייב לשלם ממון אחר, אם הרג באותו זמן א' שוגג רגיל שלא ידע שהוא הורג אדם, [או שוגג שלא התרו בו], ב' שוגג בדרך עליה, ג' שוגג באינו מתכוון.

ויסור המחלוקת הוא דתוס' למדו שא"א לפטור אדם מדמי הנהרג מדין קלב"מ לכן בעינן ההיקש של תנדב"ח, אבל רש"י חולק על תוס' וסבר שאף דמי הנהרג אפשר לפטור מדין קלב"מ וכמו שמבואר ברש"י לעיל כו ע"א שכתב דהא דבעינן קרא דעליו הוא בכה"ג שהרג בלא התראה, וביאר שם הרשב"א שאם הרג בכונה פטור מדמי הנהרג מדין קלב"מ, אבל בהרג בלא התראה יש קלב"מ מדין תהא דבי חזקיה ואיכא מאן דחולק על תדב"ח לכן צריך ילפותא, ומבואר שאם הרג במזיד גמור יש פטור של קלב"מ שנלמד מלא יהא אסון והוה כממון אחר שיש בו פטור קלב"מ, [ועי' לעיל תוס' ד ע"א שכן הוא שיטת הריב"א בתוס'].
ולפי"ז צ"ל דרש"י חולק על תוס' וס"ל דא"א ללמוד אין מתכוון ק"ו משוגג דפטור ממון אחר, והטעם י"ל משום דשוגג חייב בגלות לכן אין לו חיוב ממון, משא"כ באינו מתכוון שאין חיוב גלות צריך ילפותא שלא מתחייב בממון בשעה שהורג שלא בכונה דהיינו נתכוין להרוג את זה והרג את זה, [ואע"פ שבדרך עליה נפטר ממון ולא בעי ילפותא ול"ש שם חיוב גלות, צ"ל דחלוק דרך עליה מאינו מתכוון שאי"ז מעשה שמחייב כלל משא"כ בהרג דרך עליה הרי אילו יעשה מעשה זה בדרך ירידה חייב גלות ולכן אפשר ללמוד דרק עליה מדרך ירידה שפטור], ועי' במהרש"א סנהדרין עט ע"ב

בד"ה בין שוגג שכבר כתב עיקר סברא זו. **ואפשר** לומר עוד סברא שיש חילוק בין שוגג שזה מעשה כזה שיכול לחייב מיתה אם יעשה בהתראה או במזיד ולכן הוא פוטר ממון, אבל אין מתכוון אין אפשרות שמעשה כזה יוכל לחייב מיתה ולכן צריך היקש נוסף.

שור שרדף אחרי חברו וחוזק מסלע
מתני' שור שהיה רודף אחר שור אחר והוזק וכו' וזה אומר לא כי אלא בסלע לקה. פרש"י מתחכך היה בסלע ולקה, הרש"ש דייק דמשמע דאם הוזק בסלע מחמת השור שרדף אחריו היה חייב, וקשה דהרי הוה רק גרמי בעלמא.

ועי' בנמוק"י כאן שכתב שאין חיוב על גרמי של בהמתו דהחיוב בממונו המזיק הוא רק כשעשה מעשה בגופו.

הודאה בנזק של תם

מתני' המוציא מחברו עליו הראיה. מפשטות לשון המשנה נראה דאם היה המזיק מודה לניזק ששורו נגחו ולא לקה בסלע היה חייב לשלם, וקשה דהא מודה בקנס הוא, ועמד ע"ז המהרש"א לקמן מו. וכתב דכיון שעדים מעידים שהיה שורו רודף אחר שור חברו אע"פ שא"א להוציא ממון מכח אומדנא מ"מ אי מודה המזיק לית לן למיתלי בסלע אלא בשור ולא חשיב מודה בקנס.

ועי' להלן שהראשונים הקשו כן על היו שנים רודפים, ות"י דמיירי שיש עדים וכמו שכתב המהרש"א, אולם התם העדות הוא על חיוב ברור משא"כ יש ספק האם חל חיוב.

מנחת

דף לה ע"ב

מישה

פה

ועי' רע"א במשניות מש"כ לתמוה ע"ד המהרש"א ועי"ש מש"כ לפרש, ועי' בפנ"י ריש הפרה הקשה ג"כ על דברי המהרש"א ועי"ש מש"כ לבאר מהו החידוש ברישא דמתני'.

זה אומר שורך הזיק

מתני' זה אומר שורך הזיק וזה אומר שורך הזיק. הרשב"א לעיל יג ע"א תמה על לשון המשנה זה אומר שורך הזיק וזה אומר שורך הזיק, שהרי אין ויכוח בין ב' הבע"ד אלא בין הניזק לבעל השור והו"ל למימר שורו הזיק, ועוד הקשה הרשב"א דלמה ליה לתנא לאשמעין הכי פשיטא הוא דכל חד מצי מדחי ליה לחבריה.

דף לה ע"ב

סומכוס אם חולק על כל המשנה

גמ' אמר רב חייא בר אבא זו דברי סומכוס אבל חכמים אומרים וכו'. עי' לקמן ברבנו פרץ מו ע"ב שכתב דלא קאי על כל המשנה דבבא דהיו שנים רודפים אחר האחד דזה אומר שורך הזיק וזה אומר שורך הזיק אף לסומכוס הדין הוא דלא חולקים כיון שכל אחד יכול לומר לניזק שהשור השני היה המזיק וכה"ג מודה סומכוס דלא אמרינן יחלוקו.

דררא דממונא בשנים אוחזים בטלית

תוס' ד"ה זאת אומרת. ובשנים אוחזים בטלית וכו', מבואר מדברי התוס' דבשנים אוחזים בטלית חשיב דררא דממונא

כיון ששניהם אוחזים בו ומדברי הגמ' בב"מ ג. דמשמע דשנים אוחזים לא חשיב דררא דממונא.

ועי' קה"י ב"ב ס"א שביאר דכונת הגמ' שם הוא רק שלגבי חיוב שבועה לא חשיב דררא דממונא ולא לעצם הדין יחלוקו עי"ש.

איך שקיל כדאמר מזיק הא מודה בקנס פטור

גמ' הא לא מיתי ראיא שקיל כדאמר מזיק. הקשו הראשונים איך שקיל כדאמר מזיק הרי פלגא נזקא קנסא ומודה בקנס פטור, וכתבו הרא"ש וחי' הראב"ד דצ"ל דמיירי שיש עדים שראו את הנגיחה אלא שאינם יודעים האם קטן הזיק או גדול הזיק אלא אומרים שאחד מהם הזיק ולכן מה שהמזיק אומר שהקטן הזיק לא חשיב לא חשיב מודה בקנס.

אמנם הרשב"א הקשה דאי מיירי שיש עדים מה מקשה הגמ' דהוה כטענו בחיטין והודה בשעורין הרי אילו איכא עדים שחייב או חיטין או שעורין פשיטא שחייב לכה"פ שעורין, [עי' לקמן מש"כ לדון בסברא זו], וע"כ כתב הרשב"א דקאי כמד"א פלגא נזקא ממונא וכ"כ המ"מ פ"ט מנזק"מ, ויעוין להלן שהבאנו שכ"כ הש"ך סי' פח.

אולם הראב"ד כתב דלמד"א פלגא נזקא קנסא אין הלכה של מודה בקנס פטור דחלוק מכל קנס, והרשב"א כתב ולא ירדתי לסוף דעתו דלעיל טו. מבואר שיש הלכה של מודה בקנס אף בזה, ועי' לעיל דף לג ע"ב מש"כ לבאר.

מעם הפטור

במענו חטין והודה בשעורין

גמ' טענו חטין והודו לו בשעורין פטור. נחלקו הראשונים בטעם הפטור, דעת רש"י [ד"ה פטור] כתב משום שמחל לו על השעורין, והיינו דאף אם חייב לו שעורין מחמת תביעה אחרת אמרינן שמחל לו כיון שתבע רק חטין, וכן כתבו תוס' סוד"ה מחל לו.

הרא"ש הביא דבריהם ותמה עליהם אטו אדם צריך לתבוע כל חובותיו בפעם אחת ולמה לן למימר שמחל לו על החוב של שעורין, [והיש"ש כתב דמיירי שחזר ותבע אותו חטין ולא אמר שחייב שעורין הוא חייב אחר ולכן ע"כ שמחל לו, ועד"ז כתב בגידולי תרומה שהדרך הוא שאם חייב לו עוד חוב היה לו לומר לו שעורין אני אתבע ממך בזמן אחר ומדלא אמר לו הכי ש"מ שמחל לו].

עוד הקשה הרא"ש שלכאורה יש חילוק בין הנדון במשנה לכל תביעת חטין ושעורין, דכאן הוא נדון על מעשה אחד והתם הוא על ב' תביעות נפרדות וא"כ יש לחלק דאף אם בעלמא הוא מוחל הכא במתני' אפ"ל שאין כונתו למחול די"ל שהסיבה שתבע את הגדול משום שהוא רוצה להרויח אבל התם ע"כ שמחל לו על התביעה, ועי' בתוס' בסנהדרין ו ע"א שכתבו כסברת הרא"ש דהכא במשנה אין ראייה שהוא מוחל כיון דשמא הוא תבע בשקר בשביל להרויח עוד.

הקצ"ח [פח יא] הקשה עוד שאם הוא מטעם מחילה מה מקשה הגמ' מסוגיין הרי קנס דחצי נזק לא מהני מחילה

כמו שמבואר בכתובות משנה בריש נערה דכיון שלא לא חל חיוב עד העמדה בדין לא מהני מחילה, וכתב לישב שבפלגא נזקא קנסה לא נאמר הכלל דלא מהני מחילה, והטעם כמו שמצינו שלפי ר"ע אם הקדישו או מכרו המכירה קיימת, ונראה שכל זה הוא לפי מש"כ הקצ"ח בעצמו בס' תו שלר"ע זוכה משעת העמדה בדין למפרע, דאילו הזכיה היא מיד בשעת הנזק מה שיך מחילה בזה הרי במה שבידו לא שיך מחילה ורק על זכויות מהני מחילה.

דעת הרא"ש שטעם הפטור בטענו בחטין והודה בשעורין הוא משום דבזה שתבע אותו חטין מונח הודאה שלא חייב לו שעורין ולכן פטור משעורין, וכתב הרא"ש דצ"ל דמיירי שתובע אותו שהלוה לו חטין ביום פלוני בשעה פלונית ואין כאן נדון הוא על תביעה אחרת אלא על תביעה אחת והפטור הוא משום שיש הודאה שחייב אחר אין כאן והיינו דמדמי למתני' שיש הודאה של הניזק ששור אחר לא הזיק, [ומבואר ברא"ש שאע"פ שכתב שיש סברא לומר שאין מחילה היכא שאמרינן שיש כונה להרויח, מ"מ לענין הודאה לא אמרינן הך סברא שתבע כדי להרויח וממילא לא יהא כאן הודאה, ועי' בנתיב"מ סי' פח שהרגיש בזה].

דעת הר"מ הלוי [הביאו הרא"ש] דל"ש לומר שיש כאן הודאה שאינו חייב לו שעורין ואין כאן מחילה, אלא הטעם שפטור אף משעורין כיון שיכול הנתבע לומר משטה אני בך, ותמה עליו הרא"ש א"כ מה מקשה הגמ' ממתני' דאי וכו' שקיל כדאמר מזיק לימא וכו' הא במתני' הא ע"כ מיירי מתני' דאיכא

עדים דאל"כ הוה מודה בקנס וכיון שיש עדים ל"ש לומר משטה, שהרי אם לא היה המזיק אומר שקטן הזיק היה מתחייב על הגדול וכוונתו שאם הנתבע שותק חשיב כהודאה לטענת התובע ומכיון שיש עדים ע"כ יהא חייב לשלם כמו טענת התובע, והש"ך תי' דמתני' למ"ד פלגא נזקא ממונא כמבואר באות הקודם.

והנה תוס' [בד"ה לימא] כתבו 'כיון שהודאה שאין חייב לו שעורין ומחל לו', משמע מדבריהם שצריך להגיע לב' הסברות גם לסברא שיש כאן הודאה וגם לסברא של מחילה.

וביאר בחי' ר' אריה לייב [סי' ע"ז אות ג'] דבכל טענו חטין יש לדון מכח ב' סברות, א' דשמא חייב לו חיוב מזמן אחר ומודה לו על החיוב ההוא וע"ז צריך את הסברא של מחילה, ב' שמא המעשה שתובע עכשיו היה שעורין, וע"ז ל"ש לומר מחילה כמש"כ הרא"ש והתוס' בסנהדרין שהרי עומד וצוח שאינו מוחל התביעה של עכשיו וע"ז צריך את הטעם של הודאה, ומישב בזה קושית הרא"ש דאע"פ דבמשנה ל"ש סברא של מחילה מ"מ מוכיחה הגמ' דאי במתני' חייב ע"כ שאין סברא של הודאה וא"כ התם נמי חייב כיון שצריך להגיע גם להודאה וגם למחילה.

קושית הש"ך על הרא"ש

בדעת הרא"ש שטעם הפטור הוא משום שיש כאן הודאה תמה הש"ך [פ"ח ס"ק ט"ז] על הרא"ש דבסוגיא מוכח שאין הפטור הוא משום שיש כאן הודאה שאינו חייב שעורין.

א' דהגמ' מקשה מסיפא דמתני' דהיו המזיקים שנים והניזקין שנים הניזק אומר גדול הזיק את הגדול והקטן את הקטן והמזיק מכחישו, והא הכא ל"ש לומר שבתביעת הגדול מודה הוא שפטור על הקטן דהא תובע את שניהם אלא שרוצה מהגדול יותר והמזיק נמי מודה לו בזה אלא שטוען שחייב לו סכום פחות מתביעתו.

ב' עוד הקשה דכיון דמיירי שיש עדים א"כ אף אי בעלמא טענו חטין וכו' פטור הכא חייב כיון שיש עדים שחייב, ואף שהעדים אינם מעידים על חיוב ברור מ"מ יש טענה דלכה"פ חייב ליתן דמי הקטן שהרי אם אזלינן בתר הודאתו יתחייב לו חטין ע"פ העדים שמעידים לו שחייב אחד מהם.

ג' עוד הקשה דהגמ' מקשה מאחד תם ואחד מועד והניזק אומר מועד את הגדול וכו', ואי מטעם הודאה ל"ש לומר כאן הודאה כיון שבמועד התביעה היא לשלם מהעליה וא"כ בכלל התביעה על הגדול יש גם על הקטן ונמצא שהמזיק מודה לו על אותו חיוב, ולכן כתב הש"ך דע"כ כדברי הרמ"ה דהפטור משום שיכול לומר משטה אני בך וצ"ל דליכא עדים וכל הסוגיא מיירי כמד"א פלגא נזקא ממונא, וא"ש דלכן מקשה הגמ' מאחד תם ואחד מועד דלאו מטעם הודאה הוא ומ"מ שיך טענת משטה אני בך, ועי' באות הבאה לישב קו' הש"ך.

הקצצה"ח סק"ח הקשה ע"ד הש"ך דבגמ' מבואר שלסומכוס הדין במתני' דחולקים, ואם מיירי דליכא עדים אמאי ברישא דמתני' דזה אומר לא כי בסלע לקה יחלוקו, הא ליכא דררא דממונא וע"כ שהעדים רואים שנגח אלא שמסופקים שמא בסלע לקה עי"ש

עוד, והנתה"מ כתב די"ל דהעדים רק מעידים על הרדיפה ולא על הנגיחה וזה סגי לדררא דממונא, ועוד כתב דהיכא ששניהם מודים שהיה רדיפה חשיב דררא דממונא.

היו הניזקין שנים

אחד גדול ואחד קטן

גמ' היו הניזקין שנים אחד גדול ואחד קטן וכו'. הקשה הרשב"א מה מקשה הגמ' שיפטר כחיטין ושעורין הא כיון שתובע שניהם והוא מודה לו על שניהם אלא שהמזיק אומר שהזכות בשור הוא פחות ממה שתובע הניזק, וא"כ דמי ממש לתובע מנה והודה לו בחמישים, וזהו ממש כקושית הש"ך שהובא באות הקודמת.

ובתב הרשב"א דהכא אין התביעה על הבעלים אלא התביעה הוא על השור, והוא כתובע שורך גדול הזיק שורי קטן והלה אומר שור קטן הזיק דלא טוענו מה שהודה לו, ונראה מדברי הרשב"א דבשור תם אי"ז תביעה של ממון כבעלמא אלא שהוא תביעה על השור עצמו, והוא כמו טענו חטין שהתביעה היא על עצם הדבר ולא תביעת ממון בעלמא ולכן מדמה הגמ' לדין של טענו חטין והודה לו שעורין, ומיהו כ"ז רק בשור תם שגובה מגופו אבל בשור מועד לא ומוכח בהמשך דברי הרשב"א עי' באות הבאה.

ניזק אומר מועד הזיק

את הגדול ותם את הקטן

גמ' היה אחד תם ואחד מועד ניזק אומר מועד הזיק את הגדול ותם את הקטן וכו', הקשה הרשב"א דל"ד לנדון של טענו

חיטין והודה לו שעורין, כיון שטוען הניזק שהמועד הזיק את הגדול אין התביעה שלו על השור שהרי מועד משלם מן העליה וא"כ ע"כ שמונח בתביעה שלו לגבות ג"כ את השור תם שהוא גם בכלל נכסיו ואמאי חשיב שיש כאן הודאה.

ובתב הרשב"א דצ"ל שכל קושית הגמ' היתה ממה שנוטל כדאמר מזיק כלפי השור תם שהזיק אבל מה שנוטל מכח התביעה של שור המועד אין להוכיח דזה לא דומה כדאמרנן שאין כאן הודאה על שאר נכסים כיון שגובה מן העליה כל הנכסים משועבדים לזה, ועי' בנמוק"י שכתב כן.

והנה הקצה"ח [פח סק"ח] כתב שמדברי הרמב"ם ושו"ע מבואר שאף אם הניזק אומר ששור מועד הגדול הזיק והמזיק אומר ששור קטן הזיק חשיב טענו חיטין והודה בשעורין, אע"פ שהתביעה על הגדול לא מונח הודאה שלא ירצה לגבות מן הקטן שהרי הוא גובה מן העליה ואף התם הוא מן העליה, אלא שבתביעה שאומר ששור גדול הזיק את הגדול מונח הודאה שהגדול לא הזיק את הקטן, וכן אם טוען שהקטן הזיק את הקטן מודה שהקטן לא הזיק את הגדול וא"כ הוה ממש כמו תביעת חיטין ושעורין.

ועי' בקה"י סי' כז שכתב לבאר דשיטת הרמב"ם שתביעת נזקין אינו תביעת תשלומין, אלא עיקר התביעה היא תביעה להשלים את ההיזק אלא שאם אין יכול ישלם דמים דמה לי הן מה לי דמיהן, ולכן היכא שתובע ששור הגדול הוזק והמזיק אומר שהקטן הוזק הוה ממש כטענו חיטין והודה בשעורין שיש כאן ב' תביעות והודאות נפרדות.

נמצאנו למדים שיש כאן ג' דעות בזה.

א' הש"ך הבין שאין סברא לחלק בין תביעת תם למועד, אלא לעולם ל"ש לדון בתם ומועד משום הודאה שהרי התביעה היא על תשלומים ולעולם כשתובע שנים ל"ש כאן הודאה כלל.

ב' הרשב"א וכן משמע בנמוק"י כתבו שיש חילוק בין מועד לתם, שבמועד התביעה היא לשלם מן העליה ואין כאן הודאה לגבי הקטן, אבל בתם שמשלם מגופו יש כאן הודאה של הניזק שהקטן לא הזיק שהתביעה היא על עצם השור.

ג' סברת הקצה"ח בדעת הרמב"ם ושו"ע שאף במועד איכא הך סברא דאזלינן בתר עיקר התביעה ואיכא הודאה שהקטן לא הזיק וממילא יש הודאה בזה ג"כ.

תפיסה בטענו חטין והודה בשעורין

גמ' בדתפס. פרש"י שקדם ניזק ותפס, וכתב השטמ"ק [בשם גליון] דהוצרך רש"י לזה משום דדעת רש"י שהפטור בטענו חטין משום מחילה ולכן ע"כ מיירי שקדם ותפס קודם שבא לב"ד, דבזה ליכא מחילה שיכול לומר שזה יוכל לתבוע אח"כ, וע"ע בנתה"מ פ"ח סק"ד שכתב דאין זה מחילה ברורה אלא נדון כספק מחילה ולכן מהני תפיסה וכ"כ בסמ"ע.

והקשה הש"ך [ס"ק כ"א] לדעת הרא"ש שהפטור משום הודאה איך מועיל תפיסה הרי הודה שהוא פטור, וכתב שמוכח מכאן כדברי הרמ"ה שטוען משטה אני כך ולכן כ"ז שלא הדר ביה מהודאתו מהני תפיסה

דידיה כשהשני שתק דמוכח דאינו משטה, אולם הקצה"ח [סק"ט] כתב לישב דעת הרא"ש דהא דמהני תפיסה אע"פ שהודה שהוא פטור מכיון שחברו הודה שחייב נמצא שיש כאן הודאה כנגד הודאה וכמו דבתרי ותרי מהני תפיסה ה"ה כאן יכול לתפוס, עי"ש שהביא כן מדברי הרמב"ן במלחמות, [וע"ע בתרומת הכרי מש"כ דרך חדשה בזה].

דעת התוס' דכל מה דמהני תפיסה אינו אלא באופן שיש לו תביעה על שניהם אלא שהספק הוא מהו השיעור שחייב לו, אבל ברישא דמתני' דהנדון הוא האם הקטן חייב או הגדול לא מהני תפיסה.

וביאר הגרש"ש [סי' ל"א ב'] דהיכא שתובע ב' דברים ל"ש לומר דפטור מדין מחילה שהרי תובע את ב' הדברים והתם כל הסברא לפטור הוא משום שיש הודאה, ולכן מועיל תפיסה כמש"כ הקצה"ח דיש כאן הודאה כנגד הודאה, אבל כשהספק איזה שור הזיק והוא תובע רק דבר אחד ומודה בדבר אחר התם י"ל דפטור משום מחילה ולא משום הודאה וכן בטענו חטין והודה בשעורין, ולכן כה"ג לא מהני תפיסה שהרי מחל לגמרי על החיוב, ע"ע בדברי הרשב"א שהקשה דאם יש כאן הודאה איך מועיל תפיסה, ות' דכיון דיש לו תביעה על ב' השורים הוה שור שחוט לפניך ומהניא תפיסה.

הטעם דלר"ג

בהודה בשעורין שחייב שבועה

תוס' ד"ה לימא. ועי"ל ולא מחייב ר"ג אלא שבועה, צ"ב דאם פטור מכלום כיון שיש הודאה של התובע אמאי חייב שבועה

הא אי"ז מודה במקצת חיוב כלל, ועי' בתוס' הרא"ש בשבועות שם שהקשה כן וכתב דאי פטור משום מחילה א"ש דאע"פ שפטור מ"מ יש כאן מעשה הודאה, ועי' בחי' הגרש"ש סי' ל"א מש"כ לבאר בזה.

ועי' קצה"ח סי' פ"ח סק"י שכתב להיפך דאם משום מחילה אין כאן חיוב ממון כלל, אבל אם הטעם הפטור הוא משום הודאה י"ל דכיון שהוא מודה שהוא חייב יש לו חיוב לצאת יד"ש ולכן מחייב שבועה, וע"ע בנתה"מ ס"ק ג' שביאר באופ"א.

דף לו ע"א

ש"מ שורים תמים שהזיקו

גמ' ש"מ שורים תמים שהזיקו רצה מזה גובה רצה מזה גובה. פרש"י דאפילו אחד נאבד גובה מהשני, והיינו דהיכא שיש ספק מי נגח ונתערב שור בשור חברו יכול לגבות מאחד מהם, ותוס' הקשו על רש"י דמסיפא דמתני' מוכח דיש הלכה של המע"ה בשור תם, דכשיש ספק האם גדול או קטן הזיק לא יכול גבות דמי הגדול מהקטן, ומוכח שבאבד אינו גובה ואמאי לא מקשה הגמ' מהתם.

ולכאן' י"ל דהתם יש ספק האם יש חיוב כשיעור הגדול לכן גובה רק דמי הקטן, משא"כ כאן חל חיוב ברור וכל הנדון הוא איזה שור הזיק, וצ"ל דס"ל לתוס' שאין סברא לחלק בזה שמוכח שאף בשור תם אמרינן הך כלל דהממע"ה, ועי' באבן האזל פ"ז הי"ב [ד"ה איברא] שעמד בזה.

שיטת רש"י בנאבד השור לר' ישמעאל

תוס' ד"ה ור' עקיבא. וקשה דהא לעיל אמר ר' ישמעאל שחטו מה שעשוי עשוי, האבן האזל כתב לישב דיש חילוק בין קודם העמדה בדין לאחר העמדה בדין, דכל מה שכתב רש"י שאם נאבד משלם משאר נכסיו הוא לאחר העמדה בדין, דכיון שסבר ר"י שיכול לסלקו בזו"ז א"כ לאחר העמדה בדין הוא נעשה חוב על המזיק ולכן חייב לשלם לו דמים אם השור אינו קיים, אבל הא דמבואר בגמ' שאם קדם ושחטו מפסיד מיירי קודם העמדה בדין, והתם לא נעשה חוב על המזיק אלא הוא התביעה הוא על השור ולכן התם כשנאבד השור אין לו מה לתבוע.

התורת חיים כתב לבאר דברי רש"י באופ"א דכל מה שכתב רש"י שאם נאבד השור הוא גובה הוא רק בכה"ג שהיה כאן ספק איזה שור הזיק אבל במקום שהיה שור אחד שהזיק ונאבד אף לר"י הדין הוא שאינו גובה משאר נכסים כיון שהמזיק יכול לומר שהוא רוצה לסלקו מגוף השור, אבל הכא שהיה ב' שורים לא ומשום שלר"י דסבר יושם השור הכונה דחשיב כאילו יש לניזק שטר חוב על המזיק וממילא אם נאבד עליו להוכיח שמה שנאבד הוא השור שהזיק ואם לא כן הוא חייב מהשור שנשאר.

ובנותו שזה דומה לאיני יודע אם פרעתיך, אבל לר"ע דסבר יוחלט השור אין לו תביעה על הבעלים וכל התביעה הוא מגוף השור ולכן היכא שנאבד השור אף שיש ספק איזה שור נאבד אין יכול לגבות מהשור שנשאר.

פרק שור שנגח ד' וה'

דף לו ע"א

ראשון ראשון נשכר מבעי ליה

גמ' אי כר' ישמעאל דאמר בע"ח ניהו האי אחרון אחרון נשכר ראשון ראשון נשכר מבעי ליה. רש"י ביאר קושית הגמ' דלר"י צריך להיות דראשון ראשון נשכר לגבות גוף השור משום דשעבודו קדים, ול"ש סברת הגמ' לעיל לד ע"א אילו גבך הוה וכו', כיון דהכא שניהם הם נזקין וא"כ מי שקדם בגביה זוכה, ונכונתו דסברת הגמ' לעיל הוא רק לדחות את הבע"ח דשיעבוד של הניזק אלים טפי ולכן אע"פ שהנזק היה אחרי החוב מ"מ הוא קודם, אבל כאן ששניהם אותו חיוב של נזקין הראשון קודם].

הבעל המאור חולק על רש"י וכתב שלגבי הגביה מגופו של השור אין לראשון זכות קדימה, וביאר דקושית הגמ' ראשון ראשון נשכר לענין גביה משאר נכסים שע"ז הראשון צריך להיות קודם, דמלשון המשנה משמע דהראשון גובה אחרון דקתני ברישא ישלם לאחרון שבהם וא"כ אמאי קתני עוד פעם אחרון אחרון נשכר אלא ע"כ דקאי לענין הגביה משאר נכסים, ומקשה הגמ' שלענין גביה זו הראשון צריך להיות קודם.

ובתב הבעה"מ דעל הגביה מגופו לא מקשה הגמ' דהתם האחרון קודם לראשון וכמבואר בגמ' לעיל דקדמו בע"ח וגבו לא עשו כלום אלא הניזק קודם, והטעם כתב הבעה"מ ע"פ סברת הגמ' לעיל דא"ל אילו

גבך הוה לא מינך הוה גבי ליה דהאי תורא דאזקן מינה משתלימנא, הוא נתינת טעם לדין שור תם שמשתלם מגופו, והיינו דחל חיוב על גוף השור ולכן אין נפק"מ היכן הוא נמצא השור.

ועי' בחי' הגר"ח על הש"ס שכתב דבשור תם שגובים מגופו חזינן דאף היכא שהבעלים לא פשע בשור גובים מגוף השור, וכמו שמבואר דשומר שפשע גובים מהשור, וע"כ שדין הגביה היא על השור ולא דין על הבעלים השור, ולפי"ז ה"ה כאן אע"פ שהשור משועבד לניזק הראשון כיון שהזיק עכשיו הפסיד חלקו, וכמו שנגח בבית שומר שמפסיד הבעלים אע"פ שהוא לא פשע בשמירה, ובתוס' בע"ב מבואר שחלקו על סברת הבעה"מ.

דעת הבעל המאור

שלר"י יש חיוב לשלם דמים

והנה בעיקר מש"כ הבעה"מ דלר"י אע"פ שהאחרון גובה מן השור מ"מ הראשון גובה משאר נכסים, מבואר דסבר שלר' ישמעאל יש למזיק חיוב לשלם דמים כמו כל בע"ח, אלא שיש זכות גביה מהשור עצמו, אבל כשהשור לא קיים גובה אף משאר נכסים, וזה כשיטת רש"י שכתב בסוף פרקין לעיל שאם נאבד השור גובה משאר נכסים].

והרמב"ן במלחמות תמה הרבה על הבעה"מ ונזכיר כמה מהקושיות.

א' אמאי הגמ' לא אומרת דנפק"מ בין ר"ע לר"י אם נאבד השור אם חייב המזיק משאר נכסים.

ב' דאם חייב משאר נכסים ע"כ שהזכות גביה מהשור הוא זכות של אפותיקי סתם, וא"כ אמאי מבואר בגמ' שמכרו מכור רק לרדיא הרי באפותיקי סתם אם מכרו יכול לגבות משאר נכסים ואין גובה מן הלוקח.

ג' עוד הקשה קושית תוס' על רש"י אמאי אי קדמו ושחטו מה שעשה עשוי ואין משלם לו את הפחת, שהרי אם יכול לסלקו בדמים ע"כ הוה כאפותיקי סתם דכששטפה נהר גובה משאר נכסים כמבואר בגיטין מ ע"א, וכונת הרמב"ן דע"כ לדעת הבעה"מ לא חשיב כאפותיקי מפורש שהרי כתב דגובה דמים אע"פ שהניזק השני גובה גוף השור וא"כ אמאי אם שחטו אין משלם הפחת.

ד' עוד הקשה אמאי אם קדמו בע"ח וגבו לא עשו ולא כלום ואמאי לא הרי הניזק גובה משאר נכסים.

ה' ועוד הקשה אמאי בכל פעם שהזיק בבית שומר גובה מגופו הרי יכול לסלקו אף בדמים, עי"ש עוד מה שהקשה.

במשנת ר' אהרון [סי' יד] האריך לבאר דעת הבעל המאור דאע"ג דחשיב אפותיקי סתם וחייב דמים, מ"מ הרי אין חיוב אלא בשויות של השור, דעיקר החיוב של התורה הוא לשעבד את השור וכלשון הגמ' לעיל לג. לבי דינא קמזהר רחמנא, אלא דיש למזיק אפשרות לשלם דמים במקום לתת את השור, אבל כשאין את השור אין חיוב ליתן משאר נכסים כיון שהשור אינו קיים, ורק

היכא שהשור נמצא ואין יכול ליתן השור מחמת איזה סיבה חייב ליתן דמים, ומשום"ה היכא דשחטו או שגבה בע"ח או מכרו והשור לא קיים אין חיוב דמים לניזק, וכן מה שאמר בעה"מ שחייב דמים הוא רק בסוגיין שיש שעבוד לראשון אלא שהשני קודם לראשון לענין הגובניא, ועי"ש שכתב דבעה"מ סבר כהרשב"א בסוגיין דמיירי שהעמידו בדין ולכן חייב להעמיד לו דמים תמורת השור.

דעת רש"י והרשב"א בהא דקדים ניזק ראשון

רש"י ד"ה ראשון נשכר מבעי ליה. והא דלא דמיא לקדמו וכו' דהתם הוא דאמר ניזק לבע"ח מהאי תורא דאזקן מינה משתלימנא, ובעל חוב לא מצי למימר ליה הכי.

ברשב"א נראה שהבין דכונת רש"י דסברת הגמ' היא שהטענה של הניזק הוא שאין יכול לגבות חובו רק מהשור ולכן יש לו זכות קדימה, אבל בע"ח לא מצי למימר הכי מכיון שיש לו אפשרות לגבות מכל הנכסים, ולכן הקשה הרשב"א דבאופן שאין למזיק עוד נכסים נמצא שאין לניזק טענה ובכה"ג בע"ח קדים וא"כ צ"ל דע"כ הכא אית ליה נכסים.

אולם התוס' לעיל לד. [ד"ה אילן] כתבו דמפי' הקונטרס בפרק ד' וה' נראה כהסברא שכתבו שם דהשעבוד של הניזק בשור אלים טפי משעבוד של בע"ח ולכן קדים ולא מחמת שאין לו ממה לגבות, [וכונת התוס' נראה מזה שרש"י לא הוסיף לשון הגמ' אילו הוה גבך ועי"ש ברבנו פרץ ודו"ק].

והרשב"א ביאר באופן דכיון שהשור הוא מטלטלין לכן לא חל שעבוד לבע"ח ולניזק חשיב כקרקעות ולכן הוא קדים לבע"ח, ולפי"ז כתב שכ"ז סברא רק התם אבל כאן בב' נזיקין חשיב כקרקע לגבי שניהם ולכן הראשון קודם, ועי' שו"ע סי' ת"ז ס"ד שכתב הרמ"א שאם אין למזיק לשלם לבע"ח הוא קודם לניזק, והגר"א ציין לדברי רש"י כאן שחולק על הרשב"א.

לר"ע אמאי מפסיד הנזק הראשון

גמ' אי כר"ע דאמר תורא דשותפי הוא. מבואר מדברי הגמ' דלר"ע דשותפים ניהו הוא שותף בחיוב של הנזיקין של השור, והקשה החזו"א מכאן על מש"כ הקצה"ח סי' ת"ז בדעת הרמב"ם דאף לר"ע דיוחלט השור כ"ז רק משעת העמדה בדין, וא"כ קשה אמאי חייב בנזיקין ולמה יפסיד חלקו, וע"כ מוכח דלר"ע יוחלט השור הוא מיד לאחר הנזק. **ואפשר** לומר דהרמב"ם יפרש כמש"כ הרשב"א דמיירי כאן לאחר העמדה בדין ודלא כתוס' בד"ה שור, אולם מסתימת דברי הרמב"ם פ"ט הי"ב משמע דמיד לאחר הנזק מפסיד וצ"ע, ועי' באבן האזל מש"כ לבאר בכ"ד הרמב"ם.

דעת תוס' דלר"ע לא מפסיד רק כשיש עדים על הנגיחה

תוס' ד"ה שור וכו'. תימא לר"ע נמי אמאי אין הראשון נשכר דלמה יהא מוטל עליו לשמרו, ביאר החזו"א דאין כונת התוס' דכיון שהוא אונס דלא היה בידו לשמור לכן אין צריך להפסיד חלקו, דהא מבואר בגמ'

להלן דשומר שפשע בשמירה גובים מגופו של השור אע"פ שלא היה מוטל על הבעלים לשמור, וכן מבואר לקמן נו ע"ב בתוס' דגזלן שגזל שור והזיק גובה מגופו, ומבואר שהדין מגופו של תם אינו מחמת שהבעלים עצמו פשע בשמירה.

ולכן ביאר החזו"א שהנדון של תוס' הוא האם הנזיק נחשב בעל השור לענין נזיקין, כיון דכל זמן שלא עמדו בדין אינו שלו עדיין, וחידשו התוס' שמכיון שהוא יכול לתבעו בדין חשיב בעל השור לענין שיפסיד חלקו, ואע"פ שאין יכול לשמור מ"מ חשיב בעל השור ולא גרע ממסר לשומר.

ולפי"ז ביאר מש"כ התוס' בס"ד ולא מצי לשנויי כגון שאין בידו וכו', דאין כונתם שהוא אונס שלא היה לו פנאי לשמור דהרי אף כשהיה אונס כהא דמסר לשומר גובים מגוף השור, אלא כונת התוס' דכ"ז שלא ידע מהנגיחה או שלא ידע מי נגחו או שלא ידע שיש עדים על הנגיחה כה"ג לא חשיב שהחזיק בשותפות ולכן אין חייב בנזיקין.

הרשב"א כתב לישב קושית התוס' דמיירי הכא לאחר שעמד בדין, ולכן לר"ע דיוחלט השור חייב בנזקיו דנעשה שותף מיד, אבל לר"י אכתי שותף הוא דהא לא ירצה ליתן לו השור דניחא ליה בשור משום כושרא דחיותא, [וסבר הרשב"א כהבעה"מ שיכול ליתן דמים].

והנה לעיל לג ע"ב הובא מש"כ בקצה"ח להוכיח מהא דמבואר בגמ' שלאחר העמדה בדין מכרו אינו מכור שאף לר"י לאחר העמדה בדין אמרינן יוחלט השור, ולדבריו

הסברא שאם תפסו וחייב מדין מזיק יפסיד חלקו הרי השיעבוד לגבות חלק שיש לו בשור הוא מחמת שגם הוא ניזק.

והנה אם החיוב של שומר הוא חיוב של הבעלים כמו שנקט הש"ך שהובא בתוס' בסוגיין באמת קשה טובא, אבל לפי הצד [וכמו שנקט הגר"ח בדעת הרמב"ם] שהחיוב הוא של שומר לשלם א"כ כשתפסו הוא תשלום שלו אפ"ל דאין לו אפשרות לחזור ולתבוע חלקו שהיה לו בזה.

הוכחת הרמב"ן

דא"א לסלק לר"י ברמים

גמ' אם יש במותר יחזיר לשלפניו לבעלים מבעי ליה. הקשה הרמב"ן לשיטת הבעה"מ דאפשר לסלוקי בזוזי א"כ לעולם אף אם אין מותר יחזור השור לבעלים והו"ל לשלישי לסלוקי, בזוזי ומכאן הוכיח הרמב"ן דלא כשי' הבעה"מ אלא דא"א לסלקו בזוזי, ובאמת קושיתו הוא בכל שומר שגובה מגופו אמאי לא אמרינן שהשומר יסלק בזוזי.

ונראה לישב ע"פ משנ"ת לעיל שגם לשיטת הבעה"מ דאפשר לסלקו בזוזי מ"מ עיקר השעבוד הוא השור בעצמו אלא דיכול לתת נכסים תמורת השור, וממילא אי אמרינן דאין יכול לגבות מגופו לא יגבה גם משאר נכסים.

רש"י ד"ה שבוק מתני'. ואי קשיא נוקמא לדר"מ נמי כר"ע וכשתופסו מזיק, ביאר המהר"ם שיף דלפי"ז צ"ל דר"מ ור"ש במשנה לא פליגי אלא ר"מ מיירי שתפסו מזיק ור"ש מיירי דלא תפסו.

א"א לומר דמיירי הכא לאחר העמדה בדין, שא"כ אף לר"י הניזק הראשון יפסיד וע"כ דמיירי קודם העמדה בדין, אולם הרשב"א חולק על הקצה"ח דאף לאחר העמדה בדין לא זכה בזה הניזק, וכן מבואר בהדיא ברשב"א לעיל שלר"י יוכל לסלקו בזוזי אף לאחר העמדה בדין.

דף לו ע"ב

תפסו ניזק נעשה שומר שכר

גמ' הב"ע שתפסו ניזק ונעשה עליו שומר שכר לנזקין. פרש"י הטעם דחשיב ש"ש ולא שומר חינום שהשכר הוא מה שהשור בידו והבעלים לא יכולים להבריחו לאגם, וכתב הש"ך ע"ב ס"ק י"ז וקצה"ח שם סק"ג דמה"ט נעשה שומר שכר על כל השור, ולא רק על החלק שלו אלא אף על החלק של הבעלים, ולפי"ז אם אח"כ הניזק כשיעור של כל השור יגבה הניזק כל השור, אע"פ שהזכות שלו בשור הוא רק על חלק ממנו כפי השיעור שהראשון הניזקו מ"מ כיון שנתחייב בשמירה על כל השור גובה מכולו [ועי' לקמן בדברי התוס' הביאור בזה].

אולם בעיקר דברי הגמ' הקשה בחידושי ר' שלמה [סי' ח] מה מועיל שהוא נעשה שומר עליו שיפסיד את חלקו, הרי הטעם שאם הניזק בבית שומר גובה מן השור אין הטעם משום פשיעת השומר אלא משום שהבעלים חייבים בשמירתו וא"כ אמאי אין הניזק הראשון יכול לומר לניזק השני דיני לגבות קודם כיון שיש לי שיעבוד קודם בשור, ומה

מנחת

דף לו ע"ב

משה

צה

ועוד כתב לפרש שנחלקו האם ע"י תפיסה נעשה שומר שכר וכסברת התוס' שחלקו על רש"י, ע"ע בשטמ"ק מש"כ.

תפסו ניזק לר"ע אם נעשה שומר שכר על כולו

תוס' ד"ה כגון. ודוקא לר' ישמעאל אבל לר"ע דאמר שותפי נינהו וכיחש ושיבח הוי ברשות הניזק לא נעשה שומר שכר אלא מחלקו דעל כל אחד מוטל לשמור חלקו, ודלא כפירוש הקונטרס, ביאור הדברים כתב הרא"ש דלר"י שאין לו שותפות בגוף הדבר ע"כ נעשה שומר על הכל, דהוה כמי שגובה משכון על חוב מנה חפץ ששוה מאתיים שנעשה שומר על כל החפץ, אבל לר"ע הוה כחפץ של ב' שותפים דאין כונתו לשמור חלק חברו, ועי' בלשון התוס' לקמן נו ע"ב [ד"ה פשיטא] שכתבו על סוגין דידן דאין השותף מתכוון לשמור רק חלק שלו ולכן אף לא נעשה שומר חנם על חלק חברו.

וי"ש להוסיף בזה עוד דברש"י כתב דהסברא בזה שנעשה שומר משום שמקבל שכר שהמזיק לא יבריא אותו לאגם, ואפ"ל שכ"ז שייך רק לר' ישמעאל ולא לר"ע, וכמש"כ הרמב"ן כאן במלחמות בתו"ד דלר"ע יש לניזק בעלות בזה אם הוא מבריא אותו לאגם נמצא שגזלו, אבל לר"י שאין לו בזה שותפות אלא שעבוד בעלמא לא עבר איסור במה שהוא לוקח אותו לאגם ולכן יש לו לחשוש ונעשה שומר על כולו, ועי' ברבנו פרץ.

וברעת רש"י דסבר דאף לר"ע נעשה שומר כתב הנמוק"י דהטעם הוא כמו שמבואר ב"ב מב ע"ב דשותפים נעשים שומר שכר זה לזה, והתוס' יפרשו דהתם מיירי

שקיבלו עליהם שמירה מפורשת, וכ"כ בבעל המאור בשם רבנו אפרים, וע"ע במחנה אפרים שומרים סי' לו.

גדר גבית תם מגופו

תוס' ד"ה אם. ואפי' החמישי פעמים שאין לו כל נזקו אם נזקו יתרים על של רביעי שאינו נוטל אלא חלקו של רביעי, ותמה המהרש"א אמאי אין לו רק כשיעור הנזק של הרביעי ומדוע גרע מכל שומר על שור שהזיק שהניזק גובה מגוף השור אע"פ שהוא שייך לבעלים, וכתב דכבר תמה ע"ז השלטי הגיבורים.

והפנ"י כתב דכונת התוס' הוא דלא נשאר זכות לבעלים בשור, דמיירי שהנזק של השלישי היה יותר מהנזק של הרביעי, ולכן כשלקח הרביעי השור לשמור נעשה שומר עליו ופקע מהשלישי חיוב שמירה אבל לא פקע זכות של השלישי מהשור, ולכן לגבי ההפרש שבין הנזק של השלישי לחמישי השלישי קודם וכקושיית הגמ' בתחילת הסוגיא דראשון ראשון, וכ"כ הגרש"ש בסי' לב.

הש"ך סי' ת"א כתב לישב דאע"פ דיש לבעלים חלק בשור מ"מ כיון שהבעלים אנוס דלא יכול לשמור שורו משום שהמזיק תפסו בע"כ, ול"ד לשומר בעלמא שהבעלים נתנו לשומר מדעתו ולכן גובה מגוף השור, ומבואר מדברי הש"ך דהא דבשומרים נכנס תחת הבעלים משום דבזה שמסר לשומר מונח ג"כ שאם יזיק יוכל לגבות מגופו וחשיב כאילו שהוא פשע בשמירה, ולכן היכא שהוא נעשה שומר שלא ברשות כהכא לא יגבה מהשור [כ"כ בחי' ר' ראובן סט"ו בביאור הדברים].

הקצה"ח תמה על הש"ך דהא מבואר בתוס' לקמן נו ע"ב שאף בגזל שור והזיק השור גובים מגוף השור אע"פ שאינו שלו ולא הוה מדעת בעלים, וע"כ דאף היכא שנעשה שומר שלא מדעת הבעלים ג"כ גובים מהשור, וא"כ ה"ה הכא הרי נעשה שומר על כל השור וצריך לגבות מכולו, והטעם כתב הקצה"ח דדין גביה מגופו הוא הלכה דכל היכא שיש אדם שפשע בשמירה התורה זיכתה את השור לניזק, אע"פ שהחייב שמירה לא היה מוטל על הבעלים רק על אדם אחר.

וביאר בזה שהדין של מגופו בשור תם הוא דין על תביעה של השור ולכן אף אם הבעלים לא פשע נתנה התורה דין תשלומים של מגופו ע"י בחי' ר' ראובן סי' טו שביאר היטב כל הענין.

בעיקר הקושיא מהגזלן כתב באחרונים לחלק דגזלן חלוק מכאן דהתם נכנס תחת הבעלים לגמרי ע"י בחזו"א ס"ג ס"ק י"ח, ובחי' ר' ראובן סט"ו כתב דגזלן שיש לו קנייני גזילה חשיב שלו גם לענין זה, ואכתי צ"ע, וע"ע לקמן נו ע"ב מש"כ.

עוד כתב הקצה"ח להוכיח מגוף הסוגיא דלא כהש"ך דא"א לומר שהבעלים אנוסים, דהא בתוס' כתבו דלר"ע אף בתפס לא נעשה שומר על חלקו של הבעלים, וכ"כ הרמ"א שם בסי' ת"א ומ"מ כתב שאם הזיק גובה אף מהחלק של הבעלים וע"כ דשניהם שומרים ואין לו טענה שהוא אנוס על השמירה.

האבן האזל פ"ז הי"ב וכ"כ בספר קונטרסי שיעורים [שיעור ט"ז] כתבו לבאר שכל הדין דשומר נכנס תחת הבעלים אינו אלא לר"ע דסבר יוחלט השור ויש לו בו

שותפות גופו, אבל לר' ישמעאל דיושם השור לא, כיון שהחייב הוא חיוב דמים לכן לא יוכל להפסידו גוף הדבר, וא"ש דהכא התוס' קאי בשי' ר"י ולכן לא גובה מגוף השור.

אולם צ"ע ע"ד ממה שהוכיח הרמב"ן בסוגיין והובא לעיל דמשמע דאף לר"י אפשר לגבות מגוף השור, ובאמת זה קושיא על מש"כ הש"ך דבסוגין לא גובים מחלק הבעלים כיון שהוא אנוס, [ע"י לקמן לט. שנתבאר בדעת רש"י דלא כיסוד הנ"ל וכן לקמן מ: ע"ש].

אופן הזכיה של ר' יוסף לעניים

גמ' א"ל ר' יוסף כבר זכו ביה עניים ואע"ג דליכא עניים אנן יד עניים אנן. הרי"ף ביאר דזכית העניים הוא ע"י קנין מעמד שלשתן, וכמו שאפשר למכור חוב בעלמא ע"י מעמד שלשתן כדמבואר ב"ב קמז ע"א ה"נ כאן כיון שהוא יד העניים זוכה עבורם. **ורבנו** אפרים עה"ג תמה ע"ד הרי"ף דל"ש שיזכה מכח דין מעמד שלשתן, והרי"ז דומה לראובן שחייב מנה לשמעון ואמר שמעון לראובן בפני לוי שלוי יזכה החוב עבור יהודה דכה"ג ל"ש מעמד שלשתן, וה"נ הכא כיון שר' יוסף לא זכה עבור עצמו אלא לעניים ל"ש מעמד שלשתן.

ולבן כתב רבנו אפרים לפרש דמיירי שכבר בא ליד ר' יוסף ולא יכול לחזור בו כיון דבא ליד גבאי, והחידוש הוא דאע"פ שלא זכה בהם הניזק לא יוכל לחזור בו, [ובתוס' הביאו כע"ז בשם ר"ח דרצה לחזור בו וכיון דר"י היה גבאי העניים לא יכול לחזור בו, אבל לדברי הר"ח מבואר דזכה בו ע"י

מעמד שלשתן], ועי' בש"ך [סי' קכ"ו ס"ק פו] שכתב דסברת הרי"ף הוא דכיון דר"י היה חשוב כאפוסטרופוס של העניים לכן חשיב כמו שבא ליד עניים עצמם.

דעת הגר"ח

בגדר אמירתו לעניים

תוס' ד"ה אנן. וא"ת בלא יד עניים נמי מחייב צדקה באמירה, ביאור קושייתם כתב הגר"ח הלכ' מכירה פכ"ב הט"ז דכונת תוס' להקשות אמאי צריך לטעם דזכה לעניים מדין מעמד שלשתן בל"ז הא כבר זכו בו העניים כיון דמקרא דבפיך ילפינן תרתי שבאומר הרי עלי חייב לקיים דיבורו מדין נדר, ועוד שאם אומר הרי זו זכו העניים כמו בהקדש שאם אמר הרי זו הקדש חל ההקדש מדין אמירתו לגבוה כמסירתו וה"ה בצדקה אמרינן כן, וזהו שהקשו התוס' אמאי אמאי לא יזכו העניים ע"י זה שאמר יהא לעניים.

ותי' התוס' דכיון דהממון לא בא לידו עדיין ל"ש ליתן אותו לעניים דהוה דבר שלא בא לעולם, כמו בכל דיני ממון דל"ש למכור דבר שלא בא לעולם ה"ה ליתן לעניים ולהקדיש, והוסיפו התוס' דאף חיוב נדר לא חל כאן מכיון שלא אמר נוסח של הרי עלי ליתן חוב זה לעניים, אלא אמר בלשון הקנאה שהחוב יהא לעניים וכה"ג לא חל הנדר, ועי' ברי"ף שמבואר כדברי התוס' אלא שמדבריו נראה דהק' היא אמאיבעינן לטעמא דמעמד שלשתן, בלא"ה נמי לא יוכל לחזור בו כיון שחל נדר לעניים.

והקשה הגר"ח על תוס' דאף דל"ש שיחול קנין על המעות בעצמם, מ"מ אמאי לא חל הקנאה לעניים על עצם החוב, דהא

דל"ש למכור חוב להדיוט כתב הגר"ח לאו משום שהוא דבר שלא בר קנין בעצם, דחוב חשיב דבר הנקנה, אלא דהטעם דחוב ליתא במכירה משום דל"ש לעשות מעשה קנין בחוב, והראיה לכך שהרי כמה ראשונים סברי שמכירת שטרות מועיל מדאורייתא וע"כ שחוב הוא בר מכירה, וא"כ קשה כיון דאמירתו לגבוה כמסירתו אמאי לא לא יחול קנין על החוב דהא יש לדיבור תוקף של קנין, [אולם בתוס' ב"ב עה. מבואר דלא כהגר"ח שכתבו התוס' שחוב חשיב אינו ברשותו ומכירת שטרות הוה מדרבנן].

ולכן ביאר הגר"ח שהדין דבאמירתו לעניים זכו העניים, אין הכוונה שיש להם בזה זכות גמור ונעשה ממון שלהם שא"צ קנין בזה, אלא באמת באמירה לא זכו העניים להיות ממונם, אלא שחל על החפץ חלות שם צדקה ונתפס בדין ממון עניים עכ"ד.

ונראה כונתו דחלוק דין אמירתו כמסירתו בממון עניים מאמירתו לגבוה בהקדש, דבהקדש ע"י דין אמירתו נעשה ממון גמור של הקדש, משא"כ כאן לא חל בעלות של העניים ולא נעשה שלהם אלא שחל דין בחפץ שצריך ליתנו לעניים, [ונראה עוד דחלוק ממתנות כהונה דהתם נעשה ממון השבט אף קודם הנתינה ואע"פ שאין שם בעלות גמורה של כהנים בתורת שותפים מ"מ יש זכיה בתורת ממון השבט, ועי' קה"י ב"ב סל"ז שביאר כן, אבל במתנות עניים אין כאן בעלות משותפת של העניים אלא חל דין בחפץ שינתן לעניים], ונמצא שבאומר הרי עלי ליתן לענים חל רק חיוב על הגברא לקיים נדרו, ובהרי זו חל על החפץ דין שינתן לעניים.

ולפי"ז כתב הגר"ח דאף אם אמר הרי"ז לעניים לא חל על החפץ בעלות של עניים, אלא שנתפס כאן חלות דין של צדקה שינתן לעניים, וממילא כתב דל"ש שתשלומיו וחליפיו של החפץ יהיה להם דין של ממון עניים, דהיינו שאם יזיקו הך ממון ל"ש תשלומים בזה כיון שמה שהבעלים זוכה בתשלומי החפץ הוא מחמת שזהו זכות של בעל הממון לקבל תשלומי החפץ, אבל כאן בצדקה אין לעניים בעלות בהחפץ אלא חל חלות דין שינתן לעניים, ולכן כתב הגר"ח דל"ש שיחול על חוב דין של צדקה כיון דגבית החוב לא יהא לעניים דמה דנעשה שלו כשגובה חובה זהו מזכות הממון שלו בחוב אבל כאן אין דין ממון עניים בהחוב וכמש"כ. **אולם** יש להקשות על הגר"ח דבתוס' משמע דבהקדש כה"ג נמי לא קדוש שכתבו ז"ל "וכן נמי אם היה אומר ניתביה להקדש לא היה הקדש קונה", ולכא' לדברי הגר"ח בהקדש שחל דין ממון הקדש קשה אמאי לא מהני ע"י אמירתו לעשות קנין להקדש בגוף החוב וצ"ע.

האבי עזרי פ"ג מנחלות ה"ד כתב להקשות עוד על הגר"ח דנחלקו הראשנים הובא בקצה"ח סי' ר"צ אם נדר לצדקה ומת אם חייבים היורשים ליתן לעניים, וכתב הב"י דדבר זה תלוי אם יש דין של אמירתו כמסירתו במתנות עניים דאי יש רק דין של נדר אין ליורשים חיוב לקיים נדר אביהם, אבל אם יש דין דאמירתו כמסירתו חייבים ליתן היורשים, ולדברי הגר"ח לעולם חל רק חיוב של נדר דל"ש לחול חוב לעניים וכמש"כ.

ועוד הקשה לדברי הגר"ח קשה הא דמבואר בערכין ו. דצדקה שלא אתי ליד גבאי

מותר לשנותה, ואם ל"ש שיחול חוב לעניים א"כ איך יכול ליקח ולפרוע הא מה שפורע הוא צדקה חדשה לעניים ועי' בחידושי הגרי"ז ערכין דף ו ע"א.

פלוגתת הרמב"ן ובעל המאור בגדר אינו ברשותו

תוס' בא"ד. וי"ל דכמו שאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם ה"נ אין אדם נותן צדקה דבר שלא בא לעולם וכו', בפשוטו כונת תוס' דמכיון שאמר בלשון של אתן לעניים והוא לשון של הקנאה ולא לשון של נדר לכן כיון שעדיין לא גבה יש בזה חסרון של דבר שלא בא לעולם, ומבואר בתוס' שאם החפץ היה בעולם היה נעשה ממון עניים בדיבור בעלמא, וכן משמע ברי"ף כאן שכתב שאם הדבר ברשותו היו זוכים בזה העניים, ועי' מחנ"א צדקה סי' ב' ובקצה"ח ר"צ סק"ב שהביאו מחלוקת הראשונים בזה, אולם הגר"ח שהובא באות הקודם למד שאף לתוס' לא נעשה ממון עניים ממש ע"י אמירתו לבד.

הרי"ף כתב כתי' התוס' דל"ש שיזכו העניים מדין אמירתו לגבוה אלא שכתב משום שהוא אינו ברשותו, והבעה"מ תמה ע"ז אמאי יש חסרון של אינו ברשותו שהרי מכיון שרוצה ליתן לו את חובו חשיב ברשותו, והרי"ז דומה לגזלן שרוצה להחזיר הגזילה דחשיב ברשותו של הנגזל, דכל מה דמבואר בגמ' דגזילה חשיב אינו ברשותו הוא רק מחמת שרוצה לעכב הגזילה תחת ידו.

הרמב"ן תמה ע"ד בתרתי חדא שאף בגזלן חשיב אינו ברשותו דכ"ז שלא הוציא הגזילה תחת ידו לא הוה ברשות הבעלים, [וביאר האחרונים דכונת הרמב"ן

דאינו ברשותו בגזלן הוא מחמת הקניני גניבה שיש לו בחפץ, ולכן כ"ז שלא הוציא הגזילה מתחת ידו יש לו בו עדיין קניני גזילה ול"מ מה שרוצה להחזיר], עוד הקשה הרמב"ן דהכא חשיב נמי אינו שלו, שהרי הלואה ליתא במכירה כיון שלא בא לרשות בעלים והוה דבר שלא בא לעולם וכמו שמבואר בתוס', ועי"ש ברמב"ן שהקשה דע"כ הלואה אינו ברשותו דהא א"א להקנות אותו באגב שהרי מטבע אינו נקנה בו, וכל מה שאמרו שקונה ממעמד שלשתן הוא רק תקנה דרבנן.

ושמעתי לבאר דמבואר מדברי הרמב"ן שהלואה אינה בתורת קנין בעצם ולא כמש"כ הגר"ח שהובא לעיל דהדין שחוב הוא בר הקנאה אלא שא"א לעשות מעשה קנין, והרמב"ן חולק על הבע"מ וכתב שלפי הרי"ף חשיב דשלבל"ע ומה שהביא הרי"ף מדברי ר' יוחנן דאינו ברשותו כונתו ק"ו הכא דגרע טפי דהוה דבר שלא בא לעולם.

בישוב דעת בעה"מ במה שהק' הרמב"ן דא"א להקדיש כיון שאינו ברשותו כתבו הרע"א והתומים הובא בקצה"ח סי' סו סק"ב דבדין אמירתו לגבוה נתחדש דכל היכא שיש איזה דרך להקנת בהדיוט בהקדש קונה בדיבור, ולכן כיון שהלואה אפשר להקנות ע"י מעמד שלשתן קונה בהקדש ע"י דיבור, [ועי"ש בקצה"ח שתמה על סברא זו דמעמד שלשתן קונה כיון דהוה כאילו שהלוה זוכה למקבל וכ"ז שייך רק אם הוא בפני המקבל אבל ל"ש שבאמירה לבד יקנה].

ועל קושיית הרמב"ן על הבעה"מ דהלואה חשיב דשלבל"ע עי' בקצה"ח סי' רי"א סק"ה שתמה ע"ז דטעמא מקדש במלוה לאו

משום דהוה דשבל"ע, עי"ש מש"כ לבאר בדעת הבעה"מ.

ביאור שיטת הר"ח בסוגיין

תוס' בא"ד. ור"ח פירש שזה לא היה רוצה לחזור בו מן הצדקה אלא היה רוצה ללותו לפי שעה ולהחזירו לעניים, המחנה אפרים דיני צדקה ס"ב ביאר דכונת הר"ח לחלוק על התוס' וס"ל שאף באופן שאמר 'תנהו לעניים' חייב לקיים דיבורו ויש כאן נדר, ולכן אף בלא דין דיד עניים לא שייך לחזור בו כיון שחל נדר, ולכן צריך את ההלכה של יד עניים דחשיב בא ליד גבאי שאין יכול ללותו, והתוס' סברו דכשאומר בלשון אתננו לעניים הוא לשון קנין ואין כאן חיוב של נדר ויש כאן רק לשון של קנין, וכיון דהוה דשלבל"ע לא חל כלום, ורק אם אומר חוב זה לכשיבוא לידי אתננו לעניים זהו לשון נדר.

והביא המחנ"א דברמב"ם פכ"ב ממכירה מבואר כדברי הר"ח, וז"ל דאם אמר כל מה שתלד בהמתי יהיה הקדש או אתננה להקדש הרי"ז חייב לקיים דיבורו, מבואר דאע"פ שלא בא לעולם ואמר בלשון יהא להקדש חל דין נדר דבשעה שיבוא לעולם חייב לקיים נדרו.

הרמב"ן במלחמות כתב דאין לפרש בדעת הר"ח דס"ל דאפשר להקנות לעניים אף במקום שאינו ברשותו, ומה שהוצרך ר' יוסף לומר יד עניים אגב הוא כדי שלא יוכל לשנותה, דזה אינו משום דאם אפשר להקנות לעניים היה נחשב כאילו שבא ליד גבאי כיון שכבר זכו בו עניים, דאין הלכה שצריך שיבוא ליד הגבאי בעצמו אלא סגי

שנעשה ממון עניים והוא שומר עברו העניים, ולכן כתב הרמב"ן דכונת הר"ח דהטעם שמועיל הקנאה מחמת מעמד שלשתן כמש"כ התוס' אלא שלשון הגמ' משמע ליה שלא רצו לחזור בו אלא רק לשנותה.

ומבואר מדברי הרמב"ן שהטעם שאסור לשנותה כשבא ליד גבאי הוא בגלל שנקנה לעניים ולכן בכל דרך שנקנה לעניים אין יכול לשנותה, ולפי"ז צ"ל דהא דמבואר בכל מקום שקודם שבא ליד גבאי יוכל לשנותה משום שאינו אלא נדר ולא נעשה ממון עניים.

הקשה"י [סי' כ"ח] הביא שהמרדכי הקשה על פירוש הר"ח אמאי אחר שיש קנין של מעמד שלשתן לא יוכל לשנותה הא עדיין לא בא ליד עניים, וביאר קה"י דהמרדכי סבר דהא דמותר לשנותה כ"ז שלא בא ליד גבאי הוא אף אם נקנה לעניים, אלא הטעם שמותר לשנותה משום שיש שיור בקנין דכ"ז שלא יבוא ליד העניים ממש יוכל לשנותה, ולכן הקשה דאף במעמד שלשתן לא בא ליד העניים.

דעת הראשונים

אם יש קנין לעניים באמירה

הבעה"מ הביא דעת רב האי גאון שסבר שבצדקה אין קנין לעניים אלא רק הוא נדר שחייב ליתן לעניים, ואין הלכה של אמירתו כמסירתו, וכן הביא הש"ך סי' ס"ו וקצה"ח שם סק"ב מדברי הרשב"א בתשובה דס"ל כשי' ר"ה גאון דלא כשיטת התוס' והרי"ף, ועי' במחנה אפרים דיני צדקה ס"ב שהאריך בביאור השיטות.

ויסוד פלוגתתם נראה תלוי במקור הדין של אמירתו לגבוה בהקדש דהרא"ש בנדרים דף כט ע"ב כתב שהמקור בהקדש דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט מדכתיב מוצא שפתיך תשמור, והביאור בזה דעצם מה שחייב לקיים דבריו ולתת להקדש זה נותן זכות להקדש שיהיה להם קנין בזה, וממילא גם בצדקה כיון שחייב ליתן לעניים ממילא יש להם בזה זכות ממון, ובדעת רב האי גאון והרשב"א צ"ל דס"ל דהא דאמירתו כמסירתו הוא כמש"כ המאירי בקידושין כט ע"ב שנלמד מהפסק לה' הארץ ומלאה וזה שייך בהקדש ולא בצדקה.

ואפשר להוסיף בזה עוד עפ"י מש"כ בקצה"ח סי' ר"צ לבאר החילוק בצדקה איכא שעבוד נכסים אבל אם נשבע ליתן לחברו ממון אין שעבוד נכסים, וביאר הקצה"ח דהחיוב לקיים שבועה הוא משום בל יחל ואינו מחמת הממון, משא"כ בצדקה דכתיב בפ"ך זו צדקה חייב לקיים דבריו מחמת הממון שצריך להינתן לעניים.

ולפי"ז י"ל דכיון דאיכא שעבוד נכסים ממילא כשאומר סלע זו לצדקה לעניים נהיה שעבוד על סלע זו בלבד וממילא נקנה לעניים כמו בכל שעבוד, וזהו כונת הרא"ש דאמירתו כמסירתו ילפינן מקרא דמוצא שפתיך תשמור דמכיון שדין מוצא שפתיך הוא דין על הממון ממילא חל דין ליתנו להקדש, ורב האי גאון סבר דדין בפ"ך זו צדקה הוא רק דין לקיים דיבורו ולא חל דין בחפץ שצריך להינתן ולכן ל"ש שעבוד ולא קנין ודו"ק.

מנחת

דף לו ע"א

משה

קא

דף לו ע"א

הראיה מיתומים שא"צ פרוזבול

גמ' דאמר רב יהודה אמר שמואל יתומים אינן צריכין פרוזבול. צ"ב מה כונת הגמ' להוכיח מהא דב"ד כותבים פרוזבול ליתומים לדין דגבאי צדקה זוכה עובר העניים, ועי' ב"י יו"ד סי' רנ"ח שהביא מדברי רבנו ירוחם דהדין דיד עניים אינו דוקא בגבאי צדקה אלא כל אדם חשוב או ד' טובי העיר יש בהם הדין של יד עניים.

ובכתב הב"י דהמקור לזה הוא מהא דמדמה הגמ' הא דאמר דר"ג ובית דינו אביהם של יתומים, וכונתו דכונת הגמ' להוכיח דכמו שב"ד אחראים לענין פרוזבול ה"ה כל אדם חשוב לגבי עניים, ועי' בנמוק"י.

כתב הרשב"א דשמענין מכאן דה"ה אם נדר כסף לצדקה דשביעית אינה משמט כמו ביתומים, וצ"ב דהא דעת הרשב"א דלא אמרינן אמירתו לגבוה בצדקה, וא"כ מה שייך שישמט הא יש לו חיוב לקיים נדרו ובזה ל"ש דין שמיטה.

החידוש שיכול ליתן מטבע

שאינו יוצא בהוצאה

גמ' לא הוה משתקיל מינה וכו'. כתב הנמוק"י שמוכח מכאן שיכול ליתן לניזק מטבע שאינו יוצא בהוצאה כ"כ, בספר אילת השחר תמה ע"ד דהא קי"ל לעיל ז ע"ב מקרא דשיב שיכול ליתן אפילו סובין וא"כ מה החידוש בזה.

ובכתב דאפשר דחלוק מטבע משה כסף בעצם, דהתם הוא דבר שיש לו שויות מצד עצמו ואע"פ שלא יוצא בהוצאה נתחדש

שאפשר לפרוע בו, אבל במטבע השויות שלו אינו מחמת עצם הדבר דהוא בעצמו חשיב רק חתיכת נסכא וכל השויות הוא מחמת שיוצא בהוצאה לכן בזה ס"ד דבעינן שיוצא בהוצאה ממש ולא סגי שיוצא ע"י הדחק.

גדר המועדות לשבתות

מתני' מועד לשבתות ואינו מועד לימות החול. פרש"י הטעם דאמרינן שהוא מועד רק לשבת משום שהוא בטל ממלאכתו ולכן מבדיל בין ימי החול לשבת.

אולם תוס' כתבו בשם הירושלמי לפי שרואה אותם במלבושים נאים אחרים וחשובים בעיניו נכרים ואינו מכירם, וכתב המאירי דמשמע בירושלמי דיש חילוק בין סברת רש"י לתוס' היכא שחל יו"ט באמצע השבוע ולא נגח באותו היום האם אמרינן שיש חזרה מהמועדות, דלרש"י כיון ששובת ממלאכה חשיב חזרה, וכן להיפך אם בחול לא נגח וביו"ט נגח הוא מצטרף להיות מועד לשבתות, אבל לסברת תוס' כתב המאירי שיו"ט לא משיב כשבת כיון שעסוקים במלאכת אוכל נפש, [ואפשר שכונתו דבשעת עסק באוכל נפש אין לבושים בגדים נאים ולכן הוה כמו ימי החול עבורם].

אמנם תוס' [ד"ה משיחזור] כתבו דלרש"י אף אם שבת ממלאכה בימות החול ולא נגח לא חשיב חזרה, ומשמע דלא כהמאירי אלא העיקר תלוי ביום השבת, והביאור בזה כתב בשטמ"ק בשם ה"ר ישעיה דיש עוד סברא לומר שהוא מועד לשבת שאף הזמן גורם.

ובנותו נראה ע"פ מה דמבואר בגמ' בע"ב דאם נגח ביום מסוים בחודש אמרינן שהוא מועד רק לאותו היום, וא"כ ה"ה כשנוגח רק בשבת אפשר לומר שהוא מועד שהזמן גורם, והיינו שיום השבת מצד הזמן גורם את הנגיחה ואין המועדות לשבתות מחמת הסברות של רש"י ותוס', ולפי"ז אף אם חל יו"ט באמצע השבוע ולא נגח ל"ש לומר שיש כאן חזרה דאפשר שסיבת המועדות שלו הוא מחמת יום השביעי.

ונמצא לפי"ז שעיקר טעם המועדות אינו מחמת הסיבות שכתבו רש"י ותוס' אלא מחמת שהיום השביעי גורם, ואפשר שזה כונת תוס' לפי סברת רש"י שאם שבת ממלאכה בימות החול ולא נגח לא הוה חזרה, כיון שעיקר המועדות הוא מחמת היום השביעי.

ע"ע בשטמ"ק בשם הרא"ש שכתב דהא דכתב רש"י הסברא שבטל ממלאכתו דבא לבאר אמאי נקט התנא שבת טפי משאר ימים אבל באמת ה"ה אם הוחזק ליגח בשאר ימים ג"כ, ונראה מדבריו שבאמת אין עיקר הטעם הוא מחמת שבטל ממלאכה אלא דהזמן גורם וכמש"כ רבנו ישעיה בדעת רש"י.

הרש"ש כתב דבמועד לשבתות היה אפשר לדון שיהא מועד שאנו אומרים שהפלגת הימים גורמים לו את המועדות, וכמו שאמרינן בסו"ת הפלגה דהפלגת הזמן היא גורם את הראיה וכמו שביארו תוס' בע"ב [ד"ה יום], והקשה הרש"ש לפי"ז אמאי הוצרכו רש"י ותוס' לומר כאן טעמים חדשים מדוע הוא נוגח רק בשבת.

ובתב הרש"ש שלגבי הפלגה בענין ד' נגיחות כדי לראות את הזמן שממנו הוא מפליג, אבל אם באים לקבוע נגיחה מכח הסברות של רש"י ותוס' אין צריך ד' נגיחות כמו בקביעות ווסת הפלגה דהיום השבת הוא הגורם, ואפשר שזה גופא מה שהמשנה באה לחדש שאין צריך ד' נגיחות כדי לקבוע שהוא מועד אלא בג' נגיחות סגי כיון שיש כאן ג' סיבות לנגיחה, ועוד כתב דאפשר שנפק"מ ביו"ט וכמש"כ המאירי שהובא לעיל, [אולם לפי מש"כ מהשטמ"ק י"ל שאף לולא הסברות של רש"י ותוס' היה מועד בנגיחה ג' משום שהיום השביעי ולא רק מחמת הפלגת שבעה ימים ועיין].

לר"ז אם צריך ידיעה בפעם אחת
או ג"פ שלא יגח

גמ' איתמר רב זביד אמר ואינו מועד תנן. פרש"י דידעינן בו שאינו מועד כגון שעבר השור ע"י אינו מינו ולא נגח, אבל בסתמא היכא שלא עבר נעשה מועד לכל המינים, והטעם בזה דאמרינן מכיון שנוגח אין סברא שמבדיל בין המינים אא"כ יהיה ידיעה להיפך.

הפנ"י כתב לדון האם הא דיש חזרה כשראה שור ולא נגח, האם מיירי שעבר פעם אחת ע"י אינו מינו ולא נגח דבזה פקע דין מועדות לאינו מינו, והיינו דלאו משום חזרה הוא אלא דכיון שנעשה מועד מכח הסתמא לכן יש סברא שאם עבר ולא נגח יש ריעותא במועדות וחשיב מועד רק למינו, או"ד דבעי שיעברו לפניו ג"פ ולא יגח כדי שיהיה כאן חזרה מהמועדות.

מנחת

דף לו ע"א

משה

קג

ובתב הפנ"י דאם צריך חזרה ג"פ יש לומר דיהיה כאן חזרה גמורה ג"כ מהמין שנעשה מועד עליהם, משום שכמו שאנו אומרים שאם נעשה מועד למינו בסתמא הוה מועד לכל המינים, ה"ה היכא שחזר בו מאינו מינו הוה חזרה מכל המינים, וא"כ כתב הפנ"י דלפי"ז א"א לפרש ואינו מועד שלאחר שהועד למין מסוים ראה ג' מינים אחרים ולא נגח, דבכה"ג יש חזרה אף מהמינו שראה ונגח, אלא צ"ל דהכונה 'ואינו מועד' דמיירי שבתוך זמן הנגיחות של מינו ראה ג"פ מינים אחרים ולא נגחם, ולכן מעיקרא לא נעשה מועד לאינו מינו אבל היכא שנעשה מועד בסתמא לכל ה"ה בחזרה נמי אמרינן שיש כאן חזרה לכל.

אמנם החו"ד 'יו"ד סי' קפ"ט ס"ק כ"ט] כתב בפשיטות דכונת הגמ' 'ואינו מינו' דמיירי שחזר בו ג"פ אבל נשאר עדיין מועד למינו, והסברא בזה דכשנעשה מועד אמרינן שבסתמא נעשה מועד לכל, אבל בחזרה כ"ז שלא חזר בו ממה שהיה מועד בפועל ליכא חזרה מהמועדות שלו, [וע"ע בחי' ר' ראובן סי' טז בהגה"ה שדייק כן מתוס'].
בהא דחזרה מבהמה הוה חזרה

גמ' ורב זביד אמר לך רישא אחזרה קאי. כגון שהוה מועד לאדם ולבהמה וחזר בו מבהמה מהו דתימא וכו' קמ"ל דחזרה דבהמה חזרה היא.

תוס' לעיל ב ע"ב [ד"ה ומלתא] כתבו בשם הרב מנחם בהא דמבואר בגמ' שם דמועד לאדם הוה מועד לבהמה, דלרב פפא

בסוגיין שחולק על ר"ז כונת הגמ' שם לענין חזרה והיינו שאם היה מועד לאדם ולבהמה וחזר בו מבהמה חזרה דבהמה לא חזרה היא.

ותמה הרע"א דהכא מבואר דחזרה דבהמה חזרה היא, וכתב הרע"א דא"א לומר דכל דברי התוס' אינם אלא לר"פ דסבר שבסתמא אינו מועד וע"כ מיירי שנעשה מועד גם לבהמה ולכן חזרה דבהמה אינו חזרה, דא"כ נמצא שיש כאן סברות הפוכות דלר"ז דבסתמא הוה מועד לענין חזרה אמרינן שחזרה דבהמה חזרה היא, ולר"פ דבסתמא אינו מועד תנן היכא שהעידו אותו ונעשה מועד לא הוה חזרה, שהרי מה שס"ל לר"פ כשהועד בפועל סבר ר"ז בסתמא וצ"ע.

והנחלת דוד שם צידד מעיקרא דהכא מיירי שלא נעשה מועד להדיא לבהמה ולכן חזרה דבהמה חזרה, וכן כתב בשטמ"ק כאן לישב דברי התוס', [וכן משמע בגמ' דקאמר דחזר בו מבהמה חזרה היא ומשמע בגמ' שיש כאן חזרה גמורה שאינו מועד יותר לגבי בהמות, ואמאי הא לר"ז בסתמא הוא מועד אף לשאר המינים וא"כ אמאי יש כאן חזרה מבהמה, אלא ע"כ שהמועדות היתה בסתמא ולכן אם חזר בו מבהמה מתברר שהיה מועד רק לאדם], אלא שכתב דמדברי רש"י בד"ה רישא אחזרה מבואר דמיירי הכא שהועד להדיא על אדם ובהמה וצ"ע, ועי' בחי' ר' ראובן סי' א' מש"כ לבאר בכ"ז.

בעיקר ההגדרה של מועד כתב הגר"ח הלכ' איסורי ביאה דאין הכונה ששור שנגח ג"פ הוא מוכיח שכל פעם שיראה שור שע"כ הוא יגח אותו, אלא שאם אנו רואים שהוא

נגח אנו תולים את הנגיחה במועדות שלו ואין אומרים שהוא מקרה, אבל אי"ז סיבה חיובית שהוא יגח.

והחזו"א בגליונות שם תמה עליו הרי חזינן שאם ראה ג' שורים ולא נגח יש כאן חזרה מן המועדות שלו, ואם אין סיבה שהוא רואה שע"כ יגח אותו אמאי יש מושג של חזרה, הרי אין הכרח שאם הוא רואה שור שיגח וצ"ע.

ביאור הא דאמרו לר' יהודה מועד לשבתות

גמ' ת"ש אמרו לפני ר' יהודה הרי"ז מועד לשבתות ואינו מועד לימות החול וכו'. הנמוק"י ביאר דשאלו אותו האם שור שנגח ג"פ בשבת אלא שבימות החול שבין שבת לשבת עבר ע"י שור ולא נגח האם אמרינן שנעשה מועד לשבת, או"ד שלא יהיה מועד כלל כיון שבימות החול לא נגח יש כאן חזרה מהנגיחות שנגח בשבת שנעשה מועד, וכ"ש היכא שעדיין לא נעשה מועד ע"כ שהנגיחות של ימות החול סתרי מקצת העדאה.

והקשה הרש"ש איך אפשר לומר שלא יהא מועד ומה זה גרע מאם נגח כל ט"ו בחודש דנעשה מועד ליום ט"ו א"כ ה"ה כאן נעשה מועד לדילוג של כל יום ז', וכתב הרש"ש דאפשר דזה היה ברור להם שהוא נחשב מועד לכל ז' ימים, אלא שהקשו דשם יהא לו כאן דין נוסף שיחשב מועד מחמת השבת וכמו שכתבנו לעיל ונפק"מ שיהא מועד לאחר ג' נגיחות, שאם המועדות הוא מחמת הפלגת הזמן בעינן ד' נגיחות, וע"ז השיב ר'

יהודה שהוא מועד לשבתות מחמת השבת וכמש"כ רש"י, ועי' פנ"י שכתב לבאר באופ"א.

ע"ע בנמוק"י שכתב במשנה שכו"ע מודו דבהך בבא תנינן 'ואינו מועד', ומשמע שאף לר"פ מועד לשבתות מועד לימות החול וכל סברת ר"פ אינו אלא במועד למין מסוים שאינו מועד למין אחר, והביאור במשנה הוא דמועד לשבתות היינו דידעינן בו שהוא לא מועד לימות החול, וכן כתב המהרש"א בתוס' בע"ב ד"ה שור שור עי"ש.

והסברא בזה נראה דסברת ר"פ דבסתמא אינו מועד אינו אלא בשני מינים חלוקים, אבל שבת ויום חול לא חשיב ב' מינים נפרדים, וצ"ל דאף סברת רש"י ותוס' לענין שבת אינו מספקת בלא שיש ידיעה שעבר ולא נגח, ולפי"ז צ"ל דהמקשן כאן שהקשה על ר"פ סבר דאין לחלק בין מועד לשבתות למועד למינו ואינו מינו, וכן מבואר ברמב"ם פ"ו ה"ח שפסק כר"פ ופסק בסתמא דמועד לשבת אינו מועד לימות החול, ולא כתב הרמב"ם דמיירי באופן כזה שידעינן שהוא לא מועד בימות החול, וחולק על הנמוק"י, ועי' בפנ"י ע"ד התוס' בע"ב שכתב ע"ד המהרש"א שלא ראה פוסק כדבריו ופלא שהוא לכאורה מפורש בנמוק"י עי"ש בכ"ד.

נגח ג' מינים הוא מועד לכל

גמ' ואת"ל איתא לדר"פ נגח שור חמור וגמל נעשה מועד לכל. כתב הנמוק"י דהוא מועד לכל המינים, והטעם דלא אמרינן שהוא מועד רק למינים שנגח נראה דכמו שלא

אמרין שיהיה מועד רק באותם ימים שנגח, ה"ה לגבי המינים לא אמרין שהוא מועד רק לאותם המינים, וכן כתבו התוס' לעיל ב ע"ב עי"ש.

אמנם בדעת הרמב"ם דייק המגיד משנה [פ"ו ה"י] שסובר דבאמת לא נעשה מועד לכל המינים אלא לאותם הג' מינים, וכן משמע מדברי רש"י שכתב [ד"ה נגח] ולא בעינן ג' נגיחות מכל מין ומין, ומשמע מדבריו שלא נעשה מועד רק לאלו דאם הוא מועד לכל המינים הול"ל דהחידוש הוא אע"ג שלא נגח כל המינים נעשה מועד לכל, ולא שלא נגח ג' נגיחות מכל מין, [אולם אפשר לומר שכונת רש"י ג' נגיחות מכל מין ומין כונתו לשאר כל מינים של הבהמות].

תוס' לעיל ב ע"ב [ד"ה ומילתא] כתבו בתי הראשון דהא דאמרין שאם נגח ג' מינים הוה מועד לכל ה"ה היכא שנגח שור חמור ואדם דנעשה מועד לאדם, דאע"פ שמועד לאדם לא הוה מועד לבהמה מ"מ כאן חזינן שלא מבדיל הוה מועד לכל, אבל הנמוק"י כתב דכיון דאדם אית ליה מזלא לא הוה מועד לאדם אלא א"כ נגח אדם ג"פ, אבל אם נגח רק פעם אחת לא הוה מועד אלא לכל מיני בהמות, וכ"כ רבנו פרץ לעיל דמהני מה שנגח אדם להשלימו לעשותו מועד לכל הבהמות.

ונראה שנחלקו בהא דאמרין דאדם אית ליה מזלא האם הוה כמין אחר לגמרי, או"ד דלא חשיב מין אחר לגמרי אלא דבמועד לבהמה לא הוה מועד לאדם, אבל היכא דחזינן שהוא לא מבדיל בין אדם לבהמה הוה מועד אף לאדם.

נגח שור שור וחמור
לענין מה הוה מועד

גמ' נעשה מועד לכל. כתב השטמ"ק בשם הרא"ה דהיכא שנגח שור שור וחמור נעשה מועד לב' המינים וכ"כ הרש"ש, ועיין רע"א בשו"ע יו"ד קפ"ט סעי' כ"ג שמבואר מדבריו דפשיטא ליה דכה"ג לא הוה מועד כלל, עי"ש מש"כ לגבי ווסתות.

ולבאורה נחלקו האם כשיש ג' נגיחות אמרין שהוא מועד למינים שנגח, או שרק אם היה ג' מינים יש כאן מועדות אבל בב' מינים תולים הנגיחות במקרה.

מועד לסירוגין סגי ב' סירוגין

תוס' ד"ה שור ולא נגח. בתרא דנקט כדי שאם יגח לאלתר משלם נ"ש, נראה שכונת התוס' דס"ל דכיון שנגח ג' נגיחות הוה מועד לסירוגין מיד אחר הנגיחה הג', ולכן הוקשה לתוס' אמאי הוצרכה הגמ' לומר בסוף 'שור ולא נגח' דמשמע שרק משום שראה שור ולא נגח נעשה מועד והרי יש לו כבר ג' נגיחות, ולכן כתבו תוס' שנקט כדי לומר שבנגיחה הראשונה לאחר שנעשה מועד ישלם נזק שלם.

ונראה מדבריהם שבאמת אם יגח את השור השישי ואח"כ ג"כ יגח את השור שיראה אחריו בכה"ג לא ישלם נ"ש על השור השביעי, דאע"פ שהוא מועד לסירוגין מ"מ כל החיוב של נזק שלם הוא רק בכה"ג שהנגיחה תהא סירוגין דהיינו לאחר שראה שור ולא נגח.

אמנם מדברי הנמוק"י מבואר שנחלק על התוס' שכתב על הא דמבואר בהמשך דברי הגמ' ראה שור ונגח חמור ולא נגח וכו' ערוד לא נגח דנעשה מועד לסירוגין לכל המינים, דכ"ז דוקא כשראה הערוד ולא נגח, משום דכדי שיהא מועד לסירוגין בעינן דג' שוורים יגח וג' לא יגח אבל כל"ז לא נעשה מועד לסירוגין, ולדברי ה"ה הכא בתרא בדוקא נקט דאל"ה לא נעשה מועד לסירוגין.

ובאמת שדברי התוס' צ"ב איך נעשה מועד לסירוגין כה"ג דאע"פ שיש כאן ג' נגיחות, הא מכיון שאין כאן רק ב' סירוגין שלא נגח אמאי חשיב מועד כה"ג.

ובחי' ר' ראובן [סי' ט"ז] כתב לבאר דסברת התוס' הוא דכשאנו רואים ג' מעשה נגיחה אנו תולים שהוא נגחן, אלא שאם לא נגח בינתיים יש כאן ריעותא בחזקה, אלא שאם הסירוגין שווים אין כאן ריעותא בחזקה אלא אומרים שהוא מועד לסירוג ולכן ס"ל לתוס' שאף אם רק בב' פעמים לא נגח ולא הוחזק הסירוג מ"מ הוה מועד לסירוגין כיון שאין ריעותא דסירוגים, אבל הנמוק"י שחלק על תוס' סבר דהיכא שהסירוגין אינם שווים לא נחשב שהוא מוחזק לנגחן בסירוגין דכל מה שהוא מוחזק לנגחן הוא כשיש ג' נגיחות רצופים ולכן אם לא הוחזק הסירוגין א"א להחזיק אותו לנגחן לכן רק לאחר ג' סירוגין אפשר לומר שהוא מועד לסירוגין.

מועד לג' מינים בלבד

תוס' ד"ה נעשה מועד לסירוגין לכל. ע"כ מייירי כשלא ראה בנתיים כלום דאי ראה לא הוה מועד לכל לסירוגין, מבואר

מדבריהם שאם ראה מינים אחרים ולא נגח לא הוה מועד לשאר מינים, אבל מ"מ לאלו הג' מינים הוה מועד.

ומבואר דשייך שיהיה מועד על ג' מינים מסוימים אף שלא נגח ג' נגיחות אותו מין.

ראה שור ונגח חמור ולא נגח

גמ' ראה שור ונגח חמור ולא נגח וכו'. לדעת התוס' והנמוק"י הוה מועד לכל המינים של בהמות לסירוגין.

אמנם עי' ברמב"ם [פ"ו הי"ב] דמבואר מדבריו דנעשה מועד לסירוגין לשוורים רק לאותם המינים, ועוד מבואר דנעשה מועד רק לאותם הימים, עי' באבן האזל שם ובקה"י מש"כ לבאר דעת הרמב"ם.

דף לו ע"ב

נגח שור שור שור חמור וגמל

גמ' שור שור שור חמור וגמל. יסוד הספק של הגמ' הוא האם אזלינן בתר נגיחות הראשונות והוה מועד רק לשוורים ולא למינים אחרים, או אזלינן אחר שור בתרא ואמרינן שתחילת המועדות מאותה נגיחה וממילא הוה מועד לכל המינים.

והנה תוס' [ד"ה שור] כתבו שלפי ר"ז ע"כ צ"ל שבין השוורים שנגח ראה מינים אחרים ולא נגח ובזה יש ספק אם אזלינן בתר קמא או בתר בתרא, ומבואר שלפי ר"פ אין צריך לומר שראה מינים אחרים ולא נגח אלא אף אם לא ראה ג"כ יש ספק.

וי"ש להקשות מדוע לא אמריןן שיהא מועד לכל החמשה שנגח דהיינו שיהא מועד לשוורים ולשאר מינים שנגח ומדוע שנחלק את המועדות שלו, ובאמת בשטמ"ק כתב בשם הרא"ה דע"כ אייר שבין השורים הראשונים ראה חמור וגמל ולא נגח, דאל"כ הוא מועד לכל ההמינים דאנו רואים אותו מועד על כל הנגיחות שנגח.

וברעת תוס' צ"ל דס"ל שכל דין המועדות הוא רק כה"ג שיש הכרח מחמת הנגיחות להחזיקו כמועד אבל אם אין הכרח לומר שהוא מועד לא מחזקין אותו כמועד, ומכיוון שאנו יכולים לומר שהוא מועד רק לשור ואע"פ שיש עוד ב' נגיחות אפשר לומר שנגיחות אלו הם מקרה, שהטעם שע"י ג' נגיחות הוא מועד משום שיש לו הכרח לפרש ג' נגיחות, אבל אם ישאר רק ב' נגיחות אין הכרח לפרש שהוא מועד גם לזה לכן יש להסתפק למה הוא מועד, אבל הרא"ה חולק על סברא זו דאין לנו סיבה לחלק את הנגיחות לומר שהוא מועד לזה ולא לזה, דאדרבה כיון שיש כאן ה' נגיחות יש לתלות דהוא מועד לכל מה שנגח ולכן צ"ל דמיירי שראה חמור וגמל בין הנגיחות.

החילוק בין סירוגין של שוורים לסירוגין של ימים

תוס' ד"ה יום ט"ו. ותימא דגבי ראה שור ונגח שור ולא נגח וכו' הוי ראשון מן המנין, כונת תוס' להקשות דחזינן בסוגיא שיש חילוק בין הפלגות לקביעות ימי חודש, דבהפלגה משך הזמן שלא ראתה או שלא נגח גורם לכך שתראה או שיגח ולכן הראיה הראשונה אינה מן המנין, כיון שסיבת הראיה

הראשונה אינה אותה סיבה של השניה והשלישית, אבל היכא שהיום עצמו גורם אף הראיה הראשונה לדעת רב היא מהמנין כהא דיום החודש גורם דבזה סגי אם היה ג' ראיות, ואין צריך ד' ראיות כמו בהפלגה שצריך שיהא כאן ג' פעמים שהפליגה וזה דוקא ע"י ד' ראיות, ולכן הקשו התוס' אמאי שור נגח שור לא נגח אמריןן שהראיה הראשונה מהמנין, הרי כמו לענין ווסת הפלגה הראיה הראשונה אינה מהמנין, וכתבו התוס' וצריך לחלק בין סירוגין של ימים לסרוגים של שוורים.

וביאר דבריהם כתב חידושי ר' ראובן [סי' ט"ז ב'] ע"פ מש"כ לעיל בע"א [בתוס' ד"ה שור ולא נגח] דגדר המועדות בשור המועד הוא לקבוע שהוא נגחן ומועד ליגח בכל שעה, אבל באשה שיש לה ווסת קבוע אין הכונה שהיא מוחזקת לראות כל שעה, אלא גדר החזקה הוא שהיא מוחזקת לראות בזמן מסוים או מחמת סיבה מסוימת, וזה ענין קביעות הוסת שהיום או הזמן גורמים.

ולפי"ז ביאר דהיכא שיש סירוג שווה של שורים אנו אומרים שגדר המועדות שלו הוא שאחר שנגח שור אחד הוא נח ואינו נוגח אחרי זה, אבל בסירוגין של ימים א"א לומר שהחזקה שלו הוא חזקה כזו שהוא נוגח ונח, דכיון שהוא תלוי בימים א"א לומר שכך היא אופן החזקה נגחן שלו שהרי מיירי אף שיראה כמה שוורים באות יום ולא יגח, וע"כ הגדר של סירוג של ימים הוא כמו ווסת הפלגה באשה שאנו אומרים שהפלגת הזמן גורמת את הראיה, וה"נ הפלגת הזמן גורמת את הנגיחה, ולכן כמו שבווסת של אשה צריך ד' ראיות לקבוע את זמן ההפלגה, ה"נ לעינן

נגיחה צריך ד' נגיחות ולכן כתבו תוס' שהראשון אינו מן המנין, אבל בסירוגין של שורים הנגיחה הראשונה היא חלק מהמועדות.

הקדש אם חשיב מזיק לולא המיעוט של רעהו

גמ' מתני' שור של ישראל שנגח שור של הקדש וכו' פטור שנאמר שור רעהו ולא שור של הקדש. משמע במשנה שלולא המיעוט היו מחייבים את ההקדש בנזקין, והקשה המאירי בשם חכמי פרבינציא איך ס"ד לחייב הקדש בנזקין הא כשיגבה תשלומי נזקין מההקדש נמצא שהוא מועל בהקדש. ורנ"י דכל איסור מעילה הוא בנהנה שלא לצורך, אבל הקדש שמשלם חובות שלו אין כאן מעילה.

מבואר מדברי המאירי שהנדון במזיק הקדש הוא לחייב את ההקדש בעצמו, ולכאורה קשה הרי להקדש אין כאן פשיעה בשמירה וא"כ אמאי יש חיוב תשלומי נזקין בכה"ג, ואם משום שלגזבר יש לו חיוב שמירה ופשע בשמירה, א"כ זהו חיוב של הדיוט ככל שומר שפשע בשמירה שהוא מחויב לשלם, ולא משמע שהמיעוט הוא לענין שור תם דהדין הוא שגובה מגופו ובזה ס"ד שיגבו מגוף השור של ההקדש, דא"כ נמצא שיש על הגזבר שהוא השומר חיוב תשלומי נזקין ולא משמע כן בכל הסוגיא, ועוד דמבואר שהמיעוט הוא אף בשור מועד.

בחידושי הגר"ח על הש"ס [אות רכ] התקשה בזה וכתב דס"ד היה לחייב את הגזבר מדין שומר, ואע"פ שהקדש נתמעט משומרים מ"מ חיוב תשלומי נזקין לא הוה

בכלל המיעוט, וע"ז קאי קרא דפטור דאין תורת מזיק בהקדש וממילא אין לגזבר חיוב מדין שומר.

והביאור בזה ע"פ מש"כ הברכ"ש סי' א' בשם הגרי"ז דאע"פ שמעמיד בהמתו על קמת חברו חייב משום דהוה כדידיה אם העמיד בהמת הקדש על קמת חברו פטור מתשלומין, דהפטור של רעהו אינו רק פטור מחמת שבעל הממון הוא הקדש, אלא דנתחדש בקרא דבעינן שהממון יהיה של רעהו וכל שהוא ממון של הקדש אין פרשת תשלומי נזיקין ואין לשור תורת מזיק בזה, ולכן אף אם נימא שהגזבר הוא שומר דמי ממש למעמיד שאין חובת נזקין בממון ההקדש, וכ"ז דלא כדברי המאירי דמשמע מדבריו שהיו גובים מההקדש עצמו דהמיעוט הוא לגבי בעל הממון, וכן נראה מדברי הנמוק"י כאן.

אולם העירוני שאין ראייה מהמאירי כלל, שהרי הפסוק של רעהו מיירי בשור תם שהגדר הוא מגופו, וא"כ אף שהגזבר הוא שומר על הקדש הרי צורת הגביה היא מגוף השור, לכן הקשה המאירי איך אפשר לגבות מהם וע"ז תי' דהוה כשאר חובות, ועי' בחידושי ר' שמואל סי"ג שהאריך בזה.

עכו"ם שנגח של ישראל

מתני' ושל כנעני שנגח לשור של ישראל בין תם בין מועד משלם נ"ש. כתב המנ"ח מצוה נא אות ח' דהחיוב נ"ש של עכו"ם בתם הוא מן העליה ואינו מגופו כמו בכל תם, ועי' פנ"י לעיל ז ע"א שכתב דלר' שמעון בן מנסיה דס"ל שמזיק הקדש משלם נ"ש גובה מן העליה.

מנחת

דף לו ע"ב

משה

קט

והנה לעיל לג ע"א אמר ר' עקיבא שאף תם שחבל באדם משלם נ"ש מגופו, ודריש מקרא דיעשה לו מגופו משלם ולא מעליה, מבואר דלולא הפסוק כל היכא דמשלם נ"ש הוה מן העליה, ולכן הכא דליכא קרא משלם מן העליה.

דיו לבא מן הדין

גמ' דיו לבא מן הדין להיות כנדון. הקשה הרשב"א א"כ אמאי לרבנן לא ישלם להקדש לכל הפחות חצי נזק, דהא איכא ק"ו לענין חצי נזק וקרא דרעהו אתא לענין הקדש שהזיק הדיוט דפטור.

ותי' דא"א לומר הכי דלא בעינן למעט הקדש מרעהו, דהא איכא קרא דוהועד בעליו וקרא ושור איש, וע"כ קרא דרעהו אתא למעט הדיוט בשל הקדש ול"ש ק"ו.

מסקנת הגמ' במעמא דרשב"מ

גמ' אלא אמר ר"ל הכל היו בכלל נזק שלם כשפרט לך הכתוב רעהו גבי תם וכו'. רש"י בפי' קמא כתב לבאר דהדיוט שהזיק הקדש שחייב נלמד מהא דהכל היו בכלל מועד, אלא שתם יצאה ללמד דרק ברעהו יש חיוב של ח"נ, אבל בהזיק הקדש לעולם יש חיוב של נזק שלם כמו שכתוב במועד, ומשמע שלמסקנת הגמ' רעהו דוקא אלא שיש גילוי מיוחד שהדיוט שמזיק להקדש חייב, והא דהקדש שהזיק פטור כתב רש"י משום דבמועד כתיב בקרא 'והועד בבעליו' ובתם כתיב כי יגוף שור 'איש' והקדש לא בכלל איש.

וצ"ב דנמצא דעיקר התיורין חסר בדברי הגמ', דהא הגמ' מקשה דאי רעהו

ל"ד אף הקדש יתחייב להדיוט, ועיקר תירוצן הגמ' לרש"י הוא דהדיוט שהזיק הקדש חייב אף בנזק שלם אף בתם דיש הכרח מהפסוק שרעהו לא קאי למעט אלא לרבות כיון שהכל היו בכלל, אבל הא דהקדש שהזיק פטור הוא מטעם דוהועד בבעליו לא מבואר בפירוש בגמ'.

והנה בקושיית הגמ' אי רעהו ל"ד ויש חיוב בהקדש כתב הרמ"ה בשטמ"ק דצ"ל דהא דקתני בקרא שור איש נמי ל"ד הוא, וכ"כ הראב"ד דקרא דלא ישמרנו בעליו ל"ד, ולפי"ז י"ל דלמסקנת הגמ' דרעהו דוקא א"כ אפשר לדרוש ג"כ קרא ושור איש למעוטי הקדש, [אלא דמרעהו א"א ללמוד משום דרעהו בא לומר דברעהו דוקא חייב חצי נזק].

אמנם יש להקשות לכאורה דקרא דוהועד בבעליו לכאורה ל"ש לומר שהוא לא דוקא כדאמרינן בשור איש או ברעהו, וא"כ צ"ב בקושיית הגמ' דאף אם רעהו ל"ד הא בעינן והועד בבעליו, וע"כ צ"ל דאף בהקדש אפ"ל והועד בבעליו, וא"כ צ"ע מה נשתנה למסקנה דהגמ' חוזרת בה מזה דל"ש לומר הכי, ובאמת שרבנו פרץ הקשה כן על רש"י אמאי ל"ש לומר בהקדש והועד בבעליו ומ"ש מאפוטרופוס דמבואר לט ע"א דחשיב והועד בבעליו.

ואפשר לומר דמעיקרא קסבר הגמ' דאי רעהו ל"ד ויש חיוב נזיקין בהקדש ז"א שהרשות ממון של הקדש שווה לשל הדיוט ולכן יש חיוב נזיקין וחשיב שפיר והועד בבעליו, אך למסקנת הגמ' דחזינן שיש חילוק בין הדיוט להקדש לענין תם, א"כ חזינן דהתורה חילקה את הדיוט מהקדש, וא"כ י"ל

דהסברא שהתורה חילקה הקדש מהדיוט משום דהקדש אינו רשות ממון לנזיקין ולא שייך שם פרשת תשלומי ממון.

ולפי"ז א"ש דל"ש בהקדש את הענין של והועד בבעליו כיון שאינו רשות של ממון לגבי תשלומין, ואף אי נימא דהגזבר חשיב שומר מ"מ לא חשיב בזה והועד בבעליו, ולא דמי לשומר בעלמא שהוא עומד תחת הבעלים, ועי' בספר קונטרסי שעורים להגרי"ז גוסטמן זצ"ל מש"כ לבאר.

דף לח ע"א

אמרי ממ"נ אי רעהו דוקא

גמ' שור של ישראל שנגח שור כנעני פטור, אמרי ממ"נ אי רעהו דוקא דכנעני וכו'. הרע"א תמה על לשון הגמ' אי רעהו לאו דוקא, דהא ע"כ רעהו דוקא שהרי ממעטינן הקדש דפטור מרעהו, וכתב הרע"א דעדיפא ליה להגמ' להקשות מניה וביה אמאי ישראל בשל עכו"ם פטור ולכן מקשה הגמ' באופן זה.

ועי' רבנו פרץ שהקשה קושית הרע"א וכתב לישב דל"ד עכו"ם להקדש דאע"פ דהקדש לא הוה בכלל רעהו מ"מ עכו"ם כיון שהדיוט הוא חשיב בכלל רעהו, ולכן מקשה הגמ' אי רעהו ל"ד לענין עכו"ם ואיתא בכלל רעהו אמאי שור של ישראל שהזיק של עכו"ם פטור, ועי' מהר"ם שכ"כ.

האחיעזר [ח"ג סל"ז] הקשה דמ"ש כאן מכל מקום דדרשינן רעהו למעט עכו"ם ולענין חלה ועוד לא דרשינן הכי, עי"ש מש"כ לישב.

והנה בהא דקאמר הגמ' דאי לאו רעהו היה חייב עכו"ם שנגח לשור של ישראל מעיקר הדין, צ"ב איך אפשר לחייב אותם והא אינם מחויבים במצות, ובשלמא לעיל לענין הקדש י"ל כמש"כ לעיל.

מסקנת הנמ' במיעוט של עכו"ם

גמ' אמר רב אבהו אמר קרא עמד ויתר גוים וכו' עמד והתיר ממונם לישראל. נחלקו הראשונים בביאור דברי הגמ', רבנו פרץ כתב ע"פ דרכו [באות הקודם] דכונת הגמ' דרעהו לאו דוקא ועכו"ם בכלל רעהו, ומ"מ ישראל שהזיק עכו"ם פטור כיון דעמד והתיר ממונם לישראל, והקשה ר"פ א"כ אמאי עכו"ם שהזיק ישראל תם חייב נזק שלם הא רעהו כתיב, וכתב ושמא היא גופא מהתיר ממונם והיינו שנלמד גם לענין תם שהזיק ישראל שמשלם נזק שלם עי"ש עוד.

ובן מבואר ברמב"ם פרק ח' מנזק"מ ה"ה שכתב דישאל שנגח של נכרי פטור לפי שאין הגוים מחייבין את האדם על בהמתם שהזיקו והרי אנו דנים להם כדיניהם, ועכו"ם שנגח של ישראל חייב משום קנס שאינם זהירין במצות ואם לא יקנסו אותם אין משמרין בהמתן ומפסידים ממון הבריות עכ"ד, והלחם משנה כבר תמה אמאי לא כתב הרמב"ם דישאל בעכו"ם פטור משום רעהו, וע"כ שהרמב"ם מפרש כרבנו פרץ דעכו"ם בכלל רעהו.

אלא דעדיין צ"ב דהרמב"ם לא כתב קרא דויתר, ובמגדל עוז כתב דמקור דברי הרמב"ם הוא מהירושלמי דמוכח שם דליכא

מנחת

דף לח ע"א

משה

קיא

פטור דרעהו בעכו"ם, ושם בירושלמי יש מד"א שחולק גם על ויתר גוים וא"ש דברי הרמב"ם.

אמנם בנמוק"י ד. [מדפי הרי"ף] וכן מפורש במאירי שכונת הגמ' דלעולם רעהו דוקא, וקרא דויתר גוים אתא לפרש אמאי עכו"ם חייב בשל ישראל נזק שלם.

דעת תוס' במיעוט דויתר גוים

תוס' ד"ה עמד והתיר ממונן לישראל. משמע דדוקא בענין זה שנגח שור שלנו שור שלהם, ולמד"א גזל עכו"ם אסור ניחא ולמד"א מותר קשה, המהרש"א ביאר כונת התוס' דס"ל שלמסקנת הגמ' עכו"ם בכלל רעהו [כמוש"כ רבנו פרץ], והא דהזיק ישראל לשל עכו"ם פטור ילפינן מקרא דויתר גוים, אלא שכתבו תוס' דכ"ז למד"א גזל עכו"ם אסור ולכן בעינן קרא לפטור, אבל למד"א גזל עכו"ם מותר לא בעי קרא לפטור, מיהו כתב המהרש"א דהא דעכו"ם חייב כשהזיק לישראל בתם נ"ש משום דבדיניהם העכו"ם חייבים נזק שלם לכן עכו"ם שהזיק ישראל חייב נ"ש, [ודלא כמו שמבואר מדברי הרמב"ם שדיני העכו"ם הוא שאם הזיק פטור לשלם ומקורו מהירושלמי].

ויש להקשות ע"ד המהרש"א מדוע כתבו תוס' שרק למד"א גזל עכו"ם אסור בעינן קרא, הא אף למד"א גזל עכו"ם אסור כל האיסור הוא גזל ממש אבל הפקעת הלאותו מותר, וא"כ אמאי בעינן קרא דויתר גוים להתיר ישראל שהזיק של עכו"ם הא לאחר שהזיק הוה הפקעת הלאותו, [ואין

לומר דמהכא ילפינן דהפקעת הלאותו מותר דלקמן בגמ' קיג. קאמר מקור אחר להך דינא].

ובתב הדברי יחזקאל [סי' נ"א] שאף אם הפקעת הלאותו מותר אין הכונה שאינו מחויב, אלא הביאור בזה שאין עליו איסור שלא לפרוע החוב לעכו"ם, אבל בעצם חשיב מחויב, וא"כ א"ש דקרא אתי למימר שהוא פטור לגמרי, ונפק"מ באופן שהעכו"ם ימכור זכות נזקיו לישראל דאי כל הפטור הוא משום הפקעת הלאותו הישראל היה יכול לגבות אבל לאחר המיעוט לא חל חיוב ממון, ואף אפשר דבכל הפקעת הלאותו מועיל תפיסה של העכו"ם, ויתכן גם בהא לקמן דבמקום חילול ה' הפקעת הלאותו אסור אבל בנזיקין כיון שלא חל חיוב פטור לגמרי.

ואפשר להוסיף עוד דנתחדש בקרא דויתר גוים שאין חיוב שמירה על הממון שלא יזיק עכו"ם, דיעוין בברכ"ש ס"ב שכתב דאף בטמון שיש פטור מתשלומין מ"מ יש חיוב שמירה, דמקרא דולא ישמרנו ילפינן שיש איסור להזיק וחייב לשמור ממנו אף במקום שיש פטור מתשלומין, וא"כ י"ל דקרא דויתר אתי למימר שאין חיוב שמירה ואין איסור להזיק כה"ג, [הנה בעיקר מש"כ הרמב"ם והמהרש"א דישראל יכול לדון לפי דיני העכו"ם א"כ הדינים ישתנו לפי מה שהוא אצל העכו"ם ולא משמע כן, וזהו כונת הראב"ד להשיג על דברי הרמב"ם עי"ש].

המהרש"ל כתב דצריך לגרוס בדברי תוס' דוקא שור שלהם שנגח שור של ישראל, דבשור של ישראל שנגח שור של

עכו"ם פטור משום דכתיב רעהו, וכונתו דרעהו דוקא ולכן של ישראל שנגח של עכו"ם פטור, [וזה כמש"כ הנמוק"י והמאירי שהובא לעיל].

וע"ע ביש"ש שכתב דבע"כ שזהו הפירוש בתוס' משום דאף אם ליכא רעהו מ"מ יש לפטור את ישראל שהזיק העכו"ם דהא הפקעת הלואתו פטור לכו"ע, וע"כ קרא דויתר גוים קאי על עכו"ם שהזיק לישראל שחייב נזק שלם, ולכן שינה גירסת התוס' ממה שכתב המהרש"א, ולדבריו הקשו התוס' דלמד"א גזל עכו"ם אסור א"ש אבל אם גזל עכו"ם מותר קשה אמאי בעינן קרא דויתר גוים שעכו"ם חייב לשלם הא יכול לתפוס.

וצ"ב דעת המהרש"ל במה שכתב ביש"ש דלא בעינן קרא לפטור ישראל בשל עכו"ם שהרי הפקעת הלואתו לעולם מותר, הא התבאר בדעת המהרש"א דאף שהפקעת הלואתו מותר מ"מ לא נפקע החוב וא"כ בעינן קרא שפטור לגמרי, ועי' בשערי ישר שער ה' פרק ה' שעמד בזה.

ועוד קשה במה שביאר כונת תוס' דקרא דויתר לחייב עכו"ם בשל ישראל וע"ז הקשו תוס' דזה א"ש למד"א גזל עכו"ם אסור אבל למד"א מותר לא בעינן קרא, ואמאי לא בעינן קרא לומר שהעכו"ם חייב דמדין גזל עכו"ם הוא היתר לישראל לתפוס ולא מחייב העכו"ם לשלם.

והדברי יחזקאל שם אות ד' כתב לבאר דעת המהרש"ל דס"ל שמקרא דויתר גוים לא נאמר הלכה של פטור או חיוב בתשלומי נזקין, אלא נאמר הלכה של היתר בממון של עכו"ם, ולכן הקשה לגי' דידן בתוס' דאף אם גזל עכו"ם אסור אין צריך קרא להתיר בשור

של ישראל לשל עכו"ם שהרי הפקעת הלואתו מותר, ולכן כתב מהרש"ל שהכונה להיפך לענין עכו"ם שהזיק ישראל דמהני תפיסה, דקרא דויתר מלמד שיכול לתפוס ולא אתי קרא ללמד שהעכו"ם מחויב על תשלומי נזקין, ולכן הקשו תוס' שלמד"א גזל עכו"ם מותר לא בעינן קרא שבלא"ה יכול לתפוס, אבל זה היה ברור לתוס' שאף לאחר קרא דויתר אין העכו"ם מחויב לשלם.

ובתב דאיכא נפק"מ בכ"ז בעכו"ם שהזיק לישראל ואח"כ נתגייר, דלמבואר במהרש"ל שכל ההלכה של ויתר גוים הוא היתר לתפוס א"כ לאחר שנתגייר פקע זכותו לגבות ההזיק דדרשינן רעהו, אבל למבואר במהרש"א שעכו"ם בכלל רעהו א"כ מחויב לשלם נזקיו ואף לאחר שנתגייר, ויתכן שאף מחויב לשלם נזק של בתם למש"כ ברבנו פרץ דמקרא דויתר ילפינן חיוב וכמש"כ, ועי' רע"א כתובות טו ע"ב שמבואר בדבריו דעכו"ם שנתגייר חייב לשלם נזק שלם, וזהו כדברי המהרש"א.

עכו"ם שלמד תורה

גמ' הא למדת שאפי' נכרי ועוסק בתורה הרי הוא ככהן גדול. כתב הרשב"א דהכונה שלומד ז' מצות בני נח, שהרי המלמד תורה לעכו"ם עובר בעשה וכמש"כ התוס' [ד"ה שנו].

ונראה שאע"פ שאין מצות ת"ת לעכו"ם דלא הוה בכלל ז' מצות בני נח, מ"מ כיון שחייבים לקיים דינים שלהם יש עליהם מצוה ללמוד צורת קיומה, וע"ד מה שמצינו לענין נשים שכתב ביאור הגר"א סי' מ"ז

שנשים מברכות ברכות התורה אע"פ שלא נצטוו על מצות ת"ת, מ"מ מכיון שהם מחויבות ללמוד מה מוטל עליהם לקיים לכן יש בלימוד שלהם קיום מצות ת"ת ולכן מברכות ברכות התורה, ואפשר שה"ה בעכו"ם מוטל עליהם ללמוד המצות שחייביים.

אולם יש להקשות שהרי הגמ' מביאה פסוק לענין זה ומשמע דבלא ריבוי אין להם שום מעלה, ובתוס' משמע דאין להם שכר כישראל שלומד תורה שכתבו דנקט כהן גדול משום דיקרה היא מפנינים יותר מכה"ג, ומפורש בתוס' ע"ז ג ע"א שת"ת של ישראל הוא יותר מכה"ג שנכנס לפני ולפנים, אבל עכו"ם הלומד תורה דרגת ת"ת שלו היא פחותה והוא רק ככה"ג, ומשמע דאי"ז כלימוד תורה של ישראל.

ע"ע אגרות משה יו"ד ח"ב סי' ב' מש"כ לדון בכל מצוה שעכו"ם עושה, וע"ע ספר קונטרסי שיעורים על מסכת קידושין בענין גדול המצוה ועושה שהביא בשם תשובות הר"ן שעכו"ם שמקיים מצוה יש לו שכר של אין מצוה ועושה.

בעיקר הא דמבואר בגמ' שהכונה דויתר היינו שאין מקבלים עליהם שכר של מצוה ועושה אע"פ שמוזהרין על המצות כדפרש"י שלא פטרן מעונש אם אינם מקיימים, הנה תוס' קידושין לא ע"א [ד"ה גדול] כתבו שהטעם שגדול המצווה ועושה ממי שאינו מצווה ועושה, הוא משום שדואג ומצטער שמא יעבור, ולפי"ז צ"ל שעכו"ם אע"פ שיקבלו עונש אם לא יקיימו מ"מ לא הוה בכלל הדואג ומצטער, שהדואג ומצטער אינו על העונש שיקבל אם לא יעשה אלא שמקיים חיובו וזה לא שייך בעכו"ם.

לשנות דין תורה

משום פיקוח נפש

תוס' ד"ה קראו ושנו ושלשלו. וא"ת והא אמרין המלמד תורה לעכו"ם עובר וכו', וי"ל דבע"כ עשו ע"פ דברי המושל, הקשה היש"ש [סי' ט'] אמאי לא שינו את הדין כיון שהיה סכנה של פיקוח נפש היו יכולים לומר להם בשניהם פטור או שניהם חייב.

ובתב היש"ש חידוש גדול שמוכח מכאן דאע"פ שמותר לעבור על איסור תורה במקום פיקוח נפש, מ"מ אסור לשנות הלכה אחת מהתורה אפילו במקום סכנה, ויש בזה דין של יורג ועל יעבור כמו בג' עבירות חמורות.

דף לט ע"א

הטעם ששור של חש"ו

שהזיק פטור

מתני' שור של חש"ו שנגח שור של פיקח פטור. בגמ' מבואר שמעיקר הדין אם לא היו מעמידין אפטורפוס לשור של חש"ו היו פטורים מדינא, ומצינו כמה טעמים בראשונים מדוע א"א לחייב חש"ו בממונם שהזיק.

א' הנימוק כתב ע"פ המשנה בפרק החובל פז ע"א דחש"ו פגיעתן רעה ואם חבלו באחרים פטורין, כ"ש שאם ממונם הזיק שהם פטורין, ולכאורה אין פטור מחמת שהם אנוסים שאין יכולים לשמור, אלא שהוא פטור בעצם מחמת שלא בני חיובים ועונשים הם. **ב'** משום שאין דנים שלא בפני בע"ד כמבואר לקמן קיב ע"ב שאדם שהלך למדינת הים א"א לדון אותו שלא בפניו לחייבו ממון.

סיבה לחייבו נזק שלם.

ועי' ברשב"א לקמן קיב ע"ב שכתב כרש"י שע"י העמדת אפוטרופוס חשיב שיש ההעדאה בפני הבעלים דרבנן נתנו לאפוטרופוס כח של בעלים לענין זה וממילא נעשה השור מועד, ונראה שלפי מש"כ בשו"ת הרשב"א שיש מיעוט של שור איש ולא שור של קטן, ע"כ התחדש כאן דין חדש שע"י העמדת אפוטרופוס יש לזה דין של שור איש ולא רק שמהני לענין דין של והועד בבעליו.

ומבואר בגמ' שאע"פ שיש סברא להחשיב האפוטרופוס בעלים כלפי דין של והועד בבעליו, מ"מ עדיין אי"ז סיבה שהוא ישלם, וע"ז דנה הגמ' לאחר שתיקנו רבנן שנעשה מועד על מי מוטל חובת תשלומין, [ועי' ביש"ש סי' יג שמבואר מדבריו שנתחדש כאן תקנה מיוחדת שלאפוטרופוס יש דין בעלים לענין דין זה, שהרי אע"פ שתמיד ב"ד מעמידין ליתומים אפוטרופוס לדאוג לכל צרכיהם מ"מ מעמידים אותו רק לזכות ולא לחובה לכן צריך תקנה מיוחדת שיהא דין שיוכלו להעיד בפניהם].

ביאור קושית הגמ'

שאינן נזקקין לנכסי יתומים

גמ' ר' יוחנן אמר מעלית יתומים ומי אמר ר' יוחנן הכי וכו' אין נזקקין לנכסי יתומים אלא א"כ רבית אוכלת בהם. כונת הגמ' להקשות שאע"פ שיש כאן תקנה של רבנן ליתן לאפוטרופוס דין של בעלים ולכן מתקיים כאן והועד בבעליו מ"מ איך יכולים לגבות בפועל מן היתומים הרי אמר ר"י שאין

ג' בשור מועד יש עוד סברא דבעינן ליעד את בעל השור, כדכתיב בקרא 'והועד בבעליו' ובל"ז לא נעשה מועד ול"ש העדאה אצל היתומים.

והנה רש"י [ד"ה אין מעמידין אפוטרופוס] כתב הך סברא גם בשור תם שכתב דאין מעמידין אפוטרופוס כדי שתקיים בו דין של והועד בבעליו, וצ"ב הרי דין והועד בבעליו נאמר במועד, ועי' בשטמ"ק בשם הרא"ש שכתב י"מ שצריך אפוטרופוס בשביל שצריך והועד בעליו, והק' הרא"ש דהא בתם לא בעינן העדאה, [ודוחק לומר שכונת רש"י לדין דלקמן קיב ע"ב שאין דנים שלא בפני בע"ד שהרי רש"י במשנה כתב אותו לשון לגבי מועד וע"כ הוא הלכה חדשה], ואפשר דסבר רש"י דממה שהתורה אמרה במועד שחייב נזק שלם רק היכא שהועד בבעליו ג"פ, הוא גילוי שחיוב של תם הוא ג"כ רק בכה"ג שהיה העדאה כמו במועד.

ד' בשו"ת הרשב"א [ח"ד קמז] כתב דילפינן מקרא דכתיב שור 'איש' ושור של חש"ו פטור מלשלם, ומבואר מדבריו שנאמר כאן דין חדש שיש הפקעה של פרשת נזקין בשור של חש"ו, ועי' בברכ"ש סי' א' שהביא דבריו, [ועי' להלן מש"כ לבאר לכל הפי' מה מהני העמדת אפוטרופוס לחייב בנזקי ממונם].

הא דמהני העמדת אפוטרופוס

גמ' אמר רבא ואם הוחזקו נגחנין מעמידין להם אפוטרופוס וכו' ומשונין ליה מועד. רש"י במשנה ביאר שבזה שמעמידין להם אפוטרופוס מתקיים דין של והועד בבעליו ועי"ז יהא לשור תורת מועד שאם הזיק יהא

נזקקין לנכסי יתומים, ורש"י פירש דכיון שלא בני מצוה לכן לא מהני לגבות מהם, ותוס' ביאר משום שיש הלכה שאין מקבלים עדות שלא בפני בע"ד.

וצריך לבאר שהרי לעיל התבאר ששור של חש"ו אין סיבה לחייבו כלל בנזקי ממונו משום שפגיעתן רעה, והיינו שאין לקטן מחייב של עונש ונזיקין, וא"כ מדוע מקשה הגמ' מכח הדין של ר' יוחנן וע"כ צ"ל דזה היה ברור לגמ' שרבנן עשו תקנה כדי שהשור לא יזיק שיהא כח לגבות מהם ולא יהא כאן פגיעת רעה, אלא דס"ל לגמ' שלא אמרו כאן גדר תשלומין חדש, אלא הוא ככל חיוב שמוטל על היתומים, ולכן מקשה הגמ' דהרי כל חיוב שמוטל על היתומים א"א לגבות אלא א"כ רבית אוכלת, אבל בל"ז לא או כפרש"י דאינם בני מצוה או כפי' תוס' דהוה שלא בפני בע"ד.

וצריך להוסיף דהגמ' כבר ידעה שיש סיבה לחייב את היתומים מחמת סברא של דילמא ממנע כמו שמבואר במסקנת הגמ', אלא שהגמ' סברה שאין כאן גדר חדש של גביה אלא ככל חוב ממון שמוטל עליהם, וע"כ מקשה הגמ' שהדין הוא שאין נזקקין ועי' להלן.

עי' ברשב"א לקמן קיב שהקשה שאם האפטרופוס מועיל להחשב בעלים לענין הדין שצריך העדאה אמאי לא מועיל לענין הדין דרבנן שאין מעדין לחייב שלא בפני בע"ד, ומבואר מדבריו שהבין שגדר דין של אפטרופוס הוא שנחשב כבעלים גמור וממילא אף לגבי זה שלא יהא חסרון לגבות מהנכסים של היתומים.

הסברא דמזיק שאני

גמ' אלא לעולם לא תיפוך ומזיק שאני. ביאור הדברים כתב הרא"ש שמפני תיקון העולם שהשור לא ילך ויזיק תיקנו שיוכלים לגבות מנכסי יתומים.

ונמצא שיש כאן ב' תקנות חדא שרבנן העמידו אפטרופוס כדי שיוכלו להעיד בפניו שהשור יהא מועד, ועוד תיקנו שלאחר שנגח חיוב התשלומין מוטל על היתומים, ובפשוטו זה עוד הלכה חדשה שאע"פ שמעיקר הדין אין להם חיוב כיון שפגיעתן רעה מ"מ תיקנו שיכולים לגבות מהם.

גדר חיוב אפטרופוס

בתשלומי נזקין

גמ' ר' יוחנן אמר מעלית יתומים דאי אמרת מעלית אפטרופוס ממנעי ולא עבדי. מבואר בגמ' שמעיקר הדין יש על האפטרופוס חיוב לשלם תשלומין נזקין, אלא שאם נחייב אותו לא ירצה לשמור לכן פוטרים אותו, וכן מבואר בהדיא בדעת ר' יוסי בר חנינא שאמר שגובין מן האפטרופוס וכי גדלי חוזרין ונפרעין מן היתומים, ופרש"י משום דאם לא יחזרו עליהם כשיגדלו ממנעי ולא עבדי, ומה שהיתומים חייבים לשלם התבאר לעיל דמזיק שאני שיש כאן תקנה חדשה לחייב היתומים.

ובראשונים נראה שנחלקו מה הסברא שמעיקר הדין יש לחייב את האפטרופוס.

א' משום שיש לאפטרופוס דין שומר וכמו שמשמע ברש"י בע"ב [ד"ה מעלית אפטרופוס] שכתב דהטעם שגובים מעלית האפטרופוס משום שלא שמרו כראוי, ונמצא

דמעיקר הדין החיוב מוטל על האפוטרופוס שלא שמר כראוי, אלא משום דממנעי ולא עבדי פטרו אותו והטילו את הגביה מן היתומים דהם חייבים את החיוב שלו, וביש"ש סי' טו מבואר דכיון דממנע ולא עבדי לא קיבל על עצמו חיוב שמירה לענין תשלומין, ומשמע דאין הכונה דממנעי שפטרו אותו מחיוב תשלומין אלא מעיקרא לא חל עליו חובת תשלומין.

ב' האבן האזל [פ"א ה"א אות י'] וכ"כ בחי' ר' מאיר שמחה לקמן [נו ע"א] כתבו להוכיח בשם הירושלמי שהובא ברשב"א בסוגין דאין לאפוטרופוס דין שומר, אלא שהחיוב שלו הוא כמו במעמיד בהמת חברו על קמת חברו, שהירושלמי כתב להוכיח מהא דמבואר בסוגין שהיתומים חייבים דיש חיוב מעמיד בהמה על קמת חברו, עי"ש בדבריהם שכתבו דדעת הירושלמי הוא דהאפוטרופוס לא חוזר על היתומים אף לאחר שגדלו ודלא כהבבלי.

והנה לפי הצד שהאפוטרופוס יש לו חיוב של שומר יש לדון בשור תם שהדין הוא תמיד בשומר שגובה מגוף השור אע"פ שאינו בעלים על השור, ה"ה כאן היה צריך לגבות מהיתומים דכלפי זה א"צ לומר שלא נעשה שומר דל"ש ממנע ולא עבדי כיון שלא מפסיד מחמת גבית גוף השור, והטעם שלא גובה מבואר ברש"י ותוס'.

הטעם שחוזרים וגובין מהיתומים לכי גדלי

גמ' ר' יוסי בר חנינא אמר מעלית אפוטרופוס וחוזרין ונפרעין מן היתומין לכי גדלי.

באות הקודם נתבאר מה הטעם שמעיקר הדין יש לחייב את האפוטרופוס אלא דריב"ח סבר שכל הסברא של ממנעי הוא שיוכל לחזור ולגבות מן היתומים.

אולם בהגהות אשר"י לקמן פרק החובל מצינו דרך חדשה שכתב בהא דמבואר בקטן שהזיק פגיעתן רעה דפטור דמ"מ לכשיגדיל חייב לשלם, והוכיח כן מהא דמבואר בסוגין דאף למד"א מעלית אפוטרופוס לאחר שגדלו חוזר ומוציא מהיתומים, וע"כ שהחיוב שלהם הוא מעיקר הדין, ומבואר מדבריו דהחיוב של היתומים הוא אינו תקנה דרבנן אלא חיבים מהתורה, [וצ"ע הטעם בזה הא אין להם חיוב שמירה].

ועי' בשטמ"ק כאן בשם הרא"ה בסוף דבריו שנראה ג"כ שהלך בדרך זו שהחיוב של היתומים הוא מעיקר הדין ולא רק תקנה דרבנן עי"ש היטב בכל דבריו אלא שנראה שרק במקום אפוטרופוס יש חיוב נזקין על היתומים אבל לא בכל מקום שפגיעתן רעה, ועי' במשנה למלך פ"ד ממלוה הי"ד ד"ה אפוטרופוס שכתב בדעת בעה"ת ע"ד הרא"ה.

הטעם שאין מעמידין אפוטרופוס לתם לגבות מגופו

רש"י במשנה ד"ה שור של חרש. ביאר רש"י דכדי לגבות נזקין צריך שיהיה בפני הבעלים דכתיב והועד בבעליו ולכן צריך להעמיד אפוטרופוס, אבל בשור תם כיון שגובים מגופו הוה מטלטלי דלא משתעבדי לבע"ח, משא"כ במועד שגובה מן העליה יכול לגבות קרקע מנכסי יתומים.

והקשו התוס' שכל הדין של מטלטלי דיתמי לא משתעבד אינו אלא בחוב של אביהם אבל הכא הוא חיוב שלהם, וכונתם נראה לפי מש"כ לבאר שלאפוטרופוס יש דין של שומר א"כ כמו בכל שומר שהזיק צריך גובים מגוף השור אע"פ שהבעלים לא פשעו בשמירה ה"ה כאן.

והפנ"י כתב דכונת רש"י לבאר אף היכא שהזיק אצל האב דלא יגבו מנכסיו היתומים כיון דמטלטלי לא מתשעבדי לבע"ח, ויש להעיר על הפנ"י שלכאורה על היזק שבחיי האב לכאורה גובין שהרי לעיל לג ע"ב מבואר דמכרו אינו מכור משום דיש שעבוד על השור כיון שהגביה הוא מגופו וכאפותקי דמי].

הבית מאיר [על הש"ס] כתב לבאר דעת רש"י שכל הטעם שבעלמא שומר שפשע גובים מגוף השור משום שאח"כ השומר ישלם לבעלים ואין לבעלים הפסד ולכן אמרינן אפוכי מטרתא למה לי, אבל כאן הרי האפוטרופוס לא מפסיד כמבואר בגמ' דילמא ממנעי ולא עבדי, וע"כ היתומים ערבים על החוב של האפוטרופוס שהוא מחויב מדין שומר.

ולפי"ז כתב הב"מ דזהו כונת רש"י דכיון דמטלטלי דיתמי לא משתעבד ואין שעבוד על מטלטלין שלהם, לכן אין לגבות מגוף השור דהיתומים בעצמם אינם מחויבים בשמירה ואם מחמת ערבות על החוב של השומר מכיון שהוא מטלטלין לא משתעבד לבע"ח.

ומדברי הבית מאיר מבואר דהחיוב של היתומים אינו משום דחשיב כאילו שהם הזיקו אלא שזהו חיוב של השומר אלא

שהוא עצמו פטור והיתומים חייבים לשלם את החיוב שלו, ועי' בחי' הפלאה.

בדברי רש"י שאין מעמידים אפוטרופוס לתם

רש"י בא"ד. בפירוש הראשון כתב רש"י דאין גובים מהיתומים כיון דהוה מטלטלין דלא משתעבדים לבע"ח דעיקר גבית שור תם הוא מגופו, ויש להקשות לדעת רש"י לעיל סוף פרק המניח דסבר דלר' ישמעאל אם נאבד השור חייב ליתן דמים, א"כ חל שעבוד אף על שאר נכסים וא"כ הוה דומיא דמועד שיכול לגבות מקרקע, וכע"ז כתבו תוס' כאן דא"א לפרש דא"א לגבות תם משום שהוא דבר מסוים דלר' ישמעאל הא יכול לסלקו בזווי.

ונראה לישב בדעת רש"י ע"פ מש"כ לעיל דבנאבד קודם העמדה בדין אין חיוב דמים וא"כ ה"ה הכא כיון שא"א לגבות מגוף השור מטעמא דכתב רש"י חשיב שנאבד קודם העמדה בדין.

והנה באבן האזל כתב דכל הדין שגובים את גוף השור בשומר שפשע אינו רק לר"ע אבל לר"י אין גובים את גוף השור אלא חייב ליתן דמים, ומדברי רש"י כאן נראה שלא כדבריו דא"כ אמאי אין מעמידין אפוטרופוס לתם הא כיון שיש לו דין שומר כמש"כ וחל חיוב דמים ואין דין לגבות השור א"כ דינו ממש כמועד ויכול לגבות מהעליה ממקרי רצ"ע.

עוד כתב רש"י דאין גובין כיון דיתמי לאו בני קנסא נינהו, והרשב"א הקשה דבגמ' מבואר דאף בהלך למדינת הים אין גובים מנכסיו, והרי התם ל"ש למימר דלאו בני

קנסא, ולטעם הראשון שכתב רש"י לא הקשה הרשב"א וצ"ב מ"ט, וע"כ שיש תקנת חכמים לא לגבות ממנו שלא בפניו.

קושית מהר"ם ומהר"ם שיף בסוגיין

תוס' ד"ה אין נזקקין. תימא מה הטעם דאין מעמידים, נראה להוסיף ביאור בקושיהם שהרי בתוס' בד"ה ואם הוחזקו מבואר שכדי לחייב שור מועד צריך להעמיד אפוטרופוס אף בנגיחות של תם אלא שלא משלם על אותם נגיחות אלא כשנגח פעם ד'.

והקשו מהר"ם ומהר"ם שיף על רש"י ותוס' אמאי טרחו למצוא טעמים חדשים אמאי אין מעמידים אפוטרופוס בשור תם, הרי אפ"ל דל"ש לגבות מטעמא דר' יוחנן דאמר שאין נזקקין לנכס יתומים אלא א"כ רבית אוכלת בהם, ולרש"י משום דיתמי לאו בני מעבד מצוה ולתוס' משום שלא בפני בע"ד, שהרי כל הסברא של הגמ' דגובים מהיתומים משום דמזיק שאיני אינו רק במועד כמש"כ הרא"ש שיש בזה תיקון העולם.

והמהר"ם תי' שמלשון הגמ' דאמר אין מעמידים לתם לגבות מגופו נראה שיש סברא מחמת שהוא תם, ובמהר"ם שיף כתב דאיכא נפק"מ דלטעמא דר"י כשגדלו יגבו דל"ש ה"ט, אבל לסברת רש"י ותוס' לא יגבו אף אחר שגדלו, ויש לעיין לטעמא קמא שכתב רש"י מ"ט לא יגבו אח"כ. **ואפשר** לומר באופ"א דכאן ל"ש טעמא דר"י למבואר בתוס' דטעמא דר"י הוא משום דאין מעידים שלא בפני בע"ד,

א"כ י"ל דשור תם חשיב האפוטרופוס שומר כיון שגובים מגופו לכן השומר הוא הבע"ד כיון שגובים מגוף השור ומשו"ה הוצרכו לטעמים אחרים, וכן לטעמא דרש"י דלאו בני מצוה י"ל דהכא השומר גובים מחמת השור ולכן האפוטרופוס הוא העומד בדין ולא היתומים.

ביאור תוס' דחס רחמנא עליה

תוס' בא"ד. וי"ל דהטעם הוא משום כיון דחס רחמנא עליה, וצ"ב דכ"ז למד"א פלגא נזקא ממונא אבל למד"א קנסא הא לא חס רחמנא עליה.

ובתב בשטמ"ק דחס רחמנא שאין צריך לשלם מן העליה אלא מגופו ואי גופו שוה פחות מחצי נזק מפסיד, ובפלפולא חריפתא אות ז' כתב דהתורה היתה צריכה לקנוס אותו בנזק שלם וחסה עליו בקנס.

העדאה בשור של יתומים למד"א ליעודא תורא

תוס' ד"ה ואם הוחזקו נגחנים. אין לפרש שנגחו ג"פ וכו', דהניחא ליעודא תורא בעינן אלא אי ליעודא גברא בעינן לא איעד וכו', מבואר מדברי התוס' שלמד"א ליעודי תורא גם אם נגח קודם שהעמידו אפוטרופוס נעשה מועד, ואע"פ שכ"ז שאין אפוטרופוס היתומים פטורים.

והנה דעת התוס' לעיל כד ע"ב [ד"ה במכירין] שצריך נגיחות של חיוב כדי שיהא מועד, ולא סגי בנגיחות של פטור כשור של הפקר ועכו"ם, וע"כ צ"ל דאע"פ

מנחת

דף מ ע"א

משה

קיט

שהיתומים פטורים מ"מ אי"ז הפקעה מפרשת נזקין אלא שזה חשוב כאנוסים על הנזק ולכן חשיב נגיחות של חיוב.

אמנם לפי מש"כ לעיל שבתשובות הרשב"א כתב שיש מיעוט איש פרט לקטן, דקטן לאו בר תשלומין לפי"ז יש לדון למד"א ליעודי תורא דל"ש שיעשה מועד כה"ג דחשיב נגיחות של פטור.

דף לט ע"ב

הטעם שרשות משנה

גמ' רשות משנה איכא בייניהו. כתב הנמוק"י הטעם דרשות משנה הוא משום שהבעלים החדשים יכול לומר שאם היה אצלו היו שומרים עליו ולא היה נוגח.

אבל המאירי ושטמ"ק כתבו משום שע"י שיצאה מרשות של המזיק נשתנה טבעו של השור, וצ"ל דה"ה היכא שהיה ברשותו של אפוטרופוס משתנה טבעו כשחוזר לבעלים וכן בהלכו למדינת הים.

ובתב החזו"א ליקוטים סי"ט לדף מ ע"א דיש נפק"מ בין ב' הטעמים באופן שחזר לרשות הבעלים הראשונים דאי משום הסברא שהיה שומר על השור ה"נ יכול לומר כן, אבל לטעם שנשתנה טבעו כאן ל"ש לומר הכי שכבר הועד שם, ועוד כתב היכא שהיה מועד אצל ג' בנ"א, דכה"ג הוחזק טבעו להיות מועד בכל מקום וכל הטעם שהוא מועד לרשות אחת הוה כמועד לשבתות שאינו מועד לימות החול.

והקשה החזו"א לר"ע דיוחלט השור ונעשה שותף בשור היכי משכת לה מועד הא לעולם רשות משנה, וכתב דאי נימא דאם היה בג' רשויות א"ש, ועוד כתב דשם עד הגביה ל"ש סברות של הראשונים, ועוד כתב דהיכא שסילק אותו בדמים אפשר דלא אמרינן רשות משנה.

דף מ ע"א

הטעם שיתומים משלמים כופר

גמ' ת"ר ואין משלמים את הכופר מאן תנא כופרא כפרה ויתמי לאו בני כפרה נינהו. הרמ"ה בשטמ"ק הקשה דכיון שאפוטרופוס שומר על הבהמה א"כ הוא צריך כפרה על העבירה שעשה ואמאי לא ישלם כופר, ואם משום דממנעי ולא עבדי א"כ אמאי אין היתומים משלמים כמו שמשלמים תשלומי נזקין.

ותי' דבשלמא חיוב נזיקין שייך להטיל על היתומים שהרי שורם הזיק, [וכונתו דאף שאין להם חיוב שמירה מ"מ התשלומין הוא על הפסד הממונ], אבל כופר שהוא חיוב של כפרה ל"ש לחייב היתומים שהם לא הם פשעו בשמירה ול"ש אצלם חיוב זה, והאפוטרופוס ג"כ פטור משום דמחמת סברא של ממנעי אמרינן שלא קיבל על עצמו שמירה לענין מיתה אלא לענין נזקין ולכן אין לו חיוב של כפרה, ומשמע מדבריו שלגבי נזקין יש לו דין שומר אלא שהתשלומין מוטל על היתומים. **ועי'** ביש"ש סי' ט"ו שכתב דע"כ צ"ל דמשום ממנעי ולא עבדי אין לאפוטרופוס דין של שומר כלל לגבי חיוב תשלומין ולא לענין חיוב כופר, ומשמע שחולק על הרא"ה דיש

לו דין שומר לענין נזקין אלא התשלום מתקיים ע"י היתומים.

ביאור הנדון

אם דמי נזק או דמי מזיק

גמ' ונתן פדיון נפשו דמי נזק ר"י בנו של ריב"ב אומר דמי מזיק וכו'. נראה שנחלקו הראשונים בביאור המחלוקת אם דמי נזק או מזיק, דהנה הגמ' בכתובות לו ע"ב דנה בעבירות שמחויבים עליה מיתות ב"ד אם יכולים לפטור עצמם מחויב מיתה ע"י נתינת כופר, ומייתי קרא שאינם יכולים לפטור עצמם בתשלום כופר, וכתבו שם תוס' [ד"ה מיתות] שכל ההו"א היא רק למד"א כופר דמי מזיק, אבל למד"א דמי נזק ליכא נדון כלל מכיון שבחייבי מיתות שעברו עבירה ליכא נזק. **אולם** השטמ"ק שם כתב ד"ל דאף למד"א דמי נזק קס"ד שיהיה חיוב כופר ויפטור, משום דהיכא דל"ש דמי נזק מודה דמשלם כופר דמי מזיק.

ונראה שדעת התוס' היא דהמחלוקת אם כופר דמי מזיק או דמי נזק אינו בצורת השומא של הנזק, אלא נחלקו מהו צורת הכפרה דמד"א דמי נזק סבר דהאופן של הכפרה הוא להשלים דמי הנזק, ומד"א דמי מזיק סבר שהאופן של הכפרה הוא ע"י תשלום דמיו של מזיק, ולכן ס"ל לתוס' שבאופן דל"ש דמי נזק ל"ש כפרה, אבל השטמ"ק סבר דכל המחלוקת הוא מהו האופן של השומא של תשלום של הכפרה ולכן אפ"ל דהיכא דל"ש דמי נזק אמרינן שהכופר יהא ע"י תשלום דמי מזיק.

והנה לעיל כז ע"א דנה הגמ' בתינוק שנפל מראש הגג ובא שור וקיבלו בקרניו

אם חייב כופר, ותולה הגמ' דין זה אם כופר דמי מזיק או דמי נזק, ופרש"י שאם כופר דמי מזיק יש חיוב כופר אבל אם דמי נזק אינו חיוב כופר כיון שנפל מהגג אין לו דמים ל"ש חיוב כופר, ולמבואר בשטמ"ק בכתובות דהיכא דל"ש דמי נזק מודה הוא דמשלם דמי מזיק התם נמי אע"פ שאין לו דמים מ"מ שיך דמי מזיק, וע"כ פרש"י סבר כתוס' שם וכמש"כ.

וברעת השטמ"ק צ"ל שיפרש הסוגיא בדרך כז ע"א כמו שכתב ר"ח שם, דפירש להיפך מרש"י דאי דמי מזיק פטור מכופר כיון שלמד"א דמי מזיק עיקר החיוב הוא לתת פדיון נפשו, ובכה"ג שקיבל בקרניו אין חיוב של פדיון נפשו שאינו מחויב מיתה שהרי הוא חשיב גברא קטילה, אבל למד"א דמי נזק חייב כופר אף בכה"ג.

אולם צריך לבאר כונת ר"ח שהרי אף למד"א דמי נזק מתכפר בעל השור ע"י הכופר כמבואר בקרא 'ונתן פדיון נפשו' וא"כ מה נפק"מ התם בזה, וצ"ל דזה פשוט דע"י הכופר יש כפרה, אלא דסבר הר"ח דלמד"א דמי נזק יש כאן תשלום על ההפסד ולכן אף באופן שאין דין של כפרה שייך חיוב של כופר, אבל למד"א דמי מזיק אפשר שאי"ז תשלום על ההפסד אלא רק חיוב של כפרה על ההריגה שנעשה ומשו"ה היכא שאם הוא בעצמו היה הורג לא היה חיוב מיתה אין צורך בכפרה, וע"י להלן מש"כ בשם האור החיים.

למד"א כופרא ממונא

האם הוא תשלום על ההפסד

גמ' מאי לאו דרבנן סברי כופרא ממונא. צריך לבאר שהרי בעלמא מזיק שחייב ממון

מנחת

דף מ ע"א

משה

קבא

גדר החיוב הוא להשלים את ההפסד לבעל הממון שהופסד, וא"כ לפי הצד שכופרא ממונא הכונה שזה ג"כ תשלום על הפסד למי שמופסד.

אבל לכאורה א"א לומר כן בכופר שהתשלום לא מגיע למת כלל אלא לירשיו, ועי' להלן מב ע"ב שמוכח שם שתשלום של כופר אינו זכות של ירושה, דהיינו שהמת היה צריך לקבלו והירושים ירשו ממנו זכות זו, אלא כל החיוב חל לאחר מיתה להינתן לירושים, [עי"ש מש"כ בשם האו"ש].

ומוכח לפי"ז שגדר של תשלום של ממון הוא מה שמשלם עבור ההפסד ולא משום שע"י התשלומין הוא משלים את ההפסד למי שנחסר, ולכן אע"פ שהירושים לא נחסרו כלום כיון שהתשלום הוא מחמת הפסד של המת יש לזה דין של תשלום של ממון ככל מזיק.

גדר דין כופרא כפרה

גמ' לא דכו"ע כופרא כפרה. במשנה בכתובות מא ע"א מבואר 'האומר המית שורי את פלוני משלם כופר ע"פ עצמו', ופרש"י משום דכופרא ממונא, ותמה הרע"א דהא מסקינן הכא דלכו"ע כופרא כפרה, [אולם יעוין בראשונים בריש מכות שנראה מדבריהם דאיכא מד"א דסבר כופרא ממונא עי"ש היטב בדברי הרמב"ן והריטב"א].

ובתבו השטמ"ק והפלאה שם בדעת רש"י דאין כונתו לאפוקי מד"א כופרא כפרה, אלא כונת רש"י לאפוקי ממד"א דמי מזיק, דהיינו שכל הדין שמשלם כופר ע"פ

עצמו הוא משום שמשלם דמי ניזק, אבל למד"א דמי מזיק אין משלם ע"פ עצמו משום דהוה קנס דהרי הוא יותר על מה שהזיק.

מבואר לפי"ז שאע"פ שחיוב של כופר הוא בשביל כפרה מ"מ עיקר יסוד החיוב הוא חיוב ממוני מחמת ההפסד, אלא שהתורה חידשה שתשלם ההפסד מכפר, אלא שנחלקו באיזה נעשה צורת התשלום אי בדמי מזיק או בדמי ניזק, ולכן למד"א דמי מזיק חשיב קנס כיון שהוא יותר על מה שהזיק, והיינו שאף שהוא כפרה צורת התשלום הוא לפי דיני הממון, ואע"פ שלמד"א דמי מזיק אין כאן השלמת ההפסד שהרי פעמים שהוא פחות מדמי הניזק מ"מ חיוב התשלום הוא בגלל ההפסד, ועי' בחי' ר' ראובן ס"ג שהאריך ביסוד זה ויבואר להלן עוד, [ואף שהגמ' בכתובות ס"ד שבכל חייבי מיתות איכא כופר והא ל"ש שם תשלום על הפסד שהרי עבר עבירה, מ"מ למסקנה דל"ש התם חיוב כופר א"ש].

כופר בשור של ב' שותפין

גמ' בעא מינה שור של שני שותפין כיצד משלמין את הכופר משלם האי חצי כופר והאי חצי כופר וכו'. כתב הרשב"א שכל הספק של הגמ' הוא רק למד"א כופרא כפרה, אבל למד"א כופרא ממונא הוה ככל חיובי מזיק שאם שותפין הזיקו כל אחד משלם מחצה, אבל כיון שהוא כפרה יש כאן ספק מה אופן התשלום.

והנה משמע מדברי הגמ' דשייך בעצם תשלום של חצי כופר אלא שזהו גזה"כ דכופר ולא חצי כופר, וצ"ב דהרי תוס'

שהכחו, והיינו שיש מיעוט שאין כאן מעשה רציחה שמחייב מיתה, וזהו שכתבו התוס' דליכא כאן מיתת הבעלים.

אולם יש להקשות דמשמע מדברי התוס' דכל הטעם שאין כופר משום דבעינן כמיתת הבעלים אבל בלא"ה היה חייב, ולכאורה באל"ה פטור דהא ליכא כאן מעשה שמחייב מיתה דאין כאן מעשה רציחה כלל, ועי' חזו"א ס"ב ס"ק ט"ו.

והנה דעת רש"י לעיל י' ע"ב דהא דהכחו עשרה בנ"א בבת אחת כולן פטורים משום דיש ספק איזה מהם עשה את המיתה בפועל ולכן מספק כולם פטורים, וא"כ קשה אמאי לא יתחייב בכופר דהא דא"א להרגו הוא מחמת ספק אבל כאן אמאי מספק אין צריך כפרה.

סברת תוס' לחלק בין חטאת לכופר

תוס' ד"ה כופר אחד אמר רחמנא. ואע"ג דלענין חטאת אמרינן וכו' התם כיון דכל חד מחייב אודונו כרת מחייב נמי אשגגת וחטאת, במרומי שדה הקשה דהא חיוב כופר ג"כ תלוי במיתה בידי שמים, ואמאי לא אמרינן הכא דמכיון שכל אחד חייב מיתה בידי שמים ממילא כל אחד יתחייב כפרה, עי"ש שכתב די"ל שתוס' קאי השתא למד"א כופרא ממונא וליכא חיוב מיתה בי"ד לבעלים.

אולם ברשב"א בסוגיין כתב בהדיא שכל הספק למד"א כופרא כפרה וכתב כתי' התוס', ועי' באילת השחר שכתב לבאר שהחיוב מיתה בידי שמים תלוי בחיוב כופר, וכמו שלמד"א שסבר שתם משלם חצי כופר

הוכיחו דע"כ מיירי בשור של שני שותפין וא"כ ע"כ שיש לכל אחד מעשה עבירה שלם, וא"כ מה ס"ד שכל אחד ישלם רק חצי הא כל אחד עשה מעשה עבירה ובעי כפרה שלמה על כל העבירה, [ולכאורה פשוט דהיכא שהשותף השני היה גברא דלא בר חיובא כגון שהיה מחצה שור של הפקר היה צריך לשלם כופר שלם].

ונראה שמבואר כמש"כ בחי' ר' ראובן ס"ג שאף אם כופרא כפרה יסוד החיוב הוא כפרה, אבל צורת הכפרה הוא ע"י תשלום ממון של דמי הנזק, ולכן שייך שיהיו שותפים בתשלום וממילא חלה הכפרה.

אמנם עי' באור החיים על התורה פרשת משפטים שכתב דכל הספק של הגמ' אינו אלא למד"א דמי נזק, אבל למד"א דמי מזיק פשיטא שכל אחד ישלם כופר שלם שהרי אף באופן שהנזק שוה רק חמישים והמזיק שווה מאתיים הרי משלם יותר מההפסד, ולכן ה"ה היכא דשניהם הזיקו ישלם כל אחד כפרתו לחוד, אבל למד"א דמי נזק ע"כ הוא חיוב של השלמת הנזק ולכן בזה נסתפקה הגמ', ומבואר מדבריו דס"ל שלמד"א דמי מזיק הוא רק חיוב של כפרה ולא חיוב ממוני ולמד"א דמי נזק הוה כחיוב ממוני.

ב' שוורים של ב' בנ"א לגבי כופר

תוס' ד"ה שור של ב' שותפין. ב' שורים של שני בנ"א וכו' דכמיתת הבעלים כך מיתת השור, הנה ברש"י בסנהדרין עח ע"א [ד"ה כל] כתב הטעם שהכחו י' בנ"א דפטורים משום דכתיב בקרא ואיש כי יכה ולא שנים

סברת תוס' דאין להקפיד שיביא ב' חטאות

תוס' בא"ד. ועוד חטאת דלגבוה אין להקפיד אי מביאין ב' חטאות, הקשה הנו"ב [תנינא אבהע"ז ק"כ] אמאי אין להקפיד אם יביא ב' חטאות הא הוה חולין בעזרה.

ובתב לבאר דסברא הוא דכופר אחד ולא שנים לא נאמר לענין קרבנות כיון שעיקרו לשמים, וזהו שכתבו התוס' דאין להקפיד הכונה דלא מסתבר שם שיפטרו בקרבן אחד אלא כל אחד צריך ליתן כפרתו, משא"כ בכופר שהוא לחברו י"ל דכיון שיש ב' נונתים סגי בנתינה אחת, ועי' באות הבאה מש"כ.

גדר תשלומין למד"א כופרא כפרה

תוס' בא"ד. אבל כופר שהוא לחברו למה ירויח זה במה שהשור לשנים, בחידושי ר' ראובן [סי' ג'] ביאר כונת התוס' דאע"פ שכופרא כפרה מ"מ אופן הכפרה הוא ע"י תשלום הנזק לחברו, [ואף למד"א דמי מזיק דלא משלים החסרון מ"מ החיוב הוא תשלום של ממון על הנזק], וזהו כונת התוס' דכיון שהוא חיוב תשלום הנזק אין סברא שירויח מפני שהשור שייך לב' שותפים, שהרי אם היה השור של אדם אחד לא היה מקבל אלא כופר אחד ע"כ אין סברא שירויח.

ועי"ש בחי' ר' ראובן שביאר לפי"ז מש"כ התוס' לעיל ד. שיש פטור של קלב"מ בכופר ואע"פ שבכל תשלומי כפרה ל"ש קלב"מ, מ"מ כופר כיון שצורת הכפרה הוא ע"י דין ממון אמרינן בזה קלב"מ, וכן ביאר הא דלר"י הגלילי תם משלם חצי כופר,

יש חיוב מיתה ביד"ש ולמד"א שתם פטור מכופר אין חיוב מיתה ביד"ש כלל, ה"נ הכא אם היה הדין שמשלם חצי כופר היה החיוב מיתה בידי שמים על החיוב תשלומים האלו דהחיוב מיתה תלוי בחיוב כופר, משא"כ התם בשבת חטאת אינו כפרה על החיוב כרת שהכרת הוא במזיד והחיוב חטאת הוא בשוגג, אלא שהחטאת הוא כפרה על מעשה עבירה שעשה ולכל אחד יש מעשה עבירה שלם ולכן כ"א חייב חטאת בפנ"ע.

בספר מנחת שלמה [ח"א סי' צ'] כתב שבפשוטו נראה שלמד"א כופרא כפרה הוא במקום חיוב מיתה שנאמר בפסוק דגם בעליו יומת, כמו שמשמע בגמ' בכתובות לז ע"ב שנלמד מהך קרא דיש חיוב מיתה ביד"ש ומתכפר ע"י תשלום של כופר, אולם האריך להוכיח שם מכמה דוכתי דא"א לומר שבאמת אם לא משלם את הכופר יש חיוב מיתה ביד"ש.

ולבן כתב גדר חדש בזה שכונת התורה היתה שבעצם היה מוטל עליו חיוב מיתה ביד"ש אלא שהתורה פטרה אותו מחיוב זה והטילה עליו חיוב ממון, ונחלקו בגמ' האם החיוב ממון הוא בתורת כפרה או ממון, עי"ש [ד"ה ותו דמה] שהכריח יסוד זה ממש"כ תוס' לחלק דבשנים שהוציאו יש לכל אחד חיוב כרת אבל הכא לא, וע"כ כמש"כ שבאמת אין כאן חיוב מיתה ביד"ש.

אולם עי' ברבנו פרץ בסוגיין שכתב ג' נפק"מ בין מד"א כופרא כפרה לממונא, ואחד מהם האם יש חיוב מיתה ביד"ש, ומשמע מדבריו שבאמת יש חיוב מיתה ודלא כמש"כ המנחת שלמה.

שבאמת חיוב של כופר הוה כלל זכויות של ממון ויש לתובע זכות ממון אצל המזיק, אלא שחלוק הזכות של ב"ד לתפוס מהנתבע, דב"ד יש להם כח לעשות מעשה גובינא, אבל הנתבע אין בכוחו לעשות דין אלא כל הזכות לתפוס הוא רק בגדר של משכון על החוב, שע"ז יבוא לב"ד לעשות עמו דין, ולכן כתב דבכופר כיון דחמיר עלויה שרוצה בכפרה הוה כמו חטאות ואשמות שאין ב"ד ממשכנין דאמרינן שבודאי יביא שהרי רוצה הכפרה לכן לא יועיל תפיסה של הניזק, אבל ב"ד יש להם כח לעשות גובינא ויורדים לנכסיו ככל משפטי הממון, ועי' בבכ"ש סי' ל'.

ויש להעיר שתוס' כתבו לקמן מג ע"א שלמד"א כופרא כפרה לא מהני מחילה שהרי צריך להתכפר, ואם יש בזה גדרים של כל דיני ממון אמאי לא מהני מחילה ועי' בזה. **אמנם** הרמב"ן והריטב"א במכות ב ע"ב ביארו שהספק של הגמ' האם ממשכנין הוא אף על הב"ד, ומשמע מדברי הראשונים שם שגדר החיוב הוא של כופר ממש כמו קרבנות שעיקרם לכפרה ולא הוה ככל דיני ממון, ועי' ברמב"ן עה"ת בפרשת משפטים שכ"כ, ומשמע לפי דבריהם שתפיסה של יורשי הניזק לא יועיל כלל, וכל הספק הוא אם ב"ד ממשכנים רק בשביל שיתכפר ולא משום שעבוד הממון, ועי' שיעורי הגר"ש מכות דף ב ע"ב אות ק"ב שרצה לבאר דאף לדברי הראשונים מועיל תפיסה של יורשי הניזק.

חיוב של שומר בנזקי הבהמה

גמ' ת"ר שאלו בחזקת תם ונמצא מועוד שואל משלם ח"נ וכו'. בעיקר החיוב

דלכאורה קשה כיון דמצד מעשה העבירה אין חילוק בין תם למועד ואמאי לא ישלם כופר שלם, וכבר עמד ע"ז הפנ"י לקמן מא ע"ב. **ולמבואר** שצורת הכפרה הוא ע"י תשלום הפסד לכן בתם אמרה התורה שחובת התשלומים הוא חצי נזק ולכן זהו נמי צורת הכפרה, וזהו נמי כונת התוס' בד"ה הבא דלא חשיב חצי כופר אלא כופר שלם, והיינו דכיון שזהו חיוב הממון לכן מתכפר בזה לבדו, [ועי' בתוס' להלן מג ע"א ד"ה מא] מבואר שלמד"א כופרא כפרה לא מהני מחילה ולדברי ר' ראובן יש לעיין בזה].

והנה תוס' לעיל ה ע"א כ"ה למעוטי הקשו מדוע לא תני חיוב כופר בהדי כ"ד אבות נזקין, וכתבו שם משום דבקטלא לא קמיירי, ולכאורה צ"ע הרי קי"ל כופא כפרא, [ואפשר דקושיתם רק למד"א ממונא], ולמבואר א"ש טפי דאע"פ שהחיוב כפרה גדר התשלומין הוא תשלום של נזק ממילא שייך לכתבו בהדי כ"ד אבות נזקין.

ביאור הספק

אם ממשכנין על הכופר

תוס' ד"ה חייב כופר. ביורשי הניזק עצמו מבעיא ליה אם יכול למשכנו, מבואר בתוס' שעל ב"ד לא היה ספק כלל אם יש בכוחם למשכן אותו, וכ"כ בהדיא ברשב"א שלב"ד יש כח כמו בשאר הנזקין.

וצ"ב החילוק בזה שאם זכות הב"ד הוא מחמת שיש לכופר דין של ממון, והוה ככל זכות של תובע ונתבע מ"ש שתפיסה לא תועיל, ואם אין בו דין ממון אלא חיוב של כפרה כמו קרבנות איך יכולים ב"ד למשכן, ועי' אבן האזל [פ"ח הי"ג] שביאר באורך

של שומר בתשלומי נזקין מבואר בגמ' לעיל יד. דצריך השומר לקבל על עצמו להתחייב בתשלומי נזקין, אבל בלא"ה אם לא קיבל על עצמו תשלומי נזקין לא כלול בחיוב שמירה שלו על גוף החפץ לשלם את מה שהחפץ יזיק, ונחלקו האחרונים מהו גדר קבלת שמירת תשלומי נזקין.

החזו"א [ז' סק"ו] כתב דא"א לפרש שהוא מתחייב לבעה"ב, שהרי חיוב נזקין הוא חיוב לכל העולם ולא לבעה"ב וא"כ במה נעשה חייב השומר בנזקי הבהמה הא לאו ממונו, ולכן כתב החזו"א שכמו שמצינו בתוס' נו ע"ב שגזלן חייב בנזקין ע"כ הגדר בזה הוא שהתורה חייבה את מי שהחפץ עומד באחריותו, ה"ה שומר שקיבל על עצמו תשלומי נזקין נעשה החפץ באחריותו ופקע מהבעלים חובת שמירה וחל על השומר, וכן ביאר בחי' הגרש"ש סי' ל"ג אות ב' [ד"ה אמנם].

אולם בחי' הגר"ח הלכ' נזקי ממון [פ"ד הי"א ד"ה עוד י"ל] כתב בדעת הרמב"ם דלא פקע מהבעלים עצם דין מזיק באמת ואף הוא מחויב לשמור, אלא שהשומר נכנס תחת הבעלים לענין תשלומי נזקין, דהיינו שהוא ישלם את ההפסד שהשור עושה, ומיהו אף לשומר יש חיוב אחריות ודין מזיק, ובאות הבאה יבואר הוכחת הגר"ח מסגיין, [ע"ע באבן האזל פ"א ה"א אות ב' שהביא דרשה מהמכילתא דשומר חייב בנזקין עי"ש שזה גדר חדש].

תם שאלי מועד לא שאלי

גמ' ולימא ליה תורא שאילי ממך אריא לא שאילי וכו' ולימא ליה תם שאלי מועד

לא שאלי. מבואר בגמ' שיש כאן ב' קושיות חדא תורא שאילי אריא לא אילי, והיינו שלא קיבל על עצמו חיוב שמירת נזקין של אריה אלא של שור, וא"כ הוה מקח טעות בכל קבלת השמירה, וע"ז משני הגמ' דידע בו שהוא נגחן, ולכן מונח בחיוב שמירה ג"כ על שמירה על שור מועד, [ועי' במנח"א שומרים סי' יג שדן האם לפי הו"א דתורא וכו' הוה מקח טעות בכל השמירה גם לענין שלא ינזק או רק לענין קבלת שמירה לענין שלא יזיק].

ומקשה הגמ' עוד שאף שהוא יודע שהוא נגחן מ"מ לימא ליה תם שאילי מועד לא שאילי, ולכאורה כונת הגמ' שהיה סבור שיהא חייב לשלם רק חצי נזק ולא נזק שלם כמו מועד.

וחקשה הגר"ח דאם ע"י קבלת שמירה של השומר פקע מן הבעלים תורת מזיק א"כ מה מקשה הגמ' שלא קיבל עליו אחריות תשלומין של מועד, הרי מכיון שהשומר קיבל על עצמו חובת שמירה ממילא פקע מהבעלים חובת שמירה וכל חובת השמירה מוטל על השומר, וע"כ שחייב באחריות של כל ההיזק ואיזה סברא הוא שקיבל על עצמו לשלם רק חצי נזק.

ולבן כתב הגר"ח שמוכח מזה שלא פקע מהבעלים חיוב שמירה אלא שנכנס תחתיו בחיוב תשלומים של נזיקין, והיינו דמקשה הגמ' דלא קיבל על עצמו חיוב תשלומים של מועד דהיינו נ"ש אלא תשלום של תם של חצי נזק וממילא ישאר מחצה על הבעלים כיון שנשאר לו שם מזיק.

אולם הגרש"ש שם כתב לפי דרכו לפרש שכונת הגמ' להקשות דמכיון שע"כ

צריך להתחייב בנזק שלם א"כ יש כאן טעות בכל קבלת השמירה שלא נתכוין לקבל לשמור באופן כזו שיתחייב נזק שלם וא"כ הוה מקח טעות כל הדין שמירה שלו ולכן ע"כ שהדין שמירה שלו מחייב רק חצי נזק, ועי"ש שכתב שזה תלוי ביסוד שכל חלות שאם תחול תפקע שהיא לא חלה, וה"נ הכא אם יחול הוא מק"ט והבעלים יהיו חייבים לשלם חצי נזק, ומשני הגמ' דבאמת חייב לשלם רק חצי נזק וממילא אין כאן טעות בכל קבלת השמירה.

גדר תשלום מגופו של תם

גמ' ונימא ליה אם תם הוה מודינא ומיפטר. הגר"ח [פ"ד ה"ד] תמה מדוע חשיב הודאה בקנס הרי עיקר החיוב בשור תם הוא לגבות מגופו של שור וא"כ ע"כ הדין תשלום הוא של הבעלים, וקשה א"כ מה מהני הודאת השומר.

וכתב הגר"ח ב' דרכים בזה א' דאף בשור תם חיוב תשלומין הוא על השומר אלא דהא דיכול השומר לפרוע לניזק מגוף השור אע"פ שהוא לא שלו, והטעם בזה דכיון שהבעלים הכניס את השומר שיכנס תחתיו לגבי תשלום נזקין ע"כ שמסר לו זכות שיפרע מגוף השור, ונמצא שבאמת הוא חיוב תשלום שלו, ולפי"ז ביאר הגר"ח דלכן מהני הודאת השומר כיון שהוא מודה על תשלום שלו.

אולם בדעת תוס' הוכיח שם הגר"ח דגדר דין גבית מגופו בשור תם אינה מחמת שהשומר מחויב לשלם, דתוס' כתבו לקמן מה ע"א שהשומר היה יכול לומר לבעלים בשור תם הרי שלך לפניך אבל רק משום דחשיב היזק ניכר אין יכול לומר לו כן, ותמה

הגר"ח שאם גדר תשלומי נזקין מוטל על השומר מה הנדון כלל לומר לו הרי שלך לפניך, אלא כתב הגר"ח דמוכח שדעת תוס' שאין לשומר חיוב תשלומין בשור תם, וגבית גוף השור הוא מכח הבעלים אלא שהשומר חייב לשלם לבעלים מה שהפסיד, ועוד כתב הגר"ח דאפשר דשור תם הוא זכות של הניזק לגבות מגוף השור ולא משום שיש דין על הבעלים לשלם, ומיהו כתב הגר"ח שמכיון שעל השומר יש שם של מזיק ולולא זה שהיה לו שם מזיק לא היה אפשר לגבות לכן שייך ביה דין מודה בקנס עי"ש.

אמנם עדיין קשה מה שהקשה בחי' הגרש"ש סי' ל"ג סק"ד שכל מה דמהני הודאה בקנס הוא רק היכא שאם היה ממון היה חייב, אבל כאן הרי בשור תם שהגביה הוא מגוף השור א"כ הוה חב לאחרים ואין לו נאמנות ע"ז ול"ש בזה דין של מודה בקנס, ותי' הגרש"ש דמכיון שאף אם היה הבעלים בעצמם יודו על הנגיחה לא היה מועיל רק לענין גבית השור עצמו, אבל החיוב של השומר לבעלים לא היה מועיל כיון שאינו יכול לחוב אותו, לכן הועילה ההודאה של השומר שיתחייב הודאת הבעלים אם הם יודו, ולכן חשיב הודאתו מודה בקנס, דהא אילו היה ממון היה השומר משלם לבעלים אם הבעלים היה מודה.

ועי' בחזו"א כתב לפרש ע"ד זה וכתב דא"כ באמת הוה הודאה בממון כיון שהחיוב של השומר לבעלים הוא חוב ממון בעלמא ולא מודה בקנס הוא, ולכן כתב החזו"א דכונת הגמ' היא דטוען שהיה אומר לבעלים להודות והיה לזה תורת הודאה בקנס, [באור שמח

מנחת

דף מ ע"ב

משה

קכו

פ"ד מנזק"מ ה"ח כתב דלר' ישמעאל אם השור יאבד הרי פשוט שהחייב דמים הוא על השומר עצמו ולכן מהני הודאתו להפטר מחייב הדמים, וא"כ מונח בהודאתו שאינו רוצה לשלם דמים].

דף מ ע"ב

הסברא דמערקנא לאגמא

תוס' הוה מערקנא לאגמא. תימה מה טעה היא זו אם היה עושה שלא כדין בשלמא לר"י דאמר בע"ח וכו', כתב הרא"ה בשטמ"ק דלר"ע דהם שותפים בשור אין כאן טענה של מערקנא ליה דהוה כגונב שורו של חברו, אבל לר"י הוה טענה טובה דאין לחברו בו אלא שעבוד בעלמא, ועי' ברשב"א שכתב דהסוגיא קאי כר"י ולא כר"ע, וכן מבואר ברמב"ן במלחמות בריש פרקין עי"ש.

ומבואר מדברי הראשונים דאף לר' ישמעאל יש הלכה דשור שהזיק אצל השומר גובים מגוף השור ודלא כמש"כ האבה"ז בדעת התוס' לעיל לו ע"ב, ובאמת מדברי התוס' כאן נמי מוכח שלא כדבריו דאתי לפרש הסוגיא ג"כ כר"י וצ"ע, אולם בעיקר דברי הראשונים צ"ב דאף דלגבי הניזק חשיב מזיק שעבודו של חברו ול"ש לחייבו ע"ז, הא מ"מ יש כאן איסור גזל מחמת שמפקיע את השור מהבעלים שהוא שלהם ועי' ברשב"א וצ"ע.

ביאור החזו"א בתוס'

תוס' בא"ד ונ"ל שרוצה לומר מתוך דברים וכו'. החזו"א ס"ז ס"ק י"א ביאר דאין כונת התוס' שבאמת היה מבריא אותו לאגם או שבאמת היה מתפיס עם הניזק, אלא כונת

התוס' דכונת הגמ' הוא דהשואל בא להעמיד הטענה דשמירה של תם קיבל על עצמו לא של מועד וזהו טענתו דשמירה של תם לא אלימה כ"כ כמו של מועד שהרי יכול להבריא את השור לאגם וא"כ החייב אינו ברור כ"כ.

ובזה ביאר החזו"א מש"כ התוס' [ד"ה אי] שהקשו דהא לא הודה, ולמבואר דכל קושית הגמ' היתה שחזרת הטענה של הגמ' שקבלת שמירה של תם פחותה משל מועד כיון שיש אפשרות להיפטר מהחייב.

דאקדים ב"ד ותפסיה

גמ' כגון דאקדים ב"ד ותפסיה. הקשה החזו"א דמ"מ יש כאן טעות שהרי קיבל על עצמו שמירה של שור תם שהיה יכול להיפטר מחייב ע"י שיבריא אותו לאגם אבל מועד שלא היה יכול להבריא אותו לאגם לא קיבל על עצמו וא"כ מה מהני שתפסו ב"ד.

וביאר החזו"א דאין כאן טעות שהרי אף אם היה תם היו יכולים ב"ד לתפסו והיו גובים חצי נזק ולכן ה"ע משלם ח"נ.

נימא ליה אתפסיה לתוראי

גמ' א"ה בעלים אמאי משלמים נימא ליה אתפסיה לתוראי וכו'. מדברי התוס' ד"ה אם וכו' מבואר דקושית הגמ' היא רק משום שיש כאן פשיעה של השומר שלא הבריא את השור מיד שלא יבוא לידי ב"ד, והיינו דמקשה הגמ' דאע"פ שיש לבעלים חיוב של מזיק מ"מ כיון שהשואל פשע בשמירתו צריך לשלם לבעלים הנזק.

וצ"ב דהא שואל חייב באונסים וא"כ אמאי אף אם לא פשע בשור ולא היה בידו שהב"ד לא יקחהו ג"כ חייב, ועי' בתורת חיים

שהק' כן, ונראה דכה"ג ל"ש לחייב את השואל באונסים דהיכא שהאונס בא מחמת הבעלים אין חיוב אונסים, ומכיון שמה שב"ד לקחו את השור הוא עבור חוב של הבעלים כה"ג אין חיוב אונסים, ולכן רק מחמת שיש פשיעה של השואל אפשר לחייב אותו דהרי הפסיד לבעלים שורם והיה לו להבריא אותו שהב"ד לא יקחו אותו, אע"פ שהיו לוקחים אותו מצד הדין מ"מ איהו פשע וחשיב שהזיק ממון הבעלים, ועי' בחי' הגרש"ש סל"ב מש"כ.

ולפי"ז צריך לבאר הא דקאמר הגמ' דא"ל אי אהדרתיה ניהליה לאו מינך הוה מעריקנא, דכונת הגמ' דאע"פ שהוא פשע בשור מ"מ יש לו טענה שכל החיוב בפשיעה הוא רק באופן כזה שהחסיר אותו ממון מחמת הפשיעה, אבל כאן לא חשיב שהפסיד לו ממון כיון שהרי גם אם היה מחזירו היו הב"ד גובים ממנו, וע"ז מקשה הגמ' דיכול לומר דהוה מעריקנא לאגמא, דהיינו שיש כאן הפסד ממון שהרי היה יכול להבריא אותו וא"כ חייב משום שפשע בשמירה, שהרי אין כאן איסור גזל במה שהיה מבריא אותו לאגם ואף לר"ע כיון דמיירי במועד שאין לו בזה אלא שעבוד בלבד ע"כ מותר לו להבריא וא"כ נמצא שפשע השואל בשמירה, ואף שהוא שלא כדין שהרי מזיק שעבודו של חברו מ"מ אי"ז פוטר את השואל מחיוב להעמיד שורו לבעלים, [ואין כונת הגמ' כדמקשה לעיל הוה מעריקנא כמש"כ התוס' שהיה מתפס עמו, דל"ש לומר כן הכי, דא"כ מה הטענה סו"ס הא היה מתפשר עמו שלא יגבה ממנו].

וע"ז מקשה הגמ' דיכול לומר השואל דמ"מ גובים מן העליה שהרי הוא שור מועד ונמצא שאין כאן הפסד, ומשני הגמ' דלית

ליה מן העליה ולכן חשיב שהזיק בפשיעה, וע"ז קאמר הגמ' דיכול לומר לו דמשעבדא לך מדר"נ וכו' דהיינו דאע"פ שבאמת חייב השואל לבעלים מצד שפשע בשמירה, מ"מ יש כאן סברא חדשה שלא ישלם לבעלים כיון שיש לו זכות ליתן לניזק את השור מדין דר"נ שהוא חייב לבעלים והבעלים חייב לניזק ולכן אין תביעה במה שתפסהו ב"ד, וכתבו הראשונים שמבואר חידוש מדברי הגמ' שיש דין של שעבודא דר"נ אף בפקדון שהרי השואל מחזיק את השור עבור הבעלים, עי' היטב בדברי החזו"א סט"ו ס"ק כ"ז שנראה מדבריו כמש"כ.

אלא שהקשה החזו"א דאמאיבעינן לטעמא דר' נתן, הא בל"ז נמי שהרי אין כאן מחייב של פשיעה של השומר שהרי לא הפסידו דמצוה על כל אחד מישראל להקים הדין על תילו, וכיון שהוא לא רוצה לשלם לניזק על כל אחד מישראל לדאוג לשלם לניזק וא"כ אין לו חיוב מצד שפשע שהרי לא הפסיד לו כלום דמוטל עליו ליתן לניזק השור, ועי' בקצה"ח ספ"ו סק"ד שמבואר בדבריו ביאור אחר בדברי הגמ' עי"ש.

מעם הפטור

בהועד בבית שומר

גמ' הועד בבית שומר בעלים משלמים חצי נזק ושומר פטור מכלום. בחידושי הגרש"ש סי' ל"ב הקשה אמאי פטור השומר הא כיון שקיבל שור שאינו נוגח איך יכול להחזיר לו שור נגחן הרי הפחית לו את השויות של השור והרי"ז דומה להוכחשה הבהמה, ואע"פ שיכולה לחזור לתמותו מ"מ אף בכחש דהדרה חייב השומר, ואף דמבואר דרשות

מנחת

דף מ ע"ב

משה

קכמ

משנה וחזרה לתמותה מ"מ טבע השור לא נשתנה אלא שהוא דין התורה שחזרה לתמותה.

ובתב שזה פשוט שהמוכר שור לחברו שהיה בו דין רשות משנה פשיטא שיהא בזה דין של מקח טעות, ורק לגבי דין ההעדאה של התורה פטור.

ובתב דלראשונים דג' פעמים דשור המועד הוא סימן שזהו טבעו של השור א"ש שבאמת לא הפסיד לו כלום שהרי רק נתגלה שזהו טבעו של השור, אבל אם מועדות הוא הרגל חדש של השור קשה הרי הפחית לו דמיו, וכתב דצ"ל דמיירי רק בכה"ג בסוגיין שכבר קודם שבא אליו היה נגחן, אולם עיקר סברתו צ"ע דמפורש לקמן מה. בגמ' דהועד בבית שומר יכול לומר לו הרי שלך לפניך למד"א היזק שאינו ניכר ל"ש היזק.

לאו כל כמינך

דמייעדת ליה לתוראי

גמ' רבה אמר מדרישא רשות אינה משנה וכו' וסיפא ה"ט דאמר לה לאו כל כמינך דמייעדת ליה לתוראי. כתב הרשב"א דאין כונת רבה לומר דהשומר אינו כבעלים ליעד את השור, דהא מעמידין אפוטרופוס לשור כמבואר לעיל וע"כ דנעשה מועד שאם נגח בבית השומר חייב נזק שלם, אלא סברת רבא דיש לו טענה דמה שנעשה מועד מחמת שלא שמר על השור, ואם היה ברשותו היה שומר לא היה נעשה מועד.

ובתב הרשב"א לפי"ז דסבר רבא דה"ה היכא שהגדילו ונתפקח השוטה חוזר

לתמותו מה"ט דאע"פ שרשות אינה משנה מ"מ איכא הך סברא דאין יכול השומר ליעדו עבור הבעלים.

ולפי"ז צ"ל דהסברא של רשות משנה הוא כמש"כ המאירי והשטמ"ק דהמזל גורם דהיינו ששינוי הרשות גורם לו לשנות הרגלו, ולכן אם רשות משנה ה"ה היכא שמכר שורו לאחרים נמי אמרינן הכי, ורבא אתי למימר סברא רק בשומר ואפוטרופוס.

כתב עוד הרשב"א דיש לפרש כונת הגמ' לאו כל כמינך וכו' דחלוק שומר מאפוטרופוס דשומר אין לו כח ליעד אותו לגבי הרשות של הבעלים, אבל אפוטרופוס יש לו כח לעשות אותו מועד על הזמן שיחזור לבעלים דידו כיד בעלים ממש.

כל מקום שהולך

שם בעליו עמו

גמ' רב פפא אמר מדסיפא רשות משנה רישא נמי רשות משנה. ורישא ה"ט משום דכל מקום שהולך שם בעליו עמו, והנה לעיל כתב הנמוק"י לבאר הטעם דמד"א דרשות משנה כגון באפוטרופוס משום שיכולים לומר שאם היה השור אצלם היו שומרים עליו, ולכא' סברא זו ל"ש לומר היכא שמכר השור או שנתן לשומר לשמור וכ"כ במאירי שם.

וא"כ צ"ב דבגמ' משמע דלר"פ לולא הסברא דכל מקום וכו' מכיון שרשות משנה היה חוזר לתמותו ולכא' ל"ש בזה סברת הנמוק"י, ובע"כ צ"ל דכונת הנמוק"י שם לסברת רבא דלאו כל כמינך, ור"פ ע"כ סבר כסברת הראשונים דהמזל גורם ולכן אף מבית בעלים לשומר היה צריך להיות הדין של רשות משנה, ונמצא לפי"ז דאף שכתב הנמוק"י

סברא זו בדעת המד"א דרשות משנה, ואע"פ שרבא אמר רשות אינה משנה ע"כ צ"ל דכונת הנמוק"י הוא דבשביל לבאר המשנה שגדלו וכו' חוזר לתמותו אין הכרח יותר מסברת רבא.

בעיקר הסברא שכל מקום שהולך שם בעליו עמו ע"י באבן האזל פ"ד ה"ט מש"כ לבאר אמאי לא אמרינן להיפך היכא שהועד בבית שומר דהולך כן לבית בעלים, עי"ש עוד מש"כ לבאר דעת הרמב"ם בכ"ז.

שור האיציטדיון

גמ' שור האיציטדיון אינו חייב מיתה. יעוין ברמב"ם פ"ו הלכה ה' שכתב דשור האיציטדיון אינו נעשה מועד, והיינו שאינו רק פטור ממיתה אלא גם מנזיקין, והראב"ד השיג ע"ז, ועי' מש"כ בחי' מרן רי"ז הלוי.

דף מא ע"א

סיכין שלושה בני אדם

גמ' שסיכין שלושה בני"א. פרש"י לפיכך לא נסקל בשנים הראשונים וכשנגח ג' מתו כולם הלכך משלם עליו כופר, דעת רש"י כאן דשור המועד מתחייב בנגיחה שלישית נזק שלם כמו שכתב לעיל לז ע"ב, אבל דעת תוס' שרק בנגיחה רביעית יתחייב בכופר, ועי' ביש"ש סי' כג שכתב שט"ס הוא ברש"י שתוס' לא הזכירו שרש"י סובר שבנגיחה ג' חייב, וכן המ"מ העתיק רש"י בנגיחה רביעית.

והא דכתב רש"י שמתו כולם ע"כ צ"ל שמתו לאחר שנגח את השלישי, דאם מתו קודם לכן כבר מתחייב השור מיתה מחמת

הנגיחות הראשונות, וע"כ שלאחר שנגח השלישי ומתו שנים הראשונים, אלא שנעשה מועד כשמתו למפרע, וצ"ל דשיך העדאה קודם שמתו והוה העדאה מספק, והביאור בזה דכיון שהכה השור מכה שיש בה כדי להמית שיך בו העדאה אלא שסבר רש"י שאם לבסוף לא מתו א"א לחייב אותו כופר בהריגת השלישי.

אולם הרמב"ם כתב דין זה ולא הזכיר דמתו כולם, ומשמע דסבר הרמב"ם שאפי' סיכין ג' בני"א והעידו בו ונעשה מועד חייב כופר אע"פ שבסוף לא מתו כיון שהוא מועד למכה שיש בו כדי להמית.

דעת הרמב"ם במועד לבהמה הוה מועד לאדם

גמ' רב זביד אמר כגון שהרג ג' בהמות ומועד לבהמה הוי מועד לאדם. פרש"י בתמיה, והיינו דהגמ' מקשה על רב זביד דהא מועד לבהמה לא הוה מועד לאדם.

ובן מבואר בתוס' לעיל לז ע"א דכל מה דסבר רב זביד דבסתמא הוה מועד לכל כ"ז רק מאדם לבהמה, אבל מבהמה לאדם לא כדפריך לקמן, וכונת התוס' כפרש"י דכונת הגמ' כאן בלשון בתמיה, והוכיחו התוס' מדלא תני במשנה לעיל מועד לבהמה ואינו מועד לאדם.

ועוד כתבו התוס' דכן מבואר לעיל ב ע"ב דמועד לבהמה לא הוה מועד לאדם כיון דאדם אית ליה מזלא, וכן משמע בגמ' דקאמר 'אלא' אמר רב שימי דמשמע דמחמת קושיא קאמר חזר בו.

מנחת

דף מא ע"א

משה

קלא

אמנם הרמב"ם פ"י מנזק"מ ה"ג כתב שאם הרג ג' בהמות הוה מועד לאדם ומשלם כופר, והיינו שהרמב"ם פירש הא דקאמר הגמ' ומועד לאדם הוה מועד לבהמה בלשון ניותא, ותמה המ"מ שהרי הרמב"ם בפ"ו ה"י פסק כרב פפא דמועד לאדם לא הוה מועד לבהמה וא"כ איך פסק כאן דמועד לבהמה הוה מועד לאדם, ועוד הקשה מהא דמבואר לעיל ב' ע"ב דמועד לבהמה לא הוה מועד לאדם.

והכסף משנה כתב דדעת הרמב"ם לחלק בין מועד להריגה למועד לנזיקין, והיינו שכל המחלוקת בין ר"פ ור"ז הוא במועד לנזיקין, אבל לגבי מיתה מועד לבהמה הוה מועד לאדם וכל סברת ר"פ שיש חילוק בין ב' מינים אינו אלא בנזיקין ולא במיתה, ודייק כן בלשון הרמב"ם שכתב הרי"ז מועד 'להריגה' דמשמע שדוקא לענין זה הוא מועד.

והנה לעיל ב' ע"ב אומרת הגמ' דמועד לאדם הוה מועד לבהמה, ורש"י שם כתב בכונת הגמ' דמועד לאדם הוה מועד לבהמה דמיירי דהרג ג' בנ"א ובאופן זה הוא מועד לבהמה, והרע"א הקשה עליו אמאי לא פירש רש"י לענין נזקין דמועד ליגח אדם הוה מועד לבהמה, וי"ל בדעת רש"י דס"ל ע"ד סברת הכסף משנה דלענין נזיקין אמרינן דמועד למינו לא הוה מועד לאינו מינו אבל לענין מיתה לא, ולכן מועד לאדם הוה מועד לבהמה אבל בנזיקין לא כדסבר ר"פ דמועד לאדם לא הוה מועד לבהמה.

אולם הכס"מ לא ביאר מהו החילוק בין מועדות של מיתה למועדות של נזקין, וביארו הגרנ"ט ואבי עזרי שחלוק ביסודו

המחייב בתשלומי נזיקין לחיוב תשלומי כופר, דבנזיקין המחייב הוא עצם ממון המזיק ורק היכא שלא פשע ושמר ממנו יש סיבה לפטרו, ולכן מזה שפטרה התורה תם מנזק שלם ע"כ דעדיין לא נעשה מועד דיש הלכה באיזה אופן נעשה מועד, משא"כ בכופר המחייב אינו מחמת ממנו שהרג אלא החיוב הוא מחמת שפשע בשמירה, וע"כ מה שבתם פטור הוא משום שאין פשיעה כ"כ אבל במועד שיש כבר פשיעה גמורה חייב כופר.

ולפי"ז כתבו דהא דאמרינן מועד לבהמה לא הוה מועד לאדם אין הכונה משום שיש חסרון שהוא נגחן רק למין אחד ולא למין אחר, אלא שמכיון שהתורה אמרה שהאופן שנעשה מועד הוא ע"י ההעדאה ע"כ צריך שיהא העדאה על כל מין ומין בפנ"ע, אבל כו"ע מודו שלאחר שנגח מין אחד כבר יצא מחזקת שימור, ולכן לענין כופר שהמחייב הוא מחמת פשיעה בשמירה סבר הרמב"ם שאף אם הרג ג' בהמות כיון שיצא כבר מחזקת שימור נעשה מועד להריגה, ולכן אם הבעלים לא שמרו אותו כדין והרג אח"כ אדם חייב כופר, עי' ובמשנת ר' אהרון סימן ב' אות י"ז.

ע"ע ח' ר' ראובן ס"א שהאריך שיסוד דין העדאה שנעשה מועד בג' נגחות אינו הלכה שצריך להפוך אותו ממשונה לאורחיה, דהיינו שיוצא מחזקת שמור לחזקת אינו שמור, אלא דבהלכה של העדאה נתחדש שזהו הלכה שנעשה מועד רק באופן כזה מתיעד בפני ב"ד ואף היכא דבעצם הוא מורגל ליגח.

והוביח כן מהא דמבואר בתוס' כאן [ד"ה מאחר] שלא נעשה מועד ע"פ הבעלים עצמם אם יאמרו שנגח ג"פ, וכן מהא

דמבואר בתוס' לעיל כד ע"ב שצריך נגיחות של חיוב ובנגח של הפקר או שור של עכו"ם לא נעשה מועד, וע"כ שדין המועדות אינה תלויה רק בהרגל ליגח אלא שזהו דין התורה שחלות דין מועד הוא ע"י מה שמיעדים אותו הב"ד, ועי"ש בהערה ו' שכתב דאפשר דאף לרב פפא דסבר דמועד למינו לא הוה מועד לאינו מינו אין הכונה שאינו מוחזק ואורחיה לכל המינים, אלא דבאמת יש סברא לומר שהורגל באמת לכל המינים, אלא שיש הלכה שצריך העדאה לכל מין ומין ולכן צריך שיגח כל מין ומין.

ולפי"ז י"ל דסבר הרמב"ם דלענין כופר אין הלכה של העדאה, שהרי אף ע"י נגיחות של פטור נעשה מועד כדחזינן בגמ' דאף היכא שהרג ג' עכו"ם או טריפה, אלא שהחיוב של כופר הוא היכא שהורגל ליגח, ולכן סבר הרמב"ם דה"ה היכא שפשע הבעלים והורגל להרוג ג' פעמים אף שהרג בהמה נעשה מועד ליגח ג"כ אדם וחייב כופר שהרי הורגל לענין ליגח, [ומש"כ התוס' להוכיח שלא נעשה מועד ע"פ בעלים י"ל דסבר הרמב"ם דכל שלא העידו בו ג' פעמים חסר בפשיעה של הבעלים].

כגון שהרג ג' עובדי כוכבים

גמ' אלא אמר רב שימי כגון שהרג ג' עובדי כוכבים, ומועד לעכו"ם הוי מועד לישראל. מדברי הרמב"ם שם נראה שפירש דברי הגמ' כאן גם בלשון ניותא שבהרג ג' עכו"ם הוה מועד לישראל לענין כופר.

והיש"ש [כאן סי' כג] כתב דברש"י משמע דס"ל הכי מדלא פירש כאן כמו

שפי' לעיל בלשון בתמיה וכן בנגח לג' טריפות, וע"כ דסבר רש"י דישראל ועכו"ם לא חשיב ב' מינים, והטעם שאף עכו"ם אית ליה מזלא ולכן אם הוא מועד לעכו"ם הוה מועד לישראל, אמנם הקשה היש"ש ע"ז מלקמן מח ע"א עי"ש.

ועי' ברש"ש לעיל ב ע"ב שהקשה על מש"כ רש"י לפרש דמועד לבהמה לא הוה מועד לאדם משום דאדם אית ליה מזלא ולכן מועד לבהמה לא הוה מועד לאדם, והקשה אמאי הוצרך רש"י לטעמא דאית ליה מזלא הא בלא"ה נמי שהרי מבואר בגמ' דמועד לעכו"ם אינו מועד לישראל וע"כ הטעם משום דהוה ב' מינים והו"ל לרש"י לפרש דלא נעשה מועד משום דהוה מין אחר, ולמבואר ביש"ש א"ש דבאמת מועד לעכו"ם הוה מועד לישראל.

מועד לעכו"ם הוה מועד לישראל

גמ' ומועד לעכו"ם הוה מועד לישראל. היש"ש [לעיל פרק ב' סי' כח] כתב דכונת הגמ' להקשות דמועד לעכו"ם לא הוה מועד לישראל דחשיב ב' מינים, ומשום דישראל אית ליה מזלא טפי וכ"כ הפנ"י, וכתב דמוכח מכאן דבשביל להיות מועד א"צ נגיחה המחויבת שהרי בנגח עכו"ם לא מתחייב ע"ז מיתה וע"כ דנעשה מועד אף בנגיחות של פטור, וכל קושית הגמ' היא דחשיב ב' מינים ולכן לא הוה מועד לישראל, וכתב לדון במש"כ תוס' לעיל כד ע"ב שכתבו לדון בנגח שור של עכו"ם או שור של הפקר דלא נעשה מועד כיון דהוה נגיחות שאינם מחיבות ממון דס"ל לתוס' דבעינן נגיחות של חיוב.

ואפשר לומר שיש חילוק בין חיוב כופר לנזקין ע"פ מש"כ לעיל דנזיקין יש הלכה של העדאה משא"כ בכופר אם הבעלים לא שמר שורו חייב ולכן בזה א"צ נגיחות של חיוב.

והנה בשטמ"ק שם כתב על מה דסברו התוס' בקושיתם דנעשה מועד בנגח שור של עכו"ם או הפקר, דהא בסוגיין מבואר דמועד לעכו"ם לא הוה מועד לישראל, וכתב לתרץ ויש לחלק בין מיתה לנזיקין, וכונתו דלענין מיתה אינו מועד לישראל אבל לענין נזיקין נעשה מועד לישראל ג"כ [וזהו להיפך ממש"כ לעיל].

והנה לפי ביאור היש"ש כונת הגמ' כאן שמועד לעכו"ם אינו מועד לישראל משום שהוא ב' מינים לכאן כ"ז סברא רק לגבי ישראל ועכו"ם בעצמם כמש"כ הפנ"י דאית ליה מזלא טפי, אבל התם הא מיירי לענין שור של עכו"ם ובה"ש לומר דהוה ב' מינים, וע"כ שהרא"ש פירש דכונת הגמ' דהטעם שאינו מועד לישראל לאו משום שהוא ב' מינים אלא משום שלא נעשה מועד משום דהוה נגיחה של פטור ולכן הקשה דמסוגין מוכח דה"ה היכא שנגח לשור של עכו"ם צריך להיות שלא נעשה מועד, וע"ז כתב הרא"ש שיש לחלק בין מיתה לנזיקין.

הרג ג' בנ"א טריפה

גמ' אלא אמר רשב"ל כגון שהרג ג' בנ"א טריפה. לעיל הובא דביש"ש ביאר דכונת הגמ' הוא דחשיב ב' מינים ולא משום שהיא נגיחה שאינה מחיבת, וצ"ב אמאי טריפה ושלמה חשיב ב' מינים וצ"ל דאיתרע ליה מזלא וצ"ע.

בעיקר המועדות דשמעתין

בעיקר השו"ט בסוגיין מבואר ג' סברות דר"ז אמר שמועד לבהמה הוה מועד לאדם, ור' שימי דחה ופי' משום מועד לעכו"ם מועד לישראל, ורשב"ל דחה זה וסבר דמיירי בנגח ג' טריפה, וע"ז מקשה ג"כ דמועד לטריפה לא הוה מועד לאדם.

בח"י ר' ראובן [סי' א' אות ה'] ביאר דר"ש שתי' מועד לעכו"ם סבר דלא בעינן נגיחות של בני חיובא, ורק מועד לבהמה לא הוה מועד לאדם משום דהוה ב' מינים, ורשב"ל שהקשה סבר דבעינן נגיחות של חיוב ולכן העמיד דמיירי במועד ליגח טריפה, וסבר דנגיחת טריפה חשיב בר חיובא כיון שיש חיוב דמים לבן חורין או משום שבעבד טריפה יש חיוב ל' של עבד, וממילא הוה מועד לבן חורין לענין תשלומי כופר, ומסקנת הגמ' דזה שיש חיוב דמים בטריפה לא עושה אותו מועד לענין הריגת אדם רגיל כיון שהתשלומין של כופר הוא כפרה ולכן מועד לטריפה לא הוה מועד לאדם.

גמ' כגון דקטל וערק לאגמא. פרש"י לאחר שהעידו בו ברח, האבן האזל פ"י ה"ג ד"ה והרמב"ם דייק מדברי רש"י דהעדאה לחיוב כופר צריך שיהיה בפני השור וכמו לחיוב סקליה ולכן אם ברח קודם שהעידו לאו כלום הוא.

כל אימת דקטיל נביה הוה קאי

גמ' כגון דאמרי כל אימת דקטיל תוריה גביה הוי קאי. כתב הרשב"א דאע"פ שאין השור נעשה מועד ע"פ בעלים כמו שכתבו תוס' בסוגיין, מ"מ שאני הכא שהיו עדים

מעידים על כל נגיחה ונגיחה, אלא שהוזמו ע"י עידי שקר, וכיון שהבעלים היו בשעת נגיחה והם יודעים שהעדים הראשונים העידו כדין, נמצא שלפי הבעלים היו כאן עדים על כל נגיחה ונגיחה.

מכירין את בעל השור ואין מכירין את השור

גמ' רבינא אמר במכירין את בעל השור ואין מכירין את השור. רש"י כתב דלאחר נגיחה השלישית הוכר השור וכ"כ תוס' לעיל כג ע"ב וברשב"א כאן אבל בלא"ה לא נעשה מועד.

אמנם הרמב"ם בפרק י' ה"ג כתב וכן אם הכירו העדים את בעל השור ולא הכירו את השור וכו' וברביעית ראו שורו שהרג ולא היו יודעים אם זהו השור שהרג ג' פעמים הראשונות הואיל והועדו בפני הבעלים היה להם לשמור כל בהמתם ומאחר שלא שמרו משלמין את הכופר.

מבואר מדברי הרמב"ם שאע"פ שלא הוכר השור בפעם רביעית אפ"ה חייב כופר, והיינו שהרמב"ם פירש דברי הגמ' כפשוטו, וכן הבין הלחם משנה שם, וצ"ע איך אפשר לחייב הא שמא השור נגח אינו השור שנגח ג"פ, ועי' הגהות מלא הרועים שכתב דצ"ל דכונת הרמב"ם דמספק חייב בכופר דשמא זהו השור שנגח ג"פ, שהרי דעת הרמב"ם דספק כופר הוא לחומרא ולא הוה ככל ספק ממון.

הגרנ"מ [סי' א] כתב לבאר דעת הרמב"ם ע"פ מש"כ לעיל לבאר דעת הרמב"ם שחלוק חייב דממון המזיק לחיוב

כופר, דחייב כופר הוא חיובא דבעלים וכל המחייב הוא מחמת שהבעלים פשע בממונו ולכן צריך כפרה, ולכן היכא שפשע הבעלים ג"פ צריך כפרה מחמת פשיעתו ולכן אף היכא שלא נודע מיהו השור שנגח כיון שהבעלים פשע חייב כופר, אבל בנזקי ממנו החיוב הוא מחמת הממון המזיק ולכן כל החיוב הוא רק אם ממנו נעשה מועד.

ועי' במשנת ר' אהרון [ס"ב אות י"א בהג"ה] שכתב עד"ז שהמחייב בכופר הוא מה שפשע בשמירתו ועי"ז הורגל השור ליגח וזהו כל דין העדאה דהרי חזינן שא"צ נגיחות של חיוב, וא"כ י"ל שהתוס' לעיל כד ע"ב כתבו דהא דאין לתלות שהשור שנגח עכשיו הוא נגח את כל הנגיחות דלא קי"ל כר' אחא ולא אזלינן בתר אומדנא לענין ממון, אולם בכופר כיון שהחיוב הוא על מה שלא שמר שורו י"ל דזהו נדון של איסור, שהחיוב הוא על מעשה האיסור שפשע בשמירתו, ולכן י"ל דמועיל לפסוק ע"פ אומדנא שזהו השור שפשע בשמירתו ג"פ דלענין איסור אזלינן בתר אומדנא ורק לענין הוצאת ממון לא אזלינן בתר אומדנא משו"ה חייב בכופר.

איסור הנאה בשור הנסקל

גמ' מגיד לך שאם שחטו לאחר שנגמר דינו שאסור באכילה. נחלקו הראשונים האם שור הנסקל נאסר בהנאה מיד שנגמר דינו לסקילה, או שרק לאחר מיתה נאסר.

דעת תוס' להלן מה ע"א וכתובות לג ע"ב שהשור נאסר בהנאה מחיים מיד שנגמר דינו, ולפי"ז צ"ל שהטעם שנאסר בהנאה לאו משום מעשה השחיטה אלא שמכאן נלמד שמיד שנגמר דינו נאסר בהנאה.

אבל תוס' הביא שדעת ר"ת ששור הנסקל נאסר בהנאה רק לאחר שחיטה אבל לאחר העמדה בדין לא נאסר, ועי' תוס' סנהדרין פ ע"א שכתב בתו"ד שמסוגיין מוכח כר"ת, וכוונתו נראה כמש"כ ברבנו פרץ לקמן מד ע"ב דר"ת דייק מקרא דכתיב לא יאכל את בשרו והיינו עד דעביד כעין בשר.

קושית הראשונים

דבעי קרא לבן פקועה

תוס' ד"ה איני יודע. וא"ת איצטריך לבן פקועה לרבנן דר"מ דלא בעי שחיטה, כונת התוס' להקשות שמצינו ציור שור שהיה בן פקועה וניתר בשחיטת אמו שנגזר והתחייב מיתה, דלא שייך לאסרו באכילה מחמת שהוא נבילה כיון שא"צ שחיטה, וא"כ אפשר להעמיד הפסוק דלא יאכל את בשרו בכה"ג דאתי קרא למימר שנאסר באכילה מחמת הסקילה, אבל לעולם אם שחטו לאחר שנגמר דינו מותר באכילה.

ועי' בשטמ"ק שהובא כמה דרכים מהראשונים לישב קושית תוס', בשם רבנו ישעיה כתב דבן פקועה אע"פ שאין בו דין שחיטה מ"מ צריך נחירה ובל"ז יש בו איסור אכילה מהתורה, ולפי"ז מעשה הסקילה לא חשיב כמעשה נחירה ולכן הוא בכלל הפסוק של סקול יסקל השור.

הרא"ה [בשטמ"ק] כתב דהא דקאמר הגמ' ממשמע שנאמר סקול יסקל איני יודע שנבילה אסורה, אין כונת הגמ' לומר שטעם איסור אכילה הוא מחמת שהיא נעשית נבילה ע"י הסקילה, דע"כ כונת התורה במה שנאמר סקול יסקל לאסור את הבשר באכילה, דא"א לומר שכונת התורה לסקול את השור

והבשר יהא מותר שהחיוב סקילה ע"כ הוא כדי להפסיד את הבעלים את השור, וא"כ ממה שהתורה אמרה לסקול את השור ע"כ שהשור אסור באכילה, וא"כ כלול בזה ג"כ שאם סקלו בן פקועה שיהא נאסר באכילה, [והא דקאמר הגמ' איני יודע שנבילה לקושטא דמילתא נקט הכין], וכל קושית הגמ' היא דילמא כל מה שאסרה התורה הוא רק לאחר סקילה, אבל אם קדם ושחטו אף לאחר שנגמר דינו יהא הבשר מותר באכילה.

והביאור בזה שכל מה שאסרה התורה באכילה הוא כשנעשה בזה מעשה של סקילה שהוא מעשה של מיתת ב"ד, אבל אם קדם ושחטו הוא מעשה הכשר אכילה של הבהמה שמא לא נאסר הבשר באכילה.

השטמ"ק כתב בשם הרא"ש לישב באופ"א דאי אתי קרא לאסור בן פקועה לאחר סקילה כ"ש שיהא אסור אם קדם ושחטו לאחר שנגמר דינו, משום שאם באנו לאסור בן פקועה שדינו שהוא כשחוט, ומ"מ נאסר באכילה ה"ה ידעינן מזה היכא ששחטו לאחר שנגמר דינו.

וצ"ב כונתו דלכאורה הא דאסרה התורה באכילה לאחר שנגמר דינו הוא מחמת שהתקיים בו דינו שיהא בסקילה, וא"כ י"ל דרק בן פקועה אסרה התורה שקיים בו סקילה, אבל אם שחטו לאחר שנגמר דינו כיון שלא קיים בו סקילה לא יאסר, ולכאורה יש להכריח כן דהגמ' בהמשך מקשה אימא היכא דבדק צור ושחט, וכונת הגמ' דאפשר דרק היכא שעבד כעין סקילה ממש אסרה התורה באכילה, אבל בשחיטה לבד לא וע"כ כנ"ל שהאיסור הוא רק מחמת הסקילה.

ונראה לבאר דיש לדון במה שמצינו שיש לחלק שכל איסור אכילה על הבשר הוא רק לאחר סקילה אבל ע"י שחיטה לא, האם כונת הגמ' שדוקא ע"י מעשה של סקילה שקיים דינה הוא סיבה לאסור הבשר, אבל אם יהרוג את הבהמה באופן אחר שלא ע"י סקילה ג"כ יהא מותר, כמו שהגמ' רוצה לומר שאם שחטו יהא מותר, או דכל מה שהגמ' אומרת שצריך מקור נוסף לגבי שחיטה הוא משום דמעשה שחיטה הוא מעשה המכשיר את הבשר לאכילה, וכל מה שהתורה אסרה באכילה השור באכילה הוא רק בכה"ג שעושה פעולה אחרת שאינה מעשה הכשר של אכילת הבשר, ולכן אף אם לא היה סוקל אותה ג"כ היה נאסר דכל שעושה מעשה קלקול בבהמה היא כסקילה.

ולפי"ז י"ל דס"ל לרא"ש שבן פקועה שאין צריך שחיטה ויכול לאכול בלא שחיטה משום שהוא כשחוט נמצא שא"צ לעשות מעשה נוסף להכשיר אותה באכילה, ולכן אף מעשה הסקילה לא חשיב מעשה קלקול בבהמה, ולכן אם מצינו שהתורה אסרה אף בן פקועה לאחר סקילה ה"ה נמי יש לאסור ג"כ לאחר שחיטה, אבל תוס' חולקים על סברא זו דס"ל שאם יש מקור לומר שסקילה אוסר אף בבן פקועה באכילה הוא משום שיש סיבה מחמת עצם מעשה הסקילה, ולכן א"א ללמוד מזה לענין שחטו קודם הסקילה, [ועי' אילת השחר].

עוד כתב השטמ"ק בשם רבנו ישעיה [וכן הוא בתוס' רי"ד בקידושין נו ע"ב] דא"א לומר שהתורה אסרה בן פקועה כיון שבן פקועה אין צריך שחיטה ע"כ הגדר הוא

שהוא כשחוט, וא"כ הו"ל כשחטו קודם שנגמר דינו שא"א לומר שהתורה מרבה בכה"ג.

ומבואר מדבריו שכל האיסור שאסרה תורה שור הנסקל הוא שלא יוכל להנות בו לאחר מיתה מחמת הסקילה, אבל אם יש לשור הנסקל דין של שחוט כבר ממילא ל"ש לאסרו, וכתב בתוס' רי"ד שם לדינא שאם בן פקועה היה שור שהרג מותר באכילה לאחר שסקלו ואף לאחר שילפינן שאם שחטו אסור בהנאה כיון שדינו כשחוט, והוסיף התורי"ד שם אטו בהמה שנשנחטה רוב שנים ונגחה אדם והרגתו תאסר הא בהמה שחוטתה היא, וע"ע בריטב"א בקידושין נו ע"ב.

שיעור האיסור באיסורי הנאה

גמ' נכתוב רחמנא לא יהנה. הרע"א בתשובה [קמא ק"ץ] נסתפק באיסורי הנאה שנלמד לרב אבהו מלא יאכל שאחד איסור אכילה ואיסור הנאה במשמע מהו שיעור האיסור, האם הוא בכזית ככל איסורי אכילה, או שיעור בפרוטה כאיסורי הנאה.

ובתב להוכיח ממה שמקשה הגמ' א"כ נכתוב רחמנא לא יהנה דע"כ שנאסר בפרוטה, שאם נאסרו בכזית ככל שיעורי אכילה אפשר שלכן כתבה תורה איסורי הנאה בלשון לא יאכל לומר שיהא בזה איסור בכזית, אלא ע"כ שתמיד השיעור הוא בפרוטה, [ובעיקר הדבר הסתפק הצ"ח בפסחים דף כב ע"ב].

היכא דבדק צור ושחט

גמ' מתקיף לה מר זוטרא אימא הנ"מ היכא דבדק צור וכו' אמרי אטו סכין כתיבא באורייתא והתנן וכו'. נראה דשו"ט דהגמ'

מנחת

דף מא ע"ב

משה

קלז

דמעיקרא ס"ל לגמ' דכל האיסור הוא רק אחר סקילה, לפי מש"כ לדעת הראשנים שהאיסור הוא מחמת הסקילה, וא"כ ס"ד שבדק צור אין לזה צורה של שחיטה אלא דחשיב כסקילה ומ"מ התורה הכשירה כה"ג הבהמה לאכילה אע"פ שאין כאן שחיטה גמורה.

וע"ז משני הגמ' דלא כתיב בתורה שחיטה בסכין, וע"כ דהכל בכלל דין של שחיטה, ולכן אם יש סברא ששחיטה מתירה את האיסור של שור הנסקל, ה"ג שחיטה ע"י צור כיון שיש לזה שם של שחיטה, וע"כ כל מה שאסרה התורה הוא רק מעשה של סקילה בעצם.

דף מא ע"ב

איסור הנאה מעורו

גמ' את בשרו את הטפל לבשרו. משמע מדברי הגמ' דהאיסור הנאה בעורו הוא באותו אופן שבשרו אסור.

ולבאורה יש להוכיח כמו שנקט הרע"א שהובא בע"א שאיסור הנאה היא בפרוטה, דמשמע מדברי הגמ' שהאיסור בעורו הוא אותו גדר של איסור של אכילת הבשר, ואם איסורו בכזית בעורו ל"ש שיעור של כזית דלאו מידי דאכילה הוא, וע"כ כמש"כ הרע"א שהוא בפרוטה.

כבוד ברבו המובהק

תוס' ד"ה לרבות ת"ח. וא"ת מפני שיבה תקום למה לי תיפוק ליה מהכא, וי"ל דהכא ברבו מובהק כדתנן מורא רבך כמורא שמים או ברב מופלג כעין רבו.

עי' בחידושי הגרי"ז הלכות תלמוד תורה שכתב דבכבוד רבו יש עוד דין שמלבד דין כיבוד והידור שיש בכל ת"ח יש ברבו המובהק הלכה של כבוד ומורא וזה נלמד מהך קרא ועי"ש מש"כ לבאר, וע"ע בחידושי הגרי"ז בכורות דף ו ע"א.

הביאו לב"ד וישלם לך

גמ' א"ל ר"ע והוא עצמו אינו משתלם אלא לאחר מגופו הביאו לב"ד וישלם לך. צ"ב אמאי פשיטא לר"ע שחיוב של כופר בשור תם הוא מגופו של שור כמו שמצינו לענין נזקין שגובין מגופו של שור.

עוד יש לדון דלענין חיוב נזקין מבואר בכמה דוכתי שהחיוב מגוף השור הוא מחמת דחשיב חיובא דשור וכמש"כ כבר הגר"ח הלכ' נזקי ממון וכמו שהוכיח האו"ש ובחי' הגר"ח על הש"ס מהא דס"ד דיש חיוב של חצי נזק מגופו אף בשור הפקר, אבל חיוב כופר ע"כ הוא חיוב של הבעלים דהחיוב הוא במה שהבעלים פשע בשמירת שורו, ובפרט אם כופרא כפרה הוא כפרה על חיוב מיתה בידי שמים של השור, וא"כ אינו חיוב על השור וא"כ מדוע שיהא חיוב דוקא מגופו, והתוס' כתבו [ד"ה הביאהו] שכל המקור לחייב כופר הוא מנזקין וא"כ י"ל שמכיון שבנזקין התשלום הוא מגופו ה"נ תשלום של כופר הוא מגופו ועי'.

בעיקר דברי הגמ' הקשה הרע"א [לקמן קיב.] דאיכא אופנים שיש חיוב של כופר אף היכא שלא הורגים את השור, כגון שקיבלו עדים בפני הבעלים ולא בפני השור דמהני לענין ממון ולא לענין מיתה, או בעדות

מיוחדת דמהני לענין ממון ולא לחיוב מיתה, או שקיבלו בפני ב"ד של ג' שלא סגי לדיני נפשות, ועי' באחיעזר ח"ג סכ"ב מש"כ לישב.

ביאור קושית הגמ'

דכופר בתם חשיב מודה בקנס

גמ' על פי בעלים מודה בקנס הוא. פרש"י וכי היכי דמפטר מקטלא מפטר נמי מכופר ולמה לי קרא, הפנ"י כתב שאין כונת רש"י שכופר הוא קנס משום דקאי למד"א פלגא נזקא קנסא, דא"א לומר כן משום דהך מד"א דפ"נ קנסא סבר סתם שוורים בחזקת שימור קיימא ולא פשע בשמירה, ול"ש חיוב כופר כלל שהרי אין סיבה לחייבו, ועוד דל"ש תי' הגמ' דכופרא כפרה דכיון דבחזקת שימור אין סיבה לחייבו.

ולבן כתב הפנ"י דכונת רש"י דהסוגיא קאי כמד"א פלגא נזקא ממונא, והטעם דחשיב קנס כמש"כ רש"י דסברא היא שכמו שאם הבעלים מודה על הריגת השור חשיב קנס, ה"נ על חיוב כופר דמשמע דשניהם גדר אחד של חיוב.

ואפשר לבאר בכונת רש"י שאין כונתו כי היכא דמפטר מקטלא היינו על מיתת השור, אלא כונתו דכי היכא שאם מודה על עצמו שחייב מיתה חשיב מודה בקנס כמו שמבואר ברש"י במכות ה"א, ה"נ אם מודה ששור הרג וחייב כופר חשיב קנס, והטעם בזה משום שיסוד חיוב כופר הוא במקום מיתה ביד"ש, וכיון שהודאה על מיתה חשיב קנס ה"ה על חיוב כופר חשיב קנס.

והנה לעיל מ"ע"א הובא דהשטמ"ק והפלאה בכתובות דף מא ע"א כתבו לדייק

מדברי רש"י שכתב על המשנה בכתובות 'האומר המית שורי את פלוני' שחייב כופר ע"פ עצמו, ופרש"י דקאי כמד"א כופר דמי ניזק משום דלמד"א כופר דמי מזיק אין חיוב כופר ע"פ עצמו משום דלמד"א כופר דמי מזיק חיוב כופר הוא קנס, משום שהוא משלם יותר ממה שהזיק וממה שמשלם ע"פ עצמו ע"כ שהוא חיוב ממון והוה דמי ניזק.

ולפי"ז ע"כ צ"ל דהכא קאי כמד"א כופר דמי ניזק ולא הוה קנס כיון שמשלם את ההפסד הממון, ורק ס"ד דחשיב קנס מטעם אחר, [אמנם יעוין בתוס' לקמן פד ע"א ד"ה אלא בדמזיק שכתבו דר' אליעזר סבר כופר דמי מזיק, וצ"ל דרש"י פליג על תוס' שם דהגמ' כאן אתי לבאר דברי ר' אליעזר], ויש עוד לדון שכל הסוגיא קאי רק למד"א דמי ניזק שתוס' כתבו שגדר דין כופר זה כנזקין ולכן הוא היה משלם חצי כופר, אבל למד"א דמי מזיק לכאורה ל"ש לומר שהוא כנזקין שזה תשלום אחר, ועי' בזה.

התוס' חלקו על רש"י וביארו דכונת הגמ' שמודה בקנס הוא למד"א פלגא נזקא קנסא, וצריך לישב קושית הפנ"י שאם סתם שוורים בחזקת שימור אמאי יש חיוב של כופר, ונראה לבאר דהנה יעוין בחי' הגר"נ זצ"ל [אות ל"ז] שהאריך שאף למד"א סתם שוורים בחזקת שימור אין הכונה שהוא אנוס ויש כאן פטור של ולנערה ל"ת דבר, אלא שמכיון שמצינו שהתורה הקילה על שור תם לשלם חצי נזק נחלקו אמוראים בגדר הדברים האם הוא פ"נ ממון או פ"נ קנס, והטעם משום דיש לתלות דסתם שוורים בחזקת שימור, אבל בעצם לולא קרא לא היינו אומרים שסתם

מנחת

דף מא ע"ב

משה

קלט

שורים בחזקת שימור לגמרי שיהא פטור משום אונס.

והוכיח כן ממה שמצינו בד' מקומות שתם משלם נ"ש, א' ר"ט סבר תם בחצר הניזק משלם נ"ש, ב' ר"ע סבר בתם שחבל באדם משלם נ"ש, ג' רשב"מ סבר שהדיוט שהזיק הקדש משלם נ"ש, ד' עכו"ם שהזיק ישראל משלם נ"ש, ועי"ש שהוכיח שבכל המקומות הנ"ל הנ"ש יש לו דין של ממון ולא של קנס, וע"כ דהיכא שאין גזה"כ לא אמרינן סתם שורים בחזקת שימור, [ויש להוסיף עוד ראיה מתוס' לעיל לט ע"א שכתבו שאין מעמדין אפוטרופוס לתם משום שמצינו שחס רחמנא והרי למד"א פ"מ קנסא אינו כן, ולמבואר א"ש].

ולפי"ז י"ל קושית הפנ"י שאע"פ שפלגא נזקא קנסא מ"מ כשהרג צריך כפרה דלא חשיב אונס ודו"ק, [נע"ע בחי' ר' ראובן ס"ג אות ב' שכתב לבאר על פי דרכו בגדר כופרא כפרה ישוב על קושית הפנ"י].

ביאור תי' הגמ' דכופרא כפרה

גמ' קסבר כופרא כפרה. לפי רש"י התבאר שהגדון בסוגיא דחשיב מודה בקנס כמו שמודה על הריגת עצמו צ"ל שכונת הגמ' לומר שמכיון שחייב כופר הוא כפרה, לכן ל"ש לומר שאין חייב על פי עצמו אלא חלוק מהודאה על חיוב מיתה של עצמו, [ולפי"ז ה"נ ע"א יוכל לחייב כופר דלא נחשב חיוב ממוני אלא חיוב של כפרה והוה כקרבן, וכן כתב בהדיא הראב"ד שהובא בסמוך].

אבל לפי תוס' דס"ל לגמ' פלגא נזקא קנסא צריך להבין מה תי' הגמ' קסבר כופרא

כפרה, הא סו"ס חשיב קנס כמו התשלום של נזקין, וכתב הפנ"י דצריך לומר בדעת תוס' דכונת הגמ' כופרא כפרה שמירי שהבעלים טוען ששורו הרג כמה פעמים, וממילא לא הוה בחזקת שימור ולכן אע"פ שלא נעשה מועד כלפי ב"ד, אבל כיון שהבעלים יודעים שהוא לא בחזקת שימור, מכיון שכופרא כפרה מוטל עליו ליתן כפרתם, ולהו"א דסברי כופרא ממונא כל החיוב הוא מחמת שהוא נעשה מועד בפועל, אבל למד"א כופרא כפרה החיוב הוא מחמת שפשע בשמירתו ולכן חייב ע"פ עצמו אף היכא שלא הועד בפני ב"ד.

וצ"ל דהא דקאמר הגמ' מעיקרא מודה בקנס הוא, אע"פ שהוא אומר ששורו לא בחזקת שימור, י"ל דלהו"א שכופר הוא חיוב ממון אין לו חיוב כ"ז שלא הועד ול"ש חצי כופר כיון שהוא קנס ואין כאן סיבה לחיוב דסתם שורים בחזקת שימור.

ולולא דברי הפנ"י בכונת תוס' היה אפ"ל בכונת הגמ' ע"פ מש"כ הפנ"י במכות דף ב ע"ב, שהקשה בהא דנחלקו רבנן ור"ע אם עדים זוממין קנס או לא, ורבנן סברי דלא חשיב קנס והקשה אמאי לא הוה קנס הרי הוא יותר על מה שהזיק, וכ"ש כאן שלא הזיק כלל אלא רצה להזיק, וכתב דאפשר דסברי רבנן דתשלומי עדים זוממין הוא כפרה ולכן לא חשיב קנס וע"כ משלם ע"פ עצמו, ומבואר מדברי הפנ"י שאע"פ שמצד צורת התשלום יש לזה תורת קנס, כיון שהוא בא בשביל כפרה אין לזה תורת קנס.

ולפי"ז י"ל דה"נ הכא בכופר אע"פ שפלגא נזקא קנסא, מ"מ כופר אין לזה תורת קנס כיון שהוא בא בשביל כפרה ולכן אין בזה את הדינים של מודה בקנס פטור.

אולם נראה שרש"י חולק על סברא זו, דרש"י בכתובות מא ע"ב [ד"ה נפלוג] כתב בהדיא שלפי ר' יוסי הגלילי שאמר שתם משלם חצי כופר יש לזה דין של מודה בקנס פטור, ובפשוטו נראה דסבר רש"י שאף למד"א כופרא כפרה ג"כ יש בזה תורת קנס ולא תורת ממון, ואין סברא שאם יש לתשלום תורת כפרה אין לו דין קנס, וא"כ מרש"י שם מבואר דלא כמש"כ הפנ"י בסוגיין שלמד"א כופרא כפרה ל"ח קנס, שהרי רש"י כתב שם מפורש דלר"י הגלילי חשיב קנס, ולפי רש"י שם צ"ל דכונת רש"י כאן שביאר בקושית הגמ' דכופר חשיב קנס משום כי היכא דלחויב מיתה יש דין קנס ה"נ להודאה על כופר, משום שרש"י ביאר הסוגיא כאן כמד"א פ"נ ממונא אבל למד"א פ"נ קנסא באמת אף אם כופרא כפרה חשיב קנס, ועיין.

שיטת הראב"ד דכופר חשיב קרן

הרשב"א כתב בשם הראב"ד דלא גרס בגמ' מודה בקנס הוא, אלא שהגמ' אומרת ע"פ בעלים ועד אחד חייב דכופרא כפרה, וכונת הגמ' דלא תימא כופרא ממונא ול"ש חויב ע"פ עד אחד ככל דיני ממון אלא הוה כחויב של קרבן שחייב ע"פ עד אחד, וכתב הראב"ד דלא אישתמיט בשום דוכתא דכופר חשיב קנס וע"כ לא גרסינן הכי.

אמנם הרא"ה בשטמ"ק כתב דכונת הגמ' דעד אחד מחייב שבועה אבל אינו מחייב כופר, וכן הוא דעת הרמב"ם פ"ה מהלכ' סנהדרין דלחויב כופר בעינן ב' עדים וב"ד של ג' מומחין וע"א אין מחייב אלא שבועה.

וביאר בחי' ר' ראובן ס"ג דהרמב"ם והרא"ה סברו דאע"פ שהחויב של כופר הוא כפרה מ"מ ל"ד לכפרה של קרבן אלא אופן הכפרה הוא ע"י השלמת הנזק, ולכן לא נדון ככל חויב כפרה אלא הוא נדון של ממון ומשו"ה בעינן ב' עדים, אבל הראב"ד סבר שהוא חויב כפרה כקרבנות, וכן מבואר ברמב"ן עה"ת פרשת משפטים דהוה כחויב קרבן ולכן ע"א נאמן ע"ז.

אולם הקשה בחי' ר' ראובן שהרשב"א כאן הביא את דברי הראב"ד דע"א נאמן לחויב כופר ומשמע שהוא חויב של כפרה, ולעיל מ. כתב הרשב"א לבאר הא דנסתפקה הגמ' האם יש חויב כופר בשותפין כמש"כ התוס' דהסברא שלא ישלמו כל אחד כופר דלמה ירויח, ומשמע מזה שהוא חויב ממוני דאי משום כפרה ממש אין נפק"מ האם חברו ירויח או לא שהוא מחויב להתכפר, ועי"ש בחי' ר' ראובן אות ד' מש"כ לישב, ועי' בשיעורי הגר"ש מכות אות צ"ח והילך מש"כ לבאר.

והנה דעת הראב"ד לעיל לג ע"ב שחלוק קנס דפלגא נזקא משאר קנסות, דאע"פ דשאר קנסות החויב חל רק לאחר העמדה בדין בפ"נ חל החויב מיד ואי מודה חייב, והרשב"א לעיל שם תמה עליו דמבואר בגמ' טו ע"א דיש דין של מודה בקנס פטור אף בזה, וכתב הרשב"א דכונת הראב"ד הוא דאין ב"ד כופין אותו אלא שאומרים לו זיל שלים דהיינו מכיון שחל חויב מיד חייב אלא דכל זמן שלא עמד ב"ד אין דין כפיה.

אולם קשה דמשמע מדברי הראב"ד שאם כופר היה לזה דין של קנס לא בעינן

קרא דנקי מחצי כופר היכא שהבעלים אמר שחייב דמודה בקנס פטור, ולהראב"ד שזה חלוק משאר קנסות וחל חיוב מעיקרא צ"ע דלבעי קרא שלא יאמרו לו ב"ד זיל שלים, [וכן הקשה בקונטרס הספיקות כלל ב' י'].

ועי' באור שמח פ"ט מנזקי ממון שכתב לבאר דאף לדברי הראב"ד חלוק חצי נזק מחצי כופר, דסברת הראב"ד דחייב חצי נזק חל החיוב מיד משום דל"ד לשאר חיובי קנסות שהרי הכא הקנס הוא על להשלים ההפסד ול"ד לכפל ודו"ה שזהו חיוב על המעשה שעשה, וא"כ י"ל דכ"ז רק בחצי נזק אבל בכופר הרי אין הוא השלמת ההפסד שהרי הוא חיוב ליורשים ואינו מדין ירושה שהרי לא זכה בו המת מעולם, וע"כ שזהו הלכה שהתורה זיכתה ליורשים את הכופר, [ועי"ש שדימה את זה לדין של גואל הדם שיכול להרוג את הרוצח שהוא מזכויות של הקרובים], וא"כ בחצי כופר ל"ד לחצי נזק אלא דומה לכל חיוב קנס שכל החיוב הוא רק לאחר העמדה בדין, וע"ע באבי עזרי פ"ב מגניבה הי"ב שביאר כל דברי הראב"ד באופ"א.

שיטת רש"י שהודאה

על מיתת השור חשיב קנס

רש"י ד"ה מודה בקנס. וכי היכי דמפטר מקטלא מיפטר נמי מכופר, מבואר ברש"י שאדם שמודה ששורו חייב מיתה חשיב מודה בקנס, וכן הביאו בתוס' מרש"י בזבחים ובתמורה, וכן כתב רש"י במכות ה. דמודה על חיוב מיתה של עצמו חשיב מודה בקנס.

האחרונים [אור שמח פ"ב מהלכ' עדות קו"ש ח"ב אבי עזרי פ"ח מסנהדרין ה"ו] תמהו מה שייך דין מודה בקנס בזה, שהרי החיוב מיתה בשור שהרג אדם הוא אף בשור של הפקר, וא"כ מוכח שהחיוב מיתה אינו מחמת הפסד לבעלים, אלא הוא דין על השור והבעלים אינם בע"ד על מיתת השור ואי"ז נדון שלהם אלא חיובא דשור וא"כ אמאי חשיב מודה בקנס.

בחידושי ר' שלמה [במכתבים בסוף הספר מכתב מ"ה] כתב שיש להוכיח שהחיוב סקילה של שור כשיש בעלים אינו רק נדון של איסור, אלא יש בזה נדון של הוצאת ממון, עי"ש שהוכיח כן מהסוגיא בסנהדרין טז ע"א, ועוד הוכיח ממה שמצינו שיש דין של והועד בבעליו וילפינן מזה לכל עדויות שבתורה שצריך בפני בע"ד, ואם אין כאן נדון של הוצאת ממון מה הנדון שיהא צריך בפני בע"ד, ועי"ש מש"כ לדון בדברי הקצה"ח סי' ל"ז שכתב לדמות אחד שאומר נתנסך יינך לעדות על שור הנסקל, וע"ע בחי' ר' ראובן סי"ח שהביא דברי הגר"ש היימן וכתב לדון בראיות שהביא.

עוד צ"ע שתוס' בזבחים כתבו דדעת רש"י דאף ברובע ונרבע יש דין מודה בקנס, וצ"ע אמאי התם הוא דין על הבעלים דבשלמא לענין שור הנסקל י"ל משום שפשע הבעלים בשמירתו, אבל התם הבעלים לא עשה מעשה איסור כלל ואיזה שיכות יש לבעלים בהריגת השור.

ישוב דעת רש"י

תוס' ד"ה ע"פ עד אחד. תימא לר"י היכן מצינו וכו' ובפרק קמא דסנהדרין וכו',

האבי עזרי [פי"ח מסנהדרין ה"ו] כתב לישב קושית התוס' שמכיון שהוא בא להעיד על פלוני הרובע שחייב מיתה נמצא שיש כאן עדות על חיוב, ולכן אף נאמן על השור מדין עדות וא"א לפטור אותו מדין מודה בקנס כיון שיש לזה תוקף של עדות, דכל דין של מודה בקנס אינו רק שבא בתורת הודאה דאינו נאמן בהודאתו אבל כשבא מדין עדות לא חשיב מודה בקנס, [וכ"כ בחי' ר' ראובן סי' יח ובחי' ר' שלמה עי"ש].

ועי' בתוס' בזבחים ע"א ע"א שהקשו עוד לפרש"י דהודאה על חיוב מיתה חשיב מודה בקנס, דהא אם מודה על חיוב של קנס שכבר נתחייב בב"ד חשיב הודאה בממון וחייב, וא"כ ה"ג לגבי חיוב מיתה נמי נימא הכי אם יאמר שכבר עמד בדין וחייבהו ב"ד מיתה לא הוה קנס.

והאבי עזרי שם כתב לבאר דהטעם דלאחר העמדה בדיו חשיב ממון ונפקע מזה שם של קנס משום דבשעה שנתחייב ליתן לשלם ממון לחברו נשתעבד לחברו והוא זכה בשעבודו, והוה כמו שפרע לו כבר וחזר והלוהו ולכן חשיב כחו של ממון, אבל בחיוב מיתה ל"ש לומר הכי דליכא מי שיזכה ולכן אף לאחר הפסק דין זה בכלל קנס עי"ש בכ"ד.

עד אחד לחיוב שבועה בקנס

תוס' ד"ה מודה. ונראה דהוה מצי למפרך אעד אחד דאין סברא לומר שלא יחשב מרשיע את עצמו כשמודה ואין רוצה לישבע וכו', נחלקו האחרונים בביאור כונת תוס'. וצריך להקדים בביאור דבריהם דהראשונים נחלקו האם עד אחד שמעיד על חיוב

קנס מחייב שבועה, דעת הרשב"א דעד אחד לא מחייב שבועה, משום שכל החיוב שבועה של ע"א אינו אלא כדי שיודה על החיוב, אבל בקנס הרי אם הוא יודה יפטר דמודה בקנס פטור, לכן ל"ש חיוב שבועה בקנס, ולפי"ז אף באופן שהוא אומר איני יודע אין דין מתוך דלא חל חיוב שבועה כלל, אולם מדברי רבנו פרץ בסוגיין מבואר שחולק על הרשב"א וס"ל שע"א מחייב שבועה אף בקנס, ואם אין יכול לישבע משלם כמו בכל תביעה של ע"א בממון, וכ"כ הראב"ד הובא ברשב"א שם.

בשיטת תוס' נחלקו האחרונים המהר"ם שיף כתב דדעת תוס' שע"א מחייב שבועה בקנס, וכונת תוס' דהגמ' היתה יכולה להקשות שמכיון שהוא מודה שחייב לשלם א"כ אין חייב לשלם כופר דשהורה הרי מודה בקנס פטור, ומש"כ התוס' דא"א לומר דלא יחשב מרשיע את עצמו כשמודה כונתם הוא שהיה אפשר לומר שמכיון שכל ההודאה הוא רק מכח העד א"כ שמא כה"ג לא חשיב מרשיע את עצמו, ועי"ז כתבו דאין סברא לומר כן דלא יחשב מרשיע את עצמו מה"ט.

אולם צריך להבין הא אפשר להעמיד שאינו רוצה לישבע וממילא משלם מדין מתוך וכה"ג לא יחשב מרשיע את עצמו, שהרי לא הודה וחיוב תשלומין הוא מחמת שלא נשבע, וכתב מהר"ם שי"ף שאם אינו יודע אין סיבה לחייב שבועה כיון שלא הוה ליה למידע וכה"ג אין דין מתוך ועי' מהרש"א. **אולם** רע"א בריש פרק הפרה כתב שכונת תוס' כמו שכתב הרשב"א שע"א אין יכול לחייב שבועה בקנס, כיון שאם יודה יפטר ולכן אין סיבה לחיוב שבועה, וכונת

מנחת

דף מב ע"א

משה

קמג

תוס' לומר שהרי אם יודה חשיב מודה בקנס לכן ל"ש כלל חיוב שבועה של ע"א, וע"ע בקה"י סי' לג אות ז' מש"כ לבאר בדברי תוס'.

ועי"ש ברע"א שביאר שהגדון אם ע"א מחייב שבוע בקנס נחלקו ב' תי' התוס' בריש הפרה, וביאר שם שיסוד המחלוקת אם ע"א יכול לחייב שבועה בקנס תלוי בגדר החיוב שבועה של ע"א, האם הכונה שהוא מחייב שבועה ואם אין רוצה להשבע, משלם או שמעיקרא מחייב ממון אלא שאם נשבע נפטר מלשלם, והתוס' ס"ל כאן שהוא מחייב שבועה אלא שאם לא נשבע משלם, ולכן אם מודה אין כאן חיוב שבועה דחשיב מודה בקנס, אבל תוס' שם חלקו סברו שעד אחד מחייב ממון אלא שאם נשבע הוא יכול להפטר ולכן היכא שלא נשבע משלם ומה שמודה כאן על החיוב לא חשיב מודה בקנס, כיון דהעד חייב אותו כבר ממון אלא אם נשבע נפטר וכיון שלא נשבע משלם.

והנה רבנו פרץ כתב לישב שהגמ' לא מקשה מעד אחד, משום שאם לא רוצה לישבע הדין שצריך לשלם לא חשיב מרשיע את עצמו לגבי דין מודה בקנס, והטעם משום שהחיוב בא מכח העד, וכל הדין של מודה בקנס הוא רק היכא שהודאה באה מצד עצמו.

גמ' ר"כ משמיה דרבא אמר מתכוון אמר ליה ברישא משל וכו'. פרש"י דמתכוון ראייה גדולה היא משום דעל הראיה דע"פ בעלים וכו' מקשה הגמ' פירכא, אמנם בחי' הראב"ד כתב משום דכל תירוץ הגמ' הוא רק למד"א כופרא כפרה ולא למד"א כופרא ממונא.

בעיקר המשל שהגמ' אומרת דמשכח רברבי שדי זוטרי ושקיל רברבי, פרש"י דאין

לו מקום בכלי לכולם לכן מניח את הקטן ולוקח את הגדול לכאורה ל"ד להכא ועי' בפנ"י מש"כ לבאר.

דף מב ע"א

גמ' תניא אידך ר"י הגלילי אומר נקי מדמי ולדות. בגמ' לעיל דף טו ע"א מבואר דלר"י הגלילי לא דריש למעט שור תם מחצי כופר וע"כ סבר שיש חיוב של חצי כופר בשור תם, ועי' תוס' כתובות מא ע"ב ובפנ"י מש"כ.

גמ' אמרו לו ר"ע הרי הוא אומר כי ינצו אנשים. כתב הפנ"י דא"א להקשות כמו דמקשה ר"ע והלא הוא עצמו אינו משלתם אלא מגופו הביאו לב"ד וישלם לך, דהכא ליכא חיוב סקילה כלל על הריגת הולדות ולכן יכול להשתלם מגופו, והטעם דכמיתת הבעלים כך מיתת השור, ואם אדם הרג נפלים אין מתחייב מיתה ה"נ שור אין חייב מיתה בכה"ג.

גמ' אלא אביי ורבא דאמרי תרווייהו וכו'. משמע מדברי הגמ' דלר"י הגלילי כל המיעוט שבעל השור נקי למעט דמי רק שור תם שאינו משלם דמי ולדות, אבל מועד משלם דמי ולדות דלא נתמעט וכן כתב בהדיא בתוס' רי"ד.

אולם עי' בפנ"י שכתב להוכיח מלקמן מט. דמבואר שאף מועד אינו משלם דמי ולדות עי"ש מש"כ לבאר המקור לכך.

דעת תוס' בביאור פלוגתת

אביי ורבא עם ראב"ה

תוס' ד"ה בכוונה. ונראה לר"י דרבא ואביי לא היו פוטרים וכו', ביאור דברי תוס'

דאביי ורבא סברי שהפסוק שממעט אנשים ולא שורים דיבר רק בלא נתכוין לאשה עצמה, וילפינן מקרא דאנשים ולא שורים דשור שלא בכוונה שלא נתכוין לאשה עצמה חייב, וממילא קרא דבעל השור נקי מלמד דשורים פטורים רק בכה"ג שלא בכוונה, ומכיון שהפסוק דיבר רק על לא נתכוון א"כ נמצא שאם נתכוונו לאשה עצמה אף שורים חייבין דהפסוק דאנשים לא דיבר בזה, והטעם דקרא דאנשים ולא שורים לא מיירי בכה"ג שנתכוונו, משום שאנשים שנתכוונו לאשה פטורין בלא"ה משום קלב"מ.

ורב אדא בר אהבה הקשה על אביי ורבא משיטת רבי דסבר דנתכוון להרוג את זה והרג את זה חייב בדמי הנהרג, וחולק על תדב"ח שסבר שיש פטור באינו מתכוון כמתכוון, וסבר ראב"ה דלרבי ה"נ אם הרג באינו מתכוון ונתחייב באותה שעה דמי ולדות או ממון אחר ג"כ חייב ממון, ולפי"ז נמצא שמה שהתורה אמרה אנשים ולא שורים מיירי אף בנתכוון לאשה עצמה דאם לא נתכוון אף אנשים חייבין דמי הנהרג, ונמצא שלדברי רבי המיעוט של אנשים ולא שורים מיירי אף בכה"ג שנתכוונו לאשה עצמה, וכונת ראב"ה להקשות דמדברי נשמע לרבנן, והיינו שאם יש הכרח לרבי לפרש הפסוק במתכוון אין הכרח לומר שרבנן חולקים על זה דבזה לא מצינו שחולקים, ונמצא לפי"ז שבשורים אף בנתכוונו לאשה עצמה צריך להיות שיהא פטור מדמי ולדות דלא כרבא ואביי.

ובתבו תוס' ואע"ג דאית להו הקישא לשאר דברים וכו', כונתם שאף רבי מודה להיקש של תדב"ח והוא באופן שנתחייב ממון כשהרג בשוגג, דבזה אמרינן שלא חלקת בין

שוגג למזיד וכן בדרך עליה ודרך ירידה, אבל בין מתכוון לאין מתכוון חולק רבי וסבר שבכל גוונא הוא חייב ממון.

והא דחלקו אביי ורבא על ראב"ה מבואר בתוס' משום שס"ל דלרבי אע"פ שחייב בדמי הנהרג באין מתכוון, אבל מודה רבי שלגבי ממון אחר ודמי ולדות יש פטור אף באין מתכוון וזה נלמד ממתכוון, ולכן לדבריהם אין הכרח משיטת רבי שהפסוק דיבר על מתכוון אלא קרא מיירי באין מתכוון, ולכן כשיש אסון אנשים פטורין ושורים חייבים לולא המיעוט דבעל השור נקי.

והסברא לחלק בין דמי הנהרג לדמי ולדות נראה ע"פ מש"כ המהר"ם לעיל ד. לבאר התוס' שם [ד"ה כראי] שכתבו בדדמי הנהרג ל"ש סברא של קלב"מ, כיון שהוא עונש על עבירת ההריגה, ול"ד לבעלמא דאמרינן קלב"מ שהוא עונש על דבר אחר, וי"ל בדעת רבי שסבר שיש חיוב של דמי הנהרג משום דהתם אף לתדב"ח אין הפטור מדין קלב"מ, אבל בדמי ולדות וממון אחר אף רבי מודה שיש פטור באין מתכוון.

ועיקר סברא זו מבואר בתוס' בכתובות לה ע"א וסנהדרין עט ע"ב שכתבו דאף לרבנן דפליגי על רבי וס"ל דאין חיוב דמים באינו מתכוון וילפינן ליה מההקיש דתדב"ח דבין מתכוון לאין מתכוון, מ"מ כ"ז רק לענין דמי הנהרג אבל ממון אחר בהדי מיתתה אף באינו מתכוון ידעינן מק"ו משוגג, והחילוק הוא כמש"כ דדמי הנהרג לאו משום קלב"מ הוא אלא פטור חדש, ועי"ש שכתבנו דיש נפק"מ גדולה בהא דבכל קלב"מ מועיל תפיסה, אבל בדמי הנהרג לא יועיל תפיסה דילפינן ממתכוון שלא חל חיוב.

ורב אדא בר אהבה שחלק צ"ל דס"ל דסברת רבי היא שיש חילוק בין מתכוון לאינו מתכוון לשוגג בעלמא, שהחיוב מיתה של אינו מתכוון קל יותר, והטעם כיון שאין בזה גלות משא"כ בשוגג ועי' במהרש"א סנהדרין עט ע"ב שכ"כ, ולכן לא אמרינן בזה קלב"מ כלל בין לענין דמי הנהרג ובין לגבי ממון אחר.

דעת הרמב"ם בחיוב דמי ולדות בהרג בלא מתכוון

הרמב"ם פ"ד מחובל ומזיק ה"ה פסק דבנתכוון לחברו והרג את האשה חייב בדמי ולדות, והראב"ד השיג ע"ז דגם שלא בכוונה מיפטר מדמי ולדות משום דרשה דחזקיה דלא חילקת בין מתכוון לאינו מתכוון, והמגיד משנה כתב דהרמב"ם סובר כרב אדא בר אהבה דסוגיין דסבר דאנשים כי נתכוונו זה לזה חייבים אפי' שיש אסון באשה וכרבי ודלא כתדב"ח, והלחם משנה תמה שהרי מפורש ברמב"ם פ"ד מרוצח ה"א כתדב"ח דמתכוון להרוג את זה והרג את זה פטור מהתשלומין.

בחי' מרן הגרי"ז הלכ' רוצח [פ"ג הי"ב] ביאר הענין כך דבפשוטו ההקיש של תנא דבי חזקיה דלא חלקת בין שוגג למזיד בין מתכוון לאין מתכוון נאמר שבכל ענין ממון שמתחייב בשעת חיוב מיתה פטור מלשלם, והיינו בין אם נתחייב ממון אחר כגון שהזיק באותה שעה שהרג פטור מתשלומין, וכן פטור ג"כ מדמי הנהרג וכמו שנתבאר בתוס' לעיל לה ע"א עי"ש

ובן מבואר ברש"י ותוס' בסוגיין שכתבו דהא דאמר רב אחא בר אהבה בסוגיין שאם

הרג בכה"ג שנתכוון להרוג חברו והרג האשה דחייב בדמי ולדות משום שסבר כר"ש דאמר בסנהדרין דנתכוון להרוג את זה והרג את זה חייב דמי הנהרג, וחולק על ההיקש של תדב"ח דלא חלקת בין מתכוון לאין מתכוון, ולכן סבר שחייב ד"כ דמי ולדות.

אולם כתב הגרי"ז שהרמב"ם היה לו דרך אחרת בישוב קושית הראשונים אמאי מחייב רב אדא בר אהבה בדמי ולדות כשלא נתכוון לאשה, דלאו משום שסבר כרבי דנתכוון להרוג את זה והרג את זה חייב במי הנהרג, אלא סבר שכל מה שנלמד בהיקש של חזקיה שלא חילקת בין מתכוון לאין מתכוון אין זה דין של קלב"מ אלא הוא הלכה חדשה לענין דמי הנהרג בלבד, שנלמד שכמו שמתכוון פטור מדמי הנהרג ה"נ אין מתכוון.

וכתב הגרי"ז דהך פטור הוא הלכה חדשה ולא מדין קלב"מ, ולגבי ממון אחר שנתחייב בשעה שהרג בלא כונה חייב, ולכן סבר רב אדא בר אהבה שאם נתכוון לחברו ולא נתכוון לאשה עצמה חייב בדמי ולדות, ואי"ז סתירה לתנא דבי חזקיה שכל ההיקש הוא רק לפטור מדמי הנהרג, וא"ש דאע"פ שפסק הרמב"ם בהלכות רוצח שאף בהרג שלא במתכוון פטור מדמי הנהרג, מ"מ הכא כתב שחייב בדמי ולדות, דסבר הרמב"ם דבאין מתכוון אין דין קלב"מ כלל אלא נאמר הלכה חדשה שיש פטור מדמי הנהרג ודמי הנהרג אינו פטור של קלב"מ.

ועיקר סברא זו מבואר בתוס' לעיל לה ע"א שכתבו שדמי הנהרג אינו דין של קלב"מ ולכן צריך היקש בפנ"ע לזה, אלא שתוס' כתבו שלגבי בממון אחר אין סיבה

לומר שאין מתכוון יהא חייב דהוה כשוגג, אבל הרמב"ם סבר שאע"פ שיש מקור לפטור שוגג בממון אחר מ"מ אין זה מקור לפטור אין מתכוון.

והסברא לחלק בזה דאין מתכוון גרע טפי משוגג משום דבהריגה בשוגג מצינו כפרה של גלות, אבל לגבי אין מתכוון לא מצינו שיש כפרה והתם ליכא פטור של קלב"מ, ועוד אפ"ל שכל הפטור של קלב"מ אינו אלא היכא שיש אפשרות להגיע לחיוב מיתה, וכ"ז רק בשוגג שזה אותו מעשה רק שהוא בשוגג, אבל שלא בכוונה הוא מעשה אחר ולכן אי"ז מעשה שמחייב מיתה ואין בזה דין של קלב"מ.

ונראה להוסיף לפי דברי הגרי"ז שהטעם שמתכוון פטור מדמי הנהרג לא נלמד מקרא דעליו לעיל כו"ע, דאם הפטור של דמי הנהרג אינו דין של קלב"מ אמאי לא נימא שהפסוק דיבר בין על מתכוון ובין על אין מתכוון, אלא נראה כמו שמבואר ברש"י לעיל כו"ע א שהפסוק הוא רק למאן דלית ליה תדב"ח, אבל למאן דאית ליה תדב"ח אין צריך ילפותא מיוחד על זה אלא כמו שיש קלב"מ בעלמא בממון אחר ה"נ אפשר לפטור דמי הנהרג מדין קלב"מ, אבל באינו מתכוון אין דין קלב"מ והתם צריך לימוד מיוחד לומר שפטור מדמי הנהרג והיינו ההיקש של תדב"ח.

דף מב ע"ב

גדר המיעוט דנקי מדמי ולדות

גמ' תניא אידך ר"ע אומר נקי מדמי עבד. מבואר בגמ' שהמיעוט מדמי עבד הוא

שתם שהרג עבד אין חייב לשלם שלושים של עבד, ויש להעיר דמבואר בגמ' דהחיוב היה צריך להיות מגופו של עבד ככל חיוב נזקין של תם, וא"כ מדוע החיוב הוא ל' שקלים ולכאורה היה צריך לשלם מחצה כמו חצי נזק וכמו שהגמ' אומרת לעיל נקי מחצי כופר ומ"ש חיוב קנס מחיוב כופר.

ועי' ברבנן פרץ שביאר דר"ע אזיל לטעמיא דסבר שתם שחבל באדם משלם נ"ש לכן לולא המיעוט היה משלם ל' שקלים כמו נזק שלם, ומה דנקט לעיל בדברי ר' יוסי נקי מחצי כופר דסבר דתם שחבל באדם משלם רק חצי נזק, [והא דקאמר ר' יוסי הגלילי נקי מדמי ולדות ולא אמר חצי דמי ולדות משום שלמסקנת הגמ' קאי קרא אתי למעט אף מועד].

הכא דמעיקרא בר קטלא לא חל חיוב כופר

גמ' אבל הכא דמעיקרא בר קטלא הוה לא צריך קרא אע"ג דקדם ושחטיה. פרש"י דשור בר קטלא הוא תחילת דינו נפטר ממון ולא חלה עליו תשלומין.

ונראה לבאר דלא מיבעיא לר"ע דסבר יוחלט השור דהשותפות בשור חלה מיד לאחר הנזק, ולכן היכא שדין השור ליסקל לא חלה שותפות בשור, אלא אף לר"י דיושם השור הא מבואר דחל דין אפותקי על השור חל בשעת הנזק ואף אם יש חיוב דמים כ"ז רק היכא שהשור לא קיים אבל הכא שהשור קיים ליכא חיוב דמים וע"כ כיון שעומד ליסקל לא חל אפותקי על השור ומשום"ה היה פשוט מסברא שאף שקדם ושחטו לא יגבה מגופו של שור.

גמ' סד"א הואיל ואמר ר"ע אף תם שחבל האדם משלם במותר נ"ש משתלם דמי עבד מעליה. הקשה השטמ"ק א"כ מה הקשה ר"ע לעיל לר' אליעזר והלא הוא עצמו לא משתם אלא מגופו וכו' הא איכא סברא שישתלם מן העליה כדאמרין הכא.

ובתב בשם רבנו פרץ דר"א סבר דלא כר"ע דתם שחבל באדם משלם חצי נזק וכמש"כ לעיל, ע"ע מש"כ לישב בשם הרא"ש. **תוס'** ד"ה ועבד יפה סלע וכו'. שלעולם הקצבה עומדת א"כ גם כשהשור אינו שוה כלום קיימת, ועי' בשטמ"ק בשם רבנו ישעיה שהוסיף דכיון דבעינן שהקצבה תהא לעולם קימת ע"כ שגובה מהעליה כיון שהשור לא שוה כלום.

ובשם הרא"ש כתב בשטמ"ק דשכיח יותר שהוא שוה פחות מל' ולכן חשיב חומרא ולכן ס"ד שיגבה מהעליה.

תוס' ד"ה נקי מדמי עבד. ויש מפרשים דאפילו מדמים לא משלם וכ"ש קנס. כתב המהרש"א דדקדקו כן בלשון הגמ' דתני נקי 'מדמי עבד', וכתב עוד דהתוס' אזלי לפי מש"כ לעיל מא ע"ב דהא דלא אמר ר"א דקרא דנקי אתי למעט דמי עבד היכא שהרג שלא בכוונה, משום דכיון דבכוונה פטור ה"ה שלא בכוונה, אבל לטעם הראשון של התוס' דאתי למעט רק מחיוב דמפורש בקרא ה"נ לר"ע נמיא הכי, אלא דהתוס' נתכוון למעט שפטור מדמים אף בכוונה.

וסבר ר"ע לא ירית בעל

גמ' וסבר ר"ע לא ירית בעל והתניא וכו'. צ"ב מה קושית הגמ' הא ר"ע בעצמו

אמר שבעל יורש את אשתו, הא מעצם הלימוד של הגמ' דהוקש אשה לאיש שמעינן שרק הכא בנזקין אמרה תורה שהבעל לא יורש את אשתו אבל בעלמא הבעל יורש את אשתו, דאי בעלמא אינו יורש אמאי צריך למעוטי דאינו יורש נזקי אשתו.

ובתב השטמ"ק בשם גליון דקסבר הגמ' דלעולם אין יורש אלא שיש סברא מיוחדת לענין נזקין דיש לבעל זכות בנזקי אשתו ולכן צריך למעט מקרא, ומקשה הגמ' דהא אמר ר"ע דירושית הבעל מהתורה, ועי' ברשב"א שביאר באופן אחר.

ביאור הדרשה

דכופר רק לאחר מיתה

גמ' מ"ט אמר קרא והמית איש או אשה והשור יסקל. פרש"י שכונת הגמ' להקשות דנהי דכתיב בקרא והמית אפשר שהחייב כבר מחיים כשעשה מכה שיש בו כדי להמית, וע"ז דוחה הגמ' דהחייב חל רק לאחר מיתה, ופרש"י משום דכתיב בקרא המית איש או אשה והשור יסקל עכ"ד, האבנ"מ בשו"ת סי' ח' כתב דמשמע שכונת רש"י לפרש דהשור אינו בסקילה עד שימות דכתיב 'והמית', ודרשינן מקרא דוהמית דאינו אלא לאחר מיתה, והקשה דהא רש"י בד"ה הקודם כתב דאת הלשון והמית אפשר לפרש היכא דאמדהו למיתה ולא שמת ממש וצ"ע שרש"י סותר עצמו.

והשטמ"ק כתב דדרשינן מהא דכתיב והשור יסקל, דכל החייב של והמית אינו אלא היכא דהשור יסקל וכ"ז רק לאחר שימות ממש דכמיתת הבעלים כך מיתת השור, ואפשר שזהו כונת רש"י שסיים והשור יסקל.

אמנם הרע"א הכריח שאין כונת הגמ' משום דאין השור בסקילה אין הבעלים משלמים כופר, אלא דכיון דכתיב והמית וע"כ דלענין סקילה והמית הוא דוקא לא רק שאמדהו, א"כ ה"ה לגבי חיוב כופר כונת הפסוק דוהמית הוא דוקא וכל החיוב כופר הוא רק לאחר מיתה.

ביאור זכות היורשים בכופר

גמ' משום דהוה ליה ראוי ואין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק. בפשוטו נראה שגדר של כופר הוא ככל ירושה דעלמא דהיורשים מקבלים מן המוריש, ולכן הבעל שלא נוטל בראוי אין מקבל כופר, אולם צ"ע הרי המת מעולם לא זכה בכופר ומה שיך ירושה בזה. **והנה** תוס' משמע דהוה ככל ירושה שהקשו אמאיבעינן קרא לומר ב"ב שאין נוטל בראוי הא אפשר ללמוד מכאן ותי' דהכא עדיף מכל ראוי משום שמחיים נעשה החבלה שהכופר בא על ידה הו"א דנוטל.

והקשה המנחת חינוך [מצוה נא אות יז] דהא איכא מד"א בגמ' דאף מלוה חשיב ראוי ואין הבעל והבכור יורשים מלוה, וא"כ קשה מש"כ התוס' דכופר א"א ללמוד מראוי דעלמא כיון שהחבלה נעשית מחיים הא מלוה נמי החיוב חל מחיים.

ולכן כתב המנ"ח דחלוק הזכות של היורשים בכופר מכל ירושה של ממון, דבכל ממון יורשים דבר שהיה למת זכות ממון בזה ואף בנפלה לו ירושה לאחר מיתה חשיב יורש לענין זה שמוריש אותו ליורשיו, אבל בכופר מעולם לא היה למת זכות בהך ממון וא"א לומר דהוה ככל ירושה שמקבלים מן המוריש,

אלא ע"כ שנאמר כאן גדר חדש שהתורה זיכתה את הכופר למי שדינו להיות יורש של המת, ובפרט אי כופרא כפרה אינו הלכה של ירושה אלא שיש למזיק חובת כפרה ואופן הכפרה הוא ע"י שנותן ליורשיו של המת דמיו, ולכן אף דבעלמא אין הבעל יורש בראוי אין זה סיבה שלא יהיה לו זכות בכופר שהרי הבעל נמי יש לו דין יורש על אשתו.

ולפ"ז כתב המנ"ח חידוש שאין לבע"ח של המת זכות לגבות מהכופר משום שלא היה למת בו זכות מעולם, והא דקאמר הגמ' הטעם שאין הבעל זכות בכופר כיון שהוא ראוי כתב המנ"ח דכונת הגמ' והו"ל ראוי דאין זה עיקר הסברא שהבעל לא יורש, אלא שהוא טעם למה דרשינן קרא לענין כופר שהבעל לא יורש וע"ז קאמר הגמ' דמשום שמצינו לענין ירושה שיש לו פחות כח בירושה משאר יורשים שהרי אין נוטל בראוי, לכן התורה הפקיעה אותו ג"כ מזכות של הכופר.

האור שמח [פ"ט מנזק"מ הי"א] כתב כסברת המנ"ח דכופר אינו מדין ירושה, וכונת הגמ' דמטעם שאינו יורש בראוי כיון דלאחר מיתה פקע שארות של הבעל לכן ל"ש שיזכה בכופר מדין ירושה שכל דין ירושה של בעל הוא רק בדבר שזוכה ממנה בשעת מיתתה שאז יש שארות, ולכן לא זיכתה התורה לבעל את הכופר, ובזה כתב לישב לס"ד דהגמ' לעיל מא ע"ב דלר"ע כופר בתם הוה קנס א"כ אמאי בעי קרא למעוטי תם מכופר הא בעלמא הדין בקנס שאין אדם מוריש קנס לבניו, ומוכח דע"כ כופר אינו ירושה ולא בעינן קרא למעט.

אמנם מדברי תוס' שהקשו נראה שיש לזה תורת ירושה גמורה, וכן נראה

מנחת

דף מג ע"א

משה

קמט

בקצה"ח סי' ת"ה שיש לכופר דין ירושה עי"ש, וכן כתב החזו"א ב"ק סי' ט"ו ס"ק ל"ו דמהא דקאמר הגמ' דאינו נוטל בראוי ע"כ שזהו דין של ירושה, ולכן בע"ח של המת גובים יכולים לגבות מזה דלא כהמנ"ח, ועי' היטב בחי' הגר"ח הלכות נחלות.

דף מג ע"א

גמ' אמר רבה בגרושה. פרש"י שגירשה אחר החבלה, וביאר המהרש"א במהד"ב שאם גירשה ואח"כ נחבלה פשיטא שהחבלה לעצמה, והחידוש הוא היכא שהחבלה היה תחתיו כיון שגירשה אין לה זכות בזה, ועי' בשטמ"ק.

גרושה תפלוג בדמי ולדות

גמ' גרושה נמי תפלוג בדמי ולדות. מצינו ב' דרכים בביאור הקושיא, הרש"ש כתב שאין כונת הגמ' להקשות באופן שהחבלה היתה תחתיו דבכה"ג לא היה ס"ד שתזכה האשה בדמי ולדות שהרי כבר זכה בהם הבעל, אלא קושיית הגמ' היא דבאופן שהחבלה היתה לאחר שגירשה אמאי לא תזכה בזה, וכונת הגמ' להקשות דהו"ל לברייתא לכתוב דאי גרשה קודם החבלה דמי הולדות שלה.

ובזה מישב קושיית רע"א בגליון הש"ס מדוע לא מקשה הגמ' על גוף הברייתא בהא דקתני דאם ליתא לבעל דמי ולדות לירשיו ואמאי לא הוה לאשה עצמה, וכתב הרש"ש דהיכא שהחבלה בחיי הבעל אין לאשה זכות בזה שכבר זכה בהם הבעל, [ועי' בחי' הראב"ד], ומבואר מדברי רע"א שחולק וסבר

שקושיית הגמ' היא ג"כ באופן שהחבלה נעשית בחיי הבעל דמ"מ מקשה הגמ' שאם גירשה תהא האשה צריכה לזכות בזה.

וביאור הדברים נראה שנחלקו בגדר זכות הדמי ולדות לפי ההו"א של הגמ' דמשמע שבעצם יש לאשה זכות בדמי ולדות אלא שהתורה זיכתה אותם לבעל ככל זכויות של ממון שמצינו שיש לבעל בנכסי אשתו, וא"כ י"ל שהרש"ש הבין שהזכות בדמי החבלה חלה מיד בשעת חבלה ולכן אם נתגרשה לאחר החבלה כבר זכה בזה הבעל, אבל הרע"א למד שזכות של הבעל בדמי החבלה הוא שיקבל אותם בשעת תשלומי החבלה והיינו דאינו אלא קדימה בדמי ולדות, ולכן הקשה שאף אם מת לאחר החבלה לא יזכה אלא היא תזכה בהם.

ועי' בפנ"י [בתוס' ד"ה אפילו בא עליה] שכתב כמש"כ בדעת הרע"א דס"ד של הגמ' הוא שהבעל זוכה מן האשה בדמי ולדות כמו כל הזכויות של ממון כמעשה ידיה, וכל הזכיה הוא רק בשעת הגביה לכן היכא שנתגרשה היא צריכה לקבל את דמי הולדות, וע"ע בתוס' בסוגיין שנראה באופ"א ועי' שטמ"ק בשם ר"ש.

תפלוג בדמי ולדות

גמ' תפלוג בדמי ולדות. הרא"ש בשטמ"ק כתב דלשון תפלוג ל"ד לשון חלוקה, אלא כלומר לעתים חלוקות תזכה האשה בדמי ולדות, וכן מבואר ברשב"א, אולם הרא"ה בשטמ"ק כתב שהיכא דגירשה לא זכי רחמנא כולה לבעל אלא שהאשה תקבל מחצה.

גדר זכות הבעל בדמי ולדות

גמ' אמר רב פפא התורה זיכתה דמי ולדות לבעל. בפשוטו כונת הגמ' לומר שזכות של דמי ולדות אינו זכות של האשה כלל, אלא הוא חידוש התורה שהוא של הבעל ואף אם בא עליה בזנות הוא שלו ואינו מחמת האישות שבניהם.

ובתב הפנ"י שהמקור לגדר זה הוא ממה שמבואר בירושלמי שהביאו תוס' דממעטין אם בא על אשה שאסורה לו שאינה יכולה להיות אשתו שאין חיוב של דמי ולדות וע"כ שהחיוב הוא לא מחמת שיש אישות ביניהם, אלא עצם זה שהוא היה הבעל התורה זיכתה לו את דמי הולדות.

זכות דמי ולדות
לאשה בנתגרשה

תוס' ד"ה גרושה וכו'. וק"ק דמאי פריך דתפלוג בדמי ולדות אטו ולדות צררי נינהו דהכי פריך לקמן וכו', וסבר תוס' שכל הזכות של דמי ולדות אינו דרך האשה כלל אלא שהוא זכות מיוחד שהתורה זיכתה אותם לבעל ולכן הקשו מה ס"ד שאם נתגרשה היא תקבל אותם, ועי' ברשב"א מש"כ לישב.

וביאור דבריו כתב הברכ"ש [כ"ט אות ה'] שעיקר החיוב של דמי ולדות הוא מכח הבעל, אלא שהזכיה שלו הוא נותן זכות גם לאשה לזכות בהם, ולכן היכא שחל חיוב מחמת הבעל כשהחבלה היה תחתיו תוכל האשה לקבל זכות בדמי ולדות כיון דבשעת התשלמין אינו בעל אשה, ול"ד לפרק הפרה דהתם נחבלה לאחר שמת הגר ולכן לא חל חיוב של דמי ולדות כלל, ואף שאם חבל בחיי

הגר ומת הגר לא זוכה האשה, י"ל דהתם חל חיוב לגבי הגר וזכה המזיק זכות זו משא"כ כאן בגירשה שאין בעל מ"מ תעמוד האשה במקום הזכות של הבעל.

וברבריו מפורש בשטמ"ק בשם הר"ש ז"ל דהיכא שהיא תחתיו הזכות הוא לאב טפי מלאם דהבנים משתעבדים לאב טפי מלאם כדאמרין בקידושין שהיא ואמה חייבין בכבוד אביך, אבל כשנתגרשה ידה כידו להשתעבד בהם דכיון דיש תשלומין גם היא תזכה הואיל וגרשה לאחר חבלה, ולפי"ז יש לבאר מש"כ באות הקודם שיחלקו בתשלומין, וכ"ז דלא כמש"כ לעיל שלפי הס"ד זכות של דמי ולדות הוא לאשה אלא תוס' למדו שגם להו"א הזכות דמי ולדות הוא מכח הבעל.

גדר הדין דכ"ז שהשור בסקילה

גמ' שור שהמית שלא בכוונה פטור מכופר כ"ז שהשור בסקילה בעלים משלמים כופר אין השור בסקילה אין הבעלים. תוס' כתבו דרבה סבר כר"ע שחולק על ר' אלעזר שהוצרך פסוק לעיל מא ע"ב למעט שור תם מחצי כופר משום הביאהו לב"ד וישלם לך, ולית ליה סברת רבה דשלא בכוונה או על פי עצמו משום הך סברא דכ"ז שאין השור בסקילה אין חיוב כופר, ועוד כתבו תוס' דשמא אף ר"א אית ליה הך סברא אלא שיליף מקרא דאם כופר לרבות כופר שלא בכוונה עי"ש.

והנה בפשוטו הך דינא דכ"ז שאין השור בסקילה אין הכונה שכל החיוב כופר הוא לאחר שסקלו את השור, אלא שנאמר כאן הלכה שכ"ז שלא חל חיוב סקילה על השור אין לבעלים חיוב כופר, ולכן שלא

בכוונה שהשור לא נסקל כמו שמבואר בגמ' מד ע"ב דכמיתת הבעלים כך מיתת השור לכן אין חיוב כופר.

והנה הרמב"ם [פ"י ה"ט] פסק להלכה דאף בשלא בכוונה יש חיוב כופר, ומשמע דאין הלכה כרבה שכ"ז שאין השור בסקילה, אולם בהלכה ג' שם פסק הרמב"ם דשור שהרג ג' פעמים וברח וברביעית תפסו אותו שנעשה מועד דאין הבעלים משלמים כופר עד שיסקלו השור ולכאורה הרמב"ם סותר עצמו בדין זה, וכתב הכס"מ דסבר הרמב"ם שיש חילוק בין שור שמחויב מיתה דבכה"ג אין הבעלים משלמים כופר עד שיסקל השור, אבל שלא בכוונה דהשור לא מחויב סקילה הבעלים משלמים כופר, והיינו שלהלכה הדין דאין השור בסקילה אין הכוונה על חיוב סקילה של השור, אלא שאם הוא מחויב סקילה החיוב כופר הוא רק לאחר שימות השור.

ונראה שכן צ"ל לפי מש"כ תוס' דר"א סבר נמי הך דינא דכל זמן שאין השור בסקילה אלא שלגבי שלא בכוונה נלמד מקרא, ולמבואר צ"ל שהגדר של הך דינא הוא שכ"ז שאין השור בסקילה הוא רק כשהשור מתחייב בסקילה בפועל, אבל לגבי שלא בכוונה לא נאמר הך דינא דהתם לא השור לא מתחייב מיתה בפועל.

הטעם שאין נאמן

להרוג שורו על פי עצמו

רש"י ד"ה מאי לאו כופר. ואע"ג דאין השור בסקילה שהרי הודה וכמיתת הבעלים כך מיתת השור ואדם בהודאתו אינו נהרג,

המהר"ם שיף [לעיל מא ע"ב] כתב דמשמע ברש"י שאין סיבה עצמית למה לא נאמן בהודאת עצמו על הריגת שור, אלא הטעם משום שיש הלכה של כמיתת הבעלים כך מיתת השור ולכן אין נאמן על הריגת שורו.

והקשה דברש"י לעיל מא ע"ב [ד"ה מיפטר מקנס] משמע שאם הודה ששור הרג אין השור נהרג משום דחשיב כקנס, וכתב דרש"י שם מירי בתם שחיוב תשלומין הוא קנס לכן אף הריגת השור הוא קנס, אבל כאן רש"י דיבר במועד והתם ל"ש לומר שהריגת השור הוא קנס לכן הוצרך רש"י לומר טעם אחר.

ולולא דבריו אפ"ל וכבר נתבאר לעיל ע"פ מש"כ רש"י במכות ה ע"א דאין אדם יכול לחייב את עצמו מיתה משום קנס, וא"כ אפשר לומר שכונת רש"י דכמיתת הבעלים כך מיתת השור, הכוונה היא שכמו שמיתה של עצמו הוא בכלל קנס ה"נ על מיתת שור יש דין של מודה בקנס, וזה מש"כ רש"י לעיל לפרש כונת הגמ' מודה בקנס דכי היכא שעל מיתת עצמו הוא קנס ה"נ על מיתת שורו הוא קנס.

ועי' לעיל שהובא מה שהקשו באחרונים על רש"י דהרי אף שור הפקר שהרג חייב מיתה וע"כ שאי"ז דין שתלוי בבעלים, והובא דבחי' ר' ראובן ביאר דיש לבעלים תורת בע"ד לגבי מיתת השור ולכן יש בזה דין של מודה בקנס, אולם העירוני דברש"י בזבחים כתב שאף אם מודה ששורו נרבע חשיב קנס כמודה על מיתה והרי התם ל"ש הסברא שכתבנו.

דף מג ע"א

שיטת רש"י בחיוב דמים

גמ' מאי לאו כופר לא דמים. ברש"י משמע שגדר חיוב דמים הוא כתשלום של נזקין וכמו שמשלם פחת דמזיק ה"נ משלם פחת דמיתה ויבואר כל הענין להלן, וכתב רבנו פרץ שהטעם שאב"י חלק על הדין של אם אין השור בסקילה אין הבעלים משלמים כופר ולא סבר לפרש המשנה משום דמים ד"ל שכופר ממונא הוא, וא"כ אין חילוק בין תשלום של כופר לתשלום של דמים ואם יש הלכה שאין משלם כופר אין מקום לחיוב דמים, אבל רבה סבר דכופרא כפרה ויש חילוק בין תשלום של כופר לתשלום של דמים וכמו שמבואר ברש"י ותוס'.

ונמצא שר"א שחולק על רבה כמו שמבואר בתוס' סבר ג"כ דכופא ממונא ולא כפרה, ולפי"ז ע"כ ר"א סבר דכופר דמי נזיק ולא דמי מזיק, ועי' לעיל מא ע"ב שהוכחנו דע"כ סבר ר"א כופר דמי נזיק וא"ש.

והנה בעיקר מה שמבואר בגמ' שיש חיוב דמים במקום שאין חיוב כופר יש להקשות מהא דלעיל לט ע"א דקתני אפוטרופוס אין משלם את הכופר משום דכופרא כפרה, והיתומים ג"כ אין משלמים משום דלאו בני כפרה, וקשה אמאי לא ישלמי דמים שהרי במקום שאין חיוב כופר משלמים דמים שהוא ג"כ תשלום על ההפסד, וא"כ כמו שיתמי משלמים על ההיזק ישלמו ג"כ דמים.

ובן קשה בהא דמבואר בריש מכות שעדים זוממים שהעידו ששור של פלוני הרג

אין משלים את הכופר משום דלא בני כפרה, ולכאורה אם במקום שאין חיוב כופר יש חיוב דמים מדוע שלא ישלמו דמים, מיהו בהא דע"ז י"ל שלא באו להפסיד אותו דמים אלא בא להפסיד לו כופר ועי', ע"ע בתוס' רי"ד שהקשה דמדברי רבה שאמר דשלא בכוונה פטור משמע שפטור מכלום ומשמע שאף דמים הוא פטור.

ואי דמים אמאי לא

גמ' ואי דמים אמאי לא. פרש"י ואי ס"ד יש תורת דמים להיכא דקטליה וכו', משמע רש"י שאב"י חולק על יסוד זה שרבה אמר שיש חיוב דמים לבן חורין, אלא כל מה שנתחדש בתורה הוא רק חיוב של כופר וקנס של ל' שקלים בעבד.

אולם בשטמ"ק הקשה דבגמ' בע"ב לא משמע הכי, ולכן ביאר שאף אב"י מודה שיש חיוב דמים אלא שהוקשה לו מהסיפא של המשנה שם, ובדעת רש"י דלית ליה לאב"י חיוב דמים בבן חורין י"ל דאין מושג של הפסד ממון בבן חורין שאינו חפץ ול"ש תורת נזקין בזה, ועוד י"ל שסבר שאף שיש כאן הפסד אבל ל"ש תביעה של יורשים על הפסד זה שאינו שלהם.

ברש"י דאי לית ליה לאו בכלל עונש

רש"י ד"ה לא דמים. דאפילו לא משלם נמי כגון אי לית ליה נכסי לאו בכלל עונש הוא, נראה ברש"י שבא לבאר מה החילוק בין חיוב כופר לחיוב דמים, ולזה כתב שבכופר שהוא משום כפרה אם אין לו נכסים יש עליו עונש, אבל אם בחיוב דמים אם אין לו מה

מנחת

דף מג ע"ב

משה

קנג

לשלם אין עליו ענוש, ועי' בבעל המאור שכתב דכונת רש"י שאם אין לו מה לשלם חייב מיתה בידי שמים, וכ"כ בחי' הראב"ד בשם רש"י.

ע"ע ברבנו פרץ לעיל שכתב חילוק זה שלמד"א כופא כפרה יש עליו ענוש אם לא משלם, ומשמע כרש"י שזה חיוב מיתה ביד"ש, וע"ע בתוס' רי"ד וברשב"א, [נועי' במנחת שלמה ח"א סי' צ' שהאריך דא"א לומר שיש חיוב מיתה ביד"ש על הבעלים בהריגת השור אם לא משלם כופר, עי"ש מש"כ לבאר כל הענין באופ"א, אולם לכאורה ברש"י כאן משמע שהיה חיוב בפועל].

תוס' ד"ה מאי לאו. ונראה לר"י כגון שמת המזיק דאין כפרה לאחר מיתה אבל דמים משלם, בחידושי הראב"ד הביא פי' זה בשם יש מפרשים והקשה דנמצא שמרובה מדת תשלומי דמים מתשלום של כופר, וא"כ מא קא ממעט קרא בזמן שהשור בסקילה אין הבעלים משלמים כופר הא אף אם לא ישלם כופר לעולם הוא ישלם דמים.

ובתב הראב"ד שיש חילוק באופן התשלום של כופר לתשלום של דמים, דכופר הוא כפי ערך הכתוב בתורה, אבל דמים משלם לפי כמה שהוא שוה לעבד להיות נמכר בשוק עי"ש עוד.

תוס' ד"ה רישא דמים. ואומר ר"י ומשלמו בתורת דמים, לכאורה כונת תוס' שצורת התשלום של דמים הוא לפי שיעור של כופר, אבל בל' של עבד החיוב דמים אינו באותו שיעור וכ"כ רבנו פרץ, אלא שלפי"ז כ"ז רק למד"א כופר דמי ניזק אבל למד"א

דמי מזיק אין חיוב דמים לפי שיעור הכופר, ואפשר כמש"כ לעיל דברש"י בכתובות שם מבואר דהך מתני' כמד"א דמי ניזק.

דף מג ע"ב

**כל שאין משלם על פי עצמו
אין חייב דמים**

גמ' בן חורין דמשלם כופר ע"פ עצמו וכו' עבד שאין משלם קנס ע"פ עצמו וכו'. מבואר שדעת רבה שכל החיוב דמים הוא רק בבן חורין כיון שאם הודה מעצמו ששורו הרג מתחייב כופר, אלא שבפועל אין משלם כופר כיון שיש הלכה שכ"ז שאין השור בסקילה אין הבעלים משלמים כופר לכן משלם דמים, אבל באופן שמודה שהרג עבד דל"ש חיוב קנס משום דמודה בקנס פטור ה"נ ליכא חיוב דמים.

הראב"ד בשטמ"ק ורבנו פרץ עמדו בביאור סברת הגמ' דלכאורה אם יש סברא לחייב דמים בהריגת אדם או עבד מדוע יהא תלוי אם מתחייב כופר וקנס ע"פ עצמו, וז"ל הראב"ד אלא דאיכא למימר כיון דתשלומי דמים במקום מיתה לא כתיבי ומכלל שאר נזקין הוא דאתי, וכופר וקנס הוא דכתיבי הילכך היכא דמשכחת ביה כופר וקנס מרבינן דמים בפנים הדומים להם בשום צד ואי לא לא עכ"ל, ואפשר שכונת הראב"ד דמכיון שלא מצינו בהדיא חיוב דמים בבן חורין, אלא שהוא נלמד מסברא ממה שמצינו שהתורה חייבה על תשלומי נזקין, ה"נ יש חיוב על הריגה מדין מזיק וכמו שמשמע ברש"י, אלא שלאחר שהתורה אמרה שבהריגת אדם יש

חיוב כופר וקנס ע"כ התגלה שיש לתשלום של דמים אותם גדרים שיש לחיוב כופר וקנס, ולכן במקום שמחויב בכופר ע"פ עצמו ה"נ מתחייב בדמים, אבל בעבד שהתורה נתנה חיוב ל' של עבד שהוא קנס ה"נ לחיוב דמים יש תורת קנס, ולכן היכא שהוא לא מתחייב קנס ע"פ עצמו אין חיוב דמים, וזה כונת הראב"ד במש"כ 'מרבין דמים במקום הדומה להם בשום צד', והיינו שיש להם את אותם גדרים חיוב.

במשנת ר' אהרון [סי' טו אות ג'] ביאר באופ"א דאע"פ שמשמע ברש"י בע"א שחיוב דמים הוא מפרשת נזקין, דהיינו ככל שאר הפסדים ונזקין של ממון, ומשמע שאף לולא חידוש התורה שיש חיוב כופר היה חייב דמים.

אולם נראה שלאחר שהתורה חידשה שיש חיוב קנס בל' של עבד מונח כאן הפקעה מהחיוב דמים, כיון שחיוב של קנס הוא חיוב אחר מחיוב דמים ע"כ שהתורה אמרה שעל הריגת עבד החיוב של נזקין של מיתה הוא תשלום של קנס, ולכן אמר רבה שמכיון שאם הודה אין חיוב קנס ה"נ אין חיוב דמים כיון שבמקום הריגה עבד אילו היה עדים על אותו הריגה היה מתחייב קנס מונח בזה הפקעה מחיוב דמים.

והא דסבר רבה שאם באו עדים שהרג שלא בכוונה חייב דמים, הביאור הוא דכיון שכל החיוב קנס הוא בא רק באופן כזה שהרג בכוונה, אבל בהריגה שלא בכוונה אין חיוב קנס לכן נשאר שם חיוב של דמים, אבל בהריגת בן חורין שיש חיוב של כופר עצם תשלום של כופר הוא תשלום של דמים אלא

שהתורה חידשה שיש לתשלום של דמים דינים מיוחדים, וזה כונת הגמ' שמכיון שאם באו עדים ואמר שמועד הרג חייב כופר ואין זה קנס, ע"כ שגדר תשלום של כופר הוא מדין דמים לכן ה"נ כשלא משלם כופר משלם דמים שבחיוב כופר לא נאמר הפקעה מתשלום של דמים, ועי' בחזו"א סי"ב סק"ט שנראה כך מדבריו.

בברכת שמואל [סי' כז] מבואר באופ"א שכתב בשם הגר"ח דמסברא אין חיוב תשלום של דמים לבן חורין, דהריגת אדם אי"ז בכלל נזקין והפסד, אלא דמהא שהתורה חייבה כופר או ל' של עבד גילתה התורה שיש לזה תורת הפסד ונזק, ולכן אף היכא שלא משלם כופר משלם דמים דהרי הפסידו, וממילא החיוב דמים צריך להיות דומה לחיוב כופר כיון דשורש החיוב הוא כופר, וע"כ היכא שהודה ששור הרג אע"ג דליכא כופר שאין השור בסקילה מ"מ כיון שהדמים דומים לחיוב של כופר משלם דמים, משא"כ בל' של עבד לא שייך לחיבו דמים כיון שאי"ז דומה לחיוב של קנס, דבקנס יש הלכה של מודה בקנס פטור.

ונראה דכל דברי הגר"ח אינם אלא לפי מש"כ באחרונים שיסוד החיוב של כופר אף למד"א כופרא כפרה אינו כפרה כמו קרבן אלא שיש בזה תשלום של הפסד הנזק, ולכן י"ל דאף היכא שלא משלם מדין כופר נתחדש חיוב דמים על ההפסד, אבל לדעת הראשונים דהוא חיוב של כפרה גרידא וכמשמע ברמב"ן בריש מכות, ע"כ צ"ל שהחיוב דמים הוא כמש"כ באות הקודם בדעת רש"י שזהו סברא דיש תורת דמים אף באדם.

ביאור שיטת רב שמואל בר יצחק

גמ' מתיב ר"ש בר יצחק כל שחייב בבן חורין חייב בעבד וכו' אלא לאו דמים. מצינו ב' דרכים בראשונים בביאור סברת רשב"י. **א'** רבנו פרץ [ד"ה אי הכי אשון] ביאר דרשב"י סבר שאע"פ שלא מצינו בעבד חיוב דמים שהרי בכוונה כל החיוב הוא רק קנס, מ"מ סבר רשב"י דמכיון שיש חיוב כופר בבן חורין לכן בעבד יתחייב דמים ע"פ עצמו, ולפי"ז רבה חלק על סברא זו וס"ל דמה שמצינו שיש חיוב כופר בבן חורין אי"ז סברא לחייב עבד דמים ע"פ עצמו.

ב' בשטמ"ק איכא עוד סברא בזה בשם תלמיד רבנו פרץ [ע"ש בסו"ד] שכתב דרשב"י סבר כאביי שבבן חורין אין חיוב של דמים כלל ורק חיוב כופר, אבל בעבד יש חיוב דמים אף בהודה ע"פ עצמו משום דעבדו כשורו וחמורו, ולכן אף שאין חיוב קנס בהודאה ע"פ עצמו דמודה בקנס מ"מ יש חיוב דמים, וסבר שאין לומר שממה שהתורה אמרה שיש חיוב קנס הוא הפקעה מחיוב דמים, ולפי סברא זו צ"ל שרבה סבר שאין סברא לחייב דמים בעבד משום שורו וחמורו לכן ע"פ עצמו ל"ש לחייב דמים מהסברא שכתבנו לעיל.

ונראה לבאר שב' הדרכים בראשונים תלוי במה שנתבאר לעיל ב' דרכים בסברת רבה שאין חיוב דמים במודה ששורו הרג עבד, א' ע"פ מש"כ במשנת ר' אהרון שאע"פ שחיוב דמים בהריגת אדם הוא חיוב מסברא כשאר חיוב נזקין כמש"כ רש"י, מ"מ סבר רבה שממה שמצינו בעבד שהתורה אמרה שיש חיוב קנס בהריגת עבד ע"כ שיש כאן

הפקעה מחיוב דמים בעבד, ב' הברכ"ש כתב בשם הגר"ח שאין סברא של חיוב דמים בהריגת אדם, מ"מ ממה שמצינו שהתורה אמרה שיש חיוב כופר או קנס נתחדש שיש תשלום של דמים על חבלת מיתה מ"מ כ"ז רק בחיוב כופר דאינו קנס, אבל בהריגת עבד דהל' של עבד הוא חיוב של קנס ממילא אין חיוב של דמים בזה, ונראה לבאר שהמחלוקת בין הראשונים הוא תלוי בב' הדרכים הנ"ל.

די"ל שרבנו פרץ סבר כסברת ר' אהרון שיש חיוב דמים מסברא, אלא ממה שמצינו שיש חיוב קנס הוא הפקעה מהחיוב דמים, וזה סברת רבה שממה שמצינו שיש הפקעה על החיוב דמים בעבד שהתורה חייבה קנס לכן ע"פ עצמו אין חיוב של דמים, אבל רשב"י חולק על כל היסוד הנ"ל דאין סברא לחייב דמים בבן חורין מכח הסברא, אלא ע"ד מש"כ הגר"ח שהחידוש של פרשת דמים נתחדש רק הכא מכח החיוב של כופר ולכן סבר שרק משום שנתחדש בבן חורין בכוונה חיוב של כופר, ע"כ נתחדש בתורה שיש לחבלה של אדם תורת תשלומין ולכן בעבד חייב על חבלת מיתה תשלום של דמים, ולכן אע"פ שבעבד מצינו רק חיוב קנס מ"מ יש גילוי בחיוב של בן חורין שיש פרשת תשלום של דמים על חבלת מיתה וה"נ בעבד יהא מחיוב לשלם.

אבל תלמיד רבנו פרץ בשטמ"ק שביאר שטעם של רשב"י הוא משום דהוה כשורו וחמורו ס"ל כביאור הגר"ח שמסברא אין חיוב דמים, וכל החיוב דמים הוא נתחדש רק ממה שמצינו שיש חיוב כופר ומזה נלמד שיש בחבלת מיתה חיוב דמים, אלא שכל החיוב הוא רק בגדרי החיוב של החבלה ולכן

רבה סבר שאם הודה ע"פ עצמו אין חיוב דמים, אבל רשב"י סבר שאע"פ שבבן חורין הדין הוא כך, מ"מ לגבי עבד יש סברא חדשה לחייב משום דחשיב כשורו וחמורו, ועי"ש ברכ"ש סי' כח אות ג' שהביא דברי השטמ"ק ועי"ש מש"כ.

ואפשר שיש נפק"מ בין ב' הדרכים הנ"ל האם לפי רשב"י יהא חיוב דמים בעבד שלא בכוונה, שלפי סברת תלמיד רבנו פרץ יהא חיוב משום דהחיוב דמים בעבד הוא משום דהוה כשורו וחמורו א"כ אין חילוק בין בכוונה לשלא בכוונה, אבל לפי מש"כ רבנו פרץ שהסברא שהוא מחייב דמים ע"פ עצמו משום שמצינו חיוב כופר בבן חורין, א"כ אפשר דעבד שלא בכוונה לא יהא חיוב דמים דבבן חורין אין חיוב כופר כה"ג ועיין בזה.

הקנס, אבל במקום שהתורה לא חייבה בקנס כמו בשלא בכוונה התם אין הפקעה מהחיוב דמים ולכן נשאר חיוב דמים כמו שאר נזקין.

אבל לדרכו של הגר"ח שאין חיוב דמים מסברא בהריגת אדם, וכל החיוב הוא מכח הפרשה של כופר וקנס, כתב הברכ"ש דכל הסברא שהחיוב דמים יש לו דין קנס הוא רק כשיש חיוב קנס והיינו כשהודה ע"פ עצמו שחייב, אבל בשלא בכוונה יש סברא לומר שמכיון שמצינו שכונה בבן חורין יש לחבלת מיתה תורת חבלה שמתחייב ע"ז דמים, לכן אף בעבד י"ל הך סברא שיתחייב על החבלה בתורת דמים, ולכן אף בשלא בכוונה יתחייב דמים מכח החידוש של חבלה שיש בעבד.

אי הכי אשו שלא בכוונה

גמ' אי הכי אשו שלא בכוונה. הקשה ברבנו פרץ מדוע מקשה הגמ' רק אליבא דרבה דאמר דיש חיוב דמים שלא בכוונה ואמאי אין להקשות כן אף אליבא דרשב"י שאמר שיש חיוב דמים כשהודה ע"פ עצמו א"כ יהא חיוב דמים באש.

ובתב לבאר דכל סברת רשב"י הוא ממה שמצינו שיש חיוב של כופר בבן חורין ע"פ עצמו לכן חייב אף שלא בכוונה, ולכן א"א להקשות שא"כ גם באש ג"כ יתחייב דמים, שהרי לא מצינו חיוב כופר ודמים באש כלל, אבל לרבה דסבר שיש חיוב דמים בשלא בכוונה ס"ל שנתחדש שבכל שור יש פרשת דמים, א"כ ה"נ יש סברא לחייב באש דהוה כשורו.

דעת רבה דיש חיוב דמים

בעבד שלא בכוונה

גמ' רבה אמר ה"ק כל שחייב בבן חורין שלא בכוונה ע"פ עדים דמים בעבד שלא בכוונה ע"פ עדים חייב דמים. הקשה רבנו פרץ מה הטעם שיש חיוב דמים בזה ומ"ש מהא דאם הודה ע"פ עצמו שהרג בכוונה שאין חיוב דמים, ות"י דדוקא בכוונה שע"פ עדים התורה חייבה קנס ע"פ עצמו אין חיוב דמים, אבל בשלא בכוונה שלא מצינו שהתורה חייבה קנס מתחייב ע"פ עדים דמים.

וביאר הדבר לפי מש"כ באות הקודם דברבנו פרץ משמע ע"ד מה שביאר ר' אהרון דכל הסברא שיש הפקעה מחיוב דמים הוא רק משום שמצינו שהתורה חייב

והביאור בזה נראה כמש"כ לעיל דרבה סבר שיש חיוב דמים מסברא לכן אם יש חיוב בשלא בכוונה בעבד ה"נ באש, אבל לרשב"י דאין פרשת דמים רק מכח הסברא שמצינו בבן חורין שיש כופר, א"כ באש שלא מצינו חיוב של כופר אין מקור לחייב דמים, וכמש"כ דרשב"י סבר שהחיוב דמים אינו מסברא אלא הוא תולדה מהחיוב כופר, ולכן באש לא שייך לחייב מטעם זה, ולפי דרך הב' של רבנו פרץ בשטמ"ק שכל החיוב של דמים בעבד ע"פ עצמו הוא משום דהוה כשורו וחמורו, א"א להקשות א"ה אש נמי דאין סברא זו שייכת באש, ורק לרבה קשה שמחייב אף בשלא בכוונה דמים יש להקשות א"כ אף באש יתחייב דמים.

ביאור שיטת רש"י באשו שלא בכוונה וביסוד חיוב כופר ודמים

גמ' אי הכי אשו שלא בכוונה ע"פ עדים נשלם דמים. פרש"י שקושיית הגמ' שמכיון שמצינו תורת דמים למיתת אדם בבן חורין שלא בכוונה ה"נ באש שאין חיוב כופר וקנס יהא חיוב דמים, וכתב רש"י דכל הספק הוא רק שלא בכוונה אבל בכוונה פשיטא לן דפטור משום דקלב"מ, והקשה רבנו פרץ דאם בכוונה פטור משום קלב"מ א"כ שלא בכוונה נמי היה צריך להיות פטור משום תנא דבי חזקיה דאמר שלא חלקת בין מתכוון לאין מתכוון כמו שמבואר לעיל לה ע"א, [ע"י בהמשך מש"כ לישב בשם הגרי"ז].

ולכן כתב רבנו פרץ שכל הספק של הגמ' הוא רק למד"א אשו משום ממונו, דבכוונה אין חיוב מיתה ול"ש שם קלב"מ,

ומסתפקת הגמ' דאע"פ שאין באש חיוב כופר שנתמעט מקרא דעליו מ"מ שמא יהא חיוב דמים, וכתב שבאמת הספק הוא גם באשו בכוונה והא דנקט אשו שלא בכוונה אידי דתני לעיל לגבי שורו שלא בכוונה, אבל למד"א אשו משום חיציו אין ספק דכיון שבכוונה פטור מדמים משום קלב"מ לכן אף שלא בכוונה פטור משום תדב"ח, וכתב ר"פ דמשמע בגמ' שהנדון לחייב באשו אינו רק בעבד אלא אף בבן חורין.

והקשה רבנו פרץ הרי בגמ' לעיל כו ע"א ממעטינן מקרא דעליו שאין חיוב לשלם בהריגת בן חורין, ותי' שכל המיעוט של עליו הוא רק לגבי חיוב של כופר ולא לגבי דמי הנהרג ודמי הנהרג פטור משום קלב"מ, אבל באשו ל"ש קלב"מ, ומבואר מדבריו שבכוונה אין לפטור כופר משום קלב"מ ורק מכח המיעוט של עליו.

והטעם בזה כתב ברבנו פרץ שם משום שכופרא כפרה לכן א"א לפטור מדין קלב"מ כמו שמצינו שאם הוציא בשבת והיה שוגג על האוכלין ומזיד על הכלי שמתחייב מיתה וקרבן ואין פטור של קלב"מ על הקרבן, ה"נ אין לפטור משום קלב"מ את הכופר לכן צריך קרא דעליו, וכתב דלמד"א כופרא ממונא אין צריך קרא דעליו למעט שאין חיוב כופר באדם, משום דבלא"ה פטור משום שיש קלב"מ, [וכתב דמ"מ בעינן קרא דעליו למעט אש ובור שאין חיוב כופר, אבל לגבי אדם שהרג יש פטור של קלב"מ].

התוס' הקשו ג"כ על רש"י שפירש שבכוונה אין ספק משום קלב"מ, וכתבו ז"ל ודוקא אליבא דמד"א אשו משום ממונו פריך

דהויא דומיא דשורו, אבל למד"א אשו משום חציו היינו אדם המזיק עכ"ל, משמע בתוס' דאין כונתם מטעם שכתב רבנו פרץ שלמד"א אשו משום חציו אין להסתפק משום שבכוונה פטור משום קלב"מ ה"נ שלא בכוונה יש תדב"ח, דלשון תוס' הוא דמחמת שהוא אדם המזיק, ואפשר שכונת תוס' שלמד"א אשו משום חציו אין נדון לחייב דמים באש משום שלא מצינו באדם במזיק חיוב כופר לכן אין סברא לחייב דמים בכך חורין.

אולם דיש להקשות דבלשון הגמ' לכאורה מוכרח שהטעם שבכוונה פטור הוא משום קלב"מ, שהגמ' אומרת שמיידי שהצית בגופו של עבד ופטור משום קלב"מ, ומשמע דלא כמש"כ, ואפשר שהלשון של ר"ל הוא ג"כ פטור על הגדיש.

דעת רבנו פרץ

דכופר ליכא פטור דקלב"מ

השטמ"ק הביא בשם תלמיד ר"פ תוספת דברים על כל דברי רבנו פרץ, דהקשה שם על מש"כ שיש ב' נדונים לפטור בהריגת אדם א' חיוב כופר דזה כפרה דל"ש בזה פטור משום קלב"מ אלא פטור מקרא דעליו, ב' חיוב דמי הנהרג ובזה הפטור הוא משום קלב"מ, והקשה דבסנהדרין עט ע"ב דעת רבי דנתכוון להרוג את זה והרג את זה חייב דמים, דיליף מקרא דונתתה נפש תחת נפש שיש חיוב דמים בנתכוון להרוג את זה והרג את זה, ואומרת הגמ' שם שרבי חולק על תדב"ח שסבר שילפינן אין מתכוון ממתכוון שפטור ממון, ולמבואר כאן שכל הפטור שנלמד מעליו הוא רק מכופר נמצא שהלימוד של בין מתכוון לאין מתכוון הוא

לענין פטור כופר ולא לענין דמים, ונמצא שמה שרבי מחייב דמים חולק על רבנו שפוטרים מדמים מדין של קלב"מ, ואמאי הגמ' אומרת שחולק על חזקיה, וכתב דא"א לומר שמה שרבי מחייב בהרג באין מתכוון הוא כופר דאדם שהרג אין בו חיוב כופר. **ולבן** כתב רבנו פרץ דיסוד זה שפטור של דמי הנהרג נלמד מקלב"מ תלוי במחלוקת של רבה ושאר אמוראי דפליגי עליה בסוגיין, דרבה שסבר דשלא בכוונה אין חיוב כופר ויש חיוב דמים כשאר נזיקין סבר דהמיעוט של עליו לא ממעטינן רק חיוב כופר, ומקלב"מ נלמד לפטור חיוב דמים, אבל אביי ורשב"י החולקים על רבה סברי דפטור של קלב"מ לא נאמר רק בממון אחר בהדי מיתה, אבל כופר או חיוב דמים לא נלמד מקלב"מ אלא נתמעט מקרא דעליו, ולפי"ז כתב שהסוגיא בסנהדרין קאי כדעת החולקים על רבה, ולכן הגמ' אומרת שרבי שמחייב דמים חולק על תנא דבי חזקיה שלומד ממתכוון לאין מתכוון, משום שהמקור של תדב"ח של מתכוון הוא מעליו שזה ממעט בין דמים ובין כופר.

אולם צריך להוסיף שהחולקים על רבה בסוגיין הוא אביי ורשב"י, ובפשוטו לא מצינו שהם סוברים שיש חיוב דמים, שהרי כל הכרח שיש חיוב דמים הוא מכח קושית אביי מהמשנה בכתובות, ואביי סבר דהא דקתני שם שמשלם על פי עצמו הכונה לכופר ולא לדמים דאין חיוב דמים כלל, וא"כ לדבריהם לכאורה אין צורך להיקש של מתכוון לאין מתכוון לגבי דמים שהרי אין חיוב של דמים כלל, וא"כ קשה מה כונת הגמ' דרבי מפקא מתדב"ח שהרי לחולקים על רבה אין

מקור לחיוב דמים בבן חורין, וביותר שהרי למעט מחיוב כופר אין מתכוון אין צריך היקש שהרי בעיקר הפסוק של עליו נאמר מיעוט לאינו מתכוון שהרי ע"כ הך קרא מיירי גם באינו מתכוון שהרי אנו לומדים מקרא דעליו אף אש ובור והתם ע"כ דהוה שלא בכוונה.

וצ"ל דהא דבעינן הילפותא דאין חילוק בין מתכוון לאין מתכוון, היינו רק כדי שלא ללמוד הדרשה של ונתתה נפש שמשם יליף רבי שיש חיוב של דמים בהריגת שלא במתכוון, וכל ההקיש הוא רק כדי שלא נלמד שיש חיוב דמים כדעת רבי בסנהדרין, ועי' חזו"א סי"ב ס"ק י"א שמבואר כן.

ובתב רבנו פרץ שם דלאינך אמוראי מיושב גם למד"א כופרא ממונא אמאי איצטריך קרא דעליו ולא פטרינן משום קלב"מ, דפטור של קלב"מ בעלמא לא נאמר רק בממון אחר עכ"ד, ונראה לבאר כונתו דלרבה שסבר דיש דמים לבן חורין ע"כ צריך לסבור דכופרא כפרה, כיון דחזינן דבעי קרא דעליו ולא פטרינן מקלב"מ כמו שפוטרים את החיוב דמים, דאי כופר ממונא ע"כ הוה כשאר חיוב נזקין ואפשר לפטור משום קלב"מ כמו שפוטרים את החיוב דמים, אבל אינך אמוראי שפיר מצי סברי כופרא ממונא דלדידהו גם למד"א כופרא ממונא אין הפירוש בזה שהוא תשלומי נזקין דעלמא כיון שהרי אין דמים לבן חורין, אלא ע"כ שאף אם חיוב של כופר הוא ממונא מ"מ יסוד החיוב הוא מחמת העבירה שעשה ונתחדש תשלומין בתורת דמים ולכן בזה י"ל דל"ש קלב"מ.

והנה תוס' לעיל ד ע"א כתבו דל"ש לפטור כופר משום קלב"מ ולכן בעינן קרא

דעליו, וכתב המהר"ם שם שכונת תוס' שמכיון דדמי הנהרג זהו עונש אחד עם המיתה לכן ל"ש בזה קלב"מ, ונכונתו שכל דין קלב"מ הוא רק היכא שנוסף עונש אחר יחד עם המיתה אבל כשיש ב' עונשים על דבר אחד ל"ש לומר בזה קלב"מ, וכ"כ ברבנו פרץ שם ובדף כו ע"א עי"ש היטב.

ונראה זה ברור שסברא זו ל"ש לדעת רבה בסוגין שסבר שבחיוב דמים אמרינן קלב"מ ובכופר לא אמרינן קלב"מ משום דכופרא כפרה, אלא כל דבריהם אינם אלא לאינך אמוראי דסברי שאין הטעם משום כופרא כפרה אלא אפי' אי ממונא מ"מ ליכא קלב"מ והטעם משום דהוה עונש אחד.

דעת תוס' ד' ע"א בקלב"מ בכופר

והנה כל דברי רבנו פרץ אינם אלא לפירוש ר"י בתוס' לעיל ד. דאף לתדב"ח צריך קרא דעליו למעט כופר באדם ול"ש לפטור משום קלב"מ או כמש"כ ר"פ לדעת רבה דכופרא כפרה, או דלאידך אמוראי שחלקו על רבה וכמש"כ באות הקודם דלא אמרינן קלב"מ בב' עונשים על דבר אחד.

אבל תוס' שם בדרך הראשונה כתבו שכל המיעוט של עליו ולא על האדם אינו אלא למאן דפליג אתנא דבי חזקיה, אבל לתד"ח אין כופר באדם משום קלב"מ וא"צ קרא דעליו למעט אדם מכופר רק למעט אש ובור.

ובן כתב הרשב"א בדעת רש"י בדף כו ע"א בהא דכתב רש"י שם דהמיעוט של עליו הוא במזיד ולא אתרו ביה, והקשה הרשב"א

דמשמע מדברי רש"י דבמזיד גמור לא בעי קרא למעט משום דקלב"מ וא"כ אמאי בעי קרא למזיד ולא אתרו דהא איכא תדב"ח, וכתב הרשב"א דע"כ כל המעוט של עליו למעט אדם המזיק מכופר הוא לרבי שחולק על תדב"ח, דאית ליה דמי הנהרג באינו מתכוון מגזה"כ דונתת נפש וכו' ולכן צריך מיעוט דעליו במזיד ולא אתרו ביה.

ולפי"ז א"ש קושית רבנו פרץ בסוגין אמאי קאמר הגמ' דהצית בגופו של עבד פטור משום קלב"מ ולא כתב משום דממעטין מעליו, ולמבואר ברש"י לתדב"ח לא דרשינן עליו למעט אדם אלא משום קלב"מ, ובזה א"ש מש"כ רש"י לקמן נג: שהמיעוט של דמים הוא מקלב"מ, והקשה הקצה"ח סי' ת"י סק"ד אמאי לא כתב רש"י משום עליו, ולמבואר א"ש דלתדב"ח ל"צ עליו למעט אדם, ועי"ש בקצה"ח מש"כ לישב וזהו דלא כמש"כ.

ישוב הגרי"ז בדעת רש"י בסוגין

רש"י ד"ה אי הכי. ומיהו בכוונה דפטור משום קלב"מ, מבואר מדברי רש"י דהסוגיא קאי כמד"א אשו משום חציו ולכן בכוונה פטור משום קלב"מ, והא דכתב רש"י דהפטור הוא משום קלב"מ, ולא כתב מדין עליו י"ל כמש"כ באות הקודם דשיטת רש"י דלתנא דבי חזקיה א"צ לדין עליו, וכל הפטור של דמים הוא משום קלב"מ, אלא דא"כ צ"ע מהו ספק הגמ' אם אשו שלא בכוונה משלם דמים או לא, הא למבואר ברש"י דקאי כמד"א אשו משום חציו א"כ יש פטור שלא בכוונה משום קלב"מ דילפינן אין מתכוון ממתכוון

וא"כ מהו ספק הגמ', ואם נימא דקאי כרבי דפליג אתדב"ח וסבר דלא ילפינן מתכוון לאין מתכוון א"כ צריך להתחייב בדמים שהרי רבי דורש הפסוק ונתת נפש תחת נפש ממון.

בחי' הגרי"ז הלכ' רוצח כתב לבאר בדעת רש"י ע"פ מש"כ בדעת הרמב"ם שכל המיעוט של תד"ח בין מתכוון לאינו מתכוון מיירי רק לענין פטור מדמי הנהרג ולא לענין פטור של ממון אחר, ומשום דבמיעוט של בין מתכוון לאין מתכוון נתחדש שטעם הפטור של דמים הוא לא משום קלב"מ אלא משום שאין חיוב תשלום של דמים בהריגת אדם, ולכן אין חילוק בין מתכוון לאין מתכוון דאין חיוב דמים באדם שהרג אדם, אבל לגבי פטור של קלב"מ בממון אחר אין פטור באינו מתכוון, ורק בשוגג יש קלב"מ ולכן כלפי חיוב דמים ליכא קלב"מ.

ונראה להוסיף דאע"ג דבמתכוון פטור משום קלב"מ וכמו שהוכחנו בדעת רש"י ע"פ דברי הרשב"א בדף כו. דלתדב"ח א"צ לעליו, וא"כ נמצא שבמזיד הפטור הוא משום קלב"מ דלא יהיה אסון, מ"מ כתב הגרי"ז דאחר דילפינן אין מתכוון ממתכוון נתחדש טעם הפטור הוא משום דאין דמים היכא שאדם הרג ולפי"ז נמצא שזהו טעם הפטור גם במזיד.

ולפי"ז כתב הגרי"ז דהא מבואר בגמ' שאף למד"א אשו משום חציו סבר שאפשר לחייב ג"כ משום ממונו, וא"כ י"ל שהסתפקה הגמ' האם חייב דמים דע"ז ל"ש פטור של קלב"מ, דעל אין מתכוון לא נאמר הפטור של קלב"מ, וכל הפטור נאמר רק שאדם שהרג שאין חיוב לשלם דמים, אבל אם ממונו הרג

מנחת

דף מג ע"ב

משה

קסא

יש חיוב דמים כדחזינן בחיוב של כופר, והתוס' כאן כתבו דהא דנקט הגמ' אשו שלא בכוונה ל"ד, דה"ה היכא שהיה בכוונה משום דלמד"א אשו משום ממונו אין חילוק בין כונה ללא בכוונה, והתוס' שחלקו על רש"י משום דס"ל דאי מיירי למד"א אשו משום חציו ויש פטור של עליו שאין חיוב דמים ה"ה שלא בכוונה, ועי' בפנ"י שביאר דרך אחרת בכל הסוגיא.

אשו שלא בכוונה

גמ' אשו שלא בכוונה וכו'. מבואר מדברי הגמ' דהספק היה אף בעבד היכא שאין קנס אם יתחייב דמים, או"ד כיון שאין קנס אין חיוב דמים, והנה תוס' לעיל ט ע"ב הקשו אמאיבעינן קרא דשור ולא אדם למעט כופר בבור הא איכא קרא דעליו.

ובכתב החזו"א סי"ב ס"ק י"א דכל קושית התוס' אינו אלא לפי הצד שאין דמים באש, שלפי הצד שיש חיוב דמים באש דהיינו דאף שנתמעט כופר מ"מ יש חיוב דמים, פשוט דבעי קרא דשור ולא אדם למעט שלא יהיה חיוב של דמים, אבל לפי הצד בגמ' שאין חיוב דמים שפיר הקשו התוס'.

ותי' תוס' שם דבעינן קרא להיכא שנפל שם עבד או בעכו"ם הקנוי לישראל, וכתב החזו"א דמבואר מדברי התוס' דסבר כדעת הרמב"ם דאע"פ שאין דמים לבנ"ח היינו דלא נתחדש פרשת נזקין בהריגת אדם, אבל בעבד שהוא כשורו וחמורו איכא חיוב דמים, ולכן כתב התוס' דאע"פ שאין דמים באש כיון שנתמעט מחיוב כופר מ"מ בעבד יש חיוב

דמים, ואף דהגמ' כאן דנה רק אף על עבד שלא בכוונה כתב החזו"א דצ"ל דלקושטא דמילתא ליכא נדון בעבד כיון שיש חיוב של דמים.

ובן נראה מדברי התוס' מב ע"ב [ד"ה נקי] לפי' קמא שם דמשמע שיש חיוב דמים בעבד, וע"ע בפנ"י דף ט ע"ב [וברע"א הנדפס מחדש] שהקשו כן ונשאר בצ"ע, [ולמבואר לעיל ברבנו פרץ הך סברא רב שמואל בר יצחק ס"ל, אבל רבה חולק ע"ז ואפשר שכונת תוס' הוא לפי דבריו ועי'].

ביאור הספק של רבא

גמ' אלא רבא גופיה וכו'. ביאור הספק של רבא נראה לבאר לפי ב' הדרכים שכתבנו לעיל בגדר חיוב דמים, לפי דרכו של הגרא"ק שהחיוב דמים הוא מסברא אלא שבהריגת עבד סבר רבה שמכיון שהתורה חייבה קנס ע"כ שיש הפקעה מהחיוב דמים, אבל בבן חורין שיש חיוב של כופר אין זה הפקעה וכמש"כ שהכופר הוא תוספת על החיוב דמים, הסתפקה הגמ' באש שלא מצינו שם חיוב כופר כלל שמא יש כאן הפקעה מהחיוב דמים, ולכן אף בשלא בכוונה שאין מיעוט מכופר שהרי אף בשור אין חיוב כופר מ"מ כיון שבכוונה יש מיעוט מכופר הוא גילוי שבאש ל"ש לחייב על חבלת מיתה, או"ד שכל המיעוט בכוונה הוא מחיוב כופר אבל חיוב דמים יש, ולרש"י שהספק הוא רק בשלא בכוונה הא דבכוונה אין חיוב דמים הוא משום קלב"מ אבל בשלא בכוונה יש לחייב דמים, ולתוס' הוא פשוט יותר שהספק הוא אף בכוונה דאשו משום ממונו ספק הגמ' הוא

אבל כיון דלא בכלל איש ל"ש פטור של קלב"מ.

דף מד ע"א

רש"י ד"ה שור באדם שעשה בו. שור קטן ההורג כשור גדול ההורג דהא שור בן יומו וכו', צ"ב כונת רש"י הא בשור ל"ש כלל נדון של גדול וקטן, וכל השיעורים הללו לא נאמר אלא באיש שהוא בר דעת, וא"כ צ"ב כונת הגמ' שור באדם שעשה קטנים כגדולים, דאיזה פירכא הוא זה, הא ל"ש כלל חילוקים של גדול וקטן בבהמה וצ"ע.

גמ' אין לי אלא במועדת בתם מנין. עי' ברבנו פרץ שהקשה על הא דאמרינן לעיל לח. דל"ש לומר שיתחייב במועד מה שבתם הוא פטור, ועי' במהר"ם שיף מש"כ.

מועד להתחכך על בנ"א בכתלים

גמ' כדאמר רב במועד ליפול על בני אדם בבורות ה"נ במועד להתחכך על בנ"א בכתלים. נחלקו רש"י ותוס' בביאור הענין, דעת רש"י לקמן מח ע"ב שכונת הגמ' כאן דנתחכך בכותל להנאתו מיירי כשקודם לנגיחה הזו הרג ג"פ בנ"א ע"י זה שנתחכך בכותל בכוונה ליפול על בנ"א ונתחייב מיתה אלא שערק לאגמא ולכך לא הרגוהו, אבל בפעם הרביעית נתחכך בכותל להנאתו והפילו שלא בכוונה, ובזה נחלקו רב ושמואל אם חייב כופר, דשמואל סבר מכיון שהיה שלא בכוונה פטור ממיתה וחייב כופר, אבל רב סבר דכ"ז שאין השור בסקילה אין הבעלים משלמים כופר וכיון שהיה שלא בכוונה אין חייב מיתה לכן אין חייב כופר.

דהמיעוט מכופר אין זה סיבה להפקיע מחויב דמים ולכן כיון שמצינו בבן חורין חיוב דמים ה"נ באש.

ולפי דרך הב' שנתבאר לעיל שמסברא אין חיוב דמים כלל בחבלת מיתה וכל החיוב הוא תולדה מהחיוב כופר וקנס, י"ל שהספק של הגמ' הוא פשוט יותר, האם משום שלא מצינו חיוב כופר באש אין מקור לחיוב דמים, או ד' מכיון שמצינו בבן חורין שיש חיוב של כופר ע"כ נתחדש שיש חיוב על חבלת מיתה וא"כ אפשר דה"נ באש שייך תביעה כזה.

והנה לפי דרכו של השטמ"ק שרשב"י סבר שבעבד יש חיוב דמים ע"פ עצמו, משום שעבדו חייב כשורו וחמורו, א"כ לכאורה ה"נ באש כשהרג עבד יהא חיוב כיון שלא גרע חיוב דמים שלו משורו וחמורו, אבל לרבה שאין חיוב דמים בעבד כשורו וחמורו לכן נסתפקה הגמ' ג"כ בעבד וכמו שמוכח ממה שהגמ' פשטה מהמשנה של גדי כפות לו ועבד סמוך לו.

פטור קמן שהרג

רש"י ד"ה מה אדם באדם שלא עשה. ואיש כי יכה איש ולא קטן, צ"ע אמאיבעינן לדרשא דאיש הא בלא"ה קטן לאו בר עונשים הוא דלאו בר דעת הוא, ואפשר דס"ד דהוה כבהמה דחייב מיתה אם הרג ועי' בתורה תמימה פרשת משפטים וצ"ע.

והנה לדעת ההג"ה אשר"י בפרק החובל דקטן שהזיק חייב לכשיגדיל י"ל שצריך למיעוט שאיש, כדי שלא יהיה פטור של קלב"מ, דאם הוא רק משום דלאו בר דעת הוא א"כ הו"ל בכלל תדב"ח דהוה כשווגג,

אולם תוס' לקמן מח ע"ב הקשו על רש"י דדוחק לומר דחשיב מועד בהפלת כותל שלא בכוונה ע"י הפלת ג' הכתלים הראשונים בכוונה, וכונתם שמעשה זה שמפיל הכותל ע"י שמתחכך שלא בכוונה הוא תם, וכל המועדות היה רק על מעשה שבכוונה, ועי' ביש"ש בפרק הפרה סי' יב שכתב לבאר דעת רש"י דס"ל שמכיון שהוא שנעשה מועד ליפול בכוונה על בנ"א בבורות לכן מוטל על הבעלים לשמרו, ולכן כשלא שמרו אע"פ שנפל שלא בכוונה יש כאן פשיעה של הבעלים לגבי הפלת בורות וחייב לשלם הכופר.

דעת תוס' בסוגיין [ד"ה הכא] שהחייב כופר שמתחכך בכתלים להנאתו והוה שן, וכונת הגמ' שהוא מועד מתחלתו כיון שהוא שן, ולכן לשמואל יש חיוב כופר אע"פ שאין השור בסקילה, אבל רב סבר דאע"פ שיש חיוב כופר גם בשן ורגל, מ"מ כל החיוב כופר בשן ורגל אינו אלא היכא שהפיל בכוונה אבל היכא שהיה שלא בכוונה פטור דהוה כמו קרן שאם הפיל שלא בכוונה פטור מכופר.

ועי' ברבנו פרץ שביאר שמכיון שילפינן חיוב כופר מקרן, והתם כל החיוב אינו אלא היכא שיש לו כונה, ה"נ בשן ורגל אע"פ שלא צריך כונתו להזיק, מ"מ בשביל החיוב כופר צריך שיהא דומה לקרן ולכן צריך כונה להפיל על האדם, דהיינו שידע דנופל על האדם אלא שלא מתכוון לכך להרגו, אבל היכא שאין לו כונה כלל אין חיוב כופר דא"א ללמוד זאת מקרן, ואע"פ שבשן ורגל אין השור בסקילה ובקרן כל החיוב כופר הוא רק כשהשור בסקילה מ"מ ילפינן ליה משום דכל הך הלכתא של סקילה נאמר רק בקרן, והא דילפינן

חיוב כופר מקרן ולא ילפינן חיוב מיתה מקרן כתב רבנו פרץ לעיל כו. משום דאיכא למפרך דמה לקרן שכונתו להזיק משא"כ בהנך, אבל לגבי חיוב כופר ליכא למפרך הכי כיון שחיוב כופר הוא חיוב על הבעלים ע"כ סברת כונתו להזיק לא הוה חומרא למסקנת הגמ' לעיל כו ע"א.

הראב"ד פירש ע"ד סברת התוס' דכונת הגמ' דחייב כופר מדין שן, אולם כתב הראב"ד שאין משלם כופר עד שימית אדם ג"פ, והטעם משום שלא מצינו שהתורה חייבה כופר אלא אחר שהועד ג"פ, ויסוד דבריו נראה שחלוק חיוב נזיקין מחיוב כופר, דכל החיוב כופר הוא חיוב כפרה על הבעלים שפשע ג"פ בבהמתו ולא שמר ולכן אף היא שהוה אורחיה אין חיוב כופר אלא בפשיעת הבעלים ג"פ, ועי' לעיל דף מ ע"א שנתבאר יסוד זה בדעת הרמב"ם.

כוונה להזיק בחיוב כופר

תוס' ד"ה והא תם הוא. המקשן היה סבור שהיה מתחכך בכותל להפילו ולא למתכוון להפילו על בנ"א, דא"כ לא היה פטור ממיתה וע"ז מקשה והא תם הוא, דאע"פ שעשה כן כמה פעמים והרג בנ"א שלא בכוונה אין מועד להרוג אדם.

צ"ב כונת התוס' הא כיון שהפיל כמה פעמים אמאי לא הוה מועד הא לאו בחזקת שימור ונעשה אורחיה להפיל על כתלים על בנ"א, וע"כ צ"ל דאע"פ שנתכוון להפיל מ"מ כיון שלא היה כונתו להזיק לא נעשה מועד לחיוב כופר כיון דכמו שלגבי חיוב ממון צריך כונה להזיק ה"נ לענין כופר.

דעת רב דכופר

שלא בכוונה פטור

תוס' ד"ה הכא. הקשו תוס' דהכא פטר רב מכופר כיון שאין השור בסקילה ובפרק הפרה בשור שנפל לבור כשחזא ירוקא בבור ונפל חייב כופר אע"פ שאין השור בסקילה, ותי' בשם ר"ת דהתם יודע שימות התינוק ולכן חייב משום היזק דרגל, אבל הכא שהוא שלא בכוונה הוה כחייב קרן דשלא בכוונה אין חייב כופר, ועי' בספר תלמיד ר"ת שהקשה שהרי לרב דרשינן מקרא דכל זמן שאין השור בסקילה אין בעלים משלמים כופר ומדוע ברגל יש חייב כופר בלא חייב מיתה דשור, וצ"ל דכל הדין שאם אין השור בסקילה הוא רק באופן ששייך חייב סקילה אבל היכא דל"ש חייב סקילה כמו בשן ורגל לא נאמר הך דינא.

והנה רש"י לקמן מח ע"ב ביאר הטעם שבחזא ירוקא ונפל חייב כופר אע"פ שנפל שלא בכוונה, דהתם חייב כופר מדין שן דכיון שנפל ג"פ מחמת שנתכוון לאכול לכן חייב כופר אע"פ שאין השור בסקילה, אבל הכא בג"פ הראשונות הוא נתחייב מיתה שהפיל עצמו בכוונה.

וצריך לבאר הרי הכא ג"כ בפעם הרביעת נתחנך בכותל להנאתו והוה שן ומדוע ליכא חייב כופר ומ"ש מחייב של שן התם, ואע"פ שבסוגיין לא מתחייב בפעם הראשונה הטעם משום שהוא משונה וצריך שג' פעמים יהפיל עצמו בכוונה אבל מ"מ עכשיו הוא נפל ע"י מעשה של שן ואמאי לא חייב כופר אע"פ שאין השור בסקילה, ועי' במהר"ם שם שכתב דכיון שהעדאה היתה על החייב מיתה ל"ש שיתחייב כופר ע"י מה

שהמית בפעם הרביעת שלא בכוונה כיון שאין מתחייב מיתה בהך הריגה, ואפשר שכונתו שכיון שאופן ההעדאה היתה רק על צורה של חייב מיתה לכן לא נעשה מועד לחייב כופר רק על אופן שהוא מתחייב מיתה באותה הריגה, ולכן אם בפעם רביעית הרג שלא בכוונה אין יכול להתחייב כופר בהריגה כזו שאינו מתחייב מיתה ע"ז.

אולם לכאורה תמוה דהא מה שצריך שיהרוג ג"פ הוא משום שהוא משונה אבל לאחר שהורגל חייב מדין שן ולא מדין קרן הוא רק גילוי מילתא בעלמא שהורגל לכך, וא"כ אינו מחמת העדאה של שור תם, ומבואר שגם לזה צריך פרשה של העדאה כיון שצורת המזיק של שן הוא רק אם הוא אורחיה מתחלתו.

דף מד ע"ב

ואכתי צרורות ניהו

גמ' ואכתי צרורות ניהו. פרש"י שאין חייב כופר אלא בגופו אבל בכוחו ליכא חייב של צרורות, הקשו האחרונים [עי' או"ש פ"ב ה"ו] הרי לענין נזקין אמרינן לעיל בגמ' דכוחו כגופו א"כ אף לענין כופר צריך להיות כן, ומה כונת רש"י דלא אמרינן בכופר כוחו כגופו, ועוד דע"כ נגיחה דכתיב בקרא היינו כוחו ג"כ בכלל שהרי לעיל ב ע"ב מקשה הגמ' אמאי תני לענין אדם נגיחה ובבהמה כתיב כי יגוף ואי נגיחה משמע רק גופו א"כ להכי תני באדם רק כי יגח דליכא חייב צרורות. **וביאר**ו בזה שאע"פ שלגבי חייב מיתה אמרינן כוחו כגופו, מ"מ לענין תשלומי נזקין החייב של צרורות אינו מסברא

אלא זה ג"כ בכלל ההלכה למשה מסיני שנתחדש שכוחו כגופו, ועי' בברכ"ש [סי' יט] שהוכיח יסוד זה מהא דמבואר לעיל ג ע"א דשליף שעליה שהוא תולדה דרגל ולא אב, ומשום שאע"פ שכוחו כגופו כיון דזה נלמד מההלכה לכן לא הוה אב, ולכן סבר רש"י שכ"ז נאמר רק בחיוב נזקין ולא בחיוב כופר.

אולם דעת הרא"ש בפרק כיצד הרגל שההלכה למשה מסיני לא נאמר להחמיר אלא להקל, והיינו שלולא ההלכה הדין היה שצורות ישלם נזק שלם והלכתא באה להקל, ונמצא שמצד עיקר הדין הוא שכוחו כגופו גם לגבי נזקין וא"כ צריך להבין מהו קושית הגמ'.

בספר תלמידי הרשב"א והרא"ש הקשה קושיא זו, וכתב שצ"ל לפי הרא"ש דקושית הגמ' היא ואכתי צורות נינהו אמאי משלם כופר שלם כיון שהוא צורות היה צריך להיות שמשלם חצי כופר כמו שלגבי נזקין משלם רק חצי נזק, וכ"כ האו"ש שם בדעת הרמב"ם, [ועי' בנחלת דוד לעיל יז ע"ב שכתב כעין זה דקושית הגמ' דכיון שחייב רק בחצי נזק ה"ה צריך להתחייב רק בחצי כופר, והא כופר שלם אמר רחמנא ולא חצי כופר כמבואר לעיל מ ע"א וצ"ב כונתו דהתוס' שם כתבו לעיל דחצי כופר בתם לא חשיב חצי כופר דהיינו כופר שלם ידיה וא"כ ה"ה בצורות וצ"ע].

נזקין שלא בכוונה

גמ' והנזקין שלא בכוונה ר' יהודה מחייב ור"ש פוטר. לכאורה הנדון של שלא בכוונה קאי על האופנים של המשנה שמצינו

פטור ממיתה שלא בכוונה ודנה הגמ' מה הדין בנזקין כה"ג, והנה במשנה איכא ב' אופנים של שלא בכוונה האופן הראשון של המשנה הוא שהיה מתחכך בכותל ונפל הכותל על אדם, והגמ' העמידה שהיה מתחכך בכותל להנאתו, והאופן השני שהתכוין להרוג בהמה והרג אדם, ומעתה יש לדון האם הנדון של הגמ' בנזקין שלא בכוונה הוא על ב' האופנים של המשנה או לא, ועוד יש לברר באיזה מזיק דנה הגמ' האם בקרן או בשן ורגל, ונראה שנחלקו בזה הראשונים.

דהנה בתוס' בע"א מבואר שנדון הסוגיא הוא לא רק בקרן אלא אף בשן ורגל, שתוס' הקשו לפי ר"ת שפוטר רגל ממיתה היכא שלא נתכוון להזיק, א"כ נמצא שבכה"ג שהתכוין לדרוס על הכלים ולא נתכוון להזיק לא יהא חיוב של רגל לר"ש דילפינן נזקין ממיתה שהרי ברגל כה"ג ליכא חיוב מיתה, וזה א"א שאם החיוב של רגל הוא רק בכוונה להזיק א"כ היינו קרן, מבואר דס"ל לתוס' שהנדון של הגמ' בנזקין שלא בכוונה היה אף בשן ורגל, ועוד מבואר שהנדון של שלא בכוונה הוא באופן הראשון של המשנה.

אולם הראב"ד בשטמ"ק והרמ"ה שם כתבו לפרש כונת הגמ' שלא בכוונה היינו שנתכוון להזיק את זה והזיק את זה, וכתב שכל הנדון היה רק על מזיק של קרן שהמחייב הוא רק כשכוונתו להזיק והסתפקה הגמ' כה"ג אם נתכוון לאחד והזיק השני אם הוה בכלל כונתו להזיק אם הוה כמו כופר וחייב או דילמא שנלמד ממיתה, אבל בשן ורגל ליכא ספק כלל דהחיוב בשן ורגל אינו דוקא בכוונתו להזיק אלא כל שהזיקה דרך הילוכה חייב.

ועיין רבנו פרץ שהביא דברי ר"ת והקשה כקושיית התוס', וכתב לבאר שבאמת הספק של הגמ' לא היה כלל על מזיק של שן ורגל דפשיטא שהתורה חייבה אע"פ שאין כאן כונה להזיק, אלא כל הנדון של הגמ' היה רק בקרן, אלא שהקשה מה הסברא שנלמד נזקין ממיתה הרי מצינו במזיק של רגל שלא למדנו מיתה מנזקין, וא"כ נלמד משם שיהא חייב אף שלא בכוונה, וכתב לישב דא"א ללמוד מרגל דהתם ליכא אופן של חיוב מיתה כלל אבל בקרן שמצינו חיוב מיתה בכוונה א"כ אפשר ללמוד שלא בכוונה ממיתה שלא בכוונה שהוא פטור.

ונראה מדברי ר"פ שהנדון של הגמ' כמו שכתב הראב"ד שרק בקרן ולא בשן ורגל, מיהו משמע ברבנו פרץ שהכונה שלא בכוונה הוא אף באופן הראשון של המשנה שנתכחך בכותל ובזה ג"כ יש נדון האם בקרן יחשב שלא בכוונה ליפטר, ע"ע ברמב"ן במלחמות מה שכתב בביאור הסוגיא ומדבריו נראה ג"כ שלא היה ספק לגמ' כלל בשן ורגל רק בקרן עי"ש.

והנה לפי רבנו פרץ דמשמע בגמ' שלפי הצד שחייב בנזקין שלא בכוונה יש חיוב בקרן אע"פ שאין כונתו להזיק, ונמצא שהחיוב של קרן הוא מחמת שהוא משונה, ועי' לעיל טו ע"ב דכלבא שאכל אימרא חייב מדין קרן אע"פ שאין כונתו להזיק כיון שהוא משונה הוה בכלל קרן, וכתבו תוס' שם שדין זה דוקא למד"א פלגא נזקא קנסא אבל למד"א פ"נ ממונא המחייב של קרן הוא מה שכוונתו להזיק ונמצא שכל הנדון בסוגיא הוא רק למד"א פלגא נזקא קנסא, ועי' ברש"ש לעיל ב ע"ב שהקשה כן על רש"י שם עי"ש.

ע"ע במאירי שכתב שכל ספק הגמ' היה רק בשור שהזיק אדם, אבל שור שהזיק שור לא היה נדון לגמ' כלל דפשיטא שחייב בשלא בכוונה.

ר' שמעון יליף מקטלא

גמ' ור' שמעון יליף מקטלא. התוס' רי"ד לעיל מג ע"א הקשה לפי רבה שסבר דשלא בכוונה אין חיוב כופר ומבואר בגמ' שם שמ"מ יש חיוב דמים, וקשה הרי למבואר בסוגיין ילפינן חיוב נזקין מחיוב מיתה וא"כ איך חייב דמים, ועוד יש להקשות שאף למד"א שיליף מחיוב כופר הרי לרבה שלא בכוונה אין חיוב כופר וא"כ איך יתחייב דמים.

ועי' בחידושי בית מאיר שכתב שהרי הגמ' מקשה מהך ברייתא על רבה וע"כ שלא ידע הך ברייתא שחיוב דמים תלוי בחיוב מיתה, ואפשר דסבר שחיוב דמים אינו תלוי בחיוב כופר.

כופר חיובא דבעלים הוא

גמ' לאפוקי כופר דחיובא דבעלים הוא. בחידושי הגרנ"ט ביאר דחלוק ביסודו חיוב של נזקי ממונו מחיוב כופר, דבכופר יסוד החיוב הוא על הבעלים ע"ז שלא שמר, אבל נזקי ממונו החיוב הוא על עצם מה שממונו הזיק, ומשו"ה א"א ללמוד מחיוב של כופר לחיוב נזקין, אולם מדברי רש"י מדויק שהסברא בכופר כיון שהוא חיוב של כפרה ולכן אין ללמוד לנזקין ואין הכרח מכאן להך סברא.

ביאור תוס' פלגא ופלגא

תוס' ד"ה הוה ליה פלגא ופלגא. ביאור קושייתם דמדוע משום ספק נפשות

מנחת

דף מד ע"ב

משה

קסז

להקל יפטר, הא בלא"ה הרי התראת ספק לאו שמיה התראה, ולמד"א שמיה התראה הקשו להיפך מדוע יש הלכה שספק נפשות להקל הא בעלמא אע"פ שעושה מספק חייב א"כ ה"ה הכא.

ורנ' וי"ל דהכא כשזרק אבן אין ידוע וכו', מבואר בדברי התוס' שאם ספק נפשות להחמיר היה חייב, וצ"ב לפמ"ש"כ התוס' דהכא אין כאן איסור ודאי א"כ אכתי חסר בהתראה, וביאר בשערי ישר ש"א פ"ד דאם הדין שספק נפשות להחמיר א"כ יש כאן עבירה ודאית אע"פ שהמעשה המסופק לכן אין חסרון בהתראה.

גמ' ת"ר שור שור וכו'. עי' בנמוק"י שכתב צריכותא דיתמים ס"ד דאין להפסיד אותם דלאו בני דיעה, והיכא שהעמידו אפוטרופוס ס"ד כיון דאיכא שמירה כל דהו חס רחמנא שלא להפסיד את השור, ובשור הקדש ס"ד שלא להפסיד להקדש.

נגח ואח"כ הקדיש

לענין תשלומי נזקין

גמ' הא קמ"ל דאפי' נגח ואח"כ הקדיש או הקדיש פטור וכו'. בגמ' לעיל יג ע"ב מבואר לענין נזיקין דנגח ואח"כ הפקיר או הקדיש פטור, והרמב"ם פסק כן להלכה דלענין נזיקין פטור, ולענין מיתה פסק הרמב"ם כרבנן דחייב.

ועי' ברש"ש שם ובחי' הגר"ח על הש"ס שביארו דכל מה שחולקים רבנן הוא רק לענין חיוב מיתה משום דילפינן מקרא, אבל לענין נזיקין ילפינן מחיוב של כופר, דהסברא לחייב בכופר משום שכל החיוב של

כופר הוא רק היכא שיש בעלים שפשע בשמירתו, ועי' בראב"ד לעיל יג: שכתב סברא דילפינן נזיקין מקרא דמכרו את השור החי וחצו את כספו דמשמע שיש בעלים.

בחידושי הגר"ש ס"א ביאר דהראב"ד לשיטתו לעיל מ. שסבר שלחיוב כופר עד אחד נאמן משום דהוה כדבר של איסור ולכן לעולם הוה כלאחר גמר דין ולכן ל"ש בזה הפטור של של נגח ואח"כ הפקיר.

נגח ואח"כ מכר

גמ' שם. כתב הרשב"א דכל נדון הגמ' הוא רק היכא שנגח ואח"כ הפקיר או הקדיש דבזה ליכא בזה בעלים, אבל אם מכר לאחר לא שעתה יש לו בעלים, ודייק הרשב"א מלשון הגמ' דבעינן שיהא בעלים וא"צ שיהא אותם בעלים שהיו בשעת הנזק.

אמנם ברש"י לעיל יג ע"ב דייק הרש"ש דה"ה אם מכר נמי פטור, וכן מדויק ברש"י כאן [ד"ה אם] שכתב דהדין ששור הנסקל קודם שנגמר דינו מכור מכור אינו אלא לרבנן דפליגי על ר"י דס"ל דאף אם הקדיש או הפקיר השור בסקילה, ומבואר שלפי ר' יהודה אף בכה"ג אין חיוב מיתה, ורבנן פרץ כבר עמד על דברי רש"י דא"כ לר"י לעולם ימכור שורו ויפטר מחיוב נזקין.

והנה הרשב"א לעיל יג: כתב דלדברי רש"י דאף אם מכר לאחר ליכא חיוב תשלומין א"כ לכאורה ה"ה נמי ביורש נמי הדין כן, והקשה בחי' הגר"ש סי' א' דמסוגין מוכח דביורש אין הדין כן, שבגמ' אומרת לאפוקי שור של גר ומת הגר דפטור, ולרש"י אמאי לא קאמר היכא שמת ונפל לפני

היורשים, ועי"ש בחי' הגר"ש שחילק בין יורש שעומד במקום אביו ולכן לא חשיב שינוי בעלים להיכא שמכר לאדם אחר.

דף מה ע"א

שור שהמית ומכרו

גמ' שור שהמית עד שלא גמר דינו מכור מכור הקדישו מוקדש. פרש"י דמכור לרדיא, כתב הרשב"א שכונת רש"י שלא מהני המכירה להצילו ממיתה אלא כל המכירה מהניא רק לרדיא עד שיבאו ב"ד לסקלו.

והנה לעיל הובא שנחלקו רש"י והרשב"א האם לר' יהודה כשמכר לאחר ג"כ אין השור נסקל, ולפי רש"י כונת הגמ' רק לרבנן, אבל הרשב"א כתב שאף לפי ר' יהודה הדין כן, ועי' לקמן צח ע"ב דפרש"י כונת הברייתא דמכרו מכור כר"י דמכור לגמרי.

הקדיש שור הנסקל

קודם גמר דין

גמ' הקדישו מוקדש. פרש"י ונפק"מ דאי מיתהני מינה מעל, לכאורה כונתו שההקדש חל ג"כ כמו מכירה לרדיא, אולם י"ל שההקדש חל לגמרי ול"ד למכירה, משום שבמכירה הלוקח יודע שהוא עומד לסקילה לכן אין דעתו לקנות רק את השיעור זמן שיוכל להשתמש לרדיא, אבל בהקדש יש כאן מעשה הקדש גמור לעולם ואע"פ שיסקלו מ"מ אי"ז מגרע במעשה הקדש שהוא הקדיש לגמרי, ולא חשיב הקדש לזמן שהפסק של סקילה הוא התחדשות, [ועי' ברש"ש מש"כ בשם שו"ת חת"ס].

ועי' במאירי שכתב דע"כ לא חל קדושת הגוף כיון שנוגח פסול להקרבה ולכן חל רק קדושת דמים, וכתב המאירי דב"ד מכריחים אותו לפדותו בשויו וליתן דמים לבדק הבית, וצ"ב מדוע לא פירש שהקדיש לבדק הבית וממילא ההקדש יחול לרדיא כמש"כ ברש"י, ולאחר שיגמר דינו לסקילה יסקלו אותו שהרי אף שור הקדש חייב סקילה, וע"ע בשטמ"ק שהביא בשם הרא"ה דכל ההקדש חל רק כדרב אבהו דאמר לעיל לג ע"ב דאין הקדש יוצא בלא פדיון, והיינו שההקדש בעצם לא חל כלל וצ"ב הטעם בזה.

בעיקר דברי המאירי דסבר דלא חל קדושת הגוף על הנוגח עי' ברמב"ם פ"ג מאיסורי מזבח ה"י שכתב לגבי פסול רובע ונרבע שחל קדושת הגוף אע"פ דלאו בר הקרבה ולגבי נוגח לא כ"כ, ועי' באגרות משה או"ח ח"א בחלק קדשים סי"ז ענף ד' מש"כ בזה.

הטעם דמשנגמר דינו

הקדישו מוקדש

גמ' משנגמר דינו הקדישו אינו קדוש. פרש"י דלא ברשותיה דמריה הוא לאקדושיה, בקצה"ח [סי' ת"ו] כתב להוכיח מרש"י דסבר דיש זכיה באיסורי הנאה, והיינו שלא נפקע הבעלות הממונית באיסורי הנאה אלא דחשיב אינו ברשותו ולכן לא שייך להחיל בו קנין, והיינו אע"פ שיש בעלות באיסורי הנאה מ"מ כיון שבפועל לא יוכל להנות מזה חשיב אינו ברשותו לגבי הקנאה.

וכבר נחלקו בזה הראשונים עי' ברשב"א נדרים דף מז ע"א דסבר שאיסורי הנאה אינו שלו, ומה"ט אף ירושה ליכא

דעת ר"ת דשור הנסקל מחיים לא נאסר בהנאה

תוס' ד"ה מכור. ואפי' לר"ת דמחיים לא מתיסר מ"מ הרי אסור להשהותו לענות את דינו, צ"ב כונת התוס' דלכאורה הא דאסור לענות דינו אינו אלא מצוה בעלמא ואמאי לא חלה המכירה, ואפשר לומר כיון שיש מצוה שלא לענות את דינו ממילא אין לו בזה שימושים ולכן אע"פ שמצד הלכות הממון לא נפקע לו הבעלות מ"מ כיון שאסור לו להשתמש בדבר חשיב אינו ברשותו לגבי מכירה, ועי' בדברי יחזקאל [סי' לה ד'] שכתב לדמות לאיסורי הנאה דרבנן דחשיב אינו ברשותו דכל שבפועל אין יכול להשתמש בדבר חשיב הדבר אינו ברשותו, ועי' ברבנו פרץ שכתב דלאו ממון בעלים הוא דביד כל אדם ליטלו ולסקלו.

ונראה הביאור בזה ע"ד מש"כ בתוס' דכיון דביד כל אדם ליטלו ולסקלו, ממילא החפץ חשיב אינו ברשותו לגבי מכירה, אלא דהתוס' כאן ס"ל דבזה שיש מצוה על הבעלים שלא לענות דינו חשיב אינו ברשותו, ורבנו פרץ סבר דזה שיש מצוה לא מספיק עדיין להחשיבו כאינו ברשותו, אלא רק משום שביד כל אדם לסקלו, [וכעין זה כתב במקור חיים הלכ' פסח בפתיחה לסי' תלא אות ג' שחמץ בפסח חשיב אינו שלו אף לדעת הראשונים שכל איסורי הנאה הוא שלו, והטעם בזה משום שהכל מצויין לבערו מן העולם לכן חשיב אינו שלו וה"נ כיון שיש מצוה לסקלו חשיב אינו שלו].

הערוני שא"צ לכל מש"כ שתוס' בזבחים כתבו בהדיא שאע"פ שאסור לענות

באיסורי הנאה, אולם דעת הריטב"א בסוכה לה. דאיסורי הנאה הוה בכלל לכם ואפשר לצאת בו יד"ח באתרוג של ערלה, והיינו כרש"י דחשיב שלו, ועי' בתוס' בכתובות לג ע"ב שכתבו דאפשר למכור שור הנסקל לעכו"ם, ומבואר ג"כ כרש"י שכל החסרון הוא רק משום שאינו ברשותו וע"כ יכול למכורו כמו שמצינו לגבי גזילה דחשיב אינו ברשותו ויכול הגזלן למכור לנגזל ה"ה כאן כיון שלעכו"ם אין איסור להנות בזה ליכא בזה חסרון הקנאה, וע"ע מש"כ בדעת רש"י בזה במנחת משה כתובות לד ע"א סוכה לה ע"א ונדירים מז בכ"ז.

והנה בעיקר ההלכה דאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו נחלקו בזה בגמ' להלן סט ע"ב ר"י ור"ל וצנועים דר"י סבר דאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו, אבל ר"ל וצנועים סברו דאדם מקנה דבר שאינו ברשותו.

והקשה הזכר יצחק [סי' ל'] אמאי לא הוכיח ר' יוחנן שיטתו ממתני' הכא דקתני ששור הנסקל שנגמר דינו מכרו אינו מכור ופרש"י משום שאינו ברשותו, וקשה לצנועים הרי אדם מקנה דבר שאינו ברשותו וא"כ לכאורה ה"נ באיסורי הנאה דחשיב אינו ברשותו, וכתב שם בזכר יצחק דע"כ צ"ל שכל המחלוקת בסוגיא שם אם אדם מקנה דבר שאינו ברשותו אינו מחלוקת בעצם האם יש חסרון של הקנאה בדבר שאינו ברשותו, אלא המחלוקת היא האם גזלן יש לו כח ע"י קנני גזילה להחשיב את הדבר כאינו ברשותו, אבל איסורי הנאה שהתורה הפקיעה את הבעלות של הברשותו מן החפץ בזה כו"ע מודו שלא חל ההקדש ומכירה ואכמ"ל בכ"ז.

דינו מ"מ יש בידו למכרו משום שאדם יכול לרכוב עליו עד בית הסקילה, וא"כ יש לו את אותו הנאה אלא שכונת תוס' שבפועל לא יהיו קונים לזה.

בעיקר הסברא שכתבו תוס' שאסור לענות את דינו צ"ב דבשלמא באדם שמחויב מיתה שייך לומר כן, אבל במיתת השור מה הטעם בזה, והרשב"א כתב משום דכמיתת הבעלים כך מיתת השור ולכן יש איסור לענות הדין, אולם י"ל לפי מש"כ תוס' ביבמות ה' ע"ב [ד"ה כולה] לגבי שריפת בת כהן שצריך לשרפה מיד כדי שלא לענות הדין "ושמא ישכחו הדברים", ואפשר שזה כונת תוס' כאן שישכחו וזה שייך אף בהריגת בהמה.

ישוב דעת ר"ת

מדוע מכרו אינו מכור

תוס' בא"ד. ובמהדורא אחרת פרש"י דמכרו מכור דאמר ליה מוכר כיון שידעת שהרג ואת הוא דאפסת אנפשך ולא הוה מקח טעות, עי' בפנ"י שכתב לדייק מש"כ רש"י 'דאת ידעת שהרג' דמשמע דכל הסברא שיוכל לומר לו לשחיטה מכרתי הוא רק כיון שידוע שהרג ואין לו בו שימושים אחרים מלבד זה שיוכל לשחטו, ומשמע דהיינו כמד"א דמוכר שור לחברו ונמצא נגחן דיכול לומר לו לשחיטה מכרתי לך.

אולם הפנ"י כתב שאף למד"א שיוכל לומר לו כ"ז התם כיון שיוכל לומר דאין זה ברור שהוא נגחן, אבל כאן שצריך לעמוד בדין ויסקל שכו"ע מודו דהוה מקח טעות. **ומדברי** הרשב"א נראה דכונת התוס' לישב את דעת ר"ת דסבר שאין איסור הנאה מחיים דאף לאחר שנגמר דינו מ"מ

מכרו אינו מכור דהוה מקח טעות דאין לו אפשרות להנות מזה ולא משום שאין לו בעלות למכור, וכן כתבו תוס' בכתובות לג ע"ב לישב הא דמבואר בסוגיא שם שאם טבח שור הנסקל חייב ד' וה' אע"פ שיש כלל דכל שאינו במכירה אינה בטביחה, והרי כיון שהיא אסורה בהנאה לא חל המכירה, וע"ז כתבו תוס' שלר"ת שלא נאסר מחיים מכורו מכור, וע"כ צ"ל שכונת הגמ' כאן משום מקח טעות.

אולם צ"ע דכ"ז סברא רק במכירה אבל לענין הקדש ל"ש טעמא דמקח טעות ואמאי לא חל ההקדש, ועי' בבית הלוי ח"א סי' מ"ח שכתב דכיון שאין להקדש במה להשתמש בזה לכן לא חל ההקדש ג"כ, [ויש להעיר דכמו שכתב רש"י שמכרו מכור לרידא א"כ אף ההקדש יוכל להשתמש בו לרדיא שהרי מחיים לא נאסר].

המעם שאומרים באיסורי הנאה הרש"ל

גמ' לימא בהא קמיפלגי דרבנן סברי אין אומרים באיסורי הנאה הר"ל ור"י סבר אומרים באיסורי הנאה הרש"ל. צריך להבין מה הנדון אם אומרים באיסורי הנאה הרש"ל הרי לכאורה להלכה הדין הוא שהיזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק, וא"כ ל"ש לומר שיש תורת מזיק על החפץ, וצ"ל שהנדון הוא האם חשיב אותו חפץ שקיבל לענין חובת השבתה ועיין.

והנה לפי ר"ת שסבר ששור הנסקל לא נאסר מחיים קשה לשון הגמ' אומרים 'באיסורי הנאה' הרי עדיין לא נאסר בהנאה, ועי' בהגהות מלאו הרעים.

הרי שלך לפניך באיסורי הנאה

גמ' דכולי עלמא אומרים באיסורי הנאה הרש"ל. הקשה הקובץ שיעורים [פסחים כז] לפי דעת הראשונים שאיסורי הנאה אינו שלו איך יוכל לומר הרש"ל דהגמ' לקמן בפרק מרובה סו ע"א מקשה למד"א יאוש כדי קני מהמשנה דגזל חמץ ועבר עליו הפסח איך יכול לומר לו הרש"ל הרי כיון שנתיאש דמים צריך לשלם לו, ודוחה הגמ' דמכיון שאין רוצה לקנות לכן יש בו תורת השבה, והנה לשיטות דיאוש לא יוצא מרשות בעלים משמע בגמ' שאם החפץ אינו שלו אין יכול לקיים בזה חובת השבה, וא"כ אם איסורי הנאה אינו שלו לכאורה פקע הבעלות מן החפץ וא"כ אמאי יכול לומר באיסורי הנאה הרש"ל.

ובתב הקו"ש לישב דאפשר שכונת הראשונים דאיסורי הנאה אינו שלו היינו שאין בזה דין ממון והוה כמו מע"ש ממון גבוה, דגוף הדבר הוא שלו אלא שאין בזה דין ממון, [ועי' מש"כ במנחת משה סוכה לה ע"א שמוכח סברא זו מגוף הסוגיא שם דיש ב' נדונים דין ממון ובעלות ממונית], ויש להוכיח ענין זה שהרי חמץ לאחר הפסח מותר בהנאה והרי בפסח בעצמו היה אסור בהנאה ופקע הבעלות דאיסה"נ אינו שלו, וזה פשוט שא"צ לעשות מעשה קנין חדש בחמץ לאחר הפסח, וע"כ צ"ל שאף שאינו שלו אין כאן הפקעה גמורה מן הבעלות ולכן אכתי יכול לומר לו הרש"ל.

אי אהדרתיה ניהלי

הוה מעקרנא לאגמא

גמ' דאמר ליה אי אהדרתיה ניהלי הוה מעקרנא לאגמא. צריך להבין טענה זו

הרי אם הבעלים היה עושה כן היה שלא כדין שהרי מוטל על השור חיוב סקילה, וא"כ מה הסברא שיכול לטעון טענה כזו כדי לחייב את השומר בתשלומין, ולעיל מ ע"ב מבואר בגמ' ג"כ טענה זו, ותוס' שם ביארו שהיה מתפשר עם הניזק ולכן יכול לטעון כן אבל הכא הרי השור הרג אדם ומחויב סקילה, ועי' ביש"ש [סי' יח בסוף הסימן] שכתב שמוכח מכאן יסוד גדול שאע"פ שהשומר פטור מעיקר הדין אבל מכיון שיש לבעלים תערומת עליו שלא שמר את שורו והרי הוא גורם להפסיד לו את השור, לכן אע"פ שמעיקר הדין השומר פטור מ"מ יש לבעלים לבוא עליו בכל טעדיק שירצה, ולכן יוכל לטעון כל טענה שהיה לו אע"פ שיש איסור לעשות כן, ובזה ביאר הסוגיא לעיל מ ע"ב עי"ש.

בשו"ת חת"ס [או"ח סי' קה] הקשה מה

טענה זו שהיה מבריה השור לאגם, הרי כיון שהשור מחויב סקילה מוטל על כל אדם מישראל לדאוג לחיוב זה כמו שמבואר ברש"י בחולין שעוף שהרג יש חיוב על כל ישראל מדין ובערת הרע מקרבך, ועוד הקשה דרבה בעצמו אמר לקמן צח ע"ב לגבי חמץ בפסח הכל מצווין עליו לבערו, וכתב שם שכל החיוב של כל ישראל הוא רק בשור של הפקר אבל בשור שיש לו בעלים רק על הבעלים מוטל החיוב ולכן הכא השומר מחויב להחזירו לבעלים והוא יעשה מה שירצה.

וי"ש להעיר ממה שכתב רבנו פרץ לעיל לבאר

דעת ר"ת דמכרו אינו מכור אע"פ שלא נאסר בהנאה מחייב, וביאר רבנו פרץ משום שכל ישראל מחויב להרגו לכן אין לזה שויות ממונית ומבואר שיש מצוה על כל ישראל,

אולם אפ"ל דיש חילוק בין קודם גמר דין לאחר שנגמר דינו, ורבנו פרץ קאי לאחר שנגמר דינו והתם הוא מוטל על כל ישראל להרגו, אבל הכא מיירי קודם שנגמר דינו ולכן יש לבעלים טענה שהיה מבריחו לאגם.

שיטת רש"י

במחלוקת ראב"י ורבנן

גמ' אלא הכא בגומרין דינו של שור שלא בפניו. דעת רש"י שכל המחלוקת של ר' יעקב ורבנן הוא רק היכא שהתפיס את השור בידים, אבל היכא שלא התפיסו בידים לכו"ע יכול לומר לו הרש"ל, והביאור בזה כיון דמה שנאסר בהנאה הוא הזיק שאינו ניכר לכן נפטר בהרש"ל, ולכן רק כשהתפיסו בידים חשיב לרבנן מזיק דאין גומרין דינו של שור אלא בפניו, ור"י סבר דמכיון שגומרין דינו של שור שלא בפני לא חשיב מזיק דבלא"ה היו דנים דין השור.

ותוס' תמהו ע"ז דבגיטין נג ע"ב מבואר דלמד"א היזק שאינו ניכר שמיא הזיק אין חילוק בין אם תפסו בידים לבין היכא שתפסו ממילא ובכל גונא חשיב מזיק, וא"כ אם מה שב"ד תפסו חשיב שנוי בחפץ א"כ ה"ה אם תפסו מעצמם הרי תו לא יוכל לומר הרש"ל וחייב מחמת שפשע בשמירתו.

ובתבו האחרונים דאפשר שכונת רש"י שאף למד"א היזק שאינו ניכר לאו שמיא הזיק היכא שעשה בידים קנסו, כמו שמבואר בגמ' לגבי מטמא טהרותיו של חברו, וא"כ ה"ה הכא כיון שהתפיסו בידים קנסו אותו על ההפסד שעשה, ועי' במשנה למלך פ"ג מגזוז"א ה"ד.

אולם כתבו באחרונים דא"א לומר כן דבגמ' מבואר שהטעם שקנסו הוא כדי שלא ילך כל אחד ויטמא טהרותיו של חברו, אבל כאן אדרבה הא איכא חיוב על כל אחד להתפיס את השור לב"ד בשביל שישקל, ועוד כתב הרש"ש דהכא לא הוה רק גרמא משא"כ במטמא טהרותיו של חברו שעושה מעשה בידים.

ע"ע בבית מאיר [בחי' על הש"ס] שכתב דא"א לפרש כונת רש"י דהיכא שהתפיסו ביד ב"ד חייב משום קנס דעצם המסירה חשיב מעשה של נזק, משום שלפי"ז החיוב יהא רק כפי השויות של השור באותו שעה, וזה ברור שהופחת דמיו הרבה משום דשור שעומד ליסקל דמיו פחותים, ובלשון הגמ' משמע שצריך השומר לשלם כפי השויות של כל השור.

התרומת הכרי [סי' שסג] כתב עוד סברא שא"א לומר שהטעם הוא משום שקנסו במזיד, דא"כ אמאי נחלקו רק בשומר הא בכל אדם שמסר שור הנסקל לב"ד איכא הך נפק"מ אם חשיב מזיק, ולכן כתב התרומת הכרי דכונת רש"י דאף דחשיב היזק שאינו ניכר מ"מ היכא שעושה השומר או הגזלן מעשה בגוף החפץ אין יכול לומר הרש"ל כיון שעשה בידים.

דף מה ע"ב

תוס' ד"ה השתא. ועוד דאם הוא פטור כשתפסו מאליהן למה כשתופסים אותו בידים נמי יפטר דסו"ס אם לא היה מתפיס אותו היו ב"ד נוטלים אותו.

המשנה למלך פ"ג מגזו"א ה"ד הוסיף דהרי"ז דומה לזרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו דמנא תבירא תבר, וא"כ ה"ה כאן לא הזיק כלום במה שהתפיסו לב"ד, ותי' המשנה למלך דכיון שאם היה רוצה היה יכול להבריחו מב"ד והיה בידו לשחטו ע"כ ל"ד למנא תבירא, ועי' קה"י סי' לא מש"כ לבאר בזה.

היזק ניכר בנפל ביד ב"ד

תוס' בא"ד. ונראה לר"י דבתפסהו מאליהן נמי חייב דמה שנופל ביד ב"ד חשיב היזק ניכר וכיון דע"י פשיעה נפל לב"ד חייב ולא יכול לומר הרש"ל, עי' בשטמ"ק שכתב ב' דרכים בכונת התוס' שכתבו שחשיב היזק ניכר משום שע"י פשיעה נפל לב"ד, אופן הראשון כתב שכונת תוס' שע"י פשיעה שלא שמר השור ועי"ז נתחייב השור סקילה חשיב היזק ניכר, ולפי"ז אף היכא שלאחר הנגיחה נאנס ולא היה לשמרו או שהבריח אותו לאגם ובאו ב"ד ותפסו אותו חייב כיון שפשע מעיקרא חייב.

עוד כתב בשטמ"ק בשם הרא"ל שכונת התוס' הוא שפשע שלא הבריח אותו לאגם לאחר הנגיחה, אבל אין הפשיעה מחמת שלא שמר השור ונתחייב בסקילה, ומבואר דאם הבריחו לאגם ובאו ב"ד ולקחו משם נפטר מחיובו כיון שכל החיוב הוא לא מחמת הפשיעה של עצם הנגיחה מעיקרא, אלא מה שמחמת פשיעתו נאסר בפועל בהנאה.

הוכחת הגר"ח בגדר חיוב שומר בנוקין תוס' בא"ד. ושור תם דמזיק ברשות שומר וכו', כונת תוס' לומר דל"ש לפטור את

השומר מתשלום נזקין לבעלים מדין היזק שאין ניכר דכה"ג חשיב היזק ניכר.

בחידושי הגר"ח הלכ' נזקי ממון פ"ד ה"ד [ד"ה והנה] הוכיח מתוס' שגדר החיוב של שומר בנזקי שור תם אינו משום שנעשה כבעלים על נזקי הבהמה, אלא שהחיוב נזקין הוא של הבעלים והשומר מחויב לפרוע חובות של הבעלים שבאו מחמת פשיעתו בשמירה, שאם החיוב הוא של השומר מה שיך נדון של הרש"ל הרי הוא חיוב שלו לשלם לניזק את גוף השור, ועי' ברכ"ש סי' ז' וע"ע מש"כ בזה לעיל מ ע"א ולקמן נו ע"ב בתוס' ד"ה פשיטא.

בדברי המג"א והרע"א לענין הרש"ל בשומר

למסקנת הגמ' מבואר דכו"ע סברי שבאיסורי הנאה אומרים הרי שלך לפניך, אלא שנחלקו אם גומרין דינו של שור שלא בפני השור והיינו אם חשיב היזק ניכר כמש"כ, ומבואר דשומר ששומר חפץ והוזק היזק שאינו ניכר פטור ויוכל לומר לו הרש"ל, ועי' במג"א סי' תמ"ג סק"ג שכתב שאדם שהיה שומר על חמץ, והגיע הפסח דאע"פ שמחויב מעיקר הדין למכרו כדי שלא יאסר בהנאה, מ"מ אם לא מכרו ונאסר בהנאה יכול לומר לבעלים הרש"ל דבאיסורי הנאה אמרינן הרי שלך לפניך וכתב שמוכח כן בסוגיין, אלא שכתב המג"א שאם החמץ אינו בעין לאחר הפסח חייב לשלם דמים.

והרע"א שם [הובא בחי' בסוגיין] כתב דאע"פ שתוס' כתבו לקמן נו ע"ב שיש חילוק בין שומר לגזולן לענין פירות

והרקיבו, שבגזלן הדין הוא שאם גזל פירות והרקיבו מקצתן יכול לומר הרש"ל כיון שאי"ז שינוי גדול כ"כ, אבל שומר חייב לשלם, וא"כ מוכח שיש חילוק בין שומר לגזלן, אלא צ"ל שהחילוק הוא דשומר חייב בשמירה לכן אם הרקיבו חייב לשלם על ההפסד שנעשה שמתנאי השמירה שהוא אחראי על ההפסד שניכר בפקדון, אבל גזלן אין חייב בשמירה לכן כ"ז שלא נעשה שינוי יכול לומר הרש"ל. **אולם** בהיזק שאין ניכר אין סברא לחלק בין שומר לגזלן ולכן כמו שמצינו בגזלן שיוכל לומר הרש"ל ה"נ בשומר, והיינו מה שמבואר בגמ' כאן דמקשה למה חלקו רבנן ור"י בשומר ולא בגזלן דלענין היזק שאינו ניכר שווה שומר לגזלן, וזה מה שהוכיח המג"א מסוגיין שאף שומר יוכל לומר לו הרש"ל, עי"ש עוד מש"כ לדון הרע"א בראית המג"א, [ע"ע היטב בשטמ"ק לקמן נו ע"ב בשם תוס' שאנן שנראה מדבריו דלא כרע"א עי"ש, אלא סבר דשומר אינו כגזלן, ולפי מסקנת דבריו צריך להבין הסוגיא כאן שמדמה שומר לגזלן].

עוד כתב הרע"א לדון במה שכתב המג"א שאם החמץ אינו בעיין לאחר הפסח חייב לשלם דמים לבעלים, דמאיזה טעם נוכל לחייבו, הרי על הפשיעה שלא מכר את החמץ א"א לחייבו שהרי כיון שהוא היזק שאינו ניכר ויכול לומר לו הרש"ל אין סיבה לחיוב, וא"כ במה נוכל לחייבו אח"כ בפשיעתו הרי כשנאבד לא היה שוה כלום שהרי נאסר בהנאה ואיך נוכל לחייבו.

ונמצא לדברי רע"א שבסוגיין נמי הדין כן לר' יעקב דסבר שדנים שור של בפניו ויכול לומר הרש"ל, ה"ה אם דנו אותו ונאסר

בהנאה ואח"כ סקלו השור שהשומר אין יכול להשיב הבהמה ג"כ פטור השומר, ועי' בחק יעקב שם שכתב ג"כ כדברי הרע"א, אולם העירוני דבסוגיין ל"ש לומר כן דדוקא התם בחמץ שנאבד החמץ לא מחמת הפשיעה שהוא נאסר בהאה, אבל הכא שנסקל מחמת פשיעה יהא חייב לשלם, דהפשיעה גרמה את ההפסד רק אם השור נמצא בעולם יכול להשיב לבעלים דס"ס הפשיעה לא גרמה שהשומר מופסד עכשיו.

אולם התרומת הכרי [סי' שסג] תמה ע"ז דבגמ' לקמן עא ע"ב מבואר שאף לר' יעקב אם שנגמר דינו בבית שומר ולא החזירו לבית הבעלים חייב לשלם, דהגמ' אומרת שם שאם נגנב מבית השומר צריך הגנב לשלם לשומר למד"א גורם לממון כממון דמי, כיון שאם החפץ לא קיים חייב השומר לשלם לבעלים ע"ז ונמצא שהוא עכשיו גורם לממון אצל השומר, וכן הוא לשון הגמ' בהמשך מועדים נהרגים וחייבים לשלם דמי השור לבעלים, ומבואר שאף לר"י אם החפץ אינו בעין חייב לשלם ולכאורה זה דלא כמש"כ הרע"א.

אמנם באמת צ"ב טעמא דמילתא שמכיון שעל הפשיעה אין מה לחייבו דהיזק שאינו ניכר שמיה היזק א"כ במה יתחייב אח"כ כשנאבד השור הרי לא שווה כלום, ועי' בברכ"ש [סי' לא] שכתב לבאר דהיכא שנאבד השור אח"כ בפשיעה אפשר לחייבו מחמת הפשיעה דמעיקרא דע"י הפשיעה של עכשיו חשיב הפשיעה דמעיקרא היזק ניכר עי"ש בכ"ד.

ואולי אפ"ל באופ"א שבאמת החיוב של השומר דומה לחיוב של גזלן, וכמו

שבגזולן חייב להשיב גוף החפץ ה"ה שומר שקיבל עליו לשמור צריך להחזיר את החפץ לבעלים, ולכן אע"פ שאם החפץ הוזק בהיזק שאינו ניכר ונאסר בהנאה מ"מ יש כאן השבה גמורה של החפץ ויוכל לומר לו הרש"ל, מ"מ אם החפץ לא קיים בעולם צריך להשיב לבעלים דמים כיון שלא מקיים חיובו של החזרת גוף החפץ, אלא שאם נאנס באופן כזה שמצד חיוב השמירה לא קיבל עליו אין עליו חובת השבה שכל חובת ההשבה היא לפי תנאי השמירה.

ולפי"ז א"ש שאע"פ שאין חיוב על עצם הפשיעה מ"מ במה שלא מעמיד את החפץ חייב ע"ז, ועי' בנתה"מ סי' פו סק"א שנראה מדבריו שיש לשומר חובת השבת החפץ כמו בגזול, אולם הקצה"ח סי' קצ"ח סק"ה כתב שאין שומר מחויב להחזיר לבעלים אלא דין על הבעלים שיבאו ליקח ממנו הפקדון.

חיוב כופר בשמירה פחותה

רש"י ד"ה כלתה לה שמירה. הלכך לגבי בעלים פטור מדמי השור דהא סגי ליה בשמירה פחותה ובעי כפרה, מדויק מדברי רש"י דאע"פ דלענין נזיקין שומר שכר פטור כיון ששומר כדינו מ"מ חייב בכופר, וצ"ב דכיון ששומר כדין אמאי חייב בכופר הא אין מוטל עליו לשמור יותר משמירה פחותה דזה כל החיוב שמירה שקיבל על עצמו, ובאמת שכן מבואר ברשב"א וברבנו פרץ ובמאירי שאין חיוב של כופר כיון ששומר כדין.

וביאור דעת רש"י כתב באבי עזרי [פ"א מנזק"מ ה"א] שחלוק ביסודו חיוב של שומר בנזקין משומר בכופר, שהחיוב נזקין

הוא לבעלים דהתביעה של הניזק הוא כלפי הבעלים והוא מחויב לשלם את החיוב של הבעלים, אבל חיוב כופר הוא חיוב כפרת נפשו ודין הכופר מוטל על מי שהשור עומד ברשותו לשמור, ולכן אע"פ שהשומר לא התחייב רק בשמירה פחותה ע"כ אם שמר והשור הלך והזיק אין האחריות מוטלת עליו, אבל לגבי חיוב כופר מכיון שהשור היה אצלו עליו מוטלת חיוב שמירה לענין זה.

תוס' ד"ה חוץ משומר חינוס. ה"ה דהוה מצי למימר כולם פטורין בשמרו שמירה מעולה חוץ משואל דחייב באונסין, ברבנו פרץ כתב לישב דהחידוש של הברייתא הוא בשומר חינוס שפטור לשלם וחייב כופר, אבל בשאר שומרים אם שמרו שמירה מעולה אין חיוב אף בכופר דעל אונס אין חיוב כופר.

חיוב מיתה בלא פשע בשמירה

תוס' ד"ה אפילו. ושואל גופיה נהי דחייב לשלם דמי שור לבעלים מ"מ כופר אינו משלם, כתב הרש"ש שמבואר מדברי התוס' דחיוב כופר הוא רק היכא שפשע בשמירתו, אבל מה שהשור נהרג אינו תלוי בפשיעת הבעלים אלא אף אם הוא באונס ג"כ חייב מיתה, וכמו שמצינו ששור הקדש חייב מיתה וע"כ גם באונס חייב, ועוד הביא דבגמ' לעיל יד ע"א מבואר דאף בחצר הניזק אם הרג שור הוא בסקילה, אלא שהעיר דבקרר דכופר וסקילה כתיב ולא ישמרנו ומדוע קאי קרא רק על כופר ולא על החיוב סקילה.

אופן קבלת שמירה שלא יזיק

גמ' הכא במאי עסקינן כגון שהכיר בו שהוא נגחן וסתמא דמילתא דלא אזיל איהו

ומזיק אחריני קביל. כתב הרשב"א דמשמע בגמ' דמיירי שלא דיברו כלום, אלא קיבל שמירה ואמרינן שבסתמא קיבל על עצמו שמירת נזקיו שלא יזיק אבל לא לענין זה שלא יוזק.

והביא הרשב"א שהראב"ד כתב שכונת הגמ' בסתמא שאמר בהדיא שמקבל על עצמו שמירה, אלא שלא פירש איזה שמירה הוא מקבל על עצמו וע"ז אמרינן שמכיון שהכיר שהוא נגחן כונתו היתה שמקבל על עצמו רק שמירת שלא יזיק ולא שיזיקו אותם אחרים.

והנה בכל שומר שקיבל לשמור נחלקו הרמב"ם והראב"ד פ"ד מנזקי ממון ה"י, דו"ל הרמב"ם שומר שקיבל על עצמו שמירת גוף הבהמה בלבד אבל לא שמירת נזקה והזיקה פטור מלשלם והבעלים חייבין לשלם עכ"ל, משמע מדבריו שאם לא פירש בהדיא שלא מקבל על עצמו שמירת נזקיו חייב אף בנזקין משום דחיוב של שמירת נזקיו הוא בכלל שמירת גופו, והוא כסברת הרשב"א כאן שבסתמא הוא מקבל על עצמו שמירת נזקיו.

אבל הראב"ד שם השיג על הרמב"ם וז"ל אף זה אינו מחוזה דמתחזי בגמ' דבסתמא לא מקבל על עליה שמירת נזקיו שהיא מזקת דאמרינן בפרק קמא ואם קיבל על עצמו שמירת נזקיו ביום חייב, מבואר שהראב"ד חולק על הרמב"ם דלא אמרינן שבסתמא הוא מקבל על עצמו חיוב נזקי הבהמה, והוא כמ"ש כ"כ כאן הראב"ד שכונת הגמ' בסתמא הוא כשקיבל על עצמו שמירה אלא שלא פי' איזה שמירה אבל בלא שיקבל

על עצמו חיוב חיוב שמירת נזקיו הוא פטור, [ועי' בברכ"ש סי' ט' מש"כ בביאור הענין].

מתני' קשרו בעליו במוסרה ונעל בפניה כראוי ויצא והזיק. מלשון המשנה משמע שצריך שגם יהא קשור וגם ינעל בפניה כראוי, דהיינו דלת שיוכל לעמוד ברוח מצויה. **אולם** בלשון שו"ע [סי' ש"ז סעי' א'] מבואר דאו או קתני, או שקשר אותו במוסרו או שנעל בפניה כראוי, ועי' ביש"ש שכ"כ.

המעם שמועד סני ליה בשמירה פחותה

מתני' ר' יהודה אומר תם חייב מועד פטור. מבואר דשיטת ר' יהודה היא שתם יש לו חיוב שמירה יותר ממועד, וצ"ע איך יתכן לומר שתם חמור ממועד, ולעיל מב ע"א ס"ד הגמ' לגבי דמי ולדות שתם חייב ומועד פטור, ומקשה הגמ' דא"א לומר כן דא"כ יציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא, וכתב התורת חיים דהתם הוא מסברא אבל כאן הוא גזה"כ ולכן ל"ש להקשות כן.

אולם יעוין במאירי ובפנ"י [בגמ' בע"ב] שכתבו שיש בזה סברא משום דמועד יש לו קול ואנשים יודעים שצריך להיזהר לכן סגי לה בשמירה פחותה, וכ"כ ביש"ש סי' לד והוסיף שדרך העולם שאם יש להם שור מועד שומרים מעצמם שמירה מעולה ולכן התורה לא צריכה להזהיר אותו, ועוד שהירא את דבר ד' אינו משמר בביתו כלל שור כזה והתורה לא הוצרכה להטיל עליו חיוב שמירה.

סתם שורים לאו בחזקת שימור

גמ' מ"ט דר"מ סתם שורים לאו בחזקת שימור קיימא. ברש"י ותוס' מבואר שאין זה תלוי במחלוקת לעיל אם פלגא נזקא ממונא או קנסא כונת הגמ' סתם שורים לאו בחזקת שימור הוא שאין דרך הבעלים לשמרו. **אולם** הנמוק"י כאן שכתב שר"מ קאי כמד"א פלגא נזקא קנסא וסתם שורים בחזקת שימור ולכן הבעלים אין להם צורך לשמור אותו.

צד תמות במקומה עומדת

גמ' לא פטר ר' יהודה אלא צד העדאה אבל צד תמות במקומה עומדת. תוס' כתבו שמסברא היה אומרת כן שצד תמות במקומה עומדת שאין סברא שמשום שנעשה מועד יפטר מאותו חצי נזק בשמירה פחותה, וכתב הרשב"א דהא דחייב מועד כופר הרי צד תמות במקומה עומדת וא"כ יהא חייב רק חצי כופר, אלא כתב שגזה"כ הוא שחייב כופר שלם על חצי המועדות, וכן כתב תוס' לעיל מא ע"ב [ד"ה הביאהו].

והנה תוס' כתבו שלא הוה קנס כיון דאיעד לאו קנסה הוא, ועד"ז כתב הרשב"א לעיל לט ע"א דכל הטעם שהוא קנס משום דסתם שורים בחזקת שימור ול"ש לומר כן במועד, ולפי"ז נראה שאף במועד ששמר שמירה פחותה שפטור מחצי נזק של המועד ומשלמם חצי נזק של תם שבמקומה עומדת אין לזה דין קנס כיון שהוא אורחיה.

אולם מדברי השטמ"ק לעיל לט ע"א [בשם הר"א מגרמיישא] נראה שיש לדון בזה, שכתב שם לבאר הטעם שחצי נזק של מועד שהוא תם מדין במקומה עומדת דהוה

ממון ולא קנס, ע"פ סברת התוס' לעיל כד ע"א [ד"ה השתא] שהקשה למד"א ליעודי גברא מדוע אם שור נגח כמה פעמים ויצא מחזקת תם וכבר אינו בחזקת שימור אמאי החצי נזק שמשלם הוא קנס הרי השור אינו בחזקת שימור, ותי' תוס' דאין חצי נזק חלוק ולעולם כשהוא משלם חצי נזק הוא קנס, ולפי"ז מועד שמשלם נזק שלם שהוא אורחיה ממילא החצי נזק אינו קנס דל"ש סברת תוס', אולם לפי סברא זו נמצא שבאופן שהוא ישלם רק חצי נזק דהיינו באופן שהוא שמר שמירה פחותה קיים סברת תוס' דאין חצי נזק חלוק וא"כ לכאורה יהא לזה דין קנס ועיין.

מועד לקרן ימין אינו

מועד לקרן שמאל

גמ' אמר רב מועד לקרן ימין אינו מועד לקרן שמאל. פרש"י דזה ברור שלענין תשלומין לא היה צריך רב לחדש שאינו מועד לקרן שמאל משום דאפילו מועד לאדם לא הוה מועד לבהמה, ועי' ביש"ש סי' לד שכתב שאף לר"ז שסבר לעיל לז ע"א שמועד למינו הוה מועד לאינו מינו, הכא קרן ימין וקרן שמאל ב' דברים נפרדים הם.

אולם הראב"ד בשטמ"ק כתב להיפך מרש"י דלענין תשלומין אף בקרן שמאל הוא חייב נזק שלם אלא כל הנדון הוא רק לגבי שמירה, וביאור דברי הראב"ד עי' באבי עזרי פ"ז ה"ב, [ועי' בחי' הראב"ד שמבואר מדבריו שהראב"ד חזר בו מפי' זה].

דעת הרמב"ם במועד לקרן ימין

אינו מועד לקרן שמאל

גמ' אמרי לעולם כרב יהודה ולא סברי ליה דרב אדא בר אהבה. פרש"י דרב סבר כר"י

דתם בעי שמירה מעולה ומועד שמירה פחותה אלא שחולק על ראב"ה דסבר שצד תמות במקומה עומדת, ולכן בכל מועד ליכא צד תמות כלל, ורק במועד לקרן ימין שאין מועד לקרן שמאל שייך מועד שיש בו צד תמות.

אולם הרמב"ם פרק ז' מנזק"מ ה"ב כתב היה מועד לקרן ימין ואינו מועד לקרן שמאל ויצא אחר ששמרו כראוי ונגח בין בקרן ימין בין בקרן שמאל משלם חצי נזק, והראב"ד כתב א"א מגופו כר' יהודה, וכתב המגיד משנה שהרמב"ם לא הוצרך לפרש שמשלם חצי נזק מגופו דזה פשוט שהרי משלם מדין צד תמות, אלא שצ"ע שהרמב"ם בהלכה א' שם כתב שמועד ששמרו שמירה פחותה ויצא והזיק פטור ולא אמרין שיהא חייב לשלם על חצי נזק על הצד תמות, ובלחם משנה כתב שסבר הרמב"ם שאע"פ שבכל מועד אין צד תמות הכא כיון שהוא מועד רק לקרן ימין ולקרן שמאל אינו מועד משלם חצי נזק ולא ביאר הטעם בזה.

האבי עזרי ביאר דברי הרמב"ם ע"פ מה שחידש שאע"פ שבמועד לקרן ימין הוא מורגל ליגח וזה סיבה לחייב נזק שלם, אולם אין לו שם של מועד דמכיון שקרן שמאל אינו נוגח אין זה מועדות גמורה ויש לו עדיין שם של תם, ולכן הדין מתחלק שלגבי חיוב של נזק שלם הוא נחשב מועד, אבל לגבי דיני שמירה של מועד יש לו דין שמירה של תם, משום דקרא דולא ישמרנו קאי עליו ג"כ דאין לו שם של מועד.

ובתב לדמות דין זה להא דמבואר במשנה לעיל סוף פ"ק דחמשה מועדים הם מתחלתן משום שרגלים ליגח, ומ"מ אין להם שם של מועד אלא לענין זה שחייבים נזק שלם, ולפי"ז כיון שאם לא שמרו שמירה מעולה חייב חצי נזק כתם, ורק אם לא שמרו בכלל יהא חיוב של נזק שלם, ועי"ש מה שביאר לפי"ז שיטת הראב"ד, ע"ע באבי עזרי פ"ו ה"א.

פרק שור שננה את הפרה

דף מו ע"א

שיטת תוס' דמתני' מיירי
שאין אדם מוחזק בשור

גמ' אמר רב יהודה אמר שמואל זו דברי סומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקים. תוס' הוכיחו מהסוגיא בהשואל דלא אמר סומכוס יחלוקו אלא בכה"ג שאין מוחזק אלא הממון עומד באגם, אבל היכא שהוא ביד המוחזק אף סומכוס מודה דהמוציא מחברו עליו הראיה, ולכן הקשו התוס' דבשלמא לר"ע דסבר יוחלט השור אפשר להעמיד שהפרה עומדת באגם, אבל לר"י דיכול לסלקו בזווי הרי הניזק מוחזק וכה"ג מודה סומכוס שהמוציא מחברו עליו הראיה.

ובתב הפנ"י דמשמע מקושית תוס' מכאן על ר' ישמעאל דס"ל דאע"פ שהמוחזק טוען שמא ג"כ מודה סומכוס שהממע"ה, שהרי המשנה מיירי בשמא ושמא דקתני ואין ידוע, ועוד שבגמ' מבואר שאפילו ניזק אומר ברי ומזיק שמא נחלקו סומכוס ורבנן והיינו שהמשנה מיירי אף בכה"ג, ונמצא דשיטת תוס' היא שלעולם כשהוא מוחזק לא אמרינן יחלוקו.

אולם תוס' בבא מציעא ק ע"א [ד"ה הא מנין כתבו להוכיח שאף במקום שהמוחזק טוען שמא סבר סומכוס יחלוקו, ורק במקום שהמוחזק טוען טענת ברי מודה סומכוס לרבנן דאמרינן המוציא מחברו עליו

הראיה, ולפי"ז אפשר להעמיד מתני' כר"י שהרי הניזק טוען שמא וא"כ בזה סבר סומכוס יחלוקו.

ומדברי מהרש"א נראה שהבין שאף תוס' כאן הודו לזה, שכתב לבאר הא דהקשו תוס' מהא דאמרינן בסוף המניח דמשמע דאף בברי וברי אמר סומכוס, דכוונתם לומר שאף אם נימא שסומכוס חולק אף כשיש מוחזק וכשהוא טוען שמא וכמו שאמרו תוס' ב"מ, מ"מ אכתי יקשה הא דמבואר בסוף המניח שמשמע דאף במקום שהמוחזק ברי אמרינן יחלוקו, אבל בפנ"י נראה שלא למד כן בתוס', וע"ע במהר"ם שיף.

וי"ש עוד שיטה בראשונים שחולקים על תוס' וגרסו בסוגיא ב"מ אלא ולדבריהם סומכוס סובר שאף כשיש מוחזק ויש טענת ברי אמר סומכוס דיחלוקו, ולפי"ז א"ש קושיית תוס' מסוף פרק המניח.

ברי ושמא

כנגד חוקת מרא קמא

גמ' דאפילו ניזק אומר ברי ומזיק שמא המוציא מחברו עליו הראיה. באות הקודם נתבאר ב' דרכים אם סומכוס מודה בכה"ג שהוא מוחזק וטוען שמא או דאף בזה חולק, ושיטת תוס' בסוגיין שרק בכה"ג שהוא לא מוחזק סובר סומכוס דיחלוקו, ונמצא לפי"ז שרבנן שסברי המוציא מחברו עליו הראיה

סברו שברי ושמא לאו ברי עדיף אפילו במקום שהוא לא בא להוציא ממוחזק אלא מחזקת מרא קמא.

הקונטרס הספיקות [כלל א' אות ז'] הסתפק האם למד"א ברי ושמא לאו ברי עדיף אם הוא רק כנגד חזקת ממון, אבל נגד חזקת מרא קמא שאינה אלימא כ"כ ברי ושמא או רוב מוציא ממון, וכתב שיש להוכיח מהא דמבואר בסוגיין דלרבנן אפילו ניזק ברי ומזיק שמא סברו רבנן המע"ה והרי הכא מיירי שאינם מוחזקים, וכתב לדחות שתוס' בסוגיין וב"מ שכתבו די"ל דבטענת שמא אף אם הוא מוחזק אמר סומכוס יחלוקו, ולכן ברי ושמא לא ברי עדיף, והביא שם דעת הראב"ד שסבר דברי ושמא מוציא מחזקת מרא קמא, ותמה על שיטת הטור [סי' שצט] שסבר דברי ושמא לא מהני להוציא מחזקת מרא קמא.

ולפי מש"כ שבתוס' כאן משמע דלעולם אם הוא מוחזק מודה סומכוס דהמע"ה נמצא שיש ראיה מתוס' דברי ושמא לא מהני להוציא אף מחזקת מרא קמא, והנה הגמ' בהמשך אומרת דא"נ אתי לרבות אף היכא שיש רוב שאין הולכים בממון אחר הרוב, ולמבואר בדעת תוס' דמיירי הכא במקום שאינו מוחזק א"כ מוכח שרוב לא מוציא ממרא קמא, [וכן משמע בקוה"ס שם שתלה דין ברי ושמא לדין רוב, וע"ע בקה"ס כלל ו יא שחזר על משנתו שרוב מהני להוציא מחזקת מר"ק כמו שמוציא בברי ושמא].

והנה השב שמעתתא [ש"ד פכ"ד] הקשה על הא דמקשה הגמ' בבא בתרא דף פג. על רב דסבר הולכים בממון אחר הרוב, מהא דמבואר במתני' דשור שנגח את הפרה ואין

ידוע וכו' דיחלוקו, והא רוב פרות מתעברות ויולדות, והק' הש"ש אמאי לא מקשה ג"כ לשמואל דסבר דאין הולכים בממון אחר הרוב הא כיון דהכא לא הוה אלא כנגד חזקת מרא קמא עי"ש מש"כ, ולמבואר בתוס' בסוגיין בדברי ושמא לא מהני חזקת מרא קמא ה"נ לא מהני רוב להוציא מחזקת מרא קמא.

וביאור שיטת התוס' כאן דסבר דלא מועיל ברי ושמא ורוב להוציא ממרא קמא נראה לבאר ע"פ מה שהסתפק הקונה"ס בגדר חזקת מרא קמא האם הוא כחזקה קמיתא דאיסורים דמעמידים הדבר בחזקת מי שהיה מתחילה, או"ד שזה סברא כמו בחזקת ממון דהסברא נותנת שאין להוציא הימנו בלא ראיה כמבואר בגמ' בע"ב דמאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא, ה"נ אין להוציא מחזקת מרא קמא בלא ראיה עי"ש.

ולדעת התוס' כאן דמיירי בעומדת באגם ומשום חזקת מר"ק מוכח דמרא קמא אינו מחמת חזקה קמיתא אלא הוא הלכה של מוחזקות שהרי לרבנן מבואר בגמ' בע"ב שזהו דין המע"ה דמאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא, וע"כ שזהו מתורת מוחזק וממילא א"ש דאין לחלק בין מוחזק למר"ק לענין רוב וברי ושמא אלא כמו שרוב וברי ושמא לא מוציא ממוחזק ה"ה לא מוציא ממרא קמא.

ועיין ברשב"א שכתב כדברי תוס' דלא מיירי סומכוס אלא בעומדת באגם, ואח"כ הקשה ז"ל ואע"פ שקראוהו מוציא לדברי חכמים, היינו משום דבעלים הוו כמוחזקין ומחזקין אותו בחזקתן וכדאמרין ונוקמיה בחזקת מרא קמא עכ"ל, ונראה שהוקשה

לרשב"א כיון דמיירי בעומדת באגם ואין כאן מוחזק א"כ מהו הלשון המוציא דמשמע שבא להוציא מחזקת ממון, וע"ז תי' הרשב"א דבעלים כמוחזקים והיינו שחזקת מרא קמא חשיב כמוחזק ולכן שייך לשון המוציא, ונראה כמש"כ דאף חזקת מרא קמא חשיב כמוחזק.

המעם שחזקת הגוף לא מכריע הספק

גמ' איצטריך דאפילו ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא הממע"ה. התוס' רי"ד בכתובות יב ע"ב [עה"ג] הקשה לדעת ר"ג דסבר במשנה שם דברי וחזקה מהני להוציא ממון, א"כ אמאי הכא אמרינן המע"ה הא איכא חזקת הגוף לומר שהלידה היתה אחרי הנגיחה, וכן הקשה הש"ש ש"ב פ"ו.

ותי' התורי"ד שרק היכא שיש חזקת חיוב כההיא דכתובה מהניא ברי וחזקה, משא"כ הכא ל"ש הכי סברא.

ראיה מסוגיין שברי ושמא מוציא בקנס

גמ' שם. הקה"י [סי' לג] הביא שנחלקו הראשונים בדין של קנס שאין חייב על פי עצמו משום שכתוב בקרא אשר ירשיעון אלוהים, האם הכונה שצריך דוקא דין עדות, אבל בירור אחר לא מהני, או שכל המיעוט הוא רק שאין יכול להתחייב ע"פ הודאתו, אבל בירור אחר מהני, והביא שהרמב"ן סבר שאפשר לחייב קנס ע"י מיגו, אבל הרמ"ה חולק דלא מהני בירור אחר להוציא קנס ורק ע"פ עדות, והקשה שם באות ד' דמלשון הגמ' משמע שאם ברי היה עדיף היה גובה חצי קנס אע"פ שאין כאן עדות.

ובתב' לישיב שלפי הראשונים דלא מהני שאר בירור בקנס צ"ל דשמואל דאמר זה כלל גדול בדין לא קאי על הנזקין של קנס אלא אשאר נזקין, וכמו שכתב בשטמ"ק בשם הר"ש לישיב קושית תוס' אמאי לא אמרינן מתוך דשמואל לא קאי על המשנה אלא אשאר נזקין.

פלוגתת תוס' והרשב"א אם מתני' בר' ישמעאל

תוס' ד"ה זו דברי סומכוס. והך דהכא איכא לאוקמי בעומדת באגם לר"ע דאמר יוחלט השור אבל לר"י דמצי לסלוקי בזווי לא תתיישב, אמנם הרשב"א כתב דה"ה לר' ישמעאל נמי כיון דהוה אפותיקי מפורש נמי לא חשיב הבעלים מוחזק בזה.

והנה בדעת תוס' נתבאר לעיל דס"ל כדעת הרשב"א דחשיב אפותיקי מפורש, שהרי כתבו לעיל לו. דהיכא שנאבד השור אף לר"י הפסיד התביעה ודלא כשיטת רש"י שם, אלא ע"כ צ"ל דסברי התוס' דמ"מ כיון שיכול לסלקו בזווי ועדיין מחוסר גוביינא הוא לכן חשיב הבעלים מוחזק בזה, ובדעת הרשב"א שחולק על תוס' נראה דסבר שאע"פ שיכול לסלקו בזווי מ"מ הסילוק חשיב התחדשות של מצב אחר ולכן לא נחשב הבעלים מוחזק.

תוס' בא"ד. אך מההיא דהמניח קשה וכו', השטמ"ק כתב בשם רבנו ישעיה לישיב דעיקר החידוש של המשנה שם לאפוקי משיטת סומכוס דסבר יחלוקו וכמו שמבואר ברש"י שם, ולכן יש הכרח להעמיד המשנה שם בכה"ג שלא עומדת בביתו ואינו הוא מוחזק בזה, ועי' בפנ"י.

ביאור קושית תוס'

דישלים מדין מתוך

תוס' ד"ה דאפילו ניזק אומר ברי וכו'. וא"ת והא מחויב שבועה ואינו יכול להישבע שזה מודה במקצת בנזק הפרה וכו', המהר"ם ביאר שקושית התוס' היא לא משבועת מודה במקצת, דהיינו שאם הניזק תובע שפרה מעוברת הזיקתו והודה על הפרה ולא על הולד, דהתם ל"ש שבועה כיון שאם הוא שור תם הרי ההודאה על הפרה אינה מחייבת שהרי מודה בקנס פטור וממילא אין שבועת מודה במקצת, אלא ע"כ שקושית תוס' הוא שבמקום שיש עדים על הפרה יתחייב שבועה על הולד מדין העדאת עדים.

ביאור התוס'

דליכא הכא מתוך

תוס' בא"ד. ועוד י"ל דלמד"א פלגא נזקא קנסא לא יהא מחויב שבועה גדולה מהודאת עצמו דמודה בקנס פטור, בפשוטו כונת תוס' שכיון שמודה בקנס פטור דנלמד מקרא דאשר ירשיעון אלהים פרט למרשיע עצמו, ה"נ אם נתחייב קנס מכח ההלכה של מתוך ג"כ פטור, דזה בכלל מרשיע את עצמו מכיון שהיה לו אפשרות להודות וליפטר, נמצא שחייב של קנס בא מחמת שתיתקו לכן זה ג"כ בכלל הדין של מרשיע את עצמו ויש בזה דין דמודה בקנס פטור.

אולם הקה"י [לג ח] כתב בשם תשובת הרשב"א דהיכא דאי שתיק היה חייב ואם היה מודה היה פטור אין לשתיקה דין של מודה בקנס, והוכיח כן מהגמ' דמשמע שלמד"א ברי ושמא ברי עדיף יהא חייב לשלם, והרי אם היה טוען כנגד ברי לא היה מתחייב,

ומוכח שאע"פ שהיה אפשרות לטעון טענה אחרת לא חשיב בכה"ג מודה בקנס, דמודה בקנס הוא רק כשיש הודאה ברורה.

ולבן כתב שכונת תוס' כמש"כ הפנ"י שמכיון שאם היה מודה היה פטור ממילא אין מקום לחיוב שבועה בקנס, דכל סיבת החיוב קנס הוא כדי שיודה ובקנס ל"ש הך סברא שאם יודה נפטר, וסברא זו מבואר ברשב"א לעיל מא ע"ב.

וכתב הרע"א שתי' הראשון של תוס' שכתבו דהסוגיא קאי כשמואל שסבר דלא אמרינן מתוך, סבר שלמד"א דאמרינן מתוך אף בקנס אמרינן כן וחייב לשלם דלא הוה בכלל מרשיע את עצמו, וכתב רע"א שנחלקו בגדר חיוב שבועה של ע"א והעדאת עדים, דתי' הראשון של תוס' סבר שעיקר הנאמנות הוא על עיקר הדבר שישלם ממון אלא שיכול ליפטר בשבועה, ולפי"ז הך דינא דמתוך שאם לא נשבע משלם הוא סברא כיון שזה עיקר חיובו או שישבע או שילם, ולכן הכא בקנס אם לא נשבע משלם מכח העדים שמחייבים שבועה, ולכן כתב תוס' דע"כ הסוגיא כאן היא כשמואל שסבר דלא אמרינן מתוך ולדבריו העד מחייב רק שבועה, אבל תי' הב' סבר שהכח של ע"א או עדים אינו על עיקר הדבר אלא לחייב שבועה בלבד והדין מתוך הוא הלכה חדשה וגזה"כ שאם לא נשבע הוא משלם, וזהו שכתבו תוס' שבקנס אם לא נשבע לא חל עליו דין לשלם דהסיבה לתשלום הוא מחמתו שלא נשבע והוה בכלל מרשיע את עצמו שאין משלם קנס.

בעיקר תי' התוס' של"ש דין מתוך משום דלא יהא מחויב שבועה ואינו משלם גדולה מהודאת עצמו, והיה אפשר לפרש

מנחת

דף מו ע"א

משה

קפג

באופ"א דלאו משום דחשיב שיש כאן הודאה, אלא דממה שמצינו שהתורה אמרה שמודה בקנס פטור דמרשיע עצמו פטור ע"כ מתחדש כאן שלחיוב קנס בעינן בירור של עדים ולא מהני בירור אחר, וזה כונת תוס' דלא יהא מחויב שבועה גדולה מהודאת עצמו, וכבר נחלקו הראשונים בדיון זה עי' בקה"י סי' לג שהביא דבריהם אם יש חיוב קנס ע"י מיגו.

ואפ"ל שבזה נחלקו ב' הדרכים בתוס' האם בדיון של אשר ירשיעון פרט למרשיע את עצמו התחדש שצריך דוקא בירור של עדים, או רק שבהודאת עצמו אין יכול להתחייב, ועי' ביש"ש סי' ג' שכתב להקשות על הראשונים שסברו שא"א לחייב קנס רק ע"י עדים, א"כ איך אמרינן הכא לסומכוס ממון המוטל בספק חולקים הרי לחיוב קנס בעינן עדים.

קושית מהרש"א על תוס'

תוס' בא"ד. המהרש"א הקשה על תי' הב' של תוס' ז"ל ויש לדקדק דא"כ למד"א פלגא נזקא קנסא ל"ל למימר דפטור משום דהמע"ה ולסומכוס נמי אמאי קאמר יחלוקו הא א"נ דהוה מודה המזיק ליפטר משום דמודה בקנס הוא עכ"ל, ונראה שכונת מהרש"א להקשות דסבר כמש"כ באות הקודם שכונת תוס' הוא שהחיוב ממון שנולד מכח דין מתוך הוא בכלל מרשיע את עצמו משום שהרי היה יכול להודות, וא"כ קשה מדוע הוצרכו רבנן לומר שפטור משום המע"ה הא בל"ז כיון שהוא קנס חשיב מרשיע את עצמו, ויותר קשה לפי סומכוס איך אמרינן יחלוקו הרי בקנס כיון שהיה יכול להודות נמצא שכל

חיוב שיש כאן ממה שלא הודה וא"כ נמצא שהוא מרשיע עצמו.

ולכן כתב המהרש"א דמיירי הכא שיש עדים שראו הנגיחה אלא שלא ראו העדים האם הולד נולד קודם הנגיחה או אחר הנגיחה, והוה כגמל האוחר בין הגמלים שיש אומדנא על החיוב, ואע"ג שא"א להוציא ממון ע"פ אומדנא מ"מ אם יודה המזיק שהוא חייב ל"ש בזה דין של מודה בקנס, כיון שאנן סהדי שהיה כאן מעשה נגיחה וחשיב שהחיוב בא מכח העדים, אלא שבמקום מתוך אין חיוב שבועה כחשיב כהודאת עצמו.

אולם הפנ"י והרע"א תמהו על קושית מהרש"א במה שהקשה לפי סומכוס דלא קשה שהרי סברת סומכוס דיחלקו בדררא דממונא הוא משום דמשעת מעשה נולד ספק ונתחייב מיד בחצי, ולכן ל"ש לומר כלל ענין דמודה בקנס.

ברי טוב ושמא טוב

תוס' בא"ד. וי"ל דהתם ברי שלו טוב ושמא גרוע הוא דהו"ל למידע, בקו"ש ב"ב [אות תס"א] כתב שהעיקר תלוי בברי טוב, ואף היכא דהוה שמא טוב נמי ברי עדיף. **והוב"ה** כן שהרי בכלל שמא יש לו מיגו שהיה יכול להיות ברי, וע"כ צ"ל דמ"מ לא הוה אלא שמא טוב ואפ"ה ברי עדיף וע"כ דהעיקר הוא במה שהברי הוא טוב, וכן מוכח מהא דאומר זה אחי.

ונחזי אי גברא דזבין לרדיא

גמ' ונחזי אי גברא דזבין לרדיא אי גברא דזבין לנכסתא. הרשב"ם ב"ב צב ע"א פי' דכיון שמכירין זה את זה אין צריך לפרש למה הוא קונה, אלא הוה כאילו שפירש

וממילא הוה מקח טעות, ומבואר דסבר שאם המוכר לא מכיר את הלוקח אין ללוקח זכות לטעון שהוא גברא דזבין לכך ואף אם יביא עדים על כך, משום שהמוכר מוחזק על הלוקח להוכיח שכך התפרש המקח.

אולם המאירי הביא שיטה שקושיית הגמ' היא אף בבנ"א שאינם מכירים זה את זה, ומ"מ יש ללוקח טענה שכיון שהוא קונה לחרישה לכך הוה מקח טעות, וכן דייק הפלפולא חריפתא כאן אות ב' בדעת הרא"ש, וביאר שאע"פ שאין מכיר אנן סהדי שהוא קונה כרוב העולם, ולכן יש ללוקח טענה שקנה לחרישה, וע"ע במאירי מש"כ בזה, ועי' מה שביאר בזה באבן האזל פי"ז ממכירה ה"ג.

ל"צ בגברא דזבין להא ולהא

גמ' לא צריכא בגברא דזבין להא ולהא. הקשה הרא"ש א"כ אמאי אמר רב הולכים בממון אחר הרוב, הא הוא גברא דזבין להא ולהא, וכתב הרא"ש דמ"מ כיון דרובא דעלמא מסייע לרדיא מכרעת דעת הקונה לצד זה, וצ"ב כונתו דמ"מ כיון דידעינן שהוא יצא מכלל הרוב שהרי קונה להא ולהא.

ואפשר שכונת הרא"ש שהולכים אחר רוב קניות העולם ולא אחר רוב אינשי, וממילא גם אצלו שייך ללכת אחר הרוב, ועי' ברשב"א ב"ב שם שהביא בשם הראב"ד כעין זה.

ועי' ברש"ש שכתב דאפשר דכונת הגמ' שהוא סרסור שקונה כדי למכור לאחרים, בזה אמרינן דקונה יותר לפי מה שרוב בנ"א

צריכים, אלא שכתב דהרשב"ם ב"ב צב מבואר דמיירי בגברא שהוא טבח ואיש אדמה שצריך להא ולהא.

דף מו ע"ב

הטעם שאין הולכים בממון אחר הרוב

גמ' ושמאל אמר יכול לומר לו לשחיטה מכרתי לך ולא אזלינן בתר רובא. בפשוטו נראה הטעם שאין הולכים בממון אחר הרוב משום הכלל שהמוציא מחברו עליו הראיה, ורוב אינו ראיה מספקת להוציא מחזקת ממון, ועי' תוס' רי"ד ב"ב צב ע"ב שנראה כן.

אולם תוס' לעיל כו ע"ב הקשו מדוע לא נלמד ממון ק"ו מדיני נפשות שהולכים אחר הרוב, וכתבו לישב משום שבממון המיעוט מסייע לחזקה, ומשמע שמצד הסברא רוב היה בירור מספיק לממון, אלא משום דאמרינן סמוך מיעוט לחזקה, [וע"ע תוס' סנהדרין ג ע"ב [ד"ה דיני] שכתבו שהטעם שאין הולכים בממון אחר הרוב במכר שור לחברו כיון דלא הוה רוב מעליתא, משמע מדבריו שבאמת אין חילוק בין ממון לנפשות, אלא החילוק הוא באיזה סוג רוב מיירי, ועי' בקוה"ס כלל ו' שהאריך בביאור התוס'].
רע"א בתשובה [תנינא ק"ג ה'] הביא בשם התרומת הדשן שכל הדין שאין הולכים בממון אחר הרוב הוא רק ברובא דליתא קמן, אבל ברובא דאיתא קמן אף שמאל מודה שהולכים בממון אחר הרוב,

מנחת

דף מו ע"ב

משה

קפה

[וכ"כ השטמ"ק ב"ב צג ע"א בשם גליון, ועי' רע"א גליון הש"ס ב"ב שם שדייק כן מדברי הרשב"ם].

וביאר הרע"א ע"פ מש"כ רש"י בקידושין פ ע"א דברובא דאיתא קמן לא אמרינן סמוך מיעוט לחזקה, משא"כ ברובא דליתא קמן אמרינן סמוך מיעוט לחזקה, וכיון שכל הסברא שאין הולכים בממון אחר הרוב ביארו תוס' לעיל כז ע"ב משום דאמרינן סמוך מיעוט לחזקה א"כ כ"ז שייך רק ברובא דליתא קמן, אבל ברובא דאיתא קמן לא אמרינן סמוך מיעוט לחזקה ולכן התם הולכים בממון אחר הרוב.

אולם צריך להבין דבגמ' משמע שהטעם שאין הולכים בממון אחר הרוב משום דיש סברא של המוציא מחברו עליו הראיה, ולפי מש"כ תוס' הטעם הוא משום דאמרינן סמוך מיעוט לחזקה, וצ"ל שסמוך מיעוט לחזקה אהני לעשות פלגא ופלגא וא"כ נשאר ספק, ולזה מהני הך סברא דהמוציא מחברו עליו הראיה להשאיר הממון ביד המוחזק. **הרשב"ם** ב"ב צב ע"א ביאר דלשמואל אין הולכים אחר הרוב אלא אחר טענה טובה, משמע ברשב"ם דבממון לא אזלינן בתר רובא לפרש את המקח אלא בתר טענה טובה, ומכיון שהלוקח לא פירש שרוצה לרדיא יכול המוכר לפרש את המקח לשחיטה ולכן הלוקח מפסיד, [וכן מבואר בתוס' בכתובות עו ע"ב].

כתב המחנה אפרים [דיני שומרים סי' כו] שאע"פ שמצינו דאין הולכים בממון אחר הרוב אף היכא שאין לנתבע טענה טובה, דהגמ' ב"ב צג. מיייתי ממתני' דשור שנגח את הפרה ראה שאין הולכים אחר הרוב אע"פ

שאינן שם טענה טובה, וכתב שבמוכר שור לחברו ונמצא נגחן יש לתובע חזקת מרא קמא על הממון שנתן לו, ולכן רק משום שיש לנתבע טענה טובה אזלינן בתר המוחזק, אבל באופן שאין לתובע חזקת מרא קמא אלא לנתבע יש חזקת מרא קמא בכה"ג אין צריך טענה טובה.

ומדברי הרשב"ם שם נראה שלמד דברי הגמ' כאן באופן זה, דו"ל [ד"ה לשחיטה] ורובא לאו כלום הוא והוה ליה כי פלגא ופלגא והמוציא מחברו עליו הראיה, משמע דרוב לא מהני להכריע אלא מ"מ יש ספק, ובזה בעי טענה טובה אבל בל"ז אזלינן בתר המרא קמא וכמש"כ במחנ"א, ועי"ש עוד ברשב"ם בסו"ד דמשמע שרוב לא הוא כלל ראה בממון אלא שיש עוד דין טענה כאן ועי'.

מדוע לא אמרינן בממון רובא וחזקה רובא עדיף

הקצה"ח סי' ר"פ סק"ב ושב שמעתתא ש"ד פכ"ד הקשה מה הטעם שאין הולכים בממון אחר הרוב, הרי בעלמא הדין הוא שרובא וחזקה רובא עדיף, מבואר מדבריו שלמד שיסוד הדין של חזקת ממון דאמרינן המוציא מחברו עליו הראיה הוא ככל דיני חזקות שנלמד מנגעים ולכן יש בזה את הכלל של כל דיני חזקות, [וכן מבואר ברע"א שהובא באות הקודם שכתב דשייך בזה הסברא דסמוך מיעוט לחזקה].

ולחלן יבואר שהאחרונים חלקו על היסוד, וס"ל שחזקת ממון אינו מדין חזקה דמעיקרא, אלא הוא הלכה חדשה דאין להוציא ממוחזק בלא ראייה, כמו שמבואר בגמ'

בהמשך דמאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא, וממילא ל"ש להקשות דרובא וחזקה רובא עדיף, שאי"ז מדיני חזקה של כל התורה.

ובתב הקצה"ח לישב שהטעם שרובא וחזקה רובא עדיף משום שהרוב עומד לפנינו עכשיו, אבל החזקה אינה עומדת עכשיו אלא שהיתה מעיקרא, והרי עכשיו הוא יצא מהחזקה לכן אמרינן שרובא עדיף כיון שהוא נמצא עכשיו לפנינו, ולפי"ז כתב שבחזקת ממון שהוא עומד לפנינו עכשיו הוה כמו רוב ולכן אין מוציאים מחזקת ממון שהיא אלימא טפי מכל החזקות, והביא הקצה"ח שם שהתרומת הדשן הקשה קושיא זו, וכתב ז"ל דשאני חזקת ממון דאית ביה טעמא דהמע"ה ורובא לאו ראייה היא עכ"ל, עי' שער"י ש"ג פ"ג שכתב דכונת התה"ד שבגמ' מבואר דהמע"ה הוא נלמד מסברא דאין יכול להוציא ממון בלא ראייה, לכן רוב אינו בירור מספיק כדי להוציא ממון.

ובתב הקצה"ח ובש"ש שם שלפי"ז רוב מוציא ממרא קמא ומשום דמרא קמא הוה כשאר חזקות של איסורים ולא הוה חזקת ממון, ולעיל נתבאר שתוס' העמיד המשנה דידן בחזקת מרא קמא, וא"כ מוכח לפי תוס' שרוב אינו מוציא ג"כ ממרא קמא ועי'.

מאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא

גמ' למה לי קרא סברא הוא דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא. הקשה המהר"ם הא חזינן דסומכוס פליג ארבנן ולית ליה הממע"ה, ומה מקשה הגמ' דסברא הוא, ועוד

נימא דבעי קרא היכא שיש רוב דהרי חזינן שרב חולק על שמואל וסבר שהולכים בממון אחר הרוב.

והשטמ"ק כתב בשם הרא"ה ב' דרכים בזה, הדרך הראשונה דסברת הגמ' היא אף לסומכוס, והיינו באופן שליכא דררא דממונא דבזה סומכוס מודה ובזה מקשה הגמ' למה לי קרא, [ונראה להוסיף שהתוס' ב"מ צז ע"ב כתבו שלסומכוס במקום דררא דממונא חשבינן דשניהם מוחזקים ולכן סבר דיחלוקו ולכן ל"ש שם הממע"ה].

עוד כתב הרא"ה דמשום דלא קי"ל כסומכוס לכן פשיטא לגמ' שאין צריך פסוק לזה, ולפי"ז משמע דהסברא של הגמ' דמאן דכאיב ליה הוא טעם שאין הולכים בממון אחר הרוב, וכן דלא מהני ברי ושמא להוציא ממון, וכן נמי שלא לומר כסומכוס דיחלוקו במקום ספק, וכן מבואר בהדיא בדברי רבנו יהונתן בשטמ"ק.

הפנ"י כתב על מה שהקשה מהר"ם שהרי צריך קרא לאפוקי מרב דסבר שאין הולכים בממון אחר הרוב, וכתב הפנ"י שבאמת כל קושית הגמ' למה לי קרא סברא היא אינו אלא לרב, אבל לשמואל באמת בעינן קרא למימר דלא אזלינן בתר רוב בממון, ולרב ילפינן מהך קרא דאין נזקקין לתובע, ומישב בזה הא דהשמיט הרמב"ם דין זה דאין נזקקין, כיון שהרמב"ם פסק כשמואל שאין הולכים בממון אחר הרוב ובעינן קרא לדין זה, וציין הפנ"י לעיין מש"כ בגיטין בפרק הנזקין מח ע"ב על רש"י שם שכתב דהמע"ה הוא דאורייתא ומשמע שנלמד מקרא, וביאר שכונת רש"י לשמואל דאין הולכים בממון אחר הרוב וזה נלמד מהקרא, וכ"כ בחידושי הראב"ד.

ביאור הסברא

דהמוציא מחברו עליו הראיה

גמ' מאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיה. בפשוטו מבואר בגמ' שיסוד הדין של המוציא מחברו עליו הראיה שאין להוציא ממון בספיקות סברא היא, דמאן דכאיב ליה כאיבא הכונה שמי שבא לשנות את המצב הקיים עליו לבוא לב"ד ולהביא ראיה, ואם לא כאיב ליה שהוא אינו משנה את המצב הקיים יכול להשאיר הממון בידו ואין צריך להביא ראיה להחזיק הממון בידו, ומשמע שהדין של חזקת ממון שאמרינן בספק המע"ה אינו מחמת שיש ראיה בתפיסתו, דהרי בסוגיין בשור שנגח את הפרה אין ראיה מתפיסתו מתי נולד הולד, וכן במה שמקשה הגמ' בפרק השואל לגבי מחליף פרה בחמורו לחזי ברשותא דמאן קיימא והתם נמי אין הוכחה ממה שהוא מוחזק בממון מתי נולד הולד, אלא ע"כ שזה הלכה שמספק א"א להוציא ממון מהמוחזק.

אמנם מצינו לכאורה מחלוקת גדולה באחרונים ביסוד דין של חזקת ממון, הקצה"ח ר"פ סק"א הקשה אמאי אין הולכים בממון אחר הרוב הרי רובא וחזקה רוב עדיף, מבואר מדבריו שדימה את חזקת ממון לשאר דיני חזקה, וכן כתב בקצה"ח סי' ל"ד סק"ה שבחזקת ממון מצטרף ביחד עם חזקה דהשתא לעשות תרתי לריעותא כמו שמצינו בעלמא בחזקות, וע"ע בש"ש ש"א פ"כ שכתב דס"ס מוציא ממון מהא דחזינן שס"ס מוציא מחזקת איסור, וזה כשיטתו דחזקת ממון שוה לשאר החזקות **ועי'** בלשון מהרי"ק [שורש ע"ב] שככתב לדון באיזה חזקות מוציאות ממון,

ובתו"ד כתב ז"ל אבל במקום חזקת הגוף פשיטא דחזקת ממון מהני כנגד חזקת הגוף, כגון אוקי בחזקת בתולה שהרי נולדה בתולה, ואע"ג דבעולה לפנינו אין לנו מטעם דאין לנו לבדות הנולד וההשתנות אלא משעת ראיותינו אותו וכדילפינן בחולין מדכתיב ויצא הכהן מן הבית, ומשום כך דין הוא דאיכא למימר אוקי ממונא בחזקת מריה כנגדה, דג"כ אין לנו לבדות השתנות ממון מיד בעליו כי אם כאשר יוכרח אבל כנגד חזקה התלויה בסברא דקים להו לרבנן דהכי הוא פשיטא דלא תעמוד חזקת ממון כדפי' לעיל, עכ"ל, נראה מדבריו שיסוד דין חזקת ממון ביסודה ככל דיני חזקות בכל התורה שנלמד מנגע.

אולם הנתה"מ [לד טו] כתב לחלוק על מש"כ הקצה"ח דבחזקת ממון אמרינן תרתי לריעותא, וכתב ז"ל דשאני התם בטהרות דשתי החזקות, הם חזקות המבררות ומצטרפין לברר שנחסר מקודם, משא"כ חזקת ממון דלאו חזקה המבררת היא, רק שאין יכולים להוציא מיד המוחזק בלא ראיה מטעם סברא, או מקרא כדמבואר ב"ק בריש שור שנגח את הפרה.

וע"ע נתה"מ סי' עה סק"ד שחזר על משנתו שחזקת ממון אינה חזקה המבררת, אלא שאין להוציא מן המוחזק בלא ראיה, ולכן כתב שחזקת ממון אינה נחשבת כהעדאת עדים לחייב שבועת מודה במקצת.

הקונטרס הספיקות [כלל א' ו'] הקשה אמאי בכל ספק ממון אמרינן המע"ה ואמאי לא הוה ספק איסור דשמא יש כאן גזל, ובשם חכמי דורו כתב ז"ל משום דבספק איסור נמי אזלינן בתר חזקה הן לאסור והן

המבררת הוא רק באופן זה שהוא עומד כנגד רוב, דהתם ל"ש הסברא דמאן דכאיב ליה ושם הוצרך לחדש שחזקת ממון הוא מדין חזקה דעלמא, ואפשר שיש בזה נפק"מ במה שכתבו הראשונים סוף פ"ק דכתובות שרוב מוציא ממון מעכו"ם, והקנה"ס [כלל ו' ד'] תמה מה הטעם שאין לעכו"ם חזקת ממון, ולמבואר אפ"ל דכל סברת הגמ' דמאן דכאיב ליה הוא כשאינו כנגד רוב אבל במקום רוב לא מהני הסברא והתם צריך לדין של חזקה דמעיקרא וי"ל שדין חזקה לא נתחדש בעכו"ם, ואכמ"ל בכ"ז.

ושמעתי לבאר שהרי הך סברא דמאן דכאיב ליה כאיבא אינה סברא מוחלטת, שהרי רב שמואל בר נחמני למד דין דהמע"ה מקרא דמי בעל דברים יגש, והיינו שהוא סבר דכשיש ספק ממון אין סברא להחזיק אותו ביד המוחזק דאין סברא כזו, והביאור בזה שהוא סבר שאף שיש ממון שהוא בספק אין מעלה למוחזק מסברא דמה שהוא תח"י אינו סיבה להכריע את הממון בידו, אלא חשיב שהממון מונח ברשה"ר כיון שנולד ספק דשמא אינו בעל הממון, ורב אשי שאמר שיש כאן סברא דמאן דכאיב ליה כאיבא חלק ע"ז וחידש שיש כאן סברא חדשה שמכיון שהוא מוחזק עד עכשיו בממון אם באנו לשנות את המצב הזה הוא שינוי בממון, אבל עדיין אע"פ שדבר כזה נחשב שינוי צריך מקור שא"א לעשות את השינוי הזה, ולכן צריך דין חזקה לומר שלא לשנות את המצב של החפץ.

ונמצא שיסוד דין חזקה ממון הוא מדין חזקה קמיתא של איסורים לומר שלא היה שינוי, אבל בלא הסברא של מאן

להתיר, וה"נ איכא חזקה להתיר והיא חזקת ממון או חזקה קמיתא, וכתב ע"ז הקונה"ס ובענייני לא נכנסו דבריהם באזני דאפילו נימא חזקת מרא קמא היא חזקה המכרעת כדרך שמכרעת חזקה קמיתא בספק איסור, חזקת ממון לחוד בלי חזקת מרא קמא ודאי חזקה שאינה מכרעת היא דלא מקרא יליף לה ואין לה ענין לחזקה קמיתא דבאיסורי, מבואר שנחלק הקונה"ס עם חכמי דורו בגדר דין של חזקת ממון האם הוא כחזקה דמעיקרא של איסורים, או שאינה חזקה מכרעת אלא שא"א להוציא מן המוחזק בלא ראייה.

והקנה"ס תי' דאין כאן ספק גזל כיון שדין גזל הוא רק מה שהוא של חברו מצד הדין אבל מה שהוא שלו מצד הדין לא, וצ"ע דכיון שהוא רק מסברא דמאן דכאיב ליה כאיבא אי"ז שלו מצד הדין, עי' בחמדת שלמה אבהע"ז סי' כ"ד סק ט"ו שכתב דחזקת ממון אינו חזקה המבררת אלא דמספק א"א להוציא ולכן כתב דהא דליכא איסור גזל כמש"כ התומים דכל האיסור גזל הוא רק בודאי ולא בספק, ועי' קה"י ב"מ סי' יא, ועי' מש"כ בזה בפרק הספינה ואכמ"ל.

וצריך לישב דעת הקצה"ח ואחרונים מגוף הסוגיא דמשמע דחזקת ממון אינה מדין חזקה דכל התורה אלא שהוא הלכה חדשה דמאן דכאיב ליה כאיבא, ולמבואר בפנ"י שכל קושית הגמ' למה לי קרא סברא הוא הוא רק לרוב שהולכים בממון אחר הרוב, אבל לשמואל שאין הולכים בממון אחר הרוב אין כאן סברא, והפנ"י כתב דלשמואל במקום רוב ילפינן מקרא דמי בעל דברים.

ואפ"ל בדעת הקצה"ח שכל מה שהוצרך לומר שיש בחזקת ממון דין חזקה

דכאיב ליה הוא לומר שזה נחשב שינוי דהמצב לשנות את הבעלות של הממון היא מציאות חדשה, ולזה בענין דין חזקה לומר שהדבר לא השתנה, ונראה שיש סברא גדולה בזה שכל דין חזקה אמור רק בדברים של מציאות או בדינים כגון חזקת פנויה, או חזקת א"א ולכן לקבוע להגידר את זה כשינוי לכן צריך את הלכה של מאן דכאיב ליה.

והנה המהרי"ק שכתב שחזקת ממון הוא כלל החזקות שאין לנו לבדות מלבנו שהדבר השתנה, נראה שאין כונת המהרי"ק שדבר זה נלמד מהסוגיא בחולין ששם המקור של חזקה כמו שמבואר בדבריו עי"ש, אלא י"ל שהביאור בזה שלאחר שנתחדש הפרשה של חזקה, ונחדש דיש כאן סברא לומר שהדבר לא השתנה ממה שהיה בתחלה, ע"כ יש כאן סברא לומר כן לענין ממון שאם הוחזק עד היום שזה של פלוני אין לנו לתלות את הדבר שהוא השתנה, ועיין.

המעם שבעל הפרה ממ"נ חייב חצי

גמ' ואי פרה וולד דחד נינהו ה"נ דמצי א"ל לבעל הפרה ממ"נ חצי נזק הב לי. צ"ב הא שור תם משתלם מגופו וא"כ אמאי לא יוכל לדחות אותו דשמא הולד ג"כ נגח וצריך להשתלם גם ממנו, ולא יוכל לגבות כל החצי נזק מהפרה, וכן לא יוכל לגבות הכל מהולד דשמא הוא באמת לא נגח.

ועי' ברשב"א לעיל לו ע"א שעמד בהא דמבואר שם ב' שורים תמים שנגחו ויש ספק איזה שור תם נגח דחייב ליתן לו אחד מהשורים ממ"נ, וכתב הרשב"א דאע"פ

ששור תם משתלם מגופו וכיון שלא ידוע איזה שור נגח אמאי לא יוכל לדחותו, וכתב שהרי"ז דומה להא דמבואר בכתובות קח ע"א דמי שאבדה לו דרך בתוך שדהו של חברו שחייב להעמיד לו דרך ממ"נ דיכול לומר לו דרכי גבך, וא"כ ה"ה הכא אע"פ שלא יודע אם יתן לו השור שנגח ממ"נ יש לו השור תם שנגח אצלו וחייב להעמיד לו אותו.

ועי' חזו"א [ה' סט"ו] על הא דמבואר לעיל דב' שורים תמים שנגחו שאין הניזק יכול לתבוע שור מסוים אלא ביד הניזק להחליט מאיזה שור יגבה, ולכאורה ה"ה הכא ביד המזיק לקבוע באיזה מהם ישלם.

המעם שכתב בעל פרה תחלה משלם כל החצי

גמ' דאמר ליה לבעל הפרה פרה דידך אזקתן הב לי ראיא דאית ליה שותפי. צ"ב כונת הגמ' דהא ממון המוטל בספק חולקים ומכיון שיש ספק שמא אף הולד הזיק א"כ אמאי ישלם בעל הפרה את כל החצי נזק, וכתב רבנו פרץ דבאמת קושית הגמ' היא דישראל בעל הפרה רק רבע נזק ועוד חצי מהרבע, שהרי יש ספק שמא אף הולד הזיק, והולד משלם רבע כיון דיש ספק שמא גם הוא הזיק וממון המוטל בספק חולקים.

אולם הראב"ד בשטמ"ק כתב דישראל בעל הפרה את כל החצי נזק, דכיון שהוא ודאי הזיק והולד שמא הזיק אין ספק מוציא מידי ודאי ולכן עליו לשלם את כל החצי נזק. **וביאר** הענין כתב הברכת שמואל [סי' י"ג] דהיכא ששנים עשו את נזק בעצמם יש לכל אחד תורת מזיק על הכל, ויש לכל אחד

לטרוח לילך לב"ד ב' פעמים עם בעל הולד ובעל הפרה, וע"כ שיודע שבעל הולד הוא שותף בנזק.

אולם למבואר ברבנו פרץ דאף כשתבע את בעל הפרה משלם בעל הולד מספק שמינית, אמאי יפסיד כשתובע מבעל הולד קודם הא שמא פגש אותו תחלה ולכן תבע אותו, שהרי אף לאחר שתבע את בעל הפרה עדיין יכול לתבוע את בעל הולד כיד לקבל רבע.

ואפשר לומר ע"פ מש"כ ברא"ה בשטמ"ק דמירי שתובע את בעל הולד בטענת ברי וא"כ חשיב שיש כאן הודאה ברורה שאף הוא הזיק ולכן אין יכול לתבוע אח"כ מבעל הפרה חלק הנוסף, [ועי' ברמב"ן קידושין סה ע"ב שנראה מדבריו דעצם התביעה חשיב מעשה הודאה ואע"פ שאין טוען בברי].

אופן התשלום של שותפים בשור

תוס' ד"ה ורביע נזק אחד משמונה. תימה האין משוה הולד לפרה וכו', מבואר שהיה פשוט לתוס' שהולד אין צריך לשלם את כל חצי הנזק כמו שמשלם הפרה, אלא כפי השיעור שהוא הזיק, וזה מה שהוכיחו מריש פרק ד' וה' שכל אחד משלם לפי חלקו.

אולם לכאורה זה ברור שאם ב' אנשים הזיקו יחד כל אחד משלם חצי ואין דנים מי עשה יותר הזיק, [והרי בחופר בור ט' ובא אחר והשלימו לעשרה שדעת רבי לעיל י"ע"א דאחר שניהם לנזקין ומתחלקים ביניהם, ומשמע שכל אחד משלם חצי ואע"פ שזה שחפר ט' הכשיר יותר את ההיזק, וכן במרבה

סיבה בעצם להתחייב בכל ההיזק, אלא שיש שותפות לגבי התשלומין שבפועל אין צריך לשלם אלא מחצה כיון שהשני ג"כ משלם, ולכן היכא שיש ספק אם יש לו שותף מוטל על המזיק הודאי לשלם את כל ההיזק שהרי הוא מזיק ודאי והשני הוא ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי, ולכן הכא בעל הפרה צריך לשלם את כל החצי.

והוסיף דמה שרבנו פרץ סבר שאין צריך לשלם כולו משום דסבר שכיון שיכול לתבוע מבעל הולד שישלם רבע מחמת הספק לכן חשיב שכבר נתברר השותפות, ולכן אין יכול לתבוע ממנו כולו, אבל הראב"ד סבר דאע"פ שיכול לתבוע ממנו שישלם רבע מ"מ כיון שאינו אלא מספק חל שם מזיק שלו על כולו וחייב לשלם כל החצי.

ונראה שלרבנו דסברי המוציא מחברו עליו הראיה, כה"ג שתבע בעל הפרה תחלה אף לפי רבנו פרץ משלם כל החצי, דלרבנו ליכא למימר שיכול לתבוע בעל הולד שמספק היה פטור, לכן בעל הפרה ישלם הכל.

קדם ותבע בעל הולד תחלה

גמ' דקדים ותבעיה לבעל הולד. צריך לבאר מה הטעם שאם תבע יפסיד רבע, דבשלמא לפי הראב"ד שאם תבע את בעל הפרה תחלה משלם הכל, י"ל שבזה שתבע בעל הולד גילה דעתו שאף בעל הולד שותף בנזק ולכן אין חייב לשלם כל החצי, ועי' בתורת חיים שכתב כן דמכיון שיכול לתבוע כל החצי מבעל הפרה א"כ למה היה צריך

בחבילה שכל אחד משלם ואין חילוק אם אחד הניח הרבה והשני פחות], אלא שסברו תוס' דכ"ז רק כשיש מעשה היזק של כל אחד בפנ"ע, אבל כאן חשיב שיש מעשה היזק אחד שיש בו כמה שותפין בו, ולכן סברו תוס' שאין סברא שהולד ישלם כמו הפרה.

ועיין במהר"ם שיף ומהדורא בתרא למהרש"א שכתבו דמוכח שס"ל לתוס' שדעת אב"י דעובר ירך אמו כמו שסובר רבא בסמוך, דאי עובר לאו ירך אמו היה חייב הולד כמו הפרה דאע"ג שחלק הולד קטן יותר, מ"מ הרי"ז דומה להיכא שב' שורים אחד גדול ואחד קטן שנגחו ביחד דחשיב שכל אחד עשה את הנזק, ול"ד לריש פרק דו"ה דהתם חשיב שור אחד ולכן מעשה ההיזק הוא לפי שיעור וכמש"כ.

אולם יש לומר דס"ל לתוס' שאף אם עובר לאו ירך אמו ל"ד לב' שורים שהזיקו משום דהתם יש ב' מעשה נגיחות, ע"כ לכל אחד יש סיבת חיוב לכל אחד ואחד, אבל כאן יש רק מעשה נגיחה אחת ולכן ל"ש לחייב כל אחד בפנ"ע, וע"כ שהחיוב הוא רק כפי שיעור החשבון שיש לו בשור, וזה מה שהוכיחו מריש פרק ד' וה' שמשלם כל אחד לפי מה שיש לו בזה.

ביאור סברת הריב"א שמשלם כפי חלקו

תוס' בא"ד. ומפרש ריב"א וכו', אבל לעולם לא משלם אלא רביע נזקו וכו', מבואר בתוס' שצורת השומא הוא לפי השויות שיש לו בפרה וכפי שיעור זה משלם את הנזק, ועי' ברבנו פרץ לעיל יג ע"א שנתקשה מה שומא

הזאת כמה הוא שווה, שלכאורה היה צריך לשלם לפי כמה נזק שהוא פעל והיינו לפי כח ההיזק שנגרם מחמתו.

ועי' בחידושי הגר"ש [סי' יד אות ז'] שכתב לבאר שמכיון שהבהמה פועלת את ההיזק בכח אחד ויש כאן מעשה אחד של היזק לכן א"א לעשות את השומא באופן זה כמה כח היזק הוא עושה, ולכן נקבע שצורת התשלום הוא לפי כמה שויות שיש בולד עי"ש בכ"ד.

בעיקר קושית תוס' שכתבו להוכיח מהסוגיא בריש ד' וה' שכל אחד משלם לפי חלקו שיש לו בפרה, כתב הרשב"א להלן מז ע"א דבירושלמי כתב שיש חילוק בין שור תם לשור מועד, דבשור מועד אם יש שותפות בשור ולאחד יש את כל השור והשני יש לו רק את הרגל שניהם חייבים לשלם ביחד את הנזק וכל אחד חייב חצי, דכיון שיש לו חלק בשור כל ההיזק מתיחס אליו, אבל בשור תם שהגביה היא מגופו אע"פ שיש לו תורת מזיק על כולו אין יכול לגבות יותר מהחלק שיש לו בשור, וזה הביאור דבריש ד' וה' כל אחד מפסיד לפי השיעור שיש לו, עי' בחידושי הגר"ח על הש"ס ובחידושי הגר"ש סי' יד מש"כ לבאר בכל ענין זה.

ברעת תוס' דל"ש דינא דר' נתן בסוגיין

תוס' ד"ה גלית אדעתך דשותפתי אית ליה. אבל כאן שאם הולד במעי אמו בשעת נגיחה יש לו להתחייב בתשלומין אין לחייב הפרה בתשלומין, דעת התוס' דכל דינא דרב

נתן אינו אלא היכא שמעיקר הדין פטור אבל היכא שחייב אלא שאין יכול לגבות מחמת ספק ל"ש דינא דר"נ.

והסברא בזה ביארו באחרונים דבאמת כל אחד יש לו סיבה לשלם את כל הנזק, אלא שאם אחד חייב הרי"ז פוטר את חייב של חברו, אבל אם לא חל חייב על חברו חייב הוא לשלם הכל, ולכן רק בשור תם שלא חל עליו חייב יותר ממחצה חייב השני, אבל היכא שחייב אלא שבפועל אינו משלם כבר נפטר השני מחיובו, [ועי' בחי' הגר"ח על הש"ס עמוד קכג מה שהקשה מהסוגיא דשלמים שהזיקו גובה מבשרן ואין גובה מאימוריהן].

והנה הטור סי' ת"י הביא ב' שיטות בב' שותפין שאין לאחד ממה לשלם אם אמרינן דינא דכי ליכא לאשתלומי מהאי, ובביאור הגר"א שם כתב דהתוס' ס"ל כהשי' דליכא דינא דר"נ היכא שמחויב אלא שאין לו ממה לשלם, שהרי כמו שכתוב תוס' שאם מספק אין יכול להוציא ממנו הממון אין דין כי ליכא ה"ה אם אין לו מה לשלם כיון שהוא מחויב לא אמרינן בו כי ליכא.

והקצה"ח [תי סק"ד] כתב לישב קושית התוס' לדעת הראשונים דאף בשותף דלית ליה ממה לשלם אמרינן כי ליכא, הכא לא אמרינן כן דיש לחלק דהכא ל"ד להא דאין לו מה לשלם, משום דבשור תם הדין הוא שיוחלט השור ויש לו זכות בזה לכן לא חשיב דאין לו ממה לשלם כיון שהניזק זכה ממ"נ בחלק מהשור או מהולד או מהפרה, אלא שלא ידוע לו היכן הוא הרי"ז כמו שנאבד השור דאינו גובה וההפסד לניזק, [אולם צ"ב

דהא יוחלט השור אינו אלא אחר העמדה בדין וכיון שפטור מכח ספק לעולם לא יבוא הדין של יוחלט השור רק על רביע].

צירוף חזקת הגוף ומוחזקות

תוס' ד"ה מידע ידיע דשותפות אית לי. תוס' ביארו דיש לנו להעמיד את הפרה בחזקת מעוברת וילדה לאחר הנזק, ואיכא תרתי חזקת הגוף בצירוף מוחזק ובוזה אף סומכוס מודה דאין דין של יחלוק, וצ"ב מש"כ תוס' שהוא מוחזק שהרי תוס' בע"א כתבו דע"כ לסומכוס מירי שעומדת באגם, דאין כאן מוחזק דבמקום מוחזק לא אמר סומכוס יחלוק, ואפשר שכונת תוס' דאיכא חזקת מרא קמא, [וסבר תוס' דמר"ק הוא דין מוחזקות ולא חזקה קמיתא של איסורים וכמו שיבואר באות הבאה].

והנה מתוס' מבואר דבעל הפרה לא משלם רק חצי נזק ומפסיד רבע נזק דהולד משלם רק רבע מכח ספק, ועי' ברמב"ן ובבעה"מ שנחלקו האם מפסיד נמי הרבע שבעל הולד אינו משלם.

חזקת הגוף כנגד חזקת מרא קמא

תוס' בא"ד. ומיהו להוציא ממון מיד בעל הולד אין מועיל לו חזקה הלכך לא משלם בעל הולד אלא רביע, תוס' לא ביארו מה טעם שלא מועיל חזקת הגוף להוציא מיד בעל הולד.

ולבאורה כונתם משום שיש לו חזקת מרא קמא, שהרי תוס' לעיל כתבו שהוא אינו מוחזק בזה, ומוכח שחזקת מר"ק

עדיף מחזקת הגוף, ואע"פ שחזקת הגוף עדיפא מכל החזקות כדמבואר בכתובות בפרק המדיר, צ"ל דס"ל לתוס' דחזקת מרא קמא לאו מדין חזקה קמייטא דאיסורין אלא מתורת מוחזק אתינן עלה, ובזה לא אמרינן שחזקת הגוף עדיף ממנה כמו שהאריך בזה בקוה"ס כלל א', נוכח נתבאר לעיל שבתחילת הסוגיא מוכח שזהו שיטת תוס', שהעמידו את המשנה במקום שאין מוחזק וע"ז מבואר בגמ' הסברא דמאן דכאיב ליה וכו' וע"כ שהוא מדין מוחזק], ועי' בש"ש ש"ד פ"ב מש"כ לבאר, ועי' בחי' הגרש"ש כתובות סי' ט' שביאר כונת תוס' באופ"א.

המהרש"א הקשה אמאי לא הוכיחו התוס' מרישא דמתני' דשור שנגח את הפרה דלסומכוס משלם רביע דשמא הולד נולד קודם הנגיחה אינו משלם ואע"פ שיש חזקת הגוף לומר שהלידה היתה אחר הנגיחה. **ובתב** הפנ"י לישב דהתוס' באו להוכיח אף היכא שהמוחזק טוען שמא אבל ברישא המזיק טוען ברי, [נע"ע בש"ש ש"ב פ"ו שהוכיח דלא מהני טענת ברי וחזקת הגוף להוציא ממון, שהרי במתני' הכא איכא חזקת הגוף וטענת ברי].

דף מז ע"א

פרה שהזיקה גובה מולדה

גמ' רבא לטעמיה דאמר פרה שהזיקה גובה מולדה מ"ט גופה היא. תוס' כתבו שמוכח מכאן שרבא סבר שעובר ירך אמו, ולכן אע"פ שהאם לא נמצאת לפנינו יכול לגבות מהולד דגם עליה יש תביעת נזקין, וכתבו תוס' שאם עובר לאו ירך אמו הרי"ז

כב' שורים שהזיקו שאם נאבד אחד מהם אין גובה חלקו מחברו, וכונתם שאע"פ שלכל אחד יש סיבה לשלם אין יכול לגבות את החלק של חברו מהשור שנשאר, ורק משום שעובר ירך אמו, הרי"ז דומה כמו שנאבד חלק מגוף השור שיכול לגבות ממה שנשאר מהשור.

אולם הרי"ן בחולין [דף יט. מדפי הרי"ף] כתב דסברת רבא היא אף למד"א עובר לא ירך אמו, משום דאף הולד מסייע בנזק והוה כההיא דולד הנוגחת והנרבעת. **ובן** משמע במאירי בסוגין עי"ש שביאר החילוק בין הא דגובה מולדה להא דאמר רבא דתרנגולת שהזיקה אינו גובה מביצתה, משום דולד מסייע הוא לנזק ומשו"ה חשיב כגוף אחד משא"כ בביצה אינו מסייע לנזק, ומשמע מדבריו דאף למד"א עובר לאו ירך אמו הוא.

וע"ע בחזון יחזקאל [פ"ה ה"ח] שהביא דברי תוס', וכתב דאפשר לדון שאף אם עובר לאו ירך אמו שיוכל לגבות מהולד, שהרי בגמ' מבואר שטעמו של רבא הוא משום דכגופא היא, והיינו שכל הנדון של עובר ירך אמו שייך רק בדברים כאלו שלא משכחת לה בוולד, דבזה אמרינן שדין הולד כדין האם, אבל לגבי נזקין כיון שהוא מחובר לאם יש לו תורת מזיק כמו האם, [ודימה להא דגובים מן הצמר של הבהמה, אע"פ שהצמר כשהוא לעצמו אינו בדין של הבהמה, אלא כיון שהוא מחובר אליה מתולדותו הוא, ה"נ לענין עובר נמי כגופה דמי וגובין ממנה], ומשמע מדבריו דאע"פ שאין הולד מסייע לגוף ההיזק ג"כ אפשר לגבות מהולד, אולם ברי"ן משמע דמשום שהוא מסייע במעשה ההיזק.

והנה השטמ"ק כתב בשם הר"מ מסרקסטה שכתב דמימרא דרבא הוא אף היכא שהפרה דחד וולד דחד, וביאר הברכ"ש סי"ג דכיון דהוה חד גופא מהני נמי שאפילו היכא שיש ב' בעלים שיוכל לגבות מגופו כל הנזק, אולם המאירי כתב בהדיא שרק בכה"ג שיש בעלים אחד.

ועי' בברכ"ש שהקשה על השטמ"ק מהא דמבואר לעיל יג ע"א בשלמים שהזיקו שאינו גובה מבשרן כנגד אימוריהן ואע"פ שהוא בגוף אחד, ותי' דהתם האמורין פטורין משום דהוה נגיחת פטור ולכן ל"ש לשתלם מהבשר את חלק האימורין, ע"ע בחידושי הגר"ש סי' יד בסופו.

תרנגולת שהזיק אינה גובה מביצתה

גמ' תרנגולת שהזיקה אינה גובה מביצתה. דעת הרא"ה בשטמ"ק דמ"מ גובה מהביצה לפי חשבון דהיינו דחשיב שאף היא מזיק, אבל במאירי כתב דאין בעל הביצה מסייע לנזק כלל ואינו משלם כלל, ולמבואר לעיל דהמאירי ס"ל דהחיוב של הולד הוא מחמת שמסייע להזיק, ע"כ הביצה שהיא פירשא בעלמא ואינה מסייעת לנזק לא גובה ממנה כלל.

סברת תוס' דקאי בר"י

תוס' ד"ה ליתא לפרה. לדברי רבא לא אתיא מתני' כר"ע דכיון דשותפין נינהו הא אמרינן בהמניח אם כיחש מזיק או שבח ברשותו דתרווייהו נינהו אלא כר"י אתיא, צ"ע דהא התוס' לעיל מו ע"א כתבו דמתני' כר"ע משום שלר"י כיון שיכול לפרוע זוזי לא אמר סומכוס המע"ה.

וצ"ל כמש"כ תוס' ב"מ דף ק' ע"א דהיכא דהוה שמא ושמא אמר סומכוס יחלקו אף באופן שהוא מוחזק, [ועי' במהרש"א לעיל בתוס' שם שנראה שסבר שתוס' כאן סברו נמי שבמקום מוחזק בטנת שמא מודה סומכוס שיחלוקין].

בדברי תוס'

דסוניין בר' ישמעאל

תוס' בא"ד. אלא כר"י אתיא כונת התוס' דכמו שאם הוכחש הפרה מפסיד הניזק כיון שמיד בשעת הנזק הוחלט השור לניזק ה"ה ה"ה היכא שאבד נמי הפסיד. **והקשו** האחרונים תרומת הכרי [סי' שצ"ט] דהא הלכתא כר"ע ודוחק לפרש דברי רבא שלא כהלכתא, וכתב החזו"א סי"ד סק"י דיש לחלק בין כחש לאבד השור, דאף לר"ע דיוחלט השור הרי צריך העמדה בדין דהא פלגא נזקא קנסא כמבואר לעיל בתוס' לג ע"ב, וא"כ י"ל שרק היכא שהוכחש השור דהשור לפנינו ונפסק שזה היה שלו מזמן הנזק ע"כ הפסיד את כל הכחש, אבל היכא שנאבד השור שאין לב"ד שור שדנים עליו שהוא של הניזק, ע"כ בכה"ג אף לר"ע לא הפסיד וגובה מהולד כיון שעובר ירך אמו חשיב כחלק מהאם.

ובתב החזו"א דכן מוכח בדעת הרמב"ם והשו"ע בסי' שצ"ט שפסקו כר"ע דיוחלט השור, ופסקו נמי כסברת רבא דהיכא דליתא לפרה משתלם מן הולד, וע"כ דהיכא שאבד ל"ד לההיא דכחש.

אולם לפי מש"כ הקצה"ח דדעת הרמב"ם דלר"ע יוחלט השור רק משעת העמדה בדין, א"ש החילוק בין אבד לכחש דבאמת

מנחת

דף מז ע"א

משה

קצה

באבד אין על מה לדון, אבל לתוס' לעיל לג
ע"ב שיוחלט השור הוא משעת הנזק י"ל דס"ל
שארין חילוק בין כחש לאבד, ע"ע ברבנו פרץ
שכתב דאתי נמי כר"ע ומיירי שהשביח הולד
שמקבל את כל החצי נזק, דאף שהפסיד
מהחלק שהוכחש מ"מ נוטל בשבח של השור.

ולד הנוגחת לגבי מזבח

תוס' ד"ה מ"ט גופא היא. ולד הנרבעת
והנוגחת אסור היא וולדה נגחו ונרבעו
אין להוכיח דעובר ירך אמו וכו', הקשו
האחרונים דהא לעיל מ ע"ב סבר רב דשור
האיצטדיון כשר למזבח כיון דהוא אנוס וא"כ
כ"ש עובר דחשיב אנוס ואמאי נאסר למזבח.

ובן קשה טובא לדעת הנמוק"י [טז]. מדפי
הרי"ף [שהוא פטור ג"כ מנזקין, והא
לעיל מבואר דגובה מן הולד ומדוע לא הוה
כשור האיצטדיון.

ועי' קה"י [כתובות סי"ג] שכתב לבאר שאף
למד"א עובר לא ירך אמו, מ"מ כל
מעשה האם חשיב מעשה הולד, ולכן ל"ד
לשור האיצטדיון דהכא מעשה נגיחה נעשה
בדעת עי"ש בכ"ד.

קו' הרע"א שיהא איסור לבוא על אשתו מעוברת

תוס' בא"ד. בעיקר מש"כ התוס' דולד
הנרבעת אסורה למזבח משום שנהנה
ברביעה אף אם עובר לאו ירך אמו, מבואר
שאם עובר ירך אמו יש איסור למזבח מחמת
דחשיב שיש מעשה רביעה בעצם הולד.

והקשה הרע"א א"כ למד"א עובר ירך אמו
איך יכול אדם לבוא על אשתו
מעוברת, הרי שמא הולד היא בת, ונמצא
שעובר באיסור שבא על בתו, ויש לעיין
בקושיתו דאדרבה אם עובר ירך אמו, הולד
לא חשיבא בתו אלא אשתו ואין כאן איסור
של בא על בתו.

ועי' רע"א [החדש] שהובא בשם הגר"ש
אייגר שהביא קושית הגרע"א באופ"א,
שלמד"א עובר לאו ירך אמו שכתבו תוס'
שהולד אסור למזבח, א"כ ה"נ יהא איסור
דאשה ובתה, וראיתי לישב שהרי תוס' כתבו
דהולד נהנה ברביעה, וא"כ י"ל דכל האיסור
הוא רק כיון שיש לה הנאה, וא"כ בבוכל ל"ש
הך סברא דלית ליה הנאה מהעובר, ולכן ליכא
איסור בזה דאשה ובתה.

המקור ששמיין לולד אנב הפרה

גמ' אמר רבא אין שמיין לפרה בפנ"ע ולולד
בפנ"ע אלא שמיין לולד על גב הפרה.
משום דא"ל פרה מעברתא אזיקתך פרה
מעברתא שיימנא לך, בגמ' מבואר דאף במזיק
שדה חברו וקוטע יד עבדו שמיין אגב כל
השדה והעבד, ולקמן נח ע"ב ילפינן לגבי
שדה מקרא דובער בשדה אחר דאין שמיין
אותה ערוגה בפנ"ע אלא אגב שדה אחר.

והרש"ש כאן כתב שילפינן מינה מגז"ש
דתחת נתינה, ומפורש כן ברא"ש
בריש החובל שכתב לענין תשלומי חבלה של
אדם דילפינן מקרא דובער בשדה אחר דגילתה
התורה שתשלומי מזיק אולינן לקולא וה"ה
בתשלום חבלה, והיינו דאמר רבא שאם אי
אתה אומר כן נמצא אתה מכחיש את המזיק,

והביאור שבדין של וביער בשדה אחר נאמר שהתורה מקילה על תשלומי נזקין ולכן אמר רבא דה"נ הכא צורת התשלום הוא אגב שדה אחר.

אולם עי' חזו"א [ס"ו סק"ג] שכתב דבבהמה וכלי לא בעי קרא דהתם מסברא ידעינן דאין לו ערך בפנ"ע רק מחמת השלימות, וע"ע שם שכתב דהיכא שקלקל כותל של בית שאם ישומו אגב כל הבית ליכא הפסד כלל, וכתב החזו"א דכיון שאין הבית עומד למכירה אלא לתקן את הנזקים ע"כ השומא לא אגב כל הבית אלא משלם מה שהפסיד.

גדר הדין דשמין אגב שדה אחר

בעיקר הלכה דשמין ערוגה אגב כל השדה. יש להסתפק בגדר הגזה"כ האם כונת התורה היא דכדי שלא יפסיד המזיק אמרה התורה שצורת השומא של הנזק הוא כפי שיעור של כל השדה, ואין דנים את ההפסד לפי הערוגה שאכל.

או"ד שגילתה התורה שזהו הלכה בעצם הנזק שאכילת הפירות מתיחס לכל השדה ולא רק לאותה ערוגה שאכל, וכן משמע לשון הגמ' דפרה מעברתא אזיקתך.

החזון יחזקאל פ"ו ה"ט כתב שנחלקו בזה הראשונים, שתוס' כאן כתבו [בד"ה וכן אתה מוצא] שלענין דמי ולדות אין שמין אותה אגב האשה כיון דגוף האשה לאו ממון בעלים, מבואר מדברי התוס' דנתחדש בגזה"כ דובער בשדה אחר שזהו הלכה שצורת הנזק מתיחס לכל השדה, וכ"ז שיך לומר רק היכא שיש לו שדה שלמה אבל אם יש לו רק ערוגה אחת צורת השומא הוא רק באותו ערוגה כיון

שכל הנזק נעשה שם, ולכן כיון שגוף האשה אינה של בעל אין שמין את הדמי ולדות אגב האשה, אבל אם ההלכה היא בשומת הנזק אין חילוק אם אכל ערוגה בתוך כל הערוגות שלו.

והביא שנחלקו בזה להדיא תוס' בב"מ צט ע"ב והתוס' שאנ"ץ שם בשטמ"ק דהיכא שהערוגה שאכל אינה בין הערוגות אם יש הלכה ששמין בס', שדעת תוס' שלעולם שמין בס', אבל התוס' שאנ"ץ סבר שרק באופן כזה שאכל ארוגה בין הארוגות שמין כן.

ועי' בתוס' רבנו פרץ לקמן נח ע"ב שכתב דאף היכא שאין רק ערוגה אחת נמי הדין כן, ולפי"ז ה"ה לענין פרה ולד נמי רק היכא שהוא שיך לאדם אחד, אמנם עי' בחזו"א סי"ד סק"י שכתב לחלק בין שומת פרה לשדה, וע"ע בחי' הגרי"ז במכתבים, וע"ע מש"כ לקמן נח ע"ב.

גדר השומא בקוטע ידו של חברו

גמ' בקטע יד עבדו של חברו. הקשה רבנו פרץ אמאי לא קאמר קוטע ידו של חברו דמבואר לקמן בריש החובל דשמין אותו כעבד שנמכר בשוק, וכתב דהוה בכלל עבדו.

והנה בחי' הגרי"ז במכתבים בסוף הספר כתב דיש חילוק גדול בין התשלום של קוטע יד עבדו לבין תשלום חבלה באדם, דבעבד הוא תשלום על ההפסד דיש חיוב תשלום על ההפסד של העבד כשורו וחמורו, אבל בחבלת אדם הוא חיוב חדש ולא משום הפסד, ולכן אע"פ דהתם נמי שמין אותו כמו בעבד מ"מ לא הוה מחמת ההפסד, [ולפי"ז מישב קו' התוס' מדמי ולדות].

אופן השומא של דמי ולדות

תוס' ד"ה וכן אתה מוצא. מבואר בתוס' שכונת המשנה דשמין דמי ולדות אגב האשה אינו אלא שבח ולדות, אבל דמי ולדות אין שמין אגב האשה אלא בפנ"ע, והטעם שהאשה אינה ממון של הבעל ולכן א"א לשום אגב האשה משא"כ בפרה וולד שהפרה שיכת לבעל הולד לכן שמין אותה אגב האשה.

אולם הרמב"ם פ"ד מחובל ה"ב כתב כיצד משערין דמי ולדות שמין את האשה כמה היתה יפה עד שילדה וכמה יפה משילדה, מבואר שחולק הרמב"ם על תוס' וס"ל שצורת השומא של דמי ולדות הוא כמו ולד של פרה דמבואר שהוא אגב האשה, ועי' בחידושי הגרי"ז במכתבים בסוף הספר שכתב לישב קושית תוס' שם לדעת הרמב"ם דבחבלת אדם פשוט יותר שצורת התשלום הוא אגב האם, ול"ד לשאר היזק של ממון עי"ש.

דף מז ע"ב

סברת רבנן דבעל הקדרות
חייב בנזקי בעל החצר

גמ' טעמא דשלא ברשות הא ברשות לא מחייב בעל הקדירות הא מני רבי היא. פרש"י דקס"ד דלרבנן כי היכא דבעל החצר קיבל על עצמו שלא להזיק הקדירות, ה"ה בעל הקדירות קיבל על עצמו שלא להזיק את בעל החצר, [וכן סבר ר"ז שלרבנן כמו שבעל החצר קיבל על עצמו לשמור שלא להזיק, ה"ה בעל הקדירות קיבל על עצמו שלא יזיק את בעל החצר].

ובתב הפנ"י דמשמע מלשון רש"י שהטעם שבעל החצר חייב בנזקי הקדרות, וכן מה שבעל הקדרות חייב בנזקי בעל החצר הוא משום שקיבל על עצמו שמירה מיוחדת לענין זה שאם יזיק יתחייב לשלם ואינו חייב מפרשת נזיקין דעלמא, והטעם שאין לחייב מפרשת נזיקין כתב הפנ"י משום שנתן בעל החצר לבעל הקדרות רשות להכניס הקדרות או הפירות לחצרו הרי זה כחצר השותפין ולכן אין לחייב את בעל החצר כשהזיק את הקדרות או אכל פירותיו, וכן אין לחייב את בעל הקדרות אם הוזק בעל החצר שכל החיוב הוא משום בור, ומכיון שהכניס ברשות נמצא שחפר את הבור ברשות ואין לחייבו ע"ז, ולכן הוצרך רש"י לומר שקיבלו כל אחד להתחייב בנזקי השני, וזה כונת הגמ' דממה שאנו רואים שבעל החצר קיבל על עצמו להתחייב במה שהוא יזיק את הקדירות או הפירות, ה"נ בעל הקדרות והפירות קיבל על עצמו להחייב במה שינזק בעה"ב.

ומבואר שמה שבעל החצר חייב אינו מדין שקיבל על עצמו שמירת גופו, דהיינו שיש לו דין שומר לגבי הקדירות והפירות, דזה סברת רבא להלן בגמ' אלא שקיבל על עצמו שמירת נזקיו, וכן קיבל בעל הקדירות על עצמו לשמור את בהמתו של בעל החצר שלא ינזק ולפי"ז אף אם יזיק שור של בעל החצר הקדרות בקרן ישלם נ"ש שאין זה פרשת נזיקין דעלמא.

ורבי חולק על רבנן וסבר שבעל החצר בסתמא נותן לו רשות להכניס את הקדירות או הפירות אבל אין מקבל על עצמו שאם ינזק יתחייב לשלם, ולכן כיון שהוא

חצר השותפין אין בעל החצר חייב בנזקי הקדרות או הפירות, וכן להיפך בעל הקדרות והפירות אין חייב בנזקי בעל החצר מה"ט דלא קיבל על עצמו והוה חצר השותפין, וזה מה שמדיקת הגמ' דמשמע במשנה שרק כיון שהוא שלא ברשות חייב בעל הקדרות אבל ברשות פטור כיון שנתן לו רשות הרי"ז כחצר השותפין, [ועי' בחידוש הפלאה שכתב לבאר באופ"א מהפנ"י].

שמירת קדירות אפילו נשברו ברוח

גמ' רבא אמר כולהו רבנן וברשות שמירת קדירות ואפי' נשברו ברוח. כונת רבא לבאר שלרבנן בעל החצר קיבל על עצמו שמירת גופו וממילא אף על מה שהקדירות יזיקו אותו, ולכן בעל הקדירות לא קיבל על עצמו לשמור מכלום, והקשה רבנו פרץ אמאי לא אמר רבא בהדיא דבעל הקדירות לא קיבל על עצמו שמירה שזהו עיקר תירוץ הגמ'.
ובכתב לבאר דכונת רבא ליתן טעם אמאי לא קיבל על עצמו בעל הקדירות לשמור, והטעם הוא משום שבעל החצר קיבל על עצמו שמירת גופו של החפץ שאפילו נשברו ברוח לכן בעל הקדירות לא קיבל על עצמו כלום לשמור, ועי' ברש"ש.

הסברא שבקדירות ופירות פטור

תוס' ד"ה אימא. וא"ת בבא דהכנים שורו היכי מצי למימר נגח לשורו של בעה"ב, בשלמא קדירות ופירות פטור דכיון דמאליה הוזקה הבהמה, לכאורה כונת תוס'

שמשום שיש לו רשות להכניס קדירותיו הו"ל כחצר השותפין וליכא חיוב של בור בחצר השותפין.

ועי' בהשגות הראב"ד פ"ג הי"ג שמבואר הטעם בזה דהוה כהא דמבואר בגמ' לקמן דשניהם ברשות והזקן זה בזה פטור, דבהזיק של בור חשיב כהוזקו ולכן פטור.

והנה הרא"ש לעיל יד ע"ב בסוגיא דפרה שהזיקה טלית דשניהם חייבין כתב דמיירי שהוא חצר המיוחדת לשניהם לשורים ולאחד לפירות, ולכן לגבי חיוב של שור אין יכול לומר לו תורך ברשותי מאיבעי, כיון שיכול להכניס שורו שם ולכן חייב מדין רגל ולא חשיב חצר הניזק דיש לו רשות ליכנס, ולגבי מה שהטלית הזיקה את הפרה חייב, אע"פ שזה חצר הניזק לגבי הטלית מ"מ כיון שמותר לשור להיכנס שם חייב משום בור.

והקשה האמרי משה [סכ"ט אות י"ב] מה הטעם שיתחייב משום בור הרי כיון שמותר לשניהם ליכנס הוה כשניהם ברשות שאם הוזקו זה בזה פטור, וכמו שמבואר בדף מח ע"ב וכמו שביארנו דעת רבי שהוזקו זה בזה פטור, [ועי' באבן האזל פ"ג הי"ד].

סברת תוס' במעמא דפטור לרבי מתשלומין

תוס' בא"ד. וי"ל דעכשיו סובר לרבי וכו' הוה כאילו מפרש בהדיא שכל אחד יפטר מהתשלומין, צ"ב מאיזה דין הוא נפטר מלשלם, דאי הוא מדין קרע כסותי והפטר, הא התם נתן לו רשות להזיק אבל כאן לא נתן לו אלא רשות להכניס קדירותיו, ואי משום

מנחת

דף מז ע"ב

משה

קצמ

מחילה הא הוה מחילה בדבר שלא בא לעולם שהרי עדיין לא נעשה הנזק.

ובחי' הגרנ"ט כתב לבאר כונת התוס' דהוה כמי שאמר לו שנותן לו רשות להכניס הקדירות ויחשב כרשות המזיק לענין שאם יזיק אותו יפטר.

ביאור סברת תוס' דעת רבה לפי רבא

תוס' בא"ד. ולפי האמת לרבי אם הכניס שורו ברשות הזיק חייב הוזק פטור, במהרש"א כאן ומפורש יותר בדבריו לקמן מח ע"ב שכונת התוס' לפי האמת היינו לרבא דאמר שלרבנן מקבל בעל החצר על עצמו שמירה גופו של החפץ, ובעל הקדרות פטור במה שהקדירות שלו הזיקו שורו של בעל החצר, לכן אין הכרח לומר שלרבי בעל הקדירות לא מקבל על עצמו חיובי שמירה על הכנסת פירות, אלא אף אם בסתמא בעל החצר פטור במה שהוא מזיק, מ"מ בעל הקדרות חייב במה שהוא מזיק, וכ"כ הרא"ש כאן.

ועי' רבנו פרץ להלן מח ע"ב שהאריך בזה, וביאר שרבי קאי על דברי רבנן שהם אמרו שברשות מקבל על עצמו לשמור, וע"ז חלק רבי שאין מקבל על עצמו, וכיון שלדעת רבא רבנן סברו שבעל הקדרות לא מקבל על עצמו כלום ורק בעל החצר, בזה חולק רבי וסבר שבעל החצר לא קיבל על עצמו שמירה, אבל בעל הקדירות שלרבנן לא קיבל שמירה יכול להיות שלרבי הוא חייב, והסברא בזה דלפי רבא אין הכרח במה שנתן לו רשות שהוא נחשב כשניהם ברשות, אלא כל מה

שנתן לו רשות להכניס הוא רק עד כמה שהוא לא יזיק את בעל החצר, ובעל החצר לא קיבל על עצמו לשמור אלא התנה שלא יתחייב בשמירה שלא ינזק.

אולם הרע"א כתב דכונת התוס' דרק בהכניס שורו חייב כיון שיש חיוב של שור אף בחצר השותפין, אבל על הכניס קדירות ופירות כיון דהוה הזיקא דמימלא ויש פטור בחצר השותפין אינו מחויב ע"ז, וכתב הרע"א דלהרא"ש גדר החיוב של בעל הקדרות הוא כמש"כ דהוה כמי שאמר לו בעל החצר למכניס שאם יקרה כאן הזיק יחשב שנכנס שלא ברשות, והיינו שמתחייב מדין מזיק ואינה קבלת שמירה חדשה כמו שכתב הפנ"י שהובא לעיל.

ונראה דכל מש"כ הפנ"י דהוה קבלת שמירה מחדשת לא מפרשת נזקין אינו אלא לרבנן אבל לרבי לא, וכן מבואר להדיא בגמ' לקמן מח ע"ב דקאמר ר"פ דלרבי דהיכא שלא הקנה לו מקום בחצרו חייב בעל השור רק חצי נזק, וע"כ כנ"ל דעד כמה שיזיק אותו לא הקנה לו מקום, והביאר בזה דלרבנן שבעל החצר מקבל על עצמו לשמור שלא יזיק, ה"ה מקבל בעל הקדירות שלא יזיק את בעל החצר, אבל לרבי דבעל החצר לא קיבל על עצמו כלום, ע"כ הגדר שאין לו זכות להכניס אם יזיק ומדיני נזקין הוא חייב.

הוה ליה שלא תאכל

גמ' הוה ליה שלא תאכל. תוס' התקשו שאם הוא רוח מצויה שתאכל מה הטעם לפטור, ואם חשוב כרוח שאין מצויה מדוע אם הוא שומר חייב הרי הוא רוח שאין מצויה, ולכן

רב ששת שהקשה חלק על סברת הגמ' דהיה לו שלא תאכל, וסבר שיש לחייב את בעל הפירות על נזקי הבהמה.

ועיין בחזו"א שם שכתב ב' סברות מה הטעם שהוא חייב, או משום בור המתגלגל או משום אש, ולכאורה יש כאן חידוש במה שכתב דהוה כבור המתגלגל, שהרי כל בור המתגלגל הוא מזיק במקומו ויש לו שם תקלה כאן, אלא שמ"מ חייב במה שיש רוח מצויה שאדם יגלגל אותו למקום אחר, אבל הכא הרי הפרי מצד עצמו אין לו תורת בור ואין זה תחילת עשיתו לנזק אלא שאם תאכל הוא יעשה פעולת היזק והוא חידוש, ע"ש עוד מש"כ לדון על חיוב של אש בזה.

עירב סם המות עם פירותיו

גמ' ואיבע"א סם המות נמי באפרזתא דהיינו פירי. והיינו שיש לזה צורה של פרי ממש, הש"ך [שפח סק"ח] כתב דה"ה אם עירב אם מה שרגילה לאכול סם המות ג"כ פטור. **והנה** בשלמא לסברת תוס' שהוא לא חשיב מעשה מזיק שהניזק משך על עצמו הנזק א"ש, אבל לפי סברת הרא"ש שביאר משום דלא הוה ליה לאסוקי אדעתיה לכאורה כ"ז שייך התם שהיא אכלה הרבה פירות, אבל הכא הרי אפילו באכילת מעט פירות היא תמות ומדוע יהא פטור וצ"ע.

תוס' ד"ה באפרזתא. לרבנותא נקט דאע"פ שהיתה אבודה לגמרי מן העולם אפ"ה פטור מדיני אדם, כונת התוס' נראה דכל הפטור שהיא הביאה ע"ע הנזק הוא רק אם לא הפסיד הבהמה לגמרי לא, עי' בשטמ"ק שכתב לישב דהחידוש הוא דאע"פ שא"צ

כתבו שהטעם לפטור משום שבמתכוון הביאה הנזק על עצמה לכן אינו ראוי להתחייב ע"ז.

החזו"א [ח ט] ביאר שאין כונת תוס' שהוא אנוס על ההיזק, אלא אע"פ שאינו אנוס אין כאן חיוב מזיק דכיון שהבהמה הביאה על עצמה את ההיזק אין זה בכלל פרשת נזקין, ודימה לדין של כל המשנה ובא אחר ושינה פטור משום שלא חשיב מעשה מזיק כשהניזק משך על עצמו את המזיק, וביאר שזה הסברא לעיל כב ע"א בהיה גדי סמוך לו שהיה לו לברוח שפטור על הגדי, דכל מקום שהניזק גורם לעצמו ההיזק אין למזיק שם מזיק להתחייב עליו בתשלומי ההיזק, ולפי"ז פשוט מה שהקשו תוס' מהא דמבואר בגמ' שאם הוא קיבל על עצמו שמירה דחייב, משום שחייב שומר הוא אע"פ שאין לו תורת מזיק, [ועי' בתוס' ר"ד שמשמע כן].

אולם הרא"ש כתב כלשון תוס' והוסיף "דלא הוה ליה לאסוקי אדעתיה שתאכל כ"כ הרבה ועל בעל החצר מוטל לשמור דבר זה כיון שהוא מצוי בחצר יותר" עכ"ל, משמע ברא"ש שהוא מדין אנוס דלא הוה ליה לאסוקי אדעתיה שתאכל כ"כ הרבה ודלא כסברת החזו"א שאין לו תורת מזיק, והטעם שאם קיבל על עצמו שמירה הוא חייב, דאע"פ שמעשה כזה לא הוה ליה לאסוקי אדעתיה שיקרה מ"מ כיון שהוא נמצא בחצרו היה לו לראות שהיא אוכלת כ"כ הרבה ויש כאן פשיעה במה שהוא לא מנע אותה מלאכול כ"כ הרבה.

הסכרא לחייב בעל הפירות במתה

גמ' סם המות דלא עבידי דאכלה אבל פירות דעבידא דאכלה בדיני אדם נמי לחייב.

מנחת

דף מז ע"ב

משה

רא

לאכול הרבה אלא דבר מועט אפ"ה פטור וזה מתאים לסברת הרא"ש.

המהרש"א כתב די"ל דהחידוש הוא דבשאר פירות פטור מדיני שמים אבל הכא רק פטור מדיני אדם אבל בדיני שמים חייב.

גמ' מתיבי האשה שנכנסה לטחון חיטין אצל בעה"ב. הקשה מהר"ם שיף הרי הכא היא נמצאת בתוך הבית שהרי באה לטחון חיטין וא"כ היא רואה שהבהמה אוכלת וא"כ היא צריכה למנוע מן הבהמה לאכול, וכסברת הרא"ש שהובא לעיל שהבעל הבית שנמצא בביתו אין לו פטור של אונס, ובשלמא לסברת תוס' א"ש, [ועי"ש מש"כ לישב קושית תוס' לקמן מח ע"א ד"ה ברשות ולמבואר אפשר שכל סברתו ל"ש לפי מש"כ בתוס' לעיל].

גמ' איבעיא להו היכא דקביל עליה נטירותא דנפשיה קביל. פרש"י דהספק בין לרבנן ובין לרבי היכא דקביל על עצמו שמירה בהדיא.

והרא"ש הקשה הא לרבי כיון שקיבל על עצמו שמירה הרי"ז כשומר בעלמא וחייב לשמור על הכל, וכתב הרא"ש די"ל דכיון שאמר לשון כנוס שורך לחצר ואני אשמרנו יש צד שאינו שמירה אלא מבהמות בלבד ולא שמירה מכל דבר, והרא"ש עצמו פירש דהספק רק לרבנן.

ביאור הנדון בתוס' אם בעל החצר יכול לתבוע מבעל השור

תוס' ד"ה מאי. מבואר בתי' הראשון של תוס' שאם בעל הבהמה אינה של

שוטה יכול לומר לו בעל החצר לבעל הפירות לך לבעל השור, וקשה הרי בעל החצר קיבל על עצמו שמירה נזקין.

ובן מבואר לקמן קח ע"ב ע"ב לגבי שומר שנגנב ממנו חפץ והוכר הגנב, דעל השומר לתבוע מן הגנב ואין יכול לומר השומר לבעלים שהם ילכו ויתבעו ממנו, והסברא בזה משום שיש לשומר חיוב להעמיד את הדבר בחזרה לבעלים, א"כ מדוע כאן אינו מחויב להעמיד לו ויכול לשלחו לבעל השור שאכל.

ונראה דהכא משום שהגמ' הסתפקה אם קיבל עליו נטירותא דעלמא, א"כ י"ל שאף שהגמ' פושטת שמקבל מ"מ אפ"ל שכל מה שקיבל על עצמו הוא רק שישלם רק אם אין לו אפשרות לקבל חזרה את הפירות, אבל אם יכול לתבוע מבעל השור שאכל לא קיבל על עצמו, משא"כ לקמן מיירי בחיובי שמירה של השומר שקיבל שאם יגנב ישלם לכן אע"פ שהוכר הגנב מוטל עליו חיוב להעמיד את החפץ.

תוס' בא"ד. א"נ זה יתבע מבעל החצר ובעל החצר יתבע מבעל השור, צ"ב איזה זכות יש לבעל החצר לתבוע מבעל השור שהרי לא הזיק אותו כלום, דהא הפירות לא היו שלו, אלא שהוא קיבל שמירה עליהם שלא יוזקו ואינם שלו, ואם משום שהוא גורם לממון כממון דמי הא לא קי"ל כר"ש.

ועי' קה"י סי' ה' מבואר דכל המחלוקת רבנן ור"ש בדין גורם לממון הוא רק לגבי חיוב כפל אבל גבי חיוב קרן אף לרבנן הוא חייב.

דף מח ע"א

ביאור סוגית הגמ' שבעל החצר חייב בנזקי הבור

גמ' בעל החצר חייב בנזקי הבור אע"ג דאמר מר וכו' כיון דאית ליה להאיך למלויה ולא קא מלייה כמאן דכרייה דמי. ביאור סוגית הגמ' נחלקו רש"י ותוס', וצריך להקדים מה שנחלקו רש"י ותוס' לעיל כח ע"ב האם אדם שיש לו בור בחצרו והפקיר רשותו ובורו אם חייב או לא, דעת רש"י דאע"פ שמעשה הכרייה לא היה באיסור חייב, ותוס' חלקו וסברו שכה"ג פטור משום שכל החיוב של בור אינו אלא היכא שיש חפירה באיסור כגון בחופר בור ברשות הרבים או אף בחפר בהיתר מ"מ רק אם הוא בעלים על הבור עליו לסלקו, אבל הכא כשחפר היה הבור שלו והחפירה היתה ברשותו אע"פ שהפקירו אח"כ אין במה לחייב אותו.

והוביתו תוס' כן מהא דמבואר בסוגיין שבעל החצר חייב משום שהו"ל לסלוקי ולא סלקי כמאן דכרייה, ונראה שסברו תוס' שכונת הגמ' דמיירי הכא שהפקיר רשותו ולא בורו, וחייב בעל החצר משום שלאחר שהפקיר רשותו עדיין הבור שלו, ולכן יש טענה עליו שהוא צריך למלאות את הבור וחייב עליה, ומשמע בתוס' שהטעם שהוא חייב על הבור כשאין כרייה באיסור הוא רק מכיון שהוא עכשיו בעלים על הבור לכן מוטל עליו לסלק הבור, אבל אם הפקיר רשותו ובורו אין סברא לחייב אותו שהחפירה היתה בהיתר ועכשיו אינו בעל הבור.

וברעת רש"י כתבו האחרונים [אמרי משה כט יג חידושי הגר"ש סי' ו' אבי עזרי

פי"ג ה"ט] דס"ל שאף בהפקיר רשותו ובורו חייב אע"פ שלא היה כאן כרייה באיסור, מ"מ עצם ההפקר חשיב כמעשה כרייה, ולפי"ז אפ"ל דהכא מיירי כשהפקיר רשותו ובורו וחייב משום שעצם ההפקר חשיב כמעשה כרייה.

ובן משמע ברש"י [ד"ה הכא] שכתב דהא בור דידיה הוא וכו' אפקריה בתר הכי נותן תקלה ברשות הרבים, מבואר ברש"י שעצם מעשה ההפקר חשיב נתינת תקלה והיינו מעשה הכרייה, ולפי"ז י"ל דמש"כ רש"י אם הפקיר רשותו היינו יחד עם הבור, וכן מדויק ממה שכתב רש"י דהוה ליה למלויה קודם שהפקיר, וע"כ דמיירי שהפקיר ג"כ את הבור דאם הבור ברשותו היה צריך לכתוב כתוס' דהו"ל למלויה עכשיו שהרי הוא ממנו ולא הפקיר רק את רשותו.

ועי' בחידושי הגר"ש שהביא בשם הדברי משפט וכ"כ באבי עזרי שם דס"ל לרש"י שכמו שבחפירת בור ברשוה"ר אינו מתחייב רק כשיש מעשה כרייה שלו, ה"נ בבור שהוא ממונו אין חיוב מחמת שהוא בעל התקלה והו"ל לסלוקי, אלא צריך שיהא כאן מעשה כרייה, ולכן הכא שחפר שור בור ברשותו אין לחייב אותו על הבור מחמת שהוא בעל התקלה והוה ליה לסלוקי כיון שאין כאן כרייה ורק משום שההפקר חשיב כמעשה כרייה וחייב, [וכתב שלרש"י אם היה מפקיר רשותו ואח"כ חפר שור בור במקום שלא הפקיר לא היה מתחייב בעל החצר על אותו הבור, אע"פ שיש סברא של הו"ל למלויה כיון שלא הפקיר עתה את בורו אין כאן מעשה כרייה].

ובזה ביאר שיטת הרמב"ן לעיל פרק המניח שחולק על תוס' וסבר שאם אדם הניח

ממון של אחר ברשוה"ר פטור בעל התקלה משום דלא אמרינן זה חופר וזה מתחייב, וביאר שאע"פ שיש חיוב על ממונו דהו"ל לסלוקי מ"מ כיון שלא היה פשיעה בכרייה שאדם אחר הניחו שם לכן הוא פטור, ע"ע באבן האזל פ"ב הי"ז ז' והובא בברכ"ש סי' י' וביארו שזה כונת הגמ' כמאן דכרייה, דרק ע"י שיש פשיעת כרייה מתחייב אף בבור שהוא ממנו.

אמנם צריך לבאר דמדויק ברש"י שהפקיר רשות ובורו, ומשמע דהוצרך רש"י לכך ולכאורה הרי גם בהפקיר רשותו ולא בורו ההפקר חשיב ככרייה, ואפשר דזה החידוש השני של רבא בהכניס שור והטיל גללים שזה הוא המחייב של ממונו, אבל כאן רבא חידש שאף בהפקיר הבור נחשב ככרייה.

דעת תוס' בגדר חיוב בור שהוא ממנו

והנה תוס' סברו שהמחייב כאן הוא משום שהוא ממנו דאין כאן פשיעת כרייה ורק משום שהוא שלו יש סברא דהו"ל לסלוקי, [דס"ל דכדי להיות כורה צריך מעשה של כרייה בידים, ולכן הפקר לא חשיב מעשה בידים ככורה בור].

ועי' עוד בתוס' לעיל כט ע"א [ד"ה בתרתין] שכתבו שאם אדם הניח תקלה של חברו ברשוה"ר אע"פ שהיה לו פנאי לסלק חייב בעל התקלה משום דהוה ממנו עליה ידיה רמיא לסלוקי, והוכיחו דין זה מסוגיין דבעל החצר חייב על מה שחפר השור משום דהוה כתקלה ידיה ועליה רמיא לסלוקי.

וביאר האחרונים [אמרי משה כט י"ד ועוד] דדעת תוס' דבחיוב של בור נתחדש ב' חיובים א' היכא שכרה בור בידים ברשוה"ר, ב' דהיכא שהבור הוא ממנו דחייב אף היכא שהוא לא עשה את עצם התקלה, ובביאור הגר"א בשו"ע כתב דהמקור לזה הוא מהא דמבואר במכילתא שאדם שירש בור חייב אע"פ שהוא לא כרה בור, אלא כיון שאיהו נעשה בעל הבור חייב ע"ז ולכן ס"ל לתוס' דבור שהוא ממנו א"צ למעשה כרייה, [אולם צריך לבאר לתוס' מה הלשון של הגמ' כאן דהו"ל למלויה כמאן דכרייה, הרי בחיוב של בור של ממנו אין דין של פשיעת כרייה כמו שמוכח כאן].

ועיין אמרי משה [שם ט] שהקשה מה הוכיחו תוס' מסוגיין לענין מניח תקלה של חברו ברשוה"ר הרי הכא הוא חפר בור ברשות היחיד ולא היה לזה תורת מזיק, אבל התם במניח אדם אס"ו של חברו ברשוה"ר הוא עשה את יצירת התקלה, וכתב לישב דע"כ צ"ל דסברו תוס' שמירי הכא שהוא חפר בור בחצרו סמוך לרשות הרבים, וא"כ נמצא שהוא עשה תקלה בחפירתו ומ"מ חייב בעל החצר משום שהוא ממנו, אולם צ"ב שתוס' לעיל כח ע"ב שהובא באות הקודם העמידו הסוגיא דמירי שהפקיר רשותו ולא בורו.

אמנם צריך לבאר שאף שמבואר מדברי רש"י שאם אין מעשה כרייה אין חיוב בבור אף שהוא ממנו, הא תוס' הוכיחו שם מכמה מקומות שיש מחייב של בור אע"פ שלא היה מעשה כרייה, מהא דלעיל ל ע"ב דהופך את הגלל ונתכוון לזכות בו חייב אף שאין לו דין כורה כגון שהגביה פחות מג"ט,

וכן מבואר בהמשך הגמ' כאן דבהמתו שהטילה גללים חייב משום שהוא ממונו אף שהוא לא כרה את הבור.

ועי"ש בחי' הגר"ש שכתב שהדברי משפט כתב להקשות מהא דנשברה כדו ולא סילקה דחייב משום שהוא בעל הממון, וכתב לבאר דאף שצריך בבור של ממונו מעשה כרייה מ"מ אף היכא שהיה כרייה באונס ג"כ חייב דמכיון שהיה לו פנאי לסלק ולא סילק מצטרף מעשה הכרייה לפשיעה שלא סילק.

ולפי"ז ביארו דהכא נמי במכניס בהמתו והטילה גללים אע"פ שלא פשע במעשה הכרייה והוה רק ממונו מ"מ יש לחייב אותו, דעיין בברכ"ש סי' א' שכתב ג"כ כיסוד הדברי משפט והוסיף שכל המיעוט של איש בור ולא שור בור שאינו חייב עליה אינו מיעוט שאין לזה תורת כרייה של בור, אלא שאם יש פשיעה בשור וברה בור חשיב כרייה שלו אלא דחשיב שהוא אנוס על הכרייה, ולכן היכא שע"י השור יש כאן תקלה של ממונו אפשר לחייב את בעל התקלה כיון שאפשר ליחס אליו את הכרייה, כמו שכתב הדברי משפט שאם כרה באונס אפשר ליחס אליו את הכרייה, אולם אכתי תקשה מהא דהופך את הגלל שהרי התם ליכא פשיעת כרייה כלל.

ולבן אפשר"ל בדעת רש"י שאע"פ שסבר שצריך פשיעת כרייה אף בבור שהוא ממונו, מ"מ י"ל דאהני הך סברא דהו"ל לסלוקי ולא סלקא דחשיב כמאן דכרייה דיש כאן פשיעת כרייה, ולכן בהופך את הגלל דהוא ממונו חשיב שיש כאן פשיעת כרייה, אלא דהכא בסוגיין כיון ששור כרה את השור

ל"ש לומר דהו"ל לסלוקי ולא סלקי, כמו שכתב הרמב"ן דזה חופר וזה מתחייב לא אמרינן, ולכן הוצרך רש"י לומר שהפקיר רשותו ובורו שיש כאן מעשה כרייה מחמת עצם ההפקר, [ועי' באמרי משה בכל הסימן שנראה שהבין כמש"כ].

הסברא דהו"ל למלויה לרש"י

וצריך לבאר דעת רש"י דבגמ' משמע דהסברא לחייב משום דהוה ליה למלויה ולא מליה כמאן דכרייה דמי, בפשוטו נראה שהטעם דכמאן דכרייה הוא משום דהיה צריך למלאות את החפירה ולא משום שההפקר הוא מעשה הכרייה, ועוד דרש"י כתב דהיה צריך למלאות קודם שהפקיר ומשמע כמש"כ שההפקר היה אף על הבור ומה הסברא שהיה מוטל עליו למלאות קודם ההפקר.

וראיתי לבאר דא"א לומר דדעת רש"י שהמחייב הוא מחמת שההפקר חשיב מעשה כרייה כיון שמעמיד תקלה לבני רשוה"ר, שהרי אילו אדם יש לו בגבול חצרו בור שעומד בחצר חברו שאם יפקיר את חצרו נמצא שהבור יהא סמוך לרשות הרבים אטו אם באמת יפקיר חצרו יהא חייב משום דחשיב שההפקר כמעשה כרייה שהרי בהפקר שלו הוא נותן תקלה לבני רשוה"ר, אלא ע"כ דכל המחייב של ההפקר הוא רק באופן שיש פשיעה בממונו, וזהו סברת הגמ' שקודם שהפקיר היה לו למלאות החפירה וכיון שפשע ולא הפקיר יש להחשיב את ההפקר לכרית הבור, אבל עצם הפקר בעצמו אינו סיבה להתחייב.

תוס' ד"ה אע"ג. וא"ת כ"ש דאי לא ממעטינן שור שהיה ראוי לפטור בעל החצר, המהר"ם ביאר שקושית תוס' היא שהרי הפטור של איש בור ולא שור בור היא סיבה לפטור את בעל השור ובגמ' משמע דאתי לפטור בעל החצר, דמשמע שהיה צריך בעל החצר להתחייב אי לאו מיעוט דאיש בור והרי בלא הך מיעוט בעל השור היה חייב ולא בעל החצר.

איש בור ולא שור בור לפטור בעל החצר

תוס' בא"ד. וי"ל דה"ק וכו' תוס' כתבו שהך סברא דאיש בור היה סיבה לפטור כל אדם ואף בעל החצר ג"כ, משמע בתוס' דבמיעוט של איש בור ולא שור בור נאמר שאין כאן מעשה כרייה כלל של בור, [ודלא כמש"כ בשם הברכ"ש דיש כאן כרייה אלא שנחשב כרייה באונס].

ועי' בשטמ"ק שכתב בשם ה"ר ישעיה שכתב שמכיון שבעל השור שילם דמי החפירה לבעל החצר, הרי"ז כאלו ששורו של בעל החצר חפר הבור, אולם כיון דכתיב איש בור ולא שור בור היה צריך לפטור אף את בעל החצר, אלא דמכיון שיש סברא דהוה ליה למלווי יש לחייב את בעל החצר, [ועי' תוס' להלן מט ע"ב שכתב כעין זה ובביאור הגר"א סי' תיג סק"ה סופו נראה שהבין שזה כונת תוס' כאן].

ספק התוס' באדם שחפר בור בחצר חברו

תוס' בא"ד. ונראה דאפי' חפרו אדם דבר חיובא הוא חייב בעל החצר בנזקי בור

וכו' וצ"ע, לכאורה כונת תוס' הוא ע"פ מש"כ לעיל כט ע"א שאדם שהניח תקלה של חברו ברשה"ר בעל התקלה חייב ולא המניח מכיון שהבעלים שהוא ממונו מחויב להסיר התקלה משם, וה"נ אע"פ שאדם חפר הבור מ"מ הבעלים של הבור מחויב במה שהפקיר את הבור אח"כ, אולם תוס' כאן נשאלו בצ"ע והתם תוס' מבואר שפשיטא להו [ואפשר שזה כונת הרע"א בגליון הש"ס].

והנה הרמב"ן בפרק המניח חולק על התוס' וס"ל שאם הניח תקלה ברשוה"ר חייב המניח ולא בעל התקלה דזה חופר וזהה מתחייב לא אמרינן, ואפ"ל שאין הכרח שחולק הרמב"ן על התוס' כאן די"ל דדוקא התם שלא עשה בעל התקלה כלום לכן האחריות על הנזק מוטל על המניח, אבל כאן כיון שבעל החצר הפקיר את רשותו אח"כ עליו מונח האחריות של הבור וכמש"כ ברש"י שההפקר עצמו חשיב ככרייה.

אולם בביאור הגר"א ביאר שכונת תוס' ע"פ מש"כ תוס' לקמן מט ע"ב שהחופר חייב לשלם את נזקי החצר ולכן יש סברא לפטור את החופר, ומשמע מדברי הגר"א שכל הנדון של תוס' הוא רק כאן כיון ששילם לו החופר לכן פקע מהחופר תורת מזיק, וכונתו שתוס' כאן ס"ל שאם הניח תקלה של חברו ברשוה"ר יהא חייב המניח משום שיש כאן עשיה תקלה וכמו שסבר הרמב"ן, ונמצא שבתוס' כאן מבואר להיפך ממה שתוס' כתבו לעיל בדף כט ע"א, ועי' בחזו"א סי' ד' סק"ה שהביא דברי הגר"א ע"ש.

ובעיקר דברי תוס' צ"ב מה הנדון שיש לחייב את האדם החופר הרי בשעה

שחפר את הבור לא היה כאן תקלה לבני רשוה"ר, ומה הסברא דמשום שבעל החצר הפקיר רשותו שיהא חייב לשלם ע"ז, ובעצם קושיא זו קשה בגמ' דמשמע דלולא המיעוט של איש בור ולא שור בור הדין היה שבעל השור חייב מדין בור ומדוע יש לחייבו הרי התקלה של השור אינה מזקת.

ועי' באמרי משה סי' כט אות ט' שהקשה כן וכתב ע"פ מש"כ לבאר תוס' לעיל דמיירי שחפר את הבור סמוך לרשוה"ר ולכן יש כאן תקלה לבני רשוה"ר, [או שהפקיר רשותו ולא בורו ובא השור או האדם וחפר שם בור], ואולי י"ל שתוס' הסתפקו משום דבשעה שחפר האדם את הבור חשיב בור לגבי הבעה"ב, שהרי הוא יכול יפול לתוכו ולכן יש לזה שם של תקלה לכן אע"פ שהפקירו בעל החצר יש סיבה לחייבו.

שור שהרביץ גללים בחצר בעל הבית

גמ' ואמר רבא הכניס שורו לחצר בעה"ב וכו' שהרביץ גללים. פרש"י אבל הוא עצמו שהוזק חייב בעל השור וכו' ואע"ג דמפקר להו בתר שעתא, תוס' כתבו בשם ר"י לחלוק על רש"י דאי מפקר להו פטור ע"ז דהו"ל כמפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס דפטור, ולכן כתבו שפטור אף במה שטינף את עצמו ודלא כרש"י שפוטר רק כליו.

השטמ"ק בשם רבנו ישעי' לבאר דרש"י ס"ל כדעת הריב"א לעיל דאף מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס והיה לו פנאי לסלק חייב, דכיון שהיה לו פנאי לסלק הוה כמפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס, וכן משמע

ברש"י שכתב ואע"ג דמפקר להו בתר שעתא והיינו שלא הפקיר מיד אלא לאחר שהיה לו פנאי לסלק.

והביאור בזה דסבר כמש"כ לעיל דסבר רש"י שאף בבור שהוא ממונו צריך להגיע לסברא של פשיעת כרייה ולכן לא מהני מה שיפקיר את הבור דכל שיש כאן פשיעת כרייה לא מהני ההפקר דהוה כבור שחפר ברשוה"ר שלעולם חייב לסלק התקלה, אבל תוס' שחלקו על רש"י ס"ל שבחיוב של ממונו אין צריך פשיעת כרייה וכל המחייב של בור הוא מחמת שהוא בעל הממון ולכן לאחר שהפקירו אין במה לחייבו שהרי אינו בעל הממון, [עי' באמרי משה כט יז שהאריך לבאר כן].

אולם יש שכתבו דאפשר לומר שאף לפי תוס' צריך כרייה אף בבור שהוא ממונו אלא דהטעם דחשיב כורה הוא משום שהוא בעלים על הממון והיינו דבכל רגע שהוא בעל התקלה ויש לו חיוב לסלקו יש את הסברא של כמאן דכרייה.

ביאור סברת תוס'

דבעל השור פשע שהכניס שורו

תוס' ד"ה וטינפו כליו. ופ"ה נראה שאין חוזר וכו' וחשיב האי מפקיר נזקיו לאחר נפילת פשיעה שפושע הוא שמכניס שורו שלא ברשות להרביץ גללים, החזו"א [סי' א ד] נראה שהבין שיש כאן פשיעה וכרית בור שלו משום שהגללים כבר נמצאים בתוך גוף הבהמה והרי"ז דומה להא דמבואר לגבי דליל שאם הניחו במקום שאינו משומר שהוא

חייב עליה כיון שפשע בשמירת הדליל, ונמצא דכונת תוס' דיש כאן מעשה כרייה של האדם ואין החיוב משום שממונו עשה תקלה ויתחייב משום תקלה של ממונו.

אולם אפשר היה לומר בכונת תוס' ע"פ מה שמבואר בשטמ"ק בשם הראב"ד שכל הדין של איש בור ולא שור בור הוא רק בכה"ג שאין פשיעת בשור דהיכא שנכנס לחצר וחפר בור לא הוה ליה לאסוקי אדעתיה שיחפור ולכן לא מתחייב על יצירת הבור, אבל אם יש פשיעה בשור בכה"ג לא נאמר הכלל של איש בור ולא שור בור, ומכיון שהוא יודע שאם הבהמה נכנסת היא מטילה גללים לכן חייב על יצירת התקלה.

דף מח ע"ב

נכנס שלא ברשות והזיקו בעל הבית

גמ' הזיקו בעל הבית פטור. כתב הנמוק"י שהטעם שבעל הבית פטור משום שהוא אונס גדול, וכונתו כמש"כ תוס' לעיל כז ע"ב דבאונס גמור דהיינו כעין גניבה אדם המזיק פטור, וה"נ לא הוה ליה לאסוקי אדעתיה שיהא אדם נכנס לתוך ביתו, ועי' ברשב"א לעיל כז ע"ב שהוכיח יסוד התוס' מסוגיין וכמש"כ הנמוק"י.

אולם הרמב"ן חולק על תוס' וסבר שאדם המזיק חייב אף באונס גמור, וכתב הנמוק"י דצ"ל שהטעם הכא שחייב הנכנס משום שפשע במה שנכנס לרשות אחרת, [ומשמע שסברתו משום דאיהו דאזיק אנפשיה ולכן אין לחייב את בעל הבית].

דעת רש"י והרמב"ם בשניהם ברשות והזיקו

גמ' שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות הזיקו זה את זה חייבין. דעת רש"י דהזיקו זה את זה הוא בין במתכוון בין שאינו מתכוון.

אולם דעת הרמב"ם פ"ו מחובל ומזיק ה"ג ופ"א הט"ז דבשניהם ברשות פטור אף בהזיקו וכל החיוב הוא רק אם מתכוון להזיק, וביארו המ"מ דהרמב"ם מפרש כונת הגמ' ידיע ביה דחייב, היינו בכוונה אבל שלא בכוונה אף בהזיקו זה את זה פטור.

והקריית ספר פ"ו כתב דמקור דברי הרמב"ם הוא משום דהריבוי דאדם המזיק חייב אף בשוגג הוא מפצע תחת פצע דאדם מועד לעולם והתם מיירי ברשות הניזק אבל ברשות המזיק ליכא ריבוי דאדם מועד לעולם, ובחי' הגר"ח על הש"ס ביאר שאין לו חיוב שמירה אם הוא ברשות.

והחזו"א ס"ד סק"ג כתב שלדעת הרמב"ם צ"ל דכל היכא שעשה מעשה משונה ברשו"ה חשיב שלא ברשות וחייב ע"ז אבל אם לא עשה מעשה משונה ממנהגו של עולם פטור, ולפי"ז כתב החזו"א דהא דמבואר לעיל כז ע"ב דבעלה לגג ונפל ברוח שאינה מצויה דחייב אע"פ שעלה לגגו והרי"ז ברשות, וכתב החזו"א דמ"מ הו"ל לאסוקי אדעתיה שמא יפול לכן חשיב שעלה שלא ברשות.

אמנם במחנ"א הלכ' נזקי ממון כתב לבאר דלרמב"ם צ"ל דמיירי שעלה על גג שאינו שלו ולכן פטור הוא.

הוזקו זה בזה פטורים

גמ' הוזקו זה בזה פטורים. החזו"א [ס"ד סק"ב] כתב שאין החילוק בין הזיקו להוזקו דעל הוזקו הוא אנוס ועל הזיקו אינו אנוס אלא פשיעה, אלא הביאור בזה דבשניהם ברשות כגון ברשות הרבים אין צריך לשמור את עצמו שלא יזקק בו חברו משום שזה מנהגו של עולם להלך ברשוה"ר ואין לו שם מזיק אם חברו נפקע והוזק בו, אלא שאם הוא פגע בחברו יש לו שם מזיק עליה ושמירת גופו עליו, וכן בשניהם ברשה"י נמי אין שם מזיק עלה וזה יסוד החילוק בין הזיקו להוזקו, ע"ע באמרי משה סי' כט ד' בהגה"ה מש"כ לבאר החילוק בין הזיקו להוזקו באופ"א.

תוס' ד"ה שניהם. אבל אחד ברשות ואחד שלא ברשות האי אית ליה לאסוקי אדעתיה בהאי והאי לית ליה לאסוקי אדעתיה בהאי.

צ"ב כונת התוס' דהרי היכא ששניהם ברשות פטור כיון דהו"ל לחשש שאף הוא נמצא ברשות, וא"כ ה"ה כאן צריך לחשוש זה שנכנס ברשות זה שנכנס שלא ברשות שמא אף הוא קיבל רשות, ועי' במהר"ם, ועי' בשטמ"ק וצ"ע.

מעם החיוב בהביש בשעת נפילה

גמ' אמר רבא ל"ש אלא שהביש בשעת נפילה. כתב הסמ"ע סי' שצח סק"ג דהחיוב הוא מדין קרן ולכן כתב דחייב חצי נזק, אבל בט"ז שם סק"א כתב דהחיוב מצד רגל, דהא מזיק הוא בדרך הילוכו, וכ"כ בחזו"א [ס"א סק"ב]. וע"ע בתוס' רי"ד שכתב דכיון שהיה הסרחון על השור חייב כאילו הזיקו בידים.

הבאיש לאחר נפילה חשיב בור

גמ' ולא מצינו בור שחייב בו את הכלים. ואע"ג דלעיל ממעטינן איש בור ולא שור בור, צ"ל דכמו דאמרינן לעיל לגבי ממונו דהיכא דהו"ל למלו"י חייב דחשיב כמו שכרה בור, ה"ה הכא לסלקו מיד א"כ ה"ה כאן מחויב מיד להוציאו מהבור.

ולרש"י שפירש לעיל דאף היכא שהפקירו חייב היכא שנתחייב לסלקו ה"ה כאן חייב אפילו אם הפקירו, אבל לתוס' שם דסבר דחייב רק כשהוא שלו ה"ה כאן חייב רק כ"ז שלא הפקירו.

מעם הפטור הבאיש מריחו

גמ' אמר רבא ל"ש אלא שהביש מגופו אבל מריחו פטור גרמא בעלמא הוא. כתב הנמוק"י דהא דלא הביא הרי"ף הך דינא להלכה משום דכ"ז למד"א דלית ליה דינא דגרמי, אבל למאן דאית ליה דינא דגרמי חייב והרי"ף שפסק דגרמי חייב ה"ה כאן חייב.

והרא"ה כתב דהכא לכו"ע פטור דגרמא דבהמתו ליכא מאן דמחייב משום דילפינן מאיש בור ולא שור בור דליכא חיוב גרמי בבהמתו, וצ"ב כונתו דלכאורה המיעוט של איש בור הוא מיעוט בהלכה של יצירת מזיק של בור ולא מיעוט על הזיק של בהמה.

ועי' בקה"י סי' ל"ה אות ב שכתב לבאר דגדר החיוב של גרמי אינו על ההיזק אלא הוה כעשית מזיק, ולכן כמו שהתמעט מאיש בור ולא שור בור שאין לו חיוב על יצירת בור דהיינו יצירת מזיק שבהמתו עושה ה"נ הוא סברא ג"כ לפטור גרמי דבהמתו

מנחת

דף מח ע"ב

משה

רט

עי"ש בכ"ד, ע"ע בעיקר השמטת הרי"ף
ביש"ש מש"כ.

והא תם הוא

גמ' והא תם הוא. לכאורה כונת הגמ' להקשות
דמשונה הוא ואין כופר בתם, אולם
בשלמא לפי הסמ"ע שחייב מדין קרן א"ש,
אבל לפי הט"ז שהוא חייב משום רגל תמוה
מה קשיא ליה לגמ', ועי' חזו"א.

חזא ירוקא ונפל

גמ' דחזא ירוקא ונפל. פרש"י דראה עשב
ע"פ הבור ורצה לאכלו ונפל שלא בכוונה
דלכן לא חייב סקילה כיון שהרג שלא בכוונה,
אלא דמ"מ משלם כופר כיון דאף בשן ורגל
יש חיוב כופר, אלא דצריך שיפול ג"פ כדי
שיחשב מועד דהוה שן משונה ולאחר ג"פ
דנעשה אורחיה חייב כופר מדין שן, בפשוטו
נראה שלאחר ג' פעמים שהוא נעשה אורחיה
חשיב שן גמור ופטור ברשות הרבים כמו בכל
שן.

ועי' בחידושי ר' מאיר שמחה לעיל יט ע"ב
שכתב דהא דמבואר בכלבא דאכל
אימרא שהוא שן משונה דלאחר ג"פ נעשה
אורחיה ופטור ברשות הרבים, אולם ביש"ש
[סי' יב בסופו] כתב שאף לאחר שהועד חייב
ברשות הרבים, ומבואר שהפטור ברשות
הרבים אינו מחמת השם שן, אלא משום שהוא
אורחיה והכא שהיה משונה פטור ברשות
הרבים, ועי' בשטמ"ק לעיל יט ע"ב בשם רבנו
ישעיה מש"כ לענין כשכשה באמתה.

והקשה רש"י דהא לעיל מבואר דכ"ז שאין
השור בסקילה אין הבעלים משלמים

כופר וא"כ כיון שפטור מחיוב מיתה א"כ
אמאי חייב כופר, וכתב שרק בקרן איכא הך
כללא, אבל הכא מיירי בהיזק דשן ורגל ובזה
ליכא חיוב מיתה אלא החיוב כופר נלמד מקרן.

ועי' בתוס' רבנו פרץ לעיל כו. שביאר דלענין
כופר ילפינן מקרן ולא שיין להקשות
דכונתו להזיק כיון שהחיוב בכופר הוא מחמת
פשיעה בשמירה ולכן כונתו להזיק אינו
פירחא, אבל לגבי חיוב מיתה כונתו להזיק
הוא סיבה שלא ללמוד מקרן.

דעת תוס' לעיל מד. שכונת הגמ' דהוה מזיק
של שן וחייב כופר בפעם הראשונה
ודלא כרש"י דרק לאחר ג"פ נעשה מועד
לחיוב של כופר, ועי' ברמב"ן במלחמות
שכתב לתלות חיוב כופר בשן במחלוקת אם
יש חיוב כופר שלא בכוונה, ועי"ש שנתבאר
כל הענין.

הרשב"א הביא בשם הראב"ד שכתב לפרש
ע"ד תוס' דכונת הגמ' דחייב כופר
מדין שן, אולם כתב הראב"ד שאין משלם
כופר עד שימית אדם ג"פ, והטעם משום שלא
מצינו שהתורה חייבה כופר אלא אחר שהועד
ג"פ דבקרא כתיב והועד בבעליו, ויסוד דבריו
נראה שחלוק חיוב נזיקין מחיוב כופר כש"כ
דכל החיוב כופר הוא חיוב כפרה על הבעלים
שפשע בבהמתו ולא שמרו, ולכן אף שההריגה
היה מעשה של אורחיה מ"מ כל החיוב כופר
אינו אלא בפשיעת הבעלים ג"פ.

חיוב של שן שלא נעשה

מכח מעשה הנאה

בעיקר מה שמבואר בסוגיין דחזא ירוקא
ונפל חייב משום שן, מבואר

בכ"ז.

דף מט ע"א

סברת חמרתא מעברתא

גמ' שור שנגח את השפחה ויצאו ילדיה משלם דמי ולדות מ"ט חמרתא מעברתא הוא דאזיק. בפשוטו ביאור דברי הגמ' דאע"פ ששור שהרג אשה בן חורין אין חייב דמי ולדות, דממעטינן לעיל מב ע"א מקרא דאנשים ולא שורים, מ"מ כל זה רק לגבי מה שהתחדש בפרשת דמי ולדות, שהרי לולא החידוש של דמי ולדות לבעל לא היה בזה חיוב תשלומין משום שלא מצינו תשלום דמים בבן חורין, וכן אין הולדות ממון של בעל [כמו שנתבאר לעיל מג ע"ב], משא"כ שור שנגח שפחה ויצאו ילדה תשלום הדמי ולדות הוא כחיוב נזקין דעלמא, ול"ש בזה המיעוט של פרשת של דמי ולדות של אנשים ולא שורים.

ולפי"ז לכאורה יש נפק"מ גדולה בצורת השומא, שהרי תוס' לעיל מז ע"א כתבו שדמי ולדות אין שמין אגב האשה דאינה ממונו של בעל, אבל בשפחה הרי היא ממונו והתם לכאורה צורת השומא יהא כמו בולד של פרה וכדמבואר בגמ' דעם הדומה לחמור, ועי' באות הבאה.

ביאור דעת תוס'

בסברת חמרתא מעברתא

תוס' ד"ה חמרת מעברתא. וא"ת הא גבי בור תנן בשלהי פרקין נפל לתוכו עבד או אמה פטור, ולא אמרינן דהוה כחמרתא מעברתא ולא נמעטיה משור ולא אדם.

שהחיוב של שן הוא אף אם ההיזק לא נעשה מכח עצם פעולת ההנאה, אלא שכל שנעשה מעשה של הנאה שגרמה להיזק יש כאן את המחייב של שן, ובאמת שמצינו מחלוקת בראשונים בהא דמבואר לעיל ג ע"א תולדה דשן טינפה פירות להנאתה, ופרש"י שנתגלגלה בהן כדרך סוסים וחמורים דהיינו שן שיש הנאה להזיקה.

אולם הר"ח כתב שהטילה גללים על הפירות ואילו לא היתה מטיילה גללים היתה מצטערת בכך, ומבואר שהחיוב של שן הוא אף באופן שאין הנאה מגוף ההיזק, אבל מרש"י שלא פירש טינפה פירת כן משמע דסבר שצריך הנאה מעצם ההיזק, בשטמ"ק שם בשם תוס' שאנץ הקשה על פר"ח דמכיון שאין הנאה מעצם מעשה היזק אמאי יש כאן את המחייב של שן, ולכאורה בסוגיין מבואר שאין דין הנאה מעצם ההיזק שהרי חזא ירוקא ולא נהנה בהריגת האדם שבתוך הבור.

וברעת רש"י שלא פי' כר"ח מבואר ברש"י יח ע"ב שאין חולק לדינא על הר"ח בגדר שן, אלא כתב רש"י שם שאף הטילה גללים חשיב מזיק של שן אלא שהוה צרורות ולכן פרש"י שנתגלגלה דהוה שההיזק באה מגופה.

תוס' ד"ה דחזא. וגם תימא הוא לומר דהוה מועד בהפלת כותל האחרונה שהיתה שלא בכוונה ע"י הראשונות שהיו בכוונה. **היש"ש** סי"ב ביאר דעת רש"י דכיון שנעשה מועד לכוונה א"כ הבעלים צריכים לשמרו שלא יזיק כלל בכל אופן בין בכוונה בין שלא בכוונה ולכן חשיב מעשה של מועד שחייב כופר ע"ז עי' לעיל מד ע"א מש"כ

ביאור קושית תוס' כתב הברכ"ש [סי' כו ג'] שתוס' הבינו בקושיתם כמש"כ באות הקודם שהחיוב של דמי ולדות של שור שנגח שפחה הוא חיוב מפרשת נזקין, דמכיון דעבד יש לו דין דהוה כשורו וחמורו, וע"כ דנים את הנזק כהפסד ממוני ולא כחבלה של בנ"א, ולכן הקשו תוס' דאף במיעוט של שור ולא אדם לא נתמעט עבד, דכל המיעוט הוא רק באדם בן חורין שהתשלום שלו אינו דין תשלום של דיני נזקין בעלמא, אלא הוא תשלום מחודש של חבלת אדם, ולכן מה שמתחייב מדין חיוב נזקין דעלמא לא נתמעט.

ויש להקשות שהרי במיעוט של חמור ולא כלים נתמעט שאין תשלום נזקין בכלים בבור, וא"כ אפשר לדון שהמיעוט של שור ולא אדם התמעט ג"כ שאין לחייב על כל נזקי אדם כלל, ואף אם אותו אדם הוא עבד שהיה מקום לחייב עליו מדין נזקי ממון דעלמא, אולם מבואר שתוס' הבינו שכל המיעוט של שור ולא אדם הוא רק על תשלום של חבלה של אדם שאינו חיוב של פרשת נזקין, ועי' לקמן נד ע"א שכתבנו ישוב לזה.

ובתבו תוס' וי"ל דהכא לא מיעט הכתוב שור מדמי ולדות אלא במקום שהולדות של בעל כדכתיב בעל האשה, אבל כאן הולדות של האדון דכתיב האשה וילדה תהיה לאדוניה, וביאר הברכ"ש שתוס' חידשו בתירוצם שאין כונת הגמ' 'חמרתא מעברת הוא דאזיק' שהחיוב של דמי ולדות הוא תשלום של נזקין, דזה אינו דמכיון שעבד הוא אדם דיני החבלות בו הוא כשאר בנ"א ולא הוה כחפץ של האדם, ולכן באמת התשלום

של דמי ולדות כנגח את השפחה ויצאו ילדה הוא תשלום של דמי ולדות של בן חורין, אלא כונת הגמ' הוא שכל המיעוט של אנשים ולא שורים שאין חיוב דמי ולדות בשורים, הוא מיעוט רק במקום שיש חיוב של דמי ולדות לבעל האשה, אבל הכא שאין בעל האשה שהרי היא שפחה ע"כ יש לאדון זכות בזה.

וכונת הגמ' חמרתא מעברתא הוא דאזיק דאמר קרא שבו לכך פה עם החמור, ביאר הברכ"ש בשם הגר"ח שמכיון שהעבד הוא ממונו כשורו וחמורו יש לאדון בעלות על העבד והשפחה גם על הנזקין שחייבים להם בתורת אנשים, ולכן יש לאדון דמי ולדות שהוא בעלים את התביעה של נזקי אדם שיש בעבדו, ולפי"ז פשוט שהמיעוט של שור ולא אדם הוא גם שייך בעבד שאין פרשת תשלומי נזקין רגלים, מכיון שהוא ג"כ אדם יש בו רק תורת תשלום של אדם, [ועי' במהרש"א מה שהקשה על תוס' ולמבואר א"ש].

הרשב"א בתי' השני על קושית התוס' כתב דאח"נ עבד לא נתמעט משור ולא אדם, אלא כל המיעוט הוא מוהמת יהא לו דעבד אסור בהנאה, וכתב בברכ"ש שם דדעת הרשב"א הוא דחיוב של דמי ולדות בעבד הוא מפרשת נזקי ממון דעלמא, ולכן צריך מיעוט נוסף לגבי בור, ונמצא שנחלקו הרשב"א ותוס' בגדר תשלום של דמי ולדות בהכח את השפחה.

בעיקר קושית התוס' צ"ע שהרי תוס' לעיל ט ע"ב כתבו דע"כ הפסוק דשור ולא אדם אתי למעוטי עבד, שהרי לכופר לא איצטריך דדרשינן ליה מעליו.

והנה בעיקר הדין בגמ' יש לדון שאם הרג שפחה מעוברת האם חייב ל' שקלים מדין קנס וגם מדמי ולדות, או שלא יהא חייב בדמי ולדות, ועי' תלמיד ר"ת דפשיטא ליה שיהא פטור מדמי ולדות ועי' ברכ"ש שם שדייק מהרמב"ם שפטור, ועי' חי' ר' מאיר שמחה.

גדר זכות הבעל בשבח ולדות

גמ' ורשב"ג סבר חולקין. מבואר דמסברא סבר רשב"ג שהבעל יש לו מחצה של שבח ולדות, ונראה שגדר זכות הבעל בשבח ולדות לדון אותו כבעלים על הולדות, ולכן זוכה בשבח ואי"ז רק זכות ממון לקבל את הדמי ולדות, אלא שסבר רשב"ג שכיון דשבח מכח תרוייהו אתיא לכן אף האשה זוכה בזה, וכן לרבנן שמקבל כל השבח ולדות ע"כ משום שהוא בעלים גמור על הולדות.

ובן מתבאר בתוס' לעיל מז ע"א שהקשו מדוע בפרה דחד וולד דחד השבח לבעל הפרה הרי בשבח ולדות מצינו שהכל לבעל הולד, ומבואר שגדר הדין בשבח ולדות הוא מחמת שהוא בעלים, שאם הוא רק זכות ממון בעלמא מה שיך לדמות לשבח פרה, ועי' מש"כ עוד להלן ע"ב.

גדר זכות הבעל בדמי ולדות

גמ' אמר רבה ל"ש שחבל בה בחיי הגר ומת וכו'. אבל חבל בה לאחר מיתת הגר זכיה לה איהי בגבייהו ומחייב לשלומי ליה לדידה, אמר ר"ח אטו ולדות צררי נינהו וזכיה בהו, אלא איתא לבעל זכה ליה רחמנא ליתא לבעל לא.

צ"ב סברת רבה הרי דמי ולדות זה חידוש התורה שהרי איין הולדות ממון של אב או של אם, ומה שיך לומר שהאשה תזכה בזה הרי כל חידוש התורה אינו אלא לבעל ומה"ת שתזכה בהם האשה.

וביאר הברכ"ש [סי' כט א] דאף שאין חיוב ולדות מפרשת נזקין, מ"מ בזה שחידשה התורה דמי ולדות לבעל ע"כ נתחדש לדון את הולדות כאילו הם ממון של בעל, ולכן כשמת הבעל זוכה בהם האשה ע"י דהוה בגופה, וכן מדויק ברש"י שכתב דזוכה היא מן ההפקר, ור"ח סבר שדמי ולדות הוא תשלום מחודש לבעל ולא מחמת דחשיב ממון הבעל, ובמת הבעל אין האשה יכולה לזכות בהם דאי"ז זכיה ממוןית.

זכות הירשים בדמי ולדות

תוס' ד"ה אטו ולדות צררי נינהו. ביורשים לא פליג ר"ח ומודה הוא דזכו, ביאור דברי התוס' כתב הברכ"ש שם דאע"פ שלרב חסדא תשלום של דמי ולדות אינו תשלום של ממון, מ"מ סבר ר"ח שלגבי ירושה הם עומדים במקום אביהם ויש דין ירושה אף בדבר שאינו ממש ממון, אלא שהוא זכות של ממון, וכמו זכות של בתו שהיא של אב לולא המיעוט היה יורשים זוכים בזה והיינו ירושה בזכות ממון ולא בגוף ממון ממש.

והנה הרמב"ם [פ"ד מחובל ה"ב] חולק על תוס' וס"ל להלכה כרבה דאשה זוכה בזה ומ"מ אין דין ירושה בזה, והראב"ד השיג עליו, ועי' סמ"ע סי' רכ"ג וביאור הגר"א שם, ועי' חי' ר' ראובן כתובות סי' טו שאריך לבאר דעת הרמב"ם.

דף ממ ע"ב

מעמא דשבח ולדות לא זוכה
אלא לאחר מיתה

גמ' מחיים אית ליה פלגא לאחר מיתה כולה. מבואר שרק לרשב"ג שיש לאשה מחיים מחצה בשבח ולדות זוכה לאחר מיתה בכולה, אבל לרבנן דמחיים אין כלום בשבח ולדות לאחר ולדות ג"כ אין לה כלל.

וצריך להבין שהרי הדין של שבח ולדות הוא חיוב רגיל של נזק כמו שאר חבלות באשה, ובחיי הבעל יש גזה"כ בע"א שהכל לבעל, אבל לאחר מיתת הבעל אמאי לא תזכה האשה בשבח כמו בשאר חבלות שהוא שלה.

ויש להוסיף שהתוס' לעיל מז ע"א הקשו במה שנחלקו ר"פ ורב אחא בפרה מעוברת בפרה דחד וולד דחד, למי הולך נפחה שהיינו השבח, והקשו תוס' לר"פ דסבר שהכל לבעל הפרה דהכא סברי רבנן דשבח ולדות כולו לבעל והיינו לבעל הולדות, וכתבו תוס' דהתם בעל הפרה יכול למכור פרתו בלא ולד ונמצא שכל השבח שלו, אבל הכא האשה אינה יכולה למכור אותו שבח, מבואר שתוס' דימו את השבח של הפרה לשבח ולדות, וא"כ לכאורה הוא תשלום של נזקין רגלים, וא"כ קשה שאם הבעל מת מדוע שלא תזכה האשה בכל השבח, דאע"פ שמחיים אין לה וכסברת תוס' שאין יכולה למכור עצמה אבל מחמת תשלום של חבלה תזכה בזה.

במשנת ר' אהרון [סי' טו אות טו] עמד בקושיא זו, וכתב דצריך לומר דאחר הילפותא דשבח ולדות לבעל דומיא

דדמי ולדות לבעל, התחדש שאין דין נזק לשבח ולדות אלא התורה נתנה לזה דין תשלום חדש שהולך לבעל, ולכן אף לאחר שמת הבעל לא תזכה האשה בשבח מכיון שהתורה הפקיעה את החיוב של נזקין מהשבח ולדות, אבל רשב"ג חולק דסבר שחולקין הבעל והאשה בשבח לכן אין כאן הפקעה, אלא שהוא חיוב נזק דעלמא ולכן חולקין.

ועיין בברכ"ש סי' כט אות ב' שכתב ג"כ שהתשלום של שבח ולדות אינו תשלום ככל תשלומי נזק וחבלה, וז"ל שם ונראה דגם שבח ולדות דהוי כולה לבעל לרבנן ולרשב"ג דחולקין אינן חבלה בגוף דאין זה פחת הגוף וראשי איברים, אלא הוא תשלום מחודש כמו דמי ולדות עכ"ד, ומבואר מדבריו דיש תשלום של נזק של חבלה, אבל שבח אינו תשלום של חבלות בעלמא אלא הוה כמו דמי ולדות.

ולפי"ז א"ש דס"ל לרבנן דאותו תשלום הוא רק היכא שיש תשלום של דמי ולדות, אבל אם אין תשלום של דמי ולדות אין חיוב של שבח ולדות, אולם מדבריו משמע שכונתו דאף לרשב"ג זה הגדר וצ"ע מה המקור.

משבח ולדות נשמע לדמי ולדות

גמ' אמרי משבח ולדות נשמע לדמי ולדות ומדרשב"ג נשמע לרבנן. פרש"י דקושית הגמ' היא לרב חסדא דסבר שדמי ולדות אינם של האשה, ומקשה הגמ' דמשבח ולדות נשמע לדמי ולדות, צ"ב הרי שבח ולדות הוא תשלומי חבלה וא"כ מה הראיה דממה שיש שבח ולדות, ה"נ שיהא דמי ולדות לבעל, הרי דמי ולדות הוא זכות מיוחד לבעל כמו שנתבאר לעיל בסברת רב חסדא.

ובתב הברכ"ש [כט ב] שמוכח מכאן שגדר התשלום של שבח ולדות אינו תשלום רגיל של חבלה אלא הוא תשלום מחודש כמו של דמי ולדות, ולכן מקשה הגמ' שכמו שיש לה כל שבח של ולדות אע"פ שיש סברא שהולדות אינם צריי ה"נ תזכה בדמי ולדות ומדרשב"ג נשמע לרבנן.

מסקנת הגמ' דשבח ולדות חולקין לרשב"ג

גמ' לא שבח ולדות דשייכא ידה בגוייהו זכיא בהו בכולהו דמי ולדות דלא שייכא וכו'. ביאר הברכ"ש שם ע"פ דרכו דאע"פ דשבח ולדות הוא תשלום מחודש ואינו כשאר חבלה שבגוף, אבל כיון דסבר רשב"ג שיש לאשה מחצה ע"כ שהתורה נתנה לזה דין תשלום של נזקין, כשאר חבלות ולכן זוכה במחצה, ולכן כשמת הבעל יכולה לזכות במחצה כיון שנתנו לשבח ולדות דין של שאר חבלות וכיון שהיא נחבלה והבעל אינו כאן יש לה סיבה לקבל הכל.

ועיין שער המשפט [סי' רע"ה] שהסתפק באדם שהיה שותף עם גר ומת הגר אם נאמר בזה הדין שכל הקודם זכה, וכתב שמיד שמת הגר זכה השותף השני בכל הנכסים ממילא, והוכיח דין זה מסוגיין שמבואר שלרשב"ג אם מת הבעל היא זוכה בכולו וע"כ שמיד שמת הגר השותף זוכה בשאר נכסים.

ולמבואר לכאורה אין ראייה מכאן דהכא יש סברא מיוחדת שהיא זוכה בכל השבח כיון שהוא נדון כחבלה, ומכיון

שמעשה החבלה נעשית בה לכן היא זוכה בכל דמי החבלה, [בעיקר דברי השער המשפט עי' מש"כ במנחת משה ריש פרק השותפין].

המחזיק בשטרותיו של גר

גמ' המחזיק בשטרותיו של גר ומת הגר מהו. פרש"י בשטרותיו של גר ששיעבד לו את קרקעותיו, והקשה השטמ"ק בשם מהר"א מגרימסא על פרש"י דמלשון הגמ' ובארעא לא אחזיק משמע דאי היה מחזיק בקרקע היה קונה, ואם מיירי בשטר הלואה אף אם היה מחזיק בקרקע לא היה קונה כיון דמת הגר פקע השעבוד של הלואה וממילא חוזר למלוה. **וצ"ל** בדעת רש"י דכונת הגמ' לא אחזיק דלא שייך להחזיק כיון דפקע השעבוד הלואה, ועי' ברמב"ם פ"א מזכיה ה"ט שפירש דלא כרש"י דמיירי בשטר מכר ועי' בלחם משנה שם.

המחזיק בשטר לא קנה הקרקע

גמ' מאן דמחזיק בשטרא אדעתא דארעא הוא דמחזיק ובארעא לא קנה דלאו דעתיה אשטרא וכו'. כתב מהרש"ל שא"א לפרש שהספק של הגמ' היה אם כונתו לקנות את הקרקע ע"י השטר וגם את השטר בתורת ניר בעלמא, דזה א"א שהרי אם הוא בא לקנות את הקרקע ע"כ צריך שיהא השטר שמור, אבל אם בא לקנות את השטר כדי לצור ע"פ צלוחיתו הרי השטר אינו עומד שישמור ואתו. **ולכן** כתב שע"כ הספק של הגמ' הוא האם כונתו לקנות את הקרקע או כונתו לקנות רק את השטר בשביל הנייר שבו, ודייק כן רש"י שכתב וכי לצור ע"פ צלוחיתו היינו

שדעתו היה על השטר מעיקרא והיינו רק בשביל הנייר.

אולם הרמב"ם פ"א מזכיה ה"ט כתב שאע"פ שדעתו היה לקנות את השטר כדי לקנות קרקע אפ"ה קונה את הנייר, ומבואר דשייך כונה על שניהם דלא כמהרש"ל.

בעיקר הספק מבואר בגמ' שאם כונתו לקנות את הקרקע אין קונה את הנייר כיון שלא זכה בקרקע, יש לדון לפי מש"כ בקה"י גיטין להוכיח דבכל שטר מכירה הקונה צריך לזכות בנייר, וא"כ כדי שיבוא לזכות בקרקע צריך להיות הנייר שלו, וצ"ל דכיון שכל הזכיה של הנייר הוא כדי לקנות את הקרקע אין כאן כונה לזכות את הנייר בפנ"ע ולכן צריך כונה מיוחדת לכך.

קנין אגב בקונה מהפקר

גמ' ובארעא לא אחזיק. כתב הרשב"א שמשמע שמי שהחזיק בקרקע קונה את השטר מדין קנין אגב, ועי' קצה"ח [סי' רע"ה סק"א] שהוכיח מדברי הרשב"א דס"ל דאדם שבא לקנות קרקע מהפקר יכול לקנות בקנין אגב שאר מטלטלין, דהא הכא זוכה הוא מן ההפקר וזוכה ג"כ בשטר שהוא מטלטלין. **הנחתה"מ** שם חולק ע"ד הקצה"ח דכל דברי הרשב"א אינם אלא בשטר של הקרקע, שהוא אפסרא דארעא משא"כ בב' חפצים שונים ליכא קנין אגב בהפקר. ועי' מש"כ בקידושין כז ע"א.

משכנו של גר ביד ישראל

ומת הגר

גמ' משכנו של גר ביד ישראל ומת הגר ובא ישראל אחר והחזיק בו זה קנה כנגד מעותיו וזה קנה השאר. כתב הרשב"א דהא

דקנה כנגד מעותיו אינו מחמת המשכון, אלא גם אם לא היה לו משכון אלא אף אם היו המטלטלין נמצאים בביתו של גר ג"כ קונה כנגד מעותיו, והביא ראיה מהא דאקדיש לזה דמוסיף עוד דינר ופודה את הנכסים מידי הקדש, וממילא גם במת הגר והופקרו נכסיו לכל אדם זוכה המלוה כנגד שעבודו, ואע"פ שכשמת הגר פקע שיעבוד הגוף, מ"מ הנכסים נשארו משועבדים עדיין למלוה, כמו שמצינו במה דוכתי שיש שיעבוד נכסים אע"פ שפקע השיעבוד הגוף.

המחנה אפרים זכיה מהפקר סי' ה' כתב שמוכח ברשב"א שיש שיעבוד על מטלטלין ואי"ז רק זכות לגבות ממטלטלין מדין מיניה ידידה, אלא הדין שמטלטלין דיתמי לא משתעבדי הוא רק משום שיש ליתומים זכות בזה, אבל הכא שמת הגר ואין לאחר זכות בזה שעבוד ידידה קדים, וע"ע בקצה"ח סי' קיז סק"ג.

והנה משמע בגמ' דמיד שמת הגמ' קנה ולא שהוא רק קודם לגבות חובו, ומשמע שהוא נעשה שלו והוא בעלים אפילו בלא מעשה קנין, ואפשר דכיון שיש לו שיעבוד שאין אדם יכול לסלקו מזה לכן הוא נעשה שלו ע"י הבעלות בשיעבוד.

והלכתא דליתא בחצרו

גמ' והלכתא דליתא בחצרו דלא קנה. דעת רש"י דליתא למשכון, וכתב תוס' דמיירי בחצר המשתמרת ולכן לא בעינן עומד בצד שדהו, ולס"ד גם במשתמרת צריך עומד בצד שדהו כיון דאיבעי מקני.

ודעת תוס' דליתא לבעל החצר דמיירי בחצר שאינה משתמרת וע"כ לא קנה, וקשה מ"ט צריך להגיע לסברא של כל היכא דאיבעי מקני מצי קניא ליה חצרו וכו', הרי הסברא שצריך עומד בצד שדהו זה כדי שיהיה משתמר על ידו כדאיתא בב"מ וצ"ע, [ועי' בתוס' בב"מ שפירשו גם את ההו"א בדליתא למשכון בחצר, ולפי"ז לכאורה ל"ג כל היכא דאיבעי מקני וכו'].
שיטת רש"י בביאור סברת כי אפקרנא

גמ' אמר רבה בבור ברשה"ר כו"ע לא פליגי דמחייב וכו' לא נחלקו אלא בבור ברשותו. פרש"י שהטעם שאין חייב לר' ישמעאל בבור ברשותו, כיון שיכול בעל הבור לומר כי אפקרנא לך רשותי לאו לחיובי אנא בהזיקא אפקרתי, והנה רש"י בהמשך [ד"ה בעל התקלה] משמע שהפקיר רשותו ובורו אף ר' ישמעאל מודה שחייב דהוה כבור ברשות הרבים.

והקשה הפנ"י מדוע אין סברא של כי אפקרנא כמו בהפקיר רשותו ולא בורו, ולכן כתב הפנ"י לבאר דברי רש"י שם דקאי בדעת ר"ע, אבל לפי ר' ישמעאל אף כה"ג פטור מה"ט דכי אפקרנא עי"ש, אולם עיין בתוס' רי"ד כאן שכתב דלא כהפנ"י וכתב דמרש"י מדויק דלר"י הפקיר רשותו ובורו חייב כבור ברשות הרבים.

ובן מבואר ברש"י לעיל כח ע"ב שכתב לדעת רב דסבר דאס"ו בלא אפקרינהו חייב מדין שור, דע"כ סבר כר' ישמעאל דבור ברשותו פטור וכל החיוב הוא בבור ברשות הרבים, וכתב רש"י שם דבהפקיר רשותו ובורו

חייב דלא הוה כבור ברשותו אלא כבור ברשות הרבים, ומבואר דסבר רש"י דהפקיר רשותו ובורו לא חשיב כבור ברשותו, וצ"ע קושית הפנ"י מדוע לא שייך הסברא דכי אפקרנא.
עוד צריך לבאר דעת רש"י דהתוס' [ד"ה בבור] הקשו על רש"י א"כ היכא שסמך הבור ברשותו סמוך לרשה"ר יתחייב לכו"ע, דל"ש לומר כי אפקרנא שהרי מותר להם לילך ברשה"ר סמוך לבור, וכתבו תוס' דלא משמע שכה"ג חייב לפי ר' ישמעאל.

וראיתי בספר אהלי ישועה [סי' ו'] שכתב לבאר סברת רש"י דבעיקר הסברא דכי אפקרנא צ"ב, דמשמע שהוא כשיוור במעשה ההפקר, וקשה היכן מצינו שיוור שלא יהא לו דין מזיק, אלא הביאור שלפי ר' ישמעאל שמחייב רק בור ברשות הרבים גדר החיוב הוא מה שהוא נותן תקלה לבני רשות הרבים.

ולפי"ז כתב דכל הסברא של רש"י שיכול לומר כי אפקרנא הוא כשהפקיר רשותו ולא בורו, משום שבצמצום הבור הוא ברשותו אלא שמ"מ נתן תקלה לבני רשה"ר, ע"ז אמרינן שיש סברא של כי אפקרנא לומר דלא חשיב נתינת תקלה, כיון שהוא משייר לעצמו זכות על הבור ברשה"ר, ולכן לא נחשב שהוא נתן התקלה אלא שהם נפלו מעצמם כיון שיש לו שימוש עדיין בבור שלו, ומשו"ה נמי חופר בור ברשותו סמוך לרשות הרבים לא חשיב נתינת תקלה, ואדרבה מוטל על בני רשה"ר להיזהר שלא יפלו לתוך בורו, כיון שמותר לאדם לעשות ברשותו ובחצרו איזה שימושים שירצה, ולכן לר"י אף בכה"ג פטור אע"פ שאין הסברא של כי אפקרנא.

ולפי"ז י"ל שבהפקיר רשותו ובורו חייב אף לר' ישמעאל דכיון שהוא נותן תקלה גמורה לבני רשות הרבים לא מהני הסברא דכי אפקרנא, דרק היכא שהוא משייר לעצמו בעלות על החצר יש סברא שאין כאן נתינת תקלה גמורה כיון שהוא משתמש בבור, אבל אם לא שייר לעצמו כלום חייב במה שנתן תקלה לבני רשותה"ר.

ואפשר להוסיף דעיינ במהר"ם שיף בסוגיין שרצה לומר חידוש גדול בדעת רש"י דבסמך דהיינו שחופר בחצרו סמוך לרשותה"ר אף לר"ע דסבר שחייב בבור ברשות בכה"ג הוא פטור, דכל מה שריבתה תורה בור ברשותו הוא רק בהפקיר רשותו ולא בורו שהבור נמצא באמצע רשה"ר והוא בעל הבור, אבל ברשותו אדם יכול לעשות מה שירצה ואע"פ שמונע מבנ"א לילך סמוך לחצרו אין זה בכלל חיוב של בור, ומבואר שמעשה חפירה ברשותו לא חשיב נתינת תקלה, וא"כ אף אם לא נקבל חידושו בדעת ר"ע, מ"מ לר"י אפ"ל כמש"כ דבסמך לא חשיב נתינת תקלה.

דעת התוס' בסוגיין שהטעם דר' ישמעאל פטור הפקיר רשותו ולא בורו משום שיכול לומר תורך ברשותי מאיבעי, ולא היה לך להתקרב כ"כ אצל רשותי, וק"ו אם חופר בור ברשותו סמוך לרשה"ר שיכול לומר כן. **וי"ש** להקשות מדוע הוצרכו רש"י ותוס' לטעמים מיוחדים אמאי אינו מתחייב בהפקיר רשותו ולא הפקיר בורו, הא בגמ' משמע דבלא קרא דבעל הבור דמחייב בור ברשותו ליכא חיוב דבור שהוא ממונו, דמהפסוק וכי יפתח וכי יכרה למדנו שהחיוב הוא רק על עסקי כרייה ופתיחה שהוא ברשות הרבים כמו שפרש"י, וא"כ בור שהוא ברשותו

ליכא לחייב משום כרייה ופתיחה שהרי חפר בהיתר, אלא שאח"כ הפקיר רשותו, ונראה דהנה בשיטת רש"י נתבאר שהטעם דסבר שיש חיוב בהפקיר רשותו ובורו משום שהפקיר עצמו חשיב כמעשה כרייה והוא כחופר בור ברשותה"ר, ולכן לולא הסברא דכי אפקרנא היה מתחייב אף בהפקיר רשותו ולא בורו שהפקיר הוא מעשה כרייה ונתינת תקלה כמו חופר בור ברשה"ר.

והפנ"י כתב דרך אחרת בזה דהא דקאמר הגמ' אם על הפתיחה חייב על הכרייה לא כ"ש אלא שעל עסקי כרייה ופתיחה, בפשוטו כונת הגמ' שרק בכה"ג חייב בבור שהוא עשה התקלה ברשותה"ר, אולם כתב הפנ"י די"ל שכונת הגמ' שאפילו בכה"ג שהבור בא ע"י עסקי כרייה ופתיחה, אבל ק"ו שאם הבור שלו וממונו שיהא חייב, ולכן מסברא היה חייב אף בבור כה"ג שהפקיר רשותו ולא בורו כיון שהבור שלו, ולכן הוצרך רש"י לפרש סברת ר"י שפטור בהפקיר רשותו ולא בורו משום דיש סברא של כי אפקרנא.

ובתב שיש הוכחה לכך שבחופר ברשה"י ופתחו לרשה"ר חייב אע"פ שאין כאן עסקי כרייה ופתיחה, שהרי החפירה היא ברשותו ונפל לתוך רשותו ואין כאן עסקי כרייה ופתיחה, אלא הטעם שחייב כיון שנפל לתוך חבטה שלו ול"ש כאן הסברא של כי אפקרנא שהרי הפתח הוא ברשה"ר.

ולשיטת התוס' דהפקיר לא חשיב מעשה כרייה, י"ל דלולא הסברא דתורך ברשותי היה חייב אף בבור שהוא ממונו, משום דע"י דהו"ל לסלוקי היה נחשב כעסקי כרייה.

תוס' ד"ה ברשות היחיד

תוס' ד"ה ברשות היחיד. ובא אותו אדם והפקיר רשותו שלא היה לומר אותה בלשון נקבה, מבואר בתוס' שהלשון אינו משמע, אבל בדין היה מתחייב הכורה אע"פ שההפקר עשה בעל החצר והכורה לא עשה התקלה ברשות הרבים.

ועי' לעיל מח ע"א שתוס' הסתפקו בחפר אדם בור בחצר חברו ואח"כ הפקיר בעל החצר, דשמא יש לחייב החופר והקשנו שם מה הסברא לחייבו הרי לא עשה תקלה לבני רשה"ר עי"ש מש"כ, ובאמת במהר"ם שיף כתב שכונת תוס' שהמפקיר יהא חייב ולא הכורה, וקצת דחוק בלשון המשנה דקתני חייב דמשמע דקאי על החופר, ועי' באות הבאה.

סברת תוס' שאם החופר משלם נזקי החצר פטור מנזק הבור

תוס' בא"ד. ולפי' ר"י קשה למה הוא חייב בנזקי בעל החצר אם נפל שורו לבור כיון שהחופר משלם נזקי החצר על בעל החצר למלויה, משמע מתוס' שאף קודם שנודע לבעל החצר פטור החופר מנזקי הבור, דאי מיירי שנודע לו מה הקשו התוס' על ר"י, הא י"ל דמתני' מיירי קודם שנודע לבעל החצר, ובאמת הנמוק"י כתב דמתני' מיירי בכה"ג שלא נודע לבעל החצר, ולכן חייב החופר לשלם במה שהוזק בעל החצר, וצ"ב סברת התוס' שאף קודם שנודע לו פטור מכיון שמתחייב לשלם פטור על נזקי החצר, וע"ע חזו"א ס"ב ס"ק י"ט.

ומשמע מלשון תוס' שאף קודם ששילם את נזק החצר פטור מלשלם נזקי הבור כיון שמוטל עליו לשלם על עצם הקלקול של החצר, אולם הראב"ד בשטמ"ק בדף מח ע"א כתב שרק אם שילם דמי ההיזק של הבור נפטר משלם את נזקי הבור, אבל כל זמן שלא שילם בפועל לבעל החצר על החופר לשלם נזקי הבור, וכ"כ רבנו פרץ כאן לישיב דעת הר"י דכ"ז שלא סתם את הבור חייב לשלם את נזקיו שעשה הבור.

והמנ"ח מצוה נג אות ז' כתב לבאר שנחלקו תוס' והראב"ד האם יש זכות לבעל החצר לתבוע למלאות את החפירות, או"ד שיש לו רק זכות לתבוע דמים ולא למלאות את החפירות, דדעת התוס' נראה שאין לו זכות לתבוע למלאות את החפירה, אלא יש לו זכות לתבוע דמים דהיינו שישלם את נזקי החצר, ולכן נפטר מלשלם את הנזק של הבור, אבל לראב"ד יש לו זכות לתבוע שימלא החפירות לכן מחויב הוא בנזקי החצר כ"ז שלא שילם שעליו מוטל האחריות של נזקי הבור.

וע"ע בתרומת הכרי סי' ש' שתמה על השיטות שצריך למלאות את החפירה, א"כ אמאי לעיל מח ע"א בשור שנכנס שלא ברשות וחפר שם בור, דחייב בעל החצר בנזקי הבור, הרי על בעל השור מוטל חובה למלאות את החפירה, ובדוחק אולי מיייר בכה"ג שנתרצה לקבל מעות על ההיזק.

ונראה בתוס' שכל הנדון לחייב את החופר הוא על נזקי בעל החצר, אבל אם בעל החצר הפקיר את חצרו אח"כ החופר פטור על הנזקין של הבור כיון ששילם, ובתוס'

דף נ ע"א

דעת ר"ע דבעל הבור
דאית ליה בעלים

גמ' ר"ע בבור ברשותו נמי חייב דכתיב בעל הבור בור בור דאית ליה בעלים. ולכן אף בור ברשותו שהפקיר רשות ולא הפקיר בורו חייב, וי"ל דאיכא כאן גילוי מקרא שאף שיש סברא של כי אפקרנא בהפקיר רשותו ולא בורו מ"מ גזה"כ שיהא חייב.

אולם י"ל שכל הסברא של כי אפקרנא הוא רק אם באנו לחייב מצד הדין של עסקי פתיחה וכרייה שהוא בעל התקלה, וכמש"כ לעיל לבאר סברת רש"י שהוא האחראי על נתינת התקלה, אבל ר"ע דדריש מקרא דבעל הבור שיש מחייב נוסף של בור והוא בור דאית ליה בעלים, וי"ל שיסוד החיוב הוא מחמת שממונו עשה את ההיזק, ולכן בזה ל"ש לומר כי אפקרנא שהרי התורה חייבה אותו מחמת שהוא בעלים.

ולסברת תוס' שטעם הפטור הוא משום תורך ברשותי מאיבעי, יש לחקור מה התחדש בפסוק דבעל הבור, האם התחדש שאין כאן טענה של תורך ברשותי, או שאע"פ שיש טענה של תורך ברשותי מ"מ יש כאן מחייב חדש של בעל הבור שהוא בעל הממון, ותוס' לעיל כא ע"ב כתבו דגלי לן קרא דאין יכול לומר תורך ברשותי, משום דאין אדם יכול לצמצם כל כך כשעובר ברשוה"ר שלא יכנס ברשות אחרים, ולפיכך לא היה לו לקרב בורו לרשה"ר כ"כ, מבואר בתוס' שיש כאן חזרה מהסברא של תורך ברשותי אלא יש כאן כרייה באיסור.

לעיל מח ע"א הסתפקו בזה היכא שחפר בור בחצר חברו ואח"כ הפקיר בעל החצר דשמא יתחייב לשלם בעל החצר דהו"ל למלוי ולא מליא, ועי"ש שהבאנו שבביאור הגר"א כתב שכל סברת תוס' לחייב את בעל החצר משום שמשלם, ולכן אף לרמב"ן שחולק על תוס' לעיל כט ע"א שכתבו שאם אחר נתן אס"ו של פלוני ברשה"ר חייב הבעלים דכיון שהוא בעל הממון עליו לסלק הנזק, אלא אמרינן זה חופר וזה מתחייב לא אמרינן, הכא כיון שהוא משלם לבעל החצר החופר פטור מנזקי החצר, ועי' לעיל מח ע"א דמשמע בתוס' נמי כמש"כ כאן ועי"ש מש"כ.

אין עונשין מן הדין הנלמד בבור

תוס' ד"ה על הכרייה לא כ"ש. במכילתין אמרינן מכאן שאין עונשין מן הדין, תוס' לעיל ב. הוכיחו מכאן דהבבלי סבר דעונשין ממון מן הדין ודלא כהירושלמי.

עי' ברשב"א לעיל ב' ע"ב שכתב דהירושלמי כתב דוקא בבור דהוי חידוש יעו"ש ולא הזכיר דהבבלי פליג, ועי' באבי עזרי פי"ב ה"ג מנזק"מ דנתחדש דחיובו לא דוקא בבור ברשותו משום דממונו הזיק, אלא חיובו הוא על מעשיו שעשה תקלה עסקי כרייה ופתיחה, והחיוב על מעשיו הוא בגדר עונש, וממילא שוב אי אפשר ללמוד כרייה מפתיחה.

המהרש"א במהדורא בתרא הקשה אמאי חשיב עושין מן הדין הא בכל כורה איכא נמי פתיחה ואף שהוסיף מ"מ הוה בכלל מאתיים מנה, ועי' בקו"ש אות כ' שהוכיח שאף בכה"ג אין עונשין מהן הדין.

ובן מפורש בתוס' לעיל כח ע"ב שכתבו בתו"ד דחופר בור ברשותו סמוך לרשה"ר לר"ע חייב משום שיש כאן כרייה באיסור, והרי"ז כחופר בור ברשה"ר, וכונתם למש"כ בדף כא ע"ב דכשהוא מרחיק את בני רשוה"ר חשיב נמי נתינת תקלה.

ומשמע לפי"ז שלא נתחדש כאן מחייב חדש של בור שהוא בעל הממון אלא שאף זה חשיב כרייה, ועי"ש בתוס' שם שכתבו סברא זו אף לגבי פטורים אחרים, דאם יש פירות שם שאין חיוב אם בהמתו אכלה, והיינו שהתחדש בפסוק דאין יכול לגרום שאדם יצמצם את הליכתו ברשות הרבים, ולכן אם הניח פירות סמוך לרשוה"ר פטור בעל הבהמה, והיינו שנלמד מקרא דזה נחשב תקלה ולכן חייב מדין בור ואין חייב בעל השור, [ואע"פ שתוס' לעיל כח ע"ב כתבו דזה סברא רק לגבי בור, הביאור בזה דזה סברא רק לגבי שם של תקלה ולחייב בבור או פטור שור שאכל פירות, אבל אם הוזק אחר ברשותו כה"ג יפטר דלהחשיב את זה בעל החצר לענין שור יש סברא של תורן ברשותי].

ולפי"ז יש לתמוה א"כ מה הראיה מהפסוק שיש חיוב של בור ברשותו בכה"ג שהפקיר רשותו ולא בורו, הא י"ל דהתם ליכא כרייה די"ל שרק בסמך בורו לרשוה"ר חייב שע"י חפירתו הוא מרחיק את בני רשוה"ר משם, אבל הפקיר רשותו ולא בור שמעשה הכרייה היה בהיתר ואין לדון את ההפקר כמעשה כרייה, שהרי תוס' חלקו על רש"י שהפקיר רשותו ובורו פטור א"כ מנלן דנחדש בקרא אף בכה"ג.

וקושיא זו הקשה הגרע"א לעיל ו ע"א על תוס' [ד"ה מה לבור] שכתבו דבור

שהפקיר רשותו ולא בורו חשיב שלא ברשות, ותמה מנ"ל לתוס' חידוש זה הא שמא רק בכה"ג שעשה שלא ברשות דהיינו סמך חייב בבור ברשותו, אבל באופן שהפקיר רשותו ולא בורו אי"ז מעשה של שלא ברשות, [ובקצרה מה הראיה שיש מחייב של בעל הבור כשזה ממונו כשאין מעשה כרייה], וצ"ע.

אולם הן אמת שיש מקור לחיוב הפקיר רשותו ולא בורו אף אם לא נתחדש שיש חיוב של בעל הבור שהוא בעל הממון, מ"מ יהא חייב מכח הצד השוה דאע"פ שאין כאן כרייה כיון שהוא בעל התקלה נלמד משור ובור, ויסוד זה כתוב הנחלת דוד לעיל ו ע"א לגבי אס"ו שנפלו מראש הגג דאין לחייב במה שזה תקלה שלו שהוא ממונו מדין הו"ל לסלוקי ולא סלקי שהרי כח אחר מעורב בו ולכן נלמד משורו בור, וא"כ ה"נ הפקיר רשות ולא בור נלמד משור אע"פ שאין מעשה כרייה שלו ומבור נלמד שיש מחייב של תקלה, אולם בגמ' בדברי ר"ע כתוב זהו בור האמרו בתורה ולא מהצד השוה, [וע"ע רבנו פרץ לעיל כח ע"ב דמשמע שילפינן גזה"כ שהמחייב הוא בעל הבור מחמת שהוא ממונו ודלא כמש"כ תוס'].
סברת ר' ישמעאל דבעל התקלה

גמ' ור' ישמעאל סבר בעל התקלה. לכאורה ר' ישמעאל שחולק על ר"ע וס"ל שכל החיוב הוא בעל התקלה, ולכן בור ברשותו שהפקיר רשותו ולא הפקיר בורו פטור משום שיש סברא של כי אפקרנא, אבל בור שהוא ממונו כגון הא דמבואר לעיל ל ע"ב דהופך

את הגלל דחייב משום ממונו, ולעיל מח ע"א
בהא דשורו שנכנס והטיל גללים דחייב משום
שהוא ממונו, וכן כל אס"ו שהניחן ברשהו"ר
נראה שאף לר' ישמעאל חייב דהתם ל"ש
הסברא של כי אפקרנא, דכל ממון שלו שהניחו
ברשה"ר יש סברא לחייבו משום שהוא בעל
התקלה.

אולם ע"י לעיל כח ע"ב דרש"י כתב לבאר
דיסוד המחלוקת של רב ושמואל
באס"ו דלא אפקרינהו אם הוא בור או שור,
תלוי בסוגיא דידן שלרב דהוה שור סבר דבור
שחייבה עליו תורה הוא ברשה"ר אבל בור
ברשותו לא, ושמואל סבר כר"ע דבור ברשותו
נמי חייב, ומבואר דס"ל לרש"י שלרב דסבר
כר"י אין מחייב כלל בבור שהוא ממונו, ואע"פ
שהוא עשה את התקלה וכמש"כ ואין כאן
סברא של כי אפקרנא.

ונראה דכונת רש"י שכיון דאע"פ שיש סברא
לחייב אותו מכח דין בור של כי יפתח
או כי יכרה, מ"מ סבר רב שמכיון שהוא ממונו
יש יותר סברא לחייב בור שהוא ממונו מדין
שור, אלא דאם התורה היתה מחייבת בור
ברשותו ע"כ א"א לחייב מצד שור, וזה סברת
שמואל דסבר דבלא אפקרינהו הוא בור כיון
שהתורה גילתה לנו שכל בור ברשותו הוא
בור ולא שור, אבל ר' ישמעאל עצמו אפשר
שסבר כשמואל דבכל תקלה של ממונו יש
לחייב מדין בור ברשה"ר.

פתח ברשה"י ונפל לרשה"ר חייב

גמ' שם. הקשה הרשב"א לר' ישמעאל דאמר
בעל התקלה א"כ אמאי חופר בור ברשות
היחיד ופתחו לרשות רבים חייב הרי אינו בעל
התקלה שהרי חבטה דידה והבלא ידידה הוא.

ובתב הרשב"א לישב ע"פ סברת תוס' שכל
הסברא לפטור הפקיר רשות ולא בורו
הוא משום דיכול לומר תורך ברשותי, אבל
כאן לא יכול לומר כן כיון שפתח הוא נמצא
ברשות הרבים וההיזק מיתחס למקום התקלה,
וכיון שמקום התקלה הוא ברשה"ר חייב.

והנה לרש"י שביאר סברא של כי אפקרנא
אפ"ל ג"כ דחשיב איהו בעל התקלה
כיון דלא יכול לומר כי אפקרנא כיון שבפועל
מכח רשוה"ר, וע"י לעיל, שהובא דהפנ"י
הקשה כן וכתב סברא אחרת לישב.

הסברא דפותח לא סגי בכיסוי

גמ' הו"א פותח הוא דסגי ליה בכסוי כורה
לא סגי ליה בכסוי עד דטאים ליה. הקשה
מהרש"א כיון שהחיוב של כורה נלמד ממה
שהתורה חייבה פתח בור כדקאמר אם על
הפתיחה חייב על הכרייה לא כ"ש, א"כ נימא
דיו לבא מן הדין להיות כנדון ותסגי נמי
בכרייה בכיסוי בלבד ומנלן לחדש שיהא
מחויב למלאות החפירה.

ובתב הפנ"י לישב דס"ד שבפותח התורה
חייבה להסיר את המכשול כמו שהיה
בתחלה, והכיסוי אינו מדין שמירה על על
הבור אלא שמסלק התקלה כמו שהיה בתחלה,
ולכן ס"ד שכורה חייב למלאות את החפירה
שרק ע"י זה הוא מסלק את המכשול כמו
שהיה בתחלה.

הס"ד דפותח א"צ לכסות

גמ' אבל פותח דלא עביד מעשה אימא כיסוי
נמי לא בעי. הקשו האחרונים הא לר"ע
החיוב משום דהבור הוא ממונו, וא"כ מה

החילוק באיזה אופן נעשה הכרייה של הבור, ויותר שהרי בבור שהוא ממונו לכאורה אף אם אין כורה כלל ג"כ חייב כמו שכתבו תוס' לעיל כט ע"א שאם אדם הניח תקלה של אחר ברשה"ר חייב בעל הממון ולא מניח התקלה. וכן לעיל מח ע"א בנכנס שור לחצר חברו והטיל גללים חייב אפילו בלא כרייה בידים, ומבואר שאף בבור שהוא ממונו היה סברא לחייב רק כשיש פשיעה גמורה של כרייה, וצ"ל שכל המקור לחייב אף בכה"ג שאין פשיעת כרייה הוא רק לאחר שיש ב' קראי לחייב בפתיחה ובכרייה.

ארוח ארוחי לרשוה"ר

גמ' מוקמינן בלא הפקיר לא רשותו ולא בורו. פרש"י דס"ד דמשום דאסור לעשות חלל תחת רה"ר לא יוכל לומר ברשותי מאיבעית, צריך להבין דאה"נ הבור באיסור, אבל סו"ס מ"ט יוכל לתובעו הלא התקלה והנפילה היא מחמת שהנופל נכנס לרשותו חברו שלא ברשות ומה ההו"א לחייב את החופר.

ומבואר דס"ד דהטענה דברשותי מאיבעית היא רק באופן שהבור דהיינו מקום הנזק הוא ברשות והנכנס הוא שלא ברשות, אבל אם מקום שהבור הזיק הוא שלא ברשות יתחייב.

ויל"ע למסקנא האם יש חזרה מהך סברא דסגי במה שהניזק הוא שלא ברשות, או דנתחדש דהאיסור לעשות חלל ברה"ר לא משוי ליה שלא ברשות כל כך, אבל אין חזרה מהו"א דבתרייהו שלא ברשות גמור שיהא חייב.

בגדר ההיתר של לאושין

גמ' כגון דארוח ארוחי לרשה"ר. פרש"י דהוה ליה חופר בור ברשוה"ר והלכך טעמא דלאושין הא לאו לאושין חייב, מבואר ברש"י שבלאושין פטור אף היכא שמרחיב את החפירה ועושה את עצם הבור ברשות הרבים, וע"כ טעם הפטור משום שהוא ברשות, וזה כונת הברייתא דוקא לאושין פטור אבל אם אינו לאושין חייב משום דחופר בור ברשוה"ר. **אולם** הב"ח כאן כתב שצריך לגרוס ברש"י כגון דארווח בה ארווחי לרשה"ר כגון מקצה מקום מרשותו לרשות הרבים דהוה ליה חופר בור ברשוה"ר, וזה גירסת רש"י בד"ה ברשה"י הסמוכה], וכן כתב מהרש"ל ביש"ש [סי' כא] שצריך לגרוס דברי רש"י שבד"ה ברשה"י הסמוכה כאן כמש"כ הב"ח.

ולפי"ז מבואר ברש"י שאין ההיתר של לאושין לחפור בור ברשות הרבים עצמו, אלא כל ההיתר הוא לחפור בור ברשותו בכה"ג שהוא סמוך לרשות הרבים, אבל אם אינו לאושין חייב כיון שמקצה מקום לרשות הרבים, וכונת רש"י שהוא מקצה היינו שהפקיר רשותו ובורו ולכן חייב על היזק הבור.

ונמצא לפי"ז ב' דרכים מהו ההיתר של לאושין שאם היזק פטור מלשלם, האם התירו ג"כ לחפור בור בתוך רשוה"ר עצמו, או שכל ההיתר הוא בכה"ג שהוא חופר ברשות עצמו, וע"י ברשב"א שכתב דמשמע דבלאושין מיירי שחפר בתוך רשות הרבים עצמה, והקשה מ"ש מהא דמבואר לעיל ו ע"א לגבי פותחין ביבותיהן שמותר לעשות כן ברשוה"ר אבל אם הזיק חייב לשלם, וכתב

לישב דחפירת לאושין הוא יותר תיקון העולם יותר וישבו המדינה כולה וניחא דכולה מצריך צריכא להא, ועי' בשו"ע סי' ת"י סעי' ט' ובביאור הגר"א שם שכתב לבאר דברי השו"ע כהיש"ש ברש"י, אבל בטור מבואר שאף בחפר ברשות הרבים ג"כ פטור.

ונראה לבאר יסוד המחלקות הראשונים האם ההיתר של לאושין מתיר ג"כ לחפור ברשות הרבים עצמה או לא, דהנה לעיל מבואר דשניהם ברשות הוזקו זה בזה פטור, ויש להקשות א"כ אמאי בכל פותחין ביבותיהן הדין הוא שאם הזיק חייב לשלם ומדוע לא הוה כהוזקו זה בזה שברשות פטור, ואפשר לומר דכל ההיתר שם הוא רק בתנאי שלא יזיק ולכן אין בו היתר של ברשות, אולם אפשר"ל שכל ההיתר של ברשותו אינו מה שיש לו רשות להניח את התקלה, אלא הגדר של ברשות הוא שהוא עושה הדבר ברשותו, ולכן י"ל דכל הסברא שמצינו לעיל לב ע"א שאם הולך ברשוה"ר ובא אחר והוזק בו שהוא פטור, משום שרשוה"ר מיועד להליכה לכן נחשב אותו מקום כשלו לענין שימוש זה, אבל בכל פותחין ביבותיהן אע"פ שיש היתר להניח אותו ברשוה"ר אבל מ"מ לא נעשה כעושה בתוך שלו.

וא"כ י"ל שנחלקו הראשונים מה הגדר של לאושין שרבנן נתנו לעשות כן ברשה"ר, האם חשיב כמו פותחין ביבותיהן שיש היתר לעשות כן ברשוה"ר אבל לא חשיב כעושה ברשותו ממש, או שהגדר של ההיתר שאמרו רבנן הוא דהוה כעושה בתוך רשותו ממש, ולפי"ז י"ל שזה מש"כ הרשב"א שמכיון שיש בזה יותר תיקון העולם לכן הוה כמעשה הליכה ברשוה"ר ונאמר בזה הכלל שברשות

אם הוזקו פטור מלשלם, אבל הראשונים שחלקו סברו שזה רק היתר ולא הוה כעושה בשלו, אלא הוה כפותחין ביבותיהן דאם הזיק משלם מה שהזיק, ולכן ביארו דמיירי שהוא עושה בתוך שלו סמוך לרשוה"ר.

חופר ברשות היחיד הסמוכה לרשות הרבים

גמ' ברשה"י הסמוכה לרשות הרבים. פרש"י כגון מקצה מקום מרשותו לרשות הרבים דהוה ליה הפקיר רשותו פטור, כונת רש"י דמיירי שהקצה מקום לבני רשות הרבים והפקיר רשות ולא בורו והוה ליה בור ברשותו ולכן פטור, ולא פירש רש"י כפשוטו שהכונה ברשה"י הסמוכה לרשות הרבים וחפר ברשותו ממש סמוך לרשות הרבים.

והנה תוס' [ד"ה בבור] הקשה לפי רש"י שביאר טעמא דר' ישמעאל שפטור הפקיר רשותו ולא בורו משום כי אפקרנא, דא"כ אמאי בסמך בורו סמוך לרשה"ר פטור הרי ל"ש הסברא של כי אפקרנא, וכתב מהרש"א שהטעם שלא הקשה תוס' מבריייתא מפורשת דקתני ברשה"י הסמוכה לרשות הרבים פטור, דמשמע שאם חפר בור ברשותו סמוך לרשה"ר דפטור.

וביאר מהרש"א דרש"י נזהר מזה שכתב דהך ברייתא מיירי שהוא הקצה מקום מרשותו לרשות הרבים, ומיירי שהקצה מקום והפקיר רשות ולא בורו, ולכן לא הקשה תוס' רק מהבריייתא של לאושין, מבואר במהרש"א שהבין דשיטת רש"י דבחפר ברשותו סמוך לרשוה"ר אף לר"י הוא חייב וכמו שהקשו תוס' לרש"י.

אולם לפי הב"ח שלא גרס ברש"י כאן כגון שהקצה מקום אלא גרס ברש"י דהו"ל הפקיר רשותו פטור, נמצא שכונת רש"י דאף בכה"ג שסמך הבור חשיב בור ברשות, ולמד"א בור ברשותו פטור אף בכה"ג פטור, ועי' לעיל מש"כ לישב קושית תוס' על רש"י.

חפר ומסר לרבים

גמ' חפר ומסר לרבים. הרא"ש כתב שהכונה מסר לרבים היינו שמסר דליו לרבים, אמנם ברמב"ם פ"ג הכ"ג משמע שכל ההיתר הוא כשעה כן לכתחילה לצורך הרבים, ועי' בשטמ"ק בשם הראב"ד.

סברת תוס'

דתורך ברשותי מאיבעי

תוס' ד"ה בבור ברשותו. וי"ל דהיינו טעמא משום דא"ל תורך ברשותי מאיבעי שלא היה לו להתקרב כל כך אצל רשותי שתפול בבור, צריך להבין כונת תוס' איזה סברא זו שיכול לומר לאדם לא היה לך להתקרב אצל רשותי, הרי זכותו של אדם לילך ברשוה"ר היכן שהוא רוצה, אטו אדם צריך לחשוב שחברו חפר בור סמוך לרשוה"ר ממש.

והביאור בדבריהם נראה דס"ל לתוס' שיסוד המחייב של מזיק של בור הוא אינו מה שהזיק אלא התקלה שמכשיר את האדם ליפול, וא"כ כשעושה בתוך שלו לא נחשב מעשה של תקלה, ולכן כתבו תוס' שיכול לומר לא היה לך להתקרב לרשותי שאין לך תביעה שהכשרתי תקלה דכמו שאתה אומר לי שלא היה לך לחפור כמו"כ יכול לומר לו לא היה לך לילך סמוך כ"כ לרשותי.

וי"ש להוסיף עוד מש"כ בחי' הראב"ד לעיל ו ע"א לבאר מדוע בור נחשב תחילת עשיתו לנזק וז"ל אלא כל דבר שאין רשות בני אדם להניחו שם והנזק מצוי שם קרוי תחילת עשיתו לנזק, וזה בור ברשות הרבים שאין רשות בני אדם לחפור בורות ברשות הרבים מפני שהוא מקלקלו והנזק מצוי שם עכ"ל, הרי שיסוד המזיק של בור הוא מעשה קלקול ברשות הרבים אבל ברשותו ל"ש לומר כן.

דף נ ע"ב

נפל לבור פחות מ"ט ומת

מתני' היו פחותים מ' טפחים ונפל וכו' ומת פטור. השטמ"ק כתב בשם ר"י וכן כתב המאירי בשם י"א שאם נשברה רגלו ואח"כ מת, צריך לשלם דמי הנזק אם לא היה מת.

ועי' חזו"א [ס"ב ס"ק י"ד] שכתב דכל זה רק בבור ט' שהוא אנוס על המיתה, לכן צריך לשלם עכ"פ את דמי הנזק, אבל בבור י' שנפל לתוכו אדם ומת אע"פ שהוזק קודם לכן פטור, דאיכא גזה"כ לפטור אדם מחיוב מיתה, ולכן ה"ה כל נזק שנעשה בכלל הוא ג"כ פטור עי"ש.

סברת רב דלהבילו ולא לחבטו

גמ' אמר רב בור שחייבה עליו תורה להבילו ולא לחבטו אלמא קסבר רב חבטה קרקע עולם היא דמזקא ליה. בפשטות החילוק בין הבל לחבט הוא, שאת ההבל הוא יצר ע"י שחפר את הבור לכן מתחייב ע"ז, משא"כ

חבטה אע"פ שזה נגרם ע"י מעשיו מ"מ הוא לא עשה את עצם המזיק, אלא הוא רק גורם שאפשר ליפול ולהחבט בקרקע.

והקשו האחרונים [החזו"א סי' ב' ד' קה"י סי"ד] הרי החיוב בבור אינו רק בכורה בור והרי חייב גם על פתיחת בור, והרי בכה"ג הוא לא יצר את ההבל שהרי היה כבר ההבל קיים בבור קודם לכן אלא שהיה מכוסה, ודמי ממש לחבטה שהוא רק גרם את האפשרות להינזק בחבטה, וכתבו לישב דלהבל יש שם מזיק בפנ"ע והוה כאש, אלא שהתורה העמידה את ההבל ברשותו של החופר בין בכורה בין פותח, משא"כ בחבטה אין זה מזיק בעצם, אלא שע"י הנפילה היא מזקת, ולכן לא חשיב שהוא עשה את המזיק אלא הכשיר אותה ולכן אין חייב על החבט.

ובאבנו סכיננו ברשה"ר כתבו הראשונים [עי' תוס' לעיל ג.] שחייב אף על החבטה, משום דהתם החבטה הגיע ע"י מעשיו ואף שאין לחבטה שם מזיק, מ"מ כיון שהבור נעשה ע"י מעשיו חייב, משא"כ בכל בור אינו חייב על החבטה כיון שהקרקע שנחבט בה היתה מקודם, והא דחייב בבור ברשותו על החבטה כמבואר לקמן נג. הא לא דמי לאס"ו ואע"פ שהוא לא הביא את החבטה, צ"ל דכשהוא שלו חייב אף על הנזק של חבטה שהוא בעל החבט, משא"כ בבור ברשה"ר ל"ש לומר כן, ועי' באות הבאה.

ועי' חזו"א שם שהקשה איך אפשר לחייב בכל בור על הבבל הא כיון שהמיתה אף מחמת החבטה נמצא שהנזק נעשה אף בלא ההבל, והרי"ז דומה לזרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל שפטור דמנא

תבירא תבר, וכתב החזו"א שע"כ צ"ל שזהו חידוש התורה, דהתורה עשתה את ההבל כאילו הוא ברשותו, ולכן חייב על מה שההבל הורג, דקדמה הריגת ההבל לחבטה.

הטעם לחלק בקרקע עולם לחבטה בבור ברשותו

רש"י ד"ה קרקע עולם. ואינו שלו, כונת רש"י להא דמבואר לקמן נג. דאמר רב חסדא מודה רב בבור ברשותו דחייב, משום דא"ל מ"מ"נ אי בהבלא מת הבלא דידך הוא, אי בחבטה מית חבטה דידך הוא.

והביאור בזה י"ל ע"פ דברי הרמב"ן במלחמות לעיל כח ע"ב שכתב שלרב הטעם שחייב רק על ההבל ולא על חבט משום שהחופר לא הניח אותו הקרקע שם דהיתה מעיקרא ואין הוא יוצר את המזיק של חבטה, אלא שמכשירו ע"י שמגלה העפר, וגם החבטה אינו מכוחו אלא מכח נפילת הניזק, ולפי סברא זו י"ל שבור ברשותו החיוב אינו מצד מעשה הכרייה אלא מחמת שהוא ממונו ולכן אף החבט מתיחס אליו וחייב אף לרב.

ועיין ברשב"א שכתב שהטעם שחייב בנחבט באס"ו אליבא דרב משום חבטה ידידה כמו בבור ברשותו וכדאיתא לקמן, ומבואר מדברי הרשב"א דהטעם שחייב בבור ברשותו הוא ג"כ מחמת דהוה חבטה ידידה כיון שהוא בעל הבור ע"כ אף החבטה מתיחס והרי"ז כמו שהביא את החבט כמו באס"ו.

אולם הרמב"ן במלחמות כתב דהביאור בדברי ר"ח לקמן נג. דמחייב בבור

ברשותו היינו מדין שור, ורב לטעמיה דס"ל דבלא הפקיר חייב מדין שור ולא מדין בור, ומבואר מדברי הרמב"ן שחולק על סברת רש"י והרשב"א שחייב מדין בור, ונראה שהראשונים ס"ל דבבור ברשותו חשיב שהביא העפר בידים כמו באס"ו, אבל הרמב"ן סבר דרק מעשה החפירה עשה ולא חשיב כמו שהביא העפר ולכן חייב מדין שור, ועי' להלן נג ע"א מש"כ עוד בזה.

ברש"י דמשמע דמחייב

אף בספק אם ההבל הרנו

רש"י ד"ה מאי בינייהו. דאיכא למימר הבלא נמי קטלהו, צ"ע דכיון שאינו אלא ספק איך אפשר לחייבו מספק הא המוציא מחברו עליו הראיה.

והנה רבנו פרץ כתב שלדעת רב דמחייב רק על ההבל ה"ה היכא דנשברה מפרקתו ג"כ חייב, אע"פ שאנו רואים שההזיק היה ע"י חבטה, משום די"ל דאם לא היה הבל בבור שמא היה השור מעמיד את עצמו על רגליו ולא היה ניזוק, ומבואר שאע"פ שזה רק ספק מ"מ חייב וצ"ע.

ועי' אגרות משה ח"א סי' צ"ט שכתב לבאר דע"כ צ"ל שזהו בכלל הגזה"כ של בור שחייב אע"פ שלא עשה את כל הנזק, אלא מכיון שמקצת הנזק נעשה ע"י הבל חשיב כאילו שכל הנזק נעשה ע"י ההבל.

דעת שמואל

בחבטה חוץ לבור

תוס' ד"ה לשמואל. תוס' כתבו ב' תירוצים האם לשמואל יש חיוב כשנחבט

בקרקע עולם, ולתי' הראשון מודה שמואל שיש פטור של קרקע עולם וכל החיוב של חבטה הוא רק בנחבט במקום התקלה, ועי' תוס' לעיל כח ע"ב שכתבו דהיכא ששפך מים חייב אף על הקרקע שתחת המים, דהתם חשיב שינוי בקרקע מה שיש מים ע"ג הקרקע, ועי' בחזו"א ס"ה ס"ק י"ב שכתב דהחיוב לשמואל בחבטה הוא היכא שהוזק בקרקע שהשתנה מטבעו של עולם, [ועי' חזו"א שהסתפק מהו שיעור של החפירה שצריך לחפור בעבד גובה וחפר סביב הגובה].

ותירוץ הב' של התוס' הוא דלשמואל שחייב על החבטה אף היכא שלא נתקל בתקלה עצמה, והיינו דבחידוש של בור התחדש דכל שהתקלה גורמת לו נזק חייב אע"פ שלא עשה מעשה בגוף הקרקע, ועי' לעיל בתוס' כח ע"ב [ד"ה נתקל באבן] דכל דבריהם כתי' הראשון בתוס' כאן עי"ש מש"כ, ועי' בפלפולא חריפתא ובדרישה סי' תי שהקשה סתירה בדברי הרא"ש והטור בנדון זה.

והנה הקשו התוס' לעיל כח ע"ב הקשו אמאי לרב אינו חייב על החבטה, מ"ש מהניח אבן ע"פ הבור שחייב בעל האבן וה"ה הכא הוא נפל מחמת בורו.

הרמב"ן במלחמות שם תי' דבחפירת בור אין חיוב מצד הדוחף כיון שרק מסלק את העפר שנמצא שם, ובכה"ג מיירי נמי הכא דעבד גובה ברשה"ר ולא הביא עפר אחר ועשה גובה, משא"כ במניח אבן על פי הבור הוא הוא עושה דבר חדש ולכן מתחייב על אף על החבט, ועוד תי' הרמב"ן שהחיוב

מנחת

דף נא ע"א

משה

רכז

דף נא ע"א

גדר חיוב מעקה

גמ' א"ל שאני בית דכל פחות מעשרה לאו בית הוא. החזו"א [חור"מ ליקוטים סי"ח] הקשה דאי מיירי במקום שמשמש שם א"כ נהי דלאו בית הוא מ"מ מחויב לסלק את ההזיק כמו בשור מועד וכלב רע דאיכא סכנה שחייב לסלקו, כמו שמבואר בסוף פרק ד' וה', ואי מיירי במקום שאין משמשים שם אף שיש לזה דין של בית פטור מעשית מעקה דהא אינו מקום סכנה.

ותי' החזו"א שבאמת כל גג אין מצוי המכשולות כיון דאדם זכור בטבעו ליזהר, והרי פשוט שאין איסור לעלות לגג והוכיח כן שאין איסור לעלות לגג כיון שיכול לשמור עצמו וכמו שמותר לעלות על אילן, אלא שהחיוב של מעקה הוא חידוש התורה שהתורה חששה אף על סכנה זו, ולכן חידוש זה של מעקה נאמר רק במקום שיש בו תורת בית, ובזה יש דינים מיוחדים שצורת בית הוא רק כשיש שיעור י' טפחים.

ועי' בספר משנת אליהו על סוכה שהוכיח מדברי החינוך מצוה תקמ"ו דחיוב מעקה מחמת המכשולות המצויות ולא שזה דין חדש דבית צריך מעקה עי"ש בכ"ד.

הס"ד שחיוב מעקה אף בנפל מרשוה"ר **גמ'** כי יפול הנופל ממנו וממנו ולא לתוכה. פרש"י שאם הבית היה גבוה מרשות הרבים עשרה אין חיוב מעקה ברשוה"ר כדי שלא יפלו לתוך הבית, צ"ע מה היה הו"א שיתחייב במעקה הרי הנפילה אינה מביתו,

של שור שדחף את חברו לבור הוא רק כשזה ממונו ולא הפקירו.

וביאר הברכ"ש שהחיוב של בור הוא על התקלה שחפר ברשה"ר ולא על עצם ההזיק, וממילא ל"ש לחייב מדין דוחף כשהוזק בדבר אחר דאין כאן תקלה, משא"כ בממונו החיוב הוא על עצם ההזיק, ולכן שיך לחייב גם בהוזק בדבר אחר כמו שור שדחף את חברו לבור.

הצריכותא של בור ושיח

גמ' והני כוליהו דקתני למה לי צריכא דאי תנא בור הו"א בור דאית ביה הבלא וכו'. לכאורה כל הצריכותא של הגמ' אינו אלא לרב דהחיוב הוא על ההבל, אבל לשמואל שמחייב על החבטה ליכא נפק"מ איזה חבטה נעשה בבור.

ובתב הרשב"א דנפק"מ היכא שהבור מלא ספוגין של צמר דל"ש חיוב של חבטה, וע"ע בשטמ"ק ובמהר"ם שיף מש"כ בזה.

אלמא יש חבט פחות מי'

גמ' אלמא קסבר ר"נ יש חבט בפחות מעשרה. כתב הרשב"א דכונת הגמ' שחבט שעושה אותה טריפה היא כחבטה של מיתה, ועוד כתב הרשב"א שמוכח מכאן שמה שחששו בנפולה לטריפה אינו מתורת חשש איסור, אלא שהוא בתורת ודאי שאם אינו רק חשש ולכן אזלינן לחומרא מה מקשה הגמ' מנזקין הרי לגבי נזקין בעינן ראייה ברורה, [ועי' בראב"ד בשטמ"ק מש"כ].

ובתלמיד ר"ת עמד בזה וכתב ז"ל וי"ל איצטריך סד"א כיון דאיהו נזקק לעשות ביתו שם חייבתו תורה לסלק הזיקא לעשות מחיצה שלא יפלו בני אדם על גג שלו.

ועי"ש חזו"א שם שביאר ע"ד זה לפי דרכו שהחיוב של מעקה הוא חיוב מחודש אע"פ שאין כאן סכנה ודאית, ולכן ס"ד הגמ' לחייב את בעה"ב גם אם רשות הרבים גבוהה ממנו, דהכא ג"כ אין חשש דאם רשה"ר גבוה הרי אדם רואה ואינו מצמצם את עצמו לא להתבונן ליפול אלא דחיוב מעקה הוא חיוב מחודש ולכן ס"ד שאף בכה"ג חייב.

גמ' כיצד היתה רשוה"ר גבוה ממנו עשרה טפחים ונפל מתוכה לתוכו פטור. פרש"י פטור ממעקה, הרשב"א כתב על דברי רש"י דאין הגירסא הולמת פירושו, וכונתו דמשמע בגמ' שהנדון של החיוב ופטור הוא לאחר שנפל והרי החיוב מעקה הוא קודם לכן, ולכן כתב הרשב"א שכונת הגמ' שהנדון האם חייב בידי שמים משום לא תשים דמים בביתך או פטור מאיסור זה.

חיוב מעקה מחשש שיפול מעומד

גמ' אלא היינו טעמא דר"נ מכריסא דתורא לארעא כמה הוי וכו'. הקשה רבנו פרץ א"כ אף לענין חיוב מעקה נימא הכי דבשית סגי דשמא יפול כשהוא עומד, וכתב רבנו פרץ שלא רגילים לעמוד בגג אלא רגלים לישב, ונמצא לפי דברי שבנפילת בור אם אדם נופל ברשוה"ר לבור של ו' חשיב בור של מיתה.

אולם המהרש"א במהדורא בתרא כתב שרק לגבי בהמה אמרינן הך סברא דמכריסא דתורא לארעא איכא ו' טפחים,

משום שבהמה יש חלל משא"כ באדם לא אמרינן הכי.

נפל לבור בלא איגדר

גמ' מתני' דאיגדר לבור. כתב הרשב"א דאין הכונה דמתני' מירי באיגדר דא"כ ליפלו וליתני בדידה בד"א במתגלגל אבל בנפל כדרכו חייב אפילו בבור ו', ועוד דהו"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס, דתחילתו בפשיעה למהלך כדרכו וסופו באונס שנפל באיגדר, אלא כתב הרשב"א דכיון דבאופן שאיגדר לבור אין בו כדי להמית בפחות מעשרה, לפיכך לעולם לא חייבה התורה בור שהוא פחות מעשרה.

ועי' חידושי ר' אריה ליב [סי' נא] שכתב שמבואר מדברי הרשב"א שבור פחות מ' אין לזה שם בור המזיק, והחיוב של התורה בבור שממית הוא רק אם יש לזה תורת בור ולזה צריך שיעור של י"ט עי"ש בכ"ד.

אמנם הטור בסי' ת"י חולק על הרשב"א וסובר דבנפל כדרכו אין צריך שיהיה בבור י"ט אלא אפילו בבור ו' חייב, ולשיטת הטור תקשה קושית הרשב"א מ"ט לא חייב בבור ו' ובאיגדר דתחילתו בפשיעה וסופו באונס, והאבן האזל פי"ב ה"י כתב לישב דעת הטור ע"פ הסוגיא לקמן צא. דלחיוב קטלא בעינן אומד, וממילא ל"ש לחייב משום תחילתו בפשיעה וסופו באונס דבעינן אומד, וכל סברת הגמ' של תחילת בפשיעה הוא רק לגבי חובת שמירה עי"ש.

בור של ב' שותפין

גמ' בור של ב' שותפין היכא משכחת לה. תוס' הקשו מכאן על שיטת רש"י דסבר

מנחת

דף נא ע"א

משה

רכמ

דבהפקיר רשותו ובורו לכו"ע חייב א"כ אמאי לא קאמר הגמ' דמיירי באופן זה, והפנ"י לעיל כח ע"ב נ ע"א כתב לישב דרש"י כתב כן רק לפי ר"ע דסבר שיש חיוב של בור אף בבור ברשותו, אבל לר"י שמחייב רק בבור ברשותו"ר משום כי אפקרנא לא מחייב אף בהפקיר רשותו ובורו, ועי' באמרי משה סי' כט אות יג.

ובעיקר קושיית התוס' יש לדון איך מיירי שהפקירו שניהם רשותם ובורם, דלכאורה ל"ש שיפקרו שניהם בבת אחת, ואם אחד יפקיר ואח"כ יפקיר חברו יש לדון דאי"ז בור של שותפין, כיון שמיד שהפקיר אחד זכה חברו בחלקו כמ"ש"כ השער המשפט שהובא לעיל מט ע"ב דישראל וגר שהיו שותפין ואח"כ מת הגר דהישראל זוכה בחלק הגר ממילא בלא קנין, וא"כ ה"נ הכא שותף אחד שמפקיר חלקו ממילא זוכה חברו בחלקו ונמצא דאם השני יפקיר אח"כ הוה בור שלו לבד.

והא דקאמר הגמ' דהפקיר רשותו ולא הפקיר בורו, ל"ק דאף אם יפקירו אחד ואח"כ יפקיר חברו אכתי יש חיוב על שניהם, דאף שהפקיר אחד רשותו וזוכה השותף השני בכל הרשות, מ"מ שניהם יהיו חייבים על הבור כיון שלא הפקירו את הבורו, חייב מדין בור שהוא ממונו בחצר חברו ולאחר שיפקיר חברו חצרו חייבים שניהם על נזקי הבור מדין ממונו.

וי"ש לדחות דאף בהפקיר רשותו ובורו י"ל דיעשו שליח שיפקיר עבורם ונמצא דחלה ההפקר בבת אחת, ול"ש להקשות דלא יועיל ששליח יפקיר עבורם דאין שליח לדבר עבירה כיון שנעשה תקלה ברשה"ר, וכמו

שמבואר בגמ' דלא מהני לשויה שליח דאשד"ע, דהא כתב רש"י לקמן נג. דהעבירה בסוגין הוא האיסור לקלקל את רשותו"ר ולא עצם מה שמעמיד תקלה וכמו שיתבאר באות הבאה, וא"כ שיש שאחד יהיה שליח לחברו על ההפקר.

אולם גם בזה יש לדון ע"פ מש"כ הר"ן בפסחים של"ש לעשות שליח על הפקר וא"כ ל"ש שההפקר יכול בבת אחת ע"י שליח, ועי' ברע"א בריש פרק השולח מש"כ לדון בדברי הר"ן אלו, ואפשר לומר דשייך שיחול ההפקר בבת אחת כגון ששניהם עשו ההפקר שיחול לאחר זמן בשעה מסוימת ובאותה שעה חל ההפקר של שניהם בבת אחת ובכה"ג משכחת לה בור של ב' שותפין.

גדר האיסור חפירת

בור ברשותו"ר

גמ' אי דשוו שליח תרוייהו ואמרי ליה זיל כרי ואזל וכרה אין שליח לדבר עבירה. רש"י לקמן נג ע"א כתב דהעבירה היא משום שאסור לקלקל רשת הרבים, והמשנה למלך הלכ' רוצח פ"ב ה"ב כתב דמוכח מרש"י שהחסרון של אין שליח לדבר עבירה הוא אפילו בעבירה דרבנן, והאחרונים כתבו דיש בזה איסור מהתורה כמו בכל מזיק דאיכא איסור להזיק דילפינן מהשבת אבידה או מלא תגזול, [עי' מנחת חינוך מצוה נג קו"ש ב"ב אות ע"ו].

וצ"ל דרש"י ס"ל דכ"ז דוקא כשהוא עצמו מזיק, אבל בבור שלא עשה מעשה היזק אלא שעשה תקלה ליכא איסור אלא משום קלקול רשה"ר, [ועי' במשך חכמה

פרשת קדושים שכתב דחופר בור ברשות הרבים עובר באיסור של לפני עור לא תתן מכשול].

הברכ"ש [סי' י"ז ו] הקשה אמאי פרש"י שאין שליח לדבר עבירה מחמת עבירה דרבנן, ואמאי לא פירש משום הכלל דזה חוטא וזה מתחייב לא אמרינן, כמו שמבואר בקידושין מב ע"ב לגבי אש שאם שלחו ביד פקח חייב המשלח משום דאין שליח לדבר עבירה דזה חוטא וזה מתחייב לא אמרינן, וכתב הברכ"ש דמוכח מזה דהכרייה בבור אינו חלק מהמחייב של תשלומי הנזק אלא שזהו הכ"ת בעלמא שהוא נעשה בעל הבור והוא כמו קנית שור דל"ש לומר בזה אין שליח לדבר עבירה, משא"כ באש ההבערה הוא חלק מתנאי החיוב של אש ולכן יש בזה חסרון של שלד"ע.

עקרו שניהם חוליא בבת אחת

גמ' כגון שעקרו שניהם חוליא בבת אחת. הברכת שמואל [סי' י אות ב] הקשה דלענין אש מצינו בגמ' להלן סוף פרק הכונס דליבה ולבתה הרוח פטור, וכן אם ב' בנ"א ליבו את האש פטורים ומ"ש לענין בור שאם עקרו שניהם חוליא בבת אחת דשניהם חייבים.

וביאר שחלוק ביסודו המחייב באש מבור, דבאש כתיב המבעיר את הבערה והמחייב הוא מחמת שיש מעשה מבעיר ולכן רק אם הוא בעצמו מבעיר חייב אבל אם יש לו שותף פטור, אבל בבור אין צריך מעשה כרייה כדי להתחייב אלא המחייב הוא כשיש פשיעת כרייה ולכן אף היכא שיש פשיעה של שנים חייבים על נזקי הבור.

עוד אופנים של בור של ב' שותפין בעיקר הנדון איך משכחת לה בור של ב' שותפין איכא עוד כמה אופנים דשיך חיוב של שותפות בבור.

א' הרשב"א הקשה דאם שלח עכו"ם לחפור. **ב'** הפנ"י וטורי אבן [צוין בגליון הש"ס] הקשו לפי שיטות הראשונים דבשוגג יש שליח לדבר עבירה קשה דאפשר להעמיד דמיירי בכה"ג שהשליח לא ידע שיש איסור לחפור ברשות הרבים, או שלא ידע שזה רשות הרבים וכה"ג מתיחס המעשה למשלח.

ג' המנ"ח מצוה נג הקשה די"ל דמיירי בפותחין ביבותיהן שמותר לתת ברשוה"ר אלא שאם הזיק חייב, וי"ל דסתמא דמתני' בור היינו בור דעלמא שחפרו.

ד' השע"י ש"ז פ"ז הקשה שאם יד פועל כיד בעה"ב שייך שב' שותפין יתחייבו אם פועל של שניהם חפר את הבור.

חופר בור ח'

ובא אחר והוסיף טפח

גמ' דתניא אחד החופר בור תשעה ובא אחר והשלימה לעשרה האחרון חייב. תוס' ד"ה האחרון כתבו דדוקא בשביל שחידש השני חיוב מיתה שלא היה בתחלה, אבל אם חפר הראשון בור ח' והשני השלימו לט' שניהם חייבין, כמו זה בור י' וזה בור כ' דשניהם חייבים, וכונת התוס' דכל החידוש של רבנן שהאחרון חייב הוא רק היכא שהוסיף שיעור של מיתה דבזה נתחדש בקרא שהוא נחשב בעל הבור ונסתלק מעשה הראשון, אבל היכא שלא חידש השני חיוב מיתה שניהם

מנחת

דף נא ע"א

משה

רלא

חייבים, שהרי מסברא בלא קרא הדין היה ששניהם חייבים כמו כדחזינן משיטת רבי דסבר דלא ילפינן מקרא ושניהם חייבים.

אולם הרא"ה בשטמ"ק וכן רבנו יהונתן בשטמ"ק לעיל י' ע"א חולקים על תוס' וס"ל שאף לענין נזקין חשיב השני בעל הבור, והראשון פטור לגמרי, ונראה דס"ל דנתחדש בקרא דהיכא שהשני הוסיף תקלה חדשה בבור פקע מהראשון תורת כורה הבור.

[ונראה] להוסיף דבקרא דקרא דוהמת יהיה לו דדרשינן לרבנן שאחרון חייב מיירי במיתה, אבל לכאורה אין צריך קרא לענין מיתה שהרי אף לרבי דליכא קרא הרי מודה שלענין מיתה השני חייב, וע"כ צ"ל דגלי לן קרא שמי שמחדש תקלה נחשב בעל הבור ונסתלקו מעשה הראשון, וס"ל לרא"ה דלכן אף בנזיקין נמי השני חייב שהרי הוסיף תקלה כשמוסיף בבור.

אכן נראה שאין הכונה כפשוטו שנסתלק לגמרי, אלא כללא הוא בחיוב של בור שמכיון שעיקר החיוב הוא על יצירת התקלה לכן מי שהוא אחראי יותר על התקלה הוא מחויב והראשון פטור, ומכיון שהתחדש בקרא שהוא אחראי יותר זה מפקיע חיוב הראשון, אלא נראה שלא פקע אחריות של הראשון לגמרי, ועי' להלן בע"ב מש"כ בטם טפח וסלק אבניו.

אולם בכרה הראשון י' והשני כ' שניהם חייבין כדמבואר בהמשך הגמ', וצ"ל שרק היכא שחידש האחרון תקלה חדשה שלא היה מתחלה פקע מעשה הראשון, ולכן בי' וכ' דמעיקרא היה שיעור של מיתה והשני לא

חידש השני תקלה חדשה ולכן כולם חייבין, ורק כשהוסיף לבור ח' עוד טפח הרי חידש שיעור נזקין שלא היה קודם לכן ובכה"ג האחרון חייב על כל הנזקין כמו בהשלימו לעשרה.

אחר אחרון למיתה לרבי

גמ' רבי אומר אחר אחרון למיתה. מבואר שהראשון פטור לגמרי מחיובי מיתה, יש להקשות מדוע לא יתחייב הראשון לפי שיעור הנזקין שהיה ניזוק בבורו.

ולעיל נ' ע"ב הובא מש"כ המאירי שאם מת בבור ט' אע"פ שפטור מתשלומי מיתה מ"מ חייב לשלם את מה שהיה ניזוק בבור ט', ואף המאירי שחולק דוקא התם כיון שלא מת מחמת הבור אין חייב לשלם, אבל הכא שהוא בור מיתה מדוע לא ישלם בעל הבור ט' את תשלומי הנזקין, עי' בחידושי ר' מאיר שמחה לעיל י' ע"ב שעמד בזה.

דעת רבי דאחר שניהם לנזקין

גמ' ואחר שניהם לנזקין. צ"ב מ"ט לרבי חייב השני בנזקין דבשלמא לרבנן נתרבה בקרא דהשני לבד חייב שהוא בעל הבור, אבל לרבי דליכא ריבוי מקרא, אלא שהשני חייב על המיתה כיון שהראשון לא עשה שיעור מיתה, א"כ מנלן דשניהם חייבים בנזקין הרי לא הוסיף השני כלום לגבי נזקין דבור ט' הוא שיעור לכל הנזקין, [ולכאורה זה דומה לבור חפר אחד י' והשני הוסיף טפח אחד שרק הראשון חייב], ובחי' הגר"ש ס"י כתב דצ"ל דכיון דהשני חידש בור חדש לענין מיתה, נעשה שותף לכל חיובי הבור אף לענין נזקין.

ויש להבין בעיקר הך הלכתא דשניהם חייבים לענין נזקין וכן בבור ח' וט' כמש"כ תוס', דבשלמא למד"א דהחיוב בבור להבלו א"ש דההבל נעשה מחמת שניהם, אבל למד"א לחבטו הרי כיון שהשני חפר עמוק יותר נמצא שביטל את החבט של הראשון, שהרי הראשון עשה חבטה של ח' והשני חפר עמוק יותר נמצא שביטל את החבט של הראשון וכל החבט הוא מחמת שהוסיף בחפירה, וא"כ אמאי השני לא חייב בכל הנזק.

ונראה למבואר בתוס' לעיל נ ע"ב בתי' השני דלשמואל גם אם נפל לאחורי הבור חייב על החבט משום שהחיוב בבור הוא כל שנגרם נזק מחמת התקלה ולכן אע"פ שלא נפל לתוך הבור חייב, וא"כ ה"ה הכא אף שהשני עשה תקלה חדשה מ"מ הנזק נעשה גם מכח הראשון.

אולם נראה דאף לתי' הראשון של התוס' א"ש, דעי' לקמן בגמ' בע"ב בהא דהרחיב פי הבור שהוכחנו מהר"ה שגדר השותפות בבור הוא שמתחייב אף על מקום שלא עשה כלל, דשותפות בבור גורם שיהא אחראי על כל נזקי הבור, וא"כ ה"ה הכא דשניהם שותפים בבור הראשון חייב על החבט שעשה השני.

חפר ח' והשני ט' לרבנן לענין נזקין

תוס' ד"ה האחרון חייב. אבל ראשון ח' וזה ט' כולם חייבין כמו זה י' וזה כ', הקשה המהרש"א הא למאי דקאמר הגמ' על סתירת הברייתא הא רבי והא רבנן, וכן לתי' בתרא דכולהו רבי נמצא דלרבנן ב' וכן האחרון

חייב, וא"כ איך כתבו התוס' דבבור ח' וט' שניהם חייבים הא כמו שאם היה שיעור מיתה והוסיף השני חייב דגלי לן קרא דהכורה השני לעולם סילק מעשה הראשון, א"כ ה"נ כשהוסיף השני רק שיעור נזיקין, וכתב המהרש"א דכונת התוס' הוא דמדרכי נשמע לרבנן, דכמו שלרבי אם כל אחד עשה שיעור מיתה שניהם חייבין ה"ה לרבנן לענין נזיקין אם שניהם עשו שיעור נזקין שניהם חייבין.

וצ"ב כונתו דמרכי לכאורה ליכא ראייה, שהרי לרבי אין ילפותא דהאחרון חייב היכא שלא הוסיף שיעור מיתה ולכן שניהם חייבים, אבל לרבנן כשהוסיף השני אף כשהיה שיעור מיתה האחרון חייב שהרי ב' וכן האחרון חייב, וא"כ אפשר שזהו סברא נמי לענין נזקין ומנין להוכיח מדרכי לרבנן.

ומובח מדברי המהרש"א דמסברא בנזקין ל"ש טעמא דרבנן, דקרא דרשינן הוא רק לגבי חיוב מיתה ולא לענין נזקין, ולכן בזה נדון התוס' היה מסברא האם לענין נזקין שייך לחייב את השני כיון שלא הוסיף דבר חדש בנזק, או"ד סו"ס הנזק נעשה מכח שניהם וע"ז הוכיחו התוס' מדרכי שבי' וכ' שניהם חייבין חזינן דאף היכא שא"צ אותו לנזק שניהם חייבין, ה"ה לרבנן נמי בנזקין שניהם חייבין, ועי' במהדורא בתרא למהרש"א מש"כ.

ויש לדון במש"כ תוס' דראשון ח' והשני ט' שניהם חייבין מה השיעור שכל אחד חייב, דיש לומר שההיזק שלא היה נעשה בבור ח' רק השני חייב, וההיזק שהיה נעשה בבור ח' מתחלק ביניהם, או די"ל שבהיזק שהיה נעשה בבור ח' הראשון משלם ח' חלקים

והשני חלק אחד, ומדברי הרא"ה בשטמ"ק שהובא בע"ב נראה שלעולם שניהם שותפין בנזק כיון שהוא בור של שותפין, ע"י מש"כ להלן, ע"ע בספר אולם למשפט סי' תי.

חפר הראשון י' והשני י"א

תוס' ד"ה בור י' ובא אחר והשלימו לכ'. וה"ה לי"א למאי דפריך עלה מסייד וכייד ומשני הא רבי והא רבנן, מבואר מתוס' שלפי הו"א שהאחרון חייב ה"ה היכא שלא הוסיף שיעור חדש של מיתה.

והנה התוס' בד"ה הקודם מבואר לפי המהרש"א דאף לפי הצד דלרבנן בי' וכ' האחרון חייב מ"מ לענין נזקין בח' וט' שניהם חייבין, וא"כ צ"ב דכאן כתבו התוס' דלפי הצד שהאחרון חייב ה"ה בי' וי"א האחרון חייב, ומאי נפק"מ בין ח' וט' לי' וי"א הא בשניהם לא הוסיף שיעור חדש אלא שהוסיף על השיעור הקודם.

וצ"ל דחלוק כשהוסיף טפח לבור של י' דהתם הוסיף בבור של חיוב מיתה דבזה איכא הגזה"כ דהאחרון חייב, אבל בח' וט' דכל הנדון הוא לענין נזקין דליכא הגזה"כ דהאחרון חייב לכן התם מסברא שניהם חייבים כמו לרבי וכמש"כ לעיל.

מסקנת הגמ'

בור י' והוסיף אחר עוד טפח

תוס' בא"ד. המהרש"ל והיש"ש כתבו לבאר דמש"כ תוס' למאי דפריך וכו', כונתם שכל הסברא לדמות חופר י' ויא' לי' וכ' הוא לפי סברת המקשן, שסבר דבסייד וכייד רבנן

סוברים שהאחרון חייב, א"כ יש לדייק מזה שלרבי שחולק סובר דשניהם חייבים בי' וכ' ה"ה חולק על י' וי"א שניהם חייבים, דלפי ההו"א שלרבנן האחרון חייב כשהשלים לי"א ממילא אמרינן דה"ה לרבי שניהם חייבים, ואף דלרבי אין דרשא דכי יכרה איש בור אחד ולא שנים, מ"מ רואים משיטת רבנן דמסברא אין לחייב את הראשון לבד, דאם מסברא היינו מחייבים את הראשון ממילא לא מסתבר שהתורה תחייב רק את השני דהפסוק אחד ולא שנים גילה שאין לחייב את שניהם וכדדרשינן אחד ולא שנים, ולא משמע שהתורה באה להפקיע את החיוב ממי שמסברא מתחייב לבד אלא התורה באה להפקיע את החיוב משנים לאחד.

אבל למסקנה דברייתא דסייד וכייד לא מיירי בכה"ג שהיה בו הבל למיתה, וכל סברת רבנן הוא רק כשעשה שיעור מיתה אבל אם הראשון עשה שיעור מיתה אין לפטרו, וא"כ בברייתא די' וכ' אין לפטור את הראשון ואף השני חייב שהוסיף שיעור מיתה, א"כ יש סברא לחלק בין י' וכ' לי' וי"א, ונמצא דבי' וי"א לא הוסיף השני שיעור מיתה ואי"ז בור חדש ולכן חייב רק הראשון, וכן לרבי נמי רק הראשון חייב כיון שלא הוסיף השני שיעור חדש, וכן כתבו תוס' לעיל י' ע"ב ד"ה מאי קעביד.

אולם במהר"ם חולק עי"ש מה שהקשה על דברי מהרש"ל, ומדבריו נראה שהבין

שכונת תוס' הוא דלמאי דמשני היינו הא והא רבנן, שלרבנן כל מה שלמדנו מהפסוק שהשני חייב הוא רק בכה"ג שהראשון לא עשה שיעור מיתה, אבל אם הראשון עשה שיעור מיתה

אין לחייב את השני ולכן בי' ויא הראשון חייב, אלא שבי' וכ' ששניהם עשו שיעור מיתה שניהם חייבים.

ונראה מדבריו שר"ל דלרבי כיון שאין פסוק קיים הסברא שאם הראשון עשה י' והשני י"א דשניהם חייבים, אולם צ"ב שתוס' לעיל י' ע"ב כתבו שאם אחד השליך עץ לתוך אש שדולקת דמחמת זה הולכת מהר יותר דהשני פטור דלא הוסיף כלום, ודמי לחופר בור י' ובא אחר והשלימו לי"א דהראשון חייב, ולמבואר במהר"ם הכא הוא גזה"כ דוקא בבור, אבל לענין אש דליכא גזה"כ מנלן דרק הראשון חייב, שהרי לרבי מסברא שניהם חייבים וצ"ע.

דף נא ע"ב

הא דלרבנן חייב רק אם הוסיף שיעור מיתה

גמ' הא והא רבנן עד כאן לא קאמרי רבנן אלא היכא דלא עביד קמא שיעור מיתה אבל היכא דעביד קמא שיעור מיתה. יש לדון בכונת הגמ' שלרבנן שהראשון עשה שיעור מיתה והשני לא הוסיף שיעור מיתה שאין דין שאחרון חייב, האם משום שלא הוסיף השני חיוב מיתה דכבר היה חיוב מיתה כבר קודם לכן לכן שניהם חייבין, אבל היכא שגם השני יחדש חיוב מיתה כה"ג חשיב איהו בעל הבור כמו בהשלימו לעשרה, או"ד דאין חילוק ולעולם כל שהיה מעיקרא חיוב מיתה לא נסתלקו מעשה הראשון אף היכא שחידש מיתה.

ונפק"מ לשיטת הטור שהובא לעיל דסבר שאם נפל בלא איגנדר לבור ו' טפחים ומת דחייב, מה הדין היכא שהיה בור של ו' טפחים ובא השני והוסיף עוד ד' טפחים ונעשה בור של י"ט דאף אם יפול באיגנדר ימות ונפל שלא באיגנדר, [דאי באיגנדר פשיטא שרק השני חייב כיון שלענין זה רק הוא בעל הבור], האם בכה"ג יתחייב גם הראשון כיון שלגבי הך מחתה היה כבר בור אצל הראשון, או דכיון שהשני הוסיף את כל המצבים של מיתה יהא חייב רק השני על מיתה, וכן נפק"מ היכא שהיה בור מלא ספוגין והיה רק הבעל והוסיף השני שהבור יהרוג ע"י חבטה כגון שהוציא הספוגין.

והעירוני להוכיח ענין זה מרש"י [דבד"ה כגון שלא היה] כתב לבאר הא דקאמר הגמ' לרבי שלא היה בו הבל למיתה, דלשמואל שמחייב אף על החבט מיירי שהיה מלא ספוגין של צמר ולא היה חבט, וכונתו שהשני הוסיף את כל המיתה ולכן רק השני חייב, והנה באוקימתא הראשונה של הגמ' דאמר הא והא רבנן וכגון שלא היה בו הבל למיתה לא כתב רש"י דמיירי בכה"ג, ואפשר לדייק שאולי לרבנן דדרשינן מקרא שאם השני עשה בו שיעור מיתה השני חייב מיירי אף אם היה בור שהיה ראוי להרוג בחבט, אבל כיון שהשני הוסיף הבל למיתה הוא נחשב בעל הבור הגמור ורק השני חייב, ועי' במנחת חינוך מצוה נ"ג אות כא שנסתפק בכעין זה.

טם טפח וסילוק אבניו

גמ' טם טפח וסילק אבניו. כתב הרא"ש דכל הספק אינו אלא לרבנן דבעלמא האחרון חייב כיון שהבור הוא ברשותו, י"ל דכיון

מנחת

דף נא ע"ב

משה

רלה

דנסתלק מעשה הראשון אע"פ שיחזיר הדבר לקדמותו חייב השני, אבל לרבי דאחר שניהם לנזקין ליכא ספק כלל ומהני מעשיו שטם טפח להפקיע את חלק השותפות שלו וחייב רק הראשון.

בעיקר הספק נראה לבאר שאע"פ שלרבנן האחרון חייב, אין הכונה שהראשון שחפר לא נחשב בעל התקלה, אלא שכלל הוא בבור שכל שהאחריות של התקלה יש על אחד יותר מחברו הרי הוא מחויב על כל הנזקין והשני נפטר, ולכן מסתפקת הגמ' דשמא היכא שטם טפח ויש להחשיב שמעשיו נסתלקו הדר דינא שיתחייב הראשון, מכיון שעכשיו אנו רואים אותו כבעל התקלה, ומעולם לא פקע אחריותו, אלא שכ"ז שהיה אחריות על השני היה פטור וכשנסתלק מעשיו חייב הראשון.

בור ז' וג' מהם מים

גמ' בור שבעה ושלושה מהם מים מהו. המהר"ם שיף לעיל נ ע"ב כתב שכל הספק הוא רק בז' טפחים שג' מהם מים, אבל בפחות מזה פשיטא שפטור אפי' אם כולו מים.

והוביח כן מהא דמבואר לעיל דנפל לאמת המים ששיעורא ו' טפחים וליכא הבלה ודנה הגמ' אם יש בו חבט בפחות מ', ומשמע שכיון שיש פחות מז"ט אין הבל, אולם כתב דיש לדחות דהתם מיירי שלא היה מלא מים.

הרחיב הבור ונפל מהצד השני

גמ' איכא דאמרי אמר רב אשי ניתזי אנן אי מההיא גיסא נפל הרי קירב הזיקא ואי

מאידך גיסא נפל הרי מיעט הבלא. מבואר מדברי הגמ' שהטעם לפטור כשנפל מהצד שהראשון חפר הוא משום שמיעט הבלא.

והקשה הפנ"י בשם התורת חיים אמאי צריך לה"ט הא כיון שהוא חפר רק מהצד השני אין סיבה לחייבו דהרי בלא"ה היה נופל, וכתב הפנ"י דמוכח מזה דזה שהרחיב את הבור נעשה שותף יחד עם החופר הראשון ול"ד לחופר בור י' ואחר השלימו ל"א דרק הראשון חייב כמבואר לעיל, דהכא כיון שהרחיב את הבור נעשה שותף לראשון ולכן לולא ה"ט היה חייב אף שלא נפל מהצד שהרחיב.

ובזה ביאר הפנ"י דל"ק דרב אשי דמשמע בגמ' שאם בחבטה מת חייב אף אם נפל מהצד שהראשון חפר, משום דאיהו נעשה שותף בבור לכן חייב על כל נזקי הבור, ורק היכא שמת מחמת ההבל פטור כיון דלענין הבל מיעט את הנזק בבור ולכן פטור ע"ז, וע' באות הבאה.

דעת הרא"ה

שאם נפל מהצד הראשון פטור

תוס' ד"ה אי בהבלא מית. הרבה הוא תימה דנהי דמיעט בהבלא מ"מ אם לא הרחיב לא היה נופל, מבואר שתוס' פירשו דמיירי שנפל מהצד שהרחיב, ולכן הקשו אמאי יפטר כיון שכל הנזק נעשה רק מחמתו ואל"כ לא היה נופל.

אולם הרא"ה בשטמ"ק כתב דאה"נ אם היה נופל מהצד שהרחיב פשיטא שהוא חייב בכל הנזק, כיון שאם לא היה חופר לא היה נופל ואין חילוק במה הוזק, אלא מיירי

שנפל מהצד שהראשון עשה, ובזה קאמר הגמ' דרק אם מת מכח חבט חייב אבל מכח הבל פטור, והביאור בזה כמש"כ באות הקודם בשם הפנ"י דע"י חפירתו נעשה שותף לגמרי בכל הבור, אלא דלענין ההבל אין לחייבו כיון שמיצט את הנזק.

ונראה מדברי הרא"ה שמה שמבואר בכל הסוגיא שאם יש שותפות בבור לנזקין לרבי בט' וי' או לרבנן בח' וט' צורת התשלום הוא שכל אחד משלם מחצה, ולא לפי שיעור שעשה בבור, שהרי הכא שבא והרחיב את הבור מתחייב אף על מה שנפלו מהצד שלא חפר ול"ש לומר שמתחייב לפי שיעור החפירה שעשה, אלא ע"כ דכל שהוא שותף בבור הוא משלם מחצה, [וחידוש הוא שבבור ח' וט' ונפל שם שור והוזק באופן שאף אם לא היה חופר השני עוד טפח היה ניזק ג"כ כל אחד משלם מחצה דמכיון שנעשה שותף בבור הוא אחראי על מחצה].

ועי' בשטמ"ק בשם הרא"ש דלהך לישנא אין חילוק בין אם נפל מהצד שהרחיב בין נפל מהצד השני, אלא כל החילוק הוא באיזה אופן מת שאם מת בהבל פטור דע"ז אין לו תורת מזיק, אבל אם מת בחבטה חייב דנעשה שותף בכל הבור, ואפשר דאף התוס' ס"ל הכי אלא דהקשו אמאי אי מת בהבל מהצד שחפר יפטור, ע"ע ברמב"ם פי"ב הי"ג דמשמע מדבריו דרך חדשה בסוגין.

ביאור המחלוקת

אם יש ברירה לענין נזקין

גמ' במאי קא מיפלגי וכו'. מבואר מדברי הגמ' דלמד"א דאין ברירה נמצא דבשעה שמשתמש בו אינו שלו לגמרי אלא שהוא

שיך גם לחברו וע"כ דנעשה שואל על חלק חברו ג"כ וכן מבואר ברש"י ד"ה והאי מדידה קא ממלא, ולכן בשעה שמניחו להשתמש נעשה שואל על חלק חברו ולכן חייב על חלקו של חברו, דאין לו אפשרות להשתמש בלא שיהיה שואל כיון שהוא שייך גם לחברו וע"כ מונח קבלת שמירה ע"ז מיד שרוצה לדלות מהבור, אבל למד"א יש ברירה נמצא דבשעה שמשתמש בבור הוא משתמש בשלו וא"צ לדין שאלה, ולכן מי שנפל לבור שניהם חייבים כיון שהבור הוא של שניהם, ולכן צריך קבלת שמירה מיוחדת שימסור לו דליו דאז נתחייב לשמרו לשני, [ואף שאין פרשת שומרים בקרקע, צ"ל דשמירת נזקין שייך אף בקרקע].

והנה הר"ן בנדרים ריש פרק השותפין כתב לגבי שותפות בחצר דאף למד"א דסבר בעלמא אין ברירה, כ"ז בעלמא כגון ב' לוגין שאני עתיד להפריש וכו', אבל בשותפות בחצר לכו"ע יש ברירה ובשעה שכל אחד משתמש הוא שלו לגמרי עי"ש היטב בכ"ד.

והקשה בשו"ת משכנות יעקב סי' מ"ז על הר"ן מסוגין דמבואר דלמד"א יש ברירה א"צ קבלת שמירה מיוחדת ושניהם חייבין, והרי לפי הר"ן בשעה שהוא משתמש הוא שלו לגמרי היה צריך להיות שהדין הוא שרק הוא חייב, ועי' מש"כ לישב במנחת משה ריש פרק השותפין.

דף נב ע"א

שיטת רש"י במעמא דבכדי שידע

גמ' וראשון עד אימתי מיפטר אמר רב בכדי שידע. פרש"י שיבוא גם הראשון ויראנו

מגולה, אבל תוס' חלקו על רש"י וכתבו שכונת הגמ' שיצא קול שהבור מגולה ואין צריך לראות את הבור מגולה ממש.

וצריך להבין שיטת רש"י מה הסברא שצריך שיראה הבור מגולה, ומדוע לא סגי שיצא הקול או שיאמרו לו שהבור מגולה, והנה תוס' בריש פרק הכונס דייקו מהמשנה שם דקתני 'נפרצה בלילה פטור' דדוקא נפרצה בלילה פטור אם יצא השור והזיק, אבל נפרצה ביום והזיק חייב, משום דאמרינן שמסתמא יצא קול ונודע לו שבהמתו יצאה ופושע הוא שלא החזירה, וקשה א"כ מדוע הכא צריך שידע.

הפנ"י כתב לבאר דכל הסוגיא כאן מיירי בבור של ב' שותפין שהראשון כסהו ובא השני וראה אותו מגולה לכן עיקר החיוב מוטל על השני שראה אותו מגולה, ואע"פ שהראשון הוא ג"כ בעל הבור מ"מ לא מוטל עליו כיסוי הבור כמו השני, ואפשר משום שיכול לסמוך שהשני יכסנו, ולכן אע"פ שיצא קול פטור ורק לאחר שראה נתחייב, וכתב הפנ"י שלפנ"ז נראה שאדם שחפר בור וכיסהו לא נאמר כלל כל השיעורין המוזכרין בכל הסוגיא אלא כשנתגלה חייב לכסות מיד שנודע לו.

והוסף הפנ"י חידוש גדול דאע"פ דכתיב בקרא ולא יכסנו דמועיל לכסות את הבור כדי להיפטר, מ"מ אם נתגלה הבור אפילו באונס הבעלים חייב אע"פ שלא נודע לבעלים, מכיון שלעולם הבור עומד באחריותו ותמיד מחוייב לבדוק האם הבור עדיין מכוסה, ואע"פ שכתב בקרא ולא יכסנו משמע דבכיסוי סגי כתב הפנ"י דהרי מעיקר הדין היה צריך למלאות את הבור בשביל להיפטר,

אלא שהתורה חידשה בקרא דולא יכסנו שאין צריך למלאות אלא בכיסוי סגי, אבל לא שנפטר מן החיוב שמירה, אלא לעולם אף שמכסה תמיד צריך לבדוק שמא נתגלה מחמת פשיעת הכרייה ולכן אף אם נתגלה באונס הוא חייב על נזקי הבור, וכל הסוגיא כאן הוא מחמת שיש כאן את שותף השני שחייב לכסות.

ושמואל אמר בכדי שיודיעוהו

גמ' ושמאל אמר בכדי שיודיעוהו. רש"י בפירוש השני כתב דאפילו בא וראה את הבור פטור כיון שלא הודיעוהו, והרשב"א כתב שהכונה שיתרו בו, וכל זמן שלא התרו בו פטור מלכסות.

וביאור הדבר כמש"כ הפנ"י באות הקודם דבבור של ב' שותפין יכול לסמוך על בעל השותף השני שיכסנו ולכן צריך להתרות בו שיכסנו שהראשון לא כיסהו דאיהו נמי בעל הבור.

המעם דכדי שיודיעוהו וישכור פועלים

גמ' בכדי שידעוהו וישכור פועלים ויכרות ארזים ויכסנו. ברש"י מבואר דוקא לראשון יהבינן האי שיעורא אבל השני שבא להשתמש לא יהבינן האי שיעורא אלא מחיוב מיד להעמיד שומרים מיד, והקשה רבנו פרץ מה נפק"מ בין הראשון לשני, ואם יש חיוב להעמיד שומר על הבור אף הראשון צריך לעשות כן.

ולכן כתב כמש"כ התוס' דאין חילוק בין הראשון לשני ולעולם שניהם אינם חייבים רק אחר השיעור שישכרו פועלים,

ונחלקו שמואל ור' יוחנן האם צריך להעמיד שומרים מיד שנודע לו או בשיעור שישכור פועלים.

בישוב דעת רש"י אפ"ל על פי סברת הפנ"י שבבור של ב' שותפין יש לחייב יותר את השני שראה את בור מגולה, ולכן מוטל עליו להעמיד שומרים, אבל על הראשון שכיסהו לא מוטל חיוב גדול כ"כ וכל חיובו הוא לדאוג שיהא מכוסה.

היש"ש [ס' לז] ביאר דעת רש"י שכתב שיש חילוק בין הראשון לשני, דיש לדקדק בדברי רש"י במשנה שכתב ובא השני 'להשתמש' בו, וכן בגמ' כתב דבא השני 'ונשתמש' בו, דמשמע דמשום שהשני השתמש מוטל על השני לשכור פועלים שישמרו על הבור, אבל הראשון שלא השתמש בבור אלא כיסה בורו, אע"פ שעתה מחויב לכסותו כיון שידע מ"מ אינו מחויב לשכור פועלים, וכתב שיתכן שתוס' שחלקו על רש"י וכתבו שאף על לשני אין חיוב להעמיד שומרים מיד אלא כדי שישכור פועלים וכו', משום דמיירי שהשני לא נשתמש אלא עבר עליו וראהו מגולה, ולכן סברו התוס' שאין סברא לחלק בין הראשון לשני, אבל לעולם אין על שניהם חיוב להעמיד שומר, [וכ"כ המהר"ם שיף].

אולם צריך להבין מהו הסברא לחלק בין אם נשתמש או לא, ועיין ברא"ש שכתב כסברת תוס' וביאר דהועיל וכסהו כראוי אנוסים הם ולכן א"צ להעמיד שומרים, וצ"ע טובא הסברא בזה דאע"פ שאנוסים הם במה שהתגלה הכיסוי של הבור, אבל הרי מיד שנודע להם חזור החיוב שהיה להם מעיקרא, ואמאי משעה זו אין להם חיוב להעמיד שומר.

יסוד חדש בחיוב כיסוי לאחר שנתגלה ונראה לבאר דברי היש"ש דבאמת יש כאן ב' חיובים נפרדים באחריות על הבור לראשון שכיסה את הבור ויש חיוב נוסף לשני שנשתמש בבור, דהנה בכל מזיק ששמר שמירה מעולה כגון שקשר שורו וראוי והותר הקשר ע"י רוח שאינה מצויה אע"פ שפטור על ההיזק שעשה קודם שנודע לו, אבל מיד לאחר שנודע ששור ברשה"ר, כיון שהוא ממונו מוטל עליו לשמור את שורו, אבל אדם שכיסה בור בכיסוי כראוי לכאורה הכיסוי אינו רק שמירה על המזיק אלא הוא סילק את התקלה, ובזה אם חזר הבור והתגלה ברוח שאין מצויה לכאורה אין במה לחייבו שהרי הבור אינו שלו.

אולם מבואר במשנה שאין הדין כן שהרי הדין שכיסהו הראשון כראוי וחזר ונתגלה באונס חייב לכסותו, כמו שמבואר בגמ' בהמשך דאע"פ שהתליע מתוכו מ"מ הראשון ג"כ חייב, ומבואר שאע"פ שכיסה את הבור מוטל עליו לעולם לכסות את הבור ולעולם כשחזר והתגלה הוא באחריות, ואפשר שנלמד מקרא דולא יכסנו שצורת הכיסוי הוא שיהא לעולם מכוסה, ולכן אף אם כיסה כראוי והתגלה עדיין חייב בכיסוי.

ועוד מבואר לעיל בפרק המניח שאם היה בור מגולה ואדם כיסהו בכיסוי שלו ואח"כ נטל בעל הכיסוי את הכיסוי חייב בעל הבור לשלם שהתקלה היא שלו דלעולם נשאר עליו להיות אחראי על התקלה, [אמנם אדם שכיסה את בורו ובא אחר ונטל את הכיסוי הנוטל חייב ולא בעל הבור, והסברא בזה משום שאם אדם בר דעת נטל את הכיסוי

נחשב שהוא נעשה בעל הבור, ולכן כל הבור הוא באחריות שלו ולא של החופר ולא דמי להתלע הבור שהכיסוי הלך מעצמו].

ולפי"ז אפ"ל שיש חילוק בין אדם שכרה בור ועדיין לא כיסהו דשם הוא בעל התקלה ויש לו חיוב שמירה ככל ממון המזיק שמחויב לשמור שלא יזיק, ולכן חייב להעמיד שומרים שלא יפלו לבור, אבל אם כיסהו בכיסוי כראוי שסילק התקלה אינו מחויב להעמיד שומרים, אלא התם כל החיוב הוא שלו להחזיר את הכיסוי אבל אין לו חיוב להעמיד שומרים, ובוהו יבואר דעת רש"י לחלק בין הראשון לשני, שהראשון שכיסה את הבור כל החיוב שלו הוא לכסות, ולכן אמר ר' יוחנן שחייב רק אחר שעבר זמן שהוא יכול לכרות עצים וכו', אבל השני שנשתמש בבור אפשר שהשתמשות חשובה ככרייה מחודשת בבור דאע"פ שמצאו מגולה מ"מ יש כאן כרייה ולכן מחויב להעמיד שומר שלא ינזקו בבור כמו כל ממון שמחויב לשמור שלא יזיק, [וכן משמע ביש"ש שם שכתב שהועיל ונהנה ממנה חייב להעמיד שומר].

ולפי"ז י"ל שזה סברת הרא"ש שכתב דשניהם אנוסים שהרי נתגלה הבור, ואפ"ל כמש"כ היש"ש דדעת החולקים על רש"י שהשני לא נשתמש בו נמצא שכל החיוב שמוטל עליהם הוא רק לכסות ולא להעמיד שומרים כיון שאין כאן פשיעת כרייה שהרי הבור היה מכוסה ונתגלה שלא בפשיעתם, לכן על שניהם מוטל חיוב רק לכסות את הבור והיינו דאמר ר' יוחנן שהשיערו הוא לכרות עצים, ולפי"ז צ"ל שמה שכתבו תוס' שלפי שמואל יש חיוב על שניהם להעמיד

שומרים מיד, משום דשמואל סבר שכשנתגלה הבור חוזר החיוב שהיה בתחלה.

ולפי זה אולי אפשר לבאר כל הסוגיא דלא כמש"כ הפנ"י שכל השיעורין המוזכרין בסוגיא הוא רק בבור של ב' שותפין, דלמבואר אפ"ל חילוק אחר דבאמת בכל אדם שחופר בור מחויב לסלק מיד את ההיזק ולהעמיד שומר, ואם נתגלה חייב מיד לכסות וכמש"כ הפנ"י, אבל הכא שהראשון כיסהו וסילק את הבור אע"פ שאם חזר ונתגלה מחויב לכסות, מ"מ נאמרו שיעורין אחרים מתי חייב לכסות את הבור דרב סבר דבכדי שידע דהיינו שהוא בעצמו יראה, ולשמואל סבר שיתרו בו כפרש"י.

והנה בברכת שמואל [סי' כג] ביאר מחלוקת הרמב"ם והראב"ד במכסה בורו של חברו ונטל אח"כ את דליו, האם חייב בעל הבור מיד כשנטל הכיסוי או רק לאחר שנודע לו, שנחלקו בגדר דין כיסוי של בור האם הוא מדין סילוק התקלה או שמירה על הבור, ולפי מש"כ ע"כ הוא כסברת הראב"ד שכיסוי הבור הוא סילוק התקלה, ולכן יש חילוק בין הראשון לשני, אבל לפי הרמב"ם דהוא כשמירה לכאורה אין לחלק מש"כ, אולם עי"ש בברכת שמואל אות ד' [ד"ה ואולם] שכתב שאף לפי הרמב"ם שכיסוי הבור הוא דין שמירה, מ"מ לא דמי לשאר שמירת נזקין אלא הכא ע"י דין שמירה חשיב שנסתקלה התקלה, ולפי"ז י"ל כל מש"כ ודו"ק.

רש"י ד"ה ושמואל. דהא לא גילהו דנחייבה משום פותח, מבואר בדברי רש"י דכשהוא פותח חייב לבד אפי' שהבור של שניהם, והנה התוס' לעיל מח ע"א מט ע"ב

הסתפקו באחד שחופר בור ברשות של אדם אחר אם חייב בעל הבור או החופר, ומרש"י כאן משמע שהחופר חייב.

אולם נראה דהכא כו"ע מודו בזה כיון שזה שפותח הוא ג"כ בעל הבור, וכה"ג הראשון אינו מחויב על הבור, אלא השני הוא בעל הבור.

חייב בעל הבור ביצא קול

תוס' בכדי שידע. כלומר שהקול יצא שהבור מגולה ומסתמא שמע, הקשה הפנ"י איך אפשר לחייב אותו מספק משום דמסתמא שמע הקול הרי המוציא מחברו עליו הראיה. **וביאר** הפנ"י ע"פ דרכו שהובא לעיל שבעצם היה אפשר לחייב את הראשון קודם שנודע לו, כיון שאף אם נתגלה הכיסוי באונס הוא באחריות וכל הסברא לפטור בסוגיין הוא רק מחמת שיש עוד שותף, ולכן היכא שיש סברא לומר שהוא שמע מזה מוטל עליו החיוב לכסות.

ביאור הספק באתו גמלים לפרקים

גמ' איבעיא להו כיסהו כיסוי שיכול לעמוד לפני וכו' ל"צ דאתו לפרקים. בפשוטו הספק הוא האם הא דאתו לפרקים חשיב אונס וכרוח שאינה מצויה או דחשיב כרוח מצויה והוא פושע.

אולם צריך להבין מדוע הגמ' הסתפקה דוקא בבור ולא בכל המזקים אם עשה שמירה כה"ג דאתו לפרקים אם הוה שמירה מעולה, והאבי עזרי פ"ב מנזק"מ ה"ו נד"ה ונראה] ביאר דבכל המזקים שיש חיוב שמירה, אף היכא דאתו לפרקים חייב דכל

הפטור מתשלומי נזקין הוא כשהוא שמר ונאנס ע"י רוח שאינה מצויה, אבל זה פשוט דהיכא שאתו לפרקים לא חשיב רוח שאין מצויה אלא חשיב פשיעה בשמירה.

ובל הספק של הגמ' אינו אלא לענין מזיק של בור, דהתם המחייב הוא מחמת עשית תקלה, וכיון שהמחייב הוא יצירת תקלה ע"כ החיוב בבור הוא לכסות את הבור להסיר את התקלה, [ואי"ז דין שמירה כמו בכל מזיק וכמו שהתבאר לעיל], ולכן בזה נסתפקה הגמ' שאף שאתו לפרקים כיון שאינו רוח מצויה ממש אפשר דחשיב שיש כאן כיסוי גמור על הבור וממילא אף אם באו גמלים והריעו את הבור פטור כיון שלגבי שורים היה לזה שם של כסוי, או"ד דאין לזה תורת כיסוי כיון שאתו לפרקים לכן אף לגבי שורים אינו כיסוי אם הורע ע"י גמלים, שהרי אם יבאו גמלים ויריעו את הכיסוי אף שורים יכולים ליפול וא"כ נמצא שאין כאן כיסוי אף לגבי שורים.

כיסהו בכיסוי שלא ראוי לגמלים

תוס' ד"ה ואתו שורים ונפלו ביה. פ"ה דאי נפלו גמלים לא מיבעיא לן דחייב דהא לגמרי פושע הוא, ויש ליתן טעם בדבר דאפי' לא שכיחי גמלים כלל יש לחוש שמא יבוא אח"כ גמלים ויפלו, מבואר בתוס' חידוש גדול שאפילו שלא שכיח כלל שיבאו גמלים אפ"ה חייב על אותו היזק, וצריך להבין מ"ש משאר המזקים שברוח שאינה מצויה חשיב אונס ופטור.

ולמבואר באות הקודם שהמחייב בבור הוא יצירת התקלה ועשית דבר המזיק י"ל שאע"פ שלא הוה ליה לאסוקי אדעתיה

שיבאו גמלים, מ"מ יש כאן מעשה כרייה שלו שמונח בזה אפשרות להזיק ג"כ על צד רחוק אם יבאו גמלים, לכן מתחייב ג"כ על כל היזק שבא מחמת הכרייה, משא"כ בכל מזיק אין חיוב על יצירת המזיק דשאר המזיקים אינם מזיקים בעצם, אלא החיוב הוא מחמת שהוא אחראי על עצם ההיזק שנשעה מחמת שלא שמר כראוי, ולכן היכא שהיה אנוס על השמירה אין חייב על ההיזק שנעשה, ועי' בקובץ שיעורים ח"ב אות מ' שביאר כן, וכ"כ בהשמטות לחזון יחזקאל ב"ק פ"ב, [וע"ע בקו"ש אות טז].

אולם המחנה אפרים דיני שומרים [סי' ל'] כתב דמוכח מדברי התוס' דשומר שפשע בפקדון והניח הפקדון במקום שיכול לירד גשמים על הפקדון, אע"פ שעכשיו אינו זמן של גשמים מ"מ חייב לשלם על הפקדון, דכמו שכתבו התוס' דהיכא שפשע ולא כיסהו לגבי גמלים, אע"פ דלא שכיח שיבאו גמלים חייב כיון שיש פשיעה לענין זה, לכן ה"ה התם כיון שפשע שאם גשמים ירדו הפקדון יאנס.

ומבואר מזה דכל הפטור של אנוס דלא הוה ליה לאסוקי אדעתיה אינו אלא היכא דמצד המזיק אינו ראוי להזיק, אבל היכא שמצד המזיק הוא ראוי להזיק אלא שלא הו"ל לאסוקי אדעתיה שהנזק יבוא באנוס כזה כה"ג לא פטרתו התורה, אולם למבואר סברת תוס' הוא רק בבור כיון שהוא עשה את התקלה שיצירת התקלה היא מחייבת.

חילוק בין שור פיקח לל"ש גמלים תוס' בא"ד. ויש להקשות מ"ט אם נפל לבור שור פיקח פטור כדמבואר בגמ' בע"ב,

הרי שור פיקח הוה כמו גמלים דלא שכיח כלל ומ"מ חייב, וא"כ ה"נ שור פיקח לא שכיח כלל ומדוע לא נחייב, [ואין לומר שטעם הפטור הוא משום דאיהו אזיק אנפשיה דעיין בתוס' בע"ב שהתבאר שלא מטעם זה].

וצ"ל דכל דברי התוס' הוא דוקא בגמלים שאינם מצוים כאן, דלגבי היזק זה הוא בעל הבור כיון שיש לבור תקלה לענין זה, שהרי אם יבאו כאן יפלו בבור לכן חשיב הבור תקלה לגביהו, משא"כ בשור פיקח שהשור נזהר ואינו נופל לבור ממילא אין הבור תקלה כלל לענין שור פיקח, דאם יבוא כאן אי"ז ברור שהוא יפול ולכן לא חשיב תקלה לגבי זה.

דף נב ע"ב

ביאור הספק אם אמרינן מינו

גמ' מי אמרינן מינו דהוה פושע אצל גמלים הוה פושע נמי לענין התלעה או"ד לא אמרינן מינו. ביאור הספק כתב הרמב"ן במלחמות וז"ל כל אימת דלא כסייה בור מיקרי ולעולם מחייב, שלא פטרתו התורה אלא בכסוי שהוא ראוי לכל דבר, הלכך כיון שאינו ראוי לגמלים לאו כיסוי הוא ולא מיפטר ביה אע"ג דהשתא אנוס הוא, שפשיעת כרייתו פשיעה היא לחייבו בכל דבר עד שיכסנו כסוי הראוי אף לגמלים עכ"ל.

מבואר מדברי הרמב"ן שחלוק מזיק של בור משאר המזקים, דכל זמן שלא כיסה את הבור לגמרי יש לבור תורת מזיק אף לגבי אותם נזקין שכיסה אותם, ולכן אע"פ שיש כאן כיסוי גמור לגבי שורים כיון שלגבי

גמלים אין כאן כיסוי נמצא שיש לבור שם של תקלה והוא כבור מגולה, וזה כונת הגמ' 'מיגו דהוה פושע לענין גמלים' מכיון שאין כאן כיסוי לגמלים, נמצא שהבור אינו מכוסה כלל ולכן אף אם אח"כ התליע שזה אונס גמור לגבי שוורים חייב כיון שלא היה לבור כסוי.

והסברא שכך הוא החיוב של בור כמו שהתבאר לעיל בע"א שהמחייב של בור הוא יצירת התקלה, ולכן כל שיש בתקלה אפשרות להיזק יש כאן עדיין את פשיעת הכרייה, אלא שבכיסוי כראוי הוא מסלק את הבור ופטור, עי' בחזון יחזקאל [בהשמטות פ"ב ה"א] ואבי עזרי פ"ב מנזקי ממון ה"ו שביארו כמש"כ, ע"ע בברכת שמואל סי' ו אות ב'.

חובת בדיקה בכיסוי הבור

גמ' מהו דתימא איבעי ליה למיזל ומנקש עליה קמ"ל. בפשוטו מבואר בגמ' שכל שהניח כסוי כראוי אין צריך לחשוש שמא יתליע.

ועיין לעיל בע"א שהובא דהפנ"י כתב שלעולם צריך לבדוק שמא ירד הכסוי מהבור, וביאר הפנ"י שכונת הגמ' הוא שאין חיוב למנקש על הכסוי לבדוק שמא התליע, אבל לעולם הוא צריך לילך לבדוק שמא הכיסוי נפל מהבור.

קושית תוס' שיתחייב

משום תחילתו בפשיעה וסופו באונס

תוס' ד"ה ושכיחי גמלים. תוס' הקשו מה הספק של הגמ' אם אמרינן מיגו ולמה אין לחייב משום שתחילתו בפשיעה וסופו באונס, שהרי מכיון דשכיחי גמלים א"כ אין

כאן שמירה לגמלים ויתחייב אף שסופו באונס שהתליע מתוכו, ומצינו כמה דרכים בראשונים בישוב הקושיא.

א' תוס' כתבו בשם ריב"א שמכיון שהאונס לא בא מחמת הפשיעה לכן אין לחייב מדין תחילתו בפשיעה.

ב' שיטת ר"י בתוס' דל"ש לדון כלל תחילתו בפשיעה, דחשיב תחילתו וסופו באונס, משום שכל המחייב של תחילתו בפשיעה וסופו באונס הוא רק כשהפשיעה והאונס הוא באותו ממון, אבל הכא הרי הפשיעה הוא בגמלים והאונס נעשה בשוורים לכן ל"ש לחייב משום ה"ט, וכ"כ הבעל המאור בשם הראב"ד.

ג' הבעל המאור כתב סברא אחרת דל"ש לחייב מדין תחילתו בפשיעה משום שמצינו שהתורה הקילה בבור שפטור על הכלים, לכן ל"ש לחייב משום תחילתו בפשיעה, ועי' ברמב"ן שתמה ע"ד.

ביאור הספק לפי' תוס'

תוס' בא"ד. אבל קשה לר"י דהיכי פשיט וכו', תוס' הקשו מה הראיה מהא דנפל לתוכו שור פיקח ביום פטור דלא אמרינן מיגו, הרי כאן הוא פושע גם לענין השוורים עצמם שהרי אם גמלים מרעי לכיסוי שוורים יכולים ליפול לתוכו, משא"כ התם הוא פושע רק לענין שור שוטה ולגבי שור פיקח אינו פושע כלל, וא"כ אפשר דבכה"ג לא אמרינן מיגו.

ולכן פירשו התוס' בשם ר"י שאם הגמלים עוברים שם נפחת הכסוי וחזו שוורים פקחים ומזדהרי ולא נפלי לבור וליכא פשיעה

חידוש היש"ש בסברת המיגו

היש"ש [סי' ל"ח] כתב דלשיטת הר"י שהספק הוא רק כה"ג שלא פשע בשוורים עצמם, אבל אם פשע לגבי השוורים עצמם אף למסקנת הגמ' שלא אמרינן מיגו, מ"מ כה"ג שפשע בשוורים כגון שאם יבאו גמלים ירעהו ויקלקלו הכיסוי שאח"כ יכולים ליפול לתוכו שוורים חייב אף באופן שהתליע מתוכו, ובשו"ע סי' ת"י סעי' כ"ד הובא ב' דעות אם כה"ג חייב.

והק' היש"ש א"כ מדוע בשומרים אין לחייב מכח סברת המיגו, כגון בההיא דפרק המפקיד לד ע"ב בשומר ששמר בהמה ופשע ויצא לאגם ומתה באונס, שמדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס אין לחייב משום שהאונס לא בא מחמת הפשיעה, ומדוע אין לחייבו מדין מיגו דהוה פושע לענין גניבה ואבידה באגם, יתחייב גם לענין אונס כדהכא.

ובתב לבאר דכל סברת המיגו הוא רק בכה"ג שהאונס והפשיעה הכל מענין אחד ובענין אחד, כדהכא שהוא פושע לענין שוורים שמא יפלו בבור, [דשמא יבאו גמלים וירעי את הכיסוי], והאונס ג"כ הוא בשוורים שבסוף התליע ונפל לבור, אבל התם הפשיעה הוא מחמת שמא תיגנב או תאבד, והאונס הוא שמתה כדרכה, ומכיון שהוא בדבר אחר ל"ש בזה הכלל של המיגו, ומבואר מדבריו דסברת המיגו אינו רק לענין מזיק של בור, ועי' רע"א לקמן נו ע"ב שהעיר על דברי היש"ש דבגמ' מבואר כל סברת המיגו לענין בור, ומנלן לחדש כן בשומרים ע"ש.

בשוורים כלל, ונמצא שאין פשיעה לגבי שוורים רק לגמלים אלא דמ"מ הסתפקה הגמ' דשמא חייב אף בהתליע משום דחשיב פושע לענין הבור, ומייתי שפיר ראייה משור פיקח דלא אמרינן מיגו, ומשמע בתוס' שאם יש פשיעה לגבי השוורים אפשר לומר מיגו, דאין ראייה משור פיקח רק על כה"ג שאין פשיעה לגבי שורים, ויעין להלן באות הבאה.

והנה לסברת הרמב"ן דפשיעת כריתו מחייבתו בכל היזק שהבור יעשה עד שיכסנו, לכאורה לא קשה קושית התוס' מה מוכיחה הגמ' מהך דשור פיקח והא אין כאן פשיעה לגבי שור פיקח כלל, דלסברת הרמב"ן אין נפק"מ בין פשיעה לענין אותם שוורים לבין שורים אחרים שעיקר סברת המיגו הוא, דבפשיעת הכרייה הוא מתחייב בכל הנזקין עד שיכסה את הבור, ואין חילוק איזה פשיעת כרייה יש כאן.

ומשמע דהתוס' בקושיהם ס"ל שאין פשיעת הכרייה מחייבת בכל הנזקים, אלא שזה דין מיוחד דאמרינן דכיון דהוה פושע לענין גמלים חשיב פשיעה גם לגבי שוורים, וכן משמע מדברי התוס' בסוף הדיבור שכתבו דבלא שכיח גמלים אע"פ דהוא מתחייב כשנפלו גמלים כמש"כ התוס' בע"א, מ"מ לא אמרינן מיגו שיתחייב לענין שוורים גם לפי ההו"א דאמרינן מיגו, וע"כ דפשיעת הכרייה אינה מחייבת בכל, אלא המחייב הוא הפשיעה לענין שיפלו גמלים וע"כ כשלא שכיחי גמלים כלל לא אמרינן מיגו, וזהו ביאור דעת הר"י דספק הגמ' הוא רק כשפשע לענין גמלים האם חשיב פשיעה לענין שוורים, ולא כשפשע לענין שוורים עצמם ע"י שירעו גמלים.

סברת תוס' לפטור שור פיקח

תוס' בא"ד. ועוד אומר ר"י דמצי למימר דשפיר ידע וכו', מבואר מדברי התוס' שיש ב' סברות לפטור שור פיקח ביום, או משום דאיהו אפסיד אנפשיה או משום שבעל הבור אנוס, וכתבו תוס' שלמסקנת הגמ' הטעם דבשור פיקח פטור הוא משום דחשיב אנוס ולא משום שיש על השור טענה דאיהו דאזיק אנפשיה ולכן מייתי הגמ' ראייה מכאן דלא אמרינן מיגו.

אולם הבעה"מ חולק על תוס' דהקשה מה מקשה הגמ' דנימא מיגו בשור פיקח הא איהו דאזיק אנפשיה, ותי' דמיירי שנפל אחר שור שוטה דכן הוא דרך השוורים אף בשור פיקח כן, מבואר שכל הסברא הוא משום דאיהו אפסיד אנפשיה וכה"ג ל"ש לומר כן, והרמב"ן במלחמות תמה ע"ד דלא מה"ט ועוד דע"כ לאו משום דאיהו דאזיק אנפשיה פטור בשור פיקח אלא משום שבעל הבור אנוס הוא לענין זה וכמש"כ התוס'.

דף נג ע"א

מודה רב בבור ברשותו

גמ' אמר רב חסדא מודה רב בבור ברשותו משום דא"ל ממ"נ אי בהבלא מית הבלא דידך הוא אי בחבטא מית חבטה דידך היא. רש"י לעיל נ ע"ב כתב הטעם שלרב אין חיוב על החבטה, משום דקרקע עולם היא ואינו שלו, וכן כתב לעיל כח ע"ב, ומבואר מדבריו שהסברא של רב חסדא דבבור ברשותו חייב על החבטה לדעת רב משום דל"ש הסברא של קרקע עולם שאינו שלו.

ועי' ברשב"א לעיל נ' ע"ב שכתב שבבור ברשותו הוה כמו אבנו סכיננו ומשאו דחייב על החבטא אפילו אליבא דרב משום דחבטה דידיה, והנה בשטמ"ק לעיל נ ע"ב בשם רבנו יהונתן והראב"ד הובא במלחמות בסוגיין כתבו דהא דמבואר לעיל בגמ' דבעביד גובה נחלקו רב ושמאל כל זה רק היכא שהיה ברשה"ר גבשושית שוה מכל צדדיה והוא חפר מצד אחד, שהעולה מהצד שהוא שווה לרשה"ר הוא נופל, ולכן פוטר רב כיון שהוא לא עשה התקלה אלא סילק העפר, ולא דחפו אלא הוא נדחף מעצמו שלא מצא עפר.

ומשמע מדבריהם שאם עשה בעצמו את התל ולא רק סילק את העפר חייב אף לרב על החבטה דזה נחשב שהוא עשה גוף התקלה, ולדבריהם אס"ו חייב לרב משום שהוא יצר את החבטה, וצ"ב לדבריהם מה הטעם שבור ברשותו חייב על החבטה ועיין.

ברעת רש"י

דפטר רב בבור ברשותו

שיטת רש"י לעיל כח ע"ב דרב סבר דבור ברשותו פטור, והקשה רבנו פרץ מהא דמבואר בסוגיין דמודה רב בבור ברשותו שחייב ובפשוטו הוא משום בור, וכתב רבנו פרץ שצ"ל לרש"י שכונת הגמ' שחייב בבור ברשותו משום שור וחייב על כלים עי"ש מה שהקשה ע"ז.

ובדבריו כתב הרמב"ן במלחמות בפרק המניח שלרב אין חיוב בבור ברשותו מצד פרשת בור אלא מדין שור, וסבר רב שאין סברא של תורח ברשותי מאיבעי,

וביאר הרמב"ן הסברא שלגבי חיוב של שור לא אמרינן קרקע עולם הזיקתו וחייב על החבטה, ולגבי חיוב של בור אין חיוב על החבטה משום דקרקע עולם הזיקתו, שלגבי החיוב של בור הוא לא הניח את הקרקע אלא הכשיר את ההיזק שסילק את העפר וממילא נוצר אפשרות להיזק, ולכן אין לחייבו על החבטה ולכן אף בבור ברשותו יש סברא לומר כן, אבל כשהוא ממנו חייב על החבטה ככל ממונו שמזיק.

והביאור בזה כתב הברכ"ש סי' י"ב [אות א] דיש נפק"מ בין המחייב של שור למחייב של בור, דשור החיוב הוא על עצם ההיזק שנעשה ע"י פשיעתו שלא שמר שורו, משא"כ בבור אינו מחיוב על ההיזק כיון שזה דבר שנעשה ממילא ואינו נחשב שעשה דבר זה בידיים, אלא שהוא מתחייב על עצם כרית הבור שהכשיר את הנזק שע"י זה אפשר ליפול בבור, וממילא לגבי החיוב של שור אפילו אם ניזוק בקרקע עולם, כיון שהחיוב על מעשה השור וממילא אין נפק"מ אם השור נעשה בידיים או בגורם, משא"כ בחיוב של בור דהוא חיוב על מעשה כרית הבור ואינו חייב על מעשה הבור, בזה יש סברא שהוא חייב רק על מזיק שהוא עשה בידיים ולא מה שהבור יגרום שינזק ע"י דבר אחר ע"ש בכ"ד.

ביאור קושית תוס'

תוס' ד"ה שמואל לטעמיה. וא"ת דלמא כי מחייב בחבטו היינו כשנתקל בבור אבל הכא הכרייה גרם לו ליפול, השטמ"ק בשם הר"א מגרמישא ביאר שקושית התוס' תלוי בב' תירוצי התוס' לעיל נ ע"ב, שתוס' שם

כתבו ב' דרכים האם לשמואל שמחייב בחבטה של קרקע עולם האם הוא רק באופן שנתקל בבור ונפל ונחבט בקרקע הבור, אבל אם נתקל בבור ונחבט מחוץ לבור פטור, ותי' הב' סבר שאף בכה"ג שנתקל בבור ונחבט חוץ לבור חייב.

וביאור ב' הדרכים כתב בחי' ר' שלמה [סי' ב] שנחלקו מה המחייב של חבטה לשמואל האם התורה אמרה שאדם שחופר בור חשיב שהוא ממונו ולכן כשנחבט בבור חשיב כמו שממונו הזיק, או שהטעם שחייב על החבטה לשמואל הוא משום שהתורה אמרה שחייב כל שנחבט בקרקע מכח התקלה שלו, ולכן אף אם נחבט אחורי הבור חייב שהרי מחמת תקלתו הוא נחבט.

ובתב השטמ"ק שקושית תוס' היא לפי דרך הב' שהמחייב בחבטה בקרקע עולם לשמואל הוא כל שנפל מחמת התקלה שלו, ולכן הקשו תוס' הרי הכא הוא נפל מקול הכרייה ולא מכח התקלה ואמאי קאמר דשמואל לטעמיה, אבל לפי דרך הראשונה שהמחייב בחבטה הוא משום שגדר החיוב של בור לשמואל הוא מחמת שהבור חשיב כממונו ולכן חייב על התקלה, א"כ ה"נ אף שלא נתקל מכח הבור אבל הרי נחבט בבור, וע"י חפירתו חשיב כממונו ולכן חייב, [ע"ש עוד מש"כ לבאר אף לפי דרך הראשונה בתוס'].

יסוד בדעת שמואל בגדר חיוב חבט

תוס' בא"ד. וי"ל דשפיר הוה לטעמיה דאשכחן דמחייב בחבטה כשנחבט ע"י מעשיו, השטמ"ק בשם הרא"ש כתב

שכונת הגמ' לטעמיה הוא דלשיטת שמואל שמצינו שהוא מחייב על החבטה בקרקע עולם כשבא ע"י מעשיו, ה"נ י"ל שחייב על חבטה בקרקע עולם אע"פ שהנפילה לא היה ע"י מעשיו, אבל לרב שאין מחייב של חבטה ליכא למימר כלל.

ונמצא לפי"ז שיש ב' חיובים של חבטה א' מה שנחבט מחמת התקלה וזה בכל בור, ב' מה שנחבט במעשה שלו כגון שנפל לתוך הבור מקול הכרייה, והעיר בחי' ר' שלמה שנמצא שיש ב' מחלוקות בין רב ושמואל, א' היכא שנחבט מחמת התקלה ב' בחבטה במעשה שלו.

במשנת ר' אהרון [סי' ט"ז אות יא] האריך בייסודות אלו שלפי שמואל יש ב' אופנים לחייב בחבטה, או משום שהחבטה היתה ע"י תקלה, שנתקל בבור ונפל לאחר הבור, ועוד מחייב של חבטה איכא היכא שנפל מקול הכרייה דנפל לא מכח כרייתו אלא ש"מ"מ נחבט במעשיו, והתם המחייב בחבטה הוא כמו בהבל לפי רב שחייב מכח שהוא יצר את ההבל והאיהו בעל המזיק.

והוביח כן ר' אהרון יסוד זה מדברי שמואל עצמו דאמר לעיל נ ע"ב להבלו וכ"ש לחבטו, והקשה שאם המחייב בחבט הוא מחמת התקלה מה הכ"ש מהבל, הרי בהבל יש סברא לחייב משום גוף ההבל דחשיב מעשיו, אבל חבטה כל החיוב הוא מחמת התקלה, ומוכח שהמחייב בחבטה הוא אף בכה"ג שנחבט במעשיו כהא דנפל מקול הכרייה, והטעם בזה שנתחדש בבור דלא רק שמתחייב על מה שגרם את הנפילה בתקלתו, אלא שהחיוב של בור הוא שנתחדש כח המזיק

בגוף המקום ע"י מעשיו והיינו שהתורה חידשה שהחבטה הוא מעשיו שהזיקו, אלא שכתב שא"כ מה המקור שיש חיוב של בור מצד התקלה כגון בנתקל בבור ונפל לאחר הבור, וכתב שזה ידעין מסברא, שאחרי שהתורה חייבה מזיק בבור נתחדש שיש לבור דין מזיק אע"פ שאינו הולך ומזיק, והיינו שהקרקע עצמה חשבה מעשה ידיה, וממילא נלמד מסברא דאף היכא שיש תקלה ע"י בור חשיב מזיק, וכמו שבשור שיש לו דין מזיק אף כשהוא דוחף, ה"נ נלמד שבור יהא לו דין של דוחף והיינו על ידי תקלה.

אולם עי"ש במשנת ר' אהרון [שם אות ו' ד"ה ונראה] שכתב לבאר באופ"א שבאמת אין כאן ב' מחייבים בחבטה לשמואל, אלא סברת שמואל שמחייב בחבטה אע"פ שהיא קרקע עולם, משום דכל היכא שמעשיו גרמו החבטה חייב על מעשיו, ולכן אין חילוק בין נתקל בבור דנפל לתוך הבור שזה מעשיו ממש, אלא אף בנתקל בבור ונפל לאחר הבור ג"כ חייב שהרי מעשיו גרמו את החבטה, והכלל הוא דנתחדש בדין בור שכל שהחבטה בקרקע עולם באה ע"י מעשיו חייב עליה משום בור.

אלא שאף לפי שמואל יש חילוק בין אם נפל מקול הכרייה לתוך הבור לנפל מקול הכרייה לאחר הבור, שאם נפל לתוך הבור מקול הכרייה חייב אע"פ שאת התקלה והנפילה לא מעשיו גרמו לו אבל מ"מ את עצם החבטה מעשה כרייתו גרמה לו שהרי נחבט במעשיו, אבל היכא שמקול הכרייה נתקל בבור ונפל לאחר הבור פטור, אף לשמואל דהתם לא מעשה כרייתו גרמה ליפול

שהרי החבטה שאחורי הבור הוא לא יצר שאף בלא הבור היה אפשרות להיחבט בקרקע זו, שהרי אדם אחר היה יכול להפילו אלא שמ"מ נתקל בבור, אבל כיון שלא נתקל בבור אלא מחמת קול הכרייה נמצא שהבור לא היה רק חצי תקלה ולכן אין לחייבו על תקלה זו.

ביאור קושית הגמ' נימא כורה גרם הנפילה

גמ' ואמאי נימא כורה גרם ליה. מקושית הגמ' נראה שאע"פ שהתורה חייבה בבור על ההבל, ולרב חשיב שהוא מזיקו בהבל שיצר, מ"מ כל החיוב הוא רק אם הבור גרם את הנפילה, אבל אם הנפילה לבור לא היתה מחמת הבור יש סיבה לפטור את בעל הבור, והיינו דמקשה הגמ' דהרי נפל לבור מחמת קול הכרייה, ועי' בהמשך שנחלקו רש"י ותוס' האם דבר זה נלמד מקרא שאופן החיוב בבור הוא רק כשהנפילה מכח בעל הבור או אף שזה נלמד מסברא.

והנה רש"י ד"ה נימא כורה גרם לו ליפול כתב ב' לשונות האם כורה הבור היה בתוך הבור ונפל מכח קול כרייתו, או שבכה"ג לא היה קשה לגמ' דכורה גרם לו כיון שאיחו בעל הבור חייב אע"פ שנפל מכח הכרייה. **והקשה** מהר"ם שיף מה הסברא לחייב את בעל הבור אם נפל מכח כרייתו, מ"ש מהא דמבואר דזרק כלי מראש הגג והיו כרים וכסתות למטה ובא אחר וקדם וסילק אותם ואפילו שהזורק קדם וסילקן ג"כ פטור, משום שבשעה שזרק כלו ליה חציו וגרמא בעלמא הא, וא"כ ה"נ הנפילה היתה מכח גמרתו שנפל מקול הכרייה ומדוע אם איהו בעל הבור יהא חייב.

והחזו"א [ס"ה ס"ק ז'] כתב לבאר שהרי בכל בור התורה חייבה אע"פ שהוא לא הפיל את הנופל אלא תקלתו גרמא שיפול, וא"כ י"ל שאין חילוק אם הכורה גרם לו ליפול ע"י גרמא של התקלה או גרמא אחרת ולכן אם נפל ע"י קול הכרייה של בעל התקלה חייב אע"פ שהוא גרמא בעלמא, וקושית הגמ' היא רק כשנפל מכח גרמת נפילה של אחר.

ואולי אפשר לומר דברש"י בהמשך הסוגיא מבואר שהטעם לפטור את בעל הבור כשאחר התקילו הוא מסברא דעיקר המחייב של נזקי הבור במי שגרם לו ליפול, ונמצא שבאמת בעל הבור הוא מזיק, מ"מ יש סברא לפטור אותו מחמת שהגורם הוא אחר, דהיינו שאין הלכה שלחיוב בור צריך שבעל הבור יהא גורם התקלה, ולפי"ז י"ל שכל הסברא לפטור רק אם הגורם הוא אדם אחר, אבל אם הגורם הוא בעל הבור בעצמו אין סיבה לפטור אותו.

סוגיא דבי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם האי

גמ' הא מני ר' נתן היא דאמר בעל הבור הזיקא קא עביד וכל היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי. בפשוטו מבואר בגמ' דר' נתן חידש ב' חידושים א' שבעל הבור נקרא מזיק, והיינו דאע"פ שהוא לא גרם את הנפילה לתוך הבור מ"מ כיון שההיזק נעשה בבור חייב לשלם, ב' עוד חידש ר"נ שאם ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מאי, ולכן הכא שהכורה פטור מלשלם משום דגרמא בעלמא עבד, בעל הבור חייב לשלם את כל הנזק.

ורבנן חולקים על ר"נ בתרתי א' סברי שאין לחייב את בעל הבור אם צורת הנפילה לא היתה ע"י התקלה של הבור, ב' עוד חולקים רבנן שאין סברא של כי ליכא לאשתלומי מהאי, ולכן הכא בנפל מקול הכרייה שניהם פטורים שהכורה גרמא בעלמא, ובעל הבור פטור כיון שהתקלה לא היתה מחמתו.

ונחלקו רש"י תוס' מה הטעם שבעל הבור פטור, תוס' כתבו שדרשינן מקרא כי יפול ולא שיפילוהו אחרים שבעל הבור פטור לגמרי, אבל ברש"י [ד"ה מאן] כתב שהטעם שאין לחייב בשור שדחף חברו לבור את בעל הבור, משום דבתר מעיקרא אזלינן והדוחף כולה הזיקא עביד, ועי' ברש"י לעיל יג ע"א שכתב שבעל הבור פטור מפני שזה הפילו, והיינו שכל המעשה המזיק מתיחס למפיל ולא לבעל הבור, ולהלן יבואר.

שיטת רש"י בדעת ר' נתן

גמ' דתניא שור שדחף את חברו לבור בעל השור חייב בעל הבור פטור. דעת רש"י בסוגיין שלרבנן בעל השור במועד חייב בכל הנזק, ובעל הבור פטור לגמרי, והביאור בזה כתב רש"י [ד"ה בעל הבור פטור] דאמר ליה בעל הבור לבעל השור אי לאו תורך לא נפל והאי דחיפה מעשה בידים הואי ולא גרמא, מבואר ברש"י דהטעם דבעל הבור פטור כיון שלא חשיב שהזיק דעיקר המזיק הוא השור הדוחף, וכן כתב רש"י בסוה"ע [ד"ה מאי דאית] דבעל הבור גרמא בעלמא הוא דעבד ולכן רק בעל השור חייב.

והקשו הראשונים ותוס' לעיל יג ע"א דלקמן בע"ב ובגמ' לעיל מבואר דרבנן פליגי על הדין של כי ליכא, ולפי רש"י מה הכרח

שרבנן חולקים על הדין של כי ליכא, דהא מה שסברי רבנן דבעל הבור פטור הוא משום דגרמא בעלמא הוא דעבד ואין לו דין מזיק כלל.

ועי' ברש"י לעיל יג ע"א שכתב שההוכחה שרבנן חולקים על ר"נ הוא ממה שבשור תם משלם בעל השור רביע ובעל הבור פטור, וצ"ע הרי רש"י כאן כתב שבעל הבור לא חשיב מזיק וא"כ אין לחייב בעל הבור ומה הראיה שחולקים על דין של כי ליכא, [ועי' ברש"י שם כתב שהראיה הוא גם ממועד, אולם רש"י שם אזיל לפי מה שפי' שאף במועד משלם רק חצי, ודלא כמש"כ כאן שבעל השור משלם כולו].

ובתבו הפנ"י וחזו"א [ס"ה סק"ו] לישב שאין כונת רש"י שבעל הבור לא עשה כלום, אלא כונת רש"י דהשור עשה את עיקר הנזק ובעצם עיקר האחריות מוטלת עליו ולכן הוא צריך לשלם את כל הנזק, ולכן אם היה הלכה של כי ליכא היה הדין שבעל הבור חייב לשלם היכא שהשור פטור, כגון אם היה הדוחף שור הפקר או שנפל מקול הכרייה הדין היה שבעל הבור חייב כיון דחשיב בעל הבור פושע לענין זה דשמא ידחפו לבור שורים של הפקר, וכל הסברא שהחיוב רק על השור כיון שאפשר ליחס את הנזק אליו כשיכול לשלם, אבל בכה"ג שאינו משלם מוטל על בעל הבור החיוב לשלם, ומזה שרבנן פטרי ע"כ שחולקים על דין של כי ליכא, ונמצא שלפי ר"נ דאמרינן כי ליכא הוא אע"פ שאין לבעל הבור תורת מזיק גמור.

עי' ברש"י לעיל כח ע"ב בהא דקאמר הגמ' דנתקל בקרקע ונישוף באבן פטור לרבנן שחולקים על ר"נ דלית ליה כי ליכא, וכתב

רש"י [ד"ה דלא כר"נ] דלא כר"נ דסבר דכי ליכא לאשתלומי מבעל השור משתלם מבעל הבור, וצ"ב אמאי לא כתב רש"י הא דמבואר בסוגיין דלר"נ בעל הבור הזיקא קא עביד ולרבנן בעל הבור לא משלם כלום דאינו אלא גרמא, שהרי זה הנדון בסוגיא שם האם אפשר לחייב את בעל הבור, ועי' ברבנו פרץ שעמד ע"ז שם.

ולמבואר א"ש שאם היו סוברים רבנן כי ליכא לא היה מועיל הך סברא דהבור גרמא בעלמא, ורק משום דלית ליה כי ליכא אמרינן שכל החיוב על השור שהוא הדוחף וה"ה התם בעל האבן פטור דהקרקע היא שדחפה אותו, עי' בחידושי ר' נחום לעיל יג [אות תע"ב] שהאריך בזה, והנה רש"י לעיל יג ע"א כתב שלרבנן בשור מועד חייב רק מחצה, ומבואר שאף שבעל הבור פטור מ"מ הוא סברא להפקיע את החיוב מבעל השור.

שיטת תוס' בסוגיין

שיטת תוס' בסוגיין ולעיל יג ע"א דלא כרש"י, דלרבנן דאמרי שבעל השור חייב היינו דמועד חייב מחצה ובתם רביע, ומכאן מוכח שרבנן חולקים על דין של כי ליכא, דאם היה סברא של כי ליכא היה בעל השור משלם הכל, וכתבו תוס' שהטעם שבעל הבור פטור משום שנלמד מקרא דכתיב ונפל שם ולא שיפילוהו אחרים.

והא דהוצרכו תוס' לומר שיש פסוק שבעל הבור פטור ולא כתבו שהוא מסברא, משום שתוס' הרי סברו שבעל השור משלם מחצה, וע"כ שלא עושה כל ההיזק א"כ אמאי אין לחייב את בעל הבור במחצה, לכן הוצרכו

תוס' לומר שיש גזה"כ, אבל רש"י שסבר שבעל השור חייב בכל ההיזק לכן לא הוצרך לומר שיש גזה"כ, אלא סברא הוא דבעל הבור לא נחשב שעושה ההיזק.

מאי קסבר אי קסבר האי כולה הזיקא עביד

גמ' מאי קסבר אי קסבר האי כולה הזיקא עביד והאי כולה הזיקא עביד האי לשלם פלגא והאי לשלם פלגא. מבואר בגמ' שאע"פ שהזיקו בשותפות, מ"מ אין כאן שותפות במעשה הנזק כיון שכל אחד כולה הזיקא עביד, וחשיב שיש כאן פשיעה של כל אחד בכל הנזק ולכן אע"פ שבעל הבור משלם מחצה כיון שיש שותף, מ"מ בעל השור נמי ישלם מחצה, אע"פ ששור תם משלם חצי נזק והרי הכא יש לו שותף, אלא שכיון שכולה הזיקא עביד וכלפי ההיזק חשיב שהוא גם הזיק כולה, לכן מה שבעל הבור משלם מחצה משום שיש לו שותף בתשלומין אי"ז אלא כעין פשרה בתשלום, אבל נשאר על בעל השור לשלם חצי נזק, [עי' בברכת שמואל סי' יב אות ג' שביאר כן].

בחי' ר' ראובן [סי' יא אות ב' ד"ה ונראה דהא] הוסיף ביאור בזה שאע"פ שאנו אומרים האי כולה הזיקא עביד והאי כולה הזיקא, אבל מ"מ בעל הבור משלם מחצה כיון שיש שותפות במעשה ההיזק, אבל בעל השור אע"פ שהוא תם ובעלמא תם משלם חצי נזק לא אמרינן הכא דישלם רביע נזק אלא אף הכא ישלם חצי נזק, שהחיוב חצי נזק של תם אינו דין שמשלם חצי ממה שהיה משלם אילו היה אורחיה, והרי הכא אילו היה

מועד היה משלם חצי נזק דזה אינו אלא גדר החיוב תשלומין של תם שהוא משלם חצי הפחת שעשה, ולכן כיון שאמרינן דהאי כוליה הזיקא עביד, נמצא שיש לכל אחד אחריות על כל הנזק וממילא אם הוא תם משלם חצי נזק, [ע"ש שהוכיח יסוד זה בגדר תשלום של תם].

שותפתאי מאי אהניא לי

גמ' משום דאמר ליה שותפתאי מאי אהניא לי. בחידושי ר' ראובן [יא ב] ביאר סברת הגמ' דלא רק השותפות שבהיזק פוטרת, אלא גם מה שיש לו שותפות בתשלומין הוא סיבה לפטור, ולכן כיון שיש לבעל הבור ולבעל השור חובת תשלומין לכן הוא סיבה לפטור את בעל השור ומשלם רביע, אבל בעל הבור אע"פ שיש לו שותף אבל כל השותפות דידה הוא רק על חצי אבל חצי אחר אין לו שותפות ולכן חצי ודאי שצריך לשלם וכיון שאין לו שותפות רק על חצי לכן אהני הסברא דשותפתאי שהתם משלם רביע ובעל הבור מכח דין דכי ליכא ישלם עוד רביע, דכיון שכולה הזיקא עבד ויש לו סיבה לשלם הכל אמרינן כי ליכא וחייב לשלם את הרביע השני.

והנה בעיקר טענת שותפתאי כתב רבנו פרץ שצריך להבין דכמו שיש לבעל השור תם טענה זו שהוא תמיד משלם חצי נזק, וא"כ מה הועיל לו השותפות ולכן רוצה לשלם רביע, ה"נ יאמר בעל הבור דאה"נ שאין סברא שתשלם את כל החצי אבל מ"מ אין סיבה שאני בעל הבור ישלם את כל אותו רביע, אלא יחלוקו אותו רביע דאל"כ שותפתאי מאי הועילה לי.

ובתב רבנו פרץ לבאר שכונת הגמ' שותפתאי ותמותאי מאי אהניא לי, והיינו דאם אשלם מחצה מאי אהניא שיש לי שותף שהרי אף אם הייתי מועד הייתי משלם חצי, אלא ע"כ שתם משלם מחצה ממה שמועד משלם דגלי לן קרא שלעולם תם משלם מחצה ממה שמועד משלם, ולכן משלם רק רביע ובעל הבור משלם את השאר.

וביאר בחידושי ר' ראובן ע"פ דרכו דבקושיא הגמ' סברה שתם משלם חצי מההיזק שעושה וכיון שכולה הזיקא עבד לו יש לו דין מזיק על הכל ולכן משלם מחצה, ובעל הבור שיש לו שותף ג"כ דינו לשלם מחצה, ומחדשת הגמ' שתם משלם חצי מחיוב התשלומין שמחויב, ולכן כשיש שותפות ע"כ שהוא משלם רביע נזק, [ע"ע בברכ"ש סי' יב שנראה מדבריו בשם הגר"ח שהסברא דשותפאי הוא סיבה סברא בעצם בלא דין כי ליכא, וכן מבואר לכאורה בביאור הגר"א סי' תי מ"ה ויבואר להלן].

דעת רבנן בטענת שותפתאי

והנה רבנן שחולקים על ר"נ סוברים שאין דין כי ליכא בפשוטו המקור הוא משור מועד, שהרי לדעת תוס' הא דלרבנן בעל הבור פטור להוא נלמד מכח הפסוק דולא שיפלוהו אחרים, וא"כ כל החיוב מוטל על בעל השור, וא"כ ממה שאמרו רבנן שבעל השור משלם רק מחצה ע"כ שאין דין כי ליכא שהרי כיון שכולה הזיקא עבד, א"כ אפשר היה לחייב אתו בכל הנזק, וע"כ שלא אמרינן כי ליכא לאשתלומי מבעל הבור משתלם מבעל השור, ואע"ג שבעל הבור פטור מכח פסוק מ"מ

בעצם הוא נחשב מזיק אלא שהתורה חידשה שאין את תנאי החיוב, אבל משור תם לכאורה אין ראייה שאין דין כי ליכא, שהרי בגמ' מבואר שבשור תם יש סברא של שותפתי מאי אהניא לי ולכן משלם רביע ובעל הבור פטור מגזה"כ, [ובלשון תוס' ורבנו פרץ בסוגיין נראה שמשור תם ג"כ מוכח שרבנן חולקים על דין כי ליכא].

ולמבואר ברבנו פרץ שהסברא של שותפתי הוא מכיון שתם משלם מחצה ממה שמועד משלם ולא חצי מהנזק, א"כ יש ראייה גם מכאן שרבנן חולקים על כי ליכא שאם היה דין של כי ליכא נמצא שמועד היה משלם את כל הנזק, וא"כ לתם לא היה טענה של שותפתי שהרי ישלם חצי ממה שמועד משלם, אלא מכיון שאין דין כי ליכא כלל ושור מועד משלם חצי נזק, א"כ שפיר יש טענה לשור תם שותפתי וטוען שישלם רק חצי ממה שמועד משלם והוא רביע נזק.

והנה רש"י סובר שלרבנן בעל השור משלם כל הנזק ע"כ שסבר שאע"פ שיש לו שותפות במעשה ההיזק, מ"מ כיון שכולה הזיקא עבד יש לו סיבה לשלם את כל הנזק, ויש להקשות א"כ מה הראיה שר' נתן סובר שיש דין כי ליכא, הרי לפי ר"נ בעל הבור משלם מחצה וע"כ שיש לו דין מזיק וא"כ בעל השור תם יש לו טענה של שותפתי ולכן משלם רק רביע נזק, א"כ ממילא השאר יחול על בעל הבור דכמו שלפי רבנן אם בעל הבור לא משלם כלל בעל השור משלם כולו כיון שיש סברא של כולה הזיקא עבד, ה"נ כשבעל השור לא משלם מחמת הסברא של

תמותאי ממילא מוטל כל החיוב על בעל השור, ועי' במהר"ם שיף שנראה שנתקשה בזה.

אנא תוראי בבירך אשכחתי

גמ' אבע"א לעולם קסבר האי פלגא הזיקא עבד וכו' אנא תוראי בבירך אשכחתי. משמע דללישנא בתרא ס"ל דאף לר"נ לא אמרינן הדין דכי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי, כיון שבעצם האי פלגא הזיקא עבד והאי פלגא הזיקא עבד, אלא דמ"מ משלם בעל הבור ג' חלקים משום הסברא דאנא תוראי וכו'.

ובן נראה בתוס' בע"ב שכתבו דבשור פסולי המוקדשין ושור אחר שדחפו לבור דאמרינן כי ליכא, הוא רק אי אמרינן דהאי כולה הזיקא עבד אבל אי פלגא הזיקא לא אמרינן כי ליכא, שהרי ל"ש טעמא דאנא תוראי, וכן מבואר בהדיא בבעל המאור בסוגין, [מבואר שלשיטת תוס' כל הסברא של כי ליכא הוא רק אם כולה הזיקא עבד, והיינו שלא נתחדש בדין כי ליכא שחייב לשלם חלק של חברו, אלא דבאמת מצד ההיזק יש לו מחייב על הכל אלא שמכיון שיש לו שותף שפוטר אותו מלשלם בזה סבר ר"נ שאם השותף פטור מלשלם השותף השני לא נפטר מכל החיוב שלו].

אולם בביאור הגר"א נראה שאף להך לישנא צריך לסברא של כי ליכא, דהשו"ע סי' ת"י סעי' ל"ב פסק כטעם הלישנא בתרא, וכתב שם הגר"א דלהלכה קי"ל כמד"א פלגא, משום דהרי יש סברא של כי ליכא, ומשמע מדבריו שלפי ל"ק דכולה הזיקא עבד א"צ

לדין של כי ליכא, וצריך לבאר לפי"ז שכל הסברא של כי ליכא בנויה מכח טענה של אנא תוראי בבירך אשכחתי, ובלא זה לא יוכל לגבות אע"פ שיש כי ליכא וצ"ת.

והנה תוס' לעיל יג ע"א [ד"ה אנא] כתבו שאף ללישנא בתרא שבעל הבור חייב ג' חלקים משום אנא תוראי בבירך אשכחתי, יכול לסבור ג"כ דכולא הזיקא עביד, וכונתם דאע"פ שיש סברא שכל אחד עשה את כל הנזק מ"מ כדי לחייב את בעל הבור יותר מחצי בעינן סברא חדשה וא"כ אפשר לומר שהסברא היא משום אנא תוראי וכו', [ולפי"ז צ"ל דכונת הגמ' כאן לעולם האי פלגא הזיקא עביד היינו דאפילו אי פלגא הזיקא עבד, מ"מ חייב בעל הבור יותר משום הסברא של אנא תוראי וכו'].
אולם צ"ב דאי כולא הזיקא עבד אמאי צריך לטעם של אנא תוראי הא כיון שכל אחד עשה את כל הנזק א"כ אם אחד אינו משלם אמאי אין השני צריך לשלם את הנשאר, כיון שכל אחד עשה את כל הנזק איכא סברא של כי ליכא.

ובתב ברכת שמואל [סי' יב] שמבואר שתוס' סברו שאף אם יש סברא לומר האי כולה הזיקא עביד והאי כולה הזיקא עביד, מ"מ כיון שעשו את ההיזק בשותפות השותפות פוטרת אותו שלא ישלם כל אחד פשיעתו, ולכן לולא הסברא של אנא תוראי היה נפטר מתשלום של החצי השני, והסברא של אנא תוראי אינו סיבה לחדש חיוב חדש אלא הוא סברא שלא יפטר מכח דין השותפות אלא מחיוב לשלם כל פשיעתו דהא כולה הזיקא עבד.

שיטת הרמב"ן במלחמות בביאור סברת ר' נתן

הרמב"ן במלחמות חולק על כל דברי התוס', עי"ש שכתב דהסוגיא דלקמן בע"ב דשור ושור פסולי המוקדשים שנגחו קאי גם ללישנא בתרא דר"נ דהאי פלגא הזיקא עבד, משום דאף לל"ב דהאי פלגא הזיקא עבד יש סברא של כי ליכא, [וכתב שם הרמב"ן דכל סברת הגמ' דאנא תוראי אינו אלא לענין הפרש תשלומי תם, ונראה שכונתו למה לא אמרינן שישתלם מהתם מחצה], ולמדנו מדברי הרמב"ן שע"י דין כי ליכא הוא מתחייב יותר ממה שהזיק שאע"פ שפלגא הזיקא עבד, מ"מ חייב לשלם כולו מדין כי ליכא.

וצריך לבאר סברת הרמב"ן מה הטעם בזה דהא כיון דאמרינן דהאי פלגא הזיקא עבד אמאי מתחייב לשלם על יותר ממה שהזיק, וז"ל הרמב"ן אע"ג דפלגא הזיקא עבד משתלם כל נזקו ממי שאפשר משום דא"ל את גרמת לי עכ"ל, וא"א לומר שכונתו שחייב מחמת שגרם להיזק של השני שאם הוא לא היה עושה אף השני לא היה יכול לעשות ההיזק שהרי זה גרמא בנזקין ממש דפטור.

ונראה כונת הרמב"ן שאע"פ שלענין מעשה המזיק כל אחד עשה רק מחצה, ובפרט שכל אחד לבדו לא היה יכול לעשות את ההיזק, אבל כלפי ההיזק כיון שנעשה ע"י שניהם הרי"ז נחשב שכל אחד עשה כל ההיזק, וזהו מש"כ שאומר לו את גרמתי לי, דהיינו כלפי ההיזק חשיב שכל אחד עשה הכל, ולכן אע"פ שמצד עיקר הדין היה צריך להיות שכל אחד משלם כפי שיעור מעשר המזיק שעשה, אבל חידש ר' נתן שאם ליכא לאשתלומי מהאי

משתלם מהאי, דיש אפשרות לחייב את השותף השני מחמת שאת ההיזק נחשב שכל אחד עשה, ונמצא שע"י דין כי ליכא חלו כאן דין תשלום מחודש, ועי' ברכ"ש סי' יב אות ד' ואפשר שזה כונתו.

עי"ש בברכ"ש שכתב שלרמב"ן אפשר לומר שאם כולה הזיקא עבד א"צ להגיע לדין של כי ליכא, אלא אף בלא כי ליכא נמי אם אחד אינו משלם משלם השני, דכיון שהוא בעצם אחראי על כל הנזק ע"כ היכא שהוא אין משלם השני משלם וכמש"כ לעיל.

והנה הטור בסי' ת"י הביא מחלוקת באופן שאין לו מה לשלם או שברח האם אמרינן כי ליכא לאשתלומי מהאי, ולמבואר אפשר שנחלקו במחלוקת התוס' והרמב"ן, דלרמב"ן אי אמרינן כולא הזיקא עבד א"צ לדין של כי ליכא ה"ה היכא שאין לו מה לשלם אמרינן כי ליכא דהרי הוא עשה את כל הנזק, אבל לתוס' דאף אי כולא הזיקא עבד צריך להגיע לדין של כי ליכא, א"כ היכא שהוא מחויב בעצם אלא שאין לו מה לשלם לא אמרינן כי ליכא, וכן מבואר להדיא בתוס' לעיל מו ע"ב ד"ה גלית דכה"ג שהוא מחויב אלא שא"א להוציא ממנו מחמת ספק לא אמרינן כי ליכא וכמש"כ.

והנה בעיקר הסברא שלמדנו מדברי הרמב"ן שהסברא של כי ליכא הוא לחדש חיוב אע"פ שלא כולה הזיקא עבד, לכאורה צ"ל כן אף בדעת רש"י שהרי למתבאר לעיל שדעת רש"י שבעל השור הוא עיקר המזיק ולא הבור כיון שהשור הפילו, אלא שמ"מ כיון שההיזק נעשה בבור יש סברא של כי ליכא לחייב את בעל הבור, ע"כ צ"ל כמש"כ בדעת הרמב"ן

שבדין כי ליכא נתחדש לחייב אף את מי שההיזק נעשה ע"י אע"פ שלא היה לו תורת מזיק, [עיקר נקודה זו ברש"י עי' בחי' ר' אריה ליב שעמד בזה].

דעת רש"י בביאור סברת רבנן

גמ' משום דאמר ליה בעל הבור לבעל השור אנא תוראי בבירך אשכחיתיה וכו'. ביאר רש"י שהטעם שרבנן חולקים על ר"נ משום דס"ל דהשור הוא העיקר שהוא הדוחף, ומשום"ה כולה הזיקא עבד ואין חיוב על בעל הבור, ונראה מרש"י שרבנן לא פליגי בעצם על סברת ר"נ דאנא תוראי, אלא דסברי רבנן דל"ש לחייב את בעל הבור כיון שעיקר החיוב על השור.

ובתב המהרש"א בע"ב [בתוס' שור] שלפי"ז מתני' דנפל מקול הכרייה דחייב בעל הבור אפשר דקאי נמי לרבנן, כיון דהתם ליכא דוחף אלא שנפל מקול הכרייה ול"ד לשור שדחף, וא"כ אף דבעל הבור פלגא הזיקא עבד שהרי הכורה עשה מחצה, מ"מ כיון שהכורה פטור דאינו אלא גרמא כמש"כ רש"י, יתחייב בעל הבור הכל דאיכא סברא דאנא תוראי, וכתב המהרש"א דכיון שכתבו התוס' דהעיקר כלישנא קמא, ע"כ לא קאמר הגמ' דמתני' כר"נ אבל לל"ב מתני' אפשר לפרשו כרבנן ג"כ.

כמש"כ רש"י שהשאר חייב

משום שאינו אלא גרמא

רש"י ד"ה בעל הבור פטור. והאי דחיפה מעשה בידים ולא גרמא, בפשוטו כונת רש"י לבאר הטעם שבעל הבור פטור, ועי'

עבד אינו אלא היכא שהיה בכוחו לעשות את כל הנזק, אבל אם אין בכוחו לעשות את כל הנזק לא, והקשה ע"ז דלעיל יג ע"א אומרת הגמ' שלמים שהזיקן שאינו גובה מבשרם כנגד האמורים דזה דלא כר' נתן, והרי התם ל"ש לומר שכל אחד יזיק לבדו דהבשר לבד אין לו קיום והאמורים לבדם אין להם קיום.

ואפשר שכל סברת רש"י הוא רק כאן בשור שדחף לבור דהוה ב' מעשים, ובזה מכיון שכל אחד לבדו יכול לעשות אמרינן כולה הזיקא עבד, אבל בבשר ואמורים דהוא מעשה אחד א"צ הך סברא, אלא מעשה ההיזק מתיחס לכל חלק של בהמה, ועי' בחידושי ר' נחום [אות תעב] שכתב מכח קושיא זו דרש"י למד את כל הסוגיא בדף יג ע"א דקאי כמד"א האי פלגא היזקא עבד ודלא כמו שכתבו תוס' שם בהדיא, מיהו עי' בחזו"א ס"ה ס"ק י"ז שכתב לפרש כונה אחרת ברש"י.

שור פיקח שנרחף לבור

תוס' ד"ה ובעל הבור משלם מחצה. בשוטה או במהלך בלילה קאמר דאי בפיקח הא תנינא לעיל דפטור וכו', א"כ שנופל אמאי לא אמרינן תחלתו בפשיעה וסופו באונס, והנה רש"י [בד"ה בעל השור פטור] חולק על תוס' שכתב דמיירי אף שנפל לתוכו שור פקח.

ובתבו היש"ש סי' מ' והפנ"י לישב קושית התוס' דל"ש לומר כאן תחילתו בפשיעה, דכמו דאמרינן לעיל דהיכא שלא כיסה כיסוי הראוי לגמלים והתליע מתוכו דפטור דלא אמרינן מיגו, ואף לפי הס"ד דאמרינן מיגו כ"ז רק אם שכיח שורים, אבל

כתב רש"י משום דבעל השור עשה מעשה בידים ולא גרמא לכן הוא נפטר, אולם קשה שהגמ' מפרשת את המשנה דמיירי שהכורה נמצא בתוך הבור ונפל מקול הכרייה והרי הנפילה לא היתה מכח מעשה בידים שלו, אלא גרמא וא"כ מדוע בעל הבור פטור, ורש"י בד"ה מאי דאית ליה כתב דהסיבה שבעל הבור פטור משום דבתר מעיקרא אזלינן, והיינו שהדוחף הוא העיקרי, ולפי"ז אפשר דאף אם הדוחף הוא גרמא מ"מ בתר מעיקרא, וכונת הך סברא דבתר מעיקרא היינו שאם יש ב' מזקים האחריות מוטלת על מי שהוא המזיק העיקרי שהוא אחראי על ההיזק, אולם צ"ב לשון רש"י שהדוחף עשה מעשה בידים.

ונראה שכונת רש"י לבאר מדוע נחשב הדוחף מזיק הרי הוא לא עשה מעשה היזק בפועל, והרי ההיזק נעשה ע"י הבור, וע"ז כתב רש"י דהאי דחיפה חשיב מזיק בידים, שגם ההיזק בפועל נעשה ע"י הבור נחשב שהדוחף היזק דהוא נשתמש בבור להזיק, ורש"י כאן בא לבאר שההיזק מתיחס לדוחף ולכן בעל הבור פטור, ואף שהאופן שהפילו לבור הוא גרמא מ"מ זה סיבה לפטור את בעל הבור, דאע"פ שא"א לחייב את הדוחף כיון שהוא גרמא, מ"מ הוא נחשב שהזיק אלא צורת ההיזק נעשה ע"י גרמא.

דעת רש"י שכולה הזיקא משום שייכול לעשות כל הנזק

רש"י ד"ה אי קסבר האי כולה הזיקא עביד. הואיל דבלא הבור היה מיית הוי כאילו המיתו כולו, הקצה"ח סי' ת"י סק"ג דייק מדברי רש"י דכל הסברא דהאי כולה הזיקא

אי ל"ש גמלים ליכא חיוב אם לבסוף יתליע מתוכו, [אף שאם יבאו גמלים ויפלו יהיה חייב כמש"כ תוס' לעיל נב ע"א], א"כ ה"ה הכא אף שפושע לענין שאם ידחפו אותו שינזק, מ"מ הא ל"ש לחייב אותו אם נאנס ונפל לתוכו שור פיקח ביום.

הניח אבן על פי הבור

גמ' הניח אבן ע"פ הבור ובא שור ונתקל ונפל באנו למחלוקת ר"נ ורבנן. הקשה הבעל המאור דכיון דמתחייב בעל האבן אע"פ שלא עשה את עצם הבור, א"כ אמאי בנפל לאחריו מקול הכרייה חוץ לבור פטור בעל הבור, הא כיון שנפל מחמת הבור הרי"ז כמניח אבל ע"פ הבור דחייב.

ובתב הבעה"מ דאה"נ בעל הבור חייב מחצה והא דמבואר דלאחריו פטור, היינו כלישנא בתרא דהאי פלגא הזיקא עבד ולכן אין דין של כי ליכא ופטור על כל החצי, דכל הסברא שבעל הבור חייב בג' רבעים מהנזק הוא משום דאנא תוראי בבירך אשכחתייה, אבל בנפל לאחריו מקול הכרייה ל"ש לומר כן כיון שנחבט בקרקע עולם, ולפי"ז כתב הבעה"מ דלעיל כח ע"ב דמשמע דבנתקל באבן ונישוף בקרקע פטור אף לר"נ, [כמו שדייקו התוס' שם ד"ה ונישוף], כ"ז רק מנזק שלם כיון דל"ש הסברא של אנא תוראי, אבל מחצי נזק חייב בעל האבן כדמבואר כאן, ולרבנן חייב בעל האבן נזק שלם כיון שבעל הבור פטור והוא חייב הכל כיון שהוא הדוחף וכמש"כ ברש"י, ועי"ש בבעה"מ שכתב דקי"ל להלכה כל"ב דרבא דל"א כי ליכא, וכל הסברא לחייב הוא רק משום דאנא תוראי.

הרמב"ן במלחמות חולק על עיקר דבריו, עי"ש היטב שכתב דאף ל"ב אינה חולקת על לישנא קמא וסברי נמי שיש הלכה של כי ליכא, אלא שבא ליתן טעם אמאי בעל הבור ישלם ולא בעל השור עי"ש היטב בכ"ד, ועי' לעיל מש"כ לבאר דעת הרמב"ן, ובעיקר קושית הבעה"מ כתב הרמב"ן דלא קשה דאי אזלינן בתר זה שגרם ליפול שהוא הכורה אינו אלא גרמא, ואי אזלינן אחר מקום שנפל שם הרי"ז בקרקע עולם ולכן פטור בעל הבור, משא"כ מניח אבן ע"פ הבור שבעל האבן הוא גום את הנפילה וע"כ תלוי בר"נ ורבנן.

מדוע חבטה בבור לא הוה כהניח אבן על פי הבור

הראשונים הקשו לרב דסבר דבור שחייבה עליו תורה להבלו ולא לחבטו, אמאי פטור על החבטה מי גרע ממניח אבן ע"פ הבור שחייב בעל האבן כיון שהנפילה היתה מחמתו וחייב גם על החבטה וא"כ בכל בור נמי עצם הבור גרם לו ליפול ולינזק והוה כאבן, והתוס' לעיל כח ע"ב הקשו כן ועמדו בקושיא.

והרמב"ן כאן במלחמות תי' דיש חילוק בין מניח אבן ע"פ הבור דכיון שנפל ע"י מעשיו שהניח שם אבן הרי"ז דומה לשור שדחף שחייב כיון שממונו הזיק, משא"כ בכל בור אין כאן מעשה ידיה שלא עשה דבר חדש ברשה"ר אלא שסילק העפר ועי"ז נוצר בור ואין כאן מעשה שלו, ולכן אין חיוב של דוחף.

והנה התוס' לעיל שחלקו ע"ז נראה דס"ל דכדי להתחייב משום דוחף א"צ דוקא

שהדחיפה תהא ע"י מעשיו, אלא החיוב הוא מה שהוא גורם לנופל להינזק בתוך הבור, וע"כ אין חילוק בין אם נעשה ע"י מעשה שלו או שגרם לו ליפול, אבל הרמב"ן סבר דהחיוב בדוחף הוא מחמת שהוא עושה מעשה של דחיפה, ולכן סבר שרק היכא שהוא הביא את האבן דהוה כשור שדחף.

עוד תי' הרמב"ן דכל החיוב באבן אינו אלא היכא שלא אפקרינהו דחייב מצד שור, ולכן אין סברא של קרקע עולם, דשורו שדחף חייב במה שהוזק בקרקע, אבל בבור בעלמא ל"ש לחייב משום דוחף, [וכתב הרמב"ן דבבור ברשותו שמודה רב היינו משום שחייב משום שור].

הברכ"ש סי' י"ב כתב לבאר דברי הרמב"ן שהחיוב בבור שונה מכל המזיקים, שהרי הבור לא עושה מעשה היזק אלא שהנזק נעשה ממילא ובגרמתו ע"י שבא אחר ונתקל שם, וכל החיוב הוא על הכשר נזקין דע"י כרית הבור הכשיר הבור שיוכלו ליפול לתוכו, וע"כ סבר רב דהחיוב בבור אינו אלא על ההבל שזה הכשיר, אבל את החבט הוא לא הכשיר דהחבט כבר היה קודם לכן בבור, ומשו"ה פטור ג"כ על מה שהבור דוחף דאת הדחיפה ג"כ לא הכשיר, משא"כ בשור החיוב הוא על שלא שמר שורו וחייב לשמור שורו שלא ידחוף שור אחר לבור, ולכן חייב על הדחיפה, ומשו"ה במניח אבן חייב על זה שלא שמר את אבנו שלא ידחוף אחר לבור.

אי לאו בירא ידידי תורא דידך קטיל

גמ' מהו דתימא התם הוא דאמר בעל הבור לבעל השור אי לאו בירא ידידי תורא

דידך הוה קטיל. לשיטת תוס' שבעל הבור פטור מגזה"כ ל"ש הצריכותא לרבנן, וצ"ל שכל הצריכותא הוא רק לר' נתן דבעל הבור משלם, אולם צריך להבין דמשמע בגמ' שהיה סיבה לפטור את בעל השור ולכן צריך בעל הבור טענה שהיה מת גם בלא הבור.

וצ"ע מהכ"ת הרי לכאורה זה ברור שבעל השור חייב שהרי הוא הזיקו, והנה לרש"י דפטור דבעל הבור הוא מסברא אפשר דבאמת כל הצריכותא הוא רק לרבנן דס"ד דכל מה שפטור בעל הבור משום שיכול לומר דלולא הבור היה מת מכח דחיפת השור, אבל בכה"ג שהיה אבן ע"פ הבור אין סברא כזו ואפשר דאמרינן כי ליכא, אבל לר"נ ל"ש הצריכותא וכמש"כ ועי'.

וצ"ב לרש"י שאם כולה הזיקא אמרינן כי ליכא רק אם כל אחד לבדו יכול לעשות את ההיזק הרי הכא אין כל אחד לעשות את ההיזק ואמאי אמרינן כי ליכא.

דף נג ע"ב

סברת רבנן שאין דין כי ליכא בשור ושור פסולי המוקדשים

תוס' ד"ה הא כרבנן הא כר"נ. ולרבנן הא קמ"ל וכו', מבואר מדברי התוס' דס"ד דסברת רבנן דהטעם דליכא דין של כי ליכא הוא משום שבעל הבור הוא עיקר המזיק, וכיון דיש גזה"כ שהוא פטור דולא יפילוהו אחרים לכן אי כי ליכא לחייב את בעל השור, אבל בעלמא יש סברא של כי ליכא, קמ"ל דרבנן חולקים שאין סברא של כי ליכא בכלל, ולכן אף בשור ושור פסה"מ ל"א כי ליכא.

משמע מדברי התוס' שלא חזרו בהם מעיקר הסברא שכתבו דאם בעל הבור הוא עיקר המזיק לכן אין כי ליכא, אלא שחזרו בהם דסברי דרבנן חולקים על כי ליכא, ומבואר מדברי התוס' דאף אם יש סברא של כי ליכא מ"מ היכא שיש סברא לחייב את עיקר המזיק אף באופן שלא משלם לא אמרינן כי ליכא.

והנה לעיל כתבנו לישב דעת רש"י שכתב דלרבנן הטעם דבעל הבור פטור משום שהשור הרוחף הוא עיקר המזיק, ותוס' לעיל יג ע"א הקשה דא"כ מה הראיה שרבנן חולקים על כי ליכא, הא התם הטעם משום דבעל הבור אינו מזיק, ונתבאר לעיל בשם הפנ"י שאם היה הלכה של כי ליכא היה בעל הבור משלם אף אם השור הוא עיקר המזיק, ולמבואר כאן התוס' חלקו על סברא זו שהרי כתבו שאם בעל הבור הוא המזיק העיקרי אין דין כי ליכא, ולכן חלקו על רש"י שאם השור הוא עיקר המזיק אין דין של כי ליכא.

אביי אי סבר דכולה חיזקא עבד

תוס' בא"ד. ונראה לר"י דאביי מרבינא ס"ל האי כולה חיזקא עבד, בהגהות מימניות הלכ' נזקי ממון [פ"ב אות ג'] כתב שאף לל"ב דהאי פלגא חיזקא עבד מודו דבשור ושור אמרינן האי כולה חיזקא עבד, והסברא נראה ביש"ש [סי' מ'] שיש חילוק בין שור ובור דהתם כל אחד אין בו כח להזיק בפנ"ע ולכן נחשב דכ"א עושה חצי חיזק, אבל בשור ושור כל אחד עושה מעשה חיזק בפנ"ע ובוזא אמרינן האי כולה חיזקא עבד, וכיון דקי"ל כר"נ אמרינן כי ליכא.

והוסף היש"ש דבסוגיא לעיל יג לגבי בשר ואימורין שהזיקו ל"ש לומר האי כולה חיזקא עבד, דאין הבשר יכול להזיק בלא האימורין והאימורין ג"ע אינם יכולים להזיק בלא הבשר ולכן אין כי ליכא.

שור ואדם שדחפו לבור

גמ' שור ואדם שדחפו לבור לענין נזקין כולם חייבין לענין ארבעה דברים ודמי ולדות אדם חייב. מבואר ברש"י שהחייב הוא כר"נ דמחייב את בעל הבור אבל לרבנן בעל הבור פטור, והנה הא דאדם חייב בארבעה דברים כתב הרמב"ן במלחמות דמשמע שחייב את כל ההפסד של ד' דברים ולא רק את השיעור שהוא עשה, וכתב הרמב"ן לחלוק על בעל המאור שכתב שלפי ל"ב דהאי פלגא חיזקא עבד ודאי פלגא חיזקא עבד אינו משלם רק כפי השיעור היזק שעשה, והקשה דבגמ' כאן משמע שמשלם הכל.

ובתב דמוכח כן מהא דמבואר דשור משלם את הכופר וע"כ דאין משלם לפי חלק שהזיק שהרי צריך לשלם כופר שלם, כדמבואר לעיל מ' ע"א כופר שלם אמר רחמנא ולא חצי כופר, וכ"כ ברבנו פרץ.

אולם היש"ש סי' מב כתב דהא דמשלם ד' דברים היינו לפי חלקו, ועי' בביאור הגר"א סי' תי ס"ק מ"ה שתמה דבשו"ע סעי' ל"ב משמע שפסק כלישנא בתרא שכל הטעם שבעל הבור משלם כולו משום הסברא של אנא תוראי בביך, ולפי"ז ע"כ כמו שכתב היש"ש שישלם כל אחד חלקו, והקשה דבשו"ע סעי' לה משמע דמשלם הכל כמש"כ הרמב"ן וצ"ע.

ועי' בביאור הגר"א [סעי' לה] שכתב לישב דעת השו"ע שאע"פ שאין את הסברא של אנא תוראי, אבל הרי רש"י כתב שאזלינן בתר הדוחף וא"כ אפשר דהשו"ע סבר שלמד"א האי פלגא הזיקא עבד יש סברא ג"כ להחשיב את הדוחף, ולכן אף במקום שאין אנא תוראי חייב הדוחף מדין כי ליכא ולכן בשור ושור אמרינן כי ליכא.

ואפשר לבאר באופ"א דאע"פ שקי"ל כל"ב דאנא תוראי אבל כאן הוא שונה, דהנה במהרש"א על תוס' הובא לעיל כתב שאין לדון את הבור כאחרון שממית כיון שהבור לעולם אין חייב על הריגה, וא"כ אפ"ל שכל הנדון של כי ליכא הוא רק בשור תם או שור פסולי המוקדשין שהוא פטור מתשלומי נזקין, ובזה יש נדון האם ישתלם מהמזיק האחר, אבל לגבי חיוב מיתה כיון שלא מצינו בבור שיהא חיוב מיתה א"כ אפשר שאין נדון של כי ליכא ולעולם לא נאמר החיוב על בעל הבור, וכל החיוב הוא רק על האדם ולכן כל החיוב של דמי ולדות נאמר עליו, וא"כ אפשר שלגבי ל' של עבד וכן לגבי דמים אמרינן הך סברא, ונמצא שכל הנדון של כי ליכא אינו אלא לגבי חיוב של נזקין.

דעת רש"י בפטור אדם מכופר

גמ' לענין כופר אדם ובור פטורים. רש"י מפרש שהטעם שאדם פטור מכופר משום שהוא בר קטלא, וכונתו דפטור משום קלב"מ, ואי דלא אתרו ביה פטור מתנא דבי חזקיה, מבואר ברש"י שפטור של כופר הוא מדין קלב"מ, וצ"ע שבגמ' לעיל כו' ע"א ממעטינן אדם מכופר מקרא דעליו, ומדוע

כתב רש"י שטעם הפטור הוא משום קלב"מ, והנה תוס' ד' ע"א [ד"ה כראין] הקשו אמאי בעינן מיעוט דעליו למעט דאין חיוב כופר באדם תיפוק ליה משום קלב"מ, וכתבו התוס' דל"ש לפטור חיוב של כופר מדין קלב"מ, עי"ש במהר"ם וחזו"א בביאור דברי התוס', ולכאורה רש"י כאן חולק על תוס', אולם צ"ע מדברי הגמ' לעיל דממעט מקרא.

והנה רש"י בדף כו' ע"א ביאר דהא דבעינן מיעוט דעליו הוא באופן שהרג במזיד בלא התראה דליכא קלב"מ, והקשה הרשב"א שם דמשמע ברש"י שבמקום שהתרו בו הטעם שאין חיוב כופר הוא משום קלב"מ, וא"כ אף בלא אתרו ביה יש קלב"מ מדינא תדב"ח ומדוע בעינן קרא למעט, וכתב הרשב"א דרש"י ס"ל שהסוגיא שם למד"א דלית ליה תנא דבי חזקיה ולכן צריך קרא דעליו שאין חיוב כופר במקום שאין חיוב מיתה, אבל למאן דאית ליה תדב"ח ואיכא פטור דקלב"מ אף בשוגג אין צריך קרא דעליו, ולפי"ז א"ש דרש"י בסוגיין קאי כמאן דאית ליה תדב"ח שהרי כתב דמה"ט פטור בשוגג ולכן לא הביא קרא דעליו.

אולם הקצה"ח [סי' ת"י סק"ד] הקשה כן על רש"י, וכתב דבאמת יש מיעוט של עליו למעט חיוב כופר באדם, אבל כונת רש"י כאן לבאר שאין חיוב של דמים שהרי בסוגיא לעיל מג' ע"ב מבואר שמלבד חיוב כופר באדם יש חיוב דמים כמו בכל מזיק, ומבואר שמקרא דמעליו נתמעט רק שאין חיוב של כופר אבל חיוב דמים זהו חיוב נפרד, אולם לכאורה זה דלא כמש"כ רש"י בדף כו' ע"א.

הוכחת הקצה"ח מרש"י לדין כי ליכא

ע"ע קצה"ח שם שכתב להוכיח ממה שכתב רש"י שאדם פטור מכופר משום קלב"מ, דמוכח דסבר רש"י כשיטת הרמ"ה שיש הלכה של כי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי אף היכא שאין לו מה לשלם, ולא רק בכה"ג שיש פטור מתשלומין, שהרי בכל קלב"מ יש חיוב לצאת יד"ש כדמבואר ברש"י ב"מ צא ע"א ומועיל תפיסה, וא"כ נמצא שבעצם הוא מחויב אלא שבפועל אין הב"ד יכולים לגבות, וא"כ הרי"ז דומה להיכא שהוא מחויב אלא שאין לו ממה לשלם, ומבואר שהקצה"ח למד ברש"י שמכח דין כי ליכא משלם בעל השור את כל הכופר וכמש"כ הרמב"ן.

ובתב הקצה"ח שהראשונים שחלקו ס"ל דאין דין של כי ליכא בכה"ג שאין לו מה לשלם, ע"כ יסברו שהפטור של כופר הוא מעליו, ולכן הוא פטור מכופר ושייך דין כי ליכא, ולגבי החיוב של דמים צ"ל דסברי דאין דמים לבן חורין, אולם אפשר לומר באופ"א דהראשונים יסברו שאין דין כי ליכא בזה וכמש"כ ביש"ש שהובא לעיל שכל אחד ישלם לפי חלקו.

לענין מה המיעוט שור ולא אדם

רש"י ד"ה אדם ובור פטורים. ובור דכתיב שור ולא אדם, מבואר דרש"י סבר דקרא דשור ולא אדם אתי למעט כופר, וכן כתב בהדיא לעיל כח ע"ב, אולם צ"ע אמאי לא מייתי קרא דעליו, ועי' תוס' לעיל ט ע"ב שכתב דקרא דשור ולא אדם לא אתי למעט אדם מכופר כיון שזה נתמעט מעליו.

והנה רש"י לעיל מג ע"ב לגבי אש כתב דאין כופר משום עליו, [ולפי הקצה"ח אפשר שכונת רש"י לומר אמאי אין חיוב דמים, וכמו שתחילת דברי רש"י קאי על חיוב דמים ה"נ מיעוט דשור ולא אדם, ונמצא לפי הקצה"ח כשהגמ' אומרת כופר אפשר לפרש דמים, וא"כ אפשר שזה כונת רש"י בדף כח שכתב שהמיעוט הוא כופר היינו דמים, ועי'].

גדר דין דמי שהמת שלו

גמ' לענין שור פסולי המוקדשים אדם ושור חייבין ובור פטור מ"ט דאמר קרא והמת יהיה לו במי שהמת שלו. לכאורה נראה שהדין של מי שהמת שלו אינה הלכה שצריך שהמזיק יהא לו בעלות במת שנפל לבור, אלא הכונה שהתורה חייבה בבור רק ממון כזה שיש בו הנאה, וזה הכונה למי שהמת שלו ששיך בו הנאה מאותו ממון.

והנה תוס' לעיל י ע"א הקשו אמאיבעינן קרא דשור ולא אדם למעט אדם שנפל לבור תיפוק ליה דל"ש בזה הדין של מי שהמת שלו שהרי מת אסור בהנאה, ותי' תוס' דשייך הנאה בשער של מת, והנה התם אין בעלות לאדם על המת, אלא הכונה של מי שהמת שלו הוא גדר של הנאה בממון, ע"ע בתלמיד ר"ת שם שכתב שכל הדין של מי שהמת שלו הוא רק אם לא היה אפשרות להנות קודם שנפל לבור, אבל אם הבור גורם איסור הנאה ליכא הך חסרון, וע"כ כמש"כ שזה הוכחה שגדר חיוב בבור הוא על ממון שיש בו שאר הנאות.

אולם תוס' לעיל ז ע"א כתבו דשור של הקדש שנפל לבור פטור, משום דילפינן משור פסולי המוקדשים, וצ"ב שהרי

בהקדש שייך הדין של מי שהמת שלו, שהרי יש רשות הקדש והמת שייך לרשות הקדש, ואי"ז דומה לשור פסולי המוקדשים שאין לבעלים בזה הנאה כלל, ואפ"ל שצריך דבר שיהא שייך בזה בעלות ממונית, אבל הקדש אע"פ שיש בו רשות ממון מ"מ אינו כממון הדיוט, וע"ע בחי' הגרש"ש סי"א.

שור פסולי המוקדשין לענין נזיקין

והנה בעיקר הפטור של שור פסולי המוקדשים בבור יש לדון אם הוא פטור רק ממיתה דבהכי מיירי קרא או שהוא פטור גם מנזקין, ותוס' לעיל ז' ע"א שהובא באות הקודם מבואר שהוא פטור גם מנזקין, וכן מבאר בתוס' [ד"ה איפוך] שהקשו דלא ליבעי קרא דרעהו ואם הוא מיעוט רק ממיתה לכאורה ל"ק, וכ"כ באו"ש פי"ב מנזק"מ בדעת הרמב"ם עי"ש היטב בלשון הרמב"ם.

אולם בשטמ"ק כאן כתב בשם הגליון שהוא פטור רק לענין מיתה, וכ"כ הפנ"י כאן ועי' מנ"ח מצוה נ"ג אות י' שכ"כ, וצ"ב מהו הסברא לפטור גם מנזקין הא הפסוק מיירי רק לענין חיוב מיתה, דהא חזינן לענין פטור של שור ולא אדם דממעט מכופר דאינו אלא מיעוט לענין מיתה, וכמש"כ רש"י לעיל כח ע"ב דקרא מיירי לענין חיוב מיתה ולא לענין נזקין.

החזון יחזקאל [פ"ו ה"ב] כתב לבאר דהא מצינו לענין כלים שנמעטו מקרא דחמור ולא כלים, ובגמ' מבואר לקמן לענין כלים דשבירתן זו היא מיתתן, דהא בעינן קרא כדכתיב והמת יהיה לו, וא"כ אמאי אי הוזקו כלים בבור פטור הא בקרא לא נתמעט אלא מיתה, וכתב דאף היזק כלי חשיב כמיתה,

דכלי עומד להשתמשות ואם נפגם חלק מן השימושים הרי"ז חשיב כמיתה דכל ענין המיתה הוא הפסד הממון לכן נזק נמי הפסד ממון הוא, ולכן כשנתמעט כלים ממיתה ה"ה נזקים בכלל, וא"כ ה"ה לענין שור פסולי המוקדשים אף דקרא ממעט ממיתה, מ"מ נזקי בהמה בכלל מיתה דכולה עומדת להשתמשות לכן אם נחסר מההשתמשות חשיב כמיתה, אבל באדם יש חילוק בין מיתה לנזקין דל"ש לומר באדם שהוא עומד להשתמשות, ולכן כיון דקרא ממעט דוקא ממיתה התמעט, אבל לענין נזקין לא נתמעט דמיתה ונזקין באדם הם ב' ענינים חלוקים, ולכן כל המיעוט אינו אלא בכופר אבל בנזקין חייב.

אלא דיש לעין דתוס' לעיל ט' ע"ב פליגי על רש"י וכתבו דשור ולא אדם אינו ממעט כופר בבור דזה נתמעט מקרא דעליו, אלא המיעוט הוא על עבד או עכו"ם הקנוי לישראל מחיוב של דמים, דהיינו שאם מת בבור אינו משלם דמים, ולפי"ז קשה דהא החיוב דמים של עבד הוה כחיוב נזקי ממון דשניהם הם מחמת הפסד הממון לאדון, וא"כ לכאורה כמו שנתמעט דאינו משלם דמים ה"ה נמי אינו משלם נזיקין והרי התוס' ס"ל דבשור פסולי המוקדשים הוא מיעוט גם לענין נזקין וצ"ע.

אדם שדחף בכוונה לבור

תוס' ד"ה שור ואדם שדחפו לבור. לא שאדם דחף בכוונה דא"כ אמאי בעל הבור חייב, אטו אם ישים אדם טליתו של חברו באש וכי יתחייב בעל האש, הברכ"ש [סי' ג] וחדושי הגרש"ש [סי' ד'] כתבו שאין הכונה שאם אדם עושה בכוונה חשיב כלפי בעל הבור כרוח שאינה מצויה שפטור ע"ז, דהא

מבואר לעיל כג ע"ב דבנותן פירות לתוך פי פרה חייב בעל השור, דזה שאדם מכניס לתוך פי השור הוה רוח מצויה.

אלא כונת התוס' היא שדוקא במזיק של בור אמרינן הכי, שהחיוב של בור אינו על עשית הנזק אלא על פשיעת הכרייה, דהיינו מה שהכשיר את התקלה, ולכן היכא דאדם בכוונה דחף ע"ז ליכא פשיעת כרייה, משא"כ בשור החיוב הוא שמירה על המזיק של יעשה נזק וע"כ זה שייך אף בנותן לתוך פי פרה.

והנה מדברי רש"י נראה שחולק על התוס', שכתב דהטעם דאדם פטור מכופר הוא משום קלב"מ ובמזיד ולא אתרו ביה משום תדב"ח, ומשמע דמיירי שזרק בכוונה, ובמה דכתבו התוס' אטו אם יניח טלית של חברו באש ודאי שבעל האש פטור, אולי ס"ל לרש"י שיש חילוק בין אש לבור, דבאש חשיב שהוא שורפו, משא"כ בבור איהו רק הדוחף אבל עצם הנזק הוא ע"י הבור.

בקצה"ח סי' ת"י סק"ב חקר באדם בכוונה שידחוף לבור יחד אם שור, שלגבי חיוב של האדם בעל הבור פטור א"כ ישלם בעל השור מחצה, או"ד בעל השור יכול לטעון שהבור שותף שלו ויגרע חלקו, ומסיק הקצה"ח דבעל הבור משתתף רק עם החיוב של השור, ולא עם החיוב של האדם, ועי' חזו"א מש"כ לדון בדבריו ובחי' הגרש"ש ס"ד.

ביאור הסברא שנתהפך בשעת נפילה

תוס' בא"ד. כגון שידע בשעת נפילה חברו וחשיב בכוונה כמו בנתהפך, החזו"א [ס"ב ס"ק כא] תמה דל"ד לנתהפך, דהתם שנפל מהגג ע"י שנתהפך עושה מעשה היזק

שהרי אם לא היה מתהפך לא היה נופל על חברו, אבל כאן מה מהני כונתו לבייש אחר שהפילו, וכן הקשה היש"ש כאן, בחי' ר' אריה ליב [סי' ע"א] כתב דמוכח מדברי התוס' שהדין של כונה בבושת אינו במעשה הנזק, אלא בשעת ההזיק אם יש כונה מתחייב, ולכן סגי במה שיש לו כונה לאחר שדחפו לבורו עי"ש שהאריך בזה.

אמנם רבנו פרץ כאן כתב דמיירי דאחר שהפילו אותו השור והאדם דחף אותו האדם עוד דחיפה בתוך הבור בכוונה לבייש, וצ"ב דמה מוסיף הך דחיפה כשהוא בבור, ועוד דא"כ מהו כונת הגמ' דשור פטור הא במעשה של הבושת השור לא נשתתף אלא האדם לבדו עשה.

סברת תוס' שדחפו כל אחד בפנ"ע

תוס' ד"ה לענין. ונראה דלא איירי שדחפוהו שניהם בבת אחת אלא כל אחד בפני עצמו, המהרש"ל כתב לפרש שכונת תוס' הוא דכל אחד בפנ"ע דחף בזה אחר זה, ואין כאן שותפות במעשה הנזק של בעל השור והאדם, ומ"מ הקשה המהרש"ל דאף לריב"ב דסבר דהכהו עשרה בנ"א האחרון חייב כיון שקירב את מיתתו, הכא לעולם הוה מעשה של שותפות שהרי בעל הבור גם עשה את המיתה. **אולם** המהרש"א חולק על דברי המהרש"ל וכתב שמכיון שאין על הבור חיוב מיתה ל"ד לב' שהרגו, וכונת התוס' הוא דלרבנן דהאחרון פטור מיירי שבדחיפת האדם אין בו כדי להמית והשור הוא הדוחף האחרון, ולריב"ב מיירי אף שבדחיפת האדם היה בו כדי להמית מ"מ כשהשור דחפו אח"כ עוד דחיפה שיש בה כדי להמית האחרון חייב,

ועי' בדבר אברהם ח"א ס"כ שתמה דכל סברת ריב"ב דהאחרון חייב הוא משום שקירב מיתתו, אבל כאן ל"ש לומר הכי שקירב מיתתו שהרי בלא"ה היה מת.

בעיקר קושית תוס' כתב הרשב"א לישב דלא דמי להכהו עשרה בנ"א, דהכא כששניהם דוחפים אין חסרון של הכהו י' בנ"א, דהתם כל מעשה הוא בפנ"ע, אבל כששניהם עושים מעשה אחד אף כמה בנ"א חייבים ואין ע"ז מיעוט של איש ולא שנים כמו שמבואר לענין כרית בור דעקרו חוליה בבית אחת שניהם חייבים.

דף נד ע"א

כלים שבירתן זו היא מיתתן

גמ' כלים שבירתן זו היא מיתתן. צ"ב הא איכא אופן שרק שנעשה נזק בכלי ואכתי אפשר להשתמש בו, ול"ש לומר שבירתן זו היא מיתתן, וצ"ל כמש"כ לעיל שבנזק הכלי הוא הפסד הממון ואין חילוק מהו שיעור ההפסד, אי ההפסד הוא בכל הכלי או רק בחלק מן הכלי, אלא לעולם ההפסד חשיב כמיתה, ועי' מש"כ שם לבאר דבאדם ל"ש לומר הכי.

ועי' בחזון יחזקאל שם שהביא דבירושלמי משמע דבהזקק הכלים חייב וכל הפטור הוא רק בנשברו, אולם בראשונים לעיל כח ע"ב מבואר בדעת הבבלי דאינו כן, וע"ע מרומי שדה לעיל י' ע"א שכתב כע"ז לישב קושית התוס' שם ע"ש.

גדר מיעוט כלים בבור

ריש"י ד"ה שבירתן זו היא מיתתן. הלכך לרבנן אתא חמור למעטינהו הואיל

ולא מיתה ממש היא, ושור למעוטי אדם שאינו מין בהמה, צ"ב מדוע הוצרך רש"י לומר טעמים אמאי התמעט.

ועי' בפנ"י שכתב שהרי מקרא דוהמת יהיה לו מרבין כל דבר מיתה, וא"כ לרבות כלים ולמעט מחמור עופות, לכן כתב רש"י שכלים יש יותר סברא למעט כיון דאינם בני מיתה ממש, ולכן יותר מסתבר לומר שהתורה חייבה רק את הדברים שדומה המיתה שלהם, ולפי"ז י"ל שאף מה שממעטין אדם שכתב רש"י דאינו מין בהמה משום שחובת תשלומין של מיתה של אדם הוא חיוב אחר, ולכן מסתבר שהתורה מיעטה אדם שחובת תשלום של מיתה שלו היא אחרת.

והנה לעיל מט ע"א תוס' הקשה אמאי ממעטין מקרא דשור ולא אדם עבד הרי חמרתא מעברתא, מבואר בתוס' שהמיעוט אינו אדם דלאו מין בהמה, אלא המיעוט הוא על חיוב חבלה של מיתה אדם, ולכן הקשו תוס' שעבד שזה חבלת חמור לא נתמעט, ונראה כמש"כ שאין המיעוט על מציאות של אדם, אלא המיעוט הוא מחמת שצורת המיתה של אדם אינו כמו צורת מיתה של בהמה, ולכן סברא היא שהתורה לא מיעטה דבר זה.

תוס' ד"ה חמור ולא כלים. ולמאן דדאין דינא דגרמי לא הוה אלא מדרבנן, הקה"י [סי' ל"ה] כתב לישב לדעת הרמב"ן דסבר שהוא מהתורה, דא"צ למעט גרמי בבור ע"פ מש"כ הנמוק"י דמקרא דאיש בור ולא שור בור נתמעט שאין חיוב דגרמי דבהמתו, וא"כ ה"ה אין חיוב של גרמי בבור.

פרק הכונם

דף נה ע"ב

נפרצה בלילה ונודע לבעלים

תוס' בא"ד. א"נ בלילה אפילו נודע לו שנפרצה ויצתה הבהמה אין לו לטרוח יותר מדאי לחזור אחריה באפילה, רבנו פרץ הוסיף דאין דרך לחזור אחריה באפילה, וצ"ב מאיזה דין הוא פטור דלא משמע מתוס' שהוא מחמת שהוא אנוס לילך בלילה לשמור בהמתו.

בח' הגרנ"ט סי' קכ"ב ביאר ע"פ מש"כ התוס' לעיל כג ע"א [ד"ה בששימר] לגבי כלב שנטל חררה שהיה בו גחלת והדליק הגדיש, שבעל הגחלת פטור משום ששימר גחלתו, והקשו תוס' 'מה שמירה היא זו כיון שהכלב יכול להיכנס', ותי' דהיכא דנטר כדנטרי אינשי לא אטרחו רבנן טפי, מבואר שכל החיוב שמירה שמוטל על הבעלים הוא רק שמירה שבדרך כלל דרכם של בנ"א לשמור, ולכן כששמר באופן זה אינו מתחייב בתשלומים הנזקין, וא"כ ה"ה הכא כיון שאין דרך של בנ"א לטרוח אחר בהמתם בלילה, אינו מחויב לחזור אחריה ולכן אם הזיק פטור דלא היה מוטל עליו לשמור, ועי"ש שהביא דלענין שומרים מבואר בגמ' ב"מ צג ע"ב דכל היכא ששמר כדרך שבנ"א לשמור פטור, [והתם מבואר יותר דשומר שהלך בזמן שדרך בנ"א ללכת ג"כ חשיב נטרי כדנטרי אינשי].

אמנם הנמוק"י ב"מ שם כתב דכל סברת הגמ' שיש פטור של נטרי כדנטרי אינשי אינו אלא לגבי שומרים ולא לגבי מזיק, דלענין מזיק צריך לשמור טפי ולא סגי לשמור

נפרצה ביום הטעם שחייב בנזקין

תוס' ד"ה נפרצה בלילה. הא ביום חייב דקלא אית ליה למילתא ומסתמא ידע שנפרצה, הקשה הפנ"י דלעיל נב ע"א סברי שמואל ור' יוחנן לגבי בור שאם כיסהו בכיסוי הראוי וחזר ונתגלה דחייב לכסות, אבל לא סגי שיצא הקול אלא צריך שיראה שהבור מגולה ובלא"ה אינו מחויב על הנזק, וקשה אמאי הכא סגי בשמיעת הקול ואין לחלק בין שן ורגל לבור דהא בגמ' מבואר דבתרוייהו התורה מיעטה בשמירתם, וכתב הפנ"י דצ"ל דנפרצה בלילה אית ליה קול טפי מכיסוי של בור שנתגלה.

ונראה דע"כ צ"ל כן דעי"ש בפנ"י שהקשה על מש"כ התוס' שם דמסתמא שמע, דאיך אפשר לחייב ממון מכח מסתמא הרי אינו אלא ספק ועי"ש מש"כ לישב, ומש"כ שם לישב לא שייך הכא, וע"כ כמש"כ הפנ"י דהקול כאן עדיף.

אמנם בעיקר קושית הפנ"י יש לעיין דעי"ש בסוגיא שהפנ"י הוכיח שכל החיוב רק מכדי שידע היינו שיראה ולא סגי בשמיעת הקול משום שיש עוד שותף שעבר וראה הבור מגולה ונתחייב לכסותו, ולכן כ"ז שלא נודע לשותף הראשון פטור כיון שיש מי שמחויב על הנזקין שם, אבל היכא דליכא שותפות אין הדין כן אלא חייב מיד שיצא הקול.

כדנטרי אינשי, והטעם משום דשומר תלוי בקבלת שמירה לכן זה תלוי במה שדרך בנ"א לשמור, משא"כ שמירת נזיקין תלוי בחיוב של התורה, וע"ע ברכת שמואל [סי' ו'] שכתב בשם הגר"ח דכל סברת התוס' לעיל כג ע"א שיש פטור של כדנטרי אינשי, אינו אלא התם בסוגין לגבי גחלת שהיא עצמה אינו מזיקה אלא שבא הכלב ולוקח את הגחלת, אבל על עצם דבר המזיק ליכא פטור של כדנטרי אינשי.

ולפי"ז צ"ל דע"כ כונת התוס' דהפטור הוא משום אנוס, וכן כתב להדיא הטור [סי' שצ"ו] דאין צריך לטרוח אחר בהמתו בלילה משום אנוס, ועי' בביאור הגר"א בסי' שצ"ו ס"ק ז' שכתב דכל הדין שנפרצה בלילה דא"צ לחזור אחריה הוא רק לתי' הב' של התוס', אבל לתי' הראשון חייב אף בלילה לילך לשמור על בהמתו שלא תזיק.

כיסחו בכיסוי גרוע

תוס' ד"ה הא כסהו פטור. א"נ הוה הכתוב כורה לפותח ופותח שמצאו מכוסה בכיסוי כעין שמירה פתוחה, מסתמא לא החמירה עליו תורה לכסותו בכיסוי מעולה יותר מן הראשון וכו'.

הקשה מהר"ם שיף הא אם מצאו מכוסה בכיסוי של פחות משמירה פחותה, וגילהו שחייב לכסות בכיסוי כמו שגילה ומכסהו בכיסוי שהוא פחות משמירה פחותה, והרי זה ודאי שאם כרה בור כיסוי כזה לא מהני, א"כ מה הראיה שסגי בשמירה פחותה. **ותי'** המהר"ם שיף דכשהבור היה מכוסה בכיסוי שפחות משמירה פחותה לא חשיב כלל פותח בור, כיון שאין לזה שם

כיסוי לכן לא מתחייב ע"ז כלל, אלא הראשון שחפר הוא אחראי על הבור, משא"כ היכא שהבור מכוסה בכיסוי של שמירה פחותה חשיב השני פותח אפילו אם הבור צריך שמירה מעולה, שהרי קודם לכן לא היה ראוי להזיק שהרי היה שמור שמירה של רוח מצויה, וע"כ בזה שאמרה התורה ולא יכסנו דסגי בכיסוי ע"כ דסגי בשמירה פחותה.

ביאור שיטת רש"י דכל כיסוי חשיב שמירה פחותה

תוס' בא"ד. ובקונטרס משמע דכל כיסוי עד דטעים ליה חשיב כשמירה פחותה, נראה שכונת תוס' לומר שלמבואר ברש"י דכל כיסוי עד דטעים חשיב שמירה פחותה, ולפי"ז ל"ק קושיתם מה הראיה ממה שסגי בכיסוי דסגי בבור שמירה פחותה, הא שמא בעי כיסוי מעולה הרבה וזה נחשב שמירה מעולה, דברש"י מבואר שהמציאות של כיסוי לעולם זה נחשב שמירה פחותה, ואין חילוק בין כסוי מעולה לכיסוי פחות מזה, אמנם צריך לבאר מה הטעם באמת שאף כיסוי מעולה חשיב שמירה פחותה.

ונראה הביאור בזה כמו שנתבאר כמה פעמים בפרק שור שנגח את הפרה שחלוק המחייב בנזקי ממונו מחיוב של בור, שהמחייב בבור הוא מחמת יצירת התקלה, אבל בשאר המזקים החיוב הוא על עשית ההיזק, והטעם משום שבבור הניזק בא למזיק לכן התם התורה חייבה על יצירת התקלה, ולכן ס"ל לגמ' דשורת הדין היה שאם חפר בור צריך להסיר התקלה ולהחזיר הקרקע כמו שהיה, ואף כיסוי מעולה אין בזה סילוק

מנחת

דף נה ע"ב

משה

רסה

התקלה, וממה שמצינו שהתורה אמרה שכיסוי מספיק ואין צריך לסלק התקלה, מוכח שאף בבור סגי בשמירה פחותה.

ונראה שאע"פ שמצד מעשה השמירה אין חילוק בין כיסוי מעולה לבין מילוי הבור בעפר, מ"מ כיון שהמחייב הוא סילוק התקלה כל דבר שאינו סילוק התקלה חשיב שמירה פחותה.

אולם יש להקשות דמשמע ברש"י דאף אם יניח כיסוי שיכול לעמוד בפני רוח מצויה סגי, וכן נראה ברשב"א ובנמוק"י שפי' כן בדעת רש"י, ולמבואר דהמציאות של כיסוי הוא נחשב שמירה פחות יש להקשות דשמה התורה חייב כיסוי מעולה מאוד.

אמנם היש"ש [סי' א] כתב שלדעת רש"י לא סגי שמירה פחותה בבור אלא צריך שמירה מעולה ולא סגי כיסוי שיכול לעמוד ברוח מצויה, וכל מה שהתחדש בבור הוא רק דלא צריך לאטום את הבור וסגי בכיסוי, אבל אופן השמירה הוא רק בשמירה מעולה, עי"ש שהוכיח כן מהסוגיא לעיל, ולפי דבריו נראה שכונת תוס' לומר דברש"י מבואר כמו קושיתם שלא מצינו שהתורה אמרה שבבור סגי בכיסוי שעומד ברוח מצויה, ולדבריו נמצא שיש מחלוקת לדינא בין רש"י לתוס' האם בבור סגי בשמירה פחותה, או"ד דבעינן שמירה מעולה.

אלא דצריך להבין מה כונת הגמ' דבבור מצינו שהתורה אמרה דסגי בשמירה פחותה, ונראה הביאור בזה כמש"כ שהמחייב בבור הוא על יצירת התקלה, לכן מסברא כדי שיפטר מנזקי הבור היה צריך לסלק התקלה,

וממה שמצינו שהתורה אמרה דסגי בכסוי מוכח דסגי בשמירה פחותה אך עדיין אין לנו ראיה דיכול להניח כיסוי שיכול לעמוד ברוח מצויה ולכן צריך כיסוי מעולה.

ועי' לעיל בדף נב. שמוכח מתוך הסוגיא דאף היכא שהנזק לא שכיח שיבוא כגון שכיסהו לשורים ולא כיסהו לגמלים ולא שכיח שיבאו גמלים, דמ"מ אם באו גמלים חייב אף שהוא לא שכיח שיבאו, והתבאר דשם תקלה לענין גמלים מחייב אף ששמור לשאר דברים, ולכן לא סגי בכיסוי של שמירה פחותה דהיינו שעומד בפני רוח מצויה אלא צריך שמירה מעולה.

שיטת התוס' רי"ד בסוגיין

ע"ע תוס' רי"ד שכתב הטעם שכיסוי חשיב שמירה פחותה מכיון דשמה יתליע, וצ"ב כונתו מ"ט בבור חיישינן שמא יתליע טפי מבשור, שהרי בשמירה על שור לא מצינו חשש שמא יתליע.

ונראה לבאר כמש"כ שחלוק מזיק של בור משאר המזיקים, שהמחייב בבור הוא יצירת התקלה והמחייב הוא על עצם זה שיש לו בור ולא על מה שלא שמר את הבור, ע"כ סבר התוס' רי"ד דהיכא שהוא פושע בבור הוא מחויב נמי על מה שיתליע לאחר זמן, וממילא הוא חייב כבר עכשיו משום שיש חשש שמא יתליע, דהמחייב הוא על עצם זה שיש לו תקלה עכשיו, ולכן אף שההיזק יעשה לאחר זמן מ"מ החיוב הוא מחמת כרית הבור עכשיו, משא"כ בשור אין החיוב על יצירת התקלה דהשור בעצמו אינו מזיק והחיוב הוא לשמור שורו, וע"כ כיון שהמזיק עכשיו שמור

א"צ לחשוש שיתליע לאחר זמן, ואם לבסוף יתליע יחול עליו חיוב אח"כ אבל עכשיו א"צ לחשוש לכך.

ועי' לעיל נב ע"א שהובא מש"כ הפנ"י דאם כיסה בורו ונתגלה ברוח שאינה מצויה, דחייב בעל הבור על ההיזק שנעשה בבור, אף שלא נודע לו שבורו נפתח, וביאר הפנ"י שהרי מעיקר הדין החיוב בבור הוא לסלק את התקלה דהיינו לאטום את הבור, אלא שהתורה חידשה בקרא דולא יכסנו דמועיל לכסות את הבור, אולם דכ"ז מהני רק כ"ז שהוא מכוסה, אבל מיד שנתגלה הדר חיוב של ולא יכסנו אף קודם שנודע לו.

ומבואר שהמחייב בבור הוא עצם יצירת התקלה, ולכן כל שהתקלה קימת חייב לכסות אף אם הוא אנוס כגון שלא נודע לו שנתגלה, ולכן כשיש חשש שמא יתליע לא חשיב כיסוי ומזה שאמרה התורה דסגי בכיסוי ע"כ התורה מיעטה בשמירתם.

ברש"י קסבר

גרמא בנזקין פטור

גמ' ארבעה דברים העושה אותן פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים. פרש"י פטור מדיני אדם קסבר גרמא בנזיקין פטור, כתב הרמב"ן ב"ב דף כב ע"ב ובקונטרס דיני דגרמי דמש"כ רש"י 'קסבר' הא בגרמא בנזיקין ליכא פלוגתא וכו"ע מודו בזה שפטור, וכל מה שנחלקו ר"מ ורבנן הוא רק בדין דגרמי.

אולם דעת רש"י בכמה מקומות דאין חילוק בין גרמא לגרמי, ואף גרמא תלוי במחלוקת של גרמי, אמנם הרמב"ן שם פליג על רש"י וסבר דכל המחלוקת אינו אלא

בגרמי, אבל גרמא בנזקין לכו"ע פטור והכא קאי לכו"ע.

אי בכותל בריא

בדיני אדם נמי נחייב

גמ' הכי דמי אילמא בכותל בריא בדיני אדם נמי נחייב. רש"י ותוס' ביארו קושית הגמ' שיתחייב על הכותל עצמו, וע"ז תי' הגמ' דמייירי בכותל רעוע, ולכן אין חייב על עצם סתירת הכותל כיון שעומד בלא"ה להסתר ולא הפסידו כלום, וכתבו התוס' דאינו חייב בכותל רעוע בדיני שמים משום דאין דומה שיתחייב בדיני שמים על הכותל שהוא רעוע כ"כ וכו', משמע מדברי התוס' שהטעם שאין חיוב בדיני שמים על הכותל כיון שאין לו שויות כלל ולא גרם לו להפסד כלל, [אולם ממה שכתב התוס' שהוא רעוע כ"כ שיכול ליפול ברוח שאינה מצויה, משמע דיש לו שויות].

ובתבו תוס' בסו"ד וכ"כ הרשב"א בסו"ד שהטעם שפטור מדיני שמים מכיון שהבעלים מצווין לסתור את הכותל, וכל הקודם זוכה בחיוב זה ע"כ ליכא חיוב בידי שמים, והפנ"י כתב שזהו כונת התוס' בתחילת דבריהם, אולם הרא"ש ורבנו פרץ כתבו דיש חיוב אף על הכותל בדיני שמים, כיון שהיה יכול לעמוד יום או ימים עד שימצא פועלים, וביאר הפלפולא חריפתא דעכשיו צריך לשכור פועלים ביוקר ממה שהיה לו זמן לחפש אחריהם, ומשו"ה חשיב שהפסידו לו.

אולם הרא"ה בשטמ"ק כתב שכונת הגמ' להקשות דבכותל בריא יתחייב לשלם על הבהמה שנאבדה, וכ"כ תוס' בסנהדרין עז ע"א עי"ש, וכ"כ הטור [סי' שצ"ו] בשם

הרמ"ה, וביאר הבית יוסף דכיון שפרצו גדר בפניה הוי כאילו אבדו בידים, משמע מדברי הב"י דהחויב הוא מדין מזיק בידים ולא משום גרמי.

וצריך ביאור מ"ש מהא דמבואר לעיל כו ע"ב לגבי זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים וכסתות ובא אחר וסילקו שהוא פטור דאינו אלא גרמא, שגרם שהכלים ישברו והכא נמי רק גרם שהשור יאבד שפרץ הגדר, והביאור בזה נראה דהנה החילוק בין גרמי למזיק בידים הוא, דבמזיק בידים עושה מעשה או ביצירת המזיק או בדבר הניזק, משא"כ גרמי שלא עושה מעשה בחפץ הניזק ולא ביצירת המזיק, ולכן היכא שמסלק כרים וכסתות שלא עושה מעשה בדבר הניזק אלא שגרם לכלים שישברו חשיב גרמא.

וא"כ י"ל שפורץ גדר בפני בהמת חברו ס"ל לראשונים דהסרת השמירה חשיב מעשה בגוף הבהמה, משום דדבר שהוא שומר על הבהמה מתיחס הסרת השמירה כעשית נזק בבהמה עצמה, משא"כ היכא שאינו שמירה על גוף דבר הניזק ככרים וכסתות שהוא דבר חיצוני חשיב רק גרמא.

ועי' פתחי תשובה בסי' שצ"ו סק"א שכתב בשם תשובות חות יאיר [סי' ר"ד] דבאופן שהבהמה היתה קשורה בשרשרת לגדר, ובא אחד והתיר את הבהמה וברחה הבהמה חייב לשלם, והוסיף שאף לדעת רש"י ותוס' דסברי דפורץ גדר בפני בהמת חברו פטור על הבהמה דהוה גרמא, מ"מ כה"ג שעשה מעשה שהתיר את מה שהבהמה היתה קשורה חשיב מעשה בידים, והביאור בזה נראה לפמש"כ דכיון שהבהמה בעצמה היתה

קשורה חשיב מעשה בדבר הניזק עצמו, אף דבגוף הבהמה לא נעשה מעשה בידים, ועי' בקה"י ס"ב מש"כ לבאר החילוק בין הסרת שמירה של בור לכל המזיקים, דרק בבור נתחדש החידוש של הסרת השמירה.

אמנם מדברי הרמב"ן בדיני דגרמי משמע שהסברא לחייב בפורץ גדר בפני בהמת חברו הוא משום גרמי, עי"ש שכתב דהטעם שחייב אם נאבדה הבהמה משום שהם גרמו לו שתאבד, משא"כ בנזקיה פטור דמי יימר דמזקא, ולא ברי הזיקא ומשמע דלא הוה מזיק בידים, ולפי"ז י"ל בדעת הרמ"ה ה"ה בזרק כלי מראש הגג ובא אחר וקדם וסילק הכרים והכסתות דחייב למד"א דגרמי חייב, אלא דהסוגיא התם קאי כמד"א דסבר דגרמי פטור, וכמו שצריך לבאר בדעת הרמב"ם בסוגיא שם.

שיטת הרמב"ם

בחויב נזקי הבהמה בכותל בריא

הרמב"ם פ"ד מנזקי ממון ה"ב כתב ז"ל הפורץ גדר בפני בהמת חברו ויצאת והזיקה אם היה גדר חזק ובריא חייב, והראב"ד השיג שאם כונת הרמב"ם על הכותל אמאי כתב והזיקה דמשמע הבהמה, ואם כונתו על הבהמה הא מבואר במשנה דפרצוהו ליסטים ויצאה והזיקה פטורים ורק היכא דהכשורה חייבים.

והרמב"ם בתשובה לחכמי לונל הובא במגדל עוז כתב דע"כ אין הכונה בסוגין שחייב על הכותל עצמו, משום דבזה פשיטא שחייב בדיני אדם דאם הוא כותל בריא חייב כמה ששורה כותל בריא, ואם הוא

כותל רעוע חייב לשלם כמה ששוה כותל רעוע, כמו שאם שובר כלי רעוע שחייב לשלם כמה ששוה כלי רעוע, ואם משום שעומד ליסתור את כותלו ויש מצוה בזה ולכן פטור בדיני אדם, א"כ בדיני שמים נמי לא לחייב כיון שעושה מצוה, [ופליג הרמב"ם על התוס' שכתבו דאפשר לפרש דכל החיוב בידי שמים הוא רק על הבהמה, אלא דבלשון הגמ' משמע דקאי אף על הכותל], וע"כ שכל הנדון של הגמ' הוא על ההיזק שנעשה ע"י הבהמה, וזהו החילוק בין כותל בריא שחייב על נזקי הבהמה, ועל כותל רעוע פטור על נזקי הבהמה.

וכתב הרמב"ם ואל תקשה הא דמבואר במתני' דפרצוה ליסטים דפטורים אם יצאה הבהמה והזיקה, דהתם כיון שלא נתכוונו לכך אלא כל כונתם היה כדי לגזול הבהמה, לכן אינם חייבים על מה שהבהמה הזיקה, משא"כ כאן שפרצו הגדר רק כדי שהבהמה תזיק והבעלים יתחייבו ע"כ חייבים בנזקי הבהמה.

וביאור החילוק בין מתכוון לאינו מתכוון כתב בביאור הגר"א [שצ"ו סק"ח] שחייב מדין דגרמי, ושיטת הרמב"ם שאין חילוק בין גרמא לגרמי, אלא שהחיוב של גרמי הוא רק אם נתכוון להזיק, וכמו שכתב הרמב"ם פ"ו מסנהדרין ה"ו עי"ש היטב, אולם צ"ב שנמצא לפי"ז שאם אדם הולך עם בהמתו ברשוה"ר ומתכוון שתזיק ולא שומר אותה יהא חייב על ההיזק מדין דגרמי, וא"כ ל"ש פטור של שן ורגל שהרי גמרי הוא חיוב של אדם המזיק.

ואולי יש לחלק בין אם הוא פורץ גדר לבין אם הולך עם בהמתו ומשמרה אלא

שבתוך הליכתו החליט שלא לשמרו אלא שתזיק, ועי' בחזו"א סי' א' סק"ו מש"כ בזה, עי' באבי עזרי שם שכתב לפרש את כל דברי הרמב"ם שהוא מדין מעמיד כמבואר לקמן נו ע"ב, עי"ש שביאר שזהו החילוק בין פרצוה לסטים לפורץ גדר, ולפי"ז כל החיוב הוא רק באופן של חיוב של דיני הנזקין, וע"ע באו"ש כאן מש"כ.

דעת רש"י בנדרון דפורץ גדר

רש"י ד"ה הפורץ גדר. ויצאה הבהמה וברחה, משמע ברש"י שהנדרון לגבי הבהמה הוא להתחייב במה שברחה, ולא מה שהבהמה הזיקה.

אולם רש"י [ד"ה אי בכותל בריא] כתב ואבהמה ליכא למימר דמתחייב דהא תנן פרצוה לסטים פטור, מבואר ברש"י שהנדרון היה לגבי מה שהבהמה הזיקה, שהרי הוכיח מהמשנה דפרצוה לסטים, והא במשנה הנדון הוא אם הבהמה הזיקה, דקתני הוציאו לסטים לסטים חייבים והיינו על מה שהבהמה הזיקה.

ועי' ברשב"א שכתב דלשון המשנה דתני פרצוה לסטים פטור משמע בין הזיקה ובין ברחא.

דף נו ע"א

בופף קומתו ברוח מצויה

חשיב מזיק בידים

גמ' הכי דמי אי ברוח מצויה בדיני אדם נמי נחייב. פרש"י הרי בידים הבעיר ובדיני אדם נמי נחייב, משמע מרש"י שהחיוב הוא מדין אדם המזיק ולא מפרשת אש.

והנה תוס' לעיל כב ע"א [ד"ה אשו] הקשו על מש"כ רש"י דאמר דאשו משום ממונו חייב רק באופן שהוא אש שלו, דהא מבואר כאן דכופף קמתו של חברו בפני הדליקה ברוח מצויה חייב מדין אש אע"פ שאין האש שלו.

ובתבו הפנ"י ונחל"ד שם דרש"י יפרש דהחיות כאן הוא מדין אדם המזיק, ודימה למש"כ התוס' לעיל ו ע"א דמניח ממון של חברו בתוך אש של חברו חייב מדין אדם המזיק, וה"ה כאן כיון שזה רוח מצויה חשיב מעשה בידים של אדם המזיק, ומדויק מאוד כן ברש"י שכתב הרי בידים הבעיר. **ויש'** לדקדק ברש"י שכתב [ד"ה דמטי ליה] כשכפפה הגיע הדליקה, משמע ברש"י דבשעה שהוא כופף בידיו פגע הדליקה וא"כ הוה אדם המזיק.

הדליק אש בביתו ויצא

גמ' אלא דמטיא ברוח שאינה מצויה. צ"ע א"כ בכל אש שיצא מביתו ברוח שאינה מצויה יתחייב בדיני שמים, ומהא דקאמר אופן זה משמע שרק בכופף קומתו חייב בדיני שמים. **והחזו"א** [ה סק"ד] כתב שכל החיוב בידי שמים הוא משום שעושה בכוונה להזיק לכן חייב אע"פ שאין ההזיק ברור, אבל בהדליק אש בביתו ויצא ברוח שאינה מצויה ולא עשה בכוונה אין חיוב ביד"ש, אלא מהא דאמר רב אשי דמיירי בטמון קשה הרי לא נתכוון להזיק כמבואר בתוס', וכתב דאף התם הרי ידע שיתכן שיבוא האש שם.

פטור טמון לצאת ידי שמים

רש"י ד"ה טמון איתמר. שכיסה קמת חברו כשראה דליקה אצלה והוא לא שלח

את הבעירה, הברכ"ש ס"ב הקשה דמשמע מרש"י דמיירי דוקא באופן שהוא עצמו לא הדליק את האש, וקשה אמאי לא פירש דאף היכא שהוא בעצמו הדליק את האש ואח"כ כיסה בסדינים כדי שלא יתחייב גם בזה בדיני שמים.

ובתב הברכ"ש דמוכח מכאן שהפטור של טמון הוא רק פטור מתשלומין, אבל לגבי האיסור להזיק לחברו אף בטמון יש איסור, וממילא יש חיוב שמירה שלא יזיק ע"י טמון, וע"כ החידוש של הגמ' הוא רק כשאחר הדליק את האש ולא כשהוא בעצמו הדליק ע"ש.

אמנם נראה דיש לדון בדבריו ע"פ מש"כ להלן שדעת כמה מהראשונים שכונת הגמ' פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים היינו שיש היינו חיוב תשלומים ולא רק איסור, וא"כ לפי"ז קשה דשיך לכתוב הך חידוש אף כשהוא בעצמו הדליק את האש, דנפק"מ שיתחייב בתשלומים דכל מש"כ הברכ"ש שיש איסור מזיק בטמון אינו אלא האיסור של ולא ישמרנו, אבל חיוב לשלם ביד"ש ליכא, אמנם עי' לקמן שהובא דרש"י בגיטין משמע שיש רק איסור לשמים ולא חיוב של תשלומים, בעיקר דבר הברכ"ש שבטמון יש בו איסור דאורייתא, עי' בחזו"א ס"ב סק"ז שס"ל דאין חיוב ביד"ש בטמון.

גדר החיוב

במקרב הדבר אצל האש

תוס' ד"ה אילמא. וא"ת כיון שאין חילוק בין מקרב הדבר אצל האש לבין מקרב

האש אצל הדבר, צריך להבין מה הטעם שמקרב הדבר אצל האש חייב, הרי לקמן ס' ע"א מבואר דליבה ולבתו הרוח פטור אף ברוח מצויה, ובדעת רב אשי ביארו תוס' שם שכל החיוב של אש הוא רק כעין מבעיר את הבערה ולא היכא שגורם את הבערה, וכיון שכל הליבוי של האש נעשה בצירוף הרוח אין חייב על זה.

ומבואר שהמחייב באש אינו על הפשיעה, אלא על יצירת האש ולכן היכא שהוא לא הבעיר את הבערה פטור, וא"כ צ"ב מה הטעם במקרב הדבר אצל האש שחייב, הרי אין כאן מבעיר את הבעירה, ועי' בחידושי הגרש"ש בתשובה סוף מסכת ב"ב שעמד בזה.

ומדבריו מבואר שבמקרב הדבר אצל האש חשיב בעל האש כיון שחידש דבר בניזק שינזק ע"י רוח מצויה, אבל אם קירב את המזיק שיוכל להזיק ברוח מצויה אינו חייב מדין אש, כיון שהמזיק אינו שלו וחשיב רק כגורם, וכונתו שאם מקרב את הבהמה לדבר ואח"כ היא מזיקה לא שייך לחייב משום אש כיון שההזיק נעשה ע"י הבהמה, אבל מקרב הדבר לאש יש בו הכשר של נזקין.

והוכיח כן גם מהא דמבואר במשנה שאם לסטים הוציאו חייבים רק היכא שנתכנו לגזולה, אבל אם לא נתכוונו לגזולה אע"פ שקריבו את הבהמה לפירות אין חייבם מדין אש, וע"כ שאין חיוב של אש בכה"ג וכל החיוב באש הוא רק כשמבעיר את הבעירה, או באופן שמקרב הדבר אצל האש, ולכאורה מבואר בהדיא בתוס' בע"ב כדבריו

שכתבו שמעמיד בהמה על קמת חברו אין חייב מדין אש ורק משום שן ורגל, והיינו שכל החיוב הוא כמש"כ כאן כשמקרב האדם לפי הארי ולא כשמקרב הארי לפי האדם.

מקרב דבר אצל האש במיתה

תוס' בא"ד. וי"ל דודאי אם כפתהו וכו', מבואר מדברי התוס' דאף לענין חיוב רציחה חייב היכא שמקרב הדבר אצל האש, דאין חילוק בין נזקין לרציחה בזה.

אולם התוס' בסנהדרין דף ע"ז [ד"ה סוף] נחלקן ב' תי' התוס' בנדון זה, ולתי' הב' שם כתבו דכל הסברא שמקרב הדבר אצל האש דחשיב כחציו ממש אינו אלא לענין חיוב נזקין ולא לענין מיתה.

והסברא לחלק עי' בשטמ"ק שכתב בשם הרא"ה שלגבי חיוב מיתה בענין חציו ממש ונתחדש שאשו חשיב חציו ממש, אבל לענין נזקין סגי בגירה ידיה, ולכן סגי במקרב הדבר אצל האש, ע"ע תוס' רי"ד שמבואר מדבריו חילוק אחר בין נזקין למיתה.

קושית המהרש"א בסנהדרין על תוס'

תוס' בא"ד. וא"ת ההיא דהשיך וכו' לפי מה שפירש בשמעתין דפי פרה ששם ידו לתוך פיו והשיך לחייב משום אשו, המהרש"א בסנהדרין עז. דייק מדברי התוס' שכל קושיתם הוא רק אם מכיש את הנחש מיירי שמניח ידו של חברו בתוך פה של הנחש, ומשמע לדעת רש"י דפירש דמקרב את הנחש לידיו של חברו לא קשה, ואמאי מ"ש מקרב הדבר אצל האש למקרב האש אצל הדבר.

ובתב המהרש"א דזה היה פשוט לתוס' דכיון שאין הארס עדיין בעולם ליכא חיוב, וכל קושית תוס' היה רק משום דמקרב הדבר אצל האש דחייב, דבזה קס"ד שאין נפק"מ בין הארס בעולם ללא נמצא בעולם כיון שעושה כל מה שיכול לעשות, ולמבואר באות קודם יש לישב קושית התוס' די"ל דכל החיוב של אש הוא רק במקרב הניזק דהיינו הדבר לאש.

ותי' התוס' דמ"מ הארס אינו בעולם ולא חשיב שהכשיר את הנזק, והא דבסוף חמה או צינה לבוא חייב אף שהתם עדיין אינו בעולם, צ"ל דדבר שמונח בטבע הבריאה חשיב כמו שנמצא, משא"כ היכא שזה תלוי בדעת הנחש שיוצא הארס חשיב דבר חדש וחסר במעשה שלו, כמש"כ החזו"א לענין זרק כלי מראש הגג וקדם הוא וסילק את הכרים וכסתות דאע"פ שזה רוח מצויה, מ"מ כיון שהוא דבר שתלוי בדעתו של אדם חשיב התחדשות כל פעם שמחליט לעשות כן ולכן לא חשיב בכלל רוח מצויה.

שובר עידי שקר לנפשיה

גמ' השוכר עידי שקר ה"ד אילמא לנפשיה ממונא בעי שלומי ובדיני אדם נמי לחייב. שהרי נטל ממונו שלא כדין, כתב הנמוק"י דמכאן נראה דכל החיוב הוא רק אם שכר על ממון שאינו שלו מן הדין, אבל אם אומר שפלוגי חייב לו ממון אחר כה"ג לא חייב בידי אדם וא"צ לשלם לו, מכיון שמן הדין הממון שלו ולא הוציא שלא כדין, אלא שעבר על איסור של מדבר שקר תרחק, והובא דין זה ברמ"א סי' ל"ב עי"ש היטב.

ועי' פנ"י שכתב דכה"ג שמודה שהוא שקר אבל חייב לו ממון אע"פ שפטור מלשלם מ"מ חייב בידי שמים, ומשמע מדבריו דהחיוב לצאת ביד"ש הוא מחמת האיסור של מדבר שקר תרחק, ובזה ביאר מש"כ התוס' ד"ה ממונא דמיירי שנודע מהבע"ד שהוא שכר אותם.

גדר החיוב לצאת ידי שמים

תוס' ד"ה אלא לחבריה. ודוק שוכר אבל אומר פטור מדיני שמים דסבור שלא ישמעו לו, הקשה הש"ך [סי' ל"ב] דהא מבואר בקידושין מג ע"א דאומר לשלוחו צא והרוג את הנפש אף דאין שליח לדבר עבירה מ"מ חייב דיני שמים, וא"כ אמאי כתבו התוס' דבאומר ליכא הנדון של הסוגיא הא חייב בדיני שמים.

ובביאור הגר"א שם כתב דמהתם ליכא ראייה דבכל שליח לדבר עבירה יש איסור לשמים, דאפשר דרק לענין רציחה איכא איסור לשמים, דלא גרע מהא דאיכא איסור של לא תעמוד על דם רייעך, דאף היכא שהוא לא עושה כלום איכא איסור, וכ"ש כאן שאומר לשני להרגו שחייב משום הך איסורא.

והקצצה"ח שם כתב ליישב דכל מה שמבואר בסוגיא בקידושין דחייב בדיני שמים היינו שנענש ע"ז ביד"ש, אבל הכא בסוגין הכונה חייב בדיני שמים היינו שחייב לשלם לו, ועד שלא משלם לו אין לו כפרה, וזהו מש"כ התוס' דאומר כיון שיש סברא של כסבור שלא ישמע אין חייב לשלם כדי להתכפר, אבל באמת איכא חיוב עונש ביד"ש וכמו שמבואר בסוגיא בקידושין.

ובדבריו הקצה"ח מבואר במאירי בסוף הסוגיא שחייב לצאת יד"ש הוא שחייב לשלם, והוסיף המאירי דכ"ז שלא משלם הרי הוא פסול לעדות, [וכונתו דכיון שיש איסור בדבר משו"ה פסול לעדות], ועי' בחזו"א ס"ה סק"ד שכתב דכן מבואר בירושלמי שחייב לצאת יד"ש הוא חיוב תשלומים.

אולם ברש"י בגיטין נג. [ד"ה וחייב בדיני שמים] מבואר דאינו אלא חיוב כפרה ועונש לשמים ואין חיוב ממון כלל, ועי' ביש"ש כאן שמבואר מדבריו דאף שהחיוב בידי שמים הכא הוא להוציא ממון, מ"מ הב"ד לא אומרים לו כלל מחיוב זה, ואם תפס מפקינן מינה, ול"ד לתפיסה בקלב"מ דהתם הוא מחויב בעצם, אלא שב"ד לא יכולים לפסוק חיוב בפועל אבל הכא אין לו חיוב בעצם, והוכיח כן מדברי התוס' בד"ה כסוי עי"ש מה שיבואר, ועי' בש"ך שם סק"ב.

האומר לחברו להעיד עדות שקר

תוס' בא"ד. עוד כתבו התוס' להוכיח דבאומר לחברו להעיד עדות שקר אין חיוב לצאת יד"ש, מהא דמבואר דשולח ביד חש"ו פטור מדני אדם וחייב בדיני שמים, ובשלח בידי פיקח הפיקח חייב ומשמע דהמשלח בכל גונא פטור אף מדיני שמים.

חש"ך שם כתב בשם הריטב"א בקידושין שדחה ראית התוס', דהתם כיון שהפיקח שילם ע"כ אין למשלח חיוב לצאת יד"ש, והביאור בזה דכל החיוב לצאת יד"ש הוא מחמת העבירה שנעשה, ולכן כל שתוקן

העבירה אין לו חיוב אף להתכפר, ונראה דאף אם החיוב לצאת יד"ש הוא חיוב תשלומים מ"מ כל החיוב הוא לכפר על העבירה והיכא שמשלם כבר נתכפר ואין חיוב יותר.

וברעת התוס' ע"כ צ"ל דאף היכא ששילם הפיקח חייב לצאת יד"ש, ולפי"ז צ"ב מש"כ התוס' בתחילת דבריהם דמירי שאין לו מה לשלם או שהלכו למדינת הים, והרי כתבו תוס' דאף אם שלמו חייב בדיני שמים, וכתב הפנ"י דכונת התוס' הוא לומר אמאי אין חיוב בידי אדם אבל בידי שמים בכל אופן חייב.

גדר החיוב להעיד לחברו

נמ' והיודע עדות לחברו ואינו מעיד לו במאי עסקינן אילמא בב"י תרי פשיטא דאורייתא היא. פרש"י דחייב בדיני שמים, הרמב"ן בקונטרס דיני דגרמי כתב דמהא דלא קאמר הגמ' בידי אדם נמי לחייב כמו שאמרו בשוכר עדי שקר, מוכח שהכובש עדותו אין חיוב של ממון כלל אפילו למאן דאית ליה דינא דגרמי.

וכתב הרמב"ן שהטעם בזה הוא משום שהחיוב לאדם לבוא להעיד עבור חברו אינו אלא מצות של גמילות חסדים, ולכן כשלא בא להעיד לו אין לו תביעה ממונית עליו.

אמנם עי' רע"א בשו"ע סי' כ"ח שכתב בשם רבנו ירוחם שיש חיוב ממון כשלא בא להעיד, ולפי"ז צ"ע מדברי הגמ', ועי' בשלטי הגיבורים כאן דמשמע כן שחייב לשלם מדיני דגרמי.

פשיטא דאורייתא היא

גמ' פשיטא דאורייתא היא. למבואר לעיל שהחוב לצאת יד"ש הוא חוב ממוני, יש להקשות דאף אם יודע עדות איכא איסורא דאורייתא, מ"מ מהתם לא ידעין שיש חוב ממון, ואפשר דע"ז אתי ר' יהושע לחדש שיש חוב לצאת יד"ש דהיינו לשלם ממון לחברו. ועי' בדבר אברהם [ח"ב סי' לב בהג"ה] מש"כ לישב.

בדברי הראשונים שיש אופן של איסור אם לא יגיד בע"א

גמ' אלא בחד. הרשב"א ורבנו פרץ כתבו דהא דליכא אם לא יגיד בעד אחד אינו אלא היכא שאינו מעיד על חוב ממון, אבל היכא שמעיד באופן שיכול לבוא לידי חוב ממון דהיינו בכח"ג שמעיד על חוב שבועה באופן שההלכה היא שמתוך שאיל"מ, כה"ג עובר באיסור של אם לא יגיד, והיינו דפירשו כפירוש הראשון של רש"י דאם לא יגיד בהגדה שמחייבת ממון.

ונראה דמוכח מדבריהם כמש"כ הרע"א בריש הפרה לבאר דלמד"א דאית ליה מתוך יסוד החיוב של ע"א הוא חוב של ממון, אלא שיש אפשרות להפטר בשבועה, שאם הגדר של מתוך הוא הלכה על ב"ד, שהע"א מחייב שבועה אלא שיש דין על הב"ד שאם אינו נשבע שיכולים לחייב אותו, אמאי הוה בכלל אם לא יגיד שהרי הגדתו אינו על חוב ממון.

והנה בתוס' מבואר דכל האיסור של אם לא יגיד בב' עדים אינו אלא היכא שאמרו בתחלה בב"ד אין אנו יודעים, דכיון שהגיד

שוב אינו חוזר ומגיד, אבל אם אמרו חוץ לב"ד לא דבכה"ג אין חסרון של כיון שהגיד, ולמבואר בראשונים שע"א שמחייב ממון יש איסור של אם לא יגיד, ע"כ צ"ל דמיירי ג"כ בכח"ג שאמר בתחלה בב"ד שאין יודע עדות ואח"כ חוזר ואומר שיודע עדות דכיון שהגיד אינו חוזר ומגיד.

וי"ש לדון לפי"ז האם בע"א שייך דין של חוזר ומגיד, דלכאורה כל הדין עדות של עד אחד הוא רק במה שהתורה חידשה שהוא עד, ולענין שבועה התורה האמינה לו אבל לא לדבר אחר, וא"כ לכאורה כשאומר שאינו יודע עדות אין לזה תורת הגדת עדות, וא"כ לא יהיה בזה חסרון של חוזר ומגיד כיון שלא היה לזה תורת הגדה עדות כלל, וא"כ קשה אמאי יש דין של אם לא יגיד, ועי' בכ"ז.

ועי' אמרי בינה [עדות סי' ח] שדייק מדברי הכס"מ פ"א מעדות ה"א שס"ל שאין כונת התוס' שהאיסור הוא רק אם תבע אותם בב"ד ממש, אלא כונת תוס' הוא שאם תבע אותם חוץ לב"ד שיבאו להעיד לו בב"ד ואין רוצים לבוא להעיד עוברים באיסור של אם לא יגיד, ולפי"ז יתכן אף בעד אחד שייך הך איסור.

גמ' והא איכא המבעית את חברו פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים. פרש"י שטעם הפטור מדיני אדם הוא משום דלא עבד ביה מעשה בגופו, אולם בגמ' להלן צא ע"א מבואר טעם אחר דאיהו דאבעית אנפשיה, ואפשר דמבואר בגמ' שם שאם אחזוי ותקע בו ונתגרש חייב דחשיב מעשה, ולכן פרש"י דמיירי בלא מעשה, ועיין.

תפיסה בחיוב לצאת יד"ש

תוס' כיוסי. וא"ת גלוי וידוע למקום למה נתכוון אם לטובה וכו', היש"ש כתב להוכיח מדברי התוס' דלא מהני תפיסה בחיוב לצאת ידי שמים, דאם היה מהני תפיסה תפיסה א"כ בעינן לחדש שיכול לתפוס, [עי"ש שכתב דרך בקלב"מ מועיל תפיסה אבל לא בחיוב בידי שמים, ועי' בקצה"ח סי' כ"ח סק"א שהאריך בדבריו].

הניחה בכותל רועע וחתרה

גמ' הוא שחתרה וכו' כי חתרה אמאי פטור תחלתו בפשיעה וסופו באונס הוא. פרש"י שחתרה והפילה הכותל, הנה תוס' לעיל נב ע"ב כתבו שהטעם שפרש"י דחתרה והפילה הכותל ולא פירש שחתרה תחת לכותל, משום שאם חתרה תחת הכותל ויצאה משם, אף למד"א תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב בכה"ג יהא פטור, משום שכל החיוב של תחילתו בפשיעה וסופו באונס הוא רק כשהאונס בא מחמת הפשיעה, אבל אם יצאה דרך חתירה לא חשיב שהאונס בא מחמת הפשיעה, וכן כתב בשו"ע סי' שצ"ו דרך היכא שתרה והפילה הכותל.

אולם השטמ"ק כתב בשם הרא"ה שה"ה היכא שיצאה דרך החתירה ג"כ חייב, וז"ל שהרי פשע כשהניחה שם ומפני שהניחה שם ג"כ בא האונס שחתרה, וביאור מחלקותם נראה דרש"י סבר שהפשיעה היא מה שהכותל רעוע ויכול ליפול, ולכן מה שחתרה הוה אונס שלא מחמת הפשיעה, אבל הרא"ה למד שהפשיעה היא מה שהניחה באותו מקום

שאינו שמור שהרי הכותל הוא רעוע, ולכן אף האונס שחתרה אח"כ הוא מחמת אותו פשיעה שהיתה שם.

והנה הברכת שמואל [סי' ו'] כתב יסוד בדין מזיק שכל הפטור של אונס בנוקין הוא רק באופן שעשה שמירה, אבל במקום שלא עשה שמירה כלל בשורו, אף אם אח"כ הזיק באונס אין בזה פטור של אונס, ואף למד"א תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור כה"ג יהא חייב, ולכן כתב [באות ג'] שאם אדם לא שמר בהמתו והלכה ברשות הרבים, ואדם אחר ששמר שורו בביתו כדין, ואח"כ נפלה גדר של ביתו באונס, ונכנסה הבהמה באותו חצר והזיקה בעל השור חייב, ואע"פ שזה אונס גמור מה שנפל הגדר של הניזק ולא הוה ליה לבעל השור לאסוקי אדעתיה שיפול גדר ביתו, אלא דמכיון שלא שמר שורו אין בזה פטור אונס.

והקשה שם א"כ לפי הרא"ה אמאי יש כאן פטור של אונס הרי הפשיעה שלא היה לו להניחה שם ונמצא שאין שמירה כלל, וכתב דע"כ צ"ל שאף לרא"ה אין הכונה שאין זה שמירה כלל אלא שהוא שמירה, אלא שיש כאן פשיעה בשמירה.

חיוב מזיק באונס שלא מחמת הפשיעה

התוס' לעיל נב ע"ב כתבו שלאב"י דסבר בפרק המפקיד לד ע"ב דבכל תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, לא בעינן אונס מחמת הפשיעה, ה"ה הכא היכא שחתרה ויצאה דרך החתירה ג"כ יהא חייב.

מנחת

דף נו ע"א

משה

ערה

והנה הרע"א ב"מ לו ע"א כתב שהסברא דמחייב אביי אף באונס שלא מחמת הפשיעה, משום דשומר מתחייב משעת פשיעה ומאותה שעה נשתעבדו נכסיו, ולכן אף היכא שהאונס לא בא מחמת הפשיעה חייב כיון שמשעה שפשע נתחייב, ומאן דפליג סבר שהחוב של שומר הוא לא בשעת הפשיעה.

והקשה האבי עזרי [במכתב בסוף ספר נזיקין] דסברא זו שייך רק בשומרים שהפשיעה היא מחייבת, משום שקיבל על עצמו שאם יפשע ישלם, אבל בנזקין החיוב הוא על עצם ההיזק ולא מחמת הפשיעה, וא"כ איך אפשר לחייב באונס שלא מחמת הפשיעה, הא כ"ז שלא נעשה הנזק לא נתחייב, ועי' בחידושי ר' ראובן ב"מ סי' כא.

מסקנת הגמ' דכולה פשיעה היא

גמ' וכי איתמר דרבה אסיפא וכו' מהו דתימא תחילתו בפשיעה וסופו באונס קמ"ל דכולה פשיעה. הקשה הרע"א שהרי הגמ' מעיקרא אומרת שרבה קאי על הרישא של המשנה, אלא שלמד"א תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב לא שייך לפרש כן על הרישא, ולכן למד"א חייב מעמידה הגמ' דברי רבה על הסיפא דאפילו חתרה חייב, והקשה א"כ מה כונת הגמ' מהו דתימא וכו' הא למד"א פטור אין הכרח לרש כן, והביא שהרא"ש כתב שכונת הגמ' מהו דתימא לומר שאף למד"א תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור כאן יהא חייב משום שכולה פשיעה היא.

ובתב הרע"א לישב שהרי רש"י ביאר שכונת רבה הוא והוא שחתרה והפילה הכותל, והוצרך רש"י לפרש כן משום שאם

לא הפילה הכותל אלא חתרה ויצאה ממקום אחר לא היה מתחייב לכו"ע שהאונס לא בא מחמת הפשיעה, וכתב הרע"א דצריך לבאר מה הכריח את רש"י לומר שחתרה והפילה הכותל, הא י"ל שכונת המשנה חתרה תחת הכותל, ולכו"ע פטור משום שהאונס לא בא מחמת הפשיעה.

ובתב לבאר דהטעם שפרש"י כן משום דמשמע כן בלשון המשנה דקתני נפרצה היינו שהכותל נפל, וא"כ י"ל שכ"ז ברישא של המשנה, אבל בסיפא אפשר לפרש שיצאה ע"י חתרה תחת הכותל, ולפי"ז נמצא שהאונס לא בא מחמת הפשיעה, וא"כ כונת הגמ' לבאר שאף למד"א תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב הכא כיון שהאונס לא בא מחמת הפשיעה אמאי חייב, ועי' אומרת הגמ' דהקמ"ל הוא שכולה חדא פשיעה ולכן חייב אף בכה"ג, עי"ש שהאריך לפי"ז לישב קושית תוס' ד"ה מהו.

ברש"י דכל תחבולות שיכולה לעושת עושה

רש"י ד"ה תחילתו בפשיעה. ופשיעה היא אצל פתיחת הדלת דאמרינן לקמיה כל תחבולות שיכולה לעשות עושה אגב צערה, הביאור הגר"א [שצ"ו אות ו'] תמה על רש"י הרי השתא עדיין הגמ' לא ידעה את הסברא שכל טצדקא, וא"כ איך יכול להיות שהיתה יוצאת בכותל בריא, ולכן כתב לפרש דלא כרש"י דלא מיירי בכותל בריא אלא בכותל רעוע עי"ש.

אולם רבנו פרץ עמד על קושית הגר"א דכיון שעדיין לא ידעה הגמ' הך סברא דכל טצדקא א"כ כולה אונס הוא, וכתב דברש"י

מישב קושיא זו דודאי היה סבור שאצל חתירה
אנוס הוא שלא תדחוק עצמה כל כך לצאת
בחתירה, אבל מ"מ ע"י שהיה מצטערת
תקשקש לפתוח לה פתח ולהא הוה פשיעה.

דף נו ע"ב

גמ' פשיטא כיון דאפקוה קיימא ברשותיהו
לכל מילי. פרש"י דכיון שאיכא משיכה
הרי הוא קנויה לו בתורת גזילה ומשו"ה
פשיטא שמתחייב בנזקין, וצ"ב לשון רש"י
דקנויה לכל מילי ובאמת שהוא לשון הגמ',
ונראה שכונת הגמ' לכל מילי דעניני נזקין.

ל"צ דקמו לה באפה

גמ' ל"צ דקמו לה באפה. פרש"י שלא משכוח
אלא עמדו בפניה שלא תלך לכל צד אלא
לקמה לאכול, והיינו שהגמ' חוזרת בה שלא
מתחייב מדין גזלן, אלא יש כאן חיוב חדש
בנזקין מדין מעמיד, כהא דאמר רב מתנה
המעמיד בהמת חברו חייב, פרש"י שאם
העמיד בידים הבהמה והוליכה לקמה חייב,
ה"נ אם עמד בפני הבהמה שלא תלך לצדדים
אלא לקמה חייב משום מעמיד.

ומקשה הגמ' הא נמי פשיטא, וצריך להבין
דהרי הכא פרש"י שעמדו בפניה
שלא תילך אלא לקמה ויש כאן חידוש דזה
גם חשיב מעמיד אע"פ שלא העמיד בידים,
ודוחק לומר דס"ל לגמ' השתא דכיון שנתחדש
חיוב של מעמיד, אין חילוק בין אם מעמיד
את הבהמה בידים על הקמה או שעומד בפניה
שלא תוכל לילך לשום מקום, ועוד דזה מה
דמשני הגמ' ל"צ דקם לה באפה דהיינו שלא

העמיד הבהמה בידים, אלא שלא נתן לה לילך
אלא לקמה ואע"פ כן חייב מדין מעמיד, ועי'
מהר"ם שיף.

ע"ע ביש"ש שכתב לפרש בדעת תוס' שאף
לפי אוקמתא זו חייב מדין גזלן דנעשה
גזלן ע"י דקמה לה באפה, ועי' ברע"א שהביא
דבריו, וביאר שפי' כן דאל"כ מדוע נקט התנא
באופן שהוציאו לסטים דוקא.

וליסטים נמי דהבישוה

גמ' אמר ליה אבבי לר"י הכישה אמרת לן
ולסטים נמי דהיכשוה. רש"י פירש דאבבי
אמר שהחיוב של מעמיד הוא באופן שהכיש
אותה, והיינו דלאו דוקא היכא שהחזיק אותה
בידים והעמיד אותה על הקמה, וא"כ אמר
אבבי שאפשר לפרש המשנה ג"כ באופן
שהכישה, אלא שבמשנה לא מתחייב מדין
מעמיד, דבמשנה אפשר לפרש שבהכאה זו
יש מעשה משיכה ונעשה גזלן עליה.

ובתב הפנ"י דאע"פ דכבר תני דיני משיכה
בקידושין מ"מ לא מבואר במשנה
דכה"ג משיכה קונה, וכן כתבו תוס' [נד"ב
הכישה] שבתחלה היה סובר שהחיוב בהכישה
הוא כשמחזיק את הבהמה בידים ומוליכה על
הקמה ולכן מקשה הגמ' פשיטא, ואמר אבבי
שלא מחזיק אותה בידים, אלא אף אם הכישה
חייב משום מעמיד, וא"כ אפשר לפרש
שהמשנה מיירי ג"כ שהכישה וחייב משום
גזילה וכמש"כ רש"י.

ובתבו תוס' שהחידוש הוא שמה שמתחייב
מדין גזלן ולא חשיב מילתא דפשיטא
לפי שקל להבין, ועי' ברבנו פרץ שכתב דדוחק
לומר שהחידוש של המשנה הוא שמשיכה

קונה כמו שפרש"י, אלא ביאר ר"פ שתוס' [בד"ה פשיטא] נחבטו מאוד מהו הפשיטא כ"כ של הגמ' שגולן חייב בנקי הבהמה, ולכן אפש"ל שיש חידוש במשנה שגולן חייב בנזקי הבהמה.

כתב מהרש"א דהא דלא פירשו התוס' דכונת המשנה שחייב מצד מעמיד כמו שמעיקרא קבעי הגמ' לפרש דקמו ליה באפה, ותי' משום דא"כ אמאי המשנה נקטה הלשון הוציאו לסטים ואמאי לא אמר בסתם בנ"א, וע"כ דמיירי הכא שהכישוה את הבהמה שלא כנגד הקמה של חברו ואינו חייב מדין מעמיד, אלא חייב מדין שהוא לסטים שקנו את הבהמה שהיא שלהם והחידוש הוא שגולן חייב בנזקי הבהמה.

ועי' ברע"א שהקשה לדברי המהרש"א א"כ תקשה לפי התירוצ' של הגמ' דקמו ליה באפה אמאי לא תני במתני' בסתם בנ"א ואמאי קתני לסטים, עי' מש"כ לישב.

והנה מצינו בראשונים שחלקו על רש"י ותוס' וביארו שלפי מסקנת הגמ' כונת הגמ' דבמתני' חייב בהכישוה מדין מעמיד, ולא משום שנעשה גולן עליה, והיינו שהגמ' חוזרת בה שאם קם לה באפה אין חיוב של מעמיד וכל החיוב של מעמיד הוא באופן שהכישוה, עי' בתלמיד ר"ת שכ"כ ודייק מלשון הגמ' וליסטים נמי דהכישוה, משמע שהוא מאותו דין של מעמיד.

ע"ע מה שנחלקו בזה הרמב"ם והראב"ד פ"ד מנזקי ממון ה"ג, דז"ל הרמב"ם המעמיד בהמת חברו על קמת חברו חייב לשלם מה שהזיק, וכן אם הכישוה עד שהלכה לקמת

חברו והזיק זה שהכישוה חייב, וכתב הראב"ד וכ"ש קם לה באפה, וכתב המגיד משנה דסבר הרמב"ם דלמסקנת הגמ' כל החיוב של מעמיד הוא במשיכה, אבל בקם לה באפה אין חיוב של מעמיד, ועי' אבן האזל מש"כ בדעת הראב"ד.

הוציאוהו ליסטים על מנת לאבדה

תוס' ד"ה פשיטא. בהוציאוהו לגזולה איירי מתני' כדמוקי לה בירושלמי, בירושלמי שם מבואר דאתי לאפוקי היכא שהוציאו הבהמה לאבדה דכה"ג אין חייבין הגזלנים בנזקין, בפשוטו נראה שכונת הירושלמי שאין חיוב של גזילה בגזל ע"מ לאבד.

הש"ך [סי' שפ"ו סק"א] הקשה מהא דמבואר להלן צח ע"א שאם זרק מטבע לים הגדול למים עכורים חייב מדין גזלן, הרי חזינן דגזול על מנת לאבד חשיב גזלן וכן הקשה הפנ"י שם, ותי' הש"ך שכל דברי הירושלמי אינו אלא לענין נזיקין, אבל לענין חיוב אונסים של גנב אף בגזול ע"מ לאבד חייב.

האבן האזל פ"א מנזק"מ ה"א ביאר דהסברא בזה הוא דהחיוב שיש לגנב בנזקי הבהמה הוא מחמת שהחפץ בא לרשותו כדמבואר בהמשך דברי תוס', דגולן חשיב ברשותו לגבי לקנות בשינוי לכן חשיב כבעלים לענין נזקין, אבל גזל ע"מ לאבד אף אם חייב, מ"מ לא חשיב החפץ ברשותו ולא יהא בו קנין שינוי לכן אינו כבעלים להתחייב בנזקין, ועי' תרומת הכרי סי' שפ"ו סק"ג.

ויש לזון במש"כ האבה"ז דלכאורה אף בגזול ע"מ לאבד יש לו בו קניני גניבה, שהרי מבואר בסנהדרין עב ע"א דל"ש חיוב אונסים אם החפץ אינו ברשותו, וכל הטעם שגנב חייב באונסים כיון דיש לו בו קנינים, ועי' בתלמיד ר"ת שכבר תמה על דברי הירושלמי עי"ש.

ביאור קושית התוס'

תוס' בא"ד. וא"ת מנלן דקיימא ברשותיהו אפילו להתחייב על מה שהיא מזקת וכו' וליכא למימר דכי היכא דמסרה לשומר חנם וכו', מבואר בתוס' דיש סברא לחייב שומר בנזקין ואותו סברא לא קימת בגזלן. **האבי** עזרי ריש הלכות נזקי ממון תמה דא"א לפרש שהחייב של שומר בנזקי ממון מחמת ששומר קיבל על עצמו שמירה, שהרי ל"ש לומר שמתחייב לבעלים בנזקין שהרי חיוב נזקין הוא לשלם לניזק ול"ש להתחייב על זה, וע"כ שהסברא לחייב את השומר בנזקי הבהמה הוא מחמת שהוא ברשותו, וא"כ הקשה האבי עזרי מדוע אותו סברא שיש בשומר שהוא ברשותו ליכא בגזלן ומה הנדון של תוס' רצ"ע.

ואפשר לחדש דאע"פ שחייב אחריות של גזלן הוא עדיף משומר שהרי גזלן חייב באונסין ושומר לא, מ"מ מצינו שיש לשומר חיוב יותר מגזלן לענין איסור בל יראה, דבשטמ"ק לקמן צו ע"ב כתב בשם הר"מ מסרקסטה שאם גזל חמץ לא הגזלן ולא הנגזל עוברים בכל יראה, [ודעת הרמב"ן בפסחים לא ע"ב והריטב"א כט ע"א שהגזלן עובר בב"י], וצ"ב סברת הר"מ מסרקסטה הרי בפסחים ה ע"ב מבואר דשומר שקיבל עליו אחריות עובר בכל יראה ומ"ש גזלן משומר.

וביאר האור שמח [פ"ג מחמץ ה"ח] שהטעם שחייב אחריות של שומר מחייב בכל יראה משום שמחייב לשמור החפץ ואם לא שמר מתחייב לשלם על מה שנאבד, נמצא שמה שהחמץ תחת ידו גורם לו חיוב תשלומים לכן חשיב החמץ מצוי בידו לענין בל יראה, אבל גזלן אין לו דין שמירה אלא החיוב דמים שלו הוא מחמת מעשה הגזילה, אלא שאם החפץ בעין מחייב בהשבתה ונפטר מחיובו ע"י השבת הגזילה, ואם החמץ יאבד מחיוב דמים לא מחמת איבוד החמץ אלא מחמת מעשה הגזילה, ולכן כה"ג לא חשיב החמץ מצוי בידו לעבור עליו בכל יראה.

ולפי"ז י"ל דס"ל לתוס' בקושיתם שחלוק חיוב של שומר מגזלן, שהטעם ששומר חייב בנזקין הוא מחמת שהחייב תשלומים הוא מחמת שנאבד לכן חשיב הדבר ברשותו, אבל גזלן שאיבוד החפץ לא גורם את החיוב תשלומין לכן אין נחשב שהחפץ ברשותו ומשום"ה אינו סיבה לחייבו בנזקין.

חילוק בין חיובי שומר לגזלן

תוס' בא"ד. דמצינו דברים שהשומר חייב והגזלן פטור וכו' דלא קיבל עליו שמירה וכו', מבואר מדברי התוס' דאין לגזלן חיוב של שומר וכל החיוב של גזלן הוא להחזיר את החפץ כמו שהוא, ולכן באופן שיכול לומר לו הרי שלך לפניך מקיים חיוב של והשיב, אבל שומר מתחייב לא רק את עצם החפץ אלא קיבל שמירה שהחפץ לא ינזק ולא יפחת מדמיו, ולכן חייב בכחש דהדרא ובהקיצו מקצתן, ומש"כ התוס' שאין

השומר קונה בשינוי, כונתם שאם שומר היה קונה בשינוי ע"כ הביאור בזה הוא שכל החיוב שלו להחזיר את עצם החפץ וכל שנשתנה אין שמו עליו וחייב דמים כמו גזלן.

וצ"ב עיקר דברי התוס' אמאי הוצרכו להוכיח שגזלן לא מקבל על עצמו חיוב שמירה מזה שקונה בשינוי, הא בגמ' ב"מ מג ע"א מבואר דגזלן מתחייב משעת הגזילה משא"כ שומר משלם כשעת אבידה, ואם מעיקרא שוה ד' וזו ובשעת אבידה שוה וזו דגזלן משלם ד' ושומר משלם וזה וה"ה להיפך, וביאור הראשונים שם דגזלן כיון שהוציא החפץ מרשות בעלים מיד נתחייב ע"ז, משא"כ שומר נתחייב רק כנאבד החפץ, וא"כ איך ס"ד דגזלן נעשה שומר הא כבר נתחייב מיד בשעה שגזלה.

וצ"ל דמ"מ אף שגזלן חייב כשעת הגזילה, מ"מ ס"ד דמכיון שהחפץ שייך לבעלים יתחייב הגזלן ג"כ בשמירתו, ונפק"מ להיכא שהקריבו מקצתו, וזהו מש"כ התוס' להוכיח דגזלן אינו שומר, [ועי' ברכת שמואל סי' ה].

והנה בעיקר מה שתוס' הוצרכו להוכיח שגזלן אינו שומר צריך להבין מהכ"ת שיהא לגזלן דין שומר הרי לא קיבל על עצמו שמירה, ועי' בברכ"ש סי' ה' סק"ו שכתב דבמחנה אפרים מבואר יסוד בדין שומר, דכל היכא שהחפץ צריך להיות ברשות של אחד הרי הוא נעשה שומר עליו אף שלא קיבל על עצמו שמירה, וא"כ ה"ה בגזלן שהוא ברשותו היה צריך להיות שומר, והטעם שבאמת לא נעשה שומר הוא משום שדין הגזילה מפקיע ממנו דין שומר.

שומר אם יכול לומר הרש"ל

תוס' בא"ד. כמו כן יתחייב בהכחשא דהדרא ובהקריבו מקצתם כיון דקיבל עליו שמירה דלמה לא יתחייב בזה כמו בזה, מבואר בתוס' שחלוק חיובי שומר מחיובי גזלן, דגזלן לא קיבל על עצמו שמירה אלא חייב בהשבה ולכן יכול לומר לו הרש"ל, אבל שומר מתחייב בשמירה שהחפץ לא יוזק ולכן לא יכול לומר הרש"ל.

אולם בסוגיא לעיל מה ע"א מבואר שאף שומר יכול לומר הרש"ל היכא שקיבל על עצמו שמירה על שור ונגח אדם ומת ונתחייב השור מיתה, דאע"פ שנאסר בהנאה מ"מ יכול לומר לו הרש"ל.

אמנם יש לחלק דהתם כיון שמצד דיני מזיק חשיב היזק שאינו ניכר ואין חיוב תשלומין בהזיק זה לכן אף שומר יכול לומר הרש"ל, אבל היכא שמדיני מזיק החפץ מוזק כהא דפירות והקריבו מקצתו או הכחשה דהדרא שומר מחויב לשלם, דשומר קיבל על עצמו שמירה שכל דבר שיש לו דין מזיק שיהא חייב לשלם על הפסדו, ועי' היטב בתוס' שאנץ בשטמ"ק שמובאר כ"ז, ועי' בקצה"ח סי' ש"מ סק"ב שהביא דבשטמ"ק ב"מ חולק על תוס' וסבר דאף שומר יכול לומר הרש"ל בפירות והקריבו מקצתו.

גולן אם יש לו דין שומר אבידה

תוס' בא"ד. בעיקר מש"כ תוס' דגולן אין לו דין שומר, יש לדון מדוע לא יהא לגולן דין שומר מדין שומר אבידה וא"כ יתחייב בזה בנזיקין מדין שומר, ועי' באו"ש פ"ד מנזק"מ ה"ד שדן האם שומר אבידה

חייב בנזקין, והחזו"א [סט"ז ס"ק כ"א ד"ה ויש לעי'] כתב דגזלן לא נעשה שומר אבידה כיון שמחזיקו עבור עצמו לא בשביל להחזיר, וע"ע בשער המשפט סי' שנ"ד שכתב לבאר דעת הסמ"ע שם שכתב שגזלן שאיבד את החפץ בפשיעה חייב לשלם כשעת הפשיעה, והקצה"ח תמה הרי אין לו דין שומר כמו שכתבו תוס'.

והשער המשפט כתב דיש לו דין שומר אבידה, אלא שכתב דאין מתחייב כשאר שומר בחילוקים שכתבו תוס', דכיון שרחמנא שיעבדא בע"כ חיוב השמירה שלו הוא לפי חיובי של גזלן.

קושית הרע"א על תוס'

תוס' בא"ד. ואין לומר דמתחייב לפי שאין יכולים לקיים בזה מצות השבה שמשלם מגופו וכו', הקשה הרע"א הא זהו גופא נדון של התוס' מהו המקור לחייב גזלן בנזקין, וא"כ מה כונת התוס' לישיב שאם מתני מיירי בשור תם שגובה מגופו לא יוכל הניזק לגבות את השור, דהבעלים לא פשעו בשור כלל ואנוסים שאין יכולים לשמור שורם ולגזלן אין כלל חיוב.

בחידושי הגרש"ש [סי' ל"ב ג] כתב דלגודל התמיה צ"ל דס"ל לתוס' בקושיתם דחיוב של שור תם אינו מחמת שיש פשיעה בשמירה, אלא סיבת החיוב הוא שהתורה אמרה ששור שהזיק יטלו אותו הנזקין, אלא שאם שמרו כראוי אז התורה פוטרת אותו, אבל כשהוא נמצא אצל שומר אע"פ שאין לבעלים דין שמירה שהרי סמכו על השומר, מ"מ לגבי השור עצמו נשלם תנאי התורה

שיוכל לזכות בגופו אם הזיק, [וצריך להוסיף עוד דמ"מ צריך שהשור יהא אצל גברא שהוא בר שמירה, דהא שור הפקר פטור], ועי' היטב בברכ"ש ס"ז בסו"ד, ע"ע חזו"א [סי' ו א'] שכתב לבאר באופ"א.

ביאור סברת תוס'

בחיוב גזלן בנזקי הבהמה

תוס' בא"ד. וי"ל דסברא הוא דגזלן נכנס תחת הבעלים דכיון שהוציא מרשות בעלים שהיו חייבים בשמירתה וכו', דלענין נזקין אקרו בעלים כל מי שבידו לשמרה, מבואר בדבריהם דהא דגזלן חייב בנזקי הבהמה משום שאין לבעלים אפשרות לשמרה ע"כ חייב הגזלן כיון שבידו לשמור.

והוסיפו התוס' דחשיב כבעלים לענין נזקיה, והביאור בזה נראה דל"ש להתחייב בנזקי הבהמה אם לא שיהא לו דין של בעלים, דל"ד חיובי שמירת נזקין לשמירת גופו של הבהמה, דהחיוב שמירה היא לבעלים, אבל הכא ל"ש לומר שמתחייב שמירה לכל העולם שלא יזיק, וע"כ כל החיוב אינו אלא היכא שנעשה כבעלים על הבהמה, וזהו שכתבו התוס' דהטעם דחשיב הגזלן כבעלים כיון שאין ביד הבעלים לשמרו, ועי' בחידושי הגר"ח פ"ד מנזקי ממון הי"א שהדגיש נקודה זו דל"ש להתחייב בנזקין אלא א"כ יש לו דין בעלים כמו שמבואר בתוס'.

ונראה דמה שנעשה כבעלים אינו מה שבפועל אין לבעלים אפשרות לשמרו, שהרי התוס' כתבו בתחילת דבריהם בשם הירושלמי דהיכא שהוציאו לסטים שלא על מנת לגזולה אלא ע"מ לאבדה אין חיוב

בנזקיה, ואע"פ דהתם נמי לא הוה ברשות בעלים, אלא ע"כ שכונת התוס' דבעינן עכ"פ שיהא ברשותו ע"י הקנייני גניבה ולכן נעשה כבעלים לשמרו, ובוזה יבואר מש"כ תוס' לחלק משותף שלא נעשה בעלים על חלק של חברו ולכן לא מתחייב רק על חלקו.

ועוד כתבו התוס' כיון דגזולן קני ליה ברשותו קאי לענין אונסים יש לו להחשב בעלים וכו', וחידשו התוס' כאן דאין הטעם שהוא כבעלים מחמת שהבעלים בעצמם לא יכולים לשמור, אלא דכיון שיש לו קנייני גזילה ע"כ חשיב בעלים לענין נזקי הבהמה, והנה לטעם הראשון שכתבו תוס' שהוא חשיב כבעלים מחמת שבידם לשמור ה"נ בשומר חייב בנזקי הבהמה מה"ט, אבל יש לדון לפי סברא זו של תוס' שמתחייב באונסין מה הטעם של שומר הרי אין חייב באונסין, ואפשר דבשומר נשאר תוס' בסברא שכתבנו בקושיא דכיון שחייבים אם יאבד לכן חייבים בנזקי הבהמה.

ב' נפק"מ בתרוצי תוס'

והנה בעיקר ב' תירוצי התוס' נראה דיש ב' נפק"מ בזה.

א' היכא שהבעלים רואה שהשור אינו שמור, דלגבי שומרים מבואר ברמב"ם פ"ד מנזק"מ שחייב הבעלים לשמרו כיון שהשור אינו שמור ואם הזיק כה"ג הבעלים יהיו חייבים, ולפי דרך הראשונה של התוס' ה"נ בגזולן אם הבעלים רואה את השור חייבים לשמרו דכל הסברא שהגזולן חייב הוא כיון שמונע מהבעלים לשמרו אבל אם יכול לשמרו הרי הוא מחויב לשמור של יזיק, אבל לפי הסברא שכיון שיש לו קנייני גניבה אפשר שאם

הבעלים רואה שהשור לא שמור לא יהיה מוטל עליו לשמור כיון שהחויב על הגזולן, [אע"פ שמדין השבת אבידה אולי חייב שהגזולן לא פסיד מ"מ אם לא שמר הגזולן חייב לשלם נזקי השור].

ב' יש לדון היכא שגזול בשעה שהיה קלב"מ שאינו מחויב בתשלומי הגזילה לפי הצד באחרונים שאין לו קנייני גניבה [עי' בנתה"מ סי' שנ"א] ואין חייב באונסין, דלפי תי' הב' כה"ג אם יזיק הגזולן פטור והבעלים יהיו חייבים אבל לפי תי' הא' של תוס' אף שאין לגזולן חיוב בתשלומי הגזילה מ"מ חייב לשמור על החפץ של יזיק וחייב בנזקי השור, [וגם בזה יש לדון שאף לתי' הראשון חיובו רק מכח הקנייני גניבה ועי'].

גביה בשור תם מגופו בגזולן ובשומר

מבואר מדברי התוס' דבין בשומר ובין בגזולן הא דמתחייב בנזקין הוא משום דחשיב כבעלים לענין נזקין, והנה בשור תם שגובה מגופו צריך להבין איך אפשר לגבות מגוף השור, אף דחשיב כבעלים לענין תשלומי הנזק, מ"מ כיון שגובים מגופו של השור איך יכולים להפסיד את הבעלים הא הם לא פשעו בשור כלל, וכבר עמד ע"ז הרע"א כאן ונשאר בצ"ע.

בחידושי הגר"ח בהלכ' נזקי ממון פ"ד ה"ד [ד"ה והנה התוס'] הוכיח מדברי התוס' לעיל מה. ד"ה אתפסיה לתוראי שהגדר הדין שגובים שור תם כשהזיק בבית השומר אינו מחמת החיוב של השומר [דהא אינו שלון] אלא שזה נדון כאילו שהבעלים בעצמם

מחויבים, דהתוס' שם כתבו דהיכא שהשור נאסר בהנאה יכול השומר לומר לבעלים הרי שלך לפניך [אי לאו דחשיב כהיזק ניכר], ואם סיבת הגביה של השור הוא מחמת החיוב של השומר, נמצא שלא השיב לבעלים כלום שהרי הניזק גובה את השור בתורת חיוב של השומר, וע"כ דאי"ז חיוב של השומר אלא הוא חיוב חדש שגובים מן הבעלים כמי שהם מחויבים בנזק, וכתב הגר"ח דאף שהשומר הוא המזיק ועליו חל תשלומי הנזק מ"מ כיון שאין לו מה לשלם שהרי שור תם משתלם מגופו ע"כ חל חיוב לגבות את גוף השור, ועי' בברכ"ש ס"ז אות א' שכ"כ.

והקשה הגר"ח שם מהא דמבואר לעיל מ. דשור תם שהזיק בבית שומר יכול השומר להודות על החיוב וליפטר מדין מודה בקנס, ואם השומר אינו משלם אמאי מועיל הודאתו, הא אילו היה חיוב ממון לא היה מועיל הודאתו כלל וא"כ אמאי חשיב מודה בקנס, וכתב הגר"ח לחדש דלענין דין של מודה בקנס אינו תלוי במי שמחויב בפועל בתשלומים, אלא במי שהוא המחויב לשלם וכיון דהשומר הוא שפשע בשמירה והוא הסיבה המחייבת בתשלום, אלא שאין ממה לשלם ע"כ מהני הודאתו דחשיב פרט למרשיע את עצמו, [ועי' לעיל מש"כ בשם החזו"א].

אמנם מדברי הש"ך חזינן דרך חדשה בזה, דהנה נחלקו הש"ך והקצה"ח בסי' ת"א היכא שנעשה שומר על השור בלא ידיעת הבעלים, כההיא דריש שור שנגח ד' וה' שכל אחד תפס השור לאחר שהזיק ואח"כ הזיק עוד פעם, דדעת הש"ך דכה"ג אין דין גביה מגופו על חלק של הבעלים אע"פ שיש לו

דין שומר על כל השור, אבל הקצה"ח שם הוכיח מדברי התוס' דכמו שגזלן גובה מגופו ה"ה בשומר.

ומבואר דדעת הש"ך שחלוק החיוב של שומר מגזלן לענין גביה של מגופו, דבשומר הטעם שגובה מגופו משום שיש בזה פשיעת הבעלים כיון שמסרו לשומר ממילא היכא שהשומר פשע הרי"ז כאילו שהוא בעצמו פשע ולכן גובה מגופו של השור דהבעלים בעצמם פשעו, ומשו"ה סבר הש"ך דהיכא שנעשה שומר בע"כ שלא מדעת בעלים אין גובה מגופו של שור, אבל בגזלן צ"ל [וכ"כ החזו"א ובחי' ר' ראובן] הטעם שגובה מגופו של שור כיון שהוא קנוי לו בקניני גניבה וסברא זו לא שיכת בשומר שלא מדעת הבעלים, אבל הקצה"ח ס"ל שהחיוב של מגופו הוא מחמת שהיה אדם שהיה צריך לשמור ולא שמר ולכן דין הוא לגבות מגופו של הבעלים ולכן כל שיש לו דין של שומר יכול לגבות מגופו של בעלים.

ונמצא דלפי הש"ך כל סברת התוס' כאן בגזלן אינו סברא בשומר לגבי שור תם דלא הוה מה"ט, ועי' באבי עזרי שתמה ע"ד הש"ך מנלן לחדש שיש סברא חדשה בשומר הא כמו שכתבו התוס' דהמחייב בנזקין הוא מה דהחפץ ברשותו א"כ אין חילוק בין שומר לגזלן ודייק כן גם בלשון הרמב"ם שכתב כל נפש חיה שהיא ברשותו של אדם חייב בנזקיה ולא כתב הרמב"ם נפש חיה שהיא שלו עי"ש בכ"ד, [וע"ע מש"כ בזה לעיל לד' ע"א, ריש פרק ד' וה', מ ע"ב, מה ע"א].

הרשב"א בסוגיין כתב דהא דגזלן חייב בנזקי הבהמה הוא מחמת הקניני גזילה שיש לו ואין חילוק בין מועד לתם, וכתב הרשב"א דהיינו דתנן ארבעה שומרים נכנסו תחת הבעלים וההיא אפילו בתם, וסיים הרשב"א דכ"ש גזלן משומר כיון דהוא קנוי לו לכל מילי, ומבואר מדברי הרשב"א דיש יותר סברא בתם בגזלן משומר, וזהו שלא כדברי הש"ך דסבר דחלוק דין החיוב של שור תם בשור מגזלן, ועי' ברכ"ש ס"ז שעמד על דברי הרשב"א אלו עי"ש בכ"ד.

גדר חיוב מעמיד

תוס' ד"ה המעמיד. ואע"פ שאין הבהמה שלו חייב מטעם שן ורגל, דאע"ג דכתיב בעירה כדידיה חשביא הואיל והוא עשה, כתב החזו"א [ס"א סק"ז] שכונת תוס' הוא דאע"ג דחיוב של שן לא נאמר רק בממונו, מעמיד שאני דילפינן ק"ו מבעלים שלא שמרו, והוה בכלל חיוב של שן, ונראה כונתו שהמחייב של ממון המזיק הוא משום שהוא אחראי על ההיזק שנעשה בממונו, ולכן היכא שמעמיד בהמת חברו על קמת חברו ק"ו שהוא אחראי על הנזק יותר ממה שפשע בשמירה בממון שלו, ונמצא שהחיוב של ממונו בשן ורגל אין הכונה שצריך שיהא ברשות הממונית שלו, אלא הוא רק סיבה לעשות אותו אחראי על ההיזק, ולכן מעמיד הוה מעשה ידיה וחייב.

אולם צריך לבאר דמבואר שכל החיוב של מעמיד הוא רק בכה"ג שהוא העמיד אותו על קמת חברו ממש, אבל אם הוציא בהמת חברו לרשות הרבים והלכה והזיקה פטור אע"פ שההיזק נעשה מכח פשיעתו,

כדמבואר במשנה פרצוה לסטים ויצאה והיזקה פטור, ומדוע פטור הא התם נמי הזיקה מכח פשיעתו ואמאי התם לא חשיב כדידיה.

והנה בתוס' לעיל יט ע"ב [ד"ה קשרו אדם] מבואר שאם אדם הוציא דליל של אדם אחר למקום התורפה, ונקשרה הדליל ברגל בהמה והלכה הבהמה והיזקה, דהאדם שהוציא את הדליל חייב מדין אש, ומבואר שאף אם פשע באש שאינו שלו חייב על כל ההיזק שנעשה מדין אש, וקשה מ"ש שן ורגל שאם פשע בבהמת חברו אינו מתחייב ורק היכא שהעמיד אותה על קמת חברו.

ונראה לבאר דיש חילוק בין שן ורגל לאש, דבשן ורגל לשון הפסוק הוא 'בעירה' והיינו שהתורה חייבה על הממון שלו שהזיק, אבל באש כתיב כי תצא אש, ולא מבואר בתורה שחייב על ממונו, וא"כ נראה דבשן ורגל שהתורה אמרה שאופן התיחסות של המזיק הוא ע"י שהוא ממונו, לכן אע"פ שאין צריך דוקא שיהא ממונו כמו שכתבו תוס' שמעמיד ג"כ חייב, מ"מ נראה שרק היזק דמעמיד דומה לחיוב של ממונו, שגדר החיוב של ממונו הוא שע"י פשיעתו בשמירה חשיב שהוא עצמו הכשיר את עצם ההיזק, וכן מעמיד הוא מתחייב משום שע"י שהעמיד את הבהמה על הקמה ההיזק מזומן והוה כפשיעה בממונו, אבל אם פשע בבהמת חברו והלכה והיזקה אע"פ שהיזק נעשה מחמת פשיעה שלו, כגון שהוציא הבהמה לרשות הרבים הפשיעה מתיחסת עליו, אבל עצם ההיזק לא מתיחס אליו, וכדי ליחס ההיזק בפשיעה בשמירה הוא רק כשהבעלים בעצמם פשעו, אבל באש דלא כתיב בקרא שהחיוב הוא רק בממונו, י"ל

דהתם המחייב הוא מה שיש היזק מחמת פשיעת באש, לכן אף אם פשע באש של אדם אחר חייב שהרי הפשיעה מתיחסת אליו.

ועי' בחזו"א [ג' א' בסופן] שכתב שהיה אפשר לחייב פשיעה בבהמת חברו והלכה והזיקה ע"י שנלמד הצד השוה בור ושרן, אלא שכתב דלאחר שהתורה אמרה חיוב של שן ורגל א"א לחייב שן מדין הצד השוה של אש ושרן, אלא כל החיוב של שן הוא רק שן בפנ"ע.

והנה תוס' לעיל ג ע"ב [ד"ה וממונך] כתבו דמש"כ בגמ' שם הצד השוה שהוא ממונך הלשון ממונך לא דוקא, שהרי אש ובור לא ממונו הוא, והקשה האבן האזל [פ"ג ה"ד] שהרי מבואר מתוס' כאן דאף בשן ורגל יש אפשרות שזה לא יהיה ממונו שהרי מעמיד חייב וא"כ ליכא הצד השוה.

ולמבואר נראה שאין הכונה ממונך שהוא בעלות הממונית שלו, אלא שההיזק באחריותו מחמת שהוא ממונו, ולכן י"ל שמעמיד שהכשיר את עצם ההיזק יש בו אחריות ההיזק שיש בממונו, משא"כ פשיעת כרייה של בור ופשיעה של אש אין צריך הכשר על עצם ההיזק, אלא אף כשהניח אש של אחר במקום שיש רוח מצויה שיכול להיות שתזיק הוא ג"כ חייב וכמו שמבואר לגבי דליל.

ביאור הראיה ממדליק בפשתנו של חברו

תוס' בא"ד. כמו מדליק פשתנו של חברו בנרו של חברו, צ"ב מה כונת תוס' להוכיח משם, הרי נתבאר באות הקודם שיש

חילוק גדול בין אש למעמיד דשן ורגל, שהרי באש חייב אף בלא מעמיד כמו שמבואר לעיל יט ע"ב לגבי דליל, וא"כ מה הוכיחו תוס' ממדליק בנר של חברו לענין מעמיד של שו"ר וצ"ע.

ואפשר לבאר דעיקר החיוב של אש הוא מה שהוא מדליק את האש, וכדחזינן לקמן דבעינן שיהא מבעיר את הבערה, [דהא ליבה ולבתו הרוח פטור דאין כאן מבעיר את הבעירה, אע"פ שיש כאן פשיעה גמורה], ומ"מ כשלוקח אש של אדם אחר חייב אע"פ שהוא לא יצר האש, אלא דסברא הוא דכיון שפשע באש של חברו הוה כמו שהוא בעצמו יצר את האש.

וא"כ אפ"ל שתוס' דימו שכמו שהתם המחייב הוא רק כשיש הבערה, מ"מ כשיש פשיעה של מבעיר ג"כ חייב, ה"ה בשן ורגל ג"כ אע"פ שהתורה אמרה שהחיוב הוא דוקא שזה נעשה בממונו, מ"מ כשיש פשיעה שמכשיר את עצם ההיזק חשיב כפשיעה בממונו וחייב.

חיוב מעמיד

כשהבעלים יכולים לסלק

בעיקר החיוב של מעמיד כתב החזו"א [סי' א' ז'] שאם הבעלים רואה שאדם העמיד בהמתו על קמה אין לבעלים חיוב לסלק את הבהמה אלא המעמיד חייב, ואע"פ שכתבו תוס' בדף כט ע"א שאם הניח אס"ו של אדם ברשות הרבים חייב הבעלים לסלק את התקלה, כ"ז רק לגבי בור שההיזק אינו מזומן עדיין לכן מוטל על הבעלים לסלק,

אבל במעמיד נחשב שההיזק מזומן ולכן נתחייב המעמיד ואין לבעלים חיוב לסלק אותו משם, ויש להוסיף עוד מש"כ החזו"א [סי' ד ח] שכל החיוב של מעמיד הוא רק בברי הזיקא.

ועי' חזו"א [ב' י'] שכתב להקשות מהא דמשסה כלבו של חברו דהמשסה פטור, ומדוע אין חייב משום מעמיד, ומ"ש אם העמיד על קמת חברו ומזיק, ה"נ הרי הוא מעמיד אותו על אדם ויתחייב משום רגל או קרן, וכתב בחזו"א שכיון שכל החיוב הוא רק בברי הזיקא ואין כאן ברי ההיזק ולכן הוא פטור.

כתב עוד החזו"א שם שחיוב מעמיד הוא אף היכא שהעמיד בהמת הפקר או הקדש חייב, ונראה מדבריו דסבר דגדר חיוב של מעמיד הוא דחשיב פשיעה כמו פשיעה של בעל הממון וכמש"כ לעיל, אולם עי' ברכ"ש ס"א שכתב בשם הגרי"ז שאין חיוב של מעמיד בבהמת הקדש ורק בבהמת הפקר, ומדבריו נראה שגדר החיוב של מעמיד הוא דנחשב כבעלים גמורים על הבהמה וחשיב עתה שור ידיה.

ועי"ש עוד בברכת שמואל שהקשה אמאי יש חיוב של מעמיד, ואמאי אין פטור של נגח ואח"כ הפקיר שהרי תוס' כתבו דחשיב כדידיה, והא שרק בשעה שמעמיד הוא כדידיה, וכתב בברכ"ש לבאר דכל הפטור של נגח ואח"כ הפקיר אינו אלא היכא שהחיוב היה מצד החיוב של ממונו המזיק שהוא בעלים על הממון, אבל במעמיד אין החיוב משום שהוא שלו, אלא החיוב מחמת שהוא אחראי על הנזק, וכה"ג אין חסרון שאינו באותו

בעלות בזמן העמדה בדין, וע"ע בדברי יחזקאל סי' מ"ט.

הטעם שמעמיד

אין חייב מטעם אש

תוס' בא"ד. ואין לחייב מטעם אש דברי הזיקא וכו', לכאורה כונת תוס' דכיון שיש כאן מחייב של שן א"א לחייב מדין אש, דא"א לחייב מזיק משום ב' אבות, וכמש"כ החזו"א סי"א סק"ד דכשהתורה אמרה שחייב מדין שן ורגל הרי"ז הפקעה מחיוב של אש, והטעם לדמותו לשן ולא לאשו משום חציו, כתב החזו"א ס"ב סק"א דאש אין לה רצון עצמי לכן חשיב חציו של האדם, משא"כ בהמה יש לה בחירה עצמית ואף שמעמיד אותה עדיין צריך את דעתה לאכול לכך חשיב כח כוחו.

אולם צ"ע שתוס' בע"א הקשו אמאי אין חיוב של אש בכה"ג שהוא הכניס ידו של אחר לתוך הנחש, ותי' משום שהארס אינו בעולם, ומבואר שהיה נדון לחייב אש גם בכה"ג, וקשה דא"כ מ"ש מעמיד שאין חייב מצד אש רק מצד שו"ר, ועי' לעיל מש"כ בשם הגרש"ש דאין חיוב של אש אלא כשהוא מבעיר את הבערה או כשהוא מקרב את הניזק למזיק.

ולפי"ז אפ"ל דהיכא שמעמיד בהמה על הקמה לא חשיב אש, דבהעמדת הבהמה אין כאן מבעיר את הבערה, כיון שעדיין הבהמה פועלת מכח עצמה, אבל אם מקרב את דבר לפני לבהמה כהא דכתבו תוס' בע"א שכפתו לפני ארי חשיב חציו וחייב משום אש, אלא שלפי"ז נמצא שאם מקרב את הדבר לבהמה חייב משום אש וצ"ע.

שיטת הרשב"א בחיוב מעמיד

כתב הרשב"א שהמעמיד בהמה על הקמה הרי הוא כמאכילה בידים, ומבואר מדבריו דלא כתוס' שכתבו שהוא חיוב של שן ורגל, אלא חייב מדין אדם המזיק, ועי' במ"מ פ"ד מנזק"מ שכתב דחייב ברשוה"ר דאינו בכלל החיובים של שן, ועי' בחי' הגרש"ש סכ"ב ובחזו"א סי' א' סק"ז.

ע"ע ברשב"א לעיל לט ע"א שכתב בשם הירושלמי דמהא דמצינו שאפוטרופוס של יתומים חייב לשלם למדנו שיש חיוב של מעמיד היכא שהכיש ויצאה והזיקה, וצ"ע הא דאפוטרופוס חייב בנזקי הבהמה אף היכא דפשע בשמירתו וככל המזיקים וא"כ אמאי היכא שפשע בשמירה כשהבהמה אינו שלו לא יהיה חיוב של מעמיד, ואמאי הוציאוה לסטים ע"מ לאבד אין חיוב של מעמיד כמו שמצינו לענין אפוטרופוס, ועמד ע"ז האבן האזל ריש הלכ' נזקי ממון פ"א ה"א אות י'.

שומר שמסר לשומר
לגבי חיוב נזקין

גמ' מסרה לרועה נכנס הרועה תחתיו, אלא תחתיו דשומר ושומר קמא איפטרא ליה. פרש"י ואזלי בעלים ומשתעי דינא בהדי שני והראשון מסתלק, היש"ש סי' ח' דייק מדברי רש"י דמשמע שהנדון של הסוגיא הוא לענין נזקי הבהמה על מי יש לבעלים תביעה, דכיון שהשומר הראשון נסתלק לגמרי ע"כ על השני מוטל אחריות של השמירה, או שרק בכה"ג שמסר לברזיליה אז הסתלק הראשון מחיובו.

וכתב היש"ש שרש"י הוכרח לפרש כן משום שאם מיירי לגבי זה שהבהמה הזיקה אחרים אמאי תלוי בדין שומר שמסר לשומר דעלמא, דהסברא לחייב בשומר שמסר לשומר ל"ש הכא, דל"ש לומר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, או השני לא נאמן לי בשבועה, דכל הנך סברות אינם אלא היכא שהבעלים המפקיד מפסיד בהמתו, והכא כיון שאין מחייבים את הבעלים אלא את השומר ל"ש הנך סברות, והיינו דהחיוב של שומר בנזקי הבהמה כמו שנתבאר לעיל דהוא חשיב בעלים לענין הנזיקין כמו שמבואר בתוס' לגבי גזלן, ולכן אף אם שאר חיובי השמירה לא פקע מהראשון מ"מ השני חשיב כבעלים לענין נזקי הבהמה.

אמנם ברמב"ם פ"ד מנזק"מ ה"א מבואר שפירש הסוגיא לגבי ההיזק שהבהמה עושה, וז"ל מסר השומר לשומר אחר השומר הראשון חייב לשלם לנזק שהשומר שמסר לשומר חייב עכ"ל, וכתב ביש"ש דכדברי הרמב"ם משמע במשנה שהרי כל המשנה מיירי לענין נזקי הבהמה, וביאר היש"ש דסבר הרמב"ם דכיון שלענין חיובי השמירה נשאר הראשון שומר, ה"ה לענין חיוב נזקי הבהמה חייב הראשון, ועי' בחידושי הגר"ח שם [ד"ה ולפי"ז יבואר] מש"כ לבאר בדעת הרמב"ם אמאי תלוי החיוב נזקין של שומר בחיוב שמירה, עי"ש שביאר דבזה נחלקו הרמב"ם והראב"ד שם עי"ש בכ"ד.

והנה דעת הראב"ד בהשגות על הרמב"ם דאף היכא שהבעלים מסר את הבהמה לשומר יכול הניזק לתובע מהבעלים של הבהמה דכיון שמסר הבעלים לאדם אחר יש

בזה עדיין את פשיעת הבעלים, ולכן יכול הוא לתבוע הניזק או מהבעלים או מהשומר, עי"ש היטב בהלכה ד' ובהלכה י"א.

ובתב הפנ"י דדעת רש"י כהראב"ד דיכול הניזק לתבוע מהבעלים, ולכן הוצרך רש"י לפרש כונת הגמ' כאן לענין נזקי השור עצמו ולא מה שהוא הזיק כיון דמשמע במשנה שמסרו לרועה דהבעלים עצמם פטורים, ואם מיירי במה שהשור הזיק יש זכות תביעה אף על הבעלים וע"כ דמיירי לענין נזקי הבמה בעצמה.

בדין שומר שמסר לשומר

בעיקר המחלוקת בשומר שמסר לשומר נחלקו הראשונים למד"א שהוא פטור ממה הוא נפטר, דעת רש"י ב"מ לו ע"א שמכל מה שהיה נפטר אם שמרה הוא עצמו, אבל במה שהיה השומר הראשון חייב לא נפטר במה שמסר לשומר השני, אלא הבעלים יכול לתבוע אותו ג"כ, והחידוש הוא דלא חשיב פושע במה שמסר לשומר אחר, ולכן פטור בדברים שלא נתחייב בהם, אבל מ"מ נשאר לו דין שומר ורק שמירת השני חשיב כשמירתו.

ובן מבואר ברש"י לעיל יא ע"ב [ד"ה שומר] וז"ל פטור הראשון מכל אותן דינים שהיה פטור אם היתה אצלו פטור נמי השתא, ולא אמרינן פשיעה היא זו שמסרה לאיש אחר ע"כ, וכן הוא דעת הרא"ש בסי' כ"ג, [ועי' באור שמח פ"ד משאלה ה"ט שכתב לדייק כן ברש"י ב"ק].

אולם הרמב"ן והרשב"א והריטב"א ב"מ לו ע"א חלקו על זה, ודעתם דהשומר הראשון נפטר מכל דבר שנתחייב השומר

השני, ואפילו אין לשומר השני ממה לשלם או שהלך למדינת הים אין השומר הראשון מחויב כלל לבעלים, אלא שבדבר שהשני פטור והראשון היה חייב כגון שומר שכר שמסר לשומר חנם הראשון נשאר שומר לגבי גניבה ואבידה, והטעם מבואר ברמב"ן דהשומר הראשון יכול לומר אוקמי גברא בחריקאי, דהיינו דחשיב שהעמידו את הדבר שומר לבעלים, אולם כ"ז רק במה שמעמיד במקומו אבל אם השומר שהעמיד במקומו לא חייב במה שהוא חייב נשאר חייב עליו, ומבואר מדברי הראשונים דלא נסתלק השומר הראשון לגמרי, אלא שיש עדיין שם שומר לבעלים, אלא כיון שמסרה לבן דעת יכול לסלק התביעה ממנו והבעלים ידון רק אם השומר השני, ואינם יכולים לומר לאו בע"ד הוא.

וביאור פלוגתת הראשונים כתב הקה"י ב"מ [סי' ל"ז אות ב'] שנחלקו בגדר הפטור דשומר שמסר לשומר, דרש"י סבר דאין המסירה לבן דעת בגדר שמירה, כיון דאיבעי שמר ואיבעי פשע, אלא שמירת השני חשיב כשמירתו ולכן נשאר הראשון מחויב, אבל הראשונים ס"ל דעצם זה שמוסר לבן דעת לשומר זה עצמו שמירה לגבי הראשון, והו"ל כמו שסגרו בקופסא וכמ"ש בנתיב"מ סי' ע"ז סק"א, ומשו"ה אפי' אם השני פשע אין למפקיד על הראשון כלום דהראשון כבר קיים שמירתו.

והנה הראשונים ב"מ הוכיחו דלא כרש"י מסוגיין, דקתני שאם מסר השומר את הבהמה לרועה נכנס הרועה תחת השומר ומתחייב בנזקי הבהמה, ומשמע בגמ' דהשומר

שהרי הסיבה שנחשב שהרויח פרוטה הוא מדין עוסק במצוה ואינו קבלת תשלום על השמירה.

ונראה שמכיון ששומר אבידה נעשה שומר מחמת שהתורה עשתה אותו שומר, ומחמת שמירה זו קיבל פרוטה, סברא הוא שכונת התורה שנעשה שומר שכן מחמת שמשכר בפרוטה, אע"פ שהפרוטה אינה תשלום על מעשה השמירה, וע"כ לא דמי לשומר שקיבל שמירה ובאותה שעה קיבל פרוטה מאחר דלא נעשה שומר שכן דהתם לא נקרא שכן על השמירה, אולם מדברי הריטב"א ב"מ נראה דרך אחרת בזה ויבואר באות הבאה.

דעת הראשונים במלוה על המשכון דחיה שומר שכן

בסוגיא ב"מ פב ע"א מבואר שמלוה על המשכון לפי ר' יוסף נעשה שומר שכן על המשכון מכיון שנהנה בפרוטה דר"י, כמו בשומר אבידה שיש לו דין של שומר שכן, וצריך להבין שלכאורה התם ל"ש לומר הסברא שכתבנו, שהרי החיוב שמירה במשכון הוא ככל פקדון דעלמא ומדוע שיהיה התם סברת הגמ' כאן דאיבעי למיתב פרוטה לעני, ועמדו בזה הראשונים שם.

הנמוק"י שם [נא ע"א מדפי הרי"ף] הביא שהראב"ד הקשה ז"ל היכי דמי הלואה שנעשית מצותה משעת הלואה לשומר אבידה שעושה המצוה כל זמן השמירה, [כונתו להקשות דשומר אבידה מעשה השמירה הוא מצוה, אבל הכא המצוה היא בשעת הלואה, אבל אח"כ כשהמשכון אצלו

הראשון נפטר ממה שהבהמה הזיקה ומבואר דבמה שהעמיד שומר תחתיו נפטר לגמרי, ועי' קה"י סי' לב שכתב לישב דלענין נזקין המחייב הוא רק במקום שיש פשיעה, ולכן אם מסר הראשון לשני אע"פ שלא שמר השומר השני, מ"מ אין כאן פשיעה של השומר הראשון ולכן לענין נזקין שהמחייב הוא הפשיעה א"א לחייבו, אבל לגבי חיוב השמירה שנתחייב הראשון לבעלים נשאר בחיובו אף כשמסר לשני.

ואפ"ל באופ"א דאע"פ שלגבי חיובי שמירה לא נפטר השומר הראשון מ"מ לגבי שמירת נזיקין רק השומר השני חייב כיון שהעמיד אחר במקומו לכן עליו מוטל חיובי השמירה, דלענין שמירת גופו של החפץ לא יכול להעמיד אחר כיון שנתחייב לבעלים, אבל החיוב של נזקי ממון תלוי ביד מי שהחפץ ברשותו ובידו לשמרו וכמו שכתבו תוס' בסוגיא.

טעמא דר' יוסף

דשומר אבידה בשומר שכן

גמ' ר' יוסף אמר כש"ש דמי בההוא הנאה דלא קבעי למיתב ריפתא לעניא הוה כש"ש. יש להבין מדוע נעשה שומר שכן מחמת שמרויח פרוטה שאין צריך ליתן לעני, הרי שומר שכן הוא כשמקבל שכן שמירה מהבעלים, אבל הכא הרי לא קיבל פרוטה בעבור השמירה, והרי"ז דומה למי שקיבל על עצמו שמירה ובשעה שנעשה שומר קיבל מתנה מאדם אחר בגלל שהסכים להיות שמור דפשוט שלא יעשה שומר שכן מחמת זה, וא"כ ה"נ הפרוטה שקיבל הוא כמתנה בעלמא,

הוא כמו שכל פקדון בעלמא], ופריק דה"נ שומר שכר כל שעתה מפני שממתנין לו ואינו מוכר המשכון ליפרע ממנו, [והיינו דיש כאן מצוה במה שלא מוכר את המשכון כדי ליפרע מהחוב].

ובתב"י הנמוק"י דהרשב"א שלמדנו מדברי הראב"ד דדבר זה שהוא פטור מליתן פרוטה דר"י לעני כל זמן שהמשכון בידו, וכונתו דמשמע מדברי הראב"ד שלא רק בשעה שהוא שוטח את המשכון חשיב עוסק במצוה אלא כל זמן שהמשכון בידו הוא נחשב עוסק במצוה, שעצם השמירה הוא מעשה מצוה כמו בשומר אבידה, ומבואר מדברי הראב"ד דעצם השמירה של משכון דמי לשמירה של אבידה, ונראה לפי מש"כ שכמו שכאן התורה חייבה לשמור, לכן כיון שמקבל שכר ע"כ שהתורה חייבה אותו כשומר שכר, ה"נ התם כיון שמחוייב לשמור שיש מצוה במה שלא מוכר אלא שומר את המשכון ויש בזה פרוטה דר"י לכן נחשב שומר שכר.

אולם הריטב"א ב"מ כתב ז"ל וטעמא דמצוה דהכא היינו כטעמא דפירש ר"י בשומר אבידה, כי כשהוא מטפל לנערה וכיוצא בו מיפטר מליתב פרוטה לעני, וצ"ב כונתו איזה מצוה יש לו בזה, בשלמא בהשבת אבידה מחוייב לטפל באבידה אבל הכא יש לו לשמור את המשכון ככל פקדון, ונראה בכונתו וכן נראה מדברי הנתה"מ סי' ע"ב סק"ז דמקיים מצות השבת אבידה בזה ששוטח את המשכון כמו בכל אבידה ולכן חשיב עוסק במצוה.

ויסוד זה מתבאר ברמב"ם [פ"ז משאלה] שכתב בכל פקדון יש חובה לנער את הפקדון מפני שהוא משיב אבידה, ולכאורה

הביאור בזה דסברת הרמב"ם הוא דחיובי שמירה בפקדון מחייבם רק לשמור שהחפץ לא ינזק בגניבה או אבידה, אבל שמירת הדבר מצד עצמו אין חיוב מצד שמירת הפקדון וחיובו רק מצד השבת אבידה, ולפי"ז טעמא דמלוה על המשכון חשיב שומר שכר הוה ממש כמו בכל אבידה דהוה שו"ש.

ובתב"י הריטב"א ז"ל וא"ת מאי איירי מלוה על המשכון אפילו שומר פקדון יהא שומר שכר משום שחייב לנער, [כונתו להקשות דלמבואר דיש חיוב של השבת אבידה בכל פקדון לנערו ולשטחו, א"כ כל שומר חנם יחשב שומר שכר שהרי באופנים שמחוייב לנער הוא מהלכות השבת אבידה, וא"כ יהיה לו פטור של עוסק במצוה וממילא נמצא שמקבל שכר].

ותי' הריטב"א וי"ל דגבי שומר כיון שמיד בעלים באה לו וכל עיקר לא נחת אלא לשמירה בעלמא וקיבלו סתם אנן סהדי דלא נחת אלא לשומר שכר ואע"פ שלא פי' כמי שפי' דמי, אבל באבידה שבאה לו שלא לדעת בעלים ולא באה לו משום שמירה אלא משום מצוה, וכן מלוה על המשכון שלא באה לו אלא משום מצוה אני אומר דדעתו להיות שומר שכר בפרוטה דר' יוסף עכ"ל.

ונראה מדברי הריטב"א שאע"פ שבאמת יש בזה קיום מצוה של השבת אבידה בשעה שהוא מטפל בפקדון, אבל אין זה סברא שיעשה שומר שכר, דרק בשומר אבידה ומלוה על המשכון שיש מצוה בעצם השמירה אנו אומרים שמתכוון לשמור בתורת שומר שכר כיון שמקבל שכר על השמירה, ולפי"ז כונת הגמ' כאן שאע"פ שאין מקבל שכר על

השמירה, מ"מ דעתו של שומר אבידה לשמור בתורת שומר שכר וצ"ע, [עוד כתב הריטב"א דשמא הכא דוקא בשומר אבידה משום שתנאי ב"ד הוא שיהא שומר שכר].

חידוש הנתה"מ בד"ן עוסק במצוה

הנתה"מ [סי' ע"ב סק"ז] הביא בשם הרא"ש כסברת הריטב"א דמלוה על המשכון נחשב שומר שכר משום שבשעה שהוא שוטח את הפקדון פטור מליתן פרוטה לעני, וביאר מה הטעם שבכל שומר חנם לא יהא דינו שיהא שו"ש מה"ט.

ובכתב יסוד גדול בד"ן עוסק במצוה פטור מן המצוה, דכל הפטור של עוסק במצוה הוא רק במצוה שהוא מחויב לעשות כמו אבידה, שהוא מוצא אבידה הרי הוא מחויב לקחת את האבידה להחזיר לבעלים, וכן מלוה על המשכון שהיה מוכרח להלות לו לכן יש פטור של עוסק במצוה, אבל כל שומר חנם אע"פ שיש לו חיוב לשטוח את הפקדון ואף אם זה מדין מצוה של השבת אבידה, אבל הוא הכניס את עצמו למצוה זו, שהרי לא היה מחויב לקחת את הפקדון שאין מצוה כזו, ולכן כתב שאף אם יבוא עני בשעה שהוא שוטח את הפקדון אין לו היתר שלא ליתן לו פרוטה דאינו עוסק במצוה.

ויסוד זה כתב הנתה"מ שם [סק"יט] לגבי גבאי צדקה שאין לו פטור של עוסק במצוה, וביאר שהתורה לא חייבה אדם שיהא גבאי צדקה וכל פטור של עוסק במצוה הוא במצות עשה שהוא מחויב בה, [וכתב שהחיוב של גבאי צדקה הוא חיוב על הב"ד להעמיד ממונים שיגבו צדקה, אבל אינו חיוב על האדם

ולכן אין דין של עוסק במצוה], ע"ע בנתה"מ ס"ק י"ז מש"כ עוד לבאר לפי יסוד זה, ועי' סי' רצ"א סק"ג שחזר הנתה"מ על יסוד זה, [וע"ע במש"כ במנחת משה סוכה כו ע"א בדברי הנתה"מ].

והנה עיקר החידוש של הנתה"מ שבכל שומר חנם לא יהא לו פטור של עוסק במצוה כששוטח את הפקדון, כתב כן הריטב"א בשבועות מד ע"א, דהקשה מה הטעם שכל שומר חנם לא חשיב שומר שכר, ותי' באופ"א וז"ל דשאני שומר דכי מנערה לאו למצוה הוא אלא מדין שמירתו שקיבל עליו בפירוש, ולא חשוב עוסק במצוה לפוטרו ליתן פרוטה לעני, [וע"ע ברע"א בשו"ע חו"מ סי' ש"ג על דברי הש"ך סק"ה שכתב עוד נפק"מ בין הריטב"א בסוגיין לריטב"א בשבועות], וע"ע מש"כ ב"מ פב בכ"ז ואכמ"ל.

והנה הבכ"ש ב"מ סי' י"ז אות ד' כתב בשם הגר"ח שחלוק שומר אבידה מכל השומרים, דשומר אבידה אי"צ משיכה כדי להתחייב בשמירה, ול"ד לשאר שומרים דלא נעשה שומר אלא ע"י משיכה, משום דהכא רחמנא נשתעבד בע"כ, אולם בקצה"ח רצ"א סק"ד מבואר דהיה לו צד שאף בשומר אבידה צריך משיכה כדי להתחייב עי"ש היטב.

רבה אמר כשומר חנם

גמ' רבה אמר כשומר חנם. בסוגיא בנדרים לג ע"ב נראה שהטעם שרבה חולק דלא הוה שומר שכר משום פרוטה דר"י דלא שכיח, ועי' ש"ך סי' רס"ז ס"ק י"ד, וכתב הנתה"מ [סק"ג] שאפי' כשבא עני דפטור מליתן צדקה דהרי הוא עוסק במצוה, מ"מ לא נעשה שומר

שכר לפי רבה כיון דמעיקרא לא נחית ע"ד להיות שומר שכר, נמצא שהשכר אינו על עצם השמירה אלא גרמא בעלמא הוא.

ועי' בקצה"ח [ע"ב ס"ק ל"ד] שכתב דמשום הך סברא דפרוטה דר' יוסף לא שכיח חשיב הנאה פחות משו"פ, ולכן לא נעשה שומר שכר על זה דכדי שיחשב שומר שכר צריך הנאה של פרוטה.

כיון דרחמנא שיעבדא בע"ב

גמ' כיון דרחמנא שעיבדה בע"כ הלכך כש"ש דמי. קשה מה הראיה מזה שמחויב לשמור מהתורה דנעשה שומר שכר, הפנ"י ב"מ דף כט ע"א כתב דכיון שהתורה מחייבת אותו לשמור א"כ נוטל שכר מצוה מאת המקום ולכן נעשה שומר שכר, [ועי' תרומת הכרי סי' ש"ו סק"ד שכתב דלא נעשה שומר שכר מכח שכר מצוה כיון דמצות לאו להנות ניתנו].

ואפשר לומר סברא שאם התורה חייבה אותו בשמירה ע"כ הכונה לשומר שכר, דשומר חנם שעושה בהתנדבות שלא מקבל שכר אי"ז שם שומר ולכן חייב רק בפשיעה, ולכן כשהתורה אמרה שמשועבד לשמור ע"כ הכונה לשומר כמו שומר שכר שחייב להיות יושב ומשמר כמו שיבואר להלן.

האבי עזרי פי"ג מגזליה ואבידה כתב שמצינו שהובא מחלוקת של רבה ור"י בגמ' ב"מ כט ע"ב ובנדרים לג ע"א והתם הגמ' לא הביאה ב' הטעמים שמבואר בגמ' כאן, אלא הגמ' אומרת רק את הטעם הראשון דמשום שפטור ליתן פרוטה לעני, ומשמע דהעיקר הוא טעם הראשון.

וביאר דבאמת ב' הטעמים צריכים זה לזה, שבטעם הראשון לא סגי משום דאע"פ שיש כאן שכר, אכתי מי אמר שרוצה לשמור ואף אם רוצה לשמור אפשר שיכול לומר שמעדיף ליתן פרוטה לעני ולא יהא שומר שכר, ולכן בעינן לטעם השני דע"כ הוא נעשה שומר שכר הוא מחמת שהתורה שיעבדה אותו לשמור, אלא דטעם השני לומר שהתורה שיעבדה לא סגי דלא ידעינן איזה דרגה של שמירה הוא צריך לקבל על עצמו, ע"כ אמרינן דמזה שמקבל שכר ע"כ שאופן השמירה הוא כמו שומר שכר, ולכן חייב לקבל שמירה זו ואין יכול לומר שמוכן ליתן צדקה לעני ולא להתחייב כשומר שכר.

שומר אבידה אם מתחייב בנזקי הבהמה האור שמח פ"ד מנזק"מ ה"ד הסתפק בשומר אבידה האם מחויב הוא בנזקי הבהמה ככל שומר דעלמא דחשיב בעלים לענין נזקין וכמש"כ לעיל, וכתב האו"ש דדבר זה תלוי בב' הלשונות של הגמ' דלפי ל"ק דחייב בשמירה משום דלא בעי למיתב ריפתא לענים חייב בנזקי הבהמה, ולפי ל"ב דמחמת שעבודא בע"כ כל השעבוד הוא רק לגבי עצם החזרת החפץ ולא לגבי נזיקין.

ועי"ש שכתב שלכן הובא מחלוקת רבה ור"י בב"ק דיש נפק"מ לענין נזקין, ועי' להלן נז ע"א שמדברי הפני יהושע מבואר דפשוט ליה שחייב בנזקי הבהמה.

עוסק במצוה לפטרו מלאו

רש"י ד"ה ולא בעי למיתב ריפתא. דעוסק במצוה פטור מן המצוה, הקשו

האחרונים [בית יעקב כתובות מט ע"ב] הרי כל הדין של עוסק במצוה פטור מן המצוה אינו אלא שפטור ממצות עשה אבל אינו פטור לא תעשה, והרי בצדקה איכא נמי ל"ת דלא תקפוץ.

ובתב האור שמח הלכות יו"ט [פ"ג ה"ה] כתב דכל הלאו הוא לחיזוק העשה, וכמו שכתב הרמב"ן בקידושין לד. לענין השבת אבידה, ולכן היכא שליכא העשה אין את הלאו, ועי' בקו"ש ב"ב אות מ"ח.

אימתי נחשב עוסק במצוה בשומר אבידה

תוס' ד"ה בההיא הנאה. דוקא בשעה דמתעסק בה כגון שוטח לצרכה, כתב הרשב"א בשם הראב"ד דלעולם כ"ז שהאבידה בביתו הרי הוא בכלל עוסק במצוה, [ואלו דברי הראב"ד שהובא לעיל לענין מלוה על המשכון], וצ"ע קושית התוס' דאין לך אדם שיש לו מזוזה בפתחו ותפילין בידו.

ואפשר שיש חילוק דבאבידה לעולם צריך להיות עסוק כיון שצריך להיות לעולם במצב שמור, ע"כ נחשב עוסק במצוה כל שעה ושעה, משא"כ בלבוש תפילין לא חשיב עסוק במצוה כל שעה ושעה.

ובתבו תוס' שכל הפטור של עוסק במצוה הוא רק היכא שאין יכול לקיים שניהם, אולם הר"ן בסוכה כה ע"א חולק וסבר דאפילו באפשר לקיים שניהם הדין הוא שעוסק במצוה פטור עי"ש מש"כ במנחת משה בכ"ז.

תוס' בא"ד. תוס' כתבו שאפילו לרבה אסור במודר הנאה ומ"מ אינו נעשה שומר

שכר, מבואר דמודר הנאה קיל יותר מדין שומר שכר.

אולם עי' בר"ן בנדרים שכתב להיפך דאפילו אם אין איסור במודר הנאה לפי הצד דפרוטה דר"י לא שכיח, מ"מ נעשה שומר שכר ולכאורה זהו סברא הפוכה מהתוס', אך נראה דמודר הנאה הוא דין אחר מדין ש"ש, דבמודר הנאה הספק הוא אם ההנאה הגיעה מהבעלים למוצא האבידה או לא, אבל לגבי דין ש"ש הספק הוא האם זה שכר על השמירה או שכר בעלמא, וממילא דאין שיכות בין מודר הנאה לש"ש.

דף נו ע"א

מודינא לך בבעלי חיים

גמ' א"ל מודינא בבעלי חיים דכיון דנקטו להו נגירא ברייתא בעי נטירותא יתרא. פרש"י דכיון שרגילה לצאת צריכה שמירה יתירה ולכן אף שומר חנם חייב.

הקשה הפנ"י דאם בכה"ג שהבהמה רגילה לצאת צריכה שמירה יתירה א"כ יהיו הבעלים חייבים אף בשן ורגל אם יצאה והזיקה, ותמה דהא בריש פרקין קתני דשן ורגל התורה מיעטה בשמירתן ולא מבואר שיש חילוק בין אם הבהמה יצאה פעם או פעמים שכבר רגילה לצאת שיהא מחויב בשמירה מעולה.

ובתב לישב דסברא הוא דכיון שמצינו שהתורה מיעטה בשמירתם ע"כ לעולם התורה מיעטה בשמירת בהמתו ולעולם אין בהם חיוב של שמירה מעולה, אבל שומר אבידה שחייב לשמור לבעלים כשהבהמה

מורגלת לצאת מחויב אף בשמירה יתרה שלא תאבד.

והוסיף הפנ"י דלכן חייב יהא מחויב שומר אבידה לשמור שמירה מעולה שלא תצא ותזיק ע"י שן ורגל כמו שחייב לשמור שלא תאבד, מבואר מדבריו שנקט לדבר פשוט ששומר אבידה חייב בנזקי הבהמה ככל שומר בעלמא, ודלא כמו שנקט האור שמח שהובא לעיל נו ע"ב שתלה דין זה שומר אבידה חייב בנזקי הבהמה בב' הטעמים שנעשה שומר אבידה שומר שכר.

הטעם דבהשבת אבידה א"צ דעת בעלים

גמ' הכל צריכים דעת בעלים חוץ מהשבת אבידה. במשך חכמה פרשת כי תצא על הפסוק השב תשיכם כתב דטעמא דר"א דהכל צריכים דעת בעלים חוץ מהשבת אבידה, מכיון שנאבד ממנו הרי הוא בטוח עליו שיחזרו אליו, וכיון שהוא נמצא בחצר המשתמר היה לו לראותו מיד.

ולפי"ז כתב שאם היה לו אבידה ומכרו כדמבואר בפרק אלו מציאות אין יכול להחזיר הדמים בלא ידיעת הבעלים, כיון שהוא לא יודע מהנך מעות שהם שלו, עי"ש מש"כ עוד לדייק הפסוקים לפי"ז.

אופן החיוב בבעלי חיים

תוס' ד"ה אמר ליה. מבואר בתוס' ב' שיטות האם החיוב הוא רק באבידה שרגילה לצאת, או שיהא מחויב ג"כ בגניבה בכה"ג, וכן משמע ברש"י.

והנה לפי דרך הב' של תוס' שכל החיוב הוא רק בכה"ג שאבדה אבל אם נגנבה פטור הקשה הנה"מ [רס"ז סק"א] אמאי לא יתחייב אף על הגניבה משום שתחילתו בפשיעה וסופו באונס, שהרי האונס בא מחמת הפשיעה דרך מחמת שהחזירו לבית הבעלים באו האונס של גניבה, אבל אם היה משאיר את הבהמה בביתו לא היה בא האונס והיה כמו צריפא דאורבנא דהוה שמירה לגנבים ופשיעה לדליקה דחשיב שהאונס בא מחמת הפשיעה כיון שאם היה נשאר בביתו לא היו באים גנבים, וכתב שע"כ צ"ל דמיירי בכה"ג שהאונס לא בא מחמת הפשיעה כגון שאף בביתו היה יכול להיות גנבים.

שיטת תוס' דשומר שכר חייב בגניבה באונס

תוס' ד"ה כגון. ונראה לר"י כיון שחייב הכתוב ש"ש בגניבה ואבידה וסתם גניבה קרובה לאונס וכו', ביאור דברי התוס' כתב הרא"ש ע"פ מש"כ בשאלות דשומר שכר צריך לישב ולשמור, ולכן כל שלא שמר ונגנבה אפילו באונס חייב, משא"כ שומר חנים אינו צריך לישב ולשמור את החפץ כל שעה, אלא צריך להניחו במקום המשתמר ולכן פטור בנגנבה, ולכן רק אם בא לסטים מזוין פטור כיון שהוא ישב ושמר את החפץ דבזה הוא נחשב אונס כיון שבשעה שמשמרו בא הגנב.

ובן מבואר ברשב"א כאן דעיקר חיוב של ש"ש הוא לשמר את החפץ שלא יגנב ולא רק להניחנו במקום שהדרך להניח שם, וכמו שמבואר בירושלמי שאפילו הקיף את הבהמה חומה של ברזל ונגנב חייב, ולפי"ז

נמצא דה"ה אם לא שמר ונאבדה באונס ג"כ יהא חייב, כיון שלא עשה מה שמוטל עליו לעשות הרי הוא מחויב בכל ההפסדים.

אולם הקצה"ח [סי' ש"ג סק"א] כתב בדעת התוס' שהוא דין מיוחד בגניבה, דגזוה"כ הוא שכל גניבה היא קרובה לאונס ולכן חייב בכל גניבה, ורק בלסטים מזוין פטור דהוה בכלל שבוייה דכתיב בקרא שהוא פטור, ולכן ה"ה היכא שנאנס ונאבדה אף בשומר שכן פטור דהרי נאנס ממנו.

והוביח הקצה"ח כדבריו דאל"כ תקשה הא דמבואר בגמ' ב"מ צג ע"ב לגבי שומר שכן דהיכא שעל בעידנא דעייל אינשי דפטור כמש"כ התוס' בקושיתם, וע"כ דהתם מיירי שאכלה ארי והוה כמו שנאנס מלשמור או שנאבדה באונס ולכן פטור, וע"כ דכל סברת התוס' אינו אלא בגניבה דגזוה"כ שאף באונס פטור, אבל באבידה דליכא גזוה"כ פטור משום שהוא אנוס, וכן ביאר המהר"ם שיף כאן בכוונת תוס'.

אמנם הרע"א כאן הביא דהרשב"א בב"מ עמד בזה, וכתב שהסברא דעיל בעידנא דעייל אינשא פטור משום שבאותו שעה אין לו דין של שומר, ועל הזמן הזה לא קיבל על עצמו חיובי שמירה ולכן פטור בין מגניבה ובין באבידה, ובאמת ברשב"א כאן בקושיתו לא הזכיר הך דינא דעייל וכו', אבל תוס' שהקשו כן משמע דס"ל לאו מטעמא דהרשב"א, אלא דחשיב שומר עדיין אף באותו שעה ומ"מ פטור ומשמע כהקצה"ח דסבר שיש חילוק בין גניבה לאבידה.

והנה יש לדון לדעת הרשב"א שטעם שפטור בעייל בעידנא דעייל אינשא משום שאינו שומר באותו שעה, האם יש חיוב של

טוען טענת גנב, דהיינו שאם השומר שכן טוען שנגנב או נאבד באופן זה, די"ל דכל הדין של טוען טענת גנב אינו אלא היכא שהוא שומר ונפטר מחמת דיני השמירה, אבל היכא שאין לו דין של שומר באותה שעה אפשר דכה"ג לא חשיב טוען טענת גנב.

והרשב"א כאן כתב דמשו"ה לא תקשה רבה בעצמו לר' יוסף, אלא אביי תקשה לר' יוסף מהא דלסטים מזוין, משום שאף לרבה עצמו י"ל דחייב משום טוען טענת גנב באופן שטוען שנגנבה בשעה שעלה בזמן שדרך לעלות ובכה"ג חייב כפל אם נמצא ששיקר, ומבואר מדבריו דאף שאינו שומר באותה שעה, מ"מ חשיב טוען טענת גנב, אולם בנמוק"י בסוף פרק המפקיד [כד. מדפי הרי"ף] כתב דכיון דלא חשיב שומר באותה שעה לא חשיב כאן טוען טענת גנב לחייב בכפל, [ע"ע מש"כ בכ"ז ב"מ דף מב ע"א].

בעיקר פלוגתת הראשונים אם שומר שכן חייב בגניבת אונס, ע"י במשך חכמה פרשת משפטים שכתב דיוק נפלא בפסוקים, דבשומר חינוס כתיב וגונב 'מבית האיש' ובשומר שכן כתיב 'ואם גנב יגנב מעמו', וביאר החילוק דבשומר חינוס שאין צריך להיות יושב ומשמר אלא סגי שינחנו במקום משומר לכן כתיב וגונב מבית האיש, אבל שומר שכן שצריך להיות יושב ומשמר כתיב הלשון שנגנב מעמו, דהיינו שלעולם צריך להיות יושב ומשמר.

דף נו ע"ב

גמ' ונשבר או מת אין לי אלא שבורה ומתה גניבה ואבידה מנין וכו'. הא דגניבה ואבידה לא הוה בכלל החיוב של שבורה

ומתה, מבואר בפרק השואל דף צה ע"א דיש סברא לחייב יותר בשבורה ומתה שהבהמה אינה קימת, משא"כ בגניבה ואבידה דהבהמה בעולם ואפשר למטרך ולאתויי לכן אפשר דלשואל ליכא חיוב זה רק בשומר שכר.

סברת קרנא בלא שבועה

רש"י ד"ה קרנא. מבואר ברש"י דהטעם דקרנא בלא שבועה עדיפא מכפלא הוא משום שהחיוב כפל בטוען טענת גנב הוא מחמת שהכפל הוא קנס על זה מה שנשבע, והחיוב קרן הוא חיוב מעיקר הדין. **וצ"ב** אמאי הוצרך רש"י לזה ולא כתב כפשוטו שהטעם הוא דחיוב שחייב עכשיו מיד בשעת הטענה עדיף ממה שהחיוב תלוי אם ימצא שקרן, וכן מבואר בתוס' [ד"ה לא אם אמרת] שקרנא עדיפא משום דמי יודע שיבוא ליד כך.

טוען טענת גניבה בבעלים

תוס' ד"ה נמצא שומר שכר. וא"ת אכתי נמצא שומר שכר משלם כפל בטוען טענת גניבה בבעלים, ושמא אין שייך כפל בענין זה וכו', השטמ"ק בשם הר"א מגמישא כתב הטעם דאין כפל בהך טענה כיון דאין הטענת גניבה פוטרת אלא הטענת בעלים, וביאור דבריו כתב הברכ"ש [סי' לב] שכל החיוב כפל של טוען טענת גנב הוא רק היכא שסיבת הפטור של השומר הוא מחמת טענת הגניבה, אבל בשמירה בבעלים טעם הפטור הוא לא משום טענת גניבה, שהרי אף אם לא היה בפשיעה הוא פטור, וכ"כ בקו"ש [ב"ב תרנ"ט].

האור שמח פ"ד מגניבה ה"י כתב לבאר שתוס' הסתפקו האם המחייב בטוען טענת גנב הוא מה ששיקר בשבועתו, כמו שמשמע בלשון רש"י שקנסו אותו מחמת ששיקר בשבועה, או שהטעם שחייב כפל הוא משום שנפטר מתשלומי הפקדון לבעלים ע"י טענת נגנבה, ולפי"ז אף אם נפטר מחמת סברא אחרת ג"כ יהא חייב כפל, ולכן אף שטוען שמירה בבעלים שלא צריך שבועה ג"כ יהא חיוב של כפל אם נתברר ששיקר בטענתו.

ועי' קה"י [סי' לו] שהקשה על האו"ש איך אפ"ל שהיה צד לתוס' שיש חיוב של טוען טענת גנב אע"פ שלא נשבע לשקר, א"כ מה הקשו התוס' בריש פרק מרובה אמאי בעינן קרא למעט טוען טענת גנב בקרקעות ובשטרות הא ליכא חיוב שבועה בהם, הא בעינן מיעוט, כיון שהחיוב של טוען טענת גנב אינו רק מחמת השבועה אלא כל שזכה בטענת שקר.

ועוד כתב באור שמח דיש לבאר בכונת התוס' דהסתפקו האם כדי לחייב טוען טענת גנב בעינן שיהא דוקא טענת של שומר, דמכיון שלפי טענתו הוא שומר אלא שנפטר מלשלם, אבל היכא שפטור מלשלם על הפקדון מחמת שלא היה שומר, כה"ג ליכא חידוש של טוען טענת גנב ובמקום שמירה בבעלים אין לו דין שומר, [וכבר נחלקו בזה הראשונים שהובא לעיל בע"א דברשב"א כאן מוכח דאף כה"ג יש דין של טוען טענת גנב].

ע"ע בקצה"ח סי' רצ"א ס"ק יז שכתב דמקושת התוס' משמע שיש שבועה בשמירה בבעלים דאל"כ ל"ש טוען טענת גנב, אבל למסקנת התוס' משמע דאין שבועה

ומשמע מדבריו דזהו גופא הספק של תוס' האם יש חיוב שבועה בשמירה בבעלים ובזה תלוי האם יש חיוב של טוען טענת גנב, [ועי' קה"י שם מש"כ בכ"ז].

לימא רב למעמיה

גמ' לימא רב למעמיה דאמר רב הוה לה שלא תאכל. צ"ב מה ס"ד של הגמ' שנפטור מחמת טענה שהוה ליה שלא תאכל ומ"ש מה שהיא נחבטה שהוא חייב ממה שהיא נהנית, ועי' ברע"א מש"כ לבאר.

בש"מ"ק הקשה בשם הרא"ה לס"ד א"כ איך שן בחצר הניזק חייב ואמאי לא אמרינן הו"ל שלא תאכל, ות"י משום דהתם יש עליו תביעה שלא שמר אבל כאן הרי נפלה מחמת אונס, ולכן רק כה"ג ס"ד דפטור מחמת הסברא שהוה ליה שלא תאכל.

תחילתו בפשיעה ובסוף נפלה לגינה

תוס' ד"ה נפלה לגינה. והוא שאינה יכולה לירד דא"כ אפילו נפלה משלמת מה שהזיקה דתחילתה בפשיעה וסופו באונס הוא, אולם בביאור הגר"א ציין לראב"ד והובא בחידושי הרשב"א בסוגיין שכתב שאפילו אם היתה יכולה לירד לשדה פטור אם נפלה באונס, משום דלא חשיב תחילתו בפשיעה דא"א לאסור על אדם לילך עם בהמתו ברשוה"ר, וכמו שאמרו בגמ' לעיל יט ע"ב וכי יאחזנו בזנבה וילך.

ומבואר שנחלקו תוס' והראב"ד האם דבר זה נחשב פשיעה זה שאדם הולך עם בהמתו באופן שיתכן שתכנס לחצר הניזק

ולא יוכל לשמור אותה מליכנס שם, שתוס' כתבו שזה תחילתו בפשיעה והראב"ד חולק, [ונראה דיש לדמות להא דמבואר לעיל ו ע"א לגבי פותחין ביבותיהן שאע"פ שעושה תקלה מ"מ אם הזיק חייב לשלם, ונראה שס"ל לראב"ד שג"כ כאן משום הסברא דוכי יאחזנו בזנבה וילך אין זה פשיעה לילך עם בהמתו בכה"ג, אלא שאם הזיק דהיינו שנכנס לחצר הניזק חייב לשלם, ותוס' חלקו דאין להתיר לעשות מעשה פשיעה, והתם בפותחין ביבותיהן איכא כמה פוסקים דס"ל שצריך לשמר שלא יזיק וכל ההיתר הוא רק להוציא אותם לרשוה"ר].

ועי' ברמ"א סי' שצ"ד ס"א שכתב ב' דעות להלכה אם היתה יכולה לירד מעצמה בשעת הילוכה ברשות הרבים ואח"כ נפלה באונס, אם חייב לשלם אם חשיב אונס מחמת הפשיעה או לא.

אולם החזו"א [ס"ו סק"ב] כתב שנראה שאין מחלוקת בין הראב"ד ותוס', אלא כונת תוס' הוא שאם פשע בה ויצאה מביתו דכה"ג הרי היתה יכולה לירד לחצר הניזק לכן חייב אף שנפלה באונס דתחילתו בפשיעה וסופו באונס, אבל אין כונת תוס' שהפשיעה היא שהיתה יכולה לירד כשהלך עמה ברשוה"ר לחצר חברו, דבכה"ג אסור לו לילך עם בהמתו וע"כ שאדם שהולך עם בהמתו ברשוה"ר הוא יכול לשמרה שלא תירד ואין כאן פשיעה, והוסיף שאף אם רגע אחד לא פיקח על הבהמה ונפלה באונס אין לחייב אותו על מה שנפלה דהאונס לא בא מחמת הפשיעה שהרי בשעה שהוליכה ברשות הרבים הוא יכול לשמור ולפקח שלא תרד, וזה כונת תוס' שאין יכולה

לירד משום שהוא יכול לשמרה, וכתב שכונת הראב"ד שמיירי במעביר אותה ברשוה"ר ובידו למונעה אלא שאף אם רגע אחד לא השגיח עליה ונפלה באונס לא חשיב תחילתו בפשיעה דאין האונס מחמת הפשיעה שלא פשע בהבערה שהיה יכול למנוע אותה.

ותמה החזו"א על הרמ"א שהביא ב' דעות להלכה, והקשה על הגר"א שציין לסוגיא לעיל יט: דוכי יאחזנה בזנבה וילך, דל"ד דהתם כונת הגמ' הוא דאין חיוב של רגל ברשוה"ר דאורחיה הוא, אבל ממ"נ אם יודע שהבהמה יכולה להכנס לצר הניזק ואין לו אפשרות לשמרו ודאי דהוה פשיעה, ואם יכול לשמרו אף אם ירדה לא חשיב אונס מחמת הפשיעה.

דף נח ע"א

בגדרי חיוב

נהנה משתרשי ליה ומבריה ארי

גמ' מבריה ארי מנכסי חברו. כדי להבין הסוגיא נראה להקדים כמה יסודות בדיון נהנה, דהנה אדם שנותן הנאה לחברו מצינו כמה אופנים ודינים של חיוב, א' חיוב של נהנה וזה הסוגיא בפרק כיצד הרגל לענין דר בחצר חברו שלא מדעתו, וכן הא דכתובות ל ע"ב בהא דתוחב לחברו לבית הבליעה שיהא חייב לשלם לו מדין נהנה, ובסוגיא דידן כשאכלה הבהמה, ב' מצינו עוד חיוב של משתרשי ליה, והוא בגמ' בחולין קלא ע"א בהא דאנסו בית המלך גרנו ורצה המלך ליטול מה שחייב לו ובמקום הממון של הבעלים לקח פירות של תרומה, שחייב לשלם לשבט

הכהונה מדין משתרשי ליה, דע"י שנתן ממון של כהנים למלך נשאר לו ממונו בידו לכן חייב לשלם ע"ז.

ומבואר בגמ' בחולין שם דמצד הלכה של נהנה א"א לחייב אותו, כיון שמזיק מתנות כהונה או שאכלן פטור והוה ממון שאין לו תובעים, אבל יש חיוב חדש דמשתרשי ליה, שהוא תביעה חדשה שנשאר לו ממונו בידו, והוה כתביעה של ממוני גבך ולכן אף בממון שאין לו תובעים חייב, משום שאין זה תביעת תשלומין אלא תביעה של ממוני גבך, וזה החילוק בין חיוב נהנה לחיוב של משתרשי ליה, שבנהנה הוא חייב על התועלת ונחת רוח שיש לו מחברו, אבל במשתרשי ליה יסוד החיוב הוא מה שנשאר לו ממונו תח"י.

ועי' קצה"ח [סי' רמ"ו סק"ח] שכתב יסוד חילוק זה, וביאר בזה מש"כ תוס' בחולין לבאר אמאי אוכל מתנות כהונה פטור משום דהוה ממון שאין לו תובעים, דהקשו תוס' אמאי אינו חייב משום משתרשי ליה, ותי' תוס' משום שיש סברא של הייתי מתענה, דאינו מוכרח לאכול וא"כ א"א לומר שנתרבה ממונו שההפסד לא היה ברור, וכתב בקצה"ח דבחיוב של נהנה ל"ש פטור של הייתי מתענה משום שסו"ס הוא נהנה מחברו וחייב לשלם על הנאתו, ורק במשתרשי ליה שממונו נתרבה יש סברא של הייתי מתענה דלא נתרבה ממונו, ג' מצינו עוד חיוב של יורד בגמ' ב"מ קא ע"א שאם ירד לשדה חברו והשביח השדה חייב הבעלים לשלם ליורד, ואפשר דהתם הוא הלכה חדשה דהוה כפועל שהוציא הוצאות על פיו, [ועי' בשער"י ש"ג פכ"ה שמבואר כ"ז].

והנה תוס' להלן קא ע"א ד"ה או דילמא] כתבו ב' דרכים האם יש תנאים מיוחדים לחיוב נהנה, דרך א' כתבו תוס' שכל החיוב של נהנה הוא רק ע"י מעשיו או מעשה בהמתו או הנאת גופו, והיינו שהחיוב של נהנה אינו על עצם ההנאה, אלא החיוב נהנה הוא כשיש מעשה לקיחת הנאה, [ויש שביארו שגדר החיוב של נהנה הוא כמזיק ולכן רק כשיש מעשה של לקיחה חשיב מעשה מזיק], ולכן בלקיחה ע"י מעשיו או מעשה בהמתו יש חיוב של נהנה, דרך ב' כתבו תוס' שאין הלכה שצריך מעשה של הנאה אלא כל שבא לאדם הנאה מחברו חייב לשלם לו ע"ז, [ועי' בש"ך סי' שצ"א שכתב שיש כאן מחלוקת לדינא ב' תי' תוס'].

והנה כ"ז בחיוב של נהנה אבל בחיוב של משתרשי אף תוס' מודה שאין הלכה של לקיחת הנאה, אלא כל שממונו נתרבה ע"י חברו חייב לשלם לו כיון שהתביעה היא תביעה של ממוני גבך, ומוכח כן מהא דאנסו בית המלך גרנו שלא היה שם מעשה של לקיחת הנאה, שהמלך לקח בעצמו עוד חילוק כתב הגרש"ש דבחיוב של נהנה יש נדון בסוגיא לעיל אם חייב כשלא חסר, אבל בחיוב של משתרשי ליה חייב אע"פ שלא חסר, משום שהחיוב הוא מה שממונו של חברו התרבה.

גדר חיוב התשלומין בסוגיין

ועתה צריך לבאר הנדון בסוגיא בנפלה לגינה ונהנית אם פטור משום מבריא ארי, וקמ"ל מתני' דלא הוה מבריא ארי וחייב משום שמבריא ארי מדעתו והכא שלא מדעתו, א"נ התם לית ליה פסידא הכא אית ליה פסידא.

והנה לדרך א' של תוס' בדף קא ע"א שכל החיוב של נהנה הוא רק במקום שההנאה בא לו ע"י מעשיו או מעשה בהמתו, לכאורה במבריא ארי אע"פ שנהנה מהך הצלה שהבריא את הארי, מ"מ חסר כאן תנאי החיוב של נהנה שהרי אין זה מעשיו ומעשה בהמתו ולכן פטור.

ואפשר שזה ביאור כונת הגמ' מבריא ארי מדעתו האי לאו מדעתו, דכל מבריא ארי שהוא מדעתו ל"ש לחייב מצד נהנה כיון שלא בא ע"י מעשיו, אבל הכא במתני' שנעשה שלא מדעתו של הבעלים אלא ההנאה באה ע"י מעשה בהמתו לכן חייב מדין נהנה, עי' משנת ר' אהרון [הלכ' שכנים עמוד ס'] שביאר דברי הגמ' באופן זה.

אולם לפי דרך הב' של תוס' בדף קא ע"א שאין הלכה בנהנה שיהא דוקא ע"י מעשיו או מעשה בהמתו, צריך לבאר מה הטעם שבכל מבריא ארי פטור הרי הוא נהנה, והיה אפשר לומר דמבריא ארי לא חשיב הנאה, אלא מניעת הפסד ולכך הך הצלה אינה סיבה לחייב אותו משום נהנה, וכל החיוב של נהנה כשבא לידו דבר חדש, ולפי"ז אפ"ל שזה כונת הגמ' שאע"פ שכל מבריא ארי פטור רק כשנעשה מדעתו ולכן לא חשיב שקיבל הנאה, אבל הכא שהיא שלא מדעתו, אלא הבהמה נפלה חשיב שיש כאן מעשה השתמשות של הבהמה בפירות של חברו כדי שלא ינזק, ולכן בכה"ג יש חיוב של נהנה שאע"פ שזה רק הצלה בעלמא מ"מ הך השתמשות בפירות של חברו חשיב מעשה נהנה לחיוב תשלומין, אמנם צ"ב מה הטעם השני של הגמ' שמבריא ארי לית ליה פסידא

והאי אית ליה פסידא, הרי למבואר במקום הצלה מן ההפסד לא חשיב מעשה של נהנה, א"כ מה הסברא שאם אית ליה פסידא שיהא חייב לשלם.

והנה רש"י כתב בטעמא דמבריה ארי פטור משום דמצוה הוא דעבד ומידי לא לשקול מינה, וכן כתב הרשב"ם ב"ב נג ע"א דהרי"ז דומה למשיב אבידה דכל ישראל מצווין להציל ממון חבריהם, והיינו שהפטור של מבריה ארי הוא משום מצות השבת אבידה שמחויב לעשות הצלה לחברו ולכן אין יכול לתבוע ממון עברו זה, [ולא משום שאין חיוב של נהנה מהצלה מהפסד], וכן נראה מדברי הראב"ד בסוגיין.

ולפי"ז נראה שביאור דברי הגמ' הוא כך, מבריה ארי מדעתו האי שלא מדעתו, והיינו שאע"פ שיש חיוב של נהנה אף בלא מעשיו או מעשה בהמתו, מ"מ מבריה ארי פטור משום שיש מצוה של השבת אבידה, אבל הכא דשלא מדעתו אלא שהוא נעשה בממונו כה"ג אין בזה מצוה ולכן חייב משום נהנה.

ועוד מחלקת הגמ' דמבריה ארי לית ליה פסידא הכא אית ליה פסידא. וביאור הדבר כתב בחי' הראב"ד [הובא בשטמ"ק] שאפילו שהיה בפניו מ"מ אין לו חיוב להוציא ממון להציל חברו, שהרי בגמ' ב"מ מבואר שאם יש שם ב"ד מתנה בפניהם, דהיינו שאם הוא פועל אין לו להפסיד ממונו להשיב האבידה, וה"נ אין לו חיוב להפסיד ממונו להציל בהמתו של חברו ולכן חייב משום נהנה, ועי' באות הבאה.

ביאור שיטת תוס' בסוגיין

תוס' ד"ה א"נ מבריה ארי מנכסי חברו לית ליה פסידא. וא"ת והרי פורע חובו חשבנן ליה מבריה ארי אע"ג דאית ליה פסידא, נראה שמוכח שתוס' כאן קאי לפי הצד שהמחייב בנהנה הוא אף אם לא נהנה ע"י מעשיו או מעשה בהמתו, שהרי פורע חובו לא היה ע"י מעשיו או מעשה בהמתו, אלא ע"כ שלחיוב נהנה א"צ מעשיו או מעשה בהמתו, ולכן הקשו דבגמ' מבואר שכל הפטור הוא משום דלית ליה פסידא אבל הכא הרי אית ליה פסידא.

ותי' תוס' שאין כונת הגמ' שיש כאן ב' תי' בגמ' ואיכא מחלוקת ביניהם, אלא כונת הגמ' שכדי לחייב צריך שיהא ב' תנאים שלא מדעתו ואית ליה פסידא, אבל אם הוא מדעתו אע"פ שיש הפסד או שלא מדעתו ואין הפסד חשיב מבריה ארי, ולכן פורע חובו אע"פ שאית ליה הפסד מ"מ כיון שהוא מדעתו הוא פטור.

וצריך לבאר הטעם שמדעתו ואית ליה פסידא פטור, שהרי הפטור של מבריה ארי הוא משום מצוה של השבת אבידה, ובגמ' ב"מ מבואר שאין צריך להשיב אבידה אם אית ליה פסידא, וצ"ל שאע"פ שאין חיוב לעשות המצוה אבל אם הוא עושה מדעתו ע"כ שכונתו למחול לו על הממון, וכן כתב הש"ך [סי' קכ"ח סק"ח] שמכיון שהוא עושה מצוה הרי הוא מוחל על הממון, [עיי"ש שכתב דיש הכ"ת שברור שאין מתכוון למחול דבכה"ג באמת לא יהא הפטור של מבריה ארי וחייב לשלם].

והנה במשנת ר' אהרון [שכנים עמוד ס] הקשה על הש"ך שאם יש כאן סיבה לחיובו אלא שפטור מלשלם כיון שנתכוון למחול, א"כ אמאי מברית ארי מותר במודר הנאה כדמבואר בנדרים לג ע"ב דכיון שיש סיבה לחיובו אלא שמוחל הרי נמצא שמהנהו ואסור, [ועוד צ"ב דהתוס' כתבו דכל הסברא של מברית ארי מנכסי חברו אינו אלא היכא דלא ברי הזיקא שמצילו מהצער, אבל היכא שברי הזיקא לא הוה בכלל מברית ארי, אלא חייב לשלם לו ואי משום מצוה מחל לו על החיוב א"כ אף שברי הזיקא נמי נימא הכי].

בשערי ישר [ש"ה פכ"ג] ביאר שאין הטעם שאם עושה מדעתו ואית ליה פסידא הוא מוחל על הממון, אלא הטעם הוא דמכיון שהוא עושה בשביל מצוה א"כ אין מקפיד על חסרונו והוה כמו זה נהנה וזה לא חסר, אבל אם המעשה הוא אינו עבור חברו אלא עבור המצוה שיש לו לכן אין כאן תביעה ממונית ולכן אף אם אית ליה פסידא הוא פטור, וזה טעם הפטור של מברית ארי שכתב רש"י שעוה בשביל מצוה ואין כאן סיבת חיוב של ממון, לכן אף במודר הנאה מותר דלא חשיב מעשה המהנה את חברו אלא הוא מעשה מצוה שעושה לעצמו, [וע"ע בחי' הגרש"ש סי' יט שכ"כ].

דעת תוס' ב"מ בביאור סוגיין

והנה מדברי התוס' ב"מ לא ע"ב [ד"ה אם יש] נראה שחולקים על התוס' כאן, עי"ש שמשמע מדבריהם שכונת הגמ' שיש כאן ב' תירוצים נפרדים, או דמברית ארי הוא רק במדעתו, או דרק היכא דלית ליה פסידא,

שתוס' שם הקשו אמאי בשטף נהר חמור וחמור חברו והניח את שלו והציל את של חברו נוטל שכרו ואמאי לא הוה מברית ארי, ותי' דלפי לשון השני שמברית ארי כשאין לו הפסד הכא אית ליה הפסד ולכן אינו מברית ארי, אבל לל"ק דאם הוא מדעתו אינו מברית ארי, משמע אפילו אית ליה הפסד חשיב מברית ארי קשה מדוע חייב לשלם, מבואר בתוס' דלפי ל"ב דאם אית ליה פסידא לא הוה מברית ארי הוא אף אם הוא מדעתו, שהרי בשטף נהר חמור מיירי מדעתו, ומבואר דס"ל לתוס' שלפי תי' בתרא לעולם אם אית ליה פסידא אין דין מברית ארי.

ותוס' שם תי' דבמקום שברי הזיקא אף אם הוא מדעתו חייב לשלם, ואח"כ הקשו א"כ אמאי בפורע חובו הוה מברית ארי הרי ברי הזיקא ותי' כמו שכתבו בסוגיין, מבואר בתוס' שלפי ל"ב לעולם היכא דאית ליה הפסד לא חשיב מברית ארי, וא"כ קשה מה הטעם שפורע חובו חשיב מברית ארי הרי איכא פסידא, ונראה שתוס' שם קאי לפי מה שכתבו תוס' שלחיוב נהנה צריך מעשיו או מעשה בהמתו, וא"כ הכא ליכא מעשיו או מעשה בהמתו ולכן פורע חובו ל"ש לחייבו משום נהנה, ונראה שתוס' בסוגיין שכתבו שהכל טעם אחד ולעולם מדעתו אם אית ליה פסידא יש דין מברית ארי דהיה סברא לחייבו משום נהנה, וע"כ סבר כתי' השני בתוס' לקמן שלחיוב נהנה אי"צ מעשיו או מעשה בהמתו, ולכן הקשו תוס' בתחילת דבריהם על הלישנא בתרא מה הטעם שפורע חובו יש דין מברית ארי הרי אית ליה פסידא ויש לחייב משום נהנה.

סברת תוס'

דמה שהלוה חייב לפרוע אינו הפסד

תוס' בא"ד. ופורע חובו אין מצילו מהפסד דמה שהיה הלוה זקוק לפרעו אין זה הפסד שהרי נתחייב לו, ביאור דבריהם כתב בשערי ישר שם דכל הנדון לחייב פורע חובו הוא רק מצד משתרשי ליה, וא"כ כל החיוב של משתרשי ליה הוא כשהיה מחסר ממנו בלא תועלת ועכשיו נשאר הממון אצלו הממון, אבל אם השביח את ממון חברו ע"י שמנע ממנו את התועלת שיש לו באותו ממון אינו חייב מדין משתרשי ליה, כיון שאף אם היה נחסר אותו ממון לא חשיב שהולך לאיבוד.

ובתב שם שהרי"ז דומה למי שיתקוף את חברו בשעה שהולך לאכול ומנע ממנו את האכילה ועי"ז נשאר לו האוכל דפשיטא שלא יהיה חברו מחויב לשלם לו מחמת דמשתרשי ליה, כיון שהיה לו תועלת באכילה ולא חשיב שהרויח את הממון, וה"נ הכא כאן כיון שהיה פורע בעצמו את החוב בממונו והיה לו תועלת בזה שמקיים את מה שנתחייב, ועוד דפריעת בע"ח מצוה שהרי הוא מעונין לפרוע לכן ל"ש לדון הכא מדין משתרשי ליה, [ועי"ש שכתב דבההיא דאנסו בית המלך אינו מחויב לפרוע כיון דהפקעת הלוואתו מותר לכן חשיב התם שממונו הושבח ע"י התרומה וצריך לשלם].

הסברא שהייתי מוצא אוהבים

תוס' בא"ד. א"נ כדמפרש בירושלמי וכו' ונראה הטעם משום שיכול לומר הייתי מוצא אוהבים וכו', ביאור דבריהם נראה ע"פ מש"כ שכל החיוב בפורע חובו הוא מדין

ולפי תוס' ב"מ נראה דלפי ל"ב דסוגין הא דמבואר בכתובות קא. דפורע חובו חשיב מבריה ארי, כ"ז סברא רק לגבי חיוב משתרשי ליה דכיון שזה לא ברי הזיקא לכן אין משתרשי ליה, אבל אי"ז סברא לגבי חיוב נהנה דלגבי נהנה אין סברא לחייב שאין כאן מעשיו או מעשה בהמתו.

הסברא שברי היוקא חייב לשלם

תוס' בא"ד. ונראה לר"י דמבריה ארי שאינו נוטל שכר היינו כשאין הדבר ברור אבל אם הדבר ברור אז נוטל שכרו, צריך להבין מה הסברא שאם ברי הזיקא חייב לשלם, וצריך להבין לב' הדרכים של תוס' שחיוב נהנה הוא רק ע"י מעשיו או מעשה בהמתו ולכן מבריה ארי פטור צ"ב מה מהני טעמא דברי הזיקא, ואף לפי דרך הב' של תוס' שאי"צ מעשיו או מעשה בהמתו קשה הרי הסברא לפטור מבריה ארי החיוב הוא משום דמצוה קא עביד וכמו שנתבאר א"כ מה הטעם שאם ברי היוקא אין סברא של מצוה.

וביאר הגרש"ש שבמקום שברי הזיקא אפשר לחייבו מדין משתרשי ליה, דמכיון שממונו הולך להפסד ונשאר לו ממנו בידו לכן חייב לשלם, ובחיוב משתרשי ליה אין דין שצריך מעשיו או מעשה בהמתו, ועוד כתב הגרש"ש דלא שיק לפטור חיוב דמשתרשי ליה משום דמצוה קא עביד, דכל הסברא של מצוה קא עביד הוא דלא נחשב חסר אבל לחיוב משתרשי ליה אין דין שיהא חסר ולכן אפשר לחייב אף שיש סברא של מצוה קא עביד.

משתרשי ליה, והרי תוס' כתבו בחולין לגבי תוחב לחברו בבית הבליעה אין חיוב של משתרשי ליה כיון שיכול לומר לו הייתי מתענה, וא"כ זה סברת תוס' שיכול לומר הייתי מוצא אוהבים שיפרעו לי והיינו הייתי מתענה.

קושית הרע"א על תוס'

תוס' בא"ד. אבל רש"י פסק שיחזיר בחינם, והיינו דדעת רש"י דאף בברי הזיקא חשיב מבריה ארי ודלא כתוס', וכתבו התוס' ונראה דלא מיבעיא אם קנאה בדמים שמציל הבעלים מן ההפסד שישלמו הבעלים אלא אפי' קנאן בשויו ולא דמי למבריה ארי.

מבואר בתוס' דהיכא דקנה את הבית בשויו אינו בכלל מצילו מן ההפסד כיון שהוציא דמים כנגד כל השויות של הבית והבעלים היה נותן נמי אותם הדמים נמצא שלא נהנה מכלום, והקשה רע"א [ב"מ לא ע"ב] א"כ אמאי הקשו תוס' לעיל דפורע חובו אמאי חשיב מבריה ארי אע"ג דברי הזיקא ואית ליה פסידא, הא בפורע חובו נמי הבעלים היו לפטור עצמם בדמים הללו א"כ אי"ז חשיב מצילו מן ההפסד שאם היה חוזר ומשלם מה שקיבל נמצא שלא נהנה מכלום.

גדר חיוב שמירה בנזקין ובשומרים

גמ' אבל דחפתה חברתה פשעה ומשלמת מה שהזיקה משום דא"ל איבעי לך עבורי חדא חדא. מבואר מדברי הגמ' דכה"ג חשיב פשיעה כיון שהיה יכול לדאוג שכל בהמה תילך לבדה, והקשה הרא"ש מהא דמבואר ב"מ צג ע"ב לגבי חיוב שומרים דכל הסברא

של איבעי לך וכו' אינו אלא בשומר שכו מחמת שקיבל על עצמו לשמור יותר, אבל בשומר חנם לא עי"ש היטב בסוגיא דמשמע כן, וא"כ קשה שהרי בנזקי ממונו מבואר בריש פרקין דסגי בשמירה פחותה כשומר חנם.

ומבואר לפי"ז שאף בשומר חנם איכא הך סברא דאיבעי עבורי חדא חדא, ותוס' בב"מ שם כתבו דהך פלוגתא דרב כהנא ורבא אם יש סברא של איבעי לך עבורי חדא חדא הוא מחלוקת ג"כ בשומרים, ולרב כהנא אף בשומר חנם צריך לשמור באופן זה, והסוגיא בב"מ קאי כרבא דסבר שאי"ז נחשב פשיעה ולכן רק בשומר שכו יש חיוב זה.

אולם הרמב"ן והנמוק"י ב"מ כתבו שכל המחלוקת כאן אינו אלא לגבי חיוב של מזיק, אבל בשומר חנם אין צריך לשמור כה"ג כיון שדרך בנ"א להעביר בהמתם באופן זה ואינם נוהרים להעביר אחד אחד ולכן שומר חנם פטור, דחיוב שמירה הוא כדנטרי אינשי כמו שמוכח ב"מ צג ע"א לענין שומרים דהיכא דעייל בעידנא דעייל אינשי פטור, אבל לענין נזיקין פשיטא דהיכא שהזיק בשעה שעייל וכו' דחייב, וע"כ דלענין נזקין אין הסברא של נטרי כדנטרי אינשי ולכן בנפלה כה"ג חייב בתשלומין נזקין, [ועי' לעיל בריש פרקין מש"כ לדייק בתוס' ד"ה נפרצה בלילה שאין חיוב שמירה בנזקין רק כדנטרי אינשי, ואפשר שתוס' ב"מ לא תירצו כמו שכתבו הראשונים משום שחלקו עליהם].

והנה לעיל כח ע"ב הובא מש"כ הרשב"א שאף למד"א נתקל פושע אין הכונה שהוא פושע גמור, אלא כתב הרשב"א ז"ל 'לאפוקי שאינו אנוס ולא כפשעה שמתחייב

עליה שומר חינו' עכ"ל, וכתב הדברי יחזקאל [סימן נ'] שלפי דברי הרשב"א נמצא שיש חיוב על כרית בור אף אם הוא רק אונס, שהרי בגמ' לעיל כט ע"א מבואר שאם נתקל פושע ונפל הכד מידו חייב על ההיזק של התקלה.

ונמצא שהכלל של אדם מועד לעולם נאמר גם על יצירת מזיק של בור, והקשנו על דבריו מהא דמבואר בגמ' לעיל כט ע"א דאם קנקנים נפלו מהגג ברוח שאינה מצויה פטור לר"מ, ולכאורה מ"ש נתקל פושע דחשיב אונס כעין אבידה מרוח שאינה מצויה, שהרי מבואר בתוס' וברשב"א לעיל דרוח שאינה מצויה חשיב אונס כעין אבידה וצ"ע.

ומצאתי במשנת ר' אהרון [סי' ח'] שכתב לבאר שאין כונת הרשב"א שנתקל פושע חייב אף באונס כמו חיוב דאדם מועד לעולם, אלא כונת הרשב"א כמו שמבואר בסוגיין דיש חילוק בין פשיעה של שומר חינו' לפשיעה של מזיק, דשומר חינו' חייב לשמור כדנטרי אינשי, אבל לענין נזקין יש יותר חיוב שמירה, וזה כונת הרשב"א ולא כפשיעה שמתחייב עליה שומר חינו', ולעולם אין כונת הרשב"א שיהא חיוב אף בנתקל באונס, ולכן לענין יצירת התקלה אינו חייב.

ל"ש אלא באותה ארוגה אבל מערוגה לערוגה משלם

גמ' אמר רב כהנא ל"ש אלא באותו ערוגה אבל מערוגה לערוגה משלמת מה שהזיקה ור"י אמר אפילו מערוגה לערוגה. פרש"י בדעת ר"כ שאכלה מיד באותה ערוגה שנפלה שם, דכיון דהיא אנוס בנפילה אנוסה נמי באכילתה, ויש לדון מה כונת רש"י שכיון

שאנוסה בנפילה לכן אנוסה נמי באכילה, דאם מיירי שיש לבעלים אפשרות להוציא אותה משם א"כ מה הסיבה שאינו חייב לעשות כן, ואם כונתו שאף שיש לו אפשרות להוציא מ"מ יש כאן פטור של אונס צ"ב מה גדר הפטור.

ונראה לבאר דרש"י כתב שאכלה מיד, וא"כ אפשר שכונתו דבהמה שנופלת מיד אוכלת זה חלק מהאונס של הנפילה דאע"פ שיכול למונע אותה מ"מ אין לו חיוב, ונראה להוסיף הסבר בזה שכל החיוב של שן הוא רק היכא דהוה כעין וביער, וכמו שכתב רש"י בתחילת הפרק דהוה כאילו מזיקו בידים, ולכן כל שהאכילה נעשית מיד לאחר הנפילה חשיב שזה חלק ממעשה הנפילה, וממילא אין כאן כעין וביער דחשיב מעשה בידים.

כתב הרא"ש דע"כ מיירי באופן שהבעלים ידעו שבהמתו שם ויכולים להוציאה משם, דאל"כ פשיטא דאנוס הוא ולא פליגי בהכי, והטעם שאין מחויב להוציא בהמתו משם הוא דכל היכא שנפלה באונס אין כאן מעשה של ושילח וביער, דכל החיוב של שן הוא היכא דיש מעשה של ביער בשדה אחר, ונחלקו ר"כ ור"י האם ערוגה אחרת חשיב שיש מעשה של וביער, או"ד כיון שהכל מחמת נפילה הראשונה שהיה באונס אין כאן מעשה של וביער בשדה אחר.

ונראה לבאר ע"ד שביארנו ברש"י דמבואר בריש פרקין שהמחייב של שן הוא כעין וביער ולשון רש"י הוא שכונת התורה וביער כעין שיאכלנה לבהמתו בידים, והיינו שהפשיעה היא מתיחס אליו כאילו שהוא בעצמו עשה כן, [ולעיל נתבאר דלכן נלמד

מזה שסגי בשמירה פחותה, דהתם כל פשיעה מן השמירה מתיחס אליו, אבל אם היה צריך שמירה מעולה והיה מתחייב על הפשיעה בשמירה לא היה נחשב כמזיק בידים].

ולפי"ז י"ל שכונת הרא"ש דאם חסר בושלח שאין מעשה פשיעה של הבעלים במה שנמצאים בשדה, חסר כאן בפשיעה של ההיזק ולא חשיב כאילו מזיק בידים ולכן אין לחייב אותם בשן, ע"ע בשטמ"ק שכתב בשם הראב"ד שאף אם הבעלים יכולים להוציא אותם פטור דמשימא קנסו אותו לניזק עד שתצא וצ"ע כונתו. בעיקר ההגדרה מהו מערוגה לערוגה עי' בחזו"א סי' ו' סק"ב כמה פרטי דינים בזה.

גדר החיוב ביצאה שלא לדעת

גמ' אמר רב פפא לא תימא שתצא ותחזור לדעת אלא אע"פ שיצאה לדעת וחזרה שלא לדעת. פרש"י אע"פ שחזרה שלא לדעת דהשתא לא סגי לה בשמירה פחותה, והיינו דאע"פ שחזרה לביתו ונעל בפניה כראוי דהיינו דלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה שזהו אופן השמירה לגבי שן ורגל, הכא כיון שרוצה לצאת מחויב הוא על מה שהזיקה.

ותמה הרשב"א דא"כ לעולם כל בהמה שאכלה בשדה שלא אדם אחר לא יועיל שמירה פחותה לאותה שדה, ולכן כתב הרשב"א בשם הראב"ד שכונת הגמ' דהיכא שעברה אח"כ באותו מקום שנפלה בתחלה ושוב נפלה דאמרינן דאפי' שיצאה שלא לדעת דהיינו שהיה אנוס חייב, דהיה לו לשמרה שלא תפיל את עצמה שם דלא נפלה מחמת אנוס, ועי' בחזו"א שכתב בעיקר קושית

הרשב"א דאפשר שאין זכרון הבהמה אלא יום או ימים ורק לזמן זה צריך שמירה מעולה, אלא שדחה דמלשון הגמ' דאמר כל אימת דמשתמטא להתם רהטא משמע דלעולם היא תרצה לילך לשם.

כל אימת דמשתמטא להתם רהטא

גמ' כל אימת דמשתמטא להתם רהטא. היש"ש [סי' יז] וביאור הגר"א [סי' שצ"ד] הקשו לפי תוס' שכתב לעיל [ד"ה נפלה] דמיירי הכא בכח"ג שאין יכולה לירד מעצמה לגינה רק ע"י נפילה, משום שאם יכולה לירד הוה תחילתו בפשיעה וסופו באנוס דחייב, א"כ מה לשון הגמ' כל אימת דמשתמטא הרי אף אם תצא לא תוכל לירד לשם.

היש"ש כתב דמיירי שבתחלה לא היתה יכולה לירד, אבל אח"כ נעשה לה דרך חדשה שיכולה עכשיו לילך לאותו מקום אלא שבשעת הנפילה אותם פתחים היו סגורים, ועי' בחזו"א שכתב לישב שצ"ל לתוס' שמכיון שהיא הורגלה לצאת לכן חייב לשמור אותה שלא תצא אע"פ שלא תוכל להגיע ממש לאותו גינה.

הזיקה במי לידה

גמ' בעי ר' ירמיה ירדה כדרכה והזיקה במי לידה מהו תחילתו בפשיעה וסופו באנוס וכו'. יש להקשות מכאן על דברי הברכ"ש [סי' ו] שהובא לעיל נו ע"א שכתב שכל הנדון של תחילתו בפשיעה וסופו באנוס בנזקין הוא רק בכח"ג שעשה שמירה קצת, אלא שפשע בשמירתו שלא שמר כדין, אבל באופן שפשע

בבהמתו ולא שמרה כלל ואח"כ היה אונס אין הפטור של תחילתו בפשיעה וסופו אונס, [וכתב שם שלכן אם אדם לא שמר בהמתו והלכה לרשוה"ר ונפרצה כותל של חברו ונכנס השור לחצר חברו והזיק חייב, אע"פ שיש כאן אונס גמור שלא היה לו לחשוב שתפרוץ גדר של חברו, אלא כל שפשע אין לו פטור אונס], וקשה הרי הכא מיירי שלא שמר שורו כלל וא"כ מדוע תולה הגמ' הנדון שהזיקה במי לידה בנדון אם תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב או פטור.

ובן יש להקשות על תוס' נז ע"ב [ד"ה נפלה] שכתבו שאם היתה יכולה לירד לגינה בלא נפילה למד"א תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב יתחייב אף בנפלה, והרי אם יכולה לירד בפשיעה לכו"ע יהא חייב אף אם בסוף היה אונס שהרי לא שמר הבהמה כלל.

וצ"ל שכל הנדון של הברכ"ש הוא כשהאונס הוא בניזק, והיינו שזה היזק שלא היה מעלה על דעתו שיקרה, אבל הכא הוא נדון אחר, דהאונס הוא בצורת ההיזק שמעשה היזק של מי לידה לא סבור שיכול להיות ולכן נחשב שמור על מעשה מזיק כזה, דהתם שצורת ההיזק היה באופן הרגיל אלא שהאונס מה שנפרץ גדר של חברו בזה כיון שיש פשיעה בשמירה חייב אף על האונס.

בעיקר ההיזק של מי לידה יש לעיין אמאי לא הוה צרורות, ומדוע לא הוה כהא דמבואר לעיל יח ע"ב לגבי גללים דחשיב צרורות עי"ש היטב ברש"י, ועי' לעיל שם שהובא מש"כ השטמ"ק בשם הר"י מגאש שכתב לישב דעת הראשונים שכתבו דטינפה

פירות להנאתה לא חשיב צרורות, משום דליכא הפסק מגוף הבהמה ול"ד לגללים וה"נ צ"ל לגבי מי לידה.

דף נח ע"ב

בגדר שמין אגב שדה אחר

גמ' וביער בשדה אחר מלמד שמין אגב שדה אחר. החזון יחזקאל פ"ו חקר בהך הלכתא דשמין אגב שדה אחר, האם הוא הלכה של שומא דהיינו שזהו הלכה בצורת תשלום הנזק שאע"פ שהנזק נעשה רק באותו ערוגה שאכל מ"מ כדי שלא יפסיד המזיק התורה אמרה שאופן התשלום הוא שישמו אותו אגב שדה אחר ושיעור השומא הוא בשישים, או"ד שהתורה גילתה שהנזק בעצמו מתיחס לכל השדה שאכל ולא רק לגבי אותה ערוגה שאכלה, דכיון שחסר חלק מהשדה חשיב נזק בכולו.

וכתב שם דנפק"מ בזה היכא שאין שישים סאה בשדה שאכל, שאם החידוש הוא שהנזק הוא לפי ערך כל השדה א"כ כ"ז רק היכא שיש כאן נזק בפועל לשדה שלמה, אבל אם הוא הלכה של שומא א"כ א"צ שיהא בשדה שאכל שישים, אלא שהתורה אמרה שצורת התשלום הוא לפי שומא זו.

וכתב החז"י שנחלקו בזה בראשונים ב"מ צט ע"ב בזה, דהגמ' דנה שם באדם שגזל חבית שיש בה חמשים תמרים כמה צריך לשלם, שאם ימכור כל תמר ותמר בפנ"ע ימכור כל אחד בוזו, אבל אם ימכור כולם בבית אחת משלמים מ"ט זוזים, ואומרת הגמ' דישלם מ"ט כמו שמצינו לענין מזיק ששמין

אגב שדה אחר, ה"נ שמין אגב כל החבית ולא כמה שוה אם ימכרנו אחת אחת, והקשו התוס' שם דע"כ לא דמי לקרקע שהרי בקרקע הדין ששמין בשישים והכא אין שמין בשישים, [ומה שהיה פשוט לתוס' מסברא דבמטלטלין לא נאמר הכלל של שישים, נראה משום שבשדה הוא גוף אחר משא"כ במטלטלין ל"ש לומר כן].

ותי' תוס' דס"ל לגמ' שכמו שמצינו קולא בתשלומין בקרקע ה"נ אין לנו להחמיר כאן שישלם כפי מה שמוכרים חדא חדא, אולם השטמ"ק כתב בשם תוס' שאנץ דבקרקע ג"כ שמין כמו בחביצא דתמרי שהרי אם אין לו רק ערוגה אחת הפסיד את כולה ושמין אותה בפני עצמה, ומבואר שתוס' לא סבר כתוס' שאנץ אלא סבר שבקרקע לעולם יש דין ששמין בשישים.

וביאר החזון יחזקאל שדעת תוס' שהוא הלכה בשומא של ההיזק ולכן אין חילוק בין אם יש בשדה שאכל שישים או לא, אבל תוס' שאנץ למד שזה הלכה להתיחס לנזק של כל השדה ולכן אם אין כאן שישים הנזק הוא רק באותו דבר, וכונת הגמ' שם להוכיח מנזקין שכמו שבנזקין הנזק לא מתיחס לדבר בעצמו, אלא בתמרים שם אין מחשבים את ההפסד באופן זה שכל תמר ותמר הוא דבר נפרד אלא הכל דנים את כל החבית ביחד.

בחידושי מרן הגרי"ז [במכתבים בסוף הספר] כתב להקשות על דבריו דאיך אפשר לומר שהדין של שישים הוא לראות את ההיזק באופן זה, הרי הסוגיא שם לא מיירי במזיק כלל אלא בגזלן, ויש חילוק בין מזיק שחייב לשלם על ההפסד, אבל גזלן

חייב להחזיר מה שלקח או את דמיו, ולכן ע"כ שהוא הלכה של שומא דזה שייך לומר גם בגזלן דנאמר הלכה מה אופן השומא של השויות של החפץ, וה"נ במזיק נאמר הלכה שזה השויות של החפץ הנפסד.

שומא של נזק פרה מעוברת

והנה לעיל מז ע"א מבואר שאם הזיק פרה מעוברת שמין את הולד אגב הפרה משום שיכול לומר פרה מעברתא אזיקתך פרה מעברתא שיימנא לך, ומשמע מהגמ' דהסברא דשמין את הנזק באופן זה משום שדנים את הנזק באופן זה, ולא משום שזהו הצורה של השומא אלא שהנזק מתיחס לכל הפרה, וכן בקוטע יד עבד שמין אותו אגב כל העבד כיון שזהו נזק בכולו, והרא"ש בריש פרק החובל ביאר שהמקור של כך דינא הוא ממה שמצינו לגבי מזיק שדה דשמין אגב שדה אחר, לכן ה"נ בחבלת אדם נמי שמין אגב כולו, ומשמע בגמ' דבפרה ועבד הלכה היא לראות את ההיזק באופן זה ומשמע שאף בשדה הוא כך.

והחז"י שם הביא שכן מוכח בתוס' בסוגיא שם שכתבו לגבי דמי ולדות של אשה דא"א לשום אגב האשה כיון שהאשה אינה של הבעל, ואם זה הלכה של שומא של היזק מ"ש אם האשה של בעל או לא, אלא משמע שזהו הלכה לראות את ההיזק באופן זה, וכיון שאין האשה של הבעל א"א לראות את ההיזק של דמי ולדות באופן זה.

ונראה לישב הראיה מהסוגיא בדף מז ע"א דבתוס' ב"מ צט ע"ב הקשו דכמו שלא שייך שישים במטלטלין ה"נ לא שייך דין של וביער לשום את כל החבית ביחד, ויש

להקשות מדוע לא הקשו תוס' כן על הסוגיא בדף מז ע"א מגלן שאף במטלטלין נאמר הדין של וביער בשדה אחר, אלא ע"כ נראה שזה היה פשוט לתוס' מסברא שמצינו בדין של וביער בשדה אחר ע"כ נאמר כאן כלל שהתורה באה להקל על הניזק, [וכמו שכתב רש"י במשנה בריש פרקין והוא לשון הגמ' לעיל מז ע"א שלא להפסיד את המזיק].

ונראה שבפרה וולד ויד של עבד שזה גוף אחד בעצם יש יותר סברא לראות

את ההיזק באופן זה, דהיינו שלא רק היד הופסד אלא כל העבד הופסד וכן בולד של פרה, ולכן נראה שאף אם בדין של וביער בשדה אחר לא נאמר לראות את כל השדה מוזקת, כיון שסו"ס אפשר לראות את הערוגה בפנ"ע, אבל מכיון שלמדנו מדין של וביער בשדה אחר שהתורה באה להקל על המזיק, לכן במקום שיש יותר סברא לראות את ההיזק באופן זה אפשר ללמוד וביער בשדה אחר שכך צורת ההיזק ולכן בפרה ועבד דנים את ההיזק כך, אלא שהתוס' הקשו רק שם לגבי תמרים שא"א לראות את הכל ביחד אפשר שהתורה לא הקילה, ורק בקרקע שיש שיעור של שישים דהתם כשיש שישים בקרקע רואים את הכל כדבר אחד, אבל במטלטלין ל"ש ולא נאמר כלל את הקולא אלא ישלם את מה השומא של אותו דבר שהוא הפסיד, ותי' תוס' שמסתבר שאם התורה באה להקל לעולם ישלם לפי הצורה של פחות של התשלומין.

ולפי"ז נראה שאין ראיה מתוס' לעיל שכתבו דדמי ולדות של אשה לא שמין אגב האשה כיון שאינה של בעל, דהתם יש סברא לראות את ההיזק באופן זה כיון שהוא גוף

אחד וכיון שאין בעלים אחד לכן ל"ש לומר כן, ונמצא שבקרקע לעולם השומא בשדה אחר אף אם אין לו רק שדה אחד, ועי' ברבנו פרץ בסוגיין שכתב בתוך דבריו דהשומא של ס' הוא בין אכלה בשדה גדולה בין בשדה קטנה, משמע מדבריו שזהו הלכה של שומא וכשיטת תוס' ב"מ.

אופן שומא

של נזקי כלים ובהמה

כתב החזו"א [ס"ו סק"ג] דכל מה דבעינן קרא דוביער בשדה אחר אינו בנזק של קרקע דכל חיטה או פרי נדון כנזק בפנ"ע, אבל בהיזק כלי או בהמה א"צ קרא והתם מסברא אמרינן דתשלום הנזק הוא לפי שומת כל הכלי והבהמה, כיון שכל הערך של הדבר הוא מחמת השם כלי שבזה וכל חלק וחלק הוא בכלל הכלי וע"כ השומא היא רק באופן זה, וכתב החזו"א ויש לעיין היכא שקלקל כותל ביתו ואי שיימינן כל הבית לא נפחת מכספו כלל, וכתב החזו"א ונראה דכיון שאין הבית עומד למכירה אלא לתקן בדקיה משלם מה שחברו מפסיד בהוצאת התיקון.

ונראה דכונתו דיש ב' אופנים לשום מעשה נזק דהיכא שהדבר עומד למכירה ההפסד הוא על ערך הכסף שהיה יכול להשיג בזה, ולכן התם נאמרה הלכה ששמין אגב שדה אחר שזהו אופן שומת הפסד הממון שלו, אבל כשהיזק לו כותל ביתו ההיזק הוא נזק של הפסד השימושים ולא של ערך הכסף שהיה שוה, ולכן התם התשלום הוא להשלים את השימוש שהיה לו בחפץ, ולכן התם אין שמין אגב כל הבית אלא כמה שווה התיקון של הדבר.

המעם דמשערין בשישים

גמ' אמר ר"י בר חנינא בשישים. כתב הרמב"ם בפירוש המשנה דהשיעור של שישים משום שרוב שיעורי חכמים בס' כמו שמבואר לענין תערוכות שבטל בשישים וכ"כ המאירי עי"ש.

וע' אבן האזל נזק"מ פ"ד הי"ג מש"כ בזה, ועי' שטמ"ק מש"כ בשם הרא"ה והראב"ד דלא ידענא מנין יצא להם שיעור זה אלא קבלה היא בידם.

אופן השומא אנב קרקע

בעיקר הדין דשמין בשישים אגב קרקע כתב היש"ש [סי' י"ח] דמדברי רש"י מדויק כמה פעמים בסוגיא שהשומא אגב קרקע הוא באופן כמה שווה למכור את הקרקע לימכר יחד עם הפירות וכמה שווה בלא הפירות, דרש"י בסה"ע [ד"ה כמה היא יפה] כתב כמה היתה יפה הקרקע לימכר כשהיא עם השחת, וכן בדף נט ע"א [ד"ה כמה] היא יפה הקרקע לימכר, וכן בדף נט ע"ב [ד"ה בשישים] כתב שהקונה קרקע בפירותיה.

וחקשה היש"ש דנמצא דאתה מכחיש את הניזק דאדם שבא לקנות קרקע אינו פוחת אלא מעט מאוד בשביל הפסד הך פירות כיון שעיקר קנייתו הוא הקרקע עצמה.

ולבן כתב היש"ש דהשומא הוא כמה שווה הקרקע לימכר לפירותה, דבכה"ג אין הוא חש להפסד של השדה אלא ביחס לפירות עצמם, ועי' בספר קונטרסי השיעורים [להגרי"ז גוסטמן] סי' ד' שכתב די"ל דסברת

רש"י הוא דגדר הדין של וביער בשדה אחר הוא שהנזק מתיחס לקרקע עצמה, ולא רק נזק כלפי הפירות עצמם, ולכן צורת השומא הוא באופן כמה נפחת מערך הקרקע.

נרון במשוריר שבו

גמ' חזיז ר' יוסי הגלילי אומר נידון במשוריר שבו. פרש"י רואים הנותר לפי מה שתעלה על ארוגה בימי הקציר ומשלם, והיינו שאע"פ שעכשיו אין לה שויות כ"כ משלם לפי כמה שהוא הפסיד אילו היתה ממשיך לגדול, ומבואר דאין שמין אותם אגב קרקע, אולם צ"ב היכן מצינו דבר זה שצריך לשום את ההפסד לפי מה שיהיה שווה אח"כ, ועי' לעיל לד' ע"א בתוס' [ד"ה שאלמלא] שכתב אטו אם נגח שור קטן יהיה חייב לשלם לו לפי ערך של שור גדול, שהרי אם לא היה מזיקו היה נעשה שור גדול ונמצא שהפסיד לו שור גדול, ועי' באבן אזל פ"ז י"א שעמד בזה עי"ש מש"כ לבאר.

ולבאורה החילוק הוא דשור קטן יש לו שויות לפי מה שהוא, ולכן אין משלם את מה שיכול להשביח אח"כ, אבל הכא אין שויות לחזוית רק מכח זה שיכול לגדול אח"כ ולכן יש צורה של שומא כמה יהא שווה אח"כ ומדברי התוס' [ד"ה אכלה] משמע שהדין של רואים אותו והדין של משוריר שבו זהו הלכה של קנס ולפי"ז כל הך הלכתא נאמר רק כאן.

דף נט ע"א

אכלה סמדר

גמ' אכלה סמדר רואין אותן כאילו הם ענבים עומדות ליבצר. נחלקו רש"י ותוס'

בביאור דברי ר' יהושע, דעת רש"י דראוין אותם כאילו הם פירות גמורין ממש ולא שמין אותם אגב קרקע כלל, ודמי למה שאמר ר' שמעון במשנה אכלה פירות גמורין משלמת פירות גמורין, אבל תוס' כתבו דשמין אותם אגב קרקע, אלא שחידש ר' יהושע דשמין אותם כאילו הם פירות גמורין, ורבנן שאמרו ששמין כמה היתה יפה וכמה היא יפה חולקים, דאין שמין אגב קרקע כאילו פירות גמורין אלא כמה שוה עכשיו.

ותמה היש"ש [סי' יט] על תוס' דיש כאן תרתי דסתרי שאם שמין אותם כפירות גמורין, והיינו כמו ענבים העומדות ליבצר אמאי שמין אותם אגב קרקע, הרי פירות גמורין אין שמין אותם אגב קרקע כלל, ולכן כתב היש"ש שאין כונת הגמ' דהשומא שישלם על אותם ענבים כמה ששוה ענבים שעומדות ליבצר, אלא כונת הגמ' שכמו שענבים שעומדות ליבצר אין שמין אותם אגב קרקע, ה"נ סמדר אין שמין אותם אגב קרקע אלא כמו ענבים שעומדות לביצר וישלם כמה ששוה עכשיו, והביא שכן מוכח בירושלמי.

רש"י ד"ה בד"א. דנישומין אגב קרקע, מבואר דר"ש בא לומר דמה שאמר ר' יהושע דלא נישמין אגב קרקע, כ"ז רק באכלה סמדר ולא בלולבי גפנים שזה שמין אגב קרקע, ועי' יש"ש סי"ט שדייק כן ברש"י, אבל תוס' פי' הגמ' דלא כרש"י אלא בד"א דשמין אותם כאילו ענבים העומדות ליבצר.

תוס' ד"ה אכלה סמדר

תוס' ד"ה אכלה סמדר וכו'. ודוקא בסמדר דענבים וכו' אבל תבואה רגילה להתקלקל וכו', צ"ב דאם גם ענבים אפשר

שיתקלקל אמאי חייב לשלם, הא מספק אמאי לא אמרינן המוציא מחברו עליו הראיה, ואפשר דבסתמא לא מתקלקל לכן אין מקום להסתפק, ובתוס' משמע דהשומא הוא קנס, וא"כ אפשר דכל שבסתמא לא מתקלקל קנסו אותו.

תוס' בא"ד. ובחזיו מודה ר' יהושע או כריה"ג או כרבנן, המהר"ם ביאר שסברת ר' יהושע שרק בסמדר של ענבים אומדין אותם כאילו הם ענבים העומדות ליבצר, משום שיש תרתי למעליותא, חדא שהם גדולות כבר ועוד דאף אם השאר מקלקל זה יכול להשאר קיים, ולכן כתבו תוס' שבחזיו שהוא קטן ויש רק סברא אחת שאף השאר מתקלקל שמא זה אין מתקלקל יכול לסבור כרבנן או כר' יוסי, ועי' במהרש"א מה שהקשה על תוס'.

כחש גופנא

גמ' איכא ביינהו כחש גופנא. פרש"י דהיינו מה שהוכחש הגפנים עצמם, ונמצא שהנזק הוא פחות מכמה ששוה ענבים עצמם כיון שבזה שהזיקו נמצא שלא מפסיד את כחש של הגפנים.

וצ"ב שתוס' כתבו שצורת השומא הוא אגב הקרקע כמה שוה גפנים בלא פירות וכמה עם הפירות, וא"כ נמצא שהלוקח כבר לקח בחשבון כמה שוה הגפנים בלא פירות ועשה חשבון ששוה יותר משום שהוא לא מוכחש.

ועוד צ"ב מה מדמה הגמ' להא דאין משלם את הצער משום דסופה להצטער תחת בעלה, הא התם עכשיו עשה לו צער גמור

אלא דאמרינן שצריך לפחות כיון שסופה להצטער בצער כזה, וא"כ י"ל דאף למאן דפליג התם היינו משום דסו"ס עכשיו היא מצטערת ולכן חייב לשלם, אבל הכא כל החיוב הוא הוא מחמת שהיה יכול להיות פירות גמורים, ולכן חייב לשלם פירות גמורים, והרי בשעה שיהא פירות גמורים היה צריך להיות כחש גופנא וא"כ ל"ד להתם שכל הנזק הוא עכשיו.

אופן השומר בדקלא פרסאה

גמ' והלכתא כוותיה דריש גלותא בדקלא פרסאה. פרש"י חשוב מאוד ונישום בפנ"ע, נראה דכונתו דכיון דהשומא של שישים הוא קולא למזיק, ע"כ בדבר חשוב יש סברא להחשיבו בפנ"ע ולא להקל על המזיק.

והרא"ש כתב סברא אחרת משום דחשיב כפירות גמורים, וכתב הרא"ש שזהו החילוק בין דיקלא פרסאה לדיקלא ארמאה דהתם לא הוה פירות גמורים, וכתב הרא"ש דהריש גלותא לעיל סבר דכל פירות אילן חשיב כפירות גמורים, וצ"ב כונתו דבגמ' משמע שהטעם הוא משום דסבר שיש חילוק בין נזקי גופו לנזקי ממנו כמו שהקשה רבא, ועי' ביש"ש סי' כ"א מה שהקשה על דברי הרא"ש דלא משמע כן מדברי הגמ'.

דף נט ע"ב

ביאור הפשיטות דמשלם דמי כופרא

רש"י בשישים. עם הקרקע דהכל בכלל שהקונה קרקע בפירותיה נותן עינו קצת בשבח של אחר זמן, צ"ב דהספק היה

האם משלם דמי כופרא או דמי תמרי, וא"כ בזה שאמר דמשערים בשישים לא פשט את הספק אי דמי כופרא או דמי תמרי, ועי' ברבנו פרץ שהקשה כן על תחילת דברי הגמ' דמקשה הא תמרי לא שקיל מינה, והקשה הרי לעיל אמר ר' יהושע ענבים העומדת ליבצר והרי לאו ענבים שקיל מינה, וכתב לישב דהתם בענבים נמי הכונה ששמין אגב קרקע ובשישים, ונראה כונתו דאין כונת ר"י שמשלם באמת כמה שווה פירות גמורין, אלא ששמין אגב קרקע וכמו שמסקנת הגמ' כאן כמה אדם מוכן לשלם על פירות של הקרקע שהרי יודע שיצמחו אח"כ.

ועי' בספר קונטרסי שיעורים שכתב דמוכח דסבר רש"י דהשיעור של שישים הוא משום שאנו דנים את הנזק בקרקע עצמה, ולא רק שהוא אופן של שומא [וכמו שמשמע ברש"י לעיל], ולכן י"ל דבזה שאמר בס' ע"כ השומא לפי השויות של דמי כופרא דכשדנים את הערך של הקרקע עם הפירות אין לפירות עכשיו ערך של דמי תמרי כיון שעכשיו הם כופרא, וזהו שכתב רש"י שמוכן לשלם יותר מעט בשביל הכופרא וע"כ פשט שמשלם דמי כופרא, ועי' בחזון יחזקאל שם שכ"כ לפרש דעת רש"י, ועי' בשטמ"ק לעיל נח ע"ב שכתב בשם הראב"ד דהפשיטות של הגמ' בשישים היינו שמשלם דמי תמרי וצ"ב.

השולח את הבעירה ביד חש"ו

מתני' השולח את הבעירה ביד חש"ו פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמים. בגמ' מבואר שנחלקו ר"י ור"ל מה הטעם שאין חייב בדיני אדם האם משום שמסר לו גחלת או אף שמסר לו שלהבת ג"כ פטור דלא חשיב

מנחת

דף נמ ע"ב

משה

שיא

שמסר לו מזיק בידים, ולכן פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, והנה בפשוטו היה נראה דמיירי שמסר להם לשמור והחידוש הוא דלא נחשב שמסר בידם מזיק.

אולם בקידושין מב ע"ב מוכיחה הגמ' מהא דקתני במשנה דשלח ביד פיקח הפיקח חייב, דאין שליח לדבר עבירה ומשמע דמיירי ששלח אותם להזיק, דאל"כ מה שיק הנדון של שליח לדבר עבירה, ועי' פנ"י לעיל נו ע"א בתוס' שכ"כ, אולם היש"ש [סי' כג] כתב שדינא דמתני' מיירי נמי בכה"ג אף שלא אמר לו בהדיא להדליק בשל חברו, ומבואר שאף בזה יש נדון של שליח לדבר עבירה.

בחדושי' ר' שלמה ביאר שאע"פ שלא אמר לו להדליק ברשות חברו מ"מ מיירי שאמר לו להדליק בתוך שלו, ולכן לבסוף שנעשה נזק מחמת שהחרש לא שמר יש נדון של שליח לדבר עבירה מחמת ההיזק שנעשה, ולכן יש חיוב אף בדיני שמים בזה, [ועי' במחנה אפרים נזקי ממון מה שהביא מדברי הריטב"א ב"מ י ע"ב בנדון זה].

ביאור פלוגתת ר"י ור"ל

גמ' אמר ר"ל משמיה דחזקיה ל"ש אלא שמסר לו גחלת וליבה אבל מסר לו שלהבת חייב מ"ט מעשיו גרמו לו וכו'. נחלקו רש"י ותוס' בביאור פלוגתת ר"ל ור"י, ועיקר הענין מבואר בסוגיא לעיל ט ע"ב ונזכיר ראשי פרקים בזה.

בסוגיא שם מבואר שאם מסר שור ובור לחש"ו אף בשור קשור חייב המשלח, אבל בגחלת פטור משום דמעמיא עמיא ואזלא, ורש"י בדף כב ע"ב [ד"ה גחלת] כתב דלא דמי לשור דשור מזומן להזיק, אבל

הא דגחלת חרש עביד ליה הזיקא, ומבואר ברש"י שהטעם שהמשלח פטור משום שהחרש עביד ליה הזיק.

ועי' בחי' הגר"נ [אות שלג] שביאר שאף שיש רוח מצויה שהחרש ילבה את הגלחת, מ"מ כיון שהוא מסר לו גחלת שמעמיא ואזלא לא חשיב שנתן לו מזיק ולכן אין לבעלים חיוב לשמור על דבר כזה, ולכן מה שהחרש מלבה את הגחלת זה מעשה שלו ואין סיבה לחייב את המשלח, אולם אפשר לומר שסברא זו היא רק באש ולא בכל המזיקים, דבכל המזיקים היכא שיש פשיעה של הבעלים שיכול להיות מזיק חייב, ורק באש, משום שבאש שצריך שהוא יעשה הבעירה, ופשיעה כזו לא חשיב מעשה הבעירה, וכמו שיבואר להלן דבעינן מבעיר הבעירה, [ועי' בחזון יחזקאל פ"א ה"א שכתב סברא זו בביאור דעת רש"י].

ולפי"ז כונת הגמ' הוא כך ששור דרכי לנתוקי לכן לא חשיב שהמזיק שמור, אבל גחלת דמעמיא ואזלא לא נחשב שמסר לו מזיק, ולכן אין לו להתחייב אף אם רוח מצויה הזיקו, ועיין רש"י ט ע"ב [ד"ה מעמיא] ומאי דליבה החרש לא רמיא עליה דבעל גחלת לאסוקי אדעתיה, ומשמע מדבריו סברא אחרת דפטור אונס הוא, דלא היה צריך לאסוקי אדעתיה בזה, ובחי' הגר"נ שם ביאר שתחילת דברי רש"י הוא לא רמיא עליה וכו' הכונה שלא מוטל על בעל הגחלת האחריות לשמור מה שיעשה החרש, עי"ש שהאריך בזה.

צבתא דחרש גרמה לו

גמ' ור' יוחנן אמר אפילו מסר לו שלהבת פטור מ"ט צבתא דחרש קא גרמה לו.

רש"י לעיל כב ע"ב ביאר דר"י לטעמיה דסבר אשו משום חיציו ולכן פטור המשלח דחיציו דחרש הם, ותוס' שם כתבו דא"א לפרש כן דהא במסקנת הגמ' מבואר שם שאף ר"י סבר אשו משום ממונו אלא שהוסיף דחשיב נמי חציו, וא"כ במסר לו שלהבת לא נפטר הבעה"ב דמ"מ פשע בממונו שמסר לחש"ו.

והפנ"י ונחל"ד ביארו דסברת רש"י במסר לחרש הרי"ז דומה למש"כ התוס' בדף ו. שאם לקח טליתו של חברו והניחו בתוך האש שהוא חייב ע"ז, וה"ה הכא דאף שאין החרש מחויב מ"מ אית ליה קצת דעת ולכן בכח מעשה ידיה להפקיע את המעשה של המשלח ולכן כל החיוב עליו, וסברא זו שלא לחייב בעל השלהבת אף אם החיוב הוא מצד ממונו, עי"ש בנחל"ד שביאר לפי"ז השו"ט בגמ' התם, וסבר רש"י שאף שיש רוח מצויה שהחרש ירליק בשלהבת מ"מ פטור.

אולם תוס' לעיל ט ע"ב משמע שהמחלוקת של ר"ל ור"י האם צריך לחשוש שמא יפשע החרש דלר"ל רק בגחלת אין צריך לחשוש ולכן לא חשיב שמסר לו מזיק, ור"י סבר שאף אם מסר לו שלהבת חשיב שמור דלא חשיב שמסר לו מזיק, [ועי' בתוס' כב ע"ב].

מסר לו גוזא סלתא ושרגא

גמ' ולא מחייב עד שימסור לו גוזא סלתא שרגא דההוא ודאי מעשיו דידה גרמו. למבואר באות הקודם בדעת התוס' נראה הביאור בזה דבכה"ג חשיב ברי הזיקא ומשו"ה החיוב השולח, וכן נראה בשטמ"ק כאן בשם רבנו יהונתן, אמנם לדעת רש"י שאף בברי

הזיקא פטור השולח צ"ב מ"ט חייב הא חציו דחרש הם, ורש"י לעיל כב ע"ב כתב בד"ה וסילתא דהאי ודאי פושע הוא, והתוס' רי"ד שם הבין דדעת רש"י דהחרש עצמו הולך אותם, ולכן הקשה דלרש"י דחציו דחרש הם א"כ אי"ז פשיעה של המשלח, אלא הוא פשיעה של החרש.

ולבן כתב דמיירי שהיה מעצמו הולך כיון שמסר לו סלתא וכו', ולפי"ז החילוק דבמסר לו שלהבת פטור משום שהחרש הוא שלוקח את האש ולולא שהיה לוקח לא היה נעשה ההיזק.

ועי' בנחלת דוד שם שפירוש בדעת רש"י שהחילוק בין שלהבת לסלתא וכו' דבשלהבת החש"ו הוסיפו באש, ולכן חשיב חציו דחרש אבל כאן חשיב חציו של בעה"ב כיון שהוא מסר להם את כל האפשרות להזיק, ולכן אף שהם מעצמם הגדילו את האש חשיב חיציו של החרש.

יצירת אש ע"י רוח מצויה

תוס' ד"ה לבתה. וא"ת וכיון דמתלבה ברוח מצויה יתחייב האחרון על הנחת העצים דבכל דוכתי אשכחן שמתחייב לענין אש בשיכול להזיק ברוח מצויה.

בונת תוס' להקשות שאע"פ שהמחייב של אש הוא במבעיר את הבעירה בידים כמו שמבואר בהמשך דבריהם מ"מ ס"ל לתוס' שכל שפשע באש שיכול לילך ברוח מצויה יש בו חיוב של אש, וא"כ ה"נ כיון שהביא העצים וידע שרוח יכולה ללבות האש יש כאן פשיעה של אש.

ובתבו תוס' ואין לחלק משום דבהנהו אין מחוסר אלא הולכת האש בעלמא ע"י רוח מצויה וכו', תוס' הוכיחו שאין סברא לחלק בין היכא שהאש קימת אלא שצריך להוליך אותה למקום אחר, למקום שעדיין אין כאן שלהבת וצריך את הליבוי כדי ליצר את השלהבת, דבכה"ג אע"פ שיש כאן פשיעה אין סברא לחייבו משום שחסר במבעיר את הבעירה, וע"כ הוכיחו מהסוגיא בדף ט ע"ב שמבואר דג"כ פשיעה בליבוי של האש חייב. **אולם** רבנו פרץ חולק על התוס' וכתב שכל החיוב של רוח מצויה באש הוא רק באופן כזה שיש אש מלוכה אלא שחסר את הולכת האש, אבל באופן שהאש מחוסר ליבוי אין שם אש עליה, ובכה"ג לא קרינן ביה המבעיר את הבערה, ואף שיכול להתלבות ברוח מצויה אין כאן מחייב של אש, דע"י פשיעה לא קרינן המבעיר את הבעירה.

ובתב לישב הראיה שהביא התוס' מהא דמבואר לעיל ט ע"ב שלגבי חש"ו מבואר שלולא הסברא דמעמיה היה חייב אע"פ שצריך את הליבוי של החרש, דהתם כיון שהחרש קיים בעולם חשיב דכה הליבוי נמצא כבר ולכן חייב כה"ג, משא"כ כאן מיירי שהדליק את האש בשעה שלא היה בעולם רוח מצויה שתלבה את האש ולכן פטור, [אע"פ שזה מצוי שהרוח כזו תבוא, מ"מ כיון שבשעת הדלקת האש לא היה לא נחשב שעשה מזיק, וכל החיוב של אש אינו אלא כשהוא יצר את האש], ועי' בשטמ"ק בשם הרא"ה דמשמע כן.

ברעת התוס' צ"ל דס"ל דדבר שתלוי בדעתו של החרש חשיב נמי כמו שהרוח אינו בעולם, ומכיון שהחרש יכול לשנות את דעתו

כל שעה ושעה חשיב שהרוח אינו בעולם וכן כתב החזו"א, ויש לדמותו למה שכתבו תוס' לעיל נו ע"א [ד"ה אילמא] לגבי הרס של הנחש דחשיב לא בא לעולם, ונתבאר שם משום שהוא תלוי בהחלטה של הנחש לכן לא חשיב שהמזיק אינו לפנינו, ולכן הוכיחו תוס' מהא דחש"ו דכה"ג נמי חשיב פשיעה ביצירת האש.

ברעת הירושלמי בביאור המשנה

תוס' בא"ד. וכן משמע בירושלמי דמתני' איירי ברוח שאינה מצויה וכו' ר' יוחנן ור"ל אמרי אפי' ברוח שהעולם מתנהג בו שפעמים הוא בא ופעמים אין בא, עי' רשב"א שמבואר מדבריו דכונת הירושלמי שיש ג' מיני רוחות, א' רוח שאינה מצויה כלל דבזה חשיב אונס ממש, ב' רוח מצויה דבזה פשיטא דחשיב פושע, ג' רוח שמצויה ואינה מצויה, דמכיון שאינה מצויה תדיר לא הו"ל לאסוקי אדעתיה שתבוא ולכן פטור ומתני' מיירי בכה"ג.

ויש' לדון האם סברת התוס' הוא רק באש שהמזיק עדיין אינו קיים לכן אם אינו רוח מצויה גמורה פטור, אבל היכא שהמזיק קיים יהא חייב ברוח מצויה כה"ג, או"ד שאף בשאר המזיקים כהא דמבואר בריש פרקין דהתורה מיעטה בשמירתן שחייב לשמור רק מרוח מצויה.

ועי' לעיל נב ע"ב שהגמ' הסתפקה היכא שכיסה בור בכיסוי שאינו ראוי לגמלים, אלא דלא אתו אלא לפרקים אי חשיב לגבי גמלים פושע ולחד לישנא אף חשיב פושע, ואפשר שיש חילוק דהכא חסר ביצירת המזיק דכ"ז שהאש אינו מלוכה אין כאן מזיק ולכן

לא מוטל לשמרו ברוח מצויה כה"ג, אבל כשיש תקלה גמורה אף ברוח מצויה כה"ג חייב, ולפי"ז באס"ו שנפל ברוח שהעולם מתנהג בו יהיה חייב, וכן נראה מדברי רבנו פרץ עיש"ה, ועי' בספר אהלי ישועה [סי' ל"ד].

אולם מדברי הרשב"א נראה שהוא סברא בכל אש, שכתב דבאס"ו שהניחו בראש גגו חייב רק ברוח מצויה משמע דרוח כה"ג לא חשיב רוח מצויה להתחייב ולמבואר כל סברת התוס' אינו אלא כ"ז שאין כאן המזיק של אש, אבל באס"ו יש כאן מזיק וחסר רק את הולכת המזיק כמו כל פעם שהדליק אש ורק צריך להוליך אותו לשדה חברו וצ"ע.

דף ס ע"א

המעם שליבהו ואין ברוח ללכות פטור

תוס' ד"ה ליבה ולבתה. בשאין ברוח בפני עצמו כדי ללכות מיירי דאי בשיש בו כדי ללכות אפילו כשיש בלבו המלכה כדי ללכות למה יתחייב דבלאו איהו היה הולך ומזיק, ביאור כונתם דכיון שהוא לא הוסיף בנזק דבלא"ה היה נעשה האש א"א לחיבו ע"ז.

וצ"ב שתוס' לעיל י ע"ב [ד"ה מאי קעביד] כתבו דהיכא שאחד הדליק את האש והשני הוסיף עצים בתוכו שניהם חייבים, וקשה מ"ש הכא שאם היה מתלבה גם ע"י הרוח פטור המלכה, ועיין בספר ברכת אברהם לעיל י ע"ב שכתב שהביא שהקשה כן לפני

מרן הגרי"ז וצ"ל והשיב לו דיש לחלק דהתם השני הוסיף תוספת באש עצמה שהוסיף עצים שלא היו קודם לכן, ומשו"ה אע"פ שא"צ לאשו כיון שכבר יש אש מ"מ כיון שהוסיף חייב ע"ז, אבל הכא המלכה לא עשה אש חדשה אלא זהו אותו אש שנעשה ע"י ליבוי הרוח ולכן כיון שא"צ למעשיו ל"ש לחייב על אש בכה"ג.

אמנם הרשב"א כאן חולק על התוס' וכתב דאף היכא שיש ברוח כדי ללכות חייב, והקשה הרשב"א מה הטעם שהוא חייב על הכל והרי לעיל מבואר שכל אחד חייב מחצה, ותי' הרשב"א דקאי כר"נ דסבר בשור ואדם שדחפו לבור דאמרינן כי ליכא וכו', ועוד כתב הרשב"א דכל שכבר הרוח נמצאת חשיב שהאדם משתמש ברוח עצמה ולא חשיב שיש כאן ב' מזיקים ולכן כל החיוב הוא רק על המלכה.

סברת תוס' שאם אין בליבוי שלו ללכות פטור

תוס' בא"ד. ולכך כאן פטור דבלאו ליבוי לא היתה יכולה להזיק והליבוי דהיינו גמר עשייתה לא עשה המלכה בפנ"ע, צ"ע שהתוס' לעיל [ד"ה לבתה] כתבו שאף אם הליבוי של הגחלת נעשה ע"י רוח מצויה יש חיוב של אש, והוכיחו כן מהא דמבואר לגבי חש"ו דאי לאו הסברא דמעמיה ואזלה היה המשלח חייב, אע"פ שהוא לא ליבהו אלא רוח מצויה דהיינו ע"י החרש, וא"כ איך כתבו כאן דהיכא שהרוח ליבתה אותו הוא פטור.

האבן האזל [פרק י"ד מנזק"מ ה"ז] כתב לבאר שיש ב' אופנים לחייב אש, או שהוא בעצמו הדליק את האש, או שהוא

מדליק באש של חברו, והיכא שהאדם בעצמו עשה את עצם האש דהיינו שעשה גחלת, בזה הוא נחשב מבעיר את הבעירה אף בכה"ג שיש רוח מצויה שהיא תוליד את האש, אבל היכא שאין האש שלו אלא שנעשה בעל האש ע"י הליבו, בזה אמרינן שאם אין בלבו של כח ללבות את האש אלא בסיוע הרוח לא חשיב איהו בעל הבערה, והיינו דלחיוב אש בעינן שיעשה מעשה של מעביר, ולכן אם עשה גחלת אע"פ שיכול לילך רק ע"י ליבו הרוח חשיב שעשה מעשה ההבערה, אבל אם צריך לליבו של וואין בו כח ללבות לבד לא חשיב שעשה מעשה העברה כלל אף שבסיוע הרוח יש כאן מעשה ההבערה, והתם מיירי התוס' שהוא בעל האש ולכן היכא שע"י רוח מצויה יתלבה חייב, ולכן כשמסר לחש"ו חשיב שהאש שלו ואם היה נחשב רוח מצויה היה חייב, אבל כאן מיירי שאין האש שלו, לכן לא חשיב מעשיו כ"ז שאין בליבו של כח ללבות, ועי' בפנ"י שביאר כן.

והנה בתוס' מבואר דמה שצריך שביד כל אחד לבדו לעשות את ההבערה נלמד מהא דכתיב המבעיר את הבערה, דבעינן שיהא מעשה ידיה ולכן כל שאין במעשיו כדי ללבות פטור.

וי"ש להקשות שלגבי בור מבואר בגמ' לעיל נא ע"א דמשכחת לה בור של ב' שותפים היכא שעקרו שניהם חוליה בבת אחת, ולכאורה לגבי בור איכא נמי קרא דכי יכרה אחד ולא שנים, ועי"ש ברשב"א שכתב דהגזה"כ לא נאמר כה"ג ששניהם עשו את הבור רק היכא שיש כורה אחר, וקשה מ"ש שלגבי אש כתבו התוס' דהיכא ששנים ליבו

שניהם פטורים כיון שאין כאן בעל הבעירה, והתוס' ד"ה גרמא כתבו שהיכא ששנים הביאו את האור וליבו כל אחד ביחד, באופן שאין ביד כל אחד ללבות דשניהם פטורים, ומ"ש מהא דעקרו חוליה בבת אחת, [ולא משמע דבור מיירי באופן שכל אחד היה יכול בפנ"ע].

ובתב הברכת שמואל [סי' י'] שמוכח שלעינן חיוב בור א"צ מעשה כרייה כמו לענין אש דבעינן מעשה מבעיר, אלא שלגבי בור סגי בפשיעת כרייה, ולכן כשעקרו חוליה בבת אחת יש כאן פשיעת כרייה אע"פ שחסר במעשה, ועי"ש שהוכיח כן מעוד דוכתי, אך טעמא בעי מ"ש קרא דכי יכרה מקרא דהמבעיר את הבערה.

בספר אילת השחר כתב לבאר דהחיוב באש אינו רק מה שהוא עשה את ההבערה, אלא החיוב הוא משום שעשה את ההיזק אלא שאופן החיוב של עשית ההיזק הוא ע"י שהוא בעצמו יבעיר את האש, ולכן אף אם נבוא לדון את מעשה הליבו כיון שכל אחד בפנ"ע אין בכוחו ללבות חשיב שהליבו נעשה ע"י כל אחד, כמו בכל מעשה שזה אינו יכול וזה אינו יכול דחשיב שכל אחד עשה את המעשה, מ"מ אם באנו לדון כלפי מעשה ההיזק א"א לדון שכל אחד עשה את כל ההיזק, כיון שלפני ההיזק נתבטלה כוחו בלי סיוע הרוח, ולכן א"א להחשיב שההיזק נעשה ע"י כל אחד.

ולפי"ז כתב שלגבי בור החיוב הוא על יצירת התקלה, ומכיון שעקרו חוליה בבת אחת חשיב שכל אחד עשה התקלה והכשיר את נזק ולכן שניהם חייבים, וכן לגבי אדם המזיק באדם ושור שדחפו לבור כיון

שהמעשה הנזק נעשה ע"י שניהם חשיב שכל אחד הזיק, אבל הכא באש א"א לדון שאת ההזיק נעשה ע"י שניהם.

תוס' בא"ד. ופריך אמאי פטור ליהוי כשעושה הליכוי ע"י סיוע הרוח כאילו עשאה בפני עצמו כמו לענין שבת, ביאור כונתם שכונת הגמ' להקשות דאע"פ שיש דין של מבעיר את הבעירה בידים, מ"מ כיון שמצינו לענין שבת דכל היכא שיש רוח מצויה חשיב מעשה ידיה, א"כ ה"נ לענין מבעיר חשיב מעשה שלו אע"פ שבלא הרוח לא היה יכול לילך, דכל מה שהאדם משתמש אם רוח מצויה חשיב מעשה שלו.

ליבה מצד אחד

וליתנה הרוח מצד אחר

גמ' אמר אביי הכא במאי עסקינן כגון שליכה מצד אחד ולבתו הרוח מצד אחר. תוס' כתבו ב' דרכים בביאור הכונה מצד אחר והכלל בשניהם מבואר בתוס' דלא הוה ליה לאסוקי אדעתיה שיתלבה האש.

ועי' בחזו"א [ס"ב ד] שביאר שאין הפטור משום אונס, אלא שס"ל לאביי דבכה"ג שליכה מצד אחד ובא רוח מצד אחר חסר בדין מבעיר את הבעירה דכה"ג לא חשיב מעשה שלו, אבל היכא שמלבה את האש ע"י רוח מצויה חשיב מעשה מבעיר ידיה, שהגמ' לא חוזרת בה מעיקר הסברא דהיכא שהוא משתמש ברוח מצויה חשיב מעשה שלו.

וזה גופא היה השו"ט בתוס' דמעיקרא הגמ' הבינה שעשיה ע"י הרוח לא חשיב

כמעשיו, וע"ז מקשה הגמ' מזורה ורוח מסעייתו, ותי' דברוח שאינו מצויה מיירי.

סברת רבא בחילוק

בין נזקין לשבת

גמ' רבא אמר כגון שליכה ברוח מצויה ולבתה הרוח ברוח שאינו מצויה. כתב החזו"א שביאר דלא מיירי שאחרי שהוא ליבה ליבתה הרוח שאינו מצויה, דכה"ג הוא פשיטא דפטור שהרי אנוס הוא, אלא מיירי שבשעה שהוא מלבה הגיע רוח שאינו מצויה ואפ"ה פטור דלא חשיב מבעיר את הבעירה וכמו שנתבאר בדעת אביי, דכל שלא היה הרוח קודם שליכה אי"ז בכלל מעשה של מבעיר.

ובתב החזו"א דהא רבא סבר בפרק כיצד הרגל שאשו משום חציו, ולכאורה החיוב הוא משום אדם המזיק, וא"כ קשה הרי אדם מועד לעולם וחייב אף באונס ברוח שאינה מצויה כדמבואר בתוס' לעיל כז ע"ב, וא"כ אף שהגיע רוח שאין מצויה מדוע אין חייב מדין אדם המזיק, וכתב החזו"א דע"כ צ"ל דמיירי הכא בכה"ג שכלו ליה חציו וכל החיוב הוא משום ממונו ולכן ברוח שאין מצויה לא חשיב בכלל מבעיר את הבעירה.

כגון דצמרא צמורי

גמ' ר' זירא אמר כגון דצמרא צמורי. פרש"י כלומר שלא נפח ממש אלא בנשימה כדרך המתחמם בנשימתו כדרך המתחמם בנשימתו את ידיו דאין זה ליכוי כלל, צ"ב מה כונת רש"י דלא חשיב ליכוי, והתוס' כתבו באופ"א מרש"י דמקלקלים זה את זה דזה חם והרוח קר, ועי' בשטמ"ק בשם הרא"ה.

ביאור סברת רב אשי לחלק בין חיוב שבת לנוקין

גמ' רב אשי אמר כי אמרין זורה ורוח מסייעתו לענין שבת דמלאכת מחשבת אסרה תורה אבל הכא גרמא הוא. ביאור דברי הגמ' מצינו כמה דרכים בראשונים, הרא"ש כתב ז"ל התם מלאכת מחשבת אסרה תורה אע"פ דלא הוה אלא גרמא בעלמא בהכי חייבה תורה כיון דמלאכה זו עיקר עשייתה ע"י רוח עכ"ל, ועי' באגלי טל [מלאכת חורש ג' ג'] ובאחיעזר [ח"ג סי' ס'] שכתבו דמשמע מדברי הרא"ש דרק במלאכת זורה יש חיוב כשנסייע במלאכה ע"י הרוח כיון שכך היא צורת עשית המלאכה, אבל במלאכות אחרות אין חיוב אם נסתייע ברוח, דלא נתחדש שיש חיוב של מלאכת שבת אף כשהמלאכה נעשית בגרמא, רק בזורה שכך היא צורת המלאכה, [וצ"ב לשון בגמ' מלאכת מחשבת אסרה תורה].

אולם לשון רש"י הוא מלאכת מחשבת נתקיימה מחשבתו דניחא ליה ברוח המסעייתו, משמע ברש"י דלאו דוקא במלאכת זורה כמו שכתב הרא"ש אלא בכל מלאכת שבת מכיון שהתורה חייבה על מלאכת מחשבת כל היכא שנתקיימה מחשבתו נחשב הוא עושה המלאכה.

ועי' באבן העזר [או"ח סי' שכח] כתב שלפי המבואר בגמ' דילן אסור להעמיד בהמה על גבי עשבים כדי שהבהמה תתלוש, משום שהוא מעמידה שם כדי שתתלוש נחשב מעשה שלו, וכמו שמצינו בסוגיא לענין זורה דחשיב מעשה ידיה מכיון שהוא משתמש ברוח, ומבואר שלמד מדברי הגמ' שנתחדש שחיוב

במלאכת שבת אף כשהמעשה נעשה בגרמא לא דוקא במלאכת זורה מפני שכך היא צורת המלאכה אלא בכל מלאכות של שבת, [אלא שכתב שאם מעמיד בהמה כדי שתאכל עשבים אין בזה איסור כיון שאין כונתו שתתלוש עשבים], עי"ש במה שכתב לחלק על המג"א בדין נותן חיטין לתוך ריחים של מים.

ומצינו דעה שלישית בזה דעת הרמב"ם פ"י משבת הכ"ב ז"ל המשלח כלבים כדי שיצורו צבאים וברח הצבי מפני הכלב והיה רודף אחר הצבי, או שעמד בפניו והבילו עד שהגיע הכלב ותפסו הרי"ז תולדה דצד וחייב, והמשנה ברורה סי' שט"ז סק"י כתב שהטעם שחייב משום שכך דרך הציידים, והשער הציון ציין לסוגיא ב"ק ס ע"א, וביארו שכונתו שממה שמבואר בסוגיא נלמד שכל מלאכה שהדרך לעשותה בגרמא חייב כמו שמבואר בסוגיא, ונראה דחלקו על הרא"ש שמדבריו נראה שזה רק בזורה שכך היא צורת המלאכה, אבל במלאכות אחרות לא מצינו שצורת המלאכה היא בגרמא, ודעת האבן העזר שכל מלאכה של שבת שעשה ע"י כח אחר חייב, אולם במ"ב מבואר שרק מלאכות שהדרך לעשות אותם ע"י כח אחר חייב אע"פ שיש צורה אחרת למלאכה, ע"ע בחזו"א ב"ק יד יב] שנראה שהבין כן דרק במלאכה שהדרך לעשות כן ואכמ"ל בכ"ז.

והכא גרמא בעלמא הוא

גמ' והכא גרמא בעלמא הוא. מבואר דשיטת רב אשי שלחיוב של אש הוא רק אם ליבה בעצמו את האש, אבל ליבוי ע"י רוח אין כאן מבעיר את הבעירה וכבר נתבאר לעיל

ענין זה, עי' בפנ"י שביאר דאף היכא שבעל האש בעצמו ליבה נמי הדין הוא שפטור המלכה כיון שבלא מעשה הליכוי לא היה בכח הרוח ללבות את האש ע"כ אין כאן חיוב של אש.

ונמצא שכל מה שכתבו התוס' לעיל נט ע"ב שחייב כשנתלבה ברוח מצויה משום דהתם הוא עשה את האש ולכן חייב אם נתלבה ברוח מצויה, אבל כשעשה אש שאין יכול להתלבות אלא ע"י ליכוי שלו ושל הרוח אין כאן מעשה של העברת אש, ועי' בחזו"א סק"ד שכ"כ, אבל לדעת אב"י ורבא ורב זירא בזורה ורוח מסעייתו ברוח מצויה חייב, דחשיב שיש מעשה האדם ע"י הרוח.

והנה זה ברור שאף באופן שלא הדליק את האש אלא לקח שלהבת של אחר ופשע שהניחו במקום שיכול להזיק חייב משום אש, ואע"פ שלא הבעיר את הבעירה, אלא הביאור בזה שיש ב' אופנים שנחשב מעביר, או שהוא עשה את גוף האש דהיינו שעשה גחלת ובוה כשיש פשיעה שיכול להתלבות חייב, וכן אם אינו בעל האש אלא פשע באש שהיא שלהבת שהעמידה במקום שתילך ברוח מצויה חייב דהתם יש לאש שם מזיק, ומכיון שפשע במזיק חייב עליו מדין אש.

המעם דבאס"ו חשיב

מבעיר את הבעירה

והנה אס"ו שהניחו בראש גג ונפלו ברוח מצויה חייב משום אש, לכאורה פשוט שאף אם הניח אבן של אדם אחר חייב, והיה מקום לדון שהרי כל ההיזק נעשה מכח הרוח וא"כ מדוע לא הוה כמו ליבה ולבתו הרוח

שארין לו חייב של אש, כמו שנתבאר דלא חשיב מבעיר את הבעירה, וא"כ ה"נ כל ההיזק נוצר מכח הרוח.

אולם הביאור כמש"כ הרשב"א ב"ב דף כו ע"א דאבן מחמת כובדו יש לו שם

מזיק קודם שנפל ברוח מצויה, והרוח רק מוליכה את המזיק כמו בשלהבת ולכן חייב אף באבן של אחר, דעצם הנחת האבן בראש הגג חשיב מבעיר את הבעירה, וכ"כ רבנו פרץ ס ע"ב.

ועיין תוס' ב"ב כו ע"א [ד"ה זיקא] שהקשו מה הטעם שאין חיוב של אש ברקתא, ולמה גרע מאס"ו שהניחו בראש גג ונפלו ברוח מצויה שהרי הרקתא אזיל מחמת הרוח, ועי"ש שכתבו התוס' שלחיוב של אש בעינן מעשה מבעיר ולכן דוקא באס"ו יש כאן מעשה מבעיר כיון שבשעה שהניחו בראש הגג חשיב שהניח מזיק, ולכן חייב כשהולך אח"כ ע"י רוח מצויה, משא"כ ברקתא אי לאו הרוח לא אזלא רקתא ולכן אינו דומה לאש ודומה לליבה וליבתה הרוח.

וצריך להבין כונת תוס' שברקתא אי לאו הרוח לא אזל, הרי מבואר בתוס' שאם הוא עשה את הגחלת חייב אף אם אח"כ הרוח ליבתה את האש, ונתבאר דכדי שיחשב מבעיר את הבעירה סגי במה שיעשה את הגחלת, וא"כ מדוע התם ברקתא אינו כן הרי הוא מכה בכח שהוציא את הרקתא מהכיתנא דהוה כמו יצירת הגחלת, ומדוע אין חייב כשהוא מזיק ע"י רוח מצויה.

והרשב"א ב"ב שם כתב שיש חילוק בין אס"ו לרקתא, שרקתא אופן ההיזק נעשה ע"י הרוח, שהרוח מסער אותה

ומכה בה על פני עוברים, משא"כ באס"ו האבן מצד עצמו יש בה כובד ולכן נחשב יצירת מזיק, אבל ברקתא הוצאת הרקתא מהכיתנא לא נחשב יצירת מזיק כיון שאין לה כח להזיק בלא הרוח, עכ"ד.

ועיין אבן האזל [פי"ד ה"ז ד"ה והנה גם] שכתב שבתוס' לא משמע כהרשב"א, משום שתוס' אח"כ מבארים מה החילוק בין רקתא לגץ, ולפי דברי הרשב"א אין מקום לדמותם שהגץ בעצמו הוא מזיק, אבל ברקתא אין לו כח להזיק רק ע"י הרוח.

ולבן כתב שם האבן האזל שכונת תוס' שברקתא הרוח עצמה היא מוציאה את הרקתא מהכיתנא ולכן לא חשיב שנעשה האש ע"י האדם, וזה כונת תוס' שכתבו 'דאי לאו רוח לא הוה רקתא אזיל כל עיקר' והיינו שלא היתה יכולה לצאת והוא לא עשה את האש, וזה דמי ממש לליבה וליבתה הרוח דאדם שמלבה גחלת של אחר יחד עם הרוח אין חייב דאין כאן מבעיר את הבעירה, וה"נ ההכאה שלו על הכתנא מוציא את הרקתא ע"י הרוח, אבל אס"ו נחשב דבר המזיק והוה כמו גחלת ולכן אף אם הניח אס"ו של אחר בראש הגג חייב ונפלו משום אש.

והנה השטמ"ק כאן כתב בשם הרא"ה חילוק אחר בין רקתא לאס"ו ז"ל ומסתבר לי דכי אמרינן אס"ו דחייבין לכולי עלמא כשאין הרוח גורם להם אלא נפילתן דהשתא אמרינן דכיון שהוא הניח בראש גגו במקום שראוין ליפול חשבינן ליה ודאי כאלו נפלו מידו לדעתו, אבל הניחם בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו מחמת דחיפת הרוח יותר ממה

שהיו מזקין אלו נפלו מאליהן מידו לדעתו בזו לא שמענו שיתחייב באותו מותר שהוא מחמת דחיפת הרוח עכ"ל.

מבואר מדבריו שהסברא לפטור ברקתא מכיון שאם היה נופל מיד האדם עכשיו לא היה יכול להזיק כלל, לכן נחשב שהרוח עושה אותה למזיק, דהיינו שכל החיוב של כח אחד מעורב בו אינו אלא באופן שנעשה היזק שהיה יכול להיות ע"י מעשיו לכן במה שמעמיד אותה לכח של הרוח חייב, אבל רקתא לא כיון שלא היה בכח האדם לעשות אותו מזיק שאם יפול מידו לא היה בזה כח היזק דלא שייך לזרקו, כל האש נעשה ע"י הרוח וחסר כאן בדין מבעיר את הבעירה, ואפשר שזה כונת תוס' שכתבו דבלא הרוח לא אזיל כל עיקר, ולפי"ז יובן ג"כ המשך דבריהם לענין גץ, [אבל הרא"ה חידש לגבי אס"ו שחייב רק באופן שההזיק נעשה באופן כזה שהיה יכול ליפול שם מידו של האדם].

קושית האגלי טל בסוגיין

בעיקר קושית הגמ' ולהוי כזורה ורוח מסעייתו מבואר שהגמ' מדמה דין מבעיר את הבעירה בנזקין למלאכת שבת, ולמסקנת הגמ' דלא דמי משום דבשבת מלאכת מחשבת אסרה תורה, ותוס' כתבו בד"ה והכא שאף בב' אנשים שליבו פטור, וכונתם לכאורה שזה מדין זה אינו יכול וזה אינו יכול.

והקשה האגלי טל מלאכת זורה [אות ד' א] הרי בכל התורה כולה יש מד"א דזה אין יכול וזה אין יכול חייב, וא"כ אכתי תקשה למה לא יהא חייב ממון מדין זה אין יכול

בהמה חייב אף חיה שהזיקה משום שחיה בכלל בהמה, מבואר שלולא ריבוי לא היו מחייבים, וא"כ מדוע הוצרך רש"י לומר טעם שהוא אנוס, וע"ע חזו"א [ס' ג' א] שכתב דלולא קרא לא היו למדים אף במה הצד, וא"כ צ"ב מדוע כתב רש"י טעמא דאנוס.

הסברא לחייב דוקא בגדיש משום הפסד מרובה

גמ' ואי כתב רחמנא גדיש משום דהפסד מרובה וכו'. צ"ב כונת הגמ' היכן מצינו סברא לחלק בין הפסד מרובה להפסד מועט, ועי' ביש"ש [סי' כ"ה] שכתב דכל הצריכותא אינו אלא במדליק בתוך שלו, שבזה ס"ד שאין צריך להזהר כ"כ משום שהוא אנוס, אבל במדליק בשל חבירו אין חילוק בין הפסד מרובה להפסד מועט.

ואפשר דס"ד משום דאש חידוש הוא דאע"פ שכח אחר מעורב בו חייב, ולכן לא חייבה תורה אלא כשיש הפסד מרובה.

גמ' ולכתוב רחמנא שדה ולא בעי הנך. צ"ב דאי כתב שדה לא הוה ידעינן למעט טמון, דהא נתמעט ממה קמה בגלוי אף כל בגלוי, ועי' בפני יהושע מש"כ לבאר.

דף ס ע"ב

מי ישקני מים מבור בית לחם

גמ' מי ישקני מים מבור בית לחם. הראשונים [הראב"ד והרא"ה] כתבו דהא דלא דרשינן קרא כפשוטו משום שאמר 'מבור בית לחם' משמע שלא ביקש כל מים אלא דבר מסוים, וכ"כ במהרש"א.

וזה אין יכול, וע"ז לא יועיל תי' הגמ' כיון דזה אין יכול וכו' הוא גזה"כ שחייב, ואם משום שיש לחלק דשנים שליבו לא עשו בגוף הניזק כולם ולכן פטור א"כ ה"נ בזורה ורוח משעיתו ג"כ אין סברא לחייב ומה מקשה הגמ'.

ובתב בשם בנו ר' שמואל לישב ונראה לבאר הדברים, שזה היה ברור לגמ' דבאש יש הלכה של מבעיר את הבעירה, והיינו שמעשה ההבערה תעשה ע"י האדם ופשיעת ההבערה לא מחייבת, ולכן היה פשוט שזה אין יכול וזה אין יכול לא חשיב מבעיר את הבעירה, וכל הנדון של זה אין יכול וזה אין יכול הוא במקום שהחיוב הוא על התוצאה, דבזה אפשר ליחס את התוצאה של המעשה לשניהם, אבל באש שצריך את עצם מעשה ההבערה ל"ש דין זה, וכל הדמיון של הגמ' לזורה ורוח מסייעתו הוא דהתם נחשב מעשה ידיה, דמכיון שמצינו לגבי שבת שחייב למדה הגמ' שגדר של מעשה של זורה חשיב ידיה אע"פ שהוא משתמש בכוחות של הרוח וא"כ ה"נ לגבי דין הבערה של אש, ודוחה הגמ' שרק לגבי שבת משום שמלאכת מחשבת אסרה תורה, אבל לגבי מבעיר הבעירה צריך שהוא בעצמו יעשה את כל מעשה ההבערה.

הסברא לפטור אש בגדיש דל"ש

גמ' אבל גדיש דלא שכיח אש גביהו אימא לא. פרש"י דאיכא למימר אנוס הוא, מבואר ברש"י דהוצרך לומר טעם שאם התורה לא כתבה גדיש שיהא פטור משום אנוס. **וצ"ב** למה הוצרך לזה ולא פי' משום דאי לאו קרא אין מקור לחייב. לעייל יז ע"ב מבואר בגמ' שאע"פ שבקרא כתיב

והרשב"א כתב דמים הרבה היה לו ולא היה תאב למים, וע"כ שהיה תאב לדבר הלכה.

ביאור הנדון להציל עצמו בממון חברו

גמ' מהו להציל עצמו בממון חברו. כתבו תוס' שזה פשוט דמותר להציל עצמו בממון חברו, שהרי בכל עבירות אמרינן יעבור ואל יהרג חוץ מג' עבירות, אלא ודאי מותר לקחת ממון של חברו כדי להציל את עצמו וכל ספק היה רק האם חייב לשלם, והרא"ש והרשב"א כתבו דהספק היה האם מותר להציל ע"ד שלא ישלם, אבל היכא שדעתו לשלם פשיטא שמותר וע"ז לא היה ספק בגמ'.

אמנם ברש"י [בד"ה ויצילה] משמע שחולק על התוס' דכתב דפשוטו לו דאסור להציל עצמו בממון חברו, ומשמע שהספק היה האם מותר להציל עצמו בממון חברו או לא, ותמה בפרשת דרכים [בדרך מצותיך סי"ט] על רש"י איך אפשר ל"ד דיש איסור להציל עצמו בממון חברו, הרי אין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש אלא ג' עבירות.

ע"ע בתשובות הרשב"א ח"ד סי"ז שכתב דאיך אפשר לומר שדבר שהבעלים מחויב ליתן לו נקרא גזלן, והרי מבואר ב"מ דאי לאו קרא דחייך קודמים היה הדין שצריך ליתן לחברו קיתון של מים, וא"כ איך אפשר לומר שיהא בזה איסור גזל, וכונתו דהחויב הצלה של לא תעמוד על דם ריעך מחייב גם להוציא ממון כמבואר שצריך ליתן לחברו מים לשתות, וא"כ ה"ה כשהוא לא נמצא כאן יכול להשתמש בממון חברו להציל את

נפשו, ואיך יתכן לומר שיהא לאדם איסור להציל את עצמו בממון חברו, [ועי' באגרות משה יו"ד ח"א סי' רי"ד מה שנדחק בדברי רש"י].

והנה בדעת תוס' צריך לבאר מה היה הספק האם חייב לשלם, שהרי לכאורה זה ברור שאע"פ שיש פטור של אונס בנזקין ואף באדם המזיק שיטת תוס' דבאונס כעין גניבה הוא פטור, מ"מ כשהציל את עצמו הוא חייב לשלם ולא נפטר משום אונס אף באונס גמור. **וכבר** כתב כן הש"ך [סי' שעח סק"ב] שכל דין אונס הוא רק בכה"ג שהמעשה נעשה באונס בלא מתכוון, אבל אם היה בדעת אלא שהוכרח לעשות כן מחמת אונס אין פטור אונס, וצריך לבאר ענין זה שהרי המקור שיש פטור אונס כשהזיק בלא מתכוון הוא נלמד מקרא דולנערה לא תעשה דבר שזה המקור לכל דיני אונסין של כל התורה כולה, ואע"פ שהתם מיירי לענין עונשין ילפינן מינה, והרי התם אין חילוק אם נעשה הדבר במתכוון או באינו מתכוון אלא לעולם אם היה אונס אין חייב עונש.

ועי' במה שנחלקו הרמב"ם והראב"ד [פ"ח מחובל ומזיק ה"ד] אם מראה לאנס ממון חברו אם חייב לשלם, דהרמב"ם מחייב והראב"ד פטור, ובברכ"ש סוף סי' י' ביאר שאין סברת הראב"ד שפטור משום מזיק באונס דל"ש פטור אונס במזיק כמש"כ, אלא שזה דין מיוחד של וחי בהם, ומשום דאין פטור של מזיק באונס בכה"ג.

עי' בספר אור גדול סי' א' [דף כ מדפי הספר] שהאריך בנדון זה מדוע אין פטור של מזיק באונס בכה"ג, וביאר שם ע"פ דברי

הרמב"ם הלכ' יסודי התורה שפסק דבג' עבירות חמורות שדינם יהרג ואל יעבור אם עבר ולא נהרג הדין הוא שאין חיוב מיתה, אבל אם היה חולה ונתרפא בג' עבירות אע"פ שהיה אונס מחמת החולי חייב מיתה על אותם עבירות שעבר, וביאר המנחת חינוך [מצוה שצוין שכל הדין של ולנערה לא תעשה דבר הוא רק באופן דהסכנה באה מכח העבירה, דומיא דהתם שהאונס היה על העבירה, אבל היכא שהסכנה לא באה מכח העבירה רק הוא בא להציל את עצמו ל"ש דין ולנערה לא תעשה דבר, ואע"פ שבכל עבירה במקום סכנה אין צריך למסור את הנפש מדין וחי בהם, אבל בג' עבירות אין דין של וחי בהם ולכן אם עבר ונתרפא חייב מיתה דחשיב שעושה כן מדעת.

ולפי"ז א"ש שאם אנסוהו על ממון של חברו פטור משלם, אבל הציל את עצמו בממון חברו חייב דל"ש פטור אונס בזה, ופטור של וחי בהם לא נאמר לפטור את עצמו מחיוב תשלומין עי"ש שהאריך בזה, ע"ע בספר קו' השיעורים סי' יד אות יג.

וביאר ספק הגמ' לתוס' שאע"פ שמותר להזיק ולגזול במקום פיקוח נפש מ"מ הסתפק דוד האם חייב לשלם נראה לבאר, דהנה צריך להבין עוד דבגמ' לקמן קיז ע"ב ובסנהדרין עד ע"א מבואר שרודף אחר חברו להרגו, ושבר הנרדף כלים בהליכתו אם הוא של רודף פטור, אבל אם הוא של כל אדם חייב, וא"כ מה הנדון כאן האם חייב לשלם. **ונראה** דהנה בגמ' בסנהדרין עג ע"א לומדת מקרא דלא תעמוד על דם רעך שיש חיוב להוציא ממון להציל את חברו, דקרא

יתרה הוא שהרי אפשר ללמוד מהשבת אבידה שחייב להציל חברו, אלא קרא אתי למימר שחייב להוציא ממון, והיינו דלולא קרא לא היה חיוב להוציא ממון, אלא היה מחויב רק לטרוח בגופו להציל את חברו, וא"כ יש להסתפק לאחר שהתרבה מקרא שמחויב להוציא ממון האם הרי"ז כמו כל מצוה שיש חיוב להוציא ממון ומי שניצל אין לו חיוב להחזיר לו הממון כיון שזה היה חיובו, או שאע"פ שחייב לשכור פועלים להצילו מ"מ חייב הניצל לשלם לו מה שהוציא, והרא"ש בסנהדרין עג ע"א כתב שאם הוצרך לשכור פועלים כדי להציל חברו חייב הניצל להחזיר לו הדמים, והוכיח כן מהא דמבואר בגמ' לגבי רודף שאם שבר כלים חייב לשלם לבעלים, וכונתו שאם היה הדין שאין יכול לתבוע הממון שהוציא להצלתו היה יכול להציל את עצמו בממון חברו ולא היה חייב לשלם, שהרי חברו מחויב להצילו בממונו וא"כ אין לו חיוב להחזיר, אלא מוכח שאם הוציא כסף להצלתו חייב לשלם.

ולפי"ז נראה שבזה גופא הסתפק דוד האם מה שהתורה חידשה בקרא דלא תעמוד על דם רעך שחייב להוציא ממון להצלת חברו האם הוא דין להפסיד ממון כמו בכל מצוה, וממילא לא יוכל לתבוע אותו ממון ממנו, או"ד שחידוש התורה הוא שחייב לשוכר פועלים, אבל אין חיוב להפסיד ממון אלא חברו חייב לשלם, ולאחר שפשטו לו אסור להציל דהיינו שחייב לשלם מה שהפסיד לחברו, נראה שמכאן המקור של הגמ' שאם הנרדף הציל את עצמו בממון חברו דחייב לשלם, שאע"פ שאין איסור להציל עצמו

מנחת

דף סא ע"א

משה

שכג

בממון חברו כיון שאין לך דבר שעומד משום פיקוח נפש אבל לשלם הוא חייב, עי' באפיקי ים ח"ב סי' לב שמדבריו נראה כ"ז.

הסברא שחייב לשלם

במציל עצמו בממון חברו

ונראה שהסברא לומר שהתורה לא חייבה להפסיד ממון עבור זה מבואר בדברי היד רמה בסנהדרין עד ע"א, דבהא דקאמר הגמ' שרודף ששבר כלים חייב לשלם לשון הגמ' הוא 'משום דאסור להציל עצמו בממון חברו', וכן הוא לשון הגמ' להלן קיז ע"ב, והוקשה ליד רמה מהו הלשון אסור להציל עצמו, הרי מבואר כאן להיפך שמותר להציל אלא שחייב לשלם.

וביאר שכל הדין שרודף יכול לשבור כלים להציל את עצמו הוא רק כשאין לו דרך אחרת להציל את עצמו, אבל אם יכול להציל את עצמו באופן אחר אסור לו להציל עצמו בממון חברו, ולכן מכיון שיכול לשלם אין לו היתר להציל את עצמו בלא לשלם, דלגבי זה חשיב שיכול להציל בדבר אחר.

ובזה ביאר היד רמה לשון של הגמ' 'אסור' להציל עצמו בממון חברו, דמהו הלשון 'אסור' והרי הוא דבר שמותר לעשות, אלא שמכיון שאם יכול להציל עצמו בדבר אחר אסור להציל בממון חברו לכן כלפי תשלומין חשיב יכול להציל, ולכן אם לא משלם אסור לו להציל בחינם שהרי יכול להציל עצמו בדרך אחר.

ע"ע באור גדול שכתב סברא זו לבאר שיטת הרמב"ם שאם אנסהו ליתן ממון חברו דחייב לשלם, וביאר שאע"פ שיש היתר של

וחי בהם, מ"מ זה ברור שאף בכל אונס אם יכול לעשות את הדבר באופן המותר אין היתר של אונס, ולכן כיון שיכול לשלם אין היתר של אונס.

ביאור הנדון ליטול שעורין

על מנת לשלם עדשים

גמ' מהו ליטול גדישין של שעורין דישראל וכו' ע"מ לשלם גדישין של עדשים. כתב הרא"ש דכל הספק היה רק באופן כזה שלא היה מזומן לפניהם גדישים של עדשים, אבל היה מזומן לפניהם גדישים של עדשים היה יכול לזכות להם העדשים ע"י אחר, ומותר להם ליקח את השעורין.

והיש"ש [סי' כ"ו] תמה בזה טובא איך מותר להם לעשות כן והרי הוא חובה עבורם דאפשר שצריכים את השעורין לבהמתם, והש"ך [סי' שנ"ט] כתב שכל ההיתר אינו אלא בדבר שעומד למכירה דבזה הוא זכות בשבילו, ועי"ש שכתב דזהו כונת הרא"ש ומיושב קושית היש"ש, אמנם עי' בקצה"ח שהקשה ע"ז דבלשון הרא"ש לא משמע הכי, ובאמת בתוס' סא. ד"ה ה"ג מבואר דמיירי הגמ' שהיו לפניהם העדשים ומ"מ נסתפק, עי' ברע"א שם שהביא דבר"ן כתב דדבר העומד למכירה אין איסור ליקח ע"מ לשלם ואי"צ לזכות ע"י אחר את ממונו, ועי' במחנ"א גזילה ס"ה.

דף סא ע"א

תוס' ד"ה ה"ג. והא דכתיב ויצליה לר' יהודה שלא הניח לשרוף כדי שלא יתחייב בטמון ולרכנן שהציל את המזיק שלא נתחייב

לשלם, מבואר בתוס' דלרבנן היה מעשה של טמון באש, ובתוס' [ד"ה מאין] מבואר דרש"י סבר שהיה מעשה כזה, ומשמע דהתוס' עצמם פליגי ע"ז וס"ל דהשאלה היתה לא מכח מעשה שהיה, עי' במהרש"א במהדורא בתרא מש"כ בזה.

תוס' ד"ה מאי. ומכאן קשה לפירוש הקונטרס, כונת התוס' להקשות שלר' יהודה שמחייב בטמון באש א"כ היה יכול לפרש שלא רצה להפטר מכח מה שהיה מלך, דלרבנן הדין שטמון פטור הוא לכו"ע.

ואולי י"ל ע"פ מש"כ בברכ"ש סי' ב' שבטמון יש חיוב לצאת יד"ש, וא"כ י"ל שדוד רצה לשלם כדי להפטר אף מדיני שמים ולכן רצה לשלם, ועי' במהרש"א ופנ"י.

גמ' אמר רבא ד' אמות שאמרו דפטור אפי' בשדה קוצים. ברא"ש מבואר דהכונה דבמקום הדליקה היא שדה של קוצים, אולם הרא"ה בשטמ"ק כתב שבצד השני היה שדה של קוצים, וברש"י ד"ז תלוי בגירסא.

דף סא ע"ב

דעת הרא"ש דמדליק בשל חברו חייב לשלם אף על אונם

מתני' המדליק בתוך שלו עד כמה תעבור הדליקה וכו', כתב הרא"ש יראה דרק במדליק בשלו נתנתו חכמים שיעור אבל בשל חברו כיון דשלא ברשות הדליק לא נתנו שיעור, מבואר מדברי הרא"ש דהמשנה בע"א

מיירי במדליק בתוך שלו, וכן משמע ברמב"ם [פי"ד ה"ד] וכ"כ הטור סי' תי"ח ועי' ביש"ש ובתוי"ט במשניות עי"ש.

אמנם צ"ע הך הלכתא דמשמע דבכל האונסים שבעולם חייב כשהדליק בתוך של חברו, וקשה מ"ש מכל פרשת נזקין שמצינו בזה פטור של אונס היכא דלא הוה ליה לאסוקי אדעתיה, והרי אף באדם המזיק דמועד לעולם ונתרבה בקרא שחייב באונס כרצון, דעת התוס' לעיל דבאונס כעין גניבה פטור ומ"ש אש דחמיר טפי.

והרע"א כתב דהיכא שהדליק בשל חברו הו"ל לאסוקי אדעתיה אפי' באונס גדול כ"כ, מכיון שיתכן שתבוא רוח סערה גדולה או שיפול כותל של חברו לכן אין פטור של אונס, אולם קשה דהא בריש פרקין מבואר בכופף קומתו של חברו בפני הדליקה במקום שבא רוח שאינה מצויה הדין הוא שהוא פטור.

וצ"ל שסברת הרע"א אינו אלא שיש פשיעה בהדלקת האש שבזה שמדליק אש בשל חברו יש פשיעה ביצירת המזיק, ולכן בזה חייב אף בדבר רחוק, אבל כופף קומתו אע"פ שיש חיוב של אש כמש"כ תוס' דבמקרב דבר אצל האש חייב כאש עצמה, אולם כיון שאין כאן פשיעה ביצירת מזיק לכן ברוח מצויה אין חייב.

גמ' ולית ליה לר"ש שיעורא בדליקה. הקשה הרי"ף דהתם מבואר דלרבנן יהיב שיעורא ואם הרחיק משלם והכא הדין הוא שאם הרחיק פטור דחשיב אונס, וכתב הרי"ף שיש חילוק דהכא לפי שעה הוא מדליק ע"כ

דעת רש"י במדליק בשל חברו לרבנן

גמ' אלא אמר רבא בתרתי פליגי במדליק בתוך שלו וכו', ופליגי במדליק בשל חברו דר"י מחייב ורבנן סברי כלים שדרכן להטמין חייב. רש"י [בד"ה בתוך של חברו] כתב דטעמא דרבנן דמחייב בטמון בשל חברו דאין לו רשות והוה 'כמאבד בידים', משמע מרש"י דאין בזה החיוב של אש אלא חיוב של אדם המזיק.

ויסוד זה כתבו האחרונים בדעת רש"י לעיל כב ע"א שכתב שלמד"א אשו משום ממונו אינו חייב רק היכא שהדליק בממונו אבל אם הדליק באשו של חברו פטור, והקשו תוס' שם מהא דמבואר לעיל נו ע"א בכופף קומתו של חברו בפני הדליקה דחייב משום אש והרי אין האש שלו.

ובתבו הפנ"י והנחל"ד שם לבאר דדעת רש"י דיש חילוק בין מדליק בתוך שלו למדליק בשל חברו, דכל החיוב של אשו משום ממונו אינו אלא במדליק בשלו דבזה אין פשיעה מחמת עצם ההבערה שהרי בשלו הוא מדליק, אלא הפשיעה הוא מחמת שלא שמר על האש שלא תזיק, אבל במדליק בשל חברו הפשיעה היא בעצם מעשה ההדלקה ולכן חשיב כאדם המזיק, וכן משמע ברש"י לעיל נו ע"א לגבי כופף קומתו של חברו בפני הדליקה, ולפי"ז הא דמחייבי רבנן במדליק בשל חברו אינו מפרשת אש דבשלו הוא מדליק, ולכן לא שייך פטור של טמון כיון שאינו מפרשת אש, ולכן ס"ל לרבנן דיש חילוק בין דבר שדרכו להטמין לאין דרכו להטמין, דהיכא שאין דרכו להטמין פטור דלא

חשיב אונס ומכה בידי שמים הוא, משא"כ התם שהוא מדליק תדיר ע"כ איבעי ליה לעינוי אי הוא מזיק או לא, ועי' בקצה"ח סי' קנ"ה מש"כ לישב באופ"א.

גדי סמוך לו ונשרף

מתני' היה גדי כפות לו ועבד סמוך לו וכו' היה גדי סמוך ועבד כפות פטור משום דהוה קלב"מ מחמת העבד. רש"י הביא ב' פירושים האם בגדי יש חילוק בין אם הוא כפות או לא, דהיינו אם יש סברא שהיה לו לברוח, ועי' לעיל כב ע"ב בתוס' שכתבו בשם הרשב"ם שאף בגדי יש סברא שהיה לו לברוח, וע"כ כל החיוב הוא רק בגדי כפות וע"כ תני כה"ג ברישא דמתני'.

אמנם בשם ר"ת כתבו התוס' דאף בכפות חייב דס"ד דכה"ג שהוא כפות יפטור משום דהו"א דכמו דדרשינן מה קמה בגלוי למעט טמון, ה"ה יש לדרוש מה קמה הוא דבר שאורחיה בהכי, משא"כ בגדי קשור לאו אורחיה להיות קשור וס"ד דכה"ג יפטור מדין אש, עי"ש שביארו לפי"ז מדוע כתב התנא דין זה בתוך דין טמון.

מתני' ומודים חכמים לר"י במדליק את הבירה שהוא משלם כל מה שבתוכה. כתב החזו"א ס"ב סק"ה דהא דבירה חשבינן ליה טמון אין הכוונה לכל מה שבתוך הבירה כיון שאינו נראה מבחוץ, אלא הכוונה לגבי מה שטמון בתוך הבירה עצמה, עי"ש עוד מש"כ בזה, וע"ע בסי' ו' ס"ק ז' כמה ספיקות בדיני טמון.

הו"ל לאסוקי אדעתיה, ועי' בשטמ"ק בשם הר' יהונתן שכתב כן וז"ל דלאו משום אשו מחייבין ליה אלא משום אדם המזיק.

אולם צריך לבאר דא"א לומר דבכל מדליק בשל חברו חשיב אדם המזיק ממש, שהרי מבואר בגמ' לעיל נו"ע דכופף קומתו בפני הדליקה ובא רוח שאין מצויה פטור, והרי אדם המזיק חייב באונס של רוח שאין מצויה כמו שמבואר בהדיא בגמ' לעיל כז"ע"א, ועוד שבאדם המזיק לכאורה ליכא פטור דלא הוה ליה לאסוקי אדעתיה וא"כ מדוע יש כאן פטור בארנקי בגדיש.

ואולי אין כונתם דסבר רש"י דחשיב אדם המזיק ממש שהרי אין כאן כוחו, אלא שנלמד במה הצד מאדם ואש ולכן אין בזה כל חיובי אדם המזיק אף ברוח שאין מצויה דא"א ללמוד דבר זה מאש שהרי שם יש פטור של רוח שאינה מצויה, ויש להביא דוגמא לזה מהא דמבואר לעיל לא ע"ב לגבי אדם שנפל ברשוה"ר שנעשה בור דאחר נתקל בו חייב מדין אדם המזיק, והובא שם דבחזו"א ביאר שאין זה אדם המזיק לבד אלא שנלמד מבור ואדם במה הצד וה"נ אינו אדם מזיק ממש אלא.

מעמא דרבנן לחלק בטמון

בין מדליק בשל למדליק בשל חברו

תוס' ד"ה אלא. מבואר בתוס' שדעת רבנן שכל הפטור טמון נאמר רק בחיוב של אש דכתיב בקרא דכי תצא אש, שהוא מדליק בתוך שלו, אבל במדליק בתוך של חברו לא מצינו שהתורה פטרה טמון לכן בדבר שדרכו להטמין חייב אבל דבר שאין דרכו להטמין

פטור מסברא דלא הוה ליה לאסוקי אדעתיה, ומבואר בתוס' שאף מדליק בשל חברו חייב מדין אש אלא שפטור טמון לא נאמר רק על החיוב אש שהתורה כתבה בהדיא, וצ"ע הרי אין ב' פרשיות של אש וא"כ כמו שמיעוט של טמון נאמר על אש שהדליק ברשותו מדוע לא נאמר כן אף על מדליק בשל חברו.

וביאר באבן האזל [פי"ד ה"י] שכמו שמצינו בבור לגבי פטור של שור ולא אדם, דכל המיעוט של אדם בבור הוא רק לחיוב של מיתה ולא לענין נזקין כמבואר לעיל, והטעם משום שהפסוק דיבר רק על חיוב מיתה של אדם, לכן כל המיעוט אינו אלא על מה שכתוב בקרא בהדיא, ולכן לענין חיוב נזקין של אדם דלא כתבה התורה מפורש נשאר הדין שחייב, לכן ה"ה כאן המיעוט של טמון לא נאמר רק על החיוב של אש שהתורה כתבה בהדיא.

אלא שבעיקר דבריהם שכתבו שיש סברא לפטור מדליק בשל חברו בדברים שאין דרכם להטמין משום דלא הוה ליה לאסוקי אדעתיה, הקשה הרמב"ן במלחמות איך אפשר לומר דטעמא דרבנן דפטרי במדליק בשל חברו בדברים שאין דרכם להטמין משום דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה שנמצא שם דברים אלו, אטו היכא שפשע בשורו ויצא ונכנס לחצר חברו שהיה בו גדיש של חיטין שהיה מחופה בשעורין יפטר, כיון שלא הו"ל לאסוקי אדעתיה שהגדיש מחופה, אלא ע"כ דכל שפשע בשמירה חייב בכל נזק שקרה מחמת פשיעתו אף בדבר שלא היה מצוי שימצא במקום ההיזק וא"כ ה"ה הכא, [ועי' בפנ"י מש"כ לישב].

פשיעה בשמירת המזיק, ולכן אף שלא היה לו לחשוב שיש כזה דבר הניזק כאן חייב כיון שהמחייב הוא על פשיעה במזיק, אבל באש שהמחייב הוא על פשיעה בעצם ההיזק ולא משום פשיעה במזיק, לכן בדבר שלא הוה ליה לאסוקי אדעתיה לא נחשב שיש פשיעה בהזיק, ולכן כיון שאין דרך שיהא ארנקי בשדה לא נחשב שיש פשיעה שלו בדבר הניזק ופטור.

ולפי"ז כתבו שר' יהודה דפליג וסבר שאין חילוק בין מדליק בשלו למדליק בשל חברו אלא לעולם יש חיוב בטמון, יש לומר משום שסבר שגדר החיוב של אש הוא כשאר נזקי ממונו, דהמחייב הוא מחמת פשיעה בדבר המזיק, וכמו שהקשה הרמב"ן דבשור שפשע בשמירתו חייב אף על הנזקים שנעשו באופן שלא הו"ל לאסוקי אדעתיה, ונמצא לפי"ז הא דאמר הגמ' בתרתי פליגי שנחלקו במדליק בשלו ומדליק בשל חברו יסוד אחד לשניהם שנחלקו בגדר המחייב של אש, שלר' יהודה הוא ככל המזיקים שהפשיעה בשמירת האש הוא סיבה לחייב על כל הנזקים שנעשו, אבל רבנן סברו שהפשיעה באש הוא סיבה להחשיב אתו פושע בדבר הניזק.

והנה תוס' לעיל נב. כתבו לגבי כיסוי של בור שאם כיסהו בכיסוי שראוי לשוורים ואינו ראוי לגמלים אבל לא שכח שיבאו גמלים, מ"מ אם לבסוף באו גמלים ונפלו חייב על הנזק, ואע"פ שלא הו"ל לאסוקי אדעתיה שיבאו גמלים, מ"מ כיון שהוא פשע בבור חייב אף על נזק דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה, וזהו ממש כסברת הרמב"ן דהיכא שהוא פשע בשורו חייב אף נזק שלא מצוי שיבוא.

בחידוש ר' אריה לייב [סי' ע"ג] וקונטרסי שעורים בענין אש בור [אות לז] ביארו דע"כ צ"ל שחלוק ביסודו החיוב של אש משאר המזקים, דהא כל נזקי ממונו החיוב הוא מחמת שפשע במה שלא שמר ממונו ולכן הוא מחויב בכל נזק שנעשה, אבל באש אף שפשע באש ולא שמרו מ"מ הנזק לא נעשה בממונו דהא אש לית ביה מששא.

וע"כ צ"ל דבחיוב של אש התחדש דחשיב שיש כאן פשיעה בעשית עצם ההיזק, דהתחדש בקרא דמבעיר את הבעירה דחשיב דאיהו עצמו מבעיר את הדבר הניזוק, ולפי"ז כתבו שחלוק ביסודו הפטורים של טמון באש לשאר הפטורים בכל המזקים, כגון פטור כלים בבור אין הכונה שהבור לא מזיק לגבי כלים אלא שהוא פטור בתשלומין, אבל באש כיון שהמחייב של אש אינו מחמת שלא שמר אש וחייב על מה שהזיק, אלא שע"י הפשיעה התורה החשיב אותו כמבעיר את הבעירה, לכן במה שהתורה פטרה טמון באש הגדר הוא שזה לא נחשב שאיהו הבעיר ולא חשיב בעל האש לגבי טמון.

ובזה ביארו מש"כ תוס' שיש ב' אופנים לחיוב אש מדליק בתוך שלו ומדליק בשל חברו, דמדליק בתוך שלו חשיב פשיעה בדבר הניזוק מחמת שלא שמר גחלתו, אבל במדליק בשל חברו מה דנחשב איהו מזיק זה ע"י הדלקת האש, ולפי"ז כתבו לבאר מש"כ דיש פטור של טמון באש במדליק בשל חברו משום דלא הוה לאסוקי אדעתיה, והרי בכל המזקים לא אמרינן כן וכמו שהקשה הרמב"ן דפשיטא שאם פשע בשורו ונכנס לחצר חברו דחייב אף על ארנקי שהיה שם, אלא החילוק הוא שבכל המזקים המחייב הוא מחמת

והקו"ש ח"ב אות מ' הקשה ממש"כ התוס' כאן דטעמא דרבנן דפטור בכלים שאין דרכם להטמין משום דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה, ולמבואר א"ש דכל סברת התוס' הכא אינו אלא באש וכמש"כ דבעינן פשיעה בעשית הנזק, אבל בכל המזיקים המחייב הוא כשיש פשיעה בשמירה, ולכן מכיון שפשע בכרית הבור חייב אף על הנזקין שיהא אח"כ וכמש"כ לבאר שם, ועי' לעיל שהבאנו דבמחנה אפרים למד מדברי התוס' שזהו הלכה בכל מזיק, אמנם עי"ש מש"כ בשם החזון יחזקאל דסברת התוס' הוא רק במזיק של בור משום דהתם החיוב הוא מחמת פשיעת הכרייה ולא משום פשיעה בשמירה ולפי"ז א"ש.

קושית הרע"א בתוס'

תוס' בא"ד. דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה שיניח אדם ארנקי בגדיש, הקשה הרע"א דהא מבואר ברא"ש ובטור דבמדליק בשל חברו חייב אפי' היכא שהדליקה תעבור באונס גדול, דלא נאמר בזה כל הנך שיעורים דלעיל וכמש"כ במשנה לעיל, וא"כ אמאי יש פטור של טמון הא ליכא פטור אונס באש, וכתב הרע"א דצריך לחלק בין דבר שבא מכח האדם לדבר שאינו תלוי בדעת האדם, דלהניח ארנקי בגדיש זה תלוי בדעת האדם, ולכן כשדליק אש אין כאן מעשה פשיעה כלל בזה דכסבור שאין כאן ארנקי, אבל בדבר שלא תלוי בדעת האדם כמו רוח שאינה מצויה, צריך לחשוש אע"פ שזהו חשש רחוק מאוד, דמכיון שהוא דבר שיכול להיות ליכא פטור של אונס.

ונמצא שמצינו חומרא וקולא באש שאין בשאר המזקין, שמצד אחד יש

חומרא שדבר שאינו תלוי בטבע האדם צריך לחשוש אע"פ שזה דבר רחוק שיכול להיות, [ובשאר המזקין כה"ג יהא פטור באופן שיוכל לילך ברוח שאין מצויה], ויש קולא שדבר שאינו בטבע האדם דבשאר מזקין יהא חייב ובאש יהא פטור.

ולפי"ז כתב הרע"א לבאר מש"כ הרמב"ם פי"ד ה"י המדליק בתוך שדה חברו ויצאה האש ונאכל הגדיש והיה גדי כפות לו וכו' חייב, שכן דרך בנ"א לעשות בגדיש, והראב"ד השיג על הרמב"ם זה איני יודע מהו דהכא לאו בטמון מיירי, והבין הראב"ד דהרמב"ם בא ליתן טעם אמאי חייב על הגדי שהרי בשדה חברו חייב בדבר שדרכו להטמין, וע"ז בא הרמב"ם ליתן טעם שחייב על גדי כפות כיון דדרכו בכך, וע"כ תמה הראב"ד דאי"ז טמון וא"כ א"צ לה"ט, וכתב הרע"א דהוקשה להרמב"ם דמשמע במתני' דבגדי סמוך ועבד סמוך ג"כ חייב ואמאי חייב על הגדי הרי היה לו לברוח [וכמו שפרש"י במתני' בא"ד].

ולבן פירש הרמב"ם דמיירי בשדה חברו דבזה חייב אפי' בדבר שלא הו"ל לאסוקי אדעתיה וכמש"כ לעיל בשם הרא"ש, אלא דהוצרך הרמב"ם לפרש שדרך בנ"א לעשות להניח כן בגדיש דהיינו שהגדי יהא כפות, דאל"כ אף שחייב באונס מ"מ היה דינו כמו ארנקי דדבר שתלוי בדעת בנ"א פטור חשיב אונס, ולכן אף היכא שלא היה כפות ג"כ חייב דלא חשיב אונס דהו"ל לאסוקי אדעתיה דשמא יש גדי כפות, ולפי"ז נמצא שהדליק בתוך שלו והיה גדי סמוך שפטור על הגדי כיון שיש סברא שהיה לו לברוח, [ועי' חזו"א ס"ז סק"ט].

תוס' ד"ה לפלוג וכו'. תוס' כתבו ב' דרכים בדעת רב כהנא, א' דאף לר' יהודה דמחייב טמון באש מ"מ כ"ז רק בדברים שדרכם להטמין, ולא בדברים שאין דרכם להטמין, ורבנן מחייבים שלא ברשות רק בדברים שדרכם להטמין, ב' דלר' יהודה חייב בכל דבר אף בדבר שאין דרכם להטמין, ורבנן דמחייבי שלא ברשות נמי מחייבים בכל דבר, ורבא סבר דבתרתי פליגי דלר"י במדליק בשלו ובשל חברו לעולם חייב, ולרבנן יש חילוק בין מדליק בשלו למדליק בשל חברו דבשל חברו חייב רק בדברים שדרכם להטמין, ועי' בפנ"י שנראה מדבריו דאף למסקנת הגמ' לר"י ליכא חיוב בדבר שאין דרכו להטמין, עי"ש שכתב כן בדעת רש"י.

דף סב ע"א

ורואין מקום כלים כאילו מלא תבואה **גמ'** ורואין מקום כלים כאילו הוא מלא תבואה. צ"ב מה הסברא שרואים כאילו הוא מקום מלא תבואה הא בשאר פטורין של נזקין כגון פטור כלים בבור פטור לגמרי ומ"ש כאן, ועי' חזו"א [ס"ו סק"ז] שכתב דא"א לומר דמחמת שפשע שהיה צריך לחשוב שיש שם עומרין, שהרי אף אם היה יודע ג"כ שיש כלים טמונים יש פטור של טמון. **וי"ש** להוכיח כן מהא דלעיל נו ע"א בהא דקתני שאם כיסה תבואה של חברו לאחר שאדם הדליק את האש פטור המדליק משום טמון, ומוכח שאף אם בשעה שהדליק את האש לא היה טמון מ"מ אם נעשה טמון בשעת השריפה פטור המדליק, וע"כ דלאו משום שלא היה כאן פשיעה.

ולבן ביאר החזו"א שדמי התבואה שבכלים לא חשיב טמון, וכמו שעומרים הפנימים לא חשיבי טמון כיון שהם מגולין מבחוץ ה"נ כלים ניכרין מבחוץ, שהרי ניכר מבחוץ שיש כאן דבר אלא שניכר שהם תבואה ולא נחשב טמון, אלא המותר שבכלים עכ"ד, ונראה כונתו שהטעם שהעומרים הפנימים לא נחשבים טמון משום שהנפה שבפנים גורם שיהיו ניכרים מבחוץ, לכן דנים את כל הגדיש כדמי עומרים.

הטעם שחייב רק דמי שעורין

גמ' ומודה ר"י וכו' להגדיש חטין והגדיש שעורין שעורין והגדיש חטין וכו' אין משלם אלא דמי שעורין בלבד. לכאורה הטעם בזה משום שכל החיוב כשפשע הוא רק במה שקיבל על עצמו לשמור, ולכן אם הגדיש דבר אחר או חיפה את הגדיש בדבר אחר שלא קיבל על עצמו לשמור אין כאן חובת שמירה על מה ששינה, ואף חיוב של מזיק אין לו משום דאיהו אזיק אנפשיה, כהא דמבואר לעיל מז ע"ב בהכניס פירותיו לחצר בעה"ב שלא ברשות ובעה"ב הזיקו דפטור, ולכן אינו משלם אלא דמי שעורין בלבד שהרי רק לזה היה לו רשות, ויש לחייבו על דמי שעורין [מדין מזיק], או י"ל עוד סברא שחייב על השעורין משום שקיבל על עצמו לשמור שעורין וא"כ יש כאן פשיעה בשמירה לענין זה.

אמנם צ"ע שבנתן לו רשות להכניס חטין וחיפה אותן בשעורין אע"פ שלא ראה רק את השעורין אבל הרי נתן לו רשות להכניס

חטין, ואמאי לא יתחייב לשלם על החיטין מדין מזיק שהרי נתן לו רשות להכניס אותם לחצרו.

ועי' היטב בדברי הקצה"ח [סי' רצ"א סק"ד] שכתב בתו"ד דכיון שחיפה אותן בשעורין חשיב שהכל נמצא שם שלא ברשות, משום שהוא סבור שכל הגדיש הוא שעורין, וכן כתב רבנו פרץ [ד"ה חיטין] דלר"י כיון שראה אותו שהוא מחופה בשעורין אנוס הוא דלא הוה לאסוקי אדעתיה שחיפה את החטין בשעורין, וכן משמע ברש"י שכתב דאמר ליה לא ראיתי אלא שעורין לפיכך לא נזהרתי בהן כ"כ, אולם צ"ב שמכיון שנתן לו רשות מדוע לא יהא חייב מדין מזיק.

ועי' בחי' הגרש"ש בבא בתרא סי' א' שכתב דאע"פ שנחשב שבעל הגדיש נמצא ברשות מ"מ פטור הבעה"ב לשלם, כיון שכל החיוב של מזיק הוא רק כשהמזיק יוצא מרשות שלו לרשות שאינו שלו, אבל ברשותו של המזיק אין חיוב של נזקין כלל, ורק היכא שהקנה לניזק זכות בחצרו חשיב כרשות הניזק וחייב בתשלומי הנזק, עי"ש בהגה"ה שתמה על דברי הקצה"ח. [בעיקר דברי הגמ' צ"ב הלשון 'ומודה' ר' יהודה הא אי"ז הלכות טמון אלא שע"ז לא קיבל על עצמו].

להגדיש חטין והגדיש שעורין

גמ' להגדיש חטין והגדיש שעורין. צ"ב מה החידוש בזה דטפי ממה שהזיק פשיטא שלא ישלם, ועי' בסמ"ע [תי"ח ס"ק י"ח] שכתב דס"ד דכיון שנתן לו רשות להטמין חטין אי יטמין מורגנין יתחייב שהרי אם יטמין אותו בגדיש של חטין היה חייב קמ"ל שלא.

ואפ"ל דהחידוש הוא דעכ"פ חייב דמי שעורין דס"ד כיון שמעיקרא קיבל על עצמו לשמור חטין קבלת השמירה הוא רק על חטין ולא על דבר אחר, ואף מדמי שעורין יפטר, קמ"ל שעכ"פ ממה שנמצא שם וראהו קיבל על עצמו, ועי' שטמ"ק בשם רבנו יהונתן.

ביאור סברת תוס' כיון דחזי להו

תוס' ד"ה שאינו משלם אלא דמי שעורין. במדליק בתוך שלו איירי דאי במדליק בשל חברו שעורין והגדיש חטין למה לא ישלם חטין כיון דחזי להו ובסמוך מדמי להו לנותן וכו'.

כתב המהרש"א שכונת התוס' דע"כ בכל הברייתא מיירי שראה מה הגדיש דאל"כ חטין וחיפה בשעורין אמאי פטור מדמי חטין הא קיבל על עצמו שמירה של חטין, אלא כל החילוק הוא אם הדליק בשלו או בשל חברו שאם הדליק בשל חברו חייב כיון דהוה כמאבד בידים, אבל הדליק בשלו לא חשיב מזיק בידים אלא הוה פשיעה בשמירה ולכן יכול לומר שלא קיבל על עצמו אלא שמירה של שעורין, ואף שיודע שזה יזק מ"מ אינו מחויב כיון שלא קיבל על עצמו לשמור ומדין מזיק ג"כ פטור כיון דחשיב שלא ברשות וכמש"כ לעיל.

ובן נראה ברבנו פרץ בד"ה הזיקתו שכתב החילוק של תוס' ולא הזכיר מש"כ התוס' דכיון דחזי להו, משמע דבכל אופן מיירי שחזי ומ"מ פטור כיון שלא מזיק בידים, וזהו שכתבו התוס' דבסמוך מדמי להו וכו' וכונתם דהגמ' מדמה הך דהכא לנתן דינר זהב לאשה שאם פשעה בו שמשלם רק של כסף, והתם דמי

למדליק בשלו ולכן כיון שרק פשעה בו אינו משלמת של זהב, ואף דהתם לא מיירי שראתה אותו מ"מ הא כתבו התוס' לקמן [ד"ה מי מנחין] דאבעי לה לאסוקי אדעתיה כיון שפעמים אומר לה שזה של כסף אע"פ שהוא של זהב.

אמנם מדברי הפנ"י והמהר"ם נראה דכונת התוס' דמיירי שהדליק בתוך שלו ולא ראה ששינה והגדיש דבר אחר, ולכן פטור כיון שלא ראה, וכמו בנתן לאשה דינר זהב שאם פשעה בו ולא ידעה משלמת של כסף כיון שלא ידעה בו, אך אם הדליק גדישו של חברו שאז ראה אותו וחייב, ומשמע מדבריהם דאף שהדליק בשל בחברו לא חשיב מזיק בידים, ומ"מ חייב דהוה כמו הזיקתו בדינר של זהב, וזהו דעת התוס' לקמן שהסברא דמאי הוה גבך אינו משום מזיק בידים, אלא החילוק הוא האם הו"ל לאסוקי אדעתיה, ולכן במדליק בשל חברו שרואה חייב אע"פ שיש כאן רק פשיעה.

הנותן דינר זהב לאשה

גמ' אמר רבא הנותן דינר זהב לאשה וכו' פשעה בו משלמת של כסף הזיקתו משלמת של זהב משום דאמר לה וכו'. הקצה"ח [רצ"א סק"ד] כתב לבאר דמשמע מדברי הגמ' דהך דינא הוא גם לר' יהודה שמחייב טמון באש אף במדליק בשלו, ולית ליה סברא שלא הו"ל לאסוקי אדעתיה, מ"מ הכא אם פשעה בו משלמת רק של כסף.

וביאר בקצה"ח דחלוק דין פשיעה של מזיק משומר, דכל הסברא של ר' יהודה הוא רק לגבי מזיק דפשע בזה שמדליק אש ברשותו, שהתורה חייבה אותו כשפשע

בהדלקת אש שיכול לצאת ולהדליק ולעשות נזק בשל חברו, אבל שומר שקבלת השמירה מחייבת אותו תלוי במה שמקבל על עצמו, והכא שלא קיבל ע"ע שמירה של זהב והיה סבור שהוא דינר של כסף, ולא הו"ל לאסוקי אדעתיה שהוא דינר של זהב, ולכן אין כאן פשיעה בשמירה.

מאי הוה ליה גבך דאזקתיה

רש"י ד"ה מאי הוה ליה גביה דאזקתיה. ול"ד לנתן לו רשות להגדיש חטין והגדיש שעורין דאמרן לעיל דאינו משלם אלא דמי שעורין, דמבעיר לא מזיק בידים אלא פושע הוא כדכתיב כי תצא אש, וכונתו דמאי הוה עלך דאזקתיה אינו רק היכא שהוא מזיק בידים אבל היכא שהוא רק פושע שלא שמר את האש ליכא הך חיובא.

רבנו פרץ הבין דכונת רש"י הוא לבאר שאף במדליק בתוך של חברו לא חשיב מזיק בידים אלא שהוא פשיעה שמירה, וזהו טעמא דרבנן שפטרי טמון באש ולא מחייבים מכח הסברא של מאי הוה וכו', וע"ד מש"כ המהר"ם בתוס' דהיכא שמדליק בשל חברו לא חשיב מזיק בידים, והקשה ר"פ דהא אשו משום חציו וא"כ הוה מזיק בידים, ובאמת שכן משמע ברש"י לעיל שכתב דמדליק בשל חברו חשיב מזיק בידים, ומבואר דדעת רש"י שאף אם אשו משום חציו אין הכונה דחשיב חציו ממש אלא שגדר הפשיעה של אש הוא כזורק חץ.

אמנם צ"ב דכל זה שפיר רק לרבנן דס"ל דליכא חיוב של טמון, ולכן ליכא הך סברא של מאי הוה עלך בפשיעה של הדלקת אש, אבל לר"י דמחייב בטמון דאית ליה דאף

בפשיעה אמרינן מאי הוה עלך, ואיכא סברא דהו"ל לאסוקי אדעתיה, א"כ אמאי אינו חייב כאן משום הך סברא.

וע"ב צ"ל דהיכא שנתן לו רשות להגדיש חטין והגדיש שעורין פטור, משום דהוה שלא ברשות ולכן אין חיוב של מזיק וכש"כ לעיל, אלא דלרבנן לא הוצרך רש"י לכך ולכן פירש משום דלא הוה מזיק בידים, ועי' פנ"י שעמד דמשמע ברש"י שבכה"ג שהוא מזיק בידים יש סברא דמאי הוה גבך, א"כ אמאי במדליק בשל חברו יש פטור טמון בדברים שאין דרכם להטמין עי"ש מש"כ.

אנן ממתני' פשטינן ליה

גמ' אנן ממתני' פשיטא לן חטין וחיפה בשעורין שעורין וחיפה חטין אינו משלם אלא דמי שעורין. פרש"י נותן לו רשות להגדיש שעורין ולא חטין, משמע מרש"י דכונת הגמ' להוכיח מהא דחטין והגדיש שעורין דמשמע שפטור על החטין כיון שהוא חיפה בשעורין.

והקשה רבנו פרץ א"כ אמאי לא מייתי הגמ' ראיה מהרישא דנתן לו רשות להגדיש חטין והגדיש שעורין דאינו משלם אלא דמי שעורין, ולכן כתב ר"פ שכונת הגמ' להוכיח מהא דחטין וחיפה אותם בשעורין דאינו משלם אף על החיטין, אע"פ שנתן לו רשות לכך מ"מ כיון שראה שעורין לא קיבל על עצמו שמירה על החיטין, ולכן פטור ומשמע מדבריו דמ"מ חשיב ברשות אלא שפטור כיון שלא קיבל על עצמו שמירה.

עשו תקנת נגזל באשו

גמ' לר"י דמחייב על נזקי טמון באש. כתב רבנו פרץ וכ"כ הפנ"י דהא דתקנו

להישבע וליטול דוקא במזיק של אש ולא בשאר מזיקים, משום דדמי לנזקי גופו דאשו משום חציו, ואע"ג דמיירי בכלו ליה חציו דכל הפטור של טמון להך מד"א מיירי באופן זה מ"מ כיון דמעיקרא אתי מכח מעשה בידים. **והפנ"י** כתב דאפשר שרק במדליק בשל חברו חייב, דיש בזה פשיעה על עצם מעשה ההדלקה ודמי לנזקי גופו, אבל במדליק בשל חברו דהתם הוא רק פשיעה בשמירה לא, והביא דבשו"ע משמע דאף במדליק בתוך שלו נמי עשו תקנת נגזל, ומשמע דלאו דוקא משום נזקי גופו.

ההוא גברא דבטש בכספתא

גמ' ההוא גברא דבטש בכספתא וכו'. תוס' ביארו דמיירי שיש עדים שהיה בתוכו ואפ"ה פטור כיון שיש סברא שלא הוה ליה לאסוקי אדעתיה, ול"ד לדינר זהב דאיבעי ליה לאסוקי אדעתיה שמא אמר לה שזה של כסף כדי שתקבל עליה השמירה, וכתבו התוס' דל"ד לארנקי בגדיש משום דרגלים טפי להניח מרגניתא בכספתא, מבואר בתוס' שיש כמה דרגות באונס, א' נתן לו דינר כסף והיה של זהב שהיתה צריכה לחשוב דשמא של זהב, ב' מרגניתא בכספתא אינו פשיעה כ"כ, ג' ארנקי בגדיש לא הוה לא פשיעה כלל, ולכן לרבנן אין חיוב טמון בזה.

מבואר בתוס' שאם היו רגלים להניח ארנקי בגדיש היה חייב מחמת הסברא של מאי הוה גבך דאזקתן, ואע"פ שלא עשה מעשה היזק בידים ממש חייב, [ודבר זה כבר מבואר בתוס' לעיל ד"ה שאינו משלם] שכתבו דמיירי הוא מדליק בתוך שלו, ומשמע

שאם היה מדליק בשל חברו היה חייב אף באופן שחיפה אותם בשעורין].

אולם הרשב"א חולק על תוס' וכתב להקשות על סברת תוס' שכתבו דהגמ' הסתפקה האם מרגינתא בכספא דומה לארנקי בגדיש שלא דמי כלל, דהכא הרי הוא מזיק בידים וא"כ מה הצד לפטרו אבל ארנקי בגדיש לא הוה מזיק בידים, ולכן כתב הרשב"א שהנדון בסוגיא לא היה לענין חיוב, דודאי יש לו דין אדם המזיק אלא האם עשו תקנת נגזל.

ונמצא שהרשב"א חולק בתרתי על תוס', א' דלא אמרינן הסברא דהו"ל לאסוקי אדעתיה בגדיש, ב' דבמדליק בתוך

של חברו לא שייך לומר מאי הוה גבך דאזקתן כיון שאינו מזיק בידים, ונראה שנחלקו מהו הסברא של 'מאי הוה גבך דאזקתן' שלפי הרשב"א הוא סברא דחשיב אדם המזיק ולכן חייב אף באונס גמור, ולכן אם אינו אדם המזיק בידים ממש כמו במדליק בשל חברו ל"ש לחייב בדבר דלא הוה ליה לאסוקי אדעתיה, אבל תוס' למדו דחשיב אונס גמור אלא שיש סברא חדשה שאם עושה היזק בידים מבעי ליה למימרא אנפשיה טפי, ולכן אף במדליק בתוך של חברו חשיב כבידים לענין זה והוה ליה לאסוקי אדעתיה, ועי' בפנ"י שכבר עמד בזה.

פרק הגזל עצים

דף צג ע"ב

גזל ונעשה שינוי משלם

בשעת הגזילה או בשעת השינוי

מתני' גזל פרה מעוברת וילדה משלם דמי פרה העומדת לילד. מלשון המשנה משמע דמשלם כפי מה ששוה הפרה רגע קודם הלידה, כיון שכל השינוי נעשה בלידה וקודם השינוי היה ברשות הנגזל ע"כ צריך לשלם לפי השיעור של קודם השינוי דהשבח שייך לנגזל.

ובן גרס בביאור הגר"א בתוס' לקמן צה. ד"ה משלם, וכן הוא דעת הרמב"ן במלחמות [לד.]. עי"ש שהוכיח כן מדברי התוספתא, ולפי"ז צ"ל שיש חובת והשיב גם על השבח שהוא נעשה חלק מהגניבה.

אמנם הב"ח גרס בתוס' שם דהשבח לגזלן וכן כתב בהדיא הרא"ש ס"ג דהשבח שייך לגזלן ומשלם רק לפי כמה שהיה שוה הפרה בשעת גזילה ממש, וכל שבח שמשעת גזילה עד שתלד לגזלן.

ובתב הרא"ש דאע"פ דאמרינן לעיל סה. היכא דמעיקרא שוה זוז ולבסוף שוה ד' ותברא או שתיא משלם ד', התם דוקא כיון שמאבדו מן העולם ובאותה שעה נעשה גזלן עליה, אבל הכא שהגזילה בעולם אלא שנשתנה משלם כשעת הגזילה כיון שקנה בשינוי, וכתב העונג יו"ט סי' כ"ט דסברת

הרא"ש דע"י השינוי קונה את הגזילה למפרע משעת הגזילה, ולכן כל השבח של גזלן וזוכה בכל מה שהבהמה השביחה.

האמרי משה סי' ל"ב אות ג' בהגה"ה שהקשה לדברי העו"ט אמאי יש חיוב של ד' וה' בטביחה הא כיון שע"י הטביחה נעשה שינוי נמצא שקנה את הגניבה למפרע משעת גזילה ונמצא דשלו הוא טובח, ועי"ש באמרי משה מש"כ לבאר, ונראה שכונתו דאף שעל השבח יש חובת והשיב, משום שכמו שבכל חפץ יש לבעלים זכות בשבח מדין ארעי אשבח, ה"ה על הזכות של והשיב יש ארעי אשבח ויש חיוב לגזלן להחזיר את החפץ וכל השבח, אלא שחיוב דמים ליכא כיון שמעשה הגזילה לא היה על השבח, וכיון שנעשה שינוי בגזילה קונה את כל הגזילה, דכשפקע חובת השבח נעשה החפץ שלו ע"י הקניני גזילה ויש לו קניני גזילה על כל החפץ לא רק על מה שגזל, ועי' בחזו"א סי' י"ז סק"ד שנראה שפירש כן.

אמנם דיש לדון דכ"ז רק בשינוי דממילא כגון בפרה וילדה, אבל בשינוי דבידים כהא דרחל וגזזה אמאי לא יחשב כגזלן בשעת השינוי על השבח כמו שבהוקר החפץ ותברא או שתיא דחייב ד', וצ"ל כמש"כ הרא"ש עצמו שם דכל החיוב של תברא או שתיא הוא משום שמאבד אותו מן העולם, ומשו"ה אף שעל השבח לא נעשה גזלן קודם

לכן, מ"מ כיון שיש לו בו קניני גניבה שייך להתחייב עליו בתורת גזלן כיון שהוא לא ברשות בעלים.

ובתב הרא"ש דלפי"ז צ"ל דהא דנקט התנא הלשון משלם דמי פרה העומדת לילד, [ולא קתני משלם כשעת הגזילה], משום דפעמים שאדם קונה פרה מעוברת בשביל השליל והוא שזה פחות ממה שקונה עבור הולד, וזהו שאמר התנא דמי פרה העומדת לילד דהיינו משלם לפי שיעור ששזה פרה העומדת לילד, ועי"ש בחזו"א שכתב דאף להרא"ש יש חובת והשיב על השבח אלא דמ"מ ליכא חיוב דמים.

לירדה האם הוא שינוי רק לולד או גם לפרה

רש"י ד"ה ודמי רחל הטעונה ליגזוז. והעודף ששזה עכשיו הולד והגיזה יותר שלו הוא דקננהו בשינוי, כתב הנמוק"י דמזה שכתב רש"י שמשלם את ההפרש מה ששזה הולד עכשיו יותר ממה שהיה שזה קודם לכן, משמע דכל מה שקונה בשינוי אינו אלא את הולד ואת הגיזות, אבל את עצם הפרה או הרחל אינו קונה כיון דאין כאן שינוי בגוף הבהמה ולכן צריך להחזיר את גוף הבהמה.

אמנם הרא"ש סי' ג' חולק על התוס' וס"ל דיש כאן שינוי גם על עצם הפרה ומשלם רק דמים, ועי' ביש"ש דבסיפא דמתני' דגנב פרה ונתעברה אצלו וילדה בכה"ג לכו"ע אין זוכה בגוף הפרה כיון שנשתנה וחזרה למצב שהיה בו הגזילה מעיקרא, ועי' להלן צה ע"ב מש"כ בדעת רש"י.

שינוי החוזר אם קונה מדרבנן
גמ' רב אשי אמר תנא דידן שינוי דאורייתא קתני. ברש"י כתב דר"א פליג על אביי וס"ל דשינוי החוזר אף מדרבנן לא קני, וכ"כ הרא"ש ועי' בחזו"א סי"ז סק"א שכתב דדעת התוס' לקמן צו: שאף ר"א סבר דקני מדאורייתא אלא דבעי להעמיד מתני' בשינוי מדאורייתא.

דעת תוס' דשינוי מעשה בעי שינוי השם

תוס' ד"ה עצים. אבל שיפוי שאין משתנה שמו בכך לא מהני, מבואר מתוס' דבכל שינוי מעשה בעינן נמי לשינוי השם, וכתב המהרש"א דכ"ז רק לרב אשי דסבר דשינוי מעשה החוזר לא הוה שינוי, אבל לרבה שכתבו התוס' לעיל דסבר דאף שינוי החוזר הוה שינוי א"צ שינוי השם, וכונתו שהרי תוס' כתבו [ד"ה הגוזל] דרבה יפרש הבריייתא דמיירי בשינוי שאינו חוזר, והחידוש הוא דאע"פ שאין שם כלי עליהם חשיב שינוי והיינו דא"צ שינוי השם אלא דסגי בשינוי מעשה בלבד.

ונמצא לפי"ז דרבה ורב אשי נחלקו בתרתי א' בשינוי השם החוזר אם חשיב שינוי, ב' אם בכל שינוי מעשה בעינן שינוי השם, ואפשר דשניהם תלויים זה בזה דברש"י [בד"ה וכ"ש שינוי דאורייתא] כתב דשינוי החוזר חשיב 'שינוי קל' והיינו דכיון שיכול לחזור לא חשיב שינוי בעצם החפץ, וא"כ לרבה דסבר דשינוי החוזר הוה שינוי, לכן אף שינוי מעשה בלא שינוי השם חשיב שינוי, אבל לרב אשי דלא סגי בשינוי קל לא סגי בשינוי מעשה אלא בעינן נמי שינוי השם.

ועי' בחזו"א סי' ט"ז ס"ק י"ג שכתב סברא אחרת בטעמא דשינוי החזור אינו קונה, משום דכל הסברא ששינוי קונה הוא משום שפקע חובת והשיב אבל כאן כיון שיכול להחזירו החפץ למצב של הגזילה לא פקע חובת והשיב, ואנו אומרים לו דחייב להחזירו למצב של קודם השינוי כדי לקיים מצות השבה, עי"ש מש"כ לבאר סוגית הגמ' בתמורה לפי סברא זו.

דעת האחרונים אם בכל שינוי מעשה בעינן שינוי השם

תוס' בא"ד. בתורת חיים [הובא בקצה"ח בסי' ש"ס] הקשה על התוס' איך אפשר לומר דבכל שינוי מעשה בעינן שינוי השם הא בברייתא תני צמר וליבנן דחשיב שינוי, והא התם ליכא שינוי השם דמעיקרא צמר והשתא נמי צמר הוא, וכתב בתו"ח דאף שהרמ"א בסי' ש"ס פסק כדעת תוס' דבעינן נמי שינוי השם מ"מ ברמב"ם והמחבר משמע דחלקו ע"ז ופליגי על תוס' וכדמשמע בגמ'.
הביאור הגר"א בשו"ע סי' ש"ס סק"י ע"ד הרמ"א שכתב כתוס' דבעינן נמי שינוי השם כתב דלאו כלל הוא, דהא התוס' בסוכה דף ל' ע"ב [ד"ה שינוי] כתבו להוכיח דאם קצץ עץ ממחובר לא חשיב שינוי מעשה כדמבואר לקמן צו. לענין דיקלא משום דלא נשתנה שמו, וכתבו התוס' ואע"ג דבגזל בהמה והזקינה חשיב שינוי מעשה אע"פ שאין כאן שינוי השם, וכן גזל עצים ושיפה אותם אבנים וסיתתן צמר וליבנן, וכונת התוס' שיש חילוק בין אם יש שינוי מעשה גדול או שינוי מעשה קטן, והתוס' התם ס"ל דרק קציצת דקל לא

חשיב שינוי מעשה גדול אבל עצים ושיפן חשיב שינוי מעשה גדול, אבל התוס' כאן חלקו ע"ז דלרב אשי עצים ושיפה אותם לא חשיב שינוי מעשה גדול כ"כ, [ואפשר דתוס' התם קאי כאביי דמתני' מיירי בשינוי החזור ואביי פליג על רב אשי].

מבואר מדברי הגר"א דאף לתוס' דילן לא כללא בכל מקום רק בשינוי מעשה גדול בעינן שינוי השם, וכ"כ הנתה"מ סי' שס"א סק"א להוכיח כן ממה שכתבו התוס' בסוכה ל': [ד"ה וליקנינהו] דשינוי השם החזר לברייתו קונה יחד עם יאוש, אבל שינוי מעשה החזור אינו קונה אפי' עם יאוש, ואם בכל שינוי מעשה איכא נמי שינוי השם תיפוק ליה שיקנה כיון שיש כאן שינוי השם, וכ"כ בחזו"א סי' י"ז ס"ק כ"א.

בעיקר קושית התורת חיים אפשר לומר דהנה הרא"ש כאן כתב כתוס' וכתב דאבנים וסתתן חשיב שינוי השם, דמעיקרא אבנים ניהו ועכשיו אבנים שעומדות לבנין הם, וא"כ אפשר דבצמר ולבנין נמי י"ל כן דמעיקרא צמר הוא ועכשיו צמר שעומד לבגדים הוא.

אבל מדברי הקצה"ח שם נראה שהבין שדברי התוס' הם כפשוטו דבכל שינוי מעשה בעינן שינוי השם, אלא שכתב דלא בעינן שינוי השם גדול, אלא שינוי השם כל דהו דאל"כ אמאיבעינן לחידוש של שינוי מעשה תיפוק ליה מדין שינוי השם, וע"כ דבשינוי השם גרוע סגי, וכונתו דשינוי השם גדול היינו דחשיב חפצא אחרת מחמת שינוי השם, אבל כאן לא חשיב חפצא אחר אלא שבנ"א קוראים לזה אחרת, ועי' בנתה"מ סי' שנ"ג סק"א.

והקשה הקצה"ח שם מהא דמבואר בגיטין שאם היזק שאינו ניכר שמיה היזק אם גזל חמץ ועבר עליו הפסח אין יכול לומר לו הרש"ל, כיון שקנה בשינוי מעשה והא ליכא התם שינוי השם, ולמבואר בביאור הגר"א דאף התוס' מודה דבשינוי גדול לא בעינן שינוי השם א"ש, ועי' בקו"ש אות ק"כ.

גדר השינוי בראשית הגז

גמ' לא הספיק ליתנו עד שצבעו פטור. פרש"י דקנייה בשינוי ודמים נמי לא משלם דלא גזל גמור דלא מטא לידיה, מלשון רש"י 'דקנייה' בשינוי משמע דהשינוי מהני מדין גזילה דקונה את החפץ.

מבואר ברש"י דיש כאן ממון כהן בראשית הגז, ואפשר דמיירי דוקא באופן שכבר הפריש את ראשית הגז, דהיינו שסיים הישראל איזה חלק יתן לכהן מראשית הגז ולכן חשיב ממון כהן, וזהו שכתב רש"י שאין לו חיוב של דמים כיון דלאו גזל גמור דלא מטא לידיה, והיינו דיש ממון כהן בראשית הגז, אלא דמ"מ אין חיוב גזילה דלא מטי ליד כהן.

ובן נראה מדברי רש"י לעיל סו. שהוסיף שאם קדם הכהן ותפס אין מוציאין מידו, מבואר ברש"י שיש ענין של הפרשה בראשית הגז אם מסיים איזה מקום שממנו יתן לכהן, ולכן מהני התפיסה של כהן, דאם לא הוה ממון כהן איך מהני תפיסה הא הבעלים יוכלו לומר שרוצה ליתן ממקום אחר ואין ביד הכהן ליחד את זה לראשית הגז, [ועי' בקו"ש אות כ'], ועי' ברא"ש בחולין דף קלה. שכתב דמיירי שנתכוון לגזלו וע"כ כמש"כ בדעת

רש"י, וכן נראה מדברי תוס' בחולין קלז ע"ב [ד"ה עד] שזהו מדין גזילה, אולם צ"ב היכן עשה מעשה גזילה הא כל מה שעשה הוא רק שינוי בלבד, ומבואר כמש"כ הרע"א בכתובות לד ע"ב שע"י השינוי יש כאן מעשה גזילה ועי"ש במנחת משה מש"כ בזה, ועי' באות הבאה.

אמנם מדברי התוס' לעיל סו ע"א מבואר

דפליגי ע"ז שכתבו [ד"ה עד] שאין מעשה הפרשה בראשית הגז כמו בתרומה ואף אם יפריש לצד אחד לאו כלום הוא וכאילו לא הפרישו, מבואר מדברי התוס' דאי"ז מהלכות שינוי של גזילה, אלא שהוא הלכה בדין ראשית הגז שכל החיוב של ראשית הגז אינו אלא באופן שזהו בצורה של ראשית הגז, אבל אם נשתנה ממה שהיה ליכא מצות נתינה לכהן, ועי' במאירי שכתב כן בדעת הרמב"ם שמחלק בין צמר וליבנן לענין גזילה לראשית הגז וע"כ דבראשית הגז אינו דין שינוי של גזילה.

ועי' בחי' הגרי"ז הלכ' גגניבה שכתב כן דהשינוי בראה"ג הוא כמו השינוי לענין אתנן, והביאור בזה דסברו התוס' דחלוק ראשית הגז משאר מתנו"כ, וכמש"כ בחי' הגר"ח הלכ' ביכורים דמכין שאינו טובל נעשה ממון כהן רק בנתינתו ול"ש בזה תורת הפרשה.

דעת רש"י בשינה קודם שהתחייב

רש"י ד"ה אין מצטרף. וכן שניה וכן שלישית אין מצטרפות למנה ופרס להתחייב דקנינהו בשינוי, מלשון רש"י כאן משמע נמי שזהו קנין של שינוי של גזילה וכמו שכתבנו,

אלא שצ"ע דהא הכא מיירי קודם שגזז שיעור של חמש רחילות וא"כ אין כאן עדיין ממון כהן עדיין ומה שייך בזה גזילה, [ואפשר דכיון שע"י הפרשה חשיב ממון כהן יש לכהן זכות לתבוע שיהיה מעשה הפרשה ולכן חשיב גזל].

עוד צ"ב מש"כ רש"י וכן שינה שלישית משמע מדבריו דאם היה צובע רק רחל אחת היה מתחייב כיון שלא נעשה שינוי בחליק מהצמר, וצ"ב הא כיון ששינה חלק איך יחול החיוב על השאר הא ליכא שיעור של חמש רחילות, וכן כתבו התוס' לעיל סו. דהיכא שיש לו כבר שיעור של ה' רחילות צריך לצבוע את כולם, אבל באופן שלא גזז שיעור של ה' רחילות אין צריך לצבוע אלא רק אחד ונפטר כיון שאין לו שיעור וצ"ע.

שאני צבע הואיל ויכול

להעבירו ע"י צפון

גמ' רבא אמר וכו' ושאני צבע הואיל ויכול להעבירו ע"י צפון. מבואר מדברי הגמ' שהמחלוקת של ר"ש ורבנן הוא בצבע שאפשר להעביר ע"י צפון אי חשיב שינוי או לא, דרבנן ס"ל דחשיב שינוי ולר"ש לא הוה שינוי והוה שינוי החוזר לבריאתו, ונחלקו עוד לגבי ליבון דלר"ש חשיב שינוי טפי מצבע ולרבנן לא חשיב שינוי רק בצבע, וביארו התוס' דסברת רבנן הוא דשינוי של צבע הוא שינוי מרובה משינוי של ליבון ולכן אף דהדר הוא שינוי.

וצריך לבאר בשלמא לסברת רש"י דשינוי החוזר לא הוה שינוי משום שהוא שינוי קל, א"ש דסברי רבנן דצבע חשיב שינוי טפי מליבון, אבל לסברת החזו"א שהובא לעיל שאין חסרון מצד עצם השינוי בשינוי

החוזר ומצד עצם החפץ יש כאן שינוי, אלא דהסברא הוא דלא חשיב שינוי כיון שיכול לקיים בו חובת והשיב את הגזילה אשר גזל ע"י שיחזיר אותו לקדמותו לכן לא פקע חובת והשיב, וא"כ מה נפק"מ אם הוא שינוי אלים יותר או לא, עי' בש"ך סי' ש"ס סק"ב ובחזו"א י"ז כ"ב מש"כ.

דף צד ע"א

דמיון שינוי של גזילה

לשינוי באתנן

גמ' ב"ש מאי היא וכו' וב"ה סברי הם ולא שינוייהם. הביאור בזה דכל האיסור למזבח אינו אלא רק בגוף החפץ שבו נעשה העבירה, אבל בדבר אחר לא וכיון שנשתנה מותר למזבח, ומדברי הגמ' דקאמר דכולהו ס"ל דשינוי אינו קונה מבואר שהדין דשינוי לענין אתנן תלוי בדין שינוי דגזילה ולמד"א שינוי קונה כמו שלגבי אתנן כיון שאינו אותו חפץ וכשר למזבח, ה"ה לענין גזילה לא שייך לקיים חובת והשיב, ודבר זה מפורש בתוס' לעיל סה ע"ב ד"ה הא ועי"ש בד"ה הן.

הפנ"י שם נתקשה טובא בזה דאף אם נימא שאינו אותו חפץ ואין חובת והשיב מ"מ איך נעשה שלו ובמה זכה בזה ואיך זוכה בדבר בלא מעשה קנין, ומבואר מזה כמש"כ האחרונים שהיסוד לקנין שינוי הוא משום שבעצם יש לגזלן סיבה לקנות את עצם החפץ מחמת המעשה גזילה, אלא שחובת והשיב מעכב את הקנין ולכן באופן שפקע חובת והשיב ממילא הוא שלו, וכיון שמאתנן ידעינן שאי"ז אותו חפץ שחייב לקיים בו חובת והשיב ממילא נעשה שלו,

בקו"ש אות י"ד הוכיח יסוד זה מסוגית הגמ' בסנהדרין עב. דמבואר התם בסוגיא דרב סבר דהיכא שפטור על הגניבה מדין קלב"מ קנה החפץ ונעשה שלו, וע"כ הביאור הוא משום שיש סיבה שיזכה בחפץ שיהיה שלו לגמרי אלא שחובת והשיב מעכב אותו מלקנות ולכן היכא שפטור מלהשיב מדין קלב"מ קונה את החפץ.

אמנם רבא התם פליג על רב וס"ל דאף היכא דקלב"מ פטור כ"ז רק כשנשבר החפץ אבל היכא שהוא בעין חייב, והקו"ש ביאר דרבא פליג על רב רק דבקלב"מ אף שאין חיוב דמים מ"מ אין חיוב של קלב"מ יכול להפקיע חובת והשיב של גוף החפץ, וצ"ב מלשון רש"י שם עי"ש היטב ואכמ"ל בכ"ז, ועי' באבן האזל פ"ז מנזק"מ הי"ב (ד"ה והנראה) שביאר קנין שינוי באופ"א.

ביאור ההוכחה מגזל סאה דשינוי אינו קונה

גמ' הרי שגזל סאה של חטיף טחנה לשה ואפאה וכו' אין זה מברך אלא מנאץ. משמע מדברי הגמ' שכל החסרון הוא רק בברכה דחשיב ניעוץ אבל עצם ההפרשה חלה, וצ"ב דכיון ששינוי אינו קונה א"כ אין העיסה שלו ואיך חלה ההפרשת חלה, והרע"א למד באמת דזהו כונת הגמ' דההפרשה לא חלה כלל ומשו"ה הרי"ז מנאץ כיון דההפרשה לא חלה דאינו שלו, [עי' להלן שהובא דבריו].

אולם האחיעזר ח"ב סל"ו אות ג' כתב בשם העונג יו"ט וכ"כ בקו"ש [אות צט] דההפרשה חלה ע"י יאוש ושינוי השם, כהא דמבואר לעיל סז ע"א דהגנב והגזלן תרומתו

תרומה, ומשו"ה חשיב מנאץ כיון שכל ההפרשה חלה רק מכח השינוי השם, אבל אם הדין דשינוי קונה נמצא שקנה את העיסה קודם ההפרשה ואין העבירה גורמת לחלה לחול ולכן לא חשיב מנאץ, ורק משום שכל ההפרשה חלה מכח שהוסיף בגניבה שנעשה שלו ע"י שינוי השם, וע"ז דוחה הגמ' שאף דשינוי קונה וכבר נעשה שלו קודם ההפרשה, מ"מ לענין ברכה החמירו, ועי' לעיל סז ע"א בתוס' ד"ה אמר עולא דכונת הגמ' דכיון שמזכיר שם שמים חמיר טפי, אמנם עיקר דבריהם צ"ב דכיון דשינוי מעשה אינו קונה אמאי שינוי השם עדיף ומה הסברא לחלק בין שינוי מעשה לשינוי השם וצ"ע.

עי"ש עוד באחיעזר שהקשה דאף שיש שינוי השם בחלק של החלה, מ"מ איך קנה את שאר העיסה דהרי כל השינוי השם אינו אלא בחלק של החלה ולא בכל העיסה, וא"כ איך חלה ההפרשה דבעינן שכל העיסה תהא שלו ולא סגי במה שחלק החלה שלו, ובאמת דכן יש להקשות מהא דמבואר לעיל סז. דהגנב והגזלן תרומתן תרומה והקדישן הקדש, ומועיל מדין יאוש ושינוי השם כדמבואר שם, ולכאורה כל השינוי הוא רק בחלק של התרומה אבל בחלק של השיראים שתיקן לא נעשה שינוי כלל ואיך חלה ההפרשה בזה, ועי' בחידושי הגר"ח על הש"ס ואכמ"ל.

הוכחת הרא"ש מסוגיין לענין ברכה על דבר איסור

הרא"ש בברכות דף מה. הביא מחלוקת הרמב"ם והראב"ד אם מברכים ברכה ראשונה ואחרונה על מאכל של איסור, דדעת הרמב"ם בהלכ' ברכות דאין מברכים

והראב"ד השיג עליו שם שמברכים, וכתב הרא"ש דמסוגיא כאן משמע כהראב"ד ממה דקאמר הגמ' דאי"ז מברך אלא מנאץ, משמע שיש חובת ברכה אלא שהברכה היא ניעוץ. **והרע"א** שם הקשה ע"ד דממ"נ דלמאי דקסבר של הגמ' דקאי כמד"א דשינוי אינו קונה ע"כ שלא חל ההפרשה כלל כיון שהעיסה אינו שלו, וא"כ ע"כ כונת הגמ' אי"ז מברך אלא מנאץ שאין כאן תורת ברכה כלל כיון שלא חל ההפרשה כלל, וא"כ אף לפי מה שדוחה הגמ' דשינוי אינו קונה אבל הברכה היא ניעוץ אפשר דכונת הגמ' היא דמשו"ה לא יברך שאין מברכים על דבר איסור, ואין ראייה מהלשון 'אין זה מברך' שיש חיוב ברכה שהרי לס"ד ע"כ לשון הגמ' אינו בדוקא א"כ אפשר דאף אם שינוי קונה הלשון ל"ד, ועוד כתב דאף אם נימא דלמסקנה יש חיוב לברך מ"מ ליכא ראי' דבאכילת איסור יברך כיון דהכא מיירי שקנה את גוף הדבר בשינוי וא"כ מה הראייה באכילת איסור ממש, ובדעת הרא"ש י"ל דסבר כמש"כ דההפרשה חלה מכח שינוי השם וע"כ יש לדייק מלשון הגמ' דאי"ז מברך אלא מנאץ שצריך לברך. **ומדברי** הראשונים נראה שנחלקו באיזה ברכה מיירי הגמ' דהוה ניעוץ, דהתוס' [ד"ה ואפאה] כתבו דמשעת גלגול חייב חלה אלא רבوتא קמ"ל דאפי' אם עשה שינוי גדול כ"כ לא קני, מבואר מדברי התוס' דהנדרון היה על הברכה של הפרשת חלה. **אמנם** המאירי כתב דכונת הגמ' היא על הברכה של אכילת הפת, אבל על על הפרשת החלה אף אם שינוי קונה אינו מברך כיון שכל החיוב של חלה היא מחמת העבירה אין חיוב ברכה כה"ג, וכן מבואר בתוס'

בברכות מה. ד"ה אבל, עי"ש שלא גרסו כלל בדברי הגמ' והפריש ממנו חלה, ואפשר לפרש בדעת הרא"ש דס"ל כהמאירי ומשו"ה הוכיח מסוגין לענין ברכת הנהנין.

ברש"י דמירוחו קאי על בעה"ב

רש"י ד"ה מירוחו. אבל עכשיו שנתמרח ביד בעה"ב נתחייב במעשר והכי אמרינן בברכות לשו"פ שעשאן בגורן הוקבעו, מבואר מדברי רש"י דאם העני בעצמו היה עושה גורן לא היה מתחייב בפאה ורק מכיון שהבעה"ב עשה נתחייב בפאה.

והקשה הרש"ש דברש"י בברכות שם מפרש הך דינא דלשו"פ שעשאן בגורן מיירי בעני עצמו שמתחייב במעשר וסותר למש"כ רש"י כאן.

ועי' באפיקי ים ח"ב סכ"ח בהגה"ה שמישב ע"פ סוגית הגמ' בסוטה מג ע"ב שכל החיוב של עני הוא רק אם עשה גורן בשדה, אבל בעיר פטור כיון דקלא אית ליה שהביא מעט מעט, אבל בהעה"ב חייב אף בעשה גורן בעיר וכאן מיירי רש"י בעיר.

גדר דין שינוי בפאה

רש"י ד"ה אף מפריש מן העיסה. ואילו לת"ק מן העיסה לא דקנייה בשינוי והוה ממון שאין לו תובעים, מבואר ברש"י שהנדרון של שינוי לגבי פאה הוא לענין שינוי של גזילה, דהיינו שיש לו תורת גזלן ע"ז וע"י השינוי חשיב שיש כאן מעשה גזילה וכמש"כ לעיל לפרש לענין ראשית הגז.

מבואר דדעת רש"י שיש ממון עניים קודם הפרשה ולכן שייך קנין שינוי

מנחת

דף צד ע"ב

משה

שמו

דגזילה, וכן מבואר ממש"כ רש"י בד"ה מרחו דכל החיוב של מעשר בבעה"ב שעשה גורן אינו אלא מדרבנן, והיינו דכיון שלעני יש זכות בו קודם ההפרשה ע"כ חלק העני פטור ממעשר ואינו רק חומרא מדרבנן.

אמנם בתוס' [ד"ה מרחו] מבואר שחולק על רש"י, דהתוס' הקשו אמאי מעשר ונותן לו, שהלש"ו חייב במעשר הא כיון שהפריש אח"כ לקש"ו נתברר למפרע שזה היה שייך לעני דיש ברירה ונמצא שלא היה מחויב מעיקרא במעשר דלש"ו פטור ממעשר, וכתבו תוס' דע"כ צ"ל דכל זמן שלא הפריש היה הכל שלו ונתחייב הכל במעשר.

וביאר הקו"ש קג וקה"י גיטין סל"ג דהשו"ט בתוס' האם יש זכות ממון לענים קודם הפרשה דבקושייתם סברו התוס' שיש ממון עניים קודם הפרשה ולכן שייך לומר בזה יש ברירה, ותי' התוס' דמכיון שאין להם זכות ממונית קודם הפרשה, אלא הוא של הבעלים לכן ל"ש לומר ברירה כיון שמעולם לא היה שלהם, אבל לרש"י ל"ק קו' התוס' דאה"נ החיוב במעשר הוא מדרבנן, ועי"ש בקה"י שהביא שכן הוא דעת הר"ש פ"א דפאה מ"ג דיש זכות ממון לענים קודם הפרשה וכרש"י, וכל החיוב במעשר כשהוקבעו לגורן אינו אלא מדרבנן, ולפי דעת התוס' צ"ל דע"כ דהשינוי הוא כמש"כ לענין ראשית הגז שהוא נעשה דבר חדש ואין ע"ז חיוב הפרשה.

ביאור המעם שתלוי בדין אי עביד מהני

תוס' ד"ה לא הפריש. אביי לטעמיה דאמר כל מילתא דאמר רחמנא אי עביד מהני

וכו', הקשה הקו"ש מה שייך כאן הענין של אי עביד מהני, דהא החיוב ליתן לש"ו הוא מחמת המצוה של לעני ולגר תעזוב אותם, וא"כ אמאי אם עבר על האיסור של לא תכלה פאת שדרך יפקע המצות נתינה לענים.

ובתב לבאר דבדין אי עביד מהני או לא מהני נתחדש ב' הלכות, א' היכא דמצד עצם הדבר מהני כגון בקידושי איסור וכדומה, דבזה סבר רבא דכיון שאמרה התורה דלא תעביד ע"כ דלא מהני ואביי סבר דמהני, ועוד נחלקו היכא שמצד עצמו היה צריך להיות דלא מהני דבזה סבר אביי דבזה שאמרה תורה לא תעביד ע"כ אי עביד מהני, דזהו גופא מה שכלול באיסור של התורה שלא יעשה כן משום שאם יעבור על האיסור ע"כ דמהני, ולכן ע"כ צ"ל דנתחדש באיסור של התורה של לא תכלה שאם עובר ומכלה פקע החיוב שלו להפריש ורבא סבר דלא מהני.

ואפשר לבאר באופ"א דכונת התורה שהחיוב הוא רק בשדה וזה תלוי באביי ורבא, דלאביי דאי עביד מהני לכן אם לא השאיר בשדה נפטר מחיוב של פאה, ולרבא דלא מהני הפסוק מתפרש שיש חיוב גם לאחר קצירה.

דף צד ע"ב

דבר תורה גזילה הנשתנית חוזרת

גמ' אמר ר"ח בר אבא אמר ר"י דבר תורה גזילה הנשתנית חוזרת בעיניה שנאמר והשיב את הגזילה אשר גזל מ"מ. במסקנת הגמ' מבואר דכונתו היא על שינוי החוזר שאינו קונה, וצ"ב דא"כ מנלן דשינוי קונה

דלעיל סו. מבואר דשינוי קונה נלמד מאשר גזל כעין שגזל ואם לא לא יחזיר והא בעינן לדרשא אחרת.

וע"כ צ"ל כמ"כ התוס' לעיל סה: דילפינן משינוי של אתנן, וכמ"כ לעיל דכיון דאינו אותו החפץ ממילא ליכא חובת והשיב וע"כ קונה מכך הקנייני גניבה, וכן מוכח ממה דמקשה הגמ' מלא הספיק ליתנו עד שצבעו דמשמע דשינוי קונה, ולתוס' הא לא מיירי התם בשינוי של גזילה וא"כ מה מקשה הגמ' וע"כ כמ"כ.

הפקעת החיוב של גזלנין ומלוי ברבית

גמ' תנו רבנן הגזלנין ומלוי ברבית שהחזירו אין מקבלין מהם והמקבל מהם אין רוח חכמים נוחה הימנו. נחלקו הראשונים בגדר הדין דאין מקבלין מהם, דהנה כתב הרמב"ם פ"ד ממלוה הי"ג בשם מקצת הגאונים דהלוה שמחל למלוה את הרבית שלקח או מה שעתידי ליקח אינו מועיל, והרמב"ם חולק ע"ז וכתב שמועיל מחילה כדרך שמוחל על הגזל, והראיה לזה כתב הרמב"ם מסוגין שהגזלנים ומלוי ברבית שהחזירו אין מקבלין מהן מכלל שהמחילה מועלת, מבואר דהרמב"ם פירש דהתקנה שאין מקבלין מהם היתה שימחול הנגזל את החוב של הגזילה והלוה את הריבית, וז"א שלא הפקיעו את עצם החוב אלא שחייבו אותו למחול [ומפורש כן ברמב"ם].

וברעת הגאונים כתב בהגהות מיימונית דסברי דל"ד דהתם הפקיעו ממון הלוה מפני תקנת השבים, אבל מחילה לא

מועיל כיון שעבר איסור של לקיחת רבית, מבואר שנחלקו הרמב"ם והגאונים מה היתה התקנה אי הפקיעו את החוב או שאמרו שצריך למחול לו על החוב.

בביאור הגר"א יו"ד סי' ק"ס סק"ז כתב דיש ראייה לרמב"ם מהא דמבואר בהמשך הסוגיא דמחזירין לצאת יד"ש, וז"ל אלמא יוצא יד"ש במה שנותן לו ואינו מקבל וע"כ משום מחילה, וכונתו דהא דקאמר הגמ' לצאת יד"ש היינו שהוא חייב להחזיר כדי שימחל לו ולא שחייב באמת ליתן לו לצאת יד"ש.

ונראה מדבריו דס"ל דאי הפקיעו את החוב משום תקנת השבים מה שיין חיוב לצאת יד"ש הא אינו מחויב, ועי' במגיד משנה פ"א מהלכות גו"א הי"ג שכתב שאם רצה המקבל לכוף את הגזלן שיתן לו ב"ד נזקקין לו, מבואר להדיא שהחוב לא פקע ואפשר כמ"כ הגר"א דמחויב למחול לו ולכן היכא שלא מחל לו אלא רוצה לכופו הדין בידו אלא שאין רוח חכמים נוחה הימנו בזה, ועי' בש"ך שס"ו סק"א דמשמע מדבריו דהגדר הוא משום מחילה ולכן היכא שהוא חב לאחרים לא מהני מחילתו.

והנה הגמ' בהמשך מבואר דהיכא שגזל ואינו יודע ממי גזל יעשה בהם צרכי ציבור, וכתב הרא"ש דלמסקנת הגמ' כל התקנה היתה רק אם הגזילה בעיין, אבל אם אין הגזילה בעיין א"צ לעשות בהם צרכי ציבור, אמנם הטור ושו"ע סי' שס"ו לא חילקו בזה וסתמו דבכל ענין יעשה בהם צרכי ציבור, והב"ח כתב שסמכו על מ"כ בתחילת הסימן שכל התקנה היתה רק בגזילה קימת.

מנחת

דף צד ע"ב

משה

שמג

אולם הפתחי תשובה הביא בשם שו"ת שיבת ציון [לבן הנו"ב], שכתב שכיון שלא יודע ממי גזל א"כ אף אם אין הגזילה קימת צריך לעשות צרכי ציבור, כיון שכל הסברא דאין מחזירין הוא משום שתיקנו שהוא ימחול, וכל זה שייך רק היכא שהוא יודע ממי גזל ובא להחזיר לו ומוחל לו ע"ז, אבל היכא שאינו יודע ולא מחל לו צריך לעשות צרכי ציבור כיון שבעצם החוב קיים והתקנה לא היתה שיפקע החוב.

אמנם נראה דא"א לפרש כן בדעת הטור והשו"ע דכתבו בהדיא בתחלת הסימן, ומיהו אם רצה לצאת יד"ש ולהחזיר אין ב"ד מוחזין לנגזל מלקבל ויכול לקבלה, והיינו שפירש כונת הגמ' כפשוטו דמותר לקבל ממנו אם רוצה לצאת יד"ש, והביאור בזה כתב בסמ"ע דהוה דומיא דשבעית שאם אומר אע"פ כן שרוצה להחזיר לו יקבל מהם. **ובן** נראה מדברי המשנה למלך פ"ד ממלוה ה"ד בסופו, [ומיושב קושית היש"ש ס"ג עיש"ה] ומשמע מזה דלאו מדין מחילה כמו שנתבאר בדעת הרמב"ם, אלא כמש"כ הגאונים שחז"ל הפקיעו את החיוב מפני תקנת השבים, ולפי"ז צ"ל שהיה כאן עוד תקנה שאם הוא רוצה להחזיר שיקבל ממנו, ועי' בהגהות חכמת שלמה בשו"ע.

כיבוד אב באביו רשע

גמ' בעושה מעשה עמך. הרמב"ם פ"ו מהלכ' ממרים פסק דחייב לכבד אביו רשע, והקשה בלחם משנה מהא דמבואר כאן דכיון שאינו עושה מעשה עמך אין צריך לכבדו, ותי' דלאחר מיתה אין חיוב לכבד אביו רשע ורק מחיים צריך לכבדו.

המחנה אפרים הלכ' רבית ס"ח תי' ע"פ מש"כ התוס' בכתובות דף פו. שהחיוב להחזיר משום כבוד אביהם הוא מחמת ביוזון אביו דמשום כבוד אביו אין חיוב להחזיר שהרי אין כופין ע"ז, ולכן הך חיוב ליכא באין עושה מעשה עמך שאינו מצד עיקר החיוב של כיבוד אב, ועי' בפנ"י.

החזרת רבית מטעם גזילה

רש"י ד"ה אין חייבין. מבואר ברש"י דכתיב והשיב את הגזילה אשר גזל והני לא גזול מידי דקניניהו בשינוי רשות וכו', והביאור שבכל רבית חשיב גזילה ואע"פ שנתן אותו מדעתו, כתבו התוס' לקמן ק"ב ע"א [ד"ה אע"פ] שמ"מ הוה כנתינה בטעות.

המשנה למלך פ"ד ממלוה ולוה הקשה בשם הגידולי תרומה אמאי לא פירש רש"י כרבא דהלכתא כותיה, דאמר לקמן דאיכא גזה"כ לפטור את הבנים מלהחזיר את החוב של ריבית, ועי' ברע"א מש"כ לישב.

הכרח שמירי באדם

שרוב מעותיו רבית

תוס' ד"ה בימי רבי נישנית משנה זו. ור"י אומר דממתני' לא מצי למיפרך דלא תיקן רבי דאין מקבלין אלא מאותן בנ"א שרוב עסקם ומחיתם בכך, והקשה הרשב"א א"כ מה מקשה הגמ' מהבריייתא דהניח להן אביהם מעות של רבית דאפשר דלא מיירי בכה"ג שרוב עסקו היה ברבית, וברא"ש הרגיש בזה וכתב דעד מותו נתעסק בריבית.

והפנ"י כתב דמוכח כן מלשון הגמ' דהניח להם מעות משמע שזה היה רוב המעות שלו אותו בנ"א, ועוד כתב דמהא

דמקשה הגמ' אקרי ונשיא בעמך לא תאור בעושה מעשה עמך מבואר שכל ימיו היה מתעסק בכך, משום שאם לא היה רק פעם אחת לא יצא מכלל עושה מעשה עמך, ורק היכא ששנה בחטא חשיב שאינו עושה מעשה עמך, ועי' בקו"ש אות קד.

תוס' ד"ה אי. א"נ בדבר המסוים ומקבלין מהם מפני כבוד אביהם, כונת התוס' דכל האיסור של אין מקבלין מהם לא היה בדבר המסוים ולכן מקשה הגמ' אי הכי וכו', והמשך דברי התוס' ומשני בלא הספיק ביאר הפנ"י על התי' הראשון של התוס' וכו', ועי' ברע"א מש"כ לבאר באופ"א.

ביאור קושית הגמ'

מהא דיעשה צרכי ציבור

גמ' ועוד אימא סיפא ושאין מכירין יעשה צרכי ציבור וכו'. בפשוטו כונת הגמ' להקשות כיון שיעשה צרכי ציבור א"כ ע"כ שמקבלין מהם דאי אין מקבלין מדוע צריכים לעשות צרכי ציבור וע"כ דליכא לתקנת רבי, אמנם צ"ב דאפשר לפרש כונת הברייתא כמו ברישא שהחויב הוא לצאת יד"ש שהרי לפי הטור כשמתחזיר לצאת יד"ש מקבלין מהם. **ובשו"ת** שיבת ציון הנ"ל כתב מכאן להוכיח כדבריו דע"כ הכא ל"ש תקנת רבי דכל התקנה היתה שימחול וכ"ז רק היכא שהוא יודע ממי לקח, אבל היכא שאינו יודע ממי לקח ע"כ ליכא לתקנה וא"כ ע"כ הסיפא הוא חיוב מדינא, וא"כ קשה לומר דהא דחייב ברישא הוא משום לצאת יד"ש דהרישא והסיפא בחד גוונא מיירי וזהו קושית הגמ' דלאו ברישא וסיפא לאו בחד גוונא, ועי' במהדורא בתרא מש"כ.

שינוי בחפץ אם נחשב גזילה קימת

גמ' כאן בגזילה קימת כאן באין גזילה קימת. הרע"א הביא בשם המשנה למלך פ"ד ממלוה דהיכא שעשה שינוי בחפץ חשיב דאין הגזילה קימת וכן לענין רבית שהוא שלו מעיקר הדין חשיב שאין הגזילה קימת, והטעם כיון שצריך לשלם דמים משו"ה חשיב כמו שאין הגזילה קימת.

ועי' ברע"א שהביא מדברי המאירי שחולק ע"ז ואף היכא שקנה בשינוי חשיב שהגזילה קימת, והטעם דכיון שאינו מפסיד מביתו לכן ל"ש התקנה.

דף צה ע"א

קנין השינוי בנותן צמר לצבע

גמ' ת"ש לצבוע לו אדום וצבעו שחור ר' מאיר אומר נותן לו דמי צמרו וכו', ואי אמרת שינוי אינו קונה וכו'. מבואר מדברי הגמ' דאי שינוי קונה אינו נותן לו אלא דמי צמרו בלבד דקנה בשינוי, צ"ב איך נעשה גזלן בזה הא לא עשה קנין גניבה ולא הוציאו מרשות בעלים ואיך יקנה בשינוי.

והנה בגמ' ב"מ עח ע"ב דנה בשואל פרה מחברו להוליכו בהר והוליכו בבקעה האם חשיב גזלן מדין דכל המשנה מדעת בעה"ב נקרא גזלן, ומייתי הגמ' ראייה מנתן צבע לצבע דנותן לו דמי צמרו, דכל המשנה מדעת בעה"ב נקרא גזלן, ודוחה הגמ' דאין ראייה מצמר כיון שעשה שינוי.

השטמ"ק שם כתב בשם הרמב"ן דכונת הגמ' היא דבכה"ג שעשה שינוי דהוה מעשה שגזלן קונה אותו לכן בכה"ג

מנחת

דף צה ע"א

משה

שמה

מעביר מדעת בעה"ב נקרא גזלן, והביאור בזה כמש"כ הקו"ש [אות קט] להוכיח מדברי הגמ' לקמן צו. לענין גזל דיקלא דהיכא שעשה שינוי יחד עם הגזילה נעשה גזלן ע"י השינוי, וכ"כ ברע"א בכתובות לד: דהיכא שטובח בהמה ע"ד לגזלה ומתכוון לגזלו נתחייב בדו"ה, דנעשה גזלן בעצם השינוי, וה"ה הכא כיון שמעביר מדעת בעה"ב בכוונה לגזלו חשיב גזלן בעצם השינוי, דהשינוי עצמו חשיב כמעשה גניבה, אמנם הריטב"א שם כתב דבאמת לא נתכוון לגזלו, ומ"מ הרי"ז גזלן משום שהעביר מדעת בעה"ב, ודוקא כשעשה שינוי הרי"ז גזלן כשהעביר מדעת בעה"ב, ומבואר דלא כהרמב"ן שנתכוון לגזלו אלא אפי' בל"ז חשיב גזלן.

ועי' בשטמ"ק בשם רבנו פרץ שכתב דהס"ד של הגמ' היה דלא קונה בשינוי אלא א"כ חייב באונסים וקמ"ל הגמ' דשייך קנין שינוי אע"פ שאין חיוב אונסים, ומבואר מדבריו דאע"פ שלא נעשה גזלן מ"מ קונה את עצם החפץ ע"י השינוי דהשינוי הוא עצמו חשיב קנין, ועי' בקובץ יד אליעזר [ח"ג] מש"כ הגרנ"פ זצ"ל דנתחדש בשינוי ב' דברים א' לגבי גזילה דחשיב מעשה קנין, ב' דשינוי הוה קנין בפנ"ע עי"ש, ובזה ביאר כונת ר"פ שקונה בשינוי אפי' שלא ע"י דין גזילה, עי"ש שדייק כן מדברי רש"י בב"מ, אולם בפשוטו י"ל דכונת ר"פ דהשינוי עצמו הוא עצם הגזילה וכמש"כ בדעת הרמב"ן.

דמי צמרו ושבחו

גמ' דמי צמרו ושבחו בעי למיתב. כתב הרשב"א דמש"כ דהלשון 'דמים' ל"ד, כיון ששינוי אינו קונה חייב להחזיר לו את

גוף הגזילה בעין ולא סגי בהחזרת דמים, ועי' בבואר הגר"א סי' ש"ו סק"ח.

שיטת רש"י בדעת ר"י

בהחזרת גוף הפרה

רש"י ד"ה גזילה חוזרת בעיניה. כמות שהיא עכשיו ריקנית יחזירנה והדר משלם דמי גיזות ועובר כמו שהיה וכו', כונת רש"י דר' יהודה חולק על ר"מ אף בגזל מעוברת וילדה, דלר"מ משלם דמי העובר כיון ששינוי לא קונה או משום קנסא, ולר"י כיון ששינוי קונה אין משלם דמי העובר אלא כמה שהיה שוה העובר בשעת הגזילה, אבל הגזילה עצמה דהיינו הפרה חוזרת ריקנית לבעלים, ומבואר מדברי רש"י שכתב כמות שהיא עכשיו ריקנית, דאף ששינוי קונה מ"מ כ"ז רק כלפי העובר עצמו ולא לגבי הפרה בעצמה וכדעת הרמב"ן במלחמות, ונחלקו הראשונים בזה ועי' לקמן בתוס' בע"ב ד"ה בשבח.

עוד מבואר ברש"י שכתב אבל דמים שבשעת הגזילה משלם דס"ל כדעת הרא"ש דהיכא שנשתנה משלם דמים כשעת הגזילה ולא דמים כמה שהיה שוה רגע קודם השינוי, היינו שמה שהשביח אחר הגזילה הולך לגזלן וצ"ע מדברי רש"י בע"ב ויבואר שם.

האם גזלן בשונג חשיב גזלן

רש"י ד"ה והכא קנסא דקניס. ובצבע דלאו גזלן הוא ולא חוטא הוא לא קניס דהא שונג הוא, משמע מרש"י דלא כהרמב"ן שהובא לעיל דמתכוון לגזלו אלא דחשיב שונג, ובאמת שמפורש כן בהדיא בגמ' בע"ב דנותן צמר לצבע חשיב שונג, [וצ"ב דעת הרמב"ן שכתב דנתכוון לגזלו הא בגמ'

מבואר שהוא שוגג, אמנם צ"ב א"כ אמאי קונה בשינוי הא לא נתכוון לגזול.

והנה בקצה"ח בסי' כ"ה סק"א כתב דאע"פ דנתרבה אדם המזיק מפצע תחת פצע שחייב בשוגג כמזיד, מ"מ כ"ז רק לגבי חיובי מזיק אבל גזלן לא נעשה רק באופן שגזל במזיד, ומדברי רש"י היה נראה דיש חיובי גזילה אף בשוגג, וכן כתב במאירי להדיא בסוגיין דגזלן חייב אף היכא שהוא בשוגג והוכיח כן מהא דנותן צמר לצבע, והנה בשטמ"ק בע"ב כתב בשם הראב"ד על הא דקאמר הגמ' דשוגג הוא, וז"ל אע"ג דחשבינן ליה גזלן מפני שמעביר על דעתו של בעה"ב, אפ"ה גזלן שוגג הוא שאינו יודע אם גזלה היא זאת אם לאו, מבואר מדבריו דאי"ז שוגג שיודע מאיסור גזילה אלא שסבור שהוא ממון שלו, אלא דסבור שאין בזה איסור וזהו אומר מותר, וא"כ י"ל דכל מש"כ הקצה"ח דאין חיובי גזלן בשוגג אינו אלא היכא שסבור שהוא שלו, אבל באומר מותר אפשר דחייב מדין גזלן.

וכדברי הראב"ד משמע ברש"י בע"ב שכתב [בד"ה צבעו] שוגג חשיב ליה דאיכא אינשי טובא דלא ידע דאסור לשנות בדבר של בעה"ב, ולפי"ז אין הכרח כדברי המאירי דבכל שוגג יש חיובי גזילה אלא רק כה"ג שיודע שהוא אינו שלו אלא שסבור שהוא מותר חייב בשוגג, ולפי"ז א"ש דעת הרמב"ן.

דעת רש"י דשוגג

שלא ידע שהיא גזולה

רש"י ד"ה בשוגג, כגון שלקח מגזלן ולא ידע שהיא גזולה. מבואר ברש"י

דכה"ג שלא ידע שהיא גזולה נמי איכא קנסא, ובגמ' בהמשך משמע דמיירי באופן כזה שהלוקח ידע שהיא גזולה אלא שסבר דקרקע נגזלת וכבר נקנה למוכר שלו, וכן משמע בתוס' [ד"ה דאתא בסופן] שבאופן שלא ידע שהיא גזולה אין קנס.

אמנם עי' בפנ"י שכתב לפרש דאין מחלוקת בין רש"י ותוס', דהתוס' שם קאי לגבי קנס על היציאה דבזה כה"ג שלא ידע שהיא גזולה לא קנסו, וכונתו דכל הקנס הוא שלא ירויח מהגזילה ולכן קנסו להפסיד אף את היציאה, אבל היכא שלא ידע שהיא גזולה לא קנסו שיפסיד היציאה אבל את עצם השינוי קנסו אף לתוס', ורש"י מיירי בקנס על עצם השינוי.

תוס' ד"ה מאן. ויקנס בו ר"י כמו בההיא דלקמן, מבואר מדברי התוס' דטעמא דר' יהודה דגזילה חוזרת בעינה היינו משום קנס, וצ"ע מדברי התוס' בע"ב ויבואר שם, ועי' בחזו"א שכבר עמד ע"ז.

עוד הקשה מה כתבו התוס' דמדור' יהודה חזינן נמי שקונס, דמדבריו לא ידעינן אלא שקונס לגבי שינוי של גזילה, אבל לא ידעינן שקונס שלא יטול כנגד היציאה.

דף צה ע"ב

דעת רש"י

בביאור שיטת ר' זביר

גמ' אמר רב זביר בשבב שע"ג גזילה קמיפלגי ר"י סבר דנגזל הוה ר"ש סבר דגזלן הוה, דעת רש"י דר' זביר סבר דעת ר"י דגזילה חוזרת בעיניה משום דהשבב לא חשיב שינוי,

ולכן מחזיר את גוף הגזילה כמו שהיא, ועוד מבואר ברש"י דאף היכא דילדה משלם לפי השיעור שהיה קודם הלידה, כיון דהשבח לא חשיב שינוי נמצא שהשבח עד שנשתנה הוא חלק מהגניבה, ור"ש סבר דיש כאן שינוי ע"י השבח.

ומשמע ברש"י בד"ה ר' יהודה בסופו דחשיב שינוי אף בגוף הפרה עצמה ולא רק בחלק של השבח, דז"ל רש"י ואתא ר"ש למימר אפי' שבחא עליה נוטלו גזלן דשינוי קונה ולא ישלם אלא דמים, משמע מדבריו דקאי נמי על עיקר הגזילה עצמה, דמשלם דמים והיינו דע"י השבח יש כאן שינוי בכל הדבר הגזול.

משמעות ברש"י שאין קונה גוף הפרה

גמ' ר"פ אמר דכו"ע שבח שעל גבי גזילה דגזלן הוי. ברש"י מבואר דכונת ר"י גזילה חוזרת בעיניה היינו כדמעיקרא, והיינו שאת עצם הגזילה הוא מחזיר אבל השבח עצמו שייך לגזלן, והיינו דאע"פ שיש שינוי בשבח מ"מ לא חשיב שינוי בגוף החפץ, וכמש"כ לעיל לדייק מדברי רש"י דאת עצם הגזילה אינו קונה בשינוי.

דעת תוס' במחלוקת רב זביד ורב פפא

תוס' בד"ה בשבח. התוס' מבואר בתוס' ב' דרכים בביאור המחלוקת ר' זביד ור"פ במחלוקת של ר"י ור"ש.

א' שיטת ר"י דלר' זביד נחלקו דר' יהודה סבר שבח שע"ג גזילה דנגזל כיון ששינוי אינו קונה, ורק בשבח שלא ע"ג גזילה קונה את השבח משום דהוה שינוי גמור או משום

תקנת השבים, והטעם בזה ע"י להלן, ור"ש סבר שינוי כה"ג ג"כ קונה, ור"פ קאמר דלכו"ע שבח שע"ג גזילה לגזלן מפני תקנת השבים.

ב' שיטת ר"ת דלר' זביד סברת ר"י היא דשבח שע"ג גזילה לנגזל כיון ששינוי אינו קונה משום דהוה שינוי החוזר, ור"ש סבר ששינוי החוזר קונה, ור"פ סבר דכו"ע ס"ל דשבח שע"ג גזילה לגזלן דהיינו דאף שינוי החוזר קונה מדרבנן, אלא דר"ש סבר דיש כאן קנס דמקבל רק למחצה ולשליש ולרביע.

ומש"כ התוס' שלפי ר"ת לדעת ר"פ סבר ר' יהודה ששינוי החוזר קונה, כתב בביאור הגר"א סי' שנ"ג סק"ו דאין כונתם שקונה מדאורייתא אלא קונה מדרבנן, אלא שנחלקו ר"י ור"ת מהו הטעם דלר"פ קונה שבח שע"ג גזילה, דלדעת הר"י הוא משום תקנת השבים ולר"ת תיקנו ששינוי קונה מדרבנן, ונפק"מ לענין מה שכתבו התוס' בסוכה ל ע"ב דאיכא אופנים דליכא תקנת השבים, דבכה"ג אינו קונה לדעת ר"י, אבל לר"ת שתיקנו ששינוי קונה בכל גונא הוא קונה.

ומדברי התוס' מבואר דהנדון כאן של שינוי אינו רק לענין קנין גוף השבח דהיינו העובר או הגיזות, אלא שהוא קנין על גוף הפרה עצמה, שהרי כתבו ר"ת דחשיב שינוי החוזר, וצ"ב דבשלמא אם דנים לענין גוף הפרה א"ש דחשיב שינוי החוזר כיון שגזלה ריקנית לאחר הלידה תחזור להיות ריקנית, אבל אם הנדון הוא על גוף הולדות עצמם אמאי חשיב שינוי החוזר, וע"כ דהולד והצמר עושים שינוי לגבי כל הפרה, ולכן לא קונה כיון דהוה שינוי החוזר ודלא כמש"כ ברש"י

דאינו שינוי אלא לגבי השבח עצמו, וכ"כ בקצה"ח בסי' ש"ס סק"ד, והא דאין דנים את השבח בפנ"ע שיקנה אותם בשינוי דהתם ל"ש למימר דהוה שינוי החזור, וצ"ל כמש"כ הרמב"ן במלחמות וברשב"א כאן דהולדות טפלים לגוף הפרה עצמה ולכן א"א לדון אותם בפנ"ע ולכן אין קונה אותם בשינוי.

ברש"י אם השינוי

הוא אף על הפרה בעצמה

רש"י ד"ה דר' יהודה סבר דנוגל הוי. והכי קאמר ר"י גזילה חוזרת בעינה לבעליה בין לשבח בין לגריעותא כמו שהיא היתה וכו', מבואר מדברי רש"י כמש"כ בע"א דגוף הפרה חוזר בעינה דלעולם לא קונה אותה בשינוי, ועוד מבואר מרש"י דלר"י דסבר שבת שעל גבי גזילה לנגזל היינו אף היכא שגזל פרה ריקנית ואח"כ נתעברה וילדה דאף שזוכה בולדות משום שקונה אותו בשינוי, מ"מ משלם את דמי הגיזה והולד שהיו בה קודם שילדה, ומבואר מדבריו לכאורה דלא כהרא"ש שכתב דהיכא דנעשה שינוי משלם רק כמה שהיתה שוה הפרה בשעת הגזילה ולא כמה ששוה רגע קודם השינוי.

וצ"ע מדברי רש"י בע"א דמשמע מדבריו שמשלם כשעת הגזילה, ולדעת הרא"ש ע"כ צ"ל דכל הנדון של ר"י בגזל פרה ריקנית דבגזל מעוברת אין לו חיוב דמים אלא כמה שהיה שוה בשעת גזילה.

ועי' בחזו"א סק"ז מש"כ לבאר דכיון שאין שינוי בכל הפרה א"כ אמאי לידה חשיב שינוי ביחס לולד הרי לא נעשה גזלן על השבח

וא"כ אמאי קונה את הולד בשינוי, וכתב לבאר דכיון שבכל זמן שלא ילדה העובר חלק מהפרה א"כ נמצא שהיא חלק מהגזילה ולכן אם נעשה שינוי במקצת מהגזילה, מהני לקנות אותו חלק שנעשה בו השינוי.

סברת ר"מ דלא קני השבח

רש"י בא"ד. ופליגא אדר"מ דאמר כוליה שבחא יהיב ליה ואע"ג דקנה גיזה וולד בשינוי חזינא כמו שלא נגזזה ומשלם כולה משום קנסא, משמע ברש"י דגדר הקנס לר"מ היה שהשינוי לא יקנה.

וצ"ב אמאי לא פרש"י כפשוטו שעשו הפקר ב"ד שלא ירויח מהגזילה, והרי מוכח כן מהא דקאמר הגמ' דלר"מ בלוקח מגזלן בת"ח קנסו שלא יקבל אפי' את היציאה והא התם לא עשה שינוי כלל, וע"כ שהקנס היה שלא ירויח כלום מהגזילה.

ביאור הספק בתוס'

תוס' ד"ה בשבח שע"ג גזילה. אבל שבת שלא ע"ג הגזילה הוה דגולן או משום דהוה שינוי גמור או משום תקנת השבים, והא דאינו קונה בשבח שע"ג גזילה משמע מתוס' שנסתפקו בזה משום דשמא שינוי אינו קונה כלל.

ועי' בפנ"י דהתוס' נסתפקו רק כה"ג האם חשיב שינוי מספיק כדי לקנותו, ועי' במהרש"א במהדורא בתרא מש"כ לבאר ובחזו"א סי' י"ז סק"ב, אמנם במהרש"א כתב דכונת התוס' כפי' ר"ת משום דהוה שינוי החוזר.

ביאור שיטת ר"ת

תוס' בא"ד. ור"ת מפרש וכו' ולר' זביד שבח שלא ע"ג גזילה דלא הדרא הוה דגולן, משמע מדברי התוס' דכונתם דלאחר דלאחר שתלד קונה גוף הפרה משום דחשיב שינוי שאינו חוזר, וכן כתב הקצה"ח סי' ש"ס סק"ד בדבריהם, ועי"ש מש"כ לפי"ז בהא דלקמן צו ע"ב דגול נסכא.

וצ"ב כונתו דלאחר הלידה חזרה הפרה להיות כשעת הגזילה א"כ אמאי קונה אותה, ואף שנשתנית ממה שהיתה מעוברת מ"מ חזרה למצב של הגניבה.

והביאור בזה דסבר הקצה"ח דכל שנעשה שינוי בגזילה חל חובת השבה על הדבר כמו כפי מה שהושבח, ולכן אם נשתנה חשיב כמו שגזל מעיקרא פרה מעוברת וילדה דחשיב שינוי, לכן ה"ה כאן אע"פ שגזל אותה ריקנית מ"מ כיון שנתעברה ונשתנתה הבהמה חל חובת השבה על פרה מעוברת וכשילדה קנה אותה בשינוי, ועי' בביאור הגר"א בסי' שנ"ד סק"ב שכתב דלתוס' היכא שילדה הפרה חוזרת לבעלים, ואין קונה אותה בשינוי כיון שחזרה למצב של הגזילה, ורק קודם שילדה אם שינוי החוזר קונה מדרבנן קונה את גוף הפרה ג"כ דחשיב שיש שינוי בגוף הפרה עצמה, וע"ע ביש"ש סי' ד' וה' שנראה מדבריו בדעת התוס' דאף היכא שהשבח ע"ז הפרה אינו קונה את גוף הפרה דלא חשיב שינוי לגבי גוף הפרה עצמה.

והנה מבואר מדברי התוס' דהמחלוקת של ר"פ ור"ז הוא האם שינוי החוזר קונה או לא, דר"ז סבר שינוי החוזר אינו קונה ולכן שבח שע"ג הגזילה לנגזל, ור"פ סבר דשינוי החוזר קונה ולכן הוה לגזול, והנה לעיל צג:

נחלקו אביי ורב אשי אם שינוי החוזר קונה ולפי"ז נמצא שפלוגתתם תלוי בר"פ ור"ז. **והקשה** בביאור הגר"א שנ"ד סק"ב סתירה בדברי הרא"ש דבסי' ג' פירש כתוס' דלר"פ שינוי דהדר קונה, ובסי' א' פסק הרא"ש כר"א דשינוי החוזר אף מדרבנן לא קונה, ולכן כתב הגר"א דמה שפירש הרא"ש כאן אינו להלכה דקי"ל כר"א דשינוי החוזר אף מדרבנן לא קונה, ועי' בביאור הגר"א בסי' שנ"ג סק"י שביאר באופ"א.

ואולי יש לחלק בין שינוי החוזר דסוגיין לדרב אשי, דהא דשינוי החוזר אינו קונה משום דבעינן שהדבר יחזור לקדמותו ויהיה כמאן דליתא, וא"כ אפשר דחלוק עצים ועשאו כלים דהתם הדבר חוזר כפי מה שהיה מעיקרא, אבל הכא שילדה אף שהפרה עצמה חוזרת למה שהיתה מעיקרא, מ"מ כיון שילדה לא חשיב כדמעיקרא ממש, ועי' בחזו"א סי"ז סק"א ד"ה מיהו שכתב כעין חילוק זה עי"ש.

סברת תוס' בצבע שלא נתכוון לקנותו

תוס' בא"ד. והא דלא קני בצבע משום שלא נתכוון לקנותו, בקו"ש אות כ"ו כתב דכיון שאין מתכוון לגזלו לא חשיב גזול, אבל אם היה מתכוון לגזלו היה קונה בשינוי אע"פ שאינו יודע מזה, וכן דעת הנתה"מ בסי' שנ"א וסי' שס"א.

אמנם באו"ש פ"ב מגזו"א הט"ו ובמחנ"א על הרמב"ם פ"ב מגזילה כתבו דשינוי אינו קונה בע"כ, ועי' קו"ש אות ק"א, ולפי"ז אפשר שכונת התוס' הוא דלא קונה בשינוי שלא נתכוון לגזלו.

ביאור קושית הגמ' על רב פפא

גמ' אלא לר"פ דאמר דגזלן הוי מני לא ר"י ולא ר"ש. הקשו התוס' דנימא דכר"ש היא אלא דהוה דגזלן משום דילדה, והיינו דכל הקנס היה רק בשבב שע"ג גזילה אבל היכא שילדה דהשבב לא ע"ג הגזילה אף לר"ש שינוי קונה, וכתב תוס' דע"כ לר"ש נחלקו אף בילדה משום דקאי אדר"מ דסבר דאף בילדה שינוי אינו קונה, וע"כ דר"ש פליג בכה"ג נמי שמקבל רק למחצה לשליש ולרביע.

הקשה המהרש"ל א"כ מנלן דלכו"ע שבב שע"ג גזילה לגזלן ונמצא דפליגי אדר"מ בשבב שע"ג גזילה דסבר דלעולם קנסו ולר"י ולר"ש דגזלן, הא י"ל דפליגי רק היכא שילדה דר"מ סבר דקנסו ששינוי לא קונה ור"י סבר דשינוי קונה ור"ש סבר דקנסו דלא יקנה בשינוי לגמרי אלא למחצה לשליש ולרביע אבל בשבב ע"ג גזילה לכו"ע דנגזל. **והמהרש"א** כתב לישב דלר"ש שמקבל למחצה ה"ה בשבב שע"ג גזילה היה צריך לקבל כן, ואם אמרינן דשבב שע"ג גזילה לנגזל נמצא שנחלקו ר"י ור"ש בתרתי, א' בשבב שע"ג גזילה דלר"י לנגזל ולר"ש למחצה ולשליש, ב' היכי שילדה דלר"י שינוי הוא והוה דגזלן ולר"ש מקבל למחצה לשליש ודוחק לומר שנחלקו בתרתי, וע"כ אמרינן דשבב שע"ג גזילה לגזלן ויש כאן שינוי ונחלקו אם תיקנו לגזלן שיקבל כאריס בכל השבב.

מבואר מדברי המהרש"א דלר"ש התקנה היתה שבכל שבב של הגזילה יקבל כאריס, ולא רק היכא שיש שינוי שמעיקר

הדין היה צריך לקנות בשינוי תיקנו שיקבל כאריס, שהרי לפי קושית המהרש"ל דנימא דשבב שע"ג גזילה לנגזל ז"א דליכא שינוי ומ"מ ס"ל לר"ש שיקבל כאריס, והמהרש"ל שהקשה נראה דס"ל דתיקנו דבמקום ששינוי קונה היה צריך לקנות שיקבל כאריס, ועי' ביש"ש ס"ה שחולק על התוס' וכתב דבילדה לא קניס ר"ש כיון שיש כאן שינוי גמור, ורק היכא שלא ילדה דכה"ג הוה שינוי החוזר דמעיקר הדין לא קני ולר"י תיקנו דכה"ג יקנה ע"כ בזה סבר ר"ש שהתקנה היתה שיקבל כאריס, אבל היכא שמעיקר הדין שינוי קונה אין את התקנה שלא יקנה.

בי מסלקינן ליה
מדמי או"ד מבישראל

גמ' איבעיא לן לר"ש וכו' כי מסלקינן ליה בדמי מסלקינן ליה או"ד מבישראל שקול. כתבו התוס' דכל הספק אינו אלא לר"ש אבל לר' יהודה כיון דמתקנת השבים מוקמינן ליה כולה שבבא ביד הגזלן פשיטא דמגופיה שקיל, והב"ח פירש דכונת התוס' הוא לפי פרי"ל לעיל בדעת ר"פ דסבר דלר' יהודה דשבב שע"ג גזילה לגזלן משום תקנת השבים, א"כ אית ליה רק דמים אבל עצם הפרה חוזר לנגזל.

אבל הרא"ש חולק ס"ג שכתב להוכיח דהכונה במשנה דגזל פרה מעוברת וילדה דקונה את גוף הפרה מהא דנסתפקה הגמ' לר"ש אם מקבל השבב מגוף הפרה או בדמים ומשמע דלר' יהודה לא היה ספק לגמ' כלל ופשיטא דכיון שקונה בתקנת השבים [כפר"י בתוס'] או ששינוי קונה [לר"ת] דמי בישראל יהיב גזלן לנגזל, ועי' בפנ"י שכתב

דכונת התוס' כהרא"ש דלר"י כיון שקונה מתקנת השבים ע"כ שאית ליה בגוף הפרה ולא רק בשבח, ועי' ברשב"א בשם הראב"ד. **ולדעת** הב"ח נמצא שלתוס' כל מה שמקבל את השבח זהו מכח תקנת חכמים, ולא מחמת הדין ששינוי קונה ולכן פשיטא שמקבל דמים, אמנם נראה כ"ז רק לדעת ר"י בתוס' לעיל, אבל לר"ת דסבר שהתקנה היתה ששינוי החזור קונה ע"כ צ"ל כהרא"ש דלר"י פשיטא שיקבל את גוף הפרה וכמש"כ לעיל דמשמע מדברי ר"ת שיש כאן שינוי אף בעצם הפרה עצמה, ולדברי הב"ח נמצא שנחלקו ר"י ור"ת אם התקנה היתה שיקנה את גוף הגזילה או שתיקנו שיקבל דמים, אבל לפי הרא"ש והפנ"י בדעת התוס' דגם לפירוש ר"י תיקנו שמקבל את גוף הבהמה מכח תקנת השבים וע"כ דשינוי קונה, וזהו שכתב הרא"ש להוכיח שיש כאן קנין אף על גוף הבהמה עצמה.

ולפי"ז צ"ל שהמחלוקת בין ר"י ור"ת בתוס' לעיל הוא כמש"כ בביאור הגר"א [שהובא לעיל] דנחלקו האם זה תקנת השבים או תקנה ששינוי קונה, ונפק"מ למש"כ התוס' בסוכה ל: דאיכא אופנים דליכא תקנת השבים, דלר"ת יקנה משום שתיקנו ששינוי החזור קונה, אמנם דעת היש"ש בס"ה דאף לתוס' אין צד שזוכה בגוף הפרה דהוה שינוי החזור כיון שגזלה ריקנית, ולדבריו ע"כ צ"ל כפי' הב"ח.

ביאור הפשיטות מדברי שמואל

גמ' ופשיטנא מהא דאמר ר"נ אמר שמואל ג' שמין להם את השבח וכו'. תוס' ד"ה שלשלה מבואר דהגמ' פשטה דגזלן נמי מקבל

רק את השבח ולא מקבל מגוף הדבר, אמנם הרשב"א כתב בשם הר"ח דהגמ' פשטה דדוקא באלו הג' הדין הוא שמקבל דמים, אבל הכא בגזלן עדיף טפי שמקבל בישרא. **ועי'** בקו"ש אות ק"י שהוכיח דע"כ יש לגזלן זכות בגוף השבח ולא רק שיש לגזלן זכות של ממון על הנגזל, דהא מהא בהמשך הגמ' דלוקח מגזלן אמרינן מה מכר ראשון לשני ואם אין לו זכות בגוף הדבר בעצמו ל"ש לומר בזה הסברה של מה מכר.

וב"ב החזו"א סי' י"ז י"ד דלמש"כ תוס' דלר"ש אף היכא שילדה מקבל כאריס, ע"כ שזהו קנס דרבנן כיון דבילדה הרי קנה אותו בשינוי וע"כ שקנסו שיקבל רק כאריס, וספק הגמ' היה אם הוא זכות לקבל גוף הדבר או רק זכות של ממון, אלא שהקשה בקו"ש לסברת הר"ח מהו הטעם דעדיף גזלן מההיא דבכור הא התם נמי יש לפשוט זכות בגוף הדבר.

דף צו ע"א

הטעם שאין יכול לפרוע החוב בשבח

גמ' הא דמסיק ביה שיעור ארעא ושבחא הא דלא מסיק אלא שיעור ארעא. וקשה אמאי לא יוכל לפרוע את החוב בשבח בעצמו, שהרי השבח גם משועבד לבע"ח ועי"ז לא יוכל הבעל חוב לקבל את כל הקרקע וישאר ללוקח חלק מהקרקע.

והקצת ח' סי' קט"ו סק"ד כתב לישב כמש"כ הב"ח להוכיח מתוס' ב"ב קנז: דכיון שכל השבח משועבד רק משום דאיכני והקרקע הוא עיקר השעבוד, ע"כ אין

יכול לדחותו מעיקר השעבוד לדאיכני שאינו עיקר השיעבוד, ועוד כתב דכיון שאת השבח אין לו אלא מכח תקנת חכמים כל הדין גביה אינו אלא היכא שאין יכול לגבות עיקר בשעבוד מהקרקע.

וצ"ב א"כ מהו קושית הגמ' למד"א דאית ליה זוזי מצי אמר ליה אי אית ליה זוזי וכו', והיינו שרוצה לסלק אותו מהשבח והרי כיון שהשבח אינו משועבד כמש"כ איך יוכל לסלקו מזה והרי מקרקע שאינה מושעבדת לא יוכל לסלקו, וצ"ל דכונת הגמ' היא דיש כאן סברא דכיון שצריך לפרוע לו זוזי תחת השבח לכן יוכל לטעון דמאותם זוזי עצמם פורע שלא יקח ממנו את גוף השבח.

חיוב היתומים בחוב אביהם

תוס' ד"ה הא, גובה מהיתומים דכרעיה דאבוהון נינהו. כונת התוס' הוא ע"כ מדרבנן וכמש"כ הרא"ש ב"מ משום דמצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם, ועי' ברא"ש שם שחולק על התוס' ומש"כ לישב ראי' התוס', ועי' בקו"ש אות קי"א משה"ק.

תוס' בא"ד. ואילו לא עשאו אפותיקי היה גובה הכל מן היתומים בלא פריעת יציאה, צ"ב כונתם אמאי יפסידו היתומים את ההוצאות והיכן מצינו שיש חיוב ליתומים לפרוע חוב אביהם מממון שלהם ועי' בפנ"י שעמד בזה וצ"ע.

גזל והשביח ומכר

גמ' אמר רבא גזל והשביח ומכר וכו'. פרש"י מה שהשביח מכר וסקיל לוקח מחצה או שליש או רביע, א"נ כולה שבחא כמתני'

מפני תקנת השבים כדאמרן לעיל, וכתב הפנ"י שכונת רש"י להא דאמר ר' יוחנן לעיל צד ע"ב דמתני' דשינוי הדר קונה הוא מפני תקנת השבים, וע"כ הוצרך רבא לחדש דלר"ש שמקבל כאריס או לר"י משום תקנת השבים נעשה השבח שלו לגמרי ולכן אין הלוקח צריך להחזיר.

והוסף הפנ"י דלר"פ דאמר דלר' יהודה שבח שע"ג גזילה לגזולן א"צ להך חידוש כיון דבזה פשיטא דהוא שלו כיון שתיקנו ששינוי החזור קונה ולא משום תקנת השבים לכן בזה דינו ככל דיני ממון שתיקנו שהוא שלו, וכונתו דבתוס' בסוכה ל': חזינן דחלוק דין שינוי קונה מדרבנן מתקנת השבים, דהתוס' כתבו דאיכא אופנים דליכא תקנת השבים אבל היכא דתיקנו ששינוי קונה בכל גונא הדין כן.

ויש' להוסיף דתקנת השבים היתה שיקנה את השבח בשעת העמדה בדין כשבא לשלם על הגזילה, אבל עד אותו זמן הוא של הנגזל ואם יאמר הגזולן שאינו רוצה בתקנת השבים אפשר דהנגזל א"צ קנין חדש בשבח, ולכן ס"ד דכל התקנה הוא רק אצל הגזולן בעצמו ולא אצל הנגזל.

המעם שאין ללוקח תקנת השבים

גמ' בעי רבא השביח לוקח מהו וכו' מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו. מבואר מדברי הגמ' דאין סיבה שהשבח יהא ללוקח משום תקנת השבים כיון שהוא בעצמו לא גזלה ורק לגזולן בעצמו תיקנו, ולכן רק משום שהמוכר הגזולן היה בו קנין לענין זה שהשבח שלו ע"כ אף ללוקח יש בו הך זכות מדין מה מכר.

ומוכח מכאן דשיך בעלות בקניני גניבה ושייך מכירה וירושא ע"ז ועי' באמרי משה סל"ב אות ל"ז, ומוכח עוד דהזכות של תקנת השבים אינו רק זכות של ממון שיש לגזול, אלא שזהו זכות בגוף החפץ וכמש"כ לעיל בשם הקו"ש.

אולם צ"ב דהא ע"כ מיירי הכא קודם יאוש דלאחר היאוש הא קנה הלוקח מדין יאוש ושינוי רשות, וא"כ קשה אמאי צריך להלכה של מה מכר בלא"ה הרי יש ללוקח דין של גזול ג"כ, כדמבואר בגמ' לקמן ריש פרק הגזול ומאכיל דהגזול ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה, ולדעת הקצה"ח בסי' ל"ד דבא אחר ואכלו חייב רק מדין מזיק, דגונב מהגנב פטור אף מקרן א"ש, אבל לדעת הנתה"מ שחייב בקרן ויש לו דין גנב א"כ יש לו קניני גניבה ואמאי אין לו תקנת השבים, ואפ"ל דמיירי באופן שסבור שהוא של המוכר ולא יודע שזה גזול, וכה"ג אין לו דין גזול כמש"כ בקצה"ח בסי' כ"ה דגזול בשוגג אין לו דין גזול ואפשר דכה"ג אין תקנת השבים.

בספר אילת השחר כתב לישב דאף אם גונב מהגנב יש לו חיוב של קרן מ"מ אין לו קניני גניבה לגבי זה שיקנה בשינוי, ואם יהיה שינוי יקנה הגנב הראשון מחמת שאף לו יש קניני גניבה, ולכן לא תיקנו לגנב השני תקנת השבים כיון שהוא כבר קנוי לראשון.

ועי' בפנ"י שכתב לדייק מדברי רש"י שפי' דמקבל למחצה ולשליש ולרביע, ולא כתב למד"א דיש לו את כל השבח כמש"כ לעיל לגבי השבח גזול עצמו, דמשמע מדבריו דרק לר"ש שייך הסברא של מה מכר ראשון

לשני, אבל לר"י דאית ליה משום תקנת השבים ל"ש לומר מה מכר כיון שאין לו זכות בגוף הדבר רק משום תקנה ע"כ ל"ש בזה מה מכר, וזה היה ספק הגמ' האם הדין של מחצה לשליש הוא תקנת השבים ול"ש אצל הלוקח או שזהו זכות כמו בכל יורד שמקבל השבח.

אמנם מתוס' כאן נראה שחולק שכתבו להקשות מהא דמבואר בב"מ לגבי קרקע שהנגזל לוקח כל השבח דמוכח שאין ללוקח חלק בזה, וכתבו דדוקא בקרקע שאינה נגזלת דליכא תקנת השבים, אבל במטלטלין דאיכא תקנת השבים איכא מה מכר, מבואר מדברי התוס' דאף היכא דאיכא תקנת השבים אמרינן מה מכר.

המעם שאין תקנת השבים לעכו"ם

גמ' תקנתא לעכו"ם ניקו ונעבוד. הרשב"א לעיל הוכיח מלשון הגמ' דהא דזוכה בשבח הוא תקנה דרבנן, ודלא כמש"כ ר"ת ששינוי החזר קונה מדרבנן ולא משום תקנת השבים וא"כ אין סברא לחלק בין עכו"ם לישראל, עי' בפולא חריפתא אות ל' מש"כ בזה.

בעיקר דברי הגמ' יש להבין הא כמו שאם מכר לישראל זוכה בשבח מדין מה מכר, אף שלישראל בעצמו לא היה סיבה לזכות, א"כ אמאי לגבי עכו"ם לא אמרינן הכי שיזכה בזה מדין מה מכר, ומבואר דכל הסברא של מה מכר אינו אלא היכא שאם הוא בעצמו היה גזולו היה לו חך תקנתא, דהיינו שהתקנה היתה רק אם יבוא לידי ישראל לבסוף, אבל בעכו"ם שאצלו לא שייך תקנת השבים ה"ה דל"ש התם הסברא של מה מכר.

עכו"ם שגזל ומכרו לישראל קודם שהשביח

גמ' ל"צ דזבניה לישראל סוף סוף הבא מחמת עכו"ם הרי הוא כעכו"ם. כתב החזו"א דכל זה היכא שהעכו"ם בעצמו השביח אבל אם מכרו לישראל הדין הוא כמו שאם הוא גזלו יש תקנת השבים ה"ה כאן כשקנה מעכו"ם הרי הוא כגזול בעצמו, וכונתו דכיון דמיירי קודם יאוש הרי הוא כגזול מישראל.

וצ"ב דהא מבואר בגמ' דבלוקח מגזול זוכה רק מכח הדין של מה מכר ובל"ז לא, וא"כ אמאי לוקח מעכו"ם אית ליה תקנתא, ולמבואר לעיל דבעצם השני גם יש לו דין גזולן שהרי הוא גונב מהגנב, אלא משום שהראשון יש לו קנין גניבה לכן ל"ש אצל השני תקנת השבים, א"כ י"ל דעכו"ם שגזל אין לו קניני גניבה דהא כתבו התוס' בע"ז דף עא: ד"ה בן נח דעכו"ם שגזל אין לו חיוב השבה כיון שהוא חייב מיתה ולכן פטור משום קלב"מ.

והנה דעת הנתה"מ בסי' שנ"א דהיכא דגנב ופטור מתשלומים משום קלב"מ אין לו קניני גניבה ואינו קונה בשינוי, ולפי"ז י"ל דלעכו"ם שגזל אין לו קניני גניבה לכן הישראל שקנה ממנו יש לו קניני גניבה ולכן זוכה בשבח.

ביאור הספק בגזול ישראל שמכרו לעכו"ם והשביחו

גמ' ל"צ כגון דגזל ישראל וזבנה ניהליה והשביחה עכו"ם והדר עכו"ם וזבנה

לישראל וכו'. משמע מדברי הגמ' דהספק הוא באופן שהעכו"ם השביח דכיון שלא תיקנו לעכו"ם כ"ז רק היכא שהוא עצמו גנב, אבל היכא שהישראל גנב וחוזר ליד ישראל איכא לתקנה, וצ"ב הא כיון שלעכו"ם אין תקנת השבים א"כ בשעה שהוא השביח השבח שייך לבעלים שהוא הגזול, וא"כ מדוע שיזכה בזה ישראל שבא מכוחו, [ועי' בחזו"א י"ז י"ב מש"כ].

ונראה דכיון שלמוכר שמכר לעכו"ם יש קניני גניבה בזה ע"כ בעצם יש סיבה שהשבח יהא שלו, דאף שהעכו"ם השביח מ"מ יש לגנב הראשון זכות בזה מחמת הקניני גניבה שיש לו בזה [וכמש"כ לעיל], ולכן ה"ה כשמכר העכו"ם לישראל אחר יש סיבה לישראל הגנב לזכות בשבח, ולכן אע"פ שלעכו"ם בעצמו אין תקנה מ"מ יזכה הישראל שבא מכוחו משום שהוא בא מכח הזכות של הראשון שמכר לעכו"ם,

והחזו"א כתב דהיכא שהישראל הראשון או הישראל השני שקנה מהעכו"ם השביח אין ספק לגמ' וכל הספק הוא רק היכא שהשביח העכו"ם עצמו, וצ"ב דהא מבואר בגמ' דהלוקח זוכה בשבח רק מכח הדין של מה מכר, וא"כ כיון שבא מכח העכו"ם ל"ש מה מכר, ול"ד להיכא שהעכו"ם גזלו דמבואר שזוכה מכח שיש לו קניני גניבה דכאן הרי הישראל הראשון כבר גזלו, וע"כ צ"ל דאף שאין תקנה לעכו"ם מ"מ היה לעכו"ם בו קנין לענין השבח כיון שקנה אותו מישראל אלא שהשבח בפועל לא היה שלו, ולכן כשמכרו לישראל אחר שייך כאן מה מכר וכן נמי השבח שהשביח הישראל הראשון שייך לשני שקנה מהעכו"ם ועיין.

אמנם ביש"ש ס"ו כתב דה"ה היכא שהשביח ישראל הראשון ואח"כ מכרו לעכו"ם, או היכא שהשביח ישראל השני אחר שקנה אותו מהעכו"ם הוא בכלל הספק של הגמ', והא דקאמר הגמ' השביח עכו"ם דבהא מיירי, ולפי"ז צ"ל דספק הגמ' הוא כיון שלעכו"ם לא תיקנו תקנת השבים כל היכא שיש יד עכו"ם באמצע הגזילה אין תקנת השבים.

המעם שלא קונה בקציצת הדקל

גמ' האי מאן דגזיל דיקלא מחבריה וקטליה לא קני וכו'. מבואר מדברי הגמ' דכיון דלא נשתנה שמו לא קני אע"פ שיש כאן שינוי מעשה שקצץ הדקל, מכאן הוכיחו התוס' לעיל בריש פרקין דכל שינוי מעשה צריך שינוי השם, ועי' בתוס' בסוכה ל ע"ב שכתבו דהיכא דאיכא שינוי מעשה גדול א"צ שינוי השם כדמבואר בע"ב גזל בהמה או עבדים והזקינו דקנה בשינוי, [ועי' לעיל צג: מש"כ בזה], ומבואר מדברי הגמ' שאם היה משתנה שמו בקציצת הדקל היה קונה בשינוי השם.

והקשו האחרונים דכדי לקנות בשינוי צריך שיתחייב מקודם לכן על החפץ מדין גזלן ואח"כ אם נשתנה הגניבה קונה בשינוי, אבל כאן הרי לא נעשה גזלן על החפץ כלל ואיך יקנה בשינוי.

ובתבו האחרונים דמוכח מכאן דהיכא שאופן הגזילה נעשית ע"י שינוי באותו מעשה שנעשה גזלן קנה את החפץ מיד במעשה הגזילה, משום דמרגע הגזילה אין יכול לקיים והשיב דאינו כעין שגזל, עי'

בחי' מרן רי"ז הלוי הלכ' גזו"א ובחזו"א סי"ז ס"ק ט"ו וקו"ש אות קט, והחזו"א שם הוסיף דע"כ צ"ל דמיירי שמחזיק את הדקל בידו ולא שקוצץ אותו ונופל מעצמו על הארץ, משום דכה"ג לא חשיב מעשה גזילה כיון שאינו בידו אלא נפל מעצמו, ע"ע בדבר אברהם ח"א ס"ח מש"כ לישב באופ"א עי"ש שביאר כונת הגמ' דאע"ג דשדיא מארעא לארעא.

גזל לולב ועשה הוצי קני

גמ' האי מאן דגזיל לוליבא ועבידינהו הוצי קני דמעיקרא לוליבא מיקרי והשתא הוצי. צ"ב אמאיבעינן לה"ט הא בהמשך הגמ' מבואר דנחלקה התיומת פסול כיון שפסול למצוה א"כ ה"ה הכא נמי יפסל מה"ט, ועי' ביש"ש ס"א שכתב דכונת הגמ' הוא דאף היכא שכבר פסול הלולב מ"מ קנה משום שיש שינוי השם.

דעת הרמב"ם פ"ב הי"ד לולב ועבידינהו הוצא "קנה העלין", מבואר מדבריו דלא הוה שינוי לכל הלולב אלא לגבי העלין בלבד, וכתב החזו"א דדעת הרמב"ם כשי' הרמב"ן דמעוברת וילדה קונה רק את הולד, דהיינו דהיכא שנעשה שינוי בחלק מהגניבה לא קונה רק אותו מקצת ולא את כל הגניבה, אמנם צ"ל דכ"ז רק באופן שהלולב כבר פסול למצוה, דאל"ה יש כאן שינוי בכל הלולב ולא רק בעלין, וברמב"ם לא חילק כן, ובאמת דהרמב"ם השמיט הך דינא דנחלקה התיומת חשיב שינוי לגבי גזילה, ועי' בב"י בסי' ש"ס בבדק הבית מש"כ לישב.

המעמ שבנפסל למצוה קונה החפץ בשינוי

גמ' בעי ר"פ נחלקה התימות מהו. ת"ש אמר ר"י בן לוי נחלקה התימות נעשה כמי שנטלה ופסול, פרש"י כיון דלענין פסול מפסלא לענין מקנה נמי שינוי הוא וקני, הקו"ש [אות קי"ב] הקשה מהא דמבואר במשנה בע"ב דגזל בהמה ונעשה בו מום דלא חשיב שינוי אלא אומר לו הרי שלך לפניך, אע"פ שעכשיו הוא פסול להקרבה, וא"כ אמאי הכא חשיב שינוי מה שאינו ראוי למצוה.

ולבן כתב דאין כונת הגמ' דחשיב שינוי מחמת שפסול למצוה אלא להיפך דפסול למצוה כיון שיש כאן שינוי, והיינו דפסול של נחלקה התימות הוא משום שאין לזה שם של לולב דצורת לולב הוא רק כשהוא שלם, ולכן מאותו טעם שפסול למצוה מה"ט חשיב שינוי לקנות, ולא משום שפסול למצוה חשיב שינוי לקנות, ולפי"ז נמצא שנחלקה התימות שקונה בשינוי אינו דוקא היכא שהלולב עומד למצוה ולא דוקא בחג הסוכות, אלא דמהתם חזינן שחסר בשם לולב כנחלק התימות.

ובן משמע ברמ"ה שהובא בשטמ"ק שכתב וז"ל ומדלענין מצוה פסול אע"ג דלא חסר ולא מידי אלמא הוה ליה כי הוצי בעלמא, גבי גזלן נמי קני דמעיקרא לולבא והשתא הוצי עכ"ל, מבואר מדבריו דמזה שהוא פסול ללולב אמרינן דחשיב הוצי ואין שם לולב ע"ז ולכן לגבי גזילה חשיב שינוי וקונה, ולמבואר נמצא דה"ה היכא שכבר פסול הלולב למצוה, אם נחלק התימות יקנה בשינוי כיון

שיש כאן שינוי השם שאין לו שם של לולב וצ"ע, ויש לעין מדברי היש"ש שהובא באות הקודם, וע"ע בתורת חיים.

דף צו ע"ב

ליבנתא ועבדינו עפרא קני

גמ' ליבנתא ועבדינו עפרא קני וכו' פנים חדשות באו לכאן. פרש"י דאין זו לבינה הראשונה אלא לבינה אחרת דא"א לצמצם שיהא בדיוק אותה לבינה, ואע"פ שאם שינה חפץ קצת ממה שהיה בשעת הגזילה לא חשיב שינוי כלל, מ"מ הכא כיון שנשתנה לגמרי לכן היכא שאין יכול להחזיר את הדבר לקדמותו לגמרי לא חשיב שינוי החוזר, משמע ברש"י שאם היה יכול לצמצם והיה חוזר להיות כמו שהיה מעיקרא חשיב שינוי החוזר ולא קני, ולפי"ז הא דמבואר בהמשך הגמ' דגזל זוזי ועבדינהו נסכא קני נמי הוה מה"ט דאין יכול להחזיר את הזוזי כמו שהיה מעיקרא, ואע"פ שיש לכאורה לחלק דבזוזי אין לו ענין בצורה אלא בשויות.

אמנם הרא"ש בס"ג חולק ע"ז שכתב דמעוברת וילדה אע"פ שחוזרת ותתעבר חשיב שינוי החוזר כיון דהעיבור החדש דבר אחר הוא, והוכיח כן מהא דמבואר כאן דזוזי ועביד נסכא חשיב שינוי שאינו חוזר אע"פ שיכול לעשות זוזי בלי גרוע ותוספת כלל, וע"כ משום דפנים חדשות באו לכאן, והיינו דסבר הרא"ש דעצם זה ששינה את הדבר ועשה אותו מחדש חשיב שינוי שאינו חוזר אע"פ שיחזור לקדמותו דעצם העשיה מחדש הוה פנים חדשות ולא הוה כעין שגזל.

גזל נסכא ועשה זוזי או בלי אם נחשב שינוי

ואמר ר"פ האי מאן דגזיל נסכא מחבריה ועביד זוזי לא קני מ"ט הדר עביד ליה נסכא. כתבו התוס' דדוקא כה"ג דעביד להו מטבע אבל אם עשה מהם כלים קונה אע"פ דהדר ועביד להו נסכא מ"מ לא גרע מעצים ועשאן כלים דקנה, ורק כשעשה זוזי דאין תורת חשיבות עליהם כ"כ, כונת התוס' דאע"פ דסבר ר"פ דשינוי החוזר לא קני מ"מ כ"ז רק משום שאינו דבר חשוב כ"כ אבל היכא שעשה שינוי חשוב קונה אע"פ שיש כאן שינוי החוזר, וע' ברבנו פרץ שכתב דכלי הוה שינוי השם.

המהרש"ל הקשה הא דעת רב אשי לעיל בריש פרקין דשינוי החוזר לא קונה כלל, וכונת המשנה דעשאן כלים היינו דשיפה אותם ולא הוה שינוי החוזר, וא"כ אף ר"פ דסבר כאן דשינוי החוזר לא קני מה הראיה דאם עשה כלי שהוא שינוי החוזר דחשוב טפי דקונה.

והמהרש"א כתב דהכרח של תוס' היה דהא אמר רב פפא לעיל צה: דלכו"ע שבח שע"ג גזילה לגזלן, וביאר ר"ת בתוס' שם דהשבח לגזלן משום דשינוי החוזר קונה, וא"כ איכא סתירה בדברי ר"פ דכאן סבר דשינוי החוזר לא קונה, ולכן כתבו התוס' דהיכא שיש כאן שינוי חשוב קונה אף בשינוי החוזר, והתם נמי צ"ל דחשיב שינוי חשוב.

והנה בביאור הגר"א סי' שנ"ד סק"ב כתב להוכיח מדברי התוס' כאן שאף לרב אשי דמפרש מתני' בריש פרקין דשינוי החוזר

לא קונה, להלכה סובר דשינוי החוזר קונה כמו שאמר התוס' בדעת ר"פ, וצ"ע כמש"כ המהרש"א דרך ר"פ לשיטתו שסבר שינוי החוזר קונה הוצרך התוס' לפרש כן.

ובאמת דצ"ע דהרא"ש בריש פרקין ס"א הוכיח מהא דאמר ר"פ דנסכא ועביד זוזי דלא קני משום שינוי החוזר, דלהלכה קי"ל דשינוי החוזר לא קונה וע"כ שחולק על התוס' כאן, וצ"ע דהרא"ש עצמו פירש דעת ר"פ לעיל צה: כמש"כ התוס' שם דשינוי החוזר קונה מדרבנן וא"כ נמצא לפי הרא"ש שיש סתירה בדברי רב פפא, ובאמת דביאור הגר"א סי' שנ"ד סק"ב הקשה דהרא"ש סותר עצמו שפסק כר"פ בדף צה ע"ב, ובריש פרקין פסק דשינוי החוזר לא קונה כלל אף מדרבנן, אבל לכאורה הוא סתירה בדברי ר"פ ולא בפסק בדעת הרא"ש וצ"ע, והנה לעיל נתבאר דהשינוי החוזר בנתעברה וילדה עדיף טפי מכל שינוי החוזר, ולפי"ז א"ש דלא תקשה בדעת ר"פ דדוקא התם סבר ר"פ דקונה שינוי החוזר אבל בעלמא לא, אמנם מדברי המהרש"א והגר"א חזינן דלא ס"ל חילוק זה, אבל בדעת הרא"ש אפשר לישב כן.

בעיקר מש"כ התוס' דאם עשה כלי הוה שינוי חשוב יותר, הקשה הרשב"א דאין לך דבר חשוב יותר מן המטבע שהרי נעשה דמים על הכל וא"כ אמאי לא חשיב שינוי, ובדעת התוס' צ"ל כמש"כ ברבנו פרץ דהיכא שעשה כלי יש כאן שינוי השם חשוב, והיינו דאף שמצד החשיבות של הדבר אפשר דמטבע חשוב יותר אבל כלי הוה חפצא אחר לגמרי.

שינוי במלה ונעשה איל

גמ' זה הכלל לאתוי טלה ונעשה איל. פרש"י נעשה שינוי בידו לכך דאם טבח ומכר שלו הוא טובח ושלו הוא מוכר, מבואר ברש"י דלא חשיב שינוי לענין זה שקונה את גוף החפץ, אלא חשיב שינוי שאין חייב לשלם דו"ה.

ותמה הפנ"י הא מתני' מיירי בדין גזילה וליכא חיוב של דו"ה רק בגניבה, ועי' לעיל סה: לענין טלה ונעשה איל שפרש"י כמש"כ הכא דהוה שינוי לענין זה, ובפנ"י שם כתב דס"ל לרש"י שיש חילוק בין שינוי של לידה וגיזה שהוא דבר נפרד מהגניבה לבין שינוי בגוף הגניבה עצמה, דסבר רש"י דכה"ג לא חשיב שינוי לקנות וכתב דשמא משום שלא יהא חוטא נשכר עי"ש, וע"ע ברש"י ס"ו ע"א שכתב דקנין שינוי אינו אלא היכא ששינה בידים ומשמע דבשינוי דממילא לא חשיב שינוי כלל, ותמה בקצה"ח בסי' שנ"ד סק"ג מהא דמבואר במתני' דגזל בהמה והזקינה חשיב שינוי אע"פ שהוא ממילא.

באבן האזל פ"ב מגזל"א הט"ז כתב לבאר דדעת רש"י דשינוי דממילא לא קנה כלל, וכל מה דמבואר במתני' דאומר לו הרי שלך לפניך היינו רק שאין יכול לקיים בזה חובת והשיב אבל לא נעשה שלו, ולכן כתב רש"י שהוא סברא רק לענין זה שאין חיוב של דו"ה, אבל קנין שינוי שזוכה בחפץ אינו אלא היכא ששינה בידים, ועי' להלן מש"כ בשם הגר"ח.

טעם הפטור של גזלן

מדמי השתמשות

גמ' א"ל כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה. השטמ"ק כתב בשם רבנו יהונתן דהוא

הלכה מתקנת השבים שאין משלם מה שהשתמש בגזילה, אבל מעיקר הדין חייב לשלם דמי השתמשות, והיינו דבכל גזלן מלבד חובת והשיב חייב לשלם בכל מה שנהנה מהחפץ כל זמן שהגזילה תחת ידו.

אמנם באחרונים הבינו דמעיקר הדין הוא פטור מדמי ההשתמשות, והקו"ש ב"ב קפ"ט כתב ב' דרכים לבאר הסברא לפטור האחד שזה אחד מזכויות של הגזלן שיש לו קניני גניבה שאין צריך לשלם דמי ההשתמשות, ונראה כונתו ע"פ מש"כ בקו"ש בכמה דוכתי להוכיח מהסוגיא בסנהדרין דהקניני גניבה שיש לגנב בגניבה הוא סיבה לקנות את החפץ לגמרי אלא שחובת והשיב מעכב מלקנות, ולכן היכא שיש שינוי שנפטור מחובת והשיב קונה את הגזילה, וא"כ י"ל דזכויות מהחפץ הגזול שאינם סותרות את חובת והשיב הם שיכים לגזלן, ולכן פטור מלשלם דמי השתמשות דבזה שמשמש אין בו סתירה לחובת והשיב, דאף לאחר שנשתמש יוכל לקיים והשיב בגוף החפץ לכן א"צ לשלם דמי ההשתמשות.

עוד אופן כתב שם בקו"ש דכיון דאיכא חובת והשיב ל"ש שיהיה עוד חיובים של ממון על החפץ, ונראה דכונתו דהא מצינו שגזלן הוא בכלל מזיק ולכן היכא שהתורה אמרה שאופן התשלום של חך מזיק הוא ע"י והשיב אין חיובים אחרים, ועי' להלן צז ע"א בתחילת העמוד שמבואר יסוד זה, ועי' בברכ"ש ס"ד אות ב' מש"כ בשם הגרי"ז שביאר היכן מוכח מהא דמתני' דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה שאין משלם דמי ההשתמשות.

דעת הגר"ח והגרי"ז בדין שינוי דגזילה

גזל בהמה והזקינה משלם כשעת הגזילה. בחידושי הגר"ח הלכ' גזו"א הקשה מהא דנחלקו ר"א ור"ח לעיל סה ע"ב בטלה ונעשה איל האם חשיב שינוי או לא, וצ"ע מ"ש ממתני' דגזל בהמה או עבדים והזקינה אומר לו הרש"ל וחזינן דחשיב שינוי.

ובתב הגר"ח לבאר דבדין שינוי בגזילה נאמר ב' הלכות, א' שאם נשתנה החפץ ממה שהיה בשעת הגזילה אין יכול לקיים חובת והשיב דאינו כעין שגזל, ב' דהיכא שאין החפץ כעין שגזל זהו סיבה ג"כ לקנות את הגניבה, וב' הדנים אינם תלויים זה בזה דאפשר שלא יוכל לקיים והשיב אבל מ"מ עדיין אינו סיבה לקנות החפץ, והחילוק בזה הוא דאם נעשה שינוי קטן בחפץ כגון היכא שנעשה שבר קטן שאינו שינוי בכל החפץ אע"פ שאינו סיבה לקנין מ"מ אינו כעין שגזל ולא יוכל לומר הרש"ל, ורק היכא שיש שינוי בכל החפץ זהו סיבה שכל החפץ לא בכלל כעין שגזל והוא סיבה לקנותו, עי"ש מש"כ לבאר דברי הרמב"ם.

בחידושי הגרי"ז על הרמב"ם הוסיף לבאר דשינוי קונה מבואר בגמ' לעיל סה: דאפשר ללמוד מהא דאתנן דהיכא שאינו כעין אותו חפץ שנעשה בו העבירה כשר לקרבן, דה"ה נמי הוא סיבה לקנות את החפץ בשינוי, וע"כ התם אינו אלא היכא שיש שינוי בכל החפץ וע"כ דלגבי קנין הוא תלוי האם כל החפץ אינו כעין שגזל, אבל לענין זה שלא יוכל לקיים חובת והשיב סגי אם רק מקצת מהגזילה השתנתה.

ובזה ביאר הגר"ח דאף לר"ח דסבר דטלה ונעשה איל לא חשיב שינוי, מ"מ כ"ז רק לענין הדין של שינוי שקונה, אבל ר"ח מודה דלא הוה כעין שגזל ולא יכול לקיים בזה חובת והשיב, ולפי"ז י"ל דבהמה והזקינה או עבדים והזקינה דמבואר במתני' דמשלם כשעת הגזילה ולא יוכל לומר הרש"ל, אף ר"ח מודה לזה כיון דהתם לא הוה שינוי גמור אלא הוה שינוי לענין זה שלא יוכל לומר הרש"ל.

והוסיף בחידושי הגרי"ז דמדויק בגמ' כן דקאמר על המשנה הראשונה של הפרק זה הכלל כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה לאתווי דר' אילעא דטלה ונעשה איל חשיב שינוי וקונה, והיינו דהמשנה הראשונה הוה הלכה של דין שינוי שקונה כמבואר עצים ועשאן כלים וכו', אבל המשנה השניה היא שינוי שלא יוכל לקיים והשיב ולא הוה סיבה לקנות, וזה בהמה והזקינה דלא הוה שינוי של קנין אלא שינוי דלא הוה כעין שגזל ולא יוכל לומר הרש"ל, [ועי' בגליונות החזו"א שתמה ע"ד הגר"ח מהא דקאמר הגמ' אמר ליה מר קשישיא וכו' דמשמע שדימה את הדין של בהמה והזקינה לטלה ונעשה איל וצ"ע].

ומכל דברי הגר"ח והגרי"ז מבואר שהדין שינוי קונה לא הוה מטעם שכתב בקו"ש דיש סיבה בקניני גניבה לקנות, אלא שחובת והשיב מעכב וכשאינן יכול לקיים והשיב ממילא קונה ע"י קניני גזילה, דא"כ אף היכא שנעשה רק שינוי קטן נמי יקנה כיון שאין חובת והשיב, וע"כ צ"ל דשינוי הוא סיבה בעצם לקנות כמש"כ הפנ"י לעיל סה: ועי' בכ"ז.

והנה לעיל הובא מש"כ באבן האזל לבאר בדעת רש"י דטלה ונעשה איל לא הוה שינוי לענין קנין אלא לגבי זה שלא יוכל לומר הרש"ל, וכ"ז דלא כהגר"ח שכתב דאף לר"ח דטלה ונעשה איל לא קני, מ"מ מודה לענין זה שלא יוכל לומר הרש"ל ונחלקו האם הוה שינוי לגבי קנין, ולדעת רש"י ע"כ דלר"ח לא חשיב שינוי אף לענין זה שלא יוכל לומר הרש"ל, וצ"ל דרש"י יסבור כמש"כ ברבנו פרץ כאן דטלה ונעשה איל הוא שינוי יגרוע יותר מבהמה והזקינה.

גזל חמץ אם יכול להחזירו בפסח

מתני' גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרש"ל. הקצה"ח סי' שס"ג סק"א הביא דבחק יעקב כתב דכל מה דמבואר במתני' דיכול לומר לו הרש"ל, כ"ז רק בחמץ לאחר הפסח, אבל אם בא לתובע אותו תוך הפסח לא יכול לומר לו כן אלא חייב לשלם לו דמים מעליא, דהא מבואר בגמ' לקמן צח ע"ב שחמץ בתוך הפסח הכל מצווים עליו לבערו ולכן אין יכול לקיים בזה השבה.

והקשה הקצה"ח דכיון שבתוך הפסח לא יוכל לומר לו הרש"ל נמצא שהוה היזק ניכר, וא"כ כבר קנה אותו בשינוי ואיך יוכל לומר לו אחר הפסח הרש"ל דכבר נעשה שלו ונתחייב בדמים, ולכן כתב דה"ה בתוך הפסח יוכל לומר כן, וביאר כונה אחרת בדברי הגמ' דהכל מצווים לבערו ע"ש.

אמנם למבואר באות הקודם י"ל דהנה בחי' הגרי"ז שם כתב דהא דמבואר בסוגיא בגיטין נג. דאם היזק שאינו ניכר שמיה היזק חשיב שינוי לגבי גזילה שלא יוכל לומר

הרש"ל, אין כונת הגמ' שחשיב שינוי לגבי קנין, וכמו שהקשו בתוס' שם דמה ענין היזק ניכר לשינוי דמ"מ הרי הוא כעין שגזל, אלא דחשיב שינוי שאין יכול לקיים והשיב, אבל לעולם אף אי היזק שאינו ניכר שמיה היזק לא קני את החפץ לגמרי, ולפי"ז א"ש דבגזל חמץ לא חשיב שינוי גמור לקנותו, לכן אף שבתוך הפסח לא יוכל לומר הרש"ל כיון שהכל מצויין לבערו, מ"מ לא נעשה שלו דלא נעשה שינוי גמור בחפץ ולכן לאחר הפסח שאין מצוה לבערו יוכל לומר לו הרש"ל, ועי' באבהא"ז פ"ב ה"ד שכ"כ.

ברש"י דפי' דלא כל בהמות למזבח קיימי

רש"י ד"ה פטורין. דלאו כל הבהמות למזבח קיימי, הקשה בתרומת הכרי סי' שס"ג א"כ אמאי הוצרך רש"י לומר דמיירי שהמום היה בדוקין שבעין במקום שאינו ניכר, הא בלא"ה לא חשיב שינוי דלאו למזבח קיימי, עי"ש מש"כ לבאר, והנה התוס' לקמן צח. כתבו להוכיח דמתני' מיירי בבחמה שכבר הוקדשה כבר ודלא כרש"י ועי' לקמן מש"כ בזה.

דף צו ע"א

דעת הרי"ף בתוקף עבדו של חברו ועשה בו מלאכה

גמ' והאמר רב דניאל וכו' התוקף עבדו של חברו ועשה בו מלאכה פטור ואי ס"ד עבדי כמקרקע דמי אמאי פטור ברשותיה דמריה קאי. מבואר בגמ' שאם עבדי כמטלטלי

הרי הם נגזלים וממילא פטור מלשלם על ההשתמשות כמו בכל גזילה שאם השתמש בזה פטור, והטעם הוא כמש"כ לעיל צו ע"ב דגזולן פטור מלשלם דמי שימוש של החפץ עי"ש מש"כ הביאור בזה.

והנה הרי"ף פסק להלכה דעבדי כמטלטלי דמי ופסק דתוקף עבדו של חברו שלא בשעת מלאכה פטור משום דניחא ליה דלא ליסתריה עבדי, אבל בשעת מלאכה מבואר מדברי הרי"ף דחייב, וקשה טובא דבגמ' מבואר דאי עבדי כמטלטלי פטור מדמי ההשתמשות, והקצה"ח סי' שס"ג סק"ב כתב דאע"פ שפטור לשלם דמי ההשתמשות של העבד מ"מ חייב בשבת דכל היכא שמונע את העבד מלעבוד חייב לשלם לו שבת, ולכן רק בשעת מלאכה חייב אבל שלא בשעת עבודה פטור דכה"ג אין חיוב של שבת, וביאר בקצה"ח דהמקשן ידע דמיירי שלא בשעת מלאכה ולכן תוקף עבדו פטור, דמדין שבת א"א לחייבו דשלא בשעת מלאכה הוא, ומדין נהנה נמי ל"ש דעבדים נגזלים אבל אי הוקשו לקרקע ואינם נגזלים יתחייב מדין נהנה, וע"ז משני הגמ' דניחא לבעה"ב דלא ליסתרו עבדיה.

והקצה"י סי' מ' כתב דדברי הקצה"ח שמחייב את הגזולן כשביטל ממלאכה מדין שבת תלוי בפלוגתת הראשונים, [הובא לקמן] האם גזולן שהזיק חייב לשלם מה שהזיק, דעת הראב"ד שגזולן פטור מחיוב מזיק וא"כ לכאורה ה"ה דפטור מלשם דמי שבת, ועוד הקשה דאף אם גזולן חייב לשלם מה שהזיק, הא זה פשוט שאין לגזולן חיוב לשלם דמי ההשתמשות של החפץ, וא"כ אמאי חייב לשלם שבת הא כל החיוב של שבת הוא

מחמת שמנע את האדון מלהשתמש בעבד, והרי כיון שאת עצם דמי ההשתמשות אין לגזולן חיוב לשלם א"כ איך אפ"ל שאת ביטול ההשתמשות חייב לשלם, עי"ש בקה"י שהביא דהנחה"מ חולק וסבר שחיוב של שבת אינו חיוב לאדון, אלא הוא חיוב לעבד עצמו אלא שהאדון זוכה ממנו ולפי"ז א"ש דכל הפטור מדמי ההשתמשות הוא משום שיש לו קניני גניבה וכ"ז שייך רק ביחס לאדון, אבל לא לגבי חיובים לעבד עצמו לא ולכן חייב בשבת עי"ש מש"כ בזה.

תוקף ספינתו של חברו ועשה מלאכה איתמר התוקף ספינתו של חברו ועשה בו מלאכה רב אמר רצה נוטל שכרה נוטל רצה פחתה נוטל ושמואל אמר אינו נוטל אלא פחתה. בגמ' אמר ר"פ דלא נחלקו אלא דרב מיירי באופן שלא קיימי לאגרא, ושמואל מיירי בדלא קיימי לאגרא, אבע"א דלכו"ע קיימי לאגרא אלא דלרב נחית ע"ד דאגרא ושמואל סבר דמיירי דנחית ע"ד לגזולו, והנה רש"י [בד"ה נחית אדעתיה דאגרא] כתב דלרב הא דרצה נוטל שכרו רצה נוטל פחתו תלוי בדעת הבעה"ב שאם פחתו שוה יותר משכרו נוטל פחתו דהא ע"כ שקלה וגזולן הוא, ומשמע דזהו נמי הטעם לפי ר"פ דהעמיד דברי רב בקיימא לאגרא דרצה נוטל פחתו משום שזהו זכותו של הבעה"ב לתבוע פחתו משום חיוב של גזולן ואין יכול ליטול נמי שכרו דגזולן פטור מדמי ההשתמשות.

וצ"ב ממ"נ אם מה שירד שלא ברשות חשיב מעשה גזילה כיון שהוא שלא מדעתו א"כ אמאי לא חייב רק דמי פחתו דיש לו דין של גנב, ואם כיון שעומד להשכיר ונשתמש

ע"ד לשלם ולא ע"ד לגזול לא חשיב מעשה גזילה, א"כ אמאי הוא תלוי בדעתו של הבעה"ב שאם פחתו יותר משכרו יכול לתבוע ממנו מדין גזלן הרי לא עשה מעשה גזילה, ועי' ביש"ש ס"י שכתב דכיון דמ"מ לא היה ברשות לכן ביד הבעה"ב לקבוע האם זה מעשה גזילה או שהוא מעשה של שכירות וצ"ב.

ועי' בקצה"ח בסי' ש"ח סק"ב שכתב דמדברי רש"י מבואר דהיכא דקיימי לאגרא אם לקח שלא ברשות ובעה"ב תובע אותו כגזלן חייב באונסין שהרי רש"י פירש כאן דנשברה או נתקלקלה, [ומשמע דאף שנשברה שלא מחמת המלאכה] והטעם דכיון שנטלו שלא ברשות אע"פ שדעתו היה לשלם מ"מ הוה כשואל שלא מדעת דהוה כגזלן, וכ"כ בתרומת הכרי סי' שס"ג ס"ה בדעת רש"י.

אולם במחנה אפרים דיני גזילה סט"ו כתב להיפך דשוכר שלא מדעת כיון שלא ירד ע"ד לגזולו אלא ע"מ לשלם אינו מתחייב באונסים, ואין דינו כגנב וחייב רק אם הוזק בפחת או נזק מחמת המלאכה, והיינו שאין דינו כגזלן גמור שחייב באונסים כיון שעומדת לאגרא, עי"ש במחנ"א שכתב דכן משמע ברש"י בסוגיין שכתב דהטעם שחייב כגזלן משום דהא ע"כ שקליה וגזלן הוא, משמע דהכא חייב כגזלן כיון שנטלו ע"כ, ולא רק שהשתמש שלא ברשות הבעלים אלא נטלו בע"כ, אבל היכא שנטלו שלא ברשות אין לו דין גזלן להתחייב באונסים, וכדברי המחנ"א מבואר ברשב"א כאן דמיירי שנטלו בע"כ.

אמנם צ"ע לדבריהם דמיירי שלקחו בע"כ א"כ אמאי אם רצה משלם לו שכרו,

הא כיון שתקף אותו בע"כ אין לך מעשה גזילה גדול מזה וצ"ע.

דעת שמואל דמשלם דמי פחתה בלא עבידא לאגרא

גמ' הא דלא עבידא לאגרא, והיינו דלשמואל משלם דמי פחתה משום דלא קיימי לאגרא, כתב התרומת הכרי דמשמע ברש"י דהא דאין משלם רק דמי פחתה ולא דמי אגרא כיון שדינו כגזלן, מכיון שלא עביד לאגרא ע"כ אמרינן דדעתו היה לגזולה, ודייק כן מהא דפרש"י לרב דמיירי בקיימי לאגרא דנחית ע"ד דאגרא, א"כ ע"כ דהיכא דלא קיימי לאגרא נחית ע"ד לגזולה, [ומבואר מזה דאח"כ אם נחית ע"ד לשלם אין לו דין של גזלן ועי' בתרומת הכרי דאפשר דכה"ג ישלם הכל מדין דזה נהנה וזה לא חסר דאם חסר קצת מגלגלין עליו את הכל, ועי' במחנ"א גזילה סט"ז]

אבל הרשב"א כאן חולק ע"ז, וכתב דע"כ לשמואל לא מיירי דירד ע"ד לגזולה דא"כ אמאי לרב לא משלם דמי פחתה, דמשמע להרשב"א דלרב פפא מיירי שמואל ורב בחד גוונא ואי מיירי בירד לגזולה אף רב מיירי הכי, וע"כ דלשניהם לא מיירי שירד לגזולה אלא ע"מ לשלם, אלא דאי עביד לאגרא חייב לשלם רק דמי שכרה דאינו גזלן, אבל אם לא עביד לאגרא פטור מדמי שכרה משום דלא עביד לשכר וזה נהנה וזה לא חסר פטור, והא דמשלם דמי פחתה כתב הרשב"א או משום דיש כאן פחת או משום שנטלו בע"כ ול"ד לכל זה נהנה שנכנס שלא ברשות, וע"כ כיון דהוה בע"כ משלם הפחת, והקשה

הרשב"א א"כ אמאי לא יתחייב דמי כולה אף דמי שכרה, דהרי מבואר לעיל בזה נהנה וזה לא חסר שאם חסר קצת חייב לשלם הכל, ותי' הרשב"א דכ"ז רק בקרקע ולא במטלטלין וצ"ע כונתו, ועי' קו"ש אות קכ"ה.

אמנם בנימוק"י כאן כתב בשם הרמ"ה דמהא דמבואר בגמ' דמשלם רק דמי פחתה ע"כ חזינן דזה נהנה וזה לא חסר משלם רק מה שנפחת ואין מגלגלין עליו את הכל, ועי' ביש"ש שכתב דהיכא דלא קיימא לאגרא חייב באמת אף דמי שכרה דמגלגלין עליו את הכל והא דאמר שמואל משלם דמי פחתה היינו דמי פחתה ואף דמי שכרה דמגלגלין עליו את הכל, והא דמשמע מדברי שמואל דמשלם רק דמי פחתה, כתב לבאר דאם ליכא דמי פחת לא משלם כלום דבעינן חסרון כדי שנוכל לגלגל עליו את הכל.

קושית הראב"ד שיפטר מדמי פחתו

גמ' שמואל אמר נותן לו דמי פחתו. הקשה הראב"ד בשטמ"ק דממ"נ אי הפחת חשיב שינוי אמאי משלם לו רק דמי פחתו הא כולה בעי לשלם דכיון דאין שמין לגזלן נמצא שקנה בשינוי, ואי לא חשיב שינוי אמאי צריך לשלם לו דמי פחתו הא יכול לומר לו הרי שלך לפניך, כמו בכחש דהדר שאומר לו הרש"ל.

האחרונים [אמרי משה סל"ב אות כ"ז וחזו"א ס"כ סק"ג] למדו ממה שהקשה הראב"ד דאם אין כאן שינוי יוכל לומר הרש"ל ופטור על הפחת, דגזלן שהזיק החפץ פטור אם יוכל לומר הרש"ל דהיינו שלא נעשה שינוי כ"כ גדול שקונה אותו.

והביאור בזה נראה כמש"כ לעיל לענין הא דגזלן פטור מדמי השתמשות, ונתבאר ב' אפנים בזה, א' משום דיש לו קניני גניבה בחפץ וחובת והשיב מעכב אותו מלקנות לכן מה שאינו סותר את החובת והשיב הוא שלו, לכן פטור מלשלם דמי השתמשות דזה אינו סותר לוהשיב א"כ ה"ה מה"ט פטור מלשלם את מה שהזיק כיון שעדיין יכול לקיים והשיב לכן אינו מחויב לשלם ההפסד, ב' דמכיון שחל עליו חובת והשיב על הגזילה ל"ש לחול עליו עוד חיובים, והביאור בזה דחיובא דגזלן הוא גם מפרשת מזיק, ולכן היכא שכבר מחויב מפרשת נזקין ל"ש שיתחייב עוד חיוב מכח דין מזיק, ולכן כיון שחייב בוהשיב ל"ש לחיבו עוד חיוב של מזיק ולכן אף אם הזיק את החפץ פטור, והא דמבואר בתבאר ושתיא שחייב מדין מזיק, התם משום שהוציאו מן העולם ואין בידו לקיים והשיב ע"כ חייב מדין מזיק.

אמנם בתוס' לקמן צח. מפורש דאם הזיק את החפץ חייב לשלם, עיי"ש שכתבו דבהמה שנפלה בו מום שיכול לומר לו הרש"ל מ"מ אם הזיקו בידים חייב, והיינו שגזלן אין לו פטור של חיובי מזיק, ועי' בנתה"מ שס"ג סק"ד דס"ל שחייב, ועי' בספר אילת השחר שכתב לדחות הראיה מהראב"ד ד"ל דכל הפטור כאן מדמי הנזק הוא דכיון שנפחת מחמת ההשתמשות בגזילה, י"ל דכמו שאינו מחויב לשלם את דמי ההשתמשות ה"ה מה שנפחת מההשתמשות פטור, דהוה כמו היכא שמתה מחמת מלאכה דשואל פטור ה"ה הכא, וע"ע בספר דברי יחזקאל סנ"ג מש"כ לדחות בדעת הראב"ד.

ביאור דברי הראב"ד

בגדר חיוב דשואל שלא מדעת

ותי' הראב"ד דאח"כ מיירי הכא בפחת גדול דהוי שינוי ומ"מ כיון דלא נחית ע"ד לגזול אלא להיות כשואל דהיינו להשתמש בו ולהחזירה ע"כ אף שחייב באונסים ואף במתה מחמת מלאכה אפ"ה שמין השברין כשואל דלא קנסינן ליה כולי האי.

מדברי הגר"ח פ"ט מהלכ' גזילה נראה שכונת הראב"ד הוא דאע"פ ששואל שלא מדעת חשיב גזול וחייב באונסים מ"מ אין דינו ככל גנב שקנה את החפץ בשינוי, דהא דגזול קונה בשינוי משום שפקע חובת והשיב דלא הוה כעין שגזל, אבל בשואל שלא מדעת כיון שלא נתכוון לקנותו לעצמו רק להשתמש בו חייב עדיין בהשבת החפץ אף אם החפץ הוה כעין שגזל, והוה כמו למד"א ששינוי אינו קונה דאף שהחפץ נשתנה מ"מ צריך להחזיר את החפץ ומ"מ צריך להשלים את הפחת, וה"ה כאן כיון שנעשה שינוי גדול כזה שגזול קונה את גוף החפץ לכן אע"פ שכאן חייב להשיב את החפץ מ"מ לא יכול לומר לו הרש"ל ויפטר מהפחת כיון שצריך לשלם כמה שהיה החפץ בשעת הגזילה ולכן חייב לשלם את הפחת עי' בברכ"ש ס"ד.

בחי' ר' שמואל סי"ב נראה שהבין דכונת הראב"ד דשואל שלא מדעת אין לו קניני גניבה כלל, ולכן אינו קונה בשינוי ויכול לומר לו הרש"ל עי"ש בכ"ד, אמנם צ"ב הא קניני גניבה בגנב הוא מחמת החיוב אונסים כמבואר ברש"י בסנהדרין עב. וא"כ אם שואל שלא מדעת חייב באונסים א"כ יש לו קניני גניבה.

בקו"ש אות קכ"ד ביאר דכונת הראב"ד הוא דבהלכה של אין שמין בגזולן נתחדש תרתי א' שקונה בשינוי ב' שאין יכול להחזיר את השברים אלא צריך לשלם חפץ חדש, אבל בשואל שלא מדעת אע"פ ששינוי קונה מ"מ יכול להחזיר את גוף החפץ, דלא קנסינן ליה להיות כגזולן אבל צריך להשלים את הפחת של החפץ כיון שקנה בשינוי, והטעם לחלק בזה כיון שלא היה בדעתו להוציא את החפץ לגמרי ע"כ חלוק דינו משל גזולן, והוה שכתב הראב"ד דלא קנסינן ליה כולי האי, דהיינו שלא יוכל להחזיר את החפץ.

ועד"ז ביאר בקו"ש תי' השני של הראב"ד שם שכתב לחלק דכיון שהדבר ראוי למלאכתו הראשונה לא אמרינן בזה אין שמין, ורק היכא שלא עומד למלאכתו הראשונה אין שמין, והביאור בזה הוא דאע"פ דאין שמין ולא יכול להחזיר שברים, מ"מ היכא שהוא ראוי למלאכתו הראשונה יכול להחזיר את החפץ בתורת דמים, אלא שצריך לשלם את הפחת שהרי נתחייב בכל דמי החפץ כיון שנעשה שינוי וקנה את כל החפץ, וכל הדין של אין שמין אינו אלא באופן שלא ראוי למלאכתו הראשונה, ועי' היטב ברשב"א כאן שנראה שזהו כונתו, ועי' בחי' הגר"ש שם.

ועי' בחידושי הגר"ח שכתב שלדעת הרמב"ם דאף היכא שאין שינוי כ"כ גדול בחפץ אין כאן קנין ע"י השינוי, מ"מ כיון דלא הוה כעין שגזל ממש לא יכול לקיים בו חובת והשיב, א"כ א"א לומר דבשואל שלא מדעת כיון שלא קונה בשינוי יכול לומר הרש"ל דאף אם לא קונה בשינוי כיון דלא הוה כעין שגזל אין מקיים והשיב, וא"כ הדר קושית הראב"ד

מנחת

דף צו ע"א

משה

שסה

אמאי חייב לשלם רק הפחת הא צריך לשלם את כל החפץ.

ובתב הגר"ח דע"כ הרמב"ם ס"ל דכל שנעשה פחת בחפץ חייב הגזלן לשלם הפחת דאע"פ שלא נשתנה החפץ וחשיב כעין שגזל מ"מ כיון ששוה פחות ממה שגזל חייב להשלים הפחת, כמו למד"א ששינוי אינו קונה ולא פקע חובת והשיב אף היכא שלא הוה כעין שגזל ומ"מ חייב להשלים הפחת ע"כ אף למד"א שינוי קונה צריך להשלים הפחת, וצ"ל דמיירי הכא שנעשה פחת קטן כזה שלא מפקיע חובת והשיב ומ"מ משלם הפחת.

וחחזו"א בגליונות שם תמה ע"ד מכמה דוכתי דהיכא שמקיים חובת והשיב א"צ לשלם הפחת, ועיקר השגתו מהא דמבואר במשנה דחמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרש"ל, ולמה לא ישלם את הפחת שהרי החפץ איבד את השויות שנאסר בהנאה, וע"כ דכל היכא שמקיים חובת והשיב א"צ לשלם את הפחת כלל, וזהו סברת הראב"ד דגזלן שהזיק אם יכול לקיים והשיב פטור משלם, ואולי יש לחלק בין חמץ שכל הגזילה היא בעין לכן אין משלם על הפחת אבל היכא שחסר מקצת מהגזילה צריך לשלם על הפחת ג"כ.

ביאור פלוגתת ר"ה ור"י במטבע ונפסל

גמ' אמר רב הונא נסדק ממש נפסל פסלתו מלכות וכו'. מבואר מדברי הגמ' דר"ה סבר דאע"פ שפסול לגמרי לא חשיב שינוי ודמי לתרומה ונטמאת, אבל ר"י פליג סבר

דחשיב שינוי כיון שאין צורתה דומה לשאר המטבעות שיוצאים עכשיו, ודומה לפירות והרקיבו.

וביאר הקו"ש אות קכ"ח שנחלקו מהו הגדר של היזק ניכר, האם צריך שיהא היזק בגוף החפץ ממש, או דאין צריך שיהא ניכר שגוף החפץ מופסד, אלא דסגי מה שניכר אצל בנ"א שהוא מופסד ולכן היכא שבנ"א דנים אותו כמופסד חשיב שהחפץ מוזק, ולכן כאן במטבע שאם אנו משוים אותם לשאר המטבעות הוא שונה חשיב היזק ביחס לבנ"א, אבל ר"ה סבר שצריך היזק בגוף החפץ ממש, ולכן אין כאן שינוי בחפץ מזמן הגזילה.

עי' באו"ש פ"ג מחמץ ה"ט שכתב לתלות פלוגתת החק יעקב והקצה"ח [שהובא לעיל] אם גזל חמץ ומחזירו בפסח יכול לומר לו הרש"ל במחלוקת ר"ה ור"י, דלר' יהודה דחשיב היזק ניכר ה"ה התם דפת זו ביחס לשאר הפת בפסח חשיב היזק ניכר כיון שבתוך הפסח צורת הפת היא מצה, אבל לר"ה בעינן שיהא החפץ בעצמו ניכר וזה ל"ש התם בחמץ בפסח, ועי' לעיל בתוס' מה. ד"ה השתא שכתבו דשור הנסקל שהתפיסו ב"ד חשיב היזק ניכר, כיון שהכל יודעים שסופו ליסקל, ולמבואר הכא לכאורה הוא תלוי במחלוקת ר"ה ור"י שהרי לא נעשה שינוי בגוף השור, אלא שבנ"א יודעים שעומד ליסקל.

חילוק בין הלואה לגזילה במטבע שנפסל

תוס' ד"ה המלוה על המטבע. דעת רש"י ותוס' דסוגין מיירי באופן שהוא התנה שיפרע מטבע, אלא שנחלקו דרש"י סבר

דמיירי הכא כשהתנה לקבל מעות עבור מכירה ותוס' פליגי דמיירי אף בהלואה, אבל בלא תנאי בכל הלואה לכו"ע נותן לו מטבע שהלואהו וא"צ ליתן לו מטבע היוצא באותו שעה, וכתבו תוס' דלא דמי לגזלן שמשלם מטבע היוצא באותו שעה, דהיינו שצריך לשלם לפי השויות של שעת הגניבה, דגזלן צריך להשלים את החסרון שלקח, שזה כולל גם השויות הממונית ולכן לא סגי אם יחזיר מטבע.

אבל בהלואה החיוב הוא להחזיר לפי המטבע שקיבל, ואף שנפסל הוה ליה כהוול דמבואר בגמ' ב"מ דאם הלואהו חטיין והוולו נותן לו חטיין הוקרו נותן לו דמיהן של שעת ההלואה, דמהתם חזינן שעיקר ההלואה היא להעמיד את החפץ שקיבל, ומכיון שאם היה לו חטיין היה מחזיר חטיין לכן מחזיר לפי השווי של חטיין של אותו שעה שע"ז הוא עיקר ההלואה להעמיד את מה שקיבל, [ועי' קו"ש אות ק"ל מה הביא משו"ת הריב"ש], ועי' בחזו"א סי"ז ס"ק כ"ח שכתב דכיון דבסתמא לא מסיק אדעתיה שיפסלו המטבעות לכן עיקר החוב נקבע על המטבע ולא לפי השויות.

אולם כתב בקו"ש דמבואר מדברי התוס' דגדר של מטבע שנפסל הוא דחשיב כהוול, והביאור בזה דאם נפסל לגמרי שאין לו ערך כלל פשיטא שאין יכול להחזיר לו, דאין לזה שם מטבע אבל כיון שאף אם נפסל יש לו ערך מחמת הנסכא שבו לכן חשיב כהוול ויש לזה תורת פירעון, אבל במטבעות כהיום דאין לו ערך מצד עצמו היכא שנפסל לא חשיב מטבע ואין לזה תורת פירעון.

שיטת הרמב"ם

במטבע שנפסל בהלואה

הרמב"ם פ"ד ממלוה הי"א דייק במגיד משנה דסבר שזהו הלכה בכל הלואה שצריך להחזיר כמה ששעה עכשיו, וסבר הרמב"ם שאין חילוק בין גזילה להלואה ואף בהלואה החיוב הוא על השויות של הדמים ולא להחזיר מטבע, וצ"ע ממה שהוכיחו התוס' מהא דהלואהו חטיין והוולו. **ומדברי** החזו"א י"ז כ"ג נראה שנחלקו הרמב"ם ותוס' איך לדון את הלואה של מטבע האם לדון אותה כהלואות פירות ולכן כמו שבהלוהו חטיין מחזיר חטיין ולא שויות של ממון של חטיין של שעת ההלואה, או דיש חילוק בין הלואה של פירות שבזה אין ההלואה מתיחסת לערך הממון רק לחטיין, משא"כ במטבע ההלואה היא על השויות של ערך הממון ולכן צריך ליתן לו מטבע היוצא באותו שעה שצריך להחזיר לו שויות של הממון, והתוס' ס"ל דהלואה של מעות נמי חשיב כהלואה פירות.

עי' במחנ"א דיני רבית סכ"ו שהק' לפי התוס' שיש חילוק בין אם הלואה סתם להיכא שהתנה, דעיקר החיוב הוא מטבע של ההלואה, א"כ מה מהני שיקצוץ ליתן לו מטבע היוצא באותו שעה דבמה זכה בזה הא הכסף אינו קונה את הזהב, ולמבואר בחזו"א א"ש שיש לפרש כל הלואה בתרתי או הלואה על השויות או על גוף הדבר ולכן כשמתנה ההלואה מתפרשת על השויות.

במש"כ תוס' דרב ושמואל כר"ה ס"ל

תוס' בא"ד. ונראה דרב ושמואל ס"ל כר"ה דלעיל דלר"י דחשיב מטבע שנפסל

מנחת

דף צו ע"ב

משה

שמו

נותן לו מטבע היוצא באותו שעה, הפנ"י ביאר דכונת התוס' דמשמע בגמ' דכל מה שנחלקו רב ושמואל הוא בהלואהו על המטבע האם נותן לו מטבע היוצא באותו שעה או דיכול לומר לו לך הוציאו במישון, אבל בסתם הלואה דל"פ אלא סברי דנותן לו מה שהלואהו אף אם לא יוצא כלל במקום אחר נמי חשיב פרעון, ולר"י דסבר דמטבע שנפסל אין יכול לומר לו הרש"ל ה"ה דלא חשיב פרעון חוב כלל.

אמנם בנתה"מ בסי' רצ"ב ס"ק י"א כתב לבאר בדעת התוס' דאין כונתם שמטבע שנפסל ואין יכול להוציאו בשום מקום, דבהלואה יכול להחזיר לו, אלא כונת התוס' דהוא מטבע שנפסל ויש לו דרך להוציאו במקום אחר, ועי' בחזו"א שם משה"ק ע"ד.

דף צו ע"ב

הא של אחרונים

דומיא דראשונים מחללין

גמ' הא של אחרונים דומיא דראשונים מחללין. צ"ב דלרב נמי תקשה אמאי מחללין הא אינו יוצא באותו מקום, והרשב"א תי' בשם הראב"ד די"ל דרב תנא ופליג, ועוד כתב דרב ע"כ סבר דנותן לו מטבע היוצא באותו שעה משום שהתנה שבזה יהא הפרעון, אבל ר"נ דסבר דבעינן דאית ליה אורחא למיזל למישון ע"כ סבר דאין לזה שם מטבע אם אין יכול לילך לשם וה"נ לענין מעשר שני דבעינן שיחלל על מטבע וזהו דמקשה הגמ',

וכ"כ הפנ"י ומהדורא בתרא למהרש"א ועי"ש שכתבו דא"א לפרש דלר"נ נמי משום תנאי דא"כ מה מהני שיכול לצאת במישון, ועי' בחזו"א סי"ז ס"ק כ"ה.

אמנם ברש"י בסוגין נראה באופן אחר, דבד"ה אין מחללין כתב דהא דאין מחללין אם המטבע אינו יוצא במקום שמחלל משום דבעינן מצוי בידך וליכא משמע מזה שזהו הלכה מיוחדת לענין מע"ש, [וכהא דמבואר לקמן צח. במטבע שנפל לים הגדול], וא"כ צ"ב מה מדמה הגמ' להא דשמואל שצריך שיהא ראוי להוציאו במישון, ואפשר דס"ל לגמ' דלשמואל דבעינן יוצא בהוצאה שווה לדרגה שבענין למע"ש שיהא מצוי.

דעת רש"י בביאור קושית הגמ'

רש"י ד"ה מחללין. ביאר דקושית הגמ' דע"כ א"א להוציא אותם במקום שיוצאים כיון שהרי צריך להוציאו בירושלים, צ"ב כונתו דא"כ מה מקשה הגמ' על ר"נ אף אם חשיב מטבע אם אין אפשרות לילך לשם, מ"מ לענין מעשר שני צריך לחלל על מטבע שיוצא בירושלים וכיון שא"א להוציאו חוץ לירושלים משו"ה לא יכול לחלל, ועי' ברשב"א שפירש דכונת הגמ' להקשות דמשמע דאחרונים דומיא דראשונים שאין לו דרך לילך לשם וע"כ דלא כר"נ.

ואפשר לבאר דהנה ברש"י בד"ה דלא בחשי מבואר דכונת הגמ' אית ליה אורחא למיזל למישון היינו שנצרך לילך שם, משמע מדבריו דלא סגי במה שיש לו אפשרות ללכת לשם אלא דוקא היכא שעומד לילך לשם.

וא"כ אפ"ל דסבר הגמ' דלענין מע"ש אף אם אפשר ללכת לשם חשיב לית ליה אורחא למיזל, כיון שמע"ש צריך להביא לירושלים ע"כ השם מטבע נקבע לפי אותו מקום שמחלל אם יוכל להוציאו שם או אם בירושלים יוכל להוציאו, ולכן אף אם יוכל להוציאו במקום אחר מ"מ חשיב כלית ליה אורחא למיזל למישון, ולכן מקשה הגמ' לר"נ דאם חזינן דאחרונים דומיא דראשונים מחללין משמע דאף אית ליה אורחא למיזל למישון יוכל לחלל.

ונמצא לפי"ז דלר"נ אף אם אית ליה אורחא למיזל למישון לא יוכל לחלל, ועי' בחזו"א ליקוטים סי"ט שכתב דלמסקנת הגמ' דשל בלל והם בבל יוכל לחלל ה"ה כה"ג רצ"ע, ועי' בספר אילת השחר.

מעוֹת של בבל והן כאן

גמ' מעוֹת של בבל והן כאן. הרמב"ם פ"ו ממעשר שני הי"ד כתב שיטה חדשה דתלוי במקום המצאות המחלל ולא במקום שהמעוֹת נמצאות עי"ש היטב, והראב"ד שם חולק על הרמב"ם שהכל תלוי היכן עומדים המעוֹת כדמשמע בסוגין.

ברש"י כתב והמעוֹת והבעלים בבלל, משמע מדבריו דהקפידא הוא בין על האדם ובין על המעוֹת.

דף צח ע"א

גזול על מנת לאבד

גמ' והני מילי דאדיי אדויי אבל שקליה בידה מיגזל גזליה. מבואר מדברי הגמ' דיש חיוב גזילה אף בגזול ע"מ לאבד, שהרי לא גזל כאן לעצמו אלא כדי לזרקו לים הגדול.

והקשה הש"ך בסי' שפ"ו סק"א מדברי הירושלמי שהובא בתוס' לעיל נו: בהא דמבואר במשנה בריש הכונס הוציאוהו לסטים לסטים חייבים דכ"ז רק אם הוציאוהו לגזולה אבל הוציאוהו לאבדה לא, ומשמע דאין חיוב גזילה היכא דגזל ע"מ לאבד, ותי' הש"ך שכל דברי הירושלמי אינו אלא לענין הא דמבואר התם שגזלן חייב בנזקי הבהמה כמו שומר ובזה יש חילוק בין אם גזל לעצמו או ע"מ לאבד, אבל הכא דמיירי לענין חיוב אונסים של גנב ובזה אף בגזול ע"מ לאבד חייב ועי' בפנ"י.

האבן האזל פ"א מנזק"מ ה"א ביאר דהסברא בזה הוא דהחייב שיש לגנב בנזקי הבהמה הוא מחמת הקנייני גניבה כדמבואר בתוס' נו: דכיון שיש לו זכות של קנייני גניבה לענין זה שקונה בשינוי ע"כ החפץ ברשותו נמי להתחייב בנזקי הבהמה, אבל בגזול ע"מ לאבד אין לו בזה קנייני גניבה לענין זה שיקנה בשינוי כיון שלא לקח את החפץ שיהיה שלו לכן אינו מתחייב בנזקי הבהמה.

אמנם נראה דאף בגזול ע"מ לאבד יש לו בו קנייני גניבה שהרי מבואר בסנהדרין עב. דל"ש חיוב אונסים אם החפץ אינו ברשותו, וזהו הטעם שכל גנב חייב באונסים כיון דיש לו בו קניינים אלא דאין אלימות לקנין כ"כ לענין שיקנה בשינוי.

ודומה לזה נתבאר לעיל צז. בשואל שלא מדעת דאע"פ שהוא גזלן וחייב באונסים, מ"מ כתב הראב"ד שאינו קונה בשינוי, והתם נמי ה"ט דלא דמי לכל גזלן דאין מתכוון להכניס את החפץ לרשותו אלא להשתמש בו ולהחזירו לבעלים לכן אינו קונה בשינוי, ועי' בתרומת הכרי סי' שפ"ו ס"ג.

החילוק בין מזיק לגולן במים צלולין

גמ' השבה בעי מיעבד. מבואר בגמ' דבגולן אף במים צלולין לא מקיים והשיב, והביאור בזה דבאדייה אדויי הטעם שפטור כשנפלו במים צלולין משום שלא החסיר מגוף החפץ כלום אין מתחייב מדין מזיק, ומה שצריך לטרוח ולשלם בשביל להוציאו לא חשיב מזיק אלא גרמא.

אבל בגזילה שנתחייב מיד בהשבה החפץ לא חשיב שמקיים והשיב אם לא משיב אותו לבעלים ממש, ועי' היטב בדברי הרשב"א בסוגין שמבואר כן, וע"ע בחזו"א סי' י"ג סק"ב.

היו לו מעות בקסטרא

גמ' כיצד היו לו מעות בקסטרא. פרש"י שהוא מקום רחוק שיש בו סכנת דרכים ואין יכול לילך לשם, וכ"כ בשטמ"ק בשם הראב"ד.

אמנם בהגהות היעב"ץ פירש דקסטרא הוא כעין 'בנק' שבו מפקדים כסף לשמורו שלא יגנב, וכח"ג חשיב אינו מצוי בידך, והוא חידוש גדול הוא שהרי בכל עת שירצה את המעות יכול להוצאים משם, וצ"ל דסבר דכיון שאינו מזומן אצלו חשיב אינו מצוי בידך.

בעיקר קושית הגמ' צ"ב דהא לגבי חילול מע"ש בעינן שהחפץ יהא ברשותו וא"כ מהו קושית הגמ' דאפשר שמצד דיני מזיק כיון שזה במים צלולים לא חשיב מזיק אבל כיון שהוא אינו ברשותו לא יוכל לחלל וצ"ע, ועי' באבן האזל פי"ב מגזו"א ה"ה, ועי' היטב ברשב"א.

זרק למים צלולין

באופן שא"א להוציאו משם

תוס' ד"ה עכורין וצלולין. מבואר מדברי התוס' דהעיקר תלוי האם יכול בר אמורא להוציאו משם, ואף במים צלולין אם אין לו אפשרות להוציאו משם חייב, והטעם דכל שלא נעשה חסרון בגוף המטבע וכל הנזק הוא מה שהרחיקו מהבעלים, ע"כ היכא שיכול להוציאו בקל לא חשיב נזק אבל אם לא יוכל להוציאו משם חשיב שהחפץ מוזק.

אמנם עי' בקצה"ח בסי' שפ"ו סק"ט שכתב דמדברי הרמב"ן נראה שחולק ע"ז וס"ל שאם נפל למים צלולין ואין אפשרות להוציאו משם בכל אופן הוא פטור כיון שהחפץ לא מוזק, ועי' באבי עזרי פ"ז מחובל ומזיק הי"א.

מעת הפטור בשף מטבע של חברו

גמ' ואמר רבה השף מטבע של חברו פטור מ"ט דהא לא עבד ולא מידי. צ"ב הא קלקל את הצורה שהיה על המטבע, ונמצא שהפסיד את השויות של המטבע ואמאי לא חשיב מזיק בידים, והביאור בזה נראה דיסוד החיוב של מזיק הוא אינו מה שהפסיד את השויות של החפץ, אלא החיוב הוא מה שמחסר ומקלקל את עצם החפץ, ולכן במטבע כיון שעיקרו של מטבע אינו הצורה אלא הוא הנסכא שבו, לכן אם לא הפחית מגוף הנסכא כלום לא חשיב נזק כלל, אע"פ שניכר ההפסד דקודם היה עליו צורה ועכשיו אין צורה, וזהו נמי הסברא בזרק מטבע לים הגדול דלא חשיב מזיק משום דלא קלקל או הפחית את

המטבע, ועי' בחזו"א סי' י"ג סק"ב שכתב דרק במטבע כיון שבקל יכול להחזיר, או דאין צורתה אלא סימן לכן לא חשיב מזיק.

ונראה דכונתו למש"כ דיסוד הדין של מזיק הוא קלקול בעצם הדבר, ולכן מטבע כיון דהצורה אינו עצם השויות אלא סימנא לכן לא חשיב מזיק, וכתב שם החזו"א דהא דמבואר לעיל כח ע"ב דטינפו כליו במים חשיב נזק או כתם בבגד חשיב נזק, כדמבואר בנדה אע"פ שעצם הבגד לא נתקלקל, דהתם כיון שעצם הבגד עומד לכך שיהא נקי לכן המציאות הזאת שמראה הבגד מלולכך זה עצמו חשיב קלקול בעצם הדבר ולכן חשיב מזיק.

ומפורש כן בגמ' לעיל כג ע"ב דשף צלמי חשיב מזיק של שן, ופרש"י שם שקלקל צורה שע"ג הכותל ולא החסיר כלום, והביאור כמש"כ דהתם כיון שעיקר השימוש של הצורה הוא ליופי ע"כ קלקולו זהו חסרונו, ועי' בש"ך סי' שפ"ו סק"ז שכתב דאם שבר כלי ל"ד לשף מטבע דחשיב מזיק בשבירתו.

והנה בהא דנחלקו בגיטין אם היזק שאינו ניכר שמיה היזק או לאו שמיה היזק, יש להקשות למד"א דשמיה היזק הא לא נעשה קילקול בגוף החפץ, ולמבואר נראה דסברא זו רק במטבע שהצורה אינו מגוף הדבר, ע"כ ל"ד להתם כגון בתרומה שנטמאת דכל ענין התרומה היא שתאכל, ולכן אם אי אפשר לאכלו אע"פ שאינו ניכר ההיזק חשיב קלקול בגוף הדבר, ומד"א לאו שמיה היזק סבר דכיון שלא ניכר בפועל לא חשיב היזק ניכר, ועיין בכ"ז.

אמנם המרדכי כאן כתב דאם שבר כלי לחברו ואפשר לתקנו אף אם צריך לשלם ע"ז פטור כיון דהוה גרמא בנזקין, כדמבואר לענין שף מטבע דפטור כיון דאפשר להחזירו, ומבואר מדברי המרדכי דכונת הגמ' דכל דבר שאפשר להחזירו לקדמותו חשיב שלא נעשה חסרון או קלקול בגוף הדבר, וכ"כ היש"ש סי"ז, ועי' במחנ"א נזק"מ ס"ז ונתה"מ סי' ש"מ מש"כ בנדון זה.

והנה הגמ' מקשה מהא דהכהו על עינו וסימאה או על אזנו וחרשו דיוצא לחרות אע"פ שלא חסרו, ונראה דכונת הגמ' דמדחזינן דחייב להוציא לחרות ע"כ דחשיב מזיק אע"פ שלא נחסר ממנו כלום, ולמבואר צ"ל דסבר הגמ' מה שנתחרש לא חשיב חסרון כיון שעצם האדם נשאר קיים, וגרע מטינפו כליו משום דהתם עיקר הבגד עומד לכך שישאר נקי לכן כל טינוף חשיב חסרון, אבל אדם אין עיקרו עומד לתשמישים, ויש להוסיף יותר מזה דמבואר דנזקי אדם לא חשיב כמו כל מזיק דחמשה דברים חשיב קנס דל"ש הפסד לגבי אדם עי' בחי' הגר"ח הלכ' טוען, ולכן קסבר הגמ' דלא חשיב חסרון, ומשני דל"ש בלא טיפת דם וזהו החסרון שלו ולכן חשיב מזיק.

בתום' דרבה סבר פסלתו מלכות אינו כנסדק

תום' ד"ה השף מטבע של חברו. כתבו תוס' דע"כ רבה סבר דפסלתו מלכות אינו כנסדק דאי חשיב נסדק א"כ כ"ש שף מטבע חשיב נסדק וכ"כ הרשב"א, וכונתם דאם פסלתו מלכות חשיב שינוי לגבי גזילה שאינו

כעין שגזל, ע"כ דכל מטבע שאינו יוצא בהוצאה חשיב נזק א"כ אף שף מטבע חשיב נזק, מבואר מדבריהם דכל היכא דחשיב שינוי בגזילה ע"כ דמעשה כזה חשיב מזיק, ולכן לרבה דלא חשיב מזיק ע"כ התם נמי לא חשיב שינוי, ולמבואר באות הקודם דפסידת הצורה לא חשוב הפסד משום דעיקר המטבע הוא הנסכא ולא הצורה, א"כ י"ל דר' יהודה דפליג התם וס"ל דפסלתו מלכות חשיב שינוי ה"ה כאן פסידת צורה חשיב מזיק.

ונראה לפי"ז דלר"י ע"כ צ"ל דסבר שהצורה של מטבע הוא חלק מעצם השוויות של המטבע ולכן חשיב מזיק, ולפי"ז אין הכרח למש"כ לעיל בשם הקו"ש שהמחלוקת ר"י ור"ה הוא האם היזק ניכר הוא רק באופן שנעשה היזק בעצם החפץ ממש, או דכיון שבנ"א דנים אותו כמופסד חשיב הפסד, אלא דלכו"ע צריך הפסד בגוף החפץ, אלא שנחלקו האם הצורה של המטבע חשיב חלק מעצם השוויות של המטבע, ור"ה סבר דלא חשיב בעצם השוויות לכן לא חשיב שינוי ואין חיוב מדין מזיק, ור"י סבר דחשיב שינוי ומשונה חייב מדין מזיק.

והנה הרשב"א הקשה דהא מבואר לעיל צו: דזוזי ועבד נסכא קונה דחשיב שינוי, ולמבואר כאן דשינוי צורה בחפץ לא חייב מדין מזיק א"כ אמאי חשיב שינוי, וכתב הרשב"א ז"ל ושמא י"ל דהתם מתכוון לגזל בדעבדינהו נסכא קונהו בשינוי אבל הכא נראה שאין מכון לגזלו אלא לחסר ממנו וכל שאינו מחסר בגופו ממש לא מיקרי חסרון עכ"ל.

הקצה"ח סי' שפ"ו סק"ט הבין דכונת הרשב"א דהכא הוא נדון של מזיק וכה"ג ששינה את הצורה לא חשיב מזיק,

אבל התם מיירי שכבר גזלו א"כ חשיב שינוי לגבי גזילה, ובזה מישב דעת הרמב"ם שפסק לענין פסלתו מלכות דחשיב שינוי והוה כנסדק והכא בשף מטבע פסק דחייב רק מצד גרמי אבל מצד מזיק בידים פטור, ולמבואר בתוס' ע"כ ר' יהודה התם סבר דשף מטבע חשיב מזיק, וכתב בקצה"ח דלמבואר ברשב"א א"ש דיש לחלק בין מזיק לשינוי של גזלן, אמנם צ"ע שהרי הרשב"א עצמו כתב בתוס' כאן דרבה סבר כר"ה והיינו שדימה דדבר שהוה שינוי לגבי גזילה הוא סברא להחשיב מזיק, וכבר עמד ע"ד הקצה"ח באבי עזרי הלכ' חובל ומזיק, וע"כ כתב דכונת הרשב"א דאה"נ שינוי צורה לא חשיב מזיק, אבל התם כיון שכבר גזל את החפץ ועשה בו שינוי לא הוה כעין שגזל וכמו בכל שינוי השם שקונה דלא הוה כעין שגזל אע"פ שלא הוה מעשה מזיק.

והנה הקצה"ח הביא דהש"ך כתב דשף מטבע אם הגביהה קודם לכן חייב כיון שנעשה גנב ע"ז קודם לכן, והקצה"ח הקשה עליו דמדברי הגמ' לא משמע הכי, מדלא קאמר הגמ' והנ"מ היכא דאדייה אדויי כמו שאמרה הגמ' קודם לכן לגבי זורק מטבע לים, ולכן כתב הקצה"ח דה"ה היכא שגזלו קודם לכן פטור דלא חשיב שינוי וכמש"כ התוס' דלא חשיב מזיק כלל.

אמנם למבואר ברשב"א ע"כ כה"ג אם שף לאחר שגזלו חשיב שינוי וכמש"כ הש"ך והנה בתוס' רי"ד כאן כתב להדיא דה"ה היכא שהגביה קודם ששף ג"כ פטור, וא"כ צ"ב מהו החילוק מהא דמבואר לעיל צו: דזוזי ועבד נסכא דחשיב שינוי, ונראה דיש לחלק דהתם מיירי שלא רק הפסיד את

הצורה של המטבע אלא שהחזירו להיות סתם חתיחת נסכא ולא רק שקלקל את הצורה של המטבע ולכן כה"ג חשיב שינוי, אבל אם רק הפסיד את הצורה לא חשיב שינוי כמו שמבואר בסוגין דאם לא חשיב מזיק ה"ה לא חשיב שינוי לגבי גזילה דתלוי זה בזה.

מום הפוסל קרבן אם חשיב שינוי

תוס' ד"ה הצורם אוזן פרתו וכו'. וי"ל דמתני' מיירי בבהמה קדושה דודאי למזבח קיימא, צ"ב דלפי מש"כ התוס' בקושיתם לדייק דמתני' מיירי דוקא היכא שנפל מום מעצמו אבל אם עשה מום בידים חייב, קשה דאם מה שעשה מום בידים חייב א"כ אמאי אם נפל מעצמו אומר לו הרש"ל הרי נעשה שינוי, הא מבואר בגמ' בגיטין נג. דאם היזק שאינו ניכר שמיה היזק ה"ה דחשיב שינוי לגבי גזילה ולא יכול לומר הרש"ל, וכיון שאם היזק בידים חייב נמצא שהוא שינוי, ובתרומת הכרי בסי' שס"ג כתב לבאר דדעת רבה דחייב מדין קנס, וכדמבואר בגיטין דקנסו בהיזק שאינו ניכר אם עושה בידים.

הקו"ש אות קי"ד כתב לבאר דס"ל לתוס' דאף אם חייב מדין מזיק אינו סברא דיחשב שינוי לגבי גזילה שלא יחשב כעין שגזל, וכדחזינן בתוס' לעיל נו: שכתבו לחלק לענין פירות שהקריבו מקצתן דלא חשיב שינוי לגבי גזילה ויכול לומר לו הרש"ל [כדמבואר בע"ב], אע"פ שלגבי שומר חשיב שינוי וחייב לשלם על הפחת משום דחשיב שנעשה כאן נזק, וכתב בקו"ש דמוכח כן והרי זה פשוט דלא כל היכא שחייב מדין מזיק חשיב שינוי

דהא כתבו התוס' לקמן ק. שאם שרץ מונח על הטהרות חשיב היזק ניכר, אבל לגבי גזילה פשיטא שיוכל לומר הרש"ל שהרי עצם הגזילה לא נשתנתה, ומבואר מדבריו דכל מה דמבואר בגיטין דאם חשיב מזיק לא יכול לומר הרש"ל לאו כלל הוא בכל מקום, וצ"ב מה הסברא באמת דשונה מתרומה ונטמאת שלא יוכל לומר הרש"ל, וצ"ל דהתם אף שאינו ניכר בעצם מ"מ אי היזק שאינו ניכר שמיה היזק יש כאן שינוי בכל הפירות דכולם נטמאו, אבל כאן המום לא נעשה בכל הבהמה אלא רק בחלק ממנה ואע"פ שהיא נפסלה מ"מ השינוי לא נעשה בכלו ולכן לגבי גזילה יכול לומר לו הרש"ל.

ונראה ראה למש"כ בקו"ש שמזיק חמור מגזלן, מהא דכתבו התוס' לעיל שאם שף מטבע פטור מדין מזיק ע"כ גם בגזלן יכול לומר הרש"ל, ולכן כתבו דלר' יהודה דפסלתו מלכות לא יכול לומר הרש"ל חייב מדין מזיק, ומבואר דיותר סברא יש לחייב מדין מזיק ואם פטור במזיק כ"ש שגזלן יכול לומר הרש"ל.

ונראה דהא דחייב אם עשה מום בידים ע"כ הוא מדין מזיק, דהא חזינן שאם נפל מום מעצמו מקיים חובתו והשיב ויכול לומר הרש"ל וע"כ דחשיב כעין שגזל, ומוכח מתוס' שחולק על הראב"ד שהובא לעיל דאין לגזלן חיובי מזיק דמדחזינן שחייב אם עשה מום בידים אע"פ שיכול לומר לו הרש"ל.

והנה ברשב"א כתב כמש"כ התוס' דהיכא שעשה מום בידים חייב, וצ"ע דברשב"א בדף צז. מוכח דסבר כהראב"ד שלגזלן אין חיוב של מזיק ונמצא לפי"ז סתירה

מנחת

דף צח ע"ב

משה

שעג

בדברי הרשב"א, נולמש"כ לעיל לדחות דאין ראייה מדברי הראב"ד דכונתו התם להזיק שמחמת השתמשות בספינה אבל אף גזלן חייב אם הזיק החפץ א"ש], ולדעת הראב"ד צ"ע מה שדייקו התוס' דמשמע במתני' דרק אם נפסל בו מום אבל עשה מום בידים לא, ועי' בתוס' רי"ד שכתב דה"ה אם עשה מום בידים וחולק על תוס'.

ריש"י במשנה חולק על תוס' שכתב לפרש דהטעם שאומר לו הרש"ל משום דכל בהמות לאו למזבח קיימי, מבואר מדבריו דמיירי בבבהמת חולין, וצ"ב א"כ מה החילוק בין אם נפל בו מום או עשה בידים הא דבשניהם הא לאו למזבח קיימי, והנה ברש"י שם כתב דעשה המום בדוקין שבעין שאינו ניכר, ובב"ח הגיה אפי' שניכר, ולפי הגירסא שאינו ניכר י"ל דאם היה עושה המום בידים היה חייב מדין מזיק ובמשנה משמע שאומר לו הרי שלך לפניך ונפטר בזה וא"צ לשלם לו עוד מה שהזיק, מבואר לפי"ז דדעת רש"י ותוס' דלא כהראב"ד ולגזלן יש חיוב של מזיק, ועי' לקמן בע"ב שמוכח כן מדעת רש"י, וע"ע בתרומת הכרי סי' שס"ג מש"כ לבאר ברש"י.

תוס' ד"ה הא קמ"ל. ועוד י"ל דרבה סבר הזיק שאינו ניכר לאו שמיה הזיק וכו', וביאר הפנ"י דהא דקאמר רבה כל בהמות לאו למזבח קיימי היינו שאם כל הבהמת היו עומדים למזבח אע"פ שהנזק לא היה ניכר, מ"מ חשיב הזיק ניכר כיון שאין לו מה לעשות בזה.

ובתב בקו"ש אות קט"ו דמה שכתבו תוס' לעיל דבבהמת קדשים חייב בעושה

מום בידים, היינו כפי התי' הראשון דצורם אוזן פרה הוה הזיק ניכר, משום שלפי תי' הב' דלא חשיב הזיק ניכר ה"ה בבהמה שהקדישה אינו חשיב הזיק ניכר.

דף צח ע"ב

תוס' ד"ה נכתוב ליה שטרא. ל"ש הכא מפיהם ולא מפי כתבם, כתב בקו"ש אות קמ"ג דצ"ל דכונת התוס' הוא "לעזר מפי עד", דהרי בכל שטר קשה אמאי אין חסרון של מפי כתבם.

הטעם שחמץ בפסח הכל מצווים לבערו

גמ' שהכל מצווים לבערו. הקו"ש אות קל"ד כתב שנחלקו הראשונים בהא דמבואר בפסחים דף ה ע"ב דלא יראה 'לך' אבל אתה רואה חמצו של עכו"ם האם נתמעט בזה גם חמצו של ישראל אחר, ולדעת הפוסקים דכל המיעוט הוא על חמצו של עכו"ם אבל בחמץ של ישראל כל ישראל עוברים עליו ואיכא בל יראה, א"כ כונת הגמ' כפשוטו הכל מצווים לבערו משום שלא יעברו על איסור ב"י, אבל לדעת הראשונים דאף ישראל אינו עובר על חמצו של ישראל אחר, צ"ל דכונת הגמ' היא דחייב לבערו משום שחייב להפריש אותו מאיסור, וכן כתב במ"ב בסי' תמ"ג ס"ק י"ד, ובשעה"צ שם ס"ק כ' כתב דמדברי הגמ' משמע דהחויב לבער הוא משום שעובר בב"י. **אולם** עי' שעורי הגר"ש פסחים דף ד ע"ב שכתב דהצל"ח בפסחים כט. כתב נמי דאף לדעת הפוסקים שישראל אחר עובר בב"י כ"ז רק כשהוא ברשותו, אבל אם הוא ברשות בעל הבית פשיטא שאינו עובר בב"י.

וע"ע בשטמ"ק לעיל בשם הר"מ מסרקסטה שכתב דבגזל חמץ לא הגזול ולא הנגזל עוברים בבל יראה, ולפי"ז צ"ל דהא דהא דמבואר כאן דהכל מצווים לבערו, הוא בשביל שלא יכשל באיסור אכילה, ועי' בשעורי הגר"ש שהאריך בדעת הר"מ מסרקסטה.

דעת הרי"ף בגרמי

גמ' מאן דדאין דינא דגרמי מגבי דמי שטרא מעליא. כתב הרי"ף דלא מימר דחייב מדינא דגרמי ה"ה בכל מה שאמר רבה לעיל דפטור חייב מדינא דגרמי.

אבל הרא"ש הביא דהראב"ד הקשה על הרי"ף דאיך אפשר לומר דבזורק מטבע וצורם אוזן חייב מדינא דגרמי דא"כ מה מקשה הגמ' מהא דמעשר שני, דאם חייב מדינא דגרמי ע"כ דחשיב נזק וא"כ א"ש דלכן לגבי מעשר שני לא יכול לחלל כיון שאין כאן מטבע, וע"כ דליכא כאן חסרון ונזק במטבע, והטעם דפטור משום שהוא גרמא שצריך לשלם לבר אמורא שיוצא אותו מהמים, וע' בקצה"ח שפ"ו סק"י בכ"ז.

קטן שהזיק

אם חייב כשיגדיל

חזוה עובדא וכפייה רפרם לרב אשי וכו'. פירש רש"י שגבה מה שהזיק בילדותו, בהגהות אשר"י לעיל פרק החובל הוכיח מדברי רש"י דקטן חייב בנזקין שעושה לכשיגדיל, וחולק על הרא"ש שם שפוטר. **ועי'** בשו"ע תכ"ד ס"ח דפסק דקטן שהזיק פטור מלשלם, ובגר"א שם כתב דזהו שלא כדעת רש"י, ועי' בט"ז או"ח סי' שמ"ג סק"ב מש"כ בדעת רש"י.

ביאור פלונתת ר"י ורבנן

גמ' מאי לאו בהא קא מיפלגי דר"י סבר אין אומרים באיסורי הנאה הרי שלך לפניך ורבנן סברי אומרים באיסור הרש"ל, לכאורה נראה שנחלקו אם היזק שאינו ניכר שמים היזק או לא, וכדמבואר בגיטין נג. דאם שמים היזק לא יוכל לומר הרש"ל, וכן נראה מדברי הקו"ש באות קל"ז.

עי' בבית הלוי ח"א סמ"ח אות ח' שכתב לבאר שנחלקו האם יש זכיה באיסורי הנאה, וצ"ב כונתו הא בגיטין מבואר דאי היזק שאינו ניכר לאו שמים היזק יכול לומר הרש"ל ולא משמע דרך משום שיש זכיה באיסורי הנאה אלא דכיון שזהו החפץ שגזל יכול לומר הרש"ל.

גומרין דינו של שור שלא בפניו

גמ' אלא אמר רבה הכא בגומרין דיני של שור שלא בפניו וכו'. מבואר דלכו"ע אומרים באיסורי הנאה הרי שלך לפניך, אלא שנחלקו האם גומרים דינו של שור שלא בפניו, והיינו דלכו"ע היזק שאינו ניכר לאו שמים היזק אלא דכיון דלרבנן אין גומרים דינו של שור שלא בפניו לכן חייב וכתב רש"י דהא דלרבנן לא יוכל לומר הרש"ל דדוקא בחמץ בפסח משום שהוא איסור שבא מעצמו אבל כאן יכול לומר לו את קטליתך בידים שהבאתו לב"ד, וכ"כ רש"י לעיל מה ע"א דחשיב מזיק בידים, ובגמ' מבואר דאף בגזול הדין כן דלאחר שנגמר דינו לא יוכל לומר הרש"ל, וכן כתב רש"י דסיפא דמתני' דתני או שהיה יוצא ליסקל ר' יעקב היא ולא רבנן, משום דלרבנן לא יוכל לומר הרש"ל.

מנחת

דף צח ע"ב

משה

שעה

וצ"ב דכיון שהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק ולא חשיב שינוי בחפץ א"כ אמאי חייב כשהתפיסו לב"ד, וכתבו האחרונים משנ"ל פ"ג מגזילה ה"ד דכונת רש"י דחייב משום קנס כדמבואר בגיטין דאף אם היזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק מ"מ קנס היכא דעביר במזיד, ולפי"ז כתבו לישב כל הקו' של תוס' על רש"י לעיל מה ע"א.

אמנם בחי' בית מאיר לעיל הקשה ע"ז דמשמע דחייב לשלם כמה שהיה שווה הבהמה בשעת הגזילה, ואם כל החיוב הוא מדין מזיק א"כ צריך לשלם כמה שהיתה שוה בשעה שמסר אותה לב"ד והרי באותה שעה לא שוה הרבה כיון שהשור עומד ליסקל, ועי' בתרומת הכרי סי' שס"ג מש"כ לתמוה ע"ז, ולכן כתב בתרוה"כ לבאר דאף שמצד הלכות מזיק פטור כיון שהוא היזק שאינו ניכר מ"מ כיון שעשה ההפסד בידים אין יכול לומר לו הרש"ל, [ואפשר דהסברא בזה הוא דכיון דבזה שא"א לבעלים יותר להשתמש בחפץ זהו המשך למעשה הגזילה ולכן לא יכול לומר הרש"ל], ובזה מישב התרומת הכרי מש"כ בתוס' בע"א דמשמע במשנה שאם הטיל מום בבהמה בידים דאין יכול לומר הרש"ל, דלאו מדין מזיק הוא אלא שאף אם אינו מחויב מדין מזיק לא יוכל לומר הרש"ל, ועי' פרי יצחק ח"ב סנ"ח מש"כ בכ"ז.

ולפי"ז יש לישב מה שהקשנו לעיל בדעת הרשב"א דסבר שגזלן שהזיק את החפץ פטור, והרשב"א כתב שאם הטיל מום בידים לא יוכל לומר הרש"ל, ומשמע שחייב מדין מזיק, ולמבואר אע"פ שאין חיוב מזיק מ"מ לא יוכל לומר לו הרש"ל.

דעת התוס' לעיל מה. דלא כרש"י ואין חילוק בין אם ב"ד תפסו אותו בידים לבין אם הם עצמם תפסו אותו, אלא שסברת רבנן היא דכיון שבא ליד ב"ד חשיב היזק ניכר, ויש לעיין לדעת רב הונא דסבר לעיל צו. דפסלתו מלכות לא חשיב שינוי ונתבאר בשם הקו"ש דכל דלא נעשה היזק בגוף החפץ אין לו דין מזיק, א"כ אמאי אם בא ליד ב"ד חשיב היזק ניכר הא לא נעשה שינוי בגוף החפץ, ונראה מכאן ראייה למש"כ בדעת התוס' דסברת ר"ה הוא רק במטבע משום שהצורה אינו עצם השויות של המטבע, ולעולם א"צ היזק בגוף החפץ.

הרמב"ם פרק י"א מנזק"מ ה"ט פסק לענין שומר שאם נאסר השור אין יכול לומר הרש"ל וחייב לשלם, ולגבי גזלן פסק הרמב"ם כסתמא דמתני' דאומר לו הרש"ל, וצ"ע דבגמ' מדמה שומר וגזלן להדדי ומפורש בגמ' דלרבה אף בגזלן לרבנן לא יוכל לומר הרש"ל אלא צריך לשלם כשעת הגזילה.

ועי' קו"ש אות קל"ו שביאר דסבר הרמב"ם שרק לגבי שומר שחייב מדין מזיק אין יכול לומר הרש"ל, אבל בגזלן הרי לא נעשה שינוי בגוף הגזילה ולכן יכול לומר הרש"ל.

כאן שהרקיבו מקצתן

גמ' כאן שהרקיבו כולן כאן שהרקיבו מקצתן. הסמ"ע סי' שס"ג סק"א כתב שכונת הגמ' מקצתן היינו מקצתם ממש, אבל אם רובן הרקיבו או מחצה לא יוכל לומר לו הרי שלך לפניך, משמע מדבריו דהיכא שהרקיבו מקצתם הטעם שיוכל לומר הרש"ל דאין דנים

את הגזילה שהיא נשתנתה ולכן יוכל לומר הרש"ל דרך מקצת מהפירות הרקיבו ושאר הפירות קימים.

בחי' הגר"ח הלכ' גזו"א כתב דאף אם יוכל לומר לו הרש"ל מ"מ צריך לשלם לו את מה שנפחתו הפירות שהרי לא מקיים והשיב בפירות שהרקיבו אלא דכיון שרק מקצתן הרקיבו לא נתבטל והשיב מהגזילה, ורק אם הרקיבו מחצה או רוב דלא שייך קיום של והשיב דחשיב שבכל הגזילה לא יוכל לקיים והשיב.

אבל בש"ך שם סק"ו כתב דכונת הגמ' הרקיבו היינו עם הכנימה אבל הרקיבו ע"י התלעה הרי הן כבריא, מבואר מדבריו דסבר דכונת הגמ' הרקיבו לא שהרקיבו ממש ואינם ראויים לאכילה, אלא שכל הפירות כולם הרקיבו מקצת, ולכן רק אם הרקיבו מקצתן אבל כולם לא, ולדברי הש"ך הכונה מקצתן הוא באיכות של הפרי ודלא כהסמ"ע בכמות של הפרי, ועי' בנמוק"י כאן דמשמע כהש"ך שכתב דמקצתם אומר הרש"ל משום שכן הדרך של הפרי שמקצתו מתליע, ועי' בחזו"א בסי' י"ז סק"ט ו"ו ובסי' כ' סק"ג, ובמה שהשיג בגליונות על הגר"ח שם.

דף צט ע"א

גדר דין אומן קונה בשבח כלי

בדין אומן קונה בשבח כלי כתב הרשב"א בסוגין וז"ל אומן קונה בשבח כלי ואף כל שבחו ובשקלקלו לאחר שהשביחו לפי שאין דעתו של האומן להשביח לצורך בעל הכלי לחייב את עצמו בתשלומי נזקו, וכן

דעתו ג"כ להשביחו לעצמו ולקנות בו שכרו אע"פ שלא קלקלו אבל לכו"ע בשלא קלקל אינו קונה כל שבחו שע"ד שיהא שבח של כלי לבעלים הוא מתקנה ומשביחו עכ"ל.

נראה מדברי הרשב"א שהשבח שעושה האומן שיך לבעלים משום שדעת האומן להקנות אותו לבעלים, אבל שבח בשיעור שכרו דעת האומן לקנות בעצמו, וכן לענין נזקי הכלי כונת האומן שאם יזיקו את הכלי לא מקנה את השבח לבעלים, משמע דבלא שיקנה האומן השבח לבעלים כל השבח שלו האומן.

והביאור בזה י"ל דהנה בחידושי הגר"ח פכ"א מהלכ' מלוה ולוה שכתב בשם הירושלמי שאם יורד לשדה הפקר הפירות והשבח שלו וחייב במעשר, משום דהא דזוכה בעל הקרקע בשבח בעלמא הוא מדין ארעי אשבח, אבל בשדה הפקר דל"ש לומר ארעי אשבח זוכה המשביח בשבח, נמצא דהמשביח יש לו סיבה לזכות בשבח, ולפי"ז י"ל דבקרקע דהשבח נוצר אף מחמת הקרקע לכן זוכה בזה בעל הקרקע אבל אומן שעושה כלי שהוא המשביח יש לו סיבה לזכות בשבח.

וכתב הנתה"מ סי' ש"ו סק"ד דלפי הרשב"א אף אם אומן שעושה בחינם נמי פטור אם הזיק כיון שבעצם השבח היה צריך להיות של האומן, אלא כיון שמשביח עבור בעה"ב ע"כ מקנה אותו לבעה"ב, לכן כ"ז רק לגבי השבח, אבל לענין שאם יעשה נזק לא מקנה לו את השבח ולכן פטור, מיהו כתב הנתה"מ דצ"ל דאף להרשב"א שהאומן קונה בשבח כלי מ"מ אינו קנין גמור אלא דהוה שעבוד

עבור חוב השכירות, דאל"כ הרי אם יאנס הכלי יפטר הבעלים מלשלם דמי השכירות לאומן כיון ששלו נאנס, וע"כ שאינו אלא שעבוד כמשכון על החוב, ועי' בחזו"א סי' כב סק"ח שנראה מדבריו כונה אחרת בדברי הרשב"א.

הקצה"ח ש"ו סק"ד הביא דמהר"ש הלוי דן באומן שקונה בשבח כלי האם זוכה בכל הכלי או שזוכה רק בשבח של הכלי, והקצה"ח הכריח דע"כ שאין לו קנין ממש בגוף הכלי דא"כ אמאי יוכל לסלקו הבעה"ב בע"כ של האומן היכא שהשבח יותר מדמי השכירות, ולכן כתב ג"כ דיסוד הדין שאומן קונה בשבח כלי הוא קנין משכון כדי שיוכל לקבל שכרו ועדיף משאר משכון דיש לו קנין בכל השבח עבור החוב, ואית ליה נמי קנין לענין זה שיוכל לקדש בו אשה וליפטר אם יזיק את הכלי, ולפי"ז כתב בקצה"ח שם דאם עושה בחינם אין דין שאומן קונה בשבח כלי ואם הזיקו חייב לשלם דכל הקנין הוא רק כדי שיוכל לתבוע שכרו, מבואר מדברי הקצה"ח דלא כהרשב"א שמצד עיקר הדין אין לאומן קנין בשבח אלא שכל מה שיש לו הוא זכות בשביל לגבות שכרו מבעה"ב, ועי' ברע"א בשו"ע שנסתפק האם בחינם אומן קונה בשבח כלי.

והנה בחזו"א סכ"ב סק"ז כתב דבביאור הגר"א מבואר שאם אומן קונה בשבח כלי יכול לסלק את הבעה"ב וליתן לו דמי הכלי משום שהוא זוכה בכל הכלי, עי"ש שתמה ע"ז, וכעין זה מבואר ברשב"א לעיל צה. שהקשה בהא דאמר דבעי הגמ' למימר דר"מ סבר ששינוי קונה מהא דנותן צמר לצבע לצבוע לו אדום וצבעו שחור דנותן לו דמי

צמרו, והקשה הרשב"א דמה הראיה הא אפשר דהא דנותן דמי צמרו משום שאומן קונה בשבח כלי, ותי' הרשב"א דרבא מסיק דלכו"ע אומן אינו קונה בשבח כלי, ועוד כתב הרשב"א דא"כ אמאי קתני נותן לו דמי צמרו צמרו ממש בעי למיתב ליה, או שמין ובעל הצמר מסלקו בדמים, ועי' בחי' הגרש"ש ב"ב ס"ד דמבואר שהרשב"א הסתפק דשמא אומן קונה ממש את עצם השבח, ונראה דהתם כיון ששינה מדעת בעה"ב ונתכוון להשביח לעצמו כמש"כ הרשב"א שם דכיון ששינה דעתו להשביח לעצמו, אבל בעלמא כיון שעושה השבח עבור הבעה"ב ע"כ זוכה הבעה"ב בזה, אבל באמת עיקר הזכיה הוא לאומן וכדמשמע מדברי הרשב"א בסוגין.

ברש"י בד"ה אמאי עובר משמע דאומן קונה בשבח כלי היינו דיש לו קנין גמור בכלי דכתב דבשעת תשלומין מוכר לבעה"ב חלקו וכן נראה מדבריו ב"מ קי"ב ע"ב, ועי' בשו"ע יו"ד סי' ק"ד שהובא ב' דעות האם צריך טבילה כלים, ולענין משכון מבואר שם דלכו"ע אין צריך טבילה, ונראה שבזה נחלקו האם יש לו קנין גמור בזה.

וע"ע בשטמ"ק בשם רבנו יהונתן שכתב שאומן קונה בשבח כלי הוא בשינוי מעשה, ויש שרצו לדייק מכאן שזוכה בכל הכלי ולא רק בשבח והיות כשלו וקונה ואע"פ שלא גזלו הרי"ז דומה למש"כ לעיל בהא דנתן צמר לצבע דלר"מ נותן לו דמי צמרו משום שקונה את הצמר בשינוי וצ"ע, עי' בספר חלקת יואב חו"מ סי' ט"ז שכתב דדעת רש"י בקדושין מח ע"ב שיש לו קנין בגוף הכלי.

האופנים דלא אמרינן אומן קונה בשבח כלי

גמ' אמר לך שמואל הכא במאי עסקינן כגון דצמר וסמנין דבעל הבית וצבע אוגר ידיה הוא דשקיל. הקשה הרשב"א א"כ אמאי נתן לו עצים לעשות שידה תיבה ומגדל אומן קונה בשבח כלי והלא האומן נמי אין לו אלא שכר ידו, ותי' בשם הראב"ד דלגבי צמר סממנין עבדי לשבח ולכן לא קנה האומן בזה השבח, משא"כ עצים צריכים את האומנות של האומן ואומנתו של האומן כסממנים של הצמר הוא, ונראה דכונת הראב"ד שכל הדין שאומן קונה בשבח כלי אינו אלא באופן שיש כאן מעשה של האומן, אבל בצבע אין כאן איזה פעולה של האומן שמשיבחה את הצמר דהכנסת הצבע ליורה לא חשיב שהוא משיבחה אלא כמש"כ הרשב"א שהצבע משיבחה, וכן נראה מדברי רש"י שכתב דסממנים הוא דמשבח ליה, משא"כ בונה שידה יש כאן אומנות של האומן ושבח שלו הוא.

והנה בנתה"מ סי' ש"ו סק"ג כתב לישב קושית הפנ"י בגיטין דף כב. אמאי קטן כשר לכתיבת הגט הא כיון שהגט צריך להיות של הבעל וכיון שאומן קונה בשבח כלי נמצא שהסופר הקטן קנה את השבח ואיך יוכל להקנות לבעל, וכתב הנתה"מ דמיירי בקלף ודיו של הבעל ובזה ל"ש אומן קונה בשבח כלי כדמבואר בגמ' כאן דכה"ג שהצמר והצבע של הסופר ל"ש אומן קונה בשבח כלי, ולמבואר ברשב"א לכאורה לא דמי, דדוקא הכא בצמר שאין כאן מעשה האומן כלל אבל התם אף שגם הדיו של הבעל מ"מ יש כאן מעשה האומן שכותב את הגט.

אולם עי' בתורת גיטין סי' ק"כ סק"ו שכתב להשיג על מש"כ בספר גט פשוט שאם נתן הבעל לסופר קלף ודיו לכתוב לו גט ולא פרע לו הבעל את שכר כתיבה, דתלוי אם אומן קונה בשבח כלי דאם קונה כ"ז שלא פרע לו דמי שכרו אינו של הבעל, והקשה בתור"ג ממה שכתב הרשב"א כאן דרק בעצים ועשה מהם שידה אומן קונה בשבח כלי, אבל אם נתן לו צמר וצבע אין אומן קונה בשבח כלי, וה"נ כאן כיון שנתן לו הקלף והדיו ל"ש לומר אומן קונה בשבח כלי, ומדברי הג"פ מבואר דכונת הרשב"א כמש"כ דרק בצבע שהאומן לא משיבחה.

בעיקר קו' הפנ"י כתב הקצה"ח שם ע"פ דרכו דכיון שכל הקנין הוא בגדר קנין של משכון כדי שיפרע לו את שכר פעולה לכן יכול הבעלים לפרוע לאומן שכרו בע"כ, ובזה כתב דאף לגבי קטן שיש לומר אומן קונה בשבח כיון שכשיפרע לו שכרו יפקע קנינו ובזה מיושב קושית הפנ"י.

אמאי עובר בבל תלין

גמ' ואי ס"ד אומן קונה בשבח כלי אמאי עובר בבל תלין. פרש"י דזבוני מזבין להו משמע מדבריו כמש"כ שהוא קנין גמור ולכן אינו עובר בבל תלין, אולם לדעת האחרונים שאינו קנין גמור ע"כ צ"ל דבמשכון הוה כאילו שכבר נפרע לו החוב ולכן ליכא איסור של בל תלין, ועי' קצה"ח סי' ע"ב ס"ק כ"ג שכתב להוכיח מכאן דהיכא שנתן לו משכון אין איסור של בל תלין.

אופן הקידושין

למד"א אינו אלא לבסוף

גמ' אלא בישנה לשכירות מתחילה ועד סוף קא מיפלגי. צריך להבין דכל המחלוקת

אם ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף הוא באיזה זמן חל החיוב, האם על כל פעולה ופעולה שעושה מתחייב לשלם לה שכר וממילא ל"ש שתתקדש בזה כיון דהוה מלוה כדפרש"י, או שאינה לשכירות אלא לבסוף והחיוב חל רק בסוף, וא"כ צ"ב במה מתקדשת כיון שלאחר שגמר הפעולה חל חיוב על העבודה וא"כ נמצא שהיא מתקדשת במלוה, ורש"י [בד"ה אינה לבסוף] כתב כי מהדר להו ניהלה הלכך לאו מלוה הוא, מבואר ברש"י שלמד"א אינה אלא לבסוף לא חל חיוב כלל רק לאחר שיחזיר לה את השירים והנזמים, וכ"כ בריטב"א ובתוס' רי"ד בקידושין מח ע"א, עי"ש שכתבו מה"ט דאם חל חוב מיד הרי הוה מקדש במלוה, אלא דא"כ צריך להבין במה מקדשה שהרי לא חל חיוב עדיין.

בכו"ש אות קמ"ד ביאר בדעת רש"י דהקידושין חלים בפעולה, וכמו שברקוד לפני מתקדשת בפעולה שעושה לה, ה"ה כאן כיון שעדיין לא חל חיוב לשלם לו את השכר יש כאן את הפעולה שעשה בשבילה ובזה מקדשה, ואע"פ שהפעולה כבר נעשתה מ"מ כיון שהיא קימת יש לה במה להתקדש.

הרשב"א בקידושין מח. כתב דאם אינה לשכירות אלא לבסוף חל חיוב מיד בגמר הפעולה ודלא כרש"י בשעה שנותן לה, וכתב הרשב"א דבאמת מתקדשת מיד בגמר הפעולה, דאל"כ קשה איך תתקדש כשיבוא לידה הא כבר חל החוב והוה ליה מלוה, ועוד כתב הרשב"א דאף שחל החיוב מיד י"ל דהיה בדעתה של האשה שלא יחולו הקידושין רק לאחר שתחזירם לידו, מ"מ הוה כעושה קידושין לאחר ל' שהמעשה הוא עכשיו ויחול לאחר שיתן הנזמים לידה, ואם

עד שיחזירנה יקדשנה אחר תהא מקודשת לו, [עי' באבנ"מ סי' כ"ח ס"ק ל"ח שנראה שהבין כונה אחרת בדברי הרשב"א].

ועוד כתב הרשב"א די"ל דעושה כאן קידושין של מעכשיו ולאחר ל' דמקדשה מעכשיו לאחר הזמן שיתן לה ונפק"מ שאם אחר יקדשנה ואח"כ יחזיר לה תהא מקודשת לראשון ולא לשני, עי"ש ברשב"א מש"כ לבאר לפי"ז הא קאמר הגמ' דאינה מקודשת עד שיגיע ממון לידה.

קו' תוס' רי"ד

שמקדש בפרוטה אחרונה

התוס' רי"ד בקידושין מח ע"א הקשה דאף למד"א ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף אמאי אינה מקודשת בפרוטה אחרונה, כמו למד"א אינה לשכירות אלא לבסוף שחלו הקידושין בסוף, וכתב בתוס' רי"ד דא"א לומר שהסוף הוא פחות משהו פרוטה דכל משהו ומשהו מתחייב לו ולכן אין יכולה להתקדש בפחות משו"פ, די"ל דפחות מש"פ לא חשוב בשביל שיחול עליו חוב.

ולבן כתב התוס' רי"ד דע"כ כונת האשה שכל הקידושין יחולו רק לאחר שיחזור הכלי לידה ולכן למד"א ישנה לשכירות כבר נעשה מלוה ולמד"א אינה אלא לבסוף לא חל חוב רק לאחר שיבוא לידה כמש"כ באות הקודם, אמנם לדעת הרשב"א צ"ב דסבר דכונתה להתקדש אף קודם שיבוא לידה א"כ אמאי למד"א ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף לא תתקדש בפרוטה אחרונה, ואפשר דדעת האשה להתקדש בכל השכירות ולא רק בפרוטה האחרונה.

סברת תוס' שאין

מקודשת במחילת שברו

תוס' ד"ה אלא במאי קדשה. אומר ר"י דסברא שאין מקודשת במה שמוחל וכו', הפנ"י כתב לבאר דכונת התוס' הוא דמבאר בגמ' דל"ש שיחול הקידושין רק לאחר שיבוא הנזמים לידה, וע"ז הקשו התוס' דהא אף שא"א לקדש במלוה מ"מ אמאי אינה מקודשת בהנאת מחילת מלוה דזה הוה כשאר הנאות שאפשר לקדש, ותי' התוס' דאין דעתה להתקדש קודם שיבוא לידה, ועוד תי' תוס' דכיון שאף אם מוחל לה כיון שלא יכול לתבוע ממנה שברו עד שגיע ממון לידה לכן לא חשוב שנותן לה כלום.

המנחה אפרים דיני קנין מעות ס"ג למד מתי' הב' של תוס' דלעולם ל"ש להתקדש בהנאת מחילת מלוה כ"ז שלא הגיע הזמן פרעון, דכמו שכתבו תוס' דכיון שלא יכול לתבוע לא יכולה להתקדש ה"ה בכל הלואה בתוך זמנו ל"ש להתקדש בהנאת מחילת מלוה.

אמנם הקצה"ח סי' קכ"ו ס"ק י"ג חולק על דבריו וכתב דסברת התוס' הוא רק בשכירות, משום דאף אם ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף מ"מ כיון שאין יכול לתבוע שברו מיד לכן לא חשיב שהוא מחויב עדיין, משא"כ בהלואה שיש חיוב גמור אין הדין כן אלא יכול לקדשה תוך הזמן בהנאת מחילת מלוה, ועי' בבית שמואל כ"ח ל"ח.

דף צט ע"ב

ביאור הסברא לחלק בטבח אומן

בין בשכר לבחינם

גמ' הני מילי היכי דקא עביד בשכר אבל היכא דקא עביד בחינם לא, פרש"י דכונת

הגמ' היא דמזיק חייב באונסין דאדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד מדקרי ליה מזיד לחייבו באונס ש"מ בעושה בשכר קאמר, צ"ב כונת רש"י דכיון שמדין אדם המזיק חייב דאדם מועד לעולם מה הסברא שיתחייב דוקא בעושה בשכר, ואמאי בחינם אין חיוב של אדם המזיק.

במחנה אפרים נזקי ממון ס"ה כתב דדעת רש"י כדעת הרמב"ן ב"מ פב ע"ב שאדם המזיק חייב אפילו באונס גמור, והסברא לפטור בטבח אומן הוא משום דכל שהוא עושה ברשותו והוא עסוק במלאכתו אין לו דין של מזיק, ולכן ל"ש לחייבו מדין אדם המזיק אם עושה בחינם ורק בשכר חייב, וזהו שפירש רש"י דאם חייב ע"כ דמייירי בשכר דכה"ג שקיבל שכר יש לו דין של מזיק ואין חילוק בזה בין שוגג למזיד, וכונת רש"י דמה שחל חיוב של מזיק רק מחמת שקיבל שכר, אבל בחינם אין סברא לחייבו רק אם נקרא פושע, דבפשעיה אף בטבח אומן חייב דאף שאין לו דין מזיק כשמתעסק עבור השני אבל בפשע חייב, וכ"כ הקו"ש אות קי"ט.

ובדעת התוס' לעיל כז ע"ב דס"ל שאף בטבח אומן יש חיוב של אדם המזיק הביאור הוא כמש"כ שם, וצ"ל דהשו"ט של הגמ' האם חשיב אדם המזיק כעין גניבה או כעין אבידה, דקס"ד דרך בשכר חייב משום שבעושה בשכר חשיב אונס כעין אבידה, אבל בעושה בחינם חשיב אונס כעין גניבה, וע"ז אומרת הגמ' פושע הוא דחשיב אונס כעין אבידה אף בחינם, ועי' בתוס' ב"מ פב ע"ב ד"ה וסבר ר"מ שכ"כ.

מעם הברייטא שפוטער מבח בחינם

גמ' איתביה רב חמא וכו' הנותן בהמה לטבח וניבלה אומן פטור הדיוט חייב, ואם נותן בשכר בין אומן בין הדיוט חייב. תוס' לעיל כז ע"ב ביארו הטעם שפטור בחינם משום דחשיב אונס כעין גניבה וכה"ג אפילו אדם המזיק פטור, אבל הרמב"ן ב"מ פב ע"ב חולק על תוס' וסבר שאין חילוק ואף באונס כעין גניבה אדם המזיק חייב, ולכן ביאר הרמב"ן שטעם הפטור הוא משום דאומן מתעסק במלאכתו אין לו דין של מזיק, [והביאור בזה דכל החיוב של פרשת נזקין רק היכא שיש למעשה הזה תורת מזיק, אבל כשמתעסק בתיקון לא חשיב מזיק].

והא דאם נתן בשכר בין אומן בין הדיוט חייב, צריך לבאר לדעת הרמב"ן דאין לו דין של אדם המזיק, וכתב החזו"א דע"כ צ"ל דכשמקבל שכר נעשה שומר שכר ולכן חייב, ולפי"ז צ"ל שמקבל על עצמו חיובי שמירה ואף צריך קנין, עיי"ש בחזו"א מה שהעיר בכ"ז.

אמנם הרשב"א כאן כתב דהטעם דבקיבל שכר חייב משום דלכן נתן לו שכר כדי שידקדק טפי, משמע מדבריו דלא נעשה שומר ע"ז אלא דכיון שצריך לדקדק לא חשיב כאונס כעין גניבה אלא הוה כאונס כעין אבידה דיותר הו"ל לאסוקי אדעתיה, וכ"כ בדברי יחזקאל סל"ז, וכן י"ל בדעת תוס' ועי' לקמן שלכאורה מוכח כן בדעת התוס'.

לעכך מוחך

גמ' אמר ליה לעכך מוחך. כתב החזו"א [סנהדרין ס"כ סק"י] הא דאמר ליה שמואל בלשן זה, וז"ל נראה דהיה מכיר בו

שמואל חסרון הכנעה וראוי היה לו להאמין שלא היה שמואל מאריך בדברים לחנם, וראוי היה להאמין שלא שכח שמואל ברייתא דפריך ליה מינה והיה לו לשאול לשמואל מה כונתו באריכות דבריו או לשאלו אם אפילו לרבנן קאמר, ובקושתיו היה נרשם כאילו אפריך שמואל בודאות ופגע בזה בכבוד רבו ונחייב נדוי, וקללו כדי להוספת אמונה לדברי חכמים שלשונם מרפא עכ"ל.

ביאור הדמיון לנותן צמר לצבע לצבוע לו אדום וצבעו שחור

גמ' אלא הא ר"מ דתנן לצבוע לו אדום וצבעו שחור וכו'. צ"ב מה מדמה הגמ' דהתם הוא נדון של גזילה כדמבואר בגמ' ב"מ דכל המעביר ע"ד בעה"ב נקרא גולן כשעשה מעשה, אבל הכא הנדון הוא האם יש לו דין של מזיק, ומבואר דכל היכא דחשיב פושע לענין גולן ה"ה חשיב פושע לענין מזיק, אלא שצריך ביאור דהכא הנדון הוא האם הו"ל לאסוקי אדעתיה שיקרה פסול בשחיטה, אבל התם הרי ע"כ מיירי שיודע ששינה מדעת בעה"ב שאמר לו בעה"ב לצבוע אדום והוא צובע שחור דכה"ג פשיטא שהוא פושע.

והביאור בזה נראה כמו שפרש"י לעיל צה ע"ב שידע האומן שמשנה מדעת בעה"ב אלא שטעה שהיה סבור שאין איסור לשנות מדעת בעה"ב, ולכן אינו פשיעה כ"כ, ולכן מדמה הגמ' להכא דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה, עוד הקשה במהדורא בתרא שהרי י"ל דהתם נתן לו בשכר ולכן כה"ג חייב, ועי' בקו"ש אות קמו.

הא דעל הטבח להוכיח שהוא מומחה לתרגומים

גמ' וא"ל זיל אייתי ראיה דממחית לתרגומים ואפטרך. צ"ב אמאי צריך להביא ראיה שהוא ממוחה הא המוציא מחברו עליו הראיה והרי טוען ברי שהוא ממוחה, ובשלמא לדעת הרמב"ן דבשכר חייב משום שהוא שומר, כתב הרע"א שעליו להוכיח ששומר כדין ואינו נאמן בלא שבועה, אבל לדעת הראשונים שחייב מדין מזיק הא מוחזק הוא.

הבית הלוי ח"ג ס"כ אות ב' כתב דאיכא רוב וחזקה, דרוב המקלקלין אינם מומחין וחזקה שלא נולד ממוחה, וע"ע בבית הלי ח"ב ס"ד אות ד' שכתב דהוה כאין ספק מוציא מידי ודאי, כיון שהשור שחוט לפנינו והוא ניזק לכן צריך להוכיח שמומחה הוא ופטור.

והחזו"א ס"ז ס"ק י"ח כתב דמכאן מוכח בכל ספק ניזקין היכא שהמזיק אומר ששומר כדין והניזק אומר שלא שמר שהמזיק צריך להביא ראיה שכדין שמר ולא אמרין המוציא מחברו עליו הראיה כיון ששור שחוט לפניך, והאחרונים כתבו דא"א לדון כאן מדין רוב מצוים אצל שחיטה מומחין הם, דמ"מ רוב אינם אומנים, עי' בתרומת הכרי סי' שו.

הוכחה מרש"י דס"ל כרמב"ן בפמור אדם מזיק

רש"י ד"ה כנושא שכר. אף זה כנושא שכר ואע"פ שאין נושא אלמא פשיעה היא ולא אונס וכו', כתב המחנ"א נזקי ממון ס"ה

דמשמע מדברי רש"י שחלקו על התוס' לעיל כז ע"ב, שחילוק באדם המזיק בין אונס כעין גניבה לאונס כעין אבידה, מדכתב רש"י אלמא 'פשיעה' היא דכל החייב הוא משום דהוה פשיעה, וע"כ שאין חיוב של אדם המזיק כיון שמתעסק באומנותו כמש"כ הרמב"ן ולכן הוצרך לטעם דחשיב פשיעה, והיינו דאף לסברת הרמב"ן דבטבח אומן לא חשיב מזיק כיון שעסוק במלאכתו כ"ז סברא לגבי מזיק אבל אם פושע חייב.

אמנם צ"ע דבגמ' מבואר דהטעם שהטעם שחייב לר"מ בחינם הוא משום שפושע הוא, וע"כ צ"ל דלתוס' הא דקרי ליה פשיעה הוא משום דגדר הדין של אדם מועד לעולם דחשיב פשיעה כדמבואר לעיל ד. דאף באדם המזיק אמרין שמירת גופו עליו דבדין אדם מועד לעולם לא נתחדש שחייב אף באונס, אלא נתחדש שיש לזה דין של פשיעה.

קושית הקצה"ח דבחינים יחשב כמקבל שכר מצוה

הקצה"ח סי' ש"ו סק"ז הקשה אמאי אם שחט בחינם פטור, ואמאי לא חשוב שמקבל שכר מחמת שצריך לברך על השחיטה, והרי מבואר בגמ' דהחוטף מצוה צריך לשלם י' זהובים נמצא שהוא שוה כסף ומקבל שכר, ובפלפולא חריפתא כאן סט"ו אות ז' כתב דכיון שנמצא הבהמה טריפה נמצא שהברכה היא לבטלה ולא היה לו חיוב של ברכה כלל.

וכתב בקצה"ח דמצות לאו להנות ניתנו ולכן לא חשיב הברכה כשכר, אמנם הקשו דהרי בשעת הברכה פטור מליתן צדקה לעני

וא"כ יש להקשות דכמו שבשומר אבידה חשיב שומר שכר מה"ט ה"ה כאן צריך להיות כש"ש.

דבר האסור מחמת ספק

אם נחשב מזיק

תוס' ד"ה מנעך מספק איסורא. כתבו בשם ר"י משום דהוה ספק האם דבר זה אסור, וצ"ב דכיון דמספק אסור לאכלו אמאי אינו חייב מדין מזיק דהרי הפסידו שלא יוכל לאכלו, והקה"י סי' מ"א כתב דכל שהדבר אסור רק מחמת הספק לא חשיב שיש כאן הפסד וקלקול בגוף החפץ, אלא שהגברא מוזהר שלא לאכלו, ולכן אין חיוב של מזיק כה"ג.

ונראה להוסיף דכמו שנתבאר לעיל צח. בהא דשף מטבע פטור ואין לו דין מזיק כיון שלא נעשה קלקול בגוף החפץ ורק נפחת מהשויות וכה"ג ליכא חיוב של מזיק, ה"ה כאן כיון שהוא רק ספק א"א לומר שנעשה קלקול והפסד בגוף החפץ, [ועוד הרי מבואר לעיל יז ע"ב בזרק כלי מראה הגג דאי בתר תבר מנא אזלינן הראשון פטור אע"פ שע"י זריקתו נפקע השויות של הכלי, אלא דכיון שלא נחסר לא חשיב מזיק], אמנם הקשה ע"ז בקה"י דהא מבואר בגמ' דמדמע חשיב מזיק כיון שיש כאן תערובת של איסור והיתר, והרי אין ההיתר לא נהפך לאיסור, אלא שאסור לאכלו הוא מחמת ספק דשמא הוא אוכל האיסור וא"כ אמאי חייב מדין מזיק, עי"ש בכ"ד.

האור שמח פ"י משכירות כתב לבאר ע"פ מש"כ הרמב"ן בקו' דיני דגרמי אמאי בפסולי שחיטה כשהייה ודרסא חייב הא הוה

היזק שאינו ניכר, שהרי לאחר שנשחט א"א לידע האם נשחט כדין או לא, וכתב הרמב"ן דעצם זה שהרג את הבהמה הוא ניכר, אלא שאם השחיטה כשרה יש כאן היתר אבל באופן שהיא שחיטה פסולה הרי ניכר שהבהמה אינה חיה, ולפי"ז כתב האור"ש דכ"ז רק בודאי איסור אבל בספק איסור יכול לומר קים לי שהבהמה כשרה ואף דאנן לא ידעינן ושמא אסורה באכילה מ"מ כיון שהוא רק חסרון ידיעה לכן חשיב כמו שדבר אחר גרם לו להפסד דחשיב היזק שאינו ניכר, וכמו שכתב הרמב"ן שם דפיגול חשיב היזק שאינו ניכר כיון שיש כאן מעשה שחיטה ופסול מצד דבר אחר, וה"ה כאן דבר אחר גרם לו ליפסל אבל עצם עצם השחיטה היא כדין.

אולם הקשו ע"ז דכל הסברא שהוה היזק שאינו ניכר אינו אלא בפסול של שהייה או בדרסה שזה נראה כשחיטה רגילה, אבל בשאר פסולים הניכרים חשיב היזק ניכר וא"כ הכא במגורמתא חשיב היזק ניכר, ועי' קצה"ח סי' ש"ו סק"ז שמבואר מדבריו שכל סברת הרמב"ן הוא רק לענין שהייה ודרסה שזה בעצם לא ניכר אבל פסול שהוא ניכר לא, עי"ש מש"כ לבאר ע"פ סברא זו, וע"ע בשע"י ש"א פ"ט בכ"ז.

המעם דשלחני בשכר חייב

תוס' ד"ה ותניא אידך. לא שייך הכא לשנויי כאן בשכר כאן בחינם, מבואר מדברי התוס' דבשולחני יש סברא לחייב אותו בשכר יותר משלא בשכר, ולכאורה יש לדון בזה למבואר לעיל דבשכר חייב מדין שומר כ"ז שייך רק בטבח שמקבל על עצמו לשמור את הבהמה, אבל בשולחני ל"ש לומר כן שהרי

אינו שומר על המטבע, וע"כ דדעת התוס' דחייב מדין אדם המזיק שאם נותן לו שכר הוה אונס כעין אבידה.

דף ק ע"א

חייב גרמי בשוגג

גמ' ריש לקיש אחוי לר"א וכו'. מבואר בגמ' שחייב אותו משום דינא דגרמי משום שהיה מטבע פסול, הרמב"ן בקונטרס דיני דגרמי הוכיח מכאן שיש חיוב גרמי גם בשוגג שלא נתכוון להזיק, ודלא כשי' הראשונים דכל החיוב של גרמי הוא במזיד, וכמו שמשמע בתוס' בע"ב ויבואר שם.

הוכחת הגמ' מנותן צמר לצבע לגרמי

גמ' אלא הא ר"מ דתנן לצבוע לו אדום וצבעו שחור וכו'. הקשה הקו"ש [אות קט"ז] דהרי נדון הגמ' הוא האם יש חיוב של גרמי משום שההיזק לא נעשה מיד כמו שביארו התוס', וא"כ מה הראיה מהתם שהרי החיוב שם זהו מדין גזלן, וע"כ שגולן ומזיק חד דינא אית ליה דבאופן שחייב משום גזלן חייב מדין מזיק וכמש"כ לעיל.

ואע"פ שמצינו אופנים שיש חילוק בין גזלן למזיק כגון לענין שורף שטר דפטור משום דגרמי וחיוב גזילה יש בשטר לולא המיעוט של הגמ' לקמן ק"ז. ואף אחר המיעוט דעת התוס' בשבועות שחייב בהשבה ואם נאנס יש חיוב דמים ועיין.

מפגל אם יש לחיוב מדין גרמי

תוס' ד"ה טיהר. ועוד היכא דקם דינא אמאי לא יתחייב משום אפילו לרבנן דלא

דייני דיני דגרמי מ"ש מכהנים שפיגלו במקדש דמזידין חייבים בין לר"מ בין לרבנן, [ועי' בתוס' לעיל ה. ד"ה למעוטי דכתבו בתו"ד שחיוב של מפגל אינו אלא משום קנס למאן דלא דאין דינא דגרמי, ודלא כמש"כ תוס' כאן שהוא חיוב מעיקר הדין, ואפשר שנקטו התם אגב מוסר].

והרמב"ן בדיני דגרמי וברשב"א בגיטין נג: כתבו לישב קושית התוס' דמפגל לא חשיב גרמי משום שנעשה בזמן השחיטה, וכונתם דהוה מזיק בידים דהשחיטה עצמה פסולה, ונראה שנחלקו תוס' והרמב"ן מהו פסול של מפגל האם הוא זהו דין שהעבודה היא שפוסלת ולפי"ז יש כאן מעשה, או"ד שזהו פסול מחשבה בזמן העבודה ולכן לא חשיב מעשה דרך העבודה היא פסולה.

תוס' בא"ד. והא דבעי לאוכחוי דר"מ דאין דינא דגרמי מטיהר את הטמא דייק דחייב כשעירבו עם פירותיו, ומחייב את הזכאי וכו', וס"ל לתוס' שלרבנן טימא את הטהור וזיכה את החייב חייב דהוה מזיק גמור, ועי' בקצה"ח סכ"ה סק"ב שכתב דהא דמבואר בטור בסי' מ"ו דעדים שהעידו עדות שקר אינם חייבים ע"פ עדותם כמו בזיכה את החייב, משום דהם העידו ואנו סומכים על עדותם, משא"כ במפגל מאמרם הוא שפוסל דשזהו עצם ההיזק כפי דיבורם, ועי"ש בקצה"ח מש"כ לדון לפי"ז דגם בזיכה את החייב לא יחשב כמזיק גמור ודלא כתוס'.

מוחל שט"ח

אם דומה לכהנים שפגלו

תוס' בא"ד. וצ"ע לרבנן מ"ש שורף שטרות חבירו מטימא את הטהור ומכהנים

שפגלו דחייב מדין אדם המזיק דמה לי גורם לו הפסד וכו', הקצה"ח סכ"ה סק"ב הביא להקשות בשם ק' רבנו חיים יונה אמאי מוכר שטר חוב לחברו וחזר ומחלו דפטור מלשלם לו רק למאן דדאין דינא דגרמי, ואמאי לא יתחייב משום דהוה ככהנים שפגלו דבדיבור עביד מעשה והכא נמי עביד מעשה ע"י המחילה.

ועוד תמה שהתוס' שהקשו רק משורף שטר ולא הקשו ממחול דדמי לזיכה את החייב, וכתב דכבר הרמב"ן הביא ראיה זו. **ובתב** הקצה"ח לישב דהרי מוכר שטר חוב לחברו אינו מוכר את השעבוד הגוף וכל מה שמוכר הוא רק את השעבוד נכסים דהיינו הזכות לגבות מוכר לו, וא"כ הרי"ז דומה למזיק שעבודו של חברו דפטור למאן דלא דאין דיני דגרמי כמבואר לעיל לג ע"ב, אמנם צ"ב דכמו שהפסד החוב חשיב מזיק ולא גרמי א"כ אף דבכל מזיק שיעבודו לא חשיב מזיק גמור כיון שלא הפקיע את עצם החוב, אבל כאן זה כל מה שיש לו את הזכות לגבות ואמאי לא חשיב מזיק גמור, ובעיקר קושייתו י"ל דמחילה ל"ד לדיבור, דכיון שיכול למחול בלב לא חשיב מעשה כמו דיבור, ורק במפגל דעת התוס' דרק בדיבור הוא נפסל כמבואר בלשונם כאן וב"מ מג ע"ב וזבחים ד ע"ב עי"ש.

דף ק ע"ב

מחיצת הכרם שנפרצה

הטעם שעל בעל הכרם לגדור

גמ' מחיצת הכרם שנפרצה אומר לה גדור. פרש"י דהטעם דאומר לו גדור משום שלא יוסיף התבואה אחד ממאתים ותאסר,

ורש"י ב"ב דף ב. כתב בהדיא שאומר לה כן כדי שלא יאסור, משמע ברש"י דהא דחייב בעל הכרם לגדור משום שלא יאסר את התבואה משום כלאים, [ועי' רש"י ב"ב יח. שכתב דמהא דמבואר במתני' ב"ב כו. דבעל הכרם צריך להרחיק ד"א משום עבודת המחרשה ידעין נמי שיש חיוב הרחקה ד"א משום כלאים, ועי' בשיעורי הגר"ש שביאר דהגדר הוא דמהתם ידעין דד"א שסמוך לכרם יש לזה גם דין של הכרם ולכן חייב להרחיק משם ד"א או לעשות גדר].

אולם בתוס' כאן נראה שחלקו ע"ז, שכתבו דאומר לו גדור משום שהוא המזיק וכדמבואר בב"ב דבעל הכרם צריך להרחיק ד' אמות משום עבודת הכרם, ואף לר' יוסי דסבר שרק באופן דהוה גירה דיליה איכא חיוב הרחקה הכא חשיב גירה דיליה כיון שצריך להרחיק משום שלא תעכב המחרשה, ונראה כונתם דהרי אם תעכב המחרשה הוה מזיק בידים לכן חשיב כמו גירה דיליה, ועי' במהר"ם בתוס' בבא בתרא ב. מש"כ בזה, מבואר מדברי התוס' דפליגי על רש"י וחיוב ההרחקה לאו משום האיסור של כלאים אלא מדין הרחקת נזיקין, ומכיון שחייב בהרחקת נזיקין ע"כ חייב להרחיק גם שלא יאסור הגפנים את התבואה.

והנה צ"ב מה הסברא שחיוב הרחקה מוטל רק על בעל הכרם, הרי איסור כלאים נעשה מכח שניהם, ואף התבואה אוסרת את הגפנים ולא רק הגפנים את התבואה, ובשלמא לדעת תוס' דחייב להרחיק משום הרחקת נזיקין א"ש, דלכן מוטל עליו הרחקה אף שלא יאסור דחשיב שהוא הגורם ולכן גם הוא חייב

באחריות, ועי' בתוס' רי"ד ריש ב"ב שכ"כ, אבל לדעת רש"י צ"ב מדוע החיוב הוא רק על בעל הכרם.

ובאמת בשטמ"ק כאן כתב בשם רבנו יהונתן דמיירי שאין בכרם גפנים בשיעור של פול הלבן שנאסר משום כלאים, ולפי"ז א"ש שהתבואה אינה אוסרת את הגפנים ולכן חיוב הרחקה מוטל על בעל הכרם, אולם אכתי צ"ב שהרי מה שהתבואה נאסרת אינו רק מחמת הגפנים אלא שהתערובות של התבואה יחד עם הגפנים יוצר את האיסור, וא"כ אמאי יש חיוב על בעל הגפנים להרחיק יותר מהתבואה, ועוד דברש"י לא משמע דמיירי באופן זה, ועי' בשיעורי הגר"ש ב"ב סוף אות כ"ח מש"כ לבאר בזה.

ועי' ברמב"ן ריש ב"ב ובדיני דגרמי שכתב דהטעם שחיוב הרחקה הוא רק על בעל הכרם משום שהגפנים הם הולכים ומתערבים בתבואה והם האוסרים ולכן צריך להרחיק את עצמו, וכ"כ בתוס' רי"ד שם בשם ר"י דהגפנים הם האוסרים והולכים למרחוק ולכן חיוב הרחקה מוטל על בעל הכרם, ואף למד"א על הניזק להרחיק את עצמו הכא מודה דהוה גירה ידידה שהוא הולך ומזיק כל שעה, ומבואר מזה דאע"פ שהחיוב לגדור הוא מחמת האיסור הוא גם סברא לגבי חובת נזקין שהוא גורם הנזק, ועי' במש"כ בשיעורי הגר"ש בביאור דעת הרמב"ן.

הסברא שצריך להתרות בבעל הכרם

תוס' ד"ה אומר לו גדור. נראה לר"י שצריך להתרות בו ואם לא התרו בו לגדור אין חייב באחריותו שאין סבור להיות חייב לגדור כל שעה שנפרצה, כונת התוס' דסבור

שגם בעל התבואה מוטל עליו לגדור ולכן צריך לומר לו כל זמן שנפרצה שעליו מוטל החיוב לגדור.

והרמב"ן בדיני דגרמי כתב דכונת התוס' שאין חיוב גרמי בשוגג, ולכן צריך להתרות בו כדי שיהיה מזיד, והיינו דכל החיוב של גרמי הוא משום קנס ולא קנסו רק במזיד, ובאמת שכן הוא שיטת התוס' לעיל נד ע"א ד"ה חמור עי"ש, ועי' בש"ך סי' שפ"ו סק"א, והרמב"ן האריך בזה שם ותמה דבגמ' משמע דאף בשוגג יש חיוב של גרמי מהא דמבואר לעיל בע"א דר"א שאמר על המטבע שהוא טוב דחייב לשלם, והרי התם לא נתכוון להזיקו שם, וע"כ דחיוב של גרמי הוא מעיקר הדין מדאורייתא ולא משום קנס ואין חילוק בין שוגג למזיד.

ולכן כתב הרמב"ן לבאר דהא דבעינן שיתרו אותו משום דאל"ה ליכא איסור כלאים משום שצריך ניהותא של הבעלים ולכן צריך התראה כדי שנידע שהוא רוצה בקיום של הכלאים, [ועי' בקו"ש שהקשה אמאי יש חיוב להתרות בו הא אי לא יתרו בו לא יאסר]. **ובאמת** צ"ב דעת התוס' דמשמע דכ"ז שלא התרו בו שאינו חייב באחריות מ"מ איכא איסור של כלאים, וקשה הא בעינן לניהותא וכיון שסבור שחברו חייב לגדור ליכא ניהותא של בעלים, ואפשר לומר דדעת התוס' דאין הניהותא סיבה לאסור, אלא שאם אין לו ניהותא בכלאים ליכא איסור, ולכן כיון שסבור שחברו יגדור לא נחשב שאין לו ניהותא ולכן נאסר, אבל הרמב"ן סבר דהניהותא הוא חלק מהאיסור ולא שזהו תנאי שאם אינו רוצה בקיום של הכלאים שלא נאסר.

ומדברי הרמב"ן בדיני דגרמי מבואר כמה פעמים דהא דבעינן ניהותא משום שזהו האוסר, דהרמב"ן הקשה מה הראיה ממחיצת הכרם שיש חיוב של גרמי האיש לחייבו משום ממונו המזיק, דהא שורו ולא טפח ליה באפיה דהגפנים הולכים מעצמם ומתערכים בתוך התבואה, וכתב הרמב"ן דכיון שלא נאסר רק מחמת שנתיאש ולא גדרה ע"כ לא חשיב שהאיסור הוא מחמת הגפנים עצמם, אלא האיסור הוא מחמת דעתו של האדם שנתיאש מלגודרה ולכן חשיב גרמי, דמעשה ידיה אלא שלא הוה בידים, [ובעיקר דברי הרמב"ן הקשה הקו"ש דאם האיסור הוא עצם הניהותא, א"כ אמאי לא חייב מדין מזיק בידים כמש"כ התוס' לענין מפגל דבדיבור חשיב מעשה, אמנם דעת הרמב"ן דמפגל חשיב מעשה דהפסול נעשה ע"י השחיטה, ולא שהדיבור הוא שפוסול, ודלא כמש"כ התוס' בע"א].

הטעם שכלאים חשיב היזק ניכר

תוס' ד"ה חייב באחריותו. נראה לר"י דהא היזק ניכר דמי שהרי ניכר שהוא כלאים כשרואה גפנים וכו', אבל ברואין שרץ על הטהרות לא חשיב ניכר דמי יודע אם הוכשרו, צ"ע שהרי אף לענין כלאים הרי צריך ניהותא של הבעלים כדמבואר בגמ' נתיאש הימנו ולא גדרה.

ולמבואר בדעת התוס' באות הקודם י"ל דאין הניהותא בעצמה אוסרת אלא שאם אין לו ניהותא חיובית לא חל האיסור, א"כ י"ל שברגע שאין לו דעת לגדרו זה מספיק דנחשב שיש לו ניהותא בזה ולכן

חשיב היזק ניכר, ובאמת הרמב"ן שחולק על התוס' וסבר דהניהותא הוא עצם האיסור, צ"ב אמאי חשיב היזק ניכר, וברמב"ן בדיני דגרמי מבואר דהא דכלאים חשיב היזק ניכר כיון שהאיסור הוא עצם העירוב, והיינו דהיזק ניכר לדעת הרמב"ן הוא כשיש שינוי בגוף החפץ ולא שניכר ההפסד.

במש"כ התוס' דלא חשיב היזק ניכר דמי יודע אם הוכשרו, כתבו באחרונים דלפי"ז היכא שהשרץ מונח על משקים דאין צריך הכשר כה"ג חשיב היזק ניכר, ומבואר דגדר הדין של היזק ניכר אינו מחמת שנעשה שינוי בגוף החפץ אלא כל שניכר שהחפץ מופסד חשיב היזק ניכר, [ועי' בתוס' לעיל מה. דהיכא שב"ד תפסו שור הנסקל חשיב היזק ניכר אע"פ שלא נעשה שינוי כלל בעצם בשור כלל ולמבואר א"ש], אבל מדברי הרמב"ן בדיני דגרמי מוכח שחולק ע"ז וסבר שהגדר של היזק ניכר הוא שנעשה שינוי בגוף החפץ, עי"ש שכתב דהא דכלאים חשיב היזק ניכר משום שהעירוב ניכר ומדויק דדעת הרמב"ן שצריך שינוי בעצם החפץ ולכן רק משום שהעירוב עצמו ניכר חייב, ולפי"ז אף במשקים אם יהיה שרץ על המשקה לא יחשב היזק ניכר כיון שלא נשתנה עצם החפץ, ועי' בשיעורי הגר"ש אות מא.

תוס' בסו"ד ועוד דאי משום קנס במזיד דוקא היה לו להתחייב, משמע מדבריהם דבאמם במחיצת הכרם חייב גם בשוגג, וזהו דלא כמש"כ לעיל דמשמע מדבריהם שאין חיוב גרמי בשוגג, עי' במהר"ם בריש ב"ב מש"כ לבאר היטב כונת התוס'.

רש"י ד"ה ר' יהודה אומר. ואם ירצה ליתן לו את שכרו, המהרש"א נתקשה אטו בשופטני עסקינן דשכרו שוה פחות מהיציאה עצמה.

ובתב המהרש"א דשמא כיון שמתחלה אמר לו לצבוע אדום שהוא שווה פחות מצבע שחור והיה סבור שהבעה"ב יוסיף לו על הצבע, ולכן השכר שהתנו מעיקרא הוא פחות מהיציאה, ועי' ברש"ש.

דף קא ע"א

דא"ל ליה לית לן נבאי ולא מירי

גמ' או"ד אין שבח סמנין ע"ג צמר דא"ל לית לך גבאי ולא מירי. צ"ב מה ס"ד דהגמ' שאין צריך לשלם לו על הסמנין, בחידושי הראב"ד כתב וז"ל דמיא דאדמי גזל מינה, ונראה דכונתו דאין כאן גזילה דהוה מים בעלמא ול"ש תביעת ממון ע"ז, ודוחה הגמ' נימא ליה הב לי סמנאי דאפסדתינהו, ופי' הראב"ד כלומר דצבעי דלדידי חשיב לי דהוה צבענא בהו, משמע מדבריו דאע"פ שאינו שוה בעצם מ"מ יש לנגזל טענה שאם היה אצלו היה צובע בזה לכן חייב לשם מה שגזל דלדידי הוא שוה, משמע מדברי הראב"ד דיכול אדם לתבוע ממון שיכול לטעון ע"ז לדידי שוה לי.

וי"ש לעיין אם זה סותר למש"כ הנתה"מ בסי' קמ"ח סק"ב לענין מזיק חפץ שאין לו שויות לכל העולם רק לניזק עצמו, ומסיק שם הנתה"מ שאין לו חיוב של מזיק, ואפשר שחלוק גזלן ממזיק כדמצינו לענין שטר דשורף שטר פטור משום דינא דגרמי, ודעת תוס' בשבעות מב: דיש חיוב גזלן בשטר.

קיום חובת השבח כשא"ל הא מנך קמך

גמ' או דילמא יש שבח סמנין ע"ג צמר וא"ל הא מנך קמך. כתבו בתוס' דמ"מ צריך ליתן לו אגרא שיוכל להוציא את הצבע, דאל"כ אין זה השבח כדמבואר לעיל צח. בגזל מטבע וזרק למים צלולין דלא חשיב השבח, משמע מדברי התוס' דכיון שיש שבח סמנין ע"ג הצמר יש חובת והשיב על הצבע דחשיב כעין שגזל, ומבואר לפי"ז שצריך להוציא ממון כדי לקיים והשיב ולכן צריך לשלם דמי אגרא לקיים חובת והשיב.

אולם כתב היש"ש סי' ט"ז כתב דמשמע מדברי התוס' דאין חיוב על הגזלן לטרוח עבור זה אלא כל החיוב הוא לשלם שכר טירחא, וכן לעיל בזרק מטבע לים הגדול א"צ לטרוח אלא חייב לשלם לבר אמורא שיוצא ומקיים בזה חובת והשיב, אמנם הש"ך סי' שפ"ו סק"ח כתב דאין ראייה מדברי התוס' דהכא מירי דלא קפיד אבל היכא דקפיד צריך להוציא ג"כ לטרוח ואין ראייה מדברי התוס'.

בעיקר הדבר צ"ב דהגמ' דוחה דאי יוריד את הצבע בצפון עבורי מעבר השבח לא עביד, וכיון דלא שוה כלום צריך לקיים חובת והשיב ולשלם לו דמים, ומבואר מדברי הגמ' שאין לו חיוב של והשיב לתת את הצמר שלו כדי שיחזיר את הצבע, והטעם כיון שמפסיד ממונו ע"ז אין לו חיוב להפסיד בשביל חובת והשיב, וא"כ אמאי צריך לשלם דמי ההוצאות כדי להוריד את הצבע, ואפשר שיש חילוק דהכא מפסיד משלו משא"כ התם הוא רק כדי לקיים רק השבת החפץ, וצ"ע.

גמ' שם. הקשה בפנ"י אף אם יש שבח סמנין ע"ג צמר אמאי עצם הצביעה לא חשיבא שינוי לגבי הצבע וא"כ לא מקיים והשיב זה, ועי' באור שמח פ"ג מגזילה ה"י שכתב דכיון שעיקר הצבע עומד לצביעה לא חשיב שינוי.

תיפוק ליה דאייקר ליה ניהליה בדמי

גמ' תיפוק ליה דאייקר ליה ניהליה בדמי. בפשוטו היה אפשר לפרש דכונת הגמ' דכיון שקונה את הצמר בשינוי ונתחייב לשלם דמי הצמר והצבע, מ"מ כיון שהצמר שוה יותר כיון שצבעו מקיים בזה חובת והשיב של דמים גם על הצבע, וכן נראה מדברי הרמ"ה בשטמ"ק שכתב דמהכא שמעינן דאע"פ ששינוי מעשה קונה וחייב לשלם דמים, מ"מ אם החפץ הנגזל שוה כשיעור הגזילה יכול להחזיר את החפץ שגזל ואין הנגזל יכול לומר לו שרוצה שיחזיר לו דוקא דמים, דהא הכא אין לך שינוי גדול מזה ואם הושבח הצמר יכול לומר לו הרש"ל.

ובן נראה מדברי הרא"ש שכתב באוקמתא דזל ציבעא דצמר הצבוע הוזל ואינו שווה יותר ממה שהיה שוה בלא צביעה, משמע מדבריו דלא הוזל הצמר יותר ממה שהיה שוה הצמר מעיקרא בשעת גניבה, אלא שהצמר עצמו שוה כמו אילו לא היה צבוע, ונראה דהרא"ש סבר שיש כאן שינוי לצמר כיון שצבע אותו לכן אם היה שוה פחות אף אם יש שבח סמנין על הצמר מ"מ הרי חייב דמים מחמת הצמר, ולכן כתב שלא הוזל יותר ממה שהיה שוה מעיקרא, ומבואר לפי"ז דאף אם קנה את הצמר בשינוי מ"מ על הצבע עצמו מקיים והשיב בזה ועי' בסמ"ע סי' שס"ג

ס"ק כ"ח שמבואר כן, ועי' באור שמח פ"ג ה"י מש"כ בזה.

אולם אפ"ל דאין כאן שינוי בצמר כיון דהוה שינוי החוזר נכדמשמע בגמ' דמיירי ביכול להעבירו בצפון, וא"כ נמצא שהצמר של הבעלים, אלא דא"כ צ"ב מהו כונת הגמ' דאייקר ניהלה בדמי, הא כיון שלא קונה את הצמר נמצא שהוא של בעה"ב א"כ אף השבח שייך לבעה"ב כיון שנתחייב בגזילה לשלם דמים על הצבע איך יכול להפטר ע"י שיתן צמר מושבח אדרבה חייב להחזיר את הצמר הצבוע ולשלם גם דמים על הצבע.

ונראה לבאר דכל כה"ג אין חיוב של והשיב ונפטר מחיוב דמים כשנותן לגזולן את הצמר הצבוע, [ונראה דהסברא בזה דיסוד החיוב של גזולן הוא מפרשת מזיק דהיינו דבזה שלקח ממנו את החפץ הפסיד לו ולכן צריך לשלם ההפסד], וא"כ י"ל דכל שלא נגרם הפסד אין חיוב דמים של גזולן אע"פ שמצד הלכה של והשיב לא מקיים, ולכן אף אם אין שבח וצריך להשיב את הצבע שגזל מ"מ כיון שגם הבעה"ב עצמו זה מה שהיה עושה עם הצבע היה צובע את הצמר לכן אין חיוב של דמים ולכן אף שהשבח של בעה"ב פטור מלשלם, ומשמע כן בלשון הגמ' תיפוק ליה דאייקר ליה ניהליה ולא משמע שמקיים חובת והשיב בזה.

ל"צ דזל צביעה

גמ' ל"צ דזל צביעה. פרש"י דזל צמר הצבוע ולכן למד"א יש שבח יכול לקיים והשיב על הצבע, משא"כ למד"א אין שבח ל"ש לקיים והשיב בתורת דמים וצריך להחזיר דמים כעין שגזל.

הרע"א בגליון הש"ס תמה אמאי הוצרך רש"י לפרש שהזול צמר צבוע אמאי לא פירש שהזול הצבע דלמד"א יש שבח יוכל לומר הרש"ל, משא"כ למד"א אין שבח לא יוכל לומר כן וצריך לשלם דמים כשעת הגזילה.

ולמבואר באות הקודם י"ל דאם רק הזול הצבע מקיים והשיב בהחזרת הצמר הצבוע דכה"ג שגם הבעלים היה עושה כן אין חובת והשיב כמש"נ לעיל, ורק משום שהזול הצמר ודו"ק.

ל"צ דצבע בהו קופא

גמ' ל"צ דצבע בהו קופא פרש"י שצבע בהם קוף, ותוס' תמהו א"כ הפסידו בידים ואמאי אין חייב לשלם ההפסד, וכונתם לכאורה דאף שמדין גזלן יוכל לומר הרש"ל משום דחשיב שהצבע קיים, מ"מ הרי הפסיד הצבע שאין לו שויות כלל וא"כ צריך לשלם מדין מזיק וכדמבואר לעיל צח. בתוס' שאם הטיל מום בבחמת קדשים חייב מדין מזיק אע"פ שאין כאן שינוי ודלא כהראב"ד לעיל צז ע"א.

אולם א"כ צ"ב במש"כ תוס' דמיירי שהזיקו באופן שהיה כעור, ואמאי אין חיוב של מזיק הא כה"ג אי"ז הצורה של ההשתמשות של הצבע והם הזיקו.

והבעל המאור והרמב"ן כתבו לפרש דכונת הגמ' דמיירי שלא הגביה את הצבע, אלא שזרק את הקוף לתוכו אבל אם הגביה את הצבע ונתחייב מדין גזלן לא יוכל לומר לו הרש"ל, וכדמבואר לעיל צח. לגבי זורק מטבע לים שאם הגביה אותו לא יוכל לומר

לו הא קמך, אלא חייב להשיב לו וה"ה כאן אע"פ שזהו לפניו מ"מ כיון שאין לו אפשרות להשתמש בו חייב להחזיר לו דמים משא"כ לגבי מזיק כה"ג אינו מחויב כדמבואר התם, ומבואר מדברי הבעה"מ דדוקא אם צבע קוף אין כאן קיום של והשיב, אבל אם צבע בגד מקיים והשיב למד"א דיש שבח סמנין ע"ג צמר כדמבואר בגמ', וצ"ל דמ"מ ביטל את האפשרות להשתמש בו למה שירצה, וצ"ל דמ"מ כיון שזהו צורת ההשתמשות של הצבע מקיים בזה חובת והשיב, אבל בצבע קוף לא מקיים והשיב כלל כיון שביטל את ההשתמשות של הדבר כמו שזרק מטבע לים הגדול שאין לו אפשרות להשתמש בזה כלל.

והנה הקצה"ח סי' שפ"ו סק"ט כתב דמדברי הבעה"מ והרמב"ן מוכח שחולקים על התוס' שכתבו לעיל צח. שבזרק מטבע לים הגדול אם זרקו למים צלולים ואין אפשרות להוציאו משם כלל דחייב, ולמבואר בבעה"מ והרמב"ן דאם יש שבח סמנין בצבע קוף א"צ לשלם דמים כיון שהוא מחזיר את החפץ ואף שאין לו אפשרות להשתמש בזה וא"כ ה"ה התם במים צלולין.

והאבי עזרי פ"ז מחובל ומזיק הי"א כתב דיש לחלק, דהכא שהוא מחזיר את עצם החפץ א"צ לשם דמים, וכמו שנתבאר שם דיסוד החיוב של מזיק הוא קילקול והפסד של הדבר, ולכן אם יש שבח סמנין כיון שהחזירו לבעלים נמצא שלא הפסידו כלל, אבל התם שאין החפץ ברשותו לכן אם אין לו אפשרות להחזירו חשיב מזיק, דזה עצמו חשיב הפסד שהחפץ אינו אצלו, ע"ע בבעה"מ

מנחת

דף קב ע"ב

משה

שצא

שכתב דלמד"א דדאין דינא דגרמי חייב אף בצבע קופא, ועי' בנמוק"י שכתב דה"ה באוקימתא דזל ציבעא יש חיוב גרמי, ועי' בש"ך שס"ג ס"ק ט"ז מש"כ לבאר בדבריהם.

גדר חיוב נהנה ע"י מעשיו

תוס' ד"ה או דילמא. ויש לחלק דהנאה דהכא אין באה ע"י מעשיו ולא ע"י מעשה בהמתו, יסוד דברי התוס' ביאור השערי ישר [ש"ג פרק כ"ה] שהמחייב של נהנה הוא ההשתמשות ולקחת הנאה ולכן רק באופן שבא ע"י מעשיו או מעשה בהמתו, עי"ש מש"כ דהוה כאיסורי הנאה שכל החיוב הוא בהשתמשות באיסורי הנאה ולא במה שיש לו הנאה בפועל מהאיסור, אלא שהקשה דאף דל"ש חיוב של נהנה מ"מ אמאי אין חיוב של משתרשי ליה, דסו"ס ממונו נתרבה דעכשיו יוכל למכרו בדמים מרובים יותר ממה שהיה בתחילה, והתם אין הלכה שיבוא ע"י מעשיו או מעשה בהמתו כדמבואר בחולין קלא ע"א, והביאור בזה ע"פ מש"כ הקצה"ח סי' רמ"ו סק"ב לחלק בין חיוב של נהנה למשתרשי וכמו שהתבאר לעיל נח ע"א.

ועי' בשער"י שביאר דכאן ל"ש חיוב של משתרשי ליה, דכל החיוב של משתרשי ליה הוא מחמת שיש תביעה של ממוני גבך דמחמת ממון חברו נתרבה ממונו, אבל אם אין שבח סמנין ע"ג הצמר, אע"פ שהצמר שוה יותר מ"מ אין לו כאן תביעה של ממוני גבך שאין לו ממון בעין ומה ששוה יותר ל"ש בזה תביעה של משתרשי.

כתב הש"ך סי' שצ"א סק"ג שאם תחב לבהמת חברו אוכל שלו חייב בעל הבהמה, דאף שכתבו התוס' דבעינן הנאה

דוקא ע"י מעשיו כ"ז רק כשתחב מאכל של חברו בבהמת חברו, אבל בכה"ג חייב הבעלים דהוה כיוורד לשדה חברו דבהמה הוה כשדה הראויה ליטע, ועי' במחנ"א נזקי ממון ס"ב שתמה דל"ד ליורד דהכא לא חשיב שמשיב הפרה במה שמאכיל אותה, עי"ש שהביא דמדברי הראשונים נראה דלית ליה הך חילוק [ועי' מש"כ במנחת משה נדרים דף לג. בכ"ז].

ועי"ש עוד בש"ך שתמה ע"ד השו"ע שפסקו כתי' הראשון של התוס' ולכאורה העיקר כתי' בתרא שאין חילוקין באיזה אופן נעשה ההנאה, והוכיח כן הש"ך מהא דמקשה הגמ' מבגד שצבעו מקליפי ערלה דהא התם אין הלכה של מעשיו או מעשה בהמתו וא"כ מה מקשה הגמ' דהא מ"מ נהנה ולכן אסור, וע"כ כתי' בתרא דנוי בעלמא לא חשיב הנאה כלל.

דף קב ע"ב

ביאור דמיון המחלוקת ר"מ ור"י בצבע לשינה מדעת בעה"ב

גמ' אמר ר' יוחנן הא ר"מ דאמר שינוי קונה הא ר"י דשינוי אינו קונה. מבואר דהגמ' מדמה פלוגתיהו דר"מ ור"י בנתן לצבע לצבעו אדום וצבעו שחור לנדון דידן דשלח שליח ושינה מדעת בעה"ב, והנה בגמ' ב"מ עח ע"ב במתני' דהשוכר את הפרה להוליכו בהר והליכו בבקעה ומתה חייב אתי למימר דהטעם דחייב לשלם על החמור משום דכל המשנה מדעת בעה"ב נקרא גזלן, ובעי הגמ' למימר דמתני' ר"מ היא דסבר דמשנה מדעת בעה"ב נקרא גזלן, דהא ר"מ סבר דנותן צמר לצבע משלם דמי צמר, ודוחה הגמ' דלמא שאני

התם דקניא בשינוי מעשה, ומשמע בגמ' דסברת ר"מ דחשיב גזלן לאו משום ששינה מדעת בעה"ב, אלא משום שעשה שינוי בגוף הצמר לכן חשיב גזלן ע"ז.

ובן נראה בהדיא מדברי הרמב"ן שם, עי"ש שכתב דכיון שנתכוון לגזלו לכן חשיב גזלן בהך שינוי, וא"כ צ"ב מה מדמה הגמ' כאן לשליח ששינה מדעת בעה"ב הרי לא עשה שינוי בגוף הדבר כלל, וכבר עמד בזה הפנ"י כאן וכתב דמסקנת הגמ' שם דר"מ סובר דכל המשנה מדעת בעה"ב נקרא גזלן אף היכא שלא שינה את גוף הדבר, אלא חשיב גזלן מחמת עצם השינוי מדעת בעה"ב, ועי' באבן האזול פ"ז ממכירה הי"ב ד"ה אלא.

והנה בתוס' לעיל צה ע"ב [ד"ה בשבח] כתבו בשם ר"ת דהמחלוקת ר"מ ור"י הוא האם אמרינן שנתכוון לגזלו או לא, דר"מ סבר דכיון שמשנה מדעת בעה"ב ע"כ נתכוון לגזלו ולר"י לא נתכוון לגזלו, ומבואר דלר"מ הטעם דחשיב גזלן הוא משום שנתכוון לגזלו והיינו דע"י השינוי מפסיק להיות אומן בשביל הבעה"ב ונעשה גזלן על הצמר, ולפי"ז ה"ה כאן ששינה מדעת בעה"ב וקנה דבר אחר ממה ששלח אותו הפקיע ממנו השליחות ונעשה גזלן ע"ז, ואף שהכסף הוא של הבעלים מ"מ כיון שמתכוון לקנות לעצמו חל הקנין עבורו, אבל ר"י סבר דלא נתכוון לגזלו ולכן לא נעשה גזלן ונשאר אומן וכן הכא נשאר שליח וקונה עבור הבעלים, ולפי"ז לשון הגמ' כאן ר"מ דאמר שינוי קונה ור"י שינוי אינו קונה אין הכונה קנין שינוי, אלא כונת הגמ' הוא דלר"מ נעשה גזלן מכח השינוי ולר"י לא נעשה גזלן, [ובאמת אף לר"י אם יתכון בהדיא

להיות גזלן עקר שליחות הבעלים וחשיב גזלן ומפורש כן ברשב"א בסוגין יבואר להלן], ועי' בחזו"א סי"ז סק"ב שכ"כ לבאר כן.

אלא דצ"ב דאע"פ שנעשה גזלן על המעות ונתחייב באונסים מ"מ איך קונה את החיטין בכסף שאינו שלו והרי לא נעשה שינוי במעות, והחזו"א סכ"א סק"ב כתב דע"כ צ"ל דהמוכר מסכים למכור לו אם יביא לו כסף אחר, או שהבעלים המשלח מוכן ליתן לו זכות להשתמש בהנך מעות כיון שיחזיר לו מעות אחרים תחתיהם.

ועי' בתוס' לעיל בשם ר"י שכתבו לפרש שנחלקו ר"י ור"מ אם שינוי קונה ור"מ סבר ששינוי קונה ור"י סבר דשינוי אינו קונה, ולפי"ז ע"כ צ"ל דכונת הגמ' דה"נ חשיב שינוי עצם זה שקנה דבר אחר ממה שצויה לו הבעלים, אלא שהקשה החזו"א דהכא קי"ל בסוגין דהלכה כר"י וקי"ל שינוי קונה וא"כ א"א לפרש שנחלקו בדין שינוי קונה וצ"ע.

דעת הרשב"א בסוגיין שאף לר"י איכא אופן שקונה לעצמו

הרשב"א בד"ה ואחכו בתו"ד כתב שאף לר"י אם חוזר בו בפני עדים ונתכוון לגזול ולקנות את החפץ לעצמו, אם פחתו פחתו לו ואם התירו הותרו לו, ועי"ש ברשב"א שכתב שאם מקבל עסק מחברו ושלח בו יד אע"פ שנתחייב באונסים על כל הפקדון וחשיב כמו גזלו, מ"מ ל"ד לסוגיין דהיכא ששינה, אלא עדיין נשאר שותף יחד עם הבעלים והשכר לאמצע, וכתב הרשב"א שם ב' סברות אמאי ל"ד להא דר"מ כאן דחשיב גזלן שאם התירו הותרו לו, דהכא לר"מ

שעשה שינוי גמור ועבר ע"ד בעה"ב ומתכוון לקנות לעצמו משא"כ בשלח בו יד, ועוד סברא כתב הרשב"א דהכא ששינה בשינוי זה מוציאו מרשות בעלים וקנה אותו, ול"ש לומר שאם הוציא מרשות בעלים יקנה אותו בעל המעות דא"א לומר שקונה לעצמו ובעל המעות זוכה בזה עכ"ד.

מבואר מדברי הרשב"א ב' סברות האם לר"מ מיירי שנתכוון לגזלו ולכן נתכוון לקנות לעצמו, או דלא נתכוון לגזלו ועצם זה ששינה חשיב כגזולן אע"פ שלא נתכוון לקנות לעצמו, והיינו שהדין שמעביר ע"ד בעה"ב נקרא גזולן הוא מחמת עצם זה ששינה ולא מחמת שרוצה ליקח אותו לעצמו.

ונראה שנחלקו בזה הרמב"ן והריטב"א בב"מ עח: בהא דקאמר הגמ' דמעביר ע"ד בעה"ב נקרא גזולן, דהרמב"ן כתב שם שעשה שינוי ונתכוון לקנותו באותו שינוי, משמע מדבריו דנתכוון בהדיא לגזולו, אבל בריטב"א שם כתב שאע"פ שלא נתכוון לגזלו סבר ר"מ דמעביר מדעת בעה"ב נקרא גזולן דכיון ששינה אותו יש לו דין גזולן.

והנה לפי קמא דהרשב"א ולרמב"ן דנתכוון לקנות לעצמו א"ש הא דקאמר הגמ' דאם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לו כיון שנתכוון לקנות לעצמו, אבל לפי' הב' ולריטב"א אמאי זוכה בזה ואמאי הותירו הותירו לו הרי לא נתכוון לקנותו לעצמו אלא דשינה יש לו דין גזולן וחייב באונסים, וצ"ל כמש"כ במחנ"א שהובא להלן דכל היכא שאדם עושה קנין לחברו וחברו לא קנה קונה הוא לעצמו, ולכן הכא כיון שיש לו דין של

גזולן והפקיע ממנו מלהיות שליח לכן לא נקנה לבעלים אלא לעצמו.

ביאור פלוגתת רב שמואל ובני מערבא בסברת מי הודיע לבעל החטין

גמ' מחכו עליה במערבא וכי מי הודיע לבעל החטין שיקנה חטין לבעל המעות מתקיף לה רב שמואל בר ססטרין וכו'. השטמ"ק בשם הרא"ש וברבנו פרץ כתבו לבאר המחלוקת בין בני מערבא לרב שמואל, דרב שמואל בר ססטרין סבר דדעת המוכר להקנות את החטין למי שהוא בעל המעות ולא לשליח שבא לקנות ממנו, ולכן אין חילוק בין אם קנה חטין או שעורין, אבל ר' אבהו השיב [וזהו סברת בני מערבא] דע"כ אין הטעם משום שהוא מקנה לבעל המעות שהרי בהא דהקדיש כל נכסיו ל"ש לומר הכי שהרי הבעל הוא בעל המעות, ואם מקנה לבעל נמצא שהקדיש חל אף על זה, אלא ע"כ דסברי דהמקנה דעתו להקנות לשליח שבא לקנות ממנו, ולכן היכא שבא לקנות חטין והוא שליח ע"ז אמרינן דידו כיד המשלח חשיב והרי זה כמי שמקנה לבעל המעות, וה"ה היכא שלא נעשה שלוחו אלא שזוכה מדין זכין ג"כ זוכה ואין חסרון של דעת מקנה כיון שע"י דין זכין ידו כיד הזוכה, וזהו דקאמר הגמ' לימא מי הודיע לצבע וכו' דהתם הרי הבעל נתן מעות שלו ואם הסברא שקנה המשלח כיון שהוא מקנה לבעל המעות א"כ התם המעות של הבעל ואמאי אינו קדוש, וע"כ דהסברא משום שהוא שלוחו וזוכה עבורו דזכיה מדין שליחות והוה כמו שהמקנה מקנה לזוכה ולא לשליח, אבל בחטין ושעורין דשינה מהשליחות ואין ידו כיד המשלח והיינו

דמקשה הגמ' מי הודיע, ועי' במחנ"א דיני שלוחין סי"ז.

אולם צריך ביאור דהא לרב שמואל דאף אם קנה שעורין במקום חטיין זוכה בזה בעל המעות כיון שנתכוון להקנות לו, וא"כ ע"כ צ"ל שדעת בעה"ב לזכות גם שעורין כיון שקונה סחורה ואין לו נפק"מ מה קונה, וא"כ אמאי חלקו בני מערבא דצריך להודיע הא כמו שאם קונה חטיין זוכה מדין דשליחותיה עביד ונמצא ידו כיד המשלח אמאי על השעורין אינו שליח שהרי כיון שקונה לסחורה מה נפק"מ ליה מה קונה, וע"כ צ"ל דכיון שלא שלחו עבור זה ממש אין ידו כידו לענין זה, אולם קשה אמאי לא יכול לזכות בשעורין עבורו מדין זכין וכמו שמצינו בההיא דצבע שזוכה הבעל לאשה מדין זכין, דע"כ מתרצה בזה כדחזינן לרב שמואל, ואם באמת הוא חוב עברו ואינו מתרצה בשעורין א"כ אף לרב שמואל נמי איך מועיל מה דשמקנה לבעל המעות הא אין דעתו לזכות בזה.

והביאור בזה נראה דהנה בגמ' מבואר דהא דמחכו עליה בני מערבא הוא משום דמי הודיעו, ומבואר שאם היה מודיע המשלח למוכר שקונה עבור אדם אחר היה קונה אף שעורין אע"פ ששלח אותו לקנות חטיין, ומבואר דלא סגי שלמקנה יהא רצון להקנות ולהוציא החפץ מרשותו אלא בעינן שהמקנה ידע עבור מי הוא מקנה ולמי חל הקנין, ולכן אף שמצד דעת הקונה אין חסרון כלל דבכל אופן הוא רוצה לקנות כמש"כ דלסחורה אין לו נפק"מ ואף שעורין מוכן לקנות, מ"מ כשלא הודיע למקנה דעת המקנה להקנות לשליח והרי השליח אינו קונה, [ועי' דמקשה הגמ' מי הודיע, ועי' במחנ"א דיני שלוחין סי"ז].

בחדושי הגרש"ש ב"מ סי' י"ז ובהג"ה שם שמבואר כ"ז] ובזה חלוק שאם עושה שליחותו של המשלח חשיב ידו כיד המשלח ומועיל דעת המקנה שמקנה לשליח, אבל אם משנה מהשליחות ששלח אותו ל"ש בזה הסברא של ידו כיד המשלח וחסר בדעת המקנה, אלא דמ"מ יכול לזכות למשלח מדין זכין ובזה איכא הסברא דמי הודיע כיון שאין זוכה בכח המשלח, אלא מכוחו ובזה חסר דעת המקנה דהמקנה צריך לידע שמקנה למשלח.

אולם צ"ב דהא בגמ' מבואר דמדין זכיה מועיל ג"כ כשלא יודע כדמבואר לענין צבע, ונראה לבאר בזה ע"פ מש"כ בברכ"ש בקידושין סי' טז דבהלכה של זכין לאדם שלא בפניו נאמרו ב' אופנים, א' היכא דהוה זכות גמור דהתם חשיב הזכיה מתורת שליחות דהוה כמו שמינה אותו לזכות עבורו, ב' היכא דלא הוה זכות גמור אלא שאנן סהדי שמתרצה בזה לא הוה כשלוחו אלא שהוא זוכה מכוחו לשני, [עי' שכתב דהיכא דבעינן לדין שליחות לא מהני מדין זכין אלא באופן שהוא זכות גמור].

ולפי"ז י"ל דכיון ששלח אותו שיקנה עבורו חטיין אף שקונה שעורין אמרינן שאין בזה קפידא, מ"מ לא הוה זכות גמור וכה"ג זכיה מטעם שליחות, אלא שזוכה מכוחו ומזכה אותו לבעלים, וא"כ א"ש דחסר בדעת המקנה שאינו יודע עבור מי חל הקנין דהשליח עצמו אינו קונה ול"ש בזה ידו כיד הזוכה, אבל בצבע הבעל זוכה לאשה שהוא זכות גמור וכה"ג זכיה מטעם שליחות, ולכן אין חסרון בדעת מקנה דהבעל מזכה לאשה בכח שלה דהוה כמו ששלחה אותו, וכה"ג ידו כיד האשה וכדמבואר בגמ' דשליחותיה קא עביד.

דעת הרא"ש בביאור המחלוקת

הרא"ש מבאר דאף לרב שמואל המוכר מקנה אותו לשליח [ולא לבעל המעות] והא דאין חילוק בין אם שינה מחיטין לשעורין או שקנה חיטין כמו שצוה אותו המשלח, משום דכיון שקונה במעות של המשלח יכול לזכות לו מדין זכין והיינו דאף דבעינן שידע המקנה מיהו הקונה ובל"ז לא מהני דעת מקנה הכא כיון שזוכה עבור המקנה חשיב שיש מקנה, ולכן כתב הרא"ש דהיכא דלא שיק זכין לא מהני, ומשו"ה כתב הרא"ש להלכה בעינן לסברא במקדיש דאין דעתו על כסות אשתו ובניו כיון דהתם הוא מעות של הבעל ואין אדם זוכה בשלו.

ולפי"ז דהא דפליגי בני מערבא משום דסברי דאף שנותן מעות של משלח וזוכה מדין זכין יש חסרון של מי הודיע דהמקנה אינו יודע עבור מי הוא מקנה, ורק היכא שיש שליחות בזה אמרינן דידו כיד הבעלים, וחשיב שהמקנה מקנה ישר לקונה.

ועי' בקצה"ח סי' קפ"ג סק"ד שהקשה אמאי יש חסרון של אין אדם זוכה בשלו הא כ"ז שהאומן לא החזיר לו לא זכה בזה עדיין ומיד זוכה עבור האשה ואמאי יש חסרון של אין אדם זוכה בשלו.

דעת בעל המתיבות שלר"י

אף אם חזר בהדיא זוכה בעל המעות

כתב הרשב"א דאף לר' יהודה אם נתכוון לגזול ולקנות לעצמו אם יש עדים בדבר שעשה בשביל לגזול או שחוזר בו מהשליחות בפני עדים קונה ונעשה שלו ואם

פחתו פחתו לו והותירו הותירו לו, וכתב הרשב"א שדעת הרב בעל מתיבות דאף אם אומר בהדיא שחוזר בו מהשליחות אם הוא קונה בכסף של המשלח לעולם הוא נקנה למשלח ולא לשליח.

ותמה עליו הרשב"א מסוגין דמשמע דיכול לעקור שליחותו [דכל פלוגתיהו דר"י ור"מ הוא רק בכה"ג שמשנה מדעת בעה"ב האם יש לו דין של גזלן כה"ג או לא, אבל לכו"ע אם נתכוון לגזול חשיב גזלן].

והחזו"א סכ"א סק"ב כתב לישב קושית הרשב"א דבסוגין שקונה דבר אחר ממה ששלח אותו והמעות ביד המוכר לא ירויח כלום במה שישאיר אצלו את המעות ולכן מסכים המשלח שהשליח יקנה את המעות ויקנה המקח לעצמו ויחזיר לו מעות אחרים, אבל בחיטין וחיטין שע"ז היה השליחות אין בדעתו להקנות המעות לשליח ולכן זוכה בזה המשלח.

אולם עיקר סברת בעל המתיבות צ"ב שהרי השליח נתכוון לקנות לעצמו וא"כ במה זכה המשלח בזה, ובחזו"א כתב דאה"נ לא יזכה בזה רק אחרי שיבא לידו, דכיון שהשליח לא קנה יכול המשלח להוציא ממנו המקח, אמנם בנתה"מ סי' קפ"ג סק"ד כתב שבעל המעות המשלח זוכה בזה מיד דאף שהשלוך נתכוון לזכות לעצמו מ"מ כבר זכה המשלח מיד בקנין כסף דאע"פ דבעלמא אמרינן דכסף לא קונה, הכא כיון שאין חסרון של נשרפו חיטין בעליה כיון שהוא לא נמצא אצל המוכר אלא השליח לקח אותו לביתו לכן קונה בכסף, וצ"ב דהרי בשעה שנתן הכסף היו החיטין עדיין בבית המוכר.

ביאור הספק של תוס' אם יזכה השליח כשאין זוכה המשלח

תוס' ד"ה מי הודיע. בעיקר הספק של התוס' האם לר"י כיון שהמשלח לא זוכה האם יזכה השליח צ"ב דהרי לר"י מעביר מדעת בעה"ב לא חשיב גזלן, וא"כ ע"כ שאינו מתכוון לקנות לעצמו וא"כ מה הצד לומר שהוא בעצמו יזכה בזה הא לית ליה דעת קנין, ועי' מחנה אפרים שלחין סט"ז שהביא דברש"י בביצה לט. כתב לענין מגביה מציאה לחברו דאף אם לא זכה חברו זוכה בזה המגביה אע"פ שנתכוון לזכות לחברו, דכל שעשה קנין כדי לזכות אע"פ שהתכוין לחברו כל שחברו לא זכה בזה זוכה בזה מי שעה בו קנין, ועוד כתב דהכא איכא נמי סברא דדעת אחרת מקנה.

אבן יש לחלק מההיא דביצה דהתם הוא זוכה מההפקר אבל כאן אין המעות שלו ואיך יוכל לקנות בהם והמעות של הבעלים, וצ"ל כמש"כ לעיל דהבעה"ב מסכים להקנות לשליח כיון שיחזיר לו כסף אחר, והחזו"א סי' כ"א ס"ק א' שכתב דספק התוס' היה האם דעת השליח לקנות לעצמו באופן שהמשלח לא יקנה או לא.

קושית הפנ"י על תוס'

תוס' בא"ד. ואם נפרש מי הודיע וכו' ליכא למפרך לר"א וכו', הקשה הפנ"י כמו שכתבו התוס' דלר"י אינו זוכה בזה אמאי לר"מ לא נימא הכי, ותי' דלר"י דשינוי אינו קונה ודעתו לקנות לבעלים לכן אינו קונה, אבל לר"מ דשינוי קונה וכיון שמשנה מדעת בעה"ב הרי נתכוון לקנות לעצמו ולכן זוכה

בזה, ואע"פ שאין המעות שלו צ"ל כמש"כ לעיל בשם החזו"א דזוכה בזה כיון שדעת בעה"ב שמקנה לו המעות כיון שיודע שהוא יחזיר לו מעות ועי' בקצה"ח קפ"ג סק"א.

דעת תוס' בביאור המחלוקת בסוגיין

תוס' ד"ה שאני וכו'. מבואר דתוס' ס"ל דאין מחלוקת בין רב שמואל לבני מערבא אלא דהם מעמידים הבריייתא שהודיע למוכר שהוא שליח, אבל אם לא אמר באמת ליכא לא יקנה המשלח, ודלא כהראשונים שהובא לעיל.

ועי' בקצה"ח קפ"ג סק"ג שכתב לישב קושית התוס' לדעת הרא"ש שחולק על תוס' דא"א להוכיח מגוף הבריייתא מהא דחטיין וחטיין שזוכה בזה מדין שליחותיהו דאפשר דהתם הטעם משום שנותן מעות של המשלח, וא"כ אין חילוק בין חטין וחטיין לחטין ושעורין, ור' אבהו רצה להכריח שאין זה הסברא ולכן הוכיח מהא דצבע דהתם מיירי שלא נתן מעות של המשלח, אלא שהוא מדין זכין וכמש"כ וע"כ דהטעם משום דשליחותיהו וא"כ ה"נ בחטין וחטין.

ביאור התוס' שדמי הצבע אינם קדושים

תוס' ד"ה מי הודיעו. וי"ל דהכי פריך וכו', ביאור דבריהם דאע"פ שאין שבח סממנין ע"ג צמר מ"מ כיון שיש לאשה הנאה מזה צריכה לשלם על ההנאה, לכן המעות שקיבל הצבעי מהבעל צריכים להיות הקדש כיון שאין לבעל צורך לשלם שהרי האשה חיבת לשלם על ההנאה, ונראה דאין הכונה שהבעל אין לו סיבה לשלם שהרי הוא קצץ

עמו שיצבע וא"כ חייב לשלם לו מדין פועל, אלא דחייב שלה אלים ודו"ק], ולכן צריך הבעל להודיע שפורע חוב של האשה, ומשום שליחותיהו חשיב שפורע חוב האשה ולכן לא חל ההקדש על המעות של בעל, אולם צ"ב איך נקבע הפרעון ע"י דין זכין דהרי אין האומן מקנה לאשה כלום ורק צריך לקבוע שקיבל המעות עבור חובה.

ומבואר מדברי התוס' כמה חידושים.

א' מבואר דיש חיוב נהנה על צבע, ואע"פ שבתוס' לעיל קא. כתבו שאין חיוב של נהנה בצבע אם אין שבח סממנים ע"ג צמר, וצ"ל כמש"כ בש"ך בס"י שצ"א דאף לתי' קמא של תוס' שם דבעינן הנאה דוקא ע"י מעשיו או מעשה בהמתו כ"ז רק משום שבעל הממון לא השביח אותו אבל כשבעל הממון משביח חייב אף שהוא לא לקח את ההנאה דחייב מדין יורד, וא"כ ה"ה כאן כיון שהאומן צבע הרי"ז כיורד.

ב' מבואר מדברי תוס' דצריך דעת האומן כדי שיחול פרעון על החוב של האשה, דלכאורה צ"ב כיון שהבעל נתן לצבע בשביל מה שצבע אמאי צריך להודיע שנותן עבור האשה, ובחי' הגרש"ש ב"מ סי' ט"ז הוכיח מתוס' דל"ש לפרוע חוב של אחר רק בהסכמת המלוה משום דאין לאדם כח לפרוע חוב של חברו ורק יכול לפייס את המלוה שע"י ימחל ללוה את החוב, וה"נ בלא שיודיע את המלוה שזהו לאשה ישאר החוב על האשה.

ג' הקצה"ח קפ"ג סק"א הקשה דמשמע דבלא הסברא דהוה כשליחותיה היה חל ההקדש על המעות שנתן הבעל לאומן מעיקרא, והא

המעות הללו הלואה הם כיון שחל ביטול מקח מעות ואיך חל ההקדש הא הוה אינו ברשותו.

מכלל דמקנה קני

קאי על הלוקח או הריש גלותא

גמ' מכלל דמקנה קני לימא פליגא דבני מערבא דאמרי וכי מי הודיע לבעל החיטין. הרשב"א מבואר דמיירי שאמר למוכר שקונה עבור ריש גלותא וכן משמע ברש"י, והקשה הרשב"א א"כ אמאי ל"ק למאן דפלג אבני מערבא דאע"פ שפלגי על הסברא של מי אמר וכו' אבל כאן שאמר לו בהדיא שקונה עבור ריש גלותא איך זוכה בזה לעצמו.

ולבן כתב הרשב"א דהסברא לחלוק על מי אמר לבעל החטין וכו' הוא משום שדעת המוכר להקנות עבור מי שהמעות שלו או עבור מי שבעל המעות ירצה להקנות, ולכן מקשה הגמ' רק לבני מערבא מי הודיע דכיון שהוא רוצה לזכות לעצמו ואמר לאדם אחר איך זוכה, וע"ז משני הגמ' כגון שהודיע למוכר שהוא רוצה לקנות לעצמו.

אולם הש"ך סי' קפ"ג סק"ב הבין דכונת הגמ' מקנה קניא דקאי על הריש גלותא עצמו שהוא קונה אותו, ולכן הקשה על הרא"ש שביאר דלמאן דפליג על בני מערבא הוא משום שזוכה במעות של המשלח אבל כאן הרי לא זוכה במעות המשלח אלא במעות של עצמו וא"כ איך יזכה בזה הריש גלותא, ואמאי מקשה הגמ' רק על בני מערבא הא קשה לכו"ע, ובקצה"ח שם וברע"א בשו"ע תמהו על הש"ך דכונת הגמ' כמש"כ הרשב"א דקנה הלוקח ולא הריש גלותא.

דף קג ע"א

גדר החיוב לילך למדי
להשיב הגזילה

מתני' הגזול את חברו שו"פ ונשבע לו יוליכנו אחריו למדי. בגמ' בע"ב מבואר דילפינן לה מקרא דכתיב לאשר הוא לו יתננו וכפרש"י, ועי' לקמן שיבואר ענין זה, המנחת חינוך מצוה ק"ל הקשה בהא דמבואר במתני' דרק אם נשבע לו והודה חייב להוליך אחריו למדי, אבל בלא"ה אינו מחויב לטרוח לילך אחריו ואמאי גרע משאר מצות עשה שחייב לבזוז עד חומש, ועוד הוסיף דהכא הוה תיקון ללאו.

והרברי יחזקאל סי"ג אות ג' כתב דכמו שמצינו לענין השבת אבידה דאם שלו מרובה משל חברו פטור מלהחזיר ה"ה כאן בהשבת גזילה, דבמצות של ממון לחברו אין צריך להפסיד משלו בשביל חברו דיסוד החיוב ממון הוא מחמת התביעה של חברו ולכן אין לו זכות תביעה היכא שמפסיד.

אמנם אפ"ל דבחיוב של והשיב את הגזילה לא נאמר חיוב להשיב את החפץ ליד הבעלים ממש, אלא עיקר חובת והשיב הוא להעמיד את החפץ הגזול לנגזל, והיינו שעיקר חובת הגזול הוא להפקיע את החפץ ממצב של גזול ולזה סגי מה שאין מעכב הגזילה אצלו יותר, אלא שנותן רשות לבעלים ליקח אותו ובזה נתקיים חובת והשיב.

ויש להוסיף דהרי מצינו שיש לאו של גזילה אף באופן שאין קניני גזילה כמבואר ברמב"ם בהלכ' גזילה פ"ז הי"א דאף דקרקע

אינה נגזלת מ"מ איסור ל"ת איכא בקרקע, ומבואר שאיסור של לא תגזול הוא עצם העיכוב של הגזולן שמחזיק את החפץ תח"י בתורת גזילה וולא רק מחמת שיש לו בו קניני גניבה], וא"כ י"ל דהתיקון של הלאו הוא במה שרוצה להשיב ואינו מעכב את החפץ אצלו ולכן א"צ שישב אותו לבעלים ממש, אלא שאם רוצה להשיבו לבעלים ואין מחזיק אותו בתורת גזילה זהו קיום של והשיב, ולכן י"ל דאע"פ שכ"ז שלא הוציא הגזילה מתחת ידו יש לו בזה קניני גזילה מ"מ כיון שרוצה להחזיר קיים והשיב.

אמנם בעיקר הדבר יש להסתפק האם חיוב השבה מחייב להשיב את הגזילה למקום שגזל, ורק שאם הגזולן הלך למדי אין חיוב לטרוח אחריו, או"ד דסגי בזה שמודיע לגזולן שרוצה להשיב ואף אינו מחויב להשיבו לביתו, והנה ז"ל הרמב"ם פ"ז מגזילה ובשו"ע סי' שס"ז הגזול את חברו וכו' אינו חייב "לרדוף" אחרי הבעלים, משמע מדבריהם דמיירי שהבעלים הלכו מהמקום שגזל, ומשמע דאם נשארו באותו מקום צריך לילך להחזירו.

והנה לעיל דף קא. בתוס' ד"ה הא מנחי מבואר דאף אם יש שבח סממנין ע"ג צמר ומקיים והשיב אם מחזיר הסממנים, מ"מ הגזולן צריך לשלם השכר של הוצאת הסממנים מהצמר, וכן כתבו תוס' שם בהא דלעיל צח. דגזל מטבע וזרקו לים הגדול דחייב הגזולן לשלם לבר אמורא שיוציאו מהים, נודעת הש"ך בסי' שפ"ו סק"ח דהחיוב של הגזולן הוא גם לשכור את הפועל שיוציא ולא רק שצריך לשלם שכר הטירחא].

וצ"ב מ"ש הכא דמבואר שאין חיוב להוציא הוצאות הדרך להוליך אותו לבעלים אם נמצאים במדי כשלא נשבע, והחילוק בזה נראה דכשהחפץ קיים ונמצא לפנינו רק שהבעלים לא לפנינו יש בזה קיום של והשיב וכמש"כ דהבעלים יכולים ליקח אותו, אבל היכא שהחפץ הוא אבוד כ"ז שלא העמיד את החפץ לבעלים חייב הגזלן להעמיד אותו לבעלים כדי שיוכל ליקח אותו ולכן התם צריך לשלם הטירחא להוציאו מהים ופשוט.

מחילה על גזילה בעין

מתני' מחל לו על הקרן. לקמן בגמ' קה. מבואר דמתני' מיירי אף היכא שהגזילה קיימת וא"כ צ"ב מהו הלשון מחל על הקרן הא על חפץ בעין ל"ש מחילה, ועי' בקה"י קידושין סכ"א שכתב בשם הנתה"מ בספרו קהלת יעקב על אבע"ז סכ"ח סעי' ה' שכתב להוכיח ממתני' דקתני מחל על הקרן דמועיל מחילה בגזילה, ואע"פ שהחפץ בעין כיון דבעצם קנה את הגזילה אלא שיש לו חובת השבה, לכן מועיל מחילה על החובת השבה.

ונראה מדבריו דהמחילה אינה על החפץ בעין משום דאינו שייך לנגזל אלא לגזלן וכדמבואר בסוגיא בסנהדרין עב. וכל החיוב של הגזלן הוא חיוב דמים, וע"כ המחילה היא על החובת השבה שזהו זכות ממונית שיש לנגזל, עי"ש בקה"י מש"כ בכ"ז, אולם הנתה"מ סי' רמ"א סק"ד שכתב דל"ש מחילה על חפץ בעין וה"ה בגזילה נמי עי"ש מה שהקשה על הש"ך, וסותר למש"כ בקהלת יעקב וצ"ע.

מחל על הגזילה חוץ מפחות משו"פ

מתני' מחל לו ע"ז ועל זה חוץ מפחות משוה פרוטה. תוס' לקמן קד: ד"ה חוץ מפחות וכו' הקשו אמאי צריך למיתני הא ברישא תנן הגזול את חברו שוה פרוטה, והיינו דאין חיוב של חומש ואשם בפחות משוה פרוטה.

התני" במשניות כתב דהחידוש הוא דאע"פ שאין לו חיוב להשיב מ"מ אם יבוא לגזלן לתבוע ממנו מחויב ליתן לו, ומפורש כן בלשון הרמב"ם פ"ז מגילה הי"א וז"ל חוץ מפחות משוה פרוטה בקרן אינו צריך להוליך אחריו אלא יבא הנגזל ויטול את השאר, וכתב התני"ט דהטעם שמחויב ליתן לו כיון דגזל הוא בידו, וכמש"כ הרמב"ם בריש הלכות גזילה דאיכא איסור לגזול אפי' כל שהוא מהתורה, ומשמע מדברי התני"ט דבכל גזל פחות משו"פ אף שאין חובת השבה, מ"מ אם בא הנגזל ותבע מחויב להשיב כיון שיש איסור של לא תגזול, אף שיש לחלק דדוקא כאן כיון שהיה הגזילה מעיקרא יותר משו"פ, וכ"כ בתפארת ישראל במשניות שם אות מ"ב.

והסברא בזה כמש"כ במחנ"א דיני גזילה ס"א דהא דאין חיוב השבה בפחות משו"פ כמש"כ ברש"י בסנהדרין משום שמחל ע"ז ולכן כ"ז רק כשהגניבה היתה פחות משו"פ, אבל כשהיה מעיקרא יותר משו"פ לא מחל על הגזילה ולכן אף אם נשאר רק פחות משו"פ חייב לשלם אם תבע אותו ממנו אלא שחובת והשיב לא נאמר רק על שיעור של פרוטה.

ועי' ברע"א במשניות שכתב דהא דחזר התנא כאן פחות משו"פ משום דמרישא לא הוה ידעין רק היכא שמעיקרא היה הגזילה פחות משו"פ, אבל כאן שהגזילה היתה יותר מפרוטה וחל חובת השבה מעיקרא על פרוטה ס"ד שאף אם כפר פחות משו"פ יש קרבן שבועה ולכן תני מתני' דאין חיוב.

תוס' ד"ה אבל עושה שליח ב"ד. ואין נראה דאמאי נקט שליח ב"ד הול"ל אם יש שם ב"ד, כתב הפנ"י לישב דרש"י מפרש דמתני' קאי על התקנה שתיקנו שא"צ לילך למדי אלא שאם רצה נותן לב"ד וחידשה המשנה שיוכל ליתן אף לשליח ב"ד נמי וע"ע מש"כ לישב כל קושיות התוס'.

דף קג ע"ב

דמיון דינא דמתני' לגזל אחד מחמשה

גמ' נשבע אין לא נשבע לא מני מתני' לא ר"ט ולא ר"ע. מבואר בכל הסוגיא דהגמ' מדמה דכמו שסבר ר"ע דבגזל אחד מחמשה חייב להחזיר לכל אחד ואחד ובל"ז לא קיים והשיב, ה"ה בכל גזילה הדין כן שחייב להשיב את הגזילה לידו ממש ואף צריך לטרוח להחזיר לו למדי.

והפנ"י ובנתה"מ בפתיחה לסי' ע"ו הקשו דיש לחלק דהתם אין לו דרך אחרת לקיים חובת השבה דאם יניח הגזילה לפניו לא ברור שיתקיים השבה ולכן חייב להחזיר לכל אחד אחד, אבל כאן אם ירצה הנגזל יוכל לבוא ליקח ממנו הגזילה, ועוד הקשו דהא

חזינן אף לענין פקדון ומקח דסבר ר"ע דבספק ממי לקח צריך לשלם לכל אחד ואע"פ דהתם ליכא חובת השבה. עי' בפני יהושע ונתה"מ מש"כ לבאר בזה.

מניח גזילה ביניהם ומסתלק

גמ' ר"ט אומר מניח גזילה ביניהם ומסתלק. בספר אילת השחר כתב שאם החפץ בעיין וכל אחד תובע את החפץ מסתבר שלא יוכל ליתן את החפץ, דכיון שאינו יודע מיהו הנגזל מספק לא יקיים והשיב על גוף החפץ, אלא דיתן לכל אחד דמים והחפץ ישאר אצלו, אלא שהעיר דא"כ איך יוכל הנגזל להשתמש בחפץ במה קנה אותו שהרי לא עשה שינוי, והבעלים הרי תובע את גוף החפץ ולא נתן לו זכות שישתמש בזה.

ונראה די"ל ע"פ מש"כ בשיעורי הגר"ש ב"מ לדף כא. דהא דע"י יאוש קונה הגזלן החפץ משום דבשעה שנתיאש חל חיוב של דמים, וכל שנתחייב בדמים זהו סיבה לקנות את החפץ, עי"ש שהוכיח יסוד זה מרש"י ב"מ נו ע"ב, וא"כ י"ל דה"ה כאן כיון שמחויב ליתן דמים אע"פ שזהו רק מחמת הספק מ"מ קיים בזה חובת והשיב וממילא זה סיבה שיקנה את החפץ לעצמו.

וכי קאמר ר"ע היכא דאישתבע

גמ' לעולם ר"ע וכי קאמר ר"ע עד שישלם היכא דאישתבע הוא דקאמר. מבואר לפי"ז דדין המשנה שחייב להוליך למדי וגזל אחד מחמשה חד דינא הוא דלא מתכפר כ"ז שלא השיב ליד הבעלים, ומשמע דבאופן שלא כפר ונשבע א"צ להשיב לכל אחד אלא דכה"ג

אף לר"ע מניח גזילה בניהם, והטעם דאם לא נשבע אין חיוב להשיב אלא סגי להעמיד את החפץ לנגזל ושלא יעכב אותו תח"י, ולכן אע"פ שיתכן שהגזילה לא יחזור לנגזל מ"מ אינו מחויב יותר מזה וכמש"כ במשנה.

ביאור פלוגתת ר"ט ור"ע במסקנת ר"א ב"ר צדוק

גמ' ור' טרפון אע"ג דאישתבע עבוד רבנן תקנתא. דעת התוס' דכונת הגמ' דמתני' ר"ע דאע"פ שבין ר"ט ובין ר"ע לכו"ע מעיקר הדין בכפר ונשבע חייב לילך למדי אפי' כשהוצאה יותר מהקרן דיליפנן מקרא, אלא שנחלקו ר"ע ור"ט בתקנת ר' אלעזר בר צדוק שתיקן דמשום תקנת השבים במקום שההוצאה יתרה על הקרן א"צ לילך אלא מניח לב"ד, האם כשאין ב"ד צריך לילך למדי או דכה"ג א"צ לילך למדי אלא ישאר אצלו, דבמשנה משמע דהיכא שאין ב"ד חייב לילך למדי אע"פ שהוצאה יתרה על הקרן, וא"כ ע"כ דמתני' ר"ע היא משום דלר"ט דסבר דמניח גזילה בניהם, ע"כ שאין חיוב להוציא הוצאה יתר על הקרן לילך למדי אפי' כשאין ב"ד, דהרי כה"ג שמוסר לב"ד באחד מחמשה הרי לא מתקיים השבחה שאינם יודעים למי ליתן, וע"כ דבתקנת ראב"צ נחדש שאין חיוב השבחה כה"ג כלל בהוצאה יתרה על הקרן, וא"כ ה"ה אם אין לו ב"ד אין חיוב לילך למדי לקיים מצוה השבחה, אבל ר"ע דסבר באחד מחמשה שיש חיוב לשלם לכל אחד וליכא כלל דהוצאה יתרה על הקרן כיון שלא יודע למי גזל, משו"ה היכא שאין לו ב"ד לפניו צריך ללכת למדי אע"פ שהוצאה יתרה על הקרן.

ונראה מדברי התוס' שנחלקו ר"ע ור"ט בגדר התקנה של ראב"צ דר"ע סבר דתיקנו שבהוצאה יתרה על הקרן מקיים חובת והשיב בזה שנותן ליד ב"ד, ולכן אם אין לו ב"ד לפניו חייב לילך למדי, אבל לר"ט ע"כ צ"ל שתיקנו שאין חובת השבחה בכה"ג שההוצאה יתרה על הקרן, ולכן אף אם אין לו ב"ד אין חיוב לילך למדי.

אמנם עיקר הך דינא שתיקנו דא"צ להוליך למדי באופן שההוצאה יתרה על הקרן ואף ר"ע מודה היכא שיש ב"ד, הקשה החזו"א ס"כ סק"ו דהא במתני' לקמן קי. מבואר שאם הביא אשמו קודם שהשיב גזלו אינו מתכפר, וא"כ איך יכול להביא אשמו קודם שהשיב את הגזילה, ול"ש לומר דהפקר ב"ד הפקר, דהא איכא מד"א לקמן קט. דלא מהני מחילה א"כ הפקר ב"ד לא גרע ממחילה, [ועי' קו"ש פסחים אות קל"ג], ולכן כתב החזו"א דצ"ל דהב"ד מזכים אותו לנגזל וחשיב שכבר זכה בזה ובא לידו ולכן יכול להביא קרבן אשם, אמנם צ"ב דבתוס' מבואר דלר"ט אם אין ב"ד בעיר והוצאה מרובה על הקרן אינו מחויב להביאו לב"ד אלא נשאר אצלו, ואיך יוכל להביא קרבנן הרי לא הוציא את הגזילה מתחת ידו, ועי' באילת השחר מש"כ.

שיטת הרשב"א בביאור הסוגיא

הרשב"א כתב לבאר דכונת הגמ' לעולם ר"ע לא דוקא ר"ע אלא מתני' נמי קאי נמי כר"ט שהרי מעיקר הדין ילפינן מקרא שחייב למדי כשנשבע וה"ה בגזל מאחד מחמשה, אלא שאם הוצאה יתרה על הקרן פטור, ומתני' לא מיירי בכה"ג שהוצאה יתרה, וכתב הרשב"א שכונת הגמ' לומר

דמתני' נמי כר"ע דאף לדבריו דבגזול אחד מחמשה חייב לשלם לכל אחד, הכא כשהוצאה מרובה איכא תקנה שיוכל ליתן לב"ד, ונראה דדעת רש"י שפירש במתני' דיתן לשליח ב"ד כדי שלא יהיה צריך לילך הוא כמש"כ הרשב"א דמתני' תקנת ראב"צ, וא"ש משה"ק התוס'.

ויש לדון לדברי הרשב"א באופן שהוצאה יתרה על הקרן ואין לו ב"ד לפניו האם חייב לילך למדי, ונראה דאפ"ל דכה"ג אף לר"ט חייב לילך, ואף שהתוס' ס"ל שאם לר"ט אין חיוב להשיב לכל אחד ה"ה אין חיוב לילך, מ"מ יש סברא לחלק דדוקא התם שזהו קיום ההשבה שמניח גזילה בניהם, אבל בכה"ג שלא קיים והשיב חייב לילך לקיים והשיב, ועי' בחזו"א ס"כ סק"ו שכתב סברא זו בדעת התי' הב' בתוס' דלר"ט חלוק גזל אחד מחמשה שיש קיום של והשיב, להיכא שגזל ממנו ולא החזיר שצריך לילך למדי.

דף קד ע"א

דעת רבא בישוב המשנה

לדעת ר"מ ור"ע

גמ' אלא אמר רבא שאני מתני' דכיון דידע למאן גזליה וכו'. דעת רש"י דרבא בא לישב מתני' לכו"ע והיינו דמהתורה חייב לילך למדי ואף בגזל אחד מחמשה צריך לשלם לכל אחד ואחד כמו שמבואר בגמ' בס"ד דקרא דלאשר יתנו קאי אף כה"ג שיש לו ספק ממי גזל, אלא דר"ט סבר דאיכא תקנת ראב"צ דבאופן שהוצאה יתרה על הקרן פטור,

ולכן מניח גזילה בניהם ומסתלק, [ואע"פ שמ"מ לא השיב ואיך יביא קרבנן אשם וצ"ל כמש"כ לעיל וצ"ע].

אבל לפי ר"ע ליכא להך תקנתא וקנסו דאף היכא שלא נשבע חייב לשלם לכל אחד, ואף ר"ט אית ליה דיש לו חיוב לצאת יד"ש היכא שהודה ולא נשבע באופן שגזל מב' ולא יודע ממי גזל, אבל במתני' ליכא חיוב לצאת יד"ש כיון דבשעה שהודה לו נעשה כפקדון ולכן רק אם נשבע חייב להחזיר לו, ומה"ט ליכא קנס לר"ע כיון דמשעה שהודה לו נעשה כפקדון לידו והו"ל כמו שהחזיר לו.

אבל תוס' פליגי על רש"י וס"ל דרבא משני רק לפי ר"ט דאף שיש חיוב לצאת יד"ש כשהודה בלא שבועה, משום דמשעה שהודה לו הוה כפקדון אצלו, אבל לר"ע דקניס בכל גונא קניס אף היכא שהודה. ועי' בחדושי ר' מאיר שמחה שכתב לתלות פלוגתת רש"י ותוס' במחלוקת בעה"מ והרמב"ן בריש פרק דו"ה היכא שהגזלן רוצה להחזיר האם נחשב ברשותו של הנגזל, דלרש"י דקאי הגמ' בין לר"ע ובין לר"ט ע"כ דכשרוצה להחזיר נעשה כפקדון ממש ונעשה ברשותו, אבל לתוס' דקאי רק כר"ט שאם הודה יש חיוב לצאת יד"ש אבל באופן שהוא יודע למי ליתן אין חיוב לצאת יד"ש ע"כ לא הוה כפקדון ממש.

דעת הש"ך שחייב להודיע לנגזל

וחשיב כפקדון אצלו

גמ' ואודי ליה כיון דאפשר וכו'. הש"ך סי' שס"ז סק"ג למד דכונת הגמ' דמתני' כיון שהודה ונודע לנגזל לכן חשיב כפקדון, ולכן

מנחת

דף קד ע"א

משה

תג

כתב דאם לא הודיע הנגזל לגזולן שהגזילה אצלו ורוצה להשיב יש חיוב לצאת יד"ש להודיע לנגזל, וכן לר"ע אם לא נודע לו שגזלו חייב לילך לשלם לו, וכתב החזו"א ס"כ סק"ח דמ"מ אין חיוב להוציא הוצאות כדי להודיע, דא"כ נמצא שזה חמור יותר מנשבע שיכול ליתן לב"ד.

וחולק הש"ך על מש"כ הסמ"ע שם דלדעת הרמב"ם א"צ להודיע, ועי' קצה"ח שם סק"א שכתב לדייק דברש"י משמע דאין צריך להודיע לנגזל אלא סגי במה שהודיע לעדים, ומסיק שם הקצה"ח דה"ה היכא שלא הודה אלא שבדעתו להחזיר הגזילה ג"כ פטור ונחשב כפקדון אצלו ואין לו חיוב לצאת יד"ש, עי"ש שנחלקו לפי"ז בכונת הרמ"א שם.

ע"ע בסמ"ע סק"ד שכתב דמעיקר הדין יש חיוב בכל גזילה לילך למדי משום שמצינו דקפיד קרא אלא דמשום תקנת השבים א"צ לילך רק בנשבע, וכ"כ בסק"ב שם עי"ש, אולם צ"ע דבגמ' משמע דרק בנשבע ילפינן מקרא, ועי' בש"ך סק"ב.

המעם שצריך לילך אחריו למדי

גמ' כיון דבעי כפרה לא סגי עד דמטי לידיה. הסמ"ע שס"ז סק"ד כתב דהא דצריך לילך למדי ילפינן מקרא לאשר הוא לו יתננו, והש"ך בסק"ו הקשה דמבואר בגמ' דמשום כפרה ולא מהך קרא וכתב דשמא זהו טעמא דקרא, ומדברי הסמ"ע נראה דסבר דקרא מיירי אף כשלא נשבע דהרי כתב בסק"ד דמעיקר הדין בכל גזילה חייב לילך למדי ורק משום

תקנת השבים א"צ לילך, אבל הש"ך לשיטתו דרק בנשבע צריך להחזיר לו לכן כתב דאפשר ללמוד כן מסברא דצריך כפרה כיון שנשבע לשקר.

והחזו"א ס"כ סק"ח כתב דאף להש"ך בעינן קרא לגזל אחד מחמשה, דהתם הרי הוא מזכה הגזילה לנגזל ולכן חשיב השבה ורק מכח קרא בעינן שיחזיר לכל אחד ואחד.

הרמב"ם פ"ז מגזו"א ושו"ע שם כתבו טעם אחר אמאי צריך לילך למדי וז"ל מפני שכבר נתיאשו מאחר שכבר נשבע ואינם באים עוד לתבעו, והש"ך בסק"ו הקשה אמאי הוצרך הרמב"ם ושו"ע לטעם חדש הא בגמ' מבואר דהוא משום כפרה, ועי' בביאור הגר"א שם דהרמב"ם לא גרס כן הגמ', והקצה"ח סק"ג כתב דכונת הרמב"ם לומר דאף היכא שהוא הודה בפניו ג"כ צריך להוליד אותו למדי ודלא כתוס' דאם הודה בפניו א"צ, והסברא בזה כיון שכבר נתיאש דסבור שלא יתן לו שהרי כפר ונשבע לכן אף שהודה בפניו צריך לילך ליתן לו, ועי' בחזו"א סק"ט.

שליח שעשאו בעדים

גמ' איתמר שליח שעשאו בעדים ר"ח אמר הוי שליח רבה אמר לא הוה שליח. בגמ' בסוף העמוד מבואר דאף לר"ח לאו בכל גונא חשיב שליח וממציא לו שליח דאמר ליה אית ליה זוזא וכו' לא הוה שליח, ובתוס' ד"ה שליח כתבו שאם אמר המשאיל לשואל בפניו שלח לי ביד בני או ביד עבדי וכו' לכו"ע הוה שליח, וצריך לברר מהו החילוק באלו ג' האופנים של שליחות.

ונראה שנחלקו הראשונים בזה, רש"י ביאר דשליח שעשהו בעדים היינו שמינה אותו בפני שנים ואמר לו שיקבלם הימנו וכ"כ בנמוק"י, ונראה דכונתו שאמר לו שיהא שליח קבלה ולכן אין אחריות על בעל הבית, וממציא לו שליח דלכו"ע לא נפטר מאחריות המעות, פרש"י ביקש מחברו שימציא לו לגזלן את עצמו לומר לו אם תרצה לשלח לפלוני שלח בידי, והיינו שלא מינה אותו בהדיא שיהא שלוחו שיקבל המעות עבורו, אלא שאמר לו להודיע שאם ירצה לשלח לו המעות שלח בידו, ובזה לכו"ע כיון שלא מינה אותו בהדיא להיות שליח לא נפטר מאחריות המעות.

הרא"ש כתב דשליח שעשאו בעדים היינו שאמר לו בפני עדים לך והבא לי מעותי שביד פלוני ולא אמר לו אמור לו שישלח לי, אבל אם אמר לו אמור לפלוני שישלח מעותי שבידו בהא ליכא מאן דפליג דפשיטא דהוה שליח וכ"כ בטור ושו"ע סי' קכ"א, מבואר מדברי הרא"ש דיש חילוק בין אם אמר לו בהדיא שיאמר ללוה שהוא שלוחו של המלוה דבזה לכו"ע הוה שליח, ונדרן הסוגיא הוא באופן שאמר לו שיביא לו מעותיו ולא אמר לו שיאמר שהוא שלוחו, ולדברי הרא"ש צ"ל דכונת הגמ' ממציא לו שליח דבזה לכו"ע לא הוה שליח, כמבואר בטור ושו"ע קכ"א ס"ב דאמר יש לי מעות ביד פלוני ואינו שולחם לי אולי אינו מוצא שליח לשלחם ע"י לך והתראה אליו אולי ישלחם על ירך, וכיון שלא אמר לו שדעתו לבוא לכאן ואם יביא המעות הבאה אלי לכן לא הוה שליח כלל.

התוס' כאן נסתפקו בדין שכתב הרא"ש שאם אמר לו לך אמור לפלוני שישלח על

ידך אם חשיב שליח, וכתבו התוס' דהסברא דכה"ג חשיב שליח דהוה כהא דהשואל שאמר לו בפניו שלח ביד בני וכו' ואין חילוק בין בפניו לשלא בפניו, ובתוס' ב"מ צט ע"א הכריעו כהרא"ש דמהני עי"ש שכתבו לישב קו' התוס' באופ"א.

ובתב הסמ"ע קכ"א סק"ה דלפי שיטה זו שאם אמר לו לך ואמור לו שאתה שליח לקבל המעות לכו"ע חשיב שליח, ה"ה אם אמר לו שלא בפני עדים לך אמור לו שישלח עי" דהיינו שאתה שליח שלי אף אם אמר לו שלא בעדים מהני ופטור הלוה מאחריות המעות, וכל הנדרן של הגמ' היה רק באופן זה שלא אמר לו בהדיא שיאמר לו שהוא שליח אלא שאמר לו לך והבא לי מעותי, ועי' בש"ך בסי' קכ"א סק"י שכתב דלדעת רש"י דפירש דממציא לו שליח לכו"ע לא הוה שליח, היינו שלא מינה אותו בהדיא אלא שאמר לו שאם יתן לו מעותיו יבאם אליו, [וזהו כמו שפירש הרא"ש הנדרן הסוגיא], משמע דשליח שעשאו בעדים שנחלקו בזה רבה ורב חסדא הוא גם באופן שאמר לו לשליח שיאמר לו שהוא שלוחו, ולרבה דשליח בעדים לא הוה שליח צ"ל שחלוק הא דפרק השואל שאמר לו בפניו שישלח לו דכה"ג הוה שליח.

וע"ע היטב בש"ך סק"י וביאור דבריו נתבאר היטב בנתה"מ סק"ד [ובמשפט הכהנים סק"ח] דדעת המהרש"ל ביש"ש סוף סי' ל"ו דהיכא שעשה אותו שליח שיאמר לו שהוא שלוחו לקבל המעות כה"ג לכו"ע מועיל וכמש"כ הרא"ש, אלא שחולק על הרא"ש דביאר דהמחלוקת בגמ' היא בכה"ג שאמר

מנחת

דף קד ע"א

משה

תה

לו לך 'ותקבלם לי', והכונה בזה שאם אמר לו לשון שיהא שליח לקבלה ולא אמר לו בהדיא שיאמר לו שהוא שלוחו, אבל באופן שהרא"ש פירש הסוגיא וכמבואר בשו"ע בס"ב שלא אמר לו בהדיא שיהא שלוחו לקבלה, אלא שאמר שאם יבוא לשם ויתן לו הביאם לידי, כה"ג הוא כמו ממציא לו דלא חשיב שליח, נ"ה מהרש"ל עצמו למד דרש"י נמי מודה כה"ג שאמר לו שיאמר לפלוני שהוא שלוחו וחולק ע"ז עם הש"ך].

בעדים, וכתב הנתה"מ שלפי דעת הסמ"ע ה"ה אם יאמר לחש"ו או לעכו"ם לך ותאמר לו שאתה שלוחי וא"צ להיות גברא דחזי לשליחות, כיון דלאו מטעם שליחות הוא אלא משום ערבות, אבל לדעת הש"ך שהוא מדין שליחות בעינן דוקא בר שליחות, וע"ע בנתה"מ שנסתפק דלדעת הש"ך שמא אף כשאמר לו בפניו שלח בעינן עדים כיון שהוא מדין שליחות.

אי דלא עשה בעדים מנא ידעינן

גמ' אי דלא עשה בעדים מנא ידעינן. פרש"י מנא ידעינן דקרי ליה מתני' שלוחים, אבל התוס' חלקו ופי' דהכי מסר לו הא לא ידע שהוא שלוחו, ופי' הפנ"י דהא דלא פירשו כרש"י משום דשמא שניהם עומדים לפני ב"ד ומודה שמסר לו אלא שהמשאל טוען שלא הוה שלוחו להיות במקומו אלא שהוא שלוחו של שואל, ועי' בדרישה סי' קכ"א, והרשב"א כתב שאע"פ די"ל שהוא מודה שהוא שלוחו מ"מ משמע דידוע שהוא שלוחו בשעת המסירה.

תוס' ד"ה הכי קא"ל. תימה אמאי חייב וכו', הפנ"י ביאר דכונת התוס' להקשות רק באופן שהוא נותן פקדון אבל בשואל ובמלוה או בגזלן לא קשה כיון דהם חייבים גם באונסים לכן אף דלא שיך הסברא של אין רצוני מ"מ חייב מדין אונס, עי' ברע"א בשו"ע בסי' קכ"א שהבין דקושית התוס' הוא לענין מלוה ולכן הקשה הא חייב באונסים, ולמבואר א"ש וכ"כ בנתה"מ סק"ה עי"ש שתמה על הש"ך שפי' בכונת התוס' להלואה.

פלוגתת הסמ"ע והש"ך באמר לשליח לך אמור לו שישלח

הש"ך סי' קכ"א ס"ק ט"ו כתב לחלוק על מש"כ הסמ"ע שם סק"ט בדעת הראשונים דאם אמר לו לשליח לך אמור לו שישלח ע"י דהוה שליח ולא בעי עדים לכך אלא אפי' בלא עדים מהני, דמדברי התוס' לקמן בע"ב מדויק דאף בכה"ג צריך עדים וכן כתב הרמב"ן במלחמות.

והנתה"מ שם סק"ד ביאר נחלקו הש"ך והסמ"ע בביאור המשנה בב"מ צט. בהא דמבואר התם שאם אמר השואל בפניו שלח ע"י פלוני דנפטר מחיוב אחריות, דבשטמ"ק שם ביאר דהוא מטעם ערבות דדמי להוציא הוצאת על פיו, דבזה שאמר שישלח ע"י הוה כאומר דמה שיתן לפלוני חשיב כמו שהוא קיבל, ולכן ה"ה אם אמר לו שלא ע"י עדים שיאמר לפלוני שהוא שלוחו מועיל מדין ערבות דלא הוה מדין שליחות, אבל הש"ך סבר דל"ש דין ערבות כה"ג שלא אומר לו בפניו ולכן כה"ג ל"ש דין של ערבות אלא דמועיל מדין שליחות ולכן צריך שיהא דוקא

דף קד ע"ב

אין משלחין מעות בדיוקני

גמ' אין משלחין מעות בדיוקני ואפילו בעדים. דעת רש"י שהנדרון הוא באופן שלא כתב לו, אלא אמר לו שילך להביא לו מעותיו ורק מסר לו דיוקני, דהיינו סימן שהוא שלוחו וכיון שלא כתב לו בהדיא לא חשיב כשליח שעשהו בעדים דהעדות הוא רק על הסימן, וכתב הנמיק"י דאם היה כותב לו בהדיא בשטר שהוא שלוחו היה נעשה שליח, כיון דקי"ל כר"ח דשליח שעשהו בעדים הוה שליח, ולכן כל הסברא כאן דלא הוה שליח כיון שלא מינה אותו שליח בפני עדים וכל העדות הוא רק על הדיוקני.

אמנם התוס' כתבו דמיירי שאמר לסופר כתוב לפלוני שישלח מעות ע"י פלוני וחתם בדיוקני שלו, דכיון שהוא עצמו לא כתב לו ואין עדים על השליחות לכן לא חשיב שליח, אבל אם היו עדים חתומים על זה שאמר לו לשלוח ע"י אז הוה שליח, א"נ שאם יכתוב בכתב ידו הוה שליח, ומכאן דייק הש"ך ס"ק ט"ז שהובא לעיל שאף אם אמר לו לך אמור לפלוני שאתה שליח שלי לכו"ע מועיל כ"ז רק אם נעשה בעדים, [וכונתו דמשמע מדברי התוס' דבנוסח של הכתיבה של הסופר מועיל רק כשנעשה בעדים, ולא כתבו דמועיל אם היה אומר לו בע"פ].

ועוד כתבו תוס' לפרש לפי מסקנת דבריהם לעיל בע"א דאף אם אמר לו שיאמר לו שהוא שליח להביא לו מעותיו לא מועיל, וא"כ צ"ל דשמואל סבר כרבה דשליח שעשאו בעדים לא מהני ואף אם יהא לו עדים על

השליחות לא מהני, אבל ר' יוחנן סבר כרב חסדא דחשיב שליח ולכן מועיל נמי כה"ג שיש עדים, וזהו מש"כ התוס' בהמשך דבריהם בד"ה ורבי יוחנן ועי' במהרש"א שביאר כן. **הש"ך** ס"ק י"ז כתב דהרמב"ם מפרש דהא דאין משלחים מעות בדיוקני משום דשמא הוא זיף את החתימה, ולא משום שאין כאן סברא של להכי טרחא, ועי"ש שמישב בזה כונת הרמ"א שם וכ"כ בביאור הגר"א.

במש"כ תוס'

שבדיוקני ידוע משלחין

תוס' ד"ה אין משלחין. וא"ת אמאי לא מהני דיוקני והא אמרינן בהשולח וכו', הש"ך [קכ"א ס"ק י"ג] כתב דבאמת הכא אם היה חותם בדיוקני חכם דידוע דיוקני שלו משלחין, ומיהו כתב הש"ך דכ"ז רק לפי דעת התוס' דמיירי שכתב הסופר ורק חתם בדיוקני, אבל לרש"י שאמר לו בע"פ ולא כתב בשטר כלום לא מהני הדיוקני אף אם היה של גדולי הדור. **אולם** עיקר הדבר צ"ב מה הקשו התוס' מהא דגיטין הרי הכא אין חשש של זיוף והסברא דלא מהני לתוס' משום דכיון שלא מינה עדים על עצם השליחות ורק כתב הסופר בשטר ליכא סברא של להכי טרחא דמבואר בע"א דהוה שליח וא"כ מה מהני דיוקני של גדולי הדור, ואפשר דהתוס' פירשו כהרמב"ם אך לא משמע כן בש"ך שם.

קנין אגב קרקע במעות

גמ' רב זיל נקנסנהו לך אגב ארעא. כתב הרשב"א דא"א לפרש שהיה מעות הלזה דהא בגמ' מבואר שהקנה לו אגב קרקע והרי

מנחת

דף קד ע"ב

משה

תז

אי הוה מלוה ע"פ לא נקנה רק במעמד שלשלתן, ואם היה מלוה בשטר אין לו תקנה רק בכתיבה ומסירה, ולכן כתב הרשב"א דצ"ל דהיה מעות פקדון והוה בעין ולכן שייך להקנות אותו באגב, אולם תוס' לעיל ע. כתבו דעשו תקנה לענין מלוה ג"כ.

המעם דמהני הרשאה

ומקנה המעות אנב קרקע

גמ' ואלא מאי תקנתא זיל ניקניהו ניהלי אגב ארעא. בראשונים מבואר דכונת הגמ' שנותן לו הרשאה על המעות ומקנה לו אגב קרקע ועי"ז יש לו זכות לגבות, וצ"ב דהא מבואר לעיל דף ע. דבהרשאה שליח שויה ולא נעשה שלו ולא יוכל לתפוס מהבעלים, וא"כ קשה דכמו שדחתה הגמ' לעיל דלא מועיל שיכתוב התקבלתי דאם ימות המלוה נמצא שבטל שליחותו א"כ ה"ה הכא ומה מהני ההרשאה.

והתוס' בכתובות נה ע"ב [ד"ה שאם] כתבו דאף אם ימות המלוה לא מתחייב הלואה באחריות כיון דאם היה בא לב"ד בשעה שנתן לו היו אומרים לו שכדין עשה שלא היה לו לחשוש שמא ימות לכן אינו חייב באחריות.

וצ"ב כונתם דא"כ אמאי באוקמתא דלעיל שאמר התקבלתי אומרת הגמ' דלא מהני דילמא עד שיבוא ימות המלוה, והרי בשעה שנתן לו כדין נתן שלא היה לו לחשוש שמא ימות, [ועי' ברשב"א שהקשה בהא דאמר דילמא ימות וכו' דהא בעלמא אזלינן בתר חזקת חי ולשמא ימות לא חישנין, וכתב דמ"מ אם נתן ונתברר שבאותה שעה היה מת נתבטל השליחות וחייב הלואה באונסים ולכן לא ירה

לתת שמא ימות ויתחייב אע"פ שא"צ לחשוש], ועי' בסמ"ע בסי' קכ"ב סק"ד ובביאור הגר"א שם סק"ח מש"כ לבאר בזה, ובש"ך שם תמה בזה עי"ש בכ"ד.

המעם דקנין אודיתא

לא מהני במעשר שני

תוס' ד"ה אגב אסיפא דביתהו. וההיא דפרק הזהב גבי וכו' התם מדאורייתא בעינן דאית ליה ארעא דאי לית ליה ארעא לא הוה קרוין מעותיו מדאורייתא שיוכל לפדות בהן פירות מע"ש.

הקצה"ח סי' קצ"ד סק"ד ביאר דכונת התוס' דקנין אודיתא הוא קנין מדרבנן וע"כ לא מהני לענין פדיון מע"ש, דקנין דרבנן לא מהני מהתורה, ולפי"ז צ"ל דקנין אגב הוא מהתורה שהרי מבואר שם בגמ' דמועיל קנין אגב לענין מע"ש.

אבל הרע"א לעיל יב. הקשה דבתוס' לעיל יב. מבואר דקנין אגב הוא דרבנן, ולכן כתב לפרש דכונת התוס' הוא דקנין אודיתא אינו מעשה קנין כמו שהבין הקצה"ח אלא שזהו ענין של נאמנות דכיון שמודה שזה שייך לפלוני ב"ד עושים כפי מה שמודה, ולעולם לא חל קנין ע"י דיבורו כלל, ולכן לעינן מע"ש לא אמרינן הכי אבל קנין אגב שהוא מעשה קנין מדרבנן מועיל אף לענין מע"ש דקנין דרבנן מהני לדאורייתא, עי"ש מש"כ לדייק בלשון התוס'.

אלמא חומשא ממונא הוא

גמ' נתן לו את הקרן אלמא חומשא ממונא הוא. רש"י ביאר דהראיה היא מהא דאין צריך לילך אחריו למדי, ע"כ משום שיש לזה

דין של ממון, הרא"ש והראב"ד בשטמ"ק כתבו דהראיה היא מהא דמבואר במשנה שיכול למחול על החומש ע"כ דממונא הוא, והוסיף הרא"ש דאי הוה כפרה לא היה מועיל מחילה כמו שמבואר בפ"ו מתרומות משנה א' לענין תשלומי תרומה דל"ש מחילה ע"ז משום דהוה כפרה, ויסוד זה כתבו תוס' לעיל מג ע"א לענין כופר דאי כופרא כפרה ל"ש בו מחילה, וכ"כ תוס' בכתובות ל ע"ב לענין תשלומי תרומה.

אולם הר"ש בתרומות פ"ו מ"א כתב דאין לומר דהא דל"ש למחול על תשלומי תרומה משום דהוה כפרה, שהרי מבואר בפרק הגזול לענין חומש של כפירת הפקדון דמועיל מחילה, וע"כ דאפי' בדבר שהוא משום כפרה שייך בו מחילה, וצ"ב דאיך מועיל מחילה בכפרה סוף סוף במה נתכפר, ועי' בקו"ש ב"ב אות ב' שכתב דצ"ל דסבר הר"ש דמחילה הוה כקבלה ולכן מועיל מחילה אף בכפרה, אבל הראשונים שחלקו ס"ל דמחילה אינה כקבלה ולכן לא מהני בכפרה.

אמנם צ"ב כונת הר"ש שהרי מבואר בסוגיין דחומש הוא ממונא ממה שאין היורשים משלמים, וא"כ מה הראיה מכאן שמועיל מחילה בתשלומי תרומה דהרי הכא חומש לאו משום כפרה אלא ממונא ואפשר דתשלומי תרומה חשיב כפרה, ועי' קו"ש בפסחים אות קל"ג שעמד בזה, וצ"ל דסבר הר"ש דאין כונת הגמ' דחומש לא הוה כפרה כלל והוה רק חיוב ממוני, אלא דזה פשיטא שיסוד החיוב של חומש הוא משום כפרה וכמש"כ ברש"י לעיל סה ע"א דחומש כפרה של השבועה, וכ"מ בלשון הרמב"ם פ"ז ה"ח,

ורק דכיון שאופן הכפרה הוא בדיני הממון לכן מועיל מחילה ומשו"ה הוכיח נמי לתשלומי תרומה, דהתם נמי אופן הכפרה הוא בצורה של תשלום לחברו ולכן בכפרה בתשלום של ממון מועיל מחילה. **והראשונים** שחלקו י"ל דס"ל דחלוק הכפרה בחומש מתרומה, דהתם הדין הוא שמשלם לכל כהן שירצה משא"כ כאן החיוב חומש הוא לנגזל, ולכן הכא הוא נדון כחיוב ממוני לבעל הקרן, ולכן מועיל מחילה [דהוה כחלק מהגזילה], משא"כ התם דיכול ליתן לכל כהן שירצה ע"כ לא חשיב כחיוב ממוני שאין כהן מסוים שיש לו תביעה ע"ז ולכן לא מועיל בזה מחילה.

אם בעינן קרא בלא נשבע האב

גמ' ורמיינהו עדיין אני אומר אימתי אינו משלם את החומש וכו' בזמן שלא נשבע לא אביו ולא בנו. כתבו הרשב"א והראב"ד דל"ג לא אביו ולא בנו דכה"ג שאין שבועה כלל א"צ מיעוט דמהכ"ת שיתחייב בחומש, הפנ"י כתב בשם ספק קרבן אהרון על התורה כהנים שביאר דס"ד דעצם מיתת האב חשיב כמו כפירת ממון.

וביאר הפנ"י דבחיו כ"ז שלא נשבע לא נגמרה הכפירה דיכול להודות, אבל כשמת דכבר לא יוכל להודות בזה נשלמה הכפירה, וס"ד דהוה כמו נשבע וע"ז בעי קרא דפטור מחומש עי"ש בפנ"י מש"כ לדון בדבריו.

הא דבעינן מיעוט שחבן פטור

מחומש על גזילת אביו

גמ' אמרי אלא מאי לא הודה לא הודה אביו והודה בנו. צ"ב הא כל החיוב של חומש

הוא על שבועת שקר, וכיון שהבן לא נשבע אלא האב נשבע לשקר אמאי ס"ד שהודאת הבן מחייבת אותו דבעינן קרא למעט.

האבי עזרי במכתב להגרא"ז בסוף חלק נזיקין כתב דמוכח מכאן שהבן שיוורש מהאב את הגזילה, יורש נמי כל זכותי הגזילה שהיה לאב, וכיון שאם האב היה מודה היה חייב חומש ס"ד דבנו נמי אם היה מודה היה חייב חומש.

ובזה ביאר באבי עזרי הא דמקשה הגמ' ונחייב בנו חומש אשבועה דידיה, וכונת הגמ' להקשות באופן שנשבע בנו והודה שיחייב חומש על שבעותו, ולכאורה צ"ב איך אפשר לחייב אותו חומש על שבעותו הא הוא לא גזל כלל, ואע"פ שיש ברשותו גזילת אביו מ"מ הא לא עשה מעשה גזילה כלל, והרי"ז דומה להיכא שבהמה של ראובן נכנסה מעצמה לחצר של שמעון ובא ראובן לתובעה ושמעון כפר ונשבע, דפשיטא שאין חיוב חומש וקרוב כיון דחשיב כפירת דברים דלא עשה מעשה גזילה, וכן מוכח ברמב"ם ריש פ"ז מהלכות גזילה שכתב כל מי שנתחייב ממון לחברו וכפר ונשבע, והיינו שכל החיוב הוא מחמת שמחויב ממון לחברו וכפר בזה, אבל אם אין מחויב ממון לחברו אלא שיש ממון של חברו בידו לא הוה סיבה לחיוב של קרבן שבועה, וא"כ מה מקשה הגמ' דהרי לר' עשה מעשה גזילה, וע"כ צ"ל דכיון שיוורש מאביו הגזילה יורש בו את כל זכותי הגזילה ולכן אם כפר בו חשיב שכפר בגזילת עצמו ולכן שייך לחייב אותו על מה שנשבע דחשיב גזילה דידיה.

אמנם הפנ"י כתב לבאר קושית הגמ' ונחייב בנו אשבועה דידיה דאע"פ שלא עשה מעשה גזילה, מ"מ כיון שכפר ונשבע הרי"ז

דומה לכופר בפקדון שנעשה גזלן ע"י השבועה, וה"ה כאן ע"י השבועה נעשה גזלן ולכן חשיב גזילה שלו וזהו קושית הגמ' דנחייב חומש אשבועה דידה, וכתב בפנ"י להכריח כן דאל"כ דהחייב שבועה הוא מחמת גזילת אביו מה מקשה הגמ' דנחייב חומש הא ע"ז גופא קא ממעט קרא שאין חיוב וחמש על גזילת אביו.

וכי איכא אחריות נכסים מלוה ע"פ הוא

גמ' וכי איכא אחריות נכסים מא הוי מלוה ע"פ היא. כתבו תוס' שכונת הגמ' להקשות למד"א שעבודא לאו דאורייתא דהא ליכא שעבוד וא"כ אמאי בעינן קרא לחדש שיש חיוב קרן הא ליכא שעבוד, [ורבנו פרץ ביאר דא"א לומר דכונת הגמ' להקשות דאף אי שעבודא ל"ד ורק מדרבנן יש שעבוד, הרי אין שעבוד במלוה ע"פ וגם מדרבנן אין שעבוד, דבגמ' משמע דהנדון הוא מדאורייתא מדבעי קרא לחייב קרן וע"כ שהנדון כאן הוא מהתורה ולכן מקשה הגמ' הא שעבודא ל"ד].

ובתבו התוס' על מה שהקשה רש"י א"כ מה מהני שעמד בדין הא כפר, ותי' תוס' דמיירי שבאו עדים שנשבע לשקר ולכן איכא שעבוד קרקעות, אמנם הקשה ברבנו פרץ דמה מהני שבאו עדים שנשבע לשקר מ"מ כיון ששעבודא ל"ד מה מהני שעמד בדין דאע"פ דאיכא קלא הא כיון דשעבודא ל"ד לא מהני מה דאיכא קול, ורע"א בתשובה ח"א קל"ב כתב דמוכח דדעת התוס' דלאחר העמדה בדין לכו"ע שעבודא דאורייתא, ובעיקר מש"כ תוס' דמיירי שבאו עדים תמוה,

דא"כ מה מקשה הגמ' אי בשעמד בדין חומש נמי נחייב הא כיון שבא עדים ששיקר האב בשבועתו איך שייך לחייב בנו על מה שנשבע. ורבנו פרץ כתב מכא קושיא זו דיש שפירשו דכונת הגמ' דהא דגובה בדאיכא אחריות נכסים היינו מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא היא, וקושית הגמ' היא איך גובים הא מלוה ע"פ היא וליכא קול ואמאי איכא שעבוד, ומשני הגמ' שעמד בדין איכא קול ולכן כה"ג גובה ממשעבדי אף במלוה ע"פ, ונראה דכן צ"ל לדעת רש"י דפירש דהא דגובים באיכא שעבוד נכסים משום כבוד אביהם והרי כבוד אביהם אינו חיוב מעיקר הדין וא"כ אמאי בעינן קרא לחייב וע"כ דאסמכתא בעלמא כמש"כ ברבנו פרץ.

גמ' שם. השטמ"ק בשם הרא"ש הקשה אמאי לא מקשה הגמ' כן לעיל דאם כפר האב ונשבע והודה לו חיוב חומש על האב אמאי בנו חייב לשלם חומש הא מלוה ע"פ הוא, ואינו גובה לא מן היורשים ולא מן הלקוחות. וכתב הרא"ש דחומש הוא מלוה הכתובה בתורה וכתובה בשטר דמיא, ודמי למזיק דהוה מלוה הכתובה בתורה, אבל כאן הנדון הוא על גזילה, ובגזילה כיון שהחיוב הוא על ההנאה לא חשיב מלוה הכתובה בתורה.

דף קה ע"א

מסקנת הגמ' שאין חומש משום כפירת קרקעות

אמר רב הונא לפי שאין משלמים חומש על כפירת שעבוד קרקעות. מבואר למסקנת

הגמ' הטעם שאין חיוב חומש משום דהוה כפירת שיעבוד קרקעות, והקשה רבנו פרץ א"כ אמאי בעינן לקרא שאין משלם על גזילת אביו חומש, ממ"נ אם הגזילה קיימת חייב חומש משום שבועה ידידה כמו שמקשה הגמ', ואם אין גזילה קימת אם אין אחריות נכסים לא הוה כפירת ממון כלל, ואם איכא אחריות נכסים דהיינו קרקע לא בעי קרא דהא הוה כפירת קרקע, ותי' רבנו פרץ דלמסקנת הגמ' בעינן קרא באופן שנשבע אביו והודה בנו, ומשום דכן כרעא דאבוה וכ"כ בשטמ"ק בשם הרא"ש, והביאור בזה כמש"כ לעיל בשם האבי עזרי שהבן יורש כל זכותי הגזילה.

דעת הרמב"ם בכפר בנו

הרמב"ם פ"ז מהלכות גזילה ה"ג כתב דגזול אביו ומת וכפר בנו ונשבע והודה אחר"כ משלם את הקרן בלבד שנאמר אשר גזל על גזלו מוסיף חומש ולא על גזילת אביו, ובה"ד כתב בד"א בשאין גזילה קימת אבל גזילה קימת וכפר ונשבע והדה משלם קרן וחומש.

והקשה בחידושי הגר"ח הלכ' שבועות דלמסקנת הגמ' היכא דאין הגזילה קימת לא בעינן לקרא דאשר גזל אלא מסברא דאין משלמים חומש על כפירת שעבוד קרקעות, א"כ אמאי הוצרך הרמב"ם להביא קרא, וא"א לומר כמש"כ רבנו פרץ דבעינן קרא לנשבע אביו והודה בנו דהרמב"ם לא הביא ציור זה כלל, ולכן כתב הגר"ח דיש ב' סברות לחייב חומש כשנשבע בנו א' דכיון דיש שעבוד קרקעות והבן מחויב לשלם מקרקעות אלו יש כאן גזילה ידידה, ועוד יש כאן גזילת האב דכיון שהאב היה משועבד

הבן עומד תחת אביו לענין הגזילה, ובזה הדין מתחלק דלענין כפירה על החיוב של הבן הוא כפירת קרקעות, דאינו משועבד ליתן רק מהקרקע, אבל לגבי כפירה על שעבוד אביו התם לא הוה כפירת קרקע דהתם הכפירה היא על השעבוד של האב על הגזילה, ולכן התם לא חשיב כפירת קרקע, ולפי"ז א"ש דהנדרון של הגמ' היה על כפירת הבן, ובזה קאמר הגמ' דליכא חומש משום כפירת קרקע, אבל יש עוד סברא לחייב על כפירת גזילת אביו וע"ז ליכא חומש משום קרא דאשר גזל עי"ש היטב בכ"ד.

ע"ע במנחת חינוך מצוה קכ"ט אות יב שעמד ע"ד הרמב"ם שסתם דבכל גונא אין חיוב חומש, הא למבואר בגמ' דכל הסברא שאין חומש משום דאין חומש על כפירת קרקע א"כ באופן שהאב יחד לו כלי לגבות ממנו גזלו דהיינו מטלטלין, וכפר הבן ונשבע כה"ג יהא חיוב של חומש, ומסתימת לשון הרמב"ם שהביא קרא דאשר גזל משמע דבכל גונא ליכא חומש.

כפירת שיעבוד קרקעות למד"א שיעבודא דאורייתא

גמ' על כפירת שעבוד קרקעות. צ"ב הא למד"א שעבודא דאורייתא איכא שעבוד אף על מטלטלין, א"כ אמאי הוה כפירת קרקע הא כופר נמי במטלטלין, ועי' בחידושי הגר"ח הלכ' שבועות [ד"ה והנה אמנם] שביאר דהחיוב חומש בשבועה הוא רק אם יש כפירה בכל הנכסים, וכיון שחלק מהנכסים ל"ש שבועה ע"ז לכן ליכא חיוב חומש כלל.

רבא אמר שהיתה דיסקא של אביו מופקדת

גמ' רבא אמר כגון שהיתה דיסקא של אביו. הקשה רבנו פרץ לרבא אמאיבעינן קרא הא כיון שמיירי שהחפץ בעיין פשיטא שצריך להחזיר לנגזל, ועוד הקשה לת' הגמ' דאיכא אחריות נכסים.

ואפשר דכונתו להקשות למד"א שעבודא דאורייתא הא לגבי הקרן לא בעינן קרא, ות' וי"ל דבעינן קרא שיש לו חיוב לילך למדי אפילו בגזילה דלאו ידידה, אמנם בתוס' בד"ה יש תלמוד נראה שחלקו ע"ז דהקשו אמאיבעינן קרא דיש חיוב קרן, ונראה מדברי התוס' דאין חיוב לילך למדי וצ"ב הסברא בזה, ומדברי התוס' נראה דסברי דהוה אסמכתא בעלמא כמש"כ רבנו פרץ שהובא לעיל.

והקשה הרא"ש בשטמ"ק לרבא אמאיבעינן קרא למעט בנו מחומש הא כיון שנשבע לאמת חסר בהאדם בשבועה, א"כ פשיטא דליכא חומש דחסר בשבועת שקר, ות' דס"ד דכל המיעוט של האדם בשבועה הוא רק חיוב קרבן ולא על חיוב של חומש.

חובת השבה בגזל פחות משה פרומה

גמ' אמר רב פפא ל"ש שאין גזילה קימת אבל גזילה קימת צריך לילך אחריו חיישינן שמא תייקר. מבואר מדברי הגמ' שכל הנדרון הוא רק האם יש חיוב לילך למדי אבל חיוב השבה יש אפי' בפחות מפרומה, [וכן מבואר בהמשך הסוגיא].

והנה ברמב"ם פ"א מגזילה ה"א כתב כל הגזול את חברו שוה פרוטה עובר בל"ת, מבואר דפחות משו"פ אין איסור של ל"ת, אע"פ שאסור מהתורה כמש"כ הרמב"ם שם בה"ב, מ"מ זה ברור שחובת השבה אין פחות משו"פ, וכן מפורש בטור ריש סי' ש"ס, וא"כ צ"ב מ"ש הכא דיש חובת והשיב אף בפחות מפרוטה.

וא"א לומר דבאמת אין חובת השבה פחות משו"פ רק שאם אח"כ יתייקר יתחייב בהשבה, ולכן כיון דאיכא חשש שמא יתיקר איכא גם חובת השבה כבר עכשיו, דהא למבואר בקהלת יעקב לנתה"מ שהובא לעיל דכונת המשנה מחל על הקרן היינו על החובת השבה דל"ש מחילה על דבר בעין וכיון שאין חובת השבה קנה את הגזילה, וכמו שכתבו באחרונים שחובת והשיב מעכב את קניני הגזולן בחפץ, וא"כ אם אין חובת השבה בפחות משו"פ אף אם יתיקר אח"כ לא יהיה חובת השבה, כיון שמיד שפקע חובת השבה קנה את הגזילה והוא שלו, וע"כ צ"ל דכאן יש חובת השבה אף פחות משו"פ, ועוד דא"כ אמאי בכל גזילה ליכא חיוב השבה בפחות משו"פ מחשש שמא יתיקר.

והביאור בזה נראה דהא דפחות משו"פ אין איסור של ל"ת כתב המחנה אפרים [דיני גזילה ס"א] דלאו משום מחילה, עי"ש שהוכיח מהא דמבואר ב"מ כו ע"ב דאף היכא שלא נודע לנגזל אין חיובי גזילה פחות משו"פ, דשיעור של פרוטה הוא מההלכה של שיעורים של כה"ת דפחות משו"פ אין בו שיעור ממון לחייב משום גזילה, וכ"כ במנחת חינוך מצוה ק"ל, [ועי' במגיד משנה ריש הלכ']

גניבה שכתב דהא דאסור לגנוב פחות משו"פ הוא מדין חצי שיעור כמו בכל האיסורים]. **ולפי"ז** י"ל דכ"ז רק היכא שמעיקרא לא היה בו שיעור של פרוטה, אבל היכא שמעיקרא היה שיעור של פרוטה איכא חובת השבה אף בפחות משו"פ דלא נפקע החיוב השבה, והיינו דאמר ר"פ שיש חיוב לילך למדי שמא יתיקר, וכן מבואר ברמב"ם פי"ג מגזול"א לגבי השבת אבידה שאם מעיקרא היה בו שו"פ חייב להשיב אף אם אח"כ הוזל.

אולם עי' במחנה אפרים שכתב דברש"י בסנהדרין נז. מבואר דהא דאין איסור של גזילה פחות מפרוטה הוא משום מחילה, [ובאמת שכן נראה בגמ' בסנהדרין שם וכן הוכיח המחנ"א מדברי הגמ' בסנהדרין נט ע"א, ועי' במנ"ח שם שעמד על סתירה מדברי הגמ' שם], ולפי"ז צ"ל דהכא יש חובת השבה אע"פ שהוא פחות משו"פ, משום דהכא לא מחל על פחות משו"פ כמבואר במשנה מחל על הקרן חוץ מפחות משו"פ שבקרבן ולכן איכא חובת השבה אף פחות משו"פ, ואפ"ל באופ"א וכמש"כ בתוס' שאנץ הובא בשטמ"ק דאע"פ שבעלמא פחות משו"פ א"צ להשיב כיון שהוא מוחל, כאן כיון שיש חשש שמא יתיקר לא אמרינן שהוא מוחל.

חובת השבה בפחות משו"פ שחוקרה אח"כ

גמ' איכא דאמרי אמר רב פפא ל"ש גזילה קיימת ל"ש אינה קיימת לשמא תתיקר לא חיישינן. כתב הרשב"א דאם נתייקר לאחר שהביא אשמו לא נתכפר וצריך להביא אשם אחר, דכל שהקריב אשמו קודם לגזלו לא

יצא, מבואר מדבריו דפלוגתת ב' הלשונות הוא האם חיישינן חשש כזה שמא יתייקר או לא, אבל לכו"ע אם יתייקר איכא חובה לילך למדי כשמתייקר, וכמש"כ דהיכא שהיה שוה פרוטה מעיקרא איכא חובת השבה אף באופן שעכשיו הוא שוה פחות משו"פ.

אמנם בשטמ"ק כתב בשם הרא"ש דאף אם נתיקר אח"כ לא נפסל הקרבן כיון דבשעה שהקריב לא היה מחויב להשיב, משמע מדבריו דסברת הא"ד דר"פ הוא דעל פחות משו"פ ליכא חובת השבה, ולפי"ז צ"ל דהא דקאמר הגמ' דלשמא תתייקר לא חיישינן הכונה בזה שאין חובת השבה, אולם משמע מדברי הרא"ש דלאחר שנתייקר חייב להשיב כיון דמ"מ עכשיו הוא שוה פרוטה, ולפי"ז צ"ל דלא כמש"כ לעיל דאי פקע חובת ההשבה הוא קונה את הגזילה, דא"כ אמאי יתחייב להשיב לו את החפץ הרי כשהוקר הוא קונה את הגזילה, וע"כ שאף אם נפקע חובת השבה לא קנה הגזול את החפץ.

והנה להלכה קי"ל כל"ב דר"פ דלא חיישינן שמא תתיקר, והטור סי' שס"ז הביא מחלוקת היכא שלא היה שוה פרוטה ואח"כ נתיקר, דדעת הר"י דאין צריך להחזירה כיון דמעיקרא היה לא היה שו"פ, והרמ"ה כתב שצריך להחזיר ולילך למדי, ולכאורה זהו דעת הרא"ש שיש חיוב לילך למדי לאחר שנתייקר אלא שאין חיוב להביא אשם אחר שכבר נתכפר, אמנם בדעת הר"י שאין חיוב להשיב דעת הפרישה שם דאין חובת השבה כלל ומשמע דשהוא שלו, ולפי"ז י"ל כונת הגמ' לשמא תתייקר לא חיישינן הפי' דאין חובת השבה כלל, אמנם במחנה אפרים דיני גזילה ס"א כתב דאף לדעת הר"י יש חובת השבה

וכונתו רק שאין חיוב לילך למדי כיון שמעיקרא לא נתחייב, ולפי"ז י"ל דזהו נמי כונת הרא"ש במש"כ שאין חובת להשיב דהיינו שאין חיוב לילך למדי, אבל חובת והשיב יש אפילו פחות משו"פ כיון שמעיקרא היה בגזילה שו"פ.

וע"ע במנ"ח מצוה ק"ל שכתב דבגזול פחות משו"פ ונתייקר תלוי מה הטעם שאין חיוב השבה בפחות משו"פ, דאם משום מחילה כיון שכבר מחל הוא של הגזול, [ואפשר שזהו נמי דעת הר"י בטור דמשום שמחל ולכן אין חובת השבה וכש"כ בשם התוס' שאנץ], אבל לדעת הרמב"ם שזהו שיעור של גזילה א"כ כיון שהוא שייך לנגזל ברשותיה דמרא התייקר, ומבואר מדבריו דסבר דאין סברא שהגזול קונה את החפץ כשאין חיוב השבה, מיהו נראה דאף לדבריו הכא בסוגין אפשר שאם נתיקר צריך להשיב כיון שלא מחל על פחות משו"פ וכמש"כ לעיל.

גזל ג' אגודות בג' פרוטות

גמ' אמר רבא גזל ג' אגודות בג' פרוטות והוזלו ועמדו על שתיים וכו'. פרש"י חייב להחזיר לו אגודה אחת כיון דבשעת גזילה הוי שוה פרוטה בעי להדוריה ולהוליכה אחריו, מדברי הבית יוסף ריש סי' ש"ס נראה שהבין דכונת רש"י במש"כ להוליכה אחריו דכונתו שצריך לילך אחריו למדי, דהחידוש של רבא הוא באופן שנשבע שאף בהך גזילה יש חיוב לילך למדי, וכונתו דאף שאין שו"פ עכשיו צריך להחזיר גוף הדבר ולילך למדי, ול"ד למתני' דנשאר פחות משו"פ שלא היה מעיקרא שו"פ, [והסברא בזה הוא שהרי אם

יאבד האגודה חייב לשלם דמים של פרוטה א"כ זה עומד במקום חיוב של פרוטה ולכן חייב לילך למדי בשביל זה אע"פ שהוא פחות משו"פ, ולפי"ז ה"ה בגזל חמץ ועבר עליו הפסח צריך לילך בשביל החזרת גוף החמץ, ועי' במה שיבואר לקמן בע"ב].

אולם האור שמח פ"ג מחמץ ומצה ה"ח כתב דמבואר ברש"י דהיכא שהזול החפץ ושוה פחות משו"פ יש חובת השבה על גוף הדבר, וה"ה בגזל חמץ ועבר הפסח חייב להשיב את גוף הדבר וזהו עיקר חיובו אלא שאם נאנס צריך לשלם דמים, אבל כתב באו"ש דהתוס' חלקו על רש"י בזה, ממש"כ תוס' וז"ל פ' אם ישנה בעיין מחזיר אותה ואם לאו משלם שו"פ כמו שהיתה מעיקרא, וכונת התוס' דמצד עיקר הדין אין חיוב להשיב את גוף החפץ אלא מעיקר הדין חייב לשלם דמים, אלא שאם ירצה יוכל לפטור עצמו בהשבת גוף הדבר, ולכן כתב דלדעת רש"י שחייב להשיב את עצם החפץ הגזול עובר בבל יראה, אבל לתוס' שאין חיוב השבה על עצם החפץ אלא שחייב דמים אלא שאם ירצה לפטור עצמו יוכל לפטור עצמו בזה לא יעבור הגזולן בל יראה.

סברת תוס' שקיים

מצות השבה במקצת

תוס' ד"ה אמר רבא. אלא רבותא נקט דאפילו בג' שקיים מצות השבה בתרתי אפ"ה חייב להחזיר לו אחת אע"ג דמהאי וכו', הקשה הרשב"א מה הראיה מגזל חמץ, הא התם לא קיים השבה כלל אבל הכא כיון שמקיים מצות השבה בחלק אפשר שא"צ להחזיר השאר ונשאר בקושיא.

ובעיקר מש"כ צ"ב הסברא שקיים במקצת חובת השבה אין צריך במה שנשאר פחות משו"פ, דלכאורה כ"ז רק אם הדבר לא היה שווה מעיקרא שו"פ, דאף שחל חובת השבה מחמת שהיה חלק מהגזילה כיון שהשיב הכל חוץ מזה אין חובת השבה על מה ששוה עכשיו פחות משו"פ, אבל הכא הרי מעיקרא היה שוה פרוטה והרי אם היה שווה כמו בשעת הגזילה חייב להשיב א"כ מהו הסברא שיפטר מחובת השבה.

גזל ג' אגודות שווה ב' פרוטות

תוס' בא"ד. ומדנקט והזולו משמע דפשיטא ליה דאם גזל ג' אגודות שוות ב' פרוטות דלא מחייב להחזיר שלישית וכו' ולשמא תתייקר לא חיישינן, מבואר מתוס' דלא דמי להך דינא של רבא דגזל ב' אגודות בפרוטה שלמסקנת הגמ' יש מצות השבה אף על חצי פרוטה, ואף ל"ד לדינא דגזל ג' אגודות והיה שו"פ והזול, דהיכא שמעיקרא היה שו"פ חל חובת השבה על הך אגודה.

ובאופן של רבא בהמשך כל חובת ההשבה חלה רק מכח ב' האגודה ולכן אף שהחזיר רק אחד חייב להחזיר השני, אבל הכא הכא כיון שכבר קיים מצות השבה בחלק לכן אינו מחויב להשיב כיון שמעיקרא לא היה שו"פ.

בעיקר מש"כ תוס' ולשמא תתייקר לא חיישינן עי' בפנ"י מש"כ לבאר כוונתם.

אע"פ שגזילה אין כאן

מצות השבה אין כאן

גמ' אע"פ שגזילה אין כאן מצוה השבה אין כאן. הרא"ש כתב דכונת הגמ' דאע"פ

שמעיקרא היה בו שו"פ ואם הוזקקו ב"ד לשו"פ גומרים את הדין אף בפחות משו"פ, הכא כיון שהוא החזיר חצי פרטוה מדעתו אין ב"ד נזקקין לחצי השני, אבל מחויב הוא להשיב, וכונת הגמ' אע"פ שגזילה אין כאן דא"א לכוף אותו להשיב מ"מ חייב להשיב, וכן מבואר ברשב"א שכתב דמוכח מכאן שכל שהיתה הגזילה מעיקרא שו"פ חייב להחזיר אף אם הוזלה.

ועוד כתב הרא"ש בשם הרמ"ה דאפשר דאף ב"ד כופין ע"ז מחמת חובת הממון של והשיב, מ"מ ב"ד כופין אותו מדין לאפרושי מאיסורא מדין כפיה על המצות, [וצ"ב דהא מדין כפירה ב"ד נמי יכולים לירד לנכסיו דעד שאתה כופה אותו בגופו כפהו בממונו].

ועי' בבעל המאור שכתב דלא גרסינן אע"פ שגזילה אין כאן אלא גרסינן גזילה אין כאן מצוה השבה אין כאן, והיינו שכתב שאין מצות השבה כיון שאין גזילה בידו וכונתו שאין חייב השבה בפחות משו"פ, ועי' ברמב"ן שם שפי' כמש"כ הראשונים.

דף קה ע"ב

כפר ונשבע על חמץ

אם חייב דמים לאחר הפסח

גמ' בעי רבא נשבע עליו מהו מי אמרינן דאי מיגנב בעי שלומי ליה ממונא קא כפר ליה או"ד הא מנח ועפרא בעלמא הוא. מסקנת הגמ' דכיון דאילו מיגנב חייב לשלם ע"כ חשיב כפירת ממון, וכתב רא"ש סי' כ"ה דלא מיפטר עד שמשלם לו דמי חמץ מעליא, ודייק ביש"ש דחייב להחזיר לו דמים ולא יכול

להחזיר את עצם החפץ, וכן דייק ברמב"ם פ"ג מגזילה ה"ה שכתב חייב לשלם 'קרן' חומש ואשם, משמע דמשלם קרן חדשה ולא יכול להחזיר את החמץ, והיינו דאע"פ שבעלמא גזל חמץ ועבר עליו הפסח יכול לומר לו הרש"ל היכא שכפר ונשבע חל חיוב חדש על הגזילה ולא יוכל לפטור עצמו בהרש"ל.

וביאר בחזון יחזקאל [עמוד ע"ו מדפי הספר] דמבואר מזה דהחייב של קרן בכפירה אינו החייב של הגזילה אלא חיוב חדש, ונראה דכונתו שהחייב בכפר ונשבע הוא שחייב לשלם את מה שכפר בשבעות, וכיון שתביעה היתה על גזילה ששוה כסף ולא על החמץ שעבר עליו הפסח דהוא איסורי הנאה, לכן חייב להשיב דמי מה שכפר ולא יוכל לפטור עצמו בהרש"ל, ולפי"ז ה"ה אם הוזלה הגזילה צריך לשלם לו בדמים מה שהוזל, ועי' באבי עזרי שם שתמה על חידוש זה דלא יתכן שחייב לשלם קרן יותר ממה שגזל.

אולם במשנה למלך פ"ג מגזילה ה"ה כתב דמהא שלא הביא הרי"ף דין זה להלכה משמע שדעת הרי"ף הוא דיכול להשיב את עצם החמץ וא"צ ליתן קרן חדש, ומ"מ כתב במשנה למלך שם דמדברי הירושלמי מבואר שיש חילוק אימתי כפר ונשבע דבנשבע קודם הפסח, והודה לאחר הפסח חייב ליתן לו חמץ מעליא ולא יוכל ליפטר בזה שיאמר לו הרש"ל, אבל בתבוע לאחר הפסח והודה יכול לומר לו הרש"ל.

והביאר בזה נראה דאע"פ שהחייב של הקרן מחמת השבועה הוא לא אותו מחייב של הגזילה וכמש"כ דהחייב הוא

על כפירת בממון, מ"מ י"ל דבזה חלוק אם נשבע קודם הפסח או לאחר הפסח, דקודם הפסח התביעה היא תביעה ממונית וחייב להחזיר לו דמים, אבל לאחר הפסח שכבר נאסר החמץ בהנאה י"ל דכיון שיסוד התביעה הוא על הגזילה של החמץ דאע"פ שהוא איסורי הנאה מ"מ אם לא יחזיר את החמץ חייב להחזיר דמים, לכן התביעה היא על חמץ ולכן יוכל להשיב את עצם החמץ.

אלא שלפי"ז צ"ע איזה שיעור של חומש יהיה הרי הקרן הוא משלם בחמץ, וצ"ל דחשיב תביעת ממון משום דשמא יגנב לכן חשיב כתביעת דמים וישלם שיעור חומש של דמי הגזילה.

ועי' חזו"א ס"כ ס"ק י"ד שכתב בדעת הרא"ש דרק אם נשבע לאחר הפסח צריך לשלם קרן של דמים, אבל אם נשבע קודם הפסח יוכל לומר לו הרש"ל כיון שלא חל עליו חיוב לשלם דמים מעליא אלא היה יכול ליפטר בגזילה עצמה, [וזה להיפך מדברי המשנה למלך], וכן נראה ממ"ש הב"י בדעת רש"י שהובא לעיל, שהרי התם מיירי שנשבע כשהיה שו"פ והוזל ומבואר שמחזיר לו את האגודה עצמה.

כי תניא ההיא דאמר ליה הילך

גמ' כי תניא ההיא דאמר ליה הילך. נראה שנחלקו הרמב"ם והראב"ד בפירוש דברי הגמ', דהרמב"ם פ"ג ה"ה פסק את הדין שגזל חמץ ונשבע עליו משלם קרן חומש ואשם, וכתב הראב"ד דדוקא אם החמץ שכפר נמצא באגם שיכול ליגנב אבל אם תח"י ויכול

להחזירו עכשיו פטור, וכתב במ"מ שהרמב"ם נחלק על הראב"ד בזה ואף אם החמץ תחת ידו מ"מ כ"ז שלא החזיר חשיב כפירת ממון. **וביאר** בחזו"א סי' כ' ס"ק י"ד דלדעת הראב"ד החיוב בנשבע והודה הוא מה שהיה סבור להרויח בשבועתו ולכן אם כל הרווח הוא מה שאם יגנב יתחייב לשלם, כאן שאין לו פחד שיגנב כיון שהוא תח"י פטור מלשלם, ולכן אע"פ שלא החזירו ממש לידו לא חשיב שיש כפירת ממון, אבל דעת הרמב"ם דהחיוב הוא על עצם כפירת הממון, אלא שצריך שיהא נפק"מ של ממון ולכן כיון שסוף סוף לא החזיר ויכול ליגנב איכא מציאות של רווח ממון.

ולפי"ז לדעת הראב"ד כונת הגמ' הילך מיירי אע"פ שלא החזירו לידו ממש אלא כל שנמצא תח"י אין כאן כפירת ממון, אבל לדעת הרמב"ם כונת הגמ' דאמר הילך שהחזירו לידו ממש.

ובן נראה בהדיא מדברי הרמב"ם פ"ח מהלכות שבועות ה"י וז"ל לפיכך אם אמר לא גנבתי אלא אתה הפקדת אצלי וכו' והרי שורך לפניך קחהו ונשבע ע"ז הרי"ז פטור משבועת הפקדון שהרי לא פטר עצמו בכפירה זו, וצ"ב אמאיבעי קרא לפטרו מקרן חומש ואשם הרי למבואר ברמב"ם שהחזיר הממון קודם שנשבע א"כ השבועה אינה על כפירת ממון.

ונראה מבואר בזה דבלא קרא ס"ד שהחיוב הוא מכיון שהוא תבע אותו תביעת ממון וכפר ונשבע על מה שתבע ממנו לכן אע"פ שאין כאן כפירה ונפק"מ של ממון, מ"מ כיון שהטענה והתביעה היתה על ממון

וכפר בו חשיב שנשבע על כפירת ממון, וקמ"ל קרא דכיון שאין נפק"מ של ממון לכן לא חשיב כפירת ממון דבעינן שיפטור את עצמו בכפירה זו, אולם צ"ב דאף דחשיב כפירת ממון מ"מ איזה חיוב יש כאן ונראה מוכח כמש"כ באות הקודם שהחיוב קרן הוא על השבועה ולא משום הגזילה וצ"ע.

דעת רש"י דבב' עדים יכול למעון נאנם

רש"י ד"ה בה ולא במוצאה. ומיהו ממון ממש לא מפסידו דאי נמי אסחידו ליה ראינו שמצא פלוני זה היה יכול לומר נאנסה ממני ופוטור עצמו משבועה, המהרש"ל כתב דלפי"ז דבב' עדים נמי יוכל לומר דנאנסה, א"כ אמאי כתב רש"י לעיל דמיירי רק בעד אחד, ולכן כתב דצריך לומר דרק בעד אחד שהמוצא יכחיש את העד.

ועי' ברבנו פרץ שעמד ע"ד רש"י דאי מיירי בב' עדים א"כ לעולם אמאי איכא חיוב של שבועת הפקדון הא יוכל לומר שנאנסה וממילא לא חשיב כפירת ממון, ולכן פירש דמיירי בעד אחד, ועי' ברש"ש ובמהדורא בתרא.

החידוש בכופר בפקדון שנעשה גזלן עליו

גמ' אמר רב ששת הכופר בפקדון נעשה עליו גזלן וחייב באונסין ותנא תונא וכו'. הרא"ש בשטמ"ק בהמשך הסוגיא הקשה מה החידוש של רב ששת דנעשה גזלן הא בזה שרוצה לעכב הממון בידו אין לך גזלן גדול מזה, ותי' דכיון שבהתירא אתא לידיה ס"ד

דלא חשיב גזלן מה שמעכב הממון בידו וכמו שמבואר בכל שומר שלא מתחייב מדין גזלן רק אם שלח בו יד ובל"ז אין כאן גזילה, וזהו שחידש רב ששת שחייב משום גזלן אע"פ שלא שלח בו יד ונעשה גזלן במה שכופר ומעכב ממון חברו בידו.

ועי' ריטב"א ב"מ כו ע"ב שכתב בהא דמבואר בגמ' שם דראה סלע שנפל ונטלה קודם יאוש ואחר יאוש נתכוון לגזולה דעובר משום השב תשיבם, וכתב הריטב"א דהא דאינו עובר משום לא תגזול כיון דבשעה שנטלה לא נתכוון לגזולה לא חשיב גזלן דלא הוי דומיא דויגזול את החנית, אבל כל שהוא בידו פקדון וכפר בו בב"ד נעשה עליו גזלן דכפירה בב"ד כגזלן

מידו דמי, מבואר דנתחדש בכופר בפקדון דהכפירה עצמה חשובה גם כמעשה גזילה, ולכן חידש הריטב"א שצריך שתהא הכפירה דוקא בב"ד, וכ"כ ברמב"ם פ"ג מגזילה הי"ד דרק בכפר בב"ד, [ועי' באו"ש שם שנתקשה בזה אמאי צריך דוקא בב"ד ולמבואר בריטב"א א"ש].

האמרי משה בסי' ל"ב אות ב' כתב להוכיח מהא דכופר בפקדון דנעשה עליו גזלן, שלא כדברי הקצה"ח סי' שמ"ח סק"ב שכתב להוכיח מרש"י ב"מ דף י ע"ב דבשביל להתחייב בגזילה בעינן מעשה גזילה דומיא דויגזול את החנית, דהא בכופר בפקדון לא עשה מעשה כלל ומ"מ חייב מדין גזלן, וע"כ כתב דכל סברת רש"י הוא רק להתחייב בחיובי גניבה להתחייב בכפל, אבל לענין חיוב קרן של גזילה אף בלא מעשה חייב וכמו בכופר בפקדון.

אולם למבואר בראשונים זהו גופא החידוש של כופר בפקדון דאע"פ שאין כאן מעשה גזילה דנים את הכפירה כמעשה גזילה, ולפי"ז נמצא שנעשה גזלן גמור על החפץ ויקנה בשינוי ככל גזילה, ועי' בנמוק"י לעיל י. שכתב דכופר בפקדון קונה בשינוי והוה ככל גזלן בעלמא.

ועי' באבי עזרי פ"כ מהלכ' עדות ה"ב שכתב דבתוס' לקמן קז ע"ב [ד"ה ושלח בו יד] מבואר דלא כהראשונים דנעשה עליו גזלן, אלא דכופר בפקדון אינו גזלן בעצם, אלא שכיון שכפר חייב באונסים והוה עונש על הכפירה, עי"ש שבזה מישב קושית התוס' בד"ה מאי לאו יבואר להלן, ונראה מדבריו דכופר בפקדון לא יקנה בשינוי ולא יהיה בו כל זכויות של גזלן כגון קנין לענין דמי השתמשות ודלא כהראשונים וצ"ע בזה.

הסברא דבקימא באגם

לאו גזלן הוא

גמ' הכא במאי עסקינן דקאי באגם דלאו כפירה הוא דסבר אישתמיטנא אדאזילנא ומייתניא ליה. צ"ב דאם נעשה גזלן בכפירתו מה הסברא דאם יש סברא של אישתמוטי דלא חשיב גזלן.

ולמש"ב האבי עזרי שהחויב אונסים הוא כעין עונש, י"ל דכה"ג שלא מתכוון לגזלו לא ענשו אותו, אך אם עצם הכפירה הוה כמעשה גזילה מה הסברא לחלק בזה, ונראה דכמו שמצינו דגזול ע"מ למיקט דלא חשיב גזלן אף כשעושה מעשה גזילה ממש עי' בקצה"ח סי' שמ"ח, ה"ה הכא כיון שלא מתכוון לעכבו בידו לגמרי אלא רק עד שיחזירנו מהאגם כה"ג לכן לא חשיב גזלן.

כופר בפקדון אם צריך קניני גזילה

גמ' שם. הרע"א בשו"ע סי' רצ"א הסתפק בהא דכופר בפקדון דנעשה גזלן האם צריך שיהא הפקדון בביתו של שומר בשעת הכפירה, שהרי כל גזלן יש לו קניני גניבה בחפץ כדי שיתחייב באונסים, [כדמבואר לעיל עט ע"א דהיה מושכו בבית בעלים לא נעשה גזלן ע"ז, וכן בסנהדרין עב ע"א דאוקמיה רחמנא ברשותו להתחייב באונסין], א"כ אף בכופר בפקדון שנעשה גזלן בעינן שיהא החפץ מונח ברשותו בשעת הכפירה כדי שיהיה לו בזה קניני גזילה, או"ד דלא הוה ככל גזלן ואף אם אינו בביתו נמי יש לו בו חיובי אונסים, וכתב הרע"א דמשמע בגמ' דהיכא שהוא באגם לא נעשה עליו גזלן משום הסברא שמשמטיט ולא משום שלא שייך קניני גניבה באותה שעה, ולמבואר דהוא חיוב של עונש א"ש דבאמת א"צ שיהא לו בו קנינים ככל גזלן ולכן א"צ שהחפץ ימצא בביתו בשעת הכפירה.

והנה הרא"ש בשטמ"ק כתב בתי' הב' דהחידוש של רב ששת הוא אף היכא שנתן לחברו קודם שכפר את הפקדון, דחייב משום כופר בפקדון דכה"ג ל"ש לחייבו מדין גזלן בעלמא כיון שאינו מעכב הגזילה תחת ידו, משמע מדברי הרא"ש דא"צ שיהא החפץ תח"י אלא נעשה בו גזלן אפי' הוא לא נמצא ברשותו וכמו שהוכיח הרע"א מהגמ'.

ע"ע ברע"א שם שנסתפק האם כשנעשה גזלן בכפירתו האם נפקע ממנו חיובי שמירה, או שנשאר להיות שומר ונפק"מ היכא שהוקר הפקדון דשומר מתחייב משעת פשיעה וגזלן

מנחת

דף קה ע"ב

משה

תיט

חייב משעת גניבה, דאם יש לו דין של גזלן לא יתחייב כשעת הגזילה אלא אם הוא מחויב מחיובי השמירה.

בקו' תוס' דבממון ל"ש אזהרה

תוס' ד"ה מאי לאו עונש ממון. תימה מה שייך לומר לא ענש אלא א"כ הזהיר, הרשב"א ורבנו פרץ כתבו לישב קושית התוס' דאין כונת הגמ' דבעינן אזהרה לחיוב כפירה, אלא כונת הגמ' דלא תימא דקרא דעונש דוהשיב את הגזילה מיירי רק באופן שהוא נשבע והודה אבל באופן שכפר לא, לכן בעינן לקרא דלא תכחשו ללמד דהעונש של והשיב מיירי אף באופן שכפר ולא רק בנשבע, דמדבעינן ב' אזהרות לא תכחשו ולא תשקרו, ע"כ דאזהרה אחת בא לגלות דאיכא חיוב בכפירה לבד בלא שבועה, ולפי"ז אין כונת הגמ' דצריך אזהרה כמו לענין קרבן.

ועי' באבי עזרי שם כתב לישב קושית התוס' דכיון שהחיוב אונסים בכפירה הוא חיוב מחמת עונש לכן צריך אזהרה ולא דמי לשאר חיובי ממון דלא בעי אזהרה.

עושק ממון חברו

אם נעשה עליו גזלן

גמ' ואם איתא בכפירה הוא דאיפסל ליה. מבואר בגמ' דבכפירה ממון לא נפסל לעדות ולכן מקשה הגמ' דלרב ששת דכופר בפקדון דחשיב גזלן נעשה חשוד אף אם לא נשבע.

וחקשה האבי עזרי פ"ג מגזילה הי"ד מהא דכתב הרמב"ם פ"א מגזילה ה"ד וז"ל איזה עושק זה שבא ממון חברו לתוך

ידו ברצון הבעלים וכיון שתבעהו כבש הממון בחזקה ולא החזירו, כגון שהיה לו ביד חברו הלואה [או פקדון] או שכירות והוא תובעו ואינו יכול להוציא ממנו מפני שהוא אלם וקשה וע"ז נאמר לא תעשוק רעך עכ"ל.

ובן מבואר בחינוך מצוה רכ"ח דכל שמעכב ממון חברו עובר בלא תעשוק, מבואר מדברי הרמב"ם דכל שמעכב ממון חברו בידו עובר באיסור של לא תעשוק, ולפי"ז לכאורה אין חילוק בין אם העכבה הוא בממון של הלואה או של פקדון.

וקשה א"כ אמאי מקשה הגמ' רק לרב ששת הא אף בלא חידוש של רב ששת צריך להיות פסול לעדות שעובר באיסור של לא תעשוק דבכל עיכוב של ממון חברו עובר בלא תעשוק שהוא איסור שהוא רע לבריות, ועוד הקשה באבי עזרי דהיכא שעבר באיסור של לא תעשוק עובר נמי באיסור של לא תגזול כדמבואר בריש פרק איזהו נשך, וא"כ נמצא שבכל כובש שכר שכיר עובר גם בלא תגזול, וא"כ ע"כ שחייב לקיים חובת והשיב את הגזילה ואם מחויב והשיב ע"כ שחייב באונסין, וא"כ קשה מה חידש רב ששת דכופר בפקדון חייב באונסין הא בלא"ה חייב באונסין אף בלא נשבע כיון שחייב משום לא תעשוק ממילא חייב נמי משום לא תגזול.

ולבן כתב האבי עזרי שם דכונת הרמב"ם שמעכב ממון חברו יש איסור של לא תעשוק, כ"ז רק היכא שמחויב לשלם לחברו כמו בכובש שכר שכיר או במלוה שלא פורע חיובו, אבל בפקדון אין חיוב תשלומים דהרי החפץ הוא בעין ואין חיוב השבה ואין כאן איסור של לא תעשוק, והתם כדי שיתחייב

בעינן מעשה גזילה ובל"ז לא מתחייב באונסים, וע"ז אתי רב ששת לחדש שיש חיוב אונסים בכפירה לבד דהוא כמעשה גזילה וכמש"כ, ועי' בקצה"ח בסי' רצ"ד סק"א שנראה מדבריו כן, אמנם דאיכא נוסחאות ברמב"ם דגרסו או פקדון, והיינו שיש איסור של לא תעשוק אף בפקדון, [עי' במהדורת פרנקל] וכן הוא מפורש בטור בסי' שנ"ט דבכובש פקדון בחזקה עובר בלא תעשוק.

ונראה לומר באופ"א דברמב"ם שם כתב וכיון שתבעהו חברו כבש הממון בחזקה ולא החזירו, ואולי י"ל דכונת הרמב"ם דמיירי שהוא מודה לחברו שהוא חייב לו, אלא שכובש אותו בחזקה ואינו רוצה ליתן לו, וא"כ י"ל דרק בכה"ג עובר באיסור של לא תעשוק, אבל היכא שלא כובש בחזקה אלא כופר לגמרי אפשר דבכה"ג לא עובר באיסור של לא תעשוק כיון שלדבריו אין כאן ממון חברו, ורק היכא שמודה בממון חברו ואינו רוצה להחזירם, אבל אם טוען שאין בידו כלום פטור, ולכן צריך לחידוש של רב ששת דכופר בפקדון חייב באונסים ונעשה גזלן עליו.

דף קו ע"א

מנה לי בידך

גמ' מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי. כתב רבנו פרץ דע"כ צ"ל דלא מיירי בהלואה דהא ליכא חיוב שבועה בכופר הכל אלא מיירי במעות פקדון ובשבועת השומרים.

וב"ב בחזו"א ס"כ ס"ק י"א והוסיף דאפשר דמיירי במלוה ובשבועת עד אחד או במודה במקצת.

ביאור הנדון אם דוקא במלוה או אף בפקדון

גמ' אמר רבא מסתברא מילתא דרב במלוה וכו' והאלוקים אמר רב אפילו בפקדון דכי כתיב קרא בפקדון הוא דכתיב. כתב החזו"א [סי' כ' י"א] דהא דאינו משלם כשבאו עדים לאחר שנשבע משום דקם דינא ואחר שהאמינה אותו תורה בשבעותו פקע ממנו חיובי תורה, ולכן אף שנתברר בעדים שנשבע לשקר לאו בר חיובא הוא, שאין מכוונת התורה לחזור ולערער את המשפט שכבר נגמר ע"י שבועה, ולכן אמר רבא דכ"ז רק במלוה שיש לו שעבוד לפרוע את החוב ובזה אמרינן שפקע חיובו בשבועה, אבל בפקדון שבכל מקום שהוא הוא שייך לבעלים לא מסתבר לומר שהפקדון יוצא מרשות בעלים לרשותו ע"י השבועה כיון שנשבע לשקר, אבל רב פליג וסבר דאף בפקדון משום דקרא כתיב בפקדון, וביאר בחזו"א דרב לשיטתו בסנהדרין עב ע"א דסבר דהיכא דליכא חיוב השבה קונה את החפץ לגמרי כגון באופן שהיה חיוב מיתה בשעת הגזילה כבא במחתרת ליכא חיוב ממון משום קלב"מ ליכא חובת והשיב קונה את החפץ לגמרי, ולכן ה"ה כאן ע"י השבועה פקע חובת השבה וקנה את החפץ לגמרי, ולכן אע"פ שבאו עדים א"צ להשיב כיון שקנה את הגזילה.

ולבאורה כונתו דרב סבר כרב ששת [כדמוכח בסוגיא] דכופר בפקדון נעשה גזלן וע"כ נעשה גזלן בכפירתו, ונתחדש

דפקע חובת השבה ע"י השבועה ולכן זוכה בגזילה, ומבואר לפי"ז דכופר בפקדון שחייב מדין גזלן אית ליה קניני גזילה בחפץ וכמש"כ לעיל בדעת הראשונים ודלא כשיטת התוס' לקמן קז ע"ב.

קפץ ונשבע אם יש לזה תורת שבועה

גמ' כאן בקפץ כאן בשלא קפץ. כתב הרשב"א דר"ח הוכיח מכאן דכל היכא שנשבע חוץ לב"ד או בקפץ ונשבע לא חשיב שבועה, ולפי"ז היכא דחייב שבועת הדיינים ונשבע חוץ לב"ד או קפץ ונשבע לא נפטר מחיובו וב"ד יכולים עדיין להשביע אותו.

והרשב"א חולק וכתב דכונת הגמ' רק לגבי דינא דרב דולקח בעליו ולא ישלם דהגדר הוא שהבעלים קיבלו שבועה בזה איכא הך סברא דחוץ לב"ד או קפץ ונשבע לא חשיב שהבעלים קיבלו השבועה, וכן לענין טוען טענת גנב דכתיב בקרא כתיב ונקרב בעה"ב אל האלוקים וכ"ז רק בנשבע בב"ד.

ועי' באבי עזרי פ"ד מגניבה ה"ה שכתב לבאר בדעת הרמב"ם שכל סברת הגמ' היא רק לענין דינא דולקח בעליו ולא ישלם, אבל להלכה דלא ס"ל כרב ה"ה אם נשבע חוץ לב"ד נמי חשיב שבועה.

וצ"ע לדעת הר"ח מהא דמבואר לגבי שבועת הפקדון שאם נשבע והודה דחייב קרן חומש ואשם אף אם נשבע חוץ לב"ד כדמבואר בגמ' דגם בקפץ ונשבע חייב, ולדעת ר"ח דאין לזה תוקף של שבועה ולא נפטר מחיובו אמאי חייב בזה קרן חומש ואשם, ונראה פשוט דמיירי שהוא תובע אותו והוא כופר הכל

שמעיקר הדין הוא פטור משבועה, אלא שקפץ ונשבע שהוא פטור ובכה"ג נפטר ע"י שבועתו, שהרי בלא"ה א"א להוציא ממנו ובוזה אם הודה שנשבע לשקר חייב קרן חומש ואשם.

הסברא שבנשבע כמענת אבד והודה חייב קרן

גמ' כל הודה וכו' לא אמר רב. מבואר למסקנת הגמ' דרב מיירי רק היכא שטען שאבד ונשבע ואח"כ באו עדים, אבל בטען טענת גנב ובאו עדים לא אמר רב, וכן היכא שטען שאבד והודה לא אמר רב אלא חייב לשלם דגזוה"כ דהיכא שנשבע לשקר והודה דחייב קרן חומש ואשם, וצ"ע למבואר לעיל דסברת רב הוא דפקע חובת השבה מכח השבועה א"כ אמאי אם הודה חייב לשלם הרי כבר קנה את הגזילה מחמת השבועה, ומאי נפק"מ אם באו עדים או שהודה, והנה לגבי טוען טענת גנב כתב רש"י [בסוף ד"ה בקפץ] דשבועה דמחייב כפל לא מיקנייה ליה קרנא, ומשמע מדבריו דבטוען טענת גנב השבועה לא פוטרת את החיוב של והשיב, ולכן אם נמצא ובאו עדים חייב לשלם דלא קנה את הגזילה, אבל בטענת אבד ל"ש לומר הכי וא"כ צ"ב איך חל חיוב כשהודה, [ואפשר שאם הודה שנשבע לשקר נפקע הדין למפרע, שהשבועה הפקיעה את חובת ההשבה כיון שמודה שהיתה שבועת שקר].

והנה לעיל קה ע"ב נתבאר מדברי הראשונים נראה דבנשבע ולבסוף הודה, החיוב לשלם קרן אינו רק החיוב של הקרן של הגזילה אלא שהוא חיוב חדש מחמת השבועה, [ולכן כתבו הראשונים דבגזל חמץ ועבר עליו הפסח

דף קו ע"ב

אי אמרת בשלמא נשבע

גמ' אי אמרת בשלמא נשבע כי אתו עדים וכו'. פרש"י דכונת הגמ' היא דאם אחר שבאו עדים חייב לשלם א"כ ע"כ דחשיב כפירת ממון, אבל אם באו עדים פטור נמצא דכבר אין לו חיוב ממון וכל החיוב הוא רק לאחר שהודה, א"כ אין כאן כפירת ממון אלא כפירת דברים בעלמא הוא, ועי' בשטמ"ק בשם הראב"ד דכיון שכל החיוב הוא מכח הודאתו א"כ הרי הוא יודע בעצמו שלא יודה, ולכן ל"ש חיוב על כל כפירה וכפירה.

והנה החזו"א כתב דהא דרב אשי פליג וסבר דחשיב כפירת ממון משום דסבר דכיון שנשבע על שקר מחויב הוא להודות ולכן חשיב כפירת ממון, ואפשר דלכן הוצרך הראב"ד לפרש דלא כרש"י דיודע בעצמו שלא יודה דאל"ה לא חשיב כפירת דברים כיון שמחויב להודות.

גדר חיוב כפל
בטוען טענת גנב

גמ' אמר רחב"א אמר ר"י הטוען טענת גנב בפקדון משלם תשלומי כפל וכו'. ביסוד דין דטוען טענת גנב נסתפקו באחרונים האם הוא חיוב מדין שומר דהיינו כמו ששומר חנם חייב בפשיעה ושומר שכר חייב בגניבה ואבידה, חידשה התורה בשומרים שאם טוען טענת גנב חייב כמו גנב בכפל ודו"ה אבל לא חשיב גזלן, או"ד שהטעם דשומר שמתכוון

חייב לשלם קרן חדשה ולא יוכל ליפטר בהחזרת החמץ שנאסר בהנאה כיון שנתחייב דמים מחמת הכפירה החדשה], וא"כ י"ל דאף שקנה את החפץ כשנשבע מ"מ ע"י השבועה חל חיוב חדש של קרן ולכן כשהודה חייב לשלם לו הך חיובא.

ועי' חזו"א ס"כ ס"ק י"א שכ"כ שע"י השבועה נתחייב קרן משום כפרה, [עיי"ש בחזו"א שביאר לפי"ז הא פלוגתיהו דרב המנונא ורב אשי לקמן בע"ב, דר"ש סבר דאף אם לא הודה ליכא חיוב של ממון מ"מ כיון שמחויב להודות משום שצריך להתכפר שנשבע לשקר לכן חשיב כפירת ממון] וע"ע בחזו"א ס"ק י"ז בסופו שנסתפק בענין זה.

ביאור תי' דס"ד דבהודה פוטר רב

תוס' ד"ה איתיביה, אבל בהודה ס"ד דרב פוטר ואע"ג דשבועה וכו', ביאר המהרש"א דכונת התוס' דמהא דלא מקשה הגמ' מהסיפא, דטען טענת גנב ונשבע והודה על רב, ע"כ דקסבר הגמ' דבטוען טענת גנב והודה לא אמר רב, וכמו שלא אמר רב בבאו עדים משום דאיכא קרא ה"ה היכא שהודה מעצמו לא אמר רב, ורב מיירי רק בטוען טענת אבד והודה דכה"ג חייב.

אולם צ"ב דא"כ מה מקשה רבא מטוען טענת גנב הא לא אמר רב בטוען טענת גנב ועמד בזה במהדורא בתרא, וכתב דכונת התוס' הוא רק דבטוען טענת גנב ובאו עדים לא אמר רב אבל לס"ד דמקשן דבהודה בכל גונא לא אמר רב וסיפא ע"כ מיירי בקפץ ונשבע ובזה לא אמר רב, וכ"כ בפנ"י עי"ש בכ"ד.

לגזול הפקדון לא נעשה גנב, משום דבהיתרא אתי לידיה, אבל אם טוען טענת גנב חידשה התורה דנעשה גנב גמור ע"י טענתו.

בספר קונטרסי שיעורים סי"ט אות ג' רצה לבאר דזהו השו"ט בסוגין בהא דסבר הגמ' דכמו שיש לו דין גנב וחייב לשלם כפל, ה"ה נמי חייב לשם דו"ה, ומקשה הגמ' דא"א ללמוד מכל גזלן דבכל גזלן ליכא שבועה, אבל הכא הרי איכא שבועה וא"כ אפשר דאין חיוב של דו"ה, וביאר דמעיקרא קסבר הגמ' דחשיב גזלן ע"י השבועה ולכן אין סברא לחלק בין חיוב כפל לדו"ה דיש לו כל דיני גזלן, ודוחה הגמ' דכיון שכל החיוב הוא רק בשבועה א"כ אפשר שאין לו דין של גנב ממש, אלא חידוש שחידשה תורה שמצד דיני השמירה חייב כפל כמו גנב, וא"כ אין לך בו אלא חידושו אבל דו"ה לא יתחייב עי"ש בכ"ד, ועי' בברכ"ש סי' מ' אות ה' שכתב בשם הגר"ח שנראה מדבריו שזהו חיוב מדין שומרים, ועי' לקמן בע"ב מש"כ בכ"ז.

ע"ע אור שמח פ"ד מגניבה שכתב גדר חדש בטוען טענת גנב דלא נעשה גנב בשבועה, אלא כבר קודם השבועה יש לו דין גנב אלא שלא מתחייב ע"ז כיון שהבעלים יכולים לתובע אותו דישבע או ישלם, ורק אחר שטען שנגנב נפטר מחיובו בזה נגמרה גניבתו, ולכן כתב דהיכא דאין יכול להישבע חייב לשלם, וצ"ע לדבריו מה מקשה הגמ' דהכא ל"ד לגזלן כיון דחיובו רק ע"י שבועה, הא לדבריו חשיב גנב קודם לכן, ומה דבעינן שבועה הוא רק שבזה נשלמה גניבתו אבל השבועה אינה מחייבת אותו וצ"ע, ע"ע בקה"י סי' ל"ו שתמה ע"ד מכמה דוכתי.

צא תן לו אם חשיב כהשבה
גמ' צא תן לו. הברכ"ש סל"ז ביאר שאין הכונה דע"י צא תן לו חשיב שמקיים והשיב את הגזילה, דהא מבואר לעיל קד. דאף דהיכא שהודה שגזל ממנו חשיב כפקדון אצלו, מ"מ לענין גזל ונשבע והודה לא חשיב השבה דלענין חיוב השבה בעינן שיבוא לידו ממש.

ובתב בשם הגר"ח דכונת הגמ' דבזה שאמרו לו צא תן לו נהפך הדבר מגניבה לגזילה, והטעם דמכיון שכולם רואים שמחזיק בממון חברו שלא כדין הוה כגזילה ולכן אינו חייב בדו"ה.

טוען טענת גנב באבידה

גמ' ואמר רחב"א אמר ר"י הטוען טענת גנב באבידה משלם תשלומי כפל. איתביה ראב"מ כי יתן איש אין נתינת קטן כלום וכו', ומקשה הגמ' דאם יש חיוב כפל בטוען טענת גנב באבידה איך נתמעט נתנו לו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול מדין טוט"ג תיפוק ליה שחייב מדין אבידה.

כתב הברכ"ש סי' מ' דצ"ל דהשתא קסבר הגמ' דכל המיעוט של כי יתן איש פרט לקטן אינו מיעוט דל"ש להיות שומר לקטן, דאם הוה מיעוט לענין זה אמאי מקשה רב אבא בר ממל על ר"י, הא בלא"ה קשה דכל המיעוט הוא רק לגבי שומר שמקבל על עצמו שמירה, אבל אינו מיעוט מדין שומר אבידה שהרי שומר אבידה נעשה שומר בלא דעת הבעלים וא"כ אין סברא לחלק בזה בין אבידה של גדול או של קטן, וע"כ צ"ל שכל המיעוט של כי יתן הוא מיעוט לגבי חיוב

דף קז ע"א

ג' שיטות בתוס' בעירוב פרשיות

גמ' ופליגי דרב חייא בר יוסף דאמר עירוב פרשיות שנו כאן. נתבאר בתוס' כאן ג' שיטות.

(א) דעת רש"י דלרב חייא בר יוסף יש חילוק בין פקדון להלוואה דכיון דקרא דכי הוא זה קאי רק על מלוה, כל החיוב בהלוואה הוא רק במודה במקצת ולא בכופר הכל, ובפקדון כיון דמעיו פניו משום שלא עשה לו טובה כמו בהלוואה ולכן חייב שבועה אף בכופר הכל, ולר' חייא בר אבא אמר ר' יוחנן קרא קאי על פקדון כל החיוב שבועה הוא רק במודה במקצת אבל בכופר הכל אין שבועה כלל.

(ב) דעת ר"ת דאמרין עירוב פרשיות כ"ז רק דקרא דכי הוא זה קאי גם לגבי מלוה, אבל לא עקרינן קרא לגבי פקדון ובפקדון כופר הכל נמי פטור לכו"ע כמו בהלוואה, אלא שנחלקו דלר"ח בר יוסף כיון דקרא קאי נמי אמלוה, פקדון הוה דומיא דמלוה ובטענת נאנסו חשיב ככפירה ולא בעינן שיכפור בפרה אחת ממש ויודה באחת אלא סגי בנאנסו והודאה, אבל לרמב"ח אם טוען נאנסו לא סגי שיודה בפרה אחת אבל בעינן נמי שיכפור בפרה אחת, [ועי' בחידושי ר' אריה לייב סי' פ"ז מש"כ לבאר אמאי לא סגי בטענת נאנסו שיחשב כפירה], והקשה הפנ"י אמאי הצריכה התורה לחדש שבועת השומרים בנאנסו הרי בלא"ה נשבע משום שצריך כפירה והודאה מדין מודה במקצת עי"ש מש"כ ליישב.

שבועה וכפל ולא מיעוט לגבי חיובי שמירה, ולכן אף שיש לו דין של שומר אבידה מ"מ אין כאן נפק"מ ולא יוכל להשביע ע"ז ולכן מקשה רק על ר"י שחידש שיש כפל בטוען טענת גנב באבידה דא"כ אף בקטן נימא כן.

קבלת שמירה לקטן

גמ' רב אשי אמר לא דמי אבידה קא אתיא מכח בן דעת והא לא אתי מכח בן דעת. נחלקו הרמב"ם והראב"ד בכוונת רב אשי, דהרמב"ם פ"ד משכירות ה"ז כתב דקטן שהפקיד פקדון ביד גדול או השאיל לו הרי"ז נשבע שבועת השומרים לקטן, הורו רבותי שאין זה נשבע בטענת קטן כדי שנאמר אין נשבעין על טענת קטן עכ"ל.

והראב"ד השיג עליו שאין נתינת קטן כלום ולא נעשה שומר לקטן כלל עי"ש בכל השגתו, מבואר דהרמב"ם פירש דכונת הגמ' הוא רק לגבי חיוב של טוען טענת גנב, דאין כפל אבל אינו מיעוט בקבלת שמירה לקטן ולכן איכא שבועת השומרים בקטן, וכל המיעוט הוא רק לגבי חיוב של כפל ושאין נשבעין על טענת קטן.

והיינו דהרמב"ם ס"ל דעירוב פרשיות כתוב כאן וקרא קאי על מלוה ולכן בזה דוקא אין טענת קטן כלום אבל לגבי שבועת השומרים א"צ טענת ברי לכן נשבעין אף לקטן, אבל הראב"ד פירש דכונת הגמ' שהוא מיעוט לגבי שומרים דאין שמירה לקטן, ואף באבידה לא נעשה שומר לקטן, ולא רק מיעוט לענין טוען טענת גנב, ועי' בברכת שמואל סי' מ' מש"כ בכ"ז, ועי' בראשונים בשבועות מב ע"ב שעמדו בכ"ז.

מנחת

דף קז ע"א

משה

תכה

ג דעת הריב"א דלר"י ולרב"ח בפקדון רק במודה במקצת חייב שבועה בין בנאנסו ובין בטענת להד"ם, ורב חייא בר יוסף סבר דאם טוען טענת נאנסו על הכל חייב שבועה, וחלוק בזה מכופר הכל דקרא דכי הוא זה קאי רק על כופר הכל ולא על טענת נאנסו כיון שבזה הוא מעיז פניו כיון שחברו אינו יודע האם נאנסו או לא.

ביאור קושית הגמ' מ"ש ממלוה

גמ' ומ"ש מלוה, לפרש"י באות הקודם קושית הגמ' היא אמאי עקרינן קרא מפקדון ומוקמינן על מלוה, ומשני דכיון דבפקדון מעיז ע"כ קרא דכי הוא זה לא אתי על פקדון, ולר"ת דלא עקרינן קרא מפקדון קושית הגמ' היא אמאי לא נאמן במלוה במיגו דכופר הכל, ומשני דאינו מעיז [והיינו דמיגו דהעזה לאפטורי משבועה לא אמרינן].

ור"ב א פי' דקושית הגמ' היא מ"ש בין טענת מלוה בפקדון דהיינו שטוען להד"ם שא"צ שבועה לבין טענת נאנסו דבפקדון איכא חיוב שבועה, ובזה הגמ' מחלקת בין טענת מלוה שבזה אינו מעיז, שהרי יודע שנתן לו לטענת נאנסו דמעיז כיון שידוע שחברו אינו יודע האם נאנס.

מפני מה אמרה תורה

מודה במקצת הטענה ישבע

גמ' מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע. רש"י בב"מ ג. ביאר דקושית הגמ' היא אמאי לא נפטור אותו משבועה כמו משיב אבידה פטור משבועה, וע"ז תי' הגמ' דחזקה דאין אדם מעיז פניו

ואינו משיב אבידה, ועי' ברמב"ן ב"מ שם שהוסיף דברים על רש"י דכונת הגמ' להקשות מפני מה אמרה תורה מודה במקצת ישבע ולא כופר הכל, וע"ז משני משום דאין אדם מעיז ולכן כופר הכל פטור, אבל מודה במקצת חייב שבועה דאינו מעיז ולא נפטור כמו משיב אבידה מה"ט דאין מעיז, אבל התוס' כתבו דיפטור דאית ליה מיגו דאיבעי כפר הכל ומשני הגמ' דאין אדם מעיז פניו והוה מיגו דהעזה, ועי"ש עוד במה שנחלקו בקושית הגמ' ובכולי בעי דלודי ליה.

ביאור הסברא דבהני עיזא

לאו מיגו דהעזה

תוס' ד"ה עירוב פרשיות. וההיא דחזקת הבתים גבי הני עיזא וכו' והנהו דהתם לאו מידי דכפירה נינהו, כונת התוס' לבאר אמאי איכא התם מיגו הא מיגו דהעזה לא אמרינן, וע"ז כתבו לישב דהתם לאו מידי דכפירה נינהו.

ביאור כונתם כתב בקצה"ח סי' פ"ב ס"ק י"ד בשם הש"ך שכונת התוס' ללאו מידי דכפירה נינהו כיון שאינו אלא ממון ולא שבועה, ובביאור החילוק עי' בקו"ש ב"ב אות כ"ז, ועוד כתב בקצה"ח בשם אחיו דכונת התוס' הוא דיש חילוק בין אם בטענה השניה רוצה להרויח יותר מהטענה הראשונה, דכה"ג אם הוא מעיז לא אמרינן מיגו אבל אם בטענה הב' אינו מרויח יותר מהטענה הראשונה בכה"ג אף אם הוא מיגו דהעזה אמרינן, וזהו כונת התוס' דהתם לאו מידי דכפירה נינהו שאינו מרויח יותר, וזהו החילוק דבמודה במקצת לא נאמן במיגו דאיבעי כופר הכל,

כיון דהתם הוא מרויח יותר בטענה השניה אבל כשב' הטענות שוות אמרינן מיגו אף אם הוא העזה.

קו' תוס' דיהא נאמן במיגו דלהד"ם

תוס' בא"ד. ואין להקשות יהא נאמן במיגו דאיבעי אמר להד"ם נמי אההיא דנאנסו, הקשה המהרש"א דהרי אף אם יטען כך יתחייב שבועה כיון שהרי הודה במקצת, ולא משמע דכונת תוס' להקשות לפי הצד דבעינן ג' פרות דהיינו כפירה הודאה ונאנסו שהרי התוס' שללו צד זה והוכיחו דבב' פרות אחת של כפירה ואחד של הודאה סגי.

ועוד הקשה דהרי לרמי בר חמא ל"ש כלל הך מיגו שהרי יש חילוק בין טענת נאנסו דליכא בהו העזה משא"כ בכפור הכל יש כאן העזה, ועי' בפנ"י מש"כ לבאר.

דף קו ע"ב

שיטת ראב"י שחייב רק בשלח בו יד

גמ' ואמר רחב"י הטוען טענת גנב בפקדון אינו חייב אלא עד שישלח בו יד. פרש"י דנמצא רשע בכך שנשבע לשקר שהרי שלח בו יד, מבואר ברש"י דלרחב"י שכל ההחיות בטוען טע"ג הוא רק בשלח בו יד חיוב כפל הוא מחמת שנשבע ב' שבועות לשקר, שבועה שלא שלח בו יד ושבועה שאינו ברשותו, ומשמע דהוא עונש על ב' השבועות שקר שנשבע, ולא רק משום שנעשה גנב בשבועה.

הסברא דבשלח יד לא מתחייב בטוען טענת גנב

גמ' א"ל ר"ז לר"ח בר אבא בעומדת על אבוסה קאמר אבל שלח בה יד קנה ושבועה לא מהניא. פרש"י דכיון שנשבע שנגנב קמה ברשותיה שאם מתה ישלמנה ואשתכח דכי כפר דידיה קא כפר, ביאור הסברא שכתב רש"י דכיון ששלח בו יד הוה דידיה, ולכן ל"ש חיוב כפל בטוען טענת גנב מצינו בזה ב' דרכים.

א' דכיון ששלח בו יד ונתחייב באונסים א"כ החפץ עומד ברשותו ויצא מרשות הבעלים ע"כ ל"ש להתחייב ע"ז מדין טוען טענת גנב, דכמו שגונב מן הגנב פטור מכפל מכיון שהחפץ כבר לא ברשות הבעלים, ה"ה כאן דהחפץ יצא מרשות בעלים ל"ש להתחייב מדין גנב, [ועי' באמרי משה סי' ל"ה שכ"כ].

ב' בברכ"ש סי' מ"ב כתב דכל החיוב של טוען טענת גנב אינו גניבה בעצם, אלא שזהו פרשה חדשה של גנב מהלכות שומרים דהיכא שטוען שגנבו חייב כדין גנב כפל, וא"כ כ"ז רק היכא שהוא עדיין שומר על החפץ, אבל היכא ששלח בו יד ונתחייב באונסים תו אין לו דין של שומר, ממילא הוה כדידיה לענין זה ולא חייב בטוען טענת גנב, [ועי' ברע"א שהעיר דלשון רש"י כדידיה משמע שהוא שלו ממש, וזה אינו].

ובתב הרע"א דהא דקאמר הגמ' ושבועה לא מהניא, כונת הגמ' לומר עוד סברא, דלא רק משום שקנה את החפץ וכמש"כ, אלא דכיון שכבר נתחייב באונסים ל"ש בזה טוען טענת גנב, דכל החיוב הוא רק היכא שהוא מרויח מהשבועה, אבל היכא

שאינן לו רוח ממון מהכפירה, כגון באופן שהוא מחויב בלא"ה ל"ש חיוב של טוען טענת גנב שאין כאן כפירת ממון, ולכן כיון שמיד ששלח בו יד נתחייב באונסים של החפץ, לא הרויח כלום במה שטען שנגנבה שהרי אם באמת כדבריו שהבהמה נגנבה, מ"מ הוא מחויב כיון ששלח בה יד.

טוען טענת אבד

וחזר וטען טענת נגנב

גמ' הטוען טענת אבד וחזר וטען טענת גניבה ונשבע ובאו עדים פטור מ"ט לאו משום שכבר קנה בשבועה ראשונה. כונת הגמ' להוכיח דכמו שפטור מכפל כיון שטען שאבד, ה"ה אם שלח בו יד קודם שטען טע"ג פטור, וכתב הרע"א דל"ש לומר דסברת הגמ' היא דשבועה לא מהניא היכא שאין כפירת ממון, שהרי מיירי שבא וטען שמה שאמר מעיקרא שהחפץ אבד שקר היה אלא שנגנב וא"כ נמצא שנפטר בטענה שאמר עכשיו שהחפץ נגנב ולא בטענת אבד שאמר מעיקרא, שהרי אומר שהחפץ באמת לא נאבד ואם יתברר שבאמת נגנב יהיה פטור, וע"כ דכונת הגמ' היא דכיון שנשבע קנה את החפץ להתחייב באונסים וחשיב שלו ולכן לא חייב אם טוען אח"כ טענת גנב פטור וכמש"כ לעיל.

ובתב הרע"א שמדויק כן מדברי הגמ' דקאמר "שכבר קנה בשבועה ראשונה" ולא קאמר דשבועה לא מהניא, ולפי"ז כתב הרע"א דמה שדוחה הגמ' דהואיל ויצא ידי בעלים בשבועה ראשונה ופרש"י הטעם משום שאין כאן שבועת הדינים כיון שכבר מחויב לשלם, והרי נתברר שנשבע לשקר וא"כ מה שנשבע בפעם הב' לא היה לזה דין שבועת הדינים,

וכתב הרע"א דלפי"ז בדחית הגמ' דטעם הפטור הוא משום שיצא ידי בעלים בשבועה, אין הכרח לסברא בנשבע שאבד ואח"כ טען טע"ג משום שכבר קנה ונתחייב באונסים וכמש"כ, מ"מ כ"ז רק היכא שנשבע אבל אם שלח בו יד אף שאין כאן הסברא שיצא ידי בעלים בשבועה מ"מ יש עוד סברא לפטור משום דאין כאן כפירה בממון כלל כיון שכבר מחויב בממון כבר קודם השבועה.

אמנם הרא"ש בשטמ"ק משמע דסברת הגמ'

לעיל שכבר קנה הוא שעי"ז לא חשיב כפירת ממון ודלא כהרע"א, וז"ל אבל שלח בו יד קנה פירוש להתחייב באונסין וכי טעין בתר הכי טענת גנב ידידה הוא דקא טעין דנגנב, כי אינו כופר עצמו לא בטענתו ולא בשבועתו, מבואר מדבריו דאין כאן ב' סברות, אלא כל הסברא הוא משום דאין כאן כפירת ממון.

וצ"ע מה שהק' הרע"א אמאי בטענת אבד

ואח"כ טען טע"ג פטור הא איכא כפירת ממון, ואפשר דמיירי שטוען בב"ד אחר ואמר שבאמת החפץ לא נאבד, אלא שהוא נגנב ואומר שנגנב לא באותו שעה שאמר שאבד, ולכן אף אם יתברר שאמת כדבריו יחייב באונסים כיון ששיקר בטענה שאמר שאבד, ולכן אין כאן כפירת ממון ולכן אין כאן טענת גנב.

הטוען טענת גנב בפקדון

כיון דשלח יד פטור

גמ' אמר רב ששת הטוען טענת גנב בפקדון כיון ששלח בו יד פטור. נחלקו הראשונים בביאור דעת רב ששת הרמב"ם פ"ד מגניבה

ה"ב כתב דאם שלח בו יד וטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים פטור מן הכפל שכיון ששלח בו יד נתחייב בו וקנהו, ובהל' ג' פסק דטען טענת אבד ואח"כ טענת גנב פטור מכפל כיון שיצא ידי בעלים בשבועה הראשונה.

והראב"ד השיג דמשמע בגמ' דר' יוחנן סבר דרק בטענת אבד ואח"כ טען טענת גנב פטור, משום שיצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, אבל לאו משום שקנה ונתחייב באונסים אלא אע"ג דקנה ונתחייב באונסים כיון דהוא פטר נפשיה בטענת גנב משלם כפל, ואי טבח ומכר קודם שבועה משלם דו"ה עכ"ד, כונת הראב"ד דר"ש חולק על ר"י וסבר דרק בשלח בו יד ואח"כ טען טענת גנב פטור כיון שכבר קנה ואיך הרמב"ם פסק גם כר"י וכו"ש.

וברעת הרמב"ם כתב המגיד משנה דסבר דר"ש לאו מסברא אמר אלא מגזזה"כ הוא דשלח בו יד ואח"כ טען טענת גנב פטור, ולכן אין הכרח לומר שחולק על סברת ר"י דבטענת אבד יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה.

ועי' בברכ"ש שביאר ע"פ דרכו [שהובא לעיל] דסברת הגמ' לעיל שכבר קנה היינו דכיון שפקע ממנו חיובי שמירה, לכן ל"ש טוען טענת גנב, ובזה חולק רב ששת וסבר דגזזה"כ הוא דאע"פ שהוא עדיין שומר מ"מ אין חייב בכפל כיון ששלח בו יד, ומ"מ סבר הרמב"ם דר"ש לא פליג על סברת ר"י ובטען טענת אבידה ואח"כ טענת גנב פטור דיצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, [אולם צ"ע דלשון הרמב"ם הוא שאם טען טענת אבד פטור, כיון שכבר יצא הפקדון מידי הבעלים משבועה הראשונה, משמע מדבריו דלאו

משום שנפטר ע"י השבועה אלא שקונה את הפקדון שיצא הפקדון מידי בעלים ולכאורה זה סברת הגמ' מעיקרא שכבר קנה ועי' באבן האזל ובאבי עזרי מש"כ בזה], אבל הראב"ד סבר דרב ששת פליג על ר' יוחנן, ולהלכה קי"ל כר"י דרק בטענת אבד אבל בשלח בו יד וטען טע"ג חייב כפל דליכא לסברא דכבר קנה.

ומבואר מדברי הראב"ד דלא כמש"כ הרע"א שהובא באות הקודם דלמסקנת הגמ' דליכא לסברא שכבר קנה מ"מ בשלח בו יד ואח"כ טען טענת גנב פטור משום דלא הוה כפירת ממון, אלא דלר' יוחנן דסבר דיצא ידי בעלים משבועה ראשונה סבר דבשליחות יד ואח"כ טען טענת גנב חייב, [והביאור בזה יבואר באות הבאה].

מוען טענת גנב ושלח בה יד

ובשעת הודאה החפץ לא ברשותו

רש"י ד"ה אף שבועה שלא שלחתי בה יד. כי משתכח שקרן נמי חייב כפל משום שבועה שאינה ברשותי, מבואר ברש"י שגם למד"א דחייב כששלח בו יד, מ"מ כ"ז רק באופן שהוא ברשותו בשעה שנשבע שנמצא שנעשה גנב בשעת השבועה, אבל אם בשעת השבועה כבר אינו ברשותו משמע דכה"ג אין חיוב כפל.

אבל תוס' [בד"ה ושלח בו יד] כתבו שלמד"א דשלח בו יד קודם לכן פטור הא דאמר לעיל ובאו עדים שאכלו משלם תשלומי כפל מיירי שאכלו אחר השבועה, מבואר דס"ל דלמד"א שחייב אף בשלח בו יד קודם שטען טע"ג ה"ה אף אם אכלו קודם שבועה נמי חייב.

מבואר מדברי התוס' דלמד"א דחייב רק בששלח בו יד הכונה בזה דע"י השבועה שאינה ברשותי נעשה גנב על האכילה של קודם השבועה, ולכן אף אם אינו בעולם מ"מ מתחייב בכפל על שעה זו. **ובן** נראה מדברי הראב"ד שכתב בהשגות על הרמב"ם דכיון דקי"ל כר"י דרק בטענת אבד ואח"כ נשבע פטור אם טבח ומכר קודם שבועה משלם דו"ה, מבואר דלמד"א דשלח בו יד ואח"כ טען טענת גנב חייב ה"ה אם טבח ומכר קודם שטען טענת גנב ובשעת השבועה הדבר לא היה אצלו חייב בדו"ה, ומבואר דדעת הראב"ד דע"י שטען טענת גנב יש לו דין גנב למפרע מזמן ששלח בו יד, ולכן אף בטבח ומכר קודם שבועה חייב דו"ה דמזמן שטבח נעשה גנב וכן מבואר בתוס' רי"ד לעיל קו"ב עי"ש, [עי' באמרי משה סל"ה].

אבל לדעת רש"י הדין של טוען טענת גנב הוא דחשיב גנב ע"י השבועה, ולכן אם החפץ אינו ברשותו בזמן השבועה אין חיוב של טוען טענת גנב, ועי' בלשון הרמב"ם פ"ד מגניבה ה"א דמבואר כרש"י דהשבועה עצמה היא הגניבה.

והנה ברא"ש בשטמ"ק לעיל קז: מבואר דאם טבח קודם שטען טע"ג אע"פ שחייב כפל מ"מ פטור מדו"ה, ומבואר דסבר דאע"פ שנעשה גזלן משעה ששלח בו יד ולכן אע"פ שהחפץ אינו בעולם יכול להתחייב ע"ז, מ"מ כל החיוב של דו"ה הוא רק לאחר שנעשה גנב ודלא כהראב"ד.

והנה למבואר בדעת הראב"ד שגדר החיוב של טוען טענת גנב הוא שנעשה גנב משעה ששלח בו יד, א"ש הא דאמר הראב"ד

דלר' יוחנן חולק על הסברא דהיכא שכבר קנה ונתחייב באונסים אין טוען טענת גנב, דכיון שהחיוב של טוען טענת גנב הוא שנעשה גנב משעה ששלח בו יד ל"ש הסברא שכבר קנה, דמש"כ בברכ"ש דכיון שמתחייב באונסים פקע חיוב שמירה ולכן ל"ש טוט"ג כיון שנעשה גנב מלמפרע, וכן ל"ש לומר שיהא חסרון של גונב מהגנב כיון שנעשה גנב משעה ששלח בו יד ופשוט.

ביאור תוס' דיש טוען

טענת גנב בכופר בפקדון

תוס' ד"ה ושלח בו יד. ונראה דדוקא קאמר ושלח דגזרת הכתוב הוא וכו' אבל כופר בפקדון נעשה עליו גזלן וכו', הברכת שמואל סי' מ"ב ביאר דכונת התוס' להקשות דלרב ששת דסבר דכופר בפקדון נעשה עליו גזלן, קשה איך משכחת לה חיוב של טוען טענת גנב הרי בכל טוען טענת גנב יש כפירה, וא"כ נמצא דנעשה גזלן עוד קודם שנשבע, וא"כ הרי"ז כמו ששלח בו יד קודם שטען טענת גנב דליכא חיוב כפל בכה"ג, [והחזו"א ס"כ ס"ק יא כתב שמוכח מתוס' דבכופר בפקדון אין חילוק בין אם אומר להד"ם או שאומר שנגנבה, אלא בשניהם חשיב כופר לענין זה שחייב באונסים].

ותי' התוס' דכיון דכופר בפקדון אין לו קניני גניבה בחפץ אלא חייב אונסים ע"כ ל"ד לשליחות יד, וביאר הברכ"ש דכיון דיסוד החיוב של טוען טענת גנב הוא מדין השומרים וכמש"כ, א"כ י"ל שיש חילוק אם יש לו קניני גניבה בחפץ, שאם יש לו קניני גניבה נמצא שפקע ממנו חובת שמירה ולכן ל"ש טוען טענת גנב, אבל מכיון שכל החיוב של כופר

בפקדון הוא רק חיוב אונסים ואין לו קניני גניבה בחפץ ומחויב לשמור ע"כ אם הוא טוען טענת גנב חייב לשלם כפל.

ולמבואר לעיל י"ל דהביאור בזה הוא דכיון שאין לו קניני גניבה בחפץ רק חיוב אונסים ל"ש לומר בזה דחשיב גונב מהגנב כיון שהחפץ עצמו נמצא ברשות הבעלים, אבל אם יש לו קניני גניבה חשיב גונב מן הגנב ולכן רק בשלח בו יד שכבר קנה ויצא מרשות בעלים פטור, והוסיף בברכ"ש דלרב ששת עצמו ל"ק משום דאיהו סבר דדרשינן מקרא דאם שלח ידו פטור, וכל הגזה"כ הוא רק באופן ששלח ידו ואין כונת ר"ש דאם שלח בו יד פטור משום שקנה ואינו תו שומר ע"ז, אלא אף אם היה עדיין שומר איכא גזה"כ לפטור מחיוב כפל בטוען טענת גנב, וכ"כ החזו"א ס"כ ס"ק י"א בפירוש התוס', וע"ע בפנ"י מש"כ.

אולם דיש להקשות לפי"ז בהא דמייתי הגמ' ראייה מהא דאמר ר"י שאם טען טענת אבד ואח"כ טען שנגנב פטור משום שקנה בשבועה ראשונה, הרי כופר בפקדון שנעשה עליו גזול מ"מ חייב כפל בטוען טענת גנב, כיון שרק חייב באונסים א"כ אמאי נשבע שאבד עדיף מכופר.

ונראה דיש חילוק בין כופר בפקדון לבין היכא שנשבע שאבד, דהיכא שנשבע עדיף טפי וקונה את החפץ ולא רק מתחייב באונסים, וכן נראה מהא דקאמר הגמ' לעיל קו. דבעי למימר דאיפלא דאמר שבועה קונה פליג על ר"ש דכופר בפקדון חייב באונסים, משמע דע"י שבועה חשיב קנין בגוף הדבר להתחייב באונסים ולא רק חיוב אונסים ככופר

בפקדון, [וכמו דקאמר הגמ' דלרב שבועה קונה לגמרי לחולקים על רב הוא קנין לגבי זה שחייב באונסים].

והביאור בזה נראה דהסברא דכופר בפקדון לא חשיב גזולן הטעם הוא משום שלא נסתלק כל התביעה של הבעלים, אבל בזה שנשבע נסתלק כל התביעה של הבעלים ולכן חשיב גזולן ממש שיש לו קניני גזילה בחפץ, ומשו"ה קסבר הגמ' דע"י שבועה קונה החפץ ול"ש בזה טוען טענת גנב אח"כ, ועי' ברש"י דמשמע כן דע"י שבועה עדיף מכופר בפקדון לרב ששת.

והאכ"י עזרי פ"ד מגניבה ה"ב ביאר דכונת התוס' לומר שאין הכרח לומר דרב ששת פליג על ר' יוחנן דסבר לעיל דטוען טענת אבד אינו משלם כפל רק משום הסברא דכבר יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, דמשמע מזה דכה"ג שלא נשבע כגון בכופר בפקדון יהא חיוב של טוען טענת גנב ואמאי אי"ז בכלל הגזה"כ שאם שלח בו יד פטור מכפל, וע"ז אתי התוס' לומר דיש חילוק בין היכא שקנה את גוף החפץ או שקנה רק להתחייב באונסים, ורב ששת מיירי רק בשליחות יד שקנה את החפץ לגמרי, אבל אם לא קנה לא, ולכן התם בעינן לסברא שיצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, [וכתב דלפי"ז צ"ל דהא דקס"ד מעיקרא דהסברא בטען טענת אבד שהוא קנה, משום דקס"ד דע"י השבועה יש לו קניני גניבה בחפץ ולא הוה רק חיוב אונסים, אבל למסקנת הגמ' דהטעם הוא משום שיצא ידי בעלים י"ל דע"י שבועה הוה כמו כופר בפקדון שאין לו בזה חיוב אונסין ודלא כמש"כ לעיל].

יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה לענין חיוב חומש ואשם

תוס' ד"ה כגון שטען טענת גנב ונשבע. ואיפכא לא מצי למימר דאם כן לא מתחייב כפל כדאמר לעיל שכבר יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, כתב רבנו פרץ דמ"מ לגבי חיוב של חומש ואשם ל"ש לומר הך סברא שיצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, [דהיינו דכיון שנשבע שנגנב ל"ש להתחייב עוד חומש על שבועה השניה שאבד].

והביאור בזה כמש"כ ברש"י לקמן קח. דרך היכא שצריך שבועה בב"ד כטוען טענת גנב דהוה שבועת הדיינים איכא הך סברא דיצא ידי בעלים, אבל לענין חומש ואשם שא"צ שבועה דוקא בב"ד וגם בקפץ ונשבע ג"כ חייב כמבואר לעיל קו ע"א, ואף אם קפץ ה' פעמים חייב על כל שבועה ושבועה, ולכן ל"ש לומר בזה יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה.

ובתבן תוס' דמיירי שחזר ואמר שמה שנשבע שאבד טעות היה אלא שבאמת נגנב והיינו שלא חזר בו מכפירתו על הממון אלא שחזר בו מטענתו אבל אכתי כופר הוא בממון, משמע מדברי התוס' דב' הטענות היו באותו ב"ד ולכן צריך לומר שטוען שמה שאמר שנאבד טעות הוא אלא שנגנב.

אמנם השטמ"ק כתב בשם הראב"ד דמיירי דוקא בב"ד אחר ולא באותו ב"ד, ונראה כונתו כדמבואר שם בהמשך דבריו דאם מיירי באותו ב"ד היה פטור משום שיצא ידי בעלים בשבועה הראשונה, וצ"ב כונתו הרי לגבי חומש ליכא הך סברא דיצא ידי

בעלים כמש"כ רש"י דהרי אף בקפץ ונשבע ה' פעמים חייב.

ונראה דהראב"ד סובר שגם לגבי חיוב של חומש ואשם שייך הסברא של יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, ולא רק לגבי טוען טענת גנב ליפטר מכפל דלא כרש"י ותוס', דהנה בחידושי הראב"ד בהא דטען טענת אבד ונשבע ואח"כ טענת גנב, דע"ז קאמר הגמ' דאין חיוב של כפל משום דיצא ידי בעלים, פירש דכיון שנשבע אין הבעלים יכולים לתבעו עוד שכבר יצא ידי בעלים בשבועה הראשונה וכל שאין נתבע אין חיוב כפל על שבועתו.

מבואר מדבריו דאין החסרון משום שלא הוה שבועת הדיינים כרש"י, אלא שכדי להתחייב מכח כפל מכח השבועה שקר בעינן שיהא לו שם של נתבע ולכן אם כבר נשבע פעם אחת בב"ד אינו נתבע כבר שכבר נפטר מחיובו, וא"כ י"ל דאף לענין חיוב חומש ואשם כל החיוב הוא רק באופן שהוא נתבע, ולכן אם נשבע פעם אחת בב"ד אין לו שם של נתבע ולכן אף תובע אותו עוד פעם ונשבע והודה אין חיוב חומש ע"ז דלא היה לזה דין של תביעה.

והא דמבואר שאם קפץ ונשבע ה' פעמים חייב על כל שבועה ושבועה, נראה לומר דיש חילוק בין נשבע בב"ד לנשבע חוץ לב"ד, דהנה הרשב"א לעיל קו. הביא דשיטת הר"ח הוא דקפץ ונשבע אין לזה דין של שבועה ויכול להשביעו עדיין בב"ד, וא"כ נראה דכל שנשבע שלא בב"ד או קפץ ונשבע עדיין יש לזה שם של תביעה כיון שיכול

להשביעו בב"ד ולכן חייב על כל שבועה ושבועה חומש ואשם, ורק כשנשבע בב"ד איבד את זכות התביעה שלו כיון שפטרו אותו מכח שנשבע.

אולם צריך להוסיף דאע"ג שבכל תביעה של ממון שאין לו חיוב שבועה מדינא כגון בכופר הכל, הדין הוא שאם קפץ ונשבע חייב על כל שבועה ושבועה ואע"פ שאין לו זכות להשביעו, ואמאי לא הוה כמו שנשבע בב"ד דלא יחשב כפירת ממון כיון שאין לו זכות תביעה, ונראה דכופר הכל חשיב תביעת ממון אלא שב"ד אינם יכולים לחיבו אותו שבועה דהמוציא מחברו עליו הראיה, משא"כ כשנשבע בב"ד שנפטר מחיוב שבועה וכה"ג אין חיוב יותר, ועי' לקמן קט"ב שהתבאר מחלוקת ב' תי' התוס' סנהדרין האם בעינן טענה לחיוב חומש וקרוב.

וכתב הראב"ד דהא דבבית דין אחר לא אמרינן דיצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, משום דמיירי כשכבר עמד בדין בב"ד הראשון ונתחייב אלא שלא אמרו צא תן לו וברח לב"ד אחר ובזה לא אמרינן דיצא ידי בעלים בשבועה ראשונה כיון שיכול עדיין לתבעו בב"ד אחר לקיים חיובו, ובסוגיא דלעיל דאמרינן יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה מיירי כשלא באו עדים בב"ד אחר וממילא אין לו רשות לתבעו בב"ד אחר, וכתב הראב"ד דהא דלא אמרינן איפכא בטען טענת אבד ואח"כ טענת גנב, ותי' הראב"ד דהיכא שנתחייב חומש קודם שנתחייב כפל אין את הדין של ממון המשתלם בראש אין מוסיף חומש, [ומבואר דס"ל לראב"ד דאע"פ שכבר באו עדים וכבר נתחייב בכפל, קודם שהודה מ"מ כיון שההודאה היא על חיוב שקדם

לחיוב של כפל לכן לא חשיב חומש משתלם יחד עם כפל].

ונראה דהראב"ד לא תי' כתוס' דיצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, משום שלפי הראב"ד ל"ש לומר בזה יצא ידי בעלים כיון דמיירי שעמד בדין, וממילא יכול לתבעו בב"ד אחר כמש"כ.

במש"כ תוס' דא"א לפרש שאמר אחר שבועה אבד

תוס' בא"ד. אבל אין לפרש שאמר אחר שבועה אבד וכו', ולא מחייב אהך שבועה חומש ואשם דלא הוה כפירת ממון אלא כשבועת ביטוי בעלמא, ונראה דכונתם הוא דהוה כשבועת ביטוי משום שאח"כ נתברר שכבר היה מחויב מקודם מחמת טענת גנב וממילא לא נפטר בטענה שאבד.

וחקש הפנ"י דהא קאמר בגמ' לעיל לר' יוחנן דשלח בו יד ואח"כ טען טענת גנב דמחויב כפל, [ורק בטענת אבד משום דיצא ידי בעלים בשבועה ראשונה], והרי כיון שבאו עדים ששלח בו יד הרי נתגלה הדבר שהוא מחויב באונסים כבר משעה ששלח בו יד וא"כ אמאי חייב כשטען נגנבה ואמאי לא הוה כשבועת ביטוי.

וצ"ל דכונת התוס' כאן הוא דמיירי באותו ב"ד שאמר שנגנב ואח"כ חזר ואמר ששיקר בטענתו ובאמת לא נגנב אלא נאבד, ולכן הוה שבועת ביטוי כיון שהודה לב"ד שהוא מחויב משעה שטען שנגנבה, אבל באמת אם אמר בב"ד אחר שנאבדה אח"כ לא חשיב שבועת ביטוי והרי"ז כמו ששלח בה יד לפני הטענת נגנבה, ועי' בפנ"י.

ונראה לבאר די"ל שאף מיירי בב"ד אחר נמי חשיב שבועת ביטוי, כיון שהודה והב"ד הראשון יכולים לחייב אותו, לכן חשיב שבועת ביטוי ואע"פ שהב"ד השני אינם יודעים מזה מ"מ כיון שהב"ד שהודה בפניהם יכולים לחייבו מחמת הודאתו לא חשיב כפירת ממון, משא"כ בשלח בו יד וכ"ז שלא באו עדים אין לו חיוב אונסים לכן חשיב כפירת ממון, וה"ה כופר בפקדון כיון שכ"ז שלא באו עדים לא נודע שחייב באונסים לכן חשיב כפירת ממון.

ונראה די"ל דאף אם הודה שלא בפני ב"ד נמי אין כאן כפירת ממון, דכיון שהודה בפניו ששיקר שבועה א"כ הרי התובע והנתבע שניהם יודעים שאין כאן תביעה וכפירה של ממון שהרי הודה לו, ורק התם בשלח בו יד שלא ידוע לנגזל ששלח בו יד לכן חשיב תביעה של ממון.

דף קח ע"א

תוס' ד"ה ובאו עדים אקמייתא. תימא דע"כ כשבאו עדים אקמייתא וכו', הקשה הפנ"י אמאי לא הקשו התוס' כן על הגמ' לעיל סה ע"א קו ע"א דמבואר דאף היכא שהודה לאחר שבאו עדים חייב וצ"ע.

ועי' ברש"י שבועות מט ע"א שחולק על התוס' כאן, ועי' ברש"ש שם שהעיר מדברי התוס' כאן.

הודה מעצמו משלם קרן וחומש

גמ' הודה מעצמו משלם קרן וחומש ואשם. משמע מפשטות הגמ' דמיירי אף בבאו עדים אח"כ חייב חומש, וקשה לשיטת התוס'.

לעיל קו ע"ב שכתבו דאין חיוב חומש אפילו בשכבר נתחייב על חומש לפני הכפל, [ודלא כהראב"ד שהובא לעיל].

ואולי גם לתוס' יש חילוק שאם כבר נתחייב חומש אינו נפטר מחמת הכפל, ורק היכא שהיה סיבה לחיוב חומש הרי"ז נפטר מחמת הכפל כגון בטענת אבד ואח"כ נגנב והודה רק אחרי שבאו עדים, דאע"פ שהחומש הוא מכח הודאה על טענת אבד שקדם לשבועה מ"מ כיון שנתחייב בכפל אין עליו חיוב חומש, משא"כ הכא שחל חיוב בפועל לכן לא נפטר מהכפל, אולם למש"כ התוס' דקאי כמד"א מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור אין ראייה שאין כאן חיוב כפל כלל.

חומש וכפילא בתרי גברא

גמ' רבינא חומש וכפילא בתרי גברא מאי וכו'. הרמב"ם פ"ד מגניבה ה"ו מפרש את ספק הגמ' האם השני חייב בכפל מחמת שהראשון הודה ונתחייב בחומש או לא, והכס"מ הביא דבטור [בסי' שנ"ב] תמה ע"ז דמשמע בסוגין שהכפל פוטר את החומש ולא להיפך שהחומש אינו פוטר את הכפל, ועי"ש בכס"מ ובביאור הגר"א, ולכן כתב הטור דהספק הוא האם הכפל פוטר את החומש שכבר הודה או לא.

וצ"ב הרי מיד שהראשון הודה כבר נתחייב בחומש ואמאי נפטר ממה שכבר נתחייב דכל מה שמצינו שכפל פוטר חיוב חומש אינו אלא כה"ג שכבר נתחייב בכפל אבל כאן עדיין לא נתחייב בכפל וחויב החומש קדם, [וע"כ צ"ל דכיון שהוא נדון כממון אחד אכתי לא נשלם חיובו כ"ז שהשני לא הודה].

ובאמת מקור דברי הרמב"ם הם מהגמ' בהמשך דקאמר תרי חומשי ותרי כפילא בחד גברא וכו' וקאמר הגמ' תרי גונא ממונא קאמר רחמנא דלא נשתלמו עילוי חד ממונא וכו', ומשמע בגמ' דאותו טעם שממון המשתלם בראש ה"ה נמי נתמעט תרי חומש וא"כ ה"ה דהחומש יפטור חיוב של כפל, ועי' בשטמ"ק בשם הרא"ש דנתקשה מהו המקור לפטור כפל מחומש, דהיינו כמו שכפל פוטר חומש ה"ה חומש פוטר כפל, ועי' באו"ש פ"ד ה"ז שכתב שהביא ב' דרשות מהתור"כ. **והנה** לדעת הראב"ד שהובא לעיל דהיכא שחל חיוב חומש מעיקרא לא נאמר קרא דממון המשתלם בראש צ"ע מהו הספק של הגמ' כאן, הרי כבר חל חיוב חומש קודם שהודה וצ"ע.

גדר חובת שמירה במסר לב' בנ"א
גמ' כגון שמסר שורו לב' בנ"א. ברא"ש בשבעות פ"ה ס"ז הביא פלוגתא אם ב' נפקדים חייבים הכל מדין שומר או מדין ערב, ובש"ך בסי' ע"ז סק"א הביא רמ"א דבסתמא חייבים רק חצי.

ובהנהות חכמת שלמה שם הקשה עליו מסוגין דמשמע שחייב הכל דלא"כ הוה תרי ממונא, וע"ע בחידושי הגר"ח הלכ' שכירות שהוכיח מסוגיין שיש לכל שומר חיוב להישבע ואין נפטר אחד בשבועת של חבור.

מוען טענת אבד והודה

וחזר וטען אבד

תוס' ד"ה טען טענת אבד וכו'. נראה דל"ג והודה דאם הודה מיד הוה ברשותו להתחייב באונסים משעה שנשבע לשקר ומה

שיחזור ויטען שאבד אין כופר כלום, כונת התוס' להקשות דכיון שכבר הודה ונתחייב באונסים א"כ אין כאן כפירת ממון והוה שבועת ביטוי כמש"כ לעיל בד"ה כגון, וכמו שביארנו דל"ד להא דשלח בו יד ואח"כ טען טע"ג דנחלקו בזה האם יש חיוב של טוען טענת גנב בכה"ג דכיון שהודה ונודע לב"ד ויוכלים לחייב אותו הממון לא הוה חשיב כפירת ממון.

ואפשר דאף אם הודה שלא בפני ב"ד ג"כ אין כאן כפירת ממון, דכיון שהודה הגזולן לנגזלן לכן אף שחזור וכופר מ"מ לא הוה כפירת ממון שהרי כבר הודה ויודע שהוא מחויב וכמש"כ לעיל.

והנה הרמב"ם פ"ז משבעות הט"ו גרס הודה בין שבועה לשבועה דלא כתוס' וצ"ע אמאי חייב ולא הוה כשבועת ביטוי, והאור שמח פ"ח משבעות ה"ח כתב לבאר דסבר הרמב"ם דאע"פ שכבר נתחייב כשהודה מ"מ יש כאן כפירת ממון מחמת שכופר בחפץ מסוים ואף בזה שיש כפירת ממון, ובזה נחלקו התוס' והרמב"ם האם כפירה בחפץ חשיב כפירת ממון, והתוס' חלקו דכה"ג שהוא מחויב כבר לא חשיב כפירת חפץ כפירת ממון.

ישוב קושית תוס' מהשביע ה' פעמים

תוס' בא"ד. ומיהו תימא מאי קא מיבעיא ליה לר"פ הא מתני' היא לעיל השביע עליו ה' פעמים וכו', האבי עזרי פ"ד משבועות ה"ט כתב לישב דהנה הרמב"ם פ"ז משבועות ה"ז כתב בדינא דמתני' שאם כפר ונשבע ה' פעמים וכפר על כל אחת ואחת חייב קרבן

אשם על כל שבועה ושבועה, ובהלכה ט"ו כתב הרמב"ם דינא דר"פ טען שאבד הפקדון או כפר ונשבע והודה וחזר וטען שאבד ונשבע והודה משלם הקרן הראשון וחומש אחד על כל שבועה ושבועה שנאמר וחמשיתו, וקשה אמאי כאן הוצרך הרמב"ם שיודה בין שבועה ושבועה, ובהל' ז' לא כתב הרמב"ם שהודה אחר כל שבועה ושבועה אלא שלבסוף הודה על כל מה דשנשבע שהיה לשקר.

ובתב בשם מרן הגר"ז והגר"א קוטלר זצ"ל שביארו דדעת הרמב"ם שחלוק החיוב אשם לחיוב חומש, דהחיוב חומש רק אם הודה בין שבועה לשבועה ולא סגי במה שיוכל להודות כדי להחייב, דחלוק החיוב אשם מהחיוב חומש, דהחיוב של אשם הוא חייב על מה שכפר בממון ונשבע לשקר, ולכן אין צריך הודאה על כל שבועה ושבועה, [אלא כיון שיכול לבא ולהודות חשיב שיש כאן שבועה על כפירת ממון], משא"כ לענין חומש חיובו הוא על גזילת הממון שע"י השבועה, ולכן היכא שנשבע לשקר פעם אחת ונעשה גולן בשבעתו ל"ש לדון שיש כאן עוד מעשה גזילה ורק מחמת שהודה על כל שבועה ושבועה יש כאן מעשה גזילה מחודש.

ובזה יש לבאר דעת הראב"ד שהובא לעיל שאף אם יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה ואין חיוב של חומש מ"מ לענין קרבן אשם חייב על כל שבועה ושבועה, ולכן קפץ ונשבע ה' פעמים חייב רק קרבן.

חזר ומען מענת גנב

איך יכולים ב"ד להשביעו

תוס' ד"ה וחזר וטען. תימה האיך השביעוהו כיון שנפטר בב"ד בשבועה ראשונה

שהרי באו עדים וכו', והרא"ש בשטמ"ק כתב לבאר דספק הגמ' אזיל כר' חייא בר יוסף דסבר לעיל דשלח בו יד ואח"כ טען טענת גנב חייב, וא"כ ה"ה היכא שהודה וכבר נתחייב באונסים חייב חומש אם נשבע עוד פעם.

והתוס' שלא פירשו כהרא"ש י"ל למתבאר דהכא כיון שהב"ד שהודה בפניהם יכולים לחייב אותו אין כאן כפירת ממון, אלא חשוב שבועת ביטוי, משא"כ בשלח בו יד דהב"ד אינם יכולים לחייב אותו לכן חשיב כפירת ממון, אע"פ שאח"כ באו עדים שהוא שלח בו יד מ"מ בשעת הכפירה אינם יכולים לחייב אותו ולכן חשיב שנשבע על כפירת ממון.

ואולי י"ל דיסוד המחלוקת בין תוס' והרא"ש מהו עיקר החיוב של חומש ואשם האם הוא מחמת הגזילה שע"י השבועה וממילא לא מועיל מה שהב"ד הראשון יכולים לחייב אותו דסו"ס יש כאן מעשה גזילה שמעכב ממנו ממנו כ"ז שלא חיבוהו הב"ד הראשון, או"ד דהחיוב הוא על כפירת הממון וממילא כיון שיש חיוב ע"פ הודאתו בב"ד הראשון אין כאן כפירת ממון, והרא"ש סבר דהחיוב הוא על הגזילה שע"י השבועה, ולכן אף שיכולים לחייב אותו יש כאן גזילה, ולכן מדמה לר' חייא בר יוסף ששלח בו יד ואח"כ טען טע"ג דחייב כפל.

והנה מדברי רש"י קז ע"ב שביאר דלר"ח בר יוסף הסברא שחייב בשלח בו יד קודם שטען טע"ג משום ששיקר בב' השבועות, משמע דהחיוב כפל הוא על ב' השבועות יחד משמע מזה דלא כהרא"ש דהרי

הכא החיוב כפל הוא רק מחמת הטענה הב' ולא מחמת השבועה הראשונה].

והרשב"א כתב דאע"פ שבאו עדים מ"מ ל"ש בזה יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה כיון שנתברר ששבועתו היתה שבועה שקר, ולכן יש לו זכות עדיין להשביע אותו, ולכן הוא מחויב שבועה, והתוס' שחלקו על סברא זו דס"ל דכיון שנתברר ששיקר אין סיבה לב"ד שישביעו אותו עוד פעם, אבל להרשב"א הנדון תלוי האם הוא מחויב בשבועה.

בהא דשבועה שניה חשיב שבועה אע"פ שהוא חשוד

תוס' ד"ה ותרי כפילא. כדמוכח בשבועות דקתני שכנגדו נשבע ונוטל, כונתם תוס' להוכיח דחשוד פסול רק מדרבנן דאם היה פסול מהתורה היה צריך להיות הדין דמתוך שאין יכול להשבע משלם ולא היה צריך לתקן תקנה שכנגדו נשבע ונוטל וע"כ דחשוד פסול רק מדרבנן, אבל מהתורה יכול להישבע ולכן אין דין של מתוך ומדרבנן תיקנו שבועה שכנגדו, ועי' תוס' ב"מ ה ע"א שכתב ישוב אחר לקושית התוס'.

ובתבו התוס' וכיון דמדאורייתא שבועתו שבועה מחייב בכפל, צ"ע דכיון שמדרבנן הוא פסול לשבועה א"כ עדיין הוא מחויב הוא לישבע, וא"כ מה שנשבע אינו שבועה כלל ואמאי חייב לשלם כפל, וכתבו באחרונים מוכח מזה דיסוד החיוב של שבועה אינו בירור אלא שזהו הלכה שאם נשבע נפטר מחיובו, [עי' ח"י הגרנ"ט ב"מ ואבי עזרי פ"ט משמיטה].

ולפי"ז ביארו דהא דחשוד פסול לשבועה

מדרבנן אין הכונה ששבועתו לא שבועה אלא הכונה בזה שמדרבנן אין מוסרים אותו לשבועה, אבל אם נשבע יש לזה שם שבועה אף מדרבנן ולכן אם נשבע חייב בכפל אף מדרבנן, דאם היה דין של בירור וכיון חשוד פסול דאין לו נאמנות לא היה מועיל מה שנשבע, ועי' בתוס' ב"מ ה ע"ב בשם רבנו החסיד דחשוד פסול לשבועה מהתורה, וצ"ע מהכא אמאי חייב בכפל, ועי' מש"כ בח"י הגרנ"ט שם.

אך קשה לכאורה דכיון שהוא חשוד א"כ אין הב"ד משביעים אותו וא"כ אמאי חייב כפל על השבועה דכיון שב"ד לא השביעו אותו לא הוה שבועת הדינים ואין חיוב כפל היכא שקפץ ונשבע כדמבואר לעיל קו ע"א, והרשב"א כתב שם הראב"ד דמיירי שעשה תשובה בינתיים, [ולפי"ז יש לישב דעת רבנו יהודה החסיד], וע"ע בחזו"א חו"מ ס"ט סק"ד.

דף קח ע"ב

הודאה שלא בפני בע"ד

גמ' תבעהו בעלים לשומר ונשבע והוכר הגנב תבעו שומר והודה וכו' מי נפטר הגנב בהודאת שומר או לא. פרש"י דכיון שנשבע השומר נסתלק ושוב אינו בשמירתו ולא הוא הודאה, מבואר דכדי ליפטר ע"י הודאתו בעינן שההודאה תהא בפני הבע"ד, אבל אם מודה לאדם בעלמא לא, [ומבואר דהשומר חשיב בע"ד לענין זה], ובתוס' כתבו שאף בממון שההודאה מחייבת בעינן נמי רק בפני בע"ד שכתבו דאף על הקרן דמתחייב בהודאתו איכא ספק דהגמ'.

והביאור בזה כתבו בקצה"ח פ"א סק"י ובתרומת הכרי ס"א דכל החיוב בהודאת בע"ד הוא רק היכא שיש תביעה, ולכן רק אם הבע"ד עצמו תובע יש לזה שם הודאה אבל אם אינו תובע לא חשיב הודאה ואינו מתחייב בזה, ולכן חשיב הודאה אף בהודה לשומר, דאע"פ שאינו בעל הממון מ"מ יש לו זכות תביעה על הממון, [וכן מדויק ברש"י יבואר באות הבאה].

ועי' בקצה"ח סי' פ"א שם שכתב בשם הש"ך שהרבה מהראשונים נחלקו בזה ולא בעינן הודאה בפני בע"ד בממון, וע"כ כתב בקצה"ח דסוגין צ"ל שזהו הלכה מיוחדת בקנס דבעינן הודאה בפני בע"ד, וצ"ב הטעם בזה.

בשו"ע סי' פ"א סעי' כ"ד פסק דהודאת בע"ד ל"ד בפני הבע"ע אלא בפני כל אדם, ובביאור הגר"א שם ס"ק מ"ח כתב דהראיה לזה הוא מזה שכל ספק הגמ' היה רק לגבי כפל ולא לגבי הקרן, וע"כ דלענין ממון מהני הודאת בע"ד אף שלא בפני התובע. **וע"ע** בקצה"ח ובתרה"כ שם שהקשו מהא דמבואר לעיל דף עא. דר"ג הודה שהוציא עין לטבי עבדו ורצה שיצא בו לחירות, ואמרו לו חכמים דמודה בקנס אתה ופטור, ומשמע דא"צ תביעה ואף שלא בפני התובע אמרינן הודאת בע"ד לענין פטור.

חיוב השומר לחזור

אחר בהמה שננכרה

גמ' אמר רבא אם באמת נשבע נפטר הגנב בהודאת שומר ואם בשקר נשבע לא נפטר הגנב בהודאת שומר. פרש"י שכיון שנשבע באמת אנן סהדי דאי ימצא הבהמה

ניחא ליה לבעלים שיהא שומר ע"ז, 'לכן על שומר זה לחזור אחריו ותביעתו תביעה', מבואר ברש"י שהטעם דחשיב תובע כיון שמחוייב לחזור אחרי הבהמה מי גנבו.

וצ"ב כיון דנשבע כדין ונפטר מחיובו איזה חיוב יש לו לחזור אחרי הבהמה, והרשב"א בהמשך הסוגיא שכתב בתוך דבריו דסופו כתחילתו, וכונתו הוא דכמו שיש חיוב לשומר בשעה שהגנב בא לגנוב למנוע ממנו שלא יגנב, ה"ה מחויב לאחר הגניבה להוציא את הגניבה מיד גנב, דזהו בכלל החיובי שמירה ולכן חשיב שומר לענין זה, וזהו החילוק בין אם נשבע לשקר לנשבע באמת דבנשבע לשקר אע"פ שמחויב מעיקר הדין לשלם לבעלים את הפקדון, מ"מ הבעלים הפקיעו את השומר מחיובי השמירה על החפץ ואין לו חיוב למצוא את הגנב ולכן אין לו זכות תביעה על החפץ, אבל בנשבע באמת אע"פ שאין לו חיוב תשלומים מ"מ מחויב למצא את הגנב ולכן חשיב תובע והודאת הגזולן לשומר מהני לפטרו.

ועוד גירסא כתב רש"י שאם באמת נשבע נפקע ממנו חיובי שומר ואינו מחויב לשמור יותר ולכך לא חשוב הודאתו כלום, אבל אם לשקר נשבע כיון שמחויב לשלם יש לו דין שומר, מבואר מדברי רש"י שנחלקו ב' הלשונות בתרתי א' האם יש חיוב לשומר לטרוח ולהוציא מיד הגזולן, ב' האם מה שחייב לשלם מחמת שנשבע לשקר חשיב תובע או לא, והביאור בזה יבואר באות הבאה.

ביאור תוס' דאקן לא היה נדון

תוס' ד"ה תבעו שומר. וי"ל דמשום דדאקן לא הוי מצי למיפשט הא דפשיט אם

בשקר נשבע לא נפטר הגנב, כונת התוס' ביאר המהרש"א דאי נשבע לשקר חשיב השומר תובע ונתחייב בהודאתו, ובגמ' מבואר דבנשבע לשקר לא נפטר בהודאתו כיון שאינו בע"ד כיון שנתברר ששיקר בשבועתו תו אין לו דין שומר, והחילוק הוא דכיון שנתברר ששיקר בשבועתו א"כ ע"כ צריך השומר לשלם לכן חשיב תובע שרוצה להוציא מהגזלן מה שהוא צריך לשלם, אבל מ"מ לענין כפל לא חשיב השומר תובע כיון שהכפל לבעלים ואינם רוצים שיהא שומר עבורם כיון ששיקר בשבועה לכן אינו בע"ד לגבי הכפל.

מבואר מדברי המהרש"א דבעינן שיהא לו כח תביעה על הכפל ולא סגי במה שיש לו כח תביעה על עצם מעשה הגזילה, אלא בעינן שהתביעה תהא על גוף החיוב עצמו, וזהו החילוק דאם השומר נשבע באמת בעל הפקדון רוצה שיהיה שומר עבורם ולכן תביעתו כתביעת הבעלים אף לגבי הכפל, אבל היכא שנשבע לשקר אע"פ שלגבי חיוב קרן חשיב תובע מ"מ לגבי חיוב כפל לא חשוב תובע. **ולפי"ז** מובן הא דרש"י לפי גירסתו חולק על הגירסא הב' שנשבע לשקר חשיב הודאה משום שצריך לשלם, דס"ל לרש"י אע"פ שצריך לשלם מ"מ אין לזה דין מודה, דאע"פ שצריך לשלם מ"מ כיון שאין לו זכות תביעה על הכפל לכך לא חשיב הודאה לענין זה, אבל לל"ב י"ל דבזה גופא פליג דא"צ שיהא נחשב תובע על עצם הכפל אלא סגי בזה שהוא תובע על עצם מעשה הגניבה.

נשבע לשקר מהו

גמ' רב טביומי מתני' הכי בעי רבא נשבע לשקר מהו. פרש"י דהספק הוא האם

אמרינן דכיון שנשבע לשקר סופו להתחרט לכן תביעתו תביעה, וצ"ב מדוע ניחא ליה לבעלים בספק זה.

השטמ"ק בשם הראב"ד כתב דאיכא למימר שבאמת היא נגנבה דאדם טועה שפעמים שלא ידע מהו פשיעה ולכן הבעלים מניחים אותו בשמירתו.

תבעוהו בעלים ושילם

גמ' תבעוהו בעלים ושילם והוכר הגנב תבעוהו בעלים והודה וכו'. ברש"י משמע שהנדון הוא האם ניחא ליה לשומר שהבעלים יהיה בע"ד על הפקדון או לא

אולם בשטמ"ק בשם הרמ"ה כתב דהספק הוא דאע"פ שאם שילם השומר הבעלים מקנה לו הכפל בכה"ג שהבעלים עצמם מצאו את הגנב לא מקנה ליה כפל.

גמ' שקלא אנא דידן ואת שקול את דידך, למבואר ברמ"ה א"ש דהשומר נוטל הקרן ששילם והבעלים נוטל את הכפל, אבל לרש"י צ"ב כונת הגמ' מהו אנא שקלת.

והנה דעת הרמב"ם דבשילם השומר והוכר הגנב דהבעלים גובים את גוף השור והשומר מקבל רק את הכפל, והכסף משנה כתב דמקור דבריו הם מסוגין דמשמע שהבעלים לוקחים את גוף השור.

עושה עמו דין ואינו נשבע

גמ' רבא אמר אחד זה ואחד זה עושה עמו דין ואינו נשבע. פרש"י דמשלם דמצוה עליו לחזור אחר האבידה, הרשב"א תמה ע"ד רש"י אמאי מחויב לשלם, הרי כיון ששומר

חינם פטור מגניבה ואבידה איזה חיוב יש לו לשלם, דבשלמא שומר שכר י"ל דבשביל זה הביא לו שכר כדי שישלם ויוציא הוא מהגנב. ולכן כתב הרשב"א דא"צ לשלם, אלא כל הנדון הוא האם מחויב לטרוח לדון עם הגזלן, וביאר הרשב"א דכמו שחייב מעיקרא לדאוג שלא יגנב ה"ה מחויב נמי לטרוח להוציא הגניבה מהגנב וכמש"כ לעיל.

גדר פטור האמור בקדם ונשבע

גמ' כגון שקדם ונשבע. הרמ"ה בשטמ"ק שרק שומר חינם שפטור מגניבה ואבידה לכן כשנשבע כלתה לו שמירה, אבל שומר שכר אע"פ שפטור אם נגנבה באונס, מ"מ יש לו חיוב לחזור אחריה ולמצוא את הגנב ולכן אם נמצא הגנב לא נפטר מלעמוד עמו בדין, וכתב הרמ"ה שאם לא יעמוד עמו בדין חייב לשלם דחשיב פושע בזה שלא עמד עמו בדין. ומבואר שחלוק פטור של שומר חינם מגניבה ואבידה משומר שכר שפטור מאונס, דש"ח נפטר מיד ופקע ממנו חיובי שמירה, אבל שומר שכר שמקבל שכר חייב להעמיד לבעלים את החפץ ולא נפקע ממנו חיובי שמירה, אמנם בשטמ"ק כתב בשם רבנו יהונתן דאף בשומר שכר אם נשבע פטור, והחילוק הוא רק היכא שהוכר הגנב ואח"כ נשבע דשומר חינם כה"ג פטור אבל שומר שכר חייב, ועי' בחזו"א חו"מ ס"ח סק"ג מש"כ.

רבה זומי בעי לה הכי

גמ' רבה זומי בעי לה הכי וכו'. מי אמרינן כיון דנגנבה באונס כליה ליה שמירתו וכו', הרא"ש והרמ"ה בשטמ"ק כתבו דרבה

זומי לא ס"ל כאביי ורבה דלעיל, דלשיטת אביי ורבה לא אמרינן דכליא ליה שמירתו שהרי השומר צריך לטרוח ולעשות דין עם הגנב, וא"כ כ"ש שאם החזירו לביתו דחשיב שומר ע"ז, וע"כ דפליגי על רבה זומי ומה"ט כתב הרע"א שהשמיטו הטור והשו"ע הך ספק, וכן נמי הא דקאמר לעיל שאם הודה גנב לשומר חשוב מודה בקנס לא הוה כרבה זומי. **אמנם** הרמב"ם פ"ח משאלה ופקדון ה"ו פסק כשיטת רבא דבין שומר חינם בין שומר שכר עושה עמו דין ואינו נשבע, ומ"מ הביא באותו הלכה את הספק של רבה זומי, מבואר מדברי הרמב"ם דרבה זומי לא פליג על אביי ורבה.

והביאור בדעת הרמב"ם כמש"כ הראב"ד בשטמ"ק שאף אם עושה עמו דין וצריך לטרוח אחר הגנב להחזירו לבעלים, מ"מ אינו מחויב לשלם אם פשע משום דכליא ליה שמירתו, והיינו דב' נדונים איכא בסוגיא א' האם מחויב לטרוח אחר הגנב, ב' האם נשאר עליו דין שומר, ולכן פסק הרמב"ם שחייב לעמוד עמו בדין ואי"ז סתירה לספק של רבה זומי האם חשיב שומר.

ומבואר דהחויב לטרוח להוציא מיד הגזלן לא הוה מכח החיובי שמירה, אלא שזהו הלכה נפרדת שצריך להעמיד את החפץ לבעלים שיוכל ליטלו ולכן אף דאין לו דין שמירה ע"ז מ"מ מחויב הוא להעמידו לבעלים, וכ"כ בפנ"י לבאר דעת הרמב"ם.

ע"ע בקצה"ח סי' רצ"ד סק"ז שכתב דסברת רבה זומי שאף אם חזר לרשות שומר לא נתחייב בשמירתו משום דסבר דשומר חייב משעת משיכה ולכן ע"כ הטעם שבאונס פטור משום דחשיב כחזרה לבית בעלים וכלתה לו

שמירה, ולכן כתב דהרמב"ם פסק דמשעת משיכה חייב שומר לכן פסק כרבה זוטי, אבל לדעת הראשונים דמשעת פשיעה חייב א"כ באונס לא פקע ממנו חיובי שמירה, ומשונה השמיטו הטור והשו"ע משום דסברי דשומר נתחייב משעת פשיעה.

גדר חובת השבה בגזל אביו ומת האב

מתני' הגזול את אביו ונשבע לו ומת הרי"ז משלם קרן וחומש לבניו או לאחיו. הרשב"א ושטמ"ק בשם הראב"ד והרא"ש כתבו דהא דצריך להוציא הגזילה מידו אינו אלא מדרבנן, והוכיח כן הרא"ש מהא דאמר רב יוסף דאפילו לארנקי של צדקה, והמאירי כתב שאע"פ שזוכה בה מהדין אינו יוצא ידי תשובה גמורה כשימחול לעצמו עד שיוציאנה מתחת ידו ולא יחזיק עצמו ביורש עליה.

והוסיף עוד המאירי שאין הב"ד מכריחין אותו על זה אלא שאם רצה לשוב זו עיקר תשובתו, וכ"כ הרשב"א שכתב וכ"ז להראות שרוצה להוציא גזילה מתחת ידו, וכן נראה מהמשך המשנה שאם אין לו או אינו רוצה לזה ובע"ח באין ונפרעים, והיינו שהחיוב להשיב לאחיו אינו חיוב ממוני שצריך להפסיד ממונו כדי להשיב את הגזילה אלא שמחויב לעשות מעשה השבה ולכן אף אם אין כאן הפסד ממון מחויב לעשות כן.

אמנם מדברי הפנ"י נראה שלמד בדעת רש"י שהוא חיוב מדאורייתא להשיב את הגזילה, דכמו שילפינן מקרא דוהשיב את הגזילה דלא מהניא מחילה כדמבואר בהמשך הגמ' ה"ה דחייב בנו להחזיר את הגזילה, וכן

נראה מרש"י ד"ה לזה שכתב לקיים מצות השבה, ומשמע שזהו חיוב מהתורה ולא מדרבנן וכן נראה מדברי הרמב"ם בפירוש המשנה עי"ש, ועי' בחזו"א ס"כ ס"ק י"ב שכתב גם דאפשר שהוא מהלכה למשה מסיני.

ולפי"ז צריך לבאר הא דאם אין לו לזה ובע"ח באין ונפרעים והרי מחויב מעיקר הדין להשיב הגזילה, וע"כ צ"ל דבהלכה של והשיב את הגזילה נאמר ב' הלכות א' מצוה שמחויב להוציא הגזילה מתח"י, ב' שצריך להחזיר הממון לחברו, ולכן אע"פ שאת הזכות בממון ירש מאביו ואין חיוב להחזיר מ"מ את ההלכה להוציא גזילה מתחת ידו חייב, ועי' בבית יוסף סי' שס"ז, וכן נראה מדברי המשנה למלך פ"ג מגזילה ה"ה שהסתפק דשמה החיוב להוציא גזילה מתחת ידו ל"ד באופן שנשבע שגזל והודה, אלא אף אם לא נשבע חייב להשיב הגזילה מתח"י.

ולמבואר הסברא בזה דבכל גזילה נכלל בחובת השבה להוציא הגזילה מתח"י ולכן אע"פ שלא נשבע חייב לקיים מצות השבה להוציא הגזילה ממנו, אולם לדעת הראשונים שהחיוב רק מדרבנן נראה דכל החיוב הוא רק בנשבע, וכן כתב בתוס' רי"ד כאן שקנסו משום שנשבע, וכ"כ בדרכי משה ובב"ח סי' שס"ז ועי' ברש"ש לעיל דף ע"א.

ברש"י שחודה לאחר מיתת האב

רש"י ד"ה ואח"כ מת אביו. ואחר מיתת האב הודה, המהרש"א תמה אמאי פרש"י דהודה רק לאחר מיתת האב, הא למבואר

בגמ' דמתני' כר"ע דלא מצי מחיל לנפשיה
א"כ אין חילוק בין אם הודה בחיי האב או
לאחר מיתת האב, [ונכתב מהרש"א דאולי אי"ז
מפרש"י אלא תלמיד טועה כתב כן].

הפנ"י כתב לישב דאי מיירי שהודה בחיי
האב אין לו חיוב לתת החומש לבניו,
דאע"פ שחייב מהתורה להוציא את הקרן
מתחת ידו משום דהחיוב של והשיב מחייב
גם כשמת אביו, מ"מ החומש לא הוה בכלל
והשיב את הגזילה, ולכן אינו מחויב לשלם
החומש ליורשים אלא הוא יורש אותו, ולכן
פרש"י דמיירי שהודה לאחר מיתת האב, דמיד
שמת הפקיעה התורה את החפץ הגזול מירושת
הבן הגזול ונעשה של יורשים ולכן כשהודה
נתחייב להם קרן וחומש דהם נעשים הבע"ד
על הגזילה, ולכן הוצרך רש"י לפרש דמיירי
רק בכה"ג.

אולם נראה דאף לדבריו צ"ל דלא הקנו
ליורשים לגמרי שהרי מבואר במשנה
שאם אין לו לווה ובע"ח באים ונפרעים וע"כ
שזהו חיוב רק לקיים והשיב וצ"ע.

ואם אין לו בע"ח באין ונפרעין

מתני' ואם אינו רוצה או שאין לו לווה ובע"ח
באים ונפרעים. רש"י ביאר דלוה
ובע"ח גובים מהירושה מהחלק שהוא היה
צריך לקבל, והתוס' פירשו דמחזיר לבניו
ובע"ח חוזרים וגובים מזה ונמצא שלא הפסיד
כלום.

אמנם הרמב"ם פ"ח מגזו"א ה"ג פירש דכונת
המשנה "אם אין לו" היינו דאם אין
לו אחין או בנים נותן אותו לבעל חובו בשביל
חובו, והיינו שמקיים חובת השבה בזה

שמוציא גזילה מתח"י יוכל לפרוע בו חובו,
ע"ע רמב"ם שם ה"ב שכתב דכל דינא דמתני'
הוא רק באופן שהגזילה קיימת אבל אם אין
גזילה קיימת עושה חשבון איזה חלק יש לו
בירושה והשאר נותן לאחיו.

וביאר בדעת הרמב"ם דס"ל דכל החיוב
של והשיב הוא רק היכא שהגזילה
עצמה בעין, אבל כשאין גזילה קיימת הוא
חיוב אחר של דמים, ולכן בזה ליכא הלכתא
שיוציא גזילה מתחת ידו.

ועוד כתב הרמב"ם דבגזילה קיימת שמוציא
הגזילה מתחת ידו עושה חשבון עמה, ו
היינו שנותנים לו עוד חלק מהירושה דהיינו
שאין חיוב להפסיד כלל מחמת ההשבה,
והטור בסי' שס"ז כתב ע"ז ואין זה מדרך
המשנה אלא שאינו נוטל בה כלום, וכמו
שמשמע ברש"י שמעיקר הדין הוא להפסיד
ממונו בשביל חובת והשיב, ורק אם אינו רוצה
או שאין לו הדין כן.

נותן לבניו או לאחיו

תוס' ד"ה לבניו או לאחיו. נראה לבניו של
גזול או לאחיו של גזול, שהם קודמים
לכל אדם בחלקו המגיע לו ונחשב כאילו מת
ואינם באים מכוחו אלא מכח אבהו דאבא,
כונתם דבדין מכח אבהו דאבא יש לפרש
שיורשים את אביהם שהיה לו זכות לירש,
וזה א"א לומר כאן שהרי לאביהם לא היה
זכות לירש חלק זה, אלא הכונה שהם יורשים
את הסבא מיד אלא שמקבלים את החלק
שאביהם היה צריך לקבל ולכן בזה הם קודמים
לבנים אחרים, ואע"פ שאביהם לא מת מ"מ
כיון שכל הדין הוא דרבנן דנים את זה כאילו
הוא כן, ועי' בקובץ שיעורים ב"ב אות תנ"ב.

ורש"י פירש דנותן לבניו של אביו ואחיו של אביו וכ"כ הרא"ש והטור, והא דלא פירשו כתוס', ולפי מש"כ הפנ"י שהחיות השבה הוא מהתורה א"כ יש לומר דמכיון שהאב קיים אין לבנים זכות לירש את אביהם כה"ג ולכן ע"כ יתן לבניו של אביו.

והקובץ הערות [מ' אות י'] ביאר דלרש"י ע"כ צ"ל דלירש מאוחר במקום מוקדם יש שם יורש, ולכן אע"פ שהוא קודם לאחי אביו מ"מ כשאין לו אפשרות לרשת הם יורשים, אבל התוס' שחלקו י"ל דס"ל דלא כרש"י דירש מאוחר במקום מוקדם אין לו שם יורש, ולכן ל"ש לפרש שאחי אביו יורשים אותו כיון שאין להם שם יורש במקום קרוב מוקדם, ברמב"ם פ"ח מגזילה ה"ג כתב דנותן לאחיו ואם אין לו אחים נותן לבניו, וצ"ב ממ"נ אי סבר כתוס' אמאי הקדים את האחין קודם הבנים.

המעם שבע"ח חוזרים וגובים מחקרקע שירש

תוס' ד"ה לזה. וחוזרים בע"ח ונפרעין מאותו קרקע אע"ג דיש לו שאר נכסים במה לפרוע, ביאר המהרש"א דלמאי דס"ל לתוס' עכשיו שמקנה את הנכסים ליורשים א"כ איך גובה הבע"ח הא אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין, וע"ז כונת התוס' דאע"פ שיש לו היינו שיש לו רק מטלטלין אבל אין לו קרקעות ולכן יוכל לגבות מהיורשים.

האחרונים קצה"ח שס"ז רע"א תמהו ע"ד דהא כיון שיש מטלטלין אמאי גובים מקרקע המשועבדת הרי אין גובים

מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין, ובקו"ש ב"ב קצ"ג כתב דדבר זה תלוי מה הטעם שגובים ממטלטלין מהמלוה עצמו, האם משום שיש שעבוד ע"ז או משום דמצוה בעלמא, וא"כ אם רק מצוה אפשר שיש קדימה לגבות משעבוד שבזה יש לו זכות קדימה.

דף קט ע"א

הדירו אביו מנכסיו אם יורש הנכסים

מתני' בחייו ובמתו אם מת לא ירשנו ויחזיר לבניו או לאחיו. הר"ן בנדרים מז ע"א כתב דאין כונת המשנה שאין יורש את הנכסים כיון שאסורים עליו בהנאה, דהא קתני בסיפא דאם אין לו לזה ובע"ח באים ונפרעין ואם אין לו זכיה בזה איך יוכל ליתן לבניו או לאחיו, אלא יש זכיה באיסורי הנאה ולכן הוא זוכה בירושה אלא שאסור לו להנות מהם.

והא דנקט לא ירשנו משום דברישא נקט ירשנו לכן נקט הכא לא ירשנו, והטעם דבע"ח באים ונפרעים כתב הר"ן לאו שנותן להם דא"כ הרי נהנה מהם שהרי יש לו טובת הנאה בזה שהוא נותן להם, אלא שמראה להם ואומר להם דנכסים אלו אסורים עלי טלו ועשו בהם מה שתוצו.

אמנם הרשב"א כאן ובנדרים שם ובדף מח ע"ב חולק על הר"ן, וסבר שאין זכיה באיסורי הנאה, ומפרש הרשב"א שכונת המשנה דאינו יורש כלל, והא דלזה ובע"ח נפרעים כונת המשנה דבחי האב אם רוצה האב יכול לפרוע לו חובו אם ירצה, והוא דנקט אחיו ל"ד הוא, ועוד כתב הרשב"א דאף

מנחת

דף קט ע"א

משה

תמג

אם קאי על בנו שאסור בהנאה יכול לפרוע בהנך מעות, דמיירי שאומר להם אלו נכסים שאסר אבא עלי וכ"כ הרמב"ם פ"ה מנדרים ה"ח שאומר להם כן.

ובתב הרשב"א דהו"ל כאומר לו הלוה הגבה לי מציאה והפטר מהחוב, וה"ה כאן אומר לו שהוב יפרע בזה שמראה לו את הנכסים, והיינו שלא פורע את החוב באלו המעות אלא הוה כמו שאומר שתקח מעות אלו ותמחול לי על החוב, ונמצא שלא פורע בנכסים עצמם, ומבואר מדברי הרשב"א דאע"פ שאינו יורש את חלקו כיון שהוא מודר הנאה מ"מ שאר היורשים גם אינם זוכים בזה ולכאורה אם הוא לא יורש היה להם לירש ולא יהיה להם זכות ליקח מאותם נכסים וצ"ע.

הסברא שאין כאן איסור של פורע חובו במודר הנאה

תוס' ד"ה ב"ח באין ונפרעין. וי"ל דלא דמי דהתם כיון שמתחייב למי שפרע בעבורו אם יפרע בחינם א"כ מהנהו, אבל הכא מה שבע"ח באים ונפרעין מהנכסים אי"ז נהנה, ביאור דבריהם כתב בספר אילת השחר דהא דאסור לפרוע חוב למודר הנאה מבואר בגמ' דכ"ז רק אם פורע חובו חייב לשלם אבל אם פורע חובו פטור אין איסור למודר הנאה לפרוע חובו.

ומבואר מזה דעצם מה שנפרע לו החוב לא חשוב הנאה ליאסר במודר הנאה, וכל האיסור הוא משום שמתחייב לשלם מחמת שפרע לו חובו ופוטרו מחיובו וזהו ההנאה, והיינו שכל פורע חובו חייב לשלם

מדין משתרשי ליה, ולכן כה"ג שמוחל לו ע"ז חשיב שמהנהו, והא שאין איסור מחמת עצם ההנאה שנפרע לו החוב כתב התוס' בכתובות קח. דעצם הפרעון לא חשוב הנאה דאינו אלא גרמא בעלמא, וכונתו כיון דלית ליה הנהנה מהנכסים עצמם, אלא שנהנה שא"צ לשלם לו עבור פרעון החוב וזה גרמא בעלמא.

ולפי"ז א"ש דכאן כיון שא"צ לשלם ע"ז לא חשיב שנהנה מהנכסים עצמם ולכן מותר לבע"ח ליטול מהם דלא חשיב שנהנה מהנכסים, אמנם דעת הריטב"א בכתובות קח. דהאיסור של פורע חובו הוא במה שנהנה שנפרע לו החוב ולא ממה שנפטר מחיובו, [וכן מוכח בבית יוסף יו"ד סי' רכ"א ואמ"ל בזה], ולפי"ז ע"כ צ"ל בסוגיין כמש"כ הרשב"א בנדרים שהובא באותו הקודם דלא חשיב הנאה כלל כיון שלא פורע חובו בזה דבאמת אינו זוכה בזה כלל אלא שמוחל לו מחמת שפרע עבורו, ע"ע במקור חיים הלכ' פסח סי' תמ"א סק"ג שכתב לישב קושיית התוס' באופ"א ואכ"מ.

אמר ר"י אפילו ארנקי של צדקה

גמ' אמר רב יוסף אפילו לארנקי של צדקה. הקשה החזו"א [סי' כ' י"ג] לדעת הרמב"ם דכונת המשנה דאם אין לו נותן לבע"ח מה חידש ר"י דאפילו לארנקי של צדקה.

ועי' ברשב"א שכתב בשם הראב"ד דר' יוסף קאי נמי על סיפא דמתני' שאם אביו הדירו מנכסיו יוכל ליתן לצדקה וחזור ומקבל מהם מה שנתן.

מחילה בחוב של עצמו

גמ' נמחליה לנפשיה. רש"י ד"ה מי כתב כתב 'הכא נמי כיון כיון דירושה קמיה נפלה נפקא מידי גזילה', משמע מדבריו דאין כונת הגמ' נמחול לנפשו שחל חיוב לעצמו וצריך לעשות מעשה מחילה, אלא כונת הגמ' דכיון שנפלה ירושה לפניו זוכה בזה וממילא נפקע החוב.

ועי' בהפלאה שכתב דע"כ צ"ל כן דאי איכא חובת השבה אף לאחר שזכה בממון, ע"כ משום דגזילה הוה לאו הניתק לעשה וזהו תיקון על הלאו של לא תגזול, וא"כ אם צריך למחול בהדיא היה אסור לו למחול כיון שמבטל בזה את התיקון של הלאו, ולכן הוצרך רש"י לפרש דזהו ממילא ואי"צ למעשה מחילה.

אמנם ברשב"א נראה שחולק ע"ז שכתב להוכיח דהא דמבואר במסקנת הגמ' דלא מהני מחילה לנפשיה רק בנשבע והודה, אבל בעלמא מהניא מחילה לנפשיה, והוכיח כן מכתובות פה ע"ב ובגמ' שם משמע דכה"ג צריך לעשות מחילה בהדיא, עי"ש היטב בכל הסוגיא בהא דקאמר ר"נ דליסבא עצה למחול כתובתה, ומשמע שנתן עצה שתמחול לעצמה ולא הוה ממילא, ועי"ש ברא"ש שם שדימה מחילה דהתם לסוגין, וצ"ב הסברא בזה מה שייך שאדם יהיה חייב חוב לעצמו.

עי' בשו"ע סי' ס"ו סעי' כ"ג שהובא ב' דעות בענין זה האם מועיל מחילה לעצמו כגון שהיה חייב לאביו מנה ומכר אביו החוב לאחר ומת אביו וירש בנו החוב אם יכול למחול, ומבואר דבעי לעשות מעשה מחילה ולא

דנפקע ממילא ועי"ש בביאור הגר"א, ועי' בחי' הגרש"ש כתובות סי' מ"ז מש"כ לבאר, וע"ע בכתובות פא ע"ב תוס' ד"ה לא.

דמיון פלוגתת ר"ע וריה"ג
בגזל הגר לגזל אביו ומת

גמ' אמר ר' יוחנן לא קשיא הא ריה"ג הא ר"ע וכו', מבואר דר' יוחנן סבר דלר"ע לא מהני מחילה כלל בגזל ונשבע בין לנפשיה ובין לאחרים, ומתני' כר"ע דלא מהני מחילה כלל ולכן צריך להשיב לבניו או לאחיו, אבל ריה"ג סבר דמועיל מחילה בין לנפשיה בין לאחרים וזהו מתני' לעיל קג. דמהני מחילה על הקרן ופליע על מתני' דידן.

וצ"ב דהא במשנה מבואר דהחיוב השבה אינו מחייב להפסיד הממון שהרי אם אין לו לזה ובע"ח באין ונפרעין וכמש"כ לעיל, וא"כ קשה דלא דמי להא דאמר ר"ע בגזל הגר, דהתם דלא מועיל מחילה ע"כ צריך ליתנו לכהנים גם את הממון, דא"א לומר דאף לר"ע דלא מהני מחילה בגזל הגר אינו אלא לענין זה שצריך להוציא גזילה מתח"י וליתנו לכהנים והתם נמי אם אין לו לזה ובע"ח באים ונפרעים מהכהנים, דהגמ' מקשה בע"ב לר' יוסי הגלילי דמועיל מחילה א"כ גזל הגר היכא משכחת לה דכיון שזוכה בה מיד שמת הגר, ומשמע בגמ' דלר"ע דסבר דלא מועיל מחילה ל"ק ואם מועיל מחילה על הזכות ממון קשה אף לר"ע גזל הגר היכא משכחת לה ועי' בהפלאה שעמד בקושיא זו, ועי' באות הבאה דהרמב"ם מכח קושיא זו פירש דלר"ע באמת אין חיוב ליתן לכהנים בהודה בחיי הגר.

ונראה לבאר דלדעת הראשונים שכל החיוב להשיב הוא רק מדרבנן, כונת הגמ' לומר דמדחזינן לר"ע דאע"פ שהגזלן זכה בנכסים כשמת הגר מ"מ חייב להחזיר וכן נמי שאם מחל לו הנגזל איכא חובת השבה, חזינן מכאן שדין ההשבה אינו תלוי במה שהנכסים של הנגזל אלא אף אם הנכסים של הגזלן מ"מ התורה חייבה בהשבה, וא"כ ה"ה בגזל אביו ומת אע"פ שהתם מעיקר הדין ליכא חיוב להשיב כיון שירש את אביו מ"מ כדי לצאת יד"ש חייב להשיב דהא חזינן ששיך והשיב אף על חפץ שנעשה שלו.

ולדעת הראשונים שחובת השבה הוא מהתורה, [וכמש"כ החזו"א דמהא דמדמה הגמ' מתני' לגזל הגר משמע שזהו חיוב מדאורייתא], ונראה די"ל דכל דינא דר"ע בגזל הגר שיש חיוב ליתן לכהנים ולא מהני מחילה ילפינן לה מהא דיש ליורש חיוב להוציא גזילה מידו, דמהתם חזינן דאע"פ שזכה בממון ונעשה שלו מ"מ חייב להשיב הגזילה, א"כ סבר ר"ע דמכיון שצריך להוציא הגזילה מתח"י צריך ליתנו לכהנים שהתורה אמרה שבמה שמקיים השבת הגזילה בגזל הגזל צריך ליתנו לכהנים, וע"כ חייב להקנות לו את זה דזהו גופא חיוב התורה דאת מה שמוציא מתחת ידו יתנו לכהנים, אבל בגזל אביו דאין גזה"כ להשיב לכהנים כל החיוב הוא רק להוציא גזילה מתח ידו ולא להקנות לירשים, [נמצא דיסוד דברי ר"ע בנוים שבכל גזילה יש חיוב להוציא גזילה מתחת ידו], אבל ריה"ג דסבר דיכול למחול ע"כ דאין חיוב של השבת גזילה בגזל אביו וע"כ שסבר דאם אין חיוב ממוני להשיב את הגזילה ליכא חיוב להוציא גזילה מתחת ידו ולכן בגזל הגר

שזוכה הוא בנכסים מיד אין לו חיוב השבה כלל.

ואפשר לומר באופ"א ע"ד מש"כ בדעת הראשונים שהוא דרבנן דהמקור להך דינא שבגזל אביו ומת צריך להוציא גזילה מתחת ידו הוא מהא דחזינן דגזל הגר צריך ליתן לכהנים, דאע"פ שכבר זכה מיד בנכסים כשמת מ"מ יש חיוב השבה, א"כ ה"ה בכל גזילה אלא שבכל גזילה לא נתחדש החיוב ליתן לכהנים אלא רק להוציא גזילה מתחת ידו ורק בגזל הגר נתחדש הדין ליתן הממון לכהנים, וע"ע באות הבאה שלדעת הרמב"ם מיושב באופן אחר.

שיטת הרמב"ם

בפלוגת ר"ע וריה"ג

כתב הרמב"ם פ"ח מגזילה ה"ד וכן הגזול את הגר ונשבע לו והודה וחזר והודה לו וזקף עליו הכל במלוה ואח"כ מת הגר אע"פ שזכה בגזילה חייב להוציא גזילה מתחת ידו, בד"א כשהודה בנתים אבל אם גזל את הגר שאין לו יורשים ונשבע לו ומת הרי"ז חייב לשלם הקרן והחומש לכהנים של אותו משמר עכל.

והראב"ד שם השיג על הרמב"ם דאף בהודה בחיי הגר אם לא זקף עליו במלוה צריך ליתן אותו לכהנים, ורק לריה"ג אמרינן שיש חילוק בין הודה בחיי הגר להודה לאחר מיתת הגר.

והמגיד משנה ביאר דדעת הרמב"ם דהמחלוקת בין ר"ע וריה"ג הוא רק בהודה בחיי הגר אם צריך להוציא גזילה מתחת ידו או לא אבל לכו"ע כיון שמת הגר זכה הגזלן בממון, וכל החיוב ליתן הממון

לכהנים אינו אלא כשהודה לאחר מיתת הגר כמו שמבואר בגמ' גזל הגר היכא משכחת לה.

והראב"ד חולק דלר"ע אף בהודה בחיי הגר עצמו הוא נתנו לכהנים, כדמשמע בגמ' דמקשה אלא גזל הגר לריה"ג היכא משכחת לה ומבואר דלר"ע לא קשה משום דמיירי גם בהודה בחיי הגר, ולדעת הרמב"ם קשה אמאי מקשה הגמ' רק לפי ריה"ג הא אף לר"ע קשה שהרי בהודה בחיי הגר אין הממון לכהנים, ובמגיד משנה כתב דאה"נ קושית הגמ' היא אף לר"ע אלא משום דריה"ג אמר בהדיא זכה הלה במה שבידו מקשה הגמ' לדבריו.

ובביאור הגר"א כתב דהרמב"ם לא גריס בגמ' מכלל דריה"ג וכו' ובאמת קושית הגמ' מתפרשת אף לר"ע, והוסיף הגר"א דהכרח של הרמב"ם היה מהא דאמר ר' יוחנן דמתני' כר"ע דלא מועיל מחילה בגזל ונשבע, והרי במשנה כל החיוב הוא רק להוציא הגזילה מתח"י ואין חיוב ממוני כמש"כ, [ובפרט לדעת הרמב"ם שעושה חשבון עם אחיו ולא מפסיד מהירושה כלום כמש"כ לעיל במשנה], ולכן סבר הרמב"ם דאף לר"ע אין חיוב לתת לכהנים אלא להוציא הגזילה מתח"י, ועי' פני יהושע.

דף קט ע"ב

החילוק בין הודה בחיי הגר

להודה לאחר מיתת הגר

גמ' אמר רבא רב"ע כשגזל את הגר ונשבע לו ומת הגר והודה לאחר מיתת הגר. הראב"ד בשטמ"ק ביאר שאם הודה בחיי הגר

וכבר נתחייב לגר חשיב כחיוב ממון ולכן לאחר מיתת הגר אין חיוב לכהנים, משא"כ בהודה לאחר מיתת הגר שם חידשה התורה שהחיוב הוא חל לכהנים.

ובזונו נראה דהא מבואר דהחיוב קרן לכהנים הוא חיוב של כפרה כמש"כ ברש"י לקמן קיא ע"א שלכן היכא שמת הגזלן לאחר מיתת הגר אין בניו צריכים ליתן לכהנים כיון שמת א"צ כפרה, וא"כ י"ל דכל החיוב כפרה רק היכא שהודה לאחר מיתת הגר ונתחייב בכפרה כיון שא"א להשיב את הגזילה, אבל כשהודה לגר בחייו ונתחייב לשלם לו וחל חיוב ממוני, לא חל עליו חיוב של כפרה, וע"כ אין הוא חיוב של כפרה לתת לכהנים.

חיוב קרבן שבועה בקפץ ונשבע

גמ' איש אתה צריך לחזור אחיו אם יש לו גואלים קטן אין אתה צריך לחזור אחריו אם יש לו גואלים. תוס' בסנהדרין סח: הקשה בהא דמבואר כאן שיש חיוב קרן וחומש בנשבע לקטן והרי אין טענת קטן כלום כדמבואר לעיל קו: דאין נשבעין על טענת קטן, ותי' דמיירי כשהשביעו עד אחד דרק שבועה דבעינן טענה וכפירה ליכא בקטן, [אמנם דעת הרמב"ם פ"ה מטוען דאף שבועת ע"א אין לקטן], עוד תי' בתוס' דמיירי בקפץ ונשבע וכ"כ בהגהות מימוניות פ"ח אות ב'. **ומבואר** שנחלקו ב' תי' תוס' האם יש חיוב של חומש ואשם בשבועת הפקדון אף היכא שאין תביעה, דלתי' הראשון בעינן טענה ותביעה לחייב וחומש ואשם ובקפץ ונשבע לא יתחייב, ולתי' הב' אף היכא שאין תביעה חייב בחומש ואשם.

אולם צ"ב דלעיל קה ע"ב מבואר שהחיות של שבועת הפקדון הוא רק היכא שיש כפירת ממון, אבל היכא שאין כופר בממון אין חיוב כלל ולכן דנה הגמ' בגזל חמץ ועבר הפסח דלא שוה מידי דלא חשיב כפירת ממון, וא"כ לכאורה היכא שאין תביעה וקפץ ונשבע אין חייב לחברו כלום, ולכאורה לא חשיב כפירת ממון ואמאי איכא חיוב כה"ג.

ע"ע לעיל דף קו ע"ב שהתבאר בדעת הראב"ד דהיכא שנשבע בב"ד ליכא חיוב של חומש ואשם, היכא שחזר ונשבע כיון שכבר נשבע פעם אחת אין כאן תביעה, דכל שכבר נתברר לב"ד ע"י שנשבע פעם אחת שפטור אין לזה שם של תביעה, ולכן ל"ש חיוב קרבן שבועה כשאין תביעה.

הרא"ש בשטמ"ק הקשה דכמו שממעטינן לעיל דאין חיוב חומש היכא דנשבע על כפירת שעבוד קרקעות, ה"ה היכא שיש תביעה של קטן נמי לא יהיה חיוב חומש ואשם, ובס"ד כתב דאפשר דכונת הגמ' באופן שהיתה גיורת מעוברת ותבעה אותו ומתה, וילדה בן ומת בקטנותו דאין צריך לחזור אחריו אם יש לו גואלים, וא"כ אין ראייה מכאן שיש חיוב קרבן שבועה בנשבע לקטן, ועי' באבי עזרי פ"ז משבועות שכתב דבעינן תביעה לשבועת הפקדון, והקשה מסוגין ולמבואר ברא"ש א"ש.

בעלות על ממון לקטן

תוס' ד"ה קטן וכו'. וי"ל אבל כשדעת אחרת מקנה אותו קני מדאורייתא.

אולם דעת רש"י בסוכה מו ע"ב שדעת אחרת מקנה אינו קונה אלא מדרבנן, וא"כ צ"ל דשייך ממון לקטן כמש"כ התוס' בסנהדרין ריש פרק בן סורר סח ע"ב, כגון היכא שעשה פעולה דמה שמשלם לו בעה"ב את שכר הפעולה א"צ לעשות בו מעשה קנין וזוכה בו ממילא, ועי' בקצה"ח סי' רמ"ג שהאריך בענין דעת אחרת מקנה בקטן.

הלימוד מקרא דמלבד איל הכיפורים

גמ' תנו רבנן ונתנו לכהן שבאותו משמר וכו' כשהוא ואמר מלבד איל הכיפורים אשר יכפר בו עליו הרי לכהן שבאותו משמר. רש"י פירש דכונת הגמ' לומר דמשמע בקרא דמלבד איל הכיפורים צריך ליתן לו גם את הקרן וא"כ מוכח מכאן דלמי שזה ניתן זה ניתן.

והרשב"א כתב בשם הראב"ד דמשמע בקרא מלבד איל הכיפורים דמיירי שהפריש את קרבן אשם, וא"כ חייב להביא קרבנו מיד שהרי אסור להשהות כפרתו וכיון שחייב להביא את הקרבן מיד, חייב גם להביא את הקרן עכשיו שהרי ילפינן מקרא דצריך להביא את הקרן קודם שיביא את האשם, וא"כ ע"כ צריך ליתן הממון לאותו כהן שהוא נותן האשם.

אולם המהדורא בתרא כתב דהדין דלמי שזה ניתן זה ניתן אינו מעכב, שהרי מבואר להלן במשנה שאם נתן האשם ליהויריב והכסף נתן לידעיה יוצא, וע"כ שאינו אלא דין לכתחילה אבל בדיעבד יוצא אם מביא אותו למשמר אחר, ועוד כתב במהדורא בתרא דיש לומר דכונת רש"י למי שזה ניתן זה ניתן היינו

שלא יוכל ליתן לכהן בעלמא שלא בשעת משמרו כמו תרומות ומעשרות אלא דהוה כמו הקרבת הקרבן שהוא ניתן למשמר שבזמן ההקדשה, ה"ה צריך ליתן הכסף למשמר שנמצא בעת שמביא כספו וא"כ חייב להביא לאותו משמר שמביא האשם וכדמשמע במתני' לקמן.

בתוס' רי"ד כתב שהדין שגזל הגר ניתן לאנשי משמר חלוק מהחלוקה בקרבנות, דהתם אינו מתחלק לכל המשמר ביחד אלא לכל הכהנים של אותו בית אב, אבל גזל הגר מתחלק לכל אנשי המשמר שבאותו שבוע, והטעם בזה דכיון דאתי מעלמא חלוק מחלוקת הקרבנות, ומבואר מדבריו דהאשם מתחלק כמו כל הקרבנות ולא לאנשי המשמר, אולם בחי' הראב"ד משמע דאף הקרבן מתחלק כמו הגזילה עצמה, ועי' בחזו"א סי' ס"כ ס"ק י"ד.

אם חייב ליתן למשמר שבזמן הודאתו תוס' ד"ה לכהן שבאותו משמר. אין נראה לפרש דבשעת הודאה כשמתחייב אלא למשמר שהיה בשעת הבאה, כתב במהדורא בתרא דכונת התוס' לומר דלא תימא שיש חיוב להביא למשמר שבשעת הודאה וא"כ ה"ה דחייב להביא ג"כ אשמו מיד. **אולם** רש"י [ד"ה הרי שהיה כהן גוזל] משמע שחייב ליתן לכהן שבשעת הודאה, מהא דהוצרך לומר דכשהגיע משמר שלו 'בא והודה' לאחר מיתת הגר, וצ"ע.

והכתיב ואיש את קדשיו לו יהיה גמ' והכתיב ואיש את קדשיו לו יהיה. פרש"י דלמי שזה ניתן זה ניתן, ביאר במהדורא בתרא דלפי מש"כ שכונת הגמ' הוא דהדין

למי שזה ניתן זה ניתן, היינו שצריך ליתן הכסף למשמר שנמצא בשעת שמביא את הכסף, כמו שמביא את האשם למשמר שנמצא בשעת ההבאה, א"כ ה"ה הכא כיון שהוא המקריב הרי הוא כמו המשמר של אותו זמן וממילא יקבל את הכסף.

כהן בגזל הגר האם מקבל כאחיו הכהנים

גמ' הא כיצד יוצא מתח"י ומתחלקת לכל אחיו הכהנים. פרש"י לכהנים שנמצאים במשמר שפגע בהם היוכל, משמע דאף הכהן שהיה אצלו אם הוא באותו משמר מקבל חלק עמהם.

והנה בגזל הגר כתב הרמב"ם פ"ח ה"ט שאם הכהן גזלו לא מקבל כלום אפי' חלק כאחד מהמשמר וכ"כ המהרש"א, ואע"פ שהגמ' מדמה לשדה אחוזה כ"ז רק לענין זה שלא יקבל כל הגזילה מכח הדין של ואיש את קדשיו, אבל בגזל הגר יש סברא לומר שלא יקבל כלום כיון שיש לו חובת נתינה ליתן לכהנים ע"כ אף את חלקו מחויב ליתן, ול"ד להתם שאין חיוב נתינה אלא שפקע זכותו ויוצא ממנו ביובל ולכן מתחלק לכל הכהנים.

והנה תוס' [ד"ה לא] הקשו אמאי לא מקשה הגמ' על הק"ו דיו לבוא מהדין דיקבל רק לפי חלקו ולא את כל הגזל הגר, משמע מתוס' שבאמת מקבל לפי חלקו ולכן הקשו דנימא דיו, דאי מסברא לא מקבל כלום אפשר דהק"ו בא ללמד שמקבל לכה"פ לפי חלקו, ואפשר לדחות דבאמת סברו התוס' דלא מקבל

מנחת

דף קט ע"ב

משה

תמט

כלום, אלא דמפשוטות לשון הגמ' משמע דבעי
ללמוד שיקבל הכל וע"ז מקשו דנימא דיו,
אמנם ע"י בפני יהושע דכתב דאף כהן בגזל
הגר מקבל חלק כשאר הכהנים כיון דמשולחן
גבוה הוא זוכה.

זכות באשם בכהן שגזל גר

התוס' רי"ד כתב שכ"ז רק לגבי הגזילה
אבל לגבי האשם זוכה הכהן עצמו
כמו כל הקדשים שהוא מביא ואוכל, וכ"כ
במנ"ח מצוה קכ"ט אות י"ז.

והנה רש"י ביאר קושית הגמ' ואיש את
קדשיו לו יהיה דכיון שיש הלכה דלמי
שזה ניתן זה ניתן, א"כ למסקנה דאינו זוכה
בגזילה א"כ צריך ליתן האשם גם לאנשי
המשמר דלמי שזה ניתן זה ניתן, ודלא כתוס'
רי"ד.

ונראה לפי מש"כ במהדורא בתרא דבהלכה
דלמי שזה ניתן זה ניתן נתחדש שנותן
למשמר שנמצא בזמן הבאת הקרבן או הבאת
האשם א"ש דלכן כיון שיש לו זכות באכילת
הקרבן לכן אע"פ שאנשי המשמר זוכים
בגזילה מ"מ הוא זוכה בקרבן שהוא המשמר
של זמן הבאת הקרבן.

היה בעל מום

נותנה לכהן שבאותו משמר

גמ' הא כיצד אם היה בעל מום נותנה לכהן
שבאותו משמר ועבודתה ועורה שלו.
כתב הרא"ש בשטמ"ק ורבנו פרץ לבאר כונת
הגמ' 'הא כיצד' דאמאי בעינן לקרא דאיש את
קדשיו לו יהיה למימר דזוכה בעל הקרבן
באכילת קרבנתיו, הרי איכא קרא אחרינא

ושירת שיכול הכהן להקריב כל זמן שירצה
כמש"כ ברמב"ם פ"ד מכלי המקדש ה"ז, וא"כ
מימלא ידעינן דעבודתה ועורו שלו דכתיב
לכהן המקריב לו יהיה, וע"ז קאמר הגמ'
דמקרא דאיש את קדשיו ילפינן דאע"פ שאין
לו כח הקרבה כיון שהוא בעל הקרבן יש לו
את זכות האכילה וכ"כ במהרש"ל.

אמנם רש"י הביא ב' לשונות האם בכהן
בעל מום זוכה הוא בבשר או שהוא
לאנשי משמר, וללישנא דקאי לאנשי משמר
כתב במהרש"ל דלא גרסינן כהא כיצד.

הרמב"ם פ"ד מכלי המקדש ה"ז כתב שיש
זכות לכהן להקריב בכל עת
שירצה שנאמר ושירת, ואם רצה ליתן כהן
אחר את קרבנו זכות ליתן לכל כהן שירצה
אפילו אחר שלא מאותו המשמר להקריב
קרבנתיו, וכתב הרמב"ם דהבשר של אותו כהן
וכן כתב בכהן בעל מום שאין הוא זוכה אלא
אנשי המשמר, והראב"ד שם השיג עליו דכיון
שהוא בעל הקרבן הרי הוא שלו, ונחלקו בב'
הלשונות שברש"י האם הזכות של הבשר והעור
הוא למקריב הקרבן או לבעל הקרבן.

בזכרון שמואל סי' ע"ז הקשה לפי דעת
הראשונים שבעל הקרבן זוכה בו
אפי' כשהוא בעל מום, א"כ אמאי מקשה
הגמ' דלא בעינן ק"ו לומר דגזל הגר הוא שלו
דהא איכא קרא דאיש את קדשיו, ובטמא א"א
לומר כיון שאינו חולק בגזל הגר דהוה קדשי
השם, ואם בעל מום לא זוכה בבשר א"א
ללמוד מקרא דאיש את קדשיו, וא"כ אפשר
ללמוד דכהן בעל מום שגזל יזכה בכל הגזילה
מק"ו, ולכאורה כפי' קמא ברש"י דבעל מום
עצמו זוכה.

דף קי ע"א

ואי דלא מצי עביד עבודה

שליח היכי מצי משויה

גמ' ואי דלא מצי עביד עבודה שליח היכי מצי משויה. המחנה אפרים הלכ' גירושין סוף פ"ג הבין דכונת הגמ' דלא מצי משויה שליח דומה לכלל שמבואר בקידושין כג ע"ב דכל היכא דאיהו לא מצי עביד אין יכול לשלוח שליח, ולכן הקשה דכל הך סברא שיק רק היכא שהחסרון דאיהו לא מצי עביד מחמת שאינו בר עשיה, ואין לו כח כהא דמבואר בקידושין דישאל לא מצי עבודה בקדשים ולכן לא מצי לשלוח שליח להקרבה כיון שאינו בר הקרבה, אבל היכא שכל החסרון אינו רק בהכ"ת שהוא זקן או חולה שיש לו זכות הקרבה רק שבפועל לא יוכל להקריב אמאי יש חסרון דשליח לא מצי עביד.

ומדבריו הבית מאיר אבה"ע סי' קי"ט ס"ו מבואר נמי שהבין שזה כונת הגמ', ולכן כתב לדון לדעת הראשונים דבעינן שליחות של הבעל לכתובת הגט דהיכא שהבעל אינו יודע לכתוב גט דלא יוכל לעשות שליח משום דלא מצי עביד דאע"פ שאי"ז רק חסרון של הכ"ת.

אולם הנו"ב [אבה"ע תנינא סי' סט] כתב דאין כונת הגמ' מדין כל היכא דאיהו לא מצי עביד שליח לא מצי משויה, דהכא לאו מטעם שליחות היא, אלא דמעיקר הדין זכות ההקרבה ניתנה רק לאנשי המשמר, אלא שחידשה תורה דכהן שבא להקריב יש לו זכות קדימה ויכול לדחות את אנשי המשמר בקרבן שלו, ואם אינו רוצה להקריב יוכל ליתן לאחר להקריב עבורו אלא אי"ז מפרשת

שליחות, ולכן כתב דכ"ז רק באופן שהוא יכול בפועל להקריב ע"כ יוכל להעמיד אחר במקומו, אבל כשאין לו אפשרות להקריב בעצמו אין לו זכות בהך הקרבה לדחות את אנשי המשמר, דהזכות היא לא מחמת שהוא בעל הקרבן אלא מחמת שיש לו אפשרות להקריב לכן הוא קודם אבל אם אין לו אפשרות בפועל להקריב אין לו קדימה על כל המשמר ולכן לא יוכל ליתן לכהן אחר דכה"ג שאין יכול להקריב אין לו זכות הקרבה.

ולבאורה מוכרח כן מגוף הסוגיא מהא דקאמר הגמ' דבזקן וחולה זכות האכילה היא לאנשי משמר משום דלא מצי לאכול רק ע"י הדחק, ופרש"י [ד"ה ועבודתה] דכיון דלא חזי לאכילה לא מצי משויה שליח, והא אף אם חזי לאכילה אין כאן שליחות גמורה דאכילת חברו ל"ש לומר שהיא מתיחסת אליו, אלא ע"כ דאי"ז מדין שליחות אלא שאת הזכות שיש לו בהקרבה או באכילה יוכל ליתן לאחר, ולכן היכא שאין יכול לאכול או להקריב אין לו זכות לדחות את אנשי המשמר, וע"ע בקובץ הערות סי' ע"ב שכ"כ.

ועי' מהר"ץ חיות כאן שהבין שזהו דין של שליחות, דהקשה א"כ אמאי מהני שליחות באכילה, וכתב לבאר דמצות אכילת קדשים היא שתאכל ע"י הבית אב ואין זה מצוה אכילה על כהן פרטי שהוא יאכל ולכן שייך שליחות בזה.

כהני משמר טמאים

אם יכולים להקריב

גמ' אי דאיכא טהורים. פרש"י שבאותו משמר, מבואר מדבריו דאע"פ שכל

הכהנים האחרים טהורים אם אין באותו משמר
כהנים טהורים יש דין טומאה הותרה בציבור.
אמנם הרמב"ם פ"ד מביאת מקדש הי"ד
כתב שאם אין במשמר זה טהורים
הולכים למשמר אחר דלא כרש"י.

עוד מבואר ברמב"ם שם שכתב דאם רוב
המשמר טמא אף שיש חלק טהורים אין
הלכה שהטהורים יקריבו, משמע מדבריו
דא"צ שכולם יהיו טמאין ואף אם מיעוט
טהורים מ"מ אפשר להקריב, ולפי"ז צ"ל
דכונת הגמ' היא דליכא טהורים בכל בכהנים,
והקשה החזו"א [חו"מ ליקוטים סי"ט לדף
קי] א"כ קאמר הגמ' דיתנו הבשר לבעלי מום
טהורין שבאותו משמר, הא י"ל אף אם אינם
בעלי מום אלא שנשארו מיעוט טהורים שהם
אוכלים את הקרבן.

זכות כהן טמא לתת למי שירצה
גמ' אם היה כהן טמא בקרבן ציבור נותנה
לכל כהן שירצה. התוס' רי"ד והמאירי
כתבו דמיירי שעשו פייס ואותו הכהן שזכה
בפייס נטמא, וכיון שזכה בזכות ההקרבה יש
לו זכות ליתן את זכותו לכל כהן שירצה אע"פ
שאינו מאנשי המשמר, אבל מ"מ זכות אכילה
נשאר לכל אנשי המשמר, כמו שתמיד שזוכה
בהקרבה וזכות האכילה היא לכל אנשי משמר.

זכות העור לכהן טמא
תוס' ד"ה לבעלי מומין. תימה ועורה אמאי
היא לבעלי מומין, כונת התוס'
להקשות דאע"פ שהכהנים הטמאים אינם
יכולים לאכול מ"מ יש להם אפשרות להנות
בעור ואמאי ניתן לטהורים בעלי מומין.
בביאור הגר"א כתב דלא גרסינן כל דברי
התוס', וכונתו כמו שהקשה בתורת

חיים שזה נגד משנה בזבחים דף צח ע"ב דמי
שאינו נוטל חלק בבשר אינו נוטל בעור, וא"כ
טמא שאין לו חלק בבשר אין לו זכות לקבל
חלק מהעור.

ועוד הקשה אמאי לא הקשו תוס' כן על זקן
וחולה שיקבלו לכה"פ חלק בעור,
ובאמת ברמ"ה בשטמ"ק כתב דבזקן וחולה
יקבל את העור ורק את הבשר לא יקבלו דאינם
יכולים לאכול רק ע"י הדחק כמבואר בגמ'.
והפנ"י כתב לישב דכונת המשנה בזבחים
אינו אלא היכא שאין הכהן יכול
להקריב ולכן אין לו זכות בעור כיון שאין לו
זכות בבשר, אבל היכא שהטמא הוא המקריב
הוא עדיף על בעל מום טהור, דעיקר זכות
בקרבתו הוא למקריב הקרבן ולכן כאן שטומאה
הותרה בציבור אע"פ שאין יכול לאכול מ"מ
יש לו זכות בעור, והמשנה בזבחים מיירי
בטמא בעלמא שאינו מקריב, וע"ע זכרון
שמואל סי' ע"ז מש"כ לחלק בין זקן לטמא,
שכל דברי הרמ"ה הוא רק בזקן ולא בקרבן
ציבור שנטמא בטומאה ע"ש.

זכות הכהנים אינו משעת הפרשה
מתני' היה מעלה את הכסף ואת האשם ומת
יתנו לבניו. ופרש"י דכיון שכל החיוב
ליתן לכהנים הוא משום כפרה כיון שמת אין
לו כפרה, ועי' חזו"א [ס"כ י"ז ד"ה ומהא]
שכתב שמוכח מכאן שאין כהנים זוכים משעה
שמפריש אלא רק משעה שבא לידם.

או אינו אלא אשם המושב זה כפל
גמ' או אינו אלא אשם המושב זה כפל. תוס'
התקשו דכיון דקרא מיירי שהודה א"כ
ליכא חיוב כפל כה"ג דמודה בקנס פטור,

והרא"ש בשטמ"ק תי' דמיירי שבאו עדים ונתחייב בכפל ואח"כ הודה, ואע"ג דכה"ג ליכא חומש דממון המחייבו כפל אינו מוסיף חומש, תי' הרא"ש דזהו למסקנת הגמ' דלא מיירי קרא בכה"ג.

וברשב"א נראה שפירש כונת הגמ' באופן זה שכתב למסקנת הגמ' דאין משלם כפל לכהנים היכא שמת הגר צריך ליתן חומש לכהנים כיון שנסתלק חיוב כפל חייב ליתן חומש דתו ליכא גזה"כ דממון המשתלם בראש שהרי לא משלם כפל, והיינו שההודאה מחייבת חומש אלא שבפועל לא משלם כיון שיש כפל, והחיוב של כפל בפועל פוטר מחומש ולא זה שיש חיוב של כפל.

אולם עי' באבי עזרי פ"ח ה"ח שכתב דכל דברי הרשב"א אינו אלא באופן שבאו עדים בחיי הגר ואח"כ מת הגר והודה לאחר מיתה, אבל אם הודה בחיי הגר אינו חייב ליתן לכהנים דהא איכא צד בגמ' לקמן דכהנים בגזל הגר יש להם דין של יורשים ואם בחיי הגר לא היה זכות של חומש ל"ש שיחול חיוב אח"כ, אולם ברשב"א משמע דבא לפרש כונת הגמ' ומשמע דמיירי שהודה בחיי הגר.

ועי' במאירי שכתב שאם מת הגר זוכה הגנב בין בכפל ובין בקרן ולא משלם לכהנים כלום, ועי' באבי עזרי שם שתמה דבשלמא חומש לא משלם כיון דחל חיוב כפל וסבר המאירי דממון המחייבו כפל פוטר מחומש ולא החיוב בפועל, אבל מה הסברא שלא חייב ליתן הקרן לכהנים וצ"ע.

החזירו בלילה ונתעבלו המעות

גמ' אמר רבא גזל הגר שהחזירו בלילה לא יצא. כתב המאירי שהטעם הוא כדי

שיחזירהו בפרסום, וצ"ב דבגמ' משמע משום דאשם קרייה רחמנא.

ועי' חזו"א [ס"כ י"ז] שהסתפק היכא שנתן בלילה ולא נתאכלו המעות האם זכו במעות ביום או דבעינן שיתן דוקא ביום ואם נתעכלו המעות לא יצא וצריך חזור וליתן, ולסברת המאירי צ"ב האם כה"ג מהני, ועי' באבי עזרי שם שתמה על החזו"א דאף אם נתאכלו המעות מ"מ הרי שיעבוד המעות קיים וא"כ אם חייב להחזיר אמאי לא חשיב שנתן לכהנים.

ולכן כתב דכונת הגמ' למבואר שאם נתן כסף לאנשי משמר ומת דכסף מכפר מחצה וא"א להוציא מהם, א"כ ה"ה כאן אם קיים מצות נתינה בלילה יצא יד"ח או דלא חשיב שקיים מצות נתינה ואם מת יוכלו היורשים להוציא ממנו, אבל אם המעות קיימים פשיטא דאף אם נתאכלו המעות קיים בזה מצות נתינה.

החזירו חצאין לא יצא

גמ' החזירו חצאין לא יצא. כתב החזו"א דה"נ מיירי שהחזיר מחצה ונאכלו המעות ונדון הגמ' האם בעינן שיהו המעות קיימים כשמחזיר החצי השני, עוד כתב דאפשר דמיירי באופן שנתן מחצה מהכסף ליהויריב ומחצה לידעיה.

אולם בחידושי הגר"ח על הש"ס כתב דפשיטא שאם החזיר רק חצי שקיים מצות והשיב וא"כ יוכל נמי להביא האשם דחשיב דהשיב גזלו קודם לאשמו, [עי"ש שכתב דבכל גזילה כל שיעור של פרוטה איכא איסור בפנ"ע ולכן אף שאין כאן מחלק לגבי

דף קי ע"ב

ל"צ דיהיב

לידעיה במשמרתו דיהויריב

גמ' ל"צ דיהיב לידעיה במשמרתו דיהויריב. מבואר דהיה צד לגמ' דכיון שלא יוכל ליתן הכסף למשמר של יהויריב יוכל ליתן למשמר של ידעיה אף בזמן שאינם עובדים ומקיים בזה מצות נתינה לכהנים, והתוס' כתבו דמ"מ יוכלו בני יהויריב להקריב האשם דזה בכלל נתן גזלו עד שלא הביא אשמו וא"צ להמתין עד שיבוא המשמר שלהם עוד פעם.

וצ"ב דהרי בזמן המשמר של יהויריב בני ידעיה הוה ככהנים בעלמא ואמאי מקיים בזה מצות נתינה לכהנים, ועי' מש"כ לקמן קיא ע"א שמבואר בגמ' התם שאם נתן למשמר אחר שלא בזמן עבודתם קיים מצות נתינה לכהנים.

והמאירי כתב דכל הספק של הגמ' הוא רק באופן שנתן למשמר של ידעיה בזמן משמרת יהויריב שהיא המשמר שאחר יהויריב, אבל אם נתן למשמר אחר שלא בא אחר יהויריב פשיטא שלא קיים מצות נתינה וצ"ב הסברא בזה.

הבבב"ח מצוה קכ"ט הקשה אמאי השמיט הרמב"ם בעיה זו, וכתב החזו"א דדעת הרמב"ם שאם יש פחות משו"פ לכל בני המשמר צריך להוסיף משלו וזה נעשה לחלק ממצות ההשבה וכמש"כ רש"י בע"א, ולכן לא יוכל ליתן למשמר אחר, כיון שלעולם יוכל לקיים חובתו ע"י שיתן לאותו משמר שנמצא עכשיו ע"י ההוספה ששוה פרוטה.

מלקות מ"מ כיון שהאיסורים חלוקים לכן אם החזיר פרוטה יוכל כבר להביא אשם ע"ז].

ולכן כתב לבאר דכונת הגמ' הוא דמיירי שהשיב פחות משו"פ לכל כהן והנדרון הוא האם קיים מצות השבה כשיחזיר אח"כ את החצי השני, ועי' באבי עזרי שם שכתב לישב לפי"ז הא דהשמיט הרמב"ם בעיא זו. **ע"ע** ברמ"ה בשטמ"ק שכתב דאין אשם לחצאין כיון שהוא בעל מום, וצ"ב כונתו אטו אם המעות יהיו סדוקים וכיו"ב האם יפסל משום דהוה כבע"מ.

גדר החיוב שיהא שו"פ לכל כהן

גמ' גזל הגר צריך שיהא שו"פ לכל כהן וכהן. פרש"י וצריך להשלים משלו, משמע ברש"י דמקיים בזה מצות נתינה לכהנים אע"פ שזה יותר מהגזילה.

וביאר בחזו"א דכיון שצריך להשיב לכל כהן שבמשמר לכן מה שמוסיף כדי שיהא שיעור של פרוטה נעשה לחלק ממצות ההשבה.

והרא"ש בשטמ"ק כתב להוכיח כמש"כ רש"י מהא דמסיק הגמ' בע"ב דכהנים בגזל הגר מקבלי מתנה ואם גזל חמץ ועבר עליו הפסח צריך לשלם דמים מעליא, ומבואר שיש דין נוסף ממה שהיה מחזיק לנגזל עצמו שהרי בגזל חמץ לנגזל עצמו היה אומר הרש"ל, ומ"מ לכהנים צריך לשלם דמי מעליא ולכן צריך להוסיף עד שיהא שו"פ לכל כהן וכהן, ואמנם הרא"ש עצמו נראה מדבריו שחולק ע"ז וסבר שהרי"ז מתנה בעלמא ע"ש.

מחו שיחלקו

גזל הגר בנגד גזל הגר

גמ' בעי רבא כהנים מהו שיחלקו גזל הגר כנגד גזל הגר וכו'. הרא"ש בשטמ"ק ביאר דודאי ס"ל לגמ' דגזל הגר הוא אשם, [וכדמבואר בע"א דאין מחזירין בלילה ואין מחזירין לחצאין], אלא דספק הגמ' היה דהא מבואר במנחות עג ע"א שלאחר שקיבלו הכהנים את גזל הגר הוה חולין גמורים ודרשינן שם מקרא 'דאשר ישיבו לך' דהוה ממון גמור לקדש בו אשה וכו', והסתפקה הגמ' האם בשעת חלוקה נמי הוה כחולין ולא הוה כחלוקת קדשים.

והא דלענין לילה וחצאין היה פשיטא לרבא דחשיב כאשם, עי"ש בשטמ"ק במנחות שם אות ה' שכתב דהחזרת לילה הוא הלכה על הישראל באיזה אופן הוא מחזיר ובוה פשיטא כאשם, אבל הכא הנדון הוא לאחר שקיבל הגזבר לחלקו לשאר הכהנים בזה נסתפקה הגמ' האם הוא דומה לאחר חלוקה ממש והוה חולין גמורים, או"ד דחשיב כמו קודם חלוקה ופשיט הגמ' דכ"ז שלא בא ליד כהן ממש חשיב כאשם.

כהנים בגזל הגר

יורשים או מקבלי מתנה

גמ' כהנים בגזל הגר יורשים הוו או מקבלי מתנה. כתב החזו"א [ס"כ ס"ק י"ח] שהיה אפשר לפרש דגדר הזכות של ירושה בגזל הגר הוא דהוה נתינה של הגזול, אלא שיש לזה גדרים של ירושה, אולם כתב החזו"א דמשמע בגמ' דיורשים הוו היינו שהם יורשים את הגר, דחשיב שהגזול מחזיר לגר בקבר

והכהנים יורשים אותו ומקבלים ממנו ולא מהגזול, ולכן כתב דל"ש לומר כל המקימן וכו' דאם אינו נותן גזל הגר לא גזל מהכהנים כלום דהזכות של הכהנים הוא זכות לירש את הגר ואם לא נותן לכהנים הרי"ז גזילה מהגר שלא החזירו לו אבל אינו גזילה מהכהנים.

ובתב עוד בחזו"א דכל הספק של הגמ' הוא רק לאחר שבא הגזילה לידם של הכהנים, אבל קודם שבא לידם אף אם יורשים הוו אין להם זכות בזה, והוכיח כן מהא דמבואר ברמב"ם פ"ח ה"י שאם גזילה קיימת ומת הגזול לאחר שהודה אין בניו צריכים ליתן לכהנים דאין חיוב כפרה לאר מיתה, [והוה כדינא דמתני' שאם היה עולה לירושלים ומת בדרך דיתנו לבניו], וע"כ דכל הזכות של הכהנים אינו רק לאחר נתינה, ולכן כתב בחזו"א שאם נעשה שינוי בגזילה לאחר שהודה הרי הוא קונה הגזילה ומחזיר לכהנים רק דמים.

כהן שגזל חמץ ועבר עליו הפסח

גמ' כגון שגזל חמץ ועבר עליו הפסח וכו'. מבואר בגמ' דאם יורשים הוו אין לו חיוב להחזיר דמים ויוכל לומר לו הרש"ל כמו שלנגזל עצמו אומר הרש"ל ה"ה לגבי החיוב לכהנים.

מכאן הקשה המשנה למלך פ"ג מגזילה ה"ה על הרא"ש שהובא לעיל קה ע"ב שבנשבע על חמץ ועבר עליו פסח ואח"כ הודה דחייב לשלם דמים מעליא ולא יוכל לומר לו הרש"ל כמו בכל גזילה, כיון דנשבע והודה איכא מחייב חדש בקרן מכח השבועה וכמש"נ שם וקשה מכאן שמבואר שאין לו

חיוב לשלם לכהנים, עי"ש עוד מה שהקשה בסתירת דברי הרמב"ם בזה, ועי' בחזו"א ס"כ ס"ק י"ד שכתב לחלק בין אם נשבע קודם הפסח לנשבע לאחר הפסח.

עי' באבי עזרי פ"ח ה"י שהקשה איך יוכל לומר הרש"ל אף אם יורשים הם הא כיון שמת הגר זכה בגזילה א"כ הוה ממון שלו ואיך נפטר בהרש"ל, ולכן כתב שם דאין הגזלן זוכה בגזילה אף כשמת הגר, עי"ש מש"כ לבאר המשך הסוגיא לפי"ז.

קושית תוס'

דתפשוט דלאו יורשים

תוס' ד"ה למאי נפק"מ. תימא אמאי לא פשיט וכו', הרא"ש בשטמ"ק כתב לישב דיש לחלק דהתם כיון שווה פרוטה וחל חובת השבה לכן הדין הוא שצריך שיהא שו"פ לכל כהן וכהן דנתחדש בדין גזל הגר שצריך להחזיר לכל כהן וכהן דכל אחד חשיב יורש ולכן לא סגי במה שמחזיר לכל הכהנים ביחד אלא לכל אחד צריך שיעור של פרוטה שיתקיים בו חובת והשיב, ולכן אם הוא נותן פחות משו"פ לכל כהן הרי"ז דומה להא דמבואר לעיל קה ע"א בגזל ב' אגודות ששווה פרוטה אחת שאם יחזיר רק אגודה אחת לא קיים מצות השבה, כיון שמעיקרא חל עליו חובת השבה שהיה שווה ביחד פרוטה ע"כ אע"פ שאין חיוב השבה בפחות משו"פ היכא שכבר נתחייב בהשבה לא נפטר מחיוב זה, ולכן ה"ה כאן צריך שלכל כהן יתקיים בו קיום של והשיב ומשו"ה פחות משו"פ לאו השבה, אבל בגזל חמץ ועבר עליו הפסח לא חל חובת השבה כלל כיון שעכשיו לא שווה

כלום ולכן אין ראיה מהא דיש חיוב השבה פחות משו"פ לכאן.

והתוס' שחלקו ע"ז י"ל דס"ל שאם יורשים הם אין חיוב להחזיר לכל כהן וכהן, אלא מתקיים השבה במה שמחזיר לכל הכהנים ומשו"ה הקשו דאם פחות משו"פ לא חשיב השבה ע"כ צריך שיהא שוויות של ממון א"כ ה"ה כאן.

ועי' חזו"א ס"כ ס"ק ט"ז שכתב לדון לפי הצד דיוורשים הוו ואם גזל חמץ ועבר עליו הפסח דאין צריך להחזיר לכהנים, האם היכא שנאנס האם חייב להחזיר דמים, שהרי לגזלן אע"ג שיכול לומר הרש"ל מ"מ אם נאנס צריך להחזירו דמים כדי לקיים מצות השבה, א"כ ה"ה הכא בגזל הגר צריך להחזיר לו ואם יאנס חייב לשלם דמים, או"ד דהתם איכא חובת השבה משא"כ כאן בגזל הגר. **ונראה** למש"כ דגדר הירושה הוא שהם יורשים את הגר המת כיון שהוא איסורי הנאה ל"ש שהם ירשו את המת בזה דל"ש ירושה באיסורי הנאה ועיין, ומבואר מדברי החזו"א דבכל גזלן צריך להחזיר את הגזילה כדי להפטר מחיוב דמים.

החזרת גזל הגר דוקא במקדש

תוס' ד"ה וגזל הגר. תימא אמאי חשיב גזל הגר מעשרה בגבולין דכי היכא דאמר רבא החזירו כלילה לא יצא וחצאין לא יצא דאשם קריה רחמנא ה"נ החזירו בגבולין לא יצא.

ובתב התורת חיים דא"א לומר שצריך להחזיר במקדש אטו אם הגזילה נטמאה יוכל להכנס עמה למקדש, ועוד הרי איכא איסור של מקדשי תיראו ואסור ליכנס

למקדש באפנדתו או במעות צרורין וע"כ דלענין זה לא חשיב כאשם.

והפנ"י כתב דאי משום הא ל"ק דלא חשיב חולין בעזרה דכיון דאשם קרייה רחמנא הרי"ז דומה לשאר מעות הקדש שמכניסין ללשכת העזרה.

הוכחה דאיכא כפרה בזמח"ז

גמ' ש"מ כסף מכפר מחצה וכו'. כתב החזו"א שמוכח מכאן שיש חיוב כפרה אף בזמן הזה שלא יכול להביא אשמו, מ"מ חייב ליתן הגזילה לכהנים.

אמנם המנ"ח [מצוה קכ"ט] כתב דכיון דאשם קרייה רחמנא אינו נוהג בזמן הזה.

אלא מעתה

חטאת שמתו בעליה

גמ' אלא מעתה חטאת שמתו בעליה. הקשה החזו"א ס"כ י"ז מה מדמה הגמ' יבמה שנפלה לפני מוכה שחין וחטאת שמתו בעליה לגזילה, דשאני הכא דכל מה שאמרה התורה ליתן לכהן הוא בשביל שיתכפר, ואם אינו מתכפר בזה הרי לא רוצה ליתן לכהנים מתנה סתם וא"כ איך יזכו בזה הכהנים.

ובתב החזו"א דמוכח מכאן שהחיוב להביא אשמו היא אפילו אם לא יהיה לו כפרה בזה, וא"כ הכסף שמביא לכהנים זכו בו אע"פ שלא יתכפר כיון שמחויב להביא לכהנים בכל אופן, ולכן אף אם מת ולא נתכפר זכו הכהנים, אלא דכיון שאינו מחויב להביא האשם מיד לכן יש לו רשות להתנות שאם

לבסוף לא יביא אשמו לא מתכוון ליתן הכסף בתורת כפרה, וזהו שהוכיח אב"י דכסף מכפר מחצה כיון דמחויב להביא הכסף אפי' אם בסוף לא הביא האשם.

הלכתא גמירי לה

גמ' הלכתא גמירי לה. החזו"א חו"מ ליקוט' ס' כ"ד לדף יא ע"א הקשה הרי אם יתנה בהדיא מועיל התנאי וא"כ מהו כונת הגמ' דהלכתא גמירא לה הרי יש כאן תנאי.

ובתב בחזו"א דמוכח מכאן דההלכה היא שיקדיש קרבן לחטאת אפי' אם לבסוף ימות ולא יביא, ולכן אפילו אם יתנה בהדיא לא יועיל התנאי, וכ"כ החזו"א אבהע"ז קי"ח ג', ויש לדון היכא שנפל מום בקרבן או שנמצא טריפה אמאי לא אמרינן דהוה הקדש בטעות, שהרי אם היה יודע שיפול בו מום לא היה מקדיש, אולם י"ל דכיון שיוכל לפדותו ע"כ לעולם חשיב שיש נפק"מ בהקדש שיפדה ויקנה בהמה אחרת.

המרדכי בפרק השוכר את הפועלים הביא דבירושלמי כתב קידש אשה ע"מ שלא תזקק ליבום אינה מקודשת דהוה מתנה ע"מ שכתוב בתורה.

והתרומת הדשן ס' רכ"ג כתב שהבבלי חולק ע"ז, דהרי הגמ' מקשה אלא מעתה וכו' וע"כ מדין תנאי שלא תיפול ליבום וע"כ דכה"ג לא חשיב עוקר דבר מהתורה, וצ"ב כונתו דהא אין הכונה שהתנה שלא תיפול ליבום אלא התנאי היה שע"ד לא רצה לקדש אותה כלל, כמו שאם ימות לא ירצה ליתן כפרתו ועי' בשו"ת מעיל צדקה שהקשה כן עי"ש בכ"ד.

מנחת

דף קיא ע"א

משה

תנו

גדר דין הכפרה

בגזל הגר

תוס' ד"ה ש"מ כסף מכפר מחצה. מכאן נראה דכהן אין יכול למחול, והקשה החזו"א ס"כ י"ז אמאי לא הוכיחו תוס' דאין יכול למחול מהא דמבואר לעיל דאם החזירו בלילה או לחצאין דלא יצא מוכח דהחיוב הוא כפרה, וכן לעיל קט ע"א דנה הגמ' האם מועיל מחילה בכל גזל ונשבע וע"כ דכל הנדון הוא רק משום דהוה כפרה.

וביאר החזו"א דאע"פ שיש כפרה בהשבת הגזילה מ"מ עיקר החיוב הוא השבת הגזילה, ונדון הגמ' היה כיון שיש לו חיוב להתכפר האם יוכל למחול על חיוב הממוני וממילא ליכא חיוב של כפרה, ולמסקנת הסוגיא שם שיוכל למחול ע"כ דכל חיוב הכפרה אינו אלא היכא שיש חיוב ממוני, ומשו"ה לאחר שמחל על הקרן אין חיוב כפרה.

וי"ש לדון האם כהנים בגזל הגר זוכים גם בתשלום של הגזילה, או"ד שזוכים רק בחיוב של הכפרה, ונפק"מ שאם זוכים נמי בגזילה יכולים למחול כמו בכל גזילה שהכפרה תלויה במחילת הגזילה, אך אם כל זכותם הוא רק בכפרה לא יכולים למחול כיון שאינו תלוי בהם ועוד שיש לגזלן חיוב להתכפר, ומהא דאמר אביי דכסף מכפר מחצה ע"כ מוכח שכל החיוב לכהנים הוא חיוב של כפרה, דאי הגדר כמו בכל גזילה דהכפרה היא מוכח החיוב של השבת הגזילה א"כ איך אמר אביי דש"מ דכסף מכפר מחצה הא י"ל דהא דאין יכול להוציא מהכהנים הוא משום שזכו בהשבת הגזילה ולכן אין יכול להוציא

מהם אלא דכל הזכות של הכהנים הוא רק מכח כפרה ואין להם זכות בגזילה עצמה ולכן לא מועיל מחילה.

ובתב החזו"א דהא דלא הוכיחו התוס' ממה דמבואר במתני' דאי מת אין היורשים צריכים לשלם דע"כ הוא חיוב רק של כפרה די"ל דבאמת יש חיוב של השבת הגזילה אלא דהיכא שאין חיוב כפרה אין חיוב של השבת הגזילה.

אלא מעתה יבמה שנפלה

לפני מוכה שחין

גמ' אלא מעתה יבמה שנפל לפני מוכה שחין תיפוק ליה בלא חליצה. הבית הלוי [ח"ג ס"ג] ביאר הא דלא הוה חסרון של דברים שבלב משום דהוה אומדנא דמוכח שאינה רוצה הקידושין בכה"ג, וכמש"כ תוס' בכמה דוכתי דהיכא שיש אומדנא גמורה אין דין של תנאי.

וע"ז תי' הגמ' דטו למיתב וכו' וביאר בבית הלוי שם דלכן אין כאן אומדנא גמורה ולכן בעינן לתנאי מפורש, וכתב בבית הלוי שם דהיכא שיש טעות בעיקר הקידושין לא צריך אומדנא גמורה כיון שאם יש טעות הרי"ז מקח טעות, ורק כה"ג שאין טעות בעיקר הקידושין אלא שהוא דבר שמחוץ לקידושין ולכן בזה בעינן לתנאי להדיא, ועי' שע"י ש"ה פי"ח.

דף קיא ע"א

אנן סהדי דמינח

ניחא ליה בכל דהוא

גמ' התם אנן סהדי דמינח ניחא ליה כר"ל. פרש"י דניחא לה להתקדש לראשון

שהוא שלם על ספק זה שאם ימות תזדקק לאחיו, משמע ברש"י דאע"פ שאין לה ניחותא כלל אצל המוכה שחין ג"כ זקוקה ליבום כיון שהיה לה ניחותא בקידושין הראשונים שהיתה מוכנה ליכנס לספק זה מעיקרא משום דשמא לא ימות.

הבית הלוי [ח"ג ס"ג] כתב שהמרדכי חולק על רש"י שכתב דיבמה שנפלה לפני מומור א"צ אפילו חליצה ול"ש סברת הגמ' דמינת ניחא לה בכל דהו, דרק במוכה שחין י"ל הכי דבכל דהו ניחא אך במומר אינו אפי' כל דהו כיון שהוא איסור לדור עמו, אבל לרש"י דלא בעינן ניחותא אצל הבעל השני וסברת הגמ' היא שמוכנה ליכנס לספק דהניחותא הוא אצל הבעל הראשון וא"כ ה"ה התם נמי תהיה זקוקה ליבום ג"כ.

אמנם כתב בבית הלוי דע"כ אף רש"י מודה למרדכי דא"א לומר דסברת רש"י הוא משום דניחא לה להתקדש לראשון מחמת הספק שהרי בגמ' משמע דאין כאן רק ניחותא כל דהו, ואם כמו שמשמע ברש"י שהניחותא הוא לבעל הראשון אי"ז ניחותא כל דהו אלא ניחותא גמורה, אלא ע"כ שאף רש"י מודה למרדכי דרק משום ניחותא כ"ד, ובמומר שאין ניחותא כ"ד איכא ביטול הקידושין למפרע.

אבל מ"מ הוצרך רש"י לסברא זו דיש לה ניחותא אצל הראשון, משום דאי לא הך סברא לא מהני הך סברא שיש לה ניחותא כל דהו אצל השני, כיון שמשום הך ניחותא היתה יכולה לבחור מי שהיתה רוצה ורק משום שהיה לה ניחותא מעיקרא מוכנה אח"כ אפילו אם יהיה לה ניחותא כ"ד, אבל בנפלה לפני מומר שאין לה ניחותא כלל דאסורה לו

לא נופל ליבום, ועי' בשו"ע אבהע"ז סי' קנ"ז ובביאור הגר"א שם.

ולפי"ז כתב בבית הלוי דלרש"י אם התקדשה ואח"כ נמצא שהבעל היה מוכה שחין לא חלו הקידושין כלל, והוה טעות דכן הסברא היא משום שמעיקרא היה ניחא ליה ליכנס לספק, אבל אם הטעות היא בעצם הקידושין כה"ג לא חלו הקידושין כלל.

זה זכה בשלו וזה זכה בשלו
גמ' זה זכה בשלו וזה זכה בשלו. פרש"י דלרבנן בסמוך דיחזור הכסף אצל האשם דקנסו לבני יהויריב שקבלו האשם לפני הכסף. **ורש"י** במשנה מבואר דאף לר' יהודה בכה"ג קנסו לבני יהויריב כיון שקיבלו האשם שלא כדין ומתני' אתי ככו"ע, ועי' בשטמ"ק בשם גאון שכתב דלר"י ליכא קנס כה"ג ליהויריב.

נתן הכסף למשמר אחר אם זכו

גמ' אמר רבא הב"ע דיהיב אשם ליהויריב במשמרתו דיהויריב וכסף לידעיה במשמרתו דיהויריב. מבואר בגמ' שנחלקו ר"י ורבנן אם קנסו את מי שקיבל האשם שלא כדין, אמנם מעיקר הדין משמע שזה זכה בשלו וזה בשלו, וצ"ע דהרי מבואר בגמ' דא"א ליתן את הכסף לשאר כהנים כשאר מתו"כ, אלא שמתחלק דוקא לאנשי משמר וא"כ בני ידעיה שקיבלו הכסף בזמן שלא היו במשמרתם הרי"ז דומה כמו שנתן לסתם כהן וא"כ איך זכו בזה וצ"ע.

ועי' בחידושי הגרי"ז תמורה ז ע"ב שעמד בזה, וכתב דברמב"ם פ"ח הי"ב באמת

מנחת

דף קיא ע"א

משה

תנמ

משמע דכה"ג שקיבלו הכסף שלא בעת משמרתם יחזיר הכסף אצל האשם מעיקר הדין, ועי' בלשון הקרית ספר שם וצ"ע, ובעיקר שיטת הרמב"ם שם צ"ע ועי' בחזו"א מש"כ לבאר.

והנה לעיל קי"ע"ב הסתפקה הגמ' היכא דאין שו"פ ליהויריב ונתן הכסף לידעיה בעת משמרתו של יהויריב האם מקיים בזה מצות השבה, ומבואר דכיון שאין אפשרות להשיב ליהויריב מקיים השבה אף שמחזיר לידעיה שלא בזמן משמרתם, וא"כ אפשר דבדיעבד מקיים השבה כשנותן לאנשי משמר אפי' שלא בזמן שעובדים וצ"ע.

אופן הקנס בהקריבו קודם נתינת הכסף

גמ' אם קדמו בני יהויריב והקריבו את האשם יחזיר ויביא אשם אחר ויקריבהו בני ידעיה. כתב החזו"א ס"כ ס"ק ט"ו שרק באופן שהקריבו את האשם לאחר שקיבלו בני ידעיה את הכסף, אבל אם הקריבו את האשם קודם שנתן הכסף לידעיה לא קנסו אותם, ובכה"ג צריך ליתן ליהויריב גם את הכסף וגם את האשם, דאע"פ שצריכים לשלם לבעלים דמי האשם שהרי הקריבו אותו שלא כדין כמו כהנים שפגלו במקדש, מ"מ אין סיבה לקנוס אותם שלא יקבלו את גזל הגר, ורק כה"ג שהקריבו אותו לאחר שידעיה קיבל את הכסף בכה"ג היו צריכים מהלכות הכפרה להוציא הכסף מבני ידעיה.

ובתב עוד החזו"א שלרבנן דסברי דיחזור אשם אצל כסף אי הקריבו בני יהויריב את האשם קודם שהחזירו לידעיה הקרבן

כשר, והטעם בזה כיון שהקריבו אותו לאחר שקיבלו בני ידעיה הכסף נתקיים בזה שהחזיר גזילו קודם לאשמו, ואע"פ שקיבלו אותו בני ידעיה שלא בזמן משמרתם מ"מ יוצא בזה.

גמ' הב"ע כגון דנפיק משמרתם דהני ודהני ולא תבעו וכו'. כתב המשנה למלך פ"ח מגזילה הי"ב דכ"ז רק לר' יהודה, אבל לרבנן דסברי דלא יחזור כסף אצל האשם כיון שקיבלו בני ידעיה כדין, ורק לר"י דקיבלו שלא כדין וקנסו בני יהויריב, לכן אם עבר משמר של ידעיה, קנסו את בני ידעיה שיחזור הכסף לבני יהויריב.

מסקנת הגמ' דבני יהויריב יקריבו האשם

רש"י ד"ה קמ"ל. יחזור כסף אצל אשם ויקריבהו בני יהויריב כשיחזור שבת משמרתם, מבואר ברש"י דאין יכולים להקריב מיד אלא צריכים להמתין לזמן המשמר שלהם, ולפי"ז צ"ל נמי בהא דמבואר במתני' נתן אשם ליהויריב במשמרתו וכסף לידעיה במשמרתו דהאשם יוצא לבני ידעיה משום שקנסו לבני יהויריב כמש"כ רש"י במתני', אבל מעיקר הדין יכול בני יהויריב להקריב האשם מ"מ צריכים להמתין עד שיחזור המשמר שלהם ויוכלו להקריב.

המשנה למלך פ"ח מגזילה הי"ב כתב לדון אמאי לא יוכלו להקריב מיד דהרי מבואר בגמ' דכהן יכול להקריב קרבנו בכל עת שירצה וכיון שכבר זכה בזכות הקרבה שלו יוכל להקריב מיד אף בתוך משמרת של כהנים אחרים, והחזו"א ס"כ ס"ק ט"ו תמה

על סברא זו דכל הדין של ואיש את קדשיו לו יהיה הוא רק כשמביא קרבן שלו, אבל הזכות להקריב בעת משמרתם אינו מקנה זכות הקרבה בקרבן אלא שבשבוע זה יש להם את זכות הקרבה, וכן הקשה בחי' הגרי"ז תמורה דף ז ע"ב עי"ש.

ועוד תמה בחזו"א בעיקר סברת רש"י אמאי לא יתנו את הזכות הקרבה למשמר שמשמש עכשיו ואיך אפשר למנוע את הבעלים מהכפרה עד שיחזרו בני יהויריב למשמרתם, ובפרט אם יעבור הרגל עד שיבוא משמרתם א"כ יעבור בבל תאחר ואיזה זכות יש להם לעכב מהבעלים.

ולכן כתב בחזו"א דלולא פרש"י י"ל דקמ"ל של הגמ' הוא דהמשמר שאחרי ידעיה יקבל את האשם והכסף, דאע"פ שבני ידעיה קיבלו שלא כדין את הכסף, שהרי נתן להם בזמן משמר של יהויריב וכשקיבלו לא היה

עומדים במשמר, מ"מ סד"א דרק כלפי משמר של בני יהויריב עשו שלא כדין, ולכן אם בני יהויריב לא הקריבו את האשם, [דלא תבעו אותם ליתן להם את הכסף], אע"פ שהם ג"כ לא יקבלו את האשם כיון שלא תבעו את האשם במשמרתם ויוצא האשם למשמר הבא אחריהם, מ"מ ס"ד דבני ידעיה יחזיקו בכסף דלגבי משמר אחר הוה כמו שנתן כסף קודם ואח"כ אשם דמבואר במשנה שזוכים בזה וליכא קנס כה"ג.

וע"ז קמ"ל הגמ' דכיון שקיבלו שלא כדין הכסף, יוציא מהם למשמר שבא אחרי יהויריב וידעיה שיקריבו האשם והכסף, אולם כתב החזו"א שבגמ' משמע כרש"י דבני יהויריב זוכים בזה, דאמר דנתן אשם ליהויריב וכסף לידעיה זה זכה בשלו וזה זכה בשלו ומשמע דכל אחד זוכה בשלו, והיינו דבני יהויריב מחזיקים באשם ומקריבים אותו בזמן שיבוא המשמר.