

# פיתוחי חותם

## מ"מ והערות

במסכת בבא קמא

בפרק ראשון

בסוגיות בפרק שני

ובפרק שביעי

ישראל לנדא  
רח' קלונימוס 24  
רמת שלמה  
ירושלים

דף ב ע"א

במקור איסור נזקי ממון כתב הטור [ריש סי' שעח] כשם שאסור לגנוב ולגזול ממון חברו כך אסור להזיק ממון שלו אפילו אם אינו נהנה כיון שמזיקו וכו' חייב לשלם. **עב"ל**. ועוד כתב הטור [בסי' שפט] כשם שאסור לאדם שיזיק את חברו ואם הזיק חייב לשלם כך צריך לשמור ממנו שלא יזיק ואם הזיק חייב לשלם. **עב"ל**. ודין זה שאסור לאדם להזיק הן כשמזיק בעצמו בגופו והן כשמזיק בממונו צריך פירוש מהיכן מקורו הן בגוף והן בממונו.

ומצינו בזה כמה דרכים: (א) **יעויין ברבינו יונה בפירושו לאבות** [פ"א מ"א] שכתב וכל התורה בפירושה נתנה שאם לא כן אי אפשר למידע בה שהרי כתיב לא תגזול וכן הנזיקין בכלל אותו הלאו והן הן התורה שהיא קבלת משה בסיני **עב"ל**. ומבואר דהוא בכלל איסור לא תגזול וכן משמעות לשון הטור הנ"ל.

(ב) **יעויין בקה"י בסי' א** שכתב המקור לאיסור נזיקין מהשבת אבידה דאם צותה תורה להשיב ממון האבוד מבעליו כ"ש שאסור לחסר הבעלים ולהזיקו. [והרמ"ה בב"ב דף כו כתב גבי גורם נזק דאיסורו משום לפני עורר או משום ואהבת לרעך כמוך]

(ג) **יעויין בברכ"ש בסי' ב** שביאר וכ"כ בשם הגר"ח דבפרשה דולא ישמרנו נתחדש לא רק חיוב הממון אלא גם דמקרי מזיק לענין איסור ונענש בידי שמים. **וראה בפ"י הר"ח** [לקמן דף טו] שכתב וז"ל 'ולא הזהירה התורה לשמור אלא המועד שנאמר ולא ישמרנו **עב"ל**. ומבואר שולא ישמרנו הוא אזהרה לשמור. [ואמנם היה מקום לומר דאין זה סתירה כלל לדברי רבינו יונה דודאי דמזיק בגופו שרשו מלא תגזול אלא דבפרשת ולא ישמרנו נתחדש דגם ממנו מוטל עליו שלא יזיק ואם הזיק בכלל מזיק האסור הוא ודוק, ומיהו הברכ"ש סבר וכ"נ מדברי הר"ח שגם האיסור עצמו נלמד מקרא דולא ישמרנו]

**נויש לדון** ממשמעות דברי הטור הנ"ל דחיוב מזיק לשלם הוא מחמת האיסור עצמו דכיון שאסור להזיק אם הזיק משלם וביאור הדברים דכ"ז אינו איסור בעלמא אלא גדר במשפטי הממון דמזכותי הבעלים שלא יזיקנו אחר כמו גם שלא יגזולו והמזיק והגולן שעוברים על דיני הממון אלו עוברים משום לא תגזול ואם הזיק חייב לשלם מה שהזיק, ויעויין בב"ח שכתב דמקור דברי הטור דאסור להזיק בממונו ממתני' דידן דשמירתן עליך והיינו דהחיוב שמירה הוא הוא איסור המזיק והרי מבואר במשנה דזהו טעם חיובו לשלם]

חקירת האחרונים בגדר חיוב נזקי ממון רבותינו האחרונים חקרו בגדר חיוב נז"מ האם המחייב הוא 'פשיעה בשמירה' דהיינו שחייבתו תורה לשמור על שורו, וכשפשע ולא שמר והזיק השור חייב לשלם מחמת פשיעתו, או שהמחייב הוא 'ממון המזיק' והיינו דכמו שחייב אדם כשהזיק בגופו מחמת שהוא עצמו הזיק כמו כן אף מה שממונו הזיק נתחדש בתורה שזה גופא המחייב בתשלומים כאילו הזיק בעצמו אלא שאם שמר ממנו כראוי פטור, וביאר האבהא"ז דלהך צד דממון המזיק היכא דשמר פטור משום דאנוס הוא שהרי שמרו כראוי. [והגרש"ש ביאר בזה באופ"א יבואר להלן]

**וכתב האבהא"ז** [פ"א מנז"מ ה"א אות יד] שנ"מ בחקירה זו היכא דהוא פשע ולא שמר שורו ובא אחר ושמרו דאז אם המחייב הוא מצד ממנו המזיק ובעלמא פטור משום אנוס הכא לאו אנוס הוא שהרי הוא הניחו ולא שמרו, אבל אם המחייב הוא פשיעתו בשמירה הרי מסתבר דהחיוב לשלם הוא כאשר הזיקה הבהמה בלתי שמורה בגללו אבל אם היתה שמורה [אפילו ע"י אחר] והזיקה פטור. **ויש שכתבו נ"מ נוספת בזה** היכא דאיכא ספק אם שמר שורו, דלהצד דהפשיעה מחייבתו הרי על הניזק להוכיח שפשע המזיק בשמירתו אבל אם עצם ההזיק מחייבו ופטורו מחמת אנוס על המזיק להוכיח שיש כאן אנוס הפוטרו [דבכל מקום שהסיבה המחייבת ודאי והוא טוען לפטור עליו הראיה אף שהוא מוחזק. ולעיקר

הנידון, בחזו"א סי' ז סק"ז כתב דעל המזיק להביא ראיה אך הפנ"י בדף נו כתב דעל הניזק להביא ראיה וע"ע בח"י הגרש"ר בזה]

**הראיות לצדדי החקירה באחרונים הובאו כמה ראיות** דהמחייב הוא משום דממונו הזיק: (א) **כתב הגרא"ז** [שם] לדייק מלשון הרמב"ם בפ"א ה"א שכתב כל נפש חיה וכו' הבעלים חייבים שהרי ממונם הזיק **עכ"ל** ומשמע דזהו המחייב. (ב) **והגרש"ש הוכיח** דאל"כ יתחייב היכא שלא שמר שורו והפקיר השור קודם שנגח דכיון דע"י פשיעתו בא מה איכפת לן שהפקירו ולמה לא יתחייב וזה לא מצינו.<sup>1</sup>

(ג) **עוד הוכיח מסוגית הגמ'** לקמן בדף ד ע"ב דאיתא התם דד' שומרים חשיבי כנזקי גופו נוהיינו דהשומר מזיק במה שפגע ולא שמר וזה חשוב כאדם המזיק בפשיעתו ואילו נזקי שורו חשיבי נזקי ממונו ולא נזקי גופו [אף שגם הם נגרמו ע"י פשיעתו] ואם המחייב הוא הפשיעה בלבד אף זה מזיק בגופו חשיב כשומר. **וגם איתא התם** דד' אבות חשיבי כמזיק בידים ואילו שומרים חשיבי כמזיק ממילא ומוכח דחייב על מעשה שורו ולא על פשיעתו [דכלפי הפשיעה הוי נזק ממילא כמו בשומרים, ובעיקר הראיה יש להעיר דבסוגיא שם אינו מפורש להדיא גבי ממון המזיק עיי"ש ודוק]

(ד) **עוד מוכיחים העולם מהגמ' לקמן** [דף מד ע"ב] שאיתא בגמ' שכשאנו באים ללמוד דיני תשלום נזיקין עדיף טפי למילף חיוב תשלומי נזק מחיוב מיתת השור מאשר חיוב כופר 'דדנים חיוביה דשור מחיוביה דשור ואין דנים חיוביה דשור מחיוביה דבעלים' וצ"ב דהרי הבעלים חייב לשלם ולא השור, וצ"ל דכוונת הגמ' דמעשה שור הוא המעשה מחייב בתשלומים נואם היה השור בר דעת היה ראוי שיתחייב הוא] ובזה דמיא לחיוב מיתת השור ולא לחיוב כופר שהוא עבור פשיעת הבעלים, **ולמדנו מכאן** דחיובו הוא על עצם מעשה השור ולא על פשיעתו [ולפי"ז בהכרח דכופר שאני בזה והוא חיוב משום פשיעה בשמירה וצ"ע להגרש"ש בהפקיר ואח"כ נגח]

(ה) **ויעויין ברשב"א לקמן** בדף כט ע"א ד"ה אמאי אונס וכו' שכתב שם בתוה"ד גבי אונס דנזקי ממונו דאבזה דכולהו אונסין מולנערה לא תעשה דבר **עכ"ל** ומבואר דמשום פטור אונס אייתנין עלה וזה ראיה חזקה דהמחייב הוא ממונו המזיק. (ו) **וראיה גדולה** מדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס להסוברים דחייב גם כשלא היה האונס מחמת הפשיעה [ראה בתוס' לקמן נב ע"ב ד"ה ושכיחי וכו' שיטת הריב"ם שם] דכה"ג אין מקום לומר שהפשיעה עצמה מחייבתו ובהכרח דהפשיעה תנאי היא בחיובו.

**ולעומת זאת כמה ראיות יש** שחיוב נזיקין הוא מחמת פשיעת הבעלים: (א) **יעויין במאירי במשנתנו** שביאר לשון המשנה כשהזיק חב המזיק [וכפה"נ דהוקשה לו דהרי המזיק הוא השור ולא הבעלים והחב הוא הבעלים וע"ז כתב] והוא הבעלים שנתרסלו בשמירה המוטלת עליהם **עכ"ל** ומבואר דלחכי חשיב מזיק מחמת פשיעתו. (ב) **ולקמן במשנה** בדף ט ע"ב כל שחבתי בשמירתו הכשרתי את נזקו וראה ברש"י שם שני פירושים האחד דכשחבתי בשמירתו הכשרתי וזימנתי את אותו הנזק ועוד דכשחבתי בשמירתו נתחייבתי לשלם עיי"ש"ה ולהפי' הראשון משמע דזו סיבת החיוב דע"י פשיעתו הכשיר הנזק. (ג) **וכ"ה**

<sup>1</sup> וראיתו ממה ששינוי דהמפקיר נזקי חייב משום בור אבל לא מצינו בשו"מ שמתחייב גם משום שור. [ויש להעיר בזה טפי דלרב אסו"מ שלא הפקירם משורו למדנו ואם איתא אף בהפקירם אחר הפשיעה עדיין כשורו הם ומדוע חייב משום בור] ובעיקר ראית הגרש"ש זו יל"ע טובא דלכאורה חיובו בשמירה הוא כל זמן שהשור שלו ואם יודע שיפקירו למחר אפשר שאינו חייב לשמרו על הזמן ההוא ולכן אין לחייבו בפשיעתו כשנגח אחר שהפקיר דעל נגיחה כזו אין לו אחריות למנעה ודוק. ואולם בח"י הגרש"ר כאן ציין לדברי הירושלמי דמבואר שם דבאמת חייב אף בהפקיר ואח"כ נגח. ואם כן אדרבה מוכח מהירושלמי להדיא דהמחייב הוא הפשיעה בשמירה בלבד ומהבבלי אין להוכיח להיפך ד"ל כנ"ל דאינו מחויב בשמירה על זמן שאינו ממונו.

גם בתשובת רב האי גאון באוצה"ג שכתב שם בתוה"ד שיתחייב בעל השור ובעל הבור משום שלא פעלו את פעולת השמירה עכ"ל.

(ד) ולקמן בדף נו ע"ב איתא בגמ' דהמעמיד בהמת חברו על קמת חברו חייב ודעת רוב ראשונים דחייב משום שן אף שאין הבהמה שלו, ולהצד דהמחייב הוא ממונו אינו מובן כלל דסו"ס אין בהמה זו ממונו, אך להצד דפשיעה בשמירה יש לבאר דאף דאינו חייב בשמירה על בהמה שאינה שלו אבל כשמעמידה בידים על הקמה דמיא לפושע בשמירה וחייב בנזיקה.<sup>2</sup> ובחיוב אש כתבו התוס' בכמה מקומות [ראה כב ע"א ד"ה אשו משום ממונו ודף נו ע"ב ד"ה המעמיד] דחייב אף כשאין האש שלו כיון שהוא הבעיר האש ולהצד דפשיעה בשמירה מבואר היטב וכנ"ל אך להצד דממונו הוא המחייב קשה אמאי חייב כה"ג [ובשלמא בבור אף שאינו שלו הרי מבואר בגמ' דעשאו הכתוב כאילו ברשותו וחישב כבעליו לענין נזיקין מגזיה"כ אבל גבי אש לא מצינו גזיה"כ כזו ועל כרחין דחייב משום דבהבערתו דמיא לפשיעת שמירה וע"ע לשון הרא"ה בשיט"מ בדף ס ע"א שכתב בתוה"ד אבל הכא שהוא הכשיר הנזק שמניח אותו רקתא בענין שתלך ברוח מצויה וכו' חשבי' ל' מעשיו ואכולה מילתא מחייב. עכ"ל והיינו כנ"ל דהבערתו דומה לפשיעה בשמירה שעליה שנינו כל שחבתי בשמירתו הכשרתי את נזקן]

עוד ראיה מדברי התוס' רי"ד לקמן [דף נג ע"א] שכתב בתו"ד לבאר מדוע חייב בור גם כשנפל הניזק ונחבט בקרקע עולם וז"ל 'דכך חשיבא ליה תקלת הבור כאילו הבעלים דחוהו שם שכל מעשה הבור גרמא הוא והבורא חייבו בגרמא זו כאילו עשה מעשה בידים. עכ"ל. הרי מפורש עכ"פ גבי בור שפשיעת הבעלים היא המחייבתו כעין גרמא. ולפרש דבור שאני משאר אבות נזיקין הוא רחוק בשגם באנו ללמד זה מזה במתני' ובסוגית הגמ'.

**בביאור צדדי החקירה הצד דחייב משום פשיעה בשמירה** צ"ב בסברא דאטו משום דפשע יתחייב אף שלא הוא הזיק ומה סברא יש לחייבו בזה על נזקי הבהמה אחר שלא הזיק בעצמו. וידוע לבאר בזה דהגדר הוא דעל ידי שפשע ולא שמר חשיב כאילו בעצמו גרם הנזק בפשיעתו ובזה מבואר היטב לשון המשנה כל שחבתי בשמירתו הכשרתי את נזקו [להפ"י הא' ברש"י שם] והיינו דע"י שלא שמר הכשיר וזימן הנזק וחשיב כמזיק. ויעויין בריטב"א בגטין דף מט ע"א שהביא שם דברי הירושלמי והירושלמי שם כינה נזקי ממונו בלשון 'הכשר נזיקין' וביאר בזה הריטב"א וז"ל (והרי) [וקרי] להו הכשר נזיקין משום דע"י הכשרו אתיין דהא אפילו בשמירה פחותה סגי בק"ו וכדאמרינן התם וכיון דלא שמרן הרי הוא כאלו הכשירן הוא ובגמרא דילן קרי להו הכי התם הכשרתי את נזקו עכ"ל.

ומקור גדול לזה מדברי הנמו"י להלן בדף כא בדפי הרי"ף ראה בהערה.<sup>3</sup> והרא"ה לקמן בשיטמ"ק [בדף נ ע"ב באמצע ד"ה וז"ל הרא"ה] כתב וז"ל ומודה רב בשור שדחף את חברו לבור ונחבט ומת וכו' שחייב הדוחף

<sup>2</sup> אמנם יעויין בתוס' שם שביארו דחייב משום שן ורגל ואע"ג דכתיב בעירה כדידיה חשיבא הואיל והוא עשה וכמו באש דחייב בהדליק באש שאינה שלו ויש לפרש כוונתם דכה"ג חשיב כבעלים להתחייב עליו משום ממונו אבל צ"ע הסברא בזה וע"ע בתוס' ר"פ שם

<sup>3</sup> דעת הרי"ף שם בסוגיא [לפי ביאור הנמו"י] דכשם שחייב אדם על נזקי בהמתו שהזיקה בידים כך חייב על גרמי דבהמתו, והביא הנמו"י שכתב הרא"ה בשם הרמב"ן שחולק על דין זה וז"ל דודאי לא נאמר כן אלא על האדם אבל בבהמה דברי הכל פטור שלא חייבה תורה על הכשר נזקי בהמה כדכתיב איש בור ולא שור בור עכ"ל, והנה הדברים לכאורה תמוהים מאוד דמה שייכות יש בין דרשא הפוטרת בהמה שחפרה בור לבין הזיקה בגרמי אך להאמור בפנים מבואר היטב דבהמה החופרת בור זה חשיב הכשר נזיקין שאף שלא הזיקה בידים אבל גרמה ההזיק וכיון שמצינו שפטרה תורה את הבעלים על דבר זה ה"ה י"ל דפטרנו כשגרמה נזק באופן דגרמי ודוק.

דממונו הוא דאזיק בידים והבעלים הכשירו הנזק בשלא שמרוהו ופסעו בו וכו' עכ"ל. וסוגית הגמ' ריש הכונס דדרשינן וקרא דושילח ומקרא דוביער דסגי בשמירה פחותה מדכתיב וביער עד דעביד כעין וביער והיינו דבלא שמר אף שמירה פחותה חשיב כאילו הוא עצמו שלחה, ולשון התוס' לקמן בדף ו ע"א [שכתבו דגבי אדם המזיק לא חשיב פירכא מה שיש הנאה להזיקה בשן] דיותר ראוי להתחייב מזיק בידים ממזיק ע"י שילוח בעירו.

**הצד דחייב משום ממונו המזיק, האבהא"ז כתב** שם בסו"ד דאין מקום לחקירה זו כלל משום דאף אדם המזיק כשהוא ישן מבואר בגמ' [ד ע"א] דחייב משום דשמירת גופו עליו ובלא זה אין לחייבו, ומבואר מדברי הגמ' דאף על מעשה גופו שנעשה שלא מדעת אין לחייבו אלא מצד חיוב שמירה שפשע בו ואם כן כ"ש דגם ממונו לא עדיף מזה וחייב משום שלא שמרו ואין צד לחייבו משום דממונו הזיק. **ואולם הגרש"ש ביאר** דלצד זה דממונו המזיק אינו חיוב מוחלט והאונס פטור הוא לו אלא דהוא תנאי בחיוב דאימתי חייב על נזק שעשה בממונו [או בגופו בישן] כשפשע בשמירה דרך אז חייבתו תורה. וממילא אנו יכולים לפרש דבאמת חייב מצד ממונו המזיק וה"ה בישן חייב מצד שגופו הזיק אלא שפשיעת השמירה היא תנאי בחיוב.<sup>4</sup>

**ודע דודאי שורש אחר לשני הצדדים** כי הרי להצד דהמחייב הוא הפשיעה נמי דין ממונו המזיק קודם הוא לחיוב השמירה אלא דהחקירה היא האם מחמת שיש כאן ממונו המזיק חייבתו תורה בשמירה ובתשלום כאחד [וזה הצד דהמחייב הוא ממונו] או דמחמת זה רק נתחייב לשמור ומה שמשלם הוא משום דפשע בשמירה.<sup>5</sup>

**ובעיקר הדבר** שמי שלא שמר בהמתו חשיב גורם היזק **מצינו כן מפורש ברמב"ם** בפ"ה מנז"מ ה"א שכתב שם שבהמה ההולכת בשדות ובכרמים בלא שמירה מתרים בבעליה ואם לא שמרה מותר לניזק לשחוט הבהמה וביאר הרמב"ם הטעם משום שאסור להזיק ואפילו לגרום נזק אסור והיינו דאף דהבעלים אינו מזיק בידים מ"מ אסור לו לגרום נזק ובמה שמניחה לילך בשדות של אחרים חשיב גורם נזק, ומבואר דעכ"פ כלפי איסור גרמא בנוזקין דיינינן ליה כגורם.

**ויש להטעים בכל זה היטב** דהיכא שהכשיר הנזק בידים כגון מבעיר אש או מעמיד הרי הוי מכשיר גמור בלא צורך לפשיעת שמירה ונתחדש בדיון השור דכשאדם חייב בשמירה ולא שמר 'הרי זה כאילו הכשירין הוא' [לשון הריטב"א הנ"ל בגטין] וזה ביאור דברי המשנה דכל שחבתי בשמירתו הכשרתי את נזקו והיינו דדמיא כאילו הכשיר נזקו בידים וחייב.

<sup>4</sup> **ונראה ביאור הדברים** דודאי דיסוד החידוש הוא דמעשה ידיה או דבהמתו הוא חייב עבור עצם המעשה אלא דמזיק שחייב לשלם אינו מחמת המציאות שנעשה על ידו נזק אלא דחייבתו תורה בעבור אשמתו במעשה זה דומיא דעונשי הגוף דודאי עיקר חיובו על שחילל שבת אלא דבאונס פטור משום דחיובו הוא מחמת אשמתו בדבר, וה"ה הכא ואשמתו בזה הוא רק כשלא שמר כפי חיובו אבל אם אינו חייב לשמור אינו מוטל עליו כלל להמנע ממעשה כזה ודוק. והרי אדם המזיק שחייב בשוגג בעינן לזה קרא דפצע תחת פצע וחזינן דעצם המעשה אינו מחייב מסברא אלא במזיד ונתחדש בקרא לחייבו בשוגג וכנ"ל.

**ועומק החקירה לפי זה** הוא דלהצד דפשיעה בשמירה הרי נחשב לא רק כאשם במה שלא שמר אלא כגורם הנזק ממש ונתבע על עצם האי שמירה אך להצד דממון המזיק הרי המעשה הוי מעשה ידיה מצד עצמו ורק דהפשיעה והמזיד שהם מתנאי החיוב נעשה על ידי הפשיעה בשמירה, ונ"מ בהפקיר ואח"כ נגח. ויש לדון עוד נ"מ היכא דבשעת הפשיעה אית ליה נמי חיוב מיתה דלהצד דפשיעה בשמירה אפשר שיפטר משום קלב"מ דהמעשה המחייבו בעצמו הוא הפשיעה בשמירה ועל אותו מעשה נתחייב חיוב מיתה ודוק.

<sup>5</sup> ולכאורה היה מקום לומר דחיוב שמירה הוא דשייך גבי ממונו ולא חיוב תשלומים דחיוב שמירה סברא הוא שישמור אדם את ממונו, **אכן מדברי הרמב"ם** שכתב [בפ"ו ה"א] שהניזק יכול לשחוט את השור טרם הזיק חזינן

מתני' ולא זה וזה שיש בהם רוח חיים יל"ע מהו החומר ברוח חיים ולכאורה היה נראה דהיינו מה שהולך בלא כח אחר מעורב בו ומעצמו הולך ע"י רוח חיים שבו, וכן משמע מדברי התוס' לקמן בדף ט ע"ב ד"ה ודרכו [דאיתא התם בבבלי דחומר בשור מבור שדרכו לילך ולהזיק והקשו התוס' אמאי לא תני בע"ח ותירצו דהוא בכלל 'ודרכו לילך ולהזיק' ולכאורה כוונתם כנ"ל] ועיין שם בשיטמ"ק בשם גליון תוס' שמבואר כן להדיא. ואולם יעויי"ש בשטמ"ק בשם תוס' שאנץ בד"ה וז"ל תוספות וכו' שכתב בתוה"ד דאין ללמוד כופר באש מקרן 'דאיכא למפרך מה לקרן שכן בע"ח אי נמי שכן דרכו לילך ולהזיק בלא כח אחר עכ"ל הרי מבואר דבע"ח טעם אחר הוא וכ"מ מלשון הרשב"א להלן בדף ה ע"ב בריש ד"ה הא דאמר וכו' יומה אש שאין הזיקו מצוי ואין בו רוח חיים ואין דרכו לילך ולהזיק אלא בכח אחר חייב ק"ו לרגל שהרי הרגל הזיקו מצוי ויש בו רוח חיים ודרכו לילך בלא כח אחר וכו' עכ"ל הרי מבואר דהוי חומרא בפ"ע וצ"ע טעמה וענינה.<sup>6</sup>

מתני' ולא זה וזה שדרכם לילך ולהזיק יש לעיין בפירכא זו דבפשוטו היה נראה לפרש דכוונת המשנה שהנך בפועל מזיקים בהילוכם ומשא"כ הבור שמזיק בלא שנעשית מצדו שום פעולה אלא הניזק בא אל המזיק [ועיין ברשב"א להלן בע"ב דבבור חידוש התורה הוא שאף שהניזק בא אל המזיק מ"מ חייב לשלם] אך יעויין במאירי שביאר דחומר דדרכו להזיק הוא שהמזיק מתפשט אילך ואילך. וכ"מ ברשב"א להלן [דף ה ריש ע"ב] דמעליותא של הולך ומזיק היא 'שמזיק חוץ ממקום הנחתו'.

אבל יש להוכיח כהצד הראשון שנקטנו מהגמ' לקמן דף ו ע"א דאיתא התם דבור המתגלגל ברגלי אדם ובהמה אם מזיק במקומו יש לו הקולא דבור שאין דרכו לילך ולהזיק ואם נפרש דדרכו לילך ולהזיק הוא בחפצא דהמזיק הרי בור זה מסוגל להזיק בכל מקום ע"י רגלי אדם ובהמה. נויש לדחות ראייה זו ויתבאר להלן בע"ה בדף ג ע"ב בדברי התו' שם]

ועיין בחזו"א [סי' א אות א] שהקשה למ"ד דמבעה דמתני' היינו אדם אם כן מאי פירכא דמתני' שדרכם לילך ולהזיק הרי אדם המזיק חייב גם באופן ששוכב ברה"ר ונתקל בו אחר [ולדעת רוב הראשונים לקמן בדף לא חיובו משום אדם ולא משום בור] ואם כן נילף בור מאדם כזה שאין דרכו לילך ולהזיק. וקושיה החזו"א תלויה בהנ"ל דאם נפרש דדרכו לילך ולהזיק הוי חומרא בחפצא דהמזיק שהולך אילך ואילך משא"כ בור שאינו מסוגל לנוע ממקומו אם כן לק"מ דאף אדם השוכב יש לו החומרא דדרכו לילך ולהזיק שיכול לנוע ממקומו להזיק במק"א משא"כ בור, והחזו"א כפה"נ הבין בפשיטות כהצד השני.

והחזו"א תירץ על קושיתו דחיוב זה דאדם השוכב הוא רק לאחר שלמדנו פרשת בור וממנה למדנו שאף אדם המזיק חייב כה"ג.

כהרי הבור שאין דרכו לילך ולהזיק עיין ברע"א [הנדמ"ח] שהקשה היכי ס"ד למילף בור מחד מהנך הרי גבי בור איכא חידוש וגילוי בקרא דאף שאינו שלו עשאו הכתוב כאילו ברשותו, [כדאיתא בגמ' דף כט ע"ב דשני דברים אינם ברשותו של אדם ועשאו הכתוב כאילו ברשותו וחדא מינייהו בור ברה"ר] ועיין בחי' רבי אריה לייב סי' מט שהרגיש בקושיא זו ותירץ בפשיטות דמתני' מיירי בבור ברשותו דממונו הוא. [ועדיין צ"ע למ"ד דבור ברשותו פטור לרבי ישמעאל לקמן מט ע"ב]

---

דין השמירה הוא דין בינו לבין הניזק שהניזק תובע את השמירה, והיינו דשורש דינו הוא שזכותו שלא יזיקנו וממונו המזיק חשיב כאילו הוא מזיק ולכן נתבע לשמור כדי שלא יזיק ומ"מ לא סגי בזה לחיוב תשלומין ודוק.

<sup>6</sup> ועיין לקמן דף ג ע"ב בתוה"ה משורו וכו' ובמשי"ת שם.

מתני' הצד השווה בהם וכו' עיין בתוס' לקמן דף ג ע"ב ד"ה ממונך שבמשנה שלפניהם היה הגרסא שהם ממונך ושמירתן וכו' וכתבו התוס' דממונך לאו דוקא דבור אינו ממונו וכן באש פשיטא דחייב בהדליק בגדיש של אחר. נואף שכתבו התוס' דממונך לאו דוקא אין כוונתם למחוק תיבה זו מנוסח המשנה וגם לא נראה כוונתם לומר דתיבה זו נכתבה בכדי, אלא כוונת התוס' דהלשון 'ממונך' לאו דוקא אבל כוונת התנא לאיזה דבר ששווה בכולם כמו שיתבאר מדברי הראשונים] ויעויין בתוס' ר"פ שכתב דממונך לא גרסינן ואי גרסינן לאו דוקא אלא רוצה לומר שבא ההיזק על ידך שהרי באש חייב אף באש שאינה שלו. וצ"ב כוונתו דבשורו לא בא הנזק על ידו, ולכאורה צ"ל דכוונתו שהוא גרם ההיזק במה שפשע בשמירה ובזה הצה"ש שבכולם בא היזק על ידו אם בשפשע או שכרה בור או הבעיר אש, ולפי זה מוכח מדבריו דהמחייב הוא הכשר נזיקין שע"י הפשיעה בשמירה. ויעויין ברשב"א שהביא בשם רש"י שגרס ממונך וביאר דבור חשיב כממונו לפי שעשאו הכתוב כאילו ברשותו. וצ"ב שהרי אש נמי חייב באש שאינה שלו ולא מצינו גבי אש שעשאה הכתוב כאילו ברשותו.<sup>7</sup> וראה בנמו"י שכתב כהרשב"א והוסיף דאש ממונו הוא כדלקמן וצ"ע כוונתו.

מתני' ושמירתן עליך עיין בחי' רבי ארי' לייב סי' נ שכתב בשם הגר"ש להוכיח ממתני' דחייב שמירה לכל המזיקים ידוע גם קודם שלמדנו חיוב תשלומים שאל"כ ליכא הצד השווה למילף לאחרני דמנא לן דבהני אחריני שמירתן עליך, וצ"ע דמקור חיוב שמירה ביאר הגר"ד דהוא מקרא דולא ישמרנו נועי"ל דמעצם דין חיוב תשלומין יש ללמוד חיוב שמירה שאם אין חייב בשמירה תשלומין למה? והיאך נלמד בלא הצה"ש למזיקים אחרים לחייבו בשמירה. ויש מבארים דאין כוונת המשנה דשמירתם עליך היינו חיוב שמירה אלא דעליו ראוי להטיל החיוב שמירה ותשלומים כיון שהממון ברשותו.<sup>8</sup> נובאש ובור כיון שכרה והבעיר, ודוגמא לזה בדברי תוס' ר"פ לקמן בדף נו שביאר דכמו שהבעלים חייבים לשמור כיון דעליהם מוטלת השמירה כמו"כ הגולן הרי דיש סיבה קודמת לעצם חיוב השמירה והיא שעליהם מוטלת השמירה]

ויעויין בנמו"י שמשמע להדיא דשמירתן עליך היינו שחל עליך חיוב השמירה עיי"ש וזה כדברי הגר"ש, ואולם יעויין בר"ח לקמן בדף טו ע"א שמבואר מדבריו דחייב שמירה נלמד מקרא דולא ישמרנו, ולכאורה לפי זה מסתברא דבכל אב שאין לו מקור מקרא ליכא חיוב שמירה. אך אפשר שאף להר"ח ילפינן מינה לכל ממונו ואין צורך בזה להצד השווה דכל הפירכות שמצאנו הן בגדר חומר המזיק או חומר פשיעת הבעלים אך חיוב שמירה הוא מחמת שמוטל על האדם שלא יזיק בממונו כמו שמוטל עליו שלא יזיק בגופו וכלפי זה אפשר דכל הני פרכות לאו פרכות הן.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> ואפשר שרש"י אזיל לשיטתו בדף כב דאש חייב דוקא כשהיא ממונו ממש אך הרשב"א שם סובר כתוס' וצ"ע.

<sup>8</sup> ויעויין בהגהת הגר"א בריש סי' שפט שהועתק שם בשו"ע לשון הרמב"ם 'כל נפש חיה שהיא ברשותו של אדם' וציין הגר"א שני מקורות לענין זה ד'ברשותו' האחד הוא מתני' דידן ושמירתן עליך וכן המשנה בדף ט ע"ב כל שחבתי בשמירתו וכו' והנה לכאורה היה נראה לפרש דבריו שסובר דשמירתן עליך היינו סיבת החיוב שראוי להטיל עליו החיוב שמירה וזה מקור לדברי הרמב"ם דכל שברשותו אם הזיק חייב כיון שראוי להטיל עליו האחריות, ואולם הגר"א גם ציין למתני' דף ט כל שחבתי והתם ודאי כוונת המשנה שחל עליו חיוב שמירה ואם כן צ"ב מה הראיה דתלוי בברשותו דלמא דוקא בשלו חל עליו חיוב שמירה, ואין לומר דהא פשוט לן מסברא דכל ברשותו חל חיוב שמירה והגר"א הביא מקור לחיוב תשלומים, דמאי שנא שמירה דפשיטא ליה טפי מתשלומין וצ"ע.

<sup>9</sup> והראונו מקור לזה דהנה בגמ' בדף כו מספקין אי איכא כופר ברגל דומיא לקרן או דנימא מה לקרן שכן כוונתו להזיק והתוס' שם תמחו מה הצד דלא נפרוך כן, ועיי"ש בתוס' ר"פ שתיצרו דהכל חיוב אחד ועיי"ש בסוף דבריהם שביארו 'אבל לגבי כופר שעל הבעלים אין לחלק בין קרן מועדת לרגל דבכל שדרכו בכך דבר הכתוב וכו', ומתבאר



תוד"ה ולא זה וזה וכו' דכח אחר מעורב בו וכו' יעויין בתוס' לקמן בדף ה ע"ב שמבואר מדבריהם דכח אחר מעורב בו הוא קולא כלפי שור אבל עדיין האש חמור יותר מבור ואפשר ללמוד אש מבור לחודיה, וכוונתם היא דהכח אחר מעורב בו הוא חסרון וגריעותא בההולך ומזיק שאינו הולך גמור כיון שתלוי בכח אחר ול"ד לשור שיש בו רוח חים והולך בעצמו אבל ודאי עדיפא מבור שאינו הולך כלל. **ואולם יעויין היטב ברשב"א לקמן בדף ה ע"ב ד"ה** הא דאמר וכו' וביאר הרשב"א דכח אחר מעורב בו הוא קולא גם כלפי בור כיון שהאש אינו נעשה מזיק אלא ע"י כח אחר ומשא"כ בור שהוא מזיק במקומו בלא כח אחר. [וצ"ב סברת התוס' דפליגי ואפשר דאף הבור הרי אין בכחו להזיק בלא שיבוא אליו וזה קיל טפי מהולך בכח אחר]

**וראה ברש"י לקמן בדף ג ע"ב** שמדבריו מבואר דכח אחר מעורב בו הוא חומרא שפירש שמשו"ה הוה ליה לאסוקי אדעתיה, וצ"ב דבגמ' בדף ו מוכח שהוא קולא ושמא יש בזה סברא לקולא וגם לחומרא, **ועיין ברשב"א בדף ג ע"ב** שביאר שהוא חומרא לפי שמיד כשמדליק מצוי כח אחר להתערב בו, **ועיין בדבריו בדף ה ע"ב ד"ה** הא דאמר וכו' ששם ביאר דכלפי הולך ומזיק גמור לא הוא חומרא, **ועיי"ש עוד** שהקשה לשיטתו דהוי קולא גם כלפי בור היאך ילפינן אש מבור וחד מהנך ותירץ דכיון דכח אחר פעמים שיש בו גם חומרא לא פרכינן לה, וצ"ע כוונתו.

שם בתוס' בענין א"ע מן הדין בספר גינת ורדים ביאר שני טעמים מדוע אין עונשים מן הדין: (א) המהרש"א בסנהדרין דף סד [ד"ה ומזרעך] כתב שהטעם הוא משום דשמא כיון שהלמד חמור מהמלמד ענשו חמור יותר ולא סגי לו בעונש המלמד, וכדברי המהרש"א מבואר בסמ"ג [בלאוין אות מ' והו"ד בגליון הש"ס סנהדרין דף סו] (ב) ובשם הקרבן אהרן כתב דהטעם הוא כיון שאדם דן ק"ו מעצמו ולכן א"א לענוש דשמא אית להק"ו פירכא.<sup>10</sup> וכתב הגינת ורדים דנ"מ בין הטעמים היכא שבאנו ללמוד בבמה מצינו דאז הטעם של המהרש"א ליתא שהרי אין הלמד חמור מהמלמד אבל טעם דשמא איתא ליה פירכא שייך גם בזה. **יעויין ברש"ש שעמד בדברי התוס' דידן** שהקשו ממתני' והכא הרי לא מיירי בק"ו אלא בבמה הצד, **וכתב דמהתוס' מוכח דלא כהמהרש"א**. [ובלא"ה קשה על המהרש"א דבממון לכאורה לא שייך כלל הטעם דשמא ענשו חמור טפי שהרי בכלל מאתיים מנה וישלם לכה"פ את הקרן, ושמא ס"ד דבעבירת ממון חמורה טפי לא ישלם כלל אלא ייענש בעונש הגוף או בבי"ד של מעלה וצ"ע] **ועיין ברשב"א לקמן בע"ב** גבי קרן מחוברת דמדבריו מבואר דדוקא בק"ו א"ע אבל בבנין אב ענשינן [ויתבאר להלן במקומו הראיה מדברי הרשב"א בזה] וזה מתאים עם סברת המהרש"א.

**ובמהדו"ב להמהרש"א לקמן בדף מט ע"ב** תמה על דברי המכילתא דהרי כל כריה אית בה גם פתיחה ומדוע צריך בזה כלל לק"ו [וכע"ז מקשים העולם באחותו מאביו ומאמו ובעדים זוממים בכאשר עשה] אמנם לטעמו של המהרש"א דשמא חמור טפי לא קשיא, אך בתוס' דידן לכאורה מוכח דלא כמהרש"א.

**ובעיקר דברי התוס' תמהו אחרונים** [חת"ס וכן בחי' רבי לייב] שהמכילתא עצמה סותרת עצמה מיניה וביה דזה לשון המכילתא [פרשת משפטים פרשה יא] וכי יפתח איש בור למה נאמר, עד שלא יאמר יש לי בדין, הואיל והשור ממונו והבור ממונו אם למדת שהוא חייב על ידי שורו אינו חייב על בורו, לא אם אמרת בשור

---

**היטב להנ"ל** דכופר חיוביה דבעלים הוא והיינו דבכופר חיובו עבור הפשיעה ולא עבור מעשה השור ובוזה ליכא להפרכות.

<sup>10</sup> ועיין ברש"י בזבחים דף קו ע"ב ד"ה אתיא וכו' שמפורש שם כדברי הקר"א דאין עונשין בק"ו לפי שאדם דן ק"ו מעצמו ולכן בגזירה שווה המופנה עונשים דהוי כמפורש בקרא, מיהו ליתא בהדיא ברש"י הטעם דשמא אית ליה פירכא.

שדרכו לילך ולהזיק תאמר בבור שאין דרכו לילך ולהזיק, ת"ל וכי יפתח איש בור או כי יכרה איש לפי שלא זכיתי בדין צריך הכתוב להביאו בפני עצמו. ד"א וכי יפתח איש בור או כי יכרה איש בור וגו', לחייב על זה בפני עצמו ועל זה בפני עצמו. ד"א וכי יפתח איש אין לי אלא פותת, כורה מנין, ת"ל או כי יכרה איש, עד שלא יאמר יש לי בדין אם הפותת חייב הכורה לא כל שכן, הא אם אמרת כן ענשת מן הדין, לכך נאמר או כי יכרה, ללמדך שאין עונשין מן הדין. **עכ"ל** הרי מבואר מהמכילתא עצמה שאפשר ללמוד בור משור אלמלי דאיכא פירכא וצ"ע.<sup>11</sup> והרש"ש לקמן בדף כד הקשה ממתני' דהתם דיליף רבי טרפון קרן ברה"י לנ"ש בק"ו ואף רבנן לא פליגי אלא מטעם דיו, ומדוע הוצרכו התוס' לדייק מהס"ד דמתני' ולא הביאו מהתם ועיי"ש בזה.

**ובעיקר דברי התוס' יש לדון** אם בכל חיובי ממון שייך טעם זה דא"ע מהדין או שמא דוקא הכא בנוזקין י"ל דחשוב כעונש על מעשה ההיזק, אבל בחיובים ששרשם ממשפטי הממון ליכא להאי דינא.

בגמ' לא מיחייב אלא חדא נראה שנחלקו ראשונים בפשט דברי הגמ', דבפשוטו מתפרש דחייב חטאת אחת על שתי המעשים כמו בעושה את אותו האב פעמיים או אף כשעשה שני אבות שהם מעין מלאכה אחת [כגון נוטע וזורע] דאיתא בגמ' בשבת [דף עב ע"ב] דחייב אחת. וכן מבואר בתוס' תלמיד ר"ת ובשיטמ"ק בשם מהר"י כץ. והקשה המהר"י כץ דאין זה נ"מ כלל בין אב לתולדה שהרי אף בשני אבות מאותו אב כן הוא הדין וכנ"ל וכן קשה עוד דהרי בעושה שתי תולדות משני אבות נמי חייב שתיים כדאיתא להדיא בגמ' ואם כן נמצא שאין כאן נ"מ בשום צד בין אב לתולדה אלא חילוק דכל המלאכות שהן בנות אותו שורש היינו האבות ותולדותיהם חייב אחת ומלאכות שאינן מאותו שורש כגון אבות ותולדות משתי מלאכות חייב שתיים.

**ותי' השיטה** דהוא מחמת גריעותא דתולדות דאלולי כן הרי בשני אבות הדומים זה לזה חייב על כל אחת ואחת כגון זורה בורר ומרקד. **ודברי השטמ"ק צריכים פירוש.** ונראה כוונתו כך דאלמלי היו התולדות חשובים כאבות היה חילוק חטאות ביניהם כמו דחזינן גבי זורה בורר ומרקד דאלמלי היו כתובים בפירוש היו תולדות אלו לאלו. ואף דבזורע ונוטע חייב אחת אף ששניהם אבות נראה דהיינו משום דדמו זל"ז לגמרי אבל התולדה אינה דומה כ"כ לאב [ואם היתה דומה כדמיון נוטע לזורע היתה התולדה לאב] ולכן אם היתה לה חשיבות כאב היתה קובעת שם לעצמה ומחמת שכל חיובה הוא בתורת תולדה לכן אינה קובעת חלוקה לחטאות ודוק.

**ואולם מדברי רש"י נראה ביאור אחר בדברי הגמ' שכתב דחייב אב ולא אתולדה, וכן כתב רש"י גם בשבת דף ו ע"ב וז"ל שם ואשמעינן מ' חסר אחת ותו לא שאפילו עשה תולדותיהן עמהן אינו מביא על התולדה היכא שעשאה עם אביה דה"ל כעושה וחוזר ועושה דכולה חדא עבירה היא עכ"ל. ובתוס' תלמיד ר"ת [שיטת הקדמונים] מבואר שהיה גרסא כזו בגמ' דלא מחייב אתולדה במקום אב וכן גם מדוקדק מגרסת הגמ' דידן להלן 'ולר"א דמחייב אתולדה במקום אב וכו' [מיהו רש"י עצמו לא גרס לה] והתוס' הנ"ל דחאה דודאי מיחייב נמי אתולדה.**

<sup>11</sup> ועוד שמענו להקשות מהמכילתא להלן דאיתא התם שור ולא כליו לפי שהיה בדין ומה במקום שפטור על בהמה חייב על הכלים במקום שחייב על בהמה ק"ו שחייב על הכלים, וביאר המלבי"ם דהמכילתא סוברת דבור ט חייב בכלים והק"ו דמה בור שפטור על מיתת בהמה חייב בכלים ק"ו לבור י' שחייב בבהמה. ועכ"פ מבואר להדיא שעונשין מהדין ואף בק"ו.

ועיין בתפארת שמואל ופורת יוסף שתפסו דברי רש"י כפשוטם ממש דאינו חייב כלל על התולדה וכתב הפורת יוסף נ"מ בזה דאם הפריש והביא קרבן על התולדה הוי חולין בעזרה.<sup>12</sup> אך הדברים צ"ב טובא דמדוע לא יתחייב על התולדה קרבן, גם קשה מדברי רש"י בשבת הנ"ל שכתב להדיא דהוי כעושה וחוזר ועושה והתם ודאי דמיחייב גם אבתרא אלא דנכלל בחטאת הראשונה. ויעוין בחי' רא"ל שביאר דודאי אף לרש"י הוי חטאת אחת על שניהם ועיקר כוונת רש"י לומר דחייב החטאת על התולדה אינה אלא משום שחשיבא כעושה האב שנית ולכן אינה חטאת לעצמה. וכ"כ הגרש"ר אך ביאור זה דחוק בלשון רש"י וביותר דחוק בלשון רש"י בשבת הנ"ל, וצ"ע. ונראה כוונת רש"י דמעשה התולדה איסורו הוא משום שיש בו האב אך מעשה האב כולל יותר ולכן חטאת התולדה אינה פוטרת עבירת האב וחטאת האב פוטרת עבירת התולדה ולכן אם עשה תולדה ואב חטאת האב פוטרת התולדה ומש"כ רש"י דלא מיחייב על התולדה הכוונה יותר מאשר נתחייב בעבירת האב ובדוקא כך ולא להיפך דהאב מחייב טפי ודוק<sup>13</sup>]

**שיטת הרמב"ם עיין ברמב"ם פ"ז משגות ה"ה** ששם כתב להאי דינא דשתי תולדות משני אבות חייב שתיים בלשון 'יראה לי' ותמה הכס"מ שהרי גמ' ערוכה היא בסוגיין דחייב שתיים, ועיי"ש מש"כ בשם הר"א בן הרמב"ם שביאר סוגיא דידן בשני תולדות מאב אחד וסוגיין דלא כהלכתא עיי"ש בכ"ד ודברי הר"א תמוהים מאוד דהיאך נאמר דבשתי תולדות מאב אחד יתחייב שתיים ובאב ותולדה ידידה יתחייב אחד מיהו להבנת הפור"י בדעת רש"י י"ל] וראה ברמב"ם בהל' שבת שכתב דאב ותולדה חייב אחת 'ואצ"ל' בעשה שתי תולדות דחייב אחת ומשמע דמילתא דפשיטא טובא היא טפי מאב ותולדה. וצ"ע והמהר"י קורקוס שם כתב שהרמב"ם לא גרס בגמ' דידן דאילו עביד שתי תולדות, וכן משמע כדבריו ברמב"ם בהל' שבת סופ"ז שכתב שם שהנ"מ בין אב לתולדה הוא דבשני אבות חייב שתיים ואילו באב ותולדה חייב אחת והוא דין הגמ' דידן ואף שם לא הזכיר דין שתי תולדות והשמיט את המבואר בגמ' ומשמע דלא גרס לה. וע"ע בחי' הרא"ל בחי' הגרש"ר ובקונטרסי השיעורים מש"כ בשיטת הרמב"ם.

[יעוין בר"ן בשבת [בפי' על הרי"ף סופי"ד] שכתב דהסוחט ואין צריך למים הנסחטים אין בו איסור לפי שסחיטה זו אינה אב מלאכה אלא תולדה היא כעין מפרק שהוא תולדה דרש ובודאי לא דמי לדש אלא היכא שהוא צריך למשקה שהוא נסחט ממנה דהיכא שאינו צריך לו לא דמי לדש כלל ואמאי מחייב וכו' עכ"ל. ונחלקו אחרונים בהבנת דבריו: יעוין באגלי טל [מלאכת דש אות יז ס"ק סג בהגה] שהביא בשם בעל השו"מ בפירושו לירושלמי שפירש בכוונת הר"ן דכל תולדה אין בה חיוב באינה צריכה לגופה אף לר"י דמחייב

<sup>12</sup> ובתפא"ש כתב נ"מ דאם הביא על התולדה צריך לחזור ולהביא גם על האב ולא הבנתי כוונתו דאף בעושה וחוזר ועושה או בשתי תולדות או אבות מעין אב אחד כן הוא הדין כדאיתא להדיא בגמ' שבת ע"ב, אך נראה שעיקר כוונתו לחדש איפכא דבהביא על האב ונזכר שעשה גם התולדה פטור ול"ד לשתי תולדות או לעושה וחוזר ועושה.

<sup>13</sup> ונ"מ בזה היכא דהפריש על התולדה ולא הפריש על האב דלריש לקיש דהפרשה אינה מחלקת דבעלמא מביא חטאת שהפריש ופוטרתו משני חיוביו אבל כאן אם הפריש לתולדה לא יועיל לו קרבן זה לכפר על האב.

ויעוין בחי' הריטב"א [החדשים] בשבת דף עג ע"ב שביאר בשיטת רש"י שם חידוש נפלא והוא דהנה הנוטע והזורע שניהם אבות הם אלא שהם אחד במנין האבות לפי ששניהם ענין אחד, וזומר עצים תולדה דנוטע הוא, וביאר שם דמי שזורע וזומר חייב שתי חטאות אך אם יוסיף ויעשה גם נטיעה יתחייב רק אחת 'ונמצא ריבוי המלאכות ממעט החטאות' והיינו משום דחטאת הזורע אינה פוטרת את חטאת הזומר שאין זומר תולדה אבל חטאת הנוטע כוללת הכל והדברים מופלאים אך מתפרש למש"כ בפנים דכיון דחטאת הנוטע כוללת בתוכה חטאת הזומר וחטאת הזומר היא על דמיונה לנוטע ואינה כוללת כל חומר המלאכה אין חטאת הזומר פוטרת את הזורע ואין הזורע פוטר את הזומר כי אין הזומר תולדה ידידה אבל חטאת הנוטע פוטרת הכל ועדיין צ"ע.

בעלמא. וכתב האגלי טל דישתקע הדבר ולא יאמר חדא דאין שום סברא לחלק בזה בין אב לתולדה, ועוד הקשה ממפיס מורסה גופא שהוא תולדה ועלה קאמר בגמ' דחייב לר"י, ועוד הקשה מסוגיין דמקשינן מאי נ"מ בין אב לתולדה ולא משני לה כה"ג. ולכן פירש כוונת הר"ן דאף בדש עצמו ליכא מלאכה באי"צ למימיו כמש"כ התוס' בשבת דף עב. אך לשון הר"ן דחוק לפירוש האג"ט. נויש לפרשו לדרך השו"מ דתולדה אין בה איסור בעצם המעשה אלא מחמת תוכן המעשה שדומה לאב ולכן בלא שיש לו כוונה לזה לא חשיבא תולדה כלל ובוזה א"ש קצת גם קושית האג"ט מסוגיין דאין זה נ"מ בין אב לתולדה דכה"ג אינה תולדה כלל גם אפשר דלא בכל תולדה קאמר לה הר"ן אלא בתולדה שדמיונה לאב לא בצורת המעשה ודוק]

בגמ' ולרבי אליעזר דמחייב בתוצאות חיים [נ"י ה סק"ג] חקר מהו טעמו של רבי אליעזר האם חולק בעיקר גדר דין תולדה וסובר דהוי כאיסורים חלוקים כמו שני אבות והיינו דיש איסור על שם המלאכה דהתולדה, או דסובר דכיון דהתולדה שונה מעט מהאב הוי כגופים מוחלקים ולכן חייב שתיים. ויעויין בתוס' שהקשו דגם לר"א נ"מ דצריך להתרות התולדה בשם האב, ומזה מבואר דאף לר"א אין התולדה שם מלאכה בפ"ע אלא מודה בזה לרבנן, והוכיח מזה התוצאות חיים כהצד הב'.

ואולם יעויין ברמב"ן בשבת דף צו ושאר שם שתירצו קושית התוס' דידן דבאמת לרבנן בעינן להתרות בשם האב אך לר"א ההתראה היא בשם התולדה, ומבואר מדבריהם דלר"א חלוק דין תולדה בעיקרו מהאב וסובר דהוי שם מלאכה לעצמו, ויעיין בגרש"ר שעמד בכ"ז.

תוד"ה ולרבי אליעזר וכו' וי"ל דה"פ צ"ב בדבריהם שהרי עדיין נ"מ דתולדה שהתרה בה משום אב חייבת ואב שהתרה בו משום תולדה פטור, ויעיין בתפארת שמואל שעמד בזה ותיירץ דאם מתרה האב משום התולדה נמי חייב דא"א לומר שמלעיג בו, אבל בסברא תמוה לומר כן דודאי אין שייכות בין שם 'סוחט' למי שעושה דישה ואין כאן התראה כלל דדישה אינה אסורה מחמת דמיונה לסחיטה, אבל יעויין בתוס' רא"ש בשבת שעמד בזה, וביאר דמשו"ה לא מקרי אב דאדרבה גריעותא היא לאב שאין להתרותו אלא בשם עצמו ומשא"כ התולדה שאפשר להתרותה בשם האב ובשמה.

ויעויין במהרש"א בשבת בדף עג שהקשה בסגנון אחר די"ל דלהכי קרי ליה אב משום דאם התרה התולדה משום אב אחר אינו חייב עליה ולהכי קרי להו אבות כדי לחלקם, ותיירץ המהרש"א דאם היו שניהם אבות נמי היה הדין כן כיון שהם דומים זל"ז, וכתב דבאמת בשני אבות מעין אחד אפשר להתרות מזה לזה. [ומדנקט המהרש"א דוגמא דשני אבות משמע כהתוס' רא"ש דא"א להתרות אב משום תולדה וכו' ל]

שם ועוד דנוטע ומבשל וכו' דבריהם לכאורה משוללי הבנה, ויעיין במהר"ם שמחק תיבת 'ועוד' ופירש דזה המשך תירוצם לעיל, ולשון התוס' אינו ברור כ"כ לפי זה. ויעויין בשיטמ"ק בשם תוס' רא"ש דמפורש דהוא תירוצן בפני עצמו, ושרשו הוא דהרי אפשר להתרות תולדה דנוטע משום נוטע ואף נוטע עצמו אין צריך להתרות משום זורע, ונמצא אם כן שמיני ההתראות אינם שלושים ותשע אלא יותר מארבעים וכמנין שמות האבות ולמה קרי דוקא להנך ל"ט בשם אבות ולכן לא תירצה הגמ' דנ"מ להתראה ופשוט מאוד, וכן כיון לזה בתפארת שמואל. וכן מפורש גם בתוס' רא"ש בשבת בדף עג ע"ב עיי"ש. וצ"ל בגרסת התוס' 'ואם התרה התולדה משום נוטע חייב' וכמו שהוגה במהר"ם, ושמענו הגהה נאה בלשון התוס' דידן שכתבו 'ואם התרה (משום) התולדה' ואפשר דבמקום זה צ"ל 'ואם התרה [משום] התולדה'.

ודרך נוספת בדברי התוס' עפ"ד הר"ח בשבת דף עב ע"ב שכתב דנוטע הוי תולדה דזורע ונראה שנקטו התוס' כן וזה שכתבו בסו"ד דלא חשיב לה בכלל גדול ומוזה למדו דנוטע תולדה הוא כהר"ח נולרש"י דנוטע אב הוא צ"ל דבכלל זורע דמתני' אף נוטע שהם אב אחד ממש אך התוס' מיאנו בזה ונקטו בפשיטות דנוטע אי"צ להתרותו משום זורע אלא מתרים בו משום נוטע ומוכח דהנ"מ בשם אבות אינו בהתראה. והא דפסיקא להו דנוטע מתרים בו משמו נראה שפירשו כן פשט דברי הגמ' שם דנוטע חייב משום זורע ומפרשין בגמ' אף משום זורע עיי"ש בגמ' ובתוס' שם ודוק ורש"י שם פירשה בע"א ואכ"מ.

#### דף ב ע"ב

בגמ' הכא מאי וברש"י מי אמרינן וכו' אם הויק משלם מבואר מדברי רש"י דספק הגמ' הוא האם תולדה לאו כיוצא ופטורה מלשלם וכן מדוקדק מדברי רש"י בכמה מקומות בסוגיא להלן נב סוע"ב ד"ה מאי שנא ג ע"א ד"ה מאי שנא רגל ושם סוע"א ד"ה היינו בור ותמהו אחרונים בדברי רש"י [נחל"ד ובחי' הגרי"ז] דאם כן להצד דלאו כיוצא בהם כלפי מה הוי תולדה, ובפשטות צ"ל דמהאב ילפינן החיוב שמירה והתולדה כמותו לענין לכתחילה שלא יזיק אבל אם הויק פטור, אך זה תלוי בנידון אם חיוב השמירה נלמד מדין חיוב תשלומים או שהוא קודם לו ומסברא ידעינן לה בכל מזיקים, ראה מש"כ לעיל בזה במתני' דשמירתן עליך מדברי הר"ח ונמו"י.

יעויין בפנ"י שהביא שמקשים העולם לרש"י דהרי במתני' מבואר דלא הרי השור וכו' אלמא אם היה כתוב רק שור היינו לומדים ממנו מבעה והיה מבעה תולדה דשור והיה חייב לשלם אלמא תולדות נזיקין כיוצא בהן. וכע"ז הקשה הרע"א [בנדמ"ח] שהרי סיפא דמתני' הצד השווה וביארה הגמ' נלקמן ו ע"א] דאתי לאתויי כמה מזיקים שחייבים לשלם כגון אסו"מ ובור המתגלגל וכו' ואם כן כ"ש שתולדות גמורים משלמים. גם בסברא יש להקשות דכיון דתולדות נזיקין דומים לאב בתכונותיהם למה לא יהיה דינם כדין האב ונילף להו בבנין אב.

וביאר הפנ"י דשורש ספק הגמ' הוא מפני שלא ידעה הגמ' תולדות דנזיקין מה הם האם הם מזיקים הדומים לגמרי לאבות דאז ודאי הוו כמותם או דהן תולדות שאינם דומים כ"כ לאבות ולכן אינם כיו"ב, וזה דמשני הש"ס בכ"ד תולדה דקרן מאי ניהו וכו' היינו דהרי אלו דומים לאב ואם כן הוו כמותם. וראה להלן בדברי הרא"ש. ואולם מדברי רש"י בהמשך הסוגיא משמע דאף למסקנא אין הכרח בסברא דמחמת הדמין לאב תשלם התולדה נ"ש [דיעויין ברש"י לקמן בדף ג ע"א ד"ה ומאי שנא וכו' ובדף ג ע"ב ד"ה והיינו שור דנראה מדבריו דתמיהת הגמ' היא דכיון שתולדות אב זה דומות לו אין סברא לומר דדוקא בהם קאמר ר"פ דאינם כיו"ב ודלא בשאר תולדות אבל אם כל תולדות היו לאו כיו"ב אין הכרח במה שדומה לאב שיהיה כמוהו<sup>14</sup>]

והגר"נ צ"ל ביאר בזה דתולדה אינה נלמדת כלל בילפותא דבבממ"צ מהאב אלא חייבת מדין 'תולדה' וביאור הדבר דבמה מצינו שייך בשני מזיקין השווים זה לזה בחומר דיניהם ואנו למדים האחד מהשני אבל התולדה אינה מזיק נוסף אלא דהיא אותו המזיק בצורה אחרת וסברה הגמ' דיש לומר דהמזיק עצמו כגון קרן המפורשת בתורה דינה חמור לשלם אבל באופן של קרן שאינו מפורש בתורה ועדיין הוא בכלל שם קרן כגון בעיטה וכיו"ב שמא קיל טפי מהאב ואינו משלם. ולזה פריך הגמ' להלן מאי

<sup>14</sup> ועיין היטב במה שיתבאר בזה להלן בהערה 34

שנא וכנ"ל דאם אמר ר"פ דיש כיוצא בהן אם כן למדנו מזה שתולדה הדומה לאב בכל צד משלמת כמותו ואם כן כל התולדות שמצינו כולם דומים לגמרי לאב.<sup>15</sup>

**שיטת הרי"ף ראה ברי"ף שביאר ספק הגמ'** כיון דמצינו דתם משלם ח"נ ומועד נ"ש וח"נ קנסא ונ"ש ממונא מספקא לן אי תם תולדתו כמוהו ואם מזיק תולדתו כמוהו. **ודברי הרי"ף צ"ב** מדוע רק אחר שנתחדש חילוקי דינים דתם משלם ח"נ וח"נ קנסא יש להסתפק בדין תולדות. **ויעויין ברא"ש שביאר** דכוונת הרי"ף דמסברא הל"ל דתולדות כאבות כיון שדומים להם לגמרי אבל כיון שמצינו חילוקי דינים במזיקים דיש משלמים נ"ש ויש משלמים ח"נ נתן על לב להסתפק אף בתולדות מה דינם. **ומשמע מלשון הרא"ש** דלא כהפנ"י שביאר דספק הגמ' הוא באיזה תולדות מיירי אלא ודאי ידעינן מה הם התולדות וידעינן שדומים לאבות ולכן מספקינן רק מכח מה שמצינו דין ח"נ. **והדברים צ"ב** דסו"ס אם דומים לאבות לגמרי מהיכי תיתי שישלם התולדה רק חצי נזק, ומה שמצינו בתם הוא מפני שתם הוא וביותר דהרי"ף מיירי למ"ד פ"נ קנסא דלדידיה תם אינו בכלל שאר מזיקים ובחזקת שימור הוא ואין דרכו להזיק [עיי' בתוס' לקמן ה' ע"ב ד"ה שכן] ואם כן אינו בכלל הצד השווה והיאך נאמר שתולדות שדרכם להזיק ישלמו ח"נ. [ונראה דאף להרי"ף אליבא דהרא"ש לא ס"ד שהתולדות יהיו תמים שתם הוא מציאות של שור שבחזקת שימור והתולדות אינן בחזקת שימור אלא דמ"מ דס"ד דכיון דמצאנו פרשת תשלומים כזו של ח"נ קנסא אפשר שאף בתולדות אף שהם מועדים יש פרשה כזו<sup>16</sup>] **עוד קשה בדברי הרי"ף** דמשמע מלשונו דאף בתם היה הספק אם תולדתו כמוהו ולכאורה היינו דס"ד שישלם נ"ש, ותמוה דמהיכי תיתי להחמיר עליו יותר מהאב וצ"ע.

**ובחידושי מרן רי"ז הלוי** ביאר דברי הרי"ף באופן אחר מכל הנ"ל, **והקדים לכ"ז יסוד** והוא דאליבא דאמת ליכא שם אבות לענין חיוב דהמחייב הוא הצה"ש שדרכן להזיק וכל המזיקים חיובם שווה ודין אבות נאמר לענין הפטורים שנשנו בהם וכדאיתא בגמ' לקמן דנכתבו האבות בקרא להלכותיהן והיינו הפטורים השונים בכל אב. ובזה ביאר דספק הגמ' הוא האם הפטורים נאמרו גם בתולדות או שהם מיוחדים להאבות ובתולדות ליכא הפטורים האלו [ונראה כוונתו דלהצד דלאו כיוצא בהם שם תולדות דידהו הוא משום שחיובם נלמד מהאב ואף שהכל משום הצה"ש וכנ"ל אבל התולדה אינה צריכה להילפותא דצה"ש אלא דין חיובה מפורש בקרא דהאב כיון שדומה לו] **ופשיטות הגמ' לספק זה היא** דשם שן היינו הנאה להזיקה וכשנאמרו פטורי שן על שם הנאה להזיקה נאמרו ואם כן אף בתולדה נאמרו כמו באב.<sup>17</sup> **וביאר הגרי"ז דזו כוונת הרי"ף** דאחר שמצינו בקרן פטור בתם יש להסתפק בתולדת קרן אם גם בה נאמר פטור זה דתם או דוקא בקרן עצמה וכן בכל המזיקים וכנ"ל.

<sup>15</sup> ועיי' במהרש"ל בשבת דף סח שהתוס' שם הקשו אמאי לא קאמר גבי מעשר דמעשר דגן תירוש ויצהר הוי אב ושאר מינים הוי תולדה ותיירץ המהרש"ל לקושייתם וז"ל דדווקא באיסור מלאכה שהאב יותר נראה למלאכה מהתולדות וכן לענין נזיקין האב נראה יותר למזיק מהתולדה משא"כ באיסור אכילה וכו' עכ"ל בקיצור. ואפשר לפרש הדברים דאף דגם נשיכה ובעיטה הוי דרכו להזיק וכן טינפה פירות אבל מ"מ עיקר שם המזיק של בהמה הוא על אכילת שן ונגיחת קרן שהם עיקר הרגילות דנזק קרן או שן וכן שאר התולדות ואם אמנם גם שאר תולדות חשיבי דרכו להזיק אבל ודאי עיקר הרגילות דהנזק הוי בצורת האב האמורה בתורה.

<sup>16</sup> והיטב מדויק כן לשון הרי"ף שנקט הספק אם תם תולדתו כמוהו ואם מועד תולדתו כמוהו, ומבואר דהגדר של תם ומועד קודם לילפותא ולמדים תם מתם ומועד ממועד ומ"מ מספקא לן דין התשלומים היאך יהיה.

<sup>17</sup> והוצרך לביאור זה ולא ביאר בפשיטות דהתולדה מקבלת הפטור ע"י בנין אב, שהרי אפשר לחייב התולדה מכח הצד השווה כגון תולדה דשן יש לנו ללמוד בהצה"ש מבור וקרן לחייבה ברה"ר והנאה להזיקה שהוא חומרא לא הוי פירכא על זה וגילוי הקרא דשן הוי גזיה"כ לפטור נאמר בשן ולא בתולדה ולזה מבארת הגמ' דדין הפטור נאמר על שם הנאה להזיקה ולא על שן עצמה ודוק.

ואולם פירוש הגרי"ז בדברי הרי"ף תמוה מאוד דבשלמא בכל המזיקים י"ל דודאי מעיקר הדין חייבים ורק גזיה"כ הוא בהאב לפטורם כגון טמון באש וכיו"ב אבל תם אינו פטור מגזיה"כ אלא דשור תם אינו בכלל הדין דהצה"ש כיון דבחזקת שימור קיימי, ולהדיא פריך בגמ' לקמן בדף ד אמתני' וכי שור דרכו להזיק ומשני במועד דכיון דאייעד אורחיה הוא. הרי מבואר להדיא דתם אין דרכו להזיק ואם כן אינו בכלל הצה"ש והיאך נפטור התולדה המועדת, ועוד קשה שברי"ף משמע דאף בתולדת מועד מספקינן אם הוי כמותו ולהגרי"ז מהו הספק ומהיכי תיתי דתולדה ח"נ ואב נ"ש.

ועוד קשה שהגרי"ז ביאר דכוונת הגמ' דקאמר מאי שנא וכו' היינו דהתולדה הוי ממש כהאב בתכונתה ולכן יש בה פטורי האב, אבל בגמ' איתא דמאי שנא שן שיש הנאה להזיקה וממונך ושמירתה עליך וכן בכולם, ומה שהשן ממונך ושמירתה עליך זה ודאי אינו התכונה הפוטרתה ברה"ר ואמאי קאמר לה כלל, ומשמע להדיא שהחיוב באנו ללמוד ולא הפטור.<sup>18</sup>

ועוד תמוה מאוד שהרי בגמ' קאמר דתולדה דבור כבור משום דמה בור שתחילת עשייתו לנזק, ולהגרי"ז צריך לומר דשם בור שפטרה בו תורה את הכלים היינו שתחילת עשייתו לנזק, ולכאורה אינו כן אלא דשם תקלה שאינו הולך ומזיק הוא שפטור בו כלים. וכוותל ואילן יוכיחו שאין תחילת עשייתו לנזק ומ"מ כתב הרא"ש להלן דפטורים בכלים משום דדמו לבור לגמרי, וכמו שביאר הגרי"ז בדבריו דאף דבעינן לאש לילפותא אבל שם המזיק דידהו היינו בור וכל דין בור להם הרי להדיא דפטור כלים אינו תלוי בתחילת עשייתו לנזק.

ועוד קשיא טובא מגמ' ערוכה לקמן דקאמר דתולדה דלאו כיו"ב היינו צרורות ופריך אמאי קרי לה תולדה דרגל ומשני לשלם מן העליה, והשתא הרי דין זה דמשלמים מהעליה חיוב הוא ולא פטור ואף גבי צרורות מצינו למילף בה מהצה"ש שאין בזה שום דין מסויים ברגל ומה שייך בזה שם תולדה להגרי"ז.

ועוד, דמשמעות דברי הרא"ש דדוקא בדין ח"נ נסתפקה הגמ' ולא בשאר פטורים ומשום שמצאנו חילוק דין זה שיש מזיקים משלמים ח"נ ויש שמשלמים נ"ש על לב שמא אף התולדות אינם כאבות ואפשר דתולדות התם משלמים נ"ש או תולדות מועד משלמים ח"נ. [ומשמע ברא"ש שאלמלי היה נמצא חידוש זה דח"נ לא היה ספק ואילו להגרי"ז הרי ראוי להסתפק מחמת פטורי טמון באש כלים בבור ופטור רה"ר בשור] ויעויין ברמב"ם בפ"ב ה"א שכתב וז"ל אחד אבות נזקים ואחד התולדות אם היה האב מועד תולדתו מועדת ואם היה תם תולדתו כמוהו וכל אבות נזיקין וכל תולדותיהן מועדין הן מתחלתן חוץ מקרן ותולדותיו שהן תמים בתחלה עד שיועדו כמו שביארנו עכ"ל ומבואר כנ"ל. וע"ע ברמב"ם פ"ג ה"ב שתולדות הבור כמוהו מועדים מתחילתן ומשלמים נ"ש וכן בפ"ד הט"ז גבי אש. ומזה מבואר להדיא דדין תולדותיהן כיו"ב הוא לשמעין גבי מועד שאין תולדתו משלמת ח"נ ולא כהגרי"ז דהנידון רק לגבי תולדת תם שמא משלמת נ"ש ואף גבי בור ואש כתב כן הרמב"ם וזה להדיא דלא כהגרי"ז דלדידיה הנידון בבור ואש הוא על כלים וטמון ולא על דעת לחייב תולדת הבור בח"נ.

ובעיקר היסוד להגרי"ז שאליבא דאמת המחייב הוא הצד השווה ודיני התולדות נאמרו לפטור, בזה יל"ע טובא [ורוב הקושיות שהקשינו לעיל הן על ביאור הגרי"ז ברי"ף ולא בעצם היסוד] וצ"ע בזה מהא דאמרין דקרי לצרורות תולדה דרגל לשלם מהעליה וגם ממה דקאמר בילפותא דתולדות דשמירתן

<sup>18</sup> ויש לפרש בזה עפמ"ש בהערה הקודמת וי"ל דהפטור והחיוב בחדא מחתא נשנו וקאמר הגמ' דהחיוב תשלומים המפורש בקרא בשן ובו איתא פטור דרה"ר נאמר גם בתולדה שהרי נאמר על תכונת הנאה להזיקו שהן ממונך ושמירתה עליך ואף התולדה היא כמו"כ וגם עליה מיירי קרא דתשלומים שבו נכלל הפטור דרה"ר.

עליך דזה משמע דהחיוב ילפינן. אך בסברא צ"ב שהרי באמת מהצד השווה ילפינן כל שדרכו להזיק ואם כן מה שייך תו שם אב ותולדה לחיוב ואינן אלא לפטור וצ"ע. ואפשר דגדר הצה"ש אינו שהמחייב הוא דרכו להזיק אלא כל שם אב הוי מחייב בפני עצמו ומהצה"ש ילפינן שאם ימצא עוד מזיק כזה שיש בו הכללים הנ"ל אף הוא יחייב ואם יהיה אב חדש היינו שתהיה לו תכונת מזיק אחרת מכל אלו באמת יהיה אב חדש הנלמד מהצה"ש ואם ימצא מזיק אשר לו תכונת אחד מהמזיקים המפורשים בתורה יהיה תולדה ודוק. ועוד יתבאר להלן בע"ה בסוגיא בדף ה ע"ב.

ובפשוטו היה נראה לפרש כוונת הרי"ף אליבא דהרא"ש דזה היה פשוט להרי"ף דכיון דאיכא שם תולדה ודאי משלם דאל"כ למאי קרי ליה תולדה [ולא היה מסתבר לו לפרש דדין תולדה הוא כלפי חיוב השמירה – עיין לעיל בדעת רש"י] ולכן ודאי דחייב לשלם ואם כן מהו ספק הגמ' אלא דכיון דמציינו כמה פרשיות ודיני תשלום בנזיקין כגון גופו ומעליה ונ"ש וח"נ אפשר לדון דשמא תולדה דאינה עיקר המזיק המפורש בתורה נשתנה דינה בתשלומים. ויל"ע במש"כ הרי"ף דס"ד דתולדה דתם אינה כמוהו ובפשוטו וכן נקט הגרי"ז היינו שישלם נ"ש, ובשלמא בהא דתולדה דמועד ס"ד דישלם ח"נ י"ל דתולדה קיל מהאב [וראה לעיל בשי' רש"י בזה] אבל להחמיר על התולדה טפי מהאב מנ"ל וצ"ע. ומורינו רה"י שליט"א פירש דכוונת הרי"ף דתולדה דמועד אפשר שתשלם ח"נ ותולדה דתם תיפטר לגמרי. [נזה שלא כמש"כ לעיל שהרי"ף מיאן לפרש כרש"י דיש תולדה הפטורה לגמרי ולדרך זו אף הרי"ף מודה בה אך לא ניחא ליה לפרש דתולדה דמועד יפטר לגמרי ודוק]

בגמ' אבל במחוברת אימא כולה מועדת ראה ברש"י שפירש דס"ד דמועדת אורחיה הוא. וצ"ב דהרי אין אורחיה של השור לנגיחה כדאיתא בגמ' לקמן דף ד דשור תם אין דרכו להזיק, וצ"ל דכלפי תלושה חשיב אורחיה דהוי טפי רגיל, או דס"ד דהוי אורחיה והפסוק מגלה המציאות שאינו אורחיה. והתוס' תמיהו דמנא לן לחייב נ"ש אי מתלושה דיה כתלושה ואי משאר אבות הרי קרן גריעא לפי ר"ת וכו' עיין בדבריהם. וצ"ב מדוע הקשו קושיתם רק לפי ר"ת דלקמן, ועיין במהר"ם.<sup>19</sup> ומזה הוכיחו דמחוברת אינו אורחיה בכך ופירשו סוגיין דלא היה באמת ס"ד לחייב אלא התנא הוצרך לפרש וכו'. [ובדברי התוס' ע"ע בגנזי הגר"ח ח"א סי' לו ובחי' הגר"ח החדשים על ב"ק בסי' ג]

ובדעת רש"י י"ל בב' אופנים, א) דילפינן לה משאר אבות, והתוס' שהקשו לר"ת הקשו אבל לרש"י לשיטתו לא קשיא [ראה בכ"ז בהערה 19 לעיל ב) יעויין בשיטמ"ק שכתב וז"ל והרב ר' יצחק בר אברהם

<sup>19</sup> שביאר דהנה יעויין שם בגמ' דפרכינן מה להנך שכן מועדים מתחילתן, ולמ"ד אדרבה קרן עדיפא וכו' ויעויי"ש בתוס', אבל רש"י שם כתב דמ"ד קרן עדיפא לא איתפרש היכא, ואפשר דסבר דמה להנך שכן מועדים מתחילתן הכוונה כפשוטו דבקרן איכא פטור תמות בנגיחות ראשונות, ומ"ד קרן עדיפא היינו דאעפ"כ חמור טפי כיון שכוונתו להזיק דזה מבטל הקולא דאינו מועד מתחילתו. והתוס' שם אמנם הקשו שהרי אלמלי דכתיב קרן היינו לומדים קרן משאר מזיקים והיה אף הוא מועד מתחילתו, אבל י"ל דלא היה ס"ד שלא תכתב פרשת תמות אלא דפרשת שור מועד לא תכתב ונילף לה משאר אבות וא"ש.

ולפי זה הכא לק"מ קושית התוס' דאנן בעינן למילף קרן מחוברת משאר אבות ואלמלי דקרא דנגיחה קאי על מחוברת גם פרשת תמות לא כתיבא בה, וליכא למפרך דמה לשן ורגל שמועדים מתחילתן דזה גופא באנו ללמוד שמחוברת תהיה מועדת מתחילתה כמותן. ולפי"ז י"ל דהתוס' שהקשו אזלו לשיטתם שם שפירשו כר"ת, אבל לרש"י לשיטתו לק"מ.

ולפי זה מתפרש מה שתירצו התוס' דהתנא קמ"ל שלא נטעה לומר דאורחיה הוא אבל לא יכלו לפרש דהפסוק מלמד זאת דאם כן יקשה בדף ה למה לא אתיא קרן מכולהו הרי בלא פסוק היה אורחיה ועל כרחין דבסברא ידעינן דלאו בחזקת שימור קאי ולכן הכא פירשו שהתנא בא לאפוקי מסברת הטועים אבל הפסוק אינו נצרך לזה ודוק. ועיין היטב בתוס' תלמיד ר"ת ור"א [נדרס בקובץ מפרשים החדשים] שמבואר כן. והמהר"ם ביאר בע"א.



פירש דלא נאמר דיה כתלושה דטעמא דתלושה דאינה מועדת עד תלתא זימני משום דלאו אורחיה אבל מחוברת כיון דאורחא הוא נחשוב פעם ראשונה כתלושה שלש פעמים י"ל דילפינן לה מתלושה. **עב"ל**, וצ"ב במה פליג עם התוס' שהקשו דדיו כתלושה, ונראה דקושית התוס' תלויה במחלוקת ראשונים, דיעויין במתני' לקמן בדף טו ע"ב דאיתא התם דהזאב והארי והדוב וכו' מועדין להזיק, וביארו התוס' שם נדף טז ע"א ד"ה והנחש] דאלו כוונתם להזיק כקראן אבל אורחיהו בכך, וכתבו התוס' דילפינן להו מרגל ולא מקראן דאף שכוונתם להזיק דמו לרגל משום דאורחיהו בהכי ופטורים ברה"ר. ואולם יעויין במ"מ בפ"א ה"ו מנז"מ שכתב בדעת הרמב"ם דהנך מזיקים מדין קראן הם חייבים אלא שמשלמים נ"ש מתחילתן לפי שמועדים הם. ומבואר מדבריו דשייך דין קראן אף בדבר שאורחיה בכך אם עשו מעשה קראן והיינו שכוונתם להזיק. וכך גם משמעות שיטת רש"י,<sup>20</sup> ולפי זה אף כאן גבי מחוברת דאף דאורחיה הוא ליכא למימר בזה דיו אלא הוה קראן מועדת מתחילתה וחייבים נ"ש אפילו ברה"ר. ועיין בחי' הראב"ד בדף ה ע"ב שהקשה היאך ילפינן שאר אבות מבור וקראן דאם כן יהיו תמים בתחילתן ותירץ דכיון דאורחיהו הוא ילפינן להו מקראן מועדת. וזה מתאים היטב עם שטת הרמב"ם.<sup>21</sup> [ועיי"ש במהרש"א שתי' באופ"א ואזיל בשיטת התוס']

ובחי' מרן רי"ז הלוי כתב לבאר סוגית הגמ', ויסוד דבריו על פי מה שהובא בשמו לעיל דאחר דאיכא הצה"ש אין המחייב מחמת שם האב כגון קראן וכו' אלא המחייב בכל המזיקין הוא הצה"ש וכל דין אבות ותולדות הוא לענין דינים המיוחדים ומסוימים לאב זה דהיינו הפטורים, וביאר הגרי"ז דזו הס"ד שיהיה תלושה בח"נ ומחוברת כולה מועדת והיינו אף דמחוברת אין אורחה בנגיחה מ"מ ההלכתא דפטור תמות לא נאמרה בה אלא בתלושה וילפינן חיובה בכל גווני מהצה"ש. והוסיף הגרי"ז דאף דמבואר בגמ' בדף ה ע"ב דקראן שאין אורחיה בכך לא הוי בכלל הצה"ש ולא ילפינן לה משאר אבות

<sup>20</sup> יש שדייקו כן מדבריו רש"י במתני' שם בדף טו שפירש שמועדים לנשיכה ולא כהתוס' שמועדים לטריפה ואכילה אבל אינו מוכרח דשמא סובר רש"י דאורחיהו אף לנשיכה, אך יעויין ברש"י בדף י ע"א ד"ה דש בנירו, דמבואר מדבריו דכוונתו להזיק אף כשאורחיה בכך תולדה דקראן הוא ודלא כתוס' בדף טז שכתבו דכוונתו להזיק ואורחיה [כגון ארי ודוב] הוה תולדה דרגל, והתוס' לשיטתם בדף ה ע"ב דגדר שם קראן למ"ד פ"נ קנסא הוא בשם משונה ואף משונה שאין כוונתו להזיק הוי קראן [כ"כ התוס' דף טו ע"ב ד"ה והשתא] וכוונתו להזיק ואורחיה הוי רגל [כמש"כ התוס' בדף טז ע"א הנ"ל]

ובשורש המחלוקת בין התוס' להרמב"ם [ורש"י] אפשר שהתוס' ס"ל דתמות ומועדות מגוף הלכתא דקראן הם ולא יתכן קראן מועדת מתחילתה וכן איפכא שן תמה ומשונה אי אפשר דגוף דין המזיק דקראן הוא התמות ומועדות [וכמו שנקט הגרי"ז בזה דתמות הוא מכלל דיני האב דקראן] אבל הרמב"ם סובר דהלכתא היא דאורחה בכך מועד הוא וכשאינו אורחיה הוי תם ואינו מדיני קראן אלא שהתורה לא חייבה מזיק שאין דרכו בכך בנ"ש ולכן קראן בבע"ח שמועד מתחילתו ישלם נ"ש. ויתבאר עוד בסוגית הגמ' להלן. וראה בהערה הבאה באופן אחר בשיטת התוס' עפ"ד הר"פ.

<sup>21</sup> ואולם צ"ע בזה בדבריו התוס' ר"פ דבסוגיין הקשה כהתוס' דנימא דיה כתלושה ואולם לקמן בדף יט ע"ב גבי ספק הגמ' בכשכשה באמתה הקשה הר"פ דממ"נ אם אורחה בכך פשיטא דפטורה ברה"ר ואי לא הרי היא קראן אף אם אין כוונתה להזיק, ותירץ דודאי אורחה בכך 'ומכל מקום כיון דמחמת דיצרה קא תקפה מכשכשת יש לו לדמותו לקראן דהוי כקראן מועד' ומשמע מדבריו ככל הנ"ל בדעת הרמב"ם דאפשר ללמוד פעם ראשונה באורחה מקראן מועדת. ושמא קושית התוס' דדיה כתלושה ענינה הוא דסו"ס אף דודאי יש לדמותו לקראן מועד איכא הסברא דדיו שלא מצינו באב דקראן חיוב נ"ש בפעם ראשונה, ואה"נ אף התם בכשכשה באמתה תשלם ח"נ בפעם ראשונה ומ"מ דמיא לקראן מועד ללמוד חיובה ונ"מ דחייבת ברה"ר ודוק. ואף לפי זה על כרחנו שנחלקו התוס' עם הרמב"ם שהרי אף בארי וחבריו נימא דים כשור שאינו משלם נ"ש בפעם ראשונה.

[וכמו שהקשו התוס'] מ"מ אחר שנתפרש חיוב קרן תלושה הרי אף אלו שלא אורחיה הן בכלל הצה"ש.

**והדברים צ"ב** בדפשות הך דינא דתמות [למ"ד פ"נ קנסא] אינו פטור מגזיה"כ שנוכל לומר דאינו בתולדה, אלא דמעולם לא נכנס בכלל חיובא דמזיקין לפי שאין דרכו להזיק [והר"ח בדף טו ע"א כתב גם דאין כלל חיוב לשמור על שור תם] והא דחייב ח"נ הוי קנס מחודש כי היכי דלינטר לתוריה אבל אינו בצה"ש עם שאר מזיקים וחיובו שונה ונפרד, **ובמתני' איתא** הצה"ש שבהם שדרכם להזיק ופריך בגמ' לקמן בדף ד וכי שור דרכו להזיק ומשני במועד **הרי להדיא** דשור תם אין דרכו להזיק ואינו בכלל הצה"ש דמתני'. **וצ"ל לדרך הגרי"ז** דהמשנה נקטה צה"ש של המועדים אבל אליבא דאמת יש צד השווה גדול יותר הכולל גם תם ומיניה איכא למילף אף מי שאין דרכו להזיק ואלמלי שנלמד פטורו מן האב ישלם נ"ש. **אבל הדברים תמוהים**, דבשלמא אם היינו מוצאים איזה מזיק שאין דרכו להזיק ויש עליו חיוב ממונא היה ראוי לפרש כן אבל הרי לעולם אין משלם ממונא מי שאין דרכו להזיק ואם כן מהיכי תיתי לומר שיש כאן מחייב והקנס הוא פטור הרי אין לנו שום מקור למחייב כזה, וביותר שהרי אין מקור בפסוקים דח"נ קנס הוא אלא דרב הונא ברדרי"י קאמר לה לקמן בדף טו מסברא דכיון דבדין הוא דלא לישלם כלל אלא דרחמנא הוא דחייביה כדי דלנטר תוריה הרי הוא קנס ואם כהגרי"ז דיש כאן מחייב גמור והיה ראוי שישלם נ"ש וחל דין פטור אם כן מהיכי תיתי דהוא קנס ושמא פטרתו תורה רק ממחצית הממון וצע"ג ודוק.

**ואמנם ענין דברי הגרי"ז בביאור תי' הגמ' איתא בתשובת מהר"ח או"ז בסי' קה שכתב וז"ל** אבל במחוברת אימא כולה מועדת היא נראה לפרש דאיתא מהנך וליכא למפרך שכן דרכו להזיק. דאיכא למימר תלושה תוכיה. וליכא למימר דיה כתלושה דעיקר הלימוד ילפינן מהנך. וכעין זה אמר רב לקמן דיליף אבנו וסכיננו ומשאו מבורו ושורו ואעפ"כ מחייב בו את הכלים. דעיקר הלימוד יליף משור. ובור אינו כי אם מסלק פירכא של סברא שכוונתו להזיק ובעלי חיים. ואמת שהתו' גמגמו בסברת רב. מ"מ איזו שיהיו לרב נאמר כאן. **עכ"ל**, הרי מבואר להדיא דאף תלושה תמה בכלל הצה"ש וכהגרי"ז וצ"ע. והסברא שכתב המהר"ח או"ז דכיון דעיקר הילפותא היא מהנך ליכא למחוברת דין ח"נ יסוד הסברא מבואר ברא"ש בדף ו לקמן בשם יש מן הגדולים [ויעויין בחי' הגרי"ז באורך וגם ביאור המהר"ח או"ז בסברת רב נמצא גם בחי' הגרי"ז שם] אך כאן מאוד צ"ב לומר כן דאם מחוברת אין דרכו להזיק [כדמבואר להדיא מדבריו] ותלושה אין דרכו להזיק וגם תרווייהו כוונתם להזיק מהיכי תיתי דעיקר הלימוד משן ורגל שאין תלושה דומה להם בשום צד נואם אי אתה אומר כן אם כן אליבא דאמת תשלם נשיכה נ"ש ונילף לה מהנך וצע"ג. ואף מלשון המאירי במתני' משמע דאף קרן תמה בכלל הצה"ש שכתב שם וז"ל **שהצד השווה שבכולן הוא שדרכן להזיק לפעמים כגון הקרן במועד והארם בישן והשאר בכל צד וכו' עכ"ל** ומדבריו נראה שהטעם לכלול תם בהצה"ש הוא דכיון שהשור פעמים שדרכו להזיק סגי בזה אף גבי תמותו לכלול בהצה"ש וצ"ע בזה.

**בדברי הרשב"א בסוגיין ק"ל אדרבא אימא איפכא כולה תמה היא וכו' דברי הרשב"א צ"ב טובא** דמהיכי תיתי דנימא כולה תמה היא, ולומר דכולה מועדת אפשר משום דאורחיה בכך טפי מתלושה נוכדחזינן מהרשב"א עצמו שכתב בתירוצו דק"ו הוא] אבל כולה תמה מהיכי תיתי שיגרע מתלושה, וגם מאי גרע מכל תולדות דקרן שיש להם העדאה. וגם דהרי מקור חיובה מתלושה ומהיכי תיתי לחלק בילפותא. **ויעויין בחי' רבי לייב [סי' ג] שביאר** דבקרן איכא ב' אבות: א) קרן תמה שדינה לשלם ח"נ. ב) קרן מועדת שמשלם נ"ש. ובקרן עצמה איכא דין נוסף 'העדאה' היינו שאחר ג' נגיחות הופך השור מתם למועד וס"ד דדין זה לא נאמר במחוברת וממילא או דכולה תמה היא או דכולה מועדת.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> **ועדיין צ"ב** דסו"ס מאי שנא מכל תולדות דקרן שילפינן גם דין העדאה מקרן ומחוברת אינה משונה טפי מתלושה וכו"ל. **ונראה בזה דבר חידוש** דלחק ס"ד דקרא מיירי בתלושה י"ל דמחוברת אינה תולדה אלא אב שאינו

[שם דספיקי דידהו להחמיר בענין ספק נזיקין יבואר להלן אחר דברי הרשב"א] שם ואי קשיא לך וכו' מסתברא וכו' בנזקי דבור וכו' דע דמכ"ד הרשב"א מבואר דדוקא בק"ו אין עונשין מן הדין אבל בבמה הצד עונשין [ראה לעיל בע"א שהבאנו מחלוקת ראשונים בזה] ולכן ראית הרשב"א ממתני' היא רק מדיוקא דמתני'.<sup>23</sup> ועיקר סברת הרשב"א גבי בור צ"ב דממ"נ אי עונשים ממון מן הדין מאי איכפת לך דבור חידוש, ואי לא אם כן אף בשאר מזיקין. והיה מקום לומר דעיקר הסברא היא דאין לך בו אלא חידושו ולשון א"ע מן הדין לאו דוקא. אך יש להוכיח דאינו כן דהרי לקמן בדף ו ילפינן מבור וחד מהנך כמה מזיקים כגון בור המתגלגל אסו"מ בראש הגג והשתא קשיא היאך אפשר ללמוד מבור נימא אין לך בו אלא חידושו. וע"כ צ"ל דרך בק"ו לא ילפינן לפי שאין עונשין מן הדין אבל בבנין אב אפשר ללמוד ומוכח דסברת אין לך בו אלא חידושו באה להצטרף עם הכלל דא"ע מה"ד וצ"ע.

שם ועדיין יש להקשות וכו' ותירץ ר"ת הרשב"א הביא תירוצ' ר"ת [שאינו בתוס' לפנינו] שביאר דסוגיין אתיא כמ"ד פ"נ ממנוא וקרן הוי דרכו להזיק ולכן אפשר ללמוד משאר מזיקין. וצ"ב מדוע נילף משאר מזיקין ולא מתלושה דדמיא לה טפי וי"ל. ולפי דרך ר"ת לכאורה אין מקום לקושית הרשב"א לעיל דאימא כולה תמה היא שהרי דרכה להזיק וילפינן לה משאר מזיקין, ואולי יש לדחוק שהרשב"א הקשה קודם שביאר סברת ר"ת ותירץ קושיתו ואח"כ הוסיף דעדיין קשה וכו' ולכן בהכרח צ"ל כר"ת וממילא א"ש גם קושיא הראשונה.

שם ומ"מ השתא נמי דכתיב קרני ראם וכו' אף התלושה בתמה וכו' ס"ד דהרשב"א דלמסקנא תלושה כולה תמה היא והוכיח שאינו כן מדלא קאמר לה הגמ' בהדיא ועוד דלא גרע מנשיכה וכו' שמשלם במועדת נ"ש אף ברה"ר. ומאוד צ"ב מה הס"ד דתלושה כולה תמה היא והא מהיכי תיתי לחלק ומאי ס"ד דאינה בכלל תולדות ואם סבר דגרע ממחוברת ומנשיכה אם כן לפטר לגמרי. ועוד תמוה מאוד שהתנא הביא בברייתא קרא דצדקיה כדי ללמדנו שהוא בכלל נגיחה דקרא והיכי ס"ד דהרשב"א שישלם ח"נ לעולם והרי קרא דתמות ומועדות קאי אף אתלושה כדמבואר בברייתא. ובאמת יעויין בתוס' ר"פ שהקשו דהשתא למה הביא התנא קרא דצדקיה ותירץ דאלמלי קרא היה ס"ד דתלושה תפטר לגמרי [וגז"צ צ"ב דמאי גרע משאר תולדות דקרן, ושמא הוי משונה טובא וצ"ע] ועכ"פ מבואר מדבריו כנ"ל שהתנא לימד שתלושה בכלל אב דקרן וצ"ע. עוד יש לדקדק במש"כ הרשב"א דלכל הפחות הוי תולדה כנשיכה ונגיפה ואם היה הס"ד דתלושה משונה טפי ממחוברת ומשו"ה לעולם תמה היא אם כן מאי ראיא מנשיכה. ומש"כ הרשב"א דהוי כתולדות דמשלמים נ"ש 'אפילו ברה"ר' צ"ב כוונתו בזה.

כתוב בפרשה להדיא, ודוגמא לזה מדברי התוס' לקמן בדף ג ע"א ד"ה לא וכו' שכתבו דאף דבור דכתיב בפרשה להדיא הוא בור י' מ"מ בור ט הוי אב לנזקין מסברא, ונראה דאף הכא הוא כן ומחוברת להס"ד הוי אב, ול"ד לשאר תולדות שהם ע"י מעשה הדומה לאב אבל כאן הוי עושה מעשה האב עצמו אלא שהפסוק לא מיירי בו, ויעויי"ש בתוס' שכתבו דבבור ט ליכא פטור כלים משום דקרא דגזיה"כ דכלים לא מיירי בו ואף דבאסו"מ איכא פטור כלים דילפינן לה מבור י' הרי חזינן דאב שאינו מפורש בקרא אינו כתולדה ויתכן שלא יהיה בו דיני האב המפורש בקרא וה"נ הכא נימא דהלכתא דהעדאה ליכא במחוברת ולכן דן הרשב"א אם תהיה כולה תמה או כולה מועדת ודוק.

<sup>23</sup> שמשמע דחמור מקל ילפינן, וצ"ב היכי דייק לה ממתני' וצ"ל דכיון דקאמר לא ראי השור כראי המבעה והיינו דשור חמור טפי מה הוצרך התנא לבאר דלא כראי המבעה ראי השור הרי אם שור חמור טפי כבר אי אפשר ללמוד שור ממבעה נמי דא"ע מן הדין.

בסו"ד הרשב"א ומסתברא וכו' צ"ע מאי קמ"ל והרי אפילו מועד לקרן ימין לא הוי מועד לקרן שמאל וכו"ש מנגיחה לבעיטה,<sup>24</sup> ועיין בהשגת הראב"ד בפ"ב ה"א שבתחילת דבריו הבין כוונת הרמב"ם דמועד לאב הוי מועד לתולדה והקשה עליו מקרן ימין ופירש כוונת הרמב"ם באופ"א, וע"ע בחי' רבי שלמה.

בדברי הרשב"א בענין ספק נזיקין צ"ב מדוע ספק נזיקין להחמיר הרי הוי ספיקא דממונא אם חייב לשלם או לא, וצ"ל שהספק אינו רק כלפי חיוב תשלומים אלא באנו ללמוד מחוברת אף לענין חיוב שמירה, ובוה סברא דהוי ספיקא לחומרא. ויעויין בברכ"ש בסי' ב שביאר דיסוד דין חיוב שמירה ואיסור מזיק לפינן לה מקרא ד'ולא ישמרנו' נוכח מבואר כדבריו בר"ח לקמן בדף טו ע"א] ופטורי המזיקים מתחלקים לשני אופנים דבטמון באש איכא פטור תשלומים אבל אין מיעוט מחיוב שמירה ואיסור מזיק אבל בשו"ר ברה"ר אף איסור ליכא ואינו מחויב לשמור על בהמתו.<sup>25</sup> ובקרבן תמה ביאר הגר"ד דהוא מיעוט בחיוב שמירה ואיסור מזיק ולכן כשאנן מספקינן במחוברת אם הוי כולה תמה או כולה מועדת הוי ספק בעצם הדין לכתחילה אם יש בזה חיוב שמירה או לא ובוה הוי ספיקו לחומרא.

ועדיין צ"ב דכיון דהוי ספק נימא דלכתחילה אסור להזיק ובדיעבד אם הזיק פטור נוכחו בכל ספק איבעיא בנזיקין דלכתחילה אסור מספק ובדיעבד פטור עיי"ש בברכ"ש באורך בזה] ובוה ביאר הגר"ד בשם הגר"ח דמש"כ הרשב"א ספק נזיקין להחמיר אין הכוונה דאנן מספקא לן לדינא אלא דהספק הוא היאך לדרוש הפסוק ובוה באה הסברא דכיון דספיקא להחמיר דרשינן הפסוק לחומרא וממילא הוי כולה מועדת וחייב לשלם. וכעין שכתבו התוס' לקמן בדף ג ע"א דמדה היא בתורה דכל היכא דמקשינן מקשינן לחומרא.<sup>26</sup>

ובקרבן תמה עדיין צ"ב בגדר הפטור היאך אפשר לומר דהוא פטור מהשמירה הרי סו"ס חייב ח"נ וכי מחוייב בחצי שמירה, ויעויין שם בברכ"ש שביאר דכשמיעטה תורה קרן לחצי נזק הוי מיעוט בחיוב שמירה דאינו בכלל ושמירתו עליך רק לענין חצי נזק, והדברים סתומים מה שייך לומר דהוי בכלל שמירתו עליך למחצה וממ"נ. ובפשוטו י"ל דקרן תמה באמת ליכא חיוב שמירה כלל ומה דמשלם ח"נ קנס הוא ולכן הוי ספק בעיקר המחייב. ויעויין בחי' הגר"ח שנדפסו כעת מחדש על ב"ק סי' ב ובסי' ד ושם מובאים הדברים באורך ומבוארים היטב ושם לא נזכר ענין זה דהוי בכלל שמירתו עליך למחצה, וכפה"נ שהברכ"ש כוונתו לבאר ענין זה גם למ"ד פ"נ ממונא דלדידיה הדין תמות הוי מיעוט וממה שחייב ח"נ חזינן דדין שמירה איכא ואין מובן לתירוץ הרשב"א ולזה פירש דהוי מיעוט דהוי כחצי מזיק והיינו דמיעטה תורה דכלפי חצי נזק אינו בכלל חיוב שמירה ואינו מזיק כלל וצ"ב]

<sup>24</sup> ויש לדון היכא דנגחה רבצה ובעטה דמסתברא דלא הוי מועדת ולא דמי לשור חמור וגמל דהכא שלשה מזיקים הם ובוה דמסתברא דלא דמיא לקרן ימין שאם יש לבהמה שלש קרנים אפשר דסגי בפעם אחת לכ"א מהן ודוק.

<sup>25</sup> יעויי"ש שהוכיח כן מדברי התוס' בדף כא וראיתו צ"ב. ובפשוטו הוא תלוי במחלוקת הראשונים בגדר פטור רה"ר דלהרי"ף הוא משום דאורחיה ולהתוס' מגזיה"כ ואכ"מ.

<sup>26</sup> התוס' שם הקשו על מאי דאיתא התם 'הי מייניהו מפקת' דאדרבה בממון ניזול לקולא ותירצו דמדה היא בתורה, והנה נראה דאף להס"ד דהתוס' דין מקשינן לחומרא אינו מספק דבכמה דוכתין בש"ס מוכח דהוא דין ודאי אלא דס"ד דהדין מקשינן לחומרא הוא מדה מחמת דין ספד"א לחומרא ולכן ס"ד דבממון אינו כן ותירצו דאינו שייך לזה אך הרשב"א באמת סבר כהס"ד דהוא מדה בתורה אלא ששורשה הוא בדין ספק איסור לחומרא ולכן תירץ כאן דספק נזיקין להחמיר ועי"ז הוי דין ודאי כמש"כ הברכ"ש [ובענין לחומרא מקשינן ע"ע בגמ' וברמב"ן ורשב"א בקידושין דף סח דמבואר דהוי דין ודאי ומפני חומר האיסור ועיין בגמ' בשבת דף פג ע"ב דבאיסור דרבנן לקולא מקשינן דמזה משמע דיסוד הדין דלחומרא מקשינן הוא מחמת ספד"א לחומרא ומ"מ הוי דין ודאי כדמוכח מהסוגיא בקידושין ולהדיא בראשונים שם ומבואר כנ"ל, ויתבאר עוד להלן בדף ג ע"א בדברי התוס' שם בע"ה]

**בסתירת דברי הרשב"א ויעויין בחי' הרשב"א לקמן** בדף ג ע"א דאיתא בגמ' התם דהי מינייהו מפקת והקשה הרשב"א שהרי אדרבה נימא הי מינייהו מעיילת דהמוציא מחברו עליו הראיה ועיי"ש מה שתירץ, וזה להיפך מדבריו כאן שכתב דספק נזיקין לחומרא ומפרשין קרא לחומרא, וצע"ג. ויש ליישב אי נימא דחייב שמירה ידעין בכולהו מזיקין בלא הצה"ש ואם כן התם הספק הוא רק לגבי תשלומים ובזה ספק ממון לקולא, ומשא"כ גבי מחוברת דלהצד דתנמה היא ליכא עליה חייב שמירה או דאיכא חייב שמירה למחצה כמש"כ הברכ"ש, וע"ע בחי' רבי לייב ובחי' רבי ראובן בכ"ז.

**בגמ' תולדה דקרן מאי היא וכו' ראה ברש"י ד"ה בעיטה** שפירש דאלו הוו תולדה דקרן משום דכוונתם להזיק ואין הנאה להזיקם ואין הזיקם מצוי תדיר [ומש"כ דאין הזיקה מצוי תדיר אין כוונתו שאין דרכם להזיק אלא שאינו מצוי תדיר כמו רגל שהזיקה מצוי טפי משאר אבות] **ומשמע מדברי רש"י** דגדר קרן תלוי במה שכוונתה להזיק ואין הנאה להזיקה אבל היכא שיש הנאה להזיקה לעולם אינו קרן [ומסתמא לא שייך שיהיה כוונתו להזיק וגם הנאה להזיקה דהנידון הוא מדוע עושה את הדבר אם להנאתה או להזיק] **וכן מבואר** מדברי רש"י בד"ה רבצה שביאר דרבצה לשברן.

**ויעויין ברש"ש שתמה ע"ד רש"י** מהגמ' לקמן בדף טו ע"ב דאיתא התם דכלבא שאכל אמרי משלם ח"נ וכתבו הרא"ש ונמו"י שם דמגמ' זו מוכח דכל משונה אף אם יש הנאה להזיקא ואין כוונתו להזיק הוי תולדה דקרן. **והרש"ש ביאר דרש"י כתב כאן למ"ד פ"נ ממונא, והוא עפ"י דהתוס' לקמן** [דף טו ע"א ד"ה השתא וכו'] שכתבו דחלוק שם וגדר קרן בין מ"ד פ"נ קנסא למ"ד ממונא, **דלמ"ד קנסא שם קרן הוא 'משונה'** ולא איכפת לן כלל אם כוונתו להזיק או לא דכל משונה אף ביש הנאה להזיקה הוי קרן, **ועוד כתבו** [דף טו ע"א ד"ה והנחש וכו'] דהיכא דהוי אורחיה אף שיש כוונה להזיק הוי תולדה דרגל. **אבל למ"ד פ"נ ממונא** שלדידיה אף קרן בעלמא אורחיה הוא **שם קרן הוא 'כוונתו להזיק'** וכה"ג הוי קרן באורחיה בכך אבל היכא שהיה משונה פטור לגמרי לדידיה.

**אבל צ"ע לפרש כן** בדעת רש"י כי למה יפרש רש"י גמרינן שלא כהלכתא דקיי"ל פ"נ קנסא, **וגם דכע"ז ביאר רש"י לקמן** בדף יט ע"ב דאיתא התם במתני' דבהמה שאכלה כסות וכלים משלמת ח"נ **וביאר רש"י שם** [בגמ' בד"ה שונרא] 'אבל כסות וכלים וכו' לאו אורחיה למכלינהו אלא מתכוין להזיק' עכ"ל. **וכן ברש"י בדף י ע"א ד"ה דש בנירו** ביאר דכוונתו להזיק הוי תולדה דקרן יעויי"ש וצ"ע בכ"ז, וראה בהערה.<sup>27</sup>

<sup>27</sup> **ולעומת זאת צ"ע** מה דאיתא ברש"י בכמה דוכתין דמשונה תולדה דקרן היא, ובדף יח ויט בכיצד הרגל כתב כן הרבה פעמים ולכאורה צריך לפרש דבכל הנהו כיון דמשונה ממילא כוונתו להזיק כמו שכתב רש"י גבי כסות וכלים [ובאמת במתני' דכסות וכלים נמי פירש רש"י דהוי קרן משום דמשונה] [בד"ה משלמת ח"נ] ובגמ' גילה סודו דע"ז הוי כוונתו להזיק. [וכ"כ המהרש"ל שם בדף טו לדעת התוס' דלמ"ד פ"נ ממונא יפרש מתני' דכסות וכלים משום כוונתו להזיק ולא משום משונה]

**אבל זה קשה מהרבה מקומות, חדא** מכלבא דאכל אמרי דודאי אם אכלם להנאתו אכל, **ועוד קשה** בגמ' בדף כ ע"א דאכלה מעל גבי חברתה בקופצת דהוי משונה משלם ח"נ ובודאי אין כוונתה להזיק דעצם האכילה אורחה רק דעשתה כן ע"י קפיצה, **וכן ברש"י בדף כג ע"א ד"ה דסתם מבואר** דאם חתירת הכלב לדלת הוי שינוי משלם ח"נ על החררה אף שאכילת החררה מסתמא להנאתו הוא. **וכן ברש"י דף יח ע"ב ד"ה והא משונה** והתם להנאתה הוא כדמסיק שם רש"י להלן ומ"מ אינו תולדה דרגל או שן [עיי"ש ודוק]

**ובאמת דשורש המבוכה בזה הוא בסוגיות הגמ' עצמה**, דבסוגיין איתא מה קרן שכוונתו להזיק וכו' ואם כן משונה שאין כוונתו להזיק היאך הוי תולדה דקרן הא איכא למפרך מה לקרן שכוונתו להזיק. **וזה קשיא גם לשיטת התוס', ויעויין בגליון תוס' לר"א מטוך** [נדפס בספר שיטת הקדמונים לב"ק] בדף כא שעמד בקושיא זו דכל משונה שאין כוונתו להזיק היאך ילפינן מקרן ועיי"ש מש"כ לתרץ ואינו מובן. **ובגמ' בדף יט ע"ב דנה הגמ' בכשכשה** בזנבה אי

בגמ' נשיכה תולדה דשן היא וכו' יעויין ברשב"א שביאר דלהס"ד דגמ' דהוי תולדה דשן פטור ברה"ר ומשלם נ"ש בפעם ראשונה, ואולם יעויין בתוס' ר"פ שדקדק בלשון הגמ' להלן דאמרין אלא דתולדותיהן לאו כיו"ב דקאמר ר"פ אהייא, וכתב דמשמע דאי נשיכה היה תולדה דשן הוה נחא משום דלא היתה משלמת אלא חצי נזק כיון דאין הנאה להזיקה והיה תולדה לאו כיו"ב. וצ"ע דממ"נ אי לא דמיא לשן אם כן מהיכי תיתי לחיובא כלל ואי לא ס"ד לחלק חצי נזק מנא לן נוי"ל לשיטת הרי"ף בפירוש הבעיא דהכא כיון דשונה מהאב נשתנה דינה] ועיי"ש בר"פ לעיל שכתב דהוי תולדה דשן לפי שאינה דומה לקרן כיון שהשן עושה ההיזק וצ"ע.

בגמ' מאי שנא קרן דכוונתו להזיק צ"ע לפי זה בכל משונה שאין כוונתו להזיק שכתבו הראשונים דהוי תולדה דקרן [כ"כ התוס' בדף טו ע"ב למ"ד פ"ג קנסא וכן כתבו הרא"ש ונמו"י שם וכן כתב הרשב"א בסוגיין דמשונה דהנאה להזיקו הוי קרן] היאך ילפינן לה מקרן הא איכא למפרך מה לקרן שכוונתו להזיק. ועיין בגליון תוס' לר"א מטוך [נדפס בספר שיטת הקדמונים] בדף כא שעמד בזה [ועיי"ש מה שתירץ וכוונתו נעלמה ואפשר שנשתבש הלשון שם וצ"ע]

רש"י ד"ה ואגב אורחיה עיין ברע"א [הנדמ"ח] שדקדק בדברי רש"י אמאי נקט מועד להריגה, וראה להלן בשיטת הרמב"ם.

תוד"ה ומילתא אנב אורחיה וכו' מבואר מדברי התוס' דמועד לשלשה מינים הוי מועד לכל מינים, ויעויין במ"מ בפ"ו ה"ט מנז"מ שהוכיח מדברי הרמב"ם שם שאינו מועד אלא לשלשה מינים שנגח, ולפי זה א"א ליישב סתירת הסוגיות כהתוס', וראה עוד להלן בשיטת הרמב"ם.

שם בתוס' מבואר מדבריהם דאם נגח שור חמור ואדם הוי מועד לאדם. ויעויין בנמו"י בסוגיא שם בשם הרמ"ה שסובר דאף כה"ג אינו מועד לאדם, ומדברי הנמו"י שם משמע דלבהמות נהיה מועד כה"ג ורק לאדם אינו מועד, וצ"ב דממ"נ אי מצטרף אף לגמרי יצטרף ואי לא אף לבהמות אין כאן העדאה. ועיין בחי' רבי שלמה בס' יג שעמד בזה, ועיין שם בהגהת הגרמי"ל שליט"א שביאר בפשיטות דיש כאן

הוי תולדה דקרן כיון דכשכוש יתירא לאו אורחיה הוא, וצ"ע דבפשטות אין כוונתה להזיק, ותיכף להלן שם דנה הגמ' בכשכשה באמתה אי יצרא קא תקיף לה חשיב כוונתו להזיק והוי תולדה דקרן או דלמא לא הוי כוונתו להזיק ואינו תולדה דקרן, והוא פלא דמ"ש משאר משונה, ואי הוי אורחיה אם כן יקשה להתוס' למ"ד פ"ג קנסא מה הספק וצ"ע.

וברש"י בדף מח ע"ב ד"ה דחזא ירוקא דמשונה שאייעד לכך הוי שן ועל כרחין אין כוונתו להזיק דאם כן באייעד נמי הוי קרן. אבל תמוה מאוד דאם כן אף באייעד אמאי חזר להיות שן ולא הוי כקרן מועד, ומזה נראה דשיטת רש"י היא דמשונה הוי תולדה דקרן רק בשלש נגיחות ראשונות, וכן משמע להדיא מלשון רש"י בכתובות דף מא ע"ב ד"ה משונה וכו' וז"ל שם: משונה הוא - אין דרכו בכך וכל נזק משונה בבהמה הוי תולדה דקרן תמה שאף היא משונה שאין דרכה בכך. עכ"ל ומבואר מזה הדין והטעם דבאמת גדר קרן הוא כוונתו להזיק אלא דבמשונה הוי תולדה דקרן תמה שהיא דומה לה שאף היא משונה ואף ביש הנאה להזיקה כל שהיא משונה לא דמיא לשן אלא לקרן וא"ש היטב רוב הקושיות.

ויעויין בגמ' בדף מא ע"א דרבעה וקטלה אינו תולדה דקרן לפי שאין כוונתו להזיק ועיי"ש בתוס' שביארו דהתם אורחיה הוא ול"ד לכשכשה באמתה דאיכא שינוי קצת וצ"ע בכוונת דבריהם. ועיין עוד במהרש"ל בדף טו ע"ב מש"כ לבאר להתוס' דלמ"ד פ"ג ממונא משונה פטור לגמרי ומתני' דאכלה כסות וכלים אינו משונה אלא כוונתו להזיק ולכן משלם ח"נ וצ"ע דכל הגמרות דמשונה נוקמא למ"ד קנסא ויעויין בדף כב ע"א דאפיך מיפך וכו' דהוי משונה ומשלם ח"נ והתם רב פפא עצמו אמר לה והוא בעל המימרא דפ"ג ממונא, וצ"ע רב בכ"ז. ועיין בשיעור הגר"נ הנדפס בספר אהל ישעיהו שהאריך בגדר שם קרן.

העדאה לכל לפי שראינו שאינו מבחין בין מינים והכל הוא נוגח אבל כלפי המעלה המיוחדת של אדם בזה עדיין תלינן במקרה ודוק.

שם בתוס' וה"ר מנחם פירש וכו' יעויין בסוגיא שם בדף לז דמבואר בגמ' לדעת רב זביד נהסובר דהוי מועד לבהמה שאם חזר בו מבהמה מהני החזרה ופירש כך מתני' דהתם דקתני מועד לאדם ואינו מועד לבהמה היינו שחזר בו. ויעויין ברע"א שתמה על דברי התוס' דידן שכתבו דחזרה דבהמה לא מהני והוא היפך דין הגמ' ואמנם התוס' כתבו כן לר"פ אבל מנא להו דפליגי בזה וגם דפליגי בסברות הפוכות דלר"ז הוי העדאתו מכח העדאת האדם ומ"מ מהני לה חזרה וכ"ש לר"פ דמיירי שהועד לבהמות עצמם מכח שנגחם ואח"כ חזר מבהמות כ"ש דתהני חזרתו והניח רע"א בקושיא.

ועמר בזה כבר בשיטמ"ק שם בסוגיא [בד"ה קא משמע לן וכו' מגליון] ותירץ דהתוס' מיירי באופן שהיה מועד לבהמה וגם לאדם ובזה לכו"ע לא מהני חזרה אך הסוגיא דהתם מיירי באופן שהועד לבהמה ע"י העדאת אדם [לר"ז] ובזה מהני חזרת בהמה. והמגיה ברע"א שם בחי' בדף לז הרגיש בסברא זו בסו"ד וכתב דלשון הגמ' לא משמע כן וכוונתו דאיתא התם בגמ' כגון שהיה מועד לאדם ומועד לבהמה ומשמע שנגח בהמות ואולם יעויין שם בתוס' שמפורש להדיא דכוונת הגמ' שהועד לבהמה ע"י העדאת האדם.

אמנם צ"ב הסברא לחלק בזה דאדרבה איפכא מסתברא אם העדאה שע"י אדם מהני לה חזרה אף שהוי העדאה אחת כלפי אדם ובהמה מהני חזרה לחציה כ"ש אי אינו מועד אלא ע"י נגיחות הבהמות ומה שהועד עקר, וצ"ל דבאמת כשנהיה מועד לבהמה ע"י העדאת האדם ואח"כ ראה ג' בהמות אינו חזרה כלל אלא דאגלאי מילתא שמעולם לא הועד לבהמות אלא לאנשים אבל הכא ודאי הועד וכשחזר מבהמה לאו חזרה היא ופשוט. ואמנם זה דחוק בלשון הגמ' דאיתא התם דחזר מבהמות ולהנ"ל לאו חזרה היא.

עין ברמב"ם בפ"י ה"ג שפסק שם דמועד לבהמה הוי מועד לאדם והמ"מ שם הקשה מסתירת דברי הרמב"ם בפ"ו ועיי"ש בלח"מ שהקשה מסוגיין ועיי"ש מש"כ ליישב ועיין בחידושי רבי שלמה הנ"ל ועיין שם בכס"מ דיש לחלק בין מועד להריגה למועד להיזק וכ"כ בפסקי הרי"ד דף לז, ולפי זה יש מקום לתרץ שיטת רש"י מקושיית רע"א לעיל, ונימא דרש"י רצה לישב קושית התוס' מהסוגיא בדף לז ולכן העמידה במועד להריגה דבזה לכו"ע מועד לאדם הוי מועד לבהמה.

#### דף ג ע"א

רש"י ד"ה אידי ואידי וכו' כתחילה וכו' בפשוטו כוונת רש"י דאם היה השחת חוזר כדמעיקרא נמצא שלא ניזוק הבעלים כלל ולכן פירש שלא היה כתחילה, וראה בתוס' שהקשו על רש"י שאף הבעלים היה יכול לקצור השחת לעצמו, ובגליון אלפס כתב [נדפס בסוף הגמ' בדף נח בדפי הרי"ף] דבאמת אם היה השחת גדל כתחילה מודה רש"י דמשלם הכל דחשיב מכליא קרנא אלא דסברת רש"י דכיון שנפסד הפירות ולא יצמחו בכתחילה לכן לא היה הבעלים קוצר השחת כדי שלא להפסיד איכות פירותיו. [ואמנם לכאורה זה נראה דוחק בדעת רש"י שמשמעות הפשוטה של דבריו היא שהנזק מחמת שאינו צומח בכתחילה אבל באמת אין כאן דוחק כלל דכוונת רש"י פשוטה שאם היה צומח בכתחילה הרי מצד הפירות העתידיים ליכא נזק כלל והן אמנם באופן כזה יש נזק מחמת השחת אך נזק זה הוא מכליא קרנא ולכן פשוט שהגמ' לא דיברה על זה ודוק]

והתוס' שלא חלקו בזה נראה סברתם פשוטה שהרי יש לו לבעלים עתה שחת ששוה מעות בשוק ויכול למכרה והוי מכליא קרנא גמור ומה שלא היה עושה כן לפי שהוא סבור להרויח טפי אינו פוטר המזיק, הגע

עצמך הרי שהזיק שה קטן של הבעלים שאם ישהנו הבעלים עד שיגדל ירוויח טפי מדמיו וכי אין כאן מכליא קרנא על גוף השם. **ואולם צ"ע בדעת התוס'** שהרי הניחא לגבי שווי השחת אבל שמא הפסד הפירות שלא יהיו כתחילה גדול טפי משווי השחת ואותו הפסד אינו מכליא קרנא. **וגם בדעת רש"י צ"ב** שהרי הפסד הפירות שלא יצמחו אין כאן אלא גרמא ובהכרח דחייב מחמת שקלקל השחת ושחת שראויה לצמוח לפירות טובים שווה טפי אבל זה הרי מכליא קרנא שהשחת כלתה ואיננה.

**ויש לחקור היכי דיינינן להאי דינא** האם דנים ההפסד שנעשה בשחת עצמה שכלתה אותם הבהמה או שדנים ההפסד שנעשה כאן לערוגה וצמחיה שניזוקו באכילת הבהמה, **ולכאורה בזה תליא מחלוקת רש"י ותוס'**, דהתוס' דנו השחת כדבר בפ"ע ולכן כיון שיכול היה הבעלים לקצורם ולקבל ממון עליהם נמצא זה מזיק גמור ומכליא קרנא, אך רש"י דנו כמי שהזיק הערוגה והפסידה ואנו דנים הפסד הערוגה וכיון שחוזרת וצומחת ורק דנפסד איכות פירותיה לא הוי מכליא קרנא. **ושמענו בשם הגר"נ זצ"ל** שביאר כן, ואמר שרש"י ותוס' לשיטתם לקמן בדף נח ע"ב ראה בהערה.<sup>28</sup> [ובזה ניחא מה שתמהנו בדעת רש"י לעיל דממ"נ השחת שאכלה הוי מכליא קרנא והפסד הפירות אינו אלא גרמא והשתא ניחא דהנוק הוא לא השחת ואף לא הפירות העתידיים אלא הנוק שנגרם לערוגה שיש לו שלא תצמח באיכות טובה כבתחילה וזה הוי לא מכליא קרנא]

**ודרך אחרת בשיטת רש"י נתבארה בשם הגר"ח** נדפס בספר הזכרון אהל ישעיהו וכן בחידושי הגר"ח על ב"ק החדשים ראה בהערה,<sup>29</sup> **ועיין עוד באהל ישעיהו בשם הגרש"ר** [נדפס בחלק ההערות על הדף בדף ג ע"א]

<sup>28</sup> דאיתא התם במתני' דשמין בית סאה באותה שדה ואיתא בגמ' דשמין אותה בששים עיי"ש"ה בסוגיא שנחלקו רש"י ותוס' דרש"י סובר דכל ערוגה שאכלה אינה נישומת בפני עצמה אלא שמין בית סאה שבה הערוגה] כמה ניזוקה ואת שווי הבית סאה שמין בשדה של ששים סאים והתוס' תמהו עליו מנא לן הני ב' שומות ופירשו דשמין מה שאכלה על גב ששים עיי"ש בדבריהם.

ובדעת רש"י י"ל דהשומא אגב בית סאה אינה בגדר שומא בלבד אלא דהחפצא הניזוק אינו הפירות שאכלה אלא דנים את המזיק כמי שהזיק וקלקל שדה במה שהחסיר ממנו ערוגה. ולכן החפצא הניזוק הוא הבית סאה, ומלבד זה נתחדש בגמ' שכשאנו באים לשום את ערך השדה נשומנו לפי אחד בששים שזה דין שומא, אך התוס' ס"ל דלעולם החפצא הניזוק הוא הפירות ורק דהשומא היא ע"ג ששים וממילא אין מקום לשתי שומות כרש"י ודוק.

וע"ע ברש"י בדף ו' סוע"ב שכתב שם שבהמה שאכלה מערוגת הקדש פטורה שאין מעילה בקרקעות ובאחיעזר [ח"ג סי' נ] תמה שהרי כשאכלה פירות תלושים אכלה ואמאי חשיב קרקעות, ולהנ"ל י"ל דרש"י לשיטתו בסוגיין.

<sup>29</sup> הגר"ח חקר אם המחייב בניזקין הוא הפסד הממון שנגרם לבעלים או חיסור החפץ עצמו מבעליו והכריע דהחייב הוא לשלם את החפץ שחיסר אלא דבמקום שאין הפסד ממון לבעלים ליכא מחייב כלל. ולפי זה ביאר הגר"ח דברי רש"י באופן מחודש והוא דאם היה צומח כתחילה לא היה חייב לשלם לו מאום אבל עתה שצומח שלא כבתחילה חייב לשלם לו כל דמי השחת שאכלה וגם אין מקוים שווי הפירות שיצמחו במקום מה שאכל. וכתב הגר"ח דאותו חלק הנוק שהוא אינו עתיד לחזור זה חשיב באמת מכליא קרנא והנוק שעשה לו שכן יחזור בפירות שיצמחו [שאף את זה חייב לשלם וכנ"ל] זה חשיב לא מכליא קרנא ועל זה בעינן קרא דושילח. ונראה ביאור דבריו דהוקשה לו בסברא מה טעם לא חשיב מכליא קרנא מחמת שיצמחו פירות הרי סו"ס לא יצמחו כבתחילה ולזה חידש דאף כנגד מה שיצמחו חייב לשלם וחלק זה הוא לא מכליא קרנא.

**ודן הגר"ח לפי זה באחד שהיו לו ב' ספרים שהם יקרי המציאות וכ"א שווה חמש מאות זוז ובא אחר ושרף האחד מהם ועתה השני שווה אלף זוז** [ע"י ששרף את הראשון שעתה הוא יחיד מסוגו] אם חייב לשלם ודן הגר"ח דהמזיק פטור כיון דליכא הפסד כלל אבל אם ישווה הספר השני עתה תשע מאות זוז חייב זה לשלם כל החמש מאות זוז שהזיקו דכיון שיש כאן הפסד חייב להשיב החפץ שהזיק כולו [והיינו דהמחייב ויסוד התביעה הוא הפסד



**התוס'** פירשו דלא מכליא קרנא היינו שטינפה פירות להנאתה, ויעויין ברשב"א שהקשה על דבריהם מהגמ' ששואלת דהשתא דאוקמינן ושילח ארגל אם כן שן דלא מכליא קרנא מנא לן, ותמה הרשב"א שהרי תולדה דשן היא כדאיתא בגמ' לקמן דטינפה פירות הוי תולדה דשן ואם כן מאי מקשה הגמ', ואי נימא דאלמלי קרא לא היינו לומדים זאת משן דעלמא שהיא מכליא קרנא אם כן זו לא תולדה אלא אב שהרי מפורשת היא מהקרא וכמו דאזלא ממילא דרגל הוי אב ולא תולדה כיון דילפינן לה מקרא. ויעיי"ש שמכח קושיא זו פירש כרש"י. וצ"ב בדברי הרשב"א מאי ס"ד דהוי תולדה הרי לא מכליא קרנא קילא טפי וא"א ללמדה ממכליא ועוד דזה היה יכול להקשות אף לרש"י דליהוי תולדה ומדבריו משמע דקשה רק להתוס'.<sup>30</sup>

**וביאר בזה הגר"נ זצ"ל** דחלוק גדר מכליא קרנא בין רש"י לתוס' דלהתוס' הוי חסרון בצורת המעשה דמעשה דלא מכליא לא דמי לצורת שן שהיא מבערת ומכלה הכל ולכן הקשה הרשב"א דלכא"פ הוי תולדה, אבל לרש"י הקולא היא במה שהנוק פחות חמור שלא נתכלה חפץ הניזוק וכיון שעל נזק כזה לא מצאנו שחייבה תורה ודאי לא שייך ללמדו כתולדה ופשוט. אך אינו מובן עדיין מה ההכרח לדעת התוס' לפרש דמכליא קרנא הוא רק דין בצורת ההיזק ולא בגוף ההיזק הרי בטינפה פירות גם ההיזק הוא היזק דלא מכליא קרנא. [ולפי' הגר"ח בדעת רש"י ניחא קושיא זו ודוק]

**ועיי"ש בהמשך דברי הרשב"א** שנראה מדבריו שפירש כרש"י אבל סובר שאף אם תצמח כתחילה מ"מ חייב לשלם לבעלים והדברים שם צ"ב, גם ראיתו מהירושלמי אינה מובנת וכבר כתב בגליון אלפס שנראה שנפל שיבוש וחסרון בדברי הרשב"א. ובחי' הגר"ח בספר הזיכרון אהל ישעיהו פירש דברי הרשב"א לדרכו עיי"ש וצ"ע.

**בגמ' סד"א אידי ואידי אשן וברש"י יל"ע בכוונת הגמ'** האם מסברא היינו מעמידים הפסוק רק במכליא קרנא או שמא מחמת משמעות הלשון ד'וביער' דמשמע מכליא הוה הס"ד כן. ונחלקו בזה ראשונים, דעת התוס' דמחמת משמעות לשון 'וביער' הוא דמוקמינן לה במכליא קרנא, כך מבואר מדבריהם [בד"ה והא] וכן הוא להדיא בתוס' ר"פ [שנחלק בזה עם רש"י]

**ודעת רש"י נראה** [מדבריו בד"ה אידי ואידי] דאם היה כתוב רק פסוק אחד בכלן לשון היינו אומרים דמיירי במכליא קרנא ובשלחה שלוחי, וכן כתב להדיא הרשב"א [וראה להלן בשיטתו בזה] ואולם מצינו בזה סתירה בדברי רש"י שבד"ה אידי ואידי מבואר מדבריו כנ"ל אבל בד"ה מה רגל וכו' מבואר ברש"י דכל הטעם להעמיד במכליא הוא ממשמעות לשון וביער. וכבר עמד בזה התור"פ [שהקשה ע"ד רש"י מהגמ' דמבואר דילפינן מרגל ואם כן בהכרח דקרא דושילח כולל תרווייהו רק ב'וביער' ממעטים לא מכליא] ויעויין במהרש"א על התוס', שכתב בתחילה לבאר דעת רש"י דבאמת בכל חד קרא הוה מוקמי לה

---

הבעלים אבל מהות החיוב היא להשיב החפץ עצמו כולו וע"י דמים מתקיים השבת החפץ אבל המחייב הוא לא העדר החפץ הניזוק אלא הפסד הבעלים.

**ובסברא אינו מובן** דממ"נ אם צריך לשלם עבור ההפסד אם כן ישלם את ההפסד ואם צריך לשלם עבור החפץ אם כן גם בלא הפסד ישלם וצ"ע. ומיהו מצינו כע"ז בחיוב נהנה דבלא חסרון אינו משלם כלל אבל אם נחסר המהנה אפילו בפרוטה משלם הנהנה את כל שווי ההנאה וביאר שם הגרש"ש דאם לא נחסר זה הרי לא חשיב שלקח ממנו הנאה אך כשנחסר חשיב לקיחת הנאה וחייב לשלם כולה ואף כאן יש לפרש ע"ד זה ודוק וצ"ע.

ולדרכו של הגר"ח משלם דמי מה שאכל ואינו מנכה מזה מה שצימח, ומשא"כ להדרך שנתבארה בפנים שמשלם הפסד הערוגה או הפסד ההפרש בין מה שהיה למה שצמח אח"כ.

<sup>30</sup> ואמנם אליבא דאמת לא קשיא לרש"י די"ל דכיון דילפינן לה מן המקרא הוי אב כמש"כ הרשב"א אבל ברשב"א, משמע דעיקר הקושיא דליהוי תולדה קשה לו רק על התוס'.

במכליא אבל ממה ששינתה תורה לכתוב חד קרא בלשון ושילח וחד קרא בלשון וביער חזינן דאתי לרבוויי רגל אף בלא מכליא, והקשה המהרש"א דזה אינו שהרי על כרחך בא השינוי בלשון שאל"כ היינו מעמידים תרי קראי אשן כדאיתא בגמ' להדיא, ועיין בפנ"י בשיטת רש"י וצ"ע.

**ודעת הרשב"א** ביסודו הוא כרש"י דמסברא אית לן לספוקי דקרא מיירי דוקא במכליא קרנא וכן דוקא בשילח ולא באזלה ממילא. ונתקשה הרשב"א לדרכו בהא דאמרין בגמ' דילפינן שן דלא מכליא מרגל דאדרבה מנא לן דרגל חייב בלא מכליא דלמא חיובה דידה דוקא במכליא, ותירץ הרשב"א דסתם רגל אינה מכלה אלא דורסת ומקלקלת הכלים, וכן נתקשה איפכא גבי רגל דממילא דילפינן משן ומנ"ל דשן אף באזלה ממילא חייב, ובוזה תירץ הרשב"א דאיכא תרי קראי לשן חד קא ד'וביער' ועוד רישא דקרא דכתיב 'כי יבער איש' עיי"ה בכ"ד הרשב"א בסוגיין. [אך דברי הרשב"א תמוהים ממסקנת הסוגיא דאמרין דתרוויהו מצינן למילף מ'ושילח' ובעינן וביער לאזלה ממילא ותמוה שהרי מקרא ד'וכי יבער' ילפינן אזלה ממילא ואמאי צריכינן תו לקרא ד'וביער' וצ"ע ג.]

**ובעיקר נידון הסוגיא איכא לעיונא** מדוע לא נילף שן דלא מכליא קרנא מאש ובור ולמה צריך על זה קרא, ויעויין בחזו"א שהרגיש בזה וכתב דאה"נ אבל אז היה פטור בלא מכליא בפטורי בור [כגון אדם] ואי הוי עיקרו אש היה פטור בטמון. ועוד כתב דהיו פטורים לגמרי דזה בכלל להלכותיהם דשן שפטורה בלא מכליא קרנא. ולכאורה שני התירוצים תלויים במחלוקת הראשונים הנ"ל דאי מסברא ממעטינן לא מכליא קרנא ולא ממשמעות 'וביער' אם כן אינו בכלל להלכותיהם וילפינן לה משאר אבות אבל אם הוא ממיעוט הקרא [כדמוכח מהתוס'] אזי פשוט שא"א ללמדו משאר אבות [אלא דצ"ב דבגמ' סו"ס יליף לה מרגל אך יעויין ברשב"א שאינו בממ"צ אלא ילפותא מהא דכללם הכתוב בקרא אחד דכי יבער איש]

**ואולם צ"ע** להצד דמסברא לא ידעינן היכא דלא מכליא אם כן באמת בבור אש וקרן מנא לן אליבא דאמת דחייבים כה"ג [וא"ת דילפינן משן ורגל הניחא בקרן אבל בבור איכא למפרך דהנך הולכים ומוזיקים] ולהצד דממשמעות הקרא ממעטינן לה קשה איפכא דנילף לה מקרן ובור.<sup>31</sup> וצל"ע.

שם ברש"י ראה בגליון הש"ס, ועיין בפנ"י שעמד בזה ותירץ.

תוד"ה דומיא דרגל וכו' דהא דמקשינן וכו' כוונתם להא דאיתא בגמ' [יבמות ח ע"א וקידושין סח ע"א] דכשאפשר להקיש לחומרא או לקולא אנן לחומרא מקשינן ולזה ביארו כ"ז באיסורא אבל לא בממונא. ודברי התוס' צ"ב מהיכן פסיקא להו בקושיהם דהך כללא דלחומרא מקשינן נאמר דוקא באיסור ולא בממון. ונתפרשו דבריהם בתוס' תלמיד ר"ת שביאר דהך כללא נקטו התוס' בפשיטות דהוא משום דספק איסורא לחומרא ולכן מקשינן לחומרא אבל ממון שספיקו לקולא לא נימא דמקשינן לחומרא.

**ויעויין בחי' הרע"א החדשים כאן** שהביא בשם הפמ"ג דהך דינא הוא בגדר ספק דבאמת לא ידעינן כיצד לאקושי ומקשינן לחומרא מספק דספד"א לחומרא. ותמה עליו הרע"א ממסקנת דברי התוס' דהוא מדה בתורה ועיי"ש עוד משה"ק על הפמ"ג. ותימה שלא הקשה הרע"א מהגמ' ביבמות הנ"ל דשם

<sup>31</sup> ומש"כ החזו"א דהיה פטור בנזקי אדם כבור אינו מובן דאיכא למילף לה מקרן [ולומר שהיה תם בתחילתו בלא מכליא זה אינו לדעת הסוברים דמועד מתחילתו ילפינן מקרן ומ"מ משלם נ"ש פעם ראשונה – ראה בזה לעיל בסוגיא דקרן מחוברת-] וגם אינו מובן כלל בסברא מש"כ דאז היה חייב מדין בור דאדרבה ודאי היה חייב מדין שן רק דהיינו למדים דשן הוא גם בלא מכליא דומיא דהנך וצ"ע. ושמא סובר החזו"א דודאי מוביער איכא מיעוט על לא מכליא וס"ד דמ"מ יחול עליו שם אב דבור ולכן יתחייב אך זה דחוק וצ"ע.

מוכח להדיא שהוא דין ודאי [דמקשינן כל עריות לאחורא לפטרם ליבום ולא לאחורא להתיירה ליבום משום דלחומרא מקשינן ומפורש במשנה דפטורות מחליצה אלמא דין ודאי הוא] וצ"ע.

**ואמנם לכאורה להס"ד בתוס' כן הוא** שהוא מדין ספק אך נראה דאין כוונת התוס' לזה אלא כמש"כ הגר"ח הו"ד בברכ"ש בסוגיא דקרן מחוברת דבכללי הלימוד יש הכלל דאזלינן חומרא מדין ספק"א לחומרא אך מכאן זה הדין ודאי ודרשינן כן הכתוב באופן דלחומרא וכעת הדין ודאי ומ"מ הכלל לדרוש כן הוא מחמת דבעלמא ספק לחומרא אף הבא לדרוש פסוק דורשו לחומרא וכך ניתן מסיני דתתפרש התורה על פי החכמים הדורשים אותה ומחמת שיש להם לדרוש לחומרא דורשים כן וחל דין ודאי [כ"נ לבאר דברי הגר"ח ודוק] **ומסקנת דבריהם** דהכלל דדרשינן לחומרא הוא מדה בתורה שנתקבלה ולא מחמת דספק לחומרא.<sup>32</sup>

**ועיין בתוס' תלמיד ר"ת שהקשה עוד** דאף אי נימא דדרשינן לחומרא אף בממון אבל הכא לא שייך כלל קולא וחומרא דכל חומרא בממון לאחד היא קולא לשני וכן להיפך ואם כן הכא מ"ט תדרוש לחומרא למזיק וקולא לניזק אימא איפכא, **והניח בקושיא. ועיין היטב בתוס' ר"פ שכלל כ"ז בקושית התוס'** וביאר דלר"ת נידח אף קושיא זו דלהעמיד הממון בחזקתו הדין קולא ולהוציאו הדין חומרא.<sup>33</sup>

**ויעיין ברשב"א שהקשה** בהמשך הסוגיא דאמרינן הי מינייהו מפקת והקשה הרשב"א דנימא הי מינייהו עיילת דהמע"ה. **ונראה כוונתו** כהס"ד דהתוס' דהיכא שיש לנו לדרוש הפסוק לחומרא ולקולא ראוי בממון לדרשו לקולא דיפטר המזיק לגמרי [ובתורת ודאי כדברי הגר"ח] **וזה מתאים היטב** עם קושית הרשב"א לעיל בקרן מחוברת דנימא כולה תמה היא משום דספק ממון לקולא והיינו דדין ספק מכריע האופן לדרוש הפסוקים.

**ואולם קשה בסתירת דברי הרשב"א** דלעיל תי' דספק נזיקין לחומרא והכא הקשה כן בפשיטות דהוי לקולא, וכבר נתבאר לעיל דהכא אף אי לא מפורש חיוב רגל או שן בתורה יש איסור להזיק כמו דחזינן במתני' דדין שמירתן עליך קודם להצה"ש ואחר שנתגלה באחד ממזיקי ממון דחייב לשלם ידעין דכל ממון המזיק איסור הוא. וממילא הכא הספק הוא רק לגבי תשלומין ומשא"כ התם דהספק הוא גם לגבי חיוב שמירה כמש"כ הברכ"ש שם. **ומדוקדק כן בלשון הרשב"א** שהקשה הקשה דהמע"ה והתם הקשה דספק ממון לקולא והיינו דהתם דמיירי כלפי הלכתחילה אם מחוייב לשמור שורו לא שייך לשון דהמע"ה דהספק הוא לא כלפי הוצאת ממון אלא כלפי שמירה אבל כאן הנידון הוא לגבי תשלומין ונקט לשון דהמע"ה. **ולדעת ר"ת** דמדה היא בתורה נראה דלא קשיא כלל קושית הרשב"א הכא וכן בקרן מחוברת ופשוט.

**בגמ' תולדה דשן וכו' מינפה פירות וכו' רש"י פירשה** שנתגלגלה עליהם להנאתה, **וראה בר"ח שפירש** שמייירי שהטילה עליהם גללים וחשיב להנאתה לפי שאלמלי שהטילה היתה מצטערת, **ובגהש"ס ציין לדברי רש"י לקמן** בדף יח ע"ב ד"ה דדחיק לה וכו' שכתב שם דכל גללים להנאתה הן ומ"מ לא הוי תולדה דשן שצורות הן. **וכוונת הרע"א** דמשו"ה לא פירש כאן רש"י כהר"ח שסובר רש"י דצורות הן ותולדה דרגל ומשלם ח"נ. **ואולם יעויין בשיטמ"ק בשם תוס' שאנץ** שכתב שאין לפרש כהר"ח 'דאיזו הנאה עשו לה הפירות משאם לא היו שם וכי האי מקרי צורות תולדה דרגל פ"ב עכ"ל.

<sup>32</sup> **ויעיין בתוס' ביומא דף עב ע"א** שדנו שם כלפי הכלל דתפסת מרובה לא תפסת שסוברים שם דמקשינן לחומרא רק בספק איסור ולא כמסקנת דבריהם הכא, ומ"מ מבואר מדבריהם שם להדיא דהוי דין ודאי כמש"נ.

<sup>33</sup> והוצרך לסברת ר"ת דאל"כ היה קשה לו כקושית התוס' הראשונה דבממון נזיל לקולא ולזה תירץ כר"ת וביאר דהוצאת ממון היינו החומרא..

ומבואר דנחלקו הר"ח והתוס' שאנץ אי גדר הנאה להזיקה שנהנית מעצם ההזיק או דהפעולה נעשתה להנאתה. ויעויין לעיל ברשב"א בדף ב ע"ב שכתב דהיכא שנשכח כבר לאכלה ונפל הככר מפיה ונתלכלך חשיב שן אף שלא נהנית דמ"מ עבדה להנאתה, ויעויין במ"מ בפ"א מנז"מ ה"י שכתב דמשמעות דברי הרמב"ם דכה"ג הוי קרן ולא שן כיון שבפועל לא נהנתה וכן כתב בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש לעיל שם בדף ב דכה"ג שלא נהנתה לא הוי שן. [וצ"ע לדרכם מדוע הוי קרן הרי אין כאן כוונה להזיק וגם לא הוי משונה] ומסתברא דהיינו הך ומחלוקת הרשב"א והמ"מ היא היא מחלוקת הר"ח והתוס' שאנץ אי בעינן מעשה העשוי להנאה [כדעת הרשב"א ואז גם אין נ"מ אם נהנתה מהפירות או מעצם המעשה] או בעינן שתינה מהפירות עצמן [ואז יש מקום לומר שאם נפל מפיה ולא נהנתה אינו שן] וכ"כ הגר"נ זצ"ל דשתי המחלוקות תלויות זב"ז.

ואולם צ"ב שורש המחלוקת דסברת הר"ח פשוטה דכל שעשתה להנאתה היינו שן [וראה במאירי בריש פרקין שכתב דכל שעשתה להנאתה ולא כדי להזיק הוי שן] אמנם שיטת התוס' שאנץ והמ"מ צ"ב דאיזה סברא יש שתהא הנאתה מהפירות גופא ועוד יותר תמוה סברת המ"מ ותלמיד הרשב"א דהיכא שלא נהנתה בפועל אינו שן, ויעויין בשטמ"ק לקמן בדף ד ע"א שהעתיק שם תשובת הר"י מיגאש, והשואל בתשובה שם ביאר דחומר הנאה להזיקה הוא משום שאומר הניזק למזיק ממונא אית לי גבך לפי שהרווחת דמי המאכל וכו', [והר"י מיגאש עצמו לא ביאר כלום בגדר החומרא] ולכאורה א"א לפרשו כפשוטו שהרי פשיטא דמשלמת מה שהזיקה ולא מה שנהנית ומשנה שלימה היא בדף יט ע"ב. וגם באופן שלא נהנה הבעלים כלל נמי משלם כגון טינפה פירות ונתחככה בכותל אך אפשר דגדר הנאה להזיקה שהבהמה נשתמשה בדבר הניזק וכה"ג שנשתמשה בו לעצמה הוי גדר שן. וביאור זה בגדר הנאה להזיקו כבר עמדו בו אחרונים עיין בדברי אליעזר סי' ג ובקונטרסי שיעורים סי' ד.

תוד"ה וישן בהמות עיין במהרש"א פנ"י וחי' רבי ראובן.

רש"י ד"ה ומאי שנא שן וכו' רש"י כאן פירש דמה דאיתא בגמ' מאי שנא שן דיש הנאה להזיקה קאי אדברי רב פפא שאמר דיש מהם כיוצא בהם ויש בהם לאו כיוצא וע"ז קאמר דמאי שנא דמוקמת לה אשן דוקא הרי כמו דהאב יש הנאה להזיקו וכו' אף התולדה. והגר"נ זצ"ל למד מזה דאין כוונת הגמ' שהתולדה נלמדת מהאב בממ"צ אלא דתולדה היא היא מזיק דהאב אלא דכיון שאינה מפורשת בקרא תולדה היא, ולכן פירש רש"י דמאי שנא היינו דמאי שנא משאר תולדות דאבות ואולם דברי רש"י בזה צ"ע ראה בהערה.<sup>34</sup>

<sup>34</sup> דהנה כע"ז ברש"י להלן בע"ב בד"ה היינו שור וכו' מאי חזית לאוקמי מילתא דר"פ אתולדה דבור וכו' ואולם צ"ע בזה דלעיל בע"ב ד"ה מאי שנא קרן ביאר רש"י מאי שנא קרן דמיחייב והיינו דהגמ' באה ללמוד החיוב בתורת בממ"צ וכן כאן להלן בד"ה מאי שנא רגל ביאר רש"י דמיחייב. וביותר תמוה דאף בע"ב בד"ה היינו שור הנ"ל כתב רש"י דמאי חזית לאוקמי מילתא דר"פ אבור מאי שנא בור דחייב שכן תחילת עשייתו וכו' הרי מפורש בשלישית ברש"י דפשט הגמ' 'מאי שנא' הוא מאי שנא בור מהתולדות וכמו שכתב גבי רגל וקרן וזה סותר להדיא למש"כ רש"י כאן 'ומאי שנא שן מהנך'

אך נראה בזה קושט דברי אמת דכל דברי רש"י כאן אינם דיבור בפ"ע וטעות המדפיסים היא, וכ"ז הוא המשך הדיבור הקודם וסמך לזה דבגמ' גרסינן 'מאי שנא' בלא ואו וברש"י איתא 'ומאי שנא' אלא דברי רש"י הם המשך ד"ה נתחככה וכו' דהיינו דומיא דשן שיש הנאה להזיקה ומאי שנא שן מהנך וכו' וכ"ז דברי רש"י עצמו הן ולא פירוש דברי הגמ' 'מאי שנא' ודבריו כאן מתאימים היטב עם מש"כ להלן בע"ב וגם אינם סותרים את דבריו בקרן ורגל. וכוונת דבריו בזה דכל דברי הגמ' הם המשך אחד דכלפי שאמר המקשן דכי קאמר רב פפא אשן ורגל מתמהינן אדבריו דהרי תולדה דשן היינו נתחככה שיש הנאה להזיקה והרי כה"ג איכא למימר דמאי שנא שן דמיחייב וכו' ואם כן מדוע תאמר דהיינו תולדה דשן ודוק. וזה ממש כמש"כ רש"י להלן בע"ב דמאי חזית דמוקמת

בגמ' תולדה דרגל וכו' בשליף שעליה יעויין בחזו"א [בסי' יא סק"ד ונדפס בחי' המסכת לקמן בדף כב ע"ב] ובאמר"מ [סי' לו ס"ק ג] שהקשו מדוע לא נחייב השליף שעליה משום אש כמו שמצינו לקמן בדף כב ע"ב לדעת התוס' שם שדליל הנקשר ברגלי תרנגול חייב בעל הדליל משום אש. ונ"מ בזה דיתחייב אשליף אפילו ברה"ר שהרגל פטורה, ותיירץ החזו"א דכיון דעיקרו הוי רגל והוי תולדה דרגל א"א לחייבו משום אש וכמו בכל הלהלכותיהן שאין לשאול דנחייב שו"ר ברה"ר מצד השווה דקרבן ובור דחלקו פרשה לעצמם וה"ה גבי שליף. וכ"כ האמר"מ ואולם הדברים צ"ב דהניחא אם היה הנידון לחייב הבהמה משום אש אבל אנו באים לחייב השליף וכלפי הזק שעשה השליף אינו בתורת רגל כלל, הגע עצמך הרי שהיתה הבהמה של אחד והשליף של אחר ונבוא לתבוע בעל השליף וכי יתחייב משום רגל, וצ"ע. אך נראה דבשליף שעליה ובטל לה אין תורת שמירה על השליף בפ"ע וכחלק מהבהמה הוא חשיב, ואם השליף של אחר ונתנו לבעל הבהמה על כרחו בעל הבהמה מתחייב בנוקין דבכלל שמירתו עליך דבהמתו גם אביזריה ועד כמה שהיא פטורה אף הם כמותה ודוק. אך עדיין צ"ע בעגלה מושכת בקרון דמבואר בגמ' יז ע"ב דהוי תולדה דרגל והתם הקרון הוי מוזיק שלם דאש ולמה נידון כרגל וצ"ע

ובחי' רבי שלמה בסי' א דן לחלק דליל הרי אינו כגופה ממש אלא דמכח גופה הוא מכה ומוזיק [דמה"ט חשיב צרורות] ומשא"כ הכא שהוא כגופה ממש [וכה"ג חייב נ"ש ולא הוי צרורות בריש פ"ב] אבל נתקשה בסברא בזה דסו"ס יש כאן מוזיק דאש ולהיכן אזל.<sup>35</sup>

בגמ' אילימא אב' י' ובור ט' ביאר רש"י דאב' י' משום דבכך דרכו להמית והיינו דהגמ' ידעה שבור ט פטור ממיתה מה"ט ולכן סברה דהוא תולדה ולא אב, וצ"ב דאם כן מאי פריך דכתיב והמת יהיה וכו' וקים להו לרבנן, הרי כבר בס"ד ידענו דקים להו כך לרבנן כמש"כ רש"י ומ"מ דחתה הגמ' דלא י' כתיבי וכו' ומה משני דקים להו לרבנן, ויעויין בחי' רבי לייב שעמד בזה וביאר דלהס"ד הוי כפטור אונס מחמת שאין דרך הבור להמית ומשני דהוא שיעור בשם בור דשם המזיק המחוייב במיתה הוא בור י' וכלפי נזיקין גם בור ט חשיב מוזיק.

בגמ' זה אב למיתה רש"י ביאר בזה שתי לשונות, האחת דמקרא דרשינן נמי בור ט נוצ"ב אופן הדרשא ודוק [ועוד דקראי לא מיירי דוקא בי' אלא דבור ט ידעינן לה משום דלא מחמת הבור מת, ולל"ב דרש"י צ"ב לשון הגמ' דזה אב למיתה דהרי באמת אין כלל שתי פרשיות אלא דכיון דבמציאות מעולם לא הבור הזיקו לכן פטור והוי כולה חדא אב למיתה ולנזיקין אלא דלא משכח"ל מיתה וכנ"ל גמ' ודאי מסתברא שלא במקרה מת עתה אלא בהצטרפות נזק הבור עם סיבה נוספת ולמה יפטר, והגר"נ וצ"ל ביאר בזה דכיון דהוי בהצטרפות עוד סיבה אין הבור חשוב כ'בור' לענין מיתה ודוק] ודרך שלישית בזה להתוס' עיין עליהם, והרשב"א ותוס' ר"פ פירשו ע"ד הירושלמי דילפינן לה מקראי יתירי דתרי בור כתיבי.

---

מילתא דר"פ אבור מאי שנא בור וכו' הרי דה'מאי חזית' שכתב רש"י הוא הסבר לקושית הגמ' ד'מאי שנא' וכו' ודוק.

ואחר כ"ז דבר גדול למדנו מדברי רש"י והוא דבאמת האי מאי שנא דאיתא בגמ' אינו סיבה בפ"ע להכריח דתולדות האב כמותו, ואף שדומים לו בכל היה מקום למר שאינם כמותו אלא דכלפי דאמר ר"פ דיש כיוצא בהם ויש שאינם כיו"ב בזה פריך מדוע תהא תולדה דשן דוקא לאו כיו"ב הרי מאי שנא שן דמיחייב וכו' ואם כן מדוע תהא זו לאו כיוצא בה וכמו שביאר הגר"נ, ולפי"ז מוכח מרש"י דלא כדברי הפנ"י שביאר דהס"ד דגמ' דלאו כיו"ב הוא משום דלא ידעה הגמ' מאי ניהו תולדות.

<sup>35</sup> אך מסתברא בזה דכה"ג שהשור בכחו מוזיק ע"י השליף אין על השליף שם מוזיק כלל דפעולת ההיזק אינה מתיחסת אליו ול"ד לכחו שהדליל הולך למקום אחר ומוזיק ודוק. ונ"מ בין שני טעמים אלו היכא שנסתבכה הבהמה באיזה דבר שאינו מתשמישיה וגררתו והזיק דכה"ג לביאור החזו"א הוי אש ולביאור שכתבנו הוי רגל ודוק

תוד"ה לא י' וכו' ה"א דוקא בור ולא שיה וכו' ענין במהרש"א שביאר דאין כוונתם לחלק בין בור לשיח אלא דבור היינו עמוק הרבה ולא שיח ומערה שאינם עמוקים הרבה, וכו' להדיא בתוס' ר"פ וברשב"א. וענין בתוס' בסנהדרין דף מה ע"א ד"ה מה וכו' שהוסיפו דהס"ד היה דבעינן שיהיה עמוק כ"כ שא"א שלא ימות בו.

שם ומ"מ לא ממעיטין אדם מנזקין וכו' דברי התוס' צ"ב שהרי אדם חייב בנזקין גם בבור י' ואין החילוק בין ט' ל' אלא בין נזקין למיתה, ואם כן אינו נוגע כלל למה דאמרינן שדברה תורה בבור י' אלא כך הל"ל דכיון דדברה תורה במיתה ש"מ לא מיעטה נזקין ואינו נוגע לנידון התוס' אי בור ט' הוי אב וצ"ע, וי"ל.

ויעויין בחי' רע"א [הנדמ"ח] שתמה על דברי התוס' שכתבו דבור ט' חייב בנזקין כיון דמיעוטא דקרא לא קאי עליה ותמה הרע"א דסו"ס ילפינן חיובו של בור ט' מבור י' ואם כן דיו כי' ליפטר בו אדם, וצ"ע גם בדברי הרע"א שהרי אף בור י' חייב בנזקי אדם ואין לומר כאן דיו כבור י' ושמא אף כוונת הרע"א דכיון דחיוב נזקין נלמד מחיוב מיתה דיו כחיוב מיתה וצ"ע.

והרשב"א ביאר עיקר הסוגיא כהתוס' אלא דכלפי החילוק דפטור אדם כתב לפרש עפי"ד הירושלמי שדריש תרי קראי חדא לבור ט' וחדא לבור י' ומיעוטא דאדם קאי אבור י', ואף בדבריו קשה דאם כן בור י' יפטר בנזקי אדם וצ"ע. ויתבאר עוד להלן בכ"ז בדברי הרשב"א ותוס' ר"פ.

בעיקר גדר וטעם פטור בור ט' ממיתה לכאורה מצינו בזה ג' שיטות. א) שיטת רש"י בל"ב שכתב דלא מחמת הבור מת [ולאלישנא קמא דרש"י אין לנו מקור לכך ומסתברא שנשארה הגמ' כפי שפירש רש"י בתחילת הסוגיא דאין דרכו להמית] ואמנם דברי רש"י צ"ב שהרי ודאי לא מסתבר לומר שמת בלא קשר למה שנפל ועינינו הרואות שנשברו עצמותיו מחמת הנפילה וצ"ע, וראה בזה להלן עוד. ב) יעויין ברמב"ם בפ"ב הט"ו שכתב שם 'שהנזק בכל שהוא מצוי וידוע ואין המיתה בכל שהוא מצויה והרי הוא כמו אונס' עכ"ל. ומשמע מדבריו דהוי כפטור אונס דלא הוה ליה לאסוקי אדעתיה. וכלשון הזה כתב שם להלן בהט"ז גבי פטור בהמה פיקחת ביום בבור 'שהוא כמו אונס' והתם לאו מקראי נפקא

וכמשמעות הרמב"ם נראה גם מדברי הרשב"א בדעת הרמ"ה, דיעויין בגמ' לקמן בדף נא ע"א דאיתא התם מימרא דר"נ דשור שגבהו ארבעה טפחים [היינו שבין כרסו לארץ יש ארבעה טפחים] ונפל לבור שית טפחים חשיב חבטת י' טפחים [ונ"מ דבהמה שנפלה כך חשובה טריפה] ופריך הגמ' דאם כן מדוע פטור בור פחות מ' ממיתה, [הרי איכא חבטת י'] ומשני באיגנדר [היינו שנתגלגל בשור על הארץ ונפל דכה"ג רק בבור עשרה טפחים איכא חבטה ד'] ונחלקו הראשונים בביאור מסקנת הסוגיא, דעת הרמ"ה הו"ד בטור [ס' תי סעיף ז] דבאמת כל בור פחות מ' חייב במיתה בכל אופן שנפילת השור היתה מגובה י' ולא נאמר שיעור י' בבור עצמו אלא באיגנדר, וכו' כ האו"ז [ס' רמה] להלכה דבור ו' חייב בלא איגנדר. ואולם יעויין ברשב"א שם שדחה שיטה זו ותמה דאם כן הא כל בור ו' הוי תחילתו בפשיעה [כלפי שור הולך כדרכו] וסופו באונס [כלפי איגנדר] ויתחייב במיתה בכל גווני. הרי מבואר להדיא מדברי הרשב"א דמטעם אונס הוא פטור בבור ט' ממיתה.

ג) הרשב"א שם בדף נא מכח קושיתו על הרא"ה ביאר דגזיה"כ היא דכל בור שאינו ראוי להמית בכל גווני [כולל איגנדר] פטור הוא ממיתה דלא הוי בור למיתה וכו' כ שם השיטמ"ק בשם הרא"ש. ומזה לכאורה מבואר גדר פטור בור ט' דבור שאינו ראוי להמית פטור מגזיה"כ.

ויעויין בתוס' להלן בדף י' ע"א ד"ה ליחכה וכו' שביארו התוס' דפטור בור ט' ממיתה הוא משום דאין דרכו להמית ומבואר מדבריהם כדרך הרשב"א והרא"ש, אלא שיתכן דלדרכם אינו גזיה"כ דבעינן

שיוכל להמית בכל גווני אלא סברא הוא וא"כ דוקא כלפי אופנים שאין דרכו להמית פטור ותליא אי איגנדר או לא.<sup>36</sup>

**ובחי' רבי לייב תמה תמיה גדולה בסתירת דברי הרמב"ם** שמדבריו שהבאנו לעיל עולה שהוא פטור כמו אונס ואינו גזיה"כ בשם בור, אך לפי זה צריך להיות הדין דבלא איגנדר חייב בבור ו' **ואולם הרמב"ם פסק** בסתמא דבור פחות מי' פטור ממיתה אלמא אינו מחלק אי איגנדר או לא וזה ע"כ כשיטת הרשב"א, **ועוד דקדק** שהרמב"ם הביא טעם זה דאונס רק בהט"ו דמיירי התם גבי תל ואילו בהלכה י' שהביא עיקר הדין גבי בור עצמו לא נחת הרמב"ם לבאר הטעם ולמדה מקרא.

**וביאר הגרא"ל בדעת הרמב"ם** דסובר דודאי הוי גזיה"כ בבור דדוקא בור י' אלא שסובר הרמב"ם דכ"ז שייך בבור עצמו אבל בתולדה אינו כן דליכא בה הך גזיה"כ ולכן ביאר הרמב"ם דבתל פטור מטעם אחרת דהוי כמו אונס ונהיינו דשורש הדין ודאי הוא משום דבור י' ראוי להמית ומינה דרשינן דקרא מיירי בבור כזה ועצם הדרשא לא שייכא בתולדה אבל שורש טעמה שייך ולכן בתולדה איכא להפטור אונס ודוק]

**ואולם הדברים תמוהים**, חדא שהרי נתבאר ברשב"א דגדר הדרשא אינו גזיה"כ בעלמא אלא שיהיה הבור ראוי להמית בכל גווני וזה שייך למימר גם גבי תולדה שתהיה ראויה להמית בכל גווני, **וביותר תמוה** דלדבריו אם כן בתל באופן דלא איגנדר חייב [שהרי בזה ליכא פטור אונס דאיכא חבטת י'] והרמב"ם בתולדה לא חילק כמו גם בבור עצמו. **ובעיקר קושית הגרא"ל בדעת הרמב"ם לכאורה לק"מ**, דהנה בהלכות טריפה [פ"ט משחיטה ה"י] פסק הרמב"ם דבהמה שנפלה מגובה י' היא טריפה ולא חילק כלל בין איגנדר ללא איגנדר והשמיט לגמרי כל דינו של ר"נ, ויעויין בכס"מ שם שנדחק לפרש דברי הרמב"ם כר"נ אבל ה"ב ח' [יו"ד סי' נח] והיש"ש ועוד הרבה אחרונים נקטו כפשטות דברי הרמב"ם וכתבו שהרמב"ם לא פסק כלל חידושו של ר"נ שאמדינן החבטה מגובה כריסו [וע"ע באבהא"ז בפ"ב ה"י שביאר שיטת הרמב"ם בכ"ז] ולפי זה אין מקום אף בבור לחלק בין איגנדר ללא איגנדר ולק"מ. [אך לדעת הכס"מ בשיטת הרמב"ם באמת יקשה קושית הגרא"ל] **וכן מוכח מדברי הרמב"ם בהל' רוצח**.<sup>37</sup>

**ובעיקר שיטת הרמ"ה** שמחלק בין איגנדר ללא איגנדר **צ"ב טובא מסוגיין** שהרי אם כן אין כאן בור ט ולא בור י' אלא תלוי בנפילת השור ואם כן מאי ס"ד דהם אב ותולדה ומאי משני דזה אב למיתה, וצ"ע. **ואפשר דאף להרמ"ה** אינו פטור אונס אלא דבעינן שיעור כדי להמית אלא דסובר דמתחלק כלפי כל ניזק דבעינן שיעור הראוי להמית בהמה העומדת וזה בו' וכלפי בהמה מתגלגלת בעינן י' ואלו חשיבי בור י' ובור שאינו ראוי להמית חשיב בור ט, **ולפי"ז** גם יתורץ קושית הרשב"א שהקשה להרמ"ה דהוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס וא"ש דהכא לאו פטור אונס הוא, ובאמת שצריך ביאור בדברי הרשב"א שהקשה על הרמ"ה ולא נחית לומר בפשיטות דגם להרמ"ה הוא מיעוט בשם בור אלא דהמיעוט הוא דכלפי נפילה מפחות מי' טפחים אינו בור מיתה, וצ"ע.

<sup>36</sup> התוס' כתבו שם לבאר מה דאיתא בגמ' דאש חייבת על שאינו ראוי לה כגון ליחכה נירו וביארו דכה"ג בור פטור והיינו מיתה בבור ט ומבואר מדבריהם דאינו פטור אונס שאם כן אף אש כה"ג היה פטור והנה חיוב אש בליחכה נירו מקרא ילפינן לה [בגמ' בדף ס ע"א] אלמא מסברא פטור ומדמדמו לה בור באינו ראוי להמית אלמא סברא הוא.

<sup>37</sup> פ"ג ה"ז שכתב שם וז"ל וכן הדוחף את חבירו מראש הגג ונפל ומת משערין גובה המקום שהפילו מעליו וכן הנדחף, שאינו דומה בן יומו שנפל לגדול שנפל, ומנין שמשערין גובה המקום שנ' ואם בשנאה יהדפנו, ויראה לי שכל מקום שאין בגבוה עשרה טפחים אין בו כדי להמית כדרך שאמרו בבור לענין בהמה. עכ"ל הרי אף כאן לא חילק בין איגנדר ללא איגנדר אלא כלל הוא דבלא גובה י' טפחים אינו ממית, וביותר דבדאי סתמא דמילתא דחפו זה כשהוא עומד על רגליו ומ"מ שיעורו בעשרה טפחים [ומש"כ הרמב"ם בתחילת דבריו שמשערין נראה כוונתו דהכל מי' ולמעלה]

ואף בשיטת הרמב"ם לפום פשטה דפטור אונס הוא קשה מסוגיין דאם כן ליכא כאן כלל שני אבות. והגר"נ זצ"ל הקשה עוד דהא הוי תחילתו בפשיעה כלפי נזיקין וסופו באונס כלפי מיתה ואמאי פטור. וביאר בזה הגר"נ דחלוק פטור זה משאר אונסין דבשאר אונסין הבעלים חייב לשמור אלא כששמר כראוי או לא ה"ל לאסוקי אדעתיה פטור משום אונס אבל כאן הגדר הוא דהתורה לא חייבה מעיקרא לשמור בור ט שלא ימית לפי שאינו מצוי וכה"ג ליכא דין תחילתו בפשיעה. וביאר דכ"ז שייך רק כיון שמיתה ונזיקין הוי שני שמות דכלפי שם נזקי מיתה פטרתו תורה ואינו אחראי על סוג נזק כזה. ובזה מבואר דברי הגמ' דהוי אב לנזיקין והיינו דכלפי מיתה אינו בכלל אחריות הבעלים למהוי בור ודוק. [ויעויין ברמב"ם שם בהט"ז שכתב דבהמה פיקחת ביום פטור דהוי כמו אונס ומ"מ כתב שם דבנזקי בהמה חייב, וזה תמוה מאוד דאם אונס הוא למה חייב וצ"ע ודוק. גם משמעות לשונו שם משמע קצת דפטור שור ולא אדם נמי מחמת דדמיא לאונס וצ"ע בכ"ז. וראה עוד להלן גבי דין אומד]

**ויעויין בסוגיא לקמן בדף צא ע"א** שנסתפקה הגמ' גבי דין אומד [ששנינו גבי רוצח דאם הכהו באבן שאין בה כדי להמית פטור וילפינן לה התם מקרא] האם יש אומד לנזיקין או לא ומביאה הגמ' ראייה מסתימת המשנה דבור ט חייב בנזיקין ומשמע דכל בור חייב בנזיקין אלמא אין אומד לנזיקין ומתרצת הגמ' דאה"נ וצריך לאמוד הבור אם הוא ראוי להזיק. ויעויין ש'היטב' דמשמעות לשון הגמ' הוא דפטור בור ט ממיתה הוא משום דליכא בו מיתה וכמו אומד דאין הבור ראוי להמית. ועיין בחי' רבי לייב מה שכתב בזה.

**ובגדר דין אומד** הנה רש"י שם כתב [בדף צ ע"ב ד"ה שמסור וכו'] ואם אין ראוי לא ישלם שמחמת חלשותו של זה ורכותו נחבל עכ"ל הרי מבואר גדר פטור אומד דתלינן שלא מחמתו בא לו הנזק וזה ממש כדבריו בסוגיין שלא מחמת הבור מת, ואולם מדברי הרמב"ם בפ"א הי"ח מחובל ומזיק מבואר דגדר הפטור הוא שהוא 'כמו אנוס', ונפלא הדבר שכתב הרמב"ם את אותה לשון שכתב גבי פטור בור ממיתה וכמש"נ דגדר פטור בור פחות מי' הוא כגדר אומד והראשונים לשיטתם בגדר אומד ובפטור בור. וברעת רש"י צ"ב טובא כמו שהקשינו לעיל דהא חזינן שמת מחמת הבור וכן התם מש"כ רש"י שמחמת רכותו נחבל הוא פלא דאטו המכה אדם חלש פטור מנזיקין ומיתה, ואפשר דהגדר בזה דהיכא שיש בו איזה קלקול שאינו מטבע ודרך העולם חשיב הדבר שנעשה הנזק בהצטרפות הבור עם החולי והקלקול שיש בניזק וכה"ג לא חייבתו תורה וכן גבי בור שאם מת אמרינן שלא מחמת הבור מת אלא חולשתו היא שגרמה לו למות מחמת הבור ודוק.

**ודע** שלשון זה שכתב הרמב"ם כמו אונס מצאנוהו כאן גבי בור י וכן גבי אומד וכו"ל וכן כתב הרמב"ם גם בפטור גלות בדרך עליה וכן כתבו הרמב"ם גבי פטור בהמה פיקחת ביום, ובכולם נראה הגדר שאינו אונס ממש אלא שהתורה פטרה משמירת ואחריות הבור כלפי נזק שאינו ראוי וזהו 'כמו אנוס' שהתם לא היה לו לאסוקי אדעתיה אף כאן חיובו בבור הוא כשיש בו כדי להמית ואם לאו אינו בכלל חיוב שמירה דבור, וכן גבי אומד דמיתה ודאי שאינו אנוס חדא דאם כן לא בעינן לזה קראי ואומד דרשא הוא מקראי ואף מספקא לן אם יש אומד לנזיקין וג"ז דרשינן מקרא וכן גבי אדון המכה את עבדו דרשינן דין אומד מק"ו דישראל וחזינן דגזיה"כ היא אבל נראה גדרה שאין האדם אחראי בתורת רוצח כלפי מעשה שאינו אמור לקרות.

**וכיון שכן** אפשר שאין כלל מחלוקת בין הרמב"ם להרשב"א ואף דעת הרשב"א היא שהתורה פטרה אותו מאחריות לבור שאין בו כדי להמית ואף בדעת הרמ"ה הבין כן ומ"מ הקשה דשייך בזה תחילתו בפשיעה וסופו באונס דהפטור הוא בחיוב שמירה ואחריות אבל אם חייב באחריות הבור כלפי מיתה בהמה דלא איגדר יתחייב



גם באיגנדר, ותיריך דבעינן שיהיה ראוי להמית בכל גווי דרק כה"ג הוי בור לענין חיוב שמירה. ואם כן שתי שיטות בסוגיין ולא שלש.<sup>38</sup>

**בגדר פטור אדם בבור ט ובדברי התוס' ר"פ התוס' כתבו** דבור חייב בנזקי אדם ופטור ממיתה משום דקרא איירי בבור י' **הרי מבואר שיטתם** דשורש החילוק אינו בין מיתה לנזקין אלא בין בור ט לבור י' **וכן מבואר הרשב"א** שביאר דשתי בורות נאמרו בקרא וכדברי הירושלמי ורק אבור מיתה איכא פטורא דאדם, ועיי"ש דמבואר להדיא דהוי שני אבות חלוקים, **ואולם יעויין ברש"י לקמן** בדף כח ע"ב נד"ה שור ולא אדם וכו' שכתב דבור חייב בנזקי אדם משום דקרא במיתה משתעי ולא פטרתו תורה אלא מחיוב כופר עיי"ש הרי להדיא דהחילוק הוא בין מיתה לנזקין.

**ואולם בדעת התוס' והרשב"א תמוה מאוד**, דאם כן בבור י' יפטר אף מנזקי אדם כיון שהחילוק אינו בין נזיקין למיתה אלא בין בור ט לבור י', ואם כן מדוע חייב בור י' בנזקי אדם, **ובפשוטו צ"ל בזה** דאזה"נ דמצד דין בור י' פטור גם מנזיקין, אלא דכל בור י' יש בו גם המזיק של בור ט ואחר שנתחדש חיוב בור ט חייב בור י' נמי בנזקי אדם דלא גרע מט וע"ז ליכא מיעוטא ופשוט.

**ויעויין בגמ' לקמן בדף כח ע"ב** דמבואר התם דבור ט פטור בנזקי כלים ול"ד פטור כלים לפטור אדם, **וביאר שם רש"י** הטעם משום דכלים שבירתן זו היא מיתתן ולכן הוי כמיתה, **ולאמור לעיל צ"ע** שהרי סו"ס חילוק הפטור אינו בין נזק למיתה אלא בין בור ט לבור י' ואם כן מה מהני לן דשבירתן זו היא מיתתן סו"ס ליכא פטור זה בבור ט, **ואולם יעויין בתוס' ר"פ בסו"ד** שכתב בטעם חיוב כלים לפי שכיון ששבירתן זו היא מיתתן נמצא שכל בור ט כלפי כלים בור מיתה הוא וכבור י' ולפי זה א"ש היטב. אך רש"י שם סתם לפרש דשבירתם זוהי מיתתם ונראה דלשיטתו אזיל שהחילוק הוא בין מיתה לנזקין.

**ואולם יעויין היטב בדברי התוס' ר"פ והרשב"א שהביא בשם הירושלמי** שחולק על הבבלי וסובר דבור ט חייב בכלים ודלא כהבבלי, **ותמה בחי' רבי לייב** דאף כן אף בור י' אית ביה בור ט ולמה לא יתחייב בכלים אטו מגרע גרע י' מט', **וביותר תמוה דממ"נ** אם תלוי הדבר בשם הבור אם כן אף באדם נימא דבור י' פטר מנזקי אדם דמאי שנא פטור אדם מפטור כלים, ולכאורה צ"ל דלהירושלמי אזה"נ ובור י' פטור מנזקי אדם, **ואולם צ"ע ג בזה בדברי הר"פ** שכתב להשוות הבבלי לירושלמי דגם להבבלי חייב בור ט בכלים והא דאיתא בגמ' לקמן דאסו"מ פטורים בנזקי כלים היינו משום דאסו"מ כבור י' חשיבי,<sup>39</sup> **ותמוה טובא מיניה וביה** שהרי באותה גמ' עצמה מפורש דאסו"מ חייבים בנזקי אדם והשתא כיון דבור

<sup>38</sup> **ויש להוסיף בזה עוד**, דהנה הרמב"ם פסק דיש אומד לנזיקין, אבל בדיני ממון המזיק לא הזכיר כלל דין אומד ומשמע דבממון המזיק אין דין אומד **וכבר עמד בזה המאירי** בדף צ' שזה נגד המבואר בסוגיא שם וצ"ע, **ועכ"פ נראה טעמו של הרמב"ם בזה** דבמעשי גופו הרי נתבע האדם על עצם עשית המעשה ובוה שייך פטור אומד דכיון שלא היה המעשה ראוי להזיק נזק מסוים זה הרי הוא פטור עליו אבל בנזקי ממון אחריותו היא מחמת הפשיעה ואין צורך לפשיעה לכל נזק ונזק בפ"ע אלא אם העמיד מזיק שראוי להזיק חייב ולא שנא נזק גדול או קטן מיתה או נזיקין, ולכן לא חילק הרמב"ם כלל בנזקי ממון, אבל בבור חלקה תורה ופטרה בור ט ממיתה והיינו דחלקה תורה שם האב לשנים, בור ט לנזיקין ובור י' למיתה ונמצא אם כן שבור ט שאינו ראוי למיתה אין כאן פשיעה המחייבת כדין אומד, אבל כלפי נזיקין כל מיני נזיקין כולם אב אחד הם וכל שהוא ראוי להזיק חייב. **וזהו שכתב הרמב"ם** שבור כל שהוא חייב על נזיקין לפי שהנזק מצוי בכל שהוא, ולכאורה תמוה שהרי ודאי לא כל נזק מצוי בכל שהוא אבל הדברים מבוארים להנ"ל דאין מחלקים הדברים לכל פרט נזק בפ"ע אלא יש כאן שם כולל של אב לנזקין ול"ד לנזקי גופו [ומ"מ צ"ע מסוגית הגמ' בדף צא כמו שהקשה המאירי וצ"ע]

<sup>39</sup> **וכדעת הר"פ מבואר גם בתוספי תוס' להרא"ש** בשיטמ"ק לקמן בדף ג ע"ב שכתב דאסו"מ לרב ילפינן לחיובי בהו כלים מצה"ש מקרן ובור ט שחייב בכלים, ומבואר דסובר דאף להבבלי בור ט חייב בכלים.

י הם איך נחלק דאנקי אדם חייבים נוהיינו משום דהפטור קאי אמיתה ולא אבור י' או דבור י' חייב משום הבור ט שבו] וגבי כלים פטורים [ואין אנו אומרים לשתי הסברות הנ"ל] וצע"ג.<sup>40</sup>

סוגיא דאסו"מ רש"י ד"ה דאפקרינהו וכו' שהפקירן ונתנן וכו' דברי רש"י צ"ב דלכאורה אף אם נתן ואח"כ הפקיר לא הוי שור כיון דבשעת ההיזק לא הוי ממונו [ועיין לעיל בהערה 1 מדברי הגרש"ר שדן בשור שהפקירו אחר הפשיעה ואח"כ נגח דמהירושלמי משמע שחייב בנזקיו ודברי רש"י אלו הם סייעתא לזה, וי"ל באופ"א עפ"י הברכ"ש בסי א.<sup>41</sup>

### דף ג ע"ב

בגמ' היינו שור ראה ברש"י שביאר דכוונת הגמ' דהוי כיוצא בו שור דהא אמרינן לעיל דתולדה דשור כשור, ויעויין בפנ"י שכתב דהוקשה לרש"י אמאי לא קאמר הגמ' הכא דמאי שנא שור וכו' ולזה תירץ דכבר נאמר כן לעיל. ותמה הפנ"י שהכא הרי באמת ליכא להאי סברא דמאי שנא וכו' שהרי אין דומה כלל לשור ואם כן נימא דכה"ג הוי לאו כיוצ"ב, ותמה עוד בגוף דברי הגמ' דמנא לן באמת דהיינו שור ונימא דהם לאו כיוצא בהם. ועיי"ש בתירוצו, וראה עוד להלן.

ובעיקר דברי רש"י שביאר דאמרינן לעיל דתולדה ד'שור' וכו' צ"ב, דהנה התוס' ביארו דהכא ילפינן לה מקרן ולא משור"ר אך סתימת לשון רש"י משמע דאינו דוקא מקרן אלא מחיוב שורו למדנו, וביאר הגר"נ זצ"ל דלרש"י באמת הילפותא היא מעיקר חיוב שור דממה שמצאנו דשורו חייב בשלשת האבות אנו למדים שממונו המזיק חיוב יש בו ומזה למדנו לאסו"מ. ויעויין ברש"י לקמן בדף כח ע"ב שביאר טעמו של שמואל הסובר מבורו למדנו 'שמואל סבר בהפקיר דשותו ולא הפקיר בורו נמי משתעי קא ופטר בו את הכלים' ומשמעות דברי רש"י דמן הסברא יש לנו לומר דכל ממונו אינו בור אלא שור ופרשת בור רק בהפקר נאמרה אלא מכח דחזינן דהתורה דברה מבור כזה ופטרה בו כלים סובר דהוי בור. אך הדברים צ"ב דסו"ס הרי ליכא אב כזה דשור אלא שלשה אבות יש והכא ליכא המחייב דכ"א מהם שאין כאן כוונה להזיק וכו' ולדרך הגרי"ז נחא טפי דהמחייב בשלשתן באמת אינו תכונותיהם השונות אלא

<sup>40</sup> והנה בדעת הירושלמי עצמו באמת נראה דיש חילוק בגדר פטור כלים ופטור אדם, דהירושלמי דורש שור ולא שור בכליו וחמור ולא חמור בכליו ופטור אדם דריש [בפ"א ה"א] מקרא דוהמת יהיה לו יצא אדם שאין הנייה במיתתו, והובא ברשב"א לקמן בדף י ע"א, ולפי זה הרי פשוט דבכלים שהמיעוט הוא מבור י תלוי הדבר רק בגדר הבור ואין חילוק כלל בין מיתה לנזיקין [ולכן לא סובר הירושלמי דשבירתן זו היא מיתתן דלא שנא מיתה מנזיקין] אבל פטור אדם להדיא ממיתה בלחוד הוא ואינו תלוי בשם הבור כלל, אך אין בזה ארוכה לדברי הר"פ שהשווה התלמודים.

ועוד שמענו להקשות בדברי הר"פ דמדברי התוס' ר"פ לקמן בדף נא משמע דסובר כהרמ"ה דתלוי באיגנדר [עייש"ה] ואם כן תמוה היאך נחייב כלים בבור ט ולמה נדמה אותם לאיגנדר ולא נדמה אותם לשור דלא איגנדר ואיזה גובה יקבע שיעור הבור כלפי כלים וצ"ע.

<sup>41</sup> יעויין באורך בדבריו [ניתבאר להלן בסוף הסוגיא] שכתב דאף שחיובם של אסו"מ לרב הוא מדין ממונו מ"מ בנגח ואח"כ הפקיר דאיכא פטור גבי שור לא שייך פטור זה גבי אסו"מ שהמחייב בהם הוא הפשיעת כריה, ולפי דבריו י"ל דגם בהפקיר ואח"כ נגח חלוק דין השור מדין האסו"מ והיכא דאיכא פשיעת כריה בממונו לא יהני מה שיפקירו אח"כ דבשלמא בשור הפשיעה במה שלא שמרו וכשאנו שלו לא מוטל עליו חיוב שמירה אבל באסו"מ שהמחייב הוא הפשיעת כריה לא יהני מה שהפקירו אחר הכריה בפשיעה ודוק.

הצה"ש, אבל עדיין קשה דאם כן לא 'ממונו' ו'שור' הוא המחייב אלא הצה"ש הכולל את כולם והל"ל לרב לומר דאינו בור, וצ"ע.<sup>42</sup>

**ויש שביארו** בדברי רש"י יסוד דבאמת הא דתנן ג' אבות נאמרו בשור כולם שרשם אחד ויש אב המזיק הנקרא 'שור' אלא דבפרטי הלכותיו חלוק דין בשור בקרן שן ורגל אבל יסוד חיוב כולם אחד הם וגדר חיובם הוא ממון המזיק, **ויסוד הדברים כבר כתב באבהא"ז** הל' נז"מ פ"א ה"ב וכן מדוקדק לשון הרמב"ם שם [נעמד בזה האבהא"ז שם] והיינו דתני בברייתא לקמן ג' אבות נאמרו בשור. ואין הדברים מבוארים כה"צ דאם אזלינן בדרכו של הגרי"ז הרי כבר אין חילוק כלל בין האבות והכל אחד ואם האבות הם מחייבים ומהות ענין אבות הוא לחיובא אם כן מהו חילוק ג' אבות בשור ועל כרחין דיש כאן שלשה מחייבים ואנו צריכים לדון באסו"מ מהיכן נתחייב.

**ובעיקר דברי רש"י צ"ב** שהרי סו"ס כל הני אבות דשור דרכם לילך ולהזיק והיאך אמרינן דאסו"מ שאין דרכו לילך ולהזיק הוי שור, ומתני' היא לא ראי זה וכו' שדרכן לילך ולהזיק וכן בברייתא דלקמן דף ט תניא דחומר בשור מבבור שהשור דרכו לילך ולהזיק, אלמא באמת כן הוא דבור אין דרכו לילך והשור דרכו לילך ואם כן אסו"מ בור הם ולא שור. **ובסברא תמוה שיטת רב** דכשאנו מוצאים החילוק בין המזיקים דבור הוי אב לעצמו ושור הוי אב לעצמו ודאי מסתברא שהחילוק הוא במהות המזיק דבור הוא מזיק דתקלה ושור פועל בעצמו ההיזק, ואם כן מהיכי תיתי לומר דאסו"מ בור הוי, ולכאורה מדברי רב מבואר דעיקר החילוק בין שור לבור הוא שהבור אינו ממונו וצ"ע.

**תודה משורו וכו' היינו קרן וכו' עיין במהרש"א** שביאר דכוונתם דליכא למימר דיו כקרן לשלם ח"נ ולזה תירצו דלא שייך לחלק בין תמות למועדות בהם.<sup>43</sup> **וצ"ע דאם כן היינו לאו כיוצא בהן** שהאסו"מ תולדת קרן היא וחייב בה בפעם ראשונה נ"ש ומשכח"ל דר"פ. ואולי כיון דהוי דבר שלא שייך בה לא חשיב לאו כיו"ב.<sup>44</sup> **ויעויין ברשב"א בדף כח בשם הראב"ד** שהעמיד הקושיא כך: דמקרא מועדת ליכא למילף להו שכן כוונתה להזיק ומקרא תמה שכן משלמת ח"נ. [ובחי' הראב"ד עצמו ליתא באופן זה] **ונראה שזה מתאים עם שיטת הרשב"א לעיל** בסוגיא דבור י' שביאר דקרא תמה וקרא מועדת שני אבות הן ואם כן הקושיא דמתרווייהו ליכא למילף אבל התוס' דנקטו דחד אב הוא הקושיא היא דישלם ח"נ, וע"ז תירצו דאין לחלק, ושוב הקשו דל"ד לקרן כלל.

**שם בתוס' מה לשור שכן ב"ח וכוונתו וכו' ביש"ש בסי' ח** [בד"ה וא"ל במאמר המוסגר שם] **הקשה בדברי התוס'** שהקשו פירכא דב"ח ולא הקשו עיקר הפירכא שדרכו לילך ולהזיק וביותר דיעויין בתוס' בדף ט ע"ב דפירכא דבע"ח כבר כלולה בפירכא דדרכו לילך ולהזיק ואם כן למה לא הקשו הכא טפי, **ובפשיטות צ"ל** דאה"נ אלא דהתוס' באו להגדיל הקושיא דהיאך ילפינן מבע"ח שהוא המעלה היותר גדולה של דרכו לילך והכא באסו"מ אינם הולכים כלל.<sup>45</sup> **אכן יעויין בתוס' ר"פ** [בגרסת השטמ"ק] שכתבו בשם תוס' דילפינן להו משור ואש. **והקשה התוס' ר"פ** דמה לשור ואש שכן דרכם לילך ולהזיק.

<sup>42</sup> ולדרך הגרי"ז י"ל דכשאנו באים לקבוע שם המזיק להלכותיו אנו צריכים לתת לו שם אחד המזיקים ובוה אמר רב דאסו"מ הוי שור ולא בור לחלקו מבור להלכותיו אבל כשנבוא ליתן לו הלהלכותיהן של שור בזה באמת אינו מתאים לא לקרן ולא לשור ונשאר לו שם 'שור' לבד ודוק.

<sup>43</sup> ואולם יעויין בב"ח בריש סי' תיא שכתב דלרב אינם חייבים אלא ח"נ בג' פעמים ראשונות וברביעית משלמי נ"ש ולכאורה הוא תימא גדולה דאטו העדאה שייך בהם, אך נראה סברת הב"ח משום דיו, וצ"ע מדברי התוס'.

<sup>44</sup> ויעויין בספר בית יהודה - חידושי מהריב"ן [לתלמיד המהרש"א] שפירש דזו גופא כוונת התוס' דלא שייך לחלק בהם בין תמות למועדות והיינו דלכן לא חשיב לאו כיוצא בהן אף שמשלמין נ"ש.

<sup>45</sup> ועיין משנ"ת לעיל במתני' דף ב' ע"א בגדר החומרא דבע"ח ודוק.

וכן ביש"ש בסי' ח הביא בשם תוס' ארוכים וז"ל ואני מצאתי בתוס' ארוכים שכתב בהן אחר התימא הנל ונראה דמסור ואש נפקין עכ"ל. הרי מבואר שהתוס' אלו הוקשה להם פירכא דבע"ח ולכן תירצו דאיכא הצה"ש מאש אך לא הוקשה להם פירכא דדרכו לילך ולהזיק, **ופירכא זו** שאין דרכם של אסו"מ לילך ולהזיק מפורשת היא בגמ' להלן [בדף ו ע"א דמשו"ה א"א למילף אסו"מ שאפקרינהו מאש] וצ"ע. **ויעויין בראב"ד המובא ברשב"א בדף יח שגם שם מבואר דלא חש לפירכא דדרכו לילך ולהזיק** ניובאו דבריו להלן בסוף העמוד הבא] **והיש"ש כתב ליישב בזה.**<sup>46</sup>

**ובעיקר פלוגתת רב ושמואל דע שנחלקו בה רש"י ותוס'** לקמן בדף כח ע"ב, **דעת רש"י** דלרב חייבים רק משום שור ולא משום בור דממונו אינו בור כלל וטעמו של שמואל משום דבור ברשותו [היינו שהוא ממנו] הוי בור ואם כן בהכרח נתנה תורה דין בור ופטרה כלים גם בממונו. [ולרב בהכרח דבור ברשותו פטור – מטעם דתורך ברשותי- ולכן לא מצינו תורת בור בממונו ולו יצויר שבור ברשותו היה חייב היה שור ולא בור ודוק] **אבל התוס' שם ס"ל** דלרב מצינו לחייבו גם משום בור וגם משום שור ומה שחייבו רב משום שור היינו דנקט החיוב העדיף כדי לחייב בו כלים. [וכתבו התוס' שם דבור ברשותו הוי בור לפי רב וצ"ב מדוע לא הוי שור – שזה מה שהוקשה לרש"י- ותיירץ שם בתוס' ר"פ דהוי שור המזיק ברשות המזיק וליכא בזה חיוב ורק משום בור איכא לאיחויבי מגזיה"כ דבור ומשא"כ באסו"מ שהם שלו והיניחם ברה"ר איכא חיוב שור] **וראה עוד להלן בזה. והקשה היש"ש בסי' ח** דאם כן מאי קשיא להו הכא דליפטור ברה"ר כשור"ר הא מצינו למילף חיוב רה"ר מבור. **ובחי' רבי שלמה תירץ בפשיטות** דקושית התוס' היתה מרה"ר לגבי כלים דרב מחייב [כך מפורש להדיא בגמ' בהמניח שם]

**שם ומפרש רשב"ם וכו' ברא"ש לקמן בדף ו ע"א** שכתב בשם יש מן הגדולים שכתבו דהנך מזיקים הנלמדים מהצה"ש [היינו אסו"מ מאש ובור כותל ואילן משור ובור וכו'] יהבינן להו הקולות של שני המלמדים כיון שבאנו ללמוד משניהם, **והרא"ש נחלק עליהם וכתב** דבכל מזיק אנו דנים מהיכן עיקר הלימוד וכגון בהני תולדה דבור נינהו והילפותא משור או מאש הוא רק לסלק הפירכא ולכן יש להם כל דיני בור לקולא ולחומרא. **והקשה היש"ש על הרא"ש מדברי התוס' דידן** שתמחו ע"ד הרשב"ם דלפטרו כלים ואילו להרא"ש לק"מ כיון שעיקר דינם הוא שור. **וכן הקשה המהרש"א בדף ו כלפי שהוכיח הרא"ש שם ליסודו מדברי התוס' שם והקשה מהרש"א דזה סותר לדבריהם כאן והניח בצ"ע.** **וכ"ה בפנ"י כאן.**

<sup>46</sup> **וכתב שם** דכיון דפעמים שמזיק האסו"מ על ידי גלגול רגלי אדם ובהמה חשיב דרכו לילך ולהזיק [אף שעתה בהיזק שהזיק לא היה בהליכה מ"מ שם המזיק הוא דרכו לילך ולהזיק] אך קשה שהרי באסו"מ דאפקרינהו מפורש בגמ' דאין דרכו לילך ולהזיק [כנ"ל בפנים] **ותירץ היש"ש** דבאפקרינהו אף בהולך ומזיק אינו חייב אלא משום תקלה וצ"ב כוונתו וע"ע ביש"ש בפ"ב סי' ח וצ"ע. אך נראה בזה הסבר נפלא דהנה באסו"מ דאפקרינהו אינו חייב בשמירתן מדין ממנו אלא מחויב על תקלה דידהו שהוא כרה ואם כן מה שהם הולכים ומזיקים זה אינו נוגע כלל לפשיעת כריה ידידה ואמנם אפשר שיתחייב בה מדין אש אך אין כאן מזיק אחד שפעמים הולך ופעמים שאינו הולך אלא שני נידונים נפרדים. אבל אסו"מ שהם ממנו הרי חיוב שמירה מוטל עליו שלא יזיק ממנו וכיון שפעמים מזיק ע"י גלגול ופעמים שמזיק בתר דניחא הוי הולך ומזיק, ועי"ה ביש"ש וצ"ע אם זו כוונתו.

**וראיה נאה לזה נראה** דהנה מבואר בראשונים בדף לא ע"ב דאדם השוכב על גבי קרקע ונתקל בו אחר חייב מדין אדם, והשתא קשה לרב דמבעה זה אדם ובמתני' איתא דלא הרי אלו שדרכם לילך ולהזיק כהרי הבור והרי אדם חייב אף בלא דרכו לילך ולהזיק וכבר נתקשה בזה החזו"א וכתב דאדם השוכב נלמד מהצה"ש דבור ואדם אך זה ניחא רק להרא"ש אבל להיש מן הגדולים א"א לומר כן דא"כ יפטר בכלים ומפורש התם דחייב, ועל כרחין דכיון שפעמים הולך ומזיק חשיב דרכו לילך ולהזיק [אלא שיש לדחות דכלפי אדם כל הני פרכות לא חשיבי כלל דחייב על עצם המעשה ויתבאר בענין זה בדף ד סוע"א בע"ה]

ויעויין בתוס' ר"פ שכתבו כן [ובשינוי נוסח מדברי הרא"ש, וראה להלן כמה אופנים בתירוץ הראשונים] וכן בתשובת הר"י מיגאש בסי' קעד ביאר טעמו של רב דאחר שמוכח מבור שאין החיוב תלוי בבע"ח ובדרכו לילך ולהזיק אלא כל שדרכו להזיק חייב היכא דלא אפקרינהו הוי לרב שור לאיחויבי בהו אדם וכלים. ובדברי התוס' דידן צ"ב לדרך הרא"ש [ושהוכיח כן הרא"ש מהתוס' בדף ו וכנ"ל] למה לא תירצו כן.<sup>47</sup>

ואמנם יעויין בחי' הגרנ"ט שהביא קושית הג"ר אליעזר מטעלו שהקשה דהרי התוס' לקמן בדף יז ע"ב כתבו דשן דחיה ילפינן בגזי"ש דשור שור משבת ואם כן אסו"מ שאינם בע"ח כלל היאך נחייבם מדין שור. וחידוש שם הגרנ"ט דאף לרב עיקר השם מזיק של אסו"מ הוא בור אלא דס"ל דבור שהוא ממונו אפשר למילף חיוביה משור ולכן מחייב בו כלים אבל עיקר שמו בור הוא. ולפי זה א"ש דברי התוס' דידן שנקט דצריך למיהב להו הקולא דבור שהרי הכא סו"ס אינם שור גמור שאינם דומים כ"כ לשור. ויעויין בחזו"א בסי' א אות א שאף הוא כתב שהתוס' דידן מיאנו בזה משום דסו"ס אסו"מ לבור דומה ולא לשור, אך יעויין ביש"ש שהרגיש בתי' זה וכתב דכך משמע לשון התוס' בפ' המניח [היינו שעיקרו בור אף לרב] ודחה היש"ש דאם כן למה הוצרכו התוס' לומר דילפינן מקרן ולא משו"ר הרי אף משו"ר מצינו למילף ומ"מ יתחייב ברה"ר כמו בור ודוק בקושיא זו. [ובאמת דבסברא צריך להבין בעיקר סברת רב שהרי ודאי מסתברא דשורש החילוק בשם המזיק בין שור לבור אינו במה שהבור אינו ממונו אלא שהשור הולך ומזיק והבור מזיק במקומו, וחידוש הוא לומר דלרב אינו כן ועיקר החילוק הוא דהבור הוא הפקר, ולדרך הגרנ"ט ניחא. אבל אין הדברים מבוארים כה"צ דאם שם בור לאסו"מ אם כן למה נילף חיובם משור אדרבה נימא דהם בור גמור וי"ל דהכא שהם ממונו חמירי טפי וצ"ע. ויותר היה נראה דלרב לא דמיא לגמרי לשור שהם תקלה כבור ולא דמו לגמרי לבור כיון שהם ממונו ואנו צריכים להצה"ש לעיקר חיובם ולכן נקטו התוס' דניתן להם הקולות שבשניהם וצ"ע, ודוק]

ועיקר תירוץ הראשונים נראה שנאמרו בו שתי נוסחאות, דמשמעות דברי הרא"ש בדף ו היא דכיון שהלימוד מבור רק בא לסלק הפירכא אין אומרים בו דיו ליתן לו הקולא דבור, והיינו דאם באמת שור לא היה מקור לחייב ועצם החיוב היה נגזר מצירוף שור ובור היה מקבל הקולות אבל מה שאנו למדים מבור הוא רק דאין סיבת החיוב תלויה בדרכו לילך ולהזיק ושאר חומרות ולכן אפשר ללמוד עתה כל פרטי החיוב משור. ואולם בתוס' ר"פ כאן כתב בנו"א ונראה מדבריו דכללא הוא דלא אמרינן דיו אפלא דדינא ובכל מקום שלמדים דין מצה"ש אינו מקבל הקולא שיש באחד מהמלמדים, ואפשר שאין זה סתירה לדברי הרא"ש שהרא"ש והגדולים דנו בעיקר הדבר איזה דין ראוי ליתן לתולדה וסברו הגדולים שכיון שהיא קלה מבור ומאש ראוי ליתן לה קולי שניהם ולזה ביאר הרא"ש דאינו כן אלא דבור גמור היא והיוכיח בא לסלק הפירכא אך הר"פ נתקשה דעם כ"ז עדיין לא יצאנו מכללל דדיו שלעולם אי אפשר שיהיה לנלמד יותר חיוב מלמלמד ולזה תירץ דלא אמרינן דיו אפלא דדינא ודוק.<sup>48</sup>

והגרי"ז ביאר דמהצה"ש ילפינן שיש מחייב אחד לכולם וכל הלכותיהן פטורים הם מגזיה"כ ולכן אף כשילפינן משור ובור חייב האסו"מ בכלים שאף בבור יש מקום לחייב כלים אלא שהתורה פטרה ולכן

<sup>47</sup> ואמנם עוד קשה בסתירת דברי התוס' דמדבריהם להלן בדף ה ע"ב מוכח להדיא דלא כהרא"ש, ואמנם המהרש"ל שם מחק כל הדיבור מדברי התוס' אך המהרש"א קיימו, ולפלא שלא הקשה מהרש"א מדברי התוס' שם על דבריהם בדף ו ע"א.

<sup>48</sup> ובספר יבין שמועה כלל עח [הוא פירוש הר"י אלגאזי על ספר הליכות עולם לאחד מהראשונים ונדפס עמו על הדף] הביא בשם תוס' הרא"ש בסוגיין שתירץ כהר"פ דלא אמרינן דיו אפלא דדינא ולכן יהבינן ליה החומרא שבשניהם, ולכאורה זה סותר להסבר הרא"ש עצמו בדף ו ולהאמור בפנים ניחא.

בעיקר הילפותא מונח חיוב כלים כלפי הלמידים ואך הנידון הוא אם ללמוד לימוד נוסף לענין הפטורים ובוזה אמרינן דלא ילפינן מבור אלא משור.<sup>49</sup> ויהיינו דמדברי הר"פ והרא"ש נראה שדנו כאן סברת דיו לבא מן הדין ומוזה עיקר הקושיא ולזה תירצו דהוי דיו אפלאגא דדינא או שהבור בא לסלק הפירכא ורק דאח"כ יש לדון ללמוד הפטור ולמה לדמות האסור"מ, אך לדברי הגרי"ז נראה שאין מקום כלל לסברת דיו כיון שבור נמי יש סיבת חיוב לכלים רק דהפטור מפקיע ממנה] ויעויין בשיטמ"ק בשם גליון.

**שיטת הראב"ד יעויין ברשב"א לקמן בדף כח ע"ב בשם הראב"ד** שהקשה מהיאך ילפינן להו אי מקרן הא כוונתו להזיק ואי מרגל שאני רגל שדרכה לילך ולהזיק ואי משן הא אין הנאה להזיקו. ותיירץ הראב"ד דאתיא מקרן מועדת דכיון שהם מוכנים למועדי רגל הרי הן כמועדין להזיק ואע"פ שאין כוונתם להזיק אהני בהו פשיעותא ידיה כאילו כיון בהזיקן עכ"ל הרשב"א בשם הראב"ד, והדברים צ"ב טובא חדא דהא סו"ס אין דרכם לילך ולהזיק, וגם תמוה בקושית הראב"ד שהקשה מקרן מכוונה ומשן מהנאה ולא הקשה בפשיטות שכל אלו דרכם לילך ולהזיק [נומה שהקשה מרגל שדרכה לילך ולהזיק נראה דכוונתו דהזיקה מצוי ודוק] וראה מש"כ לעיל בדברי התוס' בזה. ועיקר תירוץ הראב"ד סתום מאוד דאם כן כל מזיק שפשע בשמירתו נימא דחשיב כוונה להזיק ולכח"פ כל בור יתחייב משום קרן דכוונתו להזיק.

ויעויין בברכ"ש בסי' א במש"כ באורך בגדר אסור"מ לרב. יש להקדים לדבריו דכ"ד הגרב"ד מיוסדים על ההנחה דשניא פשיעת בור מפשיעת שאר מזיקים דבור בעינן 'פשיעת כריה' והיינו דאין חיוב על פשיעה בשמירה בעלמא אלא על כריה שבה הוא מעמיד וגורם התקלה בעצמו ומה שחייב באופן של נפילת אונס ולא סילק אח"כ המזיק מבואר בגמ' דכיון דהל"ל לסלוקי ולא סלקיה כמאן דכריה דמי, והבין הגרב"ד דאין הכוונה דהפשיעה בלחוד מחייבתו אלא דעי"ז חשיב כורה בור והוכיח הגרב"ד מסוגית הגמ' בדף לא ע"ב דהיכא שלא הוא כרה את הבור אינו מחויב משום הל"ל לסלוקי כלל דבלא כריה אין הפשיעה מחייבתו ולכן אם הניח אדם אחר אסור"מ ידיה ברשות הרבים אינו מחויב בעל האסור"מ על הנזק.

וחקר הגרב"ד לדעת רב דאסור"מ היינו שור האם בעינן בזה פשיעת כריה או דסגי בפשיעת ממונו בעלמא כמו בשור שאף אם פרצו לסטים הדלת היכא שנודע לו חייב הוא לשמרו [ולא כדין אסור"מ שכתבנו לעיל] והוכיח מרש"י והרי"ף לקמן בדף לא ע"ב דאף לרב בעינן פשיעת כריה. עייש"ה בכ"ד בזה. ובעיקר היסוד לכאורה מבואר כן מהראב"ד דפשיעת אסור"מ חמירא מפשיעת שמירה בעלמא וכיון שהניח התקלה ומזומנת היא להזיק מצד עצמה עי"ז חשיב כאילו עשה הנזק ודוק [ול"ד לשן ורגל שאינם מזומנים מיד להזיק אלא בעינן שיעשו עוד מעשה ולכן הפשיעה היא רק מחייבתו על מעשה שורו שהוא ממונו אבל כאן שמיד מזומן להזיק פשיעת כריה חמירא כמו מעשה הקרן שכוונתו להזיק, ויש להוסיף בזה דבמקום שמחויב על מעשה שלו שהניח התקלה כ"ש דחמור ממעשה בהמתו שכוונתה להזיק דפשיטא דאדם המזיק בשוגג חמיר מבהמה במזיד ודוק]<sup>50</sup>

<sup>49</sup> והגרי"ז הוכיח כדבריו מתשובת הר"י מיגאש סי' קעד אמנם לשון הר"י מיגאש שם משמע דעיקר החיוב דאסור"מ הוי תורת חיוב שור ולא רק דהפטורים דבור לא ילפינן כשורו, וצ"ב כוונתו.

<sup>50</sup> ובדברי הראב"ד יעויין היטב בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש שם בהמניח שהוסיף בה דברים וכתב כלשון הרשב"א והוסיף דלפטור לגמרי אי אפשר דמבור חזין דאין החיוב תלוי במה שדרכו לילך ולהזיק וכו' אך כלפי חיוב כלים דא"א ללמדו מבור בזה בעינן להילפותא מקרן ולא פרכינן מה לקרן שכן בע"ח וצ"ב כוונתו עכ"פ מבואר דאף להראב"ד צריכים אנו לדין הבור כדי ללמוד עיקר החיוב [ומשמעות דבריו דאם היינו באים ללמוד עיקר החיוב מקרן בזה איכא פרכא דבע"ח אבל כאשר עיקר החיוב ידעינן ורק חיוב כלים בעינן למילף בזה כבר אין

**שמענו להסתפק** לדעת רב באסו"מ אי נימא שהם בור ט [דכן מבואר מהנך ראשונים שהוכיחו מאסו"מ דאף בור ט פטור מכלים ראה בסוגיא לעיל] האם חייב במיתת בהמה, **וספק זה תליא בשורש שתי הסוגיות**, חדא דאם פטור אדם במיתתה בבור ט מילתא בטעמא הוא אם כן אף אם חיוב אסו"מ מדין שור הוא קיימא להך סברא, [והיינו לרש"י לעיל דתלינן שלא מחמת הבור מת וכן להתוס' בדף י"ל דסברא הוא וכן בדעת הרמב"ם אפשר כן שכתב שהוא כמו אונס] דגלי לן קרא בבור דאפקרינהו וה"ה ואם הוא גזיה"כ [כדעת הרשב"א] בזה אפשר לדון דהכא באסו"מ שלמדנו משור ליכא להאי דינא או דנימא דכיון דילפינן חיוביה מבור בעינן למיהב ליה דינא דבור ומיהו לכאורה יש בזה סברת הרא"ש והראשונים דעיקרו שור ולכן לא יחבינן ליה פטורי בור אך נראה דל"ד דשיעור ראוי להמית אינו גזיה"כ לפטרו כמו פטור כלים אלא שיעור בעצם המזיק דבור ט אינו מזיק כלפי מיתה וליכא כלל הצה"ש מבור ודוק.

**בגמ' אילימא אב מועד ותולדה ישן וכו' יל"ע בכוונת הגמ'** האם ס"ד דכל שוגג ואונס הוי תולדה או דוקא בישן, **ומשמעות לשון הגמ'** דבישן בלחוד הוא דמספקא לן, **וצ"ב בסברא** מאי שנא ישן משאר שוגג, **וביאר בזה הגר"נ זצ"ל** על פי המבואר בגמ' להלן בדף ד דישן חייב משום דשמירת גופו עליו, וכתב דדוקא בישן בעינן לדון זה דמעשיו כשהוא ישן א"א לחיבו עליהם כלל דכעץ בעלמא הוא ולכן חייב משום פשיעתו כשהלך לישון אבל שוגג חייב על עצם המעשה בשוגג שעשה.

**אך יעויין בתוס'** שכתבו בתי' הגמ' דאין כוונת הגמ' להוכיח דהוי אב שא"כ הל"ל להגמ' לאתויי לקרא דפצע תחת פצע, **ואי נימא** דרק ישן הוי תולדה ולא כל שוגג אם כן מה המקור מקרא דישן הוי אב הרי מהך קרא ילפינן בגמ' לקמן [בדף כו] שוגג ואונס ולא מצינו ילפותא לישן בפסוק ועדיין נימא דישן תולדה, **ומזה משמע** דספק הגמ' הוא על כל שוגג ואונס וצ"ע.

**ויעויין בהגהות נחלת צבי על השו"ע** בסי' תכא שהקשה בדברי התוס' שכתבו דהגמ' פשטה רק דישן הוי כיוצא בו ולא דהוי אב, **והקשה** שהרי ישן פטור מד' דברים ולא הוי כיוצא בו דהאב שחייב בד' דברים, **ולדרך הגר"נ** דקושית הגמ' היתה דוקא בישן שהוא תולדה ולא בכל שוגג א"ש בפשיטות דהישן הוא כיוצא בו כהאב השוגג.

**ולמסקנת הגמ'** ראה ברש"י בד"ה אלא תולדה דאדם כיחו וכו' ומשמע מדבריו דראית הגמ' היא שישן הוי אב אך התוס' פירשו דראית הגמ' דהוי כיו"ב **אך לא נתפרש להדיא** בדבריהם אם אליבא דאמת הוי אב מקרא דפצע תחת פצע או לא, **ועיין בתוס' תלמיד ר"ת**.

**בגמ' אלא אכילו וניעו וכו'** בפשטות נחלקו ראשונים בביאור דחית הגמ' **דרש"י ביאר** דהיינו אדם גופו וחייב ומשמע מדבריו דכוונת הגמ' לדחות דאף כיחו וניעו אינו תולדה כלל אלא הוי האב דאדם המזיק גופיה. **ואולם יעויין ברי"ף שכתב** דכיחו וניעו הוי תולדה, **וכן כתב הרמב"ם** בפ"ו מהל' חובל ומזיק ה"י

---

סברא כ"כ לפרוך דדוקא בבע"ח החמירה תורה בכלים וצ"ת] אך צ"ב טובא דאם כן אין צורך לכל הקדמת הדברים דאהני ביה פשיעותא ידידיה כאילו כיון, וצ"ע.

ובמש"כ לעיל מהברכ"ש הנה יעויין היטב בשיטמ"ק לקמן [בדף נ ע"ב ד"ה וז"ל הרא"ה ובדף נג ע"א ד"ה אמר רבא בשם הרא"ה] שמבואר מדבריו דלרב דחייב באסו"מ משום שורו ליכא להפטור דקרקע עולם הזיקתו וחייב על מעשה האסו"מ וכאילו שורו דחף הניזק לקרקע דודאי משלם ורק לשמואל פטור כה"ג, וכן נראה מדברי הרמב"ן במלחמות שם. ולפי זה למדנו יסוד גדול דחלוק עיקר חיוב האסו"מ בין דין שור דבור מתחייב רק על התקלה שגרם בהנחת האסו"מ אבל לא על מעשה האסו"מ גופיה ומשא"כ להצד דהוי שור וכ"כ הברכ"ש בסי' יב, [ואולם בברכ"ש בסי' א ביאר דאף לרב חיובו הוא משום פשיעת כריה בלחוד וליכא חיוב שמירה עליהם וכן הוכיח מרש"י ומהרי"ף לקמן בדף לא וכן מבואר גם בראב"ד הנ"ל דחיובו משום פשיעת כריה, וצ"ע אם אין הדברים סותרים ודוק]

וז"ל אחד המזיק בידו או שזרק אבן או ירה חץ והזיק בו וכו' או שרק או נע והזיק בכוחו וניעו בעת שהלכו מכחו הרי זה כמזיק בידו והם תולדות של אדם עכ"ל. הרי מבואר מדבריו דכוחו וניעו וכן כל מעשה הנעשה ע"י כחו הוי תולדה ולא אב, ולדרכם מתפרש דחית הגמ' דהוי תולדותיהן כיו"ב.

**ויעויין בפנ"י שהקשה לדעת רש"י** שהרי אמרינן לעיל מדקתני אבות מכלל דאיכא תולדות, ובמתני' איתא ארבעה אבות ומכללן אדם אלמא אית ליה לאדם תולדה וע"כ היינו כחו, **ועוד הקשה הפנ"י** בדעת רש"י שהרי בבהמה המזקת חזינן דכחו הוי תולדה [צרורות] ומדוע באדם הוי אב, נוש לזון בעיקר הקושיא ושייך להלן] **ועוד מקשים בזה מלישנא דגמ'** כאן דמסקינן אלא תולדה דמבעה כמבעה ואילו לרש"י אליבא דרב אין תולדה למבעה, **והפנ"י** פירש כוונת רש"י כהרי"ף. **אך יעויין בתוס' תלמיד** ר"ת שעמד בקושית הפנ"י וכתב בפ"י אחד דקרי למבעה אב לענין לשלם ממיטב. [כבגמ' בדף ה ע"א]

**ומקשים העולם בדעת הרי"ף** שהרי בכל התורה כולה כחו כגופו לכל דבר, ומדוע נימא דהכא לא הוי בכלל מזיק, **וביותר דגבי רציחה** מקרא מלא דיבר הכתוב דונשל הברזל וגו' הרי להדיא דאף כחו חשיב כרוצח גמור ומדוע בנוזקין הוי תולדה, **ויעויין בברכ"ש** בסי' יט שהקשה כן גבי ספק הגמ' בדף יז ע"ב אי כחו כגופו או לא דמאי ס"ד דשניא הכא מכה"ת כולה ומקרא דונשל הברזל, **וכתב שם** בשם הגר"ח דאף שכחו כגופו מ"מ לא הוי בשם 'שור' האמור בפרשה דדין שור המזיק דחייב נאמר על מעשה השור בעצמו, וצ"ע אם אפשר"ל כן גם גבי אדם המזיק [וראה לעיל קושית הפנ"י על רש"י מבהמה ודוק]

**והגר"נ זצ"ל הקשה בכ"ז קושיא אלימא שיהי קי"ל דאשו משום חציו**, ואם כן הרי מפורש חיוב כחו גבי נזיקין להדיא בקרא דוכי תצא אש וכו' דהיינו חיציו וחייב משום אדם המזיק, ואם כן היאך אפשר לומר דכחו הוי תולדה וצ"ע.<sup>51</sup>

**בגמ' מ"ש אש וכו' וכתב אחר מעורב בו עיין מה שנתבאר לעיל** בדף ב ע"א במחלוקת רש"י ותוס' והרשב"א בזה.

**צרורות הדבר פשוט** דודאי עיקר הדין דמשלם ח"נ נאמר בהלכה, **אך דנו ראשונים בשני נידונים**, (א) האם מה דצרורות הוי תולדה דרגל אף זה מההלכתא או מסברא. (ב) האם מה דצרורות הוי ממונא ולא קנס הוי מההלכתא. ויתבאר להלן.

**(א) במה דצרורות הוי תולדה דרגל יעויין ברא"ש שכתב** שאין צורך להלכתא דהוי ממונא שהרי תולדה דרגל היא וממילא הוא ממונא אלא ה"ק דאע"ג דתולדה דרגל היא ואע"ג דממונא הוא מ"מ הלכתא דמשלם ח"נ. **ומבואר מדבריו** דגם מה דהוי תולדה דרגל וגם מה דהוי ממונא שניהם אינם מהלכה אלא מסברא. **ויעויין ברשב"א כאן שנחלק עם הרא"ש** וכתב דהוי תולדה דרגל מהלמ"מ. [ובדברי רש"י בסוגיין יתבאר להלן]

**ונראה דבזה תליא מחלוקת ראשונים יסודית בפרק כיצד, דיעויין בדף יט ע"ב ברש"י ד"ה דדחיק לה וכו'** שהביא שם פירוש דהטילה גללים להנאתה הוי תולדה דשן [ומשמע דלהך פירושא משלם נ"ש והיינו דכל צרורות להנאתה משלם נ"ש דלא הוי תולדה דרגל] **ורש"י שם חולק ומפרש** דלא הוי תולדה דשן דשן היינו בגופה והכא צרורות נינהו, **הרי מבואר מרש"י** דמה דהוי צרורות מפקיעו מדין שן וחייל ביה דין צרורות תולדה דרגל, **וראה ברש"י בדף יז ע"ב** ד"ה צרורות שכתב שם גבי חזיר הנובר באשפה בחטמו

<sup>51</sup> ואמנם שיטת הרמב"ם והרי"ף התם דלמ"ד חיציו בעינן נמי לחיוב ממונו [ודלא כרש"י ותוס' דאיכא גם חיוב חיציו וגם חיוב ממונו] ולדרכם באמת אינו חיוב גמור דאדם אלא אב חדש של אש שפטרה בו תורה טמון, [ואכמ"ל בביאור שיטתם] ואם כן לק"מ דבחיוב אדם ליכא דין כחו ולפי זה הרי"ף והרמב"ם לשיטתם, ורש"י ותוס' בהכרח ס"ל דהוי אב כמשמעות לשון רש"י, אך להפנ"י צ"ע קושית הגר"נ.



דהוי תולדה דרגל. והתם נמי להנאתו עביד ומ"מ תולדה דרגל הוא.<sup>52</sup> ומכ"ז מוכרח דמה דהוי תולדה דרגל הוא מהלכתא וכמש"כ הרשב"א שהרי חזינן דאף בעבדה להנאתה תולדה דרגל היא, וע"כ דהוי מגוף ההלכה.<sup>53</sup>

**ואולם יעויין בתוס' בריש פ"ב** [דף יז ע"ב ד"ה נובר] שמבואר מדבריהם דחזיר הנובר באשפה הוי צרורות דשן ולמדנו מזה א) דמה דהוי תולדה דרגל הוא משום דדמיא לרגל, ובשאר אבות באמת לא יהיה תולדה דרגל. ב) דהלכתא דצרורות לא ברגל בלחוד איתמר אלא בכל אב יש הדין דכחו הוי צרורות ולא כגופו. וכן ביאר התוס' ר"פ בדף יט ריש ע"א דדין צרורות נאמר בשאר אבות נמי, ודברי התוס' מתאימים היטב עם דברי הרא"ש דהוי תולדה דרגל מסברא ולא מההלכתא ולכן תלוי בכל מזיק לגופו.

ולדרך זו קשיא שאם כן אף גבי שן משכח"ל תולדותיהן לאו כיו"ב ואמאי קאמר בגמ' כן דוקא גבי רגל, ועיין בשיטמ"ק בדף ב ע"ב בשם תוספי הרא"ש שהביא בשם רבינו יונה שהקשה כן דהא בכל ג' אבות שנאמרו בשור איכא צרורות, ותירץ דא"נ ונקט רב פפא צרורות דרגל משום דרגל שכיחא טפי.<sup>54</sup>

**עלה בדינו** ששיטת רש"י היא דהוי תולדה דרגל מההלכה וגם מזיקין שאינם דומים לרגל הוו צרורות שהם תולדה דרגל ומשלמים ח"נ, ואילו שיטת הרא"ש והתוס' דדין צרורות לשלם ח"נ אינו כלל הלכה ברגל דוקא אלא כל צרורות דשור משלם ח"נ. [והי"מ שהביא רש"י דרך שלישית להם ואכ"מ]

**[הרחבת דברים בדברי רש"י בסוגיין והסתירות בדברי רש"י יעויין היטב בכ"ד רש"י כאן, ומש"כ רש"י]** דהוי תולדה דרגל שמכח רגל קא אתו תמוה מאוד, חדא דהרי הגמ' רצתה לומר סברא כזו להס"ד גבי בעיטה דמשו"ה תולדה דרגל היא ודחתה הגמ' לסברא זו ומסקינן דאולינן בתר דמיון התכונה, ואם כן אף צרורות אלמלי דהוי אורחיה כרגל לא היה תולדה דרגל. ולכן עכצ"ל דכוונת רש"י דמכח רגל קא אתו היינו מכח תכונת רגל דמחמת מה שמהלכת כדרכה מזקת שלא בכוונה. אך גם זה קשה שהרי אף בחזיר שהיה נובר באשפה בחוטמו משלם ח"נ וכתב רש"י בפ"ב דתולדה דרגל הוא. וגם ממש"כ רש"י דגבי גללים אינם תולדה דשן משום דאינם מגופה בהכרח דהוא מההלכתא דאי מסברא הרי כחו כגופו וכמו דחזינן לסומכוס דכחו תולדה דגופו לשלם נ"ש.

**ומצינו סתירה בזה בדברי רש"י, דבכתובות דף מא ע"ב** כתב דהלכתא גמירי לה דתולדה דרגל היא ומשמע דזה מגוף ההלכה וכמו שביארנו לעיל באורך בשיטת רש"י, וכן עולה מכ"ד רש"י שהעמדנו לעיל בענין צרורות דשן, ולעומת זאת ברש"י בשבועות [דף לג ע"א ד"ה ח"נ] מפורש דהוי תולדה דרגל משום דאורחיה הוא, וכך מבואר גם מדבריו לקמן בפרק כיצד [דף יח ע"ב ד"ה או דלמא וכו']

**ויעויין בשנו"ס במהדו' פרנקל.** ששם הובא שבהרבה כתבי יד גרסא אחרת ברש"י דידן וז"ל דהלכה למשה מסיני דתולדה דרגל היא עכ"ל. וגם בכמה כתבי יד ליתא ההמשך דהוי תולדה דרגל משום דמכח

<sup>52</sup> וכתבנו בפנים דמדברי הי"מ שהביא רש"י משמע דמשלם נ"ש, והכוונה בזה דאל"כ הרי אפשר להעמידה בלהנאתה ומשלם נ"ש משום צרורות דשן ומוכח דס"ל דליכא דין צרורות בשן ומשלם נ"ש, עייש"ה ודוק, אך לפי זה קשה מחזיר שהיה נובר באשפה דלדרכם אמאי משלם ח"נ הרי להנאתו עביד, וכן גבי תרנגול שתקע בדף יח ע"ב ומוקי לה בגמ' בדאיכא בורני [זרעונים] בכלי והוי להנאתו, ושמא ס"ל להנך ראשונים דבעינן הנאה מעצם פעולת ההיזק ולא סגי במה שהזיקה בדבר שעשתה להנאתה ודוק.

<sup>53</sup> וגבי צרורות בשינוי אי הוי תולדה דקרן או דרגל יש בזה סתירות וגרסאות שונות בדברי רש"י לקמן בדף יח ויט ואכ"מ. וראה להלן בהערה 55.

<sup>54</sup> ובתוס' שאנץ כאן בשיטמ"ק ד"ה בחצי נזק כתב דהוי מצי למנקט גבי קרן אם יש שינוי לצרורות לרביע נזק אלא דבעי היא לקמן בריש כיצד עכ"ד. וצ"ב דסו"ס מצי למנקט נמי גבי שן וגבי קרן מועדת אבל נראה דהא לא קשיא ליה אלא דקשיא ליה שמצינו דין מחודש גבי קרן שמשלם רביע נזק והוי דין נוסף דלאו כיו"ב, ופשוט.

רגל קא אתו, ובאחד הכת"י בא כ"ז כתוספת על הגליון. אך הנמו"י כתב ככל דברי רש"י דידן וכפ"נ שברש"י שלפניו היה כתוב כן. ודע שרבה מאוד המבוכה והסתירות בגרסאות רש"י השונות בתחילת פרק כיצד בכ"ז וכפי הנראה שהיו כאן שתי מהדורות בדברי רש"י ושני מהלכים שונים בכל ענין צרורות, וגרסת רש"י שבגמ' דידן מורכבת פעמים רבות מפירושים סותרים מחמת שהמדפיסים ערבבו הדברים.<sup>55</sup>

**(ב) במה דצרורות ממונא הוא ולא קנס בגרסת הגמ'** דידן איתא רק דהלכתא למ"מ היא אך הרא"ש הביא הגירסא דהלכתא למשה מסיני דממונא הוא ולא קנס, וכן לשון הגמ' לקמן בדף טו ע"ב דהלמ"מ דממונא הוא ומשמע דמעיקר גוף ההלכה דהוי ממונא, ופירש הרא"ש דאינו כן אלא מסברא הוי ממונא כיון שהוא תולדה דרגל.

**ומשמעות לשון רש"י שלפניו** דמגוף ההלכה הוא דהוי ממונא ולא קנס, והדברים צ"ב שהרי ח"נ בעלמא הוי קנס משום דסתם שוורים בחזקת שימור אבל צרורות שאורחיה הוא למה יהא קנס ולא ממון ולמאי בעינן הלכתא לזה. אך יעויין ברש"י בכתובות דף מא ע"ב שכתב שם דהלכתא גמירי לה דתולדה דרגל היא וכל נוקי רגל ממונא הוא ולא קנס, ומשמע מדבריו כהרא"ש דהוי ממונא ממילא כיון שהוא תולדה דרגל, וכן מבואר מדברי רש"י בשבועות דף לג ע"א ד"ה ח"נ. וזה להדיא שלא כדברי רש"י דידן. ויעויין במהרש"ל שכתב דאין כוונת רש"י דהלכתא היא דהוי ממונא אלא פרושי קא מפרש דהך חיוב מהלכתא ממונא הוא.<sup>56</sup> ויעויין ברשב"א שדן בזה אם ההלכתא היא דהוי ממונא והביא משם התוס' דאינו כן [וכ"ה להדיא גם ברא"ש] והעיר ממשמעות לשון הגמ' לקמן ונראה שדעת הרשב"א עצמו דמהלכתא הוא דהוי ממונא.

**והגר"נ זצ"ל ביאר בשם הגרא"ל מאלין** דשורש מחלוקת רש"י והרא"ש הוא בגדר ההלכה דהרא"ש סובר שההלכה באה רק למעט מנ"ש לח"נ וממילא חיובו בח"נ הנשאר כדקאי קאי ולכן הוי מסברא ממונא ולא קנס, אך רש"י סבר דהלכה עקרה לגמרי חיובו הראשון וחייבתו ח"נ מכח ההלכה וממילא בעינן גם לגלויי אי הוי ממונא או קנס.

<sup>55</sup> יעויין בספק הגמ' בדף יח ע"ב גופא בעי רבא יש העדאה לצרורות, וברש"י שם ד"ה לקן וכו' מבואר דספק הגמ' היה בצרורות משונה אם יש להם העדאה או לא, אך בד"ה או דלמא וכו' מבואר דספק הגמ' היה בצרורות כי אורחיהו, ושניהם לוקטו משתי מהדורות שונות, ובד"ה או דלמא הנ"ל מבואר דצרורות הן תולדה דרגל משום דאורחיהו והזיקן מצוי וזה להדיא שלא כדברי רש"י שהזכרנו בפנים גבי חזיר וגבי גללים, וכפה"נ דבמהדורה זו סבר רש"י כהצד בצרורות הן תולדה דרגל מסברא ובמהדורה השניה [ששריד לה בד"ה לקן הנ"ל] סבר איפכא.

וכך בדף יט ע"א בספק הגמ' גבי היתה מהלכת ברה"ר דברש"י שלפניו בד"ה לקן וכו' כתב רש"י דמייירי במשונה ולכן ס"ד לדמויי לקן, ובצד השני של הספק בד"ה או דלמא ביאר להדיא דמייירי בצרורות כי אורחיה, ויש כאן עירוב פרשיות, ויעויין בשנו"ס מהדו' פרנקל שהובאה שם הגרסא בד"ה או דלמא וכו' דכל צרורות תולדה דרגל והיינו דבמהדורה זו פירש רש"י דספק הגמ' בצרורות דמשונה האם מחמת השינוי יצאה מתורת רגל ודין קרן לה לחיובי ברה"ר או דהלכתא היא דכל צרורות ואפילו משונה הוי תולדה דרגל ובמהדורה אחרת חזר רש"י ופירש דהספק בכל צרורות האם אף דהוי תולדה דרגל מ"מ לענין רה"ר מספקין לדמויי דין צרורות לקרן ולפי' זה הרי דנסתפקה הגמ' שם במאי דפשיטא לסוגיין דפטורות ברה"ר ומשמע שם דמספקין בעיקר הדין אי הוי תולדה דרגל וזה מכריח דלא הוי תולדה דרגל מכלל ההלכה. וכפה"נ דכל זה תלוי גם בספקות הגמ' גבי שינוי לצרורות והעדאה לצרורות ובגרסאות השונות ברש"י שם ואכמ"ל.

<sup>56</sup> ואפשר עוד שרש"י גרס כהרא"ש בגמ' ותיבות 'דממונא הוא ולא קנס' ברש"י הן ציטוט מלשון הגמ' והוא דיבור חדש בפ"ע.

[והוסיף בזה הגר"נ עוד דרש"י לשיטתו שביאר דתולדותיהן לאו כיו"ב היינו שפטורים לגמרי וביאר דאף בצרורות כן הוא דבאמת מדין לאו כיו"ב פטורים לגמרי אלא דההלכתא דצרורות חדשה לחיובם בח"נ, ולדרך זו י"ל דאולי הפטור עצמו אינו מהלכה אלא מסברא ודלא כמש"כ לעיל]

**ונראה בזה טפי** דהנה רש"י בדף יח ע"ב כתב דגללים אינם תולדה דשן לפי ששן גופו היא והנך צרורות, ולכאורה צ"ב שזה אינו טעם שהרי כחו כגופו וסומכוס יוכיח [ורבנן לא פליגי בזה כדאינתא התם להדיא בגמ'] אבל צ"ל דאחר ההלכתא דצרורות נתחדש הפקעה דכחו לא הוי בכלל כל המזיקין אלא ניתן להלכתא אבל מכח עיקר דין ארבעה אבות נזיקין ליכא חיוב כחו תו, וא"ש היטב דהשתא ראוי לן להסתפק אי ממונא הוי או קנסא וההלכתא היא שאמרה דהוי ממונא.<sup>57</sup> [אך לפי זה במהדורת רש"י שבה סבר דהוי תולדה דרגל מהלכה בהכרח דהוי גם הלכה דהוי ממונא, וצ"ע בזה ברש"י בכתובות הנ"ל ודוק]

**בגמ' אמאי קרי לה תולדה דרגל רש"י פירש** הואיל ואינה משלמת כמותה, וביארו התוס' דאע"ג דדמי לרגל כיון שדינה חלוק היה לו לקרות לה שם בפני עצמה, וצ"ב במהות שם תולדה דבפשטות כל מזיק שנלמד מאחד האבות האמורים בתורה שמו תולדה, ואם כן אינו מובן דאף אם דינה חלוק עדיין תולדה דרגל היא, ועוד קשה דהרי ס"ד דתולדותיהן לאו כיו"ב ואמאי קרי להו תולדה אם כן, ועוד צ"ב במש"כ רש"י שאינה תולדה דקרן כיון דפ"נ קנסא וכו'. ואמאי ס"ד דהוי תולדה דקרן הא פשיטא דדין צרורות לא נלמד מקרן. [והרשב"א נראה שגרס כן בקושית הגמ' אמאי קרי לה תולדה דרגל ולא דקרן וצ"ב כנ"ל] ועוד צ"ב דהרי חיוב צרורות נלמד מהלכתא ולא מרגל ואם כן אמאי באמת יש לו שם תולדה [וזה תלוי במש"נ לעיל אם ההלכתא באה לחייב או לפטור] ומאוד תמוה בדברי הרשב"א שדן אמאי לא הוי תולדה דקרן [וכפפה"נ שגרס כן בגמ' דמקשינן אמאי קרי לה תולדה דרגל ולא דקרן עיי"ש] וכבר רמז לזה רש"י שדן אמאי לא הוי תולדה דקרן, והרי לא למדנו בה כלום מדין הקרן ומהיכי תיתי שיהיה לה שם תולדה דקרן.

**ומכ"ז היה נראה** דענין תולדה הוא שדבר הדומה לאב קרוי תולדה והיינו שאינו חולק שם לעצמו אלא ענינו [בדינים או בתכונות] דומה לאב ואין זה שייך לילפותא ממנה למדנו לחייב התולדה אלא תולדה שם בעלמא הוא לכל הדומה לאיזה אב.<sup>58</sup> אך לפי"ז היות המזיק תולדה דאב אינו גורם שיהיו דיניו כהאב אלא להיפך דמה שאנו למדים אותו מהאב או ממקום אחר הוא גורם דיניו ולא שם תולדה הוא קובע דינים, ואחר שנתנו למזיק מסויים דינים הדומים לאחד האבות הוא קובע לו שם תולדה לאותו

<sup>57</sup> ושמענו מחכ"א לבאר בזה מחלוקת נוספת בין רש"י להרא"ש דיעויין בגמ' בדף מד סוע"א דשור שהפיל כותל להנאתו מתחייב בכופר ופריך ע"ז הגמ' דאכתי צרורות נינהו ופירש שם רש"י וז"ל 'ואין כופר כתוב אלא בנגיחה דהוי גופו ממש' עכ"ל ותמה עליו שם בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש בשם הרא"ש דעד כאן לא למדנו מהלכתא אלא לפטור צרורות מח"נ אבל מהיכי תיתי לחלק בין כחו לגופו גבי כופר. ולהמתבאר בפנים הוא נפלא מאוד דרש"י לשיטתו דבאמת בנזקי ממון כחו לאו כגופו. [ועדיין צ"ע דכ"ז גבי נז"מ מכח ההלכה או משום דתולדותיהן לאו כיו"ב אבל גבי חיוב כפרה דכופר מנא לן לחלק והא קיי"ל בכה"ת דכחו כגופו וי"ל]

<sup>58</sup> וב"נ מדברי התוס' לעיל בריש ע"א שכתבו דאף דטינפה פירות ילפינן מקרא חשיב תולדה כיון דלא כתיב בהדיא הרי חזינן שאף שאין מקור דינה מהאב שם תולדה עליה, ואין זה סתירה למש"כ רש"י דהנך דכתיבי בקרא להדיא קרי להו אב דהכוונה בזה דכשיש כמה עניני מזיקים שכולם מפרשה אחת ובני חדא בקתה הם הרי האמור בתורה הוא האב והאחרים שאינם מפורשים קרויים תולדה.

והרשב"א הקשה דבור ט יהיה תולדה דאב ותיירך דהוא אב לעצמו וכמו קרן תמה שאינה חשובה תולדה. ותמוה מאי ס"ד דקרן תמה תולדה היא ופסוקים מפורשים נאמרו בה ודיניה מפורשים בתורה יותר ממועדת, אבל כיון שענינה הוא פרשת קרן ואינה עיקר הפרשה חשובה תולדה אף שמפורשת בקרא להדיא. וצ"ע עוד בזה.

אב [ולפיז] מתפרש ספק הגמ' לעיל דמדקתני אבות וכו' משמע שיש עוד מזיקים הדומים להם שמכונים תולדות והשתא מספקא לן כל הני מזיקים האם דינם כדין האב או לא ופושטת הגמ' דכל הנהו מזיקים כיון שדומים לגמרי לאב דינם כדין האב ולא מחמת שהם תולדה לכן דינם כדין האב, וצורות דינו מפורש בהלכתא וחשוב תולדה דרגל מחמת שדומה לו אלא דאכתי לא ניחא להגמ' כאן בזה דכיון שדינו חלוק ראוי לקרות לו שם בפ"ע **אבל צ"ע בדברי הרשב"א** שכתב דהלכתא גמירי לן דצורות תולדה דרגל ומה שייך הלכתא בזה אם אינו אלא כינוי שם בעלמא ולכאורה ההלכתא היא על גופי הדינים וממילא הוי תולדה וצ"ע. **גם צ"ע להמתבאר לעיל** דשיטת רש"י בפרק כיצד דכל צורות [אף דשן] תולדה דרגל הן מההלכה ועל כרחין מה שהוא תולדה גורם הדין לחייבו ולא להיפך וצ"ת.

**גם יל"ע בלשון הגמ' לקמן** דף יט ע"א בספק הגמ' בדף יח ע"ב גבי העדאה לצורות וכו' או דילמא תולדה דרגל היא וביותר בדף יט ע"א בהתיזה ברה"ר וכו' או דלמא תולדה דרגל היא וכו' דמשמע דמחמת שהיא תולדה דרגל לכן פטורה ברה"ר ואילו בסוגיין משמע להיפך דמחמת שפטורה ברה"ר יש לה שם תולדה דרגל וצ"ל דכוונת הגמ' שם דכיון שהוא תולדה היינו שדומה לו בענינו ותכונותיו ראוי שיהיה דינו כרגל. [אך כ"ז לפירוש רש"י שם בנוסח דידן אבל להנוסח בכת"י דמיירי במשונה הרי בהכרח שמחמת שהוא תולדה דרגל לכן פטור ברה"ר וקשה כמו שהקשינו לעיל וצ"ע]

**ובעיקר קושית הרשב"א** מנא לן דלרבא הוי תולדה דרגל עיין בתוס' ר"פ שתירץ דרבא עצמו קאמר לה בבעיא דהעדאה לצורות 'אוי' תולדה דרגל היא' וחזינן דאף לדידיה הוי תולדה דרגל. [נומ"מ חזינן דכשנסתפק רבא לפטורה ברה"ר טעמו משום דלא אשכחן וכו' והיינו דשם תולדה אינו גורם הדין וכמש"נ לעיל]

**בדברי הרא"ש והרי"ף בפטור שו"ר ברה"ר עיין ברא"ש כאן** שדקדק בדברי הרי"ף שכתב דטעם פטור שו"ר ברה"ר משום דאורחיהו הוא הא קרא כתיב וביער בשדה אחר ודרשינן מינה בגמ' בשדה אחר ולא ברה"ר, **וביאר הרא"ש** שהרי"ף בא לאשמעינן טעם הדין שפטרם תורה 'לפי שדרכו לילך ברה"ר ואי אפשר שילכו הבעלים אחריהן תמיד' ומשא"כ קרן דכיון דאייעד על כרחו חייב לשמרן אף ברה"ר. **וכתב הרא"ש דהנ"מ בזה** הוא שאם היה עץ ארוך מונח מקצתו ברה"ר ומקצתו ברה"י ודרסה עליו ברה"ר ושבחה ברה"י כלים כיון שדרכה לילך ולדרוס עליו פטורין ור' יצחק בר' שמואל לא פירש כן לקמן גבי שור יוכיח שברשות עב"ל [והר"י בר שמואל הוא הר"י בעל התוס',<sup>59</sup> **ומבואר מדברי הרא"ש** דלדעת התוס' אין יסוד הפטור משום דאורחיהו אלא גזיה"כ לפטורם ולכן כל שהזיקה ברה"י חייב. ויל"ע אי פליגי גם איפכא כשדרסה על עץ ארוך בחצר הניזק והזיקה כלי ברה"ר האם חייבת להרי"ף ופטורה להתוס', או דלכו"ע פטורה ודוק] **וראה עוד בהערה.**<sup>60</sup>

<sup>59</sup> **והיש"ש והב"ח השיגו על הרא"ש** דהתוס' שלפנינו לא אמרו כן אלא על התיזה ברה"ר והזיקה ברה"י, וכתבו לחלק בין התיזה לעץ ארוך **אך יעויין בתוס' ר"פ** ששם איתא להדיא דגם בהזיקה בעץ ארוך חייבת, וכן הובא ברשב"א בשם התוס', וכע"ז בתוס' תלמיד ר"ת וכפה"נ שכך היה כתוב בתוס' שהיו לפני הרא"ש.

<sup>60</sup> **יעויין בתוס' בדף נו ע"ב** שכתבו דמעמיד בהמת חברו על קמת חברו חייב משום שן וכתבו דפטור ברה"ר, **וביאר הגר"נ דאזלו התוס' לשיטתם** דפליגי על הרי"ף, דאילו להרי"ף כל טעם הפטור הוא משום שאינו חייב לשמרם, אבל המעמיד על קמת חברו ודאי פושע הוא אף ברה"ר וחייב, **והמ"מ בפ"ד ה"ג חולק על התוס'** וכתב וז"ל ודע שאפילו היו פירות ברה"ר חייב המעמיד שאין זה שן שפטורה תורה ברה"ר שכאן המעמיד הוא שחייב עכ"ל **והגר"א** [שצו סק"י] **פירש** דהמ"מ סובר דהוי מזיק בידים ולכאורה כוונתו דהוי אדם המזיק, **ושמענו בשם הגר"נ שאמר** דאף המ"מ סובר דהוי שן אבל כוונתו על דרך הרי"ף ופטורא ברה"ר הוא על חיוב הבעלים לשמור בהמתו אבל מעמיד שחייב מחמת שהעמיד בהמה אין לחלק בין רה"ר לרשות הניזק. ועיין ברשב"א שם בדף נו.

דף ד ע"א

בגמ' והכי קאמר וכו' וכו' ולא ק"ו הוא עמדו ראשונים בטעם הגמ' בס"ד ומדברי רש"י משמע דאדה"נ אין טעם לסברת הס"ד ולהכי פריך ולא ק"ו הוא, וכן מבואר בשטמ"ק בשם הר"י מיגאש, וראה בתוס' שפירשו דקולת הנאה להזיקה הוא בקושי השמירה, והצד חומרא בהנאה וכוונה לא נתבאר בתוס' ועיין בשטמ"ק בשם המהר"י כץ שביאר דהחומר בהנאה להזיקה אינו בפשיעה אלא בחומר המזיק עצמו שמזומן טפי להזיק והגר"ח מטלו ביאר בזה דפליגי תרי לישני דרב יהודה אם המחייב הוא הפשיעה בשמירה או ממונו המזיק. ואולם יעויין בשטמ"ק בדף ה ע"ב [מתוס' רבינו ישעיה שכתבו בשם הרב רבנו דוד] דאף סברת החומרא מחמת הפשיעה היא דכיון שיש לשור כוונה או הנאה צריך לשמרו טפי. [ועיין בהגהת הגר"א בדף ה ע"ב דמאן דאמר התם אדרבה קרן עדיפא שכן כוונתו להזיק הוא לישנא בתרא דרב יהודה וכן ביאר שם הראב"ד והשטמ"ק הנ"ל בשם רבנו דוד ולמדנו מדבריהם דאף שהגמ' כאן דחתה הל"ק דר"י מ"מ אליבא דאמת מחלוקת יש בדבר ושתי לשונות הן]

מירי דהוה אעבד ואמה רש"י סתם פירוש הס"ד דגמ', ועיין בתוס' רא"ש בשטמ"ק בשם רבינו יונה שביאר דלהס"ד אין טעם הפטור משום שמא יקניטנו אלא לפי שכוונתם להזיק קשה טפי לשמרם, והיינו דהמקשן הוכיח כדבריו דחומר המזיק הוי קולא בחיוב הבעלים, ועוד כתב שם דאף לטעם שמא יקניטנו י"ל כן שהרי יש לנו לומר דאדרבה ישמרם טפי ומ"מ פטרינן ליה מחמת חומר השמירה הרי חזינן כנ"ל. [כ"נ כוונתו שם ודוק] והתוס' תמהו דהרי ודאי פטירי אף כשאין כוונתם להזיק ואם כן היאך מוכחינן מהתם דכוונתו להזיק הוי קולא, ואף בזה ביאר רבינו יונה [כנ"ל] דבאין כוונתם להזיק פשיטא שהבעלים פטורים כיון שהעבד שמור ע"י עצמו ואין דרכו להזיק אבל גבי כוונתו להזיק יש לחייב הבעלים כדי שישמרנו הבעלים. נוי"ל לפרש דבריו דבשלא בכוונה הוא מזיק אלא דהוא שמור על ידי עצמו דכע"ז הקשה הגרנ"ט היכי ס"ד לחייב עבד ואמה הרי בעלים שמסר לשומר הבעלים פטורים ונמצא שיכול לשמר שורו על ידי עבד זה וכ"ש שיפטר מנזקי העבד, ולטעם זה צ"ל דבכוונתם להזיק אין זה מועיל כלום דסו"ס אם ירצה העבד להזיק אין מי שמשמר דהוא עתה אינו משמר עצמו]

וראה בתוס' מה שפירשו, וסברת התוס' מאוד צ"ב שהרי הקולא בכוונתו להזיק אינו מחמת הכוונה אלא מטעם דשמא יקניטנו ומה שייך זה לכאן. ועיין במהר"ם ובפנ"י וברע"א הנדמ"ח.

שם בתוס' ורב אשי פירש דאפילו באין כוונתו להזיק וכו' אף דבריהם בכאן סתומים מאוד דנראה דרב אשי מודה לסברת המקשן אלא דסובר דהטעם דיקניטנו פוטר אף באין כוונתו להזיק ולכן אין כאן חומרא בכוונתו להזיק, וצ"ע שהרי אף המקשן ידע כן, ועיין היטב בתוס' ר"פ בכל דבריו בזה ודוק.<sup>61</sup>

והתוס' לעיל ד"ה משורו למדנו כתבו דא"א דמשן ורגל למדנו שאם כן יפטר ברה"ר, ואמר הגר"נ דאף בזה אולו לשיטתם שהרי ודאי אין רשות לאדם להניח אסו"מ ידיה ברה"ר, ובאמת יעויין בראב"ד בדף כח שכתב דאף אם למדנו משור"ר חייב אסו"מ ברה"ר משום שאין לו רשות להניח שם [אך יש לדחות בדברי התוס' דסו"ס דיו לבא מן הדין ואין מקור משן לחייב ברה"ר ובלא"ה צ"ל כן שהרי אף התוס' סברי דגדר רה"ר הוא מקום שרשאי להשים בהמתו ובמיוחדת לפירות לשניהם ולבהמת האחד חשיב רשות הניזק עיין בתוס' דף יד ע"א ד"ה לא לזה וכו']

והתוס' בד"ה לפוטרו ברה"ר הקשו אמאי פשיטא ליה טפי לגבי לפטרו מאשר לגבי תשלום מעליה, ואמר הגר"נ דאף בזה לשיטתם אולו דאילו להרי"ף ודאי מסתברא דכיון דצוררות אורחה הוא פטורה ברה"ר, והוסיף בזה עוד, דאף בקרן תמה ביאר הרא"ש דהטעם דחייבת ברה"ר הוא משום דהוי קנסא [וצ"ע למ"ד פ"נ ממונא] ואם כן בצוררות ודאי מסתברא דפטורה.

<sup>61</sup> ונראה כוונתו דהמקשן סבר דאף אם פטור כוונתו להזיק היה מטעם אחר מ"מ היה פטור באין כוונתו אטו שמא נתכוין, נמצא שעיקר ההלכה נאמרה במתכוין ואילו אינו מתכוין אטו מתכוין פטור הרי דכוונתו גורם הפטור

**בטעם דשמא יקניטנו יעויין במאירי שכתב** דבאמת מעיקר הדין חייב האדון בנזקי עבדו אלא שתקנת חכמים היא לפטור שמא יקניטנו, וכ"כ הראב"ן [מס' ב"ק סי' יג] וז"ל וברין הוא דליחייב על נזקי עבדו דהוי ממונו שהזיק אלא שאמרו חכמים שמא יקניטנו רבו וכו' עכ"ל.

**ואולם בשיטמ"ק בשם רבינו יונה** כתב דטעם הפטור 'לפי שא"א לשמרם' והיינו דאם יבוא להזיק כדי להקניט רבו א"א למנעו מזה [וקצ"ע דאם כן אף בלא טעמא דשמא יקניטנו א"א לשמרו מנזק בכוונה] ומשמע דהוא סברא מעיקר הדין, **וכן משמעות לשון הרמב"ם בפ"א ה"ט שכתב** וז"ל שאין אדם חייב על נזקי עבדיו אע"פ שהן ממונו מפני שיש בהן דעת ואינו יכול לשמרן שאם יכעיסנו רבו וכו' עכ"ל. וצ"ב גדר הפטור בזה דאם משום שהוא אנוס שאינו יכול לשמרו אם כן ידון כל מקרה ומקרה לגופו אם יכול הוא לשמרו. **ועויין בתוס' תלמיד ר"ת** שכתב דעצם הדין שפטור בנזקי עבדו היה פשוט לגמ' אלא שהטעם דשמא יקניטנו הוא טעם למה פטרתו תורה, **ועוד ביארו בזה** [בקונטרסי שיעורים] עפ"ד הנתיחה"מ הנודעים בסי' קנח שביאר מדוע בכל נזקי שכנים באופנים שעל הניזק להרחיק עצמו אין לחייב המזיק משום ממונו המזיק, וביאר הנתיחה"מ דחייבה תורה לשמור על המזיק אבל במקום שאין דרך לשמור עליו אלא בביטול התשמיש גופו לא חייבה תורה המזיק אלא הניזק צריך להרחיק עצמו, ולפי זה ניחא הכא נמי מה"ט.

**ואפשר דאיכא נ"מ** לדינא בין המאירי והראב"ן לבין הרמב"ם ורבינו יונה, דטעם המאירי אינו אלא לפטור מתשלומים אבל אפשר שחייב לשמור עליו שלא יזיק אבל להרמב"ם אפשר דליכא חיוב שמירה כלל על הבעלים ואינו בכלל דין שמירתן עליך. **ועיין בתשובת נוב"י** תניינא חו"מ סי' ז שדן שעבד שהרג חייב רבו לשלם דמי הנהרג דבזה לא שייך טעמא דשמא יקניטנו שהרי העבד יודע שאם יהרוג יהרג בעצמו וליכא למיחש שיהרוג אחרים להקניט רבו, ואף דבריו לכאורה שייכי רק להצד דהוא פטור מדרבנן.

**בעיקר חיוב נזיקין בעבד ואמה יל"ע להס"ד דגמ'** מהו שורש חיובו של האדון בנזקי עבדו ואמתו, **וממנתני' דמיירי משמע** דחיובו הוא מטעם ממון המזיק דאיתא במשנה שם שהצדוקים למדו ק"ו מה אם שורי וחמורי שאיני חייב בהם מצוות אני חייב בנזקן עבדי ואמתי שאני חייב בהן מצוות [ועיין שם ברא"ש שפירש שאני חייב להדריכן במצוות] אינו דין שאהא חייב בנזקן אמרו להן לא אם אמרתם בשורי וחמורי שאין בהם דעת תאמרו בעבדי ואמתי שיש בהם דעת שאם אקניטם וכו' **הרי מבואר מפשטות המשנה** דחיוב העבד נלמד בק"ו מחיוב שורו האמור בפרשה. **וכן מבואר מדברי הראב"ן** [הו"ד לעיל] דחיובם מעיקר הדין משום ממונו המזיק.

**ובחי' הגרנ"ט** הקשה בזה ג קושיות: (א) הרי מסר שורו לבן דעת פטור מחמת שהבן דעת שומרו [לקמן ט ע"ב] ואם כן היאך יתכן שיתחייב על נזקי העבד שהוא בן דעת הרי מסרו לבן דעת. [ובשטמ"ק כתב בשם רבינו יונה דמה"ט פטור באין כוונתו להזיק אך בתוס' להדיא דאף בשוגג דעבד בעינן לטעם דשמא יקניטנו וקשה כנ"ל (ב) הרי קיי"ל דשורו שהבעיר אש הבעלים פטור וביארו התוס' [לקמן כב ע"א] דהטעם משום דכתיב איש איש ולא שור אש ואם כן היאך מתחייב כשמדליק עבדו את הגדיש [ודחק שם הגרנ"ט לאוקמי במקום גחלת] (ג) דהרי לקמן בדף יז ע"ב ילפינן שחייב אדם על נזקי חיה משום דילפינן גזי"ש משבת דחיה בכלל בהמה ואם כן היאך נחייבו על נזקי עבד שאינו בכלל ילפותא זו. [ויל"ע בקושיא זו שהרי הצדוקים למדוה בק"ו שאף היא מדה בתורה ואי"צ לגזי"ש ובלא"ה לא קשיא לדברי השיטמ"ק התם דהנדרון הוא רק לגבי פטור רה"ר וכהגרי"ז]

וקמ"ל דבעלמא לא היינו פוטרים כן אלא מחמת גוף הטעם שמא יקניטנו ויאמר לא נתכוונתי ונמצא שגוף הטעם שיקניטנו גורם הפטור באינו מתכוין ולא מצינו עתה קולא בנתכוין שגורם פטור ודוק.

ו**חידש הגרנ"ט** דאין חיובו משום ממון המזיק אלא דכיון שהעבד נתחייב בנזיקין חלים על האדון חיובי העבד, והוכיח כן **מדברי הרמב"ם**, דהנה הרמב"ם הביא דין עבד ואמה בהלכות גניבה [פ"א ה"ט ולא הביאו בהל' נז"מ ובטור נמצא גם בנז"מ בסי' שפט וגם בהל' גניבה בסי' שמט] וז"ל שם העבד שגנב פטור מן הכפל ובעליו פטורין שאין אדם חייב על נזקי עבדיו אע"פ שהן ממונו מפני שיש בהן דעת ואינו יכול לשמרן וכו' נשתחרר העבד חייב לשלם את הכפל **עכ"ל**, והבין הגרנ"ט כוונת הרמב"ם דמדינא היה צריך האדון לשלם עבור גניבת עבדו קרן וכפל, והוא תמוה מאוד דמהיכא תיתי יתחייב בכפל, ומזה למד דאין הוא חייב על מעשי עבדו אלא חיובי העבד הם שעוברים לאדון.

וידוע להקשות ע"ד הגרנ"ט דהדברים צ"ת חדא דמהיכא תיתי דין כזה והיאך למדוהו בק"ו משורו דלא דמיא כלל, ועוד דאדרבה ברמב"ם מדוקדק שרק גבי עבד עצמו הזכיר פטור כפל אבל גבי הבעלים כתב בסתמא שהם פטורים וכוונתו דמקרה פטורים דאילו מכפל פשיטא דאין לחייבם. וראה בהערה ביאור בדברי הגרנ"ט.<sup>62</sup> [ומלשון הטור בסי' שמט משמע קצת דגם אכפל מיירי כהגרנ"ט עיי"ש]

ובעיקר דברי הרמב"ם עמד בזה בחי' הגר"ח בפ"ט מגזילה והוכיח מדברי הרמב"ם דחיוב גניבה יסודו הוא מדין חיוב מזיק, ולכן ס"ד לחייב האדון בגניבת עבדו עיי"ש.

ובקשויות הגרנ"ט נודע בזה חידושו של הגר"נ זצ"ל שאמר דהס"ד לחייב עבד ואמה אינו משום אב דשור אלא אב דאדם והיינו דכמו דאדם חייב בישן אשמירת גופו שלא יזיק ואם הזיק הוי אדם המזיק כך חייב בשמירת עבדו שהוא אדם שלא יזיק ואם הזיק נתחייב הבעלים בדין אדם המזיק. וביאר דלכן ליכא הכא פטור דשור אש דבתוס' בדף כב מבואר דהפטור הוא משום דג' אבות נאמרו בשור ולא יותר וגבי אדם המזיק לא שייך, וכן נחא דלא בעינן לילפותא דשור שור משבת דהכא מדין אדם מחייבין ליה ופשוט. והביא הגר"נ מקור לזה מדברי הנמו"י לעיל שהקשה לדעת רב דמבעה זה אדם מדוע נקטה המשנה לשון מבעה ולא אדם ותירץ דאי הוה כתיב אדם הוה ס"ד דיתחייב גם על נזקי עבד ואמה, ותמוה דהרי מתני' אב דאדם קתני ואילו נזקי עבד ואמה נזקי שור הם ומוכח כנ"ל. [ותורף חידושו של הגר"נ הוא דכמו דמצינו גבי מעמיד שאפשר לחלק המחייב משם המזיק דהתם חייב משום שו"ר אף שאינו ממונו אלא מכח המחייב דהוא עשה כאש הוא הדין באדם דבאדם בעלמא המחייב הוא מה שעשה בעצמו וזה ליכא הכא רק המחייב הוא שמירת ממונו אבל שם המזיק אדם הוא. ויל"ע אם שייך לומר דבאב דאדם נפרד הוא המחייב מהחיוב ואם שייך דין אדם בדבר שלא הוא עצמו עשה, והגר"נ הוכיח לדרכו מישן ויתבאר שם במקומו בע"ה.

<sup>62</sup> ונראה דעומק דברי הגרנ"ט כך הם, דהא ודאי דשורש חיובו של האדון הוא מפרשת נזקי ממון וודאי מודה דאם היה האדון אנוס בשמירתו פטור, אלא דחלוק בזה אחריות האדון על עבדו מאחריות הבעלים על שורו, דהשור כשהזיק הרי תיכף רמי חיובו על הבעלים שהשור לעצמו אינו בר חיובא כלל ולכן אותו החיוב שראוי להטיל על המזיק מכח מעשה השור יוטל על הבעלים והוא המזיק, [וכדאיתא בגמ' בדף מג ע"ב דתשלומי נזיקין 'חיוביה דשור' חשיבי, והיינו כנ"ל דהמעשה מזיק דהשור הוא סיבה להטיל חיוב הנזיקין על השור אבל כיון שאין השור ראוי לדין כלל מוטל האחריות על הבעלים והחיוב חל עליו] אבל בעבד הרי העבד בר דעת לעצמו ועל עצמו מוטל שלא יזיק וא"א לומר דמעשה ידיה חשיב כמעשה הבעלים כמו בשור ששו"ס הוא גברא לעצמו אבל כיון שהוא באחריות הבעלים מחויב לשמרו שלא יזיק בזה סברא שחיובי העבד מוטלים על הבעלים, ותורף החילוק דבשור מוטל על הבעלים עצם המעשה נזק ובעבד מוטל עליו אחריות חיובי העבד ושניהם מאותו השורש, ועיין היטב בספר אהל ישעיהו בשם בעל הקה"י שכתב דברים קרובים לזה.

**ויש לחקור** במי שהעמיד תינוק על מאכל ואכל התינוק אם יש לחייב המעמיד מדין מעמיד ואם ידון כשור או כאדם, וזה תלוי בצדדים הנ"ל בדין עבד ואמה, ראה בהערה.<sup>63</sup>

**ואולם בעיקר הדין קשה טובא** והובאה קושיא זו בשם הפנים מאירות, דהרי בגמ' להלן מבואר דאדם ער אין דרכו להזיק ואם כן היכי ס"ד לחייב האדון בנזקי העבד בק"ו משור הרי אין דרכו של עבד להזיק. **ובזה לא יועיל** תירוץ הגר"נ ואף לדברי הגרנ"ט נראה דקושיא זו קמה גם ניצבה דודאי מה שהאדון מקבל חיובי העבד הוא מחמת חיובו לשמור על העבד,<sup>64</sup> **וצ"ע בזה. וראה להלן** בסוגיא הבאה מדברי המאירי דאדם ער חייב משום דדרכו להזיק כשישן חשיב דרכו להזיק וצ"ע.

**בגמ' ולא ראי האדם כראי השור וכו' צ"ב** מה הס"ד כלל ללמוד דאדם חייב על נזקי שורו ממה שחייב על נזקי עצמו, שהתם חייב על מעשה שעשה וכאן אנו באים לחייבו על מעשה שורו והא מנא לן. **וקרוב לזה הקשה בשטמ"ק** בשם מהר"י כץ דהיאך ילפינן מנזקי גופו לממונו הרי נזקי גופו חמיר דחייב מיתה אם הרג, **ותירץ** דכל זה אכניס בק"ו שהרי מ"מ שור משלם כופר ואדם פטור, **וכוונת דבריו** דאף להצד דילפינן שור מאדם כ"ז לענין נזיקין אבל כופר הרי ליתא באדם ולכן גם להך ס"ד היה פסוק על חיוב כופר וילפינן דמה אדם שאף שמזיק בגופו אינו משלם כופר ומ"מ משלם נזיקין שור שמשלם כופר [אף שאינו בגופו] כ"ש שישלם נזיקין, **ולפי"ז מבואר** דלא עיקר פרשת נזקי ממון באנו ללמוד מאדם דפרשה זו כבר כתובה בחיוב כופר ודוק. **ועוד יש לדון** דילפינן לה מישן ולדרכם של המבארים דאדם ישן אינו חייב מחמת מעשיו אלא מחמת ששמירת גופו עליו [ויתבאר בזה להלן]

**בגמ' ולא ראי השור שמשלם את הכופר בחי' הרע"א** [הנדמ"ח] הקשה דלמ"ד דליכא כופר בשן ורגל [לקמן כו ע"א ועוד] נילף אדם מרגל ובהא ליכא למפרך [ובמתני' דתני שור היינו שור וכל מילי דשור] ואם כן מאי מקשה הגמ' שמואל מ"ט לא אמר כרב הא י"ל דס"ל דליכא כופר בשור, **ותירץ הרע"א** דכיון דפלוגתא דתנאי היא הרי מצי שמואל לאוקמה כמ"ד דאיכא כופר בשור, ועוד הוכיח הרע"א דשמואל עצמו סובר דיש כופר בשור.<sup>65</sup>

**בפטור אדם מכופר – שיטת רש"י ראה ברש"י בסוגיין שביאר** דבאדם ליכא כופר אלא מיתה במזיד וגלות בשוגג, **ולא נתפרש כוונת רש"י** מה טעם ליכא כופר ולכאורה פשטות דבריו דאין לענשו בשני עונשים

<sup>63</sup> דבפשטו כה"ג חייב מדין מעמיד, אלא שיש לדון לסברת האחרונים דעבד הוי כשור ה"נ יתחייב מדין שור, ואם נדמהו לשור יפטר ברה"ר כמש"כ התוס' גבי מעמיד בהמה, ואולם לחידושו של הגר"נ יתחייב המעמיד מדין אדם המזיק דכיון שהוא עשה חשיב התינוק כאדם ידידיה והוי כעבד ואמה להס"ד והכא הרי ליכא כלל לטעמא דשמא יקניטנו [אף אי שמא יקניטנו הוי דאורייתא] ולדעת החזו"א דא"א לחייב כלל בנזקי עבד משום דליכא להגזיה"כ דשור שור משבת גביה אם כן הכא יפטר לגמרי, ולסברת הגרנ"ט נראה דהכא נמי פטור, חדא דהרי אף בעבד קטן כיון שהוא עצמו אינו חייב כתב הגרנ"ט דודאי אין לחייב האדון [אף בלא טעם דיקניטנו] ה"ה הכא, ועוד יש לדון דשמא כלפי בן חורין ליכא כלל סברא שיהיה חיובו מוטל על המעמיד, וצל"ע.

ובאמת דבעיקר דין עבד ואמה לסברת האחרונים שנקטו דחייב מדין שור יל"ע איזה אב הוא ולכאורה באופן דמזיק שלא בכוונה ידון כרגל ובאופן שהזיק בכוונה ידון כקרן, אך יל"ע בזה דכיון דאין דרכו להזיק כלל פשיטא דעכ"פ לא דמיא לרגל וצ"ע.

<sup>64</sup> כמשמעות לשון הרמב"ם דפטורו משום דא"א לשממן ואמנם אף אם לא היה מחמת חיוב שמירה יש סברא לפטור בשמא יקניטנו מחמת דלא שבקת חיי אבל ברמב"ם מבואר דעיקר הטעם משום שא"א בשמירה וגם פשוט דאם אינו משום חיוב שמירה א"א ללמדו כלל משור וראה לעיל בהערה מה שביארנו בסברת הגרנ"ט.

<sup>65</sup> **ויש לדון** דאם באנו ללמוד אדם משור כיון דיש חומר בשור שמשלם כופר כשכוונתו להזיק א"א למילף אף במקום דליכא הך חומר דמ"מ חמור שור מאדם, **וכע"ז כ' הגר"נ**.



וכיון שניתן עווננו לכפרת מיתה וגלות ליכא כופר אך קשה דאם כן יהיה כופר במזיד ולא אתרו ביה. ועוד יש לפרש דכוונתו משום קלב"מ, אך צ"ע דבשוגג דאיכא חיוב גלות לא מצינו דין קלב"מ נאלא במיתה וממון או מלקות] אך מצינו מבואר במאירי [בכתובות דף לו ד"ה כשם שאין וכו'] שכתב דאף בגלות אין אדם גולה ומשלם מקרא דכדי רשתנו, ולפי זה נחא. וכן משמע מדברי רש"י לקמן בדף לה ע"א ד"ה דרך עליה [עייש"ה דמבואר מדבריו דבשוגג דרך ירידה שחייב גלות אי"צ לתנא דבי חזקיה לפטרו ממון דאיכא קלב"מ גמור וקרא איצטריך לדרך עליה שפטור מגלות דבזה ילפינן לפטרו משום חייבי מיתות שוגגין עיי"ש]

**אבל גדולה המבוכה בזה בדעת רש"י, דיעויין בסוגיא לקמן בדף כו ע"א דפריך התם הגמ' דיהא אדם חייב בכופר מק"ו דשור ומשני דאיכא קרא דכופר יושת עליו – עליו ולא על האדם. וביאר רש"י שם [בד"ה ויהא אדם וכו'] דקושית הגמ' היא גבי אדם במזיד ולא אתרו ביה. ויעויין שם בתוס' ר"פ שמבואר מדבריו דהיה קשיא לרש"י דהרי איכא קלב"מ ומאי פריך דיתחייב בכופר, ולזה ביאר רש"י דקושית הגמ' היתה בלא אתרו ביה, ותמה עליו הר"פ דהא איכא תנא דבי חזקיה עיי"ש. ולפי זה קשיא על רש"י דידן דכיון דהתם מסקינן דאיכא קרא דעליו ולא על האדם מדוע נקט רש"י להסברא דאיכא מיתה או גלות דזה אינו פוטר במזיד ולא אתרו ביה ולא נקט להקרא שפוטרי האדם לגמרי.**

**וביותר צ"ע בדברי רש"י לקמן בדף נג ע"ב ד"ה אדם ובור וכו' שביאר דבאדם ליכא כופר משום קלב"מ ובלא אתרו ביה משום תנא דבי חזקיה, והוא תמוה מאור ועמד בזה המהרש"א שם שסותר לגוף סוגית הגמ' דפסקינן דפטור משום קרא דעליו ולא משום קלב"מ. ועיין בקצה"ח בסו' תי סק"ד מה שתירץ בזה.<sup>66</sup> ועוד יש להקשות שסותר לדבריו בדף כו שנראה דליכא קלב"מ עכ"פ במזיד ולא אתרו ביה. וכן בדף י ע"א ביאר רש"י דליכא כופר באש משום דקלב"מ [נוכפה"נ דכוונתו למ"ד אישו משום חיצו דבממונו ל"ש קלב"מ] וזה מתאים עם דבריו בדף נג.<sup>67</sup> וע"ע ברש"י בדף מג ע"ב ד"ה אבל.**

**ואולם יעויין ברשב"א בדף כו שביאר בתי' אחד דמה שהוצרכה הגמ' לקרא דעליו הוא להנך תנאים דפליגי אתנא דבי חזקיה ולא ס"ל לדרשא דמכה בהמה, ולפי זה נחא היטב גם דברי רש"י בדף כו שתמה עליו הר"פ דאף בשוגג איכא קלב"מ וגם דברי רש"י בדף נג ובדף י שכתב לטעם הפטור משום דקלב"מ ומשום דאליבא דהלכתא דקיי"ל כתנא דבי חזקיה לא דרשינן כלל לקרא דעליו דאין בזה צורך. [וצ"ע דלפי"ז חייב אדם כופר לצאת ידי שמים, וזה נראה תימה לומר כן לדינא]**

**שיטת התוס' תוד"ה בראי וכו' קושית הריב"א ותירוצו צ"ב דאם ס"ל דפטורו מחמת קלב"מ לא חשיב חומרא מה הועיל בתירוצו דאיכא תנא דבי חזקיה כ"ז מדין קלב"מ. והעולם מבארים בזה [נוכ"כ הגר"נ כאן בשם הגר"ש זצ"ל] שחלוק גדר קלב"מ במזיד מבשוגג, דבמזיד גדר הדין הוא שהעונש החמור הוא עומד**

<sup>66</sup> שביאר דברי רש"י בדף נג שסובר רש"י שההורג בן חורין חייב דמיו ליורשיו ויש דמים לבן חורין [וכשיטת ההג"א שהובא שם בקצות ועיין בסוגיא בדף מג ע"א ובתוס' שם ואכ"מ] וכלפי זה ליכא מיעוט דעליו ולכן ביאר רש"י דפטורו משום קלב"מ אבל משום כופר אה"נ דאיכא קרא דעליו ונקט פטורא דקלב"מ דכולל הכל, וזה דחוק בסתימת דברי רש"י וצ"ע

<sup>67</sup> אך בזה יש לדון וכו"כ הגר"נ דכוונת רש"י לחייבו משום חיוב ממונו שהרי בכל אש חייב גם משום חיצו וגם משום ממונו וכיון שכן נדון לחייבו כופר משום ממונו ותירץ רש"י דכיון דחייב מיתה מחמת חיצו איכא קלב"מ אך קשה דאם כן באופן דכלו לו חיצו יתחייב כופר באש ואין לך חומר בשור מאש, ועל כרחין דהיה פשוט לרש"י דמשום ממונו ליכא לאיחויבי ודן משום חיצו וכמבואר בפנים.

במקום העונש הקל וכשקיבל החמור כאילו קיבל גם הקל. [נראה בהערה המקורות ליסוד זה<sup>68</sup>] **ומשא"כ בשוגג** שאינו מקבל העונש החמור וע"כ הגדר דהוא פטור מעונש הקל, ולפי זה מבואר קושית הריב"א דאי"ז חומרא כיון שנענש במיתה [במקום הכופר] ותירץ דאף בשוגג פטור מגזיה"כ והוי קולא.

**והחזו"א כתב** [בסי' ג סק"א] דאפשר דאין כוונת הריב"א כלל משום קלב"מ [דאי"ז חומרא בשור אלא טעם צדדי לפטרו שהרי אף בשור אם יעשה בעליו עבירה אחרת בשעת הריגת השור יפטר מכופר] אלא דכיון שהכופר בא במקום מיתה וזה הרי באמת נהרג אם כן נמצא שאין כאן קולא באדם כלל, ולזה תירץ דהקולא היא בשוגג. **ואפשר עוד** דכוונת התוס' דכיון דסו"ס על אותו המעשה ומחמת אותו המחייב נענש בעונש חמור טפי מכופר אין זה חומר בשור [אף שפטורו מקלב"מ] ותירצו דאף היכא שאינו נענש פטור, **וכן משמעות התור"פ**.

**ואולם בעיקר דברי הריב"א צ"ע** היאך יפרש לסוגית הגמ' לקמן דף כו דלהדיא ממעטין לה מקרא דעליו ולא משום קלב"מ וכמו שהערנו לעיל בדעת רש"י. [ואין לפרש כהיראים שכתב [בסי' רצג] דאילו משום קלב"מ היה חייב לצאת ידי שמים והפסוק בא לפטרו אף ידי שמים, דאם כן לא קשיא קושית הריב"א]

**שם בתוס' ואומר ר"י וכו'** **באו דברי התוס' סתומים** ולא פירשו מדוע לא שייך הכא דין קלב"מ, **ועיין במהר"ם שביאר** דסברת התוס' היא דלא שייך דין קלב"מ אלא כשנתחייב מיתה וממון עבור שני דברים אבל כאן שהכופר והמיתה שניהם עונש על שהרג את הנפש ליכא דין קלב"מ ומה"ט נמי לא שייך להזכיר כאן תדב"ח. **ועיין בחי' הרע"א הנדמ"ח** [וכפה"נ שהבין בפשיטות דברי התוס' כמהר"ם] שהקשה דהא מבואר בכל דוכתין דמוציא שם רע חידוש הוא שלוקה ומשלם ולא אמרינן ביה קלב"מ ואם נימא דעל עבירה אחת ושתי עונשים ליכא קלב"מ מאי חידושא אית ביה, **וכן תמה על המהר"ם בחי' הגרש"ש, והחזו"א הוסיף** בזה עוד להקשות מעדים זוממים עצמם דאינם לוקים ומשלמים [בעדות ממון] משום כדי רשעתו [מכות ד ע"ב] וכן בחובל בחברו דמשלם ואינו לוקה.<sup>69</sup> **ועוד הקשה הרע"א** למה הוצרכו התוס' לטעמם דליכא הכא קלב"מ ולא כתבו בפשיטות דלא שייך קלב"מ בכופר דכופרא כפרה היא וליכא קלב"מ בכפרה.<sup>70</sup> **ואולם בחי' הגרש"ש וכן החזו"א פירשו** דזו גופא כוונת התוס' דלא שייך הכא קלב"מ משום דכופרא כפרה הוא וליכא כפרה בקלב"מ.

**ומצינו לשתי הדרכים האלו מפורשות באורך** בדברי התוס' ר"פ, **יעויין בתוס' ר"פ כאן** שהביא דברי הר"י ותמה אמאי ליכא קלב"מ, וביאר כדברי המהר"ם וכתב דכיון דהכופר הוא דמי הנהרג לא שייך בזה קלב"מ **וכן ביאר הר"פ לקמן** בדף כו ע"א. **ועיין עוד בתוס' ר"פ בדף מג** שהביא פירוש הר"ם בדעת הר"י דבכופר ליכא קלב"מ משום דכופרא כפרה היא ועיי"ש שדן באריכות בשני הפירושים וראה שם בנוסחת השטמ"ק] **ועיין בתוס' שאנץ ותוס' רא"ש** בכתובות דף לו ע"ב שמפורש כפי' המהר"ם [שהקשו

<sup>68</sup> **עיין בקצה"ח בסי' כח סק"א שהביא בשם מהרש"ל שביאר** דמה שמהני תפיסה בקלב"מ הוא רק היכא שלא עבדינן החמור אבל מקום שנענש בעונש החומר לא מועיל תפיסה ועיי"ש בקצה"ח שתמה עליו, **וביאר הקוב"ש** בכתובות אות צג דכוונת המהרש"ל כנ"ל דהיכא שעשו החמור כולל בזה נמי עונש הקל. וכן ידוע הראיה לזה מדברי הרמב"ן והריטב"א במכות דף ב ע"א [ד"ה מעידנו וכו'] שכתבו דבמקום שאינו מקבל כאש"ז מחמת קלב"מ לא חשיב עדות שאאי"ל 'שבכל מקום שיש מיתה וממון שהמיתה עומדת במקום שניהם'.

<sup>69</sup> **ועוד העירו בזה דגמ'** ערוכה היא במכות דף יג ע"ב דמי שעבר על לאו שיש בו מיתה ביד אינו לוקה עליו מקרא דכדי רשעתו עיי"ש בגמ' ור"ע מאי טעמא וכו' רבא אמר אתרו ביה למלקות וכו' ולפלא הוא שרבותינו המקשים לא הקשו מהתם.

<sup>70</sup> **כדמבואר בתוס' בכתובות דף כט ע"ב ד"ה זר ובפסחים דף כט ע"א ד"ה רבי נחוניא, ועיין בחי' הר"ן בשבת דף צג ע"ב ד"ה כגון, שחולק על התוס' וסובר דמדין קלב"מ מפטר מקרבן חטאת.**

אמאי בעינן קרא דעליו וכו' תירצו דדוקא דמי ולדות מפטר מקלב"מ אבל דמי הנהרג לא] וכ"ה בריטב"א שם [אלא שהריטב"א העמיד הקושיא רק למ"ד כופרא ממונא וכהסברא השניה של הר"פ] וצ"ע לדרכם מכל ראיות האחרונים בזה.

**ואולם לשון התוס' דין צ"ע** שכתבו דהכא ליכא קלב"מ ולא פירשו טעמם כלל ואח"כ הוסיפו דגם תנא דב"ח לא שייך כאן משום דקאי כלפי ממון שהזיק בשעת מיתה וכו' ולמה הוצרכו לבאר זה גבי תדב"ח, דאם היה פשוט להם סברא זו לגבי קלב"מ פשיטא דתדב"ח קאי להוסיף אדין קלב"מ דאף בשוגג פטור וצ"ע.

**ובעיקר הסוגיא לא ברירא לן**, דהנה יעויין בתוס' בדף כו ע"א ד"ה ויהא שביארו דבכופר איכא ב' נידונים, חדא שישלם האדם כופר במקום המיתה וד"ז נלמד מפסוק מפורש דלא תקחו כופר לנפש רוצח, ועוד יש נידון אם משלם אדם כופר עם המיתה ועל זה ילפינן התם מקרא דעליו, **ויש להסתפק מה כוונת הגמ' הכא** דשור חמיר האם במה שאדם אינו משלם כופר במקום מיתה או במה שאין האדם משלם כופר עם המיתה, והנה לכאורה במה שאין האדם משלם כופר במקום המיתה אין בזה כלל חומרא בשור דאדרבה אדם חמיר שאינו פודה עצמו בכופר אבל יש בזה חומר בשוגג וכן במזיד בלא התראה, אבל במה שאין האדם משלם כופר עם המיתה לכאורה נראה דאין בזה שום חומר בשור מבאדם שהרי השור משלם כופר במקום המיתה וליכא ביה שני חיובים. **אבל מדברי הריב"א מוכח להדיא** דנידון הסוגיא הוא בכופר שעם המיתה שהרי בקושינו נקט דמיירי במזיד ופטור משום קלב"מ אלמא דהנידון הוא שימות וישלם, **וכן מבואר להדיא בתוס' ר"פ** שהביא לתירוץ הר"י והוסיף 'וא"כ ניחא דקולא הוא מה שהאדם פטור מכופר אפילו מזיד דברין היה חייב שתים כדפירשתי אי לאו קרא דעליו' עכ"ל, ותמוה מאוד דמה שאינו חייב שתים אינו קולא כלפי נזקי שור שאף בעל השור אינו חייב שתים ומה שאינו חייב כופר בלחוד הוא משום שלא נתנה מיתתו לכפרה ומה קולא יש כאן וצ"ע. **ועוד תמוה** דמדברי הר"פ מבואר שתמיהת הריב"א היתה דאין כאן חומרא במה שנהרג ואינו משלם כופר דסו"ס חמור משור ואם כן לכאורה אף לדעת הר"י אנו מוכרחים לתירוץ של הריב"א דהחומרא היא בשוגג או במזיד בלא התראה והר"פ כתב להדיא לאפוקי מזה דלהר"י החומר הוא אף במזיד ואינו מובן מדוע לדעת הר"י דממעטין מקרא אתי שפיר טפי דיש חומר במזיד וצ"ע.

**בגמ' וכי שור דרכו להזיק וכו' עיין בנחל"ד** שעמד בזה דבגמ' כאן משמע דלכו"ע אין דרך שור תם להזיק וקשה ע"ד ר"ת שכתב [לקמן דף ה ע"ב תוד"ה שכן וכו'] דלמ"ד פ"נ ממונא תם דרכו להזיק, וכן לקמן בדף טו ע"ב ד"ה אורחיה כתבו דליכא למילף משונה מקרן למ"ד ממונא דקרן אורחיה הוא ולכאורה לשיטתם אזלי.

**תוד"ה כיון דכייף ופשיט נחלקו הראשונים בדיון אדם המזיק באונס, דעת התוס' לקמן** בדף כו ע"ב דאדם המזיק פטור באונס גמור ואף דמרבין מפצע תחת פצע לחייב באונס היינו אונס כעין אבידה אבל אונס כעין גניבה פטור, **והתוס' שם הוכיחו לדבריהם מדברי הירושלמי גבי ישן, וצ"ע בדברי התוס' דין** שכתבו דפטור משום דהם גרמו לו ומשמע מלשונם שטעם הירושלמי לפטור הוא מכיון שהשני שהניח הוא חשיב גורם ההזיק ולא הראשון, ויש שכתבו דלשונם לאו דוקא, ועיין בתוס' ר"פ כאן שכתב להדיא דטעם הפטור הוא משום דהוי אונס גמור.<sup>71</sup>

<sup>71</sup> **אבל י"ל בפשיטות** דהנה לקמן בדף כו הביאו ראיה דאדם פטור מאונס מהא דבעל הקורה האחרון פטור מנזקי החבית כשעמד בעל החבית אלמא אונס גמור פטור, ואילו בדף לא ע"א ד"ה והא וכו' כתבו להדיא דטעם הפטור הוא משום שהיה לבעל חבית ליזהר, **והחילוק נראה פשוט** דכשנדון דאדם באונס חייב אין לו טענה שהיה על בעל חבית ליזהר דסו"ס הוא המזיק בידים וחייב לשלם אבל אחר שנחדש פטור אונס ונמצא דאינו מחויב אלא משום פשיעתו בזה באה טענתו דלא עליו חובת הזהירות ואונס הוא, וה"נ הכא צ"ל דבאופן שראוי לו לחוש שמא יניחו

**ודעת הרמב"ן** בב"מ דף פב ע"ב דאדם המזיק אפילו באונס גמור חייב, ודחה ראית התוס' מהירושלמי וביאר דטעם הירושלמי משום שהשני פשע בעצמו, ולכאורה נ"מ בין התוס' לרמב"ן היכא שאדם אחר שאינו בעל הכלים הניחם אצל הישן דלהתוס' פטור ולהרמב"ן חייב. ונלמש"נ לעיל בהערה בדברי התוס' צ"ע בזה]

**ולדעת הרמב"ן קשיא טובא** מסוגיין דאיתא דאדם חייב משום דשמירת גופו עליו והרי מחויב אף באונס גמור ומה שייך לחייבו בזה משום שמירתו ומה תועיל שמירתו. גם צ"ע היאך ס"ד למילף מאדם לשור אחר שחלוקים בעיקרם וגם מה הצה"ש ביניהם. ונלעיל במתני' ביארנו באופ"א דדין שמירתן עליך היינו שעליך ראוי להיות מוטל השמירה ולא חיוב שמירה עצמו ולדרך זו ניחא טפי דשורש חיובו של אדם אף באונס הוא משום שראוי שיתחייב במעשי עצמו]

**ע"ע במהר"ן חיות כאן** שהביא חידושו של הש"ך דפטור אונס היינו דאנוס בעצם העשיה כגון שעשה שלא בכוונה אבל אנסוהו להזיק בידים חייב ועיי"ש עוד בשיטת הרמב"ם.

**בגמ' וכי שור דרכו להזיק וכו' בפשטות כוונת הגמ'** דדוקא שור מועד איתיה בכלל הצה"ש ובאמת מקרן תמה ליכא למילף כלל שאין דרכו להזיק, **ועיין מש"כ לעיל** בדף ב ע"ב דמדברי הגרי"ז מבואר דאף קרן תמה בכלל הצה"ש וכן מוכח מתשובת מהר"ח או"ז שהבאנו שם, **ועיין במאירי במתני' בדף ב שכתב** וז"ל שהצר השוה שבכולן הוא שדרכן להזיק לפעמים כגון הקרן במועד והאדם ביטן והשאר בכל צד וכו' עכ"ל ומשמע מדבריו דכיון שהשור פעמים שדרכו להזיק סגי בזה אף גבי תמותו לכללו בהצה"ש, וראה **משי"ת להלן גבי אדם**, וצ"ע בזה.

**בגמ' וכי אדם דרכו להזיק בישן וכו' לכאורה מבואר מסוגית הגמ'** דמתני' דידן מיירי דוקא באדם ישן, אך **נראה שנחלקו בזה ראשונים**, ראה בתוס' לעיל דף ג ע"ב שכתבו דהוה מצי לאוכוחי דישן הוא אב שהרי מתני' בישן מיירי שדרכו להזיק, ואולם **יעויין בשיטמ"ק שם** [בד"ה תולדה ישן] בשם מהר"י כץ שכתב דכיון שישן אורחיה להזיק קורא התנא לכל אדם אורחיה להזיק, ומתני' מיירי גם בער נויש לפרש כוונתו דאדם חשיב דרכו להזיק מחמת שבשנתו דרכו להזיק אך יותר נראה כוונתו כמושי"ת להלן] **וכן מבואר מדברי המאירי במתני' בדף ב** [העתקנו לשונו בקטע הקודם] **וכן משמעות דברי הרשב"א** [במתני' בדף ב ד"ה ור"ת פירש]

**ואמנם בדעת התוס' צ"ע בזה בסתירת דבריהם דיעויין בתוס'** בדף ה ע"ב סוד"ה וכו' שמבואר מדבריהם שנקטו בפשיטות דאפשר ללמוד מאדם ער ואב נוסף בהצה"ש<sup>72</sup> וזה צ"ב שהרי אדם ער אין דרכו להזיק [ושמא אפשר למילף בהצה"ש בלא דרכם להזיק והיינו דהצה"ש שבהם ששמירתם עליו וצ"ע] **ולכאורה צ"ל בפשיטות** דאדם ער ודאי לא גרע במה שאין דרכו להזיק דמי שמזיק בידים פשיטא דחמיר טפי מפשיעת שמירת מזיק שדרכו להזיק, **וכעין שכתבו התוס' לקמן** בדף ז ע"א ד"ה שור וכו' דאפשר ללמוד אדם משן ואין לפרוך מה לשן שכן יש הנאה להזיקה דיותר ראוי להתחייב אדם המזיק בידים מנזקי בהמתו שיש הנאה להזיקה. **ולפי זה צ"ל דקושית הגמ'** דאין דרכו להזיק אינה אלא קושיא על לשון

אצלו כלים אינו אונס גמור אלא טענתו דאין חובת הזהירות עליו אלא מניח הכלים הוא אשם אך אי מזיק באונס חייב לא יועיל לו זה.

<sup>72</sup> שהקשו היאך מצינו למילף מאדם ובור מה להנך שכן מעשיו גרמו לו ותרצו דילפינן מאדם ישן או שנפל מהגג, ומבואר מדבריהם דמאדם ושור ודאי אפשר למילף [דשור לא חשיב מעשיו גרמו לו] ואף במה דנקטו בתירוצם דמצינו למילף מנפל מהגג הרי ילפינן מאדם ער אלא שבזה יש לדון דכלפי נפילה ברוח מצויה חשיב אדם כדרכו להזיק כמו אסו"מ בראש הגג וצ"ע.

המשנה ולא על תוכן הצה"ש, ומשני דמתני' מיירי בישן כדי לישב לשון המשנה אבל אה"נ מער נמי מצינו למילף ודוק, רצ"ע בזה. ועיין היטב בשיטמ"ק בשם מהר"י כץ הנ"ל שלשונו משמע להדיא כמש"כ דנידון הגמ' כאן הוא על לשון המשנה בלבד [וכמו להלן בגמ' גבי שמירת גופו] אך במאירי לכאורה לא נראה כן שהרי בתם ודאי סברתו היא בעצם דמחמת שפעמים הוי דרכו להזיק הרי הוא בכלל הצה"ש וכפה"נ דאף באדם הוא כן רצ"ע ובירור בזה.

בגמ' אדם שמירת גופו עליו צ"ב באדם מדוע בעינן לחיוביה משום דשמירת גופו עליו הא חיובו מחמת שעשה כמו בכל חיובי תורה שחייב האדם על מעשיו בין עונשי ממון בין עונשי הגוף. וידוע **ביאור האחרונים בזה** דחלוק דין אדם המזיק ער לדין הישן דהער חייב על מעשיו בעצמם ככל חיובי תורה על מעשי האדם, אבל הישן אינו חייב על המעשה מזיק בעצמו אלא דכיון ששמירת גופו מוטלת עליו ופשע בשמירת עצמו שהלך לישן אצל כלים חייב על מעשה גופו מדין ממונו המזיק, ויעויין **באבהא"ז בפ"א ה"א** מנז"מ שכבר עמד בעיקר הדברים, **והגר"נ האריך הרבה ביסוד זה** [וביאר בזה שלשה דברים א] הא דילפינן מנזקי גופו לבהמתו [לא ראי וכו'] שבסברא תמוה היאך אפשר למילף וביאר דילפינן מישן וכנ"ל ב] הא דאמרינן דאדם שמירת גופו עליו וכנ"ל ג] דעבד ואמה חייב מדין אדם המזיק ומשום דדמיא לישן שחייב משום ששמירתו עליו וה"ה עבד ואמה]

**אבל כמה קושיות איכא לדרך זו:** א] ממש"כ התוס' בדף ה ע"ב דאיכא למילף מאדם ער, וביותר מדברי המאירי והשיטמ"ק שהובאו לעיל דמתני' מיירי אף באדם ער. ב] מהס"ד דהגמ' דאדם ער וישן תולדה והיאך נילף ישן מער אם הם שתי פרשיות חלוקות ביסודן. ג] מה דמבואר בסוגיין דחומר באדם שמשלם ד' דברים והרי בישן פטור מד' דברים [ואי הוי חד מזיק לא קשיא דמה שמצינו חומר בדבר אחד הוי פירכא על כל המזיק אבל הכא לכאורה הוי שתי פרשיות חלוקות, אך גם בזה אינו קושיא מוכרחת דלפירכא סגי בזה] ד] ממה דאיתא בגמ' לקמן דמצינו למילף כולו מבור וחד והנך ונכתבו להלכותיהן - אדם לחייבו בד' דברים - והאמנם דבלא"ה קשיא כנ"ל דבישן ליכא ד' דברים אבל לדרך זו הוא תמוה ביותר דפרשה זו של אדם לא משכח"ל ד' דברים בה. **והגר"נ תירץ** שתי קושיות האחרונות דאף ישן משכח"ל דחייב בד' דברים עפי"ד הר"ח לקמן בדף כז ע"א גבי נפל מן הגג ברו"מ שחייב בד' דברים וכתב הר"ח דמיירי בישן [ואמנם הרמב"ם פסק בפ"א הט"ו מחו"מ דישן פטור מד' דברים אמנם אפשר דבנפל מן הגג מודה הרמב"ם דאם פשיעת שכיבתו בראש הגג מחייבתו בד' דברים מה לי אם ישן אח"כ או לא] **אך עדיין צ"ע** דבבושת פטור אף בנפל מן הגג ודוקא מזיד חייב וזה ודאי לא משכח"ל בישן ובגמ' דידן ד' דברים איתא. ה] עוד שמענו להקשות דהתוס' לקמן בדף כז הוכיחו מהירושלמי דישן שאדם פטור באונס, ואם איתא הרי אין להם ראייה שפטור כשעשה מעשה בידים דבישן שחייב משום שמירת גופו פשיטא שאין לחייבו כששמר כראוי.

**ובחי' הגרש"ש בסי' א** נקט דבאמת ישן חייב על המעשה ידיה ואין חילוק בין ישן לבין ער, שתמה הגרש"ש דהיאך אפשר שיתחייב רק על פשיעתו בלחוד אם אין כאן מעשה ידיה המחייבו ועל כרחין ידחשינן בזה אדם המזיק מה שההיזק נעשה אח"כ ע"י גופו וכחו ואף שעושה בלא שום דעת ומחשבה חשיב אדם המזיק ומה דבעינן פשיעת האדם חשיב רק תנאי בהחיוב' וכו' **ובחי' הגרש"ש בריש כתובות** הוכיח מזה דבעלמא מכניס עצמו לאונס חשיב פושע והיינו דנקט דחיובו הוא על מעשה ידיה כשהוא ישן ורק דפשיעתו של קודם לכן מחייבתו שלא ליחשב אנוס, **ועדיין צ"ע** דלפי זה אין זה משום שמירת גופו

עליו אלא משום דפשיעתו של קודם לכן מיחסת אליו המעשה וכמו אדם ער וצ"ע. ויש לעיין בזה טובא בגדר מעשה אדם ישן גבי נזיקין ורציחה ובכה"ת.<sup>73</sup>

### דף ד ע"ב

תוד"ה ואימא מבעה וכו' ואי בכח שני גרמא הוא החזו"א ביאר מהלך דברי התוס' דאף התוס' בקושיהם הבינו שיש כאן אב חדש של מים ולא צורת חיוב דאדם המזיק ולכן נתקשה מאי איכפת לן דגרמא הוא סו"ס הוא חייב על מעשה המים, וביאר החזו"א [בד"ה ואימא וכו' וי"ל וכו'] דהך מזיק הוי כמו בור שחיובו משום שכרה הבור וה"נ הכא חיובו מחמת ששפך המים אלא שנתחדש כאן שם אב מיוחד לסוג מזיק דמים שמזיק על ידי המסה,<sup>74</sup> וחידוש הקרא דאב זה הוא לחייבו בכלים [לאפוקי מבור] ולפטרו ברה"ר [וכוונת החזו"א בזה משום דילפינן לה מקרא דושילח ואהא איכא מיעוטא דשדה אחר ולא רה"ר וראה להלן בזה] וביאר החזו"א קושית התוס' דבבור בעינן כריה בידים ולא סגי בגרמא ליחשב כבעל הבור וה"נ הכא גבי מים קשיא להתוס' דהוא לא כרה הבור אלא בגרמא. וביאר החזו"א דאף דמצאנו גבי בור דגם דשלא כרה בידים אלא הניח במקום תורף כמו דליל חשיב ככורה בור מ"מ סו"ס הנחה זו עשה בידים אבל כאן בגוף המים לא עשה זה ולא כלום.

ויש להעיר בדבריו בתרתי: חדא במה שנקט דבבור בעינן כריה בידים ולא סגי בפשיעה וגרמא לחשבו כבעל הבור, יעויין בברכ"ש בסי' י אות ב שנסתפק בזה וכתב להוכיח מדין כותל ואילן דסגי בפשיעה בלחוד [שנפלו שם מאליהם רק דחשיב פושע משום דהתרו בו ביד ומ"מ הוי בור] וביאר הברכ"ש דחלוק בזה דין הבור מדין האש דבאש בעינן הבערה בידים וכדמבואר בגמ' בדף ס דבליבה וליבתו הרוח פטור דהוי גרמא בנזיקין [והיינו דגרמא במעשה הבערה לא חשיב מעשה הבערה לענין לחייבו באש] ועוד יש להעיר במה שנקט החזו"א בכ"ד לדמותו לבור, ונראה מדבריו דאליבא דאמת כה"ג דשקל בדקא ונפלו המים

<sup>73</sup> דהנה יל"ע גבי רציחה אם אדם שהרג בשנתו חשיב רוצח או לא, ובשו"ת משאת בנימין סידר דרך תשובה לאשה שהרגה תינוקה בשנתה ואף באונס גמור, ונראה מדבריו שם דחשיב מעשה בידים, ולגבי ישן במצוות נחלקו אחרונים דיש שכתבו דישן פטור מהמצוות [בספר הליכות שלמה גבי ישן בסוכה וכן הוא בכמה תשובות אחרונים ומשום שאינו בן דעת, ויש שכתבו דפטור רק משום דהוא אנוס והיכא שפשע כשהלך לישון הוי עובר גמור] ולענין נזיקין צ"ע בסברא דסו"ס לכאורה ישן לא עדיף מקטן שפטור בנזיקין ואף ישן צד מעשה ידיה הרי הוא כקטן ויש לחלק.

והנה בנפל מן הגג ברו"מ שחייב בנזיקין יל"ע אי דמיא לישן דלכאורה התם כ"ש דלא הוי מעשה ידיה כלל ואמאי חייב, ולדרך האחרונים דשמירת גופו עליו נוחא כמו בישן] וביותר תמוה להרמב"ן שכתב דאף בנפל ברוחו של אליהו חייב בנזיקין ותמוה דהרי הוא כעלה נידף ברוח ואיזה מעשה עבד. וכן גבי אדם שנתקל ונפל דמבואר בסוגיא בדף לא דחשיב כאדם המזיק אף שהשני נתקל בו והוא אינו עושה מעשה [והחזו"א כתב דהוי תולדה דאדם ובור ובנפל מן הגג הוי תולדה דאדם ואש וחייב באדם וכלים כסברת הרא"ש וצ"ע שהרי חיובו של אדם שנפל גבי כלים מפורש בגמ' והרי היש מן הגדולים פליגי על הרא"ש ולדבריהם על כרחנו אדם גמור הוא וכן הרא"ש לא השיגם בזה] ומצינו בתוס' בכתובות דף לג ע"ב ד"ה דלמא שכתבו דנפל מהגג ברו"מ חייב גלות וצ"ע אמאי חשיב מעשה גבי רציחה. וכאן כבר לא יועיל התירוף דשמירת גופו דפשיטא דאינו חייב גלות מחמת זה.

והנה התוס' בכ"ד נקטו לדוגמא דרציחה בשוא"ת במניח שיורקוהו על התינוק ויתמעך והקשה הגר"ח בפ"א מיסוה"ת דכה"ג לא חשיב מעשה ידיה כלל ואינו אלא כגרון ביד החוצב, והחזו"א בהשגות השיגו וכתב דדמיא דנפל מן הגג ברוח מצויה וביאר דכה"ג איכא עבירת רציחה אף שאין בה מעשה וכשוזמן עצמו אצל הגוי או עלה לגג הוי מעשה ודינו שיהרג ואל יעבור, ולכאורה זה שלא כדבריו כאן שנקט דהוי תולדה דאדם ואש, וכ"ז צ"ע.

<sup>74</sup> ויש להמתיק הדברים דבור בעלמא אינו הולך ומזיק כלל, ומים אלו שחודרים ומפוררים או מקלקלים חפץ הניזוק הוי סוג שונה של תקלה דדמיא קצת להולך ומזיק, וראה בגמ' בדף מט ע"ב דשור שנפל לבור והבאיש מימיו מגופו הוי בור, ומסתברא דלהך ס"ד הוי תולדה דמים.

בכח שני הוי בגדר בור [אלא דפטור משום גרמא] והדברים צ"ב דמשמעות התוס' דנקטו בקושיהם שהמים הזיקו בהדי דאזלי ואם כן דומה לאש ולא לבור. ונהשתא גם לדרך הברכ"ש מבואר בפשיטות קושית התוס' דהוי גרמא כיון דהוא כאש ולא כבור]

שם בתוס' וי"ל וכו' דבכח שני נמי חייב עיין במהר"ם שביאר דלהך ס"ד ילפינן מהפסוק דכח שני ככחו דמיא וחייב אף על רציחה בכח שני והמבואר בסוגיא בסנהדרין דכח שני גרמא הוא הוא אליבא דאמת דליכא לדרשא דושילח לענין מים, והדברים צ"ע דאם כן הרי קרא דושילח מלמדנו הלכה בכח"ת והשתא הוי אדם המזיק בידים ואיה האב החדש דמים ואם דינא דאדם המזיק בא להשמיענו הל"ל להתנא למנקט אדם ולא מים. ויעויין ברשב"א שכתב דלהך ס"ד גרמא נמי חייב ולכאורה מבואר כהמהר"ם, אך יש לפרש כוונת הרשב"א דנתחדש דגרמא חייב דוקא בנזיקין והוי חידוש מיוחד שהאדם חייב על לגרמא באופן כזה ושפיר הוי אב חדש, ועוד יש לפרש ע"ד החזו"א לעיל שהאב הוא המים עצמם שהזיקו וקושית התוס' היתה דליכא מעשה כריה והבערה ולזה תירצו דס"ד דכח שני חייב וכוונת הרשב"א דנתחדש דכלפי אב דמים סגי בגרמא ליחשב כמעשה הבערה וכריה ודוק.

והחזו"א עצמו נתקשה בדבריהם [ולא אבה לפרש כנ"ל דנתחדש כאן דגרמא נמי הוי כהבערה וכריה לגבי מים] דסו"ס אין כאן מעשה כריה וכתב דשמא מיירי התוס' במים שלו [וכוונתו דאז ודאי אי"צ למעשה כריה אלא סגי בפשיעה, אך צ"ע לפרש כן בדברי התוס' דא"כ א"צ לאוקמה בשקל בדקא דמיא בכח שני וסגי במה שנפרצה מאיליה והיה לו פנאי לסתמו וברשב"א להדיא דלא כהחזו"א]

שם בתוס' א"נ לבתר דנחו ברע"א הנדמ"ח הקשה למה העמידה התוס' בגוונא דעשה ברשות לוקמה בשלא ברשות וקמ"ל דחייב בכלים, וכעני"ז הקשה החזו"א דנעמידה שלא ברשות לחייבו בכלים ולפטור ברה"ר, וביאור קושיהם הוא דהך מזיק באמת הוי בור גמור אלא דהתוס' בקשו למצוא אופן שאינו בור גמור דבזה בא החידוש דהוי אב וקשה דלוקמה באופן דמיא לבור ומ"מ דין האב נ"מ בו לחיוב כלים] וקושית האחרונים צ"ב אם כן באמת מאי שנא מבור והרי מקרא מפורש לפטור הבור מכלים ומאי שנא מים מבור, וצ"ל על הדרך שכתב החזו"א לעיל דמזיק דמים יש לו צורת מזיק מיוחדת על ידי המסה וראה מש"כ בזה לעיל. ובמש"כ החזו"א דנ"מ לפטור ברה"ר כוונתו דקרא דושילח סיפא ידיה בשדה אחר ומינה דרש, אך קשה שהתוס' העמידה בהזיק ברשות כגון בפותקין וכה"ג לא משכח"ל אלא ברה"ר דאם נעמידה שהניזק נתן לו רשות הוי כחצר המיוחדת לשניהם לשוורים דזה נמי בכלל רה"ר ומוכח מהתוס' דליכא פטור רה"ר וצ"ע.

בגמ' יג אבות נזיקין צ"ב מדוע שומרים חשיבי כמזיקין הרי לא עשו שום נזק, וגבי פושע בשו"ח ניחא כמש"כ הרמב"ם דפושע מזיק הוא, ואפשר דאף בשו"ש שלא שמרו שמירה מעולה חשיב כגורם נזק במה שלא שמרו, אבל בשואל שחייב אף באונס גמור ואף שלא מחמת השאלה כגון מתה כדרכה והרי חיובו הוא מחמת שכל הנאה שלו והוי כמקח וממכר, [עיין בזה ברשב"א ב"מ דף לו ע"ב ד"ה מאי טעמא וכו'] וצ"ע מה ענינו לאבות נזיקין.<sup>75</sup>

בגמ' תני רבי חייא וכו' וגנב וגזלן פירש רש"י [להלן ד"ה גנב] דכוונת הגמ' לחיוב קרן דגנב וכגון במודה שאינו משלם אלא קרן, ויל"ע אמאי חשיב לה תרתי הא בפשוטו חיוב קרן דגנב אינו אלא משום

<sup>75</sup> ומדברי הר"י מלוניל בריש פרק מרובה [הועתק בשטמ"ק שם] נראה דבר חדש והוא דארבעה שומרים המנויים בברייתא דידן הוא לענין שאם לא שמרו השור והזיק שהם חייבים ולא קאי על עיקר חיוב שומרים ולדרך זו א"ש, וזה שלא כדברי רש"י ותוס' בסוגיין

הגזילה שגזל ולא נתחדש דין גנב אלא לפרשת כפל, ואי נימא דכל לאו בפ"ע חלוק לתשלומיו ונמנה כאב בפ"ע לכאורה צריך למתני נמי עושק שכר שכיר, וי"ל.

רש"י ד"ה ומנסך וכו' התורי"ד תמה על רש"י דודאי אף כשמוכרו חוץ מדמי יי"נ שבו מפסיד מחמת שצריך למכרו לנכרי, ועיין במהרש"א שביאר דהפסד זה היינו מדמע ולכן במנסך צ"ל דהיינו ניסוך עצמו [וצ"ב לשון רש"י דלא מחסרו מידין] ויעויין היטב בסוגיא דגטין דפליגי בה רב ושמואל ושמואל סבר דמנסך היינו מערב. ותמה הפנ"י דסו"ס למה פירש רש"י דלא כשמואל ושמואל ע"כ סבירא ליה דחשיב נזק, ותירץ הפנ"י דלשמואל פרכינן התם דהיינו מדמע ומשני דקנסא מקנסא לא ילפינן ולהכי איתא שניהם במתני, וביאר הפנ"י דכ"ז למ"ד דהיזק שא"נ ל"ש היזק והוי מדרבנן אבל למ"ד דמדאורייתא הוי נזק אם כן עדיין קשיא דהיינו מדמע וסובר רש"י דסוגיין סברה דהיזק שא"נ חייב מדאורייתא מדקתני לה בכלל אבות ולכן בהכרח דמנסך היינו מנסך ממש.

ויעויין בחי' הגרש"ר שתמה בזה דלשון רש"י דלא מחסרו מידי לא משמע כן כלל וכתב בזה ביאור נפלא די"ל דבאמת אינו מחסרו כלל כפשטות דברי רש"י ומשום דהנכרים מצויים נוליד לתרומה שאף לכהנים לא חשיבא בדמיה כיון שצריכים לאכלה בטהרה וגם כהנים לא שכיחי כ"כ] ואף שלשמואל חייב בזה תירץ דהנה יעויין בשלטי גבורים שהקשה עוד על רש"י דהא איתא בע"ז [דף עד] שאסור למכור יין שנתערב ביי"נ לנכרי ואם כן היאך יכול למכרו, וביאר הגרש"ר דכיון שאיסור זה מדרבנן סובר רש"י דמי שהחיל איסור דרבנן על חפץ לא חשיב מדאורייתא מזיק כלל דכיון דהחפצא מדאורייתא לא נפגם ורק אריא הוא דרביע עליה ל"ה נזק כלל, וכתב כן בשם הגרש"ר שדימה דין זה למי שעשה חפץ לספק איסור דאורייתא די"ל דפטור שהרי אפשר שלא הזיקו כלל אלא שנפסד מדמיו מחמת הספק וזה לא חשיב נזק, ובזה ביאר הגרש"ר דאף הכא באיסור דרבנן ל"ה נזק ומש"כ רש"י שיכול למכרו היינו מדאורייתא דמה שמפסיד בדמיו זה אינו נזק בגופו, ומה דשמואל מחייבו היינו משום האיסור דרבנן דהוי מדרבנן מזיק אבל הכא דמני לה בהדי אבות היינו דאורייתא, וא"כ בהכרח דמיירי במנסך ממש. והקשה על זה ממדמע דחשיב נזק אף שאינו אלא ספק איסור והוי אריא דרביע עליה וכנ"ל וכתב דמדמע מיירי בתערובת לח בלח שאינו אסור מחמת ספק אלא הוי קלקול בעצם במה שמעורב באיסור דלא גרע ממערב בו סם המות עיי"ש בכל דבריו, ובעיקר הדברים כבר הובא כן בשם הפנים מאירות שכתב ליישב כן דברי רש"י.

שם ברש"י ובמס' גטין מפרש וכו' בגמ' שם מבואר הטעם דליכא קלב"מ משום דמתחייב בשעת הגבהה ואינו מתחייב בנפשו עד שעת ניסוך, וכ"כ כאן בנמו"י. וצ"ע דאם כן חיוב ממון ידידיה אינו משום מזיק אלא גזלן בעלמא וליכא כ"ד אבות. ובאמת דיש לתמוה בעיקר הסוגיא שם דאם חיובו משום גזלן למה פטרוהו בשוגג נולכאורה צ"ל דהרי הטעם שפטרוהו בשוגג הוא כדי שיוודיע לבעלים ולא יכשלו באיסור וזה שייך אף בגזילה ולפי זה י"ל דתני לה הכא משום דהוי דין מחודש של גזלן שפטור על נזק בשוגג] והגר"נ הקשה עוד דאיתא לקמן דאמאי תני למדמע ומנסך הא הוי בכלל מזיק ולדברי רש"י מנסך אינו בכלל מזיק אלא בכלל גזלן וצ"ע.

והנה התם בסוגיא צ"ב טובא דהרי גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרש"ל וה"ה בנתנסך היין, ואם כן גזל ואח"כ ניסך למה חייב אי משום הגזילה יאמר לו הרש"ל ואי מחמת הניסוך הא קלב"מ, ועיין בתוס' שם שביארו דזהו טעמו של שמואל ובטעם דרב כתבו התוס' וז"ל וי"ל דרב סבר כיון דבשעת הגבהה לא שייך למימר דקלב"מ יש לחייב מחמת הגבהה אכל מה שיעשה בידים אחרי כן אע"ג דאהיהא שעתא קלב"מ עכ"ל והאריכו אחרונים בביאור הדברים, ולכאורה נראה כוונתם דכשהזיק בידים והוי בדין תברא ושתייה הוי גמר המעשה גזילה ומצטרף



ההיזק הזה עם מעשה הגזילה לחייבו וכיון שבשעת גזילה לא היה דין קלב"מ מצינו לחייבו על מעשה ידיה<sup>76</sup> וכיון שכן נחא היטב דפטור בשוגג דעל מעשה מזיק ידיה פטורוהו כמו לשמואל וכן נחא דהוי אב חדש דמזיק שהרי בלא הצטרפות דין מזיק בניסוך לא יתחייב אגזילה דאומר לו הרש"ל ודוק.

רש"י ד"ה תנא ליה וכו' לשון רש"י דטוען טענת גולן כגולן תמוה, דלא מצינו דין כזה אלא גבי טו"ט גנב אבל בטו"ט גולן ליכא בו שום דין אלא חייב משום כופר בפקדון בלחוד, וצ"ע. והגרש"ר כתב דלשון רש"י לאו דוקא וכוונתו לדין כופר בפקדון, אך קשיא בזה תרתי, חדא דאם כן היכי הוי בכלל שומר הרי אינו מכלל חיובי שומרים כלל אלא שכפר בפקדון והוי גזילה חדשה, וביותר תמוה דרש"י כתב דבשואל לא משכח"ל טוט"ג ולא טו"ט גולן, ואי משום כופר בפקדון משכח"ל בטוען טענת מתה מחמת מלאכה ואף בכופר בעצם השאלה, וע"כ דכוונת רש"י דטו"ט גולן חל עליו חיוב מחודש כטוט"ג וצ"ע הא מנא לן וגם מאי נ"מ בזה הא בלא"ה חייב משום כופר בפקדון וצ"ע.

תוד"ה ועדים זוממים עיין בשיטמ"ק בשם תוס' רא"ש שנראה שהוקשה להתוס' אמאי חשיבי מזיקין וצ"ע מזה הועילו בתיורוצם דסו"ס לא על העשיה חייבים, וביותר קשיא להריב"א דלדידיה ודאי חיובו על הזמם ולא על העשיה, ועיין בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש שמלשונו משמע דמה"ט דאפשר בחזרה לא דריש כאש"ז ולא כאשר עשה כלל וצ"ע. [והיינו משום דהעשיה אינה עשיה גמורה ועדיין שם זמם עלה וצ"ע] ועיין ברש"ש<sup>77</sup> ועיין בתו' ר"פ להלן [בריש ע"א] שהקשה בדרך ממ"נ היכי דמי אי כשלא עשו אם כן אינם בכלל נזיקין ואם כשעשו הרי פטורים מכאשר עשה וע"ז הביא את שני תירוצי התוס'. ונראה מדבריו באופן פשוט דאד"נ וכה"ג שלא עשו אין ראוי לכנותם מעשרים וארבעה אבות נזיקין כיון שלא עשו אך בגמ' פריך דלתני בגוונא שעשו דנופל עליהם תואר מזיקים.<sup>78</sup> ויש לפרש כן היטב גם בדברי תלמיד הרשב"א והרא"ש עיי"ש.

והרשב"א [להלן בדף ה ע"א] כתב דאף אם לא שילם הוי ממונא [לכאורה כוונתו -ולא קנסא-] והוסיף הרשב"א 'ומיהו בתוס' פירשו בשם הריב"א וכו' והביא תו"ד התוס' דחייב אף בעשה, ואינו מובן כוונתו בזה שהרי ודאי מודו התוס' דאף לא שילם הוי ממונא ומה שייכי דברי התוס' לנידון הרשב"א וצ"ע.

<sup>76</sup> וצ"ע הסברא בזה, ועיין בריטב"א בכתובות דף ל"ד גבי גנב בחול וטבח בשבת ועיין ברש"י בסנהדרין דף עב ע"א ד"ה מסתברא דמשמע דכשיש קלב"מ על הגזילה פטור אפילו אם שברו אח"כ בידים [ודלא כהריטב"א] ובמלחמות שם הקשה על רש"י ואכמ"ל.

<sup>77</sup> ואפשר בזה דגדר חיובם בזמם הוא משום דעשו מעשה הוזק ואף שלא הוזק על ידם גזרה תורה שישלמו כאילו הוזק [וראה היטב בגמ' במכות דף ב סו"ב דחידוש דע"ז דאע"פ שלא עשו מעשה משלמים ואע"פ שלא הרגו נהרגים ועיי"ש בריטב"א ודוק] ואם כן כאשר זממו ועשו הרי חיובם על ההיזק שבאמת כן נעשה, והגע עצמך להריב"א דחייבים העדים בכאשר עשה וחייבים מדינא דגרמי [להסוברים כן] וכי ישלמו ב' פעמים, ודאי מסתברא דהכל חיוב אחד הוא לשלם לו ההפסד שעשו או שזממו, אלא דקשיא להראשונים דסו"ס כשזממו ולא עשו אינם בשם אבות מזיקים, ולזה תירצו דמיירי בעשו דאזי יפול עליהם תואר מזיק ועיי"ה בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש.

<sup>78</sup> אך לכאורה הדברים תמוהים מאוד דכיון דחזינן דחייבים גם בלא עשו אלמא אין חיובם משום מזיק ומה יועיל שחייבים גם בעשו, אך נראה פשוט דכיון דגדר חיובם הוא לשלם הממון שרצו להפסידו הוי כתשלום נזק אלא דסו"ס תואר מזיק אינו נופל עליהם דגזרה התורה שחייבים לשלם כאילו הוזקו אבל סו"ס אינם מזיקים ולכן ביארו התוס' דאד"נ אבל כשהזיקו ודאי תואר מזיקים עליהם וראוי לשנותם בחיוב כ"ד אבות נזיקין דכאן חיובם הוא מחמת סיבה אמיתית שהזיקו. [ויש להעיר דהרי באפשר בחזרה בודאי דהבע"ד מחזיר הממון ואם כן נתבטל הנזק ומדוע חשיבי מזיקים וי"ל דכיון דסו"ס בתחילה נחסר ממון כבר יש כאן תואר מזיק אף דודאי כה"ג חיובו הוא חידוש וגזירה"כ מדין עדים זוממים]

ועיין בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש שכתב שיש שתירצו קושית התוס' דחשיבי אבות נזיקין כיון שבאו להפסידו ולכאורה כוונתו לדברי הרשב"א וצ"ע שהרשב"א קמן כתב סברא זו להחשיבו לממון וצ"ע.

#### דף ה ע"א

בגמ' הא תבריה ר"ע לגזיזה וכו' רש"י פירש דלא תני לה משום דאינו משלם נ"ש ובתוס' הקשו עליו ופירשו משום דאינו משלם ממיטב, וצ"ב בדעת רש"י שהרי פירוש התוס' מוכרח דהרי מבואר בגמ' דכל מה דתני להו בתורת אבות היינו לשלם ממיטב והכא לא שייך, וביאר בזה הגר"נ צ"ל דאף בשור תם שייך דין מיטב, והביא מקור לזה מהירושלמי בפרק הניזקין דאיתא התם מימרא דרבי חייא דשור תם גובה מן העידית ומתמהינן עלה דהא מגופו הוא גובה ומשני דנ"מ היכא דזקפן עליו במלוה דאינו גובה מגופו ומ"מ אינו משלם בבינונית כבע"ח משום דעיקרו נזק, הרי מבואר להדיא מהירושלמי דאף בשור תם איכא דין מיטב וצ"ב הסברא דעיקרו בנזיקין דלכאורה זקיפה הוי כפירעון גמור והלואה נוספת ואכ"מ] וראיה נוספת לזה הביא מדברי הנמו"י לקמן בדף לו ע"ב גבי מתני' דשני שוורים תמים שחבלו זה בזה דמשלמי במותר ח"נ וביאר הנמו"י דהטעם הוא משום דהכי הוי מיטב שלהם שישאר כ"א בשלו הרי מבואר דבעיקר הדין אף בשור תם איכא דין מיטב אלא דכיון דאינו משתלם אלא מגופו לא משכח"ל האי דין מיטב אלא כה"ג ונראה בזה דכה"ג שכ"א נשאר עם שלו אין כאן גוביינא ממש אלא ביטול תביעת החוב ע"י תביעה שכנגדה ובוזה ליכא להדין דמשתלם מגופו דוקא ויכול לפרעו בשלן<sup>79</sup>

ואולם יעויין ברשב"א שהקשה אברייא אמאי לא תני לשן ועין דעבד, וכתב דבכלל נזק, הם ודחה דקנס הם, וקושיתו תמוה מאוד דהרי בזה לא שייך כלל דין מיטב שהרי יוצא לחפשי תחת עינו וגם פלא היאך ס"ד דבכלל נזק הם דהרי תשלום נזק הוא בדמים וכאן יוצא לחפשי וצ"ע. ויש מבארים עפ"י דהגר"ח שחידש דשייך היכי תמצוי שישלם האדון דמי שן ועין כשעשה שניהם בב"א ומדין קנס, - עיין בחי' הגר"ח סטנסיל לקמן דף עד- וי"ל דעל זה נתכוין הרשב"א, וצ"ע.

רש"י ד"ה ומפגל וכו' עיין בפנ"י ובהגהת מהר"ב רנשבורג ובגמ' שציון שם.

רש"י ד"ה מוציא שם רע וכו' ועיין ברשב"א שהוסיף דהכא קאי למ"ד דאינו חייב אא"כ בעל נפולוגתא דתנאי היא בכתובות דף מון ותמוה מאוד מדוע חשיב הבעילה מעשה והרי לא על הבעילה הוא מתחייב אלא על הוצאת שם רע, וצ"ע.<sup>80</sup>

רש"י ד"ה תחת נתינה וכו' וארבעה אבות וכו' רש"י לא פירש היאך ילפינן להנהו אבות אהרדי, ועמד בזה הרש"ש דמשמע מדבריו דלאבות נזיקין גופייהו אי"צ להצה"ש והקשה דהרי בבמ"מ ליכא למילף

<sup>79</sup> ועוד אמר בזה הגר"נ דהתוס' להלן אזלו לשיטתם שכתבו דמשכח"ל דין מיטב בעדים זוממים היכא שלא רצו לחייבו מיטב כגון בהעידו על שור תם שהזיק, הרי מבואר דס"ל דבשור תם ליכא דין מיטב כלל, ואינו מוכרח, דבפועל באופן שלא זקף במלוה או במותר בשני שוורים הרי לא חל עליו דין מיטב ואין בו נ"מ.

<sup>80</sup> והרמב"ם במורה נבוכים כתב בטעמו של עונש ממון דמוש"ר וז"ל כי אין ספק כי זה האיש הרע לא אהב אשתו אשר הוציא עליה שם רע ולא מצאה חן בעיניו ואילו היה רוצה לגרשה כדין כל מגרש אשתו, לא היה לו מונע מזה, אך היה מתחייב לתת לה חוקה הראוי לה - ושם לה עלילות דברים, כדי להפטר ממנה בלא תשלומים, והוציא עליה דבה ודבר שקר להחזיק בחוקה שיש לה עליו, והוא חמישים כסף כי זהו מוהר הבתולות הקצוב בתורה, ומפני זה גזר עליו ית' לשלם מאה כסף נמשך אחר העיקר "אשר ירשיעון אלוהים ישלם שנים לרעהו", וכדין עדים זוממים כמו שבארנו כן זה המוציא שם רע חשב להפסידה החמישים הראויים לה עליו, ישלם מאה זהו ענשו של שהיה כובש חוקה הראוי לה והשתדלו להחזיק בו עכ"ל ומבואר מדבריו דזממו של זה היה להפסידה מוהר הראוי לה ולגרשה חינום והנה כבר נודע שהכתובה מוהר הבתולים הוא ודמי בתוליה משלם ונמצא שכששיבר בתוליה והפסידה כתובתה הרי ההיזק מתחיל בבעילה ואפשר דזהו הטעם דדוקא בבעל איכא חיוב מוש"ר.

דאיכא למפרך כדפרכינן בכולה שמעתין, וצ״י הרש״ש לדברי התוס' בדף ו ע"ב ד"ה שור רעהו דמשמע מדבריהם דאף אבדות גופייהו איכא גז"ש דתחת נתינה, וכ"ה להדיא בפ' הר"ח כאן. ובדעת רש"י צ"ל דעד כאן לא פרכינן אלא לעיקר דינא אבל לצורת התשלום אחר שנתחדש בתורה דכולם שוים לא פרכינן וי"ל בזה טפי דפרכינן כלפי שם המזיק דכ"א מהם אבל אחר שנתחדש דכולהו מזיקים הרי כלפי חיוב הבעלים אין מקום לחלק, וראה מש"כ לעיל בהערה 9 ודוק.

### דף ה ע"ב

רש"י ד"ה לכתוב וכו' ולרב דאמר תמה הרע"א דהא ליכא למ"ד שור לקרנו למסקנא לעיל ומאי קאמר דכוונתו להזיק, ועיין במהרמ"ש שכתב דלדוגמא בעלמא נקטה רש"י דלרב הפירכא היא מה לשור שמשלם כופר כדלעיל בגמ', ועיין בשנו"ס מהדור' פרנקל.

רש"י ד"ה וכולהו כי שדית וכו' תאמר בשן ואש ואדם וכו' מבואר מדברי רש"י דכשאנו באים ללמוד מבור או רגל לאדם איכא למפרך מה להנך שכן תחילת עשיתו וכו' והזיקו מצוי, ויעיין בתוס' לקמן בדף ז ע"א ד"ה שור שכתבו דליכא למפרך לגבי אדם דיותר ראוי להתחייב אדם המזיק בידים ממזיק ע"י שילוח בעירה וכ"כ התוס' בגטין דף מט ע"א ושם כתבו כן גם גבי בור, ולדבריהם לכאורה אתי אדם מכל חד מהנך מזיקים ואין צורך לצ"ה ש, [לבר משור דאיכא למפרך דמה לשור שכן משלם את הכופר דמפורש בגמ' לעיל דהוי פרכא גבי אדם]

וסברת רש"י צ"ב דפריך גבי בור שכן תחילת עשייתו לנזק דאטו משום שכרה הבור לנזק יש יותר סברא שיתחייב מאשר אם הזיק בידים, ולכאורה צ"ל דרש"י מיירי דוקא באדם ישן או לכה"פ בשוגג דבזה מחויב רק משום פשיעתו ולא משום מעשה ידיה [ולדרך האחרונים] או דנימא דאף אם מחויב על המעשה מ"מ מעשה בשוגג קיל מכרית בור בידים ופשיעת שילוח בהמתו במזיד וצ"ע, [ולפי זה אין ראייה מהתוס' שם דפליגי דהתם כתבו התוס' דאפשר למילף פטור נזיקין בהקדש בשאר מזיקים מאדם דאם אדם במזיד פטור כ"ש מזיק ע"י ממונו ופשוט<sup>81</sup>]

שם ברש"י מה לאש שכן מועדת יל"ע דרש"י פירש לעיל בדף ג ע"ב דכח אחר מעורב בו הוי חומרא ואם כן מדוע לא פריך בפשיטות דמה לאש שכן כח אחר מעורב בו, ויותר מפורש בדבריו להלן שכתב דאתי רגל מאש בפלגא דדינא וליכא למפרך מידי, ואפשר דסובר רש"י דהוי כח אחר מעורב בו רק נגד בור אבל לא נגד רגל ושאר הולכים ומזיקים.

ובמ"ש רש"י דאש חייבת באינו ראוי, לקמן [ד"ו ע"א ד"ה לאתויי] כתב רש"י דילפינן לה מקרא דאו השדה ומקורו בגמ' לקמן בדף ס ע"א, ולפי זה מסברא ראוי לפטור שאר מזיקים באינו ראוי לה אי משכח"ל, ובור פטור באינו ראוי ופירש רש"י דהיינו אדם הקשו התוס' דהרי חייב בנזקי אדם. ולכאורה כוונתם להוכיח מזה דאדם נחשב ראוי כלפי בור ממה שחייב בנזיקין. [ולפי"ז מה שפטור במיתה גזיה"כ הוא]

ובאמת דבסברא תמוה מדוע חשיב אדם כאינו ראוי לגבי בור דהרי מיירי בלילה וכיו"ב דביום אפילו בשור פיקח פטור בעל הבור, ויעיין בשיטמ"ק בשם הר"ר ישראל דפטור בור באדם הוא מחמת שאין רגילות שיפול אדם בבור אבל רגילות הוא שיתקל ולכן חייב אנזיקין, ועיין בתוס' תלמיד ר"ת בדף ג ע"א שכתב דאף שרבי יהודה חולק בפטור כלים מודה באדם דסברא למדרש טפי גבי אדם חדא דכלים

<sup>81</sup> אלא דהא גופא קשיא דפטור אדם מנזקי הקדש גבי שוגג כתיב ומנא ידעינן דפטור אף במזיד, ועמד בזה בשיטמ"ק שם מהתוס' רא"ש.

שכיחי יותר שיפלו בבור, ועוד דאדם איבעי ליה לעיוני, ומבואר דפטור דאדם יסודו מסברא, וכן משמעות דברי הרמב"ם בפ"ב הט"ז עיי"ה. ויעויין ברש"י בדף נב ע"א ד"ה בן וכו' שכתב דהבור פטור אף על קטן אע"ג דליכא למימר איבעי ליה לעיוני דגזיה"כ הוא, ומ"מ נראה דאין זה סתירה להנ"ל דכיון שאדם בכללות אינו ראוי לבור פטרתו תורה לגמרי ומ"מ גדר הפטור הוא דאינו ראוי.<sup>82</sup> וע"ע בחי' הגרנ"ט כאן.

רש"י ד"ה ולמ"ד אדרבה רש"י כתב דלא איתפרש היכא איכא האי פלוגתא, ובראשונים מצינו שלש דרכים בפירוש הגמ': (א) התוס' פירשו דהיינו פלוגתא אי פ"נ קנסא או ממונא ופירשו עוד דפירכא דמועדים מתחילתן אין הכוונה דשור תם משלם ח"נ דאם היינו למדים שור מהנך היה משלם נ"ש מתחילתו אלא הכוונה דאין דרכו להזיק בתחילתו, וברעת רש"י יעויין ברש"י בכתובות דף מא ע"א ד"ה לאו בחזקת שימור וכו' אינם בחזקת משתמרים מאליהם שלא יזיקו אלא מזיקין אפילו נזיקים דלאו אורחיה וכו' עכ"ל ומבואר מדבריו דאף למ"ד פנ"מ ולא בחזקת שימור מ"מ קרן הוי לאו אורחיה ולשיטתו א"א לפרש כפי' התוס'.

(ב) ראה בהגהת הגר"א שכתב דפלוגתא זו היא בדף הקודם, ולכאורה כוונתו לתרי לישני דרב יהודה אם כוונתו להזיק הוי קולא או חומרא, אבל הדברים צ"ע דהיכן מצינו שם דחומרא דכוונתו להזיק מבטלת הקולא שכנגד דמועדים מתחילתם, ויעויין בשנו"ס מהדו' פרנקל שברש"י כת"י נוסף כאן 'ולא איתפרש היכא דאע"ג דאמרינן בהא מילתא דכוונתו להזיק לעיל לא משכחנא אמוראי דפליגי בהדיא בהכין עכ"ל ואמנם שיטת הגר"א הובאה בראשונים ומצינו ב' דרכים בביאור הדבר יעויין בתוס' תלמיד ר"ת שהביא פירוש דמועדים מתחילתן היינו דכיון שאין כוונתם להזיק הוי הבעלים פושע טפי ומ"ד אדרבה היינו דמחמת כוונתו להזיק חמיר טפי ולפי"ד הוי ממש ההיא פלוגתא דלעיל נאלא שהלשון מועדים מתחילתן לכאורה דחוק מאוד לפי' זה]

ויעויין בראב"ד כאן שפירש כן ופירש דמועדים מתחילתן היינו כפשוטו דקרן בתחילתה תמה, ונדלא כהתוס' שדחו זה] וכתב הראב"ד דהא ודאי דהיה צריך לכתוב קרן תמה שהוא דין מחודש ונידון הסוגיא הוא האם צריך למכתב דין קרן מועדת או מצינו למילף משאר מזיקין [ובזה א"ש קו' התוס' על פי' זה] ומ"ד דאדרבה קרן עדיפא היינו רב יהודה דלעיל, ועיין בדברי הראב"ד שם בדף ד שנראה שראיתו היא מדקאמר מה לשן שכן הנאה להזיקה ולא אמר מה לשן שכן מועדת מתחילתה [שהרי היה צריך לכתוב בלא"ה קרן תם וכנ"ל] ומזה הוכיח דסברת כוונתו להזיק מבטל הקולא דמועד מתחילתו, וכתב שם הטעם משום דמועד מתחילתו הוי רק קולא בדין ולא טעם החיוב, עיי"ש.

(ג) השטמ"ק בשם תוס' רבינו ישעיה כתב בשם הקדוש רבי יעקב לפרש דקאי אפלוגתא דר"ט ורבנן גבי קרן בחצר הניזק וכן כתב גם המאירי דלר"ט הרי קרן חמור משן ורגל בכל צד, דברה"י משלם כמותם אף בנגיחה ראשונה וברה"ר נוסף עליו חצי נזק, וכ"כ בחי' רמ"ש והוסיף בזה ביאור דלרבנן הקילה תורה בקרן משום דאין דרכו כ"כ להזיק אבל לר"ט הסברא הפוכה דקרן חמיר טפי ולכן משלם לעולם כשן ורגל ואף החמירה עליו תורה שאפילו ברה"ר ישלם ח"נ.

תוד"ה כי שדית וכו' ומיהו י"ל לפי' הקונטרס שמענו מחכ"א שהקשה ע"ד התוס' שביארו בדעת רש"י דפירכא זו אינה מחמת קולא בדינה של השן אלא משום דלא משכח"ל, והקשה דאם היינו למדים

<sup>82</sup> והתוס' לקמן בדף מט ע"א ד"ה חמרתא הקשו דבנפל עבד ואמה למה פטור בעל הבור ולא נימא דכחמור חשיבי משום עם הדומה לחמור, וכתב הגר"נ דלדעת רש"י לא קשיא כלל דגדר פטור אדם הוא משום שהוא בן דעת ואינו ראוי לבור ואף עבד הוא בכלל זה. וע"ע בתוס' תלמיד ר"ת הנ"ל בדף נג ע"א.

מבור ואש לכל הנך מזיקים הרי לא היה כלל שם שן בעולם דכל שור המזיק היה תולדה וילפוטא מבור ואש והרי משכח"ל שור המזיק אף באינו ראוי לה בנזקי קרן ורגל ואם כן היאך יש כאן קולא לפרוך הדין, ונראה דמזה מוכרח ומבואר דאף אם היינו למדים האבות כולם בצה"ש עדיין היו ביניהם חילוקי שמות וכ"א מהם היה אב בפ"ע [והביאור בזה דשן מה שדרכה להזיק הוא מחמת טבע הבהמה לאכול ואינו קשור כלל למה שטבע אותה בהמה להלך ולהזיק בהליכתה אגב אורחה וכן קרן הוי טבע אחר וכל צורת ושם דרכו להזיק קובע לו דין בפ"ע ואם מצינו צורת דרכו להזיק שלא משכח"ל אלא באופן דראוי לה הוי קולא באותה הצורה שלא לחייב בה ודוק]

שם בתוס' אבל כלים וכו' עיין ברע"א [הנדמ"ח] שתמה בדבריהם דהא סו"ס גם כלים חדתי פטורים ואם כן אין הטעם משום דאינם ראויים ועוד דבכלים חדתי אף לרבי יהודה פטור ומאי פריך הגמ' ולר"י דמחייב הנזקי כלים בבור וכו' ועוד יעויין במהר"ם שיף שהקשה לדעת שמואל דבור שחייבה תורה על הבלו וכ"ש על חבטו אם כן כלים הוו ראוי לגבי בור.

והגר"נ זצ"ל ביאר דברי התוס' דשם כלים חד הוא וכיון דבור כלפי כלים מסוימים אינו ראוי הרי חסר בשם המזיק דבור לגבי כלים ולכן פטרתו תורה מכלים, ויישב גם קושית המהרמ"ש כן דשם בור גבי הבלו וחבטו חד הוא וכיון דבהבלו אינו מזיק גמור כלפי כלים פטרתו תורה בחבטו, ויש להוסיף דזה דומה לסברת הרשב"א גבי איגנדר שכתב דבור ט פטור אמיתה אף בלא איגנדר משום דבעינן שיהיה ראוי להמית בכל גווניו וכן הוא נמי הכא גבי כלים. נוכן צ"ל בדעת רש"י גבי אדם דלכן פטור הבור אנזקי קטנים כמש"כ לעיל, והתוס' לעיל שהקשו על רש"י מנזיקין הקשו, דבזה לא מסתבר להו לחלק דודאי גבי נזיקין אינו ראוי טפי ממיתה ופשוט]

שם בתוס' וא"ת וכו' וי"ל דבור שנעשה וכו' בפשוטו כוונתם דכח אחר מעורב בו הוי גריעותא בהולך ומזיק דאש ולכן כלפי בור שאינו הולך כלל אש עדיפא מיניה וגבי שאר מזיקין שהולכים הוי כח אחר קולא, ולקמן בגמ' דפרכינן יש נידון אחר והוא בדין כח אחר ביצירת המזיק דהתם עצם הכריה דהאסו"מ נעשה על ידי כח אחר ובזה לא דמיא כלל לאש שהדליק האש בעצמו.

אבל קשה לפרש כן דברי התוס': (א) ראה להלן שביארו מה דקאמר אש יוכיח בב' אופנים, ולדרך הנ"ל אינו מובן מה תירצו בתירוצם השני דהיינו דפריך וכו' הרי סו"ס א"א ללמוד בהצה"ש שהרי לא מצינו שיתחייב אדם על כריה בצירוף כח אחר ואין מאש שום ראייה לדבר זה וליכא הצה"ש. (ב) לשון התוס' דבור חמור יותר מאסו"מ שלא הזיקו אלא בתר דנייחי ולא נעשו בור וכו' משמע דקולת האסו"מ הוא לא רק מחמת שנעשו בור בכח אחר אלא מחמת שאין הולכים ומזיקים, ולהביאור הנ"ל אף אם יזיקו בהליכתן קילו כיון שסו"ס נעשו בור ע"י כח אחר, ויותר מפורש בתוס' ר"פ שכתב דאסו"מ קיל מבור כיון ש'אינם מזיקין ולא נעשו תקלה אלא ע"י כח אחר ואותו כח אחר לא משהו להו הולכים ומזיקין דבאזיקו בתר דניה מיירי וכו' עכ"ל. ומבואר כנ"ל.<sup>83</sup> גם לשון התוס' שכתבו דאש חמירא טפי הוא שפת יתר לפי ביאור זה בדברי התוס'.

ודרך נוספת בדברי התוס' - וכן ביאר הגר"נ בדבריהם - דסברתם היא בצירוף החומרות, דהיינו דאש אף שכח אחר מעורב בו אבל סו"ס הולך ומזיק חמור טפי מבור, אבל אסו"מ שגם כח אחר מעורב בו וגם אינו הולך קיל מבור, ולזה תירצו היטב בתירוצם השני דהיינו דפריך וכו' ועבדינן צה"ש שלא החומרות

<sup>83</sup> ולכאורה נ"מ בזה באסו"מ שהניחם בראש גגו ונפלו ברו"מ ואחר כך נתגלגלו ברגלי בהמה והזיקו בהדי דאזלי, דאם הקולא דידהו היא ביצירת המזיק הוו אלו קילי מאש אך לשון התוס' והר"פ משמע להדאי דכה"ג דמו לגמרי לאש וכמש"כ בפנים.

גורמות הדין וממילא לא איכפת לך דבאסו"מ איכא ב' הקולות. אך גם דרך זו אינה כ"כ במשמעות לשונם שהדגישו הסברא דבאסו"מ הכח אחר הוא בעצם יצירת הבור. ועוד דלפי זה באמת אין שום פירכא דאש חמור מאסו"מ דבתרווייהו יש את אותה הקולא דכח אחר אלא דאש חמיר משום שהולך ומזיק, ומלשון התוס' בתירוצם השני נראה להדיא דלא ניחא להו כ"כ לשון הגמ' דפריך אש יוכיח ודוק. וצ"ע.

**ועיין בתוס' תלמיד ר"ת בדף ב ע"א בשם הר"י** מה שהוסיפו ע"ד התוס' דידן וביארו דאש לא חשיב ככח אחר ביצירת המזיק משום שכבר במקומה ראוייה להזיק [ונראה דאף בהדליק ברשותו חשיב ראוי להזיק במקומו דלא כלפי הפשיעה מיירי הכא] ומשא"כ אסו"מ דאינם ראויים להזיק בראש הגג, ונראה **מבואר מדבריו** דלא כדרך הגר"נ דאילו לדידיה אף אילו הוי באש כח אחר מעורב ביצירת המזיק מ"מ חמירא שכן כח אחר מעורב בו והולך ומזיק. אך גם **לפרש כהדרך הראשונה קשה** דאם כן הרי אסו"מ בראש גגו דכח אחר מעורב בהם ביצירת המזיק אף בהליכתם קילי מאש דכח אחר דידה אינו ביצירת המזיק והיאך אמרינן בגמ' דאי בהדי דאזלי היינו אש וצ"ע.<sup>84</sup> **ובעיקר מש"כ התלמיד ר"ת** דאש חשובה מזיק במקומה לכאורה נראה מדברי הרשב"א דפליג עיין בדבריו בסוגיין בד"ה וקשיא לי וכו' ולעיל בד"ה הא דאמר וכו' בסופו, ודוק.

**שם בתוס' והא דקאמר וכו' וחייב משום חיציו** לפום פשטות דברי התוס' הרי תירצו רק מכח דין אשו משום חיציו, וצ"ב מאי שנא אי הווי ממנו או חיציו, ובפשוטו י"ל דבאשו משום ממנו אין מקור לומר דחייב גם על מעשה רוח אלא דסגי במקצת עשיה דידה כדי לחייבו וכיון דזה רק בהולך ומזיק א"א ללמוד מזה לאסו"מ שגם כח אחר מעורב בו וגם אינו הולך ומזיק אבל בדין אשו משום חיציו נתחדש דהוי מעשה שלו לגמרי ואם כן חשיב ככורה בור בידים בעשיית האסו"מ, אבל **הקשה החזו"א** דאם כן אין צורך להצה"ש כלל כדי לחייבו שהרי דין זה דאשו משום חיציו חשיב מעשה כלל הוא בכה"ת כולה וחייב משום רציחה ואף חייב על אש דבהמתו כצורות דחשיב מעשה הבהמה ממש ואם כן ה"ה דהוי נפילת האסו"מ כריה גמורה דבור. **ויש להוסיף ולהקשות** שהרי אם כן לריש לקיש דלית ליה חיציו ליכא צה"ש לחייב אסו"מ שנפלו מראש הגג, ובפשוטו הוא ברייתא מפורשת לקמן בדף כט ע"א ומודים חכמים לר"מ, וצ"ע.<sup>85</sup>

**וביאר החזו"א** דלשון התוס' דכתבו 'חיציו' לאו דוקא וכוונתם דחשיב עשית אש להתחייב עליה משום ממנו. ואינו מובן מה תירצו אם כן התוס' על קושייתם, דבקושיא נקטו דמכח אחר דהולך ומזיק ליכא

<sup>84</sup> וראה בתוס' לקמן בדף ו ע"א ד"ה אי וכו' ולדרך התוס' תלמיד ר"ת מתפרשים דבריהם דבור המתגלגל אינו כח אחר מעורב מאחר דנעשה מזיק בלא זה ומשא"כ אסו"מ, וצ"ע דהרי אם כן אף אש אינו בסוג כח אחר מעורב בו שהרי נעשה מזיק בלא זה אלא דיש כח אחר בנוק ואם כן אף בור המתגלגל הוא כן והיאך ילפינן לה משורו בתחילת הלימוד וכן בהדי דאזלי הווי אש, וצ"ל דמ"מ כיון דבעצם הנזק אין כח אחר לא חשיב בור המתגלגל ככח אחר כלל ודוק. ולהדרך השניה צ"ל דאש חשיב כח אחר ביצירת המזיק ודלא כהתוס' תלמיד ר"ת ולכן לא דמיא לבור המתגלגל ודוק.

<sup>85</sup> ומיהו י"ל דריש לקיש יעמיד ברייתא זו בהזיקו בהדי דאזלי אף שהגמ' שם לא מוקי לה כן, וכן קשה מבריייתא דהמצניע קוצותיו ובא בעל הכותל וכו' [בדף לא ע"א] שכתב הרא"ש דהוי מדין אסו"מ שהניחם בראש גגו. אך ברא"ש עצמו בסוגיין משמע דאין מקור בבריייתא לדין אסו"מ עיי"ש ד"ה וצ"ע.

ובעיקר הקושיא י"ל דהתוס' היה ניחא להם מעיקרא בתירוצם השני דאיכא צה"ש מבור ואש ולא נתקשו אלא מדוע קאמר הגמ' אש יוכיח ולא פריך דבאש כח אחר מעורב בו חמיר טפי, ובתירוצם השני פירשו דזו גופא פירכת הגמ' ולתי' הראשון לא ניחא להו לפרש כן לישנא דגמ' אבל לכו"ע אפשר למעבד צה"ש וניחא אף לריש לקיש ומה שהגמ' לא פרכה כך תירצו התוס' רק לרבי יוחנן ודוק.

מקור לחייב אסו"מ ומה הועילו במה שכתבו דחייב באש זו כמבעיר, וכפה"נ דכוונת התוס' לומר לבאר דחיובו באש אינו מחמת שנשתתף האש במעשה ההיזק עם הרוח אלא דנחשב הכל כאילו עשה הוא [ומש"כ התוס' דהוא עשה הרי למ"ד ממונו אינו כן אלא הכוונה דכמבעיר יש לו אחריות על מעשה האש וגם על מעשה הרוח כאילו הבעיר לבדו אך לשון התוס' דחוק מאוד לביאור זה .

**ובאמת שקושיית החזו"א** בגמ' עצמה הוא קשה, דכיון דאסו"מ חייב משום חיציו בהניחם בראש גגו מדוע בעינן בזה להצה"ש, **ויעויין בחזו"א שכתב** דהגמ' מיירי באופן דכלו לו חיציו כגון שכשהניח שם האסו"מ היה גדר מפסיק שלא יפלו ואח"כ נפלה הגדר [כמו דמשני בגמ' לקמן דף כג לרבי יוחנן גבי פטור טמון] **ועוד כתב** די"ל דאסו"מ לא חשיב כחיציו. **ויעויין בתוס' בסנהדרין דף עז ע"א** שכתבו להדיא דאסו"מ שהניחם בראש גגו ונפלו חשיב כחיציו לחייבו על נפילתם בכה"ת.<sup>86</sup>

**ודרך אחרת שמענו בדברי התוס'** [מהגר"א אריאלי שליט"א] דאין כוונתם אמנם ללמוד דווקא מחיציו אבל באו להוכיח דגדר חיוב אש בכח אחר הוא דחייב על מעשה הכח אחר כאילו עשאו הוא, ולזה הוכיחו דכמו דחייב בכח אחר לר"י משום חיציו ועל כרחק הגדר בזה דע"י הכח אחר חשיב כמעשה ידיה הוא הדין לר"ל דחייב משום ממונו גדר הצירוף דכח אחר הוא דחשיב כאילו עשה הכל [וצריך לבאר עוד דמחלוקת ר"י ור"ל אינה בכח אחר אלא באש אי חשיב חיציו אף שאינה מכחו ממש כדמבואר בגמ' בדף כב ולכן לא מסתברא שיחלקו גם בגדר הכח אחר מעורב בן] **ויעויין בשטמ"ק בדפוסים החדשים** לקמן בדף ו ע"א שנוסף שם קטע מכת"י שכתבו ככ"ד התוס' ולשונם 'וחשיב כאילו עשה הוא הכל **מדחייב** משום חיציו עכ"ל ומשמע כן דבאו להביא ראיה מחיציו ולא לפרש דהכא חיובו דוקא משום חיציו.

ואולי י"ל דכוונת התוס' לחיציו בדוקא ואף דחשיב מעשה בכה"ת מ"מ יש סברא לפטרו מתשלומי נזיקין היכא דכח אחר מעורב בו דסו"ס לא הוא לבדו גרם הנזק ועל זה מוכיחנן מחיציו דחייב ובוזה אין לומר דהטעם משום דאיכא חומרא דהולך ומזיק שהרי מחייבין ליה מדין אדם גמור ועל כרחין דלא איכפת לן בהאי קולא ואיכא צה"ש וצ"ע, ודוק.

**שם בתוס' אי נמי היינו דפריך וכו' מבואר מדברי התוס'** דאף שאש חמורה מבור ואסו"מ קילי אפשר ללמוד אסו"מ מהצה"ש, **ולפי זה יש תימה** דאם היה כתוב בתורה בור לחוד א"א ללמוד ממנו אסו"מ אבל היינו יכולים ללמוד ממנו אש [אלמלי פירכא דתחילת עשיתו לנוק] ואז היה אפשר כבר ללמוד אסו"מ בהצה"ש. **ולהדרך השניה שביארנו לעיל** ניחא היטב דאם היינו לומדים אש מבור היה חייב אף שיש כח אחר מעורב דסו"ס עדיף מבור אבל כשנתחדש חיוב אש בתורה י"ל דנתחדש בזה טפי וחייב על מעשה הרוח כאילו עשה הכל וזה כבר הוי מקור לחייב גם אסו"מ, **אבל אף לדרך זו** עדיין קשה היטב להתי' השני של התוס' שלא נחתו לסברא זו דבאש חשוב כאילו עשה הכל.

**אבל עיקר הקושיא אינה קשה** דכך הם כללי הלימודים דאף שאש חמורה מבור ואסו"מ קיל אבל כיון דבאש מצינו שחייב על כח אחר [ונמשום דודאי עדיפא מבור] הרי הרי מצאנו שם כח אחר דחייב בתורה ומאש לאסו"מ ליכא למפרך מידי אלא שהאש הולך ומזיק ולזה מהני הצה"ש מאש ובור וליכא למפרך מידי [דלומר שאש חייבת משום דכח אחר דידה חמור שגם הולך ומזיק ובור חייב משום שאין בו כח אחר זה לא הוי פירכא, דפירכא היא רק כאשר לשני המלמדים יש תכונה אחת שאינה בנלמד] ואף אם לא היה כתוב בתורה אש והיינו לומדים אותה מבור היינו יכולים לחזור וללמוד אסו"מ בהצה"ש וסוגיא מפורשת

<sup>86</sup> והחזו"א שם כתב בתי' אחד דלא הוי חיציו על פי פירושו בתירוץ התוס' שם בסנהדרין בסו"ד אבל דבריו שם דחוקים מאוד בפירוש דברי התוס' ואכמ"ל, והתוס' שם הביאו ראיה לדבריהם דחשיב חיציו מגמ' דידן דאסו"מ וצ"ע מה המקור בגמ' דהווי חיציו.

היא בזבחים דף נא ע"א דדבר הלמד בבנין אב חוזר ומלמד בבנין אב.<sup>87</sup> אבל להדרך שנתבארה לעיל בדברי התוס' דבאסו"מ יש קולא מחודשת של כח אחר ביצירת המזיק עדיין קשה דהרי סו"ס איכא למפרך מה להנך שכן אין כח אחר מעורב ביצירת המזיק דידהו, וזה צ"ע.

שם בתוס' וא"ת וכו' וי"ל דלא חשיב אש מעשיו גרמו לו עיין בתוס' ר"פ ותוס' תלמיד ר"ת שביארו דמעשיו גרמו לו היינו שע"י מעשיו לבד נעשה ההיזק והכא הוי בצירוף הרוח. וצ"ב דסו"ס אש ובור חמירי משאר מזיקים, דבהנהו תרוייהו מעשיו גרמו לו במקצת תאמר בשן שלא גרמו מעשיו כלל וצ"ע.

**יעויין בתוס' שאנץ בשיטמ"ק** שכתב לתרץ דאש שייך גם בלא מעשיו כגון שהביא כלב חררה לחצרו וזכה בעל החצר באש ופשע בשמירתה דחייב בנזקי אש זו והיינו לאו מעשיו גרמו לו. **והנה יעויין בברכ"ש בס"י** שביאר שם דבבור איכא דין כריה ואין חייב בבור אלא הכורה ואף בבור ברשותו שחייב אם לא כרהו היינו משום דהוה ליה לסלוקי ולא סלקי כמאן דכריה וחשיב פשיעת כריה נולחלן בדף ו ידובר בעיקר חידוש הגרב"ד בזה] וכן באש בעינן מעשה מבעיר, **ויסוד דין זה מבואר לקמן בגמ' בדף ס' ע"א** דבליבה ולבתו הרוח פטור ומסקנא דגמ' דכיון שלא הוא לבדו עשה האש אלא בצירוף הרוח חשיב כגרמא בנזיקין ועיי"ש בתוס' שביארו דבאש בעינן שיבעיר בעצמו האש ולא ע"י גרמא.

**וחקר שם הגרב"ד** אם באש שייך שיועיל הוי ליה לסלוקי ולא סלקיה כמו בבור ופשט דלא מהני ורק היכא שהבעיר בידים ממש חייב. נוראיותיו הן חדא מסברא שהרי בה"ל לסלוקי אין כאן אלא פשיעה בעלמא ולא מעשה ואם כן כשליבה ולבתו הרוח לא גרע מזה ואמאי פטור ועוד דהתוס' בדף ס כתבו דשנים שהבעירו אש פטורים כמו בלבה ולבתו הרוח ושנים שחפרו בור מבואר בגמ' להדיא דחייבים] **וקשה טובא בדברי התוס' שאנץ דידן** דמבואר דחייב באש שהוא ממונו אף שלא הוא הבעיר האש. **והגר"נ אמר ששמע מהגרב"ד** דאין כוונת התוס' שאנץ שחייב משום ממונו שפשע בו אלא דגם באש חייב משום דה"ל לסלוקי ולא סלקיה כמאן דאבערה דמי נהיינו דאף שזה שלא כמש"כ בברכ"ש דבאש ליכא הוה ליה לסלוקי ומ"מ אין סתירה מהתוס' שאנץ לעצם היסוד דבעינן הבערה באש]

**ואולם פשטות הדברים** דאין צורך באש כלל למעשה מבעיר אלא כשאין האש שלו דלא יחשב אחראי על האש אלא כשהבעירה וזה דרשו התוס' מקרא אבל כשהאש היא ממונו חייב עליה כמו שחייב בכל נזקי ממונו, נוביתר ביאור על פי מה ששמענו מהגר"ר שמואלביץ שליט"א שביאר דבכל מזיק ישנם שני נידונים (א) שם המזיק עצמו דבזה איכא ששה אבות קרן שן אש וכו' ועוד נידון מהו המחייב ויחס האדם אל המזיק דמצינו באש שחייב משום מבעיר ובבור משום כריה אבל אפשר שאף בשן ורגל יתחייב משום מבעיר כדמבואר בתוס' לקמן בדף נו ע"ב גבי מעמיד, ולפי"ז ה"ה דאפשר ואפשר שיתחייב באש משום ממונו דמה שחדשה תורה פרשת מבעיר באש ופרשת ממונו בשן ורגל אינו דין מסוים ביחס להאבות הללו אלא כ"א מהמחייבים שייך בכל האבות ודוק]

**וי"ל ע במאי פליגי התוס' דידן** אי סברי דבאמת אין חיוב כלל באש שהוא ממונו נועוד י"ל דסברי דאין לנו מקור מקרא על זה ולכן עדיין איכא למיפרך מה לאש שכן מעשיו גרמו אבל אחר דכתיבי כל המזיקים מודו התוס' דחייב] **ומדברי התוס' ר"פ לקמן גבי כותל ואילן** יש ראיה דבאש בעינן מעשה הבערה ולא סגי בפשיעה כדי לחייבו ויתבאר במקומו. וע"ע באבהא"ז פ"ג הי"ט שדן באש אי בעינן מעשה הבערה או לא.

<sup>87</sup> והתם בעי לה הגמ' ופשטין דחוזר ומלמד וכ"ז בקדשים אבל בחולין פשיטא לן דכל דבר הלמד בילפותא חוזר ומלמד כדאיתא במכות דף יט ע"א.



שם בתוס' וי"ל דאתו מבור ואדם ישן צ"ב כוונתם דסו"ס גם אדם ישן ונופל מהגג חייב על מעשיו, והגר"נ זצ"ל ביאר לדרכו דבישן חייב משום שמירת גופו וה"ה י"ל דאף נפל מהגג חייב רק משום שמירת גופו ולא משום דהוי מעשה בידים, ואולם יעויין בתוס' בכתובות דף לג ע"ב ד"ה דלמא וכו' שכתבו דמסתברא דמי שנפל מהגג ברו"מ חייב גלות הרי מבואר מדבריהם דנפל מהגג חשיב מעשה [ומסתברא דה"ה לישן ודלא כהגר"נ] ואם כן צ"ע מדוע לא חשיב כמעשיו גרמו לו.<sup>88</sup> ושם כוונת התוס' דמעשיו גרמו לו היינו דהפשיעה לא היתה בשוא"ת כמי שלא שמר שורו בלחוד אלא במעשה פשיעה בידים שהכשיר הנזק, וצ"ע בסוגיא דלהלן.

**ועיין בחי' הרע"א** [הנדמ"ח] שהקשה על מש"כ התוס' דילפינן מנפל, שהרי נפל גופו ילפינן מישן או מצה"ש [וכוונתו דכיון דבקרא דאדם היינו במעשיו גרמו לו בעינן מקור לחייב בלא מעשיו גרמו לו ובשלמא ישן מרבינן מפצע תחת פצע אבל בנפל אין מקור ובעינן לצה"ש או ללמדו מישן, ויל"ע דישן גופו נמי לא מפורש בקרא דפצע תחת פצע דבגמ' מבואר רק דילפינן מינה שוגג או אנוס ויל"ע]

**ולשון התוס' דידן שכתבו דנפל מהגג ברוח שאינה מצויה צ"ע ועמר בזה הרש"ש** דאף ברוח מצויה לא חשיב מעשיו גרמו לו כמו שכתבו התוס' דאש ברו"מ לא חשיב מעשיו גרמו. וכתב הרש"ש שלשון התוס' לאו דוקא וה"ה ר"מ. **ועיין בתוס' ר"פ שכתב לפי' התוס' והעמידה ברו"מ וחזינן כהרש"ש ואולי יש להגיה בדברי התוס'.** [ויעויין היטב בתוס' ר"פ שם בתירוצו הראשון וצ"ב למה נקט שם ברוח שאינה מצויה, וצ"ע ודוק]

[ואולם אפשר לפרש כ"ד התוס' באופ"א דהנה יש לחקור מהו מעשיו גרמו לו האם הכוונה דהפשיעה היתה על ידי מעשה האדם או דהנזק עצמו היה ע"י מעשה האדם, והגר"נ הבין כוונתם דהנזק לא נעשה על ידו ולכן פירש דבישן חייב משום שמירת גופו בלחוד, אך נראה לפרש דבישן הנזק היה ע"י מעשה ורק דהפשיעה היתה בלא מעשה וחזינן דמעשיו גרמו לו היינו המעשה פשיעה, והנה בנפל מן הגג לכאורה עיקר תירוצם דהמעשה מזיק היה בלא מעשה ואם כן לא דמיא כלל לישן, אך נראה דמעולם לא נתכוונו התוס' לנפל מהגג מחמת שאין מעשה מזיק אלא מחמת שנפל ברוח שאינה מצויה דהוי קרוב לאנוס ולכן אין כאן מעשה פשיעה כלל במה שעלה על הגג, ומה שנקטו התוס' ציור זה הוא משום דהוי אדם המזיק קרוב לאנוס וה"ה שיכלו לנקוט ציורים אחרים של מזיק ברוח שאינה מצויה, ולפי זה בדוקא נקטו רוח שאינה מצויה, גם נחא היטב קושית הרע"א, וגם אין דבריהם כאן סותרים לדבריהם בכתובות]

#### דף ו ע"א

**בגמ' מאי שנא בור שכן תחילת עשיתו לנזק בגדר תחילת עשיתו לנזק עיין ברש"י לעיל בדף ג ע"ב ד"ה** הני וכו' [ומיירי שם גבי אסו"מ שהניחם ברה"ר] שכתב וז"ל תחילת מה שנעשו בור דהיינו שהונחו לשם היו עומדים לנזק עכ"ל, וצ"ב במה עומדים הם לנזק יותר משאר מזיקים ולכאורה כוונתו דאין צריך עוד איזה פעולה או מעשה מצד המזיק כדי שיקרה הנזק אלא מוכנים הם למועדי רגל מעתה, והכא צ"ב אמאי חשיב הני אסו"מ על ראש הגג כתחילת עשיתו לנזק, ורש"י כאן פירש דהוי תחילת עשייתו לנזק לפי

<sup>88</sup> ועיין בחזו"א בסי' א אות א שכתב דאדם שנפל מהגג ברו"מ והזיק ילפינן בהצה"ש מאדם ואש, ודבריו תמוהים מדברי התוס' דידן שמבואר להדיא מדבריהם שאם היה כתוב רק בור ואדם היינו יכולים ללמוד אש מאדם שנפל. וע"ע בחי' הגר"ח על הרמב"ם בריש יסוה"ת שכתב דבהניח שישליכוהו על התינוק לא הוי כלל איסור רציחה ולא מעשה כלל והחזו"א בגלינות שם כתב דיש בזה איסור בלא מעשה והוכיח כן מנפל מהגג דחשיב מזיק אף שלא עשה מעשה עיי"ש ודוק, ולדרך זו יתכן לחדש דאף כשעשה רציחה בלא מעשה כיון דעבר אלאו דרציחה חייב גלות וצ"ע.

שהיה לו לאסוקי אדעתיה שיפלו ברו"מ, **ולהלן בגמ'** מבואר דכותל ואילן לא חשיבי תעל"נ וביאר שם רש"י דבשעת נטיעת האילן לא היה עומד לנזק וזה לשיטתו הכא. **ועיין במהר"ם ש"ף ורש"ש שהקשו** דאם כן אש נמי הוי תחילת עשייתו לנזק שהרי היה לו לאסוקי אדעתיה נהגה עצמך הרי שהזיקו בהדי דאזלי לא חשיב תחילת עשייתו ואם הזיקו לאחר שנפלו הוי תחילת עשייתן לנזק] **ומפורש בברייתא לקמן** בדף ט ע"ב דחומר בבור מאש שכן תחילת עשייתו לנזק. וכן הכא אמרינן דמבור ואש מצינו למילף כוליהו ולא פרכינן מה להנך שכן תחילת עשייתן לנזק. **ועיין במהרמ"ש שתי' דכ"ז כלל פרכת הגמ'** דהנך כח אחר מעורב בהם.

**ויש לדקדק עוד בדברי רש"י** דלכאורה תחילת עשייתו לנזק אינו חומרא בפשיעת הבעלים אלא בשם המזיק דהבור שהוא מוכן לנזק ואם כן ה"ל למנקט דהוא תחע"ל משום דשכיח שיפלו, ואילו רש"י כתב משום דה"ל לאסוקי אדעתיה, ועיין.

**ויעיין בשטמ"ק הנדפסים מחדש** שיש שם תוספת מכת"י [נמצא בחלק מהמהדורות החדשות של השטמ"ק] שעמד בקושית הרש"ש דאש נמי להוי תחילת עשייתו לנזק, **ותירץ בשם הר"י דבאופן שכלו לו** חיצו כגון שהיתה גדר מפסקת ונפלה אז לא הוי אש תעל"נ, [והיינו דאז בתחילת עשייתה לא היתה ראויה להזיק, ויל"ע לתי' זה דסו"ס מאי שנא בור ואש משור וצ"ל דשור אינו מזומן מצ"ע להזיק אלא בפשיעה ארעית של הבעלים, אבל אש ובור מתחילת עשייתו ע"י הבעלים הוי מזומן להזיק ולכן העמידה באש שלא היתה ראויה מתחילתה ודוק]

**והקשה על זה בשם מורו דהא** למ"ד אשו משום חיצו ס"ד בסוגיא דהתם דפטור לגמרי כה"ג, [וני' כוונתו דאם כן לדידיה אין חומר בבור מבאש שכן תחילת וכו', וקשיא מבריייתא דלקמן דף ט] **ולכן חלק על רש"י וביאר** דהאסו"מ הוי תחילת עשייתו לנזק לכשיפלו למטה, **וכן ביאר הרש"ש כאן** דהוי תעל"נ למטה, **והדברים צ"ב** דסו"ס הוא לא הניחם למטה ואם כן עתה בפשיעתו לא פשע בתעל"נ, ומאי שנא מאש דאף שמדליקה ברשותו פשע בה לכשתצא מרשותו ואז תהיה מזומנת להזיק [ושמא טעמם דאש אף ברשות חברו לא חשיב תעל"נ דאינה מזקת אלא בצירוף עוד פעולה נוספת שלה שתהיה הולכת ומזיקה אבל הבור מתוך קולתו שאינו הולך ומזיק באת לידי חומרתו שמזומן תיכף להזיק] **והקשה על זה הרש"ש** דאם כן מדוע כותל ואילן לא חשיבי תעל"נ הרי תיכף כשנופלים ברה"ר מזומנים להזיק ותירץ דכיון דבאנו התם לרבות אף נזקם שבשעת נפילה לא חשיב תעל"נ [וצ"ע דא"כ מוכרח מגוף סוגית הגמ' דמיירי בשעת נפילה נמי, והתוס' נראה מדבריהם שפירשו כן מסברא בעלמא, גם הר"פ שם חולק על התוס' וצ"ע]

**ואף בקושיא זו עמד כבר השטמ"ק הנ"ל ותירץ** דבכותל ואילן ליכא כלל מעשה [וכפה"נ דס"ל דמעשה הנטיעה אינו כלום לענין זה] ומשא"כ הכא דהונחו למטה מכח מעשה ידיה בזה חשיב תחילת עשייתו לנזק. **ולמדנו מדבריו** דענין תחילת עשייתו הוא במעשה האדם שכרה הבור ולא תחילת היות הבור בור עייש"ה ודוק.

**ודרך אחרת בזה להראב"ד כאן** [בחידושי וכו"ד גם בשטמ"ק] דגדר תחילת עשייתו לנזק הוא 'כל דבר שאין רשות לבני אדם להניחו שם והנזק מצוי לו משם' וביאר הראב"ד דאף אסו"מ הוי תעל"נ משום 'דאין דרך בני אדם להניח בראש הגג משום שהנזק מצוי משם דאינו מקום העננה כלל', **וכדעת הראב"ד** נראה מבואר נמי מדברי הרשב"א לעיל בדף ה ע"ב שכתב בתוה"ד וז"ל ואש יוכיח שאין תחילת עשייתו לנזק שזה מדליקו בתוך רשותו **לצרכו** והלכה חוץ לרשותו והזיקה עכ"ל הרי מבואר כנ"ל. [ועיין ברשב"א שם להלן ד"ה וקשיא לי וכו' וצ"ע] **ולמדנו עוד** מדברי הרשב"א דהמדליק אש בתוך של חברו הוי תחילת עשייתו לנזק.

**עלה בדינו שלש דרכים** בביאור דין אסור"מ דהו"מ תעל"נ (א) דרך רש"י דמתחילת עשייתן למעלה עומדים לנזק [וכתי' הר"י בשיטמ"ק או תי' המהרמ"ש] (ב) **דרך השטמ"ק בשם מורו והרש"ש** דהו"מ תעל"נ למטה לכשיפלו. (ג) **דרך הראב"ד** דכל המונח במקום שאין דרך להניחו לתשמיש הו"מ תעל"נ. נויש לדון דשורש פלוגתייהו דלרש"י נחשב האסור"מ כמזיק דשמירתן עליו כבר בהיותם בראש הגג דהם מזיק שמסוגל להיות בור ע"י כח אחר ולהשטמ"ק הו"מ מזיק למטה והוא פושע עתה באסור"מ שיפלו וראה להלן בפלוגתת האחרונים בלא אפקרינהו]

**בגמ' ולא דמו לבור וכו' שכן כח אחר ראה לעיל** בדברי התוס' שהובאו דברי החזו"א שנתקשה דהרי כיון דקיי"ל אשו משום חיציו הרי זה חשיב כורה בור בידיים ומדוע בעינן להצה"ש כדי לחייבו, וכתב החזו"א דצריך להעמידה באופן דכלו לו חיציו כגון שהיתה גדר מפסקת בשעה שהניח האסור"מ ואח"כ נפלה, וצ"ע בזה מדברי הראשונים שהובאו לעיל, דרש"י ביאר דהו"מ תעל"נ משום שכשהונחו הל"ל אדעתיה [ובזה שניא מכותל ואילן] ולהחזו"א אם כן הכא לא הו"מ תעל"נ, ואף הר"י בשיטמ"ק מבואר מדבריו להדיא דהכא מיירי דוקא בלא כלל לו חיציו.<sup>89</sup> [ואמנם יש לפרש דאף בדין חיציו בעינן להצה"ש דאף דבכח"ת הו"מ מעשה מ"מ הרי לא נימא דכח כחו הו"מ כחו מחמת שכחו כגופו דפשוט דחשיב כמעשה אבל סו"ס לא נעשה כגופו וכורה בור והבור הזיק ודאי גרע מכח כחו לחייבו על הכשר נזקי הבור ולכן בעינן הצה"ש ודוק]

**בגמ' לעולם דאפקרינהו משמעות לשון הגמ'** דלשמואל מיירי דוקא בדאפקרינהו אבל בדלא אפקרינהו אין צורך להצה"ש, ואמנם נחלקו בזה אחרונים אי דוקא באפקרינהו בעינן להצה"ש. ויש להקדים בזה דהנה חיוב בור של הפקר בא לבעלים על ידי כרית הבור [כדלקמן מט ע"א שעל עסקי כריה ופתיחה באה לו] אבל בבור ברשותו נראה משמעות הסוגיות והראשונים דאין צורך בו למעשה כריה כדמבואר בגמ' לקמן בדף מח ע"א דאם חפר שור בור ברשות בעה"ב ולא סתמו בעה"ב חייב בנזקי הבור משום דה"ל לסלוקי ולא סלקיה כמאן דכריה דמי.<sup>90</sup> ולפי זה מבואר היטב וכך ביאר הנחל"ד כאן דהכא נמי כיון שפשע במה שהניח האסור"מ בראש הגג והרי אלו ממנו הם חייב בנזקיהם אף בלא כריה וכ"ש דלא איכפת לן בכח אחר מעורב בכריתם. [אך נתקשה בזה הנחל"ד שהרי באוקימתות הבאות בגמ' [בור המתגלגל פותקין וכותל ואילן] נמי קאמר הגמ' האי לישנא דלעולם בדאפקרינהו והתם פירכא דידהו שייך אף בלא אפקרינהו]

**ואולם עדיין יל"ע בזה** דסו"ס לא דמי כלל דהתם מיירי שפשע בבור אחרי היותו לבור והרי ממנו שהוא בור עומד לנזק והוא מוטל עליו לסתמו, אבל הכא הרי אנו דנים בפשיעתו כשהו"מ האסור"מ על

<sup>89</sup> ודע דבעיקר דינם של אסור"מ נחלקו ראשונים אי חשיבי כחיציו דדעת התוס' בסנהדרין דף עז להיא דהו"מ חיציו [ונראה מדבריהם שהוכיחו כן מסוגיא דידן וצ"ע מה הראיה] ואמנם דעת הרא"ה בשטמ"ק לקמן דף נו דלא חשיבי כחיציו, וכ"כ הגר"ח בפ"א משכנים.

<sup>90</sup> ויעויין בתוס' בדף כט ע"א סוד"ה פליגי וכו' שכתבו דאם נטל אדם אבנו של חברו והניחה ברה"ר והיה לבעלים פנאי לסלק חייב בעל האבן מדין בור ולמדו כן מהגמ' הנ"ל בדף מח. ואולם הרמב"ן שם בדף לא חולק על דינם של התוס' וכתב דלא מצינו זה כורה וזה מתחייב ויש להסתפק בכונתו אם חולק דוקא באופן שאדם אחר כרה הבור או שסובר דאין חיוב כלל בבור ברשותו בלא כריה, וכן יעויין ברש"י בדף מח ע"א שם בד"ה הכא כיון וכו' שמבואר מדבריו שבעל החצר חייב דוקא באופן שהפקיר רשותו אחר כרית הבור ומשום הפקרה ידידה הוא דמחייב ולכאורה נראה שסובר רש"י דאף בבור ברשותו בעינן כריה ולא סגי בפשיעה בלחוד.

והאחרונים האריכו הרבה בענין זה עיין באמר"מ בסי' כט אות ט ואילך בזה שנקט שהוא מחלוקת הרמב"ן [הנ"ל] והרמב"ם עם התוס' וכן יעויין בברכ"ש בסי' א סק"ב שנקט דבבור שהוא ממנו אין צריך כריה אבל בעינן פשיעת כריה עייש"ה ובסי' י ובסי' יב.

הגג דאז עדיין לא הוו בור כלל ומהיכי תיתי דחייב. ויעויין באמר"מ שחקר בזה אם חייב אדם לשמור ממונו טרם היותו בור כדי שלא ייעשה הממון לבור, והביא ראייה מסוגיין דמשמעות הסוגיא דבלא אפקרינהו אין צורך להצה"ש ומוכח שחייב אדם לשמור ממונו שלא ייעשה בור. ועיי"ש עוד שהקשה לדרכו דאם כן אף היכא דהפקירן יתחייב בלא הצה"ש לדעת כמה ראשונים דמי שהיה לו פנאי לסלק חייב אפילו הפקיר אח"כ נזקיו וכתב דצ"ל דמיירי שאפקרינהו קודם שנעשה בור, ועיי"ש באמר"מ ראיות נוספות לעיקר הנידון. נזיל"ע בסברא דהא בור גמור לו יצויר שמזיק רק ע"י כח אחר הוי גרוע מבור ובעינן לו הצה"ש וממונו שעתה אינו בור ולא ייעשה בור אלא ע"י כח אחר יתחייב עליו בלא הצה"ש וי"ל אבל החזו"א נראה מדבריו שנקט דלא כהאמר"מ אלא אף בלא אפקרינהו בעינן להצה"ש וחובת האדם שפשע בממונו ונהיה בור מדין הצה"ש, ומשום דהמעשה הנחה בראש הגג הוי מעשה כריה.<sup>91</sup>

ולכאורה נראה דפליגי ראשונים בכ"ז דהנה יעויין בתוס' תלמיד ר"ת שכתב להדיא דמסקנת הגמ' בין באפקרינהו ובין בלא אפקרינהו בעינן להצה"ש וכהחזו"א. וכן להדיא בתשובת הר"י מיגאש נסי' קעד ד"ה והאי וכו' אבל יעויין בתוס' שאנץ בשטמ"ק בסוף דף ו ע"א שמשמע מלשונו דלשמואל הוצרכנו להעמידה דוקא באפקרינהו ואילו בלא אפקרינהו הוי בורו גמור עיי"ש, ומשמע כהאמר"מ.

ולכאורה נ"מ במחלוקת זו לדינא היכא שהונחו אסו"מ על הגג שלא ע"י הבעלים ולא אפקרינהו נכגון שהניחם אחר או נפלו מאליהם דאם בעינן בזה להצה"ש אם כן הכא סו"ס ליכא כריה כלל אבל אם מדין ממונו הוא חייב ובלא הצה"ש אף כה"ג חייב, כך היה נראה מסברא, ואולם צ"ע בזה דיעויין בסוגיית הגמ' לקמן דף לב ע"א דמבואר דבהמה שרבעה ברה"ר ונתקלה בה אחרת חייב בעל הרבוצה מדין בור, ובהגהת חשק שלמה שם הקשה בשם רבי יעקב באריט דהרי הבהמה היא שכרתה את הבור ויפטר הבעלים מדין איש בור ולא שור בור, ועייין באמר"מ שם באות ז שכתב דלדרכו דאיכא חיוב לשמור ממונו שלא ייעשה בור א"ש שהרי חייב אדם לשמור את שורו שלא ייעשה בור וכמו באסו"מ.

ולהסוברים דבאסו"מ שלא הפקירם בעינן להצה"ש עדיין קשה, ובאמת יעויין בתוס' תלמיד ר"ת שם שעמד בקושיא זו וכתב וז"ל ולא שייך למימר הכא איש בור ולא שור בו שזהו בור שלו שלא שמר בהמתו והזיקה והוי כמו אבנו סכינו אבל היכא שאין בהמה עצמה מזיקה מגופה אלא מביאה תקלה וכו' זהו איש בור וכו' עכ"ל, וכדברים האלו ממש כתב גם החזו"א [בסיק א סק"ב] וביאר שם דאם חייב לשמור ממונו שלא ייעשה בור ואם עלה שורו על הגג ואח"כ נפל ברו"מ חייב בעל השור מדין בור דכיון דלא שמרן כמאן דאנחם דמי, הרי מבואר להדיא אף לדעת התלמיד ר"ת וחזו"א דבעינן צה"ש כה"ג מ"מ חייב אף בלא אנחם איהו ודלא כמש"כ לעיל, ואף החזו"א [שם בסי' א סק"ב] נקט כן דשורו שעלה על הגג ונפל חייב בעליו משום בור, אך הדברים צ"ב טובא דהרי באסו"מ חייב מחמת הכריה כדחזינן להדיא בגמ' דפרכינן מכח אחר מעורב ואילו התם ליכא כריה כלל וצ"ע ודוק.

ובאמת דיש לחקור בדין אסו"מ שהניחם בראש גגו האם כבר עתה חשיבי כממונו המזיק והוי בכלל דין ושמירתם עליך מחמת שמסוגלים להזיק ע"י כח אחר שיפילם או דכל דין חיובו הוא מחמת המזיק שיהיה כשיפלו, ומדברי האמר"מ מבואר דנקט לפשוט דשם המזיק דידהו הוא הבור שיהיה למטה [ונידון הצה"ש הוא במעשה הכריה דידהו כדמבואר בתוס' לעיל] ואולם פשטות דברי רש"י שכתב דהוי תעל"נ בראש הגג נראה דעשיית המזיק נשלמת בהנחתם על ראש הגג, ולפי זה יש לדון דאסו"מ שהם

<sup>91</sup> עיין היטב בדבריו בסי' א סק"ב וסק"ד ובסי' ג סק"ב ודוק ונראה מדבריו שהיה פשוט לו דכשפשע בממונו ואח"כ הפקירו לא יועיל לו ליפטר אף שהפקירו קודם שנעשה בור, ואם כן מגוף סוגיית הגמ' מוכרח דגם בפשיעת ממונו בעינן להצה"ש שהרי הכא ממונו היו כשהניחם על הגג ודוק.

ממונו אין בהם צורך לכריה כלל דכשהונחו על ראש גגו ה"ל לסלוקיה דיש כאן כבר עתה מזיק גמור [המסוגל להזיק ע"י כח אחר וכנ"ל] ולפי זה אף בלא אפקרינהו אמנם בעינן להצה"ש משום שחיובו הוא מחמת המזיק שיש עתה, ומזיק זה מזיק רק ע"י כח אחר וא"ש סתירת דברי התלמיד ר"ת. [אך אין זו דעת החזו"א ראה בהערה]<sup>92</sup>

**והחזו"א ועוד הקשו** הכא נמי אמאי מתחייב אסו"מ נימא איש בור ולא אש בור, [וביאור הקושיא דלכאורה נראה פשוט דאסו"מ שהניחם בראש גגו ונפלו ברו"מ ובנפילתם כרו בור אחר דפטור משום דאיש בור ולא אש בור וה"נ הרי פשיעתו היתה באש העתידה להיות בור ונימא כן] **ותירץ החזו"א** דהכא פשע בגופם של האסו"מ שהפכו להיות בור, **ולמהבואר לעיל** דהוי מזיק כבר עתה בראש הגג הרי לא קשיא כלל קושיא זו ופשוט. [וכן לדרך האמר"מ לא קשיא דחייב אדם לשמור ממונו שלא יהיה בור וכמו שתירץ על קושיא הר"י באריט]

**בור המתגלגל לעיל בתוד"ה מה לבור חילוק התוס'** **מבואר** דגבי אסו"מ אלמלי הכח אחר אינם בור כלל והוי כח אחר ביצירת המזיק ומשא"כ בבור המתגלגל שהונח מתחילה במקום שיש לו שם בור שראוי להזיק שם.<sup>93</sup> [ענין בתפארת שמואל שעמד בדקדוק לשונם שהקשו למה שפירשו לעיל וכו', והרי בלא"ה קשיא מ"ש אסו"מ מבור המתגלגל וצ"ע<sup>94</sup>] **והעולם מקשים** ע"ד התוס' כיון דאסו"מ נמי לא הוי מעשיו גרמו לו אם כן דין בור המתגלגל כלול גם באסו"מ [רק דבאסו"מ איכא חידוש טפי כמש"כ התוס'] ואם כן מזה בא רבא להוסיף על דברי אביי ויל"ע.

**יעויין בגמ' לקמן** בדף יט ע"ב דדליל המתגלגל ברגלי אדם ובהמה והזיק בתר דנייח חייב הקושרו משום בור המתגלגל, **ויל"ע לדברי התוס' דידן** שהרי התם הקושר לא כרהו במקום שהיה שם וכל כח פשיעתו הוא כלפי המקום שאליו יגלגל התרנגול את הדליל וא"כ דמיא לאסו"מ דכח אחר מעורב בו ולא לבור המתגלגל. ועיי"ש בסוגיא בתוד"ה קשרו וכו' וצ"ע.

**יעויין בתוס' שאנץ בשטמ"ק לעיל בדף ה ע"ב** שכתב תי' נוסף על קושיית התוס' דלא מקרי כח אחר מה שמתגלגל ברגלי אדם דהיינו מעשה אדם ולא שייך האי לישראל אלא באסו"מ שנפלו ברוח ואין בו כח גמור כ"כ עכ"ל, **וכדברים האלו כתב גם בתוס' תלמיד ר"ת** דהכא דהוי מעשה גמור גריעא מרוח עיי"ש. **והדברים תמוהים מאוד** דנראה מדבריו דבאמת אף הכא הוי פירכא דכח אחר אלא דהגמ' פריך טפי ואם כן מדוע קאמר הכא שור יוכיח הרי בשור ליכא כלל כח אחר אלא מעשה שורו שעליו הוא חייב וצ"ע.<sup>95</sup>

<sup>92</sup> והמעין היטב בחזו"א יראה שדעתו בשור שהפך להיות בור אין צורך בכרית הבעלים, ומשא"כ באסו"מ דרך ע"י כריה מתחייב. וכן גבי דליל מבואר מדבריו שאף דהוי ממונו מתחייב רק מחמת הכריה, ואולי דעתו דהשור שעלול להיות בור כבר עתה הוא מזיק דבור שבחובו טמון הכח להיות בור אבל האסו"מ אינו בור דצריך הוא כח אחר ומצד עצמו אינו מזיק כלל ולכן חייב רק בכריה וע"י הצה"ש.

<sup>93</sup> **וראה לעיל** מש"נ בתוד"ה כי שדית וכו' שני מהלכים בביאור דברי התוס' אם כוונתם לחלק בין אש לאסו"מ דהכא הכח אחר ביצירת המזיק או דחומרא דהולך ומזיק מבטלת הקולא דכח אחר, **ולמהלך השני קשיא** מדברי התוס' דידן דאם כן הכא שהבור מזיק בתר דנייח עדיין יש בו הקולא דכח אחר כמו באש עצמה וגם לית ליה החומרא דהולך ומזיק וצ"ל דכיון דעצם הנזק לא נעשה על ידי כח אחר אינו חשוב כח אחר ודוקא באסו"מ שהכריה בכח אחר איכא האי קולא וצ"ע.

<sup>94</sup> ויש להעיר גם בתי' התוס' באריכות לשונם שביארו דהכא לא שייך כח אחר משום ד'היכי נימא תאמר בור המתגלגל וכו' ולמה לא כתבו בפשיטות דהכא עדיף שנעשה בור, וצ"ע.

<sup>95</sup> ועייין בתוס' ב"ב דף כו ע"א ד"ה רקתא וכו' בסו"ד ועוד אומר ר"י וכו' וצ"ע ודוק.

בגדר מעשו גרמו לו בפשיטות הבנת מעשיו גרמו לו היינו שגרם האדם את הנזק בידיו ומשא"כ בשור שפשיעתו בשוא"ת במה שלא שמר על שורו, **וכן משמע מדברי התוס' לעיל** שהקשו דבאש הוי מעשיו גרמו לו 'שהוא הדליק האש', **אכן צ"ע בזה** שהרי קי"ל דאף בור ברשותו חייב, ונתבאר לעיל דמדברי רוב הראשונים נראה דבור ברשותו חייב אף בלא כריה כלל וכמש"כ להדיא התוס' בדף כט ע"א נראה לעיל הערה 90] **והרי בור זה חייב אף בלא מעשיו גרמו לו** ולמה צריך למילף משור בהצה"ש. ובגידולי **שמואל ביאר בזה** דפשיעת ה"ל לסלוקי חשובה ככריה לענין זה, **והוסיף הגר"נ זצ"ל בביאור הדברים** דיסוד דין פשיעת בור הוא שבעל הבור אשם בעצם המצאות הבור כאן, ובזה חלוק משאר מזיקים שאינו אלא חיוב שמירה וכיון שאשם בעצם מציאות הבור חשיב מעשיו גרמו לו ודוק. **אבל עדיין צ"ע בסברא** דאף חשיב כמאן דכריה סו"ס לא מעשיו גרמו לו. **ועיין בתוס' שאנץ לעיל** בדף ה ע"ב שכתבו דאש לא חשיב מעשיו גרמו לו משום דחייב גם על אש שהדליקה אחר והוא זכה בה, וצ"ע מאי שנא מבור ברשותו שלא הוא חפרו.

**ודרך נוספת בגדר מעשיו גרמו לו איתא בתוס' ר"פ לעיל בדף ה ע"ב** שביאר דשור לא חשיב מעשיו גרמו לו משום דבמקום שהניח את השור לא הויק אלא הלך למקום אחר וכן באש אף שהדליקה מ"מ הויקה חוץ למקום ההדלקה אבל בור מזיק היכן שעשאו, נולפי זה ע"כ דאף שור שהויק באותו מקום שהניחו הוי מעשיו גרמו לו ולדרך זו נמצאת למד דכל פשיעה חשובה מעשיו גרמו לו אף בלא מעשה וניחא בור ברשותו, מיהו התוס' דידן שסברו דאש חשיב מעשיו גרמו לו משום שהדליק האש וכן התוס' שאנץ שתירץ על כרחין למדו שבעינן מעשה ממש וצ"ע מבור ברשותו כנ"ל] **ועיין ברשב"א לעיל** בדף ה שביאר דאש לא חשיב מעשיו גרמו לו לפי שאין תחילת עשייתה לנזק שבשעת עשייתה אינה מזיק עדיין ול"ד לבור עייש"ה.<sup>96</sup>

**בגמ' שור יוכיח וכו' בספר אמרי משה** [בסי' לו סק"ח] הקשה מאי קאמר דשור יוכיח לפרוך מה לשור שכן ממונו, **ועיי"ש מש"כ בזה**, ובפשטות צ"ל דהכא סברת מעשיו גרמו לו אינה שלא לעשותו בעל הבור מחמת כן אלא דאף דודאי בעל הבור הוא וכורה בור חשיב מ"מ יש סברא לפטרו מתשלומים, דעד כאן לא מצינו שחייבה תורה לשלם נזקי ממונו אלא היכא דמעשיו גרמו לו, **ועיין בפנ"י שעמד בזה** ונראה כוונתו כמש"כ. **ואולם הא גופא צ"ב** היאך נדע שאף כורה בור המתגלגל חדית רחמנא דהוי כאילו ברשותו כבור גמור הא איכא למפרך מה לבור שכן מעשיו גרמו לו ובזה ל"ש כלל למעבד יוכיח משור, וצ"ל דהך סברא דעשאו הכתוב ליכא למפרך בה דהדעת נותנת שהעושה מזיק הוא האחראי עליו לסלוקי וחשיב כמזיק ע"י ממונו כה"ג.

**ובתשובת הרשב"א ח"ד סי' רלז כתב וז"ל שאלת**, הא דאמרינן התם בפ"ק דב"ק (ו ע"א) גבי ההיא דאמר רבא לאתויי בורו המתגלגל ברגלי אדם וברגלי בהמה, לעולם דאפקרינהו ולא דמי לבור מה לבור שכן מעשיו גרמו לו תאמר בהני שאין מעשיו גרמו לו שור יוכיח מה לשור שכן דרכו לילך 3 ולהזיק בור יוכיח, אמאי לא פרכינן מה לשור שכן ממונו דתו לא מצי למימר בור יוכיח. תשובה. על זה העברת עיניך דבור כממונו הוא שכן עשאו הכתוב כממונו, והיינו תחלת משא ומתן שבגמרא וכדאמרי' אי דאפקרינהו בין לרב בין לשמואל היינו בור דמאי שנא בור דתחילת עשייתו לנזק וממונך ושמירתן עליך האי נמי תחילת עשייתן לנזק וממונך ושמירתן עליך **עכ"ל. ומבואר מדברי הרשב"א כנ"ל** דההנחה שבור הוא ממונו וכן אסו"מ ובור המתגלגל חשיבי ממונו היא הנחה מוקדמת להצה"ש וצ"ל כנ"ל דאחר שגלתה תורה דהוא אחראי על בורו כך כל עושה מזיק שהוא אחראי עליו, אבל קושית השואל צ"ב ואפשר שנתכוין השואל לשאול דכיון דחיובו של בור רק מחמת הכריה

<sup>96</sup> ולהיפך מסברת תלמיד ר"ת דאש חמירא מבור משום דבמקומה היא מזיק ונוסף בה שהולכת עם כח אחר, ועי' לעיל בדף ה מש"כ בזה.

ואילו שורו ממונו ממש הוא אם כן חומר בשור מבבור ומצינו למפרך אבל צ"ע דע"ז אפשר הרי לומר בור יוכיח ולמעבד צה"ש ואילו השואל כתב דליכא צה"ש כלל, וצ"ע.

רש"י ד"ה אי בהדי דאזלי וכו' ראה בתוס' מש"כ בדברי רש"י וכתבו התוס' דמ"מ חייב בעל התקלה משום אש, והקשה המהר"ם דאם כן למה לא הקשתה הגמ' דאי בהדי דאזלי היינו אש וכו' וכתב שהתוס' לא כתבו כן אלא לדרכם אבל רש"י סובר דרגלי אדם ובהמה חשיבי כרוח שאינה מצויה, וצ"ב דאם כן למה מתחייב משום בור בתר דנייחי, וצ"ל לפי המתבאר לעיל בדברי התוס' דבור המתגלגל הוי שם בור גמור בשעת הנחתו דלא שנא אם מזיק הכא או התם כולה חד בור הוא וא"כ אין לו טענת אונס שהיה ראוי להזיק במקומו ודוק. ואולם בעיקר שיטת רש"י יעויין לקמן בסוגיא דדליל [בדף יט ע"ב] שכתב שם רש"י שהקושרו פטור, והקשו עליו התוס' דליחייב משום אש שהרי תרגול חשיב כרו"מ כדאיתא התם להדיא, [וכאן כבר לא יועיל תי' המהר"ם כמש"כ התוס' דהוי כרו"מ] ועיי"ש בנחל"ד שביאר דהיכא דכל כח הנזק בא ע"י התרגול ואין הדליל אלא כגרזן ביד החוצב ליכא בזה דין אש ולא דמי לאסו"מ שמחמת כובד האבן וחדוד הסכין הם מזיקים,<sup>97</sup> ולפי זה אף הכא לשיטתייהו אזלי דהתוס' נקטו הכא דהוי אש כשיטתם בדליל ורש"י נקט דליכא בזה חיוב אש וכביאור הנחל"ד.

תוד"ה לאתויי וכו' מטעם אדם המזיק וכו' עיין בתוס' ר"פ שכתב בשם מורו דבאמת חייב בעל תקלה משום אדם המזיק, והדברים תמוהים מאוד מה שייך לחייב את בעל התקלה על מעשה המגלגל משום אדם וצ"ע. [ושמענו לפרש בזה דחיובו מדין מעמיד דאדם דכשם תקלה תחת רגלי אדם והלה הולך ואין דרכו להתבונן הוי המניח מעמיד, ודוק]

שם אבל המגלגל בר דעה דברי התוס' צריכים ביאור בטעמים מדוע עשיית הבר דעת פוטרת את בעל התקלה, ועיניין בברכ"ש בסי' ג ובחי' הגרש"ש בסי' ד שכתב הברכ"ש דאין לפרש דפטור משום דהוא אנוס דלא ה"ל לאסוקי אדעתיה שאדם יפשע דאם כן הא ה"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס,<sup>98</sup> וביאר הגרש"ש דאין לאבן תואר מזיק כלפי עשיית אדם בה דכשהאדם הניח אבן או חפר בור הכין בזה מזיק הראוי להזיק ולכן חייב אבל כלפי מעשה התלוי בבן דעת לא חשיב כלל הבור מזיק דאינו תלוי בטבע העולם אלא בבחירת בן דעת. [ונראה עומק סברתו דמזיק הוא דבר שמסוגל מחמת טבע העולם ופעולות מקריות להזיק ופעולת בהמה חשובה כפעולה טבעית לענין זה אבל דבר התלוי בעשיית בן דעת אינו מזיק בטבע ודוק] ובעי"ז בברכ"ש שם דלא חשיב הכשר נזיקין מה שחפר הבור שיכול להזיק בידי אדם.

ואולם בחי' הרא"ה בשטמ"ק בדף נ ע"ב כתב דפטור בל הבור דהא לא פשע כלל לגבי אדם שלא ידחף לשם והקשה דליתחייב משום תחילתו בפשיעה וסופו באונס ועיי"ש מה שתי' בזה, ולכאורה מבואר מדבריו גדר אחר דבאמת יש כאן מזיק אבל אין כאן פשיעת בעלים דלא מוטל עליו השמירה כלפי אדם. [ואין כוונתו משום דלא ה"ל לאסוקי אדעתיה אלא שאינו מוטל עליו] ובתוס' תלמיד ר"ת בסוגיין כתב הטעם

<sup>97</sup> ועיין בתוס' בב"ב דף כו ע"א ד"ה רקתא וכו' שכתבו דרקתא לא הוי כאש דכל כח נזקה הוא מהרוח ומשא"כ אש שהרוח מוליכתה והיא שורפת ודברי התוס' צ"ב דהרי אסו"מ נמי תולדה דאש הם אף שהרוח עושה הנזק ועיין ברשב"א שם שהוסיף ביאור בזה דאסו"מ מזיק מחמת כובד האבן וחידוד הסכין, וצ"ע מדברי התוס' בדליל שכתבו דהוי תולדה דאש, ועיין בחי' הגרש"ש במכתב הנדפס בסוף הספר שעמד בזה וכתב דצ"ל דגם הדליל מזיק מחמת כובדו בצירוף פעולת התרגול וזה שלא כסברת הנחל"ד וצ"ע.

<sup>98</sup> ועיין בתוס' ר"פ בדף נג ע"ב שכתב כהתוס' דפטור בעל הבור משום דדמיא למי שנתן טלית באש של חברו והוסיף כטעם נוסף דאין לבעל הבור לאסוקי אדעתיה שיפיל אדם פיקח שור לבורו דלא גרע משור פיקח ביום, עיי"ש. ולמדנו מדבריו כהברכ"ש דאין זה טעמם של התוס', אך גם למדנו שאף טעם זה נכון הוא לאמרו, ובקושיית הברכ"ש דהוי תחב"פ יעויין ברא"ה בדף נ ע"ב שעמד בזה ותיירצו צ"ב.

'וטעמא שאין לבעל הבור לשמור בורו מאדם שיש בו דעת לשמור את גופו אלא מבהמה לחודה שאין לה דעה' **עכ"ל** ומשמע כנ"ל. ולכאורה נ"מ רבתא בין הטעמים **בדין שור ואדם** שדחפו לבור בדברי הקצה"ח בזה ויתבאר להלן.

שם בתוס' והא דאמרינן וכו' כולם חייבין וכו' יעויין בקצה"ח בסי' תי סק"ב שדן דבשור ואדם שדחפו לבור הרי כלפי השור אין לבעל הבור פטור ואם כן לא מסתבר שישלם בעל השור מחצה והאדם מחצה, ולכן כתב דישלם האדם מחצה ובעל השור והבור כ"א רבע.<sup>99</sup> והעיר דמלשון התוס' דידן לא משמע כן אלא אף כה"ג בעל הבור פטור לגמרי. **וסברת התוס' דידן צ"ב**, [נויעויין בשטמ"ק בשם גליין ולשונו מגומגם אך נראה כוונתו שאף התוס' סברו כהקצות וקושייתם היא למה משלמים התם בשווה וזה דוחק בלשון התוס'] **ויעויין בגרש"ש שביאר לדרכו** דהיכא שהשור אינו יכול לדחוף בלא האדם [זה אינו יכול וזה אינו יכול] כיון שאין הבור חשוב מזיק כלפי פעולת אדם בו נמצא אם כן שבעל הבור פטור לגמרי [דכיון דהבור אינו מזיק כלפי פעולת האדם ובלא פעולת האדם אין נזק נמצא שאין הבור מזיק כלל כלפי צירוף האדם והשור] ודוק היטב [וכתב שם כן אף בזה יכול וזה יכול והדברים צ"ע עיי"ש] **וע"ע בחזו"א מש"כ בזה**.

**ואולם לסברת הרא"ה והתלמיד ר"ת עדיין צ"ב** דאף שלא פשע הבור כלפי האדם אבל פשע כלפי דחיפת השור ואף שמעשה השור שכלפיו פשע אינו מזיק בלחוד אבל מ"מ סו"ס הוא שותף בנוזק, **ובאמת יעויין ברא"ה בדף נג ע"ב** שכתב דהיכא שדחפו אדם ושור לבור חייב נמי בעל הבור דהא פושע הוא כלפי שור. ואף התלמיד ר"ת כאן שכתב ככ"ד התוס' דידן השמיט קושיית התוס' משור ואדם שדחפו לבור, וי"ל דלשיטתו לק"מ דסובר באמת כהקצה"ח והרא"ה. **ולפי זה יתפרש דבאמת נחלקו ראשונים בטעם פטור האדם דהתוס' דידן שהקשו יש לפרש דבריהם כהגרש"ש דליכא מזיק כלל**. והרא"ה והתלמיד ר"ת סוברים דיש כאן מזיק ואין פשיעה ודוק.

שם צריך לומר דמיירי אדם שלא בכוונה דבריהם צ"ע רב ועמד בזה החזו"א שהרי הכא המגלגל נמי עשה שלא בכוונה ומ"מ משלם הכל [נפשוט דעשה שלא בכוונה שהרי כל סברת התוס' דכלפי זה דרכו להתבונן אלמא אין כאן יותר מפשיעה ועיין בתוס' תלמיד ר"ת שכתבו דאף פשיעה אין כאן אלא דחייב משום דהוי אונס כעין אבידה, ואם כן כ"ש גבי אדם שלא בכוונה שכתבו התוס' דחייב בד' דברים אלמא דהוי פשיעה כרוח מצויה] **ובספר אהלי ישועה כתב לחלק בזה** דהיכא שעשה האדם לבדו ההיזק [כגון בסוגיין] חייב אף בלא כוונה והיכא שדחף האדם לבור נפטר בעל הבור רק בכוונת האדם [וצ"ע הסברא בזה, וגם דאם יש לחלק ביניהם מנ"ל להתוס' להקשות מזה על זה דלמא התם אף בכוונה חייב וצ"ע] **וטפי נראה לחלק ע"ד הגרש"ש דהבור והאש לא חשיבי מזיקים כלפי מעשה אדם ואפשר דבבור זה אינו שהרי כל בור הוא תקלה בצירוף מעשי האדם דזו מהות המזיק שלו שהוא תקלה לנכשלים, ולכן בבור רק כלפי מעשה בכוונה לא חשיב מזיק ומשא"כ באש**.

**והברכ"ש הביא דרך נוספת בדברי התוס'** וכתבה בשם גאון אחד ובחזו"ב הגרבי"ד מבואר דהוא הגרי"ז דהזורק את הבהמה לבור חייב מדין מעמיד וכיון דהוא הוי מעמיד ממילא בטל חיוב בעל הבור ולכן המגלגל חייב הכל, **והברכ"ש דחה סברא זו** וכתב דלא מצינו דין מעמיד בבור, ועוד יש להעיר דלכאורה אף שלא בכוונה דין מעמיד עליו דמאי שנא וצ"ע.

**[הרחבת דברים בענין אדם בר דעת הגרש"ש הקשה מהסוגיא לקמן דף כג דאיתא התם דהמושיט פירות לפי בהמת חבירו ואכלה הבהמה חייב בעל הבהמה לשלם ואמאי נימא דפטור כדפטר לה הכא**

<sup>99</sup> ובמש"כ הקצות דישלם בעל הבור מחצה ובעל השור רבע תמה הגרש"ש דהחשבון הנכון הוא שישלם אדם מחצה ובעל השור שליש ובעל הבור שתות שבעל הבור אין לו לשלם אלא מחצית השליש שלו, ודוק.



משום שעשה אדם בר דעת, ו**תירץ הגרש"ש לדרכו** דהבור והאש לא חשיבי כלל כמזיק כלפי מעשה אדם והתם הרי הבהמה עשתה ההיזק לבד שאכלה הפירות וכלפי זה חשובה כמזיק. **והנה יעויין בשו"ע סי' שצא ס"ז** דאיתא התם דמי שהושיט פירות לפי פרה ואכלתם הפרה חייב המושיט ואם אין לו לשלם משלם בעל הפרה, **ומקורו מהראשונים** שם בסוגיא והגרש"ש שהקשה מהתם הוא משום דפשיט ליה דהכא בסוגיין אף אם אין להאדם הבר דעת מה לשלם פטור בעל הבהמה, **ובאמת דכך מסתברא**, חדא דכך משמע סתימת דברי התוס' [והעירו בזה טפי מדברי הרשב"א שכתב דאין הדעת סובלת לומר שיתחייב בעל הבור] ועוד מוכרח מסוגית הגמ' דאל"כ מאי פריך אי בהדי דאזלי כחו הוא וכו' נימא דמיירי כשאין לו לשלם. נוכחו שהעמידו הראשונים דין הסוגיא שם באוקימתא זו נימא כן אף הכא דלזה בעינן הצה"ש]

**ואולם יעויין שם בהגהת הגר"א** שציין לדברי התוס' דידן על דינא דהתם דכשיש להמושיט הוא חייב, **ומשמע מדברי הגר"א** שלמד שהטעם לחייב המושיט ולפטור את בעל הפרה הוא משום סברת התוס' דיש לחייב הבן דעת, **ולפי"ז יוצא דגם הכא היכא דליכא לאשתלומי מהמגלגל ישלם בעל האבן, וזה תימה גדולה** דאם כן מאי פריך הגמ' אי בהדי דאזלי כחו הוא, נימא דמיירי כשאין ידוע מיהו או שאין לו לשלם וצ"ע.

**ויעויין שם בתלמיד הרשב"א והרא"ש**, [שם בסוגיא בדף כג ע"א] שכתב וז"ל ומיהו אם נתנתם לתוך פיה בן דעת משמע דפטור בעל הבהמה הא למה זה דומה לדוחף שורו של חברו לבור וכו' ואפשר שיש לחלק דשאני בהמה דמדעת אכלה והלכך כיון דאכלה ברשות הניזק חייב לשלם וכן כתבו בתוס' אלא שהם ז"ל אמרו דלא מיחייב בעל הבהמה אלא היכא דליכא לאשתלומי מהנותן לתוך פיה **עכ"ל ולמדנו מדבריו** דבדוחף פשיטא ליה דבעל הבור פטור אף בדליכא לאשתלומי, וגם מבואר שעמד בקושית הגרש"ש, ותיורצו צ"ב אך נראה שמחלק בין בור ואש לבהמה ולא כחילוק הגרש"ש.].

**שיטת התוס' רי"ד יעויין היטב בתוס' רי"ד** לקמן בדף יט ע"ב ד"ה אלא ובדף כב ע"ב ד"ה כלב ובדף כד ע"ב ד"ה איבעיא והעולה מכ"ז דהתוס' רי"ד גרס בגמ' דאי בהדי דאזלי כחו הוא ולמד מזה דהמגלגל חייב הכל אך לא מטעמם של התוס' דהוא בן דעת דהרי אף אבהמה משמע דפריך [ובתוס' ר"פ כבר נתקשה בזה לדעת התוס' וכתב דל"ג ברגלי בהמה] אלא משום דכשהבהמה או האדם עשו מעשה והמעשה הזיק הרי מחוייב העושה ולא בעל הבור או האש דהוא רק גורם,<sup>100</sup> אבל היכא דהזיק בתר דנייח משמע דחייב בעל הבור הכל ולא המגלגל ומזה למד דכשיש שני גורמים הראשון מתחייב הכל ולא השני ורק כשהשני עשה מעשה אז חייב הוא ולא הראשון, **וקשה לדרכו** מבואר דשור שדחף לבור בעל הבור נמי חייב ואמאי הרי השור עשה מעשה ובעל הבור רק גרם, ועכצ"ל בזה דבור שאני דעיקר חיוב הבור הוא על היותו תקלה למעשי אנשים ובהמות ואין מעשה תקלה פוטרו ולא אמר כן התוס' רי"ד אלא גבי אש ודוק וצל"ע.

**יעויין בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש** שהקשה מהגמ' לקמן בדף כט ע"ב דמבואר בגמ' שם דההופך את הגלגל והרחיקו ג"ט ממקומו הראשון נהיה הוא לבעל הבור ונסתלקו מעשי ראשון ומ"ש הכא דמחייב הכורה הראשון, **ותירץ** דכאן מלכתחילה עמד הבור להתגלגל ומשא"כ גלל שאינו מתגלגל מאיליו אא"כ הופכו בכוונה, **ויש שתירצו** [מנחת שלמה ועוד] דדוקא היכא שהרים השני הגלגל בכוונה נסתלקו

<sup>100</sup> ויש לדון בעיקר דבריו שהעמיד בפלס מעשי השור כנגד מעשי בעל הבור וכתב דהשור עשה מעשה ובעל האש רק גרם, ותמוה דממ"נ אם דנים על המזיק אם כן השור גרם כמו האבן ואם דנים על הבעלים הרי בעל השור גרם בפשיעתו כמו בעל האש, וחזינן מזה חילוק בין בור ואש לשור בעיקר המחייב ואכמ"ל בזה ודוק.

מעשי ראשון אבל היכא שגלגלו בלא כוונה לא נסתלקו מעשי הראשון [וזה כעין סברת התוס' גבי אדם בר דעת ודוק] ונ"מ לדינא בין שני התירושים באבן הראויה להתגלגל ובא אדם והניחה בידים במקום אחר. ועדיין קשה דמ"מ ישלם המגלגל לכה"פ מחצה שהרי אם היה האבן הפקר והוא גלגלה ודאי חשיב כורה בור [דלא גרע מגלגל] והכא דהראשון נמי כורה ישלמו שניהם, וי"ל בזה למש"כ התוס' תלמיד ר"ת דהכא אף שדרכם להתבונן כ"כ שלא יתיוזו אין זה אלא אונס כעין אבידה לכן חייב בהדי דאזלי, ולפי"ז נחא היטב דאונס כעין אבידה לא חשיב כורה בור להתחייב עליו דבור התורה מיעטה בשמירתו. ועו"ל בזה לפמ"ש התוס' לקמן בדף ל ע"א ד"ה וחייב וכו' דהפושע הראשון ראוי להתחייב טפי, וכפה"נ שכבר עמד בעיקר קושיא זו התוס' רי"ד [ראה בשיטתו להלן] ומכאן יסד דהיכא דאיכא פשיעה דתרי אזלינן בתר הפושע הראשון, וצ"ע הטעם בזה, וברא"ש שם בדף ל משמע דהראשון פשע יותר מהשני ולכן חייב וצ"ע]

פותרים ביבותיהם בגמ' מה לבור שכן שלא ברשות ראה ברש"י שפירש גבי פותרין דבימות החמה אסור משום שהרחוב נאה והוא מקלקל, ולכאורה נראה מדבריו דהשלא ברשות בבור הוא משום קלקול רה"ר, וכ"ה ברש"י בב"מ [דף קיח ע"ב ד"ה כל אלו וכו'] וכן מבואר בתוס' תלמיד ר"ת להלן בסוגיא דכותל ואילן שהקשה שם אמאי תוך הזמן פטור מלשלם אף דהוי ברשות מ"מ אף בפותרין הוי ברשות וחייב לשלם ותירץ דהתם הוי רשות לענין נזיקין אבל הכא 'דיהבו להו ב"ד רשותא למיפתק היינו לענין קלקול רה"ר שבשביל קלקולו לא יניח שהרי בלא"ה מקולקל ועומד הוא בשביל הגשמים אבל לענין איפטורי מנזיקין לא יתנו רשותא עכ"ל, ומשמע מדבריו דכלפי נזיקין ליכא רשות כלל,<sup>101</sup> וצ"ב דהא ודאי משום איסור נזיקין אסור לאדם לברות בור ברה"ר ואם כלפי זה ליכא רשותא היאך שרי למפתק, ועיין לקמן בדף נג ע"א ברש"י ד"ה נפל לפניו וכו' שכתב דהשולח חבירו לברות בור אשד"ע והוי עבירה משום דאסור לקלקל רה"ר ומשמע דליכא איסורא אחרינא בכרית בור.<sup>102</sup> [ולפי זה בהכרח דחויב התורה על בור הוא משום שלא שמר בורו ולא מצד עצם הכריה, וצ"ע רב לפי זה יסוד האחרונים דיסוד חיוב בור הוא משום פשיעת הכריה ודוק] ולקמן בדף ל ע"א פליגי תנאי ודעת רבי יהודה דכל העושה ברשות פטור מלשלם, ולדעת רש"י יל"ע דאטו משום שהרשוהו לקלקל רה"ר יפטר נמי מתשלומין, וצ"ל דר"י בזה גופא פליג וסבר דנתנו לו רשות אף לענין נזיקין ליפטר מתשלומין, וע"ע בשטמ"ק בב"מ דף קיח ע"ב בשם הראב"ד והר"ן.

ואולם יעויין בתוס' שכתבו דגם כורה בור ברשותו סמוך לרה"ר הוי כורה שלא ברשות, וזה בהכרח משום איסור מזיק ותקלה ברה"ר, דהא ליכא בזה קלקול רה"ר והוא עושה בתוך שלו. ומבואר מדבריהם דה'שלא ברשות' דבור הוא מחמת דיני נזיקין, ומינה נשמע דה'ברשות' דפותקין הוא כלפי דיני מזיק, וכן נראה מוכח מהתוס' שאנץ בשטמ"ק שהקשה מאי שנא פותרין ממפקיר נזקיו לאחר

<sup>101</sup> וע"ע בתוס' תלמיד ר"ת לקמן דף כז ע"ב בד"ה וכיון וכו' וקצ"ע.

<sup>102</sup> והמל"מ בפ"ב מרוצח ה"ב הוכיח מדברי רש"י אלו דגם באיסורא דרבנן אמרינן דאשד"ע, הרי דנקט לפשוט דהך איסורא מדרבנן הוא, ולדבריו צ"ב אם כן כל בור מן התורה ברשות הוא ואם כן למה צריך להצה"ש, ועוד הקשה עליו הנוב"י [בשור"ת נוב"י קמא אה"ע סי' עח אות טז] דאם כן לרבי יהודה הסובר דכל כורה ברשות כגון פותרין פטור מלשלם [לקמן דף ל ע"א] כל בור מהתורה אמאי חייב, וידוע לבאר בזה דמן הדין ודאי דמהתורה אין לו זכות לקלקל רה"ר דאינה שלו אלא של הרבים אבל איסורא ממש מדרבנן הוא [אבל באמת צ"ע דאם אינה שלו אם כן אית בזה איסור מזיק ושמא חשיבא כהפקר אבל אם כן הדרא קשיא לדוכתא וצ"ע] ולכן מדאורייתא כל בור הוא שלא ברשות וגם מרבי יהודה לא קשה. והנוב"י פירש שכוונת רש"י מחמת האיסור להזיק ולשונו של רש"י דאסור לקלקל לאו דוקא, וצ"ע ממשמעות רש"י דידן ומדברי התוס' תלמיד ר"ת שהובאו בפנים וצ"ע.

נפילת אונס, ומוכח מדבריו דאיכא רשות גם לגבי נזיקין דאל"כ לא דמי כלל לאנוס בכריה נוראה בעיקר דבריו להלן]

תאמר בהנך שכן ברשות יעויין בסמ"ע בסי תיד גבי דינא דמוציאין זבליהם לרה"ר כדי שיהיה נישוף ברגל אדם ובהמה [והיינו מוזיק ברשות כדהכא אלא דהתם הוא מתנאי יהושע והכא רשות ביד] והביא הסמ"ע שם דעת הלבוש דלא התיר להם יהושע אלא ע"מ שישמרו הזבלים כדי שלא יזקו בהם בנ"א, וחלק עליו הסמ"ע וכתב דזה ודאי אינו ואינו צריך לשמור אלא שלא הותר להם אלא ע"מ שישלמו נזיקיהם. [ולא ביאר הסמ"ע טעמו מדוע חלק על הלבוש ואפשר שסובר דודאי לא מסתבר שהתירו לו ע"מ שיעמיד שם שומר יום ולילה] ועיין במאירי בשבת [כא ע"א] דמשמע כהלבוש.<sup>103</sup> ויל"ע לדעת הסמ"ע להצד דהמחייב בנז"מ הוא פשיעת השמירה הרי הכא לא פשע שאינו חייב כלל לשמור, וכן להצד דהמחייב הוא ממנו המזיק אבל הרי מבואר בכ"ד דכל ששמר כראוי פטור וכ"ש היכא דפטור מלשמור,<sup>104</sup> ושמא י"ל דמה שהותר לו לא לשמור היינו ע"מ לשלם ועד כמה שאינו משלם אינו רשאי להוציאם וכ"ש שמחוייב בשמירתו.<sup>105</sup> ולדעת הסמ"ע קשיא מה דאמר בגמ' שור יוכיח ופירשו התוס' בתחילת דבריהם דמיירי בקרן מועדת והא ודאי דהתם חייב לשמור שורו המועד שלא יגח ואם כן לא דמיא לפותקין דאינו חייב בשמירה, וצ"ל כנ"ל דאף בפותקין לא הותר לו אלא ע"מ לשלם ועד כאן לא פריך אלא מבור דכל כריתו היא באיסור והכא דמיא לשור דמותר להשהותו אלא שחייב לשמור.

ויעויין בתוס' שאנץ בשטמ"ק כאן שהקשה מאי שנא ממפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס, וביאר קושיתו בברכ"ש בסי' י דכמו דמפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס פטור אף שאח"כ היה לו זמן לסלק והיינו משום דבכרייתו לא היה פושע ולא היה בזה פשיעת כריה אינו מחוייב תו בנזקי הבור ואם כן ה"נ הכא הרי מותר לו לכרות הבור ואינו פושע בזה ולמה חייב בנזקי הבור, [וקושיא זו קשה אף לדעת הלבוש שסובר דמחוייב לשמורם דאדרבה כמו דבמפקיר פטור מלשמורם ה"נ הכא] ותירץ התוס' שאנץ וז"ל כיון דהכא נתן החרסים בידים אבל נשברה כדו ברה"ר וכו' פטור עכ"ל. ודבריו צ"ב, ולפום פשטא כוונתו דהתם כשנתקל ונפל כדו היכא דהוא אנוס לא חשיב כלל כמעשה ידיה ולכן אינו חייב בנזקי הבור אבל הכא שכרה בידים הרי הוא אחראי על הבור אף אם אינו פושע בכרית הבור. וביאר הברכ"ש דהתם היכא שהיה נפילת פשיעה חייב אף שלא היה מעשה בידים ומשום דבבור אי"צ מעשה כריה וסגי בפשיעת כריה אבל באונס פטור ומשא"כ הכא שכרה בידים. [וצ"ע למה לא חשיב התם כריה בידים מה שנתקל ונפלה כדו דהא כה"ג חשיב אדם המזיק כמש"כ שם התוס' להדיא [כח ע"ב ד"ה והתניא] לגבי הזיקו בשעת נפילה ואם כן ה"ה דחשיב כורה בור בידים כלפי הזיקא דלאחר נפילה וצ"ע]

<sup>103</sup> וז"ל שם שאף העושים ברשות צריכים לזהר שלא להזיק וכמו שאמרו באלו שפותקין ביבותיהן בימות הגשמים שאף על פי שברשות הם עושים אם הזיקו חייב לשלם עכ"ל.

<sup>104</sup> ואף אי נימא דפטורו כששמר הוא מדין אונס - ולא כמו שכתבו אחרונים דהוא תנאי במחייב - מ"מ הרי מצינו בכמה מקומות דלא אטרחוהו רבנן ומשו"ה פטור [כגון בנפרצה בלילה עיי"ש בתוס' או שו"ר ברה"ר לדעת הרי"ף] ובהכרח דכל שאינו מחוייב לשמור אנוס הוא, דמאחר ולשמור אינו חייב מה ה"ל למעבד.

<sup>105</sup> והיינו דחייב שמירה הוא מחמת שאסור לאדם לגרום נזק בממונו וכאן אף שמשלם איכא נזק כמו שביאר הסמ"ע דבעלמא אסור לכרות בור ע"מ לשלם כיון שלא ניחא לאדם שיהא ניוזק ומשתלם וגם לא ניחא ליה למיקם בדינא ודיינא, וכלפי נזק זה שלא ניחא ליה באמת אינו חייב לשמור כדי למנעו דזה הותר לו אבל כלפי נזק גמור של הפסד ממון אסור להוציאו כמש"כ הסמ"ע להדיא שלא התירו אלא ע"מ לשלם וכ"ש שחייב לשמור אם הוציאו, ודוק.

**ולדרך הסמ"ע** שכתב דלא התירו לו אלא ע"מ לשלם לכאורה אף קושית התוס' שאנץ לא קשה, דאינו כורה באונס אלא בהתר ולא התירו לו אלא ע"מ לשלם, ואם כן מבואר מהתוס' שאנץ דלא כהסמ"ע, וצ"ע ודוק.

**תוד"ה מה לבור וכו' שהפקיר וכו' עיין בתוס' ר"פ דמבואר כוונת התוס' דהפקיר רשותו ולא הפקיר בורו** ולפי זה כוונתם דעתה כשהפקיר הרשות הרי בבור נמצא שם שלא ברשות דחייב לסתמו. **ועיין ברע"א** שבתחילת דבריו סבר דכוונת התוס' דהפקיר רשותו ובורו, והסיק כהתוס' ר"פ והקשה דמאי קשיא להו להתוס' דלמא הא גופא ילפינן מהצה"ש [ואף דאיכא קרא על בור ברשותו י"ל דמיירי בחפר סמוך לרה"ר ופשוט] וקושיתו צ"ע דאם הא גופא ילפינן מהצה"ש למא הוצרכה הגמ' לדין דפותקין ולא קאמר בפשיטות דבהפקיר רשותו בעינן להצה"ש [ואף היא ברייתא היא לקמן מט ע"ב] **ובעיקר קושית התוס' צ"ע** מה הס"ד דתלוי בשעת חפירה הרי פשוט דכשהפקיר אינו ברשות, ואתחילת עשייתו לנזק ה"ל לאקשוויי וכן אמעשיו גרמו לו והתם באמת צ"ע מבואר ברשותו [וראה מש"כ בזה לעיל גבי מעשיו גרמו לו ולהלן גבי תעל"נ]

**תוד"ה תאמר בהגי וכו' יתבאר בס"ד להלן בסוף הסוגיא עם דברי הרא"ש.**

**תוד"ה תאמר בהגי דברשות** [במחלוקת הרא"ש והיש מן הגדולים ודעת התוס' בזה יתבר בסוף הסוגיא] **הרא"ש לעיל כתב** דלדעת הרי"ף טעם הפטור ברה"ר משום דאורחיהו הוא ואינו צריך לשמרן, וכתב דלפי זה היכא דדרסה על עץ ארוך ברה"ר והזיקה ברה"י נמי פטורה, **וכתב הרא"ש** ור' יצחק בר שמואל לא פירש כן גבי שור יזכיה שכן ברשות **עכ"ל** [והר"י בר שמואל הוא הר"י בעל התוס'] **והנה בתוס' דידן** לא הוזכר דין זה דעץ ארוך אלא תירצו דמיירי בצרורות, **ועיניין בתוס' ר"פ וברשב"א בשם התוס'** שהביאו אף תי' זה דעץ ארוך, **ובפשטות** אף התוס' דידן מודו בזה דהרי אף צרורות הן באותו נידון שעשתה הנזק ברה"ר והזיקה ברה"י, **ועיין בפלפול** באות ט שמבואר כן מדבריו בשם הש"ג, **אך יעניין בספר אש תמיד עמ'** תקמו **בשם הגר"ח** שכתב לחלק בזה דבצרורות שהם כחו חשבינן שנעשה המעשה עצמו ברשות הניזק.

**דף ו ע"ב**

**כותל ואילן שנפלו בגמ' תאמר בהגי שאין תחילת עשייתן וכו' צ"ב** מאי שנא כותל ואילן דלא חשיבי תעל"נ מאסו"מ על ראש הגג דלהדיא בגמ' לעיל דתעל"נ, **וראה ברש"י שפירש** דהכא תחילת הבנין ונטיעת האילן לא היו לנזק וכוונתו דמשא"כ באסו"מ דתיכף כשהניחם היו מזומנים ליפול כמש"כ רש"י שם, **ועיניין לעיל** שהבאנו שיטת הראב"ד דגדר תעל"נ הוא שהונחו שלא ברשות ולא בדרך תשמיש ולדבריו ניהא כותל ואילן שנעשו כדי להשתמש בהם, **ולדרך השטמ"ק ורש"ש** שהובאה לעיל דתעל"נ היינו למטה כשיפלו קשה טובא אמאי לא חשיבי כותל ואילן תעל"נ, וביאר שם השטמ"ק דהכא לא עביד שום מעשה ומשא"כ התם דהניחם על הגג ולכשיפלו למטה חשיב תעל"נ, **ויש לחקור בגדר תעל"נ** אם הוא חומרא בשם מזיק או חומרא בפשיעת הבעלים, ולכאורה מדברי רש"י מוכח להדיא דהוא חומרא בפשיעת הבעלים דאי מחמת המזיק כיון שכעת הוא עומד ליפול כאסו"מ מה לי שכשנטעו האילן לא היה לנזק וכלפי מזיק דהשתא אי"ז חילוק וע"כ דהוא חומר בפשיעת הבעלים, **ומקשים בזה** דא"כ מאי מייתי ראייה משור דשאני התם שהוא ממונו וחייב לשמרו אבל הכא גבי כריה דלמא בעינן תעל"נ, וי"ל ודוק.

**תוד"ה הכותל בפשוטו** אין מחלוקת לדינא בין הגרסאות אלא דהגרסא דחייב בלא אזהרה העמידה המשנה בכותל רעוע שיודע הבעלים שהוא רעוע ולכן חייב ולגרסא דידן אינו כן, **וכן משמע בתוס' ר"פ עיי"ש**. אך התוס' דידן סברי דבכותל רעוע לא נוכל להקל עליו באזהרת ב"ד ובזה נחלקו עם גרסא זו. **ולגרסא דידן שאינו רעוע יש להסתפק** אם חייב אחר זמן ב"ד אף אם נפילתו אינה מצויה כיון

שהזהירוהו ב"ד אינו אנוס ויל"ע. ויעויין בתוס' תלמיד ר"ת שכתב דהטעם דתוך הזמן פטור הוא משום שהזיק ברשות ב"ד, ומשמע מזה דגרס חייב ברישא ותירץ קושית התוס' עיי"ש.

תוד"ה א' דאפקרינהו וכו' הקדמה בדיון כרית בור מצינו בתורה שתי אופנים לחיוב בור: א) בכורה בור ברה"ר. ב) בבור ברשותו הסמוך לרה"ר. והנה דעת התוס' לקמן בדף כט ע"א דבבור ברשותו חייב אף אם לא כרהו הוא דכיון דהבור הוא ממונו חייב, והוכיחו התוס' לדבריהם מהגמ' בדף מח דאיתא התם דבור ברשותו שלא הוא כרהו אית ליה למלויה וכיון דלא מליה כמאן דכריה דמי. ונחלקו אחרונים בבור כזה שהיה לו למלאו ולא מלאו ואחר כך הפקירו האם עדיין חייב בנזקיו או לא, דעת הב"ח בסי' תיא דלאחר שהפקיר פטור, והדברי משפט שם חולק על הב"ח וסובר דכיון דה"ל למלויה ולא מליה חשיב כורה בור גמור ואף אחר שהפקיר חייב בנזקי הבור. ובשטמ"ק [כט ע"א ד"ה במפקיר] כתב בשם הריב"א כהד"מ, וע"ע באמר"מ [שם אות יז] שביאר שבזה נחלקו רש"י ותוס' לקמן [דף מח ע"א תוד"ה וטינפון] אך אין הדברים מוכרחים [ועיי"ש בשטמ"ק בשם רבינו ישעיה שיישב שיטת רש"י לפי הריב"א אך אין הכרח דהתוס' פליגי בזה עיי"ש"ה ודוק<sup>106</sup>]

**והדברי משפט הביא ראיה לדבריו מדברי התוס'** דידן שכתבו דכיון דנתנו לו זמן לקוף ולא קצץ חייב בנזקי הבור והרי להדיא מיירי הכא בסוגיין באפקרינהו ומבואר דחייב אף אחר ההפקר. והאמרי משה [בסי' כט אות טו] דחה ראיית הד"מ וביאר דהיכא שהוי פושע בעצם כריית הבור אז ודאי חשיב ככורה בור ולא יועיל הפקרתו שלאחמ"כ, ולכן בסוגיין שנתנו לו זמן לקוף ולא קץ ואז נפל האילן פושע הוא בעצם הויית הבור אבל היכא שנכרה הבור באנסו של זה [או שכרהו אחר] והוא פושע במה שלא סלקו בזה לא יתחייב היכא שהפקירו אח"כ. ויש לדון בדבריו מדברי התוס' להלן, ראה להלן בהערה 109.

[אך יש לדון בכ"ז דהנה יש לדקדק בב"ד התוס' דמאי ס"ד להקשות דהוי נפילת אונס ופשיטא טובא דכיון שהתרו בו הוי פושע גמור, ועוד דכתבו דבעשיית הכותל לא פשע כלום והוא שפת יתר, וי"ל היטב ע"ד הב"ח ונימא דהא פשיטא להו דבלא כריה בידים לא יתחייב הכא כלל כיון שהפקיר האבנים ולכן סברי התוס' דהכריה הוי במה שבנה הכותל [וכמ"ש"כ רש"י גבי תעל"ג דכשבנה הכותל וכו'] וכן גבי חיוב אש בהדי דאולי מפורש בתוס' ר"פ דהס"ד דהוי אש הוא משום דבנית הכותל הוי מעשה מבעיר ויתבאר בדברי התוס' לקמן] והוקשה להו דהא סו"ס לא פשע בבנית הכותל, ותירצו דחייב משום שפשע כשנפל, ולפי"ז נמצא דחידוש גדול השמיענו התוס' דמהני פשיעתו דנפילה להצטרף עם מעשה נטיעת האילן ובנית הכותל ליחשב כורה בור בידים ובפשיעה ודוק]

תוד"ה היינו בור וכו' ועוד דאי בנזק דלאחר נפילה מיירי וכו' כוונתם להקשות על הרישא דבלא הזהירוהו פטור וכן מבואר להדיא בתוס' ר"פ דקושיתם ארישא דלא הזהירוהו. ואמנם עיקר דבריהם צ"ב שהרי הכא מיירי באפקרינהו וכיון דנפילתם היה אנוס אם כן הוי מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס ולמה יתחייב משום שהיה לו לסלקם, ויעויין במהרש"א ומהר"ם שיף שביארו דקושיתם נסבה על אופן דלא אפקרינהו ובזה קשיא להו [מהמרמ"ש כתב דקושייתם להס"ד ועיי"ל דקושייתם למסקנא דמיירי אף בלא אפקרינהו וכו"מ מהמרמ"ש"א] וצ"ע סתימת לשון התוס' וביותר בסתימת לשון הר"פ עיי"ש ודוק. ועייין

<sup>106</sup> דהתם אמרינן דסתם גללים אפקורי מפקר להו והיינו דלא מדובר באופן שיש עדים שהפקיר אלא תלינן כן מחמת הסתמא ואם כן ודאי דהאומדנא הוא שמפקיר הגללים מיד כשפרשו מגוף הבהמה, ולכן לא אבו התוס' להעמיד שיטת רש"י באופן שהפקירם אח"כ, ואדרבה דברי השטמ"ק שם שכתב ליישב כך את שיטת רש"י תמוהים, וצ"ע.

בשטמ"ק בשם תוס' שאנץ דמשמע דקושייתם אאפקרינהו וצ"ע.<sup>107</sup> ויעויין ברא"ש שמפורש הדין להדיא במהרש"א דבהפקירם פטור אף אם היה לו זמן לסלקם וכדין מפקיר נזקיו לאחר נפ"א וכ"ה בתלמיד הרשב"א והרא"ש.

שם בתוס' ועוד וכו' אלא נתנו לו זמן לפנותו דברי התוס' צ"ב דהא אין לפרש שנתנו לו זמן לאחר נפילה ולא דרשו ממנו כלל לקוץ דלמה צריך לזה זמן הא מיד כשידע חייב לפנות, נוגם כה"ג באפקרינהו למה חייב לציית לזמן בי"ד הא הוי מפקיר נזקיו לאחר נפ"א] וצריך לפרש דכוונת התוס' דנתנו לו זמן לקוץ ולפנות [דכשיקוץ יפול לרה"ר ואז יצטרך לפנותו] וקושייתם דעיקר תועלת הזמן הוא להסילוק שלאחר הקציצה ולא בקציצה עצמה [כיון דמיירי בנזק שאחר הנפילה] ועיין בתוס' ר"פ שמשמע כן וביאר דחשיב נפילת פשיעה 'ומ"מ אחר הזמן חייב משום דהיה פושע בנפילתו שאם היה סותר אותו וקוצץ כמו שהזהירוהו בי"ד תוך הזמן היה לו אז פנאי לסלקו עכ"ל.<sup>108</sup> ובתירוצם כתבו התוס' דמיירי בין בשעת נפילה בין לאחר נפילה ונתנו לו זמן לקוץ לסתור ולפנות, ולכן תוך הזמן פטור, ונראה ביאור דבריהם כנ"ל דבאמת גם אם התרו בו בי"ד קודם הרי כשיסתור הכותל יפילנו לרה"ר ויהיה כאן בור ולכן כשנותנים לו זמן לסתור נותנים גם זמן לפנות. וכשלא סתרו תוך הזמן והזיק אחר נפילה הוי פושע כיון שהיה יכול לסלקו קודם.<sup>109</sup>

שם בתוס' דעדיף היזק דידהו שהולכין ומזיקין דברי התוס' צ"ב דהרי מפורש בגמ' דפריך מה לשור שכן דרכו לילך ולהזיק אלמא לא חשיבי הולכין ומזיקין [ובזה קשה באמת על עיקר הנחתם דמיירי בשעת נפילה] ועיין במהרש"ב למהרש"א שביאר דהכא לא דמי לשור כיון שאינם הולכים ומזיקים למרחוק אלא במקומם והיינו הולך ומזיק מוגבל למקומו חמיר מבור וקיל משור, ועיקר הסברא כתב גם בנחל"ד ובזה א"ש טפי הדמיון לבור דהוי מכשול ותקלה במקומו אלא דמקומו הוא בשיעור שיכול ליפול, אך יל"ע דאף באסו"מ כן הוא שנופל ע"י הרוח רק למקום קרוב, ויש לחלק. וראה להלן.

בסו"ד התוס' התוס' נסתפקו בשעת נפילה אי דמיא לאש מחמת שהולך ומזיק או לבור מחמת שמזיק בלא כח אחר, ומשמע מזה דלא כהנחל"ד ומהרש"ב דאילו לדבריהם הל"ל דלא דמי לאש שכן אינם הולכים למרחוק וצ"ע. ועיקר דברי התוס' צ"ב שכתבו דכיון דבהזיק דלאחר נפילה דמיא לבור וכו' ותמה בדבריהם באבהא"ז בפ"ג הי"ט דאיזה טעם יש לומר דכיון דבאופן זה דמו לבור אם כן גם בשעת נפילה הוי בור, וכבר נודע לפרש בכוונת דבריהם - וכ"כ בקה"י [סי' ד] דאין כוונתם דאליבא דאמת דמו לבור בשעת נפילה מחמת סברא זו, אלא דהגמ' נקטה לתחילת הלימוד מבור כיון דהוצרכה לזה גבי שלא בשעת נפילה ונקטה אופן שאפשר ללמוד הכל מבור ושור, אך אליבא דאמת י"ל דבשעת נפילה

<sup>107</sup> ועיין מש"כ בעמ' הקודם במוסגר, ולפי זה י"ל דכיון דהכא כרה הבור בידים בנטיעת האילן חייב אף היכא שהפקיר קודם שהיה לו זמן לסלק ול"ד למפקיר נזקיו לאחר נפ"א דלא כרה בידים וכחילוק התוס' שאנץ לעיל גבי פותקין, אלא דהא גופא צ"ע למה התם לא חשיב כורה בידים הרי נפל והפיל כליו וצ"ע.

<sup>108</sup> ואף דבלא"ה היה צריך להיות כאן בור לאיזה זמן צ"ל דאם היה קוצץ בעצמו היה מכין פועלים ומסלקו מיד. ובעיקר הדברים צ"ע דמלשון התוס' להלן בתירוצם נראה דלהס"ד נתנו לו זמן רק להפינוי עצמו ולא אמרו לו לסתור הכותל [ואף דאינו מובן מה צריך לזה זמן ומיד כשיראם יסלקם הרי זה כלול בקושייתם הראשונה של התוס' דיתחייב מיד ודוק] רק דצ"ע דאם כן הוי מפ"נ לאחר נפ"א וצ"ע.

<sup>109</sup> והנה לעיל נתבאר דחיית האמר"מ לראיית הד"מ מהתוס' דהכא שאני דהוי פשיעה בעיקר כריית הבור, אך להאמור בפנים יל"ע בזה דהרי כריית הבור אינו יכול למונעה כלל ועיקר מה שנתנו לו זמן הוא שיפנה במהרה האבנים שנפלו דזו תועלת הזמן כמש"כ בפנים, ואם כן אין כאן יותר מאשר פשיעה בשיהוי האבנים, ומ"מ אף באפקרינהו חייב וצדקה ראיית הד"מ, ודוק.

לימודם מאש כיון שדומים לו במה שהולכים ומזיקים [אף שאין בהם כח אחר] ויעוין ברא"ש שכתב דהתוס' נסתפקו אם יש להם דין בור או דין אש, ולהנ"ל אי"ז סתירה לדברי התוס' דידן.

**ואולם בעיקר מה שכתבו התוס'** דלא דמי לאש משום דאין כח אחר מעורב בו תמוה מאוד דהרי כח אחר קולא הוא ולא חומרא כמש"כ התוס' לעיל, ואם כן אלו דהולכים ומזיקים וחמירי טפי מאש מאי ס"ד דמשום כך יהיו בור, ובדברי התוס' היה מקום לומר דכוונתם רק לומר דלכן תחילת הלימוד היתה מבור, אך יעוין ברא"ש שכתב דהתוס' נסתפקו אי הווי בור או אש [בשעת נפילה] והכריע הרא"ש דאית להו דין בור ולא דין אש משום דאין כח אחר מעורב בהם ול"ד לאסו"מ, ומבור עדיפי במה שהולכים ומזיקין וכו' עיי"ש. וצ"ע דהרי כח אחר קולא הוא ולא חומרא.

**עוד מקשים בכ"ז** דמדברי התוס' משמע דעיקר תכונת אש דכח אחר מעורב בה, ויל"ע באש ההולכת מעצמה בלא כח אחר [כגון בשדה קוצים] אם כן למה אש היא ולא בור, וביותר קשה מש"כ התוס' לעיל דהמשליך טלית לאש של חברו וכו' ומוכח מדבריהם דכה"ג חשיב אש [דאלמלי מעשה האדם היה חייב בעל האש על הטלית שהיא כלים] ותמוה שהרי כה"ג אין האש הולכת ומזיקה אלא במקומה היא מזיקה וכ"ש דאין כח אחר מעורב בה, וצ"ע. וצ"ע בקה"י סי' ד שהאריך בדין אש המזקת במקומה והביא שם נידון הירושלמי גבי גחלת בתוך הבור. גם צ"ע מהו גדר החילוק בין אש לבור שהרי אלמלי כתיבא אש בתורה היינו לומדים אש מבור [אלמלי דאש אינה תע"ל] ועכשיו דכתיב אש וחיבת בכלים ופטורה בטמון אנו צריכים ליתן גדר מהו אש ומהו בור, ולפום פשטא בור מהותו שאינו הולך ומזיק ואש הולכת ומזקת [וחלוקה משור ברו"ח וכח אחר מעורב בה] אבל להמבואר מהתוס' דאף הולך ומזיק אפשר בשם בור אם כן צ"ע מהו גדר אש וא"ת דכח אחר מעורב בה א"כ בלא כח אחר יהיה בור וקשה מהתוס' לעיל וכנ"ל גם קשה דכח אחר דהוא קולא אין סברא שהוא גדר אש.

**והגר"נ זצ"ל ביאר בזה** לפי מה שיסד בדעת התוס' במק"א דכשחייבה תורה באש גדר החיוב הוא שחייב אף על מעשה הכח אחר גופו, וממילא קודם שנשנתה פרשת אש הוי כח אחר מעורב רק קולא אבל אחר דין אש הוי השם מזיק על הכח אחר דאש והכא ליכא הכך שם מזיק, וצ"ע עדיין מאש שאינה הולכת כמש"כ התוס' לעיל. [וכבר עמד בזה הגר"נ והניח בצ"ע]

**ואולם יעוין בתוס' שאנץ בשטמ"ק שכתב כעין דברי התוס'** ובתוה"ד שם כתב י"ל כיון שכח אחר מעורב בו והולך ומזיק תמיד ע"י כח אחר ואלו אין כ"א מעורב בהן יותר יש לדמותן לבור וכו' עב"ל ומשמע מלשונו דהסברא היא דבאש הכח אחר מצוי תמיד ומזמן להסיע האש אבל אלו אין להם כח הליכה כאש אלא במקומם.<sup>110</sup> ויעוין בתשובת הרא"ש [כלל פז סי' ו] ודבריו שם צ"ע.<sup>111</sup>

<sup>110</sup> ומתפרשים הדברים ע"ד המהדו"ב ונימא דשור הולך מעצמו לכל מקום הוי הולך ומזיק מעליא ואש מוגבל כח הליכתו ליכולת הכח אחר ולכן מצד זה הרי אלו דומים לאש ולא לשור אבל בזה כתבו התוס' דגריעי מאש אף שהיא מצ"ע אינה הולכת לגמרי לפי שאין להם כח המזומן תמיד להולכים לכל מקום אלא רק למקום זה בלבד, ובוזה ניחא דאש בעלמא שמסוגלת לילך לכל מקום אף במקומה חשובה אש דמצד טבעה יש לה כח דהולך ומזיק, וצ"ע מאסו"מ אך י"ל דרוח מצד עצמה מולכת האסו"מ לכל מקום אלא שטבע העולם שרוח מצויה מוליכתו רק למקום קרוב שאף באש אינה עוברת נהר ברוח שא"מ ודוק.

<sup>111</sup> דן שם הרא"ש באחד שמילא עלייתו בחטים והכבידו החטים על הכתלים והתרו בו שיסלקם ולא שעה, ונפלו הכתלים והזיקו בהדי דאולי, ועל זה כתב וז"ל כל שכן בנדרן זה, שהתרו בו לסלק משאו כדי שלא יזיק להם ולא סלקו, שורו הוא ולא טפח באפיה, וחייב לשלם כל מה שהזיק, ולא דמי כותל ואילן לדבר זה, שנתנו התוספות דין בור אף למה שהזיקו דרך נפילתם משום דהתם אי אפשר לדמותו לסכיניו משאו שהניח בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו דרך חילוקן, דהתם תחלת עשייתם ע"י כח אחר, אבל כותל ואילן מחמת ריעותן נפלו אחר שהתרו בו, הילכך מדמה להו לבור. אבל האי ממוניה הוא ודמי

ואף להצד שכתבו התוס' דדמו לאש משום שאין תעל"נ מ"מ היכא דהזיקו בתר דנייחו פשיטא דדמו לבור והיינו משום שאינם הולכים כלל, ולכאורה צ"ב דאם עצם הגדר דבור הוא תעל"נ אם כן גם בתר דנייחו נימא דאינם בור ואם גדר בור הוא בלא תעל"נ אף בהליכתם נימא דהם בור, וחזינן מזה דאין מגדיר אחד לאש או לבור שאנו באים לדמות לו התולדות אלא כל תולדה יש לראות בכמה פרטים דומה לאש האמורה בתורה ובכמה לבור ודוק.

**וכותל ואילן** שבנאם רעועים מלכתחילה ומטים ליפול הו' תעל"נ, ונראה באמת דבזה ליכא לספק התוס' אלא פשוט לדבריהם דהוי בור ופטור על הכלים.

במהלוקת התוס' והר"פ ודין מעשה מבעיר דאש יעויין היטב בתוס' ר"פ שהקשה על התוס' דהכא לא דמי לאש דאש מזומנת להזיק מיד כשהבעיר האש אבל הכא אחר מעשה האדם אין מזומן להזיק שכשבנה הכותל היה בריא ולא עמד ליפול, והדברים מאור צ"ב דאף דבשעת נטיעה לא פשע אבל השתא הרי פושע הוא שעבר זמן בי"ד ולא סתר, ומבואר מדבריו דהא פשיטא ליה דאלמלי מעשה נטיעת האדם והבערת האש ליכא לחיוביה כלל משום אש, ועיין כע"ז בשטמ"ק בשם תוס' רבינו ישעיה שכתב כד' הר"פ, ויעויין בברכ"ש [בסי' י' סק"ב] שלמד מדברי רבינו ישעיה דיש חילוק יסודי בין אש לבור דבבור לא בעינן מעשה כריה בידים אלא סגי בפשיעת כריה אבל באש בעינן מעשה מבעיר ולא סגי במה שהאש נוצרה בפשיעתו. ומהא דחייב בכותל ואילן משום בור הוכיח הגר"ד דבבור באמת לא בעינן מעשה כריה וסגי בפשיעה.

**ויעויין בתוס' שאנץ לעיל בדף ה ע"ב** דשם הקשו התוס' דאש מעשיו גרמו לו ותי' התוס' שאנץ כגון שזכה באש של אחרים, ולכאורה מבואר מדבריו דחולק על הר"פ וסובר דבאש אי"צ למעשה כריה אלא סגי בפשיעה לחוד [ולעיל במקומו נתבאר שאמר הגר"נ דהגר"ד ביאר דברי התוס' שאנץ משום דאיכא דין הוה לי לסלוקי באש, והגר"נ עצמו ביאר דהוי פשיעת ממונן] ואולם יעויין בתוס' שאנץ כאן בשטמ"ק שהרגיש בסברת הר"פ ודחאה וכתב דיש לדמותו לאש אף על גב שלא היה מזומן להזיק מיד עם הנטיעה עיי"ש, ומבואר מדבריו דהא מפשט פשיט ליה דבעינן מעשה מבעיר וגם פשוט לו דהנטיעה חשוב מעשה מבעיר [אף שלא פשע] ורק דסובר דמצטרף הנטיעה דאז עם הפשיעה דעתה כדי לחייבו, ואם כן סתרי דברי התוס' שאנץ אהדדי, ואולם יש לחלק דהכא מיירי בהכרח שהפקירם קודם נפילה [דהגמ' מוקי לה באפקרינהו ואי הזיקו בשעת נפילה אם כן בהכרח הפקירם קודם לכן] ואם כן כה"ג לכו"ע בעינן מעשה כריה ורק באש שהיא ממנו ופשע בה בהיותה ממנו בזה סובר התוס' שאנץ דחייב אף בלא הבערה. [והגר"נ זצ"ל הקשה איפכא דכיון דהתוס' לעיל לא תירצו כהתוס' שאנץ אלמא ס"ל דבעינן בכ"מ עשה הבערה וכהר"פ אם כן היאך פירשו דכותל ואילן חייב משום אש,<sup>112</sup> ולהאמור לק"מ דהתוס' ס"ל כהתוס' שאנץ דכאן דהמעשה הבערה מצטרף עם הפשיעה שלאחמ"כ]<sup>113</sup>

לדליל דאית ליה בעלים ולא [אענעיה ונקשר] ברגלי תרנגול והזיק, דבעל דליל משלם כולי נזקא כדאיתא בפ' כיצד הרגל עכ"ל ודבריו סתומים ולפ"ר כוונתו דהתם החטים חשובים ככח אחר ולכן לא דמו לכותל ואילן אך לשונו צ"ב וצ"ע ודוק.

<sup>112</sup> אף י"ל דלעיל פליגי משום דאפשר כ"ז אחר הצה"ש, וראה מש"כ שם.

<sup>113</sup> ויעויין לעיל שביארנו בדברי התוס' ד"ה דאפקרינהו דאף גבי בור י"ל כן דהכא חייב משום מעשה הכריה דנטיעת האילן ורק דמצטרף מעשה זה עם הפשיעה שלאחר מכן, ולפי זה צ"ע מדוע לא נחא להר"פ שמטעם זה יתחייב משום אש כמו שחייב משום בור ויעויין היטב בתוס' שאנץ שמשמע דמזה גופא שחייב משום בור כה"ג י"ל דחייב משום אש, ודברי הר"פ צ"ע, ועיין בתוס' ר"פ בדף כב דשם משמע דשורש חיובם של כורה בור ומבעיר אש



**שיטת הרמב"ם עיין ברמב"ם פי"ג הי"ט** שכתב וז"ל הכותל והאילן שנפלו לרה"ר והזיקו פטור מלשלם ואע"פ שהפקידן לפי שאינן דומים לבור שהרי אין תחילתן להזיק, ואם היו רעועין בי"ד קובעין לו זמן וכו' נפלו וכו' לאחר הזמן חייב מפני ששייה אותן עב"ל, וכתבו המ"מ וההג"מ דמה שכתב הרמב"ם ברישא דפטור היינו כשלא היה סיפק בידו לסלקם אחר נפילה או כשהפקידם [וכמש"כ הרא"ש וכדמבואר מד' התוס'] אך עמדו אחרונים בדברי הרמב"ם שכתב דהטעם דפטור מפני שאין תחילתן להזיק ולא מחמת שהוא אנוס בנפילה, ויעויין בחי' הגר"ח [סטנסיל] שביאר הגר"ח דהרמב"ם ברישא מיירי אף שהיה לו פנאי לסלקם וסובר הרמב"ם דאין חיוב בבור בלא כריה ולכן אף אם שיהיה ממונו ברה"ר פטור היכא דלא כרהו, ולדעת הגר"ח חולק הרמב"ם על התוס' שנקטו לקמן בדף כט דחייב כה"ג, וגם חולק הרמב"ם על התוס' דידן ד"ה דאפקרינהו שכתבו דחייב כה"ג. ועיי"ש שהוכיח כן משיטת הרמב"ם גבי קדרין שסובר הרמב"ם דהשני פטור כשהוזק השלישי במשאו אף אם היה לו לעמוד ומשום דהאי בירא לאו אנא כריתיה, וחזינן דשייך ה"ט אף בבור שהוא ממונו.

**ולא פירש לן הגר"ח שיחתו** דסו"ס הרי ברמב"ם אף טעם זה ליכא, שכתב הרמב"ם לטעם הפטור משום שאין תחילתן להזיק ולא משום דהאי בירא וכו' ונראה מדבריו דזו גופא פירכת הגמ' דאין תחילת עשייתו לנזק היינו שלא נעשה בור ע"י כריה אלא ע"י פשיעה וזה ליכא בבור ובעינן למילף לה משור, אך אם כן צ"ב דאף בנפלו באונס ושייה אותם נימא כן דיתחייב מצה"ש דשור ובור, ויעיין היטב בחי' הגר"ח הנדמ"ח על בבא קמא בסי' יב ששם באו דברי הגר"ח בהרחבה ועמד בשאלה זו וביאר דכיון שנפלו באונס ואפילו פשיעה ליכא בעשיית הבור ליכא לחיוביה כלל דאין לו שייכות למזיק כלל ודוקא פשיעה בעשיית המזיק הוא דאיכא למילף משור ובור דהכא נעשה בור בפשיעתו ודמיא לפשיעת שור. ועיי"ש בכול דבריו בסי' יב ובסי' יג והדברים צריכים תלמוד ופירוש.

**ויעויין בחידושי הגרש"ר** שהביא כעין הדברים האלו בשיטת הרמב"ם בשם הדברי משפט והקשה עליו מהסוגיא בדף מח ע"א דשם מבואר להדיא דשור שכרה בור בחצר בעה"ב הרי בעל החצר חייב משום דאית ליה לסלוקי והרי להדיא דלא בעינן כריה בידים בבור, ובחי' הגר"ח הנ"ל בסי' יג נגלה אור בזה ושם עמד הגר"ח בקושיא זו וביאר שיטתו דחילוק נפלא יש בין זל"ז, דודאי אף הרמב"ם מודה דאיכא חיוב ממונו דבור דאם ממונו שלו הוא בור חייב לסלקו וזה כאשר יש בור בחצרו סמוך לרה"ר ובוה אין צורך לכריה ולפשיעת כריה אבל כשאחר נטל אבן שלו והניחה ברה"ר [או שנפלה מאליה באונס] בזה לא חשיב כלל בעל הבור מחמת שהאבן ממונו דהאבן בעצמותה אינה תקלה אלא מחמת היותה ברה"ר וכיון שלא הוא הניחה ברה"ר אינו בעל התקלה. [ומשא"כ בבור הסמוך לרה"ר דההבל והקרקע והתקלה הכל שלו]

**במחלוקת הרא"ש והיש מן הגדולים יעויין בכ"ד הרא"ש** שהביא שיטת הגדולים שסברו דכיון דילפינן אסו"מ מאש ובור יהבינן להו קולי דאש ובור, נולפום פשטא לא אמרו כן אלא באסו"מ אבל בשאר אוקימתות דגמ' הרי ילפינן להו מבור ושור ומצינו למילף מקרן לחייבם ברה"ר נמי וקולא דתמות לא שייך בהנך ואם כן אין להם קולא מלבד קולי בור, וראה עוד להלן [והרא"ש נחלק עליהם וביאר דכל אלו דין בור להם דילפינן להו מבור והיוכיח דאש ושור לא בא אלא לסלק הפירכא, ובהבנת דברי הרא"ש איכא שתי דרכים: א) בחי' מרן רי"ז הלוי ביאר דאחר דאיכא הצה"ש ליכא באמת תורת מחייב דבור או שור והצה"ש הוא המחייב בכולם ולא נחלקו האבות אלא לענין פטורייהו דבכ"א נתחדש פטור בדבר המיוחד בו, וממילא

---

אחד הם וצ"ע ודוק. ויעויין היטב בכ"ד התוס' שאנץ כאן שנראה מדבריו דגם בבור בעינן מעשה כריה ולא סגי בפשיעה בלחוד וצ"ע בזה.

בהנך הנלמדים מהצה"ש מן הדין היה ראוי שיהיו חייבים אף בכלים ובטמון כיון דהצה"ש מחייב בכל גווני, אלא דכיון דבבור נתחדש פטור כלים ראוי לדון ללמוד בבנין אב לפטורם בכלים כיון דדמו לבור וכן ראוי לדון לפטורם מטמון כאש ובזה באה סברת הרא"ש דאלו דמו לבור ולא לאש, ולכן יהבינן להו פטור כלים ולא פטור טמון.

**ואולם מדברי הרא"ש מדוקדק** מכמה צדדים דלא כהגרי"ז, חדא דהנה להגרי"ז אין כלל נ"מ מהיכן למדנו החיוב כשאנו באים לדון על הפטור ואף אם הילפותא לאסו"מ היתה מאש ושור נמי היינו יכולים לפטור באסו"מ כלים דסו"ס לענין הפטור נשווה אותם לבור שלו הם דומים, **ולהדיא משמע מהרא"ש לא כך** שכתב דהנך עיקר תלמודיהו מבור וכו' אלא דלא מצינן למילף מבור בלחוד משום דכח אחר וכו' הוצרך להביא יוכיח וכו' והנה הרי בזה עוסק הרא"ש בעיקר החיוב ולא גבי הפטור ומשמע מדבריו דמחמת שעיקר חיובם נלמד מבור לכן יהבינן להו פטור בור ואילו להגרי"ז אין זה נוגע לעיקר הילפותא דחיובם.

**ולהלן גבי כותל ואילן** בשעת נפילה כתב הרא"ש דדמו לבור ועיקר חיובם משום בור ואילו משום שהולכים ומזיקים אין זה קולא אלא חומרא וכו' ולכן חייבים בטמון פטורים בכלים [דזה כל הנידון של הרא"ש שם וכ"ה להדיא בתלמיד הרשב"א והרא"ש ופשוט] ואם איתא כהגרי"ז הרי מה שאפשר ללמוד חיובם מבור בק"ו לעולם אינו סיבה לפטור כלים ואדרבה כשנבוא ללמוד פטור כלים דידיהו מבור נפרוך דהנך הולכים ומזיקים ולמה נפטורם בכלים כבור שאינו הולך ומזיק, **וזו ראייה אלימתא דלא כהגרי"ז גם בעיקר היסוד** דהילפותא לחיוב הוא מכל האבות ואין שם האב גורם החיוב וגם במה שנקט הגרי"ז דהדין פטור דילפינן לתולדות ילפותא נוספת היא וברא"ש מבואר להדיא דפטור הכלים תלוי בשורש מקור החיוב דאם מבור למדנו פטור על כלים כבור ודוק.

**ודרך אחרת בדברי הרא"ש** וכן משמע מפשטות לשונו דבאמת אף דאיכא צה"ש מ"מ כל אב הוא מחייב לעצמו וכשאנו באים ללמוד מחייב חדש דאסו"מ מבור ואש הרי מדין דיו אין לך בו אלא מה שיש במלמדים שלו וראוי ליתן לו קולי שניהם אלא דסברת הרא"ש דכיון דהיוכיח כאן בא לסלק הפירכא ולגלות שטעם חיוב נזיקין אינו משום דאין כח אחר מעורב בו וכדו' ממילא חוזר עיקר הילפותא מבור וכיון דילפינן להו מבור הרי הם כבור לכל דיניו ופרטיו.

**ויעיין ביש"ש** שהביא מקור לסברת הרא"ש מדברי התוס' בקידושין דף י ע"ב ושם סברת התוס' היא דלא אמרינן דיו אלא בדבר שהוא עיקר הילפותא אבל לא במקום שבא לגלות על עיקר חיובו ממק"א.<sup>114</sup> **ועיין בהגהת הגר"א** [סי' תיא סק"ג] שאף הוא ציין לדברי התוס' הנ"ל, **ולמדנו מדברי היש"ש והגר"א** שפירשו כוונת הרא"ש כנ"ל ולא כהגרי"ז.

**והרא"ש הוכיח בדבריו מהתוס'** שהקשו גבי פותקין ביבותיהן לשמואל דאמר תני שור לרגלו היכי משכח"ל שור ברשות ולא הקשו התוס' היאך ילפינן לחייב פותקין ברה"ר נימא דיו כרגל שפטורה ברה"ר, ומזה הוכיח הרא"ש כשיטתו דכל דין בור להם, **ועיין במהרש"א שהקשה על הרא"ש** מהתוס' לעיל בדף ג ע"ב שנתקשו שם לרב דאמר משורו למדנו אם כן יפטרו כלים ולא תירצו דעיקר הילפותא

<sup>114</sup> דבגמ' ילפינן התם דארוסה אוכלת בתרומה בק"ו משפחה, דמה שפחה שאין ביאתה מאכילתה בתרומה כספה מאכילה אשה שביאתה מאכילתה ק"ו שכספה יאכילה בתרומה, **והקשו התוס'** [ד"ה זו וכו'] דנימא דיו אסוף דינא דהרי מהיכן באנו ללמוד מחומר דביאה והרי ביאה מאכילה רק אחרי חופה ואף כסף יאכיל רק ע"י חופה, **ותירצו** דרחמנא אמר דקנין כסף אוכל ואנו רק באים ללמוד מהו קנין כסף. [ולכאורה כוונתם דהוי גילוי בקרא דכתיב קנין כספו יאכל וילפינן דאף ארוסה בכלל]

משורר, וכתב החזו"א די"ל בפשיטות דהתם באמת הרי לא דמיא כ"כ לשור ולכן אם היינו צריכים ללמדו משור ובור לא היה דומה כ"כ לשור דנימא דהילפותא מבור באה רק לסלק הפירכא.

**ואולם יש להקשות מדבריהם בדף ה ע"ב ד"ה להלכותיהן** ששם כתבו התוס' דאם היינו למדים האבות מצה"ש דבור וחד מהנך היה להנלמדים את קולי בור, וזה צ"ע דאם היינו למדים שן מרגל ובור ודאי דשן היתה בכלל רגל ולא הוצרכנו לבור אלא כדי לסלק הפירכא דהזיקו מצוי, [והמהרש"ל שם מחק לדיבור זה מהתוס' ומהרש"א קיימו ובספר שיטת הקדמונים נדפס בגליון ר"א מטוך על התוס', וע"ע בשנו"ס פרנקל] ושמא פירכות אלו [דהזיקו מצוי והנאה להזיקו וכוונתו להזיק] חמירי טפי ואין הנלמדים בכלל האבות אלא היינו לומדים בהצה"ש מחייב חדש וצ"ע. **וכן להלן שם בתור"ה אש וכו'** כתבו התוס' דאם היינו לומדים אש מבור וחד והנך היה אש פטור על כלים [מיהו בזה מובן היטב בסברא דאלמלי אב דאש היה אש בכלל בור ולא בכלל בע"ח שהולכים ומזיקים בעצמם]

**ולעיל בדף ג ע"ב תירץ התוס' ר"פ לקושית התוס'** דאם היינו לומדים משני מלמדים לא אמרינן דיו אפלא דדינא, ולכאורה לא זו סברת הרא"ש שהרא"ש אמרה רק באופן שעיקר הילפותא היא מאחד והיוכיח בא לסלק הפירכא, ומדברי הר"פ נראה דכללא הוא בכ"מ [ומתאים היטב עם ביאור החזו"א דהתם א"א לומר לסברת הרא"ש דסו"ס לא דמי לשור ולכן הוצרך לת' באופן זה] **ועיין בשיטמ"ק שם בשם תוס' רא"ש** שתירץ קושית התוס' שם באופ"א, **ובספר יבין שמועה כלל עח** [הוא פירוש הר"י אלגאזי על ספר הליכות עולם ונדפס עמו על הדף] הביא בשם תוס' הרא"ש שם בדף ג שתירץ כהר"פ דלא אמרינן דיו אפלא דדינא ולכן יהבינן ליה החומרא שבשניהם, [וניחא דאי"ז סתירה לדברי הרא"ש דידן וכנ"ל, ולהך תירוצא באמת אין מקום כלל לדברי היש מן הגדולים] **ועיין בתוס' רא"ש בשיטמ"ק** בדף ב ע"ב ששם כתב בשם הר"י ממייך דאם היינו לומדים קרן מחוברת מתלושה וחד מהנך [ולמ"ד פ"נ קנסא] היינו נותנים לו קולי שניהם ואף בזה י"ל דכיון דפ"נ קנסא אם כן הנלמד בצה"ש חידוש הוא ואינו בכלל דין קרן תלושה עיי"ש ודוק. **ואולם יעויין בשיטמ"ק בסוגיין** [דף ו ע"א ד"ה וז"ל תוספי וכו'] ובמשי"ת בדבריו להלן.

**ע"ע ביש"ש** שהביא דברי הרא"ש והשיג עליו וכתב לחלק בין היכא דאפקרינהו דאזו הווי בור גמור להיכא דלא אפקרינהו, והגר"א הביא דבריו [שם בס' תיא סק"ג] וכתב דאינו מוכרח, ועיין ברע"א בזה.

**שם ברא"ש וכן פותקין ביבותיהן וכו' לשמואל דאמר וכו' דברי הרא"ש סתומים וחתומים** דמה ענין פלוגתייהו בבור ברשותו אצל פותקין ביבותיהם, ואטו למ"ד בור ברשותו פטור נפטור מחמת כן פותקים ביבותיהם, **ועיין בפלפול"ח** מש"כ בדברי הרא"ש, **ואולם יעויין בשיטמ"ק בשם תוס' רא"ש** שהקשה היאך ילפינן מבור ורגל לחייבו ברה"ר הרי רגל פטורה ברה"ר, וכתב לחלק בזה דגבי שאר אוקימתות דהצה"ש דין בור גמור להם והיוכיח בא לסלק הפירכא [וכמש"כ הרא"ש בפסקיו] אבל פותקים ביבותיהם כיון דברשות עבדי לא הוי בור כלל ולכן בזה יהבינן ליה קולי דתרוויהו, **ולפי זה מבואר היטב דברי הרא"ש כאן**, דסברת הרא"ש דלמ"ד דרך בור ברה"ר חייב אם כן החפצא דבור הוא היותו תקלה שלא ברשות ולא מצינו שחייבה תורה על בור ברשות ולדידיה על כרחין קולי שני המלמדים לו, אבל לשמואל דבור ברשותו חייב מצינו תורת בור גם בבור שכורה ברשות ולדידיה הוא דהוי בור גמור ודוק. [ואף דגם בור סמוך לרה"ר לכאורה הוי שלא ברשות דאסור להזיק אפשר דסובר הרא"ש דרך מה שאינו ברשות מצד עצמו כמו מקלקל רה"ר חשיב שלא ברשות ודלא כהתוס' שכתבו דכיון דהפקיר רשותו חשיב שלא ברשות ודוק וצ"ע] **ואמנם עיקר דברי התוס' רא"ש שם צע"ג** שהוכיח מדברי התוס' כדבריו דפטור ברה"ר ואינו מובן כלל דאדרבה מהתוס' מוכח איפכא וכמו שכתב הרא"ש בפסקיו, וזה צ"ע רב.

**בגמ' ולרבי ישמעאל יל"ע להס"ד דגמ'** אי איכא כלל דין מיטב לדעת רבי ישמעאל, **ועיין בתוס' ר"פ [שכפה"נ גרס בדברי רש"י דבתרתי פליגי וביאר]** דבשתי מחלוקות נחלקו ר"י ור"ע, האחת דלרבי ישמעאל

אכל כחושה משלם שמינה והשניה דלרבי ישמעאל ליכא כלל דין מיטב בתשלומין ויכול לשלם מזיבורית. וכן משמעות דברי הריטב"א בגטין.

**ואולם יעויין ברע"א** [בגטין ובנדמ"ח בב"ק] שמבואר שנקט הרע"א לפשוט דאף להס"ד פליגי במיטב דניזק או דמזיק אלא מחלוקת נוספת להם דלרבי ישמעאל אכל כחושה משלם שמינה, נוצ"ב מנא לן הא וצ"ל כמש"כ התוס' משום דקאמר ר"ע דלא בא וכו' משמע וכו' והא דסובר ר"י אף להס"ד דמיטב היינו דניזק - כדמבואר שם ברע"א - צ"ל משום דכיון דדורש קרא לענין אכל כחושה ד'שדה' היינו דניזק אף לענין מיטב דורש כן]

**ומדברי הראשונים בגטין נראה דרך שלישית בשורש הסוגיא, דיעויין ברמב"ן שם** שהקשה וז"ל וק"ל מנ"ל דלר' ישמעאל לפי מדה משלם ולא לפי דמים טפי מלר' עקיבא כיון דפשיטא ליה דלר' עקיבא לפי דמים לר' ישמעאל נמי לפי דמים עכ"ל, והדברים צ"ב דהיכן מצינו דלרבי ישמעאל משלם לפי מדה ולא לפי דמים, ונראה לפרש דהרמב"ן לא ניחא ליה כלל לפרש דר"י חולק על עיקר דין מיטב וגזיה"כ בעלמא דמשלם שמינה תמורת כחושה, אלא הבין הרמב"ן דזהו באמת שורש מחלוקתם דלרבי ישמעאל משלם לפי מדה [כמו שמצינו נידון כזה בתשלומי תרומה דמספקא להגמ' בפסחים דף לא אי משלם לפי מדה היינו סאה בסאה ואף אם הוקרה משלם סאה או לפי דמים וכפי שהיה שווה בשעת אכילה] והשתא כיון דחייב לשלם סאה כנגד סאה הרי דין מיטב האומר שעליו לשלם מיטב שדהו ממילא יוצא שמשלם שמינה תחת כחושה שהרי לא יוכל ליתן לו ערוגה משובחת קטנה יותר [כדלר"ע] שהרי לפי מדה משלם. ויעויין בשטמ"ק כן בשם הראב"ד שביאר דזה שורש מחלוקתם דלר"ע משלם לפי שוה בשוה ולר"י משלם ערוגה תחת ערוגה ומבואר כנ"ל.

**ומצאנו דברים מפורשים בזה בספר חידושי הריטב"א מכת"י לגטין** [נדפס עם חי' הריטב"א בהוצ' מוה"ק והוא לתלמיד הרשב"א] שכתב בסוגיא שם וז"ל וא"ת מנ"ל דר' ישמעאל לפי מדה קאמר דתקשי ליה, דלמא לפי דמים קאמר. וי"ל דמאמר רבי עקיבא לא בא וכו' משמע דרבי ישמעאל לחומרא קאמר וכו' אבל רבי עקיבא פשיטא ליה דלפי דמים קאמר והוא חולק עם רבי ישמעאל בשני דברים אחד שאינו משלם אלא לפי דמים ועוד דבמזיק שיימינן וה"ק לא בא הכתוב אלא לגבות לנזקין מן העידית של מזיק ולפי דמים עכ"ל. [ודבריו שם שורשם בדברי הרשב"א אלא שהרחיב ופירש הדברים] הרי הדברים מבוארים ומפורשים היטב דבאמת אף להס"ד פליגי בדין מיטב כמו למסקנא אלא דמדברי ר"ע משמע דרבי ישמעאל לחומרא קאמר וזה ע"ד הרע"א כמש"כ לעיל אבל לא שיש כאן גזיה"כ בעלמא דמשלם שמינה אלא מזה הוציאה הגמ' שמשלם נזיקין לפי מדה, ודוק היטב בזה. **ומ"מ קשיא להגמ'** דכיון דמשלם לפי מדה נמצא אם כן שע"י דין מיטב משלם טפי ממה שהזיק ולכן חזרה בה הגמ'.

**ולכאורה יש לדון** דלהנך ראשונים דלרבי ישמעאל ליכא כלל דין מיטב אלא גזרה תורה שישלם שמינה תמורת כחושה הוי התוספת קנס והמודה בה יפטר, **ובאמת יעויין בחי' הריטב"א** [הישנים] בגטין ששם ביאר דקושית הגמ' היתה דאם באכל שמינה לא קנסין ליה למה קנסוה בכחושה [כפי' השני של התוס'] וביאר דהא לא קשיא להגמ' אמאי משלם טפי ממה שהזיק שהרי מצינו בגמ' שמשלם כפל, ומשמע מדבריו דהכא באמת גדר תוספת הוא על תשלומיו וכמש"נ מדברי הר"פ, **וכן משמע מדברי התוס' בסוגיין** שכתבו [בסוד"ה ורבי ישמעאל] דלרבי ישמעאל בא הקרא לחייב יותר ממה שהזיק, אך **להדרך שנתבארה בדברי הרמב"ן והראב"ד** נראה דאינו כן אלא הכל תשלומי קרן דהמשלם קרן משובחת טפי אף זה בכלל קרן שסו"ס המדה הוא משלם [ודוגמא לזה מצינו התם בפסחים דהאוכל גרוגרות ושילם תמרים באותה המדה תבוא עליו ברכה, ונראה פשוט דכל התמרים חשובים דמי הגרוגרות וחלה על כולם קדושת תרומה שהרי שילם לפי מדה ולא שילם יתר ממה שהזיק].

**ויעויין ברש"י** בסוגיין שפירש דשמינה היינו ערוגה טעונה פירות הרבה וכחושה היינו שיש בה מעט פירות, **ולכאורה לדרכו** א"א לפרש כהרמב"ן ודעימיה דדעת ר"י דמשלם לפי מדה שהכא המדה עצמה יתירה היא בערוגה שמנה, **ושמא י"ל** דדיינינן הנזק לא בפירות עצמם שנאכלו אלא בכחש ונזק הערוגה [ונכדמבואר מדברי רש"י להלן גבי מעילה דדיינינן הנזק כנזק קרקע - ראה בזה להלן -] אך גם בזה לא ניחא כ"כ דסו"ס הרי אינו משלם הקרקע עצמה אלא נזק וכחש הקרקע, ונמצא שעיקר תביעתו היא דקרקע טעונה היתה לי ונתרוקנה ואם כן אין מדתה של ערוגה שמנה שווה לזו של כחושה ודוק. וצ"ל דהרמב"ן יפרש הסוגיא בפירות יפים ורעים ודלא כרש"י.

**בגמ' אמר רב אידי ב"א צ"ב מהו הס"ד** דלא נימא הכא המע"ה, ויש לדון אם לדעת רב אידי בכל ספק נזיקין ישלם לחומרא או דוקא הכא. ועיין **באו"ש בפ"ט מנז"מ** שהקשה דמשנה ערוכה היא בסוף המניח דבספק כמה הזיק המע"ה [והיה נראה לו דוחק להעמיד מתני' כר"ע] וכתב דיש לחלק, **ולחאמור לעיל בדעת הרמב"ן ודעימיה** הרי החילוק מבואר דהכא אף כשמשלם השמינה הכל דין תשלום לו משא"כ בספק נזיקין בעלמא שאם משלם יתר ממה שהזיק הרי נתן לתובע ממון שאינו מגיעו ולכן י"ל דהחמירה תורה שישלם תשלומו באופן כזה שלהצד שאכל שמינה לא יפסיד התובע. **עיין ברש"י בגטין** [דף מח ע"ב ד"ה המוציא] שביאר דקושית הגמ' שהרי דין המע"ה דאורייתא הוא בב"ק, ולכאורה כוונתו דמסברא אין להקשות דדלמא קרא חדית לן דספק ממון לחומרא ולזה תירץ דמקרא ילפינן לה [ואמנם בגמ' שם למסקנא קרא אתי לדרשא אחריתא. ועיין בפנ"י בגטין שם בזה].

**הפנ"י בגטין הקשה** אמאי מקשינן דהמע"ה הרי בגוונא דניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא נוכך הוא הרגילות] הרי זה מודה במקצת ומחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם, [ואף היכא שהוא אינו יודע כלום והעדים מעידים שאכל ערוגה ואינם יודעים איזה הוי בדין מתוך] ועיין **ברע"א שם שדן בדבריו**, וכתב דהא דין מתוך מקרא ילפינן לה ולא בעינן לזה קרא דמיטב, [ועיין בפנ"י שם שדן בסברא זו] **ויעויין בתוס' תלמיד ר"ת בסוגיין** שבתו"ד הזכיר קושית הפנ"י ותירצה ונ' כוונתו דמסתברא להגמ' דקרא דמיטב בא ללמדנו דיני מיטב ולא דין מתוך.

**יעויין ברע"א** [הנ"ל] שנסתפק במזיק שקנה קרקע אחר הנזק אי שיימינן בה הנזק, **וביאר החזו"א** דאין ספיקו של רע"א אם משלם המזיק מקרקע כזו דהא פשיטא דאף בה שמשלמה מדין מיניה איכא דין מיטב, אבל ספיקו של הרע"א אי **שיימינן בה** שיעור מיטב דמזיק, וכתב **הרע"א להוכיח** מדין מיטב דניזק דנראה פשוט דאם יקנה הנזק אחר הנזק קרקע מעולה שבעולם לא ישמו בה שיעור עידית וה"נ אי בדמזיק שיימינן.<sup>115</sup>

<sup>115</sup> **ויש לדון בראיית הרע"א**, דהנה יש להסתפק בקרקע שבלא"ה אינו משלם בה את נזקו האם שמיין בה עידית דמזיק, כגון אם יש לו קרקע המשועבדת לבע"ח קודם ואינו יכול להגבותה לניזק [ונ"מ בזה למ"ד כסף או מיטב דישלם כסף כיון שאינו יכול לשלם מיטב ידיה] דבפשוטו באמת נראה דכמו דבדניזק שיימינן הרי קרקע העידית אף שאינה משתלמת היכי תמצוי היא לקבוע שיעור עדיית במעולה שבשדות ניזק אף בדמזיק אפשר לומר כן, אך **יעויין ברמב"ן בגטין** שביאר הס"ד דגמ' דאכל כחושה משלם שמינה משום דלא מסתבר לגמ' לפרש דרבי ישמעאל סובר דבדניזק שיימינן דבשלמא בדמזיק נוחא דישלם קרקע מעולה שלו אבל לשום בקרקע הניזק שאין בה לא נזק ולא תשלומין לא עלה על דעת עכ"ד, ולמסקנא לכאורה צ"ל דגזיה"כ היא לשום מ"מ בדניזק.

**ומדברי הרמב"ן עולה** דחלוק דין בדניזק שיימינן שהוא שומא בעלמא מדין בדמזיק שיימינן שהוא סברא שישלם לו שדה היותר מעולה ואשר לפי זה נראה דבשדה דמזיק שאין בה תשלומין לא שיימינן, ולפי זה אין ראייה מקנה ניזק דהתם דהוא שומא בעלמא מסתברא דאזלין בתר שעת הנזק אבל בדמזיק שהוא סברא שמשלם המעולה שיש לו בזה סברא לילך בתר שעת תשלומין ודוק.

**ויעויין היטב בסוגיא בגטין** דף נ ע"א בסוגיא דשפאי עדית, דרש"י שם כתב לפרש סוגית הגמ' דהיכא שהיתה להמזיק בשעת הנזק קרקע שהיא עדי עדית ומלבדה היו לו עדית ובינונית וזיבורית, ונשתדפה העדית או שנטלה מסיקין אין הנזק גובה מהעדידית אלא דינו בבינונית כבע"ח דאומר לו המזיק אזל דינך ומזלך גרם, **ויעויין ברמב"ן ושאר שם** שהקשו עליו דהא בתר שעת תשלומין אזלינן ולא בתר שעת הנזק, **והמאירי שם הוסיף להקשות עוד וז"ל** ודברים מתמיהים הם שאם נשתדפה שדה של עדי עדידית מפני מה אינו גובה מעידית שבשאר נכסים והרי חיובו על עידית שבשעת התשלומין או הפירעון הגע עצמך שאדם שאין לו עידית הוסיף או לזה והתנה ואחר כך לקח עידית מי לא משתעבד בעידית עכ"ל הרי מבואר להדיא דפליגי בה הראשונים דלרש"י תלוי בשעת הנזק נוכ"נ מהתוס' שלא השיגו על רש"י מקושיא זו וחלקו על רש"י מטעמים אחרים ואילו להראשונים תלוי בשעת תשלומין. ודינו של הרע"א הרי מפורש בדברי המאירי שהיה פשוט לו אף בזה דתליא בשעת תשלומין. **ויש לדון בכ"ז עוד בסוגיא דלהלן** בדף ח ע"א היתה לו עדית ומכרה ויתבאר במקומו בע"ה.

**בגמ' כגון שהיתה עדית דניזק וכו' נחלקו הראשונים לדעת רבי ישמעאל**, בגוונא שהיה למזיק עדית בינונית וזיבורית ועדית דניזק הוי טפי מזיבורית דמזיק אך לא טבא כבינונית ידידה, **יעויין ברא"ש שהביא** דעת הסוברים דכה"ג יכול ליתן לו בינונית, **והרא"ש חולק עליהם** וסובר דצריך ליתן לו עדית ידידה, וביאר הרא"ש טעמו משום דשני אופני מיטב הם דמזיק או דניזק וקמ"ל אהני גז"ש ואהני קרא דמחייב או מיטב דמזיק או מיטב דניזק.

**ובדעת האית דאמרי הסוברים** דלא כהרא"ש ביארו אחרונים בשני אופנים: (א) **מדברי הרא"ש** שהשיג עליהם וביאר דיכול ליתן או מיטב דמזיק או מיטב דניזק וכו' משמע דהנך ראשונים ס"ל דכלל ליכא דין מיטב דמזיק לרבי ישמעאל אלא אהני קרא שנותן פעמים למיטב ידידה כה"ג והיינו דכדי לקיים דין מיטב דניזק צריך ליתן אף שדה משובחת יותר עד מעולה שבשדותיו אבל אם יכול לקיים דינו בבינונית רשאי. **וכדברים האלו כתב הרע"א** לקמן בדף ז ע"ב [בנדמ"ח מספר קושיות עצומות] **ויעויין בתוס' תלמיד ר"ת** שכתב כדעת האית דאמרי ומדבריו משמע דכ"ז הוא בכלל ה'אהני קרא' והיינו כנ"ל.

(ב) **עוד יש לפרש** דמודו היש מפרשים להבנת הרא"ש ביסוד דברי ר"י דצריך ליתן או מיטב דמזיק או מיטב דניזק אלא דס"ל דמ"מ דיכול ליתן לו הך בינונית מדין עדית דניזק דבכלל מאתיים מנה, וס"ל דאף דחל זכות תביעת עדית דמזיק מ"מ לעולם יכול לסלקו בעדית דניזק דלא ניתנה זכות זו לניזק אלא כדי שלא יפסיד דינו אבל כשנותן לו דינו סגי בכך. **וכהדרך הזו משמע מדברי הריטב"א בגטין** שסובר כהאית דאמרי והביא שם שיטת הרא"ש והשיג עליה וכתב 'ולא נהירא דאי שויא טפי משלם ליה עדית דניזק עכ"ל'.

וכ"נ מדברי המהרש"א לקמן [בדף ז ע"ב] דמספקא להגמ' שם לר"ע אי בשלו הם שמין או בשל עולם הם שמין, ואיתא בגמ' דלרבי ישמעאל לא תבעי לך דאמר דבדניזק שיימינן. והקשה המהרש"א דהא אכתי יש להסתפק לר"י בגוונא דאהני קרא וכגון שיש למזיק זיבורית דלא שויא כעדית דניזק ובינונית דשויא טפי והיא כעדית דעלמא ויש לו עדית ידידה דלמ"ד בשל עולם הם שמין יתן לו הבינונית ולמ"ד בשלו הם שמין יתן לו העדית, **ותירץ המהרש"א** דאף למ"ד בשלו הם שמין נותן לו הבינונית שהרי אם זיבורית ידידה שויא כעדית דניזק נותן לו אותה. **ויעויין בחי' הרע"א שם** שכתב דסברת המהרש"א כהאית דאמרי דהרא"ש והקשה עליו מדברי הרא"ש, ובתוה"ד כתב הרע"א בסברת האית דאמרי דלדידהו לית להו כלל מיטב דמזיק וכנ"ל באופן הא', אך מלשון המהרש"א משמע כהאופן הב' מדוהוסיף דאף אם זיבורית ידידה שויא כעדית דניזק נותן לו אותה וכוונתו בזה דאם כן כ"ש שיתן הבינונית דשויא טפי. **וכן מוכח מדברי המהרש"א בסוגיין** כמו שיתבאר להלן בדברי התוס' עיי"ש.

ובאמת נתקשו אחרונים בטעמו של הרא"ש שהרי סו"ס בכלל מאתיים מנה וכשנותן לו בינונית ידידיה נתקיים בזה דין עדית דניזק, ויעויין בחי' רבי אריה לייב שביאר דהנה אמנם עתה חפץ ליתן הבינונית אבל כשחל שעבודו של הניזק וזכות תביעתו לעדית הרי אם יחול רק בשומת עדית דניזק הרי יתן לו המזיק זיבורית ידידיה, ולכן מעיקרא חל שעבודו על עדית דמזיק כיון שאם תהיה זכותו על עדית ידידיה יפסיד וכיון שכן אינו יכול ליתן לו עתה עדית דניזק [ולפי זה אף אם יקנה עכשיו שדה ששויא בדיוק כעדית דניזק - ולהצד דתליא בשעת נזק - לא יוכל ליתנה דכבר חל דין עדית דמזיק] וע"ע בחי' הגרש"ר שכתב בזה דרך נוספת בדעת הרא"ש עפ"י דאחרונים הסוברים דלזוה אינו יכול לכופ המלווה לקבל עדית כיון דדינו בבינונית וה"נ הכא אינו יכול לכופו הבינונית שהיא טפי מדינו וממילא צריך ליתן לו עדית דמזיק.

ויש לעיין לדעת הרא"ש היכא דאית ליה לניזק עדית, ואילו למזיק יש זיבורית ועדית, ושתייהן טובות יותר מעדית דניזק דלכאורה ציור זה דמיא ממש למחלוקת הרא"ש והאית דאמרי, ובפשטות גם בזה יורה הרא"ש שחייב ליתן עדית, וביארו הגרש"ר והגר"נ דכאן מודה הרא"ש שנותן לו הזיבורית [לביאור הגרא"ל שכתבנו] ומשום דבעלמא אם תחול תביעת הניזק על העדית דניזק יפסיד שיקבל זיבורית אבל כה"ג אף אם תחול תביעתו על עדית ידידיה יקבל טפי ממנה ולכן כה"ג נשאר דין עדית דניזק. והביאו ראיה ברורה לזה מדברי הרא"ש עצמו, דהאית דאמרי הוכיחו כדבריהם מהא דלא קאמר בגמ' ציור זה [דאית להמזיק ג' קרקעות וכו'] דהוי חידוש טפי שגם כה"ג מקבל העדית, ודחה הרא"ש לדבריהם דהגמ' לא אמרה כן משום שלא הוזכרו אלא עדית וזיבורית דמזיק בלבד שיש בהן תשלומין, והשתא אי נימא דגם כה"ג פליג הרא"ש יקשה מאוד להרא"ש למה נקטה הגמ' ציור שעדית דניזק שויא טפי מזיבורית דמזיק ולא נקטה ציור זה דעדית דניזק שווה פחות מזיבורית דמזיק, ועל כרחין דכה"ג מודה הרא"ש שיתן זיבורית ידידיה ודוק.

ואולם יעויין בריטב"א בגטין שהביא מחלוקת זו וז"ל ומיהו אי אית ליה למזיק בינונית דשו"י טפי מעדית דניזק בכי הא ודאי יהיב ליה בנונית דהא מקיים ביה שפיר עדית דניזק כיון דשו"י טפי ושלא כמקצת רבוותא דסברי דדוקא היכא דשו"י כעדית דניזק אבל היכא דשו"י טפי לא אלא עדית דמזיק משלם דמיטב דניזק או מיטב דמזיק אית ליה לשלומי ולא נהירא דאי שו"י טפי משלם עדית דניזק עכ"ל. וממשמעות לשונו בדעת המקצת מרבוותא נראה שהם דברו באופן המוזכר בגמ' שהיתה עדית כניזק כזיבורית דמזיק ועל זה כתבו דאם היתה עדית דניזק שווה פחות ישלם המזיק עדית ידידיה וזה שלא כמו שלמדנו מדברי הרא"ש.

נמצאנו למדים שתי דרכים בגדר דין מיטב: להרא"ש וכן להביאור הב' בדעת האית דאמרי איכא שני דיני מיטב לרבי ישמעאל חדא מיטב דניזק וחדא דמזיק, אך לדרך הרע"א בדעת האית דאמרי ושכן נראה מדברי התלמיד ר"ת לעולם עיקר הדין הוא בדמזיק שיימינן וכמש"נ.

ויעויין ברע"א שהקשה בסוגיין אמא לא קאמר הגמ' דאהני קרא באופן שלית ליה לניזק קרקע כלל דאז שיימינן בדמזיק לדעת רבי ישמעאל, ואמר הגר"נ דקושית הרע"א תלויה בהנ"ל דלדעת הרא"ש דהם ב' דינים נפרדים ודאי קשיא וכן להביאור הא' בדעת האית דאמרי ואולם אי נימא דלעולם דין מיטב הוא בדניזק אלא דהחמרנו עליו עד עדית דמזיק אם כן אפשר דבאמת באופן דלית לניזק קרקע כלל ליכא דין מיטב לרבי ישמעאל. [ושמענו להעיר בעיקר קושית הרע"א דהרי קרא מיירי בדאית ליה דביער בשדה אחר כתיב ועלה כתיב דינא דמיטב, וי"ל]

ודרך שלישית בדין מיטב נראה ללמדה מדברי רש"י והרשב"א [ואפשר דאף האית דאמרי ס"ל כן] ויתבאר להלן.

תוד"ה כגון וכו' יש להעיר בדבריהם מדוע לא הוכיחו שאינו חייב לקנות קרקע מגוף סוגיא דידן דאלמלי דאהני קרא היה נותן לו זיבורית ואינו חייב לקנות קרקע כמיטב דניזק, וצ"ל דרצו להוכיח מברייטא ולא מסוגית הגמ'. והיינו דכלפי המוכח מדברי הגמ' דידן דאינו צריך לקנות ביארו דלמדו כן אמוראי מהך ברייתא.

שם בתוס' אלא נותן לו מעדית שלו וכו' מבואר מהתוס' דאף לרבי ישמעאל נותן כה"ג עדית ואנו יכול ליתן זיבורית אף דבעדית לא מתקיים לגמרי דין מיטב, ובפשוטו הטעם לזה הוא דכל כמה דמקרב טפי לדינו חייב ליתנה וכ"ה להדיא בתוס' תלמיד ר"ת דלרבי ישמעאל נותן העדית. ואולם יעוין בסוגיא בגטין דף נ ע"א גבי שפאי עדית שפירש רש"י כגון שהיו למזיק ארבעה שדות ונשתדפה עדי עדית ידידה דנותן לניזק בינונית ולא עדית דאומר לו אזל דינך, וקשה דאף אם אזל דינו אבל יתן העדית שהיא קרובה לדינו,<sup>116</sup> ולכאורה מוכח מזה דשם מיטב שחל הוא על החפצא דמיטב ואין למזיק דין ליתן קרקע הקרובה ביותר למיטב ודלא כמו שהוכחנו מדברי התוס' ויש לדחות דהתם שאנו דכיון דהיה לו העדי עדית שיתקיים בה דינו וחל שעבודו עליה תו לא חייל זכות מיטב ידידה בשדה אחריתא ול"ד להכא דמלכתחילה עיקר דינו מתקיים בקרובה לעדית. ונהכא אם יקנה שדה אחרת יתננה דכשחל שעבוד הניזק על העדית מיהת הרי לא מתקיים בזה כל דינו ויש לו הזכות שיחול שעבודו על מה שיקנה המזיק ודוק]

ועו"ל בדברי התוס' דאף הכא אינו חייב ליתן העדית מחמת דין מיטב דניזק אלא משום דאף כה"ג אהני קרא ומדין מיטב דמזיק ודוק. נואין להקשות למה לא נקטה הגמ' ציור זה דציור שנקטה הגמ' הוא חידוש טפי ודוק] וכן יש לדון בזה מצד הסברא דאם כן הורעת כחו המבוארת בסוגיא לקמן בדף ז ע"ב [שדעת רש"י שם שלמזיק יש גם זכות בבינונית וזיבורית דאם נתנה לו תורה זכות בעדית כ"ש בהני, וכן הקשו התוס' בגטין על רש"י שם מדין הורעת כח] ולקמן בדף ז ע"ב מבואר בסוגיא דלמ"ד בשל עולם הם שמין ויש לו בינונית וזיבורית נותן בינונית, ולהדרך הראשונה שכתבנו הרי פשוט הטעם משום דהוא קרוב טפי למיטב מהזיבורית ולהדרך השניה צ"ל דהטעם משום דלא גרע נזיקין מבע"ח וכמש"כ רש"י בגטין שם דבשפאי עדית נותן בינונית ולא זיבורית משום תקון העולם, נוכד מוקמינן לה בהיתה לו עדית ומכרה ע"כ זה הטעם ודוק] ותפוס לשון ראשון.

שם בתוס' התוס' שכתבו דיש נ"מ בין רבי ישמעאל לר"ע למ"ד בשל עולם הם שמין וכן למ"ד כסף או מיטב, וביאר המהרש"א דכה"ג לא יוכל ליתן לו עדית דמזיק מדין אהני קרא דלא נאמר דין זה אלא לטובת הניזק, ולמדנו מדברי המהרש"א שסובר דאיכא ב' דיני מיטב ודלא כהפי' השני בדעת האית דאמרי דאילו דין מיטב לעולם בדניזק הוא ורק דחייב להוסיף עד מיטב דמזיק אם כן פשיטא שכה"ג מחוייב מיטב דניזק ול"ש בזה כלל אהני קרא אבל המהרש"א הבין כהרא"ש ומ"מ חידש דכל דין אהני קרא נאמר לטובת הניזק אבל היכא שהמזיק הוא שמפסיד אינו יכול לפרוע במיטב דמזיק.<sup>117</sup> ולהדרך

<sup>116</sup> ולעיל הבאנו ראית האחרונים מדברי רש"י אלו כסברת הרע"א דשם עדית נקבע בשעת הנזק ואין זה תשובה למה ששאלנו כאן דאף דהעדית ידידה לא חל עליה שם מיטב כיון דתליא בשעת הנזק אבל סו"ס קרובה היא למיטב טפי מבינונית ולמה לא יתננה.

<sup>117</sup> ודוק בדברי מהרש"א שהקשה רק על האוקימתא השניה של התוס' דכסף או מיטב אבל על האוקימתא למ"ד בשל עולם הם שמין לא הקשה, ונראה טעמו דע"ז לא קשיא דפשיטא די"ל דרבי ישמעאל אזיל לחומרא למזיק ולכן ישלם כה"ג בעדית דניזק, אבל הא קשיא ליה היכא דלית ליה דאז לא יוכל להתקיים דין עדית דניזק ונימא דיתקיים דין מיטב בעדית דמזיק וע"ז תירץ וכו'.



הב' בדעת האית דאמרי לא קשה כלל קושית מהרש"א וא"ש דברי התוס' בפשיטות. וכן ביאר דברי התוס' בחי' רא"ל סי' נב לדרך זו.

ואולם יעויין ברשב"א לקמן בדף זה ע"ב שכתב דלדעת רבי ישמעאל לעולם אזלינן לקולא ודעתו מבואר דהמזיק חייב או מיטב דניזק או מיטב דמזיק ויתן לו הפחות שבשניהם ובלבד שיתן מיטב, ולפי זה אין מקום כלל לדברי התוס'. ויעויין היטב בגמ' לקמן בדף ז ע"א דפריך התם דנימא דר"ע חולק רק כלפי הקדש ודוחה הגמ' דאם כן מאי ק"ו, וביאר רש"י שם דכיון דדינו של רבי ישמעאל קולא היא אם כן מאי ק"ו להקדש, והתוס' הקשו עליו דרבי ישמעאל פעמים שהוא לחומרא והתוס' לשיטתם מסוניין דדינו של רבי ישמעאל פעמים לקולא ופעמים לחומרא, ודעת רש"י נראה ע"ד הרשב"א דהכל לקולא ויכול ליתן המזיק איזה מיטב שיתן. וכ"מ ברש"י בגטין, ומסתברא לדרך זו דעיקר הדין אף לרבי ישמעאל הוא מיטב דמזיק אלא שהתורה הגבילה חיובו עד מיטב דניזק וטפי מזה אינו מחוייב אא"כ אין לו כעדית דניזק דאז אהני עיקר הדין שיתן לו כמיטב ידיה ודוק. ועיין בחי' הגרא"ל שכתב באופ"א קצת. ולדרך זו מסתברא דבפלוגתא דהרא"ש והאית דאמרי סובר רש"י כהאית דאמרי דכיון שיכול לקיים דינו לעולם בעדית דניזק כ"ש שיכול לקיים דינו גם בבינונית ידיה דשויא טפי מעדית דניזק.<sup>118</sup>

שם בתוס' דלמ"ד כסף או מיטב וכו' צריך ביאור בדבריהם שתלו הדבר בסברת כסף או מיטב ונראה מזה דלר"פ ור"ה ברדריי דכל מילי מיטב אין הדין כן, ויל"ע מה כוונתם די"ל בתרי אנפי: א) דלר"פ אינו חייב כלל ליתן כסף אלא לכתחילה יכול לשלם מכל קרקע אף אם אינה מיטב ולכן הכא אף לרבי ישמעאל ישלם קרקע איזה שיהיה. ב) להיפך מהנ"ל דלר"פ אף כשיש לו מיטב חייב ליתן כסף ולכן אין נ"מ בזה דאף לר"ע יתן כסף לעולם.

מזיק הקדש בגמ' אילימא נגח וכו' צ"ב מדוע בעינן ק"ו להקדש ולמה לא יהיה מעיקרא בכלל דין מיטב כהדיוט, וצ"ל דה"ט משום דכתיב רעהו ואף דלר"ש בן מנסיא ילפינן הקדש מק"ו מיהו לא הוי בכלל עיקר הפרשה, וכן מבואר מדברי הרמב"ן בגטין שביאר לשיטת הראב"ד דבנוקי שן ורגל הקדש חייב, וקשה דאם כן למה לא מוקמי הגמ' לק"ו דר"ע באלו, ותירץ משום דזה בכלל הפרשה ורק בקרן דכתיב רעהו בעינן ק"ו.

רש"י ד"ה שור רעהו וכו' בפשטות הלישנא בתרא דרש"י סוברת דדוקא קרן פטורה בנוקי הקדש אבל שאר נזיקין חייבים, ואולם יעויין במהר"ם שהקשה דא"כ אף דאין מעילה בקרקעות משכח"ל חיוב שן כשאכלה חיטי הקדש, וביאר דאף בלישנא זו סבר רש"י דילפינן כל נזיקין מקרן אלא דהוקשה לרש"י מדוע נקטה הגמ' ציור דקרן אחר דקרא וברייתא דמיטב איירי בגוונא דביער בשדה אחר ולזה תי' רש"י

---

ובעיקר דברי התוס' היה מקום לומר דהתוס' כתבו לתמוה מדוע לא פירשה הגמ' כן אבל למסקנת דבריהם באמת לעולם אזלינן לקולא וכהרשב"א, אך מדבריהם לקמן בדף נט ע"א סוד"ה ומאי וכו' מבואר דאליבא דאמת ס"ל כן לרבי ישמעאל עיי"ש ודוק.

<sup>118</sup> ושמענו מהגר"א אריאלי שליט"א שביאר דלדעת רש"י נמי לא קשיא קושית הרע"א דנוקמא היכא דליכא כלל קרקע לניזק, דהנה עיקר דברי רש"י שכתב דק"ו לקולא הוא צ"ב וכמו שהקשו התוס' דהרי עיקר דין מיטב חומרא הוא רק דרבי ישמעאל להקל לשומו בדניזק, וביאר בזה דעיקר דין מיטב מצד הסברא הוא בדמזיק והיינו כפשוטו של מקרא שיתן לו המיטב שיכול ליתן, וזה אף בלא דאהני קרא אלא מצד עיקר הדין, ודינו של רבי ישמעאל הוא דדין זה של מיטב הוא מוגבל עד מיטב דניזק וטפי מזה אינו מחוייב ליתן וכיון דר"ע קאי על דברי רבי ישמעאל שאמר הדין השני אם כן לקולא הוא. והשתא הא דאהני קרא הוא דאף שדין מיטב מוגבל עד מיטב דניזק מ"מ כל זה כד אית ליה כמיטב דניזק אבל בדלית ליה אינו יכול להפסידו וליתן לו זיבורית וחייב ליתן מיטב..

דבגוונא דקרא בלא"ה לא משכח"ל. ויעויין ברש"י בדף ט ע"ב ד"ה נכסים וכו' שביאר דכל נזיקין פטורים בהקדש דילפינן משור רעהו, וכן משמע מדבריו בסוגיין בד"ה תאמר וכו'.

**ובעיקר דברי רש"י צ"ב** היאך ילפינן שאר נזיקין מקרן הא איכא למפרך מה לקרן שכן אינה מועדת מתחילתה וכמש"כ התוס', וצ"ל דפטור הקדש דילפינן מהכא הוא פטור כללי, לומר דהקדש אין לו תביעה על נזיקין ולכן אין לחלק בזה בין האבות, וכן להצד דהפטור הוא בחפצא דהקדש [ראה להלן בחקירה זו] גדר הדין דחפץ דהקדש לא ניתן ליתבע בתשלומי נזיקין ואין לחלק בין האבות.<sup>119</sup>

**שם אין מעילה בקרקעות וכו' יעויין במהרש"ל** שהבין כוונת רש"י דהא דאין מעילה בקרקעות אינו סיבה לפטור המזיק אלא דמשו"ה לא הוי בכלל דין הקדש וכדתנן לקמן נכסים שאין בהם מעילה, **ודברי המהרש"ל תמוהים**, דלא מסתברא דפטור הקדש תליא בדין מעילה, **ועור הקשו בזה** דהא לקמן מוקמינן מתני' כרבי יוסי הגלילי דקדשים קלים ממון בעלים והיינו משום דקדשים קלים קודם זריקה לית בהו מעילה, **ומוכח מהגמ' להדיא** דלרבנן דאינם ממון בעלים פטור המזיק קדשים קלים אע"ג דלית בהו מעילה כיון דהוה הקדש גמור.<sup>120</sup> **גם צ"ב** דאם כן אדרבה נוקמא לק"ו דר"ע כה"ג דאין חיוב מעילה וממילא ליכא פטור הקדש וילפינן לדין מיטב בק"ו מהדיוט וצ"ע.

**ומדברי המאירי מבואר** שהבין כוונת רש"י להיפך דכיון דליכא בהו דין מעילה ליכא חיוב מזיק, **וכן נקט בתוס' תלמיד ר"ת והרע"א** בדעת רש"י, **ותמהו בזה תלמיד ר"ת והרע"א** דמה שייך זל"ז ואף אם ליכא מעילה בקרקעות למה לא יהא בהו חיוב מזיק דעלמא. **והאחיעזר** [ח"ב סי' נ] הקשה על רש"י דפטור מעילה הוא מחומש ואשם אבל קרן משלם, וצ"ל דרש"י סובר דהוא פטור אף מקרן ולא רק מחומש ואשם, וכיון דיסוד חיוב מעילה הוא משום גזילה [כיסודו הנודע של הגר"ח בזה] אם כן מהא דליכא תביעת מעילה אלמא ליכא תביעת ממון להקדש בקרקע וממילא הוא הדין לתביעת מזיק, וכן ביאר בדברי רש"י באתון דאורייתא סי' ג.

**ועור הקשו על דברי רש"י** [האחיעזר הנ"ל ועוד] שהרי כשאכלה הפירות תלושים היו ולמה לא תחייב בהם, **ומבואר מדברי רש"י** דסובר דהנזק חשיב נזק קרקע, **ולכאורה מוכח כן מהסוגיא לקמן** בהכונס דשמין הנזק אגב ערוגה ואגב השדה ואם הנזק נעשה בפירות התלושים מה טעם יש לשום אגב השדה, והרי פשיטא דבאכלה בהמה פירות שתלשם בעל השדה תשלם לפי שווי הפירות עצמם וע"כ דהנזק הוא בקרקע.<sup>121</sup>

<sup>119</sup> **ושמענו בזה דרך נוספת** עפ"י רש"י בדף ה סוע"א דמשמע מדבריו שם דאאבות נזיקין דמתני' לא בעינן גז"ש דתחת נתינה כדי לחייבם ממיטב [ודלא כהמבואר בתוס' בסוגיין] ותמה בזה הרש"ש דהיכי מצינו למילף מהדדי בבנין אב הא איכא למפרך, וכפה"נ דסובר רש"י דרק כלפי עיקר חיובם של מזיקים מצינו למפרך אבל כלפי דין מיטב שהוא דין כללי בתשלומי נזק ל"ש האבות חד מחבריה וכן י"ל גבי פטור הקדש דהוא פטור כללי בנזיקין, והתוס' בסוגיין הקשו דנילף פטור טמון וכיו"ב מהדדי אך יש לחלק דהנך פטורים באחריות האדם לממונו המזיק ובזה יש לחלק בין המזיקים ומשא"כ דין הקדש דהוא פטור בניזק וכן דין מיטב דהוא בצורת התשלומים.

<sup>120</sup> ומיהו אף דעת הרמב"ם שם בסוגיא נראה דתליא במעילה ואכמ"ל.

<sup>121</sup> **ואולם בסברא צ"ע** דסו"ס כשאכלה תלוש אכלה, ויעויין בתוס' לקמן כג ע"א ד"ה תפשוט וכו' שכתבו לגבי פטור שו"ר ברה"ר דבעלמא פשיטא דאזלינן בתר לקיחת הפרה ולא בתר אכילתה משום דפשע בלקיחה וספק הגמ' גבי פי פרה הוא כשהושיט לה אחר עיי"ש בדבריהם, ולא דמיא להכא דהתם גבי פטור רה"ר תלוי בשעת פשיעה אבל הכא גבי הקדש לכאורה במה שפשעה בהקדש אין סברא לחייבה ובאמת גבי שומת התשלום נמי לכאורה מסתברא דתליא באכילה עצמה ולא בפשיעה וצ"ע. אבל אפשר דגבי נזק נמי כיון דההיזק הותחל בלקיחה חשיב הכל כמעשה אחד וכיון דתחילת ההיזק במחובר נעשה חשיב מחובר וצ"ע.

ובעיקר דברי רש"י יש להעיר קצת דאריכות לשונו תמוה שכתב דלא משכח"ל בשדה חרם ואף בשדה בדה"ב ולבסוף כתב דאין מעילה בקרקעות, ותמוה דכיון דסו"ס משכח"ל ורק דתירוצו דאין מעילה מדוע הוצרך להאריך בכ"ז וצע"ק.<sup>122</sup>

תוד"ה שור וכו' דפטר בו פסולי המוקדשים מדברי התוס' דידן מבואר חידוש גדול דבפשוטו פטור הקדש מנזיקין הוא כלפי היות ההקדש נזק התובע חסרונו, דבזה חדית לן קרא דאין הקדש תובע נזקיו, ואולם בשור פסולי המוקדשים הרי פטור בור הוא כלפי תביעת הבעלים ולא כלפי תביעת הקדש, ולמדנו מדברי התוס' דפטור הקדש הוא פטור בחפצא דהיינו דחפצא דהקדש אין כלפיו תביעת נזיקין, ולכן אין ההדיוט בעל השור פסוה"מ יכול לתבוע נזקיו.

ואולם הרמב"ן בגטין [דף נג ע"א ד"ה מ"ט] הקשה אהא דתנן התם הכהנים שפגלו במקדש חייבים והקשה מאי שנא מגונב טלה וטבח דפטור.<sup>123</sup> ותירץ בשני אופנים הא' דמדרבנן חייבו כל מזיק הקדש [וכסברת התוס' דידן] ועוד תירץ דבפגלו לבעלים הוא דחייב לשלם שהרי צריכים להביא זבח אחר. ומבואר מדברי הרמב"ן דיסוד פטור הקדש הוא כשצריך לשלם להקדש אבל כלפי הבעלים ליכא פטור הקדש, ולא כמו שלמדנו מדברי התוס'.

ולכאורה נראה נ"מ בין תוס' להרמב"ן בתרי גווני, האחד כשחייבו לבעלים דלהרמב"ן חייב ולהתוס' פטור [והכהנים שפגלו במקדש צ"ל להתוס' דהוא מדרבנן ופשוט] ועוד נ"מ איפכא היכא שיש להקדש ממון שאינו קדוש, דיעוין בקוב"ש ח"ב סו"ס כ שכתב שם להוכיח דהא דאיתא בגמ' דבונין בחול ואח"כ מקדישין הוי ממון הקדש בלא קדושה,<sup>124</sup> וכתב דכיון שהתוס' כתבו דפטור פסוה"מ בבור הוא מדין הקדש אף דאינו ממון גבוה על כרחין דהפטור תליא בקדושה ולא בהיותו ממון הקדש ואם כן כה"ג שהזיק ממון חול דהקדש יתחייב לשלם, [ולמש"נ הראיה פשוטה טפי ודוק] ואולם לדעת הרמב"ן הרי ודאי י"ל דפטור מלשלם להקדש דיסוד הפטור הוא בכח תביעת הקדש ודוק. ואולם צ"ע דסברת הגמ' דק"ו להקדש לכאורה ודאי דסברא בכח הקדש היא ולא משום קדושת החפץ וא"כ מצי הגמ' לתרוצי דר"ע מיירי בממון הקדש בלא קדושה דמשלם ממיטב מק"ו, וי"ל.

ואולם צ"ע בזה בסתירת דברי הרמב"ן שלעיל שם בדף מט כתב שני תירוצים מנא ילפינן שאר מזיקים לפטרם מהקדש חדא משום דכתיב שדה אחר ומשמע מיעוט להקדש ועוד משום דילפינן מקרן ובור,

<sup>122</sup> ואולי י"ל בזה, דבעלמא מודה רש"י דלא דיינינן לה כנוק קרקע אלא כנוק הפירות משום שהזיק לו פירות אלו שעתידים לצמוח [ויסוד לזה מהא דחזינן דלדעת רבי יוסי הגלילי לקמן בדף נח ע"ב נידון במשויר שבו והיינו דמשלם נזק הפירות לפי שווים העתידי אלמא הנזק בפירות ודוק] ולכן בזה שייך מעילה ושייך תשלומי נזיקין, אך כיון דשדה הקדש לא משכח"ל אלא בעומדת לימכר נמצא שאין להקדש בפירות אלו אלא שבח הקרקע שנמכרת ביותר כסף ובנוק קרקע ליכא מעילה.

<sup>123</sup> וצ"ע קושית הרמב"ן דנהי דפטור אדם בגניבה דדרשינן מבית האיש ולא מבית הקדש אבל גבי פגלו דמדין מזיק אייתינן עלה מנא ליה דפטור, וצ"ל דכוונתו להקשות מטביחה דהוא מעשה מזיק דיתחייב עליה מיהת מדין מזיק ומזה הוכח לו דאדם המזיק בידים נמי פטור בהקדש, ועדיין ק"ק דלעיל בדף מט כתב הרמב"ן דאדם המזיק הקדש פטור ומפיק ליה מקרא דוכי יאכל פרט למזיק ולא הזכיר הראיה מטביחה והכא הביא הראיה מטביחה ולא הזכיר הקרא דוכי יאכל, וצ"ע.

<sup>124</sup> ובפשוטו יש בזה ציור נוסף כשהיה אדם חייב להקדש מנה בשטר ושרף המזיק את השטר דחייב מדינא דגרמי דבממון הניזק ליכא קדושה שאינו אלא חוב בעלמא. [אך אינו ברור אם אפשר להקדיש שטר חוב, עיין ביש"ש בב"ק פ"ד סי' ב שאי אפשר להקדיש חוב וע"ע בחי' רבנו חיים הלוי הל' מכירה פכ"ב, אך עיין בשו"ע יו"ד ס"ז ברמ"א ובמקור הדין בתשובות הרשב"א ושם משמע דבהקדש גמור חל אף באמירה וכ"ש בקנין. ואכ"מ]

ומדיליף לה מבור אלמא דהוא פטור בחפצא ושלא כדבריו בדף נג, ושמא תליא בשני תירוציו בדף מט וצ"ע.

**[הרחבת דברים בדין נזקי הקדש בבור בדעת התוס' איכא לעיונא דהנה הפנ"י בדף נג נסתפק בשור פסוהמ"ק שנפל לבור והוזק אי גם בזה איכא מיעוטא דוהמת יהיה לו או דוקא במיתה, ומדברי התוס' דידן מוכח דהוא גם בנזיקין שהרי התוס' באו ללמוד מבור לכל מזיקים ובודאי לא באו ללמוד ממיתה בלחוד] נאך יש לדחות דממיתה ילפינן לשאר נזיקין בהקדש גמור מיתה וה"ה לנזקי בור גבי הקדש גמור מיתה ודוק] **וכן מסתברא מאוד** שהרי התוס' באו ללמוד מזה פטור הקדש והנה גבי הקדש עצמו ליכא כלל להמיעוט שהרי אף הנבלה שייכת לגמרי להקדש,<sup>125</sup> **ובעל כרחין** דהאי והמת יהיה לו הוא סימנא בעלמא לפטור הקדש, ואם כן מסתברא דקאי הפטור גבי נזיקין נמי, **וכן מוכח להדיא מדברי התוס' לקמן** בדף נג ע"ב דפריך התם בגמ' דניפוך ונימא דקרא דוהמת יהיה לו דכתיב גבי שור ממעט שור פסוהמ"ק וקרא דבור אתיא לבעלים מטפלים בנבילה והקשו התוס' שם דאי ניפוך אם כן למאי איצטריך קרא דשור רעהו ולא של הקדש, והנה אי נימא דגבי נזיקין ליכא פטור אם כן איצטריך קרא לנזיקין, **ועוד מוכח מדבריהם שם** כנ"ל דהפטור אינו משום שאין המת שלו שהרי אם כן בהקדש משכח"ל שהנבילה של הקדש וכנ"ל אלא הפטור דוהמת הוא גילוי לפטור הקדש מנזיקין.**

**ואולם צ"ע בזה מדבריהם להלן** בדף י ע"א שהקשו שם אמאי בעינן מיעוט דשור ולא אדם ולמה לא אתמעט אדם מקרא דוהמת יהיה לו ואדם מת אסור בהנאה, [והא לא קשיא אדבריהם היאך נמעט אדם אם הוא פטור הקדש דסו"ס הדרשא ניתנה לידרש ויתפרש בכל מקום כפי ענינו] **ותירצו בתי' השני** דאיצטריך קרא לעבד ועכו"ם הקנוי לישראל דלא אמעיט מוהמת כיון שמותר בהנאה, **ומבואר מדבריהם** דמצינו למעט אדם לדינא מקרא זה ואם כן יקשה טובא אמאי חייב בור בנזקי אדם, **ועל כרחין** דקרא דוהמת ממעט רק ממיתה ולא מנזיקין וסתרי דבריהם אהדדי, **ועמד בזה הגרש"ש בסי' יא** ותירץ דהך קרא דוהמת אינו סיבת הפטור אלא גילוי ומפרשינן בכ"א כפי ענינו וכלפי פסוהמ"ק דמסתברא דהוא פטור הקדש פטרינן אף מנזיקין אבל גבי אדם דהוא גזיה"כ פטרינן רק ממיתה ועדיין צ"ע. ועיין בגליון תוס' **לר"א מטון** [נדפס בספר שיטת הקדמונים לב"ק] שכתב שם דבור חייב בנזקי שור פסוהמ"ק, וצ"ע.

**ורש"י כתב** לקמן דכולהו נזיקין ילפינן להו משור רעהו, וקשה דהרי גבי בור איכא קרא דפסוהמ"ק, **ויעויין בתוס' בגטין בדף מט** שגם מדבריהם שם משמע דבור ילפינן מאדם, **ותמה המהרש"א על דבריהם** שהרי בבור איכא קרא כמש"כ התוס' דידן, **ולהאמור י"ל בפשיטות** דרש"י וכן התוס' בגטין סברי דמיעוט דוהמת הוא גזיה"כ במי שאין המת שלו ולכן גבי הקדש שהוא בעל הנבלה ליכא כלל מיעוטא וכן נ"מ גבי נזיקין דאפשר דלרש"י הוא פטור רק ממיתה, [כדעת הגליון תוס' הנ"ל] **ואפשר דרש"י סבר** דמיעוט דהקדש הוא כלפי רשות הקדש שאינה יכולה לתבוע נזקיה וא"כ גבי בור אין סברא לפרש דהוא פטור הקדש וטפי מסתברא דהוי גזיה"כ במי שאין המת שלו ודוק.

**בתוספתא בפ"ד הי"א** איתא דשור ישראל שנגח שור הקדש חייב לשלם דמיו לבעלים, ועיי"ש במפרשים שני ביאורים אי אתיא לריה"ג דק"ק ממון בעלים או לר"ש דגור"ל כממון דמי, ואי נימא דפטור הקדש בחפצא הוא אם כן כר"ש לא אתיא **[**

<sup>125</sup> ואם בקדשי הגוף יש לדון דכיון דאין פודים את הקדשים להאכילם לכלבים אף להקדש אין תועלת בנבלה אבל משכח"ל בקדשי בדק הבית [במקדיש בע"ח שאינו ראוי למזבח] דבזה פודין אותם אף להאכילם לכלבים [עי' תמורה יז ע"א] והמת של הקדש.

בגמ' אלא לאומר הרי עלי וכו' עיין בקצה"ח [סי' פז סקכ"א] שהוכיח מהגמ' דבאמירת הרי עלי נשתעבדו נכסיו מדין אמירתו לגבוה שאל"כ אין כאן חוב אלא נדר בעלמא עיי"ש. וכדברי הקצה"ח מפורש ברמב"ן עה"ת בפרשת מטות דבאומר הרי עלי נשתעבדו נכסיו מדין אמירתו לגבוה.

הרש"ש הקשה אמאי לא מוקמינן לה במועל בהקדש דמשלם ממיטב מק"ו, וכבר הקשה כן הרשב"א בגטין ותירץ הרשב"א דגבי מעילה לא בעינן ק"ו דכיון דכתיב בה ישלם הוי בכלל הגז"ש דתחת נתינה. ונראה מבואר מזה דמעילה מדין גזילה היא וכהגר"ח דאל"כ למא ישלם ממיטב ומאי ק"ו להקדש שייך בזה.

בגמ' לא יהא אלא בע"ה השער משפט בסי' קב למד מסוגיין דלא רק הלואה משתלמת מבינונית אלא כל חוב הוי בכלל דין זה ומשום דלא פלוג רבנן דאל"כ מאי קאמר לא יהא וכו' הרי הכא לא הלווה לו ההקדש כלום. ויעיין בקצה"ח בסי' שצא סק"ב שכתב שם דנהנה משלם מזיבורית ולכאורה מבואר מדבריו דלא כהשער משפט, ושמענו להוכיח בזה מדברי הראשונים בגטין שהקשו על הא דתנן בריש הניזקין דכתובת אשה בזיבורית משום תקון העולם והקשו דהרי אינה בכלל נעילת דלת ומדוע בעינן לטעם דתקון העולם, ומבואר מדבריהם דכתובה מעיקרא אינה בכלל התקנה ולכאורה מוכח דלא כדברי השע"מ, ולדבריהם צ"ב מסוגיין, ושם י"ל דאומר הרי עלי הוי כחוב ממש ול"ד לאלו וצ"ע.<sup>126</sup>

#### דף ז ע"א

בגמ' מי שהיו לו בתים שדות וכרמים שיטת רש"י בל"ק דעת רש"י בל"ק היא דהיכא דהוולו נכסיו מחמת דעייל ונפיק אינו מקבל כלל, וביאר רש"י הטעם שהרי שווים נכסיו מאתיים זוז, וצ"ב בשיטת רש"י דמאי שנא מבעה"ב העובר ממקום למקום דאיתא במתני' בפאה פ"ה דמקבל כפי צרכו, וה"נ הכא כיון שאינו יכול למכור אם כן יקבל כפי צרכו, ונבדוק י"ל דכיון שיכול למכור בהפסד לא דמי להתם שאינו יכול למכור כלל, אך צ"ב דסו"ס אם ימכור הרי לא ישאר לו מאתיים זוז ואפוכי מטרותא למא לי כיון דחזינן מהתם עיקר הדין דבעשיר נמי אפשר לפרנסו כשאנו יכול למכור מה טעם נכריחנו למכור שיהא עני ממש [ובתוס' ר"פ כתב בשם רש"י דהטעם הוא משום שהוא פושע וכמש"כ רש"י עצמו בל"ב אכן ברש"י קמן לא נראה כן וצ"ע, ובשיעורי הגרש"ר כתב דאה"נ ואף רש"י מודה שאם אין לו מה לאכול יתנו לו כדי צרכו והכא לא מיירי כה"ג, וצ"ע.

ובתי' הגמ' ביאר רש"י דאינו עשיר כיון שעתה אינם שווים וכו' ואינו עני וכו' והדברים מאוד צ"ב מהו טיבו של זה שאינו עשיר ואינו עני ומהי פשרה זו שיתנו לו מאתיים זוז ולא יותר והרי עני גמור מקבל אפילו אלף זוז ואם אינו עני לא יקבל כלום. ועיין בתוס' ר"פ שהקשה כן, והדברי יחזקאל בסי' מה ביאר דיסוד הדין אף לרש"י הוא מדין בעה"ב העובר ממקום למקום אלא דהכא משלימין לו המאתיים שזה מה שחסר לו [והיינו דעניות ידיה אינה בצרכיו אלא במה שאין לו המאתיים זוז שאינו יכול למכרם ולכן משלימים לו עד מאתיים זוז]<sup>127</sup> ובעי"ז בחי' רא"ל [סי' נה ד"ה וביוקרא] וצ"ע. ועוד צ"ב ללישנא זו מדוע

<sup>126</sup> ועיין ברש"י בגטין דף נ ע"א דבשפאי עדית גובה הניזק מבינונית ולא מזיבורית מפני תקון העולם וצ"ע כוונתו.

<sup>127</sup> ובעיקר דין עני גמור הנוטל אלף זוז יל"ע האם יכול לקבל בלא קצבה וגבול או דגם זה מוגבל לכמה שצריך לשנים הבאות, ובדרך אמונה בפ"ט ממתנו"ע בביה"ל סוד"ה לא יטול כתב דממעשר עני יכול ליטול כמה שירצה דכיון שהוא עני הוא שותף בממון עניים ויכול ליטול אך מצדקה אסור לו ליטול טפי מצרכיו, והנה הרמ"א ביו"ד בסי' רנג פסק כדברי המרדכי דעני שהלך למקומות לחזר אחר מעות ונתנו לו עד שיש לו מאתיים זוז מותר לו להמשיך לאסוף בכל אותם מקומות שהיה דעתו מתחילה לכך, ולכאורה צ"ב דאם גדר הדין דמאתיים זוז הוא שכ"ז שהוא עני יכול ליטול טפי וכשהעשיר אינו יכול ליטול אם כן אין סברא לומר שיוכל כה"ג להמשיך, ומזה נראה דהגדר הוא דודאי אף בעל מאתיים נצרך הוא אלא דכיון שיש לו כדי שנה אחת לא הורשה ליטול צדקה

דוקא עד מחצה. וכתב רש"י דעד מחצה דרך שיוולו ולא יותר וצ"ב דסו"ס אם הוולו טפי למה לא ישלימו לו, וצ"ע.

**והתוס' בפירושם הראשון** סברי כרש"י בל"ק אך פירשו דברי הגמ' באופ"א עיין במהרש"א ותפארת שמואל.

**שיטת רש"י בל"ב לדרך** זו לא מיירי כלל בעני אלא בעשיר שאינו יכול למכור נכסיו מחמת שיפסיד, ולדרך זו ביארו הראשונים דהוי כמו בעה"ב העובר ממקום למקום כ"כ התוס' ר"פ המאירי ורבינו ירוחם, וכשאייקור דכו"ע כתב רש"י דלא יהיבין ליה לפי שהוא פושע, ויש לרד"ק בעני גמור שהעני מחמת פשיעתו אי יהיבין ליה מעשר עני, והעירונו ראייה מפורשת לזה מהגמ' בב"מ דף ט ע"ב דרבנן סברי דבעה"ב מצי זכי לעני משום מגו דאי בעי מפקר נכסיה וחזי ליה, וחזינן להדיא דאף אם יפקיר נכסיו - דאין לך פושע גדול מזה - יוכל לזכות במעשר עני. ובפשוטו צ"ל דהכא הרי יכול למכור בהפסד ולהתפרנס שעשיר הוא אלא דסברא שאין אדם צריך למכור נכסיו בהפסד ושירי מחמת כן ליקח מהצדקה אך היכא דפשע אינו רשאי ואמרינן ליה למכור בהפסד דאיהו דאפסיד אנפשיה אבל עני גמור שאין לו מה יאכל אף בפשע יהיבין ליה.

**ובהזל בתשרי צ"ב** מדוע עד מחצה אין מאכילין אותו וביאר רש"י משום דאורחיה בכך, וצ"ב דסו"ס למה נכריחנו למכור בהפסד ולא ימתין עד ניסן, ובחי' רא"ל [סו"ס נה] ביאר דניסן ותשרי נחשבים כשני שערים לקרקע וקרקע זו מלכתחילה יש לה שני שיוויים אחד לניסן ואחד לתשרי ולכן כאשר הוזל בתשרי לא יהיבין ליה, וצ"ע. [נאפשר לומר דכיון דדרך העולם שמוזל בתשרי עד מחצה מזה חזינן שבאמת זהו שוויו בתשרי דמחמת שאין עתה זמן זריעה הרי יש סיבה אמיתית לזילות הקרקע ומשא"כ בול דכו"ע אז אמרינן שהשווי האמיתי של הקרקע הוא כדלקמיה ועתה נמכר בזול מאיזה טעם, אך צ"ע דלפי זה פליגי תרי לישני דרש"י בסברות הפוכות וגם צ"ע טפי דמיון הגמ' לנזיקין] **ובהזל טפי ממחצה** צ"ל דתלינן שהוזל מחמת זולא דכו"ע ולא מחמת תשרי.

**ושיטת הרי"ף לפי' התוס' כרש"י בל"ב** דמיירי בעשיר אלא דבקושית הגמ' פירש להיפך דאי זל דכו"ע לא יקבל כלום דזה שווים ואי רק ידידה זל יקבל אף אם הוזל פחות ממחצה דאם מוכר יש הפסד בדבר, וצ"ב דפליג ארש"י בסברות הפוכות [ומסתברא דבהזל דכו"ע לא פליגי אלא דרש"י סבר דמיירי שהוזל מאיזה סיבה חיצונית ובאופן שעומד להתייקר דומיא דתשרי ולכן פריך שיאכילוהו עד שיתייקר והרי"ף סבר דהוזל באופן שאינו עומד בודאי להתייקר ולכן לא יאכילוהו כלל, ובזל ידידה פליגי בפושע] **ולדרכו צ"ב** אמאי טפי ממחצה אין מאכילין אותו [ואי משום דזל דכו"ע אדרבה להרי"ף כה"ג אין מאכילין כלל] ועיין בכס"מ [בפ"ט ה"ט ממתנו"ע] שהביא דברי רבינו ירוחם בשם רבינו יונה דכה"ג תלינן שמחמת דחקו אינו מצליח למכרה.

**והרמב"ם פירשה בעשיר כהרי"ף** אך בדין מאכילין אותו עד מחצה פירש דהיינו שמאכילין אותו עד מחצה מדמי שדותיו [ומקולי שניהם נטל, דלרש"י בל"ק דחוק לשון הברייתא דמי שהיו לו בתים שדות וכרמים ודאי לא משמע דהיו שווים רק מאתיים זו ואילו לל"ב ולהרי"ף דחוק הלשון דמאכילין אותו עד מחצה ולהרמב"ם מדוקדק היטב כל לשון הברייתא] **ובטעם הדבר** דמאכילין אותו עד מחצה **ביאר האשכול** [הו"ד במקו"צ ברמב"ם מהדו' פרנקל] דכיון שהוזל מחצה אפשר להאכילו עד מחצה ויוכל אז למכור שדותיו בהפסד מחצה. [וצ"ב מדוע מאכילין אותו עד מחצה ואם הוזלו טפי נאכילו טפי, וצ"ל דכשהוזל טפי ממחצה תלינן שלא

וימתין עד שיכלו מעותיו אך כשהתחיל רשאי להמשיך, ואם כן מסתברא דלעולם לא יטול אלא צרכיו לשנים הבאות ולא בלי גבול.

מחמת תשרי הוול אלא זולא אחרת יש כאן, וקצ"ע שסתם זאת הרמב"ם והרי דבר זה משתנה לפי העתים והמקומות וברמב"ם נראה דהלכה פסוקה היא שאין מאכילין אותו טפי ממחצה] **וע"ע בראב"ד וברשב"א ובחי' רא"ל סי' נד וסי' נה בכ"ז.**

### דף ז ע"ב

**בגמ' וה"נ גבי נזיקין לפי' הל"ק דרש"י** מבואר דמיון הגמ' דכמו דחזינן התם דמחשבינן לשווי דניסן כשווי הקרקע כעת [דמחמת כן אינו ענין] אף גבי נזיקין טענתו טענה שיתן כיוקרא דלקמיה [ניתבאר טפי להלן] **אך לל"ב ולהרי"ף תמוה מאור** דהרי מה שמאכילין אותו הוא מחמת הפסד הדמים כיון שעומד להתייקר ומה למדנו מזה לענין נזיקין, **ויעויין בתוס' ר"פ שביאר** דממה שחזינן שמאכילין אותו עד מחצה והיינו דמשערינן עתה בניסן חזינן דמקרי שוה כסף מה ששוה בניסן, **והדברים אינם מובנים** דסו"ס הטעם שמאכילין אותו הוא מחמת הפסדו שאינו יכול למכור ולא מחמת שעתה שווים כשווי ניסן, **וצ"ע. ועיין בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש** שביאר בזה ודבריו סתומים וצ"ע ג.

**בגמ' אי שקלת כדינך וכו' כיוקרא דלקמיה דברי הגמ' צ"ב** דממ"נ אי שיימינן הקרקע כדהשתא אמאי רשאי ליתן לו הבינונית כיוקרא דלקמיה ואי שיימינן לה כשער ניסן אמאי בדינו יהיב ליה כדהשתא. **ונאמרו בזה שלש דרכים באחרונים א)** **הדרך הראשונה** [נתבאר בחי' הרי"ם כאן באופן הראשון, וכן כתב האבי עזרי פיי"ט ממלוה ה"ד בשם הגר"ז וע"ע באבה"ז בפ"ג משכירות] דבאמת מדין שווה כסף רשאי ליתן לו כשווי ניסן, אלא דמעיקר הדין רשאי הניזק לתבוע כסף ולא שו"כ ומה שיכול המזיק ליתן לו השו"כ הוא מחמת שיכול הניזק למכרו, וכיון שכן יכול לתבוע כדהשתא שהרי אינו חייב להמתין עד ניסן ושווי הקרקע למכירה כעת הוא כדהשתא, **אבל כשבא לתבוע בינונית** הרי על כרחין אינו חפץ למכרה אלא רוצה בה לעצמו וכמש"כ רש"י הטעם משום שהיא סמוכה לשדותיו [ורבינו יונה בב"ב פירש שרוצה בה משום שרוצה טפי פורתא קרקע ואף זה מתפרש רק ברוצה אותה לעצמו] וכיון שכן יכול ליתנה לו בשווי ניסן דבתורת שו"כ זה שוויה האמיתי.

**ולדרך זו צ"ב** קושית הגמ' דאם כן הורעת כחן של נזיקין דהא ליכא הורעת כח, וביארו בזה דמדין הורעת כחן זכאי לתבוע הבינונית כדי למכרה וצ"ע. **עוד צ"ב לדרך זו** סברת הגמ' בכתובת אשה דהרי התם תובעת יותר מדינה ואדרבה רוצה בינונית כדי למכרה טפי בקל, ועל כרחין צ"ל דהתם טעמא אחרינא הוא ולא משמע בגמ' ובסתימת הראשונים שנשתנה הטעם באוקימתא זו וצ"ע. **ובעיקר הסברה יל"ע טובא** דאם שווי החפץ האמיתי הוא כניסן אם כן נמצא שזה שילם מאתיים עבור חוב של מאה והיכן מצינו שחייב לעשות כן כדי שיוכל הלה למכרו וצ"ל דכיון דכל דינו ליתן שו"כ הוא משום שיכול למכרו צריך אף להפסיד כדי לקיים דינו וצ"ע.

**ב) בדרך קרובה לזה** ביאר בדברי יחזקאל בסי' מה [וכ"ה בחי' הרי"ם באופן השני] דבתורת שו"כ יכול ליתן לו כניסן וכנ"ל ומה שבדינו נוטל כדהשתא הוא משום דבדין מיטב נתחדש לו זכות זו ליטול קרקע כדי למכרה ושווי המכירה הוא לפי תשרי, אך לדרך זו צ"ב בבע"ח דלית ליה דין מיטב, וביאר בזה דדין בינונית בבע"ח אף הוא בגדר מיטב דניתנה לו הבינונית כדי שיוכל למכרה. **אך קשה מאוד** בכתובת אשה אמאי תובעת כדהשתא הרי שווי הקרקע האמיתי הוא כבניסן ודין מיטב לית לה כלל, **וביאר הדב"י עפי"ד התור"פ** שכתב דה"ט דיכולה לתבוע בינונית כיוקרא דלקמיה משום דעיקר דינה בבינונית כבע"ח וחכמים תקנו לה בזיבורית וכלפי יוקרא דלקמיה נשאר דינה בבינונית, **ולפי זה ביאר דאף** כשהורידו חכמים זכותה לזיבורית אבל דין מיטב כלפי זה שיכולה לתבוע כדהשתא נשאר על מכוננו,

וביאר זה דחוק ובשגם ששאר ראשונים לא פירשו הגמ' כהר"פ ולדידן אין מקור לסברא זו. גם **נסתרים דבריו מהראשונים** שהקשו בבע"ח דנימא א"א בתקנ"ח.<sup>128</sup>

**ובעיקר דבריו קשה טובא** דהרי נמצא שזה משלם מאתיים וזו בשביל חוב של מאה וזו כדי לקיים דין מיטב, והגע עצמך אם בשביל מיטב אינו חייב לקנות שדה כ"ש וכ"ש שאינו חייב להפסיד מאה וזו משלו כדי לקיים דין מיטב.

**ושתי דרכים אלו** מיוסדות על ההנחה דשווי החפץ האמיתי כבר בתשרי הוא שוויו בניסן, וכתב **הרב"י** דלפי"ז מי שמזיק הקרקע בתשרי משלם כפי שוויה בניסן ושלא כדברי הנתיחה"מ בסי' דש שכתב דמשלם כפי שווי תשרי.

**ושוורש הענין הוא בסוגיא בב"מ דף צט ע"א גבי הנהו שקולאי** דדעת רש"י שם בסוגיא דבבבית ששויה ביום השוק ה' ובשאר יומי ד' ושברה אחד משלם בשאר יומי חמשה כשויה ביום השוק, **והראשונים שם חולקים** וסוברים דמשלם ד', **ותמיהו האחרונים** מדוע ישלם כיומא דשוקא הרי עכשיו שוה ד וכשהזיק בשאר יומי קי"ל דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה. ועיין **בקצה"ח בסי' דש** שביאר דהוא משום דהוי גורם לממון מה שיכול למכרה ביום השוק בה', **ובנתיחה"מ שם** ביאר משום דמיירי בסבל שהוא שומר עיי"ש מה שביאר בזה.

**והאבהא"ז בפ"ג משכירות** ביאר בדעת הרמב"ם כרש"י, וביאר שם הטעם משום דשווי החפץ הוא כפי שעומד לימכר בזמן המכירה העיקרי שהוא יומא דשוקא וכן בסוגיין שער המכירה הוא כפי ניסן שהוא זמן המכירה ומזה יסד ביאורו בסוגיין, **והדברי יחזקאל** נראה מדבריו שדוקא הכא גבי ניסן משלם כיוקרא דניסן משום דמה שבתשרי הוא מוזל הוא משום שאין מוכרים וקונים אבל אינו זולא אמיתית ומשמע מדבריו שלא דמיא ליומא דשוקא ולכן השיג על הנתיחה"מ שדימה סוגיין להתם אבל לא הקשה בעצם הדין דהתם.

**וביאר האבהא"ז בסוגיין צ"ע לפי"ז** שהרי סו"ס רוב הראשונים חולקים על רש"י וסוברים דמשלם כהשתא, ולדבריהם יקשה מה טעם משלם בינונית כיוקרא דלקמיה, [ואף בדעת רש"י ביאורו אחרונים באופ"א ואינו מוכרח שחולק בזה] ומש"כ הרב"י דהכא שאני קשה מדברי הטור שהעתיק לדין הסוגיא ולא הזכיר כלל ענין ניסן ותשרי. וכתב בסתמא דכל דבר שעתה הוא זול ועומד להתייקר משלם כדהשתא בנוזיקין ובע"ח ומשמע דלא שנא ניסן ותשרי משאר יוקר וזול.]

**ודרך שלישית בסוגיין נראה דיעויין בחזו"א** [סי' ג סק"ג] **שביאר** דהכא באמת עיקר דין תשלומו הוא כדהשתא ומה שמשלם כיוקרא דלקמיה הוא משום שנוטל שלא כדינו, [והיינו דלפי דברי האחרונים הנ"ל שורש החילוק הוא במה שנוטל הבינונית אך החזו"א פירש דמחמת שמשנה מעיקר דינו לכן מפסיד] וכה"ג מפסיד ליטול כיוקרא דלקמיה, **וכן מבואר מדברי תלמיד הרשב"א והרא"ש בסוגיין** שכתב דבינונית נוטל כיוקרא דלקמיה משום דלא רמי שיעבודיה עלה.

**אלא שהדברים צ"ב, חדא** דממ"נ אם זכותו ליטול בבינונית מק"ו כמש"כ רש"י אם כן למה חשיב שלא כדינו ואם אינו דינו לא יטול כלל, [והחזו"א כתב כן לדעת הרא"ש שנוטלה משום גילוי דעת ולדרך זו ניהא טפין] **ועוד צ"ב** דסו"ס אם רשאי ליטול למה יטול כיוקרא דלקמיה אחר שדין גוביינא בעלמא הוא כדהשתא. **ונראה הסברא בזה** דכשבא ליטול כשווי הקרקע עתה הרי הוא מפסיד ללווה שרוצה להמתין ולמכרה בזמן היוקר אלא שאעפ"כ גובה כדהשתא כיון שזמן פרעונו הוא עתה אבל כשהוא בחר

<sup>128</sup> דהנה התוס' ר"פ [הו"ד בשטמ"ק] הקשה בבע"ח אמאי ס"ד דבזיבורית נוטל כיוקרא דלקמיה לימא הבע"ח אי אפשר בתקנת חכמים שתקנו לי בינונית ואז יהיה עיקר דינו בזיבורית, וכתב הרב"י דלדרכו לק"מ שהרי אם יחזור לעיקר דינו כבר לא יהיה לו כלל דין מיטב, אכן קושיא זו הקשו אותה התוס' ר"פ, תוס' תלמיד ר"ת, הרא"ש בשטמ"ק בשם הריב"א, והמאירי. וחזינן מדברי כולם דלא כהרב"י.



הבינונית והניזק רוצה ליתן לו עדית אחרת נמצא שהוא רוצה להכריחו למכור לו קרקע זו ואף שרשאי לעשות כן אבל בזה סברא שימתין עד שעת היוקר או שיקחנה עתה כשוויה בשעת היוקר. נלשון הטור ושו"ע בסי' תיט ואם יש לו שני עידי' אין הניזק יכול לומר לו תן לי מעידית פלוני וכו' אבל כשהמזיק חפץ ג"כ ליתן לו העידית שבקש אלא שהיא עתה בזול וממתין עד שתתייקר ואומר אם תרצה אותה קחנה כפי מה שעתידה להתייקר אין שומעין לו וצריך ליתנה לו כפי מה שהיא שוה עתה עכ"ל ומשמע מזה דיסוד טענת המזיק היא שחפץ להמתין ולכן אומר לו אם תרצה ליטלה עכשיו טול כיוקרא דלקמיה וכמש"נ<sup>129</sup>]

**מחלוקת הראשונים אי יכול לכופו לבינונית מדברי רש"י בסוגיין** מבואר שלמד מהסוגיא שהניזק יכול לכופו ליטול בינונית בע"כ של מזיק, וכן כתבו התוס' ושאר לקמן [בדף ח ע"ב ד"ה אבל וכו'] והוכיחו כן מסוגיין, ואולם יעויין ברא"ש שהקשה דהרי אף בשתי עידי' יכול המזיק לבחור ליתן איזה שירצה והיאך יוכל לכופו ליתן לו בינונית לא תהא הבינונית עדיפה מעידית שאינו יכול לכופו בה, ולכן ביאר הרא"ש דסוגיא דהכא טעמה משום גילוי דעת, דכיון שגלה בדעתו שרוצה למכרה אלא שרוצה לדחקו ליטלה כיוקרא דלקמיה בזה אין שומעין לו וחייב ליטלה כדהשתא.

**ובדעת רש"י ושאר באמת צ"ב** מה טעמא יוכל ליטול הבינונית ולכופ המזיק ע"ז, ויעויין במאירי שביאר בזה וז"ל שהרי התורה זיכתהו במיטב ומה שרוצה בו הוא הוא המיטב וכו' עכ"ל. והדברים צ"ב דסו"ס למד לא ידחהו ממיטב למיטב וצ"ע. וי"ל בדעת רש"י בשתי דרכים: א) יעויין ביש"ש שביאר בזה וז"ל כי מה שעותה התורה ליתן מעידית לטובת הניזק. א"כ כמו שלא יוכל לסלקו מעידית לבינונית, ואפי' לעידית דעלמא. רק לעולם מן המובחר שלו צריך ליתן. ג"כ ממילא מבינונית לעידית. שאם נראה בינונית או זיבורית בעיני הניזק הרשות בידו, ונקראת לו עידית. ונהי דהדין עמו שיכול לדחותו מעידית לעידית. אבל כה"ג יכול לומר זה עידית בעיני, מאחר שנותנים לי יותר במידת הקרקע. עכ"ל ולכאורה הדברים צ"ב דלו יהיה שהיא עדית סו"ס הרי יכול לדחותו מעידית לעדית ומה עדיף הבינונית וצ"ל דכיון דהבינונית יש בה טפי קרקע יש בזה מעליותא וסברא היא דכמו שיכול הניזק לתבוע המעליותא דמיטב דקפצי עליה זבינא יוכל לתבוע המעליותא דבינונית שיש בה טפי קרקע ואפשר דזו כוונת המאירי הנ"ל.<sup>130</sup> ולפי סברא זו היכא שיש לניזק שתי בינוניות יוכל לדחותו אצל בינונית אחרת אף שאינו יכול לדחותו אצל עידית. ויש קצת מקור לסברא כזו בדברי הראשונים.<sup>131</sup>

<sup>129</sup> וי"ל בזה דבר נחמד בדברי רש"י שכתב בד"ה והכא נמי וכו' שהזיק בתשרי וכן גבי כתובת אשה בד"ה לכתובת וכו' וכגון שנתן לה גט בתשרי, ויש לדקדק בדבריו דהרי בפשוטו הוא תלוי אימת באת לגבות כתובתה וכן בניזק תלוי בשעת הגובינא ולמה כתב דהזיק ונתן גט בתשרי, ולהאמור י"ל דהיכא שהיה הנזק או הגט בניסן ויכול היה לגבות אז והמתין עד תשרי סברא גדולה היא שלא יוכל לכופו בדהשתא כלל שהרי יאמר לו הלה אם היית בא בזמנך הייתי מוכרה הקרקע ביוקרא ועתה איני צריך להפסיד מחמת שהמתנת, וכיון שהמתנת עד תשרי תמתין עוד עד ניסן הבא, ולכן העמידה רש"י שהזיק ונתן גט בתשרי דאז גובה כדהשתא.

<sup>130</sup> ומדברי המהרש"ל שהועתקו בפנים נראה דהיה פשוט לו דבין שתי עדיות הבחירה ביד המזיק וכמש"כ להדיא דנהי דיכול לדחותו מעידית לעדית וכו', אך תיכף להלן שם כתב להדיא להיפך דהבחירה ביד הניזק לבחור איזה שדה שירצה וכן הביא גם הש"ך משמו בסי' תיט ס"ב וכתב הש"ך דהיש"ש פליג על דינו של הרא"ש דבשתי עדיות הבחירה ביד המזיק. ועיין היטב ביש"ש בפנים דזה נראה כסתירה מיניה וביה וצ"ע. גם עצם הדברים שיקח מה שירצה צ"ע שאם כן לא דין מיטב נאמר כאן אלא דין יד הניזק על העליונה לבחור לו מנכסיו של מזיק מה שירצה וצ"ע. גם קשה דאם כן במטלטלי נמי נימא כן אף דכל מילי מיטב יקח מה שירצה והיאך משכח"ל דפורעו סובין, וצ"ע.

<sup>131</sup> דהנה הקשו הראשונים [תוס' ר"פ ותוס' תלמיד ר"ת ועוד] דיאמר הבע"ח א"א בתקנ"ח ויהיה עיקר דיני מהזיבורית, וקושייתם צ"ב דהרי אי לית ליה דין בינונית הרי דינו הוא שיכול הלווה לדחותו בכל מה שירצה

(ב) ואולם יעוין ברבינו יונה בב"ב בדף מז סוע"א שכתב שם וז"ל דכי אתי בעל חובו מהיכא דניחא ליה לשקול וכו' שמא מלוה יחפץ מן הזבורית, דאיכא דניחא ליה בקרקע מרובה אף על פי שהיא זבורית מעידית וקרקע מועט, כדאמרינן בבבא קמא הב לי זבורית טפי פורתא כו'. ומלוה מהיכא דניחא ליה לשקול רצה בבינונית רצה בזבורית כדאמרינן בפרק ארבעה אבות אם כן נעלת דלת בפני לוין דאמר אלו הוו לי זוזי הוה שקילת זבורית כדהשתא השתא אשקול כיוקרא דלקמיה, מיהו בשדות בינונית אין בידו לברור אלא ביד הלזה ליתן לו איזו בינונית שירצה. אבל בזבורית נראה לי שביד המלוה לברור וליטול איזה מהם זבורית שיחפץ בה לפי שנתנו ברירה בידו עד בינונית משום נעילת דלת כמו שנתנה התורה הברירה ביד הניזק עד מיטב עב"ל. ולמדנו מדבריו שיכול הניזק להכריח את הלזה ליתן לו איזה בינונית שירצה הוא ודלא כמו שלמדנו מהמהרש"ל והטעם לזה ביאר משום דהתורה נתנה הברירה בידו עד מיטב, ונראה כוונתו דממה שיכול להכריחו ליתן לו מיטב אף שגם בינונית פירעון היא ש"מ שהברירה ביד הניזק וידו על העליונה אלא שבשתי עדיות אם יוכל לבחור איזה שירצה נמצא שזכותו היא טפי ממיטב שהרי הלה נותן לו מיטב אחרינא ומזה חזינן שבין שתי מיטב יכול המזיק לבחור לעכב בידו המיטב האחד אבל בבינונית אין לו זכות לעכב כלל ודוק.<sup>132</sup>

[וצ"ע אם יש לפרש כן בכוונת המאירי].

**ובדעת הרא"ש צ"ב טעמו** מדוע במקום גילוי דעת צריך ליתן לו מה שאין דינו בה, וצ"ל דכיון דנותן לו שו"כ כל עדיפותו של המזיק על הניזק הוא מחמת שרוצה הקרקע לעצמו אבל היכא שרוצה למכרה עדיף זכות הניזק שיוכל לתבוע מה דניחא לו בה טפי דכיון שסו"ס אינו נותן לו מעות אלא שו"כ ודאי יתן לו מה שלבו חפץ טפי כיון דבלא"ה אינו רוצה לעכבה לעצמו ודוק. ויעוין ביש"ש שהקשה על הרא"ש דלמא רוצה למכרה רק כיוקרא דלקמיה אבל בשער דהשתא עדיף לו לעכבה לעצמו, והחזו"א [סי' ג סק"ג] ביאר דא"נ ומיירי כשמודה שרוצה ליתנה רק שואל הדין אם חייב ליתן לו כדהשתא וצ"ע, ואפשר עוד דהכל לפי ראיות עיני הדיינים דאם באמת אפשר שרוצה לעכבה ורק במחיר יקר רוצה למכרה יוכל לעכבה וצ"ע.<sup>133</sup>

ומהיכי תיתי שיש לו זכות בזיבורית וגם מה טיבה של זכות זו הרי מקבל את הגרוע ביותר, וצ"ל דסברא הוא שזיכודו שאם דינו לקבל אף זיבורית לכה"פ יוכל לדרוש את הזיבורית ולא יוכל הלה לדחותו ממנה והיינו כנ"ל דאף לזיבורית יש לה מעלה בזה שיש בה טפי קרקע ונתנו לו המעלה הפחות ביותר אבל בה לכה"פ זכה ואם כן י"ל דק"ו שלניזק יש המעלה הזו מק"ו.

<sup>132</sup> ויעוין בש"ך בסי' קיט סק"ו שכתב דבע"ח שהתנה לגבות מעדית ומכר הלזה את העדית דגובה אז מבינונית יכול המלוה לבחור איזה בינונית שירצה, ובפשוטו אזיל הש"ך בשיטת רבינו יונה שנוכר בפנים, נולפי זה יוצא שלדעת הרמ"א בסי' קב שפסק כהרא"ש לא יוכל המלוה לכפותו והש"ך אזיל בשיטת השו"ע וכן משמע בלא"ה מדברי הש"ך בסי' קב סק"ב]

**ואולם יעוין בנתי"מ** בסי' קב סק"א שכתב דבע"ח בעלמא שאין לו הבינונית אין יכול המלוה לכופו דאף אם יאמר המלוה דקרקע זו עדיפא טפי הא הוי כעדית וזיבורית ודינו בזיבורית, אך ביש לו עדית וזיבורית בזה יכול לכפותו באיזה זיבורית שירצה דאז הקרקע שרוצה הוי כבינונית. ומבואר מדבריו שהבין טעמו של הש"ך משום דכשרוצה קרקע זו דוקא הוי אצלו כמעליא טפי והוי כעדית [או כבינונית לגבי זיבורית] ובהכרח שפירש סוגיין כמהרש"ל ולא כרש"י, ולפי זה בנידון דרבינו יונה לא יוכל המלוה לבחור כלל דבאופן שדנו הש"ך והנתיבות הרי אין ללוה הקרקע שדינו של מלוה בה, אבל בציור דרבינו יונה שהמזיק רוצה ליתן העידית הרי לא יועיל כלום מה שיאמר הניזק שאצלו היא כעדית דיאמר לו המזיק הרי אני נותן לך עדית אחרת ומאי אמרת דאתה רוצה בינונית משום דהיא טפי פורתא אם כן הבחירה ביד המזיק ודוק היטב.

<sup>133</sup> ולהאמור בפנים בדברי הרא"ש דגדר הדין דמעיקרא זכות הניזק ליטול אלא שזכות הניזק לעכבה לעצמו היכא שרוצה גוף הקרקע לעצמו אם כן כל שגלה בדעתו שמוכן למכרה בשוויה אינו רשאי להחזיקה לעצמו שהרי הוא מחזיקה לא מחמת שימושיה אלא כשו"כ כדי למכרה ולהשיג כסף וחפץ בה וליתן העידית מחמת שרוצה למכרה

ויל"ע לדעת הרא"ש בגילוי דעת אי מהני ליטול יותר מדינו, דיעויין בטור שהביא שלש דעות בזה: דעת הראב"ד דלא מהני גילוי דעת כלל. דעה שניה שיכול ליטול במקום גילוי דעת כדהשתא. [עייין בחי' הראב"ד בסוגיין שהביא שתי דעות אלו] ודעה שלישית שיכול ליטול במקום גילוי דעת כיוקרא דלקמיה. ושורש המחלוקת בין הדעה השניה לשלישית יתבאר להלן בסוגיית הגמ' גבי כתובת אשה, אבל הא מיהת סברי הני ב' שיטות אלו דמהני גילוי דעת ליטול עדית עכ"פ, ודעת הראב"ד דלא מהני גילוי דעת כלל ליטול טפי מדינו, [ומחלוקת הראב"ד ושתי השיטות צ"ב ונראה לבארה להנ"ל דהך יסוד דחזינן מדברי הרא"ש דעד כמה שאינו רוצה לעכבה לעצמו חייב ליתן הכל סובר הראב"ד דכ"ז הוא עד דינו אבל ביותר מדינו אין לו זכות כלל וכמו דיכול ליתן לו שו"כ אף דאית ליה כסף כמו כן גבי יותר מדינו יכול ליתן לו דינו ולא ליתן לו יותר מדינו והדעה השניה סוברת דסו"ס כיון דנותן לו שו"כ ביד המלוה לבחור מה שירצה ולא יוכל לעכבנו כלל אבל כסף אינו חייב ליתן לו ודוק]

**ובשתי עידיות** כתב הטור בסי' תיט דכשגלה בדעתו שרוצה ליתן לו יכול הניזק לבחור איזה משתייהן שירצה כדהשתא, **וכן מוכח מדברי הרא"ש** שהרי הרא"ש הקשה על רש"י מעדית ועדית, ואם לדידיה נמי ל"ד עדית ועדית לעדית ובינונית אם כן מאי קשיא ליה ארש"י, וכ"ש לפי מש"כ בקיצור פסקי הרא"ש וכ"ה ברא"ש להגרסא דבע"ח בעדית נמי יכול לתבוע עדית במקום גילוי דעת וכ"ש ניזק.

**ויעויין בסמ"ע בסי' תיט שהביא דברי הלבוש** שהשיג על הטור והקשה דהרי כשיש לו כסף וסובין יכול ליתן לו סובין ולמה כאן יוכל המזיק לבחור בין שתי עדיות. ועייין בש"ך **שהכריע כהלבוש**. וקושיא **הלבוש לכאורה תמוה** שהרי התם לא מיירי במקום גילוי דעת ובלא גילוי דעת פשיטא שהמזיק נותן איזו שירצה, אך **הקושיא פשוטה** שהרי בכסף ל"ש לומר שרוצה לעכבו לעצמו מחמת שחביב לו וכיון דבשתי עדיות מחמת שנותן לו שו"כ עד כמה שרוצה למכרה חייב ליתננה אם כן כסף נמי יתן לו. **ולאטור צ"ל כנ"ל** דכסף שאני ואינו חייב ליתננו אבל כשנותן שו"כ זכות הבחירה ביד הניזק כל שאינו רוצה לעכבה ודוק.

**בגמ' דכתובת אשה וכו' ואי אמרה וכו' דברי הגמ' מאוד צ"ב** דהרי כתובת אשה מן הדין בזיבורית ואיזו זכות יש לה לתבוע הבינונית כיוקרא דלקמיה ולמה לא יאמר הבעל איני חפץ ליתנה כלל או ייקר דמיה פי עשרה. **ומצינו בזה שלש דרכים בראשונים: א) בתוס' תלמיד ר"ת כתב** דאד"נ ודין הגמ' ל"ד אלא הגמ' באה לומר דאי איכא לדמויי הוא בציור כזה אבל באמת יכול הבעל שלא ליתן הקרקע כלל, **וכ"כ היש"ש וכ"כ התומים**.<sup>134</sup> **ב) התוס' ר"פ תירץ** דכתובת אשה מן הדין בעידית למ"ד כתובת אשה מן התורה בעדית או בבינונית לכה"פ מדרבנן כמו בע"ח אלא שרבנן הורידוה לזיבורית מחמת דיותר משהאיש רוצה לישא וכו'.<sup>135</sup> וכיון שכן כלפי גוביינא כיוקרא דלקמיה נשאר זכותה לגבות בבינונית.<sup>136</sup>

אח"כ ובזה זכות הניזק עדיפא שיהיה קרוב לכסף אצלו טפי מאצל המזיק שהרי עיקר דינו בכסף וכנ"ל, וביותר שהרי למזיק אין הפסד ממון בזה שאם יתן העידית נמי יצטרך ליתנה כהשתא אלא שהוא חפץ למכור העידית לקמיה וגם את הבינונית כיוקרא דלקמיה והטעם שרוצה לעשות כן הוא מחמת שרואה שהניזק חפץ בעידית שאל"כ ודאי ניחא ליה טפי ליתן הבינונית כהשתא שמצא לה קונה ואח"כ ימכור העידית כיוקרא דלקמיה ומש"כ היש"ש שאם אינו מוצא קונה ביוקרא דלקמיה חפץ בה לעצמו אינו טענה שהרי בשוויה דלקמיה מוכן למכרה והוא שוויה אלמא בשוויה אינו חפץ בה.

<sup>134</sup> וכ"נ דעת הראב"ד, עייין בחידושי לסוגיין ודוק.

<sup>135</sup> ולכאורה ביאור דבריו דכיון דלא שייך באשה נעילת דלת מה"ט דיותר משהאיש אם כן מעולם לא תקנו לה בבינונית ומוכח מדבריו דגדר התקנה היה שכל חוב ממון נגבה בבינונית. ועייין מש"כ בזה לעיל בדף ז ריש ע"א מחלוקת אחרונים בזה וראית השע"מ מהגמ' שם.

ג) לדעת הרא"ש הגמ' מבוארת בפשיטות דכיון דגלה דעתו שרוצה למכור לה הבינונית זכותה בבינונית אך בזה גובה כיוקרא דלקמיה. ויעויין בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש שמבואר מדבריו כן דלהרא"ש אתיא הגמ' כפשטה.

**ולמדנו מעתה דלדרך הרא"ש** מבואר מסוגית הגמ' דאף ביותר מדינו רשאי בע"ח לתבוע כיוקרא דלקמיה במקום גילוי דעת וראה לעיל שהובא המחלוקת בטור ובמש"כ שם, ואמנם **מפורש בסוגיא** דבכתובה אינה נוטלת אלא כיוקרא דלקמיה כיון שלא נוטלת כדינה. ובבע"ח הובאו שתי דעות בטור, **ושורש מחלוקתם בגרסת הגמ'** לעיל בבע"ח דאי גרסינן לעיל 'או בעדית' אם כן מפורש בגמ' דגובה יותר מדינו כדהשתא ואמנם אין זה סתירה לדין כתובת אשה שהרי מפורש הטעם בגמ' משום נעילת דלת וזה ל"ש בכתובת אשה ואי לעיל לא גרסינן 'או בעדית' היינו טעמא משום דבעדית ל"ש כלל נעי"ד ולכן גובה כדהשתא **והטור הכריע כדעה** הסוברת דגובה כיוקרא דלקמיה **וכן כתב בקיצור פסקי הרא"ש** [להטור] והיינו דלא גרסינן לעיל 'או בעדית' וכמש"נ.

**שיטת התוס' בסוגיין עיי"ה בתוד"ה הב לי וכו' ובתוד"ה לכתובת וכו' ולקמן דף ח ע"ב בתוד"ה אבל וכו' ויעויין בב"י בסי' קב** שכתב להכריע כדעת הראב"ד בטור הסובר דלא מהני גילוי דעת ליטול יותר מדינו. **וכתב הב"י** דהתוס' נמי סברי כשיטה זו, ובפשוטו כוונת הב"י משום שהתוס' לא גרסו גבי בע"ח 'או עידית' ולמד הב"י שלא גרסינן כן משום שאינו יכול לתבוע יותר מדינו, **וכן דעת הגידו"ת** [בשער ד ח"ג] בשיטת התוס'. **ודעת הב"י והגידו"ת צ"ע בתרת: א)** דיעויין בתוס' ר"פ שבאמת כשדחו גרסא זו הקשו בתרתי חדא דלא היה ס"ד דיטול כיוקרא דלקמיה, **ועוד** דמסקנת הגמ' דאם כן נעלת דלת לא אתיא שפיר דבעידית ליכא נעילת דלת, **ואולם התוס' דידן לא הקשו כן** אלא רק הקשיא הב' מהמסקנא ואם כן אדרבה משמע מדבריהם דשיטול כיוקרא דלקמיה נחא להו וע"כ היינו משום גילוי דעת. **ב) ועוד קשה** דהרי בכתובת אשה מפורש בסוגיא דנוטלת כיוקרא דלקמיה ודחוק לפרש בדעת התוס' שהבינו דהטעם הוא כהר"פ משום שעיקר תקנתה היה בבינונית דכל כה"ג הוה להו לפרש ולא לסתום, **וביותר שהתוס' כתבו להדיא דהמ"ל דבע"ח בעידית שקיל כיוקרא דלקמיה והא אמאי**, [והן אמנם דבשטמ"ק הובא דברי התוס' רא"ש בשם רבינו מאיר שביאר דלמ"ד בע"ח בעידית מן התורה כשעקרוהו חכמים לבינונית נשאר לו הזכות ליטול עידית כיוקרא דלקמיה ועה"ד שפירש הר"פ [וכן בתוס' רא"ש שם] בכתובת אשה אך בדעת התוס' קשה לומר כן חדא מדסתמו ולא פירשו וכנ"ל ועוד דמשמע מדבריהם דאף להלכה נוטל בעידית כיוקרא דלקמיה והרי קי"ל כעולא ובעיקר דמה דחקם לומר דסוגיין לאו דוקא וה"ה דהמ"ל בע"ח ולא פירשו דסוגיין כהלכתא דבע"ח בזיבורית מן התורה] **וע"כ צ"ל** וכ"כ התומים דהב"י הביין לדעת התוס' דהגמ' גבי כתובת אשה לאו דוקא וה"ה דכיוקרא דלקמיה נמי אינו חייב ליתן לה וכמש"כ התוס' תלמיד ר"ת. ואין בזה תשובה לשאלה הראשונה ששאלנו דסו"ס אין ראייה מהתוס' דל"מ גילוי דעת ליטול כיוקרא דלקמיה וצ"ע.

**והתומים ביאר דהתוס' סברי כשיטת הרא"ש** דמהני גילוי דעת ואפילו ביותר מדינו ליטול מיהת כיוקרא דלקמיה [ולא דחו התוס' גרסת עידית אלא משום דליכא לתקוני בה שיטול כדהשתא משום דנעילת דלת וכנ"ל] **ואולם קשה בזה מדברי התוס' לקמן בדף ח ע"ב** שביארו דמסוגיין חזינן דיכול הניזק והבע"ח ליטול

<sup>136</sup> בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש הובא תירוץ זה בשם רבינו מאיר [וכ"ה בתוס' רא"ש בשטמ"ק] והקשה על זה דאם כן לעולם כתובת אשה בבינונית ולא משכח"ל תקנת זיבורית אלא בתשרי, והיינו דהבין דאין טעם לומר דדוקא במקום דאיכא יוקרא דלקמיה גובה בבינונית אלא דלעולם גובה בבינונית אלא שלא תקנו לה לגבות בזה כדהשתא ואם כן בעלמא דאין נ"מ גובה מבינונית ודוק.

בע"כ פחות מדינו, וקשה דאם כן מנא לן דמהני גילוי דעת ובשלמא הרא"ש למד כן לשיטתו מסוגית הגמ' כיון דס"ל דאינו נוטל בע"כ אבל להתוס' ליכא מקור לזה.

**וכע"ז הקשה התומים בסתירת דברי השו"ע** דבסי' קב הכריע השו"ע כהראשונים הסוברים דיכול לכפותו בפחות מדינו, **ואולם בסי' תיט פסק** דבשתי עידיות וגלה המזיק בדעתו שרוצה ליתן האחת כיוקרא דלקמיה יכול הניזק לכפותו וליטלנה כדהשתא, **ותמה התומים** דכיון דבסי' קב פסק דמהני כפיה אם כן אין מקור מסוגיין דמהני גילוי דעת ולמה פסק השו"ע דמהני.<sup>137</sup> **ואולם יש ליישב** דבאמת מדין ניזקין ובע"כ ליכא מקור מסוגיין אבל מדינה של כתובת אשה מוכח כן והיינו דהשו"ע מיאן לפרש דהטעם הוא משום דמעיקר דינה בבינונית כהר"פ וגם מיאן לפרש דסוגית הגמ' לאו דוקא ואם כן הרי לן גמ' ערוכה דמהני גילוי דעת, **ולכאורה יש לפרש כן גם בדעת התוס' וכנ"ל**.

**ואולם השתא קשיא איפכא** וטובא קשיא, **ועמד הגר"נ זצ"ל בקושיא** זו שהתוס' לקמן בדף ח הוכיחו מסוגיין לדין כפיה ואי סברי התוס' דמהני גילוי דעת וכהרא"ש אם כן היאך הוכיחו מסוגיין דמהני כפיה הא איכא לפרושי סוגיין משום גילוי דעת, ואם כן מוכח מהתוס' דלא מהני גי"ד כלל ודלא כהרא"ש ושוב צ"ב היאך פירשו לסוגיין גבי כתובת אשה.

**והגר"נ הקשה עוד בדקדוק דבריהם** דלקמן שהוכיחו מסוגיין והוכיחו כן ממסקנת הסוגיא דקאמר משום נעי"ד ולמה לא הוכיחו מעיקר הדין דיכול לטול כיוקרא דלקמיה נובאמת דל"ק כ"כ דהתוס' הביאו הדין כפי שהוא למסקנת הגמ' דנוטל כדהשתא ובאמת י"ל דגם מהס"ד מוכח, גם להס"ד יש לדחוק כפי' תלמיד ר"ת גבי [כתובה]

**וי"ל בזה היטב** דחדא מתרצתא בחברתה דהתוס' באמת לא הוכיחו מהס"ד משום דאיכא לדחויי דמהני משום גי"ד דהתוס' נמי סברי דמהני גי"ד וכהרא"ש וכמו שמוכח מסוגית הגמ' גבי כתובה, **אבל הוכיחו מהמסקנא** משום דהיה פשוט להו דמשום גילוי דעת אין סברא שיטול כדהשתא וליכא בזה משום נעי"ד ודלא כהרא"ש.<sup>138</sup>

**בדין נתבע שחפץ ליתן יותר מדינו יעויין בראשונים בסוגיין** [תוס' ר"פ תוס' תלמיד ר"ת תוס' רא"ש בשטמ"ק ומאירין] שהקשו גבי בע"כ דיאמר הבע"כ אי אפשרי בתקנ"ח שתקנו לי בינונית ויהיה דיני בזיבורית ואגבנה כהשתא, **ובעיקר קושיתם צ"ב** דבפשוטו דין זיבורית דבע"כ מן התורה אינו שדינו בזיבורית אלא דהלואה רשאי ליתן לו איזה דבר שירצה ואם כן יוכל לכפותו לקבל בינונית על כרחו ולא יקבל הזיבורית לא כדהשתא ואף לא כיוקרא דלקמיה נולהרא"ש בגילוי דעת אפשר שיקבלנה כיוקרא דלקמיה אבל עכ"פ לא כדהשתא **ובאמת יעויין במאירי** שתירץ כן קושית הראשונים, **ודעת המקשים** דכיון דדין הבע"כ בזיבורית מסתברא שנתנה לו תורה זכות לקבל קרקע כדינו ולא יוכל לדחותו אצל קרקע אחרת וביאור הדברים דאף לזיבורית איכא מעלה כנגד בינונית במה שמקבל יותר קרקע וכן לבינונית כלפי עדית

<sup>137</sup> ועיי"ש בסי' תיט שכתב הגר"א שם דהוא כשיטת הרא"ש ותמוה שהרי השו"ע לא פסק כהרא"ש ושמא כוונת הגר"א בזה באמת להקשות סתירת דברי השו"ע.

<sup>138</sup> ושני טעמים בדבר חדא י"ל דבדבר שאירע אחר ההלוואה שגילה בדעתו ואלמלי גי"ד לא היה נוטל כלל קרקע זו ליכא נעי"ד ועוד י"ל דהרי היש"ש הקשה על הרא"ש דגלי דעתיה כיוקרא דלקמיה אבל למכרה בשוויה לא גילה וכלפי זה חביבה היא אצלו להשאירה קמיה וכן י"ל דהתוס' סברי כן ולכן הוכרח להו דלמסקנא הוא מדין כפיה. ולפי זה יש לפרש דבריהם בסוגיין שכתבו דא"א לגרוס או בעדית משום דעל זה לא תיכון קושית הגמ' דא"כ נעלת דלת שהרי אין דינו בעדית. ויתפרש כוונתם דהרי בעדית אינו זוכה אלא מפני גילוי דעת ואין דינו בה ולכן לא שייך גם נעילת דלת וכנ"ל.

אלא דמעלת מיטב עדיפא ולכן ניזק מקבל מעלת מיטב ובע"ח מקבל מעלת בינונית שהיא פחות וכתובת אשה בזיבורית אך כל אחד מהם זכה במעלה ידידה ולא יוכל להמירה].

**ומדבריהם למדנו** דאף בבע"ח אם רוצה המלוה בבינונית והלווה רוצה לדחותו אצל עדית הדין עם המלוה, **ועיין בחי' הגרש"ר** [סי' ז אות ב] שעמד בחקירה זו [ומקור הנידון בשער משפט]

**בגמ' אלא וכו' כל מילי מיטב משמע מדברי הגמ'** דמעלת המיטב בקרקע הוא במה שניתן למכרה במהרה דקפצי עלה זביני, וכן במטלטלי דאי לא מזדבן הכא, ולפי זה לו יצוייר שיש עדית שקשה למכרה ובינונית דקפצי עלה זביני [כגון שהעדית רחוקה מהעיר וכיו"ב] תהא הבינונית למיטב והעדית פחות ממיטב וצ"ע. **ודע** שהאחרונים חקרו [אבנ"ז אהע"ז סי' שפז ודברי יחזקאל סי' לח] בדין שו"כ ככסף [שנלמד מקרא דשיב] האם דינו מחמת שהוא בעצמותו שוה כסף או מחמת שיכול לקבל תמורתו כסף. **ובפשוטו** אין מסוגיין ראייה לדבר זה דאפשר שענין שו"כ הוא מחמת שוויו אך דין מיטב מעלתו הוא במה דקפצי עליה זביני. ומ"מ נראה פשוט דא"א לפרוע כלל חוב נזיקין והלוואה בעל כרחו בשו"כ שלא יוכל הלה למכרו. [אך במקום שנותן שו"כ מדעת שניהם מהני נתינת דבר כזה ליחשב ככסף כגון בקידושין בשחוק לפני ורקוד לפני ומוכח דמעלת שו"כ הוא משום ערכו ולא משום שיכול לימכר ואכ"מ]

**נחלקו ראשונים** בסדר הגביה בנזיקין: דעת התוס' דיכול ליתן בין כסף בין קרקע מיטב ובין מטלטלי דחשובים כמיטב. [כ"נ מדבריהם בדף ט ע"א ומו ע"ב] דעת הרמב"ם דאם יש לו מטלטלי אינו יכול ליתן קרקע דמטלטלי עדיפי, דעת הרמ"ה [הו"ד בנמו"י בדף ב ע"א בדפי הרי"ף] דצריך ליתן כסף ורק אם אין לו כסף נותן מטלטלי או קרקע מיטב. ולמד כן מסוגיין דמשמע דמעלת המטלטלי דמזדבן במתא אחריתא אלמא מעלתן משום דקרובין לכסף ואם כן ודאי דחייב ליתן כסף עצמו כשיש לו. וכ"מ ברש"י בגטין דף מח דא"א ליתן אפילו עדית כשיש לו מעות. ויל"ע לשיטת התוס' וכן להרמ"ה כשאין לו קרקע עדית דלכאורה יתחייב ליתן מטלטלי דהם כמיטב חשיבי וקרקע מיטב אין לו לקיים דינו והיאך יתן בינונית, וצ"ע. ונידון זה רחב הוא מאוד ומקומו בדף ט ע"א.

**בגמ' בעי מיניה וכו' בשלו הן שמין וכו' כתב הרשב"א** דספק הגמ' הוא בין בנזיקין ובין בבע"ח היאך לשום הבינונית ידידה, **וכן מוכרח מסוגית הגמ'** דהגמ' מביאה להלן ראייה לספק מדין בע"ח בהיתה לו עדית ומכרה, **ויל"ע** שהרי ספק הגמ' הוא במשמעות הקרא דשדהו לר"ע, ובבע"ח הרי אינו שייך לזה כלל, **ויעיין בחזו"א שכתב** דכיון דכל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון מסתברא דתקנו רבנן לבע"ח בבינונית כניזק בעידית, **וקשה** דהניחא למ"ד בע"ח דינו מן התורה בזיבורית אבל למ"ד דינו מהתורה בעידית אם כן איכא לספוקי איזה דין עידית נתנה התורה שם וודאי מסתברא שכשתקנו חכמים התם בינונית דימוהו לדין עידית דהתם ולא לדין עידית דנזיקין, נולאוקמה סוגיא כעולא דוקא הוא דוחק בשגם לכמה ראשונים מסקנת הגמ' לתרוצי חדא ברייתא דלא כעולא [ושמענו בזה באופ"א דמדמדמי תנא דמתני' בריש הניזקין וכן תנא דברייתא דהנזקין דינם בעדית ובע"ח בבינונית ש"מ דכולהו בני חדא בקתא נינהו, וצ"ע. ויל"ע עוד לרבי ישמעאל היכי שיימינן בבע"ח אי נימא בדמלוה שיימינן או בלווה או בעלמא וצ"ע. ועיין בשטמ"ק בשם גליון תוס' בזה.

**שם בגמ' אליבא דרבי ישמעאל ראה בתוס' שהקשו** אמאי לא מבעי לן לרבי ישמעאל ותירצו משום גז"ש עיי"ש. **ועיין בתוס' ר"פ** וכן בתוס' תלמיד ר"ת ובשטמ"ק שתיירצו דרבי ישמעאל קאמר להדיא מיטב שדהו של ניזק ואף דבברייתא השניה [לעיל ז ע"א] קאמר ר"ע מיטב שדהו של מזיק י"ל דאמר כן לדחויי דר"י אבל רבי ישמעאל בברייתא הראשונה שאמר ניזק ור"ע השיבו דלא בא הכתוב אלא לגבות לנזקין מן העדית בהכרח דכוונתו אניזק ממש, וצ"ע למה נדו התוס' מפני זה.

**יעוויין במהרש"א שהקשה** דעדיין איכא לספוקי אליבא דר"י היכא דלית ליה למזיק כעידית דניזק דאהני קרא אי שיימינן בשל עולם או בשל מזיק, נכוונתו בציור דיש למזיק שתי קרקעות משובחות משל ניזק, האחת כעידית דעלמא והשניה משובחת ממנה] **וכתב המהרש"א** דאפשר דפשיטא לתלמודא דכה"ג סגי שיתן לו עדית דעלמא כיון שהיא יותר מעידית דניזק, **ובפשוטו כוונת מהרש"א** דכה"ג ליכא כלל דין עידית דמזיק אלא סגי במה שיתן לו קרקע טובה יותר מעידית דניזק וכסברת האית דאמרי ברא"ש לעיל, **ויעוויין בקרני ראם** שהבין כן. וכתב דלדעת הרא"ש לעיל דפליג אין תירוצו של מהרש"א עולה יפה. **ועיין ברע"א במש"כ בזה.**

**ואולם יל"ע בכ"ז דיעוויין במהרש"א לעיל** דף ו ע"ב על התוס' ד"ה כגון שהיתה וכו' שכתבו שם התוס' נ"מ לרבי ישמעאל לחומרא היכא דלית למזיק כעידית דניזק שישלם כסף למ"ד כסף או מיטב. וכתב המהרש"א דבזה ליכא למימר דאהני קרא משום דאינו לטובת הניזק, **ומוכח מזה** דהמהרש"א אינו סובר כהאית דאמרי [ולזהבנה הנ"ל דליכא דין עידית דמזיק] דלדרכם לא קשה כלל קושיתו הנ"ל וע"כ דסובר דאיכא דין עידית דמזיק, [ועוד יש לדקדק במש"כ המהרש"א כאן ד'אפשר' דפשיטא לתלמודא וכו' ומשמע שלא היתה הסברא פשוטה אצלו כ"כ ואי סבר כהאית דאמרי הרי פשוט וברור שיוכל ליתן כעידית דעלמא ואף פחות מעידית דעלמא] **ואפשר לפרש בדברי המהרש"א** דבאמת סובר כהרא"ש אלא דס"ל דרצון התורה באהני קרא הוא שהיכא דהשומא בעידית דניזק גורמת הפסד לניזק אז ישומו בדמזיק וכה"ג אפשר דפשיטא לתלמודא דודאי סברא הוא דסגי בשומת עידית דעלמא כיון דשם עידית עליה והרי היא יותר מעידית דניזק ואינו מפסיד בשומת העידית ולמה נחמיר לשום דוקא בשלו ולא בשל עולם, וצ"ע בדעת הרע"א וק"ר שלא פירשו כן.

**והרע"א הקשה עוד** דמשכח"ל לספוקי לרבי ישמעאל היכא דעידית דעלמא שויה פחות מעידית דניזק ועדית דניזק פחות מעידית דמזיק דלמ"ד בשל עולם הם שמין לא שייך כלל הכא אהני קרא דלדידיה הרי מיטב דמזיק היינו דעלמא, **ולכן כתב הרע"א** דאה"נ גבי אהני קרא איכא לספוקי אף לרבי ישמעאל [ומאי דאיתא בגמ' דלר"י לא תבעי הכוונה לדינו של רבי ישמעאל בדניזק ולא במה שהודה לר"ע מדמזיק] **ויעוויין בשטמ"ק בשם גליון** שכתב כן כהרע"א. **וכבר נסתפקנו לעיל** בדינו של בע"ח לרבי ישמעאל היכי שיימינן ליה.

**יעוויין ברשב"א** שהקשה אמאי לא מספקא הגמ' אף לרבי ישמעאל **ותירץ הרשב"א** דכיון דשמעינן לרבי ישמעאל דאמר בדניזק שמעינן אלמא לעולם אזיל לקולא, **וכוונתו נראה** דרבי ישמעאל הסובר בדניזק שיימינן אינו סובר כן באופן שיהיה זה לחומרא ושלא כהתוס' לעיל בדף ו אלא דר"י מיקל דסגי במיטב דניזק ולעולם אין המזיק חייב לו טפי מזה. **ואולם דברי הרשב"א קשים מאוד:** (א) דאי נימא דרבי ישמעאל לא נתכוין לניזק ממש אלא למיטב דעלמא אם כן לא שמענו דמיקל טפי מזה והקושיא במקומה עומדת דיש ספק אם נתכוין רבי ישמעאל להקל עד מיטב דניזק או עד מיטב דעלמא. (ב) **ועוד קשה** דמשמעות דברי הרשב"א נראה דמיטב דניזק לעולם קולא הוא כלפי של עלמא והרי אפשר איפכא באופן דמיטב דניזק הוא טפי מעידית דעלמא שיש למזיק כעידית דניזק ויש לו גם כמיטב דעלמא. [ואולי כוונת הרשב"א דאה"נ ופשיטא דלרבי ישמעאל לעולם יתן לו כמיטב דעלמא או מסברא כיון דאזיל לקולא או משום דאי מיטב דמזיק בשל עולם הם שמין ולעולם אפשר להקל במיטב דמזיק אם כן אין מקום להסתפק לפי רבי ישמעאל דבספק לרבי עקיבא כבר כלול זה נמי ודוק וצ"ע] **גם צ"ע שהרשב"א לא הזכיר**

תירוצי התוס' והתוס' רא"ש שהם לכאורה מוכרחים וצ"ע.<sup>139</sup> ועיין בחי' הראב"ד במה שהקשה ותירץ ודבריו צ"ע.

בגמ' למעוטי דניזק או למעוטי דעלמא נמי לשון הגמ' צ"ב מהו למעוטי דעלמא 'נמי' והספק הוא בשומת מיטב אם בשלו או בשל עולם, וצ"ל דהספק במשמעות הכתוב דכתיב 'שדהו' האם שדהו היינו שלא תטעה לשומו בשל ניזק או שדהו ממש ואפילו בדעלמא לא, ויעויין בחזו"א [בליקוטים סי' יא סק"ט] שחידש דאף למ"ד בשלו הם שמין לפחות משל עולם אי אפשר [ונ"מ בזה היכא שמיטב ידיה פחות משל עולם וקנה אח"כ כעידית דעלמא ולהצד דרע"א דתלוי בשעת הנזק דאז מדין מיטב ידיה אינו חייב ליתנה. וכתב החזו"א דמ"מ חייב ליתנה משום דלפחות משל עולם א"א] ולפי זה מתפרש כוונת הגמ' דהספק הוא אי סגי בשל עולם או דהחמירה עליו תורה דאף בשל עולם לא סגי לו, [אך להחזו"א צ"ע בבע"ח כשעידית ידיה כבינונית דעלמא אמאי נותן בינונית ידיה. וכתב בזה החזו"א דגדר התקנה היה שלא יתן עידית ידיה עיי"ש].

בגמ' עידית וזיבורית וכו' בע"ה וכו' מבואר בברייתא דכשארין לו בינונית נדחה הבע"ח אצל זיבורית, ובפשוטו טעם הדין הוא משום שאין חייב ליתן לו היתר מדינו כדי לקיים דינו וכמו דחזינן לעיל גבי מיטב דניזק דאם אין למזיק כמיטב דניזק היה דוחהו אצל זיבורית ידיה אלמלי דאהני קרא, ואולם ראה ברש"י שפירש דהטעם דגובה בזיבורית הוא משום דבינונית תקנ"ח הוא והיכא דלית ליה בינונית ליתא לתקנתא. [ומש"כ רש"י דבדלית ליה ליכא לתקנתא עיין ברש"י על הרי"ף שנוסף שם דבדלית ליה בינונית ליכא נעילת דלת והיינו משום דליכא נעילת דלת במה שאינו נותן לו העידית שלו ולכן כה"ג לא תקנן] ויעויין ברש"ש שתמה על דבריו למה הוצרך רש"י לזה וכו"ל, ועיי"ש ברש"ש מש"כ בזה, והגר"נ צ"ל ביאר בזה דתקנת בע"ח בבינונית אין גדרה שזכותו בבינונית אלא שתקנו חכמים שלא יסלק לבע"ח בזיבורית כדי שלא תנעול דלת וממילא בעלמא שקיל בינונית דטפי מזה אינו מחוייב לו, אבל היכא דלית ליה בינונית מן הדין היה שיטול בעידית ולכן כתב רש"י דבדלית ליה בינונית לא תקנו.<sup>140</sup> אך לפי"ד הגר"נ נמצא שמי שהיה לו עדית בינונית וזיבורית ומכר לבינונית יגבה הבע"ח מעידית וצ"ע.

<sup>139</sup> ושמא יש לפרש דהרשב"א לא הוקשה לו קושיית התוס' כלל אלא באופ"א קשיא ליה וכמושי"ת, דראיתי בספר מן העידית שדקדק לשון הגמ' 'כשהן שמין בשלו הן שמין או בשל עולם' וכו', דהנה לכאורה ספק הגמ' הוא דאיכא ג' מיני מיטב, דניזק דעלמא ודמזיק והספק הוא מה דעת רבי עקיבא וכמו"כ דנו הראשונים להסתפק מה סובר רבי ישמעאל באיזה מהאופנים שמים, אך לשון הגמ' 'כשהן שמין וכו' תמוה דהל"ל לספוקי מאי סבר ר"ע. ולכן פירש בזה ביאור חדש בספק הגמ' והוא דבאמת ודאי שורש מחלוקתם דר"ע ודר"י הוא האם מיטב שגורה תורה הוא מיטב דמזיק גורה תורה שיתן מה שאצלו נחשב מיטב או שמיטב היינו דניזק וגורה תורה שיתן מה שאצל הניזק נחשב מיטב, וזה היה פשוט לגמ' אך מספקא ליה היאך שמין מהו מיטב דמזיק האם לפי שדותיו או לפי דעלמא, וכן גבי ניזק איכא לספוקי מאי חשיב מיטב גביה לפי שדותיו או לפי דעלמא, וזהו ספק הגמ' 'כשהן שמין' היינו כשאנו באים לשום מיטב דמזיק 'בשלו הן שמין או בשל עולם הם שמין' והנה בדברי הראשונים לא משמע כ"כ כפשוט זה, אך אולי יש לכונן הדברים בדעת הרשב"א ואז מתורץ היטב הקושיא הראשונה ששאלנו בפנים דאם בשל עולם הם שמין לא מצאנו שאזיל רבי ישמעאל לקולא, וגם הקושיא השניה א"ש בפשיטות דכיון דאזיל לקולא באמת שיימינן בשל עולם ובשל ניזק לעולם לקולא וכן א"ש שלא הזכיר תירוצי הראשונים דלנוסח הזה בספק הגמ' ובקושיית הרשב"א אין סתירה להגז"ש במה שנאמר דבשל עולם הן שמין וכן מתפרש מיטב דניזק כן, ודוק. ודרך נוספת בדברי הרשב"א היא לפרש דהרשב"א נתקשה בקושיית המהרש"א דאיכא לספוקי לרבי ישמעאל באהני קרא ותירוצו אף הוא כעין תי' המהרש"א אך מטעם אחר ודוק, וזה אתי שפיר היטב אך לשון הרשב"א סתום לפרשו כן ודוק.

<sup>140</sup> ודקדק הגר"נ לשון הגמ' לקמן דאבע"א וכו' כאן דשויה בינונית ידיה כעידית דעלמא וכאן דלא שויה בינונית ידיה כעידית דעלמא. וכוונת הגמ' דבשל עולם הן שמין והברייתא השניה מיירי דבינונית ידיה כבינונית דעלמא,



## דף ח ע"א

בגמ' כגון שהיתה לו עידית ומכרה הרע"א נסתפק בדין מיטב היכא שקנה המזיק קרקע אחר הנזק האם שיימין בה מיטב ידידה או לא, ולכאורה מפורש בגמ' דידן דכשהיתה לו עידית חל דינו על הבינונית, וראה ברש"י שכתב דהטעם שגובה בינונית משום דחל שעבודו עליה, ודברי רש"י צ"ב קצת דמצד אחד ודאי מוכח מדבריו שתלוי בשעת הלוואה דאם בשעת פירעון הוא תלוי הרי מעולם לא חל שעבודו עליה אלא מתלא תלי וקאי, אך מצד שני יש לדקדק מדוע לא אמר רש"י בפשיטות דכיון שהיתה בינונית בשעת הלוואה זוהי בינונית שתקנו לו, וצ"ע. ועכ"פ קשה על דברי הרע"א.

ובחי' הגרש"ר כתב בזה דהא מפשט פשיטא דכל קרקע שזכה בה בשעת נזק או בשעת הלוואה חל דינו עליה ותו לא פקע, אלא ספק הרע"א אי אית ליה בנוסף לכך זכות גם בעידית מאוחרת או בינונית מאוחרת ונלפי זה כשהיה לו בינונית וזיבורית ואח"כ קנה עידית יכול הניזק לגבות משתייהן אף להרא"ש דאינו כופהו בבינונית דהכא היתה עידית מעיקרא ורצה מזה גובה רצה מזה גובה, ואם יהיה עמו בע"ח יוכל הניזק לחלוק עמו הבינונית או שיאמר לו זכותי קדמה שחל דיני עליה קודם והוי כבע"ח מוקדם וצ"ע]

והגר"נ זצ"ל ביאר לדרכו דגדר התקנה שלא יגבה מזיבורית ומחמת כן היה ראוי לגבות עידית נמי אלא דבדלית ליה לא תקנו ולכן כשהיתה לו עידית מעיקרא וממילא היה לבינונית שם בינונית חלה התקנה ולא חיישינן במכירת העידית אף דעתה הבינונית עידית היא כיון דבשעת הלוואה חלה זכותו שלא לגבות מזיבורית נוצ"ע קצת לשון רש"י דאשתעבדא ליה בינונית מעיקרא, ולפי"ז הרי לא זה עיקר הטעם אלא משום שחלה זכותו כנגד הלווה לקבל קרקע טפי מזיבורית].

ואולם יעויין בסוגיא בגטין דף נ ע"א שלכאורה נראה שנחלקו שם הראשונים להדיא בספיקו של הרע"א דרש"י שם כתב לפרש סוגית הגמ' דהיכא שהיתה להמזיק בשעת הנזק קרקע שהיא עדי עדית ומלבדה היו לו עדית ובינונית וזיבורית, ונשתדפה העדית או שנטלוה מסיקין אין הניזק גובה מהעידית אלא דינו בבינונית כבע"ח דאומר לו המזיק אזל דינך ומזלך גרם, ויעויין ברמב"ן ושאר"ר שם שהקשו עליו דהא בתר שעת תשלומין אזלינן ולא בתר שעת הנזק, והמאירי שם הוסיף להקשות עוד וז"ל ודברים מתמיהים הם וכו' הגע עצמך שאדם שאין לו עידית הויק או לזה והתנה ואחר כך לקח עידית מי לא משתעבד בעידית עכ"ל. הרי מבואר להדיא דפליגי בה הראשונים דלרש"י תלוי בשעת הנזק [וכ"נ מהתוס' שלא השיגו על רש"י מקושיא זו וחלקו על רש"י מטעמים אחרים] ואילו להראשונים תלוי בשעת תשלומין. ודינו של הרע"א הרי מפורש בדברי המאירי שהיה פשוט לו אף בזה דתליא בשעת תשלומין.

ולדעת רש"י התם אתיא סוגיין כפשוטה דתליא בשעת הלוואה, ואולם להראשונים שם קשיא מהכא דהרי בסוגיין מבואר דתלוי הדבר בשעת הלוואה, ולכאורה צ"ל בזה כאחת משתי הדרכים שנאמרו לעיל. אך באמת מצינו מחלוקת אחרונים בביאור דברי הגמ' דידן ולפי זה דין גמריין אינו נוגע לספק הנ"ל וכמושי"ת.

דיעויין בנתיה"מ [בסי' קב סק"ב] שכתב דדין הגמ' הוא כשהיתה לו עידית ומכרה אבל אם נשתדפה העידית אז גובה הבע"ח מהזיבורית, וכתב בזה הנתיבות שני טעמים: א) משום דל"ד למכירה שלא כל כמיניה דלווה לקלקל בידים שעבודו שהיה לו בשעת הלוואה ומשא"כ בנשתדפה. ב) משום דעדיין

---

ותמוה מדוע נקטה הגמ' לשון זה דבינונית ידידה 'לא שויא כעידית דעלמא' ולא קאמר דשויא כבינונית דעלמא, וביאר בזה דבאמת אין דינו בבינונית ואם ליכא בינונית ראוי ליטול אף עידית אלא דבדלית ליה אלא עידית לא תקנו ולזה קאמר הגמ' דכיון דבינונית ידידה לא שויא כעידית דעלמא אם כן אין זו עידית ואיכא הכא לתקנה ונוטל הקרקע ודוק

שעבודו של המלווה על העידית אף אחר שמכרה. **וכהטעם השני** שכתב הנתיחה"מ נמצא מפורש בחי' **תלמיד הרשב"א והרא"ש בסוגיין** שכתב כדינו של הנתיבות וביאר הטעם משום דעדיין שעבודו עליה, **והדברים צ"ב** דמה בכך ששעבודו עליה סו"ס עתה עידית היא ואי בתר שעת הלוואה אזלינן אם כן אף בלא טעם זה ובאישתדוף נמי יגבה, נשמא הא דבשלו הן שמין לאו דוקא במה שהוא שלו אלא בשדות העומדות לגביה שיימין וכל שדה המשועבדת בכלל השומא ואף שאין גובין ממשועבדים במקום בנ"ח סו"ס משועבדת היא, וראה לעיל בהערה שחקרנו בשדה של המזיק שאינה עומדת לגביה אם שמין בה או לא ודוק **ויעויין באו"ש** [בפכ"ה ה"י ממלוה ולוה] שהביא סברא זו דאכתי שעבודו עליה ודחה דהתינח במלווה בשטר אבל במלווה ע"פ שאינו גובה ממשועבדים מאי איכא למימר, וצ"ע בדעת תלמיד הרשב"א והנתיבות דלכאורה ודאי אף במלווה ע"פ דינו בבינונית נהוא פשוט מסתימת הגמ' והפוסקים, ועוד דאל"כ ה"ל להגמ' לשנויי סתירת הברייתות כן **וצ"ע**.

**עוד איכא לעיונא בדברי הנתיחה"מ ותלמיד הרשב"א** שהנתיחה"מ העתיק בראש דבריו לדברי רש"י שכבר שעבודו עליה ועל זה הוסיף דדוקא במכרה וכו' והרכיב שני הטעמים שכתב עם טעמו של רש"י **והדברים צ"ב** דאי משום שחל שעבודו עליה אף באישתדוף ואי מהנך טעמי אף בלא שחל שעבודו עליה יגבה, **וכן בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש** כתב בריש דבריו וז"ל הבע"כ כגון שהיתה לו עידית ומכרה, פירוש דמעיכרא איתחזיא ליה הך בינונית למגבי מינה [ועידית] דזבין אכתי בשעבודא דבע"כ היא בינונית דלווה בדינא דמעיכרא קיימא **עכ"ל** בד"ה בעא מינה, ולהלן בד"ה ולענין כתב עוד וז"ל ומסתברא דהיכא דהויא ליה עדיה בינונית וזיבורית ונשתדפה העדית בע"כ גובה מן הזבורית וכו' דכיון דנשתדפה העידית חזרה לה הבינונית עדיה ולא דמי למכר עדיה דהתם אכתי משעבדא ליה עדיה אבל היכא דאשתדוף כמי שלא היתה לו מעולם דמי **עכ"ל**, הרי מבואר דהרכיב שני הטעמים יחדיו **והדברים צ"ת**.

**ועכ"פ לדרך זו** הרי לק"מ להנך ראשונים דאזלי בעלמא בתר שעת גביה, דכאן יש שני טעמים אחרים מדוע גובה מהבינונית והתם גבי שפאי עידית היינו נשתדפה שכתבו תלמיד הרשב"א והנתיבות דכה"ג גובה מהזיבורית.

**ודרך נוספת בזה למהרש"ל ביש"ש** שכתב דהכא מיירי שמכרה לאחר זמן פירעון, וכפה"נ דטעמו משום דסבר דלא אזלינן בתר שעת הלוואה. ועיין **שם בש"ך** [סי' קב סק"ג] **שתמה על דבריו** מסתימת הגמ' והפוסקים.

**ויעויין בסוגיא בכתובות בדף קי ע"א** דמבואר שם בסוגיא דהיכא שיש לו קרקע בינונית בלבד ואח"כ גבה זיבורית הרי הבע"כ גובה ממנו את הזיבורית, **וההפלאה שם הקשה בסתירת הסוגיות** שהרי בסוגיין מבואר דכיון דחל שעבודו עליה הרי הוא גובה אותה אף שעתה היא עידית וה"נ התם כשהיתה יחידה חל שעבודו עליה ואף עתה שהיא עידית כלפי הזיבורית יגבנה מה"ט, ומכח קושיא זו חידש ההפלאה דפליגי הסוגיות בדין שעבודא דאורייתא ובהא תליא עיי"ש, **ואולם הנתיחה"מ** [שם בסי' קב סק"ב] תירץ הקושיא בפשיטות דהתם הרי לא היה לבינונית כלל שם בינונית ולא חל שעבודו עליה בתורת זכות גביה מבינונית אלא דכיון שלא היתה לו שום קרקע אחרת ממילא היה מוכרח ליתנה ומשא"כ הכא שחל עליה דין בינונית. **וכסברת הנתיחה"מ כתב גם האו"ש**. [שם בפכ"ה ה"י].

**ואכתי איכא לעיונא בעיקר ספק הרע"א** דבגמ' שם בכתובות מבואר דכשגבה בעל הזיבורית את הבינונית אין שכנגדו גובה את הבינונית משום דהשתא הוי כעידית וזיבורית ומבואר מהגמ' דחל על הבינונית עתה שם עידית והזיבורית חשיבא זיבורית ואי נימא דשיימין רק בשעת הלוואה לכאורה ליכא עלייהו שם זה כלל [אא"כ נימא דכשיש לו קרקע אחת בשעת הלוואה חשיבא אותה קרקע כעדיה וצ"ע].

**הרחבת דברים בגדר דין מיטב חקרו אחרונים בגדר דין מיטב** האם הוא דין בסדר וצורת הגביה דחוב נזיקין דינו ליגבות ממיטב או דחל על המזיק חיוב להעמיד מיטב [דוגמא לדבר כמו שיכול אדם להתחייב חטים] והוא חלק מחוב הממון ידידה, ונוסף בזה עוד נידון דלהצד דהוי בגוף החוב אם כן מסתברא דגם בשעבוד נכסים חל דין מיטב אך להצד דהוא דין בסדר הגביה אם כן אינו שייך כלל לשעבוד הנכסים, **ראה בזה באבי עזרי בפ"א מנז"מ ובמשנת רבי אהרן. ובאבי עזרי כתב** לדון דבזה תליא חקירת הרע"א גבי שומת מיטב דלהצד דהוא דין גביה בעלמא אם כן מסתברא דאזלינן בתר שעת הגביה דכשצריך לפרעו אז קם דין מיטב לומר שיפרענו במיטב ידידה, אך להצד דהוי בעצם החוב אם כן אפשר דכבר בשעת ההלוואה או הנזק חל דין וזכות התובע להשתלם כדינו ואם כן תליא בשומת המיטב בשעת הנזק [אם כי אפשר דחל דינו לגבות ממיטב שיהיה בשעת גוביינא]

**וכתב האבי עזרי** דבזה תליא מחלוקת הראשונים בדין מיטב בעדים זוממים **דיעויין בתוס' לעיל** [בדף ה ע"א ד"ה תחת] שכתבו דהיכא שזממו להפסידו מיטב בזה לא צריך קרא שמשלמים הע"ז ממיטב דהוא מכלל דין כאש"ז אך היכא שזממו להפסידו זיבורית או בינונית [כגון שהעידו שלוה והוזמן] בזה נתחדש בגז"ש דמשלמים ממיטב, **ואולם יעויין בשיטמ"ק שם בשם תוס' רא"ש** שהביא דעת הריב"א דקרא דמיטב בע"ז מיירי כשזממו להפסידו מיטב אבל היכא שלא זממו מיטב באמת אינם משלמים מיטב, **וצ"ב סברת הריב"א** דהרי בזממו להפסידו מיטב לא בעינן קרא וכנ"ל **וביאר בזה באבי עזרי** דהריב"א סובר דמיטב הוא דין בסדרי הגביה דבי"ד דגובים ממיטב ואינו חל בגוף החוב וממילא בזה ליכא בדין כאש"ז שיחול כלפיהם דין מיטב.<sup>141</sup>

**ואולם בגמ' לקמן** מבואר דבמכר לשלשה בנ"א כאחד כולם נכנסו תחת הבעלים וכ"א גובה כדינו וצ"ב דהרי התם ליכא כלל גבי לוקח דין מיטב וגם אין לו שלש שדות העומדות לגביה ועל כרחין דחל בשעבוד נכסים זכות ועדיפות לניזק לגבות ממיטב כיון שזה דינו.<sup>142</sup> **וכן מבואר מדברי רש"י** דידן שכתב דכבר חל שעבודו על הבינונית הרי מבואר דחל לו ללוקח זכות בגוף הנכסים לגבות מהם, **ומבואר מזה** דדין מיטב ובינונית הוא בעצם החוב ואף חל בשעבוד הנכסים.

**בגמ' אידי ואידי שלא היתה לו עידית ומכרה וכו' עיין בחי' הראב"ד ותלמיד הרשב"א והרא"ש** גרסה אחרת בגמ'.

**בגמ' רבינא אמר וכו' מצינו חמשה דרכים בביאור סוגית הגמ': (א) שיטת רש"י** נראה מדבריו שהוא מפרשה למ"ד בשל עולם הן שמין ומ"ד בבינונית נחא ומ"ד בזיבורית אינו סובר כלל מתקנת בע"ח שנפרע מבינונית ולדידיה בכל גווי בע"ח גובה מזיבורית, **ותמהו עליו ראשונים** דהרי דין בע"ח בבינונית לא עולא קאמר לה אלא מתני' היא, ועוד הקשו התוס' דאם כן אמאי נקט תנא גוונא דאית ליה רק בינונית וזיבורית ולא אשמעינן באית ליה עידית נמי. (ב) **והתוס' פירשו** ואף הם כפה"נ פירשוה

<sup>141</sup> ודוגמא לדבר בעדים שרצו להפסיד לאדם שדה מיטב אך לא באופן שיהיה ע"י דין מיטב כגון שהעידו שלוה והשדה היחידה שיש לו להשתלם ממנה היא מיטב או שהעידו על שדה מיטב שאינה שלו דנראה פשוט דאף התוס' יודו דבזה אינם משלמים ממיטב אלמלי קרא דלא באו להחיל עליו דין מיטב ועל הפסד מיטב לא מצינו בדין מזיקים שמשלמים המיטב אלא רק ערך הממון שבאו להפסיד.

<sup>142</sup> ובאמת צ"ע בסברא דאם הבע"ח מוקדם היאך יועיל דין מיטב ידידה להפקיע שעבוד הלוקח ומה ימנע מהלוקח לגבות מעידית ומוכח מזה דאף בלא שיש ניזק אין רשאי הלוקח לגבות העידית במכרן כאחת דבעל העידית יכול לדחותו אצל הבינונית, וג"ז צ"ע שהרי בעלמא אין יכול לוקח אחד לדחותו אצל השני ומאי שנא הכא דהוא כדינו ודוק.

למ"ד בשל עולם הן שמין וכ"ה להדיא בתוס' ר"פ ומ"ד בזיבורית סובר דהכא ליכא לתקנתא כיון דאיכא חשש שמא יקפוץ וילוונו.<sup>143</sup>

(ג) והרמ"ה הו"ד בנמו"י העמידה כמ"ד בשל הן שמין ובהיתה לו עדית ומכרה אלא שנחלקו הברייתות אי אזלינן בתר שעת הלואה -וממילא בינונית בדינה קיימא- או דאזלינן בתר שעת פירעון וממילא עתה עידית ידידה היא, וזה תליא בשורש הדין דבע"ח בבינונית דלרבי שמעון הסובר דמן התורה בעידית וחכמים הורידוהו לבינונית תליא בשעת הלואה אך לעולא תליא בשעת פירעון, ולא נתפרש בדברי הרמ"ה מדוע תליא זה בדעולא ור"ש, וי"ל בכמה דרכים וצ"ע.

(ד) השיטה הרביעית היא שיטת הראב"ד שסבר דלכו"ע בשל הן שמין אלא דלמ"ד דלית ליה לעולא וסבר דמדאורייתא דינו בעידית וחכמים תקנו שלא יקפוץ וילוונו הכא כיון דעידית ידידה כבינונית דעלמא לא תקנו עיי"ש.

(ה) והשיטה החמישית היא שיטת הרי"ף הר"ח וכפה"נ דזו שיטת הרמב"ם אשר פירשו הסוגיא למ"ד בשל הן שמין ולדעת עולא דבע"ח מן התורה בזיבורית וחכמים הם שתקנו גובה בינונית אפילו כה"ג דהוי כלפיו עידית, ולא נתפרש בדברי הראשונים טעם לדין זה מדוע גובה מבינונית, ויעויין באו"ש בפכ"ד ממלוה ה"י ובחזו"א שביארו דכיון דכלפי עלמא הוי בינונית אף דכלפיו הוי עידית מ"מ איכא חששא דנעילת דלת שכשרואה שאינו מקבל שדה בינונית דעלמא כנגד מעותיו נואם לא היה מלוה היה יכול לקנות כמותה בקל לא ילווה יותר מעותיו. וראה עוד להלן בשיטת הרמב"ם.

בשיטת הרמב"ם בנידון דשלו הם שמין הרמב"ם בהלכות נז"מ לא הביא להדיא ספק הגמ'. וכתב בכמה מקומות דהניזק גובה מהיפה שבכסי המזיק ומלשון זה משמע דפוסק דבשל הן שמין, וכן בפ"ט ה"א ממלוה ולוה כתב דהלואה גובה מהבינונית שבקרקעות הלואה, ואולם יעויין בפ"ט ממלו"ל ה"ד שכתב שם הרמב"ם וז"ל כבר ביארנו שהנזקין שמין להן בעידית ובעל חוב בבינונית וכתובת אשה בזיבורית, היו לו עידית וזיבורית ניזקין בעידית בעל חוב [וכתובת אשה] בזיבורית, היו לו עידית ובינונית ניזקין בעידית ובעל חוב וכתובת אשה בבינונית, היו לו זיבורית ובינונית בלבד ניזקין ובעל חוב בבינונית וכתובת אשה בזיבורית. עכ"ל. ותמה הלח"מ [בה"א] בדברי הרמב"ם דנראה מזה דסובר בשל עולם הן שמין, וזה סותר לדבריו לעיל בה"א.

ועוד הקשה המ"מ בפכ"ד בסתירת דברי הרמב"ם, דיעויין ברמב"ם פכ"ד ממלו"ל ה"י שכתב שם וז"ל שנים שהוציאו כל אחד משניהם שטר חוב על חבירו וכו' היה לזה עידית ובינונית ולזה זיבורית זה גובה מן הבינונית וזה גובה מן הזיבורית. עכ"ל ושורש דין זה בסוגיא בכתובות דף קי פלוגתא דר"נ ורב ששת דר"ש סבר דאף כה"ג אינם גובים ור"נ סבר דגובים. ומפורש בגמ' דפליגי בשומת בינונית דר"ש סבר דבשל עולם הן שמין ולכן לעולם אף אם יגבה בעל הזיבורית בינונית יצטרך להחזירה דבינונית דעלמא היא, אבל ר"נ סבר דבשל הן שמין ולכן אם יגבה בעל זיבורית להבינונית ישלם הוא בזיבורית דהוי בינונית שגבה עידית גביה, והנה דברי הרמב"ם סתרי אהדדי בתרתי, חדא דמבואר ברמב"ם דפסק דבשל הן שמין וזה סותר למא שפסק בפ"ט דבשל עולם הן שמין, ובגוף הדין איכא סתירה דהתם פסק דבינונית וזיבורית גובה בבינונית והכא מפורש בגמ' דטעם דינו של הרמב"ם הוא שאם יגבה הבינונית ויהיו לפניו בינונית וזיבורית יגבה הלא מהזיבורית.

<sup>143</sup> ואמנם צ"ב דלכאורה חשש זה תלוי בשומת העולם ואם בבינונית דעלמא לא חששו שמא יקפוץ וילוונו מאי טעמא חששו אצל זה שאין לו עידית וצ"ע, ושמא טבע בנ"א לחמוד המיטב שיש לחברו ואינו חומד את זאת כשיש טובה הימנה.

**ויעויין באו"ש שם** [בפכ"ד] שביאר דמקור הרמב"ם הוא מסוגיא דידן לפירוש הרי"ף דמסקנת הסוגיא דמאן דאית ליה דעולא סובר דבינונית וזיבורית דינו בבינונית אף דקיי"ל בשלו הן שמין והטעם משום דטעם תקנת בינונית הוא שלא תנעול דלת ואם כה"ג דעידית ידיה כבינונית דעלמא לא יתננה נמצאת נועל דלת בפני לוויין, והא דבשני לוויין פסק הרמב"ם דבעל הזיבורית גובה את הבינונית ומגבה את הזיבורית **ביאר האו"ש** דבזה לא שייך נעילת דלת שהרי בינונית זו לא היתה בידו בשעת הלוואה ואין הלוואה סומך על בינונית שלא היתה בשעת הלוואה. **וע"ע בחי' רא"ל**.

**ועדיין קשה מהס"ד דגמ' שם** דס"ד לאוקמי באית ליה להאי בינונית ולהאי זיבורית וקאמר הגמ' דבעל הבינונית גובה את הזיבורית וחוזר ומגבה אותה ניהליה, **וקשה להרמב"ם** שהרי אינו מגבה את הבינונית אף שהיתה בידו בשעת הלוואה ובזה כתב האו"ש דכיון שחוזר ומגבה לו את אותה זיבורית שהיתה לו מעיקרא אין בזה נעילת דלת דמה שהיה לו חזר לידו. **ואולם ויעויין במאירי שם** שגרס בגמ' להס"ד דהיה לאחד עידית ולאחד בינונית ופריך דיגבה הבינונית ויחזור ויגבה אותה ניהליה, **ולגרסא זו לק"מ על הרמב"ם מהס"ד**. **וע"ע בחזו"א** שביאר בדברי הרמב"ם קרוב לדרך האו"ש.

**בגמ' אילימא בבת אחת וכו' בדין שני שטרות היוצאים ביום אחד** נחלקו ר"מ ור"א בגמ' בכתובות דף צד דלדעת ר"מ דעדי חתימה כרתי וחלות הקנין היא ע"י חתימת השטר חלים שני שטרי המכר יחדיו בסוף היום, ולדעת ר"א דעדי מסירה כרתי וחלות השטר ע"י מסירתו חל כ"א מהשטרות בשעה שבה נמסר ולפיכך הרי ספק מי מהם קדם. **ובסוגיין יל"ע** דלדעת ר"מ נוחא בפשיטות דשני שטרי המכר חלו שניהם יחדיו אך לדעת ר"א צ"ב דהרי איכא הכא דינא דאין נפרעין רק דאנן לא ידעינן מי קדם ואם כן לא יגבה מאף אחד מהם, **ובדין זה מצינו שלש שיטות בראשונים, ויעויין בספה"ת** [שער ד חלק ח אות ג] **שכתב** דהכא ליכא דין אין נפרעין מספק משום דהשעבוד של כל אחת מהקרקעות הוא ודאי והפקעת השעבוד ע"י דינא דאין נפרעין הוא ספק ולכן עליו להביא ראיה שפקע שעבודו. **ועיין בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש** שכתב בשם הרא"ש כע"ז.

**והבעה"ת הביא שם דעת הרמב"ן** הסובר דבאמת באופן שקנו שתי לקוחות ולא ידעינן מי מהם קדם אין הבע"ח גובה מאף אחד מהם דכ"א מהם דוחהו מספק אצל השני, **וביאר הרמב"ן** דהכא בסוגיין שאני משום דמייירי שקנו כולם ביום אחד ממש ולא חיישינן דלמא כתב ומסר לזה וכתב ומסר לזה ועיי"ש בכ"ד בזה ולא נתברר לנו כוונת הרמב"ן. **ועיין בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש** בסוגיין וצ"ע.

**ויעויין בר"ן בכתובות** [דף נד ע"ב בדפי הרי"ף] שהביא את שיטת הרמב"ן [דמספק אינו גובה] **ותמה הר"ן על הרמב"ן** כיון דאין הבע"ח יכול לגבות מאף אחד מהם דמי לנשתדפה הבת חורין דחוזר הבע"ח וגובה מהמשועבדת [כדאיתא בגמ' בכתובות בדף צה ע"א] וה"נ הכא כיון שאין לו ממה לגבות יכול לגבות משתייהן, **וצ"ע בסברת הרמב"ן דפליג ע"ז** [ולכאורה צ"ל שנחלקו הרמב"ן והר"ן בביאור הך דינא דנשתדפה דהר"ן סובר דהגדר הוא דדין אין נפרעין נאמר רק במקום שיוכל לפרוע בפועל מהבת חורין אבל בדליכא פירעון מהבנ"ח גובה מהמשועבדים, אך הרמב"ן סובר דכ"ז דשעבודו קיים בשדה הבת חורין לית ליה דין גביה מהמשועבדים ואף שאינו יכול לקיים שעבודו, ויל"ע כשהלווה גברא אלמא וא"א לגבות ממנו אם יגבו ממשועבדים ולכאורה אף זה תליא בפלוגתא הנ"ל. **ועיין בחי' רא"ל** שביאר באופ"א דלדעת הרמב"ן פקע השעבוד כשמכר השדה ואינו חוזר אלא בהשתדף הב"ח].

**תוד"ה כולן וכו' הקדמה לדברי התוס': פליגי אמוראי** בב"ב דף קעו אי שעבודא דאורייתא או שעבודא לאו דאורייתא, ולמ"ד שעבודא דאורייתא מן התורה בין מלווה בשטר בין מלווה ע"פ גובה ממשעבדי ורבנן הפקיעו שעבוד ממלוה ע"פ כיון דלית ליה קלא משום תקנת הלקוחות ובמלוה בשטר דאית ליה קלא השאירו השעבוד, **ולמ"ד לאו דאורייתא** חכמים תקנו שעבוד, ותקנו רק במלוה בשטר כדי שלא

תנעול דלת בפני לוויין ובמלוה ע"פ לא תקנו. ויעויין בתוס' לקמן בדף יד ע"ב שכתבו דנזיקין אי גבו ממשעבדי תלוי במחלוקת זו דלמ"ד שעבודא דאורייתא נזיקין נמי גבו כיון דאית להו קלא לא הפקיעו חכמים דינם, אבל למ"ד שעבודא לאו דאורייתא אין גובים נזיקין ממשעבדי דלא תקנו להם חכמים משום דליכא נע"ד.

**ויעויין בקצה"ח** [סי' קיט סק"א] שעמד לפי"ז בדברי התוס' דידן דלהאמור לעיל נמצא דלמ"ד שע"ד לא קשיא כלל קושית התוס' דהא לנזיקין אית קול, ובהכרח צ"ל דרק למ"ד שעל"ד הוקשה להו, והקשה **דאם כן מהו תירוצם** דעמד בדין שאני [ומשום דאיכא קול] ומה מהני הרי בלא"ה איכא קול אלא דבנזיקין לא תקנו. **וביאר הקצה"ח כוונתם** דבעמד בדין הוי מלוה בשטר ולכן גובה דהוי בכלל התקנה דמלוה בשטר גובה ממשעבדי. **והרע"א** עמד אף הוא בדברי התוס' דידן, **והרע"א נחלק על הקצה"ח והבין בפשיטות** דקושיתם למ"ד שע"ד, **ולפי"ז נתקשה הרע"א איפכא** חדא דהרי מפורש בתוס' לקמן דנזיקין גבו משום דאית להו קלא גם בלא העמדה בדין, ועוד דא"כ מה מהני תירוצם השני דמלוה הכתובה וכו' הרי ליכא קלא וה"ל לרבנן לאפקועי השעבוד והניח בקושיא.

**ובאמת דמצינו בראשונים** שתי דרכים אלו בתירוצם הראשון של התוס' **דיעויין בתוס' ר"פ** דמפורש בתי' הראשון דעמד בדין מהני משום דאיכא קלא, **וצ"ב** שהר"פ גם הביא התי' השני של התוס' ואינו מובן כלל דאם הקושיא היתה מחמת דליכא קלא אם כן מה מהני שככתובה בשטר דמיא. **וגם קשה מלקמן דף יד** ואף הר"פ שם כתב כהתוס' וצ"ע. **ולעומת זאת** יעויין בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש שכתב דלמ"ד שע"ד גובה אף בלא עמד בדין דהא איכא קלא ולמ"ד שעל"ד גובה דוקא בעמד בדין, הרי **מבואר להדיא כהקצות בזה**.

**תוד"ה אין לו וכו' טעמו של הריב"א** מפורש ברא"ש ובתוס' תלמיד ר"ת משום דהמוקדם אינו יכול לגבות אלא מהאחרון שהלוקחים האחרים אומרים הנחנו לך מקום לגבות וממילא בא השני בזמן אצל הלוקח השני וכו'. **ועיין בתוס' ר"פ**.

**יעויין ברא"ש** שכתב דהניזק יכול לפייס השני שלא יעכבנו מלגבות ואז יכול לגבות ממנו, **ובהבנת דברי הרא"ש איכא ב' דרכים** (א) **בנתיה"מ** [סי' קיט סק"ו] **כתב** דהוא מדין אי אפשרי בתקנת חכמים דהיינו שהניזק מפייס הלוקח שיאמר אי אפשרי **וכדבריו מבואר בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש** דהוא מדין אי אפשרי בתקנת"ח **וכ"מ מדברי הגר"א** [סי' קיט סק"ט] (ב) **ואולם יעויין בחזו"א** שלמד דכוונת הרא"ש בלא דין אי אפשרי בתקנת חכמים אלא סגי בכך שהשני לא יעכב הניזק, וביאר בזה סברא נפלאה דלא יוכל הבע"ח למנוע מהניזק ללכת לשני שהרי הוא יוכל לגבות מהזיבורית שאצל האחרון ומה יאמר דהרי משועבדת היא לניזק ואין לו בה גוביינא יוכל השני לומר לו הרי אני מסלק הניזק ואין לך נזק במה שתלך אצל האחרון. **ונ"מ לדינא בין שתי הדרכים** לדרך הנתיבות ותלמיד הרשב"א כשיאמר השני אי אפשרי הרי חזר הדין כאילו כולן אצל הלווה וכ"א גובה כדינו וכ"כ הנתיבות שם להדיא [והיינו דאם האחרון הוא בע"ח לא יוכל לגבות מעידית] אבל להחזו"א יוכל המוקדם לגבות מאיזה מהן שירצה ולא יוכלו האחרים לעכבו שיאמר לו האחרון כלך לך אצל שדה אחרונה שבה דינך נואין לך טענה שאני אגבנה ממך שהרי אני נפרע משדה זו].

**ודברי תלמיד הרשב"א הנתיה"מ** [וכ"ה באמת משמעות לשון הרא"ש] **צ"ע** שסברת החזו"א חזקה מאוד, דלמה לא יוכל הלוקח שני להגבות הניזק והיאך יוכל הבע"ח למנעו מזאת אחר שזכותו היא רק בשדה האחרון. **ובאמת נראה** ששורש הנידון הוא בפשט דברי הריב"א דהחזו"א נקט דמה שגובה המוקדם מן האחרון הוא משום דאין לו זכות לגבות מהלוקח שני כיון שהניח מקום אך הם למדו שלא הלוקח שני

בלחוד מעכב אלא אף הבע"ח מעכב מחמת דכיון שהניזק קודם לו וחל שעבודו של ניזק אצל האחרון אם כן חל שעבודו של בע"ח אצל השני והניזק גובה שעבודו שלו וצ"ע בזה.

**ויל"ע** בדברי התוס' שכתבו דאם באו כולם כאחד וכו' מה יהיה הדין כאשר לא באו כולם כאחד כגון שאין זמן פרעונם שווה האם גובה המוקדם בשטרו מהאחרון או המוקדם בזמן פרעונו וצ"ע. **ויעויין במאירי שהביא שיטה** החולקת על הריב"א וסוברת דכיון שבאו כולם כאחד כ"א גובה כדינו, וצ"ב טעמם.

**תוד"ה מכרן וכו' הראשונים לקמן** ביארו דהא דאיתא בגמ' אי שתקת וכו' מהדרנא שטרא למריה הכוונה שימכור השדה שנית לבעלים הראשונים [כ"כ הרא"ש והרמב"ן] **ואולם בדברי התוס' דידן** נראה שלא הבינו כן דלדרך זו הרי אין שום הבדל אם נמכרו שלש השדות בשטר אחד, ומשמע מדברי התוס' דהכוונה שיחזיר או יכבש השטר ואז יאמר שלא נמכרה מעולם. **ועיין במהרמ"ש** שתמה על זה דאם כן אף ביתמי יכול לעשות כן ולומר שלא קנאה מעולם, **וראה בתוס' בע"ב** שכתבו דביתמי אינו יכול להחזיר השטר דדמיא ליתומים שקנו קרקע אחר מיתת אביהם הרי להדיא דמשום מקח חדש אייתנין עלה. **והניח המהרמ"ש בצ"ע. ובלא"ה תמוה טובא** לפרש כן דין אי שתקת חדא דאין שום סברא דמחמת שיכול לשקר ולרמות לא יגבו ב"ד לקרקע עידית ידידה, ועוד דהתוס' לקמן בע"ב נד"ה מצין נקטו דגבי כח אי שתקת אמרינן מה מכר ראשון לשני ואף לוקח שני אינו מגבה העידית ואי משום רמאות הוא מה מכר לו, גם פשוט דהאי 'אי שתקת' אומר לו כן בב"ד והיאך יכחיש המכירה שעתה הודה בה בפני ב"ד. **ודברי התוס' דידן תמוהים מאוד, וצ"ע ג.**

**בגמ' אי שתקת וכו' התוס' פירשו שיטת רש"י** דהיכא דרוצה לגבות כדינו יכול לומר לו אי שתקת ואין הלה יכול להשיבו לכי תהדר והיכא שרוצה לפחות מדינו יכול לומר לו לכי תהדר, **והדברים סתומים** מאי שנא וממ"נ אי לכי תהדר סברא היא אם כן אף כדינו סברא היא. **ויל"ע בזה ב' דרכים:** (א) **דנחלקו הראשונים בגדר דין אי שתקת** דעת הרא"ש בסוגיין דהוא מטעם דכל מה שאדם יכול לעשות רואים אותו כאילו עשוי ואף אם לא טען אנן טענינן ליה, **ואולם יעויין ברמב"ן במלחמות** שביאר באורך דאי שתקת אינו דין כלל אלא דאם אומר הלוקח לבע"ח אי שתקת ממילא כדאי לו ליטול הבינונית שלא יפסיד אבל אם יאמר לו לכי תהדר רשאי לעשות כן ולא יגבו הבי"ד לבינונית ממנו, **ולפי זה י"ל דרש"י** סובר דדין אי שתקת כמו שכתב הרא"ש דהוא מטעם מה שיכול אדם וכו' נאמר דוקא במקום שבא לקיים דינו ולכן ל"ש דין זה כלל בנזיקין לגבי בינונית וזיבורית ובע"ח לגבי זיבורית אלא דבנזיקין פריך הגמ' דיגבה בינונית משום דאל"כ יפסיד הניזק שהלה באמת יחזיר השדה וכטעם הרמב"ן. **ויעויין היטב בתוס' רא"ש בכתובות** בדף קט ע"ב שנראה מדבריו שכוונתו לפרש כן בדעת רש"י.

**(ב) ודרך נוספת** בדעת רש"י נראה ללמוד מדברי הג"א ומרדכי בסוגיין שכתבו כשיטת רש"י וביארו הטעם בשם הר"י דבניזק אינו יכול לכפותו בזיבורית כיון שאינו מאיים עליו כלום יכול לומר לו לכי תהדר אבל בכתובת אשה קודם שיתן לה יותר מדינה ודאי יחזיר השטר ונראה כוונתו דבע"ח אומר לו הלה לכי תהדר ואינו ברור שבאמת יחזיר השטר כדי להפסיד הבע"ח ולהפקיעו מבינונית, אבל בכתובת אשה כיון שהיא באה לגבות יותר מדינה מכח תקנה שנתקנה לטובתו אם כן אמדינן שודאי הוא לא ימחל זכותו וודאי יחזיר השטר ויכפה אותה לגבות מזיבורית ורואים אותו עכשיו כאילו מוחזר.

**ויעויין בסוגיא בכתובות** דף קט ע"ב בדין מי שאבדה לו דרך דטעם של חכמים משום דאי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא וכו' וביאר שם רש"י [וכן ביאר ביבמות] דלכן מוזיל לו הדרך שיקחנה, **ובראשונים מצינו שתי דרכים** בדברי רש"י אלו, **דיעויין בתוס' בכתובות שם** שכתבו דרש"י אזיל לשיטתו מסוגיין שביאר דביותר מדינו מצי אמר לי לכי תהדר, וכוונתם דהתם נמי חשיב יותר מדינו

ולכן אם רוצה להפקיע הדרך לגמרי ממנו יאמר לו הלה לכי תהדר, ואולם יעויין בנמו"י בסוגיין ובתוס' שאנץ בשיטמ"ק שמדבריהם מבואר דאדרבה סתרי דברי רש"י להמבואר בסוגיין דבנותן לו כדינו אינו יכול לומר לו לכי תהדר, ויעויין בתוס' ביבמות [בדף לו ע"ב ד"ה דאמר וכו'] שנחלקו שם המהרש"א ומהרש"ל בהבנת דבריהם דהמהרש"ל הבין שכוונת התוס' כדבריהם בכתובות דסוגיא דידן מתפרש כפירוש רש"י שם דבמפקיע דינו מצי אמר ליה לכי תהדר, ואולם המהרש"א ביאר דבריהם דס"ל דהוי כדינו וכוונתם להקשות על פירוש רש"י מסוגיין וכהנמו"י והתוס' שאנץ בסוגיין. ועייין בתוס' רא"ש שם שמשמע כהמהרש"א.

ומבואר שנחלקו ראשונים ואחרונים אי חשיב בההיא דאדמון כמפקיע דינו או כמקיים דינו וטעמם של התוס' בכתובות מבואר דהרי כשהיה השדה אצל ארבעה לא היה לו דרך משעה שאבדה וכיון שכן השתא כשבא לתבוע דרך הרי הוא תובע יותר מדינו ולכן מצי אמר ליה לכי תהדר, וסברת שא"ר נראה דכיון דמעיקרא דדינא הרי הדרך שלו ורק דכ"א מצי מדחי ליה אצל חברה והשתא בא לגבות את שלו חשיב כמקיים דינו שמקיים דינו האמיתי. [ואפשר דשורש המחלוקת בסברא בעלמא או דהתוס' בכתובות סברי דקיום דינו היינו הדין שהיה לפני המכירה ושאר סברי דדינו הכוונה הדין הראוי להיות מעיקר הדין].

שיטות הראשונים בדין אי שתקת דין זה דאי שתקת מאוד צ"ב בסברא דסו"ס היאך יכול לכופו לקבל פחות מדינו ע"י מילי בעלמא, ומצינו בזה כפה"נ שלש שיטות בדברי הראשונים, א) שיטת הרמב"ן היא דבאמת אין כאן דין כלל אלא שמחמת שמאיים עליו ליתן לו הזיבורית מתפשרים הם ביניהם ואם באמת יתעקש הניזק ויאמר לו לכי תהדר יגבו לו ביי"ד העידית [אם הלה לא יחזירנה באמת] ולדרך זו לעולם לא תמצא דין אי שתקת אלא באופן שמתפשר עמו אבל באופן שאין לו מה להפסיד ודאי יאמר לו לכי תהדר, ובההיא דכתובות ביאר הרמב"ן דהטעם הוא משום מה מכר ולשון אי שתקת ליפוי טענתו הוא וכו' עיי"ש. ב) בתוס' תלמיד ר"ת כתב בדינא דאי שתקת דהוא משום דאפוכי מטראתא למא לי, ונראה כוונתו דכיון דמן הסתם באמת יעשה כפי שאמר הוי בגדר אפוכי מטראתא. ג) הרא"ש כתב בטעמא דאי שתקת דכל דבר שאדם יכול לעשותו רואים אותו כאילו עשוי ולכן אמרינן אי שתקת אף להפקיע דינו ואף אם לא טען טענין ליה אנן.

ויש לעיין בטעמו של הרא"ש האם הוא מהסברא שכתב התוס' תלמיד ר"ת משום אפוכי מטראתא, ובפשוטו נראה שאינו כן דאי משום כן אין סברא דכשלא טען נטעון ליה אנן, דהשתא כשאינו טוען לא הוי אפוכי מטראתא [ולפרש דברי הרא"ש דאנו מלמדים אותו לטעון כן לא נראה, חדא דאי"ז במשמעות לשונו ועוד דלמה נלמדנו אם עתה אינו זכות בדין אלא משום אפוכי מטראתא] ועוד נראה לדון דהנה יש לחקור בדינא דאי שתקת היכא דהוי להוציא ממון אם אמרינן כן, ומצינו בשתי תשובות להרא"ש שכתב טעם דאי שתקת אף להוציא ממון.<sup>144</sup> ולכאורה היה נראה דמחמת דין אפוכי מטראתא

<sup>144</sup> בכלל פו סי' טו דין הרא"ש באדם שהיה חייב מעות לאשה ובא בעלה של האשה ובידו הרשאה ממנה לגבות חובו, והביא הנתבע עדים ששילם מעות לבעל והבעל טוען סיטראי נינהו דכיון דאין לו מגו [שהרי יש עדים שנתן לו] אינו נאמן לומר סטראי. ודין הרא"ש דגובה חובו מדין אי שתקת וכו' ואי לא מהדרנא שטרא למריה ולהאשה לא יוכל לטעון שפרע לבעלה [וצ"ע מדוע, ושם בוזמן שפרע לו לא היה עדיין מורשה] הרי קמן דמחמת כח אי שתקת מוציא הלה ממון מן המוחזק אף שמעיקר הדין יש כאן ספק ממון גמור והמע"ה.

ובכלל יח סי' א דין הרא"ש בראובן שהיה חייב מעות לגוי ומכר הגוי שטרו לשמעון ותבע שמעון את ראובן לדין שיכול לדון עמו כפי שדנים הגויים בערכאותיהם ובי"ד ישראל יפסקו לו כדיני גויים ומשום דאמר ליה אי שתקת וכו' ואי לא מהדרנא שטרא למריה. וזה דין מחודש דאי שתקת שמחמת כן יכול לגבות ממנו ממון שלא כדין וצ"ע. ועכ"פ מבואר דדין אי שתקת הוא אף להוציא ממון, ושם בתשובה כתב עוד בתוה"ד דהוא מדין מה מכר ראשון



אי אפשר להוציא ממון שהוא רק סברא שלא ירדו בי"ד לדין בלא תועלת אבל אינו טעם להוציא ממון שלא כדין. ומשמעות דברי הרא"ש הוא דאינו משום אפוכי מטראתא היא אלא כללא דכל שיכול לעשות כאילו עשוי, וצ"ע בטעם הדברים.

**ויל"ע בעיקר דין אי שתקת** דפעמים שאינו יכול להחזיר כגון שאין המוכר רוצה בכך, וביותר צ"ב בסוגיא דכתובות דאם יחזיר השדות למוכרים לו יפסיד שהרי קנה אלו השדות משום שחפץ בהן ולא במעותיו, ועוד דהרי המוכרים שמכרו מכרו משום שחפצו במעות ולא בשדה ומהיכי תיתי שירצו לקנותן חזרה ומנא לן שיש להם כסף לקנותן.<sup>145</sup> ולהסוברים דדין אי שתקת משום אפוכי מטראתא קשיא טפי דראוי לבדוק בכל גווני אם הוי אפוכי מטראתא, וצ"ע בכ"ז.

**ויעויין בשטמ"ק** בשם הר"י מלוניל שהקשה דאם כן בכל ניזק היאך גובים ממנו עדית הרי יכול למכור העידית שלו ואז יגבה הלה בעל כרחו מבינונית, ויל"ע בכוונתו שהרי אם יעשה כן לא ירוויח כלום ונמצא מופסד משתי שדות ומאן יימר שימצא קונה בקל, ושמא כוונתו דיכול למכרה לאוהבו ולהחזירה אחר שיפרע מן הניזק, ויותר מסתברא לפרש הקושיא ע"ד הרמב"ן והיינו שכה"ג יכול להכריח את הניזק לפשרה עמו וצ"ע. **ובעיקר הקושיא** באמת מצינו כע"ז בטור בסי' קיט שנראה מדבריו שאף אם לקח בינונית ועידית בלחוד יכול לומר אי שתקת שתקת ואי לא יהיבנא זיבורית דילי למוכר במתנה ותגבה ממנו כדין קרקע שקנה הלווה אחר ההלוואה, ואינו ברור כ"כ שזו כוונת הטור עייש"ה וצ"ע.

**שיטת הרשב"א** יעויין היטב בכ"ד הרשב"א בסוגיין שכתב דדין אי שתקת לדעת רב ששת לא נאמר אלא לאוקמי דינא ולא לגרועי דינא, ולהלן כתב דתליא בפלוגתא דקם דינא והדר דינא ולמ"ד הדר דינא אמרינן אי שתקת אף לגרועי דינא ור"ש כמ"ד קם דינא וקושיית הגמ' היאך נפרש הברייתא למ"ד הדר דינא, וביאר לפי"ז דכיון דקיי"ל קם דינא כולם נכנסו תחת הבעלים ול"ק דיגבו נזקין מבינונית. **ודברי הרשב"א סתומים מאוד** מה שייך ענין זה לפלוגתא דקם דינא והדר דינא.

לשני ולכן מכר הכותי כל זכות שיש לו ומ"מ מפורש בדבריו שהוא מדין אי שתקת וצ"ע הבנת הדברים, גם סובר שם כשיטת רש"י ולא כפי שהכריע בתשובה דלעיל, ובפסקיו וכן בתוס' רא"ש בכתובות יישב פירוש רש"י.

ובתשובת מנחת יצחק ח"ג סי' קכו דן בצירור של אדם שהשאל לחברו חפץ וניזוק והלה תובעו לשלם והנתבע טוען שכיון שיש לתובע ביטוח המשלם את הנזק אינו חייב לשלם והדין עמו [עיי"ש באורך בטעם הדין מדוע הדין עמו] וע"ז כתב עוד ח"ל אך באשר לפי תנאי החברות אחריות, אם לא יודמנו אסונות, [כוונתו להנחה שמקבל בעל הפוליסה לשנה הבאה על העדר תביעות] אז יש לבעל המכונה כמה ויתורים, בזה יש לומר שהשוואל מחויב להשלים לו אלו הויתורים, דאם לא כן יאמר להשוואל אם אתה משלם לי זאת ספיר ואם לא אז אמהול להחברת אחריות על הקבלת אחריות שלהם, ואתה תשלם לי כל ההפסד, כדין שואל, וכמו דאיתא בכה"ג (במס' ב"ק ח ע"א) דאמר להו אי שתקיתו ושקליתו כדיניכו שקליתו, ואי לא מהדרנא שטרא דזיבורית למרי', ושקליתו כולכו מזיבורית, עיי"ש, אבל אם מבקש ממנו כל ההפסד לא יוכל לומר כן, דא"ל לכו תהדר, כמבואר ברש"י ותוס' שם, וכמ"ש בה"ג בתשו' הרי בשמים (שם בסוף התשובה) וכו' עכ"ל שם. ואינו מובן דאם כן יוכל לתבוע ממנו אף הנזק עצמו כגון שיתבע חצי נזקו ויאמר לו אי שתקת וכו' וכה"ג אינו יכול לומר לו לכו תהדר. ועכ"פ אף זה אי שתקת להוציא ממון הוא.

<sup>145</sup> **ובסוגיין לא הקשינו כן** דממ"נ לא קשיא, דאי מכרו לו באחריות אם כן בלא"ה המוכר חייב לו מעות דמי השדה ומה איכפת לו אם יתן למוכר הזיבורית ויהיה המוכר חייב לו דמים אלו באופן של מכר ואף המוכר אין לו שום פסידא בזה, ואם מכרו לו שלא באחריות כ"ש דיכול להחזיר למוכר בלא דמים כלל שהרי אין מפסיד בזה כלום שבלא"ה הבע"ח יגבה ממנו. וחשבון זה כבר כתוב בתוס' תלמיד ר"ת בסוגיא להלן בדף ח ע"ב גבי לוקח שמכר בינונית וזיבורית עיי"ש. **ושמא אף בההיא דכתובות** יש ליישב שיכול להחזיר לאחד המוכרים שיעור דרך והשתא לא יוכל הלה לתבעו דיאמר לו שמא דרכך אצל המוכר ואף מהמוכר לא יוכל להוציא מספק וזה יוכל לעשות גם בלא דמים דהרי אם יטול זה ממנו את הדרך ג"כ לא יקבל דמים, וצ"ע מסתימת דברי הראשונים בזה.

ואנהרינהו לעיינין הגר"א [בסי' קיט סק"ג] שביאר כוונת הרשב"א עפי"ד הסוגיא ביבמות, דיעויין בגמ' שם דאיתא התם פלוגתא דר"א ורבי ירמיה בספק ויבם אי קם דינא או הדר דינא, ופריך הגמ' דתליא בפלוגתא דאדמון ורבנן דרבנן דסברי אי שתקת סברי כמ"ד קם דינא ור"י כאדמון, ומשני הגמ' דאף רבי ירמיה מצי סבר כרבנן ומשום דטעם של רבנן משום אי שתקת, ודברי הגמ' תמוהים מאוד דאמאי ס"ד דרבנן סברי קם דינא הרי טעמם משום אי שתקת והגמ' בעצמה כבר בקושיא מפרשת להדיא דזהו טעמם של רבנן, ומבואר מזה דאמרינן אי שתקת דוקא לאוקמי דינא וזה שייך רק למ"ד קם דינא, נראה בביאור הדברים בהערה להלן] ואח"כ משני הגמ' דלרבי ירמיה אמרינן אי שתקת בכל גווני. ועולה מזה דלר"א דין אי שתקת רק לאוקמי דינא ורבי ירמיה מוכרח לסבור אי שתקת בכל גווני וא"ש דברי הרשב"א היטב. ומיהו הדברים סתומים מאוד דלמה חשיב לאוקמי דינא למ"ד קם דינא, ועוד אי קם דינא מדוע בעינן כלל לאי שתקת, ועוד דהתם בספק ויבם ליכא לדין אי שתקת וחזינן דקם דינא סברא העומדת בפ"ע היא. וראה בהערה בזה.<sup>146</sup>

### דף ח ע"ב

בגמ' הב"ע ביתמי התוס' פירשו דמיתומים אינו גובה אף אם יחזיר דהוי כקרקע שקנו אחר מיתת אביהם ופשוט, ואולם יעויין ברשב"א שכתב דהכא דמיא ליתומים שגבו קרקע בחובת אביהם דה"ק אי שתקת וכו' ואי לא אבטל המקח כדמוכח מהלשון 'מהדרנא שטרא' וכו', ולכן פירש הרשב"א דמייירי הכא ביתומים קטנים ולכן אינו יכול לגבות מהם אף אם יחזיר להם הקרקע. ודברי הרשב"א צ"ע היאך אפשר להחזיר השטר ולבטל המקח ומהיכן שמענו תורת ביטול מקח אחר שכבר חל, ובאמת הראשונים פירשו שמחזיר להם השטר בכתיבה ומסירה והוי מקח גמור אך הרשב"א לא פירש כן וצ"ע.

וכתב הרשב"א דמהכא שמעינן דהיכא דאיכא נכסים בני חורין ביד יתומים קטנים גובים מהמשועבדים דומיא דנשתדפו בני חורין, ויעויין במאירי שהשיג עליו דלא דמיא לנשתדפו דהתם הקרקע בת חורין אינה בעולם אבל הכא הרי היא כאן אלא אריא הוא דרביע עלה, ומבואר דנחלקו הרשב"א והמאירי במחלוקת הרמב"ן והר"ן היכא שאינו יכול לגבות בת חורין מחמת הספק [נתפרש בתחילת הסוגיא גבי שלשה שקנו מהלווה ואין ידוע מי מהם קדם] ועיין בזה לעיל שם מש"כ בזה.

<sup>146</sup> ונראה לבאר הדברים [ועיקר הדברים נתעוררנו מדברי הגר"נ זצ"ל] בהדיא דאדמון ורבנן יכול בעל הדרך לתבעו בשני אופנים, האחד שיתבענו מחדש באותה תביעה שהיתה לו כלפי בעלי השדות וכיון שתובע כל התביעות ביחד אינו יכול לדחותו וחייב ליתן לו דרך, ועוד יכול לתבעו אף בלא טענה זו דאומר לו סו"ס השתא דרכי גבך והב לי כנגדה דרך אחרת ודוק. והשתא אם יתבענו באופן הראשון תובע התביעה שהיה לו כנגד כולם שנית הרי תביעתו היא בעיקרא דדינא ובוזה נקטה הגמ' דלא אמרינן אי שתקת דהוי אי שתקת לגרועי דינא ולכן מוכח מזה כרבי אבא דאמרינן קם דינא והשתא אינו יכול לתבעו אלא באופן השני דמ"מ דרכי גבך ולזה מהני אי שתקת להעמיד הדין הראשון שחל ע"י קם דינא, ומשני לרבי ירמיה דאה"נ אף כלפי תביעתו זו באופן הראשון נמי אמרינן אי שתקת אף דהוי לגרועי, ואם כן נמצא דלמ"ד קם דינא אי"צ לסברת אי שתקת אלא כלפי התביעה השנית וכלפי זה הוי לאוקמי אך למ"ד הדר דינא מוכח מדברי חכמים דאמרינן אי שתקת בכל גווני.

וצ"ב בהדיא דספק ויבם דכלפי תביעתו שנית בדין ירושת הסב אומרים לו קם דינא אך למה לא יתבעם השתא ממוני גבך, אך באמת זה תמוה כבר בדברי הגמ' שם דמשני דרבי אבא כאדמון ושאיני דהיא דאדמון שתובעו בטענת ברי דדרכא אית לי גבך ומשא"כ בספק ויבם תביעתו תביעת ספק שאינו יודע מאיזה כח תובעם [עייש"ה בגמ' וברש"י] ואינו מובן כלל מאי שנא דאף בירושה תובע בברי ממוני גבך וע"כ צ"ל דבתביעת ירושה כ"ז שלא חלקו הירושה לא חשיב כממוני גבך דאינו תובע אלא זכות חלוקה [וכהיסוד הידוע דבירושה קודם חלוקה אינה לגמרי ממון היורשים] ולכן שתי תביעות חלוקה אינן יכולות ליחשב כתביעה אחת של ממוני גבך ודוק, ולכן אינו יכול לתבעם אלא לעורר דין הראשון ולתבוע שתי התביעות בממ"נ וע"ז אמרינן קם דינא וזה כפתור ופרח ודוק.

**שם בגמ'** ויתמי לאו בני פירעון נינהו הקצה"ח [בסי' קז סק"י] נחלק עם הסמ"ע בדין יורשים שמכרו קרקע שירשו מאביהם, דהסמ"ע סובר דגם בזה שייך התקנה דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין והקצה"ח שם דחה דבריו. וכתב דדמיא ללוקח ראשון שמכר ללוקח שני דליתא להתקנה משום דאף אצל הראשון היו משועבדין וה"נ ביורשים רק מחמת שעבוד נכסים גוברים מהם וכלוקח ראשון דמו עיי"ש. **והגר"נ הוכיח מסוגיין כהסמ"ע** שהרי מבואר בגמ' דאם היו בני פירעון היו גוברים מהם הזיבורית ולא מהלוקח, וביותר ברש"י ותוס' שפירשו דהוי כנכסים שקנו יתמי ומבואר מדבריהם דאם היה נחשב כנכסים שגבו בחובת אביהם לא היו גוברים מהלוקח וזו ראייה עצומה.

**שם בגמ' הקצה"ח** [בסי' קטו סק"ד] הביא שיטת הב"ח דהלוקח נכסים אינו יכול לדחות את הבע"ח אצל נכסים שקנה הלואה אחר ההלואה ודוקא כלפי נכסים שהיו בשעת הלואה מצי אמר לו הנחתי לך מקום לגבות ממנו. **והקשה עליו הקצות מסוגיין** שמבואר בגמ' דאי מחזיר הזיבורית למוכר גובה הלה בע"כ מן הזיבורית והרי מבואר בראשונים דהוי מקח גמור [וכלפי יתומים חשוב כקנו לאחר מיתת אביהם] ואם כן הרי להדיא דכה"ג גוברים מהמוכר. **וכתב הקצות** ליישב דהכא שאני שהרי אותה הקרקע בעצמה היתה אצל הלואה בשעת הלואה וחל שעבודו עליה אלא שחזרה לו אח"כ בדרך הקנאה וכה"ג מודה הב"ח. **והגר"נ הקשה** מדברי הטור בסי' קיט שכתב דאף אם יחזיר הלוקח למוכר קרקע משלו או אף מטלטלי לא יגבו ממנו העידית [ועיי"ש בנתי"מ שפירש דברי הטור באופ"א] **וביאר הגר"נ** דהיכא שעדיין הקרקע ביד הלואה לא נחלק הב"ח מעולם דהוי בכלל התקנה דאין נפרעין מנכסים משועבדים ולא דן הב"ח אלא כשמכרה ללוקח אחר דאז טענת הראשון היא משום הנחתי לך מקום לגבות הימנו בזה אמר הב"ח דכשלא היתה בשעת הלואה לא חשיב הנחתי מקום, **ועייין בחי' הגרש"ר** בגדר דין הנחתי מקום.

**בגמ' פשיטא וכו' התוס' רא"ש** [הו"ד בשטמ"ק] הקשה דהרי תקנת חכמים דאין נפרעים לטובת לוקח ראשון נתקנה ולמה לא יוכל לומר אי אפשר אף אחר שמכרה, **וכתב התוס' רא"ש** דלמסקנת הסוגיא ניהא דאמרינן מה מכר ראשון לשני וכו' ואף זכות זו לומר אי אפשר מכרה לשני, **ומשמע מדבריו** דאין כוונתו ליישב בזה הקושיא ומשום דבגמ' משמע דהך פשיטא אף בלא מה מכר דאמרינן דהא פשיטא ובגוונא דמכר עידית סבר אביי וכו' ואמר לו רבא א"א, אך כוונת התוס' רא"ש דמ"מ למסקנא ניהא [ושמא י"ל דאביי לא סבר מה מכר דוקא במכר עידית שהרי זכותו בתקנה היא מחמת בעלותו על הבינונית והזיבורית אבל במכר אלו מודה אביי דאמרינן מה מכר וצ"ע] **ומצינו בראשונים שלש דרכים** לתרץ קושיית התוס' רא"ש: (א) **יעויין בגמ' שכתב** דאינו יכול לומר א"א 'דהא מכרה ולחברו ניהא בתקנת חכמים והיאך יאמר הוא אי אפשר עכ"ל. ונראה כוונתו דהתקנה היתה לתועלת בעל הקרקע מכח המקח ולא לתועלת הלוקח עצמו וכיון דלבעל הקרקע ניהא א"א להפקיעה.<sup>147</sup> (ב) **המאירי** עמד בקושיית התוס' רא"ש וביאר בזה שתי דרכים, האחת דאינו יכול לומר אי אפשר כשמפסיד לאחר לבד מהבע"ח עצמו וכאן מפסיד ללוקח ממנו.<sup>148</sup> (ג) **עוד ביאר המאירי** דאינו יכול לומר אי אפשר אלא כשמעמיד ומקיים הדין אבל הכא שמכר הבינונית וזיבורית הרי אינו יכול להגבותו הבינונית וזיבורית שאינן אצלו ולכן אינו יכול לומר

<sup>147</sup> ודקדוק לשונו מורה דאין כח אמירת האי אפשר עובר עם המקח אלא אצל הראשון הוא אבל מ"מ כיון דלתועלת השני הוא שוב אינו יכול להפקיעה. כ"נ ממה שלא כתב בפשיטות דכיון דמכרה אינו בע"ד לומר אי אפשר וצ"ע. ונ"מ בזה אם הלוקח שני ירצה לומר אי אפשר והלוקח ראשון לא ירצה, דלהאמור מודה הנמו"י דאינו יכול השני לבדו להפקיע התקנה.

<sup>148</sup> וסברא זו כתבה התוס' ר"פ לעיל ד"ה כולן וכו' וביאר דאינו יכול לומר אי אפשר כשמפסיד הבע"ח וכתובת אשה. וצ"ע הטעם.

א"א, ולשון הגמ' דבינונית וזיבורית ליתנייהו גביה וכו' מדוקדק היטב לדרך זו. ועיין ברמב"ם נפ"ט ממלו"ל ה"ז] שהביא דין הגמ' שכולן גובים מהעידית 'שהרי אין לו במה ידחה אותן' ולשונו משמע כביאור זה של המאירי.

**ויעויין היטב בתוס' בכתובות** [בדף צב ע"א ד"ה ראובן וכו'] דרש"י שם כתב דבציור שקנה שמעון כל שדות ראובן ומכר את הראשונה ללוי גובה הבע"ח רק מהאחרונה, והתוס' שם הקשו עליו דיאמר הלוקח ראשון אי אפשר, ובסו"ד שם כתבו לדינא בציור דגמ' דידן דזבן עדית באחרונה ומכר בינונית וזיבורית דהבע"ח רצה מזה גובה ורצה מזה גובה. **ודבריהם תמוהים טובא** דהרי מפורש בסוגיין דגובה מהעידית ואין הלוקח ראשון יכול לומר אי אפשר. **ויעויין בש"ך** [בסי' קיט סק"ד] שכתב לבאר דלא קשיא מסוגיין דאע"ג דמבואר בגמ' שאין שמעון יכול לומר כן לדחות הבע"ח אצל לוי בעל כרחו אבל אם הבע"ח רוצה לגבות מלוי יכול שמעון לומר כן. **ונמצא** שבאמת יכול שמעון לומר אי אפשר כדי שיהיה הדין דרצה מזה גובה רמ"ג אבל אינו יכול לומר א"א כדי שיחול כח הבע"ח אצל בינונית דוקא. **והדברים צ"ב** דממ"נ אי תקנתא קאי גביה ויכול להפקיעה א"כ לגמרי יפקיענה. **ויעויין בחי' רא"ל שעמד בזה** [בסי' נח אות ג] <sup>149</sup> **ובפשטות יש לבאר** על פי תירוצו השני של המאירי דמה שאינו יכול להפקיע התקנה הוא משום שאינו מעמיד לבע"ח את דינו, ולפי זה באופן שמעמיד לו העידית לגביה אם ירצה זה יכול להפקיע התקנה [והיינו או דחל הפקעת התקנה כשבא הבע"ח מרצונו לגבות מהבינונית או שיכול להפקיע התקנה למחצה דהיינו להחיל שעבוד על הבינונית דבזה אינו פוגע בזכות הבע"ח אבל אינו יכול להפקיע השעבוד מהעידית ודוק]. <sup>150</sup>

**בגמ' אמר ליה רבא מה מכר יל"ע בגדר דין זה** דבפשוטו הדין הוא שקבל הלוקח שני את כחו של המוכר לומר אי אפשר והוא עתה יאמר א"א בתקנ"ח, **ויעויין בתוס' רא"ש בשטמ"ק** שמשמע כן מדבריו. וכ"מ להדיא במאירי. **ואולם הראב"ד פירש** ש"יכול לומר לוקח שני ללוקח ראשון אתה חייב לפטור אותו מבע"ח ומכתובה ולהגבות אותם כדיניהם כאילו היו כולם אצלך וכו' ונראה מדבריו שאין הלוקח שני אומר אי אפשר בעצמו [ומסתברא משום דדבר זה לא ניתן לימכר שחז"ל נתנו כח זה ללוקח ראשון שלו נתקנה עלילה אבל לא לבא מכחו וכדחזינן מדברי הראשונים לעיל שנתקשו במכר בינונית וזיבורית ודוק] אבל מכח מה מכר אמרינן שזיכהו המוכר לתבוע שהוא יעמיד הקרקע לבע"ח [ולפי זה חייב המוכר לומר אי אפשר וצ"ב היאך חל חיוב זה והוי כקנין אתן וצ"ע, גם צ"ע היאך נכפנו לקיים חיובו] **ויש לדון נ"מ בזה** היכא דהלוקח ראשון מת בלא יורשים [גר] וזכו אחרים בנכסים דאם הלוקח שני אומר אי אפשר אזי יגבה הבע"ח מהם אבל אם דין

<sup>149</sup> שביאר דע"י האי אפשר יכול להחזיר השעבוד שפקע מהבינונית מכח התקנה דאין נפרעים אבל כיון שחל השעבוד על העידית אינו יכול להפקיע שעבוד זה מכח אי אפשר ובשלמא כששתיהן בידו מ"מ יכול לדחות הבע"ח אצל בינונית דסו"ס כיון ששתיהן משועבדות לו יכול ליתן לו הבינונית וליפטר אבל כשהבינונית ביד הלוקח שני אינו יכול לדחותו אצלה, ולא נתברר דבריו למה לא יכול לדחותו אצל הבינונית ולכאורה תליא בהנידון דשני לקוחות שיש להם שדות משועבדים ממי גובה הבע"ח או דהכא נימא דמכח הסברא דהרחקת שעבודי יכול הבע"ח לגבות ממנו.

<sup>150</sup> והגר"נ צ"ל פירש דברי התוס' דבאמת אינו יכול לומר אי אפשר כלל והא דגובה הבע"ח מהעידית הוא משום דאמר לו הרחקת שעבודי [וכדמבואר בסוגיא להלן לפי' הרא"ש שם] אך הקשה דאם כן אמאי קאמר הגמ' דלגבו מעדית 'דהא אחרונה היא' ולפי"ז אף בלא טעם זה גובה מעדית ונרחק דכוונת הגמ' דאינה ראשונה שתחול עליה טענת הנחתי מקום וזה דוחק בשגם עדיין לא הוזכרה סברת הרחקת שעבודי בגמ' כלל ומימרא דרבא היא לקמן ודוחק לפרש מימרא זו דפשיטא וכו' לפי"ד רבא דלקמן. [אם כי יש לומר דהתוס' הבינו הסוגיא כדרך המאירי וכיון דלמסקנא בלא"ה גובה מהעידית משום דהרחקת שעבודי אם כן אליבא דאמת יכול לומר אי אפשר דאין בזה פסידא ללוקח כלל ודוק]

מה מכר הוא לכפות הראשון נמצא דכה"ג יגבה מלוקח שני. ואפשר שאף במת והניח יורשים אין היורשים מחוייבים בחיוב הגוף של אביהם להעמדת המקח ולא יוכל לכפותם להעמיד הזיבורית, ועיין בחזו"א שכתב דאין נ"מ אם לוקח ראשון קיים או שמת אך אפשר שהבין סוגית הגמ' כהתוס' רא"ש ומאירי.

**ולדרך התוס' רא"ש ומאירי איכא לעיונא** מה גדר מה מכר בזה דלכאורה נראה שא"א למכור זכות אמירת אי אפשי כשהיא לעצמה [כגון לוה שמכר שדה ללוקח ורוצה הלווה לקנות מהלוקח זכות לומר אי אפשי שע"ז יגבו מהלוקח ולא ממנו ומה שייך קנין בזה הרי דין הוא ולא ממון] וה"נ זכות אמירת אי אפשי שייכת לבעל הזיבורית כי לו נתקנה והיאך תימכר עם העידית ואף אם היה מוכרה עם הזיבורית צ"ע היאך מהני מכירה בזה.

**ויעיין בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש** שכתב בסוגיא לעיל בדבין אי אפשי אין הלוקח צריך לטעון כן בעצמו אלא הבי"ד טוענים לו והוכיח כן מגמרינן שאין הלוקח שני טוען אי אפשי. **והדברים צ"ב** היכן מוכח מסוגיין דאין השני טוען אי אפשי, וצ"ל דסבר כהראב"ד שאין כח לשני לומר אי אפשי ואם שייך בזה מה מכר הוא משום דהאי אפשי נעשה ע"י כח בי"ד וכיון שנתחייב ראשון לשני להעמיד לו השדה מפקיעים בי"ד את התקנה וצ"ע.

**בגמ' ראובן שמכר וכו' פירש רש"י** דיכול לגבות מזיבורית של שמעון כיון שלקח כל שעבודו של ראובן, **ודברי רש"י צ"ב** מדוע הוצרך לזה הרי שיטת רש"י לעיל דניזק יכול לגבות בינונית וזיבורית בע"כ של מזיק ולכאורה בפשוטו הוא הדין בבע"ח ואי"צ לגי"ד ואם כן פשיטא דגובה מזיבורית.<sup>151</sup> **וצ"ב דברי רש"י דידן.** וי"ל בזה בתרי אנפין, חדא דכל זכותו של הבע"ח בזיבורית היא מדין מיניה אבל כשבא לגבות ממשועבדים לא נשתעבדה לו אלא הבינונית שהיא עיקר דינו, **ועי"ל** דכמו דבלוקח שני שלקח זיבורית מצי אמר לו להכי טרחי אם כן כ"ש בלוקח ראשון שלקח מהבעלים זיבורית שאינו חייב ליתננה דאמר ליה להכי טרחי. **ועיקר סברת רש"י** דכיון שלקח כל הקרקעות נכנס במקומו אף היא צ"ב.

ולהדרך השניה שכתבנו נחא היטב דכלפי שאומר לו להכי טרחי משיבו הלה דכיון שלקחת כל שעבודי אין לך טענה בזה. **ואולם יעייין ברש"י** ב"מ דף טו ע"א ד"ה דשם משמע דכל עיקר כח גבית בע"ח בעלמא מלוקח היא משום דאמר לו יאמאי זבנתי מאין אגבה חובי' [וביאר שם רש"י דבע"ח אינו גובה שבח מלוקח בלא אחריות משום דאמר ליה מאי אפסדתין וביאר דגופה של קרקע מ"מ גובה הבע"ח מהטעם הנ"ל] **וצ"ע** בזה מדוע צריך לטעם זה והרי השדה משועבדת לו. ועכ"פ הדברים מתאימים היטב עם דברי רש"י דידן ועם סברת להכי טרחי אשר כח תביעתו מהלוקח הוא משום שהפסידו במה שלקח הקרקע וצ"ע בזה.

**ועיין ברא"ש** שהביא דברי רש"י והוסיף לבאר דאף שבעלמא אינו יכול ליקח זיבורית בע"כ הכא בא לו בטענה דהרחקת שעבודי במה שמכרת הבינונית וצ"ב איזה טעם הוא זה לגבות ממנו שלא כדינו. עוד צ"ע בדברי הרא"ש במכר זיבורית מדוע בעינן להאי טעמא דלהכי טרחי והרי אף מהראשון אינו גובה זיבורית אי לאו מהאי טעמא ויתבאר להלן בדברי התוס'.

**ובדברי רש"י דידן מבואר** דיכול הבע"ח לגבות הזיבורית מה"ט אבל אינו יכול לגבות העידית, **וביאר הרא"ש** דהיינו טעמא דאף דאיכא הסברא דהרחקת שעבודי מ"מ מחמת זה אינו חייב ליתן לו העידית ויכול לסלקו בזיבורית, **וכתב הרא"ש** דבודאי דכן הוא שהרי מכח הסברא דהרחקת שעבודי לא ניפיה

<sup>151</sup> וי"ל בזה בדוחק על פי שיטת רבינו יונה לעיל [בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש] שמחלק דניזק יכול לגבות פחות מדינו אבל בע"ח יכול רק במקום גילוי דעת, אך סתימת דברי רש"י שם לעיל לא משמע כן.

כח הבע"ח יותר מאצל הלווה גופא שאם מכר בינונית גובה המלוה מזיבורית וכ"ש לוקח ראשון. ויעוין ברע"א שנתקשה בדברי הרא"ש דהא מנא ליה ודלמא אף בלוה גופא כן הוא הדין שאם מכר הבינונית יוכל המלוה לגבות מעדית מטעם זה דהרחקת שעבודי.

**ונסתפק הרא"ש** היכא דלית ליה זיבורית אלא עדית ובינונית ומכר הבינונית אם כה"ג נמי אינו גובה העידית או דעד כאן לא קאמר רש"י אלא היכא דמסלקו בזיבורית אבל בדלית ליה זיבורית גובה העידית משום דהרחיק שעבודו **והכריע הרא"ש** דגובה העידית.<sup>152</sup>

**ויעוין ברש"י בכתובות** [בדף צב ע"א] ששם מבואר מדבריו שגובה העידית ודלא כדבריו בסוגיין [ואפשר אמנם לדחוק דכוונתו בדלית ליה זיבורית אך רהיטת לשונו לא משמע כן ואף הריטב"א והשטמ"ק שם תפסו בדבריו בפשיטות דמיירי אף בדאית ליה] **וצ"ב טעמו של רש"י, ויעוין שם בריטב"א שהקשה על רש"י**. וכתב דשגגה גדולה היא שהרי אף בלוה גופו אם מכר הבינונית גובה מזיבורית וכנ"ל, ואף כאן קשה קושית הרע"א מנא פשיטא ליה להריטב"א דין זה כ"כ עד שכתב ע"ד רש"י שהם שגגה, **וצ"ע**. **והשטמ"ק שם בכתובות** בשם תלמידי רבינו יונה הביא שיטת רב האי גאון הסובר כרש"י וז"ל אבל רבינו האי גאון ז"ל פירש דמעדית נמי גובה דהואיל ולקח שמעון כל שעבודו דב"ח גולן הוא וכל היכא דלא משכח ביד שמעון בינונית ג"כ מעדית גובה אם ירצה עכ"ל. **והדברים צריכים ביאור** דאטו הקונה שדה משועבדת גולן הוא והיכן מצינו סרך איסור בזה ואם כן נאסור לכל אדם למכור כל שדותיו אחר שמשועבד לאשתו בכתובתה, וצ"ע.

**בגמ' אבל שבק בינונית דכוותה ראה בתוס' ושא"ר** שפירשו כולם דאין זה מטעם הנחתי מקום שהרי ליכא בלוקח שני טענת הנחתי אלא בלוקח ראשון, **ולא פירשו התוס'** מדוע ליכא לטענה זו מסברא גבי לוקח שני, **ויעוין ברשב"א שפירש** דלא שייך הך תקנה אלא בהניח בני חורין אבל הכא כולם משועבדים, [והיינו דתקנו ללוקח שלא יגבו ממנו אלא מהלוה עצמו אבל אין סברא לתקן ללוקח שני כלפי לוקח ראשון דמאי אולמיה] **והתוס' ר"פ הקשה** מכח מה דאמרין דבקנה בינונית ולא שייר גובים ממנו אלמא ליתא לתקנתא גביה, **ומסתברא** דדא ודא אחת היא דהר"פ הוכיח הדין והסבר הדברים כמש"כ הרשב"א.

**ויל"ע** בסברת מה מכר דהרי פשוט דכח הראשון הוא לדחותו מבינונית זו לבינונית אחרת אבל במקום שאינו מעמיד לו בינונית אחרת [כגון שני לקוחות שלקחו בב"א] אינו יכול לדחותו ואם כן הכא הרי הלוקח שני אינו מעמיד לו בינונית אחרת [וי"ל בזה בשני אופנים, חדא דמה שמעמיד לו אצל המוכר חשיב נמי העמדה אף שמוכר אצל לוקח אינו יכול להעמיד דהרחיק השעבוד אבל הלוקח אומר לו הרי קודם שלקחתי היה הכל אצלו והיית נזקק לו אף עתה תחזור אליו, ועי"ל דכופין את המוכר להעמיד הבינונית ודומיא דסברת הראב"ד גבי אי אפשי ולפי זה יצטרך הלוקח לנחות בדינא ודיינא עם המוכר ולא הבע"ח, וצ"ע]

**עוד יל"ע** דאף במכר בינונית ושבק עידית נימא כן דהמוכר יכול היה להגבותו עידית בע"כ, **וכעני"ז הקשה המהרמ"ש בדברי התוס'**. **וכתב** דבאמת אין הלוקח יכול להגבותו עדית בע"כ, ולפי זה מוכח כן מגוף דברי הגמ' וכנ"ל, **וראה לעיל** בסוגיא דיוקרא דלקמיה מדברי השע"מ שהוכיח כן מדברי הראשונים שם, אך לכאורה בלא"ה לא קשיא דמה שהיה המוכר יכול לדחותו על ידי שהיה נותן לו יותר מדינו זה ודאי לא מכר, וכ"כ בחי' הגרש"ר.

<sup>152</sup> ונחלקו התפא"ש והפלפ"ח בכוונת דברי הרא"ש שהתפארת שמואל הבין דכוונת הרא"ש להכריע בציור הנ"ל היינו שלא נשאר כי אם עדית אבל הפלפ"ח הבין כוונת הרא"ש דאף כשהשאיר עדית וזיבורית גובה מעדית וכשיטת רש"י בכתובות המובאת להלן, וצ"ע היכן מצא כן בדברי הרא"ש.

ואמנם מצינו בזה שיטה החולקת והיא שיטת רב האי גאון המובאת בספר התרומות [שער ז ח"ד אות ב] שגרס בסוגיין ואזדא רבא לטעמיה דאמר רבא דרך שתקנו בלוקה ראשון כך תקנו בלוקה שני. וכבר עמד בזה הנתיה"מ [בסי' קיט סק"ב] דמבואר להדיא לגרסא זו דיסוד דינו של לוקה שני הוא מתקנת לקוחות ותקנו אף בלוקה שני, ואתיא סוגיין כפשטה מדין הנחתה לך מקום לגבות ממנו, אך צ"ב דאם כן בשייר זיבורית נמי וכמו שמצינו בלוקה ראשון שאף בשייר זיבורית אצל הלזה אין גובים ממנו, ויעויין בשטמ"ק בכתובות שם בשם תלמידי רבינו יונה שנראה שפירשו כרב האי גאון והקשו קושיא זו ותירצו דאף דבעלמא אין השני יכול לדחותו אצל הראשון היכא שהניח לו קרקע דכוותה יכול לדחותו ולומר כבר יש לך ממה שתפרע מן הראשון בקרקע הראוי לך, וצ"ל בכוונתם דבלוקה שני תקנו רק היכא דאין בזה שום פסידא לבע"ח אבל בלוקה ראשון העמידו תקנתם בכל גווני.<sup>153</sup> ועיין שם בתורי"ד שנראה שאף הוא פירש הגמ' כפשטה וביאר דבלוקה מבנ"ח יכול לדחותו אף אצל זיבורית אבל במשועבדים יכול לדחותו רק אצל קרקע כדינו משום דאמר ליה איני רוצה ליטול יותר מדיני שהוא כעין גזל ולא פחות מדיני שאפסיד בזה [ולא ביאר מדוע לא שייך הני טעמי בלוקה ראשון ויל"ע].

[ויש לדון בגדר תקנת אין נפרעים דאם גדרה הוא שאין נזקקין לדין שעבוד לקוחות במקום בנ"ח אם כן אין לה מקום כלל בלוקה שני ומדברי הראשונים הנ"ל יראה דגדר התקנה הוא 'הנחתה לך מקום' והיינו דלוקה שהשאר קרקע לגביה אצל המוכר תקנו חכמים שלא לטרוף ממנו ובחי' הגרש"ר חקר בזה ור"ל דתקנת אין נפרעים ודין הנחתה מקום שני דינים נפרדים הם, ודין אין נפרעים שייכא רק כשעדיין השדה השניה בת חורין אבל במכר כל שדותיו בזה"ז הטעם הוא משום הנחתה מקום וזה מתאים עם מש"כ].

תוד"ה אבל וכו' מבואר מדברי התוס' דאי מוקי לה בלא שייר בינונית נוחא להו טפי, והדברים צ"ב דהרי אדרבה קשיא לאידך גיסא אי קנה זיבורית ודאי דיגבו ממנו הקרקע שהרי לקח שעבודו דבעדית וזיבורית הדין הוא דגובה הבע"ח מזיבורית כדאיתא לעיל. ובקנה עדית באמת אף בזה אין צריך לטעם דלהכי טרחי דפשיטא דמה מכר וכו'. ויעויין בתוס' שאנץ בשטמ"ק [שהתוס' דידן הם קיצור דבריהם שבתחילה ביארו דמיירי כה"ג דלא שייר בינונית וכמושי"ת ואח"כ כתבו דמצינו לאוקמי אף בשייר בינונית וכד' התוס' דידן] שביאר צד זה דכשקנה זיבורית יכול לומר דלא ידע שאין ללוקח בינונית וסבר דהך עדית בינונית היא ולמ"ד בשל עולם הן שמיין.<sup>154</sup> וכ"כ התוס' רא"ש בכתובות.

עיין במהרמ"ש שכתב דלהס"ד דהתוס' דמוקמינן לה בלא שבק בינונית אין להקשות שהרי היה המוכר יכול לסלקו בעדית משום שא"א לסלק בע"ח בעדית בע"כ, וראה מש"נ בזה לעיל בסוגית הגמ', והנה

<sup>153</sup> ויעויין שם בתלמידי רבינו יונה שביארו לשון הגמ' דהניח לו בינונית דכוותה דאם יש בינונית עדיפה מזו ה"ל ההיא בינונית עדית אצל לוקח ואם יש בינונית פחותה הוי ההיא זיבורית אצל לוקח, ולמדנו מדבריהם דלמ"ד בשל הן שמיין עושים השומא בצמצום וכל שלש קרקעות אנו מחלקים לבינונית עדית וזיבורית ולא שמיין שם בינונית ושם עדית, ולמ"ד בשל עולם הן שמיין מסתברא דמחלקים הקרקעות שבעולם לשלשה סוגים והאמצעיות כולן בכלל בינונית הן ולא מסתברא כלל דקרקע אמצעית שבאמצעיות העולם היא בינונית אך למ"ד בשל למדנו מדברי תלמידי ר"י דאינו כן.

עוד למדנו מדבריהם דאנו שמיין בשל דלוקח ולא במה שהיה אצל המוכר ולכאורה מסברא היה נראה דכל שאצל הלזה בינונית היא ומכרה ללוקח חל עליה שעבוד בינונית אך מדבריהם מבואר דעושים השומא אצל לוקח וצ"ע במכר לשלשה בני אדם דכולן נכנסו וכו' הרי כ"א יש לו קרקע אחת ודוק.

<sup>154</sup> והדברים צ"ב דאטו משום שזה טעה יפסיד הלוקח ראשון עדית ידיה, וכן הבע"ח אם רוצה לגבות דוקא הזיבורית למה יפסיד מפני טעותו של זה. [ואמנם משום לוקח ראשון לא קשיא כ"כ ויתבאר בהערה הבאה] וצ"ל דתקנת חכמים היתה בקונה קרקע שאינה עומדת לגבית בע"ח שלא יגבו ממנו אם הניח מקום משום דטרח וכו' ולא הטילו עליו לברר ולשום שאר קרקעות הלוקח ראשון אם הם בינוניות וצ"ע.

**בראשונים לעיל** באמת מבואר שאינו יכול לסלקו בע"כ והיינו משום דהבע"ח ניהא ליה בבינונית טפי פורתא וכשתקנו לו בינונית זכה בזכות זו, אך נראה דהכא סברא גדולה יש שיוכל ליתן לו עדית שהרי אף הזיבורית אינה כדינו ומה שהבע"ח גובה זיבורית הוא משום דאינו חייב ליתן לו העדית כדי לקיים דין בינונית, אבל אי טען לוה דניהא ליה בזיבורית טפי פורתא והרי אינו חייב ליתננה ורוצה לסלק הבע"ח בעדית למה לא יוכל לטעון כן. ולפי"ז צ"ל כנ"ל דגבי זה לא שייך מה מכר במה שיוכל ליתן יותר מדינו ופשוט. אך אפשר דכיון דהבע"ח זכאי נמי בבינונית משום הורעת כחו של בע"ח שוב אינו יכול לסלקו בעדית.

שם בתוס' דשמא בע"ח וכו' שיטת הרא"ש דאין הבע"ח יכול ליקח זיבורית בע"כ, והקשה הנתיב"מ נבסי' קיט סק"ב] דלדרכו מדוע בעינן לטעם דלהכי טרחי והרי א"א לומר כתי' התוס', ובהכרח צ"ל דלהרא"ש מיירי באמת בלא שבק בינונית וכהתוס' שאנץ, וקשה דהתוס' שאנץ העמידה למ"ד בש"ע הם שמין [שאל"כ הרי לקח דינו כשלקח זיבורית ולא שייר בינונית] ולפי"ז לדיון דקיי"ל בשלו הן שמין אם כן בלקח זיבורית גובים ממנו, ויעויין בטור בריש סי' קיט דסתימת דבריו משמע דלקח זיבורית ושייר עדית אין גובים ממנו, וכן משמעות לשון השו"ע בסי' קיט סעיף א, ויעויין שם בהגה די"א דאם לקח זיבורית ושייר עדית גובה ממנו הבע"ח, וכתב הגר"א שם דמה שכתבו ההגה בלשון וי"א הוא משום דלהרא"ש בהכרח מיירי בלא שבק בינונית וכהחשבון הנ"ל. ונמצא דלהרא"ש גובה זיבורית שכך מוכרח מהגמ' לשיטתו ולכן השו"ע פליג אהך הגהה. ולמדנו מדברי הגר"א שסובר דלדעת הרא"ש הדין כן אף לדינא ולא כסברת התוס' שאנץ דסוגיין סברה דבש"ע הן שמין, וצ"ב טובא שהיאך יאמר לו להכי טרחי הרי בליכא בינונית דינו בזיבורית וצ"ע. [ושמענו ליישב דהנה אף לדעה דיכול לגבות מזיבורית מ"מ אם ירצה גובה מעדית כמש"כ הסמ"ע שם וכמו שכתב הרא"ש בסוגיין משום דא"ל הרחקת שעבודי, וכיון שכן יכול הלוקח שני לומר כיון שידעתי שתוכל לגבות מעדית אם אקנה הזיבורית ומסתמא ממנה תגבה שהיא עדיפה לך להכי טרחי וזבני זיבורית דלא חזיא לך. אלא דצ"ע דהרא"ש נסתפק בדין זה אם גובה עדית כשהרחיק שעבודו ולא הוכיח מהגמ' אבל י"ל דהכא כשמכר זיבורית שהיא אינה עיקר דינו דדינו בבינונית ורק משום דלית ליה יחיב זיבורית בזה פשיטא דאומר לו הרחקת שעבודי ודוק וצ"ע<sup>155</sup>].

שם בתוס' גם לוי יכול לדחותו דמה מכר וכו' דבריהם צ"ב מדוע בעינן הכא לסברת מה מכר ובפשיטות יכול לדחותו דמהיכי תיתי שיוכל לגבות עדית אם יש אצל הלוקח ראשון בינונית, וצ"ע. נואולי י"ל דכל דיני עדית בינונית וזיבורית הן כשנותן לו הלזה את הבינונית אבל בשני לקוחות אין כ"א מהם יכול לומר כלך לך אצל חברי, וכיון שהשדה משועבדת ואין לו בינונית לסלקו בה גובה ממנה, ואמנם בשלשה לקוחות נכנסו כולם תחת הבעלים אך י"ל דהיינו מטעם דלהכי טרחי, והתוס' שכתבו דאלמלי טעם להכי טרחי הוצרכו בזה למה מכר, אך לא מצינו בשום מקום שנתבאר דשלשה לקוחות הוא מטעם להכי טרחי וצ"ע. ולפי טעם זה נמצא דבזבן בינונית או זיבורית ושייר עדית גובים ממנו העדית אף בלא הסברא דהרחקת שעבודי כיון שאינו מסלקו ומהרא"ש מוכח לא כך ודוק]

**עיין בנתיב"מ** בסי' קיט סק"ב שכתב לתרץ קושית התוס' להסוברים דבשייר בינונית הטעם הוא משום שהניח מקום [ולא משום מה מכר] וביאר דנ"מ בסברת להכי טרחי היכא שנשתדפה השדה בינונית

<sup>155</sup> ועיין לעיל בהערה הקודמת שהקשינו דאטו מפני שטעה יפסיד המוכר, ולכאורה מצד המוכר לא קשיא כלל שהרי בלא"ה גובה מעדית מחמת הרחקת שעבודי וכמש"נ בפנים, וכל נידון הגמ' בסברת להכי טרחי הוא לענין שאם ירצה הבע"ח יגבה מזיבורית שאצל לוקח שני, אך צ"ע אי מודו התוס' לסברת הרא"ש שהרי לדידהו אי"צ להמציא סברת הרחקת שעבודי ואין לה מקור בגמ' ודוק היטב.



שנשארה ביד הלוקח והפכה להיות זיבורית כחברתה הנמכרת, דאילו מחמת סברת הנחתה מקום היכא דנשתדפה אינו יכול לומר לו כן דהשתא סו"ס לא נשארה לו קרקע כדינו, וכמו דבלוקח ראשון בנשתדפו הבנ"ח גובה ממשעבדי, אך משום סברת להכי טרחי יכול לשלחו אצל המוכר לגבות זיבורית זו. וולדעת התוס' דהוא מדין מה מכר פשיטא ליה להנתיבות דאף בנשתדפה יכול לומר לו הנחתי לך מקום שהרי אף המוכר היה יכול לעשות כן ולכן כתב לבאר רק לדרך הבעה"ת. אבל יש לדון דגם להבעה"ת ל"ד ללוקח ראשון דהתם מייירי בנשתדפו לגמרי ואינן ברות גביה אבל כאן הרי נשארה זיבורית, ובאמת צ"ע בלקח זיבורית והשאיר זיבורית כמותה אצל המוכר דלכאורה אף לדעת הבעה"ת יכול לומר לו הנחתי מקום דאף דבעלמא צריך להניח לו מקום כדינו בלוקח שני כ"ז כשלוקח בינונית ושבק זיבורית אבל בזיבורית וזיבורת מאי שנא מבינונית ובינונית וצ"ע].

**בגמ' ראובן שמכר שדה לשמעון וכו' יל"ע** דאם מחמת תרעומת חשוב כבע"ד אם כן כל מי שיש לו איזה תרעומת מחמת הדין אף הוא יבוא ויטעון וכגון שנתייעץ הקונה אם אדם אם לקנות הקרקע ואמר לו לקנות, וכי יוכל לבוא ולטעון, ואפשר דהכא הוא בע"ד בעצם מחמת שנידון הוא בלוקח ידידיה הבא מכחו ונמצא שתביעת הבע"ח בשרשה ממנו היא נתבעת, אלא דכשאיין לו נ"מ בזה אינו יכול לעמוד בדין אך כאשר יש לו תרעומת יכול הוא לעמוד בדין מחמת שסו"ס ממנו היא התביעה. ומצאנו בס"ד מקור לסברא זו ראה בהערה.<sup>156</sup>

#### דף ט ע"א

**בגמ' רב הונא אמר כסף או מיטב רש"י פירש** דבא ליישב הקושיא דאביי דלעיל בסתירת הפסוקים. וראה בתוס' שכתבו דלפי' רש"י לא הספיק לסיים דבריו עד שהקשה לו. ונתקשו אחרונים דאם כן מאי קאמר רב הונא כסף או מיטב כלל ואין זה שייך כלל לתי' הקושיא אלא עיקר תירוצו הוא דקרא דסובין בדלית ליה. עוד קשה דלשון רש"י משמע דבעצם דברי ר"ה דכסף או מיטב כבר מונח תירוץ לקושיא הגמ' לעיל. ועוד קשה דבקושיא ר"נ לרב הונא פירש רש"י דקושיא אהא דאמר רב הונא כסף דמשמע כסף דוקא ולא היינו קושיא דאביי דלעיל. והגר"נ ביאר בדעת רש"י דקושיא הגמ' דלעיל היתה מכח שהניחה הגמ' דהא דמהני תשלום כסף היינו מדין מיטב דהכסף נמי חשוב כמיטב [וכלשון הגמ' לעיל מיטב אין מידי אחרינא לא] ומזה פריך היאך מהני סובין שאינן מיטב, ולעיל תירצה הגמ' דמטלטלי חשיבי מיטב היינו דבאמת צריך לשלם מיטב והכל מהני מדין מיטב ורב הונא חדית תי' אחר דכסף או מיטב דדוקא כשמשלם בקרקע יש דין מיטב אבל בתשלום כסף ומטלטלי באמת ליכא דין מיטב כלל ולהכי רבי רחמנא סובין ורב נחמן פריך לרב הונא דמשמע מלשונו דכסף דוקא והרי ילפינן אף סובין ולזה תי' בדלית ליה ותירוץ זה אינו מיישב הסתירה דלעיל שכבר נתישבה בעצם דברי ר"ה.<sup>157</sup>

<sup>156</sup> יעויין ברמב"ן במלחמות בדף ע [דף כז ע"ב בדפי הרי"ף בסוד"ה כתוב] שכתב בגדר הרשאה דכשהשליח מורשה להשתמש במעות לזמן הרי הוא בע"ד על שכרו ומגו דמשתעי דינא אאגרא משתעי דינא אכולה וכן אם נתן לו החצי משתעי דינא עי"ז בכולה, ונראה דבעלמא ודאי אינו יכול לתבוע מחמת חצי שיתנו לאחר הכל אלא דהכא ביסודו השליח הוא כבע"ד שהרי בא מכח המשלח אלא דכיון שאין לו נ"מ אינו יכול לתבוע דמה תביעה יש לו בדבר, אך כשיש לו איזה נ"מ ותועלת בהוצאת הממון יכול לתבעו כולו בכח שליחות ידידיה ודוק.

וע"ע בתשובת הריב"ש סי' פב גבי ספק הגמ' אי שליח נעשה עד וביאר דהספק הוא אם בע"ד שאין לו נגיעה יכול להעיד או לא וקיי"ל דשליח נעשה עד לפי שבע"ד הוא אבל כיון שאין לו נגיעה כשר לעדות, ולהאמור בפנים נמצא דמימרא דאביי היא רק למסקנא דשליח נעשה עד וצ"ע.

<sup>157</sup> אך בסברא אינו מובן דמדוע נימא דבקרקע דוקא נתחדש דין מיטב ובמטלטלי יכול ליתן אפילו סובין. ובפשוטו י"ל בדעת רש"י דקושיא הגמ' דלעיל באמת מורכבת משני חלקים דגם מעצם הקרא דכסף קשיא אמיטב אך אי

בגמ' אי בדלית ליה פשיטא עיין בשטמ"ק בשם מהר"י כץ שהקשה אמאי פשיטא הרי בקרא כסף כתיב וגבי עבד עברי יש דרשא דכסף לרבות שו"כ והכא נימא דכסף דוקא ואם כן באמת יצטרך למכור, וביאר דסברת המקשן דמעבד עברי ילפינן דשו"כ ככסף וממילא פשיטא שלא ימכור, ותירצה הגמ' דמהו דתימא וכו' היינו דאף דשו"כ ככסף אבל הכא ס"ד דכיון דרבי רחמנא מיטב [והיינו דמיטב הוא הגבלה בזכותו לשלם שו"כ שישלם מיטב] ימכור כיון שאינו משלם מיטב. וכ"ה לכאורה פשטות כוונת הגמ' דכיון דאינו מיטב ימכור.

ואולם יעויין ברשב"ם בב"ב [דף צב ריש ע"ב ד"ה דאמרי וד"ה לא צריכא] שכתב דעיקר הילפותא דשו"כ ככסף היא רק בדלית ליה לרב הונא. וז"ל שם 'כדפרישית מילתיה דרב הונא דלא אמרינן ישיב לרבות שוה כסף אלא היכא דלית ליה זווי. עכ"ל וכן כתב שם לעיל וביאר דאף בע"ח אינו רשאי לפרוע מטלטלי במקום שיש לו כסף משום דשו"כ ככסף רק בדלית ליה כמו שהשיב רב הונא לר"נ בסוגיין.

ולמדנו מחלוקת יסודית בהבנת השקו"ט בסוגיין, שהמהר"י כץ הבין דפירכת ר"נ מיישב היא דחזינן דלא בעינן מיטב ועל זה השיבו ר"ה בדלית ליה וקמ"ל דאינו צריך למכור לקיים דין מיטב, אך ברשב"ם מבואר דהפירכא היא על מה שאמר ר"ה כסף דמשמע כסף דוקא ועל זה פריך ליה דהרי שו"כ ככסף והשיבו דבדלית ליה קא מיירי. וכדברי הרשב"ם מדוקדק מדברי רש"י בסוגיין שפירש קושית ר"נ לר"ה דאת אמרת כסף [גם הציב רש"י הקושיא בד"ה 'שו"כ' ולא על מימרת הברייטא דאפילו סובין]<sup>158</sup> ואולם מפשטות דברי הרא"ש נראה לכאורה כהמהר"י כץ דהא דבדלית ליה דוקא משלם סובין הוא מדין מיטב עי"ש ויש לפרש דברי הרא"ש בע"א ודוק.

תודה רב הונא וכו' ור"ת אינו סובר כן בהבנת דעת רבינו תם יש שתי דיעות בראשונים: (א) בתוס' תלמיד ר"ת כתב דר"ת נמי סובר כרש"י והרי"ף דרב הונא פליג אדר"פ לעיל אלא דר"ת פוסק הלכה כר"ה ובזה חולק על הרי"ף שפוסק כר"פ, וכ"כ הרא"ש בפירושו השני. ולדרך זו נמצא דהקרא דישיב קמ"ל לר"ת דכל מילי מיטב ויכול ליתנן וקצ"ע שהפסוק משמיע המציאות דאי לא מזדבנא וכו' וביותר קשה דאם כן אין מכאן מקור כלל דשו"כ בעלמא ככסף שהרי הכא מדין מיטב הוא משלם וכמו שמשלם בקרקע מיטב וקשה דהתוס' בקידושין בדף ב ע"א וכל הראשונים שם כתבו דמקור דין שו"כ ככסף בכה"ת הוא מקרא דנזיקין, וצ"ע. (ב) יעויין בתוס' ר"פ שכתב דעיקר חידושו של ר"ת דלא כהרי"ף הוא דסובר ר"ת

משום הא אפשר בודאי לתרץ דכסף חשוב כמיטב וכמו שאמר רב הונא ולכן הקשה אביי טפי דהרי אף סובין יכול ליתן, ורב הונא תירץ הקושיא הראשונה מכסף למיטב [כמו שמדוקדק היטב בלשון רש"י דידן דמתרץ רומיא דקראי דכסף ומיטב] ולכן הבין מזה ר"נ דתירוצו הוא דכסף שקול כמיטב ושו"כ שאינו כמיטב באמת אינו יכול ליתן והקשה לו מהברייטא ותירץ לו ר"ה דדוקא בדלית ליה יכול ליתן שו"כ, וזה מתאים עם דברי התוס' דלא הספיק ר"ה לסיים דבריו עד שהקשה לו ודוק היטב.

<sup>158</sup> וכן בדלית ליה פירש רש"י בדלית ליה כסף או שדות ומדוקדק דבשדה אפילו אינה מיטב יכול לשלם וצ"ל דשדות נתרבו בקרא דמיטב ואינן צריכות לדין שו"כ ככסף.

וכן מבואר גם מדברי הר"ח בסוגיין שלמד דבע"ח אינו יכול לסלק בקרקע מהמבואר בגמ' דדוקא בדלית ליה יכול לפרוע סובין, ומבואר מדבריו דה'בדלית ליה' הוא הגבלה בכח שו"כ ככסף ולהלן הביא בשם י"א דדוקא בנזיקין ולהלן בע"ה יתבאר בשיטת הר"ח.

ובדעת התוס' יש מקום עיון בזה אם נידון הגמ' הוא כלפי דין מיטב או כלפי דין שו"כ ככסף דיעויין בתוס' לעיל [דף ו ע"ב ד"ה כגון] שכתבו דאינו חייב למכור בינונית וליקח עדית לקיים דין מיטב כדאיתא בברייטא דאין לו אלא זיבורית וכו' ולא הביאו מימרא דגמרא בסוגיין דמהו דתימא וכו' וי"ל עפ"י הרשב"ם ונאמר דבסוגיין דיינינן מצד ההלכה דשו"כ ככסף ולא מצד מיטב ולכן לא הביאוה התוס'. [אך יש לדחות דהתוס' לא הביאו גמ' דידן דהרי לר"פ אין זה פשט הברייטא ולדידיה אין מקור מדין ישיב דלא בעינן למטרח ולכן הביאו ברייתא דלעיל שהיא לכו"ע]

דבאמת לא פליגי כלל ר"פ ור"ה אלא דלעיל איתא דכל מילי מיטב במטלטלי ואף רב הונא מודה לזה ומ"מ אינו יכול לשלם מטלטלי אלא בדלית ליה. **וכ"כ הרא"ש** בפירושו הראשון בדעת ר"ת, וכ"כ האו"ז להדיא דר"ת הגיה על הרי"ף ואמר דאין מחלוקת.

**ולדרך זו צ"ב טובא** דממ"נ אי מטלטלי חשיבי מיטב אם כן מדוע דוקא בדלית ליה משלם ואם אינם מיטב אם כן כבר מתורץ היטב סתירת הפסוקים והברייתא ומדוע הוצרכו ר"פ ורהברדר"י להסבר דכל מילי מיטב. **ויעויין היטב ברא"ש** שכתב בתו"ד דקרא קמ"ל 'דאין לית ליה מיטב שדה אפילו יהיב ליה סובין מיטב הוא, ואין צריך ליתן מיטב מטלטלין וכו' **ולמדנו מדבריו** שבכלל קושית הגמ' הוא מדוע במטלטלי יכול ליתן אפילו סובין יתן מיטב מטלטלי ומשמע בברייתא דיכול ליתן איזה מטלטלי שירצה ולזה לא יהני תירוצו של רב הונא דמיירי בדלית ליה קרקע דסו"ס יתן מיטב מטלטלי, ולכן חדשו ר"פ ורהברדר"י דבמטלטלי הכל שוה דהכל חשיב כמיטב ומ"מ קרקע עדיפא ובדאית ליה קרקע לא יוכל לשלם מטלטלי.

**ובתוס' דידן** אינו מפורש היאך הבינו שיטת ר"ת, אך **יעויין בדברי התוס' לקמן** [בדף מו ע"ב ד"ה ה"ג] ששם כתבו בשם ר"ת דבנזיקין כסף או מיטב ולר"פ כל מילי מיטב ומשמע דפליגי ר"ה ור"פ וקיי"ל כר"פ. **וכן מוכח מהתוס' לעיל** בדף ו ע"ב ד"ה כגון.<sup>159</sup>

**שם בתוס' ובעל חוב וכו'** מבואר מדברי התוס' דבע"ח אלים דינו מניזק לענין זה דלעולם צריך ליתן לו כסף, **ועיין ברא"ש ובתוס' ר"פ** שכתבו הטעם לפי שזווי יהיב זווי שקיל. וכתבו דאף בלוקח שנמצא מקח טעות מחזיר המוכר מעות דוקא. **ויעויין בתוס' בב"ב** [דף צב ע"ב] שכתבו לחלק בין בע"ח ללוקח דבע"ח על דעת כן אוזפיה שיחזיר לו מעות כמו שהלווהו ולכן חייב מעות דוקא ומשא"כ לוקח. **והתוס' דידן דפליגי** לכאורה היינו מה"ט שכתבו דזווי יהיב זווי שקיל ולכן אף בלוקח הדין כן כיון שנתן למוכר מעות מחזיר לו המוכר מעות ופשוט.<sup>160</sup> **ושיטה נוספת בזה** בשטמ"ק לקמן דף מו ע"א בשם הריב"א דבע"ח בזווי דוקא מתקנת חכמים ובלוקח לא תקנו ומשלם אף בשו"כ. **ועיין בתוס' בב"ב שם** בשם הר" חיים כץ שחולק על עיקר דינו של ר"ת וסובר דבע"ח נמי מצי לסלוקי בכל דבר דק"ו מנזיקין שדינם במיטב ומ"מ אינו חייב זווי וכ"ש בבע"ח

**ולא נתפרש בתוס'** בדלית ליה זווי אם נותן מטלטלי או קרקע, **ויעויין ברא"ש שכתב** דחייב ליתן מטלטלי דהם קרובים לזווי טפי מקרקע דאי לא מזדבני הכא וכו'. ורק אם אין לו מטלטלי נותן קרקע.

[והדברים צ"ב דבנזיקין אלים קרקע טפי ממטלטלי לדעת ר"ה הונא ולר"פ שוים וגם חייב מיטב קרקע ואילו בבע"ח מטלטלי עדיפי ובקרקע אינו חייב מיטב. ומוכח מזה להדיא דמעלת מיטב אינה בקירוב לכסף אלא מעלה בפ"ע היא ולכן בנזיקין שאין ענין בכסף דוקא גזרה תורה מיטב שהוא מעולה וכסף נמי מעולה ומטלטלי גרועים טפי ופליגי בהו אמוראי, אך בבע"ח הכל נמדד בקירוב לכסף, ולכן מטלטלי עדיפי, ועדיין קשה דיתן מיטב קרקע ולא בינונית דסו"ס ודאי שהיא קרובה יותר לכסף ואפשר דהוא

<sup>159</sup> שמדבריהם מבואר דלר"פ ורהברדר"י לכתחילה נותן כסף ואילו קרקע אף עדית דיעבד היא בדלית ליה, עיין בזה לעיל במקומו שנתבאר כן מדברי התרוה"כ, ובטעם הדבר ראה להלן בשיטת הרמ"ה והרמב"ם. ועכ"פ מוכח מזה דיש כאן פלוגתא בדין מיטב בין ר"פ לרב הונא.

<sup>160</sup> אך **יעויין בתוס' לקמן דף כז ע"א ד"ה** המניח שכתבו דלוקח שקנה חפץ ונתחייב לשלם אינו יכול להחזיר החפץ בתורת תשלומים היכא דאית ליה זווי וקשה דהלוקח לא קיבל מעולם מעות אלא חפץ ולמה יחזיר מעות דוקא ובפשוטו לק"מ ד"ל דכך האומדנא שישלם במעות אך עיין בתוס' בב"מ יד סוע"א שכתבו להדיא דדינו כבע"ח וצ"ע.

משום דלא יאמר אקפוץ ואלונו אך קשה דמדאורייתא דינו של בע"ח בזיבורית ואמאי ליתבי ליה הקרוב לכסף דהיינו מיטב, וצ"ע.

ור"ח כץ המובא בתוס' בב"ב הוכיח מדין מיטב דנזיקין דאף בע"ח אינו חייב ליתן זוזי דוקא ואפשר שסובר דמעלת מיטב משום קירובו לכסף (כשיטת הרמ"ה המובאת בנמו"י ויתפרש להלן בשיטה זו) ולכן מוכח מהא דמזיק אינו חייב זוזי כ"ש בע"ח שהקילה בו תורה בבינונית ודוק]

**ושיטה אחרת בדין בע"ח מבוארת ברשב"ם בב"ב שם** [שהו"ד לעיל] שכתב דבסוגיין מבואר דשו"כ ככסף דוקא בדלית ליה ולכן בע"ח חייב לסלוקי בזוזי ולא בשו"כ בדאית ליה. ויעויין היטב בר"ח בסוגיין שכתב דמהכא שמעינן דבע"ח לא מצי לסלוקי בזוזי והביא די"א דדוקא בנזיקין דכתיב בהו מיטב, ומתפרש דברי הר"ח כהרשב"ם דדין שו"כ ככסף הוא רק בדלית ליה וזה גופא תי' רב הונא על קושית ר"נ. והדעה השניה בר"ח דדוקא בנזיקין יש לפרשה בשני אופנים: (א) כהמהר"י כץ דתי' הגמ' 'בדלית ליה' אינו הגבלה בדין שו"כ ככסף אלא דמכח דין מיטב אינו יכול לשלם במטלטלי וממילא בבע"ח לא שייך כלל, אך יותר נראה בדקדוק לשונו דהוא טעם לומר דדוקא בנזיקין שו"כ בדיעבד ככסף משום דמצינו שהחמירה בהם תורה לענין מיטב.<sup>161</sup>

**אך דברי הר"ח צ"ב** דאם מנזיקין בא ללמוד הרי בנזיקין יכול לסלק בארעא לכתחילה ובדאית ליה דלהדיא אמר רב הונא כסף או מיטב והיאך יהיה בע"ח למד מנזיקין וחמור מהם, ואף בדברי הרשב"ם קשה שהרי בנזיקין לדעת ר"פ ורהברדר"י משלם מטלטלי לכתחילה ודוחק להעמיד סוגיא דהתם דוקא לרב הונא. [ולהלן שם הביא הרשב"ם פירוש אחר דמהני בבע"ח מטלטלי ותמה עליהם מסוגיין ומאי קושיא אי פסקו כר"פ דהוא בתראין] **אך נראה מבואר** דבנזיקין מהני מיטב לא מתורת שו"כ ככסף אלא פרשת תשלומין לעצמה היא ובנזיקין נתחדש כן בקרא דמיטב שדהו אבל בע"ח חובו הוא כסף ומה דמהני תשלום אחר הוא רק מדין שו"כ וזה רק בדלית ליה, וכן הא דמהני מטלטלי לר"פ הוא מדין מיטב ובבע"ח לא מהני.<sup>162</sup>

**ושיטה נוספת בזה** להתוס' רי"ד בדף ח ע"א דבע"ח אינו יכול לשלם במטלטלי ואמרינן ליה זיל טרח ורק בקרקע יכול לפרוע לפי שאינו יכול למכור בשויה בכל עת עי"ש.

**עלה בידינו חמש דרכים** בדין גוביינא דבע"ח: (א) שיטת התוס' דלכתחילה מעות ובדיעבד מטלטלי וקרקע משום דזוזי יהיב וה"ה לכל נותן זוזי כגון מקח טעות. (ב) שיטת התוס' בב"ב בבע"ח כדלעיל אבל מטעם דע"ד כן נשתעבד ונ"מ למק"ט דנותן שו"כ. (ג) שיטת הרשב"ם דלכתחילה מעות משום דשו"כ אינו ככסף. ושלש שיטות אלו שוות בדין וחלוקות בטעמיהן. (ד) שיטת ר"ח כץ שחולק על עיקר הדין וסובר דמסלקו בשו"כ לכתחילה. (ה) שיטת הרי"ד שחולק לאידך גיסא וסובר דאינו יכול לסלק במטלטלי אף בדלית ליה ואמרינן ליה זיל טרח וזבין.

**שם בתוס' ופועל וכו'** בטעם הדבר ראה ברש"י בב"מ [שם ק"ח ע"א ד"ה אין] שכתב 'אף על גב דבכל דוכתי אית ליה שוה כסף ככסף, הכא גבי פועל כל תלין שכרו כתיב (ויקרא יט) מאי דאתני בהדיה משמע' עכ"ל ועי"ש

<sup>161</sup> וככזאת מצאנו בתוס' בקידושין ב ע"א דאי הוה כתיב שו"כ ככסף רק בע"ע לא היינו למדים נזיקין מזה דמצינו שהחמירה תורה בנזיקין לשלם ממיטב ולכן אפשר דשו"כ בהו לאו ככסף.

<sup>162</sup> ובדברי הרשב"ם אכתי צ"ע, דהרי ר"פ ורהברדר"י סברי דגובים מטלטלי אף לכתחילה וע"כ דלא ס"ל להך כללל ומה הקשה על הנך י"א דלמא סברי כהרי"ף דהלכתא כר"פ, והיה אפשר לומר דלדידהו מהני מדין מיטב כקרקע ובלא דין שו"כ ככסף אך נראה דזה אינו דבברייתא מפורש לרבות שוה כסף וכך נקטו כל הראשונים בקידושין דמהכא איכא למילף שו"כ ככסף וצ"ל דסובר הרשב"ם כר"ת אליבא דהרא"ש דלא פליגי ר"פ ור"ה אך מ"מ תמיהתו שכתב דלא נהירא פירוש הי"א קשה רך לדרך ר"ת ולא לדרך הרי"ף וצ"ע.

**ברשב"א שהקשה** דהא כתיב בל תלין פעולת שכיר כלומר מה שאתה חייב לו עבור פעולתו. ואף מאי דכתיב ביומו נתן שכרו היינו מה שאתה חייב לו [נראה שהרשב"א הבין כוונת רש"י דמדכתיב בל תלין שכרו גלתה תורה שאתה חייב לו את 'שכרו' והיינו מאי דאתני בהדיה ולזה הקשה דבפסוק לא כתיב שכרו אלא פעולת שכיר היינו שהפעולה שאצלך ואתה חייב תמורתה לא תלין התמורה] **ופירש הרשב"א** דהטעם משום דכך אמדינן דעתו של שכיר שע"מ כן נשכר.

**שיטת הרמ"ה והרמב"ם יעויין בנמו"י** [בדף ב ע"א בדפי הרי"ף] שכתב בשם הרמ"ה דסדר הגביה בנזיקין הוא דאם יש לו כסף חייב ליתן לו כסף ואם אין לו נותן מטלטלי ואם אין לו מטלטלי גובה קרקע מיטב, **ולמד כן מלשון הגמ'** לעיל דאי לא מזדבן הכא וכו' דמשמע מזה דמעלת מיטב הוא בקרבתו לכסף ואם כן סברא הוא דכשיש לו כסף לא יסלקו בדבר אחר וכן מטלטלי עדיפי מקרקע מחמת כן.

**והרמב"ם כתב** [פ"ח מנז"מ הי"א] דבי"ד גובים קודם לכל מטלטלי ואפילו סובין ורק אם אין לו מטלטלי גובים קרקע מיטב. **ויעויין בהגהת הגר"א** [סי' תיט ס"א] שבתחילה כתב בדעת הרמב"ם דכסף ומטלטלי שוים ובדלית ליה גובה קרקע ולבסוף הסיק שהרמב"ם סובר כהרמ"ה דכסף קודם ואח"כ מטלטלי ואח"כ קרקע עיי"ש, וכתב מקור לדברי הרמב"ם [דמטלטלי עדיפי מקרקע] מהגמ' לקמן דף יד ע"א דאיתא התם דמטלטלי היינו כסף ממש וקרקע מקרי שו"כ וראה ברש"י שם שפירש דהיינו משום האי סברא דאי לא מזדבן הכא וכו'.

**והקשה הגר"א על הרמב"ם** שהרי אפילו רב הונא דמחמיר אמר כסף או מיטב אלמא יכול לשלם בקרקע אף בדאית ליה כסף וכ"ש לדידן.<sup>163</sup> **ויש להוסיף בזה עוד** דבגמ' לקמן איתא מימרא דר"א דכספים הרי הם כקרקע ופי' רש"י להס"ד דקמ"ל דאף כשיש לו עדית יכול לשלם בכסף והיינו דרב הונא, **ומשמע מזה** דמן הסברא עדית עדיפה אף מכסף והיאך נפלה ממדריגתה להרמב"ם עד שאף מטלטלי עדיפי ממנה, **ואף בדעת רש"י קשה כן** דמדבריו בגטין ריש פרק הניזקין משמע שסובר דבאית ליה כסף אינו מסלקו בקרקע.

**ויעויין בחי' רבי ראובן** וכ"כ עוד אחרונים דפליגי רב הונא ור"פ בשורש דין מיטב לדעת ר"פ באמת דין מיטב ענינו הוא הקרוב לכסף ומעלת מיטב דקרקע הוא דקפצי עלה זביני אך לדעת רב הונא באמת אינו כן ומעלת המיטב מעלה עצמית היא ולכן קמ"ל דכסף או מיטב והיינו דכספים הרי הם כקרקע ומטלטלי גריעי מתרוויהו אך לר"פ הוא להיפך דהעיקר כסף וממילא מטלטלי קרובים טפי לכסף מאשר קרקע.

[ולפי זה המשך דברי הגמ' שם 'לבר מקרקע וכו' כי היכי דליקפוץ עליה זביני הוא מדוקדק מאוד שר"פ הוצרך לפרש כן אחר שחידש דמעלת מיטב דמטלטלי הוא משום דאי לא מזדבן אלמא העיקר הוא כסף אם כן מדוע הצריכה תורה מיטב בקרקע ולזה פירש דכי היכי וכו' ולפי זה נראה דאפשר שיש נ"מ לדינא בפלוגתא דר"פ ור"ה אף בקרקע עצמה דפעמים שיש קרקע מיטב בפירותיה ומאיזה טעם אינה חריפה להמכר וכה"ג לרב הונא הוי מיטב ולר"פ אפשר דאינה חשובה מיטב]

**והגר"א שם פירש** פירוש מחודש בגמ' לדעת הרמב"ם עייש"ה ועיין בחזו"א משה"ק על פי' זה, וצ"ע.

**דף ט ע"ב**

<sup>163</sup> קושיא זו כתב בליקוט הראשון וכפה"נ דסובר שם בדעת הרמב"ם דמטלטלי ככסף דאל"כ מה מחמיר רב הונא טפי ואמנם אף להפ' דלהרמב"ם כסף עדיף ממטלטלי קשיא כנ"ל דסו"ס סברות הפוכות הן דלר"ה קרקע עדיפה ממטלטלי ולדידן איפכא אך לשון הגר"א דר"ה מחמיר הוא כפי' הנ"ל

מתני' כל שחבתי בשמירתו וכו' ראה ברש"י שני פירושים, ולהפ' הראשון לכאורה מבואר כאן דהמחייב בנזקים הוא מה שלא שמר שבזה הכשיר והכין הנזק שיבוא וע"כ חייב לשלם. ועיין בריתב"א בגטין דף מט ע"א [ונסבו דבריו שם על הירושלמי שם שכינה לנזקי ממונו בלשון 'הכשר נזיקין'] וז"ל (והרי) [וקרי] להו הכשר נזיקין משום דע"י הכשרו אתיין דהא אפילו בשמירה פחותה סגי בק"ו וכדאמרינן התם וכיון דלא שמרן הרי הוא כאלו הכשירן הוא ובגמרא דילן קרי להו הכי התם הכשרתי את נזקו עכ"ל ויעויין מש"נ בזה לעיל בתחילת הפרק.

בגמ' ת"ר כל שחבתי וכו' שיטת רש"י בסוגיין בדעת ר"ל רש"י פירש דדרכו לנתורי היינו מאליו שלא ע"י החרש, והתוס' נתקשו בזה דממ"נ אם שמרן כראוי אמאי חייב ואי לא הרי הוי כשור מותר דמה תועלת יש בשמירה שאינה ראויה, ומצינו בזה שתי דרכים בראשונים: (א) יעויין ברמב"ן במלחמות בדף נב שביאר שם בסוגיין דהשור והבור שמורים כראוי ומ"מ צריך לבדוק לאחר זמן האם נותר הכיסוי שמא מרוב הדריסה נפל או מהגמלים ולכן אם לא בא לבדוק פושע הוא וחייב על מעשה החרש מדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס. ודברי הרמב"ן צ"ב רב בכמה פרטים: (א) הקשה באבהא"ז דאם כן רק לאחר עבור זמן שצריך לבוא ולבדוק אז הוי פושע ואז יתחייב על מעשי החרש ובודאי בסתמא קתני דמסרו לחש"ו חייב והיינו מיד אם פשע בו החרש. (ב) היאך נפרש הברייתא למ"ד בגמ' דתחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור. (ג) למה אשמעינן במסרו לחש"ו הרי עיקר הדין הוא אף בלא מסרו כלל דבשור ובור שלא בא לבדקם פושע הוא ובאש אינו פושע וזהו החומר בשור מאש ולא דוקא במסירת חש"ו. (ד) וכע"ז קשיא אמאי קתני מסרו לחש"ו הוא הדין בלא מסרם ובא חרש מעלמא ופתח הכיסוי דחייב מדין תחב"פ ומשא"כ באש. (ה) דעת הרמב"ן עצמו שם וכן דעת רוב הראשונים דבעינן אונס הבא מחמת הפשיעה, והכא הוי אונס שלא מחמת הפשיעה שאף אם היה בא מפעם לפעם לבדוק שלא יוסר הכיסוי אפשר שהיה החרש פותח הכיסוי בשעה שלא היה שם הבעלים. (ו) הפנ"י הקשה במש"כ הרמב"ן שכך פירשה רש"י, והרי רש"י כתב דשמירה רעועה היא ואם שמרו כראוי הרי אין כאן שמירה רעועה.

ומסתברא לדעת הרמב"ן דהפשיעה חשובה במה שמסרו ליד החש"ו שהם ישגיחו על החבל והכיסוי וסילק עצמו מההשגחה ובזה יש פתח ליישב כמה מהקושיות הנ"ל ודוק.<sup>164</sup>

(ב) ואולם יעויין בנמו"י שפירש סוגיין ע"ד רש"י וביאר דמיירי ששמרם שלא כראוי, וכן פירש הראב"ד בחידושו. וכתב דדמיא לגחלת שאינה מזומנת כ"כ להזיק וכ"כ הראב"ד גם בהשגות בפ"ד ה"ו מנז"מ. וצ"ב בדבריהם מאי שנא מבור מגולה לגמרי, ונראה ממש"כ הראב"ד דדמיא לגחלת דבמותר ושלחבת

<sup>164</sup> נראה בדעת הרמב"ן דאין כוונתו דהחבל בידוע שמתרופף לאחר זמן מסוים בדוקא אלא שברבות הימים טבע העולם שאף שמירה טובה מתקלקלת והמניח בורו מכוסה כתב הרמב"ן שע"י גמלים יכול הכיסוי ליפול ואין הגמלים שכיחים בזמן מסוים יותר מזמן אחר ולמה מהני הכיסוי כלל אלא כיון דגמלים בסתמא לא שכיחי ע"כ מזמן לזמן עליו לבדוק שמא הסירוהו גמלים, ונראה שכשם כיסוי ובדעתו להשאירו שם לזמן ארוך הרי כבר מעתה חשוב הדבר כפשיעה. [וכיו"ב שמענו מחכ"א שדן את הדין במי שבנה גג למרפסת ונפל הגג ברוח שאינה מצויה וחייבו הדיין לשלם משום שגג העשוי לשנים רבות אם אינו עומד ברוח שאינה מצויה סופו שודאי יפול ונמצא שפושע הוא מעתה]

ומסתברא דעיקר חידוש הברייטא [וכן המשנה ריש הכונס] דברים ככתבם דמסרם לחש"ו חייב שאינו יכול לסמוך על שמירתם שיתקנו הכיסוי ומשא"כ באש שפטור בגחלת דאף שאינו יכול לסמוך על שמירתם מ"מ אין דרכם ללבות אלא דלא משכח"ל חיוב בבור ופטור באש אלא בגוונא דא דתחב"פ כמו שביאר הרמב"ן בריש דבריו עיי"ש ודוק. ובכל זה מיושב רוב הקושיות שהקשינו בפנים ודוק.

מצוי הנזק טפי ובוזה פשיטא שלא יכול לסמוך כלום על החרש, אבל בגחלת ודכוותיה במכוסה שלא כראוי ס"ד דיכול לסמוך על החרש וקמ"ל דלחוש שילבה החרש זה אין צריך לחוש אבל אף שקרוב הדבר שישמור אם יתקלקל הכיסוי אינו יכול לסמוך עליו וצ"ע. והגר"נ פירש דאף בכיסוי שלא כראוי חשוב הבור משומר כל זמן שלא ניתק הכיסוי ולכן קמ"ל דכיון שחב בשמירתו ולא שמרו כראוי מ"מ חייב אף כשנעשה ע"י החרש ודן דבוזה אי"צ לדין תחב"פ ואתי הברייתא שפיר אף למ"ד דפטור בתחב"פ.

**בטעם הפטור בגחלת לדעת רש"י.** ברש"י בסוגיין נתבאר דלא רמיא עליה לאסוקי אדעתיה, ובפשוטו כוונתו מדין אונס דהוי כרוח שאינה מצויה שילבה החרש, וכ"מ פשטות דברי הרמב"ן שדנו בדין תחב"פ וסופו באונס. ואולם מקשים בזה בסתירת דברי רש"י דיעויין בסוגיא לקמן בדף כב ע"ב ששם [בד"ה גחלת וליבה] פירש רש"י 'דלא דמי לשור דשור מזומן להזיק אבל הא דגחלת חרש עביד ליה להזיק עכ"ל ומשמע מזה דיסוד פטור הבעלים הוא מחמת שאינו חייב על מעשה החרש. והגר"נ זצ"ל ביאר דמש"כ רש"י הכא אינו כוונתו דהוא אונס אלא שאינו מוטל עליו לשמור מפני מעשי החרש ודקדק לשון רש"י שכתב דלא רמיא עליה לאסוקי אדעתיה ולא כתב דלא הוה ליה וכו'. [אך הדברים דחוקים, דאין זה ענין לאסוקי אדעתיה אלא לא רמיא עליה כלל לשמור וברש"י מבואר שאינו צריך להעלות על דעתו, ומש"כ לדקדק הלשון רמיא תמוה, דפטור אונס אינו מחמת שלא חשב על אפשרות כזו אלא שבחשש שאינו כרו"מ אינן מוטל על האדם לחוש מן הדין שהתורה מיעטה בשמירתו<sup>165</sup>].

**ויעויין בר"י מלוניל הו"ד בשטמ"ק לקמן בדף נט שכתב וז"ל דכיון דדרכה של גחלת לעמוי לא איבעי ליה לאסוקי אדעתיה שילבה אותה החרש וכשילבה אותו נמי לאו מעשה השולח גרמו עכ"ל,** וצ"ב שהרכיב שני הטעמים יחדיו, וצ"ע. ועיין שם עוד במש"כ בטעמו של רבי יוחנן וכן לעיל שם במשנה [בשטמ"ק שם במשנה בד"ה וכן כתב הר"י יהונתן וכו'] ודוק. **וכן הרמב"ן במלחמות שם כתב דפטור משום דאין לחייבו על מעשיהם.** ועיין גם בנמו"י בסוגיין כע"ז.

**ויש לדקדק בלשון הגמ' עצמה דהכא איתא דבשלהבת מחייב ריש לקיש משום דברי הזיקא,** ומשמע דפטור גחלת משום דלא ברי הזיקא, **אך להלן בדף נט איתא בגמ' דבשלהבת חייב לר"ל דמעשיו גרמו ומשמע דבגחלת לא חשיב מעשיו אלא מעשי החרש,** וצ"ע בזה. **עוד יש להקשות** דבמשנה שם בהכונס מבואר דהשולח את הבעירה ביד חש"ו חייב בדיני שמים ואם הפטור הוא מחמת אונס לא שמענו מעולם שממון המזיק באונס מחייב בעליו בידי שמים, וזו תמיה גדולה.<sup>166</sup>

<sup>165</sup> ואין להקשות דאם כן אינו אונס אלא מיעוט בחיוב השמירה, דהא סו"ס הרי מפורש בגמ' בריש הכונס דמקראי ילפינן שמירה פחותה ומ"מ מבור בכ"ד דהוי אונס, והגדר בזה דהתורה חייבה האדם שלא יזיק בממונו ושימנע היזק זה וכשהזיק השור ולא קיים חיובו אין לו פטור אלא אונס, ובקראי דשמירה פחותה נתגלה כמה צריך האדם לטרוח ולחוש כדי לקיים חיוב שמירתו העקרי ודוק.

<sup>166</sup> ואמנם הכופף קמתו של חברו בפני הדליקה חייב בד"ש ברוח שא"מ, וכבר תמה על זה בתוס' תלמיד ר"ת בסוגיין אמאי חייב הכופף קמתו בד"ש ותירץ דכיון שמתכוין להזיק חייב בד"ש [ואפשר שטעמו דבמתכוין ליכא פטור אונס כלל ומה שפטור בד"א הוא משום דרוח שא"מ לא חשיב ממנו המזיק כלל וצ"ע] וחזינן שהיה פשוט לו עיקר הדין דבפטור אונס ליכא חיוב בד"ש וכן הרי משמעות המשניות עצמן דבמשנה הראשונה איתא דנפרצה בלילה פטור ובמתני' דהשולח את הבעירה קתני פטור בד"א וחייב בד"ש אלמא בנפרצה בלילה פטור לגמרי ופשוט.

ויש להעיר אמנם דמתני' דהשולח את הבעירה אפשר לומר דעשה כן בכוונה, וכן מוכח לכאורה מהגמ' בקידושין דמייתי ממתני' דהתם דשלח ביד פיקח דהפיקח חייב משום דאין שלד"ע אלמא מיירי בשלחם להדליק, אך צ"ע דאם כן למה לא הל"ל אדעתיה שהחרש ילבה הגחלת וביותר שהתוס' כתבו דעושה החרש שמירה קצת ואם

**ויעויין באבהא"ז** בפ"ד מנו"מ שביאר דרך חדשה בחילוק בין גחלת לשור קשור והוא דבגחלת הרי מצד עצמה היא מעמיה ואזלא ולכן אין לה שם מזיק כלל ואף שאפשר שהחרש ילבה מ"מ אין מחייבים את הבעלים אלא ע"י פשיעה במזיק והכא לא הוי מזיק ומשא"כ בשור ובור שמזומנים להזיק ושם מזיק עליהם בזה עליו לחוש למעשה החרש נמי. **ומתפרש היטב** דברי רש"י לקמן בדף כב אך רש"י דידן צ"ב שכתב דלא הל"ל אדעתיה. **אך נראה עד"ז** דשיעור הנצרך כדי שיחשב כמכשיר נזק ע"י העמדת הגחלת ביד החרש וכל כיו"ב אינו כשיעור אונס בעלמא אלא בעינן 'ברי הזיקא' והיינו שיהיה ההיזק מזומן ומבורר וכה"ג הוי פשיעה במזיק אבל כשהחשש הוא רחוק אין זה פשיעה במזיק כיון שהגחלת מצ"ע אינה מזיק ומה שנותנה לחרש אינו חשוב שמעמיד בזה המזיק דהשלהבת העתידה שלא הל"ל לאסוקי אדעתיה, **ובזה מתפרש סתירת דברי רש"י והר"י מלוניל וגם דקדוק לשון הגמ'** דתרווייהו צריכי אהדדי דמתוך שלא הל"ל אדעתיה נמצא שלא העמיד מזיק במה שמסרם ליד חש"ו ומה שאח"כ נהיה שלהבת אף שאינו כאונס של רוח שאינה מצויה אבל אין לחייבו על זה דהוא מעשה החרש ודוק.

**ובזה ניחא** דחייב בדיני שמים דאף דמעשה אין כאן להתחייב עליו אבל חשוב גרמא **וכן מבואר בר"י מלוניל שם** בדף נט דחייב בדיני שמים דהוי גרמא ונראה דדמיא לליבה ולבתו הרוח דאיתא בגמ' שם דהוי גרמא, וה"נ הכא מעשה החרש מצטרף עם מעשה ידיה שמסר לו ומיד שניהם יצאה האש ולכן מכלל גרמא לא נפטר ע"י מעשה החרש ודוק.

**בדעת רבי יוחנן בסוגיין** סתם רש"י פירשו ונראה מפשוטם של דברים דאף בשלהבת סבר רבי יוחנן דאין לחייבו על מעשיהם של אחרים ולכן פטור בצבתא דחרש, **אך לפי זה צ"ב** מדוע חייב במסר לו גוואזא סילתא ושרגא והלא סו"ס צבתא דחרש גרים, **וראה ברש"י לקמן** בדף כב ע"ב שכתב דבזה ודאי פושע הוא [ומיהו כתב שם לדרכו שם דהוי משום חיצוי - ראה להלן] - והדברים צ"ב דסו"ס לא הוא עשה, **וצ"ל** דהיכא שהדבר קרוב לודאי שע"י מסירתו ידליק החרש להאש חשיב כאילו הוא הדליק האש [נראה מש"נ לעיל בדברי רש"י ודוק, ולשון רש"י דהתם ודאי פושע הוא מורה דבשלהבת נחלק ר"י עם ר"ל לומר דאינו חשוב פושע אבל בהא ודאי פושע הוא ומודה ר"י ודוק]

**ואולם יעויין ברש"י לקמן** בדף כב ע"ב ד"ה ורבי יוחנן שכתב רש"י דרבי יוחנן לטעמיה דאשו משום חיצוי [והיינו כקושית הגמ' שם אמתני' דשלח ביד חש"ו פטור דבשלמא לרבי יוחנן פטור דחיצוי דחרש אבל לר"ל קשיא ומשני דר"ל מוקי לה בגחלת וביאר רש"י דרבי יוחנן דמחייב לטעמיה עייש"ה] **וצ"ב הסברא** אמאי לא חשיב חיצוי, והתוס' שם פירשו דחיצוי הוא רק ברוח מצויה הרבה וקרוב לודאי היזק כעין חיצוי [ועייש"ה בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש] ורש"י סתם הדברים, ואפשר שסובר כהתוס'. **והפנ"י שם הקשה** שהרי למסקנא קי"ל דאשו לר"י חייב גם משום ממונו ואם כן אמאי פטור בשלהבת, וכתב **הפנ"י** דאין כוונת רש"י לפטור משום דליכא חיצוי דבעל הגחלת אלא להיפך דמכיון שיש כאן חיצוי דחרש אין לחייב את בעל הגחלת וכעין שכתבו התוס' לעיל [בדף ו ע"א] דבאדם בר דעת שעשה בכוונה אין לחייב את בעל האבן, [אף דצ"ע דהכא בחיוב חיצוי איירינן שהוא מעשה בידים ואיך יפטרנו מעשה החרש וי"ל] **ואולם דברי הפנ"י קשים בתרתי, חדא** דאם כן במסר לו גוואזא סילתא ושרגא אמאי מחייב סו"ס החרש עשה ומעשה דידו מפקיע חיוב הבעלים, **ועוד קשיא** דמשמעות דברי רש"י בסוגיין נראה דלרבי יוחנן פטור בשור בכוונה שביאר דהכא צבתא דחרש וכו' אבל בשור לא ע"י החרש הזיק והיינו בשור

---

שלחו להדליק אטו שמירה עושה. ושמא יש לחלק דהכא מיירי במסרו לחש"ו לשמור ואילו מתני' בדף נט מיירי בשלחו להדליק, אך בגמ' בדף כב מוקמינן לה לר"ל בגחלת ולר"י בשלהבת וכטעמייהו וצ"ע.



מותר ומשמע מזה דבשור קשור שהזיק מחמת החרש פטור לרבי יוחנן והתם ליכא להאי טעמא שהחרש רק התיר וסילק השמירה.

**ויעוין שם בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש** שביאר הסוגיא כפשוטה דהגמ' סברה דאין סברא לחלק בין שלהבת לשור מותר, ולכן סברה דלרבי יוחנן אין מעשה חרש חשוב חיציו דלא ברי הזיקא לגמרי, אך למסקנא דר"י מחייב נמי משום ממונו על כרחין טעמו של רבי יוחנן דלא דמי שלהבת לשור מותר דאינו ברי הזיקא כ"כ כיון שהשלהבת תכבה מאליה ואין לחוש כ"כ שהחרש ידליק מיד האש. וי"ל כן בדעת רש"י ומש"כ שם רש"י דטעמו של ר"י וכו' היינו להס"ד דהתם.

**שיטת התוס' בסוגיין בדעת ר"ל התוס' ביארו** דדרכו לנתורי ע"י חרש קאמר ודלא כרש"י, ובגחלת ביארו טעם הפטור משום דלא גרע כ"כ כמו שור לפי שאין דרכו ללבות וכו'. וצ"ב לפי דבריהם למה נקט דכל כמה דשביק לה מעמיא עמיא ואזלא נדלרש"י נקט כן כדי לחלק משור דמאליו הוא מוּזֵק **ויעוין בתוס' לקמן** בדף נט ע"ב שבתו"ד ביארו דהכוונה דבטלטולו של חרש מעמיא עמיא ואזלא ואינה מתלבה מאליה, ונראה כוונתם דאף בשור ובור אין הקטן מתכוין להזיק אלא דמתוך משחקיו ניתק החבל אבל גחלת אף שמטלטלה היא נכבית מאליה. **ולפי"ז מתפרש** דבשלהבת חייב לר"ל משום דמתוך משחקו נדלקת האש מאליה ע"י השלהבת. **ועיין בתוס' תלמיד ר"ת** שכתב דהלשון 'כמה דשביק לה' דחוק לפי התוס'.

**ובדעת רבי יוחנן** כתבו התוס' דהשתא סבר שהקטן עושה שמירה ולכן משוה הגמ' שלהבת לבור מגולה, וצ"ב דאם עושה הקטן שמירה אם כן למה באמת חייב בשור ובור. **ועיין בתוס' ר"פ שביאר** דהקטן עושה שמירה קצת ולכן יש לו לסמוך על זה לענין שלהבת שלא ילך וידליק אבל לא לענין בור ושור שאינם שמורים שהוא ישמרם. **ואולם מקשים בזה בסתירת דברי התוס', חדא** דבדף כב ע"ב ביארו הטעם לרבי יוחנן דלא ברי הזיקא דשלהבת כמו שור ולא הזכירו כלום משמירת הקטן **וביותר קשה** דלקמן בדף כב ע"א גבי כלב שנטל גחלת הקשו התוס' אמאי חייב בעל הכלב מאי שנא מגחלת לר"ל ושללהבת לרבי יוחנן, וקושיתם תמוה מאוד דהרי פשוט שהכלב אינו עושה שום שמירה.

**ונגלה פשט דברי התוס' דידן בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש** שביאר דלהס"ד סברה דהגמ' דהקטן עושה שמירה, **וכן מדוקדק לשון התוס' 'דהשתא סבר' וכו'** ולכן פריך מ"ש הכא ומ"ש הכא אבל למסקנא אין הקטן עושה שמירה ולכן בשור ובור חייב אבל בשלהבת פטור משום דלא הוה ליה לאסוקי אדעתיה שילך ויזיק עם השלהבת. והא דנקט מסרם לחרש יש בזה רבותא דאף שהחרש עושה קצת שמירה אין לו לסמוך על זה. ונהיינו דאף בשלהבת אין לו לסמוך על זה דאין חילוק בין שלהבת ובור לענין זה אבל פטור משום דלא ה"ל אדעתיה וכו"ל] **ואפשר** לפי"ז דלהס"ד דהקטן שומר אינו עושה שמירה קצת אלא ס"ד דעושה שמירה מעולה ולכן פריך מ"ש הכא והיינו דאף בשור מותר יפטר.

**ולפי זה יש שני מהלכים בתוס' במסקנת הסוגיא, מהלך התוס' דידן ותלמיד הרשב"א** דלהס"ד עושה הקטן שמירה ולמסקנא אינו כן, **ומהלך הר"פ**, דאף למסקנא עושה שמירה, **ויעוין בר"פ בדף כב ע"ב** שפירש התם טעמיה דר"י משום שמירת החרש וכשיטתו בסוגיין נולעיל שם בע"א לא הקשה גבי בעל כלב כלל ואף לר"ל לא הקשה].

**ולפי כ"ז עולה** שיטת התוס' בפטור גחלת משום שאין דרכו ללבות ובפטור שלהבת מחמת שאין דרכו כ"כ להדליק בה, **ויל"ע בזה** שהתוס' כתבו דגחלת לא גרע כ"כ [כמו שור] ולא כתבו בפשיטות דחשיב כרוח שא"מ, וכן בשלהבת לכאורה בסברא לא מסתברא שחשיב הקטן כרוח שא"מ עד דמסר לו גוואז, **ובחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש** לקמן בדף כב ביאר דבשלהבת אם לא ידליק האש לאלתר תכבה

[ומשא"כ במסר לו גוּזא דהאש תתקיים זמן ארוך] ואינו ברי שהקטן ידליק לאלתר, ותמוה לומר דמחמת שאינו ברי לאלתר חשוב כרוח שא"מ, **הגע עצמך** שור המובל לשחיטה וכי אין צריך לשמרו מחמת שלא ברי הזיקא שיזיק לאלתר, ואף התוס' בדף כב כתבו בשלהבת דלא ברי הזיקא כמו שור, ולא כתבו בפשיטות דלא שכיחא שידליק החרש, **ולעיל שם** ביארו דלהס"ד דהסוגיא שם למ"ד משום ממונו חייב בשלהבת אע"ג דלא הוי קרוב לודאי מידי דהוה אמסר שורו קשור דחייב אע"ג דלא הוי קרוב לודאי עיי"ש, ותמוה מאור דאטו הוצרכו להוכיח דחייב ממון המזיק הוא אף באינו קרוב לודאי והלא הדבר פשוט דעד דשמרו שמירה גמורה חייב בנזיקין.

**ועיוין בתוס' תלמיד ר"ת** בדף כג ע"א [בד"ה כשימיר וכו' וע"ע שם בד"ה וליחייב וכו'] שנתקשה שם בכלל שנטל חררה אמאי מחייבין לבעל הגחלת הא דמיא כלב לחרש, ותירץ דגחלת דהתם מתלבה מאליה ע"י שמניחה בגדיש שנוח לידלק אבל הכא מעשי חרש הם, ובחי' **תלמיד הרשב"א** הקשה שם כן ותירץ דמיירי בגחלים לוחשות דגריעי טפי מגחלת ושללהבת, ומשא"כ הכא בגחלת דמעשי חרש הם, ותמוה **מאור** דשניהם תירצו בסוגיין כהתוס' שאין דרכו ללבות ולר"י אין דרכו להדליק והתם כתבו להדיא דיסוד הפטור הוא משום מעשי חרש וסתרי דבריהם אהדדי.<sup>167</sup>

**ומכ"ז נראה מבואר** דמעולם לא נתכוונו התוס' שיש כאן פטור אונס בין לר"י בין לר"ל אלא כוונתם ע"ד האבהא"ז שהו"ד לעיל בשי' רש"י, והיינו דהיכא שהמזיק מצד עצמו מסוגל להזיק וחל חובת שמירה אינו נפטר אלא בשמירה גמורה, אבל מזיק שמצד עצמו אינו ראוי להזיק ואנו באים לחייבו מחמת מעשי החרש בזה פטור הבעלים דמעשיו של חרש גרמו עד דהוי ברי הזיקא ושיעור ברי הזיקא אינו כשיעור דלא הוי אונס אלא דין בפ"ע דדוקא בברי הזיקא חייב. **ועיון היטב ברשב"א בסוגיין** שכתב דיסוד הפטור בשלהבת לר"י הוא משום שלא מעשיו גרמו. ועיון בדבריו בדף כב וצ"ע ודוק.

**שיטת הר"י בדף נט יעיוין בתוס' בדף נט שכתבו בשם הר"י** דגחלת שמתלבה ברוח מצויה נמי פטור בעל הגחלת והתוס' הקשו עליו מחרש דמבואר בגמ' דאלמלי טעם דמעמיא עמיא ואזלא היה חייב על מעשה החרש, ועיי"ש בתוס' ר"פ שחילק אם הרוח ישנה כבר בעולם [דומיא דחרש] דחייב אף בגחלת ואי אינה בעולם פטור אף ברו"מ ונראה מדברי התוס' והתוס' ר"פ טעם פטורו דלא הוי כעין מבעיר, ועיי"ש ברא"ה בשטמ"ק ששיטתו כשיטת הר"י, ובפשוטו היה נראה דהוא דין מסויים באש ומגויה"כ דמבעיר דבעינן כעין מבעיר, ואולם **יעיוין בתוס' תלמיד ר"ת שם** שסובר כהר"י והקושיא מסוגיין תי' דלשון הגמ' מעמיא וכו' לאו דוקא אלא כוונת הגמ' דאינו חייב על מעשה החרש, ובאה הגמ' לאפוקי דאם היה הגחלת מתלבה מאליה היה חייב כמו בגחלת בדף כב שמניחה הכלב בגדיש ובמקום תבן וקש מתלבה מאליה וחייב. ולפי זה אף אם שכיחא הזיקא דחרש הרי הוא פטור בגחלת לר"ל, וקשה דבגמ' מבואר דהטעם בשור שחייב הוא משום שדרכו לנתוקי ומשא"כ בגחלת, ואם איתא הרי החילוק הוא דבשור ליכא הך גזיה"כ דהמבעיר, ונראה **מבואר מזה** דאין כוונת הר"י דהוא דין מסויים באש אלא דכל מזיק שאינו עשוי להיות בו כח להזיק אלא בהצטרפות מעשה הרוח או החרש אינו בכלל פרשת נזיקין ומש"כ דאינו בכלל מבעיר ה"ה דאין בכלל כי יכרה ובכלל ושילח וכו', ואף בשור קשור היה ראוי לפטור דאינו חייב כלל על מעשה חרש, ושור קשור כל שהשמירה מצ"ע טובה ובעינן חרש שיפקיע הקשר דמיא לגחלת שע"י הרוח הוי מזיק אלא דבברי הזיקא גמור חשיב ושילח וה"ה בגחלת אם היה ברי הזיקא היה חייב, ויסוד הטעם הוא דל"ה ברי הזיקא וכנ"ל.

**שיטת הרמב"ם עיון ברמב"ם** בפ"ד ה"ו מנז"מ שכתב דמסר שורו לחש"ו אף שהשור קשור הבעלים מחייבין שדרכו של שור וכו' להתיר הקשר וכו', ואפילו שמרוה שמירה מעולה וחתרה ויצאת הבעלים

<sup>167</sup> מיהו התוס' תלמיד ר"ת בדף נט פירש סוגיין בענין אחר כמו שיבואר לקמן ולפי זה ניחא, ובלא"ה נראה שאין להקשות סתירות כ"כ בדבריו שספר זה הוא כעין שיטה מקובצת מקדמוני בעלי התוס'.

חייבים. והראב"ד השיג על הרמב"ם. וכתב דמיירי בקשור שלא כראוי אבל בקשור כראוי הבעלים פטורים. ועיין במ"מ שביאר דשיטת הרמב"ם היא כהתוס' שהחרש דרכו להתיר הקשר ומש"כ הרמב"ם שדרכו של שור הכוונה ע"י החרש. וכ"מ מדברי הגר"א שציין לדברי התוס' בסוגיין, וצ"ע סתימת לשון הרמב"ם שלשונו משמע שהשור דרכו לנתוקי מאליו. ועיין בתורת חיים שעמד בזה, ועוד הקשה שם ממש"כ הרמב"ם בפ"ב גבי בור שהבעלים חייבים 'שהבור עשוי להתגלות ואלו אין בהן דעת' וכוונתו דאין בהם דעת לתקנו ואילו לדעת המ"מ הל"ל דהבור עשוי להתגלות מפני שאלו אין בהם דעת, ולכן פירש התוס' דכוונת הרמב"ם שהשור עשוי מאליו לנתק הקשר, אך צ"ב דמהרמב"ם משמע שקשרו כראוי וצ"ל ע"ד הרמב"ן שברבות הזמן ניתק הקשר והבעלים מעיין בו מזמן לזמן וכשמסרו לחש"ו הוי פשיעה אף בקשרו כראוי. ועיין בחזו"א סי' יב סק"ה שביאר כן בדעת הרמב"ם.

עוד צ"ע מש"כ הרמב"ם דאפילו חתרה חייבים הבעלים וביאר המ"מ דהיינו מדין תחב"פ וסופו באונס, וקשה דהא הוי אונס שלא מחמת הפשיעה. ועיין בברכ"ש בסו"ס ו מש"כ בזה וצ"ע.

תוד"ה ודרכו וכו' עיין מש"כ במתני' בדף ב גבי ולא זו"ז שיש בהם רו"ח.

תוד"ה מה שאין כן בבור וכו' ויש לומר וכו' עיין במהרש"א שתמה על מה שהקשו מנא לן דליכא כופר בבור הא איכא קרא דשור ולא אדם וכמו שהקשו התוס' עצמם דאם ילפינן מעליו למאי בעינן שור ולא אדם. ותירץ המהרש"א דהתוס' לא אבו לתרץ כן דעדיין יקשה באש שליכא בה הך קרא מדוע אין בה כופר. ויעויין בשטמ"ק בשם תוס' רא"ש ששם מבואר באופ"א דקושית התוס' מנא לן דליכא כופר הקשה למ"ד דכופר דמי מזיק, וכוונתו מבוארת דלמ"ד דמי ניזק מצינו למילף לה מקרא שור ולא אדם והיינו אף דכופר כפרה מ"מ סו"ס דמי הנזק הם וקרא ממעט לדמי הנזק מתורת דמים ומתורת כופר, אך למ"ד דמי מזיק א"א למעוטי מקרא דתשלום דמים דניזק לכופר דמי מזיק.

שם בתוס' וא"ת שור ולא אדם וכו' יעויין בסוגיא לקמן בדף מג ע"א דמבואר שם בגמ' דעת רבה דאיכא דמים לבן חורין ושור שהרג שלא בכוונה שאינו משלם כופר משלם דמי הנהרג ליורשיו [ונמיהו תרתי לא משלם כדמבואר שם ברש"י ותוס' אלא כשמתחייב כופר פקע בזה חיוב דמים ומבואר שם בתוס' דזה אף למ"ד כופר דמי מזיק] ועיין שם להלן בע"ב דמספקא ליה לרבא באש אם יש בה חיוב דמים די"ל דדוקא בשור דבכוונה איכא כופר שלא בכוונה משלם דמים או דאף באש איכא דמים.<sup>168</sup> ולדינא נחלקו הרמב"ם והראב"ד [בפ"י מנז"מ הי"ד] דדעת הרמב"ם שם דלהלכה אין דמים לבן חורין והראב"ד חולק וסובר דיש דמים לבן חורין.

<sup>168</sup> ובכל סוגית הגמ' שם מבואר דחיוב דמים מתלא תליא בחיוב כופר בב"ח ובדין קנס בעבד. והדבר צ"ב דחיוב דמים חיוב נזיקין גמור הוא כמש"כ שם רש"י דכמו שהחובל באדם משלם לו ה"ה במיתה משלם דמיו ליורשיו, ואם כן בכל גווני דליכא כופר יהיה חיוב דמים ואמאי מספקין לה באש וכן קשה אמאי פטרינן שם לעיל בעבד במקום הודאת בעלים מדמים כיון דליכא קנס, וכן קשה בשור תם דאינו משלם דמים כיון דאמעט מכופר כמש"כ התוס' בדף מא ע"ב ד"ה נקי.

ועיין שם בראב"ד (מג:): [וה"ד גם בשטמ"ק] שכתב בזה וז"ל לא נתברר לי טעם ברור למה נתלה דמים שהם כשאר נזקין בכופר ובקנס אלא דאיכא למימור כיון דתשלומי דמים במקום מיתה לא כתיבי ומכלל שאר נזיקין הוא דאתי וכופר וקנס הוא דכתיבי הלכך היכא דמשכחת ביה כופר וקנס מרבינן דמים בפנים הדומים להם בשום צד ואי לא לא עכ"ל, וכע"ז כתבו שם הרא"ה בשטמ"ק והתוס' ר"פ, והדברים צ"ב ונראה כוונת הראשונים דכל תשלום דמים חידוש הוא ואלמלי שהיה חיוב כופר וקנס היינו מחייבים דמים כמו בחבלה ושאר נזיקין דה"ה לדמי הנהרג אך כשנתנה פרשת כופר וקנס חזינן בזה גילוי למעט דאין תורת דמים אלא במקום שיש כופר וצ"ע. וע"ע בברכ"ש בסי' כז בשם הגר"ח מש"כ בזה.

**ובדעת התוס' דידן הקשה הקצה"ח** [בסי' תי סק"ד] מה קשיא להו למאי בעינן קרא דשור ול"א הא בעינן לה למעוטי מחיוב דמים, וכתב דמדברי התוס' דידן מוכח דס"ל דאין דמים לבן חורין כשיטת הרמב"ם. **ועוד כתב** ליישב דברי התוס' דס"ל דקרא דעליו ולא על האדם [וכן אש ובור לסברת התוס'] ממעט גם מדמים כמו כופר, [ולעיל שם הביא דברי ההגהת אשרי שכתב דאדם ההורג את חברו משלם דמים ליורשיו דאף דאדם אמעיט מכופר מקרא דעליו מדמים לא אמעיט ולהתני' השני שכתב לעיל צ"ל דהתוס' פליגי על ההג"א] **ודברי הקצה"ח תמוהים** דהא להדיא מספקינן בגמ' אליבא דמ"ד דיש דמים לב"ח בדין האש אם יש בה דמים או לא, **וחזינן מזה** דמיעוטא דעליו אינו ממעט דמים [שהרי התוס' נקטו דמיעוט דעליו ממעט גם אש] **ועוד** דכיון דהגמ' מסתפקת א"כ בפשיטות י"ל דקושית התוס' דידן אמאי בעינן קרא דשור ול"א היא להצד דליכא דמים באש אף למ"ד דאיכא דמים לבן חורין.

**ועיין ברע"א** [הנדמ"ח] שנקט כן בפשיטות דקושית התוס' היא להך צד בגמ' דאין דמים לאש, **והקשה הרע"א** דאם כן מה הועילו התוס' בתירוצם דאיצטריך לעבד הרי גם בעבד מסתפקת הגמ' דכיון דליכא ביה קנס באש גם לא יהיה חיוב דמים, ואם כן ממ"נ להצד דליכא דמים לא הועיל תירוצם בעבד ולהצד דאיכא דמים אף בבן חורין איכא ולא קשה קושיתם, והניח הרע"א דבריהם בצע"ג. **ועיין בחזו"א סי' יב סק"א** מש"כ בזה וצ"ע. **ואפשר דמה"ט הבין הקצה"ח** דהתוס' בהכרח סברו דאין דמים לבן חורין וסברו דלמ"ד דאין דמים לב"ח ליכא להאי כללא דבמקום שאין קנס אין דמים ואם כן נמצא שבב"ח אין באש דמים ובעבד איכא, ובזה יתיישב גם מה שפסק הרמב"ם דאין דמים לב"ח אף באש אבל דמי עבד איכא, ודוק.

**ויעויין היטב בתוס' רא"ש בשטמ"ק** שהקשה לקושית התוס' זו אמאי בעינן קרא דשור ול"א למ"ד כופר דמי ניזק, **וזה צ"ב** דכיון דאיכא מיעוט מפורש מעליו אם כן אף למ"ד דמי מזיק אייתר קרא דשור ול"א. **ונראה כוונתו** דסובר ד"ל דקרא דשור ול"א אתי למעוטי דמים אך למ"ד דמי ניזק כיון דאימעות מכופר אמעוט מדמים וכנ"ל אך למ"ד דמי מזיק מיעוט דכופר אינו מלמד לפטור מדמים, אך צ"ע דהרי סו"ס הגמ' מסתפקת להדיא אם יש דמים באש וצ"ע. [ועוד צ"ע לפי זה דכל הסוגיות להלן בדף מא ובדף מד אשר מבואר דדמים דינם ככופר בהרבה פרטים (כמו בתם וכן ספיקו של רבא לקמן גבי אש וכו') כ"ז הוא רק למ"ד כופר דמי ניזק אבל למ"ד דמי מזיק אין תלוי דמים בכופר וצ"ע. ועיין בתוס' בדף מג ע"א ד"ה מאי לאו וכו' וצ"ע]

**ובגוף הסוגיא בדף מג קשה** דהנה בגמ' שם מספקינן אם יש דמים באש ומוכחינן מדלא תני חומר באש מבבור ודחי דתנא ושייר, **וקשה** דהרי תניא הכא חומר בשור מבאש שהשור משלם כופר ומאי חומרא היא זו הרי האש משלם דמים במקום כופר, ואמנם יש חומר בכופר שאין בדמים לכמה נ"מ עי"ש בתוס' בדף מג ע"א ד"ה מאי לאו וכו' אך יש גם חומר בדמים מכופר כמש"כ התוס' שם ואם כן ה"ל חומר באש משור כמו חומר בשור מאש, ושמא אף זה בכלל תי' הגמ' דתנא ושייר, **ויש להעיר עוד** דלדעת רש"י שם דספק הגמ' הוא רק באש שלא בכוונה ניחא דבזה אף בשור איכא דמים וליכא חומר אך הר"פ שם לא פירש כן וכן ברשב"א שם הובא מחלוקת בזה, וצ"ע.

**בשיטת רש"י בכופר ודמים באש ובור רש"י פירש** גבי בור דאמעט מכופר מקרא דשור ולא אדם, **וכ"כ רש"י** לקמן בדף נג ע"ב ד"ה אדם ובור. ויל"ע אמאי נאיד מקרא דעליו, ושמא סובר דהך קרא ממעט רק אדם או דבא ליישב למה לא ישלם דמים מיהת [לצד הגמ' שם דיש דמים באש] **וגבי אש** כתב רש"י דפטור מכופר משום קלב"מ. **ועיין בתוס' ר"פ שתמה על רש"י א** דלמ"ד אשו משום ממונו דליכא קלב"מ למה אין כופר. **ב** ואף למ"ד חיצוי היכא דכלו לו חיצוי ליכא קלב"מ. **ג** דלא שייך קלב"מ אלא בממון אחר אבל לא בכופר שהוא דמי הנהרג, - **ובזה אזיל הר"פ** בשיטת התוס' לעיל דף ד ע"א וי"ל דרש"י פליג בזה - **ועיין עוד ברש"י בדף מג ע"ב ד"ה אבל אש וכו'** שכתב שם דבאש ליכא כופר דא דאין כופר באש ועוד דקם ליה בדרכה מיניה **עכ"ל**. **והפ"י הראשון צ"ע** מדוע אין כופר באש ואי משום עליו

הרי רש"י עצמו פירש הכא גבי בור דהוא מקרא דשור ול"א וצ"ע. נוכל שיטת רש"י בענין קלב"מ בכופר ודמים ופטורא דעליו סתומה עד מאוד, עיין ברש"י בסוגיא בדף כו ע"א ובתוס' ר"פ שם וברש"י דף נג ע"א ד"ה אדם ובור ובסוגית הגמ' בדף מג ע"ב ובשיטת רש"י שם. ועיין בר"פ שם שהקשה עליו].

### דף י ע"א

תוד"ה חומר וכו' דהוי בכלל מסרו וכו' עיין במהר"ם שתמה שהרי אף בבור חייב וע"כ דאין זה משום מעלת ב"ח, ועוד קשה שהרי התוס' פירשו לעיל לר"ל דבשור דרך החרש לנתק החבל ומשא"כ בגחלת שאין דרכו כ"כ, וא"כ אין זה ענין כלל למה שהשור הוא בע"ח.<sup>169</sup>

רש"י ד"ה שייר טמון ראה בתוס' שתמהו על שיטת רש"י שהרי תבואה כלים היא ובור פטור בכלים, ובמרומי שדה כתב ליישב דבור פטור בכלים אף בנזק משום דשבירתם זו היא מיתתן כמש"כ רש"י בדף כח ע"ב וי"ל דתבואה המתלחלחת ממי הבור הוי בכלל נזק דאינו בכלל הדין דשבירתן זו"מ, וחייב בזה הבור. ועיין ברש"י לקמן בדף מח ע"ב ד"ה ומים וכו' וצ"ע. והוסיף בזה הגר"נ שהתוס' שהקשו אזלו לשיטתם שכתבו לעיל בדף ה ע"ב דכלים חשיבי אינו ראוי לגבי בור נומשא"כ אדם דכיון דחייב בנזיקין לא מקרי שהבור פטור מחמת שאינו ראוי עיי"ש] ולכן אין לחלק בין נזיקין למיתה בהו, ולפי"ז לדעת התוס' טעם פטור כלים בעלמא אינו משום דשבירתן זו היא מיתתן.

תוד"ה שהשור וכו' בגדר המיעוט דוהמת יהיה לו ובסתירת דבריהם למה שכתבו לעיל דף ו יעויין במש"נ שם בתוד"ה שור וכו' ב'הרחבת דברים' ומשם תקחנו.

בגמ' ת"ר וכו' רב פפא אמר צ"ב סברת הגמ' מדוע מיאנה בתחילה בתירוצו של רב פפא דאף לרבי משכח"ל במיתה. ועיין בתוס' ר"פ שביאר בזה דלא חשיב הכשרתי במקצת נזקו דכיון דבתשעה ליכא מיתה נמצא שהאחרון עשה הכל, ובסברת רב פפא נראה שנחלקו ראשונים, דרש"י בע"ב ביאר בזה [בד"ה פשיטא הראשון וביאר טפי בד"ה פשיטא השני וכן בשלישי] דעל ידי מה שחפר הראשון עשה הוא חצי או רוב מיתתו והשני השלים המיתה, ואולם הר"פ ביאר באופ"א דאילולי שחפרו האחרים התשעה בטפח שחפר האחרון לא היה מת' ומשמע מזה דהמיתה מתיחסת לאחרון אבל סו"ס בלא מעשי הראשון לא היה מועיל מה שעשה האחרון. וצ"ע בשורש פלוגתייהו. ועיין עוד בזה להלן. והתוס' בסוגיין הקשו מדוע לא אוקמוה בבור שהיה רחבו יתר על עמקו ובא אחר וסייד וכייר דהאחרון חייב דהוא עבד כל ההבל, ותירצו דלא חשיב מקצת נזקו דהאחרון עבד הכל, ואמר הגר"נ זצ"ל דמהתוס' אלו מוכח דלא כהר"פ שהרי אף כאן אלמלי מעשי הראשון לא היה הבל של שני ממית, ויש לדחות בפשיטות דבור כזה לא הוי מזיק כלל ואין סברא דבמעשה שאינו עשיית מזיק יחשב השני מכשיר במקצת, ול"ד לבור ט שהוא מזיק וע"י הוספת כח מיתה בבור ניזוק עתה מהמזיק הראשון אבל בבור שרחבו יתר על עמקו אין לו שם מזיק ותורת בור כלל.

<sup>169</sup> רש"י י"ל דמעלת השור היא במה שהוא בע"ח ולפיכך כיון שהחרש מבטל שמירתו והרי הוא הולך ומזיק אבל גחלת אינה צריכה שמירה, אך קשה מבור, וצ"ל דהתם מחמת דתע"ל והוא מזומן להזיק בלא שום פעולה לכן צריך הוא שמירה וחייב בחש"ו, אך קשה דבברייתא תני חומר דתע"ל וגם חומר דמסרו לחש"ו ואמאי לא הוי בכלל מסרו לחש"ו כמש"כ התוס' גבי בע"ח וצ"ע.

ושמענו להקשות בזה דהנה בדין אחר שניהם לנזיקין יש לעיין אם ישלמו שניהם בשווה או שאומדים בי"ד כמה ראוי להזיק חפירת כ"א מהם. ומבואר הדין דלדידן דקיי"ל כרבנן כתבו התוס' דחפר בור ח והשני השלימו לט' שניהם חייבים, וכתבו הטוש"ע דכ"א משלם לפי מה שחפר, וכ"ה להדיא בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש שכתב דאומדים כמה הוא נזוק בשביל אותו טפח, ואם כן אי נימא דלהר"י מלוניל משלם רק המיתה עצמה אם כן אין שום נ"מ בין דינא דט' לדינא די' וכמו שאמר רבי אחר אחרון למיתה ה"ה דאחר אחרון לנזקים שרק הוא גרמם, וע"כ דפטור לגמרי, אך זה צ"ב שהרי אין טעם לפטור כמש"כ לעיל וצ"ע. ואפשר דהר"י מלוניל חולק וסובר דמשלמים בשווה ולא לפי אומד וצ"ע.

ומצינו שנחלקו ראשונים בבור ט שנפל בו שור והזוק ומת, דעת הר"י מלוניל לקמן [דף נ ע"ב] דחייב בעל הבור בנזק שנגרם לשור ורק על המיתה עצמה פטור, אבל המאירי שם חולק וסובר שבעל הבור פטור מכלום. וצ"ב סברת המאירי דלכל הטעמים שנאמרו בבור ט לפטור ממיתה [נאו משום שאין דרכו או שלא מחמת הבור מת] למה יפטר על נזקים, ומסתברא דטעמו שכשיש מיתה אין לדון כלל דיני נזק דאחר שמת השור מה נזק יש במה שנשברה רגלו והרי פריחה נשמתו ואין כאן נזק אלא נטילת הנשמה וע"ז ליכא לאיחויבי לבעל הט'. והנה להר"י מלוניל נראה ברור דהכא בבור ט והשלימו לי' לדעת רבי דאחר אחרון למיתה כ"ז הוא לענין המיתה עצמה שנתחדש חיובה בכרית הי' אבל לענין נזיקין שעמה הרי זה בכלל הדין דאחר שניהם לנזקין, וראה ברש"י כאן בע"ב שכתב דבעל הט' פטור מכלום ומשמע דאף מהנזק פטור ומוכח דסובר כהמאירי.

ובזה צ"ב אמאי חייב השני גם בנזק שעם המיתה הרי לא הוא גרם אותו לבדו אלא עם הראשון ואף שהראשון פטור [וכנ"ל] למה יתחייב הוא. ומסתברא דשם מיתה חד הוא וכיון שהוא עשה המיתה חייב לשלם כולה, ובה מתבאר היטב דברי רש"י בע"ב דהראשון הרג חציו או רובו ולכן חשיב הכשרתי במקצת נזק, ומ"מ השני משלם דשם מיתה הוא עבד ולא הראשון ודוק. והר"פ שכתב דהטעם הוא משום שאלמלי הראשון לא היה מת בבורו של שני אפשר דסובר כהר"י מלוניל דעל הנזקין שניהם חייבים ורק על מיתה עצמה פטור הראשון ולכן אין זה הכשר מקצת נזיקין אלא מהאי טעמא דאלמלי הראשון לא היה מת. ודוק.

ראה בתור"ה ותו ליכא וכו' שהקשו דאטו תנא כי רוכלא לחשיב וליזיל. ויל"ע בקושיתם דהנה לרבנן הך דינא ילפינן לה מקרא לקמן בדף נא ואם כן בהנך שמסברא ידעינן להו הוי דין אחר מהא דבור, ואם כן התנא משמיענו בזה חידוש אחר לגמרי, וביותר דבברייתא קתני דהכשרתי במקצת נזקו זה הבור והיינו מגזיה"כ דכורה ופריך הגמ' דמשכח"ל בכולהו מזיקים ומסברא. והגר"נ חקר בטעמם של רבנן אם הפסוק מחדש גם פטורו של ראשון וגם שהשני חייב בכל או דחויבו של שני בכל ידעינן מסברא מדין הכשרתי במקצת אלא דהפסוק בא לפטור הראשון, וביאר בזה דהפסוק בא רק לפטור הראשון אבל חיובו של שני מסברא הוא כמו בהנך דלקמן, ולפי"ז נחא דברי התוס' דבאמת אין כאן דין מיוחד בבור אלא דבעינן לאשכוחי הכשר מקצת נזיקין באופן שיתחייב הכל וזה משכחת לרבנן באופן שהראשון מפטר מגזיה"כ, אך לפי זה צ"ע דמשכחת לה אף לרבי בנזיקין היכא דהבור נחפר על ידי מי שאינו בר חיובא וכיו"ב, וצ"ע.

חופר בור י' והשלימו לי"א או לב' ראה בתוס' בע"ב שכתבו בפשיטות דחופר בור י' והשלימו אחר לי"א השני פטור ודימוהו למשליך עץ לתוך אש גדולה, ויעויין בדבריהם בדף נא סוע"א ששם כתבו דכמו דבמשלים לב' חייב ה"ה משלים לי"א, ולכאורה סתרי דבריהם אהדרי, ואולם בדברי התוס' שם תפסו כמה אחרונים דהתוס' כתבו כן רק להס"ד דהסוגיא שם עיי"ש במהרש"ל ובפנ"י ומהדו"ב למהרש"א ואכמ"ל בפשט הסוגיא שם, ולפי זה נחא הכא.

בגמ' מתקיף לה רבי זירא וכו' פשיטא דאיהו קא עביד וכו' רש"י בע"ב ביאר קושית הגמ' פשיטא אין זו הכשרתי במקצת נזקו אלא כל נזקו ולא דמי לבזר וכו' ומבואר מדבריו דאין כוונת הגמ' דפשיטא ולא איצטריך למתני, אלא פשיטא דלא הוי בכלל הדין וכל הנזק מתיחס אליו ודוק.

בגמ' פשיטא מאי קא עביד רש"י פירש דמאי קא עביד ולא ישלם כלום, וראה בתוס' ד"ה מאי קא עביד שכתבו דבכולה שמעתין צ"ל מאי קא עביד טפי מאחריני וישלמו כולם. והפנ"י כתב דהתוס' לא פליגי על רש"י ודבריהם קאי על מרבה בחבילה אבל לא גבי מסר שורו, ואולם בתוס' ר"פ וברשב"א מבואר להדיא דנחלקו אף במסר שורו וכן משמעות לשון התוס' 'בכולה שמעתין' וכו'.

ובדעת רש"י נראה בזה שתי דרכים מדברי הראשונים, יעויין ברא"ש שכתב דהיכא שכשהלך זה נשאר אלו לשמרו אז הוא פטור והם חייבים אבל היכא שכשהלך אמרו לו שגם הם לא ישמרו גם הוא חייב, וביאר באבהא"ז [פ"ד מנז"מ ה"ז] דסברת הרא"ש היא דבציור הראשון הוא פטור כיון שהשאיר את השור שמור ואע"ג דלא הוו הם שומרים ידיה מ"מ סו"ס השאיר את השור שמור ולכן פטור, ומשא"כ היכא שאמרו לו שגם הם לא ישמרו אז פושע הוא כמותם וחייב לשלם. ולפי זה יש לפרש בדברי רש"י דידן כן דפטרו רש"י בציור זה שהשאיר אותם כשהם שומרים על השור.

ואולם יעויין בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש שהביא דברי הרא"ש. וכתב שהתוס' פירשו דאפילו היכא שאמרו לו שילכו אף הם הוא פטור והם חייבים, נהוה להיפך לגמרי משיטת התוס' דידן שחייבוהו ומשמע דבכל גווני חייב אף באופן שהשאירם לשמור וכ"ש היכא שאמרו לו שילכו וצ"ב הטעם לפטרו כה"ג.

והנה התוס' דידן הוכיחו שיטתם מחופר בור י' והשלימו לכ' ובפשוטו ראייתם נסבה על מרבה בחבילה להוכיח שאף השני חייב אבל אין זה ענין כלל למסר שורו, אך יעויין בר"פ שמבואר להדיא שכתב לחלוק על רש"י וסובר דבמסר שורו הראשון שהלך אף הוא חייב והוכיח כן מבור י' והשלימו לכ' והדברים צ"ב טובא מה שייכות הענינים זל"ז הרי הכא הסברא לפטרו הוא משום שכשהלך זה עדיין לא הכשיר הנזק כלל שהרי השור שמור.

ויעויין ש בתוס' ר"פ שביאר בתוה"ד שיטת רש"י דהוא פטור משום שגם בלא פשיעתו היה נעשה הנזק, וצ"ל בכוונתו דאף דאיתא בגמ' דבלאו איהו הוה מינטר אין הכוונה דמספיק שומר אחד לשור, אלא כוונת הגמ' דאין צריך חמשה אבל ארבעה או שלשה צריך ולכן כיון שהם הלכו טוען הוא שאף אם היה נשאר לא היה מועיל כלום שהרי הוא לבדו אינו יכול לשמרו, ולכן פטור, וזה ממש כמרבה בחבילה שהסברא לפטור השני הוא משום דבלא"ה נעשה הנזק, ועל זה היטב קשה מבור י' והשלימו לכ' שהיה הנזק נעשה אף על ידי י' וכמו שהקשו התוס' דידן אמרבה בחבילה.

ואולם בסברא צ"ב דבשלמא במרבה בחבילה ובבור י' טענת השני ליפטר משום שכשהוא עשה כבר היה הנזק ראוי ליעשות אבל הראשון ודאי אינו יכול לטעון שהיה הנזק עתיד ליעשות על ידי השני וה"ה הכא מה עדיף הוא מכ"א מהם וכל אחד יוכל לטעון שאף בלעדיו היה הנזק נעשה ויפטרו כולם וזה אינו. וצ"ל דאח"כ אם היו הולכים האחד אחר השני היה חייב זה שהלך באופן דבלאו איהו לא מינטר [כגון אם צריך שלשה לשמרו השלישי שהלך חייב הכל וכן כל כיו"ב] אבל הכא מיירי שהלכו הם בבת אחת ונמצאו כולם שותפים בפשיעה השניה שגרמה הנזק ופשיעה ידיה לא גרמה הנזק, ובזה טענתו לפטור, והראיה מבור כ' היא דאף היכא שאין הוא גורם הנזק שבלעדיו גם היה נזק אבל כיון דסו"ס השתא הנזק נעשה מכחו נמי חייב הוא לשלם עם שותפיו, ודוק היטב.

ונמצא עתה שתי דרכים בדעת רש"י, או מחמת הסברא דהניחו שמור וכדברי הרא"ש או מחמת שבלעדיו נמי נעשה הנזק וכדברי הר"פ, ונ"מ בכל אחת מהדרכים, דלדרך הרא"ש היכא דאמרו לו שהם

הולכים חייב ואילו לדעת הר"פ לא שנא נכדמוכח מתלמיד הרשב"א, וצ"ל דלא חשיב אף כה"ג שכולם נסתלקו בב"א דכיון שהודיע להם קודם נחשב הדבר שהוא נסתלק לבדו ואח"כ הם שאל"כ אין שום טעם בעולם לפטרו והתלמיד הרשב"א כתב בשם תוס' דפטור אף כה"ג ודוק<sup>170</sup>] ונ"מ אחרת לדרך הר"פ דלפי"ז לא פטרו רש"י אלא היכא שצריך כמה לשמרו אבל באופן שיכול אחד מהם לבדו לשמור השור אף הוא חייב עמהם משא"כ לדרך הרא"ש דאף כה"ג פטור כל שהניחם שומרים ודוק.

**ומקום עיון בזה** בדברי הטוש"ע והגר"א בסי' שצו שהטור פסק שם כדברי הרא"ש לחלק בין היכא שנשאר בשמירה או אמרו לו וכו' והשו"ע כתב דכולם חייבים וי"א דאם לא נסתלקו משמירתו הם חייבים והוא פטור, וממה שכתבו לחלק בין היכא דאמרו לו לנשאר בשמירה מבואר דכוונתם בזה לדעת הרא"ש, ובאמת דבטוש"ע לא הוזכר כלל שום חילוק אם נשמר ע"י אחד מהם או כולם יחד וסתירת הדברים משמע דבכל גווני איירי, וזה מתאים היטב עם הנ"ל, ואולם **יעוין בהגהת הגר"א שם**, שכתב לבאר טעמו של הרא"ש משום שהוקשה לו קושית התוס' דאין סברא לחייב בזורק עץ לתוך אש גדולה ואמנם שהרשב"א חילק בין היכא שיכולה החבילה השניה להזיק מצד עצמה דאף הוא חייב לבין היכא שאינה יכולה להזיק, אבל הרא"ש מכח קושיא זו פירש דהוא פטור [כ"כ הגר"א להדיא בסק"ח בליקוט] וקושיא זו שייכת לכאורה רק היכא דאין הוא לבדו יכול לשמור דאם הוא עצמו יכול לשמור והוא עזב הראשון איזה טעם יש לפטרו ולחייב אותם, ובהכרח שהגר"א השווה השיטות ופירש דברי הרא"ש כהר"פ ודלא כמש"נ לעיל, וצ"ע.

**ובעיקר דברי הרא"ש יעוין ביש"ש** שכתב דהיכא שלא נתרצו לשמרו אפילו האחד בלא חברו אלא נשתעבדו לשמרו כולם כאחת אז כשנסתלק הראשון כולם חייבים, וצ"ע כוונתו דלכאורה נראה שר"ל דכוונת הרא"ש דנתרצו לשמרו היינו שלא התנו שאם מסתלק האחד אף הם אינם מחוייבים ומש"כ דאם נתן להם שישמרו כולם כאחד היינו דבלא האחד אינם מחוייבים לשמור, אך לפי זה כה"ג רק הראשון חייב שהרי כשנסתלק לא התחייבו לשמור, ואולי כוונת היש"ש דנתרצו לשמרו היינו שיש לאחד מהם רשות להסתלק מהשמירה ולהשאירו ביד אחרים, וצ"ע.

**ועוד כתב היש"ש** דאף לדברי הרא"ש דהראשון פטור אין הכוונה שהוא פטור מהניזק אלא הניזק רשאי לתבעו והוא יעשה דין עמהם, ואין הדברים מובנים, דממ"נ אם הוא פשע אם כן למה יוכל להוציא מהם הממון ואם לא היאך יוכל הניזק לתבעו. **ועיין בברכ"ש** בסו"ס יא. **ועיין בחי' הגר"ח הנדמ"ח** שביאר הגר"ח דהוא כשנסתלק לא העמידם שומרים במקומו כדין שומר שמסר לשומר אבל מ"מ כיון שהם פשעו והוא לא פשע יכול לתבוע מהם הנזק, והדברים סתומים וצ"ע.

#### דף י ע"ב

**מרבח בחבילה כתבו התוס'** דמאי קעביד היינו שיתחייבו כולם, וראיתם מבור י' שהשלימו לכ' דכולם חייבים וע"ז הקשו דמיהו יש לדקדק וכו'. **ועיין בתוס' ר"פ וברשב"א שתירצו** דהכא מיירי כשהחבילה השניה יכולה להוביל האש אף בלא חבילות הראשון ולכן לא דמיא לבור יא אלא לבור כ. נוביאר החילוק נראה דהיכא שהשני לבד יכול להוליכה בלא הראשון נמצא שאף הוא יצר כח במזיק להזיק אף שהיה הדבר נעשה בלעדיו וכה"ג חייב דומיא די' וכ' אבל באופן שבלעדיו גם היה מזיק והוא לבדו אין בו כח להזיק לא עשה ולא כלום<sup>171</sup>] **ואולם יעוין בתוס' ר"פ שכתב** שמורו אף הוא פירש כן אלא שפירש שהביא השני גם

<sup>170</sup> והגר"נ ביאר שיטת רש"י כהר"פ ור"ל דהרא"ש לא חולק על זה אלא דסברת הרא"ש דחשיב שנסתלקו בב"א אך מהתלמיד הרשב"א מוכח לא כך וכמש"נ בפנים.

<sup>171</sup> ודוגמא לזה בשבת דף צב ע"ב דשנים שעשו באופן דזה יכול וזה יכול או באופן דזה אינו יכול וזה אינו יכול איכא פלוגתא דתנאי אי שניהם חייבים או שניהם פטורים, אבל בזה יכול וזה אינו יכול לדברי הכל היכול חייב קלה



את האור, וצ"ב מה החילוק אם הביא את האור או רק הרבה בחבילה, ויעויין במרדכי [לקמן בפרק הפרה סי' נד] שכתב דראובן שמסר אדם למלכות דחייב מדינא דגרמי ואח"כ בא שמעון וגם הוא מסר דשמעון פטור דהוי כמרבה בחבילה דאמרינן מאי קעביד, ומבואר מדבריו דסובר דאף באופן שיכול השני מצד עצמו להזיק מ"מ פטור. וכן איתא בשטמ"ק כאן בשם ר"ש דפטור לגמרי בכל גווני. וכן י"ל בדעת רש"י דמדסתם רש"י פירוש מאי קעביד משמע דפטור לגמרי וסתמא מיירי סוגיין אף כשיכולה האש לילך מחמת חבילה של שני לבדה.

**ונמצא שיש בזה שני נידונים: א)** היכא שפעולתו בלבד אינה יכול להזיק ופעולת הראשון יכולה להזיק דבזה כתבו התוס' דמסתברא דפטור ולא מצינו בזה חולק להדיא. **ב)** היכא דפעולת השני לבדה יכול להזיק, דבזה כתבו תלמיד הר"פ והרשב"א דחייב השני כמו הראשון ובדעת התוס' דידן לא נתפרש להדיא [אם הניחו בקושיא משום שלא ניחא להו לאוקמה שמעתין באוקימתא דלא כתיבא או דלא ניחא להו הסברא לחלק אך הר"פ עצמו ס"ל דחייב כל שלא הביא האור. וכן נראה דעת המרדכי נדאף התם כ"א בפ"ע יכול להזיק] וכן שיטת הר"ש בשיטמ"ק וזה ע"ד שיטת רש"י בסוגיין.

**ולהסוברים** דפטור בכל גווני צ"ב מאי שנא מבור י' ובא אחר והשלימו לכ' שהשני חייב ומאי שנא מהכא וכראיית התוס', **ויש לדון בזה בתרתי, חדא** דהתם חשיב כשני מזיקים נפרדים שהזיקו ביחד ודמי לשני אנשים שזרקו חץ האחד אחר חברו דבזה י"ל דלכו"ע חייבים שניהם [נצ"ע מסוגיא דספסל ויתבאר שם] **וכן נראה מבואר** מסברת הר"פ שכתב דהשני חייב אם הביא האור ונראה טעמו דבמזיק אחד ששניהם הכשירוהו אמרינן דהשני לא עבד כלום אבל בשני מזיקים נפרדים שניהם חייבים ודוק. [ובמסור שניהם הפעילו את השלטון והוי כמזיק אחד ששניהם הכשירוהו ודוק] **ולפי"ז אפשר** דאף בור י' ובור כ' הוי שני מזיקים נפרדים המזיקים יחדיו בהבל ובחבטה של שניהם. **עוד יש לדון** לפמ"ש"כ התוס' תלמיד ר"ת בדף נא דטעמא דחייב בבור י' והשלימו לכ' הוא משום דהשני קירב המיתה דבבור י' אינו ודאי שימות וע"י בורו של זה קרוב טפי שימות וזה לא שייך במרבה בחבילה. נמיהו סברת התלמיד ר"ת צ"ב, חדא דהרי ספק הוא אם היה מת ע"י הראשון ולמה ישלם השני מספק ועוד דאם כן אף בבור י' ועשאו י"א יתחייב מה"ט ונראה פשוט דאין לחייב מחמת קירוב ההזיק דזה לא בכלל הפרשה דכורה בור אלא דכשעשה מזיק שלם והמזיק הזה מסוגל להזיק אף באופן שלא יבוא ההזיק מהראשון הוי אף הוא מכשיר הנזק והרי הוא שותף עם הראשון בבור זה לתשלום נזקיו ודוק].

**ויעויין בקצה"ח** [בסי' שצ סק"א] שהביא שם מחלוקת התוס' והרא"ש גבי הזורק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל דהאחרון פטור משום דקיי"ל בתר מעיקרא אזלינן והכלי חשוב כשבור ודעת התוס' דכ"ז זורק הכלי עצמו אבל לא זורק חץ על הכלי, והרא"ש חולק, **וכתב הקצה"ח להוכיח כהרא"ש**

---

ושאינו יכול פטור, ומבואר הטעם בגמ' דהוי מסייע ומסייע אין בו ממש. ונראה לבאר הענין דכשזה יכול וזה יכול הרי שניהם עשו המעשה אלא דכיון דסו"ס נעשה מעשה אחד מתיחס לשניהם, ובזה אינו יכול וזא"י כ"א מהם בפ"ע לא עשה כלום אבל כיון דמכח שניהם נעשה המעשה ובלא אחד משניהם לא היה נעשה נמצא שהוא פעל המעשה, אבל באופן שחברו לבד פעל והוא מצד עצמו אינו פועל אין לו שום יחס למעשה שהרי לומר שבלעדיו לא היה נעשה א"א ולומר שהוא עשהו ג"כ א"א ופטור לגמרי, וה"נ הכא.

ומיהו לא דמיא הכא לשבת לגמרי דהרי מבואר בסוגיא להלן שכשישבו ארבעה על ספסל ונשבר כולם חייבים, ואילו בשבת איתא בגמ' [דף צג ע"א] דמטה הנשענת על ארבע טליות ויכולה לעמוד על שלש כולן טהורות משום דמסייע אין בו ממש והיינו דדוקא בשנים איכא חיוב בזה אינו יכול וזה אינו יכול אבל בארבעה אף שכ"א מהם בלחוד אינו יכול מ"מ כיון שהשלש יכולים בלא האחד כולם טהורים [ולכאורה ה"ה דכולם פטורים בעשו ארבעה בשבת] וצ"ע מ"ש מסוגיין, [ונכתבו הדברים לפור' ולא עיינו בדבר כה"צ]

מדינא דמרבה בחבילה לפמ"ש בשו"ע דהשני פטור לגמרי והיינו משום דבתר מעיקרא אזלינן וביאר הקצה"ח דזה משום דקיי"ל אשו משום חציו אבל אי אשו משום ממונו ליכא בזה דין בתר מעיקרא דאליכ בבור י' ובא אחר והשלימו לכ' יפטר השני. והאחרונים תמהו ע"ד הקצה"ח: א) דהכא ליכא למימר דבתר מעיקרא אזלינן משום דהא ודאי מייירי גם באפשר להציל ולא שמענו דין בתר מעיקרא אלא בכלי הנופל מראש הגג שהוא כאבוד מהעולם, ב) דאין שום סברא לחלק בזה בין אשו משום חיציו או משום ממונו דסו"ס כלפי הנידון אם הכלי שבור או לא למאי נ"מ בזה.<sup>172</sup> ועיין בחזו"א נסי' יא סק"ה] שביאר דהכא ליכא לדמויי להתם ואף אי ליכא הכא דין מנא תבירא מ"מ השני פטור דהיכא שהראשון בסופו של דבר לא הזיק אלא השני כגון בזרק כלי אזי בעינן לדין בתר מעיקרא אך היכא שהמעשה של הראשון הזיק אז השני פטור בכל גווני. ומתפרשים הדברים היטב היכא ששניהם הכשירו את אותו המזיק וכמו שביארנו לעיל דאז השני לא פעל כלום ואינו אחראי על מעשה האש שלא הוא הכשירה אך בשני מזיקים נפרדים לכאורה אין סברא לפטור במה שהראשון הזיק כגון בשני חיצים וכמס"נ לעיל. מיהו החזו"א לא חילק בזה וצ"ע.

בגמ' חמשה שישבו וכו' פשיטא להלן שואלת הגמ' דאף הם יתחייבו לפי שהיה להם לעמוד ולא עמדו, וכאן צ"ב מדוע סברה הגמ' דפשיטא שהוא חייב הרי באמת הסברא היא שהיה להם לעמוד, וראה בתוס' תלמיד ר"ת [להלן בד"ה ולימא] שכתב דהשתא לא אסיק הגמ' אדעתה האך סברא שהיה להם לעמוד. ויעויין במהדור"ב למהרש"א שכתב די"ל דסברה הגמ' שמיד כשישב נשבר הספסל ולא הספיקו אלו לקום מפניו.<sup>173</sup>

והנה כ"ז הוא לשיטת רש"י לקמן דקושית הגמ' ולימא וכו' הוא גם על ציור זה שבלעדיו לא היה נשבר כלל אך להטור באמת ליכא אף אליבא דאמת להך סברא ולא הקשתה כן הגמ' אלא בציור דמתבר בתרי שעי [ויתבאר להלן בטעמו] וכתב הגר"א דמקורו מהכא דפריך פשיטא.

בגמ' מאי קעביד כאן צ"ב להסוברים בסוגיא לעיל דהך פשיטא היינו שהאחרון יפטר מהיכי תיתי יפטר לגמרי, וקשה בתרת: א) הרי הכא הוי שתי פעולות נפרדות וכאשר השניים מזיקים יחדיו אין סברא לפטור את האחד אף שהשני זרק החץ קודם לכן [כגון שנים שזרקו חץ האחד קודם לשני ופגעו יחד בניזק דודאי שניהם חייבים], אך בזה י"ל בפשיטות דהרי מפורש בגמ' לקמן דאמר להו אי לאו אתון

<sup>172</sup> וכפה"נ דהקצות סובר דשורש המחלוקת אי אישו משום ממונו או חיציו הוא דמ"ד ממונו סובר דאין מונח בהדלקת האש התוצאה של הבערת הגדיש וחשיב כמעשה נפרד שאותו האש עושה ולכן דמיא לממונו המזיק וכן בכרית הבור והיות הבור אין עדיין מעשה הנפילה אך מ"ד חיציו סובר דהוי כזריקת חץ דבמעשה האדם חשיב שנפעל כבר הדלקת הגדיש דומיא דחץ ודוק.

<sup>173</sup> ולדרך זו צ"ב מדוע הבינה כן הגמ' בפשיטות וצ"ל דהוא מכח שהיה פשוט להמקשן דאליה הם חייבים מפני שלא קמו ולכן הבין שבהכרח כוונת התרצן כנ"ל, אך קשה דאם כן כשמתרצת הגמ' דמתבר בתרי שעי וכו' מדוע אז הבין המקשן בפשיטות שהם כן יכולים לקום עד שהקשה לו ולימא להו וכו' אך התי' פשוט שהרי בתי' זה מפורש בגמ' דהשתא מתבר בחד שעה ואם כן הרי יש להם שעה לקום.

ודוק בדברי המהרש"א שהקשה כן רק לפי' הרשב"ם בתוס' דהשתא ס"ד דכולם היו כפפא בר אבא ולזה הקשה דאם כן ודאי שהוא לבדו לא היה שוברו בשיבתו דאם מחמת ארבעה לא נשבר כ"ש מחמתו לבדו וקשה דאם כן היה להם לקום, ולמדנו מדבריו דעל גוף דברי הגמ' לא היה קשה לו דהיה נראה להמהרש"א לפרש דכוונת הגמ' דהאחרון הוא כפפא בר אבא והוא לבדו היה שוברו אף אם הם היו קמים ולכן הם לא היו צריכים לקום כלל כי לא היה תועלת בקימתם וזה דרך חדשה לבאר הגמ' לפי' רש"י. אך קשה דאם כן כד מתרץ ליה דמתבר בתרי שעה נמי לימרו ליה דאתה לבדך יכולת לשבור הספסל ופשוט דלכ"מ וכנ"ל שהרי מפורש בגמ' דבלעדיו היה נשבר בתרי שעי והשתא בחד שעה והיינו שהוא ביחד אתם היה שוברו בחד שעה ואם כן לבדו לא היה שוברו.

בדידי לא הוי מתבר ונמצא שהם מזיקים גם בלעדיו והוא אינו מזיק בלעדיהם,<sup>174</sup> ודמיא לזורק עץ לאש דהוי זה יכול וזה אינו יכול ויש לדון ולפטור אף בשני חצים. (ב) **ואולם קשה** דהרי הם יכולים לקום ונמצא אם כן שהמעשה דידהו נעשה עתה כשיושבים עמו ומה עדיפי הם ממנו, וצ"ע. וראה להלן בכ"ז.

**בגמ' לא צריכא וכו' נחלקו הראשונים בביאור מסקנת הסוגיא, שיטת רש"י** דהדרינן השתא מאוקימתא דתרי שעי ומיירי באופן דבלאו איהו לא הוי מתבר כלל והוא חייב הכל והם פטורים והטעם שהם פטורים ולא לימא להו אי לאו אתון וכו' הוא משום דהכא סמך עליהם ומנעם מלקום, והטעם שאינו פשיטא כקושית הגמ' לעיל הוא משום דקמ"ל דכחו כגופו. **ואולם יעויין בטור בסי' שפא** שמבואר מדבריו דת' זה נסמך על האוקימתא דתרי שעי, וכתב הטור דהיכא דבלאו איהו לא הוי מתבר כלל אז הוא חייב הכל אפילו כשיכלו לעמוד, והיכא דבלאו איהו מתבר אז הוא פטור לגמרי והיכא דבלאו איהו מתבר בתרי שעי אז חייב הכל כשסמך ומנעם מלעמוד.

**ויעויין בהגהת הגר"א שם** שביאר מקור מחלוקת רש"י והטור, דבאמת איכא סתירה בסוגיא מתחילתה לסופה, דברישא איתא דהיכא דבלאו איהו לא מתבר פשיטא דהוא חייב הכל, ולהלן פריך הגמ' ולימא להו אי לאו אתון וכו' ומבואר דכה"ג אף הם חייבים עמו וזה להיפך מהפשיטא דלעיל. **וביאר הגר"א דמכח קושיא זו** ביאר הטור דרק היכא דבלאו איהו הוה מתבר בתרי שעי אז הם חייבים מחמת שהיה להם לקום אבל בלא מתבר כלל לעולם הם פטורים. נובדעת רש"י באמת צ"ב שנתהפך סברת הגמ' מקצה אל קצה דלעיל פריך פשיטא ולהלן פריך ולימא להו ונתבאר בזה בהרחבה לעיל עייש"ה ובהערה שם]

**ואולם שיטת הטור צ"ב טובא: (א)** מאי שנא דכאשר על ידיהם לא היה נשבר דהם פטורים הרי יכולים הם לעמוד כמותו והם שותפים בנזק. (ב) עוד קשה אמאי כשהיה נשבר בלעדיו הוא פטור לגמרי הרי סו"ס הוא עשה המעשה יחד עמם כאשר ישב עמם ולא מסתברא לדון שנחשב מעשה דידהו כעשוי כבר שהרי הם יכולים לקום בכל רגע ואין הספסל מנא תבירא ולמה לא יתחייבו כולם כאחד.

**ויש מבארים בזה** דסובר הטור דנחשב הדבר שהמעשה כבר נעשה כאשר נתישבו אלו על הספסל ואין זה דומה אלא לזרקו חץ וכיון שכן היכא דחץ דידהו שובר מצד עצמו הוא כשנצטרף עמם פטור,<sup>175</sup> וכן איפכא היכא שמכח מעשה דידהו לא היה נשבר נמצא שהם לא עשו מעשה שבירה כלל והוא לבדו נחשב עושה המעשה והכל עליו. **והיכא דמתבר בתרי שעי** אז נמצא שמעשה דידהו היה מעשה היזק אבל גם המעשה שלו חשיב כמעשה היזק כיון שקירב זמן שבירתו ובזה ראוי לכולם להתחייב בשווה ולכן כולם חייבים והיכא שמנעם הוא מלקום אז הוא חייב הכל.

**ואולם בסברא צ"ע** דנראה פשוט דהיושב על הספסל ויכול לקום ואח"כ נשבר הספסל בישיבתו המעשה המחייב הוא מה ששבר אח"כ ולא קם. ויש לדון היכא שבשעה שישב על הספסל נתחייב מיתה האם יהיה בזה פטור קלב"מ אף שהיה שהות בידו לקום וכן למש"כ הנמו"י דבזורק חץ נשתעבדו

<sup>174</sup> אך מסתברא דודאי מיירי גם כשהאחרים אינם יכולים להזיק כ"א לבדו ואם כן מדוע יחשבו הם כולם כאחד והוא לבדו, אכן אי נימא דנחשב הדבר שכבר עשו הם קודם שהוא בא אם כן נידונים הם כגוף אחד והוא נידון בפ"ע ויתבאר להלן.

<sup>175</sup> אף דצ"ע שהרי כמה מעשים נפרדים יש כאן ונצטרפו כולם ביחד ולמה לא יתחייבו כולם ול"ד למכשיר אש שהשני לא הועיל כלום בהכשר הנזק ואין הוא בעל האש, וצ"ל דאף כה"ג פטור וצ"ע. ושמא י"ל דכיון שמעשה דידהו כבר נעשה חשובים הם כולם כאחד ומעשה דידהו בכחו לשבור הספסל והוא לבדו אינו יכול לשבור כדמבואר בגמ' להדיא אי לאו אתון וכו' והוי כמסייע שאין בו ממש.

נכסיו משעת זריקת החץ קודם הנזק האם ישתעבדו הכא נכסיו משעה שישיב, ומסברא ודאי נראה דחשיבי עושים בשעה שאינם קמים ולא בשעת ישיבה, ובודאי מסתברא שאם הניח אדם את חברו על הספסל והוא יכול לקום ואינו קם דהוא חייב לשלם נזק הספסל, והראשון פטור וצ"ע בזה.

**ויעויין היטב בהגהת הגר"א כאן** שפירש מחלוקת רש"י והטור ופירש טעמו של רש"י שמיאן לפרש כהטור משום דקשיא לרש"י דאם כן ה"ל להגמ' לשנויי כגון שסמך עליהם ומנעם מלעמוד אף בלא תוספת דבהדי דסמך בהו איתבר ובזה לבד יהיה חייב ומדוע העמידה הגמ' בגוונא שנשבר מיד על ידי סמיכתו. **ואמנם דברי הגר"א צ"ב** דכה"ג לכאורה גרמא בעלמא הוא שע"י שמנעם מלעמוד נשבר ומדוע יהיה חייב כלל, **ולכאורה דמיא** לדין מצמצם דבמיתה חייב [כגון שנכנס חברו למים ומנעו לצאת עד שמת] ובנזיקין פליגי בה אמוראי בסנהדרין דף עז ופליגי שם הראשונים במסקנת ההלכה [עייין ברא"ש שם, והרמב"ם והטור פסקו דחייב וכן הכריע הרא"ש דחייב מדינא דגרמי ואכמ"ל] ואפשר דכוונת הגר"א להקשות דכיון דקיי"ל דחייב ה"ל להגמ' לאוקמה לברייתא כן וצ"ע, ואולי יש לחלק בין מצמצם שמונע הניזק מלעלות למצמצם המזיק שיזיק דגרע טפי כי מעשה המזיק מתייחס אליו וצ"ע.

**והנה בפשוטו** כוונת הגר"א דכה"ג שמנעם מלקום חייב אף בלא דין כחו כגופו וכן פירש החזו"א [סי' ג אות יא] בדברי הגר"א והקשה דאם כן מאי קשיא ליה כלל הא י"ל דהא נמי פשיטא הוא ומשו"ה בעינן לאוקמה בגוונא דחייב משום כחו כגופו. **ואפשר** דסובר הגר"א דמה שמונעם מלעמוד נמי חשיב ככחו [וכמש"כ לעיל דאפשר דלא דמיא למצמצם ודוק] וצ"ע בכ"ז.

**ובפשוטו היה נראה** דרש"י מיאן לפרש כהטור משום דמסברא קשה לחלק מדוע רק באופן דמתבר בתרי שעי היה להם לקום ובאופן דלא מתבר אינם צריכים לקום וכמו שנתקשינו בזה לעיל.

**שם בגמ' לא צריכא דבהדי דסמך וכו' תי' הגמ' מורכב משני חלקים: האחד** דמיירי באופן שנסמך עליהם ולא ישב ממש על הספסל וחייב משום דכחו כגופו, **והשני** דמיירי באופן שמנעם מלקום, **ופירש הגר"א בדברי רש"י** דהחלק הראשון הוא תי' על קושית פשיטא והחלק השני הוא תי' על קושית ולימא להו. ובגמ' איתא עוד דבהדי דסמך בהו קא תבר **ולפי רש"י** כוונת הגמ' פשוטה דאלמלי הוא לא היה נשבר ועל ידי סמיכתו שהכביד עליהם נשבר. **ולדעת הטור** מיירי בגוונא שהיה נשבר בלעדיו בתרי שעי [שאל"כ לא היה צריך להעמידה באופן שמונעם מלקום דלהטור אף בלא זה פטורים כה"ג שלא היה נשבר על ידם] ולכן קאמר שמונעם מלקום וקמ"ל עוד דכחו כגופו, וראה לעיל קושית הגר"א ע"ד הטור ומש"כ בזה.

**בגמ' חבתי בנזקו לא נאמר וכו' מנה"מ וכו' קושית הגמ' מנה"מ צ"ב** דהרי הסברא הפשוטה היא כן דהנבילה דניזק ועליה ישלים המזיק כי מהיכי תיתי תהיה של מזיק ולמה ישלם כל דמי השור, **ולמדו מזה אחרונים** דהס"ד היה אלמלי הקרא דהנזק הוא כל דמי השור דמה שיש כאן עתה נבילה הוי דבר אחר ופנים חדשות באו לכאן אבל השור שהיה כאן קודם לכן איננו ולכן חייב מסברא לשלם כל דמיו, **וכך מוכח מהברייתא** שמדייקת את לשון המשנה דלא תני חייב בנזקו וביאר רש"י דאילו תנא חייב בנזקו היה משלם כל דמי השור. **ועיין בר"ח שכתב** דממתני' דייקנן שאינו משלם את כל הנזק אלא תשלומו, **ומבואר מזה להדיא** דהנזק הוא כל השור וכמש"כ. **ובפשוטו צ"ל** דסברא הוא שהנזק הוי כל השור, אך עוד י"ל דס"ד למילף כן מקרא דשור תחת השור דמשמע דמשלם דמי כולו עיין ברש"י ד"ה ולשתוק וכו' **ולמסקנת הגמ'** דדרשינן מקרא דנבילה דניזק בזה חקרו אחרונים אם קמ"ל דהנזק הוא עד דמי הנבילה או דקמ"ל דהנבילה משתלמת לניזק בנזקו, ויתבאר להלן.

**בגמ' ואי אשמעינן וכו'** דשכיחא ובידיה **מכאן הוכיחו אחרונים** [עיין בחי' הגרש"ש בריש מסכתין ועוד] דהמחייב בנזקי ממונו הוא מעשה השור ולא הכשר הנזק ע"י הפשיעה בשמירה, כי אם המחייב הוא פשיעת הבעלים אם כן זה לא נעשה בידיהם כי אם ממילא, וכן מה דמוכח בגמ' להלן דשומרים חשיבי נזקי גופו וממונו המזיק לא חשיב נזקי גופו והיינו משום דשומרים המחייב הוא פשיעת השומר אבל בנזמי המחייב הוא מעשה השור. **ויעויין ברש"י ד"ה טריפה וד"ה והמת שביאר דהיכא שלא עשה בידיהם סברא היא לפטרו משום דלא נתכוין** וכן גבי שור ביאר דהשור נתכוין להזיק, **וצ"ב** מדוע לא פירש כפשוטו, [והגר"נ אמר בזה דרש"י סובר דהמחייב הוא הפשיעה ולכן פירש כוונת הגמ' משום דהשור מתכוין אך אינו מובן דסו"ס אם המחייב הוא הפשיעה הרי הבעלים לא נתכוין והוי דומיא דשומר]

**בגמ' א"ל רב כהנא לרב וכו' איכא לעיונא** להס"ד דנבילה דמזיק אימתי קונה הנבילה, האם בשעת הנזק כשחל עליו חיוב תשלומין או רק כשמשלם דמי השור או קונה הנבילה בדמים ששילם,<sup>176</sup> **וראה לשון רש"י בד"ה ולשתוק וכו'** כיון ששילם שור תחת השור הנבילה שלו עכ"ל ומשמע קצת דרך אחר התשלומין קונה השור. **ולפי זה גם יש להסתפק בביאור קושית הגמ'** [וכע"ז בחי' הג"ר ראובן סי' ס"ק ג' וד'] ותליא במה שחקרנו לעיל אימתי קונה השור, דלהצד דקונה אותו מיד אם כן קושית הגמ' דישלם השור בפועל בתורת תשלום גמור, אך להצד דאינו קונה עד שעת תשלום נמצא שמשלם לניזק מהשור שעדיין שלו הוא, וענין התשלום איננו תשלום בפועל אלא שזה חייב ליתן דמים ולקנות השור ואומר לו כלך שורך בדמך.

**ויש להוכיח מקושית הגמ'** כהצד דאינו קונה השור עד שעת דמים: (א) ממה דאיתא בגמ' ק"ו דאי מצי יהיב ליה כמה נבילות ידידיה מבעיא, ואי נימא דמיד כשהזיק כבר זכה המזיק בנבילה אם כן אינה נבילה ידידיה כלל ומאי ק"ו. (ב) עוד יש לדקדק בקושית הגמ' אמאי בעינן קרא והא איכא בזה הרבה נ"מ כגון שאין המזיק רוצה לשלם בנבילה אלא בדברים אחרים, ועוד כגון שיש למזיק בע"ח אחרים ואף הם רוצים לישלם מהנבילה, ועוד נ"מ כשמת המזיק והוי הנבילה מטלטלי דיתמי דלא משתעבדא, וכן כשמכר המזיק את הנבילה, וכו' ובדוחק יש לומר דכ"ז איתכיל בת"י הגמ' דפחת נבילה והיינו דהקרא מחדש שהוי שלו משעת הנזק ונ"מ לענין פחת וה"ה להנך. **ומכ"ז מוכח** דודאי דהנבילה לעולם היא של הניזק אלא דס"ד דגמ' דלא חשיב תשלום וצריך לשלם דמים ולקנותה והקרא מחדש דאינו כן ופריך דלמאי נ"מ הא בלא"ה יכול ליתננה לו דשלו היא. ולפי"ז כיון שהנבילה של הניזק בלא"ה ליתא לכולהו הנ"מ שכתבנו אלא לפחת נבילה בלבד. נאלא שעצם הדברים צ"ב מיניה וביה דאם הנבילה של הניזק היא אם כן בהכרח הנזק הוא עד דמי הנבילה והיאך יתכן שחייב לשלם דמים ולקנותה, ועוד דאם כן אף פחת לא ישלם שהרי ממון דניזק הוא דהוזק ע"י הפחת (והוא לא חשיב מזיק על הפחת עצמו כדמוכח מהתוס' - יתבאר להלן-) ואם כן למה ישלם המזיק הפחת אלמלי הקרא. וצ"ל דהנזק אינו חיסור שוויות ממון לניזק אלא הנזק הוא מה שהיה לו שור ואיננו והנבילה דבר אחר היא וכמש"נ לעיל, וכיון שכן חייל עליו חיוב גמור לשלם לו שור תחת

<sup>176</sup> ומסברא ודאי קונה רק כששילם דמהיכי תיתי יזכה בה קודם תשלומים מחמת שחל עליו חוב גרידא, אמנם יעויין ברש"י בב"מ דף נו ע"ב שביאר שם הטעם דמעוה שמעל בהם גזבר יוצאות לחולין וז"ל והווי להו דהדיוס, של גזבר שהרי עליו לשלם להקדש קרן וחומש. עכ"ל ומבואר מזה דהטעם דבמעילה יוצא ההקדש לחולין וזוכה בו המועל הוא משום דנתחייב דמיו להקדש. וכזאת ביארו אחרונים בגדר קנין שינוי דשרשו הוא במה שע"י השינוי אינו יכול להשיב החפץ עצמו לנגזל וחייב ליתן לו דמים ולכן קנאו, וי"ל דה"ה הכא.

השור ומה שהנבילה אינה שלו הוא משום דמהיכי תיתי שיקנה אותה קודם תשלום אבל כשמשלם דמי השור ראוי שתהיה לו הנבילה ודוק<sup>177</sup>].

[ויש שפירשו דלהס"ד דגמ' המזיק קונה החפץ מיד אלא דקושיית הגמ' דאילו אית ליה וכו' היא דא"כ בשעת מיתה יהיה תשלום מאליו ויזכה הניזק בנבילה מיד, ואין זה מסתבר דלמה יזכה טרם חפץ המזיק לשלם בה, ועוד דיעויין ברמב"ן עה"ת [פסוק לד] דשם משמע להדיא דקושיית הגמ' היתה שיביא הנבילה לבי"ד ואז ישתלם ממנה ועל כרחין צ"ל כמש"כ לעיל]

**ויעויין ברא"ש לעיל** [בסוגיא דמיטב סי' ח] שכתב דרב כהנא דסוגיין סבר כר"פ ור"ה ברדר"י דיכול לשלם סובין לכתחילה דאל"כ מאי פריך הכא הלא נ"מ בדאית ליה מעות, **ובספר הישר לר"ת** [סי' תקנז] תירץ וז"ל והאי בדלית ליה זוזי קמיידי מדכתיב שור תחת השור וכו' **עכ"ל**. **ועיין בתוס' תלמוד ר"ת בסוגיין** שהביא תי' זה בשם מורו והקשה עליו דהתינח קרא דשור תחת השור אבל הנך קראי דשומר ואדם המזיק למאי איצטריך להו, ועיי"ש עוד בזה. **וכעין קושיות הרא"ש** הקשה הש"ך [בסי' תיט סוסק"ג] והגר"א על שיטת הרמ"ה הסובר דאף לר"פ ור"ה ברדר"י היכא דאית ליה מעות אינו יכול לשלם סובין. **וידוע לתריך בזה וכ"כ הגר"נ** [וכעיי"ז בחי' הגר"ר] דדין מיטב נאמר כשמשלם המזיק מנכסים ידידיה אבל הכא דהנבילה דניזק היא ומשלם לו מידו יכול אף לכתחילה לשלם סובין, ומ"מ הוצרכה הגמ' להקדים דאילו אית ליה כמה נבילות ידידיה וכו' והיינו דאי ליכא תורת שם תשלום אלא בבסוף ודאי דאף דהנבילה של הניזק לא מצי יהיב ליה אבל כיון שיש בזה תורת תשלום הכא משלם בזה אף לכתחילה. **וסברא כעיי"ז מצאנו בדברי הנמו"י לקמן**, גבי שני שוורים תמים שהזיקו זא"ז דמשלמים במותר ח"נ, וביאר הנמו"י דהא דאינם גובים כ"א מגופו של שני הוא משום דזהו מיטב שלהם שיעמדו כל אחד בשלו עיי"ש.

**בגמ' לא נצרכה אלא לפחת נבילה חקירת האחרונים בגדר דין פחת נבילה עיין בספר אפיקי ים** [ח"א סי' כא] שחקר למסקנת הגמ' דפחת נבילה דניזק האם הגדר הוא דגלי לן קרא דהנזק הוא ההפרש בין הנבילה לשור החי ואותו בלבד משלם או דהנזק הוי כל השור [וכמו להס"ד] אלא דמשתלם הניזק מנבילה ידידיה ומאיליה היא משתלמת משעת מיתה ואין צורך בזה להעמדה בדין. [ומתפרשת החקירה היטב למה שביארנו לעיל דמסוגיית הגמ' מוכח דודאי אלמלי קראי היינו דנים הנזק בכל שווי השור ועכשיו דקמ"ל קרא יש לחקור מאי קמ"ל] **ושמענו נ"מ לדינא** בחקירת האפ"י היכא דנפחתה הנבילה ויש ספק בכמה נפחתה דלהצד דאינו חייב אלא עד דמי הנבילה אם כן על הניזק להביא ראיה כמה היתה שווה בשעת נזק, אך להצד דהנבילה הוי תשלומין הוי חיובו ודאי ופרעון הנבילה ספק ויש לדון דעל המזיק להביא ראיה כמה היתה שווה ודוק.

והובאו בזה ראיות רבות לשני הצדדים כמושי"ת. **הראיות דהנזק הוא כל השור והנבילה תשלום: (א)** האפ"י הוכיח כן ממה דעביד הגמ' צריכותא ממזיק בידים למזיק ממילא וכו' ואי נימא דגלי קרא דשיעור הנזק הוא מערך השור החי לערך הנבילה בזה אין סברא לחלק בין אזיק בידים לממילא ומוכח דודאי הנזק הוא דמי השור כולו אלא דס"ד דבאזיק בידים החמירה תורה עליו שישלם דמים והוא

<sup>177</sup> ואיכא לעיונא מאי שנא באמת ממעילה וגזילה דשם בשעת חלות החיוב כבר זוכה בחפץ והכא רק בשעת תשלום, ונראה בזה דיסוד הזכיה בחפץ בשניהם הוא מחמת שתשלום דמי החפץ בהכרח הוא סיבה שהמת יהיה לו דהתשלום כמקח הוא והתורה גזרה על המזיק לשלם דמים ולזכות בחפץ השבור או האבוד, [ומסתברא שאם ע"י מעשה נס יקום השור לתחיה יהיה של המזיק ששילם דמיון] אלא דבמעילה וגזילה שכבר בא החפץ לרשותו ויסוד התביעה ממנו שישלם תמורת הלקיחה לרשותו אם כן גדר התשלום והמקח הוא שזוכה בחפץ ומתחייב בדמיו אבל מזיק שלא קיבל החפץ לרשותו מעולם צריך לשלם ואז יקנה החפץ, ודוק.

יטרח במכירת הנבילה וזהו שביאר רש"י להלן דבמזיק ממילא לא החמירה עליו תורה לטרוח במכירת הנבילה והיינו דהנזק ודאי כל השור הוא אלא שאין צריך לטרוח במכירת הנבילה ומשתלמת מאליה, והיינו דעיקר החילוק בין ידים לממילא אינו בשומת הנזק אלא בטורח המכירה ודוק. (ב) **עוד דקדק** מלשון רש"י ד"ה לניזק וכו' שיטלנה בדמים וכו' ומשמע שנטלה בתורת תשלום. (ג) **בחי' הגר"ר** ציין לדברי הרמב"ן עה"ת בפ' משפטים עה"פ והמת יהיה לו עייש"ה בפסוק לד ובפסוק לו שמפורש שם להדיא כן. (ד) **יעויין בתוס' ר"פ לקמן בדף יא ע"א** שביאר סברת הגמ' דלהצד דפחת נבילה דניזק אין צריך המזיק לטרוח להעלותה כיון שכבר לקחה הניזק בדמים שהיתה שוה סמוך למיתה **עכ"ל**. (ה) **יעויין בגמ' להלן** בדף טו ע"א דבעינן לפרושי מתני' דהניזק והמזיק בתשלומין לענין פחת נבילה והיינו שהניזק אף הוא משתתף בתשלום במה שמפסיד הפחת נבילה ומוכח דהנזק הוא אף דמי הנבילה דאל"כ אינו משתתף בכלום. (ו) **קצת יש להוכיח** ממה דאיתא בסוגיא לקמן בדף לד דהמזיק זוכה בחצי שבח שהשביחה הנבילה אחר הנזק, ואי נימא דהנבילה דניזק היא משום שהנזק הוא עד דמי הנבילה בלבד איזה סברא יש לומר שיזכה המזיק בחצי שבח, וי"ל. (ז) **האפ"י הוכיח כן** מדין תברא ושתייא דמשלם ד' ולהצד דהוי מדין מזיק עיי"ש בדבריו ס"ק ה ואילך.

**הראיות דהנזק הוא עד שווי הנבילה: (א) התוס' בסוגיין** הקשו אמאי פחת נבילה דניזק לימא ליה קרנא דתורן קבירא ביה והיינו דהנזק שעשה המזיק ממשיך והולך בגוף הנבילה, ואי נימא שהניזק מקבל אותו בתורת תשלום היאך אפשר לחייב את המזיק מדין קרנא דתורא, הגע עצמך הרי שנתן לו נבילה אחרת ופחתה וכי על המזיק הוא לשלם ההפרש. (ב) **עוד מוכיחים** מדין פחת נבילה שנאמר גם בשור תם [כדאיתא להדיא בגמ' בדף טו סע"א] ואם מדין תשלום הוא הרי אין שור תם משתלם אלא מגופו. וכ"ש לר"ע דיוחלט השור.<sup>178</sup> (ג) **ראיה נוספת הביא האפ"י** מהא דמבואר בסוגיא לקמן בדף לד ע"א דבשור תם שווה מאתים שנגח שור שווה מאתים והנבילה יפה חמישים וזו מוכרים את השור החי ואת השור המת ומתקבל מאתיים וחמישים וזה נוטל קכ"ה וכן זה נוטל קכ"ה ובזה משתעי קרא דגם את המת יחצון, ואם איתא דהנזק הוא דמי השור כולו והנבילה תשלום נמצא שקיבל זה קכ"ה אף שניזקו הוא מאה ולקתה מדת הדין, [שהרי כשמוכרים את הנבילה כולה שייכת למזיק וניתנת לניזק בתורת תשלום נמצא שניזקו מאתיים ונשתלם חמישים בנבילה ואין ראוי שיקבל מדמי שור החי אלא חמישים ומבואר בגמ' דנוטל ע"ה ונמצא סה"כ קכ"ה] **וכבר השיבו רבים** דקושיא זו שגגה היא, דכל הטעם שהנבילה שייכת למזיק הוא משום שמשלם דמיה וכמש"כ רש"י דכיון דשילם שור תחת השור הנבילה שלו, אבל בשור תם שמשלם חצי נזק אף בנבילה אינו זוכה אלא בחצי וזה פשוט מאוד. [והגע עצמך בשור שהיה שווה מאתיים והנבילה שווה מנה וכי יעלה על הדעת שיפטר זה מלשלם כלום שהרי שילם חצי נזקו בנבילה].

**ויש שביארו בכ"ז דרך אמצעית** וכן ביאר הגר"נ זצ"ל דודאי דהנזק הוא כל דמי השור וכמו להס"ד אלא דמ"מ הנבילה לא באה בתורת תשלום אלא דכיון שנשאר לניזק הנבילה שהיא ידידה לא חייבה תורה את המזיק בכל דמי הנזק אלא בתשלומי הנזק דהיינו להשיב לו הפרש הדמים בין השור החי לנבילה, ובזה א"ש דברי התוס' גבי קרנא דתורא קבירא ביה וכן דין פחת נבילה בשור תם. **והגר"נ הוכיח כן משיטת הרשב"ם** המובאת בתוס' ב"מ דף צו שביאר דהסוגיא דאין שמין לקמן מיירי גבי פחת נבילה

<sup>178</sup> ובזה יש לדחות דדין משתלם מגופו הוא מנכסי המזיק אבל כשמשלם לניזק בנבילה ידידה משלם אף שאינה מגופו ומקור מפורש לסברא זו בדין המשנה לקמן סוף המניח בשני שוורים תמים שהזיקו זא"ז דמשלמים במותר ח"נ וביאר הנמו"י דהטעם שאינם משלמים כ"א לשני מגופו של שור הוא משום דזהו מוטב שלהם שיעמוד כ"א בשלו, ותמוה מאוד דהרי בשור תם ליכא כלל פרשת מוטב ומגופו בלחוד הוא דמשתלם ומוכח מזה דדין מגופו הוא בגביה אבל היכא שעיקר התשלום נעשה ע"י שמשלם כ"א בשלו ליכא דין מגופו ודוק.

דנחלקו אמוראי אי בגזילה איכא דין פחת נבילה והשברים של הנגזל או דהשברים של המזיק וחייב לשלם דמים מעליא והתם אין סברא לומר דהשברים הוו תשלום שהרי ברשות הגזולן הם עדיין וגם א"א לומר דהגזילה היא עד שיעור השברים, ובהכרח הגדר דהגזילה היא על הכל וחובת התשלום הוא על ההפרש בין השברים לכלי השלם ודוק. ואכ"מ.

**ולכאורה נראה דכ"ז הוא מחלוקת ראשונים** מדבריו הר"פ והרמב"ן עה"ת שהובא לעיל משמע להדיא דהנזק הוא כל דמי השור וכן משמעות לשון רש"י בחומש ורש"י בסוגיין, וכ"כ להדיא הסמ"ע בסי' תח סק"ד, אך יעויין בתוס' תלמיד ר"ת לקמן בדף יא ע"א שביאר להדיא דהנזק הוא עד שווי הנבילה והא דבעינן קרא לפחת נבילה הוא לאפוקי ממשמעות הפסוק דשור תחת השור נודבריו צע"ג דאם כן מדוע בעינן תלתא קראי בשור אדם ושומר] **ולקמן בדף נג** כתב שם בנו"א דהסברא הפשוטה דנבילה דניזק והמזיק משלים עד דמי שור חי והא דילפינן לה מקרא הוא לרווחא דמילתא [וצ"ע כנ"ל] **ועויין בתוס' לקמן בדף יא ע"א ד"ה אין שמין וכו'** והיינו טעמא וכו' דשם נראה מדבריהם דהטעם דפחת נבילה הוא דניזק הוא משום דאין הנזק אלא כדי ההפרש בין שור חי לנבילה, וזה מתאים עם מה שהוכחנו לעיל מקושייתם גבי קרנא דתורא, **ויתבאר בזה עוד** בסוגיא דבעלים מטפלים בנבילה דנראה דגם שם נחלקו ראשונים בענין זה.

תודה לא נצרכה וכו' עיין בראב"ד כאן [הו"ד בשטמ"ק] שמדבריו נראה שהבין דפחת נבילה היינו זולא ולזה תירץ דזולא לא חשיב נזק. וע"ע ברשב"א כאן וברא"ה בדף לד.

**ובעיקר דברי התוס'** כבר הערנו לעיל דלהצד דהנזק הוא כל דמי השור אין מובן קושיית התוס' נויש להקשות כן בשני אופנים, חדא דבתשלום לא שייך קרנא דתורא כמו שיכול לשלם בכמה טריפות ידידה, ועוד דאם אנו מחשבים שהנזק הוא כל דמי השור היאך יתכן שאף הפחת יוסף עליו, ואם השור היה שווה מאתיים והנבילה חמשים ואחר הפחת שווה שלושים וכי נימא שהזיקו מאתיים ועשרים זה אי אפשר] **והגר"נ ביאר** לדרכו דאף דהנזק הוא כל דמי השור אין הנבילה תשלום אלא דנתחדש בקרא דאינו צריך לשלם כנגד הנבילה וע"ז הקשו התוס' דיצטרך לשלם שהרי קרנא דתורא ידידה כילתה אף הנבילה. **ועיין בחי' הגרש"ש** שביאר תירוץ התוס' ונקט בפשיטות דהנזק הוא כל השור והנבילה מתנכה מההיזק, ומבואר מדבריו שהבין קושיית התוס' כנ"ל דכיון דקרנא דתורא קבירא ביה אין לנכות הנבילה אלא כפי שוויה אחר הפחת, ולזה תירצו התוס' דכיון דעליו למכרה מתנכה לפי שוויה בשעת מיתת עיי"ש.

**ולהצד דהנזק הוא עד דמי הנבילה יש שביארו דברי התוס'** להדרך דהקמ"ל דקרא שהנזק הוא עד דמי הנבילה, ובעינן קרא לפחת נבילה להא גופא לאשמעינן דלא אמרינן קרנא דתורא קבירא ביה, ואמנם לשון התוס' דידן משמע דהא סברא הוא ולא מקרא אך יעויין בתוס' לקמן בדף טו ע"א ד"ה לא נצרכה וכו' גבי הא דאיתא בגמ' שם דהניזק והמזיק בתשלומין היינו פחת נבילה 'חשבינן ליה דאיתיה בתשלומין מה שפחת נבילה עליו ולא מצי א"ל למזיק קרנא דתורא קבירא ביה כדפי' לעיל עכ"ל ואינו מובן מדוע צירפו קושיא זו לדבריהם שם, **ולכן צידדו לפרש** [בחי' הגר"ר וכ"כ הגר"נ] דכוונת התוס' היא דקרא קמ"ל דהניזק והמזיק בתשלומין לענין פחת נבילה והיינו דהקרא קמ"ל דלא מצי ניזק טעין קרנא דתורא קבירא ביה, וזהו גופא מה שנתחדש בהקרא דפחת נבילה וזהו שותפות הניזק בתשלומין מה שאינו יכול לומר כן ודוק. **ואולם העיר הגר"נ** דלשון התוס' בכתובות דף מא ע"א ד"ה לא נצרכה וכו' משמע דאין זו כוונת דבריהם אלא ענין קרנא דתורא נידון בפ"ע הוא ומסברא. **ויתבאר עוד להלן בזה** גבי בעלים מטפלין בנבילה.

**עיין באבהא"ז** [פ"ז ה"ח מנז"מ] שהקשה ע"ד התוס' **דיעויין לקמן סופ"ב** [דף כז ע"א] דמבואר מדבריו הגמ' שם דהמניח גחלת על לב שור חייב בנזקו אף אם הבעלים רואה ויכול לסלקה דלא עליו מוטל לסלקה



אלא על המזיק, והקשה מזה ע"ד התוס' דידן שכתבו דהכא ליכא למימר קרנא דתורא קבירא ביה כיון שיכול הניזק למכרה, וכה"ק הקוב"ש [בכתובות אות קמח] ויש שתירצו [עיין קה"י וברכת אברהם] דהתם ל"ד כלל דהגחלת הולכת ומזקת בכל שעה ולזה פשיטא שהמזיק חייב ואין הבעלים צריך למנוע הנזק, אבל הכא הרי מצד מה שהבהמה מתקלקלת עתה אינו מעשה המזיק אלא דאנו באים לחייבו מחמת מעשה הראשון וכלשון הגמ' 'קרנא דתורא קבירא ביה' ובוזה אמרינן דהיכא דיכול לסלקו אינו מונח במעשה הראשון.

**ויש להסתפק בכוונת דברי התוס' ד"ל** שסברתם שמוטל על הניזק למכרו היא דאף שהנזק מונח במעשה ההיזק הראשון מ"מ אין מוטל על המזיק אחריות לנזק לשלמו באופן שכזה שמוטל על הניזק למנעו, ועו"ל דכה"ג שדרך שימושו של הממון לימכר לאלתר אין זה חשוב כלל כמעשה מזיק דהוא עשה את השור לבשר וטבעו של בשר שמשתמשים בו מיד.

**ויעויין בתוס' תלמיד ר"ת** לקמן בדף לד שהביא תירוצם של התוס' וכתב דהניזק שלא מכרו איהו דאפסיד אנפשיה עיי"ש ומשמע קצת כהצד הראשון, אך **יעויין ברא"ה שם שכתב וז"ל** דשאני התם שכבר שלם פחת שפחתו מיתה, מאי איכא שהנבלה נפסדת כשהיתה כל בשר מתה נמי הכי הוא ולא איבעי ליה לשהוייה אבל מחמת מכה הוא שהכחיש ולא הכריא והוא עומד וראוי להברות. ומדבריו משמע יותר כהאופן השני שכתבנו.

**ועיין עוד בתוס' תלמיד ר"ת שם** שכתב לתרץ בעוד שני אופנים, האחד דהכא גזיה"כ היא דוהמת יהיה לו [ויל"ע מדוע התם לא נילף מהכא ושמא יש לחלק בין מתה להזקה] ועוד דהכא לא שייך כלל קרנא דתורא קבירא ביה דהתם הכחש הוא על ידי המכה עצמה אבל הכא ע"י המכה מתה וממילא כל בהמה שמתה בשרה מתקלקל והולך ואין הנזק הזה מתיחס כלל למעשה שעשה.

**בגמ' לימא פחת נבילה תנאי היא וכו' רש"י פירש** דאב"ש סובר דניזק ולכן יביאה לבי"ד לשומה כמה היתה שווה בשעת מיתה דאילו לדמים של עכשיו פשיטא ולא בעינן קרא. וראה בר"ח **שפירש להיפך** דלאב"ש דמזיק הוי ולכן מביאה לבי"ד לשומה כמה שווה עכשיו ות"ק סבר דמזיק, וכן **פירש התוס' ר"פ** בשם רבינו יחיאל. וצ"ב לדידהו דאב"ש על כרחין לא דריש להנך קראי דלעיל והרי מסברא פחת נבילה דניזק ואם כן למאי בעי הך קרא.

#### דף יא ע"א

**בגמ' הך טורח נבילה היכי דמי וכו' בדנפשיה קא טרח וכו' ביאר רש"י** דכשיעלה אותה המזיק מהבור ישום אותה לניזק בדמי יתירי ומבואר **מסוגית הגמ'** דאם ישלם הבהמה בבור ישומו אותה כפי ששווה בבור ואם יעלה המזיק את הנבילה ישומו אותה בד', **ולהצד** דהנזק הוי עד הנבילה צ"ב דאטו אם העלה נבילה אחרת של חברו יפחתו דמי הנזק ואין לו אלא שכר פועל, נוצ"ל דמיירי באופן שדמי ההעלאה הם שווי ההפרש ולא יותר, וממילא נפחת מסכום הנזק מה שחייב לו זה, ועדיין יל"ע דנ"מ בזה דהמזיק ישלם כל הנזק ממיטב והניזק חייב לו ג' זוזי כבע"ח ודינו בבינונית] **ולהצד** דהנבילה הוי תשלום יש לדון ולומר דכה"ג חל תשלום הבהמה כשמעלה אותה ואמנם זה תלוי בשיטות הראשונים בגדר חיוב העלאה ויתבאר להלן עוד.

**ויעויין בקצה"ח** [סי' שפו סק"י] **שהקשה** דהנה נחלקו ראשונים בזורק מטבע של חברו למים צלולים, וצריך הבעלים לשלם לאמודאי שיוציא אותה מהמים, דיש הסוברים דהמזיק פטור לגמרי ויש הסוברים דחייב מדינא דגרמי, **והקשה הקצה"ח מאי שנא מסוגיין** דמבואר דאם משלם לניזק את הנבילה בעודה בבור שמים אותה בזוזא ואמאי הרי התם נמי שוויא פחות במים וע"כ דמה שצריך להוציא עליה

הוצאות אינו בכלל השומא ואינו אלא גרמא בעלמא, ולא מיבעיא להסוברים דהתם פטור לגמרי קשה הכא אמאי שמין בזוזא ואף להסוברים דהתם חייב הרי כתב הנמו"י [לקמן בדף כא סוע"א בדפי הרי"ף] דאין דין גרמי אלא באדם המזיק ולא בבהמה המזקת וה"ה בבור. ועיי"ש מה שדן בזה והניח בקושיא.

**ועיין בחי' הגרש"ש סי' יג** שנקט בפשיטות דהנזק הוא כל דמי השור והנבילה מתנכה מהתשלום, וביאר דהכא כיון דבבירא שוויא זוזא פשיטא דאין לנכותה אלא כפי ערכה בבור, וכמו דאם ישלם בנבילה אחרת שבבור דודאי ערכה לפי שוויה בבור.<sup>179</sup> **וכ"כ בחי' הגר"ח** [הנדמ"ח עמ"ס ב"ק] **ועיין בחזו"א** שביאר באופ"א.

**בגדר דין טורח נבילה יעויין ברא"ש** שכתב דפחת נבילה דניזק רק משעה שנודע לו ההיזק ומאותה שעה הפחת עליו אפילו אם הנבילה מוטלת בבור דמשעה שנודע לו עליו להעלותה ולמכרה והמזיק ישלם לו טורח ההעלאה. **וצ"ב דברי הרא"ש** למה צריך הניזק להעלותה משעה שנודע לו ההיזק הרי חיוב העלאה על המזיק הוא, **ולכאורה מבואר מדברי הרא"ש** דטורח ההעלאה המוטל על המזיק אינו טרחת גופו להעלות הנבילה אלא שחייב לשלם דמי ההעלאה. **ואולם יעויין בשטמ"ק** בשם הר"מ מסרקסטה שכתב דכל פחת הנבילה על המזיק ופחת דניזק הוא 'דוקא פחתה בתר דהוה מצי שקיל לה לזכונה אבל אי פחתה בעודה בבור וכו' כיון דעליה דמזיק רמיא לאפוקה וכו' והיינו דדין העלאה גדרו דעד שתבוא הבהמה ליד ניזק הרי היא באחריות המזיק לענין פחתה ודלא כהרא"ש, **ומבואר מדבריו** דחיוב העלאה גמור יש כאן ועד שיעלה אותה מהבור לא נפטר מחיובו ולא מקרי השבת הנבילה, **וכן משמעות דברי הרמב"ם** שכתב [בפ"ח הי"ג] דמעלה אותה המזיק מהבור ונותנה לניזק ואח"כ שמין פחת נבילה ומשמע כנ"ל, **וכתב שם עוד הר"מ מסרקסטה** דאף הזולא כל זמן שהיא בבור על המזיק וכן השבח כל זמן שהיא בבור של המזיק כולו [דבעלמא חולקים בשבח כדאיתא לקמן דף לד ע"ב והכא כולו של מזיק] **ומבואר מדבריו** דהנבילה נחשבת בתשלום הנזק משעה שנותנה לניזק ועד אז אינה בכלל, **וכאן מוכרח ומפורש** דהנזק הוא כל דמי השור והנבילה תשלום גמור היא אלא שנחשבת כתשלום משעה שהומצאה ליד הניזק, וזה נתחדש בקרא דטורח נבילה, שהנבילה נחשבת כתשלום משעה שבאה ליד ניזק ולא קודם לכן. **ולכאורה נ"מ בביאור זה** בגדר חיוב העלאה [דעד שלא עלתה אינה תשלומים] דלהר"מ מסרקסטה אם אבדה הנבילה פסידא דמזיק הוא.

**ולפי"ז נמצא שנחלקו הרא"ש עם הר"מ מסרקסטה והרמב"ם** בגדר דין העלאה דלהר"מ והרמב"ם הוי שיעור בדין התשלום אימתי חשיב תשלום ולהרא"ש הוי חיוב בפ"ע על דמי העלאת הנבילה, **ואולם יעויין היטב בסמ"ע** בסי' תג סק"ד שביאר אף להרא"ש דאם המזיק אינו רוצה לשלם דמי ההעלאה

<sup>179</sup> ונקט הגרש"ש לפשוט דהשווי הוא שוויה בבור ולא אמרינן דהשווי האמיתי הוא שוויה למעלה ורק דצריך להוציא עליה הוצאה ולכן משלמים עליה פחות. ועיין במרדכי שם [הו"ד בקצה"ח הנ"ל] שביאר דהכא לא הוי גרמי אלא גרמא בעלמא דהוצאות שצריך להוציא משלו לא הוי בכלל גרמי ולא נאמר דין גרמי אלא כשמזיק ממון חברו עצמו, ועיי"ש בהגהת מרדכי שמפורש בדבריו דעתה שווה החפץ פחות מחמת הוצאה זו וצ"ב דהרי הממון עצמו נפסד לפי ששווה פחות וכלפי זה הוי מזיק בידים, וצ"ל דהפחתת שוויות לא מקרי נזק אפילו כלפי לחייבו בדינא דגרמי [וכן מוכח גם משאר הראיות שהבאנו לעיל] וכן מפורש בהגהת מרדכי שהביא הקצה"ח שם דאף ששוויה פחות אינו חשוב מזיק בזה, שאל"כ נימא בזורק מטבע הוי מזיק גמור שעי"ז שווה פחות ממה שהיתה שווה קודם לכן, ומוכח מזה יסוד דעל הפחתת שוויות ליכא חיוב נזיקין כלל דאינו היזק בגוף הדבר, וכן יש להוכיח מפטור היזק שאינו ניכר אף שפחת שווי החפץ פטור דבעינן היזק בגוף הדבר שאינו כפי שהיה וה"ה בזורק מטבע וכן בזורק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו דשיטת הרמב"ן דלכו"ע השני פטור משום דאין לחפץ זה דמים ושוויות ואם כן אמאי לא יתחייב הראשון מחמת איבוד השוויות וחזינן כנ"ל.

הפחת עליו, ותמה עליו הט"ז שם דכי בשביל שלא שילם דמי העלאה ילקח בכל הפחת, ויעויין בדברי יחזקאל [סי' מז סק"ד] והחזו"א כאן דאף להרא"ש הגדר הוא כן דחשיב תשלומים רק אחר קיום דין העלאה אלא דס"ל להרא"ש דגדר הדין דהוי תשלום משעה שמשלם הדמים או משעה שעומד לשלם והיינו כשנודע לניזק ויכול להעלותו והדמים כמאן דגביא אא"כ אמר שאינו משלם עיי"ש בחזו"א וצ"ע. ודרך שלישית יש בדין טורח נבילה דאינו חיוב דמים ולא מיעוט בתורת תשלום אלא שחייבה תורה את המזיק לטרוח בגופו להעלותו מהבור וכך ביאר באבהא"ז שם בדעת הרמב"ם [ועיי"ש מה שביאר בזה בדברי הרמב"ם וצ"ע] וכך נקט בפשיטות בקה"י בסי' י עיי"ש.

והרמב"ן בב"מ דף צו כתב שם וז"ל ואע"פ שאמרו בנזיקין שעל בעל הבור להעלות שור מבורו וכן בשואל ושומרים אמרו יביא ארורה לב"ד, אפ"ה אינו חייב באחריותו אלא כמו שהוא חייב בשאלה דמעיכרא, והיינו דבעי התם אילימא דברברא שויה זוזא ובמתא שויה ארבעה כי טרח בדריה טרח ודחינן לה בכגון כשורא דבמתא זוזא וברברא זוזא ולא מתרצינן דנפקא מינה דבאחריות מזיק היא עד שיחזירנה לרשותו, אלמא אחריות נבילה בכלל פחת נבילה ועל הניזק היא וכן בשומרים לפי דינן. עכ"ל. ומבואר להדיא מדברי הרמב"ן דלא כמש"נ בדברי הר"מ מסרקסטה והסמ"ע דהפחת על המזיק ומתפרש בדברי הרמב"ן דחיוב העלאה חיוב בפ"ע הוא ואינו שייך בדין תשלום דהנבילה ואפשר לפרשו כהרא"ש דהוא חיוב דמים, וטפי משמע כדרך השלישית דהוא חיוב טרחא והעלאה.

וצ"ע בזה בדברי הנמו"י בשם הרמ"ה שכתב דהפחת הוי דמזיק עד ההעלאה אבל זולא לא. וכתב בזה שני טעמים, האחד דדוקא גבי פחת פשע במה שלא העלה אבל גבי זולא לא פשע, ועוד דכיון דאיתא לנבילה בעינא קרינן ביה כסף ישיב והמת והוי השבה כמו בגזלן שיכול להשיבה כשהזולה ואומר לו הרש"ל. והנה מהחילוק הראשון שכתב הרמ"ה נראה שהטעם שהפחת דמזיק הוא מחמת פשיעה ידידה [ואפשר דהוא מדין קרנא דתורא קבירא ביה ויתבאר להלן בגדר פחת קודם שנודע] ולכן בזולא לא חייבו, אך מהחילוק השני שכתב עולה דלא מתקיים דין ההשבה עד שמעלהו, ולכן ס"ד דכשמשביה והיא זולה תישום כדהשתא, ועל זה תירץ דמתקיים בה והשיב שפיר, וזה סתירה בין שני התירוצים בגדר דין העלאה, וצ"ע ודוק.

ועיקר החילוק השני שכתב צ"ב טובא חדא מנא לן דין השבה בזה הרי לא גזל הנבילה אלא הזיקה ואין כאן אלא תורת תשלום על הנזק [או דהנזק הוי עד דמי הנבילה ואז אין מובן כלל לדבריו] ואם כן ממ"נ אם שמין בשעת מיתה אזי גם הפחת על הניזק ואם בשעת העלאה אף הזולא כמו"כ. ונראה מבואר מדבריו יסוד גדול בכל גדר תשלום דנבילה דודאי הנזק הוי כל השור כמש"נ לעיל אבל הנבילה שאינו משלם דמיה הוא משום שחשיב כהשבה לבעלים דומיא דגזלן שמשביה החפץ וכה"ג אינו משלם דמים, ויעויין ביש"ש שתמה על דברי הרמ"ה היאך אומר לו הרש"ל הרי אין לך שינוי גדול מזה שהיה לו שור חי ועתה מחזיר נבילה ולא שייך בזה הרש"ל. ועייין בחזו"א מש"כ בזה.

**בדין פחת נבילה קודם שנודע לניזק נחלקו ראשונים** בדין פחת נבילה מאימת הוי של ניזק, דיעויין ברא"ש שכתב דפחת נבילה הוי של ניזק מאותה שעה שנודע לו שהזיקה, [ולחסמ"ע אפילו היתה בבור כ"ז שאינו מסרב מלשלם וכמש"כ לעיל] אבל פחת משעת מיתה עד שעת ידיעה של מזיק הוא, ויעויין ברמב"ם בפ"ח ה"ח וה"ט שסתם הדברים דשמין הנבילה משעת מיתה ומשמע דלא שנא אם ידע הניזק או לא, וכך למד מדבריו הגר"א [בשו"ע סי' תג ס"א] שהעתיק המחבר לשון הרמב"ם וכתב ע"ז הגר"א דזה שלא כהגה בס"ב דשם הביא את שיטות הראשונים דמשלם פחת. וכן משמעות דברי הרמב"ן עה"ת [פסוקים לד ולו] וכן יש לדייק מדברי רש"י בסוגיין אם כי רש"י כתב כן להס"ד דגמ'.

ולענין זולא לא נתפרש בדברי הרא"ש מה דינו, ויעויין בטור בסי' תג שכתב דבין לענין פחת בין לענין זולא הכל על המזיק עד שיוודע לניזק, ומלשון הטור משמע דאף השבח כולו של המזיק שכתב דהשבח שהשביחה משעה שנודע וכו' חולקין ומשמע דשבח שקודם הידיעה של מזיק הוא, וכן למד מדבריו היש"ש בסו"פ המניה. ואולם בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש בסוגיין כתב בשם הרמ"ה דדוקא הפחת הוי של המזיק לפי שפשע בו שלא הודיעו אבל הזולא לא, [והנמו"י הביא דברי הרמ"ה לגבי העלאה מהבור וכמו שהובא לעיל אך בתלמיד הרשב"א הביאו לגבי הודעה לניזק] וכן כתב בהגהת השו"ע בסי' תג ס"ב [והגהה זו כנראה אינה להרמ"א אלא להסמ"ע] בשם הרמ"ה [כנ"ל] ולפי זה נראה דכ"ש דשבח לית ליה.

ובביאור הך דינא דהפחת של המזיק נראה שיש בזה שתי דרכים, בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש הוציא דין זה ממה שכתבו התוס' דהכא ליכא למימר קרנא דתורא קבירא ביה לפי שהיה לו לניזק למכור וע"ז כתב דלפי זה קודם שנודע לניזק הוי דמזיק, וכן ביאר הגר"א [בס"ק ד בליקוט] וכתב שם הגר"א להדיא דזו דעת הרא"ש דהוא משום קרנא דתורא, וביאר הגר"א [בס"ק ד בליקוט השני] דלכן מתחלק הדין בין זולא לפחת דגבי זולא לא שייך קרנא דתורא. ובביאור השיטה דאף זולא על המזיק כתב הגר"א דלדעתם איכא סברא דקרנא דתורא אף בזולא. וצ"ע בסברא מ"ש קרנא דתורא גבי זולא: א) הרי זולא אינו נזק שבא מחמת המכה ולכאורה גרמא בעלמא הוא, ב) דזולא אף אי עשה בידים אינו נזק המשתלם דמציינו במקומות רבים שהמזיק ערך של חפץ אינו משלם כמו בהיזק שאינו ניכר או זורק מטבע של חברו לים וכדו' [עיי' לעיל בהערה 179 ג] דהזולא אינה דבר שמתייחס אליו כלל שהרי כל הבשר בעולם הוזל והוא העמידו כבשר ולא עשה הזולא, וצ"ע. ואף בדברי תלמיד הרשב"א משמע כהגר"א דשייך קרנא דתורא גבי זולא שלמד הדין מהתוס' כנ"ל וע"ז הביא דברי הרמ"ה דגבי זולא לא פשע וצ"ע. [ועיי' היטב בהגהת הגר"א בס"ק ב ובס"ק ד ודבריו צריכים פירוש וצ"ע]

ואולם משמעות דברי הטור שכתב דאף השבח של המזיק מכריח לומר דאינו כלל משום קרנא דתורא דגבי שבח לא שייך, ומבואר מדבריו הטור דהוי מדין השבחה וכמו דכשהנבילה בבור דלא נחשבת בחשבון התשלום עד העלאה ה"ה כשלא ידע הניזק כמנחא בבור חשיבא, וראה לשון הר"מ מסרקסטה גבי בור שכתב דהפחת והשבח של המזיק עד דמצוי ניזק לזבונא, והיינו דגדר דין העלאה הוא להשיבה ליד הניזק ואין זו השבחה כשאינו יכול מכרה ולא שנא אם היא בבור או שלא ידע. ויש לדון באבדה או נטרפה הנבילה, דלדעת הטור לכאורה נראה דאף זה באחריות המזיק עד שיוודע לניזק ואולם להגר"א בזה ודאי נראה דלא שייך לומר קרנא דתורא קבירא ביה וצ"ע.

ויעויין באמר"מ בסי' לא שדן בגדר דין זה דפחת נבילה דקודם שנודע לניזק הוא על המזיק והקשה ב' קושיות, א) דקלקול הנבילה הוא גרמא ואף אי הוי גרמי הוא בכלל דין גרמי דבהמתו דפטור [ולכאורה אם הוא גדר דקרנא דתורא קבירא ביה לק"מ] ועוד הקשה בנפחתה הנבילה בבור הרי הוי הנבילה כלים ובור פטור על הכלים ומזה הוכיח דגדר הדין הוא דהנזק הראשון נמשך עד שעת השבחה לניזק עיי"ש, ועדיין צ"ע דסו"ס חלק מהנזק נעשה בכלים וי"ל. וכמובן דלהצד דהנזק הוא כל השור ורק דהנבילה הוי תשלום והשבחה הרי לק"מ שתי הקושיות.

והאמר"מ שם הביא דברי היש"ש שכתב דארי שטרף ברה"ר שחייב משום דהוי שינוי כ"ז הוא על פחת המיתה אבל על מה שאכל אח"כ הנבילה פטור דזה כבר הוי אורחיה, והקשה עליו האמר"מ דהא חייב מדין טורח נבילה, דכ"ז שלא הודיע לבעלים הנבילה באחריות המזיק, ואמנם יש לדון בזה טובא, דאם מצד קרנא דתורא הרי פשיטא דהכא לא שייך דמה שאכל הארי להנבילה אין זה שייך כלל לנזק הראשון, אך אם נדון דהנבילה הוי תשלום בזה י"ל דכל זמן שלא נודע לניזק לא חשיב תשלום ואם אין הנבילה בעולם כשנודע לניזק אין כאן תשלום. [והאמר"מ שם נראה מדבריו דלא ס"ל קרנא דתורא אלא שכל

מה שיארע עם הנבילה נכלל בכלל הנזק הראשון ואף אם אירע שלא כתוצאה ממעשה הנזק כלל, וזה צ"ע בסברא]

**ומצאנו בזה דברים מפורשים ברמב"ן** בב"מ דף צו שכתב שם וז"ל ואע"פ שאמרו בנזיקין שעל בעל הבור להעלות שור מבורו וכן בשואל ושומרים אמרו יביא ארורה לב"ד, אפ"ה אינו חייב באחריותו אלא כמו שהוא חייב בשאלה דמיעקרא, והיינו דבעי התם אילמא דבדברא שויה זוזא ובמתא שויה ארבעה כי טרח בדידיה טרח, ודחינן לה בכגון כשורא דבמתא זוזא ובדברא זוזא ולא מתרצינן דנפקא מינה דבאחריות מזיק היא עד שיחזירנה לרשותו, אלמא אחריות נבילה בכלל פחת נבילה ועל הנזק היא וכן בשומרים לפי דינן. **עכ"ל**. **הרי מפורש להדיא** דגבי אונסין אינו באחריות המזיק אף שהפחת ידידיה הוא ופטור אם נאנסה וזה להדיא כהיש"ש ושלא כדברי האמר"מ, **ואולם קשה** להצד דהנזק הוא כל דמי הבהמה והנבילה תשלום היא אם כן עדיין לא נשתלמה ולמה לא תהא באחריות הגולן. **ומדברי הרמב"ן עה"ת** שהבאנו לעיל הרי מוכח דהנזק הוא כל דמי הבהמה והנבילה תשלום היא, ואפשר לומר דחשיבא תשלום משעת מיתה ודין פחת נבילה גזיה"כ הוא או משום קרנא דתורא, וצ"ע.

**ויותר נראה בדברי הרמב"ן** דאין גדר דין טורח נבילה לומר דאינה כתשלום עד שתעלה מהבור אלא דמחמת שהנבילה משתלמת מאליה אנו מחשבים הנבילה לענין תשלום כפי שנשארה אחר שהביאה ליד נזק אבל כל זה הוא כאשר פחתה מחמת הנזק אבל אם נאנסה הרי היא כתשלום לפי ערכה בשעת מיתה ודוק.

**בגמ' אין שמין וכו' הקדמה לסוגיין: מצינו בראשונים שני פירושים יסודיים בדינא דאין שמין: פירוש רש"י** [כפי שהבינוהו התוס'] **והתוס' והרא"ש בסוגיין** דעיקר חידוש הסוגיא הוא שאינו יכול לשלם בשברי הכלי דומיא דסובין מעליא אלא צריך לשלם לו דמים מעליא או כלי אחר, **ופירוש הרשב"ם** [המובא בתוס' בב"מ ובתוס' ר"פ ועוד ראשונים בסוגיין] שעיקר חידוש הסוגיא הוא שפחת השברים אינו מוטל על הנגזל כבנזיקין אלא על הגולן הוא ואם ירצה לשלם לו השברים ישומו אותם כפי שווים בשעת התשלום.

**ויעויין בסוגיא לקמן ריש הגזול קמא** [דף צד סוע"א] דהתם איתא בגמ' דשמואל סבר שינוי קונה מדאמר אין שמין, **ומשמע מדברי הגמ' דדינא דאין שמין שורשו** הוא בדין שינוי קונה וזה צ"ב בין לפירוש רש"י ובין לפירוש הרשב"ם ויתבאר בכ"ז להלן. ובשיטת רש"י עצמו יש מבוכה וכמה סתירות בדבריו וג"ז יתבאר להלן.

**בשיטת רש"י בסוגיין ראה ברש"י** שפירש דאין שמין הנבלה והשברים לבעלים אלא ישלם בהמה וכלים מעולים והשברים שלו. **והתוס' פירשו בדעתו דעיקר חידוש הסוגיא** שחייב לשלם בהמה וכלים מעולים ואינו יכול לשלם בסובין **ויעויין בפנ"י שהקשה דלהלן** כתב רש"י דבנזיקין שמין כדכתיב והמת יהיה לו, **ומזה משמע** דנידון הסוגיא הוא לגבי פחת נבלה דבנזיקין הוא על הנזק כדילפינן מהאי קרא ומשא"כ בגזילה, [ואילו לענין סובין לא בעינן להאי קרא כדאיתא בגמ' לעיל להדיא] **ולכן פירש הפנ"י דרש"י** פירש סוגיין דהחידוש בגזילה הוא כלפי פחת נבלה וכשיטת הרשב"ם [יובא להלן] אך לדרכו אינו מובן כ"כ תחילת דברי רש"י וצ"ע.

**ויעויין ברש"י בב"מ** [דף צו ע"א] שכתב שם וז"ל דינא הכי – שישלם לו כלי עשוי ומתוקן, והתנן (בבא קמא י, ב) גבי נזיקין תשלומי נזק מלמד שהבעלים מטפלין בנבילה, ששמין לו הנבילה של בהמתו, שמתה על ידי זה שהזיקה לו, ועליה מוסיף ומשלם דמיהן, הכא נמי ישומו לו שברי הראשון, ועליהן ישלם דמיו, וזה ילך ויטרח ויקנה לו כלי אחר **עכ"ל**. הרי מבואר מדבריו להדיא כמש"כ התוס' דלדעת רב דאין שמין צריך לשלם לו כלי

עשוי ומתוקן' ורק למ"ד דשמן יכול לשלם השברים ולהוסיף עליהם דמים, ואמנם צ"ב דמדברי רש"י משמע דמשלם רק בכלי אחר כמותו וזה אי אפשר שהרי הדין מפורש דמשלם אף בדמים ראה במשנה ריש הגזול 'משלם דמי פרה העומדת לילד וכו' משלם כשעת הגזילה וכו' וכן בגמ' לקמן דף סו 'דמים בעלמא בעי שלומי' ובעוד מקומות, ויעויין ברא"ש בסוגיין שכתב דיכול לשלם שור תחת השור או דמים דמה לי הן מה לי דמיהן אבל לשלם בחפצים שיצטרך הנגזל לטרוח למכרם לא.<sup>180</sup> וראה בתוס' שפירשו בדעת רש"י דאינו יכול לשלם בסובין משום דכתיב כאשר גזל כעין שגזל, ובפשוטו כוונתם דאינו יכול לשלם בסובין משום דמהדרשא למדנו שחייב לשלם דבר שהוא כעין שגזל או דמים שקרובים להיות כעין שגזל.

ויעויין בתוס' בב"מ שהביאו בשם הרשב"ם שהקשה על רש"י דהא גנב וגזלן הם מכ"ד אבות נזיקין ואיתא שם בגמ' דכולם כאבות לשלם ממיטב.<sup>181</sup>

ויעויין בסוגיא לקמן [דף צד סוע"א] דמבואר בגמ' דממימרא דשמואל דידן מוכח דס"ל דשינוי קונה, וצ"ב לדעת רש"י מהיכן הראיה הרי דינא דשמואל אינו תלוי בקנין שינוי אלא דילפינן מקרא דאינו יכול לשלם סובין ואינו שייך כלל לקנין שינוי.

ויעויין בחי' הגר"ח [פ"א הט"ו מגניבה] שכתב בתו"ד דלרש"י כל הך דינא דצריך לשלם דמים הוא משום דשינוי קונה דאל"כ יכול לומר לו הרי שלך לפניך, והיינו דאז לא יתחייב בתשלומים וממילא אין צורך בכלים מעולים, אך אין כוונת הגר"ח דאם שינוי אינו קונה מחזיר השברים ודיו, דיעויין בדבריו להלן [פ"ב הט"ו מגזילה ד"ה והנה] שכתב דזה פשוט דגם למ"ד שינוי אינו קונה אינו נפטר בהשבת השברים או נבילה בגזל בהמה ומתה אלא צריך להוסיף דמים דהשברים אינם כל הכלי אלא חלק ממנו דהכלי בעצמותו ככלי נחסר מהעולם אלא דכלפי חלק השברים יכול לומר הרש"ל ואינו צריך לשלם דמים.

[ולפי זה נראה דעיקר הדין דאינו משלם בסובין אינו שייך באמת כלל לדינא דשינוי קונה ולכו"ע דרשין כן וכגון שאבד הכלי או אף בנשבר כלפי הדמים שצריך להוסיף על השברים אלא מדקאמר שמואל דאין שמין ומשמע דמשלם דמי כל החפץ מזה למדנו דסובר שמואל דשינוי קונה. ויש לפרש עוד דעיקר חידושו של שמואל באמת הוא דאין שמין והשינוי קונה אלא דהנ"מ בזה הוא משום דבעינן דמים מעליא דאל"כ הרי בלא"ה יכול לשלם מדין סובין]

ואולם בעיקר מה שפירשו התוס' בדעת רש"י יעויין בחי' הגר"ח שהקשה על זה חדא דברש"י לא הוזכר כלל הך דרשא שהביאו התוס' ובטעמא דנזיקין כתב רש"י משום דכתיב והמת יהיה לו ואם כפי' התוס' הל"ל דבנזיקין דרשין ישיב לרבות שו"כ ואפילו סובין, וביותר דברש"י ב"מ [הועתק לעיל] מבואר להדיא דהך דינא דאמרין בנזיקין דהבעלים מטפלים בנבילה הוא אשר עליו אמר שמואל דאין שמין

<sup>180</sup> ומשמע מהרא"ש דטעם הדין כדי שלא יצטרך הנגזל לטרוח וכן רמזו גם בדברי רש"י בב"מ הנ"ל בפנים בטעמא דמ"ד שמין לשואל שכתב שם 'וזה ילך ויטרח ויקנה לו כלי אחר' אך צ"ע דמרש"י משמע דהנידון הוא לגבי טרחת הקניה של הכלי ולא לגבי טרחת המכירה של השברים ואם כן אף בדמים לא יוכל לשלם וצ"ע.

<sup>181</sup> יש לדקדק בלשון התוס' שהוסיפו בקושיתם 'אלמא מדמה תשלומי גנב וגזלן לתשלומי נזק וא"כ יפרע סובין' ומשמע דמעצם דין מיטב לא קשיא להו וצ"ב, ונראה מזה דבאמת אף לשמואל אפשר לשלם ממיטב אלא דריבוי הפסוק דאפילו סובין זה לא נאמר בגנב וגזלן [ואתא בהכרח שלא כהמ"ד דבמטלטלי כל מילי מיטב או דנאמר דאינו מיטב גמור ואכמ"ל] ובאמת יעויין בתוס' תלמיד ר"ת שהביאו קושית הרשב"ם בסגנון אחר דקשיא להרשב"ם דהא כתיב ישיב לרבות סובין, ותירץ התוס' תלמיד ר"ת דלשמואל לגבי גניבה וגזילה ליכא להאי דינא דאפילו סובין.

לגנב וגזלן. ועוד הקשה מדברי רש"י בפסחים [דף לב ע"א] שכתב להדיא דאף גזלן משלם סובין מדכתיב ישיב, הרי להדיא שסובר רש"י דדין סובין נאמר גם בגנב וגזלן. ולכן ביאר הגר"נ בשיטת רש"י שסובר דודאי דהך דרשא דשיב נאמרה גם בגנב וגזלן [ומיושב קושית התוס' בב"מ מכ"ד אבות נזיקין] אלא דסובר רש"י דדין סובין הוא בדיעבד אבל באית ליה מעות חייב ליתן מעות ומ"מ בנזיקין משיב הנבלה עצמה אף דאית ליה מעות דבקרא דוהמת יהיה לו נתחדש דהנבלה עצמה שהיא של נזק משתלמת לו, ומשא"כ בגזילה דאינו יכול להשיב הנבלה משום דקנאה בשינוי ועיי"ש באורך בכ"ז.<sup>182</sup>

**ויעויין בשיטתם"ק בשם מהר"י כץ** שהקשה ע"ד התוס' היאך הוכיחה הגמ' מכאן דשינוי קונה הא דרשינן מכעין שגזל, ותירץ בב אופנים" חדא דאלמלי ששינוי קונה לא היה דורש כעין שגזל אלא אשר גזל מ"מ. ועוד תירץ דבאמת לא מקרא דאשר גזל דרשינן ליה אלא משום דשינוי קונה ודין סובין הוא רק בדלית ליה מעות. ודוק בדבריו בתי' השני כלול כל מהלך הגר"נ בדעת רש"י.

**אך פירוש זה מוקשה** מהגמ' לעיל דפריך למה לי קרא דוהמת תיפול"ל מדין סובין וקשה דהרי מדין סובין אינו משלם אלא כשאין לו מעות והכא לכתחילה נותן הנבלה וכמו שנתפרש כאן בדין גנב וגזלן ועיין בחי' הגר"נ מש"כ בזה ועדיין צ"ע.<sup>183</sup>

**בשיטת התוס' ראה בדברי התוס'** שכתבו דטעמא משום דגבי גנב וגזלן כתיב קרא וכו' ונתבאר לעיל, ובהמשך דבריהם הוסיפו התוס' דהטעם לכל זה הוא משום דגנב וגזלן קנו מיד כשהוציאו מרשות בעלים וכו' ובאו הדברים סתומים וחתומים דמה כ"ז ענין להא דקנו הגנב והגזלן מיד הרי הכא בדין תשלום עסקינן דאינו יכול לשלם סובין משלו אלא דמים וכלים מעולים.

**ונודע בזה דברי הקה"י** שכתב להגיה בדברי התוס', **וביאר** דמדברי התוס' דידן נשמט פירוש הרשב"ם שהובא בדבריהם בב"מ ועל פירוש זה הוא שכתבו והיינו טעמא וכו' **ומצא סמך לדבר מדברי האו"ז דהנה יעויין באו"ז** [ח"ג פסקי בבא קמא סי' מז] שהביא פירוש רש"י ודברי הירושלמי שכתבם התוס' ואח"כ כתב וז"ל ויש מפרשים דאין שמין לא לגנב ולא לגזלן שלא נפחת להם השברים לשלם אלא נאמר לו לשלם נרגא מעליא ואם באו לשלם השברים הרשות בידו. אבל מזיק על ב"ד מוטל לשום לו אעפ"י שלא טען. והיינו טעמא דגנב וגזלן קנו גניבה מיד כשהוציאו מרשות הבעלים. וכו' ככ"ד התוס' דידן. **וכתב הקה"י** דבתוס' דידן נחסרו התיבות עם הפי' השני [הוא פי' הריב"א המובא בתוס' בב"מ] ועליהם נסב ההסבר והיינו טעמא וכו' שכתבו התוס'. **וכן נראה מדברי התוס' ר"פ** בסוגיין שהביא פירוש רש"י ופירוש הרשב"ם וכתב בדעת הרשב"ם קרוב לדברי התוס' דידן ואח"כ כתב דלרש"י לא יתיישב מטעם זה וכו' וכתב דילפינן לה מקרא כתחילת דברי התוס' דידן.

<sup>182</sup> ואמנם נראה דאף התוס' לא פליגי בכ"ז דאל"כ אין דברי שמואל שייכים כלל לסוגיין, אלא דהתוס' נמי נקטו דעיקר חידושו של שמואל הוא שהשברים שלו ואינו משלם בהם מדין והמת יהיה לו, אך הוקשה להו קושית הגמ' לעיל דתיפוק ליה מדין סובין [דע"ז תירץ הרשב"ם דאה"נ והנ"מ לענין פחת כדלעיל אך ברש"י לא משמע כן] והתוס' פירשו דגבי נזיקין יכול לשלם מדין סובין אבל בגזילה ליכא דין סובין אך אם היה משלם מקרא דוהמת פשיטא דהיה מועיל ורש"י הביא הך קרא משום דבנזיקין אין צורך לדין סובין הכא ונ"מ לגבי פחת נבלה או כשיש לו מעות אי נימא דבעינן מעות לכתחילה. אך כ"ז שלא כדברי רש"י בפסחים, ואפשר אמנם בשיטת רש"י עצמו כהגר"נ.

<sup>183</sup> ביאר בזה הגר"נ דהרי בלא"ה כבר הקשה כן הרא"ש לשיטת ר"ת וצ"ל דבנבלה ידידה פשיטא דיכול לשלם אפילו כשיש לו מעות ואף בלא קרא דוהמת [וזה להמהלך לעיל דהנבלה באה בתורת תשלום] ובגנב וגזלן אינו כן משום דקונה בשינוי, אך הדברים מוקשים מיניה וביה דאם כן סו"ס בנזיקין לגבי הך דינא לא בעינן לקרא דוהמת שהרי בלא"ה יכול לשלם כיון דלית בהו קנין שינוי והדרק"ל מדוע הביא רש"י לקרא דוהמת לגבי עיקר הדין דמשלם בשברים.

אך גם לדרך זו קשה שהרי לא הוצרכו התוס' כלל להך טעמא דקנו מיד כשהוציאו מרשות בעלים דהל"ל בפשיטות דקנו בשינוי ושלם הוא וממילא פשיטא דהפחת עליהם, ויעויין בקה"י שם שנדחק בזה וכתב דהתוס' כתבו כן כדי לפרש הא דלשואל נמי אין שמין [למ"ד] ושואל הרי אינו קונה בשינוי ולכן כתבו להאי טעמא.

אך יעויין בתוס' ר"פ שכתב דגנב וגולן כיון שמשעה שהוציאה מרשות בעלים נתכוין לקנותה לכן קונה אותה בשינוי כשנשתנית והוי הפחת שלו, ולפי זה יש לפרש דברי התוס' דכ"ז הוא טעם לעיקר הדין דקונה בשינוי ולחלק בין גנב וגולן שקונה בשינוי למזיק שאינו קונה בשינוי. [ומשמע מהתוס' ר"פ דעיקר החילוק בין מזיק לגנב הוא בכוונה ומזיק שיתכוין לקנות באמת קונה בשינוי וזה מחודש מאוד וצ"ע] ויל"ע לפי זה בהמשך דברי התוס' גבי שואל דלפי"ז יוצא ששואל קונה בשינוי למ"ד דלשואל אין שמין וזה פלא

אך יעויין בתוס' לקמן [דף נו ע"ב ד"ה פשיטא] שכתבו בתו"ד וז"ל 'שאיין השומר קונה בשינוי ואפילו שואל דקי"ל דאף לשואל שמין כדרכ כהנא ורב אסי. עכ"ל. הרי משמע מדבריהם להדיא דלמ"ד דאין שמין לשואל שינוי קונה בו וזה מחודש, ומ"מ לכאורה ודאי בהמה שהשביחה אין השואל קונה אותה כגולן וצ"ע.

ואולם יעויין בהגהת הגר"א על השו"ע בסי' שנד ס"ה שכתב שם לדינא דאין שמין ופסק השו"ע כרש"י וע"ז כתב הגר"א וציין לדברי התוס' דידן והיינו טעמא וכו'. הרי מבואר מדברי הגר"א שתפס דברי התוס' דידן כמו שהם ומש"כ התוס' והיינו טעמא וכו' הוא טעמו של פירוש רש"י. נויש להעיר עוד דבשנו"ס בספר המפתח לא נמצא שינוי בכתבי היד מהתוס' שלפנינו ועיין במהדו"ב למהרש"א מה שפירש בדברי התוס' ובחי' רבי ראובן.

ובאמת נראה בזה עה"ד שפירש הגר"נ בדברי רש"י ונראה דאף להתוס' עיקר חידושו של שמואל אינו בדין חיים שנים ישלם אלא דהנבלה אינה מהווה תשלום בגניבה כבנזיקין דשם נתחדש בקרא דוהמת יהיה לו שהנבלה לניזק ואין צריך לשלם אלא הפחת שפחתה מיתה בחי, ובגנב וגולן אינו כן, ונראה שהבנה זו בגוף הסוגיא היא הנחה מוקדמת לכל פירושי הראשונים בסוגיא ולא נחלקו בה כלל, אלא דהוקשה להראשונים ע"ד שמואל דאף שנתחייב לשלם הכל ודלא כדין מזיק מ"מ סו"ס תיפו"ל מדין סובין וכמו שהקשתה הגמ' לעיל גבי נזיקין, ועל קושיא זו השיבו התוס' כאן ובב"מ בשלש דרכים: א) שיטת רש"י דבגנב וגולן ליכא דין סובין. ב) שיטת הרשב"ם דהנ"מ היא לענין פחת כמו בנזיקין. ג) שיטת הריב"ם דנ"מ אי פותחים לו שישלם בשברים. ומש"כ התוס' 'והיינו טעמא' וכו' לא קאי כלל על דברי הראשונים הנ"ל אלא על גוף סוגית הגמ' דבגנב וגולן ליכא דין דוהמת יהיה לו ומשום דקנו הגניבה מיד כשהוציאו מרשות בעלים ולכן מתחייבים בהשבה על הכל ואינם יכולים לומר הרש"ל על הדמים, ולכן אין נ"מ בין התוס' לאו"ז כי שניהם לדבר אחד נתכוונו והוא בין רש"י בין להרשב"ם ובין להריב"ם ואין צורך כלל להגיה דברי התוס'. ומש"כ הר"פ דפירוש רש"י לא יתיישב מטעם זה כוונתו דבהסבר זה בלחוד לא סגי דסו"ס ישלם מדין סובין, עיין בדבריו ודוק.

ואמנם כ"ז נראה דהוא נכון להצד שהנבילה אינה תשלום אלא דחיוב הנזק הוא עד דמי הנבילה ובוה מתבאר חילוקם של התוס' דגנב וגולן אינם חייבים על הנזק אלא על ההוצאה מרשות בעלים והרי כל החפץ הוציאו ומיד נתחייבו בדמי כולו אך להצד דהנבלה היא תשלום אין סברא לחלק דמה בכך שנתחייב דמים סו"ס כשמשיב הנבלה תנוכה לו מהדמים כמו במזיק, ובאמת יעויין בתוס' תלמיד ר"ת [ד"ה ועוד פירשו בתוס' וכו'] שמדבריו מבואר כן דעיקר סברת התוס' בזה היא לבאר דבמזיק אין חיובו אלא על הפרש הדמים בין השלם לשבור ומשא"כ גנב וגולן חייב על הכל.



## דף כ ע"א

בגמ' זה נהנה וזה חסר פתיחה לסוגיין: בביאור ספק הגמ' בז"נ וזה לא חסר נאמרו שתי דרכים באחרונים: דיעויין בתוס' שביארו דהחסרון הוא מחמת מה שאחרים נמנעים מלשכור את הבית כיון שרואים אותו דר, ולעיל כתבו התוס' דנזק זה אינו מחייב בתשלום שאפילו אם נעל דלת ביתו של זה הוי גרמא בעלמא. ויעויין בפנ"י שנתקשה דאם כן בזה נהנה וזה חסר מדוע משלם וממ"נ אי מחמת ההנאה מתחייב אם כן אף בלא חסר יתחייב ואי מחמת החסרון הרי זה גרמא בעלמא וכדחזינן דבזה לא נהנה וזה לא חסר כתבו התוס' דפטור. ועוד יש להוכיח שחיובו של נהנה אינו מתורת דחשיב מזיק על החסרון דלקמן בגמ' מבואר סברא דאף בית דלא קיימא לאגרא חשיב כזה נהנה וזה חסר מחמת שחרוריתא דאשייתא [היינו שהכתלים משחירים מעט מחמת השימוש בבית] ופשוט דהדין דכה"ג חייב לשלם כל דמי השכירות ולא רק ערך הנזק לכתלים.

וביאר הפנ"י דחיובו של נהנה הוא תשלום על עצם ההנאה ומה דבלא חסר הוא פטור היינו משום דכופים על מדת סדום, אבל כשזה חסר ל"ש אם חסר מעט או הרבה וכן ל"ש אם הוי כנזק בידים או אף גרמא בעלמא כבר אין מדת סדום במה שהלה תובעו וכיון שכן יכול לתבוע כל דמי ההנאה שחייב לו מן הדין.

ויעויין בחי' הגרש"ש [סי' יט] שהקשה ע"ד הפנ"י דלקמן איתא בגמ' [בסוע"ב] דהדר תחת קורה של הקדש להצד דז"נ וזל"ח חייב חשיב כמועל בהקדש וחייב לשלם ולהצד דפטור אף זה פטור. וגבי הקדש לא שייכא כלל כופין עמ"ס דסו"ס אם נהנה משל הקדש הוי מועל וחייב לשלם.

ולכן ביאר הגרש"ש דשורש החילוק בין חסר לאינו חסר אינו במדת סדום אלא דכל מה שיכול לתבועו מדין נהנה הוא רק היכא דמתחסר בעל הממון מהנאתו של זה.

וראה בתוס' בע"ב [ד"ה הא איתהנית] שהקשו דלכאורה תליא נידון דז"נ וזל"ח בפלוגתא דאמוראי בב"ב אם כופים את היורשים החולקים שדה ליתן לאחד מהם חלק הסמוך לשדהו דלרבה התם כופים עמ"ס ולרב יוסף אין כופים, ותירצו דגם לרבה הסובר שם שכופים הכא שאני שהיה יכול למנעו מתחילה לדור בביתו, וביאר הגרש"ש שאין ללמוד מזה דנידון דסוגיין הוא בכפיה עמ"ס אלא דכוונת התוס' דסו"ס מדוע מחייבין הכא בז"נ וזל"ח תיפוק ליה מדין כופים עמ"ס ולזה תירצו דהכא לא שייך.

ואולם דברי הגרש"ש בזה תמוהים שהרי התוס' המשיכו והקשו איפכא לרבי יוסף דהתם לא כפינן מדוע פטור הכא ותירצו דהתם דמי ללכתחילה והכא כבר דר עייש"ה בדבריהם ולדברי הגרש"ש אין הבנה לקושייתם כמו גם לתירוצם, ועוד מפורש להדיא בתוס' בב"ב שם [דף יב ע"ב ד"ה כגון] דטעם דז"נ וזל"ח דפטור הכא הוא משום דכופים על מדת סדום. וכן מפורש ברמב"ן במלחמות [בב"מ דף לו ע"א מדפי הרי"ף] ובאמת שהדבר מפורש במקומות רבים מאוד מדברי רבותינו הראשונים בכל הש"ס דטעם הפטור בז"נ וזל"ח הוא משום דכופין עמ"ס וכמו שכתב הפנ"י.<sup>184</sup>

<sup>184</sup> ראה בסוגיא בב"ב שם בתוס' רא"ש המובא בשטמ"ק וברשב"א, ושם מבואר דהא דכפינן התם ליתן לו שדה הסמוכה לשדהו הוא משום דהוי כזה נהנה וזה לא חסר. ועייין ברש"י בכתובות דף קג ע"א ד"ה מדת סדום וברשב"ם ב"ב דף נט ע"א ד"ה מדת ושם דף קסח ע"א ד"ה לימא. ועייין ברמב"ם הל' שכנים פ"ז ה"ח שכתב שם וז"ל וכופין אותו שיהיה חבירו סותם חלון זה שלמטה ממנו ועושה לו חלון מלמעלה שזו מדת סדום, וכן כל דבר שזה נהנה בו ואין חבירו מפסיד ואין חסר כלום כופין עליו עכ"ל וע"ע בתשובת הרא"ש כלל צו סי' ב ועוד יש מקומות רבים נוספים.

ויש להתבונן בסברא מדוע כופין כאן על מדת סדום הרי סו"ס הנהנה משל חברו יש כאן ממון לבעל הקרקע אצל הדר ומדוע ימחל לו ולא יתבע חובו, גם צ"ב מה שכללו הראשונים [התוס' בע"ב ד"ה והא איתנהני, ועוד] דלכו"ע לכתחילה יכול למנעו ואין כופין עליו להרשות לאחר לדור, ואם מחה בעדו ודר שלא ברשות חייב לשלם וצ"ב מדוע בזה לא נכפהו עמ"ס. ובהמשך הסוגיא יתברר בזה הרבה שיטות וסברות באופנים השונים.

**בדין זה לא נהנה וזה חסר כתבו התוס'** [ד"ה זה אין] דבחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר פטור דמצד ההפסד אפילו אם נעל ביתו אינו אלא גרמא בעלמא. ואולם יעויין ברי"ף כאן שכתב דכה"ג חייב לשלם 'כיון דחסריה ממונא' וצ"ב דהא גרמא בעלמא הוא וכמושה"ק התוס', ויעויין ברא"ש שביאר שהרי"ף לא חייבו לשלם מטעם מזיק אלא 'משום שאכל חסרונו של זה' ומשמע כוונתו דהוא כעין חיוב נהנה דאע"ג דלא נהנה כיון שבלקחת השימוש נחסר הבעלים חייב זה לשלם לו.

**ודברי הרא"ש אליבא דהרי"ף מאור צ"ב** דסו"ס מדין נהנה א"א לחייבו שהרי לא נהנה ומדין מזיק נמי א"א לחייבו ומהו חיוב זה דאוכל חסרונו של חברו. ומצינו בזה שתי דרכים בדברי רבותינו האחרונים: (א) יעויין בחי' הגרש"ש [סי' יט אות א] שביאר דבעלמא מניעת רווח ומבטל כיסו חשוב כגרמא משום דלא בא עדיין הממון לעולם ומה שמונע הרווח מלבוא זה הוי כגרמא בעלמא, אבל הכא כשמשמש הרי נוצר כאן ממון ממש לחברו שהתשמישים דהחפץ כממון גמור חשיבי וכיון שהלה חסר בזה הרי יכול לתבעם לעצמו וכשזה משתמש הוא כמזיק גמור שמונע השתמיש מבעליו ונוטלו לעצמו.<sup>185</sup>

**(ב) יעויין בברכ"ש** שביאר בזה דבגדר דין נהנה אפשר לדון בשני אופנים, האחד דיש לו הרווחת ממון וזה שייך באופן דגברא דעביד למיגר, [וכמש"כ רש"י דנהנה במה שלא שילם דמי שכירות לאחר] וגם עצם הנאת הגוף י"ל דחשיבא הנאה לשלם עליה, וביאר דהיכא דלא חסר אז א"א לחייבו אלא מצד הנאת הממון אבל בגוונא דחסר ואוכל חסרונו של חברו חייב מחמת הנאת הגוף ידידה דעליה חייב לשלם. ולא פירש הברכ"ש מאי שנא זמ"ז ומדוע דוקא בחסר יש לחייבו משום הנאת הגוף.<sup>186</sup>

**ויעויין בברכ"ש שם וכן בחי' רבי אריה לייב** שנסתפקו בדעת הרי"ף האם חייב לשלם רק שווי החסרון או דהוי כז"ז וז"ח דחייב לשלם שווי ההנאה והשימוש בחפץ. [ואף שזה לא נהנה משלם שווי השימוש בשוק] והוכיח הגרא"ל מדברי הרשב"א דמשלם כל שווי השימוש, יעויין"ש ראיתו, אך לכאורה אינו מובן המקום לספק כלל שהרי בדירה דקיימא לאגרא חסרון הבעלים הוא במה שאחרים נמנעים מלשכור כמש"כ התוס' ודבר זה לעולם אינו יותר מספק וחשש שמא אירע כן שהרי ודאי לא מיירי הרי"ף דוקא כה"ג שהביא זה עדים שהיו אנשים שהיו שוכרים בודאות את הבית ובגללו לא שכרו, ואם כן בהכרח משלם את השימוש ולא את ההפסד. אך יש עמנו מבוכה בזה בדברי ההגה בסי' שסג ס"ז.<sup>187</sup>

<sup>185</sup> ולא נתברר לן מדוע נקט הגרש"ש לשון מזיק דלכאורה דמיא יותר לגזלן שאינו מכלה התשמישים מהעולם אלא נוטלם לעצמו וגזלן חייב אף כשלא נהנה בהרווחת ממון דמ"מ נטל ממון חברו לעצמו ואף גזלן שטרות שאין לגזלן בהם שום שימוש יש בו דין גזלן.

<sup>186</sup> ומדבריו שם בהמשך הסימן נראה כוונתו דבאופן דחסר אם נוטל ואינו משלם הוי גזלן על השימושים ולכן חייב לשלם עליהם אך באופן דלא חסר אינו כגזלן, ולפי זה הדברים קרובים מאוד לדרך הגרש"ש אלא שהגרש"ש חייבו מדין מזיק וגזלן ממש והברכ"ש הבין דבאופן שמשלם אינו גזלן כלל אלא דאם יטול ולא ישלם באופן שנטילת התשמישים מפסדת לבעל הדירה הוי גזלן וממילא מחוייב לשלם תמורת התשמישים ודוק.

<sup>187</sup> שהשו"ע בסעיף ו פסק בפשיטות כדעת הרי"ף ואף לא הביא את שיטת התוס' ובסעיף ז כתב די"א דחצר דלא קיימא לאגרא באופן דשחרוריתא דאשייתא משלם הכל [והוא דעת רוב הראשונים בסוגיין דבמקום חסרון מועט מגלגלין עליו את הכל] וע"ז איתא שם בהגה 'ואם כן אם אין דרך זה לשכרו פטור דהא לא נהנה ויש חולקין.

**אמנם** לדרך הברכ"ש נחא היטב שמשלם כל שווי התשמיש דחייב מחמת הנאת הגוף אבל לדרך הגרש"ש שהוא מדין מזיק לכאורה צ"ב מדוע ישלם הכל אך נראה דל"ק דאף להגרש"ש אינו מזיק על עצם החסרון שנוצר לבעלים אלא דבמקום חסרון אזי נטילת התשמיש לעצמו היא גופא הוי מזיק לבעלים וצריך לשלם התשמיש לבעליו ולכן אפשר שישלם כל שווי התשמיש.

**יעויין ברשב"א** שהביא לשיטת הרי"ף והקשה עליו ממתני' דהבית והעליה המובאת לקמן בסוגיא דדעת רבי יהודה במתני' דהתם דאם בעל העליה בונה את הבית לבדו צריך לשלם שכר לבעה"ב ולכן סובר רבי יהודה שבונה בעל העליה את הבית ואת העליה ואז יכול לדור בבית ואינו משלם, וטעמו של רבי יהודה שכה"ג אינו משלם הוא משום דאינו נהנה שהרי יכול לדור בעליה, **והקשה הרשב"א** דלהרי"ף הרי יתחייב לשלם אף כה"ג דהרי בעה"ב חסר משום שחרוריתא דאשייתא, [כדאמרינן בגמ' האי טעמא גופא לבאר משנה זו] **וכן תמה הגר"א** [בסי' שסג] ע"ד הרי"ף ממשנה זו.<sup>188</sup> **וכתב הגר"א** דבמקום חסרון מועט י"ל דמודה הרי"ף כיון דבלא"ה יש מחייבים רק כנגד החסרון, [ויל"ע אם כוונתו דמודה הרי"ף לגמרי להתוס' או דמודה דכה"ג משלם רק כנגד החסרון וראה לעיל בהערה זה] **אך יעויין בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש בסוף סוגיין** שהכריע דלהרי"ף חייב גם בציור כזה ולדבריו קשיא ממתני' ועיין במה שיתבאר בזה עוד במקומו שם.

**והגרש"ש תירץ** דברי הרי"ף לדרכו וביאר דמה דחייב באוכל חסרונו הוא כשהבעה"ב יכול ליטול השימוש לעצמו וזה נטלו ממנו אך בבית והעליה דבעה"ב אינו רשאי בלא"ה לדור עד שיתן לו יציאותיו אינו אוכל חסרונו של חברו כלל.

#### דף כ ע"ב

עכ"ל. ועיין שם בהגהת הגר"א שנתקשה דהרי השיטה הראשונה לכאורה חולקת ע"ד הרי"ף דבזה חסר וזה לא נהנה פטור ודחה הגר"א דכאן אף הרי"ף מודה כיון שהחסרון מועט דבלא"ה יש סוברים שמשלם רק החסרון. [והוכיח כן הגר"א ממתני' דרבי יהודה ורבנן וכראית הרשב"א המובאת להלן בפנים] ובפשוטו נראה כוונת הגר"א דלהרי"ף משלם רק כפי החסרון והיש חולקים ס"ל דלהרי"ף משלם כל ההנאה הרי דספיקם של האחרונים הוא מחלוקת מפורשת בשו"ע, וצ"ע. ואולי כוונת הגר"א דבגוונא דהחסרון מועט מודה הרי"ף דפטור לגמרי, וצ"ע הטעם בזה, ולפי זה אין צד לומר שמשלם רק החסרון.

ומחלוקת זו שהובאה בהגה מקורה ברבינו ירוחם נתיב יב ששם הביא למחלוקת הרי"ף והתוס' בסתמא ואח"כ כתב דבחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר והשחיר לו הכתלים י"א דחייב לשלם השכירות וי"א דפטור. ומשמעות דבריו דלאו היינו מחלוקת הרי"ף והתוס', וצ"ל כנ"ל דהכא לדעת הרי"ף פליגי אם גם בחסרון שחרוריתא חייב לשלם השכירות, וגם שם לא נתפרש טעם המחלוקת וגם לא אם להשיטה החולקת חייב לשלם כנגד החסרון או פטור לגמרי.

ובחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש בסוף סוגיין כתב וז"ל והיכא דאיכא שחרוריתא דאשיתא צ"ע אי מחייב בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר ודאיר בה סתם ומסתברא שהוא חייב עכ"ל ודע שספר זה יחסוהו המומחים לרבי אברהם בן איסמעיל שהיה תלמיד הרא"ש ורבו של רבינו ירוחם ובמקומות רבים מצינו דברים ברבינו ירוחם שמקורם מספר זה, ומסתברא דדבריו אלו הם המקור לדברי רבינו ירוחם כאן. ומדבריו משמע דהספק הוא בעיקר הדין אם לדעת הרי"ף חייב או פטור כה"ג, ולא כמש"כ לעיל שהספק אם חייב כדי החסרון או הכל.

ויש לפרש דסברת הרי"ף אינה אלא בחצר דקיימא לאגרא דבאופן שלבעה"ב יש שימוש של שכירות לעצמו וזה בא ונטלו הרי הוא גולן ממש וחייב לשלם אבל בשחרוריתא דאשייתא מודה הרי"ף להתוס' דאין קשר בין הנזק לשכירות ואמנם יש לדון אם לחייבו מצד מזיק אבל משום דמי השכירות כיון דאין כאן חיוב נהנה לא נחייבו דלא אכל חסרון חברו ודוק.

<sup>188</sup> ומתמיהת הרשב"א הזו הוכיח הגר"א ל דמשלם הכל, דאי משום שחרוריתא דאשייתא מנא לן דרבי יהודה פוטר דלמא מאי דקאמר דפטור הוא על עיקר דמי השכירות.

תוד"ה הא איתנהית וכו' שאני הכא וכו' סברת התוס' צ"ב דאף שהיה יכול למנעו אבל עתה סו"ס בדיעבד מיירי ומאי איכפת לן שלכתחילה יכול היה למנעו סו"ס לא מנעו. עוד קשה דמבואר מדבריהם דכל שאינו יכול למנעו מתחילה הרי לכו"ע כפינן וקשה בתרתי: חדא מדין מקיף וניקף דמוכחינן מדברי רבי יוסי דאם גדר המקיף את הכל פטור הניקף ש"מ ז"נ וזל"ח פטור והרי שם אין המקיף יכול למנעו את הניקף מליהנות ואם כן לכו"ע פטור ומאי ראייה מרבי יוסי לנידון דדר בחצר חברו. עוד קשה בראית הגמ' מבית ועליה שנפלו דלדעת רבנן דר בעל העליה בבית ואינו משלם, ש"מ דפטור והרי התם אף לכתחילה מיירי ואינו יכול למנעו מתחילה לדור בביתו ואם כן מדפטור התם אין ראייה לדר בחצר חברו, וצ"ע.<sup>189</sup> ושמה נפרש כוונת התוס' דידן לחלק דהתם אין אחד מהם מפסיד ממונו בשביל מדת סדום אלא דעבדינן החלוקה באופן שירוויח האחד והשני לא חסר אבל כאן כמו דפשיטא שיכול למנעו מלכתחילה לדור שאין אדם חייב להפסיד ממונו וליתנו לאחר ה"ה בדיעבד כשנחנה ממנו חברו ממש חייב לשלם ולפי זה נחא ראיות הגמ' ודוק.

התוס' נקטו ליסוד דבריהם דכל דינא דז"נ וזל"ח הוא בדיעבד אבל אם לכתחילה בא לדור יכול הלה למנעו אף בחצר דלא קיימא לאגרא, ויל"ע מהו הטעם. ויש לבאר בזה בשני אופנים: א) דטעם ז"נ וזל"ח דפטור הוא משום כופין עמ"ס כמש"כ לעיל מדברי התוס' דידן והראשונים, ואפשר דכפיה עמ"ס סברא היא שלא יניחו לו בי"ד לתבוע דמים היכא דהוא מ"ס אבל להפקיע ממנו את ביתו בעל כרחו בזה לא כפינן, וכ"מ מלשון התוס' בב"ב שם עיי"ש וכ"מ מדברי המרדכי בסוגיין בשם הר"י שכתב דלכתחילה לא כפינן אבל אם עבר ונהנה פטור. ב) ועוד יש לפרש בדבריהם דמניעת חברו לדור מתחילה אינה בכלל מדת סדום כלל דאין סברא שיוכרח האדם להפקיר ביתו ורכושו לכל הרוצה להשתמש אלא בדבר שלא מדעתו אמרינן לו דאחר שכבר דר זה מדת סדום היא לתבעו דהא לא חסרו ולא הזיקו. וכהדרך הזה משמע בנמו"י בשם הרא"ה שכתב דאע"ג דבעלמא כופין עמ"ס היינו כשאין משתמש בשל חברו אבל כאן אם אתה אומר כן אין לך אדם שלא יכוף את חברו על כרחו עיי"ש ואפשר שכוונתו שאין זה כמדת סדום לכוף עליה דסברא היא שלא נכוף אדם להפקיר ממונו לכל דורש כי נמצא שהוא כמי שאינו בעלים על ממונו.

עיין במרדכי בסוגיין בשם ראבי"ה שכתב וז"ל שמעתי דמצי למיכפיה דהא כופין על מדת סדום, וי"מ דאין כופין אלא כגון היכא דמהני [אפילו] אי הוה בעי לארווחי בהא מלתא לא מצי לארווחי הלכך כייפינן ליה כיון דלא חסר מידי אבל היכא דאי הוה בעי בעל חצר לאיגורי הוה מרווח השתא נמי כי לא מוגר ליה לא כייפי ליה כן פירש ר"י דאין כופין להבא אך אם עבר ונהנה א"צ להעלות לו שכר וכו' עכ"ל. ולמדנו מדבריו: א) דיש החולקים על הר"י וסוברים דאף לכתחילה יכול לדור בביתו. ב) מלשון הר"י משמע דסברתו היא רק דלכתחילה לא כפינן ולא דלא הוי מ"ס למנעו לכתחילה. ג) מבואר מדברי הראבי"ה חידוש גדול והוא דכל סברת התוס' דלכתחילה יכול למנעו הוא בדבר שאפשר לו להבעלים להשכירו לאחר אבל בדבר דאין הבעלים יכול להשתמש בו כלל אף לכתחילה יכול לירד ולדור בבית חברו בעל כרחו ולא ישלם לו שכר.

ודין זה הובא להלכה ברמ"א [בסי' שסג ס"ו] שכתב שם לדינא של התוס' דידן וכתב דהיכא שיכול להשכיר אלא שאינו רוצה לא נכופנו ליתן בחינם אבל באופן שאף הוא אינו יכול ליהנות מהדבר כפינן

<sup>189</sup> ואולי יש לדחוק דסברת התוס' נאמרה לבאר דעת האומר דהתם כפינן לזה חלקו דהכא כיון שהיה יכול וכו' אבל לרב יוסף דהתם לא כפינן אם כן אף בלא סברא זו לא כפינן, וראיות הגמ' בסוגיין יתפרשו רק לדעת רב יוסף דקיי"ל כוותיה.

ליה, ועיי"ש בפ"ת.<sup>190</sup> וצ"ב מהי סברת החילוק אם יכול להשכירו אם לאו. ואפשר לפמ"ש הגרש"ש דהטעם לפטור בלא חסר הוא משום דלא חשיב כנוטל מהבעלים כלום כי לא חסר הבעלים מידי ודוקא בחסר רואים אותו שנטל הנאתו מן הבעלים ולפי זה י"ל דהיכא דמונעו לכתחילה הרי נמצא שזה נוטל וגו' הנאתו מהבעלים בעל כרחם אבל בדבר שאינו יכול להשכירו ואין לבעלים שום אופן לייחס השימוש הזה לעצמו ואינו חסר בהעדר השימוש אין השימוש הזה מהווה כלל סתירה לזכות הבעלים בממונו ויכול ליטלו אפילו בעל כרחו.

אך לדרך הראשונים שהוא משום כופים עמ"ס קשה, אך נראה דגם לדרך זו צריכים אנו לדברי הגרש"ש ומתפרש דכל הנאה ושימוש שאינם נחשבים כנטילה מהבעלים מ"מ היה יכול לתבעם דסו"ס הנאתי גבך אלא דבזה כפינן עמ"ס סדום אבל היכא דהוא נטלם מהבעלים לא כפינן כלל ודוק היטב.<sup>191</sup>

**ועיין עוד בגמ' לקמן** [דף פא ע"ב] דמהלכין בשבילי הרשות היינו בשדות שאינן זרועות ועיין במהרש"א [דף פא ע"ב בח"א] שהקשה דהרי בז"נ וז"ל לא כפינן לכתחילה ותירץ המהרש"א על הדרך הזו זה בדבר שאינו עומד להשכיר כפינן לכתחילה, ומדבריו שם נראה דילפינן דין זה מקרא דאל תמנע טוב מבעליו דמיניה ילפינן התם דמהלכים בשבילי הרשות.

שם בתוס' וא"ת וכו' הואיל ונהנה מחמת החסרון שהיה בתחילה. אף דברי התוס' בכאן סתומים דסו"ס זה נהנה וזה לא חסר ומאי איכפת לו לבעלים אם יבלע המאכל או יפלטנו ובלא"ה אין לו בו שימוש של כלום, **עוד יל"ע** מדוע לא נימא דחשיב החפץ כהפקר כיון דהוי לבעליו כעפרא בעלמא, ובזו י"ל דאדרבה כיון שיכול לגבות דמי נהנה מן האוכל הוי לגביו ממון גמור. **וכתבו אחרונים** [או"ש פ"ג מגזילה ה"ט וכפה"נ דזו גם סברת הגרש"ש בסי' לו אות ב] דסברת התוס' אינה אלא כשנחסר הממון בשביל הנאתו של זה [אע"ג שלא הוא תחב לבית בליעתו אלא אחרים] אבל אוכל בעלמא שנמאס עד שאינו שווה כלום ובא זה ואכל לכאורה מודו התוס' דפטור.<sup>192</sup>

<sup>190</sup> וברמ"א שם צויין למקור הדין מדברי המרדכי והנמו"י, וכ"ה בד"מ, והבין הרמ"א דהנמו"י בשם הראשונים שחלקו שאין אדם יכול לכופו את חברו בשלו אף זה נאמר דוקא במקום שיכול להשכיר. ויש להוסיף דכן מוכח גם מדברי תלמיד הרשב"א והרא"ש בסוגיין להלן, שהגמ' הוכיחה מדברי רבנן גבי בית ועליה שנפלו שדר בבית ש"מ ז"נ וז"ל פטור, והקשה דהרי התם לכתחילה הוא שמונעו זה מלדור בביתו ותירץ דאין הבעלים יכול לדור בבית ולא להשכירה קודם שישלם לו יציאותיו ולכן אם התם פטור ה"ה בדר בחצר חברו שלא מדעתו.

<sup>191</sup> ויש להסתפק למ"ד דז"נ וז"ל חייב האם מודה באופן שאין לבעלים שימוש בו או לא, ולכאורה מוכח בפשיטות מדברי התוס' דמודה שהרי כתבו דהסברא לחלק בין הא להדיא דכופין אחד מצרא הוא משום דהכא יכול למנעו ואם כן היכא דאינו יכול למנעו כופין, אך יש לדחות למש"נ לעיל בפנים בדבריהם וכן למש"כ בהערה שם ודוק.

ומדברי תלמיד הרשב"א והרא"ש המובא בהערה לעיל מוכח להדיא דאף היכא דאינו יכול למנעו תליא בפלוגתאיהו שהרי ראייה שהביאה הגמ' מהבית והעליה שנפלו היא כה"ג שאין לבעלים שימוש בו ולכן אף דהוי לכתחילה תלתה הגמ' נידון זה בפלוגתא דז"נ וז"ל ופשוט.

<sup>192</sup> **ועיין במחנ"א** [הל' גזילה סי"ג] שהביא מדברי המרדכי בסוגיין על אדם שברח מביתו ונטל השר את ביתו ונתנו ליהודי אחר שידור שם ופסק דפטור מלשלם שאם לא היה דר שם היה השר נותנו לנכרי שידור והוי ז"נ וז"ל. **וכתב המחנ"א** דזה שלא כדברי התוס' דידן שהרי אף התם אף שאינו יכול למנעו הנוק אבל סו"ס נהנה זה מהחסרון שהיה בתחילה, **וכתב עוד** דאף התוס' בכתובות מודו לסברת התוס' דידן, ראה להלן בפנים דבריו בזה. והאו"ש השיגו דכל סברת התוס' לא נאמרה אלא היכא שהחסרון נעשה בשבילו ומשא"כ הכא שהשר נטל ביתו ובלא"ה לא ידור בו כה"ג אינו חייב לשלם בשביל חסרון שהיה בתחילה. ולכאורה טענה גדולה היא על המחנ"א דאטו אדם שהיה לו בית יפה ובא אחד וקלקלו עד שהוי לא קיימא לאגרא וכי אם ישב בו אדם אחר יתחייב

**ועיין בתוס' בכתובות שם** [דף ל ע"ב ד"ה לא צריכא] שתירצו באופ"א דאם יפלטנה תהיה שווה פחות מפרוטתה ומ"מ חייב לשלם מדין נהנה כדחזינן דמשום שחרוריתא דאשייתא חייב לשלם כל הדמים וה"נ הכא, **ועיין בהגהת חכמת שלמה** על השו"ע [סי' שסג ס"ו] שלמד מדברי התוס' דכל נהנה וחסר הבעלים פחות מש"פ חייב. וע"ע בתוס' שם בכתובות בשם הריצב"א ובהגהה שם על הדף מתו"י בשם ר"ת. **ועיין במחנ"א** [סי"ג מגזילה] שכתב דאף התוס' בכתובות מודו ליסוד התוס' דידן שנהנה מחסרון שהיה בתחילה אלא דס"ל דאם מיירי כשאינו שווה כלום כשיפלטנו אם כן הוי הפקר ואינו שלו ולכן נפטר הנהנה. [ויל"ע דלכאורה עצם מה שיש לו שיוכל לתבוע נהנה מן האוכל זה גופא שוויות ממון ויל"ע בזה]

**בגמ' מתניתין היא וכו' האי זה נהנה וזה חסר עיין בתוס' תלמיד ר"ת** שהקשה דהא כשלעצתם הבהמה כבר אינם שווים כלום והוי כזה נהנה וזה לא חסר, **ותירץ** דראויים לבהמה אחרת או דמיירי דבלעתם בלא לעיסה. **ומבואר מדבריו** שחולק על סברת התוס' דנהנה מחסרון שהיה בתחילה חייב, וראה לעיל מדברי התוס' בכתובות והמחנ"א. **וקשה** מההיא דיתומים שטבחו פרה שאולה ואכלוה דמבואר בגמ' בריש הגזול דחייבים משום נהנה [ואינם בדין מזיק דהוה כמזיק באונס כ"כ התוס' לקמן כו ע"ב] והרי כשלעסו כבר אינו שווה כלום, **ואפשר** דבאדם הנוטל כדי לאכול הכל חשיב כמעשה אחד דנטל ההנאה לעצמו ונהנה אבל בבהמה אין חיובו של הבעלים על נטילת ההנאה אלא על קבלתה בפועל ולכן הוקשה לו דאינם שווים כלום

**אפקורי מפקר להו דברי הגמ' סתומים מאוד** דממ"נ אי מפקירם אם כן אינם שלו כלל והיאך יתחייב זה משום נהנה, **ורש"י פירש** דלא חסר מידי לפי שסופם לאיבוד, ונראה כוונתו שלא הפקירם ממש מדעת אלא דכיון שאינו עתיד ליטלם והם עתידים ליפסד ולהתקלקל לא חשיב כחסר כי החסרון ממילא יבוא אף אם לא תאכלם הבהמה, **וכך פירש בתוס' תלמיד ר"ת** דאינו הפקר גמור אלא דלהפסד קיימי ובלאו ידידה נמי מופסדים הם, ועדיין קשה דסו"ס כה"ג לכאורה הוי כיאוש גמור, וצ"ל דלא נתיימש מליטלם אם לא יפסדו קודם שיטלם ומ"מ חסר לא חשיב וצ"ע. **ומבואר מכל זה יסוד דאף** באופן דחסר היכא שבלא"ה עתיד להתחסר לא חשיב כחסר ויל"ע מ"ש ממזיק בידים דלכאורה חייב אף היכא שבלעדיו נמי יופסד וכגון בזורק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו דלמ"ד בתר תבר מנא אזלינן כתבו הראשונים דהשני חייב. ומוכח מזה דגדר חסר לענין חיוב נהנה אינו תלוי בגדרי מזיק אלא דבדבר שיש קפידא לבעלים למנוע הנאתו חייב וצ"ע. **ועיין בתוס' ר"פ.**

**והתוס' דידן פירשו** דאינו מפקירם אלא מתיימש שסבור שלא יבואו לדמי מה שנהנית, כך גרסת המהר"ם בתוס', **ונתקשו ראשונים ואחרונים בדבריהם** דסו"ס אם יש לו בזה שוויות מועטת הוי כחסרון מועט דקיי"ל דמגלגלין עליו את הכל כמו גבי שחרוריתא דאשייתא. **ועיין בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש** שעמד בזה וכתב וז"ל 'הא לא קשיא דגבי הדר בחצר חברו כיון שמלתא דקפידא היא כי דאיר בגוה איחייב לשלם לו שכירותו משלם דלא אמרינן ליטלם הך פורתא דחסריה ולפטר באידך דמאן יהיב לי זכותא למדר בשל חברו על כרחו אבל גבי מתני' דאכלה להו בהמה שלא מדעת בעליה אם איתא דז"נ וזל"ח פטור לא הוי ליה לשלומי אלא כפי מה שהיו מחשיבין אותן הבעלים אלו נדרסו ברגלי אדם ורגלי בהמה שהרי עומדין היו לכך. **עכ"ל.** ונראה כוונת דבריו דהך דינא דמשלם הכל הוא משום דע"י החסר כבר אין לו זכות בעיקר

---

לשלם, אך העירוני דאפשר שהמחנ"א הבין דהשר נטלו להבית כדי להושיב שם אדם ולא החרימו סתם ואם כן אף דאם לא ישב שם היהודי יושיב השר נכרי מ"מ השתא חשיבא שהחסרון נעשה עבורו. ובאמת משמע מדברי המרדכי שהשר לא החרימם את ביתו אלא כדי להושיב אדם שאל"כ לא היה צריך לומר שהשר יושיב נכרי אלא הל"ל בסתמא דזה לא חסר שבלא"ה אינו יכול לדור ולהשכיר.

ההנאה, דבגוונא דלא חסר שאין לבעלים הפסד אין ההנאה מחייבתו לשלם [משום כופין עמ"ס או מעיקר הדין] אבל באופן שנחסר הבעלים כל נטילת ההנאה היא שלא כדין וחייב לשלם. אבל הכא אי אפשר לומר כן ודוק היטב.

**ואולם יעויין ברשב"א** [בסוגיין בסוד"ה שאני התם וכו', וביתר ביאור ברשב"א לקמן דף צו ע"ב] שכתב דהטעם דבשחרוריתא משלם הכל הוא משום דכיון דיכול הבעלים לתבעו כפי שווי החסרון כבר יכול לגלגל עליו כל החיוב, ו**כ"מ בתוס' שאנץ** בסוגיא בכתובות שם, ולפי זה לכאורה אין מקום לחילוקו של תלמיד הרשב"א והרא"ש, ודוק.<sup>193</sup> **וע"ע בשטמ"ק** בשם תלמידי ר' ישראל ובשם הרא"ש, **ובשעה"מ** [פ"ג מגזילה ה"ט] **ובחי' רא"ל** [סי' סט אות ג]

**ומדברי התוס' דידן מבואר חידוש** דשייך יאוש והפקר לחצאין והיכא שסבור דשלא יבואו לדמי מה שנהנית אזי אינם לבעליהם אלא כשווי זה, **ולפי זה** גם אדם המזיקם בידים ישלם כפי שווים לבעלים. ועיין בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש.

**ועיין בתרוה"כ** [בסי' שסג ס"ד] שכתב כן דהמזיקם אינו משלם אלא כפי שווים לבעלים אך כתב דאם יבוא אדם לזכות בהם בשאר השימוש ודאי אינו יכול דסו"ס של הבעלים הם, ועיי"ש שביאר לפי זה סברת התוס' מדוע הוי כלא חסר וצ"ב כוונתו. **אך אפשר לומר** דבמזיק ודאי ישלם כל שווים דשוויים העצמי לא נחסר במאומה במה שסבור הבעלים שיפחתו ולא באה סברת התוס' אלא לומר דלא חשיב כחסר לפי שווי ההנאה כיון שבלא"ה אינו מקפיד על חסרון זה דסובר שיפחתו מדמי מה שנהנית וממילא על מותר ההנאה הוי כז"נ וזל"ח.<sup>194</sup>

**ועיין בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש** שכתב דאם אדם נטלם ואכלם משלם לפי שווים המלא כי בשעה שהרימם זכה לבעלים בכל שווים, **וכתב התלמיד הרשב"א** דרבא דדחי לראית רמב"ח פליג בהא גופא וסובר דכיון דלגבי אדם הגוזלם קיימי בשוויים ה"ה לגבי בהמה האוכלת בשוויים קיימי.

<sup>193</sup> לכאורה נראה דמחלוקת הרשב"א והתלמיד הרשב"א תליא בפלוגתת התוס' והרי"ף, דלדעת הרי"ף נתחדש דבגוונא שהלה חסר תובעו על ההשתמשות מחמת החסרון ומשלם לו הכל דמה שהוא חסר מחייב לשלם תמורת השימוש אף אם לא נהנה וסברא זו פשיטא דלא שייכא כשנטלה בהמתו, דהתם ודאי חייב רק כשנהנה וממילא מסתברא דגם בחסר מתחייב כפי ערך הנאתו, אך התוס' דס"ל בעלמא דבלא נהנה פטור וא"א לחייבו אלא מדין נהנה ורק דבחסר הוא דאיכא לחיובי אם כן אין סברא לחייבו הכל אלא משום דכיון שכבר מתחייב מתחייב בכל, ולפי זה אצלו הראשונים לשיטתייהו שהרשב"א בסוגיין הכריע כהתוס' והתלמיד הרשב"א פסק כהרי"ף, אך לפי זה לא יועילו דברי תלמיד הרשב"א לבאר את דעת התוס' דידן דפליגי על הרי"ף וצ"ע, ודוק.

<sup>194</sup> ולפי זה יש לפרש דברי התוס' דהכא לא שייך לגלגל הכל דהנה אם יבואו לפחות ממה שנהנית היינו שיהיו מאכל המקולקל ואינו מועיל כ"כ אפילו לבהמה, ואם כן מה שנהנתה ממותר שבחם יותר מהקלקול הזה הוי כזה נהנה וזה לא חסר דבעלמא מהדבר עצמו שנהנה בו הבעלים חסר אבל כאן מותר השבח שיש בפירות שעתיד ליפסד זה לא הוי חסר אצל הבעלים ואנו דנים שנהנתה מהפירות כביכול בשני חלקים, מהחלק הפחות שבהם וממותר השבח וכלפי החלק השני הוי כז"נ וזל"ח לגמרי. ולדרך זו קרובים דברי התוס' לדברי רש"י אלא שלא רצו לפרש שאינו מקפיד כלל דאם כן הוי הפקר אבל לפי מה שפירשו אדרבה אינו הפקר כלל אף על מותר השבח.

**ובחי' הגר"ש הביא מדברי התוס' בכריתות** [דף כד ע"א ד"ה דאמרו לו] שכתבו דאם העידו בבי"ד על שור שנרבע ונגמר דינו [וס"ל להתוס' שם דאינו אסור בהנאה] כל הקודם זכה בו לענין ההפרש משווי השור לאכילה לשווי להנאה כי אחר שנגמר דינו להריגה הרי בי"ד יהרגוהו ולא ישחט כדין ולכן נתייאש הבעלים משווי לשחיטה. **הרי מבואר מדבריהם** דשייך יאוש לחצאין ואפשר שיזכה המחזיק בו לשווי מסויים שהבעלים נתייאש ממנו. **ולכאורה מתפרש כן** בדברי התוס' דידן. להבנת התרה"כ ותלמיד הרשב"א אך להאמור אדרבה התוס' פליגי עם התוס' בכריתות, ועיין שם בגר"ש מש"כ לבאר בעיקר דברי התוס' על פי דרכו, ולא הובן לן כוונתו.

בגמ' תנן וכו' רביעית וכו' ראה ברש"י שכתב דאם היתה למקיף שדה רביעית וגדרה וכו', ופירשו הראשונים בב"ב דטעמו משום דאם אין לו למקיף שדה רביעית הרי נמצא שגדר רק בשביל הניקף והוי זה נהנה וזה חסר. ועיין ברבינו יונה שם שכתב כן בדעת רש"י, והשיג עליו רבינו יונה דכי אמרינן דהיכא דחסר מקצת חברו חייב על הכל ה"מ היכא דחסר בגרמת חברו כי ההיא דאמרינן בהיא סוגיא שאני התם דאיכא שחרורא דאשיתא דאמרי' מעיקרא לא איתיהיבא אותה הנאה למחילה כיון דאית בה חסרון אבל זה שלא היה זקוק לגדור את הרביעית ולא גרם לו חברו לגדורו אלא שגדרו לחייב את חברו בהוצאתו ודאי זה נהנה וזה לא חסר הוא בראשונה שניה ושלישית, ועוד כיון דבג' ראשונות אינו חסר כבר נתנו למחילה דרביעית לא גדרה בשעה שגדר את הראשונות אלא לאחר זמן נמלך וגדרה כדי לחייב הניקף. וכו' עכ"ל. ומבואר דנחלקו רש"י ורבינו יונה היכא דלא הנהנה גרם החסרון אם כה"ג מגלגלין עליו את הכל, ומיהו מודה רבינו יונה דכנגד חסרון ודאי משלם כדמבואר בדבריו להדיא דעל הרביעית משלם, ונראה שמחלוקתם היא מחלוקת הרשב"א ותלמיד הרשב"א והרא"ש שהובאה לעיל גבי פירות ברה"ר.<sup>195</sup>

בגמ' הקיפא יתירא לדעת רש"י סוגיין מיירי במחיצות הפנימיות בין שדה הניקף לשדה המקיף ואם כן עשאן המקיף כדי להבדיל שדותיו משדה הניקף. וסברת את גרמת לי מתפרש דמחמת הניקף עשאה המקיף, והתוס' הקשו לפירוש זה דאם כן פשיטא דחסר הוא ומאי ס"ד לאקשוויי. ויש להעיר בזה דבעלמא החסרון נגרם מחמת ההנאה דהנאתו של זה מחסרת לזה וסברא שישלם אבל כאן החסרון הוא מחמת שהמקיף רוצה לגדור לעצמו וגם אם הניקף אינו נהנה כלל יש למקיף החסרון הזה בלא"ה כגון בגדר שלש רוחות ואם כן כשנהנה זה מאי איכפת לן בחסרונו של מקיף, מזה דמ"מ כיון דחסר מחמתו חייב, וצ"ע. והרמב"ן ושאר"ר בב"ב שם תירצו לקושית התוס' דכיון דמיירי במקום שלא נהגו לגדור [נוכחו שפירש שם רש"י על המשנה ומשום דאל"כ היה יכול לחייבו מעיקר הדין להשתתף עמו בגדר] אם כן לא חשיב חסר דאין הם מקפידים על היזק ראייה דבקעה ואף שהוא מקפיד ובנה מ"מ לא חשיב חסר אף שמחמתו בנה. וע"ע בתוס' בב"ב [דף ה ע"א ד"ה אע"פ] ואפשר דשני תירוצי התוס' שם תלויים במחלוקת רש"י ותוס' כאן.

ולדעת התוס' מיירי בהיקף החיצוני של שדות המקיף ופירשו סברת הקיפא יתירא דמחמת שדה הניקף גדל הההיקף של שדות המזיק שאלמלי היה שדה שלו באמצע היה הקיפם מועט יותר. ודברי התוס' צע"ג דאטו הוא הכניס שדה שלו בין שדות המקיף והרחיבם הרי המזיק קנה אלו הג' שדות כאשר הם מקיפים שדהו, ואלו הם שדותיו, אם ירצה יקיפם ואם לא לא יקיפם והיאך נאמר שהניקף גרם לו איזה חסרון. וצ"ע. [וצ"ל דכיון שאלמלי שדהו היה ההיקף מצומצם אנו רואים את הגדר בהכרח שבאה עבור כל ההיקף ומתיחס הוצאת היקף הגדר לכל השדות כפי חשבון והוי כאילו גדר בשבילו והוי חסר גמור]

בגמ' הקיפא יתירא כתב הטור [בסי' קנח] וז"ל אבל ר"י פירש שהקיפו מבחוץ וכו' ואינו משלם חלקו בכל מה שגדר החיצון אלא במה שכנגד שדהו דוקא אבל לא במה שאינו כנגד שדהו ופירש הרמ"ה דהכי עבדינן חזינן לכולי ריבועא דארעתיא דחיצון בהדי פנימי כדקיימי השתא בתברתא כמה הוי וריבועא דפנימי לחודיה כמה הוי בתברתא

<sup>195</sup> ודוק היטב דסברת רבינו יונה וסברת תלמיד הרשב"א מתאימות היטב דבעלמא הנאה ניתנה למחילה אבל במקום חסר הוי מילתא דקפידא, והיא היא סברת תלמיד הרשב"א דבמקום חסר לית ליה רשות למידר בשל חבירה אבל כשהבהמה אכלה שלא מדעת בעליה אין טענה כזו ולכן אין חיוב על כל ההנאה, ואמנם כנגד החסרון יכול לתבוע דזה לא איתיהיב למחילה ול"ש בזה כפיה עמ"ס אבל אין סברא שיתבע יותר מהחסרון שיש לו ודוק. ורש"י וכן הרשב"א וריטב"א שם בב"ב דפליגי יש לפרש שיטתם ע"ד הרשב"א דטעמא דמגלגלין עליו את הכל הוא משום דכיון שיכול לתבעו מקצת דמים יכול לתבוע הכל ואין הפרש מי גרם החסרון. וע"ע במה שנתבאר לעיל בהערה 193



וחזינו חושבן דתברתא לחודיה כמה הוי מכלל תברתא דהך רבועא רבה דחיצון אי פלגא פלגא אי תלתא תלתא והוא ניהו שיעור דמחייבין פנימי למיתב לחיצון לפום מאי דאיתנהי לפום חושבן ארעתיא מכלל כולה היקפא והוא ניהו שיעור היקפא יתירתא דגרם פנימי לחיצון עכ"ל. ובביאור דבריו ודרך החשבון נחלקו הב"ח והסמ"ע ותורף מחלוקתם דלהב"ח מחשבים כמה היה היקף הגדר אלמלי היתה שם שדהו של ניקף ואת השאר ישלם הניקף, אבל הסמ"ע כתב דמחשבים את שטח השדות כמה אמות מרובעות יש לכל אחד וכל אחד מהם משלם לפי חלקו היחסי בשטח, וסברת הסמ"ע צ"ב דהחסרון הוא נכון לפי חשבון הב"ח אבל כפה"נ הסמ"ע סבר שמחשבים כמה הנאה מגיעה לכל אחד מהם וכתב החזו"א דבלשון הרמ"ה א"א לפרש אלא כהסמ"ע. אך מצד שני קשה סיום דברי הרמ"ה שכתב דהוא ניהו שיעור היקפא יתירא וזה פלא דשיעור ההיקף יתירא תלוי היקף השדות ולא בשטחם, והנחל"ד השיג ע"ד הטור ונו"כ וכתב דהרמ"ה לשיטתו שסובר דבנהנה וחסר משלם רק כפי החסרון אבל לדידן דקיי"ל דמשלם הכל אף כאן ישלם חצי מהיקף הגדר שכנגד שדהו, ואמנם השגה זו לכאורה להסמ"ע לא קשה דבלא"ה חזינו לדידיה שאינו משלם כפי החסרון אלא כפי ההנאה. ועיין ביד רמ"ה בב"ב שם ומדבריו שם מבואר להדיא כחשבון הסמ"ע, וגם לא כהנחל"ד, שכתב שם להדיא דשיעור ההנאה ושיעור היקפא יתירא שוים הם, עייש"ה וע"ע בחזו"א.

בגמ' טעמא דעמד ניקף וכו' נתקשו הראשונים דאם זנול"ח פטור אם כן מדוע בעמד ניקף חייב, וראה ברש"י שפירש דבעמד ניקף גלי אדעתיה דניחא ליה בהקיפו של ראשון, והתוס' פירשו דגלי אדעתיה דניחא ליה בהוצאה ולא דמי לדר בחצר חברו דגלי אדעתיה רק בחינם, ומקור דברי רש"י ותוס' בסוגיא בב"ב שם דמבואר דטעמיה דרבי יוסי משום דגלי דעתיה אך הוקשה להתוס' דהרי גם בדר בחצר חברו גלי אדעתיה ולזה תירצו וכו'. ויעויין בפרישה [סי' שסג אות ז] שהקשה דגברא דעביד למיגר ודאי דחשיב כגלי דעתיה דניחא ליה בהוצאה שהרי ידעין שהוא עשוי לשכור. והאחרונים הקשו עוד קושיא גדולה דלקמן בגמ' איתא דהשוכר בית מראובן ונמצא של שמעון מעלה שכר לשמעון ומבואר מגמ' שם דתליא בדין ז"נ וזל"ח, וקשה דהרי התם ודאי גלי דעתיה דניחא ליה בהוצאה גמורה. וכבר הקשה כן בשטמ"ק בשם גלין להלן שם. והאו"ש [פ"ג מגזילה ה"ט] והגרש"ש תירצו דלא ניחא ליה בהוצאה אלא כשיש לו קנין וזכות בבית אבל באופן שאין לו זכות ובהעצה"ב יכול לסלקו בכל רגע על זה לא גלי דעתיה כלל.

ועיקר סברת גלי אדעתיה צ"ב טובא, בין לרש"י ובין לתוס' דמאי איכפת לן דגלי אדעתיה סו"ס זה נהנה וזה לא חסר הוא, ויעויין בקצה"ח [בסי' קנח סק"ו] בשם היש"ש שנתקשה בזה וביאר הקצות בדעת רש"י שסובר כהרמב"ם שפסק דמיירי שבנה הכותל שבין שניהם מחציתו בשדה הניקף ומחציתו בשדה המקיף וביאר המ"מ בדעת הרמב"ם דהניקף קונה מחצית הכותל שהיא אצלו בשדהו, ולפי זה ביאר הקצות דהיכא דגלי אדעתיה דניחא ליה זוכה באבני הכותל ולכן צריך לשלם ואין לומר בזה דין ז"נ וזל"ח שאין לך חסר גדול מזה שהרי קנה חצי הכותל ופשיטא דמשלם עליו. וכתב הקצות דכ"ז לדעת רש"י אבל לדעת התוס' דמיירי בכתלים שבין המקיף לרה"ר א"א לו לקנות הכותל ע"י גילוי דעת.

אך לדעת התוס' עדיין קשה וכמש"כ הקצות, ובלא"ה א"א לפרש כן להתוס' שהרי מבואר מדבריהם דגם בדר בחצר חברו אם יגלה דעתו דניחא ליה בהוצאה יתחייב לשלם והתם ל"ש האי טעמא וצ"ב טובא דסו"ס זה נהנה וזה לא חסר הוא.

ויעויין בחי' הגרש"ש שביאר בזה דבאופן דגלי דעתיה אין חיובו מטעם נהנה אלא מטעם משתרשי, שמצינו בגמ' בחולין [דף קלא ע"א] דהיכא שאנסו בית המלך את גרנו עבור חוב שהיה חייב להם ונטלו

מתנות כהונה חייב לשלם כיון דמשתרשי ליה, דהיינו שהורווח לו ממון ע"י המתנות כהונה, ויעויין בתוס' שם שהקשו דאם כן האוכל מתנות כהונה אמאי אמרינן התם דפטור מדין מזיק משום דהוי ממון שאין לו תובעים הרי משתרשי ליה ותירצו דיכול לומר הייתי מתענה. ויעויין בקצה"ח [סי' רמו סק"ב] שהקשה מ"ש מתחב לו חברו בבית הבליעה דחייב משום נהנה ולא יכול לומר הייתי מתענה, וביאר בזה הקצות דהא ודאי דהנהנה חייב לשלם כה"ג ואינו יכול לומר הייתי מתענה דאדרבה על הנאה זו שלא נתענה צריך לשלם כפי שוויה והתם בדין משתרשי דין אחר הוא ואינו מטעם נהנה בעלמא אלא דיש לו ממון ממש שהרוויח ע"י ממון חברו, וביאר דהתם א"א לחייבו באוכל מתנות כהונה משום נהנה דאף זה פטור כמו מזיק דהוי ממון שאין לו תובעים ורק במשתרשי ליה חייב ולכן כל קושית התוס' באוכל היתה מדין משתרשי ולזה תירצו דיכול לומר הייתי מתענה אבל האוכל בעלמא אף דודאי ליכא משתרשי שיכול לומר הייתי מתענה אבל מדין נהנה לא פלט וחייב לשלם.

[ולא ביאר הקצות מדוע בדין משתרשי חייב לשלם במתנו"כ אף דהוי ממון שאין לו תובעין והוסיף בזה הגרש"ש ביאר דמשתרשי חשיב כאילו הוא בעין ולכן במתנו"כ כ"ז שהם בעין ודאי דחייב ליתנם ואין צורך לתובעים]

**ולפי זה חידש הגרש"ש** דהיכא דגלי אדעתיה דניחא ליה בהוצאה זו חייב מדין משתרשי, ול"ד לדר בחצר חברו ואף דהתם בשנים קדמוניות שכר בית זה לא חשיב כמשתרשי שגם האוכל מתנות כהונה מעולם לא נתענה אבל סו"ס אין הכרח דהנאה זו היתה אצלו הרווחת ממון אבל בגדר שהוציא ממון על גדר זו עצמה הוי משתרשי וחייב לשלם אף דלא חסר. **ונוקט הגרש"ש** דמדין משתרשי חייב אף בלא חסרון ומסתברא דטעמיה כמשכ' שם לעיל דחשיב כאילו הוא בעין ופשיטא דממון שהוא אצל חברו כאילו הוא בעין חייב ליתנו לו ואין כאן כלל נידון אם לחייב הנאה בלא חסרון דלא חיוב יש כאן אלא ממוני גבך]

**אך דברי הגרש"ש קשים מאוד להלמם בדברי התוס'** דסו"ס מאן יימר שהיה מוציא כל ההוצאה של הכתלים ויכול לומר דודאי דניחא ליה להשלים הכותל הרביעי אבל לא לשלם דמי מחצית כל ההיקף, וגם יכול לומר דאלמלי שהיה זה גודר ודאי שלא היה הוא נכנס בעובי הקורה לגדור שדהו אבל אחר שגדר ונשאר לו דבר מועט לגדור טרח וגדר ואם אמנם נהנה וניחא ליה אבל משתרשי לא הוי דסו"ס אפשר שאם לא היה זה גודר לא היה הוא מוציא ההוצאה. **והחוש מכחיש** החילוק בין הכא להתם דודאי שמי שאכל כל ימיו יש אומדנא ואנ"ס חזק שלא היה מתענה, יותר ויותר ממי שגדר רביעית לאמוד דעתו שהיה גודר את השאר וזה ברור. והגע עצמך הרי זה היה לו שדה שנים רבות ולא גדרה ועתה כשקנה המקיף שדות הסמוכות וגדר שלש השלים את הרביעית הרי עינינו הרואות דלא ניחא לי' בהוצאה של ד' גדרות אלא בגדר אחת [ואם כי אין זה ראייה דלא ניחא ליה בשותפות די"ל דארבע רוחות לבד לא היה גודר ולשלם מחצית ההוצאה ניחא ליה אבל סו"ס ברור לן שארבע אינו רוצה לשלם ואחת הוא רוצה ומאן יימר לן אי רוצה בתרי או לא]

**ועוד הקשה הגרש"ר** [בשיעורי ב"ב אות צט] דהנה עצם סברת התוס' שיכול לומר הייתי מתענה תמורה מאוד דהרי איש זה מעולם לא התענה ומהיכי תיתי שהיה מתענה ולכן ביאר כוונתם דעצם המציאות שהיה צד כזה שיכול להתענות ובדידיה תליא מילתא זה מפקיע דין משתרשי דמשתרשי היינו שמציאות הפעולה שנעשתה כאן ריבתה אצלו ממון שלא היה לו קודם ובאוכל אין זה כך שהרי סו"ס

היה יכול להתענות ונמצא שלא נתרבה אצלו ממון בפועל, וכיון שכן ה"ה הכא דודאי סו"ס יכול היה שלא לגדור. וצ"ע רב.<sup>196</sup>

בגמ' ת"ש הבית והעליה וכו' יש לעיין בעיקר הדין המבואר במשנה דהרי כיון שבעל העליה שילם הוצאות הבית לכאורה הבית שלו הוא ומדוע משלם כלל שכירות על הבית. וכפ"נ שחלקו בזה ראשונים: דיעוין ברש"י בב"מ במשנה שם שכתב בטעמו של רבי יהודה דמחייב משום דס"ל דזה נהנה וזה לא חסר חייב ומחזי כרבית. והתוס' תמהו שם על רש"י שהרי אם ישרף הבית לא ישלם לו בעל הבית כלל ונמצא שאין כאן הלוואה כלל וליכא בזה חשש רבית. ונראה מזה דלדעת רש"י מקנה בעל העליה את הבית לבעל הבית ובעה"ב חייב לו את תמורתו ולכן כשמשלם לאחר זמן וגם דר בבית הוי כרבית, אך לדעת התוס' אינו כן, ולכאורה נראה מדבריהם דהבית באמת שייך לבעל העליה עד שישלם לו, אך יעוין בקצה"ח [סי' קסד סק"ב] שהקשה דאם כן היאך מוכחין בסוגיין דז"נ וזל"ח פטור מסוגיין ומשנינן דמשום שחרוריתא מגלגלין עליו את הכל הרי הבית שייך לבעל העליה ואת הקרקע לא חיסר כלל.<sup>197</sup> ולכן ביאר הקצות בדעת התוס' דלכשישלם לו יציאותיו יקנה בעל הבית את הבית למפרע, ועיי"ש שהביא דכע"ז מבואר בנמו"י גבי סמך לו כותל אחר מגלגלין עליו את הכל [בב"ב דף ה ע"א] דכשמשלם קונה את הכותל, מיהו בנמוק"י שם לא הוזכר כלל שקונה למפרע אף בדברי הקצות לא נתפרש אם כוונתו דגם שם הקנין הוא למפרע.<sup>198</sup>

<sup>196</sup> ואולי יש לבאר בדברי התוס' דהנה גדר זו נעשית בשביל שניהם ושניהם נהנים ממנה יחדיו ואילו סברא יש לומר שמחמת שקדם האחד וגדר קודם חברו ייחשב הלה נהנה בלא חסרון ונכפה האחד על מדת סדום, הרי סו"ס נעשתה בשביל שניהם, והגע עצמך הרי שיודה הניקף ויאמר שאלמלי שקדמו מקיף היה הוא עומד וגודר וכי בשביל שקדמו זה לא ישלם חלקו הרי הוא הנוקט במדת סדום ולא המקיף, אלא דבעלמא דלא גלי אדעתיה יכול לומר לו אני ממילא לא הייתי גודר ואתה שגדרת מה איכפת לך בהנאתי אך היכא דגלי אדעתיה דניחא ליה בהוצאה אזי חייב לשלם. וביתר עומק נראה דבאמת כל נהנה מממון חברו הרי נהנה מחסרון של המעות שהוציא הלה לקנות או לבנות ממונו אלא דבעלמא כיון שהוא לא היה מוציא והלה ממילא הוציא אין אנו רואים אותו כנהנה מההוצאה שהרי הוא לא היה מוציא אלא נהנה מהממון הקיים אחר החסרון אבל במקום שהוא היה מוציא ממון נמצא שנהנה ממנה שחברו הוציא במקומו ואין לך חסר גדול מזה.

אך לכאורה בדר בחצר חברו ל"ש לומר כן ולמה הוצרכו התוס' לומר דהתם לא גלי אדעתיה אלא בחנם וצ"ע. ואפשר דאף התם סו"ס הבית לדירה נועד והדר בבית חברו לקח ממנו מקצת מתשמישי הבית והרי הוא כשותף במקצת בבית, ואם זה הוציא הוצאה כדי שיהיה לו בית לחמשים שנה וזה דר בו שנה אחת והיה הוא מוציא הוצאות על בית אנו רואים הוצאות וערך הבית כאילו הוצא בשביל שניהם על ידי האחד ודוק.

ולפי זה ניחא דאף אם ברור לן שניחא ליה רק בהוצאת גדר רביעית מגלגלין עליו את הכל דסו"ס נהנה מהוצאת וחסרון חברו והנהנה מהוצאת חברו משלם כל דמי ההנאה. אבל עדיין לא ניחא לן כלל דינא דהדר בחצר חברו דלכאורה ודאי חזינן דניחא ליה בהוצאה וביותר בשוכר בית מראובן ונמצא של שמעון ואמנם האחרונים חילקו דרק עבור קנין מוכן לשלם אבל חילוק זה דחוק דסו"ס ודאי שניחא ליה להוציא ממון, והראיה מיניה וביה מדמעלה לו שכרו משלם וודאי סתימת הפוסקים דמשלם כפי מחיר השכירות הנהוג ולמה לא נשום לו שישלם בפחות מחמת שהיה יכול לסלקו כל רגע, וצ"ע.

<sup>197</sup> בפשוטו היה הקצות יכול להקשות דאמאי מעלה לו שכר כלל הרי הבית שלו הוא, אך בזה י"ל דאח"כ ואינו מעלה לו שכירות הבית אלא דמי שכירות הקרקע להשתמש בה לבנות עליה בית, אך על זה הקשה דאם כן אינו חסר כלום דהשחרורית בכתלים היא והם שלו. וז"ש הקצות דבקרע לא חיסר כלום.

<sup>198</sup> ויש להתבונן מדוע באמת הוא כן ולמה יקנה למפרע, והנה ודאי שבעל העליה ניחא ליה בזה אך בעה"ב מפסיד מזה שאם נפחת הבית משלם לו הוצאותיו שהיו לו בתחילה ולא כפי שוויו כעת [כן מוכח מהא דשחרוריתא דאשייתא מקרי חסר ודוק] ולמה חייב להסכים לקנות למפרע, ואפשר דהא ודאי שכשאינו רוצה לבנות כלל רשאי בעל העליה לבנות בית כדי שיוכל להשים עליה העליה שהקרקע משועבדת לו לזה נמי, וכיון שכן אין בעה"ב

ובדעת רש"י מבואר דאינו כן אלא הוי כהלואה גמורה וע"כ דגם עתה מקנה לו הבית, וכ"מ בתשובת הריב"ש סי' קעה. ולדעת רש"י צ"ב מדוע אין בעל הבית יכול לדור בביתו, ועיין בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש בסוגיין שכתב דהבית הוי כמשכון אצל בעל העליה על הוצאותיו שהוציא.

ויל"ע בסוגיין היאך יכול בעל העליה לדור בבית, וסתמא משמע דאף בעל כרחו של בעה"ב דר ולכתחילה, ואמאי. ועוד קשה שהרי כתבו רוב הראשונים דבמקום מחאת בעה"ב אם דר משלם דאינו יכול ליהנות לכתחילה, ועיין בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש שהקשה כן דהכא לכתחילה הוא והיאך מדמינן להתם. וביאר דהכא יכול לדור בה בעל כרחו דהוי כמשכון אצלו ואין בעה"ב רשאי לדור בה ולכן מדמינן לה להדר בחצר חברו בדיעבד. והדברים צ"ב דאף אם הוא משכון אצלו ואין בעה"ב רשאי לדור אבל סו"ס מהיכן לו רשות לדור בה בע"כ של זה.<sup>199</sup>

ולדעת התוס' לכאורה ודאי יכול לדור דשלו הוא כעת עד שישלם לו, אך יל"ע דמה שקונה למפרע בפשטות גדרו הוא דמענה מקנה לו הבית על הצד שישלם ואם כן כבר כעת הוי שלו אם ישלם והיאך דר בבית וצל"ע.

רש"י ד"ה יציאותיו וכו' וזה לא חסר וכו' רש"י ביאר דחשיב זה לא חסר משום דבלאו הכי לא בעי איהו למבנייה, וצ"ב דמדוע לא כתב בפשיטות דאינו חסר משום דהוא בלא"ה אינו רשאי לדור בבית זה, ואפשר שהוקשה לרש"י דאף שאינו יכול לדור כעת בבית עדיין חסר הוא שאומר לו אני הייתי בונה הבית בעצמי והייתי דר בו ועתה מחמת שבנית אתה איני יכול לדור ולזה ביאר רש"י וכו'.

## דף כב ע"א

### בסוגיא דאשו משום חציו

בגמ' אשו רבי יוחנן אמר וכו' יל"ע לדעת רבי יוחנן דאשו משום חיצו ואיתא בגמ' להלן דחייב בארבעה דברים והיינו דהוי כאדם המזיק ממש אם כן מהו אב נזיקין דאש הרי אדם שנינו כאן. ולדעת רב בריש פ"ק מבעה זה אדם ואם כן איתא במתני' רק שלש אבות שהאדם נשנה פעמיים, ואילו לשמואל איתא בגמ' לעיל [דף ד ע"א] דמתני' לא תני אדם דבנזקי גופו לא קא מיירי, ואם אשו משום חציו הרי הוי נזקי גופו, וצ"ע.

רשאי לומר לו לכשארצה אקנה ממך הבית אלא דיכול להחליט אם רוצה לקנות למפרע הבית או שישאר של בעל העליה, וצ"ע.

<sup>199</sup> ואפשר לבאר עפ"י המרדכי דבדבר שאין בעה"ב יכול להשכיר אפשר לדור אף לכתחילה אפשר ליכנס לכתחילה ולכן הכא כאשר בעה"ב אינו יכול לדור יוכל ליכנס בע"כ ודמי לדר בחצר חברו בדיעבד.

ובזה יש מקום ליישב קושית הרשב"א והגר"א על הרי"ף מסיפא דרבי יהודה, די"ל דסברת הרי"ף דכשהלה חסר והוא משתמש בשל חברו הוי השימוש גזילה והוי כאילו מיחה בו מעיקרא כמש"כ בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש [סוד"ה ת"ש] דבמקום חסרון משלם הכל דהוה לי כמאן דנחית לגוה בתנאי שישלם לו שכרו משלם וכוונתו דאל"ה הוי כגזילה, וכ"ז שייך כאשר יש לבעה"ב אופן להשתמש בו אבל במקום שאין לבעה"ב שימוש בחפץ אין תואר גזילה בלקיחת שימושים כלל ודוק.

רש"י ד"ה משום ממונו וכו' שאינה שלו וכו' ראה בתוס' שהקשו ג' קושיות על רש"י, ועיין בפנ"י שהוסיף להקשות עוד ממתני' לקמן דף ס ע"ב דהשולח את הבעירה ביד פיקח הפיקח חייב, וכן ממתני' דאחד הביא את האור ואחד הביא את העצים. [ויל"ע מדוע התוס' לא הקשו מאלו] ועיין בפנ"י מה שתיקן.<sup>200</sup> ועיין היטב בנמו"י כאן שמשמע מדבריו דפלוגתא דרבי יוחנן וריש לקיש היא במדליק בתוך שלו ולא במדליק בשל חברו, וראה בגמ' להלן בסוע"ב קרא ומתניתא מסייעא לרבי יוחנן וברש"י שם שביאר שהראיה לרבי יוחנן היא ממשמעות הקרא דמיירי במדליק בתוך שלו ומ"מ חשוב מבעיר ומשמע דבשל חברו לכו"ע חשוב מבעיר, ולכאורה משמע מזה דבמדליק בשל חברו מודה ריש לקיש דחייב משום חציו, אך א"א לומר כן, חדא דטעמו של ר"ל דלא מכחו אזיל שייך גם במדליק בשל חברו ועוד דמפורש בגמ' בע"ב דבמדליק גדיש של חברו ונשרף עמו עבד פטור לרבי יוחנן משום קלב"מ ולריש לקיש חייב על הגדיש הרי להדיא דאינו משום חציו, וצ"ע.

**ועיין בשטמ"ק** שכתב לחלק בדעת רש"י דבמקום שחיובו מחמת שפשע ולא שמר אזי אינו חייב אלא בגחלת שלו אבל במקום שהדליק בעצמו האש חייב בכל גווני, וצ"ב אימתי חשיב שהדליק בעצמו האש, ולכאורה נראה דהיינו החילוק שהוזכר לעיל בין מדליק בשלו למדליק בשל חברו דהמדליק במקום שיש לו רשות להדליק בו ורק דחייב בשמירה וחיובו על שלא שמר כ"ז הוא דוקא בממונו אבל במדליק שלא ברשות חייב בכל גווני, שאין בזה צורך לחיוב שמירה ופשיעה בו כדי לחייבו אלא עצם ההדלקה פשיעה היא.<sup>201</sup>

**ולמש"נ לעיל** דברש"י בע"ב משמע דבמדליק בשל חברו ליכא פלוגתא דר"י ור"ל צ"ל דלכו"ע חייב התם מצד פשיעתו כמש"כ השטמ"ק ובזה מודה רבי יוחנן. **ועיין בנמו"י** כאן שמשמע כן להדיא שכתב דבאשו שהדליק בשלו והלכה מעצמה וכו' פליגי ר"י ור"ל. [ונראה דזו גם כוונת רש"י בד"ה אשו, השולח את הבערה] ולישנא דמתני' לקמן דף סא ע"א נקט וכוונתו שלא שימר אשו והלכה מעצמה וג"ז בכלל שולח היינו שאינו משמרה כמו לחפשי ילחנו ובא לאפוקי מדליק בעצמו בשל חברו ודוק] **ולפי זה איכא לעיונא** דטעמו של ר"י משום דממונא איתא ביה ממשא ואם בשל חברו מודה רבי יוחנן תקשי דהא לית ביה ממשא אך צ"ל דלית ביה ממשא הוא סברא שא"א לחייבו בשמירה אך במקום שהדליק בעצמו חייב גם בלית ביה ממשא, ודוק.

<sup>200</sup> לדעת רש"י דבמדליק בשל חברו סובר רש"י דחייב לכו"ע משום אדם המזיק. ולא נחלקו אלא במדליק בתוך שלו שלא שימר אשו והלכה והזיקה אבל במדליק בשל חברו ונתכוין להזיק הוי אדם המזיק, וכתב דכ"ש הוא מכורה בור שהתורה חייבתו. **והדברים אינם מובנים**, דסו"ס היאך הוי אדם המזיק הרי לא עשה מעשה בידים, ואם נפרש דבזה לכו"ע הוי חיציו אם כן אינו תלוי אם הוי בכוונה או לא. גם דלר"ל לא הוי חיציו משום דלא מכחו קא אזלי ומ"ש אם עשה בכוונה בשל חברו סו"ס לאו מכחו קאזלי, ועוד דבגמ' בע"ב איתא בהדליק את גדיש של חברו ונשרף עבד כפות לו דלרבי יוחנן פטור משום קלב"מ ולר"ל חייב, ומוכח להדיא דאף במדליק בשל חברו ובידיים לא הוי חציו, וכפה"נ דכוונת הפנ"י דהוי אדם המזיק בלא דין חיציו וזה אינו מובן, גם השייכות לבור אינה מובנת דהתם לאו משום אדם המזיק הוא דחייב, ועוד דכורה בור אף שלא בכוונה חייב, וצ"ע.

<sup>201</sup> ועיין ברש"י לקמן דף סב ע"ב שכתב דמדליק בשל חברו חייב אף בכלים שאין דרכם להטמין בגדיש משום דמדליק בשל חברו אין לו רשות והוי כמאבד בידים הרי מבואר כמש"נ בפנים, ולמסקנת הסוגיא שם פטור טמון לרבנן שהוא מגזיה"כ נאמר במדליק בשלו ולא במדליק בשל חברו וג"ז קצת סמך לומר שיש כאן שני מחייבים. ועיין בתוס' דף נו ע"ב שכתבו דמעמיד שור על קמת חברו חייב מדין שן ורגל אף שאין השור שלו מדין מעמיד מידי דהוה אמדליק פשתנו של חברו בנרו של חברו, הרי מבואר בתוס' דבמדליק ממש אין חיובו מצד ממונו אלא משום שהדליק, ומשמע מדבריהם דבמדליק אש בנר של חברו והלכה לפשתנו פטור דאינו מעמיד ואין האש שלו וזה כמש"נ, אך בדבריהם בסוגיין מוכח להיפך וצ"ע.

תוד"ה אשו וכו' משמעות דברי התוס' דמי שיש לו גחלת שלא הדליקה נמי חייב משום חציו, וכך כתב המנ"ח [מצוה נו אות א] וזה פלא דסו"ס לא הוא הדליק את האש והיאך יתכן לומר דחיציו הוא, והגע עצמך וכי אדם שיש לו אש שלא הוא הדליקה והלכה והמיתה יתחייב משום רוצח. ועיוין ברא"ש שכתב וז"ל ואפילו הדליק האש בתוך שלו ופשע בשמירתו והלך ודלק בתוך של חברו חשבינן ליה כאילו ירה חץ בידים וכו'. ואפשר דזו כוונת התוס', ומש"כ התוס' ולא שיבעיר האש הכוונה לאש המאכלת את של חברו.

בגמ' ממונו אית ביה ממשא ראה ברש"י שפירש דהשלהבת אית ביה ממשא, ונראה מדבריו דגחלת חשיב יש בו ממשא אלא דכיון שהנזק נגרם ע"י השלהבת א"א לחייבו מדין ממונו. וכ"מ בתוס', ועיין ברשב"א שכתב דהשלהבת אין בה ממשות אלא שהאור נעשה חם ושורף. וצ"ב הסברא מדוע חיוב ממונו תלוי במה שיש בו ממשא, ואפשר שלא חל חיוב שמירה על דבר שאין בו ממש, וראה בתוס' שכתבו דליכא חיוב ממון דליכא ממשא בגוף הממון שפשע בו. ועיין ברשב"א שביאר דהשלהבת אינה ממון כדאשכחן גבי מעילה דגחלת של הקדש מועלין בה והשלהבת אין בה דין מעילה אלא איסור דרבנן, ומזה משמע קצת לבאר דאין לשלהבת תורת ממונו וממילא לא חייב בנזיקין, אך יל"ע בגחלת שאינה שלו שכתבו התוס' – והסכים עמם הרשב"א – דחייב לר"ל דבזה ליכא להך טעמא לכאורה ויל"ע. [וראה מש"כ לעיל בדעת רש"י דבמדליק בשל חברו מודה רבי יוחנן ודוק]

ויל"ע בטעמו של ר"ל האם משום דהגחלת יש בה ממשא וסגי בזה לחייב [אך אין בזה סברא כ"כ דסו"ס השלהבת היא המזקת] או דס"ל דאף בלא ממשא יש חיוב ממונו.

תוד"ה ממונו וכו' כגון צרורות ברוח שבכנפיהם קושית התוס' צריכה פירוש דהרי התרנגול מזיק ברוח והרוח נחשבת ככחו וכמו דפשיטא שאדם שהזיק ברוח חייב דבחץ אין צורך לממשא כמש"כ התוס' בסמוך אם כן ה"ה לחציו של תרנגול והרי הוא חייב על מעשה התרנגול, וצ"ע. ועיון בתוס' ר"פ שכתב דבהזיקו ברוח חשיב יש בו ממש דשם הממון אית ביה ממשא דהיינו בכנפיהם כיון דממונו מזיק אין לקרותו חצים. וצ"ב כוונתו עיי"ה.

שם בתוס' אבל יש חץ וכו' כוונתם מבוארת דהוקשה להו היאך מדמי ליה ר"י לחציו טפי ממונו הרי גם בחציו בעלמא יש ממשא, ועיין בתוס' ר"פ שהקשה כן להדיא. וצ"ב מאי נ"מ אם יש בחץ ממשא או לא דבשלמא בממונו י"ל דאם אין בו ממשא אינו ממונו כמש"כ הרשב"א או דאינו מוטל עליו האחריות עליו אבל בחציו דהוא מעשה ידיה מאי נ"מ אם בחץ יש ממשא. ועיון בתוס' ר"פ שבתחילה תירץ דבחץ נמי אין בהליכת החץ ממש אף שבגופו יש ממשא, וגו' צ"ב דאף בממונו שיש בו ממשא הרי בהליכתו אין ממשא, אך צ"ל דבחץ אין יחס האדם לגופו של חץ אלא לפעולה דלית בה ממשא ומש"כ בממונו ודוק. ועיי"ה בתוס' ר"פ וכל הענין צ"ב.

בגדר חיוב חציו בסוגית הגמ' להלן מבואר דלא לגבי חיוב נזיקין חשיב חציו אלא דהמדליק אש והזיק אדם חייב בד' דברים כאדם המזיק, והמדליק אש ונהרג אדם חייב עליו זה מיתה. וכ"כ הרא"ש כאן לדינא. ועיון בתוס' בסנהדרין [דף עז ע"א] שכתבו דאף לענין שחיטה חשיב ככח גברא וכתבו דלא מסתבר לחלק שחיטה מנזיקין כיון דאפילו לענין מיתה חשיב כחציו. וצריך ביאור הגדר בזה דסו"ס הוא לא עשה. ועוד קשה דבאופן דכח אחר מעורב בו הרי לא הוא עשה הכל ומדוע יתחייב.

והתוס' והר"ן בסנהדרין [דף עז] נקטו בפשיטות דגם אסו"מ שהניחם בראש גגו חייב משום חציו, והתם הרי הרוח הפילתם והוא לא עשה כלום ולמה יתחייב מדין חציו. ובגמ' לקמן איתא [דף ס ע"א] דהכופף קמתו של חברו בפני הדליקה ואתיא ברו"מ חייב וביארו התוס' שם דהטעם דחייב משום דאין

חילוק בין מקרב האש אצל הדבר למקרב הדבר אצל האש, וכתבו התוס' הנ"ל בסנהדרין דחייב משום חציו, ועוד כתבו דהמניח אדם כפות במקום שסוף חמה לבוא אף זה בכלל חציו וחייב, וזה מאוד צ"ב שהוא לא עשה ולא פעל כלום בגוף האש אלא שהניח ממון חברו באופן שהאש שתבוא תשרפנו וכן בכופת לפני החמה הרי לא פעל כלום ומדוע הוי חציו.

**ועיין בחזו"א בגליונות** [בחי' הגר"ח הל' שכנים] שכתב שהולכת הרוח מתיחסת אל האדם בשביל שהוא מכין את האש ומוסרה ליד הרוח.

**ויעיין בר"ן בסנהדרין** [דף עז ע"ב] שהראשונים שם למדו מסוגית הגמ' דהזורק אבן באויר ונפלה תחתיה והרגה פטור שמחמת כובד האבן נהרג ולא מחמת כחו והוי כגרמא, וכתב הר"ן וז"ל והקשו על זה ואמרו דלמה לא יהא חייב אי אולא האבן לתחת ממשי שהזריקה שלו שזרק האבן למעלה חייבה לו הירידה הזאת ולמה לא תהי' העליה הזאת כמדליק האש בשדהו ואח"כ באה רוח מצויה דחייב למ"ד דאשו משום חציו והכי קי"ל שאע"פ שאין האש הולכת בכחו כלל מאחר שהוא מדליקה במקום רוח מצויה רואין אותה כאלו הוא עצמו עשאה וכן נמי תולדה דאש הוי אבנו וסכיננו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו דחייב והיאך לא תהא הזריקה שזרק למעלה ואע"פ שירדו מאליהן כאבנו וסכיננו שהניחו בראש גגו ונפלו דחייב, ותיירצו בזה דאין חיוב נזיקין אלא בכח ובפועל לא במה שנעשה ורוח מצויה פועלת היא ורואין אותה כאלו היה בכח אדם ע"י שהיא מצויה אבל הירידה למטה אין בה פועל של כלל אלא שמחמת כבדה היא יורדת ואף אם הרגו בירידתו לא נעשה זה בפועל אלא כובד האבן הוא שהזיק מאיליו כן כתב ה"ר דוד ז"ל בשם רבותיו בעלי תוספות, ואני אומר דעיקר תירוצא ליתא שמה שהם אומרים שאין חיוב של נזיקין אלא בכח ובפועל לא במה שנעשה ממילא אבל רוח מצויה היא פועלת ורואין אותה כאלו היא בכח האדם אבל הירידה למטה אין בה פועל כלל אלא מחמת כבדה וכו' דא"כ מאן דכפתיה להבריה לפני ארי אמאי פטור הא איתיה הארי הפועל האוכל האדם כמו הרוח המצויה המלכה האש, וכ"ת דלא דמו אהרדי משום דארי אדעת' דנפשי' קא אכיל ומ"ה פטור אבל הרוח המצויה הוא בטבע וכיון שהיא בטבע רואין אותה כאלו היה פועל המבעיר האש א"כ יותר היא בטבע תנועת האבן אל מטה לפי שבכל עת מהעתים תרד למטה אחר שהושלכה למעלה והרבה זמנים יש שאין מנשב שום רוח ואפילו מצויה וכיון שכן יותר ראוי הוא שנאמר שתהיה תנועת האבן למטה פועל האדם כי הוא פועלה בהשליך אותה למעלה יותר מתנועת הרוח המצויה הנעשה בלי שום פעולה. עכ"ל.

**ומבואר מדבריו ומדברי התוס' שהביא** כעין דברי החזו"א דפעולת הרוח והכובד מתיחסת אל האדם כאילו עשאה. ונראה שנחלקו הר"ן והתוס' שהתוס' שהביא הר"ן סברי דדוקא במקום שיש כח הפועל מתיחס פעולתו אל האדם אבל נפילת האבן אינה על ידי כח חיצוני אלא מעצמה נופלת בחוק הטבע, אך הר"ן סבר דכל דבר הנפעל על ידי האדם מתיחס אליו בדין חציו, ודוק.

**ויעיין בחי' רבנו חיים הלוי** [פי"א משכנים] שכתב בדעת הרמב"ם באופ"א דאש הוי באמת חציו דאזיל מכחו, והא דחייב אף בכח אחר מעורב בו זה באמת ילפינן מקרא דחייב אש וילפינן מינה לחיוב מיתה דהוא כגילוי מילתא, ולפי זה כתב דבאסו"מ שהניחם בראש גגו ליכא כלל דין חציו וחייב רק מדין ממונו.<sup>202</sup> והחזו"א בגליונות תמה דסו"ס במציאות אין כאן כחו כלל שאין האש הולכת מכחו אלא בכח עצמה, וצ"ע. ויש לפרש פלוגתייהו שהגר"ח סבר דבאש כיון שהוא יוצר את כח האש חשיב ככח ידידיה לגמרי.

<sup>202</sup> ויל"ע להס"ד דלרבי יוחנן חייב רק משום חציו היאך יפרש דין אסו"מ, ומפורש דחייב באסו"מ בברייתא לקמן כט ריש ע"א [אך אפשר שיפרש ר"י בהזיקו לאחר נפילה ולא כהגמ' שם וצ"ע] אך באמת באסו"מ הרי יש בהם ממשא ואין סיבה לומר שלא יהיה ממונו ומורה רבי יוחנן דחייב וילפינן להס"ד דין אסו"מ מהצה"ש ודוק.

**ויעויין ברא"ה בשטמ"ק** [דף נו ע"א] שכתב שם וז"ל ונראה לי להפרש איכא בין חיוב מיתה לחיוב נזיקין הנזיקין מחייב על גרמתו כיון דהוי גיריה ומיתה ליכא לחיובי על גרמתו אפילו היכא דהוי גיריה אלא במזיק בגופו או בכחו ואשו למאן דאמר משום חציו וחציו ממש כחו גמור חשבינן ליה אבל בעלמא לא. ומסתברא נמי דאבנו וסכיננו ומשאנו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו דחשבינן להו תולדה דאש ליכא למחשבינהו חציו אלא ממונו ובנפל גדר שלא מחמת דליקה דשורו הוא דלא טפח באנפיה. עכ"ל. הרי מפורשים הדברים כמש"כ הגר"ח דאש כחו גמור הוא ואסו"מ משום ממונו חייב.

#### בדברי התוס' בסנהדרין

**תוד"ה כפתו וכו' ומיהו וכו' ואין חילוק וכו' יל"ע** מנא להו להתוס' דכופף קמתו חייב משום חציו הרי י"ל דכל חיובו מחמת ממונו [דלמסקנא מודה ר"י] אבל מנ"ל דהוי חציו, **והתוס'** בסוגיין הוכיחו מהתם דיש חיוב ממונו באש שאינה שלו ואדבריהם קשה איפכא דדלמא התם משום חציו הוא, ושמא לא ניחא להו לאוקמה דלא כר"ל או דס"ל דאין מקום לחייב כה"ג משום חציו, רצ"ע.

**ויש לנו להסתפק** בדעת ריש לקיש מה הדין במקרב דבר אצל חץ, [כגון נפלה אבן מראש הגג והניח זה כלי תחתיה ונשבר] האם מודה דחייב, די"ל דעד כאן לא פליג ר"ל אלא באש אם תואר חץ לה אבל בחץ גמור אף לדידיה אין חילוק, אך נראה דאינו כן דכיון דסו"ס האבן אינה נופלת מכחו בעינן לדינא דאשו משום חציו לחייבו בדדין אש נתחדש דשימוש האדם בכחות הטבע הקיימים ככחו דמיא, ולריש לקיש פטור, רצ"ע.

**שם בתוס' וההיא ראשקיל וכו' צ"ב בסברא** מדוע כה"ג פטור ומ"ש ממקרב הדבר אצל האש, רצ"ל דסילוק מונע אינו חשוב כפעולת קירוב הדבר או האש דאין פעולתו אלא בסילוק במונע ולא בגרם הנזק עצמו.

**שם בתוס' ומיהו קשה וכו' ליחייב מידי דהוה אאבנו וכו' גם כאן דברי התוס' צ"ב** דמנא להו כלל דבאסו"מ יש חיוב חציו עד שהוכיחו משם, דלמא משום ממונו בלחוד הוא דמחייב, [וכ"ה באמת שיטת הגר"ח בדעת הרמב"ם וכ"כ הרא"ה בדף נו דאסו"מ לית ביה חציו אלא ממונו בלחוד] ובדוחק י"ל דאסו"מ ברייתא היא לקמן דף כט ע"א וכיון דלהס"ד בסוגיין לית ליה לרבי יוחנן ממונו אם כן מתפרש הברייתא בהכרח מדין חציו עכ"פ להס"ד, רצ"ע.

**שם בתוס' והא דתנן נפלה סכין וכו' מדברי התוס' מבואר** דהיכא שהפיל הסכין אינו תלוי בדין אשו משום חציו והוי כמעשה בידים, [ואף ששומט אחיזתו והסכין מאליה נופלת חשיב כמעשה ולא גרע מבידקא דמיא] **ואם כן צ"ב** דבנפלה מתחת ידו נמי הוי מעשה גמור ואם אינו מעשה כי מאיליה נפלה הסכין ולא הוא הפילה אם כן מה יושיענו דין אשו משום חציו, רצ"ע.

**ומצאנו בשו"ת קול מבשר** [ח"ב סי' כה] שהקשה ע"ד התוס' מהא דאיתא בחולין [דף טז ע"א] דשחט בסרנא דמיא שחיטתו פסולה ופירש רש"י שם משום דלא נשחטה מכח אדם, והנה לכאורה מיירי שהיה הגלגל מסתובב מכח המים והוא מקרב הבהמה אצל הגלגל, ואם כן להתוס' מדוע לא יתחייב משום חציו כיון דאין הבדל בין מקרב הדבר אצל האש למקרב האש אצל הדבר. **ויש לדון** דאף שהתוס' כתבו דאין חילוק בין מקרב וכו' כ"ז הוא גבי נזיקין ומיתה אבל בשחיטה דבעינן מעשה חיובו הוא רק כשפועל בסכין ולא בבהמה וצ"ע ודוק.

**ויעויין בחי' הגר"ח** [פ"א משכנים] שכתב לחלק דאף דלגבי נזיקין ורציחה חייב מ"מ לא דמי לשחיטה דבנזיקין ומיתה בעינן שיעשה המעשה על ידו וע"י דין חציו נחשב שהמעשה נעשה על ידו אבל מ"מ כחו אין כאן ובשחיטה בעינן כח גברא.



**ויעויין בתורת הבית להרשב"א** [בית ראשון סוף שער ראשון] שהביא בשם בעלי התוס' שחילקו בין מיתה לנזיקין ונתבאר החילוק בדברי הרא"ה שם בבדלה"ב שכתב וז"ל גבי נזיקין כל היכא דאיהו גרים חייב ואדם מועד לעולם וכו' אבל בשחיטה אע"ג דלא בעי כוונה כלל הצריכה התורה כח אדם וכו' עכ"ל. וכן דעת הרשב"א שם במשמה"ב.

**שם בתוס' עוד יש לפרש דברי התוס' כאן סתומים מאוד, ועיין במהרש"ל שהגיה בדבריהם וגרס דאש** וכו' ברוח שאינה מצויה, ותמה עליו המהרש"א דברוח שאינה מצויה פטור גם בדיני ממונות ומהו שכתבו התוס' דלגבי ממון חייב, ועיין גם בתוס' רא"ש שהגרסה כהתוס' שלפנינו. והמהרש"א פירש דס"ל להתוס' דלא אמר ר"י אשו משום חציו אלא באש ההולכת מעצמה בלא רוח כלל אבל במקום שהולכת רק ע"י ר"מ חייב רק משום ממון ומשום דהוי ככח כחו, ומתפרש כוונת התוס' לדרכו דכח המזיק של האש הוי ככחו של האדם המפעיל אותו וכח ההליכה הנוסף על ידי גורם חיצוני הוי ככח המפעיל את האש נמצא שכה"ג הוי האש ככח כחו ולכן גם המניח אדם כפות במקום שסוף חמה לבוא כח הילוך החמה מפעיל את כח החום של החמה ונמצא זה ככח כחו, וכן הזורק אבן למעלה הרי כחו המגביה את האבן למעלה גורם לכח המפילה למטה והוי ככח כחו והוא הדין באש המהלכת ברוח מצויה שאינה אלא ככח כחו ופטור לגבי מיתה ונזיקין.

**והמשך דברי התוס' ול"ד וכו' פירש המהרש"א דמש"כ התוס' דהא אש וכו' אינו הסבר מדוע לא דמי** לצרורות אלא חוזר לדבריהם לעיל נוכחאילו באו הדברים במאמר מוסגר בתוס' דחייב נ"ש ולא דמי לצרורות דמשלם ח"נ ולא פירשו התוס' מדוע לא דמי, ועיין בתוס' רא"ש שכתב דל"ד לצרורות דהלכתא גמירי לה, ולפי זה מתפרש דהיה קשה להתוס' דכמו דבצרורות דהוי כח ממון חייב ח"נ ה"נ אי משום ממון מתחייב אם כן דמיא לכחו דממון דהרי כח דכח יש כאן ולזה תירצו דצרורות הלכתא גמירי לה וצ"ע]

**והחזו"א** [בב"ק סי' ב אות א] תמה על המהרש"א דהרי עיקר צורת אש הוא בכח אחר מעורב בו ובודאי בזה פליגי ר"י ור"ל, ועוד דהגמ' לקמן פריך לרבי יוחנן טמון באש היכי משכח"ל ולהמהרש"א הרי משכח"ל באש בעלמא המהלכת ע"י ר"מ. <sup>203</sup> וצ"ע.

**ויעויין בתוס' רא"ש** שבעיקר ההסבר מפורש כהמהרש"א שכבר בתחילת דברי התוס' גבי כפתו והביאו כתב התוס' רא"ש דאף שאין החמה כעת שם דמיא לאש דמטיא ברוח מצויה, ובתי' השני פירש כהתוס' דבאמת באש ברו"מ חייב רק לענין ממון. ואולי יש לפרש דמש"כ התוס' דדוקא לענין ממון וכו' אין כוונתם לומר דלא הוי אדם המזיק אלא כוונתם דלענין חיוב עונש מיתה כח כחו לאו ככחו ולענין חיוב ממון חייב בכח כחו ולפי זה א"ש קושיות החזו"א, אך אין מובן להמשך דברי התוס' במש"כ

<sup>203</sup> ועוד קשה טובא דלהס"ד דלית ליה לרבי יוחנן משום ממון אטו סובר דאש המהלכת ברוח מצויה פטור, והרי משניות מפורשות וערוכות הן דחייב, חדא מתני' דהשולח את הבעירה ביד חש"ו דחייב וחש"ו ודאי לא עדיף מרו"מ, וכן מתני' דגמל דבהניח חנווני נרו בחוץ החנווני חייב דהגמל הוי כרו"מ, ועוד מתני' דעברה דרך הרבים וגדר וכו' והיאך תעבור בלא רוח, וצ"ע. ועכצ"ל דלהס"ד דרבי יוחנן דוקא משום חציו מחייב אף ברו"מ מחייב ולא כתבו התוס' לחידושם אליבא דמהרש"א אלא למסקנא דמודה ר"י דחייב משום ממון וכפה"נ דלכן לא הקשה החזו"א מכ"ז, אך אינו ברור המקור לחלק בזה בגדר חציו בין הה"א למסקנא,

דמודה ר"י דאשו משום ממונו וצ"ע.<sup>204</sup> [ובתוס' רא"ש באמת ליכא לתוספת זו כלל, ואולי הגהת תלמיד היא ובאה על הגליון לפני תיבת ולא דמי וכו', וצ"ע]

**יש להעיר בדברי התוס'** דמכ"ד משמע דהמניח אדם כפות במקום שהחמה כבר זורחת פשיטא להו דחייב ולא נסתפקו אלא במקום שסוף חמה לבוא, ויש להסתפק אי הוי מעשה גמור ואין צורך בזה לדין אשו משום חיציו, וה"ה במשליך דבר אל האש הוי מעשה בידים או דהך נמי משום חיציו הוא ורק דפשיטא להתוס' דבכה"ג הוי חיציו ול"ד לכח כחו, ויל"ע. ולכאורה דמיא למקום גחלת דחשיב כמעשה בידים מדמחייב ר"ל נ"ש אמקום גחלת בכלב ול"ה צרורות, ומוכח דכח המאכל של האש שהניחה חשיב כמעשה ידיה. וכמו"כ נראה דאין בזה חילוק בין מקרב הדבר אל האש או האש אל הדבר בזה לכו"ע.

---

<sup>204</sup> עוד יש לדון ולפרש דהנה בדין כח כחו בנזיקין נחלקו ראשונים, דהתוס' בסוגיין [ד"ה ורבי יוחנן] נקטו דהוא בכלל ספק הגמ' לעיל דף יט ע"א, והרא"ש לעיל שם כתב דלרבנן ודאי דכח כחו ככחו דמי ורק לסומכוס מספקא להגמ' ולפי"ז י"ל דהתוס' רא"ש שכתב דל"ד לצרורות דהלכתא גמירי לה לשיטתו אזיל, אבל התוס' כוונתם להקשות דכיון דכח כחו מדינא פטור אין לך לחייבו אלא לכל היותר בח"נ כצרורות ולכן לא תירצו כהתוס' רא"ש וצ"ע לפרש המשך דבריהם לפי"ז.

## פרק מרובה

דף סב ע"ב

מתני' מרובה מדת וכו' עיין בר"י מלונל שביאר דתנא פרקין אחר דיני ממון המזיק לפי שגנב וגזלן אף הם מעשרים וארבעה אבות נזיקין, וראה במאירי שכתב חלק השני מזו המסכתא הוא לכאור בתביעות הבאות על ידי היזק מאדם לחברו מצד גופו דרך גנבה עכ"ל. ומכ"ז מתבאר דשורש חיוב גנב וגזלן [בין אקרן בין כפל ודו"ה] הוא מחמת שבגניבתו הזיק וחסר את ממון חברו, אלא שהיזק הנעשה ע"י כילוי החפץ ברשות בעליו הוא פרשת מזיק והיזק הנעשה על ידי שנטל ממון חברו לרשותו שלו הוא הנקרא גנב וגזלן. ויתבאר בארוכה לקמן בהמשך הסוגיא.

מתני' מרובה מדת תשלומי כפל וכו' יש לחקור בגדר דין דו"ה אם הוא עונש על הגניבה או עונש על הטביחה, דהנה בפשוטו חייבה תורה כפל על הגניבה וכשטבח נענש על הטביחה בדו"ה. נהיינו בב' וג' כי כבר נתחייב בכפל ועתה מתחייב עוד שנים] אבל יש מקום לומר דבאופן שגנב וטבח נענש על הגניבה – בצירוף עם הטביחה – בדו"ה, דגניבה כזו שגמרה באופן כזה ענשה חמור יותר. ולקמן בגמ' איתא [נדף סח סוע"א] שהתורה חייבתו דו"ה משום דשנה בחטא או משום דנשתרש בחטא, ולהצד הראשון הביאור הוא דהחטא השני חמור יותר אך להצד השני הגדר דכששנה או נשתרש בחטאו הראשון נענש על החטא הזה עצמו הוא באופן חמור יותר.

וכמה ראיות יש בדבר. דיעויין בגמ' לקמן [נדף סח סוע"א] דאיתא התם מימרא דרבי יוחנן מדוע חייב על שור ארבעה ועל שה חמשה משום דאת השה הרכיב הגנב על כתיפיו, ומה שעשה הגנב כן היה בשעת גניבה ולא בשעת טביחה ומה זה טעם להקל בעונשה של טביחה וקצת ש"מ מזה דהוא עונש על הגניבה. וראיה לזה מדברי התוס' לקמן [נדף סו ע"א ד"ה טלאים] שכתבו דאם גנב בהמה שמנה וטבחה כשהיא כחושה משלם דו"ה כפי שהיתה בשעת גניבה ואם נימא דהוא עונש על הטביחה אין סברא שישלם כשעת גניבה, ובגמ' לקמן דף סח איתא דמשלם דו"ה מפני שנשתרש בחטא או לחד מ"ד מפני ששנה בחטא וצ"ל דהכוונה דכשנשתרש ושנה בחטא הרי נענש על החטא כולו באופן חמור יותר, וכן יש שדקדקו ממשנתינו דתנן מרובה וכו' ואם הכפל הוא עונש על הגניבה ואילו הדו"ה הוא עונש על הטביחה אין שייך כ"כ להשוותם [כמו שלא כתבה המשנה שמרובה מדת כפל ממדת שלומי שלשים של עבד שנוהגת באדם בלבד]<sup>205</sup> ועוד יתבאר בזה לקמן בדף סו בע"ה.

ויש בזה עוד חקירה נוספת האם הדו"ה בא כתוספת על הכפל או במקום הכפל, דבפשוטו התורה חייבה כפל אגניבה וכשטבח שור או שה משלם עוד שנים או שלשה על הטביחה, אך י"ל באופ"א דכשטבח ומכר ליכא תו חיוב כפל אלא חל עליו השתא במקום זה חיוב דו"ה לשלם בנוסף על הקרן וחיוב כפל ליתא כה"ג כלל. [ומסתברא דשייך לדון כן להצד דהדו"ה הוא עונש על הגניבה אך להצד דהדו"ה הוא עונש על הטביחה בלחוד לא מסתברא כלל שפקע הכפל וחל דו"ה, דמדוע יפקע עונשו על הגניבה מחמת שחטא בחטא אחר ונענש עליו]

<sup>205</sup> וכן יש לדקדק מדברי הרמב"ם בסה"מ עשה רלט שכתב שם וז"ל והמצוה הרל"ט היא התורה שהורנו בדין הגנב שנקנס אותו תשלומי כפל או תשלומי ארבעה וחמשה או נהרגו או בא במחירת או נמכרוהו ובכלל כל משפטי הגנב כמו שהתבאר בכתוב (שם). ומשמע מדבריו דכלל דין דו"ה בכלל המצוה לדון דיני הגניבה ואם הוא עונש על הטביחה בלחוד ה"ל למנותה כמצוה בפני עצמה.

**ויעוין בגמ' בב"מ** דף נז דממעטין הקדש מדו"ה משום דבהקדש ליכא כפל נילפינן לה מדכתיב שנים ישלם לרעהו - ולא להקדש וממילא גם דו"ה ליכא בהקדש משום דדו"ה אמר רחמנא ולא שלשה וארבעה, וחזינן מזה דהחיוב דו"ה הוא תוספת על חיוב הכפל דאל"כ יתחייב בהקדש דו"ה כולם, **ויעוין בר"ח בשבועות דף מב ע"ב** שכתב דהכפל הוא דבר שגורמתו הגניבה והג' מתחייב ע"י המכירה ובהקדש דליכא כפל ליכא נמי הג' שע"י המכירה, ומבואר כנ"ל דהמכירה מחייבתו ג' בתוספת על הכפל.

**ואולם הרמב"ם** [בפ"א מגניבה ה"ו] כתב וז"ל תשלומי כפל נוהגין בכל חוץ משור ושה שהגונב וכו' וטבח ומכר משלם על השה תשלומי ארבעה ועל השור תשלומי חמשה **עכ"ל**, **ויש לדקדק מזה** דבטבח ומכר פקע מיניה דין כפל וחל עליו דין דו"ה, **וכמה ראיות יש** לצד זה: (א) יעוין בטור בסי' שנ סעיף טז שנראה מדבריו שהגונב בחול וטבח בשבת פטור מדו"ה וגם מכפל, והב"י תמה שם ע"ז וכתב להגיה לשון הטור ועיין בדרישה שכתב דבכל כחה"י של הטור איתא כן כפי שהוא לפנינו ועיי"ש שכתב לבאר דברי הטור, ואי נימא דכשטבח פקע חיוב כפל וחל חיוב חדש של דו"ה הרי דברי הטור מבוארים בפשיטות.<sup>206</sup> **ובמאירי לקמן בדף עב ע"א** על המשנה שם דעדי גניבה ואח"כ עדי טביחה והוזמו כולם הביא המאירי שיש שגרסו שהראשונים משלמים כפל והאחרונים שלשה וארבעה וכתב המאירי דהעיקר כהגרסא שהאחרונים משלמים שנים ושלשה, **ולהגורסים** שלשה או ארבעה יש לבאר דבטביחה חל עליו חיוב שלשה ופקע הכפל.<sup>207</sup> **ולדרך זו קשה** מדרשת הגמ' דדו"ה א"ר ולא ג' וד', וצ"ל דאף אם חל חיוב חדש של דו"ה אבל ודאי שאם חייבה תורה ד' ופטרתו מכפל היינו משום דגניבה וטביחה ראוי לענשם בד' בצירוף חומר שני העוונות ואם כן גבי הקדש שפטור מכפל לא מסתברא שחייבתו תורה דו"ה אלא היה ראוי שיתחייב ג' וד' וכיון שלא מצאנו בתורה חיוב כזה אלמא פטרה תורה לגמרי הקדש מדו"ה.<sup>208</sup>

**מתני' בין בדבר שיש בו רוח חיים וכו' עיין בהגהת חשק שלמה** שדן בגנב שור ושה שחוטים ומכרם האם יש בו חיוב דו"ה, **והעירו בזה** דהדבר כמעט מפורש במשנה דאיתא דכפל מרובה מדו"ה שנוהג בדבר שאין בו רוח חיים ואם נאמר דדו"ה יש גם בשחוטים אם כן גם דו"ה נוהג בדבר שאין בו רוח חיים ואין מדת כפל מרובה בזה.<sup>209</sup>

**מתני' אין הגונב אחר הגנב וכו' דין זה דגומה"ג** ילפינן לה לקמן בדף סט ע"ב מקרא דוגונב מבית האיש ולא מבית גנב, **ונחלקו בזה אחרונים**, דעת הקצה"ח ונתייה"מ [בסי' לד'] דהוא פטור גמור גם מדין קרן ואינו חייב כלום. **אבל דעת האמר"מ** [סי' לב סק"ו] **והאו"ש** [פ"ג ה"ב מגניבה] **והחזו"א** [סי' טז סוסק"ז] דגומה"ג פטור מכפל וחייב בקרן, **וביאר החזו"א** דפטור גומה"ג הוא מדין גנב אבל מקרן דגולן לא נמלט,

<sup>206</sup> אך העירונו דאפשר דכיון דפקע חיוב דו"ה מדין קלב"מ אם כן חיוב כפל במקומו עומד, ויל"ע בזה. והדרישה שם כתב דבהא דכיל רחמנא תשלום כפל בהדי דו"ה כדכתיב חמשה בקר וגו' מבואר מזה דהיכא דאינו חייב ג' על הטביחה אינו חייב כפל על הגניבה ואין נראה לפרש דבריו כמש"כ בפנים דלהלן הקשה שם דאם כן יפטר אף מקרן וע"כ ממשמעות הקרא דריש.

<sup>207</sup> אלא דצ"ע אם כה"ג משלמים שלשה שסו"ס לא זממו להפסידו אלא שנים ודמיא למלוה לעשר שנים והם אומרים ל' יום וצ"ע.

<sup>208</sup> ונמצא לדרך זו דאין ילפותא זו דגו"ד גדר הדין אלא טעמו אבל בסופו של דבר יש הפקעה גמורה מהקדש לענין דו"ה ועיין בפנ"י בדף סח ע"ב שכתב כן וכן יש להוכיח מסוגית הגמ' שם דמוקי לה שהקדיש בעלים בבית גנב ומ"מ פטור מדו"ה גבי הקדש אף שכה"ג לא הוי ג' וד' שהרי חייב כפל לבעלים עיי"ש ודוק ועיין במשי"ת להלן שם. <sup>209</sup> וז"ל הר"ח [בספר אהל ישעיהו, שיטה מקובצת הנר] שמדת כפל נוהגת בכל דבר שיש בו רוח חיים ואפילו בדבר שאין בו ר"ח ותשלומי דו"ה אינה נוהגת מכל בעלי חיים אלא בשור ושה בלבד וכו' עכ"ל.

[והוא כהיסוד שכתבו כמה אחרונים דכל גנב איכא ביה גם דין גזלן לאיחיובי בקרן ורק דנוספה לו פרשת גניבה להוסיף לו חיוב כפל ולכן כשנתמעט מדיני גניבה עדיין תורת גזלן ל<sup>210</sup>]

**ולהצד** דפטור מקרן נחלקו הקצה"ח והנתיה"מ בהבנת הדברים, דהקצות למד דגדר הפטור הוא דחפץ שהוא 'אינו ברשותו' של הבעלים ליכא ביה פרשת גזילה כלל ולא נאמר חיובו של גזלן אלא באופן שהיה החפץ ברשותו ושליטתו של בעליו וזה בא ונטלו, **אך הנתיבות ביאר** דפטורו הוא מחמת שלא הוסיף בגניבה שכבר היה החפץ גנוב ומורחק מבעליו קודם מעשיו של זה והשתא לא עביד מידי, ולכן חידש שם דהיכא שהוסיף על גזילת הראשון וכגון שהזיקו [וזה ביאור דין תברה ושתייה לדעת הנתיבות] או עשה בו שינוי או השתמש בו בכל אלו חל דין גנב גם בגומה"ג. **ונמצא לפי זה ב' דרכים** בפטור גומה"ג מקרן או משום דהחפצא שכבר גנוב ליכא בו תורת גניבה [כדרך הקצות] או משום שאין מעשה הגנב מעשה גניבה [כדרך הנתיבות]

**והאמר"מ** [בסי' לב סק"ו] תמה תמיהה עצומה ע"ד הנתיבות ממתני' דידן דמפורש דאין הטובח ומוכר אחר הגנב משלם דו"ה והרי הכא הזיק החפץ בידים והוסיף על גניבת הראשון ולמה לא ישלם קרן כפל ודו"ה. **ומבחי קושיא זו** ביאר האמר"מ שהנתיה"מ לא נתכוין ללמוד פטור קרן דגומה"ג מקרא דוגנוב מבית האיש ולהגביל פטור זה למקום שלא הוסיף בגניבה, אלא אך פטורא מסברא ידעינן לה דכל שלא הוסיף בגניבה אין כאן כלום, וקרא דוגנוב מינה ילפינן דאפילו היכא שהוסיף בגניבה ונתחייב קרן מ"מ מתמעט מגזיה"כ מכפל וממילא גם מדו"ה [ואמנם זה דוחק בסתימת דברי הנתיבות אבל דוק בדברי הנתיבות שכתב דאם עשה שינוי וכדו' חייב משום גזילה ולא כתב דחייב משום גניבה] אך עיין שם בהערה שהקשה עוד ע"ד הנתיבות וצ"ע.

**הרי למדנו שתי שיטות באחרונים** אם משלם גומה"ג קרן, **ולכאורה נראה שנחלקו בזה ראשונים דיעויין בגמ' לקמן** בדף סח ע"א ת"ר וכו' דאיתא בגמ' דגנב שני פטור מכפל וחייב בקרן ועיי"ש ברש"י שכתב דמשלם קרן לגנב ראשון, ובפשוטו מבואר מזה דכלפי הבעלים פטור אף מקרן, **ויעויין ברשב"א** בדף סז ע"ב שהביא בשם הירושלמי שנסתפק למי ישלם קרן דאם ישלם לבעלים פעמים שאינם מודיעים לגנב [והיינו דהבעלים יתבע מהגנב שנית] ואם יחזיר לגנב פעמים שאינו מודיע לבעלים, ומסיק הירושלמי דמשלם לבעלים בפני הגנב ולכאורה מפורש מדברי הרשב"א בשם ירושלמי דמשלם קרן לבעלים וכדעת האחרונים בזה. **ונמצא** שלדעת רש"י פטור גומה"ג אף מקרן כלפי הבעלים ואילו לדעת הרשב"א חייב בקרן.

**ויעויין בטור** [בסי' שמח] שהביא מתשובת הרא"ש גבי אדם שסייע לגנב ומפורש שם ברא"ש דאם נתכוין לגזול חייב בקרן. **וכך למדו האחרונים** [מלבושי יו"ט חו"מ סי' יא] מדברי התור"ד לקמן בדף קיא דגנב שני משלם קרן לבעלים ודלא כהקצות והנתיבות [ויתבאר דברי הרי"ד להלן] **ואף בדברי רש"י משמע כן בריש הגזול בתרא** [דף קיא ע"ב ד"ה ברשותיה וכו'] שכתב גבי גזל ובא אחר ואכלו שהשני חייב משום דנעשה כגזלו מבעליו ומשמע דמשלם מדין גזלן ולא כהקצות שסובר דהוי רק מזיק. וכן להלן שם [בדף קטו ע"א ד"ה דרב חסדא] כתב שהלוקח מן הגנב 'לגבי האי מיהא גזלן הוא' [כוונתו דכלפי הבעלים עדיין הוא גזלן אף ששילם לגנב]<sup>211</sup> **אך יעויין בתוס' שם לקמן** [דף קיא ע"ב ד"ה גזל] שכתבו דבגנב ובא אחר ונטלו קודם יאוש ואכלו לאחר יאוש פטור מלשלם וחזינן מדבריהם דלא חל עליו חיוב דמים בשעת

210 וביסוד זה דחיוב קרן דגנב הוא מדין גזלן יעויין להלן בהערות 242 ו243.

211 והעירוני ד"ל דמש"כ רש"י דמשלם קרן לגנב ראשון מיירי באופן שהראשון שילם לבעלים כפל כמשמעות הברייתא דהראשון משלם כפל והשני קרן ואז פשיטא דמשלם לגנב דכלפי בעלים כבר נפטר. וצ"ע.

גניבה מהגנב דאל"כ לא היה היאוש פוטרו אלא דבשעת אכילה הוא דמתחייב ומשמע דלא כרש"י. [וראה לקמן בתוס' בדף סז ע"ב סוד"ה אמר עולא ובמשי"ת שם] ולפי זה צ"ל דבאכלו קודם יאוש מדין מזיק הוא דמתחייב או מדין נהנה.

**וכן יעויין בריטב"א בב"מ** [דף כו ע"ב ד"ה עובר] גבי מי שמצא אבידה ונטלה ע"מ לגזלה דאיתא בגמ' שם דעובר משום לא תגזול, וכתב הריטב"א 'אע"פ שלא גזלה מיד חברו דכיון דברשות מריה קיימא קודם יאוש כמי שנטלה מחצרו דמי וקרינן ויגזול את החנית מיד המצרי וכו' עכ"ל. וכבר עמד בזה הגרש"ר [בשיעורי ב"מ שם] דמבואר מדברי הריטב"א שאם היתה האבידה נחשבת כאינו ברשותו לא היה בזה לאו דלא תגזול, ומוכח כהקצות דכשהחפץ אינו ברשותו של הבעלים ליכא כלל דין גזילה וא"כ מסתברא דאף מקרן פטור.

**ובטוש"ע** [סי' שסא ס"ה] איתא דאם גנב אדם מהגנב יכול הבעלים לגבות מהראשון או מהשני או מכ"א מחצה, ומדקאמר דיכול לגבות מכ"א מחצה הרי להדיא מיירי כשאין הגניבה בעין וכתב שם עוד שאם פרע הגנב השני לגנב הראשון אינו נפטר בכך מהבעלים 'כי אין דינו של שני אלא עם הבעלים' **ועיין שם בהגהת הגר"א** שהביא מקור הדברים מהירושלמי המובא ברשב"א. ומבואר להדיא דהגנב השני משלם קרן לבעלים. **ותמוה מאוד** שהקצות והנתיבות הסכימו שניהם שפטור ולא הזכירו מאומה מדברי הטוש"ע, וצ"ע.

**בשורש מחלוקת הראשונים והאחרונים בזה בדברי האחרונים** שהשיגו על הקצות וסברו שיש חיוב קרן מצינו שתי דרכים יסודיות: **יעויין בחזו"א** [סי' טז סוסק"ז] שביאר דודאי נכוננו דברי הקצות דנתמעט גומה"ג לגמרי מפרשת גניבה אבל חייב קרן מדין גזול דכל גנב יש בו גם הקרן דגולן דבשביל שעשה בדרך גניבה לא נפקע ממנו חיוב גזול דעלמא. **וכן הביאו בחי' הגר"נ בשם הגרי"ז** שאמר דבכל גנב יש גם חיוב קרן דגולן ולכן אף דנפטר מדין גנב מקרא אבל מחיוב קרן דגולן לא נמלט. **ועיין בשיעורי הגרש"ר לב"מ** [סי' לח] שהביא שם בשם הגרי"ז על הא דאיתא התם דמי שמצא אבידה ונטלה ע"מ לגזלה עובר משום לא תגזול ומקשים מדוע עובר משום גזילה הרי זה גניבה שנטל שלא מדעת הבעלים, **וביאר הגרי"ז** דבגומה"ג נתחדש פטור מפרשת גניבה כל שאינו ברשותו של בעלים אבל עדיין יש לו חיוב קרן דגזילה וכן"ל ולכן באבידה שכתב הנתיבות דחשיבא אינו ברשותו [נולדא כדברי הריטב"א הנ"ל דאבידה חשיב ברשותו] אם כן ליכא בזה דין גניבה אלא קרן דגזילה.<sup>212</sup>

**ויעויין בתורי"ד לקמן** [בריש פרק עשירי] שכתב שחלוק דין הגנב מדין הגזול דאם גולו שני משלם לבעלים ולא מצי למימר ליה לאו בע"ד ידידי את אבל גנב אינו משלם כפל, ומעיין דבריו נראה שאין כונתו לחלק בין גנב לגזול אלא בין חיוב קרן לחיוב כפל דחיוב קרן לבעלים איתא גם בגומה"ג וחיוב

<sup>212</sup> עצם היסוד כתבו כמה אחרונים דכל גנב אית ביה גם קרן דגולן, ומביאים מקור לזה מדברי תשובת הרי"ף המובאת בשו"ת הרשב"א ח"ו סי' רפו שכתב שם דכל גנב עובר גם על לאו דלא תגזול 'שהגזלה בכלל הגניבה היא' וכו' וכן כתב רבנו בחיי בפרשת קדושים דכל גונב הוי גם גזול ואיסור גניבה הוא בכלל לא תגזול. ובאמת דיש לומר דבר זה בשני אופנים עיין בשיעורי הגרש"ר שם שהגרי"ז ביאר דאף בפרשת גניבה נתחדש חיוב קרן דגניבה אך דזה אינו פטור מגולן ולכן בכל מקום שנתמעט מחיוב גנב נשאר גזולן, אבל הגרש"ר עצמו סבר באופן פשוט יותר דחיוב קרן דגנב הוא מדין גזול ופרשת גניבה לא נתחדשה אלא לענין כפל והיינו דגולן הוא שם כללי למעכב ממון חברו אצלו שחייב בהשבה ובאונסין וחדשה תורה שכאשר נעשה דבר זה באופן ובצורת גניבה אזי חייב אף כפל ועובר אף משום לא תגנוב אבל חיוב הקרן עצמו לעולם מפרשת גזילה הוא, ויש בזה ראיות לכאן ולכאן ואכ"מ.

כפל שנתחדש בפרשת גניבה ליתא, ומשמע מכל דבריו כהדרך הנ"ל דהקדן המחוייבת כאן היא מדין גזילה ולא מדין גניבה.

**ואולם יעויין באבהא"ז** [פ"ג הי"ג מגניבה] בשם מהרי"ל דיסקין שכתב דגומה"ג פטור מכפל אבל חייב בקרן וכתב שם דאם אין לו לשלם נמכר בגניבתו, **ומוכח מדבריו** גדר אחר בזה והוא דפטור גומה"ג אינו קאי כלל על קרן אלא ודאי גנב גמור הוא וחלים עליו חיובי גניבה ואף נמכר בגניבתו [ולא מדין גזלן שגזלן לעולם אינו נמכר] אך מכפל גרידא פטרתו תורה. **וכן מבואר באו"ש** [בפ"ג ה"ב מגניבה ד"ה לכאורה] דחייב קרן דגנב ועובר משום לא תגנובו ועיי"ש שהביא שכ"כ הקרית ספר להמבי"ט.

**ולדעת הקצות והנתיבות** דפטור מקרן דאין בזה חילוק בין גנב לגזלן אלא פטור לגמרי דאין חיוב גניבה וגזילה כלל באופן דגומה"ג, וכמש"כ הקצות להדיא דפטור בגזילה ואפילו לאו דלא תגזול ליכא ביה. [וע"ע בקוב"ש שהעיר היכי ילפינן מקרא דכתיב גבי גניבה דאף בגזילה פטור ומצינו מקומות דלא ילפינן גזילה מגניבה עיי"ש]

**ויעויין בתוס' חדשים למשניות** שהעיר במתני' דידן דאף הטובח ומוכר אחר הגנב אינו משלם דו"ה, והרי קרא דוגונב קאי על כפל ולא על דו"ה, **וביאר התו"ח** דפטור מדו"ה משום דארבעה וחמשה אמר רחמנא ולא שלשה וארבעה, **וזה כדאיתא בגמ' בב"ב** על הא דמבואר במשנה שם דגונב הקדש פטור מכפל ודו"ה וגבי כפל ילפינן לה מקרא דרעהו ופטור ארבעה וחמשה יליף הגמ' שם משום דדו"ה אמר רחמנא ולא שלשה וארבעה, **אך העיר בזה התו"ח** דאם כן היתה הגמ' בסוגיין צריכה לפרש כן דזהו מקור הפטור כמו דמפרשינן התם בב"מ.

**ולדרך הקצות והנתיבות** דגומה"ג פטור אף מקרן ואין כאן גניבה וגזילה כלל הרי פשוט דלק"מ דחיוב ד"ה שייך רק בגנב והוא אינו גנב כלל ואף כשר לעדות.<sup>213</sup> **וכן לדעת החזו"א והגרי"ז** נמי לא קשה דאף דחייב קרן דגזילה אבל מפרשת גניבה נתמעט לגמרי ולכן אינו משום דו"ה דבגזלן ליכא דין דו"ה ומגניבה הרי נתמעט. **אך לדעת המהריל"ד והאו"ש קשיא** דלדידהו הוי גנב גמור שנתמעט מכפל כמו גונב מן ההקדש ואם כן גבי דו"ה בעינן לטעמא דדו"ה אמר רחמנא ולא ג' וד' ומדוע לא הזכירה זאת הגמ' כאן.

**מיעוט דגומה"ג כלפי גנב ראשון עיין בגמ' לקמן** [דף סט ע"ב] רבי יוחנן סתמא אחרינא אשכח וכו' דמבואר בגמ' דמעיקר הילפותא מקרא ד'וגונב' היא שאין הגנב השני משלם כפל לגנב הראשון, **וזה מתאים היטב עם דברי רש"י** שכתב דמשלם קרן לגנב ראשון, [ואף הרשב"א בשם הירושלמי שנחלק הרי מבואר מדבריו דיש חיוב קרן לגנב ראשון אלא דלמעשה עדיף שישלם לבעלים] והיינו דקרא מעטיה מכפל אבל קרן כדקאי קאי.

**ואף בזה יש לנו לחקור** אם משלם קרן לגנב ראשון מדין גזלן אבל מפרשת גניבה נתמעט לגמרי או דמשלם לו מדין גניבה דנתמעט רק מכפל ובפשוטו אף זה תלוי בדברי האחרונים הנ"ל ומסתברא דמיעוטי הגומה"ג מחיוביו כלפי גנב וכלפי בעלים שווים הם, דלהחזו"א בתרוויהו נתמעט לגמרי מפרשת גניבה ולהאו"ש בתרוויהו נתמעט מחיוב כפל אבל קרן דגניבה חייב לשלם.

213 ואין זה קשור לחקירה אם דו"ה הוא חיוב על הגניבה או על הטביחה דאף להצד שהוא עונש על הטביחה פשוט דזה נאמר רק בגנב ואפילו גזלן פטור מדו"ה כ"ש גומה"ג. ומש"כ בפנים דלהקצות והנתיבה"מ לק"מ היינו להקצות אבל להנתיבות קשה מדוע בטביחה לא ייחשב לגנב וכמושה"ק האמר"מ הו"ד לעיל.

[אך לדעת הקצות אם נרצה להשוות הלימודים אם כן בהכרח פטור מגנב ראשון אף מקרן כמו מבעלים וזה שלא כדברי רש"י דחייב קרן לגנב ראשון אך זה לא יתכן דסו"ס בגמ' מפורש דחייב קרן ולהקצות בהכרח מתפרש דחייב קרן לגנב ראשון וכרש"י, ולדברי הקצות – וכפשטות דברי רש"י – בהכרח אין הלימודים שווים דמבעלים נפטר לגמרי ואילו מגנב ראשון לא נפטר אלא מכפל וצ"ע]

**ועיין בחי' הר"י מלוניל במתני' שכתב דאינו משלם דו"ה לגנב ראשון דילפינן לה מ'וגונב מבית האיש' ומבואר דאף דו"ה ילפינן לה מקרא ד'וגונב' וכ"מ במאירי, וכ"מ במכילתא דרשב"י דמקרא ילפינן גם לכפל וגם לדו"ה, וניחא לדעת החזו"א והגרי"ז דקרא ממעטו מפרשת גניבה [אף כלפי גנב ראשון וכנ"ל] אך להאו"ש דנתמעט מכפל אם כן היכי מפרשינן קרא אדו"ה והרי חזינן גבי הקדש שנתמעט מכפל ומ"מ ס"ד דמשלם דו"ה. וצ"ע.**

**[ועיקר הדין דמשלם קרן לגנב ראשון צ"ע רב למה ישלם הרי אינה שלו, וכן הא דס"ד דמשלם כפל ודו"ה לגנב ראשון אלמלי הילפותא צ"ב מדוע ישלם לו על מה שאינו שלו, ויעויין בתוס' בדף סט ע"א שמבואר מדבריהם דחייב לשלם לגזלן מפני שהפסידו החפץ במה שאינו יכול כעת להחזירו לבעליו וחייב להם דמים<sup>214</sup>]**

**טוען טענת גנב בעיקר דין טוט"ג למה לא הוי גנב גם בלא גזיה"כ** יל"ע מדוע בעינן גזיה"כ לחייבו משום טוט"ג ולמה לא הוי גנב גמור מחמת שמעכב החפץ מבעליו [וכיון שנעשה בלא ידיעת הבעלים שהרי טוען שנגנבה הוי גנב ולא גזלן] **ויש להקדים בזה נידון יסודי באחרונים** שנחלקו בדין הגנב והגזלן אם בעינן בהו מעשה כדי לחייבם, **דיעויין בקצה"ח** [בסי' שמח סק"ב] שכתב שם וז"ל ואם הכניסה לרשותו. פ"ק דמציעא דף (י"א) [י'] [ע"ב] (תניא אין לי אלא ידו וגו חצירו קרפיו מנין ת"ל (שמות כב, ג) אם המצא תמצא. ופירש רש"י וגו חצירו כגון שנכנסה לרשותו ונעל בפניה עכ"ל. ומשמע דאם נכנסה מעצמה לרשותו ונתכוין לקנותה לגזילה לא מייחייב במחשבה גרידא ואפילו היה חצר המשתמרת, ומשום דבמחשבה אינו נעשה גזלן עד שיעשה מעשה כמו נעל בפניה, אע"ג דבמציעא כהאי גוונא קני לה במחשבה גרידא, אבל בגזילה צריך נעל בפניה או שיכניסנה בעצמו לרשותו, וזהו שכתב בשו"ע ואם הכניסה לרשותו, אבל נכנסה מאליה לא, וה"ה נכנסה מאליה ונעל בפניה דזה נמי הוי מעשה עכ"ל, הרי דעת הקצות מבוארת דבעינן מעשה כדי להתחייב בדין גנב וגזלן.

**ואולם יעויין בדבר אברהם** [סי' כא אות כא] שנחלק עם הקצות וסובר דכל גנב וגזלן סגי במחשבה גרידא כל שהחפץ נמצא בחצרו, **והביא ראיה מדברי הרשב"א בכתובות** דף לד ע"ב שכתב וז"ל גנב וטבח בשבת כו' אלא נראה לפרש כגון שהיתה בהמת חבירו רבוצה בחצרו ונתכוין לגנבה ולזכות בה עם שחיטתו דאלו נתכוין לזכות בה קודם שחיטה הרי נתחייב בגניבה משעה שזכה בו ומתחייב לא הוי עד שעת שחיטה. **עכ"ל**, הרי עולה מפורש מדברי הרשב"א דסגי במחשבה גרידא. **ועויין בגמ' לקמן בדף קה ע"ב דכופר בפקדון הוי גזלן, ולכאורה מוכח משם דלא בהקצות שהרי לא עשה שום מעשה ומ"מ הוי גזלן. וראה בהערה.**<sup>215</sup>

214 וג"ז צ"ע דסו"ס הוי גרמא בעלמא, ומ"מ נראה פשוט דזה אינו טעם מספיק לחייבו כפל לגנב ראשון ועדיין קשה מה שהקשינו בפנים מדוע בעינן קרא לפטור מכפל כלפי גנב ראשון.

215 ובאבהא"ז פ"ב הט"ז ופ"ד ה"י מגניבה כתב דדין כופר בפקדון גזיה"כ וילפינן לה מקרא, ויעויין בשטמ"ק שם בשם הרא"ש שכתב דקרא דהתם קמ"ל דלא נימא דכיון שהיא כבר ברשותו ובא לידו בהתירא לא ליהוי גזלן, אך מלשון הרא"ש שם משמע דאינו גזיה"כ ודין מסוים בכופר בפקדון אלא דבזה גלתה תורה דאף בבא לידו בהתירא חשיב גזלן וה"ה לכל גזלן שלא עשה מעשה ודוק.



ודרך שלישית בזה באמר"מ [סי' לב אות ב] שהקשה על הקצות מהגמ' הנ"ל דכופר בפקדון, וכתב האמר"מ לחלק בזה בין גניבה לגזילה, דהא ודאי דאף בלא מעשה הוי גולן להתחייב עליו וכל מעכב ממון חברו שלא כדין הוי גולן אך דין גניבה להתחייב עליו כפל נאמר רק במי שעשה מעשה גניבה, ולפי זה כתב דאין סתירה בין דברי רש"י שהובאו בקצות לדברי הרשב"א שהביא הדב"א דרש"י מיירי כלפי קרא דכפל בגניבה והרשב"א מיירי בחיובי גולן, ואולם דבריו בזה תמוהים דברשב"א שם מפורש דחייב כפל ודו"ה כששחטה.<sup>216</sup>

ובנה האמר"מ יסודו מסוגיין שהרי בגמריין מבואר דבטוט"ג בעינן קרא להתחייב עליו ודוקא בטען גנב ובשבועה, אבל הטוט"ג שלא נשבע וכן אם טען טענת אבידה [אף אם נשבע] פטור מכפל, וגם חזינן דבעינן פסוק נוסף לחייבו בדו"ה, אלמא גזיה"כ מסוימה היא בטוט"ג אבל מדינא אינו גנב, ולעומת זאת כופר בפקדון בעלמא הוי גולן ועל כרחין דחלוק בזה דין גניבה מגזילה.<sup>217</sup>

ויעויין ברמב"ם [פ"ד מגניבה ה"י] שכתב דשומר שגנב טלה מהעדר או מטבע מכיס מלא מעות חייב כפל, והשיגו הראב"ד דדין זה אינו. ועיין במ"מ שם שנתקשה בדברי הרמב"ם דהרי בטוט"ג גנב חזינן דבלא טענת גניבה ושבועה אינו חייב כפל ומ"ש הכא, ועיי"ש בהגהת הגר"א שביאר החילוק דהכא עשה מעשה שנטל הטלה מהעדר והמטבע מהכיס וכה"ג חייב אף בלא ט"ג והוי גנב גמור, והדברים מתאימים היטב עם מש"כ לעיל מדברי הא"מ דהא דטוט"ג בעינן ט"ג ושבועה היינו משום דלא עשה מעשה. ויל"ע לפי"ז מהי סברת הראב"ד דפליג, ואפשר דלא חשיב ליה מעשה כיון שברשות שומר היה ושם נשאר ואין כאן מעשה הוצאה מרשות בעלים.

ויעויין היטב בכס"מ שם שכתב לבאר בדעת הרמב"ם וז"ל ול"י שדעת רבינו דטוען טענת גנב היינו כשמניח הפקדון במקומו וטוען שנגנב כולו והכא שאני שמכלל מה שהופקר אצלו לקח קצת בדרך גניבה עכ"ל ולכאורה נראה כוונתו כמש"כ הגר"א דהכא עשה מעשה ועיין בלח"מ שנראה מדבריו שהבין כן כוונת הכס"מ, וכ"נ מדברי הנתיב"מ [סי' שמא סק"ט] אך יל"ע בזה דלפי"ז הדגשת הכס"מ דהכא לקח קצת וכו' הוי שפת יתר,<sup>218</sup> והא"ש ביאר כוונת הכס"מ דבפקדון בעלמא לא נעשה מעשה גניבה עד שיטען וישבע שהרי הבעלים יודע שפקדונו בידו וכל זמן שלא נשבע והרי הוא מחויב לישבע או לשלם עדיין אין כאן גניבה אבל כשלקח שה אחד מהעדר ואין העדר ספור ומנוי וכסבור הוא שלא ירגיש הבעלים בדבר הוי גנב גמור בנטילתו.

216 וכפה"נ שהבין האמר"מ דכששחטה אז הוי מעשה גניבה וחל עליו חיוב כפל ודו"ה, אך צ"ע אם שייך לומר כן שאחר שגזלה כבר וחלו עליו חיובי גולן ייחשב בשעת טביחה גם כגנב, וביותר דאז לא הוי גניבה מרשות בעלים שכבר החפץ גזול ברשותו משעת גזילה הראשונה, רצ"ע.

217 ויש להוסיף בזה עוד בדין כופר בפקדון עצמו דקשיא אמאי הוי גולן ולא גנב, ואמנם הבעלים מכירים בשקרו שהרי כופר בעצם הפקדון ול"ד לטוט"ג שאין הבעלים מכיר בשקרו, אך לכאורה דמיא זה לליסטים מזויין דפליגי אמוראי אי הוי גנב או גולן ואף שהבעלים יודע שגזולו ממנו מ"מ כיון שנטמר מבנ"א איכא למ"ד דהוי גנב וכן פסק הרמב"ם פ"א מגנבה ה"ג עיי"ש ברמב"ם ובנו"כ. ולדרך האמר"מ ניחא היטב דאף שכפירה דרך גניבה היא מ"מ כיון דלא עשה מעשה אינו אלא גולן.

218 והנתיבות שם ביאר בתו"ד דהיכא שעשה בו הגבהה בעלמא אינו כלום דרשות השומר רשות בעלים היא ולא הוציאו מרשותו ורק ביחדו לה הבעלים מקום ונטלו משם אז מתחייב משום גניבה. ולפי זה צ"ל דשומר שגנב טלה מיירי ביחדו לה הבעלים מקום וצ"ע דקשה לאוקמה כן שהעדר נודד ממקום למקום לפי צרכו, ויותר נראה לפרש לדרכו דכל שנטל טלה אחד מהעדר הרי זה דמיא ליחוד מקום שמקום השימור של הטלה הוא בהיותו עם כל העדר וכשנטלו והפרידו מן העדר הוי כאילו הוציאו מרשות בעלים וצ"ע, ודוק.

ועיין בגמ' בריש הגזול בתרא [דף קיב ע"א א"ר פפא וכו'] וראה היטב ברש"י שם שנחלק עם רבותיו בשואל שטבח את הפרה השאולה לו, דעת רבותיו של רש"י דמתחייב בטביחה זו כפל ודו"ה, ורש"י תמה עליהם דלא מצינו כפל אלא בגנב מבית בעלים או בשומר חנם שטען טענת גנב אבל בשואל שטבח אינו גנב אלא גזלן. ולא נתפרש בדבריו רש"י מדוע ליכא בזה דין גנב, וממש"כ רש"י דלא משכח"ל אלא כשגנב מבית בעלים יש לדייק דכיון שבשומר אין החפץ בבית בעלים לכן ליכא בזה דין גניבה, ואמנם זה צ"ב טובא שהרי אדם אחר שגנב מבית שומר חייב כפל נכדמפורש בקרא דאם ימצא הגנב וזה קאי על גנב מבית שומר וכ"ה במשנה ריש המפקיד ומדוע הוא עצמו לא חשיב גנב, וצ"ל דכיון שסו"ס החפץ נשאר באותה הרשות שהיה קודם לכן רק דעתה כלתה שמירתו זה לא חשיב מעשה גניבה וצ"ע.

ועיין בדבריו הגר"ח [שנדפסו בחזון יחזקאל בב"מ סופ"ג וכן בגנזי הגר"ח] שביאר שמחלוקת רש"י ורבותיו היא היא מחלוקת הרמב"ם והראב"ד אם יש דין גניבה בשומר שגנב, ובאמת שהרמב"ם סובר להדיא כרבותיו של רש"י בפ"ג ה"ד מגניבה שמפורש בדבריו ששומר שטבח חייב כפל ודו"ה. ואזיל לשיטתו. ועיי"ש ברמב"ם שכתב דטבח דרך גניבה ולדרך הגר"א הכוונה שנטל השה וטבחו ודרך גניבה צ"ל דבא לאפוקי שלא עשה כן בפני הבעלים דאז ודאי הו' גזלן אך לדרך הכס"מ לפירושו של האו"ש הכוונה שנטל טלה אחד מן העדר וטבחו.

והקשה שם הגר"ח מאי שנא מכופר בפקדון שאינו אלא גזלן ולא גנב וכן טוען טענת אבידה וטוט"ג שלא נשבע. וביאר הגר"ח כנ"ל דבהנהו לא עשה מעשה גניבה אבל כאן כשנטל את הפקדון באיסור הו' גנב. אבל הקשה הגר"ח מדין שליחות יד, דקיי"ל דהשולח יד בפקדון הו' גזלן, ואילו לדברי הרמב"ם ורבותיו של רש"י הרי יש לו להיות גנב ולשלם כפל. וביאר הגר"ח דהרמב"ם לשיטתו שסובר דעיקר הגזירה"כ דשולח יד הוא דכשנתכוין ליטול מקצת מתחייב על הכל, וכפה"נ כוונת הגר"ח דאה"נ דעל המקצת שנטל ונתכוין לגנוב באמת נעשה גנב ומה דאיתא בכ"ד דשולח יד גזלן הוא מיירי על השאר שנעשה עליו גזלן מגזירה"כ.

[וע"ע בש"ך בסי' שמא סוס"ק ו' במוסגר שם ובנתיחה"מ שם מה שהקשה עליו. ובדין טבח קודם שטען ט"ג עיין ברמב"ם פ"ד מגניבה ה"א וה"א דמבואר דלא מתחייב דו"ה אא"כ טבח אחר הטענה והשבועה וצ"ב מ"ש מגנב טלה מן העדר. והראב"ד שם חולק, ועיין במ"מ. וכן יעויין ברשב"א בדף קיב ע"א בשם הראב"ד מה שפירש שם לדרך רבותיו של רש"י ואזיל הראב"ד לשיטתו, וע"ע בתורי"ד ובשטמ"ק בשם הרא"ש בדף קו ע"א. ועיין באמר"מ בסי' לה בכ"ז]

בגמ' יצאו קרקעות וכו' יל"ע בדבריו הגמ' דהנה דין טוט"ג נאמר בשומר שטען ט"ג ונשבע עליה ונפטר בשבועתו ונמצא שהוא עצמו גנבו דמשלם כפל, ובקרקע מתלת טעמי לא שייך דין זה: חדא הא נתמעטה קרקע מחיובי השומרים [ב"מ נו ע"ב] ועוד דקרקע אינה נגזלת וממילא ליכא בה טענת גניבה וגם לכאורה לא שייך חיוב טוט"ג. ועוד שהרי אין נשבעים על הקרקעות ובלא שבועה אין דין טוט"ג. והתוס' בסוגיין עמדו בשאלה האחרונה והאחרונים נתקשו בשתי השאלות האחרות כמו שיבואר.

עיין בברכ"ש בשם הגר"ח שנתקשה דהרי נתמעטה קרקע מדיני שמירה, דיעויין במשנה בב"מ [דף נו ע"א] דאיתא התם דבקרקע שו"ח אינו נשבע ושומר שכר אינו משלם וילפינן לה שם בע"ב מכלל ופרט וכלל למעט קרקע מחיובי השומרים ודין טוט"ג הרי נאמר רק בשומרים.

ותירץ הגר"ח דבקרקע באמת איכא דין שמירה אלא שנתמעטה מחיובי השמירה שאין השומר חייב לשלם אם נגנבה ממנו. ולכן שייך בה דין טוט"ג. ובנה יסוד לדבריו מדבריו הרמב"ם דיעויין ברמב"ם

[בפ"ב משכירות ה"ג] שכתב יראה לי שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהן חייב לשלם שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין גניבה ואבידה ומתה וכיוצא בהן וכו', אבל אם פשע בה חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא, ואין הפרש בין דין המזיק קרקע לדין המזיק מטלטלין ודין אמת הוא זה למבינים וכן ראוי לדון. וכו' עב"ל. והשיגו הראב"ד שם וכתב בתוה"ד 'ואין פושע מזיק שאם היה כן פשיעה בבעלים למה פטור אלא שאין פושע דומה למזיק' עב"ל וכוונתו דקיי"ל דאם בעליו עמו פטור אף בפשיעה ואם אין חיובו של פושע מחיובי השמירה אלא מדין מזיק מדוע נפטר בבעליו עמו אטו מזיק פטור בבעליו עמו.

**וביאר הגר"ח** דדין פושע מטעם מזיק שייך רק בשומר שחל עליו חיובי שומר שהרי באמת הפשיעה גרמא בעלמא היא אלא דבדיני שומרים נתחדש דהשומר משלם מדין מזיק אף על פשיעה כזו. וכ"ז שייך ברקקות שלא נתמעטו מדיני השמירה אלא מחיובי תשלומים דשומר [ומחיובי מזיק לא נתמעטו כמש"כ הרמב"ם] אבל גבי בעליו עמו נתמעט מעצם הדין שמירה ולכן גם דיני מזיק דשומר לית ליה.

**ובאמת שככל דברי הגר"ח כבר נתבאר בש"ך** [בסי' סו סקכ"ו] שכתב שם דברקקות ליכא פטור מחיוב מזיק דחיוב מזיק סברא הוא, ומשא"כ בבעליו עמו שאינו כשומר כלל אלא כאינש דעלמא. **אלא שחילוק גדול יש** בין דברי הש"ך ודברי הברכ"ש, שהש"ך נראה מדבריו שפירש דבבעלים אינו שומר כלל וליכא עליו חיובי שמירה, ולפי זה פשיטא דא"א לחייב פושע שהרי לא שייך פשיעה כלל שאינו מחוייב לשמור ומשא"כ בקרקע שמחוייב לשמור וכשלא שמר חייב מדין מזיק ואתיא כפשוטו.

**אך הגר"ב דמיאן בזה** ומשום דהוקשה לו מדברי הרמב"ם במק"א דחזוין להדיא דאף בבעליו חל עליו דין שומר,<sup>219</sup> ולזה ביאר דבאמת אף בבעלים יש לו דין שומר אלא דחל עליו דין פטור בשמירה וביאר דדין זה דפושע הוא דין מסויים בהלכות שומרים דבעלמא לא הוי אלא גרמא בעלמא ובהלכות שומרים נתחדש דפושע הוי מזיק ולכן בבעלים שחל דין פטור בשמירה נתמעט אף מדין זה דהוי מזיק בפשיעה אך בקרקעות אינו פטור בשמירה אלא פטור מחובת תשלומים וממילא אין כאן פטור מהיותו מזיק ואחר שהוא מזיק חייב מדיני נזיקין ולא נתמעט מקרא דממעט חיובי שמירה. **ולא נתפרש** מה הכוונה דהוי שומר וחל עליו פטור בשמירה ואפשר שכוונתו דחל עליו פטור שאף שחייב לשמור אין לו חיובי ממון מחמת השמירה ואין הדין שמירה סיבה לתבעו ממון וכן אינו סיבה להחיל עליו דין מזיק וצ"ע. [אלא שבזה חלוקים דברי הש"ך מדברי הגר"ח שכתב דהוי שומר גם בבעלים ראה בהערה

**אך יעויין בנתיח"מ** [סי' רצא סקל"ד] **שכתב להיפך** וביאר דקרקעות נתמעטו לגמרי מפרשת שומרים והוכיח כן מדברי הב"י [בסי' קצב סק"י] שכתב דקרקעות ליכא בהו דין שליחות יד ופירש הנתיבות דה"ט דנמעטו מדין שמירה לגמרי. [וכבר העירו דליתא מפורש כן בדברי הב"י] **וכתב שם הנתיבות** דפטור בעלים אינו כן אלא דהוי שומר שנתמעט מחיובי שמירה ולכן צריך לישבע שלא שלח יד והביא כן מדברי תשובת הרשב"א עיי"ש. **ולדרך הנתיבות צ"ע מסוגיין** דבעינן קרא למעוט טוט"ג ואם אין שמירה בקרקע היאך יתחייב בדין טוט"ג, וצ"ע.

219 וראיתו ממה שפסק הרמב"ם דשומר שכר שמסר לשומר חנם שלא מדעת הבעלים חייב אפילו כשהיה בבעלים וביאר המ"מ דפטור בעלים הוא רק כשהחפץ ברשות השומר עצמו ולא ברשות שומר אחר ומזה למד הברכ"ש דיש לו דין שומר אף בבעלים. [וכן יש להוכיח בפשיטות מעצם דברי הרמב"ם שכתב דחייב משום שמיט בשמירתו ואם אינו שומר כלל מה מיעט והרי אין כאן שמירה כלל] ובאמת שזו תמיה גדולה ע"ד הש"ך שכתב דאינו שומר כלל וכאינש אחרינא דמי ובדברי הרמב"ם אלו מפורש דהוי שומר, וצ"ע.

עוד קשה ע"ד הש"ך מדברי התוס' בדף נז שנסתפקו אם יש דין טוט"ג בשומר בבעלים ומוכח להדיא דבבעלים הוי שומר דאל"ה מאי ס"ד, גם קשה מדברי הרשב"א בתשובה שהובאו בנתיח"מ [שיובא להלן בפנים] שכתב דבבעלים חייב לישבע שלא שלח בה יד ומוכח להדיא דהוי שומר אף בבעלים וצ"ע.

תוד"ה יצאו קרקעות וא"ת וכו' עיון בתוס' לעיל [דף נז ע"ב ד"ה נמצא וכו'] שכתבו וא"ת אכתי נמצא ש"ש משלם כפל בטוען טענת גנב בבעלים. ושמה אין שייך כפל בטוען טענת גנב בענין זה. ואפי' שייך אין לחוש וכו'. **עכ"ל**. ובביאור ספיקם של התוס' שם מצינו כמה דרכים: **יעוין באו"ש** [פ"ה מגניבה ה"ג] שביאר ספיקם ונקט האו"ש לפשוט דשומר בבעלים אינו נשבע כלל וספק התוס' אם מה דבעינן שבועה בטוט"ג היינו משום דכיון שאין שומר בעלמא נאמן בלא שבועה נמצא שלא נשלמה כפירתו וגניבתו עד שנשבע או דהוי גזיה"כ דאינו מתחייב בלא שבועה, דאם הטעם הוא משום שלא נשלמה הגניבה אם כן בבעלים דליכא דין שבועה חייב בטוט"ג אף שלא נשבע כי נשלמה כפירתו בלא שבועה או דהשבועה הוי גזיה"כ וממילא בבעלים דאינו נשבע פטור מכפל.

**והסבר האו"ש לכאורה נסתר מדברי התוס' דידן** שהקשו דבקרקות ליכא דין טוט"ג כיון דליכא שבועה ואם נימא דבבעלים שייך טוט"ג אף בלא שבועה אם כן ה"ה בקרקעות ומה הוקשה להתוס'. **ועוד קשה** הצד השני שכתבו התוס' שם דבבעלים לא משכח"ל כפל דטוט"ג והבין האו"ש דבריהם משום דליכא שבועה וקשה דהרי משכח"ל שבועה בגלגול כמש"כ התוס' בסוגיין. ומוכח מהתוס' דגזיה"כ הוא דאין טוט"ג אלא בשבועה.<sup>220</sup>

**ויעוין בשטמ"ק שם לעיל** שכתב כתוב בתוספות ושמה אין שייך כפל וכו'. וטעמא דאין חייב כפל אלא היכא דטענת גנבה גורמת הפיטור והכא מה שהבעלים גורם. הר"א מגרמישא ז"ל. **עכ"ל ועיון בברכ"ש בסו"ד** שפירש ספק התוס' אם בבעלים חשיב כמי שאינו שומר דהיינו שפטורו אינו על ידי ששומר אלא ע"י שהוי כמי שאינו שומר, או דפטור דבעלים חשיב כאילו שמר כראוי, וכך פירש גם כונת הר"א מגרמישא שהובא לעיל. [עייש"ה בדבריו וצ"ב עומק הספק] **וע"ע בקוב"ש** [מס' ב"ב אות תרנח]

**אך העולם רגילים לפרש** בכוונת הר"א מגרמישא שספק התוס' הוא בגוונא שאינו פטור מחמת טענת הגניבה דבלא"ה הוא פטור מלשלם שהרי בעליו עמו האם גם כה"ג חייבתו תורה בטוט"ג. **ועיון בחי' הגר"נ** שפירש כן בדברי הרא"מ, וכתב הגר"נ שנחלקו בסברא זו ראשונים, **שהרשב"א** [לקמן בדף קיב] הביא בשם הראב"ד דשואל שטען 'שומר חנם אני ונגנבה הבהמה' ונתברר ששואל הוא חייב מדין טוט"ג, הרי מוכח דאף שלא הטענת גניבה בלחוד פטרתו אלא טענתו ששואל הוא פטרתו מ"מ חשיב טוט"ג אבל ברש"י בסוגיא שם מבואר דלעולם לא משכח"ל דשואל יפטר בט"ג ומוכח שחולק על הראב"ד ומסתברא דפליג מטעם הנ"ל שלא טענת גניבה היא הפוטרת וה"נ בשמירה בבעלים תלוי בנידון זה אי טענת גניבה היא הפוטרת.

**ולא נתפרש בדברי הר"א מגרמישא** אם בבעלים איכא חיוב שבועה, ולהמוכח מדברי התוס' דידן צ"ל דאיכא שבועה בבעלים ומ"מ נסתפקו התוס' לפטרו מדין טוט"ג מהטעם הנ"ל, **אך גם לדרך זו קשה** מדברי התוס' דידן לדבריהם שם שהרי בקרקע נמי לא טענת הגניבה גורמת הפטור דאף אם יש דין שמירה בקרקע כמש"נ לעיל אבל סו"ס חיוב תשלומים ודאי ליכא ואין הטענה גורמת הפטור ומ"מ בעינן קרא למפטר ומאי שנא משמירה בבעלים, וצ"ע.

**ויעוין בקצה"ח** [סי' רצא סקי"ז] שכתב דשומר בבעלים חייב לישבע וראיתו מספק התוס' לעיל, דאי ליכא שבועה אם כן מה נסתפקו התוס' לומר דאיכא דין טוט"ג, והיינו דהיה פשוט להקצות דהשבועה

220 ובגמ' לעיל דף נז ע"ב איתא דשו"ח קיל משו"ש לפי שאינו משלם בגניבה ואבידה ופריך הגמ' דאדרבה שו"ש חמור שמשלם כפל בטוט"ג ובשו"ח לא משכח"ל, ומשני דקרנא בלא שבועה עדיפא מכפל בשבועה, ויעוין שם ברש"י שפירש דחיית הגמ' 'הלכך קנסא משום שבועה הוא דקנסיה רחמנא' ומבואר מדבריו דכל עונש טוט"ג יסודו הוא מחמת שנשבע לשקר וזה לגמרי להיפך מסברת האו"ש.

בטוט"ג גזיה"כ היא, ולכן אם פטור בבעלים משבועה בהכרח ליכא דין טוט"ג ומוכח מהתוס' לעיל שדנו לומר דאיכא טוט"ג דאיכא שבועה בבעלים.<sup>221</sup>

**ומדברי הקצות נראה** שהבין ספק התוס' במיעוט הפסוק גבי בעלים אם ממעט שמירה בבעלים משאר תשלומים או אף מכפל דטוט"ג.<sup>222</sup> **ולדרך** זו ליכא סתירה מדברי התוס' דידן.

**שם בתוס' וא"ת וכו'** אין כוונת התוס' להקשות דקרקע אינה נגזלת [דע"ז לא יועיל תירוצם] אלא כוונתם לשאול דגניבה היינו נוטל ממון חברו בצנעה ובקרקע לא משכח"ל שבמקומה עומדת והכל יודעים היכן היא. [והקושיא מהא דקרקע אינה נגזלת עמדו בה אחרונים ויבואר בע"ה להלן]

**שם בתוס' וי"ל במשיג גבול וכו' עיין בשטמ"ק בשם הר"א מגרמיישא** שכתב דתי' זה של התוס' קאי על גנב אבל לא על טוט"ג, ובפשוטו כוונתו דלא משכח"ל ציור כזה בטוט"ג, **ועיין בתוס' בשבועות** [דף מב ע"ב] שכתבו ככ"ד התוס' דידן ומלשונם משמע קצת כהרא"מ. **אך יעויין בתוס' ר"פ בסוגיין** שכתבו להדיא דמשכח"ל אף בטוט"ג כגון שנמסרה לו קרקע לשמירה וטוען שאחר השיג הגבול ונמצא שהוא עצמו השיג הגבול. וכ"מ פשט דברי התוס' דידן.<sup>223</sup> [וכוונתו בציור שמסר ראובן שדהו לשמעון לשמירה ושדה ראובן נמצאת בין שדה של שמעון עצמו לבין שדה של לוי ואחר זמן בא ראובן ומצא ששדהו נתקטנה ממה שהיתה וטוען שמעון השומר שלוי השיג הגבול בצד השני ונמצא שהוא עצמו השיג]

**אך דברי התוס' ר"פ צ"ב** דהרי לעולם לא משכח"ל שאותה קרקע עצמה נטלה אחר אלא שטוען שמה שנגנב אינו צד זה של השדה הסמוך אליו אלא הצד השני ואין זו טענת גנב דטענתו היא שדבר אחר נגנב ולא מה שנמצא שהוא גנב לבסוף, **ואפשר** שדיינינן כל הקרקע כאחת והדבר ברור שנחסרה הקרקע מכפי שהיתה וטענתו שנגרם החסרון ע"י אחר, ונמצא שהוא עצמו החסירה, ועדיין צ"ע.

**שם בתוס' א"נ במחובר וכו' עיין בקוב"ש שהקשה** דאם תלשן קודם שטען ט"ג נמצא שטענתו היא על מטלטלין, ותירץ בזה הקוב"ש 'וצ"ל כיון דבשעת קבלת השמירה היה קרקע, ולא חל עליו בההיא שעתא דין טוען טענת גנב, לא יתחייב אח"כ אפילו כשנעשה תלוש, דדין זה להתחייב בכפירה ושבועה, צריך לחול עליו בשעה שנעשה שומר. **וכוונתו** הך דינא דטוט"ג הוא דין מחיובי השומר שבשעת קבלת השמירה נתחייב שאם יכפור וישבע יתחייב בדין טוט"ג. **ויש להביא ראיה לזה** מדברי הגמ' לעיל [דף נו ע"ב] דאיתא בגמ' צד דשו"ח חמור משומר שכר משום דמשלם כפל בטוט"ג [דבשו"ש לא משכח"ל] ואי נימא דטוט"ג הוי חיוב

221 הקצות כתב דחייב לישבע שבועה שאינו ברשותו, וכוונתו דשבועה שלא פשע בה לא שייך שאף אם פשע פטור ולמה ישבע, ויל"ע דשבועת אינו ברשותו אינה שבועה על הטענת גניבה עצמה אלא שבועה שעתה אין החפץ ברשותו ומוכח דאף כה"ג חשיב ט"ג עם שבועה, וצל"ע.

222 וכתב הקצות דלהצד דהתוס' דליכא דין טוט"ג בבעלים אפשר דליכא שבועה דהמיעוט מכפל ומשבועה מיעוט אחד הוא, ואין דבריו מובנים וכפה"ג שהבין הקצות ספק התוס' לעיל דשמא מיעוטא דבעלים ממעט השומר גם מדין טוט"ג שאף הוא מחיובי השומרים ובמקום שנתמעט כפל נתמעט שבועה כמש"כ התוס' בסוגיין אך יעויין בנתיה"מ שם שתמה על דברי הקצות דהתוס' לא כתבו להשוות דין הכפל והשבועה בכל דוכתי אלא כוונתם דהמיעוט המפורש בפסוקים דשור שה ושלמה מתיחס הן לחיוב כפל האמור בפרשה והן לחיוב שבועה אבל לא באו לומר שכל מקום שיש מיעוט כפל יש גם מיעוט שבועה.

223 שהתוס' בתחילת דבריהם נתקשו היכי משכח"ל שבועה ולא תירצו דבעינן קרא לגנב עצמו ומשום דבגמ' לקמן בדף סג סוע"ב מבואר דגנב עצמו דרשינן מקראי אחריני לרבות כל מטלטלי ולמעט קרקעות מכפל. ועיין בתוס' לקמן סג ע"א סוד"ה דבר וכו' דלא ילפינן גנב וטוט"ג מהדדי למעט מכפל ובעינן קרא לכ"א מהם. ואם כן קרא דידן אתא למעוטי טוט"ג להדיא, וכיון שכן א"א לתרץ קושית התוס' היכי משכח"ל גניבה דמשכח"ל בגנב עצמו שהרי קרא מיירי בטוט"ג.

בפ"ע על הגניבה אם כן אין זה חומר בשו"ח כלל, אלא מסתברא דבדיני שו"ח הקלה עליו תורה שנפטר בגניבה והחמירה בענשו אם טען גנב בשקר ונשבע.

**ועיין בתוס' בשבועות** [דף מב ע"ב ד"ה אין] שנתקשו על המבואר במשנה שם שאין כפל בקרקע והיכי משכח"ל וכקושיית התוס' דידן, ותירצו התוס' דמשכח"ל 'כגון משיג גבול א"נ בגפנים טעויות והלה טוען טענת גנב. עכ"ל. ודקדק בדבריהם הגר"נ דממה שהוצרכו התוס' להעמידה בטוט"ג דוקא בתי' השני משמע דבגנב עצמו לא משכח"ל, וביאר דמתפרש היטב לדרכו של הקוב"ש דבגנב כה"ג הוי תלוש כיון שתלשם הגנב הווי מטלטלי בידו אבל בטוט"ג תליא בשעת קבלת השמירה וחשיב כמחובר. והעיר הגר"נ דבתוס' רא"ש שם בשבועות לא הוזכר דמיירי בטוט"ג ומשמע להיפך דאף בגנב חשיב כה"ג גניבה.

**ועוד הקשה** דאי נימא דרק בטוט"ג משכח"ל כה"ג אם כן עדיין קשה גבי גנב עצמו דממעטינן קרקע מכפל [לקמן דף סה] מדוע בעינן קרא והיכי משכח"ל לתי' זה של התוס' כפל בקרקע בגנב עצמו, וצ"ע.

**ועוד יל"ע בדברי התוס' דיעויין לקמן בגמ'** [בדף קז ע"ב] דפליגי אמוראי בשלח בה יד ואח"כ טען ט"ג אי חייב או לא ואיכא למ"ד [וכן הלכה] דאם שלח בה יד קודם שטען ט"ג אינו מתחייב בדין טוט"ג, וקשה דאם מיירי הכא שבצר הגפנים קודם שטען טענת גנב נמצא אם כן ששלח בה יד ואינו חייב כפל כה"ג אף במטלטלי, וצ"ע.

**בגמ' יצאו קרקעות וכו' עיין בקוב"ש** שהקשה מדוע בעינן קרא למעוטי קרקעות עבדים ושטרות מכפל הרי קיי"ל דקרקע אינה נגזלת, **דיעויין בגמ' לקמן** [דף קז ע"ב] דאיתא בגמ' דמחלוקת ר"א וחכמים בגזל קרקע ושטפה נהר דלר"א חייב לשלם וחכמים אומרים דאומר לו הרש"ל ומבארת הגמ' טעמם של חכמים משום דילפינן מכלל ופרט וכלל [דכתיבי בקראי דוכיחש בפקדון גבי השבת גזילה בסו"פ ויקרא] למעוטי קרקעות עבדים ושטרות. **ותירץ הקוב"ש** דאף דכתיב קרא גבי גזילה לא ילפינן גניבה מגזילה. [ועיי"ש כמה מקורות לענין אלו דברים ילפינן גניבה וגזילה מהדדי ולגבי אלו דברים לא ילפינן] **ודברי הקוב"ש תמוהים** דהרי מה דקרקע אינה נגזלת אינו פטור מהלכות תשלומי גזילה אלא הוא מיעוט בגוף הגזילה שאין הקרקע נגזלת דברשות בעליה עומדת. [כדאיתא בגמ' בסוכה לא ע"א דלחכמים דאינה נגזלת אדם יוצא ידי חובתו בסוכה גזולה דברשות בעליה קיימא] ומה סברא יש לומר דבגניבה תצא מרשות בעליה.<sup>224</sup>

**ועיין בברכ"ש** [סי' לג אות ב] שעמד בזה וביאר דבעינן קרא לעבדים דאית בהו דין גזילה לגבי כמה ענינים עיי"ש, וזה תמוה מאוד, דאם כן לגבי קרקעות לא בעינן קרא והניחא להס"ד דילפינן לה מכו"פ אך למסקנא דהוי ריבוי ומיעוט [לקמן סג ע"א] יש שלשה מיעוטים לקרקעות ולעבדים ולשטרות, ומיעוט דקרקעות למאי בעינן, גם מכ"ד התוס' בסוגיין שהרבו להקשות מוכח דבעינן לקרא גבי קרקעות עצמן.

**ויעויין בסוגיא לקמן** [בדף קטז ע"ב] שמבואר במשנה ובסוגיית הגמ' דהיכא שנטלו מסיקים מחמת הגזולין חייב הגזולין לשלם, ונחלקו שם ראשונים בטעמו של דבר, **הרשב"א כתב** דחיובו של גזולין הוא קנס שקנסו חכמים והביא כן בשם הירושלמי, **וכן כתב הרמ"ה שם** [בשטמ"ק] **ואולם יעויין בחי' הראב"ד**

<sup>224</sup> והנה מיעוטא דהכא הוא גבי טוט"ג, ולקמן איכא ילפותא נוספת דתנא דבי רבי ישמעאל לגנב עצמו למעט קרקעות, ועיין בתוס' בדף סג סו"ע"א דלגבי זה לא ילפינן גנב וטוט"ג מהדדי, ולדברי הקוב"ש קשה דאם ילפינן מקרא דאינה נגנבת מה שייך לחייבו בטוט"ג, ואף אם נדחוק ונאמר דעדיין יש לומר דכשטען ט"ג אוקמה רחמנא ברשותיה אבל קשה מה טען השומר טענת גנב הרי קרקע אינה נגנבת והוי כטענת אבידה, ודוק. ודע דמכ"ד הקוב"ש מבואר שהבין דמקראי דהכא ילפינן גם פטור קרן [שאל"כ הרי גם למסקנא קרקע נגנבת וחייב באחריותה וזה לא יתכן] אך בפשוטו הכא איכא רק פטור מכפל. ופטור אחריות הקרן ילפינן באמת מהא דקרקע אינה נגזלת.

שביאר דאיכא חיוב השבה בגזל קרקע ורק במכת מדינה יכול לומר לו הרש"ל אבל בנטלוח מחמת הגזלן לא מצי אמר לו הרש"ל טול אותה שהרי אינו יכול לטלה ולכן חייב לשלם. **וכן משמעות דברי הרמב"ם** [בפ"ט מגזילה] דחיובו של הגזלן הוא מעיקר הדין ומדין גזילה. **ולדעה זו** לא קשיא כלל בסוגיין די"ל דכיון שחל דין גזילה והשבה ורק חיוב אונסין [שאינן מחמת הגזלן] ליכא שפיר ס"ד דחייב אף בכפל. **ושמא נאמר** דאף להרשב"א איכא דין גזל בקרקע אלא שסובר שאם נאנסה אף באופן שהיה מחמת הגזילה אין לחייבו אבל בהשבת הקרקע עצמה ודאי חייב ולכן ס"ד דמשלם כפל כמש"כ התוס' להלן גבי שטרות דס"ד שכשמחזיר השטר משלם כפל. **ואמנם עיקר הדברים מאוד צ"ב** בדעת הראב"ד והרמב"ם דממ"נ אי איכא דין גזילה והשבה בקרקע אף באונסין יתחייב ואי ליכא אם כן אין פרשת גזילה כלל ועיקר, גם תמוה דסו"ס מפורש בגמ' דקרקע נתמעטה מפרשת גזילה והיאך נאמר שאם נאנסה מחמת הגזלן חייב בהשבת דמיה, **ויתבאר להלן בע"ה** בהרחבת דברים בדין חיוב דמים דגזלן.

**תודה יצאו שטרות משמע מדברי התוס'** דלמ"ד דגרמי חייב לא הוה קשיא להו אלא משום דגרמי דרבנן אבל אם גרמי חייב מן התורה נחא להו שגונב שטר ישלם כפל. **והדברים צריכים ביאור** שהרי חיובו של מזיק שטר מדין מזיק הוא דגרם הפסד לחברו אבל חיובו בתורת גנב מאי שיאטיה לדינא דגרמי. **ועיין בברכ"ש** [סי' לג ד"ה ומו"ר] שהקשה כן בשם הגר"ח. **ותירץ הגר"ח** דהיה פשוט להם להתוס' דשייך בזה דין גניבה כיון שגנב גופו של שטר אלא דלא ישלם דמים כיון שאין כאן נזק והפסד ולזה סברו דכיון שמזיקו מדין גרמי חייב לשלם. וכפה"נ מדבריו דכיון שהוא חייב מדין מזיק אף כפל חייב לשלם. [ויעוד חידש הגר"ח דשומת הנזק היא לפי שווי השטר לראיה ויתבאר בזה להלן] **ואינו מובן** מה ענין כפל אצל מזיק. **אך כוונת הגר"ח** מתבארת לפמש"כ הגר"ח במק"א דחיוב גנב לשלם דמים הוי מדין מזיק [כמש"כ שם להלן], וכן גבי גניבת הקדש ביאר הגר"ח יסוד זה] והיינו דיש תורת מזיק דמכה בהמה ישלמנה ויש תורת מזיק בלוקח החפץ מבעליו ע"י גניבה ועל מזיק כזה חדשה התורה תשלום כפל. וביאר לפי זה תירוץ התוס' דאמנם מדין מזיק אינו חייב לשלם קרן אף לא כפל אבל עכ"פ כשהחפץ בעין יש כאן תורת גניבה וחיוב השבה וישלם אף הכפל.

**אך אכתי צ"ב** דגדר מזיק דגנב בעלמא הוא שע"י שהרחיק החפץ מבעליו חשוב הבעלים כניזק בזה אבל כאן הרי על השטר אינו משלם ומה שחשוב כמזיק הוא על ממון החוב ואת החוב הרי לא גנב מעולם, והרי זה דומה למי שגנב חלק מסוים מכלי שאין הכלי שנשאר ברשות בעליו שוה מאום בלעדיו ונראה פשוט דלא יתחייב על הכלי מתורת גנב [אלא מתורת מזיק או שיפטר מדין גרמא] **וצ"ע**.

**ויעויין בתוס' לקמן** [דף עא ע"ב ד"ה וסבר] דאיתא התם בגמ' דהגונב קדשים שחייב באחריותם חייב דו"ה לר"ש דגורם לממון כממון דמי, **והקשו התוס'** דאף לר"מ דדאין ד"ג חייב, **ותירצו** דיש לחלק דבגרמי בעלמא כגון המסכך גפן על תבואת חברו ראויה התבואה לכל העולם וכן שטר ראוי לכל העולם למכור ולגבות אבל קדשים ושור הנסקל אינם ראויים אלא לבעליהם. **והנה קושיתם תמוהה מאוד** דהרי ר"מ מחייב על הפסד הממון על ידי היזק השטר ולא על השטר עצמו ואם כן אף אי נימא דהגונב קדשים חייב על הפסד הממון שהבעלים צריך להפריש קרבן אחר אבל חיוב דו"ה לא שייך בזה כלל דלא גנב שור של הבעלים אלא הפסיד להם ממון אחר, **וקשיא בתרתי**, חדא דזה לא גניבה אלא נזק בעלמא כלפי הממון ההוא, ועוד דהממון ההוא אינו שור. ואף תירוצם דבשטר הוא ראוי וכו' אף זה פלא שהרי חיובו על הפסד החוב ולא על השטר ומאי שנא אם ראוי השטר או לא. וכיון דסו"ס החיוב הוא על הפסד ממנו שנגרם בשריפת השטר והיזק השור מ"ש זמ"ז.

וחזינן מדבריהם דלר"מ חייב בשורף שטר על עצם השטר גופו מד"ג ולא על הפסד החוב, ואמנם זה תמוה מאוד מה שייך זה לד"ג הרי ד"ג קובע לדון את הגורם כעושה מעשה כמו במסכך גפנו וכדו' שאין נידון כלל על הממון אלא על עשיית המזיק שאינה אלא בדרך גרם וצ"ע. ואמנם עכ"פ למדנו לנידון דידן דר"מ דמחייב על ההיזק שנעשה בשטר יש לומר דמחייב גם בדין גניבה, ובאמת דדברי התוס' שם מתאימים היטב לדבריהם הכא שאף התם כמו כאן באו לחייב בחיובי גניבה מכח דד"ג, וצ"ע.

ובעיקר הנחת התוס' דלמאן דדאין ד"ג חייב לשלם מדין גניבה [אם ד"ג דאורייתא] יש לדון כמה ישלם קרן, ובפשוטו היה נראה שישלם את שווי השטר לימכר בשוק, וזו הסברא הפשוטה שהרי גנב השטר וישלם דמיו ככל גנב שמשלם שווי החפץ שגנב. ואולם הגר"ח נקט בתו"ד שמשלם שווי השטר לראיה ולדרכו שחיובו של גנב השטר הוא מחמת הנזק שנגרם בחוב ע"י גניבת השטר והיינו משום שהנזק שנגרם לבעלים בגניבה הוא שווי הראיה שהיתה לו על החוב ואיננה. [ולא נכון לדון את הנזק כאילו הופסד החוב ולשום כמה שווה לימכר השטר בשוק שהרי החוב לא הופסד בוודאות ושמא ישלם הלווה, אלא דשווי החוב כעת כחוב בלא שטר שברצון הלווה יכחישנו וקודם לכן היה החוב בשווי חוב עם שטר וההפרש ביניהם הוא הנזק לדברי הגר"ח] ופשוט דה"ה לכפל להס"ד דתוס' שמשלם כפל בכל גווני אם כן תשלום הכפל הוא כתשלום הקרן. ואף למסקנת דבריהם שכשמחזיר השטר מחזיר הכפל עמו לכאורה נראה לדברי הגר"ח שישלם כפל כפי שווי הראיה.

ואולם יעויין במאירי בסוגיין שכתב וז"ל שמא תאמר בשטרות מיהא מה תועלת בתשלומי כפל והיאך שייך לומר בהם כפל אפשר בנתינת סך מעות כמה שמחזיק השטר עכ"ל. הרי למדנו מדבריו דמשלם הכפל כפי הסכום הנקוב בשטר ומסתברא דאף הקרן [להס"ד דמשלם] משלם כן וזה שלא כדברי הגר"ח. ואמנם הדברים צ"ב שהרי סו"ס את החוב מעולם לא גנב שהלווה עדיין חייב למלוה ומה טעם יש שישלם את הסך הנקוב בשטר מחמת שגנב את השטר. וצ"ע.

שם בתוס' וי"ל וכו' דברי התוס' צ"ב דאם ליכא חיוב ממון בגניבת שטר ומשום דהשטר עצמו אינו ממון אם כן היאך ישלם כפל כשמחזיר השטר, ומאי שנא אם מחזיר השטר או שאבד. ונראה מבואר מדבריהם דליכא חיוב כפל בלא קרן ולכן כשהשטר בעין וחל עליו חיוב השבה [אף שאין גופו ממון] צריך לשלם כפל וכיון שהשטר שווה ממון צריך לשלם כפל, אך כשפקע חיוב הקרן שאין השטר בעין אזי גם כפל אינו משלם, וצ"ע. ולפי זה מתפרש קושית התוס' דוקא על הקרן דכיון שאינו חייב קרן ממילא הוקשה להו דליכא כפל, ולזה תירצו דבהשבת הבעין דאיכא קרן משלם אף כפל, ועיין בברכ"ש.

ועיין בחי' הגר"ח [סטנסיל ובהרחבה בחי' הגר"ח על ב"ק] שתירץ לדרכו לקושית התוס' וכתב דכיון דבגניבת השטר מפסיד מערך החוב את דמי הראיה חייב לשלם דמים אלו בתורת קרן מדין גניבה ואף כפל ישלם.

בדברי התוס' בשבועות בגמ' בשבועות איתא התם דממעטינן שטרות מחיוב תשלומי גזילה, והתוס' שם [דף לו ע"ב ד"ה מיעוט] הקשו וז"ל קשיא מה שייך למעוטי שטרות הא אפילו שרפן פטור כ"ש נשתנו. וצריך לומר דסבר רבי מאיר דדאין דינא דגרמי, אי נמי כי פטרינן היינו כי קלינהו באתרייהו אבל נטלן ושרפן חייב. עכ"ל. ודבריהם צריכים ביאור ונחלקו אחרונים בהבנת דבריהם: היש"ש [לקמן בפ"ט סי' יט] הבין בכוונת התוס' דלדינא אחר שנתמעטו שטרות מחיוב תשלומי גזילה כ"ז הוא אם נאבדו אבל אם שרפן הגזלן חייב לשלם, ולא נתפרש תי' התוס' דאדרבה קשיא השתא טפי, מדוע בלא מיעוט היה ס"ד לחייב בנאבדו



ומדוע למסקנא חייב בשרפן אף למ"ד דלא דאין ד"ג ושרפן במקומם פטור. וצ"ע. ועיין בברכ"ש כאן שביאר דהתוס' בתירוצם חזרו בהם מהנחת הקושיא וסברי דדין תשלומים דגנב אינו תלוי בדין חיובי מזיק דעלמא. [ויתבאר עוד להלן]

**ויעויין בש"ך** [בסי' שפו סק"ג] שפירש בדבריהם להיפך, וכוונתם דאלמלי מיעוטא דקרא ודאי היה פטור כשנאבדו אבל אם שרפן בידים ס"ד דחייב ולזה קמ"ל קרא דפטור. ואף פירוש זה צריך ביאור, במה חילקו התוס' בין מזיק בידים דפטור לבין גזולן ששרף דחייב. ויעויין בחי' הגר"נ שביאר בזה דברים נפלאים בדדין חיוב תשלומים דגנב וגזולן איכא ב' דינים: האחד דאם מחמת הגזילה אבד החפץ הרי זה חייב בתשלומים מדין והשיב דילפינן מינה גם חיוב דמים. ועוד דין נוסף דאף כשנאנס החפץ דאז אי אפשר לחייב מדין והשיב דהא מחמת גניבתו לא נחסר כלום מהבעלים דהבהמה מאיליה מתה אף בזה חייב משום דבגזולן איכא גם חיוב אונסין כדאיתא בגמ' בסנהדרין דף עב דגזולן חייב באונסין דלא גרע משואל [ועיי"ש ברש"י דיליף לה מקרא דשליחות יד דמפורש בפסוק שחייב באונסין] ויתבארו הדברים בהרחבה להלן ב'הרחבת דברים'

ובזה ביאר תירוץ התוס' דדוקא דין התשלומים הנלמד מחיוב אונסים הוא דתליא בדין מזיק אבל דין תשלומים הנלמד מוהשיב אינו תלוי כלל בחיובי מזיק אלא כיון שנטל השטר חייב להשיבו ואם אינו משיבו ובידיו מנע ההשבה ע"י ששרף השטר חייב להשיבו על ידי שמשיב דמים. [וזה דומה לסברת התוס' דידן גבי כפל שמשלם דמים לכפל כשמשביב השטר והיינו דבודאי שייך לקיים תשלום והשבה בשטר על ידי שמשיב דמים]

**וביאר הגר"נ** דהנה לדרך המהרש"ל הרי סתרי דברי התוס' בשבועות לדברי התוס' דידן שהרי לדעתו אף למסקנא איכא חיוב דמים בנטל ושרף ואם כן מה הוקשה להתוס' דידן היכי משכח"ל כפל הרי משכח"ל כה"ג, ובהכרח דפליגי התוס' דידן והתוס' בשבועות, אך לדרך הש"ך נחא דכ"ז הוא קודם מיעוט הקרא אבל אחר המיעוט נתמעטו שטרות מהשבת דמים לגמרי אפילו כה"ג והשתא קשיא שפיר. והוכיח הגר"נ כן מדברי התוס' רא"ש בשבועות שם שכתב ככל דברי התוס' ולעומת זאת בדף מב הביא קושית התוס' דידן.

**ואולם כבר העיר הש"ך** מדברי הפסקי תוס' שם שכתבו לדינא דגנב שטר ושרפו חייב לשלם ומוכח שהבינו את כוונת התוס' כהמהרש"ל. ולפי זה צ"ל בדבריהם שהתוס' חזרו בהם למסקנא וחדשו דחיוב השבה דגנב אינו תלוי בדיני מזיק וכמש"כ הברכ"ש<sup>225</sup> וצ"ע לפי"ז בסתירת דברי התוס' רא"ש. ואפשר דבתי' התוס' דידן דכשמחזיר השטר בעין וכו' כלול גם באופן שהזיקו בידים, וצ"ע.

**הרחבת דברים בדין חיוב דמים בגזולן חיוב השבה דגזולן** כתבו כמה ראשונים דילפינן לה מוהשיב, והגר"ח חידש דילפינן לה מושילם וראה להלן בהערה 235 המקורות לענין זה.

**ויעויין ברש"י בסנהדרין** דף עב ע"א דשם כתב דגזולן חייב באונסין משום דלא גרע משואל שכל הנאה שלו, ועיי"ש ברש"י דילפינן לה מקרא דשליחות יד. ויל"ע דאם כן מצינו בזה שיטה חדשה דמקור חיוב דמים משליחות יד הוא ולא מקרא דוהשיב, וראה לעיל דמבואר כמה מקורות בדעת רש"י עצמו

<sup>225</sup> וצריך לפרש דברי התוס' עפי"ד הגר"נ ובאופ"א, דהתוס' חדשו בתירוצם דדין חיובי גנב אינו תלוי בדיני מזיק דעלמא ולכן אלמלי הפסוק היה חייב אף באונסין וקמ"ל קרא דבאונסים פטור ורק כשרפן בידים חייב. והא דחייב בשרפן בידים הוא משום דגם בשטרות איכא חיוב והשיב אף לאחר המיעוט וכמו שנתבאר לעיל בדעת הראב"ד גבי קרקע ועיין להלן ב'הרחבת דברים' בזה.

דילפינן לה מוהשיב. גם יסוד הדברים דחיבו משום דלא גרע משואל מפורש שם בסוגיא ואילו לדברי הראשונים דילפינן לה מוהשיב מה לן לדמויי לשואל, אך אפשר דרש"י התם לא מיירי אעיקר חיוב דמים אלא אחיוב אונסין, והיינו דאף אם גזלן חייב דמים יש לפטרו באונסין, ולזה בעינן ילפותא משואל וכן מדוקדק לשון הגמ' ורש"י שם שהנידון לגבי אונסין ולא לגבי עיקר חיוב דמים.

**ויסוד זה ביארו הגר"נ זצ"ל** גבי גונב ע"מ לאבד שהתוס' לעיל בדף נו כתבו בשם הירושלמי דהא דגזלן שגול בהמה חייב בנזיקה [אם הזיקה אחרים] הוא רק בנטלה ע"מ לגזלה אבל אם גזלה ע"מ לאבד פטור, ותמה הפנ"י שהרי מפורש בגמ' בדף צח דגזלן ע"מ לאבד גזלן הוא ואמאי לא יתחייב בנזקים, והביא ע"ז הגר"נ לדברי האו"ז שכתב דפטורים בנזיקה משום דגזלן ע"מ לאבד פטור באונסים וממילא פטור גם בנזיקין [שכל הטעם שחייב בנזיקין הוא משום דהוי ברשותיה לענין אונסין כמש"כ התוס' שם] וביאר הגר"נ כנ"ל דגזילה וחייב השבה לרבות חיוב דמים איכא אף בגזלן זה, אלא דהיכא דנאנסה בזה יש לפטרו מדמים, והדברים מתאימים מאור עם דברי רש"י הנ"ל שכתב דטעם חיוב אונסים הוא משום דכל הנאה שלו ובגזילה ע"מ לאבד ליכא להאי טעמא.

**אלא שצ"ב לחלק בזה** שאם חייבתו תורה בדמים הרי לא שומר הוא שיתחייב בפשיעה כמש"כ הרא"ש להלן [בדף סה ע"א] ועל כרחין באונסין חייבתו, אך מצינו מקור לחילוק זה בדין גזל קרקע, דהנה בגמ' לקמן דף קטז וק"ז מבואר דהגזול קרקע ושטפה נהר פטור מלשלם משום דקרקע אינה נגזלת, וכן אם נטלה מסיקין והיא מכת מדינה אינו משיב, ומ"מ איתא התם דאם נטלה מסיקין מחמת הגזלן חייב לשלם, ונחלקו ראשונים בדין זה מדוע חייב לשלם הרי קרקע אינה נגזלת, ושיטת הראב"ד שם דחייב מדין גזלן וז"ל ואיכא למימר אע"ג דאינה נגזלת צריך שיאמר לו הרש"ל טול אותו וכיון דנטלוהו מסיקין ממנו אינו יכול לטלה ובעי השבה ואין כאן גרמא אלא גזילה בידים היתה ובעי השבה ואינו משיב עכ"ל. והדברים צ"ב דאם כן אף בשטפה נהר או במכת מדינה נימא כן. ונראה מבואר מכאן דבכל מקום שאף אם היה משיב היה קורה האונס אין זה חשיב כמניעת השבה ויכול לומר כעין הרש"ל אף שאין כאן כלום דגזילתו ולקחתו אינה מעכבת תו החפץ מהבעלים ורק היכא שהאונס אירע מחמת הלקיחה חשוב כאינו משיב.<sup>226</sup>

<sup>226</sup> ויסוד זה מתבאר מדברי הראשונים דיעוין ברשב"א בב"מ דף לו שהקשה בשם הראב"ד אהא דאיתא שם בסוגיא דבהמה שמתה באונס אחר פשיעה לא חשיב אונס מחמת הפשיעה דמלאך המוות מה לי הכא מה לי התם, וכתב שם הרשב"א וז"ל ושואל דחייב במתה כדרכה משום דכיון דכל הנאה שלו אוקמה רחמנא ברשותיה לגמרי כאילו היא שלו חוץ ממתה מחמת מלאכה דא"ל לאו לאוקמה בכילתא שאילתיה עכ"ל. ועיי"ש בראב"ד שהוא מקור דברי הרשב"א, ותמוה מה הוקשה לו לפום סברת הגמ' דמלאך המות וכו' ומבואר כנ"ל דאילו האונס היה בגרם השואל היה חייב להשיב אף באונס אבל במקום שבלא"ה היתה מתה בכל מקום א"א לתבעו להשיב ולזה תירץ דרחמנא אוקמה ברשותו והיא סברת רש"י בסנהדרין.

ומצאנו דברים בזה בתשובת הר"ן [סי' יח ד"ה הילכך] שכתב שם [גבי מי ששאל חפץ מחבירו ובאו גוים ובזזו ממנו החפץ] וזה לשונו ולפיכך יש לומר ששמעון זה חייב באונסין שהרי כל הנאה שלו, וכי תימא הני מילי בשאר אונסים אבל בזה האונס וכו' אפשר לפטור בו שמעון מפני שהוא מכת מדינה שהרי גם בביתו של ראובן נכנסו השוללים וכו', וכיון שכן איכא לדמוייה לההיא דאמרין בסוף בבא קמא [קטז ב] הגזול שדה מחבירו ונטלוהו מסיקין, אם מכת מדינה הוא אומרים לו הרי שלך לפניך, והכא נמי מצי אמר ליה שמעון לראובן אי גבך הוה, הוה מתניס נמי כדאתניס ברשותאי, הא לאו מילתא היא דהתם היינו טעמא משום דמצי אמר ליה הרי שלך לפניך דקרקע אינה נגזלת, אבל שואל חייב בכולהו אונסים אפילו באותם אונסים דהיו באין בבית המשאיל כמו שבאו בביתו, דהא תלמוד במתה כדרכה שואל חייב אף על גב דאי הוה בבית המשאיל היתה מתה ג"כ דמלאך המות קטלה מה לי הכא מה לי התם וכדאמרין בפרק המפקיד [ב"מ לו ב] הילכך בנדון זה אע"ג דאיכא למימר דאי הוה אותו ספר בבית ראובן היה נאנס ג"כ אפילו הכי שמעון חייב. עכ"ל והדברים מבוארים היטב כמש"נ.

ונראה שזו גם דעת הרמב"ם דגול קרקע אית ביה חיוב השבת דמים יעויין בר"מ בפ"ט מגו"א ה"א עד ה"ג.

**ובזה מתבאר גם דברי התוס' בשבועות עפ"י ד הפסקי תוס' ומהרש"ל** שהתוס' נקטו לדינא דגונב שטרות פטור באונסין וחייב בשרפן בידים וזה צ"ב, דהרי התוס' שם נקטו למ"ד דשורף שטר פטור מדוע יתחייב הגנב הרי שטרות נתמעטו מגזילה, **ומבואר בדברי הראב"ד** דאף אחר המיעוט איכא דין השבה בקרקעות ושטרות ורק מאונסים נתמעטו.<sup>227</sup> **ואף לדרך הש"ך** אנו למדים שחלוק דין תשלומים דאונסים משורף בידים להס"ד אלמלי הפסוק אך לפי דרך הש"ך אם כן גם בקרקע ליכא חיוב אפילו בנאנס מחמת הגנב ודלא כהראב"ד]

**וחוט המשולש הוא מדברי הראב"ד הפסקי תוס' והאו"ז**, שבשלשתם מצינו גולן שחייב בדמים ואינו חייב באונסין ונראה הטעם משום דיסוד דחיוב אונסים הוא מחמת דכל הנאה שלו וזה שייך רק במטלטלי דהוו ברשותו של הגולן לגמרי אבל היכא דלא הוו ברשותו כגון קרקעות ושטרות ליכא חיוב אונסים, ובגול ע"מ לאבד נמי ליכא כל הנאה שלו ופטור באונסים.

**ואולם בעיקר הדברים עדיין צ"ע** דסו"ס כיון שלמדנו חיוב גולן משליחות יד ומשום דלא גרע משואל אם כן גם עיקר חיוב דמים אפשר למילף מהתם ואין צורך לקרא דוהשיב וגם חיוב זה בעיקרו חלוק מדין השבה דהכא סברא הוא כיון דכל הנאה שלו וצ"ע. ובאו"ז ב"ק סי' קצח כתב בתוה"ד 'גולן ודאי חייב באונסין דבעי למעבד השבה מעליא' ומשמע דהוי מדין השבה דגולן.<sup>228</sup>

<sup>227</sup> ואמנם נראה שיש חילוק גדול בין דברי התוס' בשבועות לדברי הראב"ד דלהראב"ד חייב כשנאנס מחמתו וכ"ש בפשיעה ולהתוס' משמע דחייב רק בשרפו בידים, ונראה דפליגי בגדר חיוב ההשבה [נקודם הילפותא משליחות יד] דלהראב"ד כל שמעוכבת הגניבה מהבעלים באופן שאלמלי הגניבה היה החפץ קיים לבעליו חייב לשלם מדין השבה, אך להתוס' אם לא הזיק את החפץ בידים ממש פטור דהגניבה בעצמה אינה גורמת החסרון כעת ומה שאירע מעשה בפשיעת הגולן הוא גרמא בעלמא וכמו שנקט הראב"ד בקושייתו [ועיין היטב בכ"ד הראב"ד שם ודוק היטב ועיין בחי' הר"י מלוניל שם ודוק ואכמ"ל] ולפי זה אפשר ומסתבר דאף הרשב"א החולק להדיא על הראב"ד וסובר דבאונס מחמת הגולן חייב מדין קנס בלבד מודה לעיקר היסוד דיש חיוב השבה בגול קרקע ושטרות אלא דסובר כהתוס' דדוקא מזיק בידים חייב וניחא דבעינן קרא בקרקעות למעוטי כפל וכמו שנתבאר לעיל בפנים ודוק היטב בכ"ז.

<sup>228</sup> ומבוכה עמנו בזה בשורש חיוב גולן האם הוא מחמת ההוצאה מרשות בעלים או מחמת שקיבל החפץ לרשותו דהנה יעויין בתשובת הרא"ש [כלל סד א] שדן שם במי שסייע לגנב ונטל את החפץ עבורו לאחר שהגביה הגנב הראשון, וכתב שאין לחייבו מדין גנב כיון שלא נתכוין לזכות לעצמו ודן שם באורך לחייבו משום הכשרתי במקצת נזקו כיון דבלאו איהו לא יכול היה הראשון לעשות לבדו ועיי"ש שפטרו מכמה טעמים, וכן כתב עוד בתשובה אחרת [בכלל קא ז] דבאופן שסייע לחברו לגנוב חייב מדין הכשרתי במקצת נזקו. ומבואר מזה חידוש גדול, דהמסייע לגנב אחר אף הוא חייב בתורת מזיק דגניבה אף שלא בא החפץ לרשותו ואין לחייבו מחמת גניבה לעצמו ומבואר כנ"ל דחיובו של גנב מטעם מזיק הוא.

ואולם יעויין בשטמ"ק לקמן [דף קד ע"ב] בשם הרא"ש שכתב וז"ל ואף על גב דבפרק קמא דערכין אמרינן דנזיקין מלוה הכתובה בתורה היא היינו טעמא משום דמשלם אף על פי שלא נהנה והוי כעין חומש שחייבתו תורה מה שלא נהנה אבל גולן הא דמשלם משום שנהנה הוא וזה מן הדין כשאר מלוה על פה שיש לו להחזיר מה שלוה ולא חשיבא כמו מלוה הכתובה בתורה. הרא"ש ז"ל עכ"ל, ולכאורה סתרי דברי הרא"ש אהדדי, וצ"ע. ואמנם יש לנו להעיר בכל דברי הרא"ש המובאים בשטמ"ק בב"ק שמסגנונם נראה שיש להסתפק אם הם אכן להרא"ש בעל הפסקים.

**בעיקר חילוק הראשונים בב"מ** בין גולן לשואל דבשואל היא ברשות בעלים לענין הקדש ומכירה **נתקשה בקצה"ח** בסי' רצא דאם כן לדעת צנועים דבעלים יכול להקדיש חפץ הגזול אם כן ישלם גולן כשעת אונסין ולא כשעת גזילה, **ולכאורה** היה מקום לומר שאין כוונת הראשונים משום דלדינא אינו יכול להקדיש אלא באו ללמוד מדין ההקדש דהחפץ חשיב 'אינו ברשותו' של הבעלים וצנועים דפליגי סברי נמי דהוי אינו ברשותו אלא סברי דיכול להקדיש דבר שאינו ברשותו ודברי הקצה"ח צ"ע. אבל באמת בסוגיא שם מוכח להדיא כהקצה"ח דפריך הגמ' דלצנועין יתחייב גומה"ג אלמא לדידהו ברשותו חשיב ואכמ"ל.

**ועדיין צ"ב סברת הראשונים** שהרי סו"ס סברת הגמ' דהשתא לאו מידי קעביד וסברא זו קיימת גם בשואל ומאי איכפת לן דהיתה ברשות בעלים עד האונס, סו"ס מאי שנא מגולן דלא עביד מידי השתא וכ"ש שואל לא עשה כלום. וצ"ל דודאי אף שואל כגולן מתחייב על מה שהוא הוציא מרשות בעלים אלא דבגולן נשלמה ההוצאה בשעה שגול ומה שנאנס כבר היה אחר המעשה המחייב וההפסד שהגולן אחראי עליו [שהוא לקיחת החפץ מבעליו] אבל בשואל אף שלקחה לרשותו עדיין ברשות בעלים היא ולקיחתו חשובה הפקעה מהבעלים כשאינו משיב וזה קורה רק כשנאנס החפץ וצ"ע.

**ובגזול קרקע** למש"נ לעיל בשיטת הראב"ד דחייב משום והשיב ושכן משמעות הרמב"ם יל"ע דהרי הקרקע ברשותו של גזול היא ודמיא לכאורה לשואל ולפי זה עולה שבאמת ישלם כשעת איבודה מהעולם ולא כשעת גזילה וצ"ע.

#### דף סה ע"א

**בגמ' אחייה לקרן כעין שגנב נראה שנחלקו ראשונים** בדין זה דקרן כעין שגנב אם מקורו הוא מקרא או מסברא, **ראה ברש"י לעיל** בדף סד ע"ב ד"ה אחייה וכו' דמשמע מדבריו דילפינן לה מקרא דחיים וגניבה [וכפשוטות לשון הגמ' דידן] **ויעויין ברש"י בפסחים** דף לב ע"א אמתני' דכל הגזולנין משלמים כשעת הגזילה שביאר דילפינן לה מאשר גזל כמה שגול יחזור. [ויל"ע דסתרי דבריו שם לפירושו כאן במקור הדין ואפשר דאיכא קרא בגנב וקרא בגולן ויל"ע ועיין להלן הערה 243 אם ניתן ללמוד גנב מגולן] **וכן הובא בראשונים** בב"מ דף מג ע"א דיש שגרסו בגמ' דידן להדיא מאי טעמא דרב בקרן ומפורש דהקרא קאי אקרן [והראשונים שם דחו דבריהם ונמצאת גרסה זו לפנינו בשטמ"ק הנר בשם רבינו ברוך].

**ואולם יעויין ברא"ש בסוגיין** שכתב דקרן סברא היא, וקרא בעינן לכפל ודו"ה דהם כשעת העמדה בדין ומדוקיא דקרא ילפינן לה. **וביאר הרא"ש** דקרן סברא הוא משום דהשתא לאו מידי קעביד ואמאי קמחייבת ליה אשעת גזילה וכו' והוא מדברי הגמ' בב"מ דף מג במימרא דרבא.

**ובדעת התוס'** בזה **נחלקו אחרונים דיעויין בתוס' ד"ה גופא** שכתבו דעיקר חידושו של רב הוא כלפי כפל ודו"ה דאילו קרן הא תנן במתני' דכל הגזולנין וכו' ומייתי קרא לדוקיא דכפל. **וכדברי התוס' כ"ה** ברשב"א בסוגיין ובראשונים בב"מ דף מג ע"א.

**ועיין במחנ"א** [בפ"א מנז"מ] שכתב דמשמע מדברי התוס' דמודו לרש"י דקרן ילפינן לה מקרא, ורק כלפי דברי רב כתבו דאין זה עיקר חידושו. [וכפפה"נ דמקורו ממה שהוצרכו לפרש הגמ' דמ"ט קאי אכפל מחמת קושיהם דהא מתני' היא, אבל לא הוקשה להו דהא סברא היא ואמאי בעינן קרא, ומזה לא חזרו אף למסקנת דבריהם ודוק] **ואולם החזו"א** [בסי' ח סקט"ו] כתב דמשמעות התוס' כהרא"ש דמסברא ילפינן לה. **ואף בדעת רש"י בפסחים** ביאר החזו"א דפשטיה דקרא הוא ולא דרשה ומסברא ידעינן לה. **ועיין ביש"ש בסוגיין** שתפס לפשוט דקרן כעין שגנב ילפינן לה מקרא. **ודע** דבפשוטו פליגי הראשונים לפי"ז גם בכפל ודו"ה ובסברות הפוכות, דאי נימא דבעינן קרא לקרן כעין שגנב אם כן כפל ודו"ה כדקאי קאי ומסברא ידעינן דהוי קפז

כדהשתא אבל אי קרן מסברא כעין שגנב אף כפל ודו"ה כן, ומקרא ילפינן דמשלם כדהשתא כמש"כ הרא"ש. ועיין בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש שמבואר כן מדבריו דכפל סברא הוא.

**ובשורש הנידון** מה הצד דישלם קרן כדהשתא, **יעוין במחנ"א בפ"א מנז"מ שחקר לגבי מזיק** היאך משלם, אם חיובו הוא להעמיד כלי כפי שגנב או דחל עליו חיוב דמים משעת נזק, ונ"מ היכא דהוול הכלי כגון שהיה שווה בשעת נזק ד' ועתה ג' אם יכול לשלם לו כלי השתא או דמיו [היינו ג'] או צריך לשלם לו ד' וזו. **וכתב המחנ"א** די"ל דהוא תלוי במחלוקת הראשונים הנ"ל דלדעת רש"י ותוס' דגולן מקרא ילפינן לה אם כן מזיק כדקאי קאי, אך להרא"ש דסברא הוא אם כן מזיק נמי משלם כשעת הנזק. **ומבואר מדבריו** דשורש הנידון הוא האם עליו להחזיר כלי כעין שגנב או דחל עליו חיוב דמי הכלי משעת גזילה.<sup>229</sup>

**ודברי המחנ"א צ"ע** שהרי בגמ' מבואר דבס"ד נקטה הגמ' דרב מיירי אף לגבי כחש ופיטום נורק מכח קושיא גבי כפל חזרה בה הגמ' והעמידה דברי רב ביוקרא וזולא] **וביותר קשה** דברש"י בדף סד ע"ב מפורש דקרא קאי גבי כחש נמי, והרי לגבי כחש לא תועיל סברת המחנ"א שחייב כלי ולכן בהוול משלם כלי אבל גבי כחש סו"ס עליו לשלם כלי כמו שגנב. נובעיקר ספקו של המחנ"א בנויקין יעוין בתוספתא בפ"ג ה"ד דמפורש הדין דבמזיק אזלינן בתר שעת הנזק בין בהוקר בין בהוול דלעולם לא חייבה תורה לפי מדה אלא לפי דמים.<sup>230</sup>

**ודרך נוספת יש בזה דיעוין בראשונים בב"מ בדף מג ע"א** שהקשה שם הרמב"ן ושאר מאי שנא גולן דמשלם כשעת גזילה משואל דמשלם כשעת אונסים. **ותירץ הרמב"ן** וז"ל וי"ל דשאני שואל דמשעת משיכת הבהמה נתחייב במזונותיה ולא מייחייב באונסין עד שעת שבורה ומתה וברשותא דמריה היא למכירה וק"ו להקדש, אבל גזלה כיון דמשעת משיכה מייחייב באונסיה ונפקא נמי מרשות בעלים להקדש, לא מחייבין ליה באונסיה אלא כשעת משיכה, דשעת משיכה דגזלה כשעת שבורה ומתה דשאלה דהיא שעתא חייל עליה חיוב. **עכ"ל** והנה הרמב"ן כאן לא דן כהמחנ"א מהו החיוב שחל בשעת גזילה אם כלי או דמים, אלא נידונו הוא מהו המחייב האם שעת האונס או שעת הגזילה, ובזה ביאר דבגולן חייב אשעת גזילה דמאותה שעה הוי החפץ ברשותיה. **ונידון זה** פשוט דהוא בין על זולא ובין על כחש דאף גבי כחש אי חל חיובו

229 המחנ"א בכל דבריו דן באופן דזולא אם יכול ליפטר בכלי ובדמיו אך לא דן כלל ביוקרא אם חייב לשלם כלי או סגי ליה בדמים, ומדקדוק לשונו נראה דס"ל דודאי לעולם חיובו בדמים הוא ואינו חייב לשלם יותר מערך הכלי שהזיק אך ס"ל דכשמחזיר לו כלי אחר כעין שהזיק הרי בזה סילק ותיקן הגזילה לגמרי ותו אינו מחוייב בדמים. אך לפי זה קשה היאך פירש דלרש"י בעינן קרא לאפוקי מסברא זו הרי להדיא בגמ' דבכלל חידושו של רב גם לענין יוקרא ושבח מדפריך מהשמינה ומתבו"ש. ואפשר דס"ל דבמימרא דרב איתכילי שני חידושים נפרדים והפסוק קא לאפוקי מסברא גבי הוול וצ"ע.

230 והמחנ"א שם רצה לתלות זאת במחלוקת הרמב"ם והראב"ד גבי תביעת נזקי קרקע דהרמב"ם כתב דהוי כפירת שעבוד קרקעות והראב"ד כתב דרק כשתובעו למלא החפירות הוי כפי"ש קרקעות וכתב המחנ"א דהרמב"ם סובר דחייב לפי מדה ולכן חשיב תביעת קרקע ולהראב"ד חייב לפי דמים. ולכאורה אדרבה מדברי הראב"ד מוכח דחיובו הוא להשלים החפץ שאל"כ מאיזה טעם נוכל לחייבו למלא החפירות כיון דחיובו דמים בלחוד הוא וע"כ דשורש חיובו הוא לסלק הנזק שעשה ולהעמידו כפי שהיה אלא דלא שייך מילוי אלא בקרקע אבל בשאר נזיקים - וכן בקרקע היכא דלא שייך - חל עליו חיוב דמים במקום הדבר שהזיק וכשחל החיוב בדמים חל כמש"כ החזו"א. ובתביעת מילוי החפירות אפשר ומסתברא דלא תליא כלל ביוקרא וזולא ואם תוול הקרקע עד שדמי המילוי יעלו כפי ערך הקרקע ויותר עדיין חיובו למלא החפירות. כמו דפשיטא שנפטר במילוי החפירות אף אם הנזק גדול מחיר המילוי.

אשעת אונס ישלם כפי ערך בהמה כחושה. ולפי"ז י"ל דזהו חידושו של רב בסוגיין [ולדעת הסוברים דבעינן קרא ילפינן זה מהפסוק] דאין חיובו על שעת אונס אלא חל חיוב דמים אשעת גזילה.

**ויעויין ברא"ש** שביאר הטעם דמשלם כשעת הגזילה משום דההיא שעתא [דאונס] לא עבד ולא מידי ואמאי קא מחייבת ליה אשעת גזילה ההיא שעתא היה שווה זו. **וסברת הרא"ש מבוארת להדיא בגמ'** בב"מ דף מג סו"ע א עיי"ש. והנה אף מדברי הרא"ש מבואר דנידונו הוא על איזו שעה חל החיוב אך לא ס"ד כלל שחל עליו חיוב לשלם כלי ולא חיוב דמים. **ולפי זה פשוט** דאין מקום לדון במזיק כיצד משלם דפשיטא דמשלם כשעה שהזיקו.

**ולדרך זו יש לבאר** מחלוקת הראשונים אם מסברא קרן כעין שגנב דלהסוברים דלא בעינן קרא לקרן היינו מחמת הסברא המבוארת בגמ' בב"מ דהשתא לא עביד ולא מידי וכו' אך לדעת רש"י ודעימיה מהסברא היינו מחייבים אותו לשלם החפץ כפי שהוא עתה בין הוקר או הוזל וכן אם השביח או הוכחש. וא"ש היטב דברי רש"י בדף סד ע"ב שהביא את הפסוק גבי כחש. **[אך לפי"ז צ"ע בדעת רש"י דהרי מפורש בגמ' בב"מ דזו סברא שאין לחייבו אשעת אונסין דלא עבד כלום אלא אשעת גזילה ואם כן אמאי בעינן לזה קרא דכאשר גזל וקרא דגניבה וחיים וצ"ע. ויתבאר להלן בדברי התוס']**

**ושתי נ"מ איכא** בין שתי דרכים אלו בביאור הסוגיא, חדא דלהצד דהנידון הוא אם חל עליו חיוב כלי או חיוב דמים נמצא דגבי כחש ופיטום פשיטא לכו"ע דמשלם כשעת הגזילה וכמש"נ לעיל ומשא"כ אם הנידון הוא על איזו שעה חל חיובו. **ועוד נ"מ** היכא שהוזל החפץ או הוקר אחר שאבד מהעולם, דלהצד דהסברא שישלם כדהשתא משום שחייב להחזיר לו כלי אם כן אף בזה ישלם לו שווי כלי כדהשתא, אך להצד דהנידון הוא מה היא שעת החיוב יש לדון דישלם כשעת הוצאה מהעולם ולא כדהשתא. **וגבי כפל ודו"ה** מבואר מדברי הראשונים [יתבאר בע"ה להלן] דנידון הסוגיא הוא מהו המחייב ולא ס"ד דחל עליו חיוב כלי ואם כן מסתברא מאוד דאף גבי קרן זהו הנידון וע"ז בעינן קרא לרש"י.

**וצ"ע בסתירת דברי הרא"ש** דיעויין ברא"ש לעיל בפרק ראשון סי' יא שביאר דאף דמזיק יכול לשלם בסובין גזלן משלם כלי כעין שגזל וילפינן לה מקרא דחיים שניים גבי גנב וגבי גזלן מקרא דכאשר גזל כעין שגזל 'ומיהו דמים יכול ליתן לו דמה לי הן ומה לי דמיהן כיון שיכול לקנות בהן כעין שגזל אבל לא דבר אחר עכ"ל. **ולפי"ז צ"ע** היאך קאמר הרא"ש בסוגיין דמסברא משלם כשעת הגזילה, הרי עיקר חיובו כלי ודמים מהני משום שיכול לקנות כלי ובהוקר הרי לא יוכל לקנות בהם כלי, וכן בהוזל למה לא יוכל להחזיר כלי כעין שגזל או דמים כדהשתא, וצ"ע. **ובאמת** שאין זו רק סתירה ברא"ש אלא שדברי הרא"ש בפ"ק תמוהים מעצם דברי הגמ' בב"מ דמבואר דגזלן משלם כשעת הגזילה מסברא.

[וצ"ל דכ"ז הוא בסיבת החיוב אבל בפועל לעולם חל עליו חיוב דמים. **ועיין בחזו"א סי' ח סקט"ז** שכתב כן. אך צ"ע בזה דברא"ש נראה דעיקר חיובו לדינא הוא להעמיד שור ואיך אפשר שביוקרא יתחייב גם שור [ולא סובין] וגם תוספת דמים עליו וכן איפכא וצ"ע. ולכן נראה טפי לפרש דודאי חיוב תשלום לעולם בדמים הוא ומש"כ הרא"ש בפ"ק דחייב לשלם שור תחת השור הוא דין בצורת התשלום כמו מיטב דחדשה תורה שחייב להעמיד לו התשלום באופן היותר קרוב למה שהיה לו קודם הגזילה ולכן משלם שור או דמיו אך אם השור נתייקר פשיטא דחייב דמים כפי ערך השור בשעת גזילה ודוק]

**שיטת התוס' רי"ד ראה בתוס' רי"ד בסוגיין** אשר לו שיטה מחודשת והיא דבגניבה אף אם החפץ בעין אלא שהוזל צריך לשלם לו כעין שגנב [ובפשוטו כוונתו שמחזיר החפץ ומוסיף דמים וצ"ע] ודוקא בגזילה

יכול לומר לו הרי שלך לפניך וזה ילפינן מקרא דאחייה לקרן שצריך לשלם כעין שגנב אף כשהחפץ בעין. ועיי"ש שהביא ירושלמי שמבואר כן, ומקור הדברים הוא מתוספתא פ"י ה"ד ועיי"ש בחס"ד.

וטעמו של התורי"ד משום דהוקשה לו אחר שהאריך להוכיח דבגזילה שהזולה או נפסדה צריך לשלם כדמעיקרא אם כן מדוע בעינן קרא לגניבה ומזה למד דבגניבה אפילו ישנה בעין משלם קרן כעין שגנב. וזה חומר בגניבה מבגזילה. ושיטה זו של התורי"ד שיטת יחיד היא ושאר הראשונים שלפנינו השוו כולם דיני הגנב לדיני הגזול בענינים אלו.

ולמדנו מדבריו דדין זה דקרן כעין שגנב חידוש הוא בדיני גניבה ואינו בגזילה וגם דילפינן לה מקרא, ולדעת שא"ר הנה להסוברים דרב סברא קאמר פשיטא דלא שנא גניבה מגזילה ואף להסוברים דרב בקרן יליף לה מקרא מסתברא דילפינן גם גזילה מינה, או כדברי רש"י בפסחים שיש פסוק גבי גזולן שמשלם כדמעיקרא. [והתורי"ד הקשה דאם בגזולן הוא כן כ"ש בגנב ואפשר שהתורי"ד הבין דבגזולן ליכא קרא אלא מסברא הוא כן ולכן לא גרע גנב מיניה אבל אם הוא מקרא אפשר דלא ילפינן מהדדי, או דס"ל דאף אם מקרא ילפינן לה ילפינן גנב מגזולן בכ"ש וצ"ע]

בדברי הרא"ש בס"י ב קרן כעין שגנב מילתא דפשיטא וכו' דבשעת שבירה לאו מידי וכו' ראה לעיל מה שהערנו בסתירת דברי הרא"ש לדבריו בפ"ק סי' יא.

שם ברא"ש דגזולן לא מקבל שמירתה ראה לעיל שהובאו דברי הרמב"ן [בב"מ דף מג ע"א] שמחלק בין גזולן שמשלם כשעת גזילה לבין שואל שמשלם כשעת אונס דבשואל החפץ ברשות בעלים עד האונס, ומדברי הרא"ש מבואר דאם היה מתחייב אפשר היה חייב מסברא כדהשתא כיון שהמחייב הוא הפשיעה, ובפשוטו אי"ז סתירה לדברי הרמב"ן שהרמב"ן נתקשה בשואל דייקא שחייב באונסין ועל כרחין דאין חיובו על שעת האונס ולזה תירץ ודוק. אך יעויין באו"ש בפ"ב ה"א מגניבה שהבין דברי הרמב"ן וכן דברי רש"י בסנהדרין דגזולן חייב משום דחל עליו דיני שמירה ולפי זה כתב דהרא"ש דידן פליג עליהו וצ"ע. ובעיקר דברי הרא"ש דגזולן אין לו חיובי שומרים, עיין בתוס' לעיל בדף נו ע"ב שכתבו דיש דבר ששומר חמיר טפי מגזולן כגון פירות והרקיבו מקצתן דגזולן אומר הרש"ל ושומר חייב לשלם, וכתבו דהגזולן פטור משום דלא קיבל עליו שמירה והוא כדברי הרא"ש.<sup>231</sup>

שם ברא"ש וכ"ש אי תברה ושתיה וכו' שלא יהא חוטא נשכר דברי הרא"ש בזה צריכים ביאור דמה ס"ד דבתברה ושתיה ישלם כהשתא כשעת הזולא ומה הוצרך לטעם דחוטא נשכר, חיוב קרן כעין שגנב להיכן אזל, וצ"ע. ג. נויש לבאר בזה דבאמת כשחל עליו חיוב תבו"ש מדין מזיק או גזול נמצא אם כן שיש לו שני חיובים לבעלים אך פשוט שלא ישלם את שניהם כיון שבתשלום האחד חזרה קרן לבעלים, והנה נראה דבגזול ובא אחר ואכלו דרמ"ג רמ"ג אם בשעת גזילה היה שווה ד ובשעת אכילה זוז ונטל הזוז מהאוכל אינו יכול לתבוע תו הג' הנותרים מהגזולן דכבר חזרה קרן לבעלים וקנאה האוכל בדמים. ולפי זה יש לדון הכא דכאשר אכלה הגזולן ונתחייב לשלם יפרע לו בעל כרחו הזוז ויפטר בזה ולזה כתב הרא"ש שלא יהא חוטא נשכר ועיין כעיי"ז בשיעורי רבי דוד]

<sup>231</sup> ועיין בשער משפט סי' שנד דר"ל דגזולן יש עליו חיובי שמירה דלא גרע משומר אבידה שהרי אף הוא מצווה בהשבתה, ומש"כ הרא"ש דאין לו חיוב בפשיעה כוונת הרא"ש לפשיעה כעין גניבה ואבידה דבזה שו"ח פטור ושומר אבידה שו"ח הוא למ"ד. ועיין בחזו"א [בסי' טז סקכ"א] שהקשה דכל גזולן אמאי אינו שומר ובהכרח שאינו שומר כלל מדין הרקיבו מקצתן וכמו שהוכיחו התוס' ותיירץ דכמו שפטרנו תורה מלשלם שכר שימוש וכן שבח ויוקרא אינו נעשה עליהם גזולן מחדש אלא הכל בכלל גזילה הראשונה ה"ה דאינו שומר אבידה וצ"ע.

שם ברא"ש ועוד דסברא הוא דאי מודה מיפטר צ"ב איזו סברא היא שמחמת כן ישלם כדהשתא הרי עיקר הנידון הוא על איזו שעה הוא מתחייב כבקרן ולא אימתי חל החיוב, ועוד שמענו להעיר דאטו שור תם שהזיק למ"ד פלגא נזקא קנסא ישלם כשעת העמדה בדין משום דחייל השתא, וצ"ע, וראה להלן בזה.

שם ברא"ש וכפל כשעת העמ"ב כמשמעו וכו' עמדו האחרונים בדברי הרא"ש אשר הם תמוהים מאוד דנראה כסותר עצמו מיניה וביה שכתב דחיוב דו"ה חל בשעת טביחה והרי קנס הוא ואינו חל עד שעת העמ"ב דאי מודה מפטר אף אחר טביחה כמש"כ הרא"ש לעיל. וראה בב"ח שהגיה במקום 'זההיא שעתא' דצ"ל 'דאההיא שעתא' והיינו דשעת הטביחה היא שעת סיבת החיוב ולא שעת חלות החיוב, אבל עדיין קשה מאוד דסותרים דברי הרא"ש אהדדי דגבי טביחה אזיל בתר שעת סיבת החיוב וגבי כפל בתר שעת החלות ולא שעת סיבת החיוב [היא שעת הגניבה] וגם דלעיל כתב הרא"ש גבי דו"ה נמי להאי טעמא דאי מודה מפטר ואם כן מדוע חייב כשעת טביחה, וזה פלא גדול.

ולהלן כתב הרא"ש להוכיח כדבריו וכתב דאפילו קרן אם נתיקרה ואיתבר ממילא משלם כדמעיקרא וכו' ותמה עליו היש"ש דמאי ראייה מקרן הרי הכא איכא להאי טעמא דאי מודה מפטר משא"כ בקרן, ועוד הקשה דהרי כפל על כרחין משלם כדהשתא והיינו מה"ט ומאי שנא דו"ה מכפל דעל כרחנו חלוק מקרן, ובאמת דדברי הרא"ש בזה מופלאים שהרי זה כל חידושו ודינו של רב לחלק בין קרן לבין כפל ודו"ה שקרן כשעת גניבה וכפל ודו"ה כשעת העמ"ב ועל כרחין חלוק דין הקרן מדין הכפל [והיינו משום דאי מודה מפטר] והיאך ניתן להוכיח מקרן לדו"ה, וביותר דברא"ש משמע דהוא כ"ש שכתב 'ואפילו קרן' וכו' וזה הרי להיפך משמעות הסוגיא.

והסמ"ע [בסי' שנד סק"ו] והב"ח [שם סק"ג] ביארו בדברי הרא"ש דגבי טביחה ומכירה לא שייך טעמא דאי מודה מפטר דהא קיי"ל דבבאו עדים על הגניבה ומודה על הטביחה אינו נפטר בזה דאינו מחייב עצמו בהודאתו כלום, ולדרך זו נמצא דבאמת דין הכפל כשעת העמ"ב ודין הדו"ה הם שני דינים חלוקים זמ"ז בטעמים ובדין. ועיין בפלפול"ח שכתב לטעם זה ותמה דהרי משכח"ל היכא שלא באו עדי גניבה כלל דאז בהודאתו נפטר מהטביחה, ובעיקר דבריהם יל"ע דודאי מסתברא דמש"כ הרא"ש דאי מודה וכו' אינו סיבה אלא סימן, ואין צריך שתהיה כזו אפשרות בפועל אלא בא ללמוד מזה דחיוב הקנס חל בשעת העמ"ב ומשא"כ הקרן ואם כן אף אי לא משכח"ל לדינא בדו"ה עדיין סברת הרא"ש קיימת גם בדו"ה, וביותר קשה שהרא"ש עצמו בתחילת דבריו כתב כן להדיא בין אכפל ובין אדו"ה דחיובם כשעת העמ"ב משום דאי מודה מפטר.

ויעיין בחי' הגרנ"ט שביאר בדברי הרא"ש דמש"כ הרא"ש 'דאי מודה מפטר' אין כוונתו כלל לדינא דמודה בקנס, דיעויין בגמ' בדף סח סוע"ב דמבואר שם דבעלים שהקדיש הגניבה קודם העמדה בדין אינו זוכה בכפל משום דחזרה קרן לבעלים וביאר שם רש"י [ד"ה והרי וכו'] דדין כפל נאמר רק כשנמצאה הגניבה בעדים ביד הגנב בשעת העמדה בדין, וביאר הגרנ"ט דמציאות הקרן ביד הגנב בשעת העמדה בדין היא חלק מהמחייב דכפל ולכן רק אז נשלם חיובו ושמן כשעת העמ"ב.

והנה לפום פשטא דהרא"ש מש"כ דדו"ה כשעת טביחה היינו ג' וד' דהכפל של גניבה זו לא שניא משאר כפל דמשלם כשעת העמדה בדין, ועיין בחי' הגרש"ש [סי' לו אות א סוד"ה והנה] שכתב כן בדברי הרא"ש. ואולם הגרנ"ט ביאר לדרכו דהיכא שהחפץ כבר אינו בעולם אם כן כבר חל עליו חיוב כפל באותה שעה ומשלם כשעת שבירה. ולדרך זו מעולם לא נתכוין הרא"ש לחלק בין כפל לבין דו"ה אלא כוונתו דבכפל אפשר לפרש דשעת העמ"ב כפשוטו והיינו באופן שהחפץ קיים, דאז משלם כשעת



העמ"ב אבל בטביחה שהחפץ כבר איננו בעולם אם כן בהכרח שעת העמ"ב היינו כשעת שבירה וזו כוונת הרא"ש ודוק. ועיין היטב בגרנ"ט בכ"ז.

**ויעויין בחי' רבנו חיים הלוי** [בהל' גניבה בד"ה ונראה לומר וכו'] שביאר כן בדעת הרמב"ם שכתב דבתבו"ש משלם קרן כפל ודו"ה כשעת העמ"ב, **ותמה הגר"ח** שהרי קרן כה"ג משלם כשעת שבירה ומדוע כללם הרמב"ם דכולם כשעת העמ"ב הרי חילוק גדול יש ביניהם דקרן כשעת שבירה וכפל ודו"ה כשעת העמ"ב, **וביאר הגר"ח** דהיכא שהחפץ אינו בעולם משלם כפל ודו"ה כשעת איבודו מהעולם, **וביאר בזה הגר"ח שני טעמים**, (א) כטעמו של הרא"ש ולביאור הגרנ"ט דשעת חלות חיוב כפל הוא בשעת העמ"ב דאם החזיר החפץ קודם לכן פטור ולפי זה היכא שאינו בעולם חל חיוב כפל ודו"ה כבר אז, (ב) עוד ביאר הגר"ח דדין יוקרא וזולא הוא חל כלפי החפץ דהיכא דהחפץ הגנוב מוקר או מוזל אף חיוב הכפל כן אבל כשאין החפץ בעולם לא שייך למידן בה דין הוזלה, כיון שאין כאן דבר שתחול ביה זולא כלל, וממילא קיימת בדינא של קודם<sup>232</sup> [עיי"ש והדברים צ"ב ודוק] ולכן חל חיובו כשעת איבודו מהעולם. **ועל זה הוסיף הגר"ח וז"ל** ועיין ברא"ש בב"ק דף סה סה שם שכתב כן להדיא דבשברה בידים משלם גם כפל כיוקרא דשעת שבירה, וזהו כמו שכתבנו לדעת הרמב"ם **עכ"ל** והנה דין זה אינו מפורש ברא"ש כלל, ומה שכתב הגר"ח שהרא"ש כתב כן להדיא היינו משום דהבין בפשיטות דאין החילוק בין כפל לדו"ה אלא בין היות החפץ בעולם לאיננו בעולם וכמש"כ בשם הגרנ"ט ודוק היטב.

**ויש להעיר ע"ד הגרנ"ט**, דלדבריו נמצא דשעת העמדה בדין היינו כשבאו עדים דאז נמצאה בידו הגניבה, אך הרא"ש כתב דשעת העמ"ב בכפל היא כמשמעו 'כשווי עתה כשיגמר הדין' הרי דאזלינן בתר שעת גמר דין ולא בתר תחילתו. **אך הדברים מתאימים היטב** להביאור הראשון של הגר"ח ויש לפרש דברי הרא"ש כפשוטם דכיון דאי מודה מפטר נמצא שחלות החיוב על ידי בי"ד היא ככל קנס ולכן שעת השומא היא בזמן שבי"ד מחייבים אותו ומשא"כ קרן ששעת שומתה היא שעת הגזילה עצמה. ואף בדו"ה חיובו חל בשעת גמ"ד אלא דאנו שמין החפץ כשעת יציאתו מהעולם דזולא ויוקרא שאח"כ אינה כלום. נויש לפרשו באופ"א קצת והוא דיסוד הדין דמשלם כדהשתא הוא שהחפץ כפי שהוא עתה נחסר מהבעלים וכאשר אין החפץ בעולם ליכא תביעה על השתא אלא על שעת איבודו דאז נחסר מהבעלים, ויוקרא וזולא דאח"כ אינם חסרון נוסף מהבעלים דבאל"ה החפץ אינו בעולם] **ובכ"ז עדיין לא עלתה ארוכה לראית הרא"ש מקרן והדברים סתומים וצריכים פירוש**.<sup>232</sup>

**[ויעויין היטב בטור בסי' שנד, ודברי הטור שם קשים להולמם עד מאוד, שמתחילת דבריו מבואר להדיא כהגרש"ש דגם בשבר הכלי יש חילוק בין כפל לדו"ה ובסוף מפורש להיפך וכדעת הגר"ח דבאיבד משלם כפל כשעת הוצאה מהעולם והדברים שם צ"ע, והאריכו בזה אחרונים, והדרישה כתב להגיה בטור והדברים צ"ע.**<sup>233</sup> **ויתבאר להלן עוד בסוף הסוגיא בדף סו ע"א]**

<sup>232</sup> ויש לפרשו, דהנה יעויין לעיל שהערנו בסתירת דברי הרא"ש לדבריו בפ"ק דחיובו שור תחת השור וביארנו בזה דאף ששורש המחייב הוא להעמיד שור אבל כשחל החיוב בפועל חל חיוב דמים כמש"כ החזו"א, ולפי זה יש לבאר דהרא"ש בא להסביר דאחר שהחפץ אינו בעולם אי אפשר לדון תו יוקרא וזולא לפי שכבר נקצץ חיובו בדמים ולא תאמר כיון שהוא חייב להחזיר חמשה בקר אם כן ישלם לפי מחיר השוורים היום שהרי אפילו קרן שהיא עיקר חיובו לא החמירה עליו תורה כזאת אלא חל חיובו בדמים כשעת גזילה ואף בדו"ה כיון דמשעת איבוד החפץ מהעולם היא שעת ההפסד מהבעלים ועליה חל חיובו לא נאמר שיחול עליו חיוב דמי שור כפי מחירי שוורים בעולם אלא חיוב דמים בלחוד כמו קרן ודוק.

<sup>233</sup> ואם הוצרכנו להגהה יש לדקדק לשון הטור שכתב דמשלם הכל קרן וכפל כשעת העמ"ב ודו"ה כשעת טביחה והדברים מופלאים דהרי קרן נמי משלם כשעת טביחה והדין מפורש בטור להדיא בסי' שסב דבתבו"ש משלם

תוד"ה גופא וכו' יש לדקדק בדברי התוס' שהקדימו לקושיתם דבמסקנא קאי רב איוקרא וזולא, ומשמע מדבריהם דבלא זה לא קשיא מאי קמ"ל רב, ועיין בפנ"י שהעיר בזה, ועיין ברע"א [בנדרמ"ח מספר וזאת ליהודה] שתירץ דאי רב מיירי גם בהשביחה מאליה אם כן בזה לא קמ"ל מתני', דיש לומר דדוקא ביוקרא וזולא משלם כשעת הגזילה אבל גבי פיטום ס"ד דנעשה גולן מחדש על הפיטום עצמו ונתחייב לשלם עליו, וזהו חידושו של רב דאינו כן. ולזה הקדימו התוס' דלמסקנא רב איירי רק ביוקרא וזולא [ואף בשבחה מאליה לא איירי] ובוה לא קמ"ל מידי דמתני' היא. והנה הדין ברור דפיטום שאינו שינוי ואח"כ נאנסה הבהמה פטור הגולן מלשלם על הפיטום ומשלם כשעת הגזילה [כמש"כ רש"י בדף סד ע"ב] רק דכוונת הרע"א היא דכיון דרב לא מיירי בזה [ומשום דגבי כפל משלם כשעת גניבה אם נתפטמה] אם כן לא השמיענו רב דין זה. ולא פירש הרע"א שיחתו מדוע באמת אין הגנב חייב על השבח ולמה לא הוי באמת גניבה נוספת על שבח הבהמה, ויל"ע בזה.<sup>234</sup>

שם בתוס' וא"ת וכו' וי"ל וכו' יעויין היטב בסוגיא שם ומבואר מדברי התוס' דבקושיא נקטו דהגמ' חפשה ראייה שחייב דמים הוא כשעת הגזילה ושאלמלא כן היה נפטר בב' אגודות מחמת שחייבו פחות מפרוטה, וע"ז הקשו וכו' ותירצו דהנידון הוא היכא שפקע החיוב השבח מחמת שאין האגודה ש"פ האם פקע גם החיוב דמים. ועיין באו"ש בפ"ג מחמץ ה"ח שביאר דנחלקו בזה רש"י ותוס' בסוגיא שם, דדעת התוס' היא דבאמת באגודה עצמה אין חיוב השבח כלל ומה שמשיב האגודה הוא כדי ליפטר מחיוב דמים שאם לא ישיב ישלם דמים, ולזה מייתי ראייה מחמץ דאף התם ליכא חיוב השבח על איסוה"נ אלא דאומר הרש"ל שאם לא ישיב מתחייב דמים. וכתב האו"ש דזו דעת התוס' שם [וכוונתו לדקדק ממה שכתבו התוס' דחייב לשלם אותה או את דמיה ומה להם להזכיר הדמים וע"כ דחייב לשלם אותה כדי שלא ישלם דמיה ולכאורה אינו מוכרח כ"כ עיי"ש אבל מדברי התוס' דידן מוכח כן] אבל מדברי רש"י שם למד האו"ש דהנידון הוא על חיוב השבת האגודה עצמה, וספק הגמ' הוא האם נפטר מחיובו כיון שאינה ש"פ או דכיון דחייל עליה חיוב תו לא פקע. ואולם צ"ב לדעת רש"י דאם כן מה ראייה הגמ' מחמץ דמשמע דאיכא חיוב דמים והרי הספק הוא על השבת הבעין [ואם ראייה הגמ' היא דמשמע דבחמץ חייב להשיב מדוע הוצרכה לדקדק דבדלית ליה משלם דמים] ועיין בתוס' רי"ד שם שעמד בזה וביאר, ונראה כוונתו לבאר דכוונת הגמ' להוכיח דבחמץ איכא חיוב השבח משום דאלמלא היה חיוב השבח אף חיוב דמים היה פוקע דליכא חיוב דמים בלא חיוב השבח ומדמשמע במתני' דאיכא חיוב דמים בחמץ אלמא חייב הוא להשיב החמץ שאינו שווה כלום וה"ה דחייב להשיב האגודה.

כשעת הוצאה מהעולם, גם לשון 'משלם הכל' אין לו מובן אחר שהטור מחלק הדינים. ואולי נחסרו תיבות בדברי הטור וצ"ל 'אם היה שווה בשעת גניבה זוז ובשעת העמ"ב ד' משלם קרן וכפל כשעת העמ"ב' [ובזה יהיה כוונתו כשהחפץ בעין כביאור הגר"ח וכמש"כ הטור להדיא בסעיף דלהלן] 'ואם שבר או איבד וכו' משלם הכל כשעת טביחה' והיינו קרן כפל ודו"ה כדברי הגר"ח ובוה יבואו הדברים על מכונם.

<sup>234</sup> ואמנם נחלקו אחרונים בגולן אי בעינן מעשה גזילה או כל שהוי ברשותו וחפץ בה הוי גולן, דהקצה"ח בסי' שמח סק"ב כתב דבעינן מעשה גזילה כגון נעל בפניה וכדו' והדב"א בח"א סי' כא ענף ו השיג עליו והביא מדברי הרשב"א בכתובות דף לו דמפורש דכל שהיתה בחצרו וכיון לזכות בה נתחייב משום גניבה, והכא גבי שבח יש לדון דאי בעינן מעשה הא לא עשה מעשה גניבה, אך גם להקצה"ח סגי בנעל בפניה למדוי מעשה גניבה ובדאי פטור שבח מיירי גם כה"ג שנעל הבהמה בחצרו אחר שהשביחה וצ"ע. ועוד קשה דאף בטבחה בידי דעת התוס' לקמן בדף סו ע"א [לפי פירוש הגר"א בסי' שנד סק"ח] דמשלם כדמעיקרא וחזינן דאף מקרן דמזיק פטור וצ"ע. ועיין להלן שם בדברי התוס' משי"ת בזה.

[ויש לפרש דברי התוס' ע"ד רש"י ומש"כ דליכא חיוב השבה אם היתה בעין כוונתם דזה היה הס"ד אבל מחמץ מוכח דאיכא חיוב השבה וממילא איכא חיוב דמים, ועיין היטב ברשב"א שם בדף קה שמשמע שכך תירץ לקושית התוס' אך לשון התוס' דידן לא משמע כן]

**ונמצא לפי זה** דפליגי רש"י ותוס' בחיוב דמים דלהתוס' חיוב דמים קיים גם בלא חיוב השבה וזה גופא למדה הגמ' מחמץ, ולדעת רש"י ליכא חיוב דמים בלא חיוב השבה והגמ' למדה מחמץ דיש חיוב השבה בפחות מש"פ [היכא דחייל מעיקרא]

**ויש לתלות פלוגתתם** בשורש דין חיוב דמים, **דיעויין בחי' רבנו חיים הלוי** [פ"ט ה"א מגו"א] שכתב דחיוב והשיב קאי על הגזילה כשהיא בעין וחיוב דמים ילפינן מקרא דושילם עיי"ש שהוכיח כן מדברי הרמב"ם בפ"א ה"א מגזילה, **ואולם מדברי הראשונים** במקומות רבים מבואר דחיוב דמים נמי מקרא דוהשיב הוא,<sup>235</sup> **וב"כ להדיא** הרמב"ם בספדה"צ מצוה קצד וז"ל **שיצונו להשיב את הגזילה בעצמה אם היא נשארת בעצמה, ותוספת חומש או לתת דמיה אם נשתנית.** והוא אמרו יתעלה (ויקרא ה) **והשיב את הגזילה אשר גזל וכו'.** עכ"ל.<sup>236</sup>

**אך נראה** דזה ניתן להתפרש בשני אופנים, או דחל לכתחילה בשעת הגזילה שני חיובים, חיוב השבת הבעין וחיוב דמים באופן שאינו משיב הבעין וע"ד הגר"ח [אף דאפ"ל דתרווייהו מוהשיב ילפינן] או דמעיקרא חל עליו חיוב להשיב הגזילה עצמה וכשאינו יכול להשיבה בעצמה ישיב דמיה, ובוזה תליא מחלוקת רש"י ותוס' דלרש"י עיקר חיובו הוא הבעין ולכן אם הבעין אינו ש"פ ממילא אינו חייב דמים, אך להתוס' הוו שני חיובים נפרדים וממילא אף כשאין הגזילה ש"פ וליכא בה תורת השבה חל עליו חיוב דמים אם לא ישיבנה, ודוק.

**ולפי"ז י"ל דלשיטתייהו אזלי** דרש"י סובר מחמת כן דמסברא משלם כשעת העמדה בדין [והיינו שעת הוצאה מהעולם] כיון דחיוב דמים וחיוב השבת הבעין חדא הם ובאותה שעה שחייב להשיב הבעין ואינו יכול שמין לו אותה בדמים,<sup>237</sup> אך להתוס' הוא חיוב נפרד שחל בשעת הגזילה וסברא היא שישום כשעת גזילה כמש"כ הרא"ש וכמש"כ החזו"א בדעת התוס' ודוק.

**שם בתוס' ובפרק כל שעה הוה מצי וכו' ועוד אור"י דמגזל חמץ לא מצי לאתויי כלל וכו' צ"ע** מאי ס"ד דהתוס' כלל לאקשוויי, הא פשיטא דכלפי נידון דהתם ליכא ראייה מחמץ. וגבי שלש אגודות לכאורה פשוט דראית הגמ' דכיון דחיוב דמים לא פקע אף דליכא חיוב השבה ה"ה גבי אגודות. **ויעויין במהרש"א מש"כ בזה וצ"ע כוונתו. ועיין במהדו"ב וצ"ע.**

235 כ"כ להדיא התוס' רי"ד בדף קיב כדברי הרמב"ם והראב"ד בדף קטז, וכך מוכח מרש"י בפסחים שדרש מקרא דכאשר גזל כמה שגזל שחייב לשלם כשעת הגזילה, וכן בתוס' לעיל יא ע"א ד"ה אין שמין ומפורש ברא"ש שם. וכך משמע מרש"י לעיל ד ע"ב ד"ה גזלן, ולקמן דף קה ע"ב ד"ה וכחש [מש"כ שם שענשו מוהשיב דקיימא ברשותיה נראה כוונתו דקיימא ברשותו להתחייב עליה דמים עיי"ש ודוק] וברש"י שבועות דף לו ע"ב ד"ה חייב להעמיד, וכן מבואר מדברי הרמב"ן ושאר בב"מ דף כו ע"ב.

236 וצ"ע מדברי הרמב"ם בפ"א מגזילה ה"א דשם כתב דאין לוקים על לאו דגזילה משום דניתק לעשה דכשהיא בעין חייב להשיבה וכשאינה בעין אינו לוקה משום דניתן לתשלומין וכ"כ גם בספדה"צ ל"ת רמה ומוזה הוכיח הגר"ח דחיוב דמים אינו משום והשיב, וכבר כתב הגר"ח דמקור"ד הרמב"ם הוא מהגמ' במכות דף טז, ושם י"ל דבהשבת דמים לא קיים לגמרי העשה ולא תיקן הלאו דסו"ס לא השיב הגזילה עצמה אלא דמיה ופסידת הבעין לא תיקן ולכן פטור רק מדין ניתן לתשלומין.

237 ולעיל תמהנו בדעת רש"י מדברי הרא"ש שכתב דמסברא חייב כדמעיקרא שהרי השתא לאו מידי קעביד כדאמר רבה בב"מ, ואף לדברינו בכאן אין בזה מזוז לדברי רש"י דאף אי נימא דחייב לשלם הגזילה כפי שהיא עתה וכן את דמיה אבל סו"ס כשנאנסה ומתה יאמר לו הרי השברים לפניך ומדוע אשלם דמיה הרי לא עשיתי עמה מאומה, ואמאי קא מחייבת אשעת גזילה ההיא שעתא וזוהי הויה שויה, וצ"ע.

**עיין ברע"א** שנתקשה מדוע לעיל הוצרכו התוס' להוכיח באורך דמתני' דכשעת הגזילה מיירי נמי גבי יוקרא כדי להקשות מזה ארב, הא בפשיטות יכלו להקשות דמתני' דגזל חמץ מוכח דמשלם כשעת הגזילה [דאי כדהשתא לא ש"פ] גם יש לדקדק בסדר דבריהם שהקשו מהגזל קמא ונראה שבאו להוכיח מזה דמתני' דכל הגזלנים לא מיירי איוקרא וזולא ואז היה ניחא להו קושייתם ותמוה דאדרבה מההיא גופא דג' אגודות קשה דמוכח מהתם דהדין מפורש במשנה דחמץ **ותירץ הרע"א** דבאמת איכא שני נידונים, האחד אם משלם כדהשתא או כדמעיקרא ועל זה מוכח שפיר ממתני' דחמץ, **ונידון נוסף** אם משלם לפי דמים או לפי מדה ועל זה ליכא מחמץ ראייה כלל כמש"כ התוס' כאן, ולזה בעינן להוכיח ממתני' דכל הגזלנים נכמו שהגמ' בפסחים מוכיחה ממשנה זו כמש"כ התוס' כאן ולכן הוצרכו התוס' לבאר דמתני' דכל הגזלנים היא גבי יוקרא וזולא נמי.

**בגמ' משום דאמר ליה אנא מפטימנא וכו'** ראה בגמ' להלן בסוע"ב, דשם פליגי אמוראי ואיכא למ"ד דאף בשבח דממילא אין הגזלן משלם כפל ודו"ה כדהשתא משום דאמר ליה תורא גנבי מינך דיכרא גנבי מינך, **והתוס' דידן כתבו** דטעמו של רב ששת הוא אינו כמסקנת הסוגיא דלהלן אלא ר"ש סבר לחלק בין שבח בידים לשבח דממילא אך מסקנת הסוגיא בע"ב היא דאף שבח דממילא אינו משלם כהשתא ורב מיירי ביוקרא וזולא, **ולא פירשו** התוס' מה סברתו של רב ששת, וראה להלן.

**ויעויין ברשב"א** שביאר דאף רב ששת לא חילק בין שבח בידים לשבח דממילא, והלשון אנא מפטימנא וכו' לאו דוקא אלא בכל שבח אינו משלם כפל ודו"ה כדהשתא כמסקנת הסוגיא לקמן בע"ב. **וכן נראה מדברי התוס' ר"פ, ונראה מדבריהם** דהטעם לזה הוא משום דסו"ס את השבח לא גנב ואף דשל הניזק הוא דממונו השביח אבל מ"מ לא היה גניבה על זה וכיון שכן סברא היא שלא ישלם כפל ודו"ה.

**ואולם יעויין ברמב"ן במלחמות** לקמן בדף צד שכתב דמסוגיין מוכח דהשבח שייך לגנב כדעת רבי שמעון בן אלעזר [לקמן צד ע"א] שאם היה השבח של גזול היה משלם דו"ה כדהשתא, **ומבואר מדברי הרמב"ן** דסברת הגמ' דאנא מפטימנא אינה ביחס לתשלום כפל דו"ה בלחוד אלא גבי קרן שהשבח עצמו שייך לגזלן, **ואולם יעויין בפנ"י שם שתמה על הרמב"ן טובא** שהרי בגמ' שם מבואר להדיא דטעמו של רשב"א הוא משום תקנת השבים ואילו בגמ' דידן הטעם שנוטל שבח הוא משום דא"ל אנא מפטימנא, **והיינו דהיה פשוט להפנ"י** דאי אפשר לפרש סוגיא דידן משום תקנת השבים דהא הגמ' טעמא קאמר. **אך יעויין בראב"ד בהשגות שם** [נדפס בגמ' מהדור' עוז והדר] שהוא מקור"ד הרמב"ן ושם משמע דכוונת סוגיא דידן לתקנת השבים ומשום דאנא מפטימנא ואת שקלת תקנו לגזלן את השבח. **[ועיי"ש עוד ברמב"ן]** שכתב דסברת הגמ' להלן דתורא גנבי מינך ודאי דהיא רק כלפי הכפל ודו"ה ולא לגבי קרן וכמו שביארנו לעיל בדעת התוס', ולא נחלק עליהם הרמב"ן אלא בביאור סוגיא דידן לדעת רב ששת בהשביחה בידים מסברת אנא מפטימנא אבל שבח דממילא של הנגזל הוא]

**ומצינו ברבותינו הראשונים דרך אחרת** שפירשו כוונת הגמ' דהשבח של הגזלן מדינא ומטעם זה דאנא מפטימנא, **דיעויין ברשב"א שם** בדף צד שכתב וז"ל שבח מפני תקנת השבים, ולא שבח דפטמה גזלן קאמר דאלו כן מדינא נוטל בלא תקנת השבים משום דאמר ליה אנא מפטימנא ואת שקלת **עכ"ל ומבואר מדבריו** דביסוד הדברים סובר כהרמב"ן דתירוצ' הגמ' הוא על הקרן עצמה ומשום האי טעמא דאנא מפטימנא, **אך להרשב"א** מדינא הוא כן ולא משום תקנת השבים. **והדברים צ"ע** דבסוגיא שם לכאורה מוכרח דהוי משום תקנת השבים ועיי"ש להלן ברשב"א בסוף דבריו בתי' השני דאף שבח שהשביח גזלן הוא מתקנת השבים וצ"ע. **גם הסברא בזה תמוה מאוד** מדוע השבח שלו ומאי שנא מיורד דנוטל כאריס,

ועוד קשה שהרשב"א סותר עצמו מסוגיין שביאר כהתוס' ר"פ דסברת אנא מפטימנא לאו דוקא אלא אף בהשביח ממילא ואילו התם בדף צד חילק להדיא בין השביח בידים לשבחה ממילא עיי"ש רצ"ע.

**ולעיל בסוגיא בדף לה ע"א** איתא התם דשור תם שהזיק ואח"כ השביח אין הניזק נוטל בשבח אף לדעת ר"ע דיוחלט השור, **ועיין שם בר"ח שביאר** דהטעם הוא משום דא"ל מזיק לניזק אנא מפטימנא ואת שקלת, **ויעיין גם ברשב"א שם** שביאר כן [וכשיטתו בדף צד] **ועיין ברשב"א שם בדף לד** גבי מזיק שהקשה מדוע נוטל כל השבח לעצמו במה עדיף מיורד, **ותירץ הרשב"א** דהכא ליכא דין יורד כיון דהניזק מתייאש מהשבח והמזיק מכיון להשביח לעצמו **ועיין באבהא"ז** [פ"ז מנז"מ הי"ב] שנתקשה בדברי הרשב"א דסו"ס מ"ש מיורד רצ"ע.<sup>238</sup>

**ויעיין ברמב"ם פ"א מגניבה הי"א** שפסק דשבח שהשביח גולן בידים הוי של גולן, וכתב המ"מ שם דמקורו הוא 'ברייטא וסוגיא פרק מרובה' ועיי"ש בלח"מ שכתב דכוונת המ"מ לסוגיא דידן ואין זה ראיה מוכרחת. **ונראה כוונת הלח"מ** דהמ"מ הוכיח מהגמ' משום דסבר דסברת אנא מפטימנא אקרא קאי ויש לדחות ולפרש דהוי סברא כלפי השבח או דאנא מפטימנא לאו דוקא וכמש"כ הר"פ והרשב"א. **וע"ע במ"מ** [פ"ב מגזילה ה"ט] שנראה מדבריו דשבח שהשביחה בידים הוי של גולן מסברא, ומשמע דהוי דאורייתא ולא מפני תקנת השבים, עיי"ש רצ"ע.

**ומקשים העולם** לדעת הרמב"ן ושאר דסברת הגמ' הכא היא דהשבח עצמו שייך לגולן, דהא קיי"ל לקמן [דף עב ריש ע"א] דבעינן טבחו כולו באיסורא ולכן אם גנב משל אביו ומת [דעתה חלק מהשור הגנוב שלו הוא] וטבחו פטור מה"ט ואם כן הכא נמי השבח שלו הוא ולא הוי כולו באיסורא, **וכבר עמד בקושיא זו הרע"א** לקמן בדף סו ע"א [בנדר"ח] ותירץ דהא מצי הנגול לסלוקי בדמים, [ודבריו שם צ"ב דהרע"א שם כתב לבאר דאינו משלם דו"ה על השבח משום דהקראן שלו והשתא ממ"נ אי חשיב דשלו הוא טובח אם כן לא הוי טבחו באיסורא ואי נימא דמחמת כח סילוק בדמים חשיב של הנגול אם כן ישלם גם דו"ה על השבח ויל"ע, <sup>239</sup> **עוד יל"ע** דלדעת הרשב"א ודעימיה דמדינא שבח של הגולן צ"ע אם יוכל הניזק לסלוקי בדמים, (ובעיקר דין סלוקי נחלקו ראשונים לקמן בדף צה סו"ע) **ובעיקר הקושיא יש לדון** דהיכא שבשעת גניבה גנב שור שלם וכל אותו השור טבחו באיסורא לא איכפת לן בתוספת דשבח ידידה שבאה אח"כ ולא נחשב זה כאילו לא טבחו כולו באיסורא דמה שגנב טבח הכל באיסור ומה לי שהוסיף עליה פיטום, ודוק]

<sup>238</sup> ויש לפרשו עפ"י הגר"ח הידועים דהמשביח בקרקע הפקר קנה השבח ודוקא בקרקע שיש לה בעלים מעכב זכות הבעלים עליו מלזכות ולפי זה היכא שהניזק מתייאש מהשבח והמזיק מתכוין להשביח לעצמו זכה בשבח מדינא. ומסתברא דעד כאן לא נתקשה הרשב"א בדף לה אלא גבי מזיק אבל גבי גולן היה פשוט לו הך סברא שהגולן מתכוין להשביח לעצמו ואף הנגול מתייאש ממנה.

ועיין ברשב"א לקמן בדף צח ע"ב ד"ה מאי טעמא וכו' גבי דין אומן קונה בשבח כלי וביאר שם הרשב"א שאין קנינו קנין גמור [אלא לענין ליפטור מניזקין ולקנות כנגד שכרו] 'אבל לכו"ע בשלא קלקל אינו קונה כל שבחו שעל דעת שיהיה שבח של כלי לבעלים הוא מתקנה ומשביחו עכ"ל. ומבואר מדבריו אם יכוין האומן לזכות לעצמו הרי השבח שלו לגמרי ומבואר כנ"ל. ומיהו צ"ע דמבואר אם היה האומן מכיון לזכות לעצמו בשבח היה זוכה בו והרי התם לא נתייאש הבעלים מהשבח רצ"ע.

<sup>239</sup> אך כוונת הרע"א עמוקה, דבאמת כיון ששייך גופו לנגול חייב דו"ה אבל הרי יש לגולן זכות לקבל דמים על השבח ונמצא שאין לניזק ממון באותו שבח אלא הגוף בלבד שייך לו ולו יצויר שאחר יזיק השבח לא ישלם כלום לנגול ולכן אף הגולן אינו משלם דו"ה כי תשלום דו"ה הוא כפי ערך ההפסד וכאן אף שהגוף של הנגול אין לו שום ערך ממוני ודוק.

ובדעת התוס' דידן איכא לעיונא, דמוכח מדבריהם דסברת אנא מפטימנא אינה סברת תורא גנבי מינך ואם כן לכאורה בהכרח צ"ל דטעמם הוא משום שזוכה הגזלן בשבח עצמו, אך יעויין בפנ"י בדף צד שנקט דסברת הגמ' היא דוקא כלפי כפל לפטור משום דאנא מפטימנא, וכן יש לפרש בדעתם דסברת אנא מפטימנא היא סברא מסוימת כלפי תשלום כפל ומשום דאף שהשבח גופו שייך לנגזל אבל כיון שאלמלא פיטומו של גזלן לא היה זה השבח בעולם אין לחייבו עליו כפל ודו"ה דאינו בכלל הגניבה, ויהיינו דבשבח דממילא מכח הגניבה הראשונה נמצא זה חסר עתה את השור ושבחו ומשא"כ בשבח הבא בידים, וסברא כע"ז באופ"א כתב הר"פ לקמן בע"ב בדעת רבי אילעא [ועיין בחי' הגרש"ש בסי' לו [ד"ה ובביאור] שכתב כן בדעת הרמב"ם. וכ"נ מדברי החזו"א [סי' יז סק"ד] וכן משמעות סתימת התוס' דסברת אנא מפטימנא וסברת תורא גבי מינך בני חדא בקתא נינהו ושתייהן לא באו לזכות את השבח לנגזל אלא לפטור הגזלן מחיוביו, ויש בזה דברים גבי חיוב הקרן בפיטום בידים וממילא בתברה ושתייהן ויתבארו הדברים בשיטת הרא"ש בדף סו ע"א יעוי"ש.

ולדרך זו דסברת הגמ' היא רק כלפי כפל איכא לאקשווי דהרי באמת קי"ל דהשבח של הגזלן מתקנת השבים ואם כן מאי ס"ד דגמ' לאקשווי שישלם בשבח כפל כדהשתא, וכן קשה לדעת הרשב"א והר"פ דהגמ' תירצה תורא גנבי והרי קושיא מעיקרא ליתא כיון שהשבח של הגזלן מכח תקנת השבים, ויעויין בחזו"א [בסי' יז סק"ד] שביאר בתו"ד דכיון דהשבח עצמו חוזר לנגזל ומצי לסלוקי להגזלן בדמים נמצא שגוף השבח שלו וכשטבחו ומכרו מתחייב עליו דו"ה, והוא כעין סברת הרע"א בדף סו שהבאנו לעיל, ובספר מדה טובה הוכיח מדברי הגר"א<sup>240</sup> דאף שהשבח של הגזלן משלם עליו דו"ה, עיי"ש בכ"ז.

בגמ' מה לי קטלא כולה וכו' ראה ברש"י שפירש דהכחשה תחילת טביחה היא, והתוס' תמהו עליו שהרי אם היה הורגה בענין זה לא היה חייב דו"ה, ועוד תמוה בדברי רש"י דהתינח דו"ה אבל בבירייתא מפורש דאף כפל כשעת גניבה ובוזה לא שייך הך טעמא דאתחלתא דטביחה,<sup>241</sup> ועוד קשה דחייב דו"ה משחכ"ל גם במכירה והיאך נאמר דהכחשה תחילת מכירה, נושמה כיון דעוון המכירה הוא במה שמרחיקו מהבעלים שלא יוכל להוציאו מהגזלן אף בזה הכחשה תחילת מכירה [וצ"ע בזה].

תוד"ה מה לי וכו' דברי התוס' סתומים מאוד דמה יש לדמותו כלל לשינוי דהתם ודאי פטור משום דשלו הוא טובח אבל הכא כשטבח ונתחייב בטביחתו ישלם כהשתא, ואינו מובן לא הדמיון לשינוי ולא עצם סברת התוס', ויעויין היטב בתוס' ר"פ שמבואר מדבריו דטעמם של התוס' הוא משום דמשלם דו"ה על שור שטבח, ושורש החילוק בין יוקרא וחולא לכחש ופיטום הוא דכלפי השומא אנו שמין את השור כפי

240 הגר"א בסי' שסב סק"כ הוכיח דשבח דיוקרא אינו של גזלן מתקנת השבים מהא דפריך ארב מדרבה דתברה ושתייה ולא מוקי לה לאחר יאוש, וכוונת הגר"א שהרי לאחר יאוש זוכה בשבח משום תקנת השבים, ואם כן כה"ג משבח"ל שמשלם קרן כדמעיקרא משום תקנת השבים וכפל דו"ה כדהשתא, וע"כ דליכא תקה"ש ביוקרא. ובספר מידה טובה סי' ב הקשה דהיאך ס"ד לאוקמה לאחר יאוש ומשום תקה"ש אם כן למה משלם כפל ודו"ה כדהשתא ומוכח דאף היכא דזוכה בשבח משלם דו"ה עליו.

241 ויעויין בחי' הגרש"ש בסי' לב שביאר בדעת הרמב"ם בסברות הגמ' דאנא מפטימנא ומה לי קטלא וכו' דשורש חיוב הגזלן בכפל כדהשתא הוא משום שהחפץ כפי שהוא עתה זהו שנחסר מהבעלים ע"י מעשיו של זה שאם הוכחשה או נתפטמה מאיליה נמצא שאלמלא הגניבה היה לו עתה שור כחוש או שמן, אך במה שעשה הגזלן בידים בזה לא אמרינן כן דאלמלא הגניבה הרי לא היתה מתפטמת או מוכחשת ולכן דנים אותה לענין חיוב בהעלם מעשה הגזלן ודוק. ויש לפרש כן בדעת רש"י וי"ל דהוקשה לרש"י בזה דהתינח כפל דאמרינן דמחמת דקטלה נחסר מהבעלים הפרה של שעת גניבה אבל בדו"ה הרי סו"ס כחושה טבח ולזה תירץ דהכחשה תחילת טביחה.

דמיו כעת, אבל כלפי לרן על איזה שור חל עליו חיוב כפל ודו"ה בזה אמרין דהכל כשעת הגניבה, ויעוין היטב בתוס' לקמן בדף סו ע"א בשיטת הר"י ונראה מבואר מדברי התוס' שם כדברי הר"פ דידן. ואולם צ"ב בזה שהרי טביחה ומכירה אינו משלם על הגניבה אלא על הטביחה, ואם טבח שור כחוש מאיזה טעם ישלם דו"ה כשעת גניבה. וידוע לבאר דדין דו"ה אינו עונש על הטביחה בלחוד אלא על הגניבה שבאה לידי טביחה ומכירה [וכדאמרין בגמ' דמשלם דו"ה משום דנשתרש בחטא] וראה בתוס' לקמן בדף סו ע"א שביארו דהיכא שהוקרה בין גניבה לטביחה משלם כדמעיקרא משום דגם שעת גניבה גרמה לו כמו שעת טביחה דבלא גניבה ליכא דו"ה, אכן הדברים צ"ע מיניה וביה, דהרי אף הטביחה היא חלק מהמחייב וכדמבואר להדיא מלשון התוס' הנ"ל שכתבו להשוות הגניבה לטביחה ואם כן בהחל פשיטא שלא יתחייב יותר משעת טביחה, וצ"ע בדברי התוס' דידן והר"פ.

ובעיקר דברי התוס' יל"ע אם זו כוונת התוס' לסברת הר"פ, דמדברי הר"פ מבואר דסברת הגמ' גבי כחש ושבח בין ממילא בין בידיים הכל אחד, וכביאור הר"י בתוס' לקמן דרך כלפי יוקרא וחולא אמר רב, ואולם הר"פ לשיטתו שנראה מדבריו דזו גם סברת הגמ' גבי אנא מפטימנא, ולשון הגמ' ל"ד ואף גבי שבח דממילא משני כן, אך מדברי התוס' דידן מבואר להדיא דהגמ' לא נחתה עדיין לסברת הגמ' לקמן והכא משני רק כלפי שבח שהשביחה בידיים, ואם כן גבי כחש לכאורה דמיא לשבח דממילא ואמאי משלם כדמעיקרא ולא כדהשתא, וצ"ע.

ובראית התוס' משינוי יעוין ברע"א [הנדמ"ח] שתמה מה הדמיון לשינוי הרי התם משום שקנאה בשינוי לכן משלם כדמעיקרא, וכתב הרע"א דלשון התוס' שכתבו דקנאה בשינוי לאו דוקא וכוונתם להוכיח מהא דלמ"ד שינוי אינו קונה מ"מ אינו משלם כדהשתא, והוקשה עדיין להרע"א [דאם ראייתם מדין הקרן] מה הראיה לכפל ודו"ה הרי קרן לעולם משלם כדמעיקרא, ולכן פירש דראיתם מדין דו"ה דלמ"ד שינוי אינו קונה פשיטא להו דהטובח משלם דמי בהמה חיה שטבח ולא דמי נבילה ודו"ה גבי כחש. וצ"ע לשון התוס' שכתבו להדיא דאינה של נגנב, וביותר דשנו דבריהם להלן וכתבו ולפי זה וכו' כדמעיקרא שהיתה של נגנב עכ"ל הרי דלכאורה מפורשים דבריהם לדין דקיי"ל שינוי קונה וצ"ע. ועיין היטב בכ"ד הר"פ בזה, ועיין בתוס' ר"פ לקמן בע"ב ד"ה משום דא"ל וכו', וצ"ע רב.

תברה ושתייה נחלקו רבותינו האחרונים בגדר דין תבו"ש, ויש להקדים לדבריהם הקדמה קצרה בדין גונב מן הגנב, דבמתני' לעיל דף סב ע"ב איתא דאין הגונב מן הגנב משלם תשלומי כפל וילפינן לה לקמן בדף סט ע"ב מקרא דוגונב מבית האיש ולא מבית גנב, ונחלקו בזה אחרונים, דעת הקצה"ח ונתיה"מ [בסי' לד' ויובאו דבריהם להלן] דהוא פטור גמור גם מדין קרן ואינו חייב כלום. אבל דעת האמר"מ [סי' לב] והאו"ש [פ"ב מגניבה] והחזו"א [סי' טז סוסק"ז] דגומה"ג פטור מכפל וחייב בקרן, ואסברה לה החזו"א דפטור גומה"ג הוא מדין גנב אבל מקרן דגולן לא נמלט<sup>242</sup>, [והוא כהיסוד שכתבו כמה אחרונים

242 אך יעוין ברש"י לקמן בדף סח ע"א ד"ה ושני אינו משלם וכו' שכתב דגנב שני משלם קרן לגנב ראשון ומבואר דמהבעלים פטור לגמרי ובהקצות והנתיבות, ועיין שם ברשב"א בדף סז ע"ב שהביא בשם הירושלמי שדן אם משלם לבעלים או לגנב ומסיק דמשלם לבעלים בפני הגנב, [ויש לדחות דהרשב"א מייירי כשהחפץ בעין אך לא מסתברא כלל דכה"ג ס"ד שישלם לגנב] ועיין היטב בתוס' בדף סט ע"א ד"ה כל שלקטו שמבואר מדבריהם שפירשו הגמ' בדף סח כרש"י דמשלם קרן לגנב שני. ואולם במלבושי יו"ט חו"מ סי' יא הוכיח מהתוס' רי"ד לקמן בדף קיא שכתב להדיא דגנב שני משלם קרן לבעלים וכדעת האחרונים, וכן נראה מבואר מדברי המרדכי שם. ואולם המעיין שם היטב יראה דמשמע מדברי המרדכי דאדרבה מן הדין אין לבעלים תביעה כלל על גנב שני אלא דכיון דלקח מרשות גנב ראשון זה מחייבו להחזיר וממילא הבעלים נכנס במקום הגנב ראשון לתבעו עיי"ה במרדכי ודוק.

דכל גנב איכא ביה גם דין גולן לאיחיובי בקרן ורק דנוספה לו פרשת גניבה להוסיף בחיובו אבל כשנתמעט מדיני גניבה עדיין תורת גולן לו<sup>243</sup>]

**ויעויין בקצה"ח בסי' לד שנתקשה** במימרא דרבה דאיתבר ממילא משלם זוזא, ואמאי לא חשיב כגולן מחדש בכל רגע שמעכבה בחצרו, ובודאי מיירי גם כשנעל החצר בפניה במשך הזמן שעכבה אצלו אחר היוקרא וכל פעם שעושה כן הרי זו גזילה חדשה ומדוע ישלם רק זוזא, **וביאר הקצה"ח** דהיינו טעמא משום דגומה"ג פטור אף מקרן, ואף הגנב עצמו אם גנבה שנית פטור, **והא דחייב בתבו"ש ד' ביאר הקצה"ח** דחייבו של תבו"ש הוא מדין מזיק כיון שהזיק בידים ולא מדין גולן.

**והנתייה"מ שם חולק על הקצה"ח** וסובר דתבו"ש חייב מדין גנב. **ואמנם** הסכים עם הקצה"ח בהנחה דגומה"ג פטור מקרן אלא דסובר דפטור גומה"ג הוא רק היכא שלא הוסיף בגזילה הראשונה דבעלמא הגנב הראשון עשאו ל'אינו ברשותו' ונטילתו של השני לא הוסיפה בזה כלום, **אבל בתבו"ש הוי גזילה חדשה** כיון דהראשון גול את ה'ברשותו' ובמעשה השבירה פקע לגמרי מרשות בעלים ועתה אינו שלו וכה"ג חייב אף בגומה"ג. **וכתב הנתייה"מ דלפי"ז** לא רק היכא דשברה חייב ד' אלא גם היכא שעשה בה שינוי ואף אחר שעשה בה שינוי [ועי"ז נקנית לגולן הראשון] חייב מדין גנב כיון שהפקיע בעלות הבעלים מהחפץ. [והיינו דנחלקו הקצות והנתיבות בפטור גומה"ג דלהקצה"ח הוא פטור בחפצא דחפץ שאינו ברשות בעליו ליכא בו דיני גניבה ולא משנה מה עשה הגולן השני אך להנתייה"מ הפטור הוא משום שלא הוסיף על מעשה ראשון ודוק<sup>244</sup>] **ואחרונים דנו** [אמר"מ בסי' לב ועוד] דלדרכם דכל גומה"ג חייב בקרן דגולן או דאף קרן דגנב איכא כיון שאין המיעוט אלא מכפל אם כן אתי שפיר בפשיטות דתבו"ש גולן הוא וכדרך הנתיבות. [ונמצא עתה שלש דרכים לבאר דתבו"ש הוי מדין גניבה וגזילה, או כהנתייה"מ דבמוסיף יש גנב אחר גנב, או דחייב קרן דגנב, או דחייב קרן דגולן]

**והגר"ח דרך שלישית לו** בדין תבו"ש, **דיעויין ברמב"ם בפ"א מגניבה הי"ד** שכתב דמי שגנב כלי שהיה שווה שנים בשעת גניבה, והשתא בשעת העמב"ד שווה ארבעה ושחט או שבר או מכר משלם תשלומי כפל ותשלומי דו"ה כשעת העמדה בדין, ואם אבד מאליו משלם כפל ודו"ה כשעת גניבה, **ומש"כ הרמב"ם** דבאבד מאליו משלם כשעת גניבה זה משום שהוא סובר דדינא דרב איתמר לקולא ולא לחומרא, ובהוקרה אף כפל ודו"ה כשעת גניבה. **אבל לפי זה תמוה** אם כן מדוע בתבו"ש משלם כפל ודו"ה כשעת העמב"ב, והניחא קרן איכא בה דין תבו"ש אבל בכפל ודו"ה מ"ש נשבר מאליו או שברו בידים. **ומזה הוכיח הגר"ח כהנתיבות** דדין תברה ושתייה הוא מדין גנב והוי גניבה גמורה לאיחיובי

243 יסוד זה כתבו כמה אחרונים דכל גנב אית ביה גם קרן דגולן, ומביאים מקור לזה מדברי תשובת הרי"ף המובאת בשו"ת הרשב"א ח"ו סי' רפו שכתב שם דכל גנב עובר גם על לאו דלא תגזול 'שהגזלה בכלל הגניבה היא' וכו' וכן כתב רבנו בחיי בפרשת קדושים דכל גונב הוי גם גזול ואיסור גניבה הוא בכלל לא תגזול. ואולם צ"ע בזה מדברי התוס' לעיל בדף יא גבי אין שמין בשם הירושלמי שהוצרכו לתרי קראי דאין שמין חדא בגנב וחדא בגולן ואי נימא דכל גנב חייב גם מדין גולן אם כן סגי בקרא דגולן [ושמא בעינן קרא דגנב לענין כפל שלא ישלם בסובין וצ"ע לשויות הראשונים שם ואכמ"ל] ומשמע דאין בגנב חיוב גולן וכן נראה מדברי רש"י שלמד בפסחים דגולן משלם כשעת הגזילה מאשר גזל והכא גבי גניבה יליף לה מגניבה וחיים. והעירוני בזה דאפשר שאחר שנתנה פרשת גניבה תו אין הגנב חייב משום גולן אך היכא דליכא גניבה כגון שלא היה החפץ ברשות בעליו או חל דין גולן.

244 ויעויין באמר"מ בסי' לב סק"ו שתמה על הנתיבות ממשנה מפורשת דהטובח ומוכר אחר הגנב פטור, ולדברי הנתיבות אמאי פטור הרי הוסיף בגניבה, ולכן פירש דברי הנתייה"מ באופ"א, והוא דפטור גמיה"ג אינו אלא מכפל ופטור זה ודאי נאמר בכל גוויי גם כשמוסיף בגזילתו ומש"כ הנתיבות לחלק דאם אינו מוסיף פטור אף מקרן זה מסברא הוא כיון שלא הוסיף כלום. ועיי"ש להלן בהערה שהוסיף להקשות ע"ד הנתיבות.



עלה כפל ודו"ה כשעתה של גניבה זו. [נדפס בחי' סטנסיל וכן בחי' הגר"ח הנדמ"ח וכ"כ הגר"ח בהל' חובל ומזיק ד"ה אלא]

**ואולם צ"ב** היאך אפשר לחייבו בכפל הרי איכא מיעוטא דגומה"ג [ובאמת לדעת הנתיחה"מ לא קשיא דאפשר דכה"ג שהוסיף בגניבה אף כפל איכא<sup>245</sup>] **וידוע לבאר בזה וכן כתב הגרי"ד סולובייצ'יק זצ"ל בשם הגר"ח** [הובאו הדברים בהקדמה לספר ענפי ארז] וכ"כ האמר"מ דדין תבו"ש אינו גניבה חדשה אלא מצטרף ונמשך עם הגניבה הראשונה שכל פעולות הגנב בחפץ הן גמר הגניבה וכגניבה אריכתא דמו ולכן לא שייך כאן פטורא דגומה"ג וחייב אף כפל כדהשתא [נדוק בדברי הגר"ח הנ"ל בספרו דו כוונתו]<sup>246</sup> [וע"ע בברכ"ש כתובות סי מא אות ג והדברים שם צ"ע]

**וביאר הגר"ח דמש"כ** הנתיחה"מ דאף השינוי נידון כגניבה חדשה זה אינו משום שמפורש ברא"ש בריש הגזול דמי שעשה שינוי בבהמה אינו משלם כדהשתא אף שקנאה באותו שינוי ולא דמי לתברה ושתייה, **וטעם החילוק בזה** לכאורה נראה משום דשינוי אינו פועל הרחקה וקלקול בגוף החפץ מבעליו אלא דע"י חלות דין שינוי הוא מופקע מהבעלים וזה אינו גזילה. נויש להוסיף בזה טפי דיסוד איסור גזילה ומזיק הוא כשבא בגבולו של חברו ועושה בחפץ פעולת קלקול או הרחקה מבעליו אבל פעולת שינוי שמצד עצמה אינה גזילה רק דממילא חל לו בזה זכות אינה בכלל האיסור ואינה מחייבת בתשלום ודוק]

**והנה נחלקו ראשונים במכירה, דברש"י בסוגיין** [סוד"ה תברה] דמבואר דמכירה נמי חשיבא כתבו"ש לחייב עליו, **וכן מוכח מהרמב"ם הנ"ל** לביאור הגר"ח שהרמב"ם כתב מפורש דגם במכר משלם כפל כדהשתא, **אך התוס' ר"פ בריש דף סו** כתב דמכירה אינו כתברה ושתייה, **ואף לשי' רש"י והרמב"ם** דמכירה הוי כתברה אי"ז סתירה למש"כ הגר"ח דשינוי אינו גניבה דבמכירה יש כאן הרחקה נוספת בפועל מהבעלים.<sup>247</sup> [נויש להתבונן בזה דבאמת אין החפץ רחוק מבעליו טפי אחר מכירה שלפני יאוש (שלא חלה כלל) ומה לו לבעלים אם תובע את הגזול או את הלוקח ממנו אך מצד הגזול יש כאן הרחקה טפי וגמר הגזילה שעתה אינו בידו להשיב לבעליו ולקחתו אינה ברת השבה יותר וצ"ע]

<sup>245</sup> אלא דזה גופא קשה טובא ממתני' דהטובח ומוכר אחר הגנב וכנ"ל בהערה הקודמת, ובפשיטות יש להקשות על דברי הרמב"ם מהמשנה למה מתחייב בטביחה ידיה כפל טפי מאחרים בטביחתם שפטורים ודוק.

<sup>246</sup> והגר"ר יושע בער [שם בהקדמה לענפי ארז] כתב לבאר בזה דברי הראשונים בסנהדרין דף עב דאיתא התם לדעת רבא דהגונב במחתרת ושיבר את הכלים פטור וביארו רש"י ותוס' שם דמיירי אף כשיבר אחר שיצא מהמחתרת, ותמה עליהם הרמב"ן דהא כה"ג חייב על מה ששיבר דזה היה חוץ למחתרת ואין לו על זה פטור קלב"מ, וביאר הגרי"ד דכיון דחייב תבו"ש הוא מחמת הצטרפותו עם המעשה גזילה הראשון אם כן היכא דאית ליה פטור קלב"מ על מעשה הגזילה הראשון נפטר אף מהמעשה תבו"ש.

והוסיף הגרי"ד לבאר דהא דאינו חייב על תבו"ש מדין מזיק הוא כמו שכתב הברכ"ש בשם הגרי"ז דגזול אינו חייב משום מזיק ואיתכיל זה בהך כללא דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה וכדמוכח מדברי הראב"ד בדף צז [ואולם יעויין בתוס' בדף צח גבי צורם אוזן פרתו של חברו דמוכח להדיא מדבריהם דאף גזול חייב מדין מזיק כשהזיקה בידיים וצ"ע]

ואמנם כ"ז הוא דלא כשיטת הרמב"ם והריטב"א דאפשר לחייבו בכפל ודו"ה אטביחה בלחוד [ובריטב"א מפורש כן אף אקלב"מ גופא] וגם בגוף הסוגיא שם הרמב"ן פליג וכן הבעה"מ תירץ שיטת רש"י באופ"א וכן ברמ"ה שם איכא ביאור אחר בזה [עיי"ש באורך וצ"ע כוונתו] ונראה מדברי רוב הראשונים דיש חיוב אטביחה בלחוד בלא גניבה, ובאמת לדעת הגר"ח צ"ע בסברא מדוע הוא כן.

<sup>247</sup> אכן יש מזה סתירה לדברי הנתיחה"מ עצמו שביאר שבגומה"ג פטור משום דלא עבוד הרחקה דבלא"ה הוי אינו ברשותו, ולדרכו אם כן לא עדיף מכר הגזול מגומה"ג, ובאופן שחלה המכירה [כגון לאחר יאוש] נחא אף לא החזיר כן לא ברמב"ם ולא ברש"י וצ"ע.

ויעויין בריטב"א בכתובות בדף לר שכתב בשם רש"י שם דמי שגנב בשבת [דפטור מדין קלב"מ אקין וכפל] וטבח בחול חייב בקרן כפל ודו"ה, והוכיח הריטב"א דינו מהא דתברה ושתייה, והדברים צ"ב דהרי ליכא דו"ה בלא קרן וכפל, ומחן הרי כבר נפטר בגניבתו בשבת, ומבואר מדברי הריטב"א דתבו"ש הוי גניבה גמורה לחיובו אף כפל וזה כמו שלמד הגר"ח מדברי הרמב"ם ומתאים היטב עם ביאור הגר"ח דהוי המשך הגניבה הראשונה.<sup>248</sup> אך יעויין בחי' הרע"א שם שעפי"ד מתבארים דברי הריטב"א באופ"א [והוא דהיכא דאיכא פטור קלב"מ על הגניבה הראשונה לא קנאו בקניני גניבה ואז ליכא הפטור דגומה"ג] ועיי"ש עוד בריטב"א אהא דאיתא התם דגנב בחול וטבח בשבת חייב כפל, וביאר הריטב"א דאשמעין חידוש דלא נימא דטביחתו זו היא גניבתו ולפטר משום קלב"מ קמ"ל. וזה תמוה מאוד דהיאך יפטר מחיוב גמור שיש לו על הגניבה בחול מחמת שטבח בשבת, ולדרך הגר"ח מתבאר קצת דכיון שהגניבה והטביחה גניבה אריכתא היא וחיובו אחד הוא על גניבה זו ועיקר הגניבה היה בשבת ס"ד למיפטריה.

עלה בדינו שלש דרכים עקרויות בדין תבו"ש: (א) דהוא מדין מזיק וכהקצה"ח, (ב) דדנים התבו"ש כגניבה או גזילה חדשה בחפץ וכדרך הנתייה"מ ודעימיה [והטעם דחייב הוא או משום דפטור גמיה"ג הוא רק מכפל או כדרך הנתייה"מ דהוסיף בגניבה או מדין גולן כיון דבכל גנב יש גולן] (ג) דהוי גמר והמשך הגניבה הראשונה והוי גניבה אריכתא.

ויש לדון בכ"ז מדברי הגמ' והראשונים, דיעויין בגמ' בב"מ [מג ע"ב] דאיתא דתבו"ש משלם ד' דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה ומדמייתי על הך מתני' מוכח לכאורה להדיא דמדין גזילה הוא ודלא כהקצות.<sup>249</sup> וראה גם ברש"י בסוגיין ד"ה תברה וכו' שמשמע שהוא מדין גזילה, וכן מבואר מדברי הראב"ד הו"ד בשטמ"ק שם בב"מ [שכתב דבשעת גניבה ראשונה גול זה ועתה גול שלשה זווי יתירין] ואולם יעויין בר"ן שם בב"מ שכתב וז"ל ומיהו תברה או שתיה משלם ד' דכיון דעבד איהו בידים השתא מזיק לה דאי איכא בעינא הדרה, עכ"ל, ומשמע מדבריו דהוי מדין מזיק וכהקצה"ח וכ"כ גם בע"ב שם. וכן כתב הנמו"י שם. [וצ"ע מלשון הגמ' וכנ"ל, ועייין בנמו"י שם ואפשר דלא גרס לה]

ומסוגיין איכא ראייה גדולה כהגר"ח דשורש חיובו משום גניבה ראשונה, דיעויין בסוגיא לקמן בדף קיא דאיתא התם מימרא דרב חסדא דהגזול חפץ ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה, ומבואר שם בסוגיא דכ"ז הוא לפני יאוש אבל אם אכלו לאחר יאוש פטור השני, ורמב"ח שם חולק על רב חסדא וסובר דלעולם פטור השני וליכא כלל תורת מזיק בחפץ הגזול. ולדעת הקצה"ח מוכח אם כן דרמב"ח חולק על דין תבו"ש, ואף להנתיבות הוא מוכרח [דאף אם פטור רמב"ח מדין מזיק למה לא יתחייב מדין גזולן וכתבו"ש] ויש להקשות דאם כן מאי פריך הכא לימא פליגא דרב אדרבה הרי לרמב"ח דהאוכל פטור לגמרי בהכרח חולק על רבה ועייין באמר"מ [סי' לב סק"ה] שהקשה ביותר דלקמן בדף קטו איכא מימרא דאב"י שסובר להדיא דרב חולק על רב חסדא וסובר כרמב"ח ואם כן בהכרח דחולק על תבו"ש. ועוד קשה דהרשב"א בב"מ דף מג כתב דליכא דפליג אדרבה והרי לדבריהם בהכרח רמב"ח חולק.

ואף לדעת רב חסדא לא ניהא דאף הוא סובר דלאחר יאוש ליכא לדינא דבא אחר ואכלו, ואם כן מוכח דדין תבו"ש לא נאמר אלא קודם יאוש, ועייין בפרי יצחק [סי' סב] שנקט כן דדין תבו"ש אינו אלא קודם

<sup>248</sup> ולהלן שם כתב הריטב"א דהיכא שגנב בחול וטבח בשבת לא אמרינן דטביחתו זו גניבתו וליפטר אף אקין ויתבאר בזה להלן בסמוך. ובעיקר דברי הריטב"א עייין היטב ברבינו קרשקש שם שנראה מדבריו הבנה אחרת בענין, ודבריו צ"ע.

<sup>249</sup> אף דבאמת צ"ע מדוע מייתי לה התם הרי אי משלמים כשעת העמ"ב כ"ש דישלם כשעת השבירה והא לא מיירי באופן שנשתנה משעת שבירה להעמ"ב וצ"ע.

יאוּשׁ וּאֹלָם יַעֲוִיין בַּשִּׁיךְ בְּסִי' שֶׁסָּב סָק"ה שֶׁכָּתַב דְּסִתִּימַת הַטּוֹר מִשְׁמַע דְּדִין תְּבוּ"שׁ הוּא אָף לֵאחֲרָיָא יַאוּשׁ [וְכִי"ה בִּאמַת סִתִּימַת הַרְמַב"ם וְהַשּׁוּ"ע נִמְי] וְכֵן מְבֹאֵר מְדַבְּרֵי הַגְּהֵת הַגְּר"א שֶׁם בְּסָק"כ דְּדִין תְּבוּ"שׁ אָף אַחֲרָיָא יַאוּשׁ אֵיתִמֵּר, וְלִדְרֹךְ הַגְּר"ח נִיחָא הֵיטֵב כִּי דְּדִין תְּבוּ"שׁ מִחֲמַת גָּמֵר הַגְּזִילָה הוּא דְּמַחֲיִיב וְנִאמַר דִּין זֶה רַק בְּגִנֵּב עֲצָמוּ וְלֹא בִּאחֲרָיָא, וְבוּ נִאמַר דֹּאף אַחֲרָיָא יַאוּשׁ חַיִּיב וְכֵן לְרַמְב"ח קוֹדֵם יַאוּשׁ.

**עֵלָה בִּידֵינוּ** שְׁתֵּי רֵאוּת גְּדוּלוֹת לִיסוּדוֹ שֶׁל הַגְּר"ח: (א) מַחֲיִיב כָּפֶל וְדוּ"ה עַל הַטְּבִיחָה כְּמִבּוֹאֵר בְּרִיטְב"א וְשֶׁכֵּן פִּירֵשׁ הַגְּר"ח בְּדַעַת הַרְמַב"ם וְכֵן מֵהַס"ד שֶׁל הַרִיטְב"א דְּבִטְבַּח בִּשְׁבַת יִפְטֹר מִכָּפֶל, (ב) מֵהָא דְּדִין תְּבוּ"שׁ נוֹהֵג אָף לֵאחֲרָיָא יַאוּשׁ וְאָף רַמְב"ח מוֹדֵה בּוּ, וְלִהְלֹךְ בְּהַמְשָׁךְ הַסּוּגִיָּא יְבוֹאֵר עוֹד שְׁתֵּי רֵאוּת נּוֹסְפוֹת: מְדַבְּרֵי הַתּוֹס' לִהְלֹךְ ד"ה אֶלְמָא, וּמְדַבְּרֵי הַתּוֹס' בְּדָף סו ע"א ד"ה טְלָאִים דְּמִבּוֹאֵר שֶׁם עֲפִי"ד הַגְּר"א דֹּאִין דִּין תְּבוּ"שׁ בִּשְׁבַח גְּזִילָה.

**וּאֹלָם עֵיקַר הִיסוּד** דִּהֲשִׁבִירָה הוּי גָּמֵר הַגְּנִיבָה הָרֵאוּשׁוֹנָה צ"ב דְּסו"ס הִרִי עֵתָה אֵינוּ אֵלָא מַעֲשֵׂה מִזִּיק בְּלַחֲדוֹ וּמִדּוּעַ יִתְחַיֵּיב עָלָיו בְּדִין גָּנֵב, וְאָף אִי נִימָא דְּגִנִּיבָה הוּא מַה הֶהְצֵרְפוֹת בֵּינוּ לְבֵין הַגְּנִיבָה הָרֵאוּשׁוֹנָה.

**וּבִאמַת שְׁעִיקָר יִסּוּדוֹ שֶׁל הַגְּר"ח מְבֹאֵר לֵהֲדִיא בְּדַבְּרֵי הַסַּמ"ע וּבִתּוֹסַפֶּת בִּיאוּר** וְהוּא בְּסִי' שֶׁנֶּד סָק"ה וְז"ל מִיְהוּ בְּסִיפָא אִם הִיתָה בְּשַׁעַת גְּנִיבָה בְּזוֹל וְאִח"כּ הוֹקֵר שֶׁם מַחֲלִקִּין שְׁפִיר דָּאִם טַבַּח אוּ מְכָרוּ לְהַבְהִמָּה אוּ שֶׁכֵּר לְהַכְלִי בִּידֵים בְּשַׁעַת הַיּוֹקֵר מִשְׁלָם הַקֶּרֶן כְּשַׁעַת הַיּוֹקֵר מִשּׁוּם דָּאז הִיתָה הַתְּחַלָּת הַגְּנִיבָה וְהוּצֵאתָה מִהָעוֹלָם דִּהָא אִי לֹא טַבַּחוּ אוּ שֶׁכֵּרוּ הִיא מַחֲזִירוּ לְבַעֲלֵיו בְּעֵינָו, אֲבָל בְּרִישָׁא דִּהוּצָלָה בְּשַׁעַת שְׁטַבְחָה אוּ שֶׁכֵּרָה בִּידֵים לֹא אִמְרִינָן דִּהֲתַחֲלִי הַגְּנִיבָה מִשַּׁעַת טְבִיחָה דֹּא"כּ יִהְיֶה חוּטָא נִשְׁכָּר וְכו' עב"ל. הֵנָּה מְבֹאֵר מְדַבְּרֵינוּ דִּיסוּד חַיּוּבוֹ הוּא מִחֲמַת דְּכִיּוֹן דֹּאֶלְמָלָא מַעֲשִׂיו הִיא חוּזֵר לְבַעֲלֵיו בְּעֵין נִמְצָא שַׁעַתָּה הוּא גּוֹנֵבָה וּבִפְעֻלָּה בְּזֶה הוּי עֵיקַר הַמַּעֲשֵׂה גְנִיבָה שְׁלֹו שַׁעַתָּה תִּשְׁאֹר בְּרִשּׁוֹתוֹ לְעוֹלָם וּנְפָקַע הַשְּׁבִתָּה מִהַבְּעִלִּים, וְלִכֵּן חֲשִׁיב זֶה כְּשַׁעַת הַגְּנִיבָה עַד דְּס"ד דִּיחֲשֵׁב שַׁעַת גְּנִיבָה גַּם לְקוּלָא, וְבִזֵּה קֹאמֵר דֹּאִינוּ כֵּן שְׁלֹא יִהְיֶה חוּטָא נִשְׁכָּר וְהֵינָנו דְּמַה"ט מְצִינוּ לֵאִיחֻיבֵי אָף אֲשַׁעַת גְּנִיבָה קִמָּא דֹּאֶתְחַלָּה בֵּה הַגְּנִיבָה. [נֹאֵלָא דִּהַגְּר"ח אִסְבְּרָא לֵה דִּהוּי גָּמֵר הַגְּנִיבָה הָרֵאוּשׁוֹנָה וְהִכָּא כְּתַב הַסַּמ"ע דִּהוּי הַתְּחַלָּת הַגְּנִיבָה וְצ"ע כּוּוֹנְתוֹ בְּזֶה דּוּדֵאִי דֹּאֶתְחַלָּה לֵה גְנִיבָה מִשַּׁעַת שִׁגְנָב]

**וּשְׁנֵה הַסַּמ"ע מִשְׁנֵתוֹ שְׁנִית בְּסִי' שֶׁסָּב סָק"י וְז"ל שֶׁם וְא"ג דְּכָל הַגְּזֻלִּים מִשְׁלָמִים כְּשַׁעַת הַגְּזִילָה הֵא עֵיקַר גְּזִילָה נַעֲשִׂית בְּשַׁעַת שְׁתִּיתָה אוּ מְכֹרָה וְכו' דִּהָא עַד הֵנָּה בְּרִשּׁוֹת הַנְּגוּל הוּהוּ קֹאִי לְהִדְרָא בְּעֵינָא מִן הַדִּין וְעֵתָה קִלְקֵלָה וְגֵרָם שְׁלֹא הוּחֲזָרָה לִידוֹ בְּעֵין וְכו' עב"ל. הִרִי מְבֹאֵר הִיסוּד הַנ"ל. וְלִשּׁוֹן רַש"י בְּב"מ שֶׁם [סוּד"ה דֹּאִי אֵיתָא וְכו'] 'אֲשַׁתְּכָה דִּהִשְׁתָּא הוּא דְּקֹא גְזִיל לֵה' וְלִשּׁוֹן 'אֲשַׁתְּכָה' מוֹרָה דְּקֹאִי אֲגִזִּילָה קִמִּיתָא, דְּכִיּוֹן שְׁטַבְחָה וְתָנוּ אֵינָה חוּזֶרֶת בְּעֵינָה הִרִי נִתְבַּרֵּר שְׁכַעַת פֻּעַל אֶת עֵיקַר וְגָמֵר הַגְּזִילָה בְּמָה שֶׁמִּנֵּעַ הַשְּׁבִתָּה וְקַבְעָה אֲצִלּוֹ וּבְרִשּׁוֹתוֹ וּכְדַבְּרֵי הַסַּמ"ע. וְע"ע בְּרֵאב"ד לִהְלֹךְ בְּדָף סו ע"א ד"ה טְלָאִים.**

**וּבִזֵּה מִתְבָּאֵר** מַה דְּמִיִּיתִי עֵלָה בְּגַמ' הַתָּם דִּהִשְׁתָּא הוּא דְּקִגְזִיל וְתִנֵּן כָּל הַגְּזֻלִּים מִשְׁלָמִים כְּשַׁעַת הַגְּזִילָה, וְצ"ב מִדּוּעַ שְׁיִיכָא לְדִין הַמִּשְׁנָה דְּכְשַׁעַת הַגְּזִילָה, וְלִהְנ"ל מְבֹאֵר דְּכִיּוֹן דְּגָמֵר הַגְּזִילָה הוּא עֵתָה הִרִי מְדִינָא דְּכָל הַגְּזֻלִּים מִשְׁלָמִים כְּשַׁעַת הַגְּזִילָה לֹא יִשְׁלָם זֹוֹ אֵלָא ד' זֹוִי דְּשַׁעַת גָּמֵר הַגְּזִילָה הִיא הַמַּחֲיִיבָתוֹ בְּדִין זֶה. [אִם כִּי עֲדִיין צ"ב דִּהָא אֶלְמָלָא הִיא מִשְׁלָם כְּשַׁעַת גְּזִילָה כִּי"ש דִּישְׁלָם כְּדִהִשְׁתָּא]

**וְהַדְּבָרִים מִתְאִימִים הֵיטֵב עִם דְּבָרֵי הַרִיטְב"א בְּכַתּוּבוֹת** שֶׁכָּתַב דָּאִם טַבַּח בִּשְׁבַת לֹא אִמְרִינָן דְּטְבִיחָתוֹ זֹו הִיא גְּנִיבָתוֹ וְלִיפְטֹר, וְהֵינָנו דְּס"ד דְּכִיּוֹן דֵּעֵתָה הוּא עֵיקַר שַׁעַת הַגְּנִיבָה וְהִשְׁתָּא הוּא בְּדִין קְלָב"מ יִפְטֹר לְגָמְרִי, וְקִמ"ל דֹּאִינוּ כֵּן דְּסו"ס מְצִינוּ לֵאִיחֻיבֵי אֲשַׁעַת גְּנִיבָה קִמִּיתָא נִמְי. וְלִכְאוּרָה הִיא נִרְאָה דִּהַדְּבָר פְּשוּט כֵּן דְּסו"ס לֹא גָרַע מֵאֵיתְבֵּר מִמִּילָא אִךְ הַסַּמ"ע כְּתַב דִּה"ט מִשּׁוּם שְׁלֹא יִהְיֶה חוּטָא נִשְׁכָּר וּמְקוּרוֹ מְדַבְּרֵי הָרֵא"שׁ בְּסוּגִיין וְכ"כ הַרִיטְב"א בְּב"מ דָּף מִג וְצ"ע מִדּוּעַ בְּעֵינָן לִזֵּה.

ויעויין בספר הזכרון אהל ישעיהו עמ' תשפא ואילך מהגרש"י בורנשטיין שליט"א שהאריך והרחיב הרבה ביסוד זה, וכן בספר רשימות שיעורים אהלי הישועה בדין תבו"ש שהאריך בכ"ז בביאור יסודו של הגר"ח כדברים הנ"ל.

בגמ' משלם קרן וכפל וחומשו עולה לו בכפלו סברת רבי יעקב צריכה ביאור דכיון דנתחייב זה לשלם לבעלים גם כפל וגם חומש מהיכי תיתי שישלם פעם אחת ויעלה זה בזה, וראה ברש"י שכתב דחומש כפרה דשבועה הוא ולפי"ז נחא קצת כיון שאינו חיוב ממון. אך ג"ז קשה דלקמן בדף קד ע"ב מבואר בגמ' דחומשא ממונא הוא, וצ"ע. וע"ע בספר ברכת אברהם מש"כ בזה. ועיין בתורי"ד שכתב דרש"י נדחק בפירושו, וכתב התורי"ד דגרסין עולה לו ככפילו [בכף ולא בבית] והיינו דפעמים ששווי הכפל כשווי החומש.

#### דף סה ע"ב

בגמ' אלא לאו דמעיקרא שויה וכו' מבואר מדברי הגמ' דהסברא פשוטה דהחומש משלם כפי הקרן ולא כפי הכפל ודו"ה, ולהצד דהקרן סברא דמשלם כעין שגב י"ל דאף בחומש סברא הוא אך להסוברים דמקרא ילפינן יל"ע בחומש דהרי ליכא קרא, וראה ברש"י שכתב דחומש בתר קרן שיימינן, וידוע לבאר בזה דגדר תשלום החומש הוא חומש מהקרן והיינו דאינו חיוב בפ"ע לשלם על הגזילה ערך חומשה כמו כפל ודו"ה אלא להוסיף חומש על הקרן שמשלם ופשוט. אך לפי"ז על כרחך מיירי כשאבד החפץ אחר שכפר ונשבע והוא משלם דמים דאל"כ והוא משלם החפץ עצמו הרי משלם חפץ השווה זוזא ואם כן לא יהיה החומש זוזא.

וראה ברש"י ד"ה דכפילא זוזא וכו' שמבואר מדבריו דראית הגמ' היא לשני הדינים של רב גם לגבי הקרן דכדמעיקרא וגם לגבי הכפל שהוא כדהשתא, וזה מתאים היטב עם משמעות דברי רש"י לעיל דאף לקרן בעינן קרא, ומבואר מדברי רש"י כאן עוד דאף הקרן בכלל חידושא דרב הוא, וקשה דהא מתני' היא דכל הגזולין וכמו שהקשו התוס' לעיל, וצ"ע.

תוד"ה אלמא וכו' דברי התוס' מאוד צ"ב, ונאמרו שתי דרכים באחרונים בהבנת קושית ותירוץ התוס', (א) ראה במהדו"ב למהרש"א שתמה על דבריהם דהא בברייתא לא הוזכר ששיבר את הכלים, וביאר דכוונת התוס' דה"ל להגמ' לאוקמה בגוונא זה ששיבר, ומבואר שהבין שכוונת התוס' להקשות דנוקמא הכא באופן דתברה ושתייה דאז חייב קרן כדהשתא ואילו כפל ודו"ה משלם כדמעיקרא אלמלא חידושא דרב, וכ"נ מדברי הפנ"י. ולדרך זו הקשה הרע"א, חדא דבברייתא לא מוזכר דמיירי בשברה ומשמע דאף בלא שברה מיירי, ועוד דהיכי משכח"ל הרי בהכרח ששבר ושתה אחר שכפר ונשבע שאם קודם לכן שתה הרי קרנו ד דקרן כשעת כפירה היא, ואם כן דלאחר שנשבע שבר הרי השתא חייב קרן חדשה מדין תבו"ש ועל קרן זו מעולם לא כפר ונשבע ואינה אלא גזילה או נזק חדש ולמה ישלם עליה חומש, ופשיטא דכה"ג החומש כפי ערך הקרן דזוזא הוא ולא כפי הקרן דתבו"ש.

ומוכרח לדרך זו כמש"כ הגר"ח דקרן דתבו"ש אינה בתורת גזילה או מזיק חדש אלא דהוי המשך וגמר הגזילה הראשונה דכיון שהשתא גמר הגזילה במה שאיבד החפץ מהעולם שעת גזילה קרינן ביה לאיחויבי, ולפי זה אפשר לומר דאף החומש נישום לפי ערך הקרן הזו דעל הקרן גזילה נתחייב חומש מעיקרא והשתא דמשלם קרן ד' אף חומשו לפי ד' הוא, ועדיין צ"ע.

והתוס' תירצו דאין לחלק בין קרן לכפל אם לא מכח הפסוק, ולדרך המהדו"ב אנו מוכרחים לפרש בדבריהם דכוונתם דאף הכפל ודו"ה יהיה כדהשתא כיון דעל הקרן חייב כדהשתא, וזה מתאים עם שיטת הרמב"ם דהיכא דתברה ושתייה משלם קרן כפל ודו"ה כשעת העמ"ב משום דבשעת התבו"ש

נתחייב על הכל, ואולם צ"ע לפרש כן בדברי התוס' שהרי מדברי התוס' להלן בדף סו ע"א מפורש דלא כהרמב"ם, לדעת ר"ת התם מפורש הדין דהיכא דהיתה שווה זוז והוקרה וטבחה משלם קרן כדהשתא [מדין תבו"ש] וכפל ודו"ה כעין שגנב אלמא דדין תבו"ש אינו מחייב אלא קרן ולא כפל ודו"ה. ויעויין היטב במהרש"א ומהר"ם שכתבו דהתוס' דידן סתמו דבריהם לפירוש ר"י דלקמן אבל לר"ת ע"כ הכי הוא [ששונה דין הקרן מהכפל] ולדרך המהדו"ב מתפרש דכוונת המהרש"א להקשות כמש"כ לעיל.

(ב) ויעויין ברע"א [בנדמ"ח מס' וזאת ליהודה] שמכח קושיתו דלעיל פירש דברי התוס' באופ"א על פי דברי השטמ"ק בשם הר"א מגרמיזא, והוא דהתוס' מיירי כאשר החפץ בעין, והקשו דנימא דמיירי דשווה השתא ד' ומדין תברה ושתייה באו להוכיח דהחפץ ברשות בעלים וצריך לשלם כשהוקר, וממילא החומש משלם לפי שווי ד'.

ודברי הרע"א סתומים דאטו ס"ד דהתוס' דהגולן זכה בחפץ ואינו צריך להחזירו עד שהוכיחו לזה מתבו"ש, ונראה כוונת הדברים שהתוס' באו להוכיח דחייב להחזיר הקרן מדין חובת השבה ולא מדין ממוני גבך בעלמא שאם היה כן לא היה על זה דין תבו"ש וע"ד הגר"ח דתבו"ש הוא גמר הגזילה הקודמת, ובהא תליא חיוב החומש דאם הוא מדין ממוני גבך ליכא עלה חומש וכמש"נ ואם הוא מדין השבה יש על זה חומש. ולפי זה מתפרש תי' התוס' דבאו לומר דאם הקרן הוא כדהשתא - וכדמוכח מדין תבו"ש - אף הכפל ודו"ה כדהשתא.<sup>250</sup> [מיהו יש להעיר דהרע"א כתב כהקצה"ח דחיוב תבו"ש הוא מדין מזיק [בתוס' רע"א למשניות ב"מ סופ"ג] וע"ע ברע"א בכתובות דף לד ע"ב ד"ה הואיל דמשמע ע"ד הנתייה"מ וצ"ע] ולדרך זו מוכרח ומבואר מדברי התוס' דבהיות החפץ בעין חל חיוב השבה שבו אף על היוקרא, וגם מבואר דחיוב תבו"ש אינו חל אלא כלפי החפץ שחל בו חיוב השבה אבל היכא שמחזיר החפץ בעין שלא בתורת השבה אלא מדין ממוני גבך בזה ליכא דין תבו"ש, וזה מתאים עם דברי התוס' דלקמן בדף סו ע"א לפי' הגר"א בדעתם [יתבאר במקומו] דבכחושה והשמינה ובטבחה בידיהם אף קרן משלם כשעת גזילה וליכא גבי השבח דין תבו"ש.

ויעויין בחזו"א [בסי' טז סק"ח] שעמד בקושית הקצה"ח למה כשנתייקר החפץ לא נעשה עליו גולן מחדש להתחייב באונסין אף על היוקרא, וכתב החזו"א דהוא מכלל דינא דכל הגולנן משלמים כשעת הגזילה וזה פוטר לגמרי מלשלם על היוקרא, והיוקרא של הבעלים ממילא והיא כפקדון בידו ולא גולן, הרי דס"ל דלא חלה כלל מצות השבה על היוקרא אלא מדין ממוני גבך הוא, ולדרך החזו"א אי אפשר לבאר דברי התוס' כדעת השטמ"ק והרע"א [גם קשה מדברי התוס' לקמן, והחזו"א באמת נחלק שם עם הגר"א בפשט דברי התוס'] ואולם עיקר חידושו של החזו"א צ"ע בסברא דאמנם גבי תוספת פיטום אפש"ל כן דהתוספת הזו לא גולה אלא ממילא שבחה אצלו אבל ביוקרא הרי החפץ עצמו גזול הוא אצלו ולא ערך דמיו וכשהוקר החפץ הוקר הגזילה והוקר חיוב השבה ידידה, ואמנם מצאנו דברים קרובים לזה בדברי הראב"ד בב"מ דף מג גבי

250 ואולם זה צ"ע דלפי זה יצא שמי שמחזיר החפץ בעין משלם כפל כדהשתא אף בלא חידושא דרב, ואם כן לדעת הר"י דלקמן דבהשמינה אינו משלם כפל ודו"ה כדהשתא מ"מ כשהחפץ בעין ישלם כדהשתא וזו לא שמענו, וצ"ל דכשהשמינה להר"י אינו משלם הקרן מדין השבה אלא מדין ממוני גבך בעלמא שהרי לא גנב להך פיטום, וכסברת הגמ' תורא גנבי מינך, וממילא אינו משלם עליה כפל, ולא עוד אלא דאפילו קרן דהשבח אינו משלם לפום פשטות דברי התוס' לקמן וכפי שפירש הגר"א בדבריהם. אך לדעת ר"ת הרי מפורש דההוקרה הבהמה משלם קרן וכפל כדמיעקרא ולא משמע כלל דכשהיא בעין משלם כפל כדהשתא ואף דקרן משלם כדהשתא וזה אינו מתאים עם דבריהם כאן, ואפשר דזו כוונת המהרש"א להקשות אי נימא שפירש התוס' כהרע"א.

תבו"ש שכתב דהיכא דמעיקרא שויה זוז וכו' גזל מעיקרא זוז ובשעת שבירה גזל גי זוזים הנותרים, ומבואר לכאורה דהתואר גזילה ידידה מתיחס לזוז ולא לחפץ כפי שהוא ויל"ע בזה.

**ואולם צ"ע בכ"ז דיעויין בתוס' ר"פ שבהביאו לתי' התוס' דאין לחלק בין קרן לכפל ודו"ה כתב דאין לומר כן שתהא הקרן כשעת העמ"ב ומשום דאם כן אף הכפל יהיה כן, ומדקדוק לשונו משמע דעיקר דחית התוס' בתירוצם הוא דחזרו בהם ממה שהניחו בקושיא דקרן כשעת העמ"ב, ומוכח מזה דלא כהמהדו"ב דאילו לדבריו הרי מיירי באופן דתבו"ש ובוזה פשיטא דלכו"ע קרן כשעת העמ"ב וכל נידון התוס' היה על כפל ודו"ה. וגם מוכח דלא כהרע"א שאף להרע"א כן הוא האמת דכשהוא בעין חוזר כדהשתא ומדין השבה דייקא מדמחייב בדין תבו"ש. גם תמוה דברי הר"פ מיניה וביה שהרי איך שלא יהיה כוונת דברי התוס' הרי לקחו את דין תבו"ש ליסוד דבריהם דקרן כדהשתא ואם חזרו בהם מזה אם כן מדוע חייב בתבו"ש, ואפשר שלשון הר"פ לאו דוקא וצ"ע.**

מלה ונעשה איל רש"י ד"ה נעשה שינוי מבואר מדברי רש"י דס"ל דבהך שינוי אינו קונה לגמרי אלא לענין הטביחה למחשביה דשלו הוא טובח שלו הוא מוכר, כך מבואר מלשונו שכתב דקנאה לענין וכו' ועוד מבואר כן מעיקר הדין שכתב דקרן משלם כדהשתא ואם לגמרי קנאה מדוע ישלם קרן כדהשתא, ודברי רש"י צ"ב מדוע לא יקנה לגמרי בשינוי זה, ועיין בפנ"י שביאר דרש"י לטעמיה שכתב להלן בד"ה בשינוי השם וכו' דשינוי דממילא לא קניה, וכן משמע גם מדבריו להלן בדף סו ע"א ד"ה שינוי. ולכן פירש כאן דקונה רק לענין דו"ה. [ובעיקר שיטת רש"י דשינוי קונה רק בשינוי בידיים יתבאר במקומו]

**אך הקשה הפנ"י דממ"נ אי שינוי דממילא לא קניא אם כן ישלם דו"ה נמי כדהשתא,<sup>251</sup> ועוד הקשו האחרונים דהרי מפורש בגמ' לקמן בדף צו ע"ב דאיתא התם במתני' דזה הכלל וכו' דכל הגזלנים משלמים כשעת גזילה ואמרין בגמ' לאיתויי דרבי אילעא, הרי מפורש דחל בזה דין שינוי גמור לשלם כשעת הגזילה. וקשה בתרתי חדא דמשמע דאף אם החפץ בעין משלם דמים ועוד קשה דמשמע דמשלם כשעת גזילה ואילו לרש"י הרי משלם קרן כדהשתא. ועיי"ש ברש"י שפירש כדבריו כאן.**

**ויש לבאר בזה** וכן ביאר הגר"נ עפ"י ד הגר"ח בהל' גזילה שיסד דבדין שינוי איכא ב' דינים, האחד דשינוי קונה והשני דהיכא דנשתנה החפץ מכמות שהיה אינו יכול לומר לו הרש"ל, דא"א לומר הרש"ל אלא כשהוא כעין שגזל, ולפי"ז י"ל דהכא אינו יכול לומר לו הרש"ל אף דהוי שינוי דממילא אבל לקנות לא קנה כיון דלא הוי בידיים, ולפי זה נוחא היטב דהך מתני' עוסקת בדיני הרש"ל ואהא קאמר התם דבטלה ונעשה איל אינו יכול לומר הרש"ל אבל לא קנאה להיות שלו. וגבי דין דו"ה י"ל דליכא דין דו"ה כה"ג שאינו יכול לקיים בו דין השבה בגופו. [וביאר הדברים משום דכה"ג שאינו יכול לומר הרש"ל ליכא קיום מצות השבה על החפץ אלא דהבעלים יכול לתבעו אם ירצה דסו"ס ממונו הוא אבל מצות השבה מתקיימת רק כאשר החפץ כעין שגזל, וכך מסתבר שאם לא נפטר בזה ידי השבה אף אינו חייב בה מתורת השבה ודוק. ויש לבאר דחייב דו"ה הוא כדאיתא בגמ' לקמן דשנה בחטא ונשתרש בחטא וכ"ז הוא במה שמונע ומפקיע ההשבה ע"י טביחתו אבל היכא דליכא ביה תורת השבה לא] **אך לשון רש"י צ"ע** דמשמע דפטור מדו"ה משום דלענין זה הוי כשלו, ולהנ"ל אינו כן אלא משום דליכא בה דין השבה, וצ"ע. גם קשה דסו"ס לרש"י משלם כדהשתא ובגמ' שם משמע דמשלם כשעת גזילה וזה צע"ג. **ועוד קשה** ממש"כ רש"י בדעת רבי חנינא ויתבאר לקמן וצ"ע.

251 ועיין בפנ"י מש"כ בזה, וע"ע בספר ברכת אברהם שכתב דאף דהשינוי דממילא לא קניא מ"מ הוי בהמה אחרת ולא זו היא שגנב ואם כן פטור מדו"ה דרק על החפצא הגנוב שלא נשתנה חייב דו"ה.

ועיין בתוס' ר"פ שהקשה על רש"י דאם קנאה בשינוי אמאי משלם קרן כדהשתא הרי דין תבו"ש טעמו משום דאילו איתא הדרא למרה בעינא והכא הרי מצי לסלוקיה בדמים, ולכאורה נראה מפשטות דבריו דהר"פ לא הבין בדעת רש"י שאין כאן שינוי גמור ולהכי הקשה דכיון דשלו הוא לא שייך בזה דין תבו"ש, אך דקדוק לשונו אינו מורה כן שהוצרך להקדים טעמו של דין תבו"ש משום דהדרא למרא וכו' ואי נימא דלדעת רש"י הוי שלו הל"ל בפשיטות דלא שייך לחייבו לשלם בשום צד שבעולם ועוד שלא הקשה אלא משום דמצי לסלוקי בדמים ולשון 'מצי לסלוקי' מורה דבאמת החפץ של הנגזל הוא אלא שהגזול יכול לסלקו, וזה בדיוק להיפך ממש"כ לעיל ע"ד הגר"ח דהוי של הנגזל ורק דזכות הנגזל לתבוע דמים, ואילו לדברי הר"פ זכות הגזול היא לסלקו בדמים וצ"ת. והגר"נ זצ"ל [להלן בסוגיא דשינוי] ביאר בדעת רש"י עפ"י דהר"פ דבשינוי דממילא לא קנה הגזול דליכא מעשה קנין, אך חל חיוב דמים גמור וכיון שכן זכותו לקנות החפץ בדמים שישלם אבל רק לכשישלם יקנהו.<sup>252</sup> [אך לפי זה צ"ע מה שייך לחייבו בתבו"ש הרי זכותו לשלם ולקנות החפץ, ואמנם כ"ז שאינו משלם יכול הבעלים לתבעו את החפץ עצמו אם לא ישלם' ולהנ"ל זו קושיית הר"פ צ"ע]

בגמ' מתיב רבי חנינא יל"ע במאי פליג רבי חנינא, ואמאי סבר דלא הוי שינוי, ויעויין בחי' הגר"ח [פ"ב הט"ו מגזילה ד"ה והנה] שהקשה לדעת רבי חנינא ממתני' דגזל בהמה והזקינה אינו אומר לו הרש"ל הרי דהוי שינוי כה"ג, וביאר הגר"ח על פי היסוד שנתבאר משמו לעיל דבשינוי איכא ב' דינים, האחד דאינו יכול ליפטר בו מחובת השבה דלא הוי כעין שגזל, והשני דשינוי הוי קנין, וביאר דהך שינוי אף לר"ח לא הוי כעין שגזל ואינו יכול לומר בו הרש"ל אבל לענין מקנא לא קני, ולא נתבאר בדברי הגר"ח מהי הגריעותא בשינוי זה משאר שינויים. ועיין בתוס' ר"פ שכתב בטעמו של ר"ח משום דהוי שינוי דממילא ולפי זה בהכרח צ"ל כהגר"ח שהרי בהמה והזקינה הוי נמי שינוי דממילא.

ויעויין בתוס' רי"ד שם בסוגיא בדף צו דאיתא התם בגמ' דכללא דמתני' דכל הגזולין לאתווי הא דרבי אילעא ומבואר בגמ' דשינוי דרבי אילעא הוי חידוש טפי מבהמה והזקינה ועמד בזה התוס' רי"ד וביאר דהזקינה הוי שינוי טפי מטלה ונעשה איל כיון שאינה ראויה למלאכתה הראשונה, ומשא"כ טלה ונעשה איל דהוי כקטן ונעשה גדול ואינו שינוי, ועיין עוד בתוס' ר"פ שם שביאר דטלה ונעשה איל גרע טפי לפי שבחודש הי"ב הוא טלה ובי"ג חודש נקרא איל.<sup>253</sup> והנה לפי זה ל"ק כלל קושיית הגר"ח לרבי חנינא ממתני' דהתם שהרי שינוי דהתם חמיר טפי, וכע"ז כתב החזו"א בגליונות. אך חזינן בדברי הר"פ שהתם כתב לחלק בין השינויים והכא כתב בטעמו של ר"ח משום שינוי דממילא ולא משום הנך טעמי, ובאמת דצע"ק בדבריו למה לא פירש דזהו טעמו של ר"ח, וי"ל.

252 ומצינו כזאת בדברי הרמ"ה [הובאו בשטמ"ק דף קא ע"א בד"ה ולענין פסק] דבשינוי מעשה יד הגזול על העליונה רצה משלם כשעת הגזילה רצה מחזיר לו את החפץ כמות שהוא. ואזיל בזה הרמ"ה לשיטתו שכתב בריש הגזול קמא [בשטמ"ק בדף צו ע"ב סוד"ה ונקטנין] דבהמה ונתעברה הוי שינוי ומשלם כשעת הגזילה אך אם הבהמה ילדה חוזרת בעינה, והוא פלא שהרי ממ"צ אם קנאה בשינוי היאך כשילדה תחזור להיות של הנגזל אך העירונו בזה דאזיל לשיטתו וסובר דכשנתעברה עדיין לא קנאה אלא זכות יש לו לשלם כשעת הגזילה וכשילדה כיון דהשתא היא כפי שהיתה פקע זכותו.

וצ"ע מאי שנא משינוי לגריעותא דהתם חייב הגזול לשלם דמים וצ"ל דסובר הרמ"ה דשינוי לגריעותא מפקיע תורת השבה מן החפץ מחמת שהזק מוכפי שהיה [וסברא זו כבר כתבה הגרי"ז דאיכא ב' דינים בשינוי חדא מחמת השינוי וחדא מחמת ההיזק שיש בחפץ] ולכן אינו יכול להחזיר אבל בשינוי למעליותא אינו כן אלא להיפך כיון שאינו כפי שהיה ויש בו טפי מהשבה שחייב בה יכול לשלם דמים וצ"ל בכ"ז.

253 צ"ע אם כוונתו דמיד בתחילת חודש הי"ג הוי שינוי כשנעשה פילגס או דבסוף חודש הי"ג הוי שינוי כשנעשה איל ממש ועיין בקוב"ש באות יב מש"כ בזה.

והחזו"א בגליונות הקשה על הגר"ח מדקאמר התם על מתני' דזה הכלל וכו' לאתויי הא דרבי אילעא ואם איתא דאף לר"ח אינו יכול לומר הרש"ל אם כן אין כאן מקור במשנה כלל לר"א שהרי אף ר"ח מודה בה, וזה קשה גם על רש"י והר"פ שכתבו דטעמו דר"ח משום שינוי דממילא וזה פלא גדול וצ"ע. [אך באמת הר"פ שם ביאר רבותא בטלה ונעשה איל ולא משום שינוי דממילא. והקושיות מכריחות אותנו לפרש דסוגיא דהתם באה ללמוד מהמשנה שאף שינוי דטלה הוי שינוי, ולא לאפוקי מדר"ח, ור"ח אף הוא מודה ברבותא זו אלא שחולק על דינו דר"א מצד אחר וכ"ז דוחק וצ"ע]

רש"י ד"ה כעין שגנב וכו' ולרבה וכו' מבואר מדבריו רש"י דדין תברה ושתיה אינו מחייב כדהשתא אלא קרן אבל כפל ודו"ה משלם כדמעיקרא [אלמלא דברי רב] וכ"ז לכאורה דלא כדברי הרמב"ם כפי שפירשם הגר"ח דהיכא דתברה ושתיה חשיב זה גניבה חדשה לאיחויבי עליה קרן כפל ודו"ה. [ראה לעיל בסוגיא דתברה ושתיה]

בגמ' א"ל וליטעמין דברי הגמ' צ"ב מה נתכוין רבי אילעא בקושיתו הרי סו"ס בברייתא מפורש שלא כדבריו, ולכאורה צ"ל דבא לומר דהך ברייתא משבשתא היא, ויעויין בחי' הרע"א [הנדמ"ח] שהקשה דאם כן מאי פריך לקמן דמ"מ קשיא הברייתא ומשני דב"ש היא והרי ר"א אמר דמשבשתא היא, וביאר הרע"א דהיכא דאיכא שינוי מודה ר"א לסברת תורא גנבי מינך דכה"ג באמת אינו אותו החפץ שגנב אך פריך לר"ח דלשיתתך דאינו שינוי לקנות אם כן ישלם כדהשתא, ור"ח השיבו דאף דאינו שינוי מ"מ אמרינן תורא גנבי, ובזה פליג ר"א דכה"ג דליכא שינוי ליכא לסברת תורא גנבי מינך, ולקמן פריך דמ"מ קשיא הברייתא, ומשני דב"ש היא, והא דמשלם כדמעיקרא הוא כנ"ל משום דבשינוי מודה ר"א לסברת תורא גנבי, ואף דלב"ש שינוי לא קני אבל מ"מ לגבי סברת תורא גנבי מועיל שינוי אף לדידהו.<sup>254</sup> והרע"א הוכיח כדבריו מדבריו הרא"ש וכ"ה ברמב"ן בדעת הרי"ף ויבואר להלן.

וכבר נחלקו ראשונים בפשט הגמ' דיעויין בתוס' ר"פ שכתב ככל דברי הרע"א בזה בפשט הגמ', וכן ביאר הרע"א עצמו בדברי הרא"ש [מיהו הגר"א לא פירש כן דברי הרא"ש והניחם בתמיה ויבואר להלן בסוף הסוגיא] וכן נראה מדבריו הרמב"ן במלחמות [בדף צד ויבאו דבריו להלן בסוף הסוגיא ואולם הרמב"ן אכן מודה לסברת הר"פ אבל לא בפשט דברי ר"א] ואולם יעויין ברשב"א שעמד בקושית הרע"א מה דפריך לקמן, וביאר הרשב"א דאה"נ רבי אילעא סבר דהברייתא משבשתא אבל פריך הגמ' דכיון דאנן קיי"ל כרבי אילעא ולדידן קשיא ברייתא ולא משבשינן לה.

עייין בתוס' ר"פ שהקשה לדעת רבי אילעא שסובר דטלה ונעשה איל אינו שינוי לענין לשלם כדמעיקרא ומשלם אף כה"ג כדהשתא, דהא בברייתא דלעיל [דף סה ע"א] איתא דשמנה והכחישה משלם כדמעיקרא והיינו טעמא משום דנשתנית וחזינן דלא כרב אילעא.<sup>255</sup> ותירץ הר"פ דשמנה והכחישה לענין זה חשיב טפי שינוי וביאר הר"פ [בשם תוס' אחרית] הטעם לזה משום דבטלה ונעשה איל הרי בשעת גניבה היה עומד לבוא דסופו לגדל ומשא"כ שמנה והכחישה שלא היתה עומדת לכחש. ונראה

254 ואמנם סברת בית שמאי דפליגי בשינוי לכאורה נראה מדברי התוס' דסברי דאין דנים את החפץ כדבר אחר ממה שהיה אלא עדיין שמו עליו ולכן לשיטתם אזלי באתנן ובשינוי גזילה וכן ביאר הגרי"ז בדבריהם [יתבאר להלן בסוגיא דשינוי] ואם כן צ"ע מדוע לדידהו מודה ר"א לסברת תורא גנבי, אך צ"ל דסו"ס אף הם מודים במציאות השינוי שפנים חדשות באו לכאן.

255 וכוונתו להקשות לפירושו דלעיל דסברת מה לי קטלא כולה היא סברת תורא גנבי מינך ואם ר"א פליג הכא היאך יפרנס הברייתא דשם, ויש לדקדק מדוע לא הקשה בכחושה והשמינה דדמיא לה טפי, וי"ל דבזה מצי לפרושי דבהשמינה בידים שאני וכמו שכתבו התוס' דידן לעיל, אף דהר"פ עצמו נראה מדבריו לעיל שם בד"ה כי קאמר דלא פירש כן ודוק.



**ביאור הדברים** דהסברא דמשלם כדהשתא היא משום דכ"ז הוא בכלל הגניבה שהרי אלמלא היה גונבו היה לבעלים עתה איל ונמצא שחפץ זה עתה כפי שהוא גנוב על ידו מהבעלים אבל בכחש ושומן שלא היה הדבר עומד מעצמו להיות אלא אירע מחמת איזה סיבה [ואפילו בכחש דממילא - כך משמע להדיא בר"פ ודוק] בזה אינו מונח בכלל הגניבה הראשונה ויכול לומר לו תורא גנבי. **ונמצא לדעת הר"פ** דסברת תורא גנבי מינך בכחש ושומן לכו"ע היא ואף ר"א מודה בה. **ונראה לדייק כן מדברי התוס'** דידן לעיל בדף סה ע"א שכתבו דרק להס"ד אמרינן דאנא מפטימנא אבל האמת היא דאף בהשמינה ממילא פטור, ולשונם 'האמת' משמע דליכא בזה פלוגתא כלל, דאי אית בזה פלוגתא הל"ל דהלכה כר"ח בשגם אינו מפורש בגמ' דהלכתא כר"ח והרי"ף פסק כר"א. ולפי"ז סברת הר"פ אף בכחש דממילא. **ולדעת הר"פ נחא היטב** דלכו"ע גבי כחש ושומן אמרינן לסברת תורא גנבי ודוק.

**בגמ' לישלם כדהשתא ראה ברש"י** בד"ה כעין שגנב שכתב דלקמן פריך מהא דרב, **ומבואר מדבריו דקושיית הגמ' כאן** אינה מדברי רב, **וכך מוכח בפשוטו גם מסוגית הגמ'** דהא פריך לה השתא ומשני ומדוע פריך לה שנית לקמן, **וביותר קשה** דהרי לדעת רש"י שם התי' דטלאים כדמעיקרא אינו כסברת דתורא גנבי מינך דהכא אלא חילוק אחר דתלוי אם משלם טלאים או דמים עיי"ש ואם כן יש סתירה גם בתי' הגמ' מהכא להתם, [ואין לומר דהתם לרבי אילעא משני והכא לר"ח שהרי רש"י פירש שם להדיא בד"ה עד כאן וכו' דקושיית הגמ' דהתם בין לר"א בין לר"ח] **ומעתה צ"ב** מאי פריך דישלם כדהשתא ואלמלא דברי רב מהיכי תיתי להקשות כן.

**ויעויין בחי' הרע"א** [הנדמ"ח] **שעמד בזה ותירץ בשני אופנים**, האחד דהכא כיון דמשלם הקרן כדהשתא ומדין תבו"ש בזה סברא שישלם כפל ודו"ה כדהשתא וכסברת התוס' לעיל ד"ה אלמא, ותי' הגמ' דתורא גנבי ביאר הרע"א דזוכה הגנב בשבח עצמו, והא דפריך לקמן דלרב ישלם כדהשתא היינו משום שיכול הבעלים לסלקו בדמים ונמצא שטבח הגוף של הבעלים **ודברי הרע"א צ"ב** דהרי חיוב תבו"ש הוא מחמת מזיק [כשיטת הרע"א עצמו במק"א] או מדין גזילה אבל עכ"פ הוי חיוב חדש על הגניבה ואינו טעם לחייב כפל ודו"ה על גניבה זו דאימעיט לה מקרא דגומה"ג, **וראה לעיל בדברי התוס' הנ"ל שנתבאר דרך הרע"א עפי"ד הגר"ח דהוי גמר הגניבה הראשונה ולכן משלם אף כפל ודו"ה כדהשתא. אך לפי זה לא מועיל תי' הרע"א לדעת רש"י שמבואר מדבריו לעיל דתבו"ש מחייב רק קרן ולא כפל ודו"ה כדהשתא וכן מוכח גם משיטת ר"ת דלהלן** [כפי שנתבאר לעיל בתוד"ה אלמא] **ומש"כ הרע"א דתי' הגמ'** הוא דהשבח של הגולן כתב דהוא דלא כדברי רש"י בשמעתין, ונראה כוונתו ממש"כ רש"י דהיכא דתבו"ש משלם כדהשתא ואם הדמים שלו לא משכח"ל, ויש להעיר דזה גם נגד דברי התוס' שפירשו להדיא דסברת תורא גנבי היא סברת טלאים כדמעיקרא ושייכא גם בהכחישה ולא הוינו משום דשבח של הגולן.

**ועוד תירץ הרע"א דפריך הכא מסברא דכיון דהשבח שייך לבעלים אם כן כשטבח הוי טביחה ביחוד על השבח ויתחייב דו"ה כדהשתא**, ומשני דאין חיוב על טביחה בלא גניבה [וזה להיפך מהסברא שנתבאה לעיל דהטביחה עצמה גניבה היא] ועיי"ש ברע"א מה שביאר פרכת הגמ' לרב לפי זה דפריך לא מחמת שיש כאן טביחה על השבח אלא מחמת דהשבח חשיב כיוקרא דגנב דבר וטבחו ומשלם כדהשתא כמו ביוקרא וצ"ע.

**ועוד י"ל ע"ד הרע"א** דסברת הגמ' פשוטה לחייבו על טביחה כשעת טביחה כיון דהטביחה היא המחייבת דו"ה אזלינן בתר שעת טביחה ולזה משני דליכא גניבה על השבח וכמש"כ התוס' לקמן דאין טביחה בלא גניבה ואח"כ

פריך לרב דרב אף בכפל שהמחייב הוא הגניבה מ"מ משלם כדהשתא וכלפי זה לא ס"ד לסברת תורא גנבי מינך וצ"ע.<sup>256</sup> וע"ע בחי' רבי אריה לייב.

רש"י ד"ה ונקנינהו בשינוי השם וכו' דברי רש"י צ"ב דאם שינוי דממילא לא הוי שינוי אם כן מה יועיל שינוי השם הרי אף הוא ממילא, ומבואר דרך בשינוי הגוף לא מהני שינוי דממילא משא"כ בשינוי השם וצ"ע טעמו, ויתבאר להלן בסוגיא דשינוי.

#### דף סו ע"א

בגמ' עד כאן לא פליגי וכו' דכו"ע וכו' ראה ברש"י שפירש דהאי כו"ע קאי ארבי חנינא ורבי אילעא, ומה דאיתא בגמ' דפליגי בשינוי היינו בטלה ונעשה איל, וצ"ב למה פירש כן ולא פירש כפשוטו דקאי אב"ש וב"ה דאינהו פליגי בשינוי, גם כיון דפריך ארב מהך ברייתא מדוע צריכה הגמ' להקדים דברי רבי חנינא ורבי אילעא, וצ"ל דכוונת הגמ' דאף לרבי אילעא הבריייתא לא משבשתא אלא מוקי לה כב"ש. ואולם יעויין בחי' הראב"ד שפירש דכוונת הגמ' דכו"ע היינו בית שמאי ובית הלל, וכן מוכח בדעת הרמב"ן שפירש הגמ' דקאי אב"ש וב"ה ויתבאר להלן. ושורש המחלוקת הוא האם הגמ' הקשתה ותירצה בין לר"ח ובין לר"א [זו דעת רש"י] או דפרכת הגמ' היא רק לרבי אילעא וכן אפשר דפריך רק לרבי חנינא וכ"ז תלוי בפשט תי' הגמ' דטלאים כדמעיקרא ויתבאר להלן.

רש"י ד"ה לימא תיהוי תיובתא דרב וכו' הוקשה לרש"י כלפי דמשני לעיל בדף סה סוע"א 'כי קאמר רב בזולא' ואם כן דלמא רב מיירי דוקא בזולא ולקולא אבל לא היכא דהשביחה או הוקרה - וכמו שכך באמת סברת ר"ת דזה גופא תי' הגמ' כאן דטלאים כדמעיקרא - ולזה כתב להוכיח דק"ו דמשלם ביוקרא כדהשתא דאפילו קרן משלם כדהשתא מדין תבו"ש. ודברי רש"י צ"ב, שהרי לעיל בע"ב בד"ה כעין שגגב וכו' כתב דארבה ליכא לאותובי דיכול לשנויי דדוקא קרן משלם כדהשתא, והשתא כתב רש"י איפכא וכתב דכ"ש הוא, ועיין במהר"ם שכתב דלעיל כתב רש"י דארבה בלא דברי רב ליכא למפרך אבל לרב דאיכא קרא אכפל דכדהשתא כ"ש דהיכא דהקין כדהשתא ישלם הכפל כדהשתא, וכ"כ הפנ"י [לעיל בע"ב] אבל הדברים צ"ב שהרי שיטת רש"י דמדין תבו"ש אינו חייב בכפל ודו"ה אלא קרן בלבד כמש"כ לעיל [ודלא כשי' הרמב"ם לביאור הגר"ח דתבו"ש מחייב דו"ה] ואם כן אם יש סברא לומר דרב לקולא בלבד קאמר אין כאן ק"ו כלל דאקין ודאי משלם כדהשתא מדין תבו"ש אבל כפל ודו"ה ישלם כדמעיקרא. וצ"ע.ג.

בגמ' טלאים כדמעיקרא דמים כשל עכשיו נחלקו ראשונים בפירוש תירוץ הגמ', ומצינו בזה ארבע שיטות בראשונים: א) שיטת רש"י [לפי' הר"פ] דתי' הגמ' הוא דתלוי באיזה אופן משלם דכשמשלם טלאים משלם כדמעיקרא אך כשמשלם דמים משלם כשל עכשיו, והדברים צ"ב איזה טעם יש לחלק בזה בין טלאים לדמים. ויעויין בתוס' ר"פ שביאר שיטת רש"י דדרשינן קרא דשור תחת השור אטלאים כיון שנזכרים בפסוק אבל לא על דמים שלא נזכרו בפסוק, ועוד טעם דבדמים בעינן שומא והשומא נעשית עכשיו בבי"ד ושיימינן להו כדהשתא משא"כ בטלאים. [וכ"ז דומה מאוד למה שביארו התוס' דידן בדעת הר"י ראה להלן] ודברי הר"פ צ"ב טובא דבפשוטו מה שמשלם טלה תחת טלה הוא מדין שו"כ ככסף ומדאמר קרא לשלם בסובין ובלא זה היה משלם דמים בלחוד, ומש"כ דבדמים בעינן שומא - ומבואר

256 וקשה לדרך זו דהרי אף בשמנה והכחישה משלם דו"ה כשעת גניבה אלמא אנו דנים שעת החיוב כשעת גניבה ולא כשעת טביחה ואף לחומרא, ואם כן אין מקום לקושית הגמ' דישלם כדהשתא דסו"ס לא גנב איל, ולומר דכ"ז בכלל תי' הגמ' דעיקר המחייב הוא הגניבה ולא הטביחה זה דחוק, וצ"ע.

מדבריו דבטלה אין שמין- הוא תמוה דהרי הטלה משתלם במקום דמים וכ"ש שבעינן לשום גם הטלה שגנב וגם הטלה שמשלם.

**ומכ"ז מבואר** דהיכא שמשלם טלה תחת הטלה אין זה מדין חיוב דמים אלא כעין קיום הוהשיב דכמו דבגזילה עצמה כשמשיבה הוי השבה גמורה והדמים באים במקום השבת החפץ כך גם בדו"ה אפשר להשיב שור כהשור שגנב ואפשר לשלם דמיו, [וכ"ז מיוסד על ההנחה דחיוב כפל ודו"ה אינו קנס דמים בעלמא אלא שהתורה הכפילה את חובת השבת הקרן ב' פעמים ובדו"ה ה' פעמים ודוק] **וכשמשלם שור תחת השור** אינו בתורת דמים ולא עבדינן בזה שומא ובזה אמרינן דמחזיר כפי השור שגנב אבל כשבא לשלם דמים וכאילו הוא קונה את השור הגזול ה' פעמים ומשלם הדמים בזה שיימינן ליה השור כדהשתא ודוק. ומצינו כזאת בדברי הרא"ש ורש"י לעיל בדף יא ע"א גבי קרן דשיטת רש"י שם [כפי שנתבארה בתוס'] דגנב וגולן אינו יכול לשלם סובין דרשינן קרא דחיים שניים ישלם ומשלם בהמה וכלים מעולים, אלמא בהמה כעין שגנב אינה מדין שו"כ אלא עיקר חיובו, ועיי"ש ברא"ש שכתב דחייב לשלם שור תחת השור ומיהו יכול ליתן דמים משום דמה לי הם מה לי דמיהם, וחזינן כנ"ל.

**ועיין בתורי"ד** שהקשה על רש"י דאף כשמשלם דמים יהני כמו טלאים דמה לי הם מה לי דמיהם, **ונראה מדבריו** שלא חלק על עצם הסברא לחלק בין טלאים לדמים אלא דהוקשה לו דאף דמים יהני כמו טלאים דלא גרע מטלאים כיון שיכול לקנות בהם טלאים ודוק.<sup>257</sup>

**ואמנם יעויין בפנ"י** שהשווה שיטת רש"י עם שיטת הר"י, ולדרכו מש"כ רש"י דאם בא לשלם טלאים וכו' כוונתו באופן של טלה ונעשה איל ולאפוקי מיוקרא.

**(ב) שיטת הר"י** דחילוק הגמ' הוא בין זולא ויוקרא לבין כחש ופיטום והיינו דכשבאים לדון על איזה שור משלם אנו דנים השור דשעת גניבה ולא התוספת וגירעון שבא לו אח"כ אבל כשנבוא לשום את השור בדמים שיימינן ליה כדהשתא, **והתוס'** **ביארו** דהטעם לזה לפי ששם שור נזכר בפרשה דשור תחת השור ומשא"כ דמים ועוד כתבו דדמים תלויים בשומת בי"ד ששמן אותה באותה שעה, **וצ"ב כוונתם בזה**, ונראה דהיינו כשאנו באים לדון על איזה שור משלם בזה משמעות הקרא דמשלם על השור שגנב אבל כשנבוא לדון אימת נשום זה השור בזה ליכא קרא ודרשינן אחייה לקרן וכו' [כמש"כ התוס' לעיל דכפל מתמעט מקרא דאינו כעין שגנב] ועדיין דבריהם צ"ע.<sup>258</sup>

**ויעויין היטב בהגהת הגר"א בסי' שנד סק"ח** [בליקוט השני] **שביאר שנחלקו התוס' דידן והרא"ש בדעת הר"י, דהתוס' דידן** כתבו בתחילת דבריהם נראה לר"י וכו' לשלם כפל נמי וכו' כמו קרן. **ולמד הגר"א** מדבריהם דבקרן נמי פשיטא להו דבכחושה והשמינה משלם כדמעיקרא אף בטבחה בידיהם, וכ"כ הפנ"י, **ואולם מדברי הרא"ש דייק הגר"א** שדוקא בהשביחה בידיהם אז שווה דין הקרן כפל ודו"ה ונוטל

<sup>257</sup> ועיין שם בתורי"ד שפירש כשיטת הר"י דיש חילוק בין הוקר והוזל לבין שינוי בגוף השור ואפשר שכוונתו לגמרי ע"ד הר"י, אך אפשר לפרש דבריו שסובר באמת גם למסקנא כרש"י ותלוי אם משלם דמים או טלאים אלא דמהני דמים כיון שיכול לקנות בהם טלאים ולפי זה במקום שהוקר אם כן צריך לשלם דמים כשל השתא לעולם כי אי אפשר לקנות בהם טלאים ודוק. וכך אפשר לפרש גם בדעת רש"י עצמו לפי הבנת הפנ"י, אך התורי"ד בתחילת דבריו דייק ממשמעות דברי רש"י שאם בא לשלם דמים משלם דמי חמשה אלים ובא לאפוקי בזה מהבנת הפנ"י ברש"י ודוק.

<sup>258</sup> ומפליא הדבר שכל הביאור הזה שכתבו התוס' בדעת הר"י כתבו הר"פ כמעט מלה במלה לדעת רש"י, ובאמת שהדברים מתאימים היטב לדעת רש"י ולשון התוס' דידן שנראה שכתבו כן להר"י אינו רהוט כלל, ועוד שלהר"י הרי ביארו הטעם משום תורא גנבי מינך ומהו שהוסיפו כל אריכות זו. ואפשר שחסר דברים בגרסת התוס' דידן ונשמט פירוש רש"י מדבריהם [לפני תיבות 'ובלישנא דקרא'] וכ"ז כתבו לרש"י, אך זה רחוק להגיה כ"כ, ועוד שאין דרך התוס' להקדים פירוש הר"י לפירוש רש"י, וצ"ע.

הכל כשעת גניבה אבל בהשביחה ממילא משלם קרן כדהשתא ורק כפל ודו"ה כשעת גניבה. ויעויין ברשב"א בדף סה ע"ב ד"ה גנב שמפורש כן להדיא לחלק בין קרן לבין כפל ודו"ה.

**וכמובן דסברת התוס'** לפטרו מקרן היא לדעת רבי חנינא הסובר לסברת תורא גנבי מינך אבל לר"א אפילו כפל ודו"ה משלם כדהשתא וכ"ש קרן, **ואם כן בהכרח** דסברת תורא גנבי מינך היא סברא לפטור לא רק מכפל ודו"ה אלא גם מקרן דתבו"ש. **הדברים צ"ב** דסו"ס הרי תברה ושתייה משלם כדהשתא והשתא דטבח שמינה היאך יפטר. **ולכאורה מוכרח מזה כדברי הגר"ח** דתבו"ש מחייב משום דהוי גמר גזילה הראשונה, ולכן סברת תורא גנבי אשר ענינה הוא שאין הגניבה הראשונה מתיחסת לתוספת הפיטום היא סברא אף לפטרו מקרן דתבו"ש.<sup>259</sup>

**ועדיין צ"ב** דלמה לא יתחייב על הפיטום דסו"ס ממונו דנגזל הוא והוא גנבו, ולכאורה צ"ל דגומה"ג פטור אף מקרן וכדעת הקצה"ח בזה, **אך עדיין צ"ב** דסו"ס יתחייב מדין מזיק, ומה גרע מגזל ובא אחר ואכלו דהשני חייב, והיאך יפטר הגזלן בעצמו מתורת מזיק בידים, וצ"ל בזה כיסוד האחרונים דהגזלן אין עליו תורת מזיק אך הכא צ"ע דממ"נ אם מכח סברת תורא גנבי אנו אומרים שאין הגזילה הראשונה מתיחסת אל הפיטום אם כן יתחייב בתורת מזיק עליו וממ"נ, וצ"ע.

**והפנ"י כאן** דייק מדברי התוס' כהגר"א, וכתב דטעמם של התוס' משום דס"ל דהשבח שייך לגזלן אף בהשביחה ממילא ולכן אינו מתחייב עליו בתבו"ש. **ויעויין באמר"מ** סי' לב אות כב שתמה עליו ממה שכתבו התוס' לבאר דמתחייב בהשמינה רק כשעת גניבה שאף שעת גניבה גרמה לו וכו' ואם נימא דהשבח שייך לגזלן אין מובן לכל דבריהם בזה, ומוכח דס"ל דודאי של הנגזל הוא וטבחו באיסורא ומ"מ אינו מתחייב קרן על השבח.

**והאמר"מ** ביאר בדבריהם דאף דהוי גזלן גם על השבח מ"מ אינו מתחייב עליו באונסין משום שלא עשה מעשה בידים אלא דהגזילה השביחה ממילא, וכיון שכן נמצא שהוא גזלן לענין שלא יתחייב עליו תו בנוזיקין ומ"מ אי אפשר לו להתחייב עליו משום גניבה אריכתא דהמעשה גניבה הראשון לא היה על השבח עייש"ה בכ"ז.

**ודעת הרא"ש אף היא צ"ב** דמבואר מדברי הגר"א דבהשביחה בידים אף להרא"ש משלם קרן כעין שגנב ורק בהשביחה ממילא חולק על התוס' נהדין הראשון מפורש להדיא בדברי הרא"ש, וגבי השביחה ממילא הוא מדויק מלשונו שכתב דלענין כפל וכו' עייש"ה] ובזה צ"ב דמאי שנא בזה סברת אנא מפטימנא מסברת תורא גנבי מינך, וממ"נ אי בעינן לגניבה ראשונה כדי לחייבו אף בהשביחה ממילא יפטר ואי

259 ובזה יומתק לן מאוד מהלך הסוגיא לפי התוס', דהגמ' לעיל הקשתה דלישלם כדהשתא ולא הזכירה למימרא דרב, ומתפרשים הדברים דכיון דחייב קרן כדהשתא מדין תבו"ש אם כן סברא דישלם כפל דו"ה נמי כדהשתא דמצד הסברא החיצונה קרן וכפל ודו"ה שוים כמש"כ התוס' לעיל בדף סה ע"ב ד"ה אלמא וכו'. ולזה משני סברת תורא גנבי מינך על הקרן דלא שייך כאן תבו"ש וממילא לא משלם דו"ה כדהשתא דמשלם כמו קרן, אך שוב פריך הגמ' לרב דאמר דכפל דו"ה כדהשתא אף במקום שהקרן כעין שגנב ומשום דיליף לה מקרא ועל זה הבין המקשן דלא מהני סברת תורא גנבי מינך ואם כן לישלם כדהשתא ומשני טלאים כדמעיקרא וכו' דהיינו דגבי שינוי בגוף החפץ לא נאמר הפסוק ומשלם כדמעיקרא כמו קרן, היינו כמו שלגבי קרן כבר נתבאר דסברת תורא גנבי מכריחה שישלם כדמעיקרא בזה שוה הכפל ודו"ה לקרן כי הפסוק נאמר רק על יוקרא וחולא ודוק היטב.

לא אף בהשביחה בידים יתחייב, ואמנם אם נפרש דסברת אנא מפטימנא היינו שזוכה הגולן בגוף השבח אז נחא דברי הרא"ש דפטור על הקרן, אך צ"ע אם יש לפרש כן בדעת הרא"ש.<sup>260</sup>

**והחזו"א** [סי' ז סק"ג] **נחלק עם הגר"א** ומפרש דאף להתוס' חייב קרן בתבו"ש, ומש"כ התוס' 'כמו קרן' לאו דווקא וכוונתם רק בהוכחה או דהוי כמו קרן באבדה מאליה דמשלם כדמעיקרא אף בנתפטה. וכן נקט הגר"ש בסי' לו בדעת התוס'.

**ובעיקר שיטת הר"י בביאור תי' הגמ' צ"ב** דהנה לפי זה נמצא שהגמ' כאן תירצה רק לדעת רבי חנינא הסובר לסברת תורה גנבי מינך אבל לרבי אילעא עדיין קשה הברייתא לדעת רב, ואם כן בהכרח מתפרש קושית הגמ' 'דכו"ע' וכו' דלאו היינו ר"ח ור"א כפי שפירש רש"י אלא דקאי אב"ש וב"ה וכמו שפירש הראב"ד.

ולדעת הרשב"א הרי לרבי אילעא הברייתא משבשתא ואם כן בהכרח צ"ל דקושית הגמ' דכו"ע וכו' היתה מלכתחילה לסברת רבי חנינא דתורה גנבי אך אם כן צ"ב דמאי פריך 'דכו"ע וכו' ולפרשו כרש"י דקאי אר"ח ור"א אי אפשר שהרי לרבי אילעא לא משני כלום והברייתא בלא"ה משבשתא, ולפרשו דקאי אב"ש וב"ה כהראב"ד נמי אי אפשר שהרי לרבי חנינא הברייתא כב"ה היא ואינו שייך לפלוגתייהו כלל. **וצ"ל דקושית הגמ' היא לדידן דקיי"ל** כרבי אילעא דטלה ונעשה איל הוי שינוי ומוקמינן לברייתא כב"ש כמו שכתב הרשב"א לעיל ואנן סבירא לן לסברת תורה גנבי ורבי חנינא וכמו שכתב הרשב"א לעיל בקושית הגמ' 'מ"מ קשיא' וכו' ולפי"ז ה'דכו"ע' קאי אב"ש וב"ה ולדידן.

**ולדעת הר"פ** דרבי אילעא מודה בשינוי לסברת תורה גנבי באמת צ"ע דברי התוס' דאם כן מדוע פירשו תי' הגמ' הכא דקאי נמי אכחש ופיטום ורבי חנינא ומנא להו הא דלמא תירצה הגמ' כן דוקא בטלאים דהוי שינוי וכדרכי אילעא נמי [והרי בגוף פלוגתייהו בשינוי הלכתא כוותיה ומנא לן דבזה לית הלכתא כוותיה] **וביותר תמוה** מה שכתבו התוס' לעיל גבי אנא מפטימנא דכ"ז הוא להס"ד אבל האמת היא דאף בפיטום דממילא משום דא"ל תורה גנבי וכו' ומנא להו דכן הוא האמת הרי פליגי בה ר"ח ור"א ואין הכרח בגמ' כלל לפסוק כרבי חנינא ואף התוס' ר"פ עצמו פירש כן בתי' הגמ' כהר"י. **והעירונו בזה עפ"י דהר"פ לעיל** שהקשה לרבי אילעא מברייתא דשמנה והכחישה ותיירץ הר"פ דדוקא בטלה ונעשה איל ס"ל לר"א דאי לא הוי שינוי לקנות אם כן משלם כדמעיקרא דמעיקרא היה עומד להיות איל אבל גבי כחש אינו עומד לכך מעיקרו. **ולפי זה מחזורתא שמעתא מאוד**, דבשמנה והכחישה וכן כחושה והשמינה לכו"ע אמרינן לסברת תורה גנבי מינך ורק בטלה ונעשה איל נחלקו אי לא הוי שינוי אי שייך בה הך סברא, **ונמצא מעתה** שדברי התוס' דידן הם בין לרבי אילעא ובין לרבי חנינא דמשני הגמ' טלאים כדמעיקרא והיינו דהיכא שהיה שינוי כגון בטלאים נלר"א רק לשיטתו דהוי שינוי לקנות מהני לב"ש ולר"ח אף היכא דלא הוי שינוי לקנות ואף לב"ה ודוק] וכן בכחש ושומן לכו"ע אמרינן הך סברא. **וניחא היטב מש"כ התוס' לעיל** דכ"ה האמת, משום דליכא בזה פלוגתא כלל ולכו"ע בכחש ושומן אמרינן להך סברא וכמסקנת הסוגיא כאן ודוק היטב. **אמנם יעויין ברא"ש** שמשמע קצת מדבריו שהתוס' פסקו כרבי חנינא וצ"ע.

260 דהרא"ש בפרק הגזול סובר דהשבח של הגולן בין בידים ובין ממילא משום תקנת השבים, ועל כרחין דאינו סובר כהרשב"א דהשבח של הגולן מדינא, ואמנם אפשר לומר דפרש סברת הגמ' דאנא מפטימנא כהרמב"ן משום תקנה"ש אך אם כן קשה דאף בשבח דממילא נימא כן דהרא"ש עצמו סובר דשבח דממילא שייך לגולן כמו שבח דבידים ומוכח דלאו היינו טעמא דאנא מפטימנא.

**שיטת ר"ת** דלמסקנא רב אזיל לעולם לקולא, ויעויין בהגהת הגר"א בסי' שנח סק"ח שהקשה מסוגית הגמ' לעיל בדף סה דנקטה הגמ' דרב מיירי אף ביוקר [מדפריך מרבה דתבו"ש] וביאר הגר"א דהכא חזרה בה הגמ' ולמסקנת הסוגיא הוא רק בזולא ובכחש, ויל"ע לדעת ר"ת בהשביחה אם משלם קרן כדהשתא ובפשוטו לדידיה לא שנא מיוקרא דלא ס"ל לסברת תורא גנבי מינך למסקנא, ואם כן נמצא לדידיה דין הקרן בטבחה בידים תמיד להיפך מדין הכפל ודו"ה דבקן אזלינן תמיד לחומרא ובכפל ודו"ה לעולם לקולא, וראה לעיל בדף סה ע"ב בתוד"ה אלמא שכתבו דאין לחלק ובמהרש"א ומהר"ם שם שהקשו מדברי ר"ת דידן ובמה שכתבנו שם, ודוק. ודע לדעת ר"ת הדבר מוכרח דבתברה ושתייה אינו משלם כפל דו"ה כדהשתא ודלא כהרמב"ם והטור, שהרי לדידיה ברייתא דטלה ונעשה איל וטבחו משלם כדמעיקרא אף דהקרן משלם כדהשתא ודוק. [והחולקים בזה מפרשים דלתי' הגמ' אף הקרן אינו משלם כדהשתא, וראה להלן בשיטת הרמב"ם]

**שיטת הרי"ף** הרי"ף העתיק כל דברי הגמ' לעיל דאנא מפטימנא והכא בטלה ונעשה איל פסק כרבי אילעא דהוי שינוי ומשלם כפל אבל דו"ה לא משלם כלל. וממה שהביא הרי"ף לסברת אנא מפטימנא למדו הראשונים שחולק על הרי"ף וסובר דכחש דממילא דינו כיוקרא וזולא. וסוגית הגמ' דהכא צ"ב לדעת הרי"ף היאך יפרש תי' הגמ' דטלאים כדמעיקרא דכהר"י אינו סובר ואף כר"ת אינו סובר [שהרי הביא לסברת אנא מפטימנא אלמא דבשבח דממילא אף לחומרא משלם כפל כדהשתא]

ויעויין היטב במלחמות בפרק הגזול שביאר לדעת הרי"ף עיי"ש ונראה לפרש כוונתו דתי' הגמ' דטלאים כדמעיקרא הוא לרבי אילעא דאינו סובר תורא גנבי מינך ומוקי להך ברייתא כב"ש דשינוי אינו קונה מ"מ משלם כדמעיקרא דבמקום שיש שינוי מודה לסברת תורא גנבי מינך, וזה כסברת הר"פ לעיל דבשינוי מודה ר"א.

ולמדנו מדבריו דרך חדשה בביאור קושית הגמ' 'דכו"ע' וכו' דהרי ברור שהגמ' לא הקשתה לרבי חנינא דכל תי' הגמ' בא לאפוקי מרבי חנינא ולומר דדוקא בשינוי אמרינן תורא גנבי, אבל קושית הגמ' היא לרבי אילעא דמוקי לברייתא כב"ש ולזה פריך דהרי ב"ה נחלקו על הברייתא משום דשינוי קונה אבל הא מיהת שמעת דאלמלא הקנין משלם כדמעיקרא וקשיא לרב ומשני דבשינוי איכא סברא דישלם כדמעיקרא אף לב"ש, ועיין היטב בחי' הראב"ד כאן שביאר כן קושית הגמ'.

ולדרך הרמב"ן א"ש היטב קושית הרע"א שהבאנו בסוגיא לעיל דהגמ' פריך ב' פעמים מהך ברייתא דישלם כדהשתא, ולהרמב"ן באמת נחא היטב דרבי אילעא פריך לרבי חנינא ובא לומר לו דהברייתא משבשתא [כמש"כ הרשב"א] ואנן דקיי"ל כרבי אילעא הוקשה לן הברייתא ומשני כב"ש ועדיין קשיא לרב כדפריך לעיל ר"א והכא משני הגמ' טלאים וכו', ודוק.<sup>261</sup>

ויעויין היטב ברא"ש בסי' ב שביאר שיטת הרי"ף דפסק כרבי אילעא וכתב הרא"ש 'וכיון דהלכה כר"א ליתא להא דר"ה דאמר תורא גנבי מינך והא דמשלם תשלמי כפל כעין שגנב משום דקניא בשינוי, אבל פיטם דממילא משלם כהשתא והכי מסתבר, והא דקאמר טלאים כדמעיקרא משום דקנייה בשינוי. עכ"ל. ונראה מדבריו דהוא מפרש דזה גופא תי' הגמ' טלאים כדמעיקרא משום קנין שינוי. ותמה הגר"א [בסי' שנח סק"ח בליקוט הראשון] שדבריו צע"ג שהרי בהכרח דהברייתא משום סברת תורא גנבי שהרי מפורש בברייתא

<sup>261</sup> ולפי זה אף שהרמב"ן סובר לסברת הר"פ דבשינוי מודה ר"א אבל לא ס"ל כוותיה דזה גופא קושית ר"א לעיל להוכיח מהברייתא דהוי שינוי, דאם כן שוב יקשה דמאי פריך הכא הרי כ"ז היה כלול בדברי ר"א. ולכן צ"ל כמש"כ בפנים דר"א בא לומר דמשבשתא היא והכא פריך לה הגמ' לדידן כמש"כ הרשב"א ודוק.

דמשלם כפל וגם דו"ה והיינו דהברייטא כב"ש דשינוי אינו קונה ועלה משני טלאים וכו' והיאך אפשר לפרשו משום שינוי. ויעוין ברע"א לעיל בדף סה ע"ב שפירש דכוונת הרא"ש כהרמב"ן דלאו משום קנין שינוי אלא משום דבשינוי מודה רבי אילעא לסברת תורא גנבי מינך, ולשון הרא"ש אמנם דחוק מאוד אבל הדברים מוכרחים ודוק. נוכך מוכח גם ממש"כ הרא"ש לעיל בדעת התוס' שהוכיחו מרבי חנינא דפיטום דממילא משלם כדמעיקרא מהא דסבר כן ר"ח גבי טלה ונעשה איל 'אע"ג דלא חשיב ליה שינוי וא"כ ה"ה פיטום דממילא' וכוונתו ברורה דבשינוי ודאי אמרינן תורא גנבי אך מדקאמר לה ר"ח אף דלא חשיב ליה שינוי אם כן ה"ה בפיטום ודוק]

עלה בדינו דקושית הגמ' 'דכו"ע' וכו' רש"י מפרשה בין לר"א בין לר"ח ולפי זה תי' הגמ' נמי לתרוויהו אתא ואין לנו הכרעת הלכה בסוגיא, ולהרי"ף קושית הגמ' אליבא דר"א ומשני נמי אליביה, וה'דכו"ע' קאי אב"ש וב"ה כהראב"ד ולמדנו שהלכה כרבי אילעא וממילא בשבח דממילא משלם כדהשתא לרב, ושיטת הר"י עיין מש"כ לעיל להרשב"א דמתפרש קושית הגמ' לרבי חנינא וכן משמעות הרא"ש שהתוס' פסקו כרבי חנינא ולפי זה ה'דכו"ע' קאי אב"ש וב"ה, ולהר"פ דבכחושה והשמינה מודה ר"א אם כן אזלו התוס' לכו"ע. ומסתבר לפרש ה'דכו"ע' כרש"י, ודוק בכ"ז.

שיטת הרמב"ם הרמב"ם בפ"א ה"ג מגניבה פסק גבי כחושה והשמינה וכן שמנה והכחישה דמשלם כפל ודו"ה כשעת גניבה. ולא הזכיר הרמב"ם דין הקרן להדיא, וצ"ל דבמש"כ כפל ודו"ה הכוונה לכל השנים והחמשה כולל הקרן, וכ"ה שם בהי"ד עיי"ש. ולא פירש הרמב"ם אי מיירי דוקא בהכחישה בידים וכן השמינה בידים וכשיטת הר"י דהוכחה ממילא משלם כפל כדהשתא, או אף ממילא, וכשיטת הר"י דרב קאי רק איוקרא וזולא.<sup>262</sup> ונחלקו בזה אחרונים, דעת היש"ש [סו"ס ד] דהרמב"ם מיירי דוקא בהכחישה והשמינה בידים וכשיטת הר"י, אך יעוין באמר"מ [סי' לב אות טו] שנקט בפשיטות דסתימת הרמב"ם מבוארת בין בהשמינה בידים בין השמינה ממילא. וכן כתב באבהא"ז [בהי"ד ד"ה ובפירוש וכו' עיי"ש]<sup>263</sup>

ומדברי הרמב"ם מבואר דאף בטבחה בידים משלם קרן כדמעיקרא ממש"כ דמשלם דו"ה כדמעיקרא וע"כ מיירי בטבחה, ולדעת היש"ש נחא דבהשביחה בידים השבח של הגזולן כמש"כ הרמב"ם לעיל בהי"א [ועיי"ש במ"מ דמקורו בפרק מרובה וביאר הלח"מ דהיינו סוגיין דאנא מפטימנא וקאי אקרן] אך האמר"מ עמד בזה לדרכו אמאי פטור כה"ג ולמה לא נחייבו משום תברה ושתייה, וכבר למדנו מתורת הגר"א דזו גם דעת התוס' אליבא דהר"י דליכא אקרן חיוב תבו"ש בהשמינה ועיין לעיל מה שנתבאר בזה בדעת התוס' ומשם תקחנו.

בהי"ד פסק הרמב"ם דביוקרא אם נשברה מאליה משלם כפל ודו"ה כדמעיקרא ואם שברה בידים משלם כפל ודו"ה כדהשתא [ואף כאן כלל הרמב"ם דין הקרן בכפל ודו"ה כמ"ש לעיל] ובזולא הביא לדינא דרב דמשלם קרן כדמעיקרא [ל"ש אם שברה בידים או לא] וכפל ודו"ה כדהשתא.

262 ולשון השמינה והכחישה יש לפרשו דקאי על הבהמה ויש לפרשו דקאי על הגזולן והשמינה במפיק ה וכן יש לדקדק בלשון הגמ' דמשני דא"ל אנא מפטימנא וכו' ולא קאמר הב"ע כגון שהשמינה בידים דאמר ליה וכו' ומשמע דזה ידעה הגמ' כבר בה"א דהברייטא מיירי בהשמינה והכחישה בידים.

263 הנה בגמ' פריך מהברייטא ומשני משום דאמר ליה אנא וכו' ולא קאמר הגמ' הב"ע בהשמינה בידים, ומזה היה נראה דלשון השמינה קאי על הגנב [במפיק ה'] ואף להס"ד היה פשוט להגמ' כן אלא דפריך אדרב משום דהמקשן לא נחית לחלק בזה, ולפי זה סתימת דברי הרמב"ם שהעתיק הברייטא כצורתה מתפרש על השמינה בידים וכנ"ל, אך האבה"ז הראה מדברי הרמב"ם לעיל בהי"א שחילק הרמב"ם בין השביחה מאליה להשביחה ע"י הוצאה ולשון זה בהכרח מתיחס לפרה שהשביחה ולא לגנב וא"כ מסתבר דלשון השמינה נמי כמו"כ.

ודברי הרמב"ם צ"ב טובא, דהניחא ביוקרא דמשלם קרן כדהשתא דזהו דינו של רבה, אבל כפל ודו"ה מהיכי תיתי ישלם כדהשתא, ומזה למד הגר"ח [חובל ומזיק ד"ה אלא] דבדין תברה ושתייה מתחייב השתא בכל חיובי גנב אף כפל ודו"ה. [וראה להלן לעיל בדין תבו"ש] וכן מצינו בריטב"א בכתובות דף לד דגנב בשבת וטבח בחול מתחייב כפל ודו"ה אלמא טביחתו חשיבא כגניבה גמורה אף לענין כפל ודו"ה. [ועיין שם לעיל מדוע אי"ז בכלל דינא דגומה"ג] ולכאורה נראה פשוט דבגוונא דהריטב"א ישלם כדהשתא דאהשתא מחייבין ליה וי"ל כן בדעת הרמב"ם. וכן נקטו בדעת הרמב"ם האמר"מ ועוד אחרונים. ויעויין בחי' הגרש"ש בסי' לז שביאר בכ"ז באופ"א, ולא נתבררו לן הדברים, [עייש"ה ולדבריו נמצא שאין חילוק בין יוקרא לזולא כלל ומשמעות דברי הרמב"ם אינה כן ודוק]

ודרך אחרת בדעת הרמב"ם נתבארה בחי' הגרנ"ט [בסי' קלא ד"ה ולפי"ז] ובאבהא"ז, והיא דסברת הרמב"ם דכפל לעולם כשעת העמב"ד אך היכא שהקרן משלם כדמעיקרא אין סברא שישלם כפל יותר מקרן, דדין כפל כדהשתא בא לומר דאין חיוב בכפל לשלם כדמעיקרא אף שבקרן איכא דין אחייה וכו' אך בכפל משלם לעולם כשעת העמב"ד. וביארו לפי זה דכ"ז באיתבר ממילא אבל בתבו"ש שאף קרן משלם כדהשתא ממילא משלם כפל ודו"ה נמי כדהשתא. [והאמנם דצ"ב דהרי מה שמשלם קרן כדהשתא הוא מחמת המחייב דתבו"ש ומדוע יחשב זה לקרן הגניבה הראשונה, והגר"ז כתב בזה דמ"מ לא שנא כיון שמשלם הקרן ד אך הגרנ"ט ביאר בזה באופן נפלא, והוא דכיון דמדין מזיק או גולן חייב הגולן לשלם ד נמצא הדבר כאילו הגניבה המקורית עדיין בעין שהרי דמיה הם בעולם והרי הוא מחזירה עתה בשווי ד ואף הכפל ישלם ד<sup>264</sup>] וכתבו הגרנ"ט והאבה"ז לפי זה דהיכא שהגניבה בעין נמי ישלם כפל כדהשתא. ודין זה הוא נ"מ יסודית בין שתי הדרכים, דלהגר"ח דחיובו על הכפל כדהשתא מדין תבו"ש אם כן כשהקרן בעין משלם כדמעיקרא, ולדרכם משלם כדהשתא ודוק.

ובעיקר שיטת הרמב"ם איכא לעיונא, דהרמב"ם פסק דרב דיבר רק בזולא ולקולא וזה כדברי ר"ת, ולעומת זאת לדעת הגר"א ועוד אחרונים פסק דשבחה דממילא דמשלם כדמעיקרא וזה בדעת הר"י, ומעתה יש להסתפק היאך פירש סוגית הגמ' והתי' דטלאים כדמעיקרא, דאי פירש כהר"י אם כן אין לו מקור לסברת ר"ת ואי כר"ת אין מקור לחלק בין כחש לזולא. והרי בקושיא נקטה הגמ' להדיא שלא כהרמב"ם בשני הפרטים, וסברה דטלה ונעשה איל ראוי שישלם כדהשתא לרב אף שהוא שינוי בגוף וגם לחומרא, ואם בתי' חזרה בה מאחד מהם מהיכן נטל הרמב"ם את הדין השני. ויעויין היטב בהגהת הגר"א [סי' שנח סק"ח בליקוט השני] שהקשה על הרמב"ם דהגמ' פריך ארב מדרבה אלמא דאם היה סובר רב דשחטה בידים כאיתבר ממילא היה ניחא וחזינן דאף ביוקרא דיבר רב דזה אינו נוגע לדינו של רבה ולתי' הגמ'. ולהלן הקשה כן הגר"א על ר"ת ותירץ דבמסקנת הגמ' דטלאים כדמעיקרא חזרה בה הגמ' בזה, ומדלא תירץ כן לדעת הרמב"ם למדנו דעתו שהרמב"ם מפרש הגמ' כר"י וכדעת האמר"מ, ועוי"ל דהרמב"ם פירש כהר"ף ותי' הגמ' דבשינוי מודה ר"א לסברת תורה גנבי מינך, אבל עכ"פ היה ברור להגר"א שהרמב"ם לא פירש הסוגיא כר"ת.

ואי נימא שהגר"א למד דהשמינה אף ממילא קאמר הרמב"ם וכהאמר"מ אם כן הוכרח הגר"א לפרש דתי' הגמ' טלאים כדמעיקרא הוא כהר"י שהרי מבואר בכלל הסוגיא לעיל דרב דיבר גם בשבח ועל כרחין דזה גופא נתחדש

264 ונראה לבאר בזה טפי דבאמת חיובו הנוסף מחמת הגזילה או המזיק שנעשה ע"י השבירה הוא במצורף לחיוב והשיב ועד כמה שלא היה דין והשיב לא היה הגולן מתחייב כלל משום מזיק וגולן וכדחזינן דעל השבח אינו מחייב מדין תבו"ש להרמב"ם והר"י, וכיון שכן נמצא שתביעת הבעלים כעת היא דכיון שהזקת לי את מה שזכותי בו מדין והשיב תשלמנו שנית להתקיים בו דין והשיב ודוק.



בתי' הגמ' ולכן הקשה דאם כן יקשה כל מהלך הסוגיא שנקטה דרב דיבר גם ביוקרא ומוזה לא חזרה בה הגמ' ודוק היטב.

וכ"ז הוא להגר"א ודעימיה דאף בהשביחה ממילא סובר הרמב"ם דמשלם כדמעיקרא, אבל אי נימא דהרמב"ם סובר דוקא בהשביחה בידים אם כן לכאורה אפשר לפרש הסוגיא בשופי כדעת ר"ת וכך משמע קצת מהיש"ש בסי' ג עיי"ש ולפי זה לכאורה ניחא שיטת הרמב"ם מקושיית הגר"א, אך באמת יש הכרח גדול בדעת הרמב"ם דלא כר"ת דהרי בברייתא מפורש בטלה ונעשה איל דהוא שבחא דממילא דמשלם כפל ודו"ה כעין שגב והנה לר"ת בהכרח צ"ל דכוונת הגמ' דוקא אכפל ודו"ה אבל קרן משלם כדהשתא מדין תבו"ש וכמו שנקט רש"י בכל הסוגיא, ומוזה מוכח דבתבו"ש משלם קרן כדהשתא וכפל דו"ה כדמעיקרא - ומוזה הקשה המהרש"א לעיל ע"ד התוס' בדף סה ע"ב - אך הרמב"ם שסובר דמשלם אף כפל ודו"ה כדהשתא תקשי ליה ברייתא דטלה ונעשה איל, וזו ראיה עצומה שהרמב"ם לומד כהר"י בפשט תי' הגמ' או כהר"ף אך לא כר"ת, ולכן בשבח דממילא אין דין תבו"ש לא על הקרן ולא על הכפל ודו"ה משום דתורא גנבי מינך ודוק היטב.<sup>265</sup>

**שיטת הטור יעויין היטב בטור בסו"ס שנד ותורף שיטתו** הוא שפוסק כהר"ף לחלק בין שבחא בידים לשבחא דממילא, וגם פוסק דדוקא לקולא אמר רב אבל ביוקרא משלם כדמעיקרא וכשיטת הרמב"ם. נולדעת היש"ש הרי שיטת הטור שווה לשיטת הרמב"ם אך לדעת האמר"מ נחלקו, שהרמב"ם פוסק בשבחא דממילא כהר"י והטור פסק כהר"ף וכהרא"ש שפסק אף הוא כהר"ף] **ואף על הטור תמה הגר"א** דמסוגית הגמ' מוכח דאף איוקרא ואשבח אמר רב [והיינו דלא זהו תי' הגמ' דטלאים כדמעיקרא כמשנ"ת לעיל באורך, וההכרח לזה קיים גם בשיטת הטור ודוק]

265 ועיקר קושיית הגר"א מתפרשת לדרך הגר"ח כפשוטו, דלהגר"ח בהכרח סובר הרמב"ם דדינא דכפל כשעת העמב"ד הוא רק לקולא והקשה הגר"א מהס"ד, אך להגרנ"ט מתפרש הקושיא באופן אחר דמדפריך מרבה הרי מבואר דאלמלא דינו של רבה היה ניחא דביוקרא קרן כשעת גניבה וכפל ודו"ה כשעת העמב"ד הרי להדיא דאפשר שישלם כפל כדהשתא אף דהקרן כדמעיקרא, ולשון הגר"א מדוקדק טפי כפירוש זה, ועיין בלשונו ששינה נוסח הקושיא להרמב"ם ממה שהקשה להלן לפי ר"ת, עיי"ש ודוק.

הגר"א שם הוסיף עוד להקשות על הרמב"ם מהא דפריך לרב מברייתא דטלה ונעשה איל, ובפשוטו כוונת הגר"א להקשות כנ"ל דהתם לחומרא הוא ומ"מ פריך ארב, אך הגר"א הוסיף שם וציין לדברי רש"י דפריך לרב ולא לרבה, ואינו מובן השייכות לקושייתו, וצ"ל דלהרמב"ם הרי באמת עצם דין הברייתא קשה שהרי ע"י תבו"ש משלם כפל כדהשתא, אך זה קושיא על רבה ולא על רב. וכתב האבהא"ז דלדרכו אי"ז קושיא כ"כ דסו"ס אלמלא דינא דרב היה משלם כפל כדמעיקרא.

אך נראה דקושיית הגר"א חזקה מאוד דהנה להלן כתב שם הגר"א דמסתברא כהתוס' וכמש"כ הרא"ש דקרא לא איצטריך לקרן ומבואר מדבריו דלהרמב"ם קרא אקרן קאי, ואינו מובן מה המקור לזה בדעת הרמב"ם. ונראה שהגר"א למד בשיטת הרמב"ם ע"ד הגרנ"ט וסובר דכפל כדהשתא סברא פשוטה היא, וכן הקרן מהסברא משלם לעולם כדהשתא, וכן הוא הרי לשון הגמ' דרב חדית דין הקרן כדמעיקרא, ורק דדין זה דקרן כדמעיקרא הוסיף רב ואמר דאינו אלא בקרן ולא כפל ודו"ה ואחייה לקרן דווקא, אך כ"ז בהזול וכן בהוקר והוא בעין, וכן בהוקר וחייב עליו הגולן דהוי כמו בעין כמש"כ הגרנ"ט, אבל בהוקר ואינו בעולם אי אפשר שישלם הכפל כדהשתא לפי שהשתא לאו מידי קעביד ואם תבוא לחייבו כדהשתא אין לך עליו כלום אלא בהכרח אתה מחייב ואמעיקרא משום דאוקמה רחמנא ברשותו לענין אונסין ואף הכפל א"א לחייבו טפי מזה [דכפל כדהשתא אינו גזיה"כ וכמש"כ]

ונמצא עתה שברייתא דמיירי ביוקרא אינו ענין כלל לדברי רב דבמקום שהקרן כדהשתא הרי הכפל כדהשתא מסברא ולא זאת חידש רב ואם תהיה הקרן כדמעיקרא ודלא כרבה או ניחא הברייתא אבל הגמ' פריך לרב ולא לרבה ומוכח דעיקר חידושו של רב בכפל כדהשתא הוא ולא משום זה שמתחלק מהקרן, דהכא הרי אינו מתחלק ומ"מ פריך אדרב, ובהכרח דמסברא משלם כעין שגב כמש"כ התוס' ורב הוא דחדית דמשלם כדהשתא. ונמצא עתה שיטת הרמב"ם מיושבת בטעמו ובביאור דינא דרב, אך קושיות הגר"א מהגמ' חזקות כברזל.

בגמ' אמר רבה שינוי קונה כתיבא ותנינא רש"י ד"ה שינוי וכו' רש"י פירש סוגיין בשינה בידים, וראה ברש"י לעיל שפירש בדעת רבי חנינא דטלה ונעשה איל לא הוי שינוי משום דהוי ממילא. וכן לעיל שם פירש לדעת רבי אילעא דהוי שינוי לענין דו"ה ומשמע דלא הוי שינוי גמור אף לדידיה, ופירשו אחרונים דה"ט משום דלא הוי שינוי בידים וכשיטתו בסוגיין. והקצה"ח בס"י שגר תמה בדברי רש"י דהא מתני' ערוכה היא לקמן דף צד ע"ב דגזל בהמה והזקינה משלם כשעת הגזילה הרי מבואר דשינוי דממילא קני. וכתב שם הקצה"ח דהוא פשוט בכולא תלמודא דשינוי דממילא קני, והניח דברי רש"י בצ"ע.

ויעויין בחי' הגר"ח [בפ"ב מגזילה הו"ד בסוגיא לעיל בדעת רבי חנינא] שביאר דשינוי ישנן שתי הלכות, חדא דשינוי אינו כעין שגזל ולא מתקיים בזה חובת השבה, ועוד דהשינוי קונה את החפץ לגזלן להיות שלו. ובזה ביאר דעת רבי חנינא דשינוי דטלה ונעשה איל וכן בהמה והזקינה הוי שינוי רק לענין שלא נפטר מחובת השבה ואינו יכול לומר לו הרש"ל, אבל לענין קנין אינו קונה [והיינו משום דהוי שינוי דממילא כמש"כ רש"י בדעת ר"ח] וכן כתב באבהא"ז [פ"ב מגזילה ה"טז] לבאר דעת רש"י דידן דשינוי בידים הוא דקני לה להיות שלו אבל שינוי דממילא מהני רק לענין הפקעת דין השבה דתו אינו כעין שגזל.<sup>266</sup>

ודע שכסברת רש"י כתבו התוס' לקמן בדף סח ע"א ד"ה מה וכו' לדעת רבי אלעזר הסובר ששמין לגנב ולגזלן ולדידיה שינוי אינו קונה, וכתבו התוס' דכ"ז בשינוי דממילא אבל בשינוי בידים מודה דקני, ולר"א תקשי מתני' דבהמה והזקינה, וצ"ל כהסבר הגר"ח בדעת רש"י,<sup>267</sup> וכן התוס' ר"פ בסוגיין לעיל כתב כן דזהו טעמו של ר"ח בטלה ונעשה איל דהוא שינוי ממילא, וקשה ממתני' וכו"ל, וצ"ל דלגבי חיוב השבה מודה [נועין מש"כ שם בסוגיא בדעת ר"ח]

וראה בתוס' לעיל בדף סה ע"ב שהקשו אמאי בעינן קרא הכא דשינוי קונה הרי איכא קרא גבי אתנן למעט שינוי, ולדעת רש"י י"ל בפשיטות דמהתם ילפינן דהחפץ שנשתנה אינו כפי שהיה ולכן אין בו דין אתנן וכן אינו יכול לקיים בו חובת השבה, אבל קנין בשינוי בידים זו לא שמענו מהתם [והתם באתנן פשוט לכאורה דלא שנא שינוי בידים משינוי דממילא דסו"ס נשתנה הדבר והם ולא שינוייהם] וזה ילפינן מקרא דהכא, אלא דאכתי צ"ע דסו"ס בקרא לא כתיב דקנה הגזילה אלא דאם כעין שגזל יחזיר ואי לאו בעי שלומי אבל סו"ס מנ"ל דקנה, וצ"ע.

ויעויין בסוגיא בתמורה דף ו ע"א דהתם פליגי אביי ורבא בכל מקום שאמרה תורה לא תעביד, דאביי סבר דאי עביד מהני, ורבא סבר דאי עביד לא מהני, ופריך הגמ' לרבא ממתני' דשינוי קונה, ומשני דקרא כתיב אשר גזל וכו'. והקשה הנתיה"מ [בס"י שסא] דהרי שינוי מהני גם בשינוי דממילא ואם כן מה

266 ובספר פרי יצחק כתב ליישב דעת רש"י באופ"א דיעויין בסוגיא בתמורה בדף ו ע"א דהתם פליגי אביי ורבא אי עביד מהני [כדעת אביי] ואילו רבא סבר דאי עביד לא מהני, ופריך הגמ' לרבא ממתני' דשינוי קונה, ומשני דקרא כתיב אשר גזל וכו', וביאר הפרי יצחק דכ"ז שייך בשינוי בידים דבזה שייך אי עביד לא מהני שעבר על דעת המקום וס"ד דלא יועיל השינוי ולזה בעינן קרא אבל שינוי דממילא לכו"ע קונה מסברא ואי"צ קרא.

267 והנה בתירוצם השני נקטו התוס' שם דלרב אלעזר שינוי אינו קונה אף בידים, ודבריהם צ"ע דבסוגיין הקשו התוס' [לעיל בד"ה הן] היאך יתכן דרבי יוחנן ורב חסדא שאמרו שינוי אינו קונה פליגי אבית הלל ותירצו בזה, והתם כתבו בפשיטות דעולא ורב אלעזר סברי דשינוי אינו קונה וקשה כנ"ל היאך פליגי אב"ה וסברי כב"ש. ולהנ"ל י"ל עד כאן לא שמענו מדברי ב"ה אלא דבשינוי אינו כפי שהיה ואינו יכול לומר לו הרש"ל אבל שע"י השינוי נהיה שלו זו לא שמענו ויתכן דר"א סובר דבשינוי אינו יכול לומר הרש"ל אבל עדיין אינו שלו, והתוס' שהקשו מרבי יוחנן ור"ח הוא משום שמפורש דעת רבי יוחנן ור"ח דמחזיר הגזילה עצמה אף שנשתנית ובזה הקשו.

שייך לומר בזה אי עביד לא מהני נהוא עפ"ד התוס' שם בתמורה ד"ה רבא וכו' שכתבו דדבר שאף אם אירע מעצמו חל לא שייך בו אי עביד לא מהני ולדעת רש"י י"ל בפשיטות דאה"נ ועל כך דינא דאינו יכול לומר הרש"ל לא פריך מידי ווגם הגמ' שם לא מביאה משנה זו כלל אלא פריך אשינוי בידים שלמדנו ממתני' דריש הגזול שקונהו להיות שלו בזה פריך דא"ע לא מהני.

**ואולם בעיקר שיטת רש"י צ"ב** מה הטעם דבעינן דוקא שינוי בידים כדי לקנות, ויעויין בפרי יצחק בסי' סג שכתב דשינוי הוי מעשה קנין לקנות על ידו את החפץ ולכן בעינן שיהא נעשה בידים כדי שיקנה הגזול ככל קנין, **ואולם הדברים צ"ע** דהרי הגמ' פריך לעיל ארבי חנינא דתיפוק ליה משום שינוי השם וביאר רש"י דאף דהוי שינוי דממילא אבל סו"ס איכא שינוי השם, הרי מבואר דשינוי השם מועיל אף בממילא לקנותו לגזול וצ"ב מאי שנא שינוי מעשה משינוי השם, בשגם בגמ' להלן בע"ב משמע דשינוי מעשה פשוט טפי משינוי השם, שהגמ' שם מחדשת דין שינוי השם וקאמר דשינוי השם כשינוי מעשה דמי. והיאך יתכן דעדיף מיניה.<sup>268</sup> [ושמענו להוכיח גם מדברי הר"פ דלא זהו החילוק בין שינוי ידיים לשינוי דממילא, ראה בהערה.<sup>269</sup>]

**ודרך אחרת י"ל בזה** דשינוי מעשה משנה מהות החפץ מכפי שהיה אך כשהדבר נפעל ממילא אינו נחשב כ"כ לשינוי דבכח החפץ בצורתו הראשונה כבר היה מונח הצורה השניה דהוא דבר העומד בעצמותו לשינוי זה משא"כ כשעשה מעשה נפעל בחפץ דבר שלא היה בו קודם אף בכח. ולכן שמו 'שינוי מעשה' שנעשה ע"י מעשה [ונ"מ בין שתי הדרכים היכא ששינה אחר את הגזילה ולא הגזול, לדעת הפרי יצחק אינו קונה אך למש"כ אין צורך שהגזול עצמו עשה השינוי בידים אלא אף באחר מהני לקנותו. וצ"ע בלשון התוס' בדף סח ע"א 'דדוקא בשינוי שאין הגזול עושה בידים לא קני וכו' ועיין בתוס' בב"מ דף צו שלא כתבו כן] **ובתוס' תלמיד ר"י הזקן** [נדפס בספר שיטת הקדמונים לקמן דף צג ע"א] מבואר דמהני שינוי על ידי אחר.

**ומ"מ צריכים** אנו לדברי הגר"ח דאף שינוי דממילא מהני לענין שאינו יכול לומר הרש"ל דסו"ס מתני' היא גבי בהמה שהזקינה, אך קשה דסו"ס בקרא לא כתיב שקנה אלא שאינו יכול לקיים בזה והשיב וא"כ לא נתחדש טפי מאשר דין שינוי דממילא ואם כן מנא לן דבידים קני, נואי נימא דבידים קני משום דעשה קנין יש ליישב ודוק] וצ"ע. **עוד צ"ע מסוגיא דאין שמין** לעיל בדף יא דעולה שם מדברי רש"י ותוס' דמה דשינוי קונה הוא מחמת שאינו יכול להשיב השברים ואם כן לא ניתן להתחלק וכל היכא דאינו מקיים בחפץ והשיב ממילא קונה אותו וצ"ע.

לעיל תוד"ה הן ולא שינוייהם מבואר מדברי התוס' דיסוד דין שינוי באתנן והכא חדא הוא ומקרא דאתנן מצינו למילף דין שינוי בגזילה, ומקור דבריהם מהסוגיא עצמה דמבואר דדין שינוי בגזילה תלוי במחלוקת ב"ש וב"ה אף דהתם אינו ענין לקנינים כלל. **ועיין בחי' מרן רי"ז הלוי בהל' גו"א** שביאר בזה דיסוד מחלוקת ב"ש וב"ה היא האם החפץ חשוב כאחר או עדיין אותו החפץ עצמו הוא אף שנשתנה

268 ומיהו יש לדחות דאף שינוי השם לא קני לגמרי כדחזינן בדעת רבי אילעא שכתב רש"י שאינו קונהו לגמרי אף דצ"ע מה בין ר"ח לר"א אבל עכ"פ אף בשינוי השם שהוא ממילא י"ל דלא קני לגמרי וצ"ע.

269 דאי נימא דבעצמות השינוי אין חילוק בין ממילא לבידים אלא דשינוי בידים פועל הקנין הרי נסתרו דבריו של הר"פ שביאר דר"א מודה לסברת תורא גנבי אלא דסובר דסברא זו שייכת רק בנשתנה החפץ ולכן פריך לר"ח דאם תאמר דטלה ונעשה איל אינו שינוי לקנותו אם כן אף לענין תורא גנבי מינך אינו שינוי, וטעמו דר"ח בטלה ונעשה איל כתב הר"פ דהוא משום שינוי דממילא והשתא אי נימא דאה"נ הוי שינוי גמור אלא מחמת שלא עשה מעשה לכן לא קנאו אם כן אף לדידיה איכא למימר תורא גנבי מינך ולא פריך ר"א כלום ועל כרחין מבואר להדיא דלרבי חנינא השינוי פחות אלים במציאות מאשר לר"א ומשום דהוי ממילא ודוק.

ובזה תליא דין שינוי להפקיע ממנו דין אתנן וכן דין שינוי לקנות בגזילה [אלא שבגזילה יש כמה דרכים לבאר איך קונה ע"י השינוי ויתבאר להלן]

**ויעויין בפנ"י** שכתב לדחות קושית התוס' דאף שלמדנו מאתנן דהוא חפץ אחר אבל מ"מ היאך נלמוד מזה דשינוי קונה הרי סו"ס אינו שלו ומהיכי תיתי שיקנהו בלא דעת אחרת מקנה, וכתב דלכן בעינן קרא גם בגזילה לומר שקונה. וכתב שם לעיל דאיפכא ליכא לאקשוויי אמאי בעינן פסוק באתנן דבזה ס"ד דלגבוה מימאס וכסברת הגמ' לקמן בדף צד אך קושית התוס' מעיקרה היתה מדוע בעינן פסוק בגזילה, לילף לה מאתנן וע"ז תירץ כנ"ל **ויש לתמוה עוד בדברי התוס'** שהקשו לרבי יוחנן ור"ח דסברי דשינוי אינו קונה וכי פליגי אב"ה, הרי שסברו התוס' שהדבר מוכרח דאם שינוי מהני באתנן ה"ה דקונה בגזילה וצ"ב.

**ובהגהת ברוך טעם על הפנ"י כתב** דהיה לו להפנ"י לחזק דבריו מהסוגיא בתמורה בדף ו ע"א **ויעויין שם בסוגיא** דמבואר בגמ' דלאביי הסובר דאי עביד מהני שינוי קונה מסברא ואילו לרבא ילפינן לה מקרא דאשר גזל. וכפה"נ דכוונתו להקשות מהא דהתם ילפינן לה מקרא דאשר גזל ולא מקרא דהן ולא שינויהם.

**ואולם לכאורה מסוגיא דהתם** אדרבה מקור גדול לדברי התוס', דהנה אביי שם סבר דשינוי קונה משום דאי עביד מהני ובלא קרא כלל, **וכבר תמה הקצה"ח** [בסי' שס סק"ב] דאף דאי עביד מהני אבל סו"ס מנא לן כלל דשינוי מילתא היא שעי"ז יקנה. **וכתב הקצות דע"כ אף לאביי** איכא קרא גבי אתנן דמינה ילפינן דבשינוי אין החפץ חשוב כפי שהיה, **וכן כתב הרע"א** [בתשובה המועתקת בחי' הנדמ"ח] 'דפרכת הש"ס כקושית התוס' והיינו דהגמ' בתמורה דקאמר דלאביי לא בעינן קרא היינו אחר דאיכא קרא באתנן. וחזינן להדיא דאם אך ידעינן דהחפץ נשתנה ואין שמו הראשון עליו מסברא ידעינן דקונה. **ואמנם הא מילתא טעמא בעי**, דאף שנשתנה אבל מי הקנה הגזילה לגזלן וכמשה"ק הפנ"י -ויבואר בע"ה להלן כמה דרכים בזה מדברי רבותינו האחרונים- אבל עכ"פ מהגמ' מוכח ומבואר כדברי התוס' דמקרא דאתנן מצינו למילף דשינוי קונה.

**ועיין שם בקצה"ח** [הנ"ל] **וכן כתב הרע"א** [בנדמ"ח מוזא"ל] שכתב לפי זה ליישב קושית התוס' אמאי בעינן קרא, דהא לרבא הרי קאמר התם בגמ' דבעינן קרא משום דאי עביד לא מהני ולאביי באמת מוקמינן לה התם לענין חומש בגזל אביו ונמצא שלשניהם צריך את הפסוק, **ובחי' הרע"א בשם הג"ר בונים איגר שתמה על התוס'** שלכאורה קושייתם לא קשה בין לאביי ובין לרבא, וכנ"ל והוא תמיה ע"ד התוס'. **אך לכאורה ניחא דברי התוס'** שבאמת יכלו לתרץ דרבה דסוגיין סובר כרבא דא"ע ל"מ ולכן בעינן שני פסוקים אלא שלא רצו להעמיד דברי רבה כרבא דוקא, ולכן תירצו דבעינן קרא לשינוי החוזר דבזה ניחא אף אי סבר כאביי. [ומה שהגמ' שם לא מתרצת כן לאביי הוא משום דאביי סבר בעלמא דשינוי החוזר קני רק מדרבנן עיין ריש הגזל, אך רבה סובר שקני מן התורה ולדידיה משני התוס' שפיר]

**שם בתוס' ונראה לר"י דלקמן מיירי בשינוי החוזר בספר דבר אברהם** [ח"א סי' א אות יז] **חקר בשינוי החוזר** אם גריעותא דידיה היא מחמת שאינו שינוי חשוב לקנות על ידו או משום דכיון דבעמוד וסתור קאי כיון שהוא מחוייב בהשבה כעין שגזל ממילא אין כאן שינוי לקנות, **ועיין בחזו"א** [בסי' טז סקי"ג ד"ה תמורה] **שנקט בפשיטות כהצד השני דשינוי החוזר ס"ד דלא קני משום דבעמוד וסתור קאי. ואולם יעויין בדב"א בח"ג** [בסי' לא מאחיו הג"ר יהודה כהנא] **שהוכיח מדברי התוס' דידן** שכתבו דלתירוצם צ"ל דראית הגמ' מהא דלא הספיק הוא משום דיכול להעבירו ע"י צפון, **ותמה** דהתם לא שייך כלל גריעותא דשינוי החוזר שהרי לא בחיוב השבה דגזילה אלא בשינוי המפקיע מצות ראשית הגז, ואם כן

מהתם אי אפשר להוכיח דינו של רבה בשינוי החוזר גבי גזילה. [ומיהו לדעת רש"י להלן נראה דשינוי בראשית הגז מדין גזילה מהני ויתבאר להלן]

בגדר קנין שינוי מצינו כמה דרכים באחרונים בהבנת הדין בשינוי קונה, א) יעויין בנתיח"מ בסי' שנא סק"א שחידש שם שמי שגנב בשבת [באופן דקלב"מ] ואח"כ נשתנה הגניבה אינו קונה בשינוי, ואסברה לה דאף דשינוי ילפינן לה בסוגיין מקרא היינו דחייב בדמים ז' כיון דהתורה חייבה בדמים הרי מוכח דרחמנא אוקמיה ברשותיה בשינוי מקרא דאשר גזל וכו' וכיון דבמקום שהוא קלב"מ לא נתחייב בוהשיב דהא אפילו בגזילה בעין אין הב"ד יכול לכוף הגזול לקיים השבה רק הנגזל בא ונוטל את שלו כמ"ש בקצה"ח וכיון דאינו בוהשיב וליכא עליו חיובא דחזרה ממילא לא קני הגזילה וכו' עב"ל ומבוארת דעתו דבפסוק לא כתוב עצם דין קנין שינוי אלא רק דכיון שאינו כעין שגזל חייב לשלם דמים וחיוב דמים מכריח שקונה את החפץ ולכן היכא שאינו חייב בדמים ליכא קנין שינוי.

ולא נתפרש בדבריו להדיא האם ע"י שקונה את החפץ מתחייב בדמים או להיפך דע"י שמתחייב בדמים קונה את החפץ, אך נתפרשה שיטתו בספרו קהילת יעקב אהע"ז סי' כח ששם כתב דהתורה הקנתה החפץ לגזול כדי לחייבו בדמים. וזה ביאור דבריו הכא דאם כן במקום שאין חיוב דמים כגון בקלב"מ אינו קונה.

ואולם צ"ע בדבריו מהסוגיא בסנהדרין שהרי רב סבר דגנב במחתרת קנה הגניבה לגמרי ועל כרחין היינו טעמא משום קניני גזילה והרי התם איכא קלב"מ ואין חיוב דמים ומדוע יקנה אותה הגנב. ועכצ"ל לדרך הנתיח"מ דרבה פליג בזה אכן בלשון הגמ' לא משמע כן כלל וצ"ע. והרע"א בכתובות דף לד ע"ב כתב דגנב בשבת דקלב"מ וטבח בחול ליכא בה פטור דגומה"ג כיון דלא נעשה שום חיוב ע"י הגניבה הראשונה. ולכאורה מבואר מדבריו דליכא להגנב הראשון קניני גניבה ומסתברא דכוונתו ע"ד הנתיבות שבלא חיוב דמים ליכא קניני גניבה, ואף זה צ"ע מדברי רב וכנ"ל.

ולדרך הנתיח"מ מתפרשים היטב דברי התוס' וכן סוגית הגמ' בתמורה, דמקרא דאתנן ילפינן דאחר שינוי חשוב כחפצא אחר וממילא לא מתקיים בזה והשיב והשתא חלים קניני הגזילה לגמרי והוי שלו וחל עליו חוב דמים גמור. ואין צורך בפסוק נוסף גבי גזילה שקונה אותה.

וכדרך זו דעת הרע"א בתשובה בח"ז סי' א עיי"ש במה שדן גבי קטן אם קונה בשינוי.<sup>270</sup>

ב) ודרך קרובה לזה כתב בקוב"ש בסוגיין שתמה בגוף סוגית הגמ' היכי ילפינן מקרא דאשר גזל דשינוי קונה הרי בפסוק מבואר רק דאינו יכול לקיים בזה השבה אבל אכתי מנ"ל דהוי שלו. וביאר בזה הגרא"ו וז"ל וצ"ל דהא תליא דכיון דפקע דין השבה ממילא הוא קנוי להגזול מוגזילה הראשונה, ויסוד לזה מסוגיא דסנהדרין דף עב דאמר רב הבא במחתרת בדמים קנינהו דקלב"מ, ואיזה קנין יש בקלב"מ, ומוכרח מזה כיון דמשום קלב"מ מיפטר מהשבה הגזילה נקנית להגזול, דאי לאו חיוב השבה הגזול קונה את הדבר, וכו', ובאמת דבר תימה הוא מאיזה טעם תועיל הגזילה לגזול לקנות דבר שאינו שלו, אבל עכ"פ הדין הזה מוכח בגמ' ומשו"ה בשינוי כיון שנפטר מחיוב השבה ממילא נעשית שלו ע"י מעשה הגזילה הראשונה. עב"ל. ולדרך זו אין כאן הקנאת התורה מגזילה"כ וכדי להתחייב באונסין כדעת הנתיח"מ אלא מעשה הגזילה עצמו סיבה לקנין הוא וממילא

<sup>270</sup> עיי"ש שדן בזה מכמה צדדים, ובסו"ד כתב לדון דהיכא שאם היה מדעת בעלים היה קונה אזי קונה גם בגזילה והוסיף וז"ל והיינו די"ל דכך אמרה התורה דאם נאנס הוי כאילו קנה את הגזילה ע"י קנין דהגזילה דנתחייב בדמיו כאלו בשעת הגזילה התחייב בדמיו לשלם וכקונה מקח דמי וא"כ בקטן אף דבדעת אחרת מקנה קנה היינו במתנה אבל במקח לא קנה כלל וכו' עכ"ל והנה הטעם דבמקח אין קטן קונה היינו משום שאי אפשר שיחול קנין המחייב אותו דמים ומבואר שהבין הרע"א דקנין הגזילה הוא המחייבו דמים באונסין והוא הגורם לכן שיקנה בשינוי.

הוא דחייב באונסין וכשפקע חיוב השבה ע"י שינוי זוכה בגזילה. ובדעת רבא בסנהדרין דפליג ביאר הקוב"ש דסובר דפטור קלב"מ נאמר כשצריך לשלם משלו אבל בחיוב השבה שמשיב ממון הבעלים לו בזה ליכא פטור קלב"מ. ואולם מש"כ הקוב"ש ללמוד כן מדברי רב הוא צ"ע ולכאורה תלוי במחלוקת הראשונים שם.<sup>271</sup>

והקוב"ש הביא כמה ראיות ליסוד זה, (א) מדברי רב וכנ"ל. (ב) מדין יאוש ושינוי רשות דגולן שמכר לאחר יאוש זכה ותמורה היאך חלה מכירת הגולן הרי אינו שלו, ומוכח דהוא בעלים על החפץ לאופן שיפקע החיוב השבה. [ועיי"ש בהסבר דין יאוש וש"ר לפי"ז] (ג) הגמ' לקמן [ריש הגו"מ] מסתפקת גבי גולן שמת אי רשות יורש כרשות לוקח [לענין יאוש וש"ר] ותמורה מאוד מה שייך בה ענין ירושה הרי לא הוריש לו הגולן כלום כיון שאינה שלו ומוכח כנ"ל דהגולן יש לו זכות בעלות בגוף החפץ לאופן שלא יהיה חיוב השבה. (ד) מדין גומה"ג דס"ד דחייב כפל גנב שני לגנב ראשון ואף למסקנא כתב רש"י בדף סח ע"א דחייב קרן לגנב ראשון ותמורה מדוע ישלם לו הרי אינה שלו וביאר הקוב"ש כנ"ל דהגנב זכה בגזילה בשעה שגזלה. [ומיהו הכא תמורה דכיון שכשגנבה מהגנב הראשון הרי עדיין אינה שלו ואין לו בה אלא זכות עתידית והרי הבעלים לא נתיאשו אם כן מדוע ישלם קרן לו ולא לבעלים שהוא עדיין הבעלים הגמור על החפץ]

וכל הראיות שהביא הקוב"ש לדרכו מתפרש היטב גם לדרך הנתיבות, וההפרש בין הנתיבה"מ להקוב"ש הוא דלהנתיבות קנין הגולן הוא מגזיה"כ כדי לחייבו באונסין ואילו להקוב"ש קנין זה ממילא הוא ע"י עצם מעשה הגזילה, וגם דהקוב"ש הוסיף לחדש עוד דאף כשהושיב מפקיע כח הבעלות אבל כבר עתה הגולן הוא בעלים כלפי הזמן שאחרי השינוי. ולדרך הקוב"ש נמי מתפרש דברי התוס' והסוגיא בתמורה היטב דכשלמדנו דבשינוי אין החפץ כשהיה קונה הגולן וכהנתיבות.

ויש מקור גדול לדברי הקוב"ש מדברי התוס' בתמורה, דיעויין בתמורה דף ו בשטמ"ק בהשמטות [נדפס אחר המסכת] שהביא בשם התוס' שהקשו לאביי דאי עביד מהני אם כן כל גולן שגול יקנה הגזילה תיכף כשגזלה אף בלא שינוי, והביא שם השטמ"ק בשם גליון תוס' שתירצו דלא קני לה משום דגלי קרא דוהשיב דחייב להשיבה ואינו קונה. וקושיית התוס' תמורה מאוד דמאי ס"ד דיקנה הגזילה בלא שינוי [ובזה אין לומר משום שהתורה הקנתה לו וכהנתיבות דמה שייך להקשות על אביי דאי עביד מהני, אם הקנתה תורה הרי הקנתה ואם לא הקנתה - וכדחזינן מהא דחייב להשיב - ודאי ניחא] ומוכח כנ"ל דעצם הגזילה היא סיבה לקנות החפץ לגמרי להיות שלו ובתירוץ הגליון גם מבואר מש"כ הגר"א דהטעם דלא קני עד השינוי הוא מכח חיוב והשיב. אמנם הא מילתא טעמא בעי על מה ולמה יקנה הגולן מסברא את הגזילה כשגזלה והיאך יפקע ממונו של זה, וכמשה"ק הקוב"ש.

271 דיעויין שם היטב בסוגיא ברש"י דמבואר מדבריו דפלוגתא דרב ורבא היא האם קונה הגזילה בקנין גמור ולכן חייב באונסין כיון שקנאו להיות שלו וזה דעת רב ורבא חולק בזה גופא וסובר דלא קנאו מעולם אלא דהוי ברשותו לחייבו באונסין משום דלא גרע משואל ומשמע דבהא גופא פליגי לדעת רב אין צורך לדמיון לשואל אלא יש כאן קנין גמור [וצ"ל דאינו בעלות ממש אף לדעת רב] ורבא בהא גופא פליג. ולפי זה אי אפשר ללמוד לדין מדברי רב כיון דהלכה כרבא ועיין במלחמות שם דמשמע שפירש כרש"י בשורש פלוגתייהו.

ועיין היטב בחי' הר"ן שם, ועיין בברכ"ש בכתובות סי' מא שחקר בדעת רבא האם חולק על רב בגדר הקנין או בדין קלב"מ בהשבה כמש"כ הקוב"ש וכתב הברכ"ש דמהר"ן מוכח כהאופן השני וכהקוב"ש ועיי"ש בר"ן וצ"ע. ודע דהבעה"מ שם וכן הרשב"א בתשובה בח"ג יח סבירא להו דרבא מודה לרב ומה דסבר רבא דחייב להשיב היינו מדרבנן, ולפי זה יש מקור לדברי הקוב"ש מדברי רב.

ואולם יל"ע בכ"ז דבין לדרך הנתיבות ובין לדרך הקוב"ש יוצא דבכל מקום שפקע חיוב השבה קונה הגזול לגמרי, וכגון בגזל בפחות מש"פ או בגזל הגוי דליכא ביה דין השבה, ויש לעיין בזה מכמה מקומות.<sup>272</sup>

ג) ודרך שלישית בזה היא לומר דכשנשתנה החפץ פקע דין והשיב אגוף החפץ וחל חיוב דמים גמור וכיון שנתחייב הגזול בדמיו ממילא קונה אותו לגמרי תמורת הדמים שנתחייב. ודרך זו יש לה מקור גדול בדברי התוס' רי"ד בסוכה דף מא שהקשה שם אמאי אינו יוצא בערבה גזולה הרי הוי פחות מש"פ ואין יכול הנגזל להוציאו בדמינים והוי כדידיה וקרינא ביה שלכם כדאמרן לעיל בריש פרקין ולקניה בשינוי מעשה וכו'. ותירץ התוס' רי"ד דכשגזל ושינהו קנאו בשינוי ליתן דמיו וכיון שנתחייב ליתן דמיו הוה ליה כאילו קנאו בדמים וקרינא ביה לכם וכו' ומשא"כ בגזל פחות מש"פ דלא נתחייב דמים ובמה יקנהו עיי"ש בדבריו. ומבואר דמשום חיוב הדמים הוא דקונה לה. [ומ"מ לשונו משמע דאף אחר חיוב דמים אינו קנין גמור להיות שלו אלא הוי כדידיה וצ"ע] וכעיי"ז מצינו ברש"י בב"מ דף נז ע"ב גבי מעילה שהמועל בהקדש יוצא ההקדש לחולין ונהיה של המועל ובטעם הדבר כתב שם רש"י [בד"ה והוה להו דהדיט וכו'] שהרי עליו לשלם להקדש קרן וחומש. עכ"ל.

[לשון התוס' רי"ד שהבאנו לעיל הוא מהנדפס במהדורת מערבא, ובישנים חסר. וצ"ע בדברי התוס' רי"ד שם בהמשך דבריו שכתב דבגזילה פחות מש"פ ונשתנה קונה הגזול כיון דאילו היה בה ש"פ היה חייב לשלם והיה קונה את הגזילה אף השתא קני לה וצ"ע דסו"ס הרי לא חל עליו חיוב תשלומים]

ד) דרך רביעית בדין שינוי היא שהשינוי מהווה סיבה לקנות החפץ הגזול, ולא הגזילה אף לא החיוב דמים גורמות הקנין אלא השינוי עצמו. והגר"נ ביאר כן בדעת רש"י בשינוי בידים וכתב דשינוי הוי סיבת קנין, וצ"ע בטעמו של דבר דסו"ס היאך פוקעת זכותו של הנגזל בחפץ ע"י שינוי, סו"ס שלו נשתנה. ויעייין באבהא"ז בפ"ז מנז"מ [היי"ב ד"ה והנראה] שביאר בדין שינוי דכיון שהגזילה היא ברשותו של הגזול והנגזל יש לו את ה'שלו' כשנשתנה החפץ זוכה בו הגזול כיון דברשותו קאי, וצ"ת.

272 הרמ"א באבהע"ז סי' כח פסק דהמקדש בגזל גוי מקודשת כיון דאינו חייב להשיב, ותמהו שם כל האחרונים דסו"ס אינו שלו ובמה תקנה, ועייין בקה"י לבעל הנתיבות שם שביאר לדרכו ועל פי היסוד הנ"ל כיון דאין חיוב השבה ממילא הוי שלו לגמרי, ומיהו כל הנו"כ שם לא נקטו כן, והקה"י [לבעל הנתיבה"מ] שם הביא בשם היראים שכתב דבגזל גוי אף שאינו חייב להשיב מ"מ לא הוי ממון שלו וחולק עליו הקה"י מטעם הנ"ל. [ואמנם בדין גזל הגוי יש לדרן למש"כ הנתיבות עצמו דבמקום קלב"מ אינו קונה כיון דליכא חיוב דמים וה"ה בגזל הגוי וע"ע בנתיבה"מ בסו"ס רצב ובריש סי' שמח וצ"ע]

עוד יש לדרן בגזל פחות מש"פ דליכא חיוב השבה אם כן יהיה שלו וכבר תמה התוס' רי"ד [הובאו הדברים בפנים להלן] דאם כן אמאי אינו יוצא בערבה גזולה, ותירץ שם דאינו קונה אותה אף דפקע חיוב השבה וזה להדיא דלא כהקוב"ש. [ולהנתיבות י"ל דכיון דלא חייב באונסין לא קנה וכנ"ל]

ועוד קשיא דלעיל בגזל ג' אגודות נתבאר בדברי התוס' עפי"ד האו"ש דכיון שאין האגודה ש"פ פקע ממנה חיוב השבה ומ"מ אם לא ישיבנה חייב דמים, וזה קשה בין להקוב"ש ובין להנתיבות שהרי בשעת גזילה חל עליו חיוב אונסין וקנאה והשתא כשפקע חיוב השבה היאך ישיבנה אחר קנין וכמו ביאוש שכשקנה אינו יכול להשיב. וכן גבי השמינה מאליה לדעת הר"י אליבא דהגר"א דאינו חייב אף בקרן דתבו"ש ונתבאר לעיל הטעם משום דליכא חיוב השבה על השומן ומ"מ אינו קונהו להיות שלו והדרא בעינא.

עוד הקשה בזכרון שמואל בסי' נ דהרי ביאוש מבואר בגמ' דהיכא שאין הגזול רוצה לקנות אינו זוכה בה והרי אחר יאוש ודאי פקע חיוב השבה מדמצי קני לה אם ירצה אלמא אף כשפקע החיוב עדיין אינה שלו. ועוד קשיא בשינוי דראשית הגז דהוי ממון שאין לו תובעים ואינו חייב בדמים ודעת רש"י בסוגיין דקונהו בשינוי בקנין שינוי דגזול, ולמה לא יזכה בו מיד בשעת גזילה, מיהו התם ליכא מעשה גזילה דברשותו בלא"ה היא עומדת והשינוי עצמו גזילה.

וכמה ראיות הובאו ליסוד זה, הגר"נ הוכיח כן מדינו של ר"מ דנתן לאומן לצבוע אדום וכו' משלם דמי צמרו ומבואר בסוגיא לקמן בדף צד דטעמו של ר"מ משום דקונה בשינוי, וצ"ב היאך מהני השינוי כיון שלא נתכוין לגולה, וראה בגמ' בב"מ דף עח ריש ע"ב שהגמ' רוצה להוכיח מזה דכל המעביר על דעת בעה"ב נקרא גולן, ומשני דשאני הכא שעשה שינוי, ונראה שנחלקו ראשונים בפירוש תי' הגמ', דיעויין ברמב"ן שם שתמה דמי שאינו גולן אינו קונה בשינוי ותירץ דכיון דעשה שינוי מראה הדבר שנתכוין לגול. <sup>273</sup> והריטב"א שם ביאר דכה"ג שעשה שינוי לכו"ע מעביר ע"ד בעה"ב הוי גולן, ואולם רש"י שם סתם פירושה וכתב דמהני השינוי משום דאיכא למ"ד שינוי קונה וחזינן דלא כהרמב"ן והריטב"א [דלדבריהם אינו ענין לקנין שינוי] ועיין שם בשטמ"ק בשם תלמידי הר"פ שמבואר מדבריהם דתירוצ' הגמ' הוא שאף שאינו גולן קנאו בשינוי. הרי דשינוי קנין הוא בפ"ע. [אלא שלא נתנו דברים להתפרש כפשטם דכל המשנה ממון חברו בלא כוונת קנין ובלא שיהיה הממון ברשותו יזכה בו דאם כן כל מזיק יזכה בנבלה על ידי שינוי, וכל אומן יזכה בכל הכלי ע"י ששינהו והשביחו אף אם עשה מדעת בעלים] וראה בהערה ראיות נוספות ליסוד זה. <sup>274</sup>

ומכל אלו נראה שהשינוי שאדם עושה בדבר של חברו הוי כגזילה ועדיפא מגזילה שכשעושה כן קונה החפץ להיות שלו וכ"ז צ"ע רב. גם צ"ע דהרי בשינוי דממילא אין סברא שיהיה שלו מחמת שנשתנה אצלו [ולדרך הגר"ז י"ל] וצ"ל דתרי דיני הם בשינוי וצ"ע. וגולל עבדים והזקינו לר"מ דעבדים אינם נגזלים אומר לו הרש"ל אף דאיכא בהם שינוי, גם צ"ע בשינה עבד בידים, וכן בקרקע שהשביחה למה לא יקנה ע"י השינוי וכ"ז צ"ע ובירור.

273 ודברי הרמב"ן צ"ע דבגמ' לקמן בדף צה ריש ע"ב מפורש דמיירי כשהאומן היה שוגג. וכבר רמז לקושיא זו האמר"מ סי' לג אות ד. ועיין ברשב"א לקמן בדף קב ע"ב ד"ה ואם נפשך וכו'.

274 ויעויין ברמב"ן במלחמות בסו"פ נערה שנתפתתה [בסו"ד הרמב"ן שם] שמבואר מדבריו דאדם שנתן לצבעי בגד לצבוע עבור אשתו זכה הצבעי לאשה בצבע שעשה דשינוי קונה 'והכי מסקנא בב"ק' ואף התם מיירי בלא גזילה כלל. והר"י מלוניל לקמן בדף צח ע"ב כתב דהיינו טעמא דאומן קונה בשבח כלי משום שאיכא שינוי מעשה וקונה. והגר"נ הראה לדברי הר"ח בדף כב ע"ב דמסר גחלת לחרש וליבה אותה החרש פטור המשלח לפי שהחרש קונה את הגחלת בשינוי מעשה.

והרע"א בכתובות בדף לד ע"ב [בנדרמ"ח] כתב שם דהגונב בשבת וטובח בחול חייב בדו"ה משום שהטביחה עצמה הוי גזילה משום שעשה בבהמה קנין שינוי. והחזו"א [ב"ק סי' טז סק"כ] תמה עליו דהא לא גולה ואין כאן אלא מזיק. ובתוס' ר"פ לעיל בדף יא ביאר שיטת רשב"ם באין שמין דמשלם הכל ול"ד לנזיקין דפחת נבילה דניזק וז"ל וא"ת מ"ש מניזקין וכו' י"ל דנזקין כשהמית בהמת חברו לא קני הנבלה בכך שהרי אינו מתכוין לקנותה ולכך כי נפחתה ברשות הניזק נפחתה אבל גנב וגולן שמתכוין להוציאה מרשות בעלים ולקנותה הלכך כשמתה קני לה בשינוי וכו' עכ"ל ומשמע שאם היה המזיק מתכוין לקנותה בשינוי היה קונה. והם הם דברי הרע"א.

אך צ"ע בזה דהא מתני' היא לקמן דהטובח ומוכר בבית בעלים פטור, ואם איתא דהשינוי עצמו הוי גניבה אף בבית בעלים למה יפטר מדו"ה, ובודאי מיירי מתני' כשמתכוין לקנותה לעצמו שלכך טבחה דומיא דטובח ומוכר בעלמא. ושמא כ"ז הוא ברשות ידיה אבל ברשות בעלים לא הוי גניבה וצ"ע בדברי הר"פ.

ובגמ' בב"ק דף כ מייתי מתני' דגובר שנטל קורה של הקדש ונתנה בתוך ביתו לא מעל [עד שיהנה ממנה] ומוקי לה הגמ' בהניחה בפי ארובה, וראה שם ברש"י דאם חברה בתוך ביתו ממש מעל משום שעשה שינוי, ומקוה"ד בגמ' במעילה דף יט דפריך התם דנתנה לתוך ביתו למעול משום דשנייה ומשני בנתנה בארובה. וראה בריטב"א בב"מ בדף צט ע"ב שביאר דבנתנה לארובה לא מעל משום דהוי שינוי החזור לברייתו. ומבואר מזה דהעושה שינוי בחפץ של הקדש אף שלא נהנה ואף שלא הוציאו מרשות הקדש הרי זה מועל וחזינן דשינוי הוי כהוצאה מרשות לרשות. נויש להעיר דבריטב"א שם מבואר דהנותנה לחברו מעל משום דהוי שינוי רשות ומשמע מלשונו שם דמישך שייכא לדין שינוי רשות דגזילה] ועיין היטב ברשב"א לקמן בדף קב ע"ב ד"ה ואם נפשך ודוק.



ובתשובת ר"ש איגר [ח"ב כתבים סוף סי' ח] כתב וז"ל להמליץ קצת דהסברא ששינוי קונה ודאי אינו אלא משום דאמרינן פנים חדשות באו לכאן ואינו מה שהיה וכו' ונולד דנגזל וכו' ותו דודאי יותר יחס לו להנגזל דהרי מן ממונו נוצר וכו', וע"כ זה פשוט דשינוי דממילא מסברא א"א שיהא של גזלן אלא או של נגזל או לפחות אינו של שניהם והפקד הוא לכל הקודם זכה בהם, אבל בנשתנה ע"י מעשה ידיה יש מקום לסברא שיהיה של גזלן כיון שהוא הוליד את הבריאה הוא פסלו ויצרו עכ"ל. **ודברי הגרא"ז שהבאנו לעיל** מתפרשים על דרך זו. ומה שכתב הגרש"א דבממילא אין סברא שיקנה הגזלן בזה ביאר האב"ה דכיון שהיו 'ברשותו' קונה והביא ע"ז את דברי התוס' בדף סט דביאוש י"ל דקונה הגזלן אף כשהחפץ ברה"ר כיון דחשיב ברשותו בכל מקום שהוא. נועין לעיל בדף סה ע"א משנ"ת שם בדברי הרשב"א דהגזלן זוכה בשבח שהשביח ושם בהערה [238]

**ודע שחילוק יסודי יש** בין שלש הדרכים הראשונות לזו הרביעית, שלאילו הדרכים עיקר חידוש הפסוק הוא שהגזלן נפטר מהשבה [או שנתחייב בדמים להרי"ד] וממילא הוא דקנה אך להדרך הרביעית השינוי עצמו קונה וזה למדנו מקראי דשינוי. **ויש בזה נ"מ בכמה דינים** בדיני שינוי וכמו שיתבאר.

**אי בעינן כוונה בשינוי נחלקו אחרונים בשינוי בעל כרחו אי קני, המחנ"א** [בהגהות על הרמב"ם בסוף המחנ"א בהל' גזילה פ"ב דין טו] כתב דשינוי קונה רק כשרוצה הגזלן לקנות. **והפרי יצחק בסי' סג הביאו** וכתב דלפי דבריו היינו דשינוי קנין ואם כן רק שינוי בידים קונה ולא שינוי דממילא וכו'. **והתרוה"כ** בסי' שסב חולק וסובר דשינוי קני אפילו בע"כ **וכ"כ האמר"מ** [בסי' לג אות ד וע"ע בסי' לב אות מד] ועוד אחרונים **וביאר האמר"מ והקוב"ש** דכיון דקנין שינוי הוא ע"י עצם הגזילה כשנפקע חיוב השבה נוכחו שנתבאר לעיל בארוכה דרך הקוב"ש והנתיבות בזה] אם כן ודאי קונה אפילו בעל כרחו.

**ודע דלדרך המחנ"א צריכים** אנו לדברי הגר"ח דבשינוי איכא דין דאינו יכול לומר הרש"ל אף בלא קנין שהרי פשיטא דבשינוי לגריעותא מיירי גם כשאין גזלן רוצה לזכות ומ"מ אינו יכול לומר הרש"ל. **והתרוה"כ** הקשה מגזל חמץ ועבר עליו הפסח דפריך בגמ' בגטין למ"ד דהיזק שאינו ניכר הוי היזק אמאי לא קני לה הגזלן והקשה התרוה"כ למה לא תירצה הגמ' דאינו מתכוין לקנותו ומזה הוכיח דלא כהמחנ"א, **ולמש"נ א"ש** דהתם לאו משום שינוי קונה אלא משום דבשינוי א"א לומר הרש"ל. **ואולם יעויין בתוס' שם** שמלשונם משמע שגם קונה ממש בעל כרחו וגם משמע קצת דמה שאינו יכול לומר הרש"ל הוא משום דקונה [ודלא כהגר"ח ויותר מבואר בתוס' רא"ש שם וע"ע]

**ויעויין בתוס' בדף צה ע"ב** שכתבו שם דטעמו של רבי יהודה החולק בנתן צמר לצבע משום שאינו מתכוין לקנותו, **וכן כתבו גם התוס' בב"מ דף מג ע"ב. ואם כן לכאורה לדבריהם הוא פלוגתא דתנאי** שהרי ר"מ חולק בזה נולר"מ מיירי נמי באינו מתכוין דמפורש בגמ' בדף צה ע"ב דמיירי בשוגג ועיין לעיל הערה [273] **אך האמר"מ והקוב"ש דחו** דכוונת התוס' היא שאינו מתכוין לגזול ולא שאינו מתכוין לקנות בשינוי. **ועיין ברשב"ם בב"ב** [דף קכו ע"א] ד"ה אבל דרכום, ע"מ לזכות הן בשבח דריכה וכו' קנייה בשינוי עכ"ל הצריך לן וגם בזה יש לדחות דכוונתו אכוונת גזילה. נראה בתוס' ר"פ בדף יא שהובא לעיל בהערה 274 שגם שם כתוב לשון זה דמתכוין לקנותה ושם ברור דכוונתו על כוונת גזילה וע"ע בתוס' ר"פ לקמן דף צז ע"א ד"ה המלוה וכו']

**ובתוס' תלמיד ר"י הזקן בדף צג** [נדפס בספר שיטת הקדמונים] הקשה אהא דאיתא התם בגמ' גזוז טוואו או ארגו אינו מצטרף דכיון דטוואו כבר קנה בשינוי ואמאי תנן נמי ארגו. **ותירץ וז"ל** ויש מפרשים וכו' כגון שטוואו אחר שלא בידיעתו שלא קנאו הגזלן בשינוי דהא לא היה דעתו לקנות בשינוי אחרים והשתא כי ארגו סתם קנאו בשינוי, וכו' ואינו נראה וכו' ועוד אומר רבי [היינו טעם נוסף לדחות פי' זה] דלא בעינן דעת לקנות

בשינוי [דהא אמרינן גזל פרה] ונתעברה אצלו וילדה קנאה בשינוי [אע"פ שנעשה מאליו] עכ"ל. הרי זכינו לדברים עשירים בזה שהוא מחלוקת מפורשת בראשונים אם בעינן דעת לקנין, וגם מבואר מדברי התוס' אלו דדין שינוי דממילא אי קניא תלוי בזה דאם בעינן דעת אף שינוי דממילא לא קנא.

**כיצד משלם דמים בשינוי ואי שינוי קונה למפרע נחלקו ראשונים** בריש הגזל בבהמה שהשביחה ואח"כ ילדה **דדעת הרא"ש שם** דמשלם כשעת גזילה דרך בתב"ש משלם כשעת שבירה אבל הכא לא עשה גזילה חדשה עיי"ש, **ודעת הרשב"א שם** דמשלם כשעת שינוי, ובדעת התוס' שם [צה ע"א ד"ה משלם] נחלקו הב"ח והגר"א דלהב"ח גרסת התוס' היא כהרא"ש והגר"א הגיה בדבריהם כהרשב"א. **ויעויין בפנ"י בב"מ** בדף מג ע"ב שביאר דטעמו של הרא"ש הוא משום דשינוי קונה למפרע משעת גזילה. וכן ביאר בדעת הרא"ש בשו"ת עונג יו"ט [סי' כט] ואסברה לה העו"ט ע"ד הנתיבות והקוב"ש דהגזילה עצמה היא היא סיבת קנין הגזלן אלא דכשפקע הוהשיב ע"י השינוי ממילא קונה אותה למפרע משעת גזילה. **וכמה אחרונים נחלקו בזה** [עייין בחי' הגרש"ש בסי' לט אות ה ובאמר"מ סי' לב אות ג ובקוב"ש הנ"ל בסוגיין] וסוברים שקונה רק מכאן ולהבא, **וביאר האמר"מ** דברי הרא"ש באופ"א דכיון דהשתא לאו מידי קעביד אף שקנאה בשינוי דמ"מ לא עשה מעשה גזילה אם כן מחייבת ליה בהכרח על הגזילה על הראשונה וההיא שעתא זוזא הוא דהוי שוויא. **והגרש"ש תמה** דאי שינוי קונה למפרע אם כן תברה ושתייה ישלם זוז דנמצא דשלו שבר, **ועוד הקשה** בטובח ומוכר אחר הגנב דפטור למה לא ישלם דו"ה לגנב ראשון שקנאה למפרע. **וכן יש לתמוה בעיקר חיוב דו"ה** למה חייב הרי שלו היא למפרע משעת גזילה [אא"כ נימא דאהא גופא חייבתו תורה] ואף זה תלוי בדרכים בגדר שינוי דלדרך הנתיבות והקוב"ש יש לדון שיקנה למפרע [אף דאינו מוכרח כלל ודוק] אך אם שינוי הוא סיבת קנין בפ"ע ודאי קונה מעתה ולא למפרע.

**מחלוקת הראשונים בשינוי שהוא כעין שגזל** הקצה"ח נסתפק כלפי הא דאמרינן בגמ' לקמן דגזל נסכא ועבדה מטבע לא קנה דהוי שינוי החוזר ואילו גזל מטבע ועשאה נסכא קנה [שאף אם יעשנה מטבע שנית פנים חדשות באו לכאן] וחקר הקצות בגזל נסכא ועשאו מטבע ואח"כ החזירו להיות נסכא אם יקנה בשינוי זה. והוכיח לה ממתני' דגזל פרה ונתעברה וילדה משלם כשעת הגזילה והרי לדעת רב זביד העיבור לא הוי שינוי וע"כ היינו משום דהלידה הוי שינוי וחזינן דאף שינוי כזה שמחזירה להיות כעין שגזלה חשיב שינוי לקנות. **ואמנם נראה שנחלקו בזה ראשונים, דיעויין ברא"ש שם** [סי' ג] שמבואר כדברי הקצה"ח, **אבל הגר"א** [בסי' שנד סק"ב בליקוט השני] כתב בדעת התוס' דדוקא גזל מעוברת וילדה הוא דחשיב שינוי אבל ריקנית ונתעברה וילדה אינו שינוי, וכן מוכח מהבעה"מ והמלחמות שם בסוגיא.<sup>275</sup> **ולכאורה תלוי כ"ז** בשורש הדין דשינוי קונה, דלחצד דקנין שינוי הוא מחמת שפקע החיוב השבה וחל חיוב דמים [בין להנתיבות בין להקוב"ש ובין להתור"ד] הרי ניחא דעת

<sup>275</sup> בספר ענפי ארז [עמ' קסג ואילך] הוכיח מהרמב"ן במלחמות שם שכתב בתוה"ד וז"ל ומאי כתב שוב בעה"מ ז"ל שכל מה ששנינו משלם כשעת הגזילה גוף הגזילה קנוי לגזלן ומשלם דמים כדמיקרא לאו מילתא היא שהגזול פרה מעוברת וילדה אין הגוף קנוי לו וכו', ודקא דאיק מדלא קתני סיפא דמי פרה לדידה קשיא רישא דעצים ועשאים כלים וכו', וכוונת הרמב"ן דהבעה"מ דייק שינוי לשון המשנה דבגזל מעוברת איתא דמשלם דמי פרה העומדת לילד ובגזל ריקנית ונתעברה וילדה קתני משלם כשעת הגזילה ודייק הבעה"מ דמדלא קתני משלם כשעת הגזילה ברישא אלמא במעוברת וילדה קנה את גופה ומשלם דמים, הרי חזינן מכ"ז דבריקנית פשיטא להו דלא קנה בלידה. וכן משמעות דברי הרמב"ן עצמו לעיל בד"ה ועוד רבי יהודה וכו' ועוד דהא כבר כתיבנא לעל דאפילו גזל רחל וכו', ומשמע מדבריו דבריקנית לא ס"ד כלל דהוי שינוי והוסיף לחדש דגם מעוברת וילדה אינו שינוי אלא לגבי הולד ודוק

הסוברים, שהרי כשגולה ריקנית ומחזירה ריקנית הוא כעין שגול ולא פקע חיוב השבה ידידה. נוהעיבור אינו שינוי וכנ"ל] ולהצד דשינוי הוא קנין הרי מוכרח כהרא"ש דכיון דהלידה הוא שינוי הקונה מה לי אם גולה ריקנית או גולה מעוברת.<sup>276</sup>

**ויש בזה נידון גם בציור הפוך, דבקוב"ש** אות יב הקשה בטלה ונעשה איל דהוי שינוי ומשמע דטלה ונעשה פלגס או פלגס ונעשה איל לא הוא שינוי ואם כן בטלה ונעשה איל ובינתיים היה פלגס אימתי הוא השינוי וכתב הקוב"ש דהשינוי הוא כשנעשה איל דעתה אינו כעין שגול. ואי נימא דשינוי עצמו הוא סיבה לקנות הרי אי אפשר לומר כן כלל. ומיהו בעיקר קושית הקוב"ש אפשר דאף פלגס בכלל טלה הוא ורק איל הוא שינוי ואפילו פלגס ונעשה איל וצ"ע, עיין בתוס' ר"פ בדף צו ע"ב וצ"ע כוונתו]

**עלה בדינו חמשה נדונים** בדין שינוי שכולם יש לתלותם בגדר דין שינוי אם הוא סיבת קנין או הפקעה מהשבה: (א) דלהצד דשינוי הוא סיבת קנין י"ל דדוקא בידים קני ולא שינוי דממילא. ולהצד השני אין בזה סברא כ"כ. (ב) אם בעינן כוונה בשינוי דלהצד דשינוי בעצמו הוא סיבת קנין יש לדון דבעינן דעתו ולהצד דהוי ממילא י"ל דלא שנא. (ג) דלהצד דשינוי קונה בעצמו ודאי דקונה השתא ואילו להצד דהוי ממילא יש לדון דהוי למפרע. (ד) באופן ששינוי שאחר השינוי הוא כעין שגול כגון נתעברה וילדה דלהצד דהוי ממילא י"ל דהוי כעין שגול ולהצד דשינוי בעצמו קונה נראה שיש כאן סיבת קנין דסו"ס נעשה בה שינוי. (ה) שינוי שבא מעט מעט כגון טלה שנעשה פלגס ואח"כ איל דלהצד דהשינוי עצמו קונה ליכא כאן שינוי אך להצד דהוי ממילא מסתברא דסו"ס אינו כעין שגול.

**בסוגיא דאין שמין לעיל בדף יא ע"א** נחלקו אמוראי דעת שמואל דאין שמין לגנב ולגולן ודעת עולא א"ר אלעזר דשמין, **וביאר התוס'** [בב"מ דף צו ע"א וכן רמזו לזה התוס' דידן בדף סח] בשם הרשב"ם דפלוגתייהו היא בשינוי קונה [דלמ"ד אין שמין היינו משום דשינוי קונה ולכן כשרוצה הגולן לשלם השברים משלם אותם לפי ערכם ביום התשלום אך למ"ד דשמין אין הגולן קונה בשינוי ושמין השברים כפי ערכם כשנשברו והגולן משלם ההפרש] **וטעמו של שמואל נתבאר בתוס' תלמיד ר"ת לעיל בדף יא ובאו"ז** משום דקנה הגזילה בשעת גזילה להתחייב עליה לאונסיה ולהכי בשעת שינוי הוא שלו. **ומבואר מזה להדיא** כדרך הנתיבות והקוב"ש דע"י קנין אונסין דגזילה קונה את החפץ בשינוי, עייש"ה בסוגיא. ולמ"ד דאף לשואל אין שמין נראה מדברי הראשונים דסובר דשואל קונה בשינוי כגולן מחמת חיוב אונסין וכ"מ בתוס' לעיל בדף נו ע"ב.

**שינוי בראשית הגז דין שינוי בראשית הגז** ניתן להבינו בשני אופנים, (א) דע"י שנשתנה הגזיה להיות דבר אחר פקע ממנה מצות וחוב נתינה לכהן, ודומיא דשינוי דאתנן שעל ידי השתנות החפץ פקע ממנו דין אתנן. (ב) דראשית הגז משחל עליו חיובו הוא ממון הכהנים וע"י השינוי גזול ומפקיע ממון הכהן מדין שינוי דגזילה. ונראה שנחלקו בזה ראשונים וכמו שיתבאר.

**ראה ברש"י ד"ה עד שצבעו וכו' דקנייה בשינוי וכו'.** ומבואר מדברי רש"י דשינוי בראשית הגז מהני משום שזוכה בו ע"י קנין שינוי והיינו דהוי מפרשת שינוי דגזילה אלא דדמים אין צריך ליתן משום דהוי ממון שא"ל תובעים, **ויעויין ברש"י לקמן** דף צג ע"ב ד"ה פטור וכו' שגם מדבריו שם מבואר כן, **אלא דהתם כתב** דאינו חייב ליתן דמים 'דלאו גזל גמור הוא דלא מטא לידיה' ומשמע דלאו היינו טעמא דממון

<sup>276</sup> ויש להעיר עוד במה שהבאנו לעיל חקירת הדבר אברהם בגדר שינוי החוזר אם לא מהני מחמת שהוא שינוי קל או מחמת שמכח דין השבה בעמוד וסתור קאי, והנה מהרא"ש והקצות מוכח להדיא דאינו משום דבעמוד וסתור קאי שהרי אדרבה אם יסתור השינוי יקנה באותה סתירה ולא משכח"ל חובת השבה.

שאינן לו תובעים וצ"ע. ועכ"פ למדנו מדברי רש"י דראשית הגז חל דין ממון עוד קודם הנתנה ואינו מצווה בעלמא אלא ממון כהן גמור יש כאן.

ומצינו ב' אופני שינוי ברה"ג בגמ' לקמן בדף צג ע"ב, חדא באופן שגזז חמש רחלות ונצטרפו כבר ואח"כ צבען דמדין שינוי נפטר מרה"ג, ועוד אופן איתא בברייתא שם כשגזז ראשון ראשון וצבעו דאין מצטרפין [ובדין זה אף אם צבע רק אחת מהני שלא יתחייב על כולן שכבר פקע ממנה דין רה"ג] ולכאורה היה נראה דדין ממון דכהן שייך רק כשגזז חמש רחלות אבל בגזז אחת ושינה אותה אין כאן ענין גזילה כלל ושינוי דידה הוא כמו שינוי דאתנן שמפקיע שמה לענין חיוב, אך יעויין ברש"י שם בדף צג ע"ב בסוד"ה אין מצטרף וכו' דקננהו בשינוי' ומשמע דאף דין זה דגזז ראשון ראשון הוא מחמת קנין שינוי, וצ"ע.

והתוס' כאן ביארו הא דגזז ראשון ראשון דפטור משום שלא חל עליו חיוב כיון שאין מצטרף, ומשמע מלשונם דלאו היינו משום גזילה וקנין שינוי אלא דע"י השינוי פקע החיוב דומיא דאתנן שפקעו דיני החפץ בשינויו. וגבי לא הספיק לתנו לא פירשו התוס' דעתם אם הוא משום דהפקיע חיוב נתנה ע"י השינוי או משום קנין שינוי, ומשמעות דבריהם שכתבו דאפילו וכו' והביאו מקור לזה מפאה נראה דהוי הפקעת החיוב ודלא כרש"י.

ויש לדקדק מדבריהם שכתבו דאפילו כשגזז חמש רחלות וכו' פטור וגם הוסיפו להקשות אמאי תני בברייתא גזז ראשון ראשון, ואי נימא דבגזז חמש רחלות היינו טעמא משום שינוי דגזילה אם כן הוי דין אחר לגמרי מדינא דגזז ראשון ראשון ולא שייך בזה 'דאפילו' וגם בברייתא קמ"ל דהשינוי מפקיע השם לענין חיוב. ואולם אף התוס' ר"פ כתב כן דאפילו וכו' וגבי גזז חמש רחלות כתב דקנה חלקו של כהן בשינוי וכרש"י וצ"ע.

ויעויין בתוס' בחולין [דף קלז ע"ב ד"ה עד שצבעו] שמבואר מדבריהם דאם אחר שחל חיוב שינה קונה בשינוי ואם קודם חלות החיוב שינה אינו מדין שינוי דגזילה אלא דפקע חיובו עיי"ש.

ויעויין בר"ן בחולין [בריש פרק הזרוע דף מד סוע"ב בדפי הרי"ף] שהקשה אמאי פטור בצבען ולמה לא ליחייב משום דמשתרשי ליה ותירץ הר"ן וז"ל אלא הכי תרצתא דמילתא שכל שנתכוין ליקח מתנות כהונה לעצמו ושינה אותן בצביעה או אכלן שוב אינו משלם אע"ג דמשתרשי ליה שהרי הפקיע מצותו וחיוב ממון אין בהן וכו' עכ"ל. הרי מבואר דחולק אף אחר שגזז רחלותיו שלא חל זכות ממון לכהן בהם והשינוי דמהני הוא מחמת הפקעת המצוה.<sup>277</sup>

עלה בידינו, דלדעת רש"י גם בגזז ראשון וגם בלא הספיק הוי שינוי דגזילה, דעת הר"ן דבכל גווני הוי הפקעת המצוה וכן משמע מהתוס' דידן, ואילו דעת התוס' בחולין וכן נוטים דברי הר"פ כאן דבלא הספיק הוי מדין גזילה ובגזז ראשון הוי הפקעת המצוה, ולכאורה כ"ז תליא בגדר חיוב רה"ג דלהצד דחל זכות ממון לכהן לא יהני בזה דין שינוי דאתנן כיון דסו"ס ממון כהן יש כאן וחיוב ליתנו לו, ולהצד דאינו זכות ממון אלא מצוה בעלמא לא שייך בזה דין שינוי דגזילה אלא דאתנן דוקא.

277 ועייין בגמ' בחולין שם דף קלז ע"א דפריך דנילף מגז"ש מתרומה דראשית הגז טובל את הגז, ומשני דאמר קרא ראשית אין לך אלא ראשית בלבד וביאר רש"י שם דמשהופרש ונעשה ראשית הוא שלו אבל מעיקרא אין לו שם אחר [לגר' מהר"מ שם] עיי"ש וצ"ע דמשמע דלא הוי ממון כהן כלל ואין בו אלא מצוה בעלמא כמש"כ הר"ן וקשה ע"ד רש"י שכתב דהוי גזילה וממון שאין לו תובעים. והר"ן שם לעיל פירש גם דברי רב חסדא כן דממון שאין לו תובעים היינו משום שאין כאן אלא מצוה בלבד וכשאינם בעינם פקעה מצוותם. ועייין עוד בר"ן שם בדף מח ע"ב בדפי הרי"ף שפירש מתני' כשיטתו, ולשון הגמ' דממון שאין לו תובעים צ"ב דלכאורה אין כאן דין ממון כלל ואפשר שמודה הר"ן דכל זמן שיש מצוה אף דין ממון יש כאן אלא כשפקעה המצוה ממילא פקע גם דין ממון דהכהן וצ"ע.

ויש שתי נ"מ בזה אי השינוי מהני להפקעת החיוב או דקונה ממון הכהן: א) היכא שצבעו בשוגג ולא נתכוין כלל לגזול, דלדעת רש"י מסתברא דלא קנאם כלל ונשאר בחיובו קמא [ולפום משמעות דברי רש"י בדף צג אף בגזו ראשון ראשון יהיה הדין כן] ויעויין בתוס' רא"ש בחולין בדף קלח ע"א [וקאי ע"ד רש"י שם במשנה] שכתב וז"ל יראה דמיידי שכיוון לגזולם הלכך כשצבעו קנאן בשינוי והוי כמזיק מתנות כהונה כי נתכוין לגזולם ושינם ממה שהיו וכמאן דליתנהו דמי, אבל אם לא נתכוין לגזולם אלא צבעו בשוגג עם צמרו והשביחם אין זה מזיק וגם לא נתכוון לקנותם בהאי שינוי עכ"ל הרי מבואר להדיא דלדעת רש"י בעינן כוונת גזילה כדי ליפטר, ואמנם לפום דברי הר"ן וכן לדעת התוס' דידן [עכ"פ בגזו ראשון ראשון] מסתברא דלא שנא כלל כמו דפשיטא דשינוי באתנן לא בעינן שום כוונה ולא שייך בו כוונה [דשלה הוא] ב) יש לדון נ"מ בשצבעו אחר ולא בעל הגז, דלדעת רש"י מסתברא דהגזילה היא ע"י השינוי ואם כן כשצבעו אחר לא נפטר,<sup>278</sup> אך להר"ן והתוס' אין חילוק וכנ"ל.

ולקמן בדף צד איתא בגמ' דהקוצר פאת שדהו ולשה דעת ת"ק דקנאה בשינוי ופקע חיוב פאה, ועיי"ש ברש"י ד"ה אף מפריש וכו' שכתב דקנאה בשינוי והוי ממון שאין לו תובעים, ומבואר דאף גבי פאה פירש דשינוי מהני מדין שינוי דגזילה, אבל התוס' דידן דימו דין שינוי רה"ג לשינוי בפאה ולפום פשטות דבריהם דשינוי דהכא מפקיע החיוב אף בפאה סברי כן.<sup>279</sup>

בגמ' יאוש אמור רבנן וכו' ראה ברש"י שפירש מקור דין יאוש מקרא דאשר תאבד, והתוס' כתבו דילפינן לה מקרא דשמלה במתני' שם בדף כז ע"א, ועייין בתוס' שם בב"מ [ד"ה מה שמלה] שכתבו כדבריהם הכא ובסו"ד כתבו דבירושלמי יליף לה מקרא דאשר תאבד, וזה כשיטת רש"י דידן. ואמנם לכאורה הוא תלוי במחלוקת ראשונים אם זוטו של ים מדין יאוש הוא או לא, דמדברי רש"י והירושלמי הנ"ל מוכח דמדין יאוש הוא, ואדרבה כל עיקר דין יאוש נלמד מדין אבודה ממנו. וכ"ה להדיא ברמב"ם בפ"א ה"י מגו"א. ואולם יעויין ברמב"ן בב"מ בדף כז ע"א הקשה על פי' רש"י דידן דיליף מאשר תאבד דהא אינו מטעם יאוש שהרי הוא יאוש שלא מדעת והיאך מהני. וכתב הרמב"ן דהתר אבודה ממנו ומכ"א אינו מטעם יאוש אלא 'דרחמנא שרייה והוי הפקר' ועייין בריטב"א שם [בדף כד ע"א ד"ה מפני וכו'] שביאר בדברי

<sup>278</sup> אם כי יש לדון שאם עכבן קודם לכן לעצמו הוי גולן וככופר בפקדון אך נראה דזה אינו דסו"ס אין כאן אלא חיוב נתינה ובמה שאינו מקיים חיובו לא נהיה גולן.

<sup>279</sup> וחקרו אחרונים בגדר דין פאה ומתנו"ע אי הוי הפקר לעניים או דהוי ממון עניים ממש, עייין בזה בקוב"ש ח"ב סי' יז, וכ"ז הוא אחר שאמר בעה"ב זו פאה, אך נדוננו הוא קודם שהפריש פאה דמדברי רש"י מבואר דאף כה"ג הוי ממון עניים, ולפי זה לכאורה מוכרח דאחר שהפריש פאה הוי ממון עניים דבהפרשה ידיה בירר וסיים זכותם, וזה שלא כהירושלמי בפ"ו מפאה דאיתא התם דב"ש דסברי דהפקר לעניים הוי הפקר ילפו לה מפאה. ואכ"מ. ויעויין במאירי בפסחים דף מו ע"ב שכתב שם וז"ל ומ"מ מפרשים בדעת גדולי הפוסקים שהם סוברים בדברי בן בתירא במה שאמר תטיל לצונן שהטעם מפני שהוא סובר שאין חלה אלא בעיסה אבל מכיון שאפאה ולא הפריש אין תורמין מן האפוי ועל דרך מה שאמרו בראשית הגז שאם לא הספיק ישראל ליתנו עד שצבעו פטור ואף בפאה היינו אומרים כן אלא משום דתעוזב יתירא כתיב כמו שביארנו בפרק הגזול קמא. עכ"ל וכ"כ המהר"ם חלאווה שם, ויעויין בשו"ת מנחת שלמה בח"א סי' סח דלא דמי חלה לפאה דחלה טובלת את העיסה והיאך יתכן שיפקע דין טבל במה שאפה את העיסה. והנה התם הרי אינו מתכוין לגזול אלא אופה את העיסה כדי שלא תחמיץ, ובהכרח דנידון המאירי הוא שהאפיה תפקיע את החיוב תרומה, וזה תימה, חדא דהיאך יפקע הדין טבל, ועוד דממון כהן יש כאן ובמה יפקע אם אין כאן גזילה, וצ"ע. ובמתכוין לגזולה יש לדון שיפקע הדין ממון כהן וממילא יפקע איסור טבל ואף זה נראה דבר תימה לומר שכל טבל יפקע ממנו איסורו בגזילה ושינוי]

הירושלמי דהוי יאוש ואף אם צווח דלא מייאש אין בכך כלום דשקורי משקר או בטלה דעתו אצל כל אדם, ולפי"ז י"ל דאף בשלא מדעת מהני.<sup>280</sup>

**ובדעת רש"י צ"ע** דהתוס' דידן הביאו שרש"י בב"מ פירש ילפותא דשמלה דקאי למעוטי הפקר, וכפה"נ שהבינו התוס' בכוונת דבריו דאתא למעוטי הפקר גמור שהפקירוהו הבעלים. ופירוש זה מתאים היטב עם שיטת רש"י דידן דיאוש ילפינן מאשר תאבד, אך **יעויין ברש"י שם בב"מ** במתני' דמבואר מדבריו דמקרא דשמלה ילפינן יאוש, ולפי זה מתפרש מה שכתב שם דשמלה לאפוקי הפקר היינו לאפוקי חפץ שנתייאשו בעליו ממנו דהוי הפקר [ורש"י לשיטתו בכ"ד דיאוש הוי הפקר -ראה בזה להלן-] ואין כלל מקום לקושית התוס' על דבריו וכ"ה גם **ברש"י שם בע"ב** ד"ה תובעין איצטריכא ליה וכו' ולמעוטי מידי דיאוש ואפקריה עכ"ל. **ודברי התוס' דידן צ"ע** ושמא גרסא אחרת היתה להם ברש"י שם וצ"ע. **ואולם לפי"ז קשה** בסתירת דברי רש"י דהתם יליף לה משמלה והכא יליף מאשר תאבד, **וברמב"ן שם עמר בזה** ונקט דדברי רש"י דידן הם שלא כפירושו בב"מ.

**והגר"נ זצ"ל ביאר** דבעינן לתרי הילפותות, דמקרא דזוטו של ים ילפינן דיאוש הוי הפקר, אך עדיין ס"ד דחייב להשיבו לבעליו הראשונים ולהשלים להם אבידתם [וכמו דבאמת אליבא דהלכתא יש בזה מדת חסידות כדאיתא בשו"ע] וילפינן מקרא דשמלה דאינו מחוייב, ובקרא דשמלה לבד לא סגי שהרי רש"י פירש צורת הילפותא דמה שמלה שאינה הפקר וכו' ואם כן ע"כ רק אחר דידעינן דיאוש הוי כהפקר מצינו למעט משמלה חפץ שנתייאש ממנו. ולפי זה מתאימים דברי רש"י להפליא.<sup>281</sup> [אך צ"ע בזה דבאבודה ממנו ומכ"א הרי ודאי לא באנו ללמוד רק שדינה כהפקר אלא שהיא מותרת ליטלה וכ"ה מפורש בבב"מ וכו' שהיא מותרת והועתק ברש"י דידן, ושמא אלמלא הילפותא דשמלה היינו רק לומדים שהיא הפקר ונ"מ דאם נטלה לא עבר על לא תגזול ואם אינה בעין אינו חייב להשיב וכן אם הזיקה וכיו"ב וצ"ע]

**בגמ' באיסורא אתא לידיה ראה ברש"י שפירש** דנקני ודיו אם משלם דמיו, וכן להלן בד"ה אינו קונה והיא עצמה ישלם, **וראה בתוס' שהקשו** מאי ס"ד לדמיוי לאבדה הרי התם מהני דוקא קודם שאתא לידיה, **ותירצו התוס' דבאבדה נמי היה משלם דמים וכו', ונחלקו אחרונים** בכוונת דברי התוס' בתירוצם **דיעויין בפרי יצחק** [בסי' סד] **שהביא דברי הברוך טעם** שהבין כוונת דברי התוס' דאליבא דאמת מוצא אבדה קודם יאוש אינו צריך להשיב את האבדה גופא וסגי לו אם משיב דמים, ולכן הקשה דאם כן למה קאמר הכא הגמ' דמהני יאוש בגזילה כמו דמהני באבדה קודם דאתא לידיה, הרי באבדה כלפי גוף החפץ מהני אף אחר דאתא לידיה וה"ל להגמ' לומר בפשיטות דמהני כמו דמהני באבדה, **והפרי יצחק שם ביאר** דמעולם לא נתכוונו התוס' דכך הוא הדין באמת אלא כוונתם דספק הגמ' הכא אינו בגזילה לחוד אלא אף באבדה, ולהצד דיאוש קונה בגזילה הוא הדין דבאבדה קונה וחייב דמים בלבד, אך למסקנת ההלכה דיאוש לא קני כלל בגזילה וחייב להשיב גוף הגזילה אף באבדה חייב להשיב האבדה עצמה. ולכן אמרה הגמ' דעיקר הדין הגלוי באבדה דקודם דאתא לידיה מהני היאוש ומעתה מספקא לן בגזילה -וה"ה באבדה אחר דמטא לידיה- אי מהני. **ולשון התוס' וצ"ע**

280 וע"ע בריטב"א שם בדף כב ע"ב ובדף כו ע"א וברשב"א דף כד ע"א ד"ה מפני, ובחי' הר"ן שם משמו וברשב"א בדף כב ע"ב.

281 וי"ל דרש"י ותוס' אולי בזה לשיטתם דדעת רש"י דיאוש הוי הפקר [כ"כ שם בע"ב דאייאוש מיניה ואפקריה וכ"ה שיטתו בסוגיא בגטין וראה בזה להלן בגדר דין יאוש. ושיטת התוס' נראה בכ"ד דלא הוי הפקר אלא היתר זכיה [ראה בזה להלן] ואם כן לתוס' אי אפשר לפרש הילפותא דשמלה כרש"י שהרי מפורש דהפקר לא נוכל ללמוד יאוש דהחפץ אחר יאוש אינו מופקר ולדידם על כרחין הילפותא היא דשמלה שנתייאש בעליה ממנה פטור וה"ה לשאר אבדה והיינו שמלה שאין לה סימן.

**מדוקדק היטב** לפירוש זה שכתבו 'נהי שלא היה קונה וכו' מ"מ היה קונה וכו' והיינו דאם היה קונה בגזילה אף באבידה היה קונה, מיהו יעויין בתוס' ר"פ ששם נראה טפי כפי' הראשון אך צ"ל דכוונתו כהתוס'. **ועיין ברע"א** שנקט כן בפשיטות דזו כוונת התוס'. **וכן הביא הפר"י מהשלטי גבורים** [בב"מ דף יב ע"ב בדפי הרי"ף] שכתב דדין יאוש באבידה לאחר דמטא לידיה תלוי בדין היאוש בגזילה.

**ויעויין ברע"א** [בנדמ"ח מוחא"ל] שתמה על דברי התוס' שהוכיחו מסוגיין ומהסוגיא בב"מ דיאוש באבידה לא קני אחר דמטי לידיה, ומה ראיתם הרי י"ל דהגמ' בב"מ שם היא לאבי ורבא לשיטתם דסברי דיאוש בגזילה לא קנה, וכן הגמ' הכא דקאמר דבאבידה קודם דמטא לידיה וכו' היינו דבזה הדין ברור ומזה באנו ללמוד לגזילה [אלמלא סברת באיסורא וכו'] אך להצד דבגזילה קונה אף דבאיסורא אתא לידיה הוא הדין דבאבידה קני לגמרי ומדוע הוצרכו לחלק דקונה דוקא לענין גוף האבידה ולא לענין דמים, **והוסיף הרע"א עוד לבאר** דלפי זה מה שנסתפקה הגמ' בגזילה ולא נסתפקה באבידה גופא היינו משום דבגזילה מצינו במשנה [המובאת בגמ' להלן בע"ב] גבי עורות של בעה"ב דיאוש קונה ומספקא לן אי מדאורייתא קני [ודלפי"ז ה"ה באבידה] או מדרבנן ודוקא בגזילה. נויש להעיר דלדרך הברור טעם קושית הרע"א לא קשה כ"כ דלא ניחא להו להתוס' לפרש דספק הגמ' הוא אף באבידה אך לדרך הפר"י קושית הרע"א קשה היטב שהרי על כרחין הוצרכו התוס' להנחה זו דהגמ' מסתפקת גם באבידה עצמה ומדוע נמנעו מלפרש כפשוטו דאף באבידה ספק הגמ' אי קני לה לגמרי כבגזילה וצ"ע]

**ובעיקר תי' התוס' תמהו רבותינו האחרונים טובא**, דמהיכי תיתי חיוב דמים באבידה, בשלמא בגזילה נתחייב בדמים משעה שגזלה אבל באבידה הרי לא נתחייב בדמים כלל אלא משעת פשיעה והכא לא פשע בה כלל, **ועוד** דאפילו נימא דמשעת משיכה נתחייב בדמים הרי כל חיובו הוא לאופן שיהיה פשיעה והכא סו"ס הא לא פשע בה כלל ודמים מנא לן.

**ויעויין בקצה"ח בסי' שנג סק"ב** שעמד בזה וביאר בדברי התוס' דאף בגזילה אין כוונתם דקאי בחיוב דמים דמעיקרא אלא דדין יאוש מהני לקנות לענין גוף הגזילה אבל דמיה שייכים עדיין לנגזל, וה"ה באבידה שקונה לענין גופה אבל דמיה שייכים למאבד. **ולדברי הקצות** אף בגזילה אינו מחמת חיוב הדמים הראשון אלא דבגוף הגזילה משויירת היא לבעליה לענין דמים, **ונ"מ בזה** דבהוקרה הגזילה והיא בעין ונתייאש הבעלים צריך הגזלן לשלם לבעלים דמיה כפי שהיא השתא ולא כדמעיקרא שהרי לא מחמת חיוב דמים הראשון אייתנין עלה אלא דגופה קנויה היא לו לענין דמיה.

**ודברי הקצה"ח מאור צ"ב** דאמנם ענין כזה שיתחלק הבעלות בין הזכות לגוף החפץ לזכות דמים מצינו לו מקור בכ"ד, אך מהיכי תיתי שיאוש יקנה דוקא לענין הגוף ולא לענין הדמים ומנא לן לחלק בזה, **ועיין בחי' הגרש"ש** שכתב 'לא אדע שום מושג לחלק בזה' בין החפץ לדמיו. [ועיין בגרש"ש מש"כ לבאר בדברי התוס' דהתוס' הוקשה להו היכא דמעכב את האבידה על מנת לגזלה דהיה משמע להו דגם כה"ג לא קנאה ועל זה הקשו, וכע"ז כתב החזו"א, והוא דחוק מאוד בלשון התוס' גם אינו ברור היכן הוכיחו התוס' כן מלשון הגמ' דידן ובב"מ]

**ומדברי התוס' ר"פ נראה** מבואר דלא כהקצות, **דיעויין בתוס' ר"פ כאן בד"ה או דלמא וכו'** שכתב ככל דברי התוס' בזה, **ולעומת זאת לעיל בד"ה מידי דהוה וכו'** ביאר דאף להצד דיאוש קני בגזילה מ"מ חייב דמים ודלא כאבידה [שמצאה אחר יאוש] וכתב דטעמא רבה איכא דלא דמי גזל לאבדה, באבדה נתייאש מקמי דתיתי לידיה דמוצא ואם כן הפקר הוי הלכך לא מיחייב מידי אבל גזלן דאתא לידיה קודם יאוש מיד נתחייב לשלם או גופו או דמיה הלכך כי נמי נתייאש בתר הכי לא מפטר מדמי, וא"ת א"כ היכי מדמה להו אהרדי, וי"ל דהכי מדמה להו כי היכי דבאבדה מועיל יאוש לקנותה לגמרי כמו כן (מקנה) [מהניא] גוף הגזילה לקנותה שלא

ישלם רק את הדמים עכ"ל. **הרי מפורש להדיא** דהדמים דגזילה אינם דמי החפץ עצמו שלא זכה בהם אלא דמים שנתחייב להשיב לבעלים בשעת גזילה. [ובאמת דגם מדבריו אלו משמע מיניה וביה דאף באבידה שייכי דמים אלו שכתב החילוק דבאבדה זכה בה אחר יאוש ומדוייק שאם יזכה לאחר יאוש אף באבדה נתחייב דמים ובוזה רמז הר"פ לסברת התוס' דידן שכתבו כן]

**ולכאורה מוכח מזה** דבחיוב השב תשיבם דאבדה נמי חייב את האבדה עצמה או את דמיה, [והיינו דחיוב הדמים אינו בדין חיוב בפ"ע אלא מצות השבה מתקיימת בין בה בין בדמיה ולכך"פ אם לא ירצה להשיב האבדה עצמה הרי מכח חיוב השבה ידידה יגבו ממנו ביד דמים] **ושורש לזה בדברי התוס' רא"ש** בב"מ דף כו ע"ב ד"ה מתנה וכו' שכתב שם דבנטל אבדה ונשרפה ושילם דמים מסתברא דקיים עשה דהשב תשיבם. **אלא דעדיין קשה** וכמשה"ק הקצה"ח דהרי סו"ס חיובו הוא לאופן שהאבדה קיימת או אבדה בפשיעה והכא הרי לא פשע בה, אך צ"ל דמחמת זה גופא שחייב להחזירה או להחזיר דמיה לא חל היאוש ידידה להפקיע זכות הבעלים [וזה תלוי בנידון אם דין באיסורא אתא לידיה מונע זכות הגולן או מונע חלות היאוש ויתבאר לקמן בתוס' הבא] עכ"פ כלפי דמים, **ועדיין צ"ע. ואולם מדברי התוס' להלן בדף סז ע"ב מוכח** כהקצות דא"א לזכות ביאוש בלי לשלם דמים **וכן מדברי הטוש"ע** גבי יורשים שנשתנית הגזילה בידם מוכח דאף בשינוי א"א לזכות בלי דמים אף היכא דליכא חיוב דמים, ראה במשי"ת שם בתוס' [סז ע"ב סוד"ה אמר עולא] ובהערה 303 שם, רצ"ע.

**עוד צ"ב מהיכא תיתי לחלק** דמחמת דבאיסורא אתא לידיה אינו יכול להפקיע חיוב הדמים אך את הגוף עצמו יכול להפקיע רצ"ע. [ובפשוטו היה אפשר"ל דחיוב דמים שחל עליו קודם לכן אינו פוקע בהפקע זכותו בחפץ אך בתוס' משמע לא כך ונראה מדבריהם שהיה ראוי שיפקע אלא שכח הזכיה ביאוש מוגבל רק לחפץ עצמו ודוק] **ועדיין בחי' הגרש"ש** [בב"מ סי' כא ד"ה והנה] **שביאר בדברי התוס'** כן דאף בשומר אבידה יש לו חיוב דמים מדין שומר והיאוש מפקיע את זכות הבעלים בחפץ אבל לא את זכות הדמים, **וביאר הגרש"ש** הטעם משום דהיאוש נותן רק התר זכיה אבל לא מפקיע את עצם כח הבעלים וממילא חיוב ממון נשאר בתקפו, ואינו מובן דסו"ס כשזוכה הגולן בחפץ למה לא יפקע חיוב דמים וכ"ז צ"ע ובירור.

**והנה עיקר היסוד** המבואר בתוס' דכלפי דמים אין הגולן זוכה -וה"ה באבידה- מבואר לדרך הקצה"ח דה"ט משום דבאיסורא אתא לידיה. **ומצאנו דבר זה מפורש ברשב"א** בסוגיין שהביא לסברת התוס' וז"ל ואע"ג דיאוש שבמציאה קונה לגמרי ואינו מחזיר אפילו דמים ואילו בגזלה אינו קונה לגמרי ודמים בעי שלומי, היינו משום דבמציאה בהיתרא אתיא לידי' ובגזלה באיסורא אתא לידיה, ומיהו מספקא ליה לרבא דלמא דמו לענין קניית הגוף מיהא דכיון דבמציאה קנה לגמרי משום יאוש דינא דאף לענין גזלה יקנה הגוף ומחמת דאתא לידיה באיסורא לישלם דמים או דלמא לא דמו כלל דהתם בהיתרא והכא באיסורא עכ"ל. **הרי מפורש** דכלפי דמים אינו זוכה משום דבאיסורא אתא לידיה. **וצ"ע בסברא** מדוע הוצרך לכל זה וחיוב דמים מהיכי תיתי דיפקע. [ואם משום דמתייבאש מהדמים הרי מפורש בגמ' בב"ב דף מד דאף דסתם גזילה יאוש בעלים מ"מ מדמיה לא מתייבאש] **ונראה מוכח מזה** דהיכא שפקעה זכות הגולן בחפץ ראוי שיפקע גם חיוב דמים ידידה, וכ"כ יסוד זה כמה אחרונים, וכן מוכח מדברי הרמב"ן בב"מ במלחמות ראה בזה להלן ושם בהערה 284 רצ"ע בזה.

**יעדיין בקצה"ח** [סי' שנג סוף סק"ב] **וברע"א שכתבו לתרץ קושית התוס'** עפ"ד הרמב"ן במלחמות בב"מ בדף כו שכתב שם הרמב"ן דבאבידה שנתייבאש ממנה בעליה אחר שמצאה זה לא חל היאוש כיון שהשומר שומר האבדה לבעליה לא מועיל היאוש כיון שהאבדה ברשות בעליה, ולפי זה ניחא היטב



דהגמ' מסתפקת בגזילה דבאיסורא אתא לידיה אי מהני יאוש או לא דבגזילה אינה ברשות בעליה שהגזולין הרי אינו שומר אותה לבעלים ופשוט.

**ויל"ע בדעת התוס'** מדוע מיאנו בסברת הרמב"ן וס"ל דלהצד דמהני יאוש בגזילה מהני נמי באבדה [לכה"פ לענין דמים] ולמה לא חשיב כיאוש ברשות בעלים. וי"ל דסברי דאף ברשותו מועיל יאוש או דעכ"פ ברשות שומר מהני כיון דסו"ס אינו יודע למצוא את השומר אבידה אינו כ"כ ברשותו וצ"ע. וראה עוד להלן בשיטת הרמב"ן.

**ואולם החזו"א** [סי' טז סק"ב] **וכן הגרש"ש** [סי' לז] ביארו דהתוס' מודים לסברת הרמב"ן ומה שכתבו דבאבידה מתחייב בדמים היינו היכא שהגביה את האבידה ע"מ להשיבה ואח"כ נתכוין לגזלה דאז חייב דמים. וביאר הגרש"ש דקושית התוס' היא ממשמעות הגמ' בב"מ דבכל גוונא לא יוכל לזכות בחפץ היכא דבאיסורא אתא לידיה [אף אם יפסיק לשמור לבעלים] **ואמנם הדברים דחוקים בכוונת התוס'** [בשגם התוס' הוכיחו מסוגיין ומהכא ודאי ליכא ראייה דהגמ' נקטה עיקר הדין דאבידה]

**שיטת הרמב"ן יעויין היטב ברמב"ן במלחמות ה'** בב"מ דף כו ע"א שביאר שם הרמב"ן שחלוק דין גזלה מאבדה, דבאבדה לא קני לה היכא שנתייאש אחר שמצאה משום דכיון שהיא ביד שומר וידו כיד בעלים לא מהני היאוש, ואילו נתייאש קודם שמצאה מהני היאוש לגמרי אך בגזילה אינו קונה אותה לגמרי ביאוש לעולם אלא איכא למ"ד דקנאה לענין שזכה בגוף החפץ וחייב דמים. **ואמנם בגמ' בב"מ** דף כא ע"ב מבואר דהטעם שבנתייאש אחר דמטא לידיה אינו קונה משום דבאיסורא אתא לידיה, ואילו לדעת הרמב"ן ה"ט משום דהוא שומר של הבעלים, **אך יעויין בריטב"א שם** [בדף כא בד"ה כי פליגי וכו'] שכתב דלשון הגמ' לאו דווקא וכוונת הגמ' דהשומר ידו כיד הבעלים ונכפדק שלהם דאין יאוש מועיל בו. **והאחרונים האריכו** בדברי הרמב"ן דיאוש ברשותו ל"מ.<sup>282</sup>

**וכתב שם הרמב"ן** דאבדה שנטלה על מנת לגזול ואח"כ נתייאש בעליה זכה בה לגמרי ואף למ"ד יאוש כדי לא קני בגזלה, ואף דמים אינו חייב, **וביאר הרמב"ן** משום דהך גזילה אית בה דין גזלה ואבדה דכיון שהיא אבדה נקנית היא לו ביאוש לגמרי כדין אבדה שהרי זה אינו שומר להבעלים וגם דין גזלה דלא מהני לית בה שאבדה היא. **וכבר נתקשה הרע"א שם טובא בדברי הרמב"ן** דסו"ס הרי נטלה באיסור גזלה שנטלה קודם יאוש והיאך יקנה אותה טפי מגזלה אחריתא.

**ומצינו באחרונים כמה דרכים בביאור דברי הרמב"ן: מדברי הקצה"ח מבואר** [בסי' קסג סק"א ד"ה ומבואר וע"ע בסי' רנט] דסברת הרמב"ן היא דהמוצא אבדה אף שנטלה ע"מ לגזלה לא מקרי באיסורא אתא לידיה כיון ששרי לנוטלה ע"מ להשיבה לבעליה ואף שהוא כיון לגזלה, **ומדברי הנתיב"מ** [ריש סי' רנט] נראה שהבין כוונת הרמב"ן דגזולין שלא נטל מרשות בעלים ממש לאו גזולין גמור הוא ולהכי קונה ביאוש.

282 עיין בקצה"ח בסי' רנט שהקשה ע"ד הרמב"ן משור הנסקל שהוזמו עדיו דכל הקודם זכה בו וממעות בבית הכנסת ומתאינה בצד הדרך ומיאוש מעבד דמהני כל אלו אף שהחפץ ברשותו, ולכן ביאר הקצות בכוונת הרמב"ן דהיאוש לא מהני משום שהשומר ידו כיד בעלים והוא לא נתייאש. [והדברים צ"ב דסו"ס הבעלים נתייאש ואפשר דכוונתו דביאוש אין הבעלים מעכב לעצמו החפץ ולכן יוצא מרשותו אך אם אחר מעכב עבורו נמצא שהחפץ עדיין שמור ומיוחד לו ע"י השומר וכה"ג לא יצא מרשותו ודוק] אך מדברי הר"ן בב"מ דף כו מבואר להדיא דיסוד שיטת הרמב"ן היא דיאוש ברשותו לא מהני. ויעויין בנתיב"מ שביאר דיאוש לא מהני רק כשהחפץ נמצא בחצר המשתמרת ובכל אלו הוי חצר שאינה משתמרת, עיי"ש.

וקושית הקצות משור הנסקל תמוה, דהתם נתייאש מחמת איסורו וכה"ג פשיטא דמהני אף ברשותו דהרי אינו יכול להשתמש בו יותר, ואין לך אבידה גדולה מזו, ואף שאח"כ הוזמו עדיו ונתברר למפרע שלא נאסר אבל מ"מ באותה שעה אריא דטעותא רבץ עלה ולא היה החפץ בידו לשום דבר ועוד מעט קט וסקלוהו.

[עיין בקוב"ש אות כח שפירש כן דברי הקצה"ח ונתייה"מ] **וסברת האחרונים צ"ע** דכ"ז ניחא לומר דלא חשיב באיסורא אתא לידיה אבל סו"ס מדוע לא מתחייב בדמים כשאר גזלן, ומבואר מזה דהיכא דליכא להסברא דבאיסורא אתא לידיה פוקע גם חיוב דמים דידיה [והיינו דגם למ"ד יאוש כדי קני וחייב דמים זה מחמת שהוא מודה במקצת לסברת באיסורא אתא לידיה וכן מבואר מדברי התוס' דידן - שלא לפי פירוש הקצות בדבריהם ראה לעיל - ודוק]

**והאמרי משה** [סי' לב אות לח] **והאבהא"ז** [בפי"ד מגזלה] פירשו כוונת הרמב"ן דיאוש דגזילה לא מהני משום שמה שנתיימש על ידי הגזילה זה אינו מועיל להגזלן לקנות דכ"ז בכלל הגזילה דידיה ועליו להשיבה, אך הבעלים נתיימש מסיבה אחרת דהיינו שהיה החפץ אבוד ממנו קודם לכן ומחמת כן נתיימש זה מהני אף להגזלן לקנות, **ועיי"ש באמר"מ שהקשה** דבגזל חמץ ועבר עליו הפסח מבואר בסוגיין דלא מהני היאוש [למ"ד יאוש כדי לא קני] ואמאי הרי נתיימש מחמת איסורו ולא מחמת הגזילה, וכתב די"ל דמחמת הגזילה נתיימש דבלא הגזילה היה אוכלו קודם הפסח וכתב דהוא דוחק ועיי"ש מה שפירש בכוונת הרמב"ן באופ"א. **עוד קשה לדרך זו** בשינוי רשות קודם יאוש שכתב הרמב"ן במלחמות בריש הגו"מ דלא מהני משום דבאיסורא אתא לידיה דלוקח, וקשה דסו"ס הבעלים נתיימש מחמת הגזלן הראשון ולא מחמת הלוקח ולמה לא יקנהו הלוקח הזה. [וכן בכל גונב מהגנב יקנה ביאוש דלא מחמתו נתיימש הבעלים] **והרגיש בזה האמר"מ** [שם בסוסק"מ] **וצ"ע**.

ובאופ"א יש לומר והוא מדוקדק מאוד בלשון הרמב"ן במלחמות וגם בדבריו בחידושים שם בב"מ, דיאוש ברשותו לא מהני והתורה התירה יאוש בחפץ שאבוד מבעליו, וכן למ"ד יאוש קני התירה יאוש בחפץ שהוא גזול מבעליו, וסובר הרמב"ן דיאוש בחפץ גזול לא מהני כיון דהגזלן מחוייב להשיב ובאיסורא אתא לידיה כה"ג לא התירה תורה, אך באבדה אלמלא דידו כיד בעלים התירה תורה אף באתא לידיה. וחפץ שהוא גם אבוד וגם גזול יש לו התר התורה שנתחדש בפרשת אבדה וכלפי התר זה אין סברא דמה שבאיסורא אתא לידיה ימנע ממנו לקנות דסברת באיסורא היא רק לומר דבגזילה לא התירה תורה יאוש היכא שהחפץ מורחק מהבעליו מחמת הגזילה וזו סברא נפלאה ודוק.<sup>283</sup>

**ולכל הדרכים הנ"ל למדנו מדברי הרמב"ן** שאם הפקיר הנגזל את החפץ [ומשכח"ל לצנועים שסוברים שאפשר להפקיר דבר שאינו ברשותו] נפטר הגזלן מחיוב דמים, שהרי ביאר הרמב"ן דהיכא דמהני היאוש כה"ג נפטר הגזלן מחיוב דמים אף שבשעת הגזילה נתחייב כבר בדמים, ולהיכן אזל חיוב זה, וצ"ל דכח תביעת דמים היא מחמת שתובע להשיב לו ממונו עתה וכדי לקיים זכותו תובע דמים שנתחייב בשעת גזילה אך היכא דפקע זכותו בממון ממילא גם תביעת דמים פוקעת.<sup>284</sup>

283 ודוגמא לדבר דהנה אבדת עכו"ם מותרת אף בלא יאוש וגזל עכו"ם אסור ודעת רוב האחרונים דאינו קונה הגזילה, ויש לשאול דסו"ס כשגזלה זה ואין הבעלים יודע היכן היא הרי היא אבודה מבעליה ולמה לא יזכה בה עתה מדין אבידה, והתירוץ פשוט דמה שהיא אבודה מבעליה התירה תורה אבל מה שהיא אבודה מחמת גזילה בזה לא התירה תורה דבאיסורא אתא לידיה [ואפילו שאין חיוב השבה לגוין] וה"ה הכא. ופשוט דלו יצוייר בגוי אבדה וגזילה יחדיו יוכל הגזלן לזכות בה מדין אבידה.

אך נראה דגם לדרך זו לא נתיימש הקושיא מחמץ בפסח דמסתברא דחמץ בפסח חשוב כאבידה לבעליו וחל בו היאוש אף ברשות בעלים [וראה מש"כ לעיל בהערה הקודמת בדיון שור הנסקל] ואם כן הרי עתה פתיך ביה בהך חמץ דין אבידה ולמה לא יועיל יאוש הבעלים לזכות הגזלן, וצ"ע.

284 ולעיל בדף סה ע"א נתבאר מיסוד דברי האו"ש מחלוקת רש"י ותוס' בשלש אגודות דלדעת רש"י חיוב דמים התם הוא מכח החיוב השבה דהחפץ ואם פקע חיוב השבה פקע חיוב דמים, ואילו מדברי התוס' נראה דאין חיוב רלג

**וכבר הבאנו לעיל דברי האחרונים דלהרמב"ן מתפרשת סוגיין היטב, דבאבידה פשיטא להגמ' דדוקא ביאוש קודם שמצאה מהני דאחר שמצאה השומר הרי היא ביד בעליה, ובגזילה מספקא לן בסברא אי מהני או לא. ואולם יעויין היטב בר"ן בב"מ דף כו שהקשה על הרמב"ן דמסוגיין מבואר דהחילוק בין אבידה לגזילה הוא משום דבגזילה באיסורא אתא לידיה ואילו להרמב"ן הרי בעיקר הדין חלוק דינם דדדוקא באבידה מהני יאוש ולא בגזילה. וצ"ע היכא מצא כן הר"ן בדברי הרמב"ן לומר דיש חילוק בין גזילה לאבידה שלא מחמת סברת באיסור אתא לידיה וצ"ע.**

[ולאמור לעיל יתבאר דלהרמב"ן בחפצא האבוד מהני יאוש להפקיע אף חיוב דמים ומשא"כ בחפצא הגזול ואם כן נמצא דבהכרח לא דמיא גזילה לאבידה דבאבידה אף באתא לידיה מקמי יאוש דין יאוש דידה אלים מגזילה עד כמה שלא תהיה יד השומר כיד הבעלים יחול היאוש לגמרי ודוק]

**בגדר דין באיסור אתא לידיה עלה בדינו דדין באיסורא א"ל באבידה נחלקו בו התוס' והרמב"ן אם הוא משום דהוי שומר או כסברת הגמ' גבי גזילה, ואילו גבי גזילה לא מצינו בזה מחלוקת, והתוס' דידן כתבו הטעם משום דנתחייב בהשבה.**

**ובאבידה לכאורה נראה נ"מ יסודית בין התוס' להרמב"ן, והוא היכא שבא אחר ונטלו מיד שומר כדי לזכות בו דלהרמב"ן לכאורה פשיטא דלא זכה בה שהרי לא חל יאוש הבעלים כלל, אך להתוס' לכאורה נראה דרק מי שנתחייב בהשבה לא יוכל לזכות אבל אדם אחר יכול לזכות נוכח בגזילה לכו"ע ראה להלן] ויל"ע בזה.**

**וגבי גזילה יש לחקור האם למ"ד יאוש לא קני לא חל היאוש כלל או דחל היאוש רק דכלפי הגזולן חל דין השבה ולכן אינו יכול לזכות בו, ויתבאר בזה באורך לקמן בהמשך הסוגיא**

**תורה כיון וכו' דברי התוס' כאן באו סתומים, ונחלקו אחרונים בהבנת דבריהם, הפנ"י [גטין דף לח] הקשה על דבריהם אמאי לא הוכיחו בפשיטות דיאוש אינו הפקר מהא דלא מהני יאוש בקרקע, וכתב הפרי יצחק [ח"ב סי' סד] דהפנ"י הבין ספק התוס' ע"י מה חל היאוש דלהצד דיאוש כהפקר היינו שהוא מפקיר את החפץ ולכן יוצא מרשותו, ולהצד דיאוש אינו כהפקר היינו שמסיח דעתו מהחפץ וממילא יוצא מרשותו. וכתב הפרי יצחק דלא זהו ספקם, דלא עלה על דעתם כלל דיאוש הוי הפקר ופשוט להו דיאוש היינו שהסיח דעתו אלא הספק הוא אם על ידי זה חל בחפץ הפקר ויצא מרשותו לגמרי או דעדיין ברשותו הוא עד דאתא לרשות זוכה. ויעויין בנתיב"מ [ריש סי' רסב] שביאר כן דספק התוס' הוא האם החפץ נשאר ברשות בעליו אחר היאוש. וכן כתב הקצה"ח בסי' שסא סק"א דדעת התוס' דידן דיאוש אינו יוצא מרשותו. והחזו"א [סי' יח סק"א] ביאר כהפנ"י דזה פשוט להתוס' דאחר יאוש אינו ברשותו וספיקם הוא האם הוי מעשה הפקר או דממילא יוצא מרשותו.**

**ולדרך הפנ"י והחזו"א צ"ב ראית התוס' שכתבו דאי הפקר הוא אם כן יוכל לקנות מן ההפקר, הרי גם אם יאוש אינו הפקר סו"ס יקנה מההפקר. וצ"ל - וכ"נ מדברי החזו"א - דלהצד דהוי מעשה הפקר כלפי זה ליכא לסברת באיסורא אתא לידיה דהרי הוא כאילו הפקיר הבעלים מרצונו את החפץ [ואף שהגזולן גרם לו לעשות כן אין זה כלום] ולכן יוכל לזכות אף דבאיסורא אתא לידיה, אך להצד דיאוש הוי ממילא בזה הסברא דכשנתייאש מהגזילה לא יוכל הגזולן לזכות בה.**

---

השבה על פחות מש"פ וכ"ש על חמץ שעבר עליו הפסח אלא דאם לא ישיבנו ממילא חייב דמים. וקשה דלפי זה יוצא דלהתוס' גם אם הפקירוהו בעליו ישאר חיוב דמים וצ"ע.  
רלד

ולפי זה מוכח מהתוס' דיאוש בגזילה חל אף דבאיסורא אתא לידיה רק דהגזלן מנוע מלזכות בה דאי נימא דלא חל היאוש אם כן ליכא ראייה כלל דיאוש אינו הפקר שהרי לא חל היאוש וממילא לא יזכה הגזלן. אך יש לפרש היטב, דאי יאוש הוי הפקר אם כן חל אף דבאיסורא אתא לידיה דמה שהגזלן מחוייב בהשבה אינו מונע ממעשה הבעלים לחול ופשוט אך ביאוש כיון שחל חיוב השבה על הגזלן נמנע חלות היאוש ע"ז.

ולדרך זו צ"ע טובא ראית התוס' מהסוגיא בגטין, דמה הס"ד דאם יאוש אינו הפקר יצטרך גט שחרור סו"ס חל הפקר בגופו של עבד והרי הוא זוכה בעצמו וצ"ע. ומיהו מסקנת התוס' מבוארת היטב לדרך זו.

ואולם צ"ע לדרך זו מאי ס"ד דהתוס' דיאוש הוי מעשה הפקר, הרי הפקר לא מהני בדבר שאינו ברשותו כדמבואר בסוגיא דצנועים ויאוש הרי כל ענינו הוא בדבר שאינו ברשותו ופשיטא שאינו חלות שעושה אותה האדם. גם הפקר בעינן בפני שלשה, ולכאורה נראה גם דלא שייך לומר דהפקר שלא מדעת הוי הפקר כיון דהוא עשיית האדם וסו"ס לא עשה ורק בניחותא שייך לומר כן. וכ"ז מלבד קושית הפנ"י מהא דלא מהני יאוש בקרקע, וצ"ע.

ולדרך הנתיחה"מ והפרי"מ מתפרשת היטב ראית התוס' מסוגיין דיאוש אינו הפקר מתפרשת בפשיטות דאם חל הפקר בגופו של חפץ אם כן מה ימנע מהגזלן לזכות בו ככל אדם אחר ובשלמא אם היאוש אינו הפקר ורק הוי התר זכיה י"ל דהיכא דבאיסורא אתא לידיה לית ליה התר זכיה.

וראית התוס' מגטין אף היא מתפרשת היטב דאם יאוש אינו הפקר אם כן לא יצא העבד לחירות שעדיין שם רבו עליו ולזה דחו דכיון דאין לרבו רשות עליו אינו צריך גט שחרור [אף שעדיין שלו הוא] אלא דעדיין צ"ע בזה דהנה בסוגיא שם מבואר לדעת אבא שאול דעבדים קטנים שהפקירם כל הקודם זכה בהם לפי שאין להם יד לזכות בעצמם ומבואר מזה דעבד גדול חל שחרורו לא על ידי ההפקר בלחוד אלא על ידי שזוכה העבד בעצמו, ואם כן תמוה קושית התוס' דאף אי יאוש אינו כהפקר כלל אבל סו"ס כיון דכל אדם יכול לזכות בעבד [כמו בעבד קטן] כ"ש דהוא זוכה בעצמו מיד ויוצא לחירות, ואף בתי' התוס' לא משמע כלל דזו כוונתם וצ"ע. וראינו בספר ברכת אברהם שפירש דלהצד דיאוש אינו כהפקר ס"ד דהתוס' דעדיין רשות רבו עליו ויד עבד כיד רבו וממילא אין העבד יכול לזכות בעצמו שעדיין הוא ברשות רבו, ותימצו התוס' דביאוש אינו ברשות רבו ויותר ויכול לזכות בעצמו.

ולדרך זו מוכח מהתוס' דהיאוש חל אף דבאיסורא אתא לידיה דאי נימא דלא חל היאוש כלל מכח דבאיסורא אתא לידיה אם כן אין כאן ראייה כלל שהרי סו"ס אין החפץ הפקר והיאך יזכה בו הגזלן, אך ראה להלן שיתבאר באורך דמהתוס' בדף סט ובדף קיא מוכח להדיא דאין היאוש חל כלל. גם לשון התוס' יותר משמע ע"ד הפנ"י וחזו"א וצ"ע.

ויעויין בתוס' לקמן בדף סט ע"א גבי הא דאיתא התם דהצנועים היו מפקירים מה שלקטו עניים משדותיהם בגזילה [כדי שלא יכשלו העניים באיסור טבל לכן הפקירו דהפקר פטור מהמעשר] וכתבו התוס' דלמ"ד יאוש קני צ"ל דמיירי שלא נתיאשו הבעלים דאל"כ כבר זכו עניים ואינם יכולים כעת להפקיר. הרי מבואר מדבריהם להדיא דלמ"ד יאוש לא קני אפשר להפקיר גם לאחר היאוש. ולכאורה מזה ראייה גדולה לדרך הנתיחה"מ דלהתוס' יאוש אינו כהפקר שאם ביאוש יצא החפץ מרשותו לגמרי היאך יפקיר אחר כך. אך יש לדחות לפי מה שיתבאר להלן מדברי אחרונים דיאוש דגזילה מכח הסברא דבאיסורא א"ל אינו חל כלל, וראה בזה להלן. וגם דלדעת הנתיבות נמי נראה דלא נחא דברי התוס' דלא

מסתברא כלל שיוכל אדם להקדיש ולמכור אבידתו שנתייאר ממנה ובודאי דהיכא שחל בה היתר זכיה גם אין לו כח בעלים לפעול בחפץ וכל הנ"מ בבעלותו הוא לענין חזרה.

**בגדר דין יאוש עולה ממש"כ לעיל** דנחלקו אחרונים למסקנת התוס' אם אחר יאוש יצא החפץ מרשות בעליו לגמרי או דעדיין הוא ברשותו. ומצינו בגדר יאוש כמה דרכים בראשונים ואחרונים.

**הסוברים דיאוש הוא הפקר רש"י בגטין** [דף לח ע"א ד"ה יאוש] כתב יאוש. **הוי הפקר. עכ"ל.** וכן שם [בדף לט ע"ב ד"ה נתייאשתי] כתב דנתייאשתי לשון הפקר הוא. **ומבואר מדבריו** דביאוש הוי העבד הפקר וגם משמע מאוד דהוי מעשה הפקר ממ"ש דנתייאשתי הוי לשון הפקר, **והחזו"א כתב** דמ"ש רש"י דהוא לשון הפקר הוא רק על עבד שהוא ברשותו אבל במקום שאינו ברשותו מהני בתורת יאוש ולא בתורת הפקר. [ולפי"ז אין ראיה גם דיוצא ביאוש בעלמא מרשותו] **ואולם יעויין ברש"י בב"מ** [דף כז ע"ב ד"ה תובעין וכו'] ולמעוטי מידי דאיאוש ואפקריה **עכ"ל ומשמע להדיא** מדבריו דאחר יאוש הוי הפקר ושם מיירי באבידה. **וכן מפורשים הדברים בדברי רש"י בכמה מקומות בש"ס.**<sup>285</sup> ואפשר אמנם דבדבר שהוא ברשותו הוי מעשה הפקר ובדבר שאינו ברשותו מהני מחמת היאוש וצ"ע בזה. **וכשיטת רש"י מצינו במקומות רבים בראשונים שנקטו כן לפשוט דאחר יאוש הוי הממון הפקר.**<sup>286</sup>

**ולדרך זו** דיאוש הוי הפקר קשה טובא, (א) מדוע אם כן לא יזכה הגזול מן ההפקר וכקושיית התוס'. (ב) דגזול שטבח ומכר לאחר יאוש מפורש בגמ' דחייב דו"ה [לקמן סח ע"א] ואם אינו שלו היאך יתחייב. (ג) אף חיוב תבו"ש כתבו אחרונים דישנו אף לאחר יאוש. (ד) למ"ד רשות יורש לאו כרשות לוקח מבואר בסוגיא ריש הגו"מ דהיורשים חייבים להחזיר הגזילה לבעליה אף אם נתייאש הגזול בחיי אביהם ואם הפקר היא למה לא יזכו בגזילה מן ההפקר. (ה) **הקשה הקצה"ח** [בסי' תו סק"ב] דלקמן בגמ' פריך מגזל חמץ ועבר עליו הפסח ומשני דזה מתייאש וזה אינו רוצה לקנות, **וקשה** דסו"ס החפץ הוי הפקר - וכ"ש התם דהוי הפקר דהא למ"ד יאוש כדי קני איירינן - והיאך יכול לומר לו הרש"ל.

**ומצינו ג' דרכים** בביאור שיטה זו דיאוש כהפקר: (א) **יעויין בתרה"כ סי' רסב בהגהה שם** באות א שכתב המגיה חידוש גדול, והוא דגם בגזילה שהיא הפקר שייך חיוב השבה ודוקא היכא דזכה בה הגזול הוא דאינו יכול לומר לו הרש"ל,<sup>287</sup> **ודרך זו יש לה מקור גדול** מדברי הגמ' לקמן גבי חמץ בפסח דהתם מיירי

<sup>285</sup> רש"י בבא מציעא דף כא ע"א ד"ה מצא פירות מפורזין נתייאשו הבעלים מהן, כדאמר בגמרא, והפקר הן. ושם ד"ה מעות מפורזות הואיל ואין להם סימן ניכר איאוש מיאש, והו"ל הפקר, והו"ל טעם כולם. ובקידושין דף עב עמוד ב ד"ה לעולם וכו' והני נמי מאחר שגזלום מהם ונתייאשו מהם זהו הפקר כדאמרינן בגיטין (דף לט:): נתייאשתי מפלוני עבדי ומשום לשון הפקר נקט לה דכיון דאתייאש ליה מיניה פקע ליה רשותיה. עכ"ל.

<sup>286</sup> יעויין ברמב"ן בב"מ בדף י ע"ב שהקשה דכל מגביה מציאה הרי הוא חב בזה לבעל האבידה ותירץ שם שני תירוצים ותירוצו השני הוא דכבר יצאה מרשותו ע"י היאוש, ולכאורה שני התירוצים פליגי אם יאוש הוי הפקר וע"ע ברמב"ן בב"מ דף יב ע"א דמשמע שם דיאוש הוי הפקר וע"ע ברמב"ן בפסחים דף ד בדין ביטול חמץ. והרשב"א [גיטין דף לח ע"א] וסתם יאוש היינו הפקר. והריטב"א בב"מ [דף כא ע"א ד"ה אלו מציאות וכו'] דכיון דדבר שאין בו סימן הוא איאוש מייאש מסתמא ונעשה הפקר. ושם בדף כה ע"ב [ד"ה מצא בגל וכו'] או יש בו יאוש בעלים והו"ל הפקר. והתשב"ץ בח"ב סי' כז כתב להדיא [גבי יאוש בעבד] וז"ל וביאוש והפקר פקע קנין ממון כשאר נכסים שיוצאים מרשות הבעלים ביאוש והפקר. וכן משמע מדברי התוס' ר"פ בסוגיין ד"ה מידי דהוה וכו' וכ"כ בתשובת מהר"ח או"ז סי' רנג ובתשובת מהר"ם רוטנבורג ח"ד סי' רנג ובריטב"א חולין דף קלח ע"א.

<sup>287</sup> ולדרך זו יש לומר בזה דבר נאה בשיטת רש"י, דהתוס' הקשו על רש"י דיליף משמלה למעוטי הפקר דאם הפקר הוא למי ישיב וביארנו לעיל מיסוד דברי הגר"נ דרש"י סובר דביאוש הוי הפקר והא יליף משמלה דאינו חייב להחזיר וס"ד דאף שהפקר הוא יחזיר לבעלים הראשונים, והיינו דסברת המגיה לתרה"כ גבי גזילה היא היא

למ"ד יאוש קני ואם כן ודאי דהוי הפקר וכן הוי הפקר לדעת כמה ראשונים משום דהוי איסורא<sup>288</sup> והיאך אומר לו הרש"ל וע"כ דגם בהפקר מצי אמר לו הרש"ל ודוקא בזכות הגזול אינו יכול לומר לו הרש"ל. ואולם בסברא תמוה מאוד דאם כשזכה הגזול אינו יכול לומר לו הרש"ל היינו טעמא משום שאינו של בעלים ואם כן בהפקר נמי לא יוכל לומר לו כן. ועיי"ש במגיה שביאר דמה שבזכה הגזול אינו אומר לו הרש"ל הוא משום שחל עליו חיוב דמים גמור וממילא פקע דין השבה אך בסברא אינו מובן דזכיתו מן ההפקר למה זה תחייבו בחיוב דמים גמור סו"ס מן ההפקר זכה, ואם משום שפקע עי"ז החיוב השבה הרי ע"ז אנו דנים שלא יפקע וצ"ע. [ושמא זכיתו מן ההפקר באופן שנעשה ההפקר ע"י הגזילה מחייבתו בתשלומים גמורים והוי גמר הגזילה וצ"ע] ולדרך זו עדיין לא א"ש ביורשים למה לא יזכו מההפקר והרי הגזול המחויב בהשבה דהפקר כבר מת. [ושמא אף כלפי יורשים חל חיוב השבה דזכות היא בגופו של חפץ אך אם כן כבר דרכנו בדרך אחרת בדין יאוש וכמושי"ת להלן] גם חיוב תבו"ש מסתברא דליכא דאף שמפקיע בשבירת החבית חובת השבה ידידה מ"מ אין כאן גזילה נוספת ולא מוזק וסו"ס לא ישלם אלא כעין שגזל. מיהו דין זה דתבו"ש אחר יאוש אינו מפורש בגמ' ובראשונים וצ"ע.

(ב) החזו"א כתב [בסי' טז סק"ב וסק"ה] עפי"ד התוס' לקמן בדף סט שכתבו דכל אדם אסור לזכות בה לאחר יאוש משום שצריכה לגזול ליפטר מן הבעלים, וכתב החזו"א דמחמת שחל בחפץ זכות הגזול כדי להשיבו לבעליו ממילא שב כח בעלות לנגזל ונשאר עדיין החפץ שלו. וצ"ע הסברא בזה. ועיי"ש שביאר בזה גם מדוע לא זוכים היורשים למ"ד לאו כרשות לוקח, וצ"ע כוונתו שהרי סו"ס כשמת הגזול פקע חיוב השבה ואילו יאוש הבעלים עדיין קיים ולמה לא תפקע עתה זכות הבעלים וצ"ע. ולדרך זו עדיין לא א"ש כלל למ"ד יאוש קני דהיכא שאין הגזול רוצה לקנות היאך יאמר הרש"ל הרי אינו שלו, [ואין לומר דמכח זכות הגזול להשיבו לא פקע דאם כן אף ברוצה לזכות בו נאמר כן וע"כ דלמ"ד יאוש כדי קני ליה האי סברא] וע"כ צריכים אנו לסברת המגיה לתרה"כ. וצ"ע.

(ג) ודרך נוספת אמרה הגר"נ זצ"ל, לדעת רש"י מכח הסברא דבאיסורא אתא לידיה לא חל ההפקר כלל [וראה לעיל שהעמדנו החקירה הזו בדין באיסורא א"ל] וממילא א"ש הכל דהגזול אינו יכול לזכות וגם לא אחר וגם חייב בדו"ה ובתבו"ש. ויש לבאר הדברים בב' אופנים: (א) דדין יאוש יסודו הוא היתר זכיה שהתירה תורה חפץ שאינו ברשות בעליו, וממילא הוי הפקר וחפץ הגזול שיש לבעלים תביעת השבה מהגזול לא חל בו דין יאוש. [אך דרך זו אינה נראית כ"כ לדעת רש"י, דמשמעות רש"י בכ"ד דהיאוש עצמו הוי ההפקר ואין חלות ההפקר תוצאה ממילא מהיאוש] (ב) דדין השבה הוא זכות בחפצא שהקנתה תורה להבעלים ואף כשמתייבש לא פוקעת זכות זו ולכן הוי עדיין החפץ שלו. אך לדרך זו עדיין קשה קושית הקצה"ח מגזל חמץ דהתם למ"ד יאוש כדי קני עסקינן וכ"ש דקשה התם דאיסורא<sup>288</sup> נ"ה. וצ"ע.

הסברא נמי גבי אבידה דיחזירנה אף שהופקרה כבר, והתוס' דפליגי התם אף הכא לשיטתם הקשו דאם הפקר הוא יזכה הגזול מן ההפקר [לפי' הנתיחה"מ בדבריהם]

288 ויש להוכיח דביאוש באיסורא א"ל לא חל הפקר לדעת רש"י [והיינו כהחזו"א או כהגר"נ] מדברי רש"י לקמן בדף סח סוע"ב שכתב שם דלצנועים יכול הנגזל להפקיר ולחלל קודם יאוש ומשמע קצת מדבריו דאחר יאוש הרי הוא שלו אלא שאינו יכול להפקיר. וכן יעויין ברש"י ב"מ דף כו ע"ב ד"ה עובר וכו' דמבואר שם דנטל אבידה ע"מ להשיב ולאחר יאוש גולה יש בזה איסור גזילה [אלא דאינו עובר משום דלא עשה מעשה] אלמא אחר יאוש עדיין שלו היא. [אלא דיש לדחות באבידה דיד שומר כיד בעלים כמש"כ הרמב"ן]

הסוברים דיאוש אינו כהפקר כן מבואר מדברי התוס' דידן לביאור הנתיבות והפר"י בדבריהם, וכן נקטו הרבה אחרונים, יעויין בקצה"ח בסי' תו שהוכיח כן מהא דבחמץ בפסח מצי אמר לו הרש"ל כיון שאינו רוצה לזכות, ואי אינו שלו היאך אומר לו הרש"ל [נועין לעיל באורך בנידון זה בדעת רש"י] וכן נקטו הנתיבה"מ הנ"ל והתרה"כ [בסי' רסב]

והנה לדרך זו רוב הקושיות שהקשינו לעיל בדעת רש"י א"ש, אך עדיין צ"ב ברשות יורש למ"ד לאו כרשות לוקח מדוע לא יזכה היורש מחמת היתר זכיה שחל ביאוש לכל אדם. וכן בהא דמבואר מדברי התוס' בדף סז ריש ע"א דיאוש ושינוי רשות קונה מצד הצירוף דשניהם ומדוע צריך לזה הרי בהתירה אתי לידיה. (ב) עוד צ"ע בסברא בחיוב דו"ה ותבו"ש אחר יאוש דסו"ס אם לכל אדם יש היתר זכיה בחפץ ורק דהגולן אינו יכול לזכות בה לכאורה היה נראה דאינו יכול לזכות כלפי להפקיע חיוב השבתו אבל לחייבו חיוב חדש של מוזיק כלפי זה לכאורה היה נראה דלא גרע משאר מוזיקים וצ"ע.

ויש לעיין טובא לדעת התוס' אם חל היאוש והיתר זכיה לכל אדם ורק דלהגולן אסור לזכות בה או דמכח הסברא דבאיסורא אתא לידיה ממילא לא חל היאוש כלל. ולקמן בדף קיא ע"ב מבואר בסוגיא שם דהמוזיק חפץ אחר יאוש פטור, וראה שם בתוס' שכתבו דהך פטורא ילפינן לה מקרא והאריכו בטעם הפטור ומבואר מכל דבריהם שם דהיאוש לא חל דאם חל היאוש הרי פשיטא שכל אחד יוכל להזיק החפץ כמו גם לזכות בו, וכן יעויין בתוס' לקמן [דף סח ע"ב ד"ה הוא דאמר וכו'] שכתבו שם דלצנועין [הסוברים שאדם יכול להפקיר לחלל ולמכור דבר שאינו ברשותו] יכול הנגזל לחלל פירות רבעי גזולים שלו אחר יאוש למ"ד יאוש לא קני. ולכאורה מוכח מדבריהם שאין היאוש חל כלל למ"ד לא קני, וכן עיין בדבריהם בדף סט ע"א שכתבו דלצנועים למ"ד יאוש קני אי אפשר להפקיר אחר יאוש ומפורש בדבריהם דלמ"ד יאוש לא קני אפשר להפקיר אחר יאוש ואם חל היאוש היאך אפשר להפקיר.<sup>289</sup> [ואמנם בדברי התוס' שם בדף סט יש קושיות בהמשך דבריהם והוא נוגע לנידון דידן ויתבאר להלן בענין יאוש ושר']

ומוכח מזה כנ"ל בדעת רש"י מדברי החזו"א והגר"נ דהיכא דבאיסורא א"ל לא חל היאוש כלל ואף כלפי אחר ליכא היתר זכיה, אי כהחזו"א מחמת כח הגולן בחפץ או משום דהסברא דבאיסורא אתא לידיה מפקעת היתר זכיה לגמרי כמש"כ לעיל ואף להתוס' דלדעת האחרונים סברי התוס' דיאוש אינו כהפקר מוכח מדבריהם כנ"ל. אך לפי זה צ"ע דברי התוס' דידן שכתבו דיאוש אינו כהפקר דאי הפקר הוא אם כן יזכה בו הגולן, ולדעת האחרונים שביארו כוונתם דביאוש אינו יוצא מרשות בעלים וראיתם דאי יוצא אם כן יזכה הגולן, ותמוה מאוד שהרי היכא דבאיסורא א"ל הרי לא חל היאוש ובקושי פטור

<sup>289</sup> ואמנם יש לדחות לדעת הנתיבות דלהתוס' יאוש אינו הפקר אלא היתר זכיה ועדיין שם בעלים עליו ולומר דמחמת שהוא עדיין בעלים יכול להפקיר ולחלל אבל לא מסתברא כלל לומר כן דאם אתה אומר כן יכול אדם למכור אבידתו ולהקדישה אחר שנתייאש ממנה זו לא שמענו. ובגמ' לקמן דף קטו ע"ב איתא דמי שנשברה חביתו אינו יכול לומר שיין שבה יהיה תרומה על חבית אחרת ולמד מזה הנתיבה"מ בסי' שסא סק"ב דא"א להפקיר ולחלל לאחר יאוש אלא דיש לדון דהתם הוי כאבודה ממנו ומכ"א ובשלמא לדעת רש"י עדיין מוכח מזה דביאוש אינו יכול להפקיר ולחלל אך לדעת התוס' דאבודה ממנו הוא דין בפ"ע ליכא ראיה.

ויש להוסיף בזה עוד דברש"י בדף סט סוע"ב מבואר להדיא דלצנועין א"א להפקיר ולחלל לאחר יאוש וי"ל דלשיטתו יש לו מקור מפורש לזה בגמ' אך התוס' ליכא הוכחה משם וס"ל דאפשר וזה נאה מאוד אבל סו"ס אינו מסתבר שיוכל להפקיר ולחלל לאחר יאוש וצ"ע

התוס' את המזיק גזילה אחר יאוש ואם כן גזלן עצמו ודאי אינו יכול לזכות בו וצ"ע. ולכאורה מוכח מזה כדרך הפנ"י ודעימיה בדעת התוס' וכמשנ"ת לעיל וצ"ע.

בגמ' איתביה וכו' והאי כיון דמטא זמן איסורא דברי הגמ' צ"ב בשני פרטים: א) משמעות הדברים בכמה מרבתינו הראשונים דאיסורי הנאה אינם שלו והופקעו מבעלות האדם, <sup>290</sup> ולפי זה צ"ב דאף בלא יאוש הרי כבר נפיק מרשות בעליו ולמה חייב להשיבו. ב) עוד צ"ב מה דמבואר בגמ' דזכה הגזלן בחמץ ביאוש בעלים נומתי' הגמ' דזה אינו רוצה לזכות מוכח דס"ד דזכה בהם הגזלן ולא רק דנפיק מרשות בעלים ביאוש וזה תמוה מאוד שהרי אין זכיה באיסורי הנאה והיאך יזכה בהם זה.

וכמה אחרונים הוכיחו מכאן דאיסורא נ"א אינם הפקר [ביה"ל ח"א סי' מח, ועוד] אך בזה עדיין לא א"ש השאלה השניה היאך יכול הגזלן לזכות בחמץ, וכבר הבאנו לעיל מש"כ המגיה בתרה"כ [בסי' רסב הערה א] דהנגזל מתייאש רגע קט קודם איסורו ואז חל היאוש ידידה גם יכול הגזלן לזכות בו שהרי עדיין אינו איסורא נ"א. וכן כתב המקור חיים [סי' תמג אות ה] ועיין בחזו"א [סי' יח ב סק"ב] שביאר באופ"א וצ"ע.

#### דף סו ע"ב

בגמ' זה מתייאש וזה אינו רוצה לקנות הבאנו לעיל קושית הקצה"ח דסו"ס היאך אומר לו הרש"ל הרי כבר יצתה מרשות נגזל ומה הוכיח הקצות דיאוש אינו כהפקר, ועדיין קשה לדברי ראשונים רבים [הו"ד לעיל] דיאוש הוי הפקר, ולעיל הובא סברת המגיה לתרה"כ ועוד אחרונים דאף בחפץ הפקר אפשר לקיים השבה, וצ"ע בזה.

ויעויין בראב"ד כאן שביאר קושית הגמ' ותירוצה וז"ל ואם איתא דיאוש כדי קני וכו' והיכי מצי למימר ליה הרש"ל והרי משנתיאש זה אינה שלו אלא דיאוש כדי לא קני עכ"ל. והנה מבואר שפירש קושית הגמ' דמחמת שאינה שלו הוא דלא מצי מעבד השבה ולא מחמת זכית הגזלן ודלא כסברת אחרונים בזה, אך תי' הגמ' צ"ב לדרך זו והראב"ד סתם פירושה ויש לפרש דמאחר שאינו רוצה לזכות נשאר החפץ ברשות הנגזל וכסברת הקצות והנתיבות דיאוש אינו כהפקר, וצ"ע.

שם בגמ' זה מתייאש וכו' מבואר מדברי הגמ' שאין הגזלן קונה ביאוש בעל כרחו, והנה בדין השינוי נחלקו בזה אחרונים אם קונה בעל כרחו, דדעת התרה"כ [סי' רסב] ועוד אחרונים דיאוש קונה בעל כרחו אבל המחנ"א [בליקוטים על הרמב"ם בגזילה] נקט דשינוי אינו קונה אלא מדעתו, וכן צידד האו"ש [פ"ג מחמץ ה"ח ופ"ב מגזילה ה"ט] וראה בזה לעיל בהרחבה, ויל"ע לדעת הסוברים דשינוי קונה בע"כ מאי שנא מיאוש שאינו קונה אלא מדעתו של גזלן, ויעויין בחי' הגר"ח [על ב"ק הנדמ"ח בסי' סו] שעמד בזה וביאר דדין שינוי שרשו הוא מכח קניני הגזלן בחפץ הגזול, ואילו דין יאוש כח קנינו הוא מחמת שהחפץ אבוד מהבעלים ממילא יכול הגזלן לזכות בו ולכן השינוי קונה בעל כרחו דהתורה הקנתה הגזילה לגזלן ומשא"כ יאוש שאינו זוכה בו מכח קניני גזילה אינו קונה אלא לדעתו. נועיקר הדברים בשם הגר"ח נמצאים בברכ"ש ריש סי' לה] וכע"ז כתב גם בקוב"ש בסוגיין, עיי"ש. אמנם צ"ב למה לא יקנה ביאוש נמי מכח קניני גזילה ידידה, וביאר האמר"מ [לב סקמ"ד] דהרי ביאוש אם לא יזכה הגזלן עדיין חיוב השבה בתקפו [כדמוכח מסוגיין דבאינו רוצה לקנות משיב הגזילה] ואם כן מהיכי תיתי

290 כ"מ ברש"י בפסחים דף ו ע"ב דחמץ בפסח אינו שלו וכ"מ בריטב"א בקידושין דף נו ויש בענין זה סתירות רבות ואריכות גדולה באחרונים ועיין בקצה"ח בסי' תו ובנתי"מ בסי' ערה שביארו דמצב החפץ באיסורא נ"א הוא כמו ביאוש דשם בעליו עליו עדיין אלא שכ"א יכול לזכות בו ולא נפיק מרשות הבעלים עד דאתא לרשות זוכה.



יקנה בעל כרחו, ורק דביאוש חל היתר זכיה וממילא אם יקנה הגולן מדעתו יפקע חובת השבה ידידה אך כשאינו רוצה לקנות לא קנה וחיוב השבה כדקאי קאי.

**ואיכא לעיונא בה** דהנה בתוס' לקמן בדף סט ע"א מבואר מדבריהם שנסתפקו ביאוש אם קונה גם כשהחפץ נמצא ברה"ר או דוקא כשהוא ברשותו של גולן, **וצ"ב שורש ספקם בזה, ולכאורה הצד** שקונה ברה"ר תמורה מאוד שהרי לא עשה בו שום קנין והיאך יקנהו, [ועיין בקוב"ש מש"כ לבאר בזה וצ"ע] **וכבר ביאר בדבריהם האמור"מ** [לב סקמ"ג] דקונה מחמת קניני גזילה ידידה, **וצ"ל** דעצם ההיתר זכיה דיאוש מפקיע חובת השבה וממילא קונה הגולן, **אך לפי זה קשה מסוגיין** דמבואר דאינו קונה בעל כרחו וגם מבואר דעצם ההיתר זכיה אינו מפקיע דין השבה דהרי בחמץ יכול לומר לו הרש"ל וצ"ע.

**אך יש לבאר דברי התוס' שם באופ"א, והוא עפ"י יסודו של האבהא"ז** שכתב לבאר דהיכא שהחפץ הוי 'ברשותו' של אדם אינו צריך לקנין כדי לזכות בו ואם אך ירצה יזכה בו,<sup>291</sup> ולפי זה נראה דאף גזילה ברה"ר נחשבת 'ברשותו' של הגולן [כמו גבי בעלים דפשוט דיכול להקדיש חפצו המונח ברה"ר] וממילא אם ירצה יזכה בה הגולן בלא קנין.

**בדברי הרא"ש בענין קידושין לאחר יאוש ויאוש וש"ר יתבאר בע"ה להלן** בסוף הסוגיא דיאוש ושינוי מעשה.

**בגמ' איתיביה וכו' אילימא לפני יאוש בספר ים התלמוד** [נדפס עם ח"י הראב"ד] הקשה קושיא עצומה, דהרי כששחטו הגולן קנאו בשינוי מעשה והוי שלו ובעינן קרא דלא יצא יד"ח.<sup>292</sup>

**תוד"ה ש"מ וכו' באותן קרבנות שאין הגולן וכו' שורש דבריהם** בסוגיא לקמן דף סז ע"א דפריך מעיקרא חולין וכו' וביארו התוס' שם [ד"ה מעיקרא וכו'] דבקדשים שאין חייב באחריותן אין צורך לדין שינוי השם דההקדש הוי שינוי רשות, **ובגמ' לא מצאנו מפורש** חילוק זה גבי שינוי רשות, אלא דלגבי דין מכירה להתחייב בדו"ה מצאנו לקמן בדף עז ע"א סברא זו, **אך צ"ע** דבגמ' קאמר לה התם אלא לר"ש דגורם לממון כממון דמי אבל לרבנן חשיב מכירה בכל גווני. **וכבר עמד בזה הפנ"י** לקמן שם בסוגיא. **אך נראה דמקור דבריהם** הוא מגוף הסוגיא בדף סז דפריך התם למ"ד יאוש לא קני היאך מצי הגנב להקדיש ומשני משום שינוי השם, ותמורה קושית הגמ' דהרי הקדש הוי שינוי רשות והא פשיטא לן בכ"ד דיאוש וש"ר קני ולזה הוכרחו התוס' לחלק כנ"ל.

**ויעויין ברש"י לקמן שם בסוגיא** [עז ע"א ד"ה כי קא טבח וד"ה אמרי נמי וכו'] שמשמע מדבריו שחולק על סברת התוס' וסובר דאף בקדשים שחייב באחריותן הוי יאוש וש"ר ומוכח מדבריו שם דאף לרבי שמעון דלא חשיב מכירה לענין דו"ה מ"מ הוי יאוש וש"ר [עיי"ש בד"ה דאכתי ודוק] וסברתו הפוכה מסברת התוס', ולדעת רש"י באמת צ"ע קושית הגמ' בדף סז ע"א וצ"ע.

291 האבהא"ז כתב כן בפ"ג מזכיה ומתנה ה"ב לבאר דברי הרמב"ם פרק ה הי"א ממכירה שכתב שם יש דברים הרבה שאין צריכים קנין ואין לקנין בהם טעם וכו' והנותן לחברו פקדון המופקד אצלו וכ"כ בפ"ג ה"ב מזכיה וביאר האבהא"ז בדעת הרמב"ם דשומר מקבל החפץ הנפקד לרשותו והוי ברשותו אף כשהוא באגם וממילא אין טעם לקנין שענינו הוא הכנסה לרשותו. [וע"ע בהשמטות באבהא"ז שם] ועיין גם באבהא"ז בפ"ז ה"ב מנו"מ שביאר כן בגדר קנין שינוי דכיון דהחפץ ברשותו של הגולן נקנה לו והו"ד לעיל בסוגיא שם

292 ובשו"ת עונג יו"ט סי' כט הקשה קושיא זו לדרכו דשינוי קונה למפרע והוקשה לו דאחר ששחטה והיה שינוי מעשה חל הקדשו למפרע אך בלא זה מבואר דלא קשיא ליה ומשום דסו"ס בתחילת השחיטה היה בהמת חולין, דהיינו שיש להסתפק בבהמה שחל קנין הגולן – ממילא גם ההקדש – על ידי השחיטה עצמה אם חשיב כשחיטת קרבן או שחיטת חולין, ויל"ע.

**ובעיקר סברת התוס' צ"ב** מדוע חיוב האחריות מסלק מכאן דין שינוי רשות, ואפשר להבין דהגזלן יש לו כעת עדיין זכות בקרבן שמי שנוטלו מהקדש מפסיד הגזלן ואף דלרבנן דר"ש אין זה בעלות גמורה מ"מ כיון שעדיין יש לו זכות ממון בקרבן [ופשיטא דאף לרבנן דר"ש יכול הגזלן למנוע מאחר להזיק הקרבן ופלוגתייהו לגבי תשלומין היא] ולכן לא חשיב שינוי רשות גמור, וצ"ע.

**ועיין בתוס' בב"ב** [דף מד ע"א ד"ה דוקא] שכתבו דאם מכר גזלן חפץ ללוקח לאחר יאוש והיה המכירה באחריות מוציא הנגזל את החפץ מהלוקח דאע"ג שיש כאן יאוש וש"ר כיון שאין הפסד ללוקח מפיק מיניה הלה. **ומבואר מדבריהם** דבמכירה באחריות יש ש"ר וזה לכאורה שלא כדבריהם דהכא, אבל **החילוק הוא פשוט** דהתם מיירי באחריות מכר שהכלל הוא דכשיוצא החפץ מהלוקח מחמת המוכר [כגון שהוברר שאינו שלו או שגבה בע"ח דמוכר] חוזר הלוקח על המוכר וזה לא סתירה לדין ש"ר וכל מכירה בעלמא באחריות היא עד שיתנה בפירוש שאינו כן, אך הכא דברו התוס' באופן שיש למוכר אחריות אונסים כגון במקדיש חטאת שאף אם מתה כדרכה הגזלן צריך להביא בהמה אחרת וכה"ג לא הוי ש"ר **ועיין בכת"ס שם בב"ב** שכתב כע"ז ודוק.

**ואולם יעויין בנמו"י שם** [דף כד ע"ב מדפי הרי"ף ד"ה ודוקא מכר] שכתב דמכירה באחריות אינה מכירה לענין ש"ר **וכ"כ להלן שם בשם הרשב"א**. **וכ"פ בהגהת השו"ע** [בסיא שסא ס"א] מדברי הראשונים הנ"ל. **והש"ך** בסי' לז סק"ב] תמה על דבריהם מסברא מדוע יפקיע חיוב אחריות לדין ש"ר, ודוק בדברי הש"ך שלא הזכיר מאום מדברי התוס' דידן והיינו משום דפשיטא ליה להש"ך לחלק בין אחריות דהכא לאחריות דהתם. **ובספר יד המלך** [פ"ה מגניבה ה"ג] תמה עוד דהרי בכל מכירה אחריותה על המוכר [לענין נמצאת שאינה שלו] ואי נימא דמכר באחריות אינו מכר נמצא דליכא לדין ש"ר אלא אם כן התנה עליו מפורש שאפילו תמצא שאינה שלו אינו אחראי עליו, וצ"ע.

**ונראה** דסברת הראשונים שם לא שייכא בדהכא כלל אלא סברתם דכיון שאם יטרוף הנגזל מהלוקח נמצא המכר בטל למפרע אם כן להצד שאינה של הגזלן לא מכרה לו כלל וליכא ש"ר וזה אינו נוגע כלל לדין דהכא דהכא לא שייך הך טעמא דהקדש היא לעולם וגם הסברא דהכא אינה נוגעת להתם כמש"נ לעיל **ובהגהת אמרי ברוך** [בסי' שסא שם] ציין לדברי התוס' דידן ולהאמור שני נידונים נפרדים הם.

**בגמ' ה"נ דגזלן קרבן דחבריה רש"י פירש בשני אופנים:** א) דמיירי לפני יאוש ואצטריך לאשמעין דאפילו לבעלים הראשונים אינו עולה, ולפירוש זה **צ"ע היכי קא מיירי** אי בשחט שלא לשם בעלים אם כן פשיטא דאינו עולה לבעלים דכל הקרבנות שנשחטו שלא לשמן אינם עולים לבעלים לשם חובה, ואי בשחטן לשם בעלים הרי מפורש הדין בסוגיא דלקמן דף עו ע"א דבשחט תמימים בפנים לשם בעלים עלו להם. [ובעיקר הקושיא עמדו התוס' והתוס' ר"פ ראה להלן] **ועיין היטב בתוס' רי"ד כאן ובסוגיא בדף עו** שכתב לתרץ בזה ונראה כוונתו דהכא מיירי שהגזלן הביאם בשביל עצמו והכהן שחטם לבעלים וקמ"ל דאינו עולה [וכפפה"נ דאינו מדין שלא לשמן כיון שהכהן הקריב לשם בעליו] ואילו התם מיירי שהגזלן עצמו הביאם בשביל הבעלים ובזה עולה לבעלים לשם חובה. [אך עדיין קשה דמשמעות דברי רש"י היא דהקרבן כשר וקרא ממעטיה שאינו עולה לבעלים ואם כן כד פריך התם דחזרה קרן לבעלים הל"ל דמיירי באופן זה שהגזלן הביאה לשם עצמו וכהן שחטה לבעלים וצ"ע]

**ועיין בחי' הגר"נ** שפירש בדעת רש"י דבשחיטה ליכא דין שלא לשמה בשינוי בעלים [בזבחים דף י ע"א] ולכן הכא מיירי ששחטה הגזלן עבור עצמו ואין בזה פסול דשלא לשמה ומקרא נתמעט דאינו עולה לבעלים.

(ב) הפירוש השני של רש"י דמיירי אף לאחר יאוש ולא קנייה ביאוש דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא, ויעויין בסוגיא בחולין דף קלט ע"א דשם נחלקו אמוראי בדין תרנגולת של הקדש שמרדה, דעת רב וריש לקיש דע"י יאוש פקעה קדושתה, ודעת שמואל ורבי יוחנן דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא, ובקדשי מזבח מבואר שם בסוגיא דלכו"ע לא פקעה קדושתיהו, ולכאורה זו כוונת רש"י במה שכתב דהיאוש לא מהני דכל היכא דאיתא וכו'. אך משמעות הסוגיא שם דה"ט דמודו בה רב ור"ל משום דקדושת הגוף לא פקעה ולא משום סברת כל היכא דאיתא, [ועיי"ש ברשב"א דמשמע דיליף לה מקרא] וטעמא דכל היכא דאיתא וכו' במחלוקת אמוראי הוא שנוי וצל"ע. **ובעיקר פירושו של רש"י צ"ב** דסו"ס דאכתי כיון דבי גזא דרחמנא איתא א"כ פשיטא דלא קניא ומדוע בעינן קרא דקרבתו, וצ"ע. **עוד קשה** דהרי מעולם לא ס"ד שיפקע ההקדש ע"י קניית הגזול דעל זה לא קמ"ל כלום מקרא דקרבתו אלא ס"ד שיעלה הקרבן לגזול וקמ"ל דאינו עולה לו והיינו דס"ד דיכול לגזול זכות הבעלים וכלפי זה צ"ב מה מהני הסברא דכל היכא דאיתא וכו' הרי לא כח ההקדש בא להפקיע וצ"ע [ושמא כיון שזכות הבעלים הוא בקיום קרבנו לגבוה וכלפי גבוה כל היכא דאיתא ממילא אף זכות הבעלים לא פקעה וצ"ע] **והתוס' שללו** פירושו זה של רש"י במה שהקשו מהגמ' בפסחים דמוכר עולתו ושלמיו לא עשה כלום והיינו דזכות הבעלים בקדשי הגוף אינה זכות ממון הניתנת להעברה אלא חל דין הבעלים בחפצא דקרבתו וממילא פשיטא דהו דאף הגזול אינו יכול לקנותה ביאוש או בשום קנין.

**ועיין בפנ"י שתירץ קושית התוס'** דמיירי בקדשים קלים ואלבא דר"י הגלילי שהם ממון בעלים ויכול למכרם, **ואמנם יעויין בקצה"ח** [סי' תו סק"א] שכתב לדחות תי' הפנ"י וביאר דאף לריה"ג יכול הבעלים למכור הבשר לאכילה [כדאיתא בגמ' קידושין נב ע"ב] אבל למכור לאחר להתכפר בו אף לריה"ג אי אפשר. **ונראה שדבר זה הוא מחלוקת ראשונים דיעויין בתוס' ר"פ כאן** שכתב כהפנ"י וביאר הר"פ דאף דקרא דקרבתו כתיב גבי עולה מוקמינן לה בקק"ל באם אינו ענין. **ועיין בתוס' שאנץ בפסחים** [דף צא ע"א ד"ה כי פליגי] שכתב להדיא כהקצות דא"א למכור אלא הבשר ולא הקרבן לכפרה, וכפה"נ שזו גם שיטת התוס' דידן שלא תירצו כהר"פ.

**בגמ' משכבו ולא הגזול ראה בתוס'** מה שהקשו על פי' רש"י **ועיין בתוס' רי"ד מש"כ בזה**.

**בגמ' כגון שקצען ראה ברש"י** שפירש דאיכא תרתי שינוי מעשה עם יאוש, **והדברים צ"ב** שהרי שינוי מעשה קונה בלא יאוש ומדוע בעינן הכא ליאוש, **וראה בתוס'** שכתבו דקונה עם היאוש משום דלאו שינוי מעשה הוא, **ואף זה צ"ב** דאם אינו שינוי מעשה איך יקנה עם היאוש. **ועיין בתוס' ר"פ וברשב"א ובשטמ"ק בשם הראב"ד שביארו** דהך קיצוע הוי שינוי מעשה כל דהו ולהכי לא קני בלחודיה אלא עם היאוש, וכ"נ כוונת המאור לקמן בפרק הגזול [דף מא ע"א מדפי הרי"ף] **וכעיי"ז ביארו התוס' דידן להלן** [בדף סז ע"א ד"ה הא וכו'] בתירוצם הראשון גבי שינוי השם דשינוי השם כל דהו קני רק עם יאוש. **וכפה"נ דוהי כוונת התוס' דידן** [אם כי לשונם סתום קצת] **וראה להלן משי"ת בתוס' ד"ה שינוי השם וכו' ואמנם עיקר ענין הצירוף בזה צ"ב** ויתבאר בע"ה להלן שם. **והרמב"ן במלחמות** [בפרק הגזול בתרא דף מא ע"א בדפי הרי"ף] פירש באופ"א ולדרכו הקיצוע שינוי גמור הוא ויתבאר להלן.

**בגמ' עד דיתבי וכו' שינוי השם כשינוי מעשה דמי שינוי מעשה מ"ט וכו'** **בפשוטו** היה נראה דכוונת הגמ' לדמות דכמו דשינוי מעשה מהני אף שינוי השם חשיב שינוי ואינו כעין שגזול, **אך לשון הגמ' שינוי מעשה מ"ט וכו' צ"ב ויעויין ברמב"ן במלחמות לקמן** [בפרק הגזול בתרא, דף מא ע"א בדפי הרי"ף] שכתב שם להוכיח דשינוי השם קונה אף בלא יאוש [ודלא כשי' התוס'] וז"ל ועוד דקאמרינן בההיא שמעתא שינוי השם כשינוי מעשה דמי התם מעיקרא עצים והסתא כלים האי טעמא למה לי אטו שינוי מעשה קשיא לן אלא ה"ק

שינוי מעשה גופיה כי קני משום שנשתנה שמו הוא הלכך בעוצבא שקצעה אע"פ שאין כאן שינוי מעשה כיון שנשתנה שמה שינוי גמור שאינו חוזר לברייתו קנה בלא יאוש וכו' עכ"ל. ומבואר מדברי הרמב"ן דשינוי מעשה ושינוי השם חדא דינא הם וכל תקפו של שינוי מעשה הוא מחמת שינוי השם וי"ל ע"ל לרבה דלא סבר לשינוי השם אי פליג בטעם דין שינוי מעשה או דסבר דבעינן שינוי השם שע"י מעשה וצ"ע] **ויש להקשות על זה מכמה מקומות:** (א) **מטלה ונעשה איל** דמפורש בסוגיא דלעיל דליכא שינוי השם דאיל בן יומו קרוי איל ומ"מ חשיב שינוי. (ב) **בגמ' בגטין מבואר** דאין היזק ניכר שמיה היזק חשיב חמץ שעבר עליו הפסח כשינוי, והרי לא נשתנה שמו, נולעולם מיירי כה"ג שלא נשתנה שמו דאם היה משתנה אף למ"ד לאו שמיה היזק קשיא] (ג) **בהמה והזקינה** דהוי שינוי ולא נשתנה שמה ובגמ' שם דלא רק הזקינה אלא אפילו כחשה ולכאורה נראה דבהמה שהזקינה וכ"ש שכחשה לא נשתנה שמה.

**והתוס' לקמן** [בדף צג ע"ב ד"ה עצים וכו'] כתבו גבי שינוי מעשה בשיפוי עצים שאם אין עמו שינוי השם לא קני, ולמדו כן ממשמעות הגמ' שם וכן מהגמ' בדף צג ע"ב דאיתא התם דגזל דיקלא וקטליה וכן דקלא ועבדיה גובי לא קנה משום דלא נשתנה שמו בכך עיי"ש. ולכאורה היה נראה דס"ל כהרמב"ן דשינוי מעשה קונה מחמת שינוי השם, אך מתפרש בדבריהם גם באופ"א דשינוי מעשה ענינו שמשנה מהות הדבר ובאופן שאין שינוי השם לא הוי השינוי מעשה שינוי חשוב לקנותו. וכ"נ מדברי התוס' בסוכה [דף ל ע"ב סוד"ה שינוי] שהביאו דברי הגמ' הנ"ל גבי דיקלא והקשו על זה מבהמה והזקינה ותירצו דשינוי זה שקוצץ הדקל גרע מהזקינה ואינו מועיל בלא שינוי השם אבל בהמה והזקינה הוי שינוי אע"פ שלא נשתנה שמה. ומתפרש כנ"ל דשינוי מעשה אלים קונה בכל גווני ושינוי מעשה שאינו אלים כ"כ רק כשנשתנה גם השם חשיב שינוי. ועיין בהגהת הגר"א [סי' שס סק"י] שכתב דלאו כלל הוא והוכיח כן מטלה ונעשה איל ומהגמ' בסוכה גבי אוונכרי עיי"ש.

**ואולם בדברי הרמב"ן קשה לפרש כן** דלשונו משמע דכל ענינו של שינוי מעשה הוא מחמת שינוי השם שבו ואם כן אין לחלק בין המקרים השונים וקשה מכל הנך שינויים דליכא בהו שינוי השם וצ"ע.

**ועיין בטור וברמ"א** [סי' שס סעיף ו] שפסקו כן דכל שינוי מעשה בעי שינוי השם עמו, **ועיי"ש בקצה"ח** [סק"ה] שהקשה מסברא דאם כן למה הוזכר שינוי מעשה כלל הרי בלא"ה שינוי השם קונה, **וביאר הקצות** דבשינוי השם גרידא בעינן שינוי חשוב כמש"כ הרא"ש גבי טלה ונעשה איל [ונראה כוונתו למש"כ שם הרא"ש דשינוי השם גרוע קני רק עם יאוש ושה"ש מעליא קונה בלא יאוש וה"נ שה"ש גרוע קונה באופן דשינוי מעשה והם הם דברי התוס' דידן דשינוי השם בעי יאוש או שנוי מעשה וכוונתם לשה"ש גרוע כמסקנת תירוצם הא' להלן] **אבל נתקשה הקצות** מהא דהיזק שאינו ניכר חשיב שינוי אף בלא שה"ש והניח בקושיא.

**שם בגמ' הראשונים כולם נתקשו בדברי הגמ' דאם מהני שינוי השם כשינוי מעשה אם כן מדוע בעינן** ליאוש כלל ומאי שנא גנב מגזלן הרי שינוי קונה בכ"מ בלא יאוש. ונחלקו הראשונים בביאור דברי הגמ' **ושלש שיטות נאמרו בזה:** שיטת התוס' [בתי' הראשון] **והראב"ד ובעה"מ** דהך שינוי מהני רק בצירוף עם יאוש דלא הוי שינוי גמור. (ב) **שיטת התוס' [בתי' השני] והרמב"ן [בתי' השני]** דהשינוי מצ"ע הוי שינוי גמור אלא דבלא יאוש אין מועלת מחשבת הגזלן לעשות שינוי השם. (ג) **שיטת הרמב"ן [בתי' הראשון]** דמהני שה"ש לגמרי אבל לענין טומאה לא מהני אף כשהגזלן זכה בחפץ כ"ז שלא נתייאשו הבעלים.

(א) **שיטת התוס' בתי' הראשון:** ראה בתור"ה שינוי השם וכו' שכתבו דשינוי השם אינו דומה לגמרי לשינוי מעשה דשה"ש אינו מועיל אלא בצירוף עם היאוש משא"כ בשינוי מעשה. וראה להלן בדבריהם

[סז ע"א ד"ה הא] שכתבו בתירוצם הראשון דיש שינוי השם גמור שמועיל אף בלא יאוש כמו בגמ' לעיל גבי טלה ונעשה איל דפריך הגמ' דליקנינהו בשה"ש, והכא בסוגיין אינו שינוי השם גמור ולהכי בעינן יאוש.<sup>293</sup> **וכן פירש הבעה"מ** [לקמן בהגוזל בתרא בדף מא מדפי הרי"ף] והראב"ד [הו"ד ברמב"ן שם]

**והדברים צ"ב טובא** כי ענין הצירוף הוא מוקשה וסתום דממ"נ אם שינוי השם שינוי הוא לקני בלא יאוש מחמת שפקע חיוב השבה או דהשינוי עצמו הוי קנין ואם אינו אלים לקנות מה מועיל היאוש להצטרף עמו והיאוש אינו משנה מהות החפץ והוא לכשלעצמו אינו מועיל והכיצד מצטרפים היאוש והשה"ש יחדיו.

**ויעויין ברמב"ן במלחמות** [לקמן בדף מא מדפי הרי"ף סוד"ה עוד כתב] שהקשה על דרך זו דכיון שהיאוש הזה באיסורא הוא בידו אינו מועיל להצטרף כמו שאינו מועיל לקנות, **והוכיח כן הרמב"ן** ממה שלא מועיל ש"ר ואח"כ יאוש אע"פ שמועיל ביאוש ואח"כ ש"ר והיינו טעמא דבאיסור אתא לידיה דלוקח כיון שקדם ש"ר ליאוש ואם כן חזינן שאינו מועיל להצטרף ואף לשינוי השם לא יועיל להצטרף כיון דבגזול עסקינן ואצלו באיסור בא לידו. **ולמדנו מדברי הרמב"ן** שאף דין יאוש וש"ר מדין צירוף הוא דאל"כ אין כלל ראייה מה דלא מועיל התם שאינו מועיל לצירוף [שהרמב"ן בא להוכיח מהתם דכמו שאינו מועיל לקנות אינו מועיל להצטרפות ודוק] וחזינן שענין הצירוף דהכא מישך שייכא בצירוף דיאוש וש"ר וכל זה צ"ב טובא וגבי יאוש וש"ר קשה טפי דלכאורה ש"ר אינו ענין כלל לפרשת שינוי שלא נשתנה מאום בגוף החפץ הגזול, וצ"ע. **וראה עוד להלן ב'הרחבת דברים בדין יאוש ושינוי רשות'**

**ולדרך זו של התוס'** יש לעיין היאך חל שינוי השם של הגזול הרי אין החפץ שלו, ומבואר מכ"ד התוס' שאם היה שינוי השם אלים היה חל אף בלא יאוש וצ"ב היאך קובע שם כלי לדבר שאינו שלו, ויתכן לומר דסברי התוס' דאין צורך בשם בעלים כדי להעמיד העור להיות אברזין וסגי במה שהגזול שליט על החפץ, [ואמנם זה נסתר מתירוצם השני כמו שיתבאר להלן אבל מיהו י"ל דבתי' זה נקטו כן] אך לא מסתברא כן,<sup>294</sup> **וגם גבי הקדש קשיא** דמבואר בגמ' דמהני הקדש אחר יאוש מדין שה"ש וצ"ב היאך יכול להקדיש ולשנות שמו. **וידוע דברי הרשב"א בזה** [בתשובה ח"א תתקסח ובגטין דף נה] דמהני מדין באים כאחד דשינוי השם וקניית הגזול באים כאחד.

**(ב) שיטת התוס' בתי' השני. והתוס' תירצו עוד** דבאמת מהני שינוי השם בלא יאוש כלל אבל הכא דהשינוי השם אינו נעשה מכורח המציאות אלא מחמת מחשבת הגזול לא מהני מחשבתו לאשוויי

<sup>293</sup> ובתירוצם השני כתבו דשינוי השם לעולם קונה לבדו אבל מחשבת הגזול אינה מועלת ליחשב שינוי דאינה מחילה שם אברזין על העורות כיון שעתידי לחזור לבעלי עיי"ש בדבריהם. **ולכאורה דבריהם כאן הם לפום תירוצם הראשון להלן** דלתירוצם השני הרי דומה שינוי השם בגוף ענינו לגמרי לשינוי מעשה. אך עדיין קשה דאף לתירוצם הראשון דומה שה"ש לש"מ שהרי אף שה"ש כשהוא גמור קונה לחוד ואף שינוי מעשה כשאינו גמור [כגון עיצבא] אינו קונה אלא בצירוף ולמה דחקו התוס' לומר דלא דמיא לגמרי וצ"ע. ואפשר דנתקשו התוס' משום דבגמ' מדמי שינוי השם דהכא לשינוי מעשה גמור כדאיתא בגמ' להדיא דמייתי עצים ועשאים כלים ולזה נתקשו התוס' דשינוי קטן דהכא ל"ד לשינוי גמור דהתם.

<sup>294</sup> דאם כן מדוע אין מחשבת הגזול מטמאה הרי סו"ס חשב עליה, ואם נבוא לחלק דמחשבתו אינה מועילה כיון שלא נתייאש הבעלים אין זו מחשבה חשובה שהבעלים מוציא מידו אם כן לאחר יאוש תועיל אף אי יאוש לא קני ומאי פריך לרב יוסף כלל, **ומוכח מהגמ'** דבעינן בעלים כדי שיחול השינוי לענין טומאה ולכן בעינן לשינוי השם וצ"ב דהרי הוא אינו בעלים והיאך יכול לשנות השם. ואמנם אנו יכולים לדחוק דלגבי טומאה רק מחשבת בעלים קובעת אבל לענין שינוי השם סגי בדעת גזול כדי שישתנה שמו בכך ולכן אי שינוי השם קונה – דלזה מועיל מחשבת מי שאינה שלו – ממילא יש כאן קנין דגזול ומועיל מחשבת הבעלים ידיה לענין טומאה ודוק, אך כ"ז נראה רחוק ומסתברא דשויים דיני טומאה לדיני שינוי השם. ובלא"ה קשיא גבי הקדש כמש"כ בפנים.

שינוי השם כיון שאינו שלו. וכן גבי הקדש לא מהני הקדש ידידיה מהאי טעמא והוסיפו התוס' דאף בשינוי רשות לא מהני מה"ט בלא יאוש. **וכן כתב גם הרמב"ן במלחמות בסוף דבריו על הדרך הזו.** וז"ל דאבל מי שיקרא שם מעצמו לגזילה שבידו אין זה שינוי השם שאין אדם קורא שם לדבר שאינו שלו וכל זמן שלא נתיאשו הבעלים הרי הוא כמי שתתגרם גרנו של בעה"ב שלא ברשות ואין זה שם כלל ועוד שיחזור לבריתו כשיצאו הבעלים מידו אבל לאחר יאוש הואיל ויצא מרשות הבעלים שנוי השם שלו שנוי הוא וקני וכו' **עב"ל** ולפי זה נמצא שאין צורך לצירוף כלל והשינוי שינוי גמור הוא דלקנות אלא דלא מהני באופן שהגזול אינו בעלים.

**ויעיין בקצה"ח** [בסי' רסב סק"א] שכתב דלדרך זו של התוס' והרמב"ן מהני יאוש שלא מדעת דאף דבעלמא קיי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש מ"מ הכא לא בעינן לחלות ההתר דיאוש אלא דאחר יאוש מהני שינוי השם כיון שאין הבעלים מרדפין ואם כן ה"ה ביאוש שלא מדעת כבר אינן מרדפין והוי שינוי השם ידידיה שינוי.

**ואולם יל"ע בזה דלכאורה** מדברי הרמב"ן עולה לכאורה שני טעמים: האחד שאינו יכול לקרות שם על דבר שאינו שלו ועוד שהוא עומד להתבטל כשימצאוהו הבעלים. **ובטעמו הראשון של הרמב"ן יש לעיין** מדוע אינו קורא שם לדבר שאינו שלו ובפשוטו נראה שמחמת כח הבעלות של הגזול לא חלה קריאת השם של הגזול **אך אם כן טעמו הראשון של הרמב"ן צריך ביאור טובא** דאם ס"ל שמי שאינו בעלים אינו יכול לשנות השם – ולא ס"ל לסברת באים כאחד בזה – אם כן מה מועיל היאוש הרי סו"ס יאוש לא קני דבאיסור אתא לידיה ועדיין של בעלים הראשונים החפץ והוא אינו בעלים כלל ולא תועיל מחשבתו ואם תאמר דמהני מדין באים כאחד אף קודם יאוש תאמר כן.

**ובפשוטו היה נראה** דאחר יאוש יצא החפץ מרשות בעלים אלא שהגזול אינו יכול ליכות בו [והוי הפקר גמור או שיש התר זכיה בו לכל אדם] ולכן יכול הגזול לשנות שמו דאפשר ומסתבר דמה שא"א לשנות שם הדבר היינו כשיש בעלים המתנגד לזה אבל בחפץ של הפקר שנמצא ברשות אדם יכול לשנות שמו וכ"מ בתוס' ר"פ דטעם שלא מועיל שינוי הוא משום שאין הבעלים רוצים שיהיה אברזין. **אך זה תלוי בנידון אחר** האם ביאוש באופן דבאיסור אתא לידיה חל היאוש או לא. **וראה לעיל** בסוגיא דיאוש שהוכחנו מראיות רבות דלא חל השינוי ועדיין החפץ של בעליו ובעיקר מוכח כן ממה שטרחו התוס' בדף קיא למצוא טעם למה המזיק חפץ אחר יאוש פטור מבעלים הראשונים אלמא דידהו הוא עדיין. **ואם כן שוב קשה** מדוע מהני שינוי השם הגזול רצ"ע.

**ועכ"פ** אם כן הוא הדבר שאין כח להגזול לשנות השם קודם יאוש ודאי שלא יועיל בזה יאוש שלא מדעת ובעינן יאוש גמור ורק לפי טעמו השני של הרמב"ן יועיל יאוש שלא מדעת.

**וטעמו השני של הרמב"ן אף הוא צ"ע** דאם כן היאך מוכיחה הגמ' כלל דיאוש או שה"ש קני דלמא חל עליו שם טומאה מחמת מחשבת הגזול צ"ע ודוק [ולחלק בין דין שה"ש דלא בעינן בעלים לגבי טומאה דנימא דבעינן בה בעלים זה נראה רחוק רצ"ע ועיין לעיל בהערה 294]

**ובדעת התוס' יש להסתפק** לאיזה משני הטעמים נתכוונו התוס'. **ועיין בתוס' ר"פ שמדבריו משמע** דהדבר תלוי במציאות דכיון שהבעלים אינם רוצים לא חשיב שינוי השם אבל לאחר יאוש אין הבעלים מעכב מאחר שהסיח דעתו מהחפץ אבל קשה דאם כן היאך מוכיח מינה

**עוד חידשו התוס' לדרך זו דאף בש"ר** כן הוא דהיה יכול להועיל בלא יאוש אלא דלא הוי שינוי קודם יאוש. וכאן קשה לומר דהוא מחמת שהבעלים עתידים להחזיר הדבר לקדמותו דממ"נ אם אזלינן בתר המציאות הרי כעת הוי ברשות אחרת ומסתברא דכוונת התוס' שהשינוי לא חל דאין ללוקח כח זכיה

מחמת נתינת הגולן וזה משמע עה"ד הראשונה של הרמב"ן [אך אין הכרח דהסברא שווה בשה"ש ובש"ר] וגם כאן קשה אם כן מה מהני היאוש וי"ל ודוק.

**ומדברי התוס' אלו מוכח** דשינוי רשות מפרשת שינוי הוא דאל"כ אין טעם בעולם שיועיל בלא יאוש כלל. וזה צ"ב טובא דסו"ס החפץ לא נשתנה ומדוע ס"ד שיקנה הגולן, וצ"ע. וראה עוד לקמן בגדרי יאוש וש"ר. **ויל"ע בדבריהם** דשיטת התוס' לקמן בדף קיא מפורשת דשינוי רשות מהני אף אם נעשה שלא מדעת הגולן [כגון שבא אחר וגולו לאחר יאוש מהגולן דקנה השני] ואם כן אם גול אחר מהגולן קודם יאוש דהוי שינוי רשות לא מחמת מחשבת הגולן אלא מחמת המציאות מדוע לא יועיל בלא יאוש ודומיא דשה"ש שמועיל בלא יאוש כה"ג שאינו מצד מחשבת הגולן וצ"ע וי"ל ודוק.

**ויש לדון נ"מ** בין שני תירוצי התוס' באופן שהיה שינוי השם קטן קודם היאוש, דלהתי' הראשון של התוס' מהני [אף דבאיסורא אתא לידיה שהרי אחר יאוש נמי באיסורא אתא לידיה] ולהתי' השני של התוס' לא יועיל כי אין הגולן יכול לשנות השם כלל קודם יאוש.

**תוד"ה שינוי השם כשינוי וכו'** לכאורה מתפרש כוונתם בשינוי השם גרוע וע"ד תירוצם הראשון דלקמן, אך **צ"ע** דלעיל כתבו התוס' דקיצוע מהני רק עם יאוש ופירשו הראשונים דה"ט משום דהוי שינוי מעשה גרוע, ואם כן **קושיתם כאן אינה מובנת** דהרי שה"ש הוי ממש כשינוי מעשה דשניהם מהני לבדם כשהם מעליא ושניהם מהני עם יאוש כשהם גרועים. **ועיוין היטב בהגהת הגר"א** [בסי' שנג סק"ח בליקוט השני] שנראה שפירש דדברי התוס' דידן באו כמקשה אחת עם דברי התוס' להלן ד"ה הא וכו' ומתחילה לא חלקו התוס' וכתבו דכל שינוי השם בעי יאוש והקשו ממריש וחזרו בהם ופירשו דדוקא שינוי גרוע בעי יאוש [בתי' הראשון] או דלא בעינן יאוש כלל [בתי' השני] **ולפי זה** י"ל דמסקנא באמת מדוקדק היטב לשון הגמ' לשני תירוצי התוס' ושינוי השם שווה לגמרי לשינוי מעשה.

#### דף סז ע"א

**בגמ' מיתיבי הגנב והגולן וכו' ראה ברש"י** שפירש דהקדשן הקדש ואסור ליהנות וכן גבי תרומה פירש דאסור לזרים וצ"ב כוונתו בהדגשה זו, **ועיון בתורי"ד שכתב** דרבה לא הוה מצי למפשט מהכא דיאוש קונה מן התורה דאפשר דהוי תרומה והקדש מדרבנן ולחומרא, ואולי לזאת רמז רש"י.

**ראה בתוס' שכתבו** דבקדשים שאינו חייב באחריות איכא ש"ר, וגבי תרומה לא פירשו התוס', **ועיון ברשב"א** שכתב דליכא ש"ר עד שיבוא ליד כהן וכ"כ התורי"ד ושם איתא דהוי ממון בעלים עד שיבוא ליד כהן, ויש להעיר דתרומה אחר הפרשה הוי לממון השבט והבעלים יש לו רק טובת הנאה וצ"ע, ושמא כיון שאינו שייך לכהן מסויים אף שחל זכות שבט הכהונה לא מקרי שינוי רשות דאין שליט עליו אלא הבעלים לבדו כי הוי ממון שאין לו תובעים. ולפי"ז במכירי כהונה הוי שינוי רשות אם הוי מ"כ דין ממון]

**תוד"ה מעיקרא טיבלא וכו' עיון במהרש"א** שנתקשה בדבריהם מהיכא פסיקא להו דלא מהני שה"ש החוזר לבריתו בהדי יאוש, ומה דאיתא בגמ' דלא מהני שה"ש החוזר כ"ז הוא במריש דבעינן שיועיל השינוי לחוד כמו שפירשו התוס' לעיל. **ובאמת יעיוין בתוס' בסוכה** [דף ל ע"ב ד"ה וליקנוה] שכתבו דשה"ש החוזר מהני להצטרף עם יאוש לקנות **ועיון בחי' הרע"א כאן בזה**.

**תוד"ה מעיקרא חולין וכו' בסברת התוס'** דבאחריות ל"ה ש"ר יעיוין במה שנתבאר בזה לעיל בדף סו ע"ב על התוס' ד"ה ש"מ וכו'. **ומה שהוסיפו כאן התוס'** 'ואע"ג דמעיקרא תורא וכו' דבריהם בזה מחוסרי ביאור דמדוע ס"ד דליכא שה"ש מחמת סברת תורא דראובן הרי סו"ס מעיקרא חולין והשתא הקדש. **ועיון**

בהגהת חשק שלמה בשם הנצי"ב וכ"ה במרומי שדה שהגיה בדברי התוס' שבאו לומר דהוי שינוי רשות אע"ג דמעיקרא תורא דראובן וכו' וכוונתם בזה כמ"כ התוס' לקמן דף עו לחלק דאף דהקדש לקרבן לא הוי מכירה לענין דו"ה בגלל סברת מעיקרא וכו' אבל מ"מ חשיב שנוי רשות כיון שבא לרשות הקדש ועיי"ש בפנים נוסח דברי התוס' להגהה זו.

אבל יעויין ברשב"א שאף הוא נתקשה כהתוס' מדוע בעינן בהקדש לטעמא דשה"ש ולא משני משום ש"ר ותירץ כדברי התוס' וז"ל וא"נ י"ל דכיון דהקדש סתם תניא ואיכא הקדש דאין בו ש"ר כחטאות ואשמות דמעיקרא תורא דראובן והשתא נמי תורא דראובן לפיכך פרשוה משום שנוי השם עכ"ל ומדבריו נראה דסברא זו שכתבו התוס' דבמקום אחריות ליכא ש"ר היא גופא סברת מעיקרא תורא דראובן המפורשת בגמ' שם. אבל לא יתכן לפרש כן שהרי בגמ' שם מייירי גם בקרבנות שאין הגזלן חייב באחריותם כדאיתא להדיא בתוס' שם, וכ"מ סתימת הגמ' שם עיי"ש. ואפשר דהרשב"א והתוס' לישנא דגמ' נקטו וכוונתם דכיון דבאחריות נשאר עדיין השור ברשות בעליו מעיקרא תורא דראובן וכו' ואין כאן ש"ר. ולפי זה מתפרשים אף דברי התוס' דידן ע"ד זו ודוק.

ובעיקר סברת התוס' כאן ולעיל דבקה"ג איכא ש"ר יעויין ברמב"ן במלחמות [בדף מא מדפי הרי"ף] שני תירושים בזה ובתי' הראשון חולק הרמב"ן על התוס' וסובר דליכא ש"ר כלל בהקדש.

בדין יאוש ושינוי רשות מבואר בסוגית הגמ' [להלן דף סח ע"א ועוד] דגם למ"ד דיאוש כדי לא קני אבל קני ביאוש ושינוי רשות, ובגדר הדין דמהני יאוש וש"ר מצאנו בזה כמה צדדים בראשונים ואחרונים כמו שיתבאר.

יעויין ברא"ש לעיל בסוף הסוגיא דיאוש שכתב דלהלכה יאוש אינו קונה מן התורה אלא מדרבנן ולחומרא אבל יאוש וש"ר או יאוש ושינוי השם קונה מן התורה, וכתב הרא"ש דהמקדש אשה בגזל לאחר יאוש מקודשת לחומרא ומדרבנן כיון שיאוש אינו קונה מן התורה וכנ"ל.

ויעויין בי"ש [ב"ק סי' ז] שתמה על דברי הרא"ש אמאי אינה מקודשת מן התורה הרי יאוש וש"ר קונה מן התורה, וביאר בדברי הרא"ש שסובר דביאוש וש"ר הרי חל הקנין אצל הלוקח ובקידושין נמצא שחל קנין הגזילה ביד האשה ולא קבלה ממנו כסף קידושין אלא מעצמה זכתה בו.

ואולם תמה הי"ש על הרא"ש דמוכח בגמ' דקנין יאוש וש"ר חל ביד הגזלן, שהרי לחד מ"ד עיקר דין דו"ה האמור במכירה הוא באופן דיאוש ושינוי רשות ומדחשיב מכירה דגזלן ע"כ באותה שעה שקנה הלוקח הגזילה קנה ג"כ המוכר ונתחייב לו הלוקח דמים' שאל"כ אין כאן מכירה ואין הלוקח חייב לו דמים. והוכיח הי"ש מהרי"ף דלא כהרא"ש שהרי"ף פסק דיאוש לא קנה ומ"מ פסק דמקודשת אלמא מידו בא הכסף לידה.

והרע"א [במערכה בגטין דף נה והועתקה בחי' הרע"א בסוגיין] כתב שהדבר שנוי במחלוקת ראשונים, דיעויין ברמב"ן ובר"ן בקידושין [דף נו ע"ב<sup>295</sup>] שביארו לשיטת הרש"י דחליפי איסוה"נ אסורים למחליף הא דמהני הקידושין במכר לאיסוה"נ וקידש בדמיהם היינו משום דמחמתו בא לה הממון וכתבו דדמיא למקדש בגזל דמקודשת כיון דבא לידה מחמתו.

<sup>295</sup> ול"מ כן ברמב"ן שם אך הוא מפורש בחי' הרשב"א שם שכתב וז"ל הא למה הדבר דומה למקדש בגזל דאחרים למאן דאית ליה סתם גזלה יאוש בעלים היא דאע"ג דיאוש כדי לא קני וכל זמן שהוא בידו אינו קנוי לו אפילו הכי כי נתנו לה מקודשת, לפי שקנאתו היא בנתינתו דהוה ליה בידה יאוש ושינוי רשות והכא נמי הרי קנאתו היא בנתינתו והנאה הבאה לה מחמתו היא עכ"ל



ולעומת זאת למד הרע"א מדברי הריטב"א בקידושין [דף נב ריש ע"ב] שסובר כהיש"ש שכתב שם הריטב"א וז"ל דכיון דאיכא יאוש ברשות גזלן ושינוי רשות ברשותא דידה קנייה ביאוש ושינוי רשות, דכיון דאידיה קנייתה אף הוא קנה אותה, אע"פ שהוא לא קנה דינר זה בעוד שהיה ברשותו, וכיוצא בו בהקדש כגון שגזל ונתייאשו הבעלים והקדישו קדוש וקנייה הקדש בייאוש ושינוי רשות, והוה מתכשר לקרבן דיליה אי לאו משום דאיכא מצוה הבאה בעבירה כיון שסייע ההקדש בקניינו, עכ"ל. הרי מבואר מדבריו שכשהאשה קונה הממון אף הגזלן קונה כמו כן והיא קונה מכחו כמש"כ היש"ש.<sup>296</sup>

ובזה ביאר הרע"א שיטת הרא"ש והעמיד דשלש שיטות בדבר: שיטת הריטב"א היא כהיש"ש שמקודשת מחמת שקנה הגזלן, שיטת הרמב"ן והר"ן דאינה קונה מכח הגזלן ומ"מ מקודשת כיון שבאה לה ההנאה מחמתו שהוא העמיד לה הכסף קידושין ומכחו זכתה בו. ונמצא דפליגי הראשונים בתרתי: דלהריטב"א זכה בגזילה ואלמלי שזכה לא היתה מקודשת והרמב"ן סובר דלא זכה בגזילה ומ"מ מקודשת. וביאר הרע"א בדעת הרא"ש שסובר בעיקר הדבר כהרמב"ן דאין הגזלן זוכה אך סובר דכדי שיחולו הקידושין בעינן שיזכה בכסף כהריטב"א ולכן סובר שאינה מקודשת מן התורה.

והגר"ש איגר [במאמר מוסגר שם בחי' הרע"א] ציין לדברי הקצה"ח הנודעים בגדר דין יאוש ושינוי רשות ונראה כוונתו לפרש דמחלוקת הראשונים שהעמיד הרע"א תלויה בשרשה במחלוקת הראשונים בדין יאוש וש"ר כמו שיתבאר.

דיעויין בקצה"ח [בסי' שסא סק"א] שביאר שנחלקו ראשונים בגדר דין יאוש וש"ר: דיעויין ברמב"ם [פ"ה מגניבה ה"ג] שסובר דיאוש ושינוי רשות מהני ל"ש קדם היאוש לשינוי או השינוי ליאוש בתרווייהו קני לוקח. אבל מדברי התוס' [בסוכה דף ל ע"ב ד"ה וקרקע] והרמב"ן [במלחמות דף מא ע"א מדפי הרי"ף] מבואר דמהני שינוי רשות רק לאחר היאוש דאז אתא ליד לוקח בהתירא אבל שינוי רשות קודם היאוש שהגיע ליד הלוקח באיסור לא מהני. ושורש נידון זה הוא בגמ' לקמן [דף קטו ע"א] דלדעת רב זביד שם נחלקו רב ורבי יוחנן להדיא בדין זה דשינוי רשות ואח"כ יאוש אי מהני. ולדעת שאר אמוראי שם לא דנו בזה רב ור"י כלל]

וביאר הקצות לדעת התוס' והרמב"ן דבאמת אין כאן כלל ענין של צירוף היאוש והשינוי ובאמת שאינו ענין של 'שינוי' כלל אלא דהגזלן עצמו לא יכול היה לזכות בחפץ דאתא לידו באיסורא אבל הלוקח שבא לאחר היאוש קונה לפי שאצלו הדבר בהיתר. אך לדעת הרמב"ם יש כאן דין צירוף של היאוש והשינוי רשות ומהני תרווייהו להצטרף לקנות.

אלא דצ"ב לדעת הרמב"ם היאך חשיב שינוי רשות מכח מכירת הגזלן הרי אין לו כח למכור כלל [ולדעת התוס' ל"ק שהלוקח קונה מעצמו ככל אבידה שמוצאה לאחר יאוש] וע"ז הביא הקצות את דברי הרשב"א [בגטין דף נה ע"ב וכ"ה בתשובה ח"א סי' תתקסח] שהקשה כן גבי הקדש היאך יכול הגזלן להקדיש לאחר יאוש ותירץ הרשב"א דהקדשו וקניתו באים כאחד וה"נ הכא קניית הגזלן והשינוי רשות באים כאחד.

<sup>296</sup> ויש להוסיף בזה דהריטב"א לשיטתו אויל בשני מקומות, דיעויין במל"מ [פ"ה מאישות ה"א ד"ה אך עדיין וכו'] שהביא במדברי הריטב"א בקידושין דף נו שם שחולק על הר"ן וסובר דאינה מקודשת באיסורה"נ אף היכא דלדידה שריא, ונתקשה המל"מ מה יענה הריטב"א לראית הר"ן ממקדש בגזל ותירץ עפמ"כ המ"מ דבגזל מקודשת מפני שהוא קונה את הגזילה והיא קונה ממנו. ואמנם המל"מ הביא כן מהמ"מ אך הרע"א הראה מקורו מפורש בדברי הריטב"א עצמו לעיל שם דף נב שכתב סברא זו בדין מקדש בגזל ולשיטתו אויל.

**וכתב הקצות** דנ"מ בפלוגתייהו היכא שמכר הגזולן לקטן, דאי מהני מכח זכית הלוקח מעצמו כדעת התוס' הכא לא מהני דאין לקטן זכיה מן התורה כלל, אבל להרמב"ם יועיל דהגזולן הוא המקנה לקטן [מדין באין כאחת] ובדעת אחרת מקנה יש זכיה לקטן מהתורה.

**ומצינו עוד שנחלקו ראשונים** בדין המקדש בגזל לאחר יאוש, **דיעויין ברא"ש בסוגיין** שכתב דמקודשת רק מדרבנן לחומרא משום דיאוש קני מדרבנן אבל מן התורה אינה מקודשת לפי שאין יאוש קונה, אבל **הרמב"ם** פסק דהמקדש בגזל לאחר יאוש מקודשת. **ויעויין בקצה"ח** [סי' שנג סק"א] שתמה על דברי הרא"ש שהרי קנאתם האשה מכח יאוש ושינוי רשות ומדוע לא תהיה מקודשת. **וביאר הקצות** דשורש פלוגתייהו של הרא"ש והרמב"ם הוא בגדר דין יאוש וש"ר דלהרא"ש הא דמהני יאוש ושינוי רשות הוא משום דהלוקח זוכה מעצמו ואם כן אין כאן כסף קידושין כלל אבל הרמב"ם לשיטתו דהוי קנין מדין צירוף והגזולן נחשב למקנה [ע"י דבאים כאחד וכנ"ל] הוי שפיר כסף קידושין גמור שהוא נתן לה ומקודשת.

**ובמש"כ הקצות** דלהרמב"ם מהני מדין צירוף בהכרח כוונתו דמהני רק מכח הצירוף [ולא נאמר דיכול להועיל בשני אופנים האחד משום צירוף ועוד בלא"ה משום דבהתירא אתא לידיה] שהרי אם יכולה לזכות מכח ידיה בלא צירוף אם כן שוב אינה מקודשת דסו"ס הוא לא נתן לה כלום. גם אין מסתבר כלל לומר שיש זכיה מכח בהתירא אתא לידיה דאם כן מהיכן למד הרמב"ם שיש גם דין צירוף ובגמ' דאיתא לחד מ"ד דמהני אף ש"ר קודם היאוש מבואר בגמ' הטעם דמאי שנא מלאחר יאוש, אלמא בכל גווני בעינן צירוף. **ואמנם בסברא צ"ב** מדוע להרמב"ם בעינן להך צירוף ולמה לא יוכל הלוקח לזכות בו לבדו לאחר יאוש בלא דעת הגזולן דסו"ס הבעלים נתייארש וכלפיו הוי בהתירא.<sup>297</sup>

**ובמש"כ הקצות בדעת התוס' ורמב"ן** שם פשוט דכוונתו דמהני רק מדין בהתירא אתא לידיה וליכא דין צירוף שאם היה דין כזה היה מועיל גם בש"ר ואח"כ יאוש וכן היה מועיל לזכות בקטן הקונה מגזולן.

**והגרש"א ציין לדברי הקצות אלו** כלפי מחלוקת הראשונים המובאת ברע"א אם הגזולן קונה את הגזילה ומידו באה לאשה או דהאשה עצמה קונה את הגזילה, **ונראה כוונת הגרש"א** דלהסוברים דמהני יאוש וש"ר מדין בהתירא אתא לידיה דלוקח אם כן פשוט דהגזולן אינו קונה כלל וליכא קידושין כמש"כ הקצות, אך להסוברים דמהני מכח ההצטרפות דיאוש ושינוי רשות י"ל [אך אינו מוכרח] דהגזולן הוא שקונה את הגזילה והאשה מכחו קונה. **ולפי זה הרמב"ן** שכתב דמקודשת כיון שבא לה מחמתו אף שהגזולן לא זכה י"ל דאזיל לשיטתו דמהני משום דבהתירא אתא לידיה והריטב"א שכתב כהיש"ש דהגזולן קונה ומכחו קונה האשה סובר כהרמב"ם דהוא מדין הצטרפות.

**ואולם בעיקר דברי הקצות** שחידש דלהרמב"ן ותוס' אינו מדין צירוף כלל והלוקח זוכה מעצמו **יש לתמוה בזה מהרבה ראיות** והובאו חלקן באחרונים דמוכח מאוד דלכו"ע הוי מדין צירוף וזוכה הלוקח מכח הגזולן: **(א) קושית היש"ש** דא"כ אין כאן תואר מכירה כלל והיאך חייב דו"ה ביאוש וש"ר. **(ב) בסברא קשה** לדעת הרמב"ן ודעימיה מדוע מקודשת באיסוה"נ ואף שהרמב"ן כתב דכיון שקבלה מחמתו מקודשת אבל להקצות לכאורה לא חשיב כלל שקבלה מחמתו שמההפקר היא זוכה לאחר יאוש בעלים, ומה שהגזולן שליט וברצותו יוכל למנוע ממנה מעשה הזכיה לא מסתברא כלל דחשיב שקבלה מכחו. **(ג) מבואר ברמב"ן** במלחמות שם וכן בתוס' בכ"ד דגזולן שהקדיש קונה ביאוש וש"ר,

<sup>297</sup> ואפשר אמנם לומר דאינו יכול לזכות מעצמו בגלל זכות הגזולן בחפץ כדאיתא בתוס' בדף סז סט אך בזה ניחא הראיה הא' שהבאנו ממה שהאשה מקודשת אבל אכתי קשיא היאך מדמי בגמ' יאוש וש"ר לש"ר ויאוש.

והוא תמוה טובא להקצות דהרי ליכא הכא כלל הקדש שאינו שלו ואינו יכול להקדיש, ומפורש הטעם ברשב"א בתשובה ובגטין דהוא מדין באין כאחד, ואמנם הקצות כתב דבאין כאחד שייך רק ביאוש ושה"ש להרשב"א אבל זה פלא דברשב"א עצמו מפורש דאף יאוש וש"ר מהני מדין באין כאחד, והוא מוכרח לכל הראשונים הנ"ל שהזכירו דין יאוש וש"ר בהקדש דאל"כ לא יחול ההקדש כלל. (ד) עוד קשה מדברי הגמ' לקמן ריש הגו"מ דלמ"ד רשות יורש כרשות לוקח קונים היורשים ביאוש וש"ר אך למ"ד דרשות יורש לאו כרשות לוקח אינם קונים והשתא לדברי הקצות הרי לא שייך כאן כלל דין ירושה אלא ממ"נ אם החפץ ברשותם יקנוהו בחצר כשאר בני אדם ואם לאו הרי כל הקודם זכה בו ומאי שיאטיה כאן רשות יורש. [ומיהו גם ללא דברי הקצות צ"ב טובא מה שייך כאן דין ירושה במה שאינו שלן]

(ה) גם מגוף דברי הרמב"ן שהביאם הקצות מוכח לכאורה שלא כהקצות, שהרמב"ן שם ביאר דשינוי השם ואח"כ יאוש לא מהני להצטרף לפי שהיאוש לא מהני באופן דבאיסורא אתא לידיה וכמו שאינו מועיל לקנות אינו מועיל להצטרף עם שה"ש והוכיח כן הרמב"ן ממה דלא מהני ש"ר ואח"כ יאוש להצטרף 'שאע"פ שמצטרף עמו וקונה אח"כ שינוי רשות וכו' ומדברי הרמב"ן מוכח בתרתי דלא כהקצות: חדא מעצם הראיה מש"ר דאי נימא דבעלמא מהני ש"ר מדין בהתירא אתא לידיה אם כן מה הראיה ממה שלא מהני ש"ר קודם יאוש הרי אינו מדין צירוף כלל, וכי היה פשוט להרמב"ן מסברא דש"ר שינוי הוא להצטרף אף אם בגמ' לא הוזכר כלל ומהניא רק מדין בהתירא אתא לידיה. וביתר עומק מוכח כן להדיא מדברי הרמב"ן שכתב שראיתו מדל"מ ש"ר קודם יאוש אע"ג דמהני לאחר יאוש, וכוונתו במה שהוסיף כן הוא להכריח שש"ר יש לו הכח להצטרף עם יאוש והא ראייה מדמצטרף לאחר יאוש ואם כן קשיא ליה מדוע אינו מצטרף קודם יאוש ומזה הוכיח דיאוש שאחר השינוי לא מהני ולדברי הקצות כמובן דליכא מזה ראייה כלל.

(ו) התוס' לעיל בסוגיין חדשו דהיכא שהקדישם הגולן באחריות לא הוי שינוי רשות ולהקצות הוא תמוה דכיון דזכית ההקדש מכח עצמה היא באה מאי איכפת לן שיש לגולן אחריות ועל כרחין דמדין שינוי הוא וכה"ג לא חשיב שינוי [אם כי בלא"ה קשה היאך מהני הקדשו וכמושה"ק לעיל] וביותר קשה מדברי הנמו"י בב"ב [דף מד ע"א] בשם הרשב"א ועוד ראשונים אשר אף גולן שמכר אם באחריות מכר לא חשיב ש"ר לקנות וזה תמוה מאוד להקצות דהרי סו"ס בהתירא אתא ליד לוקח ומדוע לא יקנה.

(ז) עוד יש לדקדק מדברי התוס' בסוגיין [דף סז ע"א ד"ה הא] שבתירוצם השני ביארו דשינוי השם מהני אף בלא יאוש אלא בעלמא בעינן יאוש כדי שיחול השינוי דבלאו יאוש אינו חשוב שינוי והוסיפו התוס' דה"ה בש"ר בעינן יאוש מה"ט שאל"כ לא תועיל מכירתו. והנה אי נימא דש"ר אף הוא מדין הצטרפות כשה"ש מובן היטב שהתוס' כאן כשחזרו בהם מענין הצירוף ביאוש ושה"ש השוו מידותיהם לומר דאף ש"ר אינו מדין צירוף אבל להקצות תמוה מדוע חזרו בהם מההבנה הפשוטה דש"ר מהני מדין בהתירא ופירשו דהיה ראוי שיחול אף קודם יאוש ואינו חל מחמת שהמכירה לא מועילה ומה שייכות יש לזה עם דבריהם דלעיל ודוק בראיה זו.

(ח) הרשב"א לקמן בריש הגו"מ כתב דשינוי רשות בעל כרחו של גולן לא מהני, והוכיח כן דאל"כ הגזילה עצמה תיחשב לש"ר למ"ד דש"ר ואח"כ יאוש מהני וע"כ דלא חשיב ש"ר לפי שנעשה בעל כרחו של הבעלים. ומזה מוכח בתרתי דלא כהקצות, חדא דלהקצות אין הבדל אם נעשה בעל כרחו של הגולן או לא, ועוד דראית הרשב"א מגזילה עצמה אין לה פשר דהרשב"א הוכיח ממ"ד דש"ר ואח"כ יאוש מהני והרי להך מ"ד באמת בהכרח הוא ענין שינוי כמש"כ הקצות עצמו בדעת הרמב"ם שסובר

כן אבל מזה אין שום ראיה כלפי דין שש"ר ואח"כ יאוש לא מהני והא דמהני הש"ר הוא מדין בהתירה ולא מחמת הצטרפות.

**ויש שפירשו** על פי דברי התוס' לקמן [בדף סז ע"א] דכל אדם אינו רשאי לזכות בה לפי שצריכה לגולן ליפטר מהבעלים ולכן מהני קנינו של הלוקח רק מכח הקנאת הגולן שקנינו גזילה של הגולן מונעים זכיה על ידי אחר אך באמת מצד זכות הבעלים יכול הלוקח לזכות מעצמו, וזה מיישב את הקושיות א' וב' אך שאר הקושיות דיין קשות גם לדרך זו [ודוק]

**ומכ"ז מוכח להדיא** דשינוי רשות כשמו כן הוא ומועיל מתורת שינוי ובהצטרפות עם היאוש, אך צ"ב טובא חדא מסברא דהרי הלוקח יכול לזכות מעצמו דבהתירה בא לידו ומדוע בעינן צירוף, ועוד שהרי מפורש בראשונים [ברמב"ן וברשב"א בתשובה] דטעמא דש"ר הוא משום דבהתירה בא לידו ומדוע בעינן לשני הטעמים, **וצע"ג. ועיין באמר"מ** [ס' לב אות מח] מש"כ לבאר בזה [ולדבריו היכא שהלוקח רוצה לקנות מעצמו באמת אין צורך לדין ש"ר והוא דוחק]

**גם עצם הענין** ששינוי רשות נחשב לשינוי אינו מובן דשינוי בעלמא מהני משום דהחפץ עצמו נשתנה ונתבאר בזה שני אופנים באחרונים או דכה"ג פקע חיוב השבה או דהוי כבירה חדשה שזכה בה הגולן אבל הכא הני תרי טעמי לא שייכי ומהו מהות ענינו של שינוי רשות ליחשב כשינוי, וצ"ע. **ולתירוצם השני של התוס'** [בדף סז ע"א] שכתבו דשינוי רשות בעי יאוש דאל"כ אין כאן שינוי רשות משמע דאם יהיה ש"ר הרי הוא קונה בלא יאוש, וזה פלא היאך יקנה מה שאינו שלו מחמת שינוי רשות, וצ"ע.

**שינוי רשות בע"כ של גולן עיין בתוס' לקמן ריש הגו"מ** [דף קיא ע"ב ד"ה גולן] גבי גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו דאיתא בגמ' דרצה מזה גובה רמ"ג. והתוס' שם בקשו היכי תמצוי שלא יהיה שינוי רשות ביד השני ומצאוהו כאשר נטלה השני קודם היאוש ואכלה אחר יאוש ולא תירצו בפשיטות דהוי בע"כ של הגולן ואינו שינוי רשות, ומדלא אוקמוהו כן. מונח דמהני בע"כ.

**וכך מבואר גם מדבריהם בדף סט** [ע"א ד"ה כל וכו'] שכתבו שם דגזילה אחר יאוש מצד הבעלים כל אדם יכול לזכות בה אלא שאסור לו מצד הפסד הגולן ואם זכה חייב לכל הפחות לשלם דמים לגולן. ומבואר מדבריהם דאת החפץ עצמו אינו חייב להחזיר לא לגולן ולא לבעלים אף שהיה בעל כרחו של גולן זכה בו והיינו מדין יאוש וש"ר.

**אבל הרשב"א שם** פירש באמת לסוגית הגמ' שבא אחר ואכלו בעל כרחו של גולן וביאר הרשב"א דש"ר בעל כרחו אינו ש"ר. **והוכיח כן הרשב"א** דאל"כ הגזילה עצמה תיחשב לשינוי רשות ותועיל בהצטרף עמה אח"כ היאוש למ"ד דש"ר ואח"כ יאוש מהני.

**ועיין בתוס' ר"פ** [בדף סז ע"ב] שהוכיח דש"ר ואח"כ יאוש לא קני דאל"כ הגזילה עצמה תיחשב שינוי רשות ביד הגולן וביאוש שאחריה יקנה. [ואמנם דבריו תמוהים דהרי סו"ס יש מחלוקת מפורשת בגמ' בזה ואיכא למ"ד דש"ר ואח"כ יאוש מהני והיאך נפרש לדידיה מדוע הגזילה אינה ש"ר וצ"ע] **ומסתברא מאור** דהר"פ אזיל כשיטת התוס' דש"ר בע"כ קני ולכן הוכיח מהתם.

**ואמנם דברי הרשב"א צ"ב** שדימה הגזילה מהבעלים בעל כרחו לנטילה מהגולן בע"כ של גולן והוא צ"ב דהרי הגולן אינו בעלים כלל ואם שמענו דדלא מהני ש"ר בעל כרחו של הבעלים מה ראיה מזה דלא מהני בעל כרחו של גולן וצ"ע. גם עצם הנידון לא נתפרש בראשונים מה הצדדים בזה אי הוי ש"ר או לא. גם עצם הענין שהגזילה עצמה תיחשב לש"ר יש לעיין בזה דאנו רואים ממשמעות דברי הראשונים דענין ש"ר הוי כשינוי ומה שהחפץ עבר לרשות אחרת חשיב שינוי ולכאורה כ"ז שייך כשעבר לרשות

אחרת לבד מרשות הגזולן אבל הגזילה עצמה היאך תיחשב לש"ר הרי עליה אמר קרא והשיב את הגזילה וצ"ע.

**ויש לנו לחקור בכל שינוי רשות** אם ענין השינוי הוא מה שהחפץ עבר במציאות משליטת רשות אחת לרשות אחרת או דהעברת הבעלות בחפץ היא השינוי רשות.

**ומדברי הרשב"א והר"פ הנ"ל** שדנו שהגזילה עצמה תיחשב כשינוי רשות יש להוכיח דהשינוי רשות במציאות הוא הקובע, ואפשר שזו גופא סברת הרשב"א דש"ר בע"כ אינו שינוי לפי שלא קנה הלוקח את החפץ בעל כרחו של גזולן ונימא דסובר הרשב"א דקניני גזילה של הגזולן מעכבים לגמרי את הלוקח מלזכות ואמנם התוס' כתבו דחייב לשלם דמים ובחפץ עצמו זוכה אך לשונם דחייב 'לכל הפחות' דמים משמע דנסתפקו בזה קצת] והתוס' והר"פ נשארו בסברא קמייתא דשינוי רשות תלוי במציאות. אך **התוס' בסוגיין** [ד"ה הא] בתירוצם השני כתבו דש"ר שינוי גמור הוא ומהני בלא יאוש ובעינן להיאוש משום דאל"כ אין שינוי רשות. ומוכח מדבריהם דהש"ר אינו תלוי במציאות אלא בקנין הלוקח ולכן יש חילוק אם היה קודם יאוש דאז לא חל או אחר יאוש דבאים כאחד. ואמנם מדברי התוס' אלו מוכח מיניה וביה בתרתי דהגזילה אינה שינוי רשות: חדא דאם ש"ר מועיל בלא יאוש אם כן למה באמת לא תחשב הגזילה עצמה לש"ר ועוד דטעמם של התוס' גבי לוקח כ"ש שהוא נכון לגבי הגזולן עצמו. וקרוב הדבר לומר דבתירוצם הנ"ל סברי התוס' דתלוי בקנין ובתירוצם הראשון דהוא ענין צירוף סברי דתלוי במציאות ומהני אף בע"כ וכהר"פ. ואפשר עוד שמש"כ התוס' לקמן 'לכל הפחות' והיינו דנסתפקו בזה וכוונתם לשני התירוצים שכתבו כאן בסוגיא]

**שינוי רשות ע"י קנין בספר פתח הבית** [סי' כד ענף טז] **נסתפק** באופן שהגזולן הקנה הגזילה ללוקח ולא באה עדיין לרשותו כגון בקנין סודר אי חשיב שינוי רשות. והביא ראיה ממה שכתבו הראשונים דהקדש הוי שינוי רשות ומשמע באמירה בעלמא בלא שבא ליד גזבר. **והכריח כן שם** שהרי התוס' הקשו גבי תרומה דהוי שה"ש הקשו דהוא שינוי החזור על ידי שאלה ודבריהם צ"ב דהא בבאה ליד כהן לא מהני שאלה וע"כ שהתוס' נקטו דפשטות הסוגיא לא מיירי בבא ליד כהן ומ"מ כתבו התוס' דהקדש קרבן הוי ש"ר והיינו כמו"כ בלא בא ליד גזבר. **ואולם יעויין היטב ברמב"ן במלחמות** [נדףד מא ע"א מדפי הרי"ף בד"ה עוד כתב וכו'] שכתב שם דגבי תרומה נקטה הגמ' דמהני מדין שה"ש ולא מדין ש"ר משום 'דאילו משום שינוי רשות לא הויא תרומתן תרומה ולא מעשרותן מעשר אלא דקני כהן והוי ממוניה אבל מ"מ חולין גמורין הוא ואידך דברשותיה טבל אלא דמשום שינוי השם הוי תרומה ומעשר ברשותיה דגזולן ומתקין אידך ואיכא למימר נמי דלא הוי ממון כהן דכיון דלא תקן צריך הוא הכהן להחזיר שלא חלה עליו שם תרומה ובטעות בא לידו. **עכ"ל והדברים מחוסרי ביאור** דמדוע הוי ממון כהן מחמת שקרא עליה שם תרומה. ומוכח ומבואר מדברי הרמב"ן שנקט בפשיטות שמה שדנו כאן מצד שינוי רשות היינו שנטל הגזולן התרומה ונתן לכהן ביד ממש, ולכן סובר הרמב"ן דאי מצד שינוי רשות אם כן הכהן זכה מעצמו ולא מחמת הקנאת הגזולן [וכמש"כ הרמב"ן שם לקמן דגבי קרבן הוי כקרבן שאין לו בעלים וראה לעיל מדברי הרע"א במחלוקת הראשונים בש"ר אם הלוקח קונה מעצמו או מהגזולן] שהגזולן אין לו כח לתרום ולהקנות ולכן הוי חולין ביד כהן או שיחזירם ולא קנאם כלל אבל תרומה אין כאן ומשא"כ גבי שה"ש כשקרא עליה הגזולן שם תרומה חל מיד. **ולפי זה הרי לן מחלוקת ראשונים בספיקו של הפתח הבית דלהרמב"ן** שאין הגזולן בעלים להקנות בעינן שיקנה הלוקח בפועל היינו שיכנס לרשותו ולהתוס' סגי באמירה בהקדש ותרומה וה"ה בקנין סודר להדיוט. אך לפי"ז צריך לפרש שמש"כ הרמב"ן דהקדשו

של הגולן הקדש מיירי רק במסרו ליד גזבר וזה סתום לפרש כן בשגם דשינוי השם ודאי מיירי בקריאת שם בעלמא<sup>298</sup> ולא משמע לחלק ביניהם וצ"ע ובירור בכ"ז.

**ולעיל חקרנו** אם הש"ר תלוי במציאות או בקנין והנה להצד דתלוי בקנין אם כן לכאורה פשיטא דמהני קנין סודר ולהצד דתלוי במציאות הרי י"ל דלא מהני וי"ל עוד דמיד כשחל קנינו של הלוקח הרי זה ברשותו הגולן כשומר שלו כמו שכל אדם שקנה בסודר הרי הוא בעלים להקדיש לפי שברשותו חשיב. ולמש"כ לעיל מדברי הרמב"ן יש לדון דאף להצד דעיקר הש"ר הוא הקנין אבל אין לגולן כח להקנות וכנ"ל.

**בגמ' אמר רב חסדא וכו' איכא דאמרי וכו' צ"ב** דבלישנא קמא וכן לעיל בגמ' ילפינן שינוי קונה מקרא והיינו במצד הסברא החיצונה שינוי אינו קונה וילפינן מקרא דקונה, **אך להאיכא דאמרי** הוא להיפך דמקרא ילפינן דשינוי אינו קונה ואם כן בהכרח דמצד הסברא שינוי קונה וצ"ב מהיכי תיתי שיקנה עד דבעינן קרא שאינו קונה, וצ"ע.

**תוד"ה אמר עולא וכו' וקשה לר"ת וכו' עיין בסוגיא שם** [בדף קיד] **ועיין בחי' הרע"א שתמה על דברי התוס', דהרי בלא"ה איכא לאקשוויי מגוף מתני' דר"ש ורבנן דמוכח מינה דיאוש קונה, ובזה גופא נתקשה הגמ' לעיל** עד דתירץ רב יוסף דקנה ביאוש ושינוי השם, ואם כן מצינו לפרושי דעולא גופא דקאמר דבידוע ד"ה קני היינו ביאוש ושינוי השם, **והתוס' לקמן** תירצו כן לדעת הר"י אך אינו מובן הכרח הקושיא כלל דמאי עדיפא דעולא מעצם המשנה. **וכתב הרע"א דהתוס'** דייקו כן מלשון הגמ' לקמן דבידוע יאוש קני ומשמע דיאוש בלחודיה קני. **והגר"נ תירץ** דהנה לעיל איתא בגמ' דרבה נתקשה בקושיא מהמשנה עשרין ותרתין שנים עד דיתיב ר"י ברישא ופרקה לאחר פטירת רבה, ואם כן י"ל דעולא דהוא בר פלוגתא דרבה שם ונחלק עליו קודם שנתחדש התי' דשינוי השם בהכרח פירש המשנה משום יאוש בלחוד.<sup>299</sup>

**שם בתוס' ואור"ת וכו' אף ראיות התוס' מהגמ' בגטין ומהגמ' בסוכה צ"ב** דכולהו מתפרשים בפשיטות מדין יאוש ושינוי השם, **וביאר הרע"א דר"ת** לא נחת לחלק בדין מהב"ע אם נעשה ההקדש ע"י העבירה או לא וס"ל דאין לחלק בזה ואם מוכח מהגמ' דאיכא פסול מהב"ע ביאוש ושה"ש אם כן בהכרח דאף ביאוש יש לפסול משום מהב"ע ואם כן אפשר לפרש דזו כוונת עולא, **אבל הקשה הרע"א** דאם כן מדוע לא הקשו התוס' מהמשנה המובאת בסוגיין דהגנב והגולן הקדש הקדש ותרומתם תרומה, **ולכן חידש הרע"א שר"ת** סובר דהקדש קדושת הגוף לא הוי שינוי השם מחמת סברא דמעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן [בגמ' לקמן דף עו לגבי הקדש אי הוי כמריה לענין דר"ה] וכן סובר ר"ת דלא הוי שינוי רשות מה"ט [ודלא כהתוס' לעיל] וממילא ממתני' דהכא לא קשיא ליה משום דמיירי בהקדש בדה"ב אבל מהתם קשיא ליה דאין לומר דקנה בשה"ש דבקדה"ג ליכא שה"ש. **ואף קושיות אלו** יישבן הגר"נ בפשיטות להנחה דעולא לא סבר לה לדין שה"ש.

**שם בתוס' אלמא ראוי לפתח אוהל מועד וכו' מדברי התוס' מבואר** דלר"ת ההקדש חל אלא דהבהמה אינה ראויה להקרבה משום מהב"ע וממילא ליכא בה כרת דשחוטי חוץ וזו קושית הגמ' שם, **אבל יעויין ברשב"א בגטין ששם באו דברי ר"ת בסגנון אחר וז"ל ותירץ ר"ת** ז"ל דלא אמרו יאוש כדי לא קני אלא

<sup>298</sup> כן מפורש ברמב"ן לעיל שם ד"ה ומה שכתב וכו' אבל מי שיקרא שם וכו' עיי"ש ודוק.

<sup>299</sup> **וראה ברש"י שם** שנראה שגרס בגמ' דעולא אמר דיאוש כדי קני ואם כן מפורש בגמ' דהיאוש מועיל בלא שינוי ועיין בבב"מ שם שכתב דלא גרסינן כן. **ובספר הישר לר"ת** הביא קושיא זו והעתיק הגמ' כגרסת רש"י דיאוש כדי קני, מיהו התוס' דידן לא גרסו כן.

לענין קרבן ומשום מצוה הבאה בעבירה והקדש מזבח אינו חל עליו אבל לשאר מילי קני והוה מוקמינן הקדש דמתני' בבעלי מומין ושהקדש לבדק הבית דהוה ליה כהדיוט, אבל מוקדנתי עלה בברייתא השוחט בחוץ חייב כרת על כרחין בקדשי מזבח עסקינן ולעולא לא קני ליה כלל. **עב"ל וחולק הרשב"א על התוס' דידן וסובר דלר"ת לא חל ההקדש כלל כיון שאינו ראוי להקרבה והא דלא פריך מגוף המשנה משום דמצינן לאוקמי בבדה"ב וכו'. וכן כתב גם בספר הישר לר"ת [סי' קכ] ובשטמ"ק כאן בשם רבינו ישעיה בשם ר"ת. והדברים צ"ב דאף אי נימא דפסול מהב"ע הוא סברא שלא יחול על הקרבן קדושת הגוף כלל אבל מדוע יהיה חולין ולכה"פ תחול עליו קדושת דמים דלא גרע ממקדיש בעל מום למזבח שחלה עליו קדושת דמים וה"ה הכא, וצ"ע.**

**ויעיין היטב ברש"י בגטין** שנראה שסובר כר"ת שכן מבואר מדבריו בע"א שם [בד"ה לא קני – לענין הקרבה ואפילו שמעינן שנתייאשו הבעלים לא קרינן ביה קרבנו וכו'] **וכ"כ הרשב"א שם דרש"י סובר כר"ת.** ובקושית הגמ' פירש רש"י וז"ל כרת מאי עבדתיה – דבשלמא לענין תשלומי ארבעה וחמשה לא קשיא לן דאיכא למימר דכי אמר יאוש כדי לא קני לענין הקרבה קאמר ולא לענין הקדש קאמר אלא כרת אי מדאורייתא לא חזיא להקרבה הא קיימא לן (זבחים דף קיב) הראוי לפתח אהל מועד חייבין עליו בחוץ מידי אחרינא לא עב"ל ומשמע מדבריו כהתוס' דידן שההקדש חל ורק איכא פסול הקרבה.<sup>300</sup>

**בשיטת ר"ת התוס' הקשו על ר"ת: (א) ממריש דל"ה מהב"ע ע"י שקנאו בתקנת השבים. (ב) מאוונכרי דמוכח דאחר יאוש ושה"ש ליכא מהב"ע. (ג) מהא דאיתא התם דאוקמוה רבנן ברשותיה וכו' ועייש"ה בסוגיא, ועיין ברשב"א שם שתירץ דסברה הגמ' דכיון שהעמידוהו חכמים ברשותו לענין הקדש מסתברא שלא העמידוהו לחצאין אלא הקנו לו לגמרי משעת גזילה. והדברים צ"ב דלר"ת מה מועיל כלל מה שהקנו לו כדי שיועיל ההקדש הרי סו"ס הוי מצוה הבאה בעבירה דמה לי אם קנאו ביאוש או בתקנת חכמים. וכע"ז הקשו התוס' דידן על ר"ת מתקנת השבים דמבואר בגמ' שאם קנה המריש בתקנת חכמים ל"ה מהב"ע ולר"ת קשה מ"ש מיאוש. (ד) עוד הקשו התוס' מקושית הגמ' לעיל דמקרא דקרבנו מוכחין דיאוש לא קני וזה להיפך מסברת ר"ת.**

**ובעיקר שיטת ר"ת צ"ב טובא** דלשון הגמ' בסוגיין 'מנין ליאוש שאינו קונה' ולר"ת הרי היאוש קונה לגמרי רק דא"י להקריב משום מהב"ע, ור"ת עצמו ביאר דיאוש קונה רק לענין הקרבה ומשמע מזה קצת דלענין הקרבה לא קנה אבל תיכף ביאר ר"ת דפסולו משום מהב"ע וזה נראה כסותר תחילת דבריו. **וכן ברש"י בגטין** כתב דיאוש אינו קונה לענין הקרבה ולא קרינן ביה קרבנו וזה צ"ב דאם הוי שלו היאך לא הוי קרבנו.

**ומכ"ז נראה מבואר** דלא אמר ר"ת דכל מצוה שבאה מכח עבירה אף דעתה ליכא העבירה הוי מהב"ע אלא הוא סברא מסוימת ביאוש שמחמת שקנינו אינו גמור הוי מהב"ע. **ועיין בחי' הגר"נ שביאר בזה** דיאוש דגזילה אינו קונה קנין גמור בפ"ע אלא דהגזילה עצמה היא שקונה לו היכא שנתייאשו הבעלים ולכן הוי עדיין חפץ הגזול וזהו שחידש עולא באמרו דיאוש אינו קונה היינו שאין כאן קנין גמור כמו באבידה אלא קונה בתורת גזילה ביאוש והוי עדיין חפצא הגזול ואם שאמנם הוי שלו לכל דבר אבל

<sup>300</sup> אבל קשה דלעיל בע"א פירש רש"י שם דהך קרבן הוי חולין בעזרה ואם חל ההקדש אין כאן חולין בעזרה, ואולי י"ל דחלה באמת רק קדושת דמים, אבל באמת דמדקדוק לשון רש"י שהובא בפנים משמע דהגמ' עצמה לא פסיקא לה בזה שכתב דבשלמא וכו' איכא למימר וכו' והיינו דבפשוטו עולא קאי גם לענין ההקדש דלא חייל אבל ליכא למפרך ממתני' משום דאיכא למימר דדוקא לענין הקרבה קאמר וראה ברש"י שם להלן ד"ה אוקמוה שמשמע דלעולא לא חל ההקדש וכו"ל.

הוא שלו מחמת הגזילה ובחפצא הגזול אף שהוא שלו אינו יכול להקריב דהוי מהב"ע, וצ"ע והתבוננות בהבנת הדברים ודוק.

**ולדרך זו מיושב כמין חומר** הן לשונות הגמ' והראשונים והן קושיות התוס' כולן, די"ל דביאוש ושה"ש מודה ר"ת דליכא בזה דין מהב"ע [וי"ל עוד דאדרבה לכן מיאן ר"ת לפרש כל הסוגיות כהר"י משום שה"ש דסובר דכה"ג ליכא דין מהב"ע דהוי שלו לגמרי ולא איכפת לן שחל ע"י ההקדש] וכן היכא דקנה בתקנת חכמים ודאי ליכא פסול מהב"ע, וזה ביאור הגמ' דאוקמוה רבנן ברשותיה היינו שחכמים הקנו לו הבהמה בקנין גמור ולא מכח הגזילה [ולזה איכא סברא שהקנו לו כבר משעת הגזילה ומספקינן בגמ' על גיזותיה וולדותיה כמש"כ הרשב"א]

**שם בתוס' ונראה לר"י וכו' עיין בריטב"א בסוכה** שביאר סברת הר"י וז"ל 'משו"ה פסול משום מהב"ע שהמציא גורמת קנין זה והוציאנו מרשות נגזל. **עכ"ל** וקצ"ב דהמצוה היא ההקרבה וההקדש עצמו לכאורה הכשר מצוה הוא ולא מצוה בעצמו, ויל"ע.

**שם בתוס' [ע"ב] משום דבע"כ נותנין לו דברי התוס' צ"ב** דבפשוטו כוונתם שאינו רוצה כלל לקנות אבל א"א לפרש כן דאם כן אף אי יאוש כדי קני אינו זוכה בחמור, ובע"כ דכיון שנטלו חמורו ונתנו לו חמור אחר מתרצה בעל כרחו והוי כתליוהו וזבין. ואם כן צ"ב מדוע לא יקנה ביאוש וש"ר. **ועיין בקובץ ביאורים** [קוב"ש ח"ב קובץ ביאורים לב"ק אות נד] שעמד בזה וביאר דבתליוהו וזבין אין כוונת קנין מצד הקונה ואינו מועיל אלא מצד דעת אחרת מקנה של האנס והכא אי יאוש לא קני אם כן אינו של האנס ואין כאן דעת אחרת מקנה. **ואולם חידוש זה בדין תליוהו צ"ע רב,**<sup>301</sup> וגם הכא אינו פשוט כ"כ שהרי אנו רואים דיאוש וש"ר נחשב הגזול כמקנה כמש"כ כמה ראשונים דממנו בא לה נראה לעיל בזה באורך בגדר דין יאוש וש"ר מדברי הרע"א בזה] **ודברי התוס' צ"ע.**

**שם בתוס' ותיירץ ר"י וכו' וצריך להחזיר הדמים כוונת התוס'** דאף למ"ד דיאוש קונה בגזילה אינו קונה לגמרי אלא לענין שאינו צריך להחזיר גוף החפץ אבל דמים ודאי חייב לשלם. **ועיין במהרש"א** שנתקשה בדבריהם דהא באופן שבא לידו קודם שנתיימש אף באבידה דבהתירא אתא לידיה חייב דמים כמש"כ התוס' לעיל בסוגיא שם וסברת באיסור אתא לידיה לא נאמרה אלא למ"ד דיאוש אינו קונה כלל, **אבל יעויין במש"כ בסוגיא שם** דמדברי הראשונים שם מבואר דסברת באיסורא א"ל לדעת התוס' אינה אלא שחל עליו חיוב השבה ומחמת סברא זו גופא כתבו התוס' דבגזל וכן באבידה חייב לשלם דמים היכא שבא לידו קודם יאוש ופליגי אמוראי אם מחמת באיסורא א"ל צריך להחזיר גוף החפץ או רק דמיו עיי"ש בכ"ז.

**ואמנם דברי התוס' כאן** נסבו על הלוקח מן הגזולן שהוא צריך לשלם דמים, ואם כן מוכח מדבריהם דגונב מהגנב חייב לכה"פ קרן דאל"כ למה ישלם דמים, **אך קשה** דמדברי התוס' לקמן [נדף קיא ע"א ד"ה

<sup>301</sup> דברי הקובץ ביאורים בזה תמוהים עד מאוד שהרי מפורש התם בגמ' דתליוהו וקדיש קידושי קידושין מדין תליוהו וזבין והתם לא שייך דעת אחרת מקנה כידוע, גם הגמ' מביאה ראיה מקרבן ומגט דאגב אונסיה נתרצה והתם בעינן דעת גמורה ידידה בקרבן וכ"ש בגט [ואמנם להרשב"א דלהס"ד אף תליוהו ויהיב מהני ניהא אבל כמה ראשונים חולקים עליו] ואפשר שתלמיד טועה כתבם.



גולן מוכח דפטור מקרן,<sup>302</sup> ואפשר דאה"נ אינו מחוייב ממש בדמים אלא שאם ירצה להחזיק החמור אצלו צריך לשלם דמיו, שא"א לזכות בגזילה בלא לשלם דמיה וצ"ע.<sup>303</sup>

### דף סז ע"ב

תוד"ה אף גזול עיין בפנ"י שדן אם דבריהם הם אף לשיטת ר"ת. וכתב לצדד דאף לר"ת מהני שינוי להפקיע דין מהב"ע כמו דמהני שינוי באתנן לענין הקרבה, ולכאורה מישך שייכא לסוגיא דיש שינוי לנעבד וצ"ע.

תוד"ה רבא אמר וכו' מ"מ כיון שהועיל יאוש וכו' דברי התוס' באו סתומים, דהנה הראשונים שם בסוגיא נתקשו מדוע חשיב כמתנה בעלמא, והתוס' שם פירשו דל"ד מתנה בעלמא כלפי עשה דהשבת גזילה אלא דלא תיקן הלאו דלא תוכל להתעלם, והרמב"ן שם פירש דגזילה שהיא גם אבידה לית לו בה חיוב דמים. אך התוס' דין נראה שדרך שלישית להם שם בסוגיא, דמבואר מדבריהם דאיכא חיוב דמים ומ"מ לא תיקן הגזילה וצ"ב.

ויעויין בקוב"ש שנתקשה בזה ופירש דלאחר יאוש אינו מקיים תו מצות השבה ואף כשמשלם דמים אינו מדין והשיב אלא מדין תשלומין, וכפי' הגר"ח בדעת הרמב"ם. ואינו מובן דאם ביאוש לא קנה וחייב להחזיר החפץ עצמו מדוע אינו בכלל עשה דוהשיב.

ולשון התוס' לא משמע דליכא חיוב השבה אלא 'דחשיב גולן' ונראה כוונתם שהגזילה ניתקת לעשה כאשר העשה מסלק הגזילה מעיקרא כאילו לא היתה אבל במקום שכבר יצא החפץ מרשות בעליו [עכ"פ במקצת] אם כן בהשבה הבעלים זוכה בו מחדש והשבה כזו אינה מסלקת לגמרי הגזילה ואינה חשובה כתיקון. ולפי זה כ"ש בדמים שאינו מתקן הלאו אף דחייב לשלם מדין והשיב [כדמוכח בתוס' בב"מ שם ועוד ראשונים] ומה דאינו לוקה כשמשלם צ"ל דהוא מדין לאו הניתן לתשלומים כדעת הרמב"ם. ועיין בתוס' בכתובות [נדף לב ע"ב ד"ה שלא וכו' שכתבו שם דלאו דגזילה חשיב ניתק לעשה אף שאין העשה סמוך ללאו לפי שמתקן הגזילה לגמרי.

בגמ' הוה בעינן תשעה וכו' יש להעיר דלהך ה"א חמור הקנס בשה מבשור דבשה קנסו [לבד מהקרן] שלשה שיים וחמשה שוורים ואילו בשור קנסו ארבעה שוורים וארבעה שיים, וזה להיפך מהמסקנא דשור חמיר משה.

בגמ' ישלם תחתיו נגידים וכו' יש לעיין בכוונת דברי הגמ' דלכאורה פשוט דקרן אינו יכול לשלם בנגידים דקרן ממונא הוא וכי בשביל שטבח יופקע חיוב קרן ממנו, ואף לגבי כפל מסברא צריך לשלם מעליא שכבר נתחייב בה קודם שטבח ואטו הטביחה תפטרנו, ואם כן כוונת הגמ' דישלם שנים שלמים ועוד ג' נגידים. אך יעויין בתוס' לעיל [בדף סז ע"א] שהעתיקו לשון הגמ' דמשלם ה' נגידים ואפשר דהוא לאו

<sup>302</sup> שכתבו שם דהנוטל מן הגולן קודם יאוש ואכלו לאחר יאוש פטור, ואם גומה"ג חייב קרן חל עליו חיוב תשלומים בשעת גזילה ושוב לא יפטר ביאוש.

<sup>303</sup> והנה יעויין בטוש"ע בסי' שסא סעיף ז שכתבו שם דאם אכלוה היורשים לאחר יאוש פטורים מלשלם ואם נשתנית חייבים בדמיה וחזינן דאף במקום דלא חל חיוב דמים אקרקפתא דגברא בשעת גזילה מ"מ בשינוי לא יקנה בלא דמים, ואף דבאכלוה פטורים משום שאכלו אחר יאוש ואין כעת מה לתבוע מהם אבל קנין השינוי מוגבל שלא יזכה בלא דמים. [אמנם יעויין היטב בחזו"א סי' טז סק"ו שפירש דברי השו"ע בענין אחר] ולפי זה ניחא גם דברי התוס' דידן דביאוש לא יזכה בלא דמים, וכ"ז מישך שייכא במה שנתבאר לעיל בסוגיא דיאוש שהקצה"ח פירש דברי התוס' שם דכאשר נתיאשו הבעלים חייב הגולן בדמי החפץ לא מחמת חיוב דמים הראשון, והוכחנו שם מדברי ראשונים דהוי מחמת חיוב דמים עיי"ש היטב וצ"ע.

דוקא, גם י"ל להצד [נראה לעיל בתחילת הפרק] דבטביחה ומכירה נפקע החיוב כפל וחל חיוב דו"ה אם כן ישלם ד נגידים. ועוד אפשר לומר דחייב לשלם ה' נגידים רק שלא יפחות השווי מקרן וכפל שנתחייב בהם ויל"ע בכ"ז.

בגמ' אמר רב לא שנו וכו' מפני שנשתרש וכו' ראה ברש"י שנשתרש בחטא ע"י שקנאו ואהנו מעשיו, ומקורו מהגמ' להלן סוע"א דבעינן אהנו מעשיו. ועיין שם בתוס' שהבינו בתחילת דבריהם דאהנו מעשיו היינו לענין קנין והקשו דהא טביחה עצמה למ"ד שינוי אינו קונה אינה אהנו מעשיו ותירצו עיי"ש ועוד תירצו דאהנו מעשיו שמחסרה מהבעלים, ועיין ברמב"ן בב"מ שפירש דאהנו מעשיו שנעשה מעשה ניכר וידוע שא"א להחזירו לבריתו. ונראה מדברי התוס' שבתחילת דבריהם [ובתירוצם הראשון] נקטו דאהנו מעשיו הוא דוקא לענין קנין הגניבה והיינו משום דבזה נשלמת לגמרי פעולת הגניבה ולתירוצם השני בעינן שתהיה הטביחה או המכירה מעשה שיש בו ממש ואינו ניתן לחזרה.

ויעויין במכילתא [בפרשת משפטים עה"פ וטבחו ומכרו] דאיתא התם דאם על טביחה חייב על המכירה לא כ"ש, ומשני דאין עונשין מן הדין. ולכאורה אתיא המכילתא רק כמ"ד דבעינן אהנו מעשיו דאל"כ ליכא ק"ו כלל, ומצאנו במשך חכמה שם שעמד בזה וכתב דאתיא כהך תנא דמכירה דוקא אחר יאוש.

ואולם עדיין צ"ב הק"ו דמכילתא דבמה עדיפא מכירה מטביחה. ולתי' השני של התוס' י"ל דכיון דמכירה אהנו מעשיו לקנותו עדיף מטביחה שמחסרת מהבעלים אך לפי"ז צריך לאוקמי המכילתא כמ"ד דיאוש ל"ק, וזה דוחק וצ"ע.

#### דף סח ע"א

רש"י פרט לכשהקנה וכו' לעשות מלאכה וכו' דהוא כשכירות וכו' עיין בשו"ע [סי' ריב ס"ד] שכתב דהמוכר שדהו לזמן קצוב הרי זה מכר והקונה עושה בה כחפצו בכל זמן קנינו בונה והורס וכו' ובהגהת הגר"א שם [סק"ט] הביא מקור לזה מסוגיין מדאצטריך קרא למעוטי מדין דו"ה. אך משמעות לשון רש"י שקנינו אינו אלא לעשיית מלאכה והוא כשכירות.

עיין ברמב"ם [פ"ב מגניבה הי"א] שמדבריו נראה שפירש הגמ' באופ"א שהקנה לו בקנין לאחר ל ובתוך שלושים קודם חלות המכירה הוכר הגנב דקמ"ל קרא דאינו חייב בדו"ה, וע"ע שם בהי"ב ובמ"מ ולח"מ שם.

בגמ' גנב ובא אחר ונגבו רש"י פירש דמשלם קרן לגנב ראשון. וראה בריש פרקין שנתבאר בהרחבה מחלוקת ראשונים בזה אם משלם לגנב ראשון או לבעלים, ועיין ברשב"א כאן.

ובדעת רש"י דמשלם לגנב ראשון יש לעיין מה הטעם הרי סו"ס אינה שלו.

ויש בזה שתי דרכים באחרונים: יעויין בקוב"ש [אות יז] שפירש דמכח קניני גניבה חשיב הגנב ראשון כבעלים משעת גזילה על זמן שיפקע החיוב השבה [עיי"ש באורך בכ"ז ונתבארו הדברים לעיל במקומו בדף סו ע"א] ולכן אם גנב אחר ממנו משלם קרן וגם ס"ד בגמ' שישלם כפל.

והאמר"מ [בסי' לד סק"א] פירש בדעת רש"י שחייב לשלם מדינא דגרמי, ולכאורה יש מקור לזה בדברי התוס', דיעויין בתוס' לקמן בדף סט ע"א [ד"ה כל] שכתבו דגניבה שזכה בה אחר 'לכל הפחות חייב לשלם דמים לגזלן כדאמר לעיל דאפילו למ"ד יאוש ל"ק חייב גנב שני לשלם קרן לגנב ראשון וכו' עכ"ל. מבואר מדברי התוס' שפירשו סוגיין כרש"י דחייב קרן היינו לגנב ראשון [ובאמת שכן הוא המשמעות הפשוטה בכל הסוגיא ועיין] וטעם החיוב הוא מפני שמפסיד לו מה שצריך לשלם לבעלים ולכאורה כוונתם מצד דינא דגרמי כמשמ"כ האמר"מ, ויש לפרש דברי רש"י דידן כהתוס'.

ואולם דברי התוס' צ"ב דסו"ס אינו אלא גורם לממון שמפסידו במה שצריך לשלם לבעלים הראשונים ומדוע מתחייב לשלם קרן. והמזיק בהמת הקדש פטור מלשלם דמים לבעלים ומדוע יתחייב זה. גם צ"ע לפרש כן בדעת רש"י שפירש דכפל אינו משלם מקרא דמבית האיש ומשמע מדברי רש"י דבלא הך קרא היה משלם כפל לגנב ראשון וזה ודאי אי אפשר לפרש מחמת שמפסידו ממון שצריך לשלם לבעלים דזה הוי לכל היותר מזיק ומדוע יתחייב בכפל.

וצ"ל בדעת התוס' שהקניני גזילה שיש לו מקנים לו זכות בחפץ להחזירו לבעליו ומכח זה יכול לתבוע מהאחר, ויסוד זה כתבו החזו"א בכמה מקומות [סי' טז סק"ה ושם סק"א ועוד] ולשון התוס' 'לכל הפחות' משמע דנסתפקו לומר שאף את גוף הגזילה יכול לתבוע מחמת שצריך להחזיר לבעלים וזה הרי ודאי אינו מטעם מזיק דהרי סו"ס אם לא תוחזר לו דמים הוא דבעי שלומי וזה נותן לו עתה דמים ושילם נזקו והיאך יכול לתבוע גוף החפץ, ולהנ"ל ניחא דיש לו זכות בגוף הגזילה. ולפי זה י"ל דחייב לשלם לגנב מדין גנב ולא מדין מזיק שגנב לו חפץ שיש לו בו זכות להחזיקו ולכן גם ס"ד שישלם כפל ושפיר אפשר לפרש כן בכוונת רש"י.

ואמנם נ"מ גדולה בין דרך זו לבין דרכו של הקוב"ש, דלהקוב"ש כיון שמחמת כח זכית הגזולן הוא דמתחייב השני אם כן אף אם הוקרה הבהמה ישלם הגנב השני כשעת גניבה ידידה לרבות היוקרא. אך לדרך התוס' אף להצד שהוא מחמת זכות הגזולן בחפץ סו"ס כח זכותו הוא להחזיק החפץ כדי לשלמו לבעליו ומסתברא דאם הגנב השני חייב לשלם דמים לראשון היינו אותם הדמים שחייב הראשון לבעלים וכשעת גזילה ראשונה.

גנב ומכר ובא אחר וגנבו וכו' בגמ' לחד מ"ד מפכינן לברייתא וגרסינן דכה"ג השני משלם קרן, יל"ע לדעת רש"י כה"ג למי משלם דהגנב הרי קיבל דמים מהלוקח ונסתלק מהגניבה והלוקח שלא קנה את הגניבה כי אינה שלו למה ישלם לו, ונראה שהוא תלוי בשתי הדרכים דלעיל. דלהקוב"ש נראה שהלוקח קנה את הקניני גזילה מהמוכר ולכן צריך לשלם לו [נראה לעיל] אך לפירוש האמר"מ דהוא מדד"ג, אין מקום שישלם לגנב ראשון שמכרה וממילא נתחייב דמים לבעלים שמדעתו הוציא החפץ מרשותו וקיבל דמים והגנב השני לא הפסידו כלום ולשני למה ישלם הרי הוא אינו חייב דמים לבעלים. ולמה שביארנו לעיל בדעת התוס' אפשר די"ל דהגנב היה לו זכות להחזיק החפץ כדי לשלם לבעליו ומכר לשני זכות זו בדמים, וצ"ע.

בגמ' סיפא כב"ש לפום פשטא כוונת הגמ' דכל הברייתא אתיא כב"ש ונהלשון 'סיפא' ל"ד אלא דרישא אף כב"ה [ולפי זה מוכח מסוגיין דאף לב"ש דשינוי אינו קונה מ"מ יאוש וש"ר קונה. וכן יש להוכיח עוד דלמ"ד דנשתרש בחטא היאך יפרנס דין דו"ה במכירה אליבא דב"ש ודוחק לומר דלב"ש לכו"ע שנה בחטא. ויעויין היטב בראב"ד [הו"ד בשטמ"ק] שגרסתו בגמ' 'קשיא רישא ומציעתא' ול"ג 'לרב' ומוקי לה לפני יאוש ולגרסה זו אין ראיה מהגמ' אך לגרסא דידן מוכח שפיר.

בגמ' דשנה בחטא עיין ברש"ש שכתב דלכאורה משמע דהנהו אמוראי דס"ל דלא בעינן אהנו מעשיו סברי כרבא דא"ע לא מהני, דיעויין בסוגיא בתמורה [דף ה ע"ב] דפליגי התם אביי ורבא בכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד דאביי ס"ל דאי עביד מהני ורבא ס"ל דלא מהני, וראיתו של אביי היא דאם לא מהני אמאי לקי ומשני ליה רבא דלקי משום דעבר אמימרא דרחמנא. וכוונת הרש"ש דהכא הרי להנך אמוראי נענש בדו"ה משום דמכרו אף שלא הועיל מעשהו כלום והיינו ע"כ משום דעבר אמימרא דרחמנא. וכתב הרש"ש דלפי"ז ראוי לפסוק הלכתא התם כדרבא, ודחה די"ל דהכא שאני דילפינן מגניבה בנפש ואולם הקשה דמגניבה בנפש גופא תקשי לאביי היאך נענש. [ואף דאיכא ע"ז גילוי

מפורש בקרא מ"מ קשיא ליה להרש"ש דהא אביי מסברא קאמר דא"א להיות כן ואם הכא גלי רחמנא דנענש אפשר לומר דאף התם הוא כן] וע"ע בקוב"ש [דף צד אות ק] שהקשה מדין גניבה בנפש לאביי דאע"מ.

**ואולם יל"ע בעיקר הדין המבואר כאן** דמהני מכירה קודם יאוש לחייבו, שהרש"ש הבינו דהיינו משום שעשה מעשה הראוי למכירה אם היה שלו, ולדבריו גם אם מכר הגולן בקנין סודר וכיו"ב מהני, אך אפשר לפרש עוד דלהך מ"ד חיוב מכירה הוא על מה שמוכרו בפועל היינו שנתנו הגנב לאחר והשליטו על הגניבה ועמדה ברשות האחר מכח מעשי הגנב בהא חייביה רחמנא אף שכלפי האמת לא חל כאן מקח, וכן יש לפרש בגניבה בנפש שאין חיובו על הקנין כאילו היה חל באמת אלא כשגנב נפש ומסרה לאחר והשליטו עליו חייב. ולפי זה יש לדון דמכירה בדרכי הקנינים אין בה ממש שלא חל כאן כלום ובעינן שיכניסנו לוקח לרשותו. ואפשר עוד דכיון שעשה בו לוקח קנין ובפועל השליטו הגנב עליה הרי זו מכירה האמורה בתורה.

**ועיין ברמב"ן עה"ת** [עה"פ וגונב איש ומכרו] שהביא דברי הגמ' מכרו ועדיין הוא ברשותו פטור, ופירשה הרמב"ן דנתן הלוקח כסף לגולן, ונסתפק הרמב"ן בכוונת הברייתא אם לומר דבעינן שימשוך או יגביה הלוקח את הנפש הגנובה או דגויה"כ דבעינן שיהיה בחצרו שלו ממש. [ובענינא דידן היה סגי לפרש שמוכר הגולן קניני גזילה שלו ללוקח אך בגניבה בנפש לכאורה היה נראה דלית ליה שום קניני גזילה דלא אוקמה רחמנא ברשותו לשום דבר, וצ"ע]

#### דף סח ע"ב

**בגמ' איתיביה וכו' ואינו משלם תשלומי ארבעה וחמשה כאן הבינה הגמ'** דמיירי באופן שהגנב הקדיש קודם שטבח, וראה ברש"י שפירש דפטור מכפל מקרא דרעהו ולא הקדש וממילא פטור מדו"ה דדו"ה אמר רחמנא ולא שנים ושלשה. ועיין בפנ"י שהקשה על רש"י מדוע ס"ד שיתחייב להקדש הרי לא גנב מהקדש כלום ואינו גנב מהקדש אלא גולן בעלמא. ועוד הקשה הפנ"י דהכא משלם כפל להדיוט שהקדיש ואם כן אין כאן ג' וד' אלא דו"ה.<sup>304</sup>

**ועיין באמר"מ** [סי' מ אות יא] שפירש בפשיטות דהוקשה לרש"י דאחר שהקדיש הגנב ושוב טבח הרי בטביחתו הוא גונב מן ההקדש ויתחייב כפל ודו"ה. אך צ"ב מדוע חשיב גנב בטביחתו ושמא כשהגביה את הבהמה ע"מ לטבחה כבר זכה בה בתורת גניבה וכשטבח הרי גנובה היא אצלו, אבל יעויין בריטב"א בכתובות [דף לד ע"א] שכתב שם בדין גנב וטבח בשבת דבאופן דנכנסה בהמה לרשותו של אדם וטבחה טביחתו זו היא גניבתו להתחייב עליה כפל ודו"ה. וחזוין דטביחה לבד הוי מעשה גניבה

<sup>304</sup> וקושיתו זו של הפנ"י תמוה מאוד וכבר עמד בזה האמר"מ דמה השייכות בין הכפל שמשלם לבעלים לבין חיובו כלפי הקדש הרי אין כאן גניבה אחת מהבעלים ומהקדש שהגנב גנב מהבעלים וזכה בו ביאוש ושינוי השם בהקדשו ובטלה תורת גניבה מבהמה דשלו היא, וכשהקדיש אינו גנב כלל מהקדש אלא אח"כ כשטבח, והפנ"י תירץ קושיותיו וכתב דלשון רש"י לאו דוקא וקאי רש"י על עיקר דין גונב מהקדש והכא מה דפטור הוא משום דקראי דכפל ודו"ה לא קאי אהקדש ולכן פטור גם כשהקדיש והדברים תמוהים דסו"ס מה צורך לכל זה הרי לא גנב מן ההקדש ומה הועיל בתירוצו.

ומכ"ז נראה שהפנ"י פירש דברי רש"י למסקנת הגמ' אליבא דר"ל דמיירי כשהקדיש בעלים בבית גנב וממילא יש כאן כפל לבעלים שממנו גנב וג' להקדש דשל הקדש טבח ואז יבואו כל דברי הפנ"י על מקומם בשלום אך אינו מובן מדוע פירש דברי רש"י באופן זה, וצ"ע.

ואמנם צ"ב בזה דהרי אין כאן מעשה הכנסה לרשות וצ"ל דכשהבהמה ברשותו והוא מעמידה לשימושו על ידי מעשה חשיב גניבה וצ"ע.

וכ"ז הוא לפירוש הגמ' לרבי יוחנן שהקדיש הגנב אבל לר"ל דמיירי שהבעלים הקדיש יש בזה נידון אחר ויתבאר להלן במקומו.

בגמ' מה ביתו שלו יש להעיר דלקמן בדף סט ע"ב מובא מימרא דרבי יוחנן דשניהם אינם יכולים להקדיש, וכן בסוגיין מובא להלן גבי בעלים שאינו יכול להקדיש מימרא דרבי יוחנן וכאן שואלת הגמ' בפשיטות דמה ביתו שלו ואינה מזכירה כלל המימרא דרבי יוחנן.

שם בגמ' משמעות לשון הגמ' דדרשין לה מקרא דביתו שאין הגנב יכול להקדיש קודם יאוש ונראה שנחלקו ראשונים בדין זה, דיעויין היטב בתוס' בסוכה [דף לא ע"א ד"ה כי] שמפורש בדבריהם דהוי לפותא גמורה מקרא ועיין שם בתוס' דעבדי צריכותא בין הפסוקים. אך יעויין בסוגיא בקידושין [דף נב ע"א] דמייתי התם מימרא דרבי יוחנן ומבואר שם ברש"י ובתוס' דעיקר חידושו של רבי יוחנן הוא שאין הגזולן זוכה בחפץ וממילא פשיטא דאינו יכול להקדיש, ועוד מפורש שם בתוס' ובראשונים דאין צורך לפסוק לזה אלא סברא הוא שאין הגזולן זוכה וגם ממילא סברא שאינו יכול להקדיש, ונראה שנחלקו בזה על דברי התוס' בסוכה הנ"ל. וע"ע בתוס' ובר"ן בחולין [דף מ ע"א ד"ה רבוצה] ויש להעיר דמשמעות לשון הגמ' בסוגיין הוא כהתוס' בסוכה דמייתי לה מקרא. אך דברי התוס' בסוכה צ"ב טובא, מדוע בעינן קרא לזה הרי פשיטא שאינו יכול להקדיש מה שאינו שלו.

ועיין בקוב"ש בקידושין [דף ז ע"א אות מב] שפירש דברי התוס' בסוכה דמיירי בקדה"ג וכתב שם לחלק דבקדושת דמים עיקרה על ידי קנין וממילא באה הקדושה ולכן תרנגולת שמרדה פקעה קדושתה אבל קדה"ג הוא ליהפך דעל ידי שמיחדה לקרבן חל בה קדושת הגוף וממילא הוי דהקדש ולכן ס"ד דיכול הקדיש גם מה שאינו שלו, ולפי זה לא פליגי התוס' בסוכה על הראשונים הנ"ל די"ל דמיירי בקד"ד. וראה עוד להלן בענין אינו ברשותו.

בגמ' שניהם אינם יכולים להקדיש וכו' עיין בקצה"ח [בסי' קיז סק"ב] שדן לומר בדעת רש"י דדוקא בקד"ד אין הבעלים יכול להקדיש אבל קדושת הגוף יכול להקדיש גם באינו ברשותו ונתקשה מסוגיין דהכא במתני' דגנב והקדיש מיירי בקדושת הגוף ומ"מ פריך מדר"י אלמא אף בקדה"ג אינו יכול להקדיש. וע"ע בחי' הגר"נ.

בגמ' הב"ע שהקדישו בעלים וכו' מבואר במתני' דגנב והקדיש דמשלם כפל ואינו משלם דו"ה, ובפשוטו הכוונה דמשלם כפל לבעלים ולמדנו מזה דכאשר מכר או הקדיש הבעלים להחפץ חיוב כפל כדקאי קאי גבי בעלים [אי לאו משום טעם דחזרה קרן לבעלים דאז פטור מכפל לגמרי כדלהלן בגמ'] ולמדנו עוד דחיוב דו"ה כה"ג שמכר הבעלים הוא ללוקח שאם הוא לבעלים מדוע פטור הגנב כשהקדיש בעלים הרי חיובא גבי בעלים הוא. [ויש לדחות ודוק] ומשמעות המשנה דדוקא גבי הקדש פטור אבל אם מכר הבעלים להדיוט באמת חייב הגנב שנים לבעלים ושלשה ללוקח, וקשה בתרתי חדא דהא מהלוקח לא גנב ואם אין גניבה אין טו"מ, ועוד דהוי שנים ושלשה, ודו"ה אמר רחמנא ולא ב' וג'.

ומוכח מזה דמצרפים הגניבה דגבי בעלים עם הטביחה דגבי לוקח ולכן הוי דו"ה ולא שנים ושלשה גם הוי טביחה שאחר גניבה דהבעלים והלוקח הבא מכחו כחדא חשיבי.

אבל מעתה קשה טובא מדוע פטור מדו"ה להקדש הרי בעלמא פטור הקדש הוא משום דדו"ה אמר רחמנא ולא ב' וג' אבל הכא שמשלם כפל לבעלים מדוע יפטר מחיוב דו"ה דגבי הקדש, ועיין בפנ"י

**לעיל** [ע"ד רש"י בריש סוגיין] שכתב דמחמת דרשא דדו"ה א"ר ולא ב' וג' ידעינן דקראי דדו"ה לא מיירי בהקדש כלל וממילא י"ל דפטור בכל גווני.<sup>305</sup>

**ועיין באמר"מ** [סי' מ אות יא] שעמד בכ"ז ודן באורך דהטביחה הוי גניבה חדשה מהקדש ולכן אלמלי קרא דהקדש פטור מכפל היה חייב דו"ה להקדש והשתא פטור משום דדו"ה אמר רחמנא וכו'. **ולדבריו** היכא דמכר הבעלים להדיוט חייב הגנב חמשה וששה, כפל לבעלים וקרן כפל ודו"ה ללוקח, וצ"ע. **ועיין שם עוד דרך אחרת** דנידון הסוגיא הוא שישלם לבעלים ולא להקדש לפי מה שחידש שם שגונב קרבן חייב לשלם קרן לבעלים עיי"ש בכ"ד בזה.

[ומ"מ משמעות הפשוטה של הסוגיא הוא כנ"ל דמצרפים הגניבה מהבעלים עם הטביחה להקדש או ללוקח ומוכח מהסוגיא דפטור הקדש מדו"ה הוא מוחלט אף באופן שיש כפל כמש"כ לעיל מדברי הפנ"י, ועיין באמר"מ משה"ק מהתוס' בדף עב ע"א ד"ה סיפא, וי"ל ודוק]

**בגמ' והא חזרה קרן לבעלים ראה ברש"י** שפירש דדין חזרה קרן דרשינן מקרא דהמצא תמצא וכו', **ועיין באמר"מ** [סי' מ אות יא] שנסתפק מדוע הקדש חשיב כחזרה קרן לבעלים, דיש בזה שני צדדים: (א) דכאשר הקדישה הגנב הרי כבר נשתמש בה וכאילו קיבל חזרה במה שהעמידה לרשות שחפץ. (ב) דהוא דין מיוחד בהקדש דכאשר הקדישה כלפי ההקדש אין לגנב קניני גזילה. [נראה כוונתו דממון הקדש חשיב 'ברשותו' גם כאשר הוא ביד גזול כדמבואר בסוגיא בב"מ דף ו ע"א ואין מוחזק וגזול נחשב כרשות אחרת לגבי הקדש דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא וממילא גם אין קניני גזילה] **ונ"מ בזה** היכא שמכרו הבעלים [לצנועין דיכולים הבעלים למכור] אי חשיב בזה חזרה קרן לבעלים או לא דלהצד הא' גם במכירה הוא כן ולהצד השני לא.<sup>306</sup>

**ועיין בראב"ד כאן** [הו"ד בשטמ"ק] שכתב והרי חזרה קרן לבעלים. כי כשהקדישו בעלים כאלו לקחו מבית גנב ומסרו להקדש שאף על פי שלא מסרו כמי שמסרו דמי **עכ"ל וצ"ב כוונתו**.

**תו"ה הוא דאמר עיין בפנ"י שנתקשה בביאור קושית התוס'** דאטו אם סובר עולא כצנועין לענין אם אדם יכול להקדיש מה שאינו ברשותו מוכרח לסבור כמותם בנידון אי יאוש קניא, **וביאר הפנ"י** דקושית התוס' משום דפלוגתא דיאוש קונה פלוגתא דאמוראי היא והתוס' הקשו למ"ד יאוש כדי קני

<sup>305</sup> ולעיל בריש פרקין נתבאר החקירה אם דו"ה הוא חיוב חדש במקום הכפל או כתוספת על הכפל ועיין במש"נ שם בהערה

<sup>306</sup> ושורש הספק אם מכירה חשיב חזרת קרן נראה דתלוי בנידון אחר, דיש לדון אם כשמכר הבעלים תביעת הלוקח מהגנב היא מכח תביעת הבעלים דהוא עומד במקומו או דהוי תביעה חדשה מחמת שהגזול גזול ממנו החפץ, דאם הלוקח עומד במקום הבעלים מסתברא דלא חשיב חזרת קרן מה שמכר הבעלים כי עתה תביעת הקרן מכח הלוקח היא ואליו לא חזר כלום, אך אם הוא גניבה חדשה אז הוי חזרת קרן גמורה לבעלים. ויש בנידון זה כמה נ"מ: חדא האם יתחייב הגנב בטו"מ דאם הוא המשך הגניבה יתחייב ואם לא הרי הוא גזול בעלמא ולא גנב כלל כלפי הלוקח. [אך ראה לעיל בפנים שהוכחנו ממה שאיתא במשנה [לר"ל] שבגנב והקדיש פטור משמע שגנב ומכר חייב ומוכח דעומד במקום הבעלים הראשון אלא דיש לדחות כמש"כ האמר"מ דהטביחה עצמה הוי גניבה חדשה כמש"נ לעיל] ועוד יש לדון נ"מ דאם הוא גזול מהלוקח הרי שאם יאנס החפץ חייב לשלם כפי שוויו בשעת מכירת הבעלים ללוקח ואם הוא המשך הגניבה מבעלים הראשון ישלם כשעת הגניבה מהבעלים הראשון. עוד נ"מ כלפי שעבוד נכסים שמכר הגזול קודם מכירת הבעלים ללוקח אם יגבה מהם הלוקח. עוד נ"מ כשמת הגזול קודם שמכר הבעלים דאם הוא המשך הגניבה יגבו מההיורשים מנכסים שהניח אביהם, ואם לאו אזי אם עכבו היורשים עצמם ולא השיבו יגבו מכל נכסיהם, ואם לא עיכבו הגזילה לא יגבו מהם כלל שהם לא גזלו ולא נתחייבו באונסים, וחובת אביהם כבר פקעה בחזרת קרן לבעלים הראשון.

ממתני' דצנועין, ועיין בתוס' ר"פ שמשמע כן. אך נתקשה הפנ"י דמהתוס' משמע שהקשו כן לעולא בדוקא וביאר דלשאר אמוראי מצינו לפרושי מתני' סתמא יאוש קניא והצנועין היו מחללין מדין זכין לגזלן אבל עולא בהכרח לא פירש כן כמו שכתבו התוס' כאן בסו"ד ולהכי לעולא קשיא שפיר דמוכח ממתני' דיאוש לא קני. ובעיקר הנחת התוס' דלצנועין אם יאוש לא קני אפשר לחלל אחר יאוש יעויין בדברי רש"י לקמן [דף סט סע"ב] שכתב דלצנועין אפשר להפקיר ולחלל רק קודם יאוש, ודלא כהתוס', וצ"ב פלוגתייהו וראה מה שנתבאר בזה לעיל בסוגיא דיאוש אם למ"ד יאוש לא קני חל היאוש או לא. ועיי"ש בהערה 289

שם בתוס' דלא שכיח וכו' צריך ביאור בגדר הדברים דלכאורה בכל מקום שיודע שעלול הדבר לקרות ואפשר שנטלו עניים אם כן מתייאש מיד להצד שנטלו עניים ומדוע לא חל היאוש, וכאן בהכרח יודעים הצנועים שאפשר שלקטו עניים שאל"כ למה מחללים. ועיין בחזו"א [סי' יח סק"ו] שביאר דבליבם סבורים הצנועין שלא גנבו עניים כלל, וצ"ע. [ואפשר שכאשר מסופק האדם אם ניטל הממון ממנו כבר חשוב כאינו מתייאש שאין יאוש על ספק דיאוש הוא הסחת דעת ואם סבורים הצנועים שאפשר שלא גנבו מהם אין זה יאוש כלל, אך קשה דלפי"ז גם בתמרי דזיקא אין האדם יודע לעולם כמה תמרים יפלו מהדקל ואם כן אין שיעור לכמות התמרים שמתייאש מהם ובהכרח שמתייאש מכל תמר על הצד שנפל ואם כן גם כאן נימא כן והדרק"ל וצ"ע]

שם בתוס' וא"ת וכו' נחלקו תנאים [בקידושין דף כד ע"א ועוד] אי מעשר שני ממון גבוה הוא או לא, ולרבנן דהוי ממון הדיוט לכאורה אין ראייה מהקדש למעשר שני דהקדש יכול לחלל לפי שאינו של הבעלים ומשא"כ במע"ש וצ"ל דהתוס' נקטו בקושייתם דסוגיין איירי למ"ד ממון גבוה, וכ"מ בתי' התוס' לפי מה שנוסף בגליון הגמ' מחילופי גרסות שכתוב שם דמע"ש ממון גבוה. אך צ"ע דבגמ' לקמן [דף סט ע"ב] אמר רבא דאי מוקמינן צנועין כמ"ד מע"ש ממון גבוה ליכא מהם ראייה שאדם מקדיש דבר שאינו ברשותו ומשמע דסוגית הגמ' שהוכיחה מצנועין כן סוברת דלצנועין מע"ש ממון הדיוט וצ"ע.

שם בתוס' וי"ל וכו' תירוץ התוס' צ"ב דאף אם בעלמא אין אדם יכול לחלל דבר של חברו לפי שהבעלים רוצה להעלותו לירושלים אבל כאן הרי הצנועין מחללים את שלהם אלא שאינו ברשותם אלא ברשות הגזלן והגזלן הרי לית ליה זכות כלל להעלותו לירושלים ומדוע לא יוכלו הצנועין לחלל.

ומצינו בזה שלש דרכים עיקריות באחרונים: (א) דרך העונג יו"ט ודעימיה הסוברים דבאמת אין צריך כח בעלים לחלל מע"ש אלא דאינו יכול לחלל כשמפסיד זכות הבעלים ומה שהצנועין אינן יכולין לחלל הוא מחמת שחל כח הגזלן בגזילה ויש לו בה זכות למנוע החילול. (ב) דרך הגר"ח ודעימיה דאף שבמע"ש של הפקר כל אדם יכול לחלל אבל במקום שיש בעלים בעינן כח בעלות כדי לחלל ולכן בעלים עצמו אם אינה ברשותו אינו יכול לחלל דאיקליש כחו. (ג) דרך הגרש"ש דלעולם בעינן בעלים לחילול וא"א לחלל מע"ש של הפקר כלל. ויתבארו הדרכים האלו להלן.

(א) דרך העו"ט. יעויין בעונג יו"ט [סי' צג] שחקר שם בדין אינו ברשותו שאין הבעלים יכול להקדיש האם הוא בגלל קלישת כח הבעלים במה שאינו ברשותו או שהוא מחמת שיש כח לגזלן בקניניו למנוע מהבעלים להקדיש ולמכור. וביאר העונג"י דמהתוס' דידן מוכח כהצד השני דהכא אין לפרש דמשום קלישות כח הבעלים אינם יכולים לחלל שהרי בדבר שאין לו בעלים כל אדם יכול לחלל. אלא מחמת זכות הבעלים להעלותו לירושלים נמנע החילול מכל אדם ולמה זה לא יוכלו הצנועין לחלל, ולכן ביאר דגדר אינו ברשותו הוא שקנין הגזלן מונע מהבעלים לפעול וה"נ הכא קנינו של גזלן במע"ש מונע מהבעלים לחלל. ואמנם עדיין דברי התוס' צ"ב דסו"ס הרי אין לגזלן זכות להעלותו לירושלים שהרי

סו"ס מחוייב להשיב החפץ לבעליו ולא להעלותו מירושלים ומה שיש לו זכות לקנותו באופן של שינוי וכיו"ב לכאורה אינו מועיל דהרי בעמוד והשב קאי ואין לו זכות להמתין לשינוי והיאך יעכב מהבעלים להקדיש, וי"ל בדוחק.

**ועיין שם בעו"ט שהקשה** מהא דאיתא במתני' [מע"ש פ"ד מ"ג] דאם בעה"ב אומר לפדותו בסלע ואחר נותן סלע ואיסר האחר קודם. הרי מבואר דלא בעינן פדיון דבעלים דוקא ואף אחר יכול לפדותו, וזה סותר למבואר בתוס' ומוכח כן מעצם הסוגיא דפדיון צריך להיות מדעת בעלים דוקא. **ותירץ העו"ט** דכוונת דין המשנה דכה"ג שהבעלים רוצה לפדותו אז כל אדם אחר יכול גם הוא לפדותו, וצ"ע <sup>307</sup>

**(ב) דרך הגר"ח. יעויין בחי' הגר"ח** [בהל' זכיה ומתנה פ"ד ה"ו] שעמד בדברי הגמ' בסוגיין וביאר בזה דאמנם במע"ש של הפקר יכול כל אדם לחללו **והוכיח כן הגר"ח** ממה שהיו הצנועין מחללים אף בשנת שביעית דהפירות הם הפקר כדאיתא להדיא ברמב"ם [פ"ט מע"ש ה"ז] שהיו עושים כן בשנת שביעית. אלמא מהני חילול להפקר אבל במקום שיש בעלים בעינן דעת וכח בעלים לחלול ולכן לא מהני לדבר שאינו ברשותו. ולדרך הגר"ח קשה ממתני' דמערמין על המעשר, דהרי ליכא שליחות לקטן. **וביאר הגר"ח** דהכא אף דבעינן לפרשת זכיה שיהיה נעשה החילול עבור הבעלים אבל שליחות לא בעינן וצ"ב כוונת דבריו בזה. <sup>308</sup> **וע"ד זו ביאר גם החזו"א** [בסי' יח ק"ו] שכתב שכיון שיש להם בעלים לא ניתן כאן חילול של הפקר והקדש שהבעלות מעכבתן ובתורת בעלים א"א לפי שאינו ברשותו וזה ע"ד הגר"ח דבמקום בעלים בעינן כח הבעלים.

**והנ"מ בין דרך זו לדרך העו"ט**, דלעו"ט אנו מוכרחים לחדש דדין אינו ברשותו אינו נובע מקלישות כח הבעלים בחפץ אלא מכח זכית הגזלן וגם לומר דכח הגזלן הכא להעלותו לירושלים מונע חילול הבעלים, אבל לדרך זו אפשר לומר דבאמת חסרון אינו ברשותו הוא קלישות כח הבעלים והכא לא מהני כי במקום שיש בעלים בעינן כחו של הבעלים לחלול.

**(ג) דרך הגר"ש. יעויין בחי' הגר"ש** [ס' לד] שהאריך והרחיב בביאור הסוגיא ופירש דברי התוס' דידן באופן אחר לגמרי, דהאחרונים הנ"ל תפסו בכוונת התוס' דמחמת שהבעלים זכאי להעלותו לירושלים בעינן דעת בעלים, ולכן נקטו דבהפקר ודאי כל אדם יכול לחלל וכדמוכח מהא דמהני חילול הצנועין בשביעית. **אבל הגר"ש פירש כוונתם** דעיקר פרשת חילול מעשר שני יש לדון אם ניתן לכל אדם או רק לבעלים ובזה רצו ללמוד התוס' מהקדש דכמו דבהקדש יד כל אדם שווה בו לחלול ה"ה במע"ש וחזרו וחילקו דמעשר שני לא יצא מרשות בעליו לגמרי שיש לבעלים בו תפיסת קנין לאכלו בירושלים, ולכן מסתברא שלא נתנה תורה כח כלל לשום אדם לחלל המע"ש אלא לבעלים לבדו. **ולפי זה מתפרש**

<sup>307</sup> **ועיין במקדש דוד** [זרעים סי' נח אות ד] שביאר באופ"א דבאמת לעצם הפדיון לא בעינן דעת בעלים אבל בעינן שיהיה עומד לפדיון דקודם שאמר הבעלים לפדותו הוא עומד להעלאה לירושלים ואין אחר יכול לפדותו אבל אחר שהעמידו הבעלים לפדיון יכול כל אדם לפדותו. ולזה בסוגיין הוכחת הגמ' ממה שהעמידו הצנועין את הנ"ר לפדיון אף שאינו ברשותם מוכח דאדם יכול לחלל מה שביד גזלן.

<sup>308</sup> **ודברי הגר"ח** שם נראים כסותרים זא"ז שבתחילה כתב דהחילול תלוי בדעת בעלים ודין בעלים ולהכי בעינן בזה לדין זכין לאדם שלא בפניו, ולהלן שם כתב ש'עיקר מעשה החילול והפדיה נעשה מכח הפודה אף שאינו הבעלים שלהם, ונהי דיש בזה עיכוב דין בעלים, וצריכין שתהא הפדיה נעשית בשביל הבעלים ומכחם ומדעתם, אבל מ"מ שליחות לא בעינן בזה, כיון דלעצם מעשה הפדיה והחילול לא צריכין לדין בעלים ואינו ברור כוונת החילוק בזה ואפשר דכוונתו דלעצם מעשה החילול לא בעינן בעלים אבל בעינן דעת הבעלים ואין דעת הפודה מועלת לעשיית החילול וכלפי דין דעת מהני דעת אחרים מדין זכין אף בלא שליחות דאין צורך לדין שליחות אלא כלפי מעשה הנעשה בשביל אחר אבל גבי דעת סגי בזכיה.



הסוגיא והתוס' בפשיטות דבעינן שיהא שלו וברשותו ככל פעולה שבאה מכח הבעלים. וזה מדוקדק בלשון התוס' שכתבו בתירוצם דבהקדש כמו שהבעלים יכול לפדותו כמו כן אחר ולכאורה הוא שפת יתר וה"ל למינקט דהקדש כיון שאינו שלו כ"א יכול לחלל, אבל להגרש"ש מתפרש כוונתם דבהקדש ממה שמצינו שהבעלים יכול לחלל אנו יכולים ללמוד שגם כל אדם יכול לחלל דמ"ש בעלים הרי כבר יצאה מרשותו. אבל בחילול אם מצינו שנתנה תורה לבעלים לחלל אין לנו ללמוד שכל אדם יכול לחלל. ועיין בתוס' ר"פ שמלשונו משמע קצת כביאור הגרש"ש ועה"ד שפירשנו. ולפי זה נקט הגרש"ש דבמע"ש של הפקר אין אדם יכול לחלל, ונתקשה הגרש"ש היאך היו הצנועין מחללים בשביעית הרי הפירות הם הפקר לכל ואינם עוד בעלים עליהם, ועיי"ש מש"כ ליישב בזה והדברים צ"ע.

ובעיקר חקירת העונג יו"ט בדין אינו ברשותו אם הוא בגלל קלישות כח הבעלים או מחמת זכות הגזולן בחפץ, ראה להלן ב'הרחבת דברים בגדר דין אינו ברשותו' ידוע לתלות הדברים במחלוקת ראשונים, דיעויין בבעה"מ ובמלחמות בריש פרק רביעי בב"ק, שנחלקו באופן שהגזולן נתרצה להשיב החפץ לבעליו ועדיין לא השיבו, דעת המאור שכה"ג יכול הנגזל להקדיש, והרמב"ן שם חולק וסובר שאינו יכול להקדיש, ויש לפרש פלוגתייהו דלהבעה"מ תלוי הדבר במציאות השליטה של הבעלים ובהעדרה אין יכול להקדיש וכשהגזולן רוצה להשיבו כבר הוא שולט על ממונו, אבל הרמב"ן ס"ל דקניני גזילה של הגזולן גורמים להיות אינו ברשותו. ולפי"ז לדעת המאור ודאי שהוא מחמת קלישות כח הבעלים אך להרמב"ן אפשר [ואינו מוכרח] לפרש דקנין הגזולן מונע מהבעלים להקדיש אך אפשר עוד דהיכא שיש לגזולן קנין זה עצמו גורם קלישת כח הבעלים.

שם בתוס' וי"ל דאפקינהו רבנן וכו' וראה להלן בתוס' [בדף סט ע"ב ד"ה ה"א]