

הרב זלמן נחמיה גולדברג
חבר ביח"ד הגדול ירושלים ת"ו
וראש כולל שבט ומחוקק

בירור בדין מנא תבירא חבר וגוסס בידי אדם לענין נזיקין ורציחה

חברו לים הגדול פטור מאי טעמא אמר הא מינח קמך אי בעית שקליה והני מילי בצלולין דקא חזי ליה אבל עכורים דלא קחזי לא והני מילי דאדייה אדויי אבל שקליה בידיה מיגזל גזליה והשבה מעליא בעי שלומי, ועל פי זה מוכן מדוע לא נקט רבה הזורק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל, שהזורק חייב, שאם היה אומר כן, לא היינו יודעים שהטעם דחייב הזורק, הוא משום שכתר מעיקרא אזלינן, שגם אם כתר חבר מנא אזלינן, חייב הזורק באם שקליה בידה, שהרי נעשה גזלן, וחייב בהשבה. ולכן נקט דינו שהשני פטור, ושכך דינו של הראשון, שמדובר בהיה הזורק בעל הכלי, ומזה שהשני פטור, מוכח שאזלינן בכתר מעיקרא, וממילא ידעין שחייב הראשון גם באדייה אדויה.

ג.

ויש לעיין ממה שאמרו בגמ' כ"ו ב' "אמר רבה זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים וכסתות ובא אחר וסילק הכרים או אפילו הוא עצמו קדם וסילק שניהם פטורים". ולפי מה שכתבנו לעיל באות ב' קשה למה פטור הזורק שיתחייב מדין גזלן שחייב בהשבה, וגם אם אחר שברו חייב הגזלן, ואם כן כששברו המסלק בגרמא כש"כ שחייב הגזלן, ודוחק לאוקמי באדייה אדויה, שאם כן למה סתם רבה.

ויש ליישב שעד כאן לא אמרו שאם חטף מטבע זרקו לים שחייב בהשבה, רק בחטפו

א.

ב"ק כ"ו ב' "אמר רבה זרק [בעל הכלי] כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל פטור [זה ששברו במקל קודם שבירחה שהרי סופה לישבר] מאי טעמא מנא תבירא חבר", ונראה מה שפירש רש"י שבעל הכלי היה הזורק, הוא כדי שלא יקשה למה לא אמר רבא שהזורק חייב, ורק אמר שהשובר פטור, לכן פירש שבעל הכלי עצמו זרקו.

והנה בדף י"ז ב' בעי רבא דרסה על הכלי ולא שברתו ונתגלגל למקום אחר ונשבר מהו [אם משלם נזק שלם או רק חצי כצורות] בכתר מעיקרא אזלינן וגופא הוא או בכתר חבר מנא וצורות נינהו, תפשוט ליה מדרבה דאמר רבה הזורק כלי וכו' ובא אחר ושברו וכו' פטור [המשברו, וחייב הזורק, אילימא בכתר מעיקרא אזלינן והואיל וסופו להישבר לכשינוחו כמו ששברו דמי]. ונראה שאין כוונת רש"י לומר שזרקו אחר ולא בעל הכלי, שא"כ קשה למה לא פירש רבה דינו של הזורק, וכמו שנראה מרש"י מדף כ"ו, אלא שרבה מדבר שזרקו בעל הכלי, רק שממילא יודעין מרבה שאילו זרקו אחר חייב הזורק, היות שפטור השובר.

ב.

ועדיין צריך עיון שזה גופה קשה על רבה למה נקט דין הזורק בשזרק בעל הכלי, ולא נקט בזרק אחר שחייב הזורק. ונראה לענ"ד לתרץ על פי מה דאיתא בגמ' ב"ק צ"ח א' "אמר רבה הזורק מטבע של

הרמב"ן למה לא גילה רבה דינו של הראשון, אלא דאם בא רבה להשמיענו הדין של בחר מעיקרא, בזה קשה שחידוש זה ניתן לדעת גם ממה שהראשון חייב.

ו.

והנה התוס' ב"ק י"ז ב' ד"ה זרק כתבו וז"ל: "נראה דאם זרק אבן או חץ על הכלי ובא אחר וקדם ושברו דפשיטא דחייב ולא שייך כאן מנא תכירא תבר וכו', וסברא פשוטה לחלק בין זרק אבן לזרק כלי עצמו", ונראה שלסברת הרמב"ן אין הדין כן, אלא אם זרק אחד אבן על כלי ובא אחר ושברו במקל השני פטור, מאותו טעם שכתב הרמב"ן שאין לכלי שוויות באותו שעה, ומה ישלם.

ובדעת החולקין על הרמב"ן יש לומר שסוברים שאין שמין למזיק כמה שוה הכלי ברגע של השבירה, אלא שמין כלי כזה כמה הוא שוה, ואפשר שבעיר שכבשה כרכום והשבאים גוזלים ומחפשים כדי לגזול, בזה מודים כו"ע להרמב"ן שבאותו שעה שמין למזיק שוויו של הכלי ששבר, כמה משלמים עבור הכלי בעיר זו ובשעה זו, וכדקיימל"ן שאין להקדש אלא מקומו ושעתו, וכמו שכתבו הראשונים גבי מקדש בתמרה שחיישין שמא שוה פרוטה במדי, ודעת רוב הראשונים שאינה מקודשת אלא מדרבנן, גזירה שמא יראה אחד ממדי שאין חוששין לקידושי תמרה, כמו שכתב הרא"ש קידושין פ"ק סימן יז, אבל כל הכלים שבעיר יש להם שוויות, ורק כלי זה ברגע זו אין לו שוויות, בזה הולכין אחר העיר, וכמו שנפסק בחו"מ סימן ע"ד ס"ו, ועיין בסמ"ע שם סקי"ג.

ז.

ויש לעיין ממה שנפסק בחו"מ סימן ע"ד ס"א: "אם הלוח רוצה לפורעו במדבר, אם רוצה המלוה לא יקבל ממנו", ע"כ. ובסעיף ב' על מנת לאבדו, או אפילו לזורקו לים, ויכול בר אמוראי להוציאו, מ"מ נחשב החוטף לגזול, אבל החוטף כלי מחבירו לזורקו על גבי כרים וכסתות, שאין הכלי ניזוק כלל, בזה אין החוטף נחשב לגזול.

ד.

אכן בקדם הוא עצמו וסלקו, בזה מסברה היה צריך להיות חייב מדין גזול, שהרי גזלו על מנת לאבדו, אף שחשב לאבדו בדרך כזו שאינו מתחייב מדין מזיק, והיינו שזרקו ואחר כך סילק הכרים, מ"מ נחשב לגזול כדרך שחוטף על מנת לזרוק לים במים צלולים שנחשב לגזול. וקשה למה לא חילק רבה שמה שפטור, הוא רק באדייה אדויה, אבל לא בחטפו, אכן יש להעמיד שמדובר שחטף לזרוק על גבי כרים, ואחר שזרק הכל נמלך לסלק הכרים, שבוה אינו גזול כלל, שהרי לא חשב בחטיפתו על מנת לאבדו, רק לזורקו על גבי כרים, ואינו כגזול. ועיין בספר הלכה ורפואה שכתבנו שם שמדובר שבשעה שזרק חשב כבר לסלק הכרים.

ה.

והנה הרמב"ן במלחמות פירש, שרבה שפוטט את זה ששבר הכלי במקל, גם את הראשון פוטט, וטעם הדבר שהראשון פטור, משום שסובר בחר תבר מנא אזלינן, והשני פטור שאף ששבר כלי שלם, מ"מ אינו משלם, שאין שווי לכלי שאין בני אדם שיקנו כלי כזה שמרחף באויר, ונמצא שאין לו שוויות כדי שישלם עבור היזיקו.

ויש לעיין למה לא אמר רבה דינו של הראשון שפטור, וצריך לומר שרבה בא להשמיענו דין זה שחפץ שאין מי שיקנהו אין משלמים עבורו, ולא בא להשמיענו דין שבחר תבר מנא אזלינן, אלא שממילא שמענו שסובר בחר תבר מנא אזלינן, ולכן דלא הקשה

שמתוך כך יוכל לשלם בע"כ מטלטלים, שהרי בזה שישלם מטלטלים יגרום פסידא למלוה, ולא מסתבר שניחוש לפסידא דלוה ולא ניחוש לפסידא דמלוה.

ט.

ויש לעיין לדעת הרמב"ן הזורק כלי מראש הגג ונשבר למה חייב לשלם דמי הכלי, הרי בשעה שנשבר לא היה ערך לכלי, ועל הזריקה פטור שבחר חבר מנא אזלינן, וגם למ"ד כתר מעיקרא ג"כ קשה בזרק אבן או חץ על כלי ונשבר הכלי, מדוע משלם, שהרי על הזריקה פטור, ועל מה שנשבר אינו משלם, שהרי אז אין הכלי שוה ממון, ויתכן לומר לפי מה שכתב הנמוק"י ב"ק י' א' מדפי הרי"ף, שהקשה הנמוק"י א"כ שאשו משום חיצוי, היכי שרינן להדליק את הנרות עם חשיכה, והדליקה הולכת ונגמרת בשבת, ולפי זה הרי הוא כאילו הבעירה הוא עצמו בשבת וכו', לא קשיא שהרי חיובו משום חיצוי כזורק החץ שבשעה שיצאה החץ מתחת ידו באותה שעה נעשה הכל, ולא חשבינן ליה מעשה דמכאן ולהכא, דאי חשבינן ליה הוה לן למפטריה דאנוס הוא שאין בידו להחזירה, והכי נמי אם מת קודם שהספיק להדליק הגדיש ודאי משתלם ניזק מאחריות נכסים ידיה ואמאי חייב הרי מת, ומת לאו בר חיובא הוא, אלא ש"מ דלאו כמאן דאדליק השתא בידים חשבינן ליה אלא כמאן דאדליק מעיקרא משעת פשיעה חשבינן ליה וכן הדין לענין שבת דכי אתחיל מערב שבת אתחיל וכמאן דאגמריה בידים בההוא עידנא דלית ביה איסור חשיב, עכ"ל. ועל פי זה אפשר שגם משלם כפי שוויו של הכלי שהיה שוה בשעה שזרק החץ, אמנם אין סברה זו מוכרחת, שאף שדנים שזה שנעשה לבסוף בכוחו כאילו עשה הכל בעת שזרק החץ, היינו שדנים מה שנעשה לבסוף וכיון שלבסוף שוה הכלי פחות ממה

שם: קבע המלוה ללוה זמן ורצה הלוה לפורעו כדי שלא יעמוד הממון באחריותו עד הזמן, והמלוה אינו רוצה לקבלו, אם הגיע הזמן. אע"פ שהלוה ממהר לפרוע חובו כדי להציל עצמו מהאונסים העתידים לבוא, כמו חילוף המטבע וגזירת המסים והתשחורת, הדין עמו שאין עתה הקלקלה נראית, אע"פ שעתידיה לבא למחר או בו ביום לאחר הפרעון, ואין לו להשגיח על תקלת חברו וכו', עכ"ל.

ויש לעיין איך פורע הלוה שיעור חובו שהרי בקלקלה העתידיה לבוא בו ביום כודאי אין אנשים שישלמו עבורם סכום השוה בזמן אחר, ונמצא שאינו פורע סכום החייב, וא"כ יש ראייה מכאן שאין שמין ערך כפי אותו היום שירד ערכו מחמת קלקלה שעתידיה לבוא.

ח.

אכן יש לומר שאם היה בא הלוה לשלם בשוה כסף היינו שמין אותם בפחות כמו שאנשים היו משלמים עבורם באותו שעה, אבל אם בא לשלם בממון, משלם כמו שלוה, אף אם הממון ירד ערכו, שכן הדין כלוה מטבע משלם מטבע, ואין מתחשבין בזה שירד ערכו של המטבע, ובע"כ שהשו"ע שכתב כשהלוה משלם "ממון", הוא דוקא, שהרי הדין שפרעון בע"כ שמיה פרעון, אינו אלא במשלם ממון, אבל כשמשלם שוה ממון, אינו יכול לשלם שוה ממון, וכמבואר בסימן ע"ד ס"ו, ובסימן ק"א ס"ד, שאם אין לו אלא קרקע ובא ליתנו ואמר המלוה איני רוצה אותו ואיני מבקש ממך עתה כלום, אלא אמתין עד שיהיה לך מעות, הדין עם המלוה, וא"כ גם ברוצה ליתן שוה כסף, והמלוה אומר אמתין עד שיהיה לך מעות הדין עם המלוה, וא"כ לא שייך הדין שבאותו ז' בשוה כסף, ואף שבמקום שיש פסידא ללוה יכול לפרוע למלוה קרקע בע"כ, מ"מ נראה שזה שהלוה רוצה להציל עצמו מהאונסים העתידים, אינו נחשב לפסידא

בתירה הסובר שהכוהו עשרה בני אדם בעשר מקלות בזה אחר זה, האחרון חייב, חייב זה שקבלו בסוף, אבל לדעת חכמים הסוברים שכולם פטורים, פטור זה שקבלו בסוף. וקשה אם נאמר שרבה סובר בתר מעיקרא אזלינן, א"כ כמו כלי שמרחף באויר, הוא כלי שבור, כך תינוק המרחף באויר מת הוא, ולמה חייב לר"י בן בתירה זה שקבלו בסוף, אלא ע"כ שרבה סובר שכתר חבר מנא אזלינן, וזה שפטור השובר, משום שאין לו שוויות ממון, ולכן רק בכלי פטור השובר, שאין משלמים ממון, באם אינו שוה כלום, אבל ההורג תינוק חייב מיתה, גם אם אין לו שוויות ממון, ע"כ תוכן דברי המלחמות.

אכן לדעת המלחמות יש להבין, א"כ מאי טעמא של חכמים שפוטרים לזה שקבלו בסוף, הרי בחיוב מיתה לא שייך לפטור מכח שאין לו שוויות לנרצח.

יב.

ונראה לומר שמבואר בגמ' סנהדרין ע"ח ע"א שסברת חכמים הפוטרים לאחרון, הוא משום שמדמים לזה שהכהו עשר אנשים, לטריפה שההורג טריפה פטור, ואינו דומה לגוסס בידי שמים שלא נעשה בו מעשה, אלא שמעצמו עומד למות, ודעת ר"י בן בתירה שחייב מפני שדומה לגוסס ואינו דומה לטריפה, שטריפה יש בו חסרון בגופו, משא"כ גוסס בידי אדם אין בו חסרון, אלא שמת מחמת כאב המכות.

והנה שם בגמ' אמרו שנחלקו בפירוש הכתוב ואיש כי יכה כל נפש, שחכמים מפרשים כל נפש עד שיהיה כל נפש, ור' יהודה ב"כ סובר שכל נפש, היינו נפש כל דהוא. ובתוס' שם ד"ה מר כתבו וז"ל: מר מדמה להו לטריפה, אע"ג דבקראי קא דרשי, איצטריך ליד להני טעמי, עכ"ל.

ונראה לבאר שמה שנחלקו בגוסס בידי

ששוה כעת יש לחייבו כמה ששוה לבסוף, וצ"ע בסברה זו (ועיין מה שכתבנו באות כה שמדובר ביכולים להציל הכלי).

י.

ויש לעיין בזרק כלי מראש הגג וחזר ושברו במקל לדעת הרמב"ן אם חייב לשלם, ולכאורה יש להוכיח שחייב, ממה שאמרו בב"ק כ"ז ב' אמר רבה זרק כלי מראש הגג ותחתיו כרים וכסתות וכא אחר וסלקן או קדם הוא וסלקן פטור [שהרי מזריקתו אין סופו לישבר עד שינטל הכרים וזה שנטל הכרים ואפילו הזורק עצמו נטלן פטור דגרמא בנזקין הוי], ואם איתא שגם הזורק מראש הגג ואין תחתיו כרים וכסתות וקדם ושבר הוא עצמו פטור, היה לרבה לומר רבותא, שאפילו אין כרים תחתיו פטור כשהוא שברן.

אכן אין מכאן ראיה היות ויש יותר חידוש בקדם וסילק הכרים שפטור השני, מאשר שבר במקל כשלא היה כרים, שכיון שלא היו כרים, נמצא ששבר בגרמא כלים ששויים ממון, משא"כ בשבר כלים שאין תחתיהם, ששבר כלים שאינם שויים ממון, ואף שאף שדין זה שגרמא פטור יודעין גם בסילקן אחר, והחידוש שהוא קדם בא לומר שלא לצרף שני המעשים באיש אחד, ודבר זה יותר חידוש בלא היה תחתיהם כרים, וקדם ושבר במקל, מ"מ יש לומר שיש כאן חידוש אחר שאינו חייב על מה שזרק, אף שידוע בעצמו שיסלק הכרים, [ואינו דומה למה שכתב התוס' ל"ג ע"א ד"ה והוציא, משום שכאן סילק בכוונה ואילו בהוציא הלה ראשו, הוציא שלא בכוונה וכמו שארכתי בזה במקום אחר].

יא.

עוד הקשה המלחמות, אם דעת רבה שבתר מעיקרא אזלינן, א"כ למה אמר רבה זרק תינוק מראש הגג ובא אחר וקבלו בסוף, לר"י בן

מיירי, ואי בעית אימא בפלוגתא לא קא מיירי, ע"כ.

ויש לעיין לפי מה שכתבנו בדעת הרמב"ן, שרק ברציחה נחלקו ר"י בן בתירה וחכמים אם חייבים על מקצת נפש משום שנאמר כל נפש, אבל בנוזיקין שאין גילוי לכו"ע חייבין גם על מקצת נפש, א"כ משכחת לה הכשרתי במקצת וחייב בכל נזק, וכגון שזרק בהמת חבירו מראש הגג ובא אחר והרגה בסייף שחייב השני, ונדחו ב' התירוצים שמשכחת בנוזיקים ולא רק בקטלא, וגם משכחת לכו"ע, ולא רק לר"י ב"ב, שהרי בנוזיקים לכו"ע חייב.

אכן לא קשה שהרי לפי האמת פטור השני, ומטעם שאין דמים ושוויות לבהמה המרתפת באויר, ומטעם זה לא משכחת הכשרתי מקצת נזק שיתחייב בכל נזק.

ויש לעיין בזורק תינוק מראש הגג שהיה גבוה פחות מ' טפחים שלא היה מת התינוק, אלא היה נחבל ובא אחר וקבלו בסוף וחבל בו אם חייב השני לדעת הרמב"ן, בריפוי בשת וצער, שאילו בנזק בודאי פטור, שהרי נזק נישום כעבד כמה היה שוה, וכמה הוא שוה עכשיו, והמרחק באויר לא שוה כלום, אבל ריפוי בשת וצער מסתבר שחייב, שאלו חייב גם בחובל בחבירו שאינו שוה כלום, ושבת מסתבר שפטור, שמסתבר שאין חייב חובל בשבת, אלא אם חבל באדם בריא שהיה יכול לעשות מלאכה, שאם היה חובל ועל ידי שחובל בטלו ממלאכה, אבל חבל בחולה שלא היה ראוי למלאכה פטור, עכ"פ צער ריפוי ובשת שחייב בכל אדם, יתחייב השני לדעת הרמב"ן, וא"כ משכחת לה הכשרתי מקצת נזק וחייב בכל הנזק, ואם כי יש לתרץ שבחבלה לא קא מיירי, וכמו שתירצו בקטלא לא קא מיירי, לא מ"מ התירוץ השני בפלוגתא לא קא מיירי, לא יתכן שהרי בחבלה לכו"ע חייב השני לפי מה שהעלנו בדעת הרמב"ן, וצ"ע.

אדם, אם דומה לטריפה או דומה לגוסס, היינו שכו"ע מודים שגוסס בידי אדם הוא ענין בפני עצמו, ויש לנו שלשה אופנים באדם ההולך למות: א. גוסס בידי שמים שלא נעשה בו מעשה שמחמתו הולך למות אלא שיש בו סימנים. ב. גוסס בידי אדם שנעשה בו מעשה שמחמתו הולך למות, אבל המעשה לא עשתה חיסרון באדם. ג. טריפה שיש בו חיסרון.

והנה טריפה אינה נפש כלל, אפילו לא כל דהו, וגוסס בידי שמים הוא כל נפש, וגוסס בידי אדם הוא נפש כל דהו, ומחלוקתם בפירוש כל נפש שאם הכוונה כל דהו, נפש גוסס בידי אדם חייבים, ואם כל נפש גוסס, בידי אדם פטורים.

יג.

והנה הגמ' מדמה תינוק שהופל מראש הגג בעודו באויר, לגוסס בידי אדם שנעשה בו מעשה, אבל המעשה לא עשתה חסרון בגופו, ולכן ההורגו, נחלקו חכמים ור"י ב"ב אם חייב הרוצח, וסובר הרמב"ן שלענין נזיקין לכו"ע חייבין גם בהרג נפש כל דהו, רק שפטורין מחמת שאין לו שוויות דמים, והעושה משלם גוסס בידי אדם בנוזיקים פטור, שלא חידשה תורה נפש כל דהו, ולדעת רש"י צריך לומר שאדרבה שלענין נזיקין לכו"ע פטורים מי שמזיק גוסס בידי אדם, ורק בחיוב רציחה חייבים על נפש כל דהו, ומחלוקתם תלויה מה היה הדין אם לא היה גילוי בפסוק כל נפש, שלדעת רש"י פטור, ולדעת הרמב"ן חייב. ובגמ' ב"ק י"ב "ותו ליכא נדברים שהכשיר מקצת נזק וחייב בכל הנזק], והאיכא הא דתניא הכהו עשרה בני אדם בעשר מקלות בין בבת אחת ובין בזה אחר זה כולם פטורים, ר"י בן בתירה אומר בזה אחר זה האחרון חייב שקירב מיתתו [והיינו הכשרתי במקצת נזק דומיא דחופר בור שהראשון הזיק והאחרון הרג כן לר"י בן בתירה האחרון חייב], בקטלא לא קא

חקרי הלכה ומנהג

רמג

מיתתו, ובגמ' ב"ק נ"ג שור ואדם שדחפו לבור, לענין כופר שור חייב ואדם ובור פטורים. ובתוס' שם ד"ה לענין הקשו: וא"ת והא שור פטור ממיתה כיון שהוא ואדם דחפו לבור דהוי כמו הכוהו עשרה בני אדם בעשר מקלות בבת אחת לכו"ע פטורים, וכיון דלא מחייבו מיתה לא מחייב כופר וכו'. ובחידושי הרשב"א שם כתב לתרץ שרק בהכוהו בעשר מקלות כולם פטורים, אבל אם הכוהו עשרה במקל אחד, כולם חייבין. וז"ל דע"כ לא אמרו אלא שהכוהו עשרה בני אדם בעשר מקלות דליכא איש כי יכה כל נפש, אבל הכא כיון שדחפוהו ביחד כחד חשבינן ליה ודומיא דכי יכרה איש בור דבעי איש אחד ולא שנים, ואפ"ה כשעקרו אכן אחד וכו' חייבים וכו', עכ"ל.

ונראה שבעשר מקלות אינו בבת אחת שהרי אי אפשר לצמצם, וגם למ"ד אפשר לצמצם, מ"מ מדובר שלא אמרו העדים שצמצמו אלא ראו בבת אחת, ולכן בהכרח שאחד מהם היה הראשון ופטור לכו"ע, וכן נראה מרש"י ב"ק י" ע"ב ד"ה פטורים שאין ידוע על ידי מי נהרג "הרי שאין יודעים על ידי מי נהרג", ובע"כ שאין ידוע מי היה האחרון, ואם היה במקל אחד או שצמצמו והכוהו בבת אחת הרי ידוע שנהרג על ידי שניהם, ולפי"ז מה שכתב הרשב"א דליכא איש כי יכה כל נפש, כוונתו שליכא "כל נפש" ולא שליכא "איש", אלא שא"כ אינו מוכן מה שכתב הרשב"א דומיא דכי יכרה איש בור דבעי איש אחד, ומזה נראה שלמדו שבזה אחר זה מ"איש כי יכה", ולא שהלכה על ידי שניים, אכן לא מצאנו דרשה זו בגמ', וצ"ע. ועיין מה שכתבנו באות י"ח.

יח.

אמנם דעת הרמב"ם אינו כן. בפ"ד מרוצח ה"ו "הכוהו עשרה בני אדם בעשר מקלות בין שהכוהו בבת אחת בין כזה אחר זה כולם

או מדין שואל או מדין מזיק.

אכן עדיין קשה למה משלמים כולם בשוה איך יגבה מהאחרון, אולי הראשון הזיק ומחמתו הפסיקה ללכת בהמה, וא"כ הוא פטור, ואיך מחייבים אותו מספק, וכן קשה למה מחייבין את כל החמשה, נחייב רק את הראשון. ונראה לומר שגם האחרונים שפטורים מדין מזיק, מ"מ יש לחייבם מדין שואל וגולן, ואם שאל אדם מחבירו כלי המרחף באויר, או בהמה גוססת בידי אדם יש לו דין שואל שרק במזיק פטור בהזיק דבר גוסס בידי אדם לדעת רש"י שסובר שבחר מעיקרא, ומטעם שכתבנו באות יג כיון שבמזיק כתוב ומכה בהמה ישלמנה, ולא כתוב כל בהמה לרבות כל דהו, ולכן פטור, אבל בדין שואל חייבה תורה בשמירה וחייב גם באונס, ואין נ"מ בין שאל בהמה שלמה או בהמה כל דהוא מה ששאל חייב בחיובי שואל, ונמצא שכל החמשה נעשו שואלים וחייבים באונסים, ולכן כל שאין יודעים מי הוא המזיק מבין החמשה, כולם חייבים מדין מזיק ומשלמים בשוה, אבל בידוע מיהו המזיק, אף שכולם חייבין מדין שואל, מ"מ כולם היו חוזרים וגובים מהמזיק. אכן לדעת הרמב"ן לא יתכן פירוש זה, שהרי לדעתו המזיק בהמה שאינה יכולה ללכת מחמת מכה שקבלה או מחמת חבילה שהניחו עליה חייב מדין מזיק, אלא שמ"מ פטור, מטעם שאין לו דמים, ואם כן לסברה זו יש לפטור גם שואל ששאל בהמה שהיא גוססת בידי אדם כיון שאין לה דמים מה ישלם, ובע"כ שהרמב"ן אינו מפרש כהרמב"ם במרבה בחבילה, אלא מפרש כרש"י ותוס' שם.

יז.

בגמ' ב"ק י" ע"ב, כ"ו ע"ב, סנהדרין ע"ח א, הכוהו עשרה בני אדם בעשר מקלות בין בבת אחת בין כזה אחר זה ומת כולם פטורים, ר' יהודה ב"ב כזה אחר זה האחרון חייב שקירב

פטורים ממיתת כ"ד שנאמר כל נפש אדם עד שיהיה אחד שהרג כל הנפש, והוא הדין לשנים שדחפוהו או שכבשוהו לתוך המים וכו', עכ"ל. הרי שמחייב גם בדחפוהו שפטורים, וא"כ משמע שהרמב"ם חולק על הרשב"א וסובר כדעת התוס'. ויש לעיין לדעת התוס' והרמב"ם למה נקטה הברייתא שהכוהו בעשר מקלות.

ונראה ליישב שסוברים הרמב"ם והתוס' שמה שאמרה הגמ' עשר מקלות, היינו לר"י בן בתירה שהוא סובר שחייבין על נפש כל דהוא, ולכן בהכוהו עשרה בני אדם במקל אחד לר"י ב"ב חייבין שכל אחד הכה נפש כל דהו, אבל לחכמים הסוברים שאין חייבים על נפש כל דהו, לשיטתם פטורים גם בהכוהו במקל אחד פטור שכל אחד הכה נפש כל דהוא, וכן מדויק לשון הרמב"ם שהבאנו שפטורים בין בכת אחת בין בזה אחר זה שנאמר "כל נפש עד שיהיה אחד שהרג כל הנפש" הרי הביא שמפסוק זה יודעים שני הדינים גם בהכוהו בכת אחת וגם בהכוהו בזה אחר זה, הרי שגם בכת אחת הפטור מחמת שחסר בכל נפש, וכן ממה שכתב הרמב"ם "עד שיהיה אחד שהרג כל הנפש", ומלשון שיהי' אחד שהרג כל הנפש, נראה שבא למעט בכת אחת שבזה אחר זה לא היה צריך לומר שיהי' אחד אלא היה צריך לומר עד שיהרג כל הנפש.

יג.

וברש"י סנהדרין ע"ח, ור"י בן בתירה סבר כל נפש כל דהוא נפש [אפילו מקצתה ומיהו היכא דהכהו בכת אחת לא קטלינן לכולהו דאיש כי יכה אמר רחמנא ולא שנים שהכוהו], והנה רש"י דרש שבכת אחת פטורים מקרא "ואיש", וכנראה שבא לומר שגם לר"י ב"ב פטורים בהכוהו בכת אחת, ולפי"ז הוי סתירה ממה שכתב רש"י בב"ק שהבאנו באות ט"ז שהפטור הוא משום שלא יודעים על ידי מי

נהרג, והנה הבאנו באות טז מה שנראה שגם הרשב"א למד "מאיש" שבכת אחת פטורים, ויש לפרש שסובר הרשב"א שבהכוהו עשרה בני אדם אפילו אפשר לצמצם פטורים מחמת הפסוק "ואיש", ומ"מ כשהכוהו במקל אחד נחשבים כחד, אמנם מה שהביא מכי יכרה איש בור ולא שנים, מוכח שמדובר בזה אחר זה, שלא מצינו בגמ' ב"ק נ"א שדרשו מאיש כי יכרה, שהחופר ט' ובא שני והשלימו ליום השני חייב, אבל לא דרשו שכריית בור על ידי שני בשני מקלות פטורים, וצ"ע.

ובזה מיושב מה שיש להקשות על הרשב"א מהגמ' ב"ק י' ע"ב שהקשו והרי יש הכשרתי במקצת נזק וחייב בכל הנזק, מהכוהו עשרה בני אדם שלר"י ב"ב האחרון חייב, ומתוך הגמ' בפלוגתא לא קא מיירי, וקשה הרי גם לחכמים משכחת בהכוהו בכת אחת שחייבים שניהם, הרי גם לחכמים מצינו הכשרתי מקצת נזק וחייב בכל שחייב מיתה, אכן לפי מה שכתבנו כאן שבהכוהו במקל אחד שניהם נחשבים כחד, אין כאן הכשרתי במקצת נזק, אלא הכשרתי בכל נזק, עכ"פ הסתירה בין מה שכתב רש"י בב"ק לבין מה שכתב בסנהדרין צ"ע.

כ.

בגמ' ב"ק מ"ח ע"ב: שניהם [המזיק והניזק] ברשות [כגון ברה"ר או חצר השותפין או שנתן לו בעל הכית רשות להכנס] או שניהם שלא ברשות [כגון שניהם רצין ברה"ר] הזיקו [בידים זה את זה ואפילו שלא במתכוון] חייבין, דבנזיקים לא שני לן בין מתכוין לשאין מתכוין, והא דתנן בדף ל"ב: שנים שהיו מהלכים ברה"ר והזיקו זה את זה פטורין, ההוא הזיקו הוזקו הוא [ולא דק בלישניה], אבל אחד ברשות ואחד שלא ברשות, דברשות פטור שלא ברשות חייב, ע"כ. ובטור סימן שע"ח ס"ח: "כתב הרמ"ה ז"ל אם שניהם רצין

רשות שגם בזה לא חייבה תורה לשמור שלא להזיק למי שבא שלא ברשות, פטור.

כב.

ומעתה מה שנחלקו רש"י ורמ"ה, שדעת רש"י ששנים שרצו והזיק אחד מכוח שניהם נחשב כהזיק בכוחו, ואילו נהרג השני בכוח שניהם היה נידון כרוצח, ודעתו כדעת הרשב"א ששנים שהכו במקל אחד שניהם חייבים, ומימלא אם הרוצח והנרצח הכו שניהם במקל אחד לנרצח חייב הרוצח, ולכן חייב גם כהזיק בשניהם ברשות או שניהם שלא ברשות, ואלו דעת הרמ"ה כדעת הרמב"ם שגם במקל אחד פטורים, ולכן פטור במזיק בשניהם ברשות, ולפי"ז מתאים סברת רש"י למה שכתב ככ"ק לדעת רש"י ב"ק י', שכתב הטעם ששניהם פטורים משום שלא יודעים על ידי מי נהרג, הא אילו הכוהו במקל אחד שידוע שנהרג על ידי שניהם היה חייב, ומזה נראה שסובר שגם לחכמים חייבין שניהם, ולא רק לר"י ב"ב, שאם נאמר שלדעת חכמים שניהם פטורים, א"כ מה לנו לדחוק שהזיקו לאו דוקא, הרי לחכמים גם כהזיקו פטורים, אכן גם לדעת רש"י בסנהדרין מוכן רש"י שלנו, שאף ששם כתב ששניהם פטורים ומטעם שרק איש אחד חייב ולא שנים, וכמו שכתבנו באות כ', כל זה ברציחה שנאמר בו איש כי יכה כל נפש, אבל בנזיקין שלא נאמר איש, אלא מכה בהמה ישלמנה גם שנים שהכו בהמה חייבים שניהם, אמנם בחובל בחבירו נאמר בתורה איש גם בפרשת אמור, פכ"ד פסוק יט ואיש כי יתן מוס בעמיתו, וכן בשמות פכ"א פסוק י"ח וכי יריבון אנשים והכה איש את רעהו באבן או באגרופ, וא"כ יש לומר שחובל בחבירו דינו כרוצח ולא כמזיק, לענין שנים שחבלו.

כג.

ובדעת הרמ"א צריך לומר שדעתו כדעת

[ברה"ר] אפילו הזיקו זה את זה פטורים, והא דאמרינן דהזיקו זה את זה חייבין, היינו דוקא שהמזיק עשה מעשה שהזיק זה והניזק לא עשה כלום. אבל גבי שנים רצין דתרווייהו עבדי מעשה והזיקו זה את זה הוי כאילו הזיקו זה בזה ופטורים עכ"ל.

כא.

ונראה בביאור מחלקותם של רש"י והרמ"ה, שהנה בטעם החילוק בין הזיקו להזיקו, שבהזיקו חייב בשניהם ברשות, או שניהם שלא ברשות, ובהזיקו פטורים נראה שבאדם המזיק שחייבה תורה ישנו כתרי גוונא, אחד שמזיק בכוחו ואז חיובו על מעשיו והרי הוא נידון כשאר עבירות כרוצח וכדומה, והב' שגם במזיק בלי כוח כמו הולך בקורה ואחריו הולך אחד בכד ועמד בעל הקורה ועל ידי כך ניזוק הכד חייב, וחיובו הוא מדין אדם המזיק, ולא מדין כור, שבור אינו חייב על הכלים ולא היה חייב על הכד, הרי שאדם המזיק חייב גם בלא הזיק בכוחו, ונמצא שאין חיובו כשאר עבירות כרוצח וכדומה.

והנה ברוצח מבואר בחידושי ר' חיים בריסקר בתחלת הספר, שכל שרוצח שלא בכוח אלא בגופו, וכגון ראובן שדחף לשמעון על תינוק ונהרג פטור שמעון מדין רוצח, גם אם היה ברצון שמעון, ובע"כ שבחיוב אדם המזיק חייבה תורה גם על הזיק גופו, וגדר חיובו הוא כשאר אבות נזיקין שחייבה תורה לשמור על ממונו ואשו ובורו, כך חייבה תורה לשמור גופו שלא יזיק, ובה מוכן שכל שהזיק בגופו, כגון שהניזק הזיק על ידי שנתקל במזיק אינו חייב אלא במקום שמחויב לשמור על גופו, והוא שהוא רץ ברה"ר שאין לו רשות והזיק בו הולך ברה"ר, שיש לו רשות, אבל כל ששניהם ברשות או שניהם שלא ברשות שלא חייבה תורה לשמור על גופו כשיש לו רשות, או גם כשאין לו רשות, אבל גם לניזק אין

ממזיק זה, גובה מהשני הכל, והטעם שהאי כולה היוזקה עביר והאי כולה היוזקה עביר. והדעה השניה סוברת אף שהאמת שכל אחד עשה ההיזק בכולו, מ"מ כיון שכבת אחת נתחייבו לשלם תשלום אחד, ולכן מתחילה חל החיוב שכל אחד ישלם חצי, ולכן כל השנים בני חיובא, מתחייב כל אחד בחצי, אבל כשאחד מהמזיקים אינו בר חיובא, אז מתחייב השני בכל, ואף שבגזל ולא נתיאשו הבעלים רצה מזה גובה רצה מזה גובה, וגובה ממי שרוצה הכל, שאני התם שלא נתחייבו שניהם בזמן אחד ועל מעשה אחד, ולכן כל אחד חייב בכולו, אבל בזמן ששנים מזיקין וחל החיוב באותה שעה על שניהם, כך המידה שכל אחד מתחייב בחצי אף שעשה היזק שלם, כיון שכאותו שעה ועל אותה מעשה יש עוד מי שנתחייב.

כה.

ומעתה כל זה מובן לשיטת הרמב"ן שכתבנו הסובר שעל נזיקין חייבים על נפש כל דהוא, ולכן כל אחד חייב בכולו, אף שלא הזיק אלא נפש כל דהוא, א"כ למה חייבים שניהם כל אחד נזק שלם, ובע"כ שדעת רש"י כדעת הרשב"א, שכל שמזיקים שניהם הרי זה כהכו נפש שלם, ואין כאן הכאה של נפש כל דהוא, וכסברת הרשב"א וכמו שכתבנו באות כ"ב. ויש לעיין לפי"ז בגמ' ב"ק שהבאנו באות י"ג, שהקשו הא משכחת הכשרתי מקצת נזק וחייב בכל הנזק, לר"י בן בתירה שמחייב על רציחת נפש כל דהוא, ותירצו בפלוגתא לא קא מיירי או בקטלא לא קא מיירי, וקשה הא משכחת לה בשנים שהזיקו אחד חש"ו ואחד גדול פקח שהפקח חייב בכל הנזק, הרי הפקח אף שהכשיר רק מקצת נזק חייב בכל הנזק, ובשלמא לדעת הרשב"א שנים שהזיקו אינו הכשיר מקצת נזק, אלא נחשב הכשיר כל הנזק, אבל לדעת הרמב"ם והרמ"ה שהבאנו באות כ',

הרמב"ם ששנים שהרגו אינם חייבים, ונלמד מכל נפש שצריך שיכה כל הנפש, ולא נפש כל דהוא, וסובר שכך הדין בנזיקין, ואדרבה בנזיקין שאין גלוי כל נפש לכו"ע חייב, וכדעת ר"י בן בתירה, ולא נחלקו חכמים אלא ברציחה דכתיב כל נפש, וכדעת הרמב"ן שכתנו באות יג, אכן לדעת רש"י שבנזיקין פטורים על נזק נפש כל דהוא לכן בשנים שרצו והזיקו או הלכו והזיקו פטורים לפי סברה זו על פי הרמב"ם.

כד.

בשו"ע חו"מ סימן ת"י ס' לו: "אם דחפו [אדם ושור] בו [בבור] והזק שלשתם חייבים בנזק ואדם לבור חייב בשאר ד' דברים, ואם דחפו בו כלים ונשברו אדם ובעל השור חייבים ובעל הבור פטור, יש מי שאומר הוא הדין לשנים שהזיקו ושניהם בני חיובא, אלא שהאחר ברח או שאין לו לשלם וכו', ויש חולקין דכיון דחכירו מדינא בר תשלומים אלא שאין לו מה לשלם למה יפרע זה כשבילו, ולפי זה האידנא שור שדחף בהמה לבור אינו משלם אלא ג' חלקים, אע"פ שהשור פטור אף מהרביע, שהרי אין דנים דיני קנסות, אין בעל הבור משלם אותו בשבילו", עכ"ל. ולכאורה נראה ששתי הדעות סוברת כדעת הרשב"א ששנים שהרגו במקל אחד כל אחד חייב מיתה, ולכן גם במזיק כל מזיק חייב לשלם הכל, אלא שמ"מ אינם משלמים גם זה וגם זה, והרי זה כמו שאמרו ב"ק ק"ו גזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה אבל אינו גובה גם מזה וגם מזה, כן בשנים שהזיקו הרי כל אחד כאילו הזיק בכולו, אבל מאחר שאין יכול הניזק לגבות פעמיים, לכן גובה חצי מזה וחצי מזה, ולכן כל שאין לאחד מהם לשלם, כגון שהוא עני או שאינו רוצה לשלם, גובה הכל מהשני, וזה שאמרו בגמ' טעמא דר' נתן הסובר שאי ליכא לאשתלומי

שאבידה מדעת אינה הפקר נוכל ליישב פי' רש"י וכו', דנהי דהוי אבידה מדעת, מ"מ כיון דאסור לאחר ליטלן, לכך אם שכרן בידים נמי חייב, דמאי שנא, ולזה הוצרך רבה לומר מנא תבירה תבר, והרא"ש שהקשה מסתמא סבירא ליה כשיטת הטור, שאבידה מדעת הוי הפקר, עכ"ל.

ולענ"ד נראה כוונת הנתיבות, שהביא מהגמ' שהזורק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו חייב, כוונתו אילולא הטעם של מנא תבירא תבר, היה רבה מחייבו, ואמאי לא פטור מטעם שאבידה מדעת הוי וכקושית הרא"ש, ואין כאן שגגה. והנתיבות בא ליישב קושית הרא"ש, והנה לפי דברי הנתיבות שמדובר ביכול להציל, מיושב גם מה שנתקשו המפרשים, למה לא נעשה הכלי הפקר, שהרי היא אבידה ממנו ומכל אדם, ולפי הנתיבות שמדובר ביכול להציל, מיושב שאינו אבודה מכל אדם, ונראה שגם הרא"ש שהקשה על רש"י שמפרש שבעל הכלי זרק הכלי מראש הגג נמי סובר שמדובר ביכול להציל כרי שלא יקשה עליו קושית האחרונים שיהיה הכלי הפקר מחמת אבידה ממנו ומכל אדם, ומ"מ סובר הרא"ש שגם ביכול להציל נחשב כאבידה מדעת שנעשית הפקר, תדע שהרי דעת הטור שהזורק ארנקו לרשות הרבים נעשית הפקר מכח אבידה מדעת, ובודאי יכולים להציל ארנק המונח ברה"ר, ומ"מ הוה הפקר מכח אבידה מדעת.

כח.

אכן לפי"ז צריך לומר שאף שניתן להציל הכלי, מ"מ אין לו שוויו כמו שכתב המלחמות שאין אנשים רגילים לקנות כלי המרחף באויר גם כשניתן להציל, וכן בזרק תינוק מראש הגג ובא אחר וקבלו כסייף, שלחכמים פטור משום שנחשב כגוסס בידי אדם, מדובר גם ביכול להציל התינוק, מ"מ כל שלא הציל נחשב

שנחשב כל אחד כהזיק נפש כל דהוא וחייב בנזיקים, א"כ משכחת לה הכשרתי במקצת נזקו וחייב ככל נזקו, בשנים שהזיקו אחד חש"ו ואחד פקח גדול, שהגדול חייב ככל הנזק, וזולת אם נאמר כתירוץ הגמ' בפלוגתא לא קא מיירי, וכיון שבדין זה נחלקו ר' נתן וחכמים, ולדעת חכמים לא אמרינן ליכא לאשתלומי מהאי משלם מהאי, וא"כ לא משכחת לשיטתם הכשרתי במקצת נזק שחייב בכל הנזק.

כו.

ולפי מה שכתבנו יוצא שדעת חכמים הסוברים שאין אומרים אי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי, סוברים שאין חייבים על מזיק נפש כל דהוא, ונמצא שחכמים ורבי נתן חולקין, במחלוקת רש"י והרמב"ן אם חייבין על נפש כל דהוא, וזה לדעת הרמב"ן ולדעת רש"י, אבל לדעת הרשב"א מחלוקת ר' נתן וחכמים היא מחלוקת בין הרשב"א והרמב"ם, אם שנים שהרגו במקל אחד אם שניהם חייבים מיתה או שניהם פטורים.

כז.

בנתיבות סימן רס"א סק"א בסופו כתב וז"ל: ומהאי טעמא נמי הא דאמרינן בב"ק זרק כלי מראש הגג ובא ושברו חייב, ולא אמרינן אבידה מדעת הוי הפקר, מיירי במקום שיש מצילין, ולא מיאש נפשיה משום דאיכא ג"כ בל תשחית, ומצוה על אחרים להצילו, עכ"ל. ובנחלת דוד ב"ק דף כ' ע"ב ד"ה וראיתי כתב על דברי הנתיבות אלו, ששגגה גדולה הוא בידו, דבאמת בש"ס איתא ובא אחר ושברו פטור וכו', ולקמן פי' רש"י דזרקו בעל הכלי בעצמו, ועל זה הקשה הרא"ש דא"כ למאי הוצרך רבה ליתן טעם לדבריו שמנא תבירא תבר, תיפוק ליה דאבידה מדעת וכו', ודע דעל פי שיטת הרמב"ם שכתבנו [הסובר

כנוסס בידי אדם ואינו כל נפש אלא נפש כל דהוא, וכן מה שכתבנו באות טו שהשואל בהמה גוססת בידי אדם חייב בדיני שואל, מדובר כיכול להציל, וכן מה שכתבנו שם בחמשה שהניחו חבילות על בהמה, אם הפסיקה ללכת מחמת הראשון הראשון חייב, מדובר ג"כ ביכולים להצילה אילו היו מורידין את החבילה ממנה, וכן מסתבר שאם בהמה אינה הולכת מחמת משא שעליה, שניתן להוריד ממנה המשא ולהצילה, ומ"מ השני פטור מדין מזיק, ומטעם שכבר נעשית גוססת בידי אדם מחמת הראשון.

כמ.

באות טו כתבנו שהמניח חבילה על בהמת חבירו נעשה שואל, ואם שלא מדעת הניחה נעשה שואל שלא מדעת, ויש לעיין איך נעשה גולן או שואל, והרי לא עשה קנין, והנה בדין שומר אם צריך קנין כדי להתחייב בדיני שומר נחלקו הפוסקים, וז"ל השו"ע בסימן רצא ס"ה: "ויש מי שאומר שהשומר הזה מיד כשקבל עליו לשמור או שאמר לו הנח לפני ונסתלקו הבעלים משמירה חייב עליו אם פשע, אע"פ שלא משך, ויש מי שאומר שאינו חייב עד שימשוך, ובמקום שהמשיכה קונה, עכ"ל. והנה דעה ראשונה היא דעת הרא"ש בפ"ט מב"מ סט"ו, ודעה שניה היא דעת הרמב"ם פ"ב משכירות ה"ח, ושם ברא"ש מבואר שגם שואל אינו צריך קנין כדי להתחייב באונסים.

ויש לעיין לדעת הרמב"ם בשואל שלא משך במקום הראוי למשיכה אכל השתמש בחפץ השואל אם נתחייב באונסים, לפי מה שמבואר בגמ' ב"ק צ"ט א' אמר רב הונא השואל קרדום מחבירו בקע בו קנה לא בקע בו לא קנה [השואל ויכול המשאיל לחזור בו], למאי אי לימא לאונסים, מאי שנא פרה משעת שאילה [מתחייב באונסים], אלא לחזרה [שכל

שלא בקע בו יכול המשאיל לחזור בו], ואם כן יש לומר שגם אם לא קנה בקנין רק השתמש בחפץ, נתחייב באונסים, וכמו שאינו יכול לחזור בו, ואם לא נאמר כן ימצא שקנה השואל לענין שאין המשאיל יכול לחזור בו, ואילו הוא השואל לא יתחייב באונסים, ותימא שיהיה אפשרות כזאת, ובהכרח שהשתמשות בחפץ השואל קונה גם להתחייב באונסים, ולפי זה נראה שהמניח חבילה על גבי בהמה נעשה שואל אף אם אין כאן מעשה קנין, מ"מ השתמשות קונה, וממילא נתחייב באונסים.

ז.

אמנם ברמ"א סימן צ"ה ס"א: וי"א דתלוש ולבסוף חברו בקרקע לאו כקרקע דמי, ויש חולקים, ולכן אם שאל בית ונשרף פטור, ע"כ. ובש"ך שם סק"ח השיג על הרמ"א, וכתב שבית לכו"ע הוה כקרקע לענין ממון, חדע שמוכח בכל דוכתיה דבית נקנה בכסף שטר וחזקה וכו', ע"כ. והקצה"ח שם סק"ג כתב לדחות ראית הש"ך וז"ל: "והא דבית נקנה בכסף שטר וחזקה כבר כתב המג"א בסימן תקל"ז דהוי משום אגב ואע"ג דלא אמר לו אגב כיון דמונח על הקרקע אין צריך לומר אגב לדעת הרמב"ם ושו"ע בסימן ר"ב. עוד יש לומר דהוי מתורת חצר, דכיון דקונה הקרקע קונה הבית שעליו מתורת חצר, עכ"ל.

אכן אמנם יש לעיין לפי מה שכתב הקצה"ח שם בסק"ד שהמוסר לשומר ענבים העומדים ליבצר דינם כקרקע, אף באינם צריכים לקרקע כך כתב הסמ"ע, ועל זה כתב הקצה"ח שם וז"ל: ונראה לי טעמו של הרמב"ם, שהולך לשיטתו דסובר שומרין בעי משיכה, וכמש"כ בפ"ב משכירות א"כ בענבים העומדים ליבצר אי אפשר במשיכה כיון דמחובר הוא קנין חזקה שבסימן קנ"ג לא מהני ביה כיון דהוי כמטלטלים לא מקני בחזקה ועל כן לא משכחת אלא כתורת אגב

בעלים שתהא שם וכיון שאינו משנה ממלאכת הבעלים אלא שהוא משתמש בה עמהם כאחר [אולי צ"ל כאחד], לא נעשה עליה לא שואל ולא גולן, אלא שולח יד בפיקדון הואיל ומשתמש בה כלל שהרי שלח בה יד ונשתמש במקצת דמי, עכ"ל. ולכאורה נראה שכוונתו שלכן אין ברועה שהניח מקלו על הבהמה משום שליחות יד, היות ולא משך, ואף שאמרו בגמ' שהכישו במקל ורצתה לפניו, היינו רק שנחשב משיכה לענין שליחות יד, אבל לענין שואל שלא מדעת אין כאן משיכה, ומטעם שכתב המלחמות מאחר שבאותו שעה הוא משמרה לבעלים והולכת לצורך הבהמה יחד עם העדר, ולכן אין כאן משיכה, ואם כן מוכח שאינו סוכר כסברה שכתבנו שימוש נחשב כקנין להיות חייב משום שואל שלא מדעת או מטעם גולן או מטעם שואל.

אכן במחנה אפרים הלכות שומרים פרק כ"ח נראה שפירש שלכן אין כאן שואל שלא מדעת, משום שאינו כשואל שמשתמש לטובתו, משא"כ ברועה שגם לצורך הבעלים יש הנאה, אינו כשואל, ולפי זה אין סתירה מהרמב"ן לסברה שכתבנו.

ז.ב.

ונראה שגם אם נאמר דלא כמו שהעלנו ושימוש בלי קנין לא נעשה שואל שלא מדעת עדיין יש ליישב הגמ' שהתמשה שהניח חבילות על הבהמה, אפשר שהניחו בחזק, שמחמת החזק התחילה ללכת ואז קנה בקנין משיכה, וכדרך שאמרו בגמ' ב"מ שם, ברועה שהניח מקלו, הא לא משכה ואמר רב שמואל בר יצחק אמר רב שהכישו במקל ורצתה לפניו, ובתוס' שם ד"ה הא וז"ל: ומשני שהניח מקלו ותרמילו עליה כל כך בחזק עד שרצתה לפניו, עכ"ל. והכי נמי נאמר ששמו עליה חבילות בחזק עד שרצתה לפניו.

וכו' וכיון דבקרקע לא נתחייב בשמירה גם במטלטלים שעליה לא נתחייב וכו', עכ"ל. ומעתה יש להוכיח מהקצה"ח הזה שסוכר ששימוש קונה בשאילה להתחייב באונסים, שאם שימוש בחפץ השואל אינו קונה להתחייב באונסים, איך פסק הרמ"א שיש מחייבין בשואל בית ונשרף, למה מחייבין. והרי גם אם סוברים שתלוש ולבסוף חיברו דינו כמטלטלים, מ"מ אין כאן קנין, ואיך יתחייבו, ובע"כ שנתחייבו בשימוש, משא"כ כשומר בענבים העומדים ליבצר שלא שייך בהם שימוש, ומדובר בשומר ולא בשואל ולכן פטור השומר.

ז.א.

והנה כל זה בשואל מדעת, אבל שואל שלא מדעת, שקיימל"ן גולן הוא, יש לרדן אם חייב השואל כשלא עשה מעשה קנין, ובגולן גמור כודאי פטור הגולן מאונסים כל זמן שלא עשה קנין, ומפורש במשנה ב"ק ע"ט א' "היה מושכו ויוצא ומת ברשות בעלים פטור הגביהו או הוציאו מרשות בעלים ומת חייב", ע"כ. הרי שכל זמן שלא עשה קנין פטור הגולן, אבל כשואל שלא מדעת שהשתמש בחפץ יתכן שאין צריך קנין, והשימוש עצמו הוא הקנין שיחשב כגולן וכמו שהעלינו באות כ"ט, או שקניני גזילה אינם דומים לקניני שמירה, ושימוש אינו קנין.

ובמלחמות ב"מ כ"ג ב' בדפי הרי"ף ד"ה ועוד וז"ל: "וני"ל דשואל שלא מדעת לא שואל הוי ולא גולן הוי עד שיתכווין לשאול כגון שטלטלה ממקומה לצורך עצמו וכגון שנטלה [לצלוחית] למוד בה לאחרים דכיון שהוא מתכווין להשתמש בה לעצמו נעשה עליה שואל או גולן, אבל רועה שהניח מקלו ותרמילו עליה אינו מתכווין לשאול ולא הוציאה מרשות הבעלים כלל שהרי הבהמה זו הולכת עם העדר ורועה כאפר במקום שדעת

ג.

עוד יש לעיין על מה שכתבנו שכל החמשה שהניחו החבילות חייבין מדין שואל שלא מדעת מאחר שהראשון שאל שלא מדעת ונעשה גולן, שוב אין לחייב השני, שהרי קיימל"ן הגונב מן הגנב פטור, ודעת הקצה"ח והנתיבות בסימן לד שפטורין גם מקרן, וא"כ איך נחייב השני, אכן בשואל שלא מדעת אף שנעשה גולן, מ"מ אין לו קניני גזילה, וכל שאין קניני גזילה יש גונב את הגנב, וכמבואר בגמ' ב"ק פ"ה ב' שהצנועין הסוברים שאדם יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו חולקין על המשנה ריש מריבה שהגונב מן הגנב פטור, וטעם הדבר שהגונב דבר שאינו ברשותו בזה פטור חורה, אבל אם אינה ברשותו אדם יכול להקדיש, גם הגונב חייב, ואם כן הגונב אחר השואל שלא מדעת חייב.

ד.

בגמ' ב"ק מתבאר שלדעת צנועים, גול ולא נתיאשו הבעלים הנגול יכול להקדיש, ולדעה זו הגונב מן הגנב, חייב גנב השני לשלם לבעלים כפל, ונראה שהבעלים יכולים לגבות הקרן, רצה מהגנב הראשון רצה מהגנב השני גובה, אבל כפל גובה גם מהגנב הראשון וגם מהגנב השני, ונמצא שיקבל הגנב שלושה, וטעם הדבר שקרן לא יתכן לגבות רק מאחד מהם, וכדין גנב ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו שרצה מזה גובה, ואינו גובה משניהם יחד, כן גונב מן הגנב אינו גובה פעמיים אלא רצה מזה גובה רצה מזה גובה, אבל כפל נראה שגובה גם מהגנב הראשון וגם מהגנב השני, שבשלמא קרן בא לשלם מה שהחסיר לבעלים, ולכן כל שגבה מהאחד והושלם מה שגנב שוב אינו גובה מהשני, אבל כפל שהוא קנס שחיובו עונש חייב גם השני, אף שכבר קבל הבעלים כפל אחד חייב גם השני כפל, ואף שבעדים זוממים שנינו במכות ה' ע"א משלשלים

בממון ואין משלשלים במכות, הרי שגם תשלומי קנס כתשלומי ממון ואין גובין מכל אחד כל התשלום, שהרי עדים זוממים קנס אליבא דר' עיקבא, ולא מצינו שר' עקיבא חולק על זה.

וא"ר החכמה

ונראה שבעדים זוממים אמרה תורה ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו, ויש לפרש שהכוונה לעשות לשניהם, היינו לכל אחד חצי שביחד יצא שעשו להם כאשר זמם לעשות לאחיו, אלא שבגמ' שם הקשו למה במלקות אין משלשלים, הרי גם במלקות יש לומר שמה שקבלו שני העדים יחד ל"ט, נתקיים ועשיתם לו כאשר זמם, ועל זה אמר אב"י נאמר רשע בחייבי מיתת ב"ד ונאמר רשע בחייבי מלקות מה להלן אין מיתה לחצאין אף כאן אין מלקות לחצאין [ולכן משתנה פירושו של ועשיתם שכל אחד מהעדים יעשה לו כל מה שזמם לעשות, ואילו בממון הפירוש שלשניהם יחד יעשה כל מה שזממו], רבא אמר בעינן כאשר זמם לעשות לאחיו וליכא [שיקבל הנדון מלקות שלמה] אי הכי ממון נמי, ממון מצטרף [והרי קיבל מה שרצו להפסידו בין כולם רש"י]. מלקות לא מצטרף, ע"כ.

ה.

ונראה אף שהעלנו שתשלום קנס אינו להשלים ההפסד, אלא לענוש את החוטא, מ"מ גדר הקנס שיקבל הנידון מהעדים מה שרצו להפסידו, ודבר זה מצטרף, משא"כ מלקות שגדר העונש אינה שיקבל הנדון, ואכן כל זה בזמן ששנים עשו מעשה אחד כעדים זוממים, משא"כ בזמן שעשו שני מעשים והראיה דגונב מן הגנב בזה חייבין שניהם כל אחד כפל לשלם, משא"כ קרן שגם בשני מעשים אינם חייבים פעמיים, שתשלום קרן אינו עונש אלא תיקון הנזק, ויש לעיין בזמן ששני כיתי עדים העידו

ולא לשומר, משא"כ לצנועין בגונב מן הגנב שאין גנב שני מתחייב לגנב ראשון, ומה שכתבו התוס' ב"ק ס"ט א' ד"ה שגנב ונתיאשו הבעלים, מ"מ אסור לכל ליקחו, שמפסיד לגנב, ואם לקחו ממנו חייב לשלם מה שצריך הגנב לשלם לבעלים, נראה שכל זה בישנו לגנבה תחת ידו או שאכלו, אבל אם לקח בהמה ומתה אצלו, בזה נראה שפטור השני לחכמים הסוברים שגורם לממון לא כממון דמי ולכן בגנב מן הגנב לפני יאוש וגבו הבעלים מהראשון והבהמה מתה אצל השני אינו גובה כל הבהמה מהשני אלא רק חצי מה שנהנה השני ממה ששילם הראשון.

צדקת השופט

לז.

עוד נראה לומר שבחמשה שהניחו חבילות על הבהמה בזה אחר זה וכל אחד נעשה שואל שלא מדעת, מ"מ אין השואל השני חייב לשלם לראשון, גם אם נאמר שגונב מן הגנב חייב השני לראשון, כל זה בגנב השני כל הבהמה, אבל אם רק שאלה השני שלא מדעת, אף שנחשב גם הוא לגולן כלפי הבעלים, מ"מ אינו כגולן כלפי השואל הראשון, שהרי עדיין הראשון משתמש בבהמה שהרי משאו מונח עליה, והרי זה כסברת הרמב"ן שהבאנו באות ל"א שכל שהבהמה עדיין משתמרת ורועה לצורך הבעלים אין השומר נעשה עליה גולן מכח שואל שלא מדעת.

לח.

בתוס' ב"ק דף י' ד"ה כגון כתבו בשם רשב"ם שסתם ספסל שאול לכל אחד לישב עליו, ולכן חמשה שיסבו על ספסל ונשבר הספסל פטורים משום שמחה מחמת מלאכה, אבל אם פפא בר אבא שהיה שמן שישב על הספסל ונשבר חייב שאינו שאול לו, ואם ישבו חמשה ואחד מהם פפא בר אבא, הוא חייב והם פטורים, כך מתברר מדבריהם שם, ואם סמך

באחד שלוח מחבירו כיום פלוני ולא העידו בבית אחת, והזימו שתי הכיתות, אם גם בזה נאמר שישלמו מה שזממו, בין ארבע העדים או שכל כת שלם תשלום שלם, ויש לומר שתלוי במחלוקת ר"ע וחכמים, שלדעת ר"ע תשלום כל כת תשלום שלם, ולדעת חכמים ישלמו שתי הכתות תשלום אחד, שלמ"ד עדים זוממים ממון, הרי זה כתיקון ההפסד שיצא מתוך עדותן, ואם נאמר שגם בזממו ולא עשו ג"כ נחשב ממון, ע"כ שגזה"כ לדרך העדים כאילו יש הפסד וצריך תיקון.

לז.

יש לדרך בגונב מן הגנב לדעת צנועים, ומתה הבהמה אצל הגנב השני, וגבו הבעלים קרן מהגנב הראשון, אם יכול הגנב ראשון לתבוע חצי תשלום מהגנב השני, משום שהגנב השני נהנה ממה ששילם הראשון, שאם לא היה משלם, היו הבעלים גובין מהשני, ואף שהגוזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו וגבו הבעלים מהשני אין הראשון חייב לשלם לשני, שם הגנב השני נחייב לשלם גם לראשון, שאם לא היה אוכל היה מחזיר גוף הגזילה ונפטר, וכן גנב שגנב משומר ומתה הבהמה בבית הגנב, וגבו הבעלים מהגנב אין הגנב יכול לחזור ולגבות חצי מהתשלום מהשומר, ומטעם שהשומר נהנה כמה ששילם לבעלים, שאילו לא שילם והיה מת בבית השומר היה השומר משלם, אין הגנב יכול לגבות מהשומר, והטעם שהגנב שגנב מתחייב גם לשומר, שהרי הפסיד כגניבתו לשומר ומיד שגנב מתחייב לשלם או לבעלים או לשומר, ומה שמת אצלו אינו טענה לפוטרו, וכמו שאמרו בב"מ ל"ו ומודה רבא בפשע בה השומר ויצא לאגם וגנבה גנב ומתה ב"ה גנב, שחייב השומר, ולא אמרינן מלאך המות מה לי הכא מה לי התם, שהרי גם אם לא היה מת ב"ה גנב היה חייב, ולכן אין המיתה פוטרת לא לגנב

עליהם ולא יכלו לעמוד, הם פטורים והוא חייב, וגם אם כולם היו פפא בר אבא, כך הדין שהם פטורים והוא חייב.

ונראה לפי מה שכתבנו גם הם חייבים בין אם כולם פפא בר אבא, בין אם סתם בני אדם, ומטעם שואל, שאם הם סתם בני אדם חייבים מדין שואל שחייב באונסים, ולכן גם אם סמך עליהם והם אנוסים חייבים, ואם הם פפא בר אבא חייבים מדין שואל שלא מדעת, ומה שכתבו התוס' שהם פטורים, כוונתם שהם יכולים לגבות מפפא בר אבא מדין מזיק.

ל"ז

והנה מה שכתבנו באות טז בחמשה שהניחו חבילות ואין ידוע על יד מי הפסיקה ללכת שכולם חייבין מדין שואל, ואם גבו הבעלים מאחד מהם כל הנזק יכולים לגבות מכל אחד מהחמשה מה שנהנו ממה ששילם הוא, יש לעיין איך יגבה מהם יאמרו לו שמא הפסיקה ללכת כשהנחת אתה החבילה, וא"כ אתה חייב בכולו, ואיך נחתיב מספק, המוציא מחבירו עליו הראיה. יש לומר כיון שמדין שואל ודאי חייב, אלא שבא לפטור עצמו בטענה שמא זה ששילם הזיק לו, וא"כ חייב לו ממון מדין מזיק, הרי דינו כתפיסה, ולדעת הפוסקים שאין תפיסה מועלת בספק ממון, וטוען שמא נמצא שחייב לשלם, ואין מועיל לו תפיסתו, אכן לדעת הרמב"ם הסובר שמועיל תפיסה מספק, ותקפו כהן אין מוציאין מידו, קשה, וגם

להחולקים על הרמב"ם קשה שהרי כאן תפס לפני שנולד הספק, ואולי יש לומר כיון שיש חמשה שהניחו חבילות ועל ידי אחד מהם הפסיקה ללכת, א"כ יש כאן רוב שלא מחמתו הפסיקה ללכת, וכל שיש רוב שחייבין לו אין תפיסה מועלת, וכמו שכתב הש"ש, ומביא ראיה ממצא חינוק מושלך בעיר שרובא ישראל שמחזירין אבידה ואין המוצא יכול לומר שמא גוי אתה ואיני חייב להחזיר לך אבידה, שאין תפיסה מועלת נגד רוב, ואף שאין הולכין בממון אחר הרוב, כל זה במוחזק מתחילתו, אבל בתפס מוציאין ממנו על פי רוב, אכן אם גבו הבעלים מהראשון שהניח החבילה, יש לדון שאין כאן רוב שהפסיקה לא מחמתו, שאף שיש כאן חמשה, אבל מכיון שיש ספק שמא אצל השני כבר לא יכלה ללכת, אם כן זהו ספק השקול, ואף שאחר כך הניחו עליה חמשה, מ"מ לא נעשה בזה רוב שאומר שלא הפסיקה מחמת הראשון, וסברה זו כתב הב"ש אהע"ז סימן ג' סקט"ז באשה שזנתה ונשאת, אין אומרים רוב בעילות אחר הבעל ונתלה שהולד מהשני, משום שיש ספק שמא כבר הייתה מעוברת בשעה שנשאה השני, ולעת הב"ש צריך לומר שזה שאמרו רוב בעילות אחר הבעל, היינו שהולכין אחר רוב בעילות של הבעל לפני הבעילה של המזנה, אבל כל שקדם המזנה, כבר יש ספק בביאה ראשונה, ומה יועיל מה שיש אחר כך רוב בעילות, וא"כ גם מקרה דנן דומה לזה, אכן הח"מ שם סקי"ב ונראה דלית ליה האי סברה.