הלכה · משנה תורה · מפרשים · אבן האזל · ספר נזיקין

אבן האזל על משנה תורה, הלכות נזקי ממון

הרב איסר זלמן מלצר

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אבן האזל על משנה תורה, הלכות נזקי ממון

הרב איסר זלמן מלצר

מקור הטקסט: ספריא · רישיון: לפי המהדורה: נחלת הכלל או Creative Commons

התכנים שלפניכם נאספו, מוינו, סוננו ונערכו בעמל רב ובמסירות על ידי צוות פרויקט 'אוצריא' (otzaria.org).

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/אבן-האזל-על-משנה-תורה-הלכות-נזקי-ממון/
הקובץ נוצר ב־20 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 5
הלכה א 5
הלכה ב 19
הלכה ה 21
הלכה ו 22
הלכה ז 23
הלכה ח 24
הלכה יא 32
פרק ב 33
הלכה א 33
הלכה ה 34
הלכה ח 41
הלכה ט 44
הלכה י 47
הלכה יג 60
הלכה יד 61
הלכה טו 75
הלכה טז 76
הלכה יז 77
הלכה יח 80
הלכה יט 92
הלכה כ 93
פרק ג 98
הלכה ב 98
הלכה ג 100
הלכה ד 105
הלכה ה 120
הלכה ז 120
הלכה ח 126
הלכה ט 129
הלכה י 133
הלכה יא 140
הלכה יב 144
הלכה יג 148
הלכה יד 149
הלכה טו 157
פרק ד 166
הלכה ב 166
הלכה ג 168
הלכה ד 170
הלכה ה 178
הלכה ו 179
הלכה ז 182
הלכה ח 184
הלכה ט 195
הלכה י 198
הלכה יא 205
הלכה יב 211
הלכה יג 213
הלכה יד 218
פרק ה 219
הלכה א 219
הלכה ג 221
פרק ו 232
הלכה ג 232
הלכה ה 235
הלכה ו 239
הלכה ז 239
הלכה י 240
פרק ז 244
הלכה ב 244
הלכה ה 246

הלכה ז 246
הלכה ח 247
הלכה י 249
הלכה יא 251
הלכה יב 254
הלכה יג 268
פרק ח 272
הלכה א 272
הלכה ב 284
הלכה ד 287
הלכה ה 289
הלכה ו 296
הלכה ז 299
הלכה י 310
הלכה יג 324
הלכה יד 339
פרק ט 342
הלכה א 342
הלכה ב 350
הלכה ו 354
הלכה ז 354
הלכה ט 357
הלכה יא 367
הלכה יב 373
הלכה יג 375
הלכה יד 376
פרק י 379
הלכה א 379
הלכה ג 380
הלכה ז 387
הלכה ח 388
הלכה ט 390
הלכה יא 390
הלכה יד 395
פרק יא 399
הלכה א 399
הלכה ז 401
פרק יב 406
הלכה ב 406
הלכה ד 410
הלכה ו 412
הלכה ז 412
הלכה ח 420
הלכה י 420
הלכה יב 426
הלכה יג 428
הלכה טו 431
הלכה יח 432
הלכה יט 435
הלכה כב 439
פרק יג 439
הלכה ב 439
הלכה ה 442
הלכה י 444
הלכה יב 446
הלכה יח 450
הלכה יט 452
הלכה כא 456
פרק יד 457
הלכה ד 457
הלכה ז 457
הלכה י 469
הלכה יג 479

פרק א

הלכה א

כל נפש חי' שהיא ברשותו של אדם שהזיקה, הבעלים חייבים שהרי ממונם הזיק שנאמר כי יגוף שור איש את שור רעהו וכו'.

מה שתפס הרמב"ם בלשונו שהוא ברשותו של אדם ולא כתב כל נפש חיה של אדם, נראה דכונתו משום דלאו דוקא אם הבהמה שלו אלא דגם אם הבהמה ברשותו חייב בנזקי' וזהו טעם חיוב השומר דנכנס תחת הבעלים כיון דהבהמה קימא ברשותו דאף דלא יצאה מרשות הבעלים והבעלים יכולין להקדישה, מ"מ נקרא ג"כ שהוא ברשות השומר והשומר כבעלים דידו כיד הבעלים ויכול לתבוע בלא הרשאה והודאה בפני השומר כבפני הבעלים כמפורש בב"ק דף ק"ח ובתוס' ע"ש, וזהו טעמו של הרמב"ם דסובר בפ"ד הל' י' דשומר שקבל עליו שמירת הבהמה בסתמא חייב בנזקין והראב"ד חולק שם ומצריך קבלה מפורשת לענין נזקין, והיינו טעמא דשיטת הרמב"ם דכיון שהשור ברשותו דהא קבל שמירתו ממילא חייב בנזקין מהתורה ואין צורך בקבלתו, אלא דאם התנה בפירוש שאינו מקבל עליו שמירת נזקיו אז הוי כמו שהתנה דלגבי זה אין הבהמה עומדת ברשותו כלל והיא ברשות הבעלים לגמרי לגבי נזקיה, ואף דהרמב"ם סיים בדבריו שהרי ממונם הזיק ע"כ לא בא לומר דבעינן דווקא ממון שלו דהא עכ"פ בודאי גם השומר שאינו ממונו חייב בנזקין אלא בא לומר דדיני נזקין אינו דוקא בהזיק בגופו אלא דגם אם הזיק בממונו חייב, וממונו נקרא מי שהוא בעלים על המזיק בין שהוא שלו בין שהוא ברשותו אף שאינו שלו ולכן התחיל בדבריו כל נפש חיה שהיא ברשותו של אדם וכמש"כ:

ב) אכן צריך לבאר מנ"ל יסוד זה הדין דשומר הוי כבעלים לענין נזקין דהא בקרא כתוב כי יגוף שור איש דמשמע שור של איש חייבים הבעלים ומנלן דגם שומר שאין השור שלו רק עומד ברשותו יתחייב בנזקי השור, אכן באמת הוא מבואר במכילתא פ' משפטים סי' ק"ו וסי' קכ"ו על הפסוקים ולא ישמרנו דכתוב גבי נגיחת שור לאדם וגבי נגיחת שור לשור ומתרוייהו דריש במכילתא ולא ישמרנו להביא שומר חנם כו' והנה הגאון בעל התורה והמצוה פירש דמה דדריש להביא ש"ח היינו דאף אם מסרו לש"ח חייב דאף דמועד סגי לי' בשמירה פחותה זהו דוקא בשמרו בעצמו שמירה פחותה ורצה מזה להביא סמך להגירסא הישנה בפ"ד הל' ד' דגם בשמרו השומרים שמירה מעולה הבעלים חייבים אכן לדעתי אין הכונה כן במכילתא דודאי אם שמרוהו השומרים שמירה מעולה הבעלים פטורים וגם בשמרוהו שמירה פחותה פטורים במועד, ולא עוד

אלא אפילו לא שמרוהו כלל הבעלים פטורים גבי מועד כיון דמסרוהו לשומר והכי מוכח להדיא מסוגיא דהכונס כמו שנבאר שם לקמן בפ"ד הל' ד' רק בתם משלם מגופו, והשומר חייב לבעלים והכונה במכילתא הוא כמו דאיתא בגמ' להביא ש"ח והשואל נושא שכר והשוכר דנכנסו תחת הבעלים ולזה יליף במכילתא מהקרא דולא ישמרנו דכיון דהחיוב בא מחמת שלא שמרו א"כ כשמסר לשומר והשמירה מוטלת עליו ממילא חייב השומר בנזקיה, ועיקר דרשא דמכילתא להביא ש"ח אין הכונה לחייב הבעלים אלא לחייב השומר וממילא פטורים הבעלים:

ג) **ובזה** מבואר הגמ' בהכונס גבי הוציאוה ליסטים פשיטא כיון דאפקוה קיימא ברשותייהו לכל מילי ועיין שם בתוס' שהקשו דמהיכי פשיטא להגמ' דגזלן חייב בנזקי הבהמה דהא לא דמי לשומר דמצינו הרבה דברים שהשומר חייב וגזלן פטור והנה אם נימא דחיוב השומר בנזקין הוא בשביל שנכנס תחת הבעלים וקבל עליו חיובי הבעלים הקשו התוס' שפיר דהא גזלן לא קבל עליו חיובי הבעלים ולא נתחייב בשמירת הבהמה ומשום זה פטור בכחשא דהדרא אבל לפימש"כ דחיוב השומר בנזקין הוא בשביל שהבהמה עומדת ברשותו ונעשה לענין נזקין כבעלים על הבהמה, א"כ גזלן ודאי קיימא ברשותו דבשביל זה קונה ביאוש ושינוי ועדיף לענין זה משומר א"כ ודאי חייב בנזקין, נמצא דאף דמרבינן שומרים מולא ישמרנו אעפ"כ לא נאמר דחיוב השומר בנזקין הוא מצד חיוב שמירתו להבעלים אלא בשביל שהבהמה ברשותו לענין נזקין ולכן גם גזלן חייב בנזקי הבהמה, אמנם מה שכתבנו מבואר בתוס' בתירוצם השני אלא שבארנו הדברים:

ד) **ובזה** שבארנו יבואר לנו ד' הירושלמי ברישׁ הכונס על הוציאוה ליסטים א"ר הושעיא כשהוציאוה לגוזלה אבל הוציאוה לאבדה הליסטים פטורים, והובא בתוס' וקשה מהא דהזורק מטבע של חבירו לים הגדול פטור דוקא בדאדיי אדויי אבל שקלי' בידו מגזל גזלי' השבה בעי מיעבד וליכא למימר דהתם כיון שנטל בידו אינו מוכח שהוא לאבד דא"כ ה"נ מי מוכיח שהוא לאבד אלא ע"כ כיון שאנו רואין שאינם נוטלים לעצמם ומוציאים אותה להפקר זהו לאבד, וכן ה"נ כשנוטל וזורק תיכף מוכח שהוא לאבד וגיסי הגאון בספר לבוש מרדכי חילק בזה בין יד ממש למשיכה והגבהה שלא בידו דמשיכה והגבהה שלא בידו אינו קנין כלל אלא כשמכוין לקנות וגבי גזילה בענין בידו או ברשותו וכל הקנינים כמו משיכה והגבהה כשמכוין לקנות הוי בזה הכנסה לרשותו ונקרא גזלן ובלא כונה לקנין לא הכניס לרשותו ולא נעשה גזלן, והביא ראי' ממנסך דאמרינן בגיטין מדאגבהה קני' אף שהגביה על מנת לנסך שזהו לאבד ורק בשביל שנטל בידו נעשה

גזלן גם בלאבד, וראי' שהביא ממנסך יש לומר דאינה ראי' משום דמה שהגביה על מנת לנסך לא נקרא הוציא לאבד, דכיון שעשה רצונו בממון אחרים שרצה לנסך וניסך זה גזלן מיקרי ורצונו ותכליתו בהגזילה הוא הניסוך.

והנה יש לעיין בדין הגבהה בידו אם כשמגביה בידו דבר גדול שאינו נכנס בידו אי מיקרי דין יד או מקרי דין הגבהה דמלשון התוס' בב"ק דכ"ט ע"ב שכתבו א"נ כשמגביה בידו דכיון שהוא בידו קני בפחות מג' משמע דאין חילוק אם מקבל דבר בידו ממש או מגביה דבר בידו אף שאינו מונח הדבר בידו, אכן הנתיבות בספרו תורת גיטין בחדושיו לאה"ע סי' קל"ט כתב דהיכי שאינו כולו בידו לא מהני מדין יד כמו דלא מהני בדין חצר היכי שאינו כולו בחצרו וכן כתב הגרעק"א ז"ל בתשובות סי' רכ"ב מביאו הפ"ת שם ומפרש כן דברי הירושלמי, ואם היינו אומרים כן נוכל לפרש דגבי מנסך דקאמר כיון דאגבהה קניה דלא הוי אלא הגבהה ולא יד ממש משום דהחבית אינו בידו ממש רק שהוא מגביה בידו ומ"מ נעשה גזלן משום דלא מיקרי לאבד וכמש"כ למעלה, ובזה הי' ניחא דברי הישׁ"ש שכ' בפ' ב' דב"ק סי' כ"ד וז"ל ובשם מהרי"ח נמצא כתוב שאם זה המושיט הגביה המאכל אפי' היא יכולה לאכול בלא הושטה מ"מ המושיט חייב אם בר תשלומין הוא ולא נהירא דהא לא נתכוין לזכות בו ולא שייך דין הגבהה אלא במתכוין לגוזלה ולקנות לעצמו עכ"ל הישׁ"ש ודבריו צריך עיון מהא דב"ק דשקליה בידו מגזל גזלי', אכן לפי דברי גיסי זצ"ל לפי"מ דנימא דלא כדבריו במקצת דהיכי שאינו בידו רק מגביה בידו וכמו גבי מנסך יהי' בזה רק דין הגבהה וצריך שיהי' נתכוין לזכות בו ורק דמנסך מיקרי מתכוין לזכות כנ"ל יהי' א"ש דברי הישׁ"ש.

אכן מהא דאמרינן בסנהדרין דף ע"ב דהברייתא דהגונב כיס בשבת דהי' מגרר ויוצא פטור שאיסור שבת ואיסור גנבה באין כאחד מיירי דשדינהו בנהרא ובפשוטה משמע דבחד מעשה מיירי וכן משמע מלשון הרמב"ם שכ' או שגנב כיס בשבת שהי' מגררו עד שהוציא מרשות הבעלים שהוא רה"י לרה"ר ואבדו שם וא"כ מוכח דאפילו לאבד נעשה גזלן ואף דא"א דמיירי בחד מעשה ממש דא"כ פטור משום שבת דהא נהר לא הוי רה"ר וע"כ הי' הנחה בינתים מ"מ הא אפשר שנראה להדיא שדעתו הי' גם מתחלה לאבדו ולהשליכו בנהר רק שעמד לפוש בינתים ועשה הנחה וא"כ באופן זה היה צריך להיות פטור משום גנבה כיון שלקח לאבד, דהא הכא מיירי שהקנין הי' ע"י משיכה ולא ע"י ידו דהא בכתובות דף ל' פליגי בהא אם מהני אפקי' לרה"ר וא"כ מוכח דגם בדרך משיכה מהני גזילה אפי' לאבד להתחייב באונסין בתורת גזלן:

ה) **ולכן** נראה לי דמה דקאמר הירושלמי דדוקא בהוציאוה לגוזלה אבל הוציאוה

לאבדה פטורים היינו דוקא לענין חיובי נזקין דכיון דכל עיקר חיובי נזקין שיש על הגזלן הוא משום שהבהמה קיימא ברשותו ובזה נוכל שפיר לומר דמתי קיימא הגזלה ברשות הגזלן לענין שיקנה אח"כ ביאוש למ"ד יאוש קונה או שיקנה בשינוי דוקא במתכוין לגזול ולקנות דבזה ידעינן מאשר גזל דמהני קנין גזלה לענין הכנסת רשות כמו שהארכתי במקו"א אבל היכי שאינו מכוין כלל לקנות רק שהוציא מרשות הבעלים לאבדה איברא דחיוב גזלה יש עליו אף שלא נתכוין לקנות דעכ"פ גזל מרשות בעלים והתורה חייבה את הגזלן בהשבה בין נתכוין לקנות בין לא נתכוין אבל לענין זכיות שיש בדין גזלה לענין הכנסת רשות שפיר יש לחלק דאם לא כיון להכניסה לרשותו לא קנה את הגזלה לענין זה שיקנה ביאוש או בשינוי ואף דילפינן דין שינוי מאשר גזל ואנן אמרינן דחיוב השבת גזילה מוטל עליו גם בלא נתכוין לקנות, מ"מ נוכל לומר דזכות שיש בגזלה אין לגזלן כיון שלא גזל לעצמו, וממילא נוכל לומר כיון דמה דחייב הגזלן בחיובי נזקין הוא רק סברא משום דקיימא ברשותי' וא"כ כיון דבהוציאוה לאבד לא קיימא הבהמה ברשותו לא נתחייב בזה גם חיובי נזקין, ולפי דברינו יהי' דלא כהיש"ש שכתב שגם לענין חיובי גזלה יהי' פטור בהוציאוה לאבדה, ויהיו נכונים דברי המהרי"ח שהביא הישש"ש דהמושיט חייב אף שהגבי' לאבד וכמו דאמרינן בהגוזל דשקליה בידי' מגזל גזליה אף שלקח לאבד וכנ"ל אח"כ ראיתי דכל דברינו מבוארים בש"ך בסי' שצ"ו סק' א' וז"ל כדי לאבדה פטורים על הנזק אבל לא על הבהמה עצמה אעפ"י שלא הי' דעתם אלא לאבדה וכדלעיל סי' שפ"ו גבי זורק מטבע לים הגדול ואפשר דבהכישה אפי' לאבדה ונאבדה פטור וצ"ע עכ"ל ומ"מ נתבאר בארוכה דבריו הקצרים:

ו) **והנה** נתבאר בזה שיטת הרמב"ם דס"ל דשומר לא צריך קבלה בפירוש להתחייב בשמירת נזקין ובסברת הראב"ד דס"ל דצריך קבלה בפירוש הי' אפשר לומר לכאורה דלא ס"ל כלל הך כללא דכל מי שמזיק ברשות חייב בנזקין אלא דס"ל דאין חיוב נזקין אלא על מי שהמזיק שלו, ולזה ס"ל דלא נתחייב בשמירת נזקין אלא כשקבל עליו בפירוש דאז הוא חייב מצד קבלת השמירה לענין זה, אלא דלפי"ז יקשה למה גזלן חייב בנזקי הגזילה כדפשיטא לי' להש"ס בפ' הכונס דקמקשי פשיטא כיון דאפקוה קיימא ברשותייהו לכל מילי כיון דנימא דס"ל להראב"ד דאין חיוב נזקין אלא על הבעלים והגזלן הא אינו בעלים גם לא קבל עליו שמירה, וצ"ל דבאמת גם הראב"ד אית לי' האי כללא דכל מי שהמזיק ברשותו חייב בנזקין אף שאינו שלו ומשו"ה גזלן חייב בנזקין דהגזילה ברשותו לענין שקונה אותה ביאוש ושינוי כנ"ל, אלא דס"ל להראב"ד דהדבר הנפקד אינו נקרא שהוא ברשותו של השומר דהא דאינו צריך הרשאה והודאה בפניו

כהודה בפני הבעלים היינו משום דהוא כשליח של הבעלים, אלא דעכ"פ לפי"ז אין לנו מקור לזה דמה שהוא ברשותו כמו גזלן חייב בנזקין דלדעת הרמב"ם כתבנו דילפינן זה משומר ולכן לדעת הראב"ד על כרחנו נאמר דהוא מסברא אף דיקשה מהיכי פשיטא כ"כ לגמ' דמקשה פשיטא כיון דאפקוה וכו' וסובר הראב"ד כסברת התוס' בתירוצם הראשון ע"ש והרמב"ם סובר כתי' הב' וכמש"כ, עכ"פ הראב"ד ע"כ ג"כ יודה דסגי בזה שהוא ברשותו להתחייב בנזקין דאי לא"ה אין ביאור למה יתחייב גזלן בנזקין, והך כללא דכל נפש חיה שהיא ברשותו של אדם הוא גם לדעת הראב"ד אלא דסובר דשומר לא נקרא הפקדון ברשותו:

ז) **ונראה** דבעיקר דינא אם הדבר הנפקד נקרא ברשותו של השומר ויש לו דין בעלות עליו מחולקים הרמב"ם והראב"ד בעוד שני מקומות חדא במה שכתב הרמב"ם בפ"ד מהל' זכי' ומתנה הל' י"ג. וז"ל מקבל מתנה שטען ואמר זו שתחת ידי אינה מתנה בידי אלא שומר אני עליה וכיוצא בו, או שאמר בטילה היתה מתחלתה לפי שלא קבלתיה או בעל כרחי באונס או בטעות וכיוצא בדברים אלו דבריו קיימין ונשבע ע"ז שבועת היסת ותחזור לבעליה. וכ' ע"ז הראב"ד, א"א רעיון רוח ונשבע שבועת היסת, ועיין במ"מ שכ' וז"ל ובאמת לא הבנתי מה ענין שבוע' בכאן ואפשר אם תבעוהו בעלי חוב ואמרו לו אתה מערים בזה כדי להפקיעו מתחת ידינו נשבע ע"ז היסת וצ"ע עכ"ל, אכן צריך לבאר דברי הראב"ד דודאי פשיטא דהוא לענין להפקיע מבע"ח וכן פי' רש"י ר"פ השולח, וזה לא נעלם גם מהראב"ד והשגתו נראה לבאר בהקדם דברי הרשב"א ריש פ' השולח שכתב וז"ל וא"ת ומאי שנא מהא דאמרינן בכתובות האומר שטר אמנה הוא זה אינו נאמן ואסיקנא דקאמר מלוה וכגון שחב לאחרים דהתם הוא דשטרא כיון דמקויים ונפיק מתותי' ידי' בחזקתיה קאי ומסתמא דידי' הוא ולחוב לאחרים הוא דקא מודה דשטר אמנה הוא ואינו נאמן הא למה הדבר דומה לאומר בשדה המוחזקת בידו אינה שלי במקום שחב לאחרים דלא כל הימנו לאבד זכותו של אחרים, אבל במקבל מתנה דלאו דידיה הוא ומכח זכייתו הוא דבעי מלוה לטרפו נאמן הוא לומר לא קבלתיו בתורת זכיי' ואינהו דקאמרי דבתורת מתנה ושנתכוין לזכות בו כשקבלו צריכין להביא ראי' עכ"ד, הרי לנו מדברי הרשב"א שאעפ"י שבכל מקום אינו נאמן בהודאה במקום שחב לאחרים מ"מ הכא נאמן כיון שעדיין לא הוחזק הדבר בחזקתו, וס"ל להראב"ד דהיינו מדין עדות ואעפ"י שהוא עד אחד מ"מ הכא נאמן כמו שכ' הר"ן בפ' גיד הנשה וז"ל והוא הדין דבמציאה נמי נאמן אדם לומר אלו כליו של פלוני דכיון דלית לי' הנאה מיני' לא חיישינן דמשקר עכ"ל וצ"ל דטעמא דנאמן עד אחד במציאה משום דאין הבעלים מוחזקים בה,

והא דצריך ב' עדים בכל דבר שבממון היינו דוקא היכי שהבעלים מוחזקים בדבר [ואף דסימנים וסימנים וע"א יניח כתב בזה המהר"ם מינץ משום דע"א בהכחשה לא מהני] דאל"כ מאי סגי במאי דכתב הר"ן דכיון דלית לי' הנאה מיני' לא חיישינן למשקר הא הוא דבר שבממון שצריך ב' עדים, וע"כ דסובר הר"ן דהיכי דאין הבעלים מוחזקים כגון במציאה גם עד אחד נאמן, והכי נמי המקבל מתנה נאמן בתורת עדות וב' עדים לא צריך כאן כיון שאין הבעלי חובות מוחזקין בדבר, וי"ל ג"כ דהוא מדין נאמנות בעל המקח ומדין נאמנות דיין וחיה עיין בר"ן סוף קדושין ולכן הקשה הראב"ד שפיר מה ענין שבועה לכאן.

אבל הרמב"ם סובר דבתורת עדות לא הי' נאמן כיון שהוא עד אחד אלא דס"ל להרמב"ם דהא דנאמן היינו מפני שהוא כבעל דבר לפי טענתו שהוא שומר דגם מה שכתב הרמב"ם אח"כ או שאמר בטילה היתה מתחלתה לפי שלא קבלתיה או בעל כרחו באונס או בטעות וכיוצא בדברים אלו, היינו נמי דעכ"פ עכשיו טוען שהוא מחזיק אותה בתורת שומר לבעלים בגדר שומר אבדה, ואף דאם קבל בעל כרחו אינו מחוייב להחזיק בתורת שומר מ"מ כ"ז כשלא קבלה אם אם החזיקה אח"כ בשביל הבעלים להשיב להם ודאי נתחייב, וכשיטת הרמב"ם בפי"א מה' גזלה ואבדה הל' י"ד דהכישה נתחייב בה אפי' במידי דלאו בע"ח ועמש"כ שם דהרמב"ם לשיטתו דס"ל דשומר יש לו דין בעלות על הדבר הנפקד אצלו שהוא ברשותו ונאמנותו הוא מצד טענתו, ולזה דקדק הרמב"ם בלשונו וכתב מקבל מתנה שטען ואמר וכיון שכן שנאמנותו מצד טענתו שפיר יש לנו לחייבו שבועת היסת אבל הראב"ד דסובר דאין לשומר שום דין בעלות על הדבר הנפקד אצלו לית לי' האי סברא דהוא נאמן מצד טענתו אלא ס"ל דנאמן מדין עדות וכנ"ל:

ח) **ובהלכות** חמץ ומצה נמי פליגי בזה דהנה כתב הרמב"ם בפ"ד מה' חמץ ומצה הלכה ד' וז"ל עכו"ם אנס שהפקיד חמצו אצל ישראל אם יודע הישראל שאם אבד או נגנב מחייבו לשלם וכופהו ואונסו לשלם אעפ"י שלא קבל אחריות הרי זה חייב לבערו עכ"ל, והשיגו הראב"ד וכתב שאינו חייב לבער אלא כשהוא חייב באחריות מן הדין ע"ש, ואיכא למימר דבהא פליגי הרמב"ם לשיטתו דס"ל דשומר יש לו דין בעלים על הדבר הנפקד אצלו ולכן צריך לפרש דהא דמפלגינן בגמ' בין חייב באחריותו לאינו חייב באחריותו הוא משום דמלבד שלעבור בבל יראה ולהתחייב בביעור צריך שיהי' לו דין בעלים על החמץ, עוד צריך שיהי' לו איזה נפקותא בממון בחמץ זה דאז חשוב מצוי בידו שמחזיק הדבר ברצונו ברשותו בשביל שיש לו זכות בדין בעלות שלו על החמץ, והראב"ד לשיטתו דס"ל דכל שומר אין לו דין בעלים על הדבר הנפקד אצלו

ולכן מפרש הא דאמרינן בגמ' חמץ שחייב באחריותו חייב לבערו, היינו דחיוב אחריותו לחוד מחייבו בביעור משום דין גורם לממון וקרא דלא ימצא אשמועינן דאף דכי איתי' הדר בעיני' מ"מ חשוב גורם לממון לענין בל יראה, והרמב"ם סובר דלמסקנא באמת כל חיוב בל יראה בחמץ שקבל אחריות אינו משום גורם לממון כיון דאי איתי' הדר בעיני' רק משום דין בעלים וכנ"ל ולפי"ז כיון דהרמב"ם ס"ל דשומר יש לו דין בעלים על הדבר הנפקד, ומשו"ה חייב בביעורו אלא דצריך שיהי' לו גם איזה נפקותא בממון שמחזיק אותו בתורת בעלים בשביל זה, לכן ס"ל דאף שיש לו נפקותא שלא מן הדין כגון בעכו"ם אנס חייב לבער כיון דהוא שומר יש לו דין בעלים על החמץ הנפקד, וגם יש לו איזה נפקותא בממון שבשבילה מחזיק הדבר ברשותו ברצונו חשוב מצוי בידו וחייב לבערו, אבל הראב"ד דס"ל דאין לשום שומר דין בעלים על הדבר הנפקד והא דחייב לבער חמץ שחייב באחריותו הוא משום חיוב האחריות לחוד דבשביל זה חשיב גורם לממון וכנ"ל, לכן ס"ל דצריך שיהי' חיוב אחריותו מן הדין דאז חשוב גורם לממון אבל עכו"ם שאין חיוב אחריותו מן הדין דלא מיקרי גורם לממון אינו חייב לבערו:

ט) והנה על מתני' דשור של חש"ו מעמידים להם אפוטרפוס איתא בירושלמי לפי מה שמביא הרשב"א, [דהפ"מ פי' דקאי על שור האצטדין] הדא אמרה המכיש בהמת חברו ויצאה והזיקה חייב וצריך להבין דהנה פשוט דהירושלמי סבר מעלית האפוטרפוס ומינה מייתי על המכיש בהמת חברו, אבל צריך לבאר לפי זה גדר חיוב אפוטרפוס בנזקין, דאם נאמר דהוא מגדר שומר ונאמר דמכיש בהמת חברו גם כן מיירי שנתחייב בזה בדין שומר וא"כ פשיטא מאי קמ"ל מתני' היא ד' שומרים נכנסו תחת הבעלים, ואי דלא נתחייב בתורת שומר אלא הכישה סתם הא באופן זה באמת פטור דהא גבי הוציאוה לסטים איתא בירושלמי דדוקא הוציאה לגוזלה אבל הוציאה לאבדה פטורים, וע"כ צריכים אנו לומר דמכיש בהמת חברו מיירי שקרבה בזה להזיק, וחייב לא מדין שומר ולא מדין גזלן אלא מדין מעמיד בהמת חברו על קמת חברו דחייב מדין מזיק לדעת הרשב"א וכן דעת הרמב"ם וכמו דפסק הרמב"ם דפורץ גדר בפני בהמת חברו חייב מדין מזיק ולדעת התוס' מדין שן ורגל. ואם כן אינו מובן דהאיך אנו למדים זה מדין אפוטרפוס ונראה דהירושלמי סובר דאפוטרפוס אין לו דין שומר דאפוטרפוס לא משך בחפצי היתומים אלא ב"ד מינו אותו לאפוטרפוס להשגיח על נכסי היתומים וכן בשור המזיק מינו אותו ב"ד להשגיח על שור היתומים אבל לא משך בשור שלהם, וא"כ יש להבין במה נתחייב ומאיזה גדר נתחייב.

והנה בב"מ דף פ' ע"ב תנן דהנח לפני שומר חנם וסובר הרא"ש דהוא כפשוטו דלא

צריך משיכה להתחייב באונסים דכיון דסמכו עליו הבעלים נתחייב והא דתיקנו משיכה בשומרין אינה אלא לענין חזרה, והרמב"ם סובר דבלא משיכה לא נתחייב באונסים וא"כ גבי אפוטרפסין לשיטת הרא"ש שפיר אפשר לחייב מדין שומר אבל לשיטת הרמב"ם א"א לחייב אפוטרפוס מדין שומר:

י) **ונראה** לומר דסובר הירושלמי דנתחייב מדין מעמיד דכיון דמינו אותו לשמור שור היתומים ולא שמרו ודאי יזיק אלא דהדר יקשה לן אמאי פטור גבי הוציאוה לאבדה, והנה בפ"ד מביא המגדל עוז מה שכ' הרמב"ם בתשובתו לחכמי לוניל שהקשו על מה שפוסק דפורץ גדר לפני בהמת חברו והזיקה דחייב. והקשו ממה דגבי לסטים אינם חייבים אלא כשהוציאוה. ותי' דהתם לא נתכוונו להזיק והכא נתכוין להזיק ובטעמו כ' הגר"א ז"ל בסי' שצ"ו ס"ק ח' דחיובו הוא משום גורם היזק וגורם אינו חייב אלא כשמתכוין להזיק. והנה לפי שיטה זו לכאורה לא שייך לחייב מטעם מכיש או מעמיד גבי אפוטרפסין דאפוטרפסין במה שלא שמרו לא נתכוונו להזיק. אכן נראה דיש נ"מ בין שמירת גופו ונזקין מטעם שומר ובין שמירת נזקין של אפוטרפוס דגבי להתחייב על שמירת גופו מטעם שומר צריך דוקא שיכנס החפץ לרשותו דלא נוכל לומר שפשע ופשיעה לדעת הרמב"ם הוי כמו מזיק משום דלא הי' להבעלים לסמוך עליו כ"ז שלא נכנס הדבר ברשותו ונתחייב עפ"י דין. ואינהו דאפסידו אנפשיהו שסמכו ולכן לא נקרא מזיק במה שפשע, אבל לגבי שמירת נזקין של אפוטרפוס כיון דקבל עליו שמירת השור וסמכו עליו ב"ד בכך שמסרו לו שאילולי כן לא הי' מניחין השור ביד היתומים לא אמרינן לגבי ב"ד דאפסידו אנפשיהו דההזיק הוא לגבי עלמא ולא לב"ד ולא להיתומים וכיון שקבל עליו ופשע הוי כמו מזיק ונמצא דאף שלא נתכוין להזיק אבל מה שקבל עליו ופשע הוי בזה כגרם מזיק, אבל לסטים שפרצו הדלת ע"מ לגנוב כיון שלא נתכוונו להזיק אין בזה דין מזיק והוא מטעמא שכתבנו דכל ההיזק אינו אלא גורם וגורם בעי נתכוין להזיק. אבל קבל עליו שמירה ופשע הוי כמו נתכוין. ומצינו שכתב הרמב"ם סברא כזו בפ' ו' מה' חובל ומזיק הלכה ח' הי' בעל קורה ראשון ובעל חבית אחרון ונשברה חבית בקורה חייב שזה כמו ששברו בידו בכונה ופי' דבריו הוא משום דסובר בהלכה ג' דשלא בכונה אינו חייב אלא ברשות הניזק אבל שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות והזיק אחד מהם ממון חברו שלא בכונה פטור, ולזה כתב כאן דטעמא דחייב אף דהלכו בר"ה משום דכיון דפשע ובודאי רמי עליו למידק כיון שהוא הולך אחרון חייב כמו בכונה ונמצא דפשיעה גמורה הוי כמו בכונה, ואף דצריך עוד הסבר להבין טעמו של הרמב"ם דסובר דליסטים מכיון שפרצו לגנוב מיקרי שלא בכונה, דעכ"פ במאי גרע מפשיעה,

וצ"ל דליסטים כיון דלא רמו אדעתייהו כל ענין שמירת נזקין והם פרצו הדיר כדי לגנוב מיקרי שלא בכונה לגבי נזקין, וכן ה"נ יש לומר שאפי' הוציאוה לאבדה נמי מיקרי לגבי נזקין שלא בכונה, אבל אפוטרפוס כיון שקבל עליו שמירת נזקין, הך פשיעה מחייבת כמו בכונה עכ"פ נתברר לנו לפי דברי הירושלמי דחיוב אפוטרפסין אינו משום דין שומר כיון דלא משכו השור אלא דהוי בגדר מזיק: ועמש"כ בפ"ד הל' ט':

יא) והנה בתוס' בב"ק דף נ"ו גבי מעמיד כתבו וז"ל ואעפ"י שאין הבהמה שלו חייב מטעם שן ורגל דאע"ג דכתיב בעירה כדידי' חשיבא הואיל והוא עשה כמו מדליק פשתנו של חברו בנרו של חברו. אבל אין לפרש דמחייב מטעם אש דברי היזקא וכו', דא"כ מטעם זה הו"ל להתחייב, אפי' בר"ה עכ"ל והרשב"א כתב דחיובו מטעם מזיק וחייב באמת אפי' ברה"ר, וכן דעת המ"מ שם ובדעת הרמב"ם יש לומר דאף דכתב להדיא בתשובתו לחכמי לוניל על פורץ גדר דחיובו מטעם מזיק מ"מ אינו חייב ברה"ר דהא איתא להדיא בגמ' וכן ברמב"ם המעמיד בהמת חברו על קמת חברו, וכן הוסיף הרמב"ם גבי הכישה וכתב וכן אם הכישה עד שהלכה לקמת חברו ומשמע דדוקא קמת חברו דהוי ברה"י ולא אם אכלה פירות חברו דמצי מיירי אפי' ברה"ר וטעמא נראה דלא הוי מזיק להדיא על דבר הניזק אלא דהוא מזיק במה שגרם שהבהמה תאכל ונתחייב מטעם מזיק בחיובי הבהמה וכמו דלמדו התוס' מדין אש לחייב על דין שן ורגל והיינו דכיון דאשכחן דמתחייב בדין אש אף שאין האש שלו ה"נ מתחייב על שן ורגל, ה"נ ילפינן מדין מזיק לחייב אדם העושה ששן ורגל יזיקו שמתחייב בחיוב הבהמה ונמצא דהחיוב הוא בחיובי הבהמה אלא דאפשר להתחייב בחיובי הבהמה מטעם בעלים ואפשר ג"כ להתחייב מדין מזיק דכיון שהוא גרם נתחייב כמו בעלים, וזה מבואר ביותר אם נימא דחיובם של הבעלים בשן ורגל אינו אלא בדין שמירה. וכשלא שמרו חייבה התורה על מעשה בהמתו, ולכן אחר שאינו בעלים אם נעשה אדם המזיק על זה שתזיק הבהמה לא גרעי מבעלים וחייבים על נזקי שן ורגל.

ועכשיו מבואר ביותר מה דמדמי הירושלמי דין דמכיש בהמת חברו לאפוטרפסין דהא האפוטרפסין ע"כ בודאי פטורין ברה"ר על שן ורגל דאל"ה לא הי' שייך לומר דין תמות ומועדת ולא הי' שייך דין מגופו וע"כ דאפוטרפסין חייבין בדיני בעלים ולכן לפי מה שכתבנו דגם מעמיד אף דיסוד החיוב הוא מטעם מזיק מ"מ החיוב הוא רק בדיני שן ורגל מיושב מה שדימה הירושלמי דין מכיש בהמת חברו לדין אפוטרפסין והא דאין משלמים כופר משום דיתמי לאו בני כפרה היינו משום דכיון דע"מ כן נעשו לשלם מנכסי יתומים לכן אין משלמים כופר:

יב) והנה בגמ' בדף נ"ו גבי הוציאוה ליסטים דפריך בגמ' פשיטא כיון דאפקוה קיימא לה ברשותייהו לכל מילי ומשני לא צריכה דקמו לה באפה כי הא דאמר רבה אמר רב מתנה אמר רב המעמיד בהמת חברו על קמת חברו חייב, מעמיד פשיטא לא צריכא דקם לה באפה אמר לי' אביי לרב יוסף הכישה אמרת לן וליסטים נמי דהכישוה, ופירש"י וליסטים נמי דהכישוה ואשמעינן מתני' דהכישה במקל זו היא משיכה, ונמצא דלפירש"י זהו פי' על מה דאמר מעיקרא פשיטא כיון דאפקוה ואשמעינן דאם הוציאוה ע"י שהכישוה במקל זו היא משיכה, וקשה לפירש"י דאטו דיני משיכה אתא כאן לאשמעינן, וראיתי שהראשונים בש"מ דחקו בזה, והביא בש"מ דתוס' שאנץ כתבו דאשמעינן דלא כהירושלמי דהוציאוה לאבדה נמי חייב ושאר ראשונים חולקים שם וכן הרא"ש בהלכות כתב דדוקא הוציאוה לגוזלה ובהא דליסטים נמי דהכישוה כתב כפירש"י, ומדברי הרא"ש מוכח דאוקימתא דהכישוה לא קאי אלא על דין גזלן ולא על דין מעמיד, וכן מוכח מדברי הרשב"א וכן הוא בקיצור פסקי הרא"ש, אבל בטור כתב כדברי הרמב"ם, אבל מדברי הרמב"ם כפי"מ שהבאתי שם לשונו מוכח דמפרש דהא דאמר בגמ' וליסטים נמי דהכישוה אין הרבותא אם הוציאוה ע"י הכשה במקל דזה נמי פשיטא אלא דמתני' אשמעינן דין מעמיד והיינו לרבות אפי' לא נתכוונו לגוזלה, וכדבעי לאוקמי דקם לה באפה דמשמע דאינו מדין גזלן, איברא דהמ"מ מפרש דמש"כ הרמב"ם הוציאוה ליסטים היינו שהכישוה, אבל א"כ היה להרמב"ם לפרש כמו שפירש בהל' ג' שוב ראיתי דבפיהמ"ש מפרש הרמב"ם דהרבותא הוא דאפי' קם לה באפה הוי כמו שהוציאוה והוסיף עוד דאפי' לאבדה, אבל מדבריו בהלכותיו שהשמיט קם לה באפה בין גבי הוציאוה בין גבי מעמיד, מוכח דאינו סובר כן ועמש"כ בפ"ד שם, וגם מה שחידש דאפי' לאבדה מוכח מדבריו לחכמי לוניל דאינו סובר כן ע"ש, אכן הרמב"ם חלק זה לשני דינים נפרדים דבפ"ד הלכה א' כתב הוציאוה ליסטים חייבים, ובהל' ג' כתב המעמיד בהמת חברו ע"ג קמת חברו המעמיד חייב לשלם מה שהזיק, וכן אם הכישה עד שהלכה לקמת חברו והזיקה זה שהכישה חייב. ונמצא דהרמב"ם מפרש דחיוב המכיש אינו מדין גזלן אלא מדין מעמיד, וא"כ הם שני דינים נפרדים דמקודם כתב דינא דהוציאה ליסטים וזהו כדברי הירושלמי דהוציאוה לגוזלה ונעשה הבהמה ברשותם וכמו שכתב הרמב"ם בתשובתו לחכמי לוניל שהביא המגדל עוז אבל הכא גבי הכישה לא מיירי כלל שהכישה לגוזלה אלא שהכישה שתלך לקמת חברו כמו מעמיד והא דאמר ולסטים נמי דהכישוה היינו לאפוקי ממה דאמר מעיקרא דכיון דאפקוה קיימא ברשותייהו לכל מילי דהיינו שנעשו גזלנים ובעי לאוקמי דקם לה באפה, ואח"כ אמר רב יוסף דהכישה

אמרת לן היינו בדינא דמעמיד דלא דוקא מעמיד על קמת חברו אלא אפי' הכישה עד שהלכה והזיקה נמי חייב, ונמצא דאדרבה ש"ס דידן נמי סבר כהירושלמי דדין הוציאוה ליסטים הוא דוקא הוציאוה לגוזלה, אבל זהו אם אנו באין לחייבם מדין גזלן דקיימא ברשותייהו, אבל אם הכישוה עד שהלכה והזיקה, פי' הכישוה קרוב לקמה לצד הקמה וע"י שהכישוה הלכה והזיקה בזה חייבים מדין מעמיד ואשמעינן דלא בעי מעמיד ממש על הקמה אלא אפי' הכישוה ומדברי הרשב"א והרא"ש משמע שחולקים ע"ז:

יג) והנה בדף ג' ע"ב כתבו בתוס' דהא דקתני וממונך לאו דוקא גבי בור ואש דאפי' הדליק באש של אחר חייב, והנה לפי"מ שכתבו התוס' בהכונס שהבאנו א"כ גבי שן ורגל נמי ממונך לאו דוקא וגם הביאו ראי' על שן ורגל מדין אש וא"כ לשמואל דאמר שן לרגלו ומבעה לשנו ליכא דין ממונא כלל בשלמא לרב יכולים לומר דגבי קרן אפשר דלא ילפינן מדין אש משום שאין מועדין מתחלתן [ועמש"כ לקמן בפ"ב הל' י"ז דלפי"ד גם בקרן ילפינן למסקנא משאר אבות אבל לשמואל הא ליכא דין ממונך כלל, אכן לפי"מ שנבאר בפ' י"ג לשיטת התוס' דגבי אש ליכא דין בעלים כלל ודוקא עושה האש מתחייב אבל מי שקנה בקנין אבנו וסכינו ומשאו של חברו שהניח חברו בראש גגו אינו מתחייב בזה בדין אש א"כ מבואר שפיר דגבי שן ורגל איברא דמתחייב גם באופן דלא ממונו אבל מתחייב בדין ממונו נמי, ואם קנה בהמה של חברו אף שלא עשה בה שום מעשה נתחייב בנזקי', ולכן שייך דין וממונך, אבל באש לא שייך דין וממונך כלל, וגבי בור כונת התוס' על בור ברה"ר דבור ברשותו ודאי הוי ממונו.

ונתבאר לנו חמשה אופני התחייבות על נזקי בהמה **א'** בעלים **ב'** שומר **ג'** גזלן **ד'** אפוטרפוס **ה'** מעמיד. אלא דיסודי החיוב הוא רק שנים בעלים ומעמיד:

יד) והנה ידועה החקירה אם חיוב נזקין הוא מצד שהתורה הטילה דין שמירה על הבעלים ומחוייבים בעד חסרון שמירתם או דהבעלים מחוייבים לשלם כשממונם הזיק ושמירה היא פטור שפטרה התורה להבעלים משום אונס כיון ששמרו כראוי, והנה מלשון הרמב"ם שכתב כל נפש חי' וכו' הבעלים חייבים לשלם שהרי ממונם הזיק, משמע דזהו עיקר טעם לחיוב תשלומין ולא דבשביל זה מחוייב בשמירה, וממה דבארנו כאן דלשיטת הרמב"ם שומרים מחוייבים מדין בעלים אין להוכיח דעיקר דין בעלים הוא משום חיוב שמירה דהא שומרים נתרבו מולא ישמרנו דאפשר לומר דמי שיש עליו דין שמירה יש לו דין בעלים לנזקין וע"ז גופא נתרבה מולא ישמרנו ולעולם החיוב משום ממונו. וראיתי מוכיחים מד' הרא"ה הובא בנמוק"י פ' הכונס גבי איבעי לך לאעבורי חדא חדא וז"ל דאע"ג דשו"ח פטור כשלא שמר כל שדרך בני אדם לעשות כן בשלהן

כיון דלאו אורחא דעלמא לאעבורי חדא חדא מ"מ גבי נזקין אע"ג דנטר כדנטרי אינשי כיון דבאותה שעה אינם שמורות כלל הרי הוא חייב על נזקיהם, שכל זמן שהזיק בלא שמירה חייב אפי' בהני שעי דלאו אורחא דאינשי למינטר ומוכח מזה דחיוב נזקין הוא מטעם דממונו הזיק ושמירה הוא רק פטור דהא אין לומר דהחיוב הוא מטעם שמירה דהא שמרו כשומר חנם ושן ורגל די בשמירת שו"ח, אבל באמת אינו ראי' דכונת הרא"ה הוא דהא דאמרינן דשן ורגל די בשמירת שו"ח היינו לענין שמירה פחותה אבל בזמן שלא שמרו כלל אפי' באופן דלאו אורחייהו דאינשי למנטר כה"ג לא דמי לשו"ח דהתם משום דלא קבל עליו לשמור במקום שאינו שומר כה"ג את שלו, אבל לענין נזקין דאינו תלוי בקבלתו והתורה חייבתו בשמירה לא מהני זה דלאו אורחייהו למנטר כן בשלהם כיון דעכ"פ לענין זה אינם שמורות כיון דמצוי שדוחפות זו את זו, והדברים מפורשים בש"מ בב"מ דף צ"ג בדברי הריטב"א וז"ל תירץ רבינו הגדול הרמב"ן נ"ע דכי אמרינן דשמירת נזקין כש"ח הני מילי לענין דסגי לי' כשנעל בפני בהמתו כראוי אבל לענין זה כיון דשכיח שדוחפות זו לזו חייבים בעלים לשמרה מזה כדי שלא יזיקו, וזה בכלל שמירה פחותה הוא אלא דבשו"ח בלחוד הוא שהקילו בשמירתו שלא לחייבו הואיל דנטר כדנטרי אינשי ותדע דהא על בעידנא דעילי אינשי פטור בשו"ח לדברי הכל ואילו יצא שורו באותה שעה והזיק חייב עליו ודאי עכ"ל והדברים מבוארים כמו שכתבנו:

טו) והנה בהא דאמר בגמ' דף ד' מידי דהוי אעבד ואמה ומשני דשאני עבד ואמה שמא יקניטנו רבו, ומשמע דהפטור מדרבנן אכן מדברי הרמב"ם בפ"א מהל' גניבה הל' ט' משמע דהוא פטור מדאורייתא כיון שאינו יכול לשומרן לא שייך חיוב נזקין וז"ל שאין אדם חייב על נזקי עבדיו אעפ"י שהן ממונו מפני שיש בהם דעת ואינו יכול לשומרן שאם יקניטנו רבו וכו', ולכאורה מוכח גם מכאן דחיוב נזקין הוא משום חיוב שמירה ולכן כשאינו יכול לשומרו אין בו חיוב נזקין דליכא למימר דהחיוב הוא משום ממונו אלא שהוא פטור מטעם אונס דאינו יכול לשומרן א"כ יחייבו הבעלים היכא דיכולין לשומרן דבשלמא אם כל החיוב על הבעלים הוא מצד חיוב שמירה וכיון דעבד ואמה רוב פעמים אי אפשר לשומרן לא חייבה התורה כלל בעליהם בשמירתם וגם היכא דיכולים לשומרן פטורים אבל אם חיוב הבעלים הוא משום ממונו רק דפטור משום אונס כשיהי' עבד כזה דיכול בעליו לשמרו יהי' חייב, ואולי אפשר לדחות דכיון דבתורה אינו כתוב אלא שור וכל בע"ח ילפינן משור והיינו למדין עבד משור וע"ז קאמר דכיון שא"א לשמרן אין ללמוד עבד משור דשור אפשר לשומרו וממילא גם היכא דיכול לשומרו ג"כ פטור:

טז) והנה הנ"מ מחקירה זו נראה לבאר באופן זה אם הבעלים לא שמרו בהמתן ואחר

שמרה כגון שהניחוה בדלת פתוחה ובא אחר וסגרה וחתרה דאין לבוא כאן מדין תחלתו בפשיעה וסופו באונס דזהו דוקא אם היתה בלא שמירה והיתה יכולה להזיק בלא האונס כמו בנפלו והיו יכולין לירד בקפיצה, אבל היכי דעכ"פ היתה שמורה אלא שהבעלים לא שמרו אותה אז עפ"י סברא תליא בהך דינא דאם חיוב תשלומין מטעם חיוב שמירה א"כ עיקר החיוב שלא להניח בהמה בלתי שמורה, וכיון דבאמת היתה שמורה אף שלא היתה השמירה מצד הבעלים אבל עכ"פ הא לא היתה אצלם בהמה בלתי שמורה, אבל אם נימא דהפטור מצד אונס ובגדר אונס רחמנא פטרי' כדאמר בגמרא בריש המניח אבל עצם חיוב תשלומין בעד היזק ממונו הוא עיקר דינא, א"כ לא שייך לבוא כאן מטעם אונס כיון דהוא לא שמר כלל ואיך יוכל לטעון טענת אונס ולא דמי להניחה בחמה דהוי סברא דשייך זה לדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס מקמי דמסיק דכולה פשיעה היא אף שלא שמרה דהא הניחה בחמה דהתם שאני דעכ"פ הא עשה שמירה אלא דמכיון דהניחה בחמה לא מהני שמירה זו לגבי שלא תשבור הדלת, אבל מכיון שבאמת לא שברה הדלת וחתרה ס"ד דהוי אונס דהא עכ"פ שמרה לענין שלא תצא כדרכה, אבל היכי שלא שמרה כלל מסתבר דלא שייך לטעון טענת אונס אף שאחר עשה לה שמירה וחתרה:

יז) והנה לקמן פ"ב הל' י"ח בארתי לענין כלב שנטל חררה לחלק בין שמירת הכלב לשמירת הגחלת לגבי חיובו של בעל הכלב לענין שמירה פחותה דאף דכלב סגי לי' בשמירה פחותה וכן גחלת לגבי בעל הגחלת בשמירה פחותה, אבל לגבי שיפטור בעל הכלב במה ששימר בעל החררה גחלתו לא סגי לגבי בעל הכלב בשמירה פחותה משום דשמירה פחותה לא חשיב אונס ע"ש שבארתי בארוכה. ואיברא דלפי דברינו כאן יקשה לן דאפילו שמירה מעולה של הגחלת אמאי יועיל לגבי בעל הכלב אם שמירה הוא פטור משום אונס כיון שהוא לא שמר כלבו כלל. ודבר זה מוכח להדיא שם בגמרא דאי לא הי' סתם דלתות חתורות היה נחשב אונס לפי' התוספות אכן בזה אולי נוכל לומר דכיון דלגבי היזק זה היינו שיזיק הכלב ע"י הגחלת כיון שבעל החררה שימר גחלתו ולא היה עומד כלל להיות מזיק א"כ גם זה נחשב אנוס כיון שלא הי' אפשרות של היזק ולא דמי למה שכתבנו כאן באם הבעלים לא שמרו המזיק שלהם ואחר שמרו דבזה שפיר לא יכול לומר אנוס אני דהא הוא לא שמרו ומצדו הי' עומד להזיק, אבל התם שבלא הגחלת אינו יכול להזיק והיה עומד לכך שבעל החררה ישמור גחלתו ובאמת שמרה א"כ שפיר דחשיב אונס דהא לא היה עומד להזיק. אלא דעכ"פ עיקר סברא זו שכתבנו דשמירה פחותה אינו חשיב אונס ע"כ יסתור עיקר ההנחה בצד זה שנחפוץ לומר דחיוב נזקין הוא בעצם ובעיקר בשביל שממונו היזק וכל דין שמירה הוא משום פטור מטעם אונס

דהא שמירה פחותה לא נחשב אונס ובנזקין סגי בשמירה פחותה.

אבל יקשה לנו לשון הרמב"ם שכתב שהרי ממונם הזיק ומשמע דזהו עיקר טעמא על חיוב תשלומין ושמירה הוי רק פטור ואולי דבאמת נימא דשמירה הוא פטור אבל לא מטעם דין אונס אלא דהתורה פטרה להבעלים כששמר מזיק שלו והוא פטור בפני עצמו ולא מטעם אונס ועכ"פ חקירתנו קיימת דגם לפי"ז אם הוא לא שמר ואחר שמר צריך להיות חייב דהא לא נפטר בשמירתו ואולי דעכ"פ לא קרינן ביה ולא ישמרנו:

יח) אכן נראה דבאמת אין כאן חקירה כלל דאפילו נימא דדין ממונו הוי כדין גופו וכמו דחייב אם הזיק בגופו כן חייב אם הזיק בממונו מ"מ עיקר טעמא הוא משום חיוב שמירה. דהא גבי גופו נמי אמרינן בדף ד' אדם שמירת גופו עליו, והיינו דאף דאדם המזיק בכונה ודאי חייב משום עצם ההיזק אבל הזיק שלא בכונה דחייב הוא משום דשמירת גופו עליו וחייב לשמור א"ע שלא יזיק משום דאפי' פשע עכ"פ סוף ההיזק מכיון שנעשה בלא כונתו הרי הוא אנוס עליו ואפילו לדעת הרמב"ם דאדם המזיק חייב אפי' באונס גמור, אבל זה דוקא ברשות הניזק אבל שניהם ברשות סובר דפטור אפי' הזיקו. ובפשיעה גמורה חייב וכמש"כ בפ"ו מה' חובל ומזיק ה"ח וטעמא דחייב משום דמכיון שפשע מקודם והי' מחוייב בשמירת עצמו לא חשיב אונס, וא"כ ה"ה נמי בממונו א"א לחייב על ממונו יותר מהזיק בגופו וכיון דהזיק בגופו אי לאו דשמירת גופו עליו היה פטור א"כ אם הזיק בממונו הי' ראוי לפטור דעכ"פ אנוס הוא במעשה הבהמה, אלא דחיוב השמירה מבטל האונס, ולכן שפיר דשמירה פחותה מהני כיון דאי לאו חיובא בשמירה פחותה הוא אונס בעצם דעכ"פ הזיק באונס, ומ"מ שפיר כתבנו דהיכי דבעל הכלב לא שמרו כלל לא נחשב אונס אף דהגחלת נשמר מבעל החררה בשמירה פחותה דכיון דהבעלים של המזיק לא שמרו אותו כלל ודאי לא חשיב אונס בשביל מה דנשמר אפשרות ההיזק מבעל החררה כיון דשמירה זו אינה עושה ההיזק לדין אונס וחיוב השמירה לא בטלה מבעל הכלב דלא נפטר מחיוב שמירתו בשביל שמירת בעל החררה, לכן ממילא גם עיקר ההיזק לא נחשב אונס כיון שלא שמר המזיק שלו כפי חיובו.

ועכשיו לענין חקירתנו אם אחר שמר המזיק נוכל לכאורה לומר דיהי' ג"כ נ"מ בין שמרו שמירה מעולה לשמרו שמירה פחותה דאם שמרו שמירה מעולה א"כ עכ"פ ההיזק הי' באונס דעכשיו אין אנו אומרים אונס על מה שהזיקה אף שהיתה שמורה דע"ז שפיר כתבנו דלא הוי אונס אבל עכשיו אנו דנין דאין לחייב אדם על מעשה בהמתו כיון דאנוס הוא לגבי זה כמו דאין לחייב אדם על מעשה גופו שהזיק בלא כונה אי לאו דשמירת גופו עליו, וכיון דכל האונס אנו מבטלין בשביל שהי' מוטל עליו חיוב שמירה וכיון

דהיתה שמורה א"כ הדר דין אונס מה שהוא אנוס שהזיקה בהמתו, ואף דהי' מחויב בשמירה והו

הלכה ב

וכמה משלם אם הזיקה בדברים שדרכה לעשותם תמיד וכו'.

הנה דברי רבינו הם תמוהים שפתח בהלכה א' בדין כי יגוף דמיירי בקרן ואיך כתב על זה וכמה משלם וביאר דין שן ורגל ומשמע מדברי הרמב"ם שכל דבריו הם ביאור על ההלכה הראשונה שכתב דכל נפש חי' וכו' שנאמר כי יגוף והי' לו לכתוב דין שן ורגל לחוד ולהוציא דינם מהכתוב ושילח את בעירה וביער בשדה אחר, וכמש"כ בראש דבריו ויש בכללן ארבע מצות דין השור דין ההבער וכו' וההבער הוא שן ורגל, ונראה דאף דבמתני' איכא צריכותא בין שן ורגל וכן אשכחן בגמרא מקרן לשן ורגל פירכא דכונתו להזיק כל זה הוא רק דלא הוי מצינו למילף חד מחבריה, אבל עכשיו דכתיבי כולהו הוי כולהו חד דינא דשור, וכלל שלהם נמשך מוכי יגוף שור רק דחלוקים בפרטים להלכותיהם, דהרי לפי האמת חייב בקרן אף באין כונתו להזיק כגון כלבא דאכיל אימרא וכן בהמה שהטילה גללים לעיסה היכי דלא דחיק לה עלמא וא"כ מאי קאמר לפי מה דהוי סובר דתני שור לקרנו לא ראי קרן שכונתו להזיק, אע"כ דזה הוא מקמי דכתיב שן ורגל דאז הוי אמרינן דדוקא היכי שכונתו להזיק חייבה תורה כגון קרן גופא דהוי כונתו להזיק אבל בתר דכתב שן ורגל וחזינן דחייבה תורה כל ממון בעלים שהזיק אף שאין כונתו להזיק גם בקרן הדין כן אלא דבזה מתחלקים דשן ורגל כיון דכדרכם ומצויים יותר בהזיקן הם מועדין מתחילתן וקרן דאינו מצוי ולא כדרכו אינו משלם נזק שלם אלא היכי דאייעד דאז אורחי' הוא, אבל תם כיון דלאו אורחי' ואינו עומד להזיק הי' מהדין שיפטר לגמרי אלא דקנסי' רחמנא כי היכי דלינטרי' לתורא, אבל כונתו להזיק אינו כלל מגדרי קרן לפי האמת כיון דעיקר החיוב הוא במועד ומועד אורחי' וחייב כמו שן ורגל גם באין כונתו להזיק ואף דאמר בדף ה' דקרן לא אתו מאינך משום דמועדין מתחלתן ומוכח דגם קרן דאייעד אין למילף משן ורגל היינו אי לא הוי כתיב קרן והיינו באים למילף משן ורגל הוי פרכינן פירכא זו, אבל עכשיו דכתיב קרן בקרא אמרינן דחייב גם בלא כונתו להזיק כשן ורגל כיון דבתר דאייעד אורחי' הוא.

והנה התוספות דף ט"ו גבי כלבא דאכיל אימרא דמחייבינן מדין קרן, חילקו בין למ"ד פלגא ניזקא ממונא ובין למ"ד קנסא דלמ"ד ממונא קרן הוא אורחיה ואין ללמוד כלבא דאכיל אימרא דהוי משונה, ולמ"ד קנסא דקרן גופא לאו אורחי' מצינן למילף כל מיני שינוי אפילו באין כונתן להזיק ולא נתנו טעם לדבריהם למה לא נימא דגם למ"ד קנסא

דוקא היכא דכונתו להזיק ולא נילף כלבא דאכיל אימרא דאין כונתו להזיק ומהו שמחלק התוספות בין אורחי' לכונתו להזיק, ולפי שכתבתי יש להסביר באופן אחר דלמ"ד פלגא ניזקא ממונא דחיוב קרן מדינא גם בתם, שפיר יש לחלק מכונתו להזיק לאין כונתו להזיק ונאמר דדוקא בכונתו להזיק חייבה התורה דמשן ורגל ליכא למילף דאף דאמרינן דלאו בחזקת שימור קיימא מ"מ הוי משונה דבכל דוכתא אמרינן דקרן משונה ודוחק לומר דהוי דלא כר"פ. [והתוס' שכ' דלמ"ד פ"נ ממונא הוי אורחי' אינו אורחי' גמור אלא דאין ללמוד כלבא דאכיל אימרא דמשונה משום דזהו משונה יותר] אבל למ"ד פ"נ קנסא דבתם מדינא פטור לגמרי אלא דקנסי' כי היכי דלינטרי' ועיקר החיוב הוא במועד וכיון דאייעד אורחי' הוא וילפינן משן ורגל בתר דכתיבי כולהו דאפילו באין כונתו להזיק חייב, שפיר ילפינן כלבא דאכיל אמרי דחייב וכיון דבמועד חייב מדינא בתם חייב משום קנסא, אבל למ"ד פ"נ ממונא היכי דאין כונתו להזיק פטור בתם. ובזה מבואר שפיר מה דהרמב"ם לא הזכיר כלל בהלכה ד' וה' בגדרי חיוב קרן הא דקרן כונתו להזיק ותפש רק החסרון שאינו דבר שדרכה לעשותה כמנהג ברייתה משום דבאמת חייב גם באין כונתו להזיק דלמסקנא ילפי' משן ורגל לזה וכמו שבארנו.

-השמטות ומלואים-

לעיל הבאתי דברי התוס' דף ט"ו גבי כלבא דאכיל אימרא דמחייבינן מדין קרן שחילקו דלמ"ד פ"נ ממונא א"כ קרן הוא אורחיה ואין ללמוד כלבא דאכיל אימרא דהוי משונה ולמ"ד קנסא דקרן גופיה לאו אורחא מצינן למילף כל מיני שינוי אפי' באין כונתן להזיק ולא ביארו התוס' טעם הדבר דלמה לא נימא דגם למ"ד קנסא היינו דוקא היכי דכונתו להזיק ולא נילף כלבא דאכל אימרא דאין כונתו להזיק ומהו שמחלק בתוס' בין אורחי' לכונתו להזיק עי' מש"כ ובאמת נראה דלא צריך לשנות מד' התוס' כמש"כ, ויש לומר דהפירכא הוא משום שהוא משונה אלא דלהך מד' צריך להיות עיקר חיוב שנלמוד מזה ואין כאן ממה ללמוד. [ע"כ].

ולפי דברינו מיושב שפיר מה דפתח הרמב"ם בדין כי יגוף וסיים בדין שן ורגל כיון דלהלכה חייב בקרן גם באין כונתו להזיק א"כ שן ורגל אתיין בק"י ואיברא דכתבנו להיפוך דילפינן קרן משן ורגל כונתנו הוא דממה דחייבה התורה שן ורגל ידעינן דחיוב קרן הוא לא מצד מעלתו דכונתו להזיק ונאמר דושלח את בעירה מגלה לן פשטי' דכי יגוף וממילא שן ורגל יתחייבו במכ"ש מקרן, ואמרינן דבאמת הם חד דינא עם דין דוכי יגוף דכל ממון בעלים שהזיק חייב ואתיין רק להלכותיהן:

הלכה ה

חמשה מעשים תמים יש בבהמה וכו' אבל השן מועדת מתחלתה וכו' והבהמה מועדת מתחלתה לרבוץ על פכים קטנים וכו'.

עיין במ"מ וכ"מ ולח"מ וקוטב דבריהם דתליא בזה אי פסקינן כלישנא קמא דר"א דמחלק בין פכים קטנים לגדולים דהוא ג"כ לישנא בתרא דאיכא דרמי לה מירמא או דלישנא בתרא חשוב האיכא דאמרי דלא מחלק בין פכים קטנים לגדולים. והרמב"ם פסק כהאיכא דרמי לה מירמא והרי"ף והרא"ש פסקו כאיכא דאמרי והנה הנמוק"י בשם הרמ"ה כתב להוכיח דקיי"ל כהאיכא דאמרי מהא דשני פרות אחת רבוצה ואחת מהלכת דבעטה מהלכת ברבוצה פטורה דכל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור אלמא דסתם רביצה על הארץ הוי משונה וכש"כ על פכים קטנים ודברי הרמ"ה תמוהים דהא ודאי דדרך הבהמה לרבוץ בחצר ולא קאמר הגמרא דהוי משונה אלא ברה"ר והגר"א ז"ל בביאורו לחו"מ סי' שפ"ט הביא דברי הרמ"ה והוסיף תיבת ברה"ר וכתב אלמא דנקרא רביצה על הארץ ברה"ר משונה וכ"ש על כלים אפילו קטנים ודבריו תמוהים דאיברא דברה"ר הוי משונה גם רביצה על הארץ אבל הרמ"ה מביא לרשות הניזק דחייב בה שן ורגל, אם לא דנימא דסובר הרמ"ה דאין חילוק בין רה"ר לחצר חבירו ולא הוי אורחי' לרבוץ אלא בחצר בעליה שהיא שם תמיד או במרעה אבל בחצר אחר לאו אורחי' כמו ברה"ר וזהו כונת הגר"א ז"ל. והרמב"ם דס"ל דרביצה אפילו על פכים קטנים אורחיה הוא לכאורה יחלק בין רה"ר לחצר חבירו דרק ברה"ר הוי שינוי, אך באמת בעיקר הדבר מה דפשיט ליה להרמ"ה דמכיון דאמרינן דרביצה הוי כל המשנה מוכח מזה דרביצה הוי שינוי והוי תולדה דקרן נראה דלא שייך זה לזה כלל. ועיין במה שנכתוב לקמן בהלכה ח' במה שכתב הרא"ש לענין מחזרת וקופצת דהוי לאו אורחיה לענין זה דאינה פטורה מטעם רגל ברה"ר ומ"מ משלם נזק שלם וא"כ ה"נ אף אם נאמר דרביצה אפילו ברה"ר הוי רגל, בכ"ז מכיון דלאו אורחה לגמרי לרבוץ ברה"ר אין לה רשות לזה וממילא פטורה עליה המהלכת מטעם כל המשנה ובא אחר ושינה בו דהא ה"נ הוי בעי הגמרא למימר על כסות וכלים שהניחן הבעלים ברה"ר דפטורה הבהמה שאכלה מטעם כל המשנה ולגבי האדם המניח לא שייך גדר קרן אלא משום דלא הי' לו רשות להניחן וע"ז שהניח בלא רשות נקרא כל המשנה, וא"כ ה"נ ברביצה אין אנו מוכרחים לומר דהרביצה ברה"ר הוי קרן אלא דלענין זה הוא לאו אורחיה דאין לה רשות לרבוץ וממילא פטור המזיק מטעם כל המשנה. אבל הוי שפיר תולדה דרגל וכדעת הרמב"ם דעל פכים קטנים אורחיה ולא נצטרך לחלק בין רה"ר לחצר חבירו:

הלכה ו

חמשה מיני בהמה מועדין וכו' לפיכך אם הזיקו או המיתו בנגיחה או בנשיכה ודריסה וכיוצא בהן חייב נזק שלם וכו'.

שיטת הרמב"ם דחמשה מיני בהמה שהם מועדין מתחלתם חייבים נזק שלם על כל מיני היזק שיזיקו וכן פי' רש"י במשנה שהם מועדים על נגיחה ונשיכה אכן בתוספות ורא"ש פירשו דגם החמשה מיני בהמה אינם מועדים אלא במה שדרכם בכך כגון ארי לדרוס וזאב לטרוף וכן כל חיה כדרך שהיא רגילה אבל בגוונא אחרינא גם כל הני אינם משלמים אלא חצי נזק, והנה הרמב"ם לא פסק כמימרא דשמואל דארי אורחיה רק בדריסה משום דפסק כברייתא דחיה שנכנסה לחצר הניזק כפשטה וכבר העיר הלח"מ בזה, אכן אכתי צריך ביאור שיטת הרמב"ם דכיון דזה עכ"פ מוכח מהסוגיא ממימרא דשמואל וממה דשקיל וטרי בהא בגמרא דגם החמשה מיני בהמה אינם מועדים לכל מיני היזק רק למידי דאורחיה. דהא בסוגיא בגמרא שקיל וטרי רק בהא דקאמר שמואל דטריפה לאו אורחיה ופריך עלה למימרא דטריפה לאו אורחיה ומייתי ראיות דטריפה נמי אורחיה אבל מנ"ל להרמב"ם דגם בנגיחה נשיכה וכו' הם מועדים.

והלח"מ כתב בדעת הרמב"ם דאינו חולק אמימרא דשמואל אלא דסבר דהא דס"ל לשמואל דטריפה לאו אורחיה דארי אינו אלא לענין רה"ר ולא לענין חצי נזק, והנה אי אפשר לפרש כן בסוגיא דא"כ מאי פריך מהברייתא דחיה שנכנסה לחצר הניזק אהא דשמואל דע"כ פריך מהא דקאמר בברייתא משלם נזק שלם. דאין לומר דפריך מהא דקתני לחצר הניזק דא"כ לא משני רבינא ע"ז למסקנא מידי ועיקר חסר ואלא דנימא דמשום זאב נקיט חצר הניזק וכמש"כ התוס' א"כ לא קשה כלל.

והנראה בדעת הרמב"ם דזה פשוט לו מלשון המשנה דתנן חמשה תמים הבהמה אינה מועדת לא ליגח ולא לישוך וכו' ועלה קתני דחמשה מיני בהמה מועדים מתחלתם, וגם שמואל מודה בזה. דנגיחה וכו' הם מועדים מתחלתם דאורחייהו בהכי, וחידש לן רק בטרפה דלאו אורחיה דארי וקיי"ל בזה דלא כשמואל משום דפשטא דברייתא פליגא עליה אכן אין כונתו לומר דבחמשה מיני היזק הוי אורחיה כשן ורגל דהא כתב המ"מ דכל אלו אם עשו מעשה קרן חייבים ברה"ר אלמא דחיובם מטעם קרן אלא דהוי כמו קרן דאייעד כיון דכונתם להזיק ולכן חייבים נזק שלם וחייבים ברה"ר דלא הוי בזה דין ובער לפוטרם ברה"ר, וטריפה לדידן הוי כמו דריסה דהוי שן ממש, אבל לשמואל גרע לדידיה טריפה מנגיחה דנגיחה כיון דמתכוונים להזיק הוי מועדים מתחלתם והוי כקרן דאייעד וטריפה הוי שן שלא כדרכו ואינו חייב אלא חצי נזק, והנה לפימש"כ התוספות

בדף ט"ו אליבא דר"פ דאמר פלגא ניזקא ממונא צריך להיות פטור לגמרי אי טריפה לאו אורחיה בין לפי הסבר התוספות שם בין לפי מה שהסברתי בהלכה ב', ויהיה מוכח משמואל דלא כר"פ אלא דלא קשה על ר"פ כיון דלא פסקינן כשמואל.

והנה התוספות והרא"ש והטור כתבו דנחש בכל גווני פטור ברה"ר דדרכו בכל דבר ומדעת הרמב"ם לא משמע כן וכמו שכ' המ"מ דאחר שכתב והנחש ג"כ מפורש במשנה כתב וכל אלה אם עשו מעשה קרן וכו' דבאמת מה דדרכו בכך אינו גורם שיהיה פטור ברה"ר ורק לענין נזק שלם משום דהוא מועד מתחלתו והוי כקרן דאייעד ולפטור ברה"ר צריך דין שן ממש דהיינו יש הנאה להזיקו או רגל ממש אבל נחש אף דדרכו להזיק אבל אין זה בדרך הילוכו והוי לענין זה כקרן דאייעד וכשאר החיות המזיקים והתוספות והרא"ש לא חילקו בין דינא דנזק שלם בין לפטור ברה"ר ולכן לשיטתם ודאי נחש כיון דעומד להזיק יותר מכל החיות וחייב נזק שלם גם בלא אכילה, ממילא ס"ל דפטור ברה"ר, אבל לשיטת הרמב"ם שמחלק בין דינא דנזק שלם מלפטור ברה"ר גם נחש הוי כשאר המזיקים וכיון שמזיק בלא אכילה חייב ברה"ר דלא הוי שן אלא כקרן דאייעד וכנ"ל, ולפימש"כ חלוק גדר קרן לענין עיקר חיובו אם חצי נזק או נזק שלם מלענין פטורא דרה"ר דלענין עיקר חיובו בארנו בהלכה ב' בארוכה דתלוי בגדר שנוי בין בתם בין במועד וכמו שהוכחנו מדברי הרמב"ם, ומש"ה החמשה חיות כיון שאינם משונים בהיזקם חייבים נ"ש כמו שן ורגל, אבל לענין פטורא דרה"ר עיקר גדרי קרן ושן ורגל אינו תלוי דוקא במשונה דהא החמשה מיני בהמות אף דאינם משונים לענין קרן ומ"מ חייבים ברה"ר משום דלא הוי שן ורגל ממש שיהיה הנאה להזיקו או בדרך הלוכו ממש, וליכא בזה פטורא דרה"ר ועמש"כ בהלכה ח'. ומקור דברי המ"מ הוא משום דבגדרי חיוב נזק שלם כתב הרמב"ם אם כמנהג ברייתה או שלא כמנהג ברייתה, ובגדרי חיוב רה"ר כתב אם בשן ורגל הזיקה ואם נגחה או נגפה וכו' ולכן החמשה חיות אף דחייבין לשלם נזק שלם גם בחמשה מיני היזק כגון נגיחה נגיפה וכו' משום דהוא כמנהג ברייתן מ"מ חייבין בזה ברה"ר, דלפטור ברה"ר בעינן דוקא שן ורגל ממש:

הלכה ז

כל מועד משלם וכו' אבל אם נכנס הניזק לרשות המזיק וכו' והרי מפורש בתורה וכו' וביער וכו'.

ד' הרמב"ם תמוהים טובא דיליף פטורא דקרן ברשות המזיק מוביער בשדה אחר, דהא בגמרא דרשינן וביער בשדה אחר ולא ברה"ר לפטורא דשן ורגל ברה"ר וברשות המזיק דפטור בקרן אמרינן בגמ' דף כ"א הטעם משום דא"ל תורך ברשותי מאי בעי,

והנה יש מקום ליישב דברי הרמב"ם עפ"י מה שכתב בהלכה ח' בטעמא דפטורא דרגל ברה"ר משום שיש לה רשות להלך כאן וכאן, וכן כתב הרי"ף דשן ורגל פטורים ברה"ר דאורחיה, וכ' הרא"ש דטעמא שא"א שילכו הבעלים אחריה תמיד, אבל קרן כיון דאייעד ויודע בעליו שהוא נגחן הו"ל למארי' לנטורי ובתם קיי"ל דקנסא, וא"כ כיון דמה דחייב קרן ברה"ר הוא משום שאין לבעלים רשות להניח מזיק ברה"ר וא"כ ברשות המזיק ודאי פטור, והרמב"ם כתב מקודם שהרי אומר לו אילו לא נכנסת לרשותי וכו', וזהו טעם הגמרא תורך ברשותי מאי בעי אלא שסמך לו מן המקרא והיינו דאף דבקרן אינו פטור ברה"ר וילפינן לקמן דף כ"ו מיחצון דאין חצי נזק חלוק לא ברה"י ולא ברה"ר מרבינן דוקא רה"ר דאיכא סברא דלגבי קרן הוי רה"ר כמו שדה אחר כיון שאין להבעלים רשות להחזיק מזיק, אבל ברשות המזיק פטור נמי גבי קרן כיון דאיכא סברא דאילו לא נכנסת לרשותי וילפינן לענין זה מדין פטור רגל ברה"ר, אכן ראיתי שהבאר הגולה בחו"מ סי' שפ"ט סעיף י' כ' וז"ל ולענ"ד לא עלה על דעת הרמב"ם להביא ראי' לפטור כשנכנסה לרשות המזיק אלא הוא ענין בפני עצמו והקדמה לדין הסמוך לו הזיקה ברשות הרבים וכו' שהוא פטור משום שמפורש בתורה ובער בשדה אחר וכו' עכ"ל, ולפי דבריו צריך להוסיף שיש כאן טעות המעתיקים וצריך להיות זה בתחלת הלכה ח' וצ"ל הרי מפורש וכו':

הלכה ח

הזיקה ברה"ר וכו' הרי זה פטור מפני שיש לה רשות להלך כאן וכאן ודרך הבהמה להלך ולאכול כדרכה וכו'.

מפני שיש לה רשות להלך וכו'. כן כתב הרי"ף דשן ורגל פטורים ברה"ר דאורחייהו הוא, ותמה הרא"ש דמה צריך טעמא דהא קרא כתיב וביער בשדה אחר ולא ברה"ר, וכ' הרא"ש דבא לפרש טעם הפסוק דלהכי פטר רחמנא בשן ורגל משום דאורחיה בכך ודרכו ליילך ברה"ר וא"א שילכו הבעלים אחרי' תמיד, אבל קרן ברה"ר כיון דאייעד ויודע בעלי' שהוא נגחן הו"ל למארי' לנטורי ובתם קיי"ל דקנסא הוא, ויש להקשות בזה בשיטת הרמב"ם לקמן בהלכה ט' דחצר מיוחדת לשניהם לשוורים ולחד לפירות חייב על השן ועל הרגל וזהו שי' רש"י ור"ת הקשה ע"ז דכיון דהוי לשניהם לשוורים היכי הוי חצר הניזק. ותי' הרא"ש דכיון דהוי לחד לפירות הוי שפיר חצר הניזק, אבל לשיטת הרי"ף והרמב"ם דטעמא דפטר ברה"ר משום שיש לה רשות להלך א"כ ה"נ בלשניהם לשוורים הא יש לה רשות להלך, עוד כ' שם הרא"ש ונ"מ מטעם זה שאם הי' עץ ארוך מקצתו מונח ברה"ר ומקצתו ברה"י ודרסה על הצד שברה"ר ושברה כלים ברה"י כיון

שדרכה לילך ולדרוס עליו פטורים, והקשו המפרשים דהא קיי"ל התיזה ברה"ר והזיקה ברה"י חייב ומאי נ"מ בין זה לזה:

ב) והנראה לי לפימש"כ הרא"ש בדף כ' גבי הא דמוקים הגמרא בקופצת וז"ל דכל היכי דיכולה הבהמה לאכול כדרכה דרך הילוכה בלא קפיצה אין לו לאדם רשות להניח שם פירותיו והוי רה"ר ופטורה אבל היכי דאינה יכולה לאכול אלא בקפיצה יש לו לאדם רשות להניח פירותיו ומקרי חצר הניזק עכ"ד, ויש להבין דהא כתב ביאור דברי הרי"ף דהטעם דשן ורגל פטורים ברה"ר דכיון דדרכו לילך ברה"ר וא"א שילכו הבעלים אחריהם תמיד, ולמה צריך עוד טעם משום דאין לו לאדם רשות להניח שם פירותיו ומה לנו אם יש לו רשות או לאו כיון דפטור השור הוא משום דאורחיה. אכן י"ל דלפי הטעם דא"א שילכו הבעלים אחריהם תמיד יקשה דלמה חייב כשנכנסה הבהמה מרה"ר לחצר הניזק הא א"א שילכו הבעלים אחריהם, ובשלמא בקרן כיון שיודע בעליו שהוא נגחן הו"ל לנטורי', ובתם הוי קנסא, אבל בשן ורגל דחייב בפעם הראשון יקשה דהא אכתי לא ידע בעליה שדרך בהמתו לילך מרה"ר לחצר אחרים ואי דנימא דכך דרך הבהמות לילך מרה"ר לחצר הניזק א"כ לפטור מטעם דא"א לילך אחריהם ולא לחייב בשן ורגל אלא כשהלכה מרשותו לחצר הניזק דאז הוי כמו ושילח דמרשותו יכול לשומרה שלא תלך לרשות אחרים ועוד דאם טעם הפטור הוא משום דיש להשור רשות לילך הו"ל להתחייב גם בחצר שאינה של שניהם דהא אין לו רשות לילך שם:

ג) ולכן נראה דסובר הרא"ש דשני הטעמים שייכים זה בזה ובאמת מצינו שניהם בגמרא דהטעם הקודם דיש לה רשות לילך וא"א שילכו הבעלים אחריהם מבואר בדף י"ט בהא דבעי כשכשה בנזבה מהו וקאמר וכי יאחזנה בזנבה וילך ופריך אי הכי קרן נמי וכי יאחזנה בקרנה וילך ומשני קרן לאו אורחיה הא אורחה, והנה אם הי' האבעיא אם הוא ממש דין קרן או רגל א"כ מה זה דפשיט לי' וכי יאחזנה בזנבה וילך דהוא תשובה רק על דין רה"ר ובהאבעיא אם הוי קרן או רגל מספקא לי' גם לענין חצר הניזק אי משלם נזק שלם או חצי, ועוד דכיון דזה גופא אבעיא ליה אי הוי קרן או רגל א"כ הוי ליה לפשוט בפשיטות תולדה דרגל היא, וא"כ מוכח דזה ידע שפיר דכיון דלא הוי משונה לגמרי הוי תולדה דרגל וחייב נזק שלם בחצר הניזק, אלא דמ"מ כיון דגם אורחה לגמרי לא הוי ואין כאן הסברא דלפטור מפני שיש לה רשות להלך כאן וכאן כיון דאין זה אורחה בתמידות יש לחייבה ברה"ר כמו קופצת דהוי ג"כ רגל דאין זה משונה ומ"מ חייב ברה"ר כיון דלא הוי אורחה בהכרח וע"ז פריך דסוף סוף יקשה וכי יאחזנה בזנבה וילך וכי דחי ליה דקרן נמי יקשה וכי יאחזנה בקרנה וילך משני ליה ע"ז דלא דמי דקרן לאו אורחי'

ואם הוא מועד אין לו רשות להבעלים להניח שורו ברה"ר בלא שמירה, ובתם משום קנסא, אבל הכא בכשכשה בזנבה דאין זה לאו אורחיה שלא יהיה לו רשות להניח שורו ברה"ר יקשה דוכי יאחזנה ולפיכך הוא פטור ברה"ר, אך לפי"מ דמסיק דמיבעי בכשכוש יתירה, הוי הספק אם הוא רגל או קרן ממש כמו שפסק הרמב"ם בהלכה י"א ועמש"כ שם. אך לפי"ז קשה דגם בקופצת נמי איכא האי טעמא דהא ג"כ לא הוי משונה וגם כשהלכה מרה"ר לרה"נ יקשה כן דוכי יאחזנה וילך וכבר הקשינו זה למעלה, אכן יש ליישב בזה שהזכרנו הטעם השני שכתב הרא"ש דהפטור ברה"ר הוא משום שאין רשות לבעל הפירות להניח פירותיו ומצינו גם הטעם הזה בגמרא גבי מקצה מקום מרשותו לרה"ר דקאמר בגמרא דפטור משום דאמר לי' לאו כל כמינך דמקרבת להו לפירותיך ומחייבת לתוראי ומוכח דהוא חד טעמא מצורף להטעם שיש להשור רשות להלך וזה גורם שלא יהי' לבעל הפירות רשות להניח פירותיו והיינו דאין לו רשות לעשות זה המקום מיוחד לפירות שיתחייב בהם בעל השור ונמצא דנוכל לומר דלא באו הרמב"ם והרי"ף ליתן טעם על הגזה"כ דוביער בשדה אחר, אלא דבאו לברר מה נקרא רה"ר, דלכאורה היינו יכולים לומר דרשות הניזק נקרא כל מה ששייך להניזק ומה שאינו שייך להניזק נקרא רה"ר ולפי"ז לא הי' שייך כלל לחלק בבהמה שאכלה מע"ג חבירתה בין קופצת לאינה קופצת דממ"נ אם על גבי חברתה נקרא חצר הניזק יתחייב נזק שלם גם באינה קופצת, וגם לא הי' שייך פלוגתא דרב ושמואל במחזרת ובמקצה מקום דפשיטא דהוי רשותו להניח שם פירותיו דהא מתחלה הקצה ע"ד זה וכן כתבו התוספות שם להדיא א"כ הרי הוא רשות הניזק ואיך שייך לומר לאו כל כמינך כיון שהרשות שלו, ולכן הוכיחו מזה הרי"ף והרמב"ם דלעשות רשות הניזק לא סגי מה שהמקום קנוי לו להניזק אלא דהעיקר דכל מקום שהבהמה יש לה רשות להלך ואוכלת או דורסת דרך הילוכה נקרא רה"ר, דאין רשות להניזק לעשות שם מקום מיוחד על פירות ואין זה שדה אחר, וממילא גם ע"ג חבירתה אף שיש לומר שזהו חצר הניזק מ"מ כיון שאוכלת בדרך הילוכה הוי רה"ר, וזו הסברא גם כן במקצה מקום כיון שזה דרך הילוכה ממש אין רשות להניזק לשטוח שם פירותיו באופן שיתחייב בעל השור:

ד) **נמצא** דהרי"ף והרמב"ם באו לבאר גדר רה"ר דבמקום שהבהמה אוכלת בדרך הילוכה ממש הוי רה"ר אף שלגבי דיני קנינים הוי רשותו של הניזק וממילא יתורץ מה שהקשינו דגם היכי שהלכה הבהמה מרה"ר לרה"נ נמי נימא וכי יאחזנה ברגלה וילך, דכיון דאין זה בדרך הלוכה ממש יש רשות לבעל הפירות לעשות שם מקום מיוחד לפירותיו אפילו בלא גדר ולחייב את השור. ויתורץ בזה גם מה שהקשינו בקופצת

דלפטור מטעם וכי יאחזנה דכיון שאינה יכולה לאכול בלא קפיצה אין זה דרך הילוכה ממש והוי חצר הניזק, אכן בכשכשה בזנבה אף דלא הוי אורחה ממש לא יצאה בזה מדין רגל כיון דגם משונה לא הוי, ובעל האבעיא סבר דכיון דלא הוי אורחה לגמרי אין בזה פטור דרגל ברה"ר דפטורא דרגל ברה"ר הוא דוקא היכא דהוי אורחה בהכרח וע"ז משני ליה שפיר דבאמת מצד בעל הבהמה יש לפוטרו גם בלא אורחה בהכרח כיון דעכ"פ הוי בדרך הילוכה ממש וא"כ וכי יאחזנה בזנבה וילך אלא דמ"מ ברה"נ כמו ע"ג חבירתה מהני הא דלא הוי אורחה בהכרח דיש רשות להניזק לעשות שם מקום מיוחד לפירותיו והוי שדה אחר וממילא חייב בעל הבהמה, משא"כ בכשכשה בזנבה דהוי ברה"ר, ועכשיו מיושב שפיר מה שכתב הרא"ש דאם הי' עץ מקצתו ברה"נ ומקצתו ברה"ר ודרסה על הצד שברה"ר ושברה ברה"נ דפטור, ומקשים על זה מהא דהתיזה ברה"ר והזיקה ברה"י דחייב, דהטעם דהתיזה ברה"ר והזיקה ברה"נ חייב הוא משום דכיון דכתיב ובער בשדה אחר ומשגיחין על המקום שבו נעשה ההיזק כמש"כ הרא"ש ליכא למימר דכיון דיכולה להתיז מרה"ר לרה"נ לכן אין לו רשות לייחד רשותו לפירות ולעשותו לשדה אחר, דהא התזת הצרורות לא הוי אורחי' בהכרח כמו מה שהבהמה הוכלת ודורסת בדרך הילוכה, וכן מוכח מד' הר"ח בדף י"ט בפירושו על בעיא דר' אבא בר ממל היתה מהלכת במקום שא"א לה אא"כ מנתזת דצרורות לאו אורחי' ממש אבל בעץ ארוך שמקצתו מונח ברה"ר והבהמה הולכת כדרכה ברה"ר ומזקת בהכרח אין לו רשות ליחד המקום שברשותו אצל העץ לכלים והוי כמו מקצה מקום מרשותו לרה"ר דטוען המזיק לאו כל כמינך דמקרבת לפירותיך ומחייבת לתוראי, איברא דיש להעיר לפי שיטת הרי"ף והרמב"ם דפטורא דשן ורגל ברה"ר הוא משום דיש רשות להשור להלך א"כ הני חמשה חיות המזיקים אמאי פטורים ברה"ר אם טרפו ואכלו כמו שכתב המ"מ בהלכה ו' וכדמוכח להדיא מדברי הרמב"ם בפ"ג ה"ז והוא מד' הגמרא דף ט"ז דהא הני חיות אין להם רשות להלך ברה"ר ואדרבה הבהמות הניזוקים עיקר מקומם הוא לילך ברה"ר אכן מצאתי שכבר הקשה כן ביש"ש בפ"א סימן מ"ז ותירץ ע"ז דהתורה לא חלקה בדיני שן ורגל ע"ש שהאריך הרבה בזה:

ה) **והנה** בארנו דעת הרמב"ם עפ"י דברי הרא"ש דמשום רשות הבהמה להלך אין רשות להניזק לעשות שם מקום מיוחד על פירות ולעשותו לחצר הניזק. אכן במה שביאר הרא"ש טעמא דקופצת, משום דקופצת אינה אורחה לגמרי ומש"ה יש רשות לבעל הפירות לעשות על גבי הבהמה לחצר הניזק, ולפי"ז כתב הרא"ש דאם יכולה לאכול בלא קפיצה אפילו קפצה פטורה דהא אין רשות לבעל הפירות להניח פירותיו,

אבל בדעת הרמב"ם כתב הכ"מ בפ"ג הלכה ו' דסובר דאפילו יכולה לאכול בלא קפיצה חייבת בקפיצה. וכן באמת משמע מלשון הרמב"ם והי' נראה לומר דהרמב"ם סובר כדעת הרמב"ן שכתב במלחמות בטעמא דקופצת וז"ל ור' אושעיא סבר דוקא קופצת לפי שנסתלקה מרה"ר לגמרי ודמיא למאן דשבקתה לרחבה ואזלא וקמה בצדי רחבה עכ"ל, ולפי דברי הרמב"ן באמת אין נ"מ אפילו אם היתה יכולה לאכול בלא קפיצה ולפי דברי הרמב"ן לא מצינו חלוק בין אורחה לגמרי לשאינה אורחה לגמרי דעקר היסוד לזה הוצאנו מדברי הרא"ש גבי קופצת.

אלא דא"כ יקשה לנו טעמא דהתיזה ברה"ר והזיקה ברה"י כיון דלא נעשה לשיטת הרמב"ן שני גדרי אורחה ומשיטת הרמב"ן הא מוכח דלא סגי במה שהפירות מונחים בחצר הניזק אלא צריך נמי שהבהמה לא תהי' ברה"ר וא"כ אמאי חייב התיזה ברה"ר והזיקה ברה"י:

ו) **אכן** הדבר מבואר עפ"י מה דיישב בנמוק"י קושיא אחרת דאמאי חייב אם אכלה מתוך החנות הא הבהמה עומדת ברה"ר וכתב בזה הנמוק"י וז"ל משום דבהמתו לאו רה"נ גמור אבל רה"נ גמור כגון ביתו חייב ואפי' אכלה כדרכה וכדתנן אכלה מתוך החנות משלמת מה שהזיקה עכ"ל ולדברי הנמוק"י צריך לומר דצדי רחבה נמי לא הוי רה"נ גמור אבל רה"נ גמור לא צריך להא דשבקתה לרחבה וכדמוכח מהא דאכלה מתוך החנות אף דעומדת ברה"ר ולפי"ז מיושב שפיר הא דהתיזה ברה"ר והזיקה ברה"י ולא נצטרך גם בזה לחלק בין אורחה לגמרי ללאו אורחה לגמרי ולפי"ז נאמר דכל סברא דיש לה רשות להלך כאן וכאן אינו מועיל אלא לענין רה"ר בעצמו דהיינו דברה"ר לא יהי' דין חצר הניזק אפילו אכלה על גבי חברתה דיש בזה דין חצר הניזק וכן מקצה מקום מרשותו לרה"ר דעכ"פ אין זה רה"נ גמור, אבל במה דהוא רה"נ גמור לא מהני הך סברא כלל, ומשום הכי מבואר נמי מה דחייבה תורה בהלכה מרה"ר לחצר הניזק משום דעל חצר הניזק ממש אין אנו צריכין סברא כלל לחייב דהתורה אמרה ושילח את בעירה וביער בשדה אחר ואין אנו אומרים טעם אלא על גדר רה"ר משום דיש רה"ר כזה שהי' דין לעשות חצר הניזק במקום שהפירות כמו בעומדת ברחבה ואוכלת מצדי הרחבה או מפתח החנות דהוא נמי בצדי הרחבה, וכן בקופצת ולזה אמרינן דסברא שיש לה הרשות להלך גורמת שלא יהי' לזה דין רה"נ אבל ברה"נ ממש לא איכפת לן בטעמא כלל:

ז) **אכן** בסברא אכתי אינו מרווח כלל דמנא לן שני גדרי חצר הניזק ולומר דחצר הניזק ממש לא איכפת לן אף שהבהמה עומדת ברה"ר וחה"נ שאינו גמור מהני לענין דין שדה אחר דוקא באם הבהמה אינה עומדת ברה"ר, ע"כ נראה יותר דגם להרמב"ן נאמר כדעת

הרא"ש לחלק בין אורחה לגמרי דזה מעכב מלעשות חצר הניזק ובין לאו אורחה לגמרי דאינו מעכב משום דסברא זו מוכרחת לנו לענין התיזה ברה"ר, ונאמר דאכלה מתוך החנות אף דאורחה לגמרי אבל זה לא גרע מהלכה מרה"נ לחצר הניזק דחייבת משום דעכ"פ אינה בדרך הילוכה ממש ואינה אורחה בהכרח, ובאופן זה נאמר דהוי מתוך החנות, ולא דמי לפתח החנות או מצד הרחבה דהוא בדרך הלוכה ממש, ומה דלא יישב כן הרמב"ן הא דקופצת כמו דיישב כן הרא"ש משום דאינו סובר דהוי אורחה שאינו גמור וסובר דכיון דאמרינן כיון דאורחה למיכל נהמא אורחה נמי לסרוכי ולמיסק דהוי אורחה כשאר אורחה דהוי אורחה גמור, ונחלק זה מן תוך החנות דהתם כיון דהוי בית בפ"ע אין זה אורחה בהכרח דאינו בדרך הלוכה אבל להגביה עצמו ברה"נ זהו בדרך הלוכה, ולכן חידש הרמב"ן סברא אחרת דהוי כמו דשבקתה לרחבה אלא דצריך לנו להוסיף דהרמב"ן חולק על עיקר סברת הרא"ש במה דסובר דמה דיכולה לאכול בלא קפיצה מהני לפטור גם בקפצה, דלפי"ז הוי לן למימר גם לסברת הרמב"ן דעכ"פ כיון דהמקום לא נחשב רה"נ א"כ מה מהני מה דשבקתה לרה"ר לגמרי כיון דמקום הפירות לא נחשב רה"נ, אלא דהרמב"ן סובר דהך דינא דאמרינן דמה שהוא אורחה מעכב מליחשב חצר הניזק, זה אינו אלא לענין אותו ההיזק דהוי אורחה ובעומדת ברה"ר ודהוי בדרך הלוכה בזה אמרינן דלא נוכל ליחשב חצר הניזק, אבל מקום זה ממש אם אכלה ממנו שלא בדרך הלוכה או שלא מרה"ר הוי שפיר חצר הניזק דלא נתבטל ממנו בשביל זה שם חצר הניזק אלא חיוב חצר הניזק לגבי אכילה שאכלה בדרך הלוכה.

ובאמת אם היה סובר הרמב"ן דקופצת אינו אורחה הי' יכול ליישב כמו הרא"ש אף שלא יסבור כשיטתו דמקום שיכולה לאכול בלא קפיצה פטור אף בקפצה אלא שהרמב"ן סובר בעצם דקפצה הוי אורחה לכן מיישב דהוי כמו שבקתה לרחבה, אבל בעיקר הדבר חולק על עצם סברת הרא"ש דמה דיכולה לאכול בלא קפיצה מהני לפטור גם בקפצה וכנ"ל, ולפי"ז כבר אין אנו מחוייבים כלל לומר דהרמב"ם סובר בסברא דקופצת כהרמב"ן ולא כהרא"ש דבין לסברת הרמב"ן בין לסברת הרא"ש נוכל שפיר לומר דמה שיכולה לאכול בלא קפיצה אינו פוטר בקפצה וכנ"ל:

ח) **עתה** נשאר לנו לבאר במה דפסק הרמב"ם דמיוחדת לשניהם לשוורים ולחד לפירות הוי חצר הניזק שהקשינו ע"ז למעלה לפי שיטת הרמב"ם דטעמא הוא מפני שיש לה רשות להלך, אך לכאורה הי' אפשר להקשות עוד יותר לפי"מ דפסק הרמב"ם בפ"ג דאם הקדר הכניס קדרותיו ברשות ושברתן בהמתו של בעה"ב או בעל הפירות הכניס פירותיו ברשות ואכלתם בהמתו של בעל הבית דפטור, וכן אם הוזקה הבהמה בהקדירות או

הפירות ג"כ פטור המכניס, משום דכל ברשות שניהם פטורין בין בעה"ב בין המכניס, וא"כ אמאי חייב בלזה ולזה לשוורים ולחד לפירות הא כמו שיש רשות לזה להכניס פירות כן נמי יש רשות לבעל השוורים להכניס שורו.

אכן הבאור בזה דהא דאמרינן שם דרשות פוטר היינו שהכניס ברשות השור המזיק בשעה שיש שם הקדירות והפירות וכן בעל הקדירות והפירות הכניס קדרותיו בשע' שיש בהמתו של בעה"ב דאמרינן דאדעתא דהכי נתן זה לזה רשות שלא יתחייב בנזקין, או דמדינא הוא כמו שכתבתי שם בפ"ג הלכה י"ג עיי"ש, אבל הכא הא דיש רשות לזה ולזה לשוורים היינו דמצד קנין החצר יש רשות לכל אחד להכניס שור, אבל מדיני נזקין כיון שנתנו זכות ביחוד לאחד להכניס פירות א"כ באמת מצד דיני נזקין כשיניח זה מקודם פירות אינו רשאי השני להעמיד בהמה ועל המזיק להרחיק את עצמו היכי דהוא מזיק ממש ודוקא באינו מזיק ממש קיי"ל על הניזק להרחיק, ולא דמי כלל להיכי שנתן לו רשות בשעה שנמצא הניזק, דהכא אינו אלא דין זכות מצד קנין החצר, אבל לא דין רשות מצד דיני נזקין, ולפי"ז שפיר דגם לענין דינא דשן ורגל ברה"ר שפיר כתב הרא"ש דכיון שנתנו ביחוד זכות לאחד להניח שם פירות הוי חצר הניזק ואף דהוי לזה ולזה לשוורים, היינו דיש רשות לזה ולזה להעמיד שוורים כל זמן שלא יתשמש הלה בזכותו להניח פירות, אבל כשישתמש הלה בזכותו ויניח פירות, אז על המזיק להרחיק את עצמו ואין רשות לשני להעמיד שוורים, ולא דמי לחצר השותפין ממש היינו שיש רשות לשניהם בין על שוורים בין על פירות, דלכאורה ג"כ נימא הכי דכיון דעל המזיק להרחיק את עצמו א"כ הוי כמו לזה ולזה לפירות ולא לזה ולא לזה לשוורים דקיי"ל דחשיב חצר הניזק, דלא דמי דהתם כיון דהתנו מתחלה שיהי' שניהם שווין בין לפירות בין לשוורים, א"כ אם יהי' לכל אחד רשות להניח פירות ולעשות אותו למקום מיוחד על פירות, לא יהי' לשניהם רשות להעמיד שוורים, א"כ אפשר דניחא להו להעמיד שוורים וממילא אינם יכולים כ"א מהם לעשות אותו למקום מיוחד על פירות אלא יש לו דין רה"ר, אבל היכי דנתנו רק לאחד רשות להניח פירות א"כ בודאי יש לו זכות להניח פירות דהא נתנו לו ביחוד זכות להניח פירות, ואי דגם להב' יש רשות להעמיד שוורים ישמור הוא את השור שלו דעל המזיק להרחיק את עצמו, ומצאתי להנמוק"י שכתב וז"ל לפירות אלא לחד שאין רשות לשניהם לתת בה פירות אלא אחד ובעוד שפירותיו בתוכו אין הלה רשאי לתת בה פירות ולא שוורים, והדעת מכרעת כן שלא יאכלו שוורים של זה פירותיו של חברו והשתא אתי שפיר דלגבי שן הוי חצר הניזק, עכ"ל הנמוק"י וכונתו מבוארת כמו שכתבנו. והנה החא"ש על הרי"ף הבין בכונת הנמוק"י דבאופן זה

הוי כמו שהתנו שבעת שפירותיו של זה בחצר אין לו רשות להכניס שוורים וכן הבין הכתונת פסים בכוונתו וציין לדברי הרא"ש ועשה מחלוקת בזה בין הנמוק"י והרא"ש שכתב להדיא אע"פ ששור המזיק נכנס שם ברשות קרינא ביה חצר הניזק כיון דמיוחדת רק לאחד לפירות, והכריע כדברי הרא"ש והקשה על הנמוק"י דאם בשעה שפירותיו של זה בחצר אין לו רשות להכניס שוורים, א"כ בכה"ג אפי' לשניהם לפירות יהי' חצר הניזק דהא קיי"ל דלשניהם לפירות ולא לשוורים הוי חצר הניזק, אבל באמת לא כיוונו בכוונת הנמוק"י דא"א לומר כדבריהם דהא בהא דפרה שהזיקה טלית וטלית שהזיקה פרה שהקשו בתוס' דהיכי משכחת לה ע"ש, וכתב הנמוק"י וז"ל ומשכחת לה חיובא בתרווייהו שהזיקו זא"ז בב"א כגון בחצר המיוחדת לזה ולזה לשוורים, אבל אינה מיוחדת לתרווייהו למטלטלין אלא לחד בלחוד דלגבי בור חייב ולא מצי למימר ליה תורך ברשותי מאי בעי, ולגבי רגל נמי שקרע הטלית חייב כיון שאינה מיוחדת למטלטלי אלא לניזק חצר הניזק הוא וחייב עכ"ל ולדבריהם אמאי חייב על בור דבשעה שטלית של זה בחצר אין הלה רשאי להכניס שוורים דבאופן אחר לא הוי חצר הניזק, וע"כ דאין כוונת הנמוק"י כדבריהם ולא הוי כמו שהתנו כלל, ומה שכתב דבשעה שפירותיו של זה בתוכו אין הלה רשאי להכניס שוורים הוא משום גדרי מזיק וכמש"כ, והנ"מ בין לחד לפירות ובין לשניהם לפירות הוא דלחד לפירות שנתנו לו רשות מיוחד אין להשני רשות להכניס שוורים משום גדרי מזיק שעל המזיק להרחיק, אבל מיוחד לשניהם בין לשוורים בין לפירות אין לכל א' רשות לעשות החצר למקום מיוחד על פירות כיון דיש להשני רשות על שוורים, ועכשיו שפיר מיושב הא דפרה שהזיקה טלית וטלית שהזיקה פרה דאף דכשהפרה הזיקה הטלית אמרינן דהטלית הוא בחצר הניזק ולא היה להפרה רשות זהו בדין מה שהפרה מזקת, אבל בדין מה שהפרה ניזוקה מהטלית שפיר חייב בעל הטלית משום בור ולא אמרינן תורך ברשותי מאי בעי דמצד עיקר דין זכות יש לשניהם זכות בחצר, ומצד גדרי מזיק הא הפרה ניזוקה ולא מזקת, ולכן בעל הטלית חייב משום בור.

ומה שכתב עוד להוכיח כדברי הרא"ש מקושיית התוס' בהא דאמר מה לשור שכן ברשות, והקשו בתוס' דהא בחצר הניזק אין לו רשות, ולפי גירסת הרא"ש תירצו בתוס' בעץ ארוך אבל לד' הרי"ף א"א לומר כן ולכן לדברי הרא"ש מיושב דלשניהם לשוורים ולחד לפירות יש לו רשות ומ"מ חייב, אבל לפימש"כ אינו מוכרח דהרא"ש חולק על הנמוק"י, דמש"כ הרא"ש אע"פ ששור המזיק נכנס ברשות זהו מגדרי קנינים וזכות אבל מגדרי מזיק אפשר דגם הרא"ש מודה דאין לו רשות, ומשו"ה הוי חצר הניזק.

ולדעת הרא"ש דסובר דהתיזה ברה"ר והזיקה ברה"י חייב וכן דעת הרמב"ם אף דסוברים כהרי"ף בטעמא דאורחא א"כ מיושב קושיית התוס' כמו שהוא בתוס' שלנו, אכן לדעת הרי"ף שהשמיט והוכיחו מזה דסובר דפטור נכונים דברי הכתונת פסים דנוכל לומר דלחד לפירות אינו עושה אלא חצר הניזק לענין חיוב אבל אין איסור על בעל השור להכניס השור אפי' משום גדרי מזיק ומ"מ חייב דהוי כמו פותקין ביבותיהן:

הלכה יא

כשכשה בזנבה כשכוש רב שאין דרכה לעשותה תמיד והזיקה ברה"ר וכו' פטור ואם תפש הניזק וכו' שזה הדבר ספק וכו'.

בגמרא כשכשה בזנבה מהו א"ל וכי יאחזנה וילך א"ל אי הכי קרן נמי וכי יאחזנה בקרנה וילך, א"ל הכי השתא קרן לאו אורחי' הא אורחי', והנה הרא"ש מפרש דלהלכה נפשטה הבעיא דכשכוש יתירה נמי אורחי' והשקו"ט דגמ' הוא רק לגלויי דהאבעיא הוא רק על כשכוש יתירה ובכי הא פשיט לי' דוכי יאחזנה בזנבה וילך והיינו דהוי אורחי' וכן פירשו הראב"ד והרשב"א בש"מ, אכן הרמב"ם דפוסק דהוי ספק משום דמפרש דכשפריך בגמרא וכי מאחר דאורחי' מאי קא מיבעי לי' ומשני דכשכוש יתירה קא מיבעי לו היינו דלפי"ז מאן דפשיט לא ידע מאי איבעי לי' והוי סבר דמיבעי לי' כשכוש סתמא, וע"כ פריך לי' בפשיטות וכי יאחזנה וכו' היינו דהא פשיטא דאורחי' וע"ז שאל לו א"ה קרן נמי ומשני קרן לאו אורחי' הא אורחי' והיינו דפשיטא דהוי אורחי' וע"ז מקשה הגמרא דכיון דכ"כ פשיטא דאורחי' מאי קא מיבעי לי' וע"ז משני דכשכוש יתירה מיבעי לי' ומאי דפשיטא למאן דפריך וכי יאחזנה בזנבה וילך היינו בכשכוש סתמא אבל בכשכוש יתירה באמת לא פשיטא וזהו דמיבעי לי' אי הוי כקרן או רגל, ומצאתי בפ' רבינו חננאל דסובר ג"כ להדיא כהרמב"ם דהאבעיא לא נפשטה, וכנראה לא ראו הראשונים דברי הר"ח, דלא הוי שתקי להביא פירושו.

והנה למעלה בהלכה ח' כתבתי דהאבעיא דכשכשה בזנבה אינו אי הוי כקרן או כרגל דלפי"ז מאי קאמר וכי יאחזנה בזנבה, הול"ל אורחי' הוא או מסתברא תולדה דרגל הוא לכן הי' נראה לומר דזה שפיר ידע בעל האבעיא דהוי תולדה דרגל אלא דמיבעי לי' כיון דלא הוי אורחי' גמור כשאר אורחי', לכן הוי סבר דליכא בזה סברא דבשביל שיש רשות להבהמה לילך כדרכה ולאכול בדרך הלוכה לכן פטור ברה"ר כיון דכשכוש אין זה אורחי' גמור ואין זה דרך השור, רק דכיון דעכ"פ אינו משונה גמור הוי רגל ולא קרן, אבל למיפטר ברה"ר הוי סבר דצריך שיהי' אורחי' גמור, דהא חזינן לענין חיות המזיקין דאף דחייבין לשלם נזק שלם מ"מ חייבין ברה"ר כמש"כ בהלכה ו' אלמא דלא תליא הא בהא

וע"ז משיב לו וכי יאחזנה בזנבה וילך, ומה איכפת לן דהכשכוש לאו אורח כ"כ עכ"פ שייך אותה הסברא לפטור ברה"ר, וע"ז מקשה לו א"ה קרן נמי ומשני קרן לאו אורחה היינו דהא היזק קרן לאו אורחה כלל והוא משונה ולכן כיון דאייעד בכך להיות מזיק בדברים שאין דרך לעשות כן איבעי לי' למארי' לנטורי כמ"ש הרא"ש ובתם הוי קנסא, אבל הכא אף דלא הוי אורחה מ"מ הוי אורחה לענין זה דאכתי מקרייא תולדה דרגל, ולכן איכא בזה סברא דוכי יאחזנה בזנבה וילך, וזהו דמפרש אח"כ בגמ' דכשכוש סתמא הא פשוט דהוי אורחא גמור וליכא למבעי כלל, וע"ז משני דקאי על כשכוש יתירה דלא הוי אורחה גמור ומ"מ משונה לא הוי כמ"ש הרשב"א, והי' אפשר לפרש דגם למסקנא בכשכוש יתירא אינו אלא לענין פטורא דרה"ר, אך הרמב"ם הא פסק להדיא דמיבעי אי הוי קרן ממש ואינו חייב אלא חצי נזק, לכן צ"ל דלמסקנא באמת מיבעי אי הוי קרן, אכן מד' הרא"ש לא משמע כמש"כ, ועיקר האבעיא לענין קרן או רגל, ומ"מ כתבתי הנלענ"ד:

פרק ב

הלכה א

אחד אבות נזיקין ואחד התולדות אם הי' האב מועד תולדותיו מועדות ואם הי' תם תולדותיו כמוהו.

בהשגת הראב"ד: הא לא מיחוור דהא אפי' מקרן לקרן אמרו מועד לקרן ימין אינו מועד לקרן שמאל כ"ש לביעוט וכו' והוא עצמו לא כתב כן למעלה ואולי כך ר"ל וכו'.

והראב"ד הבין לכאורה כונתו של הרמב"ם דאם הועד לאב הועד גם לתולדה, והשיג ע"ז ממועד לקרן ימין אינו מועד לקרן שמאל, וכ' עוד והוא עצמו לא כתב כן למעלה, ולכן כתב דכונתו דכמו שהאב מועד מתחלתו לאכילת פירות כן גם התולדה להתחכך בכותל להנאתה וכן כולן וכן כ' המ"מ וז"ל מאמרו זה מבואר שהוא באותן המועדין מתחלתן בשן ורגל אבל הקרן שהועדה ליגח אין תולדותיה מועדין וכמו שנתבאר בפ' א' עכ"ל, וכונת הראב"ד והמ"מ הוא למה שכ' הרמב"ם בפ"א ה"ל ד' וז"ל, וזה המשנה אם הרגיל בשינויו פעמים רבות נעשה מועד לאותו דבר שהרגיל בו. וכן כ' בהל' ה' ואם הועדה לאחד מהן נעשית מועדת לאותה מעשה ואלו הן הבהמה אינה מועדת מתחלתה לא וכו' ואם הועדה לא' מהן הרי זה מועדת לו, אכן לשון הרמב"ם בכאן אם הי' האב מועד תולדותיו מועדות, ואם הי' תם תולדותיו כמהו אינו סובל דקאי על תולדות דשן ורגל וקרן דלא שייך בזה לשון אם הי' ונראה שבא כאן הרמב"ם לבאר שיטתו בפ"א הל' ו' דסובר דחמשה חיות המזיקים הן מועדים בכל מיני היזק שיזיקו, ולא פסק כשמואל ולא

כשיטת התוס' והרא"ש דדוקא במה דאורחייהו ממש כמו ארי לדרוס וזאב לטרוף זהו שביאר לנו הרמב"ם דאין לחלק כלל בין אב לתולדה וכל דין שיש לאב כן יש לתולדה שלו, איברא דגבי הני חיות המזיקים לא הוי עיקר אורחייהו באבות דכתיב בקרא דהיינו להזיק בקרן, אכן אפשר דדעת הרמב"ם דדוקא בשור הוי קרן אב, וכמו שכ' בפ' א' הל' י' שלשה אבות בשור הקרן והשן והרגל, משום דבשור כתיב בקרא נגיחה ועיקר אורחי' דשור אם הוא מזיק הוא להזיק בקרן, אבל בשאר חיות דלית לה קרן כלל, וזה ע"כ ליכא למימר דלית להו אב דהא ילפינן שור שור משבת דכל בהמה וחיה חייבין על נזקיהן, א"כ ע"כ גבייהו הוי אב מה דעיקר אורחייהו ותולדה הוי מה דלא הוי עיקר אורחייהו, ולפיכך פרט הרמב"ם בפ"א הל' ו' נגיחה ונשיכה ודריסה, משום דנשיכה ודריסה הוי עיקר אורחייהו בחיות המזיקים וזהו אב שלהם וכתב וכיוצא בהן לרבות התולדות [ובאמת לשון נגיחה תמוה דהא הני ה' חיות אין להם קרן ואולי בקרן תלושה ועכ"פ לא הוי אב וצ"ע,] וזהו שפירש הרמב"ם בכאן דאחד האב ואחד התולדה שוין ואם הי' האב מועד היינו בכל בהמה וחיה לפי מה שהיא אם היא מועדת מתחלתה בדין האב כך היא מועדת בדין התולדה:

הלכה ה

היתה מהלכת ברה"ר ובעטה והתיזה צרורות והזיקה ברה"ר פטור ואם תפש הניזק רביע נזק אין מוציאין מידו שהדבר ספק הוא שמא שינוי הוא וכו' בעטה בארץ ברה"נ והתיזה צרורות מחמת הבעיטה והזיקו שם חייב לשלם רביע נזק שזה שינוי הוא בהתזת הצרורות וכו'.

בהשגת הראב"ד: זה טעות הוא כי בודאי הביעוט שינוי הוא וכו' ובעיא דר' ירמי' מר' זירא לאו בביעוט הוא וכו'.

וכתב המ"מ דהרמב"ם לא למד זה מבעיא דר' ירמי' כמו שחושב הראב"ד אלא מבעיא דרב אשי וסובר הרמב"ם דהבעיא הוא דאי יש שינוי הוי משונה והוי תולדה דקרן ואי אין שינוי הוי תולדה דרגל, והנה לפי"ז קשה לשון הרמב"ם בהל' ו' שכתב שזה שינוי הוא וצריך לומר דכונתו דכיון דיש כאן שינוי מדרך הליכתה ממש לכן הוי ספק אם יש בזה דין שינוי ממש שיהי' נחשב תולדה דקרן או לא, ואולי במקום תיבת שזה צ"ל שמא, אכן לכאורה אין שום ביאור לדברי המ"מ דמהיכי תיתי יהי' ספק אם יש דין שינוי בצרורות דאטו בשביל שהוא צרורות יפה כחו שכל מה שיעשה גם בשינוי גמור יהי' תולדה דרגל אטו ע"ז נאמרה הלכה הא אפי' אם נימא דע"ז גופא נאמרה הלכה דצרורות תולדה דרגל הוא כמו שהביא הרשב"א פי' א' היינו על צרורות כאורחייהו משום דלא הוי אורחי'

גמור, אבל בשינוי גמור מהיכי תיתי יהי' ספק אי הוי תולדה דקרן או תולדה דרגל.

ונראה לומר לפי דברי המ"מ דדוקא בביעטה הוא דמיבעי לן אם יש שינוי ואף דבעיטה הוי ודאי תולדה דקרן היינו בעיטה בכלים דהוי כונתו להזיק דיודעת שמזקת הכלי, ואף דבגמ' כדמקשה בעיטה תולדה דרגל לא משני דבעיטה כונתה להזיק אלא דרגל היזקו מצוי הא אין היזקו מצוי, אבל באמת זה אינו דהא גבי שן נמי כדפריך נשיכה תולדה דשן, משני שן יש הנאה להיזקה אף דנשיכה ודאי כונתה להזיק אלא דהגמ' מחלק כאן בחסרונות שיש לקרן לגבי רגל דגריעי מרגל וע"כ לא מחלק בכונתה להזיק דזה אינו חסרון ומשום זה לא הוי מיפטר, ומשום זה באמת הנחש אף דכונתו להזיק כיון דאורחי' בכך חייב, וכדאמר בגמ' בהא דלאו כיוצא בהם אילימא אקרן קאמר מ"ש קרן דכונתו להזיק הני נמי כונתו להזיק אבל זה דוקא בבעיטה בכלים, אבל בעיטה בארץ בלא כלים דודאי אין אין כונתה להזיק דהא אין לה שכל לידע שילכו הצרורות ויזיקו במקום אחר כלים, א"כ אפשר דהך בעיטה לא דמי לסתם בעיטה בכלים, ואף שכתבנו דכונתה להזיק אינו מגרע שיפטר בשביל זה מנזק שלם, זהו בעיקר דינא אם הי' מציאות שיהי' כונתה להזיק וגם יהי' היזיקה מצוי שיהי' אורחה, וכמו החמשה חיות דמועדים מתחלתם, אבל בבהמה כיון שידענו דלאו אורחה דבהמה לכוין להזיק, א"כ אם מכונת להזיק זהו גופא משונה וצריכה העדאה ע"ז, וא"כ שפיר היכי דבעטה בארץ בלא כלים כיון דאינה מכונת להזיק שפיר מספקא לן אי הבעיטה בעצמה הוי שינוי ואז לא יהי' חייב אלא רביע נזק אף שאינה מכונת להזיק או דלא הוי שינוי.

אך לפי"ז אם יהי' צרורות בשינוי גמור, דהיינו שהתיזה צרורות בקרנה יהי' בודאי רק רביע נזק דהא כאן איבעי לן רק אם הוי משונה או לא, ומשמע דאי הוי משונה ודאי אינו אלא רביע נזק וא"כ לפי"ז יקשה דמאי משני בגמ' כדפריך מהאבעיא דיש העדאה לצרורות על האבעיא דיש שינוי לצרורות ומשני עלה דרבא באת"ל קאמר את"ל אין שינוי יש העדאה או אין העדאה, ולפי"ז אין כאן תירוץ כלל כיון דבדבר שהוא משונה גמור הוי באמת רביע נזק א"כ היכי אפשר לעשות העדאה מרביע נזק לנזק שלם, אך אפי' אם היינו מפרשים דברי המ"מ כפשוטם דבכל שינוי בצרורות מיבעי לן אי הוי שינוי ותולדה דקרן או לא הוי שינוי והוי תולדה דרגל, ג"כ לא אתי שפיר תירץ הגמ' דהא לפי"ז נמי מוכח מהאבעי' דאי הוי משונה הוי רביע נזק והא דהוי חצי נזק הוא משום דהוי תולדה דרגל דהא משום זה פטרינן לי' לפי הך סברא ברה"ר א"כ היכי שייך בי' העדאה לחייבו נזק שלם, והיינו להפי' דהאבעיא דיש העדאה הוא ע"י שינוי אכן י"ל בזה דהמ"מ מפרש כפי' התוס' דהאבעיא הוא בצרורות כאורחייהו:

ב) ונראה דהרמב"ם סובר דסוגיא דמעיקרא דבעי אם יש שינוי לצרורות לרביע נזק הוא באמת כפשטה אם מועיל דין שינוי לעשות רביע נזק ולא דמספקא לי' אי הוי שינוי או לא, אכן במסקנא דגמ' דקאמר רב אשי כרבנן מוקי לה הכי היתה מבעטת או צרורות מחמת ביעוט חצי נזק ואין שינוי או היתה מבעטת או צרורות כאורחייהו חצי נזק הא מחמת ביעוט רביע נזק ויש שינוי, ומלשון זה מוכח דהאבעיא הוא אי הוי שינוי או לא הוי שינוי, וסובר הרמב"ם דלמסקנא באמת פשיטא לן דאי הוי שינוי א"צ להתחייב אלא רביע נזק דכיון דצרורות אינו משלם אלא חצי החיוב, בשביל דהוי הלמ"מ דכחו אינו משלם אלא חצי נזק, א"כ אי הוי קרן תם א"צ להתחייב אלא רביע אלא האבעי' במסקנא אי בעיטה בארץ בלא כלים הוי שינוי וכמו שכתבנו למעלה:

וטעמו של הרמב"ם בזה הוא עפי"מ שנבאר מה דהשמיט הרמב"ם האבעיא דיש העדאה לצרורות דסובר הרמב"ם דעיקר האבעיא היינו על צרורות כאורחייהו כפי' הב' שברש"י והיינו דמיבעי לרבא אפשר יש בצרורות מקצת גדר קרן וכמו שכתבתי למעלה בפ"א הל' ח' אות ד' דצרורות לאו אורחיה ממש וכמו שהבאנו מפי' הר"ח ומש"ה נמי מבעי לרבא אי מגופו משלם דלא אשכחן חצי נזק דמשלם מן העליה משום דרבא מדמה צרורות לקרן לענין שאינו משלם אלא חצי נזק, ולכן יש סברא דמשלם מגופו כמו קרן וכן הוי כרגל לענין דהוי ממונא ופטורין ברה"ר ודומה במקצת לקרן ובמקצת לרגל, ובשביל זה גופא מיבעי לרבא אי יש העדאה לצרורות דכיון דהא דאינו משלם אלא חצי נזק הוא משום גדר קרן א"כ יש לומר דשייך העדאה כמו בקרן וא"כ לפי"מ דקיי"ל דחצי נזק דצרורות משלם מן העליה א"כ מוכח דהוי רגל ממש ולא שייך לקרן כלל, ואף שכתבנו דאינו אורחה גמור היינו דלא הוי אורחה בהכרח, אבל עכ"פ הוי כמו קופצת וכמו שכתבנו למעלה, והא דמשלם חצי נזק אינו כלל טעם ההלמ"מ משום דלא הוי אורחה גמור, אלא דכך חידשה ההלכה דכחו בבהמה אינו משלם אלא חצי נזק, וא"כ בודאי לא שייך ללמוד מזה דאינו משלם אלא מגופו דלא אשכחן זה אלא בקרן ולכן שפיר השמיט הרמב"ם גם דין העדאה לצרורות דבודאי לא שייך העדאה כיון דהוי כרגל ממש:

ג) ובזה נוכל ליישב מה שהקשה הלח"מ בפ' זה הל' ב' דמנלן לגמ' דלמסקנא פשיטא לי' לר"פ דמשלם מן העליה כיון דמשני אח"כ בגמ' דגם לרבא דמיבעי לי' אי מגופו משלם או מן העליה משלם מ"מ קרי לי' תולדה דרגל לפוטרו ברה"ר א"כ דילמא ר"פ נמי סבר הכי, והלח"מ העלה זה בצ"ע ומצאתי שכבר הקשה כן הרשב"א בחידושיו ותי' דקים להו לגמ' דהכי הלכתא ולכן אף דלרבא מיבעי לי' מ"מ ניחא להו למימר דר"פ משום הכי קרי לי' תולדה דרגל לשלם מן העליה, והוא דחוק, אבל לפימש"כ מיושב

שפיר דהא כבר כתבנו דאי נסבור מגופו משלם משום דלא אשכחן חצי נזק דמשלם מעליה היינו דילפינן מקרן משום דצרורות דמי במקצת לקרן ודמי לרגל לענין לפוטרו ברה"ר ודהוא ממונא, וא"כ לא נוכל לומר על מה דאמר ר"פ דיש בהם כיוצא בהם ויש בהם לאו כיוצא בהם, היינו על צרורות דהא באמת הוי כיוצא בהם, ורק משום דדמי בחד צד לקרן לכן משלם חצי נזק. ומכיון דקאמר ר"פ דיש מהן דלאו כיוצא בהן ע"כ דחצי נזק צרורות הוי רגל ממש ורק דמשלם חצי נזק משום דהוי כחו ולא גופו. וע"ז באה ההלכה דכחו אינו משלם אלא חצי נזק. וע"ז קאמר שפיר דאף דכחו הוי תולדה דגופו מ"מ אינו משלם כמותה.

ומבואר עכשיו מה שכתב הרמב"ם שם בהל' ב' כל תולדה כאב שלה חוץ מצרורות וכו' דזהו הא דלאו כיוצא בהם. אף דאינו נוגע לדינא כלל והו"ל לפסוק רק דמשלם חצי נזק. ורק דגילה לנו הרמב"ם מקור וטעם הדין דצרורות משלם מן העליה משום דהא דמשלם חצי נזק אינו משום דדמי בחד צד לקרן אלא דדמי ממש לרגל והוי תולדה דרגל לגמרי. ורק דכך הוא הדין בצרורות דזו התולדה אינה כיוצא דאב לענין זה שאינה משלמת יותר מחצי נזק. וממילא אין שום ספק דמשלם מן העליה דהא משלם אותו תשלומין שמשלם האב. רק דחלוק לענין זה דאב משלם נזק שלם ותולדה חצי נזק:

ד) **נחזור** לדברינו דהא דהשמיט הרמב"ם האבעיא דיש העדאה לצרורות משום דסובר דזה תליא בהך ספיקא אם הא דמשלם ח"נ הוא משום דצרורות הוי קצת משונה או משום דלא הוי אלא כחו וכחו לאו כגופו ודין העדאה לא שייך אלא באופן הא' וכנ"ל וכן אבעיא דרבא אי מגופו משלם נמי שייכא בזה דאי נימא דדין ח"נ הוא משום שיש בצרורות מקצת דין קרן לכן צ"ל מגופו אבל אם אינו משום גדר קרן א"כ אין לנו אלא מה שחידשה ההלכה דמשלם חצי נזק, אבל מגופו מנלן ובודאי הוי כשאר רגל דמשלם מן העליה, ולכן כיון דקיי"ל דצרורות משלם מן העליה א"כ הוי דין רגל ממש א"כ בודאי אין העדאה לצרורות.

ובזה נוכל לומר דהאבעיא אם יש שינוי לצרורות לרביע נזק ג"כ שייך בזה דאי צרורות הוי רגל ממש ומשלם ח"נ בשביל דכחו לאו כגופו א"כ היכי דהוי שינוי בודאי א"צ לשלם אלא חצי התשלומין דהיינו רביע אבל אם נימא דהוא משום דהוי בצרורות גדר קרן א"כ אם הוא משונה והוי קרן ממש ג"כ לא גרע ומשלם ג"כ ח"נ ולכן לפי"ז שפיר דמעיקרא הוי האבעיא אי יש שינוי לצרורות לרביע נזק דמספקא לי' אם כששינה בצרורות נשתנה החיוב ואינו משלם אלא רביע משום דאינו משלם אלא חצי תשלומו וכנ"ל ולכן שפיר קאמר בגמ' דרבא באת"ל קאמר את"ל אין שינוי היינו דלעולם משלם ח"נ משום דדין

ח"נ הוא משום דהוי גדר קרן.

וצריך להוסיף לפי"ז דמה שכתבנו דדין העדאה לא שייך אלא אם נימא דהוא משום גדר קרן אבל אם הוא משום טעמא דכחו לא שייך העדאה דאין הכוונה בזה דאם הוא משום גדר קרן ודאי שייך העדאה אלא דאם הוא משום טעם כחו ודאי לא שייך העדאה אבל גם אם הוא משום גדר קרן אינו מוכרח דשייך העדאה דכיון דעכ"פ הוא הלמ"מ שיהי' בצרורות ח"נ אפשר לא נאמרה בזה דין העדאה וכמו דאמרינן אין דנין ק"ו מהלכה כן אפשר לומר דבדין הלכה אין דנין ק"ו לומר דכיון דבקרן ממש יש העדאה כ"ש בדין צרורות ונמצא דמוכרח רק צד הא' דאם הוא מטעם כחו לאו כגופו ודאי לא שייך העדאה במה דהוא אורחה.

וכל זה הוא בבעיא דרב אשי מעיקרא אבל למסקנא דאמרינן רב אשי כרבנן מוקי לה ובעי לה הכי היתה מבעטת וכו' לא מיבעי לי' כלל אם יש דין רביע נזק בשינוי בצרורות דכיון דנפשט דדין צרורות הוי רגל ממש א"כ אם שינה בודאי א"צ לשלם אלא רביע דהוא חצי תשלומו ורק דמבעי לי' למסקנא אם היתה מבעטת הוי שינוי או לא הוי שינוי וכמו שכתבנו לפי פירושו של המ"מ וזהו רק בהאבעיא לפי המסקנא וכנ"ל.

והנה אח"כ מצאתי שהרב המאירי בש"מ הלך בדרך זה שכתבנו דהאבעיות יש שינוי ויש העדאה תליין בהך אבעיא דמגופו משלם או מן העליה ושבשביל זה השמיט הרי"ף שני האבעיות אך היפך את הטעמים וכתב דכיון דקיי"ל מעליה משלם בודאי אין שינוי לרביע נזק ומשום זה השמיט הרי"ף את האבעיא דיש שינוי ולא אוכל לכוין דבריו בשום אופן כי הוא היפך הסברא אך ב"ה שבעיקר הדברים כונתי לדברי הראשונים.

ולפימש"כ צ"ל שמה שכתב הרמב"ם בהל' ו' בעטה בארץ ברה"נ אף שלפי דברינו גם בהל' ה' קאי על בעטה בארץ משום דבהלכה ה' קאי על בעטה ברה"ר דברה"ר ליכא כלים מונחים על הקרקע וממילא פשוט דאם בעטה ברה"ר היינו בארץ אבל ברה"נ דמצוי כלים וא"כ יתכן דבעטה בכלים ושברתן ונפלו השברים ושברו כלים אחרים וכדתנן במתניתן דרסה על הכלי ושברתו ונפל השבר על כלי אחר ושברו ולדברינו אין בזה ספק ובאופן זה ודאי אינו חייב על הצרורות אלא רביע נזק דבעיטה בכלים בודאי הוא משונה, ולכן בהל' ו' דכותב הרמב"ם הדין ברה"נ מדייק לכתוב בעטה בארץ. אכן עוד אינו מיושב מה דעמדנו בראש דברינו דכתב הרמב"ם בהלכה ה' שמא שינוי הוא ובהלכה ו' כתב שזה שינוי הוא ולפלא גדול שלא עמדו בזה הנו"כ ואף שבארנו זה אבל מ"מ אינו מיושב סתירת הלשונות. אם לא דנאמר שהוא ט"ס וצ"ל גם בהלכה ו' שמא שינוי הוא וכמש"כ שם:

ה) **אכן** אפשר לומר באופן אחר דבהאבעיא דיש שינוי לצרורות אין הרמב"ם מפרש כמו שכתבנו דהאבעיא הוא דוקא בסברא זו אם חצי נזק דצרורות הוא משום דהוא קצת משונה או משום דכחו לאו כגופו, ולעולם נימא דאפי' לדידן דקיי"ל דמשלם מן העליה ובודאי הוא תולדה דרגל לגמרי ושמשום זה השמיט האבעיא דיש העדאה לצרורות משום דאי טעמא דכחו לאו כגופו ודאי לא שייך העדאה, מ"מ שייך למבעי אי בשינוי הוי רביע וכמו שפירש"י משום דלא אשכחן תם דמשלם פחות מחצי נזק והיינו אף דיש כאן שני טעמים לעשות מנזק שלם חצי נזק אחד משום דין צרורות וב' משום דין תמות מ"מ משלם חצי נזק דלא אמרינן חצי תשלומין המחוייב בהיזק בגופה כי אורחה אלא לא פחות מחצי נזק, אבל כ"ז הוא באבעיא קמא דרב אשי דבעי אם יש שינוי לרביע נזק, אבל בתר הכי דאמר ויש שינוי או ואין שינוי שם הפי' הוא כפירוש המ"מ דהאבעיא הוי אם הוי שינוי בבעיטה דכן משמע הלשון וכמו שכתבנו, ומה דהוכרח באמת הגמ' לשנות האבעיא באופן אחר מבעיא קמא דמעיקרא הוי האבעיא בדין רביע נזק אם שינוי ממש בצרורות עושה רביע נזק, ועכשיו האבעיא רק אם ביעוט הוי שינוי, היינו משום דמעיקרא הי' ודאי האבעיא על עיקר דין שינוי בצרורות ואם נעשה רביע נזק דהא בעי אם יש שינוי לרביע נזק ומוכח דמיירי בשינוי ודאי כמו בעטה בכלים או נגחה בקרנה ועי"ז התיזה צרורות, אבל אח"כ דמוקים הגמ' האבעיא על מתני' בהא דתנן היתה מבעטת והזיקה בביעוטה או שהי' צרורות מנתזין ובעי אם נימא דהא דצרורות קאי על צרורות כאורחייהו הא מחמת ביעוט רביע נזק ויש שינוי או ה"ק או צרורות מחמת ביעוט חצי נזק ואין שינוי כאן מוכרח הגמ' לאוקמי הבעיא בדין הביעוט אי ביעוט הוי שינוי, משום דאם הי' הביעוט ודאי שינוי לא נוכל להעמיד מתני' בצרורות מחמת ביעוט ונאמר דהוי חצי נזק משום דאין שינוי לרביע נזק, דעכ"פ הא חסר בהך בבא עיקר חידושא דצרורות דרגל דמשלם חצי נזק דהא מה דמשלם צרורות מחמת ביעוט חצי נזק הוא משום לתא דבעוט דהוה קרן ואם הזיקה בביעוטה בלא צרורות נמי משלם חצי נזק ואף דבתר הכי קתני לה דרסה על הכלי ושברתו ונפל השבר על כלי אחר ושברו דעל האחרון משלם חצי נזק דהוא משום צרורות אבל לא משמע הכי דמעיקרא הוי לי' למתני פטורא דצרורות ועוד דהיתה מבעטת לא שייך למתני כלל במתני' דהתחיל בכיצד הרגל מועדת ורק דכתבו בתוס' אגב דשוה לצרורות נקט לה הכא, וזה שייך אי בהך בבא נקט דינא דצרורות ועוד דלא שייך לאשמעינן דינא דאין שינוי לצרורות לרביע נזק מקמי דאשמעינן עיקר דינא דצרורות, ומשום הכי מפרש בגמ' דבאמת הך בבא בודאי הוי עיקר דינא צרורות אלא דאי מפרשינן צרורות מחמת ביעוט אשמעינן דצרורות מחמת

ביעוט לא הוי שינוי וכמו שכתבנו דביעוט לא הוי שינוי אלא כשהזיקה ע"י ביעוט, ואי מפרשינן צרורות כאורחייהו אז סבירא לן דצרורות מחמת ביעוט הוי שינוי ומשלם רביע נזק, נמצא דלהך בעי' ע"כ פשיטא לן בעי קמייתא דיש שינוי לצרורות לרביע נזק:

ו) **והנה** לכאורה אם היינו אומרים דלדידן מספקא לן בשני האבעיות היינו אם יש דין שינוי בצרורות לרביע נזק אפי' בשינוי גמור, ואם בעיטה בקרקע הוי שינוי, א"כ יקשה לן דברי הרמב"ם דלפי"ז אם בעטה ברה"ר והתיזה צרורות יש לנו מקום להסתפק דילמא בעיטה הוי שינוי לצרורות לרביע נזק וא"כ יש ספק לחייב גם חצי נזק, והרמב"ם פסק דאם תפס רביע נזק אין מוציאין מידו ומוכח דעל חצי אין כאן ספק כלל, ואף דיש לומר דעל חצי נזק יש כאן ס"ס דדינא חדא אי לא הוי שינוי והוי רגל ופטור ברה"ר ואפי' אי הוי שינוי דילמא יש שינוי לצרורות לרביע נזק, אבל אין הדבר פשוט דבס"ס לא יועיל תפיסה, ועיין תוס' כתובות דף ט' ע"ב ד"ה אי למיתב שהוכיחו דמוציאין ממון ע"י ס"ס ועין בפנ"י שם שתמה ע"ז ועיין בס' בית יצחק להגאון בעל בנין עולם בסי' ע"ג בזה, ועכ"פ אין ההלכה ברורה לקבוע בה מסמרים ולבאר בזה שיטת הרמב"ם.

אולם לפי מה שבארנו אין כאן ס"ס כלל דאם נסבור דאין שינוי לצרורות לרביע נזק א"א לנו לסבור דביעוט הוי שינוי דהא אם אנו סוברים דביעוט הוי שינוי אינו מפרש הגמ' דהא דצרורות מנתזין מיירי בצרורות מחמת ביעוט ולומר דמשלם חצי נזק משום דאין שינוי דא"כ ליכא בהך בבא דינא דצרורות וכנ"ל, ולכן מפרש בגמ' דאם יש שינוי קאי על צרורות כאורחייהו הא מחמת ביעוט רביע נזק וא"כ ע"כ א"א להיות שני הספיקות ביחד ודוקא אם נאמר דאין שינוי והיינו דבעיטה לא הוי שינוי אז אפשר לנו לסבור כשני הצדדים בין יש שינוי לרביע נזק בין אין שינוי לרביע נזק כיון דמתני' דצרורות אפי' אם הוא מחמת ביעוט לא מיירי בשינוי, ולכן שפיר דבהלכה ה' דצד החיוב הוא שמא יש שינוי וליכא כאן פטורא דרגל ברה"ר ע"כ בזה אין חיוב אלא רביע נזק, והכא גבי בעטה ברה"נ אנו יכולים להסתפק בשני הספיקות לחייב חצי נזק, היינו או דנימא דיש שינוי והוא משונה, ורק דאין שינוי לצרורות לרביע נזק, או דנימא דיש שינוי לרביע נזק אבל בעיטה אינו שינוי:

ז) **ולכן** בהלכה ו' הי' אפשר להרמב"ם לקבוע הספק על שני אופנים אבל בכל אופן לא הוי ס"ס וכמו שכתבנו, אבל בהכרח קבע הרמב"ם בהלכה ו' הספק משום האבעיא קמא דרב אשי היינו אם יש שינוי לרביע נזק או אין שינוי לרביע נזק, דהא אותו הספק חל גם על שינוי ממש דהיינו בעטה בכלים וניתז צרורות, ונמצא דביאור דברי הרמב"ם כאן דכיון דעכ"פ בעיטה הוי שינוי במקצת ולכן אף דלדין רה"ר קבע הספק אי מיקרי

משונה או לא אבל כאן קבע הספק אי צרורות בשינוי משלם חצי או רביע, ומה שקבע זו ההלכה וזה הספק על בעיטה בארץ דאינו ודאי שינוי ולכתוב שזה שינוי הוא היפוך מהלכה ה' ורק להשמיענו הספק בדין שינוי לצרורות לרביע נזק, ולכאורה הא יותר טוב הי' לו להשמיענו זה הדין בשינוי ממש כמו בעטה בכלים שזהו ודאי שינוי ולהשמיענו דיש ספק אם יש שינוי לצרורות לרביע נזק, אכן אם הי' קובע בהלכה ו' הספק ע"ז האופן הי' נמצא דבעטה בארץ יש שני ספיקות לחייב חצי נזק, חדא דשמא אין שינוי כלל ואינו משונה, ואפי' אם יש שינוי והוי משונה דילמא אין שינוי לרביע נזק, ואפי' אם הרמב"ם אינו סובר דמוציאין ממון בס"ס אבל דילמא איכא מאן דסבר דמוציאין ממון בס"ס כדעת התוס' דכתובות והרמב"ם רצה כאן להשמיענו דאין כאן אלא ספק אחד. ולכן כתב כאן שזה שינוי הוא והיינו דכיון שזה שינוי הוא דעכ"פ איכא כאן קצת שינוי דיינינן כאן הספק אם יש שינוי לרביע נזק ולא נחתינן כאן ברה"נ לספיקו של הדין שינוי אי מקרי שינוי או לא משום דאין לנו נ"מ בזה כלל וכמו שכתבנו, וממילא יוצא לנו דגם בשינוי גמור ג"כ הוי ספק אי חצי נזק או רביע נזק.

ועכשיו מבואר יותר מה דכתב הרמב"ם בהלכה ו' בעטה בארץ דאם לא הי' כותב כאן בעטה בארץ כיון שהוא משנה בלשונו ומקודם בהלכה ה' כתב שמא שינוי הוא וכאן כתב שזה שינוי הוא ע"כ היינו מחלקים דבהלכה ה' קאי על בעטה בקרקע ובהלכה ו' קאי על בעטה בכלים, ולכן הוכרח כאן לכתוב בעטה בארץ להשמיענו דכאן נמי הוא בבעטה בארץ וכנ"ל, אבל בהלכה ה' לא הוצרך כלל לכתוב בעטה בארץ לבד טעם שכתבנו דברה"ר אין כלים, אלא דשם לא שייך להסתפק כלל אם הכונה על בעטה בכלים דבעיטה בכלים הא ליכא ספיקא דהוי שינוי וכבר הודיענו בפרק א' דבעיטה הוי שינוי אבל כאן בהלכה ו' דבאמת כתב שזה שינוי ע"כ הוצרך לכתוב בעטה בארץ.

והנה בארנו דברי הרמב"ם על שני דרכים או לפי פירושו של המ"מ לגמרי ודהרמב"ם השמיט בעיא קמא דרב אשי, ולפי"ז ע"כ מוכרח להגיה בדבריו בהלכה ו' שמא במקום שזה, וב' דלא כדברי המ"מ לגמרי אלא דהרמב"ם פוסק כשני האבעיות והבוחר יבחר:

הלכה ח

זה הכלל כל המשלם מה שהזיק וכו' וכל המשלם יותר או פחות כגון תשלומי כפל או חצי נזק וכו' ואין חייבין קנס אלא עפ"י עדים אבל המודה וכו'.

הנה הרמב"ם לא ביאר כאן איך הדין אם הודה ואח"כ באו עדים לענין חצי נזק, ואין לדייק בזה כלל מלשונו דהא כלל חצי נזק וכפל ביחד ובכפל בודאי פטור, והנה המל"מ לקמן בפ"ג מה' גנבה הקשה על הא דקאמר בשבועות גבי משביע עדי קנס דפטור, כיון

דאילו מודה מיפטר ופריך הגמ' מהא דתנן משביע אני עליכם שתבואו ותעידוני שיש לי ביד פלוני נזק וחצי נזק, ומאי פריך דהא כיון דקיי"ל דפוטר עצמו מכלום חייב, וחצי נזק הא פוטר עצמו מכלום ומיישב המל"מ דהסוגיא קאי אליבא דשמואל בב"ק דף ע"ה דסבר מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב, וקיצר בדבריו ולא ביאר את כונתו, אך פשוט דכונתו דאליבא דשמואל דסבר דת"ק וראב"ש דאמר יבואו עדים ויעידו פליגי בהך דינא, אי מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב או פטור, והוא סובר כראב"ש, והגמ' בעי שם אליבא דת"ק, ולכן אליבא דשמואל אין הכרח דת"ק מחלק בין פוטר עצמו מכלום או מחייב עצמו בקרן, ורק רב הוא דמחלק בזה, אך באמת דבריו תמוהין דהא רב לא קאמר מידי אלא דרב המנונא אמר מסתברא מלתי' דרב בשחייב עצמו בקרן, וא"כ מהיכי תיתי נעשה סברות הפוכות דלשמואל דסובר כראב"ש אליבי' יסבור הת"ק דפטור גם בפוטר עצמו מכלום, ובאמת הוכחתו דהסוגיא קאי אליבא דשמואל לא מוכח דקשה לומר כן כיון דעיקר האבעיא הוא דלא אליבא דשמואל ורק הוכחתו בודאי הוא מהא דסובר כאן הגמ' דת"ק וראב"ש פליגי בהא, ורב משני בב"ק דלא פליגי בהא ואין זה ראי' אפשר סובר הגמ' דהוא רק שינויא בעלמא, ובאמת רב כת"ק ושמואל כראב"ש.

והנה בסוף דבריו נשאר המל"מ בתימא על הרמב"ם דפוסק בפ"ג מה' גנבה דפוטר עצמו מכלום חייב בבאו עדים אחר שהודה ובפ' ט' מה' שבועות פסק דמשביע עדי קנס פטור ואין לומר דקאי בהני דמחייב עצמו בקרן דאי יש קרן א"כ הי' חייבין קרבן שבועה בשביל הקרן.

והנראה לי בישוב דברי הרמב"ם והסוגיא דשבועות, דהרמב"ם סובר בפירושא דפוטר עצמו מכלום באופן אחר ממה דהוי סבר הגמ' מעיקרא דמהא דקאמר רבא קפחתינהו לסבי דבי רב מוכח דפירושא דפוטר עצמו מכלום היינו דבמה דמודה עכשיו דטבח ומכר אינו מחייב עכשיו את עצמו כלום, אכן מלשון הרמב"ם בפ"ג מהלכות גניבה הל' ט' מוכח דמפרש באופן אחר דז"ל, כיצד הודה בבית דין שגנב ואח"כ באו עדים שגנב פטור מן הכפל שהרי חייב עצמו בקרן קודם שיבואו עדים, אבל אם אמר לא גנבתי שפטר עצמו מן הכל ובאו עדים שגנב וחזר ואמר בבית דין טבחתי או מכרתי אם באו עדים אח"כ שטבח או מכר משלם תשלומי ד' וה', לפי שפטר עצמו תחלה מכלום עד שבאו העדים עכ"ל, ולפנינו שכ' הרמב"ם שפטר עצמו מן הכל לאו על הודאת הטביחה אלא על כפירת הגנבה, והנה סוף דבריו שכ' לפי שפטר עצמו תחלה מכלום הי' לכאורה אפשר לפרש דקאי על הודאת הטביחה, אבל אינו מבואר לפי"ז תיבת תחלה, גם אינו מדוייק כלל מה שכתב עד שבאו העדים, ולכן מוכח דכונתו כמו בראש דבריו דקאי על כפירת

הגנבה, וביאור דברי הרמב"ם בזה נראה לפי"מ שכ' הרמב"ם בפ"ט מהלכות שבועות הלכה ד' וז"ל, וכן המשביע עדי קנס וכפרו פטורין משבועת העדות מפני שאם קדם הנתבע והודה בקנס פטור מלשלם ואעפ"י שבאו העדים אחר כך והעידו נמצאו העדים לא חייבו זה בעדותן לבדה, אלא עדותן עם כפירת הנתבע הוא המחייבת אותו והואיל ואם הודה לא תועיל עדותן אם כפרו בה ונשבעו פטורים עכ"ל, ולכאורה כפי שמפרשים בפשיטות דפטורא דמשביע עדי קנס הוא משום דבשעת שבועה לא הפסידוהו בודאי שהי' יכול להודות אינו מוסבר כלל למה האריך הרמב"ם לכתוב דלא העדים לבד הם המחייבים אותו אלא עדותן עם כפירת הנתבע היא המחייבת, ונראה דהרמב"ם מפרש טעמא דפטור משביע עדי קנס משום דקרבן שבועה אינו חייב אלא בממון שצריכין העדים רק לברר החיוב והחיוב הוא ודאי מצד עצמו, אבל בקנס דאינו חייב בעדותן אלא בתנאי שלא יתברר הדבר אלא ע"י עדותן, ונמצא דכפרו לו ממון שאכתי לא נשלם חיובו של הנתבע דהא אינו חייב אלא בתנאי שיכפור ולא יודה ויתברר רק ע"י העדים, בזה ליכא קרבן שבועה, ונמצא דפטורא דמשביע עדי קנס אינו משום שלא גרמו היזק ברור, אלא שעצם החיוב לא נשלם עדיין, והשמיענו כאן הרמב"ם הסבר בפטורא דמודה בקנס ואח"כ באו עדים דלא משום דבהודאתו גרם לחדש פטור, אלא דהפטור הוא משום דלא נשלמו תנאי החיוב שצריך בקנס דהיינו דצריך לחיוב קנס תנאי שהבע"ד לא יודה בו, וזה ילפינן מקרא דאם המצא בעדים שלא יתברר הדבר אלא ע"י עדים, ונמצא דאין הודאה בקנס גורם פטור חדש אלא דחסר תנאי חיוב.

ועכשיו מבואר דברי הרמב"ם הנ"ל דסובר הרמב"ם דאם מעיקרא אמר לא גנבתי שפטר עצמו מן הכל, ואח"כ כשבאו עדים שגנב הודה שטבח או מכר, כיון דטביחה הוא רק פרט בדיני הגנבה והוא כפר מקודם בעיקר הגנבה, ונמצא הדבר ע"י עדים אף שבאמצע היינו קודם שבאו עדים ואמרו שגם טבח או מכר הקדים הוא והודה שטבח או מכר מ"מ חייב, כיון שבעיקר הדברים כפר עד שבאו העדים ונמצא עיקר הגנבה ע"י עדים וגם לבסוף על הטביחה יש עדים נקרא זה אם המצא בעדים ולא משגחינן מה שהודה באמצע בשביל שדין טביחה הוא רק פרט מדיני הגנבה, וא"כ לפי הסברו של הרמב"ם לא שייך זה אלא כאן בדין גנבה וטביחה משום שמתחלה כפר בעיקר חיובו, אבל בשן ועין וחצי נזק דהודה מעיקרו שפיר אף דאינו מחייב עצמו בקרן, מיקרי מודה בקנס ואח"כ באו עדים ופטור, וזהו דלא כרבא דאמר קפחתינהו לסבי דבי רב, דרבא מפרש בהא דפוטר עצמו מכלום כפירש"י משום שאינו מחייב את עצמו כלום, ומה שהכריחו להרמב"ם לחדש פירוש זה בהא דפוטר עצמו מכלום דלא כרבא הוא משני טעמים,

האחד בשביל קושיית רבא הא דקפחתינהו לסבי דבי רב, וכיון דלהלכה צריך לפסוק כרב המנונא, דרב אשי קאמר מתני' ובריייתא מסייעא ליה ע"כ חידש הרמב"ם פירש זה, שנית בשביל הסוגיא דשבועות במשביע עדי קנס שהזכרנו דמוכח דגם באינו מחייב עצמו לבד הקנס מ"מ מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור, ולזה חידש הרמב"ם לבאר הענין באופן אחר דלא תיקשי על רב המנונא, אחר זמן רב מצאתי בעזה"י בספר משכנות יעקב חלק חו"מ שיישב דברי הרמב"ם בעיקרן כמו שכתבתי, אלא שהסביר הדברים באופן אחר דעיקר תליא איך היה כונתו כשהודה אם כיון לחייב עצמו או שכיון לפטור עצמו, ודבריו לא נראה בעיני, ולדעתי כפי מה שהסברתי ובארתי עפ"י דברי הרמב"ם בהל' שבועות מבוארים הדברים לנכון בעה"י:

הלכה ט

תרנגול שהושיט ראשו לאויר כלי זכוכית ותקע בו ושברו, אם היו בתוכו תבלין וכיוצא בהן שהושיט ראשו כדי לאכלן, על התבלין משלם נזק שלם ועל הכלי משלם חצי נזק כחצי נזק צרורות שכך הוא דרכו, ואם הי' הכלי ריקן הרי זה משונה ומשלם חצי נזק ככל הקנסות.

בהשגת הראב"ד: זה טעות הוא דהא צרורות ע"י שינוי הוא ובעיא היא אם יש שינוי לרביע נזק או לא עכ"ל.

עיין במ"מ שכתב וז"ל שאעפ"י שמסופק לנו אם יש שינוי לצרורות דוקא בשיש שינוי בגוף המעשה כגון התזת צרורות ע"י ביעוט אבל כשאין שינוי בגוף המעשה כגון תקיעת התרנגול אע"פ שאין דרכו להכניס ראשו לאויר הכלי אין זה שינוי בצרורות אלא תולדה דקרן הוא עכ"ל, ועם כל ביאורו עדיין אינו מיושב כלל דמה הועיל שהוא תולדה דקרן, בקרן גופא ע"י צרורות בודאי תליא בהך אבעיא אי יש שינוי לצרורות לרביע נזק, והיינו שהצרורות משלמים חצי דינם או להיפך שהקרן אינו משלם אלא חצי ממה שמשלם מועד, וא"כ צרורות דקרן אינו משלם אלא רביע נזק, והנראה בביאור דברי הרמב"ם דבאמת גבי תקיעת התרנגול יש בכאן שני דברים, התקיעה בעצמה היא אורחי' ורק מה שהכניס ראשו זה לאו אורחי', והיינו שההיזק בעצמו נעשה על ידי תולדה דרגל רק הדרך להגיע למעשה ההיזק זהו ע"י תולדה דקרן, נמצא דלא נוכל כאן לומר דההיזק נעשה ע"י תולדה דקרן דהא נעשה ע"י רגל ממש, רק לענין חיוב הבעלים נוכל לומר דכיון דאי אפשר להיזק להיות בלתי ע"י שינוי א"כ לא נוכל לחייב את הבעלים בנזק שלם, דהא נעשה ע"י ששינה התרנגול והכניס ראשו, ונמצא דלגבי שמירת הבעלים הוי קרן ושייך בזה סתם שוורים בחזקת שימור קיימי ולא הי' עומד התרנגול לעשות זה ההיזק.

ועתה נוכל לומר דס"ל להרמב"ם דלא אמרינן יש שינוי לצרורות לרביע נזק, אלא כשהשנוי בגוף מעשה ההיזק ונמצא דגוף ההיזק הוא קרן ובזה אמרינן דכיון דצרורות דרגל הוא חצי נזק צריך להיות צרורות דקרן רביע נזק, אבל היכי דעיקר ההיזק נעשה ע"י רגל, ודין צרורות דרגל הוא חצי נזק, ורק דהבהמה הגיעה למעשה ההיזק ע"י קרן ובשביל זה א"א לחייב להבעלים בנזק שלם, בזה אין אנו עושין מחצי נזק רביע נזק, דהיינו חצי תשלום משום דבעיקר נעשה ההיזק ע"י רגל, וחייב חצי נזק ואי משום שמירת הבעלים הלא אין אנו מחייבים יותר מחצי נזק, ולכן בין מצד שמירת הבעלים הוי חצי נזק בין מצד עיקר ההיזק הוי חצי נזק ואין אנו מצרפים שני הדינים לעשות רביע נזק, והנה אחר שאמרתי זה מכבר יצא לאור ס' אור שמח ומצאתי שכונתי ב"ה לדעתו הרחבה, אכן הגאון אור שמח הוסיף לתלות זה במחלוקת הרא"ש ורש"י לענין כלבא דאכל אימרי דהרא"ש כתב דלא נקרא משונה אלא פחת שפחתה מיתה, אבל מה שאכל אח"כ הנבלה זהו דרכו ולשי' רש"י דפי' גבי סתם דלתות חתורות דלא נימא דהוי משונה מוכיח הרא"ש מזה דרש"י אינו סובר כשיטתו, אלא דכיון דתחלת המעשה הי' בשינוי אף דלסוף הוי אורחי' חשיב משונה, ולכן כ' האור שמח דלשיטת הרא"ש בכה"ג לא חשיב משונה כלל, ורק דהרמב"ם סובר כרש"י, אכן לדעתי יש חילוק גדול בין הא דכלבא דאכל אימרי או סתם דלתות חתורות להא דתרנגול שהושיט ראשו לאויר כלי זכוכית דהתם אחר שעשה השנוי דהיינו אחר שהמית האימרא או אחר שחתר הוא עושה כדרכו, אבל הכא בשעת התקיעה בשעת מעשה הוא השינוי, ולולי השינוי לא היה מחזיק ראשו בהכלי זכוכית וגם הרא"ש יודה דיש כאן שינוי בדין חיוב ההיזק מצד שמירת הבעלים אלא דמצד מעשה ההיזק אין כאן שינוי וכנ"ל. שבתי וראיתי דדברי האור שמח נכונים דסובר דאם היינו אומרים דזה בעצמו הוא שינוי מה שמחזיק ראשו בכלי בזמן שתוקע והיינו דלא רק הכנסת ראשו הוא שינוי אלא כל רגע שמחזיק ראשו, א"כ הוי כמו שעצם מעשה ההיזק הוא בשינוי, ולא נוכל לחלק מדין יש שינוי לצרורות, וע"כ אם באנו לחלק משם היינו צריכים לומר דבהחזקת הראש באותה רגע שהוצרך לתקוע אין כאן שינוי, דמכיון שהכניס ראשו בשינוי והוצרך לתקוע אין רגילות באותה רגע להוציא ראשו, ואז נוכל לחלק מדין שינוי לצרורות משום דכאן עיקר ההיזק אינו בשינוי ורק סיבת ההיזק הי' בשינוי, ולכן שפיר כתב דלהרא"ש לא נוכל לומר כן דלפי"ז לא הוי שינוי כלל, ולהרא"ש מוכרח לומר דעיקר החזקת הראש הוא בשינוי ולפי"ז אין מקום לחלק וכנ"ל:

-השמטות ומלואים-

במש"כ לעיל במש"כ הרמב"ם תרנגול שהושיט ראשו לאויר כלי זכוכית ותקע בו ושברו וכו' ואם היה הכלי ריקן הרי זה משונה ומשלם חצי נזק ככל הקנסות, והשיג ע"ז הראב"ד דהא בגמ' בעי אם יש שינוי לצרורות לרביע נזק, וכתבתי דלא אמרו יש שינוי לצרורות לרביע נזק אלא כשמעשה ההיזק היה ע"י שינוי, אבל כאן דמעשה ההיזק נעשה ע"י רגל ורק דהדרך שעל ידה הגיע להההיזק היה ע"י תולדה דקרן, א"כ איברא דנזק שלם לא מחייבינן ליה ומשום דכיון דאינו יכול לבוא להההיזק אלא ע"י שינוי הוי לגבי שמירת בעלים בחזקת שימור, אבל לעשות צירוף מזה לדין שינוי בצרורות ולחייבו רק ברביע נזק זה אין מצרפין, ואי משום דלגבי שמירת בעלים הוי משונה הא אין אנו מחייבין אותו יותר מח"נ, והבאתי מדברי האור שמח שכ' ג"כ כדברינו והוסיף לתלות זה במחלוקת הרא"ש ורש"י לענין כלבא דאכל אימרי דכתב הרא"ש דלא הוי משונה אלא הפחת שפחתו מיתה, אבל מה שאכל אח"כ הנבלה זהו דרכו, ולשיטת רש"י דפי' גבי סתם דלתות חתורות הן אצל כלב דלא נימא דהוי משונה מוכיח הרא"ש דרש"י סובר דהיכי שתחלת המעשה היה ע"י שינוי אף דלבסוף הוי אורחיה חשוב משונה וא"כ לשיטת הרא"ש בכה"ג הוי אורחיה, וכתבתי בזה לחלק דבכלבא דאכל אימרי א"כ אחר שהמית אותו היינו ממש כדרכו, אבל הכא בשעת מעשה הוא השינוי ולולא זאת לא היה מחזיק ראשו בהכלי זכוכית וגם הרא"ש יודה כאן דהוי שינוי ע"ש בדברינו.

ולכאורה דברי תמוהים דהא גם לדברי האור שמח מפורש בגמ' דבדליכא ביזרני הוי משונה וקשה לדברי הרא"ש דסובר דהיכי דלבסוף הוי אורחיה דיניה כאורחיה, וע"כ דלהרא"ש נאמר דעיקר החזקת ראשו הוי משונה ולא רק ההכנסה לתוך הכלי, וא"כ מה דתולה זה במחלוקת רש"י והרא"ש היינו בזה גופא אם נפרש דהכנסת ראשו הוי משונה אבל בשעת תקיעה כבר ליכא שנוי רק שבא ע"י שנוי וזה אפשר לפרש לרש"י אבל להרא"ש א"א לפרש כן, וע"כ דגם החזקת ראשו בשעת התקיעה הוי משונה והאור שמח סובר דהסברא שלא יהיה נקרא צרורות דקרן הוא דוקא כשבשעת ההיזק ליכא שינוי וזה א"א לומר להרא"ש, אלא דמ"מ יש לומר כמו שכתבתי דכיון דבעיקר ההיזק ליכא שינוי והיינו דמעשה התקיעה אף דהחזקת ראשו הוי שינוי לא נקרא צרורות דקרן רק שמעשה ההיזק בא ע"י סבת שינוי והיינו החזקת ראשו וכתבתי מזה שם בהשמטות ע"ש.

והנה בעיקר דברי הרא"ש העירני הרש"ק שי' במש"כ אבל דמי הנבלה משלם בחה"נ, ואם ברה"ר משלם מה שנהנה, דלמה הזכיר מה שנהנה דלכאורה זה אינו תלוי במה שכתב דהוי אורחיה, ואמרתי בזה עפ"י דברי התוס' ב"ק דף ק"א שכתבו דהנאה דהכא אינה באה ע"י מעשיו ולא ע"י מעשה בהמתו, ומוכח דרק משום מעשה בהמתו חייב

מה שנהנית, וי"ל דבשנוי אינו חייב, ויש להוסיף דעיקר טעם דברי התוס' דמה שבהמתו אוכלת ברה"ר ודרכה בכך ניחא לבעלים והוי כמו שזכו מתחלה בשעת אכילת הבהמה ולכן זה דוקא במה דאורחא בכך ולא בשנוי.

הלכה י

הי' חוט או רצועה קשור ברגליהן ונסתבך כלי באותו החוט ונתגלגל ונשבר משלם חצי נזק, בד"א כשקשרו אדם, אבל אם נקשר על רגליהן מאליו בעל התרנגולין פטור, ואם הי' לחוט בעלים ולא הי' החוט הפקר בעל החוט חייב חצי נזק שהרי הוא כבור המתגלגל, הצניע בעל החוט את החוט והתרנגולים דרסו עליו והוציאוהו ונקשר ברגליהן ושברו בו את הכלים אף בעל החוט פטור שהרי אנוס הוא.

בהשגת הראב"ד: דבר זה איני יודע מהו דהא קשרו אדם דקאמר ודאי בעל התרנגול והא דקאמר חצי נזק משום דס"ל כרבא דמסופק לי' דרסה על הכלי ונתגלגל למקום אחר ונשבר צרורות הוו או גופים דחוט הקשור בו והרי הוא כשליף שעליה מעתה כשנתקשר החוט מאליו ונסתבך בו הכלי ונתגלגל ונשבר, אמאי פטור מ"מ צרורות דתרנגול הוא, ואפילו בחוט של הפקר חייב, ומ"ש עוד שאם הי' לחוט בעלים משלם חצי נזק, (ומשמע לי' דבעלים נמי משלמים חצי נזק) [כן הוא במגדל עוז ובפנים חסר] שלא מצינו בבור חצי נזק לאו מילתא היא דאי בתר דנייח אזיק בעל החוט נזק שלם הוא דמשלם בורו הוא ובעל תרנגול פטור הוא איש בור ולא שור בור ואם ע"י גלגול נשבר בעל החוט פטור דלאו בור הוא אלא צרורות דתרנגול וכחו הוא, ומ"ש אף בעל החוט פטור אנוס הוא דמשמע הוא הדין לתרנגול הא לא מיתוקמא אלא בשברו בתר דנייח ומשום דלאו שור בור דאי בהדי דאזלי בעל התרנגול אמאי פטור עכ"ל.

הנה הראב"ד השיג על הרמב"ם על שני אופני פירושים היינו בין אם נפרש דברי הרמב"ם דמיירי שהוציא את הדליל והזיק בשעה שהי' מונח אף דקשה לצייר המציאות בעצמו שהדליל בעת שהוא מונח יסתבכו בו כלים ויתגלגלו וישברו ובגמ' מצינו תקלה ע"י דבר שמונח רק בבע"ח, ובין אם הזיק בהדליל דרך הלוכו, והנה מתחלה פירש הראב"ד דברי הרמב"ם דמיירי שהזיק דרך הלוכו ולזה כתב דע"כ קשרו אדם היינו בעל תרנגול, וכונתו דאם נפרש דקשרו אדם היינו אחר, א"כ למה מחייב את הקושר חצי נזק, ולבעל התרנגול פוטר לגמרי הא גוף ההיזק עושה התרנגול, וזהו דלפי"מ שכתב הראב"ד פירושו בהרמב"ם דהוא משום דס"ל כרבה כתב דחוט הקשור בו הרי הוא כשליף שעליה, והיינו דאין טעם לפטור את בעל התרנגול דדליל הוי כשליף שעלי' ולזה מוכח דקשרו אדם היינו בעל התרנגול, והא דאינו חייב אלא חצי נזק משום דהכלי

נתגלגל וס"ל כרבא דמספקא לי' אי בתר תבר מנא אזלינן, וע"ז הקשה אמאי פטור כשנקשר מאליו עכ"פ צרורות דתרנגול הוא, אכן במה שכתב הרמב"ם שאם היה לחוט בעלים חייב בעל החוט חצי נזק, ע"ז הוכיח הראב"ד דע"כ לא מיירי דרך הלוכו דאי בדרך הלוכו ס"ל להראב"ד דבעל החוט פטור לגמרי ובעל התרנגולים חייב, ומדכתב הרמב"ם דבעל החוט חייב לזה הוכיח הראב"ד דמיירי בדרך הנוח, והא דאינו חייב אלא חצי נזק משום דבעל תרנגול ג"כ חייב חצי נזק, וזהו דחקו להראב"ד לפרש כן בדברי הרמב"ם דבעל תרנגול נמי חייב חצי נזק, משום שלא מצינו בבור חצי נזק ואי בעל תרנגול פטור יתחייב בעל החוט לגמרי, וע"ז השיג דלאו מילתא היא דאי בתר דנייחי אזיק בעל החוט נזק שלם הוא דמשלם ובעל תרנגול פטור משום דאיש בור ולא שור בור, והא דבעל החוט חייב לגמרי לדעת הראב"ד נוכל לומר משום דקיי"ל כר' נתן, וכן רצה לומר בש"מ בפירוש הסוגיא אך אח"כ כתב בש"מ דמטעם אש יתחייב גם בלא דר' נתן כמו בעל האש שחייב אף שהרוח מוליכו, ואח"כ כתב הראב"ד דבמה שכתב הרמב"ם דאם הצניע את החוט אף בעל החוט פטור, דמשמע אף בעל תרנגול הא לא מתוקמא אלא בתר דנייח דאי בהדי דאזלי בעל התרנגול אמאי פטור, ודברי הראב"ד אלו קשה לבאר דבמאי נתחדש בזה להראב"ד הקושיא מסוף הלכה, הא זה הקושיא דאמאי פטור בעל התרנגול כשנקשר מאליו הקשה כבר בתחלת ההלכה כשכתב הרמב"ם בד"א כשקשרו אדם, אבל נקשר מאליו בעל התרנגולין פטור, וע"ז כבר הקשה הראב"ד אמאי פטור צרורות דתרנגול הוא, אותו הדין מפרש הרמב"ם כאן דאם הצניע בעל החוט את החוט בעל החוט פטור, משום שהצניע ובעל תרנגולין פטור משום שנקשר מאליו, א"כ מה נתחדש להראב"ד לומר דהא לא מתוקמא אלא בתר דנייחי וצ"ע:

ב) ועתה נבוא לדברי הרמב"ם הנה זה פשוט דהרמב"ם מיירי שהזיקו בדרך הלוכם, ובאמת ה"נ מוכח בפשיטות דמתני' קאי בהדי דאזלי דהא קאי אערישא דמתני' התרנגולין מועדין להלך כדרכן ולשבור, היה דליל קשור ברגליו או שהיה מהדס ומשבר את הכלים משלם חצי נזק, א"כ פשוט דמיירי שהזיקו בדרך הלוכם, אכן דבמתני' קס"ד דגמרא דאיירי בתר דנייחי, אך כ"ז מתני' דטובא אשכחן דמפרשינן מתני' רישא וסיפא תרי גווני, אבל הרמב"ם שהוא מפרש דבריו כמו פוסק בודאי מוכח להדיא שדבריו בהזיקו בדרך הלוכם, דהא כן הם דברי הרמב"ם התרנגולים מועדים להלך כדרכם ולשבר, הי' חוט או רצועה קשור ברגליהן וכו', ועוד דהא הרמב"ם חלק פרקיו דיני שור לחוד ודיני בור לחוד ואי מיירי שקשר אדם דליל בתרנגול והתרנגול הוציאו והשליכו והזיק בתר דנייחי, א"כ הוא ממש בור המתגלגל ולא שייך כלל לדיני שור, ואף דבמתני' נמי דיני בור לחוד מ"מ

אפשר דאיידי דאירי מדיני תרנגול מסיים מדליל שבתרנגול, אבל בהרמב"ם לא שייך כלל לומר כן, ועוד דהא בהא דהצניע בעל החוט את החוט, שהראב"ד רוצה לפרש דאירי בתר דנייחי, כתב הרמב"ם בלשונו להדיא והתרנגולים דרסו עליו והוציאוהו ונקשר ברגליהן ושברו בו את הכלים, ומלשון ושברו בו את הכלים מוכח שהתרנגולים שברו לא שהניחו את הדליל, ועוד דהא לפי המסקנא מיירי מתני' בהדי דאזלי', והרמב"ם בודאי צריך להשמיענו דינא דמתני' ואם הרמב"ם מיירי בתר דנייחי א"כ השמיט דין המשנה לגמרי ואין זה דרכו כלל, ועוד קשה טובא אם הוא בתר דנייחי דהוא ודאי בור איך חייב על כלים, ולפלא שהראב"ד לא עמד ע"ז ובגמרא דאמרינן מעיקרא דהוא משום בור ושקלינן וטרינן בהא דאיש בור ולא שור בור כתב רש"י בד"ה אבל קשרו אדם וז"ל חייב הקושר נזק שלם דהוי בור ואם נתקל בו אדם חייב בנזקו ודבר זה הרגיש הפנ"י בדברי רש"י ועוד כתב הפנ"י דאפשר לפרש דהא דתנן ושבר את הכלים קאי רק על מהדס, אכן בש"מ כתב הר"ר ישעי' ז"ל דמה דכתב רש"י על הא דקשרו אדם דמדאגבהי' קני' היינו כדי לחייב על כלים וקאי אליבא דרב רביה דר"ה דאמר דבלא אפקרי' משורו למדנו, וכן כתב שם תלמיד הר"פ ז"ל ולפלא שלא העירו דמקודם כתב רש"י להדיא דאיירי בהזיק אדם, ואולי דמקודם דהוי קאי אמתני' לא רצה רש"י לבאר דוקא אליבא דרב, אבל אח"כ דאמר דר"ה בעלמא איתמר ביאר שפיר רש"י ד' ר"ה אליבא דרב רבו, עכ"פ על הרמב"ם הוא תימה רבה דכ' להדיא דשברו את הכלים וגם פסק כשמואל דבלא אפקרינהו נמי בור הוא, וגם מה שכתב הראב"ד דמה שפסק הרמב"ם דמשלם חצי נזק הוא משום דס"ל כרבא דמספקא לי' גבי דרסה על הכלים ונתגלגל למקום אחר אי בתר מעיקרא אזלינן או בתר תבר מנא, לכאורה זה קשה בדעת הרמב"ם דהא פסק לקמן גבי זרק כלים מראש הגג כרבה, ועוד דאם טעמו משום דס"ל דהוי ספיקא א"כ למה לא פסק דאם תפס התובע נזק שלם דאין מוציאין מידו כמו שפסק בכל הספיקות.

והנה הראב"ד בשיטה מקובצת במתני' דהי' דליל קשור ברגליה דמשלם חצי נזק הקשה דמ"ש מעגלה מושכת בקרון, ותי' דהא דמשלם חצי נזק לאו משום צרורות אלא משום דלאו אורחיה, וכן בדברי הגמרא דקאמר אלא מתני' באדיי אדויי כתב שם הראב"ד ג"כ וז"ל פי' בהדי דקא אזיל ואדיי אדויי והו"ל משונה, וכן ברבינו חננאל על הגמרא בהא דאדיי אדויי כתב וז"ל פירש שדידה התרנגול את הכלי בדליל שברגלו ושברו שהוא משונה וכו' אכן בהרמב"ם גם פירוש זה א"א לפרש חדא דהר"ח והראב"ד ע"כ שמפרשים דכונת הגמרא בהא דקאמר בדאדיי אדויי היינו שהתרנגול דידה בכונה את הכלי בהדליל שברגלו, וכן מורים דברי הר"ח שזהו ודאי משונה, אבל הרמב"ם הא

מפרש להדיא שבדרך הלוכו נסתבך כלי באותו החוט והיינו שנסתבך מאליו א"כ הוא בודאי אורחי', וא"א לומר כלל שהוא משונה, ועוד דאי הי' הדין חצי נזק משום משונה הי' מפרש כמו שפי' בהא דתרנגול שהושיט ראשו שכ' ואם הי' הכלי ריקן ה"ז משונה ומשלם חצי נזק ככל הקנסות, ואף שמצינו ג"כ שאינו מפרש היינו היכי דליכא למטעי בדין צרורות אבל הכא בודאי הי' לו לפרש, ע"כ לא נוכל לפרש כן בדברי הרמב"ם:

ג) **והנראה** בדעת הרמב"ם עפי"מ שכתב הפנ"י בסוגיא זו בביאור שיט' רש"י לחלק בין שליף שעליה לדליל דדוקא דבר שנתחבר מדעת הבעלים חשוב כגופה ולהכי תניא להדיא שליף שעלי' פרומביא שבפי' זוג שבצוארה וחמור במשאו וכן עגלה מושכת בקרון, ולא קתני סתמא דכל דבר המחובר לגופה כגופה, ומוכח דדוקא דבר שנתחבר מדעת הבעלים הוי כגופה אלא דצריך להוסיף על דבריו דהקשה על זה מכלב שנטל חררה דאמרינן דעל מקום גחלת משלם נזק שלם, משום חציו, ולא הוי צרורות אף שלא נתחבר הגחלת מדעת הבעלים, וכתב ע"ז הפנ"י דסובר רש"י דעל אש של כלבו נמי חייבתו תורה דליכא דרשא איש אש ולא שור אש.

ודבריו תמוהים מאד דהא הגמרא משני אליבא דר"ל אחר שהקשה האי אש לאו ממונו דבעל כלב, וע"ז מתרץ דהמשנה קאי על מקום גחלת, וא"כ איך שנפרש קושיית הגמרא אם כפי' התוס' משום דבבהמה ליכא חיוב אש משום ממונו או כפי' רש"י משום דהגחלת לאו ממונו הוא וכמו שרצה שם ליישב דעת רש"י עכ"פ משום דין אש הא קאמר הגמרא להדיא דלא שייך לחייב, וע"כ דתירוצא דמקום גחלת הוא בלא דין אש, ועוד דמפורש זה להדיא לקמן דף מ"ד בהא דפריך והא צרורות נינהו ומשני דקא אזיל מיני' מיני' ומוכח להדיא דאם דחף השור את הכותל על האדם ודחפו עד שנפל עליו לא הוי צרורות, עוד יש להוכיח מהא דקרן תלושה ריש מכילתין ודוחק להעמיד שתחבו הבעלים את הקרן בפיה ולכן צריך להוסיף על דברי הפנ"י דמה שלקחה הבהמה ברצונה והזיקה בה הוי כמו שהזיקה בגופה ורק במה שנסתבך או נקשר בה בזה יש חילוק בין מדעת הבעלים או שלא מדעת הבעלים.

איברא דעומד לנגדנו דברי הירושלמי הובא ברשב"א היתה טבלא מונחת וזכוכית עלי' דרסה ע"ג טבלא ונשברה הזכוכית על הטבלא משלם נזק שלם ועל הזכוכית חצי נזק, היתה טבלא מונחת זו ע"ג זו ודרסה על העליונה משלם נזק שלם ועל התחתונה חצי נזק ומוכח דגם בדרסה על העליונה דיודעת בדריסתה ומ"מ לא הוי העליונה כמו גופה לחייבה על התחתונה, ואין לתרץ דשאני התם שלא ידעה שבדריסתה על העליונה שוברת התחתונה דהא לקמן גבי נתחככה ונפל על האדם נמי לא ידע שיפול על האדם

כמש"כ התוספות שם, וא"כ הוי ממש כמו הא דירושלמי ומ"מ אמרינן דלא הוי צרורות.

והנה הרשב"א הביא הא דירושלמי למימרא סתמא, אבל בירושלמי איתא ר' ירמי' בעי דרסה על נוד מלא שמן על הנוד משלם נזק שלם ועל השמן משלם חצי נזק היתה טבלה מונחת וכו' איברא דהפ"מ פירש דהכונה כמו פשיטא בהנך תלתא והבעיא הוא רק על סוף המימרא אם דרסה על טבלה ברה"ר ונתגלגלה לרה"י ונשברה, משמע דכן מפרש הרשב"א אבל באמת פירוש זה אינו מתקבל דבשלמא אם הי' מענין אחד הי' שייך פירושו כמו דאשכחן בבבלי טובא, אבל כאן הוא שלא מענינא כלל ומה שייך תחילת המימרא למימר פשיטא לסוף המימרא דאיבעי לי' הא הוא ענין אחר לגמרי וע"כ דכל הנך מימרות הוא רק אבעיות ומצוי טובא בירושלמי דאומר בעי ומסיק צד אחד והכונה מי אמרינן דמשלם על התחתונה חצי נזק, ומילתא דאיבעי בירושלמי איפשטא בבבלי דמשלם נזק שלם כמו שהוכחנו. עכ"פ זה נוכל לומר ברוחא דדליל שעלי' כיון שנסתבך שלא בכונתה ושלא מדעת הבעלים לא הוי כגופה, והיזקו הוי צרורות וכמו שכתב הפנ"י:

ה) **ועתה** עלינו לחדש עוד יותר מטעם זה והוא דכיון דנתחבר הדליל שלא מדעת הבעלים והדליל לא הוי כגופה א"כ מה שעושה התרנגול ע"י הדליל שנקשר על רגלו ואינו מכוין כלל שימשוך ע"י הדליל איזה דבר לא נקרא מעשה התרנגול כלל, כן הי' נראה לכאורה ובאמת הדברים מפורשים ברבינו חננאל על הא דאמרינן בדף מ"ד והנזקין שלא בכונה ר"י מחייב ור"ש פוטר, וכתב ע"ז הר"ח ז"ל הובא בש"מ ר"ש לטעמי' דבר שאינו מתכוין [מותר] ור' יהודה מחייב ואע"ג דקיי"ל כר"ש לענין פטורי שבת יש מי שאומר בהא הלכתא כר' יהודה דהא ר"ש ור"י הלכה כר"י ויש מי שאומר כיון דאמור רבנן הלכה כר' יהודא בעירוב מכלל דלית הלכתא כותי' במקומות אחרים עכ"ל. והנה לדינא לומר דהרמב"ם סובר בהא דהניזקין שלא בכונה כר"ש דפטר קשה לומר כן משום דלא הי' הרמב"ם סותם דין זה והיה כותב הלכה זו מפורשת, אלא דבאמת דברי רבינו חננאל קשים המה דהא בגמרא אמרינא דפלוגתא דר' יהודה ור"ש הוא מטעם אחר דר"י יליף מכופר וכמו דבכופר חייב שלא בכונה ה"נ בנזקין, ור"ש יליף מקטלא והנה עיקר פלוגתא דוהנזקין שלא בכונה כתב הראב"ד ז"ל בש"מ וז"ל והנזקין שלא בכונה בנזקי שור קאמר ומאי שלא בכונה שנתכוין להזיק לזה והזיק לזה אבל שן ורגל אף על פי שאין כונתם להזיק אבל מתכונת היא לדריסה ולאכילה עכ"ל, ולפי פירוש הראב"ד לא דמי לדשא"מ דאיסורין דלא שייך לומר דלא נחשב מעשה של השור דהא עיקר המעשה עשה בכונה ורק דלא נתכוין לזה ולא שייך לומר דבשביל זה לא הוי מעשה דידי' דהא עיקר

המעשה עשה בכונה ולא שייך טעות בבהמה, אלא דלענין מיתה של השור בזה ילפינן ממיתת בעלים דדוקא אם הוא מכוין להרוג, אבל לא נוכל לדון כאן מדין דבר שאינו מתכוין דגבי איסורין דהתם הטעם דלא נחשב מעשה כלל כיון דנעשה בלא כונה, ולפי"ז שפיר נוכל לומר בדעת הרמב"ם דיועילו לנו דברי ר"ח ז"ל מה שדימה דין היזק בהמה בלא כונה לדין דבר שאינו מתכוין גבי איסורין ואנו רואין סברת הר"ח ז"ל דאפשר לדמות זה לזה, וכיון דקיי"ל באיסורי דדבר שאינו מתכוין מותר אלמא דלא חשיב מעשה לכן גבי בהמה נמי לא חשיב מעשה אבל כ"ז בלא נתכוין כלל למעשה זו, אבל נתכוין לזה והזיק את זה לא שייך כלל להך דינא וזה נוכל לדין רק אי ילפינן מקטלא דשור, ובזה פליגי כאן ר"י ור"ש ובזה קיי"ל כר' יהודא ולכן לא הוזכר ברמב"ם דין דהנזקין שלא בכונה, אבל היכי שלא נתכוין השור למעשה זה כלל והמעשה נעשה ממילא בזה נוכל לדון מדבר שאינו מתכוין דכה"ת דמותר, והדברים מבוארין כפי הסברו של הראב"ד שהבאנו שכתב דאף דבשן ורגל חייב שלא בכונה משום דשן ורגל אף שאינה מתכונת להזיק, אבל מתכונת לדריסה ולאכילה ואפילו בצרורות דאינה מתכונת שילכו הצרורות ויזיקו, אבל עיקר התזת הצרורות הוי כמו מה שדרסה ברגלה דהא עיקר ההתזה עושה בדרך הלוכה והוי כמו כונת דריסה וכמו שכתב הראב"ד, וא"כ דוקא היכי שהיא מתכונת לדריסה כדין רגל, אבל היכי שאינה מתכונת גם לדריסה כמו בחוט הקשור ברגלה שאף שהיא מכונת להליכה אבל אינה מכונת לעשות מעשה בחוט הקשור בה איכא למימר דהוי שלא בכונה ממש, ולא דמי לצרורות כמש"כ דבצרורות מכונת היא לעשות מעשה בדריסתה ושע"י דריסתה היא מתזת צרורות, ואה"נ שלפי"ז גם בשליף שעלי' לפי דברינו לא הוי חשיב כונת מעשה אלא דשליף שעלי' חשיב גופה וכיון שהיא הולכת בכונה ועושה מעשה בהשליף הוי כמו שעושה בגופה וחשיב מעשה בכונה, אבל חוט דלא הוי כגופה הוי שלא בכונה, אלא דלפי דברינו בזה עוד עדיף מן הנזקין שלא בכונה דשם בנתכוין לזה והזיק לזה וקיי"ל בהא כר' יהודא אבל בלא נתכונה כלל דמי לדבר שאינו מתכוין דכל התורה וקיי"ל בהא כר"ש:

ו) **ונוכל** קצת לבאר דברי ר"ח ז"ל דבאמת הוא סותר עצמו דמתחלה כתב דפלוגתא זו הוא לטעמייהו דר"י ור"ש דפליגא בכה"ת בדבר שאינו מתכוין, ואח"כ כתב ויש אומרים דהלכה כר"י וי"א דהלכה כר"ש דהא כיון דאזלי לטעמייהו ובדבר שא"מ דעלמא הא קיי"ל בודאי כר"ש ע"כ נראה דהר"ח כלל בהא דהנזקין שלא בכונה תרתי, דבמעשה שלא בכונה ממש אזלי לטעמייהו בפלוגתא דדשא"מ דכה"ת דבזה קיי"ל כר"ש אלא דבהא דמוקמינן בגמרא דפליגא אי ילפינן מקטלי' דשור או מכופרו דזה היינו בנתכוין

לזה והזיק זה, בזה מספקא לר"ח אי קיי"ל כר"י או כר"ש ואולי יש חסרון דברים בר"ח ז"ל, אבל עיקר הדברים מכונים כמו שבארנו.

ולפי"ז יצא לנו דהיכי שעיקר המעשה נעשה שלא בכונה כלל באמת קיי"ל דפטור כשאר דשא"מ דכה"ת ואף דבאדם מחלקינן בין פס"ר לאינו פס"ר, היינו היכי שהאדם יודע שזהו פס"ר אבל הכא בבהמה הא גם בזה גופא אינה יודעת שהוא פס"ר ולכן לא נחשב מעשה, ואפי' נימא דשייך גם באופן זה פס"ר ועיין בהגהת הגרעק"א ביו"ד סימן פ"ז מ"מ לא קשה אם נימא דבבהמה גם בזה לא חשיב מעשה דעכ"פ לא דמי לשן ורגל דכתיב ושלח וביער ומתכונת לדריסה ולאכילה כמש"כ הראב"ד כנ"ל, ומה שהרמב"ם לא פסק בזה להדיא לפטור משום דעיקר פלוגתא דהנזקין שלא בכונה הוא בנתכוין לזה והזיק זה, ובזה סובר דקיי"ל כר' יהודא ולכן לא הביא זה בנזקין והביא רק לענין מיתת השור דפטור ובכופר הביא דחייב וכיון שלא הביא לפטור מסתמא אמרינן דחייב דהא לא הזכיר דין כונה בנזקין, וזהו על כונת היזק אבל דין זה שהדריסה הי' שלא בכונה השמיענו כאן הרמב"ם בדינא דדליל דבאמת קשה לצייר דריסה שלא בכונה באופן אחר, והשמיענו כאן דפטור דלא נחשב מעשה הבהמה ולא הוי דומיא דרגל וכנ"ל, ונתבאר בזה שיטת הרמב"ם בהא דנקשר מאליו דאמרינן דלא נחשב מעשה התרנגול לחייב הבעלים ואף שהוכיחו התוספות דהאי תרנגול הוי כמו רוח מצוי' כיון דפריך בגמרא ואי לא אצנעי' פושע הוא, זהו רק לגבי בעל הדליל שצריך לשמור מזיק שלו שלא יגררהו תרנגולין, אבל מ"מ לגבי בעל תרנגול כיון שאינו עומד לכך ואין דרך הלוכו ממש, בזה יועילו לנו דברי הר"ח שדמה הנזקין שלא בכונה לדבר שאינו מתכוין דכה"ת דקיי"ל כר"ש וכתבנו דזה שייך לענין אם הזיקה בלא כונת דריסה וכנ"ל:

ז) **אכן** במה דסובר דקשרו אדם חייב חצי נזק וגם בעל הדליל אם לא הצניע חייב חצי נזק אכתי צריך ביאור והנה בהך דינא אם שייך לחייב בעל הדליל על מעשה התרנגול שהשיג הראב"ד בפשיטות על הרמב"ם דלא שייך לחייב בעל הדליל שלא נתקל אדם בבורו, נחלקו בזה רש"י ותוספות בסוגיא דרש"י כתב בהא דכי איתמר דר"ה בעלמא איתמר משום דבמתני' דמיירי בהדי דאזלי לא שייך לחייב את הקושר, ואינו חייב אלא בעל תרנגול והתוספות כתבו דלהקושר נמי שייך לחייב משום אשו מידי דהוי אאבנו וסכינו ומשאו דהתרנגול הוי כרוח מצוי' מדפריך ואי דלא אצנעי' פושע הוא.

והנה בביאור שיטת רש"י ישבתי בפשיטות וכן מצאתי בנחלת דוד דאינו דומה לאשו ואבנו וסכינו ומשאו, דבאש האש עושה ההיזק וכן באבנו וסכינו ומשאו הרוח עושה רק הפעולה להפיל האבן מהגג, אבל ההיזק עושה אח"כ האבן בכובד של עצמו, אבל הכא

בדליל הדליל אין בכחו להזיק, רק התרנגול בכחו לבד עושה ההיזק ע"כ לא שייך לחייב את בעל הדליל, ומצאתי אח"כ שכן כתב כבר הרשב"א בשיטה בב"ב דף כ"ו בסוגיא דרקתא לחלק בין רקתא לאבנו וסכינו ע"ש, אכן בשיטת התוספות יש לומר דכיון דעכ"פ הדליל נעשה יד להיזק ובלא הדליל לא היה אפשר להתרנגול להזיק, לזה נעשה בעל הדליל ג"כ שותף בההיזק ולא גרע שותף במעשה ההיזק ע"י שהוא יד להמזיק משותף בההיזק ע"י שנעשה תקלה להההיזק כמו אבן שהוא על פי הבור שנקרא שותף בשביל שבלא האבן לא הי' נעשה ההיזק שלא היה נופל אף דעיקר ההיזק נעשה ע"י הבור, א"כ מאי גרע הדליל שהוא יד להמזיק שעכ"פ בלא הדליל לא היה אפשר להתרנגול להזיק.

ואמנם יש לדון ולומר דאי משום יד להיזק לא היה עדיף יותר מדין בור אף שההיזק הי' בדרך הולך ומזיק, כיון שהדליל לא הזיק בכחו רק נעשה יד להיזק, ונ"מ בזה דלא ליחייב על כלים כדין בור ולפנינו נבאר עוד בזה:

ח) **והנה** כל זה ישבנו שיטת התוס' אכן בדברי הרמב"ם קשה לכוין עם שיטת התוספות דאי היה טעמו כשיטת התוס' דבעל הדליל חייב משום אש לא היה שייך בזה דין צרורות.

ונראה דהרמב"ם סובר דחיוב הקושר או בעל הדליל אינו על מעשה הדליל אלא על מעשה התרנגול דאף דלגבי בעל התרנגול לא נחשב היזק הדליל אלא היזק שלא בכונה דפטור, אבל הקושר כיון שקשר הדליל ונעשה יד להתרנגול א"כ הוא עשה את התרנגול למזיק ע"י הדליל ונתחייב במעשה התרנגול ע"י הדליל שלו שנעשה יד להיזקו, דכיון שעשה יד להיזק התרנגול והוא גרם אפשרות היזקו של התרנגול נתחייב במעשה התרנגול, ולגבי הקושר לא נימא דהתרנגול הא הזיק שלא בכונה משום דהוא קשר הדליל להתרנגול ולגבי דידי' הוי בזה דין רגל ממש דהא דרך התרנגול לילך ולהזיק ע"י הדליל ואף שאין התרנגול של הקושר אשכחן דין כזה במעמיד בהמת חבירו על קמת חבירו דלשיטת התוס' חייב מדין שן אף שאין הבהמה שלו, ואף דלשיטת הרשב"א אינו מדין שן אלא מדין מזיק אפילו ברה"ר כבר בארנו בפרק א' הלכה א' אות י"א ענין מעמיד עפ"י הירושלמי ומשמע דכן דעת הרמב"ם דחיובו מדין מזיק מ"מ אינו חייב יותר מדין שן ופטור ברה"ר ע"ש שבארנו הדברים בארוכה וממילא דאינו חייב אצרורות אלא חצי נזק.

אלא דיש לנו לחלק בין שני הגדרים שכתבנו היינו א' דדליל אינו כמו שליף שעליה ובכל אופן לא הוי יותר מצרורות, ב' דכיון דלא הוי כמו גופה לכן פטור לגמרי, דלענין הקושר יהיה נ"מ דאף שאמרנו דלגבי הקושר שנחייב אותו על היזק התרנגול כיון שהוא עשה יד להיזקו וכמו מעמיד לשיטת התוס', ולגביה לא נימא דלא הוי רגל בדרך הלוכה

כיון דהוא קשרו ועשה אותו למזיק בדרך הלוכו, מ"מ אפילו לגבי הקושר לא הוי הדליל כמו שליף שעליה דדוקא שליף שנתחבר מדעת הבעלים בזה אמרינן דדבר המחובר לגופה כגופה דמי אבל דליל שנקשר שלא מדעת הבעלים אף שאנו מחייבין את הקושר דלגבי דידי' הוי רגל בדרך הלוכה אבל מ"מ לא הוי כמו בגופה ממש לכן עכ"פ לא הוי יותר מצרורות אפילו לגבי הקושר, ומבואר עכשיו דעת הרמב"ם דהקושר חייב על הדליל מטעם דין צרורות דאינו אלא חצי נזק:

ט) ועתה עלינו לבאר עוד דבריו במה שכתב ואם היה לחוט בעלים ולא היה החוט הפקר בעל החוט חייב חצי נזק שהרי הוא כבור המתגלגל, והנה אי אפשר דבאמת חייב מטעם בור דהא בור פטור על כלים וכמו שכתבנו למעלה, לבד מה דלא שייך בבור חצי נזק, וע"כ דכונתו דאם היה לחוט בעלים נעשה בעל החוט ממש כמו הקושר וחיוב זה לעשות בעל החוט כמו הקושר זה נלמוד מדין בור המתגלגל, ויהי' כאן הצטרפות של בור ושור, ואף דאם החיוב גם מדררא דבור א"כ צריך להיות פטור על כלים, נוכל לומר דסובר הרמב"ם כשיטת הרא"ש דהיכי דלמדין מבור ושור אין בהם קולי שניהם אלא קולא של בור, והיינו משום דעיקרו הוא בור דהוי בתר דנייחי וא"כ ה"נ כיון דהזיקו בהדי דאזלי נלמוד רק מדין בור לחייב הבעלים אבל כיון שעכ"פ נעשה יד להתרנגול והזיק בהדי דאזלי נתחייב משום זה על מעשה התרנגול ואין בו דיני בור אלא דיני שור:

י) ועכשיו עלינו לבאר דברי הגמרא והנה מעיקרא מוכח להדיא דבעי הגמרא לאוקמי בתר דנייחי דהא אמר איש בור ולא שור בור, וטעמא דגמרא דכיון דאמר ר"ה לא שנו אלא שנקשר מאליו, אבל קשרו אדם חייב, וכיון דבנקשר מאליו קתני במתניתין דחייב חצי נזק א"כ ע"כ דבקשרו אדם חייב נזק שלם וכן פירש"י דאבל קשרו אדם חייב היינו נזק שלם, וכיון שבארנו דמה דמחייב ע"י לתא דתרנגול אינו אלא צרורות, ומשום הכי קתני במתני' דחייב חצי נזק א"כ גם קשרו אדם אינו חייב אלא חצי נזק ולכן הוי סבר לאוקמי בתר דנייחי וכן פירש"י אבל קשרו אדם חייב הקושר נזק שלם דהוי בור, וא"כ ע"כ דמתני' דקתני דנקשר מאליו אינו חייב אלא חצי נזק, ע"כ דאינו משום דין צרורות אלא דמדין בור אינו חייב אלא חצי נזק, וע"ז פריך בגמרא נקשר מאליו מאן חייב אלימא בעל הדליל אי דאצנעי' אנוס הוא ואי דלא אצנעי' פושע הוא פי' וכולי נזק בעי לשלומי כדפירש"י אלא בעל תרנגול מ"ש כולי' נזק וכו' איש בור וכו', ולכן אמר אלא מתני' בדאדיי אדויי וזהו לפי' הרמב"ם שגרר בהדליל את הכלי עד שנפל ונשבר, ובהא דאדיי אדויי דגבי גחלת פי' ג"כ הרמב"ם שגרר הגחלת על הגדיש ומוכח דאינו מפרש אדיי אדויי בלשון זריקה אלא בלשון גרירה ולכן גם בקשרו אדם אינו חייב אלא חצי נזק

וכמו שנתבאר, וכי איתמר דר"ה בעלמא איתמר דליל הפקר, ובזה מפרש הרמב"ם דלא כפירוש רש"י דגבי דליל הפקר מיירי בתר דנייחי ומטעם בור אלא דגם בדליל הפקר מיירי בגוונא דמתני' באדיי אדויי והנ"מ הוא רק דאי קאי אמתני' דתנן דמשלם חצי נזק, וא"כ ע"כ כי קאמר לא שנו אלא שנקשר מאליו אבל קשרו אדם חייב היינו דקשרו אדם משלם נזק שלם, אבל עכשיו דר"ה בעלמא איתמר אינו כלל לחייב נזק שלם אלא לומר דגבי דליל הפקר דווקא קשרו אדם חייב והיינו חייב כדינא דמתני' אבל נקשר מאליו פטור לגמרי, ואמר עוד בגמ' משום מאי מיחייב אמר ר"ה בר מנוח משום בור המתגלגל ברגלי אדם וברגלי בהמה, והנה לכאורה משמע בגמרא דקאי על קשרו אדם והרמב"ם כתב הך טעמא דבור המתגלגל על נקשר מאליו ולא על קשרו אדם ומוכח דסובר דקשרו אדם אינו צריך לדין בור המתגלגל והי' אפשר לומר דהך משום מאי חייב לא קאי על הא דאמר קשרו אדם חייב אלא אמתני' קא הדר אבל לא משמע כן, ונראה דבאמת אמתני' לא מצי פריך משום מאי חייב דכל מה שאנו צריכין טעם לחייב היינו אם אנו באין לחייב בעל הדליל או הקושר, אבל אם אנו מחייבין את בעל התרנגול הא אפשר דלא סברה מתני' כהך סברא שכתבנו דהוי כמו שלא בכונה דבכה"ת לא חשיב מעשה דאינו אלא לר"ש, וא"כ בפשטות אפשר דמתניתין כר' יהודא ונחשב מעשה לגבי התרנגול ומ"מ כיון שלא נתחבר מדעת הבעלים אינו חשוב אלא צרורות וכמו שכתבנו, וא"כ הוי ניחא מתני' בפשיטות, אלא על קשרו אדם דאמר ר"ה דחייב הקושר בזה שפיר משום מאי מחייב הקושר על מעשה התרנגול וע"ז אמר ר"ה בר מנוח משום בור המתגלגל וכמו שכתבנו דהוי בזה דינא דבור ושור:

יא) אכן הרמב"ם לא פסק גבי קשרו אדם דצריך לדינא דבור המתגלגל ונראה לבאר עפי"מ שכתבתי בפרק א' הלכה א' אות י"ב דהרמב"ם מפרש הא דאמר בדף נ"ו וליסטים נמי דהכישוה דלא כפי' רש"י והרא"ש דאשמועינן דכשהכישוה במקל נעשו גזלנים דלא איצטריך כאן לאשמעינן דיני משיכה בגזלן אלא דהכישוה שלא ע"מ לגוזלה אלא שע"י שהכישוה הלכה לקמה ונתחייבו מתורת מעמיד והוא כמו תי' קמא דקמו לה באפה דלא הוי משום חיוב גזילה וגם לפי' רש"י והרא"ש אינם חלוקים אלא בהא דאמר בגמרא וליסטים נמי דהכישוה, אבל הא דאמר הכישה אמרת לן גם רש"י מפרש דהוא מדין מעמיד, אבל זה חידש אביי דאמר לרב יוסף הכישה אמרת לן אבל מעיקרא אליבא דרבה סבירא לן דדוקא מעמיד או קם לה באפה שהעמידה על הקמה ממש אבל מה שהכישה והלכה ע"י זה לקמה לא הוי ברי הזיקא ולא הוי בזה מעמיד א"כ נוכל לומר שפיר דלפי"מ דס"ל לגמרא אליבא דרבה דדין מעמיד הוא דוקא מעמיד ממש, א"כ קושר

דליל ברגל התרנגול לא הוי מעמיד דהא אינו ברי הזיקא וע"כ אנו באין בזה לדין בור ולצרף דין בור ושור, ולכן נוכל לומר דסוגיא דהכא הוי סבר כרבה, ולכן גם בקשרו אדם צריך לדין בור המתגלגל, אבל לפי"מ דקיי"ל כאביי דהכישה במקל נמי נקרא מעמיד וחייב בזה על נזקי בהמה מדין אדם המזיק אלא דאינו חייב אלא בחיובי דיני הבהמה וכמו שכתבנו, וא"כ גם הכא כשקשר הדליל ברגל התרנגול הוי בזה אדם המזיק דאף דגבי הכישה והלכה לקמה ודאי דווקא שהכישה קרוב לקמה והלכה ע"י זה לקמה דכן מוכח לשון הרמב"ם מ"מ הכא הוי מעמיד בקשירה לחוד דהתם הכישה בעלמא לא עשה היזק כלל, אבל הכא כיון דרגל הזיקו מצוי וע"י הדליל ילך ויזיק שפיר חייב משום מעמיד דהא סובר הרמב"ם דאם פרץ דלת בריאה והלכה והזיקה חייב משום מזיק והוא מגדר מעמיד ולכן סובר שפיר הרמב"ם דלהלכה בקשרו אדם לא נצרך לדין בור המתגלגל משום דחייב מדין אדם ושור ולא מדין בור ושור, אבל בנקשר מאליו צריך לדין בור המתגלגל דהוא מדין דבור ושור וכמו שבארנו:

יב) עוד דרך אחר אפשר לומר בבאור דברי הרמב"ם בהא דקשרו אדם ונאמר כדעת הראב"ד דהא דאינו מחייב בקשרו אדם אלא חצי נזק קאי נמי על בעל תרנגול ולא על קשרו אדם אחר דווקא וא"כ ודאי הוי כשליף שעלי' ומה דאינו מחייב אלא חצי נזק הוא משום דס"ל כרבה דמספקא לי' אי בתר תבר מנא אזלינן, אלא דכתבנו דא"כ אמאי לא הזכיר הרמב"ם דאם תפס נזק שלם אין מוציאין מידו, אכן לדעת הרמב"ן במלחמות שיישב שיטת הרי"ף דמה דאמר תיפשוט לי' מדרבה הוא דניפשוט דבתר תבר מנא אזלינן א"כ ניחא שפיר דמיפשט פשיטא להרמב"ם דבתר תבר מנא אזלינן ואינו משלם אלא חצי נזק, אכן לקמן הארכנו ליישב שיטת רש"י ולמשדי נרגא בשיטת הרמב"ן והא דהביא הרי"ף אוקימתא דרב ביבי בר אביי דקא אזיל מיני' מיני' מבואר בחי' הרשב"א דלא גרסינן בדברי הרי"ף מיני' מיני' אלא מיני', והיינו דמיני' מיני' משמע דדחפוהו עד שנשבר ממש ודקא אזיל מיני' היינו לאפוקי דלא רק שהי' מחטטין בחבל עד שנפסק וממילא נפל הדלי דזה לא הוי מעשה בגוף הדלי אפי' למ"ד בתר מעיקרא אזלינן אלא דקא אזיל מיני' היינו שדחפו להדלי עד שנפל, אכן בלשון הרמב"ם יש להסתפק אם אפשר זה התירוץ שכתב והוא שנתגלגל הדלי מחמתן עד שנפל ונשבר, ולפי ד' הרשב"א אנו צריכין לומר דכונתו שנתגלגל מחמתן רק עד שנפל וממילא מן הנפילה נשבר, והנה גרסת הרשב"א בד' הרי"ף א"א לומר דכוונתו לגרוס כן גם בגמ' דבתירוצא דרב ביבי א"א לומר דלא גרסינן מיני' מיני' דרב ביבי בודאי בא ליישב דלא נפשוט דבתר מעיקרא אזלינן, וע"כ כונת הרשב"א דהרי"ף אינו מכוין לתירוצו דרב ביבי והוא דחוק.

והנה מה דפריך בגמ' על בעיא דרבא ותיפשוט לי' מדרבה דבתר מעיקרא אזלינן יש לעיין בזה דהא זה פשוט דדין מנא תבירא הוא דוקא בעומד להשבר בודאי וכן כתב הרמב"ם להדיא וא"כ איך מוכיח מהא דזרק כלי מראש הגג שההיזק הוא בודאי לדרסה על כלי ונתגלגל למקום אחר שדבר המתגלגל אין ההיזק ודאי כמו דבר הנופל באויר ואפשר שיופסק גלגולו ע"י אדם. ומה דבעי רבא בנתגלגל למקום אחר אינו תלוי כלל במנא תבירא אלא דכיון דעכ"פ לסוף נשבר מגלגול זה בעי אם אזלינן בתר מעיקרא או בתר בסוף, וצריכים אנו לומר דהגמ' הוי סבר, דכיון דעכ"פ לבסוף נשבר אמרינן מנא תבירא הוי דהא אגלי מילתא דעומד הי' לישבר ולכן אמרינן דהי' מנא תבירא בשעת הזריקה דהא קמן שלא הצילו אותו מהגלגול ונשבר מזה אבל באמת להלכה מכיון דרב ביבי מוקי לברייתא דקא אזיל מיני' מיני' ולכן נוכל לומר דלמסקנא באמת נחלק בין היכי דהדבר הוא בודאי אבוד דאז אמרינן מנא תבירא תבר, וכמש"כ הרמב"ם שלא שבר אלא כלי שעומד להשבר מיד בודאי, אלא ע"י גלגול לא אמרינן כלל מנא תבירא תבר, ולכן זהו שכתב הרמב"ם שנתגלגל הדלי מחמתן עד שנפל ונשבר, והיינו שלא רק שנשבר ע"י תחלת גלגולם ונתגלגל יותר ונשבר אלא שגלגלו אותו עד שנפל ונשבר ובשעת הנפילה כבר היתה השבירה מוכרחת, ובזה אמרינן מנא תבירא ולא הוי צרורות אבל בשעת הגלגול קודם הנפילה אכתי לא הוי מנא תבירא ובמקומו הארכנו יותר ועכשיו מבואר דהכא גבי דליל כיון שכתב הרמב"ם ונתגלגל ונשבר הוי שפיר צרורות דבזה קיימ"ל בודאי דבתר תבר מנא אזלינן היכי דלא הוי מנא תבירא:

יג) אכן כ"ז בארנו בדין קשרו אדם אם פירושו בעל תרנגולין, אולם אכתי צריך לבאר דין נקשר מאליו אם בעל הדליל לא שמר את הדליל דגם בזה חייב הרמב"ם חצי נזק, והנראה לבאר בזה וכן בקשרו אדם אם אינו בעל תרנגול דבאמת יסבור הרמב"ם לגמרי כשיטת התוס' דחיוב בעל הדליל יהיה משום אש, וכמו שבארנו דאף שההיזק הוא מכח התרנגול אבל הדליל נעשה יד לההיזק וחייב מגדר בור שג"כ ניזק בו הניזק, ורק דאי משום בור הי' פטור על כלים, בזה נאמר דכיון דעכ"פ ההיזק הוא בהדי דאזלי יש בזה דין אש ורק דילפינן מבור וזהו מה דאמר בגמ' וכן ברמב"ם דהוא משום בור המתגלגל הכונה בהדי דאזלי וילפינן מבור ואש וכיון דעיקרו אש שהוא נלמד מבור אינו פטור על כלים וכמש"כ למעלה עפ"י שיטת הרא"ש, ומה דאינו מחייב הרמב"ם לבעל הדליל אלא חצי נזק זהו משום דעכ"פ גם התרנגול עשה מעשה ההיזק ולא יסבור הרמב"ם דחייב על מעשה התרנגול כיון דאין התרנגול שלו לא נדמה זה למעמיד ויהי' רק השאלה בזה אמאי לא חייב את בעל הדליל משום כי ליכא לאישתלומי, וכמו שכתבנו למעלה מדברי

הש"מ, אכן יש לבאר זה דהנה בטעמא דכי ליכא לאישתלומי אמרינן בגמ' שני טעמים או דסבר כולה היזקא עביד ומש"ה אמרינן כי ליכא או דסבר פלגא היזקא עביד ומ"מ אמרינן כי ליכא משום דאמר אנא תוראי בבירך אשכחתי' והנה הרמב"ם בפי"ב הל' י"ט גבי שור שדחף לבור כתב שבעל הנבלה אומר לבעל הבור פחת נבלה זו יש לי אצלך וכו' כל שאני יכול להוציא וכו' והוא כד' הגמ' דאנא תוראי בבירך אשכחתי', ובהל' כ"א גבי שור של הדיוט ושל פסוה"מ שנגחו כתב בסתמא שהניזק אומר לו כל שאוכל להוציא מזה וכו' ויקשה למה צריך גבי בור טעמו וע"כ דגבי בור סובר הרמב"ם כהאבע"א דהאי פלגא והאי פלגא משום שהם שני ענינים השור דחף והבור המית, לזה אמר טעמא דבבור עכ"פ נגמר ונמצא ההיזק ואפשר דבאמת משום זה נאמר על הבור כולא היזקא עביד, אבל בלא סברא דאנא תוראי בבירך אשכחתי' אין אנו אומרים האי כולה והאי כולה, אבל בשני שורים שנגפו בב"א דבלא נגיחת כל אחד לא הי' מת ושניהם עשו מעשה מיתה אחת נמצא כמו שכל אחד המית כולו, אח"כ מצאתי כדברי בישׁ"ש בפ' הפרה ורק שכתב דבשני שוורים נוכל לומר דכל אחד עשה כל ההיזק ומשמע דכונתו דכיון דנוכל לומר דע"י נגיחת אחד היה מת לכן אמרינן כולא היזקא, ולכן הכי נמי גבי דליל שנעשה יד להיזק והתרנגול הזיק לא אמרינן האי כולה והאי כולה והכא ליכא סברא דאנא תוראי בבירך אשכחתי' דהתם הבור עשה עיקר ההיזק והכא הדליל לא הי' אלא יד להההיזק ולכן לא אמרינן כאן כי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי ולכן אינו חייב בעל הדליל אלא חצי נזק אף שבעל התרנגול פטור.

ואחר כתבי כ"ז ראיתי בספר קרית ספר להמבי"ט ז"ל שכתב וז"ל ושבירת כלי ע"י החוט המסובך ברגלי התרנגולים הוי משום צרורות וכדאמרינן בגמ' מתניתין בדאדיי אדויי ואם הי' לחוט בעלים ולא הצניעו חייב חצי נזק משום בורו המתגלגל דמייתי לה במה הצד בפרקא קמא משור ובור וכו' והכא משום דלא אזיק חוט שלו אלא בהדי תרנגול אינו חייב אלא חצי נזק כדאמרינן עכ"ל, והנה תחלת דבריו אינו בדרך הרמב"ם אלא כדרך רש"י בדאדיי אדויי ולענין חיוב בעל תרנגול וכמו שכתב בהקדמתו שסדר חבורו עפ"י סדר הרמב"ם אבל כתב ספרו עפ"י דברי המפרשים רש"י וכל הראשונים, אבל לסוף דבריו לענין בור המתגלגל מפרש ג"כ לענין אדיי אדויי ודלא כפי' רש"י דמיירי לענין בתר דנייחי ומ"מ כתב דחייב משום צרורות חצי נזק וכמו שכתבנו באופן הראשון, דכיון דע"י התרנגול הזיק הוי בזה דין צרורות גם לגבי בעל החוט דאין לפרש כונתו משום שותפות התרנגול דע"ז לא הי' כותב כדאמרינן שלא הזכיר שם מדיני שותפות כלל אף מה דאינו מחייב אלא בעל החוט משמע דסובר דכיון דלא שימר בעל החוט חוט

שלו פטור בעל התרנגול והוא כפשטה דסוגיא דגחלת ודלא כגירסת רש"י ותוס' דגרסו וליחייב נמי אלא כגירסת הר"ח דגריס ולחייב בעל הגחלת ועיין במש"כ בהלכה י"ח בביאור דעת הר"ח והרמב"ם בזה ולפי דברינו שם אין ראי' גם לשיטת הר"ח והרמב"ם לכאן, עוד ראינו דסובר בעל קרית ספר דחייב בעל החוט על כלים ודלא כמו שפירש"י לשיטתו דמפרש בתר דנייחי דמיירי לענין היזק אדם אבל הקרית ספר מפרש הא דבור המתגלגל לענין אדיי אדויי ומשום דעיקר ההיזק נעשה ע"י התרנגול ובעל החוט חייב משום בור ושור לכן חייב גם על כלים וכמש"כ.

והנה זה זמן רב ששמעתי לבאר ד' הרמב"ם מהגאון הצדיק המנוח הר"ר צבי לעווינזהן זצ"ל חתן גאון וצדיק הדור מרן מוהרי"מ בעל חפץ חיים שי' ולא אזכור עיקר דבריו רק זה שהתחיל ג"כ בדרך הפנ"י ואולי נתעוררתי ממנו יהי' זכר צדיק לברכה:

-השמטות ומלואים-

במש"כ לעיל באות ה' עפ"ד הראב"ד דוהנזקין שלא בכונה בנזקי שור קאמר ומאי שלא בכונה שנתכוין להזיק לזה והזיק לזה אבל שן ורגל אע"פ שאין כונתם להזיק אבל מתכונת היא לדריסה ולאכילה, והנה הר"ח שם דימה דין זה דשלא בכונה בדין אינו מתכוין באיסורין, ובאיסורין דדבר שאינו מתכוין מותר היינו משום דלא חשיב מעשה וסברת הר"ח דה"ה לענין ניזקין דלא חשיב מעשה, ולכן בצרורות אף שאינה מתכונת להזיק אבל מתכונת היא לדריסה, אבל היכי שאינה מתכונת גם לדריסה כמו בחוט הקשור ברגלה איכא למימר דהוי שלא בכונה ממש וא"כ לפי"ז גם בשליף שעליה לא הוי חשיב כונת מעשה, אלא דשליף שעליה חשיב כמו גופה וכיון שהיא הולכת בכונה ועושה מעשה בהשליף הוי כמו שעושה מעשה בגופה וחשיב מעשה בכונה אבל חוט שאינו כמו גופה הוי שלא בכונה וחשיב כדבר שאינו מתכוין עי' במש"כ שם, הנה לפי"ז יש ליישב קושית הנח"ד בדף כ' שהקשה על מש"כ הרא"ש דהיכי דאית לדליל בעלים חייב גם בצרורות נזק שלם, דא"כ מה אמר בגמ' רבה עגלה מושכת בקרון קמ"ל והיינו דלא הוי צרורות כיון שגם בצרורות היכי שיש לו בעלים חייב נ"ש, ולפמש"כ א"ש דגם בשליף אי לא דהוי כגופו הוי פטור לגמרי לר"ש, ועוררני לזה א' מבחורי הישיבה.

הלכה יג

היו מהדסין על גבי עיסה או על גבי פירות וטנפו או נקרו משלמין נזק שלם, הזיקו בעפר או צרורות שהעלו בכנפיהן או ברגליהן משלמין חצי נזק.

בגמ' לא נזכר אלא העלו עפר או צרורות והרמב"ם הוסיף שהעלו בכנפיהם או ברגליהם ומזה יש להוכיח מה שכתבנו למעלה בהלכה י"א דלא כל המחובר לגופה הוי צרורות

דהא העלו עפר ברגליהם היינו שדרסו על העיסה והי' ברגליהם עפר, וא"כ אמאי הוי צרורות וע"כ צריך לומר דכיון דלא נתחבר מדעת הבעלים, וגם התרנגולים לא העלו עפר בכונה הוי צרורות, ומה דאמר ברישא וטנפו וכתב הרשב"א בחדושיו דטנפו ברגליהם דהיינו רגל או שנתגלגלו להנאתן דהיינו שן, ומשמע דלא טנפו בטנוף שיוצא מעצמן אלא ממה שהם מטונפים מאשפה וא"כ יקשה דלפי דברינו היינו צרורות, צריך לומר כמו שכתב הנמוק"י שהי' הטנופת דבוקה בגופן, ונראה דכונתו הוא לומר דדוקא בשביל שהי' דבוקה בגופן נחשב כגופן, דאל"כ מה משמיענו בכאן הנמוק"י וע"כ דכיוון לזה דאם לא הי' דבוקה בגופן אלא הי' על גופן באופן שאפשר לנערן זהו דינא דהעלו עפר או צרורות וכמש"כ, אבל אם דבוקה בגופן הוי כגופן בכל אופן אף שלא נתחבר מדעת הבעלים, וזהו באמת חדוש לדינא לפי מה שבארנו דדבר שנתחבר שלא מדעת הבעלים לא נחשב כגופה, וכן מבואר מד' רש"י ד' מ"ח ע"ב ד"ה מגופו שפי' שהי' מלוכלך בטיט ועיין רשב"א, והנה ראיתי בקרית ספר להמבי"ט ז"ל שכתב שהעלו עפר בכנפיהם ומשמע שהשמיט לכתוב ברגליהם משום דלא הוי צרורות, ודעת הרמב"ם כמו שכתבתי:

הלכה יד

היו מחטטין בחבל דלי ונפסק החבל ונשבר הדלי משלמין נזק שלם, והוא שנתגלגל הדלי מחמתן עד שנפל ונשבר, ואם הי' על החבל אוכל ובעת אכילתו פסקוהו משלם גם על החבל נזק שלם.

השגת הראב"ד: לא נהיר ולא צהיר ולא בהיר דהא דמקשינן בגמרא והא חבל משונה הוא אגופה דברייתא קא מקשי עכ"ל.

קודם שניישב השגת הראב"ד עלינו לבאר דברי הרמב"ם במה שהם תמוהים במה שכתב והוא שנתגלגל הדלי מחמתן כמו שתמה הבעל המאור על הרי"ף שהביא שינוייא דרב ביבי דקא אזיל מיניה מיניה דהא זה צריך אי בתר תבר מנא אזלינן אבל לפי מה דקיי"ל כרבה דמנא תבירא תבר א"כ נפשט בעיא דרבא דבתר מעיקרא אזלינן ולא צריך לאוקמי דקא אזיל מיניה מיניה, והמ"מ נשמר מזה וכתב מה שאמר והוא שנתגלגל הדלי לכונה שנגעו בגוף הדלי וכן דעת הרשב"א ז"ל וכונתו לתי' הרשב"א להקושיא על הרי"ף שכ' דהרי"ף לא כתב מיניה מיניה אלא מיניה, והיינו שנגעו בגוף הדלי ובלא זה גם אי בתר מעיקרא אזלינן הוי צרורות.

והרמב"ן במלחמות יישב דברי הרי"ף בדרך אחר דבאמת לא ס"ל כלל דבתר מעיקרא אזלינן, ובשביל שאנו רוצים לבאר הענין נביא כל דבריו בשלימות וז"ל, ויש דרך אחרת בפי' זו השמועה בעצמה והוא שנפרש ונאמר דרבה בתר בסוף אזיל והא דקאמר בגמ'

ותיפשוט לי' מדרבה הכי פירושא תפשוט דבתר בסוף אזלינן מדאמר רבה ובא אחר ושברו במקל פטור ולא אמר הראשון חייב דאי ס"ד בתר מעיקרא אזיל הול"ל הראשון חייב ואשמעינן רבותא ולא לימא דשני פטור דשני אפי' אזלת בתר בסוף פטור כיון שסופו להשבר ואין לו דמים עכשיו אלא ודאי מדאיצטריכא לי' פטורא דשני ש"מ דראשון נמי פטור דבתר בסוף אזלינן, וזו קשה לדברי רבינו שלמה ומקצת המפרשים ז"ל שאמרו שמדרבה שמעינן דבתר מעיקרא אזלינן דהא אפי' אזלת בתר בסוף פטור שאין לו דמים לזה ומה ישלם וה"נ משמע סוגיא דרבה בזורק תינוק דהא תלמוד הזורק פטור לדברי הכל והשני בין בשור בין באדם חייב מפני שקירב את מיתתו ואי בתר מעיקרא ראשון ליחייב לדברי כולם והשני פטור, ועוד אמר רבה לענין כופר פלוגתא דר' ישמעאל בנו של ריב"ב ורבנן ואי אמרת דבתר מעיקרא אזלינן האי נמי כמת דמי והאיך משלם אפי' לר' ישמעאל דאמר דמי מזיק הרי גברא קטילא לגמרי קטל ולא השור בסקילה ולא בעלים משלמים כופר ואעפ"י שקירב מיתתו דכתיב והמית פרט לזה שכבר מת דהא לענין צרורות בתר מעיקרא אזלת לגמרי וכשבור חשיב לי', והלכך הזורק הרגו לזה והשני בין שור בין אדם יפטר לדברי הכל וא"ת אפי' אזלינן בתר מעיקרא לאו כמת חשבינן לי' א"כ בכלי השני למה פטור ע"כ מפני שאין לו דמים הואיל וסופו להשבר אעפ"י שלא נשבר ומפני טעם זה אפי' תיזל בתר בסוף נמי שני פטור שהרי אין לו דמים וכדאמרינן דרלבנן דאמרי דמי ניזק פטור שאין לזה דמים אעפ"י שהוא כחו דהא תלמוד לר' ישמעאל חייב וכיון שכן היכי שמעינן מדרבה דבתר מעיקרא אזלינן דילמא לעולם לאו כשבור חשבינן לי' דבתר בסוף אזלינן ואעפ"י כן השני פטור שאין לכלי זה דמים אעפ"י שעדיין לא נשבר כמו שכתבתי, ואע"ג דאיכא למימר שלא פטרוהו לדברי האומר דמי ניזק אלא משום דבתר מעיקרא אזלינן לענין ממונא מיהו קטלא שאני אין הדעת נוטה בזה אלא כמו שכתבנו, ואם דעת רבינו ז"ל, יפה פסק דבתר בסוף אזלינן ומש"ה פטור הזורק דאפי' גרמא ליכא שהרי לא שברו ולפיכך כתב דקא אזיל מיניה מיניה עכ"ל.

והנה יסוד דבריו דפשוט אצלו דאפי' בתר בסוף אזלינן השני פטור מפני שאין לו דמים, וא"א דראית הגמ' הוא מהא דהשני פטור ולכן ע"כ להיפוך דהראי' מדלא קאמר הראשון חייב מוכח דבתר בסוף אזלינן, והוכיח עוד מהא דזרק תינוק דודאי פטור הראשון, ועוד אמאי אמרינן דאי כופר דמי מזיק חייב דכיון דבתר מעיקרא א"כ כמת הוא חשוב, כמו דאמרינן דהכלי הוא שבור, ועוד מוכיח יותר דהא חזינן דלמ"ד דמי ניזק פטור מפני שאין לו דמים א"כ אי בתר בסוף אזלינן נמי אין לו דמים, ובזה כתב דאולי נאמר דבאמת מה דאמרינן דאי דמי ניזק פטור אין זה בשביל שאינו שוה דמים אלא מפני שאין לו דמים

משום דבתר מעיקרא אזלינן ומ"מ זהו דוקא לענין ממונא ולא לענין קטלא אין הדעת נוטה בזה והיינו דלא ניחא להרמב"ן לחלק בדין מענין ממון לענין קטלא ואם אמרינן בתר מעיקרא אזלינן וע"כ כמת חשבינן לי' א"כ ג"כ לענין מיתה אין חייבין עליו ול"ש כופר אפי' אי כופר דמי מזיק:

ב) ונראה לבאר דעת רש"י ושאר הראשונים שמפרשים דהפשיטות מדרבה דבתר מעיקרא אזלינן, ומקודם נבאר בעיקר חידושו של הרמב"ן דאפי' אי בתר בסוף אזלינן מ"מ השני פטור כיון שסופו להשבר ואין לו דמים עכשיו, והנה זה מוכח מכל דברי הרמב"ן כי לא נחת כאן לפטור את השני משום טענת מאי אפסדתיך כיון שסופו להשבר, אלא עיקר דבריו הם דכיון שסופו להשבר אין לו דמים עכשיו אפי' בתר בסוף אזלינן ובזה נוכל לומר דזה תלוי במחלוקת הרמב"ם והרא"ש גבי הני שקולאי דתברו חביתא דחמרא לחנונאה בב"מ דף צ"ט דדעת הרא"ש דאם שברו החבית שלא ביום השוק אפי' לא הי' לו יין למכור ביום השוק מ"מ אין משלמים אלא דמים שהי' שוה בשעת השבירה, אבל מדברי הרמב"ם מוכח דאינו מחלק ואפי' בשברו בשאר הימים אם החזירו ביום השוק משלמים כשער יום השוק ומוכח דסובר דמכיון שהיה עתיד למכור ביום השוק השומא הוא כיום השוק וכן מוכח מדברי רש"י שכ' אהדרו לי' ביומא דשוקא קודם שיגיע יום השוק ומוכח דשברו בשאר הימים, והארכתי בזה במקומו, וא"כ לשיטת הרמב"ם ורש"י אין לפטור את השני ששבר בשביל שלא הי' שוה הכלי דמים בשעה ששבר, דהא אם הי' נופל לארץ ולא נשבר הי' אז שוה דמים, ויום השוק של הכלי, פי' שעת השומא שלו אינו בשעה שהוא נופל אלא אח"כ כשיהי' מונח על הארץ, ורק שנטעון הלא הי' ברור שישבר ולא יהי' שוה אח"כ דמים, ע"ז נוכל לומר דכיון דאין אנו באין גם לשיטת הרמב"ן לפטור המשבר בטענת מאי אפסדתיך שודאי הי' נשבר והטעם נבאר לפנינו, אלא אנו באין בטענה שלא הי' שוה דמים, ע"ז אנו אומרים שפיר שאם יצוייר שישאר כלי שלם אז לא איפכת לן מה שאינו שוה עכשיו דמים כי עכשיו אינו שעת השומא.

אכן לבאר אמאי נחייב אותו באמת הא לא הפסידו כלום שודאי הי' נשבר נוכל לבאר זה עפ"י ד' הגמ' בב"מ דף ק"ו על מתניתין דהמקבל שדה מחברו ואכלה חגב או נשדפה מנכה לו מן חכורו דאמר שמואל לא שנו אלא שזרעה וצמחה ואכלה חגב אבל לא זרעה כלל לא דא"ל אי הוית זרעית הוי מקיים בי לא יבושו בעת רעה ובימי רעבון ישבעו מתיב רב ששת רועה שהי' רועה והניח עדרו ובא לעיר ובא ארי וטרף זאב ודרס אין אומרין אילו היה שם היה מציל אלא אומדין אותו אם יכול להציל חייב ואם לאו פטור,

ואמאי לימא לו אילו הוית התם הוית מקיים בי גם את הארי ואת הדוב הכה עבדך, ומשני משום דא"ל אי הוית חזית לאתרחושי לך ניסא הוי איתרחיש לך ניסא כר' חנינא בן דוסא דמתיין עיזי דובי בקרנייהו, ודברי הגמ' נפלאים דהיכי סבר לחייב את השומר משום דילמא הי' מתרחיש לו נס, וע"כ אנו צריכין לומר דכיון דהשומר פשע בשמירת הבהמה שהניח עדרו ובא לעיר ומתחייב בפשיעתו בהיזק הבהמה אפי' באונס חייב דקיי"ל תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב, ורק דצריך להך חיובא תנאי שיהי' אפשר שמחמת הפשיעה בא האונס, ע"ז אנו אומרין דאדרבה השומר צריך לברר שא"א הדבר שהי' מציל וכיון שיש מציאות שהי' מציל אפי' בדרך נס כבר נתחייב מדין פשיעה.

והנה מה שנחייב בשביל שפשע לא נוכל לומר שכבר נתחייב לשלם בשעת הפשיעה דהא כל זמן שלא נזוקה הבהמה לא שייך שיתחייב לשלם ואף שכתבו התוס' בכתובות דף ל"ד ע"ב שמשעה שפשע נשתעבדו נכסיו על ההיזק שיארע אח"כ אבל זה ודאי דקודם ההיזק לא שייך לחייבו, וכן זה נמי פשוט בסברא דשומת ההיזק שהשומר צריך לשלם לבעלים הוא כשעת ההיזק ואם הוזלה עד שעת ההיזק יתחייב כשעת ההיזק.

ועכשיו מוכח מסוגיא זו שני היסודות שהזכרנו, הא' דאין אנו יכולין לפטור המשבר מטענת מאי אפסדתיך הא הכלי בלא זה הי' נשבר דהא חזינן הכא דאפי' בשביל פשיעה אנו אומרים דילמא הי' מתרחיש נס רק דמשני דאם הי' מתרחיש נס הי' אפשר גם בלא הרועה, ואם כן גם הכא ודאי נוכל לומר כיון דבתר בסוף אזלינן ועכשיו דיינינן הכלי לשלם, ורק שנפטור אותו בשביל שגם בלא שבירתו הי' נשבר ע"ז שפיר נוכל לחייבו דדילמא לא הי' נשבר והוא מציאות יותר מצוי מנס דאת הארי ואת הדוב הכה עבדך, והוא עכשיו שבר בידים ועדיף מפשיעה, וממילא מבואר היסוד השני שהזכרנו דאין לפטור את המשבר משום שהכלי לא הי' שוה בשעת השבירה דכיון שבארנו דגם גבי שומר אם הוזל הפקדון גם אחר הפשיעה עד שעת ההיזק אינו משלם אלא כשעת ההיזק א"כ תיכף שבא הארי הרי הוזלה הבהמה ואינה שוה כלום בשעה זו, ובביאת הארי הא לא פשע השומר דנימא דעבור זה גופא נתחייב, וע"כ כדברינו דכיון דאנו מחייבין את השומר בשביל הפשיעה והוי כאלו גרם ההיזק ורק דהשומר צריך לפטור את עצמו בזה שהפשיעה לא הי' סבה שגם אם לא הלך מהעדר הי' נטרפה הבהמה, ע"ז אנו טוענין שמא לא הי' נטרפה, ואז אם לא היתה נטרפה היתה שוה דמים אח"כ ולא איכפת לן על שומת ההיזק בשעה שהי' הארי בעדר כי אין שעת השומא של הבהמה בעת שהארי בעדר וה"נ אין שעת השומא של הכלי בשעה שנופל אלא בשעה שמגיע לארץ ומה שודאי הי' נשבר ע"ז אנו אומרים אפשר לא הי' נשבר ועכשיו אנו רואין שהמשבר

שברו ודייניגן כמו שהי' מגיע לארץ שלם ושפיר מתחייב אי בתר בסוף אזלינן ומדפטור ואמרינן מנא תבירא תבר ע"כ דבתר מעיקרא אזלינן:

ג) **עתה** נבוא לראיות הרמב"ן והנה מה שהניח הרמב"ן ליסוד דלא ניחא לי' לחלק בין דין מיתה לדין ממון נכונים דבריו אם היינו צריכים לחלק בדיני החיובים והיינו לחלק בין חיוב מיתה לחיוב ממון בזה ודאי דבריו ברורים, אולם נוכל לחלק באופן אחר דמה דאמרינן מנא תבירא תבר ואזלינן בתר מעיקרא היינו דלענין חשיבות אבד הכלי חשיבותו וחשבינן לי' כמו שכבר נשבר כיון שבודאי סופו להשבר, אבל בפועל הא באמת אכתי לא נשבר אלא דחשבינן לו כעומד לישבר בודאי, ולכן לענין ממון דבעי דין חשיבות של ממון אמרינן דאבד חשיבותו, ואף שבארנו דלדין שומא אין חסרון כלל מה שעומד לישבר ולא יתנו עכשיו עבורו ממון משום דאינו צריך לשום כמו שהוא שוה עכשיו, אבל אנן לא מטעם דין שומא אתינן עלה אלא מעיקר חשיבותו של הכלי דכיון שהכלי נחשב כבר לשבור אין לחייב דמים עבורו, וזה דוקא לענין דין ממון אבל לענין דין מיתה כיון שעכ"פ בפועל חי הוא לא נוכל לפטור ההורגו ממיתה בשביל שאין לו חשיבות של חי דדין רוצח לא תלי בדין חשיבות חי אלא בפועל אם הוא חי, רק דמ"מ אפשר דדין סופו למות בעצמו פוטר ולכן תלי רבה דין זרק תינוק ובא אחר וקבלו בסייף בפלוגתא דריב"ב ורבנן גבי הכהו עשרה בנ"א בעשר מלקות משום דבסנהדרין דף ע"ח אמרינן בטעמא דפלוגתא דבגוסס בידי שמים כו"ע ל"פ דההורגו חייב בטרפה כו"ע ל"פ דההורגו פטור כי פליגי בגוסס בידי אדם מר מדמי לה לטרפה ומר מדמי לה לגוסס, ואמר בטעמא דמאן דמדמי לטרפה ולא לגוסס בידי שמים משום דגוסס לא איתעביד בי' מעשה, והא איתעביד בי' מעשה ומאן דמדמי לגוסס ולא לטרפה משום דטרפה מחתכי סימנים והא לא מחתכי סימנים והבאור בזה דמאן דפטור סובר דמה דעומד למות זהו גופו פוטר ולא בעי מת ממש ולכן כיון דסבר רבה בתר מעיקרא אזלינן חשיב לי' כאילו איתעביד בי' מעשה בזה שיהי' סופו למות ולכן דין סופו למות פוטר כמו דפטור הורג את הטרפה שעדיין חי הוא וסופו למות, אבל כל זה אי בתר מעיקרא אזלינן אבל אי בתר בסוף אזלינן לא הוי התינוק שנזרק כמו גוסס בידי אדם ולומר דאיתעביד בי' מעשה כיון דאין בו דין כלל אפי' לענין ממון שלא לחשוב אותו לשלם ואף שנעשה בו מעשה שנזרק אבל כיון דאין אנו דנין עכשיו כלל מה שיהי' אח"כ א"כ לא חשיב איתעביד בי' מעשה, והסברא ברורה לדעתי עד שאני תמה על הרמב"ן מה שלא זכר כלל לבאר לשיטתו מה דפטור בזרק תינוק אליבא דרבנן.

ועכשיו נוכל לבאר דמה דתלי רבה לענין כופר אם כופר דמי ניזק או דמי מזיק דאינו

בשביל דלא שוה דמים עכשיו כמו דסובר הרמב"ן דכבר כתבנו דמטעם דין שומא אין חסרון, שאין עכשיו זמן השומא, אלא דהיינו משום דסבר רבה בתר מעיקרא אזלינן ולכן אף דלגבי אדם לא אמרינן דהוי כבר מת וכמו שכתבנו ולכן לריב"ב השור בסקילה מ"מ לענין כופר כיון דעכ"פ לענין דין זרק כלי אמרינן דהמשברו פטור משום דיש להכלי דין שבור, ולכן למ"ד כופר דמי ניזק גם האדם אין לו דמים דאף דבפועל חי הוא אבל לענין חשיבות דמים חשיב כמת ולא מטעם דין שומא אלא דאין לו חשיבות חי כמו שאין לכלי חשיבות שלם ולכן שפיר תולה רבה בפלוגתא אי כופר דמי ניזק או דמי מזיק, אבל כל זה דוקא משום דסבר רבה בתר מעיקרא אזלינן אבל אי הוי סבר בתר תבר מנא אזלינן אז אפי' אי כופר דמי ניזק הי' חייב בכופר דלא אמרינן דאין לו דמים בשביל דאינו שוה עכשיו בשעה שנפל, וכמו שכתבנו.

ד) **עתה** נבוא לדברי הרשב"א שחידש ליישב דברי הרי"ף דאפילו אי אמרינן בתר מעיקרא אזלינן מ"מ זהו דוקא אם דחפו הדלי אבל אם פסקו החבל כיון שלא עשו מעשה בגוף הדלי לכו"ע הוי צרורות, והנה לכאורה באור דברי הרשב"א עפ"י שיטת התוס' שמחלקים בין זורק כלי לזורק חץ דבזורק חץ לא אמרינן בתר מעיקרא, והרשב"א חידש יותר דפסיקת החבל אף דגרם נפילה על הדלי מ"מ כיון שלא נעשה מעשה בגוף הדלי לא אזלינן בתר מעיקרא, ויש להביא ראיה לסברת הרשב"א לפי דעת התוס' מהא דפריך בגמרא בב"ק דף קט"ו על הא דתניא דאם אמר על כדי יין שהן משתברות שיהיו תרו"מ על מה שיש לו בתוך ביתו לא אמר כלום, מהא דתניא דמי שבא בדרך ומעות בידו ואנס כנגדו ואמר הרי פירות מע"ש שיש לי בתוך ביתי מחוללין על מעות הללו דבריו קיימין, ולשיטת התוס' דזרק כלי אמרינן דהוי מנא תבירא, וזרק חץ על הכלי לא אמרינן דהוי מנא תבירא, א"כ מאי קושיא דכדי יין שהן משתברות הרי הוי כמו זרק כלי שהיין עומד לישפך ואנס כנגדו הוי כמו זרק חץ, אבל לדברי הרשב"א דאם לא נעשה מעשה בגוף הכלי לא אמרינן בתר מעיקרא, לכן כדי יין שהן משתברות נמי לא נעשה אכתי מעשה כלל בגוף היין.

אכן כ"ז לשיטת התוספות אבל הרא"ש חולק על דעת התוספות כמו שהוכיח הקצוה"ח סי' ש"צ מדהקשה על דין התיזה ברה"ר והזיקה ברה"י דחייב מדין דרסה על כלי ונתגלגל למקום אחר דאזלינן בתר מעיקרא והוצרך לתרץ דשאני הכא דגלי קרא ולשיטת התוס' לא קשה כלל דהתיזה ברה"ר הוא זרק חץ ולא אזלינן בתר מעיקרא, ומה דהוכיחו התוס' דאי נימא דבזרק חץ נמי אזלינן בתר מעיקרא א"כ לא משכחת צרורות בזה שפיר כתב הקצוה"ח דמ"מ לא יתבטל בזה דין צרורות דאפילו נימא דתיכף כשזרק נעשה הכלי

שנפל אח"כ עליו החץ כמו שבור מ"מ לא הוי בזה גופו אלא כחו דהא עכ"פ לא נגע בגוף הכלי ולכן גבי בהמה חשיבא צרורות, ולפי"ז נמצא דסברת הרשב"א דבפסיקת החבל אפילו אי אזלינן בתר מעיקרא הוי צרורות אינו מוכח דתליא בשיטת התוספות דאפילו אי נימא דבזורק חץ נמי אזלינן בתר מעיקרא מ"מ נוכל לומר דהוי צרורות משום דפסיקת החבל לא מיקרי נגע בגוף הדלי, ולכן אף דהוי מנא תבירא מ"מ הוי צרורות, והנה למעלה בהלכה י' אות ד' בארנו דמגמ' דידן מוכח דלא כספיקו של הירושלמי בהיו ב' טבלאות זה על גבי זה ודרסה על העליונה ונשברה התחתונה אי הוי צרורות ולגמ' דידן מוכח דלא הוי צרורות, וא"כ לכאורה ה"נ גבי חבל שפסק החבל והדלי דבוקה להחבל ה"נ לא היה צריך להיות צרורות אכן אפשר לחלק דהתם עכ"פ עשתה הבהמה מעשה בעליונה ובתחתונה, אבל הכא עשה התרנגול המעשה רק בחבל אלא שממילא נפל הדלי.

והנה תירוץ הרשב"א נוכל לומר רק על דברי הרי"ף אבל בדברי הרמב"ם לכאורה לא יתכנו דבריו דלפי דברי הרשב"א דלא צריך אלא שנגעו בגוף הדלי ולמעט פסיקת החבל אינם מכוונים דברי הרמב"ם שכתב והוא שנתגלגל הדלי מחמתן עד שנפל ונשבר דלשון זה משמע שגלגלו עד שנפל ונשבר ולא רק שנגעו בגוף הדלי, אכן גם לצד השני אינו מדוקדק לשונו דאי בעינן שיגלגלו הדלי עד שנשבר ואי לאו הכי הוי צרורות, א"כ למה כתב עד שנפל ונשבר והל"ל עד שנשבר, ובאמת תירוץ הרשב"א בדברי הרי"ף ג"כ אינו מיושב דצריך לומר דנגרוס ברי"ף דקא אזיל מיני' ולא כמו בגמרא דקא אזיל מיני' מיני', ואי אפשר לומר דכונת הרשב"א דגם בגמרא נגרוס כן דהא בגמרא מוכח להדיא דקאי למדחי פשיטות דבתר מעיקרא אזלינן וע"כ דגרסינן דאזיל מיניה מיניה, וא"כ קשה לגרוס ברי"ף אוקימתא חדשה וביחוד דצריך לגרוס דלא כגרסת ספרינו דאיתא ברי"ף דקא אזיל מיני' מיני'.

והרא"ש הביא תירוץ הראב"ד על הרי"ף במה שהביא הא דקא אזיל מיני' מיני' דהוא כדי ליישב קושיית הגמרא והא חבל משונה וכדי שלא נצטרך להעמיד דמאיס בלישה, והיינו דכיון דהולכין ושותין מן המים ודוחפין את הדלי אורחי' הוא ונביא דבריו אח"כ אך בדברי הרמב"ם לא יתכנו דאפילו נימא דלהראב"ד אפשר לגרוס מיני' מיני' אף דאין צריך אלא שידחפו הדלי בדרך שתייתם ולא עד שישבר מ"מ שייך ע"ז לשון מיני' מיני' כיון דבדרך שתייתם אינו בדחיפה אחת, אבל הרמב"ם הא כתב להדיא שנתגלגל הדלי מחמתן עד שנפל ונשבר ומוכח דלא מהני מה שדחפו קצת דרך שתייתם:

ה) **ונראה** לבאר דברי הרי"ף והרמב"ם עפ"י תירוץ הרשב"א ושלא נצטרך לגרוס ברי"ף

דלא כמו בגמרא, והוא עפי"מ דנאמר דזה ודאי דמה דאמר רבה מנא תבירא תבר הוא דוקא היכי דהוא ודאי שישבר וכמו הא דאמרינן בדף קט"ו לגבי חבית של דבש שנסדקה דאם עקל בית הבד כרוך עליו לא אמרינן מהפקירא קא זכינא, וכן לגבי אנס דאם יכול להציל ע"י הדחק מהני בדיעבד חלול מע"ש ה"נ אם יכול להציל א"א דנימא מנא תבירא תבר ולא יתחייב מי ששברו במקל וע"כ דזרק כלי מיירי באופן דודאי ישבר וא"א להציל, וכן הוא דרך כלי שנזרק מראש הגג שא"א להציל וגבי דרסה על כלי ונתגלגל למקום אחר ונשבר הא יתכן שאפשר להציל דמכיון שראו אנשים דבכה"ג ע"כ מיירי דאי לא מנא ידעי, וא"כ אפשר דעמדו בסמוך והיו יכולין לעכב ולהציל אלא שלא עיכבו, ומ"מ אפשר דיהי' גם בזה אבעיא דרבא דכיון דהכא לבסוף נשבר ע"י גלגול זה אפשר דנאמר דאזלינן בתר מעיקרא לומר דלא הוי צרורות דכבר עשתה הבהמה בגופה כח השבירה ולא הוי כצרורות שלא נגעה בגופה בהכלי אלא בכחה, וא"כ קשה מה מייתי הגמרא מדרבה דהי' ודאי שישבר לבעיא דרבא דמצי מיירי אפילו לא הי' ודאי והיה אפשר להציל, והנה אי כדעת התוספות דהא דרבה הוא דוקא בזורק כלי אפשר לומר דסבר הגמרא דאף דהא דרבה ודאי דוקא היכי שהיה ודאי מ"מ נוסף להפרט של ודאי שישבר מוכח דחשבינן שכבר נעשה מעשה בגוף הכלי וכמו דמדמי רבה בזרק תינוק והכהו עשרה בנ"א בעשר מקלות דאמר בגמרא בסנהדרין דרבנן דפטרי מדמי לה לטרפה ולא לגוסס בידי שמים משום דאיתעביד ביה מעשה, ובזורק חץ על התינוק ודאי לא היינו מדמין אותו לטרפה, דלא נעשה בו מעשה כלל, ומשום הכי בזרק חץ על כלי נמי לא אמרינן דהוי מנא תבירא, וכיון שכן סבר הגמרא דאף דבזרק כלי דלבסוף לא נשבר ע"י הזריקה אלא ע"י המקל ודאי צריך שיהי' ודאי שישבר, אבל בדרסה על הכלי ונתגלגל כיון שלבסוף נשבר ע"י דריסה זו איכא למיפשט מדרבה דעכ"פ אמרינן שכבר נעשה בו מעשה השבירה והוי גופה, אבל כל זה שייך אי הא דרבה הוא דוקא בזורק כלי אבל לשיטת הרא"ש דהא דרבא לגבי כלי הוא אפילו בזורק חץ, ואף דהא גבי תינוק הוא ע"כ בזורק התינוק כמו שכתבנו, מ"מ לגבי כלי לפטור מממון שיטת הרא"ש דהוי מנא תבירא אפילו בזורק חץ, א"כ כבר לא תליא דינא דרבה דזורק כלי באם נעשה מעשה בגוף הכלי אלא בדין ודאי שישבר, וא"כ לא שייך לפשוט אבעיא דרבא דבתר מעיקרא אזלינן מדרבה.

וצריך לומר דגמרא פריך על בעיא דרבא מדרבה, דרבא סתמא בעי ובכל גווני ומצי מיירי נמי דלא היה עומדין בסמוך ואי אפשר היה להציל את הכלי ולהכי פריך דעכ"פ בכה"ג ליפשוט מדרבה וע"ז משני דבאמת לרבא מיבעיא הך דינא דרבה, וממילא לפי"ז

נצטרך לומר דרבא מיבעי לי' בשני האופנים והיינו בין אם אי אפשר להציל ויהיה יסוד האבעיא אי אמרינן דהוי מנא תבירא, ואפילו באפשר להציל דודאי לא הוי מנא תבירא מ"מ מיבעי ליה כיון דעכ"פ נשבר מזה הגלגול אפשר דאזלינן בתר מעיקרא:

ו) **ובמה** שבארנו יתורץ קושיית הקצוה"ח בסי' ש"צ לפי שיטת הרא"ש דבחץ נמי שייך לומר מנא תבירא מהא דאמרינן דבמסכסכת כל הבירה חייב בעל הגמל נזק שלם, ואמאי לא אמרינן דתיכף כשהתחיל להבעיר ונעשה בזה דין חיציו ואינו חייב אלא חצי נזק והנה הקצוה"ח סובב שם כל דבריו דבאש נמי שייך מנא תבירא תבר, אך לפי דברינו פשוט דבאש ודאי לא שייך מנא תבירא אפילו אם נימא דבחץ נמי שייך מנא תבירא ומשום דלאו ברי היזקא ואפשר לכבות האש ובודאי א"א לומר דאם תפרוץ אש בעיר ובא אחד והזיק באותה שעה יהי' פטור, והיינו משום דאינו ודאי אבוד ודאי לא אמרינן מנא תבירא תבר וכנ"ל.

ומה שהקשה הקצוה"ח בהא דמבואר בחו"מ סימן תי"ח דאם עשה האחד אש ובא השני והוסיף אם יש במה שעשה הראשון שתגיע למקום ההיזק הראשון חייב ומשמע דהשני פטור וכיון דזורק חץ ובא השני ושברו השני חייב, וא"כ ה"נ ליחייבו שניהם דהא עתה נעשה היזק מאש של שניהם, והקצוה"ח רוצה להוכיח מזה דבחץ נמי בתר מעיקרא אזלינן ולכן השני פטור, אכן לדברינו דבאש לא אמרינן בתר מעיקרא כיון דההיזק אינו ברור, א"כ יקשה קושיית הקצוה"ח, אכן לפי"מ שנתבאר בהלכה י"ז דדין אשו משום חציו אינו כמו חץ ממש ועיקר דין אש הוא משום ממונו והיינו עושה המזיק שמתחייב עליו מגדר ממונו, אלא שחייבה התורה עליו כמו שהזיק בחציו, וא"כ מקודם צריכין אנו לחקור מי הוא הבעלים של האש ואח"כ נחייב אותו בדין חציו, ואף דמצינו דהיכי דכלו לו חציו חייב משום ממונו והיינו דהיכי דכלו לו חציו דא"א שיתחייב בגדר זורק חץ מ"מ נשאר חיוב ממונו, אבל מ"מ נוכל לומר שפיר דהיכי דא"א לחייבו משום ממונו והיינו דיש בעלים אחר שהוא קודם על המזיק א"א לחייבו גם משום חציו ולכן כיון דהראשון עשה אש שיכולה להגיע למקום הנזק ולכן אין שם השני על המזיק כי הראשון גמר כל המזיק וכמו שכתבו בתוספות בדף י' ע"ב בד"ה מאי קאי עביד, וז"ל, מיהו בזה צריך לדקדק וכי בשביל שהשליך עץ בתוך אש גדולה יתחייב הא לא דמי אלא לאחד שחופר בור י' ובא אחר והשלימו לי"א, והטור שכתב ובא אחר והוסיף צ"ל דבכה"ג מיירי דדבריו הם עפ"י דברי התוספות, אבל אם האחד עשה אש גדולה ובא השני והוסיף אצלו עוד אש גדולה באופן שהשני יכול ג"כ לילך אז ודאי חייב גם השני וכמו חופר בור י' ובא אחר והשלימו לכ', וכן כתב הרשב"א דבכה"ג חייב, אכן לפימש"כ דהטור מיירי

בכה"ג לא נצרך למה שכתבנו משום דאשו משום חציו אינו חציו ממש, אלא דכיון דמי שהוסיף האש לא היה יכול האש שלו לילך ולהזיק ורק שהלכה בצירוף האש הגדול א"כ גם מתורת מזיק אינו חייב דהוי רק מסייע והוי כמו שאחד יזרוק אבן גדול והשני יזרוק אבן קטן דמצטרף עם האבן הגדול וההכאה יותר חזקה מ"מ כיון דבאבן שלו לא הי' גורם מיתה והאבן הגדול היה גורם בעצמו מיתה ודאי דהשני פטור, והוי רק מסייע שאין בו ממש:

ז) **והנה** בהא דתרנגולים שהיו מחטטים בחבל דלי ונפסק החבל ונשבר הדלי דבעי הגמרא למיפשט מינה דבתר מעיקרא אזלינן אי נפרש הברייתא כפשטה דע"י פסיקת החבל נפל הדלי נוכל להעמיד דהיינו דומיא דזרק כלי שהדלי היה תלוי באויר בחבל וכיון שנפסק החבל נפל הדלי בהכרח וא"א להציל, והגמרא הוי סבר דפסיקת החבל הוי מעשה בגוף הדלי, אבל לפי מה דמשני רב ביבי בר אביי דקא אזיל מיני' מיני' נמצא דנפילת הדלי לא היה ע"י פסיקת החבל אלא ע"כ דחיפת התרנגולים שדחפו את הדלי וא"כ ע"כ שהדלי לא היה תלוי באויר דאם היה תלוי באויר לא עבדי התרנגולים כלל כיון שממילא נופל בפסיקת החבל וע"כ שהדלי היה מונח על איזה מקום ורק שגם היה קשור בחבל אבל בפסיקת החבל לבד לא היה נופל, וא"כ כבר אינו מוכח כלל היכי הוי אי באופן דאפשר להציל או באופן דאי אפשר להציל.

ולפי מה שביארנו לשיטת הרא"ש בעיא דרבא דהיא בכל גווני א"כ להלכה דקיי"ל כרבה יהיה חילוק דאם כשדרסה אי אפשר להציל ודאי אזלינן בתר מעיקרא, ואם אפשר להציל לא ידעינן מפשיטותא דרבה כלום אלא דמ"מ אפשר דאזלינן גם בזה בתר מעיקרא, ולכן לשיטת הרא"ש שפיר סובר הרי"ף דרב ביבי בר אביי דאתא לאוקמי ברייתא דתרנגולין שהיו מחטטין דקא אזיל מיני' מיני' ע"כ בודאי לא פליג על רבה וכיון דלרבה פשיטא לי' לא הוי צריך לאוקמי דקא אזיל מיני' מיני', וע"כ מוכח מדרב ביבי סברת הרשב"א דפסיקת החבל לא הוי כמו שנגעו בגוף הדלי, ולכן אפילו לרבה הוי צרורות, ולכן מוכרח רב ביבי לשנויי דקא אזיל מיני' מיני' אלא דהוי מצי לשנויי דקא אזיל מיני' וכדברי הרשב"א שנגעו בגוף הדלי, אולם כבר כתבנו דכיון דצריך לתרוצי שדחפו את הדלי א"כ ע"כ לא היה תלוי באויר אלא היה מונח על איזה מקום ומכיון שכן כבר אינו מוכרח דאי אפשר להציל, איברא דלפי"מ שכתבנו דאבעיא דרבא דהוא בסתמא ע"כ בעי בכל גווני א"כ היכי דאפשר להציל נמי הוי בעיא כיון דלבסוף נשבר מדחיפה זו, ובזה אנו צריכין לומר דלהכי אמר רב ביבי דקא אזיל מיני' מיני' שלא למיפשט בעיא דרבא, מ"מ סובר הרי"ף דכיון דרב ביבי הכי אוקמה לברייתא נקטינן

לדינא לפשיטות דהיכי דאפשר להציל דליכא למיתי עלה מדין מנא תבירא תבר לא אמרינן בתר מעיקרא לגבי צרורות אף שלבסוף נשבר מגלגול זה וזהו דכתב הרי"ף מימרא דרב ביבי בסתמא.

ונמצא דלא צריך להגיה ברי"ף ולגרוס רק פעם אחד מיני' ובאמת צריך לשנויי דקא אזיל מיני' מיני' משום דלא שייך לדינא דרבה אם אפשר להציל, ואף דהיה אפשר להעמיד באי אפשר להציל, זהו אוקימתא ארוכה ובקושי אפשר לברר אם אפשר להציל או לא וכיון דהוצרך ע"כ לאוקמא דקא אזיל מיני' וכדברי הרשב"א, לכן אוקמא דקא אזיל מיני' מיני'. ועכשיו מבואר דברי הרמב"ם דבדיוק כתב לשונו דבעיקר כתב כדברי הרי"ף דקא אזיל מיני' מיני', אלא דמ"מ השמיענו בדבריו דלא צריך מיני' מיני' אלא עד שעת הנפילה והיינו לאפוקי שדחפו פעם אחת עד שנתגלגל דבזה פטור משום דיתכן דאפשר להציל, אבל מכיון שנפל והיינו דומיא דהא דרבה דכבר הוי ודאי שישבר כבר חייב, ולכן לא צריך מיני' מיני' אלא כל שעת הגלגול ולכן כתב עד שנפל ונשבר, ומבואר לשון הרמב"ם אל נכון:

ח) ועוד אפשר ליישב באופן אחר דהגמרא דתלה בעיא דרבא בהא דרבה באמת סבר ע"כ דהא דרבה הוא דוקא בזרק כלי כשיטת התוספות, וכמש"כ באות ה' קודם ד"ה וצריך לומר אבל מרב ביבי דמשני דקא אזיל מיני' מיני' דע"כ לא פליג על רבה וכמש"כ, מוכח דבאמת הא דרבה אפילו בזורק חץ וכשיטת הרא"ש ולא בעינן איתעביד ביה מעשה אלא העיקר אם הוא ודאי לישבר, ולכן אפי' אליבא דרבה צריך לאוקמי דקא אזיל מיניה מיניה, ולפי מה שכתבנו דהא דכתב הרשב"א דפסיקת החבל לא הוי כמעשה בגוף הכלי דאינו דוקא לשיטת התוס' אלא דהוא משום דגבי צרורות אפילו נאמר דנעשה הדלי מנא תבירא תיכף בפסיקת החבל מ"מ כיון דלא נגעו בגוף הדלי הוי צרורות, וא"כ יקשה במה דפריך בגמרא בדף קט"ו מהא דאנס כנגדו על כדי יין ושמן שנשברו דהא בכדי יין הוי כזרק כלי דאמרינן דהוי מנא תבירא ואנס כנגדו הוי כמו זרק חץ, ומוכח דאין נ"מ בין זרק כלי לזרק חץ ואף דבאנס עומד מסתבר דלא הוי מנא תבירא אבל עכ"פ מהני לענין זה דלא הוי ברשותו לענין הפרשת תרו"מ.

וא"כ שפיר נוכל לומר דלהלכה נימא דהא דרבה הוא אפי' בזורק חץ וא"כ לא הוי דוקא באיתעביד בי' מעשה, וכל עיקר תליא בודאי שישבר ובהא אבעיא דרבא דאינו ודאי שישבר דלא הוי מנא תבירא אפשר אזלינן בתר מעיקרא אף דלבסוף נשבר מגלגול זה וכמו שכתבנו, וכיון דרב ביבי הכי אוקמא נקטינן לשיטת הרי"ף והרמב"ם לפשיטות דלא אזלינן בתר מעיקרא גבי גלגול וכמש"כ:

ט) אכן כל זה ביארנו לשיטת הרא"ש אולם לשיטת התוספות אינו מיושב דעת הרי"ף והרמב"ם ונראה דגם לשיטת התוס' אפשר ליישב דכיון דרב ביבי דאוקים לברייתא דקא אזיל מיני' מיניה בודאי לא אתא למיפלג על רבה דהלכתא כוותי', ולכן ע"כ דרב ביבי באמת פליג על סברת הגמרא מעיקרא דסבר דאפשר למפשט מדרבה דאיירי ע"כ בודאי שישבר להא דרבא דאינו ודאי שישבר, משום דמדרבה שמעינן עכ"פ דאיתעביד ביה מעשה, ורב ביבי סבר דסברא דאיתעביד ביה מעשה לא מהני אלא בודאי שישבר אבל באינו ודאי שישבר לא מיקרי כלל איתעביד ביה מעשה, וא"כ שפיר מיושב כמו שכתבנו דלסברת הרשב"א דפסיקת החבל לא מיקרי מעשה בדלי וע"כ דקא אזיל מיניה והיינו שדחפו את הדלי וע"כ שהדלי לא היה תלוי באויר וא"כ לא היה ודאי שישבר, ולכן הוצרך לשנויי דקא אזיל מיניה מיניה וכמו שכתבנו.

ובמה שבארנו יתבארו דברי הר"ח ז"ל שכתב בפירושו הנדפס בש"ס דאבעיא דרבא לא איפשטא ודינה כדין תיקו, ומימרא דרבה הביא בסוף כיצד הרגל בסתמא ומשמע דהכי הלכתא דהא דרכו לפסוק הלכה בכל פלוגתא דאמוראי והיה לו לומר דהא דרבה לאו הלכתא דקיי"ל כאבעיא דרבא, ועוד דמסתבר סברא דהרא"ש ז"ל דאין ספיקו דרבא מוציא מידי ודאי דרבה, וא"כ אמאי פסק דבעיא דרבא דינה כדין תיקו, אכן לפי מה שכתבנו מיושב שפיר דמדרב ביבי שמעינן דאידחי לה סברת הגמרא דמעיקרא דבעיא דרבא תליא בהא דרבה, אלא דאע"ג דקיי"ל כרבה היינו בודאי שישבר אבל בעיא דרבא דאפשר להציל אפשר דלא אזלינן בתר מעיקרא.

אלא דבזה חולקים הרי"ף והרמב"ם עם הר"ח דהר"ח סובר דמרב ביבי לא ידעינן אלא דלא תליא בהא דרבה אבל מ"מ בעיא דרבא לא איפשטא ורב ביבי אתא רק למדחי דלא נפשוט בעיא דרבא, והרי"ף והרמב"ם סוברים דכיון דמוקים רב ביבי לברייתא הכי, ש"מ דהכי ס"ל דהיכי דאינו ודאי שישבר לא אזלינן בתר מעיקרא ולכן הביאו בפשיטות שינויא דרב ביבי ולא הביאו בעיא דרבא כלל, ומיושבים דברי הרמב"ם בין לשיטת התוספות ובין לשיטת הרא"ש וכמו שנתבאר:

י) אחרי שבארנו דעת הרמב"ם במה שכתב הא דקא אזיל מיניה מיניה עלינו לבאר דבריו במה שכתב ואם היה על החבל אוכל ובשעת אכילתן פסקו החבל משלם גם על החבל נזק שלם, והראב"ד השיג וכתב דהא דמקשה והא חבל משונה אגופה דברייתא קא מקשה והיינו דלא דוקא על היזק החבל צריך לתירוצא דמאיס בלישא אלא גם על היזק הדלי, וכתב המ"מ דהרמב"ם סובר כמו שפירשו התוספות והרשב"א דקושיית הגמרא דוקא כי משני אחבל משום דאי אמרת בשלמא אדלי מצי מיירי בחבל בלוי שבחטיטה

מועטת יפסק אבל אי מיירי אחבל ע"כ מיירי בחבל חזק ואין דרכו ליפסק בחטיטה מועטת ולזה פריך והא משונה הוא והמ"מ רוצה ליישב בזה דעת הרמב"ם ובאמת דעת הרמב"ם לא יתיישב בזה כלל, דבשלמא על הברייתא אפשר לאוקמי באוקימתא דמיירי בחבל בלוי, אבל הרמב"ם לא אפשר לאוקמי דבריו באוקימתא ולצדדין ובודאי מוכח דעל אותו החבל שלחייב בעד נזק החבל נזק שלם צריך דוקא מאוס בלישה מ"מ גבי אותו החבל על היזק הדלי אינו צריך מאיס בלישה, ובכל אופן משלמין נזק שלם.

אכן עד שנצטרך למצוא יישוב על דברי הרמב"ם מהשגת הראב"ד יש מקודם ליישב דברי הראב"ד בהשגתו דברא"ש הביא מה שכתב הראב"ד בפירושיו ליישב מה דהביא הרי"ף הא דקא אזיל מיני' מיני' אף דקיי"ל כרבה דהוא כדי ליישב קושית הגמרא והא חבל משונה, והיינו דכיון דאזיל מיני' שרוצה לשתות מן הכלי אע"ג דלגבי חבל משונה הוא לגבי שבירת הכלי הא אורחי' היא ומשלם נזק שלם, אבל אי לא אזיל מיני' לא היה משלם אלא חצי נזק אף דבתר מעיקרא אזלינן כיון דנפסק ע"י חטיטת החבל דמשונה הוא אי נמי כיון דאזיל מיני' אפילו על החבל משלם נזק שלם דכיון דאורחי' למשתי מן הדלי אורחי' נמי למחטט בחבל כדאמרינן גבי נהמא וסלא, ע"כ ד' הראב"ד ברא"ש, והראב"ד בעל הפירושים הוא הראב"ד בעל ההשגות כמו דמוכח מדברי המ"מ בפרק ג' הלכה י"ב שכתב שחזר בו בפירושי' מן ההשגה שם וא"כ אינו מובן מה שהשיג הראב"ד דהא לפי פירושו הראשון הוא ממש כמו שפסק הרמב"ם דהא דמאיס בלישה אינו צריך אלא לתשלומי החבל, ואמת שגם לפי דבריו בפירושו קושיית הגמרא היא אגופא דברייתא, דהא קושיית הגמרא הוא קודם שהעמיד דאזיל מיני', אבל עכ"פ דברי הרמב"ם הם נכונים וברורים לפי פירושו, ואין לומר דקושיית הראב"ד דכיון דנימא כתירוצו דהא דהעמיד הרי"ף דקא אזיל מיני' הוא ליישב קושיית הגמרא והא משונה הוא, וא"כ היכי דמאיס בלישא לא צריך להא דקא אזיל מיני' וברמב"ם משמע דזה אינו שייך לזה, והא דאם היה על החבל אוכל אינו מועיל אלא לתשלומי החבל ולא לתשלומי הדלי ולעולם צריך להא דקא אזיל מיני', דא"א לומר כן דדבר זה לא שייך כלל לכוין בדבריו שכתב דהא דפריך והא חבל משונה אגופא דברייתא קא מקשי דלא שייך זה להא דבתר מעיקרא אזלינן ואם כונתו היה כן היה לו להזכיר דהא קיי"ל בתר מעיקרא אזלינן, וגם אין לומר דדעתו בהשגות היה כתי' השני בפירושיו דכיון דאזיל מיני' גם על החבל משלם נזק שלם גם בלא מאיס בלישה דגם קושיא זו אינו בדבריו דאגופה דברייתא קא מקשי וזהו סברא בנוגע לתירץ הגמרא דמהני גם אחבל, אבל ממה שהקשה מוכח דכונתו להיפוך דגם אדלי צריך מאיס בלישה דאפילו אם סובר דכיון

דמהני הא דקא אזיל מיני' אדלי מהני גם אחבל אבל עכ"פ לא שייך זה להוכיח מהא דמגופה דברייתא קא מקשי ע"כ נראה דסובר בהשגותיו דלא כמו דסובר בפירושיו או אפילו אין כאן חזרה ובפירושיו יישב כן דברי הרי"ף אבל בדעת הרמב"ם סובר דא"א ליישב כן, דכל סברתו בתירוצו הוא דכיון דאוקימנא דקא אזיל מיני' וכיון דזה אורחי' א"כ מה איכפת לן דפסיקת החבל היה על ידי שינוי ובודאי משלמים אדלי נזק שלם, אבל באמת זה תליא במחלוקת הרא"ש ורש"י גבי סתם דלתות חתורות דפירש"י דאי לאו סתם דלתות חתורות הוי משונה ומוכח דמה דהי' משונה בחתירה פוטר מה שעשה הכלב אח"כ שלקח החררה והלך עם החררה אל הגדיש, והרא"ש בסי' ג' חלק על רש"י וסובר דהא דאמרינן כלבא דאכל אימרי משונה הוא היינו רק לענין פחת שפחתו מיתה אבל על הנבלה משלם נזק שלם, וה"נ על אכילת החררה והליכתו בגדיש לא הוי משונה, ולכן פירש הרא"ש כפירש התוספות דהוא מטעם אונס ואונס פוטר גם מה שיעשה אח"כ כיון דבלא האונס לא היה עושה, והיש"ש חלק על הרא"ש והאריך בזה ואיברא דראיתו דא"כ מה פריך בגמרא דף ט"ז אשמואל מברייתא דחיה שנכנסה לחצר הניזק טרפה בהמה ואכלה בשר משלם נזק שלם והוצרך לדחוק שטרפה להניח אמאי לא משני דמשלם נזק שלם אבשר אינה ראיה מוכרחת דמשמע לגמרא דמשלם נזק שלם קאי גם אטרפה בהמה. אכן בעיקר הדברים נכונים דברי היש"ש דפשטי' דגמ' דכלבא דאכל אימרי משמע דעל האכילה משלם חצי נזק, וכן מלשון הרמב"ם שסתם וכתב דכלב שאכל כבשים גדולים ה"ז שינוי ומשלם חצי נזק ודאי מוכח כפשטי' דאינו משלם על האכילה אלא חצי נזק, ובהא דסתם דלתות חתורות פי' בר"ח ג"כ כמו פי' רש"י דאילא"ה הוי שינוי וכיון דסוברים הני רבואתא דבזה דשתחלת המעשה שבלעדה אי אפשר הי' להזיק הי' בשינוי גם המעשה שאח"כ שיצאה ממנה ההיזק אף שהי' כי אורחי' נחשב הכל שינוי וא"כ ה"נ לא מהני מה דדחיפת הדלי הי' כי אורחי' כיון דפסיקת החבל הי' ע"י שינוי הוי הכל שינוי ומשלם גם על הדלי חצי נזק זהו באור דעת הראב"ד בהשגות:

יא) ובדעת הרמב"ם נראה דצריך לחלק בין כלבא דאכל אימרי דהתם הוא מעשה אחת ועיקר מה דהתחיל להמית האימרי הי' בשביל אכילה וע"י אכילה המית אותם כדמשמע בלשון דאכל, ולכן אף שבודאי אח"כ כשנעשה כבר נבלה אין בזה שינוי ודרכו של כלב לאכול נבלות מ"מ חשבינן הכל למעשה אחת, אבל הכא התרנגולים שחטטו בחבל הדלי לא אמרינן דכיוונו שיפול הדלי וישתו ממנו ובפרט לפי מה שכתב הראב"ד בתי' ב' שהביא הרא"ש דאם שתו אח"כ מן הדלי הוי אורחי' גם בפסיקת החבל אף דיש לפקפק במה שדומה זה לנהמא וסלא, אבל עכ"פ בפשיטו י"ל דלא מיירי בהכי ומי לא

עסקינן שיכלו גם בלא זה לשתות מן הדלי כמו שיכלו לחטט בחבל דהם שני מעשים מתחלה חטטו בחבל ואח"כ כשנפל הדלי הלכו ודחפוהו בדרך הלוכם, ולכן בזה לא אמרינן דכיון שסיבת ההיזק הי' ע"י שינוי הוי הכל שינוי, ודוקא בכלבא דאכל אימרי דהוא מעשה אחת וגם תחלת כונת המיתה הי' ע"מ לאכלם לכן נחשב הכל שינוי.

אכן במה דסוברים רש"י והר"ח ז"ל דאם לא הוי אמרינן סתם דלתות חתורות הוי אמרינן דהוא משונה אינו מיושב כ"כ אף דהתם חתירת הכלב הי' מעיקרו כדי להכנס בבית ולמצוא לאכול וחתר ומצא החררה ונוכל לומר שהוא מעשה אחת כמו בהא דכלבא דאכל אימרי, מ"מ אינו מבורר דדמי לכלבא דאכל אימרי, ונראה דנוכל לבאר בפשיטות יותר דמה דהוצרך הגמ' לומר דסתם דלתות חתורות אינו בשביל שרפת הגדיש שהי' אח"כ שנטל החררה והלך לגדיש אלא דהוכחת הגמ' הוא מדמחייב אחררה, וכן פירש"י להדיא בד"ה ז"א אכן בפיר"ח משמע כפי' התוס' דהראי' הוא מגחלת והיינו דאף אם נימא דנטילת החררה הוא מילתא אחריתא אבל עיקר הכניסה לרה"י הי' ע"י שינוי וחזינן בהא דנפל הלגינה דפטור אפי' אכלה כל היום ואפי' יצתה וחזרה כיון שלא ידעו הבעלים ואיברא דהתם הוי אונס ובאונס כו"ע מודו דהא גבי חתירה אם הוא אונס גם הרא"ש מודה דפטור על כל מה שיהי' אח"כ אבל באמת אין הטעם כן דהא כתבו הראשונים הראב"ד והרשב"א דאפי' אם הבעלים רואין שהולכת ואוכלת מ"מ פטורים, ואף דכ' הראב"ד בלשונו משמיא הוא דקנסוהו אבל בודאי אינו עיקר הטעם ובאמת טעמא בעי דאם נימא דפטורא דבעלים הוא משום אונס איזה אונס יש היכי דהבעלים רואים ולכן בארתי בפ"ג הלכה י"ב דהוא משום דין ושילח משום דאמרינן דלהכי סגי לי' בשן ו

הלכה טו

וכן אם נפלו והזיקו שעלייתן לראש הגג פשיעה.

לכאורה קשה למה הוצרך לזה דכיון שכתב מקודם דאם קפצו חייבים שמועדים הן לדבר זה א"כ ודאי פשע לגבי קפיצה, ונראה עפ"מ שהבאתי בפ' ג' הל' י"ב מחלוקת התוס' והראב"ד בדין נפלה לגינה דהתוס' סוברים דהא דפטור בנפלה לגינה אינו אלא באינה יכולה לירד. אבל ביכולה לירד חייב. משום דהוי תחלתו בפשיעה וסופו באונס, והרשב"א כתב בשם הראב"ד דלא קרינן ליה תחלתו בפשיעה דכי אינו רשאי להעביר צאנו ברה"ר או יאחזנה ברגלה. והנה לדעת התוס' ודאי אינו צריך כאן ביאור לומר שעלייתן לראש הגג פשיעה דכיון דקפצו חייב ע"כ פשע בהם. אבל לדברי הראב"ד דאף דאם ירדה כדרכה חייבים הבעלים, דאם בהמתו הולכת מרה"ר לשדות אחרים צריך לשמרה שלא תלך, אבל כ"ז שהיא ברה"ר לא פשע בה וא"כ ה"נ צריך טעם למה הוי

תחלתו בפשיעה דאף דאם קפצו חייבים היינו בשביל שקפצו לרשות אחרים, אבל כ"ז שעומדים בגגם וברשותם הא לא פשעו הבעלים כלל. ולכן הוסיף הרמב"ם דסובר שם כדעת הראב"ד, דעיקר עלייתן לגג הוי פשיעה, ואינו דומה להולכת ברה"ר דנפלה פטור, דעיקר הליכה ברה"ר אינה פשיעה, ודבריו מבוארין ומדוקדקין.

הלכה טז

קפצו ממטה למעלה משלם חצי נזק.

עיין לח"מ דהוא כגירסת הרי"ף דגורס והתניא חייבין, ולפי שיטת הרי"ף והרמב"ם קשה דכיון דממטה למעלה אינו אונס אלא משונה מה קמ"ל באדם דחייב דגם בהפקיד ביתו לשומר כמו שכ' התוס' לא אשכחן בשומר פטור משונה, והמחבר בשו"ע פסק כהרמב"ם דמלמטה למעלה חייב חצי נזק, ומ"מ כתב וה"ה מי שמסר ביתו לשמרו והיו בו חש"ו צריך לשמרם שלא ידלגו מלמעלה למטה ולא מלמטה למעלה, ונראה דסוברים דכיון דקיי"ל פ"נ קנסא ומדינא פטור, מוכח דאף דלא הוי בגדר אונס, אבל עכ"פ לא שכיח ההיזק לכן באמת בשומר פטור, ומה דאמר בדף י"ג ע"ב אלא דאזקיה תורא דשואל לתורא דמשאיל לימא ליה אילו איתזק מעלמא בעית לשלומי כוליה תורא השתא דאזקיה תורא דידך פלגא נזקא הוא דמשלמת לי, הוא על שואל דמשלם אפי' באונס, ואדרבה מדוייק, דבברייתא קתני ד' שומרים ובגמ' נקט על שואל משום דשומר באמת לא יהי' חייב אם הזיק שור תם את השור השמור, כיון דאינו מצוי שיזיק שור תם, ובש"ש צ"ע, ואפי' אם נימא דש"ש חייב פריך משואל כיון דלא מצי למימר בסתם תורא דנפקד לתורא דמפקיד:

אולם יש לעיין בסוגיא דהקדר דתנן רבי אומר בכולן אינו חייב עד שיקבל עליו בעה"ב לשמור, וכתב הטור בסי' שצ"ח ואם הזיק שורו של בעל החצר לשור הנכנס אחר שנתן לו רשות ליכנס בהא איכא פלוגתא דרבוותא רב אלפס פסק כרבי שאינו חייב בשמירתו עד שיקבל עליו לשמרו וכן הרמב"ם, ור"י פסק כחכמים וכו', ומשמע דאם קבל עליו לשמור חייב לשלם כל ההיזק כשנגח שורו של בעה"ב לשור הנכנס ואין חילוק בין תם למועד, אכן הרמב"ם בפ"ז מה' נז"מ הל' ה' כתב ואם קבל עליו בעה"ב לשמור הרי הוא חייב בנזק השור שנפל לבור, והוא פלא למה לא הזכיר גם על נגיחה, ומשמע דסובר דרבי לא קאי אלא אסיפא על נפל לבור והבאיש מימיו, ואף שהראב"ד השיג וכתב לא ידעתי למה פטור לא בנגיחה ולא בהבאשת מימיו היינו דזה ודאי דהרמב"ם סובר דשור הנכנס פטור נמי אם נגח כשהכניס ברשות. דלא נוכל לומר דגם מה שכתב ואם הכניס ברשות בעל השור פטור הוא ג"כ דוקא על סיפא דהבאיש מימיו דהא גבי נגיחה

כתב נמי דוקא שלא ברשות, אבל ממה שכתב הא דואם קבל בעה"ב לשמור רק על נזק השור שנפל לבור, אף דרבי אמר להדיא בכולן אינו חייב עד שיקבל עליו בעה"ב לשמור, משמע דסובר דרבי קאמר עיקר דינא דבלא קבלה לשמור אינו שומר ומ"מ לענין חיוב תלוי בדיני חיוב שומרים, וממילא בתם ליכא חיוב שומרים ודוקא במועד אפשר שיתחייב, וכיון שלא רצה הרמב"ם לחלק בין תם למועד קבע דין חיוב השומר בנזק השור שנפל לבור.

והנה מה שהוצרכנו לחדש דשומר אינו חייב אם הוזק הפקדון ע"י היזק תם אינו אלא לדעת הרמב"ם דסובר דממטה למעלה הוי שינוי, אבל הטור סובר כדעת התוס' והרא"ש דהוי אונס ואין הכרח לשיטתו לחדש זה, ושפיר נוכל לומר דסובר דשומר חייב על נזקי תם, ולפי"ז יהיו דברי הרמב"ם והטור לשיטתם וכמו שבארנו:

הלכה יז

כלב שנטל את החררה והלך לו לגדיש אם [הניחה] **בגדיש ואכל את החררה והדליק את הגדיש, על החררה ועל מקום החררה משלם נזק שלם ועל שאר הגדיש חצי נזק, ואם היה מגרר את החררה על הגדיש והולך ושורף משלם על החררה נזק שלם, ועל מקום הגחלים חצי נזק ועל שאר הגדיש פטור.**

בהשגת הראב"ד: ליתא דצרורות ע"י שינוי מרביע נזק מיהת לא מיפטר.

כתב המ"מ וז"ל ואיני יודע לתרץ ודבריו בנויים על המשנה ובאוקימתא דר"י דאמר אשו משום חציו ומתני' בדאנחה אנוחי בדוקא הוא, ואולי שהוא ז"ל סובר שכיון שהניח כלו חציו ושוב אינו מחוייב על הגרירה כיון שלא נשרף הגדיש אלא מחמת הגרירה וצ"ע עכ"ל, ודברי המ"מ צריכים ביאור דע"ז גופא אנו דנין דאמאי לא יתחייב על הגרירה, ואיברא דגרירה הוא שינוי יתחייב רביע נזק אם יש שינוי לצרורות לרביע נזק, וזהו שהשיג הראב"ד.

ונראה עפ"י מה שכ' בהגהות הגר"א ז"ל בב"ק דף כ"ג על הא דאמר שם בגמ', אלא למאן דאית ליה משום חציו אית ליה נמי משום ממונו, וכ' הגר"א ז"ל וז"ל, הרי"ף והרמב"ם מפרשים שחזר מתי' הראשון כגון שנפלה גדר שלא מחמת דליקה ומפרשים דחיוב חציו הוא משום ממונו עכ"ל וכן בביאור הגר"א ז"ל בחו"מ סי' תי"ח האריך וקוטב דבריו הוא דלמסקנת הגמ' הא דאשו משום חציו הוא לאו חציו ממש, דליהוי מסברא חייב כמו אדם המזיק אלא דעיקרא דמילתא אשו משום ממונו היינו דיסוד החיוב הוא משום שעשה מזיק וחייבתו התורה כמו שהזיק בחציו ולכן אפשר בזה לפטור טמון כיון דעכ"פ הגזה"כ נמשך מדין חיוב אש, רק היכי דהדליק ממש בשל חבירו מחייבינן ליה מתורת

מזיק וחייב טמון ובאמת מבואר כן בלשון הרמב"ם בפ' י"ד הל' ט"ו וז"ל, אש שעברה והזיקה את האדם וחבלה בו הרי המבעיר חייב בנזקיו ובשבתו וברפויו ובצערו ובבשתו, כאלו הזיקו בידו שאעפ"י שאשו משום ממונו הוא הרי הוא כמו שהזיקה בחציו, אבל אם הזיקה בהמתו או בורו את האדם אינו חייב אלא בנזק בלבד כמו שבארנו הרי כתב הרמב"ם להדיא שאשו משום ממונו וחייב כאלו הזיקה בחציו וכדברי הגר"א ז"ל.

אכן אכתי צריך ביאור דאי נימא דאש לא הוי חציו ממש אלא דהוא ממונו וחייבה התורה כאילו הזיקה בחציו א"כ מנלן לחלק בין מדליק לתוך שלו למדליק בתוך של חברו דמדליק בתוך של חברו חייב אפי' בטמון, דהא מקרא דאש ממעטינן טמון וכיון דמסברא לא הוי כמו חציו א"כ מדליק בתוך של חברו נמי מנלן דחייב.

ונראה דאפשר לבאר עפ"י שיטת הרמב"ם בפ"א ובפ"ו מה' חובל ומזיק דמזיק שלא בכונה אין חייב אלא ברשות הניזק אבל ברשות המזיק או אפי' שניהם ברשות אינו חייב אלא כשהזיק בכונה, והנה זה פשוט דבחציו חייב כשזורק חץ מרשות שלו לרשות של חברו ואפי' שלא בכונה וכדתנן בפ' המניח דף ל"ב המבקע עצים מרה"י והזיק ברה"ר או ברה"י אחר חייב, וכן הנכנס לחנותו של נגר ונתזה בקעת וטפחה על פניו משום דהוי כמו בכונה דהוי פשיעה גמורה וכמו שכתב הרמב"ם בפ"ו מה' חובל ומזיק הל' ח' היה בעל חבית ראשון ובעל קורה אחרון ונשברה חבית בקורה חייב שזה כמו ששברו בידו בכונה, וא"כ אם היינו אומרים דאש הוי חציו ממש א"כ כשעושה אש אפי' ברשותו ויצאה לרשות אחר הוי כמו מבקע עצים ברשותו אבל כיון דאמרינן דלא הוי חציו ממש לא נחשב כמו מעשה בכונה, ולכן חלקה מתניתין בין מדליק בתוך שלו למדליק בתוך של חברו, והיינו דכיון דגילתה התורה דאש חייב כמו שהזיק בחציו לכן מסתבר דכי ממעטינן מקרא דקמה דטמון פטור דוקא במדליק בתוך שלו דאיכא סברא לפטרו מדין מזיק דהוי כמו שלא בכונה כיון דלא הוי חציו ממש ולכן לא נחשב כמו מעשה בכונה אבל היכי דהדליק בתוך של חברו לא ממעטינן כיון דאין לנו גדר פטור של שניהם ברשות דהא בשל חברו אפי' שלא בכונה חייב.

אלא דלפי"ז יש לעיין איך הוי דינא בעשה אש ברה"ר דבגמ' בהכונס אמרינן דטמון פטור במדליק בתוך שלו ואכלה בתוך של חברו אבל במדליק בתוך של חברו חייב בטמון וכן הרמב"ם בפי"ד ה"ל ט' כתב וז"ל במה דברים אמורים במדליק בתוך שדה חברו אבל במדליק בתוך שלו ועברה לשדה חברו פטור על כל הכלים הטמונים בגדיש, ולא נתבאר היאך הוא כשהדליק ברה"ר דלפי"מ שכתבנו דטעמא הוא משום שלא בכונה לא אשכחן פטורא אלא בשניהם ברשות, ועושה אש ברה"ר הא הוי שלא ברשות ואפשר

דבאמת אינו פטור בהדליק ברה"ר בטמון כיון דלא הוזכר פטורא אלא במדליק בתוך שלו ואף דלחיוב לא הוזכר אלא בשדה חברו, אפשר דברה"ר כיון דאין לו רשות לעשות אש ברה"ר הוי לענין זה כמו בשדה חברו וצריך עיון.

אכן לפי"ז יקשה לן דא"כ הא דפריך בד' כ"ב בשלמא למ"ד אשו משום חציו דכלב הוא אלא למ"ד אשו משום ממונו האי אש לאו ממונו דבעל כלב הוא היינו דלא שייך לחייב לבעל הכלב על ממונו דהיינו המזיק שעשה כלבו, וא"כ עכשיו לפי המסקנא דגם למ"ד אשו משום חציו יסוד החיוב הוא משום ממונו היינו משום שעשה מזיק, א"כ איך חייבים גם למ"ד אשו משום חציו על אש של כלבו, וע"כ צריך לומר דכיון דעכ"פ חזינן שעשה הכתוב אש כמו דין מבעיר ומעשה בידים ילפינן מזה גם לענין בהמתו שעשתה אש שיתחייב כמו על חציו דבהמתו, דכיון דהא דאמרינן אשו משום ממונו הוא לאו דוקא כמש"כ התוס' דכ"ב אלא כלומר משום מזיק שלו, ואף שלא נמצא דין שיתחייב על המזיק שעשה שורו וכמו דאמרינן איש בור ולא שור בור, ועיין בתוס' בד' כ"ב בד"ה לאו ממונו, מ"מ זהו אם דין אש היה נשאר בדין ממונו, אבל כיון שחדשה התורה שדין אש הוא כמו שעשה בעצמו, לכן סובר הגמ' דאפשר לחייב גם על אש של בהמתו וילפינן זה מדין אש של עצמו ואף דבריש מסכתין אמרינן דאין ללמוד שור מאדם זהו אם נבוא ללמוד עיקר דין מזיק היינו שיתחייב על הנזק שעשה שורו כמו על הנזק שעשה בעצמו אילו לא נאמר שור, אבל כיון דכבר ידענו חיוב שור ילפינן זה מזה פרטי הדינים דכמו דבאש שעשה האדם חייב כאלו הזיק בחציו ה"נ באש שעשה שורו חייבים הבעלים כאילו הזיק השור בחציו וראי' לזה מדאיצטריך קרא גבי שור שחבל באדם לפוטרו מד' דברים בדף ל"ג ע"א ולמאי צריך קרא לפוטרו דמהיכי תיתי לחייבו וע"כ דהוי ילפינן מאדם, ואף דלא ילפינן שור מאדם לענין עיקר חיוב שור וע"כ כמ"ש דכיון דכבר איכא בקרא חיוב שור נוכל ללמוד פרטי הדינים זה מזה.

ולפי"ז נוכל ליישב ד' הרמב"ם ואפשר שכיון לזה המ"מ דכיון דדין אש של שורו אפי' למ"ד אשו משום חציו אינו פשוט מסברא כמו חציו אלא דעלינו ללמוד זה מדין אש דאדם דכמו דאם עשה אדם אש חייב כאילו הזיק בחציו, כן אם עשתה בהמתו אש חייב כאילו הזיקה בחציו, וא"כ לא נוכל ללמוד מאדם אלא על דין ממון, דהיינו שעשה השור כי אורחיה, אבל פלגא נזקא דקיי"ל דקנסא הוא א"כ קנסא מממונא לא ילפינן, ולא נוכל ללמוד שיתחייב חצי נזק קנס ע"י אש של בהמתו ממה דחייבה התורה באש של עצמו ממון, ולכן בפלגא נזקא לא אמרינן אשו משום חציו ונשאר רק משום ממונו דפטור בעל

הכלב דהא אש לאו ממונו דבעל כלב הוא כמו למ"ד אשו משום ממונו.

ובמה שכתבתי דלהכי לא הוי ילפינן פלגא נזקא משום דקנס מממון לא ילפינן היה אפשר לומר משום דקרן לא ילפינן משאר אבות כדאמרינן ברישׁ מסכתין מה להנך שכן מועדין מתחלתן, ולפי"ז גם בקרן מועד לא יתחייב משום חציו, אכן אם נבוא לחלק דלהכי לא ילפינן משום דאיכא למיפרך א"כ מאדם על שור נמי איכא למיפרך, וע"כ כמו שכתבתי דהא דפרכינן הוא כ"ז שלא נאמר בתורה שור אבל כיון שנכתב שור ילפינן פרטי דינים לבד מה שיצא מן הכלל לפטור כמו טמון וכלים, וכמו שהוכחתי מהא דאיצטריך קרא בשור שחבל באדם לפוטרו מד' דברים, וא"כ גם על קרן ליכא למיפרך ועיין מש"כ בפ"א הל' ב' ע"כ הנכון כמו שכתבתי דדוקא על קרן תם דאינו אלא קנס בזה לא ילפינן דאשו משום חציו דקנסא מממונא לא ילפינן וכנ"ל:

הלכה יח

במה דברים אמורים בששמר בעל הגחלת את אשו וסתם הדלת ובא הכלב וחתר ונטל את החררה מעל האש, אבל אם לא שמר אשו בעל האש חייב על שרפת הגדיש ובעל הכלב חייב על אכילת החררה ועל מקומה.

בהשגת הראב"ד: בעל האש נמי חייב עכ"ל.

דעת הראב"ד בהשגות דבעל האש חייב בשותפות עם בעל הכלב וגורס בגמ' וליחייב נמי בעל הגחלת וכן כ' המ"מ וז"ל ויש בה פי' אחר וגורסים וליחייב נמי בעל הגחלת, והכ"מ יישב ד' הרמב"ם דמה שאמרו בגמ' וליחייב נמי בעל הגחלת היינו דהכלב יתחייב על מקום גחלת, ובעל הגחלת יתחייב על שאר הגדיש ותירוצו של הכ"מ הוא פשוט כל כך בעיני הלח"מ עד שתמה על המ"מ שכתב ויש בה פי' אחר וגורסים וליחייב נמי בעל הגחלת ומוכח מד' המ"מ דהרמב"ם אינו גורס נמי, והקשה ע"ז הלח"מ דא"כ מנ"ל להרמב"ם לחלק בין מקום גחלת לשאר הגדיש, אך באמת פי' הכ"מ דחוק. ולא הי' לפני הכ"מ והלח"מ פי' הר"ח ז"ל וז"ל מאן משלם בעל כלב או בעל הגחלת. ופשיטא לן דבעל הכלב משלם מפני שבעל הגחלת שימר גחלתו והכלב חתר והוציאה אורחיה הוא לחתור ולא שינה כי כן דרכו, [מוכח מד' הר"ח דסובר כרש"י דאי לאו סתם דלתות חתורות היה משונה ולא אונס] ואם לא חתר אלא לא שמר בעל הגחלת כראוי חייב בעל הגחלת עכ"ל הר"ח ז"ל בסוגיא דכלב וחררה. ולמעלה בדף כ"ב בסוגיא דגמל טעון פשתן כתב הר"ח ז"ל וז"ל. ואקשינן אהדין פירוקא סיפא דקתני אם הניח חנוני נרו מבחוץ חנוני חייב ואי במסכסכת אמאי חייב. הגמל הזיק בידים ופריק כשעמדה, ואקשינן כ"ש אם עמדה ומסכסכת ודאי הוא הזיקא דבידים חנוני אמאי חייב עכ"ל, הרי חזינן דמה

שהוכיחו התוס' דשניהם חייבים בעל הכלב ובעל הגחלת מדפריך התם חנוני אמאי חייב והכא פריך וליחייב בעל הגחלת והחנוני ובעל הגחלת שניהם שוים דהם בעלי האש, ולכן פירשו התוס' בדף כ"ב דהא דפריך חנוני אמאי חייב היינו אמאי חייב הכל יתחייב גם בעל הגמל. והכא בדף כ"ג גבי כלב וגחלת גורסים ולחייב נמי בעל גחלת היינו ג"כ דשניהם יהיו חייבים, אכן הר"ח מפרש להדיא אמאי חנוני חייב דלא יתחייב כלל כיון דהגמל עביד הזיקא דבידים אינו חייב בעל התקלה כלל ולא כמו שכתבו התוס' בדף ו'. ואף דבעל הדליל מחייבינן אף דהתרנגול עשה כל המעשה וגרר הדליל. היינו דכיון דלשיטת הרמב"ם בעל התרנגול פטור משום שלא נעשה הדליל מחובר לגופו והוי מעשה הגרירה כמו שלא בכונה ולא דמי לרגל דהוי כונת דריסה וכמו שכתבנו בהלכה י'. וכיון שלא נחשב המעשה על התרנגול ממילא שפיר חייב בעל הדליל. אבל הכא גבי גמל כיון שהיה טעון פשתן מדעת הבעלים והוי שליף שעליה דהוי כגופו וכיון שסכסך הגמל את כל הבירה והדליק את כל הבירה הוי מעשה הגמל לגמרי. ולכן פריך בגמ' חנוני אמאי חייב. והכא דפריך הגמ' וליחייב בעל הגחלת היינו על כל שאר הגדיש לבד מקום הגחלת דחיובו אינו משום מזיק ממש בידים אלא משום דין חציו וכמש"כ דלכלב נמי מחייבינן משום חציו משום שעשה מזיק וכמש"כ בהל' י"ז וכיון דכבר יש על הגחלת בעל האש הקודם היינו בעל הגחלת שעשה האש והוא חייב בין למ"ד משום ממונו בין למ"ד משום חציו אין לחייב את הכלב כלל. ונמצא דמקור דברי הרמב"ם הוא משני הסוגיות דעל מקום הגחלת דחייב בעל הכלב ולא בעל הגחלת הוא סוגיא ערוכה בהא דחנוני וגמל דבמסכסכת אינו חייב חנוני כלל אלא בעל גמל. ועל שאר הגדיש הוא סוגיא דחררה דחייב בעל גחלת ולא בעל כלב בשלא שימר גחלתו, ודברי הרמב"ם פשוטים והם כגירסת הר"ח וכמו שכ' המ"מ:

ב) אכן דיש להקשות על שיטת הר"ח והרמב"ם מזה שהוכיחו התוס' בדף ו' גבי בור המתגלגל דהא אמרינן שור ואדם שדחפו לבור לענין נזקין כולן חייבין דאלמא דהבור חייב אף דהשור דחף להדיא והוי מזיק בידים והוי כמו כאן מקום גחלת לגבי הכלב ומ"מ חייב שם בעל הבור. ואמאי אינו חייב כאן בעל הגחלת. והך דינא דשור ואדם שדחפו לבור פוסק הרמב"ם להלכה בפ"י מה' חובל ומזיק. ונראה דיש לחלק בין דין בור לדין אש, לפי"מ שבארתי בפי"ג בהא דהכותל והאילן שנפלו לרה"ר דכתבו התוס' והרא"ש דאפי' בשעת נפילה הוי בור וכן משמע משיטת הרמב"ם לפי"מ שביאר המ"מ ובארתי בטעמא דמילתא משום דבור יש בו בין דין חיוב של בור ברה"ר דחיובו הוא משום עשיית הבור. ובין חיוב של בור ברשותו דאין חיובו משום עשיית הבור דהא בהיתר חפר

אלא משום זה שמחזיק בור ברשותו וזהו בגדר דיני היזק ממונו שכיון שהבור שלו חייב עליו, אבל גבי אש לפי"מ שביאר הגר"א לדעת הרמב"ם דמה דאמרינן דמאן דאית לי' משום חציו אית לי' נמי משום ממונו זהו חזרה ממה דהוי סבר מעיקרא ולעולם דין אש דאמרינן דחייב משום חציו הסבה הוא גדר נזקי ממונו וכמו דאמרינן פתח הכתוב בנזקי ממונו וסיים בנזקי גופו לומר לך אשו משום חציו. ופטור טמון במדליק בתוך שלו הוא בכל אופן ואפי' בלא כלו לו חציו משום דהסיבה הוא נזקי ממונו, ובזה פטרה התורה בטמון. ולפי"ז מה דאמרינן דהסיבה הוא נזקי ממונו. אי אפשר לומר משום דהאש שלו דאם החיוב היה משום דהאש הוא שלו וכמו בחיובי שור אי אפשר דתחייב התורה בשביל זה כמו על נזקי חציו. וע"כ דנזקי ממונו כאן הוא גדר ממונו וכמו בור ברה"ר דג"כ הוא גדר נזקי ממון והחיוב הוא משום שעשה מזיק וה"נ באש החיוב הוא משום שעשה מזיק. ולפי"ז מבואר דגם בנפלה גדר שלא מחמת דליקה ג"כ יתחייב בארבעה דברים דהא לא הביא הרמב"ם להלכה הך דינא דנפל גדר שלא מחמת דליקה לומר דבזה אינו חייב אלא משום ממון ונ"מ דאינו חייב בד' דברים. אלא משום דלמסקנא אין נ"מ כלל דאפי' עשה אש בחצר גדור ג"כ מיקרי עושה מזיק רק דהוא מזיק בשמירה. ולא דמי לעושה בור ברשותו קודם שהפקיר רשותו דהתם לא הוי מזיק כלל לגבי אחרים דהא הבור אינו הולך ומזיק ואחרים אין להם רשות כאן, אבל אש כיון שהוא הולך ומזיק אף שהחצר גדור הוי מזיק בשמירה. ולכן מכיון שנפלה השמירה והבעלים ידעו חייבים הבעלים משום נזקי חציו. ולפי"ז גבי אש ליכא כלל דין שיתחייב על אש בשביל שהוא שלו רק בשביל שעשה אש, ויהי' נ"מ דאם יקנה בור חפור חייב, ואם יקנה אש שעשו אחרים לא יתחייב מטעם אש ורק שיוכל להתחייב מטעם בור כיון דהמזיק שלו:

-השמטות ומלואים-

לעיל כתבתי דמה דהרמב"ם לא הביא להלכה הך דינא דנפל גדר שלא מחמת דליקה לומר דבזה אינו חייב בד' דברים, ובארתי לפ"מ שביאר הגר"א לדעת הרמב"ם דמה דאמרינן מאן דאית ליה משום חציו אית ליה נמי משום ממונו הוא חזרה ממה דהוי סבר מעיקרא ולעולם דין אש דחייב משום חציו הסבה הוא גדר נזקי ממונו אכן מה דאמרינן דהסיבה הוא נז"מ אי אפשר לומר דהוא כמו חיובי שורו מדחזינן דחייבה תורה כמו על חציו, וע"כ דהגדר נזקי ממונו היינו כמו בור ברה"ר דהחיוב הוא משום שעשה מזיק וה"נ באש החיוב הוא משום שעשה מזיק ולכן לא הביא הרמב"ם הך דנפל גדר שלא מחמת דליקה ומשום דלמסקנא אין נ"מ כלל דאפי' עשה אש בחצר גדור ג"כ מיקרי עושה מזיק רק דהוא מזיק בשמירה ולפי"ז גבי אש ליכא כלל דין שיתחייב על אש

בשביל שהוא שלו רק בשביל שעשה אש ויהיה נ"מ דאם יקנה בור חפור חייב ואם יקנה אש שעשו אחרים לא יתחייב מדין אש, ע"כ.

והנה בפי"ג הל' י"ט בד"ה אבל באמת הוכחתי מדין נפלה דליקה דהפי' שהוא לא הדליק הדליקה רק דנפלה באונס וע"כ דכשהעצים שלו חייב, ומה שכתבתי שהרמב"ם לא כתב הך דינא דנפלה גדר שלא מחמת דליקה שאינו חייב מדין חציו יש לומר דזהו בכלל מה שכתב שם בפי"ד הל' ד' נפלה דליקה וכו' ונפל גדר שלא מחמת דליקה למה הדבר דומה לשורו שיצא והזיק ומוכח דבזה אינו חייב אלא משום ממונו לחוד, ולפי"ז יש לבאר מה שהקשינו שם דאמאי בדחפו שור לבור חייב בעל הבור ועל מקום גחלת חייב בעל הכלב ובעל האש פטור ומ"ש מדחפו לבור דהוי כמו מקום גחלת ובארנו באות ג' דבבור דחיובו הוא משום בעל התקלה לכן אפי' דחפו אחר לא נפקע הימנו שם בעל התקלה, אבל באש דעיקר חיובו הוא משום מזיק כיון שיש כאן מזיק בידים לא חייבתו תורה לבעל האש, ולכן גבי האש כשהגמל הדליק בידים אינו חייב החנווני שהוא בעל האש ובבור כה"ג חייב ולפי"מ שהוכחתי דבאש איכא נמי חיוב של בעל האש א"כ צריך ביאור לחלק למה בשור ואדם שדחפו לבור חייב בעל הבור, ובאש פטור החנוני בשביל שהגמל הדליק בידים, ונראה דאף אם יסבור הרמב"ם דבאש איכא נמי חיוב בעל האש זהו כשהאש ממש שהוא הזיק הוא שלו ואפי' אם הרוח הוליכתו אבל עיקר המזיק הוא שלו משא"כ בנרו של חנוני שהנר הוא רק המדליק האש אבל האש השורף אינו שלו לכן אין כאן אלא חיוב חציו שעשה מזיק ולכן כיון שיש מזיק אחר שהוא מזיק ממש אינו חייב בעל הנר משום מזיק. [ע"כ]

ג) **אכן** צריכים אנו עוד להוסיף דאף דמצינו בבור שני גדרים א' בור ברה"ר וחיובו משום כי יכרה איש בור. והב' בור ברשותו וחיובו משום שהוא בעל הבור. מ"מ באמת מצינו בגמ' דבין בבור ברה"ר בין בבור ברשותו יש בהם שני הגדרים, דבבור ברה"ר אמרינן שני דברים אינם ברשותו של אדם. ועשאן הכתוב כאלו הן ברשותו ואלו הן בור ברה"ר וכו'. ומוכרח דבור ברה"ר נמי חשבינן לי' בעל הבור, וכן בבור ברשותו אמרינן הכניס שור לחצר חבירו שלא ברשות וחפר בו בורות שיחין ומערות בעל השור חייב בנזקי חצר, ובעל החצר חייב בנזקי הבור מ"ט כיון דאית לי' למלויי ולא מליי' כמאן דכרי' דמי. וקשה למה הוצרך רבא לומר הטעם דכיון דאית לי' למלויי ולא מליי' כמאן דכרי' דמי דהא הכא חיובו הוא משום בור ברשותו בור דאית לי' בעלים ומוכח דרבא סובר דשני הטעמים היינו כריית הבור ובעלים של הבור שניהן הם סבות לחייב בעל הבור. אבל בשביל כל אחד מן הסבות חייבתו התורה כמו שהוא כרה בור והוא בעל

הבור משום דבקרא כתיב כי יכרה וגו' בעל הבור ישלם וע"כ דבין בור ברה"ר בין בור ברשותו אנו קורין כל הפסוק דכי יכרה בעל הבור ישלם.

ומה שהוצרך כאן רבא לומר הך סברא דכמאן דכרי' דמי אף דעכ"פ סגי דלימא דחייב כמו בור ברשותו. יש לומר דאשמעינן דלא לימא בעל החצר אף שאני בעל הבור עכ"פ יש לי שותף כורה הבור. ואף שבעל השור פטור משום איש בור ולא שור בור. מ"מ הו"א דעכ"פ הוא טענה דיש לו שותף, ואף שהשור אינו בר חיובא והבעלים פטורים מ"מ לרבנן דלית להו כי ליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי לא ישלם אלא מחצה. לזה אשמעינן דבאמת מכיון שהוא בעל הבור עשתה אותו התורה גם לכורה הבור והוא חייבן לשלם כל הנזק.

ולפי"ז מבואר שפיר דבבור אפי' בור ברה"ר חיובו משום שהוא בעל התקלה. אבל באש ליכא קרא דבעל האש ואינו חייב אלא משום גדר חציו. היינו דכיון שעשה אש חייב כמו שהזיקו בחציו. אבל משום בעל האש ליכא חיוב, ועכשיו מיושב דהכותל והאילן שנפלו לרה"ר אפי' בשעת נפילה אין לו דין אש. דבשעה שבנה הבנין ונטע האילן לא היה לו שם מזיק כלל. ומה שנתקלקל אח"כ ונעשה מזיק אף דיש לחייבו הוי רק מטעם בור ולא מטעם אש.

וכיון שכתבנו דבאש חיובו משום דהוי כמו מזיק ובבור חיובו משום בעל התקלה לכן בבור אפי' דחפו אחר לבור מ"מ לא פקע חיובו של בעל התקלה, אבל באש כיון דחיובו משום דהוי כמו מזיק. וכיון שיש כאן מזיק אחר שהוא מזיק בידים בזה לא חייבתו התורה משום מזיק. ולכן גבי אש כשהגמל הדליק בידים אינו חייב החנוני שהוא בעל האש ובבור כה"ג חייב. ואי דיקשה דעכ"פ באש של חנוני ליחייב החנוני משום בור. זה לק"מ דהא בבור פטור כל מידי דלאו בע"ח דהוי כמו כלים ולכן שפיר החנוני פטור על היזק שרפת הבירה:

ד) **ובזה** נוכל לבאר מה שהקשו בתוס' בדף כ"ב ע"ב בהא דאמר שם בשלמא למ"ד אשו משום חציו חציו דחרש הוא אלא למ"ד אשו משום ממונו אלו מסר שורו לחש"ו ה"נ דלא מחייב. והקשו בתוס' דאי חשיב מסירה לחרש כרוח מצויה לר' יוחנן נמי מחייב ואי לא חשיב כרוח מצויה א"כ מה פריך לר"ל. ודחקו שם בתוס' אכן לפי דברינו דאם הגמל עושה בידים פטור החנוני. א"כ ה"נ כשהדליק החרש פטור השולח את הבערה. דאף דבעל האש נמי חייב משום חציו. מ"מ כיון דאין זה חציו ממש ומשום זה פטור טמון וכמש"כ בהלכה הקודמת. לכן אם בזה האש של בעל האש הדליק אחר בידים נחשב המדליק לעושה המעשה ולא בעל האש דהא אם הדליק פקח חייב על טמון אפי' מה

שישרוף אח"כ ולא רק על מקום גחלת דהא מדליק בשל חברו חייב על טמון. ולכן גם אם הדליק הגמל או חרש נחשב המדליק לעושה המעשה אפי' על מה שישרוף אח"כ. ומיושב דאפי' למסקנא דמאן דאית לי' משום חציו אית לי' נמי משום ממונו אם הדליק החרש בידים פטור בעל האש למ"ד אשו משום חציו. דהיכי דאיכא מזיק בידים אינו חייב בעל האש. אבל כ"ז למ"ד אשו משום חציו. אבל למ"ד אשו משום ממונו לא הוי מעשה מזיק כלל במה ששורף האש חוץ ממקום גחלת. ולכן שפיר דפריך דלר"ל ליחייב השולח את הבערה ולר' יוחנן ניחא לי' דפטור וכנ"ל. ואף דיש לעיין דעכ"פ ליחייב בעל האש משום בור אם שרף בעלי חיים אפשר לומר דהוי ניחא לי' לאוקמי בשרף מידי דלא בע"ח ואשמעינן דפטור משום לתא דאש. ומה דחייב אם שרף האש בעלי חיים משום לתא דבור בזה לא מיירי:

ה) **והנה** בתוס' הקשו דאמאי פטור בעל הגחלת משום ששמר גחלתו כיון דאמרינן דסתם דלתות חתורות אצל כלב. ותי' בתוס' דכיון דנטר כדנטרי אינשי לא אטרחוהו רבנן טפי: ובדף נ"ח ע"א אמרינן בגמ' אבל דחפתה חברתה פשיעה ומשלמת מה שהזיקה דא"ל איבעי לך לאעבורי חדא חדא וכ' שם הרי"ף דהכי הלכתא. וכן פסק הרמב"ם בפ"ג הל' י"א והרא"ש חלק שם על הרי"ף וכתב דכיון דבהשוכר את הפועלים מוכח דאיבעי לך לאעבורי חדא חדא לא אמרינן אלא בשומר שכר, אבל בשומר חנם פטור כיון דנטר כדנטרי אינשי ושן ורגל אינו חייב אלא בשמירה פחותה כש"ח לכן פטור בדחפוה חברותיה, והנמוק"י בהכונס הביא שכ' הרא"ה בשם הרמב"ן וז"ל דאע"ג דש"ח פטור בשלא שמר כלל היכי שדרך בני אדם לעשות בשלהם כיון דלאו אורחא דעלמא בשלהם לאעבורי חדא חדא. מ"מ גבי נזקין אע"ג דנטר כדנטרי אינשי כיון שבאותה שעה אינן שמורות כלל הרי הוא חייב על נזקיהן שכל זמן שהזיקו בלא שמירה חייב אפי' בהני שעי דלאו אורחא דאינשי למנטר עכ"ל, ודבריו מוכרחים בסוגיא. דאביי מקשה שם מעל בעידנא דעיילי אינשי אלמא דדמי להדדי. ועל בעידנא דעיילי אינשי בודאי אינם שמורות כלל.

והקשה בהגהות חא"ש שם על הרי"ף מד' התוס' דכאן דמוכח דבנזקין נמי מהני נטר כדנטרי אינשי. ועל דברי התוס' א"א להקשות דגם שם אינם סוברים כהרמב"ן שכתבו בב"מ שם דמהא דפסקינן דלא איבעי לי' לאעבורי חדא חדא מוכח דלא קיי"ל כרב כהנא בהכונס וכן כ' הרא"ש בהכונס רק שצריכים אנו ליישב לדעת הרמב"ן קושיית התוס', וראיתי ברשב"א שהקשה ג"כ קושיית התוס'. ובשביל שאנו רוצים לבאר דברי הראב"ד שהביא הרשב"א והקשה עליו נביא כל דבריו וז"ל זאת אומרת סתם דלתות חתורות אצל

כלב. ולפיכך בעל הכלב חייב דהו"ל לאסוקי אדעתי' שאין לו שמירה אלא קשירה אבל בעל גחלת פטור כל שנעל דלת בפני גחלתו. תמיהא לי נעילת דלת מאי אהניא דהא גבי כלבים לא מהניא ולא מידי. ואי לאו חשש כלבים נעילת דלת אינו צריך ולמה אטרחי' לנעול דלת כיון דלא מעלה ולא מוריד לגבי חתירת כלבים. עוד קשיא לי דהא בכולי מכילתין לא מחייבינן באשו אלא משום רוח מצוי' למ"ד מיהת תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב. דהא פושע הוא אצל כלבים. ונראה שלא אמרו רוח מצוי' ואינה מצוי' אלא במקום שאין כלבים מצויים שם. ומצאתי לראב"ד ז"ל דלגבי בעל גחלת בשימור נעילת דלת סגי לי' ואפי' בדלת שיכולה לעמוד ברוח מצוי' שהתורה מיעטה בשמירתה דכתיב המבעיר את הבערה עד דעביד כעין מבעיר. ויש מקשים כיון דאיכא כלבים אע"ג דנעל בעל גחלת פשיעותא הוא דמ"ש מהא דאמרינן פ' הפרה כסהו כסוי שיכול לעמוד בפני שוורים וכו' כיון דשכיחי גמלים פשיעותא הוא אפי' לגבי שוורים ה"נ מאי שנא' וכ' הרב ז"ל ולאו מילתא הוא דהתם בור ברה"ר הוא ואי שכיח דעברו גמלים התם ודאי פשיעותא הוא אפי' לגבי שוורים אבל הכא אי שכיחי כלבים אית להו בעלים ולינטרו להו אלו דברי הרב ז"ל, ועדיין לא נתיישב בעיני דאי משום דאית להו בעלים דמינטרי להו. ומשום הכי מפקת לי' לבעל גחלת מדין פושע למה אתה מחייבו לנעול דלת בפני גחלתו. ומדמחייב לבעל הכלב מנא לן מינה דסתם דלתות חתורות אצל כלבים ושלא תהא שמירה לכלב אלא קשירה. דילמא בעל גחלת פטור כל שאין גחלתו עשויה ליילך ולהזיק ברוח מצויה דאי משום כלבים סתם כלבים יש להם בעלים ובעלים משמרים אותם. ומינה דאף בעל הכלב פטור כל שנעל בפניו את הדלת ועוד צריכה לי תלמוד עכ"ל הרשב"א ז"ל: [ודעת הרשב"א להדיא בדעת הראב"ד דלגבי בעלים דכלב לא מהני דלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה ולא מהני לכלב אלא קשירה. ולכאורה קשה על דעת הרשב"א דהא מתני' בפ' מרובה דתנן לא יגדל את הכלב אא"כ קשור בשלשלת משמע דהוא רק תק"ח דומיא דרישא דאין מגדלין חזירים וכן מוכח מלשון הרמב"ן שכתב וכן אסרו חכמים לגדל חזירים בכ"מ ולא את הכלב אא"כ קשור בשלשלת, וצריך לומר דכונת הרשב"א במה שכתב דכלב בעי קשירה היינו קשירה בחבל שלא יוכל לחתור כיון דסתם דלתות חתורות. ומתני' דהוא תק"ח. הוא שיהיה קשור בשלשלת. והתימה על הש"מ שכתב בשם גליון ותלמידי הר"ר ישראל ז"ל דבאמת מעיקר דינא לפטור בעל הכלב צריך דוקא קשירה בשלשלת, וזה אין לומר דמכיון דאיכא תק"ח שיהיה קשור בשלשלת כבר אינו נפטר גם מחיוב שמירה בלא זה דבודאי התק"ח לא שייך לדין חיוב נזקין]:

ו) **ונראה** ליישב דברי הראב"ד ממה שהקשה עליו הרשב"א דאי פטרינן לבעל הגחלת

משום דבשביל כלב דיכול לחתור אין לחייבו דסתם כלבים אית להו בעלים, דא"כ למה צריך בעל הגחלת שמירה לגחלתו כלל, דהא גחלת בעצמה אינה הולכת, ואי משום כלב סתם כלבים יש להם בעלים, וא"כ נימא דמיירי בלא שימר גחלתו ולא נימא דסתם דלתות חתורות זהו תורף קושיתו, ודברי הראב"ד צריכים ביאור גם בתחלת דבריו שמה שכתב דלגבי בעל הגחלת בשימור דלת סגי לי' שהתורה מיעטה בשמירתו דא"כ אמאי חייב בעל הכלב דהא גם שן ורגל התורה מיעטה בשמירתן כדאיתא בריש הכונס, ועוד דהא כתב אח"כ בדברי היש מקשים דשימור דלת לגבי כלב פשיעה הוא. ואם סומך על סוף דבריו דאינו צריך שמירה בשביל הכלב שיש לו בעלים ושומרים אותו א"כ לא תהא הגחלת צריכה שימור כלל וכמו שהקשה הרשב"א ונראה דיש חילוק בין היכי שבעלים של המזיק שומרים המזיק שלהם דסגי בדלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה, ובין היכי שהניזק שומר דבר הניזק, או שאי אפשר ליעשות ההיזק אלא ע"י שני מזיקים כמו כלב וגחלת, ובעל הכלב שומר כלבו ובעל הגחלת אינו שומר גחלתו כלל דבזה יהיה נ"מ דאם ע"י שמירת הניזק או ע"י שמירת א' מן המזיקים נעשה מציאות ההיזק אונס ממש אז שפיר פטרינן לבעל המזיק אף שהוא לא שמר המזיק שלו כלל דהא הוא אנוס בדבר ולא הו"ל לאסוקי אדעתי' מציאות ההיזק כלל, אבל אם שמירת הניזק את הדבר הניזוק או שמירת בעל אחד מן המזיקים את המזיק שלו היה רק בדלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה, אבל אינה יכולה לעמוד ברוח שאינה מצויה דלא הוי אונס דהא חייב בה אדם המזיק אפי' לשיטת התוס' דאדם המזיק באונס גמור פטור וכן חייב בה שומר שכר אף דפטור מאונס, לא נפטר בזה דהא דפטרה תורה בנזקין מולא ישמרנו אם שמור הוא ברוח מצויה זהו דוקא אם שמר הוא את המזיק שלו, דהתורה לא חייבתו לשמור יותר אבל היכא דהוא לא שמר כלל, ואונס לא הוי דרוח שאינה מצוי' לא חשיב אונס בזה לא נפטר כיון שהוא לא שמר כלל, ועכשיו שפיר דמה שכתב הראב"ד דאי משום כלבים הא אית להו בעלים דמנטרי להו היינו משום דכיון דכלב עכ"פ מדרבנן צריך קשירה בשלשלת א"כ שפיר יכול בעל גחלת לפטור את עצמו בטענה דלא הוי לי' לאסוקי אדעתיה דיבוא כלב ויקח החררה והגחלת כיון דבסתמא בעלים מינטרי להו ומסתמא כדין ישמור בשמירה בשלשלת שניתוק ופסיקת השלשלת כבר הוי אונס, אבל כל זה הוא אם ישמור בעל הגחלת גחלתו אבל אם לא שמר כלל א"כ אפשר גם לשאר בע"ח מאלה שאין דרכם לחתור להוציא החררה ובשבילם צריך בעל הגחלת לשמור גחלתו בדלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה כיון שהבעלים שלהם אינם שומרים אותם אלא שמירה פחותה וכבר כתבנו דזה אינו אונס אם יפול ברוח שאינה מצויה. ורק דאמרה התורה דסגי בשמירה זו ולא

פטרה תורה אלא לבעל המזיק כששומר המזיק שלו אבל בעל הגחלת שלא שמר כלל המזיק שלו אינו יכול לפטור עצמו במה שבעלים שמרו המזיק שלהם, ואף דעכשיו הא כלב הוציא הגחלת ולא בע"ח אחרים מ"מ שפיר הוא חייב משום תחילתו בפשיעה לגבי שאר בע"ח, ואף דהם נמי אינם יכולים להזיק אלא כשיצאו משמירת בעלים שלהם ברוח שאינה מצויה ורוח שאינה מצויה לא חשיב פשיעה, אפשר לומר דזהו דוקא אם היה הוא בעצמו שומר בדלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה ואינה יכולה לעמוד ברוח שאינה מצויה, דאז אפי' היה חיוב שמירתו לשמור גם מרוח שאינה מצויה מ"מ עכ"פ לא חשיב תחלתו בפשיעה וכמו דתחלתו בגנבה ואבדה וסופו באונס לא הוי כמו תחלתו בפשיעה וכמו שכתבו התוס' בב"מ דף צ"ג ע"ב, אבל הכא הוא לא שמר המזיק שלו כלל והוא פשע לגבי המזיק שלו לגמרי רק דמציאות ההיזק לא היה אפשר לבוא אלא ע"י רוח שאינה מצויה ובזה יסבור הראב"ד דאמרינן תחלתו בפשיעה ועיין מה שכתבנו בפרק א' הלכה א', ועכשיו מבואר דמה דכתב הראב"ד דלגבי בעל גחלת בשימור דלת סגי לי' ובשביל שהתורה מיעטה בשמירתו אין כונתו לאפוקי דכלב לא מיעטה התורה בשמירתו דכונתו לגבי שאר בע"ח דמהוי לגבייהו שמירת דלת, ובשביל הכלב מברר בסוף דבריו דכלב כיון דאית לי' בעלים ומנטרי ליה אינו צריך לשמור גחלתו בשבילם ואף דכל בע"ח נמי אית להו בעלים אבל כל בע"ח אינם שומרים אותם הבעלים אלא ברוח מצויה וזה אינו פוטר לגבי בעל הגחלת כמו שכתבנו, אבל כלב כיון דהבעלים שומרים אותם בשלשלת א"כ הוי אונס אם ינתקו השלשלת וא"צ בעל הגחלת לשמור גחלתו בשבילם, ומיושב עכשיו מה דכתב בקושיית היש מקשים להוכיח דכיון דשכיחי גמלים פשיעותא הוא אפי' לגבי שורים דלכאורה מה הוצרך לזה הא הכא כשהוציא כלב עסקינן וכולה פשיעה היא. אלא דכונתו הוא דא"כ אפי' בהוצאת שאר בע"ח ליחייב.

ולפי מה שבארנו א"כ מה שכתבו התוס' דאם לא היה סתם דלתות חתורות היה שייך לומר תחלתו בפשיעה לענין בתים פתוחים וסופו באונס לענין נעולים אינם צריכים לחלוק בכאן על סברת הראב"ד דאפי' לסברת הראב"ד דבעל הגחלת יכול לסמוך על מה דסתם כלבים אית להו בעלים ומנטרי להו מ"מ אפשר לומר דתחלתו בפשיעה לענין בתים פתוחים ולא נימא דבתים שנמצא גחלת אית להו בעלים ומנטרי להו דהא גחלת אינו צריך לשמור אלא בדלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה, אכן התוס' בל"ז משמע דלא סברי כהראב"ד דבעל הגחלת יכול לסמוך על שמירת בעל הכלב את כלבו דליהוי אונס מדהקשו דליחייב בעל הגחלת כיון דהכלב יכול לחתור והוצרכו לתרץ כיון דנטר כדנטרי אינשי, ואולי אפשר דבעיקר סברת הראב"ד הוו מודו התוס' אלא דלא ס"ל דדין תק"ח

דצריך לקשור בשלשלת עושה דלא הו"ל לבעל גחלת לאסוקי אדעתיה.

אכן באמת בסברת התוס' דשייך לומר תחלתו בפשיעה לענין בתים פתוחים נראה דחולקים על הראב"ד דסובר דבעל הגחלת פוטר עצמו בשמירה שמחוייב בעל הכלב לשמור את כלבו. וסוברים דלא שייך לומר דבעל הכלב יסמוך עצמו ולא ישמור את כלבו, בשביל שבודאי ינעול בעל הגחלת ביתו וכן שבעל הגחלת לא ישמור גחלתו שיסמוך שבעל הכלב ישמור את כלבו. דא"כ שניהם יסמכו זה על זה ושניהם לא ישמרו. וכיון דשניהם מזיקים רק שכל אחד צריך לחברו לעשיית ההיזק. א"כ ע"כ ששניהם מחוייבים לשמור. וא"כ נכונים דברי התוס' דשייך לחייב לבעל הכלב משום דתחלתו בפשיעה לענין בתים פתוחים. וזהו שיטת התוס' לגבי הראב"ד דשייך לחייב לבעל הגחלת כיון דסתם דלתות חתורות והכלב יכול לחתור ולהוציא הגחלת דאין לומר שבעל הגחלת יסמוך על בעל הכלב שיקשרו בשלשלת דמאי חזית שבעל הכלב ישמור כלבו כדין מזיק והוא לא ישמור גחלתו. ואף דיש לומר בדעת הראב"ד משום דכלב יש לו דין מיוחד לקשרו בשלשלת מתק"ח ועוד לבד זה הא כלב צריך מצד עצמו שמירה שלא יזיק בעצמו וגחלת אינה יכולה להזיק אלא באם יוציאו אותה כלב או עז, ומ"מ אין זה סברא דעכ"פ לענין היזק זה שע"י הגחלת שניהם מזיקים. ומאי חזית דבעל הכלב ישמור ובעל הגחלת לא ישמור. ויש להביא ראיה לזה מהא דאמרינן גבי משסה כלבו של חברו דבעי הגמ' אי בעל כלב חייב ומסיק דחייב והתם לא גרע איסור השיסוי מחיוב הקשירה בשלשלת ומ"מ אינו יכול בעל הכלב לפטור עצמו דלא אסיק אדעתי' שישסו אותו:

ז) **אלא** דמ"מ יועילו לנו דברי הראב"ד ליישב קושיא זו שהקשו התוס' דמנלן דסתם דלתות חתורות דילמא משום דהוי תחלתו בפשיעה לענין בתים פתוחים, דתירוץ התוס' שתירצו דא"כ לא יתחייב בעל הכלב אלא רביע כמו שהיה מתחייב בבתים פתוחים שהיה בעל הגחלת משלם רביע. יש לעיין בזה דכל עיקר סברת התוס' אפשר לבאר בזה דנימא דכיון דתחלתו בפשיעה הוא רק ליעשות חצי מזיק א"כ גם עכשיו שאין לו שותף דבעל הגחלת שמר גחלתו מ"מ לא יתחייב בעל הכלב עכשיו שהוא אנוס יותר משהיה מתחייב אם היה פשיעה. ובזה קשה דהא קיי"ל כר' נתן דכי ליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי. וא"כ כיון שעכ"פ נחייב בעל הכלב מדין מזיק א"כ אף דמצד תחלתו בפשיעה לא היה חייב אלא רביע ישלם רביע השני מדין כי ליכא לאשתלומי. וזה אין סברא כלל לומר שיהיה סברת התוס' בלא טעם שכתבנו אלא דאי אפשר שישלם יותר בנעולים משהיה משלם בפשיעה בפתוחים דבלא טעם שכתבנו אינו סברא כלל. ולכן נראה דבדברי הראב"ד שחידש לנו הסברא דסתם כלבים יש להם בעלים ושיכול בעל

הגחלת לסמוך על זה, יתורץ קושיית התוס' דאף שהקשינו על סברא זו דלא שייך לפטור כל אחד משני מזיקים הצריכין זה לזה בטענה שכל בעלים של אחד יסמוך על חברו שחברו ישמור מזיק שלו דא"כ כל אחד לא ישמור. אלא כל זה הוא כאן בהא דסתם דלתות חתורות לגבי בעל הגחלת דבאמת בעל הכלב לא שמר את כלבו בזה אמרינן שפיר דהיכי אפשר שבעל הגחלת יפטור א"ע בטענה שהיה סברא שבעל הכלב ישמור את כלבו ובשביל זה לא ישמור הוא גחלתו. אבל לגבי בעל הכלב כשבעל הגחלת שמר גחלתו והכלב חתר דהקשו בתוס' דאפי' בלא הא דסתם דלתות חתורות לימא תחלתו בפשיעה לענין בתים פתוחים, בזה נוכל שפיר לומר סברת הראב"ד דכיון דסתם בעל גחלת שומר גחלתו מהיכי תיתי נאמר דהוי פשיעה לענין בית פתוח דהא סתם בעל גחלת שומר גחלתו, ולכן אף דאם הי' נמצא דבאמת לא שמר אינו יכול בעל כלב לפטור עצמו בטענה דחשב דבעל גחלת ישמור וכמו שכתבנו אבל אם באמת שמר גחלתו והיה אונס שהכלב חתר והיינו אי הוי אמרינן דחתירה הוי אונס אין לומר דהוי תחלתו בפשיעה לגבי בתים פתוחים דמאן לימא לן דהוי פשיעה אדרבא אמרינן דסתם בעל גחלת שומר גחלתו וא"כ לא היה כאן פשיעה לגבי זה ההיזק דלא היה עומד להיות היזק כלל, ואף דבעל הגחלת שומר רק לרוח מצויה כבר כתבנו דאינו מוכרח לומר דהוי פשיעה לגבי בעל הכלב ורק לדעת הראב"ד כתבנו כן דסובר דמשום הכי צריך בעל הגחלת לשמור גחלתו אף דמשום כלב א"צ לשמור צריך לשמור משום עז דאף דמנטרו להו בעלים אבל אינם שומרים יותר מברוח מצויה ולכן לא הוי פטור לגבי בעל הגחלת אף דאכתי לא ראינו שנמצאת עז שאינה שמורה, אבל באמת אפשר לומר דכיון דכל ההיזק לא היה אפשר להיות אלא על ידי שתפול הדלת ברוח שאינו מצויה לא הוי פשיעה גם לגבי בעל הכלב שלא שמר כלבו כיון שעכ"פ לא היה עומד שיעשה הכלב ההיזק בשביל שהגחלת היתה שמורה כדין נזקין, ועוד אפשר לומר דאפי' נסבור כדעת הראב"ד שכתבנו דשמורה מרוח מצויה של מזיק אחד אינו פוטר בעל המזיק השני שלא שמרו כלל מ"מ בזה נוכל לומר בסברא דלא כהראב"ד דעכ"פ לא הוי זה בגדר פשיעה.

ומה דאנו מחייבין בעל המזיק שלא שמר אותו הוא משום דהתורה חייבה את בעל המזיק בשמירה או שפטרתו בשמירה מקרא דולא ישמרנו וזהו דוקא כשישמור הוא עצמו אבל אינו נפטר בשמירת חברו את המזיק השני, אבל מ"מ פשיעה לא הוי כיון דעכ"פ היה ההיזק משומר מרוח מצויה לא חשיב פשיעה ולגבי אונס לא אמרינן תחלתו בפשיעה וסופו באונס והוי כמו דאמרינן דתחילתו בגנבה ואבדה וסופו באונס פטור ולא כמו שחלקנו למעלה, ולכן שפיר דאם לא הוי אמרינן דסתם דלתות חתורות וחתירה

היה נחשב אונס לא הוי אמרינן תחלתו בפשיעה לגבי בתים פתוחים דכיון דסתם בתים וגחלת אית להו בעלים ומנטרי להו ליכא כלל בתים פתוחים, ואף דנעולים נמי אינו אלא לרוח מצויה מ"מ לא הוי תחלתו בפשיעה כנ"ל.

ובמה שכתבנו נוכל לבאר דעת הרמב"ם גבי שור שדחף חבירו לבור דהתוס' בדף נ"ג ע"א כתבו דמיירי דוקא בשוטה או מהלך בלילה דהא בפקח ביום תנן דפטור וכי תימא דה"מ כשנפל מעצמו אבל הפילוהו אחרים חייב, א"כ כשנופל מעצמו ליחייב דתחלתו בפשיעה ליפול ע"י שוורים אלא ע"כ שור פקח מתרחק כ"כ מן הבור שאין שוורים יכולים להפילו. אבל הרמב"ם בפ' י"ב הל' י"ט כתב להדיא דאעפ"י שהיא גדולה ופקחת כיון שנדחפה ה"ז כמו שנפלה בלילה. וא"כ יקשה על הרמב"ם קושיית התוס'. אכן לפי מה שבארנו מיושב שפיר דכל זמן שלא דחפוהו שוורים ונפל שור פקח בעצמו ביום אמרינן דסתם שוורים יש להם בעלים. ולכן שור פקח שנפל לבור שפיר לא הוי לבעל הבור לאסוקי אדעתי' ולא הוי תחלתו בפשיעה אבל שור שדחף חבירו לבור לא יוכל בעל הבור לומר לא הוי לי לאסוקי אדעתי' דיפיל אותו שור משום דבעל השור ישמור אותו דמאי חזית שבעל השור ישמור מזיק שלו ולא ישמור בעל הבור מזיק שלו, ואם נימא דבעל הבור פטור מטעם שמירת השור גם בעל השור יהיה פטור מטעם שמירת הבור, ולכן שפיר שניהם חייבים, אבל כ"ז אם היה שור שדחפו, אבל אם נפל בעצמו לא נימא דהוי תחלתו בפשיעה ע"י דחיפת השור דזה לא הוי פשיעה כיון שסתם שוורים יש להם בעלים ולא היה עומד כלל שיפילו אותו שוורים משום שבעליהם שמרו אותם באמת:

ח) **אכן** בעיקר קושיית התוס' והראב"ד והרשב"א ובמה דלומד הרשב"א מהך סוגיא דכלב לא סגי לי' בדלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה יש למשדי נרגא דהא בדף כ"ג ע"ב גבי עיזי דבי תרבו דהוו מפסדו לי' לרב יוסף דאמר לו לאביי דליצנעינהו ואמר לו אביי דמצו למימר ליגדור מר גדירא בארעיה ופירך אלא שן דחייב רחמנא היכי משכחת לה ומשני כשחתרה. וזה לא מצינו דסתם דלתות חתורות אצל עזים ובהכונס אמרינן להדיא דחתרה הוי אונס לגבי בעל הבהמה. ומוכח דמה דחתירה לא הוי מצויה לגבי בעל הבהמה לחייבו כששמר אותה וחתרה הדלת מ"מ כשהוא לא שמר כלל בהמתו ורק שהניזק שמר שדהו ובהמה שלו חתרה חייב. ועוד משני התם דנפל גודא בלילה. ולהדיא תנן במתני' בריש הכונס דנפרצה בלילה פטור איברא דהתוס' כאן בד"ה בשחתר סוברים דמה דמוקמינן דנפל גודא בלילה היינו דבעל העז ידע ובעל השדה לא ידע. אבל תירוצם הוא דוחק גדול וכל כה"ג הו"ל לגמ' למימר.

ולכן נראה דאף דמוכח בהכונס דחתירה לא הוי מצויה שיתחייב בעל הבהמה אם

חתרה והזיקה מ"מ אינו מוכח מזה דחתירה הוי אונס. אלא דהוי כרוח שאינה מצויה דכששמר בעל הבהמה את בהמתו וחתרה ויצאה והזיקה ודאי פטור. כמו שהיה נופל הכותל ברוח שאינה מצויה. אבל זהו דוקא אם בעל הבהמה שמר בהמתו. אבל הכא גבי עיזי דבי תרבו דמשני הגמ' על הא דפריך שן דחייב רחמנא היכי משכחת לה כשחתרה שבעל הבהמה לא שמר כלל בהמתו. ורק בעל השדה גדר שדהו בזה חייב אף שחתרה דחתירה לא הוי אלא כמו רוח שאינה מצויה ובזה לא נפטר בעל המזיק כשלא שמר מזיק שלו כלל וכמו שכתבנו. ומה דמשני דנפל גודא בלילה אף דלילה הוי אונס, אבל עיקר המחיצה היה דלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה, וא"כ לא הוי אונס, אח"כ ראיתי דהמאירי בש"מ כתב להלכה דאם נעל בעל השדה וחתרה חייב בעל הבהמה והוא כדברינו:

ואף דכל זה הוי ניחא היכי דבעל השדה היה גודר שדה שלו שלא מצד הדין. אבל התם לאביי קיימינן דסבר דבאמת פטור המזיק אם לא גדר הניזק שדהו, א"כ בזה אפשר דנאמר דלא יתחייב בעל הבהמה כשחתרה דלא הוי לי' לאסוקי אדעתיה שיחתור. ושמירת הניזק ששמר שדהו הלא זהו מן הדין. מ"מ נוכל שפיר לומר דגם לאביי לא נפטר המזיק כשלא שמר המזיק שלו. דעכ"פ בשמירת הניזק לא נפטר בעל המזיק כשלא שמרו כלל וחתרה. דכיון דרוח שאינה מצויה לא חשיב אונס ה"נ חתירה לא חשיב אונס. ומה דחתירה פטור זה ממה שגילתה התורה מקרא דולא ישמרנו. וזהו דוקא אם בעל המזיק שמר מזיקו וכנ"ל.

ועכשיו מבואר דמה דאמרינן הכא גבי כלב כשחתר, ואמרינן זאת אומרת סתם דלתות חתורות אצל כלב אינו אלא דלא ליהוי אונס. או כדעת רש"י ור"ח ז"ל דלא ליהוי משונה אבל לעולם לא הוי רוח מצויה, ובאמת הוא דבר הנראה שאינו מצוי כמו רוח מצויה שכלבים יחתרו. ומ"מ כיון שבעל הכלב לא שמר כלל כלבו חייב כיון דעכ"פ לא הוי אונס וכמו שכתבנו. ומ"מ מתורץ שפיר קושיית התוס' שאח"כ דנימא דבאמת חתירה הוי אונס ורק דחייב משום דהוי תחלתו בפשיעה וסופו באונס. והוא עפ"י מה שכתבנו דאף דרוח שאינו מצויה אינו פטור לגבי בעל המזיק שלא שמר מזיק שלו מ"מ לא הוי פשיעה לגבי תחלתו בפשיעה. דתחלתו בפשיעה הוי דוקא היכי שעיקר ההיזק הוא מצויה וכמו שכתבנו:

הלכה יט

המשסה כלבו של חברו בחברו פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים ובעל הכלב חייב חצי נזק שכיון שהוא יודע שאם שיסה את כלבו [להזיק] **נושך לא היה לו להניחו ואם**

שיסהו בעצמו [בעל הכלב] פטור שכל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור.

בהשגת הראב"ד: ואם מועד הוא נזק שלם משלם.

מחלוקת הרמב"ם והראב"ד דכאן מפורשת ביותר לקמן פרק ו' ושם הארכתי ב"ה בעניין זה. וכאן נכתוב עיקר הסברא בדעת הרמב"ם דנראה דסובר דלא שייך העדאה אלא אם כשהוא מועד כבר עומד להזיק אבל היכא שגם אחר שיעשה מועד אינו עומד להזיק לא מיקרי מועד דשור נגח כתיב דמשמע שהוא מועד לזה ועומד בודאי ליגח. ולכן הכא גבי משסה או שור האיצטדין דלא נוכל לומר דהוא עומד ליגח דהא אסור לשסות אותו והמשסה חייב בדיני שמים, לכן לא מיקרי מועד וע"ש שהארכנו ב"ה יותר:

הלכה כ

שתי פרות ברה"ר אחת רבוצה ואחת מהלכת ובעטה מהלכת ברבוצה חייב חצי נזק שאע"פ שדרכה להלך עליה אין דרכה לבעוט בה.

בתוס' ריש פ' המניח הקשו אמאי אמרינן אע"ג דאית לך רשותא לסוגיי עלי הא בהמה נמי איבעי לה לעיוני כדאמרינן שור פקח ביום פטור והניחו בקושיא. ולכאורה הוא פשוט דהוא מטעם כל המשנה ובא אחר ושנה בו פטור ומשו"ה פריך גבי אדם איבעי לה לעיוני דגבי אדם לא אמר כל המשנה כמו שכתבו שם התוס'. ומה דלא ניחא לתוס' לומר כן נראה דלשון דאית לך רשות לסגויי היינו דיש לה ממש רשות לכך ואינו מטעם כל המשנה דזהו רק פטור מתשלומין ולא רשות, לכן נראה דכיון דדרכה לילך ברה"ר אינה מחוייבת כלל לילך באידך גיסא דזהו דין רגל ברה"ר דיש לה רשות לילך ולדרוס.

אח"כ ראיתי דכן כתבו התוס' בדף ל"ב ע"א בד"ה איבעי לה לסוגיי באידך גיסא וכתבו בתוס' שלא תהא ניזוק וא"ת והא אפי' להזיק אית לה רשות לסגויי עלה וי"ל משום דהוי רגל ברה"ר ואביעוט נמי לא מחייב משום דכל המשנה ובא אחר ושנה בו פטור עכ"ל ולהדיא מבואר דלא רצו לומר דדין אית לה רשות לסגויי הוא נמי משום כל המשנה. וראיתי להפנ"י שם כתב על דברי התוס' דטעם זה מיותר דבטעמא דכל המשנה סגי, אכן לפי"מ שבארנו מיושב דלשון דאית לך רשות לסגויי אינו משום גדר כל המשנה, וכן מדוייק לפנינו לשון הרמב"ם דאף דבהלכה י"ט הזכיר דינא דכל המשנה. כתב כאן שאע"פ שדרכה להלך עליה והיינו דינא דרגל ברה"ר כמו שכתב בפ"א מפני שיש רשות להלך כאן וכאן ודרך הבהמה, להלך ולאכול כדרכה. ומה דאינה פטורה המהלכת כשבעטה משום כל המשנה הוא משום דלבעוטי בי לית לך רשותא דכיון דהרביצה של הרבוצה לא גרם כלל שתבעוט בה המהלכת אינו שייך לדין כל המשנה. ועיין במה שנכתוב בזה לקמן בפ"ג הל' ג'.

והנה הרמב"ם השמיט דין דהיזקה מהלכת רבוצה דאמרינן בדף ל"ב טעמא דבעטה רבוצה במהלכת הא הוזקה פטורה. ומה דלא הביא דין דבעטה רבוצה במהלכת דחייבת לא קשה דזה פשיטא כדאמר שם הגמ' אבל מה שהשמיט דין דהוזקה פטורה מטעמא דאיבעי לה לסגויי באידך גיסא. זה צריך ביאור ועוד דשם אמרינן בהא דפריך על הוזקה ממילא דפטורה מאם עמד בעל קורה דחייב, ומתרץ דגבי עמד בעל קורה מיירי דפסקה לאורחה כשלדא והכא מיירי דרבעה בחד גיסא דאיבעי לה לסגויי באידך גיסא. והרמב"ם בפ"י מה' חובל ומזיק הביא המשנה דאם עמד בעל קורה חייב כפשטה ולא התנה שיהי' פסקה לאורחי' כשלדא. אכן כל זה הוא לא דבר חדש שכבר התעורר בזה הרא"ש בפרק המניח סי' י' להקשות על הרי"ף שהשמיט הסוגיא והביא מתני' דעמד בעל קורה כפשטה. וכתב הרא"ש לפי"מ שהגיה וביאר דבריו בפ"ח. שני תירוצים תי' אחד דכיון דנדחה מילתא דר"ל בהא דבעטה מהלכת משום הא דרבא דלבעוטי בי לית לך רשותא לכן נדחה גם הא דרבוצה במהלכת דמדייק מינה דהוזקה פטורה. ועוד דאפשר דר"ל גופי' לא בא לומר דהוזקה פטורה ומה דאמר רבוצה במהלכת הוא משום איידי דאמר מהלכת ברבוצה פטורה דזהו חדוש גדול לכן אמר ג"כ דרבוצה במהלכת חייבת. זהו לפי פי' הפ"ח. ולדעתי קשה לפרש כפירושו בדברי הרא"ש וכוונת דבריו הוא לדעתי דבלא מילתא דרבא דפליג על ר"ל לא הוי סבר הגמ' דהוי חידוש גדול בדינא דבעטה מהלכת ברבוצה, ולכן הוי סבר דבעטה רבוצה במהלכת דאמר דלגופי' לא איצטריך ע"כ אשמעינן זה לדיוקא דהוזקה פטורה אבל למסקנא דלא קיי"ל כר"ל בהא דמהלכת ברבוצה וא"כ ר"ל דסבר הכי דמהלכת ברבוצה פטורה אשמעינן חידוש גדול ולכן נוכל לומר דאיידי דרצה לומר מהלכת ברבוצה פטורה אמר רבוצה במהלכת חייבת ולעולם אפי' הוזקה מהלכת ברבוצה נמי חייבת כן הוא לדעתי כונת דברי הרא"ש למעיין בדבריו. אך בין שיהיו דברי הרא"ש כפירושו של הפ"ח בין אם הוא כמש"כ עכ"פ התי' הוא דוחק גדול וכבר כתב כן הגר"א ז"ל בביאורו לחו"מ סי' שע"ט ס"ק א' בתי' הרא"ש שכל דבריו דחוקים ואינם מובנים ובמה שכתב שאינם מובנים כמדומני שמה שכתבתי הוא הנכון בכונת הרא"ש אבל בודאי שעכ"פ הם דחוקים. והגר"א ז"ל תי' דמשום הכי השמיטו הרי"ף והרמב"ם לאוקמי מתני' דעמד בעל קורה דפסקה כשלדא משום דרבא לית לי' דר"ל גם בהוזקה מהלכת ברבוצה דודאי הרבוצה חייבת דהא הרבוצה הוי שלא ברשות ומהלכת הוי ברשות ואמרינן לקמן דף מ"ח ע"ב דא' ברשות וא' שלא ברשות שלא ברשות חייב אפי' בהוזקה, ודברי הגר"א ז"ל דע"ג דמה שכתב שלא ברשות חייב אפי' הוזקה דמשמע מדבריו דשם הוזכר לענין זה באמת לא הוזכר שם אלא אנשים דאם א' ברשות

וא' שלא ברשות חייב אפי' הוזק הברשות ובדברי הגר"א ז"ל או שצריך להגיה אפי' הוזק או דכונתו דמשם נלמד דגם לענין בהמות הדין כן דשלא ברשות חייב אפי' בהוזקה אבל באמת אין ראי' משם כלל דשם בודאי מיירי דהברשות הוזק מהשלא ברשות ע"י שנתקל על ידו בשוגג. אבל לא אם הלך עליו בכונה ונתקל על ידי זה ולא מיבעי לדעת הרמ"ה בסי' שע"ח סעיף י' דסובר כן להדיא דאם ראה הבעה"ב את הנכנס דהנכנס פטור אם הוזק בו בעה"ב אלא אפי' לפי מה שביאר שם הגר"א ז"ל דהרמ"ה סובר כפי' רש"י ומוכח מדבריו דלהרמב"ם אפי' ראה הבעה"ב בהנכנס מ"מ הנכנס חייב. מ"מ זהו דוקא באופן שרק ראה אותו מקודם שנכנס לחצירו דלא אמרינן דהיה לו להבעה"ב ליזהר שלא יכשל בו. דבזה אמרינן דכיון דעכ"פ נכנס שלא ברשות חייב על מה שהבעה"ב הוזק בו אבל אם יהי' הנכנס מונח על הארץ והבעה"ב ילך עליו באופן שיש לו מקום לילך בדרך אחר בודאי לא מוכח כלל מכאן דלא אמרינן איבעי לי לסגויי באידך גיסא. וא"כ מנין להוכיח ממימרא דרבא דדף מ"ח דחולק על ר"ל ולא סבר סברת ר"ל גבי שתי בהמות דאמרינן דאיבעי לה לסגויי באידך גיסא.

לכן נראה דהנה בהא דמקשה בגמרא על הא דעמד בעל קורה דחייב מהא דהוזקה מהלכת ברבוצה ומשני משום דאיבעי לה לסגויי באידך גיסא מוכח עכ"פ דרבוצה שהוזקה בה המהלכת אין לה דין בור אלא דין שור אף דלא הזיקה אותה אלא הוזקה בה. דאי הוי בור א"כ פשיטא דפטורה משום איש בור ולא שור בור. ואף דאמרינן בדף מ"ח הכניס שורו לחצר בעל הבית שלא ברשות וכו' ואמר שם דהרביץ גללים ונטנפו כליו של בעה"ב פטור משום דהוי בור ופטור על כלים ופי' שם רש"י דלא פטרינן משום איש בור ולא שור בור כיון דהוי דידי' בשעת נפילה ועליה רמיא לסלוקי, והתו' דחלקו מקודם על רש"י וסוברים דלמסקנא באמת פטור משום איש בור ולא שור בור היינו משום דמפקר לגללים והוי מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס. אבל הכא הפרה הרבוצה היא של הבעלים מ"מ הכא לא אפשר לחיובי לבעלים מדין בור בשביל שהפרה היא שלהם כיון דעלייהו רמי לסלוקי אלא לאחר שידעו שפרה שלהם רבוצה ולא משמע הכי דמנלן בגמ' למידק הא הוזקה ממילא פטור ולמיפרך על עמד בעל קורה דהא ר"ל לא אמר בהדיא דהוזקה פטור דנימא דבכל גווני אמר ובפשוטו דאחת רבוצה ואחת מהלכת לא ראו הבעלים וא"כ אין לחייבם משום דהו"ל לסלוקי ואין לומר דכיון דיודעים שאפשר שהיא תרבוץ ברה"ר חייבים וכמו דחייב בהרביץ גללים אף שלא ידעו הבעלים מהדבר דזה אינו דהתם שפיר מכיון שהכניס שלא ברשות ויודע שתרביץ גללים הוי כמכני' בור ברה"ר וכמו שכתבו התוס' ליישב דעת רש"י דהוי מפקיר נזקיו לאחר נפילת פשיעה שפשע שהכניס

שורו. אבל הכא מה שהכניס פרתו ברה"ר לא עבר בזה על מניח בור ברה"ר וא"כ אח"כ כשרבצה הא בהמתו בעצמה רבצה והוי שור בור. וראי' דלא אשכחן דליחייב על גללי בהמתו ברה"ר משום בור והוא פשוט - ולכן ע"כ הא דבעי בגמרא טעמא לפטורא דהוזקה ממילא משום דאיבעי לה לסגויי באידך גיסא הוא משום דסבר דפרה רבוצה לא הוי בור אלא שור, וסברת הגמרא לכאורה מוכרחת והוא עפ"י מה דהקשו התוס' בדף ל"א. ע"א בסוגיא דראשון חייב בנזקי שני. על לשון ראשון דרש"י והוא פי' ר"ח דללישנא בתרא דרבא גוף הראשון נחשב בור ופטור על כלים דשני, וכתבו בתוס' וז"ל וקשה כיון דפושע הוא אמאי פטור כשגופו הזיק ממון השני ואע"פ שאין מזיק בידים אין לו ליחשב בור דהתנן אם עמד בעל קורה חייב עכ"ל ולכן נוכל שפיר לומר דהכי סבר הגמרא בסוגיא זו דבהמה הרבוצה הוי שור המזיק כמו דמוכיחים בתוס' דראשון הוי אדם המזיק. ושפיר פריך מעמד בעל קורה דזה גופא מוכח מעמד בעל קורה דלא נחשבה הפרה בור אלא שור - אח"כ מצאתי בהגהות חשק שלמה על הש"ס כי' וז"ל הקשה מו"ר הגאון ר' יעקב בריט ז"ל דמאי קושיא הא קיי"ל דכי יכרה איש בור ולא שור בור והכא השור חפר בור דהיינו הרבוצה דזה גרם דהבהמה תהיה נזקת על ידה דנהי דהכא השור עצמו נעשה בור מ"מ מעשה הבור נעשה ע"י השור משא"כ במתני' דהוי אדם המזיק עכ"ל ע"ש שהאריך עוד בדחוקים, ודבריו תמוהים דסתם דבריו ולא ביאר קושייתו כלל דאיך הוא פשוט אצלו דהבהמה הרבוצה היא בור ובעל קורה הוי אדם המזיק מה דלהתוס' פשיט להיפך והוכיחו מעמד בעל קורה לדין ראשון חייב בנזקי שני ואם ראשון הוי אדם א"כ ה"נ הבהמה הרבוצה הוי שור ולא בור. אכן באמת לפיר"ח דסובר דללישנא בתרא דרבא הוי ראשון בור ולא אדם המזיק וכן פסק הרמב"ם בפ' י"ג מה' נז"מ ה"י והרמב"ם אינו סובר כדעת התוס' דגם לפיר"ח למסקנא דמשני כגון שהוזקו כלים בכלים גם ללישנא בתרא דרבא ראשון הוי אדם המזיק ולא בור. ועיין במש"כ הלח"מ דכיון דזה צריך רק לרב אבל לדידן דקיי"ל כשמואל לא צריך להך תירוצא. ומפרשינן הברייתא כפשטה דחייבין על נזקי גופן של נזקין ולא על נזקי ממונן אפי' אם הזיקו בגופן. ע"כ צריכין אנו ליישב קושיית התוס' מאם עמד בעל קורה. ונראה דיש לחלק בין ראשון שנפל ובין עמד בעל קורה. דבעל קורה כיון שהוא מחזיק הקורה ודאי חשיב מעשה ואף דלא עשה מעשה בשבירה מ"מ הוי מזיק דלא גרע ממצמצם דכבש עליו לתוך המים דלא עשה מעשה אלא שאינו מניחו לצאת ומ"מ חשיב מעשה ברוצח וכן באדם המזיק דילפינן מרוצח, אבל זהו דוקא בבעל הקורה דעיקר החזקת הקורה חשיב מעשה ואפשר דגם העמידה חשיב מעשה דכיון דאם לא הי' עומד בכונה הי' נופל א"כ עמידתו חשיב מעשה אבל

ראשון דנפל אף דהנפילה חשיב מעשה כיון דפשע אבל עכשיו דשוכב על הקרקע לא הוי בזה שום מעשה. אח"כ מצאתי בש"מ בתוס' רבינו פרץ ז"ל סברא זו וכתבו זה על לשון ב' דרש"י דגופו דשני הוי בור כיון דלא הוי פושע בנפילתו ורק דהי' לו לעמוד ולא עמד וע"ז הקשו מעמד בעל קורה היכי דעמד לכתף דנמי אינו חייב אלא משום דהי' לו לעמוד או להזהיר ומ"מ נחשב אדם המזיק ותי' משום דהאדם היכי שאם הי' מת לא הי' נעשית מעשה זו חשיב אדם המזיק אבל שני אפי' אם הי' מת הי' מוטל על הארץ, אלא דמ"מ דוקא שני דלא פשע בנפילתו אבל ראשון דפשע בנפילתו כיון דעיקר הנפילה הי' ע"י מעשה חייב אפי' אם עכשיו הי' נעשית מעשה זו אפי' אם הי' מת, וזהו כדברינו אלא דהוסיף לחלק בין ראשון לשני דראשון כיון דנפל ע"י פשיעה והוי מעשה לכן גם עכשיו חשיב מעשה וזהו לשיטת רש"י וגרסתו אבל לגירסת ר"ח ללישנא בתרא דרבא לא נימא כן דגם ראשון אף שפשע בנפילתו כיון דעכ"פ עכשיו אינו עושה שום מעשה אינו אלא בור אבל עמד בעל קורה חשיב מעשה וכמו שכתבנו ופליאה עצומה על תוס' רבינו פרץ דאח"כ כשהביאו פי' ר"ח וגרסתו הביאו קושיית התוס' ונשארו בקושיא ולא הזכירו דבתירוצם שתירצו למעלה דברי רש"י מתורץ ג"כ פי' ר"ח.

ולפי מה שנתבאר נמצא דלגירסת ר"ח תלוי דין זה אם ראשון הוי אדם המזיק בתרי לישנא דרבא דלישנא קמא הוי סבר דראשון הוי אדם המזיק וחייב גם על נזקי ממונו דשני ולישנא בתרא סבר דראשון נמי לא הוי אלא בור, וא"כ סוגיית הגמ' דפריך על הא הוזקה ממילא פטורה מעמד בעל קורה ומשני דבעמד בעל קורה מיירי דפסקה לאורחא כשלדא ורבוצה דפטורה משום דאיבעי לה לסגויי באידך גיסא ע"כ סבר דרבוצה הוי שור וכמו שכתבנו וזהו כלישנא קמא דרבא דראשון הוי אדם המזיק אבל ללישנא בתרא דרבא דראשון הוי בור א"כ ה"נ הרבוצה הוי בור ופשיטא דפטורה דאיש בור ולא שור בור וכמו שכתבנו.

ואי דיקשה אי סבר עכשיו דרבוצה דינה כמו שור ולכן הוי סבר דליחייב א"כ אדרבה הו"ל רגל ברה"ר ובודאי פטורה, ועיין מש"כ בפ"א הל' ה' דלדעת הרמ"ה רביצה בחצר אחרים הוי שינוי ולא קשה, אבל לדעת הרמב"ם כתבנו דאף דאמרינן בזה כל המשנה מ"מ לא הוי שינוי דליהוי קרן ורק דאין לה רשות בכך ומ"מ הוי רגל ע"ש. אכן נראה דסבר דכיון דרבוצה אין לה רשות לרבוץ ברה"ר א"כ אין לגבה כלל פטורא דרה"ר דעיקר פטור הא הוי משום שיש לה רשות לילך כאן וכאן וזהו דוקא אם הולכת בדרך הלוכה אבל לרבוץ אין לה רשות ואף דלכאורה עכ"פ הא אין כאן חיוב דרשות הניזק ואין כאן ובער בשדה אחר, אבל זה אינו דכיון דנימא דהרבוצה אין לה רשות והמהלכת יש

לה רשות א"כ הרה"ר לגבייהו כמו חצר המיוחדת לזה ולזה לפירות ולא לזה ולא לזה לשוורים דתליא בקושיא דר' זירא ופירוקא דאביי בדף י"ד וקיי"ל דחייב על השן והרגל. וה"נ הרה"ר הוי רשות לשניהם בעד מהלכות ולא לשניהם בעד רבוצות וליכא ע"ז דין פטורא דרה"ר.

וא"כ מיושב שפיר דהרמב"ם לשיטתו דפוסק כלישנא בתרא דרבא וכגירסת ר"ח דראשון הוי בור סובר דלהלכה לא צריך כלל לאוקמי הא דעמד בעל קורה חייב דפסקה לאורחא כשלדא דהא ליכא שום הוכחה על סברא דאיבעי לה לסגויי באידך גיסא דטעמא דפטורא הוא משום איש בור ולא שור בור ומשום הכי שפיר דלא הביא להלכה הא דפסקה לאורחא כשלדא דכיון דליכא הוכחה על דין דאיבעי לה לסגויי א"כ בודאי צריך לומר דמתני' כפשטה בכל גווני. וכן מיושב בפשיטות מה דלא הביא כאן דינא דהוזקה מהלכת ברבוצה פטורה. דזה פשיטא דאיש בור ולא שור בור ובגמרא הוכיחו כן משום דסבר הך סוגיא דהוא אדם המזיק וכמ"ש:

פרק ג

הלכה ב

כיצד נכנסה לרשות הניזק ואכלה שומשמין או לוט וכיוצא בהם בשוה דינר משלם דינר ואם אכלתן ברשות הרבים ונהנית רואין אותן כאילו הם שעורים או עמיר ומשלם דמי עמיר או דמי שעורים בזול.

עיין במ"מ שתמה איך עירב רבינו את המחלוקת. וכן תמה על זה הטור, וכ' המ"מ דאפשר שנסתפק לו אי כרבה אי כרבא ולכן כתב שני הדעות להיות יד המזיק על העליונה איזה שיהא פחות ישלם, וכ' עוד המ"מ דהרמב"ם מפרש עמיר אגודת שבלים ולא תבן כפירש"י וכ' הב"י שלא ידע מניין להמ"מ דהרמב"ם מפרש עמיר אגודת שבלים ולא תבן וכ' ע"ז הלח"מ דכיון דהמ"מ מפרש דמש"ה כתב הרמב"ם שני הדעות להיות יד המזיק על העליונה א"כ א"א לומר דעמיר הוא תבן דלעולם הוא פחות מדמי שעורים, ודבריו נכונים [ובאמת המ"מ הוכיח להדיא מדברי הרמב"ם שכתב בפרק א' ה"ב תבן או עמיר וט"ס במ"מ שכתוב "ופירוש אחר" וצ"ל "ובפ"א"] רק שצריך להוסיף על דבריו דמאן דאמר דמי עמיר אינו בזול, וכן כונת הרמב"ם במש"כ דמי עמיר הוא עמיר בשויו או דמי שעורים בזול, ולכן אפשר דעמיר בשויו לפעמים יותר משעורים בזול אבל תבן לעולם הוא פחות אפי' מדמי שעורים בזול, ודלא כהכ"מ דמפרש דבזול קאי גם על דמי עמיר וכן כתב בב"י והדברים תמוהין חדא דמהיכי תיתי יסמוך רבה ארבא בתיבת בזול,

ועוד דלשון הרמב"ם לא משמע כן שאם כן הי' לו לכתוב דמי עמיר או שעורים בזול, ומדכתב או דמי שעורים בזול מוכח שהוא מילתא אחריתא, ועוד דהדבר בעצמו א"א בשום אופן דאיך אפשר דאגודת שבלים יהיה שוה יותר משעורים, דהא אגודת שבלים הוא ע"כ ג"כ של שעורים דשל חטים פטורה, וא"כ איך אפשר דשבלי שעורים יהי' אפי' שוה לשעורים, וע"כ דלא כהכ"מ והב"י אלא דעל דמי עמיר לא קאי תיבת בזול, ולכן אפשר דעמיר דהוא אגודת שבלים יהיה יותר קצת מדמי שעורים בזול לפעמים, אבל תבן הוא לעולם פחות אפילו מדמי שעורים בזול וכנ"ל, אמנם מצאתי ברי"ף הגירסא ג"כ דמי עמיר בזול אך לא אדע אם היא גירסא נכונה דברא"ש שהוא מעתיק ד' הרי"ף לא הוזכר על דמי עמיר תיבת בזול, וגם הכ"מ והב"י לא הביאו גירסת הרי"ף וע"כ שהוא ט"ס ברי"ף -

והנה רש"י פירש עמיר הוא תבן, ופירש"י צריך ביאור דודאי לשון עמיר אין במשמעותו תבן אלא שבלים וכפי' המ"מ, ומה שכ' הב"י דלשון תורה לחוד ולשון חכמים לחוד דבריו אינם מובנים דגם בלשון הגמ' תבן נקרא בלשון תבן ולא בלשון עמיר, ונראה דרש"י הוכרח לפרש כן משום דבפשטא דמילתא המשנה קאי על הפסוק דכתיב ובער בשדה אחר דדרשינן לקמן מפסוק זה ששמין ע"ג שדה אחר דמיירי באכלה מחוברין שהם שבלים וזה מבואר ממתני' דמשלם פחות ממה שהזיקה, וא"כ איך אפשר דמשלם דמי עמיר, וזהו לפי"מ שביארתי דרבה אינו סומך על רבא ודמי עמיר אינם בזול וא"כ יקשה איך אפשר דמה שנהנית הוא דמי עמיר דהא זהו מה שהזיקה לכן פירש"י דעמיר הוא תבן ורק לפי"ז אם אכלה מחוברין יהי' צריך ביאור שיטת רבא דמי שעורים בזול דהא לפעמים זה יותר מדמי עמיר ונראה דכונת רבא הוא בעיקר על אכילת השעורים שבעמיר דהתבן שבעמיר ע"ז לא שייך לפסוק ולא שייך לפחות דפחות מתבן ליכא ולכן כל השו"ט כמה משלם בעד השעורים שבעמיר ורבה סובר דגם בעד השעורים שבעמיר משלם כמו תבן ורבא סבר דבעד השעורים שבעמיר משלם דמי שעורים בזול ובאמת דלזה כ' הרמב"ם דאפי' אכלה שומשמין או לוט משלם דמי עמיר אבל א"כ הו"ל לגמרא לפרש דמשלם דמי עמיר של שעורים ומה קאמר דמי עמיר דא"כ עיקר כונת ההלכה חסרה לגמרי, ולזה הוכרח רש"י לפרש דכונת רבה דאמר דמי עמיר היינו העמיר בלא הדגן שבו והיינו דאינו צריך לפרש שאכלה שומשמין, אלא דבפשוטו אכלה תבואה בשדה וקמ"ל דאינו משלם אלא דמי העמיר בלא הדגן ומוכרח כאן לפרש כן כנ"ל:

הלכה ג

אכלה אוכלים הרעים לה כגון שאכלה חטים הואיל ולא נהנית פטור אכלה אוכלין שאין דרכה לאכלן כגון שאכלה כסות או כלים בין ברשות הניזק בין ברשות הרבים משלם חצי נזק שזה שינוי הוא ודרך בני אדם להניח כליהם וכסותן ברשות הרבים עד שינוחו מעט.

דברי הרמב"ם הוא מד' הגמ' כסות עבידי אינשי דמנחי גלימא ומתפחי, וכן הביא זה הרי"ף, אכן הרמ"ה הובא בנמוק"י וכן הרא"ש הקשו על הרי"ף, דלמה צריך להביא הך טעמא דלא הוי דין משנה, ומוכח דאי הוה בזה דין משנה הוי אמרינן כל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור, דהא פסק הרי"ף לעיל כרבא דמהלכת ברבוצה נמי חייב דנהי דאית לך רשותא לסגויי עלי לבעוטי בי לית לך רשותא וכן פסק הרמב"ם לעיל בפ"ב ה"כ א"כ היכי יש לה רשות לאכול הכסות או כלים, וכ' ע"ז הרא"ש דיש חילוק בין בעלי חיים לדבר אחר דכלים עשויים לידרס ברגלי אדם וברגלי בהמה הילכך אי הוה משנה פטורה וכ' הפלפלא חריפתא בפי' דברי הרא"ש דהיינו עשויים לידרס ע"י בעיטה וה"ה ע"י נשיכה דתרוייהו תולדה דקרן נינהו, ודבריו תמוהין דמהיכי תיתי יהיו עשויים לינשך דודאי לאו אורחה, וכבר כתב הנחלת דוד שדברי הרא"ש אינם מובנים.

והנראה בישוב דברי הרי"ף והרמב"ם דהנה בתוס' ריש המניח כתבו דדינא דכל המשנה אינו אלא לגבי בהמה ולא לגבי אדם, אכן בדף ל"ב ע"א דהוי בעי בגמ' לאתויי ראי' נר"ל דבעטה מהלכת ברבוצה פטורה ממתני' דהי' בעל חבית ראשון ובעל קורה אחרון כ' שם בתוס' וז"ל תימא מאי ס"ד השתא וכי סובר הוא שאם שבר במתכוין שהוא פטור כמו בעטה מהלכת ברבוצה הא פשיטא לן בריש פירקין דשובר חייב דבאדם לא שייך כל המשנה וצ"ל דס"ד דכי היכי דמתני' פטרינן לבעל הקורה לפי שבעל חבית גורם לו בעמידתו (פי' שישבור) שאין לו לבעל קורה ליזהר שמא יעמוד בעל חבית ה"נ פרה רבוצה גרמה לה למהלכת שתבעוט בה ואין לבעל הפרה ליזהר שמא תמצא פרה רבוצה ברה"ר ותבעוט בה פרתו ומשני דבשביל שרבצה לא גרמה לה בכך שתבעוט בה דנהי דאית לך רשות לסגויי עלי לבעוטי בי לית לך רשות עכ"ל ולכאורה הי' משמע דלתי' התוס' הוי ס"ד לדמות דין פרה רבוצה לדין עמד בעל קורה בלא דין דכל המשנה דלא שייך גבי אדם, אכן בדף כ"ד משמע דטעמא דפטורה לר"ל בעטה מהלכת ברבוצה הוא משום כל המשנה, ולכן נראה דלתירוץ התוס' ג"כ הוא בשביל כל המשנה אלא דחידשו דשייך גבי אדם נמי דין כל המשנה היכא שהזיק שלא במתכוין דדוקא אם הזיק במתכוין לא מיפטר משום כל המשנה.

וראיתי לתלמיד הר"פ ז"ל בש"מ שכתב וז"ל וי"ל דלא גרע היזיקא ממילא דאדם להזיקא דבידים דפרה ולהכי מדמי להו אהדדי דטעמא דפרה הוי משום דרבוצה גורם למהלכת שבעטה בה לפי דאורחא כשפרה רואה את חברתה רובצת בועטת בה וה"נ במתני' כשעומד בעל חבית גורם לבעל הקורה לשבר ולהכי מדמי להו אהדדי ומשני דמ"מ לא דמו דגבי פרה נהי דאית לך וכו' כלומר בשביל שרבצה לא היא גרמה לך שתבעט בה דנהי דאית לך רשותא לסגויי עלאי וכו' עכ"ל ולכאורה דבריו הם דברי התוס' אך כשנעיין יש חילוק מדברי התוס' לדברי תלמיד הר"פ ז"ל דהתוס' אתו עלה משום לתא דבעלים של המבעטת ובאו לומר דאף דהמבעטת ביעטה במתכוין מ"מ שייך לפטור משום כל המשנה לבעלים שלה בשביל שהרבוצה גרמה שתבעוט ולכן אין לחייב הבעלים דהבעלים אינם חייבים אלא על חסרון שמירה ועמש"כ בריש פ"א ולכן יכולים לפטור א"ע משום כל המשנה אכן תלמיד הר"פ ז"ל לא הזכיר את הבעלים אלא סובר דסד"א דכיון דדרך בהמה הוא כן שכשרואה שבהמה רבוצה בועטת בה יש לפטור את המבעטת מצד עיקר דינא דלא הוי כמו אדם במתכוין דאדם כיון שהוא בר דעת לא שייך במתכוין שלו לפטור משום כל המשנה דעכ"פ אינו דין שיזיקו במתכוין אבל בהמה כיון דהיא לאו בת דעת יש לפטרה אפי' אם הזיקה במתכוין אם הרבוצה גרמה לזה דמתכוין שלה כמו אין מתכוין דאדם - אכן בתירוץ הגמ' צריך ביאור לדברי התוס' דלדברי תלמיד הר"פ ז"ל הביאור בפשיטו' דמשני דאפי' לגבי בהמה אינו פטור משום כל המשנה דעכ"פ אין לה רשות לבעוט בה אבל לדברי התוס' דקושיית הגמרא לא הוי מצד הבהמה המבעטת אלא מצד הבעלים שלה דכיון דהרבוצה גרמה שתבעוט בה אין הבעלים מחוייבים א"כ מה תירצו בגמ' נהי דאית לך רשותא לסגויי עלי לבעוטי בי לית לך רשותא הא אנן לאו משום לתא דבהמה המבעטת שביעטה במתכוין אנו באין לפטור אלא משום לתא דבעלים ומה מהני דלית לה רשותא עכ"פ הבעלים טוענים דכיון דהרבוצה גרמה שתבעוט בה אין בדין שיתחייבו וצריך לומר דבתירוצא דגמרא מדחה כל סברת ההו"א דהוי סבר דהרביצה הוא גרם לבעיטה והיינו דאין טעם לפטור גם לגבי הבעלים דאין זה גרמא כלל לגבי בעיטה ורביצתה גורם רק לסגויי אבל לא לבעוטי, וכן הוא לשון התוס' שכתבו וז"ל ומשני דבשביל שרבצה לא גרמה לה בכך שתבעוט בה דנהי דאית לך רשותא וכו' וכן הוא בלשון תלמיד הר"פ בש"מ. ולפי"ז מבואר דגבי כסות וכלים אם היינו אומרים דהוא שינוי מה שהניחו הבעלים כסות וכלים ברה"ר א"כ איברא דלגבי הבהמה האוכלת אין זה גרם כלל ובודאי אמרינן נהי דאית לך רשותא לסגויי אבל לאכלם לית לך רשותא אבל כ"ז הוא לגבי הבהמה האוכלת אבל אם נבוא

לדון מצד בעל הבהמה שפיר יכול לומר בזה כל המשנה על בעל הכסות וכלים דהא ודאי זה הי' הגרם לגבי בעל הבהמה האוכלת דאילולי שהניחם בעל הכסות וכלים לא היתה אוכלת אותם ולכן שפיר הוצרכו הרי"ף והרמב"ם להביא טעמא דכסות עבידי אינשי דמנחי גלימא ומתפחי דהוא צריך גם לפי המסקנא וכנ"ל -

אכן אף דמפשטות לשון התוס' משמע דבתירוצא דגמ' נתבטלה כל סברת ההו"א אבל מפשטות הסוגיא לא משמע כן דלא הוזכר בגמרא אלא לבעוטי בי לית לך רשותא אבל מה דסבר הגמ' דעכ"פ הרביצה היתה סבה לבעיטת המבעטת וכמפורש בדברי תלמיד הר"פ שהבאנו למעלה שכתב וז"ל לפי דאורחא כשפרה רואה את חברתה רובצת בועטת בה עכ"ל לא משמע דבתירוצא לא סבר כלל סברא זו דלפי"ז הו"ל לתלמיד הר"פ לכתוב דס"ד דגמ' דאורחא וכו' ומדכתב לפי דאורחא וכו' משמע דכן הוא באמת ותירוץ הגמ' במה דאמר לבעוטי בי לית לך רשותא וכתבו התוס' ותלמיד הר"פ ז"ל דבשביל שרבצה לא גרמה לך שתבעוט בה היינו דאף דאמת הוא דרביצתה הי' סבה שתבעוט בה המבעטת לפי דאורחא הכי אבל זהו לגבי בהמה רעה ומזקת שכשרואה חברתה רבוצה בועטת בה אבל מ"מ בעיקר מילתא לא גרמה לה שתבעוט בה שרביצתה גרמה רק לסגויי ולא לבעוטי וא"כ לפי"ז לכאורה ישאר קושייתנו דמה מהני זה לענין פטורא דבעלים הא עכ"פ מכיון שרביצתה הי' סבה להבעיטה אינם מחוייבים הבעלים על שלא שמרו בהמתם דכל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור, וצריך לומר לפי"ז דבגמ' סבר בשנויא דמשני לבעוטי בי לית לך רשותא דזהו עיקר התירוץ דאף דלגבי בהמה רעה ומזקת הי' הרביצה סבה להבעיטה מ"מ אין זה פטור אפי' לגבי הבעלים דכיון דעכ"פ לבעוטי בי לית לך רשותא. וא"כ מה שבעטה בה בשביל סבת רביצתה זהו רק בשביל שהיא בהמה מזקת, ולכן על הבעלים לשמור מזיק שלהם אף שהרבוצה שינתה כיון שרביצתה בעיקר מילתא לא גרם לבעיטה אילולי שהבהמה היתה מעצמה רעה ומזקת לכן אין זה פטור אפי' לגבי הבעלים, והבעלים מחוייבים לשמור בהמה המזקת שלהם כיון ששינוי הרביצה לא הי' באמת גרם שתצטרך לבעוט בה - ולפי"ז יהא נסתר תרוצנו על הרי"ף והרמב"ם דהא אף ששינוי הנחת כסות וכלים היו סבת אכילת הבהמה אבל עכ"פ לא הי' גרם לזה והוי כמו לבעוטי לית לך רשותא ונראה דאפי' לפי"ז אפשר ליישב דיש נ"מ בין כל המשנה של הבהמה הרבוצה לכל המשנה של האדם המניח הכסות וכלים לגבי בעלים של בהמה המזקת, דשינוי בהמה הרבוצה כיון שלא גרמה באמת בעיטתה אינה פוטרת הבעלים דהרבוצה אינה בת דעת לטעון עליה ולכן לא שייך כל המשנה לגבי דידה אלא אם היתה באמת גורמת ברביצתה שתצטרך המהלכת לבעוט

בה, אבל שינויו של האדם המניח כסות וכלים בזה סגי גם אם בהנחתו לא גרם שתאכלם הבהמה אלא דעכ"פ הי' סבה בהנחתו בזה שפיר יכולים הבעלים של הבהמה האוכלם ליפטר משום כל המשנה דלמה נצטרך לשמור בהמתנו בשביל שעשית שלא כהוגן ולכן שייך בזה כל המשנה ובא אחר ושינה בו דבשביל שינויו של המניח לא יתחייבו הבעלים של האוכלת לשמור בהמתם.

ויש לברר יסוד נאמן לחילוק זה לחלק בין כל המשנה דבהמה ובין כל המשנה דאדם דהנה במתני' בדף ל"ג דשני שוורים תמין שחבלו זה בזה כתב הרא"ש דמיירי שהתחילו בבת אחת. או חבל השני בראשון לאחר זמן אבל אם האחד התחיל והשני חבל בו באותה שעה השני פטור דכל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור. וכן שני אנשים שחבלו זה בזה מיירי נמי שהתחילו כאחת או אחר זמן אבל אם התחיל האחד השני פטור ואע"ג דלא שייך באדם כל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור דהא אמרינן מאה פנדי בפנדא למחיי' והאריך הרא"ש דגבי אדם יש נ"מ דאם הי' יכול להציל עצמו בחבלה מועטת וחבל בו הרבה חייב אבל בשוורים אין נ"מ דהא פטור משום כל המשנה אכן הרמב"ם בפ"ט מה' נז"מ הל' י"ד כתב שני שוורים תמים שחבלו זה בזה משלמים במותר חצי נזק וכו' כיצד שור תם שהפסיד בשור תם אחר שוה מנה וחזר זה האחרון והפסיד בראשון שוה ארבעים הרי בעל הראשון משלם לבעל האחרון שלשים עכ"ל וחזינן להדיא דהרמב"ם אינו סובר כהרא"ש דאם הי' הרמב"ם סותם וכותב המשנה כצורתה לא הי' אפשר להוכיח מסתימתו אבל מכיון דהרמב"ם פירש דבריו וכתב וחזר זה האחרון והיינו לומר דלא שחבלו זה בזה בבת אחת משום דאם כן הי' צריך דווקא שהתחילו שניהם כאחד דאם לא כן גם בלאו טעמא דכל המשנה ובא אחר ושינה בו השני צריך להיות פטור דהא הי' לו רשות להציל עצמו דלא גרע משני אנשים ומאה פנדי בפנדא למחיי' ולכן ע"כ מלבד כל המשנה צריך להעמיד דווקא כדברי הרא"ש שהתחילו שניהם כאחד ובאמת זו הוי אוקימתא דחוקה דאיך אפשר לצמצם כל כך, ועוד דבאמת מסתפקנא בעיקר הך אוקימתא דאפי' התחילו שניהם כאחד והיינו ששני השוורים נפלו זה על זה כאחת וחבלו, מ"מ הא על תחלת הנפילה קודם שחבלו הא אי אפשר לחייבם וא"כ מה בכך שכל א' התחיל בעצמו ליפול על חברו ולחבלו אבל כיון שגם השני נפל עליו לחבלו א"כ כבר הראשון רשאי עפ"י דין ליפול עליו משום להציל עצמו ומשום מאה פנדי בפנדא למחיי' דהא אינם יכולים להציל בדבר אחר ואיברא דבשני אנשים כה"ג אפשר דחייב באותו רגע לעכב את עצמו ולומר להשני שגם הוא יעכב את עצמו והוא דווקא אם יש פנאי לזה, עכ"פ בשוורים בודאי לא שייך זה וא"כ מה מהני שהתחילו שניהם כאחד

עכ"פ בשעה שחובלים זה בזה הלא כל אחד יש לו רשות לחבול כדי שהשני לא יחבול בו, וא"כ שפיר ע"כ הוצרך הרמב"ם לפרש מתני' דאין זה כשחבלו שניהם כאחד אלא כשחבל הראשון וחזר השני וחבלו, וכיון שהרמב"ם כבר בא לפרש הי' לו לפרש שחזר השני אחר זמן וחבל בראשון כמו שכתב הרא"ש וכיון שלא כתב אחר זמן מוכח להדיא דלא ס"ל כשיטת הרא"ש -

והנה המחבר בסי' ת"ב העתיק משנתנו כפשטה והשיג עליו הרמ"א שלא הזכיר חילוק הרא"ש וכתב שם הבאר הגולה דהמחבר חולק על הרא"ש בסברת כל המשנה והוא כמו שכתבתי אך לא הזכיר הבאה"ג דברי הרמב"ם ולקמן במקומו נבאר יותר, ובטעמא דאינו סובר הרמב"ם לפטור בשני שוורים משום כל המשנה צריך לומר כמו שכתבתי דכיון דחבלת הראשון אינו גורם לחבלת השני דהוא רק סבה לזה ולא גורם גמור דאטו בשביל שחבל בו צריך הוא לחזור ולחבול ורק בשביל שגם השני הוא שור מזיק לכן כשחבל בו הראשון חוזר הוא וחובל בו לכך לא מיפטר משום כל המשנה וכמו דאמרינן הכא נהי דאית לך רשות לסגויי עלי לבעוטי בי לית לך רשותא והיינו דאף דאורחה הוא כן שכשרואה חברתה רבוצה בועטת בה מ"מ כיון דאין זה גורם בעצם לא מיפטר משום כל המשנה ואופן כל המשנה משכחת לה בשוורים שחבלו אם חבלו זה בזה כאחת דאז ודאי אפי' אם א' חבל בחבירו הרבה יותר מכפי שצריך להציל עצמו אף דבאדם כה"ג חייב מ"מ בשוורים נראה דגם הרמב"ם יסבור כהרא"ש דפטור משום כל המשנה דכיון דעכ"פ צריך הוא לחבול בו כדי להציל עצמו לא מיחייב בשביל זה שחבלו יותר דלא שייך לחייב שור בשביל שלא דקדק כמה יחבול בו וזהו בודאי מגדר כל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור דאף דאם הבעלים היו רואים היו מחויבים אם היו יכולים לעכבו שלא יחבול בו אבל לחייב אותם בתשלומין אין אנו מחייבים משום כל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור, וזהו דלא כדברי הבאר הגולה שהבאתי, אבל כל זה הוא בשחבלו כאחת אבל אם חזר וחבלו שאין זה גורם בעצם ושור שאינו מזיק אינו חוזר וחובל לכן אמרינן גם בזה לבעוטי לית לך רשותא -

ועכשיו שבארנו דעת הרמב"ם בשוורים שחבלו זה בזה דאם חזר וחבלו אף דהוא ודאי סבה גמורה מ"מ לא פטרינן משום כל המשנה. א"כ יקשה לן אמאי אמרינן דשיסהו בעצמו פטור משום כל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור כיון דס"ל דהמשסה כלבו של חבירו בחבירו בעל כלב חייב דאף דאחר שיסהו מ"מ אמרינן לבעל כלב כיון דידעת בכלבך דמשסו ליה ומשתסי לא איבעי לך לאשהוויי וא"כ מאי מהני הא דשיסהו הוא בעצמו הא עכ"פ השיסוי לא גרם לו באמת שיצטרך לנשכו ורק בשביל שהוא כלב רע

ומזיק לכן הועיל לו השיסוי. וא"כ הא הוכחנו דהבעלים אינם פטורים משום כל המשנה היכי דלא הי' זה גרם באמת, ואין לומר דהכא מיירי דשיסהו על עצמו ובעצמו הביאו עליו וכמו שכתבו התוס' בדף מ"ז ע"ב גבי הו"ל שלא תאכל דכיון שבמתכוין הביא עליו דבר שמזיקו אינו ראוי זה להתחייב בכך דזה אינו דהא הגמ' פוטר משום כל המשנה ובא אחר ושינה בו וכן הוא ברמב"ם ובאמת שיסהו הוא בעצמו אינו דוקא ששיסהו על עצמו אלא ששיסהו סתם ונשך אותו בעצמו, אבל עכ"פ הפטור הוא משום כל המשנה והגמ' מדמה לה להדיא למהלכת ורבוצה - וע"כ הוא כמו שכתבנו דכל זה שכתבנו דלא מיפטר מטעם כל המשנה היכי שאינו גרם בעצם. הוא דוקא היכי שהמשנה הוא בהמה ולכן אינו פוטר עצמו בעל המזיק בזה דהא מחויב לשמור מזיק שלו כיון דאם לא הי' מזיק רע ומזיק בטבעו לא הי' מועיל סבה שיזיקו. אבל אם המשנה הוא הבעל הניזק בעצמו שפיר פוטר עצמו בעל המזיק דלא הייתי מחויב לשמור מזיק שלי בשביל שאתה שנית בעצמך ובשביל סבת השינוי שלך הזיק מזיק שלי דלא הי' לך לשנות.

ועכשיו מיושב שפיר דהוצרכו הרי"ף והרמב"ם להביא סברת הגמרא דכסות עבידי אינשי דמנחי גלימא ומתפחי משום דבלא סברא זו היינו שפיר פוטרין בעל הבהמה משום כל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור דאף דבודאי לאכול הכסות וכלים לית לה רשותא אבל זהו רק אם המשנה היא בהמה אבל הכא שהמשנה הוא בעל הכסות וכלים בעצמו שפיר הוי פטרינן משום כל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור:

הלכה ד

בהמה שהיתה עומדת ברה"נ ותלשה פירות מרה"ר ואכלתן ברה"נ הרי הדבר ספק לפיכך אינה משלמת אלא מה שנהנית, ואם תפס הניזק כמה שהזיקה אין מוציאין מידו שהרי ברשותו אכלה.

בהשגת הראב"ד: א"א נראה דהכי גריס לה למילתא מתגלגל מהו היכי דמי דקיימא ברה"י וקא מתגלגל ואתי מרה"ר לרשות היחיד והיא מיושרת מן הגירסא שלנו.

כ' המ"מ וז"ל דעת רבינו ז"ל דהיכי דלקיחת הדבר ברשות אחת ואכילתו ברשות אחרת הולכין אחר רשות שהאכילה שם כ"ז שהוא להקל על המזיק וזו היא הבבא השניה ויצא לו מהסוגיא שעל משנת כלב שנטל את החררה וכשאמרו למעלה פ"ב ועל החררה משלם נזק שלם דוקא כשאכלה בגדיש של בעל החררה וכמו שנתבאר כאן וכל זמן שרשות האכילה הוא להחמיר על המזיק סובר רבינו שהוא בעיא דלא איפשטא וגורס כך בעי ר"ז וכו' כמו בהשגת הראב"ד עכ"ל והלח"מ כ' כד' המ"מ רק שכתב דגירסת הרמב"ם כגון דקיימא עמיר ברה"ר וקא מתגלגל ואתי מרה"ר לרה"י ולא ראה הלח"מ

דברי ר"ח בגמ' דמפורש להדיא כגירס' הראב"ד והמ"מ דלא גרסינן דקיימא עמיר אלא דקיימא ברה"י וקאי על הבהמה אח"כ ראיתי דהגר"א בביאורו לחו"מ סי' שצ"א כ' ג"כ דהרמב"ם לא גרס עמיר והוא ברור:

ב) אכן גם דברי המ"מ אינם ברורים לי. דכתב שהרמב"ם מחלק בין היכי שהלקיחה היתה ברה"ר ואכילה ברה"נ דאז הוי ספק, ובין היכי שהלקיחה ברה"נ ואכילה ברה"י דודאי פטור ומשמע מדבריו דאין חילוק ואפי' היתה הבהמה ברה"ר ולקחה פירות והלכה ואכלה ברה"נ הוי ספק. ובאמת מלשון הרמב"ם וגירסתו בגמ' דהוא גירסת ר"ח ז"ל מוכח להדיא דכל האיבעיא הוא דוקא היכי שהבהמה עמדה ברה"נ ולקחה פירות מרה"ר אבל אם עמדה ברה"ר ולקחה פירות ודאי פטורה, אולם בטעמו של דבר אכתי צריך ביאור.

והנה הגר"א ז"ל בביאורו כתב וז"ל וס"ל כתוס' דשניהם ברה"נ בעינן [פי' לקיחה ואכילה] אלא כיון דקיי"ל פי פרה כרה"נ דמי ר"ל אם עומדת ברה"נ ה"נ כאן דעומדת ברה"נ שדינן פיה בתר גופה או לא עכ"ל ודבריו לכאורה אינם מובנים דאם נימא דטעמא דהאיבעיא הוא אי שדינן פיה בתר גופה א"כ אפי' אכלתן ברה"ר והיא עומדת ברה"נ ליהוי ספק, ואי דנימא דהיכי דהפירות היו מונחים ברה"ר במקום דפטורה מלשלם לא מהני הא דפיה בתר גופה גריר א"כ אמאי ליהני הך סברא לענין לקיחה.

ונראה בביאור הדבר משום דכתיב ושילח את בעירה וביער בשדה אחר. ובעינן שני דברים א', דהבהמה תלך לשדה אחר דזהו דין ושילח, ב', דביעור הפירות יהיה בשדה אחר, ולכן סבר הגמ' דאפשר אף שהפירות היו מונחים ברה"ר והיא לקחה אותם כשעמדה ברה"נ והביאתם לרה"נ ואכלתם חייבת דלגבי תחלת הלקיחה סגי לן במה שהבהמה עמדה ברה"נ במקום שאין לה רשות; ונאמר דגבי לקיחה לא הי' צריך שדה אחר דלא כתיב שדה אחר אלא על וביער והא דאמרינן לדעת הרמב"ם דאם לקחה פירות ברה"ר והלכה ואכלה ברה"נ פטורה היינו משום דכתיב ושילח וכיון דלקחה ברה"ר מקום שיש לה רשות לילך אין זה בכלל ושילח. ואף דאח"כ הלכה ואכלה ברה"נ ואיכא ושילח מסתבר דעל עיקר הלקיחה שזהו התחלת ההיזק צריך לדין ושילח ולכן אם עומדת ברה"נ בשעת הלקיחה דאיכא ושילח לא איכפת לן אף דעיקר הלקיחה הי' מרה"ר משום דלא כתיב שדה אחר אלא על וביער. ולגבי דין ביעור דמפורש בקרא שהביעור יהיה בשדה אחר בזה לא סגי בעמידת הבהמה ברה"נ ואינה מתחייבת אלא כשהביאה הפירות לרה"נ ואכלתם. ורק דלדעת הגר"א ז"ל אנו צריכים לומר דזה פשוט לגמ' כהך סברא שכתבנו דהי' סגי בזה לחייב הבהמה כדין רה"נ כיון דבעת הלקיחה

עמדה ברה"נ וגם הביעור הי' ברה"נ ורק מקום הספק הוא אי שדינן פיה בתר גופה, והיינו דכיון דעכ"פ בעינן שיהיה דין ושילח דבעת הלקיחה תעמוד הבהמה ברה"נ, וא"כ אם לא שדינן פיה בתר גופה לא עמדה כלל ברה"נ דהא פיה היה ברה"ר. אכן לולא דברי הגר"א ז"ל הי' יותר נכון לומר דזהו עיקר הספק אי סגי לדין לקיחה בזה שבעת הלקיחה עמדה הבהמה ברה"נ אף שהפירות היו מונחים ברה"ר או דגם בדין לקיחה בעינן שהפירות יהיו מונחים במקום חיוב דהיינו ברה"נ, ולפי"ז היה צריך לומר דבדין אם נחשבת הבהמה עומדת ברה"נ ודאי שדינן פיה בתר גופה. וכיון דגופה ברה"נ אף שהוציאה פיה לרה"ר נחשבת לגמרי עומדת ברה"נ ורק דהספק הוא אי סגי בזה לחייב. כיון דעכ"פ הפירות היו בשעת לקיחה ברה"ר. ואנן לקיחה ואכילה ברה"נ בעינן וכמש"כ הגר"א ז"ל:

-השמטות ומלואים-

לעיל בד"ה והנה, הבאתי ד' הגר"א שכ' לבאר דברי הרמב"ם דסבר כתוס' דשניהם ברה"נ בעינן היינו לקיחה ואכילה אלא דכיון דקיי"ל פי פרה כרה"נ דמי ר"ל אם עומדת ברה"נ שדינן פיה בתר גופה או לא עכ"ל וכתבתי להקשות דאם נימא דטעמא דהאיבעיא הוא אי שדינן פיה בתר גופה א"כ אפי' אכלתן ברה"ר והיא עומדת ברה"נ ליהוי ספק ואי דנימא דהיכי דהפירות היו מונחים ברה"ר במקום דפטורה מלשלם לא מהני הא דפיה בתר גופה גריר א"כ אמאי ליהני הך סברא לענין לקיחה.

והעירני הגריח"ס שי' דלפ"מ דמוכח מדברי התוס' גבי הושיט חש"ו דלא בני תשלומין נינהו וכגון שהבהמה לא היתה יכולה ליקח אם לא שהושיט לה ואי כחצר הניזק דמי חייב בעל הפרה וקשה הא בעינן לקיחה ואכילה, והכא ליכא לקיחה דהא הושיט לה, וע"כ דאי כחה"נ נעשה עכשיו לקיחה חדשה אף שהושיט לה בפיה וא"כ י"ל דה"נ בלקחה פירות מרה"ר אם היה כחה"נ כשעומדת בחצר הניזק אפשר שתהיה אח"כ לקיחה חדשה, וזה דוקא אי שדינן פיה בתר גופה דאז פיה כחה"נ ומ"מ לענין אכילה ברה"ר לא מהני.

אכן באמת נראה דיש להסביר באופן אחר דאין צריך לדין לקיחה החדשה דבאור ד' התוס' הוא דאי כחה"נ דמי אז אכילה לחוד הוי לקיחה דאין לה רשות לאכול, אבל אי כחצר המזיק דמי לא הוי לא לקיחה ולא אכילה וכמש"כ, ואי דנימא דלחייב משום שדינן כשאכלה ברה"ר אי אפשר דעכ"פ הפירות היו ברה"ר וליכא ובער בשדה אחר אבל אם לקחה ואמרינן שדינן לפיה כחה"נ א"כ שפיר יש לחייב על אכילתה דאכילה לחוד הוי כמו לקיחה ואכילה. והנה באות ו' הבאתי דברי המחבר [שהביא מדברי הרמ"ה] דאם

לקחה ברה"ר והלכה ואכלה ברה"נ יש מחייבין לשלם נזק שלם וכתב הבאה"ג וכ"כ הגר"א ז"ל דהרמ"ה חולק על הרמב"ם ולא בעינן אלא אכילה בחה"נ ולפמש"כ בשם הגריח"ס דאפשר שתהיה לקיחה חדשה אי פי פרה כחה"נ, א"כ יש לומר דהרמ"ה הולך בשיטת הראב"ד והרשב"א דגם בשלא עמד בחה"נ ג"כ אמרינן כחה"נ, אבל הגר"א הא כתב אם עומדת בחה"נ וכן יסבור הרמב"ם דדוקא אם עמדה בחה"נ אמרינן כחה"נ. [ע"כ]

ג) **ויסוד** נאמן למה שכתבנו דלבד דינא דוביער בשדה אחר צריך דינא דושילח הוא מה שכתב הרשב"א בסוגיא דנפלה לגינה ונהנית משלמת מה שנהנית. דרב כהנא אמר דמערוגה לערוגה משלמת מה שהזיקה, ור' יוחנן אמר אפי' מערוגה לערוגה. וכתב הרשב"א וז"ל הא דאמר ר' יוחנן אפי' מערוגה לערוגה אפי' כשרואה הבעלים שנפלה וכי רועה היא ותדע מדאמר רב כהנא מערוגה לערוגה חייב דע"כ ההיא שהבעלים יודעים דאי לא אמאי חייב והא אנוס הוא. אלא ודאי כשידע הוא ואפ"ה לר' יוחנן פטור עד שתצא דמן שמיא הוא דקנסוהו וכן פי' הראב"ד עכ"ל והדבר צריך ביאור. דאף דאם אכלה ברה"ר ודאי פטורה אפי' ראו הבעלים שבהמתן אוכלת, התם שאני דמיעטה התורה וביער בשדה אחר. אבל הכא דאוכלת בשדה אחר ממש וכל פטורא דבעלים הוא מדין אונס וא"כ כשרואים שנפלה ואוכלת בגינה מאיזה טעם הם פטורים. ולכן ע"כ מוכח מכאן כמו שכתבנו דמלבד דין וביער איכא דין ושילח וכדאמר בריש הכונס בטעמא דשן ורגל סגי בשמירה פחותה משום דכתיב וביער וכתיב ושילח עד דעביד כעין וביער וכעין ושילח. ולכן אינו חייב בשן ורגל אלא היכי דאפשר לחייב הבעלים אם פשעו בזה שהלכה בהמתן לרה"נ להזיק או אפי' בהזיקה מרה"ר לרה"נ כמו שנבאר להלן אבל כשהיתה ברה"ר ונפלה לגינה אף דוביער איכא אבל ושילח ליכא כיון דנפלה באונס. ולכן אף שרואים אח"כ הבעלים שנפלה ואוכלת מ"מ פטורים דליכא כאן ושילח וכנ"ל:

ד) **אלא** דאכתי צריך ביאור דאמאי אמרינן דעכ"פ צריך שתעמוד הבהמה בחה"נ דהא גבי קופצת חייבת אף דעמדה הבהמה ברה"ר ומה מהני דלגבי הפירות יש לזה דין חה"נ ועוד דהא קיי"ל התיזה ברה"ר והזיקה ברה"י חייבת, אף שהבהמה עומדת ברה"ר. והרא"ש כתב שם לתרץ דאמאי לא אזלינן בתר מעיקרא משום דגלי קרא ברגל וביער בשדה אחר והביעור היה בחה"נ אלמא דלא איכפת לן בדין ושילח אכן הדבר מבואר בפשיטות דמה דכתבנו דברה"ר לא נתקיים דין ושילח זהו דוקא כשהיא ברה"ר ועושה דברים שאורחה בהכרח כמו רגל בדרך הלוכה ושן ברה"ר: אבל קופצת כיון דלאו אורחה בהכרח מחוייבים הבעלים לשמרה גם כשהיא ברה"ר כמו דהבעלים מחוייבים לשמרה כשהיא ברה"ר שלא תלך משם לרה"נ, וכן כשאוכלת מתוך החנות כיון דזה לאו אורחה

בהכרח חייבת גם ברה"ר, וממילא זה הוי גם בכלל ושילח כיון ששולח בהמתו להזיק במקום שאינה עושה זה בדרך הלוכה ממש, וזהו דין התיזה ברה"ר והזיקה ברה"י משום דצרורות לאו אורחה בהכרח כמו שכתבנו בפ"א, ומ"מ אפי' בצרורות אם התיזה והזיקה ברה"ר עצמו פטור משום דאמרה תורה וביער בשדה אחר, וכאן הכלים שהזיקה בהם אינם מונחים בשדה אחר, ולכן אף שהזיקה בדבר שאין אורחה בהכרח פטורה.

וראיה ברורה לדברינו דהא בפשוטו משמע דדוקא התיזה ברה"ר והזיקה ברה"י חייבת, אבל התיזה ברשות הבעלים והזיקה ברשות הניזק פטורה אף דאדם כה"ג חייב, ולכאורה לפי מש"כ הרא"ש דמוביער בשדה אחר ידעינן דעיקר הוא מקום הביעור, וא"כ ליחייב אפי' כשהתיזה ברשות הבעלים והזיקה לרה"נ, אבל לפי מש"כ מיושב דבהתיזה ברה"ר איכא דין ושילח אבל בהתיזה מרשות הבעלים ליכא דין ושילח:

ה) **ואין** להקשות דא"כ למה צריך להסבר הרא"ש לומר דמקום שיכולה לאכול בלא קפיצה לא הוי שדה אחר משום דאין להניזק רשות להניח שם פירותיו נימא דאיברא דהוי שדה אחר וטעמא דפטורה הבהמה באכילתה הוא משום דלא הוי בזה דין ושילח. והיה אפשר לומר דטעם זה צריך היכי שהיתה יכולה בלא קפיצה וקפצה ואכלה דפטורה לטעם הרא"ש, אלא דבאמת לא קשה דמנלן לומר גדר זה דמה דהוי אורחה בהכרח לא הוי ושילח, אימא דושילח הוי בכל גווני ונימא דבאמת התורה חייבה לבעלים אפי' כשבהמתם ברה"ר אם רק אוכלת בשדה אחר ואפילו אוכלת בדרך הלוכה ממש וכן אוכלת מעל גבי חברתה בלא קופצת, ולכן ע"כ אנו צריכים לדברי הרא"ש לומר דכשהבהמה ברה"ר ואוכלת בדרך הלוכה ממש דזהו אורחה בהכרח אז הפירות אף שמונחים בחצר הניזק כמו ע"ג חברתה או בפתח החנות אינם נחשבים שמונחים בשדה אחר דאין רשות להבעלים להניח פירותיו במקום שהבהמה אוכלת כדרכה ממש, והשתא דממעטינן זה מתורת שדה אחר ממילא שפיר אמרינן דנמי לא הוי בכלל ושילח. דעל חיוב זה לא חייבה התורה להבעלים בשמירה כלל:

ו) **והנה** בחו"מ בסי' שצ"א סעיף ז' כתב המחבר ואם לקחה ברה"ר והלכה ואכלה ברה"נ יש מחייבין לשלם נזק שלם, והוא בטור בשם הרמ"ה וכתב הבאה"ג דזהו דלא כדעת הרמב"ם הביאו המחבר בסעיף י"ב דלדעת הרמב"ם הוי ספק, וכן כתב הגר"א ז"ל בביאורו בסעיף י"ב דהרמ"ה חולק על הרמב"ם ולהרמ"ה לא בעי אלא אכילה בחצר הניזק, ומה שכתב הבאה"ג דלדעת הרמב"ם בסעיף י"ב הוי ספק הנה לפי מה שבארנו וכן הוא בדברי הגר"א ז"ל דדוקא אם עמדה ברה"נ א"כ בהא דהרמ"ה לדעת הרמב"ם ודאי פטורה, אכן דעת המחבר אינה מובנה כלל שהביא בסעיף ז' דברי הרמ"ה ובסעיף

י"ב דברי הרמב"ם כמו שהם והביא שני הענינים בלא מחלוקת והדברים תמוהים.

ונראה דאפשר ליישב דעת המחבר ובהקדם נבאר עיקר הסוגיא דפי פרה החמורה מאוד והנה התוס' מפרשים דבעיית הגמ' הוא אם חש"ו נתנו אוכלין לתוך פי פרה בחצר הניזק, דאי פי פרה כחצר המזיק דמי פטורה, והא דחייבת הבהמה תמיד באכילת שן אי פי פרה כחצר המזיק דמי הוא רק אלקיחה לחוד ולא בעינן אכילה בחצר הניזק דאכילת הפרה בתוך פיה הוי אכילה בחצר המזיק, ולכן כשנתן אחר לתוך פיה פטורה, ופשטינן מסוגיא דשמעתין דבעי דוקא דאכלה בגדיש דבעל חררה אלמא דבעי אכילה בחצר הניזק וא"כ מוכח דפי הכלב הוא כחצר הניזק, ומה דאמר בגמ' דאי כחצר המזיק דמי לימא מאי בעי ריפתך בפומא דכלבאי הוא לאו דוקא דהא הכלב בעצמו לקחו ומאי בעי רפתך לא שייך אלא באם אחר נתן לתוך פיה, אלא דעיקר קושיית הגמ' דהא בעי אכילה בחצר הניזק, ואגב דשייך האי לישנא בנתן אחר לתוך פיה נקט נמי הכא האי לישנא עכת"ד ובודאי דבריהם דחוקים בלשון הגמרא דאינו ממין הטענה דפטורא דמאי בעי רפתך הוא משום גדר חצר המזיק דהא פריך נמי הכי גבי שיסה בו את הכלב דלא שייך ביה פטורה דשדה אחר:

ועוד לפי דבריהם אינו מתיישב לשון הגמ' דכיון דעיקר יסוד האיבעיא הוא דאי פי פרה כחצר המזיק נאמר דחיוב שן הוא אלקיחה לחוד, וכיון דפשטינן מסוגיא דשמעתין דעל לקיחה לחוד לא מחייב, ממילא קשה מכל דין שן דמתני' וא"כ מאי פריך דוקא מהא דכלב וחררה ואמר מאי בעי רפתך בפומא דכלבאי, הו"ל לגמ' לומר דלסוגיא דשמעתין קשה מכל שן דעלמא, ואף דפריך בתר הכי שן דחייב רחמנא היכי משכחת לה הא כתבו בתוס' דזה פריך משן דקרא דמשמע שהביעור הוא בחצר הניזק, וע"ז מתרץ כגון שנתחככה בכותל להנאתה. אבל עיקר מה דפשיט מעיקרא הו"ל למיפשט מכל שן דעלמא, עוד כתבו בתוס' דמה דמייתי משיסה בו את הכלב משום דשיסה משמע אפי' הכניס יד חברו בפי הכלב וזה קשה טובא דלשון שיסה לא משמע הכי, והרשב"א תמה ג"כ בהך סוגיא וכתב וז"ל תימה היאך אפשר לומר כן כלבו לקח החררה מרשות הניזק והוא אמר ליה ריפתך בפומא דכלבאי מאי בעי והראב"ד ז"ל פירש דחררה זו לא נטלה מרשות הניזק אלא מרשות בעל הגחלת כמו שכתבנו למעלה ומשום כך אמר שמע מינה דפי פרה כחצר הניזק דמי דכשנטלה כלב זה לא מרשות הניזק נטלה אלא מרשות אחר והוליכה בפיו עד גדישו של בעל החררה ואי אמרת פי פרה כחצר המזיק דמי לימא ליה כלבאי לא מרשותך שקיל ופומיה רשותי הוא ובשעת אכילה מרשותי נטלה ואמאי חייב אבל אי כרשות ניזק דמי השתא ודאי חייב דהא מרשות ניזק נטלה וברשותו אכלה

ובכי הא ליכא לספוקי וליכא למיבעי והיינו מתני' דנכנסה לרשות הניזק ואכלה מאי שראוי לה ואכלה מתוך החנות מצדי הרחבה, ואם תאמר א"כ מאי קא קשיא ליה ואי כרשות המזיק שן דחייב רחמנא היכי משכחת לה הא משכחת לה כשנטלה מרשות הניזק ואכלה ברשות הניזק יש לומר דאין הכי נמי, ורב מרי ברי' דרב כהנא דאהדר ליה משכחת לה כגון שנתחככה בכותל לטענתיה מהדר ליה, ואינך שמעתין דשיסה בו הכלב והשיך בו את הנחש כולהו בשנטל יד חברו והכניסה בפיו של כלב ושל נחש דאי בשיסה בלבד והלך הכלב ונשך וכן הנחש אפי' לענין נזקין חייב בעל הכלב והנחש, ואפי' לכשתמצא לומר פי פרה כחצר המזיק דמי ומ"מ מההיא דחררה שמעינן דפי פרה כחצר הניזק דמי עכ"ל ודברי הרשב"א והראב"ד ג"כ אינם מיושבים כמו שהקשה בעצמו דכיון דלפי שיטתו לא שייך לומר פי פרה כחצר המזיק דמי אלא או היכי שהושיט אחר לתוך פיה או שלקחה מרה"ר ולא מחצר הניזק וא"כ מאי פריך שן דחייב רחמנא היכי משכחת לה ומה דתירץ אה"נ ורב מרי לפום טענתי' אהדר ליה אינו מובן כלל דמה קס"ד דמקשה וגם למה מהדר ליה לפום טענתיה ולתרץ בדוחק גדול דשן דקרא היינו שנתחככה בכותל להנאתה ולא משני האמת דשן דקרא מיירי דלקיחה ואכילה הי' בחצר הניזק. וגם בהא דשיסה בו את הכלב כתב גם הרשב"א דמיירי שנתן יד חברו לתוך פי הכלב וכבר כתבתי דלשון שיסה לא משמע הכי:

ז) **והנראה** בביאור הסוגיא דצריך להבין מש"כ בתוס' דהוי ס"ד דחייב אלקיחה לחוד, דמאיזה טעם תתחייב בהמה אלקיחה הא בבהמה לא שייך שתתחייב מדין גזלן ואינה חייבת אלא מדין מזיק, וא"כ בלקיחה הא אכתי לא הזיקה, וע"כ צריך לומר דהוי ס"ד דכיון שלקחה האוכל לתוך פיה כבר נעשה האוכל אבוד וכמו שהושלך לזוטו של ים. דאין דרך להוציא האוכל מתוך פיה, וגם בסתמא נמאס בתוך פיה ואינו חשוב להטריח להוציא מפיה, ולכן תיכף כשהכניסה לתוך פיה כבר נגמר ההיזק, ולכן פריך בתר הכי שן דחייב רחמנא היכי משכחת לה משום דוביער משמע דעיקר הביעור והאכילה היה בחה"נ וכמש"כ התוס'.

אכן מה דפשט מהא דכלב וחררה דפי פרה כחצר הניזק דמי יבואר עפ"י דברי הרמב"ם בהלכה ה' שכתב כלב שנכנס לחצר ונטל פת או בשר והוציאם לרה"ר או לחצר אחרת ואכלו שם מה שנהנה משלם אכלה בשדה של בעל החצר משלם נזק שלם כאלו אכלם בתוך החצר שהרי ברשות הניזק אכל, וכן כל כיוצא בזה ע"כ וקשה טובא דמה השמיענו כאן דאם אכלה בשדה של בעל החצר משלם נזק שלם ועוד יותר תמוה מה שכתב כאלו אכלן בתוך החצר שהרי ברשות הניזק אכלן דאיזה טעם והסבר צריך לזה אטו חצר

כתיב בקרא ואין לומר דאשמעינן דאף שלקח בחצר ואכל בשדה חייב, דפשיטא דאטו אם לקח בבית ואכל בחצר הוי נמי רבותא דחייב ועוד הוסיף לכתוב וכן כל כיוצא בזה ומשמע דיש כאן חידוש דין והדברים תמוהים.

ונראה דהרמב"ם מפרש פשיטות הגמ' משום דכלב שנטל חררה מבית בעל החררה והלך לגדיש שהוא בשדה סתמא דמילתא יש רה"ר או דרך הרבים שמפסיק בין הבתים להשדות או משום דבכל גווני מיירי מתני' אפי' בכה"ג, ונמצא דהכלב כשבא לשדה של בעל החררה כבר היה מקודם ברה"ר והביא את החררה לשדה של בעל החררה מרה"ר, ונמצא דשייך שפיר לומר מאי בעי ריפתך בפומא דכלבאי כיון דהכלב הוא שהביא החררה לשדה של בעל החררה ואי פי פרה כחצר המזיק שייך בזה גדר רשות המזיק לענין זה דלא ליהוי רשות הניזק כיון דבפי הכלב הביאו, ואף דאי פי פרה כחצר המזיק ע"כ חייב אלקיחה לחוד כמו שכתבו התוס', מ"מ פשיט שפיר ואין אנו צריכים לדברי התוס' דתיפשוט הוא מסוגיא דשמעתין דמוקים בשדה של בעל החררה, דזהו דוחק ובשבת דף ג' ע"ב איתא כה"ג דאמרינן תיפשוט והוא מסוגיא דשמעתין איתא שם להדיא בגמרא כן דהוא מסוגיא, אבל באמת לפי מה שכתבנו לא צריך לזה כלל דעיקר סברא דחייב אלקיחה הוא דוקא היכי שכבר לקחה הבהמה האוכלין לתוך פיה וכבר נעשה אבוד, אבל הכא בכלב שנטל חררה שיש בו גחלת ע"כ לא הי' החררה בתוך פיו ממש כיון דיש בו גחלת ששרף הגדיש וע"כ דרק נטלו והחררה יצא מתוך פיו ואכתי לא נעשה אבוד, ובכה"ג ודאי דאינו חייב אלקיחה לחוד, וא"כ פריך הגמ' שפיר הכא בכלב שנטל חררה דאי פי פרה כחצר המזיק דמי לימא מאי בעי ריפתך ואף שהחררה אינה בפי הכלב ממש מ"מ שייך לפטור משום מאי בעי ריפתך בפומא דכלבאי אי פי פרה כחצר המזיק דמי דשייך בזה גדר רשות המזיק דהא אילו לא היה בפי הכלב לא היה נמצא כאן בגדיש של בעל החררה וזה ודאי דעיקר הפטור ישאר שן ברה"ר דהא לא גרע מאילו לקחו מרה"ר וגדר רשות המזיק יועיל לנו רק לומר דע"י פיו שהוא רשות המזיק לא יתחייב בעל הכלב מה שאוכלו עתה ברשות הניזק, ולכן פשיט הגמ' ממשנתינו דפי פרה כחצר הניזק דמי ולכן חייב בעל הכלב כשאכלו בגדיש של בעל החררה אף שהביא החררה מרה"ר. ואף דיש לומר דלא שייך פי פרה כחצר הניזק דמי אלא היכי שנתנו אוכלין לתוך פי פרה והפרה עומדת בחצר הניזק דכיון שהפרה עומדת בחצר הניזק אמרינן דגם פיה נחשב חצר הניזק, וכן כתב הדרישה בטעם הרמב"ם שבפשוטו חולק על הרמ"ה דסובר דלקחה אוכלין ברה"ר והביאתם לחה"נ חייב משום דפי פרה כחצר הניזק דמי, משום דהרמב"ם סובר דבאמת ברה"ר לא שייך פי פרה כחה"נ דמי,

וכן כ' הגר"א ז"ל הבאנו דבריו בראש הלכה וז"ל אלא כיון דקיי"ל פי פרה כרה"נ דמי ר"ל אם עומדת ברה"נ, אכן כבר הבאנו למעלה דברי הראב"ד והרשב"א דגם הם סוברים דבלקחה ברה"ר ואכלה ברה"נ שייך לומר פי פרה כחצר הניזק דמי ולכאורה באמת צריך ביאור דמהיכי תיתי נאמר דכשהבהמה ברה"ר יהיה נחשב פיה כחצר הניזק, אבל באמת דבריהם נכונים דאין כונתם כלל לומר דברה"ר נחשב פיה כחצר הניזק, אלא דלא איכפת לן מה שהיה ברה"ר דסוברים דאין אנו משגיחים על הלקיחה דכיון דתיכף משבאה לרה"נ נעשה גם פיה חה"נ א"כ אי אפשר לומר מאי בעי ריפתך בפי בהמתי דהא אין אנו דנין אלא על שעה שבאה לרה"נ ובאותה שעה נעשה גם פיה חה"נ.

ולכן נוכל לומר בפשיטות דהרמב"ם דחולק על הרמ"ה והראב"ד והרשב"א וסובר דדוקא אם הבהמה עומדת ברה"נ הוי ספק אבל אם הבהמה עומדת ברה"ר ולקחה פירות והביאה לרה"נ אין ספק ובודאי פטור אין הטעם משום דלא אמרינן בכה"ג פי פרה כחה"נ דמי אלא משום דהרמב"ם סובר דעיקר דין ושילח הוא על התחלת המעשה וכמו שכתבתי בראש דברינו ולכן היכי דבתחלת הלקיחה היתה הבהמה עומדת ברה"ר ליכא דין ושילח וזהו אם לקחה הבהמה הפירות ברה"ר, אבל הכא בכלב שנטל חררה דלקח החררה מבית בעל החררה ויש כאן דין ושילח על תחילת הלקיחה אף דאכתי לא נעשה אבוד ולא נגמר החיוב מ"מ דין ושילח כבר יש כאן בלקיחת הככר אלא דאנו דנין על שעת האכילה דצריך להתקיים וביער בשדה אחר וכיון דלקח מבית בעל החררה ונעשה התחלת מעשה הלקיחה ונתקיים דין ושילח לכן שפיר תליא בדין פי פרה כחצר הניזק או כחצר המזיק דאי פי פרה כחצר הניזק גם כאן כבר נחשב פי הכלב כחצר הניזק כיון דכבר נעשה התחלת הלקיחה ברה"נ וכיון שכבר נעשה פי הכלב כחצר הניזק לא נפסק דין זה אף בהליכתו ברה"ר ושוב ליכא למימר בבואו לגדיש של בעל החררה מאי בעי ריפתך אבל אי פי פרה כחצר המזיק דמי אז לא מהני מה דהלקיחה כבר היה בבית בעל החררה דכיון דאכתי לא נתחייב דלא נעשה אבוד כיון שאין כל החררה בפיו וא"כ כשהכלב הלך לרה"ר כבר אוחז הכלב הככר בפיו במקום שיש לו רשות ולכן כשמכניסו אח"כ בגדיש של בעל החררה שייך לומר מה בעי ריפתך בפומא דכלבאי.

ואף דמכל שן דעלמא דכתבנו דלהסברא דפי פרה כחצר המזיק נאמר דחייב אלקיחה לחוד נוכל ג"כ לומר דאיך יהיה אם הבהמה לקחה רק ראש הככר בפיה דאז לא נעשה אבוד כמו שכתבנו וא"כ נאמר אח"כ מאי בעי ריפתך אך זה לא קשה כלל דכיון דהאוכל מונח ברה"נ ורק שאוחזתו בפיה לא שייך לפטור משום מאי בעי ריפתך דהא לא הבהמה הביאה הככר לכאן אבל הכא בכלב וחררה כיון שהכלב הביא הככר א"כ שייך שפיר

לומר מאי בעי ריפתך היינו דאין עלי חיוב מה שריפתך מונח בפי כלבי שהביאו ממקום שהיה לו רשות להחזיקו מכיון שהנני צריך עכשיו להתחייב בלקיחתו בתוך פיו לאכלו וע"ז אומר שפיר מאי בעי ריפתך שע"י ריפתך שנמצא ברשות המזיק לא יוכל להתחייב עכשיו מדין רה"נ ומובן דאם היה מביאו ומניחו על הקרקע ונוטלו שוב הי' שפיר נחשב חצר הניזק דהוא לקיחה חדשה מחצר הניזק אבל הכא הוא מונח בפי הכלב שהביאו ממקום שהי' לו רשות.

וזהו ביאור דברי הרמב"ם דמה שכתב אכלם בשדה של בעל החצר קאי על תחלת ההלכה שכתב כלב שנכנס לחצר ונטל פת או בשר והוציאן לרה"ר, וע"ז כתב אכלם בשדה של בעל החצר ולא כתב הוציאם לשדה של בעל החצר, אלא דקאי אריש שלאחר שהוציאם לרה"ר הביאם לשדה של בעל החצר ואכלם, דסובר הרמב"ם דזהו חדוש הגמ' דמזה שמעינן דפי פרה כחצר הניזק דמי, ודברי הרמב"ם ברורים ומחוורים ומאירים בביאור הסוגיא:

ח) **ועתה** נבאר מה דפריך הגמ' משיסה בו את הכלב, והנה הכא אמרינן ת"ש שיסה בו את הכלב שיסה בו את הנחש פטור מאן פטור משסה וחייב בעל כלב ואי אמרת פי פרה כחצר המזיק דמי לימא לה מאי בעי ידך בפומא דכלבאי, לא פטור אף משסה ולקמן דף כ"ד ע"ב בעי הגמ' המשסה כלבו של חברו בחברו מהו משסה ודאי פטור בעל כלב מאי מי אמרינן מצי א"ל אנא מאי עבידנא ליה או דילמא אמרינן ליה כיון דידעת בכלבך דמשסו ליה ומשתסי לא איבעי לך לאשהויי ת"ש שיסה בו את הכלב שיסה בו את הנחש פטור מאי לאו פטור משסה וחייב בעל כלב לא פטור אף משסה, והנה היה אפשר לומר דכל חדא מהני סוגיות סמיך אאידך סוגיא והיינו דמה דבעי למיפשט הכא דפי פרה כחצר הניזק ולומר דכונת הברייתא דפטור משסה וחייב בעל כלב ע"כ דלא אמרינן סברא דאנא מאי עבידנא ליה דבעי למימר התם, וכן התם דבעי למיפשט דלא אמרינן אנא מאי עבידנא ליה ולומר דפטור משסה וחייב בעל כלב ע"כ דסבר נמי דפי פרה כחצר הניזק דמי.

אכן אפשר לומר באופן אחר, דהנה משמע דסברא דאנא מאי עבידנא דבעי לומר התם בסוגיא דהמשסה אינו משום דהוי גדר אונס דלא הוי ליה לאסוקי אדעתי' שישסו כלבו דאם משום דלא הוי ליה לאסוקי אדעתי' א"כ מאי קאמר או דילמא כיון דידעת בכלבך דמשסו ליה ומשתסי לא איבעי לך לאשהויי ואם הכוונה משום דלא הוי ליה לאסוקי אדעתי' א"כ אמאי לא איבעי ליה לאשהויי ואי דבהך צד אבעיא סבר דהוה לי' לאסוקי אדעתי' א"כ בסתמא חייב ולמה לו להאריך ולומר כיון דידעת בכלבך, וכן כ' הרמב"ם

בפ"ב הי"ט שכיון שהוא יודע שאם שיסה את כלבו נושך לא היה לו להניחו, ולכן נראה דסבר הגמ' דאף דהוי ליה לאסוקי אדעתי' דישסו אותו מ"מ כיון דעיקר המעשה גרם אחר בן דעת אף דגרמא פטור זהו רק לגבי לחייב המשסה, אבל לגבי חיוב בעל הכלב אין מן הדין לחייבו כיון דכל גרם המעשה גרם אחר בן דעת, ולכן אמר בגמ' רק דכיון דעכ"פ לא איבעי לך לאשהוויי גם כלב כזה דמשסי ליה ומשתסי. א"כ הוא מזיק מעיקרא בדרך זה וראוי לחייב בעל הכלב, אך כל זה הוא לפי הסוגיא דדף כ"ד דאינו מחלק בין הלקיחה לעיקר הנשיכה, אכן סוגיא דפי פרה סבר באופן אחר דלא שייך לפטור בעל הכלב אלא על הלקיחה כיון דזה לגמרי גרם המשסה דהא בלא שיסוי לא היה הולך ליקח יד האדם ולישוך, אבל עיקר הנשיכה כיון דכלב דרכו לישוך ובפרט כלב דמשסו ליה ומשתסי, ולכן כשכבר לקח יד אדם בפיו אז הוא כבר נושך בטבעו כיון דעכ"פ הוא כלב רע דמשסו ליה ומשתסי, ולכן סבר הגמ' דעל תחילת הלקיחה שייך לפטרו משום טענת אנא מאי עבידנא ליה שהמשסה גרם לזה, אבל עיקר הנשיכה זהו כבר בטבע של כלב רע, ואף דתחלת הגרם היה עכ"פ ע"י המשסה מ"מ סבר הך סוגיא דמשום זה לא פטרינן ליה על עיקר הנשיכה שעשה אותה בטבעו והשסוי הוי רק סבה להההיזק, וכיון דלא אמרינן דלא הוי ליה לאסוקי אדעתי' וכמו שכתבנו, ולכן שפיר חייב על עיקר הנשיכה, ולכן פריך שפיר דאי פי פרה כחצר המזיק דמי לימא ליה מאי בעי ידך בפומא דכלבאי דכיון דאלקיחה לא מחייב א"כ הנשיכה הוי בחצר המזיק, ואף דלפי"ז לפי הסוגיא דפי פרה ולמסקנא דפי פרה כחצר הניזק דמי לא צריך לסברא דכיון דידעת בכלבך דמשסו ליה ומשתסי לא איבעי לך לאשהוויי מ"מ כתב הרמב"ם טעם זה דכיון דסוגיא דהמשסה כלבו של חברו סברה דמחייבינן לבעל כלב מטעם זה ולא סברה לחלק בין תחלת הלקיחה לעיקר הנשיכה דאפשר דגם על הנשיכה שייך אנא מאי עבידנא לי' כיון דבא בפיו ע"י שיסוי האדם ומסקינן לחייב בעל כלב גם בלאו האי חילוקא משום סברא דכיון דידעת בכלבך לכן שפיר כתב הרמב"ם להלכה כהך טעמא ובפרט שהוא בדוכתא דהאי דינא כידוע דרך הראשונים בזה:

ט) עתה נבוא לבאר דברי המחבר והנה לפי מה שבארנו דברי התוס' דמה דס"ד דחייב אלקיחה לחוד זהו כשלקחה האוכלין בתוך פיה דכבר נעשו אבודים, ונראה דאף במסקנא דמסקינן פי פרה כחצר הניזק דמי וא"כ לא צריך לן לחדש סברא דכיון דנכנסו האוכלין לתוך פי הפרה כבר נתחייבה משום דנעשה אבוד, ונוכל לומר דלא נתחייבה הבהמה בזה כל זמן שלא אכלה אותם דזה הוי כמו גרמי דבהמתו, דהרבה פוסקים פוטרין בזה ונאמר דהתורה לא חייבה עד שתאכלם כדכתיב וביער, מ"מ נוכל

שפיר לומר דאם נעשה כבר אבוד ברה"ר לא תתחייב אם אכלה אח"כ בחצר הניזק, ואף דא"כ תמיד כשאוכלת בחצר הניזק ממש נמי נימא הכי דמתחלה נעשה אבוד ואח"כ לא תתחייב על האכילה זה לא קשיא דבהכי חייב רחמנא וזהו דרך ההיזק וכמו דלא קשה לשיטת הרמב"ן דסובר דזרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל דשניהם פטורים הראשון שלא שבר והשני משום דבשעת שבירה כבר היה סופו לישבר ואין לו דמים דא"כ איך חייב תמיד זורק כלי ושברו כיון דקודם שנשבר אכתי לא נתחייב, ובשעת שבירה א"א להתחייב שכבר אין לו דמים וע"כ דלא קשה מידי דזהו סדר החיוב שזורק ונשבר בזריקתו, וה"נ זהו סדר החיוב דשן שנוטלת בפיה ואוכלת ואף דקודם שגומרת האכילה כבר נעשה אבוד בהכי חייב רחמנא, וכל זה הוא היכי שנוטלת ברה"נ ואוכלת אבל היכי שנטלה אוכלין ברה"ר בתוך פיה באופן דכבר נעשה אבוד איך תתחייב כשהביאה אותם אח"כ לרה"נ.

ולפי מה שבארנו נאמר דדין דהרמ"ה דלקחה אוכלין ברה"ר ואכלה דסובר הרמ"ה דחייב היינו דוקא אם לקחה אוכלין באופן דלא נעשה אבוד שלקחה מקצתם בפיה והביאתם לרה"נ ובזה סובר הרמ"ה דחייב וכתב המחבר משום דפי פרה כחצר הניזק דמי כמו שבארנו למעלה דגם ביוצא הככר מפיה שייך לדין פי פרה אי כחצר המזיק אי כחצר הניזק, [ואפילו לפי"מ דמוחק הבאר הגולה בהמחבר תיבת "משום" וזהו לפי"מ דמגיה הב"י בטור דבמקום "וכן נמי" גורס "ונ"מ" ומפרש דזהו דבור אחר, מ"מ מפרש הב"ח דגם דין דהרמ"ה הוא משום דפי פרה כחה"נ וכן מוכח בישׁ"ש אלא דהטור הביא מקודם דין של הרמ"ה ואח"כ פי' התוס' בסוגיא דפי פרה, ואפשר דהרמ"ה כתב כן גבי בעיא דמתגלגל אבל הטעם הוא משום דפ"פ כחה"נ] והנה לפי מה שכתבנו למעלה בדברי הרמב"ם בעמדה בחה"נ ותלשה פירות מרה"ר שמדבריו מוכח דאם עמדה ברה"ר ולקחה והלכה ואכלה ברה"נ דודאי פטורה מוכח נמי דאפי' בכה"ג דלקחה דעדיין לא נעשו הפירות אבודים מ"מ כיון דתחילת הלקיחה היה בפטור אין לחייבה על האכילה, וזה מוכח ממה שבארנו דברי הרמב"ם בהלכה ה' דהוא מהסוגיא דכלב שנטל חררה דשם לא היו האוכלין בתוך פי הכלב וכמו שכתבנו ומ"מ כתב הרמב"ם דוקא באופן שלקח מחה"נ והלך ואכל בשדה של בעל החצר, ומוכח דאם לקח ברה"ר בעל הכלב פטור אף דלא היו האוכלין בתוך פיו ונמצא דהרמב"ם והרמ"ה בודאי חולקין.

אכן בדעת המחבר נראה דלא נחת כלל דדייק דברי הרמב"ם בהלכה ה' לפרש דלקח בחה"נ והלך ברה"ר והביא לשדה הניזק ואכל, והמחבר מפרש כפשוטו דאם לקח בחה"נ ואכל ברה"ר פטור, ואם אכל בשדה הניזק חייב, וראיה לזה דהא השמיט בשו"ע דין

זה ולא הביאו כלל, ואם היה נחית לזה דיש כאן איזה חידוש להלכה ודאי דלא היה משמיטו, וכיון שכן נוכל לפרש שהמחבר סובר דהרמ"ה והרמב"ם אינם חולקים, ויש להמחבר יסוד גדול לפרש כן דבאמת שינה הרמב"ם מלשון הגמ' דמקור דברי הרמב"ם הלא הוא מסוגיא דמתגלגל כמש"כ הראב"ד והמ"מ וא"כ למה שינה הרמב"ם וכתב שתלשה פירות מרה"ר ולא כתב שגלגלה פירות מרה"ר ובודאי הדבר צריך ביאור ולכן אפשר דסובר המחבר בדעת הרמב"ם דאף דהגמ' בעי הך בעיא במתגלגל מ"מ להלכה קיימא הך בעיא דוקא בתלשה פירות, והוא משום דמה דנתבאר בראש דברינו דמקור הבעיא הוא לפי דעת הגר"א אי שדינן פיה בתר גופה אבל זה פשיטא ליה להגר"א ז"ל דלא איכפת לן לענין לקיחה מה דהפירות מונחים בשעת לקיחה ברה"ר ולפי מה שכתבנו דנראה דהספק הוא שמא בדין לקיחה ג"כ צריך שהפירות יהיו מונחים במקום חיוב דלכאורה צריך ביאור בין לפי דברי הגר"א ז"ל בין לפי מש"כ דמה איכפת לן דעל שעת לקיחה מרה"ר לא נוכל לחייב, עכ"פ עכשיו דהאוכלים מונחים ברה"נ ואוכלת שם תתחייב הבהמה עכשיו משום לקיחה חדשה, דלכאורה זה פשוט אם הביאה הפירות לרה"נ בפיה והניחה אותם על הארץ ואח"כ נטלה ואכלה שם דתתחייב משום לקיחה ואכילה בחצר הניזק, אכן לפי דברי הגר"א ולפי מש"כ צריך לומר דמ"מ כיון דעיקר הלקיחה נעשה ברה"ר וגם עכשיו מה שמחזקת בפיה הוא רק בשביל שנטלתם מרה"ר אינה מתחייבת משום לקיחה חדשה דתחלת הלקיחה כבר היה ברה"ר, אבל המחבר אינו סובר כן בדעת הרמב"ם אלא דכיון דפי פרה כחצר הניזק דמי מתחייב עכשיו משום לקיחה חדשה וכשיטת הרמ"ה והרשב"א דאפי' נטלה פירות מרה"ר והביאה לרה"נ ואכלה דחייבת משום דפי פרה כחה"נ דמי. דבשלמא אי פי פרה כחצר המזיק שפיר פטורה כיון שנטלה ברה"ר והביאה לחצר הניזק בפיה שהוא כחצר המזיק, אבל אי פי פרה כחצר הניזק דמי ודאי חייבת, וכל זה אם בשעה שנטלה הפירות מרה"ר כבר לא נעשו אבודים כגון שמחזקת רק מקצת הככר בפיה דאפשר להציל אבל אם נטלה בפיה פירות קטנים דכבר נכנסו בפיה ואי אפשר להציל וכמו שכתבנו דכבר נעשו אבודים אז בודאי אי אפשר לחייב הבהמה אחרי כן כשהביאה לחה"נ משום לקיחה חדשה.

ולכן ע"כ צריך לומר דר' זירא דבעי הך בעיא במתגלגל דלא נכנסו הפירות בפיה ולא נעשו אבודים סבר דפי פרה כחצר המזיק דמי ולכן בעי אם אפשר לחייב הבהמה עכשיו בשעת הלקיחה הראשונה משום דין לקיחה בחיוב וכמו שכתב הגר"א ז"ל משום דנימא דשדינן פיה בתר גופה ומה שהיו הפירות בשעת הלקיחה ברה"ר זה לא איכפת לן דלא כתיב שדה אחר אלא על שעת וביער ולא בעינן אלא שהבהמה תעמוד בחצר הניזק

בשעת הלקיחה משום דכתיב ושילח את בעירה שהבהמה תהי' בחצר הניזק אז שפיר חייבת אבל אם אי אפשר לחייב בשעת הלקיחה הראשונה בדין לקיחה משום דנימא דלא שדינן פיה בתר גופה וא"כ גם דין ושילח לא נתקיים כיון דפיה היה ברה"ר, או לפי מה שכתבנו אפי' אם שדינן פיה בתר גופא אם נימא דבדין לקיחה נמי צריך שדה אחר וצריך שהפירות יהיו בשעת הלקיחה בשדה אחר ולא ברה"ר אז פטורה, וכל זה לר' זירא דסבר פי פרה כחצר המזיק דמי אבל להלכה דפי פרה כחצר הניזק דמי אי אפשר למבעי הך בעיא במתגלגל וסובר הרמב"ם דלהלכה הך בעיא קיימת בתלשה פירות דאי אפשר לחייב הבהמה משום לקיחה חדשה.

ובאמת להלכה קיימת הבעיא משום דמספקא לן בפירושא דברייתא דקתני עמיר מקצתו בפנים ומקצתו בחוץ אכלה בפנים חייבת אכלה בחוץ פטורה דאם פירושא דברייתא כפשוטה א"כ מוכח דאם אכלה בפנים חייבת גם על מה שלקחה ממה שמונח בחוץ, ואי פירושא דברייתא כמו דמתריצנן על מה שבפנים חייבת, על מה שבחוץ פטורה, דע"כ גם אם לקחה בחוץ ואכלה בפנים נמי פטורה, ולפי מה דמסקינן דפי פרה כחצר הניזק דמי ע"כ הספק נשאר להלכה רק היכי דלקחה האוכלין בתוך פיה והביאה אותם לפנים דע"ז מספקא לן אם נתחייבה תיכף בשעת לקיחה כיון שעמדה בפנים או דבשעת לקיחה לא נתחייבה וממילא לא תוכל להתחייב על מה שאוכלת בפנים כיון דכבר נעשה אבוד, ולכן בהכרח שינה הרמב"ם מלשון הגמ' משום דלהלכה לא קיי"ל הכי דהך איבעיא הוי אפי' במתגלגל, אלא דוקא היכי שתלשה פירות והיינו שלקחה לתוך פיה דכן הדרך בפירות וזהו החילוק בין לשון הרמב"ם ללשון הרמ"ה דהרמ"ה שלקחה אוכלין דמשמע רק שלקחה אותם בפיה אבל לא נכנסו לגמרי בתוך פיה ומשכחת לה בככרות גדולים, אבל הרמב"ם דכתב שתלשה פירות בסתמא כבר נכנסו לתוך פיה, ונמצא דהרמב"ם והרמ"ה אינם חולקים כלל:

י) **אולם** כל זה שכתבתי זהו מה שנראה לבאר לפי דעת המחבר בביאור שיטת הרמב"ם אכן לפי"מ שהוכחתי מהלכה ה' דהרמב"ם ע"כ סובר דאפי' היכי דלא נעשה אבוד נמי לא מחייבינן היכי דלקחה ברה"ר והלכה ואכלה בחה"נ ולא מהני בזה סברא דפי פרה כחה"נ דמי משום דצריך דוקא דתחלת לקיחה יהי' בחה"נ או משום דהיכי שלקחה ברה"ר לא אמרינן כלל פי פרה כחצר הניזק דמי ודוקא היכי שלקחה בחה"נ והלכה דרך רה"ר ואכלה בחה"נ אז מהני סברא דפי פרה כחצר הניזק דמי לענין דלא נימא מאי בעי ריפתך בפומא דכלבאי וא"כ יקשה על הרמב"ם למה שינה באמת מלשון הגמ' דאיתא מתגלגל מהו דמשמעו שגלגלה הפירות ולא לקחה בתוך פיה והוא כתב שתלשה פירות.

ונראה דהרמב"ם סובר דמשמעות הלשון מתגלגל אינו כמו שכתבתי דהחזיקה האוכלין מקצתן בפיה וגררה אותן, אלא כפשוטו שגלגלה האוכלין על גבי קרקע וע"כ שלא החזיקה אותן בפיה כלל, וא"כ לא שייך זה כלל להא דפי פרה או כחצר המזיק או כחצר הניזק וכמו שכתבנו ואף דלפי"ז אין מקום כלל להבעיא של ר' זירא דמה איכפת לן מה שהיה מקודם ברה"ר כיון דעכשיו הם ברה"נ, ועל הגלגול ליכא שם לקיחה כמו שכתבנו דגבי בהמה לא שייך גזילה ומשיכה, אכן אפשר לומר דיש נ"מ בין התחלת מעשה הבהמה להתחלת הנזק ולכן במתגלגל אף דהנזק עוד לא הותחל מ"מ הותחל כבר מעשה הבהמה אף דהוי רק הכנה להבעור והאכילה כיון שכבר הותחל מעשה הבהמה, אבל לא שייך זה אלא לענין מעשה הבהמה אבל לא לענין עיקר הנזק דהוא אכילת הפירות דדוקא לקיחה נוכל לומר דזהו התחלה לעיקר האכילה דכן דרך האכילה שלוקחת ואוכלת, אבל גלגול נוכל לומר דזהו רק התחלה לגבי מעשה הבהמה, משום דהכנה למעשה הנזק הוי נמי תחלת המעשה אבל לא הוי תחלת הנזק כיון דהנזק עוד לא הותחל כלל, ולכן נאמר דמה דבעי ר' זירא מתגלגל מהו משום דסובר דאף דבגלגול אכתי לא הותחל הנזק כלל מ"מ כבר הותחל מעשה הבהמה בהכנת הנזק וסבר ר' זירא דאפי' התחלת מעשה הבהמה ברה"ר כבר יש בזה דין פטורא דרה"ר, אבל דבר זה דיהי' צריך שיהי' התחלת מעשה הבהמה ברה"נ תלוי בדין התיזה ברה"ר והזיקה ברה"י, דאם נימא התיזה ברה"ר והזיקה ברה"י פטורה, אז יש מקום לומר דמעשה הבהמה אם הותחל ברה"ר פטורה, אבל לפי מה דקיי"ל דהתיזה ברה"ר והזיקה ברה"י חייבת א"כ מה איכפת לן דגלגלה מרה"ר לרה"י כיון דמצד מעשה הבהמה לא איכפת לן אף דעשתה ברה"ר. דהא בהתיזה ברה"ר עשתה כל המעשה ברה"ר רק שהנזק לא נעשה ברה"ר, ואף דכתבנו דזהו דוקא אם המעשה אינה עושה בדרך אורחה בהכרח, הא כאן נמי הוא לאו בדרך אורחה בהכרח דהא אינה עומדת ברה"ר אלא ברה"נ, ולענין התחלת הנזק הא אכתי לא נעשה התחלת הנזק כלל, ולכן סובר הרמב"ם דמה דבעי ר' זירא הבעיא במתגלגל זהו רק לשיטתו מקמי דהדר בי' דהוי סבר דהתיזה ברה"ר והזיקה ברה"י פטורה, אבל לפי"מ דקיי"ל דחייבת ולא בעי כלל שתהיה מעשה הבהמה ברה"נ כיון דאינה עושה בדרך הלוכה ממש, א"כ לא שייך למבעי כלל במתגלגל והבעיא קיימת רק על מה דאיתא בברייתא דלא מיירי במתגלגל אלא דאם הברייתא כפשוטה דאכלתו בפנים חייבת דמשמע אף דנטלתו בחוץ דהיינו שלקחה בפיה אוכלין בחוץ והכניסה בפנים ואכלה דחייבת וכמו שכתבנו לדעת המחבר ורק דהמחבר מפרש דהוא דוקא באופן דכבר נעשה אבוד, ולהרמב"ם אף דלא נעשה

הלכה ה

כלב שנכנס לחצר ונטל פת [או בשר] והוציאם לרה"ר או לחצר אחרת ואכלם שם מה שנהנה משלם, אכלם בשדה של בעל החצר משלם נזק שלם כאלו אכלם בתוך החצר שהרי ברה"נ אכל וכן כל כיוצא בזה.

עיין מה שכתבנו למעלה בהלכה ד' אות ז' דדברי הרמב"ם תמוהים דמה הוצרך לבאר טעם גבי אכלם בשדה של בעל החצר ובארנו דמה דכתב אכלם בשדה של בעל החצר קאי אירישא שהוציאם לרה"ר ועיין שם שהארכנו בזה:

הלכה ז

חיה שנכנסה לרשות הניזק וטרפה ואכלה בהמה או בשר משלם נזק שלם שזהו דרכה, אבל כלב שאכל כבשים קטנים או חתול שאכל תרנגולים גדולים הרי זה שינוי ומשלם חצי נזק.

עיין במ"מ שכ' דהרמב"ם פסק כברייתא כפשטה ודלא כשמואל דסובר דארי אין דרכו לטרוף ולאכול, ועיין מש"כ למעלה בפ"א הלכה ו', והנה הרמב"ם שינה מלשון הברייתא דבברייתא איתא וטרפה בהמה ואכלה בשר ופירש"י דחדא קתני טרפה הבהמה והרגתה ואכלה הבשר, ובהא דמשני רנב"י לצדדין קתני פירש"י כלומר הא דקתני ברייתא טרפה בהמה ואכלה בשר תרי מילי נינהו, טרפה בהמה והניחה או אכלה בשר ע"י דריסה, אבל הרמב"ם משמע דמפרש בשר כפשטה ולא קאי על אכילת הנבלה, א"כ יקשה אם הרמב"ם גורס כגירסתנו בגמ' א"כ מאי פריך אשמואל הא ברייתא כפשטה כשמואל טרפה בהמה להניח ואכלה בשר דעלמא וכדמתרץ הב"ע שטרפה להניח מאי פריך הא אכלה קתני ודחי אוקימתא זו, דהא אכלה לא קאי על הבהמה כלל אלא על בשר דעלמא, ואם היינו מפרשים דגם הרמב"ם אינו מכוין על בשר דעלמא אלא כונתו טרפה ואכלה בהמה היינו שאכלה הבהמה מחיים, או בשר היינו שאכלה אח"כ הנבלה היה מיושב אלא דלפי"ז שינה הרמב"ם מפירוש הגמ' דבגמ' מפרשינן טרפה ואכלה דהיינו שטרפה והרגה ואכלה הנבלה, והרמב"ם מפרש טרפה ואכלה בהמה דהיינו שאכלה כשהיא בהמה דהוא מחיים, ולא משמע כן כלל, ואם היה הרמב"ם גורס בגמ' כן כמו שכתב בלשונו לא היה קשה כלל דלפי"ז הך או בשר הוא מילתא אחריתא וכל דברי הגמ' קאי אירישא על טרפה ואכלה בהמה, ולפי"מ דמשני רנב"י לצדדין קתני הוא נמי אירישא דטרפה להניח ואכלה בהמה ע"י דריסה, אבל הא דקתני או בשר היא מילתא אחריתא, ולפי זה יהי' מיושב יותר לשון הברייתא דלפירש"י ג"כ קשה טובא דלמאי תני בברייתא בשר ולא אשכחן כלל דלימא הכי על חיה הטורפת ואוכלת וכדאמר שמואל ארי ברה"ר

טרף ואכל, ועוד קשה לפירש"י למאי דמשני רנב"י לצדדין קתני שטרפה להניח או דרסה ואכלה, דא"כ זהו פירושא דברייתא דקתני ואכלה בשר דהיינו שדרסה ואכלה וקשה דבדריסה שאוכלת מחיים ודאי לא שייך למתני ואכלה בשר ולא שייך כן אלא בטריפה דהורגת ואוכלת לאחר מיתה, אבל לפי דברי הרמב"ם אם גורס כן בגמ' מיושב שפיר דלא קתני כלל בשר ברישא ואו בשר הוא מילתא אחריתא ואפשר דאשמעינן בכל מיני בשר ולאפוקי ממה דאמר בברייתא בדף י"ט, ועיין במה שנכתוב לקמן בהל' ח':

ב) אבל כלב שאכל כבשים קטנים וכו', כבר הבאנו במקומות שונים מחלוקת הרא"ש ורש"י לענין כלבא דאכל אימרי ולפי שכאן הוא מקומו נבאר בארוכה, וכבר כתבתי דמלשון הרמב"ם שכתב אבל כלב שאכל כבשים קטנים וכו' משלם חצי נזק מוכח דגם על האכילה אינו משלם אלא חצי נזק והנה זה לשון הרא"ש בפ"ב סי' ג' בהא דתנן אכלה כסות או כלים וז"ל קשיא לי אמאי לא קתני אכלה בהמה מה שאין דרכה לאכול כגון כלב שאכל אימרי רבי ושונרא דאכל תרנגולין דהוי רבותא טפי דאע"ג דאכילה גמורה היא ויש הנאה להיזקה אין משלם אלא חצי נזק ועוד לעיל קתני הבהמה אינה מועדת לא ליגח ולא ליגוף ולא לישוך ולא לרבוץ ולא לבעוט ואמאי לא קתני ששה תמין וליתני אין מועדת לאכול דבר שאין דרכה לאכול, הילכך נראה לי לפרש האי דאמרינן האי כלבא דאכל אימרי וכו' אפחת שפחתה מיתה קאמר דלא מגבינן בבבל אבל דמי הנבלה משלם אם אכל בחצר הניזק ואם ברה"ר מה שנהנה, דאכילה לא הוי שינוי דדרכם לאכול אפי' נבלות גדולות, והאי דאמר האי כלבא דאכל לפי שאין דרכו להמית אלא לצורך אכילה ואע"ג דתחלת ההיזק הוה שינוי מחויב על האכילה דהוי אורחה והא דאמר לקמן גבי סתם דלתות חתורות אצל הכלב ופירש"י דאי לא הוי סתם דלתות חתורות הוי משונה ולא משלם אלא חצי נזק אחררה אע"ג דאין שינוי באכילה אלא שתחלת המעשה היה בשינוי מצי לפרש אי לא היה סתם דלתות חתורות אצל הכלב הוי אנוס ופטור לגמרי עכ"ל.

והיש"ש בסי' ט' חלק על דברי הרא"ש ודחה ראייתו מהא דתנן אכלה כסות או כלים ולא קתני כלבא דאכל אימרי דהא גם לפי"ד הרא"ש קשה אמאי לא תנן רבותא בהמה שאכלה בשר וכה"ג שהוא מאכל לאחרים, וע"כ דלרב דאמר דברה"ר פטור קאי נמי אכסות וכלים משו"ה תנן כסות וכלים, ולשמואל דאמר דאכסות וכלים חייבת משום הכי תנן כסות וכלים לאשמעינן דבר"ה חייבת והכי קאמר ברה"ר פטורה ואם אכלה משלמת מה שנהנית כלומר באיזה ענין פטור ברה"ר במקום שמשלמת מה שנהנית, אבל בכסות וכלים שאין שם הנאה בעולם משלמת מה שהזיקה, ומה דקשה להרא"ש

ליתני ששה תמין הא אף לפי שיטתו קשה דליתני אכלה כסות וכלים, ואפשר דס"ל דאכלה כסות וכלים הוא בכלל נשיכה וכן הוא בלשון הרא"ש בסי' י"ז, ולא נראה כן דהא אכלה קתני, אלא ודאי דמתני' אשמעינן הנך חמשה מיני קרן שכולם מענין נגיחה הם ומ"מ אם הועד לאחד אינו מועד לשני אבל זהו פשיטא שאם הועד לנגיחה שאינו מועד לאכול כסות וכלים ע"כ תורף דבריו.

והנה מה שתירץ הישׁ"ש דבמתני' קתני כסות וכלים אליבא דרב לאשמעינן דברה"ר פטור, ולא ידעתי למה יהי' בשר יותר אורחה להניח ברה"ר מכסות, ואף דפירות אם הניח ברה"ר ואכלה חייבת לשלם מה שנהנית היינו משום דנהנית ואינו שינוי, אבל בבשר דהוי שינוי אמאי לא יהיה גם בזה כל המשנה ובא אחר ושינה דלהניח בשר אינו יותר אורחה מלהניח כסות, ולומר דבבשר אין חידוש אינו מוכרח דלמה לא נאמר בבשר עבידי דמנחי ומתפחי וגם מש"כ הישׁ"ש דלשמואל אשמעינן מתני' דכסות וכלים חייבת אפי' ברה"ר דמדייק מה דתנן ואם אכלה משלמת והיינו דוקא במה דשייך הנאה הנה במתני' לא תנן ואם אכלה אלא ואם נהנית ובא לאשמיענו דאם אכלה דבר שיש בו הנאה חייבת, אבל דבר שאין בו הנאה פטורה וא"כ מנלן למידק דעל כסות וכלים חייבת ברה"ר, איברא דעיקר כונת המשנה אליבא דשמואל הוא על הא דקתני בברייתא דאם אכלה חטים ודבר הרע לה פטורה והיינו אפי' במה דדרכה לאכול, אבל עכ"פ ליכא שום הוכחה במתני' דמה דתנן דברה"ר פטורה לא קאי אכסות וכלים, אלא דשמואל מסברא אמר דכיון דכסות וכלים הוא משום קרן ע"כ חייבת ברה"ר וסברא דכל המשנה לית ליה משום דעבידי אינשי דמנחי גלימא ומתפחי אבל עכ"פ אין לתרץ כתי' הישׁ"ש דלהכי קתני במתני' כסות וכלים ולא בהמה שאכלה בשר.

ומה שתירץ הישׁ"ש במה דלא תנן להא דכלבא דאכל אימרי במתני' דחמשה תמין והקשה דגם לפי דברי הרא"ש אכתי אמאי לא חשיב אכלה כסות או כלים ולא ניחא ליה כד' הרא"ש דכסות וכלים הוי נשיכה, על זה תירץ משום דמתני' תני רק הנך דהוי רבותא דאף שהועד לנגיחה אינו מועד לנשיכה וכן לאינך, אבל לאכילת כסות וכלים פשיטא דלא איצטריך ולא ביאר בדבריו למה פשיטא יותר שאינו מועד מנגיחה לכסות וכלים מזה שאינו מועד מנגיחה לנשיכה, אכן כוונתו הוא לשיטתו דאכלה כסות או כלים אינו נשיכה והיינו דאין כונתה להזיק כמו נגיחה ותולדותיה והוי כמו כלבא דאכל אימרי דג"כ אין כונתו להזיק כמו שכתבו התוס' בדף ט"ו ע"ב בד"ה והשתא ועיין במה שכתבתי בפ"א הלכה ב' אכן באמת אינו מיושב מה שכתב הישׁ"ש דלהכי לא תנא במתני' ששה מיני קרן משום דמתני' אשמעינן דהועד לאחד אינו מועד למינו, דהא לא זהו עיקר דינא

דמתני' ועיקר דינא הוא למתני חמשה מיני קרן ותנן נמי דאם הועדו חמשתן מועדין וידעינן מזה דמועד לאחד אינו מועד לחברו וא"כ אמאי לא תנא ששה מיני קרן ואם בהמין הששי לא יהא הרבותא דהועד לאחד אינו מועד לחברו משום דזהו פשיטא אטו בשביל זה תני חמשה מה דבאמת יש ששה ולכן נראה דבמתני' דחמשה תמין תנא באמת חמשה מיני קרן דהא עיקר קרן דהיינו כונתו להזיק, אבל כלבא דאכל אימרי ואכלה כסות או כלים דאין כונתן להזיק, לא הוו קרן ממש אלא הוי שן ע"י שינוי וזה קבעה מתני' בפ"ב גבי הא דתנן השן מועדת לאכול את הראוי לה דדוקא על הראוי לה מועדת אבל שאינו ראוי לה אינה מועדת ובזה תני דאכלה כסות או כלים משלמת חצי נזק, ואף שבארנו בפ"א הלכה ב' דמדברי הרמב"ם מוכח דלא צריך כלל לענין דין חצי נזק דקרן שתהיה כונתה להזיק זהו מהך טעמא גופה דכיון דמדין אכלה כסות או כלים שמעינן דאף דאין כונתו להזיק חייב חצי נזק, א"כ ליכא עכשיו בגדר קרן גדר כונתה להזיק, אבל זהו להלכה, אבל בעיקר גדרי קרן ודאי הוי קרן כונתה להזיק, ולכן שפיר מיושב מה דלא תנן במתני' דחמשה תמין כלבא דאכל אימרי ואכלה כסות או כלים.

וראיית הרא"ש באמת אינה מובנה דבמה ניחא ליה הא דלא תנן כלבא דאכל אימרי במתני' דחמשה תמין לפי מה שרוצה להוכיח דרק על פחת שפחתה מיתה אינו משלם אלא חצי נזק דאכתי ליתני לענין פחת שפחתה מיתה ואין לומר דבאמת סובר דעל פחת שפחתה מיתה הוא בגדר נשיכה כמו דסובר דאכלה כסות או כלים הוא בגדר נשיכה דלא משמע כן בסברא ועוד דלא יחלוק הרא"ש על דברי התוס' בדף ט"ו שכתבו להדיא דכלבא דאכל אימרי אין כונתן להזיק, ועוד דאפי' חולק הרא"ש בזה אבל בהמה שהטילה גללים לעיסה דאמר בגמ' דאי לא דחיק לה עלמא משונה הוא, וכן תרנגול שהושיט ראשו לאויר כלי זכוכית היכי דלית ביה ביזרני ודאי לא משמע דהוו כוונתן להזיק וע"כ דמשונה גם בלא כונתן להזיק חייב חצי נזק, וזה אין לומר דסובר הרא"ש דבהנך דמשונה ואין כונתן להזיק פטורים לגמרי דלהדיא פסק הרי"ף בלית ביה ביזרני דמשלם חצי נזק, וביאר הרא"ש דהיינו רביע משום דהוי צרורות ע"י שינוי.

והנה ראית הרא"ש הראשונה ממה דתנן אכלה כסות או כלים ולא תנן רבותא כלבא דאכל אימרי אף דגם בזה אינו מבואר יפה דאכתי ליתני לענין פחת שפחתה מיתה, אך בזה ביאר להדיא בדבריו שכתב אמאי לא קתני אכלה בהמה מה שאין דרכה לאכול כגון כלב וכו' דהוי רבותא טפי דאע"ג דאכילה גמורה הוא ויש הנאה להזיקה אין משלם אלא חצי נזק, ומוכח דלא קשה לו אלא ממה דלא תני הני משום דאכילה גמורה הוא ויש הנאה להזיקה, ובזה יש לומר דלא קשה לו אלא על עיקר אכילת הנבלה אבל פחת

שפחתה מיתה סובר דלא הוי רבותא טפי מאכלה כסות או כלים, ואף דלפי מה דמדייק הישׁ"ש מדברי הראׁ"ש דסובר דאכלה כסות או כלים הוי נשיכה, וכלבא דאכל אימרי הא לא הוי נשיכה ואין כונתו להזיק כמו שכתבנו, יש לומר דעכ"פ אין זה מעין קושיית הראׁ"ש דהראׁ"ש הקשה אמאי לא אשמעינן רבותא דאעׁ"ג דאכילה גמורה היא מ"מ אינו משלם אלא חצי נזק וקושיא זו ליכא על פחת שפחתה מיתה ואי דקשה אמאי לא אשמעינן כלבא דאכל אימרי דמשלם חצי נזק דלא נימא דפטור לגמרי וכמו שכתבו התוס' בדף טׁ"ו למ"ד פלגא נזקא ממונא לא נחת לזה הראׁ"ש ואפשר דאינו סובר דהוי זה רבותא למ"ד פלגא נזקא קנסא.

אבל בקושייתו השניה במה דתנן חמשה תמין אינו מיושב בהוכחתו כמו שכתבנו אם לא דנימא דגם בזה סובר הראׁ"ש דלא הוי רבותא ולמחשב ששה תמין אלא בכלבא דאכל אימרי אם אינו חייב גם על האכילה אלא חצי נזק דהוי חדוש דאף דהוי אכילה ממש ויש הנאה להזיקה מ"מ כיון שבא עׁ"י שינוי אינו משלם אלא חצי נזק, אבל לגבי פחת שפחתה מיתה דאין כאן רבותא לענין זה דאינו משלם אלא חצי נזק, לא קשה להראׁ"ש משום דזה לא הוי רבותא כ"כ דאינו פטור לגמרי ולפיׁ"ז אפשר לומר דכוונת הראׁ"ש אינו כדעת הישׁ"ש בדבריו דאכלה כסות או כלים הוי נשיכה, אלא דגם הראׁ"ש סובר דאכלה כסות או כלים לא הוי כמו נשיכה דנשיכה כונתה להזיק ואכלה כסות או כלים מכוונת לאכילה, ומה דכתב הראׁ"ש בסי' יׁ"ד על אכלה כסות או כלים "שינוי נשיכה" לאו בדוקא כתב כן אלא כיון דאין הנאה להזיקה קרא לזה נשיכה כיון דשם אין נ"מ בזה, ובזה מבואר מה דלא חשיב במתני אכלה כסות או כלים אף דלא הוי בכלל נשיכה כיון דאין כאן חדוש לענין זה דאינו חייב נזק שלם, ולפיׁ"ז יהיה יותר מיושב מה דניחא להראׁ"ש במה דלא תנן כלבא דאכל אימרי משום דעיקר דינא דחייב חצי נזק ואינו פטור לגמרי זה ידעינן מדין אכלה כסות או כלים ולהשמיענו דאינו חייב אלא חצי נזק זה אינו חדוש יותר מהנך חמשה תמין, ועוד יותר מדוייק במה דמתני' דחמשה תמין תנן הבהמה אינה מועדת לא ליגח ולא ליגוף לא לישוך ולא לרבוץ ולא לבעוט, והנך חמשה כיון דכונתן להזיק הוי אמינא דבשור נגחן מועד ממילא בלא העדה עפׁ"י בׁ"ד, אבל באכלה כסות או כלים או כלבא דאכל אימרי כיון דלא שכיח דבר זה ואין כונתו להזיק אין כאן חדוש כלל שאינו מועד בזה ולא קשה להראׁ"ש מכלבא דאכל אימרי אלא במה דהוי רבותא שאינו מועד ומשלם רק חצי נזק על אכילת הנבלה אבל במה דהוי רבותא דמשלם חצי נזק ואינו פטור לגמרי לא קשה דלא נחת כאן התנא להשמיענו בזה, וזה תנן במתני' דאכלה כסות או כלים.

והנה עוד יותר יש להוכיח דלשיטת התוס' דכלבא דאכל אימרי הוי אין כונתו להזיק ולמ"ד פלגא נזקא ממונא פטור, ורק למ"ד פלגא נזקא קנסא חייב, וא"כ לדברי הישׁ"ש בדעת הרא"ש דסובר דאכלה כסות או כלים הוי נשיכה א"כ חסר במתני' למ"ד פ"נ קנסא עיקר דינא דמשונה ואין כונתו להזיק חייב דזהו מעיקרי כללי דיני קרן וע"כ צריך לומר דלמאן דסבר פלגא נזקא קנסא נימא דבאמת תנן לה במתני' ואכלה כסות או כלים לא הוי נשיכה משום דאין כונתו להזיק, ואיברא דלמ"ד פלגא נזקא ממונא לשיטת התוס' דסוברים דלדידי' פטור בכלבא דאכל אימרי ע"כ צריך לומר דאכלה כסות או כלים הוי גדר נשיכה וכונתה להזיק, ועל כרחנו אנו צריכין לומר דיפלגו בהך סברא אי אכלה כסות או כלים הוי גדר נשיכה ואף דקשה לעשות פלוגתא בזה במה דלא מצינו בגמ' מ"מ ע"כ מוכח כן לשיטת התוס' דלמ"ד פלגא נזקא ממונא פטור באין כונתו להזיק, ולמ"ד פ"נ קנסא חייבין משום דא"א לומר דיהי' חסר במתני' דין מעיקרי דיני נזקי קרן איברא דבלא ד' התוס' לא מוכח כל זה ונוכל לומר דלמ"ד פלגא נזקא ממונא נמי חייב אפי' באין כונתו להזיק דאף דבגמ' אמר בגדרי קרן שכן כונתן להזיק היינו בעיקרי גדרי קרן, אבל כיון דאשכחן דגם שן ורגל חייבין אלמא דלא בעי לגדר מזיק שיהי' כונתו להזיק, ואי דשן יש הנאה להזיקו ורגל היזקו מצוי זהו לעשות גדר דרכו להזיק, וקרן נמי במועד דרכו להזיק אבל בתם אפי' למ"ד פ"נ ממונא כיון דחזינן דחייבה התורה חצי נזק בתם אף דאין דרכו להזיק. א"כ גם באין כונתו להזיק חייב דבהך צד דלא בעי מכוין להזיק ילפינן זה משן ורגל ובהך צד דשן ורגל אורחיה אנו רואין שהתורה חייבה בתם אף דלאו אורחי' וכיון דלאו אורחיה חייב אין חילוק בין לאו אורחיה במקצת או לאו אורחיה כלל, דכבר כתבתי בפ"א הלכה ב' דזה א"א לומר דלמ"ד פלגא נזקא ממונא הוי קרן תם אורחיה כמו דמשמע לכאורה מפשטות דברי התוס' דבכל מקום שהוזכר דין תם מוכח דתם לאו אורחיה, ובדף י"ד הוזכר פלוגתא דר' טרפון ורבנן בלשון משונה קרן ורק דנוכל דלמ"ד פ"נ ממונא הוי קצת אורחיה לענין זה דלא נימא דבחזקת שימור קיימא ובודאי לא יזיקו, דאמרינן דגם תם אף דלאו אורחיה מ"מ אפשר שיזיק ולכן ליכא קושיא אמאי לא תנן לה במתני' דבמתני' לא הוזכר כלל גדר קרן שיהי' כונתו להזיק.

עוד דחה הישׁ"ש דעת הרא"ש מהא דפריך סוף פ"ק אשמואל דאמר ארי ברה"ר טרף ואכל חייב דטריפה לאו אורחה מהא דתניא טרפה בהמה ואכלה בשר משלמת נזק שלם דלדברי הרא"ש לימא דמשלם נ"ש אבשר דהוא הנבלה דהוי אורחיה, וכבר כתבתי בפ"א דזה לא קשה דהגמ' סבר דמשמע דמשלם נ"ש בעד כל הבהמה ולא רק על הנבלה, ובפרט לדעת הרמב"ם דאכלה בשר הוא מילתא אחריתא כמו שכתבנו בהלכה זו אות

א' בודאי לא קשה קושיית הישׁ"ש.

ובמה שהקשה הישׁ"ש על הראׁ"ש דהוכיח מדתנן כסות או כלים ולא תנן כלבא דאכל אימרי דהוי רבותא טפי והקשה הישׁ"ש דלדברי הראׁ"ש נמי קשה דאכתי ליתני בהמה שאכלה בשר, וזה באמת קשה טובא, וכבר כתבתי דתי' הישׁ"ש דתני כסות או כלים בשביל בבא דרה"ר אינו מיושב, אכן באמת הרמב"ם וגם הריׁ"ף והראׁ"ש השמיטו כל הסוגיא דבהמה לאו אורחה בבשר ותבשיל וחיה לאו אורחה בפת, ונבאר כל זה בהלכה ח', ולפי מה שנבאר אין מקום להקשות ואדרבה מכאן יסוד לדחות הברייתא מהלכה.

אכן בעיקר הוכחת הראׁ"ש דאינו משלם נׁ"ש על אכילת הנבלה מדלא תנן במתני' כלבא דאכל אימרי נראה דזה לא מכרעא להוכיח כדעת הראׁ"ש דמה דאשמעינן מתניתין אכלה כסות או כלים עיקר חדושא הוא דלא נימא דהוי כמו גדר אכילה עׁ"י הדחק וכשאר אוכלין שאין ראויין ואוכלתם עׁ"י הדחק, ונימא דגם כסות או כלים כשאין לה מה לאכול והיא רעבה אוכלת גם כסות או כלים. לזה אשמעינן מתניתין דכסות או כלים לאו אורחה כלל, אבל כלב שאכל כבשים לא צריך להשמיענו כיון דאין דרך הכלב לטרוף או לדרוס בהמות גדולות, אׁ"כ זהו כבר נלמד ממתניתין דקתני השן מועדת לאכול את הראוי לה, אׁ"כ עיקר דינא דאכל אימרי לא צריך להשמיענו ורק דקושיית הראׁ"ש דלשמעינן רבותא טפי דפטור גם על אכילת הנבלה אף דיש הנאה להזיקה וזה לא קשה כלל דאטו מתניתין סברא איצטריך לאשמעינן, אם מה שתחלתו בשנוי וסופו שלא בשינוי, אם נדין בזה דין קרן או שן, דכיון דפשטות דברי הגמ' דאמר כלבא דאכל אימרי מוכח דגם אכילת הנבלה הוי קנסא אף דבגמר האכילה אין כאן שינוי כלל לא נוכל להקשות למה לא תנן לה במתני', ומדברי הגמ' שמעינן סברא זו וכן דעת רשׁ"י והרׁ"ח זׁ"ל גבי סתם דלתות חתורות ואין קושיא כלל למה לא תנן לה במתניתין ואטו כל סברות הגמרא תנן להדיא במתניתין, ועיקר שינוי דכלבא דאכל אימרי לא דמי לשינוי דאכלה כסות או כלים וזה יותר פשוט דלאו אורחיה ולא איצטריך כלל להשמיענו:

הלכה ח

סל שיש בו לחם ונכנס חמור ושבר הסל ואכל הלחם משלם על הסל ועל הלחם נזק שלם שזה הוא דרכו, וכן שעיר עזים שראה לפת וכיוצא בו על פי החבית ונסתבך בחבית ואכל את הלפת ושבר את החבית משלם על שניהם נזק שלם, כשם שדרכו לאכול כך דרכו להתלות בכלים ולעלות כדי לאכול וכן כל כיוצא בזה, אבל אם נכנס החמור ואכל את הלחם ואחר כך שבר את הסל, על הלחם משלם נזק שלם, ועל הסל חצי נזק וכן כל כיוצא בזה.

הלח"מ תמה כאן על הרמב"ם שהשמיט ברייתא וסוגיא דגמ' דאמרינן בגמ' ופת אורחיה הוא ורמינהו אכלה פת ובשר ותבשיל משלם חצי נזק מאי לאו בבהמה לא בחיה, חיה בשר אורחיה הוא דמטוי ואיבעית אימא בטביא ואבע"א לעולם בבהמה ובפתורא, ומוכח בגמ' דבהמה לאו אורחה בבשר וכן בתבשיל וחיה לאו אורחה לא בפת ולא בתבשיל ובשר אורחה דחיה אבל לא בבשר צלוי וצבי לאו אורחיה בבשר, וכל אלו החלוקים הזכיר הטור והרמב"ם השמיט הכל, וגם על הטור תמה למה השמיט אוקימתא בתרייתא דבהמה בפתורא אין דרכה והנה הלח"מ תמה רק על הרמב"ם ולא הזכיר שגם הרי"ף והרא"ש השמיטו כל הסוגיא וגם בעל ההשלמה לא הזכיר סוגיא זו.

והנראה בזה דהנה בהלכה ז' בארנו ענין אכלה כסות או כלים דהיש"ש רוצה לומר בדעת הרא"ש דהוי גדר נשיכה והיש"ש חולק וסובר דלא הוי נשיכה אלא אכילה במידי דלאו אורחיה, וכתבנו להוכיח דודאי אכלה כסות או כלים אינו בכלל נשיכה ודמשמע דגם הרא"ש שקרא לאכילת כסות או כלים שינוי נשיכה לאו בדוקא כתב כן. אך איך שיהיה בדעת הרא"ש אבל בדעת הרמב"ם נראה לדייק מלשונו דודאי אינו סובר דהוי גדר נשיכה דכתב בהלכה ג' אכלה אוכלין שאין דרכה לאוכלן כגון שאכלה כסות או כלים, וממה שקורא לכסות או כלים אוכלין שאין דרכה לאוכלן מוכח דלא ס"ל דהוי נשיכה אלא דהוי אכילה במידי דלאו אורחה והוא שן שלא כדרכה דבודאי דינה כמו קרן אבל אינה נשיכה ממש דאין כונתה להזיק.

והנה למעלה הבאנו מה שהקשה היש"ש על הרא"ש דהוכיח גבי כלבא דאכל אימרי דעל הנבלה משלם נזק שלם דאי לא"ה אדתני כסות או כלים ליתני כלבא דאכל אימרי והקשה היש"ש דלדברי הרא"ש נמי ניתני בהמה שאכלה בשר, וכבר הארכנו שם בתירוץ היש"ש ע"ז שלדעתנו אינו מיושב בזה, ולפי"ז באמת קשה טובא בהא דתנן אכלה כסות או כלים ולא תנן בהמה שאכלה בשר או חיה שאכלה פת וכה"ג דהוו אוכלין ממש אלא שאין דרכה של בהמה או של חיה לאכלן דהוי רבותא טפי, ולענין קושיית הרא"ש כבר בארנו למעלה אבל זהו בודאי תימה רבתא, ואם היינו אומרים דאכלה כסות או כלים הוי גדר נשיכה ובהמה שאכלה בשר הוי שן במידי דלאו אורחיה אולי הי' מקום בדוחק ליישב דמתני' תנא בכאן גדר קרן ממש אף דגם זה אינו מיושב דאמאי לא תנא באמת גדר שן בשינוי, אבל עכ"פ לפי מה שמבואר בלשון הרמב"ם דאכלה כסות או כלים הוי אוכלין שאין דרכה לאכלן א"כ קשה טפי דכיון דהוי גדר אחד בודאי הוי רבותא טפי בהמה שאכלה בשר.

ע"כ נראה דבאמת סובר הרמב"ם ושאר הראשונים שהשמיטו הברייתא והסוגיא דליכא

כלל מידי אחרינא שיהי' לאו אורחה כלל ומשלמת חצי נזק אלא דוקא כסות או כלים ושאר מיני אוכלין שאין דרכה לאכלן הוי בכלל אכילה ע"י הדחק דבשעה שהבהמה רעבה אוכלת כל מיני אוכלין וכדאמרינן כלבא בכפנא גללי מבלע ולכן דוקא כסות או כלים שאין דרך בהמה וחיה לאכלן אפי' כשהן רעבין וכן אפשר דה"נ גללים דוקא כלב דרכו לאכלם ולא שאר בעל חי ומ"מ לא קשה דליתני גללים משום דלא פסיקא כיון דאיכא כלב דדרכו לאכלן, ובריייתא דקתני הני דאין דרך בהמה וחיה לאכלן דמשלם חצי נזק סברה דאכילה ע"י הדחק לא שמה אכילה ופליגא אמתני' דתני דוקא כסות או כלים ורב פפא דאמר השתא דאמרת כל מילי דלאו אורחה למיכל ואכלה ע"י הדחק שמה אכילה אברייתא דחזיר שאכל חתיכה של בשר וכלב שליקק את השמן ולא אמר לה אמתני' דתנן דוקא כסות או כלים משום דברייתא תנא להו בהדיא וממתניתין שמעינן רק מדיוקא לכן אמר לה אברייתא.

ובדרך החדוד יש לומר לפימש"כ למעלה דאם הוי אמרינן דאכלה כסות או כלים הוי נשיכה לא מוכחא כ"כ לומר דליכא אוכלין שאינם ראויין כלל, אלא דאכלה כסות או כלים הוי מענין אחר דזהו קרן ממש ואוכלים שאינם ראויים אימעטי ממה דתנן השן מועדת לאכול את הראוי לה, ולפי"ז לדברי התוס' שכתבו בדף ט"ו דלמ"ד פלגא נזקא ממונא כלבא דאכל אימרי פטור לגמרי משום דהוא משונה ואין כונתו להזיק א"כ בודאי אכלה אוכלים שאינם ראויין לה פטור לגמרי כיון דלא הוי קרן ממש ואין כונתה להזיק, וא"כ מה דמחייב במתני' באכלה כסות או כלים ע"כ צריך לומר לדידי' דכסות או כלים הוי נשיכה וכונתה להזיק דלא הוי גדר לאכילה כלל, ולפי"ז לא מוכח ממתניתין דתנן אכלה כסות או כלים דבשאר מיני אוכלים שאוכלת אותם ע"י הדחק הוי אכילה דנוכל לומר דאכילה ע"י הדחק כיון דאין דרכה לאכלן לא הוי שן דאינה מועדת לאכול אלא את הראוי לה והא דלא תנן להו במתניתין משום דבהנהו פטור לגמרי ולכן רב פפא לשיטתו דסבר פלגא ממונא לא מצי לאוכוחי ממתני' ולכן מוכיח זה מברייתא דקתני בהדיא דאפי' דברים שאין דרכה לאכול ואוכלתן ע"י הדחק נזק שלם.

עכ"פ נאמר דמתניתין דתנן כסות או כלים מוכח לדידן דקי"ל פלגא נזקא קנסא דדוקא כסות או כלים אבל שאר מיני אוכלין הוי אכילה ע"י הדחק ומשלם נזק שלם ואין חילוק כלל, והא דפריך בגמ' מהך ברייתא דאכלה פת ובשר ותבשיל דמשלם חצי נזק על רב יהודה דחייבי' לשלם נ"ש אנהמא ומשני בחי' ומוכח דלהלכה בחיה אין דרכו בכך וכמו שפירש"י דחיה אין דרכו בפת אפי' ע"י הדחק נראה דהרמב"ם יפרש דברי הגמ' באופן אחר, דמה דפריך ופת אורחיה הוא לא פריך על רב יהודה אלא דהוא קושיא על

סוגיית הגמ' דמעיקרא במה דחייביה רב יהודה אנהמא נ"ש ואסלא ח"נ ופריך ואמאי כיון דאורחיה למיכל נהמא אורחיה נמי לפלוסי סלא ומשני דאכל והדר פליס, והנה בגדר זה דאמרינן כיון דאורחיה למיכל נהמא אורחי' נמי לפלוסי סלא יש לומר דאמרינן כן דוקא במידי דאורחי' למיכל שלא ע"י הדחק אבל דברים שאכילתן ע"י הדחק לא נקרא אורחי' למיכל וסגי לחייב בעד האוכלין אבל לא לחייב בשביל זה גם על שבירת הסל וכן משמע בלשון הרמב"ם שכתב כשם שדרכו לאכול כך דרכו להתלות, ובאכלה ע"י הדחק לא כתב דדרכו לאכול ע"י הדחק דהא כתב בהלכה ו' בהמה שאכלה אוכלין שאין דרכה לאכול אבל אוכלתן ע"י הדחק, וכיון שכתב כאן כשם שדרכו לאכול וכן הוא לשון הגמ' כיון דאורחיה למיכל נהמא, ע"כ נאמר דדוקא בדבר שדרכו לאכול אז דרכו לשבר גם את הסל אבל לא במה דאוכלת ע"י הדחק, ולכן יהיה קושיית הגמ' אסוגיא דלמעלה דפריך ואמאי כיון דאורחיה למיכל נהמא אורחי' נמי לפלוסי סלא ומשני דאכיל והדר פליס וע"ז מקשה דהא פת לאו אורחי' דעכ"פ מוכח כן מברייתא ואף דברייתא פליגא אמתניתין בדין אכילה ע"י הדחק אבל עכ"פ שמעינן דהיא רק אכילה ע"י הדחק וע"ז משני בחיה אבל מ"מ להלכה לא נוכל לסבור כברייתא כיון דברייתא הקודמת סברה דאכילה ע"י הדחק שמה אכילה וכן מוכח ממתני' לדידן דקיי"ל פלגא נזקא קנסא וכנ"ל:

הלכה ט

בהמה שאכלה מתוך הרחבה בין דרך הליכתה בין שעמדה ואכלה משלם מה שנהנית ואפילו חזרה על צידי הרחבה ואכלה מהן, אבל אם הניחה את הרחבה והלכה ועמדה בצדי הרחבה ואכלה, משלם מה (שנהנית) [שהזיקה] אכלה מפתח החנות משלם מה שנהנית מתוך החנות משלם מה שהזיקה.

עיקר ביאור הלכה זו נבאר בהלכה י', וכאן נעורר רק על דברי הטור בסי' שצ"א שכתב היו הפירות בצדי רחבה והיא בתוך הרחבה אע"פ שאינה יכולה ליטלם אא"כ תחזיר ראשה לצדי רחבה והחזירה ראשה ונטלתם ואכלתם ברחבה, בין דרך הליכתה בין שעמדה שם ואכלתם אינה משלמת אלא מה שנהנית, אבל יצאה מן הרחבה לצדי רחבה ולקחתם שם ואכלתם שם משלם כל מה שהזיקה עכ"ל ודברי הטור בריש דבריו תמוהין דודאי דינא דמחזרת איירי שהחזירה ראשה ואכלה שם בצדי רחבה, דאם רק נטלה הפירות ואכלה ברחבה א"כ אפילו יצאה מן הרחבה לצדי הרחבה ונטלה פירות וחזרה לרחבה ואכלה פטורה, כדאמרינן להדיא בסוגיא דכלב וחררה דאם אכל בגדיש דעלמא פטור.

וראיתי בדברי הפרישה שעמד בזה וכתב וז"ל נראה דה"ה אם בשעת האכילה עדיין

לא החזירה ראשה מצדי רחבה אלא אכלה שם אפ"ה פטור, כיון דגופה ברה"ר דהא מסיק וכתב דאינו חייב לשלם אא"כ יצאה מהרחבה לצדי הרחבה ואכלתן שם, אלא רבינו אורחא דמילתא נקט, וגם יש לומר דרמז רבינו במש"כ בין דרך הליכתה בין שעמדה שם, דבעמדה שם ר"ל דעמדה במקומה וראשה בצדי רה"ר, ולא כב"י שכתב שתפס לשון הרמב"ם בזה וכו', דא"כ אין שום חידוש בזה וגם בשו"ע מוכח דבכה"ג ג"כ פטור עכ"ל הפרישה, והנה מה שהוצרך להביא הוכחה דבכה"ג ג"כ פטור הוא למותר, דודאי מאן דסבר מחזרת חייב, הוא דוקא בכה"ג שהחזירה ראשה ואכלה שם, ודבריו נכונים בזה דבסוף דברי הטור כתב להדיא דביצאה מן הרחבה לצדי רחבה אינו חייב אלא היכי דאכלה שם, אבל מה דניחא לי' להפרישה לתרץ דמה שכתב הטור ואכלתם ברחבה אורחא דמילתא היא תמוה טובא, דהא בודאי הטור צריך להשמיענו עיקר פלוגתא דמחזרת ולהשמיענו דמחזרת פטור, וכמו שפסקו הרי"ף והרא"ש ובכה"ג דאכלה ברחבה ליכא למאן דאמר ובודאי פטורה דלא עדיף מלקחה ברה"נ ואכלה ברה"ר, ומה שכתב הפרישה שהטור רמז לדין זה דאכלה בחזירת ראשה בצדי רחבה ג"כ פטור במה שכתב בין דרך הליכתה בין שעמדה, לא ניחא כלל דודאי במה שכתב בין שעמדה לא מוכח כלל דאיירי שאכלה בחזירת ראשה, ובודאי כונת הטור הוא לדברי הרמב"ם כאן וכמו שכתב בב"י, והוא עפ"י דברי הגמ' בסוגיא דקופצת בהמה ברה"ר הלכה ואכלה פטורה עמדה ואכלה חייבת, מ"ש הלכה דאורחה עמדה נמי אורחה, רק שהטור דקדק יותר דהרמב"ם כתב זה על אכלה מתוך הרחבה, וזה פשיטא דבודאי ליכא הו"א דבהמה ברה"ר אינה פטורה אלא בהלכה ולא בעמדה, ומה דאמר מ"ש הלכה דאורחה עמדה נמי אורחה היינו באוכלת ממקום גבוה כמו מע"ג חברתה, על כן העמיד הטור דברי הרמב"ם גבי מחזרת, לומר דבמחזרת נמי פטורה בין הלכה בין עמדה וכמו מע"ג חברתה בלא קפיצה.

ובדברי הרמב"ם י"ל ג"כ דכיון דסיים אח"כ ואפילו חזרה על צדי הרחבה א"כ מה שכתב בין דרך הליכתה בין שעמדה קאי נמי על מחזרת, דרק דכיון דמפשטות לשון הגמ' דקתני בהמה ברה"ר הלכה ואכלה איכא למימר דקאי על כל בהמה ברה"ר, וע"ז הוא דפריך מ"ש הלכה דאורחה לכן העמיד זה על אכלה מתוך הרחבה וסיים דכן נמי דמחזרת דפטורה בין שהלכה בין שעמדה, אבל עכ"פ זה פשוט דאין כאן כונה כלל בדברי הטור באיזה מקום אכלה בצדי הרחבה או ברחבה, ולכן דברי הטור באמת תמוהים מאוד, ואף דממה שסיים דאם יצאה לצדי הרחבה ואכלה מוכח דבמחזרת באופן זה פטורה, מ"מ אין טעם כלל במה שכתב כאן שנטלה מצדי הרחבה ואכלה ברחבה, כיון דבזה

פטורה אפי' אם היה הדין דמחזרת חייב.

ולכן נראה ע"כ דאין כונת הטור כלל במה שכתב ואכלה ברחבה דהיינו שהחזירה ראשה מצדי הרחבה והחזיקה גם ראשה ברחבה, אלא דזה כתב לאפוקי מסיפא דלא יצאה לרחבה, והיינו דהא דפטור דוקא החזירה ראשה לצדי הרחבה ונטלה פירות באופן זה כשהיא עומדת ברחבה, ומה שכתב אכלה ברחבה היינו בעמידתה ברחבה, ואולי באמת חסר תיבת "בעמידתה" ובא לאפוקי דאם נטלה פירות בחזירת ראשה ואח"כ יצאה מרחבה ואכלה אז חייבת אף שנטלה כשהיא עומדת ברחבה, ודוקא שנטלה בחזירת ראשה אבל אם נטלה ברחבה ויצאה לצדי הרחבה ואכלה פטורה.

איברא דהדרישה הוכיח דמה שכתב הטור דאם יצאה לצדי הרחבה ונטלה פירות ואכלה דחייבת, דזה לאו דוקא דהא דעת הטור לעיל בשם הרמ"ה דאפילו לקחה ברה"ר ואכלה בחצר הניזק חייבת, אולם לפי מה שבארנו למעלה בהלכה ד' אות ט' דעת המחבר שהביא דעת הרמב"ם ודעת הטור בשם הרמ"ה ומוכח דסובר דאינם חולקים, ובארתי דיש נ"מ בין אם לקחה הבהמה אוכלין והחזיקתם רק קצת בפיה כמו ככרות גדולים באופן שאפשר להצילם, ובין היכי שנטלה אוכלין לתוך פיה באופן שא"א להצילם ואפי' אפשר בטורח גדול עד שאינה שוה הטרחה זה ג"כ כמו א"א להציל דאם לקחה באופן שאפשר להציל אז אף שלקחה ברה"ר כיון שנכנסה אח"כ לרה"נ הוי כמו לקיחה חדשה ברה"נ וחייבת, אבל אם כבר היה בפיה באופן שא"א להציל וכבר נעשה אבוד, אז אינה חייבת במה שבאה לרה"נ ואכלה ולפי"ז נוכל שפיר לומר דגם הטור סובר כן דהרמ"ה מיירי באופן שרק לקחה אוכלין ואפשר להצילם, אבל הכא מדייק שנטלה בצדי הרחבה משום דאם נטלה ברחבה פירות שכבר היו בתוך פיה לא מהני מה שאכלתן אח"כ בחה"נ.

ועכשיו נאמר דהטור סובר דהא דפליגי במחזרת דרב מחייב ושמואל פוטר וקיי"ל כשמואל דמחזרת פטורה אין הטעם משום דשמואל סבר דמחזרת הוי אורחא ממש ולא דמי לקופצת, אלא דבזה יסבור גם הטור כסברת הרמב"ן והנמוק"י דמחלקים בין חה"נ ממש לאינו חה"נ ממש, והטור יחלק בין צדי הרחבה לקופצת ויסבור דע"ג חברתה הוי חצר הניזק ממש, ורק דבלא קפצה כיון דהוי אורחה ממש פטורה אפילו בחה"נ ממש אבל צדי הרחבה אינו חה"נ ממש, וזהו טעמא דפטר שמואל דאף דלא הוי אורחה ממש מ"מ פטורה, משום דהיכי דלא הוי חה"נ ממש אינה חייבת אלא היכי שאינה עומדת כלל ברה"ר, והטעם דכיון דכל עיקר דנחשב חה"נ הוא משום דאין רשות לבהמות להלך שם, וכיון שעומדת ברחבה ועכ"פ הוי אורחה קצת גם להחזיר ראשה לא נחשב חצר הניזק,

אלא דנ"מ מטעם זה דמ"מ הנטילה לא היה ברשות, דדוקא אם נטלה מתוך הרחבה בזה אמרינן דהנטילה היה ברשות, כיון דנטלה בדרך הלוכה והוא אורחה בהכרח ליקח משם פירות, אבל במחזרת כבר לא היה הנטילה ברשות, וכיון שלא היה הנטילה ברשות לכן כבר אפשר לחייבה אם אחר הנטילה בחזירת ראשה הלכה עם הפירות לצדי הרחבה ואכלה שם, דאף דעבור אכילתה לחוד אי אפשר לחייבה כיון שהפירות כבר נעשו אבודים, ומטעם זה אנו פוטרים אם נטלה פירות ברחבה והלכה לצדי הרחבה ואכלה, מ"מ כל זה הוא דוקא בנטלה מתוך הרחבה דהנטילה היה ברשות בלא דררא דחיוב כלל, אבל בלקחה בחזירת ראשה דהנטילה היה שלא ברשות אפשר לחייב אם אכלה אח"כ אחר שהלכה כולה בצדי הרחבה, וכמו דאנו מחייבין תמיד בהמה שאוכלת בחה"נ אף דעבור הלקיחה לחוד לא נחייב לפי המסקנא לפי מה שכתבנו בסוגיא דפי פרה, דמה שהיא עושה הפירות לאבודים אינו אלא גרמא, ובפרט שע"י טרחה גדולה אפשר להוציא והוי כמו בזורק מטבע לים דאפשר ע"י בר אמוראה להוציא, ודין גזלן לא שייך בבהמה, ומ"מ אנו מחייבין על האכילה, ואין אנו פוטרין משום שאכלה בשעה שכבר היו אבודין, וע"כ דזהו סדר חיוב הנזקין שנוטלת ואוכלת והבעלים חייבים על שתי הפעולות ביחד, וה"נ כאן דלענין דין לקיחה סגי לחייב בשביל שנטלה שלא ברשות כיון שהיה מונח במקום שאין לה רשות.

ואפשר להסביר יותר לפי"מ שכתבתי בהלכה ד' בהא דמתגלגל דלהכי מיבעי לן בעמדה ברה"נ ונטלה פירות מרה"ר ואכלה בחה"נ משום דלענין לקיחה סגי בהא שיתקיים דין ושילח היינו שהלכה למקום שאין לה רשות, ורק על הביעור כתיב שדה אחר שהביעור יהי' משדה אחר, ולכן כיון דעכ"פ היתה בחה"נ בשעת הלקיחה אף שנטלה מרה"ר יש סברה דלחייב, וא"כ גם כאן נוכל לומר דאף דכאן הוא להיפוך שעמדה ברחבה, אבל כיון שעכ"פ החזירה ראשה למקום שאין לה רשות כבר נתקיים בזה דין ושילח את בעירה, ורק לדין וביער בשדה אחר אמרינן דבמקום שאינו חה"נ ממש לא מיקרי שדה אחר כל זמן שהיא עומדת ברחבה, אבל עכ"פ דין ושילח כבר נתקיים והלקיחה היה שלא ברשות, דמטעם זה מחייבינן לחד צד דאבעיא במתגלגל אף שנטלה מרה"ר דלגבי אכלה בודאי פטורה, ולכן כשהלכה עם הפירות לחה"נ אפשר דליחייב ותלוי זה בשני הפירושים שכתבתי למעלה כמו שפירש הגר"א בביאורו דכל האבעיא שם אם לענין זה אמרינן שדינן פיה בתר גופה, דלפי"ז בארתי דבדין ושילח שפיר חשיב ושילח, ולפי"ז נוכל לומר דכאן יהי' בודאי חייב, ואם נפרש דבזה גופא מיבעי לן אם לענין דין ושילח בעינן שדה אחר או לא אם כן גם כאן יהי' ספק, וא"כ שפיר דקדק הטור וכתב דדוקא אם

החזירה ראשה ונטלה פירות ואכלה כשהיא עומדת ברחבה אז פטור, אבל אם הלכה לצדי הרחבה אז תלוי בהאבעיא דמתגלגל:

הלכה י

היתה מהלכת ברה"ר ופשטה צוארה ואכלה מעל גבי חברתה ואפי' עמדה משלם מה שנהנית שכן דרך הבהמות לאכול זו מעל גבי זו, ואם קפצה ואכלה על גבי חברתה משלם מה שהזיקה שגבי חברתה כחצר הניזק הוא חשוב.

המ"מ כתב ע"ז מחלוקת אילפא ור' אושעיא ופסק כר' אושעיא וכתירוצא דרבא בקופצת וכן דעת ההלכות, והשיג עליו הכ"מ דהא הרי"ף הביא הא דאילפא ור' אושעיא ומוכח דלא פליגי ודבריו תמוהים דהא כתב הרמב"ן במלחמות ליישב דעת הרי"ף דאפשר דפליגי ופסק כר' אושעיא, עיין שם בארוכה, ובמה שכתב הרמב"ם שכן דרך הבהמות לאכול זו מעל גבי זו פי' הכ"מ דהיינו לאפוקי דלא נימא דהוא משונה, וכן פי' דברי הגמ' דאמר מ"ש הלכה דאורחה הוא עמדה נמי אורחא הוא דהכונה מ"ש הלכה דאורחה ואינה שינוי, נטה בזה מדרך הרא"ש שפי' דזה לא הוי ס"ד כלל לומר דהוי שינוי דכיון דאורחה למיכל נהמא אורחה לסרוכי ולמיסק, וכל השקו"ט בגמ' הוא רק אם הוי אורחה גמור באופן דאין רשות לבעל הפירות להניח פירותיו ולעשות שם לחצר הניזק, וכמו דאמרינן גבי מקצה מקום מרשותו לרה"ר וע"ז אמר מ"ש הלכה דאורחה פי' והוי אורחה גמור עמדה נמי אורחה ומשני בקופצת דלא הוי אורחה גמור אף דלא הוי משונה, ולכן יש רשות לבעל הפירות להניח פירותיו ולעשות שם לחצר הניזק, אכן טעמו של הכ"מ הוא עפ"י מה שכתב מקודם לחלוק על הרא"ש, שכתב דהיכי דיכולה לאכול בלא קפיצה אפי' קפצה פטור, והוא לשיטתו דכיון דיכולה לאכול בלא קפיצה אין רשות לבעל הפירות לעשות מקום זה לחצר הניזק, אבל הכ"מ כתב דלא כהרא"ש דכן משמע באמת מפשטות לשונו של הרמב"ם דאין נ"מ ובכל גווני אם קפצה חייבת, והחילוק בין קפצה לעמדה הוא כמו שכתב הרמב"ן במלחמות דבקפצה הוי כמו דשבקתה לרחבה ואזלא וקמה בצדי רחבה וה"נ בקפצה נסתלקה מרה"ר לגמרי, ולכן סובר הכ"מ דלפי זה אין חילוק כלל בין אורחה לגמרי ללאו אורחה לגמרי, דהחילוק בין עמדה לקפצה הוא רק בזה, דעמדה עומדת ברה"ר והוי כמו מחזרת דפטורה וקפצה הוי כמו שנסתלקה מרה"ר, וא"כ מה דאמר הגמ' מ"ש הלכה דאורחה, וכן מ"ש הרמב"ם שכן דרך הבהמות היינו לאפוקי דלא לימא דהוי שינוי והכ"מ הביא דברי הנמוקי יוסף שכ' דמה דמחלקינן בין קפצה לעמדה היינו משום דבהמתו לאו כחצר הניזק גמור הוא דהא אכלה מתוך החנות חייבת, וזהו עפ"י דעת הרמב"ן, ונמצא דהרמב"ן והרא"ש מחולקים בטעמא

דקפצה חייבת ועמדה פטורה דלהרמב"ן הא דעמדה פטורה, היינו משום דבהמתו לאו כחצר הניזק גמור, ובזה צריך דוקא שנסתלקה מרה"ר, אבל בחצר הניזק גמור חייבת אף שעומדת ברה"ר כמו מתוך החנות, ולהרא"ש החילוק הוא לא ברה"נ גמור ואינו גמור אלא באורחה גמור ואינו גמור, דעמדה כיון דהוי אורחה גמור לא מהני מה דעל גבי חברתה הוי חצר הניזק, ומה דחייבת במתוך החנות נצטרך לומר דמתוך החנות נמי לא הוי אורחה גמור כמו דלא הוי אורחה גמור לבהמה לילך בחצר הניזק דאין זה דרך הליכה ממש.

והנה לפי מה שנפרש דהרמב"ן והנמוק"י אינם מחלקים כלל בין אורחה גמור לאורחה שאינו גמור, א"כ צריך ביאור מ"ט דמ"ד מחזרת חייב, וצריך לומר דבזה גופא פליגי דמאן דסבר מחזרת חייב סבר דיש נ"מ בין אורחה לגמרי בין לאו אורחה לגמרי, וכן פי' להדיא הרמב"ן במלחמות טעמא דאילפא דסבר דבלא קפצה נמי חייב, דאע"ג דאין זה שינוי מ"מ אין זה שן שפטרה תורה שאין דרכה לאכול ממקום גבוה אלא ממקום נמוך, ור' אושעיא סבר דוקא קופצת לפי שנסתלקה וכו' ואנן כיון דקיי"ל מחזרת פטורה ולא מחייבא עד דשבקתה לרחבה, ממילא שמעינן דהלכתא כר' אושעיא, וחזינן להדיא דהרמב"ן מפרש דבזה גופא פליג רב ושמואל במחזרת, ולדעת הרא"ש נימא דפליגי אי מחזרת אורחה לגמרי או לאו אורחה לגמרי, אבל לעולם משכחת לאו אורחה לגמרי כמו גבי קופצת.

ולפי מה שביארנו א"כ אין הכרח כלל לפרש בגמ' לדעת הרמב"ן דלא כפי' הרא"ש דהכונה מ"ש הלכה דאורחה ואינו שינוי דכיון דהרמב"ן מפרש דאילפא דמחייב נמי בעמדה היינו משום דלאו אורחה לגמרי א"כ שפיר הפירוש בהא דאמר מ"ש הלכה דאורחה הוא כפי' הרא"ש מ"ש הלכה דאורחה, והוי אורחה לגמרי עמדה נמי אורחה, ונאמר דמאן דפטר במחזרת וכן ר' אושעיא דפוטר בעמדה סבר דבכל אופן אורחה ואין חילוק כלל ודוקא בקופצת חייבת, כיון שנסתלקה מרה"ר והוי כמו דשבקתה לרחבה, ואפי' לפי' השני שמביא הרמב"ן דאפשר דלמסקנא גם אילפא מיירי בקופצת, אבל לפי ההו"א ודאי כונת הרמב"ן כפי פירושו דהוי סבר לחייב בלא קופצת, משום דלאו אורחה לגמרי א"כ הפי' בגמ' בודאי כדברי הרא"ש, וכן מה שכתב הרמב"ם שכן דרך הבהמות היינו ג"כ מלבד דלא הוי שינוי, אלא דהוי אורחה לגמרי ולא אמרינן דלא הוי אורחה לגמרי ואינה פטורה ברה"ר, מ"מ בדברי הרמב"ם נכון לפרש כפי הכ"מ דאתא לאפוקי דלא הוי שינוי, וכמו שכתב למעלה מה שדרכה להתלות בכלים ולאכול לענין דלא הוי שינוי, וממילא אפשר דמפרש הרמב"ם כן בדברי הגמ' ואולי מפרש הרמב"ם

דבהו"א דגמ' דמחייבינן בלא קופצת הוי סבר דהוי משונה ולא הוי סבר הא דאמרינן כיון דאורחה למיכל נהמא, אך למסקנא באמת דמי להא דאמרינן כיון דאורחה למיכל נהמא, ורק בקופצת חייבת משום דע"ג חברתה חצר הניזק והחילוק מאכלה בלא קפיצה לתוך החנות נאמר גם להרמב"ם כפי' הרמב"ן והנמוק"י דע"ג חברתה לא הוי חה"נ גמור וכנ"ל.

ונראה דהחילוק בין דעת הרמב"ן לדעת הרא"ש הוא בפי' דברי הרי"ף שכתב דשן ורגל פטורים ברה"ר דאורחה הוא, דלדעת הרמב"ן הוא לפי"מ שביארנו ברפ"א סברת הרי"ף דאינו רק טעמא דקרא אלא דהוא גדר על רשות הניזק, משום שמצינו דעל גבי חברתה חשיב חצר הניזק, ומ"מ איכא נ"מ בין קופצת ולא קופצת, וכן בעי טעמא למ"ד מחזרת חייב וכן מקצה מקום, ובארנו דחידש הרי"ף דשיעור חצר הניזק הוא כל מקום שאין רשות להבהמה לילך כדרכה ולאכול, וזהו לדעת הרא"ש דסובר דכל מקום שיכולה לאכול בלא קפיצה אפי' קפצה פטורה, וכן הוא שיטת התוס' למ"ד מחזרת חייבת דמקום שיכולה לאכול בלא חיזור אפי' מחזרת פטורה, אבל דעת הרמב"ן להסבר הנמוק"י אינו כן, אלא דזה דוקא ברה"נ שאינו גמור, והיינו דמה דנחשב רה"נ הוא רק בשביל שאינו רה"ר ואינו מקום הילוך הבהמות כמו ע"ג חברתה דבאמת הוא בטל לרה"ר ולא הי' בדין שיחשב שדה מעיקר דינא, וכמו דאשכחן לענין דיני שבת דאדם ובהמה אינם חולקים רשות לעצמם, וחשובים כרה"ר, אלא דמ"מ לענין דיני נזקין נחשב שדה אחר, משום דעכ"פ אין רשות להבהמות לילך ע"ג חברתה לכן נחשב חצר הניזק, אלא דכ"ז אם בדרך הלוכה אינה יכולה לאכול, אבל אם יכולה לאכול בדרך הלוכה א"כ מה מהני מה דהפירות מונחים במקום שאינה יכולה להלוך כיון דבדרך הלוכה היא אוכלת, אבל אם קפצה ואכלה אף דלדעת הרמב"ן גם קפיצה היא אורחה, מ"מ כיון שכבר נסתלקה מרה"ר והיינו מעיקר מקום הלוכה לכן אם אכלה חייבת כיון דהפירות מונחים במקום שיכול ליחשב שדה אחר.

אבל כל זה ברה"נ שאינו גמור אבל ברה"נ גמור כמו מתוך החנות לא איכפת לן כלל בסברא דדרך השור לילך כיון דעכ"פ אכלה פירות מרה"נ גמור, והוא הדין במחזרת דלמאן דאמר מחזרת חייבת סבר כיון דזהו לאו עיקר דרך הבהמה להחזיר ראשה ולאכול לכן חייבת, ומאן דאמר מחזרת פטורה סבר דמחזרת נמי חשיב אורחה והיינו דוקא משום דצדי רה"ר אינו חשיב רה"נ גמור, דהא צדי הרחבה שייכים לכל, ורק דמכיון דאין דרך הבהמות לילך שם לכן יש רשות לכל אחד להניח פירות בצד ביתו, אבל אין זה רה"נ גמור, לכן במחזרת פטורה כיון דיכולה לאכול בדרך הלוכה ודוקא בשבקתה לרחבה חייבת, וזהו דוקא בשביל שהוא רה"נ שאינו גמור, וכן הוא בפתח החנות הוא

כמו תריסי חנויות וכמו שכ' רש"י בביצה ד' י"א ע"ב דחנות הוא כמו תיבה עומדת בשוק ותריסי חנויות הוא דלתות פתחיהן ונמצא דהחנות פתוחה ברה"ר, אבל החנות בעצמה הוא רה"נ גמור ולא איכפת לן אף דהבהמה אוכלת מרה"ר חייבת.

ונמצא דלהרמב"ן והנמוק"י מה דחידש הרי"ף טעמא דאורחה הוא לחדש חיוב ולעשות שדה אחר ברה"נ שאינו גמור דבלא טעמא דאורחה היינו אומרים דאין זה שדה אחר, אבל מכיון דאמרינן דטעמא דשן ורגל פטורים ברה"ר משום דאורחה אמרינן דרה"נ שאינו גמור נמי חשיב רה"נ, ובזה הוא דוקא אם אינה עומדת ברה"ר, אבל אם עומדת ברה"ר ואוכלת משם פטורה, אבל ברה"נ גמור אף דעומדת ברה"ר ואוכלת משם חייבת, ואף דטעמא דרה"ר הוא משום דאורחה מ"מ כיון דאכלה משדה אחר ממש חייבת דדוקא לרבות בחיובים ולעשות שדה אחר מהני טעמא דאורחה אבל ברה"נ ממש לא מהני טעמא דאורחה, כיון דגלי קרא דאזלינן בתר מקום הביעור, וכיון דהביעור הי' ברה"נ גמור חייבת כמו היכי דהלכה מרה"ר לרה"נ, אבל בחה"נ שאינו גמור דכל עיקר דאנו חושבין זה לשדה אחר הוא בשביל הרשות, דאין רשות להבהמות לילך שם, וכיון דיכולה לאכול בדרך הלוכה ברה"ר לא נחשב שדה אחר, וכן צריך לומר בטעמא דהתיזה ברה"ר והזיקה ברה"י חייב דהוא משום דהזיקה ברה"נ גמור לכן לא איכפת לן אף דהמעשה עשתה ברה"ר.

אבל לפי' הרא"ש הוא להיפוך דטעמא דהרי"ף דשן ורגל פטורים משום דאורחה הוא מחדש פטורים, דאפי' היכי דמונח ברה"נ מ"מ כיון דאוכלת בדרך הלוכה ברה"ר פטורה ואינו מחלק בין שני מיני רה"נ, אלא שמחלק בין שני מיני אורחה דדוקא אורחה גמור פטורה ולא באורחה שאינו גמור וטעמא דהתיזה ברה"ר והזיקה ברה"נ הוא משום דצרורות הוי אורחה שאינו גמור וכמש"כ ברפ"א.

והנה בהא דמקצה מקום מרשותו לרה"ר פירש"י ונכנסה שם בהמה דרך הלוכה ואכלתן, ומוכח דהכונה דכל הבהמה נכנסה שם ולא דעמדה ברה"ר ואכלה משם, וכן הר"ח בפירושו מפרש להדיא וז"ל במקצה מקום מרשותו ונתן בו פירות והניחה הבהמה רשות הרבים והלכה אל הפירות ואכלתם עכ"ל, והנה לשיטת הרא"ש מיושב היטב כיון דסובר דסברא דלאו כל כמינך דמקרבת לפירותיך מהני תמיד אפי' ברה"נ גמור ומה דחייב כשהלכה הבהמה מרה"ר לרה"נ, היינו דלילך לרה"נ אין זה דרך הלוכה ממש, כי אין זה דרך הלוכה לילך מרה"ר לחצר או לשדה, אבל במקצה מקום שנכנסה דרך הלוכה כמש"כ רש"י פטורה, ואף דאח"כ בד"ה ושמואל כ' רש"י ורה"ר נמי לא הוי שאין זה דרך הלוכה צריך לומר דמש"כ רש"י ונכנסה דרך הלוכה היינו שהי' כדרכה ממש

ולא כמו מחזרת דאינו דרך הלוכה ממש, אבל מ"מ אין זה המקום מיוחד לבהמות לילך שם, ולכן שפיר כתב דרה"ר לא הוי שאין זה דרך הלוכה היינו דאין זה מקום הלוך הבהמות ומ"מ כיון דעכ"פ אכלה בדרך הלוכה ממש וכי אורחה לגמרי שפיר פטורה, וכל זה לדעת הרא"ש. ולדעת הרמב"ן דסובר דהך סברא לא מהני אלא ברה"נ שאינו גמור צריך לומר דמקצה מקום נמי מיקרי רה"נ שאינו גמור דכיון דיש רשות לבני רה"ר ליכנס לשם, וכמו דאמרינן בסוף חזקת הבתים דאינו יכול להחזיר כתלים למקומן משום דהוי מיצר שהחזיקו בו רבים לא הוי רה"נ גמור.

וצריך לומר דדעת הרמב"ן דדוקא לאנשים יש רשות לילך שם דאם הי' שם ג"כ דרך הלוכם של הבהמות א"כ לא הוי רשות הניזק כלל, וע"כ דרק לאנשים אמרינן בחזקת הבתים זימנין דדחקי רבים ועיילי להתם, אבל אין דרך הבהמות ליכנס לשם, ולפי"ז יהי' קשה לדעת הרמב"ן אם נכנסה שם הבהמה כולה ואכלה אמאי פטורה ובמה גרע מהיכי דשבקתה לרחבה ואזלא וקמה בצדי רחבה וצריך לומר דבצדי רחבה אין דרך הבהמה לילך, לכן הוי רה"נ אם נכנסה שם אבל במקצה מקום אף דאין מקום זה מיוחד לבהמות מ"מ אם נכנסה שם לא אמרינן דאינו דרך הלוכה, ועוד נוכל לומר דכיון דהך פלוגתא דמקצה מקום קאי למ"ד מחזרת חייב ולהך מ"ד ע"כ גם להרמב"ן תליא באורחה לגמרי ולאו אורחה לגמרי וכמש"כ למעלה דלהרמב"ן בזה פליגי במחזרת וא"כ שפיר במקצה מקום פטורה כיון דהלכה באופן דאורחה ולא הוי לאו אורחה כלל, ונמצא דלפי"ז יהי' להיפוך דלמ"ד מחזרת פטור ואינו מחלק בין אורחה לגמרי ללאו אורחה לגמרי רק דבשבקתה לרחבה חייבת, א"כ במקצה מקום צריך להיות חייבת אם הלכה כולה שם, אכן כל זה לפירש"י והר"ח, אבל התוס' פירשו גם במקצה מקום דמיירי במחזרת ועיין בנחלת דוד שהאריך בזה.

והנה הרי"ף והרמב"ם השמיטו דין מקצה מקום מרשותו לרה"ר וכתב הרא"ש דגבי מחזרת הלכתא כלישנא קמא דשמואל סבר מחזרת פטור וללישנא קמא לית לי' פלוגתא דמקצה מקום דכיון דמחזרת פטור א"כ כש"כ מקצה מקום, ולכן לא הביא הרי"ף פלוגתא דמקצה מקום, וכתב הב"י בסי' שצ"א דכן יש להוכיח דעת הרמב"ם שהשמיט דינא דמקצה מקום, אכן לדעתי נראה דמהשמטת הרי"ף שפיר יש להוכיח כדעת הרא"ש אפי' אם נפרש בהא דמקצה מקום כפירש"י והר"ח, דכיון דעכ"פ מוכח דלישנא קמא לית ליה פלוגתא דמקצה מקום א"כ הרי"ף דפוסק כלישנא קמא אינו מביא פלוגתא דמקצה מקום דאם הי' מביא ע"כ הי' דין דמקצה מקום חייב כשמואל, וזה א"א דבגמ' מוכח דמקצה מקום יותר פטורה ממחזרת, אך כל זה ניחא לדעת הרי"ף דאין דרכו להביא אלא

הסוגיות, אבל הרמב"ם דדרכו להביא כל הדינים העולים מהגמ' אינו מיושב כלל למה השמיט דין מקצה מקום לפירש"י והר"ח ז"ל דבשלמא לפי' התוס' דמקצה מקום איירי נמי במחזרת שפיר שלא היה צריך להביא, דכיון דמחזרת מצדי הרחבה פטורה, ה"נ מחזרת במקצה מקום פטורה, ואין בזה שום נ"מ ודוקא אם מחזרת חייב, אז יש סברא דמ"מ מחזרת במקצה מקום פטורה בשביל שהוא שוה לרה"ר ואינו גבוה מרה"ר כמו צדי רה"ר כמו שכתבו התוס' אבל אם נימא דמקצה מקום מיירי שנכנסה כולה שם, א"כ לא דמי כלל למחזרת לצדי הרחבה, דהא במחזרת בצדי הרחבה אם נכנסה כולה שם חייבת, וכיון דמקצה מקום אפי' נכנסה שם פטורה, א"כ אינו שייך כלל ללמוד ממחזרת, ומה דאפשר ללמוד זה מתוך הסוגיא אינו מספיק דבשביל זה ישמיט הרמב"ם הך דינא כמובן, ולכן לכאורה צריך לומר דהרמב"ם מפרש דמקצה מקום מיירי נמי במחזרת וכפי' התוס' ולא כפירש"י והר"ח ז"ל, וכן ג"כ נפרש לדעת הרמב"ן ויהיה מיושב ברוחה טפי.

אכן באמת פי' התוס' תמוה טובא כמו שתמה בנחלת דוד דלפי דבריהם לא שייך הלשון לא שנו אלא מחזרת, אבל מקצה מקום כיון דמקצה מקום נמי מיירי במחזרת, והו"ל למימר לא שנו אלא מצדי הרחבה, אבל מקצה מקום פטורה ותרווייהו במחזרת ועוד דקשה קושיית הרשב"א למה מהפך בהך לישנא לומר דרב פוטר ושמואל מחייב, דבשלמא לפי' רש"י יש לומר דזה בודאי ידעו בגמ' דכך נשנה הפלוגתא דרב מוקים במחזרת ושמואל לא מוקים במחזרת, ורק דבלישנא קמא אמר דרב מוקים במחזרת, ושמואל סבר דמחזרת פטור, ובלישנא בתרא אמר דרב אמר דמתני' דוקא במחזרת ושמואל סבר דלאו דוקא במחזרת, אלא דמשכחת לה במקצה מקום ואפי' בלא מחזרת, ולכן ע"כ דרב סבר מקצה מקום פטור ודוקא מחזרת חייב, כ"ז כתב הנחלת דוד ועוד פקפק בעיקר סברת התוס' דמה בכך שמקצה מקום אין המקום גבוה מרה"ר, כיון דעכ"פ האכילה היא דוקא ע"י חיזור דלא הוי בדרך הלוכה אמאי אינו חייב כמו במחזרת מצדי הרחבה, ולכן קשה להעמיד דעת הרמב"ם והרמב"ן כפי' התוס'.

אכן נראה דלא צריך לזה כלל דבפשיטות נוכל לומר דפלוגתא דמקצה מקום ודאי לא מיירי במחזרת, אבל לא מיירי שהלכה כולה לשם אלא שעמדה ברה"ר ואכלה משם כמו גבי מצדי הרחבה, וכן משמע באמת הלשון דהוי דומיא דמחזרת אלא דמקצה מקום היינו בלא מחזרת, והיינו דמצדי הרחבה שאכלה בלא חיזור פשיטא לגמ' דלכו"ע פטורה, כיון דמצדי הרחבה לא הוי רה"נ גמור והיא עומדת ברה"ר ואוכלת כדרכה, אבל מתוך החנות הא תנן דחייב, ואפי' אכלה בלא חיזור כיון דהוי רה"נ גמור כמו שכתב הנמוק"י, וע"ז פליגי במקצה מקום אי הוי כמו מצדי הרחבה או כמו מתוך החנות, ובאמת כתב

כן הנחלת דוד לפירש"י, ולא הרגיש שמפירש"י משמע שהלכה לשם ואכלתן דהיינו שהלכה כולה שם, וכמו שכתבתי, עכ"פ הרמב"ם והרמב"ן יוכלו לפרש הגמ' כפשוטה דלא שנו אלא במחזרת, אבל בלא מחזרת אלא שאכלה כדרכה שעמדה ברה"ר ואכלה ממקום שהוקצה לרה"ר, בזה פליגי רב ושמואל דרב סבר דפטורה, כיון שאכלה כדרכה, ושמואל סבר דחייבת כמו אכלה מתוך החנות, אלא אכתי לא ניחא כ"כ מה דהרמב"ם השמיט דין מקצה מקום כיון דעכ"פ שמואל סבר דחייבת אף דמצדי הרחבה בלא חיזור ודאי פטורה וע"כ משום דסבר דמקצה מקום הוי כמו מתוך החנות, א"כ אין הוכחה כלל דלדידן דמחזרת פטורה מקצה מקום נמי פטורה, ואף דבגמ' איתמר כך בלישנא בתרא דמחזרת חייבת, ובמקצה מקום פליגי היינו כמו שכתב הנחלת דוד דע"כ הכי איתמר דרב אמר דמתני' במחזרת, אלא דיש לומר דעכ"פ ממילא כיון דללישנא קמא לא איתמר פלוגתא דמקצה מקום א"כ מסתבר לומר דמקצה מקום לא דמי למתוך החנות, ואפשר לומר עוד יותר דכיון דאמרינן דכנס אינו מחזיר כתלים למקומם משום דמיצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו, א"כ בודאי לא עדיפא מצדי הרחבה ולישנא בתרא אפשר דלא סבירא לי', דכנס אינו מחזיר, ובפרט דבחזקת הבתים איכא תרי לישנא דללישנא קמא פליגי בכנס אם מוציא הזיזין, ורק ר' יעקב אמר לר' ירמי' בר תחליפא דהכי פליגי ר' יוחנן ור"ל אם מחזיר כתלים למקומן, ואיפכא איתמר א"כ אפשר דלישנא קמא הוי סבירא לי' דלר' יוחנן דאמר כנס ולא הוציא מוציא ה"נ דסבירא לי' דמחזיר כתלים למקומן, ולהכי סבר הכא שמואל דהוי רה"נ גמור, אבל לדידן בודאי לא הוי רה"נ גמור, ולהכי השמיט הרמב"ם כל הך דינא דמקצה מקום, משום דלדידן דאינו מחזיר משום דהוי מיצר שהחזיקו בו רבים ודאי לא עדיף מצדי הרחבה ופטור.

אך כל זה הוא לפי מה שנאמר דהרמב"ם אינו מפרש כפירש"י והר"ח, אבל לפי פירש"י והר"ח דמיירי בהלכה כולה למקום שהוקצה מרשותו, וא"כ לפי מאי דנימא דמקצה מקום פטורה ואפי' הלכה כולה לשם פטורה, א"כ גרע מצדי הרחבה דשם בשבקתה לרחבה חייבת, וכל כי האי הו"ל להרמב"ם להשמיענו דלא נכלל כלל בצדי הרחבה אף דבדוחק אפשר לומר לפי דברינו דכיון דהך סוגיא אזיל אם נימא כנס מחזיר ולדידן דס"ל כנס אינו מחזיר דהוי מיצר שהחזיקו בו רבים פשיטא דהוי רה"ר גמורה, מ"מ אין הדבר מרווח וניחא יותר לפימש"כ דהרמב"ם מפרש בלא הלכה לשם ועמדה ברה"ר ואכלה וכן משמע פשטות הסוגיא:

הלכה יא

בהמה שהוחלקה באבן או במימי רגליה ונפלה לגינה ונחבטה על גבי פירות וירקות או שאכלה משלם מה שנהנית, אפי' הלכה מערוגה לערוגה ואפי' נשארה שם כל היום כולו אינו משלם אלא מה שנהנית, ומה הנאה יש לה בחביטה שהרי מצאה מקום רך ולא נתרסקו אבריה, אבל אם ירדה כדרכה ואכלה משלם מה שהזיקה ואפי' טנפה פירות במי לידה משלם מה שהזיקה מפני שתחילתו בפשיעה וכן אם דחפתה חברתה ונפלה משלם מה שהזיקה מפני שהי' לו להעבירן אחת אחת כדי שלא ידחפו זו את זו.

בגמרא בדף נ"ח היכי נפל רב כהנא אמר שהוחלקה במימי רגליה רבה אמר שדחפוה חברותיה וקאמר בגמ' דרב כהנא לית ליה דרבה משום דאיבעי ליה לאעבורי חדא חדא, ופסק כרב כהנא, ויש לעיין מה פריך היכי נפל ואמאי לא נימא דנפלה מעצמה, ובגמ' הי' אפשר בדוחק לומר דפריך רק לגלוויי על פלוגתא דרב כהנא ורבה ולומר דר"כ אית לי' דדחפתה חברתה הוי פשיעה משום דהוי ליה לאעבורי חדא חדא [וכמו בתוס' ב"מ כ"א ד"ה וכמה] אבל ממה שהוסיף הרמב"ם לכתוב שהוחלקה באבן מה שלא נזכר בגמרא מוכח דדוקא הוחלקה ונפלה ע"י דבר אחר אבל נתקלה ונפלה מעצמה לא הוי אונס, וכמו שמצינו בגמ' בדף ל"א למ"ד נתקל פושע דהוא דוקא אם נתקל מעצמו אבל השני שנתקל בראשון לא הוי פושע וכמו שכתבו בתוס' בדכ"ז בד"ה ושמואל, ואף דהרמב"ם בפי"ג פסק דנתקל לאו פושע היינו באדם משום דאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים אבל בבהמה אמרינן איבעי לי' לעיוני וכמו שכתבו התוס' שם בד"ה לפי שאין דרכן אלא דהתוס' כתבו זה רק לענין שור פקח שנפל לבור ולפנינו נבאר מזה, אח"כ ראיתי שעמד בזה בש"מ וז"ל שהוחלקה במימי רגליה משמע דאם נפלה מאליה בלא הוחלקה במימי רגליה דחשיב פשיעה ותימה דלעיל גבי הכלב והגדי פטרינן כשנפלו רק בכותל צר ושמא יש לומר דהכא מיירי בשור פקח בלילה דהי' לו להעבירם חדא חדא ולהזהר ומדלא העבירם חייב ולעיל מיירי בשור פקח ביום לכך חשבינן ליה אונס וצ"ע תלמיד הר"פ ז"ל, ומה שכתב דהיה לו להעבירם חדא חדא הוא לאו דוקא דהא לא מיירי עכשיו בדחפוה חברותיה אלא כונתו דהי' לו לשמרה שלא תפול, אכן תירוצו תמוה דמניין לגמ' לומר דמיירי בשור פקח בלילה ולהקשות היכי נפל, ואין לומר משום דסתמא קתני דא"כ מאי מתרץ שהוחלקה במימי רגליה הא סתמא קתני אפי' נפלה מעצמה, ועכ"פ כמו דמוקים בגמרא אוקימתא דרב כהנא ורבה, הוי ליה לאוקמי בפשיטות בשור פקח ביום שכן דרכו, ומדברי הרמב"ם שהוכחנו מדהוסיף תיבת באבן ודאי מוכח דאין נ"מ ותמיד אם נפלה מעצמה לא הוי אונס דאם לא כן כמו שהוסיף לכתוב באבן היה לו

לכתוב בשור פקח ביום וע"כ כמו שכתבנו דאם נפלה מעצמה הוי פשיעה דאיבעי לה לעיוני, ואף דאח"כ כתב הרמב"ם ירדה כדרכה היינו משום דכותב לשון המשנה אבל באמת כל נפילה בדרך פשיעה הוי כמו ירדה כדרכה.

ומה דהקשה בש"מ מהא דאמרינן גבי הכלב והגדי דכשנפלו פטורים דהוי אונס יש לומר דדוקא התם דעמדו במקום אחד ונפלו זה אינו מצוי כלל ובאופן זה אם נפלו הוי אונס, אבל אם נפלה בדרך הלוכה לא הוי בגדר אינו מצוי כלל דלהוי אונס לגבי הבעלים דאפשר שתכשל ותפול ומ"מ אף דאפשר שתכשל לא הוי אונס לגבי הבהמה משום דאמרינן דלגבי בהמה הוי נתקל פושע ולכן חייבים הבעלים כשלא שמרו אותה.

אלא דלכאורה הוא סוגיא מפורשת בדף כ"ט דגבי בהמה לא אמרינן נתקל פושע דאמרינן שם בשלמא כדו משכחת לה בין בשעת נפילה בין לאחר נפילה אלא גמלו בשלמא לאחר נפילה משכחת לה במפקיר נבלתו אלא בשעת נפילה היכי משכחת לה, ופירש"י היכי איכא למימר נתקל פושע הוא מה הוא יכול לעשות אם נתקלה בהמתו דבשלמא נתקל הוא ונשברה כדו איכא למימר איבעי ליה לעיוני ומיזל אלא גמלו מי איכא למימר הכי, וכן כתב הראב"ד כאן בש"מ דר"מ לא אמר נתקל פושע אלא באדם, והרשב"א כתב וז"ל היכי משכחת לה דלמר תחשב פשיעה ולמר לא תחשב פשיעה דנתקל פושע ולאו פושע לא שייך בבהמה אלא באדם, אבל בהמתו אטו ברגלה נקט לה וכיון שכן בשעת נפילתה או הוי פשיעה למר ולמר או אנוס למר ולמר עכ"ל ולכאורה מסופק הרשב"א בזה אכן א"א לפרש כן דהא בתחלה כתב בהדיא דנתקל פושע לא שייך בבהמה ע"כ נראה דכונתו דבדרך נתקל ודאי לא הוי פשיעה ומה שכתב או הוי פשיעה למר ולמר היינו היכי שנפלה בפשיעת הבעלים וכדמשני דעברה דרך שרעתא דנהרא, עכ"פ מוכח להדיא לפירושי כל הראשונים דבבהמה לא אמרינן נתקל פושע - ודלא כמו שכתבנו בדעת הרמב"ם וכפי מה דמוכח פשטה דסוגיא דדף נ"ח [איברא דלפי"מ שפירשו בתוס' דשעת נפילה אינו שעת נפילה ממש אין הוכחה דבבהמה לא אמרינן נתקל פושע דבשביל תקלת הבהמה אין לחייבו דהוי שור בור, אבל לפירש"י דהוא שעת נפילה ממש א"כ מוכח שפיר דבבהמה לא אמרינן נתקל פושע].

ונראה דמה דמוכח מסוגיא דהמניח דבבהמה לא אמרינן נתקל פושע היינו משום דנפלה גמלו ולא העמידה מיירי ברה"ר דיש להגמל רשות לילך ולכן שפיר דלא שייך לומר נתקל פושע דהא אי אפשר שילכו הבעלים אחריהן תמיד ובזה שפיר דברי הרשב"א דאטו ברגלה נקט לה וכמו דאמרינן בדף י"ט וכי יאחזנה בזנבה וילך, דהא אף דנימא דפשע הגמל במה שנתקל עכ"פ לא הוי משונה והוי רגל ופטור ברה"ר ולכן לא

שייך כלל לומר נתקל פושע, ואיברא דאם הי' מכניס שורו לחצר חבירו שלא ברשות ונפל והזיק בשעת נפילה בעל השור חייב ולא נימא בזה דבעל השור אנוס בהיזק השור - וכל זה הוא כשנפלה גמלו והזיקה ברה"ר אבל אם נפלה מרה"ר לגינה כיון דלא הוי אונס א"כ כמו דמחייבינן הבעלים כשהולכת הבהמה מרה"ר לרה"נ ולא אמרינן דאינם יכולים הבעלים להלך אחריה שלא תלך לרה"נ וכמו שבארנו הטעם בפ"א הל' ח' דלא פטרה התורה אלא מה שעושה הבהמה ברה"ר דזהו אורחה בהכרח, ה"נ כשנפלה מרה"ר לגינה כיון דלאו אורחה בהכרח וגם לא הוי אונס שפיר חייבים הבעלים ולכן אף דמפשטות דברי הראשונים בסוגיא דדף כ"ט שהבאנו משמע דבבהמה לא אמרינן כלל נתקל פושע אכן מסוגיא זו דנפלה לגינה ומדברי הרמב"ם מוכח להדיא דדוקא נפלה ע"י דבר אחר אבל נפלה מעצמה חייב וע"כ דהוא כמו שבארנו.

ויש להביא ראי' לדברינו דגבי בהמה אמרינן נתקל פושע מהא דתנן במתני' דהקדר שהכניס קדרותיו דנפל לבור והבאיש מימיו חייב ואם נימא דנפילת בהמה הוי אונס אמאי חייב אמנם דהיא קשה בלא זה דהא שור פקח ביום שנפל לבור פטור וכתב הרמב"ם בפי"ב הל' ט"ו דהרי הוא כמו אונס ומצאתי שעמדו בזה הסמ"ע והט"ז בסי' שצ"ח, והסמ"ע כתב דהוא מטעם קרן לפי שאין דרכו ליפול ודבריו תמוהים כמו שתמה הט"ז דאם אין דרכו ליפול הוי גדר אונס ופטור לגמרי כמו בנפלה לגינה ולא הוי גדר משונה והסמ"ע נראה שלמד זה מהא דתנן ואם הי' אביו או בנו לתוכו משלם את הכופר ופריך עלה בגמרא והא תם הוא, והט"ז לא הזכיר כונת הסמ"ע אך באמת אין דמיון משם דשם כונת הגמרא אם הפיל עצמו בכונה כדי להרוג את האדם, אבל בנפל לבור והבאיש מימיו לא שייך כן ואם אין דרכו ליפול הוי גדר אונס ולא גדר קרן - והט"ז תירץ דחייב משום שהכניס שורו שלא ברשות, וגם תירוצו אינו מבורר דאם הנפילה הוא אונס לא יתחייב בשביל מה שהכניס שלא ברשות ועוד דבתירוצו לא יתיישב הא דתנן במתני' ואם הכניס ברשות בעל החצר חייב רבי אומר בכולן אינו חייב עד שיקבל עליו בעה"ב לשמור הא אם קבל עליו לשמור חייב ואכולה מתני' קאי והיינו דגם בבבא דנפל לבור אם קבל עליו בעל החצר לשמור חייב בעל החצר על נזקי השור, וכן פסק להדיא הרמב"ם בפרק ז' הל' ה' ואם נימא דשור פקח שנפל לבור הוי אונס גמור לגבי בעל הבור א"כ אמאי חייב שומר חנם, ואין לומר דמיירי בשור פקח בלילה דבודאי לא משמע כן דסתמא תנן וכן הרמב"ם סתם דבריו וכתב ואם קבל עליו בעה"ב לשמור הרי הוא חייב בנזק השור שנפל לבור, ולא חילק בין ביום לבלילה ועוד דהראב"ד השיג על הרמב"ם גבי הכניס ברשות וכתב לא ידעתי למה פטור לא בנגיחה ולא בהבאשת מימיו

ומוכח דסובר דבעל השור חייב בהבאיש מימיו גם בהכניס ברשות.

ע"כ נראה דבאמת עיקר הקושיא לא יקשה כלל לדעת הרמב"ם בפי"ב הל' ט"ז דסובר דמה דשור פקח ביום פטור בעל הבור הוא דוקא אם מת השור אבל אם הוזק חייב בשור פקח, והנה המ"מ כתב שם בטעמו של הרמב"ם משום דסובר דמה דאמרינן לפי שאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים הכי נמי בהמה אין דרכה להתבונן, ומ"מ אם נפל שור פקח ביום ומת פטור משום שהפקחות מעיינות ונשמרות ממכשול גדול שיש בו סכנת נפשות ולפי"ז יהי' סתירה לדברינו שכתבנו בדעת הרמב"ם דבבהמה אמרינן נתקל פושע אף שהרמב"ם פוסק גבי אדם נתקל לאו פושע והוא עפ"י מה שכתבו התוס' בריש המניח דשור עיניו למטה ולא אמרינן אין דרכו להתבונן אבל לדברי המ"מ א"א לומר כדברינו, אכן באמת דברי המ"מ אינם מיושבים דכיון דאמרינן אין דרכן להתבונן א"כ מניין יודע איזה מכשול יש אם מכשול שיש בו סכנה או מכשול שאין בו סכנה, ע"כ הנכון לומר דבאמת בבהמה לא אמרינן אין דרכו להתבונן ומשום הכי שור פקח ביום פטור ומ"מ סובר הרמב"ם דזהו דוקא לענין מיתת השור אבל אם הוזק לא אמרינן כן משום דאפי' רואה הבור אינו שומר עצמו כ"כ כיון דאין בו מכשול גדול ומקור לדבר זה אמר גיסי הגאון רמ"מ שי' מהא דאמרינן בחולין דף נ"א גבי נפולה דהניחה למעלה ומצאה למטה אין חוששין משום נפולה דאמידי אמדה נפשה והתם מיירי שאינה יכולה לילך וא"כ הוזקה ומ"מ אמרינן דאמדה נפשה שלא תכשל מכשול של ריסוק אברים. ואף דהתם אשכחן רק היכי דהפילה עצמה בכונה דאמרינן דאמדה נפשה מ"מ נוכל לומר גם בנפלה שלא בכונה דהיכי דרואה הבהמה שאין בהנפילה מכשול של מיתה אינה שומרת עצמה כ"כ בהליכתה וממילא אפשר שתכשל ותפול ומיושב שפיר דגבי הכניס ברשות דקדק הרמב"ם וכתב שאם קבל עליו בעה"ב לשמור הרי הוא חייב בנזק השור שנפל לבור ונוכל לומר דכונתו אם הוזק השור דאז גם בשור פקח חייב ובנפל לבור והבאיש מימיו כיון דקאי על בשעת נפילה דלאחר נפילה לשמואל הוי שור בור ומים כלים ובשעת נפילה נוכל לומר דלא מת השור והבאיש מגופו שלכלך המים ברפש וטיט שעליו, וממילא ליכא כאן דינא דשור פקח ביום ואף דאמרינן בגמ' לא שנו אלא שהבאיש מגופו אבל הבאיש מריחו פטור מ"ט גרמא בעלמא הוא והבאיש מריחו היינו מסרחון הנבלה כמו שפירש"י זה לא קשה כלל דבגמ' בודאי צריך לומר דמריחו פטור ואשמעינן דאפי' אם מת וליכא פטורא דשור פקח ביום דהיינו שנפל בלילה מ"מ פטור משום דהוי גרמא אבל עכ"פ מתני' דקתני סתמא ולא ניחא לן לאוקמי דוקא בנפל בלילה לא תקשי דלא תנן כלל שמת, ואם מת השור ונפל ביום זה ידעינן כבר ממתני' דשור

פקח ביום דהוי אונס - ומיושב ג"כ מה שהרמב"ם כתב דין זה בסתמא ולא חלק בין נפל ביום לנפל בלילה כיון דלא הוזכר כלל שמת השור א"כ אין כאן אונס כלל - ובאמת יש להתיישב בזה אם נפל השור ומת קודם שהבאיש בשעת נפילה דהיינו שמת מהבל הבור תיכף בנפילתו כמו דאמרינן בדף נ' דהבל הבור מהני ביה בתחלת נפילתו אם נוכל לחייבו מדין שור דבפשוטו נוכל לומר דכיון דתנן ולא זה וזה שיש בהן רוח חיים כהרי האש שאין בו רוח חיים א"כ היכי דבשעת היזק כבר מת השור א"כ אין בו רוח חיים, ואיברא דרב דסבר דלא אפקרינהו הוי שור ע"כ למד דלאו בע"ח משור או כמו שכתבו התוס' בדף ד' דלמד משור ובור במה הצד ועכ"פ סבר דאית לי' דין שור א"כ ודאי בשעת נפילה כ"ש דהוי שור דהא אין כח אחר מעורב בהן ולפי מה שכתבו התוס' בדף ה' דאש אף דכח אחר מעורב בהן מ"מ לא גרע מבור דאין כח מעורב בהן דלגבי בור שאינו הולך ומזיק לא גרע אש במה דכח מעורב בהן א"כ גם באבנו וסכינו ומשאו בשעת נפילה דאמרינן דהוי אש דוקא היכי דאפקרינהו אבל לא אפקרינהו הוי שור, אבל לשמואל דלאחר נפילה סבר דלא הוי שור מסתבר דגם בשעת נפילה אם אין בו רוח חיים אף דאין כח אחר מעורב בהן לא הוי שור, ואפשר דכיון דעכ"פ תחלת מעשה הנפילה וסבת ההיזק הי' בעת שהי' בו רוח חיים לכן נוכל ללמוד משור ואם נאמר דאין בו דין שור ויהי' לנו רק לומר דיש בזה דין אש, ולפי"ז לפי"מ שנכתוב לקמן בדברי הרא"ש בהכותל והאילן שנפלו לרה"ר דכ' הרא"ש דגם בשעת נפילה הוי בור וכתבתי שם דדין אש הוא רק ע"י מעשה ולא ע"י דין ממונו לחוד א"כ לפי"ז לא יהי' כאן דין אש אלא דין בור ומדין בור א"א לחייבו על היזק המים וע"כ איירי דלא מת השור קודם הנפילה והבאיש מימיו הוא לא מחמת מיתתו ולאחר כן בודאי לא הוזכר שמת השור וברווחא נוכל לומר דגבי בשעת נפילה לא איירי כלל במיתת השור:

הלכה יב

הוחלקה ונפלה ויצאת וחזרה לגינה אעפ"י שחזרה שלא לדעת הבעלים משלם מה שהזיקה מפני שהי' לו לשמרה שלא תחזור שהדבר ידוע שכיון שידעה דרך הגינה הרי היא חוזרת מאליה.

בהשגת הראב"ד: א"א האי פירושא לא נהיר אלא הכי פירושו שאפי' נעל בפנים כראוי ויצתה ולא ידע היכן הלכה חייב איבעי לי' למידע דהתם אזלא עכ"ל.

בגמ' אמר רב כהנא לא שנו אלא באותה ערוגה אבל מערוגה לערוגה משלמת מה שהזיקה ור' יוחנן אמר אפי' מערוגה לערוגה ואפי' כל היום כללו עד שתצא ותחזור לדעת, אמר רב פפא לא תימא עד שתצא לדעת ותחזור לדעת, אלא כיון שיצתה לדעת

אעפ"י שחזרה שלא לדעת מ"ט דא"ל כיון דילפא כל אימת דמשתמטא להתם רהטא, ופירש"י לא תימא עד שתצא לדעת שידעו הבעלים שיצאת ותחזור לדעת שלא נעל בפניה כראוי אלא כיון שיצתה לדעת שידעו ביציאתה אע"ג שחזרה שלא לדעת דהשתא לא סגי לה בשמירה פחותה דא"ל כיון דילפא כו' הרי דלפירש"י כיון שיצתה מהגינה וחזרה שלא לדעת הבעלים אף שנעל בפני' כראוי חייב דהשתא לא סגי לה בשמירה פחותה, והיכי שלא נעל בפני' כראוי לפי פירש"י נקרא זה חזרה לדעת, ועלינו לבאר שיטת הרמב"ם והראב"ד בזה, והנה המ"מ כתב וז"ל סובר רבינו שכל שנעל בפני' כראוי והוא לא ידע בצאתה פטור ואינו משלם אלא מה שנהנית, ובהשגות א"א האי פירושא לא נהיר וכו' ביאור דבריו ז"ל שכל שהיתה שם פעם אחת כל תחבולות היא עושה כדי ללכת שם ואפי' נעל בפני' כראוי חייב, ואיני צריך להכריע כי מן הדעת הם מוכרעים דודאי אעפ"י שהיתה שם פעם אחת אינו צריך לעולם לאוחזה או לסוגרה בדלת שיכולה לעמוד ברוח שאינו מצויה, והראב"ד ז"ל בעצמו כך כתב בפירושו דדוקא לא נעל בפני' כראוי הא לא"ה אינו משלם אלא מה שנהנית, וכ"כ הרשב"א שם בשמו נראה שחזר בו מן ההשגה הזאת ובודאי אם החזיר דרך שם צריך לאוחזה שלא תפיל עצמה שם וכ"כ הרב ז"ל עכ"ל המ"מ.

והנה המ"מ מפרש בדברי הראב"ד בהשגות שדעתו כדעת רש"י דחייב גם אם נעל בפני' כראוי דהיינו בשמירה פחותה ורק שבפירושיו חזר בו וסובר דפטור, אכן אחר העיון בדברי הראב"ד בהשגות א"א כלל לפרש דבריו שדעתו לחייב אם נעל בפני' כראוי, דאי כונתו כן דחייב בנעל בפני' כראוי וסתרה הדלת ויצתה אף שלא ידעו כלל הבעלים שיצאה מהרפת, א"כ איך כתב ולא ידע היכן הלכה, דהא לא ידע כלל שיצאה ואתה מחייבו על השמירה פחותה שעשה אף שלא ידע כלל, ועוד מה זה שכתב הוי לי' למידע דהתם אזלא, דהא לא על ההליכה לגינה אנו דנין אלא על השמירה ברפת אנו דנין והו"ל לומר הוי לי' למידע שתסתור הדלת ותצא, ע"כ פשוט דהראב"ד לא כיון כלל שיהי' חייב בנעל בפני' כראוי דלא ליסגי לי' בשמירה פחותה, אלא כונת הראב"ד הוא דאם נעל בפני' כראוי ויצאה ונודע להבעלים שיצאה, אבל לא ידע היכן הלכה, דמקודם שהיתה פעם אחת בגינה לא הי' הבעלים חייבים דמנין להם לדעת היכן הלכה ואינו מחויב לחזור על כל הגינות ועל כל השדות לחפש אחרי' כיון שיצאה בפטור ואחר שמירה כראוי, אבל כיון דכבר היתה פעם אחת בגינה אז אף שלא ידע היכן הלכה איבעי לי' למידע דהתם אזלא ואם לא הלך והחזיר אותה משם חייב, זהו הביאור הפשוט בדברי הראב"ד, והראב"ד בהשגות אינו סותר כלל דבריו שבפירושיו רק ששם פירש פי' אחר

דאם החזירה דרך שם צריך לאוחזה שלא תפיל עצמה שם, ושני הפירושים אמת להלכה אבל בדין שמירה פחותה אינו סותר את עצמו כלל.

עתה עלינו לבאר כונת הרמב"ם והנה המ"מ לא ביאר כלל כונת הרמב"ם ולא כתב רק דהרמב"ם אינו סובר דחייב אם נעל בפני' כראוי אבל עוד לא ביאר לנו המ"מ לדעת הרמב"ם איזה חדוש דין יש כאן ומה השמיענו רב פפא בהא דקאמר כיון שיצאה לדעת אעפ"י שחזרה שלא לדעת כיון דסובר הרמב"ם דאם שמרה שמירה פחותה פטור, וגם הרמב"ם כתב ד' הגמ' מפני שהי' לו לשמרו שלא תחזור שהדבר ידוע כו' ואם גם שמירה פחותה לא עשה א"כ פשיטא ולמה לי' טעמא, וראיתי להשלטי הגבורים שהביא מחלוקת הרמב"ם והראב"ד וכ' בשיטת הרמב"ם דאם החזירה דרך שם צריך לאחזה שלא תפיל עצמה שם, וכ' שכן כ' המ"מ בשם הרשב"א, אבל אין הדברים מכוונים כלל להעמיס זה בכונת הרמב"ם והמ"מ לא כתב זה כלל בתורת פירוש על דברי הרמב"ם, רק שכיון שהביא ד' הראב"ד בפירושיו דאינו חייב אם שמר שמירה פחותה לכן הביא גם התירוץ שכ' הראב"ד בפירושיו דזהו דברי הראב"ד שהביא הרשב"א ומש"כ המ"מ וכ"כ הרב ז"ל כונתו על הראב"ד, עכ"פ לד' הרמב"ם אין ביאור כלל איזה חידוש דין יש כאן בדברי ר"פ ומה שהוצרך הרמב"ם להעתיק הטעם של ר"פ אחר כי אין כאן חדוש דין כלל.

ונראה דבאור ד' הרמב"ם הוא דהרמב"ם אינו סובר כרש"י והראב"ד, דרב פפא מחדש כאן חומרא על בעל הבהמה שיהי' חייב יותר משלא היתה בהמתו נפלה לגינה מקודם, ולזה פירש"י לענין נעל בשמירה פחותה, והראב"ד כתב פירושים אחרים בפירושיו ובהשגות אבל עכ"פ לענין זה שיהי' חומרא על בעל הבהמה כשנפלה בהמתו לגינה ויצאה מהגינה שיהי' חייב אם תחזור לגינה יותר מאם לא נפלה כלל לגינה בזה הם שווים רש"י וראב"ד, אבל דעת הרמב"ם אינו כן ומפרש דברי רב פפא באופן אחר, דזה הא פשוט דכשנפלה לגינה ואוכלת שם אף שידעו הבעלים שאוכלת שם פטור, ואפי' הבעלים רואים כשנפלה ורואים כשאכלה וכן כ' להדיא בחידושי הרשב"א וז"ל הא דאמר ר' יוחנן אפי' מערוגה לערוגה אפי' כשרואה הבעלים שנפלה וכי רועה היא ותדע מדאמר רב כהנא מערוגה לערוגה חייב דע"כ ההיא כשהבעלים יודעים היא דאי לאו אמאי חייב והא אנוס הוא אלא ודאי כשידע הוא ואפ"ה לר' יוחנן פטור עד שתצא דמן שמיא הוא דקנסוהו וכן פי' הראב"ד, עכ"ל הרשב"א איברא דיש לעיין בטעמא דמילתא דאין לדמות זה לאוכלת ברה"ר דודאי פטור הבעלים אפי' אם רואה שבהמתו אוכלת דהתם שאני דכבר אמרה תורה ובער בשדה אחר ולא ברה"ר אבל הכא שאוכלת ברשות

הניזק וכבר נתקיים קרא דוביער בשדה אחר אלא דמשום אונס פטרינן להבעלים, וא"כ כשיודעים שנפלה למה לא יהי' חייב להוציאה, הא הכי נמי אשכחן במפקיר נבלתו אחר נפילת אונס דפטור ומ"מ דוקא מפקיר, אבל אם לא הפקיר אמרינן דכיון דהו"ל לסלוקי ולא סלקי חייב, וא"כ למה לא יהי' הבעלים חייבים כאן להוציא בהמתו כיון דמשום אונס פטרינן לי', ונראה דהוא מהך דרשא דדריש הגמ' דשן ורגל סגי לי' בשמירה פחותה בריש הכונס דף נ"ה שן דכתיב וביער בשדה אחר עד דעביד כעין וביער, רגל דכתיב ושילח עד דעביד כעין ושילח ותניא ושלח כו' טעמא דעביד כעין ושלח וביער הא לא עביד לא, ולכן אף דמרבינן מוביער בריש ב"ק אזלא ממילא ולא בעי דוקא שלח שלוחי מ"מ אפשר לומר דאזלא ממילא דומיא דשלח שלוחי היינו שפשע בשמירתה והלכה אבל היכי שבהליכתה לרה"נ לא פשע כלל לא הוי כעין ושילח, ולכן אף בשן דלא כתיב ושילח ילפינן מרגל דשן ורגל חד דינא להו, ולכן אינו חייב בשן ורגל אלא כשאפשר לחייב הבעלים על ההליכה לרה"נ דהוי דומיא דשלח שלוחי, עכ"פ דינא הכי הוא דאם נפלה לגינה אפי' רואים הבעלים שנפלה ואוכלת שם מ"מ פטור וכמו שהוכיחו הראב"ד והרשב"א מהא דמערוגה לערוגה וכמש"כ, והנה ר' יוחנן אמר עד שתצא ותחזור לדעת ולפי"מ שפי' ר"פ היינו שתצא מהגינה לדעת הבעלים אבל אם יצתה ולא ידעו פטור, ומשמע פשוט דאפי' לא ידעו גם מנפילתה ולכאורה אמאי הא עכשיו הלכה לדעת בלא אונס ואף שהבעלים לא ידעו מיציאתה מאי שנא מכל בהמה שהלכה לרה"נ ואכלה והבעלים לא ידע דחייב, וה"נ הא כבר היתה חוץ לגינה והלכה לגינה, וע"כ הטעם דהכל הוא משום גדר אונס דחשבינן מה שהלכה שנית להגינה הוא בשביל שהיתה פעם אחת, וכיון שפעם הראשונה נפלה באונס חשבינן גם ההליכה השני' ג"כ אונס, וא"כ לכאורה מה איכפת לן שידעו הבעלים שיצאה מהגינה כיון דאמרינן דהליכתה פעם שנית לגינה הוא משום שכבר היתה פעם א' וכיון שבפעם הא' הי' באונס נחשב גם ההליכה השני' לאונס שאלו לא היתה פעם א' לא היתה יורדת עתה, וא"כ מה איכפת לן עכשיו שידעו הבעלים שכבר יצאה מהגינה הא עכשיו כבר היא ברה"ר ואינו מחויב לחזור אחרי' ומה שירדה אח"כ לגינה הלא הוא מסבת האונס, והיינו יכולים לפרש באמת כן דברי ר' יוחנן דאמר עד שתצא ותחזור לדעת, דהיינו בהך בהמה אינו חייב הבעלים אא"כ חזרה להגינה לדעת הבעלים, ולזה אמר רב פפא דאינו כן דלא תימא עד שתצא לדעת ותחזור לדעת היינו לדעת ממש - דלא כפירש"י דלדעת נקרא כל שלא שמר אותה - אלא כיון שיצתה לדעת אע"ג שחזרה שלא לדעת, וע"ז אומר שפיר מאי טעמא דהיינו איזה חילוק מהיכי שלא ידעו הבעלים כלל מנפילה ומיציאה דפטור וע"ז אמר

כיון דילפא, היינו דאיברא דחשבינן מה שיורדת פעם שנית להגינה דהוא בשביל הסבה שנפלה והיתה שם, אבל כל זה פטרינן להבעלים אם לא ידעו שנפלה ושיצתה מהגינה, וא"כ לא הי' להבעלים לשמור בהמתו שלא תלך לרה"נ דאפשר בהמתו אינה הולכת כלל לרשות אחרים, וא"כ מה שירדה הוא מסבת האונס דנפלה והבעלים אין יודעים שיצתה מהגינה, אבל היכי שכבר ידעו שיצתה חייבים לשמרה שלא תלך יותר להגינה כי עכשיו הלא היא כבר בהמה כזו שהולכת, ולא איכפת לן מאיזה טעם הולכת אבל עכשיו היא כבר הולכת, ולכן צריכים הבעלים לשמרה והיינו בשמירה פחותה כשאר בהמות רק החדוש דחייב הבעלים אף שחזרה שלא לדעת וכנ"ל, אבל אין על הבעלים כלל חומר בבהמה זו יותר משאר בהמות, רק דהחדוש הוא דלא בעינן שתחזור לדעת כמו דבעינן שתצא לדעת וכנ"ל אח"כ מצאתי, שהמאירי בש"מ פי' כדברי ע"ש ונהניתי שכיונתי ב"ה לדבריו, ומזו הסוגיא קשה לי על דברי התוס' וכן פסק הרא"ש דנפלה אינה פטורה אלא כשאינה יכולה לירד כדרכה דאם יכולה לירד הוי תחלתו בפשיעה וסופו באונס, והראב"ד והרשב"א חלקו ע"ז, דלד' התוס' והרא"ש א"כ הכא כשחזרה וירדה אח"כ כדרכה איזה אונס הוא להבעלים אדרבא מזה שירדה הו"ל לחייב הבעלים אפי' על האכילה שאכלה בנפילתה דהא קמן שירדה, אם לא דנימא שחזרה שלא בדרך הרגיל דהיינו באופן שא"א לבהמות לירד וזו ירדה ומחייבינן לי' א"כ זה חדוש גדול ולמה לן החדוש דשמירה פחותה והי' להגמ' לפרש זה דאפי' חזרה באופן שא"א לבהמות לירד ומ"מ חייב, ונראה דלהתוס' האי חזרה הוא לא שירדה אלא שהפילה עצמה בכונה וכמו דחזא ירוקה ונפל דלא הוי אונס והוי רגל ממש ומ"מ לענין תחלתו בפשיעה אין זה פשיעה ודוקא היכי שיכולה לירד כדרכה הוי פשיעה:

הלכה יג

הקדר שהכניס קדרותיו לחצר בעל הבית שלא ברשות ושברתן בהמתו של בעל הבית פטור, ואם הוזקה בהן, בעל הקדרות חייב, ואם הכניס ברשות פטור, ואם קבל עליו בעל הבית לשמור את הקדרות בעל הבית חייב.

הש"מ הביא פי' הר"ח וז"ל פי' שלא ברשות כגון שאומר לו בעל החצר אל תכניסם והכניס לפיכך חייב בעל הקדרות בנזקי בהמות של בעל החצר, עכ"ל, והדברים נפלאים דמאי איריא שאמר לו אל תכניסם ואמאי לא סגי לחייב בעל הקדרות כשהכניס שלא ברשות כפשוטו היינו שלא ביקש רשות והכניס, ואין לומר דכונתו אם ראה בעל החצר את הקדרות בחצרו דכשלא אמר לו אל תכניסם הוי השתיקה כמו הודאה והסכמה, וממילא מחויב בעצמו לשמור בהמתו, דמהיכי תיתי לאמר כן שיהי' מחוייב למחות

ושהי' ראי' משתיקתו על מחילה, ונראה לי דתליא אי גבי חזקת תשמישין מהני חזקה שלא בטענה שמבואר המחלוקת בזה בשו"ע חו"מ סי' קנ"ג קנ"ד דלהסוברים דמהני חזקה שלא בטענה דמדשתק מסתמא מחל. יש מקום לדברי הר"ח דכיון שראה בעל החצר שהכניס קדרותיו ולא מיחה בו מסתמא מחל לו ואף שיש לחלק בין תשמיש קבוע לתשמיש ארעי הר"ח אינו מחלק בזה וס"ל דבכל גווני הוי מחילה בשתיקה אבל לשיטת התוס' והראשונים הסוברים דלא מהני שום חזקה שלא בטענה א"כ אין שום ראי' מדשתק דנימא שמחל, ואף דיש לומר דדוקא לענין שלא יוכל למחות לענין זה סוברים התוס' דלא מהני חזקה שלא בטענה, אבל לשעתה היינו על זמן השתיקה שפיר אמרינן מדשתק מסתמא ניחא לי', אבל לא נראה לי לחלק בזה, ולדעת הראשונים דאינם סוברים מדשתק מסתמא מחל מסתבר דלא הוי שתיקה ראי' כלל על מחילה, דבלא הסוגיות בב"ב המוכיחות דמהני חזקה שלא בטענה לענין חזקת נזקין לתשמישין ושהתוס' הוצרכו להעמיד אותם ע"י טענה לא הוי מסתבר כלל בסברא לומר מדשתק מסתמא מחל, דאפשר קשה לו להוציא אותו מחצרו, ומ"מ בלבו לא ניחא לי', רק דהרמב"ם והגאונים אחזו כפשטן של הסוגיות דמשמע דמהני חזקה שלא בטענה, ומטעם זה לולא ד' הר"ח ז"ל הי' אפשר לחלק להיפוך וכמש"כ מקודם דאפי' הראשונים הסוברים דמהני חזקה שלא בטענה לענין תשמישין היינו בתשמישין קבועים דחזקה אם לא הי' מוחל לו בודאי הי' מוחה ולא הי' מניח לו להשתמש. אבל בתשמיש דלפי שעה אפשר מתבייש להוציאו ומ"מ בלבו לא ניחא לי', אכן הר"ח מוכח דאינו סובר חילוק זה אבל עכ"פ להשיטות הסוברים דלא מהני חזקה שלא בטענה ולא אמרינן מדשתק מחל בודאי לא הוי שתיקתו ראי' כלל, והנה הרמב"ם הוא משיטות הסוברים דמהני חזקה שלא בטענה לענין תשמישין ומ"מ סתם הדברים כדרכו והעתיק לשון המשנה כפשטה, ואולי באמת סובר כמש"כ והתוס' והרא"ש לא הביאו ד' הר"ח כי לשיטתם לא הוי שתיקה ראי' לענין מחילה דלא מהני חזקה שלא בטענה, אכן המחבר בחו"מ שפסק בהל' נזקי שכנים כהרמב"ם מ"מ לא הזכיר דברי הר"ח, ואולי בשביל שלא נזכר ברמב"ם וברא"ש וטור לכן השמיטו גם בשו"ע, ולדינא צ"ע:

הלכה יד

וכן אם הכניס פירותיו לחצר בעל הבית שלא ברשות ואכלתם בהמתו של בעל הבית פטור, ואם הוחלקה בהן והוזקה בעל הפירות חייב, ואם הכניס ברשות פטור, ואם קבל עליו בעל הבית לשמור את הפירות בעה"ב חייב. הכניסן שלא ברשות ואכלתן בהמתו של בעה"ב והוזקה באכילתן בעל הפירות פטור מפני שהיה לה שלא יאכל, ואם

הכניסה ברשות והניחו בעלי החצר את זה שהרשהו בחצר לשמרו ואכלתן בהמתו של בעל הבית והוזקה באכילתן בעל הפירות חייב, שכיון שראה הבהמה אוכלת דברים המזיקין לה והניחה חייב שהרי אין בעלי החצר מצויין שם להעביר הבהמה מהן.

השגת הראב"ד: אע"ג דהלכה כרבי אפילו הכי כיון דברשות הוי אקני ליה מקום בחצר והויא לה חצר מיוחדת לבעל חצר לשוורים ולקדרות ולזה לקדרות בלבד כיון דאיתזיק ממילא איהו (דאזיק) [ראויה] אנפשיה ומש"ה פטור וכדאמרינן שניהם ברשות הוזקו זה בזה פטורין דאיבעי להו למיזל ולעיוני עכ"ל.

עיין במ"מ שכתב על דברי הרמב"ם דכן דעת התוס' וגם הר"א הודה לו בהשגות ונתן טעם לדבריו, אכן בפ' ז' חולקים הרמב"ם והראב"ד גם לענין נגח שורו או נפל לבור והבאיש מימיו, ואף שזה יש לבאר שם במקומו מ"מ נראה יותר לבאר הכל כאן כיון שיתבאר בזה עיקר שיטות הרמב"ם והראב"ד והתוס' ויתבאר בזה דאינו מוכרח אם התוס' הולכים בדרך הרמב"ם, והרא"ש חולק להדיא על הרמב"ם.

והנה זה לשון הרמב"ם שם בפ"ז הל' ד' המכניס שורו לחצר בעה"ב שלא ברשות ונגחו שורו של בעה"ב או נשכו כלבו פטור, ואם נגח הוא שור של בעה"ב אם היה תם משלם חצי נזק ואם היה מועד משלם נזק שלם כדין הנוגח ברה"ר, נפל לבור שבחצר זו והבאיש את מימיו אם הבאיש את מימיו מיד בשעת נפילה חייב בנזקי המים וכו', ואם הכניס ברשות בעל השור פטור וכו' וכתב ע"ז הראב"ד בהשגות לא ידעתי למה פטור לא בנגיחה ולא בהבאשת מימיו שהרי כחצר השותפים הוא, ולא עוד אלא דלגבי מי הבור חצר הניזק הוא שהרי יש רשות לבעל החצר בחצר לשוורים ולפירות ולזה אינו מיוחד אלא לשוורים, עכ"ל וכ' ע"ז המ"מ ברם נראין דברי התוס' והם כדברי רבינו שכתבו שכך סובר רבי שכשמכניס שורו ברשות הרי הוא כאלו הם מתנים בפירוש שיפטר כל אחד בנגיחת שורו ובשאר נזקין עכ"ל.

וכבר הקשה הלח"מ שם דמה שכתבו התוס' הוא לפי ההו"א ולר"ז אבל למסקנא אליבא דרבא לא הוי כאלו התנו, וכן כתבו בתוס' להדיא וז"ל ולפי האמת לרבי אם הכניס שורו ברשות הזיק חייב הוזק פטור כדאמרינן לקמן גבי כנוס שורך ואשמרנו.

וקודם שנבאר שיטת הרמב"ם נבאר מקודם דברי הראב"ד כאן שכתב אע"ג דהלכה כרבי אפ"ה כיון דברשות הוי וכו' וכן כ' המ"מ דמשמע דלכאורה א"צ להיות כן לרבי, דהא בסוגיא מוכח דלרבי אליבא דר"ז שניהם פטורים ולרבנן שניהם חייבים, ורבא חידש דלרבנן קבל בעל החצר שמירה, אבל לרבי הא לכאורה לא נתחדש כלל, ומה זה שכתב אע"ג דהלכה כרבי, אכן לכאורה דבריהם פשוטים לפי דברי התוס' דלפי ההו"א ולר'

זירא הוי כאלו התנו שיפטר כל אחד, וכיון דלמסקנא אמרינן גבי כנוס שורך הזיק חייב הוזק פטור, ומוכח דלא הוי כאלו התנו אלמא דנשתנה גם לרבי, ואם כן בקדרות ופירות נמי הכי, ולזה חידשו הראב"ד והמ"מ דזהו דוקא בנגח שור דליכא סברא דחצר השותפין אבל בקדרות ופירות פטור משום דשניהם ברשות הוזקו זה בזה פטורין.

אולם באמת אכתי צריך לבאר דברי הראב"ד, דהראב"ד בפירושיו הובא בש"מ לא סבר כלל בבאור סוגיית הגמ' דהוי כאלו התנו דביאר בארוכה עיקר טעמא דהו"א ודר"ז משום דהוי חצר השותפין, ומשמע דסובר דלענין נגח שורו לשורו של בעה"ב לא דייקינן כלל הא ברשות פטור וכמו שכתב הרשב"א בחידושיו דמשום סירכא דרישא נקט שלא ברשות איברא דמש"כ הרשב"א שם ולהכי לא קתני ואם הכניס ברשות בעל החצר חייב ובעל השור פטור תמוה דהא השתא לרבנן שניהם חייבים ומוכרח להגיה דצ"ל והיינו דלא קתני ברישא לרבנן דבעל השור פטור, והיינו דמשום בבא דנגח לא קתני לה בהדיא כלל, וכיון דהראב"ד אינו סובר כלל טעמא דהוי כאלו התנו אלא דעיקר טעמא דפטורא לרבי משום דהוי כחצר השותפין א"כ מה חידש כאן לומר אע"ג דהלכה כרבי דהא זהו עיקר דינא דרבי.

ולבאר דברי הראב"ד נביא מקודם שיטת הרא"ש, והנה הרא"ש חולק באמת על הרמב"ם והראב"ד וסובר דאפי' לענין קדרות ופירות חייב המכניס לדידן דקיי"ל כרבי, וכ"ש לענין שור שנגח, ובטעמא כתב משום דבב"מ דף פ"א אמרינן דרבי ורבנן פליגי דרבנן סברי עול ואנטר לך הוא והיינו כרבא דהכא, ורבי סבר עול ונטר לך הוא, וסובר הרא"ש דעול ונטר היינו בין שלא תוזק בין שלא תזיק, ודברי הרא"ש לכאורה תמוהים דמנ"ל לחדש זה דרבא פליג על ר"ז גם אליבא דרבי הא מסוגיא דידן לא מוכחא אלא דרבא חידש דלרבנן נעשה בעל החצר שומר אבל מנ"ל דלרבי נתחייב המכניס יותר מדינא אפי' בקדרות ופירות דמעיקר דינא פטור, ולומר דעול ונטר לך היינו שנתחייב לשלם כשמזיק ואמאי לא נימא דעול ונטר לך הוא רק לאפוקי דבעל החצר לא התחייב עצמו בשמירה אבל כשהזיקו קדרות המכניס אוקמא אדינא.

והנה יש לומר דדברי הרא"ש נכונים דהרא"ש לא סבר כלל דבור בחצר השותפין פטור גבי פרה שהזיקה טלית ע"ש, וא"כ מה שכ' דעול ונטר היינו בין שלא תזיק בין שלא תוזק היינו רק לאפוקי דלא נימא דהוי כאלו התנו לפטור וזהו אמת דבמסקנא נתבטל סברא דהוי כאלו התנו.

אכן באמת כאן יש סברא דשניהם ברשות ועדיף מחצר השותפין דבחצר השותפין לא נתנו רשות זה לזה להכניס המזיק אבל היכי דנתן רשות הוי שניהם ברשות ורק בנגח

שורו חולקים הרמב"ם והראב"ד, ומה דהראב"ד הזכיר חצר השותפין היינו משום דסובר דחצר השותפין נמי פטור על בור אבל להרא"ש דסובר דחצר השותפין חייב מ"מ כאן צריך להיות פטור משום דינא דשניהם ברשות דהוזקו זה בזה פטורים ובור הוי הוזקו.

ונראה דהרא"ש סובר דלההו"א וכן לר' זירא פליגי רבנן ורבי דרבנן סברי דכל אחד מקבל נטירותא על המזיק שלו וממילא חייב כל אחד יותר מדינא והיינו דאף דשניהם ברשות פטור, אבל כאן כ"א מקבל שמירה כיון דהוא מזיק, ודין דשניהם ברשות אינו אלא באדם דאינו מזיק בעצם, ורבי סבר דלא קיבל עלי' נטירותא ופטורים עוד יותר משניהם ברשות גבי אדם דהתם דוקא הוזקו פטורים והכא אפי' הזיק השור בנגיחה פטור, וזהו לר' זירא, אבל לרבא פליגי דלרבנן בעל החצר נעשה שומר משום דעול ואנטר לך הוא ולרבי לא נעשה שומר דעול נטר לך הוא, א"כ כיון דע"כ חזינן בגמ' דגבי שור שנגח חייב שור המכניס וחזינן דלרבא לא הוי לרבי כאלו התנו, א"כ היה צריך לומר אוקמא אדינא וא"כ אמאי אמר רבי במתני' דבכולן אינו חייב עד שיקבל עליו הבעה"ב לשמור, ומוכח דעכ"פ שור של בעה"ב שנגח לשור המכניס פטור לרבי ואמאי פטור כיון דלא הוי כאלו התנו וא"כ אוקמה אדינא ובקדרות פטור ובשור חייב, ומוכח דלרבי דסבר עול נטר לך לא אמרינן אוקמה אדינא אלא דעול נטר לך ואינו מחוייב בעה"ב כלל, והיינו דכיוון דאמר לו עול נטר היינו דלגבי דיני נזקין הוי כמו שאם הכניס שלא ברשות דאז בודאי בעה"ב פטור, ולכן סובר הרא"ש כיון דע"כ אנו צריכין לסברא זו דעול נטר היינו חידוש גם לרבי דלא לוקמא אדינא אלא דהוי לענין זה כמו שלא ברשות, א"כ כבר לא הוי שניהם ברשות גם לענין נזקי הקדרות ועול נטר היינו בין שלא תזיק בין שלא תוזק זהו ביאור שיטת הרא"ש, ועכשיו מבואר דברי הראב"ד בהשגות, דאף דשיטתו בפירושיו אליבא דר' זירא אינו משום שכך התנו שיפטר כל אחד. וטעמא דפטורא דרבי אליבא דר' זירא הוא משום דהוי חצר השותפין, ובנגח שורו לשור של בעה"ב באמת חייב גם לרבי כשיטת הרשב"א, מ"מ עכ"פ הא זה מוכח מהא דתנן במתני' רבי אומר בכולן אינו חייב עד שיקבל עליו בעה"ב לשמור דלרבי בעל החצר פטור אפי' בנזקי שור, וע"כ דלדברי הראב"ד והרשב"א דלא סברי דהוי כאלו התנו הא דבעל החצר פטור משום דלגבי היזק שור של בעל החצר לשור המכניס אמרינן לרבי עול נטר לך ופטור יותר מדינו, והיינו משום דלגבי היזק שור בעה"ב לשור המכניס כיון דאמרינן עול ונטר לך דינו לענין זה כמו אם הכניס שורו שלא ברשות, ומ"מ לענין דין היזק קדירותיו של המכניס לבהמתו של בעה"ב מוכח ממתני' לר' זירא דברשות פטור, וע"כ דצריך לומר דאף דלגבי היזק שור של בעל החצר לשור המכניס אמרינן עול נטר והוי כמו אם היה

מכניס שלא ברשות, אבל לענין מה שהזיקו קדרותיו של המכניס לבהמת בעל החצר אמרינן דהוי כמו שניהם ברשות ופטורים אבל כ"ז לר' זירא אבל לרבא דמתני' אתי כרבנן א"כ לא שמעינן כלל דצריך לחלק בהא דעול נטר אליבא דרבי ולומר דלענין היזק שור של בעל החצר הוי כמו שלא ברשות מטעם עול נטר, ולענין היזק קדרותיו של המכניס הוי כמו שניהם ברשות, והיה אפשר לומר דלרבא לא מחלקינן כלל ואמרינן עול נטר בין שלא יזיק בין שלא יוזק וכדעת הרא"ש ורק אליבא דרבנן אליבא דרבא פטור בעל הקדרות משום דבעל החצר נעשה שומר, לזה חידש הראב"ד דאע"ג דהלכה כרבי ואמרינן עול נטר לך מ"מ אינו אלא דלוקמא אדינא דלענין היזק קדרותיו לא הוי כמו שלא ברשות ולכן הוי שניהם ברשות ופטורין על נזקי בור.

עתה נבוא לדעת הרמב"ם והנה הרמב"ם חולק עם הראב"ד בפ"א מה' חובל ומזיק דהרמב"ם סובר דהא דאמר בגמ' שניהם ברשות הזיקו זא"ז חייבים הוזקו פטורים פי' הזיקו היינו בכונה ופי' הוזקו היינו שלא בכונה, ולדעתו אפי' אם הזיקו זא"ז שלא בכונה היינו הוזקו, והראב"ד חולק וסובר דהוזקו היינו כפשטי' דהוזקו ממילא זה בזה, אבל כל שהזיקו בידים אפי' שלא בכונה הוי הזיקו וחייבים, ויש לומר בפשיטות דדין שור שהזיק אפי' בכונה לא עדיף מאדם שלא בכונה ובפרט אם נימא דעיקר דין חיוב ממונו הוא משום דין חיוב שמירה ואדם שלא בכונה אמרינן נמי בדף ד' דאדם שמירת גופו עליו וא"כ לא עדיף שמירת הבהמה משמירת עצמו, ולכן סובר הרמב"ם דבהמה שהזיקה אפי' בכונה פטור נמי בשניהם ברשות, רק שעלינו לבאר דעת הרמב"ם במה שדחה סוגיא דלקמן דכנוס שורך ושמרו דמוכח להדיא דלרבי בסתמא הזיק חייב הוזק פטור.

-השמטות ומלואים-

לעיל בד"ה עתה, הבאתי מה דהרמב"ם חולק עם הראב"ד בפ"א מהל' חו"מ דסובר הרמב"ם דמה דאמר בגמ' שניהם ברשות הזיקו זא"ז חייבים הוזקו פטורין פי' הזיקו היינו בכונה ופי' הוזקו היינו שלא בכונה, ואפי' הזיקו זא"ז שלא בכונה ג"כ פטורין לדעת הרמב"ם, וכתבתי די"ל דשור שהזיק בכונה לא עדיף מאדם שלא בכונה, והעירוני דהא בגמ' אמר שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות, והיכי משכחת לה שור ברה"ר, אכן עי' מש"כ בפ"א מהל' חו"מ הל' ט"ז בד"ה והנה עי"ש. [ע"כ].

והנה לפי מה שבארנו סוגיא דמתני' דהקדר יש ג' דרכים בבאור מתני' לר' זירא אליבא דרבי, דבקדרות ופירות מבואר טעמא דפטור משום דאוקמא אדינא דהוי חצר השותפין אבל בנגח שורו לשור של בעה"ב צריך לומר או כדעת הראב"ד והרשב"א דבאמת הוא לאו דוקא שלא ברשות וברשות נמי חייב, או כתי' התוס' דהוי כאלו התנו או כדעת

הרמב"ם משום דשניהם ברשות פטורים אפי' בנגח שורו.

ולשיטת הרמב"ם מה דאמרינן בב"מ דלרבי אמרינן עול ונטר לך שכתבנו דהיינו דחייב המכניס בשמירה יותר מדינא דלהראב"ד ורא"ש הי' מוכרח לומר כן משום דבעל החצר פטור כשנגח שורו לשור המכניס והי' מוכרח לומר דהוי לענין זה גדר דשלא ברשות והראב"ד והרא"ש מחולקים דלהראב"ד הוי כמו שלא ברשות רק לענין שלא יוזק ולהרא"ש בין שלא יזיק בין שלא יוזק אבל להרמב"ם אין צריך כלל לומר דעול ונטר הוא דחייב בשמירה יותר מדינא אלא דעול ונטר היינו רק לאפוקי מעול ואנטר דרבנן דסברי דבעל החצר קבל שמירה על קדירות ופירות או שור המכניס, אבל לא נתוסף כאן כלל טעם מיוחד שפטור, וטעמא דפטורים זה על זה בין בקדרות ופירות בין בשור הוא משום דהוי שניהם ברשות, ולפי"ז לרבי לא נשתנה טעמו ודינו בין לרבא בין לר' זירא ושניהם פטורים משום דהוי שניהם ברשות, ורק דלרבנן לפי ההו"א ולר"ז אמרינן דקביל נטירותא כל אחד על הדבר המזיק שלו, ובא רבא וחידש אליבא דרבנן דבעל החצר הוא שנעשה שומר על הנכנס וממילא בעל החצר חייב והמכניס פטור, אבל אליבא דרבי לא נשתנה כלל לתירוצא דרבא וכן מוכח פשטות הסוגיא דמתניתין דהקדר, דליכא חידוש לרבי בשינויא דרבא.

והנה בגמ' שם אמרינן כנוס שורך ושמרו הזיק חייב הוזק פטור טעמא דא"ל שמרו דחייב בעל השור ופטור בעל החצר הא סתמא חייב בעל החצר ופטור בעל השור דבסתמא מקבל עליו נטירותא אימא סיפא כנוס שורך ואני אשמרנו הוזק חייב הזיק פטור טעמא דאמר ואני אשמרנו דחייב בעל החצר ופטור בעל השור הא סתמא חייב בעל השור ופטור בעל החצר אתאן לרבי דאמר עד שיקבל עליו בעה"ב נטירותא, וכ' התוס' כולה הך סוגיא כרבא דלר"ז לא קשה כלל רישא לסיפא וכולה רבי היא והוי סתמא שניהם פטורים, בין ברישא בין בסיפא דאין כל אחד מקבל שמירת חבירו, ולרבנן הא סתמא שניהם חייבים, עכ"פ מוכח מסוגיא דלרבא לא הוי לרבי שניהם פטורים כמו לר"ז אלא דשור המכניס שהזיק חייב ודלא כדעת הרמב"ם, והנה לא רק מקושיית הגמ' אלא גם ממסקנא דגמ' מוכח דכן הלכה דהא ר"א משני תברא מי ששנה זו לא שנה זו, ור"פ משני כולה רבי היא ואתי כר' טרפון ובשמרו מקני לי' מקום והוי קרן בחצר הניזק אבל סתמא הוי קרן ברה"ר ואינו חייב אלא חצי נזק, וא"כ עכ"פ אמר ר"פ בפי' דלרבי חייב אפי' סתמא, אכן רבא משני כולה רבנן היא ואיידי דתני רישא ושמרו תני סיפא ואני אשמרנו, ולתירוצא דרבא לא מוכח להדיא דלרבי לא הוי שניהם פטורים ובתירוצא דמתני' לא מצינו דחידש רבא אליבא דרבי אלא אליבא דרבנן, אלא דגם לרבא מוכח

מהא דהוצרך לתרץ כרבנן ואיידי דתני רישא תני סיפא הא ברווחא מצי לאוקמי כהלכה אליבא דרבי וע"כ דהוא נמי סבר דלרבי לא הוי שניהם פטורים.

אכן באמת הרמב"ם יש לו מקור נאמן דרבא פליג וסובר דלרבי אינו חייב שור המכניס כשהזיק והוא ממה דאמר רבא הכניס שורו לחצר בעה"ב שלא ברשות וחפר בו בורות שיחין ומערות, בעל השור חייב בנזקי חצר ובעל החצר חייב בנזקי הבור, וכבר כתבו בתוס' דמכאן מוכח דסבר רבא כרבנן דלרבי למה דוקא שלא ברשות, אבל לא ניחא לי' להרמב"ם בזה כיון דפליגי בזה רב ושמואל והלכתא כשמואל בדיני לא מסתבר לומר דרבא פליג אשמואל ופסק כרבנן, וכן הביא הרי"ף מימרא דרבא וכבר תמה הרא"ש על הרי"ף דכיון דפסקינן כרבי למה דוקא שלא ברשות וכתב הרא"ש דאפשר דסובר הרי"ף דרבא לא פליג על ר' זירא אלא אליבא דרבנן אבל אליבא דרבי סבר נמי כר"ז דשניהם פטורים, והרא"ש הקשה על הרי"ף מסוגיא דכנוס שורך ושמרו דפריך רישא לסיפא לוקמה כרבי ואליבא דכו"ע.

אכן מה דפשיטא לתוס' ורא"ש דאי הוי שניהם פטורים לרבי הוי מצי לאוקמי הברייתא ברווחא ולמידק הא סתמא שניהם פטורים, וכן לר"ז אליבא דרבנן למידק הא סתמא שניהם חייבים אינו ברור כלל דיש לומר דבגמ' פריך שפיר משום דבעי למידק דיהיו שני ההלכות בדוקא בין מה דהזיק חייב בין מה דהוזק פטור. רישא דוקא בושמרו וסיפא דוקא בואני אשמרנו, וא"כ היכי נימא הא סתמא שניהם פטורים דא"כ למה קתני רישא גבי הוזק ושמרו כיון דאפי' סתמא נמי הוזק פטור, וכן למה קתני סיפא ואני אשמרנו דהזיק פטור כיון דסתמא נמי הזיק פטור, וא"כ שפיר פריך הגמ' ומדייק דמדקתני ושמרו הזיק חייב הוזק פטור אלמא דסתמא הזיק פטור הוזק חייב, וכן בסיפא להיפך, ולכן מוכיח בסוגיא זו מהך ברייתא חדא דלא כר' זירא בשינויא דמתני' ועוד דלרבא דמתרץ אליבא דרבנן דבעל החצר קבל עליו שמירה והיינו עול ואנטר דלרבי נמי לא הוי כר' זירא ועול ונטר לך קאמר ולא רק דאוקמה אדינא דלדעת הרמב"ם גם בנגיחה צריך להיות פטור בשניהם ברשות אלא דעול ונטר לך וליכא בזה קולא דשניהם ברשות דכי נתן לו רשות ע"מ שישמור והוי לענין זה כמו שלא ברשות, וכשיטת הרא"ש, ובאמת אין חילוק ואפי' בקדרות לפירות לרבי חייב, ולכן ע"כ אוקמה הכי ר"א תברא ור"פ דכולה רבי היא ובאמת סובר רבי כן דסתמא הזיק חייב כמו דסבר בסוגיא, אבל רבא דמשני כולה רבנן היא ואיידי וכו' באמת לא סבר כלל דאליבא דרבי אמרינן דעול נטר מחייב המכניס יותר מדינו ושלא יהיו כמו שניהם ברשות, ולרבי באמת שניהם פטורים בסתמא ומ"מ לא מצי לאוקמי הכי ברייתא דאכתי אינו מיושב דיוקי שני ההלכות לכן מתרץ ברייתא אליבא

דרבנן ואיידי, אבל בהא דהכניס שורו שלא ברשות מוכח דאף דפסקינן כרבי מ"מ דוקא שלא ברשות [אבל ברשות] פטור והיינו משום דלרבי שניהם פטורים, ומשום דלרבי הוי לדידן כמו לר' זירא וכנ"ל וזהו שיטת הרי"ף דהביא מימרא דרבא בשלא ברשות אף דפסקינן (כרבא) [כרבי] וזהו דעת הרמב"ם.

אולם להראב"ד לשיטתו בפירושיו דגם לר' זירא דסבר לרבי שניהם פטורים הוא משום דהוי חצר השותפין ובנגח שורו לשור של בעה"ב לא דייקינן במתני' הא ברשות פטור, ומ"מ בנגח שור של בעה"ב לשור המכניס פטור לרבי וע"כ דרבי זירא נמי סבר דלרבי עול נטר לך הוא והוי לענין לחייב לבעה"ב כמו שלא ברשות, ומ"מ לענין לחייב המכניס בהיזק קדירותיו לא אמרינן דהוי כמו שלא ברשות, א"כ באמת אין אנו צריכין כלל לומר לשיטתו דלרבא נשתנה שיטת רבי מה דליתא בגמ' דהא לדעת הראב"ד רבי אליבא דר"ז נמי סבר דבסתמא לרבי הזיק חייב הוזק פטור, ומיושב דעת הראב"ד אל נכון דלא סתרי כלל סוגיא דמתני' דהקדר וסוגיא דכנוס שורך וא"צ כלל לומר דרבא חולק על ר"ז בדעת רבי מה דלא הוזכר בגמ' והראב"ד לשיטתו דסובר גבי שניהם ברשות דדוקא בהוזקו ממילא פטורים אבל הזיקו אפי' שלא בכונה חייבים.

אלא דלדעת הראב"ד אנו צריכים לבאר מימרא דרבא דהכניס שורו לחצר בעה"ב שלא ברשות, ונוכל לומר דהכניס שור לחצר בעה"ב שלא ברשות וחפר בורות שיחין ומערות אינו מוכרח דדוקא בתורת קרן דמשכחת לה ג"כ בתורת רגל שנתגלגל בעפר תיחוח ועשה שם בור, ולזה העירני ח"א וכן משמע קצת מדקתני סתם חייב. ועכ"פ לא רחוק לומר דמשכחת לה ע"י רגל ולפיכך אמר זה על שלא ברשות משום דברשות בעל השור פטור אם לא הי' נזקי קרן דהא הוי חצר השותפין דפטור על נזקי רגל, ואף דלכאורה גם בנזקי רגל יהי' חייב משום דהוי חצר מיוחד לזה ולזה לשוורים ולחד לפירות, וכמו שכתב הראב"ד לקמן בפ"ז גבי הבאיש מימיו דהתם שפיר נוכל לומר דליפול למים לא נתן לו רשות ולכן אף דממילא נפל מ"מ חייב והי' לו להמכניס לשמרו אבל הכא אם חפר בדרך הלוכו או בדרך שכיבתו דיש לו רשות ע"ז מסתבר דלא שייך לומר לחד לפירות דהא לא הוי לחד לקרקע דהא נתן לו להדיא רשות לילך ולישכב על הקרקע ולכן מסתבר דבאופן היזק רגל יהי' פטור, ולכן לא נחת רבא לחלק ולומר דינו גם על ברשות ובנזקי קרן כיון דעיקר לא בא להשמיענו אלא הך דינא דבעל חצר חייב בנזקי בור.

אבל כ"ז מיושב להראב"ד לשיטתו דמחלק בין נזקי קדרות ובין נזקי נגיחת שור, וא"כ ה"נ לפי דברינו יש לומר ג"כ דנזקי רגל בכה"ג דלא הוי לחד לפירות פטור, אבל לדעת הרמב"ם דמעיקר דינא צריך להיות שניהם פטורין אפי' על נגיחה ולסוגיא דכנוס שורך

דע"כ סבר דלרבי חייב הוא מטעמא דעול נטר לך קאמר והוי גם לענין הזיק שור המכניס כמו שלא ברשות, ולפי זה באמת צריך להיות גם לענין קדרות ופירות חייב המכניס וכשיטת הרא"ש דעול נטר לך בין שלא תזיק בין שלא תוזק, וא"כ כבר אין חילוק מנזקי רגל לנזקי קרן. וא"כ ע"כ מוכח להרמב"ם לשיטתו דרבא סבר דעול נטר לך אינו גורם פטור כלל יותר מדינא ולא הוי כמו שלא ברשות ושניהם ברשות פטור אפי' לענין נגיחה וכנ"ל:

הלכה טו

המגדיש בתוך שדה חברו שלא ברשות ואכלתן בהמתו של בעל השדה פטור ואם הוחלקה והוזקה בעל הפירות חייב, אכלתן והוזקה באכילתן פטור, ואם הגדיש ברשות בעל השדה חייב אעפ"י שלא קבל עליו לשמור שהשומר בגרנות כיון שאמר לו הגדש בכאן (**כמו**) [**כמי**] **שאמר לו הגדש ואני אשמור לך הוא חשוב.**

השגת הראב"ד: אע"פ שלא קבל וכו'. א"א ודוקא בשומר את הגרנות עכ"ל.

כתב המגיד משנה דהרמב"ם נשמר מזה וכ' שהשומר בגרנות וכו' אלמא דמיירי כשבעל השדה הוא שומר את הגרנות, וכן כתבו הסמ"ע והט"ז בחו"מ סי' שצ"ג דאיירי כשהבעה"ב הוא שומר, והלח"מ לא הרגיש בזה, וכתב דלשון רבנו אינו מתוקן כראוי דמשמע דבעל השדה חייב ובאמת השומר חייב ולא בעל השדה וכמו שהוא בלשון הטור ודבריו אינם נכונים דודאי מוכח להדיא דמפרש הרמב"ם שבעל השדה הוא שומר את הגרנות, וגם לשון הראב"ד אינו כמו שמפרש הלח"מ דלפי דבריו הי' לו להראב"ד לכתוב בזה"ל השומר הוא חייב ומדנקט בלשונו ודוקא בשומר אלמא דמסכים להרמב"ם דמיירי בבעל השדה רק דדוקא בשומר את הגרנות והיינו כשהוא שומר את הגרנות, והטור פי' מתניתין דאיירי בשומר ולא בבעל השדה וכן פי' הרא"ש משום דמפרשים הא דאמר רב פפא בנטר בי דרי עסקינן דאין זה על בעל השדה אלא נטר בי דרי הוא שם דבר על השומר את הגרנות וא"כ לדבריהם הוציא רב פפא משנתנו מפשטה דתנן בעל השדה חייב ופירש רב פפא דלא קאי על בעל השדה אלא על שומר את הגרנות ומה דקתני בעל השדה היינו דשומר נמי כמו בעלים כיון שמסרו לו לשמור הוי כבעלים ולדבריהם צריך לכאורה לומר דהבעלים מסרו להשומר רשות מפורש על השדה שיוכל ליתן לאחרים רשות להגדיש דבסתם כששכרו אותו לשמור את העומרים שלא יגנבו אותם מהיכי תיתי יהי' לו בזה רשות להרשות לאחר להגדיש, אלא דקשה לפי"ז מה דכתב הטור בתורת חידוש דאף שהבעלים לא אמרו לו הגדש כיון שהשומר אמר לו הגדש הוי ברשות ופטור המגדיש על נזקי בהמתו של בעל השדה, ואם כונתו שנתן בעל השדה

בהדיא רשות להשומר א"כ אין כאן רבותא כלל וצריך לומר בדעת הטור דמפרש נטר בי דרי אין הכונה שהעמידו אותו שומר רק על הגדישין אלא דהכונה שמסרו לרשותו כל השדה עם הגדישין שיהיה הוא הבעלים על שמירתם וסובר הטור דכיון שמסרו השדה לרשותו בסתמא דעת הבעלים שיהי' לו רשות להרשות ואולי הטעם משום דכשהבעלים בשדה מצוי שירשו לאחד להגדיש שאין בזה היזק ומ"מ שלא מדעתם אסור להגדיש ולכן אמדינן דעתם דאם מסרו השדה לרשות השומר מסתמא דעתם שיש לו רשות להרשות להגדיש, ויש מקום לומר באופן אחר דלעולם אין לו רשות להרשות אלא דמ"מ כיון דעכ"פ הוא נעשה שומר וממילא הוי שומר על הגדישין שהכניסו שחייב הוא בשמירתן ולכן פטור המכניס ונאמר נמי דבור אפי' ברשות חבירו נמי סגי בהעמדת שומר ואפי' פשע השומר ואין לו לשלם פטורים הבעלים ויש לעיין בזה וגם במה שהעיר הגאון בעל דברי שאול מדין שמירה בקרקעות וכשנגיע בעז"ה לדיני בור נברר איה"ש בזה, אבל עכ"פ אין דברי הטור מתאימים לכונה זו ובפשוטו כונתו דיש להשומר רשות להרשות להגדיש וע"כ כדברינו. אלא דצריך לבאר בדעת הטור דלמה הוצרך ר"פ לפרש מתני' דאיירי בשומר את הגרנות ולא פירש דאיירי בבעל השדה כפשטם דמתני' ולהוסיף דבעל השדה הוא שומר את הגרנות - ואף דהטור כתב דיש חידוש דהשומר יש לו רשות להרשות אכתי זה גופא קשה דמנ"ל לרב פפא לחדש כן ממתני' כיון דבמתני' הוזכר בעל השדה -

והנראה בדעת הטור דסובר דדוקא בשומר את הגרנות דאינו בעלים ומוכח שהוא יושב ומשמר דאז דוקא אמרינן דאפי' לרבי דסבר דעייל בסתמא לא אמרינן עייל ואנטר לך מ"מ בשומר אמרינן דעייל ואנטר לך כיון דמוכח להדיא שהוא שומר דהא אינו בעלים אבל בעל השדה אף שהוא שומר גרנו כיון שהוא בעלים לא מוכח כלל שהוא יושב ומשמר ולכן לא אמרינן דכשאמר לו הגדש דהגדש ואנטר לך הוא - ואף דהטור כתב דאפי' בעל השדה לא אמר לו הגדש כיון שהשומר אמר לו הגדש הוא פטור ואם הוזקו פירותיו השומר חייב ומשמע מדבריו דרק רבותא קמ"ל לענין פטור המגדיש אבל לעולם אם בעל השדה אמר לו הגדש נמי חייב בעל השדה, אך באמת זה אינו דודאי להלכה הטור והרא"ש פסקו כרבנן דאף שלא קבל עליו לשמור חייב וממילא בודאי אם אמר בעל השדה הגדש חייב אבל ר"פ דמוקים מתני' אפי' אליבא דרבי דסובר דבלא קבל עליו לשמור פטור בעל החצר ומ"מ הכא חייב משום דבנטר בי דרי עסקינן דכיון שיושב ושומר כשאומר לו הגדש הגדש ואשמור לך הוא, בזה סובר דזה דוקא בשומר ולא בבעלים דלא מוכח כלל דהוא יושב ושומר וכנ"ל.

אבל הרמב"ם לא ניחא לי' לפרש מתני' דתנן בעל השדה חייב דקאי על השומר משום דפשטה דמתני' לא משמע כן ואולי חולק ג"כ על סברת הטור דשומר יכול ליתן רשות להגדיש ולכן אף דפוסק כרבי מ"מ פסק דחייב בעל השדה כיון דהוא בעצמו שומר את הגרנות ואינו סובר כסברת הטור, אכן צריך לבאר מחלוקת הרמב"ם והראב"ד כיון שביארנו דגם הראב"ד אינו מפרש כהטור דמיירי בשומר אלא כפשטה דמתני' דמיירי בבעל השדה והוסיף הראב"ד רק דדוקא בשומר את הגרנות, ובמה הוסיף על דברי הרמב"ם כיון שהרמב"ם ג"כ כתב שהשומר בגרנות, ונראה דהראב"ד חולק על הרמב"ם ג"כ על פי סברת הטור אלא דאינו סובר לגמרי כהטור דבבעל השדה לא משכחת חיוב והראב"ד סובר דבעלים נמי בשעה דמוכח דהוא יושב ומשמר דהיינו בשעה שאינו עוסק בגדיש אלא יושב ושומר אז אמרינן דכשאמר לו הגדש הגדש ואנטר לך הוא, אבל בשעה שעוסק בגדיש דאינו מוכח שהוא יושב ושומר אף דממילא שומר וגם בסתמא הוא שומר מ"מ לא אמרינן דהגדש ואנטר לך קאמר כיון דלא מוכח בשעת מעשה שהוא יושב ומשמר, והרמב"ם סובר דאם בסתמא הוא שומר את הגרנות אף דלא מוכח שבאותה שעה הוא יושב ומשמר ג"כ חייב, ולכן לא כתב בתורת תנאי אם הוא שומר אלא בטעמא דמילתא שהשומר וכו' להורות דאם בסתמא הוא שומר ג"כ חייב, וזהו השגת הראב"ד על זה שלא כתב הרמב"ם בתורת תנאי אלא בנתינת טעם, - ומקור מחלוקת הרמב"ם והראב"ד הוא עפ"י הירושלמי שהביא הגר"א ז"ל בביאורו לחו"מ סי' רצ"א סעיף ג' ס"ק י"א בהא דאיתא שם בשו"ע בקש מחברו שיתן לו רשות להכניס בהמתו או פירותיו לחצרו וכו' וכ' ע"ז הגר"א ז"ל וז"ל דוקא לחצרו אבל לביתו חייב הג"א שם ד"ה דוקא וכ"ה בירושלמי שם ר"י בשם שמואל הלכה כרבי ר"ז הלכה כר' א"ר ירמי' הכל מודים בבית שהוא א"ל הכנס ואני משמרו הכל מודים בשדה שא"ל הכניסהו ושמרהו מה פליגין בחצר רבי אומר חצר כשדה וחכמים אומרים חצר כבית ופריך תמן תנינן המגדיש בתוך שדה חברו שלא ברשות כו' ומשני גדישין בשדה ככלים בבית ואפשר שלכך השמיטו הפוסקים משום דלפי"ז לא הוי פריך הגמרא שם לימא תנן מתני' דלא כרבי כו' אבל י"ל דגמרא פליג אתי' גדישין בשדה כו' וס"ל דאינו אלא כחצר דהירושלמי הוצרך לומר כבית משום הקושיא דלא כרבי ע"כ דברי הגר"א ז"ל בביאורו ובש"מ שם הביא דברי הרא"ה ז"ל שכ' וז"ל אר"פ הכא בנטר בי דרי עסקינן כבר כתבתי לעיל דהלכתא כרבנן ואפי' הכי שמעינן מיהא דדין שדה ובית שוין מדמקשינן להו אהדדי ומתרצינן ושלא כדברי הירושלמי עכ"ל הרא"ה ז"ל וכונת הרא"ה שכתב מדמקשינן להו אהדדי משמע דהיינו במה דפריך רק לימא מתני' דלא כרבי משמע דלרבנן ניחא ומוכח

דגם בשדה פליגי וגם אי ס"ל דבבית כו"ע מודו וגדישין בשדה ככלים בבית הוי אתיא בפשיטות אפי' כרבי - והרא"ה סובר דלא כדברי הגר"א ז"ל אלא דאין נ"מ כלל לגמרא דידן בין שדה לחצר ולבית [ואפשר דצ"ל בדברי הרא"ה דדין שדה חצר ובית שוין] איברא דבירושלמי שלנו הגירסא באופן אחר ממה שהביא הגר"א ז"ל שהוא כתב ומשני גדישין בשדה ככלים בבית ובירושלמי שלנו מסיים ע"ז א"ר יוסי ב"ר בון תיפתר בהא דאית לה מסגר ומפרש הפ"מ דהא דאמר גדישין בשדה ככלים בבית הוא בתורת קושיא בתמי' פי' וכי גדישין בשדה ככלים בבית וע"ז משני בהא דאית לה מסגר והוא נעול דבזה באמת הוי כמו כלים בבית ולפי דברי הירושלמי שלפנינו גם הירושלמי לא סבר דגדישין בשדה ככלים בבית אלא בגדיש שיש לו מסגר וא"כ אפשר דגמרא דידן אינו חולק על הירושלמי בזה אלא דבעי לאוקמא אפי' בגדיש שאין לו מסגר ואולי הגר"א ג"כ מפרש כן בהירושלמי ורק דמקצר בדבריו מכיון דמפרש דר' יוסי ב"ר בון מפרש דבכה"ג דאית לה מסגר אמרינן גדישין בשדה ככלים בבית ולהגר"א נראה לדוחק לומר דגמרא דידן בעי לאוקמי אפי' בלית לה מסגר כי אין זה דוחק להעמיד בגדיש שיש לה מסגר ולכן נראה להגר"א ז"ל דש"ס דידן חולק על הירושלמי ולא סבר כלל דגדישין בשדה ככלים בבית אפי' בגדיש שיש לה מסגר ודרך זה הוא הנכון בדעת הגר"א ז"ל כי לא מצינו גירסא אחרת בירושלמי.

ונראה דבזה מבואר מחלוקת הרמב"ם והראב"ד. דלהירושלמי דמחלק בין חצר לבית דגדישין בשדה ככלים בבית או לדברי ר' יוסי ב"ר בון דמוקים בגדיש שיש לו מסגר עכ"פ שמענו דאם אומר לו הכנס למקום שמור כמו בבית או בגדיש שיש לו מסגר גם רבי מודה דעול ואנטר לך הוא אלא דהבבלי לפי דעת הרא"ה ז"ל חולק על הירושלמי אבל לפי דעת הגר"א ז"ל אינו חולק אלא בסברא דגדישין בשדה ככלים בבית או לפי מש"כ בתחלה אפשר דרוצה לאוקמי גם בגדיש שאין לו מסגר. אבל עכ"פ לא מוכח דחולק הבבלי על החילוק שבין בית לחצר וא"כ לפי תלמודא דידן דמשני בנטר בי דרי היינו שהבעלים יושבין ומשמרין אינו דוקא בשביל דמוכח שהוא יושב ומשמר אלא דאם עכ"פ ברור שהוא מקום שמור א"כ כבר יש לגדיש דינא דבית אבל אם נימא כדעת הרא"ה דתלמודא דידן חולק על הירושלמי א"כ מה דמשני בגמ' דידן בנטר בי דרי אינו בשביל שהוא מקום שמור דהא בית נמי מקום שמור אלא הטעם משום דכיון דבאותה שעה יושב ומשמר אז אמרינן דעול ואנטר לך הוא א"כ שפיר כ' הראב"ד דדוקא בשומר את הגרנות היינו דבאותה שעה מוכח להדיא שהוא יושב ושומר אבל בסתמא אף דידעינן בודאי שהוא שומר את הגרנות לא אמרינן עול ואנטר לך הוא. ונמצא דדעת הרמב"ם כדברי הגר"א

ז"ל ודעת הראב"ד כדברי הרא"ה ז"ל.

והנה המחנה אפרים בהלכות שומרים סימן ד' הביא דברי ההג"א דבבית לכו"ע נעשה שומר ומביא ע"ז דברי הירושלמי. וכתב ע"ז המחנה אפרים דהרמב"ם שסתם וכתב דהנח סתם לא נעשה שומר ולא חילק בין בית לחצר נראה דס"ל דפלוגתא דרבי וחכמים הוי בין בחצר בין בבית עכ"ד המ"א. והאריך עוד בזה לבאר עוד ראיות מראשונים דאינם סוברים כהירושלמי ומקור דברי המ"א הוא עפ"י דברי הגמרא בב"מ דף פ"א ע"ב דבעי הנח סתמא מאי ואמר לימא כתנאי בפלוגתא דרבי ורבנן דהקדר ואמר בגמרא ממאי דילמא עד כאן לא קאמרי רבנן התם אלא בחצר דבת נטורי היא וכו' אי נמי עד כאן לא אמר רבי התם אלא בחצרו דלעיולי רשותא קא בעי למשקל מיני' וכו' ונשאר בגמ' באבעיא ופסק הרמב"ם וכן שאר הראשונים דהנח סתמא אינו שומר וא"כ מוכח דגם בבית לא מודה רבי דהא לא חלקו בהנח סתמא בין חצר לבית. ולפי דברי המ"א א"א לומר כמו שכתבתי דהרמב"ם סובר כהירושלמי אכן באמת יש לדחות הוכחת המ"א לדחות הירושלמי מהלכה דבסוגיא דהקדר איתא איבעיא להו היכי דקבל עליה נטירותא מהו דנפשיה הוא דקבל עליה או דילמא אפי' נטירותא דעלמא קבל עליה והקשו בתוס' דהא אמרינן לעיל ברשות שמירת קדירות קבל עליו בעל החצר ואפי' נשברו ברוח ותירצו דמיבעיא להו אי הוי דיחויא בעלמא או לא ועוד תירצו דמה דמיבעיא בנטירותא דעלמא אינו אם יצא חוץ לחצר ויהא ניזוק דזה ודאי קבל עליה רק דמיבעי ליה אם באו שוורים מעלמא והזיקו אותו דזה לא אסיק אדעתי' ותירוצם השני לא מסתבר כלל דאם אמרינן דהוי שומר אמאי אינו מחויב לשמור שלא יבואו שוורים אחרים ויזיקוהו - ומדברי הרא"ש מוכח דסובר כתירוץ הא' שבתוס' שכתב דהאבעיא היא אי הוי שומר חנם לגמרי וכן אח"כ כתב ליישב לדעת הרי"ף דפסקינן כרבי דהאבעיא היא כפירש"י על כנוס שורך ואשמרנו דאין לשון זה משמע כל מיני שמירות אלא שיהא שומר בחצר מבהמות שבחצר וכן פסק להדיא הטור בסי' רצ"א ובסי' שצ"ח. וקשה דלמעלה הוכיח הרא"ש דהלכה כרבנן ממה דאמר רבא ברשות שמירת קדרות קבל עליו ואפי' נשברו ברוח וכן ואפי' חנק את עצמו ומוכח דסבר להדיא דמכל היזק קבל עליו שמירה. אכן נראה דמה דכתבו התוס' דהאבעיא היא אם הוא דיחוייא בעלמא הוא ע"כ לא על עיקר תירוצא דרבא אלא במה דהפליג רבא לומר דאפי' נשברו ברוח זהו רק דיחוי אבל לעיקר דינא לא קבל עליו אלא נטירותא דנפשיה היינו מבהמות או מפירות שבחצר. וא"כ הרא"ש שפיר הוכיח דהלכה כרבנן ממה דרבא יישב דברי רבנן דבעל החצר קבל עליו שמירה ולא הקדר ולא כדסבר מעיקרא דתלוי זה בזה דאם בעל החצר חייב לשמור אם הכניס

ברשות גם הקדר צריך לשמור. אבל מ"מ מה דמסיים רבא אפי' נשברו ברוח וכן אפי' חנק א"ע זה אינו להלכה אלא דחוייא בעלמא -

עכ"פ לפי פסק הרא"ש והטור לא סברי רבנן דכשאמר לו הכנס היינו שיהי' שומר גמור אלא שמקבל עליו לשמור רק הבהמות שבחצר שלו וא"כ יקשה אמאי רצה הגמ' בסוגיא דב"מ דף פ"א לומר על הנח לפני דמיבעי לן אי הוי שומר חנם דתליא בפלוגתא דרבי ורבנן, וצריך לומר דכדאמר שם לימא כתנאי היינו אי נימא דלרבנן נטירותא דעלמא נמי קבל עליה אבל באמת לפי מה דפסקינן להלכה דנטירותא דעלמא לא קבל עליה לא תלי זה בזה כלל דבב"מ עסקינן לענין אי הוי שומר חנם גמור לכל דיני שמירה - וא"כ אזדא לה הוכחת המחנה אפרים דהרמב"ם אינו סובר כהירושלמי דבבית גם רבי מודה מדפסק סתמא דהנח סתמא אינו שומר חנם כיון דלפי האמת כל פלוגתא דרבנן ורבי אינו לענין שיהי' שומר חנם דבזה אפי' רבנן מודו דלא הוי שומר חנם וא"כ ה"נ מה דאמר בירושלמי דבבית גם רבי מודה הוא נמי רק לענין שיתחייב בעל הבית שלא יהי' ניזוק הדבר הנכנס ע"י שוורים או פירות שלו אבל בודאי לא הוי שומר חנם בכל גווני עד שיקבל עליו שמירה מפורשת וא"כ שפיר פסק הרמב"ם דהנח סתם אינו שומר ולא חלק בין חצר לבית דלגבי דין שמירה של שומר אין חלוק כלל מחצר לבית - אלא דבאמת הדבר מוכרח דהא הרא"ש פסק כרבנן דגם בחצר בסתמא חייב ובדין הנח סתם פסק ג"כ בסתמא דאינו שומר חנם - והוא משום דסובר דרבנן לא איירו אלא להתחייב על שוורים או פירות שבחצר שלא יהי' ניזוק מהם, וכן הטור בסי' רצ"א כתב מתחלה דין הנח סתם דאינו שומר חנם ואח"כ כתב דין דמחלוקת רבי וחכמים ושרב אלפס פסק כרבי ור"י והרא"ש פסקו כחכמים וכתב להדיא ודוקא בהיזק דאתי ליה מיניה אבל לא קבל עליו לשמרם מהיזק דאתי ליה מעלמא והדברים פשוטים וברורים -

איברא דבהא דפסק הרא"ש דהנח סתם עבדינן לקולא כתב ע"ז בהג"א והני מילי שלא הכניס לחצרו אלא ברשות הרבים וכו' אבל אם הכניס לחצר חבירו פרשתי בפ' שור שנגח את הפרה והוא משום דההג"א אינו סובר לחלק בין היזק דאתי ליה מיניה להיזק דאתי ליה מעלמא אלא לענין אם יבואו שוורים אחרים ויגיחוהו כתי' הב' בתוס' וכן כתב להדיא בהג"א פ' הפרה אבל שיטת הרא"ש הוא כתי' הא' שבתוס' - והנה אחר כתבי דברי ראיתי שהגר"א ז"ל בסי' רצ"א אות י"א בליקוט כתב להיפך והדבר תמוה מאד והוא במה דאיתא במחבר סעיף ט' בקש מחבירו שיתן לו רשות להכניס בהמתו או פירותיו לחצרו ונתן לו רשות ולא פירש כלום בשמירתן אינו חייב בשמירתן כלל, וכתב ע"ז הגר"א ז"ל וז"ל בקש כו' ע' בטור שכ' דעת התוס' והרא"ש שחולקים ופ' כרבנן ודוקא

בנזקין דאתי מנפשיה כאיבעיא דשם ונראה דעת הרב שהשמיטו [כונתו להרמ"א דפסק בסי' שצ"א כהרא"ש דפסק כרבנן] דס"ל כתי' הראשון דתוס' ב"ק מ"ז ב' ד"ה א"ד כו' ואין נ"מ כאן לענין שמירה אבל לתי' השני נ"מ גם כאן כמש"ש אפי' נשברו ברוח וכ"כ הג"א שם וכ"ד הרא"ש והטור ע"כ ודבריו במה שסיים וכ"ד הרא"ש והטור הם תמוהים מאד אם לא נגיה בדבריו ואם כונתו כפשוטו הוא ודאי דעל הרא"ש כונתו ממה שבב"ק בפש"ש אה"פ בסי' ג' במה שהוכיח דהלכה כרבנן הביא דברי רבא דאמר אפי' נשברו ברוח ועל הטור כונתו ממה שהביא דין זה כאן בה' שמירה אבל אם כונתו כן אין דבריו מובנים כלל ובודאי פשוט דהרא"ש והטור סוברים כתי' א' שבתוס' וכמו שבארתי והטור ביאר להדיא כאן דרבנן סברי שקיבל עליו שמירה ודוקא בהיזק דאתי ליה מיניה אבל לא קבל עליו לשמרם מהיזק דאתי מעלמא ומה שהביא הטור דין זה כאן הוא להיפך לומר דאף דפסקינן כרבנן לדעת הרא"ש מ"מ היינו דוקא בהיזק דאתי ליה מיניה אבל לא נעשה שומר עליו לענין שאר נזקין.

אח"כ ראיתי שהיש"ש בפ' ששאה"פ סי' ו' האריך בזה והוכיח להדיא דהרא"ש סובר כתי' א' שבתוס' מדברי הרא"ש שהבאנו למעלה אלא דנשאר בקושיא על הרא"ש ממה דמקודם הביא דברי רבא דאפי' נשברו ברוח וכבר כתבנו מזה, והיש"ש בעצמו הכריע כדעת ההג"א וכתי' ב' שבתו', [ואולי אין כונת הגר"א כפשוטו אלא להיפוך וקאי אדלמעלה בביאור דעת הרב וע"ז כ' וכ"ד הרא"ש והטור, ודחוק,] אבל עכ"פ זה ודאי דהרא"ש והטור סוברים כתי' א' ואין מקום להסתפק בזה. ודברי הגר"א ז"ל נכונים בזה שהרמ"א לא מצא כאן מקום להגיה על דברי המחבר כיון שכאן אין זה נוגע וגם לדברי חכמים לא נעשה שומר.

והנה אחרי רואי ראיתי עוד דדברי הש"ך כאן תמוהים מאד שבסק"ח הביא דברי ההג"א דדוקא בחצר אבל בבית סתמא דמילתא קבל עליו נטירותא וכ' הש"ך ומ"ש בתשובת הרא"ש שבטור זהו בבית הנפקד כו' אין חולק ע"ז אלא פירושו כמ"ש הב"ח ע"ש וגם דברי הסמ"ע סק"ה יש לפרש כן ודוק עכ"ל ודבריו תמוהים מאד דדברי הב"ח הם בהא שכ' הרא"ש בתשובה הובא במחבר סי' א' דראובן שהלך לירידּ וא"ל שמעון הוליך לי עמך אלו המנעלים וא"ל הניחם כאן על החמור וכ' ע"ז הרא"ש הא דאמרינן הא ביתא קמך שאינו אפי' ש"ח וכן הנח לפניך ומיבעיא בהנח סתם אי הוי ש"ח זהו בבית הנפקד שהוא מקום המשתמר אבל באופן שנתרצה להוליך המנעלים עמו ואמר לשמעון הניחם לפני על החמור פשיטא שקבל עליו שמירה כדין ש"ח שאם לא ישמרם בדרך ודאי יאבדו הילכך דבר פשוט הוא שהוא ש"ח ופשע בשמירתם במה שהניחם על החמור

בלא קשירה, ותמה ע"ז בד"מ ובב"ח דהא בב"מ דף פ"א כדבעי בגמ' הנח סתם מהו אמר לימא כתנאי בפלוגתא דרבי וחכמים ודחי ממאי דילמא עד כאן לא קאמרי רבנן התם אלא בחצר דבת נטורי היא וכי קאמר ליה עייל עייל דאנטר לך הוא אבל הכא שוקא לאו בר נטורי הוא אנח ותיב נטר לך קאמר ליה, אי נמי עד כאן לא קאמר רבי התם אלא בחצרו דלעיולי רשותא קא בעי למשקל מיניה וכי יהיב ליה רשותא לעיולי תיב ונטר לך קאמר ליה אבל הכא הנח ואנא מטרנא קאמר ליה דאי ס"ד הנח תיב ונטר קאמר ליה אי לאותבה רשותא קא בעי למשקל מיניה, וא"כ הא דמיבעי לן בהנח סתמא הוא דוקא בשוק אבל בחצר הנפקד לרבנן אמרינן עייל ואנטר לך הוא והאיך כתב הרא"ש דהנח סתמא דמיבעי לן זהו בבית הנפקד דהוא מקום המשתמר מה דבגמ' מוכח להיפוך דאיבעי דהנח סתמא הוא דוקא בשוק, וכתב ע"ז הב"ח וז"ל ויש ליישב דמ"ש הרא"ש זהו בבית הנפקד שהוא מקום המשתמר למפקיד שהרי המפקיד יכול לשמור בעצמו כשישב במקום שהניחו אצל הנפקד בשוק דהוי מקום המשתמר ע"י השומר לאפוקי דכשהוליך הנפקד את הפקדון עמו בדרך אשר הלך והמפקיד נשאר בביתו א"כ ודאי דכשהנפקד נתרצה לקבל הפקדון לרשותו ולהוליכו עמו קבל עליו ג"כ שמירתו וכו' עכ"ל והב"ח דחק דברי הרא"ש והוציאם מפשוטן דמה שכתב הרא"ש זהו בבית הנפקד אינו על בית הנפקד ממש אלא כשהנפקד בביתו והיינו במקומו שלא בדרך והניח הפקדון אצלו בשוק זת"ד ומובן כמה גדול הדוחק עד שבאמת אינו מתקבל ישוב זה כלל אכן כפי מה שבארנו הדברים כפשוטן דהסוגיא דב"מ אזיל אי נימא דלרבנן נטירותא דעלמא נמי קבל עליה אבל להלכה דנטירותא דעלמא מודו רבנן דלא קבל עליה א"כ דברי הרא"ש נכונים דגם בבית לא נעשה שומר בהנח סתם. ומה שכתב הרא"ש זהו בבית הנפקד דהוי מקום המשתמר אף דבשוק נמי אמרינן דהנח סתמא אינו שומר אף דלא הוי מקום משתמר זהו פשוט דבשוק איכא טעמא בגמרא דאמרינן אנח ותיב נטר לך קאמר ובעובדא דתשובת הרא"ש שנתן לו המנעלים להוליכם ודאי לא נוכל לומר אנח ותיב נטר לך, לכן הוקשה לו רק מהא דבאמת קיי"ל דגם כשנתן לו בבית הנפקד ואמר לו הנח סתמא דודאי אין כונתו שישב המפקיד עמו בביתו וישמור ומ"מ לענין דין ש"ח אמרינן דלא נעשה שומר וע"ז חילק דדוקא בית הנפקד שהוא מקום המשתמר דהיינו דממילא הוא ג"כ משתמר לכן אמרינן דלא קבל עליו שמירה אבל כשקבל להוליכם בדרך דבלא שמירה אינו מקום משומר בסתמא אמרינן דקבל לשמירה. אח"כ ראיתי דכן כתב הפרישה להדיא אלא שלא הזכיר כלל שני תירוצי התוס' ולא דברי ההג"א דע"כ סוברים כתי' הב' בתוס' ורק הזכיר דברי רבינו ירוחם שכתב דהנח סתם אינו ש"ח דוקא בשוק אבל בחצר הוי ש"ח

ותמה על דבריו וכתב ודוחק לומר שלקח לו שיטה לנפשו ונעלם ממנו דתלוי בשני תירוצי התוס' ושהא"ז בהג"א סובר כתי' הב' וכן הישׁ"ש הסכים להלכה כתי' הב' וכדברי ההג"א - עכ"פ דברי הש"ך תמוהין מאד שכתב בפשיטות כדברי הב"ח שדבריו תמוהין והפשוט כמש"כ הדרישה ולא עוד אלא שכתב שגם בדברי הסמ"ע אפשר לפרש כדברי הב"ח ולא זכר כלל דברי הדרישה שהוא בעל הסמ"ע שכתב להדיא דלא כהב"ח ודבריו פשוטים כמש"כ.

ואפשר לומר בכונת הש"ך דסובר דאף דפלוגתא דרבי ורבנן הוא רק בהיזק דאתא לי' מיניה ולא בהיזק דאתא מעלמא היינו דוקא בחצר דבהא פליגי אבל בבית כיון דאי אפשר לומר דעייל נטר לך הוא כמו שהסביר המחנה אפרים דלא ישב עמו בבית ולכן אמרינן דודאי קבל עליו לשמור בזה אין חילוק בין היזיקא דמיניה להיזיקא דמעלמא ולכן ע"כ הוצרך להסכים לדברי הב"ח בדברי הרא"ש אבל באמת אין זה נכון כלל דדוקא בהיזיקא דאתא ליה מיניה פליגי אי עייל נטר לך או עייל ואנטר לך אבל בהיזיקא דמעלמא היינו שיהי' שומר בזה לא צריך כלל להא דעייל נטר לך הוא אלא דכיון דהמקום מסתמא משומר לא אמרינן שקבל עליו שמירה כ"ז שלא קבל בפירוש אלא שהמפקיד נתרצה בשמירה הסתמית של הבית אף שהנפקד לא קבל עליו כלל לשמור.

וראיתי להנתה"מ בסק"ח שכתב וז"ל אבל בדרך עיין סמ"ע סק"ה עד ודומה לבית ובית פטור בהיזק דאתא ליה מעלמא וכו' כלומר לפי צד האבעיא בש"ס בב"מ דפ"א דביתו י"ל דשקיל רשותא ממנו לעיולי ולא לשמור ע"ש ה"נ י"ל בחמור, ודבריו תמוהים דזה קאמר בגמרא אליבא דרבי דסבר דאינו חייב עד שיקבל עליו בעה"ב לשמור אבל לרבנן דפסק הרא"ש כן אמרינן להיפך דבחצר קבל נטירותא משום דבר אנטורי הוא ובשוק דלאו בר אנטורי הוא לא קבל נטירותא עכ"ד והדבר פלא שלא ירד לכונת הסמ"ע ולא ראה דברי הדרישה שהוא מקור הדברים דכונתו פשוטה דלהלכה אפי' לרבנן דקבל עליו נטירותא היינו בהיזק דמיניה אבל בהיזק דעלמא בודאי דלא קבל נטירותא וכן הוא מפורש כאן בטור וזהו דברי הסמ"ע והוא פשוט, ומה שרצה הנתה"מ ליישב דברי הרא"ש דכונתו רק לחלק מהא ביתא קמך ולא מהנח סתם אינו מיושב כלל בדברי הרא"ש דכתב להדיא הא דאמרינן הא ביתא קמך שאינו אפי' ש"ח וכן הנח לפניך ומיבעיא בהנח סתם זהו בבית הנפקד וכו' אלא דדברי הרא"ש פשוטים כמ"ש הדרישה וכמו שביארתי:

פרק ד

הלכה ב

הפורץ גדר לפני בהמת חברו ויצאת והזיקה אם היה גדר חזק ובריא חייב ואם הי' כותל רעוע פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים. וכן הנותן סם המות לפני בהמת חברו פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים.

השגת הראב"ד: הפורץ גדר וכו' א"א זה שאמר חייב לא ידענו מהו אם על הכותל אמר ל"ל למימר ויצתה והזיקה ואם על הנזק אמר אינו כן אא"כ הכישה עכ"ל.

במגדל עוז הביא בארוכה תשובת הרמב"ם לחכמי לוניל דע"כ אבהמה קאי ועל ההיזק שהזיקה דא"א לומר על הכותל דא"כ למה קתני בפני בהמת חברו, ועוד דלמה פטור בכותל רעוע ליחייב בדמי רעוע, ואם נימא דרעוע כ"כ דמצוה לסתרו אמאי חייב בדיני שמים, אלא ע"כ אבהמה ועל הנזק שהזיקה מדקתני לה אמתני', והא דקשה מהוציאוה ליסטים דדוקא הכישה אבל פרצו הדלת פטורים, היינו משום דליסטים אין מכוונים אלא לגנוב הבהמה ואין מכונים לפרוץ הדלת שתצא ותזיק אבל הפורץ גדר מכוין שתצא ותזיק ולכן חייב כדין כל מזיק, ועיין בביאור הגר"א ז"ל בחו"מ סי' שצ"ו שכתב דהוא משום דינא דגרמי והרמב"ם לשיטתו דאינו מחלק בין גרמי לגרמא ורק דסובר דדינא דגרמי אינו חייב אלא במכוין להזיק ובדברי הגר"א ז"ל יבואר דלא יקשה על הרמב"ם הוכחת התוס' שהוכיחו בסנהדרין דף ע"ז ע"א בסוגיא דמצמצם דע"כ הכא אכותל קאי דא"א לומר אבהמה דלא עדיף פרצת הגדר מסלוק כרים וכסתות דפטרינן בפ' כיצד הרגל, אבל לפי"ד הגר"א ז"ל דהוה משום דינא דגרמי מיושב דרבה דפטר סילוק כרים וכסתות משום דלית ליה דינא דגרמי כמו שפסקו הרי"ף והרמב"ם דלדידן חייב. והנה הרמב"ן ביאר בדינא דגרמי דהוא מדינא וכן כ' המ"מ בפ"ח מה' חובל ומזיק וכן מוכח מדברי הרמב"ם כאן שכתב כדין כל מזיק, והוכיח הרמב"ן דהוא מדינא דאי משום קנסא אמאי חייב במחיצת הכרם שנפרצה הא אינו מכוין להזיק, אבל לדעת הרמב"ם דאף דסובר דהוא מדינא מ"מ אינו חייב אלא במכוין להזיק א"כ יקשה אמאי חייב במחיצת הכרם שנפרצה, אך הש"ך בסי' שפ"ו תי' קושיית הרמב"ן עפ"י דברי הרמב"ן עצמו שיישב למאן דסובר קנסא מה דחייב במרבה דינר לשולחני דהוא משום שפשע במה שראה כיון דאינו מומחה, ולכן ה"נ במחיצת הכרם שנפרצה כיון שעליו מוטל לגדור הוי. פושע בהיזק חבירו. ודברי הש"ך מוכרחים גם לדעת הרמב"ם דסובר דדינא דגרמי הוא מדינא כיון דפוטר באינו מכוין להזיק. וא"כ לפי"ז דכמו דחייב לדעת הרמב"ם מכוין להזיק בדינא דגרמי כן נמי חייב פושע משום דינא דגרמי א"כ יקשה אמאי פטורים

הליסטים דאין לך פושע גדול מהליסטים ויתחייבו אף שלא נתכונו להזיק ולא גרע ממראה דינר לשולחני שפשע במה שראה הדינר וכן במחיצת הכרם שפשע במה שלא גדר והכא נמי פשעו במה שפרצו הדיר על מנת לגזול.

ונראה לי דהכא גבי הוציאוה ליסטים לא שייך לחייב מטעם מזיק ומשום גרמי כיון דבשעה שהוציאו הליסטים הבהמה ע"מ לגנבה לא היה באותה שעה גדר היזק כלל לגבי שתלך הבהמה ותזיק דהא לא הוציאו אותה ע"מ שתלך לחוץ אלא ע"מ שיקחו אותה עמהם וא"כ לא היה עומד באותה שעה שתזיק כלל, ולכן אף שאח"כ הניחו אותה ולא גנבו אותה, הוי זה רק חסרון משמירה שפשעו ולא שמרו אותה ופשיעה בשמירה לא שייך אלא היכי דמחוייבים בשמירה, ולכן כיון דכל זמן שלא הכישוה לא קיימא ברשותייהו לא נתחייבו בשמירה כלל, ולפי"ז לא תליא זה כלל במה דשיטת הרמב"ם הוא דגרמי אינו חייב אלא כשמכוין להזיק כמו שכתב הגר"א ז"ל רק שבאמת כן הוא שיטת הרמב"ם בכמה דוכתי, אבל בכאן אין שייך לזה דהעיקר בכאן דבשביל שלא נתכוין שתצא הבהמה אלא נתכוין לגנוב אותה א"כ לא היה באותה שעה של מעשה הפרצה או ההוצאה מעשה היזק כלל כיון דלא היה עומד באותה שעה להיזק, ומה שאח"כ נשתנה ולא שמרו אותה והניחוה הליסטים שתצא זה לא נחשב למזיק שאין כאן מעשה מזיק כלל והוי רק חסרון בשמירה ופטורים כיון דלא נתחייבו בשמירה, וכנ"ל.

רק דלכאורה קשה לחלק דין דפורץ גדר בפני בהמת חבירו מהמשסה כלבו של חברו ומנותן סם המות לפני בהמת חברו דפטור, ונראה דכיון דהכלב לא היה נעול רק שגרם במה ששיסהו א"כ אינו ברור ההיזק משני טעמים חדא דאינו ברור שישתסה במה שמשסה אותו, ועוד דאפשר היה נושכו גם בלא ההשסה ע"כ לא דמי לפורץ גדר דאף דגם שם לא ברי היזקא אבל לפחות בלא הפרצה לא היה להבהמה באפשר להזיק, ונותן סם המות לפני בהמת חברו מבואר בגמ' בדף מ"ז דסם המות לא עבידה דאכלה, ולרב דפסקינן כותי' גם בשאר פירות דעבידא דאכלה פטור משום בור משום דהו"ל שלא תאכל וא"כ פטור מטעם זה גם משום גרמי ועיין בתוס' שם, ולשון הרמב"ם בתשובה לחכמי לוניל קשה שכתב אבל הפורץ גדר חברו אין כונתו לגנוב ולא נתכוין אלא שתצא הבהמה ותזיק ויתחייבו הבעלים בנזקי' דהיכי יתחייבו הבעלים בנזקי' הא הם שמרו אותה כראוי ואי לאחר שידעו ויוכלו לשמרה א"כ אין כאן היזק וצ"ע ואולי כונתו רק לפרש כונתו של הפורץ גדר דלא מסתבר דכונתו יהיה לפרוץ ושתזיק הבהמה במקום שאינו ידוע לו ע"כ פירש דכונתו הוא להזיק להבעלים והוא לא דינא גמר וחושב

שהבעלים יצטרכו לשלם ואגב שמעינן מדברי הרמב"ם שגם זה נקרא מתכוין להזיק אף דאנן דיינינן לענין שישלם הפורץ היזקו של הניזק ולא לבעל הבהמה:

הלכה ג

המעמיד בהמת חברו על גבי קמת חברו המעמיד חייב לשלם מה שהזיק וכן אם הכישה עד שהלכה לקמת חברו והזיקה זה שהכישה חייב.

השגת הראב"ד: המעמיד בהמת חברו וכו' א"א וכ"ש קם לה באפה.

כתב המ"מ: לא ידעתי מהו, ואדרבה גרמא בעלמא הוא ופטור, וכן כתב הוא עצמו בפירושיו וכן מוכח בגמ' שם ופשוט הוא עכ"ל.

והנה כבר כתב הלח"מ דהראב"ד בהשגות מפרש דהא דקאמר אביי הכישה אמרת לן הוא דזה הוי רבותא יותר גדולה וכ"ש קם ליה באפה ומ"מ דברי רבינו ז"ל כדברי רש"י אלו דברי הלח"מ, אכן גם הלח"מ עוד לא ביאר כל הצורך דברי הראב"ד ז"ל וגם לא מוכח כלל אם הרמב"ם חולק על קם ליה באפה ואם הוא חולק צריך לבאר למה הוא חולק וכמו שנבאר.

והנה הרמ"א ז"ל בסי' שצ"ד סעיף ג' בהגה כתב ודוקא הכישה וכיוצא בזה אבל קם לה באפה עד שהלכה שם פטור דהוי גרמא בנזקין, המגיד שם דלא כדעת הראב"ד עכ"ל והנה הרמ"א מפרש קם לה באפה שהבהמה היתה חוץ להקמה רק הוא עמד באפה ולא הניחה לילך למקום אחר עד שהלכה לקמה ופירוש זה א"א לפרשו בכונת הראב"ד דא"כ בודאי לא הוי כ"ש מהכישה דאטו בשביל שלא יניחה לילך למקום אחר היא מוכרחת לילך אל הקמה ואפי' נימא שהוא הכרח קצת אבל עכ"פ אין זה כ"ש מהכישה, ובודאי צריך להיות יותר חייב בהכישה דהא בהכישה דוחק אותה בהכאתו לצד הקמה והיכי אפשר שעמידה לפניה יהי' יותר עדיף מהכישה, אלא דבאמת באופן כזה גם הראב"ד מודה דפטור דהא אינו עושה מעשה שתלך לקמה וגם גרמא לא הוי דכמה פעמים עומדת בהמה על מקום אחד, לכן נראה דהנה בסנהדרין דף ע"ז פליגי רבינא ורב אחא בר פפא במצמצם דהיינו בהמה שנפלה לתוך המים ולא הניחה לעלות או שלא הניחה לצאת מן החמה, ופסק המרב"ם בפ"ו מה' חובל ומזיק הל' י"ב דחייב, ולכן באופן זה צריך לפרש הא דקם לה באפה היינו שהבהמה היתה על הקמה ולא אכלה מהקמה והוא עמד בפני' ולא הניחה לצאת מן הקמה עד שאכלה היינו שעמד זמן כזה שהיה כבר הכרח לבהמה לאכול והוי מצמצם לענין דין מעמיד, וזהו דבעי הגמ' למימר מעיקרא כדפריך דמעמיד פשיטא והיינו דמעמיד משמע שלקחה באפסר והעמיד אותה על הקמה וע"ז בעי למימר שעמדה מקודם בעצמה והוא קם לה באפה שלא תלך מהקמה וחייב מדין מצמצם וע"ז

מתרץ דלעולם העמיד ממש רק דמיירי שלא לקחה באפסר והביאה לקמה רק שהכישה לצד הקמה וסובר הראב"ד דהכישה הוא יותר רבותא מקם לה באפה דקם לה באפה כיון דקיי"ל מצמצם חייב א"כ היא עומדת על הקמה ממש ובודאי תאכל אבל הכישה לצד הקמה ס"ד דגרע, וכונת הראב"ד להשיג דהרמב"ם הי' לו להביא גם דין קם לה באפה דכיון דקיי"ל מצמצם חייב הרי הוא מעמיד ממש, והי' אפשר לפרש גם דברי הרמ"א באופן שעמד בפני' עד שהוכרחה לאכול אלא דלא מסתבר שיסבור הראב"ד דזהו כ"ש מהכישה: אכן בדעת הרמב"ם שלא הביא הא דקם לה באפה נראה לי דהנה המ"מ כתב דהא דחייב משום מעמיד הוא דלא כמש"כ התוס' דהוי משום דין שן ואע"ג דאין הבהמה שלו חייב והוי כדידיה והמ"מ כתב דמעמיד חייב משום אדם המזיק וחייב אפי' ברה"ר, וכן כתב הרשב"א, והנה נראה לי דמ"מ אינו אדם המזיק ממש מדכתב הרמב"ם דין זה דמעמיד אחר דין דפורץ גדר לפני בהמת חברו מוכח דס"ל דאינו אלא משום דין גרמי, דהא עכ"פ לא הזיק בידים רק גרם שתזיק הבהמה, ולא דמי למצמצם דחייב דהתם כיון שחידשה התורה במצמצם דחייב והוי כמו שעשה בעצמו א"כ הרגה ממש דהא עי"ז שלא הניחה לצאת מן המים או מן החמה נהרגה והוי זה מעשה בידים, אבל הכא במה שהעמיד הבהמה על הקמה לא ניזוקה בזה הקמה אלא במה שאח"כ אכלה הבהמה ולא הוי כי אם גרמי, והנה המ"מ כתב על קם לה באפה דאינו אלא גרמא בעלמא אכן כבר כתב הש"ך והגר"א בסי' שפ"ו דהרמב"ם אינו מחלק בין גרמי לגרמא, ואינו מחלק אלא בין מכוין להזיק או לא, ועיין במש"כ בהלכה ב' לחלק בין פורץ גדר למשסה כלבו ונותן סם המות, והנה זה הוא פשוט דדינא דגרמי אינו כמו מזיק ממש ואפי' לפי שיטת הרמב"ם דדינא דגרמי אינו מטעם קנס אלא מדינא מ"מ הא אינו חייב אלא במכוין להזיק כמש"כ בהלכה ב', והרמב"ן במלחמות בסוף פ' הגוזל ומאכיל כתב בשמעתא דישראל שאנסוהו כותים, וז"ל, תדע ותשכיל ממוצא דבר זה כי מדבריו ומדברי הגאון ז"ל נוכל ללמוד סיוע למה שכתבנו במס' סנהדרין בפ' אחד דיני ממונות שהדיין שטעה בשיקול הדעת פטור אם לא עשה מעשה שאפי' לדברי מי שהוא דן דיני דגרמי אין הגורם כעושה מעשה שהרי הודה לנו בעל המאור ז"ל שאין מחייבין הגורם באונס אעפ"י שהעושה מעשה חייב בו עכ"ל.

ולפי"ז דכיון דהא דמרבינן מפצע תחת פצע לרבות השוגג כמזיד לא מרבינן בגרמי ואינו חייב בגרמי אלא מזיד א"כ ה"נ מה דמרבינן מצמצם גבי רציחה וילפינן מיניה גם בנזקין נוכל לומר דאינו אלא במזיק בידים אבל בגרמי פטור מצמצם ואף דכיון דגרמי חייב לא גרע מצמצם מגרמי נוכל לומר דכל גורם עושה מעשה בהתקרבות ההיזק אבל

מצמצם אינו עושה כלל רק מניח הדבר כמו שהוא ומעכב שלא ישתנה מקודם ולכן לא דמי לגרמי ורק דגזה"כ לחייב מצמצם, וע"ז נוכל לומר דאינו חייב אלא במזיק בידים ולא בגרמי. אכן בחידושי הר"ן לסנהדרין כתב להדיא דמאן דפטר מצמצם הוא משום דלית ליה דינא דגרמי אבל מאן דאית ליה דינא דגרמי בודאי מצמצם חייב אך גם לדעת הר"ן עכ"פ יהיה מצמצם בגרמי גורם דגרמי ודעת הראב"ד בבעל התרומות הובא בש"ך סי' שפ"ו דגורם דגורם פטור והרמב"ן בדינא דגרמי סבר דחייב, ונוכל לומר דהרמב"ם סובר כדעת הראב"ד דגורם דגורם פטור, ולכן שפיר סובר הרמב"ם דכיון דלאוקימתא דאביי נדחה האוקימתא דקם לה באפה ממילא סבירא לן דאמת דקם לה באפה פטור וכנ"ל - והראב"ד בהשגות אף דסובר דגורם דגורם פטור יסבור דמצמצם בגרמי הוא גרמי ממש משום דילפינן מרוצח דהוי כמו עושה מעשה והוי גרמי ממש לא גורם לגורם.

והנה במה שכ' התוס' דמעמיד חייב משום שן לכאורה יש לעיין דלפי"ז גם בשן ורגל אין צריך שיהי' ממונו והתוס' כתבו בדף ג' דהא דקאמר וממונך לאו דוקא גבי בור ואש, ולפי"ז גם בשור לאו דוקא, אכן יש לומר דבאמת עכ"פ איכא דין ממונו גבי שור דהא אפי' לא עשה שום מעשה רק שקנה השור בקנין כבר נתחייב בדיני שמירה וחיוב נזקין, רק דאם עשה אותו למזיק ג"כ חייב ואפשר דזה ילפינן מבור ואש, רק דגבי בור ג"כ בבור ברשותו חייב משום ממונו וגבי אש צ"ע אי חייב משום ממונו בלא מעשה וכתבנו מזה לקמן בעזה"י:

הלכה ד

המוסר בהמתו לש"ח או לנושא שכר או לשוכר או לשואל נכנסו תחת הבעלים ואם הזיקה חייב השומר במה דברים אמורים בזמן שלא שמרוה כלל אבל אם שמרוה שמירה מעולה כראוי ויצאת והזיקה השומרים פטורים והבעלים חייבים, אפילו המיתה את האדם, שמרוה שמירה פחותה אם שומר חנם הוא פטור ואם שומר שכר או שוכר או שואל הוא חייבין.

השגות הראב"ד ז"ל: א"א לא מתוקמא הא אלא בכדי שידע כענין שאמרו בבור של שני שותפין ואפי"ה לא מיחוור דלא דמיא שמירת שומר דאית ליה זמן קצוב עד כמה הוא חייב לשמרו לשותפין דכל חד וחד מיחייב בשמירתו לעולם הילכך שומר לעולם חייב אם לא שמר כראוי ואם שמרו כראוי ויצא והזיק חזר השומר לחייבו בכדי שידע ובעלים פטורים אלא שי"ל לעולם אין הבעלים ניצולין מיד הניזק והם ידונו עם השומר ואם יש זמן לשמירתו יחזרו בעלים על השומר ואם כלתה שמירתו פטור והבעלים חייבין עכ"ל.

המוסר בהמתו וכו' עיין במ"מ שפי' דברי הרמב"ם בקרן תם ופירש דברי הרמב"ם

דמש"כ והבעלים חייבין קאי על שמרוה שמירה מעולה כגירסתנו, ועל זה כבר תמה הלח"מ דגם התי' דמיירי בקרן תם לא יועיל דהא שמירה מעולה סגי גם לקרן תם וע"כ הגירסא הנכונה היא כמו שכתוב בתשובת הרמב"ם לחכמי לוניל דצריך לגרוס הא דבעלים חייבים על שמרוה שמירה פחותה, דאם שומר חנם הוא פטור והבעלים חייבים רק דגם בזה צריכים אנו לתירוצו של ה"ה, דבשן ורגל הא סגי בשמירה פחותה, ואמאי הבעלים חייבים, וע"כ דמיירי בשור תם דלא סגי ליה בשמירה פחותה, ומ"מ ש"ח פטור דלא קבל עליו אלא כדין שמירתו, והסמ"ע בחו"מ סי' שצ"ו כתב דגם בה"ה ט"ס וצ"ל שמירה פחותה.

והנה מקודם נבאר דברי הראב"ד בהשגתו ואח"כ נבאר דברי הרמב"ם.

והנה בין אם דברי הראב"ד הם על הגירסא הישנה ובין אם הם על הגירסא החדשה הם תמוהין דאי קאי על הגירסא החדשה דגרסי הא דהבעלים חייבין על שמרוה שמירה פחותה ומוקי לה בקרן תם אמאי צריך בכדי שידע כיון דמיירי בשמירה פחותה ולקרן תם לא מהני שמירה פחותה, ואי דלא מוקי לה בקרן תמה אלא בכל נזקין, יקשה מאי האי דבשמרוה שמירה פחותה ש"ש ושוכר ושואל חייבין הא במועדין סגי לכל השומרים בשמירה פחותה לגבי הניזק כדמקשי הש"ס בב"ק דמ"ד וליתני כולן במועדין פטורין לענין כופר.

ואי קאי על הגירסא הישנה דגרסי הא דהבעלים חייבין על שמרוה שמירה מעולה ולכן אי מוקי לה בקרן תמה ניחא הא דבשמירה פחותה חייבין וגם הא דצריך בכדי שידע לחייב הבעלים בשמרוה שמירה מעולה.

אבל מ"מ יקשה לפי"ז א"כ מאי האי שכתב הראב"ד בסוף דבריו אלא שי"ל דלעולם אין הבעלים ניצולין מיד הניזוק מאי שייך בקרן תם שינצלו הבעלים הא עכ"פ גובין מגופו ועוד דאי בקרן תם איירי א"כ אמאי השואל פטור כששמרה שמירה מעולה כיון דהבעלים חייבין וגובין השור מגופו א"כ למה לא יהא חייב השואל דלמה לא יהא זה כמו שהוזק השור באונס דחייב שואל. ואף דחיוב הבעלים הוא מפני שידעו ביציאת הבהמה ולא שמרוה מ"מ לכאורה מסתבר דצריך השואל להיות חייב דאטו אם יצא השור ונאבד והבעלים ידעו שיצא ולא שמרוהו יהא השואל פטור הא השואל חייב באונסין ואין הבעלים מחויבין לשמרו כלל.

ומ"מ אפשר לומר דכיון דכל חיוב הנזקין הוא כאן בשביל חסרון שמירת הבעלים דהיינו בשביל שידעו הבעלים שיצא, והשואל לא ידע, א"כ מצד השואל היה פטור בנזקין וזה שהוא חייב הוא רק מצד ידיעת הבעלים לכן פטור השואל בכהאי גוונא, וצ"ע בסברא

זו דאינה מוכרחת.

אך עכ"פ ישאר מה שהקשינו ממה שכתב דלעולם אין הבעלים ניצולין מיד הניזוק דקשה אי בקרן תם איירי מה שייך לשון אין הבעלים ניצולין וכנ"ל.

ואפשר לומר דזה קאי על מה שבתחילת דבריו רצה לפטור את הבעלים אפי' אחר שידעו משום שכבר נכנסו השומרים במקומן בזה כתב דאפשר דלעולם אין הבעלים ניצולין מיד הניזק היינו דאפילו מסרו לשומר מ"מ לא נסתלקו הבעלים להיות פטורים גם לאחר שידעו שיצאה הבהמה וממילא הכא אף דהשומר לא ידע כיון דהבעלים ידעו חייבין וגובין השור מגופו אף שהשומרים פטורים.

ומש"כ הראב"ד מקודם ורצה לומר שחזר השומר לחייבו בכדי שידע והבעלים פטורים היינו דהי' סובר דפטורים מחיוב כדי שידע, והיינו אפי' אם ידעו הבעלים והשומרים לא ידעו יהיו פטורים ולא יגבה דאם ידע גם השומר לא שייך לדבר מחיוב ופטור של הבעלים כיון דגובין מגופו - וע"ז חזר הראב"ד ואמר דבאמת אין הבעלים ניצולין מיד הניזק, וממילא כיון שהבעלים ידעו חייבין אף שהשומר לא ידע.

אך בכ"ז הישובים בדברי הראב"ד אם נאמר שמפרש דברי הרמב"ם בקרן תמה הם דחוקים ופשטא דלישנא דהראב"ד משמע דלא מפרש דברי הרמב"ם בקרן תמה אלא בשאר ניזקין, וכיון שכן יקשה לפי פי' הראב"ד בדברי הרמב"ם מה שהקשינו לעיל להגירסא החדשה למה כתב הרמב"ם בשמרוה שמירה פחותה ש"ש ושוכר ושואל חייבין, הא שן ורגל סגי להו בשמירה פחותה, ואפשר לומר דהא דש"ש ושוכר ושואל חייבין בשן ורגל כששמרוה שמירה פחותה היינו כשהם לא ידעו והבעלים ידעו, שהם חייבין לבעלים מה שהפסידו במה ששלמו ההיזק דאע"ג דלגבי הניזק אינם חייבין כששמרו שמירה פחותה אפי' ש"ש שוכר ושואל, אבל כיון שלגבי הבעלים הן שומרים וחייבין בשמירה מעולה, וכיון דהבעלים חייבים בכדי שידעו ממילא חייבין השומרים לבעלים בשביל שפשעו בשמירתן לגבי הבעלים דלגבייהו לא סגי בשמירה פחותה, ולכן אף דלגבי הניזק סגי בשמירה פחותה מ"מ לגבי הבעלים חייבים, דאף דכל חיובם של הבעלים הוא בשביל שידעו, ולמעלה גבי שואל נסתפקתי בכעין זה היינו דוקא גבי שואל כששמר שמירה מעולה ואנו באים לחייבו גם באונס בזה יש סברא דכיון דהחיוב נמשך מידיעת הבעלים אין לחייב השואל באונס כזה, אבל הכא דלגבי הבעלים לא שמרו כדינם א"כ גם זה שהבעלים נתחייבו בכדי שידעו, אין סברא לפוטרם דהא על זה מסרו לשומר שלא יהיו מחוייבים בעצמם לשמור וכיון דהשומרים לא שמרו כדינם ודאי חייבין לגבי הבעלים.

אלא דנראה דזה דוקא לדעת הראב"ד דס"ל בהלכה י' פרק זה דשומר בעי קבלה מפורשת להתחייב בנזקין שהזיקה הבהמה דכיון דס"ל דחיוב השומר בנזקין הוא מצד שהתחייב זה לבעלים לכן שפיר י"ל דאם נפסדו הבעלים במה שהזיקה הבהמה חייבין השומרים לשלם לבעלים ההפסד אע"ג דשמרו שמירה כזו דסגיא לגבי הניזק, כיון דלגבי בעלים לא סגי שמירה זו.

אבל להרמב"ם דס"ל שם דלא צריך קבלה מפורשת משום דס"ל דהוא חיוב שהטילה התורה על השומר מצד עצמו מפני שהמזיק ברשותו וכמו שנתבאר בפרק א', אפשר לומר דכיון דכל חיובו בנזקין הוא מצד עצמו אם שמר שמירה דסגיא להיזק זה פטור דלא עדיף מאילו הם הבעלים של החפץ כיון דחיובו הוא מצד עצמו, אע"ג דלגבי בעלים אין זו שמירה כיון דחיובו בנזקין הוא חיוב מצד עצמו, ולא חיוב שהוא חייב לבעלים וצ"ע בזה.

עוד יש לבאר דברי הראב"ד באופן יותר מבואר דהנה בב"ק דף ק"ח פליגי אביי ורבא בגניבה באונס ואח"כ הוכר הגנב וסובר רבא דלכתחלה עושה עמו דין ואינו נשבע ואם כבר נשבע ש"ח פטור מלעשות דין וש"ש עושה עמו דין, ואביי סבר בין כך ובין ש"ח רצה עושה עמו דין רצה נשבע וש"ש עושה דין ואינו נשבע, ובתר הכי איתא התם רבה זוטי בעי לה הכי נגנבה באונס והחזיר גנב לבית שומר ומתה שם בפשיעה מהו מי אמרינן כיון דנגנבה באונס כליא לה שמירתו או דילמא כיון דהדרא הדרא לשמירתו תיקו.

והובא בשיטה מקובצת שהרא"ש והרמ"ה כתבו דרבה זוטי הוא דלא כאביי ורבא דלדידהו כיון דס"ל דצריך לעשות דין א"כ מוכח דלא כלתה שמירתו ולכן כתבו דלא קיי"ל כרבה זוטי, ולזה השמיט הרא"ש גם בהלכותיו הא דרבה זוטי, והראב"ד כתב דאע"ג דצריך לעשות דין עם הגנב מ"מ אפשר דלגבי הפקדון שנגנב כלתה שמירתו, ומהרמב"ם נמי מוכח שהוא סובר כהראב"ד בזה שהביא להלכה הא דרבה זוטי בפ"ח משאלה ופקדון אף שמקודם פסק כרבא.

ואיכא למימר דאפי' להאי צד דהאיבעיא שלא כלתה שמירתו היינו דוקא אם החזירה גנב לבית שומר אז הדרא לשמירתו כיון שהיא כבר בביתו, אבל כל עוד שלא הוחזרה לבית שומר אפשר דאינו מחויב לטרוח לחזור אחרי' כיון ששמרה שמירה דסגיא ליה עפ"י דין שמירתו, וכן משמע מלשון הגמרא דאמר או דילמא כיון דהדרא הדרא לשמירתו דמשמע דדוקא כיון דהדרא, אבל כל זמן דלא הדרא כלתה שמירתו לענין זה שאינו מחויב עוד לחזור אחרי'.

ולפי"ז יתיישבו דברי הראב"ד שפיר, דנוכל לומר דהא דמפרש דברי הרמב"ם שכתב

הבעלים חייבים בשמרוה שמירה פחותה דהיינו בכדי שידע - הפי' הוא בכדי שידע גם השומר ולכן בשמרוה שמירה פחותה אם ש"ח הוא פטור אפי' בכדי שידע דאף שנודע לו שיצאה מ"מ פטור כיון דכלתה לו שמירתו דהא שמר כדין שמירתו ממילא גם מנזקין פטור, אף דלכאורה אין לדמות זה לגנבה באונס דהא התם הבהמה כבר גנובה ויצאה מרשות הבעלים והשומר, ולכן כלתה שמירתו אבל הכא יצאה רק ממקום שהיתה שמורה שם והלכה להזיק ולרעות בשדות אחרים אבל לא יצאה כלל מרשות הבעלים והשומר ואבודה אינה עוד ועדיין לא כלתה שמירתו, מ"מ כיון דלהאי צד דהאיבעיא דאי הדרא הדרא לשמירתו דסבר דמעיקר הדין לא כלתה שמירתו ומ"מ זה דוקא בתר דהדרא אבל כל זמן שלא חזרה אינו מחויב לחזור אחרי' כיון שקיים דין שמירתו כמו שכתבנו: ורק לדין עם הגנב הוא דמחויב כיון שלפעמים קל הוא להשומר לדון עם הגנב שמרשותו נגנבה ולכן בזה לא יפטר, וכן כתב להדיא הנמק"י בפ"א דב"ק לענין פחת נבלה וז"ל ולא דמי לגניבה באונס ואח"כ הוכר הגנב דקי"ל בין ש"ח בין ש"ש עושה דין עם הגנב ולא מיפטר בשבועה דשאני התם דלא יוכלו הבעלים לאשתעויי דין עם הגנב דא"ל לא בעל דברים דידי את עכ"ל ומוכח להדיא דהוא משום האי טעמא, אבל לחזור אחר הבהמה אינו מחויב כיון ששמר כדין שמירתו וזה קל להבעלים כמו לו, א"כ מוכח דזה אינו בשביל שכלתה שמירתו אלא דהוא גדר בחיובי השומרים דמכיון ששמרו אותה כדין שמירתן אינם מחויבים לחזור אחרי' וא"כ הוא הדין והוא הטעם גם בכאן לענין חיוב נזקין, והיינו דוקא לענין הש"ח אבל הבעלים מוכח מד' הראב"ד דחייבים בכדי שידע אפי' אחר שמירה כראוי.

רק מה שצריך לבאר בזה הוא לפי מה שכתבתי בביאור דברי הראב"ד בפ"ג הי"ב בהא דהוחלקה ונפלה לגינה שכתב וז"ל א"א האי פירושא לא נהיר אלא הכי פירושא שאפי' נעל בפניה כראוי ויצאה ולא ידע היכן הלכה חייב איבעיא ליה למידע דהתם אזלא עכ"ל דלא כמו שפי' ה"ה ז"ל דס"ל להראב"ד דבזה בעינן שמירה מעולה, אלא דכונת הראב"ד היא דאע"ג דבעלמא אם יצאה ואינו יודע היכן הלכה אינו חייב לחזור אחרי' ולחפש אותה מ"מ גבי נפלה לגינה וכו' איבעי לי' למידע דהתם אזלא ואם הזיקה חייב, דכן מוכח לשון הראב"ד כמו שמבואר במקומו, דמוכח מדבריו דבעלמא אם יודע שהלכה אבל אינו יודע היכן הלכה פטור, אבל אם יש לו איזו השערה היכן הלכה אז חייב, וכ"ה בעניננו דאפשר דמיירי בענין שיש להם איזו השערה היכן היא לכן הבעלים חייבים בכדי שידע, אבל השומרים פטורים אף מזה כיון דלענין זה כלתה שמירתן כנ"ל.

וזה דוקא אם הוא ש"ח אבל אם הוא ש"ש שומר או שואל חייבים והיינו בכדי

שידעו דהא לגבייהו לא כלתה שמירתן דאף דשמירה פחותה מהניא לגבי נזקין מ"מ לדין שמירה שלהם הא לא סגי שמירה פחותה, וכיון שכן חייבים בשמירת השור לגבי נזקין כאילו היו בעלים וכיון שידעו שיצאה מחוייבים בשמירתה תחת הבעלים, אבל זה לא יתכן אלא לשיטת הראב"ד דס"ל בהלכה י' פרק זה דשומר צריך קבלה מפורשת להתחייב בשמירת נזקין דסברתו שחיוב השומר בנזקין הוא מצד קבלתו השמירה לענין זה כמו שנתבאר בפרק א'. ולכן ש"ח מכיון ששמר אותה כדינו כבר נפטר מהבעלים, אבל ש"ש שוכר ושואל כיון שלא שמרו כדינם ולא נפטרו מהבעלים חייבים בשמירת נזקין כמו הבעלים בעצמם כנ"ל.

אבל להרמב"ם דס"ל דלא צריך קבלה מפורשת דסברא דחיוב השומר בנזקין הוא מצד עצמו, שהתורה חייבתו בנזקין לגבי הניזק כמו שהי' בעלים מפני שהמזיק ברשותו, א"כ אפשר דכיון שבאמת יש לו עדיין דין בעלים על השור כנ"ל שהוא חייב לחזור אחריה אם יצאה אחר ששמר שמירה פחותה ונודע לו, כמו הבעלים, דהא לשיטת הרמב"ם חיוב שמירתו לענין נזקין הוא לא לגבי הבעלים, אלא שהוא בעלים לגבי השור לענין זה, דהא כאן לא בטל דין שומר ממנו גם אחר שיצאה דהא לא מיירי שנאבדה לגמרי רק שהלכה לשדה חבירו לאכול.

אכן דיש לחקור לשיטת הרמב"ם בש"ח אם על בעידנא דעיילי אינשי והזיקה הבהמה אם הוא חייב, דיש מקום לומר דכיון דעל בעידנא דעילו אינשי הפטור הוא משום שלא נתחייב כלל באופן זה, וא"כ הוי כמו שהתנה שבאותה שעה לא אשמור ונמצא שעל אותה שעה אינו שומר כלל, והחיוב ישאר על הבעלים, וא"כ לכאורה אתי שפיר גם להרמב"ם שש"ח יהי' פטור גם בכדי שידע כששמר שמירה פחותה.

אבל באמת אין זה דומה כלל להא דעל בעידנא דעיילו אינשי דהתם הפטור הוא משום שעל אותה שעה לא נעשה שומר כלל, וכנ"ל אבל אם יצאה הבהמה בכדי שידע דלהאי צד דהאיבעיא דאמרינן כיון דהדרא הדרא לשמירתו דהוא שומר כבתחילה, אלא שאינו צריך לחזור אחריה לגבי הבעלים בשביל שאנו אומרים שכבר נפטר מזה במה ששמרה כדין שמירתו כנ"ל, אבל לגבי חיוב שמירת נזקין י"ל דיש לו דין בעלים, ואפי' להצד השני שבהאבעיא דאמרינן דכלתה שמירתו לגמרי, היינו דוקא התם שנגנבה באונס, אבל הכא כיון שעדיין אינה אבודה אלא שיצאה להזיק ולרעות בשדות אחרים הדבר פשוט, דלא כלתה שמירתו לגמרי, וא"כ שפיר י"ל דלשיטת הרמב"ם דחיובו בשמירת נזקין הוא מצד שהמזיק ברשותו כנ"ל הוא חייב לחזור אחריה לענין נזקין כבעלים.

אלא דיש עוד לדון בדבר דהא אפי' אם נגרוס כהגירסא החדשה דהבעלים חייבים קאי

על שמרוה פחותה, מ"מ לפי פי' הראב"ד שפירש דקאי על בכדי שידע ע"כ צ"ל דהבעלים חייבים קאי גם אארישא היינו על שמרוה שמירה מעולה, דלענין בכדי שידע אין חילוק לגבי הבעלים ותמיד חייבים בשמירתה כשידעו, וא"כ אמאי כתב הרמב"ם שפטורים כל השומרים כששמרוה שמירה מעולה, ומשמע לפי פירושו דהיינו גם מבכדי שידע כיון דרק בשמירה פחותה כתב שחייבים, הא השואל היה לו להיות חייב כיון שהוא חייב באונסין, ואפשר לומר דאף דשואל חייב באונסין, היינו לענין חיוב תשלומין אם אירע אונס בהפקדון, אבל לענין חיוב שמירה כשיצאה הבהמה באונס, - הוא לענין זה כשאר שומרין שאינו מחוייב לחזור אחריה, דלענין זה אין לו אלא דין שומר, ואף שהבעלים משלמין מן העליה בכדי שידעו מ"מ השואל פטור מחיוב הנזקין דהא הבהמה לא הוזקה והבעלים משלמים בשביל שידעו ולא שמרו אותה, אבל השואל אין לו חיוב לגבי הניזק שהוא שמר אותה כראוי, ומה שכתב הראב"ד ואם שמרו כראוי ויצא והזיק חזר השומר לחייבו בכדי שידע, כונתו על שאר השומרים לבד ש"ח, דלגבייהו שמירה כראוי והיינו שמירה פחותה לא מהני אלא לגבי הניזק, אבל בעיקר השמירה לא סגי להו בשמירה פחותה ואכתי לא כלתה חיוב שמירתן לגבי הבעלים, בין לענין שמירת גופו בין לענין שמירת נזקין וממילא חייבין גם לגבי הניזק בכדי שידעו כמו הבעלים בעצמן.

והראב"ד רצה מקודם לחלוק על הרמב"ם בחיוב הבעלים בכדי שידעו, ורצה לומר דהבעלים פטורים לגמרי אפי' מבכדי שידע משום דכבר מסרו שמירתן לשומר, על זה חזר בו אח"כ וכתב אלא שי"ל דלעולם אין הבעלים ניצלין מיד הניזק, היינו דלא נסתלקו כלל משמירתן בזה שמסרו לשומר, ולעולם חייבים בכדי שידע רק דאם יש זמן לשמירת השומר השומרים ג"כ חייבים להבעלים.

והלח"מ לקמן בהלכה י"א מפרש דברי הראב"ד דלעולם הבעלים חייבים אפי' בלא שמרו השומר והבעלים אינם יודעים מ"מ לא נסתלקו הבעלים וחייבים, ואינו מוכח כלל דכן כונת הראב"ד דיש לומר בפשיטות דהראב"ד חוזר למה שכתב דהבעלים חייבים בכדי שידע דלגבי זה לא נסתלקו משמירתן ומילתא דמסתבר הוא, ועוד נכתוב מזה לקמן בעה"י, זהו הנראה לבאר בדעת הראב"ד.

ועתה נבוא לפרש דברי הרמב"ם, שכבר כתבנו שפירוש הראב"ד בדברי הרמב"ם איך שנפרשו לא יתכן רק לפי שיטתו דס"ל דחיוב השומר בנזקין הוא מצד קבלתו השמירה לענין זה, אבל לשיטת הרמב"ם דס"ל דחיוב השומר בנזקין הוא מצד עצמו לא יתכן פירושו, וגם פי' המ"מ דמיירי בקרן תם הוא דחוק דהא כל הפרק מיירי בשן ורגל.

והנראה לבאר דברי הרמב"ם לפי הגירסא החדשה והוא, דהנה בסוף שור שנגח

דו"ה הוזכר לגבי דיני שמירה של תם ושל מועד לשון שמירה מעולה ושמירה פחותה, דשמירה בדלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה ואינה יכולה לעמוד ברוח שאינה מצויה זהו שמירה פחותה, ושיכולה לעמוד אפי' ברוח שאינה מצויה זהו שמירה מעולה, אבל הרמב"ם לא הזכיר בעיקר דיני שמירה לשון שמירה פחותה, וכתב בהל' א' הכונס צאן לדיר ונעל בפניהם בדלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה ויצאה והזיקה פטור, ואם אינה יכולה לעמוד ברוח מצויה או שהיו כותלי הדיר רעועין, הרי לא נעל בפניהם כראוי ואם יצאה והזיקה חייב, עכ"ל, וכן בפ"ז תפש רק לשון המשנה וכתב שור שקשרו בעליו במוסרה ונעל בפניהם כראוי וכו', והזכיר לשון שמירה מעולה כאן בסמוך בהלכה ו' גבי מסר בהמתו לחש"ו כתב אפי' שמרוה מעולה וזה אינו מוכיח דהוא שמירה מעולה יותר מדיני שמירת שן ורגל, דהא זה קאי על החש"ו לומר דאפי' אם החש"ו שמרוה וחתרה מ"מ חייב המוסר משום תחלתו בפשיעה, והזכיר הרמב"ם לשון שמירה מעולה בפ"ג משכירות לגבי שמירת גופו וז"ל, וכן רועה שהעביר הבהמות על הגשר ודחפה אחת מהן לחברתה ונפלה לשבולת הנהר ה"ז חייב שהיה לו להעבירן אחת אחת שאין השומר נוטל שכר אלא לשמור שמירה מעולה וכו'. ובאמת לענין שמירת נזקין פסק הרמב"ם בפ"ג הל' י"א דחייב בדחפוה חברותיה וכמו שכתב הנמוק"י בשם הרמב"ן דאף דש"ח פטור מ"מ בנזקין חייב כמו על בעידנא דעייל אינשי דמה דש"ח פטור בדחפוה חברותיה, הוא רק משום דאין דרך בנ"א לעשות כן בשלהם להעבירם חדא חדא, אבל באמת אין זו שמירה אלא דלפי שהוא טרחה יתירה אין דרך בנ"א לעשות כן, וזה אינו פטור אלא בש"ח ולא בנזקין, ונמצא עכ"פ דכתב הרמב"ם שמירה מעולה על מה דבנזקין חייב לשיטתו, (דהתוס' והרא"ש סוברים דפטור גם בנזקין).

והנה בכאן כתב הרמב"ם בד"א שלא שמרוה כלל אבל אם שמרוה שמירה מעולה כראוי ולשון כראוי הרי הוא במשנה וברמב"ם על השמירה הראויה לשמירת נזקי שן ורגל, וא"כ שמירה פחותה היא שמירה פחותה מכראוי, וכיון שכן יקשה דבשמירה הפחותה מכראוי הרי ש"ח חייב, אכן לפי שיטת הרמב"ם שהוא כדעת הרמב"ן דעל בעידנא דעילי אינשי ואיבעי לי' לעבורי חדא חדא כיון דבעצם אין כאן שמירה רק שאין דרך בנ"א לעשות כן בשלהם, לכן רק בש"ח פטור אבל בשמירת נזקין חייב, וא"כ משכחת לה שמירה פחותה דש"ח פטור והבעלים חייבים, ומדוייק מה דלא כתב הרמב"ם לשון שמירה פחותה גבי שמירת שן ורגל דכיון שכתב בהלכות שכירות דלהעביר חדא חדא נקרא שמירה מעולה וכדאמר שם בגמ' נטירותא יתירתא וכיון דבנזקין חייב לכן לא כתב שמירה פחותה.

והנה כבר כתבנו למעלה דעל בעידנא דעיילי אינשי פטור ש"ח אפילו לגבי שמירת נזקין כיון דהוי כמו שהתנה דלענין זה לא קבל עליו השמירה, א"כ באותה שעה אינו שומר כלל ונשאר חיוב הנזקין על הבעלים, וכן יש לומר גבי איבעי לי' לאעבורי חדא חדא דכיון דאין דרך בעלים לעשות כן בשלהם א"כ הוי לי' כאילו התנו עם הבעלים דלענין זה אינו שומר, אף דלא דמי לגמרי לעל בעידנא דעיילי אינשי, ומ"מ יש לחלק בין הא דאיבעי לי' לאעבורי חדא חדא ובין בכדי שידע אם ידע השומר שכתבנו למעלה דמסתבר דכיון דהשומר יש לו דין בעלים ולכן אם נודע להשומר שיצתה אחר ששמרה שמירה כראוי דחייב להחזירה כמו שחייבין הבעלים אף דלגבי שמירת גופה אינו מחויב. משום דדינו כבעלים ממש, דיש חילוק בין זה לזה דלגבי איבעי לי' לאעבורי חדא חדא שפיר יש לומר דלא חייבתו התורה ונשאר החיוב על הבעלים, אבל אם שמרה השומר ויצתה ונודע להשומר דלא נוכל לומר דישאר החיוב על הבעלים דהא הבעלים לא ידעו והבעלים בודאי פטורין, א"כ מסתבר דכיון דבעיקר הבהמה עומדת ברשותו ויש לו דין בעלים לא נפטר באופן זה כיון דאין יכול לומר דבזה ישאר החיוב על הבעלים.

ועכשיו מבוארים דברי הרמב"ם דכיון שכתב מקודם שמרוה שמירה מעולה כראוי הכונה לענין שמירה שחייבים בה בשן ורגל, ומה שכתב אח"כ שמרוה שמירה פחותה היינו שמירה דש"ח פטור בה, אבל בשמירת נזקין חייבין והיינו על בעידנא דעיילי אינשי ודחפוה חברותיה, ושפיר כתב דש"ח פטור והבעלים חייבים:

הלכה ה

הניחה בחמה אפי' חתרה ויצאת והזיקה חייב זה שהניחה שם שכיון שהניחה בחמה הרי [היא] מצטערת ובורחת ועושה כל שאפשר לה לעשות.

הלח"מ הקשה דהא הך טעמא אמרינן בגמ' רק אי תחלתו בפשיעה וסופו באונס פטור, ותי' הלח"מ דכתב רבינו טעם מרווח אליבא דכולי עלמא, ואין זה דרך הרמב"ם, אך באמת בודאי צריך הרמב"ם לכתוב טעם זה דהא אי הוי אמינא כס"ד דגמ' דהחיוב הוא רק משום תחלתו בפשיעה וסופו באונס היינו דהפשיעה הוא כשהניחה בחמה שמא תסתור הדלת כמו שפירש"י והיינו דאף דהדלת יכולה לעמוד ברוח מצויה מ"מ ע"י שהניחה בחמה תשבר הדלת, וא"כ אי לא הוי ידעינן דלגבי חתירה גופא הוי פשיעה אז לא הי' חייב אלא היכי שבמציאות עכ"פ אפשר לשבור הדלת אבל היכי שהקיפוה חומת ברזל שלא תוכל לשבור הי' פטור גם אם חתרה, וא"כ צריך הרמב"ם להשמיענו דבאמת חתירה גופא הוי פשיעה כתירוצא דגמ' וסובר הרמב"ם דהסברא קיימת גם אליבא דהלכתא ופשוט:

-השמטות ומלואים-

העירוני שכדברים אלו כתבו התוס' בדף נ"ו ד"ה מהו דתימא.

הלכה ו

מסר בהמתו לחרש שוטה וקטן אעפ"י שהי' השור קשור הבעלים חייבין, שדרך השור וכיוצא בו להתיר הקשר ולצאת ולהזיק אפי' שמרוה שמירה מעולה וחתרה ויצאה והזיקה הבעלים חייבים.

השגת הראב"ד: הבעלים חייבים. א"א חיי ראשי דבר זה לא מצאתי לו שורש כי מה שאמרו בור מכוסה ושור קשור שמסר לחש"ו שהוא חייב באינו קשור ואינו מכוסה כראוי [עסקינן] וסומך על שמירת החרש עכ"ל.

כתב המ"מ וז"ל ופי' רבינו בשור קשור כראוי עסקינן ואעפי"כ הוא חייב שדרכן של אלו לשחוק בהן ולהתירן, וכיון שכן הו"ל תחלתו בפשיעה וסופו באונס כגון שחתרה חייב וכן עיקר, ובהשגות א"א חיי ראשי וכו' וכבר הכריע הרשב"א ז"ל כפי' המחבר עכ"ל המ"מ, והנה בהא דאמר בגמ' שור דרכי' לנתוקי פירש"י מאליו והקשו בתוס' דהא ע"כ מיירי בקשרו וכסהו כראוי וא"כ אין דרכו לנתוקי מאליו ולכן פירשו בתוס' דדרכו לנתוקי ע"י חרש שהחרש ינתק הקשר ויגלה הבור והרשב"א כתב להדיא כפי' התוס', ובדברי רש"י מפרשים בש"מ דרש"י סובר דמיירי בקשרו וכסהו שלא כראוי, וא"כ הרמב"ם דכתב כיון שדרך השור לנתק הקשר ולצאת וכן כתב בפ' י"ב שדרך הבור להתגלות ואלו אין בהם דעת, ומוכח דמפרש דרכי' לנתוקי ולנתורי היינו מאליו, ורק שאלו אין בהם דעת לשמרם, וא"כ דבריו דלא כרש"י ודלא כתוס' והמ"מ שכתב שהרשב"א סובר כדברי רבנו וזה אמת בדין קשרו וכיסהו כראוי אבל הרשב"א מפרש כד' התוס' דדרכו לנתוקי ע"י חרש והרמב"ם מפרש דרכו לנתוקי מאליו ודבריו תמוהין -

והנה הרמב"ן במלחמות גבי מיגו דהוי פושע לענין גמלים בדף נ"ב כתב לענין סוגיא זו אחר שהאריך בביאור הסוגיא כ' וז"ל אלא ודאי בשקשר כראוי או שכיסהו כראוי לנופל זה וגילהו חרש ושוטה עסקינן דכיון דהו"ל למיתי לאחר זמן ומיחזי אי נתק ונתר ע"י הגמלים או רוב הדריסה ולא אתא פושע הוא ואעפ"י שלא נתק ונתר אלא שגילוהו מתחלה חרש שוטה וקטן חייב אעפ"י שאין לחייבו על מעשיהן משום דהו"ל תחלתו בפשיעה וסופו באונס עכ"ל ע"ש שהאריך, והנה הרמב"ן התחיל משור ובור ולבסוף לא תי' רק על בור שהי' צריך לבוא לבדוק אם לא נתקלקל ע"י רוב הדריסה או ע"י גמלים, ועל שור קשור לא הזכיר כלל בשביל מה יתקלקל הקשר אם קשרו בחבל חזקה, ונראה לי דכיון דקיי"ל הניחה בחמה חייב, ואפי' בנעל בפני' כראוי חייב משום דכיון דמצטערת

תסתור הדלת א"כ כשמסר השור לחש"ו הוי לגבי זה כמו הניחה בחמה דהא צריך לאכול ואם החש"ו לא יתן לו ינתק הקשר ויצא ובדברי הרמב"ן אלה הי' מיושב דברי הרמב"ם דאף דמיירי בקשרו וכיסהו כראוי מ"מ פירש דרכי' לנתוקי ולנתורי מאליו וכנ"ל.

אכן דברי הרמב"ן אינם ברורים דא"כ יהי' הדבר תלוי בשיעורים דהיינו מקודם שהגיע העת שאפשר להתקלקל ע"י גמלים או רוב דריסה צריך להיות פטור, ומי לא עסקינן במקום שאין גמלים מצויים והא בברייתא סתמא קתני וכן נמי גבי שור אף שכתבנו תי' פשוט דהא השור צריך לאכול והוי כמו הניחה בחמה, אבל עכ"פ נתת דבריך לשיעורים הא ודאי לא יתחייב בשנים או שלשה שעות הראשונות אחר שאכל השור הא באותה שעה לא דמי להניחה בחמה, ונראה דבאמת מסרו לחש"ו הוי פשיעה גם מצד שמא יקלקלו היינו שבעצמם ינתקו הקשר ויגלו הבור, ומדברי הרמב"ן משמע דזה שגילהו החש"ו הוי אונס רק דמחייבין המוסר לחש"ו משום דתחלתו בפשיעה משום חסרון שמירה וסופו באונס שבעצמם גילוהו, ואינו מוכרח דמהיכי תיתי יחשב אונס, ותוס' ורשב"א דמפרשי שור דרכי' לנתוקי ע"י חרש הא בודאי לא הוי אונס, וא"כ אף דנפרש דרכי' לנתוקי מאליו, אבל אינו מוכרח כלל דזה יהי' אונס דודאי החש"ו מצויין שיקלקלו, רק דהסבר דברי הגמ' כן הוא דהגמ' מחלק בין שור ובור לאש בזה דגחלת כיון דכל זמן דשביק לה מעמיא ואזלא לכן בטל לו דין מזיק מהאי גחלת ורק דהחש"ו ליבו את הגחלת ועשו אותה לאש שורפת נמצא דהחש"ו עשו את הגחלת למזיק ובכה"ג אין לחייב את הבעלים ע"י פשיעה כי אין מחייבין הבעלים אלא אם פשע במזיק, אבל אם אינו מזיק ליכא דין חיוב נזקין ולא דין פשיעה, ונמצא דהסבר דברי הגמ' כן, דשור אף שהוא קשור מ"מ אפשר במציאות שיזיק שינתק הקשר ויצא ואף דקשרו כראוי היינו דהתורה פטרה להבעלים בשמירה כזו אבל כיון דאיכא מציאות שינתק הקשר ודרך השור בשביל איזה סבה כמו אם יחפוץ לאכול וכמש"כ או בור ע"י דריסה שיתגלה ולכן לא בטל שם מזיק מהשור ומהבור, אבל גחלת כיון דמעמיא עמיא ואזלא א"כ בטל שם מזיק מהגחלת וכמש"כ, וכן גבי שור ובור כיון דנקראין מזיקין בשביל זה כשמסרו לחש"ו והם נתקו הקשר או גילו הבור חייב דהא פשע במזיק, אבל גחלת כיון דבטל שם מזיק ממנה א"כ לא נוכל לחייבו בשביל שמסרו לחש"ו דהוי פשיעה בדבר שאינו מזיק - ואפשר לכוין דברי אלה במקצת עם ד' הרמב"ן ז"ל.

והנה בתוס' לקמן דף נ"ט ע"ב חקרו אם נעשה אש ע"י רוח מצוי' שהרוח ליבה האש אם הבעלים חייבים, דאפשר אין חייבים הבעלים אלא אם בעצמם עשו האש ורק הרוח הוליכה האש וע"ז הביאו התוס' מהגמ' דסוגיא דשור קשור ובור מכוסה דקאמר שור

דרכי' לנתוקי ופירשו בתוס' ע"י חרש וגחלת כמה דשביק לה חרש היינו דאין דרכו ללבות גחלת כמו דדרכו לנתוקי שור ולנתורי בור אבל אם הי' דרכו ללבות גחלת הי' חייב, אלמא דאפי' אם עיקר האש נעשה ברוח מצוי' חייב, אכן לפי הרמב"ם ולפי דברינו דבשביל דאין דרכו של הגחלת להתלבות מעצמה אף דהמסירה לחרש הוי פשיעה מ"מ פטור משום דהוי פשיעה בדבר שאינו מזיק, א"כ לכאורה מוכח דאם נעשה האש ע"י רוח מצוי' פטור.

והנה מסוגיא זו שהביאו התוס' ראי' היינו לשיטתם שפירשו דרכו לנתוקי ע"י חרש, אבל הרמב"ם דמפרש דרכי' לנתוקי מאלי' א"כ הראי' הוא בהיפוך וכנ"ל, אך באמת פסק הרמב"ם להדיא דאם ליבה רוח מצוי' חייבים הבעלים.

ולכן נראה דבאמת הרמב"ם ג"כ סובר כתוס' דאין חילוק מהולכת האש ע"י רוח מצוי' לעשית האש ע"י רוח מצוי', והביאור בסוגיא זו דשור דרכי' לנתוקי הוא כן דהנה התוס' הקשו מה דאמרו בגמ' ולר' יוחנן דאמר אפי' מסר לו שלהבת פטור דכוותה הכא בשור מותר ובור מגולה והקשו בתוס' כיון דסבר ר' יוחנן דשלהבת בלא גוזא סילתא אינו מצוי להזיק א"כ הוי כמו גחלת לר"ל ולשור קשור ובור מגולה נדמה אותו, ותי' בתוס' דמשמע לגמ' דטעמא דר' יוחנן דפטר משום שהחש"ו שומרו דאין עושה היזק אלא אדרבא עושה שמירה, ודברי התוס' תמוהים דהיכן מצינו דחש"ו יהיו עושים שמירה ובודאי אפי' למ"ד שומר שמסר לשומר פטור, אם מסר לחש"ו הוי פשיעה וחייב, וכן כתבו להדיא בתוס' בב"מ דף ל"ו דאפי' אם מתה ברשותן חייב דהו"ל תחלתו בפשיעה וסופו באונס, ועוד דא"כ מאי האי דמשני התם צוותא דחרש קא גרים דהיינו אחיזת החרש גרם ההבער, דמה איכפת לן דאחיזת החרש גרם ההבער, כיון דגם בלא החרש הי' חייב, דדמי לשור מותר ובור מגולה, ורק בשביל שהחרש הוא שומר וא"כ ממ"נ אי חרש נחשב לשומר ליפטר גם בשור ובור, ואי לא נחשב שומר א"כ ליחייב גם בשלהבת דאף דלבסוף גרמה צוותא דחרש מ"מ ליחייב משום תחלתו בפשיעה חסרון שמירה וסופו באונס דהוי ע"י צוותא דחרש כמו שכתב הרמב"ן על שור ובור.

ונראה דס"ל לתוס' דאיברא דחש"ו אינם שומרים אינו מוכרח מזה לומר דהוי רוח מצוי' שיזיקו, דאפי' אם לא הוי כרוח מצוי' מ"מ חשיב פשיעה אם מסר לחש"ו לשמור דאימתי אמרינן דפטור אם עשה שמירה שיכולה לעמוד ברוח מצוי' היינו אם עכ"פ לא פשע ולא קלקל אבל במסירה לחש"ו כיון דיכולים לקלקל ולגרום היזק ולא רק חסרון שמירה בודאי מי שמוסר להם לשמור הוי פשיעה, ולכן ס"ל לר' יוחנן דכיון דשלהבת בלא גוזא סילתא אינו מזיק גמור ומוכן בעצמו להזיק ורק שהרוח מצוי' צריך לעשותו

למזיק, וכיון שע"י המסירה לחרש דעוד הוי קצת שומר דבשביל שמירתן כבר אינו מצוי ההיזק ואינו כמו רוח מצוי' אף דבודאי הוי פשיעה מסירת השלהבת לחש"ו פשיעה כזו אינו חייב אלא במזיק ובמזיק שאינו גמור רק שרוח מצוי' עושית אותו למזיק צריך שיהי' עכ"פ מצוי כמו רוח מצוי', וכאן ע"י מסירה לחרש לא נחשב כרוח מצוי', ולזה קאמר הגמ' שפיר התם צוותא דחרש קא גרים היינו דאם הי' האש הולך מעצמו בודאי לא הוי מהני שמירת החש"ו, אבל כאן דצוותא דחרש קא גרים שההיזק לא נעשה מעצמו אלא החרש גרם ההבער וזה אינו חשוב רוח מצוי', ועיין במש"כ התוס' דכ"ב ע"ב אי מסירה לחש"ו הוי רוח מצוי' והוא כדברינו.

ונמצא עכשיו מבואר דברי הרמב"ם דאף דליבה הרוח חייב משום דאש שנגמר ע"י רוח מצוי' חייב מ"מ גחלת לדידן היינו דפסקינן כר"ל משמי' דחזקי' דבודאי הוי מזיק שאינו גמור משום דמעמיא עמיא ואזלא וצריך שיעשה מזיק ע"י רוח מצוי' וחש"ו אף דמי שמסר להם לשמור הוי פושע אבל אינם כרוח מצוי' ולכן פטור המוסר להם גחלת דעל פשיעה לבד אינו חייב בדבר שאינו מזיק וכנ"ל -

הלכה ז

מסר שורו לחמשה ופשע בו אחד מהם ויצא והזיק אם אינו משתמר אלא בחמשתן זה שפשע בשמירתו חייב, ואם משתמר בשארן אף אלו הנשארין חייב.

אף אלו הנשארין חייב, כתב ע"ז המ"מ וכן פירשו כל המפרשים והנה דברי המ"מ תמוהין דבגמ' בדף י' קאמר התם אי דבלאו איהו לא מינטר פשיטא דאיהו קא עביד ואי דבלאו איהו נמי מינטר מאי קא עביד ופירש"י מאי קא עביד ואינו חייב כלום, ואח"כ איתא שם עוד בגמ' לשון זה על מרבה בחבילה ועל חמשה שישבו על ספסל אחד, ופירש"י גם שם על מאי קא עביד דצריך להיות פטור לגמרי, ובתוס' כתבו בכולה שמעתין צריך לומר מאי קא עביד טפי מאחריני וישלם כ"א חלקו, והיינו דלא כפירש"י וכן כ' הרשב"א כפי' התוס', אכן הרא"ש פי' כפירש"י והנה יש לתמוה על המ"מ בתרתי חדא מה שהחליט דכן פירשו כל המפרשים ולא זכר שרש"י פי' דפטור לגמרי. ועוד דבאמת יש לתמוה על פי' הרמב"ם דסותר עצמו דלקמן גבי מרבה מחבילה פי' הרמב"ם כפירש"י דפטור לגמרי דלא כפי' התוס' והרשב"א וכן כ' שם המ"מ להדיא דמאי קא עביד היינו ופטור, ואם שהרמב"ם פי' פירוש אחר על מרבה בחבילה אבל עכ"פ לענין פי' מאי קא עביד הכל א', ואחר העיון מצאתי שכבר עמד בזה הגר"א ז"ל וסיים בוצ"ע.

והנה הרא"ש דפי' כרש"י דפטור לגמרי פי' דמיירי שהאחרים לא נסתלקו בשעה שפשע הראשון ולא רצה לשמור יותר וכיון שנשארו בשמירתן לפיכך הן חייבין והוא פטור

אבל אם אמרו לו כיון שאינך שומר אתה גם אנחנו לא נשמור כולם חייבין, והנה מד' הרא"ש מוכח דדוקא כשאמרו לו אם אינך שומר אתה וכו', אבל אם בסתמא הלך בלא שמירה ואח"כ פשעו גם הם אף שלא מסר להם שיקבלו השמירה מ"מ כיון שבשעה שהלך הוא נשארו הם, א"כ הוא לא הניח את השור בלא שמירה ולכן הם שהניחו השור בלא שמירה חייבין, והנה מלשון הרמב"ם משמע להדיא דלא כרא"ש אלא דבסתמא כולם חייבין -

והנה נראה פשוט דאם מסר שורו לחמשה ופשע א' מקודם והניח על האחרים ואח"כ לא שמרו גם הם ונאבד השור דבודאי כולם חייבים כיון שלא מסר להם ולא קבלו ממנו השמירה א"כ מאי עדיפותא דידי', אטו בשביל שהקדים ולא שמר זכה בזה הלא כולם נתחייבו יחד בשמירה, ומש"כ הרא"ש בכאן דהראשון פטור היינו משום דכאן אין הד"ת עם הבעלים דלא שייכי בזה כלל דהבעלים בכל אופן פטורים, דהא מסרו לשומר וכל הדין בזה עם הניזק ובזה סובר הרא"ש דאף דלגבי הבעלים לא הי' הראשון שפשע יכול לפטור את עצמו, אבל לגבי הניזק הא יכול לומר הא אני לא הנחתי השור בלא שמירה והשור הי' שמור ע"י שומרים ששמרוהו והיו מחוייבים בשמירתו.

אכן בדעת הרמב"ם נראה דכיון דקיי"ל דשומר שמסר לשומר חייב גם לגבי ניזקין כדאמרינן בפ' הכונס ופסק הרמב"ם להלכה בהל' י"א וכ' הטעם שלא הי' לו רשות למסור השמירה לשני, ועיין במה שהשיג עליו הראב"ד ובמש"כ שם, ועכ"פ חזינן דדעת הרמב"ם דכיון שלא נסתלק השומר לגבי הבעלים לא נסתלק ג"כ לגבי הניזק משום דאינו פטור לגבי הניזק אלא אם נסתלק משמירת השור אבל כיון דשמירת השור אכתי רמיא עלי' חייב גם לגבי הניזק לכן גם בכאן אף דלא שייך לשומר שמסר לשומר דלא הי' רשאי למסור דהא הבעלים מסרו להם, מ"מ כל זמן דלגבי הבעלים לא נסתלק דאפי' למ"ד שומר שמסר לשומר פטור הא הכא לא מסר להם כלל רק הוא בעצמו פשע ולא שמר, וא"כ לגבי הבעלים בודאי מחויב בשמירת השור וכמו שכתבנו. לכן אינו פטור גם לגבי הניזק, אכן אכתי צריך ביאור מה דשינה הרמב"ם פירושו דגבי מרבה בחבילה פי' מאי קעביד ופטור והכא פי' דכולם חייבין, ואולי ס"ל לרמב"ם דמאי קא עביד אפשר להתפרש בתרי גווני ודחוק, ואפשר דס"ל לרמב"ם דאפי' אי סבר הגמ' הכא בסברא דכיון דנשאר שומר אחר על השור אין עליו חיוב לגבי הניזק, אבל כיון דבהכונס קאמר להדיא דשומר שמסר לשומר חייב בנזקין, אלמא דכל זמן שלא נפטר השומר לגבי הבעלים לא ניפטר גם לגבי הניזק ג"כ גם כאן שניהם חייבין.

ובאופן זה נוכל ליישב מה דהרי"ף השמיט הך אוקימתא, משום דסובר דמאי קא

עביד פירושו פטור לגמרי, ולכן השמיט הך סוגיא בשביל סוגיא דשומר שמסר לשומר, ואף דיש לחלק דהתם לא היה רשאי למסור והכא הבעלים מסרו, מ"מ כיון דלא נסתלק לגבי הבעלים לא נסתלק לגבי הניזק, דהא גם בשומר שמסר לשומר לא שייך לומר לגבי הניזק דלא היה רשאי למסור דמה איכפת לי' לניזק, כמש"כ הראב"ד בהשגות, וזה פשוט דסוגיא דהכונס אלימא טפי דהוא בדוכתא והכא הוי רק בדרך שקלא וטריא וכן כתבו הראשונים בכמה מקומות, ומה דפי' הרמב"ם גבי מרבה בחבילה דפטור לגמרי נפרש שם בעה"י במקומו, ולכאורה לולי דברי הראשונים הי' אפשר לפרש דברי הגמ' בפשיטות, דהא בלשון הגמ' דקאמר ופשע בו אחד מהן ויצא והזיק משמע שרק אחד פשע והאחרים לא פשעו, וא"כ פריך הגמ' שפיר דאי בלאו איהו לא מינטר פשיטא דאיהו קא עביד ואי דבלאו איהו נמי מינטר, וא"כ כשיצא והזיק הוא באונס דהא האחרים לא פשעו, וא"כ מאי קא עביד ופטור דלא שייך תחלתו בפשיעה וסופו באונס, כיון דבשעה שפשע הי' עכ"פ השור שמור, וכמו שכתבתי מזה למעלה פרק ב' הל' י"ח, וזה הי' ביאור נכון להמפרשים מאי קא עביד פטור לגמרי, ואולי דרצו לפרש דומיא דאינך שגם הנשארים עשו איזה קלקול, לכן פירשו שמקודם פשע הראשון ואח"כ פשעו גם האחרים, אכן לפי מה שכתבתי שם בדעת הראב"ד דהיכי שהוא לא שמר כלל והמזיק נשמר ע"י אחרים רק מרוח מצויה, דיש בזה גדר תחלתו בפשיעה כיון שהוא לא שמר ושמירה מרוח מצויה לא חשיב אונס, לפי"ז מיושב דהא השומרים לא שמרו אלא מרוח מצויה, ויהי' מזה ראיה לסברתנו:

הלכה ח

שאלו בחזקת תם ונמצא מועד. אם ידע השואל שהוא נגחן הבעלים משלמים חצי נזק שכל מקום שהוא הולך הרי שם בעליו עליו, והשואל משלם חצי נזק שאפי' הי' תם (כשעלה בדעתו) חצי נזק הי' משלם שהרי ידע שהוא נגחן, ואם לא ידע שהוא נגחן אין השואל חייב כלום והבעלים משלמים נזק שלם.

השגת הראב"ד: משלם חצי נזק. א"א הא דלא כהלכתא שאין זה הדין אלא בשתפסוהו ב"ד עכ"ל.

כתב המ"מ וז"ל ובאמת שהגמ' כך הוא דמקשי נימא לי' אי תם הוא הוי מעריקנא לי' לאגמא ופריקו הכא במאי עסקינן דאקדים ב"ד ותפסוה. ויש דרך לתרץ דברי רבינו שאותה סוגיא אינה אלא לדעת ר' ישמעאל שאמר יושם השור וב"ח הוא אבל אליבא דר"ע דאמר שותפו נינהו אי מעריק לי' חייב, ומחלוקתן פ' המניח דל"ד וקיי"ל הלכה כר"ע מחברו וכן פירשו מן המפרשים ההיא קושיא דוקא לר' ישמעאל וכן כ' הרשב"א

ז"ל עכ"ל המ"מ, ותמה על זה הלח"מ דהא מעיקרא אקשינן בגמ' ונימא לי' אי תם הוי מודינא ומיפטרינא ואפי' למ"ד פלגא נזקא ממונא אי תם הוי מעריקנא לי' לאגמא וכיון דקיי"ל פלגא נזקא קנסא א"כ נשארה הקושיא דהוי מודינא ומיפטרינא ונשאר הלח"מ בצ"ע -

והנראה בזה דהנה בהא דקיי"ל דארבעה שומרים נכנסו תחת הבעלים ובמועד או בשן ורגל הבעלים פטורים והשומרים חייבים ומ"מ בתם כשפשע השומר גובין מגוף השור, וצריך ביאור מאיזה טעם גובין מהשור שהוא של הבעלים, כיון דהבעלים לא נתחייבו דהא במועד פטורים, ואפשר לומר דבשור תם כיון דעיקר גביית השור הוא מגופו, ואם נימא דבמסרו לשומר אי אפשר לגבות מגופו, א"כ לא יהי' כלל להניזק ממה להשתלם, א"כ משום זה גופא לא נסתלקו כלל הבעלים מחיובם, דהא מה שלמדנו דארבעה שומרים נכנסו תחת הבעלים זהו מקרא דולא ישמרנו כמו שהבאנו בריש פ' א' מהמכילתא, וקרא דולא ישמרנו במועד כתיב דאם השומר נכנס תחת הבעלים הבעלים פטורים והשומר משלם, אבל בתם דאם לא יגבו מגופו לא יהי' להניזק ממה לגבות לא ילפינן מקרא דואם לא ישמרנו דכתיב במועד, ולכן הבעלים נשארו בחיובם אפי' כשמסרו לשומר, ואף דעכ"פ כשמסרו לשומר והשומר שמר ויצא והזיק בודאי פטורים הבעלים, ולא אמרינן בזה דהוי תחלתו בפשיעה דלא הוי לו רשות למסור, דכיון שמסרו לבן דעת שפיר הי' לו רשות ולא הוי פשיעה, אבל מ"מ לא נסתלקו הבעלים בתם מחיוב שמירתו.

אכן לשיטת הר"ח ולקמן בפ"ז הלכה י"א כתבנו דכן הוא דעת הרמב"ם דלר' ישמעאל גם בתם כשנאבד משלמים הבעלים ולא אמרה תורה דינא דמגופו אלא דאינו משלם יותר מכדי שויו של השור ושעיקר גביית הנזק הוא מהשור אבל הבעלים יש עליהם חיוב תשלומין בכדי שויו של השור, וכמו דאמרינן יושם השור שהבעלים יכולים לסלק הנזק במעות ה"נ כשנאבד השור ג"כ משלמים הבעלים, וא"כ אין הכרח לכאורה לומר דהבעלים אין יכולים להסתלק משום דלא יהי' להניזק ממה לגבות דהא נוכל לומר דבשומר אם היינו אומרים דאין גובין מגוף השור יהי' דינו כמו נאבד דהבעלים משלמים, וה"נ יהי' צריך השומר לשלם ויש להסתפק בזה אם יהי' דומה לנאבד או דהי' דומה להיכי דאין השור שוה כלום כיון דנימא דמעיקר הדין אין דינו של הניזק על השור, אכן אפשר דכיון דעכ"פ נתנה תורה זכות לניזק דיש לו דין שעבוד על השור גם לר' ישמעאל דהוי כמו אפותיקי ולא מהני מכרו מזיק כדאמרינן בגמ', לכן אינם יכולים הבעלים לסלק חיובם ולמנוע זכות הניזק משעבודו דכי אשכחן בקרא דולא ישמרנו דיכולים למסור

לשומר ולהסתלק מחיובם היינו גבי מועד דאין הניזק מפסיד כלום, אבל גבי תם דיפסיד עכ"פ שעבודו על השור לא ילפינן מולא ישמרנו והבעלים נשארים בחיובם.

ועוד יש לומר דלבד הטעם משום הפסדו של הניזק אלא דמעיקר דינא לא נלמוד תם ממועד לענין דין מסירה לשומר, דכיון דעיקר דינא דולא ישמרנו הוא שמירה פחותה, ובזה שפיר גלי לן קרא נמי דאם מסרו לשומר נסתלקו הבעלים משמירתן אבל גבי תם דלא סגי בשמירה פחותה, ודרשינן ולא ישמרנו לזה ולא לאחר דתם בעי שמירה מעולה א"כ נוכל לומר דבתם לא יפטרו הבעלים מחיובי היזקו גם ע"י מסירה לשומר דזה ג"כ נלמד מקרא דולא ישמרנו, וזהו גם בסברא דשמירה מעולה דפוטרת הוא מגדר אונסא רחמנא פטרי' דאם שמר שמירה מעולה ויצא והזיק הוא אונס דפטור בכל עניני חיוב, אבל מסירה לשומר אפי' לשומר שכר שמחויב לשמור שמירה מעולה והשומר לא שמר אינו גדר אונס לגבי הבעלים, וכמו שנבאר בהלכה י"א, ונלמד רק מקרא דולא ישמרנו דכמו דשמירה פוטרת ה"נ מסירה לשומר פוטר הבעלים והשומר נכנס תחתיו, וזהו דוקא במועד אבל בתם לא ילפינן כלל מקרא דולא ישמרנו דהא דרשינן ולא ישמרנו לזה ולא לאחר לגבי שמירה פחותה וה"נ לגבי מסירה לשומר, ולפי"ז נוכל לומר דמה דחייב שומר בחיובי שור תם הוא רק להבעלים דכיון דגבה הניזק את השור הוי היזק ניכר וכמו שכתבו בתוס' בדף מ"ה ע"א בד"ה השתא.

אכן עוד דרך אחר נוכל לומר דלעולם גם בתם ילפינן מקרא דולא ישמרנו דכתיב גבי מועד לענין זה דמסרו לשומרין נכנסו תחת הבעלים, והכתוב לא מיעט גבי תם מקרא דולא ישמרנו דדרשינן לזה ולא לאחר, אלא לענין שמירה פחותה דלא סגי בתם אבל בעיקר דין השמירה שרשאין הבעלים למסרו לשומר ונסתלקו משמירתו, לענין זה תם ומועד שוין, אלא דלענין תם אין נ"מ כלל במסירת הבעלים שמירת השור לשומר, דמ"מ שפיר גובין מגוף השור, דכיון דהשור נכנס לרשות השומר לענין שמירת נזקין והוי כבעלים להתחייב בנזקין, ממילא גובין גם מגוף השור, וכדאמרינן בדף ל"ד ע"א האי תורא דאזקן מיני' משתלמנא.

והנה התוס' הקשו שם על הא דאמר בגמ' האי תורא דאזקן מיני' משתלימנא, וז"ל תימה אז בדין הוא שיגבה שפשע בשמירתו, וי"ל דלא קאמר אלא כלומר דאין גוף השור משועבד לבע"ח כמו שהוא משועבד לניזק שמשתלם מגופו, וכן פי' בקונטרס בריש שור שנגח דו"ה עכ"ל, ומה שהביא התוס' מפירש"י זהו ממה שהקשה רש"י בריש שור שנגח במה דאמרינן שם דלר' ישמעאל ראשון ראשון נשכר מיבעי ליה דהא אמרינן לעיל האי תורא דאזקן מיניה משתלימנא, וכ' רש"י דהתם הוא דאמר ליה ניזק לבע"ח האי תורא

דאזקן מיניה משתלימנא, ובע"ח לא מצי למימר הכי הלכך בע"ח יטול נכסים אחרים, אבל הכא האי ניזק והאי ניזק ולא משתלם אלא מגופו ומאי דשקיל האי מפסיד האי הילכך קמא קמא קדים עכ"ל, וא"כ מדברי רש"י ותוס' אין לנו מקור לומר דאף דכל החיוב הוא על השומר מ"מ גובין מגוף השור משום דאמר לו האי תורא דאזקן מיני' משתלימנא. דהא באמת בשני נזקין אינו מפסיד הראשון, ומה דאמרינן האי תורא דאזקן אינו אלא להוכיח עד כמה גדול כח שעבודו של הניזק, אבל אם הבעלים אין עליהם חיוב כלל אין לנו מקום לומר דגובין מגוף השור כמו דאין מפסיד ניזק הראשון חלקו, מכיון דאין עליו דין חיוב, אף דיש כאן חיוב מצד הבעלים של השור שפשעו בשמירתו, אכן באמת יש ראי' להיפוך מתוס' ריש פ' הכונס דף נ"ו בד"ה פשיטא שכתבו בפשיטות דגזלן שגזל השור ופשע בשמירתו גובין מגוף השומר, ובגזלן א"א לומר באופן אחר דהא הבעלים לא מסרו לו השור ע"מ שיגבו ממנו וגם אין לחייב כלל משום פשיעת הבעלים דהבעלים אונסין הם, ומ"מ כל שהגזלן פשע בשמירתו גובין מגוף השור וזה אי אפשר אלא אם כן נפרש דברי הגמ' כפשוטם דהאי תורא דאזקן מיניה משתלימנא הוא כלל בכל אופן אפי' היכי שאין על הבעלים של השור חיוב כלל.

והנה כבר התעורר הקצוה"ח מדברי התוס' בהכונס להקשות על הש"ך במה שרצה ליישב דברי התוס' פ' שור שנגח שכתבו דהחמישי לא יטול אלא חלקו של רביעי, אבל השלישי לא יפסיד אם חלקו יותר על של רביעי, והקשו המהרש"א והש"ג דאמאי לא יגבה החמישי מחלק השלישי, ואף דתפסו הרביעי ונעשה עליו ש"ש מ"מ גם בשומר גובין מגוף השור, ותי' ע"ז הש"ך משום דלא דמי לשומר, דהכא כיון דתפסו הרביעי א"כ השלישי הוא אנוס ולכן אינו מפסיד מחלקו, וע"ז הקשה הקצוה"ח על הש"ך מדברי התוס' דהכונס דגם בגזלן גובין מגוף השור.

אכן באמת נראה דחקירה זו אם אמרינן האי תורא דאזקן מיניה משתלימנא כפשוטו אפי' היכי דהבעלים לא פשעו, ואם בגזל גובין מגוף השור אפשר לומר דזה תלי בפלוגתא דר' ישמעאל ור' עקיבא, דלר"ע דסבר יוחלט השור אפשר שפיר לומר דנקטינן סברא דהאי תורא דאזקן מיני' משתלימנא כפשוטו, דכיון דעכ"פ מי שהשור הי' ברשותו פשע בשמירת השור ויש על היזק השור דיני תשלומי נזקין, אמרינן בזה ומכרו את השור החי ולא איכפת לן אף דהשור אינו של אותו שחייב בשמירת נזקין, אבל כל זה לר"ע אפשר לפרש הכי, אבל לר' ישמעאל דסבר ב"ח הוא וזוזי הוא דמסיק בי' ומה דגובין מגוף השור הוא רק מדין גבי' שגובין עבור חובו, רק שהוא משועבד ביותר כמו אפותיקי, א"כ אי אפשר כלל לומר דיגבו משור של הבעלים בעד חובו של השומר או של הגזלן, ולכן

לר' ישמעאל הא דגובין משור שפשע השומר בשמירתו, ע"כ כשני אופנים הקודמים שכתבנו דהחיוב הוא משום לתא דבעלים ולא משום לתא דשומר, ובגזלן שפשע באמת לא יגבו מגוף השור כיון דבעלים לא פשעו כלל והם אנוסים.

וא"כ מיושב שפיר דהתוס' בדף ל"ד במה שכתבו על הא דאמר הגמ' אילו גבך הוי לאו מינך הוי גבי ליה דאינו אלא לומר שאין גוף השור משועבד לבע"ח כמו שמשועבד לניזק ולא משום שהניזק גובה גם ממה ששייך לבע"ח משום דהך ברייתא קאי אליבא דר' ישמעאל כדמוכח מהא דקתני שחטו מה שעשה עשוי, ותלי הגמ' זה בדין מזיק שעבודו של חבירו ולר"ע דאית לי' יוחלט השור דהוי למפרע לשיטת התוס' באמת יצטרך לשלם פחת שחיטה, וכן כתב הרשב"א להדיא דהך ברייתא הוא אליבא דר' ישמעאל וכן כ' המאירי בש"מ וכיון דהוא כר' ישמעאל שפיר סברי התוס' דלא מסתבר דבשביל פשיעת הבעלים יתחייב הבע"ח וכמו שכתבנו, אבל בהכונס שכתבו התוס' דבשביל פשיעת הגזלן יגבו מגוף השור של הבעלים קאי אליבא דר"ע ולהלכה ושפיר אמרינן דכיון דיוחלט השור לא איכפת לן כלל של מי הוא השור, וכיון דאיתא בכלל חיוב נזקין גובין מגופו.

והנה לפי"ז גם מה שכ' רש"י בריש שור שנגח דו"ה נמי יתיישב דג"כ קאי אליבא דר' ישמעאל, וכן מיושבים דברי התוס' שהזכרנו שיישב הש"ך שהשיג ע"ז הקצוה"ח דשם ג"כ הוא אליבא דר' ישמעאל, אכן התוס' שם כתבו עוד בהא דאמר בגמ' אי כר"ע דאמר שותפין נינהו יחזור לכולן מיבעי לי' וז"ל, תימה דלר"ע נמי אמאי אין ראשון נשכר, דלמה יהא מוטל עליו לשמור חלקו כל זמן שלא עמד בדין ולא באו עדים דמה הוא יודע אם יזכה, וצריך לדחות דכיון שיש בידו להביא עדים לאלתר ולזכות מיחייב בשמירתו, עכ"ל, ומוכח להדיא דגם לר"ע אינו מפסיד הניזק אם אין עליו חיוב שמירה ולא כמו שכתבנו, אכן יש לומר דלר' עקיבא כיון דסבר יוחלט השור, ולשיטת התוס' נעשה יוחלט למפרע, א"כ נתברר למפרע דלא הי' של הבעלים כלל מכיון שנגח וגם חיוב שומר אין על הבעלים דהא לא קבל עליו חיוב שמירה וא"כ אם לא נאמר דיש על הניזק חיוב שמירה, יש שפיר סברא לומר דאין חיוב נזקין כלל על זה השור דמצד הבעלים כבר נתברר למפרע דאינו שלהם ומצד הניזק אף דנתברר למפרע דהי' שלהם מ"מ היו סבורים התוס' בקושייתם דמכיון שאינו יודע אם יזכה אינו מוטל עליו חיוב שמירה, ולזה תירצו דבאמת מוטל חיוב שמירה על הניזק.

אכן בכונת דברי רש"י שכתב דאין הניזק מפסיד לר' ישמעאל דלא אמרינן יוחלט השור ודאי יש על הבעלים חיוב שמירה, אלא דמ"מ אין על הניזק להפסיד לר' ישמעאל משום

דלר' ישמעאל לא אמרינן האי תורא דאזקן מיניה משתלימנא וכמש"כ, וכן במה שכתבו התוס' דפעמים שהרביעי אין לו כלום דאזיל אליבא דר' ישמעאל הוא ג"כ משום דלר' ישמעאל לא אמרינן האי תורא דאזקן וכנ"ל -

עכ"פ נתבאר לנו דלר"ע באמת אמרינן הסברא דהאי תורא דאזקן כפשוטו, אף שבגמ' אין הכונה כן לפי' התוס' דהברייתא הוא אליבא דר' ישמעאל, אכן לשיטת הרמב"ם דאינו סובר יוחלט למפרע והעתיק כל הברייתא להלכה א"כ הברייתא הוא אליבא דר' עקיבא וא"כ לשיטתו אתי שפיר ברוחא דהאי תורא דאזקן מיני' משתלימנא הוא כפשטי', וכמו שכתבנו לשיטת התוס' אליבא דר"ע, רק דלשיטת התוס' נצטרך לומר זה לר"ע מסברא דנפשין ולא בפי' הגמ', ולהרמב"ם מיושב שפיר דזהו כונת הגמ' דלא איכפת לן כלל אם בעל השור חייב בשמירתו או אחר שהשור ברשותו מחוייב לשמרו דעכ"פ גובין מהשור וכמו שבארנו.

ולפי מה שבארנו נמצא דיש לנו שני דרכים במה דבתם שמסרו לשומר גובין מגופו, או דנימא דבתם נמי איכא דינא דנכנסו תחת הבעלים, והבעלים נסתלקו מחיוב שמירתם, אלא דמ"מ גובין מגוף השור משום דהאי תורא דאזקן מיני' משתלימנא, וזהו דוקא לר"ע כמו שבארנו, אבל לר' ישמעאל אי אפשר לומר כן וכמו שבארנו, ולכן נצטרך לומר כאופן הראשון שכתבנו דבתם ליכא כלל דינא דמסירה לשומר, ולא ילפינן תם ממועד לענין מסירה לשומר לומר דנכנסו תחת הבעלים אלא הבעלים נשארו בחיוב שמירתם, ומשו"ה שפיר גובין מגופו.

והנה אם נימא כאופן הראשון דבתם ליכא כלל דינא דמסירה לשומר והבעלים נשארו מחוייבים, דלא ילפינן מולא ישמרנו דמועד א"כ כל החיוב הוא מצד הבעלים ולא מצד השומר כלל, ולפי"ז אפי' לשיטת הר"ח דלר' ישמעאל אם נאבד השור משלמים הבעלים, מ"מ אפשר לומר דהשומר לא נתחייב כאן כלל בשמירת נזקין, כיון דכל חיובו של השומר הוא משום דנכנס תחת הבעלים דילפינן מקרא דולא ישמרנו, וכיון דנימא דבתם לא נסתלקו הבעלים מחיוב שמירתן כלל, א"כ ה"נ מנלן לומר דהשומר יתחייב לשלם להניזק, ונוכל לומר דכל החיוב על הבעלים, ואם נאבד השור יתחייבו הבעלים לשלם, אלא דהשומר מחוייב לשלם להבעלים אם גבו מגוף השור משום שנתחייב להבעלים לשמור, [ואם נאבד השור אחר שהחזירו השומר לבעלים, לשיטת הר"ח דהבעלים צריכים לשלם, צ"ע אם השומר יצטרך לשלם עבור זה שהבעלים נתחייבו לשלם בפשיעתו, לפי"מ שכתבו התוס' בדף מ"ה ע"א ד"ה השתא וז"ל, ושור תם דמזיק ברשות שומר אפי' קודם גמ"ד אם יחזירנו שומר לבעלים לא נפטר בכך, כיון דמזיק

ע"י פשיעת שומר ונפל ברשות ניזק להחליט לו מיד לר"ע, ולר' ישמעאל להשתעבד בו לגבות מגופו, והו"ל היזק ניכר שהוא מופסד שנפל ברשות אחרים, וא"כ אפשר דדוקא אם לבסוף גבו מגוף השור, אבל לא אם לבסוף נתחייבו הבעלים לשלם].

אכן מפשטה דמתניתין דשור שנגח דף מ"ד ע"ב דתנן מסרו לשומר חנם ולשואל ונושא שכר ולשוכר נכנסו תחת הבעלים מועד משלם נזק שלם ותם משלם חצי נזק מוכח, דגם בתם החיוב נזקין הוא מצד חיובו של השומר דנכנס תחת הבעלים, ואף דגובין מגוף השור הוא משום אופן הב' שכתבנו דהאי תורא דאזקן מיניה משתלימנא, דאם נימא כאופן הא' דכל החיוב הוא רק מצד הבעלים, ורק דהשומר משלם לבעלים בשביל שפשע בשור של הבעלים, וכמו שכתבו בתוס' הנ"ל, א"כ לא ניחא על תם לשון נכנסו תחת הבעלים, דהא מצד דין חיוב נזקין לא נכנסו תחת הבעלים, וכן מוכח מדברי הנמוקי יוסף שכ' על מתני' וז"ל, נכנסו תחת הבעלים בדלא עבדו שמירה כלל מיירי, ומשו"ה פסיק ותני נכנסו תחת הבעלים דא"א לומר דמחייבי בשמירת נזקין כבעלים, שהרי תם לכו"ע לא סגיא לי' בשמירה פחותה, ושומר חנם לא נשתעבד להו לבעלים אלא לשמירה פחותה ואז כלתה לו שמירתו, א"כ בעל השור שמסרו למי שאינו מחויב לשמרו שמירה מעולה איהו דפשע ומשלם אלא מאי נכנסו תחת הבעלים דאי פשעו בי' ויצא והזיק מחייבי בנזקין כבעלים עכ"ל, ומוכח דמפרש גם בתם דנכנסו תחת הבעלים והם חייבים להניזק כמו שחייבין הבעלים כשלא מסרו לשומר, ולפי"מ שבארנו דלר' ישמעאל בודאי אין החיוב משום דררא דהשומר ע"כ צריך לומר דמתני' הוא אליבא דר' עקיבא דאף שהחיוב הוא מצד השומר מ"מ גובין מגוף השור משום דהאי תורא דאזקן מיני' משתלימנא, ואף דלכאורה מוכרח רק צד זה דלר' ישמעאל ע"כ צריך לומר דהחיוב הוא מצד הבעלים, דאם היה מצד השומר לא היו גובין מגופו, אבל אינו מוכרח שר"ע יחלוק על ר' ישמעאל ולר"ע ג"כ נוכל לומר דהחיוב הוא מצד הבעלים, אכן מכיון דחזינן להדיא במתני' דבתם נמי שייך נכנסו תחת הבעלים לענין חיוב נזקין ע"כ דזה ג"כ תליא בפלוגתא דר' ישמעאל ור"ע, דלרי"ש מכיון דאי אפשר לגבות מגופו אם יהי' החיוב רק על השומר, אמרינן דע"כ בתם לא ילפינן ממועד לענין זה דנכנסו תחת הבעלים.

ועכשיו שבארנו דלר' ישמעאל מה שגובין בשור תם הוא מצד חיובן של בעלים אבל השומר אינו שייך כלל בחיוב נזקין רק שמחוייב לשלם להבעלים מצד היזק ניכר כמו שכתבו התוס' בדף מ"ה, ולר"ע דין גביית השור תם הוא משום החיוב נזקין של השומר, נוכל לבאר דעת הרמב"ם מה שהשמיט תי' הגמ' דקדים ב"ד ותפסי' דהנה הא דפריך בגמ' אי תם הוי מודינא ומיפטרינא ואי תם הוי מעריקנא לאגמא אינם טענות של טעות

לומר דבאופן זה אילו הי' יודע שהוא מועד לא היה מקבל אותו לשומרו, דבפשיטות קבל השור לשמרו על דעת שישמרנו ולא שיפשע ויצטרך לשלם, ומה דמצינו בגמ' בב"ק בדף ס"ב הנותן דינר זהב לאשה ואמר לה הזהרי בו של כסף הוא, פשעה בו משלמת של כסף משום דאמרה לו נטירותא דכספא קבילו עלי נטירותא דדהבא לא קבילי עלי אינו ג"כ משום גדר מקח טעות, אלא דבלא טענה של טעות הא לא נתחייבה אלא בשמירת דינר כסף ולא חייבה את עצמה אלא בשיווי זה אם תפשע אבל כל זה הוא בדו"ד שיש להשומר עם הבעלים, אבל הכא בשמירת נזקין שהתורה חייבה לשומר בשמירת נזקין וכמו שכתבנו למעלה בדעת הרמב"ם דגם מסתמא חייב בשמירת נזקין דגלי קרא מולא ישמרנו דמי שעליו לשמרו והוא ברשותו חייב בשמירת נזקין אם לא שהתנה להדיא דאינו מתחייב בשמירת נזקין, דאז הוי כמו שהתנה דלענין זה אינו שומר כלל.

וא"כ לפי מה שבארנו דלר"ע גם בתם דין חיובי נזקין של השור הוא על השומר אף שגובין מגופו, א"כ לגבי הניזק לא מהני טענה שלו כיון שכתבנו דאינו טענת טעות והניזק אומר לו כיון דעכ"פ היה ברשותך היית מחוייב לשמרו ולכן הנך מחוייב בחיובי נזקין כמו שהיית מחוייב אם היה תם, דבמה שהוא מועד לא יפה כחך בזה, וגם עתה הנך מחוייב לפחות בחצי נזק כחיובי תם, ואף שיטעון השומר אם הי' תם הייתי מודה ומיפטר זה אינו טענה לניזק דאיך יהי' בתם גופא אם עפ"י איזה סבה של טעות לא הודה כגון שלא הי' יודע דהודאה פוטרת או טעות אחר, או שהי' אנוס גמור הא ודאי שכל זה אינו כלום דעכ"פ מכיון שלא הודה חייב, ולכן גם כאן לגבי הניזק אין אלו הטענות טענות כלל, דכיון דעכ"פ בשור תם יש לו חיובי נזקין, יש לו גם לגבי מועד לגבי חצי הנזק דלא פקע ממנו חיובו, ומה שהי' יכול לעשות עצות בתם זהו רק עצות בעלמא אבל עכשיו לפנינו הרי לא הודה ולא הבריח כמו שכתבו התוס', ואם היה תם היו גובין ממנו והיה השומר צריך לשלם, ובפרט לפי מה שבארנו בדעת הרמב"ם לקמן בהלכה י"ב דבשומר בשור תם מעיקר דינא צריך השומר לשלם לניזק מקודם, ואם אין להשומר אז גובין מגוף השור וכפי"מ שבארנו זהו דוקא לר"ע, וא"כ גם בתם עיקר חיוב הנזק הוא על השומר, וגם עכשיו שהוא מועד לא פקע חיובו ממנו, ולגבי הניזק אין לו שום טענות דהניזק לא הטעהו, ובעיקר השמירה כבר כתבנו דליכא מקח טעות, וממילא חייב בשמירת נזקיו של השור.

אבל לר' ישמעאל דכל דינו של הניזק בשור תם הוא עם הבעלים והשומר מחוייב לבעלים משום היזק ניכר שגבו ב"ד שור שלו, כמו שכתבו התוס' בדף מ"ד, א"כ שפיר יכול לומר לגבי הניזק חיובי שור מועד בודאי לא נתחייבתי, ולגבי הבעלים שטוענין לו

אם הי' תם היית ג"כ משלם לנו בעד השור ע"ז טוען שפיר אי תם הוי מודינא ומיפטרנא דלגבי הבעלים שפיר הוא טענה טובה, שעל ידי שהטעו אותו הם צריכים לשלם ושפיר יכול לפטור עצמו כנגד הבעלים -

אלא דאכתי צריך לברר דאפי' לר' ישמעאל איברא דבתם לא נתחייב כלל בחיוב נזקין לגבי הניזק. מ"מ כיון שכתבנו דאין זה טענה של טעות ושומר הוא חייבתו התורה בנזקין אם הוא מועד, וא"כ כמו שכתבנו דלר"ע אין זו טענה דהוי מודינא ומיפטרינא משום דאין זו טענה אלא לגבי הבעלים ולא לגבי הניזק א"כ ה"נ כן הוא לר' ישמעאל דהא עכשיו עכ"פ הוא מועד ומועד חייבה התורה להשומר מקרא דולא ישמרנו.

אכן באמת הדבר מבואר ומבורר דזה ודאי דאין לחייב השומר שישלם משום חיובי מועד כיון שלא ידע שהוא מועד דעיקר דין מועד הוא שהבעלים ידעו שהוא מועד דקרא כתיב והועד בבעליו ולא ישמרנו, ואף דהך קרא בשור שנגח את האדם כתיב, מ"מ ילפינן מינה גם העדה לשור שנגח שור בברייתא דכ"ד כפי גירסת מהר"ם ע"ש. ואף דהך קרא דוהועד בבעליו היינו לענין עיקר דין ההעדאה דאין מעידין עליו לעשותו מועד אלא בפני בעלים וכדילפינן מינה בדף קי"ב דאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד שנאמר והועד בבעליו. מ"מ בודאי מסתבר דאין מקרא יוצא מידי פשוטו. ובודאי צריך שהבעלים שמתחייבין בשביל שהוא מועד צריך שידעו שהוא מועד. ומה דצריך לן לטעמא דאין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד דילפינן מהך קרא. ולא אמרינן דטעמא הוא משום דצריך שהבעלים ידעו. זה אינו קושיא דאי לאו טעמא דאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד לא היה צריך להעיד בפני הבעלים. אלא ב"ד היו מקבלים העדות ומודיעין לבעלים שהוא מועד. לכן ילפינן שפיר מהך קרא דצריך להעיד בפני הבעלים. אבל מ"מ עכ"פ שפיר ידעינן מפשטא דקרא. דצריך שהבעלים ידעו שהוא מועד. ולכן אי אפשר לחייב השומר בחיובי מועד כל זמן שהשומר אינו יודע שהוא מועד.

אכן דיש להעיר ע"ז דכיון שכתבנו דלרי"ש עיקר הדין של הניזק עם הבעלים מה קאמר אי תם הוי מודינא ומפטרינא דמהיכי תיתי יהי' השומר בעלים ליפטר בהודאה מחיוב נזקין של הבעלים דגם אם נימא דהחיוב מצד השומר מהיכי תיתי יהי' מהני הודאת השומר ליפטר, דהא בודאי לא מהני ליפטר אם לא הוי מהני הודאתו לחייב. וא"כ אמאי יהני הודאתו לגבות מגוף השור דאף דעיקר הדין עם השומר היינו כשיבואו עדים, אבל בלא עדים הוי הודאה במקום שחב לאחרים, ואולי נאמר דכיון דקיי"ל דשומר כבעלים לענין תביעה כמבואר בב"ק דף כ"ח שיפטר הגנב בהודאתו לשומר, ה"נ הוא כבעלים לענין הודאה כיון דרשות השומר הוא על השור וידו כידם. ונוכל לומר עוד דהא דאמר

מודינא ומיפטרינא היינו דעיקר ההודאה תהי' על ידו שאצלו נגח, אבל הבעלים היו בודאי מסכימים ומאמינים לו כיון שהוא ליפטר.

ואם לא יתיישב לנו בזה ונבוא להוכיח מקושייא זו דגם לרי"ש הדין של הניזק עם השומר נוכל ליישב ד' הרמב"ם באופן אחר דדוקא לרי"ש כיון דבע"ח הוא וזוזי הוא דמסיק ביה ולשיטת רש"י אם נאבד השור צריך לשלם משאר נכסים. וכן הוא שיטת הר"ח כמו שבארנו. א"כ הוא שפיר בעלים על הודאה על עיקר חיוב הנזק, אבל לר"ע אפי' אם עיקר הדין הוא עם השומר כיון דעכ"פ עיקר החיוב הוא רק לגבות מגוף השור שהוא של הבעלים ולחייב לא הוי מהני משום דהוא חב דאחרים לכן לא מהני הודאתו גם ליפטר. אח"כ ראיתי שבאופן זה האחרון כתב האור שמח וב"ה שכיונתי לדבריו.

אכן עוד צריך ביאור דהא לפי מה שהזכרנו למעלה דשיטת הרמב"ם הוא כשיטת הר"ח דלר' ישמעאל אם נאבד השור גובה משאר נכסים ואיברא דדעת רש"י נמי כן בסוף המניח והקשו על זה התוס' מהא דאמרינן שחטו מה שעשה עשוי. ולדעת התוס' קאי אליבא דר' ישמעאל. ובדעת רש"י אפשר לומר דמה שכ' דלר' ישמעאל גובה משאר נכסים היינו דוקא לאחר העמב"ד שכבר נעשה חוב על המזיק. דכיון דלר' ישמעאל יכול לסלקו ולא להגבותו מגוף השור לכן אמרינן דנעשה על המזיק חוב כפי שיוי של השור. אבל אם אבד או כחש קודם העמב"ד כיון דעכ"פ דין התשלומין הוא לפי שויו של השור לכן לא אמרינן דנעשה חוב כפי שויו בשעת הנזק אלא כפי שויו בשעת העמב"ד כמו דכתוב ומכרו את השור החי דסבר ר' ישמעאל דלב"ד קא מזהר רחמנא וא"כ מה דהיה שוה בשעת הנזק לא מהני כלל. ומיושב קושיית התוס' על רש"י דשחטו מה שעשה עשוי וקאי על קודם העמב"ד ולאחר העמב"ד קתני להדיא בברייתא דלא עשה ולא כלום ולא נצטרך לומר דלר' ישמעאל אחר העמב"ד נעשה הוחלט וכמו שכ' הקצוה"ח דלא משמע כן.

אכן הר"ח פירש להדיא דלר' ישמעאל בכיחש קודם העב"ד משלם המזיק מביתו דדין מגופו הוא כמה שהיה שוה בשעת הנזק. וכן בארנו לקמן בפ"ז דעת הרמב"ם וא"כ אדרבא אי אפשר להעמיד קושיית הגמ' אליבא דר' ישמעאל דמה היה מועיל אם היה מעריך לי' לאגמא כיון שהי' חייב לשלם מביתו ומוכח דקושיית הגמ' אליבא דר' עקיבא וישאר התימה קיימת על הרמב"ם שהשמיט הא דאקדים ב"ד ותפסי'. איברא דלמעלה נסתפקתי בדין זה לר' ישמעאל אם נאבד השור דהבעלים משלמים מביתן אם השומר צריך לשלם ואם היינו אומרים דאין השומר צריך לשלם הי' מיושב -

והנה הישׁ"ש הקשה למה יהי' מותר להעריך לאגמא אפי' לר' ישמעאל אטו מותר להזיק

שעבודו של חבירו. ומה שתירץ הישׁ"ש בשביל שיש להשומר תרעומות על הבעלים שהטעהו אינו מובן כלל. דמה שייך זה לניזק. ועכ"פ איך הי' מותר לו להעריק לאגמא ולהפסיד הניזק ולכן נראה לומר דאף דלשיטת הר"ח לר' ישמעאל בשעת הנזק נעשה על המזיק דין חוב של תשלומי נזקין. והוא צריך לשלם מביתו אפי' אם כיחש השור או נאבד. מ"מ קדימת הגבי' של הנזק חל על הניזק לגבות מגופו. ואין דין גביית שור תם לר' ישמעאל דגובין מגופו רק לטובת הניזק לומר דהוי אפותיקי ומכרו אינו מכור. אלא דכ"ז שהשור קיים אין לו דין כלל לגבות משאר נכסים. ולפי"ז נאמר דבאמת הפירוש מעריקנא לי' לאגמא אינו כלל לשון אבוד דהי' מעריק לי' באופן שהיה נעשה אבוד גם מהשומר. אלא דהפירוש שהי' מעריקו באגם רחוק במקום מרעה שהיה רועה שם. והשומר שפיר יודע מקומו. אלא דלר' ישמעאל כיון שאין על השומר דין חיוב נזקין כלל כמו שבארנו א"כ אינו מחויב להגבות להניזק את השור, וזה אין דין על השומר כלל להודיע להניזק היכן הוא השומר, ואף דבחו"מ סי' צ"ט מבואר דמחרימין על כל מי שיודע היכן הם נכסים של הלוה להודיע להמלוה זהו מגדר השבה, וכיון שיש לו היזק בזה אינו מחוייב מצד השבה, ומהבעלים אין הניזק יכול לתבוע אפי' לר' ישמעאל דכ"ז שהשור קיים ורק שאין הניזק יודע מקומו אין המזיק מחוייב לשלם לו מביתו ויכול המזיק לומר לו חפש אחריו ותמצאנו, ולכן אף שאפשר באמת שימצא אותו מ"מ יכול השומר שפיר לפטור את עצמו לגבי הבעלים מתשלומי חצי הנזק, שאומר אי תם הוי מעריקנא לי' לאגמא ומי יודע אם הי' כבר מוצא אותו וגובה אותו שאז הייתי מחוייב לשלם לך דמי השור, וכ"ז שלא הייתי מחוייב לשלם לך מצד היזק תם אינו מחוייב לשלם לך עתה שהוא מועד, וכ"ז לר' ישמעאל, אבל לר"ע דדין הניזק עם השומר, א"כ הך דינא גופא להגבות להניזק את השור מוטל על השומר, ואינו יכול לומר הוי מעריקנא לי' לאגמא.

והנה לפי המבואר לקמן בהלכה י' מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בדין חיוב שמירת נזקין של שומר אם צריך קבלה מפורשת ומבואר שם משום דכיון דנכנס השור ברשותו נתחייב בנזקין כבעלים, ולדעת הראב"ד אין השומר חייב בשביל שנכנס ברשותו דלא הוי כבעלים, ובארתי ברפ"א באריכות, וא"כ יש לומר דכל זה שכתבנו דאם דינו של השומר עם הניזק אינו טענה דאי תם הוי מודינא ומיפטרינא או הוי מעריקנא לאגמא כיון דעכ"פ קיבל השור לשמור וגם אין מקח טעות, אין זה אלא לדעת הרמב"ם דדין שמירת נזקין הוא חיוב דממילא על השומר כיון שנכנס השור ברשותו ונעשה עליו כבעלים, אבל לדעת הראב"ד דדין שמירה אינו עושה השומר כבעלים לענין נזקין ואינו

חייב שומר בנזקין אלא היכי דקבל עליו בפירוש שמירת נזקין, א"כ גם לגבי הניזק שפיר יכול לטעון לא קבלתי אלא חיוב שור תם שאוכל להודות או להעריך לאגמא, וא"כ הרמב"ם והראב"ד לשיטתם אם להלכה צריך הא דקדים ב"ד ותפסיה דלדעת הרמב"ם הוא דוקא אליבא דר' ישמעאל ולדעת הראב"ד הוא אפי' לר"ע.

הלכה ט

שאלו כשהוא תם והועד בבית השואל והחזירו לבעליו חוזר לתמותו הואיל ונשתנית רשותו בטלה ההעדה, והבעלים משלמים חצי נזק, והשואל פטור שהרי החזירו.

כתב המ"מ פסק רבינו כרב פפא דהוא בתרא דאמר רשות משנה, ובהלכה ח' כתב הרמב"ם להדיא טעמא דרב פפא דלהכי בשאלו בחזקת תם ונמצא מועד לא בטלה ההעדאה משום שכל מקום שהולך שם בעליו עליו, והנה צריך ביאור בסברא דרב פפא דמה שהועד בבית הבעלים מהני גם לבית שואל, משום דרשות השואל לא נחשב רשות אחרת, ומה שהועד בבית השואל לא מהני כשהחזירו לבית הבעלים, משום דרשות הבעלים נחשב שינוי רשות לגבי רשות השואל, והנה אם הי' אפשר לומר דבשעה שנעשה מועד בבית השואל לא נעשה מועד לגבי הבעלים כלל הי' שפיר, אבל באמת זהו טעמא דרבא דרשות אינו משנה, ורק דלאו כל כמינך דמיעדת לתוראי אבל רב פפא לא סבר הכי אלא טעמא לדידי' כשהועד בבית שואל משום דרשות משנה, והרשב"א כתב מתחלה גם על טעמא דרבא דא"א לומר משום דמתחלה לא נעשה מועד לגבי הבעלים, דהא חזינן דגבי אפוטרופוס מהני לעשותו מועד לגבי הבעלים, והיינו דלר"י הוי מעליות יתומים ולריב"ח נמי חוזרים ונפרעים מהם, אח"כ כתב הרשב"א דלעולם הכונה דלאו כל כמינך הוא דלא נתייעד מעיקרא לגבי הבעלים ואפוטרופוס שאני דאפוטרופוס כבעלים, ורב פפא ס"ל דשומר נמי כבעלים ע"כ ד' הרשב"א, עכ"פ סברא זו דלא נתייעד לגבי בעלים זהו רק סברא דרבא, אבל רב פפא לא סבר הכי אלא לדידי' הא דפטור כשהועד בבית שואל והחזירו לבעלים הוא משום דרשות משנה, וא"כ מאי נ"מ בין הועד בבית בעלים ונתנו לשואל או הועד בבית שואל והחזירו לבעלים.

ונראה דשומרים כיון דגלי קרא מולא ישמרנו דנכנסו תחת הבעלים א"כ ע"כ נתחייבו בכל חיובי הבעלים, וכיון דגבי בעלים הוא מועד ע"כ נשאר חיוב ההעדאה גם לגבי השומר, דהא רמי רחמנא על השומר חיובי הבעלים, וסברא דרב פפא דשם בעליו עליו מהני לענין זה, שאם היינו באין לחייב את הבעלים בחיובי נזקי השור היינו אם התורה לא היתה פוטרת הבעלים מחיובי השור כשהוא בבית השומר היינו שפיר יכולין מטעם זה לחייב את הבעלים בחיובי שור מועד, דלגבי הבעלים לא נשתנה רשותו דשם בעליו

עליו. ורק דמ"מ אם באנו לחייב את השומר משום שהשור הוא ברשותו היה מקום לומר דא"כ רשות משנה והוא רשות אחרת, אלא דזה אי אפשר לומר דע"כ השומר מקבל כל חיובי הבעלים, דהתורה הטילה עליו חיובי הבעלים מקרא דולא ישמרנו דמרבה דמסרו לד' שומרים נכנסו תחת הבעלים, ולכן שפיר לא אמרינן רשות משנה, אבל כשהועד בבית שואל אף דעכ"פ לא סבר לסברא דלאו כל כמינך דמייעדת לתוראי מ"מ סבר דשייך בזה סברא דרשות משנה, דכיון דעיקר ההעדאה היתה לגבי השומר, דהשור עומד לענין דיני נזקין ברשות השומר, וא"כ כשהחזירו לבעלים ואינו ברשות השומר שייך לומר רשות משנה, דהא ההעדאה היתה על רשות השומר, ונ"מ בין סברא דלאו כל כמינך דמייעדת לתוראי, ובין סברא דרשות משנה הוא רק לענין זה אי ס"ל רשות משנה לענין מכירה, דלרבא לא ס"ל רשות משנה ורק בהועד בבית שואל הבעלים פטורים משום דלאו כל כמינך, ור"פ סבר דטעמא משום רשות משנה, ולכן לענין מכירה נמי רשות משנה, והרמב"ם פסק כר"פ.

והנה לקמן פ' ו' הלכה ו' כתב הרמב"ם שור שהועד ונמכר או ניתן במתנה חזר לתמותו שהרשות שנשתנית משנה דינו, אבל אם השאילו או מסרו לשומר הרי הוא בחזקתו, וכן שור שהועד בפני אפוטרופסין ונתפקח החרש ונשתפה השוטה והגדיל הקטן אע"פ שבטלו האפוטרופסין הרי הן מועדין בחזקתן שהרי ברשות בעלים הן עכ"ל, וכתב המ"מ שם שור שנגח דו"ה מחלוקת אם רשות משנה אם לא ופסק כרב פפא דהוא בתרא, ואוקמתי בתרייתא דאמר כולה ברייתא דרשות משנה אתיא, והשאילו היינו טעמא דכל מקום שהולך שם בעליו עליו, וזהו טעם לשור שהועד בפני אפוטרופסין וכר' יוסי דאמר הרי הוא בחזקתו, אע"ג דמעיקרא אוקימנא הך דר' יוסי משום רשות אינה משנה, ואנן קיי"ל רשות משנה, רב פפא אמר חרש [שוטה וקטן] אע"ג דבעלמא משנה הכא לא, זהו דעת רבינו ולא ראיתי חולק, עכ"ל.

והנה במה שכתב המ"מ דר"פ אמר דחש"ו אע"ג דבעלמא רשות משנה הכא לא, אף דר"פ לא מיירי כלל מדינא דאפוטרופסין, דהא דהועד בפני האפוטרופסין הוא במתני' בדף ל"ט פלוגתא דר"מ ור' יוסי, ושם ע"ב בברייתא פלוגתא דסומכוס ור' יוסי ואמר בסתמא דגמ' דפליגי אי רשות משנה, ור"פ הוא בדף מ' ע"ב בברייתא דהועד בבית שואל דפריך גמ' רישא אסיפא, דברישא קתני דאף דהועד בבית בעלים והשאילו לא בטלה ההעדאה, ובסיפא קתני דהועד בבית שואל והחזירו לבעלים דחזר לתמותו ועל זה אמר ר"פ דכולה ברייתא רשות משנה ורישא הוא משום דכל מקום שהולך שם בעליו עליו, אבל לא מיירי ר"פ כלל בדין אפוטרופסין ומנ"ל להמ"מ דר"פ חולק אסתמא דגמ'

דמוקים דפליגי ברשות משנה.

אכן כונת המ"מ היא פשוטה דבפלוגתא דר"מ ור' יוסי ודאי דהלכה כר' יוסי וא"כ לסתמא דגמ' דמוקים דפליגי ברשות משנה קיי"ל רשות אינה משנה, וא"כ ר"פ דמוקים כולה ברייתא רשות משנה ומוכח דסבר רשות משנה, ע"כ דסבר דר"מ ור' יוסי לא פליגי ברשות משנה, וגם ר' יוסי סבר רשות משנה, ורק דהועד בפני אפוטרופסין ובטלו האפוטרופסין אין כאן שינוי רשות כלל.

אבל מה שכתב המ"מ דהשאילו היינו טעמא דכל מקום שהולך שם בעליו עליו וכתב ע"ז דזהו הטעם לשור שהועד בפני האפוטרופסין ומשמע דחד דינא הוא שואל ואפוטרפסין וכן הוא לשון הרשב"א שהבאנו שכתב ואפוטרפוס שאני דאפוטרופס כבעלים ור"פ ס"ל דשומר נמי כבעלים, וזה תמוה טובא דא"כ שומר ואפוטרופס צריך להיות שוה ואמאי אמרינן דהועד בבית שואל והחזירו לבעלים חזר לתמותו משום דרשות משנה, והועד בפני אפוטרופסין ובטלו האפוטרופסין הרי הן מועדין בחזקתן, ומצאתי שהיש"ש בפ"ד סי' י"ד האריך בזה לסתור דעת הרמב"ם וז"ל, ואי אפשר לי' לתרוצי אא"כ בחילוק דק וקלוש שגבי אפוט' חשיב שם בעלים הראשונים טובא ואפוט' במקום בעלים עומד, א"כ מועיל האי טעמא דאף כשהועד בפני האפוט' חשבינן לי' כאילו הועד בפני הבעלים דברשות בעלים הוא עומד וק"ו היכי שהועד בפני הבעלים ובא ליד האפוטר' וגבי שואל אינו חשוב כ"כ שם בעליו הראשונים עליו ואינו מועיל אלא לענין זה שאם הי' מועד גבי בעלים ובא ליד שואל שרשות אינו משנה, אבל כשהועד בבית שואל שהוא רשות אחר לא חשבינא כאילו הועד בבית בעלים מטעמא דשם בעליו עליו ואינו אלא דברי נביאות עכ"ל עיי"ש שהאריך.

אכן בדעת הרמב"ם צריך לומר דסובר דלא דמי כלל שואל לאפוטרפוס משום דשואל יש לו דין רשות אחרת דמשום זה חייבין שומרין בנזקין משום דנכנס השור ברשותן, כמו שהארכתי בריש פ' א', ורק דמ"מ לגבי חיוב הבעלים אם היו מחוייבין אמרינן דלא נשתנה הרשות משום דכל מקום שהולך שם בעליו עליו, וממילא ע"כ הוי מועד גם לגבי השומר כיון דנכנס תחת הבעלים ונתחייב בחיובי הבעלים, אבל אפוטרפוס אינו רשות אחר כלל ומדויק שלא כתב הרמב"ם ברשות האפוטרפסין אלא בפני האפוטרפסין, והיינו שהעמידו האפוט' שישגיח על שור היתומים, אבל לא הכניסו אותו לרשותו כלל, וזה מוכח עוד יותר דבהלכות נחלות פ' י"א הלכה ד' כתב הרמב"ם כשמעמידין אפוטרפוס מוסרין נכסי היתומים להאפוט', והכא לא הזכיר שמוסרין השור להאפוט', ונוכל לומר דזהו שיטת הירושלמי שהבאנו בפ' א' דאפוט' חייב משום מעמיד, ומוכח

דאינו חייב משום שומר והיינו משום דלא הכניסו השור ברשותו, ואינו חייב אלא משום שסמכו עליו ב"ד במה שהבטיח לשמור השור, וזה מבואר עפ"י דברי המ"מ בפ' ב' מהל' שכירות הלכה ח' בהא דהנח לפני, דהוי ש"ח דהוא דוקא שהניח לפניו בסמטא בתוך ד"א או בחצר שלו. וזה שלא כדעת הטור דבסלוק בעלים מתחייב השומר.

ולפי"ז מבואר שפיר דאפוט' לא הוי רשות אחרת כלל, ומבואר מחלוקת הסוגיא הקודמת ורב פפא, דסוגיא הקודמת סוברת דאפוט' חייב מדין שומר ובשומר היכי שהועד בבית שומר והחזירו לבעלים אמרינן רשות משנה, אבל ר"פ יסבור דאפוט' אינו רשות אחרת ואינו חייב משום שומר אלא משום מעמיד כדאיתא בירושלמי, ולכן לא הוי שינוי רשות כלל, ועיין מה שכתבנו עוד מזה בפ"ו הלכה ג', ובדברי הרשב"א והמ"מ אף שבדבריהם משמע דמדמין שומר לאפוט' אך ע"כ אין כונתם כן וביחוד בדברי הרשב"א דהא תחלת קושייתו הי' ממה דגבי אפוט' מהני לעשותו מועד לגבי הבעלים, וע"ז כתב דאפוט' כבעלים ואח"כ כתב דר"פ ס"ל דשומר נמי כבעלים והא ר"פ ס"ל דהועד בבית שומר לא הוי מועד לגבי הבעלים, וע"כ דאין כונתו לדמות שניהם זל"ז ממש, ובודאי שלשון הרשב"א והמ"מ דחוק, אבל ביאור עיקר הענין נראה כמש"כ:

הלכה י

שומר שקבל עליו שמירת גוף הבהמה בלבד אבל לא שמירת נזקי' והזיקה פטור מלשלם והבעלים חייבים, קבל שמירת נזקי' והזיקה חייב השומר, ואם הוזקה פטור והבעלים עושים דין עם המזיק.

השגת הראב"ד: דין עם המזיק. א"א זה אינו מחוור דמתחזי מגמ' דמסתמא לא מקבל עלי' שמירת נזקי' שהיא מזקת דאמרינן בפ"ק, ואם קבל עליו שמירה ביום חייב, ואפשר דאיהו נמי ה"ק שלא פירש שמירת נזקי' עכ"ל.

כ' המ"מ מימרא בסוף הפרק דמ"ה ומש"כ אבל לא שמירת נזקי' מאמרו ז"ל מסופק מה ידין רבינו בשקבל עליו שמירה סתם, והמפרשים חלוקים בזה, ונראה מלשונו שהוא סובר דמן הסתם חייב בכל, וכן דעת הרשב"א ז"ל אא"כ הכיר בשור שהוא נגחן שהוא פטור כשהוזק דלא הו"ל לאסוקי אדעתי' כדאיתא התם - וכ' הלח"מ שמה שכ' המ"מ מימרא בסוף הפרק דמ"ה אינו כן, דשם איתא אר"א מסר שורו לש"ח הזיק חייב הוזק פטור, ומקשה אי דקביל עליו שמירת נזקיו אפי' הוזק נמי ומשני לעולם דקביל וכגון שהכיר בו שהוא נגחן, א"כ היכי דקביל עליו שמירת נזקין אפי' הוזק נמי בסתם שור, ודלא כהרמב"ם, ורק דאפשר לומר דמה דאמר הגמ' שמירת נזקין הכונה שמירה סתם אבל ראי' אין מכאן להרמב"ם, ולכן כתב הלח"מ דמקור ד' הרמב"ם הוא מהגמ' דפרק א'

דף י"ד דאמר שם הב"ע שקבל עליו שמירת גופו ולא שמירת נזקיו, והיינו דינא דהרמב"ם דשמירת גופו קבל ולא שמירת נזקיו. ע"כ תורף דברי הלח"מ.

והנה דבריו אינם מבוררים דפתח בסוף דברי הרמב"ם, והקשה על מה שכ' הרמב"ם דבקבל שמירת נזקיו פטור על הוזק דבגמ' סוף שור שנגח מוכח דאינו כן, וכ' מקור לדברי הרמב"ם מדף י"ד דהיכי דקיבל שמירת גופו ולא שמירת נזקיו אינו חייב על היזק. ואיזה מקור הוא לסוף דברי הרמב"ם, וצריך לומר דכונת הלח"מ דמסוף שור שנגח אין משמעות כלל בדברי הגמ' לפרש הלשון שמירת נזקיו, דקאי על הזיק ולא על הוזק, דהא אדרבא מקשה להדיא אי דקבל עליו שמירת נזקיו אפי' הוזק נמי, רק דיש ליישב דכונת הגמ' בכאן על שמירה סתם, אבל עכ"פ אין כאן ראי' על פי' לשון שמירת נזקיו, ולכן הביא מדף י"ד דלפחות אשכחן שם בלשון הגמ' דכונת הלשון שמירת נזקיו קאי על מה שהזיק, ואף שלא נזכר שם הדין היכי שקבל עליו שמירת נזקיו, אבל עכ"פ כיון דמוכח דלשון שמירת נזקיו הולך על מה שמזיק השור אין לנו לחייבו יותר.

אכן לפי"ז תמוהין לי דברי הלח"מ שנסתפק אח"כ בכונת הרמב"ם בתחלת ההלכה ונוטה לפרש דברי הרמב"ם כשיטת הראב"ד דהיכי דקבל שמירה סתם אינו חייב אלא על מה שהוזק ולא על מה שהזיק, דהא כיון דכתב בעצמו דאנו מוכרחין לפרש דמה דקאמר הגמ' בשור שנגח אי דקבל עליו שמירת נזקין, הכונה סתם שמירה ולא דק הגמ' בלישנא וכן כ' הרשב"א שם, דאם לא נאמר כן יש לנו סתירה מפורשת על סוף דברי הרמב"ם, וכיון דהתם הכונה שמירה סתם א"כ הרי יש לנו גם ראי' מפורשת דהיכי דקבל שמירה סתם חייב בין על מה שהזיק בין על מה שהוזק, ודלא כדברי הראב"ד אלא כמש"כ המ"מ בכונת הרמב"ם, וכן כ' הרשב"א להדיא וכן מוכח פשיטות דברי הרמב"ם בלשונו כאן, וממה שכ' בהל' ד' המוסר בהמתו וכו' חייב השומר ומוכח דלא בעי קבלה בפי' אלא כשמסר בהמתו סתם חייב השומר, ובאמת גם ד' הראב"ד תמוהין דאם רצה לחלוק על דברי הרמב"ם צריך לחלוק גם על סוף דבריו. אבל היכי רצה לפרש דגם כונת הרמב"ם כן דהא מסוף ההלכה מוכח ע"כ דצריך לפרש הגמ' דשור שנגח בשמירה סתם ומוכח להדיא דבשמירה סתם חייב בכל, וכמו שהוכיח הרשב"א בחדושיו ע"ש.

והנראה בזה עפי"מ דצריך לבאר מה שהשמיט הרמב"ם הא דאיתא בדף מ"ה א"ר אלעזר מסר שורו לשומר חנם הזיק חייב הוזק פטור ואוקמה רבא כגון שהכיר בו שהוא נגחן וסתמא דמילתא דאזיל הוא ומזיק אחרינא קביל עלי' דאזיל אחריני ומזקי לדידי' לא קבל עלי', וצריך ביאור למה השמיט הרמב"ם דין זה והמפרשים לא עמדו ע"ז כלל.

ונראה דבאמת עיקר סברא דגמ' אינה מובנה דבשלמא אם היינו אומרים דבשור שהוא

נגחן כיון דלא הוי אורחא שאחרים ינגחוהו הוי אונס. אז היה שפיר מובן טעמא דפטור השומר, אבל בגמ' לא אמר טעמא דהוי אונס אלא דסתמא דמילתא לא קביל עלי', ומוכח דעיקר הנזק לא הוי אונס וכן בדין דאטו בשביל שהוא נגחן אי אפשר שיבוא נגחן אחר וינגחהו, ועיקר סברת הגמ' משום דסתמא דמילתא לא קבל עליו שמירה לענין זה, וזהו תימה דכיון שהשומר קבל עליו סתם שמירה א"כ מאי איכפת לן דלא אסיק אדעתי' שיבוא שור ויגח אותו, דהא בדין שמירה נכלל כל מיני היזק ואינו צריך השומר לחשוב על כל מין היזק בפרט, אלא דמקבל שמירת גופו שלא יארע לו היזק, וא"כ מה בכך דלא אסיק אדעתי' כיון דאנו אומרים שאינו אונס.

לכן נראה דהנה בסוגיא דהקדר פליגי רבי ורבנן אם בסתמא קבל עלי' נטירותא, ומיבעי שם בסוגיא היכי דקבל עלי' נטירותא דנפשי' הוא דקבל עלי', או דילמא דעלמא נמי קבל עלי', ופסק הרא"ש דמספיקא אמרינן דדוקא נטירותא דנפשי' קבל עלי', וכבר הארכתי בפ"ג הלכה ט"ו דסוגיא דב"מ דף פ"א דתולה פלוגתא דרבי ורבנן באבעיא דהנח סתמא, ומחלק הגמ' בין חצר לרה"ר מוכח דסבר דפלוגתא דרבי ורבנן לאו דוקא על נטירותא דנפשי', אלא כדאמר רבא דברשות שמירת קדירות קבל עליו בעל החצר אפי' נשברו ברוח דנעשה שומר ממש, אלא דמ"מ יש לומר דכיון דאשכחן בהך סוגיא דפ' הפרה דסבר דהא דאמרינן דבסתמא קבל עלי' נטירותא אינו שמירה ככל דיני שמירה, ע"כ אפשר לומר דאפי' לפשטן של דברי רבא דסבר כן בסוגיא דב"מ דאמר דברשות שמירת קדרות קבל עליו בעל החצר ואפי' נשברו ברוח, מ"מ כל זה לענין שאר הזיקות, אבל לענין היזק נגיחה לא קבל עליו, וזהו סברת הגמ' בהא דסוף פ' הפרה דאמר אי דלא קבל עליו שמירת נזקיו אפי' הווזק נמי ליפטר ונפרש דקבל עליו לא כפי' הרשב"א דקבל עליו היינו סתם שמירה, דלפי"ז צריך לומר דלא קבל עליו היינו דאתני להדיא שאינו מקבל עליו שמירה, והיכי ס"ד דגמ' הכי הא קתני מסר שורו לשומר חנם ואי התנה שאינו מקבל עליו שום שמירה, א"כ איך הוא נקרא שומר חנם, לכן בודאי פשטן של דברים דפירושא דקביל עליו היינו קבלה מפורשת, ודלא קבל עליו היינו שלא קבל מפורש אלא קבלו סתם, ומ"מ סבר הגמ' דאפי' אי נימא כהך צד אבעיא דנטירותא דעלמא נמי קבל עליו היינו משאר היזקות לבד נגיחה.

וטעמא דמילתא הוא דבאמת שמירת נגיחה לא דמי לשאר שמירות דבשעה שנופל על שור הניזק שור נגח ונוגחו, מצוי טובא שאין השומר יכול לשמרו וללחום נגד השור והוי כמו ליסטים דשומר פטור, וכן שור השמור ברגע שחפץ ליגח חבירו גם כן מצוי שאין השומר יכול למנעו מזה, וע"כ עיקר השמירה הוא שלא יבוא לידי כך ושלא יהי'

מקורב לשוורים אחרים באופן שיגח או ינגחוהו, והנה מצינו בגמ' בב"מ דף צ"ג דש"ח לא איבעי' לי' לאעבורי חדא חדא, וא"כ יקשה באמת טעמא דחיוב שמירת נזקין, אך באמת זה אינו דשם מיירי בבהמות של הרועה שמסרו לו דבהמות אלו אינו מחויב להעבירם חדא חדא, דבעה"ב בעצמו אינו מעביר בהמותיו חדא חדא, אבל להתרחק מבהמות אחרים שלא יגחו שלו ודאי מחויב השומר, וכן דרך גם הבעה"ב בבהמות שלו, אלא דמ"מ נוכל לומר דכל זה בשומר שקבל קבלה מפורשת, אבל בשומר שקבל הבהמה סתם בלא התחייבות שמירה, ורק דלרבנן אמרינן בסתמא קבל עלי' נטירותא, בזה סבר הגמ' דדוקא מהיזקות אחרים מחויב אבל לא משמירת נגיחה דזהו שמירה יתירה לשמרם שלא יתקרבו לבהמות אחרים, ומה דתנן במתני' מסרו לש"ח ולש"ש וכו' נכנסו תחת הבעלים היינו דוקא בקבלה מפורשת על שמירה וש"ח דומיא דש"ש דקבל שמירה מפורש.

ומה שהביא הגמ' לחדש חילוק זה, הוא ממה דתנן במתני' דהקדר ואם הכניס ברשות בעל החצר חייב, וקשה דכיון דטעמא דרבנן משום דברשות קבל עלי' נטירותא א"כ מאי איריא דחייב בעל החצר אם הקדרות שברה בהמתו של בעה"ב והפירות אכלה בהמתו של בעה"ב, וכן בהכניס שור אם נגחו שור של בעה"ב הא כיון דחייב מטעם שומר, אם כן אף אם הוזקו מעלמא, וזהו טעמא דגמ' בסוגיא דהקדר דבעי אי נטירותא דנפשי' קבל או נטירותא דעלמא נמי קבל, וכתבו התוס' דאף דרבא אמר להדיא דאפי' נשברו ברוח, ואפי' חנק את עצמו מיבעי לי' דילמא דיחוייא בעלמא הוא, וקשה טובא מהיכי תיתי יפלוג הגמ' על מה דקאמר רבא בלא טעמא.

אכן לפימש"כ מיושב דמתני' דתנן דוקא באם הזיקו שור בעל החצר ובהמת בעל החצר מוכיחה דאילו הוזקו מעלמא פטור אפי' לרבנן, אכן לסוגיא דב"מ דסבר להדיא דהוי שומר אפי' אי איתזק מעלמא יקשה מתני', ולכן זהו שהוכיח לסוגיא דב"ק בהא דשקיל וטרי בדר"א דאמר מסר שורו לש"ח דסבר הגמ' בפשיטות דלא מיירי בקבל עליו שמירה סתם, דא"כ ודאי הוא שומר לכל מילי, ואי דלא קבל עליו כלל אלא שמירת נזקין, ומפרשינן דנזקין היינו שלא יזיק וכמו דפסק הרמב"ם, א"כ לא שייך לומר מסר שורו לש"ח דהא אינו ש"ח כלל על השור אלא לענין מה שקבל עליו דהיינו שישמור אותו שלא יגח אחרים, ולומר דאשמעינן זה גופא דלשון שמירת נזקיו היינו רק שלא יזיק משמע לגמ' דאין זה חידוש כלל, וכמו דפשיטא לגמ' בדף י"ד דלשון שמירת נזקין היינו שלא יזיק, ולכן מפרש בגמ' לישנא דר"א דאמר מסר שורו לש"ח היינו דבאמת הוי ש"ח, והיינו שהכניס אצלו שורו בסתם דהוי ש"ח לרבנן, ומ"מ סבר הגמ' דזה דוקא

לענין שמירת שאר אונסין, אבל לא לענין נזקין, ועכשיו ניחא מה דתנן בכל בבי דמתניתן אם הוזקו משור או בהמתו של בעה"ב, דאף דגבי קדירות ופירות גם אם הוזקו מעלמא חייב בעה"ב, מ"מ כיון דגבי נגיחה אינו חייב אם הוזק מעלמא, לכן תנן הכי בכולהו בבי דמתני', כמו דכתב הרשב"א להדיא דמתני' תנן ברישא איידי סיפא ובסיפא איידי רישא, ואף דלשיטת הרמב"ם לא צריך לזה דהרשב"א כתב זה רק לשיטתו שהוא שיטת התוס' דבנגח שור גם רבי מודה, והרמב"ם אינו סובר כן, מ"מ עכ"פ חזינן דניחא ליה להרשב"א לפרש כן. וגם אנו נאמר בטעמא דגמ' אפי' לפי דעת הרמב"ם.

ולפי"ז שפיר מיושב דסבר הגמ' דאם קבל השור בסתם דלרבנן הוי שומר, ורק דאמרינן דלענין נגיחה לא קבל עליו, וממילא אם קבל עליו שמירת נזקין יש בכלל זה בין שלא יזיק בין שלא יוזק כיון דבאמת הוא שומר, וכיון שקבל גם מנזקין אמרינן דקבל לכל מילי דנזקין, וזהו החילוק בין גמ' דהכא לגמ' דדף י"ד דמשמע התם דשמירת נזקין הוי רק לענין שלא יזיק כמו שהביא הלח"מ. וכונתו צ"ל דהוא מהא דאמר שם לעולם דאזקי' תורא דמשאיל לתורא דשואל, והב"ע כגון שקיבל עליו שמירת גופו ולא קיבל עליו שמירת נזקיו, ומדלא תירץ כן גם באופן דאזקי' תורא דשואל לתורא דמשאיל, מוכח דמה דלא קבל עליו שמירת נקזין אינו פוטרו לשואל אם נגח שור שלו לשור של המשאיל ואף דלכאורה אין זה הוכחה כלל דבשואל ודאי חייב באונסין, ובודאי חייב אם ניזק השור ששאל בכל אופן, מ"מ כיון דלשיטת הרמב"ם ע"כ מיירי שהתנה מפורש שאינו מקבל שמירת נזקין, וע"כ דשמירת נזקין דהתם היינו רק שלא יגח, אכן לדברינו מבואר טעמא דכיון דקיבל עליו מפורש שמירת גופו, אמרינן דבודאי גם שלא יגחו אותו הוי בכלל שמירת גופו, ומה שהוציא שמירת נזקין הוי רק שלא יגח ורק כאן בהא דר"א כיון שקבל עליו שמירה לרבנן ע"י שהכניסו סתם ורק דאמרינן דשמירת נזקין מכיון שצריך לזה שמירה יתירה לא קבל עליו, ולכן אמרינן דכיון שהזכיר מפורש שמקבל עליו שמירת נזקין דאז כבר הכל בכלל ונכלל בזה גם שלא יגחו אותו כיון דבלא זה הוא שומר בסתם.

ומיושב מה דפסק הרמב"ם דקבל עליו שמירת נזקין אינו אלא לענין שלא יגח אף דבגמ' בהא דר"א אמר להדיא דשמירת נזקין הוא בין שלא יגח בין שלא יוגח, אך החילוק מבואר דהרמב"ם קאי להלכה דפסקינן כרבי ומסתמא לא קיבל נטירותא, ואז אמרינן דסתם שמירת נזקין אינו אלא לענין שלא יגח, ואף דראי' ברורה לזה מדף י"ד ליכא אף שהלח"מ הראה משם מקור לדברי הרמב"ם משום דכיון דקיבל בפירוש שמירת גופו אמרינן דמה שהוציא מן הכלל שמירת נזקין הוא דוקא לשלא יגח ולא שלא יגח דהא אם יגח הוא ג"כ שמירת גופו, אבל היכי שלא קבל רק שמירת נזקיו אפשר דשלא יוגח הוא

ג"כ שמירת נזקין, מ"מ כבר יש מקום לומר דכיון דעכ"פ הגמ' בדף י"ד דפשוטה סותרת להגמ' דשו"ש וצריכים אנו לחלק ביניהם ע"כ מסתבר להרמב"ם דלהלכה אליבא דרבי שלא קבל כלל שמירה אמרינן דסתם שמירת נזקין הוי רק שלא יגח כמו בהא דדף י"ד שקבל שמירת גופו להוציא שמירת נזקין והא דפ' שו"ש דאמרינן דשמירת נזקין הוי בין שלא יגח בין שלא יוגח היינו משום דקאי לרבנן דבסתמא הוי שומר, ולכן אם הזכיר להדיא שמירת נזקין הוי משניהם וכנ"ל.

ומבואר בזה דכל סברא דאמרינן דכשהכיר בו שהוא נגחן סתמא דמילתא דאזיל הוא ומזיק אחריני קבל עלי' דאזלי אחריני ומזקי לדידיה לא קבל עלי' היינו דוקא בשור שקבלו סתם וגם קבל עליו שמירת נזקין, דבסתם שור אמרינן דהכל בכלל ובהכיר בו שהוא נגחן לא אמרינן הכל בכלל, אבל בקבל עליו שמירה מפורשת לא שייך זה כלל דכיון שהוא שומר מפורש ודאי חייב בכל אונסי השור.

ועכשיו מיושב מה שהקשינו בדעת הראב"ד דאיך מפרש בדעת הרמב"ם דגם כונת הרמב"ם הוא דוקא שלא פירש שמירת נזקין, דהא מסיפא מוכח דמפרש כפי' הרשב"א דאיירי בגמ' כשקבל סתם שמירה ומ"מ אמרינן להדיא דחייב בחיובי נזקין, ועוד למה לא השיג על סוף דברי הרמב"ם כיון שהוא מפרש בגמ' דלא כהרשב"א, וקבל שמירת נזקין דגמ' היינו שקבל עליו מפורש, וא"כ אמרינן בגמ' דדוקא כשהכיר בו שהוא נגחן, אבל בסתם שור בכלל שמירת נזקין בין שלא יזיק בין שלא יוזק אבל לפי"מ שכתבתי מבואר שפיר, דהרמב"ם נמי מפרש בגמ' דלא כהרשב"א ושמירת נזקין דאמרינן היינו כפי' הראב"ד דקבל עליו להדיא שמירת נזקין, ומה דאמר בגמ' דבאופן זה חייב השומר בין שלא יזיק בין שלא יוזק היינו בהכניסו סתם, ולרבנן דנעשה שומר באונסין דמעלמא גם בלא קבלה מפורשת, ולכן מהני הקבלה על נזקין לכלול נזקין בשאר דיני שמירה, אבל להלכה דקיי"ל כרבי ובסתם לא קבל כלל שמירה, וממילא אם קבל עליו שמירת נזקין הוי רק לשלא יזיק וכנ"ל.

אלא דמ"מ כתבנו כמה פעמים דדעת הרמב"ם הוא דשומר חייב בשמירת נזקין גם בלא קבלה מפורשת, משום דפשטות דברי הרמב"ם משמע כן, והראב"ד לא כתב אלא ואפשר, אבל בפשוטו הלא בהלכה ד' כתב בסתם דמוסר בהמתו לש"ח וכו' נכנסו תחת הבעלים ולא התנה שיקבלו שמירת נזקין, וכאן כתב אם קבל להדיא שמירת גוף הבהמה אבל לא שמירת נזקיה, ואח"כ כתב קבל שמירת נזקיה ולא התנה אבל לא שמירת גופו והיינו דבסתמא אם מקבל רק שמירת נזקיה אינו מחוייב בשמירת גופה והיינו משום דקיי"ל כרבי וכנ"ל.

והנה בדף י"ג ע"ב איכא סוגיא שלימה שהבאנו למעלה הא דאמר שם כגון שקיבל עליו שמירת גופו וכו', ויש שם הרבה חילוקי דינים באזקי' תורא דשואל לתורא דמשאיל ובאזקי' תורא דמשאיל לתורא דשואל, והטור קבע מזה סימן שמ"ז וכן בשו"ע והרמב"ם השמיט כל הסוגיא ולא מצאתי לנו"כ שעמדו בזה.

ונראה דעיקר חידוש הסוגיא הוא עיקר הברייתא דקתני כשהזיק חב המזיק להביא ש"ח והשואל נושא שכר והשוכר שהזיקה בהמה ברשותן תם משלם חצי נזק ומועד משלם נזק שלם, ושקיל וטרי בגמ' אם בהמת השואל הזיקה לבהמת המשאיל או בהמת המשאיל הזיקה לבהמת השואל ומסיק דמיירי דבהמת המשאיל הזיקה לבהמת השואל וכגון שקבל עליו שמירת גופו ולא שמירת נזקיו, ולכן המשאיל משלם לשואל, והנה בפ"ג הלכה י"ד בבאורנו בסוגיא דהקדר מבואר דפליגי ר' זירא ורבא אליבא דרבנן דלר' זירא סברי רבנן דכשהכניס שור חברו ברשות קבל כל אחד שמירה על המזיק שלו וחייבין כ"א יותר מדינו דאף דמעיקר הדין שניהם ברשות שניהם פטורים אבל בהכניס שור חברו קבל כ"א שמירה על המזיק שלו וחייבין, ולרבא רק בעל החצר קבל שמירה בתורת שומר ולא המכניס.

ולכן הך דינא דמבואר הכא בסוגיא דשומר שקבל שמירת גופו ולא שמירת נזקיו חייבים הבעלים כשהזיק שורם לשור השומר אינו אלא אליבא דר' זירא ולרבנן, אבל לרבא אליבא דרבנן דלא אמרינן דכל אחד מתחייב על שמירת המזיק שלו ורק בעל החצר מקבל עליו שמירה בתורת שומר, א"כ אפי' באופן דבעל החצר קבל עליו שמירת גופו ולא שמירת נזקיו ובעל החצר אין לו דין שומר מ"מ הבעלים צריכים להיות פטורים, דעכ"פ הוי שניהם ברשות ופטורים דעכ"פ הבעלים לא קבלו שמירה מפורש, וכ"ז אליבא דרבנן איכא נ"מ בין ר' זירא לרבא אבל לרבי בין לר' זירא בין לרבא שניהם פטורים כמו שבארנו שם, ושיטת הרמב"ם דפטורים אפי' בנגיחת שור, וא"כ זו הסוגיא אינה אלא אליבא דרבנן ולר' זירא ולא אליבא דרבא ובפרט דקיי"ל כרבי דלדידי' לכו"ע פטורים, ואף דלכאורה יקשה איך יפרש רבא הך ברייתא כיון דלדידי' גם לרבנן פטור המשאיל, אך באמת הברייתא אפשר לפרש כפשוטה דאיירי שהבהמה שנכנסה ברשות השומרים הזיקה לעלמא וכבר תמה בש"מ מנ"ל לגמ' לומר דמיירי באזקי' תורא דמשאיל לתורא דשואל או להיפך, ואמאי לא מפרש שהזיקה לעלמא, וכתב דהגמ' מדייק מדקתני שהזיקה ברשותן ומשמע דההיזק הי' ברשותן, ואם נכנס שור אחר לרשותן ודאי פטורים דהוי ברשות המזיק ולכן מפרש הגמ' שהזיקה בהמתו של זה לבהמתו של זה, וכ"ז אפשר להעמיד לרבנן אליבא דר' זירא וע"כ דהך סוגיא סברה הכי, אבל לרבא אפי' לרבנן

א"א לפרש כן, וע"כ דלא נדייק כלל תיבת ברשותן ונפרש הברייתא כפשוטה דהבהמה שנכנסה לרשות השומרים הזיקה לעלמא וההיזק הי' ברה"ר, ולרבי דקיי"ל כותי' בודאי א"א הך דינא דגמ' וכנ"ל, ולכן שפיר מיושב מה שהשמיט הרמב"ם הך סוגיא:

הלכה יא

מסר השומר לשומר אחר השומר הראשון חייב לשלם לניזק שהשומר שמסר לשומר חייב. והרי הניזק אומר לו למה לא שמרת אתה בעצמך ומסרת לאחר, שלם לי אתה ולך ועשה דין עם השומר שמסרת לו אתה. מסרה השומר לבנו או לבן ביתו או למסעדו נכנסו תחת (הבעלים) [השומר] וחייבים.

השגת הראב"ד: מסר השומר לשומר וכו'. א"א כל זה אינו מחוור אלא הניזק גובה מן שני או מאיזה שירצה, ועד שאומר לשומר יאמר לבעלים למה לא שמרת אתה את שורך וחיי ראשי כל מה שכתב בזה שלא לצורך הוא דליכא למימר [הכא] אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר שהרי הבעלים (אין) [אינם] מפסידים כלום.

המ"מ כתב שלא ידע כונת הראב"ד. ועיין בלח"מ שהטור כ' דהשגת הראב"ד הוא דמשמע מדברי הרמב"ם דאינו גובה אלא מהראשון ולא מהשני, והראב"ד השיג דגובה גם מהשני, והב"י כתב דגם דעת הרמב"ם כן דיכול לגבות גם מהשני, והלח"מ כ' דהשגת הראב"ד הוא דיגבה גם מהבעלים, והנה מש"כ הב"י דגם דעת הרמב"ם דהניזק גובה גם מהשני לא משמע כן כלל בדברי הרמב"ם, דא"כ החילוק בסוף ההלכה היכי דמסרה לבנו או לבן ביתו דנכנסו תחת השומר אינו אלא לענין פטורא דהשומר וא"כ לא הו"ל לומר וחייבים. דהא גם ברישא חייב השני והול"ל פטור השומר, ומדכתב וחייבים מוכח דגם זהו רבותא דחייב השני. אך מ"מ א"א לומר דזה בלבד הוא כונת ההשגה מה שאינו גובה מהשני, דא"כ למה השיג במש"כ הרמב"ם שהניזק אומר לו למה לא שמרת אתה את שורך, דהא על מה שגובה מן הראשון אינו חולק הראב"ד והי' לו לחלוק על מה שאינו גובה מהשני, וגם אין לומר כד' הלח"מ דכונת ההשגה דיגבה גם מהבעלים, דבאמת א"א לומר כן דאם נימא דאף דתנן נכנסו תחת הבעלים, מ"מ יכול הניזק לגבות גם מהבעלים וא"כ מה פריך הגמ' הכא בהכונס ושומר קמא איפטר לי' לגמרי דמנ"ל כן לגמ' הא כמו דתנן נכנסו תחת הבעלים, ומפרשינן דזה רק לענין לחייב השומר אבל לעולם דגם הבעלים חייבים, א"כ ה"נ בשומר שמסר לרועה דתנן נכנס הרועה תחתיו ג"כ היינו לענין דחייב הרועה, אבל לעולם דגם השומר לא נפטר, ומדפריך הגמ' ע"כ דכיון דתנן נכנס הרועה תחתיו היינו דהשומר נפטר לגמרי, וא"כ כדתנן נכנסו תחת הבעלים היינו ג"כ דהבעלים נפטרים לגמרי, ומה שהביא הלח"מ ממה שכ' הראב"ד בהשגה

בהלכה ד' אלא שי"ל דלעולם אין הבעלים ניצולים מיד הניזק, כבר כתבתי שם דהראב"ד קאי על בכדי שידע עיי"ש, עוד תמוהין ד' הראב"ד במה שכתב דליכא למימר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר דהיכי מצא הראב"ד דכונת הרמב"ם בשביל אין רצוני דבפשוטו משמע דברי הרמב"ם דלא הי' לו רשות לסמוך על אחר והיה לו לשמור בעצמו, ואין זה משום גדר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, אלא דלא הי' לו רשות להסתלק ושלא לשמור בעצמו.

והנראה לבאר דברי הראב"ד דהנה בהא דאמר הגמ' בהכונס ושומר קמא איפטר לי' לגמרי לימא תיהוי תיובתא דרבא דאמר שומר שמסר לשומר חייב, ולכאורה רבא הא מיירי בדיני שמירת גופו ומטעם את מהימנת לי בשבועה והכא מיירי לענין ניזק דלא שייך את מהימנת לי, וע"כ צריך לומר משום דהתם מיירי לענין אם נאנס הפיקדון, וע"ז אמר דהיאך לא מהימן לי בשבועה שנאנס, וממילא שמעת מינה דאם פשע השני חייב הראשון, והכא מיירי לענין אם פשע השני, ולכן מייתי שפיר דשמעינן מהא דמחייב רבא בשומר שמסר לשומר בשמירת גופו משום את מהימנת לי בשבועה, דעכ"פ הראשון אין לו רשות להסתלק ולהעמיד תחתיו השני דאי יש לו רשות להסתלק א"כ אינו מוטל עליו עכשיו חיוב שבועה כלל. והשני הוא השומר והשני צריך לישבע. ואף דאפשר לומר דזהו גופא טעמא דאינו יכול להסתלק והיינו דבאמת הי' יכול להסתלק ולמנות במקומו שומר אחר, ורק דמכיון דיש לבעלים לומר היאך לא מהימן לי בשבועה לכן לא ניחא לבעלים שיסתלק וימסור שמירתו לאחר, ומשום הכי אינו יכול להסתלק, ולפי"ז לא הי' ראיה מדין שמירת גופו לגבי בעלים לדין שמירת נזקין לגבי הניזק, דליכא טענה דאת מהימנת וממילא דבאמת יכול להסתלק.

אכן יש לומר דאה"נ דמסוגיא זו שמעינן דפי' את מהימנת לי בשבועה אינו טעם דמשום הכי אינו יכול להסתלק, אלא דבעיקר דינא שומר אינו יכול להסתלק, ואפי' מ"ד שומר שמסר לשומר פטור אינו אלא באם נאנסה, אבל אם פשע השומר השני ואין לו לשלם לכו"ע חייב השומר הראשון, ובאמת מפורש כן ברש"י בב"ק דף י"א ע"ב בד"ה שומר שמסר לשומר וז"ל פטור הראשון בכל אותן דינים שהי' פטור אם היתה אצלו פטור נמי השתא ולא אמרינן פשיעה היא זו שמסרה לאיש אחר עכ"ל, ומוכח להדיא דאם פשע השני לכו"ע חייב הראשון. ובאמת הוי מצי הגמ' למיפרך דגם מ"ד שומר שמסר לשומר פטור צריך להיות גבי נזקין חייב דהא הכא מיירי בפשע השני, אלא דכיון דמ"ד פטור לא אמר בהדיא דאם פשע חייב, לכן פריך מרבא דאמר שומר שמסר לשומר חייב, ומפרש בגמ' דמה דחייב ומוכח דאינו יכול להסתלק אינו בשביל זה דהשני לא יהי'

נאמן בשבועה, אלא דבעצם אינו יכול להסתלק וכנ"ל, וכמו דהוא מוכח באמת מדברי רש"י דמ"ד פטור ולא סבר הטעם דאת מהימנת מ"מ אם פשע חייב וכנ"ל.

ובמה שבארנו נראה דכונת הראב"ד בהשגתו דסובר דמה דחייב הראשון אם פשע השני לדעת הרמב"ם הוא בשביל הטענה דלא הי' לו רשות למסור, ומטעם זה אינו מחייב הרמב"ם את השני לגבי הניזק משום דלא נעשה השני שומר לגבי הניזק, כיון דלא הי' להראשון רשות למסור, והראב"ד השיג בשני הדברים בין בהלכה וסובר דגובה גם מהשני דשפיר נעשה שומר, ובין בהטעם במה שכתב בטעמא דחיובא דראשון משום דלא הי' לו רשות למסור לשני, וע"ז כתב הראב"ד דאינו צריך זה כלל, דאפי' אם רשאי למסור מ"מ אם פשע השני ודאי חייב הראשון, ואפי' למ"ד שומר שמסר לשומר פטור דלא פליג אלא אם נאנס וכמש"כ, ואף דהבעלים נפטרים במסירתן לשומר ואפי' פשע השומר חייב רק השומר ולא הבעלים, היינו משום דהבעלים לא קבלו על עצמם שמירת השור, ורק דהתורה רמי עליהו חיובא לשמור שורם, והתורה פטרתם במסירתן לשומר כדרשינן במכילתא מולא ישמרנו, אבל השומר שקבל על עצמו שמירת השור ונתחייב באחריות נזקיו לא נפטר במסירתו לאחר, דזה פשוט צריך לומר לכולי עלמא דהמסירה לשומר אינו נחשב לשמירה מצד המוסר וכמו שהי' נועלה בדלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה, כמש"כ הנתה"מ בסי' ע"ז לענין מסר למי שרגיל להפקיד דהוי כמו שמסר לו בתיבה מסוגרת, דא"כ לא הוי מהני הסברא דאת מהימנת ובפרט לענין נזקין בודאי הי' פטור, וע"כ דלא הוי כשמירה דהא תלוי בדעת השומר ולא הוי כדלת דתיכף כשנעלה הוא משומר בעצמו, ורק דיש לו רשות למסור לשומר אחר על אחריותו, אבל אם פשע האחר צריך הוא לשלם, והא דפטור מלשלם כשמסר לאשתו ובניו או רועה דמסר לברזילי', היינו משום דכיון דאורחי' בהכי הוי כמו שאמר לו המפקיד שימסור להם, אבל אינו משום דזהו גופי' שמירה, ולכן משיג הראב"ד דזהו דבר פשוט דאין צריך הסברים דלכו"ע הראשון לא נפטר במסירתו בלא טענת דלמה לא שמרת אתה, ואי דנימא דבאמת ס"ל לרמב"ם דאפי' שמרו השני כראוי מ"מ חייב הראשון, וכאן א"א לומר משום דאת מהימנת וע"כ יהי' צריך לומר משום דלא הי' לו רשות למסור לאחר ויהי' זה מגדר פשיעה, וע"ז הוא שהשיג הראב"ד דליכא למימר הכא אין רצוני, היינו דלגבי הניזק בודאי לא שייך דטענת אין רצוני של הבעלים יעשה פשיעה לגבי הניזק ולכן כ' שפיר הראב"ד דכל מה שכתב שלא לצורך היינו דהיכי דפשע השני אין צורך להטענה דלמא לא שמרת, דמשמע דמגרע גרע בזה שלא שמרו בעצמו דאינו כן אלא דעכ"פ לא הרויח בזה, ואפי' אם הי' שפיר רשאי להעמיד אחר מ"מ כשפשע השני חייב

הראשון כמש"כ, ואין לומר דכונת הרמב"ם לענין אם שמרו כראוי ונאנס ויצא דזה א"א דליכא למימר הכא אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר דלא שייך זה לגבי הניזק.

-השמטות ומלואים-

עיין לעיל בד"ה ובמה שבארנו, שכתבתי לבאר דברי הראב"ד במה שהשיג על הרמב"ם שכ' שהשומר השני פטור לגבי הניזק והראשון חייב משום דאומר לו למה לא שמרת אתה ומסרת לאחר וע"ז השיג הראב"ד וסובר דהשומר השני חייב לגבי הניזק ובמה שכ' הרמב"ם הטעם דלמה לא שמרת אתה כראוי כ' הראב"ד דל"ד לזה ומשום דאפי' אם רשאי למסור מ"מ זהו דוקא אם נאנס אבל אם פשע ודאי דהראשון חייב דלגבי' לא הוי שמירה מה שמסרם לאחר ולא דמי לבעלים שלא קיבל עליו שמירה ורק דהתורה הטילה עליו ובזה סגי בזה שמסרה לשומר, אבל בשומר שקבל נטירותיה לא הוי שמירה בזה דאינו דומה לנעל בפניה כראוי דהתם כיון שנעל היא משתמרת אבל הכא זה תלוי ברצון השומר ולכן אם פשע השומר השני הוא על אחריות הראשון ואי דנימא דהרמב"ם סובר שגם אם שמרה השני כראוי מ"מ חייב הראשון, וכאן א"א לומר מטעם את מהימנת, וע"כ יהיה צריך לומר משום דלא היה רשות למסור לאחר ויהיה זה מגדר פשיעה, וע"ז הוא שהשיג הראב"ד דליכא למימר הכא אין רצוני, דלגבי הניזק בודאי לא שייך דטענת אין רצונו של הבעלים יעשה פשיעה לגבי הניזק וטענת אין רצוני אינה מועילה לגבי הניזק, ולכן כ' הראב"ד דכל מה שכתב הרמב"ם כאן הוא שלא לצורך עי"ש, ויש להוסיף דאף דלרבא דסבר הטעם משום דאת מהימנת לי בשבועה לא סבר דאין רצוני עושה שיהיה פשיעה וא"כ לפי"ז צ"ב דכששמרה השני איך יתחייב הראשון בזה נוכל לומר כמש"כ בפ"א הל' א' באות י"ד, דאם נימא דבאמת חייב לשלם כשממונו הזיק ורק דכששמרה השמירה היא פטור שפטרה התורה להבעלים א"כ כששמרה אחר והוא לא שמרו חייב דאיך יוכל לבוא בטענת אונס דמאי הו"ל למעבד כיון שלא שמרה כלל, וע"ז כתב הראב"ד דלא שייך כאן אין רצוני ולגבי הניזק שפיר יכול למסור לאחר דלא הוי כמו שאחר שמרו וזהו לפי שיטתו של הראב"ד דהשני ג"כ חייב וא"כ לא הוי כמו אחר.

אכן בדעת הרמב"ם נראה דס"ל דבשומר שמסר לשומר לענין שמירת גופו, אם לא הי' הדין דאין השומר רשאי למסור לאחר והי' להשומר רשות למסור הפקדון לאחר הי' נפטר בכך אפי' אם פשע השומר השני ולא משום דהוי כאלו נתנו בתיבה מסוגרת, אלא משום דדרך הבעלים לעשות כן בשלהם, וכיון דדרך הוא שהבעלים מוסרים לשומר גם השומר הי' רשאי למסור לשומר ונסתלק בזה מחיובו במה שמסרה לשומר ורק דכיון דמשום דינא דאין רצוני אין השומר רשאי למסור הפקדון לאחר לכן חייב דאף דמשום

אין רצוני לא הוי פשיעה למאן דאמר שומר שמסר לשומר פטור, או לרבא דאינו מחייב אלא משום את מהימנת לי בשבועה ולא משום פשיעה, היינו דסברי דהא דאין רצוני אינו עושה פשיעה בגוף הפקדון משום דעכ"פ הפקדון לא הי' בלתי משומר דהא מסרו לבן דעת, אבל מ"מ לענין זה שפיר מהני הך דינא דאינו רשאי למסור הפקדון משום אין רצוני דאין השומר יכול להסתלק, כיון דאינו רשאי למסור לשומר אחר, ולכן כשמסר אף דאין בזה פשיעה כיון דהפקדון הוא בשמירה, אבל הוא לא נפטר מחיובו כיון דלא הוי כמו בתיבה מסוגרת וכמו שכתבנו, ולכן אם פשע השומר השני חייב השומר הראשון.

וכיון שכן הוא הסברא לגבי שמירת גופו לשיטת הרמב"ם נאמר דסובר כן גם לענין שמירת נזקין דאם הי' השומר רשאי למסור הפקדון לאחר מצד הבעלים הי' נפטר בכך גם לענין שמירת נזקין דאף שכתבנו בטעמא שהי' פטור אם הי' רשאי למסור משום דדרך הבעלים לעשות כן בשלהם, וגבי נזקין לא מהני הך טעמא כמו דאינו פטור בנזקין אם על בעידנא דעיילי אינשי, מ"מ כיון דמצד הבעלים היינו אומרים דיש לו רשות למסור ממילא הי' פטור לגבי שמירת נזקין דהא לא גרע מבעלים וכמו דנתנה התורה רשות לבעלים למסור לשומר ולהסתלק מחיובם, כן הי' נפטר השומר במסירתו לשומר אחר, ורק דכיון דאין לו רשות למסור הפקדון ולהסתלק משמירה מצד הבעלים בשביל הא דאין רצוני לכן לא נפטר גם משמירת נזקין, ואף דלכאורה מה שייך זה לשמירת נזקין ואמאי לא יהי' יכול לפטור עצמו לגבי הניזק דמה שייך הניזק לטענת הבעלים משום אין רצוני, מ"מ כיון דס"ל לרמב"ם דדינא דשמירת נזקין הוא ג"כ בסתמא ולא צריך קבלה בפירוש וכמו שפסק בהל' הקודמת, והיינו משום דכיון דחייב בשמירת השור ונעשה בעלים על השור ממילא הוי בעלים לענין נזקין וכמו שכתבנו למעלה, א"כ הכא כשמסר השומר הראשון לשומר השני כיון שלא הי' לו רשות למסור, א"כ לא נכנס השור ברשות השומר השני ולא נעשה עליו בעלים, ולכן אף דהבעלים כשמוסרים לשומר נסתלק מעליהם דין חיוב שמירת נזקין ונפטרו אפי' כשפשע השומר וכמו שכתבנו, היינו משום דנכנס השור ברשות השומר ונעשה עליו כמו בעלים, אבל הראשון כשמסר לשני לא נפטר כיון דלא נכנס השור ברשות השני ולא נעשה עליו בעלים, כיון שלא הי' לו רשות למסרו.

ולכן הוא באמת חד מילתא במה דהראב"ד חולק על הרמב"ם בשני דברים כמו שכתבנו היינו בדינא דהרמב"ם ס"ל דהשני פטור לגבי הניזק, ובטעמא שנתן הרמב"ם בשביל שלא הי' רשאי למסור, והראב"ד השיג עליו בשניהם דלגבי הניזק צריך להיות חייב גם השני, כיון דלא שייך לגבי' אין רצוני, וגם בטעמא דאינו נפטר הראשון דס"ל להראב"ד

דבלא טעמא כיון שפשע השני ודאי חייב הראשון, אבל הרמב"ם ס"ל באמת דהשומר השני פטור לגבי הניזק דלא נעשה כלל בעלים על השור ולא נתחייב מדין התורה לגבי הניזק בשמירה, ואף דבודאי מחויב בחיובי שמירת גופו לגבי שומר ראשון היינו משום שנתחייב בשמירתו אבל לא נעשה בעלים על השור, ואפשר שיתחייב בחיובי שמירה אף שלא נעשה בעלים, כיון דבשומר יש גם גדר ערב שסמך המפקיד עליו ועל פיו הניח אצלו הפקדון, וכמו שכתב הרמב"ן בקדושין דף ח' לענין זרוק מנה לים שצירף לזה הא דהכישה במקל והיא תבוא דבפרק השואל, וזה ודאי דשומר שיתחייב רק מטעם ערב לא נעשה בעלים ולא נכנס ברשותו וכיון דלא נכנס השור ברשותו ולא נעשה בעלים על השור לכן לא נפטר השומר הראשון מחיוב שמירתו.

ולפי"ז מה דקיי"ל דהנח לפני הוי ש"ח לדברי המ"מ פ"ב משכירות בשם הרשב"א דמיירי בד' אמותיו מתחייב שפיר באופן כזה גם בחיובי נזקין, אבל לפי' הראב"ד שהביא המ"מ דמיירי דאמר לו הכישה במקל והיא תבוא אם נימא דהוא מגדר ערב בלא קנין משיכה לא מהני שמירה כזו להתחייב בחיובי נזקין, אלא דכ"ז אם לא נתחייב בפי' בשמירת נזקין וכדעת הרמב"ם, אבל אם נתחייב בפי' בשמירת נזקין וכדעת הראב"ד בהלכה י', א"כ שפיר שהשומר נתחייב להבעלים בשמירת נזקין כמו בשמירת גופו.

והנה לפי"מ שכתבנו בדעת הרמב"ם דמה דחייב השומר הראשון אם פשע השני גם בשמירת גופו, הוא משום דלא הי' לו רשות למסור, אבל אם הי' לו רשות למסור הי' מסתלק מחיוב שמירתו בכך, כיון דכן דרך בעלים למסור לשומר, א"כ כשהיו הבעלים רגילים להפקיד אצלו פטור הראשון גם אם פשע השני, וזהו כדברי הב"י בטוח"מ סי' ע"ב סכ"ד במה דסובר שם הטור דגם אם רגילים להפקיד מ"מ אם פשע חייב, וכתב ע"ז הב"י דהרמב"ם דסובר בפ"ד מה' שאלה ופקדון דכשמסר לאשתו ובניו פטור אם פשע חולק על הטור, והמל"מ שם בפ"ד מה' שו"פ הביא דברי הב"י וכתב שיש לחלק בין אשתו ובניו למי שרגיל להפקיד ע"ש בדבריו, אכן לדברינו מבואר דשיטת הרמב"ם כמו שכתב הב"י דכיון דברגיל להפקיד יש לו רשות למסור לכן פטור הראשון גם אם פשע השני אח"כ ראיתי שכן כתב הרמב"ן בחידושיו לב"מ דל"ו.

ושיטת הראב"ד דסובר דלא צריך כאן לטעמא דלא הי' לו רשות למסור וכתבנו בדעתו דסובר דלענין חיוב הראשון אם פשע השני לא צריך לטעם זה, צריך לומר דיסבור כדעת הטור דברגיל להפקיד ג"כ חייב הראשון אם פשע השני, ואף דבפ"ד מה' שאלה ופקדון לא השיג על הרמב"ם במה דפטר השומר כשמסר לאשתו ובניו אפי' אם פשעו יהי' צריך לחלק לשיטתו בין רגיל להפקיד לאשתו ובניו וכמו שחלק המל"מ, ונמצא לפי"ז

דהרמב"ם והראב"ד כאן מחולקים במחלוקת זו במסר למי שרגיל להפקיד ופשע השני אם חייב הראשון דהרמב"ם סובר דפטור וכמו שכתב הב"י בדעתו והראב"ד סובר דפטור וכדעת הטור וכנ"ל.

ולענין שמירת נזקין הנה לענין חיובו של השומר הראשון אם פשע השני כבר ביארנו דבזה חולקים כאן הרמב"ם והראב"ד, דהרמב"ם סובר דדוקא בשביל שאינו רשאי למסור לכן חייב הראשון והראב"ד סובר דאפי' אם הי' רשאי למסור הי' ג"כ חייב הראשון ומה דפטור הרועה שמסר לברזילי' הוא משום דלא דמי למסר למי שרגיל להפקיד, דרועה דמסר לברזילי' דמי למסר לאשתו ובניו, אכן לדעת הסוברים דבמסר לאשתו ובניו ג"כ חייב המפקיד צריך לומר דלא דמי שמירת נזקין לשמירת גופו לענין זה, דלענין שמירת גופו שפיר כתבו בתוס' דכל אחד ימסור לאשתו ובניו ויאכלו הפקדון ולא יהי' להם לשלם, אבל לענין שמירת נזקין לא שייך זה וכיון דמסר הרועה לברזילי' הוי כמו שמסרו לברזילי' הבעלים עצמם כיון שיודעים דאורחי' דרועה למסור לו, ולכן פטור הרועה לגמרי.

וכל זה לענין חיובו של השומר הראשון אכן לענין חיובו של השומר השני דכתבנו דהרמב"ם סובר דהשומר השני פטור משום דלא נכנס לרשותו כלל, כבר כתבנו דזהו רק לשיטת הרמב"ם דשמירת נזקין הוא בסתמא וחיובו הוא בשביל שנכנס לרשותו ונתחייב כבעלים, אבל הראב"ד לשיטתו דסובר דשמירת נזקין הוא דוקא כשקבל בפי' שמירת נזקין, וא"כ שפיר גם השני כיון שקבל בפי' שמירת נזקין הלא עכ"פ נתחייב לגבי השומר הראשון שקבל ממנו כמו שנתחייב לו לענין שמירת גופו, וממילא גובה ממנו גם הניזק אכן ממש"כ הראב"ד או מאיזה שירצה מוכח דאפי' יש לראשון נכסים גובה הניזק משני אם ירצה ומוכח דסובר דכיון דנתחייב השני בפי' בשמירת נזקין נתחייב גם לגבי הניזק אפי' אם הראשון לא הי' לו רשות למסור:

הלכה יב

כל שומר שנתחייב לשלם ואין לו והי' המזיק תם שהוא משלם חצי נזק מגופו, הרי הניזק משתלם מן הבהמה שהזיקה וישאר דמי מה שגבה הניזק חוב על השומר לבעל הבהמה.

מדברי הרמב"ם מוכח דאם יש לשומר אומרים תחלה לשומר שישלם לניזק, ויש לעיין בזה דאמאי יהי' השומר מחויב לשלם מתחלה לניזק, דהא גם הבעלים אינם מחויבים לשלם מביתם והניזק אינו גובה אלא מגוף השור, ואין לומר דזהו מדינא דר' נתן דכיון דכשיגבה הניזק השור יהי' השומר צריך לשלם לבעלים לכן גובה הניזק מן השומר מדר'

נתן, אבל באמת זה אינו מתרי טעמי, חדא דלא שייך כאן כלל לבוא מדר' נתן כיון דכל כמה שלא תפס הניזק את השור אכתי אינו מחויב השומר לשלם לבעלים ובגדר אחוי טרפד ואשלם לך, ועוד דאפי' בדינא דר' נתן אין מוציאין מן הלוה השני כ"ז שיש לראשון נכסים בני חורין כמבואר בסי' פ"ו א"כ איך אפשר להניזק לתבוע את השומר, ואין לומר דכונת הרמב"ם כאן להשמיענו רק דאפי' אין להשומר מה לשלם להבעלים, מ"מ גובה הניזק מן השור דלא הי' להרמב"ם לכתוב כל שומר שנתחייב לשלם, דהא כ"ז שלא גבו את השור לא נתחייב לשלם, ולכן נראה דסובר הרמב"ם דאף דבשור תם אין הבעלים מחויבין לשלם מן העלי', ואין לניזק אלא לגבות מגופו, מ"מ שומר מעיקר דינא מחויב לשלם החצי נזק, ואם אין לו גובין מגוף השור, ומקור לדברי הרמב"ם הוא ממתני' דדף מ"ה דתנן ארבעה שומרים נכנסו תחת הבעלים וכו' תם משלם חצי נזק, ומוכח דהוא משלם תשלומי נזקין ולא שהוא משלם להבעלים, ועוד דקתני דומיא דמועד, ואף דא"כ גרע שומר מבעלים דהבעלים אין משלמים נזקי תם מן העלי' ושומר משלם מן העלי' יש לומר דאה"נ דכיון דאנו למדין מקרא דשומר נתחייב בחיובי הבעלים, ובתם אין גובין אלא מגופו ע"כ השומר חייב משום שאם יגבו השור ע"כ צריך לשלם, על כן אנו אומרים דמעיקרא חייב השומר.

אך כ"ז להבנת הרמב"ם דלא אמרינן יוחלט קודם העמב"ד, וכמש"כ הקצה"ח בסי' ת"ז וכן מוכח באמת לשון הרמב"ם בפ"א שכ' חייב לשלם מגוף המזיק ולא אמר נוטל את השור, ואח"כ כתב עוד דאינו חייב לשלם אלא מגוף המזיק, ולכן לפי' הרמב"ם גם לר"ע יכול לסלקו בדמים בשעת העמב"ד דכסף הם התשלומים היותר טובים, ומשום זה הוא דאפשר שהשומר יצטרך לשלם לניזק, דאם נאמר דאין יכול לסלקו אין שייך כלל שהשומר יצטרך לשלם לניזק, והא דאמרינן בדף י' אי תם הוי משתלם מגופו, ומתרץ משום דאמר לו סוף סוף לאו תורא בעית לשלומי לדידי, ומשמע מכאן דלא כמו שכתבתי מ"מ כיון דדברי הרמב"ם מוכיחים כמו שכתבתי ע"כ דהגמ' לאו בדוקא נקט, אלא דבא לגלות הטענות שאפשר משום דעכשיו הוא כבר מועד, ובעד מועד אין השומר צריך לשלם משום שלא ידע שהוא מועד ורק דהבעלים אומרים לו שלם בעד נזקי תם, וע"ז אומר הגמ' אם תם הי' משתלם מגופו והכונה דאם הייתי קצת מסרהב מלשלם הי' הניזק נוטל את השור, וע"ז אמר לו שהיית אתה צריך לשלם לי, ובאמת אדרבא יש להוכיח מכאן אם נאמר דבמועד כל דין חיוב השומר הוא משום שהוא מחוייב לניזק ולא משום שהוא מחויב לשלם לבעלים שגרם היזק תשלומין שלהם דכיון דאינו מגופו אינו חיוב שומרים לשלם בעד ממון שגרם להם, אם לא נתחייב בפי' ואפי' שואל אינו מחויב אלא

באונסי גופו.

ואם נימא כן יקשה אמאי באמת תובעו הבעלים להשומר עכשיו שהוא מועד ומצד הניזק אין השומר מחוייב כיון שלא ידע שהוא מועד, רק שתובעו דעכ"פ אם הי' תם הי' צריך לשלם, דמה שייך תביעה זו דעכ"פ עכשיו אין אונס בהשור, ואנכי אינני מחוייב לך בעד מה שהנך צריך לשלם מן העלי', ואם הי' תם היו גובין מגופו אבל עכשיו לא נאנס השור, ואף דאפשר לומר דהבעלים יכולין להגבות השור להניזק גם במועד מדין תשלומין, אבל זה אינו היזק השור והשומר יכול להחזיר השור להבעלים מקודם ולומר הש"ל, דדוקא בתם כתבו התוס' בדף מ"ד דהוי היזק ניכר דנשתעבד מיד אבל במועד לא נשתעבד עוד.

אכן לפי מה שכתבנו דאפשר לומר דכיון דתנן גבי שומרים תם משלם חצי נזק מוכח דהשומר צריך לשלם להניזק דאף דהוא משום לתא דחיוב הבעלים, אבל עכ"פ עכשיו אמרינן כבר דבאמת הניזק יכול לתבוע גם מהשומר, וא"כ אין להשומר טענות שלא ידע שהוא מועד שיתחייב להניזק, דאומר לו הבעלים דגם בתם היית מחוייב לשלם להניזק, והגמ' כאן רק רישא דסדר החיוב נקט דכיון דסוף סוף לאו תורא בעית לשלומי לדידי ע"כ הנך מחוייב לניזק וממילא גם עכשיו הנך מחוייב לניזק:

הלכה יג

כל בהמה שהזיקה פירות מחוברין משערים מה שהזיקה בששים ומשלם זה שנתחייב לשלם בין הבעלים בין השומרים. כיצד הרי שאכלה בית סאה שמין ששים בית סאה באותה השדה כמה הי' שוה וכמה הוא שוה [עתה] אחר שנפסד בו הבית סאה ומשלם השאר. וכן אם אכלה קב או רובע אפי' קלח אחד שמין אותו בששים.

אפילו קלח אחד, בגמ' דף נ"ח ע"ב היכי שיימינן אריב"ח סאה בששים סאין, ר' ינאי אמר תרקב בששים תרקבין חזקי' אמר קלח בששים קלחים, ופירש"י דשמין כמה שוין למכור ששים בית סאין וכמה עולה שויו של בית סאה לפי חשבון זה, ואח"כ שמין כמה הופחת הבית סאה בשביל הערוגה הנאכלת והקשו בתוס' מנלן שתי שומות, לכן פירשו התוס' דשמין סאה הנאכלת כמה היו נפחתין שויין של ששים סאין בשביל זה, ואח"כ מחשבין לפי חשבון כמה שאכלה בין מעט בין הרבה לפי חשבון היזק סאה, וכתבו בתוס' לפי"ז דסאה אין פירושו בית סאה דאינו מצוי שהבהמה תאכל בית סאה בפעם אחת אלא סאה פירות ממש, ואח"כ כתבו דאם היינו מפרשין בית סאה הי' ניחא טפי.

אכן גם פי' התוס' צריך ביאור דמנלן מקרא שומא על בית סאה ואח"כ חשבון לפי מה שאכלה, ועוד יותר קשה מ"ד תרקב בששים תרקבים דאין לו סמך גם במשנה, ומצאתי

שהרא"ה בש"מ כתב וטעמייהו לא ידענו אא"כ פליגי בגמרא, וכונתו עפ"י קבלתם מרבותיהם, והר"ח והראב"ד פירשו דלעולם אין כאן אלא שומא אחת, ורק מ"ד סאה בששים סאין היינו דאם אכלה בית סאה אז שמין בששים אבל פחות מזה אין שמין בששים אלא בפ"ע וגם אם אכלה ב' וג' סאין ג"כ שמין רק בששים סאין ולא בששים שיעורים, וכן הוא לר' ינאי תרקב בששים תרקבים, וחזקי' אמר קלח בששים קלחים דלעולם שיעור שאכלה שמין בששים שיעורים.

וכתב הגר"א ז"ל בחו"מ סי' שצ"ד דהרמב"ם מפרש כפי' ר"ח והראב"ד וכונתו מזה שכתב הרמב"ם אפי' קלח אחד שמין בששים, מוכח דיש סברא דבשיעור מועט אין שמין בששים והיינו לריב"ח ולר' ינאי, ורק שפוסק כחזקי' דקלח בששים קלחים.

אכן גם פי' הר"ח והראב"ד צריך ביאור מנלן מקרא לומר דדוקא בית סאה או תרקב שמין בס' ובפחות מזה שמין בפ"ע, וכתב הראב"ד ולא ידעתי זה השיעור מאין יצא להם ושמא קבלה היתה בידם וכדברי הרא"ה,

וצריך לומר לדבריהם דאף דבגמ' קאמר מנה"מ אמר רב מתנה דאמר קרא וביער בשדה אחר מלמד ששמין ע"ג שדה אחר היינו דבעי בגמ' לומר דעיקר הדין ילפינן מקרא אבל פרטי הדינים הוא מהלכה, ובכ"ז אינו מרווח כלל דאם הי' ע"ז הלכה הי' הגמ' אומר בפירוש כיון דאין לזה מקום בסברא, וכמו דאמר בגמ' צרורות הלכתא גמירי לה.

ונראה דכולה מילתא ידעינן מקרא דבקרא כתיב כי יבער איש שדה או כרם וגו' וביער בשדה אחר, ומוביער בשדה אחר ילפינן ששמין ע"ג שדה אחר, אכן גם מקודם כתיב שדה או כרם, לכן סברי ריב"ח ור' ינאי דיש כאן שני דיני שדה שדה הנאכלת ושדה ששמין בה, ומכיון שלא נתפרש בתורה שיעור השדה ששמין בה ונוכל לשום באלף סאין ע"כ תפסו חז"ל שיעור המקובל שהוא בששים, דהיינו דעד חשבון ששים אינו מתבטל הפסד שיעור הנאכל, אלא דיש כאן דין שני דהא הזכירה גם בהאכילה שיעור שדה וסבר חזקי' דשיעור שדה היותר קטנה הוא בית סאה, והיינו דבפרק השותפין תנן במתני' ולא את השדה עד שיהא בה ט' קבין לזה וט' קבין לזה, ומוכח דט' קבין הוא שיעור הפחות, אבל יש לומר דשיעור בית סאה שהוא ששה קבין זהו עיקר השיעור, ורק בשביל דדרך להוביר ולכן אפשר דצריך להוביר פעם א' בג' שנים, או להוביר שליש מהשדה בכל שנה וסמך לזה מהא דאמר בהמקבל אוביר תילתא, ואף דבב"ב בדף כ"ט בהא דאמר באתרא דמוברי באגי פי' הרשב"ם לזרוע שנה ולהוביר שנה אפשר דלאו דוקא או דכך הי' מנהג אנשי המקום, אבל בסברא אינו מסתבר דכיון דאמר בב"מ בדף ק"ז לפי' התוס' שם דמאן דניחא לי' דתתבור ארעא ויזרעה שתא חטי ושתא שערי וזה

נחשב כאלו הובירה, א"כ מי זה יבור שדהו כיון שאפשר לזרוע שעורין, וע"כ משמע דאם רוצה להוביר א"צ להוביר שנה אחר שנה אלא שנה אחר ב' שנים, ולכן אם ניחא לי' שלא לזרוע ב' שנים חטים שמחטים מרויח יותר יזרע שנה חטין ושנה שעורים וא"צ להוביר כלל, ואף שבתוס' שם כתבו ג"כ כי כן דרך להוביר שנה ולזרוע שנה מ"מ בודאי הוא לאו דוקא דהוא פשוט דא"א לומר כן כיון שידוע שדרך להוביר ובודאי לא שנה אחר שנה, דא"כ יזרע שעורים ולכן אף שאפשר שצריך להוביר שנה בד' שנים או יותר מ"מ אפשר לומר דהוא בג' שנים דבזה יתיישב שיעור בית סאה דזהו אותו השיעור של ט' קבין רק דט' קבין צריך בשביל השליש שצריך להניח בור, ואף דאפשר לזרוע שנה חטים ושנה שעורים מ"מ תפשו חז"ל שיעור ט' קבין שיהי' יכול לזרוע גם חטים.

ועכשיו שבארנו שיעור היותר פחות בשיעור שדה, א"כ מבואר טעמא דריב"ח בין לפי' ר"ח בין לפירש"י בין לפי' התוס' רק דלא כמו שכתבו בתוס' דהכונה שיעור סאה אלא שיעור בית סאה, והיינו דלפי' ר"ח הוא דכיון שכתוב בתורה כי יבער איש שדה וזה בודאי אי אפשר לומר דאם תאכל בהמה פחות משיעור שדה תהי' פטורה ע"כ סבר ריב"ח דאם אכלה שדה אז שמין בשדה אחר, אבל אם אכלה פחות מזה דיפחת הרבה התשלומין, דעל ערוגה קטנה אם ישומו בששים יפחת שיעור ההיזק לכן שמין בפ"ע.

וכל זה הוא בשיעור שדה דרישא דקרא דכתיב כי יבער איש שדה או כרם, אכן סיפא דקרא דכתיב וביער בשדה אחר ששמין ע"ג שדה אחר, סבר ריב"ח דאנו צריכין לתפוס השיעור היותר גדול משיעור שדה, דזהו פשוט דדרך לעשות שדות מיוחדות ולא כל הבקעה שלו שדה אחת, כדתנן בטהרות ומייתי לה בגמ' בכמה דוכתי הנכנס לבקעה בימות הגשמים וטומאה בשדה פלונית, ולא משמע דהחלוק הוא רק ברשויות שהשדות שייכות לשני אנשים דא"כ הו"ל למתני' וטומאה בשדה של פלוני, ועוד תנן בפרק ב' דפאה ואלו מפסיקין לפאה וכו' ודרך היחיד וכו' וכ' הר"ש דנפקא לן בתו"כ מדכתיב שדך לחייב על כל שדה ושדה, וזהו בבעלים אחד ובמין אחד ונקראים ב' שדות ואיני מביא זה לראי' משום דקרא קאמר דאם יש הפסק בין השדות נקרא שדה אחר, אבל עכ"פ בפשוטו מוכח דדרך הזורעים כן שלא לעשות כל הבקעה שדה אחת והסברא הוא משום דטוב יותר לעשות דרך בין השדות שאם יצטרך לנכש במקום אחד שעלו בו עשבים ובכל הבקעה לא עלו לא יצטרך לדרוס על כל הבקעה לכן המנהג לעשות שדות מיוחדות ולעבור ביניהם וזהו דרך היחיד.

ובזה פליגי ריב"ח ור' ינאי דריב"ח סבר דבית שני כורים הוא שיעור היותר גדול ור' ינאי סבר בית כור, וסמך לשיעורים אלו הוא מה דאמר בשבת דף ז' קרפף יותר מבית

סאתים שלא הוקף לדירה ואפי' כור ואפי' כוריים הזורק לתוכו חייב, ומוכח דאילו שני שיעורים היותר גדולים ואף דאין שייכות שם לשיעור שדה, הכונה דאפי' השיעור היותר גדול דשדה מ"מ נקרא חצר לענין שבת וריב"ח יש לו הוכחה דשני כורים הוא השיעור היותר גדול דכיון דמפרש שאכלה שדה קטנה והיינו בית סאה וכיון ששמין בשדה אחר דהיינו בשדה גדולה וקיי"ל דהשומא צריך להיות בששים א"כ הוא ב' כורין, וכיון דיותר מב' כורין כבר אין לזה שיעור שדה ובקרא כתיב בשדה אחר לשום ע"ג שדה אחר ולא ע"ג בקעה, ולכן אפי' אכלה ב' וג' סאין אין שמין ביותר מס' סאין.

ור' ינאי סבר דשיעור היותר גדול דשדה הוא בית כור, ולכן לדידי' לא דייקינן מה דכתיב כי יבער איש שדה שתאכל הבהמה שיעור שדה קטנה דכיון דמסתבר דלשום ע"ג שדה אחר אנו צריכין לשום השומא היותר כוללת והיינו בששים ושיעור שדה גדולה הוא בית כור, וא"כ ע"כ כי יבער איש שדה אין הכונה שאכלה כל השדה, וכמו שהקשו בתוס' ובכלל אין דרך שתאכל כל השדה בלא שיור, לכן מפרש שמין בית סאה שאכלה חלק ממנה וזהו תרקב דשמין אותה בששים משדה גדולה דזהו בית כור, ור' ינאי נמי סבר דבפחות משיעור דנאמר בקרא אין שמין בששים כיון דזהו חידוש דשמין ע"ג שדה ובשיעור קטן יתבטל שיעור היזק ולכן דוקא אם אכלה תרקב שמין בששים דישומו בבית כור זהו הבנת הסוגיא לפיר"ח.

אכן רש"י ותוס' אינם סוברים דאם אכלה פחות משיעור בית סאה אין שמין בששים, וכיון דעכ"פ אמר ריב"ח סאה בששים סאין ור' ינאי אמר תרקב בששים תרקבין ולכן רש"י מפרש דהם שני דינים, דמה דכתיב בתורה כי יבער איש שדה או כרם אין הכונה שאכלה כל השדה, דבאמת זה קשה כמו שהקשו התוס' דמתי תאכל כל בית סאה, ולכן מפרש רש"י גם לריב"ח דפירושא דכי יבער היינו שתאכל בשדה ומכיון דכתיב וביער בשדה דדרשינן ששמין ע"ג שדה אחר, א"כ יש לנו שני דינים א' מה דכתיב ברישא דקרא שאכלה בשדה, ומדכתב קרא שאכלה בשדה ע"כ ששמין היזק השדה ממה שאכלה, וכיון דשמין היזק השדה ממה שאכלה א"כ מה הוא הדרשה ששמין ע"ג שדה אחר, וע"כ דשיווי השדה שמין ע"ג שדה אחר, וע"כ יוצא מזה שני שומות, וכמו שכתב רש"י.

ולר' ינאי דאמר תרקב בששים תרקבין אין הכונה דחולק על כל שיעור בית סאה דהא במתני' בית סאה תנן, וכן בפירש"י לא הוזכר דר' ינאי חולק על שומא ראשונה דשמין ערוגה הנאכלת בבית סאה, אלא דחולק על שומא שני' דשמין שויו של בית סאה במקח ששים סאין, וע"ז חולק ר' ינאי ואומר בשומא השני' אין שמין בששים סאין דזהו שני כורים משום דר' ינאי סבר דשיעור היותר גדול משדה הוא כור, וממילא צריך לשום

השדה בבית כור וכיון דבסברא צריך לשום בששים דזהו שומא כוללת היותר גדולה, לכן שמין תרקב בששים תרקבים ומזה יודעים אנו לפי חשבון שוי' של בית סאה ואח"כ שמין כמה נפחתה בית סאה בשביל אכילת הערוגה.

ולפירש"י מיושב יותר שיטת ר' ינאי דלפיר"ח קשה דא"כ למה תנן במתני' שמין בית סאה באותה שדה כיון דאין שמין אלא תרקב, וצריך לומר לפירושו דסבר ר' ינאי דמתני' תפשה רק שיעור סאה משום דסאה רגיל במתני' ומיירי בבית סאה הנאכל, אבל מכיון דשמין ע"ג שדה גדולה דשיעורה הוא בית כור וקיי"ל דשומא הוא בששים, ולכן ע"כ דלאו דוקא בית סאה והשיעור הוא חצי דהיינו תרקב או דסבר ר' ינאי דפירוש בית סאה דמתני' היינו שאכלה בשדה של בית סאה ואין הדרך שאכלה כל השדה ולכן לפי שיעור הנ"ל אכלה חצי השדה.

ולפי' התוס' צריך לפרש דעיקר השומא הוא דשמין ההיזק ע"ג שדה גדולה ולא דשמין שויה של השדה בשדה גדולה, ולכן אמרה תורה כי יבער איש שדה דאנו שמין ההיזק כאלו אכלה שדה קטנה ושמין בשדה גדולה ולכן הוא לריב"ח בית סאה בששים סאין, ולר' ינאי ג"כ כמו לפירש"י דסובר שיעור שדה קטנה, אבל משיעור השדה גדולה דהוא בית כור ע"כ דכי יבער איש שדה אינו שאכלה כולה ולפי החשבון של בית כור אכלה חצי השדה, רק דעיקר הוא דאנו שמין ההיזק בששים אגב שדה גדולה וזהו תרקב בששים תרקבין, וכל זה הוא לריב"ח ור' ינאי אבל חזקי' לא סבר כלל לא שיעור שדה גדולה ולא שיעור שדה קטנה וזהו לכל הפירושים בין לפיר"ח בין לפירש"י בין לפי' התוס' אלא דיש רק שיעור אחד דכמה שאכלה שמין ע"ג שדה אחר בששים. -

ומה דהקשו בתוס' דלפירש"י לחזקי' דאמר קלח בששים קלחים למה תנן במתני' בית סאה לא ידעתי קושייתם דודאי לחזקי' פירושא דמתני' הוא בית סאה הנאכל, אבל לריב"ח ולר' ינאי הוא כמו שבארנו.

והנה ידעתי שימצאו מפקפקים בהשערות למצוא שיעורים לשיעור שדה גדולה ושדה קטנה, אך אם כן עלינו לקבל דברי הראשונים לומר דקבלה היתה בידם ופליגי איך הי' הקבלה. אך גם לפי דבריהם יועילו דברי הרבה בביאור הדברים, דלפי"ד הראשונים לבד אנו צריכים לומר דמקרא אין לנו יסוד אלא ששמין ע"ג שדה אחר, והשיעורים בית סאה ותרקב הוא מהלכה א"כ הוא הלכה חדשה בגדר הלמ"מ כמו הלכה דצרורות והו"ל לגמ' לומר כן, אבל לפימש"כ נוכל לומר דעיקר היסוד הוא מקרא דהוזכר אכילת השדה ושיעור ע"ג שדה אחר, ורק דאם גם לא מסתבר לומר דיחלוקו האמוראים בסברא מה נקרא שדה גדולה, וע"ז נוכל כבר לומר דפליגי בקבלה משום דזה אינו דין חדש אלא

קבלה היתה בידם מה נקרא שדה גדולה, וכן מה שהוזכר במתני' בית סאה הוא בקבלה דפחות מבית סאה לא נקרא שדה, ובכגון זה כבר כתב ר"ח ז"ל בפירושו לפסחים דף ל"ח ע"ב בהא דאמר שם הן הן הדברים שנאמרו לו למשה בסיני וז"ל, ש"מ שכל הדברים המפורשים במשנה הלכה למשה מסיני הם -

והנה הישׁ"ש כתב דאין משערין עם הקרקע ממש היינו למכור הקרקע, אלא למכור הפירות שבקרקע ומשיג על פירש"י דפי' להדיא דשמין במכירת הקרקע, ודבריו תמוהין דהא על כרחך כדסבר הגמ' להקשות מהברייתא אין משערין אלא על גב שדה הנאכל, וא"כ מוכח לפי"ז דהוא במכירת השדה ממש, וא"כ כדאמרינן בששים הוא ג"כ במכירת השדה, וכן כ' המאירי וכן משמע מד' הרא"ה בש"מ וכן משמע פשטות לשון הרמב"ם כאן, וביותר מוכח מההלכה שאח"ז שכתב דבפירות דקל פרסי שמין כמה היתה יפה וכמה הוא יפה, וע"כ דהוא במכירת הדקל ממש וא"כ ה"נ היכי דכתב בששים הוא במכירת השדה ממש והוא פשוט:

הלכה יד

אכלה פירות גמורים שאין צריכין לקרקע משלם דמי פירות גמורים בשויהן אם סאה דמי סאה ואם סאתים דמי סאתים. הרי שאכלה פירות דקל אחד וכן הלוקט דקל חבירו ואכל אם הי' דקל רומי וכיוצא בו שאין התמרים שלו יפות. משערים אותו בששים על גב הקרקע, ואם דקל פרסי וכיוצא בו [**הוא**] **שהתמרים** (**שבו**) [**שלו**] **יפות ביותר משערים הדקל בפני עצמו כמה הי' שוה וכמה הוא שוה עתה.**

אם הי' דקל פרסי, בפרק הכונס ההוא גברא דקץ קשבא מחברי' אתא לקמי' דריש גלותא א"ל לדידי חזי לי ותלתא תאלתא בקינא הוי קיימי והוי שוי מאה זוזי זיל הב לי' תלתין ותלתא ותלתא, וכו' אתא לקמי' דר"נ א"ל בששים א"ל רבא אם אמרו בנזקי ממונו יאמרו בנזקי גופו, וכו' ובסוף הסוגיא ר"פ ורב הונא בדר"י עבדו עובדא כוותי' דר"נ והלכתא כותי' דר"פ ורהבדר"י בדיקלא ארמאה והלכתא כוותי' דריש גלותא בדיקלא פרסאה, והקשה הלח"מ על הרמב"ם דהא כל השקו"ט היא רק על נזקי גופו, ואם בזה הוא שנחלקו ר"ג ור"נ ולמה פסק הרמב"ם כן גם בנזקי בהמתו אכן זה אפשר לומר דהרמב"ם סובר דר"ג לא פליג מטעמא דרבא, דאי טעמא דר"ג הוא כרבא משום דבנזקי גופו לא הוי בששים, א"כ למה פסקו בגמ' כותי' דוקא בדיקלא פרסאה, דאי בנזקי גופו ג"כ הדין בששים א"כ הוי ג"כ בדיקלא פרסאה וע"כ דבדיקלא פרסאה יש טעם מיוחד שאין שמין בששים בשביל חשיבותו אבל בכל הדקלים שוה נזקי גופו לנזקי בהמתו א"כ בדקלא פרסאה גם בנזקי בהמתו אינו צ"ל בששים, ולכן סובר כן הרמב"ם דטעמא

דר"ג הוא משום דעובדא הוי בדיקלא פרסאה, ואין נ"מ בין נזקי גופו לנזקי בהמתו.

אך דברי הרמב"ם קשים מצד אחר שלא העיר בזה הלח"מ דבגמ' אמרינן דבדיקלא פרסאה הלכתא כותי' דר"ג ור"ג הא אמר זיל הב לי' תלתין ותלתא ותילתא והיינו כל שויו של הדקל, ולדברי הרמב"ם דמפרש זה על לקיטת הפירות א"כ ע"כ זהו שוים של הפירות, ואף דהפירות אינם גמורים צ"ל דהיינו עם הזכות לעמוד באילן כ"ז שצריכים, אבל עכ"פ לא נזכר דשמין כמה הי' שוה וכמה הוא שוה, והנה אם הי' מפרש הרמב"ם עובדא דר"ג על קציצת הדקל הי' ניחא דהיכי דקצץ הדקל שפיר לא שייך לשום כמה הוא שוה כיון דאין שמין השדה בששים אבל כשלקט הפירות כמו בהא דפסק הרמב"ם שייך לשום על הדקל כמה הוא שוה, אלא דקשה למה לא הזכיר זה הרמב"ם והזכיר לקיטת הפירות שלא הזכיר בגמ', ודחוק לומר דהרמב"ם מפרש דהא דקאמר מאה זוזי הוי שוי היינו דשוה הנ"מ כמה הי' שוה וכמה הוא שוה דלא משמע כן.

ובעיקר הדין בודאי פשוט כדעת הרמב"ם דאף דבדיקלא פרסאה הדין דאין שמין בששים משום דהוא חשיב בפ"ע וכמו שכתבו הראשונים דהוי כמו חרוב המורכב דאינו נמכר עם הקרקע אבל מ"מ ודאי דצריך עכ"פ לשום הפירות על ידי הדקל דהא הפירות אינם גמורים, וקיי"ל כחכמים דפליגי על ר' יהושע ורשב"י דסברי כאלו ענבים עומדות ליבצר אלא שמין כמה היתה יפה, וכ"ש למה שכתבו התוס' והראשונים דגם לר"י ורשב"י שמין עם הקרקע.

ונראה דבאמת מפרש הרמב"ם הגמ' כפשוטו שקצץ הדקל ומ"מ כתב דינא דדקל פרסי לענין אכילת פירות משום דהוא חדא דעיקר אשמעינן דאין שמין בששים, וממילא אם קצץ כל הדקל משלם בעד כל הדקל. והשמיענו בזה דחשיבות דדקל פרסי דמהני דאין שמין בששים. אינו דוקא אם קצץ הדקל אלא דגם אם ליקט פירותיו אין שמין בששים, וטעמו נכון בסברא, דכיון דשמין כמה היה יפה וכמה הוא יפה, והוא במכירת הדקל, כמש"כ בהלכה הקודמת, וכיון דדקל פרסי הוא חשיב אין שמין מכירתו בששים -

פרק ה

הלכה א

בהמה שהיתה רועה ופרשה ונכנסה בשדות וכרמים אע"פ שעדיין לא הזיקה מתרין בבעלי' שלש פעמים אם לא שמר בהמתו ולא מנעה מלרעות יש רשות לבעל השדה לשחטה שחיטה כשרה ואומר לבעליה בואו ומכרו הבשר שלכם, מפני שאסור לאדם להזיק ולשלם וכו' אפי' לגרום הנזק אסור.

השגת הראב"ד: אפי' לגרום הנזק וכו'. א"א דברים הללו לא נאמרו בגמ' אלא בעזי דשוקא שעומדות לשחיטה ואין להם רועה, אבל במי שיש לו עדר של בהמות, אין שוחטין לו כל עדרו אלא אם יזיק לעולם ישלם בלא שום התראה.

דעת הראב"ד כדעת התוס' וגם המ"מ כתב ורוב המפרשים כדברי הר"א ז"ל, והנה יש לעיין דאם נימא דבמה שהתרו שלשה פעמים חשוב הבהמה עומד בברי להזיק, א"כ הא היכי דעומד להזיקו בודאי מותר להבעלים לשמור את ממונם מלהיות ניזק אפי' להרוג המזיק, ואפי' היכי שעפ"י דין אם יזיק המזיק ישלם, כדאמרינן ברישׁ המניח גבי שור שעלה על גב חברו להרגו דהא דקאמר בברייתא דחפו לעליון ומת חייב היינו בשביל שהי' לו לשמטו ולא שמטו, ואפי' במועד דישלם כשיזיק דהא קיי"ל כרב נחמן דעביד אינש דינא לנפשי' אפי' היכי דליכא פסידא, וא"כ לפי"ז דברי הרמב"ם פשוטים, דהיכי שא"א לו להציל בענין אחר מותר לו לשחטו, אם לא דנימא דסברת התוס' והראב"ד דלא אמרינן עביד אינש דינא לנפשי', אלא בעומד ממש לפנינו ומזיקו, אבל במה שהתרו בו לא נחשב מזיק בודאי שיהי' בזה דינא דעביד אינש דינא לנפשי'.

והנה לקמן בהחובל דף צ"א אמרינן בשור העומד להריגה ופירש"י שור שהמית את האדם והרמב"ם בפ' ז' מהל' חובל ומזיק פי' שור שמזיק את הבריות וטעמו של הרמב"ם נראה דאם המית את האדם לא שייך הזכות להבעלים להרגו דהיכי מיירי אי בזמן שיש ב"ד על דיני נפשות ויש עדים ונתחייב השור להריגה עפ"י ב"ד א"כ החיוב הוא על ב"ד ולא מצינו דדין הבעלים הוא להרוג שור הנסקל ואי במקום שאין ב"ד או אפי' שאין עדים הא מוכח להדיא בב"ק דף מ"א ע"ב דאין מצוה כלל להרגו כשהרג פעם אחד בהא דאמר ר"א בתם נקי מחצי כופר וע"ז אמר ר"ע הביאהו לב"ד וישלם, וע"ז אמר לו ר"א דמיירי שהרג עפ"י בעלים ומוכח להדיא דהיכי דליכא עדים ואין על השור דין ב"ד ליכא מצוה להרגו, דאי איכא מצוה להרגו אכתי יקשה הביאהו לב"ד וישלם לך, ואי מיירי כגון שהוחזק להרוג נפשות דאז ודאי מצוה להרגו אפי' בלא דין ב"ד, הא בזה ודאי לא שייך לומר דהבעלים טוענים אנא בעינא למיעבד מצוה דהא כל הקודם להרגו זכה כדתנן בארי ודוב וכו', ולכן פי' הרמב"ם דמיירי רק בשור שמזיק את הבריות ואינו הורג, דבזה אף שמצוה להרגו לסלק היזק אבל בזה נוכל לומר דהבעלים קודמים לסלק הזיקם דאין בזה סכנת נפשות לומר כל הקודם להרגו זכה.

עכ"פ מוכח לדעת הרמב"ם דסתם שור המזיק מצוה להרגו, רק דיש לומר דמזיק אנשים דאינו מתקן בתשלומין, אבל מלשון הרמב"ם שכתב מזיק את הבריות מוכח דלא דוקא אנשים, וגם בסברא דעת הרמב"ם נכונה דכיון דאסור להזיק אפי' ע"מ לשלם א"כ שפיר

דגם מזיק ממון בקבע יכולים הבעלים הניזוקין לשחטו דהוי כמו עומד לפנינו ורוצה להזיק דיכול לשחטו משום דעביד אינש דינא לנפשי' כדאיתא בריש המניח וכנ"ל:

הלכה ג

עשרה תנאים התנה יהושע ובית דינו בשעה שחלק את הארץ ואלו הן וכו'.

הקשה הלח"מ דבגמ' מקשינן והאיכא הא דא"ר יוחנן אחד אילן הסמוך למצר ואחד אילן הנוטה מביא וקורא שע"מ הנחיל יהושע לישראל את הארץ ומשני מאן תנא עשרה תנאין ריב"ל הוא, וא"כ הרמב"ם דפסק כר' יוחנן היכי פסק הא דעשרה תנאים דהא איכא הא דר' יוחנן דאילן הסמוך למצר מביא וקורא ונשאר הלח"מ בצ"ע, ונראה ליישב דלכאורה יש לעיין מה הקשה בגמ' הא כל עשרה תנאים הם תקנות שעפ"י דין הי' אסור לעשות כן משום גזילה או היזק, ומפני העשרה תנאים הם מותרים, וא"כ מה שייך הא דמביא וקורא דאין כאן לתא דגזלה או נזקין רק שעפ"י דין לא הי' קורא משום דלא חשיב מארצך, ובשביל זה דע"מ כן הנחיל יהושע מביא וקורא, אבל אין כאן דבר שמתיר גזלה או נזקין ולא שייך להא דעשרה תנאים, וא"כ אפשר דלעולם איכא עוד מה שע"מ כן הנחיל, והברייתא חשיב רק דברים שהותרו לעשות עפ"י התנאים שהנחיל.

והנראה בזה עפ"י מה שהביאו בתוס' בב"ב דף כ"ו דברי הר"ח ז"ל על הא דאמר עולא אילן הסמוך למצר בתוך ט"ז אמה גזלן הוא ואין מביאין ממנו בכורים, ופי' ר"ח ז"ל דאין מביאין גזל על המזבח דכתיב אני ד' שונא גזל בעולה, ולית לן דעולא דהא בהדיא פסקינן כר' יוסי דאמר זה נוטע בתוך שלו, והקשו בתוס' מהא דפריך בגמ' מהקונה אילן וקרקעו מביא וקורא והתם לא שייך גזלן דהא קנאו וע"כ טעמי' דעולא משום דכתיב מארצך, אכן הרמב"ן ז"ל כתב וז"ל פירש"י ז"ל אין צריך להביא ממנו בכורים דכתיב מארצך, ובמס' בכורים פ"ק תנן הסיקריקין והגזלן אין מביאין מאותו הטעם משום שנאמר ראשית בכורי אדמתך, ואיתא לקמן פ' המוכר את הספינה, ועדיין תבעי לך למה לא חייבוהו להביא מדבריהם כמו שחייבו לקונה שני אילנות שלא קנה קרקע לפיכך הוצרך ר"ח ז"ל לפרש משום שנאמר שונא גזל בעולה עכ"ל.

ודברי הרמב"ן לכאורה תמוהין דמה זה שייך לקונה שני אילנות דאמר בגמ' להדיא בב"ב דף פ"א דטעמא דמביא ואינו קורא משום דספוקי מספקא לן אי קנה קרקע או לא, וצריך לומר דאין כונת הרמב"ן שנחייב אותו להביא בכורים כמו שחייבו לקונה שני אילנות אלא דכונתו דכיון דבפירות אלו מהאילן הסמוך למצר יש חלק שהוא יונק מקרקע שלו ובחלק יניקה זה קרינא אדמתך, ולכן אף דמדאורייתא פטור להביא כדתנן בפ"א דבכורים אלו שאין מביאין הנוטע לתוך שלו והבריך לתוך של יחיד או לתוך של

רבים וכו' מאיזה טעם אינו מביא משום שנאמר ראשית בכורי אדמתך, עד שיהיו כל הגדולין מאדמתך מ"מ מסתבר דחכמים היו צריכים לחייבו להביא ומה דלא חייבוהו להביא הוא משום דין גזל דלית בי' דין הבאה כלל, ומה שדימה הרמב"ן לקונה שני אילנות היינו משום דהי' מקום לומר דכיון דחלק היניקה שאינו שלו פטור מבכורים, א"כ חלק זה הוא חולין בעזרה ואף דיש לומר דאין כאן חולין בעזרה כיון דמביא חלק יניקה זה בשביל חלק יניקה זה וכמו דאין דין חולין בסל שמביא עם הביכורים, מ"מ יש לומר דלא דמי דבב"ב דף פ"א בקונה שני אילנות דמביא בכורים מספק ואמר שם בגמ' ודילמא לא מחייב וקאמייתי חולין בעזרה וכתבו בתוס' דהיינו דוקא בשביל שיש כעין הקרבה דהיינו הגשה או תנופה אבל בלא זה לא שייך איסור דאטו לא ילבש בגדי חול ויכנס בעזרה וכן אוכלין חולין בעזרה בשביל קדשים ע"ש בתוס' וא"כ אין ראי' כלל מה שהביא הסל דזה מוכח דהוא בשביל הבכורים ואין ההגשה והתנופה על הסל אלא על הבכורים, וכן בזה אם הי' מכוין בשעת ההגשה ותנופה שאינו אלא בשביל חלק היניקה שלו לא הי' בזה חולין בעזרה, אבל אם יכוין להביא כל הפירות לשם בכורים אפשר שפיר דיש בזה גדר הבאת חולין בעזרה, וממילא יש לומר דלא שייך דמדרבנן יחייבו אותו בבכורים כיון דיוכל לבוא לידי חולין בעזרה, ולכן כתב הרמב"ן דכמו שחייבו להביא בקונה שני אילנות מטעם ספק ואמר שם בגמ' דמקדיש להו ופריק להו ה"נ יכולים לחייבו בבכורים ושיקדיש אותם ויפדה אותם, וזהו שדימה הרמב"ן לשני אילנות, וע"ז כתב הרמב"ן דזהו שכתב הר"ח ואסור להביא גזל על המזבח והיינו דבצד היניקה שלו ג"כ אין בו גדר חיוב הבאת בכורים כיון שיש בצד השני גזל וממילא הוא פסול על כל הפירות.

והנה צריך לבאר כונת דברי הר"ח והרמב"ן במה שכתבו דהוי גזל ואין מביאין גזל ע"ג המזבח אם כונתם דבאמת יש בהפירות דין גזל והיינו דבעל המצר יש לו זכות בהפירות כיון שבאין ג"כ מיניקה שלו, ואם כונתם כן א"כ למה הוצרך מתחלה לבוא לדין אדמתך, וכן מתניתין גופה דממעט מבריך בתוך של חבירו משום דכתיב אדמתך שיהיו כל הגדולין מאדמתך תיפוק לי' דהוי גזל, וצריך לומר לפי"ז דהכונה אפילו אם קנה אח"כ זכות הפירות מבעל החצר וכמו דממעט שם במתני' גם גזלן וסיקריקון משום דכתיב אדמתך, ואמר ע"ז בירושלמי דאשמעינן אדמתך אפי' נתיאשו הבעלים, וא"כ גם כאן הא דאמר עולא דאילן הסמוך למצר גזלן הוא ואין מביאין ממנו בכורים היינו אפי' אם קנה אח"כ זכות הפירות. וכן הוא בפשיטות דעולא אשמעינן כאן דין ביכורים ואם בעל המצר יש לו זכות בהפירות ובעל האילן מחוייב ליתן לו חלק ולא נתן לו

פשיטא דלא שייך להביא בכורים משל חבירו, ועוד דאדרבא אם יש לבעל המצר זכות בהפירות ממש לא רק זכות תשלומין בשביל היניקה א"כ הן שותפין ולמה לא יביאו דהא מבואר בחולין דקל"ו וברמב"ם פ"ב הל' ח' דפירות של שותפין חייבים בבכורים ומשמע דמביאין וקורין, ואי משום דלא ציית דינא ואינו נותן לבעל המצר חלקו לא שייך למימר דינא בבכורים והול"ל דינא בדיני גזילה, וע"כ אם נאמר דיש לבעל המצר זכות בהפירות הא דאמר עולא דאין מביאין ממנו בכורים, היינו דוקא אם קנה ממנו אח"כ זכותו מ"מ כיון שגדלו מיניקה שאינה שלו אין מביאין בכורים, וא"כ יקשה שוב מה דאמר הרמב"ן בדברי הר"ח דמה דאמר ואין מביאין גזל היינו לומר דהי' לו להביא מדבריהם, ומשום הכי אינו מביא משום דאין מביאין גזל דהא עכשיו כבר אינו גזל.

וצריך לומר דכונתו דכיון דעכ"פ מתחלה קודם שקנה היה גזל לא חייבוהו חכמים להביא משום צד יניקה שלו דכיון שמתחלה החזיק האילן בגזל לא היה גם על צד יניקה שלו שום דררא דחיוב כיון דבלא חסרון אדמתך משום צד יניקה של חבירו היה עוד חסרון גזל, ולכן עכשיו כשקנה הו"ל כקונה פירות דאין חיוב להביא אפי' מדרבנן.

אכן מדברי רש"י ותוס' לא משמע דאיכא דין גזל בפירות ממש, ועוד צריך ביאור אם נימא דבאמת יש לבעל המצר זכות בהפירות בשביל שהוא מחלק יניקה שלו א"כ מה תולה זה הר"ח בפלוגתא דרבנן ור' יוסי הא ר' יוסי אינו חולק אלא בגדר מזיק דסובר דבלא גירי' דילי' אינו מזיק ולכן א"צ להרחיק האילן מן הבור אבל מה שייכות יש בזה לדיני זכות בפירות שגדל מיניקה שלו.

והנה מקודם צריכים אנו לבאר למה באמת לא יהיה זכות לבעל המצר בהפירות כיון דבאים גם מחלק היניקה שלו, ואולי יש לומר דיניקה לא הוי אלא גורם לגידול הפירות ולא דעצם היניקה נמצא בהפירות ולכן הוי בזה גדר זה וזה גורם, אלא דאינו מבורר אם בממון שייך גדר זה וזה גורם כיון דקיי"ל ממונא לא בטל כדאיתא בסוף ביצה, ולענין איסורין יש מחלוקת בזה ביו"ד סי' קמ"ב סעיף ד' אם בדברים שאין להם ביטול מותרין בזה וזה גורם ע"ש בש"ך וט"ז ובביאור הגר"א ובמ"א באו"ח סי' תמ"ה ס"ק ד', ואולי אפי' הסוברין דבאיסורין מותר זה וזה גורם אפילו בדברים שאין להם ביטול מ"מ ממון שאני דבעל המצר טוען לבעל האילן במאי עדיף זכותך בהפירות יותר מזכותי, ומ"מ אפשר יש לומר דכיון דעיקר האילן הוא של בעל האילן והוא עומד ברשותו לא נחשב בעל המצר אלא כגורם ואין לו זכות בהפירות וצריך עיון הרבה בזה, כי מפשטות דברי רש"י ותוס' משמע דאין שאלה כלל על זכות הפירות ובודאי שייכים לבעל האילן, ואפי' בדברי הרמב"ן הנני מסופק אם כונתו שיש לבעל המצר חלק בהפירות דלפי"ז לא שייך

לומר שיהי' חייב בהבאת בכורים, ואולי דאה"נ דזהו דאשמעינן שיש לו חלק בהפירות והוי גזל ואין מביאין גזל -

ונראה לבאר דברי הר"ח בשני אופנים, והיינו דאם נימא דכונתו דיש באמת לבעל המצר זכות בפירות, ומה שכתב ואין מביאין גזל היא כפשוטו אלא דממילא אף אם קנה הפירות אין חיוב הבאה כמו קונה פירות דעלמא כיון שמקודם לא היה עליו גדר חיוב הבאה, וצריכים אנו לבאר לפי"ז דמאי תליא זה בפלוגתא דר' יוסי ורבנן, ונראה דאפי' אם נימא דיש לבעל המצר זכות בהפירות כיון דגדל גם מיניקה שלו והוי כמו שנתערב יניקה של בעל המצר ביניקה של בעל האילן אבל כל זה דאמרינן ממונא לא בטל היינו אם נעשה ממילא, אבל אם נעשה בפשיעתו של המערב דהיינו שראובן מבשל תבשיל בשבילו ויבוא שמעון וישפוך בתבשיל מעט חלב ויאמר שיתבע עבור זה חלק בהתבשיל, וראובן ימחה בידו ויאמר לו איני רוצה החלב שלך ולא אתן לך חלק, אז מסתבר דשמעון אינו יכול לתבוע כיון דשמעון פשע במה ששפך חלב שלו ולכן אבד ממנו בידים, גם כאן לענין היניקה כיון דעיקר האילן הוא של בעל האילן ורק שהשרשים יונקים משדה של בעל המצר, בזה תליא שפיר דאם על המזיק להרחיק את עצמו אז הוי כמו שבעל האילן בעצמו עשה פעולה שילך היניקה של בעל המצר לאילן שלו, ועוד עדיף מנשפך ממילא חלב של שמעון לקדירה של ראובן אלא כמו שראובן שפך החלב דודאי יש לשמעון חלק בהקדירה אבל אם על הניזק להרחיק את עצמו אז אומר בעל האילן לבעל המצר אני אינני עושה שום מעשה שילך היניקה שלך לתוך האילן שלי וזה בודאי דבסתמא אינו רוצה בעל האילן ליתן לו חלק בפירות והוי כמפורש שהיה אומר לו אני לא אתן לך שום חלק באילן שלי ואם לא תחפוץ להיות ניזק על הניזק להרחיק את עצמו ותוכל לחפור אצל המצר שלך ולהעמיד מחיצה בעומק שלא ילכו השרשים שלי לתוך שדה שלך, ואם אינך עושה כן אינני מחוייב לשלם לך ולא ליתן לך חלק כי אתה הפסדת בעצמך והוי על היניקה שלך גדר אבדה מדעת כי אנכי איני רוצה ליתן לך חלק בפירות ואפי' אם נחלק כאן מאבדה מדעת וגם באבדה מדעת חולקים הרמב"ם והטור אם מותר ליטול, זהו למוצא האבדה בעצמה אבל כאן דעצם היניקה אי אפשר להחזיר ורק שתובע חלק בפירות זה הוא כמו החלב ששפך שמעון בעצמו לתוך הקדירה דודאי מסתבר דאין לו חלק בהקדירה.

ואף אם נימא דמ"מ יתבע ממנו דעכ"פ הוא נהנה מממון שלו ויאמר לו הא איתהנית יש לומר דעכ"פ חלק בהפירות אין לו ויוכל לתבוע ממנו רק תשלומין בעד ההנאה אבל גוף הפירות הם של בעל האילן וכנ"ל, ויש עוד לעורר עפ"י מה דאיתא בב"ק דף

ק"א בהאיבעיא דיש שבח סמוך על גבי צמר, או אין שבח סמנין על גבי צמר דרבינא מוקים להך אבעיא כגון דצמר דחד וסמנין דחד וקאתי קוף וצבע להך צמר להך סמנין יש שבח סמנין ע"ג צמר וא"ל הב לי סמנאי דגבך נינהו או אין שבח סמנין ע"ג צמר וא"ל לית לך גבאי ולא מידי דהקשו שם בתוס' דאפי' אין שבח סמנין ע"ג צמר הא עכ"פ נהנה שצמרו מעולה בדמים יותר ותירצו דכיון דההנאה אינה באה לא ע"י מעשיו ולא ע"י מעשה בהמתו וגם לא נהנה גופו פטור מלשלם בשביל שנהנה, וא"כ ה"נ לר' יוסי כיון דסבר דבלא גירי דילי' לא חשיב מזיק, א"כ אין ההנאה בא ע"י מעשיו ולכן פטור מלשלם בשביל ההנאה, אכן הרמב"ם השמיט בעינא דרבינא אף שהרי"ף הביאה, ובמקום אחר הרחבתי קצת בזה, ואם הרמב"ם סובר דבכל אופן חייב לשלם בשביל שנהנה מממון חבירו, ואם נאמר דלענין הנאה לא מסתבר שיפטור עצמו אף שמדין מזיק אין עליו להרחיק ואינו עושה המעשה, מ"מ נוכל לומר כמו שכתבנו למעלה דעכ"פ חלק בהפירות אינו מחוייב ליתן לו כמו שבארנו, ואם אפילו צריך לשלם בעד ההנאה אבל בהבכורים ליכא גזילה וכנ"ל.

אכן אם נימא דגם ר"ח ורמב"ן מודו דאין זכות לבעל המצר בפירות צריך לומר דמה דנקרא גזלן אינו אלא בשביל שגוזל יניקה של חבירו ואף דכתב ר"ח ורמב"ן דאין מביאין גזל על המזבח, ולכאורה כיון דבפירות אין לו זכות לא הוי הבכורים גזל, יש לומר דכונתם דכיון דחזינן דהתורה הקפידה בבכורים שיהיו גדולי אדמתך ושיהיו כל הגדולין מאדמתך, א"כ אם גוזל יניקה הוי כמו גזל דהא גדלו בגזל והיניקה שבהפירות הוא גזילה, ולכן אף דנימא דאין זכות לבעל המצר לתבוע חלק בהפירות, אבל הכא כיון שהקפידה התורה על היניקה, הוי גזל, ומבואר מה דהוצרך מתחלה הרמב"ן לומר בשביל דין אדמתך ואח"כ בטעם דלא חייבוהו מדבריהם כתב משום דאין מביאין גזל, ולכאורה הא עיקר דינא דאין מביאין סגי משום טעם גזל ולמעלה כתבנו דנ"מ גם אם יחזור ויקנה את הפירות, אבל עכשיו לפי"מ שנאמר דאין לבעל המצר זכות בהפירות לא שייך לומר כן.

אולם לפי"מ שכתבנו גם זה מבואר בפשיטות דכיון דאין לו זכות בהפירות א"כ אינו גזל וכל עיקר דין גזל הוא משום גזל יניקה, ולכן עיקר היסוד הוא שצריך גדולי אדמתך שתהיה היניקה שלו וממילא יש בזה ג"כ דין גזל וכנ"ל.

עכ"פ במה שביאר הרמב"ן דברי הר"ח מבואר דלא קשה קושית התוס' ממה דפריך הגמ' מקונה אילן וקרקעו אף דלא הוי גזלן משום דאף דלא הוי גזלן מ"מ כיון שאין היניקה שלו א"כ אמאי מביא וקורא.

ולפי מה שבארנו עפ"י דברי הר"ח יהיו מיושבים דברי הרמב"ם שכתב עשרה תנאים התנה יהושע שהקשה הלח"מ דהא איכא עוד הא דאילן הסמוך למיצר דמביא וקורא, אכן לדברי הר"ח מיושב שפיר דכבר כתבנו דקשה מה פריך בגמ' והאיכא הא דאילן הסמוך למצר דהא הברייתא מיירי בכל תנאים מדיני גזל ונזקין שהתנה יהושע שיהיה מותר מדיני גזל ונזקין, אבל לא מיירי כאן הברייתא מדיני בכורים, ולעולם איכא עוד תנאים, ולפי דברי הר"ח כיון שמפרש דהא דאמר עולא גזלן הוא היינו כפשוטו משום דסבר כרבנן, וא"כ בין שנפרש דהגזילה הוא על הפירות בין שנפרש דהגזילה רק על היניקה אבל עכ"פ הא בתנאי יהושע ע"כ דלא הוי גזילה וא"כ הוי לי' לברייתא למתני דהא תנאי יהושע ע"כ היה דליכא דין גזילה כלל, ולכן הגמ' פריך שפיר משום דבעי לאוקמא סתמא דברייתא כרבנן, אבל להלכה דקיי"ל כר' יוסי דהיכי דלא הוי גירי' דילי' לא הוי מזיק, והכי נמי לא הוי גזלן כמו שכתבנו וא"כ הך תנאי שהתנה יהושע באילן הסמוך למיצר אין לו שייכות לדיני גזילה ומזיק, וא"כ שפיר כתב הרמב"ם עשרה תנאים התנה יהושע דהיינו בדיני נזקין וגזילה, אבל לעולם איכא גם זה שהתנה יהושע באילן הסמוך למיצר שיהיה מביא וקורא, וכתב זה הרמב"ם להדיא בה' בכורים אבל לא שייך לעשרה תנאים דהכא וכנ"ל.

והנה מה שכתבנו דאם באילן הסמוך למצר יש בו דין גזל ע"כ תנאי יהושע הוא שלא יהיה דין גזל, ולכאורה מפורש ברמב"ם להיפוך דבפ"ב דבכורים הל' י"א כתב ואם היה האילן סמוך לחצר חברו או נוטה לשדה חברו אעפ"י שחייב להרחיק הרי זה מביא ממנו וקורא שע"מ כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ, ומוכח להדיא דתנאי יהושע לא היה אלא לענין דין קריאה אבל באמת זה אינו דבודאי לא התנה יהושע שיהיו קורין אף שאין לו זכות יניקה, דבודאי לא התנה כנגד דין תורה ואפי' היה שייך לתקן משום יש כח ביד חכמים, אבל לא שייך זה כלל לתנאי בהנחלת הארץ, וע"כ דתנאי הוא בזכות ההנחלה, ועוד מפורש זה בירושלמי בבכורים שנביא אותו לפנינו דמביא מזה ראיה דנתן לו רשות להבריך אפי' לשעה מביא בכורים, ומוכח להדיא דאין זה תקנה רק לענין קריאה, אלא דהוא גדר זכות ונתינת רשות.

ומה שכתב הרמב"ם אעפ"י שחייב להרחיק היינו אם הוא סמוך למצר בפחות מד' אמות דאז ודאי חייב להרחיק אבל במה שחייב להרחיק בפחות מד' אמות אינו בשביל היניקה אלא בשביל עבודת הכרם שלא יכנס במחרשתו בשדה חבירו, וא"כ נוכל שפיר לומר דעל היניקה התנה יהושע שיהיה לו זכות אפי' אם נטע סמוך למצר ממש ומ"מ חייב להרחיק משום שאין לו זכות ליכנס במחרשתו בשדה חבירו, אכן שפיר כתב הרמב"ם

דכיון דאמרינן אילן הסמוך למצר משמע אפי' סמוך ממש דחייב להרחיק מ"מ מביא וקורא, משום דאפי' היכי דחייב להרחיק משום עבודת הכרם מ"מ התנה יהושע שזכות היניקה יהיה שייך לבעל האילן כדי שיהיה מביא וקורא.

והנה מכיון שבארנו כאן דברי הר"א והרמב"ן נראה להוסיף ולעורר ולברר הענין עפ"י מה דאיתא בירושלמי פ"א דבכורים על הך משנה שהבאנו דקאמר שם א"ר יוחנן כולן משום תורת הגוזלן ירדו להן א"ר יוסי מתניתא אמרה כן מאיזה טעם אינו מביא משום שנאמר ראשית בכורי אדמתך, ופי' הגר"א ז"ל דר' יוסי חולק על ר' יוחנן ואמר בתמיה מתני אמרה כן פי' דהא במתניתין תנן דהוא מקרא דראשית בכורי אדמתך ולא משום תורת גזלן.

ואיתא אח"כ עוד, תני אם הבריך ברשות מביא וקורא ר' יוסי בשם ר' אימי והוא שנותן לו רשות לעולם הא לשעה לא וכ' הגר"א דר' יוסי לשיטתו דחולק על ר' יוחנן וסבר דהוא משום אדמתך ר' יונה בשם ר' אימי אפי' לשעה, חילי' דר' יונה מן הדא היה חופר בור שיח ומערה קוצץ ויורד והעצים שלו, ועצים לא לשעה הן, וגורס הגר"א ז"ל מן הדא אילן הסמוך למצר מביא וקורא ותנן היה חופר בור שיח ומערה קוצץ ויורד והעצים שלו, ועצים לא לשעה הן ופי' הגר"א ז"ל דהראי' הוא מהא דמביא וקורא באילן הסמוך למצר דהא מכיון דבעל המצר יש לו רשות לקוץ את העצים א"כ זכותו של בעל האילן הוא לשעה וכונת הגר"א דאף דהא דמביא וקורא הוא מתנאי יהושע מ"מ ע"כ תנאי יהושע היה שיש לו זכות בשל חברו דאם אין לו זכות היאך התנה יהושע על של תורה דכתיב בכורי אדמתך וע"כ משום דהתנה יהושע שיהי' לבעל האילן זכות בשדה חברו שילכו שם השרשים שלו ולכן הוא ראי' לר' יונה דגם רשות לשעה מביא וקורא, ומתרץ דשאני שרשים שדרכן להחליף פי' שיגדלו שרשים אחרים כמו שנותן לו רשות לעולם.

והרידב"ז בפירושו דחה גירסת הגר"א משום דאילן הסמוך למצר הוא מתנאי יהושע ודבריו אינם מובנים כלל דמש"כ דמשרשים דעלמא מייתי לא ידעתי איזה שרשים דעלמא הוא ע"כ משרשים ההולכים לשדה חבירו וא"כ זהו מתנאי יהושע ולדבריו מתנאי יהושע אין להביא ראי', אכן הפשוט הוא כמש"כ בכונת הגר"א ז"ל.

והנה לפי דעת ר' יונה דנתן לו רשות להבריך אפי' לשעה מביא וקורא, וכפי מה דאמר ר' מנא דהוא מטעמא דר' יוחנן דהוא משום תורת גזלן וכיון דנתן לו רשות לשעה אינו גזלן. מוכח דבלא סברת גזלן מביא וקורא אף דלא הוי כל הגדולין מאדמתך והרמב"ם פסק דנתן לו רשות להבריך אפי' לשעה ה"ז מביא וכתב הכ"מ דהיינו כר' יונה ומשמע דהכ"מ מפרש בדעת הרמב"ם דכונתו מביא וקורא, עכ"פ מוכח דהא דאמר ר' יוחנן משום תורת

גזלן אינו כמו שפי' ר"ח בדברי עולא לפי"מ שפירש בכונתו הרמב"ן דהיינו רק כדי שלא יהיה חיוב מדבריהם דהא בירושלמי מוכח בפי' דבלא תורת גזלן ה"ז מביא וקורא, ויש לומר דהר"ח מפרש לשיטת ר' יוסי דמפרש כמתני' דעיקר טעמא דאין מביאין הוא משום דבעינן כל הגדולין מאדמתך אך אינו מיושב בזה דלפי"ז הי' אפשר לפרש גם בדברי ר' יוחנן כמו דמפרש הר"ח בדברי עולא דהא דאינו מביא מדאורייתא הוא משום דבעינן כל הגדולין מאדמתך וטעם גזלן הוא רק שלא לחייבו מדבריהם, ובירושלמי מוכח דאינו כן דהא ר' יוסי חולק על ר' יוחנן משום טעמא דמתניתין. ור' יונה ור' מנא דסוברים כר' יוחנן הא אמרי בפי' דכיון דאינו גזלן דהיינו בנתן לו רשות לשעה ה"ז מביא וקורא.

אכן באמת הרמב"ן בחידושיו לב"ב בדף פ"א בד"ה והכתיב אדמתך ההוא למעוטי אדמת כותי כתב וז"ל אלא דמשמע דרבנן כותי וגר מחד קרא נפקא דהן פטורין ואדמתן מימעטא, ואידך אדמתך מדרש התם במס' בכורים לנוטע בתוך שלו והבריך בתוך של רבים או בתוך שלו והבריך בתוך שלו ודרך היחיד ודרך הרבים באמצע ואע"ג דליכא איסורא בנטיעתו כיון שאין כל גדוליו בתוך שלו אינו מביא אבל לר"מ לא צריך להכי דהא ודאי מביא וקורא דלא גרע מלוקח פירות מן השוק דמחייבין ליה השתא, ובדאיכא איסורא כגון אילן הסמוך - כונתו לעולא דלית ליה תנאי יהושע - או סיקריקון וגזלן לא צריך קרא דשונא גזל בעולה הוא, ועוד מאשר נתת לי נפקא, ואע"ג דקתני להו התם במשנה מס' בכורים משום שארא נקט להו ומיהו בירושלמי התם פירשו א"ר יוחנן וכולן מתורת גזל ירדו להם - שהמוכר שביל לחבירו קנה עד התהום [כאן קיצר הרמב"ן ע"ש בירושלמי,] ופירשו שם שאם הבריך ברשות מביא וקורא ולהאי סברא אפי' לרבנן נמי תרי אדמתך צריכי למעוטי אדמת גר ואדמת כותי דמשום גזל מימעטא אינך ומלי נפקא [צ"ל ומעולה נפקא היינו ושונא גזל בעולה] ומבואר כאן שיטתו של הרמב"ן דבירושלמי מפרש להדיא דטעם גזל הוא מדאורייתא וזהו עיקר הטעם מה דאינו מביא, והוא משום דרבנן נמי לא דרשי אדמתך משום דמבעי למעוטי אדמת כותי וגר, אלא דסובר הרמב"ן דזהו רק סוגיא דירושלמי, אבל הבבלי דאמר בפי' בדף פ"א דרבנן ממעטי מקרא דאדמתך וגם לר"מ איתותב רב יהודה אמר שמואל דאמר הכי דמחייב אפי' בלוקח פירות מן השוק מהא דתניא דקונה אילן אחד לר"מ מביא ואינו קורא, וטעמא דר"מ באילן אחד הוא משום דספוקי מספקא ליה אי קנה קרקע א"כ אי אפשר לומר דעיקר טעמא משום גזל לכן חידש הרמב"ן דטעמא דעולא אינו משום גזל לגמרי אלא דמעיקרא דדינא מימעיט מקרא אכן בדברי הרמב"ן צריך לומר דמה דמפרש דלהירושלמי לר' יוחנן דאמר משום תורת גזל ירדו להן הוא עיקר טעמא אי אפשר לומר דהכונה ממש כמו

דאמר ר"י א"ש בבבלי אליבא דר"מ דא"כ רבנן נמי מחייבי בלוקח פירות מן השוק וזה אי אפשר דהירושלמי יסבור כן להלכה וע"כ צריך לומר בדעת הרמב"ן דאף דלא דרשי גם רבנן אדמתך למעט שיהיו כל הגדולין מאדמתך משום דמיבעי לן למעוטי אדמת כותי וגר מ"מ בודאי פשיטא דקרא דראשית בכורי אדמתך הוא ודאי לא על פירות שקונה מן השוק, וכן מן האדמה אשר נתת לי לומר דהוא מה דיהבת לי זוזי וזבנת בהו כדאמר ר"י א"ש אליבא דר"מ זה אינו סובר הירושלמי וסבר רק דקרא דאדמתך אינו מיותר שנמעט שיהיו כל הגדולין מאדמתך ולכן סבר ר' יוחנן דדוקא מתורת גזל ירדו להן.

והנה בהא דאמר ר' יהודה במתניתין בנוטע לתוך שלו והבריך לתוך שלו ודרך הרבים באמצע דמביא אמר ע"ז בירושלמי על דעתיה דר' יהודה מה בין הנוטע לתוך שלו והבריך לתוך של רבים - פי' דמודה ר' יהודה דאינו מביא - מה בין הנוטע לתוך שלו והבריך לתוך שלו ודרך הרבים באמצע, אמר ר' אימי אתיא דר' יהודא כר' אליעזר דתנינן תמן אין עושין חלל תחת ר"ה בורות שיחין ומערות ר' אליעזר מתיר כדי שתהא עגלה טעונה אבנים כמה דר"א אמר תמן תחת ר"ה שלו כך ר' יהודה אמר הכא תחת ר"ה שלו ר' שמואל בר רב יצחק בעי אין כר"א יביא ויקרא אמר ר' יוסי מיסבר סבר ר' שמואל בר' יצחק שר' אליעזר מתיר לעשות כן והן שלו לעולם אלא ר"א מתיר לעשות כן וכל הקודם בהן זכה -

ומוכח דהא דאמר ר' יהודה דמבריך דרך ר"ה מביא היינו דמביא ואינו קורא, וצריך באור לחלק אליבא דר' יונה ור' מנא מנתן לו רשות להבריך לשעה דאמרי דכיון דאינו גזלן מביא וקורא וא"כ דרך ר"ה כיון דאינו גזלן אמאי לא יביא ויקרא, איברא דהכא בהך סוגיא דשו"ט אליבא דר' יהודא מיירי ר' יוסי והוא סבר לעיל בנותן לו רשות להבריך דבעינן רשות לעולם, וכן אמר הכא להדיא סבר רשב"י שר"א מתיר לעשות כן והן שלו לעולם אלמא דבאמת משום זה אינו מביא וקורא משום דאינו שלו לעולם.

ולפי"ז יהי' מוכרח באמת לומר דלר' יונה ור' מנא דסברי דנתן לו רשות לשעה מביא וקורא גם לר' יהודה במבריך דרך ר"ה מביא וקורא, ומה דאמר מביא היינו משום דת"ק אמר אינו מביא לכן אמר ר' יהודה דבזה מביא אבל באמת מביא וקורא, וזה דחוק אף דהי' אפשר לחלק מנתן לו רשות לשעה למבריך דרך ר"ה דבנותן לו רשות לשעה הוי לפחות באותה שעה שלו אבל במבריך דרך ר"ה לא הוי אפי' על שעה אחת שלו, ולא החזיק כלל במה שהבריך דרך ר"ה דכל אחד רשאי להוציא הברכתו מתחת הקרקע דלא החזיק כלום בזה, אכן אף דאפשר לחלק ביניהם, מ"מ קשה כיון דטעמא דר' יונה ור' מנא דסברי דאפי' לשעה מביא וקורא היינו משום דא"ר יוחנן דמתורת גזלן ירדו להן

וכיון שנתן לו רשות לשעה אינו גזלן א"כ גם במבריך דרך ר"ה אינו גזלן.

והנה לולי דברי הרמב"ן שפירש דהא דאמר ר' יוחנן משום גזלן היינו משום שנקרא גזל בעולה ולשיטתו משמע דע"כ אנו צריכים לדחוק ולומר דלר' יוחנן באמת לר' יהודה דמחייב במבריך דרך ר"ה היינו דמביא וקורא אבל לולי דבריו הי' אפשר לומר דמה דאמר ר' יוחנן מתורת גזלן אין הכונה משום גזל ממש ומדין גזל בעולה אלא דר' יוחנן בא רק לומר דהיכי דנתן לו רשות להבריך אפי' לשעה דמביא וקורא כדתניא בברייתא ודעת ר' יוחנן דמה דתנן במתני' עד שיהיו כל הגדולין מאדמתך אינו כפשוטו דבעי אדמתך ממש אלא דמשום דהוי גזלן על יניקת ההברכה לכן אינו מביא דיניקת ההברכה אינו שלו כלל אבל אם יניקת ההברכה הוא ברשות אף דהקרקע אינו שלו ה"ז מביא וקורא, דרשות לשעה מיקרי אדמתך והנה לכאורה קשה איך אפשר לומר כן דהוי אדמתך במה דנתן לו רשות לשעה דהא במוכר שדהו לפירות מביא ואינו קורא למ"ד ק"פ לאו כקה"ג, אכן לפי דברי הרשב"ם בב"ב דף קל"ז שכתב וז"ל מביא ואינו קורא שאינו יכול לקרות האדמה אשר נתת לי, ומיהו בהבאה חייב דכתיב אשר תביא מארצך שהרי שעבד לו יניקת הקרקע לפירותיו -

והסבר דברי הרשב"ם היה נראה דלגבי ארצך מהני קנין לשעה דלזמן נמי מקרי ארצך, אבל מן האדמה אשר נתת לי הוא כמו ירושת הארץ דהא אשה אינה קוראה משום דלא נטלה חלק בארץ, וכיון דאשר נתת לי הוא על ירושת הארץ ולכן שפיר דבעינן קנין לעולם ולא קנין לשעה -

ולפי"ז שפיר דנתן לו רשות לשעה הוי נמי אדמתך ומה דהכא אמרינן דמביא וקורא צריך לומר דכיון דבאמת יש לבכורים חלק יניקה משדה שלו ורק דלענין בכורי אדמתך בעינן שיהיו כל הגדולין מאדמתך, אבל לומר פרי האדמה אשר נתת לי יכול לומר בזה דיש בזה גם חלק מן האדמה שלו דדוקא לענין חיוב הבאה נוכל לומר דלא חייבתו תורה אלא אם כל הגדולין מאדמתו אבל אם על החצי יש לו דין כקונה פירות פטור מלהביא דהא יש כאן חצי פטור, אבל אם חייב להביא ורק שנדון אם אפשר לו לקרות בזה נוכל שפיר דלא בעינן שיהי' הפירות כולן מאדמתו אלא כיון דיש כאן גם מאדמתו יכול לקרות ראשית פרי האדמה אשר נתת לי -

ולפי"ז יהי' מיושב דמבריך דרך ר"ה דאפי' לר' יהודה אינו אלא היתר אבל אין לו שום זכות של רשות וכל הקודם זכה היינו דמי שירצה יכול לסלק הברכתו משום דלא זכה ברה"ר כלום א"כ בזה גם ר' יוחנן סבר דלא הוי אדמתך דמה דאמר מתורת הגזלן ירדו להן היינו רק לאפוקי דלא נימא דצריך לדין אדמתך קנין גמור לעולם.

ולפי"ז נהי' צריכים לומר דמה דאמר ר' יהודה דמביא הוא רק מדרבנן כיון דלא הוי כלל אדמתך וכמו שכתב הרמב"ן על עולא דלהכי אמר גזלן הוא כדי שלא לחייבו מדבריהם ואף דהרמב"ן כתב כמו בשני אילנות גבי ספק וכתבתי למעלה דהיינו דיצטרך להקדיש ור' יהודה אמר סתמא מביא מ"מ לא קשה דהא במתני' קתני נמי דרך היחיד ומפרש בירושלמי דאיירי דמכר לחבירו שביל היחיד בתוך שדהו ומספקא לר' יהודה אי רק מקום דריסה מכר לו דאז מביא וקורא ואי עד התהום מכר א"כ היניקה הוא בגזל ואינו מביא וכיון דמספקא ליה מביא ואינו קורא וכיון דבדרך היחיד הוא משום ספק ע"כ יצטרך להקדיש וא"כ ה"נ יש לפרש בדרך הרבים -

והנה הרמב"ן בחידושיו לב"ב כתב על דברי הרשב"ם וז"ל ותמיהא לן א"כ למה נסתפקו בגמ' מאי טעמא דר"מ באילן אחד ודרבנן בב' אילנות שהרי הקרקע משועבד לו כל זמן שאילנו קיים אלא מספקא ליה אי קרינא בי' מארצך אע"ג דלא כקנין הגוף דמי, וכל היכי דמספקא ליה מביא ואינו קורא כדאיתא בפ' הספינה עכ"ל, ודברי הרמב"ן צריכים ביאור דמה הרויח בזה שכתב דלא בודאי קרינא ביה מארצך אלא מספקא לן אי קרינא מארצך וא"כ אכתי למה צריך לומר בגמ' טעמא דר"מ באילן אחד ודרבנן בשני אילנות משום דמספקא לן שמא קנה קרקע כמו שמפורש שם בגמ' הא אפי' לא קנה קרקע מספקא לן שמא קרינא בו מארצך. וע"כ כונת הרמב"ן הוא כן דהתוס' בלא יחפור דף כ"ז הקשו קונה אילן אחד אמאי אינו מביא וקורא דהא מוכר שדהו לפירות למ"ד ק"פ כקה"ג דמי מביא וקורא ור"מ אית ליה כקה"ג דמי ותירצו דשאני התם שהקרקע קנוי לו עד זמן קבוע אבל הכא אם יתייבש האילן מיד אין לו בקרקע כלום אי נמי התם קרקע קנוי לו לכל דבר למשטח בה פירי ולמזרע בה סילקא וירקא אבל גבי אילן אין לו אלא יניקה לבדה, והר"ש במס' בכורים כתב התי' הב'.

ולכן הרמב"ן הקשה רק על דברי רשב"ם שכתב דלכן חייב בהבאה דכתיב אשר תביא מארצך שהרי שעבד לו יניקת הקרקע לפירותיו וששעבוד היניקה קרינא בי' מארצך דא"כ אילן א' וב' אילנות נמי שעבד לו היניקה, וע"כ דשעבוד היניקה לא מהני דליהוי מקיריא ארצך ולכן כתב הרמב"ן דבק"פ גופה מספקא לן דשמא קרינא בי' מארצך אע"ג דלאו כקה"ג דמי והיינו דוקא בשביל שמכר לו השדה לזמן - אלא דאכתי לא הי' צריך הרמב"ן לומר דמספקא לן אי קרינא ארצך בק"פ דהא הי' יכול לומר דבודאי קרינא ארצך בק"פ אע"פ שהוא קנין לזמן וכמו שכתב הרשב"ם רק שלא מטעם הרשב"ם משום ששעבד לו יניקת הקרקע, ואם הרמב"ן לא ניחא לי' לחלק בין ארצך ובין האדמה אשר נתת לי כמו שחלקתי בדעת הרשב"ם וסובר דאי קנין לזמן מקרי ארצך מקרי נמי האדמה

אשר נתת לי א"כ הי' לו לחלוק בפי' על הרשב"ם גם בזה ומדבריו משמע שלא השיג על הרשב"ם אלא במה שכתב דמשום הכי מביא דבשביל ששעבד לו יניקת הקרקע לפירותיו קרינא בי' ארצך אבל במה שהרשב"ם מחלק בין ארצך ובין האדמה אשר נתת לי לא השיג עליו בזה.

ונראה דהרמב"ן אינו מפרש בדעת רשב"ם כמו שפירשתי דסובר דקנין לזמן נמי קרינא בי' מארצך אלא דמפרש בדעת רשב"ם דיניקה יש לו דין מיוחד דכיון דמכר לו יניקה מארצו ויניקה זו אינה לזמן דמכיון שיונק האילן מהארץ יניקה זו הא כבר אינה בארץ ותשאר באילן ובפירות, ולכן לגבי ארצך מהני זה דעכ"פ אינו לזמן ואף שכשייבש האילן תתבטל היניקה שינק מהארץ זה לא איכפת לן כיון שהקנין הוא לעולם, ומ"מ מן האדמה אשר נתת לי לא קרינא בזה כיון דבשעת קריאת הפרשה כבר אין היניקה בארץ.

והרמב"ן הקשה על דבריו מאילן אחד ומב' אילנות דמוכח דבשביל שעבוד יניקה לא קרינא בי' מארצך וכתב דטעמא משום דמספקא לגמ' שמא ק"פ דהיינו קנין לזמן נמי מקרייא מארצך וזהו דוקא גבי מוכר שדהו לפירות דיש לו קנין גם בשדה כמו שכתבו התוס' בתי' הב', ובהכרח כתב דרק מספקא לן ולא דהוא ודאי מארצך דא"כ הוי נמי מפרי האדמה אשר נתת לי דאינו מחלק בין זה לזה וכנ"ל -

פרק ו

הלכה ג

שור של חרש שוטה וקטן ומי שהוא במדינת הים שנגחו פטורין אבל בית דין מעמידין להם אפוטרופסין ומעמידין בהן בפני האפוטרופסין, הזיקו אחר שהועדו בפני האפוטרופסין אם עדיין הוא תם משלם חצי נזק מגופו. ואם הועד בו שלשה ימים ואחר כך הזיק משלם נזק שלם מן היפה שבנכסי אפוטרופסין ולכשיגדלו היתומים יעשו דין עם האפוטרופסין וישלמו להן.

השגת הראב"ד: א"א אני מפרש לסתם מתני' דאין מעמידין אפוטרופוס לתם לגבות מגופו.

מעמידין להם אפוטרופסין, המ"מ כתב וז"ל ופסק כחכמים דברייתא דלא כמתני' לפי שהוא סובר דמתני' יחידאה היא, וזהו שאמרו ומעמידין אפוטרופסין לתם לגבות מגופו תנאי היא ומתני' כסומכוס ורבא עכ"ל. והנה בהא דפריך בגמ' על מתני' הא גופא קשיא אמרת שור של חש"ו שנגח שור של פקח פטור, אלמא אין מעמידין אפוטרפוס לתם לגבות מגופו אימא סיפא, שור של חש"ו שנגח ב"ד מעמידין להם אפוטרפוס ומעידין

להן בפני אפוטרפוס אלמא מעמידין אפוטר' לתם לגבות מגופו, הקשו על זה בתוס' וז"ל וא"ת ולימא דרישא כגון שלא הי' אפוטר' בשעת נגיחה וי"ל דהא מילתא דפשיטא היא עכ"ל התוס', וזהו לפי' התוס' דאי מעמידין אפוטרפוס לתם לגבות מגופו גובין גם בנגיחה ראשונה תיכף כשיעשו האפוטרפוס, וכן הוא בפירש"י במתני' דז"ל רש"י ז"ל בהא דתנן במתני' ומעידין בהן בפני האפוט' וקס"ד דהאי מעידין דקאמר למגבי חצי נזק תמות וקשיא רישא לסיפא ולאחר שלשה עדיות נעשה מועד ומשלם מן העלי', ומוכח מלשון רש"י דלפי מה דקס"ד בכל השלשה עדיות ישלם ח"נ מגופו.

ולכן שפיר כתבו התוס' דלאשמעינן דבלא אפוטרפוס אין גובין הוא מילתא דפשיטא, אכן לפי המבואר מלשון הרמב"ם דאף דפסק דמעמידין אפוטרפוס לתם לגבות מגופו מ"מ מדייק לישנא דמתני' ולישנא דברייתא מעמידין להם אפוטרפוס ומעידין בהן בפני אפוטרפוס דצריך שיעידו מקודם בפני האפוטרפוס, ודייק בלשונו בהלכה ד' הזיקו אחר שהועדו בפני האפוטר' אם עדיין הוא תם, ומוכח דבלא העדה מתחלה אין משלמים כשהזיקו, אפילו אם נימא דהרמב"ם מפרש דאפשר להעיד היינו להתרות בפני האפוטר' גם בלא נגיחה, אבל עכ"פ בלא העדה מקודם בודאי אין משלמין מגופו, וא"כ נוכל שפיר לפרש דרישא אשמעינן דשור של חש"ו שנגח פטור גם כשיש אפוטר' כ"ז שלא העידו בו, ואם העידו בו ואח"כ נגח חייב וזהו דקתני בסיפא דמתני' והלשון דמתני' ממש כמו בברייתא אליבא דרבנן, ולפי"ז נוכל לומר דלמסקנא לא מוקמינן מתני' כמו דמוקים רבא, ורבא לא הוי סבר לחלק בחצי נזק בין קודם העדה לאחר העדה, אבל לאחר דמביא סתמא דגמ' דמעמידין אפוטר' לתם תנאי הוא, ומייתי לשון חכמים דברייתא שהוא ממש כמו לשון המשנה וסברי דמעמידין א"כ מוכח מגמ' דנדחה אוקימתא דרבא, ובאמת גם במתני' הפי' דמעמידין כמו בברייתא רק החידוש דמעמידין מקודם וכנ"ל.

אך כ"ז לתי' התוס' אכן הרשב"א תי' דא"כ לא ליתני תרי זימני שור של חרש שוטה וקטן, דהא קתני כבר ברישא שור של חרש שוטה וקטן שנגח שור של פקח פטור, והו"ל למתני' אבל ב"ד מעמידין להם אפוטר' ומעידין בפני האפוטרפוס, ולמה לי' הדר למתני שור של חש"ו שנגח, ולכן מתרץ רבא דה"ק ואם הוחזקו נגחנין מעמידין להם אפוטרפוס ומעידין בפני האפוטר' לשווי מועד, ולפי"ז אין לנו טעם שלא להעמיד המשנה כרבא, וזהו שיטת הראב"ד והרמב"ם יסבור כתי' התוס', ודיוק הרשב"א אפשר דסובר הרמב"ם דאינו הוכחה, בשביל דהוא בבא אחריתא ובבא קמייתא מיירי מדיני חיוב ופטור בשור של חש"ו, ורבותא אשמעינן דאפי' אם היה להם אפוטרפוס ג"כ פטור בסתמא, והדר קתני בבא אחריתא דשור של חש"ו שנגח, ב"ד מעמידין להן אפוטר' ומעידין בפני

אפוטרפוס ואח"כ אם נגח משלם חצי נזק, דמעמידין אפוטר' לתם לגבות מגופו.

ולפי מה שכתבתי בפ"ד הלכה ט' דדעת הרמב"ם דאפוטרפוס אינו חייב מטעם שומר אלא כדעת הירושלמי דחייב משום מעמיד, בזה מבואר דבאמת הך דינא אם צריך להעיד מקודם לגבות מגופו יש לתלות בשאלה זו דאם אפוטרפוס נחשב כמו שומר א"כ אינו צריך להעיד מקודם כמו דאין צריך להעיד בכל שומר, אבל אם הוא משום מעמיד יש סברא לומר דצריך להעיד מקודם שיהיה בזה פושע גמור ונחשב כמו מעמיד, ולכן מפרש הרמב"ם, שפיר מתני' כפשטה דצריך להעיד מקודם לענין לגבות מגופו ורבא יסבור דהוא מטעם שומר ולכן לא סבר דצריך להעיד מקודם והרמב"ם לשיטתו דפסק שם כרב פפא ובארנו שם דרב פפא סבר אפוטרפוס אינו מטעם שומר אלא משום מעמיד כשיטת הירושלמי, ולכן שפיר סבר דצריך להעיד מקודם וכנ"ל, וממילא שפיר הוי מתניתין כברייתא ומעמידין אפוטרפוס לתם וכנ"ל.

ועיקר פלוגתא אי מעמידין אפוטרפוס לתם לגבות מגופו או לא יש לומר דתליא במה שכתבתי בפ"ד הל' ח' אם מה דגובין מגוף השור בתם שמסרו לשומר הוא מצד השומר או הוא מצד הבעלים, דאי נימא דהא דגובין גבי שומר מגוף השור הוא משום דאכתי לא נפקע חיוב הבעלים גבי תם וגובין מצד הבעלים והשומר משלם לבעלים, א"כ כל זה שייך היכי דאיכא דין חיוב על הבעלים, אבל ביתומים אליבא דר' יוסי בר חנינא דקיי"ל כותי' דעלייהו ליכא דין חיוב משום דלא רמי עלייהו לשמור שורם, ואפי' בהלכו בעליו למדינת הים כיון דעל כרחן הלכו ועכשיו אין ביכלתם לשמור שורן נחשבין בזה כאנוסין, א"כ מצד היתומים לא נוכל לחייב ומצד האפוטרפס הא אין השור שלו, ואפשר לומר דאפי' לר' יוחנן דסבר מעליית יתומים דאי אמרת מעליית אפוטרפסים ממנעו ולא עבדי ג"כ נוכל ליישב דזהו דוקא גבי מועד, כיון דפכ"פ להניזק צריכין האפוטרופסים לשלם כדין שומר יכולין ב"ד לתקן שאותו הממון יתנו היתומים בשביל האפוטרפסים, וזהו כמו שהיו שוכרים ב"ד להם את האפוטר' ויש לב"ד רשות ע"ז לטובת היתומים דאי לאו הכי לא יהי' להיתומים רשות להחזיק שוורים שהוחזקו נגחנין, וזהו דקאמר הגמ' דאי אמרת מעליית אפוטר' ממנעו ולא עבדי, אבל גבי תם כיון דמעיקר הדין היתומים פטורים משום דלא רמי עלייהו חיובא, והאפוטרפסין פטורים משום דאין גובין בתם אלא מגופו, א"כ לא שייך שיעשו על היתומים תקנה שישלמו בעת שפטורין מלשלם. וא"כ ניחא גם לר' יוחנן טעמא דאין מעמידין אפוטר' לתם לגבות מגופו, אך כל זה אי נימא דמה דגובין מגופו גבי שומר הוא מצד הבעלים, אבל אי נימא דמה דגובין מגופו הוא מצד השומר דכיון דעכ"פ השור ברשות השומר ונעשה עליו דין חיוב נזקין

לא איכפת לן שהשור אינו של השומר, שכבר אמרה תורה שיגבו מגוף השור והאי תורא דאזקן מיני' משתלימנא, ובשביל זה גם בגזלן גובין מגוף השור, א"כ גם ביתומים כשמעמידים אפוטר' על השור גובין מגוף השור.

ולפי מה שכתבנו תליא זה בפלוגתא דר' ישמעאל ור' עקיבא דאליבא דר' עקיבא נוכל לומר שהוא מצד השומר וכן באפוטר' לפימש"כ דהחיוב הוא מצד מעמיד מ"מ גובין מגוף השור כמו דגובין בגזלן ואף דבגזלן קיימא הבהמה ברשותו ובמעמיד לא קיימא ברשותו מ"מ שפיר גובה הניזק גם במעמיד מגופו דעיקר מה שגובה בגזלן מגופו אינו משום דקיימא ברשותו לבד דמה מהני הא עכ"פ אינו שלו. אלא דכיון דקיימא ברשותו חייב השור כשהזיק וממילא קרינן ומכרו את השור דהאי תורא דאזקן מיני' משתלימנא וה"נ במעמיד כיון דיש חיוב נזקין גובין מגופו אבל לר' ישמעאל ע"כ הוא מצד הבעלים והבעלים הם היתומים והם פטורים, ולכן הרמב"ם פסק שפיר דמעמידין אפוטר' לתם לגבות מגופו כיון דקיי"ל כר' עקיבא וכנ"ל:

הלכה ה

שוורים שמשחקין בהם ומלמדין אותן ליגח זה את זה אינם מועדים זה לזה, ואפי' המיתו את האדם אינן חייבים מיתה שנאמר כי יגח ולא שיגיחוהו.

השגת הראב"ד: כי יגח וכו'. א"א ולמה לא, ולהוי כשור שהוא מועד לשופרות, ועוד שכבר פסק למעלה משסה כלבו של חבירו בחבירו חייב בעל הכלב עכ"ל.

כתב המ"מ וז"ל וג"כ פשוט הוא שאינו דומה למועד לשופרות לפי שאלו ממש מתכוונין לנגחן, וכיון שהם פטורים מן המיתה דין הוא שלא יעשו מועדין, ודברי המ"מ צריכים ביאור דמוכח מלשונו דלא מטעם כי שור נגח הוא, כונתו להקיש הפסוקים ולדרוש בזה ג"כ נגח ולא שהגיחוהו, רק מכח סברא אתא עלה המ"מ דכיון שאינו חייב מיתה דין הוא שלא יעשו מועדין, ואינו מובן שייכות הסברות דדין מועד ודין מיתה, והנה כבר כתבתי למעלה בפ"ב הל' י"ט טעם לשיטת הרמב"ם דכיון דגם אם הועד לזה אינו עומד להזיק אלא אם יגיחוהו וישסו אותו ליגח, וא"כ לא נוכל לומר שהשור הוא שור מועד ונקרא שור נגח, כין דאינו עומד ליגח אלא אם יגיחוהו ודבר זה בעצמו היינו שיגיחוהו אינו עומד לכך כיון דאסור לעשות כן וחייב בדיני שמים א"כ לא מיקרי בזה שור נגח ואינו דומה למועד לשופרות דמצוי טובא שופרות בעולם ומקרי שור נגח כשישמע קול שופר, אבל זה אינו עומד לכך שבני אדם יגיחוהו, אכן בכונת המ"מ א"א לומר כן דסברא זו לא תליא בדין שפטור השור ממיתה.

ונראה דכונת המ"מ הוא דסובר דמועד לא שייך אלא בכונה, וכיון דפטור ממיתה

וקתני בברייתא בדף מ"א בטעמא דפטור ממיתה מפני שהוא כמעושה, א"כ הוי כמו שלא בכונה ולא שייך ע"ז דין מועד, ולכאורה זהו כשיטת התוס' בדף מ"ד ד"ה הכא דהא דאמרינן במועד ליפול על בני אדם בבורות הוא לאו דוקא בשלשה פעמים אלא מועד מתחלתו, ולא כשיטת רש"י בדף מ"ח ע"ב דפי' להדיא דשייך דין מועד גם על שלא בכונה, ואף שהג' פעמים הראשונים היו בכונה אבל עכ"פ הפעם הד' שמחייבין עליו הוא שלא בכונה, אכן שיטת הרמב"ם משמע דהוא כפירש"י דהא לא הזכיר שם שהיה מועד ליפול על בני אדם בבורות לאכול ירק, וכתב היה מועד ליפול על בני אדם בבורות וראה ירק בבור ונפל בבור בשביל הירק והיה שם אדם ומת, ומוכח דרק בפעם הרביעית נפל בשביל הירק, ואי דא"כ נתחייב מיתה בג' פעמים הראשונים, נוכל להעמיד כהאוקימתות של הגמ' שהזכיר הרמב"ם ברישׁ הפרק.

ולפי"ז לכאורה מוכח דלא כדברי המ"מ דהא עכ"פ שייך מועד על שלא בכונה, ואולי נאמר דדוקא ע"י שלא בכונה אי אפשר ליעשות מועד, אבל כיון שנעשה מועד בכונה והוחזק ליפול על בני אדם בבורות לכן כבר הועד ליפול גם בשביל אכילת ירק אף שרואה שנופל על אדם, ואפשר לומר יותר דלגבי דין כופר נחשב בכונה שהשור מכיון שהורגל ליפול על אדם להרגם א"כ כבר הוחזק ליודע שכשיפול על אדם יהרוג אותו, ובפרט דעכ"פ מכיון דצריך שיהיה מועד ולא אמרינן דחזא ירוקא ונפל הוא שן שלא בכונה ממש ולא צריך ג' פעמים וכמו שכן הוא באמת שיטת ר"ת בתוס', וע"כ דסוברים רש"י והרמב"ם דאפי' ע"י ירוקא אינו מצוי שיפול שור על אדם, ולכן דוקא ע"י העדה חייב אלא דמ"מ כיון שהיה ע"י שראה ירק ורצה לאכול ולא נתכוין להמית את האדם, אבל הוא יודע שכשיפול על האדם יהרג האדם ומ"מ פטור ממיתה, וכמו שכתבו התוס' בדף מ"ד ע"א וז"ל ותי' ר"ת דלקמן הוי רגל בכונה כשמניח עצמו בבור כדי לאכול הירק שבבור ויודע שמתמעך האדם כמו רגל שדרסה ע"ג תינוק שיודע שיהרוג התינוק, ולפיכך משלם כופר אעפ"י שאין השור בסקילה הואיל ואינו מתכוין להזיק וכו' עכ"ל, ולפי"ז מיושב דעת המ"מ דבאמת גם לגבי שלא בכונה לא שייך העדה אפי' מבכונה על שלא בכונה, אלא דהכא עיקר המעשה היה בכונה שידע מה שהוא עושה ומ"מ פטור ממיתה כיון שלא נתכוין להמית וכמו שכתבו התוס'.

ובאופן אחר נראה לבאר דברי הרמב"ם דמלבד שכתבנו דכאן אינו עומד לכך שיגיחו אותו לכן לא נעשה מועד אלא דבעיקרא דמילתא כיון שלא נעשה מועד ליגח מעצמו אלא על פי אונס כמו דאמרינן דמשום הכי פטור ממיתה מפני שהוא כמעושה, ולכן אפי' אם היה עומד לכך גם כן לא נעשה מועד, והוא עפי' מה דחזינן בסוגיא דריש שור

שנגח דדין שור המועד ודין וסתות שייכן בהדדי, ובדיני וסתות מצינו דאם קבעה וסת לקפיצות יש בזה מחלוקת הראשונים אם קובעת וסת, ואם קבעה וסת לימים ולקפיצות משמע בטור ושו"ע דלדברי הכל קבעה וסת, וכן דעת המ"מ גם בדעת הרמב"ם, אכן לדעתי לא כן דעת הרמב"ם ע"כ אבאר הדבר.

והנה בנדה דף י"א איתא אמר ר"ה קפצה וראתה קפצה וראתה קפצה וראתה קבעה לה וסת, למאי אי לימא לימים הא כל יומא דלא קפצה לא חזאי, אלא לקפיצות והתניא כל שתקבענה מחמת אונס אפילו כמה פעמים לא קבעה לה וסת מאי לאו לא קבעה וסת כלל לא לא קבעה וסת לימים לחודייהו ולקפיצות לחודייהו, אבל קבעה לה וסת לימים ולקפיצות לימים לחודייהו פשיטא אמר ר' אשי כגון דקפיץ בחד בשבת וחזאי וקפין בחד בשבת וחזאי ובשבת קפצה ולא חזאי ולחד בשבת חזאי בלא קפיצה מהו דתימא איגלאי מילתא למפרע דיומא הוא דקא גרים ולא קפיצה קמ"ל דקפיצה נמי דאתמול גרמא והאי דלא חזאי משום דאכתי לא מטא זמן קפיצה לישנא אחרינא, אמר ר"ה קפצה וראתה קפצה וראתה קפצה וראתה קבעה לה וסת לימים ולא לקפיצות היכי דמי א"ר אשי כגון דקפיץ בחד בשבת וחזאי בחד בשבת וחזאי ובשבת קפצה ולא חזאי ודחד בשבת חזאי בלא קפיצה דהתם איגלאי מילתא דיומא הוא דקא גרים.

והנה בהא דאמר מעיקרא אדרב הונא אלא לקפיצות והתניא וכו' פירש רש"י אלא לקפיצות דקבעה וסת לקפיצות בלא ימים, והקשו בתוס' דא"כ לישני אברייתא דהא דתניא לא קבעה וסת היינו לימים אבל קבעה וסת לקפיצות ואמאי משני דלא קבעה וסת לימים לחודייהו ולא לקפיצות לחודייהו, ולכן פירשו בתוס' דמה דאמר אלא לקפיצות היינו לקפיצות עם ימים אבל לקפיצות לחוד פשיטא דלא קבעה.

והנה התורת הבית והרשב"א פי' בדעת רש"י כשיטת בעל המאור בהשגותיו על בעל הנפש להראב"ד דסובר הבעה"מ דלהלכה מהני וסת לקפיצות לחוד, והבעה"מ מפרש דהא דאמר בגמ' כדמשני אברייתא לא לא קבעה וסת לימים לחודייהו ולקפיצות לחודייהו היינו בשביל שקבעה לקפיצות ולימים ביחד לכן לא קבעה לכל חד לחודייהו ובזה מיירי הברייתא אבל רב הונא מיירי באמת שקבעה לקפיצות לחוד והיינו שקבעה בימים שאינם שוים, ונשאר באמת להלכה מה דאמר אלא לקפיצות, אכן באמת מדברי רש"י לא מוכח כלל דרש"י סובר כן למסקנא להלכה ושמפרש דהא דברייתא דאמרינן דלא קבעה לימים לחודייהו ולקפיצות לחודייהו לא מיירי בגוונא דרב הונא דא"כ היה רש"י צריך לפרש בהא דאמר ולא לקפיצות לחודייהו דהיינו דוקא אם ראתה בימים שוים, וע"כ דרש"י נמי סבר דלמסקנא סבר הגמ' דלא קבעה וסת לקפיצות, ומצאתי

להר"ן שמפרש כן בדעת רש"י דלמסקנא לא קבעה אפי' לקפיצות שקבעה בלא ימים שוים דלקפיצות לחודייהו לא קבעה כלל.

והנה הרשב"א בתוה"ב אחר שהביא פי' רש"י כתב וז"ל וכן כתב הר"ז הלוי ז"ל והביא ראיה לדבריו מדאקשינן והתניא כל שתקבענה מחמת אונס אפי' כמה פעמים לא קבעה וסת, מאי לאו לא קבעה כלל לא לא קבעה לה וסת לא לימיה לחודייהו ולא לקפיצות לחודייהו, ומקשינן לימים לחודייהו פשיטא אלמא לקפיצות לחודייהו לא פשיטא דאינהו עיקר הגורם, וע"ז כתב הרשב"א דבודאי הגמ' סבר דרב הונא מיירי בימים מסודרים מדפריך אי לימים, ועוד דאי רב הונא בימים שאינם מסודרים א"כ גם ברייתא מיירי הכי דאל"כ הו"ל לגמ' לומר דברייתא לא מיירי כמו רב הונא אלא בוסת המורכב, ומה דאמר בגמ' לימים פשיטא ולא אמר לקפיצות פשיטא משום דלקפיצות לאו פשיטא הוא דהו"א דקפיצות הוא הגורם.

ובאמת דברי הרשב"א אינם מיושבים כיון דלשיטתו באמת מיירי ברייתא נמי בימים מסודרים כמו רב הונא, א"כ באמת מנ"ל דבימים שאינם מסודרים לא קבעה לקפיצות לחודייהו כיון דמימים מסודרים דלא קבעה לקפיצות לחוד אין ללמוד, דבודאי כיון שקבעה לימים ולקפיצות אין לה וסת לקפיצות לחוד, אבל היכי שקבעה לקפיצות לחוד אימא דבאמת קבעה, וכמו דהיכי דקבעה לימים ולקפיצות יש לה וסת לימים ולקפיצות, ועיין בב"י דתמה מנין להטור לפסוק דקבעה לקפיצות ודייק הב"ח ממשמעות דברי הרא"ש, ולדעתי פשוט דכיון דהרא"ש השמיט כל הסוגיא דקפיצות א"כ מוכח דס"ל דקפיצות ופיהוק שוין ורק בוסת המורכב אינה קובעת לקפיצות לחודייהו וזה כתב בדיני פיהוק ע"כ השמיט לגמרי הברייתא דאין האשה קובעת לה וסת באונס, דסובר דבאמת קובעת, ודוקא היכי דקבעה לימים ולקפיצות לא קבעה לקפיצות לחודייהו ולימים לחודייהו או כתי' דרב אשי.

ובדעת הרמב"ם נראה דסובר דאפי' לימים וקפיצות לא מהני דהא השמיט כל דינא דימים וקפיצות, והביא הברייתא כפשטה והא דמהני וסת בקפיצות הביא רק היכי דהיו קפיצות רק ב' פעמים ואח"כ קפצה ולא ראתה וכלישנא בתרא, ואף דבפ' כל היד דף ט"ו ע"ב איתא להדיא דאיכא וסת לקפיצות והרז"ה הביא משם ראיה דמהני וסת לקפיצות לחוד, והרשב"א בתוה"ב דחה דשם מיירי בימים וקפיצות, אבל עכ"פ מפורש דאיכא וסת לימים וקפיצות והיה לו להביא להשמיענו הך דינא דאמרינן אימא לא קפצה. וע"כ דהרמב"ם סובר דהך מימרא דרב אשי אזלא למימרא קמא דרב אשי בדף י"א אבל ללישנא אחרינא א"א למיגרס הך מימרא כלל, ובחר הרמב"ם בדרך זה להעמיד הברייתא

כפשטה דכל וסת שקבעה מחמת אונס אינו וסת בכל גווני.

ועכשיו מיושב שפיר דדברי הרמב"ם גבי שור האצטדין הם נכונים וברורים והולך לשיטתו גבי וסתות דכל וסת שתקבענה מחמת אונס אינו וסת כלל וקפצה וראתה אינו וסת לא לימים ולא לקפיצות וממילא שפיר גבי שור האצטדין כיון דתניא שהוא כמעושה והוי אונס ובאונס לא נעשה מועד, ואין אנו צריכין לסברא שכתבתי דאינו עומד שישסו אותו ובלא"ה אפי' הוא בין שכנים עכו"ם שבטלה סברתי מ"מ לא נעשה מועד כלל בדרך אונס כמו שלא קבעה וסת בדרך אונס, ולא דמי למועד לשופרות דשופרות אינו אונס אלא דכך דרכו כששומע קול שופר נוגח אבל השופר אינו אונס כלל אבל שור האצטדין הוא אונס וכנ"ל -

הלכה ו

שור שהועד ונמכר או ניתן במתנה חזר לתמותו שהרשות שנשתנית משנה דינו, אבל אם השאילו או מסרו לשומר הרי הוא בחזקתו, וכן שור שהועד בפני אפוטרופסין ונתפקח החרש ונשתפה השוטה והגדיל הקטן אעפ"י שבטלו האפוטר' הרי הן מועדין בחזקתן שהרי ברשות בעלים הן.

שהרשות שנשתנית וכו' עיין במה שכתבתי בזה בפ' ד' הל' ט' ובמה שישבתי דעת הרמב"ם במה שמחלק בין אפוטרפוס לשומר דבהועד בבית שומר וחזר לבעלים בטלה העדאתו ובהועד בפני אפוטרפסין אעפ"י שבטלו האפוטרפסין נשאר מועד שעמד בזה היש"ש ובארתי שם בארוכה ועיקר דברינו שם דאפוטרפוס לא דמי לשומר, דשומר נעשה השור ברשותו ובדין היה לומר גם כשמסרו לשומר רשות משנה, אלא דלגבי חיוב הבעלים אם לא היה דין שהבעלים מסתלקין במסירתן לשומר היו הבעלים מחוייבים בחיוב מועד דלגבי הבעלים לא הוי שינוי רשות דכל מקום שהולך שם בעליו, וכיון שאלמלי השומר היו הבעלים מחוייבין ע"כ נתחייב השומר דהתורה חייבה להשומר במקום הבעלים ונכנס תחת הבעלים, אבל אם הועד בבית שומר והוחזר לבעלים אמרינן שפיר רשות משנה דבאמת רשות שומר רשות אחר הוא, אבל כשהועד בבית האפוטרפסין והוחזר להבעלים לא אמרינן רשות משנה דאפוטרפוס אינו חייב מטעם בעלים ולא נכנס השור ברשותו וחיובו הוא מטעם מעמיד כמבואר בירושלמי ולכן לא הוי רשות אחרת:

הלכה ז

בהמה שהועדה וחזרה בה מדבר שהועדה לו חזרה לתמותה כיצד שור שהועד ליגח וחזר שלא יגח אעפ"י שהוא נוגף הרי זה תם לנגיחה ומאימתי הוא חזרתו עד שיהיו

התינוקות ממשמשין בו ואינו נוגח וכן בשאר הדברים שהועד להן עד שימשמשו בו ולא יהיה עושה אותן.

עד שיהיו התינוקות וכו' סובר רבינו דלא כשיטת התוס' דבחזרה בשלשה ימים גם ר' מאיר מודה ולא חידש עד שיהיו התינוקות ממשמשין אלא לאפוקי שלשה פעמים, ובאמת סברת התוס' קשה חדא דמנין להם זאת כיון דמודו התוס' דבשלשה פעמים סובר ר"מ דלא מהני חזרה א"כ מנא להו דבג' ימים מהני דילמא כמו דעדיף תינוקות ממשמשין מג' פעמים ה"נ עדיף מג' ימים, ועוד קשה דהא ר"מ קאמר ק"ו ריחק נגיחותיו חייב קירב נגיחותיו לא כ"ש א"כ סובר דקירב עדיף מריחק, ואף דהתוס' מביאין ראיה מר"ש דסובר ג"כ דבג' פעמים הוי מועד ומ"מ לא הוי חזרה אלא בשלשה ימים דדילמא ר"ש לא סבר ק"ו דקירב נגיחותיו אלא מטעם אחר, ועוד קשה לשיטת התוס' הא דקאמר בגמ' לימא הל' כר"מ בתם שהרי ר"ש מודה לו והל' כר"י במועד שהרי ר"ש מודה ומוכח מלשון הגמ' דלא יהיה אז לגמרי כר"מ אלא בחדא כר"מ ובחדא כר"י כמו דפוסק עכשיו בחדא כר"מ ובחדא כר"י, ולפי דברי התוס' הרי הוא לגמרי כר' מאיר וע"כ שיטת הרמב"ם מחוורת שפיר דר"מ סובר לענין חזרה דווקא בתינוקות ממשמשין בו וכן סובר ר' יוסי וכן הלכה:

הלכה י

ראה שור היום ונגחו ולמחר ראה חמור ולא נגחו ובשלישי ראה סוס ונגחו וברביעי ראה גמל ולא נגחו ובחמשי ראה פרד ונגחו ובששי ראה ערוד ולא נגחו נעשה מועד לסירוגין לכל ואם נגח ביום שהוא מועד לו אחד משלשת המינין שנגח בסירוגין הרי זה מועד, נגח שלשה שוורים בשלשה ימים זה אחר זה וברביעי נגח חמור ובחמשי נגח גמל או שנגח חמור וגמל בתחלה בשני ימים זה אחר זה ואחר כך נגח שלשה שוורים זה אחר זה הרי זה ספק אם הוא מועד לשוורים בלבד או לשלשת המינים הוא מועד, וכן אם נגח בשלש שבתות זו אחר זו ובאחד בשבת ובשני בשבת או שנגח בחמשי בשבת ובערב שבת וביום השבת ובשתי שבתות הבאות אחרי' הרי זה ספק אם הוא מועד לשבתות בלבד או לשלשת הימים ששנים מהן חול.

השגת הראב"ד: ראה שור היום וכו'. כתב הראב"ד ז"ל על כל בבא ובבא מהם, על בבא ראשון עד שיגח בסירוגין הרי זה מועד, כתב ובלבד שלא יגח מין אחד שתי פעמים זו אחר זו, ועל בבא שניה נגח שלשה שוורים וכו' עד או לג' מינין הוא מועד, כתב אי נמי לכל המינין, ועל בבא שלישית וכן אם נגח בג' שבתות וכו' עד הימים, כתב א"נ לכל הימים.

המ"מ כתב דדעת הרמב"ם דגם גבי נגח שור חמור וגמל לא נעשה מועד לכל אלא לשלשת המינין, והנה הנמוקי יוסף כתב על שור חמור וגמל דנעשה מועד לכל דילפינן זה מהא דכשנגח בשלשה ימים דנעשה מועד לכל הימים, והנה הוכחת הנמוק"י הוא אם נימא דלאו דווקא מועד לשבתות אינו מועד לימות החול, אלא דגם בשאר ימים אם נגח שלשה פעמים ביום א' בשבת בשלשה שבועות אף שבינתים לא ראה שוורים אחרים מ"מ לא נעשה מועד אלא ליום א' בשבת, אבל אי נימא דהקפידא דווקא על שבת אין כאן ראיה ממה דנעשה מועד לכל הימים אם נגח בג' ימים זה אחר זה, והנה דעת הרמב"ם הוא דלאו דווקא שבת דהא פסק גבי שבת שבת ושבת דהספק הוא שמא לשלשת הימים הוא מועד ששנים מהם הוא חול, וא"כ הוכחת הנמוק"י הוא הוכחה חזקה דאם נגח שור וחמור וגמל נעשה מועד לכל המינים דלא כדעת המ"מ בשיטת הרמב"ם, ומה דמחלק בין שבת שבת ושבת ובא' וב' לבין א' ב' וג' נבאר אח"כ, אכן אפילו אם נחלק איזה חילוק בין שלשה ימים לשלשה מינים, אבל דעת הרמב"ם בכל אופן תמוה דאיך פסק גבי שבת ושבת דהספק הוא שמא נעשה מועד לשלשת הימים ששנים מהם חול, וכתב המ"מ דזהו כשיטתו דלא נעשה מועד לכל, ובאמת גבי ימים בודאי זה אי אפשר דהא בודאי אם נגח שלשה ימים נעשה מועד לכל הימים וזה פשוט, ומבואר ג"כ מסתימת לשון הרמב"ם וגם מפשטות לשון המשנה איזה מועד כל שהעידו בו שלשה ימים דמשמע דנעשה סתם מועד וא"א כלל לומר באופן אחר דכיון דאין חילוק בין שבתות לימי החול א"כ יצטרך כל מועד ליגח דוקא שבעה ימים וזה א"א.

ולכן נראה לי דבאמת סובר הרמב"ם גבי נגח שור חמור וגמל דנעשה מועד לכל המינין, וכהוכחת הנמוק"י מג' ימים, דלדעת הרמב"ם הוי הוכחה מבוררה וכמש"כ ודלא כדעת המ"מ ומה שפסק הרמב"ם גבי סירוגין דנעשה מועד רק לשלשת המינים, וכן גבי שבת שבת ושבת רק לשלשת הימים ששנים מהם הוא חול הוא מטעמים אחרים דגבי נגח שור חמור וגמל בסירוגין שכתב דלא נעשה מועד אלא לשלשת המינים היינו כיון דחזינן דס"ל דכל כמה דנוכל לספק בהעדאת השור מספקינן, דהא כתב ואם נגח ביום שהוא מועד אחד משלשת הימים שנגח בסירוגין, ומפורש דמצריך בזה שני סירוגין, סירוגין של ימים וסירוגין של בהמות, אף שאינו מפורש להדיא כן בגמ', רק מסברא סובר דכיון דאפשר למתלי בכל חדא של סירוגין צריך דוקא שני הסירוגין, ובזה מבואר דברי הנמוק"י שמפרש הא דמתני' הא דשאלו לפני ר' יהודה הרי שהיה מועד לשבתות ואינו מועד לימות החול, דבגמ' מוכיח מזה כרב זביד, ולפי מה דקיי"ל כר"פ מפרש הנמוק"י דאף דברישא הגירסא אינו מועד כרב פפא מ"מ בההיא בודאי הוי ואינו מועד,

והכי איבעי להו כיון דר' יהודה סובר דמהני חזרה בשלשה ימים א"כ הרי שהיה מועד לשבתות ואינו מועד לימות החול היינו שראה בימות החול ולא נגח מי נימא דהוי חזרה ופשיט להו דלא מהני חזרה מימות החול לשבת, ולכאורה צריך ביאור דמאי קס"ד דהני דשאלו כיון דמועד לשבתות אינו מועד לימות החול א"כ היכי הוי חזרה אך לפי הנ"ל מבואר דאיכא לספוקי דאיברא דאם נעשה מועד לשבתות אינו מועד לימי החול, היינו משום דשמא יש אצל השור חילוק מחול לשבת, וממה דנעשה מועד לשבת אין ראיה דנעשה מועד לימי החול, אבל אם נגח בשבתות ובימי החול ראה ולא נגח אפשר דאיכא לספוקי שמא אצל השור אין נ"מ משבתות לימות החול, והא דלא נגח אח"כ בימי החול הוא משום חזרה, ופשיט להו דמ"מ לא הוי חזרה מימי החול על שבת.

נחזור לדברינו דזהו טעמו של הרמב"ם דסובר דראה שור נגח חמור לא נגח גמל נגח וכו' דלא נעשה מועד אלא לשלשה המינים, משום דכיון דעלינו לספק כל מיני ספק לגבי העדאה ע"כ יש לומר דאפשר מה דלא נגח אלא אלו שלשת המינים הוא לאו משום דהוא סירוגין אלא שאינו רוצה ליגח אחרים ואינו נוגח אלא אלו דבשלמא כשאין לנו סתירה אנו תופסין דכיון שנגח שלשה מינים מסתמא הוא אינו מקפיד על מינים ונעשה מוחזק ליגח כל המינים, אבל כשבינתים ראה מינים אחרים ולא נגח מנלן לתפוס דזהו בשביל סירוגין אפשר שאינו נוגח אלא אלו, ולכן אנו תופסין שני הקולות היינו דאינו מועד אלא לאלו המינים וגם אינו מועד אלא בסירוגין.

ועתה עלינו לבאר עוד ד' הרמב"ם גבי שור שור ושור וחמור וגמל והנה נחקור איך יהיה הדין אם נגח שור שור וחמור או שור חמור וחמור, ולכאורה אפשר לומר דאינו נעשה מועד כלל דהא לא הוחזק בשלשה חלופי מינים, וממילא אין כאן על כל מין בפני עצמו כי אם פעם א' או ב' פעמים, אכן באמת לשיטת הרמב"ם א"א לומר כן דבשלמא אם אנו סוברין דבהוחזק בשלשה מינים אפי' בסירוגין נעשה מועד לכל, א"כ השלשה מינים מחולפים מחזיקים שאינו מקפיד על מינים. אבל כיון דסובר גבי שלשה מינים בסירוגין דאינו מועד אלא לשלשת המינים, א"כ אין כאן חזקה בשלשה פעמים על אלו המינים. דהיינו אם ראה שור נגח, חמור לא נגח. גמל נגח. סוס לא נגח וכו'. איך נתחזק לנו העדאת השור על גמל בשלשה פעמים. הא לא נגח גמל אלא פעם א' כיון דע"י השלשה מינים לא נתחזק שאינו מקפיד על מינים. וע"כ דהפירוש לשיטת הרמב"ם באופן אחר. דכיון דראינו דנגח שלשה פעמים נעשה מועד לאלו שראינו שנגח אותם. אף שלכל אחד לא נגח כי אם פעם א'. א"כ ה"נ בנגח שור שור וחמור ג"כ נעשה מועד לאלו המינים שנגח, והיא ראיה מוכרחת.

ואפשר עוד להביא ראיה לזה משיטת החולקים על הרמב"ם וס"ל דבימי החול אין קפידא מיום זה לזה, א"כ בנגח שבת ושבת ושבת ויום א' וב' ג"כ לא נעשה הוחזק בשלושה חלופי ימים דהא יום א' ויום ב' הם שוים. וא"כ הוי כמו שור שור וחמור, ויש להוכיח זה עוד אפי' לדעת התוס' ממה שכתבו בד"ה נעשה מועד וז"ל ע"כ בשלא ראה בינתים כלום דאי ראה לא הוי מועד לכל לסירוגין. ומשמע מדברי התוס' דלכל לסירוגין לא היה נעשה מועד, אבל נעשה מועד לאלו שנגח והוי מועד בלא סירוגין כיון דלא היה סירוגין שוה, ומוכח דאפשר ליעשות מועד גם מנגיחת ג' מינים על הג' מינים עצמם וע"כ כדברינו.

והשתא דהכי הוא נוכל ליישב ד' הרמב"ם במה שכתב דבנגח שור שור ושור וחמור וגמל דלא נעשה ספק מועד אלא לשלשת המינים, אף שכתבנו דהרמב"ם ג"כ סובר דבנגח שור חמור וגמל דנעשה מועד לכל, משום דבשור חמור וגמל יש לנו העדאה מג' מינים מחולפים דאינו מקפיד על מינים כלל. אבל בשור שור ושור וחמור וגמל אפי' לצד הסברא דמצרפינן שור בתרא לחמור וגמל. מ"מ הא לא נוכל להכחיש שהוא נעשה מועד לשוורים ע"י הג' פעמים שנגח, ולכן מסתייה דנצרף השור בתרא לחמור וגמל לעשותו מועד גם להחמור וגמל. משום שאנו אומרים שהעדאתו נמשכה ונגח בה גם חמור וגמל, אבל שנעשה השור כמו סוס ולעשות מזה ג' מינים מחולפים זה אין לנו דלא אמרינן דמג' מינים מחולפים נעשה מועד לכל המינים, אלא היכי דלא נעשה מועד על מין הראשון גם ביחוד. ואף דלכאורה מה לנו נ"מ אם הוא תם על מין הראשון או דנעשה מועד על מין הראשון, אבל באמת הא חזינן מהצד של האבעיא דבתר שוורים שדינן ליה, דכיון דנעשה כבר מועד על שור ולא מצרפינן ליה לחמור וגמל לא מהני לעשות מזה מועד גם לחמור וגמל וגם בזה נאמר במאי גרע מועד מתם. וע"כ הסברא דכיון שנתחזק לנו שנוגח שוורים לא מצרפינן נגיחת השור למינים מחולפים. ולכן סובר שפיר הרמב"ם דאפי' לפי הך צד אבעיא דמצרפינן שור בתרא לחמור וגמל. היינו רק דנעשה אותו מועד גם לחמור וגמל כיון שאנו רואין בנגיחותיו שאינו מקפיד ונוגח גם חמור וגמל. ונמשכה העדאתו גם על חמור וגמל. [וכל ספק הגמ' הוא רק בג"פ שור. אבל בד"פ שור בודאי לא אמרינן דב' שוורים אחרונים בתר חמור וגמל שדינן להו וכן כתב הרמב"ן בנדה דף ס"ד] אבל שנעשה אותו מועד על כל המינים בשביל שנגח שור חמור וגמל זה לא אמרינן כיון דגם לבד חמור וגמל הוחזק לנו שהוא מועד על שוורים. וממילא אינו דומה כלל נגיחת שוורים למינים אחרים. ולכן לא נעשה מועד חוץ משוורים אלא על חמור וגמל כיון שנגח גם אותם ונמשכה העדאתו גם עליהם דהא כבר כתבנו דא"צ שיוחזק ג"פ

בכל מין [ומ"מ אי שור בתרא בתר שוורים שדינן ליה והוי כמו שכבר נגמרה העדאתו לא מצטרף חמור וגמל לשוורים.] ואפי' אם נגח חמור וגמל שור שור ושור דהעדאת השוורים נעשה אח"כ. מ"מ כיון דעל שוורים נוכל לעשותו מועד גם בלא חמור וגמל לא מהני השור להצטרף לחמור וגמל אלא לומר דאינו מקפיד גם על חמור וגמל אבל לא שיתייעד גם על מינים אחרים. וכן הוא גבי שבת שבת ושבת. אבל בנגח שור חמור וגמל סובר שפיר הרמב"ם דנעשה מועד לכל המינים וכהוכחת הנמוק"י וכמו שכתבנו:

פרק ז

הלכה ב

היה מועד לקרן ימין ואינו מועד לקרן שמאל ויצא אחר ששמרו כראוי ונגח בין בקרן ימין בין בשמאל משלם חצי נזק.

השגת הראב"ד: לקרן ימין וכו'. א"א מגופו כר' יהודה.

כתב המ"מ ופשוט דח"נ משום צד תמות ומגופו בדוקא כדין תם בעלמא ולפיכך לא חשש רבינו לפרש, ודברי המ"מ תמוהים דהא בעצמו כתב בהל' א' וז"ל ופסק כר"י וכרב דלא אמרינן צד תמות במקומה עומדת, ולכאורה היה אפשר לדון בזה מדין תחלתו בפשיעה דאף דכתבו התוס' בד' כ"ב דלא שייך לומר תחלתו בפשיעה לענין רגל וסופו באונס לענין קרן היינו משום דאפילו פושע גמור לענין קרן לא חייבתו תורה אלא חצי נזק אבל הכא מה דפטרינן לי' בקרן ימין הוא משום דלא חשבינן ליה פושע לגבי קרן ימין. אך באמת א"א לומר כן דהא לגבי דין מועד דקרן ימין סגי בשמירה פחותה, ובקרן שמאל לא פשע שתהיה השמירה באופן שהוא פחות משמירה פחותה, אלא דלגבי תם לא סגי בשמירה פחותה, אבל לגבי מועד דסגי בשמירה לא שייך לומר לגבי זה תחלתו בפשיעה דלגבי שמירה פחותה דצריך בשור מועד לא פשע כלל.

והנה הלח"מ כתב וז"ל ורבינו ז"ל שסובר דבין בקרן ימין בין בקרן שמאל משלם חצי נזק נראה דמפרש כך, משכחת צד תמות ומועדת כלומר אעפ"י שהוא מועד מ"מ יש לו דין תם שמשלם חצי נזק, דהרי הוא בפעולתו הוא מועד לענין הקרן ימין ומשלם חצי נזק כיון שאינו מועד לשתיהן, אבל שתאמר לר' יהודא דמועד לגמרי ששמרו שמירה פחותה דאעפ"י שהוא מועד בפעולתו יהיה לו דין תם ומשלם חצי נזק זה לא אמרינן, ע"כ דברי הלח"מ ולא ידעתי כוונת דבריו. ומה זה שכתב הרי הוא בפעולתו ומה יישב בזה.

והנראה בדעת הרמב"ם דזה ודאי כדברי הלח"מ דהרמב"ם מפרש כן במימרא דרב דאמר דבכה"ג משכחת צד תמות ומועדת היינו דבכה"ג סבירא לן כר' יהודה דשייך

לומר צד תמות במקומה עומדת, אכן בהסבר הענין נראה דסובר רב דמה דפטרה התורה גבי מועד בשמירה פחותה מקרא דכתיב ולא ישמרנו אינו רק לענין דין תשלומין אלא דפטרה תורה למועד מכל חיוב שמירה יתירה, ואמרה דסגי למועד בשמירה פחותה ויותר אינם מחוייבים הבעלים כלל, וגבי תם דחייבה תורה בתשלומין אפי' כששמרו שמירה פחותה משום דאמרינן ולא ישמרנו לזה ולא לאחר היינו דתם לא סגי ליה בדין שמירה פחותה אלא דמחוייב לשמרו עד שיהיה בגדר אונס אם יצא ויזיק וע"כ דבאמת הוא מחוייב עפ"י דין לשמרו בשמירה מעולה, דלא שייך ח"נ קנסא אם לא היה עליו עפ"י דין חיוב לשמרו בשמירה מעולה, ולכן סובר רב דכיון דעכ"פ הוא חדוש שחדשה תורה דתם מכיון שנעשה מועד הופחתה מהבעלים דין חיוב השמירה, ולכן אמרינן דמועד לא נפטר מחיובי תשלומי תם אלא היכי שנוכל לומר דבאמת נפטר גם מחיובי שמירה של תם וסגי ליה חיובי שמירה של מועד, אבל שור זה שהוא תם לקרן שמאל א"כ הך שור מחוייבין הבעלים לשמרו בחיובי שמירת תם לכן אין סברא לפטרו גם מחיוב תשלומין של תם, ובכה"ג מודו חכמים לר' יהודה דצד תמות במקומה עומדת.

ונמצא דאינו כמו גדר תחלתו בפשיעה וסופו באונס דהתם סופו באמת הוא באונס ורק דתחלתו היה בפשיעה אבל הכא סופו נמי הוא כתחלתו שהזיק באופן שמצד תם הוא מחוייב בשמירה יותר מכפי ששמר, ומצד מועד סגי ליה בשמירה זו אבל לא היה בקרן שמאל יותר פשיעה מבקרן ימין אלא דאנו מחייבין אותו מטעם אחר והיינו דכיון דעכ"פ היה מחוייב בשור זה בשמירה מעולה והוא פשע ולא שמר בשמירה זו המחוייבת בתם אמרינן דבכה"ג לא פטרתו תורה, וכמו דר' יהודה סובר דלא מסתבר דיפטרנו תורה למועד מחיובי תם, וחכמים סברי דגזה"כ הוא מקרא דולא ישמרנו, וחדוש שחדשה תורה דמועד סגי ליה בשמירה פחותה בזה אמרינן דאין לך בו אלא חדושו ואינו פטור מחיוב תשלומין של תם, אלא היכי דנוכל לומר שלא פשע כלל, אבל בשור זה דעכ"פ היה מחויב לשמרו מצד קרן שמאל והוא פשע ולא שמרו גם אם נגח בקרן ימין לא פטרתו תורה מחיובי קרן תם.

ויש קצת לצרף בכאן שיטת הרמב"ם בפ"ב מהלכות שאלה ופקדון הלכה ח' לענין הנך מילי דאיבעיא בגמ' אי הוי שאלה בבעלים או לא דפסק דלענין אונסין מספק פטור ולענין פשיעה מספק חייב וכתב המ"מ דאף דפשיעה בבעלים פטור מ"מ כיון דסובר הרמב"ם פשיעה מטעם מזיק ורק בבעלים הוי פטור ומספק אין לפוטרו, וחזינן דאף דלא שייך כאן לומר ודאי חיוב וספק פטור דזה לא שייך אלא היכי שהיה חיוב ואנו רוצין מספק לפטרו, אבל הכא עכ"פ אמרה התורה דבבעלים ליכא חיוב פשיעה, ומ"מ סובר הרמב"ם

דגם כאן חייב מספק כיון דעכ"פ הפטור הוא החדוש דבפשוטו יש לחייבו מטעם פשיעה ולא דמי לחיוב אונסין שחייבה תורה לשואל שלא בבעלים ופטרה בבעלים דשם אמרינן דבבעלים לא חייבה ולא הוי בזה גדר פטור. אבל פשיעה כיון דמסברא הוא בגדר מזיק אמרינן דהוא פטור ומספק אין לפטרו. וכעין זה הוא כאן מימרא דרב לשיטת הרמב"ם דסובר דמועד שפטרה תורה בשמירה פחותה הוא ע"כ גדר פטור כיון דתם חייב. ואף דקיי"ל פ"נ קנסא עכ"פ תקנוס התורה גם במועד וע"כ דהוא פטור שפטרה תורה במועד ובגדר חדוש. ובזה סובר רב דלא אמרינן חדוש זה אלא היכי דנוכל לומר דמטעם אותו החדוש לא פשע ולא עשה עולה כלל. אבל היכי דבין כך וכך פשע באותו השור. בזה לא נפטר במועד מחיובי תם וכנ"ל:

הלכה ה

עיין מה שכתבתי בביאור שיטת הרמב"ם והראב"ד בפ"ג הלכה י"ד.

הלכה ז

הזיק בעל הבית את השור אם הזיקו שלא לדעת פטור שהרי אומרין לו למה נכנסת שלא ברשות שלא ידעתי עד ששגגתי בך, ואם הזיקו לדעת חייב נזק שלם מפני שיש לו רשות להוציאו מרשותו אבל להזיקו אין לו רשות.

אם הזיקו שלא לדעת. עיין בלח"מ שהקשה דלפי"מ שכ' המ"מ פ"א ופ"ו מה' חובל ומזיק בדעת הרמב"ם האי שלא לדעת הוי פירושו שלא בכונה ולא שלא ידע שהיה שם דאפי' ידע שהיה שם אם היה שלא בכונה פטור משום דשניהם ברשות פטורים אם לא הזיק בכונה, רק מסוף לשונו של הרמב"ם שכ' למה נכנסת שלא ברשות עד שלא ידעתי ששגגתי בך, משמע שאין הדבר תלוי אלא בידיעתו ואם ידע שנכנס והזיק שלא בכונה חייב כדעת רש"י ואין זה שיטת הרמב"ם וסיים בוצ"ע. ונראה דהנה בדין היה בעל חבית ראשון ובעל קורה אחרון דחייב כתב הרמב"ם דזה כמו ששברו בידו בכונה, ומוכח דאף שהיו שניהם ברשות דאינו חייב אלא בהזיקו בכונה, מ"מ פושע גמור והזיק בידים חשיב כאילו הזיקו בכונה, ולא פטר הרמב"ם בשניהם ברשות אלא בשוגג או באונס באופן דחייב אדם המזיק דהינו כעין אבדה כמש"כ התוס' בריש המניח, אבל פושע גמור והזיק בידים חייב. וא"כ שפיר דהכא קמ"ל דאפי' היה באופן שאם היה יודע שהוא שם היה פשיעה גמורה כמו בבעל חבית ראשון ובעל קורה אחרון, ואפי' אם יהיה באופן שיהיה עליו לחשוב שאפשר נכנס שלא ברשות מ"מ לא יתחייב. כיון שלא היה רשאי ליכנס אומר לו למה נכנסת שלא ברשות ולא נחשב פשיעה כלל:

-השמטות ומלואים-

לעיל כתבתי דמש"כ הרמב"ם בדין היה בעל חביות ראשון ובעל קורה אחרון דחייב וכ' דזהו כמו ששברו בידו בכונה, ומוכח דאף שהיו שניהם ברשות דאינו חייב אלא בהזיקו בכונה מ"מ פושע גמור והזיק בידים חשיב כאילו הזיקו בכונה, ולא פטר הרמב"ם בשניהם ברשות אלא בשוגג או באונס דחייב אדם המזיק, אבל פושע והזיק בידים חייב ע"כ. ובזה נראה דאפשר ליישב דברי התוס' בב"ק דף ו' שהקשה הרב הגרמ"ב נר"י דאיך כתבו דאם המגלגל בר דעה הוי כמו בכונה דהא עכ"פ אין כאן כונה גמורה ובודאי לענין בושת פטור, והתוס' כתבו שם לפי דבריהם דמה דאמר לענין ד' דברים היינו לבד בושת ומוכח דשלא בכונה היינו אפי' בפשיעה, אבל באמת צ"ל דמה שכתבו גבי שור ואדם שדחפו לבור דהיינו שלא בכונה היינו בשלא היה בפשיעה גמורה אלא כעין אבדה אבל פשיעה גמורה לא יתחייב בעל הבור לפי שיטתם.

הלכה ח

שמין לנזקין, כיצד הרי ששבר כלי של חבירו בין הוא בין בהמתו אין אומרים למזיק קח אתה הכלי השבור ושלם לזה דמי הכלי. אלא אומדין כמה פחת הכלי מדמיו ונותן לו כל הפחת אם המזיק מועד, או חצי הפחת אם היה תם. שנאמר והמת יהיה לו לניזק פחת הנבלה של ניזק ושבח הנבלה חולקין אותו הניזק והמזיק. כיצד שור שוה מאתים שנגחוהו ומת והרי הנבלה שוה בשעת מיתה מאה ובשעת העמדה בדין פחתה והרי שוה שמונים אין המזיק משלם אלא מאה. אם היה מועד ואם היה תם משלם לו חמשים מגופו.

כתב הרמ"א בסי' ת"ג סעיף ב' ודוקא שנודע לניזק בשעת מיתה אבל אם לא נודע לו הפחת על המזיק עד שיודע לניזק. וי"א דה"ה אם הוזלה טור ס"ח ויש חולקין דבזולא אע"ג דלא נודע לו הוי של ניזק. עכ"ל. וכ' הגר"א בביאורו וז"ל ודוקא שנודע לניזק הרא"ש שם, דהטעם ע"כ משום פשיעותא דניזק דהא בשבחא חולקים ואינו מוכרח וכו' ע"ש בדבריו וכן כתב הישי"ש דמפשטות דבריו של הרמב"ם משמע דאינו מחלק ובכל גווני הפחת לניזק.

והנראה לי בביאור המחלוקת שבין הרמב"ם והרא"ש דהנה התוס' הקשו על הא דאמרינן פחת נבילה דניזק מהא דאמרינן כחש כשעת העמדה בדין משום דאמר לו קרנא דתורך קבירא בי' ותי' בתוס' דהכא מכיון שמתה מיד היה לו למוכרה אבל הכא יש לו להמתין עד שתתרפא. והנה קשה על דברי התוס' ממה שכתבו דף ל"ג דלא שייך רפוי בבהמה דמכיון שמשלם לו היזק כמו ששוה למכור א"כ יכול למכור ויכול לקנות שור אחר וא"כ אמאי כתב התוס' דאינו צריך למכור ויש לו להמתין עד שיתרפא. והנה

מכבר אמרתי דהכא גבי קרנא דתורך קבירא בי' לא שייך לומר דהיה לו למוכרו דאם היה מוכרו והלוקח נתן לו מקח לפי מה ששוה עתה היה אונאה וטעות להלוקח. ול"ש בזה היה לו למוכרו ואפי' לעכו"ם אין שייך לומר שהיה לו להטעות. דבאמת מכיון דקרנא דתורא קבירא בי' הוא עתיד להתקלקל מחמת המכה. אך באמת מד' התוס' לא משמע כן אלא דבאמת אין צריך למוכרו ויש לו להמתין עד שתתרפא, ועוד דלפי"ז איך יהיה אם השור עומד לשחיטה דג"כ בודאי אין נ"מ, ואם כחש מחמת מכה משלם אף שהיה יכול למוכרו.

ולכן נראה דבאמת לא אמרינן שהיה לו למוכרו ומשו"ה אמרינן קרנא דתורא קבירא בי' והיינו כי ההיזק שעשה הזיק יותר ויותר אף שהיה יכול למוכרו ולא היה יותר היזק, אבל לא היה צריך למוכרו והיה לו רשות להמתין עד שיתרפא שכן דרך להמתין אך כ"ז הוא עד העמדה בדין דשעת שומת הנזקין הוא עד שעת העמדה בדין. וראיה דהא אמרינן כחש מחמת מכה כשעת העמדה בדין. ומאי פסקת כשעת העמדה אמאי לא נמתין אפשר יכחש עוד יותר. אלא משום דבאמת אינו חייב יותר מבשעת העמדה בדין, דעכשיו ששמין הנזק ומשלם לו המותר אמרינן ליה הרי שילם לך עד דמי השור ששוה עכשיו ותוכל למוכרו וליקח אחר כמו שכתבו התוס' כאן. ואף שבודאי יש לו רשות להשהותו שמא יתרפא זה לא איכפת לן כלל. כיון שמ"מ כבר שמו הנזק עד דמי השור והיה יכול למכרו והיה לו שור שלם. אבל כ"ז הוא אחר העמדה בדין אבל קודם העמדה בדין אם כחש מחמת מכה חייב דכל זה הוא נכלל בשומת הנזק דהזיקו שור שהוכחש והוכחש יותר ויותר עד שהוא כמו שאנו רואין עכשיו דאין אנו שמין כלל הנזק כמו שהיה בשעת הנגיחה לבד אלא דאנו שמין הנזק כמו שנתהוה עכשיו. ואי דיהיה לו טענה אמאי לא מכרת אותו ולא היה לך היזק ונמצא שגרמת בזה כתבו התוס' דאינו צריך למכור דיש לו להמתין עד שיתרפא. אבל בפחת נבלה אינו משלם משום דהיה יכול למוכרו. והיינו דבאמת גם כאן היה לנו לשום ההיזק עד כמו ששוה עכשיו שהמית שור שנתקלקל אח"כ והכל הוא בשביל המיתה. ורק דהפטור הוא משום דהיה לו למוכרו דאין לו על מה להשהות נבילה שלא יתרפא לכן פטור -

איברא דקשה דאמאי אמרינן דבשביל דהיה לו למוכרו לכן פטור המזיק דהא אמרינן בסוף כיצד הרגל עבדו כגופו שורו כממונו, ואם הניח גחלת על לב שורו אף שהבעלים עומדים אצלו חייב המניח ולא אמרינן דהבעלים היו צריכים לסלק. ואולי נחלק בין אדם המזיק לשור המזיק דכיון דחיוב של שור המזיק הוא רק משום פשיעת הבעלים לכן אם הניזק פשע שהיה יכול לסלק ההיזק פטור המזיק בשביל פשיעתו, אבל בהניח גחלת

שהוא אדם המזיק בזה לא נפטר בשביל פשיעת הניזק דאינו צריך לסלק כיון שהמזיק הזיק בידים.

אך כל זה היא שיטת התוס' בתירוצם על קושייתם מהא דקרנא דתורך קבירא ביה, אכן לשיטת הרמב"ם י"ל דלא קשה כלל קושית התוס' דלא דמי קרנא דתורך לנבילה דהתם עיקר הכחש עושה גם עתה חולי המכה והמכה היא כמו חולי שמכחיש את השור יותר ויותר. ונבילה אינו כן דהמיתה עשתה אותה לנבילה לא יותר, ורק שדרך הנבילה להשתנות אבל עיקר מעשה ההיזק הוא רק שעשתה אותה לנבלה ואף שהוא דבר העשוי להשתנות בכ"ז שמין כמה שוה בעת ההיזק. אח"כ ראיתי דכן כתב הראב"ד בש"מ בדף י'. ולפי"ז נוכל לומר דהרמב"ם והראב"ד אינם סוברים סברת התוס' דפטור המזיק בכחש נבלה הוא משום דהניזק היה יכול למוכרו וכפי הסבר הרא"ש דהוא משום פשיעת הניזק, וכמו שהקשינו מהניח גחלת על לב שורו. איברא דהרמב"ם אינו מפרש שם דאיירי שהבעלים עומדים אצלו ורק תוס' והראב"ד מפרשים כן, רק אפשר דבדין אינו חולק גם הרמב"ם על סברת התוס' והראב"ד עיי"ש.

והנה לפי"מ שבארנו לקמן הרמב"ם והרא"ש אזלי לטעמייהו דהרא"ש ס"ל דבעצם מחויב הניזק להעלות השור מהבור ולמכרו. והא דאמרינן דטורח נבלה דמזיק היינו דמזיק ישלם מה שיעלה דמי ההעלאה. ולכן שפיר לפי דבריו עיקר החילוק הכא מן הא דקרנא דתורא קבירא ביה משום דהתם אינו מחוייב למוכרו והכא מחוייב למוכרו. אבל לשיטת הרמב"ם בארנו לקמן בהלכה י"ג דאינו מחוייב הניזק להעלותו מן הבור, וסובר דהתורה חייבה להמזיק להעלות השור מן הבור ואז יושם פחת הנבלה. וא"כ א"א לומר דמש"ה פחת נבלה על הניזק שהיה צריך להעלותה ולמכרה וע"כ דלדעת הרמב"ם זהו דין בפ"ע שלא חייבה תורה את המזיק אלא בפחת שפחתה מיתה ורק שמחוייב להעלות הנבלה וליתנה לניזק ואז שמין פחת שפחתה מיתה. ועיין לקמן שבארנו בארוכה:

הלכה י

השביחה הנבלה והרי היא שוה בשעת העמב"ד ק"כ הרי המזיק משלם לו [תשעים] אם היה מועד ואם היה תם משלם מ"ה מגופו וזהו שנאמר וגם את המת יחצון.

בטור סימן ת"ג כ' ע"ז הפרישה וז"ל, דלעולם השבח נשבח כפי ערך הדמים שהיה שוה תחלה וכו' ולכך במועד דנעשה שותף בחצי דמי הבהמה דמעיקרא, משו"ה נוטל ג"כ חצי השבח, ובתם דאינו נעשה שותף כי אם ברביעית דמי הבהמה דמעיקרא, אינו נוטל בשבח אלא הרביעית עכ"ל וכן כתב בסמ"ע בחו"מ, ומדבריו מוכח דסובר דמשו"ה נוטל במועד חצי השבח משום שנעשה שותף על חצי דמי השור, והיינו כפי הציור שכתב

הרמב"ם כשנגח שור שוה מאתים והנבלה שוה מאה זוז דנמצא במועד משלם חצי דמי השור ולכן נעשה שותף על חצי השבח שהושבחה הנבלה בשביל שנעשה שותף על חצי השור, וא"כ לפי דבריו אם נגח שור שוה מאתים והנבלה שוה מאה וחמשים אז במועד אינו נוטל אלא רביעית השבח ובתם שמינית, וקשה טובא דהא דינא דשבח נבלה הוא כר' יהודה ואמר להדיא במתני' דקרא מיירי בשור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים והנבלה יפה חמשים זוז, א"כ במועד משלם מאה וחמשים ונעשה שותף על שלשה רבעים, ועוד קשה דהא עיקר קרא דוגם את המת יחצון מיירי בתם ובתם קאי שם כולה סוגיא ובזה אמרינן מעיקרא דיש למזיק חלק בנבלה לענין פחת נבלה ופריך א"כ מצינו תם חמור ממועד ומסיק אלא לענין שבח נבלה א"כ הכל מיירי בתם, ומנין להרמב"ם לומר דכי מסיק דהוא על שבח נבלה דבשבח נבלה חולקים היינו במועד.

אכן באמת הביאור פשוט דהרמב"ם אינו מחלק כלל בין תם למועד ואינו סובר כלל דבמועד נוטל חצי השבח ובתם רביעית השבח אלא דבאמת הא אינו נוטל המזיק בשבח כלל דהא לא קנה הנבלה אלא דמה שהושבחה הנבלה מנכין חצי השבח משיעור ההיזק שהיה בשעת מיתה וזה שוה בין במועד בין בתם, דאם היתה הנבלה שוה בשעת מיתה מאה ואח"כ הושבחה והיא שוה ק"כ מנכין עשרה שהוא חצי השבח משיעור ההיזק שהיה בשעת מיתה וממילא נשאר ההיזק תשעים לשלם כולו במועד וחציו בתם והוא פשוט, ואח"כ מצאתי שכתב כן ביש"ש ושמפורש כן בפיהמ"ש להרמב"ם ז"ל ע"ש.

והנה בזה נוכל ליישב קושיית הלח"מ שהקשה בהל' ח' למה לא הביא הרמב"ם ז"ל הא דאיתא בגמ' דאם השביחה הנבלה יותר מכדי הנזק דהבעלים משלמים ולא נוטלים, והטור כתב זה והרמב"ם השמיטו, אכן לדברינו מבואר בפשיטות כיון דבאמת פירושא דשבח נבלה אינו דהמזיק נוטל בשבח הנבלה דאי הוי הכי א"כ כיון דהך דינא בתם כתוב היה לנו לומר דעל התם לשלם רק ארבעים דהא חיוב הח"נ שלו אינו אלא חמשים וכיון שיטול כנגד זה חצי השבח שהוא עשרה לא נשאר לו לשלם אלא מ' וע"כ דהוא כמש"כ דאינו נוטל משבח הנבלה, אלא התורה אמרה דמנכין חצי השבח מההיזק, א"כ לא צריך לומר דאינו נוטל שבח היכי שאין עליו לשלם כלום, ובגמ' דרש רק דלא נטעה לומר דבאמת השיג המזיק זכות בהנבלה ונוטל בשבח, אבל באמת לא דרשינן כן ואינו נוטל בשבח אלא מנכין, וא"כ שפיר דכיון דכתב הרמב"ם דמשלם מ"ה לא צריך לו לכתוב דאינו נוטל ריוח:

הלכה יא

שור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים והפחיתו חמשים ובשעת העמב"ד השביח הניזק והרי הוא שוה ארבע מאות זוז, ואלולא הנגיחה שהפחיתו היה שוה שמונה מאות בין שפטמו בין ששבח מאליו אינו נותן אלא כשעת הנזק, כחש מחמת המכה בשעת העמב"ד והרי הפחת שוה מאה נותן לו כשעת העמדה בדין.

עיין לח"מ שכתב דהרמב"ם מפרש כפי' ב' שברש"י דקיי"ל דאינו יכול לתבעו מה שאלמלא הזיקו היה משביח יותר, והנה רש"י הקשה על פי' ב' דא"כ מאי פריך אח"כ אי כשפטמו צריכא למימר דהא ודאי איצטריך לאשמעינן דלא נימא דאי לא אזיק הוי קאי בהאי פיטום על ח' מאות זוז והתוס' הקשו עוד דמאי רבותא ופשיטא דאם נגח שור קטן לא ישלם דמי שור גדול, והנה על קושיית התוס' נראה דלא קשה כלל דהא לקמן דף נ"ח ע"ב גבי אכלה חזיז סבר ר' יוסי הגלילי דנדון במשוייר שבו והיינו דרואין בכמה נתגדלו הערוגות שלא נאכלו וכן ישלם בעל הבהמה בעד הערוגה הנאכלת, וכן באכלה סמדר סבר ר' יהושע דרואין אותן כאילו הן ענבים עומדות ליבצר, אלא דאנן קיי"ל כחכמים דרואין אותה כמה היתה יפה וכמה היא יפה, אלא דיש לעיין לר' יוסי הגלילי ור"י אי יפלגו בהא ואולי דיש לחלק דהתם ודאי היה עומד ליגדל ואינו עומד כלל לקוצרה שחת או לאכול סמדר, אבל הכא מצוי דשוחטין גם עגלים קטנים ובינונים, וא"כ אפילו עומד להתגדל לרדיא מ"מ אינו מוכרח ואין הולכין בממון אחר הרוב, ויש לומר דלא שייך להא דמוכר שור לחבירו ואפי' רב מודה הכא דהתם הוי ספק על מה מכר לו, אבל הכא אפי' ידעינן השתא דעומד להתגדל לרדיא נמי פטור משום דעכ"פ אינו מוכרח ואינו ודאי גמור ואין לחייב המזיק בשביל זה, עכ"פ כיון דאיכא מ"ד דנידון במשוייר שבו אין כאן קושיא פשיטא ומה דפריך הגמ' אי כשפטמו פשיטא דהקשו רש"י ותוס' לפי' ב' ג"כ יש ליישב דכיון שכתבנו דכל ההו"א הוי משום דינא דנדון במשוייר שלו למאן דאית ליה הכי א"כ אפשר לומר פשוט דעכ"פ לא הוי כן אלא דומיא דאכלה חזיז או סמדר דממילא יגדלו והוא דבר ודאי בעיקר דבר הניזק, אבל היכי דממילא לא יגדל אלא כשיפטם אותו יותר מכפי דרך מזונותיו זהו בודאי דבר שהוא בא אח"כ, ומה שמנעהו מלהרויח בזה הוא כמו נועל חנותו של חבירו, ודוקא דבר שהוא בעצם כן שודאי יגדל יש הו"א דיש עכשיו לחשוב כמו שיהיה הנזק אח"כ בשביל שהוא עומד לזה, אבל מה דפטמו ודאי הוי מניעת הריוח ופטור מלשלם.

והנה בהך דינא דנדון במשוייר שבו יש לחקור הא דחולקין חכמים על ריה"ג ולא סברי נידון במשוייר שבו אם הוא מטעם דלא סברי הך דינא שצריך המזיק לשלם מה שהזיקו

במה שהיה ראוי להיות ואינו צריך לשלם אלא עבור מה שהזיקו בפועל מה שהיה שוה עכשיו, ומה דשמין ע"ג שדה אחר אף דהחזיז לא היה שוה עכשיו אלא מעט והלוקח בודאי יחשוב מה שהיתה ראויה לעשות, היינו משום דאנו רואין כאילו הזיק את עצם הקרקע, וכיון דהקרקע לפני ההיזק היתה שוה יותר ועכשיו שוה פחות כך הוא משלם, או דנימא דבאמת יש דין לשלם לו במה שהזיקו במה שהיה ראוי לעשות דכיון שהיה עומד לכך זה בעצמו היזק שבשביל ההיזק לא השביח, ומה דפליגי חכמים היינו משום דכיון ששמין כמה היתה יפה הכל בכלל דכיון דמשלם לו החילוק בין מה שהיתה שוה ובין מה שהיא שוה הרי יכול לקנות שדה עם חזיז ואין לו היזק.

והנה למעלה בהלכה ח' כתבנו דמה דמשלם מה שהכחיש הניזק עד שעת העמב"ד משום דעד העמב"ד יש לו רשות להשהותו ואחר העמב"ד מכיון שמשלם לו יכול למכרו וליקח אחר, וא"כ כאן בהלכה שלפנינו לענין שור שניזק מכיון שהושבח עד העמב"ד אמאי לא נימא שישלם לו מה שהיה ראוי לישבח אלמלא הזיקו, ולכאורה מוכח מכאן כאופן הראשון דאין דין כלל לשלם מה שהזיקו שלא הושבח משום דשבח זה לא היה בעולם, ולכן לא דמי למה שמשלם מה שהוכחש אח"כ דהתם הלא הוזק מה שהיה לו אבל עבור מה שהיה ראוי לישבח אין דין היזק כלל.

ונראה עפ"י מה דפסק הרמב"ם בפ"ח מה' מלוה הלכה ה' אסור לקנות פרי הפרדס קודם שיגמר ויתבשל מפני שזה שמכר בזול עתה בעשר הוא פרי ששוה כ' כשיגמר נמצאת התוס' בשביל ההקפה, אבל אם קנה עגל בזול והיה אצל הבעלים עד שיגדל, ה"ז מותר שהרי אם מת או כחש ברשות הלוקח הוא והכחש והמיתה מצויין תמיד ע"כ הרי מצינו דיש חילוק בין גדולי קרקע ובע"ח דגבי גדולי קרקע הוי דין רבית אם משלם כפי שויין של עכשיו, ולענין בע"ח ליכא דין רבית דכיון דאפשר דימותו או יכחשו א"כ אין בהם עכשיו שיווי של אח"כ, וא"כ שפיר נוכל לומר דגבי בע"ח ודאי לא שייך לומר דהזיקו מה שהיה ראוי ליגדל דכיון שהיה אפשר שימות או יכחש אין בו כלל דין שיווי מה שהיה עומד ליגדל, ולכן אף דנימא לשיטת רש"י דכל דין דשמין כמה היתה יפה וכמה היא יפה הוא בצירוף עם דינא דנדון במשוייר שבו משום דהזיקו דבר דעומד ליגדל אין זה אלא בגדולי קרקע דהא חזינן דיש בה עכשיו שיווי של אח"כ, אבל בע"ח דמצוי בהם כחש או מיתה אין בהם כלל דין לשום מה שיהי' אח"כ, ולכן שפיר דאינו צריך לשלם אפי' עבור מה שיגדל קודם העמדה בדין.

והנה הקשה הסמ"ע אמאי משלם כשעת הנזק אמאי לא יטול המזיק חצי השבח להשלים עד שיעור הנזק ולא ישלם כלום, ותי' הסמ"ע דיוקר אינו מצוי ויכול המזיק

לומר גם מזלי גרם, אבל הכא מה שנתגדל הוא בטבע ודרך שיתגדל ולפי דבריו הכא גבי שור אם הוקר נוטל המזיק חצי שבח, אבל באמת סברתו דמזלי גרם לא מסתבר דהא אי לאו גזה"כ בודאי לא היה נוטל בשבח הנבלה, וכיון דהוא גזה"כ מה שייך לצרף הא דמזלו גרם, ונראה דהנה עיקר סברת הגזה"כ הוא דשיימינן ההיזק מחצה כפי הנזק ומחצה כפי העמדה בדין דהא אין לו בשבח היותר מהנזק כלום, וכמש"כ למעלה דכל דין שבח נבלה הוא לגרע סכום הנזק, רק דלפי"ז יקשה הא תינח אם הוקרה הנבלה והשור אם היה חי לא היה מתייקר, אבל היכי דהשור אם היה חי היה ג"כ מתייקר אמאי יטול חצי שבח דהא לא שייך לומר דשיימינן כשעת העמב"ד, ובפשוטו משמע דאין חילוק, ואפי' אם התייקרו גם שוורים חיים מ"מ נוטל חצי שבח וההיזק אין שמין אלא כפי הנזק, ונראה דהטעם הוא משום דשור חי ונבלה הם שני מינים ואינו שייך יוקר זה המין, ליוקר זה המין וכיון שיתכן שתתייקר הנבלה ושור חי לא יתייקר, לכן כיון דזה פשוט דשומת ההיזק א"צ לחשוב אלא בשעת הנזק דהא אינו חייב אלא על שעת ההיזק, לכן שפיר הקילה התורה לחשוב לו חצי יוקר הנבלה כיון דעכ"פ בשעת התביעה אין לו כ"כ היזק כיון שנתייקרה הנבלה. ואף שגם השור אם היה חי היה מתייקר זהו מילתא אחריתא דאינו שייך ליוקר הנבלה ואנו חושבין יוקר הנבלה מה שנתייקרה בפועל, אבל מה שהיה מתייקר השור החי זה אין אנו חושבין להיזק דעכ"פ יוקר הנבלה נגרם ע"י המיתה ואלמלא המיתה לא היה הנבלה ושייך המזיק בגרם השבח.

אבל כ"ז הוא בנבלה משום דיוקר הנבלה ויוקר החי הוא שני מינים ואינם שייכים זה לזה, ולכן נוכל לחשוב עבור המזיק שנתייקרה הנבלה משום שהנבלה נעשה ע"י מיתת השור, אבל אם הזיק את השור ולא הרגו ורק פחת מדמיו שהיה שוה שני מאות ועכשיו שוה מאה וחמשים ועד העמב"ד הוקר ועמד על שלשה מאות, הא זהו ממש אותו היוקר שהיה מתייקר השור קודם שניזק, ואינו יכול המזיק לומר שבשביל שנעשה בעל מום הוקר הא למה זה דומה לשק מלא תבואה שבאה הבהמה ואכלה חצי השק ועד העמב"ד הוקר מה שנשאר הא ודאי לא שייך שיתבע המזיק חצי השבח משום דזה אינו מן ההיזק, וה"נ כשנשאר חצי השור והוקר הוי כמו חצי השק, כיון דהיוקר הוא אותו המין שהיה על כל השור, ואה"נ דיתכן דגם בחצי השור יהיה שייך שבח נבלה, כגון שמקודם היה השור לרדיא ועכשיו השור לשחיטה והוקר לשחיטה דאז יוכל המזיק לטעון דהופחת ההיזק, אבל זה דוקא אם לרדיא לא נתייקר, אבל אם נתייקר גם לרדיא א"כ זהו בכלל יוקר על שוורים ולא שייך להמזיק חצי השבח כיון דהיוקר אינו בשביל

ההיזק ועכ"פ היכי דהושבח השור בגדלותו דזה ודאי אינו בשביל הנגיחה לא שייך שיהיה זכות להמזיק בחצי השבח:

הלכה יב

השביח המזיק בשעת העמדה בדין, אם מחמת שפטמו שבח אינו משתלם ממנו אלא מה שהיה שוה בשעה שהזיק ואם מחמת עצמו השביח משתלם חצי נזק ממנו כולו כשעת העמדה בדין.

בגמ' ת"ר שור שוה מאתים שנגח לשור שוה מאתים וחבל בו בחמשים זוז ושבח ועמד וכו' שבח מזיק נותן לו כשעת הנזק ופירש"י שבח מזיק ועמד על ד' מאות זוז נותן לו כ"ה כשעת הנזק ואינו יכול ניזק לומר תן לי חלק שמינית שבו שזכיתי בו משעת הנזק וברשותי השביח, כחש בשעת העמב"ד ונותן לו חלק שמיני שבו שברשותו כחש, אמר מר שבח מזיק נותן לו כשעת הנזק מני ר' ישמעאל דאמר ב"ח הוא וזוזי הוא דמסיק ליה אימא סיפא כחש בשעת העמב"ד אתאן לר"ע דאמר שותפי נינהו, כולה ר"ע והב"ע בשפיטמו ומבואר דאם שבח נוטל הניזק הריוח לבד חובו כיון דקיי"ל כר"ע ודידי הושבח, וכן בכחש אינו נוטל אלא כפי חשבון שעלה על חלקו בשעת הנזק ושלו הוכחש וכן פסק הטור, אבל הרמב"ם לא פסק כן ובשבח פסק רק דמשתלם חצי נזק ממנו כולו כשעת העמדה בדין, ומוכח דאינו נוטל אלא עד שיעור חצי נזק אבל אינו נוטל בריוח כלום, וזהו שלא כפי המבואר להדיא בגמ' דנוטל ריוח, וכן השמיט לגמרי דין כחש מזיק דנוטל כשעת הנזק, וכבר ביארו זה הגאונים מוהריט"ל ז"ל והגרא"מ ז"ל בס' מלבושי יו"ט בחלק חו"מ אות ז' ח' ט' דהוא משום דהרמב"ם אינו סובר יוחלט קודם העמב"ד ומפרש בגמ' כפי' הר"ח ז"ל דמפרש כן להדיא, וז"ל ודוקא כשפיטמו המזיק אבל שבח ממילא לא, אלא שקיל ניזק משבחא שיעור נזקיה, ובכחש ג"כ אינו מפרש הר"ח דלר"ע מפסיד לפי חשבון קודם העמב"ד, אלא דלר' ישמעאל משלם המזיק מביתו אם כיחש כפי שהי' שוה בשעת נגיחה דז"ל כחש כגון שהי' שוה ק' וכו' אין יכול הניזק לומר תן לי ק' שכך הי' שוה שורך בשעה שהזיק אלא אומר לו קח השור כמות שהוא כר"ע דאמר הוחלט השור.

והנה יסוד דבריהם מבואר בקצוה"ח סי' ת"ז על מה שכתב הרמב"ם בפ' ח' הל' ו' דמכרו מזיק אעפ"י שמכור חוזר וגובהו שהקשה הישׁ"ש דלדידן דקיי"ל כר' עקיבא הא אינו מכור כלל, וביאר הקצוה"ח דשיטת הרמב"ם דהברייתא דמכרו מכור לרדיא קאי אליבא דר"ע ולא כשיטת התוס' דאי כר' ישמעאל אפי' עמד בדין מכור כ"ז שלא הגבו אותו ב"ד ואי הגבו אותו ב"ד ונעשה שלו פשיטא ובמועד נמי הכי, ותוס' ע"כ יסברו

דבהעמב"ד יוחלט השור אפי' לר' ישמעאל וצ"ע עכ"ד הקצוה"ח.

והנה לומר דלר' ישמעאל נעשה דין יוחלט מהעמב"ד לא משמע כן בגמ' דהא אמרינן דלר' ישמעאל ומכרו את השור החי לב"ד קא מזהר רחמנא ולא למזיק וניזק ואם נימא דאחר העמב"ד גם לר' ישמעאל יוחלט, א"כ שפיר אפשר גם לר' ישמעאל לומר למזיק וניזק אזהר רחמנא דהא תיכף בגמר הדין נעשה השור של המזיק והניזק ואין מקום לומר דומכרו הוא גם לפני העמב"ד דמהיכי תיתי לומר כן הא קנס אינו זוכה עד שעת העמב"ד וא"כ אפי' נימא דבתם הואיל דהוא מגופו זוכה למפרע כמש"כ התוס' אבל עכ"פ דין ומכרו בפועל הוי אחר העמב"ד.

ונראה דכיון דאמרינן דלר' ישמעאל הוי דין השור כמו שעשאו אפותיקי, וכתבו התוס' בב"מ דף ט"ו דבאפותיקי מכיון שהגיע הזמן נעשה של הבע"ח לענין שבח, וקודם שהגיע הזמן אינו מוכח שם מד' התוס' שכתבו וי"ל שמכרה קודם שהגיע הזמן וכו' ע"ש, ויש לומר דכונתם דרק המכירה הי' קודם שהגיע הזמן אבל עכשיו אנו דנין ע"ד השבח שלאחר הגעת הזמן דלא מסתבר דקודם הזמן יהיה דינו כמו שלו, וכן מוכח בדבריהם ע"ש, א"כ מיושב שפיר שיטת התוס' דלענין דין שבח כבר נחשב כמו שהוא שלו משעת העמב"ד דהוי כמו אחר הגעת הזמן, אבל מ"מ צריך ע"ז דין ב"ד ולא שייך על זה למזיק וניזק קמזהר רחמנא דגם באפותיקי צריך דין גביה דהא הלוה יכול לסלקו בדמים כמבואר בח"מ סי' קי"ז דאף דלענין שבח הוא שלו היינו משום דאלים דין שעבוד דאם יגבה אח"כ הוי שלו למפרע.

איברא דהתוס' בדף ל"ג כתבו דאפי' לאביי דאמר למפרע הוא גובה מ"מ אינו נוטל הניזק שבח יש לומר דכונתם קודם שעמד בדין דאפי' לאביי דאמר למפרע הוא גובה מ"מ אינו שלו לענין שבח אבל לאחר העמב"ד אפי' לר' ישמעאל הוי כמו אפותיקי לאחר שהגיע זמנו דהשבח שלו לשיטת התוס', ואולי אפשר לומר דנ"מ בין הושבח ביד המזיק להושבח ביד הלוקח, אך עכ"פ הכא בברייתא דמכרו מכור לענין שבח שביד הלוקח עסקינן, וניחא עכשיו דלשיטת התוס' אם עמד בדין אפי' לר' ישמעאל אינו מכור לרדיא דשייך להניזק כל השבח דלענין שבח כמו שלו, וכן מדוייק לשון רש"י שכתב בסיפא דמשעמד בדין מכרו אינו מכור דמשועבד גופו למזיק ושלו הוא, ואף דאולי יש לחלק משבח לרדיא אבל אינו מוכרח, ושפיר יש לומר דכיון דאם הושבח שייך להניזק השבח ה"נ אם השביח ברדיא שייך להניזק.

וכל זה לשיטת התוס' אבל לשיטת הרמב"ם בפ' כ"א מה' מלוה הל' ו' וכפי"מ שנבאר בעה"י שם דגם באפותיקי אינו נוטל שבח אלא לגבות חובו וא"כ לשיטתו א"א לומר

דלר' ישמעאל השבח שלו דאם נימא דהוי ממש כמו יוחלט א"כ הוא כמו לר' עקיבא דלמזיק וניזק קא מזהיר רחמנא ולכן ע"כ דמכרו מכור היינו לר"ע דלר"ע נמי לא אמרינן יוחלט קודם העמב"ד, ורק משעמד בדין אינו מכור, ונמצא לפי"ז דהרמב"ם לא יוכל לסבור דשבח מזיק יהיה נוטל שבח יותר מדמי הנזק כיון דעד העמב"ד לא אמרינן יוחלט ומטעמא דאפותיקי אינו נוטל לשיטתו בשבח אלא כדי לגבות חובו וכנ"ל, ולכן פסק דאינו נוטל אלא כשיעור הנזק, וכן כחש המזיק לא יפסיד משיעור נזקו וכנ"ל.

והנה שיטת הר"ח והרמב"ם צריך ביאור דא"כ מה אמר בגמ' אמר מר שבח מזיק נותן כשעת הנזק מני ר' ישמעאל היא דאמר ב"ח הוא וזוזי הוא דמסיק ביה דמה ניחא לגמ' אי מתוקמא כר' ישמעאל דאמאי לא יגבה שיעור נזקו משבח שהשביח השור אפי' לר' ישמעאל דהא בע"ח גובה גם משבח שהשביח לוקח וכ"ש משבח שהשביח הניזק ואף דמה דגובה בע"ח משבח שהשביח לוקח היינו דוקא משום שכך כותב לו מוכר ללוקח ונחשב כאילו השביח מוכר דהוא החייב ומשבח שלו ודאי שפיר גובין כמו משאר נכסים שקונה אחר ההלואה משא"כ הכא בשבח השור דאם נחשוב השבח לדבר אחר א"כ השבח לא נשתעבד לגבות מגופו שהשבח לא היה בשעת ההיזק ואין גובין ממנו כמו שאין גובין משאר נכסים יותר ממה שהיה שוה השור, מ"מ לא ניחא כלל דמה דצריך להא דשכך כותב לו מוכר ללוקח זהו רק לשבח שהשביח לוקח מחמת הוצאה. אבל שבחא דממילא גובה אפי' במתנה דליכא טעמא דשכך כותב לו, כמבואר שם בריש"פ ורמב"ם וטעמא הוא משום דאומר לו שעבודי הושבח ובשבח מחמת הוצאה ג"כ יש מחלוקת בשבח היותר על ההוצאה. ויבואר אח"כ אבל עכ"פ שבחא דממילא גובה בע"ח, וא"כ מה ניחא לגמ' אי אתיא כר' ישמעאל. ועוד דמה נ"מ בזה בין ר' ישמעאל לר"ע כיון דלר"ע ג"כ לא אמרינן הוחלט קודם העמב"ד.

ונראה דהביאור הוא כן. דלר' ישמעאל מכיון דאמרינן ב"ח הוא וזוזי הוא דמסיק ביה, ואם נאבד השור אחר הנזק צריך המזיק לשלם מביתו. וא"כ כל הדין מגופו שאמרה תורה הוא לקבוע שיעור התשלומין דאינו חייב לשלם אלא כמה ששוה השור ואם השור בעין גובה מהשור ולא משאר נכסים. אבל אם אינו בעין גובה גם משאר נכסים. וכיון דשיעור מגופו הוא לקבוע שיעור תשלומי הנזק. א"כ יותר מכפי מה ששוה השור בשעת הנזק אינו מגיע להניזק כלל וא"כ אין שייך להקשות מבע"ח דגובה משבחא דממילא. דהתם הלא מגיע לו מהלוה שעור ארעא ושבחא אבל הכא אינו מגיע לו יותר כלל.

וכל זה לר' ישמעאל דאמרינן דמה דאמר קרא ומכרו את השור החי זהו לב"ד מזהר רחמנא. אבל לר"ע דס"ל יוחלט השור ולניזק ומזיק מזהר רחמנא אף דלא אמרינן יוחלט

קודם העמב"ד היינו משום דקודם העמב"ד לא נעשה אכתי דין לומר יוחלט, אבל עכ"פ אין אנו צריכין כלל לומר דהתורה קצבה שיעור תשלומי הנזק לפי שויו של השור, אלא דהתורה אמרה שמנכסים אחרים של המזיק אין גובין רק מן השור. אבל לעולם שדין תשלומי הנזק הוא על כל פחת ההיזק. ועל כל הנזק אמרה תורה שבשעת העמב"ד כבר הוחלט שור המזיק לניזק כפי שיעור פחת ההיזק בשור שהוזק ולניזק ומזיק מזהר רחמנא. וא"כ שפיר דלר"ע אין אנו דנין כלל על שויו של שור המזיק בשעת הנזק.

ולכאורה יש להקשות דילמא לר' ישמעאל נמי מה שקצבה תורה שיעור תשלומי הנזק הוא לא כמו ששוה בשעת הנזק אלא כמו ששוה בשעת העמב"ד, ואף דהגמ' בודאי לא סבר כן דהא אמר דלר' ישמעאל אם כיחש המזיק עד העמב"ד משלם המזיק מביתו, אבל גם זה קשה דמנלן הכי בין בשבח בין בכחש, ויש לומר דסבר הגמ' דכיון דלר' ישמעאל דין מגופו שאמרה תורה הוא רק ליתן קצבה לשיעור התשלומין דהא סבר יושם השור בב"ד ואם נאבד משלם מביתו, וא"כ מסתבר דשיעור התשלומין אינו כפי שויו של השור בשעת העמב"ד אלא בשעת הנזק דאותה שעה היא היא המחייבתו למזיק בתשלומי נזקין.

והנה לפי"מ שבארנו תלוי דין שבח דאמרינן דלר' ישמעאל אינו גובה בדין כחש דאמרינן דמשלם מביתו, אבל באמת אינו מוכרח ואנו יכולין להסביר דין שבח לר' ישמעאל אפי' אם לא היינו אומרים דלר' ישמעאל אם כחש שור המזיק או נאבד משלם מביתו, ונאמר דסבר הגמ' דשומת תשלומי הנזק כיון דלר' ישמעאל הוא לפי שויו של השור המזיק ולפי שיעור זה נעשה דמי הנזק חוב על המזיק שיכול לסלקו בזוזי ורק דמ"מ אין גובין מנכסים אחרים דהקילה תורה שאין משלם אלא מגופו, אבל כיון שקצבת שיעור התשלומין הוא לפי שויו של השור לכן מסתבר דקצבה זו נעשית בשעת הנזק, אבל לר"ע לא אמרינן דנעשה קצבה ושיעור התשלומין אלא דאמרה תורה דעל שיעור כל פחת הנזק נעשה דין יוחלט בשעת העמב"ד וכנ"ל.

ומה שכתבנו זה הוא משום דאילולי דברי הר"ח ז"ל אינו מוכרח לפרש בגמ' דכחש כשעת העמב"ד דאמר ע"ז מני ר"ע היא דהיינו דלר' ישמעאל משלם המזיק מביתו. דנוכל לפרש באופן אחר דאמר שפיר מני ר"ע היא היינו דהברייתא דאמרה כיחש כשעת העמב"ד אשמעינן באמת להיפוך מפירש"י והיינו דלא נימא דאזלינן בתר שעת הנזק, ואם בשעת הנזק היה מגיע להניזק חצי השור כגון שור שוה מאתים שנגח לשור שוה מאתים ואין הנבלה יפה כלום, אז נימא דאם הוכחש אחר הנזק אין להניזק אלא חצי השור ועל זה אמר כיחש כשעת העמב"ד דאין אנו הולכין אחר שעת הנזק אלא אחר שעת

העמב"ד, ואף שעכשיו הוא שוה רק מאה וחמשים יש לו מאה זוזי. ועל זה אמר שפיר מני ר"ע היא דעכ"פ זה הא קתני בברייתא דאחר שעת העמב"ד ולא אח"כ ואם הוכחש אחר העמב"ד אין להניזק אלא כפי שיעור שהיה לו בשעת העמב"ד, וכל זה לר"ע דסבר יוחלט השור, אבל לר' ישמעאל דסבר יושם השור וצריכים ב"ד לעשות גובייגא. וא"כ כל זמן שלא גבו השור והקנו אותו לניזק בתורת פרעון אפי' אחר העמב"ד אם הוכחש אינו מפסיד הניזק כלום. ובפי' זה היינו מרויחין בפשטות דברי הברייתא דבאמת לפי' הר"ח הוא דחוק כיון דמיירי בשור שוה מאתים שנגח לשור שוה מאתים וחבל בו בנ' זוז וחצי הנזק הוא כ"ה ולא מסתבר דכחש המזיק היינו ששור המזיק שהיה שוה מאתים אינו שוה עכשיו כ"ה והוא דחוק הרבה, ופירש"י מיושב שפיר דכחש המזיק מקצת אמרינן דנוטל כשעת העמב"ד ומפסיד חלק שמינית מהכחש, ולכן לשיטת הר"ח והרמב"ם דלא אמרינן יוחלט קודם העמב"ד, וא"א לפרש כפירש"י מרווח יותר לפרש כמו שכתבנו. דבאמת לא הוכחש אלא חלק מהשור ואשמעינן דנוטל הניזק כשעת העמב"ד ואינו מפסיד בשביל הכחש ומ"מ הוא דוקא לר"ע משום דלר' ישמעאל גם מהכחש שאחר העמב"ד עד הגוביינא אינו מפסיד וכנ"ל. ונרויח בזה שאין אנו צריכין לחידושו של הר"ח ז"ל דלר' ישמעאל משלם מביתו אם כחש המזיק או נאבד.

איברא דשיטת רש"י ג"כ הכי בדף ל"ו ע"א בהא דאמר ש"מ שני שוורים תמים שהזיקו רצה מזה גובה רצה מזה גובה ופי' רש"י ואם אבד האחד קם חברו תחתיו ומשתלם ממנו ומסיק דר"ע היא וטעמא דאיתנהו לתרווייהו וכו' ופירש"י אבל לר' ישמעאל כיון דאמר בע"ח הוא וזוזי הוא דמסיק ביה אבד האחד לא איבד את זכותו, והקשו בתוס' דהא לעיל אמרינן שחטו מה שעשה עשוי ופירשו בתוס' דלר"ע הוי חידוש אבל לר' ישמעאל לא הוי חידוש. ובמה דאמר מעיקרא ש"מ שני שוורים תמים הקשו בתוס' על פירש"י דלא הוי ליה למימר ש"מ אלא מסיפא הו"ל למיפרך דקתני אחד גדול ואחד קטן המע"ה א"כ כשאבד אחד מהן לא משתלם מאותו שנשאר, ודבריהם בזה תמוהין דהא ודאי אין ספק דאינו חולק ר' ישמעאל על זה הדין דתם משלם מגופו, ואם כן אם ספק הוא שמא קטן הזיק איך ישתלם מן הגדול דמי קטן, וכל הספק כאן הוא רק דנימא דכיון דנתחייב המזיק לשלם כפי דמי שור המזיק, לכן גם כשאבד לא פקע חיובו, אך קושייתם משחטו מה שעשה עשוי הוא קושיא חזקה דלשיטת הר"ח והרמב"ם נוכל להעמיד הך ברייתא כר"ע כיון דלר"ע נמי לא אמרינן יוחלט קודם העמדה בדין ושפיר מכרו מכור לרדיא, אבל רש"י דסובר להדיא כאן בברייתא גבי כחש ושבח מזיק דאמרינן יוחלט קודם העמב"ד, וכן משמע לכאורה בדף ל"ג ע"ב בברייתא דתני רב תחליפא קמי

דר' אבהו מכרו אינו מכור דפריך מכרו מאן אילימא מזיק מכרו אינו מכור מני ר"ע היא ופי' רש"י מכרו אינו מכור קס"ד אפי' לרדיא, ומוכח דסובר רש"י דלר"ע אינו מכור לרדיא, אכן אולי אפשר להעמיד שם אחר העמב"ד, אבל עכ"פ כאן מוכח להדיא דסובר דאמרינן יוחלט קודם העמב"ד, וא"כ ע"כ ברייתא בתרייתא בדף ל"ג דקתני מכרו מכור ע"כ דאתיא כר' ישמעאל וכן פי' הרשב"א שם דהך ברייתא כר' ישמעאל, וא"כ מדקתני שחטו מה שעשה עשוי ע"כ דאין המזיק צריך לשלם מביתו.

אכן כבר כתבנו למעלה בפ"ד הלכה ט' דיש לחלק לדעת רש"י בין קודם העמב"ד לאחר העמב"ד דמה שכתב בדף ל"ו דאם אבד האחד לא איבד את זכותו אייריי אחר העמב"ד דכבר נתחייב המזיק לשלם אם לא יתן להניזק את המזיק ואז שפיר יש סברא דכמו דיכול לסלקו בזוזי כן גם הוא נתחייב בדמי ההיזק גם אם יאבד השור, וגבי שחטו מה שעשה עשוי הא מיירי קודם העמדה בדין.

ובמה שהקשיתי למעלה על דברי התוס' שהקשו על רש"י דלא הול"ל ש"מ אלא הו"ל למיפרך מסיפא דאחד גדול ואחד קטן, ודבריהם תמוהים דשם ודאי ליכא הו"א דיגבה גדול, אכן שבתי וראיתי דהתוס' מפרשים בכונת רש"י דא"א לומר דהא דאמר ש"מ הוא משום דנימא דלר' ישמעאל אם אבד שור המזיק לא הפסיד הניזק וישלם המזיק מביתו, דא"כ לא הו"ל לגמ' לומר שני שוורים שהזיקו רצה מזה גובה רצה מזה גובה, ופירש"י דאם אבד האחד גובה מהשני דהא לפי"ז אם אבד שור המזיק גובה תמיד משאר נכסים, וא"כ למה נקט שני שוורים שהזיקו, ולכן מפרשים התוס' בכונת רש"י דדוקא בשני שוורים שאחד מהן הזיק אמר דש"מ רצה מזה גובה, והיינו דכשאבד אחד גובה מספק מהשני ובטעמא דמילתא דאיך הוי סבר לומר כן אפשר לומר עפ"י מה דפסק הרמב"ם בפ' ב' מה' שאלה ופקדון הל' ח' דפשיעה בבעלים דמספק חייב השומר וכתב המ"מ דסובר הרמב"ם דכיון דמעיקר הדין צריך להיות חייב, ורק דהתורה פטרה בבעלים אפי' בפשיעה ולכן בספק בבעלים חייב, ולכן אפשר דגם בכה"ג למ"ד פלגא נזקא ממונא דמעיקר הדין הי' צריך להיות חייב נזק שלם, ורק דחס רחמנא עליו ופטרתו בחצי נזק מגופו, ולכן היכי דהוי ספק אם נאבד השור או לא אינו פטור מספק, ואף דיש לפקפק בזה דאפשר יש לחלק מספק בדין לספק במציאות, ועוד אפשר אינו דומה פשיעה בבעלים לחצי נזק אפי' אי פלגא נזקא ממונא מ"מ עכ"פ יש מקום לדון בזה, וכיון דבמתני' קתני שניהם חייבים ומפרש מעיקרא דכל אחד חייב ע"כ הוכיח דמספק גובין מכל אחד דא"א לומר דאתיא כר' ישמעאל ומשלם מביתו אם נאבד דא"כ לא שייך לומר שניהם חייבים, וזה הוא ש"מ שני שוורים תמים וכו' משום שזהו באמת חידוש

דמספק יוכל הניזק לגבות מכל אחד.

ולכן למסקנא דמשני ר"ע הוא ומפרש רש"י אבל לר' ישמעאל כשאבד האחד לא איבד את זכותו אין כונת רש"י דוקא היכי דיש ספק מי נגח דלהלכה דקיי"ל פ"נ קנסא אין סברא כלל לחייב מספק אלא משום דכשנאבד שור המזיק צריך לשלם מביתו לר' ישמעאל ומשום זה הקשו בתוס' משחטו דלא מיירי בספק ובדעת רש"י כבר כתבנו לחלק בין קודם העמב"ד לאחר העמב"ד.

ובזה מבואר מה דבגמ' אמר מקודם ש"מ וכו', ומשני ר"ע הוא ודוקא דאיתנהו לתרווייהו, וקשה דאמאי לא תירץ לו לפי מה דהוי סבר מעיקרא דרצה מזה גובה ורק לומר דר' ישמעאל היא, וגם מה אמר ש"מ וכו' דמשמע דזהו חדוש גדול דהא אה"נ דלר' ישמעאל כן הדין, אכן לדברינו מבואר דבאמת מתחלה הוי סבר דדוקא בשביל שאחד משניהם הזיק וע"ז אמר ש"מ שמספק גובין והיינו דוקא אי פלגא נזקא ממונא אפשר לומר כן וגם זה אינו מבורר, ולכן אמר ש"מ שזהו בודאי חדוש גדול שמספק גובין, וע"ז מתרץ דהפי' במתני' הוא דמספק אינו גובה וכ"ז לר"ע אבל לר' ישמעאל גובה אפי' משאר נכסים, ועכשיו מיושב דהתוס' הקשו שפיר דאם נימא דמספק גובין א"כ גם באחד גדול ואחד קטן גובה מהגדול.

ובדעת רש"י יש לומר דדוקא בשני שוורים שמקודם שנאבד היה ודאי חיוב, אז סבר הגמ' דאפשר לומר דאם נאבד אחד יגבה השני מספק ובגדר ספק פטור דמספק לא יפטור את עצמו, אבל באחד גדול ואחד קטן דעל דמי הגדול לא נתחייב מעולם בודאי לכן אינו גובה מספק בדמי גדול, ולא נדמה זה להא דפשיעה בספק בבעלים או דרש"י גם שם לא יסבור כדעת הרמב"ם, ובדברינו מבואר מה דהתוס' קבעו שתי הקושיות על שני מקומות הקושיא דאחד גדול ואחד קטן קבעו מקודם על מה דאמר ש"מ שני שוורים תמים, והקושיא משחטו כתבו במסקנא על מה דמפרש רש"י דלר' ישמעאל אם נאבד משלם מביתו, משום דבאמת הם שני ענינים וכל קושיא במקומה ואינם שייכים זה לזה דמקודם הוכיחו דמספק אינו גובה ואח"כ הוכיחו דאינו משלם מביתו.

אח"כ ראיתי שהתורת חיים נחית למה שכתבתי וגם הפנ"י ציין לעיין בו ומשמע שמסכים לדבריו אבל באופן אחר, שהוא מפרש דבאמת רש"י אינו סובר דלר' ישמעאל אם נאבד משלם מביתו ומה שכתב רש"י דלר' ישמעאל אם אבד האחד לא איבד את זכותו היינו משום דהוי בגדר ספק פטור וספק פרעון שאינו יכול לפטור את עצמו מחובו, דמה שאם נאבד השור אינו גובה הוא גדר פטור ואינו פוטר את עצמו מספק, ולדעתי לומר כן בדעת רש"י באמת הוא דבר קשה דמה שכתבתי הוא רק ליישב ההו"א

דגמ' דאמר שני שוורים תמים וכו' דהוכיח זה ממתני' להדיא דמספק גובין ע"כ אנו יכולין לומר כן אבל לומר כן באמת לא מסתבר הדבר, חדא דלמ"ד פ"נ קנסא איזה פטור יש כאן הא המזיק אינו מחוייב כלל לשלם מביתו, וכל הדין שיש להניזק הוא לגבות מגופו, וא"כ למה קורא לזה פטור אם נאבד השור, ועוד דבספק פרעון היכי דשניהם אינם יודעין הוא משנה מפורשת בגיטין דף ע"ח דאם זרק לו חובו מחצה על מחצה יחלוקו וכתב הרשב"א דטעמא הוא משום דהוי ספק פרעון ושניהם אינם יודעין, וא"כ ה"נ אמאי יגבה הניזק בודאי כל השור היה צריך להיות יחלוקו, ואף דיש לחלק דשם הוי ספק שמא כבר פרעו ויש אצל המלוה פרעון של הלוה, ואם יפרע פעם שני' יהי' אצלו כסף של הלוה, ולכן כיון שהמלוה בעצמו אינו יודע אינו יכול לגבות כולו ויחלוקו והכא ליכא ספק על פרעון אלא על פטור, מ"מ אינו מוכרח לחלק דהכא נמי אם אין חייב לו עכשיו הוי גזל מה שנוטל אצלו, ובכ"ז אמרינן דמוקמינן אחזקת חיוב וע"כ דמגיטין מוכח דלגבות כולו בספק פרעון צריך שהתובע יטעון ברי, ולכן אף שגם אנכי כתבתי באופן זה לפי דברי רש"י הוא רק בתורת הו"א ובגדר קושיא ש"מ שני שוורים תמים וכו', אבל שיהיה כן באמת זה אי אפשר לדעתי, בפרט דבאמת אינו גדר פטור כלל וכמש"כ, וגם התוס' ע"כ נחתו לסברא זו בדבור הקודם במה שהקשו על רש"י בהא דאמר ש"מ שני שוורים תמים דכונת רש"י דמטעם ספק יגבה וכמש"כ, ומ"מ במסקנא החליטו התוס' דכונת רש"י הוא דאם אבד משלם מביתו וכן האמת כדבריהם כמו שבארנו, ובקושיית התוס' משחטו מה שעשה עשוי כבר כתבנו לחלק בין קודם העמדה בדין לאחר העמדה בדין וכמו שנתבאר למעלה.

והנה נתבאר למעלה שיטת הר"ח דלרי"ש אם כיחש משלם מביתו דהא פי' כחש בשעת העמב"ד היינו דאינו משלם מביתו, וכתב דזהו אליבא דר"ע, אך באמת הר"ח סותר משנתו דגבי שחטו מה שעשה עשוי כתב וז"ל פי' חי הוא שוה מנה שחטו הוא שוה מנה פחות סלע ותנינן אינו חייב לשלם לרי"ש דאמר שורו של מזיק הוא והוא משועבד לניזק, והוא סותר שיטתו גבי כחש כשעת העמב"ד בתרתי. בין במה דמוכח להדיא שם דלרי"ש גובה משאר נכסים בין במה דמוכח שם דגם לר"ע לא אמרינן יוחלט קודם העמב"ד דהא כתב גבי שבח דשקיל ניזק משבחיה שיעור נזקו. ומוכח דאינו נוטל יותר מכדי נזקו וכמו שכן הוא דעת הרמב"ם לפנינו ומוכח דלר"ע נמי לא אמרינן יוחלט קודם העמב"ד ומשום זה סובר הרמב"ם דברייתא דשחטו מה שעשה עשוי הוא אליבא דר"ע דהא פסק כן להלכה בפ"ח הלכה ז'. וכבר הקשה זה בס' מלבושי יו"ט והביא דברי הרמב"ן במלחמות ריש פ' שו"ש שהשיג על הבעה"מ דסובר דלרי"ש גובה משאר נכסים

מהברייתא דשחטו וכ' דע"כ הוא כרי"ש. דלר"ע לא הוי מזיק שעבודו אלא מזיק ממונו וכתב שכן כ' הר"ח ז"ל והוא באמת פלא גדול.

והנה הביא בשם נכדו הרב הגאון ר' בצלאל ז"ל לתרץ דאף דנימא דמשלם מביתו לרי"ש היינו דוקא אם כחש או נאבד אבל הוזל כיון דהמזיק לפנינו אינו משלם מביתו דאינו משתלם אלא מגופו. ולכן בשחטו כיון דאמרינן זיקא בעלמא הוא דשקלי מינך הוי כמו הוזל. ואף דבאמת מדמי הגמ' שחטו לחפר בורות שיחין ומערות היינו רק לענין זה דהוי היזק ניכר, אבל מ"מ לענין שישלם המזיק מביתו לא הוי כמו כחש אלא כמו הוזל. אכן לדעתי אין הדבר נכון בסברא דאף דבגמ' אמר מהו דתימא אמר זיקא בעלמא וכו' זהו רק מהו דתימא אבל לא דנסבור להלכה דכחש חשיב שחסר חלק מזיק ושחטו הוי כמו שלא חסר אלא כמו הוזל. וגם עיקר חידושו דאף דנימא דמשלם מביתו היינו דוקא אם חסר ולא בהוזל אינו מוכרח כלל דמה נ"מ. דאי כפשוטו דאינו משתלם אלא מגופו א"כ אפי' חסר המזיק אינו משלם מביתו, וע"כ דנימא לשיטה זו דמה דאמרינן דאינו משתלם אלא מגופו היינו דלא נתחייב אלא בכדי שויו של השור או בשעת נגיחה כפי דמוכח לפיר"ח או בשעת העמב"ד כמו דמוכח לפירש"י לפימש"כ. ועכ"פ אין נ"מ בזה בין הופחת שור המזיק או הוזל.

ולכן נראה לי דהנה בפ"ד הלכה ט' כתבתי דלרי"ש הא דגובין בשור תם שמסרו לשומר מגוף השור ע"כ היינו משום דבשור תם לא הי' רשות להבעלים לפטור את עצמם מחיובם במסירתם לשומר. משום דאם נפטרו הבעלים אין סברא מה דגובין מגוף השור דדוקא לר"ע אפשר לומר הסברא דהאי תורא דאזקן מיניה משתלימנא משום דסבר יוחלט. ע"ש שהארכנו בזה. אך כ"ז הוא לענין חיובם של הבעלים שלא נפקע דמשום הכי גובין מגוף השור אבל בחיובו של השומר יש לדון בזה ולמעלה כתבנו בדעת הרמב"ם דלרי"ש כל החיוב לגבי הניזק הוא על הבעלים והשומר מחויב לבעלים. אבל בדעת הר"ח נוכל לומר דאף דלגבי לגבות מגופו לא פקע החיוב מהבעלים משום דלא יוכלו להפקיע זכותו של הניזק. מ"מ לענין דין לשלם מביתו בזה נעשה החיוב על השומר כמו במועד. וא"כ נוכל ליישב דברי הר"ח דברייתא שפיר אשמעינן דשחטו מה שעשה עשוי דפטור לשלם פחת שחיטה ואין להקשות דהא עכ"פ חייב לשלם מביתו בשביל היזק הנגיחה דהא איכא נ"מ אם הזיק השור בבית שומר ואח"כ שחטו אותו הבעלים.

אולם בדבר הסתירה השניה בדברי ר"ח ז"ל דבהא דשבח וכחש מזיק סובר דגם לר"ע לא אמרינן יוחלט קודם העמב"ד ובהא דשחטו מה שעשה עשוי כתב דאתיא דוקא כר' ישמעאל והרמב"ן פירש להדיא בדבריו דלר"ע לא הוי מזיק שעבודו אלא מזיק ממונו

היטב אשר דבר הרב ר' בצלאל ז"ל הנ"ל דהר"ח יסבור כמש"כ התוס' בגיטין דף מ' ע"ב דהיכי דאינו יכול לסלקו בזוזי למפרע הוא גובה, ולכן לר"ע כיון דאית ליה יוחלט ורק דקודם העמב"ד אינו חלוט דקנס אינו זוכה עד העמב"ד מ"מ גם קודם אינו יכול לסלקו בזוזי ולכן אמרינן למפרע הוא גובה. ולכן אם שחטו אפי' קודם העמב"ד חייב לשלם דלא הוי מזיק שעבודו אלא מזיק ממונו. והרמב"ם דפסק להלכה הא דשחטו אינו משלם פחת שחיטה יסבור דבקנס לא אמרינן למפרע הוא גובה, ואף דאינו יכול לסלקו בזוזי כיון דקודם העמב"ד אכתי גברא לאו בר חיובא הוא.

והנה קצר במקום שצריך להאריך שכתב דהר"ח סובר כשיטת התוס' בגיטין ולא ביאר הדברים, דבאמת שיטת התוס' אינה כמו שרוצה בזה לבאר דעת הר"ח. דהתוס' מפרשים דמשום הכי אמרינן הקדשו מוקדש משום דר' אבהו ולא אמרינן דקדוש לגמרי דהקדש מפקיע מידי שעבוד, ובב"ק כתבו דמיירי בבעל מום דהוי קדושת דמים. ובגיטין כתבו דלרי"ש נמי אינו יכול לסלקו בזוזי. וכיון דאינו יכול לסלקו גם רבא מודה דלמפרע הוא גובה ולכן לא אמרינן בזה הקדש מפקיע מידי שעבוד. וא"כ אנו רואין דאף דאית להו לרי"ש למפרע הוא גובה מ"מ אמרינן דשחטו פטור מפחת שחיטה משום דהוי מזיק שעבודו. אלמא דאף דלמפרע הוא גובה מ"מ מי שהזיק קודם שגבה הוי בזה דין מזיק שעבודו. וא"כ איך נבוא ליישב בד' התוס' שיטת הר"ח ולומר דמשום הכי סובר הר"ח דשחטו פטור מפחת שחיטה דוקא לרי"ש ולא לר"ע אף דהר"ח סובר דלר"ע נמי לא אמרינן יוחלט קודם העמב"ד משום דהר"ח יסבור דלרי"ש יכול לסלקו ולר"ע אינו יכול לסלקו. וכיון דאינו יכול לסלקו. אמרינן למפרע הוא גובה וכיון דלמפרע הוא גובה לא הוי מזיק שעבודו אלא מזיק ממונו, דהא מדברי התוס' מוכח להיפוך דאף דאית להו דלרי"ש אינו יכול לסלקו ואמרינן למפרע הוא גובה ומשום הכי לא אמרינן הקדש מפקיע מידי שעבוד ומ"מ שחטו הוי מזיק שעבודו:

וצריך לומר לפי"ז דהר"ח יסבור סברא זו דלמפרע הוא גובה ויחלוק על שיטת התוס' דסוברים דמ"מ מקרי מזיק שעבודו ויסבור דלא מקרי מזיק שעבודו אלא מזיק ממונו. וצריך להסביר עוד לפי"ז מה דאמרינן דלענין כחש ושבח אינו זוכה גם לדברי הר"ח זכיה גמורה שיהיה השבח שלו אפי' היותר על דמי הנזק וכן שיפסיד בכחש השור לפי חלקו, ואמרינן דקודם העמב"ד אכתי אין השור שלו. ולענין שחטו נאמר המזיק צריך לשלם דהוי כמו שכבר גבה. וצריך לומר דלא דמי דין שומת הגובייא לדין אם מי שהוא הזיק את דבר המשועבד. דלענין שומת הגובייא ודאי שמין כבשעת גובייא דאף דאמרינן למפרע הוא גובה היינו דמה שיגבה אח"כ הוי כמו שגבה למפרע. אבל אופן הגובייא

הוא כמה ששוה בשעת גוביינא וכמו דאין לו להגובה הזיק ורויח ביוקרא וזולא ה"נ אין לו הזיק וריוח בכחש ושבח, ומ"מ אם אחרים הזיקו או אפי' הבעלים בעצמם חייבים לשלם דלענין זה אמרינן למפרע הוא גובה. ולפי"ז א"צ לומר דהרמב"ם סובר דלא אמרינן למפרע הוא גובה דיכול לסבור כדעת התוס' וכנ"ל. ורק שנכון לומר כן דלא נסבור בקנס למפרע הוא גובה.

ובאופן אחר יש לומר דבמה שהוא בגדר שעבוד גם הר"ח יסבור כשיטת התוס' דלא מהני הא דלמפרע הוא גובה דלא יהיה בזה דין דמזיק שעבודו. ומה דסובר הר"ח דלר"ע שחטו חייב לשלם אף דלענין כחש ושבח סובר דלא אמרינן יוחלט קודם העמב"ד משום דסובר דאף דלא אמרינן יוחלט למפרע ולא נעשה דין בשעת נגיחה כמה מגיע להניזק בשור המזיק ואיזה חלק יש לו בו דזה מתברר דוקא בשעת העמב"ד וכפי שויו של שור המזיק בשעת העמב"ד בין לענין יוקרא וזולא בין לענין כחש ושבח, מ"מ כיון דבשעת נגיחה נעשה דין שעם העמב"ד יהי' חלק שור המזיק המגיע לשיעור הנזק של הניזק בלא שום קנינים זה כבר זכות בעצם שור הניזק משעת נגיחה ולא דמי לשעבוד דכשיגבה צריך הוא לעשות קנין לגבות חובו, ולכן זכות זה יש לו דין ממון שאפי' מ"ד מזיק שעבודו של חבירו פטור בזה מודה דחייב, ובזה מיושבים דברי הר"ח דאף בכחש ושבח סובר דאינו זוכה משעת היזק, מ"מ בשחטו סובר שפיר דחייב לשלם לר"ע, אבל הרמב"ם בודאי חולק בזה על הר"ח וסובר דכיון דקודם העמב"ד לא אמרינן יוחלט שפיר פטור מלשלם אם שחטו, ולא עוד אלא שהרמב"ם סובר דקודם העמב"ד עוד גרע משעבוד דגבי שעבוד פסק המזיק שעבודו של חבירו חייב, וכבר הקשה שם הלח"מ בזה ע"ש.

והנה נתברר לנו ארבעה שיטות בהך דינא דשיטת רש"י ותוס', וכן הוא שיטת הטור דלר"ע דקיי"ל הכי דיוחלט השור נעשה מוחלט למפרע משעת הנזק ויש לו חלק בשבח אפי' יותר משיעור נזקו ומפסיד בכחש לפי חלקו, ולדעת רי"ש מחולקים רש"י ותוס' דרש"י סובר דלרי"ש צריך המזיק לשלם מביתו אם כיחש או נאבד אחר העמב"ד והתוס' סוברים דלעולם אינו משתלם אלא מגופו ושיטת ר"ח והרמב"ם דאפי' לר"ע לא אמרינן יוחלט עד אחר העמב"ד ולכן אינו נוטל חלק בשבח ואינו מפסיד בכחש ורק דגובה משבח כל שיעור הנזק, ולרי"ש סובר הר"ח ג"כ דצריך המזיק לשלם מביתו אם כחש שור המזיק, אלא דסובר עוד יותר דאפי' כחש קודם העמב"ד משלם המזיק מביתו לפי חשבון שהיה שוה השור המזיק בשעת נגיחה, ובדעת הרמב"ם כתבנו למעלה דאפשר לפרש הסוגיא בלא חידושו של הר"ח ז"ל, ולענין שחטו המזיק קודם העמב"ד חולקים הר"ח והרמב"ם דהר"ח סובר דאפי' אי מזיק שעבודו של חבירו פטור מ"מ לר"ע דאמרינן

יוחלט אפי' קודם העמב"ד עדיף משעבוד וצריך לשלם, והרמב"ם סובר להיפוך דאפי' לדידן דאית לן מזיק שעבודו של חבירו חייב, קודם העמב"ד בקנס פטור.

ומה דהשמיט הרמב"ם דין דכחש מזיק כשעת העמב"ד וכפי' הר"ח או כמש"כ, הוא משום דבהלכה ט' כשהזכיר דין מגופו לא כתב שור שוה מאתים שנגח לשור שוה מאתים כדאיתא בגמ', וכתב שור שוה מאתים שנגחוהו וכו', ולא הזכיר שויו של שור המזיק וע"ז כתב ואם היה תם משלם לו חמשים מגופו, הרי שכתב להדיא דבשעת העמב"ד משלם חמשים מגופו אף אם הוא שויו של כל שור המזיק ואין אנו צריכין לדעת כמה היה שוה בשעת הנזק, ואי להשמיענו דכחש לאחר העמב"ד הכחש של המזיק גם זה אינו צריך כיון דאשמעינן דינא דברייתא הקודמת בפ"ח הלכה ח' דאחר העמב"ד מכרו אינו מכור אפי' לרדיא והיינו משום דכבר נעשה שלו, א"כ פשיטא דהוכחש הוכחש לו, ואי לאשמעינן דהוכחש ואינו שוה כבשעת הנזק אין המזיק משלם מביתו, אף זה כבר השמיענו בפ"ח הלכה ז' דשחטו גובה מבשרו ומוכח דאינו משלם המזיק אף מה שהזיק בעצמו כש"כ מה שהוכחש ממילא, והברייתא שפיר תני דינא דכחש לאשמעינן כל הני שכתבנו אבל הרמב"ם לא הוצרך לאשמיענו שכבר השמיענו כל דין במקומו.

והנה הרמב"ם פסק דבפטמו אינו גובה הניזק על הנזק משבח כלום, ובתוס' כתבו דאם שבח יותר על ההוצאה נוטל הניזק את השבח, ומבואר הדבר בחו"מ סי' ת"ד ס"ב דהמחבר הביא דעת הרמב"ם והרמ"א הביא דעת הטור דהוא דעת התוס' והרשב"א בחדושיו הביא דעת הראב"ד דלא שקיל ניזק בשבח פטום, משום דלא דמי לשותפין דאם שותף אחד מפטם שקיל השני בשבח דשותפי אדעתא דשותפות קא מפטמי ותרווייהו סמכי אהדדי אבל הכא לאו שותפות גמור הוא ואיאושי מיאש ניזק מההיא פטמא ומזיק נמי לאו אדעתא דשותפות קא מפטם לי' עכ"ד הראב"ד, והרשב"א סיים וצריכא עיונא, ודברי הראב"ד אינם ברורים דמה שחלק בין שותפין לניזק ומזיק אינו מספיק כלל דאטו רק בשותפין הוי דינא דהמפטם נוטל היציאה, הא גם במפטם שור חברו שלא מדעתו נמי צריך להיות הכי כמו ביורד לשדה חברו שלא ברשות דאם עשוי' ליטע שמין לו כאריס, ואם אינה עשוי' ליטע אם השבח יותר על ההוצאה נוטל ההוצאה וא"כ מה איפכת לן דהמזיק לא פטם אדעתא דניזק, ומה שכתב דהניזק גופו איאושי מיאש אינו מובן כלל דאמאי יתייאש ואי משום שלא חשב שהמזיק יפטם אותו, כל מפטם בהמת חברו לא חשבו הבעלים שאחרים יפטמו, והנה מה שהקשיתי דהא הך דינא אינו דוקא בשותפין אלא בכל מפטם בהמת חברו ושהוכחתי מכל יורד לשדה חברו, לכאורה יש

לדחות דהתם בקרקע דאינה נגזלת, אבל במפטם בהמת חברו אף דאם לא נחת אדעתא דגזלנותא אלא אדעתא לפטם וליטול שכר מהבעלים אף שעשה שלא מדעת הבעלים, בכה"ג ודאי לא דמי להא דמזיק וניזק ודמי למש"כ הראב"ד לשותף אבל אם נחת אדעתא דגזלנותא שייך באמת השבח לגזלן, דהא קיי"ל שבח גזלה דגזלן הוי, ושיטת הרא"ש והטור דשבח שעל גבי גזלה דגזלן הוי אפי' בלא יאוש וכן שיטת הראב"ד בפ"ב מה' גזלה, אלא דבאמת זהו רק בגזלן ומפני תקנת השבים או מפני דין שינוי, אבל בלא דין שינוי ותקנת השבים הי' בודאי דין דיורד לתוך שדה חבירו, וכן מבואר ברשב"א בהגוזל עצים דף כ"ד וז"ל שבח מפני תקנת השבים, לא שבח דפטמה גזלן קאמר דאלו כן מדינא נוטל בלא תקנת השבים דאמר לי' אנא מפטמנא ואת שקלת וכו' אלא שבח שהשביחה ממילא וכו' וא"נ שפטמה ונוטל שבח היתר על ההוצאה וכל זה מפני תקנת השבים למ"ד שינוי במקומו עומד עכ"ל. ומוכח להדיא דגם בפטמו גזלן הוי שייך לנגזל השבח היתר על ההוצאה אי לאו שינוי או תקנת השבים, וא"כ הכא במזיק וניזק דלא שייך לא שינוי ולא תקנת השבים מן הדין שייך השבח היתר על ההוצאה לניזק וכשיטת התוס' והטור. וגם בלא זה אפי' אם בגזלן היה קונה השבח משום דין דכאשר גזל עכ"פ במזיק לא שייך שיקנה מדין כאשר גזל דהא אינו גזלן וכמו דצריך לשלם עבור הרדיא כמו שכתב הטור ועיין בקצוה"ח סי' ת"ז סק"ד.

והנה הרמב"ם בפ"ב מה' גזלה הלכ' ב' פסק דשבח שע"ג גזלה הוי דגזלן דוקא לאחר יאוש מפני תקנת השבים, ומחלק בין הושבחה מאליו או בשביל שפטמה דאי הושבחה מאליו הוי שבח דגזלן דוקא לאחר יאוש אבל אם שבח מחמת שפטמו הגזלן הוי שבח דגזלן אפי' קודם יאוש, ונמצא דבעיקר דינא חילק הרמב"ם שם כמו כאן לענין מזיק וניזק בין שבח ממילא ובין שבח מחמת שפטמו. אלא דצריך לבאר טעמא דהכא ודהתם. אמאי לא יהי' השבח היתר על ההוצאה גבי גזלה לבעלים ולגבי היזק לניזק. והנה מצינו עוד שני מקומות דחלק הרמב"ם בין שבח ממילא ובין שבח מחמת הוצאה והוא בפכ"א מה' מלוה ולוה הל' א' לענין דין בע"ח גובה את השבח דאם הושבח ביד הלוקח שבח ממילא טורף המלוה כל השבח ואם הושבח מחמת הוצאה גובה המלוה חצי השבח, וחצי השבח ללוקח. ובחו"מ בסי' קט"ו כ' הטור שהרא"ש לא חילק בזה ובכל שבח נוטל הלוקח חצי שבח. וכן כ' הב"י שהרמב"ן והרשב"א ושאר ראשונים חולקין על הרמב"ם בזה. ועיין בש"ך שם ס"ק ה' דביאר שיטתו של הרמב"ם משום דהא דגובה הבע"ח רק חצי שבח הוא משום דכל עיקר דגובה הבע"ח שבח הוא משום דהוי דאיקני והיינו דהלוה שעבד לו השבח שישביח הלוקח ולכן גם הלוקח נוטל חצי השבח דבדאוקני

ולוה ולוה וקנה חולקין המוקדם עם המאוחר וזה מבואר בגמ' בב"ב דף קנ"ז. וזה דוקא היכי דצריך לדין דאקני אבל שבח דממילא הוי דקנה ולא דאקני כדאמרינן בב"ב פ' יש נוחלין גבי בכור דאין נוטל פי שנים בשבח ששבחו מחמת הוצאה משום דהוי ראוי ובשבחא דממילא שקיל דהוי מוחזק וכ' הש"ך וז"ל ואין להתעקש ולומר דמ"מ הוי דאקנה דלא נהירא כלל לומר הכי וכו' ע"ש בדבריו. ועם כל הביאור לא באר לנו הש"ך עיקר הסברא במה דהוי דקנה וכן במה דהוי מוחזק. ואם נימא דבשבחא דממילא נוטל הבע"ח השבח לא משום דין דאקני אלא משום דין ארעאי אשבח היינו שהקרקע שיש לי עלי' שעבוד נתגדלה ולכן אגבה מכולה. א"כ גם בשבחא דמחמת הוצאה אמאי אינו גובה משבח היותר על ההוצאה דהא בזה אפי' בגזלן שייך השבח היותר על ההוצאה לנגזל כיון דקרקע אינה נגזלת. ובפרט דהכא בבע"ח וכן בבכור ליכא טעמא דגזלן ואפי' במטלטלין אמאי אינם נוטלים בשבח היותר על ההוצאה. ועוד יותר צריך ביאור דברי הגמ' שם גבי בכור דאמר כי פליגי בחפירה והוי שובלי שלפופי והוי תמרי דמר סבר שבחא דממילא ומר סבר אשתני. וצריך ביאור דמה שייך שינוי לכאן אטו הפשוטים גזלו מהבכור. עוד יותר פי' להדיא הרשב"א בדף קכ"ו בהא דאמר אבל דרכום דטעמא משום דקנאים בשינוי כדתנן הגוזל עצים ועשאן כלים משלם כשעת הגזלה ודבר זה תמוה מאוד דמה שייך דין זה לגזלן.

והנראה בזה עפ"י מה דנבאר עיקר דינא דשינוי. והנה בתמורה אמרינן והרי גזלה דרחמנא אמר לא תגזול ותנן הגוזל עצים ועשאן כלים משלם כשעת הגזלה ומשני שאני גזלה דכתיב והשיב את הגזלה אם כעין שגזל יחזיר ואם לאו דמים בעלמא בעי שלומי ובסוף הסוגיא אמרינן דאביי ורבא בשינוי קונה פליגי ופירש"י דלמ"ד אי עביד מהני קונה בשינוי בלא טעמא דאשר גזל והיינו מהא דילפינן בב"ק מהן ולא שינוייהם. וצריך ביאור היכי ידעינן בלא קרא דאשר גזל מהן ולא שינוייהם דשינוי קונה, ועוד צריך ביאור הא דהגמ' תולה שינוי באי עביד לא מהני וכבר הקשה הנתה"מ בסי' שס"א דהא שינוי מהני גם בשינוי דממילא והיכי דמהני ממילא לא שייך אי עביד לא מהני כמש"כ התוס' בתמורה שם לגבי צורם אוזן בכור. והנתה"מ תי' דמיירי לענין שינוי החוזר לברייתו דבזה צריך דוקא שינוי דבידים. וזה קשה דמשמע דפריך שם אדינא דאורייתא דאי מדרבנן משום תקנת השבים לא שייך להקשות מאי עביד לא מהני. ואי קאי לפי מה שכ' התוס' בב"ק דשינוי החוזר לברייתו מהני לרבה מדאורייתא. והא דאמר בריש הגוזל עצים דשינוי החוזר הוא מדרבנן הוא אליבא דר' יוחנן דדריש אשר גזל מ"מ. א"כ הוא דלא כהסוגיא דתמורה דשם איתא דלמ"ד אי עביד מהני לא צריך לקרא דאשר גזל ורק למ"ד

אי עביד לא מהני ילפינן מקרא דאשר גזל. ויהיה צריך לומר דר' יוחנן ורבה ורב חסדא כולהו ס"ל אי עביד לא מהני. וקשה קצת להכניס כל הנך אמוראי בפלוגתא דאביי ורבא ומצאתי שהקצוה"ח במשובב נתיבות בסי' ל"ד כ' ג"כ דא"א דיהי' על השינוי דין אעל"מ כיון דשינוי דממילא נמי מהני אלא דהיינו לענין דין הגזלה דאם הגזלה לא הי' מועיל לא הי' מהני מה שנשתנה שיקנה בשביל זה הגזלן את הדבר שנשתנה וביאור הדבר נראה דלא כמו שרוצה לומר בעונג יו"ט דאי לאו קרא דוהשיב את הגזלה הי' קונה הגזלה ולכן מהני שינוי דנפטר מהשבה וממילא הוא שלו דזה לא ניתן ליאמר דמהיכי תיתי יקנה הגזלן דבר שאינו שלו ומהיכי תיתי נאמר כאן אי עביד מהני דהא לוקח שרוצה לקנות ממוכר צריך דעת מקנה. ולא שייך כלל להוכיח דאי לא מהני אמאי לקי אפי' אם הי' לוקה על גזל דעכ"פ הלא גזל ממון חברו. ועדיף מזה ידוע דברי היראים דאפי' למ"ד גזל עכו"ם מותר מ"מ אינו שלו. אלא מה דנאמר אי עביד מהני או לא מהני לענין גזלה היינו דמהני הגזלה שיהי' החפץ ברשות הגזלן והיינו דבגזלה מוציא החפץ מרשות הבעלים וגם מכניסה לרשותו. ולהדיא אמרינן

הלכה יג

על המזיק לטרוח בנבלה עד שממציא אותה לניזק כיצד כגון שנפל השור לבור ומת מעלה הנבלה מן הבור ונותנה לניזק ואח"כ שמין לו פחת נבלה שנאמר כסף ישיב לבעליו והמת יהיה לו מלמד שהוא חייב להשיב את הנבלה ואת הפחת שפחתה מן החי לניזק, ואם היה תם חצי הפחת כמו שבארנו.

הסמ"ע סי' ת"ג סק' ח' על מש"כ המחבר דברי רבינו על המזיק לטרוח וכו' כ' על זה וז"ל כבר כתבתי דעל הניזק להעלותו מן הבור כשנודע לו שנפלה שם ונוטל דמי ההוצאה מן המזיק ואם לא עשה כן ונפסד השור בהבור דהוא פסידא דניזק, וכ"כ הטור בהדיא וכ' הב"י שהוא הסכמת הפוסקים, וכאן למדונו דאם לא ירצה המזיק להעלותו ולא ליתן לו הוצאה להעלותו דצריך ליתן דמים של כל חציו דהפחת ואם הוא מועד צריך לשלם דמי כל הפחת וכו' ע"ש.

והנה דברי הסמ"ע אינם מובנים דלפי דעתו שרצה להשוות השיטות דהרמב"ם יסבור כהרא"ש דמה דאמרינן טורח נבלה על המזיק הוא רק הוצאות ההעלאה אבל עצם ההעלאה צריך הניזק להעלותה תיכף משנודע לו, ומשום הכי פחת נבלה של ניזק משום שהוא פשע במה שלא העלה ולא מכר אותה, וא"כ מה שייך לומר דאם לא ירצה המזיק ליתן ההוצאות אז צריך לשלם בעד כל השור החי, דמה תלוי בזה שלא ירצה כיון שמחוייב ליתן ההוצאות ועוד דאיך נאמר שאם לא ירצה ליתן ההוצאות צריך לשלם

בעד השור החי דהא בודאי דמי השור החי יתירים, דאם הוצאות ההעלאה יתירים מדמי הנבלה או בשוה א"כ פשיטא שלא שייך חיוב הוצאות ההעלאה דנמצא דאין הנבלה שוה כלום, ואין לומר דכונת הרא"ש הוא דהניזק מחוייב להעלות הנבלה מן הבור, אבל בתנאי שהמזיק יתן לו הוצאות ההעלאה ואינו מחוייב להוציא הוצאות משלו וזהו שתלה הרמב"ם דין פחת נבלה בדין ההעלאה, דזה לא ניתן לומר דא"כ בטל כל דין פחת נבלה דניזק, דבפשוטו הוא משעת מיתה עד שעת העמדה בדין דבשעת העמב"ד הלא נגמר כל השומא ומשלם לו כל הנזק, וא"כ מתי יתן לו המזיק הוצאות דנאמר דמאז הוי פחת נבלה דניזק, הלא קודם העמדה בדין וקודם שהביא עדים אינו מחוייב לשלם ההוצאות דהא שור פקח ביום פטור ומנין לבעל הבור לדעת אם נפל ביום או בלילה, וגם בלא זה אי אפשר לומר דדין פחת נבלה תלוי אם נתן המזיק מקודם הוצאות להעלותו דכה"ג הוי לרא"ש וטור לפרושי, ומה שכתב הרא"ש ושכר העלאה יפרע המזיק עיקר דינא קאמר וזהו בשעת העמב"ד, אבל הניזק צריך להעלותו תיכף משנודע לו ולהוציא משלו, ובודאי הוא גם כונת הטור דכתב בדין פחת נבלה דאם נפחתה משעה שנודע לו הפחת לניזק ולא הזכיר כלל אם נתן לו המזיק הוצאות או לא.

והנה כתבתי בהלכה ח-ט דהרמב"ם בודאי אינו מחלק ומפשטות לשונו מוכח דמשעת מיתה פחת נבלה דניזק ולא משעה שנודע לו, וראיתי עכשיו דהגר"א ז"ל כתב כן בסעיף ג' ס"ק ט' במה שכתב המחבר מלשון הרמב"ם ואת הפחת שפחתה מן החי לניזק כתב ע"ז וז"ל מן החי ר"ל משעת מיתה דלא כמ"ש בהג"ה בס"ב, ולשון הגמ' ל"ד א' פחת שפחתה כו' פחת נבלה א"ב עכ"ל וכונתו ברורה דהיינו דלא כדעת הרא"ש והטור דפחת נבלה הוא משעה שנודע לניזק, וזהו שהביא מלשון פחת שפחתה מיתה מחצין בחי דאינו משלם המזיק אלא פחת מיתה, וכן פחת נבלה איכא בינייהו דהיינו כל פחת הנבלה משעה שנתנבלה, וא"כ פשוט דלשיטת הרמב"ם אין שום חילוק בדין פחת נבלה ואין נ"מ אם נתן הוצאות או לא נתן דלעולם פחת נבלה דניזק.

וראיתי בלבוש שכתב בס"ג וז"ל אעפ"י שהניזק מטפל בנבלה מ"מ על המזיק לטרוח בנבלה שממציא אותה לניזק כיצד כגון שנפל השור לבור ומת מעלה המזיק הנבלה מן הבור ואח"כ שמין לו פחת הנבלה מה שהוא שוה למעלה על הבור שנאמר כסף ישיב לבעליו והמת כלומר שישיב וישלם לניזק הכסף מה שנפחתה הבהמה מחמת שמתה בנפילתה לבור וגם המת ישיבנו לו ואז יהיה שלו לניזק מה שיפחת משם ואילך כמ"ש עכ"ל, והנה דעתו לפרש בפשיטות דדין פחת נבלה מתחיל אחר ההעלאה וזה אי אפשר דבפשוטו דין פחת נבלה הוא משעת מיתה וכמש"כ הגר"א ז"ל, והוא סותר בעצמו את

דבריו דקודם לכן כתב שישיב וישלם מה שנפחתה הבהמה מחמת שמתה בנפילתה לבור והוא כדברי הגמ' פחת שפחתה מיתה מחצין בחי, ואח"כ סיים ואז יהיה שלו לניזק מה שיפחת משם ואילך - ועוד אינו מובן דרכו של הלבוש שכנראה רצה לעשות פשרה בין שני הדינים דבס"ב כתב כדברי הרא"ש וז"ל ופחיתת דמים משעת מיתה עד שעת העמדה בדין פסידא דניזק וטעמא משום שהיה לו ליטפל בה מיד שמתה ולא היה לו להשהותה עד שתפסד לפיכך דוקא שנודע לו לניזק בשעת מיתה וכו' עכ"ל, א"כ כתב להדיא דפחת נבלה דניזק משעת מיתה רק שהוסיף משעה שנודע לו, וכאן בס"ג כתב דפחת נבלה מתחיל משעה שהעלה המזיק הנבלה מן הבור, וכנראה שדעתו דבס"ב דמיירי בנגיחת שור דהנבלה לפנינו ולכן פחת נבלה דניזק תיכף משעה שנודע, אבל כאן בנפל שור לבור אין פחת הנבילה על הניזק אלא משעת העלאה זהו ברור דעת הלבוש למעיין בדבריו, אבל זהו הכרעה שלישית דמה שכתב הרא"ש דפחת נבלה דניזק משעה שנודע לו הא כתב זה על נפל שור לבור וז"ל בסי' י"א ופחת נבלה על הניזק משעה שנודע לו, ומשנודע לו היה מוטל עליו להשתדל להעלותו מן הבור, וא"כ דברי הלבוש שרוצה לחלק דבבור מוטל על המזיק עיקר ההעלאה ודין פחת נבלה דוקא הוא משעה שנודע לו בשור שהזיק שור הכרעה שלישית דלא כרא"ש ולא כהרמב"ם.

ולכן הפשוט בדעת הרמב"ם דסובר דדין טורח דמזיק הוא כפשוטו שהמזיק צריך להעלותו מן הבור, ולא שהמזיק יתן רק שכר העלאה כדעת הרא"ש. ומה שכתב ואח"כ שמין לו פחת נבלה אין הכוונה כדברי הלבוש דקודם ההעלאה פחת נבלה דמזיק דזה אי אפשר כמו שכתבנו, אלא דכונתו דמה דאנו אומרים דחייבה התורה להמזיק עצם ההעלאה, וצריך ביאור דבמה יכופו ב"ד את המזיק בעצם ההעלאה בשלמא על דמי ההעלאה שייך דאם אינו נותן יורדין לנכסיו, אבל עצם הטירחא במה יכופו אותו ב"ד, וע"ז ביאר דמה דאנו למדים מקרא דכתיב כסף ישיב לבעליו והמת היינו דמחוייב לשלם פחת שפחתה מיתה וגם המת, דאם אינו משיב את המת אין שמין לו פחת שפחתה מיתה, אלא צריך לשלם בעד כל השור החי, ובזה הוא שכופין אותו ב"ד בעצם ההעלאה דאם יעלה הנבלה מן הבור אז אינו משלם אלא פחת שפחתה מיתה לבד, וכל פחת שאחר מיתה הוא דניזק, זהו הבאור הנכון בדעת הרמב"ם.

אכן יקשה לשיטת הרמב"ם דא"כ מאי פריך כי טרח בדנפשיה קא טרח דהא נ"מ דמחויב בעיקר טורח ההעלאה, ואולי דרוצה הגמ' ליישב דיהיה נ"מ גם בדמים, אכן יש לומר דמעיקרא באמת הוי סבר דכל דין טורח נבלה הוא על הדמים, ולכן מקשה אי בבירא שויא זוזא ואגודא שויא ארבעה כי טרח בדנפשיה קא טרח ומשני דאגודא

שויא נמי זוזא כמו בבור ועכשיו כבר לא נוכל לומר דעיקר הדין הוא על דמים דכיון שהניזק יוכל למכרו גם שם ואין לו היזק למה יצטרך המזיק ליתן לו דמי ההעלאה. וע"כ דזהו בגדר השבה דמחוייב המזיק להשיב להניזק הנבלה יחד עם דמי פחת ההיזק כמו דדרשינן מקרא כסף ישיב לבעליו והמת. וכח ב"ד בזה לכוף להמזיק להשיב הנבלה הוא ע"כ בזה כמש"כ הרמב"ם דעיקר דין שומת הפחת הוא לאחר שישיב הנבלה וממילא דאם לא ישיב כלל אז מחוייב בכל דמי השור וכמש"כ, וכמו דאשכחן כה"ג בגזלן דאם ישיב הגזילה נפטר אף שהוזלה או כחשה כחשא דהדרא, ואם אינו משיב הגזלה מחוייב בכל דמי שויה, ואף דמזיק אין דינו כגזלן ואינו מחוייב אלא בהשלמת ההיזק היינו אם ישיב הנבלה, ונמצא דמתירוץ הגמ' נדע דינו של הרמב"ם דעיקר דין ההעלאה הוא על המזיק ולא דמי ההעלאה.

והנה בשיטה מקובצת כ' בשם הרא"ש ז"ל וז"ל הקשה הר"מ אמאי לא משני כגון דבשעת מיתה שויא בבירא ד' ואגודא שויא טפי ונפחתה עד שעת העמב"ד דבבירא לא שויא אלא זוזא ואגודא ד' והשתא לאו בדנפשיה טרח דפחת על הניזק עכ"ל, ונשאר בקושיא ונראה דאפשר לומר דבהא תליא דאם אינו מחוייב המזיק על עצם ההעלאה ורק דהתורה חדשה לנו דחייב בדמי ההעלאה מטעם היזק, וא"כ הקשה הרא"ש שפיר דכיון דאינו חייב בעצם ההעלאה משום דאמרינן הרי יש לו להניזק נבלתו בבור, וא"כ צריך לשום כמו ששוה אז בהיותו בבור דהא דחייבה התורה אותו בדמי ההעלאה הוא דבר בפ"ע משום דהוא היזק שני שמונח נבלתו בבור. אבל אי נימא דהוא מחוייב בעצם דין ההעלאה, והיינו דעיקר ההשבה הוא כשמשיב הנבלה להמזיק, ומ"מ שמין כמה שהיה שוה בשעת מיתה משום דעיקר ההיזק אינו אלא פחת שפחתה מיתה, ומ"מ כ"ז שלא ישיב הנבלה אין שמין פחת נבלה, וא"כ כשבאין לשום ההיזק ע"כ צריך לשום כמו ששוה אחר ההעלאה דהא על קודם ההעלאה אין דין שומא כלל, וא"כ אין מקום לקושיית הרא"ש דפחת שפחתה מיתה ע"כ שמין כמו שהיא שוה אגודא, אכן כפימש"כ למעלה דלפי ההו"א הוי ס"ד דדין העלאה אינו אלא על הדמים, א"כ ישאר קושיית הרא"ש במקומו.

ונראה ליישב בדרך אחר דקושיית הרא"ש אינה אלא משום דס"ל דאין לממון אלא מקומו ושעתו, ואם אנו שמין הנבלה כשעת מיתה אין שמין אלא כמו שהיתה שם, ולכן מקשה הרא"ש דאם לא היה צריך לעלות השור מהבור הלא היה שיווי הנבלה ד' ומה שנפחתה הא פחת נבלה הוא דניזק ועכשיו שמצריכין אותו להעלות מן הבור סובר הרא"ש דג"כ לא יחשבו יותר מארבעה דהא לא היתה הנבלה מקודם שוה יותר

מארבעה דהא לא היתה כלל אגודא וא"כ אינו מרויח המזיק בהוצאת העלאה שישומו הנבלה יותר וכל הפסד העלאה עליו, אבל כ"ז לשיטת הרא"ש דסובר כן בב"מ דף צ"ט גבי הני שקולאי דאין שמין כמו ששוה חביות ביום השוק, אבל הרמב"ם בפ"ג מה' שכירות סובר דאפי' שברו בשאר הימים משלמים כמו ששוה ביום השוק והיינו משום דאינו עומד להמכר עד יום השוק. וא"כ ה"נ כיון שאינו עומד לישאר שם בבור ועומדת להעלות מן הבור צריך לשום מתחלה כמו שהיא שוה למעלה אגודא. ורק דצריך לנכות דמי הוצאות ההעלאה, ושפיר פריך בגמ' בדנפשיה קא טרח. והנה מצאתי שהרמב"ן בפירושו על התורה בפ' והמת יהיה לו כ' וז"ל אבל הענין לומר כי הנבלה של ניזק היא וממונו תחשב. לפיכך אם פחתו דמיה אח"כ או שנגנבה אין על המזיק לשלם אלא דמי המיתה עכ"ל. הרי שסובר דאפי' נגנבה אינו משלם אלא דמי פחת היתה ודלא כמש"כ בדעת הרמב"ם, והוא כמש"כ בדעת הרא"ש, ורק דחידוש הרא"ש דהוא משעה שנודע לניזק משמע דהרמב"ן אינו סובר כן. ונמצא דג' שיטות בדבר:

פרק ח

הלכה א

שור של ישראל שנגח שור של הקדש או של הקדש שנגח שור של ישראל פטור שנאמר שור רעהו, וכל הקדשים שחייבין בהם מעילה אין בהן דין נזקין, ופסולי המוקדשין יש בהן דין נזקין בין שהזיקו בין שהוזקו שהרי יצאו לפדיון ולהיותם חולין.

הלח"מ כתב דהרמב"ם פסק כר' יוסי דקדשים קלים ממון בעלים והקצוה"ח בסי' ת"ו הקשה ע"ז מהא דפסק הרמב"ם דהמוכר עולתו ושלמיו לא עשה ולא כלום, ובפסחים דף צ' ע"א מוקמינן לה דלא כר' יוסי וכתב ע"ז דבאמת גם ר' יוסי מודה דלמכור קדשים קלים שיתכפר בהם הקונה אינו יכול דהוי שינוי בעלים דהרי הופרש לשם המוכר, והא דאמר שם אברייתא דממנה חבירו על פסחו נעשו המעות שנתן לו חבירו חולין אף שהופרשו לשם פסח דפריך ע"ז היאך הקדש מתחלל על הקדש דמוקמינן לה דלא כר' יוסי דאמר קדשים קלים ממון בעלים משום דקתני בהך ברייתא המוכר עולתו ושלמיו לא עשה ולא כלום, תירץ בזה הקצוה"ח דכונת הגמ' דא"א לאוקמי כר' יוסי הא דקתני והמעות שבידו חולין דאי הוי סבר ר' יוסי דאפשר למכור קדשים קלים שיהי' הקרבן של חבירו להתכפר בו אז אפשר שיעשו המעות שכנגדן חולין, אבל כיון דאי אפשר לשנות הקרבן ורק דיזכה הלוקח באכילת בשר לכן אי אפשר שיעשו המעות חולין דהא הופרשו על קרבן, ותירוצו אינו מבורר דהא הכא בפסח עסקינן ובפסח בודאי קנה מי

שנתמנה כל דין פסח לצאת בו חובת פסח ונשחט לשמו ככל דין בעלים, ורק דמשום זה לא הי' צריך להעמיד כר' יוסי הגלילי כמו שכתבו התוס' דזה ילפינן מדכתיב תכוסו דיש לו רשות למנות, ועיקר פריך הגמ' מהא דקתני והמעות בידו חולין אבל עכ"פ עכשיו דנוקים כריה"ג אפשר להתחלל כיון דבאמת קנה הקרבן ואין סברא לחלק דתליא באם בשאר קדשים יכול למכור עצם הקרבן. ועוד דלדבריו דאפי' לר' יוסי אינו יכול אלא למכור הבשר אבל עצם הקרבן אינו יכול למכור, א"כ איך יכול אתנן לפסול הקרבן דמאי איכפת לן אם הבשר לאכילה הוי ממון בעלים כיון דעצם הקרבן אין לו זכות למסרו לאחר וצ"ע בזה.

ולכן הנראה ליישב דבאמת לא פסק הרמב"ם כר' יוסי וכן מוכח ממה דלא הזכיר קדשים קלים בפ"ה מה' אישות כשהזכיר כל הדברים דמקדש בהם, וכן עיקר דינא דר' יוסי דומעלה מעל בד' לרבות קדשים קלים שהן ממונו לא הביא בה' שבועות ואי הוי סבר דהלכה כריה"ג בודאי לא הי' משמיט עיקר דינא דנשבע על קדשים קלים חייב בשבועות הפקדון, והא דפסק הרמב"ם הכא דדוקא נכסים שאין בהם מעילה אף דאוקימנא בגמ' כר' יוסי, נבאר עפ"י מה שכתב הכ"מ בשם מוהר"י קורקוס בפ"ו מה' בכורים בהא דפסק הרמב"ם דעיסה של מעשר שני חייבת בחלה, ובגמ' פסחים דף ל"ז ע"ב תלינן זה בפלוגתא דר"מ ור' יהודה אי מע"ש ממון גבוה או ממון הדיוט וכיון דהרמב"ם פוסק דמע"ש ממון גבוה הי' לו לפסוק דפטורה מן החלה, ותי' הר"י קורקוס משום דבסוכה דף ל"ה ע"א איתא פלוגתא באתרוג של ערלה דאינו יוצא אי הוא לפי שאין בו היתר אכילה או לפי שאין בו דין ממון, ואמר בגמ' דנ"מ לאתרוג של מע"ש בירושלים למ"ד לפי שאין בו דין ממון הרי אין בו דין ממון ולמ"ד לפי שאין בו היתר אכילה הרי יש בו היתר אכילה, והרמב"ם פוסק כמ"ד לפי שאין בו היתר אכילה ויוצא באתרוג של מע"ש. ולכן הא דאמר דעיסה של מע"ש לר"מ דאמר מע"ש ממון גבוה פטורה מן החלה זהו ר' אסי דאמר לפי שאין בו דין ממון אבל ר' חייא בר אבין ולגירסת הכ"מ ר' חייא סתם, דסבר לפי שאין בו היתר אכילה ויוצא באתרוג של מע"ש ה"נ חייב בחלה והנה דברי הר"י קורקוס עוד אינם מספיקים דהא בסוכה דף ל"ה ובסנהדרין דף קי"ב איתא ברייתא מפורשת דפליגי ר"מ וחכמים אם עיסה של מע"ש חייבת בחלה, ואיך אפשר לומר דרחב"א סבר דלמ"ד מע"ש ממון גבוה נמי חייבת בחלה כיון דיש בה היתר אכילה, איברא דהרי"ק הביא ראי' מתוספתא ע"ש בכ"מ אבל א"א לומר דנסמוך על תוספתא במקום שיש ברייתא בגמ' להיפוך. והי' נראה לומר דרחב"א סובר דר"מ וחכמים דהך ברייתא פליגי בזה גופא אי בעינן דין ממון אי לא בעינן אלא היתר אכילה משום דאינו

רוצה להעמיד דחכמים סברי כר' יהודה דממון הדיוט כיון דהלכה כר"מ, ומשו"ה סובר רחב"א דלא בעינן אלא היתר אכילה כחכמים דהך ברייתא, והא דמוכיח בגמ' שם דר' אסי אית לי' לפי שאין בה דין ממון משום דאמר דבאתרוג ובמצה ובחלה תליא בפלוגתא דר"מ וחכמים ולא אמר דר' אסי באמת לדידי' אית לי' דלא בעי אלא היתר אכילה, ורק לר"מ אמר דאית ליה הכי, היינו משום דר' אסי בודאי לאו אהך ברייתא דמייתי בגמ' סמיך דאי ידע מהך ברייתא לא שייך לומר לדברי ר"מ ולדברי חכמים גבי חלה דהא בהדיא פליגי בזה, אלא דרב אסי באמת קאי אפלוגתא דר"מ ור"י אי מע"ש ממון גבוה או ממון הדיוט כדפירש"י, ולכן מוכיח שפיר דסבר לפי שאין בו דין ממון -

ומה דאמר רב חסדא בסנהדרין דף קי"ב דר"מ וחכמים דהך ברייתא פליגי אי מע"ש ממון גבוה או ממון הדיוט צריך לומר לשיטת הרמב"ם דרב חסדא נמי סבר כר' אסי דבעינן דין ממון ולכן אמר דחכמים דמחייבי בחלה סברי ממון הדיוט אבל לרחב"א גם חכמים סברי ממון גבוה -

אח"כ מצאתי באור שמח בפי"ג מה' מעשר שעמד בזה וכתב ג"כ דר"מ וחכמים דהך ברייתא סברי כולהו דמע"ש ממון גבוה וטעמא דר"מ הוא משום דכתיב עריסותיכם עריסותיכם תרי זימני כמו שדחו שם בגמ', ואנכי לא חפצתי מתחלה לומר כן משום שכתבו התוס' שם דהוא דחוייא בעלמא דמיבעי לדרשי אחרינ במנחות דף ס"ז, רק אח"כ ראיתי דהתוס' במנחות לא כתבו כן אלא דכולהו ש"מ, א"כ אפשר לומר כדברי האור שמח וחכמים לא דרשי הכי וקיי"ל כחכמים, וגם לפי"ז נצטרך לומר דרב חסדא סבר כר' אסי, ולפי"ז יקשה אמאי פסק הרמב"ם כרחב"א, ולגירסת הכ"מ ר' חייא סתם מיושב. אכן כפי מה שאכתוב לקמן דע"כ רבא סבר דלא בעינן אלא היתר אכילה א"כ שפיר מיושב -

והנה לכאורה קשה לשיטת הרמב"ם דלא בעינן אלא היתר אכילה ומשום הכי יוצא באתרוג ובמצה וחייב בחלה דאמאי בפלוגתא דב"ש וב"ה בכרם רבעי אי חייב בפרט ועוללות דסברי ב"ה דפטור משום דמע"ש ממון גבוה וכן פסק הרמב"ם ואמאי לא אמרינן גם בזה דכיון דיש בה היתר אכילה קרינן בי' פרט כרמך, אך באמת לא קשה דכרם רבעי הוא בגבולין דבירושלים אסור ליטע כרם דמרחיקין את האילן מן העיר וכן כתב הרמב"ם בפ"ט מה' מע"ש הל' ד' כרם רבעי אין לו לא שכחה ולא פאה ולא פרט ולא עוללות ואין מפרישין ממנו תרומה ומעשרות כשם שאין מפרישין ממעשר שני אלא כולו עולה לירושלים או נפדה ויעלו הדמים ויאכלו בירושלים כמעשר, ולהדיא דבגבולין עסקינן, אלא שיש להעיר על דברי התוס' בקדושין דף ל"ג ע"ב ובבכורות דף ס' דבאו להוכיח

דפלוגתא דר"מ ור"י הוא בגבולין ולא הוכיחו מכרם רבעי דהוא ע"כ בגבולין ובגמ' שם מפורש דב"ה כר"מ ומוכח דר"י בגבולין נמי פליג.

אמנם דאכתי קשה לפי"מ שכתבו בתוס' דמשום הכי בגבולין פטור מן החלה אפי' לר' יהודה וכן לא מיקרי שללה לענין עיר הנדחת וכן לא מיקרי דישו לענין חסימה אף דגם בגבולין ממון הדיוט הוא מ"מ כיון דאינה ראוי' שם לאכילה לא מיקרי עריסותיכם ושללה ודישו, וא"כ אמאי חייב לר' יהודה בפרט ועוללות נימא דכיון דאינו ראוי' לאכילה לא מיקרי פרט כרמך, איברא דמחלה וחסימה אולי יש לחלק דבחלה הדרך לעשות עיסה הראוי לאכילה וכיון דאינה ראוי עוד לאכילה לא מיקרי עריסותיכם אבל פרט ועוללות דחיובם בעת הבצירה לא שייך לומר דכיון דאינו ראוי עכשיו לאכילה לא מיקרי כרמך דכן דרך הכרם בשנה הרביעית שיגדל ויבצרו אותו ויוליכו לירושלים וכיון דהוי ממון הדיוט שפיר מיקרי כרמך וכן הא דאמרינן גבי דישו דבעינן דישו הראוי לו ג"כ יש לומר כיון דבאמת אסור ליתן מע"ש לפני בהמתו וצריך להוליכו לירושלים ולאכול אותו שם וא"כ שפיר אמרינן דלענין להניח בהמתו לאכול אין זה דישו הראוי לו, אבל מה דאמרינן דלא מיקרי שללה לגבי עיר הנדחת כיון דאינו ראוי עכשיו צריך ביאור לחלק מפרט כרמך ואולי סברת התוס' הוא דשלל מיקרי דוקא מה שהוא ראוי כדכתיב ואכלת את שלל אויביך וילפינן מזה דכתלי דחזירי הותר כמש"כ רש"י בחולין דף י"ז וצ"ע בזה, והנה בסוכה דף ל"ה כתבו התוס' דמע"ש בגבולין ממון גבוה לכו"ע וכבר ציין המגי' בגליון לעיין בתוס' קדושין ובתוס' בכורות, ולפי דבריהם יקשה ממ"נ דאם נימא דלא משכחת כרם רבעי בירושלים א"כ אמאי לב"ש יש לו פרט ועוללות ואם הי' אפשר שיהי' כרם רבעי בירושלים א"כ יקשה להיפוך למ"ד לפי שאין בו היתר אכילה ולדידי' יוצאין באתרוג ובמצה וחייבין בחלה אפי' לר"מ דאמאי סברי ב"ה דכרם רבעי אין לו פרט ועוללות, ואולי יש לחלק דדוקא חלה שהוא טובל חייב ואמרינן דלא בעינן לדין עריסותיכם אלא היתר אכילה אבל פרט ועוללות דהוא נתינה לעניים יש לומר דלא חייבה תורה נתינה אלא מממון שלו ולא ממה דיש לו היתר אכילה אך אין לקבוע מסמרים בזה כיון דבודאי אי אפשר שיהי' כרם בירושלים וממילא בודאי מוכח ממתני' דכרם רבעי דבגבולין נמי פליגי כמו שכתבו התוס' בקדושין ובבכורות -

והנה האבני מלואים סי' כ"ח השיג בזה על ד' המג"א שכתב דלשיטת היראים דאפי' למ"ד גזל עכו"ם מותר מ"מ אינו חשוב שלו א"כ אינו יוצא באתרוג של גזל עכו"ם אפי' למ"ד גזל עכו"ם מותר, והשיג הא"מ ע"ז דלדידן פסקינן כמ"ד לפי שאין בו היתר אכילה א"כ בגזל עכו"ם אף שאינו שלו ואין בו דין ממון אבל הא יש בו היתר אכילה, ובאמת

השגתו אינה נכונה כלל, דצריך להבין איך סבר הך מ"ד לפי שאין בו היתר אכילה הא בכולי דוכתי מוכח דבאתרוג בעינן שלו, אכן הביאור פשוט דפליגי בדין לכם דאתרוג צריך להיות שלו אם הדין ממון שיש בהאתרוג צריך להיות שלו, או דסגי אם ההיתר אכילה הוא שלו הוי בזה לכם דהא לא בעינן דוקא שיהי' בהאתרוג שוה פרוטה, ולכן לא בעינן לכם שיהי' הממון שלו וסגי שיהי' זכות אכילה שלו, ולכן מע"ש בירושלים הזכות אכילה היא שלו דאין לאחר זכות לאכלו אלא להבעלים אף דהממון הוא ממון גבוה, ונמצא דצדקו דברי המג"א דגזל עכו"ם לשיטת היראים דלא קנה אף דיש בו היתר אכילה אבל אינו לכם דאין לו זכות בהיתר אכילה דהא כיון דלא קנה הגזל עכו"ם גם אחרים יכולים לאכלו ולכן ודאי אינו יוצא באתרוג.

נמצא דעיקר המחלוקת בין מ"ד לפי שאין בו היתר אכילה ומ"ד לפי שאין בו דין ממון, דמ"ד לפי שאין בו היתר אכילה סבר דסגי להיות נקרא שלו אם הדבר הוא שלו לאכילה היכי דאין צריך שו"פ ודווקא גבי קדושין ושבועת הפקדון וכה"ג דצריך שו"פ בעינן דווקא דיני ממון. אבל היכי דלא צריך דין ממון כמו גבי חלה ואתרוג סגי במה שיש לו זכות אכילה. וא"כ שפיר נוכל לומר דגם בהא דכתיב כי יגח שור איש או ושילח את בעירה הא לא בעינן דווקא שהשור המזיק יהי' שו"פ ודווקא באפקרינהו שאינו שלו כלל אינו דין שור, אבל כ"ז שהוא שלו הא לא בעינן דווקא דין ממון, ולכן שפיר גם בהמה שנקנה ממעות מע"ש בירושלם אף שהוא ממון גבוה חייבים הבעלים בנזקין, כיון דהזכות אכילה הוא שלו נקרא שור איש או בעירה, וא"כ ה"נ קדשים קלים לרבנן אף דהוא ממון גבוה מ"מ יש להבעלים זכות אכילה ולכן סברי רבנן דחייב בנזקין, ודווקא לענין קדושין ושבועת הפקדון וכה"ג היכי דהוי דין ממון בזה פליגי רבנן על ריה"ג.

ועכשיו נאמר דאף דאמר בגמ' להדיא מאן תנא א"ר יוחנן ריה"ג הוא, היינו משום דסבר כמ"ד לפי שאין בה דין ממון והנה הכ"מ גורס שם בסוכה דפליגי ר' חייא ור' אסי וכתב הכ"מ דבודאי צריך לפסוק כר' חייא דהוא רביה דרביה דר' אסי וא"כ הלכתא כותי' ג"כ לגבי ר' יוחנן, אכן הלח"מ בהל' אישות כבר העיר דגירסתנו אינו ר' חייא סתם אלא ר' חייא בר אבין, ובזה יהי' קשה וצריך לפסוק כר' יוחנן דהוא רביה, אכן אפשר לומר כיון דפליג בזה עם ר' אסי דהוא תלמיד ר' יוחנן א"כ אפשר דזו הסוגיא אזיל אליבא דר' אסי ור' חייא בר אבין יחלוק דלא אמר ר' יוחנן הכי דהא לא הוי פליג על ר' יוחנן ועכ"פ איך שיהי' מכיון דהרמב"ם פוסק שם כמ"ד לפי שאין בה היתר אכילה א"כ ע"כ כל היכי דלא צריך דין ממון לא בעינן שיהי' הממון שלו, ולכן גם בקדשים קלים חייב ועיקר ראיית הרמב"ם לפסוק דלא כרבי יוחנן הוא פשוט מכיון דר' אבא ורבא דהוא בתרא

סברי דשלמים ותודה שהזיקו גובין מבשרן וכיון דלא אשכחן בגמ' דפסקינן כריה"ג ע"כ דגם לרבנן חייב והוא כמש"כ.

ונוכל לומר עוד בדרך אחר דאין אנו צריכין כלל לומר דר' אבא ורבא פליגי על ר' יוחנן להלכה ושהרמב"ם פוסק דלא כר' יוחנן, אלא דר' יוחנן משמע לו דהא דתנן נכסים שאין בהן מעילה היינו נמי על שור של ניזק וכן משמע דהא נכסים שהן של בני ברית הוא דוקא על שור של ניזק דהא שור של נכרי שנגח חייב, ואף דנכסים המיוחדים למעוטי דהפקר הוא על שור של מזיק כדאמר בגמ' מ"מ יש לומר דלברייתא דמפרשא פרט לנכסי הפקר אף דבודאי הוא דוקא על נכסי מזיק מ"מ אמת הוא דנכסי הפקר דניזק נמי לא שייך חיוב, וכיון דהוי משמע לר' יוחנן דקאי נמי על שור של ניזק לכן שפיר אמר דהוא דוקא לריה"ג אבל לרבנן אף דיש להניזק היתר אכילה מ"מ המזיק פטור דאינו חייב אלא על היזק ממון ומדוייק דהרמב"ם בפיהמ"ש כשכתב, אחר כן התנה חמשה תנאים, דייק לכתוב בתנאי הראשון על נכסי המזיק ובתנאי השני על נכסי הניזק ובתנאי השלישי על נכסי המזיק, ואם דעת הרמב"ם היה לפסוק כריה"ג א"כ היה יכול לפרש תנאי הראשון בין על נכסי המזיק בין על ניכסי הניזק ולא יהיה שינוי כל כך באופני התנאים, ומוכח כדברינו, ובפירוש המשנה נטה מדעת ר' יוחנן כיון שאינו חולק עליו בהלכה ואדרבא רוצה להעמיד משנתינו כהלכה ולכן מפרש התנאי הראשון על נכסי המזיק ויהיו להלכה וכמו שכתבנו -

אכן נוכל לומר עוד דאם נימא דלא כהקצוה"ח אלא כפי פשטות ד' הגמ' דפסחים דריה"ג דסבר קדשים קלים ממון בעלים לא סבר דהמוכר עולתו ושלמיו לא עשה ולא כלום ולדידי' יוכל גם לצאת ידי חובת נדרו אם נדר בשלמים וזורקין השלמים לשם הלוקח ולא הוי שינוי בעלים דכיון דקנה אותו הוי הוא בעלים דידי' א"כ אמאי אמר רבא ניזק אוכל בשר ומתכפר מביא לחם דהא כיון דקנה הניזק את התודה א"כ אם חייב הוא תודה נעשה קרבן תודה דידי' אליבא דריה"ג ודוחק לומר דמיירי דוקא היכי דאינו צריך תודה דרבא סתמא קתני ומשמע דבכל גווני הוא, וע"כ דרבא אזיל אליבא דרבנן ועיקר התודה אינו יכול הניזק לזכות משום דמוכר עולתו ושלמיו לא עשה ולא כלום ולא זכה אלא בהבשר.

אכן יש להוסיף דזה תלי במחלוקת רש"י ותוס' אם בבעלים נמי אמרינן משולחן גבוה קא זכו דלדעת רש"י דבחלק בעלים נמי אמרינן משולחן גבוה זכו א"כ אפשר דקדשים קלים לא דמי למע"ש דאמרינן ביה דרק הממון הוא ממון גבוה אבל זכות אכילה שייך לבעלים דאפשר דקדשים קלים אין להם אפי' זכות אכילה כיון דמשולחן גבוה זכו אבל

לדעת התוס' דבבעלים לא אמרינן משולחן גבוה זכו א"כ שפיר נוכל לומר דגם בקדשים קלים מחיים יש לו הזכות באכילת הקדשים לאחר שחיטה ודעת הרמב"ם מוכח כדעת התוס' שהוכיחו מדתנן המקדש בחלקו דמשמע חלק כהן, והרמב"ם פ"ה מה' אישות דקדק לכתוב כהן שקידש בחלקו.

אלא דאכתי צריכין אנו לברר דאף דכתבנו דשור איש הוא לאו דוקא אם הממון שלו אלא אפילו אם אין הממון שלו אלא זכות האכילה שלו חייב בנזקין, אבל כ"ז ניחא במועד. אבל בתם כיון דאינו גובה אלא מגופו. וכיון דממון השלמים והתודה אינו של הניזק אף דזכות אכילה הוא שלו. אבל איך יוכל הניזק לגבות כיון דהממון אינו של המזיק אלא של הקדש והקדש פטור בנזקין. ואף דיש לומר דהכא אינו גובה מהקדש כלום דאינו מוציא הקדש לחולין ואוכל השור בקדושה כמו המזיק מ"מ יקשה מנלן דאיכא דין גביה היכי דאין הממון של המזיק.

אכן לפימש"כ בפרק ד' הלכה ט' דדין גבי' מהשור המזיק הוא אפי' אם אין שום דין על בעלים של השור ואפי' בליסטים שאין השור כלל שלהם מ"מ גובין מגוף השור א"כ שפיר נימא דגובה כאן גבי הקדש מגוף השור ולא נוכל לפטור מצד דין פטור הקדש בנזקין דזה דווקא היכי דהקדש צריך להתחייב בנזקין אבל כאן החיוב נזקין בא מצד הבעלים וכמו שכתבנו. ואם הי' דין הקדש כמו הדיוט הי' אפשר לומר שיוכל אפי' לגבות מן ההקדש כיון שעכ"פ יש על השור דין שמירת נזקין. אלא כיון דאיכא למימר דהקדש לא דמי להדיוט. ודין מה דפטור הקדש מנזקין מהני לענין דלא נוכל לומר בהקדש ומכרו את השור אפי' היכי דאיכא לבעלים דין שמירת נזקין ולא דמי לליסטים לגבי בעלים דבעלים עכ"פ איכא בדין נזקין והקדש פטור מדין נזקין. מ"מ נוכל כבר לצרף מה דבאמת אינו גובה כאן מהקדש כלום ואינו מפקיע קדושת ההקדש דגם הניזק אוכל הבשר בקדושה כמו הבעלים. ורק שהקשינו דעכ"פ מנלן דאפשר לגבות שור שאינו ממון של הבעלים בזה נאמר שפיר דהא אינו מעכב כלל לדין ומכרו את השור שיהי' הממון של הבעלים המחוייבים בנזקין וכיון דעכ"פ הבעלים נתחייבו בשמירת השור גובה מגוף השור אף שאין הממון שלהם:

-השמטות ומלואים-

במש"כ בפ"ח הלכה א' כתב אלי רב חביבי חתן אחותי נ"ע הרב הגאון הנעלה מו"ה אליעזר מנחם שך שי' והנני מעתיק מה שהשבתי לו שמובא גם דבריו אלי בזה.

עמש"כ דהרמב"ם סובר דקק"ל לא הוי ממון בעלים אלא דמ"מ הבהמה נקראת שלו כמו דמע"ש נקרא לכם משום דיש בו היתר אכילה - הקשה דהא הרמב"ם פסק בפ"א

מה' בכורות דבזה"ז מוכרין בכור תם ומפורש בסוגיא דב"ק דהוא רק אליבא דריה"ג. הנה אם אמנם קצרתי במקום שהי' ראוי להאריך ובודאי הי' עלי חובה לברר הלכה זו אבל באמת מה דפשיטא לו דבסוגיא דב"ק מפורש דזהו רק לריה"ג לדעתי אינו כן דאיברא דהתוס' מפרשים כן אבל ברווחא נוכל לפרש לדעת הרמב"ם דזהו ג"כ לרבנן.

והנה אמר שם ואם איתא דכי אמר ריה"ג ממון בעלים הוא מחיים לישני לי' הא ריה"ג הא רבנן. והיינו דר"נ דמחלק מבכור בזה"ז לבזמן הבית הוא אליבא דרבנן. ומוכח עכ"פ דהוי ניחא לי' לומר דלרבנן עכ"פ בזה"ז ממון בעלים הוא ודוקא בחזי להקרבה הוי ממון גבוה. וא"כ כי משני לי' מת"כ קאמרת והיינו דריה"ג נמי מודה במת"כ וכפירש"י. א"כ במת"כ ריה"ג ורבנן שוין. וא"כ עכ"פ אינו מוכח כלל דבמסקנא לא סבר כדס"ד דאפשר לאוקמי נמי כרבנן.

אכן התוס' הוכיחו מהא דפליגי אביי ורבא בשור ושור פסוה"מ שנגחו ופירש ר"י גאון בבכור ומסתמא פליגי בזה"ז ודברי התוס' תמוהים במה שכתבו דמסתמא פליגי בזה"ז דלמה הוצרכו לזה דכיון דפליג בשור פסוה"מ והיינו לדברי ריי"ג בבכור בע"מ. א"כ מאי נ"מ בין בזמן הבית לבזה"ז דבבכור בע"מ ליכא שום נ"מ ולדבריהם מה דלא הוי בכלל רעהו היינו משום דאסור בגיזה ועבודה וזהו גם בזה"ז.

אכן עכ"פ הוכחתם חזקה לדברי ריי"ג אבל דעת רש"י אינו כן כמש"כ להדיא בדנ"א דבכור בע"מ הוי בכלל רעהו ומצויין זה בגליון שם, ודעת הרמב"ם בודאי הוא כדעת רש"י דאם יפרש כדברי ריי"ג דפלוגתא דאביי ורבא מיירי בבכור ומזה מוכח דבכור בזה"ז נמי לא הוי ממון בעלים לרבנן וא"כ יהי' מוכח דהרמב"ם פוסק כריה"ג מכיון שפסק דבכור בזה"ז הוי ממון בעלים, וא"כ איך פסק בפי"ב ה"ל כ"ח פלוגתא דאביי ורבא כלשונם, דהא אביי ורבא אזלי אליבא דרבנן, ואף דאפשר לומר דהרמב"ם לא מיירי בבכור אף דהגמ' מיירי בבכור, אבל זה ודאי דחוק וכל כה"ג הו"ל לפרש להדיא, וע"כ דהרמב"ם סובר כדעת רש"י, ואביי ורבא מיירי בשאר פסוה"מ קודם שנפדו כמש"כ המ"מ להדיא דזהו כונת הרמב"ם שם, ובאמת מבואר להדיא בלשון הרמב"ם בפ"א מהל' בכורות הל' ה' דבכור בחו"ל ה"ה כחולין ויאכל במומו, ומדכתב הרי הוא כחולין ע"כ כונתו לענין זה שהוא ממון בעלים דהא בלא מום היא אסור כמו בכור בא"י ומוכח דבא"י אינו ממון בעלים.

והנה שם בהל' י"ז כתב דבכור תם אין מוכרין שכיון שהוא עומד לקרבן אין לכהן בו זכות כדי למכרו, והקשה הלח"מ ממה שכ' בפ"א מה' תמורה דאין הכהנים ממירין בבכור שאעפ"י שהוא זוכה בו מחיים אינו זוכה בו מתחילה, ותי' הלח"מ תי' א' דבבעל

מום איירי ותי' ב' דאיירי בבכור בחו"ל, ואע"ג דהרמב"ם פסק כר"ע כבר כתבו התוס' דכ"ש דלר"ע א"ש טפי, והנה מה שתי' דאיירי בבע"מ בודאי אינו נכון דכיון דהגמ' פריך הא דומיא דחטאת ואשם קתני והרמב"ם כתב ג"כ כלשון המשנה דאין ממירין בחטאת ואשם ואין ממירין בבכור, א"כ א"א לומר דמהשנה איירי בתם והרמב"ם איירי בבע"מ, ומה שתי' ב' דאיירי בבכור בחו"ל וכתב דאף דהרמב"ם פסק כר"ע כבר כתבו התוס' דכ"ש דלר"ע א"ש טפי, אבל באמת דבריו אינם נכונים דהתוס' שכ' כן הוא על אוקימתא קמייתא דמתרץ שם דר"ש הוא לענין ומעלה מעל בד' לרבות קק"ל, וע"ז כתבו התוס' דבודאי לר"ע טפי הוי ממונו ורק דלא הוי כ"כ דומיא דשלמים, אבל כ"ז באוקימתא זו אבל לענין אין ממירין כיון דלר"ע אין קרבין כלל בודאי לא שייך להמיר, דאף דשייך להמיר גם בבע"מ היינו דוקא היכי שנתקדש מעיקרא קדושת תם דראוי להקרבה אבל בכורות מחו"ל כיון דאינן ראויין מתחלתן להקרבה ובפרט כיון שכתב הרמב"ם דהרי הן כחולין בודאי אינם עושין תמורה.

ונראה דגם זה מיושב לפימש"כ דהרמב"ם סובר דקק"ל אף דאינם ממון בעלים מ"מ גוף הבהמה של בעלים, דה"נ לענין כהן בבכור אף דאינו זוכה הממון מ"מ זוכה בגוף הבכור לענין זה גופא שיהי' שלו לאחר שיקרבו אותו יהי' הבשר שלו, ובודאי מכיון שנתנו הבעלים את הבכור לכהן אינם יכולים לחזור וליתן לכהן אחר, ולכן גם זה נקרא שהכהנים זוכין בו מחיים, והגמ' דלא ניחא ליה לתרץ כן היינו משום דאזיל בשיטת מ"ד לפי שאין בה דין ממון וסבר דבלא דין ממון לא מקריא לכם וה"נ לא נקרא שזוכין בו כיון דלא מהני זכייתו לשום דבר, ואף דבודאי זוכה לענין זה שאין הבעלים יכולים לחזור ע"מ לא מסתבר להגמ' לפרש בזה שהכהנים זוכים בו מחיים, וניחא לן לתרץ אליבא דר"ש ובבכור בחו"ל דהוי ממון בעלים, אבל לדידן כיון דקיי"ל כר"ע וא"א לאוקמי בבכור בחו"ל מוקמינן בכל בכור ומ"מ מקריא שהכהנים זוכין בו מחיים כיון דזוכה הכהן בכל זכות שזוכה כל בעלים בקק"ל שלו, ולענין תמורה לא בעינן זכות בדין ממון אלא זכות בזה שהקרבן שלו לענין זכות אכילה, אלא דצריך לומר דלא כמש"כ בספרי בד"ה ועוד יש להוסיף אלא דאפי' כהנים דאמרינן משולחן גבוה קא זכו. מ"מ זהו דוקא לענין דין ממון לא מיקרי בעלים, אבל לענין דין שהבהמה שלו נקרא שזוכין בו כיון שזכות אכילה הוא שלו.

ודברי הרמב"ם מיושבים שפיר דבפ"א מה' בכורות כתב דאין לכהן בו זכות כדי למוכרו וזהו נכון דזכות מכירה אין בו דזה אינו אלא היכי שיש לו בו דין ממון, אבל בהל' תמורה כתב שהכהנים זוכין בו היינו לענין זכות אכילה דמהני לענין דין תמורה, ומ"מ אין

ממירין בו לפי שאין זוכין בו מתחילה.

והנה בארנו דשפיר נוכל לומר לדעת הרמב"ם דגם למסקנא בכור בזה"ז גם לרבנן הוי ממון בעלים כיון דאינו עומד להקרבה כלל, אכן בבכור בחו"ל לכאורה הא מבואר להדיא בגמ' דאינו אלא לדברי ריה"ג, אכן זה לא קשה עלי דהא כן מבואר בעיקר סוגיית הגמ' דהמקשן פריך ואם איתא וכו' ורוצה לומר דאי אמר ריה"ג דמחיים הוי ממון בעלים ע"כ מתני' דבכור תם דאמר ר"נ דדוקא בזה"ז הוי כרבנן, ומ"מ ניחא לי' הא דאמר רבינא דהא דומעלה מעל מיירי בחו"ל ומוכח דבכור בחו"ל ובכור בזה"ז אינם שוין, דבכור בזה"ז הוי כחולין אפי' לרבנן ובכור בחו"ל דוקא לריה"ג. אכן יש לומר דזה דוקא לפי מה דמוקים כר"ש דאמר אם באו תמימים יקרבו דיעבד אין לכתחילה לא, דבזה הוי דוקא לריה"ג, דאף דלא קאי להקרבה לכתחלה מ"מ אינו עכ"פ כחולין כיון דאם באו יקרבו, אבל לר"ע דלא יקרבו כלל א"כ ודאי אין נ"מ בין בכור בחו"ל בין בכור בזה"ז, ואפי' לרבנן הוי ממון בעלים, וכמש"כ הרמב"ם להדיא על בכור בחו"ל דהוי כחולין, ובאמת מבואר כן בתוס' בב"ק דף י"ב במה שהקשו דאמאי אוקים רבינא כר"ש ולא כר"ע ותי' בתי' ב' דלא מתוקמא כר"ע מדמצריך קרא לרבויי שהוא ממון בעלים, איברא דדברי התוס' לשיטתם הם תמוהים דהא סוברים דגם בכור בע"מ לרבנן לא הוי ממון בעלים, א"כ שפיר צריך קרא, אכן לפימש"כ בדעת הרמב"ם מבואר שפיר דבכור בע"מ וכן בכור בזה"ז ובכור בחו"ל הוי כחולין והוי רעהו גם לרבנן וכנ"ל.

אח"כ ראיתי שהפנ"י מפרש הסוגיא לפי פירש"י, ולפי דבריו ג"כ רבנן מודו בבכור בזה"ז וכן גם בבכור בחו"ל אליבא דר"ש וא"צ לחלק כמו שחלקתי למעלה, אלא דסובר דאף דהוי ממונו לענין קדושין מ"מ כיון דאית בי' צד גבוה צריך רבוייא לענין קרבן שבועה והוא דוקא אליבא דריה"ג, ואינו מבורר אצלי כונתו למסקנא דמשני מת"כ שאני, אבל משמע דמפרש דגם למסקנא הוי כנ"ל אמנם דעיקר סברתו לחלק בין קידושין לק"ש אינו מבורר.

והנה בעיקר מילתא אם הרמב"ם פוסק כריה"ג או כרבנן אני חושב שאין זו צריך לפנים וא"א לומר דהרמב"ם פוסק כריה"ג, דא"כ למה השמיט עיקר דינא דריה"ג לגבי קרבן שבועה, ואף דאינו מפורש בדבריו בה' שבועות להדיא עיקר פטורא דהקדש מק"ש, יש לומר דסומך על מה שכתב התובע לחבירו אבל אם הי' סובר כריה"ג דבקק"ל חייב בק"ש הי' לו להביא במקומו עיקר דינא דריה"ג ואינו שייך לומר דסומך אשאר מקומות דפסק כריה"ג דבודאי צריך להזכיר דינא דריה"ג בעיקר מקומו, וע"כ מוכרח דאינו פוסק כריה"ג וזה פשוט לדעתי.

ומה שכתב עוד וז"ל ועוד יותר אני מתפלא שסותר את עצמו שם בספרו בד"ה אכן יש להוסיף. שמדייק מלשון הרמב"ם בפ"ה מאישות שכתב כהן שקידש בחלקו שמשמע דוקא כהן שקידש בחלקו לא הוי קדושין, אבל ישראל שקידש בחלקו הוי קדושין, והוא כשיטת התוס' שם שחלק הבעלים אפילו אחר שחיטה ממונו הוא ומזה ג"כ מוכח שפוסק הרמב"ם כריה"ג, דלרבנן אפי' מחיים הוי קדשים קלים ממון גבוה וכש"כ לאחר שחיטה. והאיך מקדשין בו וע"כ משום שפוסק כריה"ג עכ"ד, והנה מקודם אברר דעתה כשכתבתי דברים אלו דכמו שהוכחתי לנכון דסברת הגמ' הוי דבכור בזה"ז אף דהוי קדשים מ"מ גם רבנן מודו דהוי ממון בעלים כיון דלא קאי להקרבה ה"נ אם נפרש כפי' התוס' ונדייק דמדקתני המקדש בחלקו דדוקא כהן המקדש בחלקו, אבל בעלים בחלקן הוי קדושין דע"כ נאמר דגם לרבנן הוי ממון בעלים, דהא אמר בהא דתנן המקדש בחלקו וכו' לימא דלא כריה"ג, וא"כ אתיא כרבנן ומ"מ דוקא כהן בחלקו אבל בעלים שפיר הוי קדושין, וא"כ כדמשני אלא מת"כ שאני נוכל שפיר לומר דחוזר למה דסבר מתחלה, דכל פלוגתא דרבנן וריה"ג היינו בקדשים מחיים דחזי להקרבה ויש בהן צורך גבוה. אבל בבשר קק"ל בחלק בעלים כו"ע מודו דיכול לקדש ומש"ה תנן המקדש בחלקו. והיינו דאף דמעיקרא לא הוי סבר מת"כ שאני היינו במת"כ מחיים לא הוי סבר לחלק, אבל במה דאמר דלאחר שחיטה משולחן גבוה קא זכו היינו דוקא בחלק הכהן ולא בחלק הבעלים. וכמו שכתבו בתוס' להדיא דחלק הבעלים פשיטא דהוי ממון בעלים לקדש בו אשה ולכל דבר.

וכמו שכתבנו דבכור בזה"ז וכן בכור בחו"ל ע"כ הוי ממון בעלים לכו"ע כן נוכל לומר בחלק הבעלים כיון דלא קיימא להקרבה. וזהו שכתבתי דכיון דבחלק בעלים לא נאמר לאחר שחיטה משולחן גבוה קא זכי. לכן אפי' מחיים אף דאכתי עומד להקרבה הוי ממון גבוה מ"מ גוף הבהמה הוי של בעלים כיון דיש לו בה זכות לאכול הבשר.

אך באמת חוזרני עכשיו מההוספה דמלשון הרמב"ם לא משמע כן לומר דבחלק הבעלים יכול לקדש דהא כתב מפני שלא הותרו אלא לאכילה וסברא זו ודאי שייך בחלק בעלים. ומה דתנן המקדש בחלקו שהוכיחו בתוס' דדוקא כהן ולא בעלים, וכך כתב הרמב"ם כהן שקידש בחלקו אין זה הוכחה כלל דזהו משנתו של ר"מ דחולק עליו ר' יהודה בברייתא וסבר דמקרא דוזה יהי' לך ילפינן לך ולכל צרכיך. ולכן הוא להיפוך דבחלק הבעלים פשיטא דאין מקדשין בשביל שהוא קדשים. ובחלק הכהן אשמעינן מתני' דאין מקדשין. ומבואר שפיר לשונו של הרמב"ם שכתב שלא ניתנו אלא לאכילה דהאי טעמא מהני בין בחלק הבעלים בין בחלק הכהן והדבר פשוט ומבורר.

ונמצא דנתבטל מה שהוספתי אלא דאין צריך להוספה זו דאף דנימא משולחן גבוה קא זכו זהו רק בדין ממון. אבל שיהי' נקרא בהמה שלו כיון דעכ"פ יש לו זכות לזכות מחלק גבוה והבשר יהי' שלו שייך שפיר להתחייב בנזקין.

ומה שהקשה כיון דמדמינן למע"ש א"כ צריך להיות דוקא קק"ל בירושלים ולא בגבולין כמו במע"ש דבגבולין פטורים מן החלה.

הנה כבר בארתי שם הפלוגתא שבין שתי שיטות התוס' אם מע"ש בגבולין הוא ממון גבוה לכו"ע או דבגבולין נמי ממון הדיוט ורק משום דאין בו היתר אכילה וכמו גבי דישו דבעינן דישו הראוי, ולשיטת הרמב"ם דאפי' אי ממון גבוה מ"מ חייב בחלה, א"כ ודאי הא דבגבולין פטורה היינו משום דאין בו היתר אכילה אינו עריסותיכם דבעינן הראוי לו, ונמצא דהם שני ענינים דלגבי אתרוג וחלה ופסח בעינן הראוי לו וגם אמרינן דבעינן זכות היתר אכילה שיהי' לכם ועריסותיכם, אבל בדין נזקין כיון דאמרינן דמשום זכות אכילה נקרא שהבהמה שלו לענין נזקין מה איכפת לן דעכשיו אינו ראוי לאכילה כיון דהזכות הוא שלו ונחשב בהמה שלו וחייב בנזקיה, ומטעם זה כתבתי שם דיש לעיין אמאי לא מקרי שללה גבי עיר הנדחת ואמאי בעינן שללה הראוי טפי מלגבי פרט כרמך, ואף שכתבתי מקרא דואכלת את שלל אויביך דילפינן דהותר כתלי דחזירי, אבל באמת אינו נכון דהתם מואכלת הוא דילפינן, אבל אין משם שום מקום לומר דשללה הוא דוקא שללה הראוי.

ונראה דבאמת משום זה השמיט הרמב"ם הא דמוכח בסוגיא דדוקא בעייליהו לירושלים ונפל מחיצות דסובר הרמב"ם דרב חסדא לטעמי' דסובר כרב אסי דפליגי אי ממון גבוה או ממון הדיוט, ואי ממון גבוה ודאי פטור מן החלה ואינו יוצא באתרוג ובמצה דלא סבר טעמא דהיתר אכילה, וכיון דמחלק בין ירושלים לגבולין ע"כ סבר דבגבולין דאכתי לא הותר לאכילה ודאי ממון גבוה הוא, וממון גבוה לא נקרא שלו לשום דבר, אבל לדידן דס"ל כטעמא דמשום היתר אכילה, ואף דהוא ממון גבוה מיקרי החפץ שלו ומיקרי שללה לענין עיר הנדחת, א"כ מסתבר דלא מהני כלל הא דעכשיו בגבולין אין בה היתר אכילה כיון דעכ"פ יש לו זכות דבירושלים יהי' זכות אכילה שלו ודאי מקרי שללה.

ומבואר שפיר מה שעמד הלח"מ במה דלא חילק הרמב"ם לענין עיר הנדחת בין ירושלים לגבולין, ואף דגבי בכורה פסק הרמב"ם דדוקא בהמת מע"ש בירושלים ומוכח דבגבולין פטור, דברוחא נוכל לומר דלענין בכורה מסתבר דבעינן בהמה הראויה וכמו לענין חלה ודישו הראוי, אבל לענין עיר הנדחת מסתבר דאין נ"מ אם ראוי או לא והעיקר

הוא דאם יש לו זכות של בעלים מיקרי שללה.

עוד כתב אך מה שדחוק לכ"ג לומר דר' יוחנן יסבור כרב אסי בסוכה דאמר לפי שאין בו דין ממון אין זה דוחק כלל שמפורש כן בירושלמי בפ"ק דמע"ש וז"ל ר' יוסי בשם ר' יוחנן בהמת מע"ש בירושלים כר"מ פטורה מן הבכורה כר' יהודה חייבת בבכורה, והרמב"ם בפ"ה מהל' בכורות פסק שבהמת מע"ש חייבת בבכורה וע"כ צ"ל כתי' הר"י קורקוס, דהרמב"ם דפוסק כמ"ד לפי שאין בו היתר אכילה ולכך מע"ש חייב בחלה ע"כ גם חייבת בבכורה, ועיין במהרי"ט אלגזי ברישׁ הל' חלה להרמב"ן שביאר זה עכ"ל, והנה אם אמנם דבריו נכונים ויישר חילו במה שהעירנו מדברי הירושלמי מ"מ עדיין אנו צריכין למודעי דעיקר מה שהיה דחוק אצלי הוא דאם ר' יוחנן סובר כר' אסי א"כ יקשה עיקר דינא דאמאי פוסק הרמב"ם כר' חייא בר אבין דאמר לפי שאין בו היתר אכילה דהא אין הלכה כתלמיד במקום הרב עד אביי ורבא, ואיברא דלפימש"כ ליישב דהא דאמר רבא שלמים שהזיקו וכו' הוא כמ"ד לפי שאין בו היתר אכילה לא קשה דכרבא ודאי פסקינן אפי' לגבי ר' יוחנן, אלא דלא חפצתי לסמוך ע"ז כיון דזה תלוי אי פסקינן כריה"ג או לא לכן כתבתי דמסתבר דר' חייא בר אבין גופיה לא יחלוק על ר' יוחנן רבו ולדידיה ע"כ נאמר דלא אמר ר' יוחנן הכי וא"כ גם הא דאמר ר' יוסי בשם ר' יוחנן בירושלמי לא מכרעא והוא הכל למ"ד לפי שאין בו דין ממון, אבל למ"ד לפי שאין בו היתר אכילה לא אמר ר' יוחנן וגם לר"מ חייבת בבכורה.

הלכה ב

שלמים שהזיקו גובה מבשרם ואינו גובה מן הבשר כנגד אמוריהן שהאימורים של קדשים קלים מועלין בהן וכו' וכן תודה שהזיקה גובה מבשרה ואינו גובה מן הלחם הבא עמה שאין הלחם מכלל בשר.

בגמ' אמרינן פשיטא אימורים לגבוה סלקי ומשני דאשמעינן שאינו גובה מן הבשר כנגד האימורין, וא"כ לא הי' להרמב"ם כאן להזכיר הא דהאמורין של ק"ק מועלין בהן דהא מהאימורים בלאו הכי אינו יכול לגבות כיון דלגבוה סלקי ומה דאינו גובה מן הבשר כנגד האימורין אין זה שייך להא דמועלין באימורין.

ונראה דהרמב"ם לשיטתו דסובר דכיחש מזיק אין הניזק מפסיד וא"כ ה"נ כשאבד חלק המזיק הניזק גובה מהנמצא כל הזיקו וכמו שבארנו בפ"ז הל' י"ב דסובר דיוחלט הוא אחר העמדה בדין וא"כ אם לא היה דין מעילה באימורין והי' שייך דין תשלומי היזק גם על האימורין ורק משום דעולים להקטרה א"א לגבות מהן, א"כ אם הי' ההעמדה בדין לאחר ההקטרה הי' הניזק גובה מן הבשר כל ההיזק וכמו בכיחש מזיק, לכן כתב

הרמב"ם דטעמא הוא משום דיש דין מעילה באימורין ואין דין גביה כלל על חלק האימורין ולכן אינו גובה מן הבשר כנגד האימורין וכמו דאמר בגמ' בטעמא דלא אמרינן הכא כי ליכא לאישתלומי אבל זהו דוקא משום דאימורין אין בהם דין חיוב נזקין:

ב) שאין הלחם מכלל בשר כאן השמיענו הרמב"ם ג"כ דין דאמר בגמ' פשיטא ובגמ' אמרינן סיפא איצטריך לי' ניזק אוכל בשר ומתכפר מביא לחם מהו דתימא כיון דלחם הכשירא דזבח הוא לימא לי' את אכלת בשר ואנא אייתי לחם קמ"ל דלחם חיובא דבעלים הוא, והמרב"ם הביא רק רישא דאמר בגמ' ע"ז פשיטא ולא סיפא, והנה חידושא דסיפא באמת לא שייך לדיני נזקי ממון והי' לו להביא זה בהלכות מעה"ק, ועכ"פ צריך לבאר דהביא רישא ולא סיפא ואולי אפשר דגם סיפא אינו חושב הרמב"ם לרבותא וכאן מכיון דעסיק בדיני קדשים קלים שהזיקו מביא מימרא דרבא אף שהיא פשוטה ובכ"ז הוא דחוק, ועוד יותר יש לתמוה מה שהוצרך להוסיף שאין הלחם מכלל בשר, ובגמ' אמר פשיטא ופירש"י דהא לא אזיק.

והנה לכאורה הי' משמע דרישא דמילתא דרבא וסיפא הוא בתרי גווני דרישא הא מיירי שכבר הקדיש הניזק הלחם, וסיפא בפשוטו מיירי דאכתי לא הקדיש דאשמעינן דהניזק מביא הלחם אכן אפשר לומר דכיון דקדושת הגוף אינו חל על הלחם עד שחיטת הזבח וקודם שחיטת הזבח אינו קדוש אלא קדושת דמים ויכול לפדותו וא"כ סיפא נמי מצי מיירי שכבר הקדיש הלחם ומ"מ אשמעינן דמביא לחם היינו שמקדשו עם שחיטת הזבח, אלא דאכתי צריך לבאר רישא דמימרא דרבא ושביאר לנו הרמב"ם שאין הלחם מכלל הבשר דהא אפי' אם היינו אומרים שהלחם מכלל הבשר הא כל זה שייך לאחר שנתקדש בקדושת הזבח, אבל כשהזיקה התודה דאכתי לא נתקדש בקדושת הזבח ויכול לפדותו ומשמע דבהדמים אינו מחוייב להביא דוקא לחם לתודה זו ויכול להביא בהדמים לחם לתודה אחרת, וא"כ איזה שייכות יש להניזק בהלחם קודם השחיטה והנה לפי"מ דהוי ס"ד לומר דמצי אמר לי' וכו' ע"כ דהיינו אומרים דלחם שייך להזבח וכיון שהזבח לאכילה שייך להניזק אינם מחוייבים הבעלים להביא הלחם, ונראה דאם היינו אומרים כן דהלחם הוא שייך להזבח אפשר דאם הבעלים הביאו הלחם צריך הניזק לאכלו כיון דהניזק הוא עכשיו הבעלים של הזבח על אכילה, וכיון דהלחם טפל להזבח שייך הלחם לבעל הזבח לאכילה, אלא דבחנם בודאי לא היו נותנים להניזק הלחם והיו מנכין לו משיעור נזקו, והיינו דאם התודה שוה כדי נזקו והלחם שוה כמו התודה, הי' אוכל הניזק חצי התודה וחצי הלחם אך זה מיושב אם נאמר דגם בשור תם יכול לסלקו אפי' לר"ע בכסף בשעת העב"ד קודם שהחליטו ב"ד השור לניזק וכמש"כ בפ"ד הל' י"ב

ע"ש, ודוקא בכסף שזהו עיקר דין תשלומין אבל בדברים אחרים דזהו דין גבי' אינו יכול לסלקו משום דבדין גבי' אמרה תורה דוקא להחליט לו השור, ולכן לפי"ז אפשר לומר דאם הי' צריך להיות שהניזק יאכל הלחם היינו מחשבין לו זה בשיעור נזקו אף שאין זה תשלומין בכסף כיון דע"כ הוא נוטל הלחם משל המזיק.

וזהו דאשמעינן רבא דאינו גובה מלחמה לא כמו שסברנו מתחלה דאשמעינן דאינו גובה מהלחם קודם שחיטה דקודם שחיטה בודאי לא שייך הלחם להזבח, ונמצא דמימרא דרבא אינה כלל שני הלכות אלא דהמה חדא מילתא, דאימתי שייך לומר דגובה הניזק מהלחם אם היינו אומרים שהלחם טפל להזבח וממילא שייך לאכילה לבעל הזבח, אבל כדאשמעינן רבא דניזק אוכל בשר ומתכפר מביא לחם והיינו שהוא אוכל הלחם והניזק אינו אוכל אלא הבשר ממילא שמעינן דאינו גובה מלחמה דאין הלחם שייך להזבח כלל ונמצא דהוא מימרא חדא, ובגמ' הי' אפשר לומר דאשמעינן הא דאינו אוכל הניזק הלחם ואינו גובהו על נזקו לאחר שחיטה, אלא דמכיון דמרישא דמימרא הי' אפשר לפרש דאיירי לענין קודם שחיטה ובסיפא אמר רבא בהדיא הך רבותא דמתכפר מביא לחם דלחם חיובא דבעלים ואינו טפל להזבח שיהי' שייך לבעל הזבח, לכן מתרץ בגמ' סיפא איצטריך לי' ואיברא דבגמ' אמרינן מהו דתימא מצי אמר לי' את אכלת בשר ואנא אייתי לחם, ולפי דברינו הי' לגמ' לומר את אכלת בשר ולחם ואנא מייתי, אלא דגמ' אשמעינן דהוי אמינא דאפי' אם הניזק יאמר לו שירשהו לאכול הלחם דהא אפי' הזבח יוכל להניחו לאכול, מ"מ הו"א דאינו שייך על הבעלים כלל כיון דהניזק נעשה בעל הזבח, אבל עכ"פ כ"ז בס"ד אבל לפי מה דאשמעינן רבא דלחם אינו שייך לבעל הזבח, א"כ זהו רישא דמימרא דאינו גובה מלחמה וכמו שפירש הרמב"ם שאין הלחם מכלל בשר, ובאמת בלשון הרמב"ם שכתב שאין גובה מן הלחם הבא עמה מוכח דהיינו אחר שחיטת הזבח וכלשון הגמ' ומתכפר מביא לחם דהבאת הלחם היינו בשעה שמתקדש בקדושת הזבח, אבל קודם לכן אכתי אינו קדוש אלא קדושת דמים וכמו שכתבנו.

ועכשיו לפי מה שבארנו א"כ באמת במה שכתב הרמב"ם שאין הניזק גובה מן הלחם הבא עמה שאין הלחם מכלל בשר כבר שמענו גם הך דינא דמתכפר מביא לחם כיון שאין הלחם שייך להבשר כלל, - ומה שכתב הרמב"ם רישא דמימרא דרבא כבר כתבנו דכאן בהל' נז"מ אינו שייך לכתוב סיפא דמימרא אלא דכיון דכבר כתב רישא דמימרא וכתב שאין הלחם מכלל בשר אינו נצרך כבר לשנות דין זה בהל' מעה"ק וכמו שבארנו -

הלכה ד

וכן שור הפקר שהזיק פטור שנאמר שור רעהו עד שיהיו הנכסים מיוחדים לבעלים כיצד שור הפקר שהזיק וקודם שיתפוס אותו הניזק בא אחר וזכה בו ה"ז פטור, ולא עוד אלא שור המיוחד לבעלים שהזיק ואחר שהזיק הקדישו או הפקירו ה"ז פטור עד שיהיו לו בעלים בשעת היזקו ובשעת העמדה בדין.

הלח"מ הקשה דכיון דבברייתא אמר זה ר' יהודה לענין מיתה דנגח ואח"כ הפקיר פטור ממיתה ויליף זה מקרא דר' יהודה סבר שור הפקר שהמית פטור וע"ז אמר דיתר על כן אפי' נגח ואח"כ הפקיר פטור, וא"כ כיון דפסק הרמב"ם כת"ק דשור הפקר שהמית חייב, איך אפשר לפסוק כר' יהודה לענין נזקין, ותי' הלח"מ דאע"ג דלית הלכתא כר"י לענין מיתה מ"מ ילפינן הסברא לענין נזקין, וסיים הלח"מ ומ"מ לשון ה"ה ז"ל דמשמע דרבינו ז"ל פסק כר"י קשה, ובאמת לבד לשון ה"ה לא נראה כלל עיקר תירוצו של הלח"מ דבשלמא אם הי' אומר ר' יהודה זה מסברא הוי ניחא דאף דלא קיי"ל כוותי' לענין מיתה מ"מ אמרינן מדר"י נשמע לרבנן דכיון דר"י דסבר שור הפקר שהמית פטור, פוטר אפי' נגח ואח"כ הפקיר א"כ ה"נ לרבנן דפליגי וסברי דלענין מיתה א"צ בעלים מ"מ לענין תשלומי נזקין דצריך בעלים ושור הפקר פטור אפי' נגח ואח"כ הפקיר פטור, ולשון ה"ה ג"כ אינו הי' קשה כיון דעכ"פ בסברא זו ס"ל כר"י, אבל ר"י הא לא אומר זה מסברא אלא קרא קא דריש וכיון דחכמים פליגי ולא סברי כוותי' א"כ ע"כ לא דרשי קרא דנאמר גבי מיתה וא"כ היכי אפשר למילף מזה לענין נזקין, ואמנם בעיקר הדבר לא הזכיר הלח"מ שכבר כתב כן הרא"ש בפ"א סי' ט"ז דרבנן לא פליגי על ר"י לענין נזקין אבל צריך ביאור, והנה יש לעיין בעיקר דרשא דדריש ר' יהודה דנגח ואח"כ הפקיר פטור, הנה בגמ' דף מ"ד ע"ב איתא שנאמר והועד בבעליו והמית וגו' עד שתהא מיתה והעמדה בדין שוין כאחד ופריך וגמר דין לא בעינן והא השור יסקל גמר דין הוא אלא אימא עד שתהא מיתה והעמדה בדין וגמר דין שוין כאחד. והנה רש"י מפרש כאן דמוהועד בבעליו קדריש דוהועד בבעליו היינו בב"ד דאין העדאה אלא בב"ד ובדף י"ג ע"ב כתבו התוס' בד"ה שנאמר נראה דלאו מוהועד קדריש דהאי והועד לא איירי בעדות שעושין לסלקו כ"א ליעדו אלא מסיפא דקרא קדריש דכתיב השור יסקל ודברי התוס' אינם כפשוטם דלא מוהועד קדריש דהא מהשור יסקל ליכא למילף מידי דלא כתיב בעלים, אלא כונת התוס' הוא דלא מוהועד קדריש דהיינו בשעה שמעידים בפני ב"ד להרגו שיהי' לו בעלים דהא דוהועד היינו בעדות שעושים ליעדו, אלא מהשור יסקל והיינו דסמכינן והועד בבעליו להשור יסקל לומר דאינו נסקל אלא כשיהיו לו בעלים, וכן מפורש בש"מ בשם תוס'

שאנץ, אכן ברש"י כאן בדף י"ג כתב והועד בבעליו והמית איש, השור יסקל וגם בעליו יומת. דמשמע שיהא לו בעל אחד משעת העדאה עד שעת העמדה בדין, ונראה דבדיוק הביא רש"י סיפא דקרא דכתיב וגם בעליו יומת והיינו דמתחילת העדאת השור עד בעליו יומת שהוא מיתה בידי שמים יהיו לו בעלים, והנה לדין מיתת השור לא שייך לתלות משעת העדאת השור דהא תם נמי חייב מיתה. וע"כ דזה שייך רק לענין דין כופר דזהו הנ"מ מדין מיתה בידי שמים שחייבתו התורה שיהי' צריך לפדות בכופר ולענין דין כופר דאינו חייב אלא במועד באמת צריך משעת העדאה כיון דתם אינו חייב כופר. ולשיטת רש"י צריך שיהי' דוקא בעל אחד, דהא קיי"ל רשות משנה ואם ימכור שורו בטלה ההעדאה. ורק דר' יהודה יליף מהך קרא דגם השור יסקל דכתיב בי' צריך לדין בעלים, דאימת דבעי לקיומי השור יסקל יהיו לו בעלים כיון דכתיב וגם בעליו יומת, אבל לרבנן דדרשי שור שור שבעה דשור ההפקר נמי חייב א"א למדרש לענין מיתת השור, אבל עכ"פ אפשר למדרש לענין כופר ומכופר נלמוד לדין נזקין.

וראיתי בתוספתא פרק ד' הלכה ו' דתניא יתר על כן אמר ר"י וכו' שנאמר ולא ישמרנו בעליו והמית את ששוה המתתו לשעת עמידתו בב"ד חייב את שלא שוה המתתו לשעת עמידתו בב"ד פטור. ולשון התוספתא אינו מדוקדק דגבי מיתה לא כתיב ולא ישמרנו בעליו אלא והועד בבעליו ולא ישמרנו וצריך לומר דכן צריך לגרוס והועד בבעליו ולא ישמרנו כמו בגמ' וכן מקודם איתא להדיא שם הך קרא לענין שור ההפקר, אלא דמה דדריש את ששוה המתתו לשעת עמידתו בב"ד קשה אם נימא דהכונה הוא על והועד בבעליו, א"כ לית לן למדרש אלא דצריך בעלים בשעת מיתה ומנלן דצריך בעלים בשעת העמב"ד, וצריך לומר דדריש לענין זה והועד בבעליו להוציאו מפשטי' דקרא מדסמיך להשור יסקל וכמש"כ בתוס' שאנץ, ואפשר לומר באופן אחר דהעמב"ד לא צריך קרא דעיקר דהשור יסקל הוא העמב"ד וכמו דאמר בגמ' וגמר דין לא בעינן והא השור יסקל בגמר דין הוא דכתיב אלא וכו', ומוכח דמהשור יסקל גופא ילפינן דין העמב"ד, וילפינן רק מרישא דקרא דהשור יסקל מיירי בהך שור שיש לו בעלים, ומה דאמר את ששוה המתתו היינו משום דמעיקרא דריש בתוספתא לפטור שור ההפקר משום דכתיב והועד בבעליו ולא ישמרנו אין בעלים לאלו, ומוכח דסבר דאף דוהועד לא צריך לענין מיתה מ"מ הא דולא ישמרנו צריך לענין דין מיתה, ואח"כ דריש לענין נגח ואח"כ הפקיר דצריך בעלים לא רק בשעת המתת השור את האדם אלא דצריך בעלים נמי בשעת השור יסקל דזהו העמב"ד וגמר דין, עכ"פ דרשת התוספתא אינה כדברי רש"י בדף י"ג דילפינן נמי מסיפא דקרא דגם בעליו יומת.

והנה ראיתי עוד בירושלמי להיפוך ממה שכתבתי דאיתא שם להדיא מאי טעמא דר' יודן והועד בבעליו ולא ישמרנו אין בעלים לאלו, לענין נזקין ר"מ מחייב ור"י פוטר לכופר מה ר' פדת בשם ר' הושעיה הכל מודים בכופר שהוא חייב, ואית דאמרין ר' יוחנן בשם ר' ינאי כשם שחולקין בנזקין כך חולקין בכופר ר' ירמיה בעי בשם ר' זעירא היך עבדין עובדא א"ל כר' הושעיה לענין נזקין ר"מ מחייב ור"י פוטר הא לכופר ד"ה חייב, וכבר העיר שם המה"פ דמשמע דהרמב"ם לא סבר כן גבי כופר, והנה לענין שור הפקר בודאי מוכח דפטור מכופר דבמאי עדיף משור היתומים דאמרינן דפטורים מכופר משום דלאו בני כפרה נינהו, והך ברייתא מיירי בשור הפקר ולא בנגח ואח"כ הפקיר וזה באמת אי אפשר אלא למ"ד כופרא ממונא והכי איתא להדיא בב"ק על ברייתא דאין אפוטרפסין משלמין כופר מאן תנא כופרא כפרה ויתמי לאו בני כפרה נינהו ואף דר"פ אמר שם דכו"ע כופרא כפרה אפשר דהיינו רק על תנאי דפליגי אי כופר דמי ניזק או דמי מזיק אבל לעולם ר"פ נמי מודה דאיכא תנאי דלא סברי כופרא כפרה והכי מוכח בדף מ"א ע"ב דפריך עפ"י בעלים מודה בקנס הוא קסבר כופרא כפרה, ומוכח דפשוט לסתמא דגמ' דאיכא תנאי דלא סברי כופרא כפרה ולכן להני תנאי אפשר לחייב שור ההפקר בכופר אבל לדידן ודאי לא עדיף משור היתומים, ועוד נראה דאפי' אי נימא כופרא ממונא לא שייך חיוב בשור הפקר אלא בתם דמשלם מגופו, ושייך חיוב על עצם שור המזיק, אבל במועד עיקר חיוב הוא על הבעלים, ולכן הך ברייתא אתיא לריה"ג דסבר תם משלם חצי כופר, אולם בעיקר הא דסבר הירושלמי דגם בנזקין פליגי הוא דלא כדברי הרא"ש בשם הרמ"ה דבנזקין מודו רבנן לר' יהודה, ונראה דתלמודא דידן דלא הזכיר מחלוקת בנזקין והביא בסתמא מימרא דרבינא דנכסים המיוחדים הוא למעוטי נגח ואח"כ הפקיר ומביא ע"ז הא דיתר על כן אר"י. מוכח דחכמים לא פליגי עלי' דר' יהודה ואפי' אי הוי פליגי משמע עכ"פ דהלכתא כר' יהודה בהא, אף דלגבי מיתה לית הלכתא כר' יהודה, וכפי מה שכתבנו דגבי כופר נמי ודאי הלכתא כר' יהודה לפירש"י ואתי שפיר דנלמוד נזקין מכופר, ולולי דמסתפינא הוי אמינא דט"ס בירושלמי וצריך לומר דלענין כופר ד"ה פטור משום דאין סברא לחייב בכופר יותר מנזקין, דאי משום כפרה הא אדרבה הפקר לאו בני כפרה:

הלכה ה

שור של ישראל שנגח שור של עכו"ם בין תם בין מועד פטור לפי שאין העכו"ם מחייבין את האדם על בהמתו שהזיקה והרי אנו דנין להם כדיניהם, ושור של עכו"ם שנגח של ישראל בין תם בין מועד משלם נזק שלם, קנס זה הוא לעכו"ם לפי שאינו זהירין במצות

ואינן מסלקין הנזק ואם לא תחייב אותן על נזקי בהמתן אין משמרין אותה ומפסידין ממון הבריות.

השגת הראב"ד: שור של ישראל וכו'. א"א הטענה הזאת אינה מספקת שהרי הם תופסים גוף המזיק ונפרעין ממנו עכ"ל.

עיין במ"מ שכ' ואפשר שבזמן הגמ' לא היו העכו"ם נפרעים כלל ואף בזמן הזה אפשר שאין כל העכו"ם נפרעין מגוף המזיק ואף בארץ שדינה לגבות הדין כך, ועיין במגדל עוז שכ' דדברי הרמב"ם הם מהירושלמי דאמר ר' יוחנן על מתני' כדיניהם, עוד מביא המ"ע מהא דאמר בגמ' בב"ק דף קי"ג דישראל ועכו"ם שבאו לדין אם אתה יכול לזכותו בדיני עכו"ם זכהו ואמור לו כך דינכם, אכן בקושיית הראב"ד דהא תופסין גוף המזיק שתי' המ"מ דאפשר דבזמן הגמ' לא היו נפרעין כלל, ואף עכשיו בארץ שדינם לגבות הדין כן, וכן כתב המ"ע והדברים תמוהים מאוד, דכיון שכ' בטעמא משום שדנין להם כדיניהם, א"כ למה לא ישתנה הדין אם דרכם לגבות, והנה במה שהוצרך הרמב"ם ליתן טעם בשביל שדנין להם כדיניהם משמע דסובר דמעיקר הדין היו חייבין על נזקי עכו"ם, והיינו משום דרעהו לאו דוקא, ואף דלגבי הקדש דרשינן רעהו דוקא, כתב ע"ז תלמיד הר"פ ז"ל בש"מ דה"מ לענין הקדש אבל עכו"ם כיון דהדיוט הוא איתי' בכלל רעהו, וכיון דע"כ כן דעת הרמב"ם דמעיקר דינא הי' חייב ורק בשביל דאנו דנין להם כדיניהם א"כ אם נשתנה הדין אצלם למה יהי' פטור.

והנראה בביאור דברי הרמב"ם עפ"י מה דנבאר מקודם עיקר דינא דישראל ועכו"ם שבאין לדין אם אתה יכול לזכותו בדיניהם זכהו דטעמא בעי דבשלמא אי הוי סבירא לן גזל עכו"ם מותר ואסור רק מפני חה"ש א"כ שפיר דכשאומר לו כך דינכם וכך דיננו ליכא חה"ש. אבל לדעת הרמב"ם דפסק דגזל עכו"ם אסור א"כ אמאי באמת נזכה אותו עפ"י דיני עכו"ם כיון דבדיני ישראל אין הדין כן, והנראה בזה עפי"מ דכ' רש"י בגיטין דף ט' ע"ב במה דתנן כל השטרות העולים בערכאות של עכו"ם אעפ"י שחותמיהן עכו"ם כשרים חוץ מגיטי נשים ושחרורי עבדים, וכ' רש"י חוץ מגיטי נשים דלאו בני כריתות נינהו הואיל ולא שייכי בתורת גיטין וקדושין אבל על הדינין נצטוו בני נח וכן שחרורי עבדים דבכל פסולי דאורייתא שוו שיחרור לגט אשה דגמרינן לה לה מאשה, ודברי רש"י אינם מובנים במה דכתב אבל על הדינים נצטוו בני נח, דהא לקמן בגמ' אמרינן שני טעמים על הא דשטרות העולים בערכאות של עכו"ם, בשטרי מכר כיון דזוזי הוא דקנה ושטרא ראי' בעלמא אמרינן דאי לאו דיהיב זוזי קמייהו לא הוי מרעי נפשיי' ולפי זה הטעם גבי שטרי מתנה דעיקר הקנין הוא בשטר באמת לא מהני ואמרינן חוץ מכגיטי

נשים, ושמואל משני דינא דמלכותא דינא ומשו"ה אפי' שטר מתנה מהני, עכ"פ הך טעמא דכתב רש"י לא הוזכר בגמ' וגם לא מהני דהא א"א לומר דבאמת מהני מדינא שטר שחותמיהן עכו"ם דלא דמו לגט שאינם בתורת גיטין וקדושין אבל על הדינים נצטוו דא"כ צריך להיות מהני גם במתנה ובלאו טעמא דדינא דמלכותא דינא וא"כ הוא דלא כסוגיית הגמ', ונראה דהנה מצינו דין דינא דמלכותא דינא רק גבי מכס דאמרינן דמוכס ישראל שקנה המכס אסור לגזול ממנו ולהפקיע המכס וכן אמרינן דינא דמלכותא גבי קנינים דמה שאמר המלך דקנין זה יועיל מועיל הוא מטעם דינא דמלכותא דינא, עוד מצינו דין זה לענין אבדה לאחר יאוש שכתב הרמ"א בחו"מ סי' דמכיון דאיכא דינא דמלכותא להחזיר אבדה לאחר יאוש מחוייב עפ"י דין להחזיר, וצריך לבאר בטעמא דלמה דוקא בהני ענינים מצינו דין דינא דמלכותא דינא, ואם נימא דבאמת לאו דוקא א"כ ח"ו בטלו כל דיני התורה ולא תהא כזאת בישראל, וכבר האריך בזה הש"ך בסי' ע"ג סעיף י"ד לבאר דבמה שהוא נגד דיני התורה לא אמרינן דינא דמלכותא דינא, ולהדיא אמרינן בב"ק דף קי"ד דאפי' ביודע שחייב ישראל לנכרי מ"מ הי' אסור להעיד אפי' בבי-דואר אי לאו משום דאינהו נמי אין מחייבין אלא שבועה, וא"כ צריך לבאר למה דוקא בהנך מהני דינא דמלכותא, ונראה דמה שכתב רש"י דעל הדינים נצטוו בני נח הוא חד טעמא עם דינא דמלכותא דינא והיינו דכיון דבני נח נצטוו על הדינים וממילא יכול המלך לעשות תקנות מועילות לתיקון המדינה כמו לחייב יושבי המדינה במס לתיקון המדינה, ומה דאמרינן בגיטין דמהני דינא דמלכותא לענין קנינים זהו משום דדיני קנינים תלויים במנהג ולא דוקא קנינים שמצינו בתורה קונים אלא כל קנין שנהגו בו ישראל קונים וכדאמרינן האי סיטומתא קניא, וכתב כן להדיא המהרי"ט בחדושיו לקדושין על הרי"ף בדף ג' בהא דאמרינן למעוטי חליפין וז"ל, וכיון שכן הא אין עליך לומר דסודרא משום דהוי ממון ע"מ להחזיר הוא אלא שהסודר קנין לעצמו שמסירתו לבדה היא הקונה וגמר דבר כדאמרינן האי סיטומתא באתרא דרגילי מקנא בי' קניא והאי סודרא נמי כך היו רגילין להקנות בו כדכתיב וזאת לפנים בישראל וכו' לקיים כל דבר וכו' עכ"ל, ואיתא נמי בירושלמי דקדושין פ"א הלכה ה' בראשונה היו קונים בשליפת מנעל הדא הוא דכתיב וזאת לפנים בישראל וכו' חזרו להיות קונים בקצצה וכו' חזרו לקנות בכסף ובשטר ובחזקה וכו' אלמא דעיקר קנינים הוא בקנין שנהגו ישראל א"כ לא באה התורה להפקיע קנינים שקובע המלך דלא גרע מקנינים שנהגו ישראל, ולכן שפיר מה דמהני דינא דמלכותא דינא לענין קנינים.

ובזה נראה לבאר שיטת הרמב"ם דפסק בפ' כ"ז מהל' מלוה הלכה א' דפסק דשטרי

מתנה שנעשים בערכאות פסולים, והנה בגמ' בגיטין דף י' ע"ב על הא דתנן כל השטרות העולים בערכאות של כותים אעפ"י שחותמיהן עכו"ם כשרים פריך בשלמא מכר מדיהיב זוזי קמייהו הוא דקנה ושטרא ראי' בעלמא הוא אלא מתנה במאי קני לי' בהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא אמר שמואל דינא דמלכותא דינא איבעית אימא חוץ מכגיטי נשים, וכתב שם המ"מ וז"ל והנה דעת רוב הגאונים ז"ל ורבינו לפסוק כלשון האחרון שאמרו תני חוץ מכגיטי נשים שרוצה לומר שכל שטר שהוא כגט שהשטר הוא שטר הקנאה ושעבוד אינו מועיל כלל ויש לפרש לפי דעתם ז"ל דאע"ג דקיי"ל דינא דמלכותא דינא כמבואר פ"ה מהל' גזלה ואבדה הני מילי במה שהוא תועלת למלך בעניני המיסין שלו ומה שהוא מחוקיו אבל בדברים שבין אדם לחבירו אין דינו בהם דין והכי קאמר ואיבעית אימא לא אמרינן בכי הא דינא דמלכותא דינא ותני חוץ מכגיטי נשים ואין ראי' גמורה היפך מזה, עכ"ל והנה דברי המ"מ הם תמוהים דלא זכר כלל דהרמב"ם בפ"א מהל' זכי' ומתנה פסק להדיא על דין דנכסי עכו"ם הרי הן כהפקר וז"ל בהל' ט"ו במה דברים אמורים במקום שאין משפט ידוע למלך, אבל אם דין אותו המלך ומשפטו שלא יזכה בקרקע אלא מי שכותב בשטר או הנותן דמים וכיוצא בדברים אלו עושין כפי משפט המלך שכל דיני המלך בממון על פיהן דנין עכ"ל, ומוכח להדיא דלא רק בדיני מסים אמרינן דינא דמלכותא דינא ולפלא על הלח"מ שהביא ג"כ דברי המ"מ ולא התעורר מדברי הרמב"ם אלו.

ולפי מה שכתבתי נראה דלענין שטר מתנה באמת לא שייך דינא דמלכותא דינא דהא זה ודאי דלא שייך דין שטר דנאמר שיועיל לקנין אם אין עדי השטר נאמנים וא"כ מה שגזר המלך שיועיל שטר זה הוא משום דהוא חושב גם עכו"ם לנאמנים וזהו היפוך דיני התורה דעכו"ם אינם נאמנים, ומה שכתב הרמב"ם בפ"א מהל' זכי' ומתנה שהבאנו שכל דיני המלך בממון על פיהן דנין לא בא לומר בדברים שהם היפוך דיני התורה אלא בדברים שאינם היפוך דיני התורה דנין עפ"י דיני המלך ולכן גבי קנינים כיון דאשכחן דעיקר דיני קנינים הוא בשביל מנהג שנהגו לקנות לכן יש להמלך דין לעשות קנין זה לקנין, וקנין זה שלא יהי' קונה משום דזהו תיקון המדינה באיזה אופן לקנות הקנינים שלא יהיו חוזרים ממה שמוכרים זה לזה, אבל מה שיגזור המלך דין שהוא להיפוך מדיני התורה דהיינו שנוציא ממון עפ"י עד א' או עדים פסולים ודאי לא מהני וכמו שהוכחנו למעלה מב"ק קי"ד ופסק כן הרמב"ם בפ' ו' מהל' ת"ת דמי שהעיד על חברו בפני ערכאות והוציא ממנו ממון שלא כדין ישראל משמתין אותו עד שישלם וא"כ בשטר מתנה דגזר המלך דשטר זה יועיל לקנין משום שהוא רוצה שגם עכו"ם יהי' נאמנים בודאי לא שייך

דינא דמלכותא דינא, ומה דאמר מעיקרא בגמ' ע"ז אמר שמואל דינא דמלכותא דינא היינו משום דערכאות מהימני משום דלא מרעי נפשייהו וכמו דאמר בגמ' דלהכי מהני בשטר מכר, ולכן בשטר מתנה אף דאין להם דין עדים מ"מ כיון דעכ"פ נאמנים משום דלא מרעי נפשייהו ממילא מהני השטר משום דינא דמלכותא, אבל בתי' ב' סבר הגמ' דלא אמרינן סברא דלא מרעי נפשייהו אלא גבי שטר מכר דכותבין דנתן המעות בפניהם וזהו מעשה דלא מרעי נפשייהו להעיד על מעשה שלא הי' כלל, אבל שטר מתנה דאינה אלא ע"י דבור שצוה המוכר לכתוב שטר זה ובזה ליכא לא מרעי נפשייהו דלפעמים לא דבר בהחלט ולא צוה אותם לכתוב רק דברו ונשאו ונתנו אודות המתנה, והערכאות גמרו וכתבו שטר אף שעפ"י דין לא הי' להם לכתוב וליתן זה השטר, ובזה מבואר מה דכתב הרמב"ם דגם שטרי מחילות לא מהני בערכאות, וכתב הכ"מ בשם הריב"ש לתמוה על זה דהא מחילה בדבור נעשה והשטר אינו אלא לראי' בעלמא והוי כמו שטרי מכר וכתב הריב"ש ואולי הרב ז"ל אגב שיטפא נקט שטרי מחילות, ובודאי אינו מתיישב דרך זה ברמב"ם לומר שכתב אגב שיטפא, אכן לפי מה שכתבתי פשוט ומוכח להדיא בלשון הרמב"ם דסובר דהא דלא מרעי נפשייהו הוא דוקא בדבר שיש בזה מעשה מסויים כמו נתינת המעות אבל בדיבור אין בזה כדי להיות מרעי נפשייהו דאפשר לחשוב על דבור שמועיל ובאמת אינו מועיל, ולכן שפיר דשטרי מחילות לא מהני ומשום טעם זה לא אמרינן לתי' ב' בשטרי מתנה דינא דמלכותא דינא משום דקיומו של שטר הא אי אפשר אלא ע"י הנאמנות שבשטר, וכיון דבדבור בעלמא לא אמרינן לא מרעי נפשייהו א"כ אין כאן עדים על השטר ובלא נאמנות לא שייך שיועיל דין המלך שיועיל הקנין, ונראה דמטעם זה אפי' אם יודה הנותן שהוא אמת שצוה לכתוב ג"כ אינו מועיל כיון שדין המלך הי' שהשטר יועיל לקנין משום שיועיל ג"כ על נאמנות וכיון דעל נאמנות הוא חספא בעלמא ולא מהני בזה דין המלך ממילא גם על קנין אינו מועיל כלל.

ועתה נבוא למה שכתב בסי' רנ"ט דמהני דינא דמלכותא להשיב אבדה אחר יאוש והוא מדברי המרדכי מתשובת רבינו גרשום, והנה האבני מלואים בסי' כ"ח ס"ק ב' כתב דאין עיקר הטעם משום דינא דמלכותא והביא מדברי הש"ך שכתב שם דדינא דמלכותא אינו נוהג אלא בקרקע ומה דכופין להחזיר הוא משום דכופין לעשות לפנים משורה"ד כמש"כ המרדכי, והנה מה שהביא בשם הש"ך ליתא בש"ך שבדפוס ווילנא ובודאי נשמט מהצענזור, אבל הדברים אינם מובנים כלל דאיזה נ"מ יש בין מטלטלין לקרקע לומר דדינא דמלכותא לא הוי דינא אלא בקרקע, ובסי' ע"ג סעיף י"ד שהאריך שם הש"ך לברר דאין הולכין בדד"מ נגד דיני התורה לא הזכיר שם חילוק בין קרקע למטלטלים,

ודברי הרמב"ם בהל' זכיה ומתנה מפורשים שכתב שכל דיני המלך בממון על פיהן דנין, ולא חילק בין מטלטלים לקרקע, אכן בהל' גנבה בסי' שנ"ו סעיף ז' במש"כ הרמ"א בשם ת"ה דהכי נהגי עכשיו להחזיר כל גנבה אפי' לאחר יאוש ושינוי רשות מכח דינא דמלכותא כ' ע"ז הש"ך ואע"ג שהוכחתי לעיל סי' ע"ג דלא אמרינן דד"מ דינא מה שהוא נגד דין תורתנו מ"מ דיינין הכי. כלישנא דהכי נהיגי עכשיו, דגם בישראל נהיגי כן וכו', ואע"ג דמנהג גרוע שהוא נגד ד"ת לא אזלינן בתרי' וכו' י"ל דהאי מנהג הוא שנתקן כך ופשיטא דיש כח ביד הדור לתקן תקנות ועוד דגם בדד"מ הדין כן עכ"ל הש"ך, והנה כאן צירף דין התקנה לדין דד"מ ולא אדע איזה צירוף הוא ואם לא אמרינן בזה דד"מ דינא משום שהוא נגד דיני התורה איזה צירוף שייך לצרף בשביל דינא דמלכותא עם מנהג גרוע ביחד, ועוד דמה שכתב דהכי משמע לשון התה"ד המעיין בתה"ד לא משמע כלל הכי ומה שכתב התה"ד משום דינא דמלכותא דהכי דייני עכשיו להחזיר כל דבר הגנוב וכו' ואפי' לאחר יאוש ושינוי רשות אין כונתו דהכי נוהגין הדיינים אלא דדייני המלך הכי דייני, וראי' דאח"כ כתב התה"ד מ"מ אי בתר דינא דמלכותא ניזל צריך ראובן לתת לשמעון הרבית וכו' ולא זכר כלל מנהג הדיינים, וגם מה שכתב באבני מלואים להוכיח ממה שכתב הרמ"א בסעיף ה' לחלק לענין דין חזרה לפנים משוה"ד בין עני לעשיר ואי משום דינא דמלכותא אין חילוק תמיהני ע"ז דהא בסעיף ה' לא מיירי כלל במקום שיש דינא דמלכותא להחזיר ואטו הוא דבר פשוט דאיכא דינא דמלכותא להחזיר הא גם בסעיף ז' לא כתב אלא אם גזר המלך חייב להחזיר, ע"כ הדבר פשוט דבהחזרת אבדה אחר יאוש או חזרת גנבה שמכרה אחר יאוש שייך בזה דינא דמלכותא דינא, והטעם בזה דתקנה כזו שתיקן המלך אינה נגד דיני התורה כיון דמצד דין התורה נמי צריך להחזיר לפנים משוה"ד ולכן בזה מהני דין המלך והוי בכלל בני נח מצווין על הדינים שהיו מחוייבים לתקן דינים קבועים שיהי' ביושר ולא בגזל וחמס וכיון דדין זה הוא יושר לכן אף דהתורה אמרה דאבדה לאחר יאוש מותרת מ"מ לא נפקע בזה כח דין המלך ודוקא היכי שהמלך פוסק דין שהוא נגד דין התורה שאין בזה לפנים משוה"ד אז אמרינן דאין בכח המלך לשנות דין התורה והוי כמו שחקק דין של גזל, אבל בחזרת אבדה לאחר יאוש כיון שהוא דין של יושר מהני דינו משום דיש בכחו לתקן תקנות מועילות, ואין נ"מ אם צוה זה המלך בתורת דין או תקנה כיון דעכ"פ הוא תקנה טובה, וכן מהני בזה מנהג הקהלות וזהו שכתב רבינו גרשום בתשובה המובאת במרדכי דבין שהוא מגזרת המלך או מתקנות הקהלות מחוייבין להחזיר, והיינו דאף דהוא היפוך דין התורה מ"מ כיון דמצד דין התורה נמי מחוייב להחזיר לפנים משוה"ד וכנ"ל, אלא דבאמת מכאן מוכח

דרבינו גרשום חולק על מה שכתב מקודם המרדכי בשם ראבי"ה דאין חיוב להחזיר לפנים משוה"ד מעני לעשיר ופסק כן הרמ"א בסעיף ה' ומדברי רבנו גרשום מוכח דאינו סובר כן דאם הי' סובר דמעני לעשיר אין דין לפנים משוה"ד א"כ דין המלך שצוה שהכל יחזרו לא יוכל להיות דין כיון שהוא צוה נגד הצדק והיושר, וממילא מסתבר שגם על עשיר לא יהי' לא יהי' חוב לקיים דין המלך, ובאמת כתב הגר"א ז"ל בביאורו שם דראבי"ה הולך לשיטתו דסובר דכופין על לפנים משוה"ד וכן איתא שם במרדכי להדיא וזהו שדחקו לחדש דאיכא חילוק בין עני לעשיר מדאשכחן עובדא בגמ' דפסקו דאין צריך להחזיר אבדה לאחר יאוש, ולכן חידש מזה דדוקא בעשיר צריך להחזיר, אבל רבנו גרשום הא ע"כ לית לי' שיהיו מחוייבין להחזיר לבד דינא דמלכותא לכן לשיטתו אין חילוק בין עני לעשיר, ומה שפסק הרמ"א כהמרדכי לחלק בין עני לעשיר לענין חיוב להחזיר ולענין דכופין על לפנים משוה"ד לא פסק כמותו, נראה דלענין אם כופין לעשות לפנים משוה"ד דכבר הביא בסי' י"ב שני דיעות כמו שציין הגר"א ז"ל במקומו כאן לא הוצרך להביא דינו של המרדכי ומ"מ לקולא לענין דין חיוב חזרה לפנים משוה"ד סובר הרמ"א דאזלינן בזה לקולא כדעת המרדכי כיון דאינו מעיקר הדין אבל לענין כפי' לא פסק כהמרדכי, ומ"מ בסעיף ז' לענין דינא דמלכותא כיון דזהו מעיקר הדין לא חילק בזה בין עני לעשיר כיון דרבינו גרשום ע"כ אין סובר חילוק זה ואפי' הוי ספיקא דדינא אסור למוצא לכתחלה ליקח ספק גזל ולכן מחויב עפ"י דין להחזיר, ולפי"ז מבורר דלא כמו שפסק שם האבני מלואים דמעני לעשיר לא מהני דינא דמלכותא ומשום זה חלק על הב"ש דה"נ אם קידש בו אשה הוי קדושין דאינה צריכה להחזיר כיון שיתבטלו הקדושין ע"ש בדבריו ולפימש"כ אינו כן וגם מעני לעשיר מהני דינא דמלכותא ומכ"ש דלא מהני לבטל הדד"מ בשביל זה שיתבטלו הקידושין.

עתה נבוא לבאר דברי הרמב"ם שלפנינו, והנה מה דאמרינן ישראל ועכו"ם שבאו לדין אם אתה יכול לזכותו בדיניהם זכהו נראה דאף דלגבי הישראל אין דין המלך כלל דין היכי שהוא נגד דיני התורה מ"מ כיון דלגבי עכו"ם שלא ניתנה לו תורה הוי דין המלך דין אם אינו משפט של חמס ממש ולכן גם גבי ישראל אף דהוא מחויב עפ"י דין תורה להתנהג ולא לפי משפט המלך זהו דוקא עם ישראל אבל עם עכו"ם אף דקיי"ל גזל עכו"ם אסור היינו בגזלה ודאית, אבל פרטי הדינים כיון דלגבי העכו"ם חל משפט המלך להתנהג על פיו ממילא אינו מחוייב הישראל ליתן יותר מכפי משפט המלך והוא פשוט בסברא דהא העכו"ם אינו יכול לתובעו יותר דהא לגבי דידי' כך דינו ואין מגיע לו יותר. והנה לפי משפט העכו"ם אין דנין דיני נזקי ממון שיהיו הבעלים מחויבים לשלם היזק

שהזיקה בהמתו. וממילא גם בהמת ישראל שהזיקה אינם מחויבים הבעלים לשלם. ורק דקושיית הראב"ד דהא הם תופסין המזיק וגובין ממנו. אכן כפי מה שבארתי מבואר הדבר אל נכון. דדין התורה הוא שבעלים מחוייבים לשלם בעד נזקי בהמתו שלא שמרה ופשע בשמירתה אבל כל שלא פשע בשמירתה אין להניזק רשות לגבות מעצם המזיק. ולכן שור של יתומים כ"ז שלא העמידו אפוטרפוס שהזיק אין להניזק רשות לתפוס עצם השור דאין חיוב על השור אלא על הבעלים, וכיון שהיתומים אין עליהם חיוב בשביל שלא שמרו לכן גם מן השור אין גובין. וכן אם נפרצה בלילה או שפרצוה ליסטים ויצאה והזיקה פטור וגם מעצם השור אין הניזק יכול לגבות. אבל משפט דיניהם הוא לגבות מעצם המזיק ואין שום נ"מ אם פשעו הבעלים או לא פשעו. ואם יש להמזיק בעלים בני חיובא או לא. וא"כ אם הזיק שור ישראל לשור העכו"ם יש כאן שני שאלות א' אם הישראל מחוייב לשלם לעכו"ם מטעם דיני נזקין של ישראל. וע"ז אנו אומרים שפיר בדיניהם דייניו ואצל העכו"ם אין דין תשלומי נזקין על הבעלים. ושאלה ב' הוא מה דעפ"י דין העכו"ם יש רשות להניזק לתפוס את המזיק ולגבות ממנו. וע"ז אנו אומרים שפיר דכיון דדין זה אצל העכו"ם אינו מצד תשלומין על הבעלים אלא דין תשלומין על עצם המזיק. ואין נ"מ אם הבעלים חייבים או לא. ודין זה בודאי אינו חל על ישראל מפני שהוא נגד דיני התורה שעל מזיק אין כלל דין גביה וא"כ אין העכו"ם רשאי לתפוס שור של ישראל דלגבי ישראל אינו נוהג דינא דמלכותא שהוא נגד דיני התורה. ואף דלכאורה יבוא העכו"ם מדין ממ"נ דאם בתר דיני התורה הבעלים מחוייבים לשלם ואם בתר דינא מלכותא השור מחוייב לשלם. אבל באמת אין זו טענה דאין זה דין ספק שנבוא מתורת ממ"נ, אלא דכל דין בפ"ע הוא דין שפטור הישראל. והיינו דדין חיוב התורה שחייבה למזיק לשלם בעד היזק שהזיקה בהמתו אינו חל על הישראל לשלם לעכו"ם כיון דמצד דיני העכו"ם הוא פטור מלשלם ולכן אין עליו חיוב גברא לשלם בעד ההיזק. ודין אפשרות תפיסת המזיק שזהו מטעם דיניהם בזה אין הישראל מחויב לקיים כיון דמצד דיני ישראל אין לגבות מהמזיק בעד ההיזק ודוקא בעת שיש חיוב על הבעלים אז אפשר לגבות מהמזיק:

הלכה ו

שור תם שהזיק אם מכרו המזיק עד שלא עמד בדין אע"פ שהוא מכור הרי הניזק גובה הימנו וחוזר הלוקח וגובה מן המזיק שמכר לו שכיון שנגח קול יש לו ולא היה ללוקח ליקח עד שיגבה הניזק.

בפרק ז' הלכה י"ב הבאתי דברי הקצוה"ח סי' ת"ז שהוכיח מכאן דשיטת הרמב"ם

דלא אמרינן יוחלט השור עד העמב"ד ובאמת הדברים מבוארים בש"מ מדברי המאירי בסוגיא זו שכתב גדולי המחברין תופסין בזו שיטה אחרת ויראה מדבריהם שדברי ר"ע לאחר שעמד בדין וכו' ע"ש, וידוע שגדולי המחברים בדברי המאירי הוא הרמב"ם, אכן בפ"ד הל' י"ב ולמעלה בפ' זה הל' ב' הוספתי דלדעת הרמב"ם נאמר שגם לר"ע יכול לסלקו בזוזי קודם העמב"ד, והנה עתה מצאתי בדברי הנתה"מ סי' פ"ח ס"ק ו' שכתב כן בדעת הרמב"ם דקודם העמב"ד יכול לסלקו במעות, איברא שכ' שם וכן כ' אספ"ז בשם המחבר ואנכי חפשתי בש"מ ולא מצאתי רק דברי המאירי הנ"ל וכפי הנראה נתחלף לו בזה שכתב גדולי המחברים וכנ"ל ועכ"פ לא הוזכר במאירי זה דלדעת הרמב"ם יכול לסלקו במעות, דשפיר אפשר לומר דאף דלא הוחלט השור עד העמב"ד מ"מ כשבאין לדון אינו יכול המזיק לסלק להניזק במעות. אלא בעל כרחו מחליטין ב"ד השור להניזק דמה דלא אמרינן יוחלט קודם העמב"ד הוא רק משום דקנס אינו זוכה עד העמב"ד, רק בפ"ד הל' י"ב בארתי לנכון דכן הוא דעת הרמב"ם, ועכ"פ יש לי עמוד לסמוך עליו ולא יחיד אני בדבר לומר דלדעת הרמב"ם יכול לסלקו במעות דכן הוא דעת הנתה"מ וכנ"ל.

והנה המ"מ כתב דמש"כ הרמב"ם אע"פ שהוא מכור הכונה לומר שהלוקח חורש בו לכתחלה וכן שהמכר קיים ואין כ"א יכול לחזור בו. וכתב ע"ז הלח"מ דזהו כפי' הרשב"א ולאפוקי מפירש"י והראב"ד שפירשו דהוא לענין העלאת שכר לניזק וכמבואר בב"י סי' ת"ז והנה הרשב"א בחידושיו כתב דלכן לא ניחא ליה כפירש"י והראב"ד משום דלפי"ז משמע דלר"ע מעלה לוקח שכר לניזק והיינו לשיטתו דברייתא כרי"ש. וע"ז כתב ואני מסתפק בדין זה דמזיק לר"ע כשמכרו כגוזל הוא דהניזק שותף הוא וגוזל שור וחורש בו אינו מעלה שכר לנגזל וכו' ע"ש. וע"ז כתב הקצוה"ח בסי' ת"ז ס"ק ד' ליישב דעת רש"י והראב"ד שהוא דעת הטור משום דמזיק בשור תם אינו גזלן כ"ז שלא עמד בדין ואפי' לר"ע לדעת הסוברים דזוכה למפרע. אבל מ"מ כ"ז שלא העמידו בדין אין על המזיק חיוב אפי' לציי"ש ליתן להניזק. וכיון דרשאי עפ"י דין לכתחלה לחרוש בו בודאי אינו גזלן. ואפי' נחת אדעתא דגזילה כיון דרשאי עפ"י דין להגביהו ולהשתמש ואין כאן הוצאה מרשות הבעלים. ולכן לר"ע לדעת הסוברים דאפי' קודם שעמד בדין זוכה למפרע צריך ליתן שכר כשחרש דהוי כמו בקרקע דאין בה תורת גזילה דצריך ליתן שכר. ודבריו נכונים אלא שצריך להוסיף דלכאורה הוכחת הרשב"א אינו אלא לשיטתו דברייתא כרי"ש אבל לשיטת הרמב"ם הברייתא כר"ע וא"כ אין מקום לדחות פירש"י והראב"ד מעד שלא עמד בדין. אלא דבאמת מה דכ' המ"מ כהרשב"א הוא משום דלשיטת הרמב"ם יקשה קושייתו מסיפא דקתני משעמד בדין מכרו אינו מכור ולפי

פירושם היינו שמשלם שכר לניזק, ויקשה הא גוזל שור וחורש בו אינו משלם שכר ועכשיו כבר אזדא לה דחייתו של הקצוה"ח דהא לאחר שעמד בדין כבר הוי גזלן.

אולם לאידך גיסא א"א לפרש כפי' הרשב"א שהסכים עמדו המ"מ לא מיבעי לשיטת הרשב"א דברייתא אתייא כר' ישמעאל ומזה הוכיח דלא כפי' רש"י והראב"ד דמשמע דלר"ע אינו מכור. וא"כ יקשה לפי"מ שהחליט הקצוה"ח דבודאי גם לר"ע אפי' אם אמרינן אחר העמב"ד יוחלט למפרע ונעשה של הניזק למפרע. אבל עכ"פ קודם העמב"ד בודאי יכול להשתמש בו לכתחלה, ובודאי נכונים דבריו בזה. ובעיקר היתר התשמיש א"צ לפנים דהוא הוא דבר שעושה ואוכל ואפי' באבדה קיי"ל דכל דבר שעושה ואוכל יעשה ויאכל וא"כ איך אפשר שהמזיק לא ישתמש בו, רק שאנו צריכים לסברת הקצוה"ח לענין זה דאפי' אם ישתמש בו בתורת גזילה ע"מ שלא ליתנו לניזק מ"מ כיון דקודם העמב"ד אכתי היא שלו לגמרי אין כאן שום מעשה גזילה וממילא צריך אח"כ לשלם בעד החרישה אם נימא יוחלט למפרע אלא דאפי' לשיטת הרמב"ם דברייתא כר"ע ולא אמרינן יוחלט קודם העמב"ד מ"מ אי אפשר לפרש כפי' הרשב"א דהא משמע דזהו דאשמעינן בברייתא דמכרו מכור והיינו דלא אמרינן יוחלט למפרע. דאי אמרינן יוחלט למפרע א"כ אינו מכור אלא דמתלי תלייא אם יזכה הניזק הרי הוא של הניזק וכיון שכן אי אפשר לפרש דהכונה דמותר להשתמש בו לכתחלה דהא זה פשיטא דכ"ז שלא עמד בדין מותר הוא להשתמש בו והדין יהי' ביניהם אח"כ אם יהי' צריך לשלם בעד רדייא או לא, אבל היתר החרישה זהו דבר פשוט. וא"כ ע"כ דפי' מכרו מכור הוא כפי' רש"י והראב"ד דא"צ לשלם בעד החרישה, וטעמא לשיטת הרמב"ם דלא אמרינן יוחלט קודם העמב"ד אפי' לר"ע ולשיטת הרשב"א משום דאתיא כרי"ש דלית ליה יוחלט אבל לר"ע באמת צריך לשלם וכמו שכ' הקצוה"ח.

אכן כבר כתבנו דקשה דאיך נפרש סיפא דמשעמד בדין מכרו מכור ונימא דהכונה דצריך לשלם בעד החרישה דהא משעמד בדין כבר הוי גזלן, ואין לומר דהוא באופן שהלוקח לא ידע שהשור הזיק דלא הוי גזלן, דהרשב"א דייק בדבריו במה שסתר דברי רש"י והראב"ד לומר דהמזיק כשמכר הוא גזלן וממילא הלוקח דאתי מיניה ג"כ אינו צריך לשלם בעד החרישה, וכונתו הוא דאף שהלוקח אינו גזלן מ"מ כיון שכבר נעשה על השור דין גזילה ואינו עומד ברשות הבעלים גם הלוקח מגזלן אף שלא ידע כלל שהוא גזילה מ"מ אינו משלם שכר לבעלים ועיין במה שהארכנו בזה בפ"ז הל' י"ב.

ולכן נראה דברייתא עיקר דינא קתני אם המכירה חלה או לא ובודאי הא דקתני דעד שלא עמד בדין מכרו מכור צריך לפרש כפי' רש"י והראב"ד דהיינו דאין צריך לשלם

בעד רדייא ולא היתר חרישה דזהו פשיטא ולא תליא במה שהמכירה קיימת, אכן מה דאמר בסיפא משעמד בדין מכרו אינו מכור עיקר דינא קתני דאינו מכור ולא צריך דוקא שיהיה הנ"מ במה דאשמעינן ברישא דמכור ושנאמר דצריך לשלם בעד רדיא, דזה ודאי דלאחר שעמד בדין מכיון דנעשה המזיק גזלן א"צ לשלם אלא דברייתא קתני דמשעמד כבר הוחלט לניזק ומכרו אינו מכור ואין הלוקח רשאי להשתמש בו, ויש לומר עוד דבאמת נ"מ גם לענין שישלם בעד חרישה והיינו אם מכרו קודם שעמד בדין ועמד בדין והלוקח לא ידע דלא נעשה גזלן כיון שסבור שהוא שלו וכמו שכתבו התוס' בקדושין דף נ"ה ע"א דהיכי שסבור שהוא שלו לא נעשה גזלן, ורק דא"א לומר דרק זהו כונת הברייתא דמשעמד בדין מכרו אינו מכור משמע שמכרו אחר שעמד בדין, ולכן צריך לומר דברייתא רק עיקר דינא קתני ונ"מ לענין איסור חרישה, אלא דנ"מ נמי לענין שיהי' צריך לשלם אם מכרו קודם העמב"ד וכנ"ל:

אלא דזהו רק לדעת הרמב"ם דסובר דרק נגח ואח"כ הקדיש או הפקיר פטור. אבל מכרו אינו פטור. אבל לדעת רש"י דסובר דבעינן דוקא בעל אחד ומכרו נמי פטור א"כ א"א לומר כמש"כ. אלא דרש"י הא סובר דהברייתא היא כרי"ש וגם משעמד בדין לא הוחלט ומ"מ כיון דהוי כמו אפותיקי צריך לשלם שכר לניזק. ועיין מה שכתבתי בפרק ז' הלכה י"ב דלשיטת התוס' גם לרי"ש אחר העמב"ד נוטל הניזק בשבח כשיטתם באפותיקי. וכן מוכח מלשון רש"י עי"ש. אבל שיטת הרמב"ם ביארתי שם דאפי' לאחר העב"ד אינו נוטל בשבח לרי"ש א"א לאוקמי סיפא ולכן ע"כ ברייתא כר"ע עי"ש:

הלכה ז

הקדישו המזיק הרי זה מוקדש כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון שחטו גובה מבשרו נתנו במתנה מה שעשה עשוי ויגבה הניזק ממנו.

בתוס' בב"ק דף ל"ג כתבו בהא דאמרינן הקדישו מוקדש משום דר' אבהו, אבל בלא ר' אבהו לא קדוש משום דקדושת דמים אין מפקיע מידי שעבוד ומיירי בבעל מום א"נ בתם וכגון שהקדישו לבדק הבית, והנה הרמב"ם פסק בפי"ח מה' מלוה ובפ' ז' מה' ערכין דקדושת דמים מפקיע מידי שעבוד, ומ"מ כתב הא דר' אבהו שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון, והנה שם פי' הכ"מ והלח"מ דהפי' בגמ' וכן בדברי הרמב"ם מה דצריך לר' אבהו היינו במה דאמר הפודה פודה והיינו דאחר פודה והבע"ח גובה ממנו דלמה לנו זה יפדה הבע"ח עצמו בדינר וע"ז אמר כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון שאם הבע"ח בעצמו יפדה יותר ניכר שלוקח בעד חובו, והנה זה ניחא שם בערכין דקתני הפודה פודה, אבל הכא דקתני הקדישו מוקדש ולא קתני כלל מי פודה, א"כ קשה למה צריך

להזכיר דר' אבהו, וכן הרמב"ם כתב ה"ז מוקדש כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון ואינו מיושב כלל על ה"ז קדוש טעמא דשלא יאמרו, דהא קדוש הוא משום דקדושת דמים מפקיע מידי שעבוד.

והנה פי' הכ"מ שם ג"כ אינו ברור דלמה נימא דאם הבע"ח בעצמו יפדה בדינר יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון, ואם אחר פודה ומפרש להדיא כדי לפרוע לבע"ח את חובו לא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון דהא פודה להדיא נכסים ששוין אלף דינר בדינר כדי לפרוע לבע"ח את חובו.

ולכן נראה דהביאור לשיטת הרמב"ם הוא באופן אחר דהנה מה דפודה הנכסים ע"מ לפרוע לבע"ח את חובו קשה לכאורה דאיזה חיוב הוא על ההקדש לפרוע לבע"ח את חובו כיון דאמרינן דהקדש דמים מפקיע מידי שעבוד, אך באמת לא קשה כלל דאין זה משום חיוב ההקדש, אלא דכיון דכתב הרמב"ם דההקדש אינו מפקיע אלא כ"ז שהנכסים הם ברשות הקדש, אבל כשיפדה אותם אחר חזר השעבוד למקומו וגובה אותם הבע"ח א"כ אין שיווי לנכסים הללו דהקדש אין לו עסק קרקעות ואינם ראויים אלא לפדי' ולכן באמת אין שום הנכסים כלום, ואף דאם יזרעו בשדה ויגדלו פירות יהיה ריוח להקדש שיפדו את הפירות והכסף יהי' להקדש, מ"מ מוכח מעיקר ההלכה ומקראי דפ' בחוקותי דבין בשדה אחוזה דמפורש בקרא שיעור כסף הפדיון ובין בשדה מקנה דמעריכין ושמין את השדה מ"מ עיקר ההקדש כתיב בקרא על פדיון והוא הקדש דמים ולכן מעיקר הדין כיון שכשיפדה הפודה יבוא הבע"ח ויטרף ממנו א"כ אין לשדה זה שום שיווי דמי יפדה באופן זה, ולכן מטעם זה אינו ראוי ההקדש לחול כלל כיון דעיקר קדושת בה"ב הוא קדושת דמים ורק כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון, לכן פודין את הנכסים והיה בדין שיפדו סתם, וכיון שיש עליהם בע"ח ממילא אינם שווין אלא דינר, אלא דמ"מ צריך שיאמרו בשעת פדיון שפודה ע"מ ליתן לבע"ח את חובו, כדי שלא יהי' נראה שפודין נכסים ששוין אלף דינר בדינר.

ועכשיו מיושב שפיר מה דכתב הרמב"ם כאן בהלכה שלפנינו דהקדישו קדוש כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון משום דהך טעמא קאי על עיקר חלות ההקדש משום דאינו שוה דמים וכמו שכתבנו והכונה בבעל מום או שהקדישו לבה"ב כמו שכתבו בתוס' דבקדושת מזבח ודאי לא שייך פדיון.

והנה כתב הרמב"ם שם בפ"ז מהל' ערכין הל' ט"ז אם הי' החוב שנים בדמי השדה וכו' אין פודין אותה ע"מ ליתן החוב או הכתובה אלא פודין אותה סתם שאם התנו ליתן אינה נפדית כלל, והוא מברייתא שם דקתני רשב"ג אומר אם הי' חובו כנגד הקדישו

פודה ואם לאו אינו פודה, ואמר שם בגמ' דלרבנן עד פלגא, ופירש"י שם ב' פירושים פי' אחד דאם היה חובו יתר על הקדישו אינו גובה מהקדש דלאו אדעתא דהכי אוזפי', ופי' ב' דאם לאו אינו פודה אלא בלא פדיון יקח ובתוס' הוכיחו מתוספתא כפי' ב' דקתני בהדיא ואם לאו אין הקדשו כלום, והנה לפי' רש"י דהגביה הוא מהקדש אפשר לומר כב' הפירושים בין לפי' א' דגבי לגבות מהקדש אמרינן דכיון דלאו אדעתא דהכי אוזפי' אינו גובה אף דגבי הדיוט אינו טעם. ולפי' ב' להיפוך דכיון דא"א להוסיף דינר בשביל שהחוב הוא יותר משנים בדמי ההקדש וא"א שהקרקע תהא שוה יותר, ולכן לא חששו כאן להא דשלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון וגובה הקרקע בלא פדיון, אבל לשיטת הרמב"ם דמההקדש אינו גובה כלום צריך ביאור שיטת הרמב"ם בזה.

והכ"מ כ' בדעת הרמב"ם שעד שיהי' החוב שנים בדמיו אפשר שיש בקרקע כדי לפרוע החוב ושישאר גם להקדש, אבל כשהחוב שנים בדמיו א"א לומר שישאר בשדה יתר על החוב ואם יפדה בתנאי ע"מ לפרוע החוב אעפ"י שמוסיף דינר מיחזי כמפקיע כח הקדש, ומה שכתב הרמב"ם אינה נפדית כלל הכונה דמיחזי כאילו אינה נפדית כלל עכ"ד בקיצור, אבל הוא דוחק גדול לפרש כן בדברי הרמב"ם וגם עיקר הסברא אינה מובנה דכיון דבין כך וכך אינו מוסיף אלא דינר איזה הפקעה הוא להקדש כשהחוב הוא שוים בדמיו, ובעיקר הכונה דפודין סתם לא פי' הכ"מ אם הבע"ח יגבה או לא, והרדב"ז פי' דהבע"ח לא יגבה שמפקיעין החוב והביא שכן כתב הרמב"ם להדיא בפי' המשנה אכן גם זה לא ניחא לי כלל דאם היה הדין עם ההקדש שייך לומר שיפקיעו החוב, אבל כיון דשיטת הרמב"ם דהקדש מפקיע מידי שעבוד ומה דגובה הבע"ח הוא משום דהשעבוד לא בטל לגבי הלוקח א"כ גם כשיפדה סתם יגבה הבע"ח, ואי דנימא דכיון דאי אפשר לפדות בדינר וצריך לפדות בשויו ולא ימצא מי שיפדה ע"כ הפקיעו כאן החוב שלא יגבה הבע"ח מן הלוקח, א"כ עיקר חסר מן הספר והו"ל להרמב"ם לומר עיקר זה בפירוש, לכן נראה לי דכאן בהלכותיו אינו סובר כמו שכתב בפיהמ"ש, אבל מקודם נבאר עיקר דבריו במה שכתב שפודין אותה סתם.

ונראה דכונת דברי הרמב"ם הוא דכשהחוב הוא שנים מדמיו דאין קונים קרקע לשלם שנים בדמיו, ולכן כשפודה ואומר ע"מ ליתן לבע"ח את חובו מוכח דאינו מכוין ליתן הדינר בעד שיווי הקרקע דהא הקרקע אינה שוה כנגד החוב והוי כמו שנתן הדינר להקדש יותר מחשבון שיווי הקרקע ודין פדיון אינו נתפס אלא אם נותנים הכסף בעד שיווי הקרקע דאז נתחלל ההקדש על הכסף, אבל אם נותן דינר כדי שיצא ההקדש לחולין אבל אינו מכוין שהדינר הא בעד שיווי ההקדש אז אינו דרך פדיון. ואף שמצינו

דאם אמר אחד הרי היא עלי בעשרה, וב' הרי היא עלי בעשרים, וג' הרי היא עלי בשלשים, נתחייבו בעלי הכ' והל', וע"כ דעשרה היה שיווי הקרקע דבפחות משיווי הקרקע א"א לפדות, התם באמת אלו שאמרו בכ' ובל' נתחייבו משום אמירה לגבוה והוא בגדר ויתור וראיה ממה שכ' התוס' בקדושין דף כ"ט ע"א בד"ה משכו בתירוץ ב' דכשלא נתכוין לותר ליכא דין אמירה לגבוה ולא נתחייב באמירה לחוד מדצריך גבי משכו במאתים, לטעמא דשלא יהא כח הדיוט חמור מהקדש, [איברא דיש לתרץ קושיית התוס' באופן אחר דאם נתחייב משום משיכה גובין גם מיורשים אבל נודר ומת אין היורשין מחוייבין] וזהו שכתב הרמב"ם דאם התנו ליתן אינה נפדית כלל והיינו דאז אין הדינר נכנס בחשבון שיווי הקרקע ומה שכתב נפדית סתם יש לעיין אם כונתו דאין פודין את הקרקע אלא בשוי' ולא בדינר כין שאין פודין ע"מ ליתן לבע"ח בחובו והוא כשאר פדיון קרקע הקדש שאינה נפדית אלא בשומא ע"י עשרה וכהן, או שנפרש וזה נראה יותר דבאמת אינו נותן אלא דינר כיון דהשדה אינו שוה כלום, והחלוק הוא רק דבאין החוב שנים בדמיו פודה בפי' ע"מ לפרוע לבע"ח משום דאם יפדה בסתם שדה ששוה אלף דינר בדינר נראה כמו שב"ד הניחו לכתחלה לפדות הקדש בדינר מה ששוה אלף, ובאמת אסור זה לכתחלה ורק בדיעבד קיי"ל דשוה מנה שחללו על שו"פ מחולל, וכ"ז אם אפשר לפדות באופן זה אבל כשהחוב שנים בדמיו אינו פודה באופן זה וכמו שכתבנו אלא פודה סתם, ואף דע"כ אינו פודה אלא בדינר מ"מ התירו כאן לפדות לכתחלה הקדש שנראה ששוה הרבה על דינר, והטעם משום דבאמת אינו שוה כלום ע"כ התירו לכתחלה לפדות על דינר.

והנה אח"כ עיינתי במרכבת המשנה ומצאתי שבעיקר באור דברי הרמב"ם כיונתי ב"ה לדעתו דהטעם הוא לפי שהוא הקדש דמים וכיון שגובה מהפודה אינו שוה ההקדש דמים, אבל במה שכתבתי דבאמת בשביל זה צריך דוקא שיפדה אחר ולא הבע"ח כין דהוא אינו יכול לגבות מההקדש ואין טעם על מה שאינו נותן אלא דינר כיון דעכ"פ אצלו שוה אלף דינר, הנה המרכה"מ השיג על הכ"מ והלח"מ שכתבו כן דזהו עיקר טעמא שלא יאמרו שהוא נגד גמ' מפורשת בפסחים דף ל"א דאמר שם כל היכי דאקדיש לוה וזבין לוה כו"ע ל"פ דאתי מלוה וטריף ואתי מלוה ופריק, ובפשוטו הוא הוכחה ברורה, ומ"מ כיון דמלשון הרמב"ם בפ"ז דערכין ופ' י"ח מהל' מלוה משמע דדוקא אחר פודה, לכן מסתפקנא אולי סובר הרמב"ם דלאו דוקא המלוה בעצמו אלא ע"י אחר כדתנן במתני' דמייתי שם וצ"ע, ובמש"כ הרמב"ם פודה סתם פי' המרכה"מ כפי' הרדב"ז שמפקיעין החוב ולדעתי נראה כמש"כ.

ובמה שכ' הרמב"ם שחטו גובה מבשרו הקשה הלח"מ דהא לשיטת הרמב"ם דמזיק שעבודו של חבירו חייב הוא צריך לשלם פחת שחיטה דבגמ' מוכיח מזה ר"ה בדר"י דמזיק שעבודו של חבירו פטור, ונפלאתי על הלח"מ שבא להוכיח דמזיק שעבודו חייב מדפסק דשורף שטרותיו חייב כ"ש במזיק שעבודו דמשמע בסוגיא דהמניח דטפי יש לחייבו, ותמוה דמה הוצרך לזה הא פסק הרמב"ם להדיא בפ' ז' מהל' חובל ומזיק הל' י"א דמזיק שעבודו של חבירו חייב, עכ"פ עיקר קושייתו צריכה יישוב, אכן כבר כתבתי בפ' ז' הל' י"ב דהרמב"ם סובר דקנס כיון דעד העמב"ד ליכא חיוב כלל לכן אף דלענין לגבות מלוקח הוי כמו שעשאו אפותיקי כיון דהוא דין התורה דכשיעמוד בדין ויזכה יגבה מגופו מ"מ כ"ז לענין לגבות השור עצמו אבל לענין מזיק כ"ז שלא עמד בדין לא דמי למזיק שעבודו, ור"ה בדר"י לא סבר לחלק כן והוכיח מכאן דמזיק שעבודו של חבירו פטור, אבל לדידן דקיי"ל חייב ע"כ צריך לומר דזה לא דמי לשעבוד של חוב של ממון וכנ"ל:

-השמטות ומלואים-

במש"כ כתב אלי רב חביבי חתן אחותי נ"ע הרב הגאון הנעלה מו"ה אליעזר מנחם שך שי' והנני מעתיק מה שהשבתי לו שמובא גם דבריו אלי בזה.

עוד כתב אלי הנה ראיתי ברהיטא בפ"ח הל' ז' על קושיית התוס' בקדושין דכ"ט גבי משכו במאתים שהקשו למה לקניית משיכה בהקדש תיפוק ליה מטעם אמירתו לגבוה, וכ' שם דיש לתרץ דאם נתחייב מטעם משיכה גובין גם מיורשין אבל נודר ומת אין היורשין חייבין עכ"ל, ודבר זה אינו שבודאי בנודר בהקדש עושה התחייבות וגם היורשים חייבים כמו שאמירה לגבוה כמסירה להדיוט עושה קנין באומר שור זה עולה ונעשה השור ממון הקדש כן באומר הרי עלי מנה לבה"ב שנתחייב, ודין הנודר ומת שאין היורשין חייבים, הוא רק בנודר לצדקה ועיין בקצוה"ח סי' ר"צ ובסי' פ"ז ובת' הגרע"א סי' קמ"ד קמ"ה, וכך הי' צ"ל דאם מטעם משיכה לא מהני שאלה, ואם מטעם אמירה לגבוה מהני שאלה, עכ"ד.

והנה דבריו בודאי נכונים לשיטת הקצוה"ח והגרעק"א בדעת הרמ"א דמה דסובר בתשובותיו דנודר ומת אין היורשין חייבים בנודר לצדקה הוא משום דסובר דבנדרי צדקה לא אמרינן אמירה לגבוה כמסירה להדיוט, וכן כתב הקצוה"ח בסי' ר"צ והגרעק"א בסי' קמ"ו, והגרעק"א כתב עוד דהרמ"א אזיל לשיטתו שפסק ביו"ד סי' רנ"ח ס"ז דהמקדיש שט"ח צריך כתיבה ומסירה, והיינו כדעת הרשב"א דבצדקה לא אמרינן אמל"ג כמסירה להדיוט, ומשום זה מפרש הגרעק"א מש"כ הרמ"א בחו"מ בסי' רנ"ב

דמי שנשבע או נדר ליתן לפלוני כך ומת יורשין פטורים, דנדר היינו ליתן לעניים משום דנדר לעניים לא אמרינן אמל"ג, אבל דבריהם תמוהים דאיך אפשר לומר כן הא ביו"ד רנ"ח סעיף י"ג פסק המחבר האומר חפץ לפלוני אני נותן לצדקה בכך וכך והוא שוה יותר אינו יכול לחזור בו, וכתב ע"ז הרמ"א דכל אמירה שיש בה רווחא לצדקה אמרינן ביה אמל"ג כמסירתו להדיוט וציין ע"ז ר"ן פ"א דקדושין ובטור שם כתב אמל"ג כמסירתו להדיוט, ולפיכך מי שנודר צדקה אי אפשר לו לחזור בו, וכתב ע"ז בד"מ וז"ל וכן הסכימו הפוסקים דלא כתשובת הרשב"א סי' תקס"ג דלא אמרינן אמל"ג כמסירה להדיוט אלא בהקדש גמור, ואח"כ הביא דברי הר"ן הנ"ל שהביא בהגהה ואף דלדינא דברי הד"מ מיותרים דגם הרשב"א מודה דנודר לצדקה אינו יכול לחזור משום בפיך זו צדקה ורק שהד"מ דייק לשון הטור דכתב אמל"ג כמלה"ד, וכיון דבחפץ מסויים סבר הרמ"א דאמרינן אמל"ג וכן הטור והמחבר, א"כ מנין לנו לחלק דבנתחייב לצדקה לא דמי להקדש ולא אמרינן בזה אמל"ג, ותמוהים מאד דברי הקצוה"ח בסי' ר"צ שכתב וז"ל, אמנם לענ"ד נראה דאפי' נימא בנודר לעניים לית ביה משום שעבוד נכסים, וכדברי הרמ"א בתשובה סי' מ"ח וכמו שנראה מד' הפוסקים, דהיכן מצא בדברי הפוסקים כן. והחת"ס הביאו הפ"ת בסי' רי"ב חלק עליו וכתב דודאי איכא שעבוד נכסים ומה שכתב הרמ"א בחו"מ רנ"ב מי שנשבע או נדר היינו לעשירים ודלא כדברי הגרעק"א, ובאמת בפירוש דברי הרמ"א צדק הגרעק"א ודברי החת"ס תמוהים דלעשירים לא שייך לשון נדר ודוקא בנדרי צדקה הוי לשון נדר, אבל לעשירים לא משכחת אלא בשבועה, איברא דיסוד דברי הרמ"א מיירי בנשבע לתת לבתו ולא מיירי בעני. אבל דברי הגרעק"א נכונים דמה שהוסיף הרמ"א לכתוב או בנדר היינו לומר דגם לעניים דינא הכי, ברם עיקר דברי הקצוה"ח והגרעק"א בשיטת הרמ"א תמוה וכנ"ל ומה שהוכיח הגרעק"א בדעת הרמ"א ממה שפסק ביו"ד בסי' רנ"ח סעיף ז' דמי שהקדיש שט"ח לעניים צריך כתיבה ומסירה, והוא מדברי תשובת הרשב"א בכתב יד שהביא הב"י בקיצור. והגרב"א בעל הש"מ בתשובה סי' ט"ו הביא דבריו בארוכה במקדיש שטרות ומסרן ליד הגבאי וכתב דהקדש לעניים אינו כהקדש לבה"ב ועניים הדיוטות אינהו. וכמו שאם הי' מוסרם לעני ממש צריך כתיבה ומסירה, ה"נ אם מסרן ליד הגבאי, ולפי"ז באמת תמוהים דברי הרמ"א שהביאם להלכה כיון דהרשב"א אזיל לשיטתו והרמ"א אינו סובר כן, אך באמת קודם שהביא הב"י בסי' רנ"ט תשובה זו הביא תשובת הרשב"א הנדפס בח"א סי' תרמ"ח באחד שהיה חייב מנה והקדיש נכסיו ואין לו נכסים אחרים וכתב וז"ל המלוה גובה מן ההקדש דסתם הקדש לעניים ואפי' בהקדש בה"ב גובה כדאיתא בפ' שום היתומים

ואילו היו הנכסים מטלטלים אם יש בשט"ח מטלטלין אגב קרקע גובה מהם, ואם לאו אינו גובה וכדאמרינן בב"ק עשה שורו וכו' ונראה דה"ה בהקדש בזה"ז שהוא לעניים ואם הם בשטרי חוב, אם היה שכ"מ הוי הקדש דדבריו ככתובים וכמסורים דמי, והראיה שכ"מ שאמר הלואתי לפלוני, ואם היה בריא הקדשו אינו הקדש משום דבעי ברשותו דומיא דביתו וכאן גוף השטרות אינו ממון והשעבוד אינו של מלוה עד שיגבנו דקי"ל בפרק כל שעה בע"ח מכאן ולהבא הוא גובה, וזבין מלוה וקדיש מלוה לא עשה כלום ומיהו בש"מ דבריו ככתובים וקנה הקדש עכ"ל.

והנה דברי הרשב"א בתשובה זו צריכין ביאור דכיון דס"ל דבהקדש לעניים לא אמרינן אמל"ג כמסירה כהדיוט ולא קנו עניים, וכן משמע בתשובה זו שחולק בין הקדש גמור ובין הקדש עניים, וא"כ לא מהני הקדש לעניים אלא שיתחייב הנודר משום בפיך זו צדקה. וא"כ למה לא יגבה הבע"ח ממטלטלין אפי' בלא שעבד מטלטלין אג"ק דמה שייך הבע"ח לנדרו, דאף אם נימא שמטלטלין אין להם שעבוד כלל מ"מ יש עליהם דין גביה מן התורה כמו דאיכא דין נטילת עבוט, ומה איכפת להבע"ח שיש על הלוה נדר של צדקה:

ובבאור דברי הרשב"א נראה לפימש"כ הגרעק"א בסי' קמ"ד בד"ה ובלא"ה. דדברי הרשב"א כמסופקים ביסוד זה אי אמרינן בהקדש עניים אמל"ג פעם כתב בכה ופעם כתב בכה ע"ש שהוכיח דבריו. ע"כ נראה דדעת הרשב"א בתשובה זו דגם בהקדש עניים אמרינן אמל"ג, ומ"מ חלק בכאן בין הקדש בה"ב להקדש עניים, והיינו דהא באמת כתב דגם בהקדש בה"ב גובה כדאיתא בפ' שום היתומים, וא"כ מה שהוצרך כאן לומר מתחלה דסתם הקדש הוא לעניים היינו לחלק דאף דבהקדש בה"ב צריך להוסיף דינר ופודה הנכסים. מ"מ בהקדש עניים א"צ להוסיף דינר משום דגם אם היה נותן להעני והיה בא ליד העני שייך לגבותו ממנו דעכ"פ עיקר הממון הוא ממון הדיוט ולא דמי להקדש דאיכא מעילה ולא סגי בלא פדיון:

עכ"פ בררנו דשיטת הרשב"א בתשובה זו דשט"ח אינה נקנה בהקדש עניים אף דס"ל כאן דבהקדש עניים אמרינן אמל"ג. ובאמת לא הייתי צריך להאריך בזה דהא הוכיח הרשב"א מפ' כל שעה דאמרינן אקדיש מלוה דמיירי בהקדש גמור רק משום דמשם אין להוכיח רק לענין גוף השעבוד ולא על הקדש השטר, ולכן בררתי דשיטתו כאן דהקדש עניים אמרינן אמל"ג ומ"מ כתב דלא מהני הקדש השטר, ובאמת מעיקר לשונו משמע דגבי הקדש גמור נמי דינא הכי דלא מהני הקדש השטר. והנה התוס' בב"ב דף ע"ו משמע דסברי דהקדש שטר לא מהני אפילו בכתיבה ומסירה, וכבר תמה הגרעק"א

בתשובה סי' קמ"ד בשולי המכתב על דבריהם ובעיקר תמיהתו נראה דהתוס' לא גרסי דזבין מלוה אלא דאקדיש מלוה וכן הוא ברש"י, ואף דרש"י משמע דאינו סובר כשיטת התוס' דהא כתב להדיא ולא הקדיש את החוב ומוכח דסובר דהקדיש חוב מהני אפילו לא הקדיש את השטר, וכשיטת המרדכי שהביא הגרעק"א שם בד"ה אולם, אבל התוס' סוברים דמשו"ה לא נקט דזבין מלוה כמו ברישא משום דמהני עכ"פ במכירת השטר ולא פסיקא ליה ומזה הוכיחו דמקדיש שט"ח לא מהני כלל דלא תקנו בזה:

ולכן מבואר שפיר מה דפסק הרמ"א בסי' רנ"ח כתשובת הרשב"א דמקדיש שט"ח צריך כתיבה ומסירה דאף שהרשב"א בתשובה זו שבכת"י כתב זה לשיטתו דבהקדש עניים לא אמרינן אמל"ג והקדש גמור דאמרינן אמל"ג לא צריך כו"מ, מ"מ פסק כן הרמ"א להלכה כיון דבת' הקודמת סבר דגם בהקדש גמור לא מהני הקדיש שטר ובודאי כונתו בלא כו"מ. ולכן מכיון דהתוס' סוברים עוד יותר דגם כו"מ לא מהני בהקדש גמור. לכן שפיר פסק הרמ"א דצריך כו"מ בהקדש עניים. ונראה דגם התוס' יוכלו לסבור דבהקדש עניים מהני כו"מ דלזה לא גרעו עניים מהדיוט ולא דמי להקדש והוא פשוט:

עתה נשוב לדברי הרמ"א בתשובה שכתב לגבי הקדש עניים דנודר ומת אין היורשין מחוייבין לקיים נדרו, דלפי"מ שבארנו דהרמ"א סובר דהקדש עניים נמי אמרינן אמל"ג דבריו תמוהים דמ"ש מאומר הרי עלי מנה לבה"ב דנשתעבדו נכסיו:

ולבאר הדברים נביא דברי הרמ"א בתשובה סי' מ"ח וז"ל, אמנם לעיקר דינא אני צריך לשאול וזה כי מן הנראה לי שאף בצדקה כה"ג לא זכו עניים. וראיה מתשובת מהר"ם והוא במרדכי פ' מי שמת וכו'. ועוד נראה לרבינו מאיר דאפי' אמרה אתן כך וכך לצדקה לאחר מותו לא נעשה נדר ומציא למהדר וכו'. והנה בנדון דידן כו' לא מיבעי אם אמר תנו דלא הוי נדר כדברי תשובה זו. אלא אפי' אמר אתן דאע"ג דמחייב למיקם נדריה מ"מ העניים לא זכו בנכסים אלא דכופין לדידיה לקיים נדריה והא ליתיה קמן דהא מת ונעשה חפשי מן המצוות: ולא מיבעיא דאם אמר ליתן אחר מותו דפשיטא דלא חל עליו הנדר מעולם ואין היורשים צריכין ליתן כדברי תשובה זו. אלא אפי' אמר ליתן מיד אין היורשין צריכין לקיים נדרו כ"ז שלא זכו העניים מכח קנין. ובהגהה כתב וכן משמע בתוספות פ"ק דערכין דנודר ומעריך אין היורשין צריכין לקיימיה דהו"ל מע"פ ואינה נגבת מן היורשין. וכן הוא בפ' האומר משקלו ד"כ ע"א והוא משנה שלימה הנודר ומת אין היורשין חייבין לשלם עכ"ל:

וכבר תמה הגרעק"א בתשובה סי' נ' וז"ל כי דברי הרמ"א תמוהים וכמו שכתבתי מכבר בגליון תשובת הרמ"א שם וז"ל. במש"כ וכן משמע בתוס' פ"ק דערכין ד"ז הוא תמוה

דאדרבה שם מבואר ההיפך ממש"כ דנודר ומעריך שמא יחול מיד וגובה מיורשים, ובאמת לא זכיתי להבין דברי תוס' אלו דהא פשיטא דגם נודר ומעריך הוי רק בע"ח כמו מזיק ואם מת למ"ד דניזק אינו גובה מיורשים דס"ל מע"פ אינו גובה מיורשים גם נודר ומעריך הכי הוא אא"כ עמד בדין כדאיתא להדיא ערכין דף כ' וצלע"ג, גם מש"כ הרמ"א שהיא משנה שלימה הנודר ומת אין היורשין חייבים לשלם הא אדרבא באותה משנה מבואר בסיפא דמיו של פלוני ומת הנודר חייבים היורשים לשלם אלא דברישא באומר דמי עצמו עלי הטעם דאין דמים למתים. אלא למ"ד מע"פ אינו גובה מיורשים מוקי שם בעמד בדין דוקא וא"כ לדידן דקיי"ל מע"פ גובה מיורשים ה"נ לא בעי עמד בדין עכ"ל:

והנראה בדעת הרמ"א לפי"מ דמבואר בסי' רמ"ה מחלוקת הראשונים באומר אתן אם מהני קנין. ומבואר שם בסמ"ע ובקצוה"ח בשם הב"ש דאפי' למ"ד דמהני קנין אתן היינו דמחייבין אותו ליתן, אבל אם מת אין מחייבין להיורשין ליתן. א"כ מבוארין בפשיטות דברי הרמ"א דלא דמי לאומר הרי עלי מנה לבה"ב דהרי עלי מנה הוי כאומר הנני מחייב את עצמי במנה ונתחייב ונשתעבדו נכסיו, אבל באומר אתן מנה לבה"ב אף דנתחייב משום נדרי הקדש מ"מ לא נתחייב בחיוב מנה ואינו אלא נדר שמחוייב ליתן ולא נשתעבדו נכסיו דלא עדיף מקנין בהדיוט דלא שייך קנין לכו"ע על אתן שישתעבדו נכסיו כמש"כ:

ומבואר דלא נחת הרמ"א להביא ראיה רק על זה דאין היורשין מחוייבין לקיים מה שנדר האב ולא מדיני שעבוד ואחריות נכסים בצדקה דהא הביא ראיה מדברי הריב"ש בנשבע על דשלבל"ע דלא מיירי בעני כלל. והריב"ש כתב רק דאין היורשין מחוייבין לקיים מה שנשבע האב: וזהו שהוכיח הרמ"א ממתני' דדף כ' דעכ"פ מוכח משם דאם לא מטעם שעבוד. אין היורשין מחוייבין לשלם נדרו של אביהם. וזהו שכתב דמשנה שלימה שנינו דהא בגמ' אמרינן דמשו"ה מעריך ומת היורשין חייבין לשלם ונודר ומת אין היורשין חייבין למ"ד מע"פ אינו גובה מן היורשין דמיירי שעמד בדין ונידר מחוסר אומדנא מוכח דכיון שלא נשתעבדו נכסים מחיים אין היורשין חייבין לשלם, וזהו שהוכיח ג"כ מדברי התוס' דכתבו דגבי נודר ומעריך שמא יחול מיד ולהכי גובה מן היורשין והיינו דחל שעבוד על הנכסים וגובה מן היורשין אבל עכ"פ אין היורשין חייבין לקיים נדר אביהם:

ומה שהקשה הגרעק"א על דברי התוס' מסוגיית הגמ' בדף כ' וכבר הקשה כן השעה"מ בפי"ט מה' מלוה ונשאר ג"כ בצ"ע, באמת לא אדע למה הקשו דוקא על דברי התוס' דהא מפורש כן בגמ' דבנודר ומעריך כו"ע לא פליגי דחייב ואף דאפשר לפרש דהיינו דחייל עיקר החיוב ונ"מ שאם יבריא מ"מ למה להו לפלוגי לגבי יורשין באם הזיק, לפליג

במה דקאי בנודר ומעריך אם יורשין חייבין וא"כ ע"כ סוגיא זו לא סברה כסוגיא דדף כ' וסברה דנודר ומעריך יחול מיד וגובה מיורשין. אלא דלכאורה א"א לומר כן דאין שום סברא לומר דנודר ומעריך יהי' עדיף ממלוה הכתובה בתורה.

והנראה בזה לפימש"כ הרי"ף בס"פ ג"פ דר"פ אית ליה שעבודא דאורייתא כמו דאמר בקדושין דהלכתא גובין מן היורשין שעבודא דאורייתא, ומה דאמר בג"פ כדי שלא תנעול דלת בפני לווין היינו דמשו"ה אוקמוה אדאורייתא, ומוכח דאי לאו הך טעמא היה צריך לומר דכיון שהפקיעו חכמים השעבוד במע"פ משום דלית ליה קלא היו צריכים להפקיע גם לגבי יתומים, והרא"ש שם העתיק דברי הרי"ף והש"ך בסי' ל"ט הוכיח מדברי הרא"ש בב"ק דאינו סובר כן והקצוה"ח יישב שם לנכון דגם דעת הרא"ש כהרי"ף, וא"כ לפי"ז אינו מוכח דרב ושמואל סברי של"ד דאפי' אית להו ש"ד מ"מ סברי שפיר דאינו גובה מן היורשין, ור"פ הוא שחידש לחלק בין יתומים ללקוחות דבשביל נעילת דלת אוקמו רבנן לגבי יתומים אדאורייתא, וגם התוספות בב"ק די"ב כתבו סברא כזו דכיון דאינו גובה מלקוחות אינו גובה מיתומים, רק שכתבו כן למ"ד של"ד אבל שיטת הרי"ף מוכח להדיא דאפשר לומר כן גם למ"ד ש"ד, ומה דאמר בג"פ אהא דרב ושמואל דאמרי מע"פ אינו גובה מן היורשין מאי טעמא של"ד אפשר דסוגית הגמ' אמר הכי אבל הסוגיא דערכין אינה סוברת כן, ולכן שפיר מיושב מה דניחא להגמ' לומר דאף למ"ד מע"פ אינו גובה מיורשין הוא דוקא בהזיק ולא בנודר ומעריך, דגבי הקדש ודאי לא עבוד רבנן תקנתא להפקיע משעבודא דהקדש:

אחכ"ז נוכל להעמיד מש"כ בהערתי דנ"מ לענין יורשין, שלפי"מ שבררנו דברי נכונים, דכיון דלשיטת הרמ"א דנודר ומת אין היורשין מחוייבין, ולפימש"כ דאין נ"מ לשיטתו מהקדש לצדקה, וע"כ דמה דאומר הרי עלי מנה לבדק הבית דודאי נשתעבדו נכסיו, וכדמוכח מלשון הגמ' בב"ק דף ו' דאמר לא יהא אלא בע"ח, היינו דהרי עלי מנה הוא מקבל עליו חיוב מנה ובזה ודאי נתחייב כיון דבהדיוט מהני קנין, אבל באומר אתן גם להקדש בה"ב לא נתחייב אלא משום נדר אבל לא נשתעבדו נכסיו וא"כ במשכו במנה לא מוכחא כלל בדבורו לבד כשקונה החפץ במנה דהוי כאומר הרי עלי חיוב מנה דאפשר אינו אלא כאומר הנני לוקח החפץ ואתן מנה, ואף דאם קנה במשיכה ממילא מתחייב גם להדיוט היינו מכיון שקנה החפץ נתחייב בדמיו אבל כ"ז שלא קנה החפץ אכתי לא נתחייב בדמיו, וכיון דמשיכה בהקדש לא מהני דכתיב ונתן הכסף וקם לו לכן אי לאו הא דלא יהא כח הדיוט חמור מכח הקדש, היינו שפיר אומרים דאכתי לא נגמרה קנייתו ולגבי דבורו אינו אלא כאומר אתן:

ואף דגבי מוכר חפץ להקדש כתב הרמב"ם בפ"ט מה' מכירה לה' א' המוכר להקדש ואמר לו הגזבר בכמה אתה מוכר חפץ זה ואמר בי' אפילו היה שוה ק' כיון שאמר בעשרה אינו יכול לחזור בו שאמירה לגבוה כמסירה להדיוט, וכן כתב הרמ"א ביו"ד בסי' רנ"ח הבאנו דבריו למעלה, דוקא במוכר דכיון דאמר על חפץ מסויים שהוא אומר שנותנו להקדש או לצדקה אינו כאומר אתן דבכה"ג בהדיוט אם אומר אדם לחבירו אני נותנו לך או מוכרו לך ומסרו לו זכה המקבל או הלוקח. ולכן אף שאמר הנני מוכרו בכך וכך כיון דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט ותלוי בדעת גבוה לזכות בחפץ זה כיון דבהדיוט בכה"ג אם לקח החפץ בתורת ספק זכה בו שהמוכר אינו יכול לחזור בו, וכמו לוקח כלי ע"מ לבקרו דפירש"י בב"מ דף פ"א וכן שיטת ר"י ותוס' בב"ב דף פ"ז ד"ה הלוקח דהוא משום לוקח, וכן דעת הרמב"ם בפ"ד מהל' מכירה הל' י"ב ועיין בפ"ב מהל' שלוחין בכ"מ שם אבל כשאמר הנני לוקחו בכך וכך כיון שלא אמר הנני מתחייב לא הוי אלא כאומר אתן כמש"כ:

ומה דתנן בערכין דכ"ז ופסק כן הרמב"ם בפ"ח מה' ערכין דפודה ההקדש ואמר הרי הוא שלי בחמשים וחזר בו ואמר אחר ה"ה שלי בארבעים ממשכנין מהראשון מנכסיו עשרה אינו מוכח משום דהוי כמסירה להדיוט דאפי' אם אינו אלא כאומר אתן ממשכנין משום חיוב נדר לגבוה, ואף דדעת רב האי גאון הובא בבעה"מ ברישׁ פ' שור שנגח דמטעם נדר אין יורדין לנכסיו, אבל כבר השיג ע"ז הרמב"ן במלחמות דבודאי ממשכנין בנדרי הקדש וצדקה עי"ש:

ומדוייק מה דלא כתב הרמב"ם אמל"ג כמלה"ד אלא במוכר שמכר בפחות והוא מהגמ' דיש נוחלין ולא בלוקח שלקח ביוקר משום דבזה לא הוי אלא חיוב נדר ולא אמל"ג וכנ"ל:

אלא דלפי"ז לא יועילו דברי אלא במש"כ ליישב קושיית התוס' על משכו במאתים דבזה הקשו התוס', אבל הראשונים הקשו על הא דקתני מקודם בברייתא כיצד רשות הגבוה בכסף גזבר שנתן מעות בבהמה אפי' בהמה בסוף העולם קנה דלמה לי קנין מעות תיפוק ליה משום דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ובזה לא יועיל תירוצי וצריך לבא לתירוץ הראשונים דדוקא בנתכוין לוותר להקדש או כמו שכתב חביבי דנ"מ לענין שאלה אבל באמת צריך ביאור למה המתינו התוס' להקשות עד הא דמשכו במאתים, ולא על רישא דגזבר שנתן מעות:

ונראה דהתוס' סוברים דמרישא לא קשיא דהא קתני גזבר שנתן מעות וכו' קנה והבהמה נעשתה ממון הקדש והנהנה בה מעל, ומצד אמל"ג כיון דהגזבר לא קנה ויכול לחזור בו א"כ אי אפשר דנחשוב שהבהמה הוי כבר ממון הקדש. ואף דהרמב"ם בפ"ט מהל'

מכירה הל' ב' סובר דגם גזבר שנתן מעות יכול לחזור בו. והר"ן והמ"מ תמהו עליו ע"ש. גם לדעת הרמב"ם יש לומר דכיון דמעיקר הדין רשות הגבוה בכסף. ורק דתיקנו חכמים שההקדש יוכל לחזור שלא יהא כח הדיוט חמור מכח הקדש. ולכן לענין מעילה שפיר מעל. אבל אם לא קנה ההקדש רק משום אמל"ג שאמר למכור להקדש כיון שאינו ברור שההקדש יקנה א"כ א"א שנאמר שכבר נעשה ממון הקדש. ולא הועיל דבורו אלא שאם הגזבר רוצה אינו יכול לחזור. ובאמת כן הוא לשון הרמב"ם בהל' א' המוכר להקדש וכו' אינו יכול לחזור בו. ואח"כ בהל' ב' כתב הגזבר שקנה וכו' אם הוקרו קנה וכו' ומיושב דהך בבא לא קשה כלל. ולכן הקשו התוס' רק במשכו במאתים. ואף דבמשכו במאתים נמי איכא נ"מ דמכיון שמשכו אין מועלים בו לא דמי דברישא קתני עיקר דינא דקנה הגזבר ובסיפא קתני עיקר דינא דנותן מאתים ומשו"ה שפיר הקשו דבלא משיכה חייב משום אמל"ג:

והכ"מ על הא דמוכר להקדש וכו' הביא דברי הראשונים בקושיא זו וכתב שיותר נכונים דברי התוס' דכששם הדבר פחות משויו מתכוון לוותר להקדש א"כ שייך לומר אמל"ג אבל בשמוכר הדבר בשויו לא נתכוון לוותר כלל. אבל מדברי הרמב"ם לא משמע כן שכתב המוכר להקדש ואמר לו הגזבר בכמה אתה מוכר חפץ זה ואמר בי' אפי' היה שוה ק' כיון שאמר בעשרה אינו יכול לחזור בו ומכיון שכתב אפי' היה שוה ק' מוכח דהוא רק רבותא, אבל גם אם הוא שוה בשוה ג"כ אינו יכול לחזור. ודלא כתי' התוס'. אבל לפימש"כ מבואר דלא קשה כלל דבהלכה ב' מיירי מקנין ובהלכה א' מדין דאינו יכול לחזור וכמש"כ:

הלכה י

כשבית דין נזקקין לגבות הנזק מנכסי המזיק גובין מן המטלטלין תחלה, ואם לא היו לו מטלטלין כלל, או שלא היו לו מטלטלין כנגד כל הנזק, גובין השאר מן הקרקע המעולה שבנכסי המזיק וכל זמן שימצאו מטלטלין ואפילו סובין אין נזקקין לקרקע.

כתב המ"מ מבואר פ"ק בסוגיא על פיסקא דשוה כסף וכן למעלה באותו פרק מחלוקת אמוראים, ופסק כר"פ ור"ה בדר"י וכן דעת ההלכות עכ"ל, ובטוח"מ סי' תי"ט כתב וז"ל, כשבאין להגבות נזקו רואין אם יש למזיק מטלטלין אין יורדין לנכסיו למכור קרקעותיו אלא יתן לו מטלטלין ואפי' שיש לו כסף יכול לשלמו בסובין דכל מידי דמטלטלין מיטב הוא, אם אין לו מטלטלין יורדין לקרקע עידית שבנכסיו וכו' עכ"ל, וכ' הב"י כן כ' הרא"ש לענין בע"ח וז"ל, ולענין פריעת בע"ח נ"ל אם יש ללוה מטלטלין ומקרקעי כפינן לו למיתב לו מטלטלין אם חפץ בהם המלוה יותר מבקרקע, כיון דזוזי יהיב שקיל

כל מידי דמקרב לזוזי טפי והיינו מטלטלין דאי לא מזדבן הכא מזדבן במתא אחריתא עכ"ל, ודימה רבינו פריעת נזקין לפריעת בע"ח אעפ"י שיש לחלק ביניהן דעד כאן לא אמר הרא"ש אלא בבע"ח משום דכיון דזוזי יהיב וכו' אבל בנזקין דליכא להאי טעמא לא משמע לרבינו דכיון דלא אשכחן דפליג רבנן בינייהו לא מפלגינן עכ"ד הב"י, והנה דעת הב"י לפרש דברי הטור דאפי' אם המזיק רוצה ליתן לו קרקע והניזק רוצה מטלטלין הדין עם הניזק כמו בבע"ח אבל הב"ח מפרש דכונת הטור רק לומר דרשאי המזיק ליתן מטלטלין ואינו יכול הניזק לגבות בע"כ מעידית שבקרקעותיו אבל אם רצה ליתן קרקע מזה לא כתב הטור כלום דפשיטא הוא בנזקין דיכול ליתן לו קרקע דע"כ לא כתב הרא"ש אלא בבע"ח משום דזוזי יהיב וכו', וכתב הב"ח דכן מפורש בדברי הרב המגיד רפ"א דחובל ובפ"ח מנזקי ממון והסמ"ע כ' כהב"ח דיד המזיק על העליונה ולא כב"י והע"ש שנמשך אחריו והש"ך חלק על הסמ"ע וכ' וז"ל דפשיטא דדעת הרמב"ם והמחבר כהע"ש וכן כ' הנמוק"י בריש המוכר פירות בדעת הרמב"ם והכי משמע ודאי פשט דברי הרמב"ם שכ' כשב"ד נזקקין וכו' גובין ממטלטלין תחלה כו' משמע דעלי' דבי דינא רמיא לגבות תחלה מהמטלטלין, והדין כך ואינו תלוי ברצון המזיק או הניזק, ועוד שכ' שם הרמב"ם אח"כ דמדין הש"ס אם מת והניח מטלטלין וקרקעות גובין מהיתומים מהקרקעות, וכן הוא בטור ואם איתא דמסתמא ניחא לי' למזיק טפי ליתן מטלטלין נטעון להו ליתמי ליתן מטלטלין והיאך יגרע כח היתומים מן המזיק עצמו עכ"ל.

והנה אף שאיני כדאי לחלוק על הש"ך בכ"ז לדעתי נראה לחלק בין שיטת הרמב"ם לשיטת הטור דאף דמלשון הרמב"ם משמע כשיטת הב"י אבל דעת הטור והרא"ש אינו כדעת הרמב"ם, וגם בדעת הרמב"ם יש מחלוקת דדעת המ"מ הוא לפרש גם בדעת הרמב"ם דלא כדברי הב"י, ולא כמו דסובר הש"ך דהמ"מ מפרש דברי הרמב"ם כהב"י, ורק הנמוק"י בהמוכר פירות כ' להדיא בדעת הרמב"ם כדברי הב"י, ולפנינו נבאר דמלשון הרמב"ם מוכח כשיטת הנמוק"י, אבל דעת הטור בודאי אינו כהב"י.

והנה הב"י כתב דהטור למד זה מדברי הרא"ש גבי בע"ח ודבריו בודאי אין להם ביאור כיון דלהדיא כ' הרא"ש כיון דזוזי יהיב לכן מטלטלי מקרבי לזוזי טפי, ואף שהזכיר זה הב"י וכתב דמ"מ לא נחלק בין בע"ח לנזקין, אבל אין לזה שום ביאור. דע"כ צריך לומר דגבי בע"ח אין טעם אחר מעיקר הדין אלא כיון שמחוייב ליתן כסף שכן הוא שיטת הרי"ף והרא"ש, ואם היה בזה טעם אחר דמקודם נזקקין למטלטלין לא היה צריך לזה הטעם, והיה כותב הטעם השני דהוי נ"מ לענין נזקין, וכיון דעיקר טעמא משום דצריך ליתן כסף, ואם אין לו כסף צריך ליתן דמקרבא לכסף, וא"כ גבי נזקין דסובר

הרא"ש וכן הטור דאף דיש לו כסף אינו צריך ליתן כסף א"כ אין שום טעם לזה, ודברי הב"י שכתב דכיון דלא אשכחן דפלוג רבנן בינייהו אין להם ביאור כלל, דכיון דעיקר טעמא הוא משום דצריך ליתן כסף א"כ אשכחן ודאי דפליג רבנן בעיקר טעמא ודינא, דבע"ח צריך ליתן כסף, ונזקין אין צריך ליתן כסף, וממילא נ"מ במידי דתליא בדין כסף דהיינו מטלטלין.

ועיקר ראית הש"ך שהוכיח בין בשיטת הרמב"ם בין בשיטת הטור הוא ממה שכתבו דגבי יתמי גובין מהקרקעות, ואם נימא דאם רוצה המזיק ליתן קרקע שומעין לו, ומה דבסתמא גובין ממטלטלין הוא לטובת המזיק דמסתמא לא ניחא לי' שיגבו מתחלה קרקע א"כ אמאי גובין מיתמי ממקרקעי נטעון ליתמי דניחא להו להגבות ממטלטלין וגם אביהם היה נותן מטלטלין, נראה דאינו הוכחה כלל דאפי' אם המזיק יכול ליתן מטלטלין מ"מ יתומים בודאי אינם יכולים ליתן מטלטלים, דכיון דמעיקר דינא מטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי א"כ המטלטלים שירשו כבר אינם שייכים לדין גביית הנזק והקרקע היא משועבדת להניזק. וא"כ כמו גבי לוקח דאמרינן דאי אית ליה זוזי ללוקח מצי מסלק ליה לבע"ח. דמשמע דוקא זוזי אבל אם יש לו מטלטלים אינו יכול לסלק להבע"ח, וכן כ' הרמב"ם בפרק י"ח מה' מלוה הל' ח' אם יש מעות ללוקח יכול לסלקו, וטעמא משום דמעות זהו עצם הפרעון ויש להלוקח רשות לפרוע עיקר החוב שלא יגבו מהנכסים המשועבדין, אבל מטלטלין אינם עצם פרעון אלא דין גביה שמגבה לו נכסים בעד החוב, ואין רשות ללוקח להגבות את הבע"ח מנכסים שאינם שייכים לשעבודו, ואפי' אם יקנה הלוקח מהלוה קרקע ומטלטלין ודאי לא יוכל לסלק להבע"ח בהמטלטלין שקנה שלא יגבה מהקרקע, דכיון דמטלטלין אינם משועבדין וכיון שהם כבר ביד הלוקח אינם שייכים כלל לגביית החוב, וא"כ ה"נ גבי מטלטלי דיתמי כיון דלא משתעבדי הם כבר כמו מטלטלין של היורש עצמו שאינו יכול לסלק בזה להניזק ואף דמצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם אפי' אם לא ירשו אלא מטלטלים זהו רק מצוה אבל לא עיקר שעבוד:

ב) עוד כ' הש"ך וז"ל ועוד נ"ל כן עיקר ממאי דגרסינן בפ"ק דב"ק על פסקא דשוה כסף רמי ליה ריב"ח לר"ה בדר"י תנא שוה כסף מלמד שאין ב"ד נזקקין אלא לנכסים שיש להם אחריות והתניא ישיב לרבות שוה כסף ואפי' סובין הב"ע ביתמי ומייתי לה הרי"ף, אלמא דמעיקרא ס"ד דב"ד נזקקין לקרקע ואין נזקקין למטלטלין ומסיק דנזקקין לגבות ממטלטלין, ואין ספק שמכאן הוציא הרמב"ם את דבריו והיינו שכתב כשב"ד נזקקין כו' כתב לשון נזקקין כלשון הש"ס שהוציא משם דבריו, וכן כתב הה"מ להדיא

וז"ל כשב"ד נזקקין כו' מבואר וכו' [כמו שהבאנו למעלה דברי הה"מ] ודבריו ברורים וליכא למימר דמעיקרא ס"ד דנזקקין לקרקע ואין נזקקין למטלטלין כלל אפי' אם אין לו קרקע וכן משמע לכאורה מפירש"י שכתב אין ב"ד נזקקין ליפרע מן המזיק אא"כ יש לו קרקע, וא"כ כי משני הב"ע ביתמי ס"ל דבדידיה כשיש לו מטלטלין לבד חייב ליתן, אבל אה"נ דאם יש לו מטלטלין וקרקע הברירה ביד המזיק דהיאך נאמר דקס"ד מעיקרא אפי' יהא לו מטלטלין לא יצטרך לשלם לו כלום אם אין לו קרקע, וכי בשביל שלא יהיה לו קרקע יפטר מלשלם, ועוד דא"כ לא שבקת חיי לכל בריה דכל מי שלא יהיה לו קרקע יזיק לבריות מה שירצה ויפטר מלשלם, ועוד דהא לעיל אהא דקאמר דישיב אפי' סובין מיירי בדלית ליה אלא סובין פריך אי דלית ליה פשיטא מהו דתימא אמרינן ליה זיל טרח וזבין ואייתי זוזי קמ"ל, אלמא דאינו עולה על הדעת כלל דכשאין לו רק סובין שלא יצטרך לשלם סובין, אלא ודאי דמעיקרא סבר דב"ד נזקקין לגבות מן הקרקע בע"כ של מזיק דשוה כסף היינו קרקע ומסיק דב"ד נזקקין לגבות מן המטלטלין בע"כ של מזיק דשוה כסף היינו מטלטלין, ודקדקתי היטב בסוגיא זו לפרשה בדרכים אחרים והתבוננתי שא"א לפרשה כי אם כמש"כ אם לא עפ"י דוחק לכן העיקר כמש"כ עכ"ל הש"ך, הבאתי כל דבריו כדי לדון בהם, ואף שהש"ך כתב שדקדק בסוגיא ואין לפרשה באופן אחר מ"מ תורה היא ואין לנו אלא מה שעינינו רואות.

והנה כתב הש"ך דא"א לומר דגמ' הוי סבר דמאי דקתני אין ב"ד נזקקין היינו דאין גובין כלל אם אין לו קרקע דאא"ל כן דאטו אם אין לו קרקע יפטר מלשלם ועוד דלא שבקת חיי לכל בריה, והנה לפנינו דרש"י פי' להדיא כן כמו שהביא הש"ך ומה שכתב הש"ך דלכאורה משמע כן מפירש"י לא ידעתי מה שייך לכתוב לכאורה במקום שרש"י פי' להדיא דאין ב"ד נזקקין ליפרע מן המזיק אא"כ יש לו קרקע, ומה שהקשה דלא שבקת חיי לכל בריה מלבד דלא קשה כ"כ דלא הוי להגמ' למיפרך מסברא דלא שבקת חיי כיון דפריך מברייתא וגם עיקר קושיא דלא שבקת חיי אינו מוכרח דבודאי אסור להזיק ואפי' לגרום היזק אסור, וגם מה דמקשה הש"ך היאך הוי ס"ד דגמ' לא שייך להקשות היאך הוי ס"ד דהא הכי תניא בהדיא אלא דמשני ביתמי, אלא דעוד באופן אחר יש לומר לפירש"י דמפרש להדיא דהוי ס"ד דאין נזקקין לגבות, דלא הוי ס"ד דגמ' כלל דפטור מלשלם אם אין לו קרקע, אלא דהוי ס"ד דאין ב"ד יורדין לנכסי המזיק לגבות מהם אלא אם יש לו קרקע, והיינו דסבר דמה דב"ד גובין ונפרעין מנכסי המזיק הוא משום דין שעבוד והוי סבר דשעבוד אינו חל אלא על הקרקע, וכבר כתב כן הרמב"ן בפ' גט פשוט לחד תי' דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא אין ב"ד יורדין לנכסי החייב אלא כופין אותו

שישלם, אכן בתירוץ ב' תי' דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא נמי יורדין לנכסיו מדין כפיה וא"כ כ"ז למ"ד שעבודא לאו דאורייתא אבל למ"ד שעבודא דאורייתא שפיר אנו יכולין לומר דבלא דין שעבוד אין ב"ד יכולין לירד לנכסי החייב, וכאן דקתני אין ב"ד נזקקין דהיינו דב"ד יורדין מעצמן ונוטלין נכסי המזיק, בזה הוי סבר דאין יורדין אלא לקרקעות ולא למטלטלין, ומה דפריך מברייתא דישיב לרבות שוה כסף אפי' סובין אף דבברייתא לא הוזכר דב"ד נזקקין, יש לומר דהנה זה ע"כ צ"ל דכדהוי סבר דאין ב"ד נזקקין לגבות אלא מן הקרקע והיינו דאי ליכא אלא מטלטלין אין ב"ד נזקקין לא בא למעוטי דאם יש לו כסף אין ב"ד גובין דאי הוי סבר הכי א"כ למה פריך מברייתא דתניא ישיב לרבות שוה כסף ואפי' סובין הו"ל למיפרך מקרא דכתיב כסף ישיב לבעליו וע"כ דזה הוי סבר ודאי דמכסף ב"ד גובין, ואף דרב אשי מפרש הברייתא דקתני שוה כסף מלמד שאין ב"ד נזקקין אלא לנכסים שיש להם אחריות דפריך בגמ' מאי משמע ומשני רב אשי דהכי קאמר שוה כסף ולא כסף והני כולהו כסף נינהו היינו למסקנא דמוקמינן ביתמי אתיין דברי רב אשי כפשטה דדוקא משוה כסף ולא מכסף, אבל לפי ההו"א דהוי סבר דקאי מיניה דידיה אי אפשר לומר דהכי קאמר שוה כסף ולא כסף דמכסף אין גובין דהא קרא כתיב כסף ישיב לבעליו, וע"כ דהוי סבר דהכי קאמר דאין ב"ד נזקקין לירד להנכסים ולעשות שומת ב"ד ולפרוע להניזק דע"ז צריך מעשה ב"ד דהניזק בעצמו אינו יכול לגבות לא מקרקע ולא ממטלטלי בלא מעשה ב"ד, ויכול רק לתפוס למשכון אבל לא לעשות גוביינא חלוטה כדאמרינן אלמנה ששמה לעצמה לא עשתה ולא כלום דאמרינן מאן שם לך, ולכן הוי סבר דמטלטלין אין ב"ד יורדין לעשות שומת ב"ד ולהגבות לניזק. אבל כסף דאין צריך ע"ז שומת ב"ד ויכול הניזק לתפוס בעצמו ולזכות בהם כיון שכבר קצבו ב"ד סכום חובו לזה שפיר גובין ב"ד דהא אין צריך ע"ז שום מעשה ב"ד רק דין כפיה לכוף את החייב שישלם, וכן לסייע להניזק שיוכל להשיג כסף של המזיק ואין בזה גוביינא של ב"ד.

ועכשיו שפיר פריך דאם נאמר דאין ב"ד נזקקין לגבות ממטלטלין צריך לומר ע"כ דמטלטלין אינו עצם פרעון אלא מעשה גביה כמו מקרקע דאם הוא עצם הפרעון כמו כסף ורק דהנ"מ דצריך שומת ב"ד א"כ מה בכך אמאי לא יהיו נזקקין ב"ד לשום ולהגבותם לניזק, וע"ז פריך דמדתניא ישיב לרבות שוה כסף ואפי' סובין והיינו אפי' אם יש לו כסף יכול לפטור א"ע בסובין, ואם כסף היא עצם הפרעון ומטלטלין אין בהם דין פרעון וגם אין ב"ד נזקקין לגבותם סבר הגמ' דאין סברא שיוכל לסלק במטלטלין במקום כסף כיון דאין בהם דין פרעון ולא דין גביה. וע"ז משני ביתמי דאז דוקא שוה

כסף דהיינו קרקע דוקא ולא מטלטלין ולא כסף, אבל מיניה דידיה שפיר נזקקין לגבות, ולכן יוכל גם המזיק לסלק במטלטלין אפי' אם יש לו כסף, אכן לפנינו נבאר יותר דעת הרמב"ם דהוא באמת כדעת הב"י ויתבארו דברי הגמ' דכאן ביתר ביאור.

ומה שהוכיח הש"ך מהא דאמר לעיל כדמוקים הא דישיב לרבות שוה כסף ואפי' בדלית ליה, ופריך אי דלית ליה מאי למימרא אלמא דפשיטא דאם אין לו אלא סובין אינו פטור מלשלם, אינו הוכחה משום דזהו פשוט דדרשא דישיב לרבות שוה כסף ואפי' סובין אינו להוסיף חיוב ולחדש דגובה אפי' ממטלטלין דאם כן לא שייך לומר ואפי' סובין דאטו בשביל דסובין גרע משאר מטלטלין הי' יפה כחו שיהיה פטור מלשלם דיהי' צריך להשמיענו דאפי' סובין, וע"כ דמה דאשמעינן בברייתא דישיב לרבות שוה כסף ואפי' סובין קולא הוא לגבי המזיק שיכול לפרוע בשוה כסף ואפי' בסובין, ולכן פריך שפיר מאי למימרא כיון דלית ליה לא כסף ולא מיטב וע"ז משני שפיר דלא נימא דמצי לומר ליה זיל טרח וזבין ואייתי זוזי, אבל זהו בעיקר דרשא דברייתא דודאי לא באה לחדש חיובים על המזיק אלא להקל על המזיק, אבל הכא בסוגיא דשוה כסף פריך שפיר אהא דקתני דאין ב"ד נזקקין אלא לקרקע דהא תניא ישיב לרבות שוה כסף ואפי' סובין, ואם נימא דאין ב"ד נזקקין למטלטלין דליכא שעבוד עלייהו אמאי יכול המזיק לפטור א"ע בסובין וכמו שכתבנו למעלה.

עכ"פ זהו נתברר דבין אם נפרש הסוגיא כדברי הש"ך בין אם נפרש כמש"כ אין מזו הסוגיא שום הוכחה דב"ד גובין דוקא ממטלטלין, וממילא מכיון שהמ"מ הראה מקור דברי הרמב"ם מפסקא דשוה כסף ע"כ דאינו מפרש בדברי הרמב"ם כהב"י דב"ד יורדין מקודם למטלטלין שלא ברצון המזיק, אלא כהב"ח דהכוונה דכ"ז שיש מטלטלין אין נזקקין לגבות מן הקרקע והיינו להקל על המזיק, וכן מש"כ המ"מ וכן למעלה באותו פרק מחלוקת אמוראים ופסק כר"פ ור"ה בדר"י, פשוט דהוא רק לענין שיכול ליתן סובין:

ג) **עוד** כתב הש"ך וז"ל ומעתה גם מש"כ הב"ח שכך מפורש בדברי הה"מ פ"א מה' חובל דהמעיין שם בדברי הה"מ יראה אדרבה יותר נראה מד' הה"מ כמ"ש, וגם ברפ"א מה' מלוה נראה מד' הה"מ כמ"ש ע"ש, והנה ז"ל הה"מ על מה שכתב הרמב"ם בפ"א מה' חובל הל' א' וז"ל החובל בחבירו חייב לשלם לו ה' דברים וכו' וה' דברים אלו כולן משתלמין מן היפה שבנכסיו כדין כל המזיקין, וכתב ע"ז הה"מ פי' שאם בא להגבותו קרקע נותן לו מן היפה, אבל כשהוא מגבה לו מן המטלטלין אפי' סובין מיטב הוא ולוקחן ואינו טורף קרקע כמו שנתבאר פ"ח מה' נז"מ עכ"ל, ובפשוטו דברי הה"מ כאן מבוארין כדעת הב"ח דתלוי ברצון המזיק, והש"ך כנראה רוצה לפרש דהה"מ בא

כאן רק להודיענו דדין מיטב אינו אלא בקרקע ובמטלטלין ליכא דין מיטב אבל אם כן כונת הה"מ היה להה"מ לכתוב בלשון זה דמה דכתב הרמב"ם מן היפה שבנכסיו היינו אם גובה קרקע ולא אם גובה מטלטלין, ומדכתב הה"מ פי' שאם בא להגבותו וכו' מוכח כדברי הב"ח, איברא דממה שסיים הה"מ בסוף דבריו אבל כשהוא מגבה לו מן המטלטלין אפי' סובין מיטב הוא ולוקחן ואינו טורף קרקע אין ראיה מזה דלא כדברי הב"י לומר דמוכח מכאן דתלוי בדעת המזיק דזה ודאי פשוט דיכול המזיק ליתן מטלטלין ואין הניזק יכול לגבות בע"כ מן הקרקע, ובזה גם הב"י בודאי יודה דזהו עיקר פלוגתא דר"ה ור"פ ור"ה בדר"י דר"ה מוקים ברייתא דישיב לרבות שוה כסף אפי' סובין דוקא בדלית ליה כסף ולא מיטב ור"פ ור"ה בדר"י סברי דיכול ליתן סובין בע"כ של ניזק דכל מילי מיטב ורק מתחלת לשונו של הה"מ שכתב אם בא להגבותו קרקע מוכח כדעת הב"ח וכנ"ל.

אכן מה שכתב הש"ך דברפ"א מה' מלוה נראה מד' הה"מ כמ"ש, בזה לכאורה נכונים דבריו ונביא בזה דברי הה"מ ונבאר אותם, והנה הרמב"ם בפ"א מהל' מלוה הלכה ד' כתב וז"ל כשיתבע המלוה הלואתו אע"פ שהוא עשיר והלוה דחוק וטרוד במזונות אין מרחמין בדין אלא גובין לו חובו עד פרוטה אחרונה מכל מטלטלין שימצאו לו ואם לא הספיקו המטלטלין גובין לו מן הקרקע אחר שמחרימין על מי שיש לו מטלטלין או על מי שידע לו מטלטלין ולא יביאם לב"ד, וכ' ע"ז הה"מ כשיתבע המלוה הלואתו כו' גם זה פשוט והתחלת הגביה במטלטלין מפורש בהרבה מקומות והחרם הוא מתקנת הגאונים ואין בגמ' חרם בדברים אלו מבואר, עכ"ל וכתב ע"ז הלח"מ וז"ל מה שכ' הה"מ דהתחלת הגביה במטלטלין מבואר בהרבה מקומות לא ידעתי היכן הם, והרא"ש כ' בפסקיו בריש ב"ק ולענין פריעת בע"ח וכו' כפינן ליה למיתב מטלטלין וכו', ונראה שזהו כדעת רבינו שכתב אחר שמחרימין מדקאמר שמחרימין משמע דאי מלוה בעי מטלטלין יהיב ליה, אבל מה שמחלק הרא"ש בין נזקין לבע"ח לא משמע דרבינו אית ליה הכי דהא כתב בה' נז"מ פ"ח כשב"ד נזקקין כו' משמע דאית ליה אפי' בנזקין דנזקקין למטלטלין תחלה, וא"כ לא שייך טעמא גבי בע"ח וצ"ע מנין לרבינו ז"ל כן, עכ"ד הלח"מ.

והנה הש"ך משמע דמפרש דברי הה"מ במה שכתב דהתחלת הגביה במטלטלין מפורש בהרבה מקומות היינו מה שמפורש בדין נזקין שנזקקין תחלה למטלטלין, וכאן מוכח דנזקקין תחלה שלא ברצון הלוה דהא כתב הרמב"ם שמחרימין על מי שיש לו מטלטלין ואינו מביאם, אמנם לפי"ז אינו מדוקדק מה שכ' בהרבה מקומות דאפי' לפי ביאור הש"ך בדברי הגמ' דפסקא דשוה כסף אין מקום אלא זה דמהא דר"פ ור"ה בדר"י

דאמרי כל מילי מיטב ודאי אין להוכיח שנזקקין דוקא למטלטלין שלא ברצון המזיק, והנה הלח"מ מפרש בדעת הרמב"ם כדעת הב"י דגם בנזקין סובר דגובין ממטלטלין שלא ברצון המזיק אלא דכתב דלא ידע מקום ראיה לדבריו, והיינו משום דמסוגיא דשוה כסף אין ראיה וכמו שכתבנו וכן בדעת הרא"ש כתב דמחלק בין נזקין לבע"ח ודלא כדברי הב"י והדברים פשוטים, אכן דברי הה"מ צריכים ביאור דכיון שהוכחנו דהה"מ אינו סובר דגובין ממטלטלין שלא ברצון המזיק א"כ מה זה שכתב דהתחלת הגביה במטלטלין מפורש בהרבה מקומות.

אכן אולי אפשר לומר דמה שכתב הה"מ מקודם דהתחלת הגביה במטלטלין מפורש בהרבה מקומות לא קאי על מה שכתב הרמב"ם אח"כ דמחרימין אם יש לו מטלטלין ואינו נותן, אלא דמקודם מפרש דברי הרמב"ם שכתב שמקודם יורדין למטלטלין, וזהו פשוט אפי' אם נימא דאין גובין מטלטלין שלא ברצון המזיק אבל עכ"פ הא כתב הרמב"ם דאין נזקקין תחלה אלא למטלטלין, וע"כ צריך לומר דבסתמא ניחא למזיק טפי שיגבו ממטלטלין ולא מקרקע, וא"כ הכא שב"ד יורדין לנכסי הלוה ע"כ צריך להתחיל במטלטלין, ומה שכ' אח"כ הרמב"ם שמחרימין אם יש לו מטלטלין זהו דין אחר דכל זה שאנו מסתפקין אם הלוה או המזיק יכולים ליתן קרקע היכי שהמלוה או הניזק חפצים במטלטלין, כל זה הוא אם החייב רוצה מדעתו ליתן קרקע, אבל אם ב"ד צריכים לירד לנכסים אפשר לומר דמסברא יורדין ב"ד קודם למטלטלין משום דקרקע צריך הכרזה אפי' היכי שגובין מיניה דידיה רק דביתומים צריך שלשים יום, וא"כ מכיון שיש לו מטלטלין ואפשר לגבותם עכשיו מהיכי תיתי ימתינו לו ב"ד, ולכן מחוייב ליתן מטלטלין שיהי' הגובינא תיכף ולכן מחרימין אם יש לו מטלטלין, ואפשר דמ"מ גם זה אינו מבורר דכיון דעכ"פ אפשר לב"ד לגבות מה שצריך להמתין זמן ההכרזה כדי לברר המקח אינו מוכרח דבשביל זה מחוייב הלוה ליתן מטלטלין, ולכן אפשר דכל זה הוא מתקנת הגאונים, ולא רק החרם הוא מדברי הגאונים אלא עיקר הדין הוא ג"כ מדברי הגאונים, ויש להוכיח דכן הוא כונת הה"מ, דהנה בפ"ב מה' מלוה הל' ב' כתב הרמב"ם דאם הלוה טוען אין לי מחרימין על מי שיש לו ולא יתן לבעל חובו וכתב ע"ז הה"מ זה החרם לא מצאתיו בגמ' מבואר אא"כ סובר הרב ז"ל שזהו מה שאמרו במס' מו"ק פ' ואלו מגלחין מנא לן דמחרימינן וכו' ותהי' הכונה בחרם סתם וצל"ע עכ"ל, וכאן בדברי הרמב"ם א"א לומר דהחרם הוא מדברי הגאונים דהא מסיים הרמב"ם על זה וז"ל כשראו הגאונים הראשונים שעמדו אחר חבור הגמ' שרבו הרמאין ונעלה דלת בפני לוין התקינו שמשביעין את הלוה וכו', וא"כ מוכח דמה שכ' מקודם דמחרימין הוא מד'

הגמרא, איברא דלפרש בדברי הגמ' דמו"ק כדברי הה"מ קשה טובא דבגמ' שם דף ט"ז מוכח להדיא דקאי על מאן דלא ציית לבי דינא ומתפקר בשלוחא דבי דינא דעל זה קאי התם, ועוד דאמר שם ומנ"ל דמחרימינן דכתיב אורו ארור, דאכיל ושתי בהדיה וקאי בד"א דידיה דכתיב יושביה, וא"כ איך אפשר דקאי על חרם סתם שאין אנו יודעין אם הוא חוטא או לא דאיך שייך להחרים מי שאוכל ושותה עמו ודוחק לומר שיחרימו מי שיודע אם יש לו כסף ומ"מ אוכל עמו דכל כי האי הו"ל לגמ' לפרושי אלא פשוט דשם קאי להדיא על מאן דמתפקר בבי דינא, אלא דיש לומר דהרמב"ם למד זה מסברא דכיון דחזינן דמי שאינו משלם מחרימין אותו, א"כ כשאין אנו יודעין יכולים להחרים סתם מספק, ולא שייך כאן לחוש לקללת חכם על תנאי כיון שאין אנו מחרימין לנוכח אלא על כל מי שיש לו ממון ואינו משלם לבעל דינו.

עכ"פ לפי"ז יקשה טובא למה כתב הה"מ בפ"א שדין החרם הוא מתקנת הגאונים ואין בגמרא חרם בדברים אלו מבואר דהא כיון דבפ"ב ג"כ כתב דלא מצא חרם בגמ', ובהכרח מוכרח לומר דזה יצא מהא דמו"ק דהוא חרם סתם א"כ כיון דעפ"י דין מחוייב הלוה ליתן מטלטלין אם יש לו אמאי לא יחרמו סתם אם יש לו, ולכן ע"כ דסובר הה"מ דמעיקר הדין לא מצא בגמ' מבואר שאפשר להחרים ע"ז מכיון דעכ"פ הקרקעות מוכנות לפני ב"ד לגבות מהן, אין לכפות להמזיק ע"י חרם ליתן מטלטלין וכל זה הוא רק מתקנת הגאונים, ובזה יהיו דברי הה"מ מיושבין שפיר וקצת יש להוכיח כדברינו מלשון הרמב"ם פי"ח מה' מלוה הל' א' שכתב וז"ל המלוה את חבירו סתם הרי כל נכסיו אחראין ועראין לחוב זה לפיכך כשיבוא לגבות תובע את בעל חובו תחלה אם מצא עמו נכסין בין מטלטלין בין קרקעות גובה מהן ברצון הלוה עכ"ל ומשמע דתלוי ברצון הלוה מה ליתן לו מטלטלין או קרקע, וקשה דהא בפ"א מבואר דיכול להחרים אם יש לו מטלטלין וע"כ דהוא כדברינו דנ"מ בין היכי שנותן ברצונו ובין היכי שב"ד באין לגבות בע"כ, דאז מחוייב ליתן מטלטלין מטעם אחר דקרקע צריך המתנה לגבותו, אכן אי אפשר לומר דמוכרח כן לפרש בדעת הרמב"ם דלפנינו נבאר בדעת הרמב"ם דלא כדעת הה"מ, ונבאר ג"כ לשון הרמב"ם כאן:

ד) **והנה** כל זה בארתי דברי הרמב"ם לפי הבנת המ"מ, אכן כבר הבאתי למעלה שהנמוק"י בריש פ' המוכר פירות כ' להדיא בדעת הרמב"ם דגובין ממטלטלין שלא ברצון המזיק, ובאמת כן משמע מלשונו כאן דיש חילוק גדול מדברי הטור לדברי הרמב"ם דבדברי הטור מוכח בודאי כפי' הב"ח והסמ"ע ולא כדברי הב"י והש"ך משום שמקור דברי הטור הם דברי הרא"ש וברא"ש מוכח להדיא דדוקא גבי בע"ח גובה תחלה

ממטלטלין מדכתב ולענין בע"ח מוכח דלענין נזקין אינו כן, ומש"כ הש"ך דמשום זה כתב הרא"ש ולענין בע"ח משום דלענין נזקין קאי מקודם בשיטת ר"ת זה אינו נכון דהא כבר כתב קודם ונראה דברי רב אלפס עיקר והאריך בזה וא"כ למה כתב אח"כ ולענין בע"ח וכו' מטעמא דזוזי יהיב, וע"כ דגבי נזקין אינו כן, ומה שכ' הש"ך עוד דכיון דבבע"ח מחוייב ליתן מטלטלין א"כ כ"ש בנזקין דהא נזקין עדיפא דגובה מבינונית, ואף דחזינן לענין מעות דבע"ח צריך ליתן מעות אם יש לו ונזקין נותן מטלטלין היינו משום דגלי קרא ישיב אפי' סובין, ולא גלי גבי בע"ח א"כ מסתבר דבע"ח דיהיב לו זוזי צריך ליפרע לו בזוזי אבל בהא שיגבה מטלטלין בע"כ של החייב אין סברא לחלק בין בע"ח למזיק, עכ"ד ודבריו ג"כ אינם נכונים כלל כמו שכתבתי דהא כל עיקר טעמא של הרא"ש שכתב דצריך ליתן מטלטלין בבע"ח הוא דכיון דצריך ליתן מעות אם יש לו לכן אם אין לו צריך ליתן כל מה דמקרב לזוזי, וא"כ הוא חד טעמא עם מעות, וכיון דבמזיק אין צריך ליתן מעות ה"נ אין צריך ליתן מטלטלין, וכן עיקר לשונו של הטור משמע כן דהוא רק שאין יכולין ב"ד ליפרע מן הקרקע בלא רצונו של המזיק דזה לשונו כשבאין להגבות לניזק נזקו רואין אם יש למזיק מטלטלין אין יורדין לנכסיו למכור קרקעותיו אלא יתן לו מטלטלין ואפי' שיש לו כסף יכול לשלמו בסובין דכל מילי דמטלטלי מיטב הוא, ומוכח מלשונו שכ' אין יורדין לנכסיו למכור קרקעותיו וכן מה שכתב ואפי' שיש לו כסף יכול לשלמו בסובין דכל מילי דמטלטלי מיטב הוא מוכח דהוא הכל חדא רבותא דיכול לפטור א"ע בסובין בין לגבי כסף בין לגבי קרקע מיטב, דהא טעמא דכל מילי מיטב הוא אינו מועיל לגבי זה שאינו צריך ליתן לו כסף אלא זה הוא מרבויא דקרא דישיב, ולא הי' להטור ליתן טעם זה להא דאינו צריך ליתן כסף ובע"כ דהטור כולל כל זה בטעם אחד משום דמטלטלין הוי מיטב ע"כ אין צריך ליתן לו לא כסף ולא מיטב משום דמיטב דינו כמו כסף כדאמר ר"ה או כסף או מיטב אלא דר"ה סבר דסובין דוקא בדלית ליה כסף ומיטב ואנן קיי"ל דכל מילי מיטב ונמצא דקרא דמרבה מישיב ואפי' סובין היינו דסובין ג"כ כמו מיטב דכל מילי מיטב, עכ"פ מכל האמור מבורר דכל דברי הטור הוא רק דב"ד גובין ממטלטלי של המזיק ואין יורדין לקרקעות כ"ז שיש מטלטלין משום שהמזיק יכול ליתן מטלטלין ואינו מחוייב ליתן עידית מקרקע, ודוקא גבי בע"ח פסק כן בסי' ק"א משום טעמו של הרא"ש וכנ"ל.

אבל בלשון הרמב"ם יש לדייק כדעת הנמוק"י דהרמב"ם לא כתב אין יורדין לנכסיו למכור קרקעותיו, אלא כתב גובין מן המטלטלים תחלה ומשמע בהחלט בכל אופן ואינו תלוי ברצון המזיק ורק דאם לא הי' לו מטלטלים גובין מן הקרקע, וגם ממה שכתב

אח"כ וכל זמן שימצאו מטלטלין ואפי' סובין אין נזקקין לקרקע והוא קצת כפל לשון ומה שרצה להשמיענו אפי' סובין הי' יכול להשמיענו ביחד והי' יכול להתחיל מסיפא ולכתוב הכל ביחד, ולכן מוכח דבאמת השמיענו הרמב"ם כאן שני ענינים מתחלה כתב דין איך שב"ד נזקקין לגבות ושסדר הגביה הוא תחלה במטלטלין וזה משמע שהוא לטובת הניזק בשביל שמטלטלין יותר טוב מקרקע, דהא כתב הרי"ף בתשובה דמטלטלין לגבי קרקע הוי כמו כסף, ואח"כ כתב דכ"ז שימצא מטלטלין ואפי' סובין אין נזקקין לקרקע זהו לטובת המזיק דאין יורדין לקרקעותיו כל זמן שיש מטלטלין אפי' סובין.

אך לפי מה שבררנו למעלה דברי הה"מ דאין לומר דמפסקא דשוה כסף יש מקור לומר דמתחלה גובין ממטלטלין וכן אין מקור מסוגיא דמימרא דרב הונא דאמר או כסף או מיטב, א"כ באמת צריך ביאור מנין להרמב"ם דמתחלה נזקקין לגבות מטלטלין אפי' שלא ברצון המזיק:

ה) **אכן** באמת נראה דהרמב"ם אינו סובר כלל כדעת הרי"ף והרא"ש דבע"ח אם יש לו מעות צריך ליתן מעות אפי' אם רוצה ליתן מטלטלין, אף שהפוסקים לא הביאו שיטתו, דהנה הרמב"ם בפי"א מה' מלוה הל' ז' כתב לוה שאין לו מטלטלין ויש לו קרקע אם נודע לב"ד שתולה מעותיו ביד אחרים כופין אותו למכור וליתן לבעל חובו ואם לא נדע להם דבר זה מחרימין על מי שידע לו מטלטלין ולא יביאם ואח"כ יורדין לבינונית שבנכסיו ומגבין לבעל חובו כמו שיתבאר עכ"ל, ומקור הדברים הוא גמ' דכתובות דף פ"ו דאיתא שם א"ל ר"פ לרב חמא ודאי דאמריתו משמי' דרבא האי מאן דמסקי ביה זוזי ואית ליה ארעא ואתא בע"ח וקא תבע מיניה וא"ל זיל שקול מארעא אמרינן ליה זיל זבין את ואייתי הב ליה א"ל לא, א"ל אימא לי גופא דעובדא היכי הוי א"ל תולה מעותיו בנכרי הוי הוא עשה שלא כהוגן לפיכך עשו בו שלא כהוגן, ומפרש הרמב"ם דכיון דהוזכר בגמ' דאית ליה ארעא היינו לאפוקי דאית ליה מטלטלין ומוכח דאם יש לו מטלטלין לא כפינן ליה ליתן זוזי, ואף דיש לומר דזה דוקא לענין לכפותו למכור נכסיו וליתן מעות בזה לא כפינן אם יש לו מטלטלין אבל באמת לא מסתבר חילוק זה דממ"נ אם לענין זה שמחוייב ליתן מעות דינו שוה בין יש לו מטלטלין בין יש לו קרקע, א"כ מהיכי תיתי יהי' חילוק לענין תולה מעותיו בעכו"ם, ועוד דבאמת לא הוזכר בשום מקום ברמב"ם דין זה שמחוייב ליתן מעות ואינו יכול לסלק בנכסים אחרים וזהו כאן המקום האחד שכתב הרמב"ם הדין שמחוייב ליתן מעות, וכאן התנה דוקא אם אין לו מטלטלין אולם הרי"ף בפ' המוכר פירות כתב להדיא דאפי' במקום מטלטלין צריך ליתן מעות, וזה תלוי

בהגרסות שם בפ' המוכר פירות אי גרסינן אית ליה זוזי או אי איתנהו להני זוזי וכמו שכתבו שם בתוס' והטור בסי' ק"א וכן המחבר בשו"ע לא כתבו כלל תנאי זה אם אין לו מטלטלין והיינו משום דסוברים כדעת הרי"ף והרא"ש דאפי' במקום מטלטלין אם יש לו מעות צריך ליתן מעות.

אכן יש לבאר דעת הרמב"ם ומקור הדברים ולכאורה פשוט דהוא מדקתני ואית ליה ארעא ומוכח דלגבי מטלטלין לא כייפינן ליה להביא מעות וממילא מוכח עיקר הדין דאינו מחוייב כלל ליתן מעות אם נותן מטלטלין, ובאמת צריך לבאר עיקר הטעם אפי' אם יהי' לנו מקור מדברי הגמ' דבשלמא לדעת הרי"ף והרא"ש דאם יש לו מעות צריך ליתן מעות, מבורר משום דזוזי שקיל צריך ליתן מעות, אבל הרמב"ם ע"כ לית ליה הך סברא וא"כ מאיזה סברא צריך ליתן מעות או מטלטלין, אך באמת הדבר פשוט דהרמב"ם סובר דמטלטלין הם כמו מעות ממש כיון דקל למוכרן דאי לא מזדבן הכא מזדבן במתא אחריתא, ומקורו ברור מדברי הרי"ף בתשובה הובא בב"י סי' ק"א שפסק דאם יש ללוה מטלטלי ומקרקעי שיש מן הדין להגבותו מטלטלי ולא קרקע שמטלטלין ממון הן ובמקום זוזי קיימי דאינון מקריין כסף ממש והקרקעות נקראין שוה כסף, ומקור דברי הרי"ף כתב הגר"א ז"ל בביאורו בחו"מ סי' ק"א דהוא מדברי הגמ' ב"ק דף י"ד ע"ב גבי הא דתניא שוה כסף מלמד שאין ב"ד נזקקין אלא לנכסים שיש להם אחריות, ומסיק שם רב אשי דהכי קאמר שוה כסף ולא כסף והוי כולהו כסף נינהו, אך לכאורה קשה דהא הרי"ף בעצמו כתב בפ' המוכר פירות דאם יש לו מעות אפי' אם יש לו מטלטלין מחויב ליתן מעות, וצריך לומר דדעת הרי"ף דאף דמטלטלין הם באמת כמו כסף מ"מ גבי לוה כיון דזוזי שקיל אם יש לו מעות צריך ליתן דאף שהן כמו כסף ממש כל זה הוא לענין שאינו יכול לסלק לו בקרקע במקום מטלטלין אבל אם יש לו מעות צריך ליתן לו דעכ"פ מטלטלין אינם חשובין כמו הכסף שהלוה לו.

ובאמת מה שכתב הרי"ף דמטלטלין הם כמו כסף ממש והוא מד' הגמ' דאמר שוה כסף ולא כסף והני כולהו כסף נינהו אין לפרש כפשוטו דמטלטלין לא מיקרו כלל שוה כסף דהא תניא ישיב לרבות שוה כסף ואפי' סובין, ועוד איתא בקידושין דף ז' ע"ב גבי ההוא דאקדיש בשיראי שוה כסף הרי הוא ככסף, מה כסף דקיץ אף שוה כסף דקיץ, וע"כ דהוא רק לענין זה דלגבי גובייא כנגד קרקע מיקרו מטלטלין כסף משום דקל למוכרו ולקבל כסף, וכמו שפירש"י שם דמצי לאמטויינהו ממתא למתא ומזדבני, אף דהי' אפשר לפרש דברי הגמ' באופן אחר דכיון דתנן שוה כסף ולא כסף היינו דלמסקנא דמוקמינן ביתמי מכסף אין גובין וממילא מטלטלין נמי לענין זה כסף נינהו דאינם משועבדים,

אכן לא יתכן זה לפי ההו"א דמיירי מיניה דפריך מברייתא דישיב וע"כ דהוי סבר דמכסף גובין וכמו שכתבתי, ומלבד זה לשון הגמ' והני כולהו כסף נינהו משמע יותר כפירש"י דהוא למעליותא דיש להם חשיבות כסף, ואפשר דהוא באמת אחר שכבר ידענו הדרשא דישיב לרבות שוה כסף ואפי' סובין דריבתה התורה דאפשר ליתן מטלטלין אפי' יש לו כסף לדידן דלא ס"ל כרב הונא א"כ ריבתה התורה דמטלטלין חשוב כמו כסף, וזהו דאמר הגמ' דעכשיו להלכה לא מיקרו שוה כסף בלשון המשנה דהוו כמו כסף ממש ודווקא קרקע הוי שוה כסף דאין לה חשיבות כמו כסף ממש ואם יש לו כסף אינו יכול לסלק בקרקע, אבל כל זה לענין נזקין אבל לענין בע"ח סובר הרי"ף דאם יש לו כסף אינו יכול לסלק אפי' במטלטלין אף דלענין נזקין חשוב כמו כסף מ"מ הא הלוהו מעות היוצאים בהוצאה שאינו צריך אפי' טרחא של מכירה.

אבל הרמב"ם אינו סובר כן, אלא דגם לענין בע"ח כיון דאמר בגמ' דמטלטלין הוי כמו כסף ממש א"כ שפיר יכול לסלק בהם אפי' יש לו כסף אף דודאי אינם אלא שוה כסף מ"מ לענין גובייגא חשיבי כמו כסף ממש, ולכן אמר בהא דתולה מעותיו בעכו"ם דאית ליה זוזי ואית ליה ארעא דהיינו שאין לו אלא קרקע, אבל אם יש לו מטלטלין יכול לסלק בהם במקום כסף, [ולהרי"ף והרא"ש צ"ל דהא דאמר ואית ליה ארעא הוא לאו דווקא], וממילא מבואר דהך דינא דאם יש לו מטלטלין וקרקע דצריך ליתן מטלטלין הוא מבואר עוד ביותר לדעת הרמב"ם כיון דסובר דמטלטלין לענין גובייגא הוי כמו כסף ממש, וכיון דמוכח מהא דתולה מעותיו בעכו"ם דאם יש לו כסף וקרקע כופין אותו ליתן כסף א"כ ה"ה מטלטלין וקרקע כיון דמטלטלין הוי כמו כסף.

ועכשיו מבואר דבדעת הרמב"ם נוכל שפיר לומר כדברי הש"ך דמבע"ח נלמוד לענין נזקין שגובין ממטלטלין תחלה שלא ברצון המזיק דעל הש"ך השגנו משום דהוא כתב זה לדעת הטור והרא"ש דכל היסוד מה דצריך ליתן מטלטלין גבי בע"ח, הוא משום דכיון דצריך ליתן מעות אם יש לו משום דזוזי יהיב, ולכן מטלטלין דמקרב לזוזי צריך ג"כ ליתן קודם, ולכן השגנו שפיר דממילא אין ללמוד מבע"ח לענין נזקין כיון דבנזקין אפי' יש לו מעות אינו צריך המזיק ליתן, א"כ ממילא אין לנו מקור דצריך ליתן מטלטלין אבל לדעת הרמב"ם לא נאמר כלל דמה דצריך ליתן מטלטלין גבי בע"ח הוא משום דזוזי יהיב אף שהי' אפשר לומר כן ואין סתירה לזה מה דהרמב"ם חולק על הרי"ף לענין מטלטלין לגבי כסף דיכול ליתן מטלטלין אף דזוזי יהיב דזה לא היה קשה דיש לומר דסובר הרמב"ם דכיון דאמרינן דמטלטלין הוי כמו כסף לענין גובייגא לא מהני גם סברא דזוזי יהיב ויכול לסלק במטלטלין, אלא דאף דאין סתירה מ"מ ברוחא אפשר לומר דהרמב"ם אינו סובר

כלל סברת הרא"ש, ומה דאמרינן בהא דתולה מעותיו בעכו"ם דאם יש לו כסף אינו יכול ליתן קרקע היינו משום דמעות הם עיקר הפרעון וקרקע הוא רק גדר גוביינא, ולכן כשיש לו כסף אין ב"ד נזקקין ליקח קרקע וגם המלוה אינו מחוייב ליקח קרקע בשומא כיון שיש להלוה לשלם מעות, וכן משמע לשון הר"ח בב"ב פ' המוכר פירות הובא ברשב"ם שכתב דשמעינן מינה דהיכי דאית ליה מעות ללוה לא יוכל לדחויי למלוה לאפרועי משאר נכסים דבעי שומא אלא זוזי הוא דפרע ליה ולא דמי למאן דלית ליה זוזי דשיימי ליה בי דינא מנכסי עכ"ל, וכן כתב בב"ק בסוגיא דאו כסף או מיטב ולפנינו נבאר כל דבריו שם, וממילא שפיר דהך סברא הוי בין לענין בע"ח בין לענין נזקין דכ"ז דיכול לשלם במעות אינו יכול להגבות קרקע, ויש על זה לדין לנזקין במכ"ש מבע"ח כיון דאלים לענין מיטב כמו שכ' הש"ך, וזהו באמת מה דאמר הגמ' שוה כסף ולא כסף והני כולהו כסף נינהו, וכמו שכתבנו דמקרא דישיב דאיתרבי דאפשר ליתן סובין אפי' אם יש כסף מוכח דמטלטלין הוי כמו כסף, משום דאי לא הוי כמו כסף לא הי' יכול לפטור את עצמו במטלטלין כמו שאינו יכול לפטור את עצמו בקרקע, משום דדין בע"ח ודין נזקין שוה ואין חילוק כלל.

ולפי"ז מבואר דהרמב"ם שכלל כאן שני הדינים א' דגובין ממטלטלין תחלה אפי' שלא ברצון המזיק, וב' דאין יורדין לקרקע אפי' אם הניזק רוצה כ"ז שיש מטלטלין, למד עיקר דין ראשון מהמבואר גבי בע"ח כסף וקרקע גובין מכסף, ובצירוף מהמבואר כאן בפסקא דשוה כסף דמטלטלין דינם כמו כסף, לכן אם יש מטלטלין וקרקע גובין תחלה ממטלטלין, ובארנו עוד דזה בעצמו הטעם דאמר בגמ' דמטלטלין הם כמו כסף משום דכסף וקרקע צריך ליתן כסף, וכסף ומטלטלין נתרבה מקרא דישיב דיכול ליתן מטלטלין וממילא מוכח כאן גופא דנזקין כמו בע"ח לכל מילי, ודין הב' הוא מבואר להדיא בפסקא דשוה כסף דהוי ס"ד דאין נזקקין אלא לקרקע וממילא הוי סבר דאינו יכול לפטור את עצמו בסובין לגבי קרקע, וע"ז הקשה לו מדתניא ישיב לרבות שוה כסף ואפי' סובין ואוקמא ביתמי אבל מיניה דידיה פוטר א"ע בסובין וא"צ ליתן לו כסף ולא קרקע, וכן מהא דאמר ר"פ ור"ה בדר"י כל מילי מיטב.

והנה לפי"ז לא הייתי צריך כלל להסב דעת המ"מ שמפרש דברי הרמב"ם דוקא על אופן הב' כשיטת הטור דאין יורדין לקרקע המזיק שלא ברצונו שהוכחתי שיטתו ממה שכותב מקור דברי הרמב"ם מפסקא דשוה כסף, ובארתי דמפסקא דשוה כסף אין להוכיח רק אופן הב' ולא אופן הא', אבל לפי מה שכתבנו איברא דמסוף הסוגיא לא מוכח אלא אופן הב', אבל מתחלת הסוגיא הא מוכח גם אופן הא', אולם באמת המעיין דברי המ"מ

יראה שלא כיון אלא לאופן הב' דלא נחת כלל לחלק בכונת הרמב"ם לשני ענינים וכתב מקור לדברי הרמב"ם ממחלוקת האמוראים ופסק רבינו כר"פ וזהו רק על אופן הב' ולא על אופן הא' ולכן דברי נכונים דהמ"מ לא נחת לזה ופי' דברי הרמב"ם רק כדעת הטור אבל יותר נוטים דברי הרמב"ם כמו שמפרש הנמוק"י וכמו שבארנו.

ולפי"מ שבארנו מה שכתב הרמב"ם בפי"ח מה' מלוה אם מצא עמו בין מטלטלין בין קרקעות גובה מהן ברצון הלוה אין כונתו שביד הלוה ליתן קרקע אף שיש לו מטלטלין אלא דכונתו דמה שימצא אצלו בין שימצא מטלטלין בין שלא ימצא מטלטלין אלא קרקע גובה ברצון הלוה ואם הלוה לא נתן מדעתו מגבין אותו ב"ד, וסמך הרמב"ם על מה שכבר באר בפ"א ובפ"ב מה' מלוה והוא פשוט.

עכשיו נבוא לבאר דברי הר"ח בב"ק דף ט' שהבאתי למעלה שדבריו צריכין ביאור, והנה זה לשון הר"ח רב הונא אמר כל מילי מיטב הוא לאו דוקא, אלא או כסף או מיטב ואותיב עליה ר"נ ישיב לרבות שוה כסף ופריק ליה הב"ע בדלית ליה ואמר ליה רב נחמן בדלית ליה פשיטא דאמרי אינשי ממארי רשותך פארי אפרע ואמר ליה ר"ה מהו דתימא אמרינן ליה זיל טרח וזבין ואייתי ליה קמ"ל דלא, מהא שמעינן דלא מסלקינן לבע"ח בארעא בשומא אלא היכי דקים לן דלית ליה ללוה מעות למיפרעי אבל אי אית ליה מעות מחייבינן ליה למיפרעי או לזבוני הוא ולאתויי לו מעותיו יש מי שאומר הני מילי בנזקין דכתיב בהו מיטב והאי דגרסינן בפרק הכותב אמר ליה ר"פ לרב חמא ודאי אמריתו משמיה דרבא האי מאן דמסיק זוזי בחברי' ואמר ליה שקיל מן ארעתא אמרינן ליה זיל זבין ואייתי ליה ואמר ליה לא, התם נמי בדקים לן ביה דלית ליה זוזי, וכבר פירשנו בפ' המוכר פירות פי' יפה ומבואר עכ"ל הר"ח ז"ל.

ודברי הר"ח צריכים ביאור דהנה רש"י פי' על הב"ע בדלית ליה דהיינו דלית ליה לא כסף ולא קרקע ובפשוטו פירש"י מוכרח דהא רב הונא אמר או כסף או מיטב משמע דשניהם שוים וע"ז פריך מהא דתניא ישיב לרבות שוה כסף ואפי' סובין וע"ז משני בדלית ליה א"כ צריך לומר דאין לו לא כסף ולא קרקע, וא"כ מנלן להר"ח ז"ל להוכיח מסוגיא זו דלא מסלקינן לבע"ח בארעא היכי דאית ליה זוזי, וכבר תמה בזה בגדו"ת ומה שכתב הש"ך דהר"ח מפרש או כסף אם

הלכה יג

אין הנזקין משתלמין ואין חייבין בכופר ואין הבהמה נהרגת אלא בראיה ברורה ובעדים הכשרים להעיד, שלא תאמר הואיל ואין מצוין באורוות הסוסים וברפת הבקר ובגדרות צאן אלא העבדים וכו'.

השגת הראב"ד: א"א לא בא למעט אלא עדים פסולים אבל ע"פ עצמו חייב בנזק וכופר אלא שאינו נהרג ע"פ עצמו עכ"ל.

מה שכתב הראב"ד דכופר משלם עפ"י עצמו כתב כן הרמב"ם להדיא בפ"ה מה' סנהדרין הל' י"ד וז"ל ולא כל המשלם עפ"י עצמו גובין ממנו דייני חו"ל שהרי הפגם והבושת והכופר משלם אדם עפ"י עצמו כגון שאמר פתיתי בתו של פלוני והמית שורי את פלוני ואין גובין אותו דייני חו"ל, והנה בדף מ"ג אמר רבה שור שהמית את בן חורין שלא בכונה פטור מכופר שנאמר השור יסקל וגם בעליו יומת אם כופר יושת עליו כ"ז שהשור בסקילה הבעלים משלמים כופר אין השור בסקילה אין הבעלים משלמים כופר, איתביה אביי המית שורי את פלוני או שורו של פלוני ה"ז משלם ע"פ עצמו מאי לאו כופר לא דמים, ואח"כ איתא בגמ' דכי אתא רב דימי אמר ר' יוחנן כופר מה ת"ל אם כופר לרבות כופר שלא בכונה ככופר בכונה והרמב"ם פסק בפ"י הל' ט' כר' יוחנן דבשלא בכונה חייב כופר, ולפי"ז לכאורה פשוט נמי דמשלם כופר ע"פ עצמו, ועוד הוא לכאורה גמ' מפורשת בדף מ"א ע"ב במה דאמר ר"א נקי מחצי כופר ואמר לו ר"ע הביאהו לב"ד וישלם לך, וע"ז אמר לו ר"א אין דיני אלא כשהמית את האדם עפ"י ע"א או עפ"י בעלים, אכן נבאר בזה דאינו פשוט וצריכים אנו לביאור הענין בין בעפ"י עצמו בין עפ"י ע"א.

ומקודם נבאר דמה דאמר ר"א כשהמית עפ"י ע"א ומוכח דבמועד משלם כופר עפ"י ע"א אין דעת הרמב"ם להלכה כן דהא כתב להדיא בהלכה שלפנינו דצריך עדים כשרים ומוכח דצריך שני עדים, ואף דעפ"י עצמו לא נתמעט במה שכתב עדים כשרים היינו משום דהודאת בע"ד כמאה עדים ורק מקנס נתמעט עפ"י עצמו וסמך על מה שכתב בה' טוען דבממון אדם נאמן עפ"י עצמו וכן בכופר כיון דאינו קנס אבל עד אחד בודאי נתמעט מדבריו, ועוד דבאמת צריך ביאור למה יתחייב במועד עפ"י ע"א, וכתב הרשב"א וכן הראב"ד בש"מ דהוא משום דכיון דכופרה כפרה ומצינו דכשאמר לו ע"א אכלת חלב אם אינו מכחיש חייב חטאת ולכן ה"נ חייב בכופר, ומדברי הרמב"ם בה' סנהדרין שהבאנו מוכח דסובר דכופר לא דמי לקרבן דאי דמי לחיוב קרבן א"כ לא שייך כלל להצריך ב"ד מומחין דאטו לחייבו חטאת צריך ב"ד, ודאי אין זה אלא הוראה ואפי' יחיד יכול להורות, וכיון דכתב הרמב"ם דצריך ב"ד מומחין מוכח דסובר דלא דמי לכפרה דקרבן והוי הוצאת ממון דצריך ב"ד מומחין היכי דלא עבדינן שליחותייהו וממילא ודאי דלא מהני ע"א.

איברא דהתוס' בקדושין דף ס"ו כתבו דהא דאמר לו ע"א אכלת חלב והוא שותק דחייב היינו משום דשתיקה כהודאה, כדאמר בריש האשה רבה וא"כ אין ראיה דהרמב"ם

אינו פוסק כר"א דאי משום שתיקה כהודאה, זהו גדר עפ"י עצמו אבל הרשב"א שם כתב דאפי' אמר איני יודע חייב ודוקא היכי דמכחיש פטור, ומה דאמר בהאשה רבה דילמא משום דשתיקה כהודאה דחוייא בעלמא, וכן מוכח מדברי הרמב"ם דבכל הני דמייתי שם בגמ' כתב דאם הכחיש אינו נאמן ומשמע דאם אמר איני יודע נאמן, ואינו משום שתיקה כהודאה וכמש"כ הרשב"א, וממילא מוכח דהרמב"ם סובר דבכופר לא מהני ע"א.

והנה הרשב"א כתב דאין לומר דר"א סבר נמי הא דאין השור בסקילה אין הבעלים משלמים כופר ורק דאתרבי מאם כופר דלא נראה לו לומר דעפ"י ע"א ועפ"י עצמו נמי אתרבי מאם כופר, דא"כ הו"ל לר' יוחנן לאשמעינן רבותא טפי דנגח שלא בכונה עפ"י ע"א ועפ"י עצמו חייב כופר, ודברי הרשב"א אינם מובנים דמאי רבותא אם אין השור בסקילה משום ב' טעמים או משום טעם א', ומה שייך לחלק בשלא בכונה כיון דאין בזה גדר חיוב סקילה בין שהוא עפ"י עדים או עפ"י עצמו, ואפי' אם נימא כמו שאכתוב לקמן דאין כונת הרשב"א להרכיב שניהם ביחד אלא שהי' לר' יוחנן להשמיענו שני הענינים, היינו גם שלא בכונה וגם ע"פ ע"א או ע"פ עצמו, צריך ביאור מאי עדיפותא ורבותא בע"פ ע"א או ע"פ עצמו יותר משלא בכונה כיון שזה וזה אין השור בסקילה ואם היינו אומרים דשייך לפטור בכופר עפ"י ע"א או עפ"י עצמו לא מטעם שאין השור בסקילה אלא בדרך למוד דגדר חיוב כופר הוא כמו גדר חיוב סקילה, ומשום זה אינו חייב בכופר עפ"י עצמו ועפ"י עד אחד משום דבאופן זה אינו חייב סקילה היו מיושבין דברי הרשב"א דשייך בזה רבותא להשמיענו דאפי' הי' העדות באופן שאינו מחייב סקילה מ"מ חייב כופר, ובשלא בכונה יש ג"כ רבותא כמו שאכתוב אח"כ אבל באמת זה א"א ולא אשכחן כלל למוד זה בגמ' דא"כ הי' צריך להצריך ב"ד של כ"ג לחייב כופר כמו דצריך לחייבו סקילה, וע"כ דלא ילפינן רק זה הדין דאם אין השור בסקילה אין הבעלים משלמים כופר וכיון דאתרבי שלא בכונה דחייב כופר מאי עדיפותא אם הוא עפ"י עצמו.

והנראה דסובר הרשב"א דבאמת אף דאתרבי כופר שלא בכונה מאם כופר מ"מ לא בטלה דרשת רבה מהשור יסקל וגם בעליו יומת דכל זמן שהשור בסקילה הבעלים משלמים כופר וכן דעת הרמב"ם בפ"י הל' ג' דאם ברח השור אין משלם כופר שאין הבעלים חייבים בכופר עד שיסקל השור, ומוכח דאף דדרשינן מאם כופר לרבות כופר שלא בכונה היינו היכי דליכא חיוב סקילה אבל היכי דאיכא חיוב סקילה דרשינן השור יסקל וגם בעליו יומת וזהו דסובר הרשב"א דעפ"י ע"א או עפ"י עצמו אין ללמוד מכופר שלא בכונה דאם נגח שלא בכונה ליכא כלל גדר חיוב סקילה, אבל עפ"י עצמו דעיקר

הנגיחה הי' באופן שיש בה חיוב סקילה ורק דליכא עדים א"כ גם ברח לפני גמ"ד ליכא גמ"ד, ואף דודאי יש לחלק מגמ"ד לעדים דאי ליכא עדים ליכא כלל גדר חיוב סקילה מ"מ יש לחלק משלא בכונה לעפ"י עצמו דבשלמא אי לא דרשינן כלל הא דהשור יסקל דליבעי השור בסקילה אז בכל אופן חייב, אבל אנן דרשינן ורק דנתרבה מאם כופר היכי דליכא חיוב סקילה א"כ אפשר דדוקא שלא בכונה אבל בכונה וליכא עדים אינו חייב כופר, ולפי"ז נראה דדברי הרשב"א אינם מדוייקים במה שכתב וז"ל שאם אתה אומר כן הו"ל לפרושי ולמימר לרבות שלא בכונה ועפ"י ע"א ולומר שאפי' אין שם אלא ע"א ומעיד שנכוין להרוג את הבהמה והרג את האדם יהא משלם את הכופר וזה הי' רבותא טפי ולפי"מ שכתבתי אין כלל רבותא אי ליכא עדים על מה שהרג בלא מתכוין, ונראה דזה הוסיף איזה מעתיק לפרש כונתו לצרף עפ"י ע"א עם בלא מתכוין, ועיקר כונת דבריו דהו"ל להשמיענו גם עפ"י ע"א ועפ"י עצמו, אלא שפירש דהו"ל להשמיענו שניהם דאי הוי אמר רק עפ"י ע"א במתכוין הו"א דשלא בכונה כיון דליכא כלל דרא דחיוב סקילה זה נתמעט יותר מאין השור בסקילה, ולכן כתב הרשב"א דהי' צריך להשמיענו שניהם ומכיון דלא אמר אלא כופר שלא בכונה, ע"כ דעפ"י ע"א ועפ"י עצמו לא נתרבה מאם כופר, עכ"פ אנו רואין בדעת הרשב"א דסובר להדיא דעפ"י ע"א ועפ"י עצמו לא אתרבי מאם כופר ודלא כדעת הרמב"ם והראב"ד.

אכן בדעת הרמב"ם נראה דמה דכתב שאין הבעלים חייבים בכופר עד שיסקל השור אינו ממש דינא דרבה דכל זמן שאין השור בסקילה אין הבעלים משלמים כופר, דהנה בגמ' בדף מ"ב בהא דאמר ר"ע נקי מדמי עבד דפריך ע"ז בגמ' הביאהו לב"ד וישלם לך ומוקים מעיקרא בשקדם ושחטו, וכתב ע"ז הרא"ה בש"מ וז"ל למימרא דאע"ג דקיי"ל אין גומרין דינו של שור שלא בפניו הני מילי בשור אבל דבעלים גמרי עכ"ל, ומוכח דבשחטו במועד חייב כופר דדוקא בתם מסיק דכיון דמעיקרא ליכא חיוב כופר לא נתחייב כשקדם ושחטו כדפירש"י, אבל במועד אף דיש על השור דין חיוב סקילה מ"מ כשקדם ושחטו קודם גמ"ד חייב כופר, וזהו לכאורה דלא כדעת הרמב"ם ונצטרך לומר דסוגיא זו אזלא אי לא ס"ל כלל כרבה דהא כתב הרשב"א דר"א ע"כ לית לי' דרבה ולכן אפשר דכולי סוגיא אזלא דלא כרבה ולרבה ע"כ א"א לאוקמי בשקדם ושחטו בלא טעמא דאמר בגמ' אבל זהו דוחק, ולכן אף דלדעת הרשב"א דסובר דעפ"י עצמו לא נתרבה מאם כופר א"כ כשקדם ושחטו דחסר רק גמ"ד ודאי לא נתרבה מאם כופר, וע"כ נצטרך לומר דסוגיא זו הוא אליבא דר"א דלא סבר כלל הא דאין השור בסקילה אין הבעלים משלמים כופר ובעי לאוקמי גם הא דר"ע הכי, אבל לדעת הרמב"ם נוכל לומר דסובר דבאמת

מאם כופר נתרבה דבכל גווני דאין השור בסקילה הבעלים משלמים כופר ונקט שלא בכונה לרבותא אע"ג דליכא כלל דררא דחיוב סקילה וכש"כ עפ"י עצמו דליכא עדים או בשקדם ושחטו דליכא גמ"ד, ומה שכתב הרמב"ם דאם ברח השור אין הבעלים משלמים כופר היינו דכ"ז שהשור בעולם וצריך לקיים בו השור יסקל אין הבעלים משלמים כופר, אבל אם כבר אין השור בעולם וליכא לקיומי ביה מצות השור יסקל לא אמרינן כלל דאין השור בסקילה אין הבעלים משלמים כופר, ומשום זה דייק הרמב"ם לכתוב דאין הבעלים חייבין בכופר עד שיסקל השור, והיינו בשור דאפשר שיקויים בו דין השור יסקל ובזה הוא דנדרוש קרא דהשור יסקל וגם בעליו יומת אם כופר יושת עליו, ועכ"פ לגבי עיקר דינא דרבה דאם אין השור בסקילה אין הבעלים משלמים כופר בזה לית לן דרבה בכל אופן, דבכל גווני שאין השור בסקילה אתרבי מאם כופר ודלא כדעת הרשב"א, ומשום זה פסק שפיר הרמב"ם דמשלם כופר עפ"י עצמו.

והנה באמת הרמב"ם לשיטתו מוכרח לסבור דלא כהרשב"א דהא איכא משנה מפורשת דהמית שורי את פלוני ה"ז משלם עפ"י עצמו ומותיב מזה אביי לרבה ומשני דהכונה על דמים וזהו לרבה דסבר יש דמים לבן חורין, אבל הרמב"ם דסובר בפ"י הל' י"ד דאין דמים לבן חורין, א"כ ע"כ מתניתין בכופר וחייב כופר עפ"י עצמו, והרשב"א יסבור כשיטת הראב"ד שם דיש דמים לבן חורין, והראב"ד דסובר כאן כהרמב"ם ע"כ סובר כן מסברא דלא כהרשב"א אבל הרמב"ם משנתו ברורה ממתניתין דכתובות.

והנה ר"ע דאמר הביאהו לב"ד וישלם לך ולא ניחא ליה לאוקמי כשאין השור בסקילה כתבו התוס' והרשב"א דסבר דאם אין השור בסקילה אין הבעלים משלמים כופר וקשה לאוקמי ר"ע שלא כהלכה, ולדברי הרשב"א דר"א נמי לא דריש אם כופר ורק דלא סבר כלל דרשא דרבה דהשור יסקל וגו' וא"כ ר' יוחנן דלא כר"א ולא כר"ע, ועוד יותר קשה לפי דעת הרמב"ם דסבר דעפ"י עצמו חייב כופר ואינו מחלק בין שלא בכונה לעפ"י עצמו, א"כ הוא פוסק כר"א ולמה פסק דבעי עדים כשרים ומנ"ל לדחות דברי ר"א דעפ"י ע"א נמי חייב כופר.

והנראה בזה לפי דעת הרמב"ם דהנה ר' יוחנן אמר כופר מה ת"ל אם כופר לרבות כופר שלא בכונה ככופר בכונה, ומוכח דר' יוחנן סבר דאם כופר הוא דרשא מוכרחת מדלא כתיב כופר יושת עליו, ורש"י פי' בחומש על אם כופר דאם זה אינו תלוי והרי הוא כמו אם כסף תלוה לשון אשר, זה משפטו שישיתו עליו ב"ד כופר, והקשה ע"ז הגאון מלבי"ם ז"ל בפירושו דהא במכילתא חשיב רק ג' אם שהן חובה, והרמב"ן בפירושו לתורה כתב וז"ל בעבור היות הכופר כענין הקרבנות, ואם הוא אינו חפץ בה אין מכריחין אותו לבוא

לב"ד לחייבו בכך ואפי' אם חייבוהו אין ממשכנין אותו בכך, בעבור זה אמר אם, עכ"ל, וכבר הקשה הגאון מלבי"ם ז"ל דהוא שלא כהלכה דבגמ' איכא איבעיא אם ממשכנין והרמב"ם פוסק דממשכנין, ונראה דבזה פליגי ר"א ור"ע דבאמת ר"ע סובר כהלכה כר' יוחנן דאם כופר בא לרבות כופר שלא בכונה וכדעת הרמב"ם דאין נ"מ דבכל גווני דאין השור בסקילה הבעלים משלמים כופר, ומ"מ פריך שפיר הביאהו לב"ד וישלם לך דלא בעי לאוקמי קרא דבעל השור נקי כשאין השור בסקילה דא"כ אם כופר למה לי, ור"א דאוקים כשאין השור בסקילה אינו משום דדריש אם כופר דזה א"א אלא דגם לדעת הרמב"ם הוא כמש"כ הרשב"א דר"א לא סבר כרבה כלל בשום אופן ולא דריש כלל השור יסקל אם כופר יושת עליו, וקרא דאם כופר יפרש ר"א כפי' הרמב"ן דבא לומר דאינו אלא כפרה כמו כפרת הקרבנות ואינו הוצאת ממון בב"ד, ולכן שפיר סבר דנאמן גם ע"א כשאינו מכחיש כמו דבאמר לו ע"א אכלת חלב חייב חטאת אם אינו מכחישו, אבל הרמב"ם דפסק כר' יוחנן דאם כופר בא לרבות שלא בכונה והוי כמו דכתיב כופר יושת עליו וזהו חובה על ידי ב"ד, ולכן פסק בה' סנהדרין דצריך ב"ד מומחין ולא כמו בחטאת חלב דודאי אין צריך ב"ד, ולכן שפיר פסק דממשכנין דאף דהוי כפרה מ"מ הוי חובה ע"י ב"ד.

והנה בהא דכתב הרמב"ם בפרק י' ואעפ"י שהכופר כפרה ממשכנין מי שנתחייב בכופר בע"כ, כתב ע"ז המ"מ וז"ל ומש"כ רבנו ז"ל ממשכנין מי שנתחייב בכופר בעיא שם בב"ק ולא איפשטא, ופירשו בתוס' בד"ה חייבי כופר דביורשי הניזק מיבעי ליה אם יכולים למשכנו, ונראה מדבריהם דפשיטא דאילו לא רצה לשלם ב"ד מגבין וממשכנין כשאר נזקין דעלמא, ע"כ בחידושי הרשב"א ז"ל ונראה שזה דעת רבינו עכ"ל המ"מ ז"ל, וע"ז כתב הלח"מ דכונת הרשב"א לפרש דברי התוס' דב"ד בודאי גובין וממשכנין ומיבעי ליה רק ביורשי הניזק דהוא דומיא דחייבי ערכין שהגזבר ממשכן, וע"ז הקשה הלח"מ דמנ"ל זה ובודאי בחטאת גם ב"ד אין ממשכנין, ובדברי התוס' ג"כ אפשר דאין כונתם דוקא יורשי הניזק אלא דאפי' ביורשי הניזק מיבעי ליה, אבל אם אין ממשכנין גם ב"ד אין ממשכנין, ועוד כ' דאפי' לדברי הרשב"א לפרש כן בגמ' אבל ליישב כן הרמב"ם כמו שרוצה המ"מ דכונתו דב"ד ממשכנין והיינו משום דעל ב"ד ליכא אבעיא בודאי קשה לבאר כן דעת הרמב"ם שהשמיט מה דמיבעי בגמ' וכתב מסברת עצמו מה שלא הוזכר בגמ' ולכן כ' הלח"מ דכמו דבבעיא דשור של שני שותפין פסק הרמב"ם דמשלם כל א' כופר שלם, וכתב המ"מ דמשום דכפרה הוא פסק לחומרא, ה"נ לענין הספק אי ממשכנין פסק לחומרא כדי שיהי' לו בודאי כפרה, והנה במה שכתב שא"א לבאר דברי

הרמב"ם עפ"י דרך המ"מ בודאי נכונים דבריו דאין דרך הרמב"ם להשמיט מה דאיתא בגמ' ולפסוק באופן אחר בפרט שא"א שהרמב"ם יסמוך על איזה תירוץ ולפסוק הלשון הנאמר בגמ' ולכוין בו כונה אחרת, אבל במה שהקשה הלח"מ על דברי הרשב"א נראה לי דלא נחית לכונת הרשב"א ולפירושו בדברי התוס', והנה במה דפי' הלח"מ בכונת הרשב"א דגמ' מיבעי ליה ביורשי הניזק כי היכי דהתם הגזבר ממשכן וא"צ ב"ד, לבד מה דהקשה הלח"מ שפיר דעכ"פ מה דבחייבי חטאות אין ממשכנין היינו דגם ב"ד אין ממשכנין, ואף דהוא פשוט וא"צ לראיה מ"מ יש להוכיח כן ממה שכתב הרמב"ן הביאו המל"מ בפי"ד מה' מעה"ק דהא דחייבי חטאות אין ממשכנין היינו עד ג' רגלים אבל אח"כ ממשכנין דבכל הקרבנות כתיב לעשות אזהרה לב"ד שיעשוך, ומוכח להדיא מדברי הרמב"ן דהא דאין ממשכנין אב"ד קאי, אלא דממילא עיקר פירושו לא מסתבר דהיכי נזכר גזבר גם בהא דחייבי ערכין ממשכנין, ואפי' אם נימא דבאמת כן הוא דהגזבר בעצמו יכול למשכן אבל בהדיא לא נזכר זה ולא שייך לומר דהגמ' סומך באבעיא דדוקא בגזבר מיירי.

אכן באמת כונת הרשב"א ברורה ולא עלה על דעתו לומר דממשכנין דהקדש הוא הגזבר ולא בב"ד, אלא דמ"מ סובר דמה דמיבעי בכופר אינו ע"י ב"ד והטעם הוא דסובר כמו שכתבנו דדין כופר אף דהוא כפרה מ"מ יש בזה דין טענה ותביעה וגמר דין ולא רק דבר שנוגע רק לבעל השור כמו קרבן ולכן כתב להדיא דפשיטא דאילו לא רצה לשלם דב"ד מגבין וממשכנין כשאר נזקין דעלמא, וכן הביא בש"מ בשם הר"א מגרמישא וז"ל פי' בלא ב"ד דבב"ד ממון אחר נמי יורדין לנכסיו, ולכאורה דבריהם תמוהים דמה כתבו כשאר נזקין וכן ממון אחר נמי, דהא כאן טעמא לחד צד דאבעיא משום דכפרה הוא וחמיר עילויה כמו בחטאת, אכן באמת דבריהם פשוטים דכיון דאף שהוא כפרה מ"מ יש בזה דין ותביעה ליורשי הניזק, וא"כ אם הם תובעין ובעל השור אינו רוצה ליתן הכופר, איך שייך לומר דיסמכו ב"ד ע"ז שבודאי ישלם לזמן אחר הלא הם מבקשים עכשיו שישלם להם את הכופר ולא דמי כלל לקרבן דאין שום תובע ואינו נוגע הדבר אלא לו.

ויסוד לדבר זה דכופר הוא גם דין תביעת ממון ויש זכות ליורשי הניזק לתבוע נראה ממה דתניא בברייתא בריש מכות דעדים זוממין אינם משלמים את הכופר ואמר ע"ז בגמ' מ"ט כופרא כפרה והני לאו בני כפרה נינהו, ואם היינו אומרים דחיוב כופר אינו אלא דין כמו חיוב קרבן ודאי לא שייך שישלמו את הכופר כיון דליכא בזה דין ב"ד ואף דאיצטריך במתני' לאשמעינן דמעידין אנו שהוא בן גרושה ליכא כאשר זמם היינו משום

דצריך ב' עדים ובודאי צריך בזה קבלת עדות בב"ד וממילא שייך גמ"ד שנגמר דינו בב"ד שהוא פסול לכהונה, אבל בחטאת כיון דסגי בעד א' אם אינו מכחישו ודאי לא שייך לחייבם בדין הזמה, ואטו אם יאמר עד א' נטמאו טהרותיך יש בזה דין הזמה, ואף דיש לומר דברייתא הא גופא אשמעינן דכופרא כפרה וכדאמר שם בגמ' ע"ז מאן תנא כופרה כפרה מ"מ אינו מיושב, חדא דעכ"פ מה הוצרכו בגמ' לומר בטעמא משום דהוי לאו בני כפרה נינהו תיפוק ליה דליכא בזה דין עדות וב"ד כלל, ועוד דגם בברייתא גופא לא שייך לאשמעינן דאין משלמים את הכופר כיון דמטעם דכופר כפרה הוי כמו קרבן ולא שייך בזה דין עדות וב"ד שיש בזה גדר הזמה, ולכן באמת מזה מוכח דאף דכופר כפרה הוא גדר הוצאת ממון דצריך לזה עדים כשרים וב"ד, וכמו שפסק הרמב"ם כאן ובהל' סנהדרין כמו שכתבנו.

אלא דאכתי צריכים אנו לבאר במה הועילו התוס' והרשב"א במה שכתבו דביורשי הניזק מיבעי ליה ואמאי לא יוכלו יורשי הניזק בעצמם למשכן כמו בשאר דיני ממון ואמאי בזה נימא דמהני סברא דכיון דחמיר עילוי' לא בעי משכוניה, ונראה דהנה בחו"מ סי' צ"ז סעיף ט"ו איתא דהא שאין שליח ב"ד נכנס לבית הלוה למשכנו אינו אלא במשכנו להיות בטוח במעותיו ולא הגיע זמן הפרעון, אבל בהגיע זמן הפרעון ובא לגבות חובו שליח ב"ד נכנס לביתו למשכנו ויפרע לזה חובו, והוא מדברי הרא"ש בפ' המקבל בשם ר"ת, והקצוה"ח בסעיף ו' כתב על הא דאיתא שם שלא ימשכננו הוא בעצמו וז"ל, מיהו היכי דנקטיה לגוביינא נראה דליכא איסור וכמבואר בש"ע וכ"כ בנמוק"י בס"פ המקבל בשם ר"ת בהא דאמרו לא ימשכננו הוא בעצמו וא"ת והא אמרינן בפ' המניח דעביד אינש דינא לנפשיה ותי' דהיינו בכלי של עצמו אי נמי כשבא בתורת גבוה, אבל הכא מיירי כשבא בתורת משכון ע"ש, ומשמע דבתורת גביה שרי, אמנם לענ"ד לא יכולתי להבין דהיכי שייך תורת גביה בלא ב"ד ומאן שם ליה, וא"כ אינו אלא למשכון וצ"ע עכ"ל.

והנה הקצוה"ח נשאר רק בקושיא אבל לדעתי שזו היא מחלוקת דהרא"ש והטור בודאי אינם סוברים כמו שכתב דגם המלוה בעצמו יכול ליכנס לביתו ליקח לגובייא מדקבעו דברי ר"ת רק על שליח ב"ד מוכח דבאמת סוברים דהוא בעצמו לא יוכל למשכן בתורת גובייא, איברא דקושיית הקצוה"ח אינה כ"כ חזקה דשליח ב"ד כשבא ליטול חפצים אפי' לגובייא הא משמע דאינו עושה בשעת מעשה שומת ב"ד, אלא נוטלים מטלטלים שלו ושמין אותם בב"ד, וא"כ בשעת נטילה לא נעשה בהם אכתי גובייא ורק דמכיון שנוטלים לגובייא ליכא בזה דין עבוט וא"כ אפשר דהמלוה בעצמו יתפוס חפץ ע"מ

לילך לב"ד לגבות ממנו, אלא דמ"מ יש לומר דיש חילוק בין שליח ב"ד דכיון שהוא עושה מעשה ב"ד הוא עכשיו מעשה גוביינא אבל המלוה בעצמו אין לו כח לעשות מעשה גוביינא בלא ב"ד דאף דאמרינן עביד אינש דינא לנפשיה היינו בדבר דלא צריך שומא כגון כסף או חפץ שלו, עכ"פ נראה פשוט דמכיון דהטור הביא דברי ר"ת בסעיף ט"ו על שליח ב"ד ולא בסעיף ו' על המלוה בעצמו, מוכח דאינו סובר כהנמוק"י וכן מוכח בסימן ד' סעיף א' בהא דכתב הטור והמחבר דהא דאדם עושה דין לעצמו היינו אם רואה שלו ביד אחר שגזלו, אבל אין לו רשות למשכנו בחובו וכן כתב שם הרמ"א מדברי הנמוק"י והמרדכי ודברי הנמוק"י משמע שהוא מלשון הרמ"ה וז"ל, והא דעביד דינא לנפשיה היינו דוקא בממונא דשכיח בעיניה וכו', אבל היכי דליתא לממונא בעיניה אלא אפרועי הוא דקבעי אפרועי מלוה מיניה לית ליה רשותא למעבד דינא לנפשיה דהא תנן המלוה את חבירו לא ימשכנו אלא בב"ד, וכן הוא במרדכי שם בפ' המניח וז"ל פסק רבינו מאיר דדוקא בחפץ המבורר וכו' דודאי ר"נ לא פליג אמתני' דפ' המקבל המלוה את חבירו אינו רשאי למשכנו וכן כ' המרדכי בשם ס' יראים דר"נ אמר למילתיה דוקא בגזילה שהוא בעין, וקרא דלא תבוא אל ביתו במלוה ובנזקף למלוה, ומוכח מדברי כולם דמלוה אין היתר בנוטל לגוביינא והיינו כקושיית הקצוה"ח דהוא בעצמו אינו יכול לתפוס לגוביינא דלא בר גובינא הוא, ואני תמה מאוד על הקצוה"ח שלא הרגיש בכל זה [איברא דעכ"פ אפשר למלוה בעצמו לתפוס כסף דלא שייך בזה מאן שם לך ואפשר דאה"נ וקרא דלא תבוא אל ביתו בעבוט קאי דהוא חפץ ואינו כסף, ולפי"ז היו יכולים לאוקמי הא דעביד אינש דינא לנפשיה גם במלוה ותופס כסף, ואפשר דזהו באמת כונת ר"ת רק דמדברי הנמוק"י שם לא משמע כן אבל בדברי ר"ת שהביא אפשר לפרש כן]:

ועכשיו מבואר שפיר דברי התוס' והרשב"א דהנה מצינו שני דינים א' דב"ד גובין נכסי החייב ומגבין למי שחייב לו, וב' דאפשר למשכן את החייב בתורת עבוט וזהו לבטוחות ולכן סוברים דב"ד מכיון שיוכלו ליקח לגוביינא לא שייך לומר דאין ממשכנין דהא יוכלו יורשי הניזק לתבוע שיקחו לגוביינא וממילא אפי' אם ניחא להו להמתין וליקח לבטוחות ג"כ אינו שייך לומר דאין ממשכנין דאם לא יתנו להם לבטוחות לא ימתינו ואין לומר דאפשר בתוך זמן שלשים יום שנותנין ב"ד דהא כתב הרמב"ם בפ' כ"ב מה' מלוה שאם נמצאו מטלטלים אין נותנין זמן ב"ד, ולכן דוקא יורשי הניזק אף דליכא בהו לאו דלא תבוא אל ביתו דאינו אלא במלוה ולא בחייב משום גזילה ונזק וכה"ג, מ"מ כיון דכל דין דיכול הלוה ליקח בעצמו הוא רק משום גדר עבוט שיהי' בטוח בממונו, ובזה שפיר אמר בגמ' דגבי כופר אם נאמר דאמדינן דודאי ישלם הכופר אין ליורשי הניזק

זכות ליקח משכון דזה לא ידעינן בכופר מדין עבוט שנאמר במלוה דשם אינו בטוח בפרעון אבל הכא כיון שבטוח דודאי ישלם אין זכות ליקח משכון לבטוחות.

וכל זה שבארנו אינו אלא לדעת התוס' והרשב"א לשיטתם. אבל לשיטת הרמב"ם אין צריך לאוקמי דוקא ביורשי הניזק דאפשר נמי בב"ד והוא משום דהרמב"ם סובר בפ"ג מהל' מלוה הל' ו' דשליח ב"ד שבא למשכן אין בזה דין סדור, ואפי' כלי אומנות יכול לנתח וכתב המ"מ שהרמב"ן והרשב"א סוברים דבדין משכון נמי איכא דין סדור ודברים שמסדרין אין ממשכנין אותם וא"כ לדעת הרמב"ם אפשר האבעיא גם בב"ד אי ממשכנין בדברים שא"א לגבותן ושמסדרין בהן, אבל לדעת הרשב"א לשיטתו א"ש כמו שכתבנו, ובדעת התוס' אף שמבואר בבאור הגר"א סי' צ"ז דדעתם דבשעה שממשכנין ליכא סידור, מ"מ מבוארין דבריהם כמו שכתבנו דהא להלכה כתבו דפסק ר"ת דאין מסדרין וא"כ ליכא נ"מ להלכה, אבל הרמב"ם דפסק דמסדרין ופסק דבמשכון ליכא סדור א"כ שפיר אפשר דקאי על ב"ד וא"צ לאוקמי ביורשי הניזק, ובמה דפסק דממשכנין ע"כ צריך לומר כמש"כ הלח"מ דהוא כמו שפסק לחומרא באבעיא דשור של שני שותפין.

עכ"פ יועילו לנו דברי התוס' והרשב"א דגם לדעתם פשוט דעל גביית כופר לא היה ספק כלל בגמ' דאם אינו משלם דין הוא שיגבו ב"ד עפ"י תביעת היורשין וזהו כמו שכתבנו בדעת הרמב"ם דאינו דין כמו כפרת קרבן דשייך רק להחייב קרבן, ואפי' אם ב"ד ממשכנין הוא רק משום דכתיב ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך אבל בכופר לא בשביל שיקיים הוא חובת הכפרה, אלא משום דהוי זכות ליורשי הניזק כמו שאר נזקין דעלמא, ואף שכתבנו דלדעת הרמב"ם לא נצטרך לומר דהאבעיא קאי על יורשי הניזק מ"מ בזה יהי' דעת הרמב"ם שוה לדעת התוס' והרשב"א דהאבעיא הוא רק אם ממשכנין באופן דליכא בזה גוביינא, אבל אם באין לגבות ודאי גובין הכופר בשביל זכות היורשין.

והנה מה שכתב הרמב"ן דקרא דאם כופר בא לומר דאין ב"ד מכריחין אותן בכך ואין ב"ד ממשכנין לא שייך זה להאבעיא דבודאי אי אפשר לומר דקרא אתא לגלות כחד צד מהאבעיא לומר דחמיר עילוי' ולא בעי משכוניה דזה מידי דתליא בסברא, וע"כ דהרמב"ן סובר דלהך דרשא אין ספק כלל ובודאי אין ממשכנין ואין מכריחין אותו וזהו רק תלוי ברצונו להפטר ממיתה בידי שמים, והיינו משום דכופר ליכא בכל הני דכתיב עלייהו ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך, רק כדי שלא נלמוד מכל הקרבנות בא קרא דאם כופר לומר דהוא תלוי לגמרי ברצונו, ונמצא דהאבעיא בודאי לא קאי אליבא דר"א אלא קאי אליבא דדינא דאם כופר דרשינן לרבות היכא דאין השור בסקילה, ומבואר בזה גם דברי הרמב"ן דבאמת יפלא איך בא לפרש הפסוק דאם כופר שבא ללמד דאין מכריחין ואין

ממשכנין האם נעלם ממנו ח"ו דבר שתינוקות של בית רבן יודעין דהוא אבעיא בגמ', וכבר כתבנו דאפי' כפי צד של האבעיא דאין ממשכנין לא אתא דרשת הרמב"ן, ובאמת נ"מ גדולה בדבר דאפי' להך צד דאין ממשכנין מ"מ לדעת התוס' ביבמות ריש האשה רבה לר"מ דמחייב חטאת באמרו לו שנים אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי ממשכנין משום דודאי לא יקריב חטאת כיון דאומר לא אכלתי, וא"כ אפי' לרבנן זהו רק בחטאת דיכול לומר מזיד הייתי כמו שפסק כן הרמב"ם כהך טעמא, וא"כ בכופר ודאי חייב אם אמר לא נגח ואז ממשכנין, וכן לפימש"כ הרמב"ן בעצמו שהביא המל"מ בפ' י"ד מה' מעה"ק דלאחר ג' רגלים ממשכנין [באמת משמע דהתוס' לא סברי כהרמב"ן דאם היו סוברין כן לא הוצרכו לתירוצם דבאמר לא אכלתי ממשכנין, וממילא אפשר דהרמב"ן לא סבר כתוס' והמל"מ הביא שם שני הדינים ולא העיר דאפשר שרק אחד מהם לדינא,] א"כ בכופר אם היינו אומרים דדמי לחטאת אף דלא תליא בג' רגלים מ"מ אם יעבור זמן רב ויתייאש מלשלם בודאי הי' מסתבר דדמי לג' רגלים לענין זה שב"ד צריכים לכוף אותו, וזהו אם הי' דין כפיית ב"ד גם על כופר, אבל לפי דרשת הרמב"ן דתלוי לגמרי ברצונו א"כ בכל אופן אין כופין אותו כלל.

אכן לפי"מ שבארנו דדרשא זו הוא אליבא דר"א דלא דריש אם כופר לרבות כופר שלא בכונה משום דלא דריש השור יסקל וגו' כלל, ור"א מוכח דסבר דכופר הוא רק דין קרבן ולא דין שבין אדם לחבירו שצריך ע"ז עדים וב"ד דהא סובר דמהני ע"א וממילא דלא בעי ב"ד ולא כמו שהוכחנו מברייתא דעדים זוממין אין משלמין כופר דהוא מילתא דצריך עדים וב"ד, ולכן כתב שפיר פי' זה בפסוק לדעת ר"א וזה דבר מצוי שיכתבו המפרשים פי' לפשוטו של מקרא שהוא כאחד התנאים אף שלדינא לא קיי"ל כן, וגם בפי' הרמב"ן בחומש מצוי כן ולהלכה בודאי קיי"ל כר' עקיבא דדרשינן השור יסקל כרבה ורק דאם כופר בא לרבות שלא בכונה וכנ"ל.

איברא דהי' אפשר לומר דר"א דאמר דחייב כופר עפ"י ע"א מודה דאפשר להוציא בב"ד משום דאיכא גם זכות תביעה ליורשים ובזה בעי עדים כשרים וב"ד אלא דבע"א חייב בעצמו כמו קרבן וע"ז בא הכתוב נקי מחצי כופר, ולפי"ז לא הי' סתירה מהברייתא דעדים זוממין אין משלמים את הכופר כיון דבאמת איכא גם דין הוצאת ממון ליורשים ובזה בודאי בעי עדים ודין ב"ד, ולפי"ז לא הי' ג"כ ראיה מדברי הרמב"ם ה' סנהדרין שכתב דאין גובין את הכופר אלא בב"ד מומחין דזה לענין גביה, אבל להתחייב בכופר לעולם דהוי כמו קרבן ולא צריך ב"ד וממילא דמהני גם ע"א כשאינו מכחיש כמו בחטאת חלב, אבל מדברי הרמב"ם בהלכה שלפנינו מוכח דאינו כן דהא כתב דאין

חייבין בכופר אלא עפ"י עדים כשרים, ומוכח דליכא חיוב כלל בלא עדים, וכן מדברי הרמב"ן שכתבנו דהוא אליבא דר"א מוכח דלר"א דסבר דהוא בגדר כפרת קרבן ונאמן ע"א ליכא דין הוצאת ממון וזכות תביעה ליורשים כלל דהא כתב דאין ב"ד מכריחין אותו ואין ממשכנין ותלוי רק ברצונו, והטעם לזה דסוברים דלא נוכל לחלק הדין לשני דינים דאיכא בזה דין חיוב כפרה לבעל השור כמו כפרת קרבן ואיכא זכות תביעה להיורשים בגדר הוצאת ממון, משום דאי מפרשינן קרא דאם כופר יושת עליו כמו שהי' כתוב בלא אם, א"כ הוא דין על ב"ד שישיתו עליו כופר, וכן פירש"י זה משפטו שישיתו עליו ב"ד כופר, ולכן אין כאן שני מיני כופר דלא כתיב בקרא אלא כופר שיחייבו אותו ב"ד, ואם ב"ד לא חייבו אותו בכופר אין כאן דין כפרה שיתחייב בעצמו ליתן ליורשין ממון, וזהו לדעת הרמב"ם, ולדעת ר"א דסובר דהוא כפרת קרבן דמהני ע"א פי' הרמב"ן דזהו פשוטו של אם כופר דתלוי ברצונו אם ירצה לפדות החיוב מיתה בידי שמים יבוא לב"ד וישומו דמי הנהרג, דאין זה אלא כמו כפרת קרבן ולא הוזכר בפסוק ב"ד אלא על שומת הכופר אבל לא שיחייבו אותו בכך.

נמצא דעיקר יסוד המחלוקת דר"א ע"כ לא סבר דרשא דרבה דהשור יסקל כלל דליכא למימר דסבר דרשא דרבה וסבר כר' יוחנן דדריש אם כופר, ולכן אמר נקי מחצי כופר להיכי דאין השור בסקילה, דא"כ אם כופר למה לי וזה לא משמע לומר דבעל השור נקי גופי' בא ללמד דחייב היכי דאין השור בסקילה דלא משמע דבקרא זה שבא לפטור יגלה חיוב הכופר, ולכן ע"כ דר"א לית ליה דרבה כלל ולא צריך רבויים על אין השור בסקילה וכמו שכתב הרשב"א, ור"ע דאמר הביאהו לב"ד וישלם לך סבר כרבה, ואף דסבר נמי כר' יוחנן מ"מ לא בעי לאוקמי באין השור בסקילה דא"כ אם כופר למה לי, ולכן שפיר דר"א מפרש קרא דאם כופר כפירושו של הרמב"ן דאין ממשכנין ולכן סבר דמהני ע"א אבל לדינא דקיי"ל כר' יוחנן דאם כופר בא לרבות כופר שלא בכונה ומפרשינן דיושת בב"ד שב"ד יחייבוהו, ובודאי ב"ד גובין הכופר והאבעיא הי' רק אם ממשכנין וקיי"ל דממשכנין וכמש"כ, ולכן שפיר דלדידן בעינן דוקא ב' עדים וכמש"כ הרמב"ם:

ב) ובמה שכתב הרמב"ם שלא תאמר הואיל ואין מצויין באורוות הסוסים וברפת הבקר ובגדרות צאן אלא העבדים וכו', כ' הלח"מ וכן כ' הב"י בטוח"מ סי' ת"ח שבא ליתן טעם למה הוצרכו לומר שאין משתלמים אלא ע"פ עדים כשרים, והטור כתב בשם ר"י והוא בד' הרא"ש שבא להשמיענו דאפי' שור של עכו"ם שנגח שור של ישראל אין דנין אלא בעדים כשרים, ואח"כ הביא הטור דברי הרמב"ם, וכ' ע"ז הפרישה וז"ל, ומפני שיש לספק ולומר דהרמב"ם לא ס"ל דינא דאפי' בשור של נכרי וכו' כיון דלא

כתבו ר"י אלא מכח האי קושיא ולהרמב"ם יש תי' אחר על אותו קושיא משו"ה כתב רבינו לשון הרמב"ם כדרכו בכל מקום שמסופק בדבריו, בדברים הנ"מ לדינא עכ"ל הפרישה, ודבריו נכונים בזה דמדהביא הטור לשון הרמב"ם שלא חידש להלכה כלום מוכח דכונתו דלדעת הרמב"ם אינו מוכרח חידושו של הר"י. אבל לא ביאר הפרישה כלום מקום הספק וצדדי המחלוקת בזה.

ונראה דבאמת יש לומר דהרמב"ם חולק בזה, ולשיטת הרמב"ם דנין גבי שור של נכרי שנגח שור של ישראל ע"פ עדים נכרים דלמעלה בהל' ה' כתב דטעמא דשור של ישראל שנגח של נכרי פטור הוא משום שדנין אותו כדיניהם. וכתב המגדול עוז שם דהוא מדברי הירושלמי שם ר' אבהו בשם ר' יוחנן כדיניהם והוא ע"פ מה דאיתא בברייתא בב"ק דף קי"ג דישראל ועכו"ם שבאו לדון אם אתה יכול לזכותו ע"פ דיני נכרים זכהו, ולפי"ז אף דעכו"ם שנגח של ישראל מה דהוא מחוייב לשלם אינו על פי דיני נכרים אלא ע"פ דיני ישראל דאפי' תם משלם נזק שלם משום שקנסו להם שישמרו נזקיהם, מ"מ אפשר לומר דזהו שני ענינים עיקר החיוב מחייבינן לעכו"ם ע"פ דיני ישראל, אבל בדיני בירור כשיש הכחשה בין התובע והנתבע שהניזק טוען לעכו"ם בהמה שלך הזיקה שורי והעכו"ם מכחיש או טוען אינו יודע [דלא שייך לומר בזה ברי ושמא ברי עדיף, אף דיש סברא לומר דבעכו"ם כו"ע מודו דברי עדיף משום דלא שייך לומר אוקי ממונא בחזקת מארי' בעכו"ם כמש"כ המ"מ פט"ו מה' איסו"ב הל' כ"ו, מ"מ הכא לא שייך לומר ברי עדיף כיון דלא הו"ל למידע כמש"כ התוס' בריש פ' הפרה] אפשר לומר דכיון דע"פ דיני נכרים נאמנים עדים נכרים אף דע"פ דין שלהם אינו חייב על נזקי בהמתו מ"מ יתחייב לשלם משום שאנו דנין רק אם הי' המעשה או לא הי' המעשה, וכיון דבדיניהם צריך להאמין לעדים נכרים ולשלם ע"פ עדותם אנו מקבלים כנגדן עדים נכרים דלא אמרה תורה דלא נאמנין עדי נכרים כנגד נכרים, ולפימש"כ למעלה דמקור דינא דמלכותא הוא משום דבני נח מצווין על הדינים כמש"כ רש"י בגיטין דף ט' [ואפי' לדעת הרמב"ם פ"ט מה' מלכים דעל הדינים היינו להושיב דיינין מ"מ אפשר דבכלל זה גם הדין של דינא דמלכותא דינא] א"כ בודאי עיקר דינם הוא שיהיו בני נח נאמנים על בני נח דאל"כ מי יעיד עליהם, וכיון שכן יש לומר דענין הנאמנות אינו שייך לעצם החיוב ואף דעצם החיוב הוא ע"פ דיני ישראל מ"מ דין הנאמנות אפשר להאמין נכרים על נכרים כדיניהם:

והנה מה שכתבנו דלענין הבירור יהי' סגי בעדים נכרים משום כדיניהם אפשר דאין אנו צריכים לזה דהא קיי"ל דעכו"ם נהרג בעד אחד ובדיין אחד וע"פ קרוב בסנהדרין דף נ"ז ע"ב וברמב"ם פ"ט הל' מלכים הלכה י"ד, ובדיני ממון לא נתברר מפורש אבל בפשיטו

משמע שלא יהא ממונו חמור מגופו, וכיון דלהרגו סגי בעד א' קרוב א"כ להוציא ממנו ממון לכשו וכיון דמהני קרוב א"כ מהני נמי פסול ומהיכי תיתי דלא ליהני עד עכו"ם, וא"כ באמת צריך להבין דעת ר"י דסובר דצריך דוקא שני עדים כשרים, והי' אפשר לומר דר"י סובר דכיון דמה דחייב נכרי לשלם בין תם ובין מועד נזק שלם אינו משום עיקר דיניהם דסובר ר"י דרעהו דוקא ורק משום ראה ויתר גויים קנסו בדיני ישראל לעכו"ם כשנגח שור שלהם לשור של ישראל, וכיון דמצד דין ישראל אתינן צריך עדים כשרים כדין ישראל.

אכן בסנהדרין שם תניא בא על עריות ישראל נדון בדיני ישראל, למאי הלכתא אר"נ אמר רבה בר אבוה לא נצרכה אלא לעדה ועדים והתראה. מיגרע גרע, אלא א"ר יוחנן לא נצרכה אלא לנערה המאורסה דלדידהו לית להו דדייניגן בדינא דידן ופירש"י אבל אין צריך עדה ועדים והתראה דלא גרע מעריות דידהו, וכתב ע"ז רבינו יונה ז"ל בחידושיו וז"ל, ויש לבע"ד לחלוק דכיון דלדידהו לית להו נערה המאורסה כדדייניגן להו דייניגן כנערה המאורסה שלנו וליכא הכא גריעותא עכ"ל, ולדברי רבינו יונה יש מקום לומר דאף דדין שור של עכו"ם שנגח של ישראל אינו משום שמחייבין אותו כישראל ולא דמי לנערה המאורסה דהא מעיקר הדין אמרינן רעהו דוקא וישראל בשל עכו"ם פטור ובפרט דתם אפי' בישראל אינו משלם אלא חצי נזק, מ"מ הא דקנסו אותם משום ראה ויתר גויים זהו ג"כ דין של ישראל ולא מדינין שלהם ובדין ישראל צריך עדים כשרים, ואם נימא רעהו לאו דוקא כמו שנבאר לקמן דמשמע דשיטת התוס' כן, והא דמועד של עכו"ם חייב לשלם אינו משום קנס ודאי יש לומר דדין נגיחה שחייב לשלם לא נאמרה אלא בישראל ואינו בדיני עכו"ם במה שמצווין על הגזל ולקמן יבואר בזה, ורק דשור של עכו"ם שנגח של ישראל חייב לשלם, דבדין ישראל דייניגן לי' וממילא צריך דוקא עדים כשרים, ואף דבדיניהן מהימנינן לעדי עכו"ם אין אנו מצרפין לדיני ישראל לא מה שע"פ דין תורה נאמן עכו"ם במה שהוא חייב מדיני בני נח, ולא מה שנאמן עכו"ם בדיניהן מדינא דמלכותא.

אחר העיון מצאתי בהגהות יפה עינים שם דדבר זה אי בנערה המאורסה בעי עדה ועדים והתראה הוא בעיא בירושלמי פ"א דקדושין הלכה א' דהכי איתא התם אמר ר' אלעזר מכולם אין לך אלא ארוסת ישראל בלבד שאם בא על ארוסת ישראל חייב, על ארוסת גויים פטור. אם בא על ארוסת ישראל חייבין במה הוא מתחייב בדיניהם בדיני ישראל אין תימר בדיני ישראל בשני עדים ובעשרים ושלשה דיינים ובהתרייה ובסקילה ואין תימר בדיניהן בעד א' ובדיין א' ושלא בהתראה ובסייף, איברא דמהירושלמי משמע

דלגמ' דידן צריך עדה ועדים והתראה דהא אמר שם דאם נדון בדיניהם וא"צ עדה ועדים והתראה נדון גם בנערה המאורסה בסייף, וזה מפורש בסוגיין שם דנערה המאורסה נדון בסקילה, אכן בדעת רש"י נאמר דתלמודא דידן חולק בזה על הירושלמי וסבר דאף דנדון בסקילה מ"מ א"צ עדה עדים והתראה וכן משמע ממה דאמר בגמ' אלא אמר ר' יוחנן ואם איתא דבנערה המאורסה בעי עדה ועדים והתראה לא הו"ל למימר אלא דהא באמת בנערה המאורסה שפיר בעי עדה ועדים והתראה וכר"נ אמר רבה בר אבוה, ונראה דזהו טעמא דרש"י דפירש כן.

והנה המה"פ כתב דמלשון הרמב"ם משמע דבעי עדה ועדים שכתב נסקל עליו בדיני ישראל ולא אדע דיוקו דגם בגמ' איתא כן ומ"מ כתב רש"י דא"צ עדה ועדים, ובאמת בנוסחאות שלנו איתא ברמב"ם כדיני ישראל, ולדעתי פשוט להיפוך בדעת הרמב"ם כיון דלא כתב מפורש דבעי עדה ועדים ודאי סמך על מה שכתב בסוף הפרק דבן נח נהרג בעד אחד בדיין אחד בלא התראה וע"פ קרוב.

אכן נראה לי דאינו מוכרח דדין זה אם בשור של עכו"ם שנגח שור של ישראל צריך עדים כשרים תלוי בדין עדה ועדים בנערה המאורסה דאפי' אם בנערה המאורסה בעי עדה ועדים, היינו משום דדין מיתה בישראל אם ליכא עדה ועדים והתראה אין כאן חיוב מיתה כלל ולא רק שחסר בירור אלא דאכתי גברא לא בר חיובא כלל וכדאיתא במכות דף ה', אבל בחיוב נגיחה דמועד דאפי' אם נגח בלא עדים שאין ב"ד מחייבין אותו היינו רק בשביל שחסר בירור אבל קמי שמיא גליא דהוא חייב לשלם, וא"כ שפיר נוכל לומר דאנו מצרפין מה שבדיני בני נח הוא משלם ע"פ עד אחד עכו"ם, וכן לבד דיני בני נח גם מה שבדיני ערכאות נאמנים עדים נכרים, ולפי"ז אין אנו מוכרחים לומר דהרמב"ם סובר דבעי עדה ועדים בנערה המאורסה, אלא דבפשיטו משמע דהרמב"ם סובר כן כמו שכתבתי: ובדעת הטור בשם הר"י לכאורה ע"כ דלא כדעת רש"י, דאין לומר דאפי' לדעת רש"י היינו דוקא בנערה המאורסה דגילה לן קרא דאיש איש דנערה המאורסה דישראל הוי עריות גם לבני נח וממילא נהרג בעד א' ולא בעי עדה ועדים, דזה אינו דא"כ לא היה דינו בסקילה, וע"כ דבדינא דישראל דיינינן ומ"מ א"צ עדה ועדים כדין בני נח.

אבל נראה דאין אנו מוכרחין לומר דהטור בשם ר"י הוא דלא כפירש"י דזה דחוק קצת לומר כיון שבתוס' בסנהדרין לא חלקו על רש"י בזה, אלא דבאמת אפי' אם נימא דבנערה המאורסה לא בעי עדה ועדים דמה שחידשה התורה על בן נח דיני ישראל לענין עריות ישראל ועונש סקילה שבדיני ישראל לא בא לשנות מה דסגי בדינו לידון בעד א' ובדיין א', אך כל זה הוא בבן נח מה דשייך בדינו לחוד, אבל בשור של עכו"ם שנגח שור של

ישראל יש כאן שאלה אחרת אם נדון לפי דיני עכו"ם או לפי דיני ישראל, דאפשר כיון דהישראל הוא התובע אין לו זכות לתבוע אלא אם עפ"י דיני ישראל נתברר שהעכו"ם חייב לו אבל אם לפי דיני ישראל לא נתברר החיוב דמה שעדי עכו"ם אומרים הוא לגבי

הלכה יד

שור שהיה רועה ע"ג הנהר ונמצא שור הרוג בצדו אע"פ שזה מנוגח וזה מועד ליגח זה מנושך וזה מועד לישוך אין אומרים בידוע שזה נשכו וזה (הרגו) [נגחו], **ואפילו גמל האוחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצדו אין אומרים בידוע שזה הרגו עד שראוהו עדים כשרים**.

זה מנושך וכו' בשבועות דף ל"ד בתוס' ד"ה דאי במה דאמר שם בגמ' דלרבי אחא משכחת לה אומדנא בדיני נפשות הקשו דהא גם לרבנן משכחת אומדנא בשעלתה לו נשיכה על ראשו ונקב קרום של מוח דאפי' רבנן מודו בהאי אומדנא כדמוכח בפ' כל הנשבעין דף מ"ו ותי' דהוי מצי למימר וליטעמיך. וא"כ לפי דברי התוס' בעלתה לו נשיכה על ראשו גם רבנן מודו דחייב וקשה מה שסתם הרמב"ם דמשמע דבכל גוונא פטור אף דהרמב"ם כתב לשון הברייתא. אבל באמת לשון הברייתא גופה קשיא. ונראה דהרמב"ם בפ"ה מה' חובל ומזיק הל' ד' כתב קנס קנסו חכמים לאלו השוטים בעלי זרוע שיהא הנחבל נאמן ונשבע בנקיטת חפץ שזה חבל בו וכו' וכתב ע"ז הראב"ד א"א לא היה קנס אלא שאין דרך בני אדם לחבול בעצמן ע"כ האמינוהו לזה בשבועה. וכ' המ"מ ודעת רבינו שהוא קנס שאין לך עדות מתקיימת בלא ראי' ובלא ידיעה ברורה עכ"ל. וכונת הראב"ד נראה דלא שייך כאן קנס כיון שהלה טוען לא חבלתי וא"כ ממ"נ לא שייך קנס אם חבל לא צריך קנס. ואם לא חבל למה יקנסוהו. ואף דשייך קנס על הנאמנות כמה חבל אבל כ"ז שייך אם היינו יודעין שחבל ואנו דנין על עיקר המעשה אם חבל או לא ולא שייך קנס. ולכן כתב הראב"ד דאה"נ דלא שייך כאן גדר קנס אלא גדר האמינוהו חכמים והיינו דכיון דעפ"י אומד ברור הוא חבל כיון שאין דרך בנ"א לחבול בעצמם. לכן אף שמעיקר הדין לא מהני אומדנא מ"מ האמינוהו חכמים בשבועה אף דבשאר דו"ד לא מהני אומדנא גבי חבלות האמינו חכמים שלא יהיו בנ"א מצויין לחבול.

ובדעת הרמב"ם נראה דסובר דדין התורה הוא ע"פ שנים עדים יקום דבר ואין לב"ד לחייב ע"פ אומד ונמצא דאפי' אם היה כן המעשה שחבל בו אין לדיין לחייבו. ולכן כתב הרמב"ם שהוא משום שקנסו לחובל לחייבו ע"פ אומד ובשבועת הנחבל.

אלא דקשה ממה שכתב הרמב"ם בפ' כ"ד מה' סנהדרין הל' א' וז"ל יש לדיין לדון בדיני ממונות ע"פ הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן אע"פ שאין

שם ראיה ברורה וכו' אם כן למה הצריכה תורה שני עדים שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים ידין ע"פ עדותן אע"פ שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר עכ"ל. ומדבריו מוכח שאם הי' ברור לנו ע"פ האומדנא שהלה חייב ממון היו מוציאין ממון. וא"כ צריך לומר דלא קיי"ל כר' אחא היינו שאומדנא כזו אינה מכרעת לברר, וא"כ הדר יקשה מה שכתב דזה שהאמינו לנחבל בשבועה הוא משום קנס דמה שייך קנס בזה כאן שאם חבל לא צריך קנס ואם לא חבל לא שייך קנס.

אלא דבאמת בלא זה דברי הרמב"ם שם צריכים ביאור דהא כתב שם שלשה אופנים שיכול הדיין לדון ע"פ הדברים שדעתו נוטה להן. א' מי שחייב שבועה ואמר לדיין איש נאמן אצלו שהוא חשוד על השבועה דמהפך השבועה על שכנגדו. ב' מי שהוציא שט"ח על חבירו ואמר לו איש נאמן אצלו שפרוע הוא שאינו גובה את השטר אלא בשבועה. ואם יש בעל שטר אחר גובה כולו ובעל השטר הזה אינו גובה. או שלא ידין הדיין כלל על השטר הזה. ג' שמוציאין פקדון מיתומים ע"י סימנים אם יודע הדיין שבעל הפקדון לא היה אמיד שיהי' לו חפץ כזה. ומוכח להדיא דדוקא באופנים כאלו. אבל אם אומד הוא שודאי חייב ראובן לשמעון אין מוציאין ממון. וא"כ מה כתב הרמב"ם א"כ למה הצריכה תורה שני עדים. דהא שפיר הצריכה שני עדים להוציא ממון דבזה צריך בירור גמור אבל לפטור מהני אומד הדיין. ואף דבאופן א' וג' מוציאין ממון באומד הדיין. ע"כ צריך לומר דיש טעם בזה וכמו שנבאר לפנינו ולא הוי הוצאת ממון פשוטה וא"כ לא שייך להקשות מקרא דע"פ שנים עדים.

ונראה דדעת הרמב"ם דאומד הדיין אינו עושה דין ודאי להוציא ממון אלא מהני לעשות לספק, ובאמת לא עדיף אומד הדיין מאומדנא דר' אחא אלא דאומדנא דר' אחא הוא להוציא ממון ובזה קיי"ל כרבנן דאין מוציאין ממון באומדנא, ובזה יבואו דבריו דמה דכתב באופן א' יש לומר דכיון דשבועת הנפטר צריך להיות ע"י ב"ד ולחשוד אין נותנין שבועה אפי' אם התובע רוצה, וא"כ שפיר שכיון שהדיין יש לו אומד שהנתבע חשוד אינו יכול להשביעו וממילא דנין בו דין שכנגדו כמו לכל חשוד כיון דעכ"פ אינו יכול לישבע, ואם הא דבחשוד שכנגדו נשבע ונוטל מעיקר דינא היו דנין משואיל"מ בודאי מיושב ואפי' אם נימא שהתשלומין הוא תקנה [ודבר זה תלוי בשני תירוצי תוס' בב"מ דף ה' ע"ש] מ"מ כיון דעכ"פ אינו יכול לישבע משום שהדיין אינו יכול להשביעו שיש לו אומד שהוא חשוד ע"כ אינו דנין בו תקנת שכנגדו נשבע ונוטל, אך באמת מסוגיא דשבועות בהא דשניהם חשודים מוכח להדיא דשייך בחשוד דין מתוך ואכמ"ל, ובאופן ב' שעד פסול שהוא נאמן אצל הדיין אומר על שטר שהוא פרוע, אף דאם היינו דנין

דין אומד וספק גמור גם בשבועה לא היה גובה, משמע דסובר דכיון דהוא מוחזק בשטרו ואנו באין לפסול שטרו א"א אלא לעשות לשטר פגום כמו עד אחד כשר מעיד שהוא פרוע שצריך שבועה דלפסול שטר לגמרי הוי בגדר הוצאת ממון, ומצינו גווני דאמרינן שטר העומד לגבות כגבוי כמו לענין דמהני מיגו לאוקמי שטרא כמש"כ הרמב"ן בתשובה עיין בקצוה"ח סי' פ"ג ס"ק ה', ואף דשטר דאיכא תרי ותרי לא מגבינן התם שאני דיש שנים שמוציאין השטר מחזקתו, ובזה מבואר מה שכתב הרמב"ם דאם יש בעל שטר אחר דלא איתרע גובה הוא כולו והיינו משום דהוי בגדר אין ספק מוציא ודאי, ובאופן ג' שכתב הרמב"ם דמוציאין מן היתומים ע"י סימנים אם אביהם לא הי' אמיד לחפץ זה, זהוא ג"כ משום דמה דאין מוציאין ממון ע"פ סימנים אינו כלל גמור על הוצאות ממון אלא דוקא להוציא ממוחזק של בירור, דהיינו דע"פ החזקה שכל מה שביד אדם הוא שלו אנו מחזיקין שהוא ודאי שלו, וראיה לזה ממה שכתב הרמב"ן בריש ב"ב דבחצר דלא מהני חזית משום דיכול לכופו אפי' למעלה מד' אמות לא מהני חזית, וכתב בטעמא דמילתא שכיון שהמקום והכותל עד חציו של שניהם נמצא הלה מוציא מרשות חבירו דבר המוחזק ולא סגי אלא בראיה גמורה ולא בחזית, וקשה על זה שהרי עיקר דין חזית הוא דלמא נפל לרשות אחד מהן וא"כ עיקר דינו להוציא, וע"כ דכונת הרמב"ן דוקא להוציא ממה שהוא בחזקת שניהם דכיון דלמטה של שניהם חזקה שכל מה שביד אדם הוא שלו, אבל נפילה לרשות אחד אינו אלא תפיסה ובזה שפיר מהני חזית, ודין סימן נוכל לדמות לחזות דהוא ג"כ ראיה ולא בירור גמור, ובפרט שהרא"ש במה שחלק על הר"י מיגש שכתב דלא מהני חזית בחצר כתב סימן שאמרו חכמים הרי שקורא הרא"ש לחזית בשם סימן וטעמא משום דהוא ראיה ולא בירור גמור, משום דאנו צריכים לטעמא דגזוזא מידע ידיעא או קלופא מידע ידיעא, וא"כ שפיר נוכל לומר דגבי סימן דלא מהני להוציא הוא דוקא היכי דאיכא חזקת בירור, והיינו משום דמה דמצינו דסמכה התורה על סימנים הוא רק באופן ספק כמו אבדה, ולכן שפיר מובן דעת הרמב"ם דכיון דאומד הדין שאביהם של היתומים לא הי' לו חפץ כזה, וא"כ הורעה בזה חזקת כל מה שביד אדם הוא שלו ואין כאן חזקה של בירור אלא חזקה של מוחזק בלא בירור דמהני סימנים להוציא, ואף דאומדנא לא מהני להוציא מ"מ סימנים מהני, משום דסימנים הוא דין התורה דמהני היכי דהוי ספק ולא מחלקינן בין היכי דליכא הוצאת ממון להיכי דאיכא הוצאת ממון כמו דמהני חזית להוציא היכי דליכא חזקת בירור-

ועכשיו מבואר מה שכתב הרמב"ם א"כ למה הצריכה התורה שני עדים היינו דכיון דנימא דאומד הדיין מהני לעשות ספק, א"כ יהי' סגי עד א' דכיון דעד א' מחייב שבועה

לברר פטורו וא"כ היכי דאומד הדיין לחייב אינו יכול הנתבע לברר פטורו ולא מהני שבועתו וגם הדיין לא ישביעו כיון דאומד שלו הוא שחייב ונשבע בשקר, וממילא צריך לשלם מדאורייתא כיון שאינו יכול לישבע דמדאורייתא ליכא היפוך שבועה, וע"ז כ' הרמב"ם דאה"נ דמה דהצריכה התורה שני עדים הוא היכי דליכא אומד הדיין.

ולפי מה שבארנו להוציא לגמרי ממון לא מהני אומדנא, אכן יש להוסיף דאפי' אומדנא ברורה שאין בה ספק כלל נמי לא מהני להוציא ממון באופן שצריך לחייב הנתבע ולהוציא ממנו ממון שהוא מוחזק ממש, דאף דמוציאין ממון מיתומים ע"י אומד הדיין שאביהם לא היה אמיד וע"י סימנים משום דאומד הדיין מרע לחזקה שכל מה שביד אדם הוא שלו, מ"מ באופן זה לחייב הנתבע שישלם משלו לא מהני דהא כתבו התוס' בחולין דף צ"ו דאם אמרו עדים פלניא דהאי סימנא לוה מפלוני מנה אין מוציאין ממון ומשמע דאפי' הספק בפנינו כגון שראו אחד מב' אנשים בסימן זה ג"כ אין מוציאין, וע"כ דלא דמי ליתמי אף שמוחזקין ממש ולא רק בחזקת תפיסה ומ"מ מוציאין ע"י סימנים היכי דלא אמיד משום דיתומים כיון שאינם יודעים כלל בשל אביהם לא הוי חזקתם חזקה גמורה היכי דלא אמיד שיהי' לו חפץ כזה, אבל לחדש חוב ולגבות ממנו ממון שלו ממש שהוא מוחזק חזקה גמורה לא מהני אפי' אומדנא וסימנים ביחד ואין מוציאין בלא עדים, ועכשיו מבואר שפיר דאפי' עלתה לו נשיכה בגבו שהוא אומדנא ברורה ועדיף מאומדנא דר' אחא שהיא אומדנא שאינה ברורה מ"מ אין מוציאין ממון דאף דליכא חזקת בירור שלא הרג הגמל מ"מ כיון שאנו באין לחדש חיוב ולהוציא מהנתבע ממון שלו ודאי אין להוציא בלא עדים, וכן בנחבל בלא קנס שקנסו חכמים לחובל לא היו מוציאין בלא עדים, וזהו שכתב הרמב"ם דקנס הוא לחובל ומה שהוכיחו בתוס' מהא דשבועות דף ל"ד דבעלתה לו נשיכה בגבו גם חכמים מודו לר' אחא אינה ראיה כלל בין לפי' הרמב"ם דתקנת נחבל הוא משום קנס בין לפי' הראב"ד דהוא מדבריהם:

פרק ט

הלכה א

בהמה מעוברת שהזיקה גובה חצי נזק ממנה ומולדה מפני שהוא מגופה, אבל תרנגולת שהזיקה אינו גובה מביצתה מפני שהביצה אינה מגופה, אבל מובדלת ומופרשת ממנה.

כתב המ"מ ודין ביצת התרנגולת כתבו קצת מפרשים דוקא בדלא אגידה בה, אבל אגודה בה גובה ממנה, ואולי לזה כתב רבינו מובדלת ומופרשת ממנה עכ"ל, ודברי

המ"מ הוא מדברי התוס' וז"ל והא דאמר בחולין דף נ"ח גבי פלוגתא דר"א ור"י בולד טרפה הכל מודים בביצת טריפה שאסורה מאי טעמא כיון דאגידה בגופה כגופה דמיא, היינו דוקא אותם שמעורות בגידין שנמצאו אדומות במעי תרנגולת חשיב כגוף התרנגולת, ולכך אינו גובה מביצתה דמי יימר שהיו מעורות בשעה שהזיקה התרנגולת וכו' עכ"ל, וכן כתב הרשב"א כאן וכן כ' הרמב"ן בחולין שם, אכן יש כאן מקום עיון דהתוס' בחולין שם הקשו בהא דאסרו ב"ה ביצת נבלה אפי' כמוה נמכרת בשוק מהא דשוחט את התרנגולת ומצא בה ביצים גמורות מותרות לאכלן בחלב ואפי' ר' יעקב לא פליג אלא אם היו מעורות בגידין, ותירצו בשם בה"ג דגבי נבלה דאורייתא החמירו, אבל בשר עוף בחלב דרבנן הקילו, ור"ת תירץ דבביצת נבלה החמירו, משום דנבלה הוי דבר האסור, אבל בשר עוף בחלב דהוי היתר וכל חד באפי נפשי' שרי, ולכאורה משמע מדבריהם דזהו חומרא שהחמירו בנבלה, אבל לענין בו"ח של עוף דרבנן או דכל חד היתר לא החמירו ואוקמה אדינא דלא הוי כגופה, וא"כ קשה לדידן דקיי"ל כרבנן ואפי' מעורות בגידין מותרות לענין בו"ח וגבי ביצת טרפה אמרינן דאסורה משום דהוי כגופה, ובתוס' שם לא עמדו בזה ליישב אליבא דרבנן.

ומצאתי שהרמב"ן בחולין עמד בזה וכן בש"מ כאן בסוגיא, ונביא ד' הרמב"ן וז"ל, ואכתי איכא למידק היכי אפשר דשרו רבנן ביצים גמורות בזמן שמעורות בגידין הא כיון דמחברי בגופה כגופה דמיין מדינא כדאמרינן התם וכו', וי"ל דשאני טרפה כיון שהיא מחוברת לה וכל יניקתה ממנה אסורה, אבל אינה כגופה להקרא בשר וליאסור לענין בשר וחלב. וי"א דכי אמרינן גבי טרפה הכא דכל היכי דאגידא בגפה כגופה דמיא, מדרבנן קאמרינן ולא החמירו כ"כ בבשר וחלב משום דגבי טרפה איכא למיגזר משום דילמא קטנות הוא שבקטנות בשעת טרפות ומעורות לגמרי וההיא כגופה הוא מדאורייתא עכ"ל, וצריך לבאר כוונת הרמב"ן בתירוצו הראשון דלכאורה כונתו דאף דהוי כגופה ליעשות טרפה מ"מ לא מיקרי בשר לענין בשר וחלב, אבל באמת א"א לפרש כן דא"כ בטלה כל הקושיא מביצת נבלה למה דמותר בבו"ח, והרמב"ן הביא מקודם תי' בה"ג ע"ז וגם אח"כ הביא תי' ר"ת דשאני בו"ח דכל חד היתר. ואם עכשיו מתרץ שאינו צריך כלל תי' בה"ג א"כ למה הביא אח"כ תי' ר"ת, והמעיין בסדר דבריו יראה שאינו מכוין כאן אלא ליישב אליבא דרבנן במעורות בגידין, אבל בביצת נבלה צריך לתירוצי בה"ג ור"ת דבנבלה החמירו משא"כ בבו"ח או מטעם בה"ג או מטעם ר"ת, ומוכח דאין כונת תירוצו משום דגבי בו"ח צריך דוקא דין בשר וביצה לא מיקרי בשר, דבאמת לא כתוב בקרא בשר אלא גדי, ואם בשר עוף בחלב דאורייתא ותרנגולת בחלב

אסורה מדאורייתא, אם ביצה שנמצאת במעי תרנגולת הוי כגופה ונקראת תרנגולת שפיר אסורה אפי' לא מיקרי בשר, וע"כ דכונתו הוא דאף דאמרינן דהוי כגופה היינו דוקא לענין טריפות כיון שמחוברת ויש להם חיות מהתרנגולת לכן נטרפו עמה, אבל לענין בשר וחלב לא מיקרי בשר היינו דלא מיקרי נמי תרנגולת, משום דאזלינן בתר סברא ותרנגולת ממש לא מיקרי אפי' מעורות בגידין אף דלענין טריפות נטרפו עמה ולענין נבלת עוף טהור דמדמי רב יוסף בביצה דף ז' לדין בו"ח אף דלענין טרפות נטרפו עמה ובודאי לענין איסור נבלה נתנבלו עמה מ"מ סבר בגמ' דלענין טומאת נבלה לא הוו כנבלה כיון דלא הוו כעוף ממש.

ולפי"ז יש לעיין במה דפסיקא לראשונים וכן כ' הרמב"ן בעצמו דכיון דגבי טרפה מיקריא גופה ה"נ צריך להיות גופה לענין נזקין לגבות ממנה, דמנא להו דלענין נזקין תליא בדין טרפות, וצריך לומר דגם גבי נזקין מסתבר שכיון שמחוברת ויונקת ממנה הוי כי גופא, אך יש לבאר יותר דכיון דבטעמא דאינו גובה מביצתה אמר רבא משום דפירשא בעלמא הוא, ולכן מוכח דדוקא מה שנפרש ממנה לגמרי ולכן פשוט לראשונים דכיון דלענין טרפות הוי כי גופה א"כ אינה פירשא בעלמא.

והנה כל זה שכתבנו דגבי טרפה הוי כי גופה ונטרפו עמה אף דבמתני' פ"ה דעדיות תנן ושוין בביצת טרפה שאסורה מפני שגדלה באיסור, ומפרש בגמ' בחולין דנ"ח מפני שגמרה האיסור ולכאורה הפי' דאח"כ נאסרת כשנגמרת במעי הטרפה, וכן משמע מלשון הש"ך סי' פ"ו ס"ק ח' שמפרש כן. אבל באמת רש"י פירש שם בחולין דנ"ח בלישנא קמא דאמימר דאמר דשיחלא קמא אסורה, דהוא משום שנטרפו עמה. ואף דרש"י כתב משום דעובר ירך אמו, הנה הרמב"ן שם הביא דברי בה"ג דאפי' למ"ד לאו ירך אמו לענין טרפה הוי כגופה, ובהא דאמימר בהכרח לפרש כפירש"י דהא אמר דמכאן ואילך שריא, ולענין מה שנגמרת אח"כ אין נ"מ משיחלא קמא למכאן ואילך ומכיון דאח"ז אמר שם א"כ גדלה גמרה מיבעי ליה, א"כ מוכח דפי' גמרה אינו שנאסרה במה שנגמרת אח"כ אלא שנאסרה תיכף וגמרה באיסור טרפה ולאפוקי מביצת נבלה שנמצאת ביצה גמורה שלא נגמרה באיסור.

ומכל מה שכתבתי מבואר דביצת נבלה אם מעורה בגידין אסור מה"ת באיסור נבלה ותמיהני על הפמ"ג בסי' פ"ו בש"ד ס"ק ח' שכתב דיש בו חשש איסור תורה, ולדעתי אינו חשש אלא ודאי נבלה לרוב הפוסקים זולת לאותן שמפרשים דגם בטרפה הוא דרבנן גזירה אטו קטני קטנים.

והנה הרמב"ם בפיהמ"ש בפ"ה דעדיות בהא דביצת נבילה אם יש כיוצא בה נמכרת

בשוק מותרת לדברי ב"ש כתב וז"ל ואם יש בקליפתה רכות ואפי' דבר מועט היא אסורה לפי שהיא מכלל בני מעיה עכ"ל, ומוכח מדבריו דזהו לב"ש מעיקר הדין דהוי כבני מעיה ואפי' אם אינם מעורות בגידין, וקשה דכאן פסק דביצה כל שהיא מובדלת ומופרשת ממנה לא הוי כגופה והוי פירשא בעלמא, ונראה דאפשר ליישב זה עפי"מ שכתב הש"ך סי' פ"ז בהא דהכה תרנגולת על זנבה והטילה ביצים דאסורות משום אבמ"ה דמלבד החילוקים שחילקו הראשונים מנבלה לבו"ח יש לומר עפי"מ שכתב ר"ת דאפי' ביצים ממש היו אסורות משום אבמ"ה אי לאו דגלי קרא דשרי, ולכן כשהן מעורות דלא גלי קרא שפיר אסירי משום אבמ"ה, ולפי"ז יש לומר דאין כונת הרמב"ם דהוי כי גופה, אלא דכיון דאין להם היתר ביצים א"כ כמו דאסור בחייה משום דבר הבא מן החי, כן בביצת נבלה אסור משום נבלה או לפחות משום אינה זבוחה. דכיון דאסור משום אבמ"ה צריך היתר בזביחה דכשנשחטה התרנגולת ונמצאו בה ביצים אף שאינם גמורות ואפי' אינם כגופה בודאי מותרות משום כל בבהמה תאכלו אבל נתנבלה אסורה, ומה שכתב דהוי מכלל בני מעיה היינו דצריכים היתר שחיטה כמו בני מעים.

והא דאמר בחולין הכל מודים בביצת טרפה שאסורה וגרסו בתוס' בב"ק מאי טעמא כיון דאגידא בגופה כי גופה דמיא, אף דבגירסת הגמ' שלנו ליתא שם כן אלא מפני שגדלה באיסור, אכן גם לגירסת התוס' לא קשה על דברינו דביצת טריפה היינו שאח"כ הטילה התרנגולת ביצים גמורות, וא"כ אם בשעה שנטרפה לא היו מעורות לא נטרפו בטריפת התרנגולת, ולכן אף דאם היו שוחטין את התרנגולת ומצאו ביצים שאינם גמורות ואינם מעורות היו אסורות דכיון דליכא עלייהו היתר האם וכמו בשוחט בהמה טרפה דולדה אסור מ"מ אם הטרפה הטילה ביצים כיון דלא נטרפו בטרפת האם וגם לא נתגדלו באיסור וכשנגמרו נעשה עליהם היתר ביצים שפיר מותרות לכן ע"כ לא אסור אלא היכי שהיו מעורות בגידין בשעה שנטרפה.

ודעת הרשב"ם הביאו המרדכי פ"א דביצה דביצים גמורות היינו שנתקשו קליפתם החיצונה וכתב הש"ך דפסק כר' יעקב ומפרש דר' יעקב אינו מתיר אלא בקליפה קשה ובודאי א"א לומר כדבריו, דהא ר' יעקב אוסר דוקא אם היו מעורות בגידין ולא בקליפה רכה, ועוד דהרשב"ם לא קבע דבריו על דברי ר' יעקב אלא על דברי ת"ק, ולכן תפסו האחרונים לעיקר דהרשב"ם פוסק כת"ק ומפרש דר' יעקב לקולא, והיינו דת"ק אינו מתיר אלא בביצים גמורות שנתקשו קליפתם החיצונה, ור' יעקב סבר דדוקא אם היו מעורות בגידין אסורות, אלא דקשה לפי"ז סוגיית הגמ' בביצה דף ז' דהכי איתא התם מאן תנא להא דתנו רבנן האוכל מנבלת עוף טהור מן השלל של ביצים וכו' טהור, מן האשכול

של ביצים וכו' טמא, מאן תנא מן השלל של ביצים טהור א"ר יוסף דלא כר' יעקב דאי כר' יעקב הא אמר אם היו מעורות בגידין אסורות, אמר ליה אביי ממאי דילמא עד כאן לא אמר ר' יעקב אלא לענין איסורא אבל לענין טומאה לא, וכי תימא לענין טומאה נמי נגזור אפושי טומאה הוא ואפושי טומאה מדרבנן לא מפשינן, ואיכא דאמרי מאן תנא מן האשכול של ביצים טמא, א"ר יוסף ר' יעקב היא דאמר אם היו מעורות בגידין אסורות, אמר ליה אביי ממאי דאשכול מהנך דתליא באשכול דילמא אשכול גופיה וכו', ומסוגיא זו מוכח דאי אפשר לומר דר' יעקב לקולא, דא"כ מה אמר רב יוסף בל"ק דלא כר' יעקב דהא כש"כ דהוא דלא כת"ק, וע"כ דר' יעקב לחומרא, וכן הוכיח הש"ך מכאן דהרשב"ם פוסק כר' יעקב. אבל כבר כתבנו דא"א לפרש כן, ולכן צריך ליישב הסוגיא לשיטה זו, וראיתי באחרונים שמתרצים אבל בדריהם אינם מספיקים לדעתי.

והנראה בזה דרב יוסף סבר דבשלמא לת"ק דאינו מחלק בין מעורות לאינם מעורות, ובכל גווני אסור לאכלם בחלב עד שיהיו גמורות והיינו שקליפתם קשה, איכא למימר דאנו למדים מאיסור נבלה דאפי' ב"ש מודו דכל שאין כיוצא בה נמכרת בשוק אסורה, וסבר רב יוסף דהוא מדאורייתא דרק ב"ה אסרי מדרבנן שכיוצא בה נמכרת בשוק, והיינו דכל שאינם ביצים גמורות שאין עליהם היתר ביצים ואם יצאו בחיי התרנגולת יש עליהם איסור אבמ"ה כמש"כ הש"ך, לכן אם נתנבלה אסורות משום נבלה דאין עליהם היתר שחיטה ולכן אסורות נמי משום בשר בחלב, דכמו דהויין בכלל נבלה ה"נ הויין בכלל גדי.

וכ"ז לענין איסר נבלה אבל לענין טומאת נבלה לא מהני מה דאין עליהם היתר שחיטה, דטומאת נבלה לא הוי אלא בנבלה ממש שנתנבלה ע"י המיתה, וזה אינו אלא באברים שהיה להם כח החיות, אבל ביצה גמורה אף שלא נתקשה קליפתה כיון שאינה מעורה בגידין אין לה שום כח החיות כיון שאינה מחוברת כלל להתרנגולת, ואף שבמעי התרנגולת היתה מתקשה הקליפה אין זה משום כח החיות אלא כח הצמיחה כמו שערות וצפרנים שגדלים במת.

וקצת דוגמא מצינו בשחיטת עכו"ם שאסור משום נבלה ואינו מטמא משום נבלה כמו שכתב הרמב"ם בפ"ב מהל' טומאת אוכלין והוא משום דלענין טומאה לא מיקריא מיתה אלא שחיטה ולענין היתר אכילה כיון דלא הוי שחיטה כשרה ממילא יש איסור נבלה.

אבל כל זה אינו אלא לת"ק דאינו מחלק בין מעורות בגידין לאין מעורות, אבל ר' יעקב דאמר דדוקא אם היו מעורות בגידין אסורות, ומוכח דסבר דמעורות הויין בכלל גדי משום דיש להם חיות, דאין לומר דלא הוי אלא קצת חבור כאבר ובשר המדולדלין דלא

שייך בשביל זה לאסור בבו"ח, דבשלמא ת"ק סבר שפיר דכ"ז שאין להם דין ביצים ממש והויין לענין איסור נבלה בכלל התרנגולת ה"נ הויין בכלל גדי לענין בו"ח, אבל לר' יעקב דסבר דוקא מעורות וע"כ דסבר דצריך שיהי' נחשבין מגוף התרנגולת, וא"כ שפיר צריך להיות נבלה גם לענין טומאה, ולכן שפיר אמר רב יוסף דהברייתא דלא כר' יעקב, ואביי דוחה דאפשר דר' יעקב לא אסר אלא מדרבנן, אבל מעיקר דינא גם מעורות לא מהני שיהיו נחשבין כמו גוף התרנגולת, ולאיכא דאמרי דאמר רב יוסף אסיפא מאן תנא מן האשכול של ביצים טמא ר' יעקב הוא, והיינו ששלל של ביצים אינם מעורות ואשכול הוא המעורות, ואמר רב יוסף דהוא כר' יעקב דלת"ק לא ידעינן חילוק בין מעורות לאין מעורות, וע"ז דחי אביי דדילמא באמת ליכא חילוק בין מעורות לאין מעורות, ואשכול של ביצים היינו אשכול גופיה דהוא בשר השדרה, אבל ביצים אפי' מעורות אינם כגוף העוף, וכ"ז הוא לענין טומאת נבלות דבעי שיהיו נחשבין כמו גוף העוף שיהי' בהם חיות העוף דאז חל עליהם טומאת נבלות במיתת העוף, אבל לענין בשר וחלב אפי' אינם מעורות נחשבים בכלל גדי כמש"כ.

ולענין תרנגולת שהזיקה גובה מביצתה לא בעינן שיהיו בהביצים חיות תרנגולת וסגי מה שהן מחוברין להתרנגולת להיות נחשבין כגופה לגבות מהם, ואף דלא נוכל לומר בזה כמו בעובר דהוא וולדה נגחו מ"מ שפיר גובה כיון דמחוברין לגופה הוא כגופה.

והנה הרמב"ם בפ"ג מהל' מאכלות אסורות ה"ז כתב נראה לי שהאוכל ביצי דגים טמאים הנמצאים במעיהם כאוכל קרבי דגים טמאים ולוקה מן התורה, וכן ביצי העוף הטמא התלויות באשכול שעדיין לא פירשו ונגמרו, האוכל אותן כאוכל בני מעים שלהם, וכתב ע"ז המ"מ סברת רבינו זו פשוטה היא בטעמה דכל שהן בגוף בדגים דליכא בהן קליפה, ובעופות כל שתלויות באשכול הן בשר גמור, וראיה לזה דין הטומאה בנבלת עוף שהאוכל מן האשכול של ביצים טמא פ"ק דיו"ט, ונתבאר בדברי רבינו בפ"ג מה' אה"ט, ועוד ראיה שאסור לאכלן בחלב כדאיתא התם אע"פ שבשר עוף בחלב אינו אלא מדבריהם כמו שנתבאר פ' ט' עכ"ד המ"מ, והנה אם דעת הרמב"ם כשיטת שאר הראשונים דר' יעקב הוא לחומרא, וחכמים מתירין אפי' אם אין מעורות בגידין, א"כ דברי המ"מ תמוהים, דהא הרמב"ם פסק כאן דכ"ז שעדיין לא פירשו ונגמרו האוכל אותן לוקה כאוכל בני מעים שלהן, א"כ מה מביא המ"מ ראיה מדין בו"ח שאסור לאכלן בחלב דזהו דוקא בתלויות באשכול ולא נגמרו החלמון והחלבון, ולדעת הר"י החלמון לבד, אבל עכ"פ אינו צריך שיפרשו מהאשכול ואפי' אם מעורות בגידין מותרות דהא קיי"ל כת"ק, ואין לומר דכונת הרמב"ם במש"כ כ"ז שלא פירשו ונגמרו דתרתי בעינן,

ואם נגמרו אף שלא פירשו פטור דא"כ למה כתב המ"מ דכ"ז שתלויות כאשכול הרי הן כבשר, וכן מוכח מהא דנבלת עוף טהור דאי מן האשכול הוא מהתלויות באשכול לא הוזכר שם גמורות והמ"מ מביא משם לכאן, ואם נימא דהרמב"ם סובר כדעת הרשב"ם דלת"ק אפי' אם אינם מעורות בגידין אסורות, ג"כ קשה דהא כאן פסק הרמב"ם דדוקא אם תלויות באשכול, ומוכח כאן דסובר דגמורות ואינם מעורות הוא חדא מילתא, והוא דלא כדברי הגמ' בביצה לכל הפירושים.

והנה בביצה דף ז' לל"ק אמר רב יוסף דמן השלל של ביצים זהו מעורות וכיון דאמר דטהור הוא דלא כר' יעקב, ולאיכא דאמרי מן השלל אינם מעורות ומן האשכול הם מעורות, וע"ז אמר רב יוסף דמאן תנא דמן האשכול טמא ר' יעקב הוא, וע"ז אמר אביי ממאי דמן האשכול הוא מהנך דתלייא באשכול דלמא מן האשכול גופא, ולהרמב"ם בפ"ג מה' אה"ט פסק כלשון הברייתא דמן האשכול טמא, ואינו מבורר אם כונתו מאשכול גופא או מהתלויים באשכול והכ"מ כתב שם פירש"י דהיינו מבשר השדרה, אבל מדברי הרמב"ם כאן בהל' מא"ס דפסק דמהתלויים באשכול לוקה, וכתב המ"מ דזה נלמוד מאוכל נבלת עוף טהור מוכח דשם ג"כ הוא מהתלויים באשכול ודלא כהכ"מ, וקשה דכמאן פסק הרמב"ם דכל"ק דמשלל של ביצים הוא מעורות והוא טהור א"א דא"כ למה כתב על מן האשכול שעדיין לא פירשו דהא גם מן השלל לא פירשו, ומוכח דדעתו כאיכא דאמרי דמן האשכול היינו מעורות, וא"כ קשה דהא אמר רב יוסף ר' יעקב הוא והרמב"ם פסק דלא כר' יעקב.

ונראה דדעת הרמב"ם דמה דאמר רב יוסף ר' יעקב הוא אינו דהוא דלא כת"ק אלא דת"ק לא אמר חילוק בין מעורות לאינו מעורות, ולכן הא דמצינו חילוק בין מעורות לאינם מעורות הוא כר' יעקב, אבל אפשר לומר דת"ק דסובר דאפי' אין מעורות אסורות כ"ז שאינם גמורות מ"מ מודה דבאוכל נבלת עוף טהור דוקא אם מעורות טמא משום דבבו"ח סבר דהויין בכלל גדי כ"ז שאין עליהם שם ביצים, אבל גבי נבלה כיון שאין בהם חיות התרנגולת אין בהם דין נבלת עוף טהור לענין טומאה דגבי טומאת נבלת עוף טהור לא מהני מה דאין ע"ז היתר שחיטה אלא דצריך שתתנבל במיתת העוף, וכיון דאין להם חיות לא נתנבלו עמה, ולענין אוכל ביצי עוף טמא אף דיש מקום לומר דגם אם אינם מעורות, כיון שאינם ביצים ממש ואין בהם היתר ביצים לענין איסור נבלה חייבין עליהם גם משום עוף טמא, מ"מ סובר הרמב"ם דאין לנו לחייב מלקות כיון שאין נחשבים כגוף העוף, בפרט שכל הדין חידש הרמב"ם מסברתו לחייב מלקות אף דביצי עוף טמא נתמעטו ממלקות, לכן אם אינם מעורות אף שאינם גמורות ואין בהם היתר

ביצים לענין איסור נבלה מ"מ לא נוכל לחייב מלקות משום עוף טמא כיון דאינם כגוף העוף, לכן דימה הרמב"ם דין זה לדין נבלת עוף טהור דדוקא אם הם מעורות דהוי כגוף העוף, אז טמא האוכלם משום אוכל נבלת עוף טהור.

ומה דהוכיח המ"מ דין זה מדין בו"ח אף שלפי דברינו יסבור הרמב"ם גבי בו"ח דאפי' אם אינם מעורות אסור לאכלן בחלב כ"ז שאינם גמורות, יש לומר בכונתו דהנה בביצה שם אמר ר' יוסף לאיכא דאמרי דהא דתניא מן האשכול של ביצים טמא ר' יעקב הוא דאמר אם היו מעורות בגידין אסורות, ודחה אביי ואמר ממאי דמן האשכול מהנך דתלייא האשכול דילמא מן האשכול גופיה, ופירש"י בשר הדבוק בשדרה, ובפ"ג מהל' אה"ט בדברי הרמב"ם שפסק מן האשכול טמא פי' הכ"מ דהיינו מן הבשר הדבוק בשדרה והוא כאביי, ובזה לא נוכל כלל לומר דהני דתליא באשכול אין מטמאים משום דאין להם חיות התרנגולת דזה שייך רק על מעורות בגידין, לומר דאף שהן מעורות עוד בגידין אינם אלא מחוברין, אבל לאביי דאמר דמן האשכול היינו מבשר השדרה וא"כ מביצים אפי' בתחלת ברייתן שהם בודאי חיים מגוף התרנגולת אינם בכלל נבלת עוף טהור, וע"כ דטעמא אחרינא הוא דביצים אינם כלל בכלל העוף אפי' בתחלת ברייתן והא דאסור משום נבלה לדברי הכל צריך לומר דהוי בגדר יוצא מן החי, דאין עליהם היתר שחיטה אבל אין להם דין עוף, וא"כ אין סברא לאסרם משום בו"ח דאינם בכלל גדי.

ולכן סובר המ"מ דלא כמו שכתב הכ"מ בפ"ג אה"ט דמן האשכול הוא מבשר השדרה כאביי דא"כ מהני דתליא באשכול אפי' בתחלת ברייתן אין מטמאין, וא"כ אין לאסרם בבו"ח אע"כ אביי רק דחויי קא מדחה לרב יוסף לומר דמהך ברייתא ליכא סייעתא לר' יעקב ויש לפרש מן האשכול מאשכול גופיה, אבל באמת מברייתא דבו"ח ע"כ מוכח בין מת"ק בין מר' יעקב דעכ"פ יש לבנים דין תרנגולת מתחלת ברייתן, וא"כ אין לפרש דמן האשכול אשכול ממש ובע"כ מהני דתליא באשכול, וממילא מוכח דר' יעקב סבר דמעורות בגידין הוויין כגוף העוף, דהא הני דתליא באשכול הכל בכלל, ואפי' אלו שנגמרו ואינם אלא מעורות.

וזהו שכתב המ"מ דמהא דאסור לאכלן בחלב מוכח כדברי הרמב"ם, משום דמוכח דלא כאביי וכנ"ל, והא דביצי עוף טמא דמי לדין טומאת נבלות דחייב דוקא במעורות, ולא לדין נבלה ובו"ח דאפי' אינם מעורות, היינו משום דכתיב מבשרם, וסובר הרמב"ם דדוקא מבשרם ממש שיהי' מגוף העוף משא"כ בנבלה ובו"ח כיון דעכ"פ הויין בכלל העוף אסורין וכמו שנתבאר, ומש"כ הרמב"ם כ"ז שלא פירשו ונגמרו הכונה שלא פירשו ולא נגמרו דתרתי בעינן לחייבו במלקות, דאף דאינו מצוי שיהי' קליפה קשה ויהיו

מעורות מ"מ הזכיר הרמב"ם שניהם משום דשניהם הם בתנאי חיוב המלקות.

ולפי"ז נתברר לנו דדעת הרמב"ם כהרשב"ם דגמורות הן גמורות ממש והוא כדברי הפיה"מ להרמב"ם בעדיות, דכ"ז שיש רכות קצת ה"ה מכלל בני מעיה, אלא דמ"מ כגוף העוף ממש לא הוי עד שיהיו מעורות.

ועכשיו מבואר שיטת הרמב"ם מכאן לגבי תרנגולת שהזיקה דלכאורה מנ"ל לחלק בין מעורות לאינם מעורות כיון דפסקינן דלא כר' יעקב אבל עכשיו מיושב דגם בנבלת עוף טהור וגבי אסור ביצי עוף טמא פסק הרמב"ם דתלוי במעורות דאז הויין כגוף העוף וכנ"ל:

הלכה ב

מעוברת שנגחה ונמצא ולדה בצדה ואין ידוע אם עד שלא נגחה ילדה או אחר שנגחה ילדה, משלם חצי נזק מן הפרה ואינו גובה מן הולד כלום, עד שיביא ראיה שבשעה שנגחה היתה מעוברת שהמוציא מחבירו עליו הראיה.

בתוס' בדף מ"ז ע"א ד"ה ליתא לפרה כתבו דמתני' לא אתיא אלא כר' ישמעאל, דלר"ע כיון דשותפין אינהו לא משתלם רביע נזק מן הולד אי ליתא לפרה דהא כיחש או שיבח ברשותא דתרווייהו, וא"כ לפי"ז לדידן דקיי"ל כר"ע גם רישא אינה בפשיטות דאיך אפשר לומר דודאי ישלם חצי נזק מן הפרה ומשמע דאפי' ליתא לולד, אכן לדעת הרמב"ם הוא פשוט דכבר כתבנו למעלה בפ"ז דסובר דגם לר"ע כיחש המזיק גובה הניזק כל ההיזק, משום דסובר דגם לר"ע לא אמרינן יוחלט השור אלא לאחר העמב"ד, רק מה שקשה בזה הוא דעת הטור דגבי כיחש ושיבח פסק דהניזק נפסד בכחש ונוטל בשבח, ומ"מ פסק בסי' שצ"ט דליתא לפרה משתלם כל חצי הנזק מולד אי ידעינן שהיה הולד בשעת נגיחה, וטעמו של הטור הוא דהרי"ף והרא"ש הביאו דברי רבא להלכה עכ"פ הדבר צריך ביאור.

וראיתי להב"ח שם שכתב על דברי הטור וז"ל מימרא דרבא פ' הפרה, פרה שהזיקה גובה מולדה וכו', ופירש"י משתלם כולי חצי נזקא מולד כי ליתא לפרה וכו', ונראה דכל דאי איתא לפרה והפרה לאחד והולד לאחד כל אחד משלם רביע, אלא דכי ליתא לפרה משתלם כולי חצי נזקא מולד מדר' נתן דכי ליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי עכ"ל, משמע שהב"ח בא כאן לבאר קושייתנו זאת, וביאר דהטעם משום דאמרינן כי ליכא לאשתלומי מבעל הפרה משתלם מבעל הולד, ומה דלא אמרינן גבי כיחש מזיק כי ליכא לאשתלומי ממה שהוכחש משתלם משור הנשאר, משמע דסובר הב"ח לחלק בין בעלים אחד לשני בעלים דלא אמרינן כי ליכא לאשתלומי אלא בשני בעלים, דהא

משום זה ע"כ פירש דברי רבא דהיינו בפרה דחד וולד דחד, אך בטעמו של דבר לא כתב כלל, ועוד דעל הטור א"א ליישב משום ליכא לאתשלומי מבעל הפרה משתלם מבעל הולד דהא בסי' ת"י הביא הטור דעת הרמ"ה דשייך כי ליכא לאשתלומי אפי' שניהם בני חיובא רק שהאחד אין לו מה לשלם, וכתב ע"ז הטור ואינו נראה דלא מחייב ר' נתן היכי דליכא לאשתלומי אלא היכי שפטור מדינא, וכן כתב הר"ר חזקיה דשור שדחף לבור האידנא אף דהשור אינו משלם כלל מ"מ בעל הבור אינו משלם אלא ג' רבעים, וא"כ גם כאן לא שייך כי ליכא כיון דמעיקר דינא אי הוי ידעינן דהוי ולד בהדה הי' חייב.

ואין לומר דהיכי דהוי ספק בחיוב לא דמי לאין לו לשלם וגם הטור מודה דשייך כי ליכא, דבמה דמשני אביי מתני' בפרה דחד וולד דחד, כתבו בתוס' דאפי' לר"נ דאמר כי ליכא לאשתלומי וכו', מודה הכא דעד כאן לא אמר ר"נ אלא בשור תם שדחף את חבירו לבור שבעל השור אין לחייבו אלא רביע אע"פ שודאי הזיק לפיכך משתלם כל השאר מבעל הבור, אבל כאן שאם הולד במעי אמו בשעת נגיחה יש לו להתחייב בתשלומין אין לחייב הפרה תשלומים שהם על הולד לשלם אם נגח, וכתב הגר"א ז"ל בביאורו לחו"מ דמכאן הוא מקור דברי הפוסקים החולקים על הרמ"ה דלא אמרינן כי ליכא לאשתלומי אלא היכי שפטור מדינא, ובעיקר חילוקו של הב"ח שמחלק בזה בין בעלים אחד לב' בעלים בדברי הנמוק"י בסוף פ' המניח מוכח דאין חילוק בזה, שכתב דשני שוורים של אחד שהזיקו ונאבד האחד משתלם כל החצי נזק מן השני משום כי ליכא לאשתלומי.

והנה הקצוה"ח בסי' ת"י סק"ד כתב דע"כ עלינו ליישב דברי אביי לפי דעת הרמ"ה, ולכן כתב דגבי קרן תמה כיון דקיי"ל יוחלט השור לא שייך לומר כי ליכא לאשתלומי, והוכיח זה ממה דלא אמרינן כי ליכא בכיחש מזיק, וה"ה נאבד משום דכיון דחייב מדינא והוחלט השור לניזק ונאבד או כיחש ברשות הניזק נאבד וכיחש דהוי כאלו כבר גבה, ומטעם זה כתב דמה שכתב הטור דהר"ר חזקיה דסובר בשור שדחף חבירו לבור, דאינו משלם בעל הבור אלא ג' רבעים חולק על הרמ"ה, דלפי"ז אינו חולק כלל, דהרמ"ה הא מיירי בנזקין שמשלם מן העליה, אבל בשור שדחף כיון דמשלם מגופו ודאי לא אמרינן בזה כי ליכא, וסברת הקצוה"ח נכונה בעיקרה. -

איברא דמה שהוכיח מכיחש מזיק לא ידעתי הוכחתו דהא בדף י"ג אמרינן דגבי שלמים שהזיקו אינו גובה מבשר כנגד אימורין דבמזיק אחד לא שייך דין כי ליכא, ואף דיש לומר דזהו היכי דלגבי האימורין ליכא חיוב, ועמש"כ למעלה בפ"ח הלכה ב' בבאור דברי הרמב"ם, אבל זה אינו דבודאי לשיטת הרמב"ם דכיחש מזיק אין הניזק נפסד משום דלא אמרינן יוחלט למפרע בזה שפירש אם הי' דין גביה מאימורין רק דא"א לגבות מהן

לא הי' נפסד הניזק. אבל אי ס"ל דכיחש מפסיד הניזק, רק שאנו באין לדון מדין כי ליכא, בזה הא אמרינן דבחד גופא לא אמרינן כי ליכא, והיכי דאין ממה לגבות בודאי לא עדיף לומר כי ליכא מהיכי דליכא חיוב כלל.

ונראה דאפשר לומר בדרך הקצוה"ח לחלק בדרך הב"ח בין בעלים אחד לשני בעלים, דאיברא דסברת הקצוה"ח נכונה דלהשיטות דכיחש מזיק נפסד הניזק דאמרינן יוחלט משעת נגיחה, לא שייך לומר כי ליכא לאשתלומי, מ"מ כל זה בבעלים אחד דכיון דעכ"פ עתה בשעת העמב"ד איתנהו בשעת הדין וב"ד גומרים עליו שיוחלט המזיק להניזק, אבל בשני בעלים כגון בפרה דחד וולד דחד ובשעת העמב"ד ליתא לפרה א"כ לא שייך בעל הפרה עכשיו בדין כלל כיון שתם אינו משתלם אלא מגופו ומזיק שלו ליתא בעולם, וא"כ בלא גמר דין לא שייך שנאמר יוחלט למפרע וגמ"ד שנגמר על הולד אינו שייך לבעל הפרה, ואפי' אם ירצה בעל הפרה לבוא לדין להתחייב כדי לפטור לבעל הולד לא שייך כלל ביאתו לדין שאינו עכשיו בעל דין כלל, וכיון שאי אפשר לעשות עכשיו גמ"ד על הפרה א"א לומר יוחלט למפרע, אבל בפרה וולד דחד או בכיחש מזיק כיון דהוא חד בעלים שפיר שייך לומר כיון שנגמר הדין על הבעלים ועל המזיק נעשה יוחלט למפרע, וכי הוכחש או נאבד ברשות הניזק נאבד, ובזה אין סתירה מהנמוק"י דהוא לא מיירי היכי דמעיקרא הי' ממה לגבות.

ובזה יתיישב דברי הטור מה שכתב דהר"ר חזקיה אינו סובר כהרמ"ה דכתב הקצוה"ח דכיון דהרר"ח מיירי בשור שדחף חבירו לבור דהוי דין יוחלט גם הרמ"ה מודה, אבל לפי מש"כ נכונים דברי הטור דבהך דינא דהרר"ח דשור שדחף חבירו לבור בזמן הזה כיון דאין דנין דיני שור ודאי לא שייך לומר דנעשה מוחלט למפרע כיון דאין דנין כלל וליכא גמ"ד, ואף דאפשר דיבוא אליהו שיהי' ב"ד סמוכין ויעשו גמ"ד, ה"נ כשאין לו לשלם אפשר שיתעשר ויהי' לו לשלם, וע"כ דהרר"ח סובר דלא אמרינן כי ליכא אלא היכי שפטור לגמרי מדינא וע"כ דחולק על הרמ"ה.

ובמה שכתבתי דדברי הטור א"א לפרש משום כי ליכא, דהא הטור חולק על הרמ"ה וסובר דלא אמרינן כי ליכא אלא היכי דפטור מדינא, אפשר לומר דעד כאן לא פליג הטור על הרמ"ה אלא בחיובי הבעלים שחייב לשלם מביתו ורק שאין לו מה לשלם, א"כ עיקר החיוב לא נתבטל אלא דעכשיו אין לו מה לשלם, או בדין שכתב הרר"ח בשור שדחף חבירו לבור דאף דאינו בחיובי בעלים אלא בחיובי השור שמשלם מגופו, מ"מ כיון דאם יהיו ב"ד סמוכין יהי' אפשר לגבות מן השור א"כ עיקר החיוב לא נתבטל, אבל בשור תם שנגח וליתיה בעולם כיון דכל חיוב תם הוה מגופו וליתיה בעולם הוי כמו שפטור

מדינא דהא נתבטל כל עיקר חיובו, רק שבשעת הנגיחה הי' דין חיוב, א"כ אפשר דבזה מודה הטור דשייך כי ליכא ולא בעינן דוקא שיהי' פטור מדינא בזמן הנגיחה.

והנה אם נימא כמש"כ, יש לדון לענין תירוצו של הקצוה"ח ליישב דברי הרמ"ה מהא דאביי בפרה דחד וולד דחד דמוכח דלא אמרינן בכה"ג כי ליכא לאשתלומי, דהתם מיירי באיתא לפרה ולולד, ומ"מ יש לעיין היכי דיש ספק לב"ד ואין מחייבין אלא חצי, א"כ כבר א"א לדון יוחלט על יתר מחצי, וא"כ אפשר דהוי כמו ליתא לפרה, אך לבד זה קשה דמדאמר רבא אח"כ לעולם בפרה וולד דחד משמע דבפרה דחד וולד דחד לא מיתוקמא וזה הא מיירי בליתא לפרה וא"כ אי אמרינן כי ליכא אפשר לשנויי נמי בפרה דחד וולד דחד.

ונראה דאפשר לומר סברת הקצוה"ח באופן אחר והיינו שנאמר כדבריו דהיכי דאמרינן יוחלט לא אמרינן כי ליכא, אבל לא משום דאמרינן יוחלט על מי דליכא לאשתלומי מיניה, אלא משום דאמרינן יוחלט על מי דאיכא לאשתלומי מיניה, וכמו בפרה דחד וולד דחד דזה ודאי סברתי נכונה דעל הפרה אי אפשר לומר יוחלט, כיון דעכשיו ליתא בעולם ואין גמ"ד על בעל הפרה, רק הטעם דלא אמרינן כי ליכא הוא משום הולד, דבשלמא אם אחד פטור מדינא שפיר אמרינן על השני כי ליכא, אבל היכי דמעיקר דין שניהם חייבין איך נימא על הולד יוחלט כל חצי הנזק להניזק, ודין יוחלט הוא למפרע דבשעת נגיחה הוחלט הולד בעד כל חצי הנזק דהא בשעת נגיחה לא הי' עומד ברור שלא יהי' ממה לגבות מהפרה, ולכן בשאר נזקין דמשתלם מן העליה שפיר נוכל לומר כסברת הרמ"ה דאפי' באין לו מה לשלם אמרינן כי ליכא, דכיון דכל אחד כולי היזקא עביד נתחייב כל אחד לשלם בעד הנזק באיזה אופן שהוא ואם יהי' ממה לגבות משניהם ישלמו בשותפות, וכיון דבשעת העמב"ד אין לא' לשלם משלם השני, אבל דין יוחלט שאמרה תורה שבפועל נעשה השור של הניזק למפרע א"א שיהי' הולד למפרע של הניזק כיון דבשעת נגיחה היו הפרה והולד בעולם.

ועכשיו מיושב שפיר דעת הרמ"ה וגם דברי הטור במה שהביא דברי הרר"ח יהיו מיושבים, דגבי פרה דחד וולד דחד לא אמרינן כי ליכא משום דלא נוכל לומר יוחלט על הולד למפרע אבל בדברי הר"ר חזקי' לענין שור שדחף לבור דאנו דנין על בעל הבור אם נימא כי ליכא לאשתלומי מבעל השור כיון דעכשיו אי גובין ממנו ישלם בעל הבור כולו, שפיר הוכיח הטור דהרר"ח סובר דבאין לו לשלם לא אמרינן כי ליכא דבעל הבור הרי משלם מן העליה וע"כ דחולק על הרמ"ה.

הארכתי בזה לבאר ולברר שיטות הראשונים בדין כי ליכא היכי דאין לו לשלם, בשביל

דעיקר דין זה תלוי בסוגיא זו כמש"כ הגר"א ז"ל, אבל מ"מ לקבוע תירוצו של הב"ח ולפרש דברי הטור דקאי דוקא על פרה דחד וולד דחד לא נראה לי, דלא הי' לו להטור לסתום בזה, וגם מה שקבע הב"ח דבריו על דברי רש"י דבריו תמוהים דמה שהביא דברי רש"י על מימרא דרבא דפרה שהזיקה לא משמע כן, דדבור המתחיל ברש"י הוא "משתלם" ומוכח דהוא על סוגיית הגמ' מקודם במה דאוקים רבא למתני' בפרה וולד דחד, דאח"כ במימרא דרבא ליכא תיבת משתלם.

ונראה לבאר דברי הטור באופן אחר דסובר דלא אמרינן יוחלט אלא היכי שמחליטין ב"ד עכשיו בפועל שור המזיק לניזק אז אמרינן יוחלט למפרע וכיחש או שיבח ברשותא דתרווייהו, אבל בפרה וולד היכי דליתא לפרה כיון דבשעת גמ"ד אין מחליטין ב"ד עכשיו בפועל הפרה להניזק כיון דליתא בעולם, ולכן שפיר דגובה הניזק כל חצי הנזק מן הולד אפי' לר"ע ולא כדעת התוס', והוכרח הטור לחלוק על דברי התוס' מזה שקבעו הרי"ף והרא"ש דברי רבא להלכה, ולכן ע"כ נחלק כנ"ל דגבי כיחש עכ"פ על שור זה עושין ב"ד יוחלט ונעשה מוחלט למפרע אבל על הפרה כי ליתא לפרה לא אמרינן עכשיו יוחלט כלל:

הלכה ו

שור שהי' רודף אחר שור אחר והוזק, הניזק אומר שורך הזיק וזה אומר איני יודע, שמא בסלע לקה, המוציא מחבירו עליו הראיה ואע"פ שהניזק אומר איני יודע בודאי וזה אומר איני יודע טען הניזק ואמר ודאי אתה יודע ששורך הזיק ה"ז נשבע שבועת הסת שאינו יודע אם הי' מועד, אבל אם הי' תם פטור אף משבועת הסת שאפי' הודה מעצמו פטור שחצי נזק קנס הוא ומודה בקנס פטור הוא.

מש"כ הרמב"ם דאינו חייב שבועת היסת אלא בטוען אתה יודע בודאי, יש לעיין דבפ"א מה' טוען הל' ח' לא הצריך שיטעון אתה יודע בודאי, ואף דאם הניזק אינו טוען ודאי שהמזיק היה שם פשוט דלא דמי להתם, דלא הו"ל למידע מ"מ מלשון הרמב"ם מוכח דצריך דוקא אתה יודע בודאי ולא מהני מה שיטעון שהיה שם ומשביעו שמא יודע הוא דהו"ל טענת שמא, וא"כ גם שם אינו יודע התובע שהנתבע יודע וזוכר הלואתו, וצ"ל דהתם כיון דמסתמא זוכר הלואתו חשבינן לי' כטענת ברי שיודע, אח"כ מצאתי שכ' כן היש"ש:

הלכה ז

היו שנים רודפים אחר אחד והרי עדים שאחד מהן הזיק ואין העדים יודעים איזהו משניהם, זה אומר שורך הזיק וזה אומר שורך הזיק שניהם פטורים, ואם היו שניהם

של איש אחד חייב לשלם מגוף הפחות שבשניהם ואם היו מועדין משלמין נזק שלם מנכסיו בד"א בששני השוורים עומדין, אבל אם מת אחד מהן או אבד והי' אחד מהן תם, אע"פ שהן של איש אחד פטור, שהרי אומר לו הבא ראי' שזה העומד הוא שהזיק ואשלם לך.

כתב המ"מ וז"ל, ומ"ש בד"א הוא מפורש בגמ' דף ל"ו על דרך פירושו ז"ל והוא הנכון שאם אבד א' פטור לגמרי, וכן מ"ש מגוף הפחות שבשניהם מפני שהוא ספק והמע"ה ודברי רבינו עיקר עכ"ד המ"מ, וכונת המ"מ הוא כמש"כ הלח"מ לאפוקי ממש"כ הרא"ש מדברי הר"י ברצלוני בשם גאון ולפי שהדבר צריך בירור נביא ד' הרא"ש וז"ל, וטעמא דאיתנהו לתרווייהו וכו' אבל ליתנהו לתרווייהו כגון שמת או ברח אחד מהן א"ל אייתי ראיה דהאי תורא אזקך ואשלם לך, פי' אפי' לר"ע דאמר יוחלט השור ומשעת נגיחה קם ליה ברשותא דניזק וממ"נ אית ליה חלק באחד מהן א"כ ליהוי כשני שוורים של שני שותפים שאם נאבד האחד נאבד לשניהם קמ"ל דשאני הכא שלא נתברר באיזה מהן היה לו חלק מצי למימר אייתי ראיה דהאי הוא דאזקך, וראיתי בספר הרב הברצלוני ז"ל שפי' בשם גאון ואם אין שניהם מצויין אלא אחד מהן הוא מצוי והאחד מת או שברח מצי לדחויי דא"ל טול מזה מה שראוי לך כלומר רביע נזקך או שתביא ראיה שזה המצוי הוא שהזיקך וטול כל מה שראוי לך ולא מסתברא כלל אלא כדפרישית שלא יטול כלום משור המצוי עכ"ל הרא"ש, ודעת הברצלוני הוא בודאי כמו ההו"א של הרא"ש וכן כתב הפ"ח שם, ועיין מש"כ הפרישה בדעת הגאון ודבריו אינם נכונים כלל וא"צ להאריך בזה.

ודברי הרא"ש במה שכתב ליהוי כשני שוורים של שני שותפים אינם מדוקדקים דזה משמע שהם שותפים בשני השוורים וזה פשיטא שאם נאבד א' נאבד לשניהם ולא שייך לכאן מה שכ' הרא"ש דממ"נ אית ליה חלק באחד מהן, וע"כ כונתו שני שוורים ששייך כל א' לאיש א' ונתערבו השוורים דממילא הוו כמו שותפין בהשוורים, ונאבד א' מהם דנאבד לשניהם.

איברא דלפי"ז דברי הרא"ש תמוהים דאיך כתב בפשיטות דבכה"ג אם נאבד שור אחד נאבד לשניהם וכאן דאינו גובה הוא רק משום שלא נתברר באיזה מהן היה לו חלק דהא גמ' מפורשת היא להיפוך בבכורות דף י"ח והובא להלכה ברמב"ם בפ"ה מה' בכורות דרועה כהן שהפקיד אצל בעה"ב ונתערב עם פשוט של בעה"ב ומת א' דהמע"ה ואין לכהן כלום וממילא תמוה ביותר דעת הברצלוני בשם גאון דאפי' נדמה לשני שותפין ג"כ אמרינן המע"ה, אכן באמת נראה דכאן לא מיירי דהמזיק מוחזק דהא מעשה ההיזק ע"כ שהיה ברשות הניזק או ברה"ר דברשות המזיק פטור, ובזה אמר בגמ' דאי ליתנהו

לתרווייהו מצי א"ל אייתי ראיה, וזהו אפי' אם אכתי שור הנשאר הוא ברה"ר, ובזה הוא שכתב הרא"ש דהו"א דהשור שנאבד נאבד לשניהם, ובזה הוא דסובר כן באמת הברצלוני בשם גאון.

אך לפי"ז עלינו להסביר ביותר דברי הרא"ש וגם דעת הברצלוני, והנה בדעת הרא"ש נראה דאף דכבר נעשה יוחלט על א' מב' השוורים, וכיון שהמזיק אינו מוחזק א"כ קשה במאי עדיף מהניזק, ובאמת יש סברא דנאמר דנאבד לשניהם, אך סברת הרא"ש נראה דכמו שאם נעשה ספק בשעת הנגיחה אם הזיק או בסלע לקה דבודאי לא נאמר כיון דהמזיק אינו מוחזק שניהם שוין דהא בודאי מספק לא נוכל לומר דין יוחלט להוציא ממון מספק, ואפי' בספיקא דדינא כתב הרא"ש בפ"ק דב"מ גבי זרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר דאם הוא במתנה מספק לא קנה ויכול הנותן לחזור בו, ולכן גם כאן אף דבשעת הנגיחה היו בעולם וע"כ דנעשה דין יוחלט, מ"מ כיון שעכשיו נאבד אחד ואכתי לא נתברר מעולם אלא איזה שור שנעשה יוחלט ג"כ צריך לאוקמי בחמ"ק דהא כשיבוא הניזק לתבוע השור שישנו ויאמר תנהו לי שכבר הוחלט לי שפיר יכול לומר לו המזיק אוקי בחמ"ק ושור זה לא הוחלט לך מעולם, וזהו שכתב הרא"ש בסברתו שלא נתברר באיזה מהן היה לו חלק, והיינו דאם ראובן היה נותן לשמעון שור א' במתנה ואח"כ נתערב שור זה עם שורו הב' של ראובן ונאבד אחד מהן ושניהם אינם מוחזקין, ודאי לא עדיף ראובן משמעון, כיון שכבר הוחזק שמעון בשור אחד ואין נ"מ כלל במה שמקודם היו שניהם שלו, אבל כאן כיון שלא נתברר עוד כלל חלקו של הניזק נוכל לומר עכשיו כמו שהיינו אומרים מקודם תיכף אחר הנגיחה דמספק לא נוכל לעשות יוחלט ואוקי ממונא בחמ"ק.

ובדעת הברצלוני נראה לומר עפ"י מה שכתבו בתוס' בב"ב בריש פ' השותפין בהא דתנן לפיכך אם נפל הכותל, דאפי' אם לא היו כופין לבנות הכותל בין שניהם ונפל לרשותא דחד מינייהו לא הוי אמרינן המע"ה ולא דמי להא דהבית והעליה של שנים שנפלו דאמרינן וליחזי ברשותא דמאן קיימא דהתם מתחלה מבורר היה הדבר וברשות א' מהן נולד הספק, אבל הכא מעיקרא נולד הספק ואם היו באין לחלוק בעוד שהכותל קיים היו חולקין מספק לכן אפי' נפל לרשותא דחד מינייהו לא הפסיד האחר כחו, והרשב"א בש"מ חלק שם על דברי התוס' וכתב דלא דמי להא דאמרינן בריש ב"מ דאם תקפה אחד בפנינו דלא מהני תפיסה דהתם כבר נפל הספק בין שניהם ונעשה דין חלוקה, אבל הכא עוד לא נתברר לפני ב"ד ספק כלל, ולכן לדעת התוס' דסוברים דגבי כותל השותפין הוי כמו שכבר נעשה דין חלוקה אף דאכתי לא היה שום ד"ת ואפשר היו מודים זל"ז, כ"ש

כאן דראו עדים עיקר הספק וכבר נעשה דין זה שיש להניזק חלק באחד משני השוורים, ולכן סבר שפיר דלא נעמיד על חזמ"ק מכ"ש ממה דאמרינן התם דלא נעמיד בחזקת מוחזק בחזקה דהשתא דאמרינן כבר נתברר הספק והוא על שניהם, כ"ש דלא נעמיד בחזמ"ק על מי שנשאר כיון שכבר נעשה ספק בעת שהיו שניהם, ובדעת הרא"ש יש לומר דסובר כדעת הרשב"א אף דכאן גרע מכותל השותפין דשם לא נעשה ספק כלל לפני טענותיהם.

אך עוד יותר יש לומר דסובר הרא"ש דאפי' לדעת התוס' מ"מ לא שייך זה לכאן דדוקא התם היכי דאין אחד מוחזק ונעשה דין חלוקה נוכל לומר דחותו דין חלוקה דאנו צריכים לפסוק אם לא נפל לרשות א' מהן, הוי כמו שכבר נפסק קודם שנפל' אבל הכא אפי' בעת ששני השוורים קיימים אם יבוא הניזק לגבות יכול המזיק ליתן לו איזה שור שירצה דלגבי שור זה שאינו רוצה המזיק שיגבה ממנו יש להמזיק חזקת ממון שמספק אין להניזק לגבות ממנו, ולכן שפיר גם עכשיו שנאבד אחד מהם יכול המזיק לומר על אותו שנשאר שהוא לא הזיק והנאבד הוא שהזיק ואוקמינן ממונא בחזקתו, ובפרט לפימש"כ למעלה בהלכה ב' בדעת הטור דאם אבד שור המזיק לא אמרינן כלל יוחלט וא"כ על שור שנאבד אם הוא הזיק לא אמרינן יוחלט והוי ספק על עיקר ההחלטה ומספק לא יוכלו ב"ד להחליט דהמע"ה:

הלכה ט

היו ב' השוורים הרודפים אחד גדול וא' קטן הניזק אומר גדול הזיק והמזיק אומר קטן הזיק הי' אחד תם ואחד מועד הניזק אומר מועד הזיק והמזיק אומר תם הזיק המע"ה, לא היתה שם ראי' ברורה שזה הזיק אלא עדים מעידים שאחד משני אלו הזיק משלם המזיק כמו שאומר ואם טען הניזק שאתה יודע ודאי שזה הזיק בפניך הרי המזיק נשבע שבועת התורה ומשלם כמו שהודה שהרי הודה במקצת.

השגת הראב"ד: נשבע וכו'. א"א אתם ואמועד קאי, ומתני' דקתני המע"ה כגון דקאמר שמא תם הזיק דליכא שבועה גביה ואי תימא ליהוי כמחוייב שבועה שאינו יכול לישבע דהא אומר מקצת ידענא ומקצת לא ידענא התם תובע אותו בברי ואומר לו באמת אתה יודע עכ"ל.

המ"מ הבין בדברי הראב"ד במש"כ אתם ואמועד קאי משום דבשניהם תמים הוו כחטים ושעורים, ולכן אפי' יש עדים שא' מהן הזיק דלדעת הרמב"ם אינו פטור מן השעורים מ"מ לענין שבועה לא הוי מודה במקצת, אבל בתם ומועד כיון דכל נכסיו משועבדים גם שור התם בכלל תביעת המועד, וכ' ע"ז המ"מ ויש לחלוק שאפי' בשניהם

תמים כיון שיש שם עדים חייב שבועת התורה וצ"ע עכ"ל, ודברי המ"מ תמוהים דמאיזה טעם יש לחלוק בזה דמה מהני לענין מודה במקצת מה שיש עדים שא' מהם נגח כיון דעכ"פ קטן וגדול הוו שני מינים ומה שייך מה דלא פטור מן השעורים לשיטת הרמב"ם וכפי"מ שנבאר הטעם בהלכה שאח"כ לענין שבועת מוב"מ.

והנה הש"ך והגר"א ז"ל השיגו על המ"מ במה שהוצרך לומר טעם הראב"ד משום דהוי חטים ושעורים לענין שבועה תיפוק ליה דכיון דהוי קנס ליכא שבועה בקנס, והתומים בסי' פ"ח כתב דזה לא נקרא מודה בקנס אלא מודה בתשלומין כיון דעל עיקר ההיזק יש עדים, ומש"כ בתוס' ריש פ' הפרה היינו בספק אם נגח גם את הולד דהוי ספק על עיקר הנזק, וע"ז השיגו הקצוה"ח בסי' ת' דהא מה דאמר התם אפי' ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא קאי בין אריש בין אסיפא ובסיפא בפרה שנגחה את השור הוי נמי מודה בתשלומין, וע"כ דלא דמי למודה בתשלומין דעיקר החוב מבורר אבל הכא בחצי נזק דאינו משלם אלא מגופו ליכא חיוב אלא כמה ששוה שור המזיק וכי מודה בגדול הוי שפיר מודה בעיקר חיוב הקנס, ועוד הקשה מגמ' מפורשת בדף מ"ג דאיתא שם גבי עבד שאינו משלם קנס עפ"י עצמו היכי דמי דאי אתי עדים ואסהידו בו דקטל ולא ידעי אי תם הוי או מועד הוי ואמר מריה דמועד הוא לא משתלם קנס ע"פ עצמו, והא דתם פטור מל' של עבד הוא משום דהביאהו לב"ד וישלם לך והוי מודה בתשלומין ומ"מ אינו משלם ע"פ עצמו.

אכן בד' המ"מ בודאי צ"ל כד' התומים, דאף דהי' אפשר לומר דכיון דיש עדים על עיקר הנגיחה לא הוי מודה בקנס כמו שכתב המהרש"א ר"פ הפרה, אבל מלבד דאין זה נכון בסברא ודברי המהרש"א שתלה זה בדין אם לסומכוס אמרינן חולקין, א"כ גם בה"ל ו' א"צ להיות פטור מטעם מודה בקנס כיון שיש עדי רדיפה וכמש"כ שם המהרש"א, והרמב"ם פסק להדיא בהל' ו' דהוי מודה בקנס, ותמיהני על התומים בסי' פ"ח שצורף דברי המהרש"א לכאן ולא הזכיר דהרמב"ם בודאי אינו סובר כן, ובאמת דברי המהרש"א אינם נכונים ואין שייכות הא דסומכוס להא דמודה בקנס דבודאי לסומכוס דסבר ממון המוטל בספק חולקין כשיש עדים על דברא דממונא גם בקנס אמרינן חולקין כיון דיש עדים על דבר שיש להסתפק, אבל לדידן דקיי"ל המע"ה, א"כ אפילו ביש עדים על דבר הראוי להסתפק כמו עדי רדיפה מ"מ כשמודה בנגיחה הוי מודה בקנס כמש"כ להדיא הרמב"ם בהל' ו' עכ"פ בודאי לא נעלם מהמ"מ הא דמודה בקנס שהזכיר הרמב"ם בהל' ו', וכתב ע"ז המ"מ דפשוט הוא, ומוכח שלא עלה על דעתו כלל ספיקו של ד' המהרש"א וע"כ דצ"ל בדעתו כד' התומים דמודה בתשלומים לא הוי מודה בקנס.

ומה שהקשה הקצוה"ח על דברי התומים מסיפא מפרה שנגחה את השור הנה במה שהקשה מד' התוס' דבודאי דברי התוס' קאי נמי אסיפא דבריו תמוהים דבסיפא הא אוקימנא בליתא לפרה ולא הוי מודה במקצת, ורק מה שדייק מד' הטור דליכא שבועה הוא דיוק נכון דגם ממה דליכא שבועת היסת מוכח דהוי מודה בקנס, אך באמת אפשר ליישב גם זה וכן קושייתו השני' שהקשה מגמ' מפורשת דמודה דמועד הוי פטור מל' של עבד, אף דבתם הפטור משום הביאהו לב"ד. [ואף דהי' אפשר לומר דכיון דבתם איכא טעמא דהביאהו לב"ד אמרינן דלא חייבה תורה כלל בתם כופר ול' של עבד אין זה מוכרח] דנראה דסברת התומים דמודה בתשלומים לא הוי מודה בקנס, אינה אלא לשיטת הרמב"ם דסובר דלא אמרינן יוחלט קודם העמב"ד, ובפרט לפימש"כ הנתיבות בסי' פ"ח סק"י דלשיטת הרמב"ם יכול לסלקו בזוזי א"כ עיקר הדין הוא על הבעלים של המזיק כמה שהוא צריך לשלם, אלא דאין עליו חיוב לשלם אלא מגופו, ובזה שפיר יש לומר דכיון דבשעת העמב"ד אנו דנין מתחילה על עיקר החיוב ואם באותה שעה יושבח או יתייקר המזיק יגבה הניזק, א"כ מה שמודה המזיק שגדול הזיק הוי רק מודה בתשלומין, אבל לדעת התוס' דדין יוחלט הוא משעת הנגיחה ואין שום דין על חיוב ממון לבד הדין יוחלט, א"כ בודאי גם מודה בגדול הוא מודה בקנס כמו אם יש עדים על נזק אחד והוא מודה על נזק שני, ולכן אין לדון כלל מדברי התוס' והטור לדברי המ"מ והרמב"ם, אלא דלפי"ז יש לנו להוסיף עוד דאפי' לדעת הרמב"ם לא שייך לומר דמודה בתשלומין לא הוי מודה בקנס אלא היכי דאיכא עכ"פ מקצת דין תשלומין, והיינו שהמזיק נמצא בעולם אלא שהשור קטן ואינו מספיק כדי גביית הנזק, אבל היכי ששור הקטן אינו בעולם וכמו בהא דליתא לפרה א"כ לא שייך לומר דיש גדר חיוב דכיון דאינו משתלם אלא מגופו ואין השור המזיק ליכא חיוב כלל א"כ הוא בודאי מודה בקנס, וא"כ מיושב בהא דל' של עבד דבתם כיון דאמרינן הביאהו לב"ד וישלם ליכא חיוב כלל ובזה ודאי הוי מודה בקנס.

-השמטות ומלואים-

לעיל בד"ה "ומה שהקשה", כתבתי שם בזה שהקשה הקצוה"ח על התומים שסובר שבקנס היכא שאינו מודה על החיוב רק על מקום גביה לא נקרא מודה בקנס והקשה הקצוה"ח מגמ' מפורשת בדף מ"ג דאיתא שם גבי עבד שאינו משלם קנס עפ"י עצמו היכי דמי דאי אתו עדים ואסהידו בי' דקטל ולא ידעי אי תם הוי אי מועד הוי ואמר מריה דמועד הוא לא משתלם קנס עפ"ע, והא דתם פטור מל' של עבד הוא משום דהביאהו לב"ד ואשלם לך והו"ל מודה בתשלומין ומ"מ אינו משלם עפ"י עצמו וכתבתי בזה"ל ואף

דהיה אפשר לומר דכיון דבתם איכא טעמא דהביאהו לב"ד אמרינן דלא חייבה תורה כלל בתם כופר ול' של עבד אין זה מוכרח ע"כ, וע"ז העירני הרי"נ שי' שזהו גמ' מפורשת בדף מ"ב ע"ש היטב, ובאמת אין ראי' משם דשם אמרו בגמ' דאם בשעת נגיחה לא היה עומד שיהיה אפשר לגבות מגופו ל' של עבד אמרינן דלא נתחייב כלל ואפי' קדם ושחטו אינו משלם, אבל עכ"פ הפטור הוא משום דאין ממה להשתלם, אבל כאן כוונתו לומר דכיון דבתם איכא פטורא דהביאהו לב"ד וישלם לך לא חייבה תורה כלל מעיקר דיני הנזקין דמשום זה נימא דמודה דמועד הוי אינו מודה בתשלומין אלא מודה בעיקר החיוב קנס וע"ז כתבתי דאינו מוכרח.

אכן יש לבאר מה שכתב הרמב"ם בהלכה ב' מעוברת שנגחה וכו' משלם חצי נזק מן הפרה ואינו גובה מן הולד כלום עד שיביא ראיה וכו', והנה אף דבגמ' אוקמא רבא למתני' דמיירי בליתא לפרה, אבל הרמב"ם דסתם משמע דמיירי בכל גווני אפי' באיתא לפרה ואין הפרה שוה כדי שיעור חצי הנזק ובגמ' דדחקו לאוקמא בליתא לפרה היינו משום דקתני במתני' ורביע נזק וע"כ בלא גבה מן הפרה כלום, וא"כ יש לבאר במה שסתם דאינו גובה מן הפרה כלום דהא אם טוען הניזק ברי חייב המזיק שבועת התורה ואם המזיק אינו יודע יהי' משואי"ל, וא"כ יתכן שיגבה, כיון דלפי דברינו לדעת הרמב"ם שייך כאן שבועה דלא הוי מודה בקנס, אמנם דהתוס' תירצו שם בר"פ הפרה תירוץ ב' דלא אמרינן משואיל"מ בלא הו"ל למידע, אבל הרמב"ם אינו סובר כן בפ"ו מהל' שאלה ופקדון הל' ו' דהרמב"ם מחייב שם גבי שומר שפשע בפקדון ואינו יודע כמה הוא הפקדון משום משואיל"מ, והראב"ד השיג עליו מטעמא דבלא הו"ל למידע לא אמרינן משואיל"מ, ומצאתי שכבר כתב בזה הש"ך בסי' ע"ב ס"ק נ"א לענין שיטת הרמב"ם דגם בלא הו"ל למידע אמרינן משואיל"מ, וכתב ע"ז הש"ך וז"ל וגם הך דהפרה אף שכבר כתבו התוס' שני תירוצים אחרים ויש לתרץ כן לדעת הרמב"ם מ"מ נלפע"ד דמעיקרא לק"מ דפשיטא דלא אמרינן משואיל"מ אלא כשהתובע מבקש ממנו שבועה והנתבע אינו יכול לישבע בבירור לכך משלם, אבל כשהתובע עצמו יודע האמת כמו הנתבע לא שייכא שבועה כלל והגע עצמך וכו' וא"כ בהך דהפרה הרי הניזק עצמו יודע שבעל השור אינו יודע אם הפילה קודם לכן או לא, ולא שייכא כאן שבועה לכו"ע עכ"ל.

והנה מש"כ הש"ך ע"ד ב' תירוצים הקודמים של התוס' הנה תירוץ א' דשמואל לית לי' משואיל"מ אבל עכ"פ צריך ישוב להלכה, ותי' ב' הוא משום דלא שייך שבועה משום דמודה בקנס פטור, אבל כבר כתבנו דלשיטת הרמב"ם אינו מספיק זה ואנו צריכין בזה לתי' הש"ך משום דהניזק עצמו יודע שאין המזיק יודע אם עד שלא נגחה ילדה

או משנגחה ילדה, אבל אכתי אינו מיושב בתירוצו של הש"ך דברי הרמב"ם בהלכה שלפנינו דכתב דאם טען הניזק אתה יודע בודאי שזה הזיק בפניך ה"ז נשבע שבועת התורה, ומשמע דאם לא טען אתה יודע בודאי אף שטוען שהמזיק הי' שם אינו יכול לחייבו שבועה, וקשה דכאן אינו פשוט דלא ראה מי הזיק אם גדול או קטן ולמה צריך לטענת אתה יודע ודאי, וע"כ דטעמו של הרמב"ם הוא דאם אינו יודע לא אמרינן מתוך, ולכן סובר דאינו יכול לחייבו שבועה אלא כשאומר אתה יודע בודאי שגדול הזיק, וכמו שנבאר.

ואף דהרמב"ם סובר להדיא דגם בלא הו"ל למידע אמרינן משואיל"מ נראה דהרמב"ם יחלק בין פשע בזה שאינו יודע או לא פשע דשם בהל' שאלה ופקדון הא מיירי באופן שפשע במה שאינו יודע דז"ל שם הפקיד אצלו פירות שאינן מדודין וערבן עם פירותיו ולא מדדן ה"ז פושע, בעל הפקדון אומר כך וכך היו והשומר אומר איני יודע ישלם בלא שבועה שהרי חייב עצמו בתשלומין ואינו יודע כמה הוא חייב, ונמצא חייב שבועה שאינו יכול להשבע וכו', ומפורש דטעמו משום שחייב עצמו בתשלומין ואינו יודע כמה והיינו כיון שפשע וחייב עצמו הי' לו לדעת בכמה הוא מתחייב ואינו יכול לפטור עצמו בטענת איני יודע, וכן הוא במה שכתב אח"כ בשומר שנתחייב לשלם בעד פקדון שפשע בו ואומר איני יודע כמה הי' שוה, וכן הפקיד אצלו כיס זהובים ואינו יודע כמה היו בו דבכל הני שחייב עצמו בפשיעה הי' לו לדעת בכמה הוא מתחייב, והראב"ד חולק עליו וסובר דדוקא בהו"ל למידע וחשדינן לי' שהוא יודע, וטעמייהו דהראב"ד סובר דבכל היכי דנא הו"ל למידע ולא חשדינן לי' שיודע ילפינן מיורשים דלא אמרינן בהו משואיל"מ, והרמב"ם סובר דביורשין הא לא פשעו ולא הי' עליהם לידע, ולכן בכל דוכתא דלא הו"ל למידע כלל באמת ילפינן מיורשים אבל שם בפקדון שפשע בעצמו הי' לו למידע בכמה הוא מתחייב ואין לו רשות להתחייב עצמו ע"י פשיעתו ולפטור עצמו במה שאינו יודע, ובזה לא ילפינן מיורשים ואיכא בזה דינא דמתוך.

ומבואר דכאן בהלכה ב' ובהלכה ו' אף דהבעלים ג"כ פשעו בזה שלא שמרו את שורם, אבל לא שייך לומר שה' להם לדעת אם נגח או לא, דהחיוב שחייבה התורה לבעלים הוא לשמור שלא יגחו, אבל לא חייבה תורה לבעלים לילך ולידע אם נגח דבפקדון שפיר אמרינן דעליו מוטל שמירת הפקדון, וכיון שפושע בו עליו לדעת בכמה פשע, אבל בעל השור אינו מוטל עליו שמירת דבר הניזוק אלא מוטל עליו שמירת המזיק, ולכן לגבי דבר הניזוק שפיר אמרינן דלא הו"ל למידע, וילפינן מיורשים דלא הו"ל למידע לא אמרינן משואיל"מ.

נמצא לפי דברינו דהרמב"ם סובר שיטת לא הו"ל למידע, ורק דלא כשיטת הראב"ד ובאמת מוכח מדבריו בהל' שאלה ופקדון דהיכי דפשע במה שאינו יודע אמרינן משואיל"מ. אפילו היכי דברור לנו שאינו יודע ודלא כדברי הש"ך דהכי משמע מדבריו דאפי' ערבן אם פירותיו בפני עדים וראו שאינו יודע, וכן משמע מדברי הראב"ד שכתב וז"ל, ורבותי אין מורין כן לפי שאינו דומה לחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהתם הוי לי' למידע ואערומי הוא דקא מערים ותובע נמי טוען עלי' ואמר מידע ידעת וכו' וא"א לפרש דכונת הראב"ד דגבי חמשין ידענא לא אמרינן מתוך אלא היכי דטעין לי' מידע ידעת דאינו מבואר כן בגמ' וסתמא אמרו בכל אופן, ועוד דמנ"ל לטעון מידע ידעת דאפשר שכח וע"כ דהכונה מידע ידעת היינו דבסתמא אתה יודע אבל הכא משמע מלשון הרמב"ם אפי' בודאי אינו יודע וכמש"כ, ורק שהרמב"ם גם בזה מחייב דכיון דפשע הי' לו לדעת ולא לפטור עצמו בטענת איני יודע, ולכן לא דמי ליורשין וכמש"כ, ובזה מבואר דגם בהלכה ב' צריך ליישב כמש"כ ולא כתירוצו של הש"ך וכמו שנתבאר.

ולפי מה שנתבאר שיטת הרמב"ם אינה כשיטת הרמב"ן והר"ן דאמרינן משואיל"מ אפי' בלא הו"ל למידע שהוכיחו כן מהא דהבית והעליה גבי אם הי' מכיר מקצת אבניו נוטלן דאוקמו בגמ' משום משואיל"מ והתם לא הו"ל למידע, ואף דבתוס' ריש הפרה כתבו דרגילות הוא להכיר אבניו לא ניחא להו להרמב"ן והר"ן בזה, והש"ך צירף שיטתם עם שיטת הרמב"ם, אכן לפימש"כ דגם הרמב"ם מצריך הו"ל למידע לענין זה שתהי' פשיעה במה שאינו יודע כדמוכח מהלכה שלפנינו, א"כ גם על הרמב"ם יקשה אמאי אמרינן שם משואיל"מ וצריך לומר דבזה יסבור הרמב"ם כהתוס' דרגילות להכיר או דמיירי באבנים שדרכן להכיר דבל"ז הוא אוקימתא כגון שיש עסק שבועה ביניהם, ויש להביא ראיה לדברי התוס' מהא דאמרו שם בגמ' ועולות לו מן החשבון סבר רבא למימר לפי חשבון שבורות אלמא כיון דאמר איני יודע ריע טפי א"ל אביי הא ריע טפי מדהני ידע טפי לא ידע תו לית ליה ואידך כולהו דהיאך נינהו, אלא אמר אביי לפי חשבון שלימות, ולפי שיטת הרמב"ן דזה פשוט דאבנים אין דרך להכיר, א"כ מה אומר אביי הא ריע טפי מדהני ידע טפי לא ידע תו לית ליה, דאפשר אלו האבנים היו מסויימים והיה לו בהם סימן שמכיר אותם ושאר האבנים היו אבנים רגילים שאין דרך להכיר אותם וע"כ דרגילות להכיר, ולכן השני שאינו מכיר כלל אינו כ"כ ריעותא אבל הוא כיון שמכיר הו"ל ריעותא במה שאיננו מכיר שאר האבנים.

אגב נראה לבאר מה דהשמיט הרמב"ם דינא דמתני' שתמה ע"ז הלח"מ דאף דעיקר דינא דנוטלן אינו חידוש כיון דמיירי ע"י משואיל"מ, אבל הא דעולות לו מן החשבון הי'

לו להביא כיון דפליגי אביי ורבא אם לפי חשבון שבורות או שלימות, ונראה דהרמב"ם סובר דרבא דהוי סבר דטענת האומר איני יודע ריע טפי ואביי דאמר הא ריע טפי אזלי למ"ד בו"ש ברי עדיף ולכן כל מה שנוטל הברי הוא משום דריע טענת דבעל השמא, אבל לפי"מ דאוקימנא כגון שיש עסק שבועה ומשום משואיל"מ אינו כלל משום ריע טענתי' אלא דעכ"פ כיון שצריך לישבע ואינו נשבע משלם ולא מיבעי לשיטת הרמב"ן דאפי' בלא הו"ל למידע אמרינן מתוך דודאי אינו משום ריע טענתי', אלא אפי' לפימש"כ בדעת הרמב"ם דהיכי דלא פשע במה שאינו יודע ילפינן מיורשים דלא אמרינן מתוך, מ"מ כיון דהיכי דפשע אף דלא הו"ל למידע אמרינן מתוך א"כ הוא עכ"פ לא משום ריע טענתי' אלא דכיון דחייב שבועה ואינו נשבע משלם, וגם בחשוד מעיקר דין צריך לשלם משום מתוך אף דלא ריע טענתי', ולכן היכי דהוי משואיל"מ לא מסתבר כלל דמהני סברת ריע טענתי' אלא בהני דהוי משואיל"מ נוטל מן הדין ובאידך כולהו יד שניהם שוה כדין ממון המוטל בספק חולקין לכו"ע, והרי זה כמו שאם הי' הבית גבוה מן העלי' או העלי' גבוה מן הבית דמשמע פשוט דאין חלוק בזה דמ"מ חולקין כיון דאין נוטלין לפי חשבון משום דמספקא לן אי בחבסא נפיל או בחבטה כמבואר בגמ', וכיון דסוגיא דרבא ואביי אינה לפי ההלכה, דאפי' רבא דסבר לפי חשבון שבורות הוא אליבא דמ"ד בו"ש ברי עדיף, לכן אף דלפי"ז הי' צריך הרמב"ם להביא הא דעולות לו מן החשבון ולומר דעולות לו בחשבון שבורות, מ"מ כיון דאין זה לפי מסקנת הסוגיא השמיט לגמרי וכן דרכו בכמה מקומות.

ובמה שבארנו שיטת הרמב"ם דהיכי דלא פשע במה שאינו יודע ילפינן מיורשים דהיכי דלא הו"ל למידע לא אמרינן מתוך, מובן מה דהצריך הרמב"ם כאן לחייבו שבועת התורה שיאמר לו דוקא אתה יודע, אף דגבי יורשים כשתובעו מנה לאבא ביד אביך, והיורש משיב אין ביד אבי אלא חמשים, פסק הרמב"ם דנשבע שבועת התורה ולא הזכיר שיאמר לו התובע יודע אתה, והר"ן ב"פ כל הנשבעין כתב דצריך לאוקמי דוקא כשאמר לו יודע אתה והש"ך בסי' ע"ה ס"ק נ"ו כתב דמסתימת הפוסקים משמע דאפי' לא אמר יודע אתה חייב שה"ת, והנה אם אמנם אין להוכיח כ"כ דעת הרמב"ם שסתם כלשון הגמ', מ"מ פשטות לשונו משמע כדברי הש"ך, וא"כ צריך ביאור למה צריך כאן שיאמר אתה יודע, ולכן נראה דדעת הרמב"ם כהר"ן בתירוצו הראשון דאם אומר לו יודע אתה והיורש משיב אינו יודע חייב לישבע ש"ד, והש"ך הסתפק בזה ובמסקנת דבריו כתב דאינו חייב אלא היסת, אולם בס"ק ע"ה חזר בו וכתב דדעתו דחייב ש"ד, והנתיבות בחידושיו תפס לעיקר כדעת הש"ך בס"ק נ"ו דאינו חייב אלא היסת, אולם

בדעת הרמב"ם נראה דדעתו דחייב ש"ד, ולכן כתב כאן באומר יודע אתה דאז בכל גווני אפי' משיב איני יודע חייב שבועת התורה, ואיברא דאם כופר ואומר ברי שקטן הזיק גם בלא אמר יודע אתה חייב ש"ד, וכמו שפסק בסתמא גבי יורשין והטעם הוא כמו שכתב הש"ך לחלוק על הר"ן דכיון שהיורש כופר בברי, א"כ ממילא טענת התובע ג"כ נחשבת לברי דמכיון שהיורש אומר יודע הוא שאין לו אלא חמשים א"כ טענת התובע הוא בברי שהוא כופר ויודע האמת דהוא חייב מאה, דבשלמא כשאומר איני יודע אינו יכול התובע לומר דבודאי יודע הוא, אבל כשכופר א"כ אומר בעצמו שיודע הוא, וממילא חשבינן תביעת התובע לברי, הארכתי בזה בשביל דלכאורה נראה דברי הש"ך לכונה אחרת שכתב דכיון שהיורש אומר נ' אית לך ונ' לית לך אי אפשר שהתובע לא יכחישו בברי, ומשמע מדבריו דבודאי אח"כ מכחישו עוד הפעם, וזה לא הי' מועיל כלל, דא"כ הוי קדמה הודאה לתביעה, וע"כ דאף דאם הי' אומר איני יודע לא הי' תביעת התובע נחשבת לטענת ברי, אבל לענין זה נחשבת לטענת ברי אם יכפור היורש בברי.

ולכן שפיר גבי יורש לא צריך לטענת יודע אתה משום דמיירי במכחישו בודאי, אבל הכא כתב הרמב"ם כשאמר יודע אתה כדי לחייבו ש"ד בכל גווני אפי' כשמשיב איני יודע, ואף דהרמב"ם מיירי שהמזיק משיב שקטן הזיק אין זה מוכרח, שכתב לשון המשנה, ובגמ' בעי לאוקמי גם בטענת שמא, ולכן רוצה להשמיענו דבאמר לו יודע אתה הוא חייב שבועת התורה בכל גווני אפי' כשאומר איני יודע.

והנה הגר"א ז"ל הלך בדרך אחר דעיקר מה דלא אמרינן במתני' משואיל"מ היינו משום דלא אמר יודע אתה דכן כתב בסי' ע' סי' ח' וז"ל ודוקא שטוען אתה יודע כנ"ל, אבל בלא"ה א"צ לישבע וגם אם אומר המזיק שמא לא הוי משואיל"מ, ומזה למד הרמב"ם דין זה מדקאמר כאן המע"ה ולא הוי משואיל"מ לאוקימתא דג"מ באומר שמא עכ"ל, וכן כתב בס"ק א' וז"ל, אבל הרמב"ם ס"ל אף בדבר דלא הו"ל לידע כמש"כ בסי' צ' ס"י אלא דוקא אם התובע טוען שיודע הנתבע משא"כ ביורשים וכאן, וכעין זה כתב בש"ך בסי' ע"ב סי"ב עכ"ל, ומשמע מדבריו דבאומר יודע אתה והלה אומר שמא אמרינן כאן משואיל"מ ולפי"ז היה להרמב"ם להשמיענו יותר דאם טוען אינו יודע הו"ל משואיל"מ, ובפרט לדברי הגר"א דעיקר הוכחת הרמב"ם דדוקא באומר יודע אתה מהא דלא אמרינן במתני' מתוך, לכן נראה כמש"כ דבכל אופן לא אמרינן משואיל"מ בדינא דנזקין כיון דאין כאן פשיעה במה שאינו יודע, ואדרבא זהו גופא טעמא שהצריך הרמב"ם לומר יודע אתה דלא גרע מיורשים שלא הזכיר הרמב"ם יודע אתה וכנ"ל.

עתה נשוב למה שעמדנו במה שהמ"מ מיישב דברי הרמב"ם דאפי' בשניהם תמים

לא הוו כחטים ושעורים ותמהנו בזה, והנה התומים כתב לבאר ע"פ דברי המהר"י כץ בש"מ דטעם מה דטענו חטים והודה בשעורים פטור משבועה, הוא משום זה גופא דפטור אף מהשעורים והוא חדא מילתא, ולכן ביש עדים כיון דחייב בשעורים חייב גם בשבועה, וכתב דלפי"ז אם הודה לו בשעורים בזמן אחר באופן שאינו פטור מהשעורים חייב גם בשבועה, רק שלא מצא בראשונים מבואר זה, ואתפלא שיאמר דבר מופרך להלכה ולקבוע בזה מסמרים בדעת המ"מ והרמב"ם, דודאי פשוט דטענו חטים והודה בשעורים ילפינן מקרא דבעי דוקא ממין הטענה ובודאי בכל גווני פטור וברמב"ם פ"ג מ"ה טוען הל' י"א התחיל הטוען ואמר כור חטין יש לי בידך, וקודם שישלים דבריו ואמר כור שעורים יש לי בידך אמר לו הטוען אין לך בידי אלא כור שעורים, אם נראה לדיינין שהטוען הערים חייב שבועה, ואם לפי תומו פטור והוא משבועות דף מ', ובאופן זה שכתב הרמב"ם ודאי חייב שעורים דהא כתב להדיא וקודם שישלים דבריו ואין כאן לא מחילה ולא הודאה, אלא דמ"מ פטור משבועה שלא הודה ממין הטענה, ובחו"מ סי' פ"ח סי"ד מד' הטור וז"ל, אבל אם לאחר שהודה בשעורים אמר התובע ודאי כדבריך כך הוא שיש לי בידך שעורים אבל איני שואלם עתה חייב לשלם לו דמי שעורים, וכתב ע"ז הש"ך ומיהו פטור מש"ד והוא פשוט ומוכרח להדיא דלא כד' מהר"י כץ.

וקושיית הראשונים שע"ז בא מהר"י כץ ליישב דכיון דר"ג ודאי מחייב בשעורים מנ"ל דרבנן פליגי, כבר כתבו התוס' דר"ג נמי מודה דפטור מן השעורים ומ"מ מחייב שבועה, אכן בלא דברי התוס' אפשר ליישב עפ"י גירסת הרי"ף שצריכה ישוב, דהרי"ף גורס לימא מסייע לי' דתניא טענו חטים וכו', וקשה טובא על גירסתו דתניא דהוא משנה מפורשת בשבועות, ואפי' נימא דזה אפשר להיות ט"ס וצ"ל דתנן, אינו מיושב דעל משנה מפורשת לא שייך לומר מסייע ליה וגירסתנו בגמ' מיושב דפריך מאי קמ"ל תנינא, ולכן נראה דהרי"ף מפרש באמת דהראיה הוא מברייתא דמתני' אי אפשר דמיירי להלכה באופן שטענו חטים והודה לו על אותה שעה בשעורים דפטור משעורים, דאין סברא דר"ג יחייב שבועה וכקושיית התוס', ואי ר"ג מחייב בשעורים מנ"ל דחכמים פליגי, הא לא פליגי אלא בדין שבועה אם צריך מעין הטענה, ולכן גירסת הרי"ף מיושבת, דהגמ' לא מייתי כלל מתני' דמתני' מיירי באופן דחייב בשעורים, דהודה לו בשעורים של זמן אחר אלא מייתי ברייתא דקתני סתמא ולא קתני ור"ג מחייב הוי משמע לגמ' דלא איירי מדין שבועה אלא מדין ממון, ודחי דדילמא איירי בדין שבועה ומודה לו בשעורים באותה שעה שהוא אומר חטים, ומ"מ חייב שעורים ובזה מבואר מה דהביא הרי"ף הא דלימא מסייע לי' דאין נ"מ להלכה כלל ואין דרכו להביא סוגיית הגמ' אלא שרוצה הרי"ף לבאר

החלוק בין מתני' להברייתא לרב ענן, דרב ענן מיירי דוקא היכי שהשעורים הם במקום החטים, ומתני' מיירי בגוונא דחייב בשעורים שהי' בזמן אחר ומ"מ פטור משבועה דלא הוי ממין הטענה.

ובעיקר דברי המ"מ דבשניהם תמים נמי לא הוי כמו חטים ושעורים, נראה דסובר דכיון דלשיטת הרמב"ם עיקר דין תם קודם העב"ד הוי חיוב ממון אלא שאין גובה אלא מגופו, לכן לגבי דין מודה במקצת לא הוי כשני מינין משום דבעיקר אנו דנין על חיוב ממון, ואיברא דלגבי דין הודאה דפטור אף מן השעורים אם אין עדים אי לאו טעמא דמודה בקנס פטור הוי חשיב כשני מינים לענין זה דהוא עכ"פ שני ענינים אם גדול הזיק או קטן הזיק, וכיון שמודה לו שהקטן לא הזיק אינו יכול לתבוע ממנו בב"ד, ובזה מיושב קושיית הלח"מ על פי' הראב"ד דאתם ואמועד קאי וכ' המ"מ דכיון דכל נכסיו משועבדין למועד לא הוי כחטים ושעורים, והקשה הלח"מ מדברי הגמ' שהקשו מתם ומועד על רבה בר נתן ומוכח דבתם ומועד נמי דמי לחטים ושעורים, אכן באמת מיושב דהם שני ענינים, דין דפטור אף מן השעורים, ודין דהוו שני מינים לגבי מוב"מ, דאף דלא הוי שני מינים לגבי מוב"מ מ"מ הוי שני טענות לענין שיפטר מהיזק התם כיון שהניזק הודה שהתם לא הזיק. אח"כ ראיתי בביאור הגר"א בחו"מ סי' ת' ס"ק ח' שכ' ע"ז וז"ל, ולא הוי הודאה שלא ממין הטענה כמ"ש בב"מ ק' א' בטוענו דמי כו' ה"נ טוענו שנתחייב לו דמים בשביל היזק של שורו זה אומר בכך וזה אומר בכך, ודוקא לענין זה שיפטר אף מהקטן מדמי גמ' לחטים ושעורים דחד טעמא להו משום מחילה או משטה וכיוצא עכ"ל, וב"ה שכיונתי לדבריו, אך מש"כ משום מחילה או משטה לא כתב זה אלא על דברי המחבר, אבל שיטת הרמב"ם שדברי המחבר בכאן הם דבריו אינו משום מחילה או משטה אלא משום הודאה כמו שנבאר וגם לענין הודאה הוי ב' טענות.

אלא שאני תמה על מאור עינינו הגר"א ז"ל מש"כ בסי' פ"ח על דברי המחבר שכתב וז"ל, הטוען לחבירו מנה הלויתיך והלה טוען אין לך בידי אלא נ' זוז שנתת אותם דמים בחפץ פלוני והרי הוא קיים, או שהלויתני עליו ע"מ שלא להשתלם אלא מגופו וכו', יש מי שאומר דפטור בין מתשלומין בין משבועה דאורייתא, וכתב ע"ז הגר"א ז"ל ועיין סי' ת' ס"ג שהרמב"ם חולק ע"ז, ולפי דברינו ולפי"מ שכתב בעצמו בסי' ת' אינו חולק ע"ז כלל, ואף שכתב דפטור גם משבועה דאורייתא, זה פשוט דכיון דפטור מתשלומין ליכא מוב"מ, אבל הרמב"ם כאן מיירי שיש עדים דחייב בתשלומין, ולכן חייב שבועה דלענין שבועה לא הוי כחטים ושעורים:

הלכה יא

היו הנזקין שנים אחד גדול ואחד קטן והמזיקין אחד גדול ואחד קטן הניזק אומר גדול הזיק את הגדול והקטן את הקטן, והמזיק אומר לא כי אלא קטן הזיק את הגדול וגדול את הקטן, או שהי' אחד תם וא' מועד הניזק אומר המועד הזיק את הגדול ותם הזיק את הקטן, והמזיק אומר תם הזיק את הגדול והמועד הזיק את הקטן המע"ה. לא היתה שם ראי' ברורה המזיק פטור, למה זה דומה לזה טוען את חבירו חטים והודה לו בשעורים שהוא נשבע שבועת היסת ופטור אף מדמי שעורים כמו שיתבאר בהלכות טוען, ואם תפס הניזק הרי משלם לקטן מן הגדול ולגדול מן הקטן כמו שהודה המזיק, אבל אם לא תפס אין מוציאין מן המזיק כלום.

המ"מ מפרש דבהלכה זו מיירי דליכא עדים, דאם יש עדים ליכא דין טענו חטים והודה לו בשעורים כמו שנתבאר בלכה י', ואי דא"כ במה שהודה בקטן הו"ל מודה בקנס ואמאי מהני תפיסה, ע"ז תי' במש"כ הראב"ד בפירושיו דקנס דפ"נ שאני משאר קנסות דאם תפס אין מוציאין מידו.

והנה דברי המ"מ הם תמוהים כמו שכתב הגר"א ז"ל בסי' פ"ח ס"ק כ"ג וז"ל ולא כמו שהבין המ"מ שהרמב"ם בסיפא שהנזקין שנים מיירי באין עדים א' שבלא"ה פטור דמודה בקנס פטור ותי' המ"מ דקאי אסיפא ואחד תם וכו' אין המשמעות כדבריו, ועוד דא"כ אמאי קאמר ואם תפס הניזק ה"ז משלם לקטן כו', ועיין במ"מ שדחק שם, [כונתו למש"כ המ"מ דהרמב"ם סובר כפי' הראב"ד דבקנס דח"נ מהני תפיסה לאחר הודאה, וע"ז כתב שזהו דוחק ובאמת הוא דוחק גדול להעמיד שיטת הרמב"ם כן וז"ל הרמב"ם בפ"ב הל' ח' וכל המשלם יותר או פחות כגון תשלומי כפל או ח"נ הרי היתר על הקרן או הפחות קנס ואין חייבין קנס אלא עפ"י עדים, אבל המודה בכל קנס מן הקנסות פטור, הרי שכתב הרמב"ם ח"נ ביחד עם כפל וכתב על שניהם פטור, ואם הי' מועיל תפיסה בח"נ לאחר הודאה הי' לו לכתוב זה שם ולא רק כאן דאנו עסוקין בדין טענו חטים והודה לו בשעורים ולא בדיני מודה בקנס] ועוד דלשון ראיה ברורה משמע שראיה יש כמ"ש שם בס"ג לא הי' שם ראי' ברורה כו' אלא עדים, עכ"ד הגר"א ז"ל מש"כ על דברי המ"מ ובהשמטות מביאור הגר"א ז"ל הנדפס בסוף החו"מ בסי' ת' ס"ד כתב וז"ל דברי המ"מ הם דחוקים מאוד והם מוקשים מכמה פנים וכו' והאריך שם הגר"א ז"ל ועיקר דבריו הוא לבאר דברי הרמב"ם דבודאי מיירי ביש עדים, אלא דהעדים לא ראו אלא הנגיחה אבל אין יודעים מי נגח ואפשר גם כן שהקטן נגח שניהם, ולכן הוי כמו טענו חטים והודה בשעורים בזה שאומר המזיק שקטן הזיק את הגדול וגדול את הקטן דלא אמרינן

דביש עדים אינו פטור מטעם טענו חטים וכו' אלא היכי דע"פ עדים חייב עכ"פ בשיעור ההודאה, אבל כאן ע"פ עדים אין אנו יודעים אלא נגיחה וא"כ אפשר שהקטן נגח את שניהם, ולכן מהני ההודאה של הניזק דגדול לא נגח את הקטן, ומש"כ הרמב"ם פטור לא קאי אלא ע"ז שמודה שגדול הזיק את הקטן, ומה שכתב הרמב"ם בסתם משום דע"ז שקטן הזיק את הגדול ודאי חייב ונלמד מדין הקודם.

והנה אף שאין אני כדאי לחלוק על הגר"א ז"ל בכ"ז הנני מוכרח לומר שגם דבריו דחוקים, א' דאיך אפשר לומר דהרמב"ם כתב לא הי' שם ראי' ברורה המזיק פטור וכונתו רק לפטור על הגדול שהזיק את הקטן ולא על הקטן שהזיק את הגדול, ב', דאיך אפשר לומר דהרמב"ם מיירי דוקא בגוונא דהעדים לא ידעו רק הנגיחה ואפשר גם שהקטן נגח שניהם, דהא מדברי הרמב"ם שכתב לא הי' שם ראי' ברורה משמע בכל גוונא אפי' שראו ששני המזיקים נגחו לשני הנזוקים ורק שלא כיונו מרחוק לידע מי נגח את מי, אבל זה שפיר ראו שלא א' נגח שני הנזוקים, ואיך יסתום הרמב"ם דינו באופן שנאמר דדוקא בכה"ג שפירש הגר"א ז"ל אז פטור, אבל באופן שראו ששנים נגחו שניים חייב, ואף דזה מוכח מהל' י' דביש עדים חייב אבל אין זה כלל דרך הרמב"ם לכתוב באופן שנצטרך להעמיד דבריו באוקימתא, ועוד קשה לי לפי דברי הגר"א ז"ל למה לא הזכיר הרמב"ם שישבע המזיק שבועת היסת כמו שהזכיר בסוף ההלכה גבי טענו חטים והודה לו בשעורים, ובשלמא לפי דברי המ"מ דמיירי באין עדים מיושב דלא שייך שבועת היסת כמש"כ הרמב"ם בהל' ו' ובתם ומועד סמך עמש"כ בהלכה י' אבל לפי"מ שפי' הגר"א ז"ל ודבריו מוכרחים דמיירי ביש עדים למה לא הזכיר שנשבע המזיק היסת ובשלמא מה דלא כתב בבבא דאחד תם וא' מועד לא קשה שכבר כתב בהל' ו', אבל בבבא דאחד גדול וא' קטן דשניהם תמים דלא השמיענו בהל' ו' הי' לו לכתוב דחייב שבועת היסת.

והנראה לבאר דברי הרמב"ם דהנה זה פשוט דדעת הרמב"ם דמה דפטור בטענו חטים והודה לו בשעורים הוא משום הודאה, וכמו שכתב הרמב"ם להדיא בפ"ג מה' טוען וז"ל, כור חטים יש לי בידך אין לך בידי אלא כור שעורים פטור אף מדמי שעורים שהרי אומר לו אין לך בידי שעורים, ונמצא זה דומה למי שאמר לחבירו בב"ד מנה לך בידי ואומר לו האחר אין לי בידך שאין ב"ד מחייבין אותו ליתן לו כלום, ואם תפס התובע דמי השעורים אין מוציאין מידו עכ"ד, ונראה ברור דדעת הרמב"ם הוא רק משום הודאה ולא משום מחילה ולא משום פטור, אלא משום הודאה דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי, ובודאי הכונה דהוא על טענה אחת והיינו באותו יום ובאותה שעה דעל מה שטוען התובע יש לי בידך חטים משיב הנתבע אין לי בידך אלא שעורים, ומה שפשוט וברור אצלי לדעת

הרמב"ם דהוא רק משום הודאה ולא משום מחילה או פטור ולא כדעת הנתה"מ דסובר משום פטור אפי' לדעת הרמב"ם, וכן דלא כדעת הקצוה"ח שמסתפק בזה הוא ממה דסובר הרמב"ם גבי חטים ושעורים דאם תפס אין מוציאין מידו והוא ודאי משום דהוי תרי הודאות דסתרי אהדדי וכמש"כ הקצוה"ח וע"ש בס"ק ט' מה שהביא מד' הרמב"ן דאין לומר כמש"כ הנתה"מ דטעמא משום דההודאה אינה ברורה, ולכן מהני תפיסה דאין נראה כן כלל מלשון הרמב"ם שכתב בפשיטות שהרי אומר לו אין לי בידך שעורים ומוכח דהוא ודאי הודאה, וכן כתב ונמצא זה דומה למי שיאמר וכו' הרי דהוי הודאה כמו שם דאומר להדיא אין לי בידך וע"כ דמה דמהני תפיסה הטעם משום דהוי שני הודאות דסתרי אהדדי, ולפי דברי הנתבע הוא חייב, ולכן כשתפס התובע אינו יכול הנתבע להוציא ע"י ב"ד כיון שלדבריו הוא חייב.

ומה שהקשה הקצוה"ח על עצמו והנתה"מ קבע מסמורות בקושיא זו לדחות דבריו מהא דאמרינן בגיטין דף מ' גבי עבד כתבתי ונתתי לו והוא אומר לא כתב ולא נתן לי דהודאת בע"ד כמאה עדים ואין העבד בן חורין דהא העבד מוחזק בעצמו ומוכח דבתרי הודאות דסתרי לא מהני תפיסה, והנה הקצוה"ח יישב זה דמה דמהני תפיסה לגבי עבד הוא דוקא בודאי ולא בספק, והנתה"מ משמע דלא ניחא לי' בתי' זה אלא דחה דבריו ע"י קושיא זו, ובמשובב נתיבות חזר הקצוה"ח והזכיר שכבר תי' הקושיא, והנה ז"ל הקצוה"ח בתירוצו, ולי נראה דלא שייך תפיסה בעבד אלא היכי דליכא ספיקא במילתא וכמו האי דראב"ד ורמב"ן משא"כ היכי דאיכא ספיקא אין העבד נקרא מוחזק ותפוס כיון דעבד גופו קנוי לבעלים והוי ספק בזה גופא אם התפיסה תפיסה או לא בזה ל"מ תפיסה מספק וע"פ דבריו אלה יישב דברי הרמב"ם בה' עבדים.

והנה חידוש הקצוה"ח אינו מוכרח ולי נראה דגם גבי עבד העבד מצד עצמו מוחזק בו ורשאי הוא שלא להשתעבד להאדון גבי ספק דהיינו בספיקא דדינא בהני שמביא הקצוה"ח, אבל לא נעשה בתפיסתו דין ברור וכל ספיקא דדינא דמהני תפיסה לא נעשה בזה דין, ואם חזר הלה ותפס ג"כ אין מוציאין מידו כיון דהוי ספיקא דדינא, ולכן שפיר לא כתב הרמב"ם דאין האדון יכול להשתעבד בהני דהוי ספיקא דדינא, כיון דאם האדון גובר וכובש העבד תחת ידו אין ב"ד מוציאין מידו ואה"נ דאם אין לו כח לכבוש העבד אין ב"ד מחייבין להעבד לעבוד, וזהו שכתב הרמב"ם דהוי ספק, אכן אפי' יהיבנא להקצוה"ח חידושו בתפיסה מספק לענין ספיקא דדינא, אבל כאן לפי"מ שהסברתי אינו ענין לזה דסברת הקצוה"ח הוא דתרי הודאות דסתרי אהדדי הו"ל כדין ספק ולכן אין מוציאין מיד המוחזק ומהני תפיסה ואפשר דבאמת כן הוא דעת הרמב"ן והרשב"א שהביא הקצוה"ח

דבריהם, אבל זהו אי נימא דבתרי ותרי מהני תפיסה וכמו שפירש"י בכתובות דף כ' לענין שנים החתומים על השטר ומתו, דמהני תפיסה בתרי ותרי ובדרך זה הלך הרמב"ן שם, והנה אף שבקונה"ס כלל ב' אות א' כתב דזהו דעת הרמב"ם ומשום זה פסק דת"כ אין מוציאין מידו, אבל לדעתי נראה דאינו כן ואם הרמב"ם הי' סובר דתרי ותרי מהני תפיסה ובפרט שצריך לפרש דזהו דקאמר הברייתא אין נאמנים לפסול השטר שלא יגבו מ"מ אין נאמנים לגמרי ומהני תפיסה, א"כ הי' לו להרמב"ם לכתוב בפי' דמהני תפיסה, וז"ל הרמב"ם בפ"ז מהל' עדות שנים שהיו חותמין על השטר ומתו, ובאו שנים ואמרו כתב ידן זה הוא אבל אונסים היו וכו' ה"ז לא נתקיים, אלא מעידין השנים שבשטר כנגד הב' שהעידו עליהן שהן פסולין ואין גובין בו כלום, ומדלא כתב דמהני תפיסה כמו שכתב בכל ספיקא דדינא. ובפרט דכאן הוא מפורש בברייתא ע"כ דסובר דלא מהני תפיסה, ועוד דהא כתב בהדיא ה"ז לא נתקיים ובשטר שאין מקויים אין גובין בו ולא מהני תפיסה, והא דקתני בברייתא אין נאמנים יפרש הרמב"ם כתי' הרשב"א בתוס' דנ"מ לענין שובר, [ולכאורה הי' אפשר לומר כתירוץ הר"י מיגש והרמ"ה בש"מ דנ"מ דברישא קרעינן לשטרא ובסיפא לא קרעינן, אבל מלשון הרמב"ם שכתב הרישא והסיפא ביחד מוכח שאינו מחלק ובאמת צ"ע בסברא דלמא יקרעו ברישא כיון דאינו אלא חסרון קיום. אם לא היכי דאינו טוען שימצא עדים אחרים] ונמצא דמה דסובר הרמב"ם דת"כ מהני תפיסה זהו דין אחר משום דהוי ספק על גופו של דבר וכן הוא בכל דררא דממונא וכבר מבואר סברא זו בתומים ובנתה"מ בדיני תפיסה.

ולפי"ז לא נוכל לומר לשיטת הרמב"ם דהא דמהני תפיסה בטענו חטים והודה לו בשעורים משום דהוי ספק הודאה דהוי בגדר ספק דתרי ותרי, דמטעם זה לא הי' סובר הרמב"ם דמהני תפיסה כיון דאינו על גופו של דבר, והעיקר הוא כמו שהסברנו דלגבי כל בע"ד בפני עצמו הוא ודאי הודאה דהתובע אינו יכול לתבוע שעורים ע"י ב"ד, כיון דבעצמו הודה שאינו חייב לו שעורים והנתבע כשתפס התובע אינו יכול לתבוע בב"ד שיחזיר לו השעורים כיון שהודה שחייב לו שעורים, ולגבי כל א' בפני עצמו הוי ודאי הודאה, אכן זה ע"כ נאמר דלא הוי לא מחילה ולא פטור דאם הי' מחילה או פטור לא הוי מהני תפיסה, ובטעמא דלא הוי מחילה או פטור צריך לומר דכיון דתבע חטים בשביל ששוים יותר לא שייך לומר דמחל לו או פטר לו השעורים, אלא דרצה לתבוע יותר אלא דמ"מ כיון שלדבריו לא לקח ממנו שעורים אינו יכול לתבוע שעורים משום הודאה אבל לא משום פטור ולכן מהני תפיסה ולפי"ז לא נוכל לתרץ כתירוצו של הקצוה"ח אפי' אם נימא כדבריו דבספק לא אמרינן דעבד תפוס בעצמו.

אכן נראה ליישב קושייתם באופן אחר, דהנה הודאה שלא לבע"ד לא הוי הודאה כמש"כ התוס' בב"ק דף ק"ח ע"ב, והודאה לעבד כיון דיד עבד כיד רבו הי' מן הדין לומר דלא הוי הודאה כיון דכ"ז שהוא עבד הוא כיד רבו אינו בע"ד שלו, ואף דיוצא בשן ועין תובע לאדון שחרורו אפי' למ"ד צריך ג"ש ועוד לא נשתחרר זה אינו קושיא דודאי אם יש לו זכות לתבוע שחרורו הוי שפיר בע"ד ע"ז, אבל אם אין לו זכות לתבוע שחרור אז שפיר אמרינן דהוי כשורו וחמורו ואינו בע"ד שלו, אלא דמ"מ אם האדון מודה לעבדו ששחררו שפיר הוי הודאה דהא מודה לו ששחררו וא"כ שפיר הוי בע"ד, וכל זה אם העבד אינו מודה שלא שחררו, אבל אם העבד מודה שלא שחררו שפיר יכול האדון לחזור בו ולומר שלא שחררו ע"פ הודאת העבד שלא שחררו דממילא הודאתו שהודה לעבדו הוי כמודה לשורו וחמורו דלא הוי הודאה, ונמצא דכאן תלוי ההודאה בעיקר המעשה דאם לא שחררו אז ההודאה ג"כ לא היתה הודאה, אבל בכל מקום בהודאות הסותרות ההודאה של כל אחד הוי הודאה עכ"פ.

והנה בטעמא דסובר הרמב"ם דביש עדים שא' משניהם נגח ליכא דין טענו חטים והודה לו בשעורים לכאורה צריך ביאור, דכיון דאנו אומרים שהודה שהקטן לא נגח מה מהני עדים הא הודאת בע"ד כמאה עדים, אכן כבר כתב הש"ך בסי' פ"ח במה דכתב שם המחבר דאפי' אם יש עדים שחייב לו שעורים פטור מן השעורים, והקשה הש"ך ממה דפסק המחבר בסי' ת' כדעת הרמב"ם דביש עדים שא' משניהם נגח לא אמרינן דפטור גם מן היזק הקטן, וכתב ע"ז דגבי שני שוורים לא הכחיש התובע את העדים, דהעדים אומרים שא' משניהם נגח ולפי דברי התובע שהגדול נגח כן ראו גם העדים, ולכן אומר הניזק להמזיק ממ"נ תן לי או היזק הקטן כהודאתך, ואם תסמוך על הודאתי שהקטן לא נגח א"כ הגדול נגח כעדות העדים, אבל בסי' פ"ח שהעדים אומרים בפי' שחייב שעורים, בזה אינו יכול כלל לסמוך על העדים כיון שהוא מכחישם, ולכאורה גם כשאין עדים שא' משניהם נגח למה לא יאמר ג"כ ממ"נ תן לי או דמי קטן כהודאתך או דמי גדול כתביעתי, וכן בחטים ושעורים ג"כ יאמר התובע ממ"נ תן לי או חטים או שעורים, אך הדבר פשוט דבאין עדים לא שייך כלל ממ"נ דאטו כשלא לקח שעורים מחייב שלקח חטים, וכן כשלא נגח הקטן אטו מחייב שנגח הגדול, ולכן אף דמה דהתובע מודה שלא נתן שעורים הוא ע"י טענתו שנתן חטים, מ"מ אנו מחלקים הענינים ואומרים לו שעורים לא תוכל לתבוע שהנך בעצמך מודה שלא נתת, וחיטים מכיון שאין לך עדים אי אפשר להוציא ממון בטענתך, אבל כשיש עדים על א' מהשוורים וכן על חטים או שעורים שפיר יש לומר ממ"נ דהא ע"פ העדים אנו יודעין שיש חיוב אחד משניהם,

אכן נראה דכל זה אם ההודאה דלא נתן שעורים נמשך מטענתו שטען שנתן חטים, דבזה שפיר אנו אומרים ממ"נ כיון שיש עדים על א' משני החיובים ואם אנו סומכין על דבריו שנתן חטים דמזה אנו יודעים שלא נתן שעורים, א"כ ישלם בעד חטים ואם לא ישלם שעורים, אבל אם אמר בפי' חטים אתה חייב לי ולא שעורים, אז יש לומר דגם כשיש עדים על חיוב אחד אנו מחלקין הטענות ואנו אומרים שעורים הלא אומר התובע בפי' שלא נתן, וא"א לבוא מכח שעורים כלל וטענתו על חטים הא אין לו עדים בפי' שנתן חטים.

ועכשיו מיושבים דברי הרמב"ם דבסיפא דמיירי בשני נזקין ובשני מזיקין א"כ מה שאנו אומרים שהניזק מודה שהגדול לא נגח את הקטן אינו רק מזה שטוען שהגדול נגח את הגדול אלא גם מזה שטוען שהקטן נגח את הקטן דבפשוטו ידענו שכל א' נגח א' ולא כדברי הגר"א ז"ל וכן משמע פשטות לשון הרמב"ם דהיו הנזקין שנים והמזיקין שנים וא"כ כשאנו באין לגבות מן הקטן עבור נגיחת הגדול ואנו דנין על היזק הגדול, שפיר אנו אומרים דאיך אפשר לחייב להמזיק על נגיחת הקטן להגדול דהא כיון שהניזק אומר שהקטן נגח את הקטן א"כ לא נגח את הגדול דהא זה ידענו שיותר מאחד לא נגח, ונמצא שכשאנו באין לדון על היזק הגדול יש לנו הודאה מהתובע לבד ממה שאומר שהגדול הזיק שזהו תביעתו בעד היזק הגדול והוא דומה לתביעת החטים, אלא שיש לנו הודאה ממנו ע"י טענתו השני' ממה שטוען שהקטן הזיק את הקטן שממילא לא הזיק את הגדול, וא"כ אין לדון לגבי היזק הגדול מכח ממ"נ לחייב את הקטן בהיזק הגדול, ואין לדון עכ"פ ממ"נ על היזק הקטן דבתם שהוא קנס וצריך גמ"ד אין אנו מצרפין ההיזקות, אבל בהיזק אחד שפיר מצרפין דהרמב"ם לשיטתו דאינו סובר יוחלט קודם העב"ד. וכן כשאנו באין לתביעת התובע ע"ד היזק הקטן ואנו באין לגבות משור הגדול בעד היזק הקטן כהודאת הנתבע שפיר אנו אומרים דלגבי היזק הקטן כבר יש לנו הודאה מצד אחר ע"י תביעתו שהגדול הזיק את הגדול, וע"כ שהקטן לא הזיק, ולכן כיון שיש לנו הודאה על כל א' מהתובע משני צדדים לא נוכל לבוא מכח ממ"נ דההודאה שמצד השני גורמת דאין כאן ממ"נ מצד זה.

ומה שהכריח להרמב"ם לחדש זה הוא כמו שכתב הגר"א ז"ל דאחי"כ כדאמר בגמ' גופא אמר רבה בר נתן טענו וכו' מקשה הגמ' מסיפא, ואמאי לא פריך מרישא כדלעיל וע"כ דמקודם קאי לר"פ דסבר פ"נ ממונא ומצי מיירי בדליכא עדים וכמש"כ המ"מ, אבל עכשיו קאי להלכה וע"כ בדאיכא עדים, ולכן מרישא לא קשיא אבל מסיפא קשה כמש"כ.

ועכשיו מיושב מה דלא הזכיר הרמב"ם שישבע שבועת היסת. לפימש"כ דטעמא דהרמב"ם דסובר דליכא מודה בקנס ושייך שבועה דהוא משום דהוי מודה בתשלומין ולא בעיקר החיוב וכ"ז ברישא דמהקטן יכול עכ"פ לגבות ולא הוי טענו חטים והל"ב, אבל כאן דאמרינן דפטור לגמרי א"כ ממילא אם הי' באמת מודה לו בגדול הוי מודה בקנס דהא אין כאן חיוב ברור כלל דאף דיש עדים שכל א' הזיק א' מ"מ כיון שעל אופן א' יש הודאה מהניזק, ועל אופן השני אין עדים ברורים ובטענת התובע לא יוכל להוציא, א"כ הודאת הנתבע הוי מודה בקנס ולא שייך שבועה, אלא דלפי"ז יקשה לנו למה תנן במתני' והלה אומר לא כי ואולי דהוא משום בבא דאחד תם וא' מועד, ומה שלא כתב הרמב"ם שישבע שבועת היסת באחד תם וא' מועד זהו פשוט דכבר כתב כן בהל' ו'.

ובזה יתיישב מה שהקשה הראב"ד על הרמב"ם פ"א מה' טוען הל' ח' שכתב הרמב"ם כור חטים יש לי בידך בודאי, והלה אומר איני יודע אם חטים הוא או שעורים הרי זה נשבע היסת שאינו יודע ומשלם שעורים, והקשה הראב"ד מסוגיין דאמר אי דאמר ניזק ברי ומזיק שמא אכתי לימא תהוי תיובתא דרבה בר נתן והמ"מ נשאר בצ"ע, ועיין מש"כ הש"ך בזה בסי' פ"ח ותירוצו דחוק, וכן תירוצו הראשון של התומים דחוק ותירוצו השני וכן תירוצו של הנתה"מ הוא אי פטורא דטענו חטים הוא משום מחילה או פטור, אבל כבר הוכחנו דפטורו רק משום הודאה ותירוצו של הקצוה"ח דהרמב"ם מפרש בגמ' דקאמר שמא קטן הזיק אבל גדול בודאי לא הזיק בודאי דחוק טובא דמנ"ל לגמ' לומר כן ולהקשות נוקים דאמר שמא גדול ושמא קטן, אולם לפימש"כ מיושב אל נכון דזה פשוט דדין זה דאמר הנתבע איני יודע שמא חטים ושמא שעורים שייך לדינו של הרמב"ם כאן היכי שיש עדים על א' מהן דתרווייהו חד טעמא דיש כאן ממ"נ דע"כ חייב א' מהן, וא"כ לפימש"כ דבסיפא דהוי כמו שאומר התובע דשעורים בודאי אין אתה חייב גם ביש עדים פטור א"כ ה"נ באומר הנתבע איני יודע פטור, וא"כ שפיר דמה דאמר הגמ' אכתי לימא תהוי תיובתא דרבה בר נתן סמיך אסיפא במזיקין שנים ונזקין שנים דשם אפי' באומר איני יודע פטור, ומבואר ג"כ מקורו של דברי הרמב"ם דהוא מסוגיא דידן ולמד זה מיש עדים על א' מהן דחד טעמא הוא:

הלכה יב

שור שנגח וחזר ונגח שור אחר הרי הניזק הראשון והבעלים שותפין בו כיצד שור שוה מאתים וכו' ואין הנבלה יפה כלום הניזק נוטל מאה ובעל השור מאה חזר ונגח שור אחר שוה מאתים ואין הנבלה יפה כלום האחרון נוטל מאה והניזק שלפניו עם הבעלים נוטלין נ' נ' זוז וכו'.

כ' המ"מ משנה פ' דו"ה פסק רבינו כר"ש דמתני' דאתיא כר"ע אכן צריך לבאר לפי"מ שנתבאר שיטת הרמב"ם בפ"ז דסובר דלא אמרינן יוחלט אלא משעת העב"ד, ובפשוטו משמע דמיירי כאן דנגח וחזר ונגח והכל קודם העב"ד וא"כ אמאי אמרינן דלר"ע המזיק והניזק שותפין בהיותר, איברא דלשון הרמב"ם וכן לשון סיפא דמתני' ר"ש אומר וכו' הוי משמע דמיירי שנגח פעם ב' אחר העב"ד דכן משמע לשון הניזק נוטל מאה ובעל השור מאה חזר ונגח וכו', אבל רישא דמתני' דתנן שור שנגח דו"ה שוורים משמע דההעב"ד הוא אחר כל הנגיחות, ובגמ' מוכח דסיפא ורישא מיירי בחד גוונא, וע"כ דפירושא דמתני' הוא דאם נגח פעם א' זה נוטל מאה וזה נוטל מאה, ואם חזר ונגח קודם שבאו לדין האחרון נוטל מאה וכו', וכן הוא גם כונת הרמב"ם אלא דקשה לנו עיקר הדין, וכן זה שכתב הרמב"ם הרי הניזק הראשון והבעלים שותפין בו דהא קודם העב"ד לא נעשו שותפין ולכאורה הוא קושיא עצומה ממשנה זו על שיטת הרמב"ם.

ונראה בזה לפי"מ שביארתי בפ"ד הל' ח' דהא דאמרינן בב"ק דף ל"ד גבי חב עד שלא הזיק דשאני התם דא"ל אילו גבך הוי לא מינך הוי גבי ליה דא"ל האי תורא דאזקן מיני' משתלימנא, והקשו בתוס' תימה אז בדין הוא שיגבה שפשע בשמירתו וי"ל דלא קאמר אלא דאין גוף השור משועבד לב"ח כמו שהוא משועבד לניזק דמשתלם מגופו, וכן פירש"י בריש דו"ה דבשני נזקין לא שייך לומר כן, וקשה דהא שיטת התוס' בריש הכונס דשור שנגח אצל גזלן גובה הניזק מגופו אף דהנגזל לא פשע, ובארתי שם דבאמת בזה נ"מ בין ר' ישמעאל לר"ע דמה שכתבו התוס' בריש הכונס הוא להלכה אליבא דר"ע דכיון דאמרה תורה דעכ"פ בשעת העב"ד יוחלט השור לניזק א"כ אינו משום גביית חוב שחייבים הבעלים, ולכן שפיר נוכל לומר דהכי הוא דינא דהאי תורא דאזקן מיני' משתלימנא דכיון דרק יש על שור זה דיני שמירת נזקין אפי' אם הוא מצד הגזלן, כבר יש על זה דין התורה דומכרו את השור החי דהוחלט השור לניזק. אבל לר' ישמעאל דאמרינן יושם השור בב"ד והוא רק בגדר גביית חוב, לכן לא שייך לומר דיגבו את השור של הנגזל בשביל חובו של הגזלן, ולכן כאן הקשו שפיר בתוס' משום דאזיל לשיטת התוס' אליבא דר' ישמעאל, וכן כ' רש"י שפיר ריש דו"ה דאזיל אליבא דר' ישמעאל, אבל לר"ע באמת אין צריך למה שתירצו התוס' דלא קאמר אלא דאין גוף השור משועבד לב"ח כמו שהוא משועבד לניזק, וכן מדוייק באמת לשון הרמב"ם שכתב בפ"ח הל' ח' שאפי' הי' של בע"ח מתחלה והזיק ה"ז גובה מגופו, ומוכח דסובר דזהו עיקר הטעם ולא כמש"כ התוס' והיינו משום דהרמב"ם סובר דהברייתא קאי לר"ע כמו שבארנו שם.

ולפי"ז מיושב שפיר דאף דלשיטת הרמב"ם לא אמרינן גם לר"ע יוחלט קודם העב"ד

מ"מ כשנחליט מקודם השור המזיק לניזק הראשון, יכול הניזק השני לגבות משל הניזק הראשון דהאי תורא דאזקן מיני' משתלימנא, וכמו דאמרינן אצל בע"ח אילו גבך הוי לא מינך הוי גבי לי' דלדעת ר"ע גם בשני מזיקין אמרינן כן.

אלא שאני מסתפק לומר דכל זה הוא אם היינו דנין מקודם עבור הניזק הראשון אבל איך יהי' אם יבוא מקודם הניזק השני לתבוע ויחליטו לו ב"ד חצי הנזק בשור המזיק, ואח"כ יבוא הניזק הראשון אם נאמר שיאמרו לו הבעלים שהניזק השני גבה גם מחלקו, או שיאמר הניזק דהא באמת לפני גמ"ד עוד לא הי' שור שלי ועיקר דין התשלומין חל על הבעלים, וא"כ אף דנחסר חצי השור בשביל שגבה הניזק השני חצי השור, מ"מ הא שיטת הרמב"ם דכיחש מזיק אינו מפסיד הניזק ויגבה כל הנזק מהנשאר, משום דלא אמרינן יוחלט קודם העב"ד ויש לדון בזה, ואם נימא כאופן הב' א"כ יקשה גם בבאו שני הניזוקין בב"א אמאי לא יחליטו ב"ד לכל ניזק חצי שור כיון דמעיקר הדין אין על הניזק הראשון חיוב נזקין, ואולי דבכלל אין דנין ב"ד שני דינים בפעם א' דעל כל מעשה נזק אחד קבלת עדות מיוחדת, ולכן גם הפס"ד מהיכי תיתי יעשו שני דינים בב"א, ולכן דנין ב"ד כסדר המעשים שמקודם מחליטים ב"ד להניזק הראשון ואח"כ להניזק השני וממילא ע"כ נוטל גם מחלק הניזק הראשון, ובזה מדוייק לשון הרמב"ם שכתב הרי הניזק והבעלים שותפין בו, דאף שההיזק הי' לפני שנעשו שותפין מ"מ עכשיו בשעת העמב"ד נעשו מקודם הניזק הראשון והבעלים שותפין, ולכן אח"כ גובה הניזק השני מחלק שניהם:

הלכה יג

ניזק שתפס בהמה שהזיקה לגבות חצי נזקו מגופה נעשה עליה ש"ש לנזקין ואם יצתה והזיקה (הרי) הניזק הראשון חייב בנזקיה והבעלים פטורים.

כתב המ"מ זה נלמד מהסוגיא אשר שם וברור הוא וכ"כ בהלכות, אבל באמת אין הדבר פשוט שהתוס' והרא"ש וכן רבינו אפרים ובעה"מ חולקין ע"ז שכתבו דהא דאמר בגמ' דבתפסו ניזק נעשה עליו ש"ש לנזקין אינו אלא לר' ישמעאל, אבל לר"ע לא נעשה ש"ש, והיינו דלא נעשה שומר כלל ועיין מש"כ הש"ך בסי' קע"ו ס"ק ט"ז, והגר"א ז"ל בסי' ת"א סק"א במה דכתב הרמ"א דעות החולקים על הרמב"ם כתב וז"ל, וי"א, תוס' ד"ה כגון כו' מדדחיק לאוקמי בב' תנאי ורמב"ם ס"ל כפירש"י שם עכ"ל, והנה לפירש"י עלינו לומר דחולק בעיקר הסברא על התוס' והרא"ש וסובר דאפי' אי תורא דשותפי נינהו מ"מ כשתפסו הניזק נעשה ש"ש על חלק השני, ויש לומר עוד דאפי' אם נימא בשני שותפין כשמכניס שותף אחד לביתו דבר המשותף לא נתחייב בשמירה על חלק השני כשיטת

התוס' והרא"ש היינו משום דהא יש לו רשות להכניסו בשביל חלק שלו ואינו מחוייב להתחייב בשמירה על חלק השני, ועמש"כ הש"ך בסי' קע"ו, אבל גבי ניזק אף דאמרינן יוחלט השור משעת הנגיחה מ"מ כיון דקודם העב"ד אכתי אין השור שלו א"כ אין לו רשות לתפוס את השור אי לאו משום דין התביעה שיש לו על שיעור נזקו וכיון דבכל בע"ח שתופס מהלוה משכון נעשה שומר משום דאכתי אין חצי החפץ שלו, לכן ה"נ כאן אף דאח"כ אמרינן דנעשה יוחלט למפרע, מ"מ בשעה שתפסו ע"כ נעשה שומר על כל השור דלא הי' לו רשות לתפוס בלא קבלת שמירה, ולכן גם כשנתברר שלמפרע הוחלט לו חצי השור מ"מ על דעת שמירה תפסו, ולא אמרינן דנעשה שומר על תנאי אם לא יזכה בדין ובפרט לפימש"כ בפ"א דעת הרמב"ם דלענין שמירת נזקין לא תלוי בקבלתו אלא אם נעשה ברשותו נתחייב בנזקין.

אכן כל זה עלינו לומר לדעת רש"י דבזה סובר כשיטת שאר ראשונים דאמרינן יוחלט משעת הנגיחה, אבל לשיטת הרמב"ם דסובר דלא אמרינן יוחלט אלא משעת העב"ד א"כ פשוט דלר"ע הוי כמו לר' ישמעאל דכשתפסו ניזק נעשה ש"ש לנזקין, וכונת הגר"א ז"ל שכ' דהרמב"ם ס"ל כפירש"י היינו בעיקר פירושא דמתני' דניחא לרש"י לאוקמא רישא וסיפא בתרי גווני דרישא כשתפסו וסיפא בלא תפסו -

הלכה יד

ב' שוורים תמים שחבלו זה בזה משלמים במותר חצי נזק שניהם מועדים או מועד ואדם שחבלו זה בזה משלמים במותר נזק שלם, אחד תם ואחד מועד מועד בתם משלם במותר נזק שלם, תם במועד משלם במותר חצי נזק, כיצד שור תם שהפסיד בשור תם אחר שוה מנה, וחזר זה האחרון והפסיד בראשון שוה מ' הרי בעל הראשון משלם לבעל האחרון ל' היו שניהם מועדין בעל הראשון משלם ס' הראשון מועד ואחרון תם בעל הראשון משלם פ' הראשון תם והאחרון מועד בעל הראשון משלם י'.

הרא"ש כתב דמיירי דוקא שהתחילו שניהם בבת אחת או שחבל השני בראשון לאחר זמן, אבל אם האחד התחיל והשני חבל בו באותה שעה פטור, דכל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור, וכתב כתבתי בפ"ב הל' כ' דהרמב"ם חולק על הרא"ש בתרתי, חדא במה שכתב הרא"ש שהתחילו שניהם כאחד, ומד' הרמב"ם נראה דלא לחנם דייק לכתוב וחזר זה האחרון להודיענו דדוקא באופן זה וכמו שנבאר, ועוד במה שכתב הרא"ש דאם לא התחיל כאחת אינו חייב השני אלא דוקא אם חבל בהראשון לאחר זמן נראה ברור דהרמב"ם אינו סובר כן, דכיון שלא כתב לשון המשנה וכתב וחזר זה האחרון הי' לו לכתוב לאחר זמן אם הי' סובר כן, וע"כ דסובר דאפי' חזר מיד וחבל בו חייב, אכן

בטעם מחלקותם כבר בארתי דהרמב"ם סובר דגם בשוורים שייך דינא דמאה פנדי בפנדי למחייה, וכן מוכח מד' הרא"ש אלא שהוסיף דבשוורים איכא טעמא דכל המשנה, וא"כ מאי מהני שהתחילו שניהם כאחת דהא אפילו נפלו זע"ז שניהם כאחת עכ"פ החיוב הא אינו בעד הנפילה אלא בעד הנגיחה וההכאה וכיון שנפלו זה על זה א"כ עכ"פ בעת הנגיחה הלא כל אחד עומד שיגחהו חבירו ויש לו רשות להציל עצמו בנגיחתו קודם שלא יגחהו חבירו, ובאנשים כה"ג שפיר אפשר דחייב דיכול לחזור ע"י דבור ולומר לחבירו ששניהם לא יכו זה את זה, אבל בשוורים דל"ש זה מסתבר דגם בהתחילו כאחת איכא טעמא דמאה פנדי אם לא כשעמדו בקרוב כ"כ שלא הי' שום שהיות זמן בין הנפילה להההכאה, וא"א זה לכוין ונתת דבריך לשעורין, ולכן כתב הרמב"ם שפיר שאחר שנגח הראשון בשני חזר השני ונגח בראשון.

ובדעת הרא"ש נראה דצריך לחקור הא דמאה פנדי בפנדי למחייה אם הוא היתר גמור ואין בו דררא דמזיק כי הוא מזיק ברשות או הוא בגדר היתר של אונס שהוא רשאי להכותו בשביל להציל את עצמו או ממונו בשביל שהוא אונס בזה, ולכן אפשר דסובר הרא"ש דהוא בגדר אונס וא"כ היכי שהוא התחיל אף שהשני ג"כ עומד להכותו כבר אין כאן לגבי בעל השור דינא דמאה פנדי דהוי תחלתו בפשיעה דהא הי' עומד שיגח גם אם לא הי' נוגחו השני, אבל הרמב"ם יסבור דמאה פנדי הוא רשות גמור בלא שום דררא דאונס ולא שייך כאן החיוב דתחלתו בפשיעה.

ובמה דכתב הרא"ש דדוקא אם חבל השני בראשון לאחר זמן ולפי"מ שבאר הסמ"ע דהיינו לאחר שנח רוגזו, וכן הוא בנמוק"י בשם הרמ"ה, וכתבנו דמדברי הרמב"ם מוכח דאין חילוק, ראיתי שהרמ"א בסי' ת"ב השיג על המחבר שלא כתב כדברי הרא"ש, וכתב ע"ז הבאר הגולה דכאן חלק על דברי הרא"ש דלא ס"ל טעמא דכל המשנה, אבל שם גבי שני אנשים איכא טעמא שיש לו רשות להציל עצמו וגבי שוורים לא שייך כן, והנה מש"כ דלא ס"ל להמחבר טעמא דכל המשנה כיונתי לדבריו, אבל מש"כ דטעמא דרשאי להציל עצמו לא שייך בשוורים לדעתי פשוט דאינו כן, וכן מוכרח ממה שדייק הרמב"ם לכתוב וחזר זה האחרון ומוכח דבבת אחת פטורין וכמש"כ, אלא דבאמת מכיון שכתב המחבר לשון הרמב"ם וחזר זה האחרון כבר מוכח בדבריו דאינו באופן להציל עצמו, אלא דאחר שנגח הראשון להשני נגח השני להראשון, והיינו דהי' נראה דהראשון כבר אינו נוגח יותר להשני, אבל זה מוכח דלא איכפת לן גם אם הוא תיכף ואכתי לא נח רוגזו של השני.

איברא דכד דייקינן אפשר דאין מחלוקת בין הרא"ש להרמב"ם דאפשר דגם הרא"ש

אינו פוטר את השני כל זמן שלא נח רוגזו וכמש"כ דכיון דאינו גורם ממש לא מיפטר מטעם כל המשנה, ולא פטר הרא"ש את השני אלא כ"ז שעומדין ומזיקין זא"ז וכשהשני נוגח עדיין אפשר שגם הראשון עוד יגח אותו, ואף דא"כ למה הוצרך לכל המשנה הא לפימש"כ בלא כל המשנה פטור משום מאה פנדי, אכן הוא פשוט דהא סיים הרא"ש דאפי' נגחו יותר והי' אפשר לו להציל עצמו בחבלה מועטת דבאנשים כה"ג חייב מ"מ בשוורים מיפטר משום כל המשנה, ובזה שפיר דפטור וגם הרמב"ם יודה בזה דכאן נגיחת הראשון הוא גורם גמור לנגיחת השני, ואין השור יודע לכוין כמה ליגח אם חבלה מרובה או חבלה מועטת, ולכן אפי' נאמר דאז כבר לא שייך הרשות דמאה פנדי כיון דבחבלה מועטת כבר לא הי' יכול הראשון להכותו, מ"מ שפיר נוכל לומר בזה כל המשנה דעכ"פ הוא גורם גמור ואין להשור לכוין כמה שיגחהו, וכן הי' אפשר לפרש דברי הטור שכתב דאחר שנפרדו זה מזה היינו שאין עומדין זע"ז להלחם, והראשון נגחו והלך והשני לא נח רוגזו ורדף אחריו ונגחו מ"מ חייב כיון דעכשיו אינו גורם גמור ולא מיפטר מטעם כל המשנה, מ"מ לא אקבע מסמורות לחלוק על הסמ"ע בזה כיון דהנמוק"י כתב להדיא כן בשם הרמ"ה.

אכן כל זה בשני שוורים דאיכא פטורא דכל המשנה, אבל בשני אנשים דהפטור הוא משום מאה פנדי פשוט מלשון הרא"ש והנמוק"י דדוקא בכמה שהוא צריך להציל עצמו, אבל לא שייך לפטור את השני בשביל שהוא עוד שעת חימום מהכאת הראשון, ולכן אני תמה על מש"כ הסמ"ע ושכן הסכים לו הגר"א ז"ל בסי' תכ"א סי"ג במש"כ הטור ודוקא שהתחילו שניהם כאחד או לאחר שחבל בחבירו חזר גם הוא מיד וחבל בו, דתיבת מיד ט"ס אלא לאחר שנפרדו זה מזה ועבר חימומם, וכתבו דזהו מש"כ הרמ"א וכן לענין גדופים, ע"ש, והדברים תמוהים דאיזה פטור שייך באדם בזה שעדיין הוא בחמימותו, ודבר זה הזכיר הנמוק"י בשוורים משום גדר כל המשנה, והסמ"ע כשרצה מקודם לתרץ דאינו ט"ס כתב בטעמא דהי' לו לתבעו בדין, וע"ז כתב דבשוורים לא שייך זה ואח"כ הוכיח מהא דלענין גדופים דלא אמרינן הי' לו לתבעו בדין, אבל באמת לא צריך לזה כלל ואפי' באופן שלא יועיל לו לתבעו בדין שלא היה לו עדים ועכשיו הראשון מודה שהתחיל, מ"מ לא שייך כלל פטורא דשעת חימום דמה לנו בחמימותו האם בשביל זה מותר לו להכות הא לא אמרינן עביד אינש דינא לנפשי' אלא במקום שעפ"י דין הוא חייב אבל כאן ממון הוא חייב לו ולא הכאות, וקרא דפצע תחת פצע הוא ממון וא"כ איזה דין הוא שיהי' לו רשות להכות בשביל חימומו, אח"כ ראיתי שהב"ח כתב כן ליישב תיבת מיד דהטור השמיענו דאפי' מיד כיון שאינו מכהו בשביל להציל עצמו חייב.

והנה הב"ח לא ביאר איך הוא בשוורים, ולפימש"כ בשוורים פטורין כ"ז שלא נח מרוגזו דהא פטורו הוא משום כל המשנה, ומה שתמה ע"ז הסמ"ע דהא במשנה כללינהו יחד ומוכח דחד דינא אית להו ראייתו אינה מוכרחת דהא עכ"פ יש חילוק בין שוורים לאנשים אם הי' יכול להציל עצמו בחבלה מועטת כמש"כ הרא"ש, ובפרט דבאמת הוא חד מלתא דשעת חימום לא עדיף מחבל בו יותר מכפי שהוא צריך להציל עצמו, ואם שעת חימום הוא פטור א"כ לא משכחת דינא דחבל בו יותר מכפי שצריך להציל דבשעת מעשה בודאי הוא שעת חימום, אמנם ראיתי שהנמוק"י הביא ד' הירושלמי ראיה לדברי הרמ"ה ובהגהות מא"י פירש שמד' הירושלמי מוכח דדין אחד לאנשים ולשוורים, אבל כפימש"כ ע"כ יש חילוק ביניהם וכנ"ל, וכונת הנמוק"י הוא דעכ"פ הפירוש שחבלו צ"ל דהיינו שלא בשעה שחבל הראשון חבל בו השני דאז הוא להציל עצמו וכנ"ל, אולם לפנינו בירושלמי לא נמצא מה שהביא הנמוק"י, ונמצא בפ"א על מתני' דכשהזיק חב המזיק ואין מקום להוכיח משם כדברי הנמוק"י ע"ש.

ומה שהוכיח הסמ"ע מדין גדופין דמוכח דפטור אפי' אינו להציל עצמו, וכן כתב להדיא הרמ"א בשם מהרי"ו משום כי יחם לבבו אינו ראיה כלל דגדופין אינו דין ממון מן התורה דביישו בדברים פטור, ורק דזה ענין קנס ב"ד ובזה אפשר לומר היכי דהראשון התחיל ויש בזה כי יחם לבבו לא קנסו ב"ד, אבל היכי דיש דין ממון מן התורה ודאי לא שיך זה כלל, אח"כ מצאתי שהמרדכי בסוף ב"ק סי' קצ"ו כתב להדיא מפורש כדברינו ע"ש:

פרק י

הלכה א

שור שהמית את האדם בכל מקום בין גדול בין קטן בין עבד בין בן חורין אחד תם ואחד מועד הרי זה נסקל, ואם המית את העכו"ם פטור כדיניהם.

מה שכתב הרמב"ם דאם המית את העכו"ם פטור הוא מפורש במתני' דף מ"ד אכן מה שכתב כדיניהם צריך ביאור, דלמעלה פ"ח הל' ה' בארנו דעת הרמב"ם דכתב בטעמא דשור של ישראל שנגח של עכו"ם פטור לפי שאין העכו"ם מחייבין וכו' דסובר רעהו לאו דוקא ומעיקר דינא צריך להתחייב גם על נזקי עכו"ם והוא משום דנזקין נמי בכלל גזל דדיני בני נח, אולם כאן לענין הריגת שור קשה טובא דזה לכאורה משמע דהריגת שור לא נכנס בכלל דיני בני נח, ואם נימא דגם הריגת שור נכנס בכלל דינא דבני נח ומחוייבין להרוג המזיק וכמו שכתב הרמב"ם בפ"ט מהל' מלכים דמחוייבים לענוש אדם, א"כ קשה מה מועיל מה שבדיניהם אין מקיימין ואין הורגין שור שהרג אדם כיון דע"פ דין

מחוייבין להרגו, בשלמא לענין לשלם עבור נזקי ממון כתבתי למעלה דיכול מלך לתקן שלא יצטרכו לשלם ושייך דינא דמלכותא בזה ולא דמי לאם יתיר המלך גזל או חמס דגבי נזקי בהמתו הוי רק דין תשלומין, ואף דמשמע דמשום דינא דנזקי ממון מחוייבין הבעלים לשמור בהמתם כמו דתנן במתני' ושמירתן עליך מ"מ אפשר לומר דלתקן שלא יצטרכו לשלם אינו בגדר להתיר גזל, אבל כל זה בדיני ממון דשייך ע"ז תקנת ודינא דמלכותא, אבל לתקן שלא יהרגו מזיק שהרג אדם אם ע"פ דין תורה מחוייבין להרגו ודאי משמע דלא מהני בזה דינא דמלכותא, כמו דלא מהני דינא דמלכותא להתיר גזל וחמס, וע"כ מוכח דמעיקר דינא ליכא דין הריגת שור בדיני בני נח, וגם מעיקר דיני ישראל צריך לומר דמקרא דוהמית איש או אשה אנו לומדין דוקא שהרג ישראל אף דצריך עוד בירור בזה אם איש או אשה הוא דוקא על ישראל, ויש לעיין דלכאורה יש סתירות בזה, אבל מכיון שעל כרחנו לאמר דמעיקר דינא אין מחייבין לשור מיתה על הריגת עכו"ם, א"כ קשה למה צריך טעמא שכתב הרמב"ם כדיניהם, ואולי נאמר דכאן השמיענו להיפוך שאם היו מחייבין מיתה על הריגת אדם הי' מועיל דינא דמלכותא על זה מכיון שהוא לתקנת המדינה והי' צריך ג"כ לדון כן בדיני ישראל, וזהו שכתב גם כאן כדיניהם, ובפ"ח כתבנו דע"כ שיטתו דרעהו לאו דוקא משום דשם כתב להדיא בתורת טעם לפי שאין העכו"ם מחייבין וכו' ומוכח דזהו עיקר טעמא, אבל כאן כתב רק כדיניהם להודיענו שזה הדין הוא בצירוף שגם בדיניהם כן הוא, דאם היו מחייבין בדיניהם היו מחייבין ג"כ בדיני ישראל משום דינא דמלכותא:

הלכה ג

והואיל וכל בהמה חיה ועוף שהרגו את האדם נסקלין היאך ימצא מועד להרוג עד שישלמו בעליו את הכופר, כגון שהרג שלשה עכו"ם ואחר כך הרג ישראל שהמועד לעכו"ם הרי זה מועד לישראל, או שהרג שלשה ישראל טרפה ואחר כך הרג שלם, או שהרג וברח וברביעי נתפס שאין הבעלים חייבין בכופר עד שיסקל השור, וכן אם סכן שלשה בני אדם כאחד או שהרג שלש בהמות הרי זה מועד להריגה ובעלים משלמים את הכופר, וכן אם הכירו עדים את בעל השור ולא הכירו את השור בפעם ראשונה ושנייה ושלישית, וברביעית ראו שורו שהרג ולא היו יודעין אם זה הוא השור שהרג בשלש פעמים הראשונות או אחר היה, הואיל והועדו הבעלים שיש להם בבקרם שור שהרג שלש פעמים היה להם לשמור כל בהמתם, ומאחר שלא שמרו משלמין את הכופר.

שאין הבעלים חייבין בכופר עד שיסקל השור, למעלה פ' ח' הל' י"ג בארתי דעת

הרמב"ם דאף דלא קיי"ל כרבה דסבר דכ"ז שאין השור בסקילה אין הבעלים משלמין כופר, זהו דוקא לענין שלא בכונה דאתרבי מאם כופר, אבל אם נגח בכונה בעינן לקיומי קרא כפשטי' דכתיב השור יסקל וגם בעליו יומת, ולכן כ"ז שלא נתפס השור אין הבעלים משלמים כופר, ומטעם זה סובר הרשב"א דע"פ ע"א או ע"פ עצמו אינו חייב כופר דלא אתרבי אלא שלא בכונה דאין בו דררא דחיוב סקילה, אבל ע"פ ע"א או ע"פ עצמו כיון דמעיקר הדין נגח באופן דחייב סקילה ורק דליכא עדים הוי כמו שלא נתפס השור דא"א לקיומי ביה דינא דסקילה דאינו חייב כופר כמש"כ כאן הרמב"ם, אבל דעת הרמב"ם בפ"ה מה' סנהדרין הל' י"ד דע"פ עצמו חייב כופר וכן כתב הראב"ד למעלה, דסוברים דהיכי דליכא עדים ליכא כלל דין סקילה, ולכן איתרבי מאם כופר כמו שלא בכונה אבל היכי שברח השור ואפשר שיתפסוהו ולקיומי השור יסקל, לכן כ"ז שאין מקיימין דין השור יסקל אין הבעלים חייבין בכופר, והארכתי שם עוד בזה ע"ש:

ב) או שהרג שלש בהמות, במה דפסק הרמב"ם דמועד לבהמה הוי מועד לאדם עיין במ"מ ובכ"מ, והנה הכ"מ כתב דהרמב"ם סובר דלענין הריגת אדם אמרינן דמועד לבהמה הוי מועד לאדם, וקשה דאף דהרמב"ם מפרש כן בגמ' אבל הא גופא קשיא מנ"ל לגמ' לחלק בין נזקין לכופר ואף דהיה אפשר לומר דקרא דכתיב ואם שור נגח הוא כתיב סתמא ומשמע דאפי' שור נגח דכתיב אח"כ בנגיחת שור, מ"מ אינו מיושב דא"כ גבי נגיחת שור נמי נימא דבכל אופן שהוא שור נגח אפי' משור לחמור יהיה מועד ואי אמרינן דמסברא מועד למינו אינו מועד לשאינו מינו א"כ בשור נגח שנגח אדם ג"כ נימא דמסברא מועד למינו אינו מועד לשאינו מינו ושור נגח דכתיב היינו שנגח לאדם, ועוד קשה דבריש ב"ק מבואר להדיא דמועד לבהמה לא הוי מועד לאדם ואין לומר דזה קאי על נזקי אדם ולא על מיתת אדם לענין כופר, דהא קאי שם על קראי דכתיב כי יגח וכי יגוף, וקרא דכי יגח קאי על מיתת אדם, וע"כ דגם גבי מיתת אדם לענין כופר אמרינן דמועד לבהמה לא הוי מועד לאדם.

והנראה בזה דהנה בגמ' בדף מ"ב ע"ב איתא ת"ר והמית איש או אשה, אמר ר"ע וכי מה בא זה ללמדנו אם לחייב על האשה כאיש הרי כבר נאמר כי יגח שור את איש או את אשה אלא להקיש אשה לאיש, מה איש נזקיו ליורשיו אף אשה נזקיה ליורשים, ומסיק בגמ' דהיינו משום דכופר הוי ראוי לכן אינו יורש הבעל הכופר ושייך ליורשיו, ובב"ב דף קי"ג איתא א"ר אבהו אר"י וכו' מנין לבעל שאינו נוטל בראוי כבמוחזק וכו', ויליף שם מקרא דאלעזר בן אהרן ע"ש, וקשה הא כבר למד ר"ע מקרא דוהמית איש או אשה דהוא קרא מיותר דבעל אינו יורש כופר, ובתוס' עשו צריכותא בזה אבל אינה מרווחת,

ואפשר דהרמב"ם לא ניחא לי' בזה וסובר דהוא באמת מחלוקת התנאים ור"ע אינו לומד מקרא דאלעזר בן אהרן משום דאיכא למימר דנפלה לי' משדה חרמיה כדאמר שם בגמ' ודרשא דפנחס בנו נחלה הראויה לו וירשה בנו אינה דרשה מוכרחת ועיין בפי' רשב"ם ומה שכתב בשם הר"ח, ור"י בן קרחה ע"כ לא סבר דרשא דר"ע, וזה תליא אם מועד לבהמה הוי מועד לאדם או לא, דדוקא אי אמרינן מועד לבהמה לא הוי מועד לאדם, וא"כ פי' קרא דואם שור נגח הוא היינו שור נגח לאדם, וא"כ קרא בחד גוונא הוא דכי יגח שור את איש או את אשה סקול יסקל וגו', ואם שור נגח הוא וגו', וא"כ קרא דוהמית מיותר דהא קאי ארישא דקראי דכבר כתיב כי יגח שור את איש וגו' כדאמר ר"ע אבל אי נימא מועד לבהמה הוי מועד לאדם א"כ קרא דואם שור נגח הוא היינו דהיא שור נגח מהריגת בהמות ועכשיו המית איש או אשה ולא קשה כלל הרי כבר נאמר כי יגח איש דואם שור נגח הוא לא קאי אקרא דכי יגח שור את איש. והוא שור נגח מהריגת בהמות, ולכן מפרש קרא דעכשיו המית איש או אשה, ונמצא דאי לא דרשינן דרשא דר"ע ע"כ מוכח מקרא גופי' דמועד לבהמה הוי מועד לאדם דאי לא"ה מיותר קרא דוהמית.

והנה כל זה הוא אי ירושת הבעל דאורייתא אבל אי ירושת הבעל דרבנן בודאי אין לדרוש כדרשת ר"ע, דאין לומר דקרא אתא להשמיענו דבעל אינו יורש, דאף דגמ' הוי ס"ד כן דפריך וסבר ר"ע לא ירית לה בעל, אבל כל זה קודם דאסיק דכופר הוא ראוי אבל לבתר דאסיק דכופר הוא ראוי אין לומר כן דאם בא הכתוב להשמיענו דבעל אינו יורש לא צריך להשמיענו בראוי אלא בסתם ירושה, ועוד דבאמת לא צריך כלל קרא להכי דמהיכי תיתי נאמר דיורש דצריך קרא שאינו יורש דאי לא דרשינן שארו זו אשתו, א"כ ליכא קרא על בעל וזה לא מסתבר דאיכא קרא בכופר כדי שלא נדרוש שארו זו אשתו, וע"כ דאי ירושת הבעל לאו דאורייתא לא צריך קרא כלל בכופר וליכא למדרש כר"ע, וא"כ שוב מוכרח דמועד לבהמה הוי מועד לאדם, וא"כ עכ"פ בכל אופן ההלכה קיימת דמועד לבהמה הוי מועד לאדם דהא בב"ב דקי"ג, א"ר אבהו א"ר יוחנן א"ר ינאי אמר רבי ובודאי הלכה כאמוראי היכי דהוי פלוגתא דתנאי, וזהו אי ירושת הבעל דאורייתא כשיטת הראב"ד ושאר פוסקים, ולשיטת הרמב"ם דהוא לאו דאורייתא בודאי ע"כ מועד לבהמה הוי מועד לאדם:

ג) **וברביעית** ראו שורו שנגח ולא היו יודעין וכו', המ"מ פי' דלבסוף הוכר בנגיחה רביעית, וכבר תמה הלח"מ דלא משמע כן מדברי הרמב"ם שכתב בהדיא ולא היו יודעין, ואין לומר דאחר נגיחה רביעית הוכר, דא"כ לאיזה נ"מ כתב שבשעת נגיחה רביעית לא היו יודעין ומה נ"מ אם בשעת מעשה הכירוהו או אח"כ, וע"כ דהרמב"ם מפרש דגם

עכשיו לא הכירוהו, ומ"מ מתחייב משום סברא דתורא נגחנא על כל שור שיגח מבקרו, דאין לומר דאנו תולין שודאי שור המועד נגח וכמו שכ' בתוס' דתוס' כתבו זה לר' אחא, והרמב"ם פסק בפ' ח' דלא כר' אחא, וע"כ דמה דנתחייב לשמור כל בקרו נעשו כל בקרן מועדין ומי שיגח חייב, ואפשר דכונת המ"מ שכתב ולבסוף הוכר אינו אלא שהוכר בב"ד שנגח נגיחה רביעית אף שלא הכירוהו שזהו שנגח בג' הראשונות.

אלא דקשה לי טובא דמדברי הרמב"ם משמע דזה ברור להעדים דשור אחד נגח כל הג"פ דהא כתב ולא היו יודעין אם זה השור שהרג הג"פ הראשונות, וכן כתב עוד הואיל והועדו הבעלים שיש להם בבקרם שור שהרג ג' פעמים, ואף דקשה בזה המציאות דצריך לומר דבשעת כל נגיחה הכירוהו שזהו אותו שנגח מקודם, ואח"כ כשבאו לב"ד לא הכירוהו, והוצרך הרמב"ם לפרש באופן דחוק זה משום דסובר דסברא דתורא נגחנא לא שייך אלא אם יש לו בבקרו שור מועד אבל לא מהני לייעד כל בקרו משלשה נגיחות משוורים שונים שבבקרו, וכן מוכח לשון תורא נגחנא כדברי הרמב"ם, אבל קשה למה הוצרכנו לזה דאפי' אם נימא דהרמב"ם מפרש כן בגמ' דגם ברביעית לא היו מכירין שזהו שנגח בג' הראשונות יקשה על רבינא גופא דלמה הוצרכנו לזה דהא שפיר אפשר דברביעית הכירוהו שזהו שנגח בג' הראשונות וכמו שכתבו בתוס', ולא מהני סברא דתורא נגחנא לייעד הבעלים אלא לענין זה שאם לבסוף ימצא שהמועד נגח יהי' חייב כופר אף שהוא אינו יודע מי הוא המועד, חייב לשמור כל בקרו, אבל לא מהני סברא זו לחייבו אם יגח תם דהא בקרא כתיב שור נגח.

ונראה דזה ודאי אנו צריכין לומר דמשמע להרמב"ם לפרש כן בגמ' דאין מכירין את השור גם עכשיו בנגיחה רביעית, אכן במה דקשה למה הוצרך רבינא להעמיד כן ולחדש דסברא דתורא נגחנא מועיל לחייב אפי' לא הכירוהו, נראה משום דבאמת פשטא דקרא מיושב יותר לפי זה דהא בקרא כתיב וכי יגח שור וגו' סקול יסקל השור וגו' ואם שור נגח הוא וגו' והמית איש או אשה השור יסקל וגם בעליו יומת, וקשה להני אוקימתא קמייתא דקטל וערק לאגמא או כגון שהוזמו זוממי זוממין למה לקרא למיכתב השור יסקל דהא כבר מחוייב סקילה מנגיחה ראשונה כדכתיב סקול יסקל השור, וצריך לדחוק ולומר דכיון דעכשיו נעשה מועד וחייבין הבעלים כופר אפשר הו"א דנפטר גם השור מסקילה, אבל רבינא לא ניחא לי' בהאי תירוצא ומוקים דבאמת לא הכירו גם עכשיו את השור שזהו שנגח נגיחות הראשונות ומ"מ מתחייב כופר משום סברא דתורא נגחנא וכנ"ל, והרמב"ם אף שכתב התירוץ דקטל וערק לאגמא מ"מ כתב באוקימתא דרבינא שגם עכשיו לא הכירו להשמיענו דגם בכה"ג חייב כופר וכנ"ל.

והנה כל זה בארנו באוקימתא דרבינא כאן לענין כופר אבל עוד אנו צריכין לבאר אוקימתא דרבינא בפ' כיצד הרגל שכתב כן הרמב"ם בפכ"א מה' עדות שהיו מכירין את בעל השור ולא הכירו את השור, ולכאורה שם א"א לפרש כן דבשלמא כאן דאותם העדים ראו בג' הנגיחות נוכל לומר דבשעת הנגיחות הכירוהו, ואח"כ כשבאו לב"ד לא הכירוהו, אבל התם דמיירי בג' כיתות, א"כ לפי"מ שביארנו כאן שיטת הרמב"ם דסברא דתורא נגחנא לא מהני אלא אם הוא כבר נגחן, אבל לא מהני בשלש ראשונות, וא"כ כיון שהוא ג' כתי עדים מנין ידעו עדי הנגיחה הב' שזהו אותו שנגח א' כיון שבב"ד לא הכירו את השור לא כת זו ולא כת זו, ואפי' אם עדי נגיחה הב' אמרו שעדי נגיחה הא' ראו את השור בשעת נגיחה הב' אלא שלא ראו הנגיחה והכירו בשעת מעשה דזהו השור שנגח נגיחה א' באמת זה לא מהני כלל דהוי עד מפי עד, כיון דלמאן דאמר ליעודי גברא באו לב"ד כל כת ביום הנגיחה, וא"כ למחר כשבאו כת ב' להעיד אינם יודעים אלא ממה ששמעו מכת א' שלא בב"ד וזה אינו כלום, ועל כרחנו אנו צריכין לומר דעדי נגיחה ב' אמרו שהיו גם באותה שעה שנגח נגיחה א' וראו השור שעליו העידו כת א' שנגח אלא שלא ראו עצם הנגיחה וכן כת ג', ונמצא דאין אנו צריכין להא דאין מכירין את השור להוכיח דכיוונו ליעדו משום דאין מחייבין אותו בח"נ אלא לעדי נגיחה א', אבל עדי ב' וג' ע"כ העידו על עצם ההעדה, אלא דגם זה הוא בשביל שאין מכירין את השור, דאם מכירין כל כת את השור בב"ד א"כ אין צריכים כלל להעיד דזהו אותו השור וממילא יכולין לומר לחיובי פ"נ אתינן.

ובאמת בהא לא הי' צריך רבינא לאוקמי למ"ד ליעודי גברא, אלא דב' כתי עדים הראשונים לא הכירוהו, ולמ"ד ליעודי תורא דבתראי לא הכירו, אלא דמשני אליבא דתרווייהו דכל הג' כיתות לא הכירוהו, ובפרט לפי' הראב"ד בש"מ דלמ"ד ליעודי תורא קשה בין מקמאי בין מבתראי, והכא שפיר צריך לחדש סברא דתורא נגחנא דהא בנגיחה רביעית היו עדים אחרים ואותן הג' כיתות נתחייבו רק בשביל שעשו השור למועד דהא זהו חדושא דברייתא דנתחייבו במה שעשו אותו למועד, ולכן אין לומר שהג' כיתות ראו בנגיחה רביעית, ואין לומר דעדי נגיחה רביעית אמרו שראו את השור דהא הם לא הוזמו ואינם שקרנים, וא"כ לא ראו כלל נגיחות אחרות שלא היו כלל, ולכן כאן שפיר הוצרך רבינא להעמיד דחייב משום הסברא דתורא נגחנא וכנ"ל:

ד) **הרמב"ם** השמיט אוקימתא כגון שהוזמו זוממי זוממין וצריך ביאור, והנה בסברא הי' אפשר לומר דמה דמשני למ"ד ליעודי גברא כגון דאמרי כל אימת דקטיל תורא גביה הוה קאי אינו להלכה דכיון דלא נעשה מועד עד שיעידו בפני ב"ד, ואם יודו הבעלים

שידעו שנגח שורם ג"פ לא נעשה מועד בין לענין נזקין בין לענין כופר, א"כ צריך שהשור יהי' לו דין שור נגח אצל ב"ד שיהי' מוחזק בב"ד שהוא שור נגח, איברא דהרשב"א הסביר תירוצא דגמ' וז"ל וכשהרג ג' ב"א ע"פ בעלים נמי א"א דאינו מועד עד שיעידו בו בפני ב"ד ובפני הבעלים, ואע"ג דאמרינן בסמוך כגון דאמר כל אימת דקטיל תורא גביה הוה קאי דאלמא ראיית הבעלים משוי ליה מועד, לא היא דהתם ע"פ עדים הועד אלא שהיו מזימין אותם עדי שקר וכיון דהוו בעלים בשעת נגיחה וידעו דכדין העידוהו הו"ל לנטורי תוריה דלא מצי אמר לא הוי ידענא, ומ"מ השור ע"פ עדים הועד עכ"ל, ודבריו נכונים בסברת הגמ', אבל מ"מ יש לדון ולומר דגם זה לא מהני, דכיון דעכ"פ כבר הוזמו העדים ואצל ב"ד אינו מוחזק בחזקת שור נגח לא מהני מה שהבעלים יודעים בעצמם כמו דלא מהני מה שיודעים שלא ע"פ עדים, אולם זה פשוט דכ"ז שאין לנו מחלוקת בגמ' על תירוץ זה אין לבדות סברות מלבנו לחלוק על הגמ'.

ולכן נראה דהרמב"ם סובר דרבינא פליג על ר"א בדר"א דהנה ידוע הכלל של בעל הליכות עולם דכל מקום דאיתא בגמ' ר' פלוני אומר הוא חולק על הקודם, אמר ר' פלוני אינו חולק, והביאו השארית יוסף בנתיב ו' כלל ז' וכתב ע"ז דכן מבואר ברשב"ם בב"ב דף קכ"ב וז"ל ה"ג אמר ר' יהודה ולא בא לחלוק מדלא קתני ר' יהודה אומר, ומ"מ מצינו בפ"א דב"ק דף י"ג ומעלה מעל בד' לרבות קדשים קלים דברי ריה"ג בן עזאי אומר לרבות את השלמים, ופירש"י דבן עזאי מילתי' דריה"ג מפרש, עכ"ד, אך הר"ח ז"ל בפירושו כתב להדיא דמה דאמר ריה"ג לרבות קק"ל פי' כל קק"ל, ולפי הר"ח ז"ל לא נסתר הכלל, ומה דמביא עוד השא"י מה דאיתא בב"מ דף י' ר"ל אמר וכו' ר"י אמר וכו' ואמר הגמ' ע"ז ולא פליגי וכן איתא בכמה דוכתי, זה באמת אינו הוכחה כלל לסתור את הכלל, דאדרבא מדאמר בגמ' ע"ז ולא פליגי מוכח דמן הסתם לשון זה הוא מחלוקת, אמנם מצאתי מקום אחר בב"ב דף כ"ט אמר אביי וכו' רבא אמר וכו' וכתבו שם בתוס' דרבא לא לפלוגי על אביי אתא אבל מדברי הר"ח שהביאו התוס' משמע דרבא פליג, וכן מדברי הרמב"ם שלא הזכיר שיבבי משמע דסובר דרבא חולק על אביי ע"ש - עכ"פ הכלל הוא כלל פשוט ומסתבר בלשון, אלא דאפשר דנמצא יוצא מן הכלל.

והנה בגמ' משני רבה כגון שאמדוהו וכו' רב אשי אמר וכו' רב זביד אמר וכו' ואח"כ איתא אלא אמר וכו' עד שינויא דר"פ דקטל וערק לאגמא, ואח"כ ר"א בדר"א אמר כגון שהוזמו וכו' רבינא אמר וכו', והנה המ"מ כתב דהרמב"ם אינו גורס אלא אבל מ"מ שינוי הלשון נשאר במקומו, דמקודם איתא רב אשי אמר, רב זביד אמר, ואח"כ אמר רב שימי, אמר רשב"ל, אמר רב פפא, ואח"כ ראבדר"א אמר, רבינא אמר, ואף דנוכל

לומר דכיון דלא נגרוס אלא, ע"כ נגיה גם זה, ויהי' צ"ל רב שימי אמר וכן באינך, אבל נראה דבאמת מיושב גם בלא שינוי הגירסא, דמה דמפרש המ"מ דמה דאמר בגמ' ומועד לבהמה הוי מועד לאדם הוא בניחותא הוא דחוק בלשון הגמ', ובאמת א"צ לזה ונוכל לפרש דזהו שאלה בגמ' כמו דמפרש רש"י, ורק דאם נגרוס אלא א"כ הוא כמו דחיה שנדחה אוקימתא זו, אבל אם לא נגרוס אלא נוכל לפרש דהגמ' שואל ומועד לבהמה הוי מועד לאדם, אמר רב שימי כגון שהרג שלשה נכרים פי' דאין להוכיח דמועד לבהמה הוי מועד לאדם, ושואל הגמ' עוד ומועד לנכרים כו', אמר רשב"ל וכן אמר ר"פ, ולכן כיון דלא גרסינן אלא סובר הרמב"ם דאינו דחיה ולא נדחו האוקימתות וכולן קיימים להלכה, ומקודם דאיתא רב אשי אמר רב זביד אמר, הנה רב אשי הא פליג להדיא ואמר אומדנא לאו כלום הוא, וכן רב זביד י"ל דהוא באמת חולק על רב אשי וסובר דסיכן לשלשה ב"א לא נעשה מועד לענין כופר, ואף דלבסוף מתו כולם מ"מ כ"ז שלא מת הראשון למ"ד ליעודי גברא לא נתייעדו הבעלים לנגיחת השני והשלישי, ובפרט דאם לא מתו הג' מקודם לא נעשה מועד להתחייב הרביעי לענין כופר אפי' למ"ד ליעודי תורא, ורב אשי סבר דנגיחה שסיכן בה כבר מהני לייעד אפי' לא מתו כולם אלא לאחר נגיחת הרביעי.

והרמב"ם פוסק דסיכן מהני משום דפסק כרב אשי לגבי רב זביד, ואח"כ אחר אוקימתא דר"פ דקטל וערק לאגמא איתא ראבדר"א אמר כגון שהוזמו זוממי זוממין, וזה משמע נמי דפליג על ר"פ, ונראה דרש"י מפרש דקטל וערק לאגמא לאחר שהעידו בו ברח משמע דרש"י רוצה לפרש שהעידו בו בדין חיוב מיתה דאין מעידין על השור אלא בפניו, אבל מפשטות לשון הגמ' וכן לשון הרמב"ם שכתב כגון שהרג וברח משמע דתיכף אחר הריגתו ברח משום דבאמת זהו דוחק לאוקמי קרא בכה"ג שברח מב"ד דכיון שהוא ברשות ב"ד בודאי לא יניחו לו לברוח, ונראה דמה דדחק לרש"י לפרש כן היינו אי נימא דאם אין השור בסקילה אין הבעלים משלמים כופר, או לפימש"כ הרמב"ם דאפי' לדידן בברח השור אין הבעלים משלמים כופר א"כ אפשר דדין העדאה לגבי כופר צריך להיות ג"כ עם גדרי השור בסקילה דהא רש"י סובר דהני שינויי דמעיקרא דמועד לבהמה ומועד לעכו"ם ומועד לטרפה נדחו, אבל יש לומר דאפי' ר"פ דלא ניחא לי' בהני שינויי מ"מ בקטל וערק לאגמא שפיר הוי מועד דמה דחסר דין סקילה לא מגרע בזה דין העדאה דאף דאין הבעלים משלמים כופר היינו דוקא לשלם כופר, דכתיב השור יסקל וגם בעליו יומת, אבל לענין העדאה שפיר הוי שור נגח אף שלא העידו עדות דמהני לחייבו סקילה, ולכן נוכל שפיר לומר דראבדר"א פליג בזה עם ר"פ וסובר כדעת רש"י ולכן מוקים כגון

שהוזמו זוממי זוממין והיינו דכיון דאין השור בסקילה אין הבעלים משלמים כופר, לא נתייעד השור והרמב"ם דפסק כר"פ בקטל וערק לאגמא הוא פשוט דהא פסק דאפי' מועד לבהמה הוי מועד לאדם.

ועכשיו מבואר שפיר דרבינא אמר היינו ג"כ שחולק על ראבדר"א וסובר דאינו מועיל מה דכל אימת דנגח תורא גביה הוי קאי דאינו נעשה מועד ע"פ עצמו וכמו שכתבנו, ולכן שפיר פסק הרמב"ם כרבינא והשמיט אוקימתא דכגון שהוזמו זוממי זוממין.

איברא דלפימש"כ למעלה דמה דמפרש רבינא לדעת הרמב"ם דגם ברביעית לא הכירו היינו כדי ליישב קרא דכתיב השור יסקל על ואם שור נגח הוא אף דכבר נתחייב סקילה מנגיחות הראשונות, וא"כ לא מוכח דרבינא פליג על ראבדר"א בדינא דלא מהני לייעד כשהוזמו זוממי זוממין אלא משום דקרא לא מתיישב לשיטתו, אלא דמ"מ נראה דכיון דסברא דראבדר"א לא מסתבר להרמב"ם וכמש"כ ע"כ ניחא להרמב"ם לפרש דרבינא פליג בכולי מילתא על ראבדר"א וסבר דבכה"ג באמת לא מהני וכמש"כ, אלא דבעיקר אוקימתות דמועד לבהמה ומועד לעכו"ם ומועד לטרפה אינם חולקים הני אמוראי בתראי, ובאו רק ליישב שלא יהי' מוכח כן וכמו שכתבתי, ולכן בזה שפיר פסק הרמב"ם כאמוראי קמאי אף דבזה פסק כרבינא:

הלכה ז

שור שהוא טרפה שהרג את הנפש או שהיה השור של אדם טרפה אינו נסקל שנאמר וגם בעליו יומת כמיתת הבעלים כך מיתת השור וכיון שבעליו כמת הם חשובין ואינן צריכין מיתה ה"ז פטור.

השגת הראב"ד: שור שהוא טרפה וכו'. א"א ואם בפני ב"ד הרג נהרג משום ובערת הרע עכ"ל.

עיין במ"מ שכתב דיש לחלק דובערת לא כתיב אלא באדם, וכבר הקשו עליו מגמ' מפורשת בחולין דף ק"ל דאמר שם והא בעי אתויי לבי דינא ולקיומי ובערת הרע מקרבך.

והנראה ליישב דברי הרמב"ם דבאמת לכאורה צריך ביאור מה שהוסיף וכתב וכיון שבעליו כמת הם חשובין ואינן צריכין מיתה דהא בסנהדרין דף ע"ט ליתא כלל בגמ' סברא זו, ואדם טרפה משום דהו"ל עשאי"ל, וצריך לומר בכונת הרמב"ם דלגבי שור של אדם טרפה לא מסתבר לומר דפטור משום כמיתת בעלים כך מיתת השור, כיון דמה דבעלים אין חייבין מיתה הוא משום דהוי עשאי"ל וליכא עדים אבל על השור כשהרג הא שפיר יש עדים דלא הוי עשאי"ל, וכבר כתבו כן בתוס' בטעמא דרבא דמחייב בשור טרפה, אבל באמת אותו הטעם הוא נמי בשור של אדם טרפה, ולכן כתב הרמב"ם כאן

טעם אחר דגבי אדם טרפה לא שייך מיתה כלל דכמת הוא נחשב, ובאמת דבריו מוכרחין בגמ' דאמר טרפה שהרג בפני ב"ד חייב שלא בפני ב"ד פטור, בפני ב"ד חייב דכתיב ובערת הרע מקרבך, וקשה דלמה צריך להזכיר טעמא דובערת הרע מקרבך דכיון דבפני ב"ד ליכא טעמא דעשאי"ל ממילא חייב מיתה כדין כל רוצח, וע"כ דדין מיתה כדין כל רוצח ליכא לגביה כיון שכמת הוא חשוב, אלא דמ"מ איכא טעמא דובערת הרע, אלא דשלא בפני ב"ד פטור דגם על ובערת הרע צריך עדים וכיון דליכא עדים פטור, וכן בהא דאמר רבא עדי טרפה שהוזמו נהרגין פירש"י דכתיב ובערת הרע מקרבך ומ"מ סבר ר"א דאין נהרגין לפי שאינן בזוממי זוממין.

ולכן סובר הרמב"ם דעיקר הטעם דאמרינן דשור של אדם טרפה שהרג פטור משום דכמיתת בעלים כך מיתת השור אינו משום הא דפטור משום דהוי עשאי"ל דזה לא מהני לגבי שור כיון דלגביה איכא עדים, וכיון דלגבי אדם טרפה נמי שייך מיתה אם היה הורג בפני ב"ד, לכן גבי שור אף שלא הרג בפני ב"ד צריך להיות חייב דהא ליכא חסרון דעדים, וע"ז פירש דכמת הוא חשוב, ואף שהורגין אותו משום ובערת הרע מקרבך אבל דין מיתה ליכא גביה, וכיון דמיתת השור הוקש למיתת הבעלים אינו חייב השור מיתה אלא היכי דאיכא גבי בעלים מיתה ולא היכי דאיכא ובערת הרע, ולכן סבר רבא דבשור טרפה לא שייך למעט מיתת בעלים, כיון דבבעלים נמי אם הוא טרפה חייב עכ"פ משום ובערת הרע, ורב אשי סבר דשור טרפה שהרג נמי פטור משום כמיתת בעלים, דאף דבעלים אם הרגו חייבין משום ובערת הרע, מ"מ ההיקש דכמיתת בעלים הוא לדין מיתה ולא לדין ובערת הרע, וכיון דאם היו הבעלים טרפה ליכא גבייהו דין מיתה גבי שור נמי ליכא מן הדין דין מיתה וממילא ליכא נמי ובערת הרע, ולפי"ז מבואר דאפי' הרג בפני ב"ד בין שור טרפה בין שור של אדם טרפה פטור, דליכא כלל דין מיתה בשור כזה, אבל היכי דאיכא דין מיתה בשור שפיר איכא נמי מצות ובערת הרע מקרבך:

הלכה ח

המשסה כלב בחבירו והרגו אין הכלב נסקל וכן אם גירה בו בהמה או חיה והרגוהו. אבל אם שסה בו נחש ואפילו השיכו בו והרגו הנחש נסקל שארס הנחש שממית מעצמו מקיאו, לפיכך זה האדם שהשיך בו נחש פטור ממיתת ב"ד.

עיין במ"מ דמשמע דדברי הרמב"ם פשוטים, אבל באמת אינם פשוטים, ויש כאן חדוש גדול דעיקר מחלוקת ר"י וחכמים בהשיך בו את הנחש הוא אם ארס נחש בין שיניו עומד, ומכיש בסיף ונחש פטור, או דארס נחש מעצמו מקיא ונחש בסקילה ומכיש פטור, אבל לענין שיסה את הנחש לא מצינו כלל חילוק בין משסה נחש ובין משסה

כלב ושאר מזיקין, וכיון דמשסה כלב פטור משום דשור האיצטדין פטור דכתיב כי יגח ולא שיגיחוהו, א"כ ה"נ צ"ל נחש והיכי אשכחן בקרא לחלק בין נחש לשאר מזיקין, והא דחייב נחש סקילה בהשיך צ"ל דהשיך אינו שיסוי אלא נתן יד האדם בפיו אבל לא שיסהו, ורישא דשיסה בו את הכלב שיסה בו את הנחש הנה בגמ' דף כ"ג משמע דאיירי בנזקין, ובתוס' שם כתבו דאיירי בין בנזקין בין במיתה, והש"מ כתב בשם הר"ר ישעי' דאיירי רק בנזקין אלא דעכ"פ במתני' הא מיירי רק לענין פטורא דמשסה, אבל לענין חיובא דנחש לא איירי כלל דהא קתני נמי כלב וכלב בודאי פטור, ורק בסיפא בהשיך בו את הנחש אמר ראב"י דלדברי חכמים נחש בסקילה, ועכ"פ בשיסה ליתא כלל בגמ' דנחש חייב, ולא מצינו חילוק בין נחש לשארי בהמות וחיות בזה.

ולכאורה היה אפשר לומר דכיון דמעצמו מקיא את הארס לא דמי לשאר מזיקין שהן נושכין או נוגחין דזה אפשר ע"י שיסוי, אבל הקאת הארס ע"כ הוא דוקא ברצונו, וכמו גדר אין קישוי אלא לדעת, דמטעם זה חייב מיתה גם באונס, אבל באמת לא דמי זל"ז דאף דתנן דשור האיצטדין אינו חייב מיתה מפני שהוא כמעושה, אינו אונס ממש דבודאי לא מיקרי זה אונס לגבי אדם, וגבי בהמה נמי לא מיפטר אלא ממיתה ולא מנזקין, וגבי מיתה מיעט קרא מכי יגח ולא שיגיחוהו שיגח ע"י עצמו ולא ע"י גרמת אחרים, אבל באמת כשמשסין אותו הוא כועס ונושך בעצמו ואינו נושך בע"כ בגדר אנוס דנימא דהוצאת הארס ע"כ הוא מוציא ברצונו דגם נשיכה הוא נושך ברצונו אלא דכיון שעשה ע"י שיסוי וגרמת אחרים פטריה קרא וא"כ נחש נמי, ודוחק לומר דבאמת שאר בע"ח כשמשסים אותם אינם עושים ע"פ רצונם אלא למלאות רצון המשסה, ונחש מעצמו מקיא ע"פ רצונו, דלא מסתבר לומר כן.

ונראה דהרמב"ם סובר דנחש כיון דמטבעו הוא מזיק ואין לו תרבות לא מיפטר במה שהרג ע"י שיסוי דאמרינן דהמשסה לא גרם כלל לנשיכתו ורק שהראה לו את הניזק דמה שלא הזיק בלא שיסוי אינו אלא שלא שם לבו לזה והוי רק בגדר שהזכירו אותו אבל אינו משום שיסוי של המשסה כיון דמטבעו הוא מזיק, ומה שהכריח להרמב"ם לומר כן הוא משום דסובר דהשיך הוא נמי גדר משסה דכיון שהכניס יד האדם בתוך פי הנחש לא גרע משיסוי וע"כ דנחש לא מיפטר משום מה ששיסוהו:

מש"כ ואין לו תרבות אינו מדוייק דהא ארי וזאב וכו' נמי אינם בני תרבות ומ"מ פטורים כמש"כ הרמב"ם בהמה או חיה רק העיקר דנחש הוא מטבעו מזיק ואינו כשאר חיות דהא ר"א נמי מודה בו:

הלכה ט

אין הבהמה נסקלת אם המיתה עד שנתכוונה להזיק למי שהיא חייבת עליו סקילה, אבל שור שהיה מתכוון להרוג את הבהמה והרג את האדם, נתכוון לעכו"ם והרג לישראל, נתכוון לנפלים והרג בן קיימא פטור מן המיתה, ואם היה מועד הבעלים חייבין בכופר או בקנס אם המית עבד ואע"פ שהרג בלא כונה הואיל והוא מועד לזה.

הלח"מ בפ"א מהל' חובל הל' ד' כתב דאף דהרמב"ם פסק בפ"ד מהל' רוצח הל' א' דמתכוין להרוג את זה והרג את זה פטור מ"מ פסק גבי שור דחייב משום דסתם מתני' הוא בשור דחייב, ואף דבגמ' אמרינן מתני' דלא כר"ש היינו דגם גבי שור איכא ברייתא דמתכוין להרוג את זה והרג את זה פטור, ובזה לא קיי"ל כר"ש אבל גבי אדם קיי"ל דפטור מדתנא דבי חזקי', ולא מקשינן בזה מיתת השור למיתת בעלים, ומה שאמרו כאן בגמ' דמקשינן היינו לר"ש אבל סתמא דמתני' סברה דלא מקשינן, רק בטעמא דלא מקשינן בזה מיתת בעלים למיתת השור לא כתב הלח"מ, ונראה דהיכי דלא נתכוין להרוג כלל שפיר מיפטר גבי שור דלא חשוב מעשה היכי דלא נתכוין ועמש"כ בפ"ב הל' י', אבל היכי דנתכוין להרוג את זה והרג את זה בודאי חשיב מעשה רציחה, אלא דאדם מיפטר משום גדר טעות דכיון דלא נתכוין להרוג אותו ואילו היה יודע לא היה הורגו פטרה התורה מקרא דוארב לו וקם עליו עד שיתכוין לו, אבל גדר טעות לא שייך אלא באדם ולא בשור, דבשור לא שייך אלא מכוין ואינו מכוין וכונת רציחה שפיר מקריא אפי' נתכוין להרוג אחר.

והנה כבר כתבנו בהלכה ז' דדעת הרמב"ם דהיכי דלא שייך טעמא דאדם גבי שור לא אמרינן כמיתת בעלים כך מיתת השור, וכמו שכתבו התוס' בסנהדרין דף ע"ח אליבא דרבא דמחייב בשור טרפה, אלא דלשיטת התוס' רב אשי פליג ע"ז ואנן קיי"ל כרב אשי, אבל לדעת הרמב"ם דטעמא דפטור דטרפה הוא משום דכמת הוא חשוב, א"כ גם לדעת רב אשי נוכל שפיר לומר דהיכי דליכא טעמא לא אמרינן כמיתת בעלים כך מיתת השור, ולכן סובר שפיר הרמב"ם דבשור חייב נתכוין להרוג את זה והרג את זה:

הלכה יא

אין הבעלים משלמין את הכופר עד שתמית בהמתן חוץ מרשותן, אבל אם המית ברשות המזיק אע"פ שהוא בסקילה הבעלין פטורין מן הכופר, כיצד הנכנס לחצר בעל הבית שלא ברשותו ואפילו נכנס לתבוע שכרו או חובו ממנו ונגחו שורו של בעל הבית ומת השור בסקילה והבעלים פטורין מן הכופר שהרי אין לו רשות ליכנס לרשותו של זה שלא מדעתו, עמד בפתח וקרא לבעל הבית ואמר לו הן, ונכנס ונגחו שורו של בעל

הבית הרי הבעלים פטורין, שאין משמע הן אלא עמוד במקומך עד שאדבר עמך.

עיין במ"מ שתמה שלא כתב הרמב"ם דכ"ז בשכיח ולא שכיח אבל שכיח בבית ודאי חייב, וכתב ואולי שהרמב"ם מפרשה בפנים אחרים, וכתב הלח"מ דהרמב"ם מפרש בגברא דשכיח ולא שכיח היינו דבין שכיח בין לא שכיח הדין כן דפליגי אי אין עול תא משמע או קום אדוכתא משמע ומלבד דהפי' דחוק הנה לא הועיל כלום בתירוצו דאפי' אם מפרש כן היינו דוקא בקרא אבבא ואמר אין, דאז נאמר דאין נ"מ ואפי' שכיח רק בבית מ"מ כיון דא"ל אין וקום אדוכתא משמע אין לו ליכנס, אבל עכ"פ זהו פשוט מסוגיית הגמ' דקמקשה ה"ד אי דשכיח במתא מ"ט דאחרים או דשכיח בבית מ"ט דת"ק דזה ודאי דאי שכיח בבית יש לו רשות ליכנס, ובלא קרא אבבא ונכנס חייב בעל השור, וא"כ עכ"פ למה סתם הרמב"ם בהלכה י"א דבכל אופן פטור, והב"ח בסי' שפ"ט תי' בדעת הרמב"ם דהא דאמר ל"צ בגברא דשכיח ולא שכיח וקרי אבבא וא"ל אין, הם שני תירוצים, תי' א' בגברא דשכיח ולא שכיח, ותי' ב' בקרי אבבא, והרמב"ם פסק כתי' ב', ומלבד דגם זה לא משמע כלל בלשון הגמ' וגם לא מסתבר מש"כ דפסק כתי' ב' דלמה לא יפסוק כב' התירוצים ויכתוב שניהם, אך לבד זה קשה מה שהקשינו על תי' הלח"מ דעכ"פ היה לו לבאר דבלא קרי אבבא ושכיח רק בבית דבעל השור חייב.

עוד קשה דברי הרמב"ם דאפי' אם נימא שיש לו איזה טעם לפסוק שלא כהסוגיא ולומר דאין נ"מ בין שכיח במתא או שכיח בביתו, מ"מ קשה טובא עיקר הדין כמו שהוכיח הנמוק"י בשם הרמ"ה דבודאי רשאי פועל להכנס לבית בעה"ב לתבוע שכרו דהא אפי' למשכנו רשאי ליכנס כדאיתא בב"מ דף קט"ו ואין לומר דזהו רק היתר למשכן ולא היתר כניסה ונ"מ אם נכנס ברשות דהא פסק הרמב"ם בפ"ג מה' מלוה הל' ז' וז"ל מי שיש לו שכר אצל חבירו ה"ז מותר למשכנו שלא ע"פ ב"ד ונכנס לביתו ונוטל המשכון בשכרו, וא"כ תימה רבה במה שכ' הרמב"ם כאן בפירוש שאין לו רשות ליכנס לרשותו של זה שלא מדעתו.

והנה לבאר דברי הרמב"ם בשני הקדמות, א' דהנה דעת הרמב"ם בפ"א ובפ"ו מהל' חובל ומזיק דשניהם ברשות באדם המזיק אפי' הזיקו זא"ז שלא בכונה פטורין, ומקורו מהא דאמר רבא בדף מ"ח וממתני' דזה בא בכדו וכו' שלזה רשות להלך ולזה רשות להלך, אלא דשאר הראשונים פירשו בהוזקו והרמב"ם מפרש אפי' בהזיקו, ולכאורה קשה דא"כ אמאי חייב שור שהזיק בר"ה דהא אמרינן בדף ד' ושמירתן עליך, ואדם שמירת גופו עליו ובודאי לא גרע אדם שלא בכונה משור בכונה דכמו דחייב על שמירת השור כן חייב על שמירת גופו, אך הדבר פשוט דשור מזיק באמת אין לו רשות ללילך

ברה"ר בלא שמירה, וכמו שכתב הרא"ש בריש ב"ק בביאור דברי הרי"ף שכתב דשן ורגל פטור ברה"ר משום דאורחיה הוא, דשור מועד אין לו רשות לילך ברה"ר, ותם קיי"ל דקנסא הוא, איברא דבדף ו' אמרינן להדיא דכל אלו שברשות דאם הזיקו חייב לשלם נלמד משור, ומוכח דשור הוא ברשות. וכתבו התוס' שם דהיינו שן ורגל בהתיזה ברה"ר והזיקה ברה"י דיש לו רשות, אולם בתוס' שאנץ כתבו דמה לבור שכן שלא ברשות היינו דעיקר הנזק נעשה שלא ברשות, ובזה אמר שור יוכיח דלא שייך לומר דעיקר הנזק נעשה שלא ברשות דהא נולד ברשות, והקשו בתוי"ש וליפרוך מה להני שכן הולכים שלא ברשות וכ' ע"ז ונ"ל דמסברא אין לנו לפטור שום מזיק ותירוצם אינו מובן, אכן יש לומר דזה באמת לא קשה כלל דע"מ כן נתנו לו רשות שאם יזיק ישלם או שישב וישמור, אבל מבור דאין לו רשות לעשות עיקר הנזק אף ע"י שמירה פריך שפיר דמנלן ללמוד דאפשר לחייב מזיק כזה דעכ"פ נעשה שלא באיסור.

עכ"פ נוכל לומר דעיקר דין חיוב שור ברה"ר הוא משום שאין לו רשות, אבל שניהם ברשות לא גרע מאדם המזיק שלא בכונה דפטור, ומה דחייב בהתיזה ברה"ר והזיקה ברה"י נראה דהוא משום דמה דשניהם ברשות פטורין היינו דכיון דהמזיק יש לו רשות א"כ להניזק לא היה רשות להניח חפציו בלא שמירה ובגדר על הניזק להרחיק את עצמו, וכמו שכתב הרא"ש בטעמא דפטורא דבהמה שפשטה צוארה ואכלה מע"ג חברתה דמקום שאינה יכולה לאכול אלא בקפיצה דלאו אורחה לגמרי יש רשות להניזק להניח פירותיו ומקום שיכולה לאכול בלא קפיצה אין לו רשות להניח פירותיו, וכמו דאמרו בפ"ב לאו כל כמינך דמקרבת פירותיך לרה"ר ומחייבת לתוראי ולכן נאמר דברה"נ כיון שבודאי יש לו רשות להניח פירותיו ליכא בזה טעמא דשניהם ברשות ולכן חייב בצרורות, ולפי"ז לא צריך כלל לטעמא דצרורות לא הוי אורחה גמור, אלא דהכי הוא דינא דעיקר דנין אחר מקום הנזק, הקדמה ב' דיש ב' עניני רשות, א' על היתר או איסור, דמי שמותר לו להשתמש נקרא יש לו רשות, ומי שאין לו היתר להשתמש נקרא אין לו רשות, ב', דרשות הוא כמו זכות וכמו שהוא ברשותו, ולכן נאמר דמה דאנו אומרים דשניהם ברשות פטורים אינו אלא היכי דשניהם יש להם רשות ממש כענין הב', אבל מה דיש לאחד היתר כיון שאין לו שום זכות אינו פוטר אותו אם הזיק את חבירו שיש לו רשות ממש, ועוד נאמר דמה דאנו אומרים דאסור לבעלים להניח מועד ברה"ר בלא שמירה היינו משום שברה"ר יש רשות וזכות לכל העולם לילך שם, ונמצא ששולח מזיק לרשות חבירו, אבל מה דיש היתר ליכנס זה לא נקרא רשות ואינו מחייב את הבעלים שלא להניח מועד בביתו, ומיושב בזה לשון הגמ' בב"מ דף י"ב וכי מותר לאדם להרביץ

ארי בתוך שדהו כדי שיראו עניים ויברחו, וקשה דאיזה משל הוא, בלאו הכי אסור להרביץ שהוא מזיק ובמקום שיש רשות לאחרים להלוך אסור להחזיק מזיק, ואף דנוכל לומר שהוא רק משל בעלמא מ"מ קשה דלא היה להגמ' לומר משל שאינו ראיה כלל, אך עוד יותר מוכח מדברי הרמב"ם שפסק בפ' ד' מה' מתנות עניים דאסור להרביץ ארי בתוך שדהו כדי שיראו עניים ויברחו, ומוכח להדיא דהוא רק דין בהלכות עזיבת מ"ע ולא בהלכות נז"מ.

ועכשיו נבאר דעת הרמב"ם דהנה בגמ' מייתי אח"כ ברייתא תניא כמ"ד אין קום אדוכתא משמע דתניא פועל שנכנס לתבוע שכרו מב"ה ונגחו שורו של ב"ה או נשכו כלבו פטור אע"פ שנכנס ברשות, אמאי פטור אלא לאו דקרי אבבא ואמר לו אין וש"מ אין קום אדוכתא משמע, וכתבו בתוס' וע"כ בשכיח ולא שכיח דאי בשכיח לא היה קורא זה אע"פ שנכנס ברשות דפשיטא דקום אדוכתא משמע, אבל באמת אכתי קשה דעכ"פ כיון דאנו מפרשין אין קום אדוכתא א"כ לא נכנס ברשות, ומה לנו מה שאפשר לטעות ולומר אין עול תא, כיון דברייתא סברה דקום אדוכתא משמע, ודוחק גדול לפרש אע"פ שנכנס ברשות במה שטעה וסבר שנכנס ברשות.

ונראה דהנה במה שכתב הרא"ש והביאו הטור בסי' שפ"ט דבזמן הזה מנהג פשוט שנכנסין פועלים לבית בעה"ב לתבוע שכרן וכו', כתב ע"ז הב"ח וז"ל יש מקשים איך היה מנהג זה מקודם בישראל שלא יכנס אדם לבית חבירו כשצריך הפך מוסר חז"ל יהי ביתך פתוח לרווחה וכו' ולפענ"ד דלא קשה דבשכיח בשוקא ודאי אין לאדם הגון ליכנס לבית חבירו משום חשד אשתו, וכדתנן בפי' המוכר פירות מי שיש לו בור לפנים מבורו של חבירו וכו' עכ"ל, והנה לפי דבריו יקשה להיפוך כיון דהוא משנה מפורשת וגדר איסור יש בזה למה הקילו בזה"ז, לכן נראה דלא דמי למתני' דהתם הוא ענין של קביעות שתמיד זקוק ליכנס לביתו של חבירו ע"כ תיקנו חז"ל שני פותחות משום חשד אשתו, אבל באקראי ליכנס כשאינו יודע כלל אם אשתו היא ביחידות, וגם אז הא אמרינן בסוף קדושין דבעלה בעיר אין חוששין משום יחוד ורק מכיון דאמרינן שם דאם היה גס בה אסור וכן מבואר ברמב"ם וטור, א"כ זה כיון שהוא שכן קבוע אפשר שיהיה גס בה, ולכן תיקנו חז"ל שני פותחות אבל לאדם אחר באקראי לא מצינו גדר איסור בזה, אכן באמת הוא גמ' מפורשת בפסחים דף קי"ב ע"א אל תכנס לביתך פתאום וכ"ש לבית חבריך ופי' רשב"ם אלא השמע קולך להם קודם בואך דילמא עבדי מילתא דצניעותא, עכ"ל וכיון דאמר ע"ז וכ"ש לבית חבירך מוכח דלבית חבירך הוא ג"כ מטעם זה ולא משום גדר איסור, ועוד דאם יש חשש איסור לא שייך למנות מז' דברים שצוה ר"ע את ר' יהושע

בנו, ובודאי היה איזה טעם מטעמי הגלות שנתבטל מנהג טוב זה, אבל אין זה אלא מנהג מוסר שלא ליכנס לבית פתאום אלא להודיע מקודם ורק שממילא יצא המנהג שבעה"ב אומר יבוא.

ועכשיו נראה דמה שאמרו בברייתא אע"פ שנכנס ברשות אף דסברה דהן קום אדוכתא משמע משום דבאמת כיון דעכ"פ אפשר לטעות בפי' מאמר הן לכן מוכח דאינו קפידא שלא יבוא בדוקא, אלא משום דלפעמים מצויים א"צ הקורא בפתח אלא לראות בעה"ב, כמו עני המבקש נדבה או ענין אחר שא"צ דוקא ליכנס לבית ע"כ אומר לו הן שאני הולך אליך, אבל מ"מ אין כאן מניעה מפורשת שלא יבוא כיון דעכ"פ אפשר לטעות ולפרש שמסכים שיבוא וכיון דכל עיקר מנהג לקרוא או להכות בפתח הוא רק משום גדר אל תכנס פתאום, א"כ מכיון שכבר הודיע רצונו ליכנס מותר דאין זה מגדרי גזל מענין השתמשות בבית חבירו שלא ברשות, ונמצא דמה שכתב הרמב"ם על זה שהרי אין לו רשות ליכנס לרשותו של זה שלא מדעתו, ומה דאיתא בברייתא אע"פ שנכנס ברשות הם שני ענינים דכונת הברייתא לענין היתר כניסה ורשות מהלכות דרך ארץ, וכונת הרמב"ם מגדר הב' שכתבנו במשמעות רשות שהוא רשות בעלות, ומדברי הרמב"ם אלו ג"כ מוכח כמש"כ דמה דאמרינן הן קום אדוכתא משמע, וכתב הרמב"ם שאין משמע הן אלא עמוד במקומך עד שאדבר עמך דלכאורה היה משמע דהוא מניעה מפורשת שלא יכנס לביתו, אבל מדבריו שכתב שהרי אין לו רשות ליכנס לרשותו של זה שלא מדעתו מוכח דאינו אלא חסרון דעת ולא מניעה מפורשת דאל"כ לא היה לו לכתוב שלא מדעתו אלא בעל כרחו, ומוכח כמש"כ דמה שכתב שאין משמע הן היינו דאין כאן נתינת רשות דאין במשמעו אלא עמוד במקומך עד שאדבר עמך, אבל מ"מ שום אדם אינו מקפיד אם נכנסין לביתו כשכבר הוא מוכן לכך ואינו עושה מילי דצניעותא, ומכיון שאינו מוכח להדיא לשון הן שלא יבוא דכן עכ"פ אנו מוכרחין לפרש בברייתא, א"כ אין כאן כבר גדר שלא תכנס לבית פתאום, ומותר לו ליכנס כמש"כ.

ועכשיו מיושב דאיברא דמעיקרא הוי סבר דאם רק מותר ליכנס כבר חייבים הבעלים בנזקי השור, אבל לפי מה דמביא אח"כ ברייתא מפורשת דאע"פ שנכנס ברשות מ"מ פטור וע"כ דאין זה אלא רשות של היתר ולא רשות ממש שהרשו הבעלים, א"כ אפי' לא שכיח בשוקא דמותר לו ליכנס אין זה אלא רשות של היתר, ומה דפריך הגמ' בברייתא השניה אמאי פטור ואוקמא דע"כ בדקרי אבבא, ואמאי לא מפרש כפשוטו דבסתם פועלים עסקינן דנכנס בהיתר, אך הבאור פשוט דגמ' מפרש הא דקתני בברייתא אע"פ שנכנס ברשות דאינו רק רבותא בטעמא, והכונה דאף שהדין הוא שנכנס בהיתר אלא

דהוא רבותא בדין, ואע"פ הוא כמו אפילו, והיינו דאפילו נכנסו ברשות, ולכן הוי סבר הגמ' דרשות הוא רשות ממש שנתן בעה"ב להם רשות, ולכן פריך שפיר אמאי פטור, ולכן אומקא דקרי אבבא ואמר הן דיש כאן רשות גמור מצד היתר כניסה, בכל אופן אפי' אם אינו ירא משכירותו והבעה"ב מצוי בשוק מ"מ נכנס ברשות מצד דין היתר ומ"מ פטורים הבעלים כיון שעכ"פ לא נתנו לו רשות.

ומה דפטורים הבעלים מנגיחת שורם אף שנכנס בהיתר כיון שלא נתנו לו רשות מפורש הוא כמו שבארנו דהא דחייב אם הזיקה בהמתו ברה"ר היינו בשביל שאין לו רשות לשלוח בהמתו לרשות הרבים, וכמו שכתב הרא"ש בריש ב"ק דהוי כעין חצר הניזק לשן ורגל דשור מועד אסור לו לשלוח לר"ה ונמצא שבהמתו הלכה שלא ברשות, אבל ברשות המזיק בעצמו א"א לומר דאין לו רשות להחזיק בהמתו, ולכן אף שיש רשות ע"פ דין לאחר ליכנס מ"מ אינו מחוייב בשביל זה למנוע להחזיק בהמתו, והלה אם רוצה ליכנס ישמור את עצמו, וכמו שהוכחנו מהא דב"מ ופסק הרמב"ם להלכה דאסור לאדם להרביץ ארי בתוך שדהו ומוכח דהוא רק איסור מהלכות עזיבת מ"ע ולא מדיני מזיק.

איברא דמצינו בנכנס לחנותו של נגר ונתזה בקעת דאפי' נכנס שלא ברשות חייב בד"ד וכ' המ"מ בפ"א מה"ל חובל הל' י"ז משום דנגר שלא ברשות הוי כמו ברשות, וע"כ צריך לומר דהוא גדר היתר ולא גדר רשות ממש דהא לענין גלות איכא נ"מ דשלא ברשות פטור וברשות חייב, כמו שפסק הרמב"ם בפ"ו מה' רוצח הל' י"א, יש לומר כיון דשם עכ"פ אם נכנס ברשות חייב בד"ד אף דהזיק שלא בכונה פטור לדעת הרמב"ם בנכנס ברשות, אכן כבר כתב בפ"ו מה' חובל הל' ח' גבי בעל חבית ראשון ובעל קורה אחרון דחייב אע"פ ששניהם ברשות דהוא כמו ששברו בידו בכונה, והיינו דפשיעה גמורה באדם כמו מתכוין, ולכן גם נכנס לחנותו של נגר כשהתיז בקעת חשיב כמו מתכוין, ולכן גם בשלא ברשות חייב, כיון דעכ"פ הוי היתר, אבל כ"ז באדם שהזיק בידים בפשיעה אבל פשיעה בבהמתו אינו חייב אלא אם נוכל לומר דהוי כמו ברשות גמור וכמו שכתבנו:

הלכה יד

נראה לי שאע"פ שהתם שהמית בכונה עבד או שפחה פטור מן הקנס שהוא שלשים סלע הכתוב בתורה, אם המית שלא בכונה משלם חצי דמי העבד או חצי דמי השפחה מגופו כאלו המית שור חברו או חמורו.

השגת הראב"ד: נ"ל וכו'. א"א הסברא הזו אינה מחוורת שהרי ע"פ עצמו דאמר רבא דלא משלם כופר בבן חורין אפ"ה משלם דמים ולגבי עבד דמים נמי לא משלם שלא בכונה, ואי בבן חורין לא משלם חצי דמים גבי עבד אמאי משלם חצי דמים, אלא

מסתברא בין בבן חורין בין בעבד דמיו משלם בין ע"פ עצמו בין שלא בכונה.

עיין בלח"מ שהאריך וקוטב דבריו דהראב"ד הקשה דחזינן מסברא דרבא דבן חורין משלם דמים ע"פ עצמו ובעבד לא משלם א"כ לא מסתבר לומר לדידן להיפוך, אבל להלכה קיי"ל כרשב"י דבפריך על רבה וסבר דפירושא דברייתא הוא בדמים וחייב בין בב"ח בין בעבד, ופירושו נכון בד' הראב"ד, אכן בדעת הרמב"ם כתב דמפרש הברייתא דכל חיובא דאיכא בב"ח איכא בעבד וכיון דליכא דמים בב"ח ליכא בעבד, אבל הרמב"ם מסברא נראה לו לחלק בין ב"ח לעבד דהוי כשורו וחמורו, ודבריו תמוהים דאם פי' הברייתא כן איך יחלוק הרמב"ם על הברייתא, וגם פירושו בברייתא דאמרה כל שחייב, לומר דהכונה דפטור לא מסתבר כלל.

ונראה לי דהרמב"ם מפרש בברייתא כמו דמשני רבה ולחד לישנא רשב"י בעצמו הכי מפרק לה דהכי קתני כל שחייב בבן חורין בכונה ע"פ עדים כופר חייב בעבד קנס, ורק דמה דמסיים רבה וכל שחייב בבן חורין שלא בכונה ע"פ עדים דמים, חייב בעבד שלא בכונה ע"פ עדים דמים, לדידן אי אפשר לתרץ כן דהא קיי"ל דאין השור בסקילה הבעלים משלמים כופר ולכן נאמר דכל שחייב בבן חורין היינו כופר בין בכונה בין שלא בכונה חייב בעבד קנס בין בכונה בין שלא בכונה, ומה דקתני בין במיתה היינו לענין זה דבכונה חייב מיתה ושלא בכונה פטור, אבל מה שפטור בבן חורין בדמים לא תניא כלל דפטור בעבד דזהו מילתא אחריתא דבבן חורין לא שייך דמים, דאין דמים לבן חורין ועבד הוי כשורו וחמורו ועוד דברייתא לא מיירי בדמים כלל כי אם בכופר ושלשים של עבד, ובפרט לפי"מ דכתב הרמב"ם דכופר העבדים הם ל' של עבד, א"כ שייך שפיר הלשון בין בכופר על ל' של עבד, ובאמת לפי הסבר הרמב"ם קשה מה דפריך בגמ' כופר בעבד מי איכא, וצריך לומר דסובר דלפי"מ דמשני דכל שחייב בבן חורין כופר חייב בעבד קנס נאמר דמה דמסיים בין בכופר קאי אתרוייהו אלא משום דעיקרו אינו לשון כופר לכן פריך מעיקרא.

וסברת הרמב"ם משום דגבי חבלות ג"כ סובר דאינו ממון ממש וכמו שכתב בפ"ה מה' סנהדרין ה"ל ח' דיני קנסות כגון גזילות וחבלות, והיינו משום דבן חורין בעיקר דינא אינו יכול למכור א"ע כעבד, ובפרט במיתה דלעצמו לא הזיקו במיתה ולא שייך לומר שהפסיד עצמו, ולהיורשים לא היה שייך, שנאמר שהפסידו אותו, ורק דגבי חבלות איכא גזה"כ דעין תחת עין ממון וכן אתה לוקח כופר לראשי אברים אבל אין זה ממון ממש, ולא גילתה תורה אלא בחבלות, אלא דמ"מ כל זה הוא רק סברא ואינו מספיק לדחות סוגיא מפורשת דמוכח דיש דמים לבן חורין.

והנראה לי בדעת הרמב"ם דעיקר דינא אם יש דמים לבן חורין תליא בהא דרבה כשאין השור בסקילה אם הבעלים משלמים כופר, דבמתני' דכתובות דתנן המית שורי את פלוני או שורו של פלוני משלם ע"פ עצמו עבדו של פלוני אינו משלם ע"פ עצמו, ומותיב מינה בגמ' לרבה ואמר מאי לאו כופר ומשני לא דמים, נראה דמאי הוי בעי מעיקרא לומר מאי לאו כופר היינו משום דזה יותר מבורר בפשטא דמתני' דאשמעינן שני ענינים שורי את פלוני הוא כופר, ושורו של פלוני הוא נזק, אבל אי נימא דהכונה דמים א"כ הוא חד ענינא, אלא דרבה דסבר דאין השור בסקילה אין הבעלים משלמים כופר סבר דפירושא דמתני' דמים, ומה דתנן במתני' תרי גווני היינו לאשמעינן זה גופא דשורי את פלוני או שורו של פלוני תרווייהו גדר אחד ואין משלם אלא נזק, והיינו דמים, אבל כדקיי"ל דלא כרבה ואין השור בסקילה הבעלים משלמים כופר א"כ ע"כ פירושא דמתני' דהמית שורי את פלוני משלם ע"פ עצמו היינו כופר, ואשמעינן במתני' שני ענינים חדא דכופר משלם ע"פ עצמו וב' דנזק משלם ע"פ עצמו, וא"כ אי נימא דיש דמים לבן חורין כיון דבאמת חייב כופר לא הו"ל למיתני בחדא בבא כיון דודאי אשמעינן דמשלם כופר ע"פ עצמו, ובאמת לא אשמעינן כלל דאפי' אם אינו משלם כופר משלם דמים, והו"ל למיתני המית שורי את פלוני משלם ע"פ עצמו כופר שורו של פלוני משלם נזק ע"פ עצמו, ולכן ע"כ מוכח דליכא למטעי וכיון דתנן משלם ע"פ עצמו ע"כ דהוא כופר, משום דאין דמים לבן חורין:

אולם אכתי צריך ביאור מה שהקשה הראב"ד דכיון דרבה סבר דבן חורין משלם דמים ע"פ עצמו ובעבד לא משלם, א"כ לא מסתבר לומר לדידן להיפוך. דאף שכתבנו דזה בזה תליא דכיון דקיי"ל דאין השור בסקילה הבעלים משלמים כופר ע"כ דאין דמים לבן חורין, מ"מ בהך סברא דסבר רבה דבעבד לא משלם ולא סבר דהוא כשורו וחמורו מנ"ל לפסוק דלא כרבה ואם היא סברא פשוטה דעבד הוא כשורו וחמורו אמאי פליג באמת רבה ע"ז:

ונראה דהנה גם הרמב"ם דפשוט לו דעבד הוא כשורו וחמורו מ"מ לא כתב דמשלם דמים אלא בשלא בכונה. אבל כשנגח בכונה ע"פ עצמו דפטור מדמי עבד משום מודה בקנס לא כתב דחייב דמים והדבר פשוט דמה דפטרה תורה מקנס במודה בעצמו אינו לחייבו דמים והטעם דכיון דעיקר דינא הוא לשלם קנס ל' של עבד כבר פטרה תורה מדין דמים, דהא אפילו שוה מנה אינו משלם אלא ל'. ולכן בודאי מה דפטרה תורה במודה בקנס אינו לחייב דמים. וא"כ באמת סברא זו עלינו לומר גם לרבה במה דסובר דבעבד דאינו משלם קנס ע"פ עצמו אינו משלם דמים משום דלא אמרה תורה פטורא דמודה

בקנס לחייבו בדמים ומ"מ סובר רבה דגבי כפר שלא בכוונה חייב דמים. והחלוק בזה צריך לומר דשלא בכוונה אינו פטור אלא דליתא בשלא בכונה עיקר דין כופר דלא שייך אלא כשהשור בסקילה. ונמצא שהיתה נגיחה שאינה בת חיוב כופר לכן שפיר חייב דמים. אבל בנגיחת עבד ע"פ עצמו דעיקר הנגיחה היתה בת חיוב מיתה ול' של עבד אלא דליכא עדים ופטרה תורה ע"פ עצמו; בזה מסתבר דלא באה התורה לחייבו דמים:

ועכשיו עלינו לברר דין תם לגבי עבד אם שייך לחייב דמים והנה בפשוט כמו דאנו אומרים דמה שפטרה תורה עפ"י עצמו אינו לחייב דמים ה"נ אי דרשינן נקי מדמי עבד אינו לחייב דמים. ובזה עוד פשוט יותר דאי דרשינן בעל השור נקי מדמי עבד. א"כ מסתבר דהוא נקי לגמרי בין מחצי חיוב של ל' של עבד. בין מחצי דמים של עבד, אך כל זה לר"ע דדריש נקי מדמי עבד וכבר כתבו התוס' והרשב"א דר"ע דפריך הביאהו לב"ד וישלם לך. ולא ניחא ליה לשנויי כשנגח ע"פ עצמו משום דסבר כרבה דאין השור בסקילה אין הבעלים משלם כופר. ולכן מפרש נקי מדמי עבד וכדמפרש רבא דלא נימא דדמי עבד משלם מן העליה, אבל אנן דקי"ל דלא כר"ע ואף שאין השור בסקילה משלמים כופר שפיר מיושב דרשא דר"א דנקי מחצי כופר, ובאמת קרא דבעל השור נקי לא מיירי בעבד. אלא דלפי"ז אם נימא דלא דרשינן נקי מדמי עבד א"כ קשה דמנא ידעינן דתם אינו משלם חצי דמי עבד:

ונראה דבאמת ר"ע לא אמר נקי מחצי דמי עבד וכדאמר בגמ' דר"ע לשיטתו דסבר תם שחבל באדם משלם נזק שלם וא"כ נוכל לומר דלדידן דתם שחבל באדם משלם חצי נזק לא צריך קרא בעבד שאינו משלם חצי דמי עבד. חדא דלא נוכל ללמוד מנזקין דגבי נזקין דמועד משלם מדינא אשכחן בזה דבתם משלם ח"נ משום קנס. אבל בל' של עבד דעיקרו קנס וכתוב גבי מועד מנלן דבתם איכא חצי קנס. ואף דבכופר צריך קרא בתם דלא משלם חצי כופר לא דמי דאף דעיקרו משום כפרה מ"מ יש בזה דין ממון אבל קנסא מממונא לא ילפינן. ועוד יש לומר דל' של עבד כיון דהוי ממון קצוב לא שייך כלל חצי ממון קצוב, לכן דוקא לר"ע דסבר נזק שלם צריך קרא אבל לדידן לא צריך קרא, ונמצא דליכא קרא לפטור מדמי עבד. אלא דבכוונה לא שייך לחייב בדמים דהביאהו לב"ד וישלם לך אבל שלא בכוונה דפטור ממיתה חייב דמים:

אכן זה ביארתי ע"פ דברי התוס' והרשב"א דר"ע אית להו דרבה דאין השור בסקילה אין הבעלים משלמים כופר. אמנם למעלה בפ"ח ביארתי באופן אחר אבל מדברי הרמב"ם כאן צ"ל כד' התוס' והרשב"א וכנ"ל:

פרק יא

הלכה א

כמה הוא הכופר וכו' וכופר העבדים וכו' וכל המעוכב גט שחרור אין לו קנס הואיל ואין לו אדון שהרי יצא לחירות.

עיין במ"מ שהקשה דלמה לא כתב דאם תפס אין מוציאין מידו כמו שכתב בה' חובל ומזיק גבי יוצא בשינו ועינו, והנראה בזה לפי"מ שכתב הרשב"א כאן בשם תוס' במה דלא פשטו בגמ' מהא דאמרינן גבי ראי' דלמשנה אחרונה חייב בראי' וזה תליא אם יש לו אדון דממעטינן מי שאין לו אלא אדון א' ותירצו בתוס' דהתם מסתבר דלא נקרא אדון כיון שאין רשות לרבו עליו ואינו מעכבו לילך לרגל, ולפי"ז נוכל לומר דיש לחלק בין אם יש להאדון קנס, ובין אם העבד יכול לתבוע בעד חבלתו דזה ודאי דאין האדון יכול לתבוע קנס כיון שאין לו בו שום דין ממון, ובפרט לפי"מ שכתב הרמב"ם דכופר העבדים הוא ל' של עבד, דאלמא דאינו גזה"כ אלא דקצבתו דבן חורין הוא לפי דמיו ועבד יש לו קצבה, אבל בעיקר מילתא יש לו דין כופר, וכופר הא מצינו ששייך ליורשי הנהרג וא"כ מה דנותנין ל' של עבד לאדון הוא משום שהעבד שייך אליו, וכיון דזה ודאי דמעוכב ג"ש אין להאדון בו זכות ממון בודאי אין לו זכות קנס ולא זכות חבלות, אלא דמ"מ יש להסתפק אם עבד יש לו זכות לתבוע בעד חבלתו דכיון דעכ"פ אינו משוחרר גמור אין גופו בחזקתו לגמרי שיהי' שייך לו חבלת גופו.

ונמצא דנאמר דהאבעיא אם מעוכב ג"ש יש לו קנס ושתולה הגמ' זה בדין אם יוצא בשינו נותן לו דמי עינו. דאבעיא זו בצד אחד דהיינו בזכותו של האדון, נפשטה מדין ח"ע וחב"ח דחייב בראי' דמוכח דלא קרינן בי' אדון בענין זכות ממון, אלא דמ"מ צד האבעיא השניה אם כבר נגמר זכותו של העבד בגופו כיון דחזינן בגמ' דמספקא לן ואין לנו ראיה מדין ראיה דח"ע וחב"ח דהתם לא צריך שיהיה להעבד זכות בגופו וסגי מכיון שאין להאדון זכות בעלות של ממון בו, ולכן אכתי מיבעי לן אם כבר נגמר שחרורו לענין זה שיהיה להעבד כל הזכות בגופו שיהי' יכול לתבוע דמי חבלתו, ולכן פסק הרמב"ם דצד זה נשאר בספק.

ובזה מבואר מה דפסק הרמב"ם בפ"ד מה' חובל ומזיק הל' י"א דמעוכב ג"ש שחבלו בו אחרים אינו יכול להוציא מהן לעצמו שעדיין לא גמר שחרורו ולא האדון יכול להוציא מהן שהרי לא נשאר לו בו קנין, וכתב ע"ז הראב"ד ויש מי שסבור כותבין הרשאה וגובין, אכן מדברי הרמב"ם מוכח להדיא כמו שכתבנו דגבי עבד כתב שעדיין לא גמר שחרורו, ובאדון כתב בודאי שלא נשאר לו בו קנין, ולכן סובר הרמב"ם דלא מהני הרשאה דכל

הספק כאן הוא אם העבד יכול להוציא, אבל האדון בודאי אינו יכול להוציא דנפשט מסוגיא דחגיגה שאין לאדון בעבד קנין כלל.

איברא דלכאורה כל דברי אינם נכונים בדעת הרמב"ם, דהא הרמב"ם פסק בה' חגיגה ובה' ק"פ דח"ע וחב"ח פטור מן הראיה ואינו אוכל לא משל רבו ולא משל עצמו, וכבר הביא הכ"מ דברי הרמב"ם בפיה"מ דהרמב"ם מפרש להיפוך, דלמשנה אחרונה אינו אוכל ופטור מן הראיה, ולמשנה ראשונה עשו תקנה ואוכל משל עצמו וחייב בראיה, וכן כתב כאן הרמב"ם דח"ע וחב"ח יש לרבו חצי קנס.

אכן נראה דבכ"ז כל דברינו נכונים, דהנה מכיון שכתב הרמב"ם דח"ע וחב"ח יש לרבו חצי קנס אף דלהדיא פסק דמעוכב ג"ש אין לו קנס, א"כ מוכח להדיא דהרמב"ם סובר דאפי' למשנה אחרונה אין לח"ע וחב"ח דין מעוכב ג"ש דדוקא יוצא בשן ועין יש לו דין מעוכב ג"ש שהתורה אמרה שצריכים הבעלים לשחרר אותו, ואף שצריך העב"ד בקנס מ"מ כבר אין דין להבעלים לעבוד בו, דדרשינן מקרא דתחת עינו ולא תחת עינו ושינו, דתיכף משהפיל שינו אין לו רשות בו למפרע כשיעמוד אח"כ עמו בדין, (וצ"ע בזה בד' התוס' בב"ק דל"ג ע"ש), אבל בח"ע וחב"ח דכופין את רבו לשחררו, היינו דוקא כשכופין ב"ד את רבו לשחררו אז הוא מחוייב לשחררו, ואפשר דאז כשיחייבו אותו ב"ד הוי בגדר מעוכב ג"ש, אבל לדעת הרמב"ם בזה לא מיירי הגמ' כלל דאם חייבו אותו ב"ד הלא בסתמא הוא מקיים חיוב ב"ד, ומה שיש דין בח"ע וחב"ח היינו קודם שחייבוהו ב"ד כמו אם הבעלים קטנים ואולי שגם אם העבד בן י"ג אין מחייבין ב"ד לשחררו עד שיהי' בן י"ח וכדתנן בן י"ח לחופה, ולכן סובר הרמב"ם דלמשנה אחרונה אין להעבד כלל דין של מעוכב ג"ש דקודם שחייבו ב"ד להאדון לשחרר אינו מעוכב ג"ש ותיכף כשיחייבו אותו בסתמא משחרר אותו ולא מיירי מתני' באדון דלא ציית דינא, לכן מפרש הרמב"ם להיפוך דלמשנה ראשונה עשו תקנה שיהי' חייב בראיה ושיאכל משל עצמו, אבל באמת צריך להבין דמה שייך תקנה בזה והיאך יתקנו ב"ד לעבור על דין תורה דאין פסח נאכל שלא למנוייו כיון דע"פ דין אינו יכול להיות מנוי על של עצמו, וע"כ צריך לומר דהרמב"ם סובר להיפוך דלמשנה ראשונה עשו תקנה להוציאו מרשות רבו לדין זה, דאף שיש רשות לרבו עליו שיאכל משל רבו, וכן שלא להניח לו לילך לרגל כמש"כ הרשב"א, הפקיעו ב"ד דין זה מהאדון ויש לו רשות לאכול משל עצמו וממילא יכול בעצמו לימנות וכן יכול לילך לרגל, וכיון דעבד ממעטינן מראיה מקרא דאל פני האדון מי שאין לו אדון אחד ואוקימנא דקרא זה נצרך לח"ע וחב"ח, דעבד גמור פטור מראיה מדין מ"ע שהזמ"ג דפטור כמו דאשה פטורה, וקרא זה בא לפטור ח"ע וחב"ח דלא נימא דחייב

מפני צד חירות, לכן ממעטינן מקרא דאין לו אלא אדון אחד, וכיון דאמרינן דלמשנה ראשונה חייב בראיה אלמא דאמרינן דכיון דהפקיעו חכמים כח האדון מענין זה שיש לו רשות לילך לרגל לא מיקרי אדון לענין זה, וקרינן בו שאין לו אלא אדון אחד, א"כ כ"ש מעוכב ג"ש שאין לו שום זכות בהעבד דודאי לא קרינן בי' אדון ליתן לו ל' שקלים. **נמצא** דבעיקר מילתא לדעת הרמב"ם כמו לכל הפוסקים ידעינן מדינא דראיה דמעוכב ג"ש אינו אדון רק דהרמב"ם מחליף דלמשנה ראשונה אינו אדון ולמשנה אחרונה דלא עשו תקנה הוי אדון ופטור מן הראיה:

הלכה ז

שור תם שהמית והזיק דנין אותו דיני נפשות, ואין דנין אותו דיני ממונות ומועד שהמית והזיק דנין אותו דיני ממונות, וחוזרין ודנין אותו דיני נפשות, קדמו ודנוהו דיני נפשות תחלה חוזרין ודנין אותו דיני ממונות. ומהיכן משתלם מן השבח שהשביח ברדייתו אחר שנגמר דינו שכיון שנגמר דינו לסקילה אין לו בעלים שיתחייבו בנזקיו דנוהו דיני נפשות וברח אין דנין אותו דיני ממונות.

השגת הראב"ד: ומהיכן משתלם וכו'. א"א זו הסוגיא אינה מסכמת עם הגמרא והיא עצמה שבוש דאיהו סבר שאין [חוששין] במיתת השור משום עינוי הדין וא"כ תם שהמית והזיק נדייניה דיני נפשות והדר נדייניה דיני ממונות, מאי אמרת רידיא עליה דמרא היא והא כיון דדנוהו דיני נפשות שוב אין לבעליו רשות בו, ועוד דאמרינן בגמ' דקביל סהדי וברח ומה לנו אם ברח השור או לא ברח אלא ודאי כשברחו הבעלים כמו שאנו מפרשים והכל בענין אחר וחוששין לעינוי הדין עכ"ל.

עיין במ"מ ולח"מ, ולבאר הענין נביא ד' הגמ' שור תם שהמית והזיק דנין אותו ד"נ ואין דנין אותו ד"מ, מועד שהמית והזיק דנין אותו ד"מ וחוזרין ודנין אותו ד"נ, קדמו ודנוהו ד"נ אין חוזרין ודנין אותו ד"מ, וכי קדמו ודנוהו ד"נ מאי הוי ליהדר ולידייני' נמי ד"מ אמר רבא כו' הא מני ר"ש התימני דאמר מה אגרוף כו' אלמא בעינן אומדנא דב"ד, והא כיון דגמר דיני' לקטלא לא משהינן לי' לאומדנא דב"ד וכו', אפי' תימא ר"ע הב"ע כגון שברח, אי ברח כי לא דנוהו ד"נ היכי דיינינן לי' ד"מ בלא בעלים דקבל סהדי וברח סוף סוף מהיכי משתלם, מרדיא, א"ה תם נמי נדייני' ד"מ ברישא ונשתלם מרדיא והדר נדייני' ד"נ, אר"מ בדר"כ זאת אומרת רדיא עלי' דמרה הוא, ופירש"י דכגון שברח בעליו ואין חבין לאדם אלא בפניו, ואח"כ כדמשני דקבל סהדי וברח פירש"י דקבל סהדי על נגיחות וברח הלכך אין לנו ממה לשלם וכגון דלית לו נכסי, ומוכח מד' רש"י דכיון שקבלו עדים הי' אפשר לדין גם בלא בעלים ורק דמיירי דלית לו נכסי, וא"כ

באמת מיותר לגמרי אוקימתא דברח דמאי נ"מ אם ברח או לא כיון דלית לי' נכסי, ואם נימא דמ"מ דנין דנ"מ אם יתעשר יגבו ממנו, א"כ מאי מהני הא דברח ידינו ואם יבוא ויתעשר יגבו ממנו, אכן הרמ"ה בש"מ סובר דבאמת מכיון שברח אין עושים גמ"ד בלא בעלים לחייבו ממון אלא דמ"מ זה דוקא לחייבו לשלם מעליה, אבל מהשור הנמצא בב"ד אפשר לחייבו ולגבות מרדיא, וכתב הרמ"ה דכן הוא בכל דין שנתקבל לעדות וברח הנתבע לפני גמ"ד דעל נכסים שנמצאו בב"ד גומרין הדין שלא בפניו, וסוגית הגמ' דחקו להרמ"ה לחדש חידוש זה, אבל אין לזה טעם וסברא דמאי נ"מ מנכסים שנמצאו בביתו או מנכסים שנמצאו בב"ד, ולכן מבואר דלא ניחא להרמב"ם בפירש"י דברח היינו הבעלים, ופירש כגון שברח השור, אבל צריך לבאר עיקר שיטת הרמב"ם וגם פירושו בגמ', והנה שיטת הרמב"ם דמה דאין גובין אלא מרדיא כשדנוהו ד"נ מקודם ולא ברח השור, הוא משום דכיון שנגמר דינו אין לו בעלים שיתחייבו בנזקין, וע"כ דאף דבעת שנגח הי' לו בעלים מ"מ עכשיו שאין לו בעלים פטור, והוא ע"פ מה דפסק בפ"ח דנגח ואח"כ הפקיר פטור, וא"כ קשה טובא דלמה יגבו מרדיא כיון דנגח ואח"כ הפקיר פטור, א"כ הוא פטור לגמרי.

אמנם דקשה גם דברי הרמב"ם בפ"ח שפסק בהל' ז' דהקדישו המזיק ה"ז מוקדש כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון, וכתב המ"מ דהכונה שפודה אותו הניזק בדבר מועט, וכיון שפסק בהל' ד' דנגח ואח"כ הקדיש פטור א"כ הוא פטור לגמרי, וקושיא זו הקשה כבר הגרעק"א בגה"ש בסוגיא זו על הא דאמר הקדישו מוקדש משום דר' אבהו ונשאר בצע"ג.

אכן בדברי הגמ' יש לומר דכיון דאמרינן דהקדישו מוקדש רק משום דר' אבהו שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון, אבל מעיקר הדין אינו קדוש משום דקדושת דמים אינו מפקיע מידי שעבוד, וכמו שכתבו התוס' דמיירי בבע"מ א"כ א"א לפוטרו משום נגח ואח"כ הקדיש כיון דאלים שעבוד הניזק שאין לו רשות להקדיש וממילא נוכל לומר דיש כאן גם בעלים שהיו בשעת נגיחה והיינו דהוי כמו שהמזיק גם עכשיו בשעת העמ"ב הוא בעלים, דאף דכל מה דגובין הוא רק משום שעבוד הניזק, אבל מצד המזיק הי' חל ההקדש מ"מ נאמר דאין הקדש לחצאין, וכיון דהניזק צריך לגבות מן הדין וע"כ דמשום שעבוד הניזק אינו חל ההקדש, לכן לא נפקע בשעת העמב"ד גם רשות המזיק, ואף דאנו יכולים לומר דמכיון דאם יהי' חל ההקדש יהי' פטור לכן חל ההקדש מ"מ אמרינן להיפוך דמכיון דעכ"פ כ"ז שלא הקדיש אלים שעבודו של הניזק אפי' קודם העמב"ד שלא יחול ההקדש ממילא אמרינן דמעיקרא לא חל ההקדש.

אך כל זה נוכל לומר לפי דעת התוס' דקדושת דמים אינו מפקיע מידי שעבוד אבל לדעת הרמב"ם דקדושת דמים מפקיע מידי שעבוד, ובארנו בפ"ח דמה דאמר הפודה פודה משום דר' אבהו היינו דמכיון דלשיטת הרמב"ם אף דקדושת דמים מפקיע היינו רק כ"ז שהוא ברשות הקדש, אבל כשיפדה אחד מההקדש אז בא בע"ח וגובה ממנו דלא נפקע החוב לגמרי, ולכן כיון דסתם קדושת דמים הוא רק לדמיו הי' מן הדין שלא יחול ההקדש בשביל שאינו ראוי לדין דמים שאינו שוה כלום לפדותו כיון שהבע"ח יגבה, ולכן אמרו דפודה משום דר' אבהו והנה לפי"ז יקשה לנו כאן דכיון דעכ"פ נימא דקדושת דמים מפקיע מידי שעבוד וההקדש חל ולא אלים שעבוד הניזק להפקיע את ההקדש, וא"כ כשאח"כ יפדה אחד מן ההקדש הרי כבר עכ"פ רשות המזיק כבר נפקע מהשור ומן הדין צריך להיות פטור מתשלומי הנזק דהוי נגח ואח"כ הקדיש דבעינן עד שיהיו בעליו בשעת העב"ד, ובפשיטו' משמע דנגח ואח"כ הקדיש דפטור היינו דפטור לגמרי ואפי' כשאח"כ יפדה אחד מן ההקדש ויהיו בעלים על השור, דאף דהרמב"ם סובר דדוקא בהפקר או בהקדש פטור ולא במכירה דעכ"פ יש להשור בעלים, אבל בהקדש משמע דפטור לגמרי, וא"כ קשה לדעת הרמב"ם מה דהוצרך להא דשלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון,

ונראה דלדעת הרמב"ם ע"כ נאמר דכל מה דפטור בנגח ואח"כ הקדיש הוא דוקא בשור המועד דאנן באין לגבות מהבעלים, וטעמא משום דהאי קרא לא כתיבא כלל בנזקין, וכבר בארנו בפ"ח דאנו למדין מדין כופר, וכיון דכופר לא שייך אלא על הבעלים ולא בתם, לכן לא ילפינן מני' אלא כשאנו באין לגבות מהבעלים, אבל כשאנו באין לגבות מהשור משום וחצו את כספו בזה לא צריך לדין בעלים, איברא דהראב"ד בש"מ כתב להיפוך דמקרא דוחצו את כספו שמעינן דמיירי דוקא כשיש להשור בעלים, אבל לדעת הרמב"ם ע"כ כן דדין נגח ואח"כ הקדיש הוא דוקא במועד ולא בתם.

אכן אפי' אם נאמר כן דבתם ליכא פטורא דנגח ואח"כ הקדיש מ"מ לא יתיישב שיטת הרמב"ם כיון דבמועד אפי' אם אנו גובין מרדיא הא קיי"ל דרדיא עליה דמרה הוא, ואף דנגמר דינו ואין לו בעלים מ"מ הא אמרינן דנגח ואח"כ הפקיר פטור לגמרי ואינו יכול הניזק לגבות מהשור, וא"כ אמאי יגבה כאן הניזק מרדיא.

ונראה דכל דין דגובה כאן הניזק מרדיא אינו מעיקר הדין אלא דכיון דב"ד עשו שלא כדין, דמן הדין דנין ד"מ וחוזרין ודנין ד"נ, וכיון שהב"ד דנו קודם ד"נ והפסידו לניזק, ולכן אף דאין לב"ד דין מזיק מדין מזיק שעבודו של חבירו שכיון שדנו מקודם ד"נ מן הדין הוא נפטר, מ"מ כיון דעשו ב"ד שלא כדין וגרמו היזק להניזק, ע"כ פשיטא לגמ'

דיכולין ב"ד להגבות להניזק היזקו מרדיא, כיון דאין בזה שום הוצאת ממון רק להמתין בסקילת השור, ומה דאמרינן דדנין ד"מ אף דמן הדין הוא פטור היינו דדנין ד"מ אם מעיקר הדין הי' חייב אי לאו פטורא דנגח ואח"כ הפקיר, דאם עפ"י דין אין מספיקין העדת העדים לחייב להמזיק א"כ לא נאחר בסקילת השור, אבל אם עפ"י דין הי' חייב ורק שב"ד הפסידו להניזק אז מגבין אותו מרדיא כדי שלא יפסיד הניזק, ואף דאינו מרווח מה דפשוט לגמ' כ"כ להקשות כן מכיון שהגובייא מרדיא לא יהי' מעיקר הדין, מ"מ ע"כ נסבול דוחק זה דאין שום מקום לחלק ולומר דנגח ואח"כ הקדיש דפטור אינו פטור לגמרי ואפשר לגבות מרדיא במועד דאין מקום בסברא לזה כמש"כ.

אכן נראה דלדעת הרמב"ם לא נוכל לפרש מה דאמר בגמ' סוף סוף מהיכא משתלם מרדיא כפירש"י דפי' דסוף סוף מהיכא משתלם זהו קושיא ומשני מרדיא, דזהו שפיר לפירש"י דפי' דקאי על לא דנוהו ד"נ, והקושיא משום דברח הבעלים, אבל לשיטת הרמב"ם דברח השור ובלא דנוהו ד"נ ל"ק כלל דגובין מעליה וע"כ דקושיית הגמ' הוא על דנוהו ד"נ, וכמו שפירש המ"מ דמכאן הוא מקור לדברי הרמב"ם, א"כ אינו מיושב כלל דמעיקרא פריך וכי דנוהו ד"נ מאי הוי ליהדר ולידייני' ד"מ, ומשני כגון שברח ואח"כ חוזר ומקשה סוף סוף מהיכא משתלם, דהא ע"כ מעיקרא הוי מקשה דיגבו מרדיא, ועוד דלשון מהיכי משתלם אינו מיושב כלל דהא מעיקר דינא פטור לגמרי, ורק דסברת הגמ' הוא דיגבו מרדיא שלא יהי' להניזק היזק, ולכן נראה דצריך לפרש דקושיית הגמ' הולכת על תם וכל הקושיא הוא ביחד וכן הוא הפי' סוף סוף מהיכי משתלם מרדיא אי הכי תם נמי וכו' והיינו דכמו דבמועד אמרנו דמשתלם מרדיא א"כ תם נמי ישתלם מרדיא וע"ז משני דרדיא עליה דמרה הוא, ואי דיקשה דעכ"פ לאחר שדנוהו ד"נ בתם נגבהו מרדיא כמו במועד דאז לא שייך לומר רדיא עליה דמרה שאין לו בעלים, אך באמת זה ל"ק דכל עיקר מה דאנו ממתינין מלסקלו אחר שנגמר דינו ומגבין מרדיא במועד היינו משום דדנוהו ד"נ ברישא שלא כדין, אבל בתם כיון דמקודם א"א הי' להגבותו מרדיא וע"פ דין דנוהו ד"נ תחלה, לכן עכשיו אין דין כלל להגבותו מרדיא כיון דאין זה מגופו, ולגמרי א"א להגבותו אחר שנגמר דינו, וגם יש לומר ע"פ מש"כ התוס' בתירוצם ע"ש אך לא צריך לזה דבודאי לא שייך להגבות מגוף שור שנגמר דינו.

ועתה נבוא למה שהקשה הלח"מ דאיך ניישב קושיית הגמ' אי ברח כי לא דנוהו ד"נ היכי דיינינא לי' ד"מ בלא בעלים, וזהו דלא כפי' הרמב"ם שברח השור וכתב הלח"מ דע"כ הרמב"ם אינו גורס כל זה, וקשה למחוק סוגיא שלימה, אכן מצאתי בדקדוקי סופרים שמביא גירסא שנשמטו התיבות בלא בעלים, ונראה דבאמת מיושב בזה מה

דפסק הרמב"ם ככל הך סוגיא אף דכל זה נאמרה אליבא דר"ע והרמב"ם פסק כשמעון התימני, ונראה דמקור דעת הרמב"ם לפסוק כן הוא מהך קושיא דפריך אי ברח כי לא דנוהו ד"נ היכי דיינינא לי' ד"מ, וקושיא זו לר"ע דלא מצריך אומדנא אין לה מקום כלל דמה איכפת לן אם ברח השור הלא דנין ד"מ לשלם מן העלי', ולכן ע"כ דמה דאמר רבא אפי' תימא ר"ע היינו דאתי ככו"ע ולא חיישינן לעינוי דינו של שור אלא דמיירי כגון שברח השור, וע"ז פריך א"כ כי לא דנוהו ד"נ היכי דיינינן לי' ד"מ היינו להלכה כשמעון התימני דהא בעי אומדנא דב"ד, וע"ז מתרץ שפיר דקביל סהדי וברח, ועכ"פ מוכח להדיא דהסוגיא הוא ג"כ אליבא דשמעון התימני ולכן פסק הרמב"ם כן להלכה.

אכן צריך לבאר מה דהשמיט הרמב"ם הא דקבל סהדי וברח כיון דנימא דגם למסקנא יש דין אומדנא גבי נגיחת שוורים וכבר עמד בזה המאירי בש"מ מה דבסוגיא זו מוכח דצריך אומדנא בנגיחת שור אם ראוי הוא להזיק ולהמית, וכתב ע"ז אלא שלא מצאתיה לגדולי הפוסקים בחבוריהם, והנה אם כונתו של המאירי להרי"ף שהוא מכנהו תמיד בשם גדולי הפוסקים אין זה תימה, מכיון דסוגיא זו קאי בשור שהמית את האדם שאינו נוהג בזה"ז לכן לא הביא כל הסוגיא אף שיוצא ממנה חדוש זה לדינא וכן דרך הרי"ף תמיד, אבל על הרמב"ם בודאי תימה רבה שכתב ברח השור ולא כתב שקבלו עדים קודם שברח -

ונראה דבאמת הרמב"ם השמיט להלכה דין חדש זה שכל נגיחת שור צריכה אומדנא וצריך להביא את השור לב"ד משום דאיכא סוגיא מפורשת להיפוך והוא בהא דאוקים רבינא בדף כ"ד ובדף מ"א במכירין בעל השור ואין מכירין את השור, והרמב"ם פסק האוקימתות להלכה בפ"י ובפכ"א מה' עדות, ומוכח להדיא דנעשה מועד אף שאין מכירין את השור, והנה אף דבדף מ"א יש לומר דמיירי שכל השוורים לפנינו ואנו רואים שיש בכולם כדי להמית בנגיחתם, אבל בדף כ"ד לא נוכל לומר כן שכבר הקשו שם בתוס' ולימא לחיובי פ"נ אקטן שבשוורים קא אתינן, ותירצו בתוס' דמיירי שנאבד אחד מהם, והרשב"א הוסיף דכיון שיכול לטעון שנאבד א' מהם אפי' יודה שלא נאבד הו"ל מודה בקנס, ואפילו לפי"מ שבארנו בפ"ט דעת הרמב"ם כפי תי' התומים דמודה בתשלומים לא הוי מודה בקנס מ"מ כתבנו דהיכי דאחד נאבד ואין מקום כלל לגבות הו"ל מודה בקנס ע"ש מש"כ לענין פרה וולד, וא"כ כיון דע"כ מיירי דאין כל השוורים לפנינו, א"כ גם לענין שיעשה אחד מהם מועד אם נאמר דצריך אומדנא דב"ד גם לענין העדה לא יעשה מועד שמא לא הי' בנגיחתו כדי להזיק וכמש"כ הרמב"ם בפ"א מה' חובל ומזיק, ולכן ע"כ מוכח מכאן דסבר רבינא דסתם נגיחת שור יש בו כדי להמית

ולא דמי להכאה באבן דכל שור שנוגח יש בו כדי להמית, וכיון דרבינא פליג על רבא הלכה כבתראה וקיי"ל דליכא בנגיחת שור דין אומדנא דב"ד, אכן זה הוא רק להרמב"ם לשיטתו דמפרש דגם לבסוף לא הכירו את השור עיין במש"כ בפ' י' הל' ג', אבל לפי' התוס' דמיירי דלבסוף הכירו את השור אין ראיה כלל, עכ"פ הרמב"ם לשיטתו לנכון השמיט דין זה דצריך בנגיחת שור אומדנא דב"ד, ומ"מ כיון דמוכח מסוגיא זו דקאי גם אליבא דשמעון התימני ולא חיישינן לעינוי דינו של שור וכנ"ל, לכן פסק הרמב"ם כן להלכה אבל בהא דצריך אומדנא לא פסק כן כיון דרבינא פליג על רבא והלכה כבתראי:

פרק יב

הלכה ב

אחד החופר בור ברה"ר או החופר בור ברשותו ופתחו לרה"ר או פתח לרשות חבירו או שחפר ופתח לרשותו והפקיר רשותו ולא הפקיר בורו הרי זה חייב בנזקיו, אבל אם הפקיר רשותו ובורו או שהפקיר בורו שברשותו או הקדישו ה"ז פטור שנאמר בעל הבור ישלם וזה הפקר ובתחלה ברשות חפר מפני שחפר ברשותו, אחד החופר בור או שנחפר מאליו או שחפרתו בהמה או חיה הואיל והוא חייב למלאותו או לכסותו ולא עשה הרי זה חייב בנזקיו ואחד החופר או הלוקח או שנתן לו במתנה שנאמר בעל הבור ישלם מי שיש לו בעלים מכ"מ.

או פתח לרשות חבירו, עיין בלח"מ שהביא קושיית התוס' דכיון שהחופר חייב בנזקי חצר על בעל החצר למלויי ותי' ע"פ דברי הטור דזהו קודם שנודע לבעל החצר, ותירוצו אינו נכון דהא כתב הרמב"ם בהלכה ג' אחד החופר בור או שנחפר מאליו או שחפרתו בהמה או חיה הואיל והוא חייב למלאותו או לכסותו ולא עשה ה"ז חייב בנזקיו, וע"כ דזה מיירי שכבר נודע להבעלים שנחפר הבור וא"כ בהאי גוונא נמי מה שכתב בהלכה ב' שהחופר חייב היינו אפי' כבר נודע להבעלים, ועוד מדדייק הרמב"ם בהל' ג' לכתוב נחפר מאליו או שחפרתו בהמה או חיה מוכח מזה דבחפרו אדם אינו חייב בעל החצר בנזקין.

וראיתי בבאור הגר"א ז"ל בסי' ת"י סק"ח שכתב על דברי הרמ"א שהביא דעת הטור, שהרמב"ן במלחמות חולק ע"ז מדכתב בסוגיא דהקדרין והזגגין שלא מצינו זה חופר בור וזה מתחייב, ולפי"ז גם משם מוכח שיטת הרמב"ם שפסק בפי"ג הלכה י' כדעת הרי"ף שזהו כפי באור הרמב"ן שם אבל באמת הם שני ענינים ובהאי גוונא דהתם ע"כ מוכח אפי' הפילו שור פטורים הבעלים כמו שנבאר שם, אלא דלשון הרמב"ן שלא מצינו

זה חופר בור וזה מתחייב דמיירי בבור ממש לא משכחת אלא באדם וכמש"כ הגר"א ז"ל, אבל מדברי הרמב"ם בהלכה שלפנינו מוכח להדיא דיש נ"מ בין אדם לשור דדוקא בשור שחפר בחצר חבירו חייב בעל החצר בנזקי הבור משום שאין בעל הבור אחר, אבל אם חפר אדם דנתחייב בנזקי בור ונעשה בעל הבור מדין חופר בור ברה"ר לא נתחייב בעל החצר.

והנה אח"ז ראיתי דהיש"ש כתב דבדעת הרמב"ם א"א לפרש כדעת הטור לחלק בין נודע ללא נודע כיון שסתם וכתב דפתחו לרשות חברו חייב, ולכן כתב היש"ש לחלק בין חפר בחצר חבירו שהפקיר רשותו שנתחייב בחיוב בור שמחוייב למלאותו דאז פטור החופר, ובין חפר בחצר חבירו שלא הפקיר רשותו ונפל בהמת בעל החצר דאז אף שנודע לבעל החצר חייב החופר, והנה אף שכתב דבריו ע"פ דברי הרא"ש שפירש במתני' שנפלה בהמת בעל החצר, ובדעת הרא"ש ודאי נכונים דבריו דאז אפי' נודע לבעל החצר חייב החופר אפי' לדעת הטור כיון שאין על בעל החצר חיוב בור, אבל מה שצירף לזה דעת הרמב"ם הוא תמוה דכמו שהוכיח מסתימת דברי הרמב"ם דאין חילוק בין נודע לבעל החצר או לא נודע, כן ודאי מוכח מסתימת דבריו דאין חילוק בין נפלה בהמת בעל החצר או בהמות של אחרים שיש להם רשות ליכנס, וביותר דכבר הוכחתי מהלכה ג' שדייק הרמב"ם לכתוב אחד שנחפר מאליו או שחפרתו בהמה או חיה דמוכח להדיא דבחפרו אדם אינו חייב בעל החצר אלא החופר וכנ"ל - ועוד נבאר בזה בעזה"י בפי"ג הלכה י' ע"ש.

והנה בהא דאמר רבא הכניס שורו לחצר בעה"ב שלא ברשות וחפר בו בורות שיחין ומערות בעל השור חייב בנזקי חצר ובעל החצר חייב בנזקי הבור מ"ט כיון דאית לי' למלויי ולא מלייה כמאן דכרייה דמי, ולכאורה כיון דבור ברשותו ילפינן מבעל הבור ישלם בור דאית לי' בעלים, ובור ברה"ר ילפינן מכי יכרה איש בור שעל עסקי כריה ופתיחה בא לו, וא"כ למה לרבא לומר כמאן דכרייה דמי הא בפשוטו חייב משום דהוא בור דאית לי' בעלים, וכבר כתבתי מזה בפ"ב הל' י"ח דמוכח מזה דאף דילפינן בור ברה"ר ובור ברשותו משני למודים, הם רק סבות לחייב בור אבל ממילא אמרינן דבור ברה"ר נעשה בעל הבור דהא חד קרא הוא כי יכרה וגו' בעל הבור ישלם, וזהו מה דאמרינן שני דברים אינן ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאלו הן ברשותו ואלו הן בור ברה"ר וכו' והיינו דחופר בור ברה"ר נעשה בעל הבור, ולכן חדש רבא עוד דכמו דכורה בור ברה"ר נעשה בעל הבור ה"נ מי שיש לו בור ברשותו והפקיר רשותו, אף שהוא לא כרה הבור באיסור, ובפרט כאן שהשור חפרו מכיון שהוא בעל הבור נעשה דינו כמו

כורה בור משום דבחד קרא כתובי, [ומה שהוצרך רבא לחדש זה כאן כתבנו בפרק ב' ובפ' י"ג נכתוב בעה"י באופן אחר].

ולפי"ז נמצא דבור ברשותו אם אח"כ הפקיר בורו ג"כ חייב כיון דנעשה כמאן דכרייה ובבור שחיובו בעד כרייתו כמו בור ברה"ר לא מהני הפקר, וא"כ מה שכתב הרמב"ם דהפקיר רשותו ובורו פטור היינו אם הפקיר בבת אחת רשותו ובורו, ונראה ליישב בזה דעת רש"י שכתב בדף כ"ח ע"ב במה דאמר בגמ' ורב ה"מ היכי דאפקרינהו וכתב רש"י דסבר רב דבור שחייבה עליו תורה בהפקיר רשותו ובורו, וכתבו ע"ז בתוס' דלא נראה לר"י דחופר בור ברה"ר חפר באיסור והפקיר רשותו ולא בורו כיון דשלו הוא חייב להסיר התקלה, אבל הפקיר רשותו ובורו דחפר בהיתר וגם השתא דהפקיר לאו בעל הבור הוא לא מחייב, תדע דבפ' הפרה דחקינן לאשכוחי בור של ב' שותפין והיינו למ"ד דלא מחייב אלא בור ברה"ר והוכחת התוס' הוא קושיא עצומה על שיטת רש"י וכן הרשב"א הקשה מזה על רש"י, ונראה דהנה מקודם צריך ביאור עיקר דברי רש"י דלמה בא להמציא מציאות חדשה אפי' אם הי' הדין כן דהפקיר רשותו ובורו חייב כיון דבגמ' הוזכר המחלוקת אם בור ברה"ר חייב או בור ברשותו חייב, למה לא כתב רש"י דסבר רב דבור שחייבה עליו תורה בבור ברה"ר, וכמו שכתב כן בדף כ"א ע"ב דאמר שם בגמ' אמר לך רב לעולם אימא לך בעלמא בור ברשותו פטור, וכ' ע"ז רש"י דלא חייבה תורה אלא בור ברה"ר וכדיליף ר' ישמעאל טעמי' התם וא"כ למה שינה כאן רש"י לכתוב הפקיר רשותו ובורו.

ונראה דהנה בדף ג' איכא אבנו וסכינו ומשאו שהניחן ברה"ר והזיקו דהוא תולדה דבור ובדף ו' איתא אבנו וסכינו ומשאו שהניחן בראש גגו ילפינן מצד השוה מבור ואש, וכאן איתא בגמ' מכדי אבנו וסכינו ומשאו מבורו למדנו, ולא קאמר שהניחן ברה"ר, ונראה דהכא מיירי שמואל בדלא אפקרי' א"כ אפי' לא הניחן בפשיעה ברה"ר אלא באונס או שהוציאן בע"ח בלא ילפותא מבור ואש כיון דעכ"פ הם שלו שפיר הוי בור, ומפרש רש"י דע"ז אמר רב ה"מ דאפקרינהו והיינו דאחר שהיו מונחין ברה"ר שהי' חייב עליהם משום שור אפקרינהו חייב עליהם משום בור, ולכאורה יקשה דבשלמא כשכבר נעשו בור אמרינן דלא מהני הפקרו כיון דנעשו כמו בור ברה"ר וכמש"כ, אבל לרב דמקודם נעשו שור א"כ למה יהי' חייב עליהם כשיפקירם משום בור כיון שהוא לא פשע בהנחתן, אבל באמת זה אינו די"ל דרב סובר דבור ברשותו הוי בור אלא דחייב נמי משום שור, וכן כתב הר"ר ישעי' בש"מ דבור ברשותו חייב משום שור, ודלא כמש"כ בתוס' שם, ולכן כתב רש"י דמה דחייבה תורה בבור הוא בור ברה"ר או הפקיר רשותו והפקיר בורו היינו

רשותו ואח"כ בורו משום דבלא הפקיר בורו לא צריך לחיוב בור דחייב משום שור אלא דעכ"פ בהפקיר רשותו לבד איכא נמי בור ונ"מ שיתחייב אח"כ משום בור בהפקיר בורו.

ומה שהקשה ע"ז בשיטה בשם תלמיד הר"פ דאיך אפשר דרב סובר דבור ברשותו חייב משום שור דא"כ רב אינו לא כר' ישמעאל ולא כר"ע וכן מהא דאמר להדיא לקמן דף נ"ב דמודה רב בבור ברשותו דחייב נראה דלפי דברינו לא קשה כיון דלרש"י נמי סובר רב דיסוד דין בור הוא בור שהפקיר רשותו ולא הפקיר בורו אלא דהך דינא לא צריך אלא לחייבו גם כשיפקיר אח"כ את הבור דכ"ז שלא הפקיר הבור חייב נמי משום שור ולא הי' צריך קרא לחייבו משום בור, וא"כ שפיר הא דאמר ר"ע בעיקר פירושא דקרא דהפקיר רשותו ולא הפקיר בורו זהו בור האמור בתורה אלא דפי' זה לא נוכל לפרש אלא אליבא דרבה דקיי"ל כותי' דבבור ברה"ר דכו"ע לא פליגי, אבל לרב יוסף דסבר דבבור ברשותו כו"ע לא פליגי ור"ע סבר דדוקא בור ברשותו א"כ לפי"ז לא נוכל לומר דהתורה חייבה בהפקיר רשותו ואח"כ בורו כיון דלא נוכל לומר הסברא דכמאן דכריי' דמי דבור ברה"ר נמי פטור, וע"כ מוכרח דבור ברשותו פטרה תורה על הכלים דליכא בי' חיוב שור, ולכאורה אנו מוכרחין לומר דרב יוסף לא יסבור כרב ורב יסבור כרבה דבבור ברה"ר כו"ע לא פליגי, אכן יש לומר דרב יוסף מצי קאי אליבא דרב, משום דבאמת הא כתבו התוס' דבור ברשותו אי אפשר לחיובי משום שור דשור ברשותו פטור, אכן לדעת רש"י כפימש"כ ושכתב כן הר"ר ישעי' בש"מ דרש"י סובר דלרב שור ברשותו נמי הוי שור, צריך לומר דכיון דעשה בור שעל כרחו נופל השור לבורו לא שייך פטורא דשור ברשותו דהוא מטעמא דתורך ברשותי מאי בעי והוא ע"פ מה דאמר בגמ' דכ"ג ע"ב דפי' פרה כחצר הניזק דמי אלא דהתם הוי עוד יותר חדוש דהוי כמו שן בחצר הניזק, אבל לגבי זה דלא ליהוי פטורא דתורך ברשותו מאי בעי ודאי מהני, אבל לפי"מ דהוי בעי לומר פי פרה כחצר המזיק דמי הא אמר שם להדיא דמצי למימר מאי בעי ידך בפומא דכלבאי אם צריך לחייב על אכילת הכלב ועיין מש"כ בפ"ד, ולכן נוכל לומר דרב יוסף סבר פי פרה כחצר המזיק דמי וממילא בור ברשותו ליכא לחיובי משום שור וכמו שכתבו בתוס' אבל לדידן דקיי"ל פי פרה כחצר הניזק דמי שפיר חייב בור ברשותו משום שור, אלא דאיכא נמי חיובא דבור ונ"מ לחיובי גם אחר שיפקיר הבור וכמש"כ.

ומה שכתב רש"י דסבר רב דבור שחייבה עליו תורה בהפקיר רשותו והפקיר בורו הוא דחייבתו היינו לענין מה דקאי השתא לפטור על הכלים, ובזה כתב שפיר דעיקר חדוש החיוב להלכה אינו אלא בהפקיר רשותו והפקיר בורו דפטור משום שור ובזה

הוא החדוש להלכה דחייב משום בור ובזה הוא דפטור על הכלים, אבל הפקיר רשותו ולא בורו אין נ"מ מחיוב בור כיון דחייב משום שור וממילא חייב על הכלים:

הלכה ד

אחד החופר או המגלה מקום שהיה מכוסה שנאמר כי יפתח איש בור או כי יכרה, ואם כסהו כראוי אע"פ שהתליע מתוכו ונפל לתוכו שור ומת פטור שנאמר ולא יכסנו הא אם כסהו פטור, כסהו בדבר שיכול לעמוד בפני שוורים ואינו יכול לעמוד בפני גמלים והלכו עליו גמלים ונתרועע והלכו עליו שוורים ונפלו בו, אם אין הגמלים מצויים באותו מקום הרי זה פטור מפני שזה אונס ואם יבואו שם גמלים אפילו לפרקים הרי זה חייב, התליע מתוכו ונפלו בו שוורים אע"פ שהגמלים מצויים שם תמיד והרי הוא פושע לגמלים הואיל ומחמת שהתליע נפלו בו השוורים הרי זה פטור, וכן כל כיוצא בזה.

השגת הראב"ד: התליע מתוכו וכו'. א"א הרי"ף לא הביא בהלכות מכל אותה סוגיא כלום דומה שאינו עיקר וסמך על מה שהסכימו בעלי הגמ' דתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב וצ"ע עכ"ל.

עיין בלח"מ שהקשה על דברי הראב"ד דאיך כתב דמה דהשמיט הרי"ף הוא משום דסובר דזה תליא בדין תב"פ דהא הרי"ף בפ' המפקיד כתב להדיא חילוק הפוסקים דהיכי דאין האונס בא מחמת הפשיעה פטור, ונראה ליישב קושייתו דבאמת לא דמי דמש"כ הרי"ף בפ' המפקיד היינו לענין פשע בה ויצתה לאגם ומתה כדרכה דכיון דאמרינן מלאך המות מה לי הכא מה לי התם אין האונס בא מחמת הפשיעה, והתם שפיר דלענין מיתה לא פשע כלל וכמו שכתב שם הרי"ף וז"ל, אבל הכא לענין מתה כדרכה מאי נטירותא הוה לי' למעבד כי היכי דלא ליקטלה מלאך המות עכ"ל, אבל כאן לענין בור דבאמת עיקר עשיית הבור הוא פשיעה והיה אפשר לסתמו ולבטל הבור לגמרי ורק שפטרתו תורה בשמירת כיסוי, וכל זה אם כיסה בכיסוי שאינו פשיעה, אבל הכא דכיסה בכיסוי שאינו ראוי לגמלים ומצויים גמלים דהאי כיסוי אינו שמירה ולא שמר בורו כלל, ורק שנאמר דהא אם היה מכסה בכיסוי טוב היה ג"כ מתליע, בזה שפיר נאמר תב"פ וסופו באונס חייב דהא פשע בבורו שלא היה לו רשות להחזיקו בלא שמירה והיה אפשר לו לסתמו לגמרי, וא"כ לא דמי להתם דלגבי מיתה לא שייך על השומר חיוב כלל.

אבל הרמב"ם ושאר ראשונים סוברים דכיון דעכ"פ לא חייבתו תורה אלא בכיסוי אינו חייב אלא אם יהיה פושע בפתיחת הכיסוי וכיון דכל זמן שלא באו גמלים הוא כיסוי טוב ושמור רק שהתליע באונס וזה האונס היה ג"כ בכיסוי הראוי לגמלים אינו פושע בפתיחת הכיסוי.

ועוד אפשר ליישב דברי הראב"ד באופן שנחלק בין נז"מ לשומרין ונאמר דהראב"ד סובר דבנז"מ דין שמירה וכיסוי שפטרה התורה בזה, הוא רק דין פטור, אבל עיקר החיוב הוא משום שממונו הזיק, ובבור ואש משום שהמזיק שלו הזיק, ולכן לא דמי למש"כ הרי"ף בפ' המפקיד דמיירי בדיני שומרים דהתם שמירה אינו פטור אלא עיקר החיוב הוא השמירה וכשפשע השומר חייב בשביל שמחסרון שמירתו הוזק הפקדון, וכיון שבלא הפשיעה הי' בא האונס א"כ לא משום חסרון שמירתו נעשה ההיזק, אבל בנז"מ דעיקר החיוב הוא שממונו או המזיק שעשה הזיק, ורק שנפטר אם ישמרנו או יכסנו, וכיון שעכ"פ לא שמרו לא נפטר מתשלומי היזק.

ולפי"ז נאמר דהרמב"ם יסבור דגם בנז"מ החיוב הוא רק משום חסרון שמירה ואינו מוכרח דגם אם יסבור דהחיוב הוא משום שממונו הזיק מ"מ כיון שפטרה התורה בשמירה כל שעשה שמירה כזו שלבסוף לא משום חסרון שמירתו יצא ההיזק פטור.

אולם באופן אחר יש לומר דלא שייך הא דמיגו דהוי פושע לענין גמלים הוי פושע לענין שוורים לדין תחלתו בפשיעה כמו שכתבנו התוס' דהכא לענין שוורים לא פשע כלל וכמו דפושט אח"כ האבעיא מזה דלא אמרינן מיגו דלא הוי פושע לענין חרש הוי פושע לענין פקח, דהתם בודאי לענין פקח לא פשע כלל, וכבר הקשו בתוס' ע"ז דהא הכא פשע לענין שוורים גופייהו באם יעברו מקודם גמלים ויתרועע הכיסוי ואח"כ יעברו שוורים ויפלו, ויתרצו בתוס' דהכא מיירי באופן שכאשר יעברו גמלים ישברו לגמרי הכיסוי וישאר הבור פתוח וכשיעברו שוורים פקחים יזהרו ולא יפלו, ותי' התוס' תמוה דהא בפשוטו מיירי מתני' בשור שוטה או במהלך בלילה, וסיפא דמתני' פירושא דרישא דהא תנן כיסהו כראוי ונפל לתוכו שור או חמור ומת פטור, ומוכח דבלא כיסהו חייב וזה ע"כ בשוטה ומהלך בלילה.

ולכן נראה דלא צריך כלל לתי' התוס' דלא שייך בזה תחלתו בפשיעה לענין שוורים אם יעברו גמלים מקודם משום דחיוב הבור אנו דנין על אותה שעה שהזיק אם באותה שעה הי' פושע או לא, ואם באותה שעה לא הי' פושע אף שאתמול הי' פושע זה ודאי אינו מחייבו כלום, וא"כ בגמ' דאמרינן דאם הי' כראוי לשוורים ולא כראוי לגמלים, והלכו גמלים וארעוהו ואתו שוורים ונפלו בי' זהו שפיר פושע מתחלה ועד סוף, אבל אם לא הלכו גמלים רק שהתליע מתוכו א"כ בשעה שהלכו שוורים הי' הבור מכוסה ואם הי' בעל הבור עומד אצל הבור לא הי' רואה שום חסרון בבור ולא הי' מוטל עליו שום תיקון א"כ אפי' לא ראה את הבור ושעה קודם שנפלו השוורים הי' עליו לחוש לענין שוורים

גופייהו שמא ילכו גמלים ויקלקלו את הבור ואח"כ ילכו שוורים ויפלו, אבל עכ"פ הא קמן שלא הלכו גמלים, ובשעה שהלכו השוורים לא הי' שום פשיעה:

הלכה ו

המוצא בור וכסהו וחזר וגילהו בעל הבור חייב וזה האחרון פטור.

השגת הראב"ד: המוצא בור וכו'. א"א בכדי שידע עכ"ל.

עיין במ"מ שחולק על הראב"ד וסובר דחייב גם אם לא ידע דהיה לו לחוש שמא יבוא בעל הכיסוי ויטול כיסויו, וקשה לי לפי דברי המ"מ דבעל הבור חייב אפי' קודם שידע דהא רבינא מוכיח מברייתא דמצניע קוצותיו דמכסה בורו בדליו של חבירו ובא בעל (הבור) ונטל דליו חייב בעל הבור וקמ"ל דלא נימא דהוה ליה לאודועי כדאיתא שם, והיינו דלא נימא דליפטור בעל הבור דמדלא הודיעו לא הו"ל למיסק אדעתי' שנטל דליו, וכתב הרמב"ם זה בהלכה ט' ואם אפי' כיסה בעל הכיסוי בעצמו ונטל כיסויו חייב בעל הבור ולא אמרינן דבעל הבור אין לו לחשוב שנטל כיסויו קודם שיודיענו, א"כ כ"ש היכי שכיסה בכיסוי שאינו שלו והנה יש מקום לומר דלא שייך כאן הוי ליה לאודועי דבשלמא כשבעל הבור בעצמו כיסה לכן כשבא בעל הכיסוי ונטל כיסויו יש הו"א לומר דהוי ליה לאודועי, אבל כשבעל הבור לא חשש כלל לכסות בורו א"כ למה נאמר הו"ל לאודועי, אכן יש מקום לומר יותר דאפי' אם היינו אומרים גם כאן הסברא דהו"ל לאודועי לא שייך לפטור בעל הבור כיון שהוא לא כיסה אין לפטרו בטענת אונס אפי' נימא דחשב דבודאי בעל הכיסוי לא נטל כיסויו, ובאמת עמדתי כבר בספק זה בפ"א ה"ל א' אות ט"ז וי"ח אם בעל המזיק לא שמר מזיק שלו, ואחר שמרו והזיק באונס כגון שחתר אם נוכל לפטרו בטענת אונס,

וארווחנא בזה דאף דמדעת הרמב"ם לא נוכל להביא ראיה לחיוב משום דיש לומר דכאן לא שייך כלל טענת הוי ליה לאודועי, וכן אינו סובר שהיה לו לסמוך דמי שכיסה את הבור מכיון שרצה לכסותו לא יטול את כיסויו, וכמו שכתב המ"מ דלא היה לו לסמוך ע"ז, אבל מדברי הראב"ד דסובר דאינו חייב אלא בכדי שידע מוכח עכ"פ דאף שבעל הבור לא שמר כלל בורו מ"מ פטור כשהיה לו לסמוך שהלה לא יטול את כיסויו אכן בדעת הרמב"ם יש לומר שאפי' אם בסברא יש מקום לסמוך שלא יטול את כיסויו מ"מ אינו נפטר בטענה זו כיון שהוא עכ"פ לא שמר בורו כלל וכנ"ל:

הלכה ז

בור של ב' שותפים ועבר הראשון ולא כסהו השני ולא כיסהו הראשון חייב, עד שימסור דליו לב' ומשמסר דליו לשני לדלות ממנו נפטר הראשון ונתחייב השני לכסותו, כסהו

הראשון ובא השני ומצאו מגולה ולא כסהו השני חייב, ועד אימתי יהיה השני לבדו חייב עד שידע הראשון שהבור מגולה וכדי שישכור פועלים ויכרות ארזים ויכסנו וכל שימות בו תוך זמן זה הרי השני לבדו חייב בו וכל שימות בו אחר זמן כזה שניהן חייבין לשלם שהרי שניהן פשעו בו.

השגת הראב"ד: שהרי שניהן וכו'. א"א אין בגמ' עד שידע הראשון אלא בכדי שידע משמע שיעור מנהגו שיחזור לדלות מבורו עכ"ל.

הראשון חייב זהו גירסת הרי"ף במשנה ורש"י גורס השני חייב, ומפרש דזהו מאי דמפרש בגמ' דראשון מיפטר משהניחו משתמש לחד מ"ד ולאידך משימסור לו דליו, ופירש"י להדיא בד"ה והאי דמקודם שניהם חייבין ועיין בלח"מ שהביא דברי הרא"ש שפי' לפי גירסת הרי"ף דהראשון חייב היינו אף הראשון, והטור תמה על דעת הרמב"ם שכתב דהראשון חייב, וכתב הלח"מ דהוא בשביל שהרמב"ם כתב בסתם דהראשון חייב ולא פי' אף הראשון, לכן השיג הטור וכונתו דאף דכתב לשון המשנה מ"מ כיון שגם במשנה הוא רק פירוש דלא כמו שמשמע פשטות הלשון, דרך הרמב"ם לפרש דבריו, ודבריו נכונים דלא כמו שכתב הישי"ש שהטור טעה במה שתמה על הרמב"ם דכונתו כמו שפי' הרא"ש במתני' לגירסת הרי"ף, והוכיח הישי"ש דכונת הרמב"ם כן ממה שכתב אח"כ ועד אימת יהיה השני לבדו חייב, ודבריו אינם מובנים דבודאי כונת הרמב"ם דהראשון חייב ולא השני, ומה שכתב ועד אימתי יהיה השני לבדו חייב לא קאי על בבא ראשונה, אלא על מה שסיים וכל שימות בו תוך זמן הרי השני לבדו חייב בו וכל שימות אחר זמן זה שניהן חייבין לשלם, ומלבד דפשטות לשונו מוכח ודאי דהראשון לבדו חייב וכמש"כ, הנה גם ממה שכתב ומשמסר דליו לשני לדלות ממנו נפטר הראשון ונתחייב השני לבדו לכסותו, מוכח כן, דהא לדעת הטור גם קודם שמסר דליו היה שני חייב, וע"כ דסובר דמקודם לא היה חייב השני והוא פשוט וברור.

אולם בטעמו של דבר כתב הלח"מ דכיון דהכיסוי מסור ביד הראשון עליה דידיה רמי לכסות וזהו שכתב עד שימסור דליו לב' דמשמע דהכיסוי בידו ודבריו היו נכונים אם הרמב"ם פירש"י דליו כיסוי, אבל כבר כתב הרשב"א בחידושיו וז"ל פירש"י דליו כיסויו, ונראה שהזקיקו לפרש כן דאי נטלא לדלות בו קאמר כי מסר לו נטלא מאי אהני אדרבא, כעין שלוחו הוא לדלות מן המים, אבל ר"ח ז"ל פירש דליו נטלא וכאלו נסתלק הוא ממנו והעמידו הוא ברשותו והוברר הדבר משמסר לו הדלי שהבור עומד ברשותו ומשל עצמו הוא דולה עכ"ל, וכונת הרשב"א במה שכתב ומשל עצמו הוא דולה דאף דמ"ד עד שימסור לו דליו סבר יש ברירה והאי מדידיה קא ממלא והאי מדידיה קא ממלא,

וא"כ גם בלא מסירת דליו משל עצמו הוא דולה, אכן כונתו דקודם שמסר לו דליו צריך לבוא לברירה לומר דאותן המים שיבואו בדליו הם יהיו שלו, ומשמסר לו דליו העמיד כל הבור ברשותו ומה שכתב ומשל עצמו הוא דולה אינו כמו מה דאמר בגמ' מדידיה קא ממלא אלא דכל הבור באותה שעה הוא של עצמו.

[**ואף** דלשיטת הרשב"א בעצמו אין שום נ"מ בזה מ"מ נראה דלדעת הרמב"ם יש נ"מ בזה, דבנדרים דף מ"ו ע"ב אמרינן דבחצר שיש בה דין חלוקה גם לראב"י אסור, וכתב הרשב"א דאף לאחר חלוקה אסור דאם באנו לומר כאן הוברר הדבר למפרע שזהו חלקו א"כ הו"ל כברירה דעלמא דקיי"ל אין ברירה וכי תימא דעכ"פ הוי כאילו לקחה ממנו זה ליתא דאפי' לקחה ממנו אסור כדאמרינן גבי ככרי עליך, אבל הרמב"ם כתב בפ"ז מה' נדרים דאחר חלוקה שרי, וכתב הר"ן שם בטעם שיטתו של הרמב"ם דע"מ כן נשתתפו שלא יוכל לאסור עליו וזה דחוק, דא"כ גם בחצר שאין בו דין חלוקה נאמר כן גם בלא טעמא של ראב"י דיש ברירה, אבל באמת דברי הרמב"ם פשוטים דמתני' דהשותפין שנדרו הנאה זה מזה לא מיירי אלא דוקא באופן זה שנדרו הנאה זה מזה אבל לא נדרו הנאה מנכסיהם, דאילו נדרו הנאה מנכסיהם לא הוי מהני כלל ברירה, דכיון דאפי' לקחו אסור משום דהנכסים נאסרו כ"ז דלא אפסקי' אחר א"כ מאי מהני דיש ברירה הא עכ"פ קודם שנכנס המודר לחצר לא נתברר שהוא שלו, וא"כ באותה שעה שהדירו זה מזה היה החצר שייך לשניהם, וא"כ מה מהני דעכשיו הוברר דעל שעה זו הוא שלו הא כבר נאסר החצר אפי' לכשיצא מרשותו, וע"כ משום דהכא מיירי דנדרו הנאה זה מזה ואז מותר ליקח ממנו זבינא דרמי על אפיה שאין ללוקח הנאה ממה שהוא מוכר לו, והכא עצם המכירה אין זו הנאה שאין המדיר המוכר אלא המכירה כבר נגמרה משעת קניית החצר, וא"כ מאי הקשה הרשב"א מככרי עליך דהתם היינו איסור הנכסים והכא איירי בנדרו הנאה זה מזה, ועיקר החלוקה נמי לא דמי למכירה דנאמר דנבעי דוקא זבינא דרמי על אפיה דכיון דיכול לכופו בדין לחלוק אינו מהנה אותו בחלוקה, ומה דאסור בלא דין ברירה להשתמש בחצר אף דג"כ בדין הוא נוטל ואינו מהנה אותו, זהו בשביל דבדין נדרו הנאה זה מזה בכלל זה הוא נכסים דאם נהנה מנכסיו הוא ג"כ הנאה ממנו, אבל זהו דוקא כ"ז שהם נכסיו ולא כשלקחו דאין עצם הנכסים אסורים, והוא פשוט ומוכרח מדין זבינא דרמי על אפיה דמותר ליקח ממנו בנדרו הנאה זה מזה, וזהו מש"כ דלשיטת הרמב"ם יש נ"מ במה שמסר לו דליו לפימש"כ דמה דמותר משום יש ברירה אינו אלא בנדרו הנאה זה מזה, אבל בנדרו הנאה מנכסיהם לא מהני כיון דקודם שהוברר שנכנס לתוך שלו היה רשות שניהם עליו, וא"כ קודם שמסר לו דליו היה יכול לאסור

עליו המים באיסור נכסים, אבל משמסר לו דליו והעמיד כל הבור ברשותו קנה כבר כל המים שבבור והוי בגדר מכירה לזמן, איברא דיש לעיין במכירה לזמן אם המוכר יוכל לאסור דלא מצינו אלא במשכיר שיכול להקדיש בערכין דף כ"א ועיין מש"כ בתוס' ב"מ דף ע"ג אבל לא במכירה לזמן וצ"ע בזה].

והנה הרמב"ם מפרש להדיא כפי' ר"ח דהא כתב ומשמסר דליו לשני לדלות ממנו, ואף דבגמ' אמרינן הובא בהלכה ט' המכסה בורו בדליו של חבירו ובא בעל הדלי ונטל דליו ומוכח דדלי ראוי לכיסוי, אבל הא ברשב"א מבואר דאם דליו הוא נטלא שדולין בו אינו ראוי לכיסוי ומהא דהמכסה בורו בדליו של חבירו לק"מ דדליו של חבירו שדולה מים מבורו אפשר שיועיל לכיסוי לבורו של המכסה שבור של חבירו רחב פתחו וגם הדלי גדול, ובור שלו פתחו קטן ויספיק הדלי לכסות אבל דלי שדולין מזה הבור גופיה בודאי אי אפשר לכסות בו ואף שאפשר לצייר שיש כיסוי ובו נקב ומכסין מהדלי הנקב בודאי דוחק הוא, וברורים דברי הרשב"א שאם דליו הוא נטלא שדולין בו אינו כיסוי, וממילא אזדא לה סברתו של הלח"מ.

ובחו"מ סי' ת"י כתב המחבר לשון הרמב"ם דהראשון חייב וכתב הגר"א ז"ל דהוא כגירסת הרי"ף, והרמ"א כתב ע"ז וי"א דשניהן חייבין עד שימסור דליו לשני וכ' ע"ז הגר"א ז"ל וז"ל כגי' שלנו והרא"ש כתב דאף גי' הרי"ף י"ל כפירש"י, וע"כ צ"ל כן כמ"ש כתנאי המדלה כו' במאי קא מיפלגי כו' עכ"ל, וכונת הגר"א הוא דכיון דמ"ד משימסור לו דליו סובר דהאי מדידיה קא ממלא והאי מדידיה קא ממלא א"כ בודאי שניהם חייבים דלא עדיף הראשון מהשני, אבל באמת לא ידעתי כלל ההכרע לזה, דהא להדיא כ' רש"י בד"ה וראשון דהאי עבר דקתני במתני' היינו נשתמש בו ובד"ה דלא כ' כסוי הבור לכסותו שהראשון פתחו ודלה וכו' ונמצא דהפי' עבר הראשון היינו שהיה מכוסה והראשון פתחו להשתמש בו, ואף לדעת הרמב"ם דאינו מפרש דליו כיסוי, מ"מ שפיר נוכל לפרש דעבר עליו הראשון היינו שהראשון פתחו וכמו שפירש"י, וא"כ בפשיטו נוכל לומר דכיון שהראשון פתחו בודאי נתחייב הוא בחיובי הבור וגם אח"כ כשבא השני והניחו משתמש מ"מ לא נתחייב השני דבשלמא למ"ד כשהניחו משתמש משום דסבר כרבנן דאין ברירה כשהניח הראשון להשני להשתמש הוי כאילו השאיל לו הבור ונעשה שומר על הבור, אבל לראב"י דהאי מדידיה קא ממלא וכו' ואינו שואל על חלקו א"כ לא נתחייב עכשיו בתורת שומר, ועיקר החיוב הוא על הראשון שפתחו ורק אם מסר לו דליו גילה דעתו שהעמיד כל הבור ברשותו כמו שפי' הרשב"א ואז נתחייב השני בשמירת כל הבור.

הנה מסופקני לדעת הרמב"ם דהראשון חייב אם אחר שידע השני ושהיה אפשר לו לכסות אם כבר חייבים שניהם, או דילמא דוקא בשני לגבי הראשון דאינו אלא משום שקבל הבור ברשותו ובגדר שומר והא לא נתחייב בקבלתו לעולם, ולכן מזמן שידע הראשון ושהיה לו זמן לכסותו שניהם חייבים, אבל הראשון שפתחו אפשר דהוא מחוייב לכסותו וכל זמן שלא כיסה הוא מחוייב בנזקין, ואף דלגבי הניזק אם אין להראשון לשלם ודאי יכול לתבוע גם השני משידע כמו כל בור שכיסוהו הבעלים ונתגלה באונס דמשידעו הבעלים חייבים בנזקיו, אבל בהדין שבין שני לראשון יש לומר דלעולם רמיא על הראשון לכסותו כיון שפתחו, ואולי דגם בזה נימא דכיון ששניהם הם בעלים על הבור אף דרמיא על הראשון לכסותו מ"מ שניהם חייבים בנזקיו מכיון שגם השני יודע ויש לו זמן לכסותו, ויש להוכיח כאופן הראשון מדבעי בגמ' וראשון עד אימת מיפטר ולא בעי ושני עד אימת מיפטר ארישא אך בסברא צ"ע.

ובמה דמוכח כאן דעד כדי שידע בודאי הראשון פטור יש להוכיח דלא כדברי הלח"מ בדעת הראב"ד בפ"ד הלכה ד' שכתב שיש לומר דלעולם אין הבעלים ניצולים מיד הניזק וכתב הלח"מ בהלכה י"א בכוונתו דסובר דמסירה לשומר אינו פוטר את הבעלים מן הניזק דהא הכא מוכח להדיא דראשון מיפטר מכי מסר דליו, ודוחק לומר דמסר דליו הוי טפי ממסירת שמירה לפימש"כ הרשב"א דהעמיד הבור ברשותו ונאמר דהוי בגדר מכירה לזמן עד כדי שידע דלא מסתבר כלל, אך באמת כבר בארנו שם והוכחנו דאין כונת הראב"ד כמש"כ הלח"מ אלא לענין בכדי שידע ע"ש.

ובמה שהשיג הראב"ד כתב הלח"מ דהרמב"ם מפרש כפי' התוס' דבכדי שידע היינו שיצא הקול ובכדי שיודיעוהו היינו שידע ממש וכיון שפסק כר' יוחנן לכן פסק עד שידע, אך בסברא דמילתא כתבו התוס' משום דאינו סומך אשמיעה, ודבריהם אינם מובנים דלמה לא יתחייב לכסות כששמע שהבור מגולה הא בדבר שאפשר לברר גם ע"א נאמן כדאמרינן בקדושין בע"מ פסולו ביחיד משום דאמרינן שלוף אחוי ואף דיש לומר דהתם לא הוי טירחא כלל והכא הוי טירחא יתירה לילך לבור שאפשר הוא רחוק בכ"ז לא מסתבר שיהי' פטור משמירת הבור כשאומרים לו שהוא מגולה ויהיו נזוקים בו ולא יהי' עליו חיוב לכסותו.

והרא"ה בש"מ כתב כפי' התוס' ובטעמא דשמואל כתב באופן אחר וז"ל ושמואל אמר בכדי שיודיעוהו פי' אע"פ ששמע כן מבני אדם אינו מתחייב בכך שבמשמע ודאי שג"כ שמע שבא חבירו כבר והוא סבור שכיון שהוא כסהו פעם אחת שחבירו בא לכסותו הוא לבדו פעם אחרת, וכיון שכן אינו מתחייב עד שיודיעוהו בשליחות ששולח בעדו

לבוא לסייעו והשתא ודאי רמיא חיובא אתרווהו וכו' עכ"ל, אכן דברי הרא"ה ג"כ אינם מבוררים דמ"ד בכדי שיודיעוהו משמע דלית ליה בכדי שידע כלל אפי' בא השני ומצאו מגולה והלך לו ואינו מתעסק כלל לכסותו מ"מ אינו חייב הראשון ובזה אינו מועיל טעמו של הרא"ה.

אכן יש לומר באופן אחר לדברי התוס' דאין מחייבין אותו משום זה דבסתמא שמע דאין מוציאין ממון מחזקה זו כמו דאין מוציאין ממון באומדנא דגמל האוחר בין הגמלים ונוכל לומר לפי"ז דרב לטעמי' דסובר הולכין בממון אחר הרוב, וכיון דע"פ רוב שמע מחייבין אותו ואף דבפ' המוכר פירות אמר דרב מודה בגמל האוחר כתב שם הרשב"ם משום דאיכא רובא כנגדו דרוב שוורים שבעולם נגחוהו ועיין במה שנכתוב בזה בסוף דברינו.

והנה הגר"א ז"ל כתב בחו"מ סי' ת"י דשיטת הרמב"ם הוא כגירסת הרא"ש דר' יוחנן סבר כדי שידע, ודברי הגר"א שם אינם מדוקדקים שקיצר יותר מדי שבמה דאיתא שם בחו"מ עד שידע והוא לשון הרמב"ם, כתב שם בס"ק ל"ז וז"ל עד שידע, כ"ה גי' הרמב"ם והרא"ש כר' יוחנן, ואח"כ בליקוט כ' וז"ל כ"ה גי' בגמ' וכ"ה גי' הרא"ש וכ"כ הטור עכ"ל, והמעיין יחשוב שדעת הגר"א ז"ל דהרמב"ם והרא"ש גורסים בגמ' עד שידע ובאמת ז"א דגם ברא"ש הגירסא כדי שידע, והטור הביא ע"ז פי' הראב"ד דא"צ עד שידע אלא בכדי שידע, ולכן ע"כ דכונת הגר"א ז"ל רק במה דגורס הרא"ש בדר' יוחנן כדי שידע ולא בכדי שיודיעוהו, וכן כתב הב"ח דמשום זה פסק הטור בכדי שידע משום דהרא"ש גורס כן בדר' יוחנן ורק שמואל אמר כדי שיודיעוהו, ואנן קיי"ל כר' יוחנן, ולפי דברי הגר"א ז"ל צ"ל דמה דכתב הרמב"ם עד שידע הוא משום דמפרש כפי' רש"י דבכדי שידע הוא לקולא דדוקא בבא וראה הבור מגולה חייב, ושמואל דסבר בכדי שיודיעוהו הוא לחומרא דחייב אפי' לא ראה.

ולפי"ז היה נכון לומר דגם גירסת הראב"ד הוא בדר' יוחנן בכדי שידע דהא כתב כן להלכה ורק דמפרש בכדי שידע הוא שיעור מנהגו לדלות דאז כבר ראה, ולפי דברי הראב"ד לכאורה צריך לומר דמפרש בכדי שיודיעוהו כפי' התוס' דדוקא אם הודיעוהו חייב, אבל דברי הראב"ד שכתב אין בגמ' עד שידע לא משמע דכן פירושו דעד שיודיעוהו, ע"כ נראה לפי הראב"ד דבכדי שיודיעוהו הוא נמי שיעור אלא דהוא חומרא דמ"ד בכדי שידע אינו מחייב אלא בשיעור מנהגו שיבוא לדלות ויראה שהבור מגולה, ומ"ד בכדי שיודיעוהו מחמיר ומחייב אם יש שיעור שע"פ האומד ראו אנשים והודיעוהו סגי לחייבו בזה, ולהלכה קיי"ל בכדי שידע משום דגורס כן בדר' יוחנן וכנ"ל, והטעם

בזה יש לומר דאינו משום דאינו מחוייב לסמוך על מה שהודיעוהו אלא משום דזה יותר ברור אם כבר עבר שיעור מנהגו שודאי הלך לדלות, אבל על סמך שהודיעוהו אינו אומד ברור לחייבו בכך.

אכן באמת קשה לפרש שיטת הרמב"ם כפי' רש"י דמלבד דפי' רש"י בעצמו קשה כמו שהקשינו למעלה על פי' התוס' דמהיכי תיתי יסבור רב דלא מהני לחייבו אם הודיעוהו שהבור מגולה, ולרש"י עוד יותר קשה דהתוס' מפרשים בכדי שידע היינו ששמע בשמיעת קול בעלמא, אבל לפירש"י צריך לומר דגם הודעה ממש לא מהני לחייבו לרב, ובפרט דלגירסת הרא"ש ושנאמר שכן הוא שיטת הרמב"ם צריכין אנו לקבל דוחק זה להלכה דלפירש"י לפחות אינו להלכה דהא רש"י אפשר דגורס כגירסתנו בדר' יוחנן כדי שיודיעוהו, ועוד יותר קשה לפרש כן בדברי הרמב"ם דכיון דלפירש"י עיקר המחלוקת אם סגי לחייבו במה שהודיעוהו או שצריך דוקא שיראה בעצמו, ולכן אם הרמב"ם הי' כותב לשון הגמ' כדי שידע היינו יכולין לפרש כדברי רש"י אבל מכיון ששינה וכתב עד שידע ומוכח שבא לפרש ואכתי לא ביאר לנו כלל דמנ"ל דאם הודיעוהו שהבור מגולה לא נקרא ידיעה ולא קרינן בו עד שידע.

והנראה לי בדעת הרמב"ם ע"פ דרך הלח"מ דהוא מפרש כפי' הר"י מיגש הובא בש"מ וז"ל מאן דאמר בכדי שידע הוא מחייב את הראשון שידע מעצמו כשיבקר אותו לראות אם נשאר מכוסה כמו שהניחו או נתגלה ויכסה אותו שנית, ואם נתעכב מלבקרו לדעת רב חייב והאומר בכדי שיודיעוהו ס"ל שמעת שכיסה אותו אינו מחוייב לבקר אותו לדעת אם נתגלה או לאו, אבל בחזקת מכוסה ישאר אצלו כמו שהניחו ואין עליו אשם למה שהניחו אא"כ נזדמן שהודיעוהו אחרי שכבר נתגלה אז אם נתעכב מלחזור לו ולכסותו יהי' חייב עכ"ל, ודברי הר"י מיגש הם דלא כמש"כ הרמב"ן במלחמות בסוגיא דמיגו דהוי פושע לענין גמלים, דלהלכה על בעל הבור לילך ולבדוק אם לא נתקלקל הכיסוי הבאתי דבריו בפ"ד הלכה ו', ומדברי הר"י מיגש מוכח דלהלכה אינו מחוייב והוא בחזקתו,

ועכשיו מבואר דברי הרמב"ם שהוא כפי' הר"י מיגש כידוע שהוא הולך בשיטתו דמ"ד בכדי שידע הוא מחמיר דכיון שיש שיעור שהי' אפשר לו לידע חייב דהי' מחוייב לידע ומוכח דמטעם אומדנא אין מחייבין אותו ורק דאפי' לא ידע חייב, ומ"ד כדי שיודיעוהו סובר דדוקא אם הודיעוהו חייב, ולכן הרמב"ם שכתב עד שידע גורס כגירסתנו דר' יוחנן סבר כדי שיודיעוהו וסובר כפשוטו דאם הודיעוהו ודאי הוי ידיעה וזהו עד שידע, ואף דגם לפי' הר"י מיגש יש לדייק דאמאי משמע טפי כדי שיודיעוהו ידיעה ודאית וכדי

שידע משמע רק שיעור ידיעה, אבל באמת גם התוס' מפרשים כן דכדי שידע הוא שיצא הקול דמסתמא שמע וכדי שיודיעוהו היינו עד שיודיעוהו ממש משום דסוברים דלשון שיודיעוהו לא משמע על שיעור דלא שייך שיעור בזה דמנ"ל שהודיעוהו, והא דאמרי שמואל ור' יוחנן כדי שיודיעוהו הוא איידי דאמר רב כדי שידע.

אכן בדעת הראב"ד צ"ל דגורס כגירסת הרא"ש דר' יוחנן אמר בכדי שידע ומפרש שיעור מנהגו לדלות ובפי' כדי שיודיעוהו צ"ל דמפרש כמו שכתבנו למעלה דהוא ג"כ שיעור וסובר דשייך גם בזה שיעור, ושמואל מחמיר, והלכה כר' יוחנן דבכדי שידע וכנ"ל.

ובעיקר מחלוקת הרמב"ם והראב"ד דהרמב"ם סובר דאינו חייב אלא אם ידע בודאי והראב"ד סובר דחייב בשיעור מנהגו לידע אף דאין אנו יודעין בודאי אם ידע, יש לתלות זה בהספק אם שמירה הוא פטור ועיקר דינא הוא חייב על מה שממונו הזיק, או מה שהמזיק שלו הזיק דחייב משום ממונו, או עיקר החיוב הוא שחייבתו תורה בשמירה וחיובו הוא בשביל שלא שמר, וכבר כתבתי מזה בפ"א הל' א' דאם שמירה הוא פטור יש לומר דמספק ג"כ אפשר לחייבו כיון דהחיוב ודאי והפטור הוא בספק, וכמו שפסק הרמב"ם בפ' ב' מהל' שאלה ופקדון הל' ח' דספק בבעלים לגבי שואל אם הי' באונס פטור מספק ואם הי' בפשיעה חייב, וכתב המ"מ דכיון דפושע הוא כמזיק ואין ראיה ברורה לפטרו חייב לשלם, וכאן יש לדון בזה במכ"ש דהתם מיירי בספיקא דדינא דלא שייך חזקת חיוב וכאן בספיקא דמעשה יותר שייך לומר דמספק אין לפטרו, אלא דמ"מ צריך דוקא אומדנא שידע דאל"כ מהיכי תיתי לומר שידע, ומוקמינן ליה אחזקתו שלא ידע שנתגלה, ולפי"ז נאמר דהרמב"ם סובר דעיקר החיוב הוא השמירה והראב"ד סובר דשמירה הוא פטור, ועיין מש"כ בפי"ב הל' ה' שכתבנו ג"כ לשיטת הראב"ד דשמירה הוא פטור.

אכן לכאורה סתירה לדברינו משיטת הראב"ד בהל' ו' דאם אחר כסה בורו ואח"כ גילהו אינו חייב בעל הבור אלא בכדי שידע, והוכחנו שם שיטתו דיכול בעל המזיק לפטור את עצמו בטענת אונס אף שהוא לא שמר ואחרים שמרו מזיק שלו, וכיון דשמירה הוא פטור אמאי יהי' פטור ע"י שמירה של אחרים, אך י"ל דסובר דטעם הפטור דשמירה הוא משום גדר אונס, ואף דסגי בשמירה פחותה נאמר דלגבי נזקין סגי בזה לחשבו לאונס, ולכן אין נ"מ בין שמר הוא או שמרו אחרים, כיון דעכ"פ לא הי' עומד להזיק פטור משום אונס ולא דמי לתחלתו בפשיעה, דהתם לא הי' משומר לאיזה צד היזק, אבל הכא הי' משומר והוי אונס ופטור, ובדעת הרמב"ם נוכל לומר דכיון שפטרתו תורה בשמירה פחותה אין הפטור משום אונס רק דזהו עיקר חיובו, ונוכל לומר דעיקר החיוב

הוא שמירה ומש"ה כשהוא לא שמר לא מיפטר בטענת אונס, ומ"מ איני קובע מסמרים לתלות כאן בזו החקירה ויש לעיין בזה:

הלכה ח

עיין מה שכתבנו בזה בפ' ד' הל' ו'.

הלכה י

אחד החופר בור או שיח או מערה או חריץ ולמה נאמר בור עד שיהי' בו כדי להמית וכמה כדי להמית עומק י' טפחים, אבל אם הי' פחות מי' ונפל לתוכו שור או שאר בהמה חי' ועוף ומת פטור, ואם הוזקו חייב בעל התקלה נזק שלם.

בגמ' דף נ"א אמרינן אלא היינו טעמא דר"נ סבר מכריסא דתורא עד לארעא כמה הוי ארבעה, אריתא דדלאי כמה הוי שיתא אישתכח דכי קא מיחבט מעשרה קא מיחבט, אלא מתני' דקתני מה בור שהוא כדי להמית י' טפחים אף כל שיש בו כדי להמית י' טפחים בשיתא נמי סגיא, אמרי מתני' דאגנדור לבור, והרמב"ם השמיט סוגיא זו וסתם דאינו חייב על מיתה אלא בבור שיש בו י' טפחים.

אמנם הרשב"א בחידושיו כתב וז"ל מסתבר לי דלאו למימרא דמתני' דתני עשרה והיו פחותים מעשרה דוקא דאגנדר אגנדורי הא נפל כדרכו אפי' בשיתא סגיא אליבא דשמואל דא"כ ליפליג וליתני בדידי' בד"א במתגלגל, אבל נפל כדרכו אפי' בששה חייב, ועוד דאפי' אגנדר ונפל לתוך ששה ומת ליחייב דהו"ל תחלה בפשיעה וסופו באונס באגנדר וליחייב, ועוד שהרי בור בור כתיב אחד למיתה ואחד לנזקין ואמרינן מה בור שיש בו כדי להמית עשרה, אלמא בור של נזקין אינו של מיתה, ואם איתא של נזקין ושל מיתה הכל אחד וכשיפול כדרכו ורוב שוורים חש"ו נופלין הן כדרכן דרך הלוכן ולא דרך גינדור, אלא נ"ל ה"פ דמתני' דלתשלומין ואיכא גינדור דאין בו כדי להמית בפחות מעשרה, לפיכך שנינו עשרה ולומר שלא חייבה תורה אלא בבור שיש בו לעולם כדי להמית ואפי' באגנדר כנ"ל עכ"ל הרשב"א, אכן ברבינו אפרים הנדפס על הרי"ף כתב וז"ל ואסיקנא דטעמא דר"נ משום דסבר מכריסא דתורא לארעא ארבעה ואריתא דדלאי שיתא ומשום חבטה טרפה דילמא נפסק חוט השדרה, והאי דקתני היו פחותין ונפל לתוכן שור או חמור ומת פטור באגנדור לבור דליכא לא הבלא ולא חבטא, ואי דרך נפילה נפיל ומת בחבטא חזינן אי איכא עשרה מכריסא לקרקע הבור חייב, אלא שדבר הכתוב בהוה עכ"ל, הרי שרבינו אפרים סובר דהא דאגנדור הוא להלכה ודלא כדברי הרשב"א, ומה שהקשה הרשב"א על מה דקתני דסתם בור הוא עשרה. הוא כדי לחייב אפי' באגנדור ומשמע דרבינו אפרים סובר דאגנדור הוא מצוי יותר ליפול כמו שכתב

אלא שדבר הכתוב בהוה, והרשב"א סובר דרוב פעמים נופלים שלא בדרך גינדור, אלא שסברת הרשב"א באמת דחוקה מאד, דכיון שלדעתו רוב פעמים נופלים שלא בדרך גינדור מהיכי תיתי יפטור הכתוב בבור פחות מעשרה בשביל שבדרך גינדור אי אפשר להזיק.

אכן צריך ליישב לשיטת רבינו אפרים קושיית הרשב"א דא"כ אפי' בדרך גינדור יתחייב בבור י' משום תחלתו בפשיעה שיכול ליפול בדרך הלוכו, ואין לומר דסובר דאף דאם נפל בדרך הלוכו חייב, מ"מ אינו מצוי ולא הוי תחלתו בפשיעה, וכתבנו כעין זה לקמן בהלכה י"ח, דקשה לומר כן שאינו מצוי שיפול השור בדרך הלוכו אפי' לשיטתו דיותר מצוי בדרך גינדור.

לכן נראה דלפי"מ שבארתי בהלכה י"ט בארוכה דבדין יש אומד לנזקין לא שייך לחייב משום תחלתו בפשיעה וסופו באונס, דאם זרק על חבירו אבן תמיד הוי תחלתו בפשיעה דאם יפול על ראשו או על לבו הוא ראוי להזיק, ואם נפל על כתפו ואין ראוי להזיק משמע דפטור, ובארתי שם בטעמא דמילתא דלא שייך כלל לחייב משום תחלתו בפשיעה משום יש אומד לנזקין, ובארתי דטעמא דפטורא דבור פחות מי' למיתה הוא משום דין אומד לנזקין כדמשמע מד' הגמ' דף צ"א וכדמוכח מלשון הרמב"ם, ממילא לא שייך כלל להקשות שיתחייב בגינדור משום תחלתו בפשיעה ע"ש בארוכה.

עתה נבוא לדעת הרמב"ם, והנה א"א לומר בדעתו כדעת הרשב"א דכבר העיר הישׁ"ש שהוא השמיט הך דינא דמכריסא דתורא עד לארעא גם בהל' שחיטה לגבי נפולה וכתב בפ"ט מה' שחיטה ה"ל ח' וז"ל, נפולה כיצד הרי שנפלה הבהמה ממקום גבוה שגובהו י' טפחים או יותר וכו', איברא דהכ"מ עמד בזה וכתב וז"ל, אבל יש לתמוה למה לא כתב דמשחינן מאי דאיכא מכריסא עד ארעא, ואפשר שמאחר שכתב שנפלה הבהמה ממקום גבוה שגבהו י' טפחים ממילא משמע עכ"ל, ודבריו דחוקין דאיך זה משמע ממילא דאם לא הי' כותב הרמב"ם ממקום גבוה אלא שנפל בעומק י' טפחים אולי הי' מקום בדוחק לומר כן, אבל כיון שכתב ממקום גבוה הרי שכתב להדיא שהמקום יהי' גבוה י' טפחים, ובכלל אין זה דרך הרמב"ם שלא לפרש להדיא מה שמפורש בגמ'.

ולכן המחוור בזה דברי הישׁ"ש דהרמב"ם פסק להלכה דלא כר"נ ולפי שהאריך בהן הרבה נביא דבריו בקיצור, דהנה הרי"ף לא הביא אלא תחלת הסוגיא דסובר ר"נ דיש חבט בפחות מי' וכבר תמה עליו הרא"ש בזה, וכתב הישׁ"ש דמה דמסיק אח"כ דטעמא דר"נ אינו משום דיש חבט בפחות מי' אלא משום דמכריסא דתורא וכו'. ומה דתנן דבור שיש כדי להמית היינו באגנדר זהו ע"כ כשמואל, ולכן הרי"ף דפסק כרב משום

דתניא כוותי' לא סמך על סוף הסוגיא דע"כ צ"ל שזהו שתי לשונות דהא מעיקרא אמר איתביה רבא לר"נ וא"ל ר"נ א"כ שניהם שו"ט לפי"מ דסובר ר"נ יש חבט בפחות מי' ומה שייך אח"כ לומר אלא היינו טעמא דר"נ, וע"כ דזהו מסקנת הסוגיא דחזר בו וסבר דר"נ לא סבר כלל דיש חבט בפחות מי' אלא משום דמכריסא דתורא וכו', ולא איתביה רבא לר"נ ולא אהדר ליה ר"נ, ולכן הרי"ף דסובר כרב לא רצה לסמוך על סוף הסוגיא דאזיל אליבא דשמואל, וזהו דעת הרי"ף דפסק כרב, והרמב"ם דפסק כשמואל ומ"מ פסק דלא כרב נחמן הוא משום דלישנא בתרא הוצרך לאוקמי מתני' באגנדר לבור וסתמא משמע דבכל אופן פטור, ולישנא קמא אוקמא כרב וכיון דפסקינן כשמואל ע"כ ההלכה כרבא דאותיב לר"נ ואין חבט בפחות מעשרה אפי' לענין טרפות ואפי' נפל מהלך דלית לן הסברא דמכריסא דתורא וכו' כיון דמתני' סתמא קתני אפי' שלא באגנדר לבור, ובדעת הרא"ש כתב דלענין טרפות נקטינן כלישנא בתרא כסברא דמכריסא דתורא וכו', אבל לענין תשלומין לא מוקמינן מתני' באגנדר לבור והוא בדרך הרשב"א, אלא שכתב טעם אחר דע"י סברא דמכריסא דתורא וכו' אינו מצוי חבט דמיתה אלא דלעינן טרפות מחמרינן אבל לענין תשלומין בבור כיון דאינו מצוי מיתה פטור.

אלא שצריך ליישב לדעת הרי"ף קושיית הגמ' מברייתא דמעקה דבית שאינו גבוה י' פטור ממעקה, וכתב בזה הישׁ"ש דלעולם נימא כתי' הגמ' משום דבית פחות מי' לאו בית הוא וקושיית הגמ' דהאיכא תקרה ומעזיבא דחק ביה מגואי, וקושיית הגמ' א"ה כי אין גבוה י' נמי משכחת דחק ביה טובא נאמר לדעת הרי"ף דכן הוא מצוי ברוב בתים לחוק מעט מבפנים ויהי' גבוה י' לבד תקרה ומעזיבה, ודבריו אינם מדוקדקים דא"א לומר דדרך רוב הבתים לחוק מעט כדי שיהי' גבוה י"ט דאטו רוב בתים אינם גבוהים אלא י"ט הא קומתו של אדם ג' אמות שהוא י"ח טפחים, והדין דבית צריך שיהא בו י"ט הוא שיעור היותר פחות, וצ"ל לפי דבריו רק דהדרך לחוק מעט ברוב בתים אפי' גבוהים והחקק הוא מועט כשיעור תקרה ומעזיבה, וממילא בבית של י' טפחים מבחוץ יש מבפנים י' טפחים עם החקק, אך מ"מ דחוק לומר כן דהדרך לחוק בבתים ממש כשיעור עובי תקרה ומעזיבה,

והנראה בזה דבאמת עיקר דבריו של הישׁ"ש לכאורה הם מופרכים במה שכתב בטעמא דפסק הרי"ף כלישנא קמא אף דבכ"מ פוסק כלישנא בתרא משום דלישנא בתרא אוקים כשמואל והרי"ף סובר כרב, ודבריו תמוהים דהא לא הוצרך לישנא בתרא לתרץ כשמואל ואדרבא לרב ניחא שפיר בלא אוקימתא דאגנדר לבור דאף דיש חבט בשור מהלך בבור ששה הא לא חייבה התורה בבור אלא להבלו, וכבר כתב כן הרשב"א בחידושיו דהא

דפריך בגמ' במסקנא אלא מתני' דקתני מה בור וכו' ודמשני דאגנדר לבור הוא אליבא דשמואל, וא"כ מנין הוכיח הרי"ף שלא לפסוק כמסקנא דסוגיא דאין חבט בפחות מי' ור"נ דטרפי' הוא רק משום הא דמכריסא דתורא, והגמ' הכריח זה מברייתא דמעקה ולמה לו לתרץ תירוצים אחרים, ואי משום דתירוצא דאגנדר הוא דחוק הא זה לא צריך אלא לשמואל, והרי"ף הא פוסק כרב ואי משום דעכ"פ לשמואל לא ניחא הא גם עכשיו דסבר כתחלת הסוגיא דיש חבט בפחות מי' הוא דלא כשמואל דקשה ממתני' דבור פחות מי"ט פטור על מיתה ורק אליבא דרב תירץ ר"נ משום דליכא הבלא, ואם באנו לומר דלא מסתבר להכניס רב ושמואל בפלוגתא בהך סברא אי מהני הא דמכריסא דתורא לענין חבט, מכיון דנימא דתי' דאגנדר הוא דחוק הא ע"כ אנו מוכרחים גם לשיטת הרי"ף כתחילת הסוגיא להכניס רב ושמואל בפלוגתא אם יש חבט בפחות מעשרה ומאי נ"מ בין זה לזה.

לכן נראה דסובר הרי"ף דעיקר הך מילתא אי יש חבט בפחות מעשרה או אין חבט תליא מעיקר דינא בפלוגתא דרב ושמואל, והוא משום דבאמת דברי הרשב"א ג"כ אינם מיושבים במה שכתב דהא דפריך במסקנא אלא מתני' דקתני וכו', ודמשני באגנדר לבור הוא אליבא דשמואל דלא הו"ל לגמ' למיפרך בסתמא, דהא מעיקרא הוי ניחא ליה דתירץ ר"נ מתני' דמה בור משום דליכא הבלא והיינו כרב וכדפירש"י, וגם עכשיו דמסיק בטעם אחר משום דמכריסא דתורא וכו' נמי אין להקשות ממתני' דהא כבר תורץ משום דליכא הבלא, ורק משום דעכשיו יש לתרץ גם אליבא דשמואל בתירוצא דאגנדר לבור, הו"ל לגמ' למימר ולשמואל, כיון דלרב לק"מ ועד השתא אוקימנא ר"נ כרב, ולכן מוכח דסבר הגמ' דבאמת בהא גופא תליא דדין דאין חבט בפחות מעשרה יכולין אנו ללמוד רק מדין בור ואליבא דשמואל דהא תנן במתני' למה נאמר בור לומר לך מה בור שיש בו כדי להמית י' טפחים ולא מיבעי לפירש"י דסתם בור י' טפחים הא להדיא דשיעור חבט י' טפחים אלא אפי' לפי' התוס' דף ג' דסתם בור עמוק הרבה, וכן משמע מדברי הרמב"ם דמבור ידעינן דצריך שיהי' בו כדי להמית בשביל שהוא עמוק, עכ"פ ידעינן דיש חילוק בין מיתה לנזקין דהא בנזקין פסק הרמב"ם דהנזק בכל שהוא מצוי, ובאמת ליכא שיעור אחר פחות מי' טפחים, והרי"ף דפסק דיש חבט בפחות מי' לא הזכיר כלל דאריתא דדלאי הוא ששה משום דסובר דששה אינו בודאי שיעור של חז"ל ואי ס"ל דיש חבט בפחות מעשרה ה"ה כמו לנזק דיש חבט בכל שהוא, וא"כ מדגלה לן קרא גבי בור דצריך שיעור ע"כ דאין חבט בפחות מי' וזהו השיעור של גובה היותר קטן שקבלו חז"ל דשיעור י' טפחים הוא לכל עניני מחיצות, אבל אי יש חבט בפחות מעשרה ליכא שיעור כלל.

ונמצא דלרב דבור שחייבה עליו תורה להבלו ולא לחבטו לא ידעינן מקרא דבור מידי לענין חבט, וזהו דקבע הגמ' עובדא דההוא תורא דטרפי' רב נחמן הכא ולא בחולין משום דהכא באמת עיקר המקור של דין זה דאי נוכל למילף מבור ידעינן דאין חבט בפחות מי', ואי לא ילפינן מבור והיינו אליבא דרב אין לנו מקור לומר דאין חבט בפחות מי' דיש לומר דכמו שאפשר ליזיק בנפלה ממקום גבוה כ"ש כמו שפסק הרמב"ם כן אפשר למות מזה.

ולכן בתחילת הסוגיא הוי סבר ר"נ כרב, ובסוף הסוגיא דהדר ביה וסבר דאין חבט בפחות מי' מסתבר לגמ' דהוא אליבא דשמואל וילפינן זה מקרא דמה בור שיש בו כדי להמית עשרה, ולכן פריך בסתמא אהא דאמר דטעמא דר"נ דמכריסא דתורא וכו' אלא מתני' דקתני מה בור, משום דעכשיו דסבר אין חבט בפחות מעשרה מסתבר להגמ' דהוא כשמואל וכנ"ל.

איברא דלפי"ז אדפריך מברייתא דמעקה על ר"נ הא מצי למיפרך על רב ומה מהני במה דמסיק אלא היינו טעמא דר"נ הא אכתי קשה על רב כיון דנימא דתלי זה בזה יש לומר דאה"נ אלא דבהאי סוגיא לא הוזכר רב ושמואל כלל ובין מעיקרא דמשני משום דלית בה הבלא דהיינו כרב לא הזכיר מימרא דרב וכן במסקנא דמסיק באופן דחייב אחבטא לא הזכיר מימרא דשמואל, ובאמת אה"נ דלפי"מ דמסיק עכשיו במסקנא אלא היינו טעמא דר"נ דסבר דמברייתא דמעקה תיובתא לפי"מ דסבר ר"נ מעיקרא יש חבט בפחות מעשרה ה"נ הוי תיובתא לרב דטעמא דלישנא קמא הוא כרב, רק לדידן להלכה לא ס"ל כהאי לישנא דמסיק כשמואל וכמו שנבאר.

דהנה לקמן דף נ"ג בסוגיא דלהבלו ולא לחבטו מייתי ברייתא דבבור בין לפניו בין לאחריו חייב ופריך מינה לרב ומתרץ רב חסדא מודה רב בבור ברשותו ורבה משני במתהפך ורב יוסף משני הכא בנזקי בור בשור עסקינן ואח"כ איתא בגמ' תני רב חנניא לסיועי לרב וכתב שם הרשב"א דלשמואל לא קשה מהך ברייתא דאמר לך שמואל תנאי היא דברייתא דבבור בין לפניו בין לאחריו חייב פשטה אתיא כשמואל, ודבריו ברורים דשינויי דרב חסדא ורבה הם אוקימתות וברייתא סתמא קתני ואוקימתא דרב יוסף דבנזקי בור בשור בודאי דחוקה דאם הוזק שור בבור מאי נ"מ בין לאחריו בין לפניו ומאי קמ"ל, ולכן בודאי פשטה דברייתא כשמואל.

ונראה דאף דהרי"ף סובר כרב מ"מ סובר דהברייתא היא כשמואל, דהרי"ף השמיט הברייתא וכל הני שינויי ולמה לא הביא שינויי דרב חסדא ורב יוסף והם נוגעים להלכה, ואף דהם סברות פשוטות דרב הא פוטר רק משום דקרקע עולם הזיקתו ולא בבור

ברשותו, וכן סברא דרב יוסף דהבלא דאהני בי' אהני בי' היא סברה פשוטה מ"מ אינו מיושב בזה דהרבה מימרות נמצאו שהם פשוטים והרי"ף אינו משמיטם, ולכן מוכח מזה דסובר הרי"ף שהם שינויי דחיקי ופשטה דברייתא היא כשמואל ולכן לא הביא הברייתא והאוקימתות כיון דלהלכה אין בהם כ"כ חידוש, ובקושטא דמילתא הברייתא היא כשמואל, ומבואר עכשיו דכמו דלשמואל ע"כ תנאי היא לרב נמי תנאי היא, וא"כ לא קשה על רב מברייתא דמעקה כיון דבל"ז תנאי היא ורב סבר כברייתא דתני רב חנניה.

ומה דפסק הרי"ף כרב אם נימא דשם בסוגיא איכא ברייתא כשמואל וגם ברייתא דמעקה סברה כשמואל הוא פשוט דכיון דאם נימא כמסקנא דסוגיא דהא דטרפי' רב נחמן הוא דלעולם אין חבט בפחות מי' ורק משום דמכריסא דתורא וכו' וכיון דנימא דאי סבר ר"נ אין חבט בפחות מ"י הוא כשמואל א"כ קשה מתני' דמה בור שיש בו כדי להמית עשרה, וצריך ע"כ לשינוייא דאגנדר לבור והוא בודאי שינוייא דחיקא כמו שכתבו הראשונים דפשטה דמתני' בכל גווני, וע"כ דהלכה כל"ק דסבר ר"נ יש חבט בפחות מי' והוא ע"כ כרב כדאמר להדיא, וכיון דר"נ דאהדר לרבא ורבא דקבל להאי תירוצא ס"ל כרב לכן פסק כרב, והרשב"א שם בסוגיא כתב על מה דפסק הרי"ף כרב דנראה לו לפסוק כשמואל משום דר"נ ורבא במסקנא ס"ל כשמואל, אבל לדברינו הוא להיפוך דאדרבא מסוגיא דהכא פסק כרב כיון דלא ניחא להרי"ף בסברא דמסקנא כיון דאסיק בשינויי דחיקא והרשב"א לטעמי' דמפרש דאין כונת הגמ' לומר דמתני' מיירי באגנדר אלא משום דאיכא באגנדר לכן בכל אופן צריך י' טפחים, אבל הרי"ף מפרש כפשוטו וכבר כתבנו דסברת הרשב"א דחוקה, ולכן סובר הרי"ף דהוא שינויא דחיקא ולא קיי"ל כמסקנא וממילא ע"כ הלכתא כרב וכנ"ל.

ויש לחזק דברינו דבמכילתא לא הוזכר אלא רישא דברייתא דהיתה רה"ר גבוה ממנו י"ט דפטור, אבל חיוב מעקה לא הוזכר דבעי י"ט, וי"ל דבפטורא דר"ה גבוה ממנו אשמעינן רבותא אפי' גבוה י"ט אבל לחיובא סברה המכילתא דלא בעי י"ט משום יש חבט בפחות מי' וכרב דבור שחייבה תורה להבלו ולא לחבטו.

וכל זה הוצרכנו להעמיד שיטת הרי"ף אבל שיטת הרמב"ם פשוטה דכיון דפסק כשמואל ותי' דאגנדר הוא דחוק וע"כ דאין חבט בפחות מי'.

אכן בפי"א מה' רוצח בדיני מעקה לא הזכיר כלל דצריך שיהי' הגג גבוה י' טפחים, ואף דיש לומר דסמך ע"ז דפסק בהל' שחיטה דאין נפילה בפחות מי' טפחים, וכאן כתב בהלכה ד' אחד הגג ואחד כל דבר שיש בו סכנה וראוי שיכשל בה וימות, ומצאתי שהמאירי בש"מ כתב כן, מ"מ לדעתי אינו מיושב בזה דלמה לא הזכיר כלשון הברייתא

והמכילתא דכשכתב היתה רה"ר גבוה ממנו השמיט מלכתוב י' טפחים, ולכן נראה דכיון דלשיטת הרי"ף ע"כ חייב במעקה בפחות מי' טפחים היכי דמגואי איכא י"ט דהוי בית, לכן אף דהרמב"ם לא פסק כהרי"ף וסובר דאין חבט בפחות מי' מ"מ זהו לענין איסור לגבי טרפות ולענין חיוב ממון לגבי בור אבל לענין מעקה דהוא לשמור מסכנת נפשות וחמירא סכנתא מאיסורא, חשש לדעת הרי"ף והשמיט תנאי דגבוה י' טפחים דלדעת הרי"ף הברייתא דלא כהלכתא וכמש"כ.

ומה שלא כתב הרמב"ם דצריך שיהי' בתוך הבית י' טפחים והמאירי בש"מ עמד בעיקר דבריו על זה וז"ל בית שאין בו ד' אמות על ד"א אינו חייב במעקה שאינו קרוי בית, ויראה מכאן שהדין כן כשאינו גבוה י' מתוך חללו, אלא שגדולי המחברים לא הביאוה, אלא שמ"מ אף הם פוסקים אותה מחמת חבט שהרי כתבו כל שיש בו סכנה עד שיכשל בו אדם וימות, הא מצד שאינו בית לא הוזכרה בדבריהם, ונמצא מדבריהם לדברינו חלוק לענין מזוזה ומ"מ הואיל ופתח שאינו גבוה י' אינו חייב במזוזה, נראה דכ"ש בית אלא שאפשר להיות שוה לגג והרי יש י' משפת הגג עכ"ל.

והנה מה דניחא להמאירי דסמך הרמב"ם על מה דפסק אין חבט בפחות מי' תמיהני הא מפורש בסוגיא דאיכא תקרה ומעזיבה וא"כ אם הגג גבוה י' אם לא חקק מגואי אין בבית י' טפחים, וכן נשאר באמת בלא ישוב זה שלא כתב הרמב"ם בה' מזוזה דצריך שיהי' הבית גבוה י"ט, ואין לומר דסמך על מה שכתב דצריך שיהי' השער גבוה י' טפחים דהא אפשר שמצד השער הבית גבוה ולצד פנים הוא נמוך, ולומר דסמך על מה דהוא כש"כ מפתח כמש"כ המאירי הוא דוחק, וביחוד כיון דשם מנה במנין עשרה תנאים וכתב דצריך שיהי' ד"א למה השמיט דצריך שיהי' גבוה י' טפחים.

ע"כ נראה דזה באמת לא קשה כלל לא במעקה ולא במזוזה דבפחות מי' טפחים אי אפשר לדור כלל, והרמב"ם במזוזה כתב מהעשרה התנאים שיהי' עשוי לדירת אדם, ובפחות מי"ט ודאי לאו בית דירה הוא, וכן בהל' רוצח כתב בהל' א' והוא שיהי' בית דירה, ולכן השיעור י' טפחים אינו שייך לכתוב בתנאים שיהי' לבית ורק מה שהשמיט הרמב"ם במעקה הוא מה שכתבנו דלא כתב גובה הגג משום דאפשר דתוך הבית הוא חקוק כדאיתא בגמ', ולכן צ"ל דבזה באמת חשש לדעת הרי"ף וכנ"ל:

הלכה יב

החופר בור עמוק י' טפחים ובא אחר והשלימו לכ' ובא אחר והשלימו לל' כולן חייבין, חפר הראשון פחות מי' אפי' טפח ובא האחרון והשלימו לי' בין שחפר בו טפח או שהגביה בנין על שפתיו טפח זה האחרון חייב, סתם טפח שהוסיף או שסתר טפח

שבנה ה"ז ספק אם כבר נסתלק מעשה ראשון או עדיין לא נסתלק.

כתב הלח"מ וז"ל ואיתא בברייתא דהיכא דסייד וכייד האחרון חייב, ומוקי לה בגמ' שלא היה לו הבל למיתה והוסיף בו שיעור הבל למיתה, ולא הזכירו רבינו משום דהוא דומה לבור ט' והשלימו לי', וכיון דהתם חייב האחרון ה"ה הכא שעשה האחרון ההבל שהאחרון חייב עכ"ל, ואף שדבריו לכאורה פשוטים מ"מ אינו מסתבר שהרמב"ם ישמיט ברייתא מפורשת, וביותר שלא הוזכרה ברייתא זו גם ברא"ש וטור וחו"מ.

והנה כשנעיין בדבר נמצא דהלכה זו אינה פשוטה דבשלמא למ"ד להבלו ולא לחבטו ודאי הוא פשוט דדמי לבור ט' והשלימה לעשרה, אבל למ"ד להבלו וכ"ש לחבטו א"כ לא מיבעי אם הוזק מחבטו דודאי אינו מוכרח דמהני מה דעבד בתרא שיעור מיתה להבלו שיפטר הראשון לענין היזק מחבטו, אלא אפי' הוזק מהבלו מ"מ יש מקום לומר דלא דמי לבור ט' והשלימה לעשרה דכיון דבסברא צריכים להיות שניהם חייבין לענין נזקין, ורק דילפינן מקרא דוהמת יהיה לו דהאחרון דעבד שיעור מיתה חייב גם לענין נזקין, היינו דוקא בבור ט' דקמא לא עבד שיעור מיתה כלל ואינו בעל הבור לענין מיתה, אבל בסייד וכייד דראשון הוא ג"כ בעל הבור לענין מיתה מחבטו א"כ אפי' בהוזק מהבלו מנלן דראשון מיפטר כיון דמיירי דהיה בו הבל לנזקין, ואם נאמר דמ"מ כיון דלענין הבל פטור הראשון לענין מיתה, גם לענין נזקין לענין הבל האחרון חייב, אכתי קשה דודאי יש בזה חידוש יותר מחופר בור ט' ולא הו"ל להרמב"ם ולכל הפוסקים להשמיט ברייתא זו.

והנה עכ"פ צריך להעמיד דההיזק היה מהבלו אם לא נחדש דאפי' אם היה היזק בחבטו מ"מ כיון שהאחרון הוסיף מיתה לענין הבל האחרון חייב, וחפשתי בראשונים בזה ומצאתי לבעל ההשלמה שכתב דמיירי שהיה הבור בספוגין של צמר דליכא חבטה, והעיר שם המפרש דמדברי רש"י ותוס' שלא פירשו כן ופירשו רק שהיה רחבו יתר מעמקו מוכח דלא צריך לזה, ובשיטת רש"י ותוס' אולי יש לומר דסברי דאף דאיכא חבט מ"מ כיון שהאחרון הוסיף שיעור מיתה לענין הבל שלא היה מקודם נקרא האחרון יותר בעל הבור, אבל זה בודאי חידוש גדול כמו שכתבתי והו"ל להפוסקים לאתויי הך ברייתא, ע"כ צריך לומר דהך ברייתא סבר להבלו ולא לחבטו, דהא כתב הרשב"א בהא דהרי"ף פסק כרב משום דתני רב חנניא לסיועי לרב, וכתב ע"ז הרשב"א דהאיכא ברייתא אחריתא דבבור בין לפניו בין לאחריו חייב ואמר לך שמואל תנאי היא, וכיון דאיכא תנאי א"כ שפיר נוכל לומר דהך ברייתא סברה נמי להבלו ולא לחבטו, אבל לדידן דקיי"ל להבלו וכ"ש לחבטו אפשר דלא מהני סייד וכייד שיתחייב האחרון בנזקין אפי' הוזק מהבלו כיון דעכ"פ גם הראשון עבד שיעור מיתה ע"י חבטא וכמש"כ.

ומה דלא הביא הרי"ף ברייתא זו אף דסובר להבלו ולא לחבטו, אכן הרי"ף לא הביא גם ברייתא דחופר בור עשרה ובא אחר והשלימה לכ', איברא דבעל המאור כתב דהרי"ף השמיט הרבה עניני בור, אבל הרמב"ן שם במלחמות כתב דלא השמיט, וא"כ קשה אמאי השמיט הני תרי ברייתות, ונראה דהרי"ף יסבור כאיכא דאמרי דאמר רב זביד הא והא רבי, וא"כ לדידי' אין חילוק לרבנן בין חופר בור ט' והשלימה לי' או חופר בור י' והשלימה לכ', ולרבנן גם בזה אחרון חייב אף דעבד קמא שיעור מיתה וממילא ודאי בסייד וכייד דאחרון חייב וברייתא הא קאי אליבא דרבי ובאין בה הבל לנזקין, וכיון דקיי"ל כרבנן ממילא השמיט הרי"ף שתי הברייתות, ומצאתי בספר ההשלמה שכתב כן דלאיכא דאמרי לרבנן אין חילוק ובכל גווני אחרון חייב, ומבורר דעת הרי"ף דפסק בכל מקום כאיכא דאמרי, ודעת הרמב"ם משמע דכיון דלישנא קמא מוקמינן לברייתא דחופר בור י' אליבא דרבנן וגם מסתבר טעמא לומר דרבנן לא פליגי אלא בחופר בור ט' לכן לא פסק כאן כאיכא דאמרי:

-השמטות ומלואים-

במש"כ לעיל בד"ה ומה, דלאיכא דאמרי בגמ', לרבנן אין חילוק בין חופר בור ט' והשלימה לי' או חופר בור י' והשלימה לכ' ולרבנן גם בזה אחרון חייב אף דעבד קמא שיעור מיתה, ראיתי שכן מפורש ברש"י ד"ה הא והא רבי ופרש"י דאילו לרבנן כי היכי דפטרי חופר ט' מנזקין פטרי נמי הכא לקמאי.

הלכה יג

חפר הראשון בור עמוק ובא האחרון והרחיבו ונפל לתוכו שור ומת אם מחמת הבלו מת האחרון פטור שהרי מיעט הבלו ואם מחמת חבטו מת האחרון חייב שהרי הוא הקריב הזק בור זה, וכן אם נפל השור מאותו הצד שהרחיב האחרון האחרון חייב שהרי הקריב היזק בור זה אע"פ שמת מן ההבל, ואם מן הצד שחפר הראשון נפל, הראשון חייב שזהו האחרון מיעט הבלו.

הכ"מ הביא שהטור תמה ע"ז שפסק הרמב"ם כשתי הלשונות וכתב ע"ז הכ"מ דהרמב"ם סובר דלא פליגי ומיישב בזה קושיית התוס' שהקשו בד"ה אי מהבלא מיית דנהי דמיעט הבלא מ"מ אי לא דהרחיב לא היה נופל וזהו בשביל שפירשו התוס' דלישנא קמא דרב אשי מיירי נמי בנפל מן הצד שהרחיב, אבל הרמב"ם מפרש דלישנא קמא מיירי שנפל מן הצד השני ומ"מ אי מת מחבטא חייב דעכ"פ כיון שקירב להבור היזק נעשה שותף בכל הבור, וכדברי הכ"מ מבואר להדיא בדברי הרא"ה בש"מ וז"ל ומסתברא דמההוא גיסא דהרחיבה אי מיניה נפל פשיטא ליה ודאי דמחייב דהשתא ודאי הוא

עבדי' לכולי' היזיקא אבל היכא דנפל מאידך גיסא הוא דמיבעי לי' מי אמרינן דכיון דמאידך גיסא נפל לא עבד ולא כלום ומיפטר, או דילמא קמה לי' ברשותי' לאחיובי עלי' הוא נמי בהדי אידך עכ"ל, והנה זה נתבאר לנו מדברי הרא"ה דאם מחמת חבטא מת ונפל בצד השני אינו חייב האחרון אלא בחצי הנזק, ואם נפל מן הצד שהרחיב משמע מדברי הרא"ה דחייב האחרון בכל ההיזק דהא כתב דהא עבדי' לכולי' היזקא, ומצאתי שכתב כן הפנ"י וכתב דלא דמי להניח אבן ע"פ הבור דהתם האבן אינו שייך לעיקר הבור והוי כמו שור הדוחף ושניהם חייבין, אבל הכא כיון דהאחרון הרחיב עצם הבור קאים כולי' ברשותי' לענין זה אם יפול שור מצד שהרחיב, ונ"ל דאולי יש לדמות זה לפותח בור שכרהו אחר דחייב הפותח, וה"נ הצד שהי' סתום קודם שהרחיב לא גרע מכיסוי כיון דעכ"פ מי שהוא מהלך במקום זה אינו עשוי ליפול ואינו דומה למניח אבן ע"פ הבור דהתם כיון שלא עשה מעשה בגוף הבור אין האבן אלא כדוחף ושניהם חייבין, וכ"ז אנו צריכין להסביר היכא שהרחיב רק מעט ברוחב וכן משמע הלשון, אבל אם הרחיב הרבה דנפל השור כולו במקום שהרחיב בזה פשיטא דהאחרון לבדו חייב.

אלא דלפי"ז אינם מכוונים דברי הרמב"ם כיון דבשני הבבות כתב האחרון חייב ואינם דומים דברישא גם האחרון חייב ובסיפא האחרון לבדו חייב, ויש לומר דברישא כיון שבא להוציא ממה שכתב מקודם דאם מחמת הבלו מת האחרון פטור, ובזה כתב דאם מחמת חבטו מת האחרון חייב והיינו דאינו פטור אלא חייב ביחד עם הראשון, אבל בבא שני' כיון דהוא ענין אחר וכתב מקודם האחרון חייב ואח"כ הראשון חייב היינו כל אחד בכל הנזק, כן יש לפרש דבריו אף שבודאי סתם ולא פירש, ותמיהני על הפנ"י שכתב בהא דסיפא דהאחרון לבדו חייב דכן נראה לו מסתימת לשון הגמ' והפוסקים, דא"כ איך כתב מקודם בעצמו בפשיטותא קמא דרב אשי דגם האחרון חייב וכדברי הרא"ה הא ברמב"ם וגמ' אין חילוק, וברמב"ם בדוחק הסברנו החילוק שיש בדבריו אבל בגמ' בודאי אין חילוק.

אבל באמת דגם בלשון הרמב"ם אף שבארתי קצת מה שיש לחלק בלשונו בין בבא א' לבבא ב' אבל מ"מ הוא דחוק ובפרט שבשני המקומות כתב טעם אחד שהרי הקריב הזיק בור זה, וא"כ איך אפשר לומר דברישא חייב מחצה ובסיפא חייב כולו, דאף דבעיקר מילתא ודאי יש טעם מרווח לחלק ביניהם כמו שכתבנו אבל כיון שכתב טעם א' בשני האופנים מוכח דחד דינא לתרווייהו, והנה אם נבוא לפקפק במה שכתבתי למעלה בשם הפנ"י ומה שהוספתי להסביר דבסיפא האחרון לבדו חייב ונאמר דגם בסיפא האחרון חייב רק החצי גם כן לא יתיישב דבאמת מפשטות הלשון משמע דהאחרון חייב היינו

לבדו כמו דלשון הראשון חייב היינו לבדו.

וראיתי להלח"מ שעמד ע"ז בעיקר טעמא לשיטת הרמב"ם דאי מחמת חבטא מית אפי' נפל בצד השני האחרון חייב דאמאי חייב הא לא מת מחמת מה שהרחיבו וכתב ע"ז שבשביל שהרחיב לא היה מקום להשור לילך והלך בצד השני, ולפי דברי הלח"מ היה מיושב שגם בזה האחרון חייב לבדו, אבל אין טעם כלל בדבריו דמנא ידעינן לחייב בשביל זה ואיך יהיה אם השור הלך מתחלה מצד זה והוא פשוט שאין זה תירוץ כלל.

ולכן נראה דהנה לעיל פריך בגמ' מברייתא דהחופר בור י' ובא אחר והשלימה לכ' ובא אחר והשלימה לל' דכולן חייבין, ובברייתא דקתני החופר בור י' ובא אחר וסייד וכייד דהאחרון חייב ובעי למימר דהא רבי והא רבנן ומשני רב זביד דהא והא רבנן עד כאן לא אמרי רבנן אלא היכי דלא עבד קמא שיעור מיתה אבל היכי דעבד קמא שיעור מיתה אפי' רבנן מודו, ואיכא דאמרי אמר רב זביד הא והא רבי, וכבר הבאתי למעלה מדברי בעל ההשלמה דלאיכא דאמרי גם חופר בור י' ובא אחר והשלימה לכ' האחרון חייב אליבא דרבנן, ולכאורה יקשה טעמא מאי ומאי קס"ד דמקשה דמהיכי תיתי יפלגו רבנן הא אמר שם מעיקרא בטעמא דרבנן דוהמת יהי' לו ההוא דעביד מיתה, וצריך לומר דהך מ"ד סבר דכיון דעכ"פ בחופר בור ט' ובא אחר והשלימה לעשרה גילתה תורה דאחרון חייב לענין נזקין אף דלענין נזקין שניהם שוין אלמא דגם היכי דשניהם שוין אחרון חייב, ולכן גם לענין מיתה בחופר בור י' ובא אחר והשלימה לכ' אף דשניהם שוין האחרון חייב ולכן נראה דאף דבלישנא קמא סבר רב זביד דהיכי דעבד קמא שיעור מיתה אפי' רבנן מודו מ"מ היינו דוקא בחופר בור עשרה ובא אחר והשלימה לכ' דעיקר שיעור מיתה עשה הראשון אלא דכיון דגם האחרון הוסיף שיעור מיתה נעשו שניהם שותפין בבור, אבל עכ"פ האחרון לא הוסיף שיעור מיתה בבור שלא היה בבור הראשון, אבל בהרחיב האחרון כיון דעכ"פ הוסיף בבור שיעור מיתה אם יפול השור מצד שהרחיב בזה שפיר אמרינן דאחרון חייב כמו דחזינן לענין נזקין דאין באחרון שום עדיפות על הראשון לענין נזקין, ומ"מ כיון שחידש שיעור מיתה האחרון חייב, לכן ה"נ הכא כיון דעכ"פ הוסיף האחרון שיעור מיתה האחרון חייב דדוקא בחופר בור י' ובא אחר והשלימה לכ' דלא חידש בתרא חיוב מיתה שניהם חייבין.

ואף דבגמ' אמר עד כאן ל"פ רבנן אלא היכי דלא עבד קמא שיעור מיתה אבל היכי דעבד קמא שיעור מיתה אפי' רבנן מודו אלמא דתליא במה דעבד קמא שיעור מיתה, יש לומר דהכונה דעבד קמא כל השיעור מיתה ולא חידש בתרא שיעור מיתה אבל היכי דחידש בתרא שיעור מיתה ילפינן מנזקין דהאחרון חייב, ואפי' אם נימא דרב זביד בלישנא קמא

לא סבר הכי אלא דתליא לגמרי אי עבד קמא שיעור מיתה, אבל רב אשי בהא דהרחיבה סובר הכי, ואף דבגמ' לא נזכר כלל האחרון חייב אלא הרי קירב היזקא או הרי מיעט הבלא, יש לומר דעכ"פ היכי דנפל מהאי גיסא דהרחיבה ודאי פשוט להרמב"ם מסברא דהאחרון לבדו חייב, וכיון דבגמ' איתמר בחד לישנא הרי קירב הוזקא וכיון דבגוונא דנפל מצד שהרחיבה האחרון חייב לבדו, ה"נ בהאי גוונא דנפל מצד השני האחרון לבדו חייב, ודרך זה נוח יותר בכונת הרמב"ם דבשניהם האחרון חייב:

הלכה טו

עשה תל גבוה ברשות הרבים ונחבטה בו הבהמה ומתה, אם היה גבוה עשרה טפחים חייב לשלם, ואם היה פחות מעשרה פטור על מיתת הבהמה, אבל אם הוזקה בלבד חייב לשלם נזק שלם, ואפילו בתל גבוה כל שהוא או בחפירה כל שהיא, שהנזק בכל שהוא דבר מצוי וידוע ואין המיתה בכל שהוא מצוייה והרי הוא כמו אונס.

בתוס' דף ו' ע"ב בד"ה לשמואל אגובה נמי מחייב, כתבו ע"כ בנתקל בגובה ונחבט בקרקע, דאי בנחבט בגובה מודה רב דחייב כמו באבנו וסכינו ומשאו וכו', אבל מלשון הרמב"ם שכתב ונחבטה בו הבהמה, וכן בהל' ט"ז כתב או על חביטתה בתל מוכח דמפרש דנחבט בגובה, ומשמע מדבריו דדוקא בכה"ג חייב, אבל נפלה מן הגובה לקרקע דהוי כמו נתקל בתקלה ונחבט בקרקע פטור, ולכאורה הוא כמו שפסק בפי"ג הלכה ג' דדוקא נתקל ונחבט בתקלה חייב, אבל כבר הקשה שם הלח"מ מהא דהוחלק במים שהקשו בתוס' ותירצו דאיירי שנחבט בקרקע שהמים נשפכין עליה דדמי לקרקע הבור, ומדברי הרמב"ם שם בהל' י"ב לא משמע כן, דכתב סתם והוזק בקרקע דמשמע אפי' הוזק בקרקע שלא נשפך עליו המים חייב, ומוכח דנתקל בתקלה ונחבט בקרקע חייב.

ולכן בארתי בהל' י"ח לחלק בין מיתה לנזקין דגבי מיתה אינו חייב אלא בנחבט בתקלה, וזהו מש"כ הרמב"ם כאן ובהלכה ט"ז נחבט בגובה משום דמיירי במיתה, אבל גבי הוחלק במים בפי"ג הלכה י"ב דמיירי בנזקין חייב אפי' נחבט בקרקע, ומה שכתב שם בהל' ג' נתקל בקרקע ונחבט בתקלה בארתי שם לנכון, ובטעם החלוק בין מיתה לנזקין בארתי בהל' י"ח בארוכה.

ומה שהקשו בתוס' דא"כ לרב נמי ליחייב כמו באבנו וסכינו ומשאו דחבטא דידיה, יש לומר כמו שפי' הראב"ד הובא במלחמות דחפר מצד אחד של גבשושית שהוא משופע מכל צדדיה וחתכה מצד אחד ונעשה גובה שאפשר ליזוק בו, וכן פי' הר"ר יהונתן הובא בש"מ.

אכן צריך ביאור מה נ"מ בזה בין גובה גבוה י' או פחות מי' כיון דנחבט בגובה, ונראה

דכיון דעיקר הנפילה הוא מצד רגלי השור שנתקל בקרקע ונפל ונחבט בגובה, ולכן אם הגובה גבוה י' יש כאן חבטה של י' מרגלי השור הנופל עד ראש הגובה, אבל בפחות מי' אין כאן חבט של י':

הלכה יח

היה חופר בבור ונפלה הבהמה בתוך הבור מקול החפירה ומתה, אם נפלה מלפניה חייב מאחריה כגון שנבעתה וחזרה על עקבה לאחור ונפלה ומתה פטור, שנאמר ונפל עד שיפול דרך נפילה, נפלה לפניה מקול החפירה חוץ לבור ומתה אין ב"ד מחייבין אותו, ואם תפס הניזק אין מוציאין מידו, ואם נפלה לאחוריה חוץ לבור ומתה או הוזקה בעל הבור פטור.

השגת הראב"ד: חוץ לבור וכו'. א"א נראה לי כל הסוגיא אינה נצלת מן השבוש, ואולי חזרה היתה שנסתפק לו הלכה כרב או כשמואל וכתב למעלה כשמואל, ועכשיו בא לפסוק כרב, מ"מ שבושים יש כאן שאם נתקל בבור מקול החפירה ונפל חוץ לבור לרשות הרבים פטור, ואם נפל לאחוריו בבור זהו הספק שאמר שאין ב"ד מחייבין אותו.

עיין בלח"מ וקוטב תירוצו הוא דאף דפסק כרב משום דתני רב חנניא לסיועו לרב מ"מ בדין להבלו וכ"ש לחבטו פסק כשמואל ובנפל לאחורי הבור דפטור היינו משום דכתיב ונפל עד שיפול דרך נפילה, ורק דרב סבר דרך נפילה ממש וגם אגובה לא מחייב, ולשמואל אגובה מחייב דהוי קצת דרך נפילה ונתקל בבור ונפל לאחוריו חוץ לבור גם לשמואל לא הוי דרך נפילה, אבל לפניו הוי דרך נפילה, ומה דפסק דהוי ספק בנפל לפניו חוץ לבור הוא דכיון דדין זה מוכח רק לשמואל דמפרש לאחריו דפטור חוץ לבור ולפניו חוץ לבור חייב, אבל לרב דמפרש למתני' דזה וזה בבור לא מוכח דלפניו חוץ לבור חייב ולכן הוי ספק אם נפסוק בזה כשמואל כיון דבפירושא דמתני' ס"ל כרב, והנה עיקר מילתא לומר דהרמב"ם עצמו מסופק בזה אם נפסוק כשמואל בהך דינא ומזה עשה ספיקא דדינא אינו מרווח כלל, דאין דרך הרמב"ם לעשות ספיקא דדינא אלא מאבעיא דגמ' או אם יהיה פלוגתא ויהיה ספק כמי לפסוק.

והנה המרכבת המשנה הביא מה דאיתא בירושלמי כפי גירסת הר"א פולדא וז"ל אמר ר' ינאי לתוכו בין שלפניו בין שלאחריו חייב, חוצה לו לפניו חייב לאחריו פטור, וכן בתוספתא איתא לפניו מקול הכריה חייב לאחריו מקול הכריה פטור, בבור ושיח בין מלפניו בין מלאחריו חייב, ואחר שהאריך כתב וז"ל הדרן למילתא דהך ספק שנסתפק רבינו בנפל לפניו חוץ לבור, למד מהתוספתא והירושלמי הנ"ל דמשמע דמתני' בנפל חוץ לבור ואפ"ה לפניו חייב, וכן יש לפרש ג"כ לשון הש"ס דידן אלא היכי דמי לאחריו

מקול הכריה דפטור דנתקל בבור ונפל לאחורי הבור חוץ לבור, אבל לפניו שפיר מודה שמואל דחייב אפי' חוץ לבור ודלא כפירש"י דמפרש דלפניו היינו תוך הבור ולאחריו היינו חוץ לבור, ועיין בפיהמ"ש לרבינו דמשמע ג"כ דדוקא לאחריו חוץ לבור הוא דפטור איברא דיש כאן חזרה וכו' עכ"ל, והנה אף שהאיר עינינו בדברי התוספתא והירושלמי אבל דרכו בבאור ספיקו של הרמב"ם לא אבין כלל ולא באר בזה מאומה, דאדרבא כיון דבירושלמי ובתוספתא איתא להדיא דחייב בנפל לפניו חוץ לבור ותירוצא דשמואל מפרש הרמב"ם ג"כ דלפניו חייב, וכן מפרש בפיהמ"ש וא"כ איזה ספק יש כאן ואף דבזה חזר מפיהמ"ש דפסק דלאחריו בבור פטור כרב משום דתני רב חנניא לסיועי לרב אבל בלפניו חוץ לבור אין טעם לפטור, ואף דלרב בודאי פטור משום דקרקע עולם הזיקתו ולא עדיף מנתקל בגובה ונחבט בקרקע, אבל לדידן דפסקינן בזה כשמואל אין טעם לפטור בנפל לפניו חוץ לבור.

איברא דיש לומר דמירושלמי ותוספתא אין ראיה דע"כ מפרשים מתני' דזה וזה חוץ לבור אבל לדידן דקיי"ל כרב דזה וזה בבור נוכל לומר דחוץ לבור פטור אפי' לפניו, אבל עכ"פ אין שום מקור מנין לקח הרמב"ם לעשות ספיקא דדינא.

ונראה לומר בזה דלא כהמרכבת המשנה ודלא כהלח"מ בפירושא דתירוצא דשמואל דשניהם מפרשים דלשמואל לפניו חוץ לבור חייב, והמרכה"מ הביא דרש"י מפרש דלשמואל פטור בנפל לפניו חוץ לבור דלפניו היינו בבור ולאחריו היינו חוץ לבור אבל לא ידעתי איפוא מפורש זה בפירש"י, אולם בתוס' דף נ' ע"ב מוכח להדיא דלשמואל בנפל חוץ לבור בכל גווני פטור, וכן באמת משמע פשטות דברי הגמ' דלא הזכיר בתירוצא דשמואל שנפל לאחריו אלא שנפל לאחורי הבור, וכן מוכח להדיא מה דאמר רב לפניו לפניו ממש לאחריו לאחריו ממש מוכח דלשמואל אינו לפניו ולאחריו ממש אלא לפניו בבור ולאחריו חוץ לבור, וכן כתב להדיא המאירי בש"מ ואף שזהו דלא כפיהמ"ש ע"כ נאמר דאף דבפיהמ"ש באמת פירש דלשמואל רק לאחריו חוץ לבור פטור, אבל בחבורו פירש כפשטות דברי הגמ' דלשמואל לפניו פטור, ומה דפסק דהוי ספק היינו משום ר' ינאי דירושלמי דכיון דר' ינאי סבר להדיא דלפניו חוץ לבור חייב, ואף דפירושא דמתני' אינו כר' ינאי אבל בזה גם כשמואל לא מוכח מתני' דהא מפרש הרמב"ם מתני' כרב דזה וזה בבור, אבל בעיקר דינא דנפל לפניו חוץ לבור הא חזינן עכ"פ דלשמואל פטור ולר' ינאי חייב, ומה דלרב בודאי פטור זה לא נכנס בחשבון משום דרב הא סבר להבלו ולא לחבטו ואנן קיי"ל דכ"ש לחבטו, אבל שמואל ור' ינאי זהו מחלוקת שלא מצא הרמב"ם איך לפסוק ופסק לספיקא דדינא.

והנה המרכה"מ העיר מה דברישא כתב הרמב"ם במתה הבהמה ובסיפא בנפלה מאחוריה חוץ לבור כתב ומתה או הוזקה, וכתב ע"ז דבסיפא כיון דנתמעט גם לשמואל מונפל עד שיפול דרך נפילה פטור בין במתה בין בהוזקה, אבל בנפלה לפניה ונחבטה בשפת הבור כמש"כ הרמב"ם בפי' המשנה היינו שנחבטה בחוליא שסביב הבור דאם הוזקה גם בלא הבור חייב משום תל קטן דחייב אם הוזקה, ומלבד שדבריו אינם מתקבלים כלל דמאן יימר דשפת הבור מכוין הרמב"ם לחוליא שסביב הבור, בפרט שבהלכותיו לא זכר גם שפת הבור והזכיר רק לשון הגמ' נפלה לפניו מקול החפירה חוץ לבור, אך מלבד זה לא אדע מה הועיל ומה יתרץ בנפלה לאחריה בתוך הבור דפטור משום דכתיב ונפל למה כתב שם הרמב"ם ומתה.

ע"כ נראה דמה דממעטינן מקרא דונפל עד שיפול דרך נפילה לא ממעטינן אלא במתה ולא בהוזקה וכמו שור ולא אדם דממעטינן דוקא במתה משום דקרא במיתה משתעי, וע"כ דאף דעכ"פ ליכא קרא לחייב בנזקין מ"מ כיון דמסברא צריך לחייב גם אדם ורק דהוה גזה"כ שור ולא אדם אמרינן דגזה"כ אינו אלא במיתה ולא בנזקין, וא"כ ה"נ הא דממעטינן מונפל עד שיפול דרך נפילה היינו דוקא במיתה ולא בנזקין ואף דרב נמי למד מקרא דונפל כדתני רב חנניא לסייעו לרב וסבר דלהבלו ולא לחבטו אפי' בנזקין לא דמי דרב למד מקרא על סברא דאמרינן דלא חייבה תורה בור אלא להבלו ולא לחבטו משום דקרקע עולם הזיקתו ולכן אפי' בנזקין פטור אבל לשמואל הוי רק גזה"כ כמו שור ולא אדם, ולכן לא אמעיט אלא מיתה ומה דבנפלה לאחוריה חוץ לבור פטור גם בהוזקה היינו משום דהרמב"ן כתב דהא דפוטר שמואל בנפל חוץ לבור הוא משום דאמרינן דמקול הכריה נפל, אבל לדעת הרמב"ם לא נוכל לומר כן, דאי טעמא דשמואל דפטר משום דמקול הכריה נפל, א"כ למה כתב הרמב"ם בזה אם מתה ולא בהוזקה כמו בנפלה לאחוריה חוץ לבור, וע"כ דסובר דבנפל לפניה חוץ לבור נפלה נמי ממה שנתקלה בבור. ואף דבנפלה גם מקול הכריה, אמרינן כי ליכא לאשתלומי מהכורה משתלם מבעל הבור כדאמר בגמ', ואף דגמ' מיירי בנפל לתוך הבור דאיכא אנא תוראי בבירך אשכחתיה כבר כתב הרמב"ן במלחמות דאמרינן כי ליכא אפי' בלא אנא תוראי בבירך אשכחתיה וראיה משור ושור פסוה"מ שנגחו.

נמצא דהא דפטר שמואל בנפל חוץ לבור הוא נמי משום קרא דונפל וכל זה בנפלה לפניה אבל בנפלה לאחוריה כיון דאין דרך ליפול לאחוריה ע"י תקלה אלא משום ביעתותא וכמו שכתב הרמב"ם כגון שנבעתה וחזרה על עקיבה לאחור ונפלה, ולכן אף דאם נפלה באופן זה בתוך הבור אינו פטור אלא משום קרא דונפל דהא אפילו אם מחמת

כורה חייב משום כי ליכא לאשתלומי אבל אם נפלה חוץ לבור מחמת כורה לא שייך לחייב כלל ונמצא דגם לדעת הרמב"ם דברי הרמב"ן קיימין בנפלה לאחוריה חוץ לבור, ועיין מש"כ עוד בפי"ג הל' ג' -

הלכה יט

שור שדחף בהמה לתוך הבור ומתה, אם מועד הוא בעל הבור משלם מחצה ובעל השור מחצה, ואם תם הוא בעל השור משלם רביע מגופו ובעל הבור משלם שלשה חלקים מן היפה שבנכסיו, שבעל הנבילה אומר לבעל הבור פחת נבילה זו יש לי אצלך אע"פ שהיא גדולה ופקחת כיון שנדחפה הרי זו כמי שנפלה בלילה כל שאני יכול להוציא מבעל השור אני מוצא והשאר אתה חייב לשלמו.

בתוס' דף נ"ג כתבו דע"כ שור שדחף חבירו לבור מיירי בשוטה או מהלך בלילה דאי גם בפקח ומהלך ביום חייב, א"כ תמיד שור פקח ביום אמאי פטור לימא תחלתו בפשיעה שמא יפול ע"י שוורים וסופו באונס שנפל בעצמו, ולכן ע"כ דשור פקח מתרחק עצמו מן הבור כ"כ עד שאין שוורים אחרים יכולין להפילו, ולדעת הרמב"ם דכתב דאפי' בשור פקח ביום חייב צריך ליישב הוכחת התוס', והנה בפ"ב הלכה י"ח אות ז' יישבתי עפ"י דברי הראב"ד שם דסתם כלבים יש להם בעלים ומנטרי להו, וכתבתי שם דבזה לא יוכל בעל הגחלת לפטור את עצמו אם באמת כלב לקחו דמאי אולמא דידי' שהוא לא ישמור מזיק שלו ויסמוך שבעל הכלב ישמור מזיק שלו, ורק אם לא הוציא כלב הוי שפיר שמירה בדלת ולא נוכל לומר דאינו שמירה כלל דכלב יחתור משום דסתם כלבים יש להם בעלים, וה"נ יש לומר כאן דאינו תחלתו בפשיעה ע"י שוורים שידחפו שור לבור דסתם שוורים יש להם בעלים אלא דמ"מ אם באמת דחף שור לא יוכל בעל הבור לפטור א"ע בזה וכנ"ל.

וצריך להוסיף דלכאורה דברי הראב"ד אינם מספיקים דהתינח בסתמא אבל הא משכחת לה שלפנינו דחף שור אחד את חבירו לבור זה ובאותה שעה הלך שור פקח ונפל בעצמו דפשוט דגם בזה אף שעל השור שנדחף חייב בעל הבור מ"מ על השור שנפל בעצמו פטור וכאן לכאורה אין לומר דליכא פשיעה דסתם שוורים יש להם בעלים ושומרים אותם דהא קמן שהיה שור הדוחף סמוך לבור, והערה זו יש להעיר גם על דברי הראב"ד לפי"מ שבארנו שם כונתו דאף דחייב בעל החרורה אם הוציא כלב שדרכו לחתור מ"מ אם הוציא מזיק אחר שאין דרכו לחתור פטור, וצריך לומר דכונת הראב"ד דאף דאם הוציא כלב לא יוכל בעל החרורה לפטור א"ע לומר שהיה סבור שבעל הכלב ישמור את כלבו וכמש"כ, מ"מ לגבי תחלתו בפשיעה לא סגי פשיעה כזו כיון דבסתמא

סתם בעלים שומרים את כלבם, ולכן אף דלא יוכל לפטור את עצמו בטענת אונס אם הוציא כלב משום דמאי חזית שיסמוך בעל החררה על בעל הכלב, אבל לחייב משום תחלתו בפשיעה לא מחייבינן אלא היכי דהוי פשיעה גמורה, וכמו דאשכחן דתחלתו בגנבה ואבדה וסופו באונס פטור משום דבעינן דוקא פשיעה לחייב משום תחלתו בפשיעה, וכעין זה כתבו התוס' דף ל"ב ע"ב דבלא שכיחי גמלים אף דאם נפלו גמלים חייב מ"מ לא אמרינן מיגו דהוי פושע לענין גמלים ע"ש.

אכן נראה עוד ליישב הוכחת התוס' באופן אחר דכאן לא שייך לחייב משום תחלתו בפשיעה דהנה אמרינן בפ' החובל דף צ"א דיש אומד לנזקין, וכתב הרמב"ם בפ"א מה' חובל ומזיק הל' י"ח דאומדין לנזקין דאם הכהו בדבר שאין בו כדי להזיק וניזק הרי הוא כמו אונס, וגבי בור ט' דאיתא בדף ג' דקים להו לרבנן דנזקין עבדי מיתה לא עבדי ופירש"י שם דאמרינן דלא ניזק מהבור, אבל הרמב"ם כתב בהלכה ט"ו שהנזק בכל שהוא דבר מצוי ואין המיתה בכל שהוא מצוי והרי הוא כמו אונס, דסובר הרמב"ם דדין דבור ט' פטור ממיתה הוא ג"כ מדין אומד לנזקין משום דשם בהחובל בעי אם יש אומד לנזקין מי אמרינן לקטלא הוא דאמרינן בהכי נפקא נשמה בהכי לא נפקא נשמה, אבל לנזקין כל דהוא או דילמא לא שנא, ובעי שם למיפשט מהא דבור ט' עיין במש"כ בהלכה ט"ו, אבל עכ"פ כיון דלקטלא בודאי יש אומד, א"כ הא דבור ט' פטור ממיתה הוא מדין אומדנא, ולא משום דאמרינן דלא מת מהבור אלא דהוא בגדר אונס מה דמת מהבור.

והנה קשה לי בדין אומד לנזקין דאם זרק עליו אבן שאם הי' נופל על מקום מסוכן יותר הי' ראוי להזיק ונפל על מקום שאינו ראוי להזיק וניזק כמש"כ הרמב"ם בפ"ג מה' רוצח דאינו דומה מכהו על לבו למכהו על מתניו וא"כ ליחייב מדין תחלתו בפשיעה וסופו באונס.

אך באמת הוא פשוט דדין תחלתו בפשיעה וסופו באונס לא מצינו אלא לענין דין שמירה דכיון דפשע בדבר הנפקד ולא שמר אותה חייב, משום דאנו דנין כאן אם קיים ומלא חובת השמירה ואין אנו צריכין לחיובו של השומר לומר שודאי הזיק את החפץ הנפקד בפשיעתו, אלא דכיון דעכ"פ ניזק הדבר הנפקד והוא לא שמרו ויש סברא לומר דמחמת הפשיעה בא האונס אף שאין זה ודאי מ"מ כיון שעכ"פ הוא לא שמר חייב, וכן בדיני נזקין דאמרינן בכיצד הרגל דף כ"א ע"ב דשייך לדין תחלתו בפשיעה וסופו באונס ה"נ כיון שעכ"פ ממון המזיק שלו הזיק בודאי אלא דאנו דנין אם באופן זה הי' משומר ולא הי' ראוי להזיק או הי' ראוי להזיק בזה אנו אומרין. כיון דעכ"פ הי' ראוי להזיק באופן מצוי כמו בקפיצה, לכן אף שהזיק באופן בלתי מצוי כמו בנפילה חייב

דאמרינן דעכ"פ לא שמר מזיק שלו, אבל בדין אומדנא לנזקין דילפינן מקרא דבאבן או באגרוף דצריך שעצם ההיזק יהי' ע"י הכאה שהיא ראוי' להזיק והיכי שההכאה אינה ראויה להזיק פטור לא שייך דלתחייב משום תחלתו בפשיעה דכאן אין הפטור משום שעשה שמירה ואדרבא כשהכה את חבירו באבן לכאורה לא שייך כאן גדר אונס כלל, וכמו דאמרינן בנותן דינר זהב לאשה ואמר לה של כסף הוא, פשעה בו משלמת של כסף הזיקתו משלמת של זהב, דמאי הו"ל גבי' דאזקתיה, וגם הכא מאי שייך אונס דלמה הי' לו להשליך האבן ולטעון אנוס הייתי, אלא דגזה"כ הוא דאינו חייב אלא עד שההכאה תהי' ראוי' להזיק ולא אם ההיזק יצא בגדר אונס, ולא דמי למאי דאמרינן הזיקתו משלמת של זהב דהתם ידעה והזיקה בפועל אלא שהטעות הוא שהיתה סבורה שהוא של כסף.

ובזה מיושב מה דמדליק בתוך של חבירו פטור בדברים שאין דרכן להטמין בגדיש וגבי מרגניתא בכספתא מיבעי לן אי מנחי אינשי מרגניתא בכספתא, וקשה אמאי לא נימא מאי הוי לך גביה דאזקתי', ובתוס' בד"ה מי מנחי עמדו בזה וכתבו וז"ל אפי' יש עדים שהי' בו מרגניתא מיבעי' לי' דשמא לא איבעי לי' לאסוקי אדעתא להאי ולא אמרינן מאי הוי לך גביה דאזקתי' כיון דלא רגילי אינשי לאנוחי כלל, ולא דמי לדינר של זהב דלעיל דאבעי לה לאסוקי אדעתא טפי, דפעמים שאומר כן דירא שאם היתה יודעת שהוא של זהב לא היתה שומרתו, ותירוצם דחוק, אך באמת לא קשה כלל דבנותן דינר זהב לאשה כשהזיקתו הלא הזיקה אותו החפץ וידעה שהיא מזקת אלא שטעתה בשויו וע"ז אמרינן שפיר מאי הוי לך גביה דאזקתי' דתשלומי נזקין אינו בגדר מכירה דשייך לטעון טענת טעות ובטול מקח, אבל במדליק בתוך של חבירו או בההוא דבטש כספתא דחבריה שלא ידע שנמצא שם הדבר הניזק, א"כ עיקר ההיזק נעשה שלא בידיעתו בזה שייך שפיר לפטור משום אונס,

ועכשיו שבארנו דלגבי דין אומדנא בנזקין לא שייך גדר תחלתו בפשיעה וא"כ גבי שור פקח ביום שנפל לבור דמבואר שם בהחובל דהוא נמי משום דיש אומד לנזקין, וכמו שכתב הרמב"ם להדיא בהלכה ט"ז שזה כמו אונס לא שייך כלל גדר תחלתו בפשיעה, דלא שייך זה אלא היכי דהפטור משום שאין כאן חסרון שמירה, ובזה אמרינן דבתחלתו בפשיעה איכא חסרון שמירה, אבל בשור פקח ביום הא בודאי לא שמר כלל בורו והניחו פתוח רק דהפטור הוא משום דההיזק אינו עומד להיות, וזהו באמת חדוש בגמ' דגם זה שייך לגדר יש אומד לנזקין משום דחיוב בור הוא דוקא אם הבור מצד תקלתו יש בו להתקיל ולהזיק, ולכן לגבי שור פקח ביום כיון שאינו עומד ליפול שם אינו חייב על היזקו, כיון דמשום יש אומד לנזקין אתינן עלה לא שייך לחייב משום תחלתו בפשיעה.

ומה מדוקדקין דברי הרמב"ם שבכל השלשה מקומות היינו בפ"א מהל' חובל ומזיק לגבי יש אומד לנזקין וגבי דין בור ט' דפטור ממיתה בהלכה ט"ו ולגבי פטורא דשור פקח ביום בהל' ט"ז בכולם כתב שזה כמו אונס ולא כתב אונס ממש, משום דאונס ממש לא שייך כיון שלא הי' לו רשות מתחילה לעשות המזיק, אלא דמ"מ הוא כמו אונס וכנ"ל.

אלא דקשה לפי זה דכיון דהא דפטור בשור פיקח ביום הוא מגדר יש אומד לנזקין, וא"כ בדף נ"ב ע"ב בהאבעיא אי אמרינן מיגו דהוי פושע לענין גמלים הוי פושע לענין שוורים איך פשיט לזה מהא דשור פקח ביום פטור, אלמא לא אמרינן מיגו דהוי פושע לענין חרש הוי פושע לענין פקח, וה"נ לא אמרינן מיגו דהוי פושע לענין גמלים הוי פושע לענין שוורים, דאיזה דמיון הוא דגבי שור פקח ביום עיקר תקלת ההיזק נעשה באונס דבדרך הרגיל אינו ראוי שור פקח ליפול, ואף דלא דמי ממש ליש אומד לנזקין דהתם עצם ההיזק נעשה בדרך הרגיל, והכא מכיון שנפל הי' ראוי להיות ניזוק, אלא דתקלת ההיזק הי' שלא בדרך הרגיל, הגמ' מדמי להו כמו שכתבנו.

עכ"פ כיון דמדמי להו לדין יש אומד לנזקין א"כ שפיר דלא דיינינן בזה דין מיגו דהוי פושע לענין חרש, אבל גבי כיסהו כיסוי שהוא כראוי לשוורים ואינו ראוי לגמלים והתליע מתוכו דכיסוי לבור הוי כמו גדר לשור דבזה אמרינן להדיא בהכונס דכותל רעוע וחתרה חייב משום תחלתו בפשיעה, וא"כ נימא דבזה אמרינן נמי מיגו דהוי פושע לענין גמלים הוי פושע לענין שוורים.

ונראה דכיון דאבעיא דמיגו דהוי פושע לענין גמלים לא מיירי באופן דע"י נפילת גמלים הוי פושע לשוורים, וכמו שבארנו למעלה בהלכה ה', ולכן לא שייך זו האבעיא כלל לגדר תחלתו בפשיעה וסופו באונס אלא דהוא ספק אחר אי אמרינן דכיון שעכ"פ עשה בור שראוי להזיק גמלים כבר נתחייב משום עושה מזיק, ואפי' אם יפלו בו שוורים באונס ג"כ חייב, ולענין זה שפיר מדמי לשור פקח ביום דהא כל מה דמדמי ליש אומד לנזקין היינו משום דאמרינן דלא הי' ראוי להתקיל ואין לו דין מזיק לזה הניזק, אבל אם נימא מיגו דהוי פושע לענין חרש הוי פושע לענין פקח יש לו שם מזיק ולא דמי כלל לדין יש אומד לנזקין. דהתם עיקר הנזק לא הי' ראוי להיות ע"י זה ההכאה.

ולכן מוכיח הגמ' מזה שפיר מדלא אמרינן דיש לו שם מזיק גם לענין פקח בשביל שיש לו שם מזיק לענין חרש, לכן לא אמרינן מיגו דהוי פושע לענין גמלים הוי פושע לענין שוורים כיון דלענין שוורים ליכא כאן תחלתו בפשיעה כלל:

הלכה כב

מי שהיה חופר בור ברה"ר ונפל עליו שור והרגו בעל השור פטור ואם מת השור נוטל בעל השור דמי שורו מיורשי בעל הבור.

כתב המ"מ דהאוקימתות שנאמרו בגמ' בב"ב דף קע"ה הוא אליבא דמ"ד מלוה ע"פ אינו גובה מיורשין ואין הלכה כן ולכן פסק הרמב"ם כפשטה דברייתא ויש לעיין בזה דבשלמא אם מת השור מהבלו דאמרינן בדף נ"ג דהבלו מהני בתחילת הנפילה ולכן שפיר דחייבין יורשי בעל הבור, אבל אם מת מחבטו וכגון שלא היה בבור הבל שהיה רחבו יתר על עומקו וא"כ מת השור אחר שנהרג בעל הבור אמאי חייבין היורשין, ובהגמ' אין להקשות דאפשר לאוקמי בבור שיש בו הבל דבל"ז הקשו שם לרב ושמואל ורב סובר להבלו ולא לחבטו ואפי' לשמואל הא בל"ז אוקמו שם הברייתא באוקימתות, אבל הרמב"ם דפסק להבלו וכ"ש לחבטו וכתב כאן סתם בור דמשמע בכל בור וא"כ יקשה בבור שאין בו הבל אמאי חייבין היורשין.

אכן זה תלוי בדין זרק כלי מראש הגג אי בתר מעיקרא אזלינן ואמרינן דהוי מנא תבירא או בתר בסוף, ויהיה מכאן סמך דשיטת הרמב"ם לפסוק כרבה דבתר מעיקרא אזלינן ועיין במה שכתבתי בזה בפ"ב הל' י"ד שהרמב"ן ביאר דעת הרי"ף שכן פסק שם גם הרמב"ם דסובר בתר בסוף אזלינן ולפי"מ שביארתי שם דהרי"ף והרמב"ם סוברים בתר מעיקרא מיושב, ועיין מש"כ בפ"ב ה"ל י"א שהראב"ד רצה לפרש בדעת הרמב"ם דמספקא לי' אי בתר מעיקרא או בתר בסוף ולפי"מ שביארתי שם סובר בתר מעיקרא:

פרק יג

הלכה ב

הבור מאבות נזיקין הוא ותולדותיו כמהו מועדין מתחלתן, וכל המניח תקלה הרי זו תולדות הבור, ואם הוזק בה אדם או בהמה משלם זה שהניח התקלה נזק שלם, בין הפקיר התקלה בין לא הפקירה, ואם הוזקו בה כלים פטור, כיצד המניח אבנו או סכינו או תבנו או משאו וכיוצא בהן בר"ה והוזקו בהן בין אדם בין בהמה חייב נזק שלם, וכן אם הניחן ברשותו והפקיר רשותו ולא הפקירן נתקל בקרקע ונחבט בתקלה זו והוזק בה חייב בעל התקלה, ואם הוזקו כלים בכל אלו או נטנפו פטור.

הלח"מ מפרש דמה דכתב הרמב"ם נתקל בקרקע ונחבט בתקלה הכונה הוא דאע"ג דתחילת ההיזק לא עשאו אלא הקרקע חייב, וכ"ש כשנתקל בתקלה ונחבט בקרקע דחייב, וכבר הרגיש בעצמו שהוא דוחק, והנה בהא דא"ר אלעזר בגמ' לא שנו אלא

שנתקל באבן ונשוף באבן ע"כ דוקא, ונתקל באבן ונשוף בקרקע נמי פטור, ואפי' לאיכא דאמרי דאמר לא תימא נתקל באבן ונשוף באבן אלא אפי' נתקל בקרקע ונשוף באבן נמי מוכח דדוקא הוא אבל נתקל באבן ונשוף בקרקע פטור, וכן כתבו שם בתוס' להדיא וכיון דר' אלעזר לאיכא דאמרי סבר דנשוף באבן חייב ונשוף בקרקע פטור, א"כ א"א לפרש דהרמב"ם לרבותא נקט נשוף באבן, איברא דהרמב"ן במלחמות מפרש דלא כדברי התוס' דלעולם ר"א לאיכא דאמרי נמי מחייב בנתקל באבן ונשוף בקרקע ומה דנקט נתקל בקרקע ונשוף באבן היינו משום דקאי אברייתא דקתני לפיכך אם הטיח צלוחיתו באבן, אבל דברי הרמב"ן אינם מיושבים דלא מסתבר דר' אלעזר קאי אסיפא דברייתא דקתני אם הטיח צלוחיתו באבן דזה קאי אליבא דר' יהודה דמחייב על נזקי כלים בבור ור' אלעזר משמע דלדינא אמר דחייב, לכן יותר מסתבר דקאי ארישא דברייתא דקתני מה דומה לזה אבנו וסכינו ומשאו שהניחו ברה"ר והזיקו דזה קאי על נזקי אדם, וברישא לא קתני דהחבט הי' באבן.

והנה התוס' כתבו דמה דלר"א פטור בנתקל באבן ונישוף בקרקע דאפי' שמואל מודה הכא דפטור כדפטר לקמן נתקל בבור ונפל לאחורי הבור, והרמב"ם פסק למעלה בפי"ב ה"ל י"ח דהוי ספיקא דדינא, ולדעת הלח"מ שמואל סובר דלפניו חייב אפי' חוץ לבור, אכן לפימש"כ גם הרמב"ם מפרש כפי' התוס' דשמואל סובר דחוץ לבור פטור אפי' לפניו ומה דפסק הרמב"ם דהוי ספק הוא משום דר' ינאי בירושלמי ע"ש, ובטעמא דפטר שמואל כתבתי שם דנלמד מקרא דונפל עד שיפול דרך נפילה וכמו דברייתא דרב חנניא פטר משום זה נפל לאחריו בבור ורב למד מזה דלהבלו ולא לחבטו, וממילא ודאי בנפל חוץ לבור פטור דהא ליכא הבלו ה"נ דשמואל דסבר דכש"כ לחבטו ומ"מ ממעטינן לאחריו חוץ הבור משום דבעינן דרך נפילה, ה"נ סבר דגם נפל לפניו חוץ לבור נתמעט מקרא דונפל, ובזה פליג ר' ינאי וסובר דבזה ליכא חסרון משום דרך נפילה.

אכן לפי"מ שביארתי שם בדעת הרמב"ם דאפי' שמואל דפטר בנפל לפניו חוץ לבור היינו דוקא במיתה ולא בנזקין משום דמה דילפינן לפטור מקרא דונפל אינו אלא לענין מיתה, ומש"ה בין בנפלה לאחורי' בתוך הבור בין בנפלה לפני' חוץ לבור כתב הרמב"ם ומתה, וא"כ הכא דמיירי בנזקין דהא מיירי באדם לא מיפטר מקרא דונפל ובודאי חייב לשמואל נתקל באבן ונשוף בקרקע.

ע"כ נראה דר"א דפטר בנתקל באבן ונשוף בקרקע סבר כרב דלהבלו ולא לחבטו, ולרב ודאי פטור בנשוף בקרקע בין במיתה בין בנזקין כיון דאינו מחייב אלא משום הבלא ולדידן דקיי"ל כשמואל ודאי חייב בנתקל באבן ונשוף בקרקע כמו דפסק הרמב"ם בפי"ג

ה"ל י"ב דהוחלק במים והוזק בקרקע חייב, ולא חילק דדוקא בהוזק בקרקע שהמים עלי' כמו שחילקו בתוס' וכמו שכתב הלח"מ, משום דהתם מיירי נמי בנזקין ולא במיתה כמו שכתב הרמב"ם להדיא, וכן בגמ' מיירי שם גבי אדם שהוזק דאינו חייב אלא בנזקין, ודוקא גבי גובה הצריך שפיר הרמב"ם דוקא שהוזק בגובה משום דמיירי במתה הבהמה, אבל הכא דמיירי בנזקי אדם אם נתקל באבן ונשוף בקרקע צריך להיות חייב, וקשה מש"כ הרמב"ם נתקל בקרקע ונשוף באבן.

והנראה בזה דהנה צריך ביאור דלמה כתב נתקל בקרקע ונחבט בתקלה בסיפא גבי הניחם ברשותו, ולא ברישא גבי הניחם ברה"ר, ואין לומר דמה שכתב והוזקו בהן היינו הוזק בתקלה זה אי אפשר דאם כן למה הזכיר בסיפא להדיא נתקל בקרקע ונחבט בתקלה, וע"כ דלשון הוזקו בהן אינו מוכרח דדוקא הוזק בהתקלה דגם אם נתקל בהן והוזק בקרקע נקרא הוזק בהן, וא"כ צריך ביאור החילוק בין הניחן ברה"ר להניחן ברשותו.

אכן באמת בהוזק חייב אפי' נתקל בתקלה והוזק בקרקע וכמש"כ, ומה דכתב בהניחן ברשותו נתקל בקרקע ונחבט בתקלה, הוא משום דהא דהפקיר רשותו ולא הפקירן היינו דגם מקומן לא הפקיר דהא כתב שהניחן ברשותו והפקיר רשותו, נמצא דבעת שהניח היו ברשותו ואח"כ הפקיר רשותו, הכונה דמקום הסמוך לתקלה זו הפקיר, אבל מקום התקלה לא הפקיר, וזהו ממש כמו בור ברשותו דהפקיר רשותו ולא הפקיר בורו, ולכן שפיר כתב דדוקא אם נתקל בקרקע ונחבט בתקלה כמו בבור ברשותו ממש שנפל לבור, אבל אם נתקל בתקלה שפיר פטור דבזה שייך תורך ברשותי מאי בעי דלא היה להשור לילך כלל על גבי התקלה כיון דלא הפקיר תקלה זו, דדוקא אם נתקל בקרקע והוזק בתקלה חייב דלא שייך בזה לומר תורך ברשותי מאי בעי דהא נפל עליה והוזק בה, וכמו דלא שייך לומר כן בבור ברשותו שנפל בבורו שלא הפקירו, [ורק לענין לחייבו משום שור כתבו התוס' סברא זו בדף כ"ח וגם בזה כתבנו למעלה בהלכה ב' לדעת רש"י דאפשר לחייבו משום פי פרה כחצר הניזק דמי] אבל כל זה בנפל בבור או על התקלה, אבל אם נתקל בתקלה דנמצא שהלך השור על מקום התקלה ולא הי' לו כלל רשות לילך עליה דמקום זה לא הפקיר, בזה שפיר פטור משום תורך ברשותי מאי בעי, ולכן מבואר דבהניחן ברה"ר לא כתב הרמב"ם תנאי זה ודוקא בהניחן ברשותו כתב כן וכמש"כ, ומבואר שפיר מה דאיתא בירושלמי פרק המניח הא שהביא הרמב"ן דבין שנתקל באבן ונחבט בקרקע בין שנחבט באבן ונתקל בקרקע חייב משום דמיירי להדיא במניח אבנו וסכינו ברה"ר:

הלכה ה

המניח את הכד ברה"ר והלך המהלך ונתקל בה ושברה פטור לפי שאין דרך בני אדם להתבונן בדרך כשהם מהלכין, ואם הוזק בה הרי בעל הכד חייב בנזקין ואפי' הפקיר הכד שכל המפקיר נזקיו במקום שאין לו רשות לעשותה מתחלה חייב כאילו לא הפקירן.

מה שכתב הרמב"ם ואפי' הפקיר הכד שכל המפקיר נזקין במקום שאין לו רשות לעשותה מתחלה. חייב כאלו לא הפקירן צריך ביאור, דלמה לו לומר הטעם דחייב כאלו לא הפקירן דאטו אם יניח אבן של הפקר ברה"ר צריך טעם לחיוב משום דהוי כאלו לא הפקירן הא עיקר דין בור ברה"ר אינו שלו וחייב, ואין לומר דבא כאן הרמב"ם לומר דין זה דעשאן הכתוב כאלו הן ברשותו דזה שייך לכתוב בתחלת דין בור ולא כאן גבי מניח את הכד ועוד דכבר כתב בהלכה ב' דמניח תקלה ה"ז תולדות בור וחייב בין הפקיר התקלה בין לא הפקירה, איברא דאח"כ בהלכה ז' כתב הרמב"ם דין דנשברה כדו ברה"ר דאם הפקיר החרסים פטור משום דהו"ל מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס, וזהו שהשמיענו כאן דבמקום שלא היה לו רשות לעשותה הו"ל מפקיר נזקיו לאחר נפילת פשיעה, אבל באמת אינו מיושב דמפקיר נזקין לאחר נפילת פשיעה ודאי הוי חידוש דאף שלא הניח נזקיו להדיא ברה"ר בתורת תקלה אלא שפשע בממונו ונעשו תקלה דכל עיקר החיוב מתחלה הוא בשביל שהוא ממונו, והיינו אומרים דמכיון שהפקיר בטל חיובו, וזהו דאמרינן דמפקיר נזקיו לאחר נפילת פשיעה חייב, וזהו ע"פ מה דאיתא בדף מ"ח במימרא דרבא דכיון דאית ליה למלויי ולא מלייה כמאן דכרייה דמי, ונחשב כמו שחפר בור ולא מהני הפקרו, אבל כ"ז שייך באופן שלא הניח בור ברה"ר, אבל הכא במניח את הכד ברה"ר הא מתחלה הניח בור ברה"ר ומה איכפת לן שהפקירו, ולמה לן טעמא דהוי כאילו לא הפקירו.

והנראה בזה דהנה בדף ו' אמרינן דפותקין ביבותיהן אע"פ שברשות אם הזיקו חייבין לשלם ואמר על זה לעולם דאפקרינהו ולא דמי לבור מה לבור שכן שלא ברשות שור יוכיח, מה לשור שכן דרכו לילך ולהזיק בור יוכיח, והנה במניח את הכד ברה"ר מפורש בדף כ"ד שיש לו רשות להניחו ואף דאמר שם רק על כסות דעבדי אנשי דמנחי גלימא ומתפחי אבל ע"כ ה"ה כלים דהא אמר שם ר' יוחנן דכסות וכלים חייבין, אכן זה ודאי פשוט דלא דמי כלל לפותקין ביבותיהן דשם גם בשעה שהזיקו היה לו רשות להניחם, אבל מניח כלי ברה"ר ודאי מסתבר דאין לו רשות להניח שיכשלו בהם, ומה דאמרינן דעבידי אנשי דמנחי היינו בשעה שהבעלים אצלם יש להם רשות להניח, ואף דבודאי

מה דאמר ר' יוחנן אבל כסות וכלים חייבת היינו אפי' לא היו הבעלים אצלם דודאי לא היו מניחין לאכול, ע"כ צריך לומר דדין כל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור הוא דוקא אם שינה בעצם ההנחה, אבל אם בשעה שהניח הניח ברשות אלא שאח"כ שכחו והניחו את הכלי ברה"ר בזה לא אמרינן כל המשנה, ועכ"פ לפי"ז אין שייכות הא דהמניח את הכד ברה"ר לפותקין בבותיהן דשם בשעה שהזיקו יש להם רשות, וע"כ אנו צריכין לומר כן דא"א לומר דגם המניח את הכד ברה"ר ילפינן מבור ושור דא"כ כדאמרינן בדף ו' לאתויי הא דתניא פותקין ביבותיהן הול"ל מתני' דהמניח את הכד ברה"ר וע"כ דבזה אין אנו צריכין למה הצד דבור ושור.

אלא דמ"מ צריך ביאור דלכאורה גם בזה איכא למימר מה לבור שכן שלא ברשות דהא שני גדרי חיובי בור איכא, חדא בור ברה"ר שעל עסקי כריה ופתיחה בא לא והיינו שחפר באיסור, וב' בור ברשותו דחייב משום בעל הבור, וא"כ במניח את הכד ברה"ר והפקירו בשעה שהיה לו רשות להניחו, לכאורה לחייבו משום בור ברה"ר יש לומר מה לבור שכן חפר שלא ברשות ומבור ברשותו אין ללמוד דהא הפקירו.

אכן יש לומר דהנה בהא דאמר בגמ' מה לבור שכן שלא ברשות כתבו בתוס' דאפי' עשאו ברשות ואח"כ הפקיר כיון שהפקיר היינו שלא ברשות, ולכאורה דברי התוס' מיותרין אף דנכונים בעיקרן אבל אין צורך לזה, דבור ברשותו היינו בור דאית ליה בעלים דלא הפקיר בורו והכא מיירי דאפקרינהו, אכן יש לומר דבלא סברת התוס' לא היינו צריכין ללמוד מבור ושור במה הצד, והיינו יכולין ללמוד מבור ברה"ר ובור ברשותו במה הצד, והיינו דלכאורה במה דפריך מה לשור שכן דרכו לילך ולהזיק הו"ל למיפרך מה לשור שכן הוא ממונו, וע"כ דעכ"פ אנו למדין מבור ואש דמה שעשה המזיק חייב על זה כאילו הוא ממונו, ולכן אם היה בור ברשותו דמי לפותקין ביבותיהן בצד זה משום דבור ברשותו נמי עשאו ברשות, היינו יכולין לדון לחייב פותקין ביבותיהן אף דאפקרינהו ממה הצד דבור ברה"ר דחייב עליו אף שאינו ממונו ובור ברשותו דחייב עליו אף שעשאו ברשות, ולכן כתבו שפיר דאפי' בור ברשותו לא דמי לפותקין ביבותיהן דבור ברשותו עכ"פ עכשיו אין לו רשות להחזיק הבור אבל פותקין ביבותיהן גם עכשיו הוא ברשות, וא"כ ניחא שפיר דמניח את הכד ברה"ר אף דהניחו ברשות מ"מ אין צריך ללמוד מבור ושור במה הצד דנוכל ללמוד מבור ברה"ר ובור ברשותו במה הצד.

ועכשיו מבואר דמה שכתב הרמב"ם דכל שהפקיר נזקין במקום שאין לו רשות לעשותה מתחלה חייב כאלו לא הפקירן אינו אלא לומר דאף דבשעת הנחה הניחו ברשות ולא דמי לבור ברה"ר וגם לבור ברשותו לא דמי כיון שהפקיר ואינו בעל הבור ושפיר הוצרך

כאן לכתוב זה אף דכבר כתב דכל המניח תקלה חייב בין הפקיר בין לא הפקיר אלא דשם הוי שפיר בור ברה"ר אבל כאן לא דמי לבור ברה"ר ואנו צריכין לדון גם מדין בור ברשותו דאף שהיה לו רשות לחפרו כיון דעכ"פ עכשיו אין לו רשות, חייב משום בור, ואף דבור ברשותו הוי ממונו ולא הפקיר הבור וכאן הפקיר התקלה מ"מ כיון שעכ"פ הוא עשה את התקלה יש בזה דין כאילו הוא ממונו, וכיון דעכשיו אין לו רשות לעשות התקלה אפי' ע"י הפקר חייב כמו שלא הפקירן, ודברי הרמב"ם ברורים בטעמן:

הלכה י

הקדרים והזגגים וכיוצא בהם שהיו מהלכין זה אחר זה ונתקל הראשון ונפל ונתקל השני בראשון והשלישי בשני וכל אחד מהן יש לו לעמוד ולא עמד, הראשון חייב בנזקי גופו של שני בין שהוזק בגופו של ראשון המוטל בארץ בין שהוזק במשאו והשני חייב בנזקי גופו של שלישי אם הוזק בגופו של שני, אבל אם הוזק במשאו של שני שנפל פטור, שהרי אומר לו השני בור זה שהוא משאי אין אני הכורה אותו שהרי ראשון הפיל השני עם משאו, ואם הזהירו זה את זה כולן פטורין.

השגת הראב"ד: בין שהוזק במשאו וכו'. א"א זהו תימה שהוא כתב כל הסוגיא כדעת ר"י דאמר נתקל אנוס הוא ואמר כל הנתקל ואפילו הראשון מעתה משאו של ראשון אינו בורו, וראיתי לרב ר' יצחק ז"ל שכתב כן אמרתי א"א שהוא טועה אלא הענין כולו בשלא הפקירו וכבר אמר ר' יהודה במתכוין לזכות בחרסיה חייב אע"ג דאנוס הוא ודוקא ראשון שמעצמו נפל אבל שני שמחמת ראשון נפל אע"ג דלא הפקיר משאו ההיא שעתא מיהת בורו של ראשון הוא ופטור דהא לאו בורו הוא, עכ"ל.

עיין לח"מ שהאריך ותוכן דבריו הם פשוטים דהרי"ף והרמב"ם גורסים כגירסת הר"ח המבואר בתוס' וגם ראשון נעשה בור ורק שהתוס' כתבו דלמסקנא דמשני כגון שהוזקו כלים בכלים חוזר בו ולמסקנא גם להלכה דקיי"ל כשמואל מ"מ גוף ראשון לא נעשה בור, אבל הרי"ף והרמב"ם אינם סוברים כן ולהלכה דקיי"ל כשמואל א"צ לאוקמי כגון שהוזקו כלים בכלים דגוף הראשון נמי אינו אדם המזיק אלא בור, והביא הלח"מ קושיית התוס' מעמד בעל קורה דהוי אדם המזיק וחייב על היזק החבית, ותי' ע"ז הלח"מ דכיון דנתקל לאו פושע והא דחשבינן ליה פושע קנס הוא שהי' לו לעמוד ולא עמד א"כ די לנו שנחשבו כבור כיון שתחלת נפילתו באונס הי' משא"כ בבעל הקורה שתחלתו כשעמד פשע, עכ"ד הלח"מ ודבריו אינם מתיישבים דמנין לו שהוא בגדר קנס הא בפשוטו יש לומר דכיון דהי' לו לעמוד הוי פושע שהוא מונח בארץ באופן שהוא תקלה ומזיק.

אלא דבאמת קושיית התוס' מיושב בפשיטות דלא דמי כלל לעמד בעל קורה דהתם

כשעומד ומחזיק הקורה בידו זה גופא מעשה מה שמחזיק הקורה, אבל מה שהוא מונח על הקרקע שאינו צריך לזה שום פעולה לא חשיב מעשה ומצאתי שכתב כן תלמיד הר"פ ז"ל בש"מ וכבר כתבתי זה בפרק ב' הל' כ'.

והנה בטעמא למה אינו חייב השני אם הוזקו במשאו משום דאמר האי בירא לאו אנא כריתי' וכמו שכתב הרמב"ם דהראשון הפיל השני עם משאו, כתב הראב"ד וכן הרמב"ן במלחמות דהוא אפי' לא הפקיר ומ"מ פטור, וכתב הרמב"ן שלא מצינו זה חופר בור וזה מתחייב, ודברי הרמב"ן תמוהים דהא הוא הלכה מפורשת בעל השור חייב בנזקי חצר ובעל החצר חייב בנזקי הבור, והגר"א ז"ל בסי' ת"י הבאתי למעלה בפ' י"ב הל' ב"ג הוכיח מזה דהרמב"ן סובר דבאדם שחפר בחצר חבירו לא אמרינן הכי וכן באמת מוכח דעת הרמב"ם וכמש"כ למעלה, אבל לכאן אינו שייך זה כלל דכיון דהראשון נמי אינו חייב על ממונו דשני לשיטת הרי"ף והרמב"ם משום דהוי בור, א"כ לא הוי אדם שחפר בור אלא בור שחפר, וא"כ לא עדיף משור שחפר בור דבעל החצר חייב בנזקי הבור והוא תימה רבה.

והנראה בזה דלא דמי הך דהכא להא דבעל החצר חייב בנזקי הבור לפי"מ שבארנו למעלה במה דאמר בגמ' כיון דאית לי' למלויי ולא מליי' כמאן דכריי' דמי דאף דבור ברשותו חייב משום בעל הבור ולא משום כי יכרה אשמעינן רבא דכיון דהוא בעל הבור הוי כמו שהוא הכורה בור, ומה שהוצרך רבא להשמיענו דכמאן דכריי' דמו אף דבחפר בור ברשותו לא אמר הכי כתבתי למעלה משום דבלא זה היו שניהם שותפין כורה הבור ובעל הבור, ואף דבעל השור פטור משום איש בור ולא שור בור מ"מ לרבנן דר' נתן לא הי' בעל הבור משלם כי אם החצי.

אבל באמת אינו מיושב לומר כן דכיון דקיי"ל כר' נתן ורבא סבר כר' נתן בדף נ"ג גבי שור ואדם שדחפו לבור, א"כ לא הי' צריך לומר מאי טעמא כיון דלר' נתן גם בלא סברא זו חייב, ולכן נראה דבאמת מוכח מכאן סברתו של הרמב"ן דלא מצינו זה חופר בור וזה מתחייב והיינו אומרים כלל זה אפי' בשור שכרה בור אף דאינו בר חיובא אי לאו דאיכא טעמא דכיון דאית לי' למלויי ולא מליי' כמאן דכריי' דמי ונמצא שהוא גם הכורה בור, ולכן חייב בעל החצר.

אולם סברא זו לא שייכא אלא בשור שחפר בור דבעל הבור הוא הבעלים בין על עיקר המזיק בין על מקום התקלה והנזק, אבל בהא דהקדרין והזגגין שנתקל השני בראשון דאומר השני האי בורא לאו אנא כריתי', דהשני הפיל אותו עם משאו לא נוכל לומר דכיון דלא הפקיר הקדרין והי' לו פנאי לסלקם דנעשה כמו שהוא השליך אותם לרה"ר

דבאמת אף שהקדרין הם שלו והוא צריך להיות חייב אם יהי' אחר ניזוק בקדרותיו, אבל מקום התקלה הא אינו שלו ואינו בעלים על המקום ולא דמי לבור ברשותו שאף שחפר שור הוי כמאן דכרי' דהוא בעלים בין על הנזק בין על מקום הנזק, אבל הכא אינו בעלים אלא על הקדרות אבל לא על מקום הקדרות, וממילא כיון דהא דכמאן דכרי' דמי נמשך מזה שהוא בעלים על הבור וכאן על מקום הניזק אינו בעלים ובשביל זה לא יכול להיות נחשב כמו כורה הבור לומר דהוי כמו שהוא השליך הקדרות לרה"ר, ולכן אף דהיכי דליכא כורה אחר חייב אף דאינו בעלים אלא על הקדרות, וכדתנן במתכוין חייב ואוקימנא במתכוין לזכות בחרסי' דחייב אף דנשברה כדו באונס, היינו משום דכיון דליכא כורה אחר ועכ"פ בחרסין שלו הוזקו חייב בעל החרסין דהוי לי' לסלקם, אבל לא נימא מזה דנעשה בעלים על מקום הנזק אלא דסגי לחייבו כיון דהוא בעלים על החרסין וחרסין שלו הזיקו, אבל לומר דנעשה כורה על כל הבור זה א"א דכיון דאינו בעלים על מקום הנזק לא נוכל לומר דהוי כמו שהוא השליך חרסיו לרה"ר, ולכן אף דעכ"פ הכא חייב, משום דליכא כורה אחר, אבל בקדרין וזגגין דאיכא כורה אחר דהיינו הראשון אף דאין לו אלא דין בור ואינו בר חיובא, מ"מ כיון דליכא למימר כמאן דכרי' דמי אמרינן דאינו בדין שיהי' זה חופר בור וזה מתחייב דכיון דאיכא כורה בור אחר אינו חייב משום בעל הבור:

הלכה יב

השופך את המים ברה"ר והוזק בהן אחר חייב בנזקיו, ואם נטנפו כליו פטור כמו שבארנו, נבלעו המים בארץ ונשארה הארץ חלקה והוחלק ונפל והוזק בקרקע הרי זה חייב בנזקיו.

השגת הראב"ד: נלבעו המים וכו'. א"א זהו שנעשית טיט וזהו כרפשו דאמרו בגמ', ונראה דהכי גריס לה מי סברת דתמו מיא כלומר דנעשית הקרקע טיט, לא דלא תמו מיא, ותרתי בדלא תמו מיא ל"ל חדא בימות החמה וכו' עכ"ל.

כתב המ"מ וההיא מימרא דרב דאמר קרקע עולם הזיקתו והסוגיא שעלי' דמוכחא דדוקא בדלא תמו מיא כולה כשמואל, ואע"ג דלא פליג התם בהדיא הא פליג לעיל, וזהו שבהלכות לא הביאו הא דתמו מיא לפטורא, אך הר"א ז"ל כתב בהשגות שכוונת רבינו בשלא נבלעו המים, וז"ל א"א פירוש שנעשית טיט וכו' אין פירושו מחוור אלא לא תמו מיא שנעשית הקרקע רפש וטיט ותמו מיא הוא שאין טיט וכן פירש"י ז"ל. ודברי ההלכות לראיה שדעתם שאותה סוגיא דלא כהלכתא עכ"ל.

והנה מה דפשוט להמ"מ דדעת הרי"ף לפסוק דלא כרב וגם בדתמו מיא חייב, ומשמע

דסובר דאף דפסק הרי"ף כרב דלהבלו ולא לחבטו משום דקרקע עולם הזיקתו, היינו דוקא בבור משום דלא עשה מעשה בגוף הקרקע שבתחתית הבור, אבל בשופך מים דעצם הקרקע נעשית חלקה וראויה להכשל וליזוק בה בזה לא פסקינן כרב דסבר גם בזה קרקע עולם הזיקתו אלא כשמואל דמחייב, והוכרח לחילוק זה ממה שלא הביא הרי"ף הסוגיא ולבאר דמשנתנו דוקא בדלא תמו מיא והוזק ברפשו, דהא לדידן אי אפשר לאוקמי כרב שנטנפו כליו במים, דהא בזה פסק הרי"ף דלא כרב ובלא אפקרינהו נמי בור הוא ופטור על כלים, וראיתי שכתב כן המאירי בש"מ וז"ל השופך מים וכו' ומ"מ לדעת גדולי הפוסקים שפסקו להבלו ולא לחבטו צריך לעיין היאך מעמידין משנה זו אחר שהוחלט ג"כ לפסוק שכל תקלה אע"פ שלא הפקירה בור הוא, אם בכלים בור הוא ואם בגופו הרי קרקע עולם הזיקתו, עד שחכמי הדורות שלפנינו מעמידין אותה בשעת שפיכה, ועיקר הדברים שלא פסקו להבלו ולא לחבטו אלא בבור ממש שלא נתקל במעשה ידיו עכ"ל, ומש"כ בשם חכמי הדורות תמוה דזה אפשר בדוחק במשנה דהשופך מים, אבל במשנה הקודמת הא קתני בהדיא והוחלק אחד במים.

וראיתי להשלטי הגבורים שכתב וז"ל ואם שפך מים ברה"ר ונבלעו בארץ והוזק בהן אדם שנפל לארץ וקרקע הזיקו לדברי רבינו דפסק כרב דבור שחייבה עליו תורה פטור לחבטו הכא א"א דהוי הני מים בור משום דכל תקלה מבור למדנו אפ"ה פטור בין הפקירה בין לא הפקירה, ולשאר הפוסקים דפסקו כשמואל דבור חייב על חבטה הכא יהי' חייב וכן פסקו מיי' והרא"ש והטור, עכ"ל הרי שמפרש בדעת הרי"ף דבכל גווני פסק כרב ולעולם פטור אחבטו, ומתני' ע"כ מפרש בדלא תמו מיא והוזק ברפשו, דרפשו ודאי לא דמי לקרקע עולם כמפורש בגמ', ולפלא על השה"ג שלא זכר דברי המ"מ דאינו מפרש כן בדעת הרי"ף:

ומ"מ דעתי נוטה דדברי השה"ג נכונים, דבסוגיא דלעיל במתני' דנשברה כדו איתא אמר ר"י אמר רב ל"ש אלא שנטנפו כליו במים, אבל הוא עצמו פטור קרקע עולם הזיקתו כי אמריתא קמי' דשמואל אמר לי מכדי אבנו וסכינו ומשאו מבורו למדנו, וכולן אני קורא בהם שור ולא אדם חמור ולא כלים וה"מ לענין קטלא, אבל לענין נזקין אדם חייב וכלים פטורים ורב ה"מ היכי דאפקרינהו אבל לא אפקרינהו ממונו הוא, וכתב ע"ז הרי"ף ולענין אבנו וסכינו ומשאו שהניחו ברה"ר קיי"ל כשמואל דאמר כולן מבורו למדנו ובכולן אני קורא וכו' וכלים פטור בין אפקרינהו בין לא אפקרינהו, ואם דעת הרי"ף הוא כהמ"מ והמאירי למה כתב ולענין אבנו וסכינו ומשאו הא רב ושמואל פליגי בעיקר פירושא דמתני' בהוחלק אחד במים, והי' להרי"ף להביא כל הסוגיא ולפסוק

דהלכה כשמואל, ולמה הביא רק סוף הסוגיא והביא כל מימרא דשמואל רק לענין אבנו וסכינו ומשאו וע"כ דהרי"ף אינו מחלק כחילוקו של המ"מ והמאירי ובאמת אינו סובר בזה כשמואל דכיון דפסק כרב בהא דקרקע עולם הזיקתו לענין להבלו ולא לחבטו, בזה נמי הלכתא כרב.

איברא דקשה קושיית המאירי דאיך נוקים למתני' לדעת הרי"ף דבשלמא מתני' דהשופך מים איכא לאוקמי בדלא תמו מיא והוזק ברפשו, אבל במתני' דהכא קתני והוחלק ובתוס' בדף ל' בהא דאמר לא יהא אלא ברפשו כתבו דהא דלא דייק הכי במתני' דלעיל משום דהשופך משמע ששפכן בכונה במקום שנעשין רפש וטיט או דהוחלק במים משמע שלא עשו המים אלא החלקה ולא שהוזק בהן, אבל עכ"פ זה מוכח מהגמ' דלא פריך אלא במתני' דהשופך ולא במתני' דנשברה כדו דשם לא דמי לרפשו.

ועל כרחנו נאמר להרי"ף דאף דקתני והוחלק מ"מ אפשר לפרש דהוזק נמי במים דע"כ צריך לומר גם לרב דלא נבלעו המים בארץ דאי נבלעו לגמרי א"כ מסתמא מפקיר למים וכמש"כ בתוס' והיכי אוקי רב מתני' בלא אפקרינהו ומחייב על כלים, ומה דקשה לפי"ז דא"כ אמאי פריך ר"ה לרב לא יהא אלא כרפשו על מה דאמר רב על מתני' דנשברה כדו, יש לומר דעיקר סמיך על מה דפריך אח"כ ותרתי למה לי, והיינו דמתני' דנשברה כדו ודאי איכא לאוקמי בדתמו מיא לגירסתנו או בדלא תמו לגירסת הראב"ד והוי מוקמינן חדא בתמו וחדא בדלא תמו, אבל תרתי ל"ל ומשני חדא בימות החמה וכו', ועכ"פ לדידן לשיטת הרי"ף דאית לן חדא כרב דהיכי דקרקע עולם הזיקתו פטור וחדא כשמואל דאפי' לא אפקרינהו פטור על כלים ע"כ צריך לאוקמי תרווייהו בדהוזק ברפשו בדתמו או בדלא תמו לכל גירסא כדאית לי' וחייב גם לרב על מה שהוזק בעצמו.

והנה כ"ז בארנו דעת הרי"ף לפי"מ שפי' השה"ג ושכן משמע דלא כהמ"מ, אבל בדעת הראב"ד לא נראה לפרש כן דהראב"ד בעצמו כתב למעלה בפי"ב הל' י"ח דהרמב"ם פסק למעלה כשמואל, וכתב ואולי חזרה הוא ושנסתפק לו, וא"כ קשה לפרש כאן דברי הראב"ד שמפרש דבריו בשיטת הרי"ף דסובר כרב ואף דאפשר דכיון דשם מפרש שנסתפק לו, וכיון דכאן כתב חייב ע"כ דהוזק ברפשו, אבל לא משמע דזהו כונתו שהיה לו להזכיר זה, דהוא משום שנסתפק לו בפרט דשם כתב רק בלשון ואולי ולא ברירא ליה שהוא חזרה מה שהוא באמת דבר שא"א שרמב"ם יסתור א"ע בפסקיו בפרק אחד, ע"כ א"א לפרש כאן דזהו כונת הראב"ד,

אכן כונת הראב"ד פשוטה ע"פ דברי התוס' שכתבו וז"ל וא"ת אי בדתמו מיא מסתמא מפקיר להו והוי בור ופטר בו את הכלים וי"ל דלא תמו כ"כ שלא יהיו עדיין ראויין לשום

דבר, ואי הוי גריס איפכא הוי ניחא מי סברת דתמו מיא ונכנסו בעפר ונעשו טיט לא דלא תמו מיא שהמים צלולים דמסתמא לא אפקרינהו עכ"ל, וכונת התוס' דעכשיו לא קשה היכי הוי ס"ד לאוקמי בדתמו מיא דכיון דעכשיו מפרש דבדתמו מיא איכא רפש וטיט לא אפקרינהו כדמוכח בגמ', ורק לגירסתנו דבדתמו מיא ליכא רפש וא"כ נבלעו לגמרי ולכן הקשו דא"כ בודאי מפקיר להו.

ולכן מכיון שכתב הרמב"ם נלבעו המים בארץ והיינו תמו מיא וא"כ אין לתרץ כתי' הא' שבתוס' וא"כ יקשה היכי מפרש רב הכי דודאי מפקיר להו ולכן כתב הראב"ד דע"כ כגירס' השני' דבתמו איכא רפש, אבל אין להוכיח מכאן דסובר הרמב"ם דבדלא תמו פטור דקרקע עולם הזיקתו ודוקא בהוזק ברפשו חייב דהא כתב הרמב"ם והוחלק ונפל והוזק בקרקע הרי דלא הוזק ברפשו ומ"מ חייב כשמואל, וכוונת הראב"ד רק לומר דבגמ' ע"כ צריך לגרוס להיפוך ולפרש דתמו מיא הוי כרפשו, מכיון דכתב הרמב"ם נבלעו המים בארץ ומשמע דלא נשאר מים וע"כ זהו דתמו מיא, וא"כ לגירסתנו דבתמו מיא ליכא רפשו היכי סבר רב דחייב על כלים הא ודאי אפקרינהו, וע"כ דלהיפך דבתמו מיא איכא רפשו, וכגירסא זו כתב הראב"ד בפירושיו הובא בש"מ ע"ש שביאר בארוכה, ומ"מ להלכה לא כתב הרמב"ם דהוזק ברפשו משום דסובר כשמואל וכנ"ל.

אכן בלשון הרמב"ם נראה דקשה לבאר כפירושו של הראב"ד דלדבריו צריך לומר דהמים נבלעו בעפר ונעשה רפש, וכמו שכתב הראב"ד בפירושו בש"מ וז"ל, ולמאי שדינהו ברה"ר בודאי לעשות מהן טיט ורפש מעפר רה"ר וכו', וא"כ קשה לפרש כן לשון הרמב"ם שכתב נבלעו המים בארץ ונשארה הארץ חלקה, ואין לומר דהרמב"ם כתב כן להלכה והא דתמו מיא דבגמ' מפרש באופן אחר, דא"כ כתב הרמב"ם אופן שלישי ובודאי לא מסתבר, ואם גם זה אפשר לפרש בדתמו מיא, וא"כ למה לרב למימר מי סברת בדתמו מיא כיון דגם בזה אפשר לפרש דליכא רפשו וכמו שכתב הרמב"ם.

ונראה דהרמב"ם מפרש בגמ' דלא כפירש"י והראב"ד אלא דמה דפריך לא יהא אלא כרפשו הוא על מה דמפרש רב למתני' שנטנפו כליו במים וסבר דחייב על כלים, וע"ז מקשה לו דלא יהא עדיף מרפשו שלו ששופך לרה"ר דודאי מפקירו דאף דדרך לגבל טיט ברה"ר כמש"כ הראב"ד בפירושו וכדתנן בב"מ דף קי"ח היינו טיט שהוא עבה ועומד במקום אחד, אבל רפש שהוא רך כשנשפך לרה"ר ונדרס ע"י הלוך הרבים מתדבק עם הקרקע אם לא שהוא מכונס הרבה במקום אחד כגון בגומא דאז כשיתייבש יעשה טיט, וזהו באמת תירוץ הגמ' דלא תמו מיא והיינו שהוא עומד במקום אחד, אבל מעיקרא דהוי ס"ד דשופכו על פני הקרקע אמר דאפי' רפשו באופן זה מתבטל להקרקע ובודאי

מפקירו.

ולפי"ז יותר מיושב לשון לא יהא אלא כרפשו דלפירש"י קשה דמשמע דלכה"פ יהי' כרפשו, וקשה דאיזה חשיבות יש יותר ליתן למים שנבלעו בעפר, אבל לפימש"כ מיושב דלהיפוך פריך דבאמת סובר דבסתמא ליכא הרבה עפר שיעשה רפש, אלא אפי' יהי' כרפשו נמי מפקירם, וע"ז משני בדלא תמו מיא ואינו מפקירם, ויתכן שאף שקצרו התוס' ולא כתבו דלגירסתם צריך לפרש דלא כפירש"י מ"מ כיוונו למש"כ דבסוף דבריהם כתבו לא דלא תמו מיא שהמים צלולים עדיין דמסתמא לא אפקרינהו, ומלשון זה משמע דבדתמו מיא מסתמא אפקרינהו ודלא כמש"כ הראב"ד, וא"כ יקשה היכי הוי ס"ד דמיירי בדתמו מיא וכמו שהקשו בתוס' מקודם, אכן לפימש"כ מיושב דזהו גופא מאי דפריך בגמ' דבודאי אפקרינהו ואמאי ליחייב על כלים, וע"ז משני בדלא תמו מיא.

ועכשיו מיושב דזהו לרב שהצריך שהמים יהיו שלו הוצרך לאוקמי בדלא תמו מיא אבל לדידן מיירי בדתמו מיא ולא צריך כלל לומר דנעשה רפש ואפי' נבלעו בארץ חייב, ור"ה פריך רק דאפי' יהי' רפשו מפקירם, אבל הרמב"ם שפיר פסק בדתמו מיא לגמרי ונבלעו בארץ והוחלק ונפל והוזק בקרקע דבכה"ג נמי חייב לדידן.

ובמה שלא חילק הרמב"ם בין קרקע שהמים נשפכין עלי' לקרקע אחרת כמו שחילק בתוס' בדף כ"ח ע"ב עיין מש"כ בהלכה ג'.

והנה במה שפירש"י בד"ה לא יהא אלא כרפשו שכתב וז"ל המשליך זבלו ברה"ר מי לא מחייב כי לא הפקירם ה"נ רפשו הוא דאזקי' וכו' ושלו הוא וכו', וקשה טובא למה הוצרך רש"י לזה דהא אפי' המשליך זבלו והפקירו חייב גם לרב מדין בור וכמו שהוכיחו בתוס' בדף נ' ע"ב בד"ה אגובה מהא דאמר בדף ג' דאבנו וסכינו דאפקרי' בין לרב בין לשמואל היינו בור, ואני תמה שלא מצאתי למפרשים שיתעוררו בזה וצ"ע:

הלכה יח

החוצב שחצב (אבנים) [אבן] ומסרה לסתת והוזק בה אדם או בהמה הסתת חייב, וסתת שמסר לחמר החמר חייב, מסר חמר לכתף הכתף חייב, מסר כתף לבונה הבונה חייב, מסרה הבונה לזה שמתקן ישיבתה בבנין המתקן חייב, ואם אחר שהעלוה על גבי הדימוס נפלה והזיקה והיו עושין בקבלנות כולן חייבין ובשכירות האחרון חייב וכולן פטורין.

כתב המ"מ וז"ל ופי' שאפי' בקבלנות כל זמן שנפלה מיד אדם איזה שיהי' הוא חייב בנזקי' כיון שמידו נפלה וכו' ודברי המ"מ הוא ע"פ פירש"י שכתב כן וז"ל חייב, זה שהוא בידו חייב בנזקה אם תפול מידו ותזיק את אחרים או תשבר היא הוא חייב לשלם, ואע"ג

דמוקמינן להא בקבלנות וכולן שותפין במלאכה אין חייב אלא מי שהיתה מסורה לו דכיון דכחו הוא הנזק מוטל עליו כל היכי דמתרמי דתנן אדם מועד לעולם וכו', ואח"כ בד"ה כולן כתב וז"ל, אלו שהיו שותפין במלאכה אחת ומשהניחו אבן על הדימוס היא שורת הבנין נפלה והזיקה הואיל ולאו כחו דאדריכל הוא שלאחר שהניחה נפלה וליכא לחיובי משום גירי דילי' כולן חייבין יחד שכולן שותפין בדבר, ועליהן המלאכה לעשות וקיבלו אחריות הנזק יחד עכ"ל, ומבואר דמפרש דברישא חייב משום אדם המזיק שמידו נפלה, ובסיפא שנפלה משהניחו ע"ג הדימוס היינו שלא נפלה מידם וחייבים רק משום שמירה שכולן קיבלו עליהם, וזהו דעת הטור שקבע הלכה זו בסי' שפ"ד בדין אדם המזיק, וכן המחבר בשו"ע.

אבל הרמב"ם קבע הלכה זו בהל' נז"מ בדיני בור, ואף דסיפא גם לפירש"י לא מיירי בנזק כחו, אבל בפשוטו משמע דכל ההלכה הוא מנזקי בור דהא הטור קבע זה בהלכות נזקי אדם אף דבסיפא לא הזיקו בכחם משום דרישא הוא נזקי אדם, ועוד דלשון הרמב"ם שכתב והוזק בה אדם או בהמה לא משמע שנפלה מידו והזיקה בכחו דהו"ל לכתוב והזיקה, ועוד דמזה שדייק הרמב"ם לכתוב אדם או בהמה מוכח דהוא לאפוקי כלים והיינו משום דאיירי בנזקי בור, ע"כ פשוט דהרמב"ם אינו מפרש כפירש"י ולא נפלה כלל מידו אלא שהוזק בה אדם או בהמה בנזקי בור, והחילוק מרישא לסיפא הוא דברישא כיון דכל אחד מוסר לחבירו, אף שכולן בקבלנות מ"מ כל אחד מהם מחוייב בשמירת הבור כ"ז שהוא תחת רשותו, וכיון שמסר לחבירו שהוא תחת רשותו נפטר מחיובו כדין כל מזיק שמוסרו לשומר, אבל לאחר שהניחו על הדימוס משמע שכבר אינם מוסרים אותו לעבודת אחר, ואף דקשה הדבר דאם זהו גמר עבודתם איך נפל, נראה דזהו כך דרך הבנין דכשמניחים אבן על גבי הדימוס כ"ז שאינו מתקשר עם עוד אבנים אפשר שיפול ואין בזה שום פשיעה מצד המניח ומ"מ חייב לשלם כיון דהוא בונה ברה"ר במקום שאפשר להזיק, ולכן אף דנתנו לו חכמים רשות לבנות מ"מ אם הזיק חייב לשלם, ולכן כשהיו עושין בקבלנות החיוב תשלומין על כולן דאין על המניח חיוב יותר שהוא לא פשע אלא כולם קבלו עליהם לבנות הבנין וכולם חייבין, ובשכירות כיון דכל אחד כשגמר עבודתו כבר נסתלק אינו חייב אלא האחרון, דכ"ז שהבנין לא נגמר והוא באמצע הבנין כל אבן שמניחים עליו ושיש בו חשש שיפול הוא באחריות המניחו, ולא הוזכר כאן בעל הבנין ששכר אותם דכיון דהוא אינו אצלם והוא שכר אותם. נעשו הם השומרים ובשכירות נשאר הפועל האחרון בחיובי הבור:

הלכה יט

הכותל והאילן שנפלו לרה"ר והזיקו פטור(ים) מלשלם ואע"פ שהפקירם, לפי שאינם דומים לבור שהרי אין תחלתן להזיק, ואם היו רעועין ב"ד קובעין לו זמן לקוץ את האילן ולסתור את הכותל, וכמה הזמן ל' יום, נפלו בתוך הזמן והזיקו פטור, לאחר הזמן חייב מפני ששהה אותן.

כתב המ"מ ודברי רבינו הם כשהזיקו בשעת נפילה ולפיכך פטור אע"פ שהפקירן, וכן מוכח שם מפני הטענה שכתב רבינו, אבל אם הוזק בהן לאחר נפילה ודאי אם הפקירן הו"ל מפקיר נזקיו מתוך האונס ופטור ואם נתכוין לזכות בהן חייב, ודברי המ"מ ע"פ דברי התוס' בסוגיא שהוכיחו דאי בהיזק דלאחר נפילה, אבל היזק דשעת נפילה הוי אש הו"ל לגמ' לומר אי בהדי דקאזלי קמזקי היינו אש, ועוד דאי בהיזק דלאחר נפילה אמאי פטור בנפלו תוך הזמן הלא הי' לו לסלקן, ועוד דלא הוי לי' למתני לקוץ ולסתור אלא לפנותו ולסלקו, אח"כ כתבו דמיירי בין בהיזק דשעת נפילה בין בהיזק דלאחר נפילה. והא דקתני לקוץ ולסתור הוא משום בשעת נפילה ולאחר נפילה נתנו לו זמן לסלקו, וכתבו עוד דהשתא א"ש דמדמה לי' לבור טפי מלאש ואע"ג דבשעת נפילה חלוק מבור כמו מאש דמאש חלוק במה שאין כח מעורב בו ומבור חלוק שאין תחלת עשייתו לנזק אלא לכך דימה אותו לבור טפי מלאש משום דלאחר נפילה אין לדמותו כלל לאש אלא לבור, ודברי התוס' תמוהים דהיכן מצינו שיהי' שייכות היזק דשעת נפילה עם היזק דלאחר נפילה, וכיון דבעיקר הדבר בשעת נפילה הוי אש ואי משום שאין כח מעורב בו. נלמוד במה הצד משור דהא משמע דתוס' נמי סוברים כן ורק שכתבו דבשביל שלאחר נפילה הוי בור גם בשעת נפילה הוי בור, ולא אדע שום שייכות לזה ומהיכי תיתי נפטור על כלים כיון דמעיקר דינא הוי אש.

והנה הרשב"א כתב בטעמא דשעת נפילה לא ילפינן מאש דאין כח אחר מעורב בהן, ומשמע מדברי הרשב"א דאין ללמוד גם על אש ממה הצד דשור ואש וטעמא לא ידענא אמאי אין לומר שור יוכיח שאין כח אחר מעורב בו וחייב, אלא דבאמת עוד יותר קשה דהא כתבו התוס' בדף ה' דכח אחר מעורב בו אינו חומרא אלא קולא, וכבר הקשה זה הפ"ח על הרא"ש וכן בנחלת דוד, והנה הנחלת דוד כתב טעם אחר במה דלא דמי לאש, דדרכו לילך ולהזיק ומשיג את הניזק במקום שהוא, ובור הולך הניזק אליו, ולכן הכותל והאילן כיון דאין הולכין למקום אחר כל שטח שבין הכותל להקרקע זהו בור אריכתא, אבל דברי הנ"ד ג"כ אינם ברורים דא"כ ה"נ אבנו וסכינו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה ג"כ יש להם שטח מסויים דרוח מצויה אינו יכול לזרוק אבן למרחקים, ורק

להפילו מעל הגג והאבן יפול כדרכו, ועכ"פ יש שטח מסויים עד כמה ילך ברוח מצויה, וא"כ נימא דמהגג עד הקרקע הוא בור אריכתא, אלא ודאי עיקר החילוק מבור לאש הוא דאש הוי כמו שהולך ומזיק ועושה פעולת ההיזק והבור עומד במקומו ואינו עושה פעולת היזק, אלא הוא תקלה והנופל בו ניזק, וא"כ ודאי הכותל והאילן בשעת נפילה כיון שהם עושים פעולת היזק הוי אש.

והנה מצאתי דבשאלה כזו מדובר בירושלמי בגדר מחלוקת, והוא דבירושלמי פ"א הל' א' איתא אמר ר' יוסי מה אם המניח גחלת לרה"ר עד מקום שהיא מתהלכת היא מזקת, מאי כדון א"ר יוסי ב"ר בון תיפתר במניח סכין סמוכה לרה"ר כמה דתימר תמן האש נוגע מצד אחד ונתחלחל כולו אוף הכא אדם נוגע מצד אחד ונתחלחל כולו, ר' יוסי בר' בון בשם ר' לוי בור מלא מים ונפל שמה גדי קטן ונכנסו מים דרך אזניו ונתחלחל כולו וכא נתחלחל כולו, והפני משה פי' דהא דר' יוסי קאי על בעיא הקודמת דר' ירמי' בעי היתה מהלכת ופולטת עשבים מהו, והמעיין בדבריו יראה שאין שום טעם לפירושו והוא מחבר ענינים נפרדים והפשוט הוא דבעיא דר' ירמי' נשארה באבעיא, והא דר' יוסי קאי על ברייתא הקודמת והוא, דמקודם לזה קתני ברייתא רבי תני הניח גחלת ברה"ר ובא אחר ונתקל בה וצלוחיתו בידו נשרפו כליו ונשברה צלוחיתו חייב על הצלוחית משום בור ועל הכלים משום אש, והיינו דעל הצלוחית חייב דוקא לר' יהודה דמחייב על כלים בבור ועל כליו משום אש דחייב גם לרבנן, וע"ז אמר ר' יוסי ופריך דהא גחלת ברה"ר אינו מזיק אלא עד מקום שהוא מהלך היינו במקום שהניחוהו שם הוא מזיק, ואם כן אמאי הוא אש וע"ז אמר הגמ' מאי כדון, והפי' דאיזה ענייני בור נוכל להביא שיהי' דמיון לגחלת [ויש להעיר דצ"ל כדין ביוד דמאי כדון הוא בירושלמי שאלת מסקנא כמו בבבלי מאי הוי עלה, ועיין בערוך דכדון הוא עתה, אבל כדין ביוד הוא כזה כמו כה תאמרון בפ' וישלח מתרגם אונקלוס כדין תימרון] וע"ז אמר דכל אפשרות הסברא לומר דגחלת הוא אש משום צד החלחול דאש נוגע ושורף, וע"ז אמר דגם סכין חד הוא מחלחל ולכן אמר במניח סכין שלא נפל עליו והוזק בדרך חבט אלא שהי' מונח בכותל הסמוך לרה"ר ובדרך הלוכו נגע בו, וכן הוא בגדי שהמים מחלחלין דרך אזניו, ומזה דגם בעניני בור שייך חלחול ומ"מ הוי ודאי בור.

אלא דמ"מ אין לזה שייכות עם מה שכתבנו דכותל ואילן שנפלו בשעת נפילה דאף שאין נופלים למרחוק הוי אש, דכל השו"ט בירושלמי הוא רק על מה שהגחלת שורף ודימו זה לחלחול אי הוי כמעשה שהולך ומזיק או אינו אלא גדר בור, אבל כותל ואילן שכשהם נופלים הם עושים מעשה הכאה ודאי הוי אש, וקצת יש עוד להוכיח זאת

מהשו"ט דהירושלמי.

והנראה לי בטעמן של התוס' והרשב"א שכתבו דבשביל דאין כח אחר מעורב בו לא דמי לאש דהוא משום דבבור יש שני חיובים א' בור ברה"ר שהוא על עסקי כרי' שעשה מזיק, וב' בור ברשותו שאין החיוב בשביל שעשה מזיק אלא משום שהבור שלו, אבל באש לא מצינו אלא חיוב דעושה האש חייב, וכבר כתבו התוס' בדף ג' ע"ב בד"ה וממונך דלאו דוקא גבי בור דלאו ממונו הוא, וכן גבי אש דפשיטא שאם הדליק גדישו של חבירו באש של אחר דחייב, ודברי התוס' אינם מדוקדקים דעיקר דין אש אינו דוקא במדליק בתוך של חבירו, אלא דאפי' במדליק בתוך שלו א"צ שיהי' האש שלו, וכן כתבו בדף כ"ב איברא דגם שם כתבו והוכיחו ממדליק בתוך של חבירו, אבל באמת שיטתם פשוט דאפי' מדליק בתוך שלו ואפי' לא עשה קנין בהאש נמי חייב.

ואיברא דהוי אפשר לומר דתרי דיני איכא, יש חיוב אש לעושה אש אף שאין האש שלו, והיכי דהאש שלו חייב אף שלא עשה האש, אבל אפשר לומר דכיון דלא מצינו שני דינים באש כמו שמצינו שני דינים בבור, א"כ אין לנו באש אלא אם עושה האש, אבל אם קנה אש ולא עשה שום מעשה כגון שקנה בכסף תנור עם אש אפשר דאינו חייב בחיובי אש, וא"כ מבואר מה שכתבו התוס' והרשב"א דכותל ואילן לא דמי לאש דאין כח אחר מעורב בו, והיינו דבאש כח אחר מעורב בו ומיד עושהו למזיק, דאף דעשה אש בחצר שלו ואינו יכול בעצמו להזיק של אחרים אבל הכח שמוליכו עושהו תיכף למזיק, אבל הכותל והאילן בשעה שבנה ונטע לא הי' עליהם שם מזיק כלל, ורק עכשיו לאחר שנתיישנו ונתרועעו אינו יכול להתחייב עליהם אלא בשביל שהם שלו, וכמו שכתבו מתוס' להדיא דבבנין ונטיעה שעשה לא פשע כלום.

אח"כ מצאתי שהר"ר ישעי' כתב בש"מ וז"ל וקשה אמאי לא דאיק אי בהדי דקאזלי קמזקי היינו אש, וי"ל דלא דמי לאש דאש מיד שנעשה הוא נזקק לשמרו ולהעלות בדעתו שיזיק ע"י רוח מצוי', וכן באבנו וסכינו דמדמה לעיל לאש, אבל כותל ואילן ליכא למימר הכי דבשעת נטיעה ובנין לא הי' לו להעלות בדעתו שיפלו לזמן מרובה עכ"ל, ואף שלא הזכיר הר"ר ישעי' ז"ל דלא יהי' חייב אש אלא על עשיית אש ולא על מה שהאש שלו, אבל ע"כ צריך לומר כן בדבריו דאל"כ מה איכפת לן דבשעת הבנין לא הי' עומד להזיק, אבל עכשיו שהם רעועין ועומדין להזיק והן שלו אמאי לא יתחייב, אלא דצ"ע בזה אמאי לא נלמוד ממה הצד מאש ושור לחייב גם על אש שלא עשה אותו אלא שהוא שלו.

אבל באמת יש להוכיח דאפי' היכי שלא עשה האש רק שהאש שלו חייב, דבדף כ"ג ע"א איתא כגון שנפלה דליקה לאותו חצר ונפל גדר שלא מתוך דליקה, ומשמע דנפלה

דליקה ולא שהוא הדליק, ולכאורה אמאי יתחייב אם נפלה באונס וע"כ צריך לומר דכיון שהעצים השורפים הם שלו ולא הפקירם שמתחלה חושב שיוכל לכבותם לכן חייב, ואפי' אם בדברי הגמ' היינו דוחקים דלאו דוקא קתני נפלה, אבל הרמב"ם שדרכו לדייק בלשונו וכתב בהלכה ד' נפלה דליקה בחצרו וכו', מוכח דודאי חייב אפי' לא עשה את האש רק שהאש שלו כמו שורו שהזיק.

וכיון שבארנו דגם אם אין עליו חיוב על עשיית האש אלא שהאש שלו חייב, א"כ אין שום סברא דהכותל והאילן בשעת נפילה לא יהי' עליו חיוב אש, ולכן פשוט דהרמב"ם דמיירי הכא בדיני בור מיירי דהכותל והאילן הזיקו לאחר נפילה, וקושיית התוס' כבר תי' הרשב"א רק את אשר נשאר בקושיא דמנ"ל לגמ' לומר דהכותל והאילן מיירי לאחר נפילה ולדון בזה מדיני בור דילמא מיירי בשעת נפילה והו"ל לדון מדיני אש, באמת אין קושיא זו מכרעת להוציא דין מפשטו לומר דבשעת נפילה הוי בור ולא אש ואפשר קים לי' לגמ' דברייתא בדיני בור מתניא, אבל עכ"פ פשוט הוא דהרמב"ם מיירי כשהזיקו לאחר נפילה, ובזה שייך שפיר מה שכתב ואע"פ שהפקירן דהיינו לאחר שנפלו דקודם שנפלו בודאי לא הפקירן דהא מקודם לא הזכיר הרמב"ם שהיו רעועין.

אכן לפי"ז נשאר לנו לבאר לשון הרמב"ם שכתב אע"פ שהפקירן, דאיזה טעם הוא לחייב יותר בהפקירן מלא הפקירן ועוד דבלא הפקירן ודאי חייב, וכבר עמד ע"ז הסמ"ע, וכתב הט"ז ע"ז משום דבלא הפקירן איכא פלוגתא אי הוי בור אבל בהפקירן לכו"ע בור, ודבריו דברי תימה, דאטו רב סבר דמניח אבן שלו ברה"ר יפטר משום בור, אלא דרב סבר דחייב משום שור וכן כתבו התוס' להדיא בדף כ"ט, ועוד דעכ"פ אפי' אם אינו חייב משום בור הוא חייב משום שור, ועוד דכיון שאין הרמב"ם פוסק כרב וסובר דבין הפקיר בין לא הפקיר חייב משום בור לא שייך כלל שיתן הרמב"ם טעם אליבא דרב.

עוד הקשה הט"ז במה שכתב הרמב"ם לפי שאין תחלתן להזיק, דהא אמרינן בגמ' דמטעם זה הי' לנו לחייבו מכח שור יוכיח דמשום זה מחייבין לאחר הזמן, ועיקר הפטור משום שהוא אנוס בנפילה ותו"ל מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס ונשאר בזה בקושיא.

והנראה בזה דהנה זה פשוט דמה דאמרינן דנפלו בתוך הזמן פטור היינו כשהפקירן דאם לא הפקירן ודאי חייב כמו נתכוין לזכות בחרסיה כמש"כ המ"מ, וכבר כתב הרמב"ם זה בהל' ז', וכונת הרמב"ם שכתב ואע"פ שהפקירן היינו דמיירי בהפקירן, ופטור אף שהי' לו זמן לסלק ובאמת הי' להמרב"ם לכתוב אם הפקירן כמש"כ הסמ"ע אלא דהעיקר רצה להשמיענו דפטור אפי' הי' לו פנאי לסלק, דכ"ז שלא הי' לו פנאי לסלק פשיטא דפטור דהוא אונס גמור, וכבר כתב בהל' ז' דאנוס פטור ואפי' חיוב בדיני

שמים ליכא אלא אחר שהי' לו זמן לסלק, ולכן עיקר מה דהשמיענו בכאן הוא דפטור אפי' הי' לו פנאי לסלק, וזה שכתב אע"פ שהפקירן ולא רצה לסלק אותן מ"מ פטור דבלא הפקירן ודאי חייב, וזהו שכתב לפי שאינן דומים לבור שהרי אין תחלתן להזיק והיינו דאם היינו אומרים דכותל ואילן דומה לבור לא הי' מועיל מה שהפקיר, וכמו שכתב בהלכה ה' דהמניח את הכד ברה"ר בעל הכד חייב בנזקיו ואפי' הפקיר הכד שכל המפקיר נזקיו במקום שאין לו רשות לעשותה מתחלה חייב כאלו לא הפקירן, ולכן כתב דקודם שנפלו אינם דומים לבור ולכן אם הפקירן קודם שנפלו או תיכף אחר שנפלו קודם שהי' לו פנאי לסלק פטור דהוי מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס.

ומה שהקשה הט"ז דהו"ל להזכיר טעם זה, לק"מ דכבר כתב דין זה בהלכה ח' גבי נשברה כדו ברה"ר שכתב והרי החרסים והמים כהפקר ולא הפקיר אלא אחר שנאנס ולפיכך פטור, ולכן לא הוצרך כאן הרמב"ם אלא לומר דקודם הנפילה לא הי' להכותל והאילן דין בור, אח"כ כתב דאם היו רעועין ב"ד קובעין לו זמן לקוץ את האילן ולסתור את הכותל, ואם נפלו בתוך הזמן והזיקו פטור וזה קאי ודאי על מה שכתב מקודם דמיירי בהפקירן דבלא הפקירן ודאי חייב כמש"כ המ"מ וכנ"ל ולאחר הזמן חייב מפני ששהה אותן והיינו אפי' הפקירן דבזה לא מהני הפקירן כיון שכבר נתחייב עליהם בדין בור קודם שהפקירן, ואף דאין תחלת עשייתו לנזק חייב מדין מה הצד מבור ושור כדאיתא בגמ' וכמו שכתב הט"ז:

הלכה כא

המצניע קוציו וזכוכיותיו בתוך כותלו של חברו ובא בעל הכותל וסתר את כותלו ונפל לרשות הרבים והזיק, אם כותל רעוע היה המצניע חייב ואם כותל בריא הוא בעל הכותל חייב.

הקשו בתוס' כותל רעוע נמי איבעי ליה לאסוקי אדעתי' שמא הצניעם שם כשהיה בריא, וי"ל דמ"מ ראוי המצניע להתחייב כיון שפשע, משמע מדבריהם דמעיקר הדין הי' ראוי גם בעל הכותל להתחייב, אלא המצניע יותר ראוי להתחייב כיון שפשע, וא"כ היכי דהמצניע אין לו לשלם או שהמצניע עכו"ם דלא ציית דינא לשלם חייב בעל הכותל, אבל באמת דבריהם אינם מובנים דאיזה טענה הוא דהו"ל לאסוקי אדעתא שמא הצניעם כשהיה בריא אטו הפטור כאן משום אונס דנימא דיתחייב משום תחלתו בפשיעה הא הפטור הוא משום דאינו מחוייב להחזיק כותלו שהוא צריך לסתרו לשמור שם קוצותיו וזכוכיותיו של חבירו וגם ליטול משם הקוצים והזכוכיות אינו מחוייב וכמו דמדמי רבינא זה למכסה בורו בדליו של חבירו דבעל הדלי שנטל דליו בודאי פטור מחיוב הבור

דלאו כל כמיניה של בעל הבור לעשות מדליו כיסוי לבורו, והיה אפשר לומר דקושיית התוס' אינו ע"ז שפטור בעל הכותל, אלא ע"ז שחייב המצניע דנימא דהיה אנוס דהיה לו רשות לסמוך שבעל הכותל יחשוב שהוצנעו בכותל כשהיה בריא ולא יסתור הכותל קודם שיסירם ויצניעם, ותירצו דמ"מ ראוי להתחייב כיון שפשע, והיינו דהוא בודאי פשע במזיק שלו שהצניע אותו בכותל העומד לסתור ולא היה לו רשות לסמוך שבעל הכותל יצניע, וכמו שאם ראובן בעל הבור לא ישמור בורו ויסמוך ע"ז ששמעון טועה וחושב ע"ז הבור שהוא בורו דכיון דבאמת אינו בורו של שמעון אין לו רשות לסמוך על שמעון אף ששמעון סבור באמת שהוא בורו, אבל בש"מ מפורש להדיא דקושיית התוס' הוא על מה שפטור בעל הכותל ע"ש מה שמתרץ הר"ר ישעי', אבל באמת הסברא פשוטה כמש"כ, ומבואר דברי הרמב"ם שסתם דבכותל רעוע המצניע חייב ובכותל בריא בעל הכותל חייב ומשמע דבכותל רעוע אין חייב בעל הכותל בכל אופן אפי' אם המנציע אין לו לשלם מ"מ בעל הכותל פטור:

פרק יד

הלכה ד

נפלה דליקה בחצירו ונפל גדר שלא מחמת הדליקה ועברה הדליקה בחצר אחרת אם הי' יכול לגדור הגדר שנפל ולא גדרו חייב, למה הדבר דומה לשורו שיצא והזיק שהי' לו לשמרו ולא שמרו.

בפי"ג הלכה י"ט כתבתי דמכאן מוכח דאם האש הוא שלו אף שלא הבעיר את האש מ"מ חייב לשמרו כמו שחייב על שורו, ומדברי הר"ר ישעי' בש"מ מוכח דבאש אינו חייב אלא אם האש שלו ולא אם הוא רק ממונו, וכן פירשתי שם דעת הרשב"א, אבל מלשון נפלה דליקה בחצירו מוכח דאפי' נפלה הדליקה שלא פשע בה כלל כיון דהוא בחצרו ועצים שלו שורפין נעשה האש שלו וחייב בשמירתו.

איברא דראיתי שהר"ח ז"ל כתב בפירושו וז"ל ובאנו לומר כגון שהצית אש בחצר ונפלה גדר שלא מחמת דליקה וכו' ומוכח מדבריו דלא ניחא לי' לפרש שנפלה מעצמה, אבל מפשטות לשון הרמב"ם שהעתיק לשון הגמ' כצורתה משמע דחייב אפי' בנפלה מעצמה ועיין שם שבארתי צדדי הספיקות בזה.

הלכה ז

אחד הביא את האור ואחד הביא את העצים המביא את העצים חייב אחד הביא את העצים ואחד הביא את האור המביא את האור חייב, בא אחר וליבה המלבה חייב,

ליבתו רוח שאינה מצויה תמיד הרי כולן פטורין, ליבה וליבתו הרוח חייב שהרי הוא גרם, וכל הגורם להזיק משלם נזק שלם מן היפה שבנכסיו כשאר כל המזיקין.

השגת הראב"ד: אחד הביא וכו'. א"א ואיך לא הפליג כמו שמפליג בברייתא אם יש בלבויו כדי ללבותה חייב ואם לאו פטור, עכ"ל.

עיין במ"מ שכתב דהרמב"ם פסק כאמוראי דמתרצי לברייתא באוקימתות, ולכן פסק הרמב"ם דחייב כיון דכתב סתם, ודבריו תמוהים דא"כ לא הי' להרמב"ם להשמיט הברייתא והיה לו לכתוב גם אופני הפטור כפי האוקימתות, ע"כ פשוט דהרמב"ם פסק כתירוצא דרב אשי והברייתא אזלא למאן דלא דאין דד"ג, ומצאתי להש"ך בסי' תי"ח כתב כן, רק שהוסיף דרב אשי לית ליה דינא דגרמי וכתב שמצא כן בראב"ן מהא דכפייה רפרם לרב אשי, אבל באמת קשה לומר דרב אשי דהוא בתרא לית ליה דד"ג ולא הוזכר זה להדיא בגמ' והך עובדא כיון דע"כ הי' בילדותו כמו שפירש"י אפשר דהגבי' הי' נמי כששרף ואפי' נימא שבודאי שרף קודם שהי' בר מצוה אף דבפשוטו אינו חייב על מעשה קטן וכבר דברו מזה באחרונים, עכ"פ אפי' נימא כן אבל הגבי' אפי' הי' לאחר שנעשה בר מצוה אין דעתו אז מכרעת להלכה, ודוחק לומר דמדקתני לרב אשי משמע שבשעת הגבי' הי' כבר אמורא דאינו מוכרח, ועוד דבאמת הר"ר יהונתן ז"ל בש"מ מפרש באופן מתקבל יותר דרפרם ורב אשי היו שניהם דיינים ובא לפניהם דינא דשורף שטר ורב אשי רצה לפטור ורפרם כפייה בהוכחות עד שהודה לדבריו וחייב השורף, ולפי"ז אין לנו כלל דרב אשי סבר להלכה דלא דיינינן דד"ג ורק דהוי סבר לומר כן, אלא דבאמת לא צריך לזה דמה דאמר רב אשי בפשיטות דגרמא בנזקין פטור, היינו דרבנן לית להו דד"ג ואנן קיי"ל כר"מ ממתני' דדף קט"ז דמסור חייב, אבל ברווחא מצי למימר דברייתא כרבנן.

ומה שהקשה המ"מ מהא דפסק הרמב"ם גבי רקתא בפי"א דשכנים דפטור, וכתב ע"ז הכ"מ שהוא מתיישב בלשון הרמב"ם שכתב שהרוח הוא שסייע אותו ואין נזק זה בא מכח מזיק עצמו אין דבריו מבוררין דמאי נ"מ בין ליבה והרוח סייע ללבות וחייב על סיוע הרוח, ובין הביא המוץ והעפר והרוח סייע, וגם בזה השיג עליו הש"ך בסי' תי"ח וכתב דיש לתרץ בזה כמו שחילק הרמב"ן בדינא דגרמי דלא דמי לעפר שבפי"א מהל' שכנים שהולך הפך מכחו, שכונתו להפיל העפר לארץ ולא שילך למרחוק משא"כ אש שהרוח מסייע למה שכונתו שילך האש עכ"ל, והנה הרמב"ן כתב זה על קושית התוס' למה לא מחייבינן ברקתא משום אבנו וסכינו ומשאו, אבל מליבה וליבתו הרוח לא קשיא לי' דסובר דקיי"ל דפטור כמו דאמר רב אשי רק שהש"ך רוצה ליישב בסברתו

גם שיטת הרמב"ם, אבל באמת על הרמב"ם א"א ליישב כן דהרמב"ן כתב זה על רקתא דכי הוי נפצי כיתנא היו חובטין הפשתן כדי שיפול הרקתא לארץ, וזה שהוליך הרוח הוא הפך מכחו, אבל זה אינו אלא ברקתא שכתב רבינו גרשום בפירושו בהא דאמר דלא ניחא לי' דליזל שהוא צריך להרקתא, אבל מה שכתב הש"ך עפר והוא בזה שכתב הרמב"ם או מלאכה שיש בה אבק ועפר לא הוזכר דוקא שהוא באופן דצריך להעפר, וסתם מלאכה שיש בה אבק אינו צריך להאבק ומ"מ כתב הרמב"ם דפטור.

אכן הגר"א ז"ל כתב ג"כ כתי' הש"ך והוסיף דכן הוא שיטתו של הרמב"ם דגרמי אינו חייב אלא במתכוין ולפי"ז אינו צריך לפטורא שיהיה לא ניחא ליה בפירוש אלא דצריך דוקא מתכוין, וכיון דעכ"פ לא נוכל לומר דניחא ליה דאינו מתכוין לכן פטור משום גרמי.

אלא דיש לעיין בזה דמתכוין להזיק לא שייך אלא במדליק בתוך של חבירו אבל במדליק בתוך שלו אינו מתכוין להזיק, דאף דכאן כתב הגר"א ז"ל דהרמב"ם סובר דגרמי אינו חייב אלא במתכוין ולא הזכיר במתכוין להזיק, ואפשר דכונתו דכיון דמתכוין לעשות האש נמי חייב מדינא דגרמי משום אשו, אבל בסי' שצ"ו בהא דמחלק הרמב"ם בין פורץ גדר בפני בהמת חבירו ובין ליסטים שפרצו הדיר משום דליסטים אינם מתכוונים להזיק כתב הגר"א ז"ל דשיטת הרמב"ם דגרמי אינו חייב אלא במתכוין להזיק, ובאמת קשה לחלק בין מדליק בתוך שלו לליסטים שפרצו הדיר דמה שכתב הרמב"ם בתשובתו דהליטסים מתכוונים לגנוב ולא שתצא הבהמה ותזיק, במדליק בתוך שלו נמי מדליק בשביל שצריך להאש ולא שיצא האש ויזיק, ומה שיודע שאש יכול להזיק גם הליסטים יודעים שבהמה יכולה להזיק, אמנם כתבתי שם בטעמא דכיון דליסטים רוצים לגנוב א"כ בשעה שפרצו הדיר והוציאו הבהמה לא היתה עומדת להזיק, ואח"כ לא עשו מעשה שיחייבו אותם משום גרמי, אבל בדברי הרמב"ם בתשובתו לא משמע שכיון לתי' זה, אלא פטר את הליסטים משום דלא התכוונו שתצא הבהמה ותזיק, וכן הגר"א ז"ל כתב בפי' דטעם הפטור הוא משום דגרמי אינו חייב אלא במתכוין להזיק.

והנה לפי"מ דמשמע לכאורה מסתימת לשון הרמב"ם דאינו מחלק בין מדליק בתוך שלו למדליק בתוך של חבירו, וכן במתני' סתמא קתני, א"כ לכאורה עיקר התי' מרקתא אינו מיושב דכיון דנימא דכשיודע שעושה אש נמי מיקרי מתכוין, א"כ גם ברקתא ואבק יודע שמוציא רקתא ואבק וליחשיב כמו מתכוין, ובדוחק אולי נאמר דבלבה ולבתו הרוח מתכוין עכ"פ לעיקר עשיית האש, אבל ברקתא העיקר מכוין למלאכתו לנפץ הכיתנא ולא לעשיית הרקתא, וכן במלאכה שיש בה אבק אינו מכוין להוצאת האבק, ולכן אינו חייב ע"ז משום גרמי, אבל מה שהקשינו למעלה קשה טובא.

לכן נראה דיש לומר דאף דהרמב"ם סתם דבריו מ"מ יש להוכיח דכונתו במדליק בתוך של חבירו, והנה במתני' אף דסתמא קתני מ"מ יש לומר דפשטה מיירי במדליק בתוך של חבירו, דמעיקרא קתני השולח את הבערה ביד חש"ו פטור מדיני אדם וכו', שלח ביד פקח הפקח חייב, ואמרינן ע"ז בגמ' צבתא דחרש קא גרים, ופירש"י בפ"ק בדף ט' אחיזתו של חרש גרמה ההבער שהוא נטלה והוליכה לגדיש, א"כ אשמעינן מתני' דאינו חייב על מעשה החרש וגם לא על מעשה הפקח דהפקח בעצמו חייב במה שהוליכוה לגדיש של חבירו, ואח"כ קתני הך בבא דאחד הביא את האור וכו', ומתני' דבתרה קתני השולח את הבערה ואכלה עצים וכו' שנאמר כי תצא אש, בבא זו משמע דמיירי במדליק בתוך שלו ומה דתנן בלשון השולח את הבערה היינו דבהדלקתו בתוך שלו בלא שמירה הוי כמו שולח וכמו ושילח את בעירה ואח"כ קתני עברה גדר וכו'. וזהו הכל במדליק בתוך שלו, ואם בבא דאחד הביא את האור וכו' קאי במדליק בתוך שלו הו"ל למיתני בתר מתני' דהשולח את הבערה דהוא תחלת דיני אש במדליק בתוך שלו כדמייתי קרא דכי תצא אש.

-השמטות ומלואים-

במש"כ לעיל בד"ה לכן נראה, כתב הדר"ג דלמה הוצרכתי להוכיח דשלח ביד פקח הוא כד' הרמב"ם שהפקח הבעיר ושלחו להבעיר דאלא"ה מאי פריך בקדושין נימא שש"א כמותו הא מתני' הוא ד' שומרין נכנסו תחת הבעלים ולא פריך מינה וע"כ דגמ' מפרש דשלח ביד פקח היינו ששלח להבעיר והפקח הבעיר וכמש"כ הרמב"ם וע"ז כתב דבזה י"ל דמסר לו שלא בתורת שומר או שמפורש התנה שאינו מקבל שמירה, הנה זה ודאי לפום שיטפא כתב כן דהא אינו תי' בגמ' אלא קושיא ומנ"ל לאוקמי באוקימתות בפרט לשיטת הרמב"ם שכתבתי ברפ"א דבסתמא מתחייב בשמירת נזקין.

עוד כתב דבלא"ה אפשר להקשות דאם לא עשאו שליח, מאי פריך לימא שלוחו של אדם כמותו הא לאו שליח שוייה וגם אפשר דלא ניחא ליה שילך ויבעיר ומ"ש רישא במסר לחש"ו שאינו בר חיובא א"כ כ"ש במסרו לבן דעת, הנה בודאי עמדתי בזה שיש להקשות בפשיטות אלא דהיה אפשר לומר דהגמ' סבר דאם שש"א כמותו והבעלים שולחים האש ביד שלוחם הוי כמו שמוליכים בעצמם וחייבים, וע"ז כתבתי דמתני' היא ד' שומרין וכו' ובסתמא נעשה שומר ואין המשלח חייב וכתבתי שם הא מתני' היא ד' שומרין "ולא פריך מינה" והיינו דלפי סברא זו הו"ל למיפרך על ד' שומרין לימא שש"א כמותו, וזהו לפ"מ שהעליתי ברפ"א דדין שומר בנזקין לשיטת הרמב"ם אינו משום שקבל עליו חיוב נזקין אלא דמסתמא נתחייב מתורת בעלים, ואם שייך בזה שש"א כמותו יהיו הבעלים

חייבים שהשומר שומר בשליחותם, אבל לפי ההו"א שהיה אפשר לפרש כמש"כ לא קשה ממסר לחש"ו לאו בני שליחות נינהו וכן כ' התוס' בב"מ דף י' ע"ב, ומה שהזכיר הדר"ג דאפשר לא ניחא לי' שילך ויבעיר, הנה ע"ז אנו דנין דאם לא נפרש כד' הרמב"ם לא מיירי כלל בהבעירו אלא שהוליכו ולא שמרו.

עוד הביא הדר"ג דברי הריטב"א דמפרש הא דחש"ו שלא אמר להזיק אלא שנתן ברשותם בענין דלא מצו מזקי אלא בצבתא דחרש והביא דברי המחנ"א שהקשה על הריטב"א כמש"כ ועיינתי בדברי המחנ"א ולא הקשה אלא כפשוטו דלדברי הריטב"א לא הוי שליח וכבר בארתי מה שהוצרכתי להוסיף, אבל באמת אינו מוכרח כלל דהריטב"א אינו מפרש כד' הרמב"ם בשלח ביד פקח דהרמב"ם בהל' ה' לא הזכיר שהבעיר החש"ו אלא שליבהו, והוא כד' הגמ' שמסר לו גחלת וליבה ומבואר בדף ט' טעמא דפטור משום דמעמיא ואזלא, ולר' יוחנן דסבר דשלהבת נמי פטור אמר בגמ' דצבתא דחרש גרים וזהו כד' הריטב"א דמיירי באופן שבלא צבתא דחרש לא היה יכול להזיק אבל מד' התוס' בדף ט' משמע דאין מפרשים כן אלא טעמא דר' יוחנן דפטר משום שהקטן שומרו דאף שהתוס' כתבו זה בקושיית הגמ' קודם דאמר צבתא דחרש קגרים מ"מ משמע מדבריהם דגם לפי האמת כן הוא דהא כתבו והשתא ניחא וכו' ואולי דרק משור מותר הוכיחו סברא זו אבל לענין אש ל"צ לזה, ועי' מש"כ בזה בפ"ד הל' ז', אבל כ"ז ברישא בשלחו ביד חש"ו אבל סיפא בשלחו ביד פקח אם לא הבעיר הפקח ולא שלחו להבעיר מתני' היא ד' שומרין.

והנה הדר"ג ביאר דברי הריטב"א דמפרש גם סיפא דשלח ביד פקח כן, ששלח אותו להוליך למקום פלוני שמשם יכול הרוח להוליך למקום הנזק ודבריו נכונים לפי דברי הריטב"א, אבך הך דינא לדעתי צ"ע דכיון דהאש הוא מזיק והוי כמו שור המזיק אלא דעתה הוא רחוק ממקום הניזק ואינו יכול להזיק וא"כ כששלח האש ע"י שליח שיוליכו למקום פלוני ואף דאינו מתחייב על מעשה השליח כיון דעכ"פ אינו אנוס הרי בכל מקום שהיא אש שלו הוא ושורו ולא טפח באפי'.

ולפי המבואר בתוס' בדף כ"ב עיקר הפטור אפי' לפי המסקנא דאמר צבתא דחרש קגרים משום דאינו רוח מצויה להזיק וא"כ בשלח ביד פקח ואמר לו להוליך למקום פלוני ואף דאין שליח לד"ע ואמרינן דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין מ"מ אינו מוכרח דלא הוי רוח מצויה דמי לא עסקינן ששלחו ביד רשע שמוכן להזיק אלא דלענין דין שליחות לא מהני זה אבל לענין חיוב ממונו כיון דהמזיק שלו והוא מוכן להזיק למה יפטרו וכ"ש בכה"ג גם חש"ו אם שלחם להניח במקום פלוני ושם יכול להזיק ע"י הרוח

לא מסתבר דלא הוי כרוח מצויה לומר שאינו מצוי שיובילהו.

ולכן לפי הנראה גם לפי דברי הריטב"א יש חילוק דלענין חש"ו נוכל לבאר בין דנימא כד' הריטב"א דהוא באופן דבלא צבתא דחרש לא היה יכול להזיק, והיינו שהרוח בעצמו לא היה יכול להוליכו, ולא שלחו להוליכו בין דנימא כד' התוס', אם כונתם כן גם למסקנא, דאף שאם לא היה מונח ביד החש"ו היה יכול הרוח בעצמו להוליך השלהבת ולהדליק, אבל עכשיו שהוא ביד החש"ו אינו רוח מצויה ורק צבתא דחרש קגרים שהוליכו למקום שיוכל להזיק, אבל לענין פקח גם לדברי הריטב"א נפרש כפי' הרמב"ם שהפקח הבעיר והיינו דהשלהבת בעצמה לא היתה יכולה כלל להזיק במקום הנזק גם ע"י הרוח אלא שהפקח הבעיר בידים, ובזה בעל השלהבת פטור כיון דבלא מעשה הפקח לא היתה יכולה להבעיר, דאפי' אם נימא דהוא מצוי שהפקח ישמע לדברי המשלח, מ"מ לא שייך חיוב על בעל האש משום ממונו, אלא אם האש עושה בעצמו מעשה ההיזק ע"י הולכת רוח מצויה אבל לא היכי דאדם אחר עשה מעשה והבעיר.

ואף דבודאי אנו צריכים לפרש חש"ו ופקח בחד גוונא אבל אין אנו אומרים דלא מצי מיירי בחד גוונא אלא דהגמ' מפרש מתני' בכולהו גווני ורישא דשולח את הבערה ביד חש"ו מיירי אפי' לא הבעירו החש"ו והאש הבעיר בעצמו ומ"מ פטור אפי' על נזקי ממונו וכמו הברייתא דדף ט' וזהו לר"ל כדאית ליה ולר' יוחנן כדאית ליה, וסיפא דשלחו ביד פקח ע"כ מיירי אפי' הבעיר ושלחו להבעיר דאי לא"ה מתני' ד' שומרים הוא וכנ"ל, ובחש"ו נמי פטור בשלחן להבעיר, וכמש"כ התוס' בב"מ דף ז' משום דלא בני שליחות נינהו.

איברא דהתוס' בדף ו' ד"ה לאתויי כתבו דאם הדליק אש ובא אחר ושרף טלית פטור בעל האש ומוכח שם דדוקא באדם בר דעה אבל חש"ו הוי כמו אדם שלא בכונה ובעל האש חייב, אבל זהו באש גמור דאינו חסר אלא הבאת דבר הניזק, אבל היכי דצריך מעשה הבערה ושהאש אינו יכול להבעיר י"ל דפטור אפי' בחש"ו, ואכתי אין הדבר מבורר דאם נימא דאם אמר לחש"ו שיבעירו הוי כמו רוח מצויה דשכיח שיבעירו, א"כ למה אינו חייב על מעשה שלהם כמו על מעשה הרוח, אכן לפי המבואר אצלי בפ"ב הל' י"ח בשיטת הר"ח והרמב"ם דאפי' על מעשה גמל שהבעיר בידים אין בעל האש חייב, א"כ מיושב דגם על מעשה חש"ו פטור. [ע"כ]

וכן הרמב"ם קבע הלכה זו כמו שהוקבעה במתני' דבהלכה ה' כתב השולח את הבערה ביד חש"ו וכו', ובהל' ו' כתב שלח את הבערה ביד פקח זה הפקח שהבעיר חייב לשלם, ומוכח להדיא דמיירי במדליק בתוך של חבירו, ומה שפי' כן למתני' ולא ששלח ביד

פקח והפקח לא שמר את האש, דבריו ברורים מגמ' מפורשת בקדושין דף מ"ב והא דתנן השולח את הבערה וכו' שלח ביד פקח הפקח חייב ואמאי נימא שלוחו של אדם כמותו, ואם שלח ביד פקח היינו ששלח סתם אש בידו למה יתחייב המשלח אפי' בלא טעמא דאין שלד"ע דכיון שקיבל בידו נעשה שומר ומתני' היא ד' שומרים נכנסו תחת הבעלים ולא פריך מינה, וע"כ דגמ' מפרש דשלח ביד פקח היינו ששלח להבעיר והפקח הבעיר כמו שכתב הרמב"ם, ולכן גם הל' זו שאחריה מיירי נמי במדליק של חבירו.

ויש להוכיח זה ביותר לפימש"כ בהל' ד' דמלשון נפלה מוכח דאש שהוא שלו חייב עליו אם היה יכול לשומרה או לכבותה, אף דלא הדליק אותה, וא"כ אם הוי מיירי במדליק בתוך שלו ויש להאש בעלים איך אפשר לומר ליבתו רוח שאינה מצויה הרי כולן פטורין, דהא אם יש לאש בעלים דכן הוא בסתמא במדליק בתוך שלו חייבין אם יכולין לשמרה או לכבותה, וע"כ דמיירי במדליק בתוך של חבירו ובעל האש ליכא ורק בדין מזיק עסקינן ולא בדין בעלים, ומיושב שפיר מה שכתב הרמב"ם וכל הגורם להזיק משום דאיירי במדליק בתוך של חבירו, ומיושב ג"כ החילוק שכ' הגר"א ז"ל מליבה וליבתו הרוח לרקתא.

אכן עלינו לבאר בזה לשיטת הרמב"ם בטעמא דלא דמי לרקתא לאבנו וסכינו ומשאו, והנה הרמב"ן ביאר תירוצו באריכות ונביא קוטב דבריו וז"ל דכי הוי נפצי כיתנא כדי להוציא רקתא היו חובטין הפשתן כדי שיפול הרקתא לארץ, ואלו נפלה הרקתא לארץ שוב אין הרוח מזיזה וכו' ומפני שכחו כחוש שהרקתא קלה ביותר הרוח באה ומוליכה למקום רחוק ומזקת, הרי שלא הלכה מכחו כלום ולא סייע הוא בהולכת הרוח, אלא אדרבא אם הלכה מכחו היתה נופלת לארץ וכו' ולא דמי לאבנו וסכינו וכו' שהרי הרוח מוליכתו כפי כחו ואינו מוליכה במקום אחר הפך מכחו, ומה דפריך מגץ כתב וז"ל דהוי סבר דגץ נמי כשהוא מכה בפטיש כחו מפילתו לארץ, אלא מפני שהוא דבר קל הרוח מוליכתו לחוץ הפך כחו, ומתרצינן דהתם ניחא ליה דליזל והוא מכה בפטיש כדי שילך והרוח מוליכתו יותר ולא בהפך מכחו עכ"ל.

וכבר כתבנו דכל זה שהאריך הרמב"ן הוא שייך על רקתא ולא על כלי מלאכה שיש בה אבק ועפר, וממילא אף שכתבנו דלתרץ מה שקשה מליבה וליבתו הרוח מיושב בדברי הגר"א ז"ל כיון דעכ"פ אינו מתכוין שילך אינו חייב על גרמי, אבל לחלק מאבנו וסכינו כפל הרמב"ן הרבה פעמים דעיקר התירוץ הוא בשביל שהרוח מוליכו הפך מכחו וזה לא שייך אלא ברקתא.

וגם מה שתי' הרשב"א בש"מ וז"ל תי' מורי הרב דשאני התם דממונו ממש הוא

דמזיק שהאש היא ששורפת וכן כובד האבן והסכין הם שמזיקים והלכך אפי' כח אחר מעורב בו חייב דממונו הוא דאזיק, אבל הכא הרקתא בעצמה אינו מזקת אלא הרוח הוא המסער אותה ומכה בה על פני העוברים עכ"ל, גם תי' זה מסתבר דלא שייך אלא ברקתא שהסביר הרשב"א דההיזק הוא בכח הכאת הרוח שמסער ומכה בה על פני העוברים והרקתא אינו מזיק אבל אבק ועפר שנכנסים בעינים ומזיקים הלא אין הרוח אלא המוליך אותם אבל אינו העושה עצם ההיזק.

ועתה נבוא לדברי התוס' בב"ב דכ"ו שכתבו וז"ל ואומר ר"י דלא דמי לאש דאין חייב משום אש אלא כשעשה האדם את האש לבדו כדכתיב המבעיר את הבערה בלא סיוע הרוח. ואח"כ הולכת ע"י רוח מצויה, אבל הכא אינו עושה לבדו כל עיקר אלא ע"י הרוח דאי לאו רוח לא הוי רקתא אזלא כל עיקר ודמי לליבה וליבתו הרוח דפטור עכ"ל, ולכאורה מכיון שדימו לליבה וליבתו הרוח, א"כ לשיטת הרמב"ם דמחייב בליבה וליבתו הרוח אינו מיושב בתירוצם אמאי דפטור גבי רקתא, אך באמת זה מיושב שפיר דהרמב"ם הא מחייב גבי ליבה וליבתו הרוח משום גרמי, וכבר כתבנו בשם הגר"א ז"ל דגבי רקתא ועפר אין לחייב משום דד"ג כיון שאינו מתכוין לכן נוכל לומר להרמב"ם תי' התוס' גבי רקתא.

והנה מדבריהם בב"ב משמע דלעולם אינו חייב אלא כשעשה האש לבדו בלא סיוע הרוח, אולם בב"ק דנ"ט ע"ב במה דתנן במתני' לבתה הרוח כולן פטורין כתבו בתוס' וז"ל פר"י דברוח מצויה איירי וכו', וא"ת כיון דמתלבה ברוח מצויה יתחייב האחרון של הנחת עצים ואור וכו', ואין לחלק משום דבהנהו אין מחוסר אלא הולכת האש בעלמא ע"י רוח מצויה, אבל כאן מחוסר ליבוי ואין שם אש עליו ולא קרינא ביה המבעיר את הבערה דהא בפ"ק וכו', והעלו שם בתוס' דלבתה הרוח היינו ברוח שאינה מצויה וכן איתא בירושלמי, ובדף ס' גבי ליבה וליבתו הרוח דפטור כתבו וז"ל דלא מחייב משום אשו אא"כ עשה כ"כ בפני עצמו בלא סיוע הרוח, או דבר אחר שיוכל להזיק ברוח מצויה אחר גמר המעשה שלו דהכי משמע המבעיר את הבערה שבפ"ע עשה את הבערה שיכול להזיק ברוח מצויה עכ"ל, והוא כדבריהם בדף נ"ט דאם עשה דבר מסויים בפ"ע שהרוח המצויה יעשה אותה למזיק נמי חייב אלא שבלבה ולבתו הרוח לא עשה כלום בפני עצמו.

ולפי"ז אינו מובן תירוצם בב"ב לפי"מ דמשמע לכאורה דנפילת הרקתא מהכיתנא הוא ע"י עיקר מלאכת הניפוץ אלא שהרוח מוליכו למרחוק, וכן מבואר בדברי הרמב"ן שהבאנו, ועוד יותר מבואר בקושייתו שלפי"מ שכתב מקודם בטעמא דליבה ולבתו

הרוח דפטור משום דאיהו בלחודיה לא גרם נזק וליכא הכא מזיק אלא ע"י הרוח וכו', ומשום האי טעמא ל"ד לאבנו וסכינו וכו' דהתם המניח כמלבה ויש בליבויו כדי ללבותו שהרי נברא גוף ההיזק עצמו ואין הרוח מסייעת בבריאתו אלא בהולכתו עכ"ל, ע"ז הקשה אח"כ בהא דרקתא וז"ל, ואיכא למידק בה מ"ש מאבנו וסכינו וכו' דהא איברי היזיקא דהא רקתא בלא סיועא דרוח אלא דהוא ממטי לה עכ"ל, ולהדיא דעיקר יציאת הרקתא הוא ע"י הניפוץ אלא דהרוח ממטי לה.

והנה גם בלא דברי התוס' דב"ק היינו צריכין להבין דברי התוס' דב"ב דכיון דהרקתא יצא מעצמו, א"כ אין חילוק מזה לאבנו וסכינו אלא דבזה הי' אפשר לומר מקצת כסברת הרשב"א דאבן הוא מזיק בעצמו בכובדו, אבל רקתא בלא רוח אינו מזיק כלל, אבל בודאי אין כונתם לגמרי כדברי הרשב"א דברקתא הרוח בעצמו הוא המזיק דא"כ לא צריך לחלק מרקתא לגץ דבגץ הא אין הרוח המזיק דהגץ הוא השורף, ובדעת הרשב"א נבאר אח"כ, אבל בד' התוס' א"א לומר כמו שנבאר בדברי הרשב"א דביארו להדיא החילוק בין רקתא לגץ לענין זה דרקתא לא דמי לאבנו וסכינו, ורק דהיינו אומרים בדברי התוס' דאף דהרקתא מזקת ע"י הרוח מ"מ לא דמי לאבן דרקתא בלא הרוח אין לה שם מזיק, אבל לפי דברי התוס' דב"ק דאפי' אם הרוח עושה האש נמי חייב, ורק שיעשו הבעלים דבר מסויים שאח"כ יזיק ע"י רוח מצויה וכמו בליבה הרוח אש ועצים שלו משא"כ בליבה ולבתו הרוח שלא עשה שום דבר, וא"כ ברקתא כיון דהוציא הרקתא מעצמו וע"י הרוח תזיק אמאי לא דמי לאבנו וסכינו.

ע"כ נראה דהתוס' מפרשים דעיקר יציאת הרקתא מהכיתנא הוא ע"י הרוח דהכאת הנפוץ הוא רק לנתק ולהפריד הרקתא מן הכיתנא, ומשום שהרקתא אין לה כובד וכמש"כ הרמב"ן לא היתה נופלת מעצמה ולזה מועיל הרוח והוא ממש כמו זורה ורוח מסייעתו, דשם ע"כ צ"ל כן דעיקר יציאת המוץ הוא ע"י הרוח דזהו עיקר מלאכה דשבת, ומה שכתבו בתוס' דאי לאו רוח לא הוי רקתא אזלא כל עיקר הכונה שלא היתה יוצאת כלל, אח"כ מצאתי בתוס' הרא"ש בש"מ שכ' וז"ל אכתי מה פריך התם הוא דחייב דאפי' בלא זיקא הי' הגץ יוצא מכחו וכו' וי"ל דאכתי לא מסיק אדעתי' הכי אלא משמע ליה כי היכי דהכא מכה בפטיש והגץ יוצא ה"נ מנפץ ומכה בפטיש והרקתא יוצא מכחו, ומשני התם ניחא ליה וכו', אבל הכא לא ניחא ליה דליזל ולא אזלא רקתא כל עיקר אלא ע"י זיקא עכ"ל.

ועכשיו מובן שפיר תירוצם דכל זמן שלא יצאה הרקתא והיא ביחד עם הכיתנא בודאי אין עליה שם מזיק, דכיתנא אינה יכולה להזיק, וזהו שכתבו דדמי לליבה ולבתו הרוח

דביחד עם הרוח נעשה המזיק.

והנה התוס' פירשו דכשמשני הכא ניחא לי' דליזל היינו דלכן מתכוין להכות בכח עד שיתרחק הגץ בלא שום זיקא והכא לא ניחא לי' דליזל ואינו מכה בכח ובלא רוח לא אזלא רקתא כל עיקר, אבל באמת פירושם דחוק דלפי"ז עיקר חסר בגמ', ואמר רק הסיבה מעיקר התירוץ דלפי דבריהם מה דניחא לי' או לא ניחא ליה אינו נ"מ לדינא כלל רק דבשביל דניחא ליה מכה בכח ומתרחק הגץ בלא שום זיקא, וזהו עיקר התירוץ והו"ל לגמ' לומר זה דגץ מתרחק מעיקרא בלא רוח ורקתא אינה יוצאת אלא ע"י הרוח.

לכן נראה דבזה ודאי צריך לומר כפי' הרמב"ן דניחא לי' ולא ניחא ליה הם עיקרי טעמי החיוב והפטור, וגץ נמי דמי לרקתא דאף דיוצא בכח הפטיש מ"מ הרוח מסייע לעיקר הליכתו, ומ"מ כיון דניחא לי' דליזל חייב גם על מעשה הרוח, וברקתא כיון דלא ניחא לי' אינו חייב על מעשה הרוח.

אלא דלכאורה אי אפשר לומר כן דעל יציאת הרקתא הא לא נוכל לומר לא ניחא לי' דליזל דעיקר פעולת הניפוץ הוא להוציא הרקתא, וע"כ דהא דאמר לא ניחא לי' דליזל הוא רק על הליכת הרקתא, וכיון דעכ"פ יציאת הרקתא ניחא לי' אמאי אינו חייב על הרקתא מדין אבנו וסכינו, כיון דאמרינן דכשניחא לי' חייב גם על מעשה הרוח, וממילא ליהוי כמו שהניח בעצמו הרקתא והרוח הוליכו.

ולבאר זה נקדים מה שהקשה הרמב"ן דמאי פריך מגץ התם מכחו קא אזיל והכא זיקא דקא ממטי לה, דהא המבקע עצים נמי לא ניחא ליה דליזל שהוא צריך להבקעת ומ"מ חייב, ותירץ דגץ הרוח מוליכו מדתני ליה גבי דיני אש ולא גבי אדם המזיק, ולפי דברי הרמב"ן יקשה על הרמב"ם שכתב דין גץ היוצא מתחת הפטיש בפ"ו מהל' חובל ומזיק הל' י"א וכתב הרי זה חייב כמו שזרק אבן או חץ, ויקשה קושיית הרמב"ן דמאי פריך על רקתא מגץ, ואמאי לא פריך מהמבקע עצים דלא ניחא ליה דליזל.

ונראה דזה ודאי כדברי הרמב"ן דגץ הרוח מוליכו וכל החלוק בין ניחא ליה דליזל או לא ניחא לי' לא שייך אלא היכי שצריך לחייבו על מעשה הרוח, אבל אם עושה בכחו ממש ודאי אין נ"מ וכמו שזורק אבן ולא ניחא לי' דליזל דודאי הוא חייב, אלא דנראה לומר דאף דגץ הוא ע"י סיוע הרוח בכ"ז דעת הרמב"ם דחיובו משום אדם המזיק, ונ"מ דאף דהפטיש הוא בתוך שלו ובכה"ג בנזקי אש פטור על טמון אבל גבי גץ חייב גם על נזקי טמון, ומש"ה תני לה במתני' בתר בבא דהמדליק את הגדיש דמיירי לגמרי במדליק בתוך של חבירו, אף דנלמד מזה דין טמון במדליק בתוך שלו, וכמו שבארנו בארוכה בהל' י', וכן בבא דבתרה קתני גמל שהי' טעון פשתן דחייב משום חציו דגמל ולא משום

חיובי אש ולר"ל אוקמוה במסכסכת, לכן סובר הרמב"ם דלהכי תני בהך מתני' בבא דגץ להשמיענו דאף דהולך בסיוע הרוח מ"מ חייב על טמון דחייב משום אדם המזיק.

ומש"ה כתב הרמב"ם דין זה בהל' חובל ומזיק דאף דמדליק בתוך של חבירו דנמי חייב על טמון כתב לה בדיני אש, מ"מ כיון דגץ הוא מדליק בתוך שלו וחייב על טמון וע"כ דעדיף מדין אשו משום חציו דבזה בתוך שלו פטור על טמון אפי' למאן דסבר אשו משום חציו וכמו שבארנו בהל' י' דאשו אינו חציו ממש דלאו מכחו קאזיל, אבל גץ עיקרו מכחו קאזיל ואף דהרוח מסייעו חייב גם על מעשה הרוח מדין אדם המזיק כיון דניחא ליה דליזל, ולענין זה הוי כמו זורה ורוח מסייעתו דחייבתו תורה על מעשה הרוח, ואף דהגמ' מחלק בין זורה דחיוב שבת ובין חיוב תשלומין זה נבאר אח"כ.

ובזה נוכל לבאר תירוצו של הרשב"א בשם מורו הרב דרקתא לא דמי לאבנו וסכינו, דהתם כובד האבן הוא שמכה, והכא הרוח הוא שמסער ומכה על פני העוברים, דקשה טובא דמאי פריך בגמ' מגץ היוצא מתחת הפטיש, דהתם ודאי דגץ הוא השורף וכמו שכתבנו למעלה, ולפימש"כ נוכל לומר דזה פשוט להגמ' דחיובו דגץ אינו משום אש אלא משום אדם המזיק וכמש"כ וזהו דפריך בגמ' על רקתא מגץ, דכמו שבגץ אנו מחייבין אותו על מעשה הרוח משום אדם המזיק, ה"נ נחייבו ברקתא דהוי סבר כמו שכתבו בתוס' הרא"ש דהכאת הפטיש בגץ והכאת הנפוץ ברקתא דמיין להדדי, וכמו דבגץ חייב על מעשה הרוח משום דתחילת הלוכו הוא ע"י הכאת הפטיש, ואף דהרוח מוליכו למרחוק נחשב אדם המזיק ה"נ ברקתא יתחייב על מעשה הרוח משום אדם המזיק, וע"ז משני דבגץ ניחא ליה דליזל ומתחייב גם על מעשה הרוח, כיון דעיקרו הוא ע"י הכאת הפטיש, אבל ברקתא לא ניחא ליה דליזל.

ונמצא דקושיית הרשב"א הוא דליחייב ברקתא משום אש, וע"ז מתרץ דברקתא הרוח הוא המזיק, וקושיית הגמ' הוא דליחייב משום אדם המזיק ושיתחייב גם על מעשה הרוח כמו בגץ.

והנה לכאורה ראיתי דאין ליישב כן בדעת הרשב"א דבש"מ הביא בשם תוס' הרא"ש שהרשב"א הקשה למ"ד אשו משום ממונו, בהא דהנכנס לחנותו של נפח וטפחו לו נצוצות על פניו ומת דחייב גלות דהא גץ ע"כ הוא משום חיוב אש ולא מדיני אדם המזיק מדתני לה גבי דיני אש, ובתוס' הרא"ש תירץ דהתם בחנותו של נפח ליכא זיקא והנצוצות הלכו מעצמם והוי אדם המזיק, ובאמת תירוצו אינו מיושב דהא אשכחן בשחט לו שנים או רוב שנים דפטור מגלות שמא הרוח בלבלתו ואמרינן דדוקא בביתא דשישא ליכא רוח, ואולי יש לחלק דהכא צריך רוח חזק יותר להוליך הנצוצות ודחוק, ולפימש"כ לא

קשה מידי דבאמת דין גץ היוצא מתחת הפטיש הוא נמי משום אדם המזיק, וכמו שכתב הרמב"ם להדיא דהוא כמו שזרק אבן או חץ.

עכ"פ כבר לא נוכל ליישב דעת הרשב"א בשיטה זו, ומתחלה חשבתי דכיון דעכ"פ קושייתי היא קושיא עצומה דלדברי הרשב"א אין התחלת קושיא מגץ ארווחנא לפחות ליישב שיטת מורו הרב שהוא רבינו יונה ז"ל ונאמר דסובר כהרמב"ם, אך אח"כ נתיישבתי דאין זה סתירה, דידוע דתוס' הרא"ש הוא סדור של התוס' ורובם מהתוס' שלנו, ומעט שאינם נמצאים בתוס' כמו שאנו רואים בתוס' הרא"ש הנדפס על סדר נשים, ולכן הרשב"א שהביא בתוס' הרא"ש הוא הרשב"א בעל התוס' מהצרפתים, ואין זה הרשב"א בעל חידושי הרשב"א ואין כאן סתירה כלל.

ועכשיו נוכל לבאר מה שכתבנו למעלה לפרש לדעת הרמב"ם דניחא לי' ולא ניחא ליה הם עיקר טעם החיוב והפטור דהקשינו דהא עיקר יציאת הרקתא ניחא לי', אבל לפי"מ שבארנו מיושב דקושיית הגמ' מגץ הוא דליחייב גם ברקתא על מעשה הרוח מדין אדם המזיק, וע"ז משני דגבי גץ כשמכה בפטיש ניחא לי' להתיז הנצוצות שילכו למרחוק והוא ע"ז כמו זורק חץ, ולכן אף שהרוח מסייע בהליכתו חייב כיון דניחא לי' בעיקר זריקתם, אבל רקתא כיון דרוצה שיפול לארץ, א"כ אינו צריך להתזה והזריקה כלל, והוא צריך רק להפריד הרקתא שממילא יפול ע"י הרוח, ולכן אינו חייב על מעשה הרוח מדין אדם המזיק כיון דלא ניחא לו בזריקתו ולא בהולכת הרוח.

וכל זה הוא לענין דין אדם המזיק, אבל לענין דין אשו לחייב משום אבנו וסכינו לא מהני הא דניחא לי' דלא דמי כלל דין אשו לדין אדם המזיק, דאף דבדין אדם המזיק אמרינן כיון דעושה מעשה התזה וניחא לי' בזריקתו הוא חייב גם על מעשה הרוח, וכעין מה דמצינו דחייב לענין שבת בזורה ורוח מסייעתו, זהו רק בדין אדם המזיק דכתיב מכה בהמה וצריך רק דין מזיק, וכן אפי' בדין רציחה דכתיב מכה אדם דאמרינן דכיון דעשה מעשה שע"י מעשה דידי' ועל ידי הרוח יהי' נגמר ההיזק או הרציחה נחשב כמו שהוא הכה או הרג, אבל זהו רק שיהי' נחשב כאילו הוא עשה תכלית הפעולה היינו ההיזק או הרציחה אף שלא עשה לבדו, אבל לחייבו משום אש דצריך שיהי' נעשה בעל האש בין למ"ד משום ממונו בין למ"ד משום חציו, דלא הוי חציו אלא משום דהוא בעל האש כמש"כ בהלכה י' בזה אמר קרא המבעיר את הבערה, וכתבו התוס' דבעינן שיעשה בעצמו ובזה לא מהני כלל סברא דניחא לי' במעשה הרוח דקרא כתיב שיעשה בעצמו מעשה ההבערה דלא חייבתו תורה בחיוב האש אלא אם עשה בעצמו האש, דלא כתיב קרא על ההיזק אלא על פעולת האש.

ובזה מבואר עכשיו מה דמדמי הגמ' בב"ב ליבה ולבתו הרוח לזורה ורוח מסייעתו ואמרינן ע"ז דכי אמרינן זורה ורוח מסייעתו ה"מ לענין שבת דמלאכת מחשבת אסרה תורה, ולכאורה הא מצינו דהיכי דניחא לי' במעשה הרוח חייב בגץ גם מדין אדם המזיק, אך הדבר מבואר שפיר דבשבת בפשוטו אילולי מה דילפינן מזורה ורוח מסייעתו הי' בודאי צריך לומר דאינו חייב אלא כשעשה בעצמו המעשה, כדכתיב לא תעשה כל מלאכה, אבל מה דבמחשבתו נעשה תכלית המעשה וכמו בזורה דגרם שנזרה התבואה ע"י הרוח, צריך להיות פטור, וע"כ ידעינן מזורה ורוח מסייעתו דחשיב כמו מעשה דידי' שהוא הי' הזורה, וא"כ ה"נ הוא הי' המבעיר, וע"ז אמרינן דדוקא לענין שבת דמלאכת מחשבת אסרה תורה, אבל לענין אש לא נחשב כאלו הוא הי' המבעיר, אבל לענין אדם המזיק דנחשב שהוא עשה תכלית ההיזק בזה שפיר מחייבינן לי' משום מזיק ומשום רוצח, וזהו דינא דגץ היוצא מתחת הפטיש וכנ"ל.

והי' אפשר לומר עוד יותר דלענין מזיק ורוצח באמת ילפינן מזורה ורוח מסייעתו דסברא דמלאכת מחשבת אסרה תורה מהני רק לומר דבשבת לא בעי שהוא יעשה כל המלאכה, אלא אם ע"י מלאכתו תיעשה תכלית המלאכה חייב, ואף דשנים שעשאוה פטורים שאני רוח שהוא בטבע, אולם מכיון דבגמ' לא הוזכר כן אין צריך לזה אלא דמסברא אמרינן כן, דכיון דעיקר ויסוד ההיזק והרציחה הוא ע"י מעשה דידי' אף שהרוח מסייעו הוי מזיק ורוצח, ומצאנו דמיון לזה בסנהדרין דף ע"ז ע"ב דאמר ר"פ זרק צרור למעלה והלכה לצדדין והרגה חייב, ואמר ע"ז מאי טעמא משום דכחו הוא אי כחו תיזל לעיל ואי לאו כחו הוא תיזל לתחת אלא כח כחוש הוא, ופירש"י אינו כח חזק אלא קצת כחו יש כאן והאי דלא אזלא לעיל משום שכלה כח חוזק הזריקה והאבן חוזרת לארץ, אבל עדיין הולכת היא ממקצת כחו, ונמצא דאף דהצרור הולך ע"י כובדו ועל זה אינו חייב מדאינו חייב כשהולך למטה מ"מ כיון דמעורב כח כחוש של זריקתו חייב, וה"נ אף שהרוח מוליך את הגץ מ"מ מעורב כח כחוש של התזתו, ולכן חייב משום מזיק ומשום רוצח:

הלכה י

המדליק בתוך שדה חבירו ויצאה האש ונאכל הגדיש והיה גדי כפות לו ועבד סמוך לו ונשרף עמו חייב שכן דרך בני אדם לעשות בגדיש, היה עבד כפות וגדי סמוך לו ונשרף עמו פטור.

השגת הראב"ד: בתוך שדה חבירו וכו'. א"א זה איני יודע מה הוא דהכא לאו בטמון מיירי עכ"ל.

כתב המ"מ וז"ל ובהשגות על מש"כ רבינו חייב [נראה דצ"ל פטור] א"א זה איני יודע מהו דהכא לאו בטמון איירי ע"כ. ונעלם מעיני ולא ידעתי מה אינו יודע שהפטור כשהעבד כפות הוא משום דקלב"מ במיתת העבד שהיה כפות ולא הי' יכול לברוח, וכן מוכרח הסוגיא שבפ' כיצד הרגל וכו' עכ"ל, והנה במה דפסק הרמב"ם דפטור טמון הוא אפי' בלא כלו לו חציו כמו שכ' המ"מ בהלכה ט"ו כתב הגר"א ז"ל דאחר דמשני אלא למאן דאית לי' משום חציו אית לי' נמי משום ממונו חוזר ממה דהוי סבר מתחלה דדוקא בכלו לו חציו פטור טמון אלא דבכל גווני פטור במדליק בתוך שלו משום שהי' יכול לגדור, ולדברי הגר"א משמע דבמדליק בתוך של חבירו הוי חציו ממש ואין חזרה בזה בהסוגיא ושייך שפיר קלב"מ, אבל במדליק בתוך שלו לא שייך קלב"מ כיון דפשיטא לן לדעת הגר"א דבמדליק בתוך שלו תמיד יכול לגדור א"כ פסוקי מפסקי גירי' וכדאמרינן בסנהדרין דף ע"ז ע"ב גבי זורק חץ ותריס בידו, אלא דיקשה בהא דפסק הרמב"ם דאש שעברה חייב בד' דברים דמשמע אפי' במדליק בתוך שלו, דהא כיון דבאותה שעה מפסקי גירי' לא הוי חציו, ואמאי ליחייב בד' דברים דכיון דבגמ' אמרינן ע"ז פסוקי מפסקי גירי' ובב"ק דף כ"ו אמר רבה זרק כלי מראש הגג והי' תחתיו כרים וכסתות בא אחר וסלקן, או קדם הוא וסלקן פטור מ"ט בעידנא דשדא פסוקי מפסקי גירי', ואף דהרמב"ם פסק דלא כרבה וחייב היינו משום דדייניגן דינא דגרמי ולכאורה משמע דבדינא דגרמי אינו חייב אלא נזק ולא ד' דברים, אלא דבאמת לא שייך זה כלל להא דסנהדרין דהתם כשהנרצח הי' יכול להגן על עצמו בתריס, וכן בהא דב"ק שכבר היו כרים וכסתות על הארץ, אבל מה שהרוצח יש לו תריס והיה יכול להגן על הנרצח זה פשיטא דלא מהני כלל ובודאי חייב מיתה וכן לענין נזק וד' דברים, וכן כתב שם הגר"א דבודאי חייב בד' דברים אף שיכול לגודרה, ורק דבטמון גילתה תורה לפטור מטעם זה ומ"מ הוא דחוק בסברא דכיון דפשוט דלענין מזיק ורוצח לא מהני מה שהמכה יכול לסלק, א"כ האי סברא לא מהני מידי ואמאי יועיל זה לפטור טמון, וכיון דעכ"פ איכא גזה"כ לפטור טמון מנ"ל לחלק בין מדליק בתוך שלו למדליק בתוך של חבירו.

ועוד דעיקר גדר זה לא מסתבר דאיך נוכל לומר דמדליק בתוך שלו תמיד יש בידו לגדור והגע עצמך שעשה שלהבת גדולה סמוך למצר ובגבול השני יש עצים סמוכים ואין בידו לגדור שלא תתפשט האש, וע"פ דין הוא עכ"פ מדליק בתוך שלו, וגם מהיכי תיתי נימא שמדליק בתוך של חבירו אין בידו לגודרה דמהיכי תיתי לא יניח לו חבירו לגדור אם אפשר כדי שלא יוזק, ואף שהמבעיר יצטרך לשלם בודאי לא ניחא לי' לבוא בדין ועוד שרוצה אדם בקב שלו, ועוד דלשון הגמ' דהתם שורו ולא טפח באפי', והרי"ף הוסיף

דהתם לענין גלוי משמע שבא ליתן טעם אמאי חייב בלא טמון, ולדעת הגר"א לא צריך כלל ליתן טעם על מה דחייב אש ועיקר צריך להוסיף דבתוך שלו אינו חייב משום חציו וע"כ דקאי היכי דכלו לו חציו דאשמעינן דגם בזה חייב.

ולכן נראה דלא צריך כלל למש"כ הגר"א דהגמ' חזר כאן בסוגיא זו, ומ"מ שפיר פסק הרמב"ם דאפי' לא כלו לו חציו פטור טמון, משום דבהכונס אמר רבא בתרתי פליגי, פליגי במדליק בתוך שלו והלכה ואכלה בתוך של חבירו דר' יהודה מחייב אטמון באש ורבנן סברי לא מחייב, ופליגי נמי במדליק בשל חבירו, דר' יהודה סבר משלם כל מה שבתוכו ואפי' ארנקי ורבנן סברי כלים שדרכן להטמין וכו', ולהדיא דאין חילוק אלא בין מדליק בתוך שלו למדליק בשל חבירו, ובסוגיא זו רבא הוא דאמר משמי' דאביי כדאיתא אמר רבא קשיא לי' לאביי וכו' וניחא לי' וכו', וזהו לאביי אבל רבא בעצמו לא סבר הכי כדאיתא בהכונס.

אולם אכתי צריך ביאור מהו באמת החילוק בין מדליק בתוך שלו למדליק בתוך של חבירו כיון דאידי ואידי חציו הוא והוי אדם המזיק, ולכאורה חפצתי לחלק בין מדליק בתוך שלו למדליק בתוך של חבירו לפי שיטת הרמב"ם בפ"ו מה' חובל ומזיק דמזיק שלא בכונה אינו חייב אלא ברשות הניזק אבל ברשות המזיק אינו חייב אלא בכונה, אכן א"א לומר כן דהא המבקע עצים מתוך שלו לשל חבירו חייב וצריך לומר דכיון דהוא פשיעה גמורה הוי כמו בכונה, וכן כתב הרמב"ם שם להדיא גבי בעל חבית ראשון ובעל קורה אחרון שזה כמו ששברו בידו בכונה.

ולכן נראה לי דמעיקר מילתא לא קשה דכיון דקרא דאש כתיב במדליק מתוך שלו כדכתיב כי תצא אש, לכן כמו דקיי"ל דמיעוטא דשור ולא אדם אינו אלא לענין מיתה ולא לענין נזקין משום דקרא במיתה כתיב, ואף דעכ"פ ליכא קרא מיוחד לחייב באדם בנזקין וקרא דבור כתיב בשור מ"מ אמרינן דכיון דמסברא צריך לחייב גם אדם ורק דקרא ממעט אדם אמרינן דקרא מעטי' ממיתה ולא מנזקין כיון דקרא במיתה כתיב, וה"נ כיון דפטורא דטמון הוא גזה"כ וכתיב במדליק בתוך שלו אמרינן דדוקא במתוך שלו מעטי' קרא לטמון, וע"כ אנו צריכין לומר כן לר"ל דסובר אשו משום ממונו ולא ס"ל דהוי חציו אלא כשהצית בגופו של עבד או במסכסכת כל הבירה, א"כ אמאי תנן להדיא דמדליק בשל חבירו חייב טמון, וע"כ אנו צריכין לומר כן דפטור שפטרה תורה במדליק בתוך שלו כתיב, וקים להו לחז"ל למדרש הכי דדוקא במה דכתיב נתמעט טמון, משום דעכ"פ הדליק ברשות, אבל במדליק ברשות חבירו חייב טמון ומה דלא ניחא לי' לאביי לומר כן והוצרך לומר דדוקא בכלו לו חציו היינו משום דאביי סובר אליבא דר' יוחנן דמסברא

הוי חציו ממש, ולכן אין סברא דבאדם המזיק יהי' פטור טמון, אבל רבא סובר דרק חדוש הוא שחדשה תורה לומר דאשו משום חציו, וזהו שכתב הרמב"ם בהלכה ט"ו שאע"פ שאשו ממונו הוא הרי הוא כמו שהזיקה בחציו וזהו ממה דגלי קרא מכי תצא אש וגו' ישלם המבעיר את הבערה דלמד רבא מזה דאשו משום חציו, וסובר רבא דחדוש הוא שחדשה תורה דאשו הוי כמו חציו ובזה גלי קרא דפטור טמון.

אלא דעכשיו יש לעיין בדין חיוב מיתה לענין קלב"ם, דיש לומר דכיון דלדידן לא הוי חציו ממש ורק שהתורה חייבה משום חציו, א"כ אין לנו לדון מדיני ממון לדיני מיתה, ואף דמחייבינן בד' דברים היינו משום דהתורה גילתה במה דפתח בנזקי ממונו וסיים בנזקי גופו לומר לך אשו משום חציו, ובפשוטו לא גילתה התורה אלא לענין דיני ממון, דודאי לא שייך דהכא גילתה תורה נמי לענין חיוב מיתה לומר דהוא רוצח ממש, דא"כ הדר יקשה לן דאמאי פטור טמון, וע"כ דרק חדוש הוא שחידשה תורה, ולא אשכחן חידושא אלא בדיני ממון ולא מיתה.

ואף דהגמ' בתחלת הסוגיא ודאי הוי סבר דשייך קלב"ם היינו לפי"מ דהוי סבר דהוי חציו ממש, ויש לומר דזהו באמת חדושא דרבא דמעיקרא בפלוגתא דר' יוחנן ור"ל אמר אשו משום חציו מסברא והוי סבר דאינו משום ממונו כלל, דממונא אית בי' ממשא, אבל למסקנא דחידש רבא דהוא מקרא דפתח הכתוב וגם אסיק דמאן דאית לי' משום חציו אית לי' משום ממונו, ולכן אף דמ"מ הוי ניחא לאביי גם לפי"ז לומר דאינו פטור טמון אלא בכלו לו חציו היינו דלא הדר בי' אלא מסברא דהוי סבר מעיקרא דבאש לא שייך לחייב משום ממונו, אבל מ"מ יכול לסבור דאש הוי חציו ממש, אלא דהיכי דלא שייך חציו כגון בכלו לו חציו איכא משום ממונו, אבל היכי דשייך חציו סבר אביי דהוי חציו ממש, אבל רבא סבר דמסברא לא הוי אשו משום חציו משום דלאו מכחו קאזיל, ומשום הכי שפיר פטור טמון אלא דחידוש הוא שחידשה תורה לחייבו משום חציו, וא"כ זהו בממון ולא במיתה, ולפי"ז גם לרבא צריך לאוקמי כגון שהצית בגופו של עבד.

והנה בתוס' בסנהדרין דף ע"ז בתי' ב' כתבו דאש שהזיקה ברוח מצויה פטור ממיתה, אך לפי"מ שפי' שם המהרש"א כונתם לחלק בין אש שהולכת בלא רוח כלל לאש שהולכת ע"י רוח מצויה דהיכי שהולכת ע"י רוח מצויה לא הוי חציו, אולם הר"ן בחידושיו שם כתב להדיא דאשו משום חציו לא מהני אלא לענין ממון ולא לענין מיתה, וז"ל הר"ן לפיכך אני אומר שאין לדמות נזקי ממון לרוצח לענין חיוב מיתה, משום דרוצח אקיל רחמנא גביה דלא עשה בו שוגג כמזיד ואונס כרצון, וכיון שכן בעינן שיעשה בפועל ממש ובריא היזקא קודם שיתחייב מיתה כמאן דכפתי' לחבריה ואשקיל עלי' בדקא

דמיא דבכח ראשון חייב בכח שני פטור משום דלא הוי גיריה אלא בכח ראשון, אבל בכח שני אע"ג דברי היזיקא כיון דלא עביד מעשה ממש אלא בגרמא פטור, ואלו דכותה לענין נזקין אלו הניח חפצי חברו בקרקע ואשקיל עליה בדקי' דמיא ונאבדו אפי' בכח שני משמע דחייב דכח שני זה בריא היזקא והוי דינא דגרמי ממש ולא גרע משורף שטרותיו של חבירו דחייב עכ"ל, והאריך עוד בזה והוכיח עוד ממה דפסקו הרי"ף והרמב"ם דלא כרבה בב"ק דף כ"ו דאמר זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים וכסתות וקדם הוא וסלקן פטור משום דבעידנא דשדי' פסוקי מפסקי גיריה, ופסקו הרי"ף והרמב"ם דלא כרבה והיינו משום דדיינינן דד"ג ואלו לענין דאמר רבה זרק חץ ותריס בידו וקדם הוא ונטלו פסקינן כרבה דפטור והיינו משום דבממון מחייבינן אפי' בגרמי משא"כ במיתה.

והנה דברי הר"ן ברורים דאשו משום חציו לא מהני לענין חיוב מיתה, אלא דיש לעיין בשיטתו לענין קלב"ם דמתחלת דבריו דכתב בטעמא דמילתא משום דרוצח אקיל רחמנא שלא לחייבו שוגג כמזיד א"כ יש לומר דלענין קלב"ם פטור, אלא דמסוף דבריו משמע דסובר דאינו אלא בגדר דגרמי, ואולי יסבור הר"ן דגם בהורג אדם ע"י גרמי יהי' פטור מממון דכיון דתנא דבי חזקי' סובר דקרא דאם לא יהי' אסון לא דרשינן דין אסון והיינו חיוב מיתה אלא אסון ממש וזה יליף מהיקשא דמכה אדם ומכה בהמה, וכמש"כ בתוס' בב"ק דף ד' ע"א, א"כ גם בהורג ע"י גרמי פטור מממון דבכל עניני היזק שמזיק אדם שיש בזה חיוב ממון אם יש במעשה זו אסון פטור מממון.

אכן נראה לומר בזה באופן אחר, ויבואר בזה גם החילוק בין מדליק בתוך שלו למדליק בתוך של חבירו לענין פטור טמון באופן אחר ממש"כ למעלה, דהנה בפ"ד הלכה ב' במה דפסק הרמב"ם דפורץ גדר בפני בהמת חבירו אם הי' הכותל בריא חייב הפורץ בנזקי הבהמה, הבאנו שם דברי הגר"א ז"ל דדעת הרמב"ם דגרמי אינו חייב אלא במכוין להזיק, ובזה מבואר דברי הרמב"ם בתשובתו לחכמי לוניל דמה דליסטים פטורים משום שאינם מכוונים להזיק, וכתבנו שם דע"כ צ"ל גם לדעת הרמב"ם כמש"כ הש"ך בסי' שפ"ו שהוכיח ממחיצת הכרם שנפרצה דהיכי דהוא פושע הוי כמו מכוין להזיק, וא"כ אינו מיושב הא דהוציאוה ליסטים, ויישבתי שם באופן אחר, הבאתי למעלה אבל באמת הדרנא בי דלשון הרמב"ם בתשובתו לחכמי לוניל מראים שכונתו כדברי הגר"א ז"ל.

ולכן נראה דהנה הרמב"ן בדינא דגרמי כתב דפורץ גדר בפני בהמת חבירו אפי' נימא דחייב הוא אבהמה היינו בנאבדה ולא בהלכה והזיקה משום דלא ברי היזיקא דמי יימר דאזלא ומזקה, וזה דעת הרבה ראשונים לחלק בין ברי היזיקא לאינו ברי היזיקא, ונראה דדעת הרמב"ם דבחדא חייב והיינו דאם מכוין להזיק חייב אף דלא ברי היזיקא כיון

דעיקר מעשיו הוא להזיק, אבל באינו מכוין להזיק בענין ברי היזיקא, ועכשיו מיושב דעיקר החילוק בין פורץ גדר לליסטים שפרצו הדיר הוא באמת בין מכוין להזיק או לא ובעינן כונה ממש להזיק, ומה דחייב במחיצת הכרם שנפרצה ומראה דינר לשולחני היינו משום דברי היזיקא ובזה לא בעינן מכוין להזיק.

ולפי"ז נאמר דנ"מ בין מדליק בתוך שלו למדליק בתוך של חבירו, דמדליק בתוך שלו כיון דכתב הר"ן דחציו בגדר גרמי כיון שאינו ממש כחו והוי כח שני ומדליק בתוך שלו בסתמא אין כוונתו להזיק דאינו מדליק אלא בשביל צרכיו, ולכן מעיקר סברא לא הוי בזה אשו משום חציו, ולכן אף דקיי"ל גם במדליק בתוך שלו אשו משום חציו וחייב בד' דברים אינו אלא מגזה"כ לחייב ע"ז כמו שהזיק בעצמו, אבל מעיקר דינא אינו מזיק כלל

ובזה יתבאר מש"כ הרמב"ם בהלכה ט"ו שאע"פ שאשו ממונו הוא, הרי הוא כמו שהזיקה בחציו דמוכח להדיא דיסוד החיוב הוא ממונו, ורק דהתורה חייבתו כאלו הזיקה בחציו, ונוכל לומר דכונת הרמב"ם כאן על מה דחייב אש אפי' אם הדליק ברשותו ויצאה לרשות אחרת, אבל מדליק בשדה חבירו כיון דמעיקר דינא מזיק הוא, כבר נחשב כמו כונתו להזיק אף שלא הי' כונתו להזיק כל הדברים ששרף האש אח"כ, וכמו דמוכח מהא דפורץ גדר לפני בהמת חבירו דא"צ לכוין עיקר ההיזק וכמש"כ שם דהא כתב הרמב"ם דכונתו שתצא הבהמה ויתחייבו הבעלים בנזקיו, וכבר העירותי שם דבאמת אינם חייבים הבעלים כ"ז שלא ידעו, אלא דכונת פורץ הגדר הי' כן, אבל עכ"פ לא נתכוין להזיק לבעל השדה וכמש"כ הרמב"ם דהא לא ידע כלל באיזה שדה תלך, ומ"מ כיון דעכ"פ נתכוין להזיק יש לו דין מזיק, וה"נ במדליק בשדה חבירו כיון דעיקר המעשה הוא מעשה מזיק, לכן חייב על כל מה שתבער האש מדין חציו אף שהוא גרמי, ובזה חייב מדין אדם המזיק ממש ולכן ליכא בזה פטורא דטמון. ואף דלחייבו בד"ד גם בשל חבירו אם אינו אלא בגדר גרמי אפשר דאינו חייב וצריך לגזה"כ אבל לחייב על טמון שפיר דחייב משום מזיק.

ועכשיו נראה דבמדליק בתוך שלו דכל דין חציו בזה הוא מגזה"כ דהמבעיר את הבערה, ולפי"מ שכתב הרמב"ם דעיקר דין אש הוא משום ממונו, אלא דחייבתו התורה כמו אם הזיק בעצמו, בזה אם האש שרף אדם לא יפטר בעל האש מלשלם עבור מה ששרף האש ממון של חבירו, ולא אמרינן בזה קלב"מ דאף דנוכל ללמוד מהיקישא דתנא דבי חזקי' גם על גרמי לדידן דס"ל גרמי חייב וכמש"כ למעלה, אבל זהו אם הי' החיוב מצד עיקר דין מזיק שייך לומר לא חלקת בין מכה אדם ומכה בהמה, אבל במדליק בתוך שלו כיון דאמרינן דמעיקר דין מזיק לא הי' חייב משום דהוי גרמי שאינו מכוין להזיק, ורק

דהתורה חייבתו מקרא דכי תצא אש, וכבר כתב הרמב"ם שאע"פ שאשו ממונו הוא הרי הוא כמו שהזיקה בחציו, א"כ אין זה מכה בהמה ממש דעיקר יסוד החיוב הוא ממונו אלא דהתורה חייבה כאלו הזיק בחציו ולכן ליכא למילף ממכה אדם לענין קלב"מ, ואף דכל הפטור הוא משום שאינו מכוין, וכבר למדנו מתנא דבי חזקי' דלא חלקנו בין מתכוין לאינו מתכוין, אבל זה אינו דזהו במכה אדם בידים דבזה לא חלקנו במכה בהמה לחייבו ממון, אבל בגרמי דמכה בהמה דוקא במתכוין גם מכה אדם לפטור דוקא במתכוין.

וארווחנא בזה לבאר השגת הראב"ד שכתב המ"מ ונעלם מעיני ולא ידעתי מה אינו יודע, דלמד המ"מ בכונת הראב"ד שמשיג על מה דפטור בעבד כפות וגדי סמוך, אכן נראה דלא ע"ז השיג הראב"ד, ואפי' אם לא הי' סובר הראב"ד דין קלב"ם בלא הצית בגופו של עבד, עכ"פ לא שייך להשיג כיון שהרמב"ם כתב כלשון המשנה, אלא דעיקר השגת הראב"ד הוא על מה שכתב הרמב"ם בהלכה זו המדליק בתוך שדה חבירו וכו', וכן הוא בגירסא שלנו דעל זה קבע הראב"ד השגתו, וזהו עיקר השגתו דלמה הוצרך כאן הרמב"ם לכתוב המדליק בשדה חבירו, ואי משום דרוצה לכתוב שכן דרך בני אדם לעשות בגדיש, וכמש"כ המ"מ דמשום זה עירב התנא דין זה בין מחלוקת ר"י וחכמים והודאתן, להשמיענו טעמא דגדי כפות ועבד סמוך דחייב, דגדי דרכו להיות בגדיש וחייב עליו, אבל בשביל זה לא הוצרך לכתוב המדליק בשדה חבירו דע"כ צריך לומר דגם במדליק בתוך שלו אינו חייב אלא על דברים שדרכן להיות דאי אפשר דמדליק בתוך של חבירו יהי' יותר פטור ממדליק בתוך שלו, ולכן אם הוי מיירי כאן בגדי טמון, דבמדליק בתוך שלו פטור ובמדליק בתוך של חבירו חייב בדברים שדרכן להטמין הי' מיושב מה שכתב הרמב"ם המדליק בתוך שדה חבירו, וזהו שהשיג הראב"ד דהכא לאו בטמון מיירי.

אכן לפימש"כ דיש חילוק בין מדליק לתוך שלו למדליק בתוך של חבירו ומדליק בתוך שלו לא הוי חציו ממש ולא מיפטר בזה קלב"ם, מיושב שפיר מה דכתב הרמב"ם המדליק בתוך שדה חבירו, וסמך הרמב"ם על מה דתנן במתני' המדליק את הגדיש וכו', ועלה קאי בבא דהי' גדי כפות לו, והראב"ד סובר דבבא זו אינו דוקא במדליק בתוך של חבירו כיון דלא תנן בהדיא בבבא זו מדליק בתוך של חבירו, והרמב"ם סובר דדוקא בתוך של חבירו פטור קלב"ם והך בבא נמי אירשא קאי וכנ"ל.

אלא דלפי"ז צריך לומר דהא דכתב הרמב"ם המדליק בתוך שדה חבירו הוא משום סיפא דהך בבא דעבד כפות וגדי סמוך פטור.

אכן נראה דמה שכתב הראב"ד דהכא לאו בטמון מיירי יש מקום לבעל דין לחלוק, ואף

דגם הרמב"ם לא הזכיר טמון בהך בבא, ע"כ אריש קאי להשמיענו דגם בטמון חייב, דהנה בגמ' אמרינן דבתרתי פליגי, במדליק בתוך שלו ובמדליק בתוך של חבירו בדברים שאין דרכן להטמין, ולכאורה קשה דאיך עירב התנא שתי מחלוקות שאינם שייכים זה לזה כלל, דטמון באש הוא פלוגתא בדיני אש ופלוגתייהו מקרא אי דרשינן מה קמה בגלוי אף כל בגלוי ודברים שאין דרכן להטמין במדליק בתוך של חבירו הוא פלוגתא בסברא בדיני מזיק על דבר שאין דרכו להיות אם חייב או פטור מגדר אונס, אך באמת כשנעיין בגמ' ובדברי הרמב"ם בהלכה ט' נראה דכל פטורא דמדליק בתוך של חבירו בדברים שאין דרכן הוא דוקא בטמון כדאיתא להדיא בגמ' ופליגי נמי במדליק בשל חבירו דר"י סבר משלם כל מה שבתוכו ואפי' ארנקי ורבנן סברי כלים שדרכן להטמין בגדיש כגון מוריגין וכלי בקר הוא דמשלם, כלים שאין דרכן להטמין בגדיש לא משלם.

ולשון הרמב"ם מפורש יותר דז"ל בהלכה ח' אכלה גדיש וכיוצא בו והיו כלים טמונים בתוך הגדיש אם היו כגון מוריגין וכלי בקר וכיוצא בהן מדברים שדרך אנשי השדה לטמון בגדיש חייב לשלם, היו בגדים וכלי זכוכית וכיוצא בהן פטור על הכלים, ומוכח להדיא דכל פטורא במדליק בתוך של חבירו הוא בטמון בדברים שאין דרכן להטמין, וטעמא דמילתא משום דבאמת לא שייך פטורא דדברים שאין דרכן אלא בחיוב אדם המזיק ומשום גדר מזיק באונס, אבל אם הניח בהמתו בלא שמירה והלכה לחנות של בשמים וכיוצא שאין דרך להמצא שם תבואה, ונמצא שם תבואה ואכלה האם יש סברא לפטור בזה הלא הבהמה ראתה מה שאכלה ולא הזיקה באונס והבעלים מחוייבים על מה שלא שמרו בהמתם, וא"כ ה"נ בהיזק אש כיון דקיי"ל דמלבד חציו חייב אשו משום ממונו, א"כ מה איכפת לן שאכלה האש דברים שאין דרכן להיות הלא באש לא שייך לפטור משום טענת אונס דהאש הוי כמו בהמתו, והבעלים מחויבים שלא שמרו את האש שלהם.

ולכן מבואר שפיר דאי אפשר להיות הפטור במדליק של חבירו בדברים שאין דרכן אלא בטמון דהא מדליק בתוך של חבירו לא גרע ממדליק בתוך שלו, ואיכא נמי חיובא דאשו משום ממונו וא"כ דל מהכא חיוב אדם המזיק חייב משום ממונו ולא שייך לפטור בדברים שאין דרכן, ולכן דוקא בטמון דמצד חיוב אשו משום ממונו ליכא לחיובא בזה פטרינן בדברים שאין דרכן.

ועכשיו מיושב מה דאמרינן בתרתי פליגי משום דבפלוגתא במדליק בתוך של חבירו בדברים שאין דרכו להטמין איתא נמי פלוגתא דטמון באש במדליק בתוך שלו וכנ"ל ולפי"ז יש לומר יותר דמה דאמרינן בתרתי פליגי היינו תרתי שהן חדא דלפימש"כ אין

אנו צריכין כלל לומר דר' יהודה פליג במדליק בתוך של חבירו מעיקר דין מזיק אם מזיק בדבר שלא הי' לו לחשוב שנמצא שם חייב ולעולם נימא דר' יהודה נמי מודה דפטור ומה דמחייב ר' יהודה במדליק בתוך של חבירו בדברים שאין דרכן להטמין הוא משום דמחייב בטמון באש וחייב משום אשו משום ממונו, ומה דאמר רבא בתרתי פליגי היינו משום דרב כהנא אמר מחלוקת בתוך שלו וכו', אבל במדליק בשל חבירו ד"ה משלם, וע"ז הקשה רבא אי הכי אדתני סיפא מודים חכמים לר' יהודה במדליק את הבירה וכו' לפלוג ולתני בדידה, והיינו דמדליק את הבירה הוא ע"כ מדליק בתוך של חברו וכש"כ בתוס' ולכן אמר רבא בתרתי פליגי והיינו דמפלוגתא דמדליק בתוך שלו נמשך פלוגתא גם במדליק בתוך של חבירו, וע"ז אמר מודים חכמים לר"י במדליק את הבירה ואשמעינן דהוו דברים שדרכן להטמין וחייב לדברי הכל.

ועכשיו על כרחנו אנו צריכין לומר דמה דתנן בגדי כפות דחייב שכן דרך בני אדם לעשות בגדיש היינו אפי' היתה הגדי בתוך הגדיש באופן שלא היתה מגולה והי' עליה דין טמון דבאמת במתני' לא הוזכר לשון טמון גם ברישא אלא המדליק את הגדיש והיו בו כלים ודלקו, והגמ' הוא דמפרש למתניתין דבטמון איירי וה"נ בבא השניה הי' גדי כפות לו בטמון איירי שהי' מקום מרווח בתוך הגדיש שהי' בו גדי כפות, וזה דאשמעינן במתני' שכן דרך ב"א לעשות בגדיש ובהאי גוונא מיירי גם הרמב"ם וסומך על מה שכתב בהלכה ח' וט' ובפרט דלא הוצרך כאן הרמב"ם רק להודיענו כלשון המשנה שכן דרך בני אדם לעשות בגדיש וממלא בכל גווני חייב, ולא הוצרך להודיענו דבטמון מיירי דבאמת מיירי בכל גווני, אלא דאפי' בטמון חייב משום שכן דרך וכו'.

והנה לפי"ז כבר לא נצרך לנו מה שחידשנו דהרמב"ם כתב המדליק בתוך שדה חבירו משום דבמדליק בתוך שלו לא אמרינן קלב"ם, אלא דמ"מ כיון דבעיקר מילתא הסברא נכונה לא השמטתי דברי הקודמים משום דבאמת כמו שלאופן הקודם אינו מיושב דצ"ל דכתב הרמב"ם המדליק בתוך שדה חבירו משום סיפא דעבד כפות וגדי סמוך פטור, ה"נ אינו מיושב לגמרי אם נאמר דהוצרך לכתוב שדה חבירו, רק משום רישא אבל סיפא דפטור הוא בכל גווני, דכיון דהרמב"ם מפרש כן במתני' דמיירי במדליק את הגדיש א"כ הו"ל למתני' לאשמעינן דינא דקלב"ם במדליק בתוך שלו דהוי רבותא טפי, אבל לפימש"כ מיושב שפיר דהא דכתב הרמב"ם המדליק בתוך שדה חבירו הוצרך זה בין בשביל רישא לאשמעינן הא דשכן דרך בני אדם לעשות בגדיש דמיירי אפי' בטמון וחייב דוקא בשדה חבירו, ובין בשביל סיפא דהא דפטור בעבד כפות וגדי סמוך הוי נמי דוקא במדליק בתוך שדה חבירו אבל במדליק בתוך שלו ליכא פטורא דקלב"ם וכמש"כ.

והנה בסוגיא שם איתא ההוא גברא דבטש בכספתא דחבריה שדייה בנהרא אתא מריה ואמר הכי והכי הוה לי בגוה, יתיב רב אשי וקא מעיין ביה כה"ג מאי, א"ל רבינא לר"א בריה דרבא, ואמרי לה ראבד"ר לר"א לאו היינו מתניתין דתנן ומודים חכמים לר' יהודה במדליק את הבירה שמשלם כל מה שבתוכו שכן דרך בני אדם להניח בבתים, א"ל אי דקא טעין זוזי ה"נ הב"ע דקא טעין מרגניתא מאי מי מנחי אינשי מרגניתא בכספתא או לא תיקו, וכתב הרי"ף וז"ל מהא שמעינן דלית הלכתא כר"י לענין טמון באש דאי ס"ד הלכתא כר"י אמאי קא מיבעי לן מי עבידי אינשי דמנחי מרגניתא בכספתא או לא הא קיי"ל דר"י בתרתי פליג בהדי רבנן פליג במדליק בתוך שלו והלכה ואכלה בתוך של חברו, דר"י סבר מחייב אטמון ורבנן סברי לא מחייב אטמון ופליג במדליק בתוך של חבירו דר"י סבר משלם כל מה שבתוכו ואפי' ארנקי, ורבנן סברי כלים שדרכן להטמין בגדיש כגון מוריגין וכלי בקר הוא דמשלם וכלים שאין דרכן להטמין לא, אלא מדאיבעי לרב אשי הכי שמעינן דכרבנן סבירא ליה עכ"ל, ודברי הרי"ף תמוהים דאדרבא כיון דבתרתי פליגי וכל מה דבעינן למיפסק כר"י בטמון באש הוא כמש"כ הרי"ף אח"כ מהא דאמר רב לר"י דמחייב אטמון באש עשו תקנת נגזל באשו א"כ לא ידעינן אלא דסבר רב כר"י בטמון באש במדליק בתוך שלו, אבל במדליק בתוך של חבירו בדברים שדרכן להטמין לא אשכחן דסבר רב כוותיה ושפיר סבר רב אשי בזה כרבנן, והא דמרגניתא הא שייכא לפלוגתא דמדליק בתוך של חבירו, ושייך שפיר למיפסק בחדא כר"י ובחדא כרבנן כיון דלא שייכן זל"ז דפלוגתא דטמון באש הוא מדרשא דקראי, ופלוגתא דמדליק בתוך של חבירו הוא בסברא דלא אבעי ליה לאוסוקי אדעתיה כמש"כ בתוס' דס"א ע"ב ד"ה אלא, וכבר תמה בזה הרמב"ן במלחמות והלך בדרך רחוקה דפלוגתא דר"י ורבנן במדליק בתוך של חבירו לא פליגי בעיקר חיובא אלא בתקנת נגזל, ובדברי הרמב"ם מבואר דאינו סובר כן אלא כדעת התוס' וכן משמע פשטות הסוגיא.

והנראה בדעת הרי"ף דסובר דפטורא דדברים שאין דרכן להטמין לא שייך אלא דוקא היכי שאנו באין לחייבו משום אדם המזיק ומשום גדר אונס אבל גבי נזקי ממונו לא שייך פטורא דדברים שאין דרכן להטמין, וכמו שכתבנו למעלה.

ועכשיו מבואר דברי הרי"ף דבההוא דבטש בכספתא דחבריה ושדייה בנהרא, אף דלכאורה אין כאן אלא חיוב אדם המזיק, אבל באמת לבד חיובא דאדם המזיק יש לחייבו נמי משום אש, דה"נ אם יזרוק אחד אבן וישבור כלי של חברו לבד מה שהוא אדם המזיק נוכל לחייבו גם משום אבנו וסכינו דהא באש א"צ שיהיה האש שלו, וא"כ כאן שזרק הכספתא וע"י כחה נפלה לנהר ולקחה עמה את המרגניתא דהוא לא עשה מעשה

בהמרגניתא המונחת בה, וא"כ יש לחייבו משום אבנו וסכינו דחייב משום אש, ולכן ע"כ דכל מה שאנו באין לפטור הזורק אי לא מנחי אינשי מרגניתא בכספתא היינו משום דלחייבו משום אבנו וסכינו א"א כיון דטמון באש פטור, וא"כ שפיר הוכיח הרי"ף דלית הלכתא כר' יהודה בטמון באש.

ובדברי המלחמות במה שהאריך בדברי הרי"ף ובדברי הירושלמי יש הרבה לבאר בזה, אך בשביל שהענין נוגע לעובדא דשק צרור ובענין תקנת נגזל ובענין משואיל"מ ואין כאן מקומו הנחתי זה ובעה"י אקוה לכשיעזרני להגיע לשם לברר הענין.

הלכה יג

גמל שהוא טעון פשתן ועובר ברה"ר ונכנס פשתנו לתוך החנות ודלקה בנרו של חנוני והדליק את כל הבירה בעל גמל חייב מפני שהרבה במשוי בין שעמדה הבהמה בין שלא עמדה, הניח החנוני נרו מבחוץ החנוני חייב אף בדמי פשתן מפני שהניח נרו מבחוץ ואפי' נר חנוכה היה לו לישב ולשמור.

כתב המ"מ ומה שכתב בין שעמדה בין שלא עמדה הוא מתבאר פ' כיצד, ויש מי שפירש שמה שאמרו בעל הגמל חייב, פירושו על מקום השלהבת הראשון נזק שלם, ועל שאר הבירה ח"נ, דומה לכלב שנטל חררה וכו' ודברי רבינו ז"ל משנה כפשטה עכ"ל, ולא ביאר המ"מ כונתו, דאם כונתו דאפשר לבאר גם דברי הרמב"ם כן בודאי דבריו תמוהים דהא כתב והדליק את כל הבירה בעל גמל חייב, ומשמע דחייב נזק שלם בעד כל הבירה, דאל"כ היה לו לפרש כמו שפירש בכלב שנטל חררה. ומש"כ המ"מ דמש"כ הרמב"ם בין שעמדה וכו' הוא נתבאר פ' כיצד, היינו דלא אוקים שם במסכסכת ועמדה אלא לר"ל, אבל לר' יוחנן חייב בלא מסכסכת ועמדה משום חציו דגמל, וא"כ עכ"פ מוכח דחיובא הוא משום חציו דגמל דהוי צרורות חוץ ממקום גחלת כמו בכלב שנטל חררה וא"כ דברי הרמב"ם תמוהים.

והנראה דמזה שקבע הרמב"ם דין גמל טעון פשתן כאן בדיני אש, ודין כלב שנטל חררה בפ"ב בדיני היזק בהמה מבואר להדיא דסובר דחיובא דבעל גמל אינו משום דררא דגמל, אלא דחייב מדין אש דפשע במה שהרבה במשוי והפשתן הוי אשו של בעל הגמל, וכשהניח חנוני נרו מבחוץ החנוני חייב משום אשו, ולכן פשוט דגם בבעל הגמל לא שייך דינא דצרורות, אלא דזהו דלא כסוגיית הגמ' דסבר דחיובא הוא משום דהוי חציו דגמל, והיה אפשר דזהו מקמי דאסיק דחייב משום דלא הו"ל לאפושי בטעינה, אבל זה אינו מיושב דא"כ כדמסיק הך טעמא א"צ להעמיד גם לר"ל במסכסכת וכשעמדה. ובגמ' מוכח דגם לבתר דאסיק הכי היינו לאוקמי תירוצא דמסכסכת וכשעמדה להטיל מימיה.

והנה בדף נ"ט בהא דתנן לבתה הרוח כולן פטורין חקרו בתוס' אם אפי' ברוח מצויה, ונאמר דאינו חייב משום אש אלא כשעשה האש לבדו והרוח הוליכה, או דמיירי ברוח שאינו מצויה, והעלו שם דגם כשסייע הרוח בעשיית האש נמי חייב והכא מיירי ברוח שאינו מצויה וכן פסק הרמב"ם בהלכה ז', והנה בתוס' כתבו בסוף דבריהם וז"ל וכן משמע בירושלמי דמתני' איירי ברוח שאינה מצויה, דגרסינן התם ליבתו הרוח כולן פטורין תמן אמרינן ברוח של אנוסים. אבל ברוח שהעולם מתנהג בו חייב, ר' יוחנן ור"ל תרויהו אמרי אפי' ברוח שהעולם מתנהג בו שפעמים הוא בא ופעמים אינו בא, מוכח דהתוס' מפרשים דרוח שהעולם מתנהג בו, היינו רוח שאינה מצויה וכן פי' הרשב"א וכתב דרוח של אונסים היינו רוח סערה שאינו מצוי כלל, ולפי"ז תמן אמרין כש"כ דסברי בשמירת אש דחייב ברוח שאינו מצויה, ודלא כדאמר בריש הכונס וא"כ הו"ל לר"י ור"ל לאשמעינן דאפי' באש גמור פטור ברוח שאינו מצויה וכדאמר ר"א בריש הכונס, ובכלל זהו חדוש גדול דתמן אמרין ור' יוחנן ור"ל פליגי בעיקר חיוב אש, ובפשוטו משמע דלא פליגי אלא בלבתו הרוח דלא עשה האש אלא ע"י הרוח.

ונראה לומר דרוח של אונסין היינו רוח שאינה מצויה ורוח שהעולם מתנהג בו היינו רוח מצויה, וסברי דאפי' לבתה ברוח מצויה פטורין, וכמו שרצו לומר בתוס' דאינו חייב אלא כשעשה בעצמו האש, ומה דאמרי שפעמים הוא בא ופעמים אינו בא היינו שאם היה ודאי בא מודו דחייבין דהוי כמו שעשה ודאי מזיק כיון שודאי יבוא הרוח, אבל כיון שאינו ודאי אף שרוח מצויה הוי פשיעה אינו אלא פשיעה במה שאינו מזיק, ומה דפסק הרמב"ם דדוקא ליבתה רוח שאינה מצויה פטורין הוא משום דבגמ' דידן אוקים רבא ברייתא דליבה ולבתו הרוח דדוקא בלבתה רוח שאינה מצויה פטור, וכיון דלבה ולבתה הרוח חייב ברוח מצויה כ"ש דחייבין נותני העצים והאור דלבה ולבתו הרוח מסתבר יותר דפטור, וכמו שכתבו בתוס' דע"י מעשה שלו לא נעשה דבר שלם.

וטעמא דר' יוחנן ור"ל דסברי דפטור אפשר לומר משום דבירושלמי לא הוזכר כלל הא דר' יוחנן דסבר אשו משום חציו [ומש"כ הפ"מ בהא דאמר ר' יוחנן אפי' מסר לו שלהבת פטור דהוא משום דסבר אשו משום חציו והוא כדס"ד בגמ' בדף כ"ב, אבל באמת למסקנא אמרינן דר' יוחנן נמי אית ליה משום ממונו, וע"כ דלא משום הך טעמא פליג על ר"ל משמיה דחזקי' ובאמת בזה פסקינן כר"ל] ולכן יש לומר דלמ"ד אשו משום ממונו דאינו חייב אלא משום שיש עליו חיוב לשמור מזיק שלו, ואפי' אם נימא דשמירה הוא פטור מ"מ כל היכי דלא שייך חיוב שמירה ליכא חיוב נזקין, וא"כ כיון דקודם שנעשה אש אינו מזיק ואחר שנעשה אש כבר אינו יכול לשמרו, ליכא בזה חיוב ממונו

דבשלמא היכי דיכול לגודרה ולא גדרה אפשר לומר דאפי' בכה"ג חייב דשורו הוא ולא טפח באפיה. אבל היכי שאחר שהדליק אינו יכול לשמרו שפיר יש לומר דפטור, אבל כ"ז אם אשו משום ממונו אבל למ"ד אשו משום חציו כיון דאמרינן דהוי כמו שהזיק בעצמו, א"כ שפיר יש לומר דחשבינן תחלת המעשה במה שהביאו העצים והאור, ושהובער אח"כ ע"י הרוח דהוי כמו שהזיקו בחציו כיון שע"י מעשה שלהם נעשה אש ע"י הרוח, ואף שכתבנו למעלה דעיקר אש הוא ממונו מ"מ כיון דהוי כמו שהזיקה בחציו שייך שפיר לחייבו אפי' ע"י מה שליבה הרוח, ולכן נאמר דירושלמי סבר גם לר' יוחנן אשו משום ממונו. ולכן סברי דאפי' ברוח שהעולם מתנהג בו פטור. ורבא סבר אשו משום חציו דהא אמר קרא ומתניתא מסייע לר' יוחנן, לכן סבר דדוקא ברוח שאינה מצויה פטור.

ועכשיו מיושב דגמ' דפריך לר"ל דאמר אשו משום ממונו שפיר דאפי' למאי דמסיק דפשע דלא הו"ל לאפושי בטעינה מ"מ אינו מתחייב משום אש על הפשתן כיון דהגמל הבעיר דלר"ל לבתה הרוח פטור וע"כ דחייב על מעשה הגמל וע"כ דצריך לאוקמי במסכסכת. ומה דאמר בגמ' גם לר' יוחנן חציו דגמל היינו קודם דאמר טעמא דלא הו"ל לאפושי בטעינה וסבר דחיובא הוא על מעשה הגמל, אבל לדידן דאשו משום חציו. ולטעמא דפשע במה שהרבה במשוי חייב משום אש על עיקר הפשתן ושפיר קבע הרמב"ם הלכה זו בדיני אש ובודאי פשוט דלא שייך כאן דין צרורות כלל.

אכן גם בלא דברינו לחלק בין מ"ד אשו משום חציו למ"ד אשו משום ממונו. וגם לפי' התוס' והרשב"א דר"י ור"ל מיירי ברוח שאינה מצויה יש לומר בפשיטות דכיון דסבר בהך סוגיא דבעל הגמל חייב רק משום לתא דגמל ולא משום הפשתן בעצמו שנעשה אש ואפי' לבתר דמשני דפשע דלא הו"ל לאפושי בטעינה: ע"כ סבר דכיון דהפשתן לא היה אש קודם שהודלק בנרו של חנוני לא נתחייב משום אש, והגמל בודאי הוי רוח מצויה וע"כ דסבר בהך סוגיא דלבתה הרוח אפי' ברוח מצויה פטור, אבל כיון דמוכח בהסוגיא דהכונס מאוקימתא דרבא וכן מהא דר' יוחנן ור"ל בירושלמי דלבתה הרוח ברוח מצויה חייב: לכן בודאי גם הכא חייב בלא לתא דגמל. אלא משום דהובער הפשתן ונעשה אש ולא שייך צרורות וכנ"ל.

אולם כשנדקדק בלשון הרמב"ם בהלכה ז' יתבאר לנו שיטה אחרת שכתב ליבתה רוח שאינה מצויה תמיד הרי כולן פטורין. וכתב המ"מ ופי' רוח שאינה מצויה תמיד הוא שאין העולם מתנהג בה תמיד אלא לפעמים אע"פ שהיא באה בעתים הרבה ואצ"ל רוח סערה שאינה נושבת אלא לעתים רחוקות וכן מפורש בירושלמי: וכן עיקר עכ"ל: ודברי

המ"מ הוא כפי' הרשב"א אך קשה. דבהלכה ט"ו גבי אבנו וסכינו ומשאו שחילק בין רוח מצויה לרוח שאינה מצויה לא כתב מצויה תמיד: ואין לומר דסמך על מש"כ בהלכה ז' דהא בפ"ד הלכה א' כתב הכונס צאן לדיר ונעל בפניהן בדלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה לא כתב מצויה תמיד. ובאמת לא מסתבר כלל לומר דסתם רוח מצויה הוא מצויה תמיד. דרוח המצויה תמיד הוא הרוח המצויה קצת באויר אפי' ביום שאין בו רוח. כמו דאמרינן גבי שחט בו שנים או רוב שנים דדוקא בביתא דשישא אין בו רוח, אבל לענין דלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה ודאי אין הכונה בפני רוח זה אלא שצריכה לעמוד בפני רוח הבא לפרקים מצויים. וכן אבנו וסכינו ומשאו שנפלו ברוח מצויה ודאי לא מסתבר דבקצת הרוח שיש בכל היום אפי' כשאין רוח יפול אבן מראש הגג, ובודאי אינו נופל אלא ברוח ממש שהוא מנשב ומפיל את האבן. וכן הוא פשוט דלענין אש דחייב ברוח מצויה סגי ברוח שבא לפרקים מצויים. וא"כ מה שהוסיף הרמב"ם כאן לכתוב מצויה תמיד הוא לומר דגם ברוח מצויה סתם אינו חייב. והוא משום דהרמב"ם סובר כר' יוחנן ור"ל דאמר אפי' ברוח שהעולם מתנהג בו פטור שפעמים הוא בא ופעמים אינו בא. וטעמא הוא כמו שרצו התוס' לומר מתחלה דאינו חייב על אש אלא כשעשה האש בעצמו והרוח הוליכו ולא כשהרוח עשה האש: אלא דזהו דוקא כשאינו ודאי גמור אבל ברוח כזה שהוא ודאי חייב גם אם עשה מזיק שהרוח יעשה לאש. כיון שבודאי יעשה לאש הוא מעכשיו מזיק.

ונמצא דמפרש להיפוך מפי' הרשב"א דהרשב"א מפרש דאיכא תרי גווני רוח שאינה מצויה. והרמב"ם סובר דגם ברוח מצויה דבכל חיובי מזיק נחשב נמנוי ולפשיעה. אבל זהו דוקא באבנו וסכינו ומשאו דהוא בעצמו מזיק והרוח מוליכו. אבל הכא כיון דאכתי לא הוי מזיק כלל אין בו חיוב אש: אך קשה מהא דמתרץ רבא לברייתא שליבה ברוח מצויה ולבתה הרוח ברוח שאינו מצויה: ומוכח דלבתה הרוח ברוח מצויה חייב המלבה וצריך לומר דהרמב"ם לא פסק כרבא כיון שלא העתיק תירוץ רבא להלכה ופסק בהך דברייתא דחייב. כבר כתבנו בהלכה ז' דסובר דהך ברייתא אזלא למאן דלא דאין דד"ג דלדידיה פטור המלבה אפי' כשלבתה האש ברוח מצויה. וכרב אשי דסבר דלא אמרינן זורה ורוח מסייעתו אלא לענין שבת: אבל הכא גרמא בעלמא והוא למאן דלית ליה דד"ג, וכיון דתירוצא דרבא לא קיימא להלכה לכן גם מה דחזינן מהא דרבא דברוח מצויה חייב, גם בזה לא קיי"ל כרבא כיון דרב אשי פליג עליה. דרבא מדמי לזורה ורוח מסייעתו: ורב אשי סבר דהוא דוקא לענין שבת. ולכן גם בעיקר חיובא דאש אינו חייב אלא אם הרוח הוא ודאי: וכמו דאמרי ר' יוחנן ור"ל בירושלמי.

ומה דכתב הרמב"ם ליבה ולבתו הרוח חייב שהרי הוא גרם ולא הזכיר שיהי' רוח מצויה תמיד נראה דבאמת הא לא הזכיר כלל שיהי' רוח מצויה והוא משום דמפרש דבשעה שלבה כבר היתה הרוח, וכמו שכתבו בתוס' דבלא תירוץ רבא הוי מפרשי כן בגמ' דאין נ"מ בין רוח מצויה לרוח שאינה מצויה ורבא חידש דהרוח שאינה מצויה באה אח"כ: ולכן מה דכתב הרמב"ם דחייב משום גרמי הוא דכבר היה הרוח דבזה הוה גרמי דגרמי אינו אלא בהיזק ברור וכמו שכתבנו בהלכה ז'.

והא דסובר הרמב"ם דבעל גמל חייב על הפשתן משום אש אף שהדליק ע"י הגמל צריך לומר דגמל הוי כמו רוח מצויה תמיד שרוח שאינה מצויה תמיד היינו שעכשיו עוד אין הרוח בעולם. אבל הגמל כשהניח הפשתן עליו כבר ישנו להרוח המצויה שהוא הגמל שילך וידליק ובסתמא כבר היה הנר כשהניח הפשתן על הגמל לכן הוי שפיר כרוח מצויה.

אכן דיש לעיין עכשיו דנסתר מה שיישבנו ד' הגמ' דסבר דאינו חייב משום אש אלא כשעשה הוא לבדו, וכתבנו דהרמב"ם פסק דלא כהגמ' משום דרבא סבר דדוקא כשלבתה הרוח ברוח שאינה מצויה פטור, אבל לפימש"כ עכשיו דהרמב"ם אינו פוסק כרבא א"כ נסתרו דברינו דאם סוגיא זו סברה דאינו חייב משום אש אלא כשעשה בעצמו האש א"כ מנ"ל לפסוק דלא כסוגיא זו ולומר דברוח מצויה תמיד וכן בגמל חייב. כיון דאינו סובר כרבא אלא כרב אשי ואין לומר דהוא משום זה דפסק הרמב"ם דליבה וליבתו הרוח חייב משום שגרם דזה אינו דדוקא בליבה ולבתו הרוח חייב שנתכוון לעשות אש דייניגן בזה דד"ג דהוי כמו שעשה בעצמו אש. אבל בעל הגמל כשהניח הפשתן לא נתכוון לעשות אש וכבר ביארנו דהרמב"ם אינו מחייב משום דד"ג אלא בנתכוון וכמש"כ שם בשם הגר"א ז"ל.

ונראה דהרמב"ם סומך על מימרא דר' יוחנן ור' לקיש בירושלמי דאמרי להדיא דברוח מצויה תמיד חייב. ואף דתמיד פסקינן כבבלי נגד הירושלמי מ"מ כאן דהכא הוא רק שו"ט דסוגיא ובירושלמי הוא מימרא מפורשת דר' יוחנן ור"ל ובפרט דלפי סוגיין צריך לאוקמי גם לר' יוחנן במסכסכת דהא פשטא דמתניתין דגמל חייב משמע דחייב הכל. לכן פסק הרמב"ם כר' יוחנן ור"ל דירושלמי וכפשטה דמתני' דמיירי בכל גווני אפילו בלא מסכסכת ולא עמדה ונאמר דרב אשי דפליג על רבא וסובר דאינו חייב ע"י מעשה הרוח מודה ברוח מצויה תמיד וכר"י ור"ל, וכמו שבארנו.