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

אבן האזל על משנה תורה, הלכות רוצח ושמירת נפש

הרב איסר זלמן מלצר

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אבן האזל על משנה תורה, הלכות רוצח ושמירת נפש

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-רוצח-ושמירת-נפש/
הקובץ נוצר ב־20 בנובמבר 2026 מגרסה 202611200317-v39 של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 4
הלכה ב 4
הלכה ז 5
הלכה ט 6
הלכה יג 7
פרק ב 9
הלכה ו 9
הלכה טו 12
פרק ג 13
הלכה י 13
פרק ד 14
הלכה א 14
פרק ה 16
הלכה ב 16
הלכה ג 18
הלכה ו 22
פרק ו 23
הלכה ה 23
פרק ח 23
הלכה יא 23
פרק ט 25
הלכה ו 25
הלכה יד 27
הלכה טו 28
הלכה טז 29
הלכה יז 29
פרק י 30
הלכה ו 30
פרק יג 32
הלכה ט 32

פרק א

הלכה ב

מצוה ביד גואל הדם להרוג את הרוצח שנאמר גואל הדם הוא ימית את הרוצח, וכל הראוי לירושה הוא גואל הדם, לא רצה גואל הדם או שלא היה יכול להמיתו, או שאין לו גואל דם, ב"ד ממיתין את הרוצח בסייף.

כתב המל"מ במש"כ הרמב"ם קרא דגואל הדם הוא ימית את הרוצח דרש"י בפ' נגמר הדין פירש דברוצח שוגג מיירי קרא והוא תימה דקראי מוכח דברוצח במזיד איירי. ומה דפשוט להמל"מ דקרא שמביא הרמב"ם וקרא דמייתי בגמ' בפ' נגמר הדין, דע"ז כתב שם רש"י דברוצח בשוגג איירי הוא חד קרא אינו נכון, דהרמב"ם כתב קרא קמא דגואל הדם הוא ימית את הרוצח. ובפ' נגמר הדין מייתי הגמ' קרא דכתיב בתריה גואל הדם ימית את הרוצח איברא דבספרי דריש גם הך קרא לענין רוצח במזיד, אבל משם מוכח דפליג על הך ברייתא דמייתי בגמ' דהכי איתא התם גואל הדם (הוא) ימית את הרוצח למה נאמר והלא כבר נאמר גואל הדם הוא ימית ומה ת"ל גואל הדם ימית את הרוצח שיכול אין לי אלא שיש לו. מי שאין לו גואל מנין ת"ל גואל הדם מ"מ, ומוכח דהספרי סבר דתרתי קראי הוא בחד ענינא, אבל בברייתא מוכח דפליגא על הספרי דהא הספרי דריש מגופא דקרא שהוא מיותר. ובברייתא תניא גואל הדם ימית את הרוצח מצוה בגואל הדם. ומנין שאם אין לו גואל שב"ד מעמידין לו גואל שנאמר בפגעו בו מ"מ, ולא דריש מהא דמיותר הך קרא לגמרי. וע"כ דהך ברייתא סברה שהם שני ענינים וקרא קמא ברוצח במזיד. והך קרא ברוצח בשוגג.

אלא דמ"מ א"א לומר כן דבודאי קראי מוכחי דלאו בשוגג מיירי וכמש"כ המל"מ, וכמש"כ הרמב"ן בס' המצות הביאו המל"מ דבתר הך קרא כתיב ואם בפתע בלא איבה הדפו. וכבר הביא הרב בעל מגלת אסתר שם דרש"י בעצמו כתב בפי' התורה דמדכתב או בכל אבן אשר ימות בה בלא ראות למד על האמורים למעלה שבהורג במזיד הכתוב מדבר. אכן נראה דהך ברייתא סברה דעכ"פ אף דודאי דקראי קודם קרא דואם בפתע בלא איבה הדפו לא מיירי בשוגג. ומהך קרא דואם בפתע מתחיל גדרי שוגג דמפטר בגלות, מ"מ מה דחלקה תורה ומקודם כתיב גואל הדם הוא ימית וגו' ואח"כ כתיב ואם בשנאה יהדפנו וגו' או באיבה הכהו וגו' גואל הדם ימית וגו' דהני קראי לא מיירי ברוצח במזיד והתראה דחייב מיתה בב"ד, וזהו שהוצרך לרבות שאם אין לו גואל שב"ד מעמידין לו גואל, דבמזיד והתראה ודאי אם אין לו גואל ב"ד ממיתין אותו, לכן הני קראי אחר קרא קמא דגואל הדם הוא ימית את הרוצח לא מיירי באופן דחייב מיתה בב"ד, אלא

בגדר מזיד בלא התראה, והספרי דמפרש במזיד והתראה ומ"מ מרבה אם אין לו גואל. ע"כ דהוא על עיקר דין מיתת ב"ד שב"ד ממיתין אותו אפי' אם אין לו גואל.

ומבואר להברייתא מה דכתב קרא ואם בשנאה יהדפנו, דאם במזיד והתראה מה צריך לומר בשנאה, וכן או באיבה הכהו בידו, איברא דהספרי מצריך להני קראי, אבל לשון אם בשנאה ואם באיבה אינו מיושב, ולכן הספרי לשיטתו דמפרש כל הני קראי בחד גוונא מצריך להו כמו דאיתא שם, אבל הך ברייתא סברה דהני קראי מיירי במזיד בלא התראה, ולכן שייך לומר שב"ד מעמידין לו גואל, וכיון דדין מזיד בלא התראה ודין שוגג שיצא חוץ לעיר מקלטו חד דינא להו לכן הזכיר רש"י דין רוצח שוגג שיצא חוץ לעיר מקלטו ואפשר דיש חסרון דברים בד' רש"י וצ"ל רוצח שהרג קרוב למזיד או שוגג שיצא חוץ לעיר מקלטו, אלא דע"כ צ"ל דהך תנא סבר מצוה ביד גואל הדם וגם אם אין גואל הדם ב"ד מעמידין לו גואל, אבל אנן קיי"ל כר"ע דרשות ביד גואל הדם וליכא מצוה וממילא אין ב"ד מעמידין לו גואל, ובזה מבואר מה שהשמיט הרמב"ם הך דינא דברייתא, אח"כ ראיתי בדקדוקי סופרים שיש גירסאות שגורסים בברייתא גואל הדם הוא ימית את הרוצח והיינו קרא קמא, וכן הוא גירסת הרמ"ה ולפי"ז ע"כ במזיד איירי, אבל רש"י פירש לפי גירסתנו וכמו שבארנו.

והנה הרמב"ן בס' המצות כתב וז"ל מצוה י"ג שנצטוינו בענין הרוצח אחר שנתחייב מיתה בב"ד שיבקשנו גואל הדם וירדוף אחריו וינקום נקמתו ממנו שיביא אותו לב"ד ויומת כמשפטו או שירצח אותו גואל הדם אם לא יוכל לו ב"ד, ואם אין לו גואל הדם שיעמידו לו ב"ד אדם ממונה מהם להדוף אחריו ולהיות גואל דמי הנרצח וכו' וכונת הרמב"ן לבאר מה שצריך שיעמידו ב"ד גואל הדם, אבל באמת באורו קשה דהא אין מענין את דינו, וכיון שנגמר דינו למיתה אין מניחין אותו לנפשו, שיצטרך גואל הדם לרדוף אחריו, אם לא דנימא דהמצוה הוא שגואה"ד ירדוף להביאו לב"ד לדון אותו, אבל הרמב"ן לא כתב כן לכן מסתבר פירש"י ושלדברינו גם הרמב"ם פי' כן הך ברייתא ומשום זה השמיט אותה משום דקיי"ל רשות ביד גואל הדם וכנ"ל:

הלכה ז

כיצד אם הזהירוהו והרי הוא רודף אחריו אע"פ שלא קיבל עליו התראה כיון שעדיין הוא רודף ה"ז נהרג, ואם יכולין להצילו באבר מאברי הרודף כגון שיכו אותו בחץ או באבן או בסייף ויקטעו את ידו או ישברו את רגלו או יסמו את עינו עושין, ואם אינן יכולין לכוין ולהצילו אא"כ הרגוהו לרודף הרי אלו הורגין אותו אע"פ שעדיין לא הרג שנאמר וקצותה את כפה לא תחוס עיניך.

השגת הראב"ד: שנאמר וקצותה את וכו'. א"א בספרי קא דרי[ש] לה הכי עכ"ל.
המ"ע כתב על דברי הראב"ד יישר כחו שלמדנו מקומו. אבל נראה שכונת הראב"ד הוא להשיג, דבגמ' בסנהדרין דף ע"ג יליף זה מהיקישא לנערה המאורסה, וקרא דוקצותה את כפה יליף מינה הגמ' דין בושת בריש החובל, וכתב כן הרמב"ם בפ"א מה' חובל, וא"כ איך אפשר לפרש הך קרא בתרי גווני, ואף דאפשר דחדא הוא מפשטיה דקרא וחדא מדרשא מטעמים שנראה לחז"ל לדרוש כן, אבל כבר כתבתי בפ"ט מה' גנבה הל' ז' מדברי הרשב"א ביבמות דף כ"ד דהיכי דסותר לגמרי לא אמרינן אין מקרא יוצא מידי פשוטו, וא"כ כאן הוא סותר לגמרי דאי אתא קרא לומר דקוצצין את ידה להציל הנרדף. וקרא מיירי במקום סכנה בנפשו של נרדף, א"כ לא נוכל לפרש דוקצותה את כפה הוא ממון. ולפי דעת הראב"ד דלא ילפינן תרווייהו מחד קרא צ"ל להספרי דדריש קרא דוקצותה את כפה לדין שמצילין אותה בנפשה דדין בושת ילפינן מסברא דמשלם אף שלא חסרו ממון כיון שעכ"פ הזיקו בבושת, וכמו דמשלם צער אף שאין לו בזה חסרון ממון.
ובדעת הרמב"ם נראה דסובר דכאן אינו סותר פשטיה דקרא לדרשא לפי"מ שכתב הרמב"ם שם דמה דאמרינן עין תחת עין ממון, היינו שהוא ראוי לחסרו אבר והממון הוא בגדר כופר, וכדכתיב לא תקחו כופר לנפש רוצח, אבל אתה לוקח כופר לחבלות, א"כ אין הענינים סותרים ופרשינן קרא דאם יש חשש סכנה אז מצילין אותו בקציצת כפה ואם לא אפשר אז מצילין אותו בנפשה כדכתיב לא תחוס עיניך וכמש"כ הרמב"ם בהל' ח', ואם אין סכנה אז צריך לקצות את כפה בשביל שביישה אותו אלא דבזה סגי בכופר דזהו ממון.

הלכה ט

אף זו מצות (**עשה**) [**לא תעשה**] **שלא לחוס על נפש הרודף לפיכך הורו חכמים שהעוברה שהיא מקשה ללילד מותר לחתוך העובר במעיה בין בסם בין ביד מפני שהוא כרודף אחריה להרגה. ואם משהוציא ראשו אין נוגעין בו שאין דוחין נפש מפני נפש וזהו טבעו של עולם**.

כ' הכ"מ וז"ל בספ"ז דאהלות האשה שהיא מקשה ללילד מחתכים את הולד במעיה ומוציאין אותו אברים אברים שחייה קודמים לחייו, יצא (ראשו) [רובו] אין נוגעין בו שאין דוחין נפש מפני נפש, ובפ' בן סורר בהא דאמר רב קטן הרודף ניתן להצילו בנפשו איתביה יצא ראשו אין נוגעין בו שאין דוחין נפש מפני נפש, שאני התם דמשמיא קא רדפי לה, וזהו שכתב רבינו וזהו טבעו של עולם עכ"ל, ודברי הכ"מ אינם מספיקים

לבאר דברי הרמב"ם דעכ"פ מכיון דאמרינן דבשביל טעמא דמשמיא קא רדפי לה אין להעובר דין רודף א"כ גם בלא יצא ראשו אמאי יש לו דין רודף. ולולי דברי הרמב"ם היינו מפרשים בטעמא דמתני' דכיון שחייה קודמים לחייו א"צ לטעם רודף, אבל טעם רודף קשה.

ושמעתי בשם אדמו"ר גאון ישראל מוהר"ח זצ"ל דדין משמיא הוא דקא רדפי לא מהני אלא אם הוא כילוד, שצריך שבשביל מעשיו יהיה עליו דין מצילין הנרדף בנפשו והוא בגדר חיוב על הרודף, אלא דלא צריך מזיד וקטן נמי מצילין בנפשו, וראיה לזה דהא רודף פטור מממון משום קלב"ם, ומוכח דהוא בגדר חיוב, אבל כ"ז שהוא עובר הוי בדין משא המבואר בסוף פרק ח' מה' חובל ומזיק דיש לה דין רודף, ומשמע דכונתו דשמא ג"כ אינו רודף בפועל, אלא דכיון שאינו אדם מהני מה שממילא נעשה רודף וה"נ עכ"פ ממילא נעשה רודף, ולפי"ז צ"ל דיש שני דיני רודף וקשה דמנ"ל זה ובפשוטו דין רודף דמשא למד הרמב"ם מדין רודף דאדם, וכן כאן למד הרמב"ם דין עובר מדין רודף דאדם.

ונראה להסביר ע"פ דברי אדמו"ר לפי"מ שבארתי שם בביאור שיטת הרמב"ם דאין נ"מ אם הביא המשא באחרונה או בראשונה, וטעמא משום דכל מי שיש בהספינה בין האנשים בין המשא הוו רודפים זה על זה אלא דאנשים לגבי המשא ליכא דין להציל המשא בנפשם, ומשא לגבי האנשים איכא דין להציל האנשים ולהשליך המשא. ולכן כאן אף דאיכא טעמא דמשמיא דקא רדפי, וכמו שכתב הרמב"ם שזהו טבעו של עולם, אין הכונה דאינו רודף כלל, אלא דכיון דזהו טבעו של עולם הויין שניהם רודפים זה על זה דהאשה במה שהיא סותמת בפני העובר מלצאת הוי מצמצם דהוי נמי רוצח והוי כמו גבי משא, ולכן כתב הרמב"ם טעמא דרודף דבלא זה לא היה דין להרוג גם עובר, אבל כיון דאיכא טעמא דרודף דוחין העובר בשביל האשה, משום דאין דין להציל העובר בנפשה של האשה. ויש דין להציל האשה בנפשו של העובר. וכמו גבי משא, אבל אם יצא ראשו שהוא כילוד אין דוחין נפש מפני נפש כיון ששניהם רודפים זה על זה:

הלכה יג

כל היכול להציל (באחד) [באבר] מאבריו ולא טרח בכך אלא הציל בנפשו של רודף והרגו ה"ז שופך דמים, וחייב מיתה אבל אין ב"ד ממיתין אותו.

כתב הכ"מ דהרמב"ם למד מברייתא דר' יונתן בן שאול ומפרש דהא דאמר נהרג עליו אינו שב"ד ממיתין אותו דלא שייך ביה התראה, אלא דחייב מיתה לשמים, ולשון נהרג עליו ודאי לא משמע הכי. וגם מה שכתב דלא שייך ביה התראה נמי אינו מובן, וכבר כתב ע"ז המל"מ שדבריו צריכין תלמוד.

ונראה לבאר דברי הרמב"ם שבדיוק כתב ולא טרח בכך, והיינו שלא רצה לטרוח ולדייק, והטעם בזה דכיון דאם הוא יכול להציל באחד מאבריו, ואחר יש כאן שאינו יכול להציל באחד מאבריו אלא בנפשו ודאי יש לאחר להציל בנפשו, ולכן גם כאן במה שאינו רוצה לטרוח ולדקדק להציל באחד מאבריו הוא שופך דמים. אבל עכ"פ אינו רוצח בזה שהורגו כיון דבלא אפשרות הצלה באחד מאבריו ניתן להצילו בנפשו. ונ"מ שאם אפשר לזרוק אותו באבן אחד שיציל בזה את הנרדף, וזרק בשני אבנים בב"א והרגו יהיה חייב מיתה אם התרו בו דלא שייך בזה סברת לא טרח והוא פשוט, ובהא דר' יונתן בן שאול נראה דהרמב"ם סובר דכיון דתניא ר' יונתן בן שאול אומר מכלל דרבנן פליגי עליה, וטעמא דרבנן כמו שכתבנו.

והנה בפ"ט מה' מלכים הל' ד' כתב הרמב"ם בן נח שהרג נפש אפי' עובר במעי אמו נהרג עליו וכו'. וכן אם הרג רודף שיכול להצילו באחד מאבריו נהרג עליו משא"כ בישראל. וכתב ע"ז הראב"ד וז"ל וכן אם הרג רודף וכו' א"א קשיא ליה אבנר עכ"ל, ובאור דבריו כתב הכ"מ מהא דאמר בגמ' בסנהדרין דף מ"ט דיואב דן לאבנר דין סנהדרין דאמר ליה מ"ט קטלתיה לעשאל, עשאל רודף הוה. היה לך להצילו באחד מאבריו, לא יכילי ליה, ומוכח דטענת היה לך להצילו באחד מאבריו מהני להרגו, וכתב ע"ז הכ"מ דאינו דין גמור ע"ש בדבריו והוא דוחק, והמל"מ כתב שם דדוקא ב"ד אין הורגין אבל גואל הדם כמו דרשאי להרוג למי שהרג בשוגג ה"נ יכול להרוג למי שהיה יכול להציל באחד מאיבריו, ולכן לא קשיא מהא דאבנר דיואב גואל הדם הוי. ודברי המל"מ יתכנו רק לפי דברי הכ"מ דטעמא דפטור הוא משום דלא שייך ביה התראה. ולכן שפיר גואל הדם יכול להרגו, אבל המל"מ בעצמו כתב כאן שדבריו צריכין תלמוד. ולפימש"כ דכיון דאינו רוצה לדקדק אם הרג להציל אינו רוצח, א"כ גם גואל הדם לא מהני.

ונראה דשם בגמ' איתא דיואב השיב על טענת אבנר השתא בדופן חמישית כוונת ליה בא' מאבריו לא יכלת ליה, ולפי"מ שכתבתי דכל מה דפטור הוא משום דלא טרח להציל באחד מאבריו. וא"כ אם יכוין להדיא דוקא להרגו ודאי חייב מיתה, אלא דאי אפשר לברר דבר זה ולהרגו בב"ד, וכ"ש דלא שייך בזה התראה דהמציל יוכל לטעון שנזדמן לו כן בשביל שלא רצה לטרוח ולדקדק. אבל יואב טען שברור שהיה זה בכונה שכיון לדקרו במקום שימות, ולכן גואה"ד שהרגו ודאי פטור ממיתה אבל ב"ד אין ממיתין אותו.

ואפשר לבאר בדברינו מה שתמה שם הכ"מ בזה שהראב"ד שתק כאן והשיג עליו בה' מלכים. דכאן ביאר הרמב"ם דבריו וכתב ולא טרח, ואפשר דזהו היכי דצריך טרחא ולא קשיא מאבנר אבל שם כתב דסתם דאם יכול להציל בא' מאבריו והרגו פטור בישראל,

ולכן שפיר השיג עליו מאבנר, אבל כונת הרמב"ם שם הוא ג"כ באופן זה שכתב כאן משום דתמיד יכול ההורג להתנצל ולומר שרק משום שלא רצה לטרוח נזדמן לו הכאה הממיתה ולכן לא קשיא מאבנר וכנ"ל:

פרק ב

הלכה ו

אחד ההורג את הגדול או את הקטן בן יומו בין זכר בין נקבה ה"ז נהרג עליו אם הרג בזדון או גולה אם הרג בשגגה והוא שכלו לו חדשיו. אבל אם נולד לפחות מתשעה חדשים הרי הוא כנפל עד שישהה ל' יום וההורגו בתוך ל' יום אינו נהרג עליו.

הכ"מ ציין לדברי המ"מ פ"א מה' יבום ושם כתב המ"מ בדעת הרמב"ם לפי"מ שכתב בהל' מילה דבן ח' שגמרו סימניו ה"ז ולד שלם ואם שהא ל' אפי' לא גמרו סימניו וכן בידוע שכלו לו חדשיו, דמד"ת יש ג' אופנים שיהיה דינו כולד שלם, או כלו לו חדשיו או אפי' בן ח' אחר ל' או כשגמרו סימניו אפי' קודם ל', ואם אינו ידוע אם הוא בן ז' או בן ח' ולא גמרו סימניו הוא ספק מד"ת. וזהו מש"כ הרמב"ם בדין ירושה פ"א מה' נחלות שקטן בן יומו שלא כלו לו חדשיו אם חיה אחר אמו שעה אחת נוחל ומנחיל. וזהו כשגמרו סימניו שזהו נקרא ולד, ובדין הרוצח כתב שההורג קטן שנולד פחות מבן ט' שאינו נהרג עליו תוך ל' דבעינן חדא מתרתי ל' יום או כלו לו חדשיו. אבל בן ח' שלא שהה אע"פ שנגמרו סימניו אינו נהרג, וזהו ששינו חכמים על ד"ת וכיוצא בזה כתב פ"א מה' אבל שאין מתאבלין אלא על מי ששהה ל' יום או שכלו לו חדשיו. עכ"ד המ"מ.

ודברי המ"מ תמוהים דהא בפ"א מה' אבל כתב הרמב"ם דבן שמנה שמת אפי' אחר שלשים אין מתאבלין עליו. והראב"ד השיג עליו דקיי"ל כרשב"ג דמשתהא, וכתב שם הלח"מ דאף דלדינא סובר הרמב"ם דקיי"ל כרשב"ג דכל ששהה שלשים יום אינו נפל ואין להחמיר בזה אפי' מדרבנן, ולכן בדין רוצח נהרג עליו, מ"מ לענין אבל כיון דקיי"ל הלכה כדברי המיקל באבל לא סמכינן על הך פסקא דהלכה כרשב"ג. כיון דלרבנן לא מהני ל' יום ולכן אין מתאבלין, אבל דברי הלח"מ אין מספיקין דהא כתב הרמב"ם שם וז"ל בן ט' חדשים שנולד מת ובן שמנה שמת אפי' לאחר שלשים ומי שיצא מחותך או מסורס אע"פ שכלו לו חדשיו הרי זה נפל ואין מתאבלין עליהן, ולא מתעסקין עמהן. הרי שכלל הרמב"ם דין בן שמנה שמת לאחר ל' עם בן ט' שנולד מת, וכתב בתורת ודאי הרי זה נפל ועוד שכתב ולא מתעסקין עמהן ומה שייך זה לדין הלכה כדברי המיקל באבל. וכיון שמעיקר דינא הוא כחי אמאי יהיה פטור במה שמחוייבין להתעסק בקבורתו בכל

מה שמחוייבין בקבורת מת גדול. וע"כ דמעיקר דינא הוא כנפל.

ועוד דבשו"ע או"ח סי' תקס"ז מבואר דנפל אין חייבין בקבורתו וא"כ כשכתב הרמב"ם הרי הוא נפל ואין מתעסקין עמהן פירושו דאין חייבין בקבורתו כמו כל נפל, וקבורה הוא מדאורייתא ואיך נקל בולד שמעיקר דינא הוא ולד גמור, וזה קשה על עיקר דברי המ"מ שכתב שמטעם זה דמדרבנן חיישינן לנפל כתב הרמב"ם דאין מתאבלין עליהן.

לכן נראה דסובר הרמב"ם דכיון דאסקינן בגמ' בשבת דף קל"ו דכשפיהק ומת דברי הכל נפל הוא כי פליגי בנפל מן הגג ואכלו ארי. ולפי פירש"י קאי זה על תוך ל' דרבנן סברי חי הוא דזה דוקא בנפל מן הגג, והרמב"ם סובר דגם מה דרשב"ג מחדש דאפי' נולד לשמנה אם שהא שלשים יום אינו נפל דזהו ג"כ דוקא בנהרג. אבל מת לא מהני שלשים כיון דרשב"ג מיירי בנהרג ולא ילפינן מת מנהרג דריעותא דמת מהני דנאמר דבאמת נפל הוא כיון שהוא בן ח' וגם ל' יום לא מהני, אך לא ביאר הרמב"ם עד אימתי יקרא נפל ומסתבר דאחר י"ב חודש ודאי נקרא חי, ולכן בה' אבל דמיירי שם הרמב"ם להדיא במת לא מהני ל' יום, ומבואר דכאן בה' רוצח דמיירי בנהרג שפיר מהני ל' יום דקיי"ל כרשב"ג. והראב"ד סובר דלא מהני מת אלא בתוך ל' יום לומר דבזה מודו רבנן דהוי נפל, אבל ל' יום דסובר רשב"ג דכל ששהה ל' יום אינו נפל לא מהני מה דמת. דאטו ולד חי אין דרכו למות מסבת חולי.

ומה שהכריח להרמב"ם לומר כן הוא משום דהך דינא דבן ח' אין מתאבלין עליו הוא בתוספתא ואי בתוך ל' הא גם בלא ידעינן אם כלו לו חדשיו או לא אין מתאבלין, והראב"ד יסבור דהך תוספתא אתיא אליבא דרבנן, ואנן קיי"ל באבלות כרשב"ג, ובאמת אין נ"מ במה דידעינן דהוא בן ח'.

והנה היה אפשר לומר דמה דקתני בתוספתא בן שמנה הוא לומר דאפי' גמרו שערו וצפרניו דקיי"ל כרבי והוי ולד מעליא, ונימא דמ"מ אם מת הוי נפל. אלא דיש לומר דאפי' אם נימא כן סובר הרמב"ם דחד דינא הוא, וכמו דנימא דמת מוציא מדין ולד אפי' בגמרו סימניו. ה"נ מוציא מדין ולד אפי' בשהה ל', דהוכחה דרבי והוכחה דרשב"ג שוין הם. אלא דיש לעיין בעיקר דינא בגמרו סימניו דקיי"ל כרבי דהוי ולד מעליא אם במת לא הוי ולד, ומשמע דשוין הם כיון דבחדא ברייתא קתני הא דרבי והא דרשב"ג, וכיון דסובר הרמב"ם דבמת לא מהני הוכחה דרשב"ג ה"נ הוכחה דרבי.

אכן זה ודאי צריכים אנו לומר דמה דאמרינן דבמת לא מהני הוכחה דל' יום. וכן הוכחה דגמרו סימניו זהו דוקא בודאי בן ח'. אבל באינו יודע אם כלו לו חדשיו, אף דאמרינן בגמ' וכן כתבנו בדעת הרמב"ם דאם מת מודים חכמים לרשב"ג דהוי נפל היינו בלא

גמרו סימניו, אבל גמרו סימניו אף דאמרינן דבבן ח' לא מהני גמרו סימניו לגבי מת, היינו בודאי בן ח' אבל באינו ידוע אם כלו לו חדשיו מהני הא דגמרו לומר דודאי חי הוא מדין תורה, דהא כן כתב הרמב"ם להדיא פ"א מה' יבום דמד"ת באינו ידוע אם כלו חדשיו הוי חי ופוטר מן היבום אף במת וזהו בגמרו סימניו כמש"כ המ"מ שם, וכן בשהא ל' יום דלא מהני במת הוא דוקא בודאי בן ח' וכן מוכח מד' הרמב"ם בפ"א מה' אבל, דבהלכה ו' כתב וז"ל הנפלים אין מתאבלין עליהן וכל שלא שהה ל' יום באדם הרי זה נפל אפי' מת ביום שלשים אין מתאבלין עליו, ולהדיא דלאחר ל' מתאבלין עליו אע"ג דמת, והיינו משום דלא מיירי בודאי בן ח', דאח"כ בהל' ח' הזכיר בן שמנה והוא כמו שבארנו.

ומש"כ דהרמב"ם בהלכות אבל מיירי במת ולא נהרג, גם בלאו הך דינא דאפי' אחר ל' אין מתאבלין צריך לומר כן. דהרמב"ן במו"ק דף י"ט כתב שהקשו על שיטת הגאונים דאבלות יום ראשון מדאורייתא. דא"כ אמאי אמרינן הלכה כדברי המיקל באבל, וכתב הרמב"ן דזה לא קשה דכל מחלוקת דאיכא באבל היא בדיני דרבנן, רק שהקשה מהא דאין מתאבלין אלא על ולד שכלו לו חדשיו דהא ביבמות אמרינן דמעיקר דינא הלכה כרבנן דאלזינן בתר רובא דולד מעליא ילדן, רק דמדרבנן חיישינן כרשב"ג וכתב הרמב"ן לתרץ שכל ספק בן קיימא אין לבו של אדם דוה עליו, אבל תירוצו קשה דכיון דמעיקר דינא הוי ולד מעליא למה נימא דאין לבו של אדם דוה עליו. וע"כ צ"ל כמש"כ התוס' בבכורות דף מ"ט במה דאמרינן דיום ל' כיום שלפניו לענין אבלות דהא ביבמות אמרינן דמה"ת אפי' תוך ל' חי הוא, וכתבו מקודם דהתם בנפל מן הגג, והכא בפיהק ומת, ואח"כ כתבו ואפי' נימא דה"נ בנפל מן הגג אין לחוש. דלענין אבלות פסקינן כרשב"ג לקולא. ודבריהם מיושבים להשיטות דאבלות כל ז' הוא מדרבנן, אבל לשיטות הגאונים דאבלות יום א' הוא מה"ת ע"כ צ"ל כמו שכתבו מקודם אם לא נימא כדברי הרמב"ן. והרמב"ם פסק ג"כ דאבלות יום ראשון מה"ת, ולדברי הרמב"ן מיושב ג"כ דברי הרמב"ם במש"כ דאפי' לאחר ל' אין מתאבלין. אבל גם לזה ליכא שייכות עם הא דאין מתעסקין עמו ע"כ נראה כמש"כ.

ולפי"מ שביארנו צריכים אנו לומר דהלכה ז' מיירי בלא גמרו סימניו דאי גמרו הא קיי"ל כרבי דולד מעליא הוא כיון דאינו בן ח' בודאי, והמ"מ בפ"א מה' יבום כתב דזהו מטעמא דהקלנו באבלות, אבל לפימש"כ דלשון הרי הוא נפל משמע דהוא ודאי נפל, ע"כ צ"ל דמיירי בלא גמרו, וכן משמע הלשון שכתב הנפלים וכמו שכתב שם המ"מ דמזה שכתב הרמב"ם ויצא הולד חי מוכח דמיירי בגמרו סימניו שהוא קרוי ולד, וא"כ

כאן שכתב הנפלים ע"כ דלא גמרו סימניו, והשמיענו כאן דאפילו לא גמרו סימניו כיון דשהא ל' יום אינו נפל כיון דאינו ודאי בן ח', ולפי"ז לא מצינו כאן קולא באבלות כלל דמעיקר דינא הוי נפל כיון דלא גמרו סימניו ומת בתוך ל', וא"כ הוא דלא כדברי המ"מ שכתב שם ששינו כאן על ד"ת.

אכן בהלכה שלפנינו בדין רוצח מבואר כדברי המ"מ דמדכתב ההורג קטן בן יומו משמע דבולד גמור עסקינן שגמרו סימניו וכתב בזה והוא שכלו לו חדשיו, אבל אם נולד לפחות מט' הרי הוא כנפל ומוכח דאפי' בולד גמור בעינן או כלו לו חדשיו או ל' יום ולא מהני גמרו, וזהו כמו שהחמירו חכמים לגבי יבום, ומדויק מה שכתב כאן הרמב"ם הרי הוא כנפל. ובה' אבל כתב הרי הוא נפל, דבה' אבל הא מיירי במת אבל הכא דנהרג וגם גמרו סימניו מעיקר דינא ודאי חי הוא אלא שהחמירו חכמים לגבי יבום ולכן גבי רוצח אינו נהרג עליו, ומש"כ הרמב"ם לפחות מט' אין כונתו ודאי בן ח' אלא לפחות מתשעה חדשים ודאים, וכמו שכתב להדיא דדוקא כלו לו חדשיו, ונתבאר שיטת הרמב"ם דדבריו בהל' אבל אינם סותרים דבריו בכאן וכמש"כ:

הלכה טו

המוכר עבדו ופסק עמו שישמשנו ל' יום והכהו אחד מהן בתוך הל' יום והמיתו ה"ז נהרג עליו ואינו בדין יום או יומים, הראשון לפי שאינו כספו המיוחד לו והשני לפי שאינו עדיין תחתיו.

דברי הרמב"ם הוא בגמ' דשני אינו בדין יום או יומים לפי שאינו תחתיו, ומוכח דמדין כספו המיוחד לא היה חסרון, וקשה דבה' עבדים פ"ה הל' ט"ז כ' דעבדי מלוג אינם יוצאים בראשי אברים לא אם הפיל הבעל שהרי אין לו בהם אלא פירות ולא אם הפילה אותן האשה שהרי אינם מיוחדים לה, ומוכח דהאשה שיש לה קנין הגוף נתמעטה משום דאין מיוחדים לה.

והראב"ד בש"מ כתב דמה דאמר רבא מ"ט דר"א היינו על מה דממעט מתחתיו דהוא משום שאינו עבדו המיוחד לו, ולפי זה מיושב. אבל הרמב"ם אינו סובר כן.

והנה התוס' כתבו בהא דר"ג סבר ראשון ישנו בדין יום או יומים משום דק"פ כקה"ג, דאע"ג דגבי שן ועין אין יוצא לא לאיש ולא לאשה, משום דאין לו קנין לשחרר הגוף של אשה, אבל בדין יום או יומים שהוא תחתיו ויש לו כח לרדותו לעשות מלאכתו סברא הוא שיהא בדין יום או יומים מאחר דק"פ כקה"ג דמי עכ"ל, אלא דהתוס' כתבו לפי מה דאמר הגמ' בטעמא דר"מ ור"י דתליא בדין ק"פ אי כקה"ג דמי, אבל לר"א דאמר זה לפי שאינו תחתיו וזה לפי שאינו כספו, נוכל לומר דסבר דמשום הך טעמא דהוא

תחתיו היה אפשר לומר דגם אי ק"פ לאו כקה"ג דמי מ"מ ישנו בדין יום או יומים כיון דעכ"פ יש לו קנין לעשות בו מלאכה, ולזה הוצרך לומר דבעינן כספו המיוחד לו, ובשני ממעטינן לפי שאינו תחתיו אף דאפשר למעט נמי מדין כספו המיוחד לו מ"מ אפשר דכיון דאחר שלשים יהיה כספו המיוחד לו היינו אומרים (דלהראשון) שפיר ישנו בדין יום או יומים דמחוסר זמן לאו מחוסר מעשה ולכן ממעטינן משום שאינו תחתיו אבל גבי שן ועין כיון דמה שיצא לחירות בשן ועין מן השני יהיה היזק להראשון שיש לו ק"פ מהני הא דבעינן כספו המיוחד לו דאינו יוצא בשן ועין מן השני דלא נימא דק"פ אינו אלא כמו שעבוד דשחרור מפקיע, לזה אמרינן דאינו כספו המיוחד דק"פ נמי קנין הוא:

פרק ג

הלכה י

אבל הכופה את חברו והניחו ברעב עד שמת או שכפתו והניחו במקום שסוף הצנה או החמה לבוא לשם ובא והמיתתו או שכפה עליו גיגית או שפרע עליו את המעזיבה או שהשיך עליו את הנחש ואצ"ל אם שיסה בו כלב או נחש, בכל אלו אין ממיתין אותו והרי הוא רוצח ודורש דמי[ם] דורש ממנו דם.

כתב הכ"מ: ומש"כ או שכפה עליו גיגית וכו'. ומ"מ יש לתמוה מה בין כפה זה למש"כ וכו' שאם בנה עליו מקום עד שמנע ממנו הרוח שהוא חייב, ושמא י"ל שהבונה עליו מקום מכל צדדיו קודם שיסתום הכותל האחרון כבר נתמעט הרוח וכו' ונתרבה ההבל שהמיתו, ולפיכך חייב משא"כ בכפה עליו גיגית וצ"ע עכ"ל, ותירוצו אינו מבואר כלל דאין שום מקום לחלק דבשביל שמנע מעט מעט יהיה חייב יותר מבסותם בפעם א', ובאמת גם הכ"מ הרגיש בחולשת החילוק וכתב וצ"ע.

וראיתי במרכה"מ שכתב שני תירוצים ושניהם אינם מיושבים. תי' א' כתב דבנה עליו מקום היינו שבנה על חוטמו ממש וזה א"א דעל חוטמו ממש כבר כתב וה"ה למניח ידו על פי חברו וחוטמו. ועוד דבזה לא צריך לכתוב עד שמנע ממנו הרוח כמו שלא כתב במניח ידו על פיו וחוטמו. ואם הכונה שבנה על חוטמו ופיו נשאר מגולה א"כ לא מנע ממנו הרוח. תי' ב' כתב דמה שכתב הרמב"ם אח"כ ועישן עליו קאי גם על בבא זו. וגם זה אינו נכון דגבי ועישן עליו או הדליק את הנר כתב והמיתו ההבל, וכאן כתב עד שמנע ממנו הרוח.

ונראה דהחילוק הוא דבהלכה ט' מיירי כל ההלכה שעשה פעולה בגופו של הנרצח שע"י זה מת וזהו הדוחף את חברו וכו' וכן אם כבש וכו' וה"ה למניח ידו וכו' או שכפתו

והניחו בצנה וכו', ולכן גם מה שכתב או שבנה עליו מקום הוא חד בבא עם או שכפתו. והדבר מסתבר מצד עצמו דענין של בנין מקום הוא דבר שצריך זמן וא"א אם לא יהיה כפות, וזה מבואר ממה שכתב אח"כ או שהכניסו למערה או לבית ועישן עליו עד שמת, או שהכניסו לבית של שיש והדליק עליו נר עד שמת בהבל, וקשה למה צריך שהכניסו ומה איכפת לן שהיה שם מקודם. ומוכח דע"כ צריך שיעשה מעשה בגופו ולכן מצטרף מעשה ההכנסה עם העישון או הדלקת הנר, אבל בהל' י' מירי בשני ענינים מקודם כתב דאפי' בכפתו פטור בהניחו בסוף חמה לבוא או שמת ברעב דאין גרם המיתה באה תיכף אח"כ כתב אופנים שלא עשה מעשה בגופו וזהו כפה עליו גיגית או שפרע עליוה מעזיבה.

ומבואר בזה דהם שני דינים דגרמא גמורה וזהו שלא הותחל תיכף סבה הממיתה לא מהני מעשה בגופו תחלה, והיכי שהותחל תיכף סבה הממיתה ע"י מעשיו ורק דלא הוי כמו חץ שהולך מכחו, וכדמחלק בגמ' בב"ק דכ"ב בין אשו לחץ, ואף דקיי"ל אשו משום חציו גבי מיתה פטור, בזה מהני אם עשה מעשה בגופו קודם, ועישן עליו נמי אינו הולך העשן מכחו. וכן הדליק את הנר לכן צריך דוקא מעשה בגופו. ובזה מבואר מה דכתב גבי הציף עליו מים בהל' י"ג הכופת את חבירו. וכן הוא בגמ', משום דגם המים הראשונים אין הולכים מכחו ממש כמו חץ.

-השמטות ומלואים-

לכאורה יש סתירה לדברי ממה דאמר בגמ' על כפה עליו גיגית תסתיים דרבא הוא דאמר פטור דאמר רבא כפתו ומת ברעב פטור, ולפימש"כ אין שייכות מזה לזה אך באמת י"ל דלמסקנא דאמר אדרבא תסתיים וכו' ומשני התם בלא שרגא לא מתחיל הבלא בשעתיה הכא בלא שרגא נמי מתחיל הבלא בשעתיה ע"כ יש נ"מ מזה לזה דגבי כפתו ומת ברעב כ' רש"י דבשעה שכפתו אין כאן דבר הריגה והרעב בא מאליו, ומ"ד פטור בכפה עליו גיגית הוא רק משום דלא עשה בו מעשה בידים וממילא באמת לא קיימא התסתיים בשום צד:

פרק ד

הלכה א

המתכוין להרוג את זה והרג את זה פטור ממיתת ב"ד ומן התשלומין ומן הגלות לפי שאין ערי מקלט קולטות אותו כמו שיתבאר לפיכך הזורק אבן לתוך עדה מישראל פטור ממיתת ב"ד.

השגת הראב"ד: המתכוין להרוג את זה והרג את זה פטור ממיתה [וכו']. א"א כר"ש הוא ואין הלכה כר"ש עכ"ל.

כתב הכ"מ: דבסנהדרין דף ע"ט גבי פלוגתא דרבנן ור"ש דאמרו שם בגמ' דר"ש סבר כרבי דונתת נפש תחת נפש ממון, אמר רבא דתנא דבי חזקיה מפקא מדרבי ומפקא מדרבנן, ופסק הרמב"ם כתנא דבי חזקיה. ודברי הכ"מ אינם ברורים דבפ"ג מה' חובל ומזיק הל' ו' מבואר דהרמב"ם לא פסק כתנא דבי חזקיה בדבר שאינו מתכוין דסבר לא חלקת דפטור מממון, והרמב"ם פסק שם דנתכוין לחברו משלם דמי ולדות. וכן כתב שם המ"מ דפסק כתנא דבי חזקיה רק בשוגג ולא באינו מתכוין, לכן צריך לומר דהרמב"ם פסק כרב אדא בר אהבה בב"ק דף מ"ב וכברייתא דר' חגי מדרומא דהוא דלא כר"ש דסבר כרבי ולא כתנא דבי חזקיה.

והנה רש"י פ' לראב"א דקרא דולא יהיה אסון אחבירו קדריש ליה אם אין אסון בחבירו אפי' יש אסון באשה יענשו, אבל בדעת הרמב"ם א"א לפרש כן דהא למד בפ"א מה' נערה הל' י"ג דין פטור קלב"מ בשוגג מקרא דולא יהיה אסון, וכ' ואע"פ שהריגת האשה בשגגה. ולפירש"י ראב"א לית ליה דתנא דבי חזקיה כלל, וכבר בארתי בפ"ג מה' חובל ומזיק דדעת הרמב"ם דאיברא דלא נתכונו להריגת האשה דמה דאמרינן במצות שבמיתה הכתוב מדבר היינו זה לזה כדכתיב וכי ינצו אנשים, אבל הכאת האשה היה בכונה כדכתיב ונגפו. ולפי"ז מה דכתיב וכי ינצו אנשים ודרשינן במצות שבמיתה אינו דנתכונו זה לזה והכו האשה דא"כ היה הכאת האשה בלא כונה אלא דקרא מגלה דרק האנשים נצו במצות שבמיתה, אבל לא נתכונו להמית האשה ומ"מ דוקא אם לא יהיה אסון באשה יענש. וזהו מה דאמר ראב"א כי נתכונו זה לזה אע"ג שיש אסון באשה יענשו היינו שלא נתכונו לאשה כלל. כי נתכונו לאשה עצמה לא יענשו היינו שנתכונו להכות האשה ולא להרגה.

אלא דצריכים אנו לבאר דלפי"ז דקרא דולא יהיה אסון הכונה אסון ממש ולא דין אסון וכדמסיק בכתובות דף ל"ה וא"כ היכי מתפרש קרא דואם אסון יהיה ונתת נפש תחת נפש, כיון דלא קיי"ל כרבי דהיינו ממון, והתוס' שם בכתובות ובסנהדרין כתבו דאף דולא יהיה אסון היינו אסון ממש מ"מ ואם אסון יהיה היינו דין אסון שנתכונו להמית האשה, אבל דחוק לפרש כן.

ונראה דכיון דכל דין רוצח מבואר בפ' מסעי ובפ' משפטים כתב קרא רק כללות הדין, וכיון דמתחלה א' שוגג וא' מזיד מקדימים לערי מקלט, וב"ד לוקחין אותו ודנין אותו. וא"כ כשהוא קרוב למזיד דלא סגי ליה בגלות דמניחין אותו ביד גואל הדם שייך ע"ז

לשון ונתת נפש תחת נפש דהא בקרא בפ' שופטים כתיב ולו אין משפט מות כי לא שונא הוא לו מתמול שלשום. ומוכח דמה דשונא אינו גולה ויש רשות ביד גואל הדם להרגו זהו משפט מות, וא"כ שייך ע"ז לשון ונתת. וסמך קרא על מה דמבואר בפ' מסעי ובפ' שופטים דלהמיתו בב"ד צריך מזיד גמור ולהגמ' לר"ש ניחא יותר לאוקמי כרבי דונתת נפש תחת נפש ממון, אבל לתנא דבי חזקיה ולראב"א ע"כ נאמר דשייך לשון ונתת אפילו בשוגג קרוב למזיד וכנ"ל.

והנה הראב"ד בש"מ בב"ק מפרש הא דראב"א באופן אחר דראב"א סובר כרבנן דנתכוין להרוג את זה והרג את זה חייב מיתה. ומפרש אנשים דכי נתכוונו זה לזה אע"ג שיש אסון באשה יענשו, היינו בהכאה שאין בה כדי להמית איש ויש בה כדי להמית אשה הרה, ובאופן זה ליכא חיוב מיתה ומש"ה יענשו בדמי ולדות, ולפי פרושו שפיר השיג על הרמב"ם דצריך לפסוק כרבנן.

ובמה שהקשה הכ"מ במה שכתב הרמב"ם לתוך עדה מישראל ולא כתב גווני דאמר בגמ' כגון דקיימי ראובן ושמעון ולכן חזר בו וכתב דפסק כרבנן וטעמא דפטור משום דלא הוי התראה, ודבריו תמוהים וכבר תמה עליו הלח"מ בפ"א מהלכות חובל ומזיק הל' ד' ובפ"ד הל' ה' ע"ש שדבריו פשוטים וברורים:

פרק ה

הלכה ב

אין הרוצח בשגגה גולה אלא אם כן מת הנהרג מיד. אבל אם חבל בו בשגגה אע"פ שאמדוהו למיתה וחלה ומת אינו גולה שמא הוא קירב את מיתת עצמו או הרוח נכנסה בחבורה והרגתהו אפי' שחט בו כל שני הסימנים ועמד מעט אינו גולה על ידו. לפיכך אם לא פרכס כלל או ששחטו במקום שאין הרוח מנשבת בו כגון בית סתום של שיש ה"ז גולה. וכן כל כיוצא בזה.

השגת הראב"ד: אבל אם חבל בו בשגגה אע"פ שאמדוהו למיתה וכו' עד קירב את מיתת עצמו. א"א נמצא לדבריו מה שאמרו חובשין אותו דאי מיית קטלינן ליה לא אמרו אלא במכה שאין בה חבורה ולא מחוור כלל, ואומר אני שלא אמרו הרוח בלבלתו או פרכוסו הרגתו. אלא כששחט בו שנים או רוב שנים אבל חבורה אחרת אין הרוח והפרכוס מקרבין את מיתתו.

כתב הכ"מ דשיטת הרמב"ם הוא כד' התוס' דלא אמרו זה אלא בגלות ולא במיתת ב"ד וכ' התוס' דיש שום דרשא כמו שיש חילוק בין גלות למיתה לענין ירידה ועליה, והנה

לדעת הרמב"ם אין דמיון כלל דין ירידה ועליה לדין זה, דהרמב"ם בפ"ו הל' י"ד כתב כל אלו פטורין מן הגלות מפני שהן קרובין לאונס וקחשיב שם דרך עליה. וכיון שכן אין שום שייכות לפטור דרך עליה במזיד והתראה, אלא דמ"מ יש לומר כן בדעת הרמב"ם דכיון דלא אשכחן הך דינא אלא גבי גלות ולא גבי מיתת ב"ד כשהרגו במזיד והתראה דלא אמרינן כן אלא בגלות, משום דכתיב ויפל עליו וימות וכמש"כ בתוס', ורק שכתבו דהא גבי מיתה נמי כתיב מכה איש ומת. ויש לומר כמש"כ בתוס' בב"ק דף כ"ו גבי בשגגה משום דגבי גלות כתיב טובא בשגגה. וה"נ כאן טובא וימות כתיבי שם.

ובטעמא דמילתא אפשר לומר דודאי בעיקר דינא כיון שאנו רואין שזה הכהו הכאה כדי להמיתו לא מהני הני ספיקי דלא הוי אלא חששא בעלמא לפטרו ממיתה, ורק גבי גלות כיון דעיקר טעמא דחיוב גלות הוא פן ירדוף גואל הדם אחר הרוצח כי יחם לבבו וכיון דלא מת מיד ואיכא חששא דשמא מת מסבה אחרת לא קרינן ביה כי יחם לבבו כיון דלא מת מיד וגם איכא קצת ספק בדבר, אבל לדינא לא מהני הני חששי דאין ספק מוציא מידי ודאי כיון דודאי הכהו הכאה שיש בה כדי להמית.

והנה במש"כ הראב"ד דלדעת הרמב"ם צ"ל דדין יום או יומים אינו אלא במכה שאין בה חבורה א"א לומר כן בדעת הרמב"ם דבפ"ה הלי"ב כתב וז"ל יראה לי שהמכה את חבירו בסכין וסייף או באבן ואגרוף וכיוצא בהן ואמדוהו למיתה ומת אינו בדין יום או יומיים וכו'. לכך נאמר בשבט וכו', ומוכח להדיא מדברי הרמב"ם דרק משום טעם זה שכתב משום דכתיב בשבט שלא נתנה רשות להכותו אלא בשבט, אבל בלא זה היה בדין יום או יומים. אף דהכאה בסכין או בסייף הוא ודאי בעשיית חבורה, והנה אף לפי"מ שנתבאר דלגבי דין מיתה לא אמרינן הכי הקשה הכ"מ ממה דפריך בכתובות דף ל"ד ודילמא בשוגג ונקה מגלות, ומכוח דשייך גלות בדין יום או יומים, וזה הקשה שם בתוס' וכתבו דאפשר לאוקומי בביתא דשישא ולא פירכס. וראיתי שהקשו ע"ז דא"כ למה כתב קרא אם יקום והתהלך בחוץ על משענתו דהא תיכף משיצא מביתא דשישא כבר נתחייב גלות, אכן לפי"מ דמוכח מדברי הרמב"ם דסובר דצריך דוקא שני הטעמים לפטורא כמו שכתב בסוף ההלכה, א"כ לא קשה דגם אם התהלך בחוץ לא הוי פירכוס לקרב מיתתו.

ובעיקר מה דמוכח מדברי הרמב"ם דצריך דוקא שני הטעמים לפטורא עמד בזה המרכה"מ והביא מדברי הבתי כהונה דהרמב"ם סובר דזהו תרי לישני ופליגי ולכן פסק גבי גלות לחומרא משום ספק כפרה, ולפי"מ שפסק הרמב"ם בפ"ז הל' ט' דכל א' מארבעתן שמת מחזיר את הרוצח, והקשה שם המל"מ דהיא בגמ' בעיא דלא אפשטא

והו"ל למיפסק לחומרא משום ספק כפרה. וכתב ע"ז דהוא ספק נפשות דאם נימא דלא יצא אם יצא יהא מותר דמו ויהרוג אותו גואה"ד, וא"כ לפי"ז א"א לומר כדברי הב"כ, ומסתבר יותר כמש"כ המרכה"מ דהרמב"ם סובר דכיון דהוא רק חששא בעלמא, אינו פטור אלא בצירוף שני הטעמים וכמש"כ:

הלכה ג

ישראל שהרג בשגגה את העבד או את גר תושב גולה, וכן העבד שהרג בשגגה את ישראל או את גר תושב וכן גר תושב שהרג את הגר תושב או את העבד בשגגה גולה שנאמר לבני ישראל ולגר ולתושב בתוכם.

השגת הראב"ד: ישראל שהרג [בשגגה] את העבד או את גר תושב. א"א אין נ"ל כך מן ההלכה לפי שהוצרכו להביא עבד (ועכו"ם) [צ"ל וכותי] מן הרבוי אלמא גר תושב אין גולין עליו ואין נהרג עליו ועוד כי יכה את רעהו כתיב [עכ"ל].

הכ"מ הסכים להשגת הראב"ד וכתב שצריך למחוק מד' הרמב"ם גר תושב רק גבי עבד שהרג גר תושב כתב שאפשר לקיימו מפני שהעבד אינו כישראל גמור, אבל צ"ע מנין לרבינו לחלק בכך עכ"ד. אבל בפיהמ"ש להרמב"ם כתב להדיא אבל כשהרג ישראל לגר תושב יגלה ישראל, וכן מבואר בפירש"י בדף ט' בד"ה חוץ מגר תושב כתב ומשמע דמתרווייהו ממעט ליה וכו', ואח"כ בד"ה ל"ק כו' כתב וצ"ל גולה כדקתני בהדיא, ורישא כשהרג את ישראל אינו גולה דלא סגי ליה בגלות, ומוכח דר"ל דלמסקנא קאי הא דתנן חוץ מגר תושב רק על גר תושב שהרג את ישראל וכן כתב הריטב"א בכונת רש"י ע"ש.

ומה שהקשה הראב"ד מזה שהוצרכו להביא עבד וכותי מן הרבוי וזהו מהא דאיתא בגמ' הכל לאתויי מאי לאתויי עבד וכותי יש לומר דקאי ע"ז דעבד וכותי גולין כשהרגו ישראל ולא על בבא שניה דישראל גולה על ידיהן, ומה דקתני זה בברייתא אף דגולה אפי' ע"י גר תושב זהו משום רישא, ומה שהקשה דהא כתיב אשר יכה את רעהו י"ל דרעהו למעוטי עכו"ם, ואף דבכל דוכתא דנתמעט עכו"ם גם גר תושב בכלל, אבל הכא כיון דכתיב גר תושב בדיני גלות אמרינן דישראל נמי גולה על ידו, ורק כשהרג גר תושב את ישראל נתמעט מלכם ולא לגרים, ונראה דסבר הגמ' דכיון דכתיב בחד קרא לבני ישראל ולגר ולתושב אמרינן דגולין זה על זה, ונמצא דמה שכתב הרמב"ם שנאמר לבני ישראל וגו' קאי על כל ההלכה.

אכן צריך לבאר זה שכתב הרמב"ם דגר תושב שהרג עבד גולה דמנ"ל דילמא לא נתרבה גר תושב בדיני גלות, אלא כשהרג גר תושב כדתנן, ואולי כיון דרק מקרא דלכם ולא לגרים נתמעט אמרינן דלא נתמעט אלא כשהרג ישראל. ויותר נראה דכיון דע"כ אנו

צריכים לומר דמה דישראל חייב גלות על גר תושב היינו מקרא דלבני ישראל ולגר דמחויבים זה על זה, וקשה דהא גר תושב אינו גולה על ידי ישראל דנתמעט מלכם ולא לגרים, ולכן צ"ל דולגר היינו עבד. דגר צדק ישראל מעליא הוא דלא שייך כאן ליחוס קהל, ותושב וגר דהיינו עבד גולין זה על זה, וישראל נמי גולה ע"י גר תושב דהא כתיב בקרא ג"כ לבני ישראל, רק דגר תושב ע"י ישראל נתמעט מלכם ולא לגרים.

אח"כ ראיתי בס' מרכה"מ שכתב לבאר ד' הרמב"ם במש"כ דגר תושב גולה ע"י עבד דסובר דמה שגר תושב נהרג כשהרג ישראל הוא רק ע"י גואל הדם, והביא מדברי הרמב"ן בחידושיו שכתב כן מדברי הרמב"ם, ולכן כיון שעבד אין לו גואל הדם לכן גולה הגר תושב, ולדעתי לא כיון בזה בעיקר ההלכה, והנה בדעת הרמב"ם ודאי א"א לפרש כן דהא כתב בהלכה ד' גר תושב שהרג את ישראל בשגגה וכו' ה"ז נהרג אדם מועד לעולם. וכן גר תושב שהרג את גר תושב מפני שעלה על דעתו שמותר להרגו ה"ז קרוב למזיד ונהרג עליו וכו', ועכו"ם שהרג את העכו"ם בשגגה אין ערי מקלט קולטות אותו שנאמר לבני ישראל עכ"ל, ומבואר בדברי הרמב"ם החילוק דבגר תושב שהרג ישראל בשוגג, ובהרג גר תושב באומר מותר כתב נהרג עליו. ובעכו"ם שהרג עכו"ם כתב אין ערי מקלט קולטות אותו, וזהו כמו שכתב בפ"י מה' מלכים הל' א' דבן נח ששגג באחת ממצותיו פטור מכלום חוץ מרוצח בשגגה שאם הרגו גואל הדם אינו נהרג עליו ואין לו ערי מקלט דזהו בבן נח שהרג בן נח, וכמו שיתבאר ומלבד זה הא בכל המקומות שהזכיר הרמב"ם בפ"ו שאין ערי מקלט קולטות אותו לא הזכיר נהרג. אלא דאם מצאו גואל הדם והרגו פטור, ובודאי דלשון נהרג הוא שנהרג בב"ד וכמו שכתב כן בפ"ט מהל' מלכים בכל דיני ב"נ, ואף דבלשון הברייתא לפי ההו"א מוכרח דשייך לשון נהרגין ע"י גואל הדם וכמו שיתבאר אבל בדברי הרמב"ם א"א לומר כן והוא ברור.

ומה שהביא מדברי הרמב"ן, לא כיון הרמב"ן לזה כלל דהרמב"ן חלק שם על רש"י, שפי' הא דתניא לפיכך גר וגוי שהרגו נהרגין דאז' מצות קאי שנצטוו אשפיכות דמים ואזהרתן זו מיתתן וא"צ התראה וכ' ע"ז הרמב"ן שאין הדין נותן להרוג אדם בשוגג במצוה, ומה דאמרינן דב"נ נהרג שלא בהתראה היינו במזיד וטעמא דהרגו נהרגין הוא משום דבשפיכות דמים אם הרג ישראל אפי' לישראל לא ניתנה דמו למחילה וגואל הדם הורגו, לפיכך עכו"ם נהרג עליו לעולם, ומבואר בדברי הרמב"ן דרק טעמא דמילתא נקט לחלק בין שפיכות דמים לשאר ז' מצות, דכיון דבישראל לא ניתנה דמו למחילה לגבי גואל הדם ולא נפרט לגמרי בשביל שגגתו לכן בעכו"ם נהרג, אבל בודאי נהרג הוא בב"ד.

ומה שהביא הרמב"ן שם מדברי הרמב"ם הוא ע"ז שאין ב"נ נהרג בשוגג על ז' מצות.

וכן בעכו"ם שהרג עכו"ם בשוגג, וזהו מדברי הרמב"ם בה' מלכים פרק י' וז"ל. בן נח ששגג באחת ממצותיו פטור מכלום חוץ מרוצח בשגגה שאם הרגו גואל הדם אינו נהרג עליו ואין לו עיר מקלט אבל בתי דיניהן אין ממיתין אותו. בד"א בשגג באחת ממצות ועבר בלא כונה כגון שבעל אשת חברו ודמה שהיא אשתו או פנויה. אבל אם ידע שהיא אשת חברו ולא ידע שהיא אסורה לו. וכן אם הרג והוא לא ידע שאסור להרוג הרי זה קרוב למזיד ונהרג ולא תיחשב זו להם שגגה מפני שהיה להם ללמוד ולא למד עכ"ל. והכ"מ תמה שם על דברי הרמב"ם דאי כשהרג ישראל מיירי הרי נהרג הוא עליו כמבואר בדברי רבינו פ"ה מה' רוצח ואי כשהרג את בן נח גולה הוא לערי מקלט. וכבר תמה הלח"מ על תמיהתו של הכ"מ דהא הכא לא איירי בגר תושב. והרמב"ם כתב כאן להדיא דעכו"ם שהרג את העכו"ם בשגגה אין ערי מקלט קולטות אותו ואף שכתב עכו"ם גם בן נח שאינו עובד עכו"ם בכלל ודוקא גר תושב גולה וממילא מבואר בפשיטות דהתם מיירי הרמב"ם בבן נח שהרג בן נח דבזה אינו נהרג כשהרג בשוגג ודינו כמו בשאר ז' מצות דאינו נהרג בשוגג אלא באומר מותר. וכמש"כ הרמב"ם כאן בהל' ד' דעכו"ם שהרג את העכו"ם אין ערי מקלט קולטות אותו.

אלא דבעיקר טעמו של הרמב"ן לחלק מרציחה לשאר ז' מצות משום דברציחה בישראל עומד בספק מגואל הדם ולא ניתן דמו למחילה קשה דא"כ גם בעכו"ם שהרג עכו"ם בשוגג יהי' נהרג כיון דלב"ז עומד מספק מגואל הדם, ובדעת הרמב"ן יש לומר דאינו סובר דבעכו"ם שהרג עכו"ם איכא דינא דגואל הדם, וכן משמע מדבריו שכתב בעכו"ם שהרג עכו"ם בשוגג ובאנוס פטור ומשמע דפטור לגמרי, ועוד שהשוה שוגג לאנוס מוכח דאין חילוק. אבל לדעת הרמב"ם דסובר דאיכא דינא דגואל הדם בעכו"ם שהרג עכו"ם. א"כ מאי נ"מ מעכו"ם שהרג עכו"ם לעכו"ם שהרג ישראל.

ונראה דדעת הרמב"ם במה דגר תושב ועכו"ם שהרגו ישראל חייבין מיתה אינו משום טעמו של הרמב"ן. דהא הרמב"ם מפרש בהלכה ד' גר תושב שהרג ישראל ה"ז נהרג אדם מועד לעולם ולהדיא דסובר דמהאי טעמא נהרג ולא דמי לשגג בז' מצות דזה לא שייך אלא במזיק אלא דצריך לבאר אם טעמא דאדם מועד לעולם סגי א"כ גם בהרג עכו"ם יתחייב מיתה. אכן הא דאדם מועד לעולם ילפינן בב"ק דכ"ו מקרא דפצע תחת פצע. א"כ באמת אינו דין בעכו"ם אלא דמ"מ עכו"ם שהרג ישראל בדינא דידן דייניין ליה, וכיון דבעכו"ם כל דין שלו במיתה הוא חייב מיתה משום דכיון דבישראל מזיק אפי' בשוגג חייב מוכח דגם בשוגג עבר דהו"ל לעיוני וכ"ש ברוצח. אבל עכו"ם שהרג עכו"ם או גר תושב שהרג גר תושב ליכא דינא דאדם מועד לעולם, ולכן בגר תושב חייב גלות

ובעכו"ם דליכא גלות רשאי גואל הדם להרגו.

איברא דיש להסתפק דכיון דנימא דבעכו"ם ליכא דינא דאדם מועד לעולם רק משום דבדינא דידן דייניגן ליה ובדינא דידן בשביל עבירת שוגג אינו חייב מיתה. ויש לתלות זה בהמחלוקת שבין רש"י לרבינו יונה שהבאתי בפ"ח מה' נזקי ממון הלכה י"ג אות ב' בנערה המאורסה בעכו"ם דרש"י סובר דלא בעי עדה ועדים. ורבינו יונה כתב שיש לומר דכיון דלדידהו לית להו ודייניגן להו בדינא דדין צריך עדה ועדים, והוכחתי שם דשיטת הרמב"ם כשיטת רש"י ולכן גם בעניננו אף דעכו"ם בדידיה ליכא אדם מועד לעולם, אבל כשהרג ישראל אמרינן אדם מועד לעולם וממילא חייב מיתה כדינא דעכו"ם והרמב"ם לשיטתו בזה.

אלא דאכתי צריך לבאר דבגמ' פריך אתירוצא דר"כ מדתניא לפיכך גר ונכרי שהרגו נהרגין קתני גר דומיא דנכרי מה נכרי ל"ש דקטל בר מיניה ול"ש קטל דלאו בר מיניה נהרג אף גר ל"ש דקטל בר מיניה ל"ש קטל דלאו בר מיניה נהרג. ומשני רב חסדא בדרך עליה ורבא משני באומר מותר, ולפי מה דפשוט להרמב"ן וכן סובר הרמב"ם דעכו"ם שהרג עכו"ם בשוגג פטור רק דהרמב"ם כתב דאם הרגו גואל הדם אינו נהרג. וא"כ היכי פשיטא ליה למפרך דמה נכרי וכו' דהא שפיר דגר ונכרי לא קאי אבר מיניה. וצ"ל דלפי ההו"א ע"כ נפרש נהרגין מה דיש רשות לגואל הדם להרגו רק דבמסקנא דמשני באומר מותר הכונה נהרגין בב"ד וכמו שנתבאר, אכן לפי"מ שהוכחתי מלשון הרמב"ן דאינו סובר דבעכו"ם שהרג עכו"ם יש לו דין גואל הדם. וא"כ קשה טובא דמנ"ל למיפרך דמה נכרי וכו' דהא באמת נכרי שהרג נכרי בשוגג פטור וא"כ תרווייהו כשהרגו ישראל וצ"ע.

ובעיקר מילתא מה דגר תושב שהרג ישראל נהרג ולא מפרשינן דלא סגי ליה בגלות ואם הרגו גואל הדם אינו נהרג כמו דע"כ מפרשינן הכי הברייתא לפי ההו"א, נראה דזה תליא אם מצוה ביד גואל הדם או רשות ביד גואל הדם, דאם נימא דמצוה א"כ אפשר לומר דאף דגר תושב ג"כ ערי מקלט קולטות אותו, מ"מ כשהרג ישראל לא ניתנה שגגתו לכפרה ונהרג בידי גואל הדם, אבל אם נימא רשות ביד גואל הדם א"כ אין סברא דליהני עדיפותא דקדושת ישראל לומר דלא מהני ליה ערי מקלט כיון דאינו דין חיוב מיתה בעצם. אלא רשות ביד גואל הדם משום כי יחם לבבו. וכיון דערי מקלט קולטות גם גר תושב צריך דליהני גם כשהרג ישראל תושב ומוכח ע"כ דבאמת גר תשוב כשהרג ישראל מחוייב מיתה משום עדיפותא דקדושת ישראל. ולכן לא מהני ליה ערי מקלט:

הלכה ו

וכן הרב המכה את תלמידו או שליח ב"ד שהכה את בע"ד הנמנע מלבוא לדין והמיתו בשגגה פטור מגלות שנאמר לחטוב עצים לדברי הרשות יצא האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו ושליח ב"ד שהרי שגגו והרגו בשעת עשות המצות.

השגת הראב"ד: וכן הרב המכה תלמידו או שליח ב"ד שהכה את בע"ד הנמנע מלבוא לדין וכו'. א"א זו לא שמענו מעולם אלא שליח ב"ד שהוא מלקה יותר ממה שאמדוהו ומת תחת ידו, והא דאמרינן דכפתינן ואסרינן ועבדינן הרדפה הנהו לבעלי עבירות עד שיחזרו בהן עכ"ל.

הכ"מ לא ביאר כאן וכתב על דברי הראב"ד: ואין לא שמענו השגה. אבל באמת כאן צריך לבאר דברי הראב"ד שהם תמוהים דהוא נגד משנה מפורשת בדף כ"ב הוסיף לו רצועה אחת ומת הרי זה גולה ורש"י פי' במשנה ושליח ב"ד המלקה ארבעים לחייב מלקות, ומש"כ רש"י ארבעים אין כונת רש"י שהוסיף לו דאין דין מלקות אלא ל"ט, אלא משום דבכל מקום במשנה וגמ' נקרא מלקות בלשון המקרא מלקות ארבעים. דאם הוסיף ודאי גולה, וכן במשנה דף כ"ב במה דתנן ואם מת תחת ידו פטור דקאי על מלקות שלוקה כדינו כ' רש"י דשליח ב"ד הוא ואמרינן לעיל יצא האב המכה את בנו ושליח ב"ד. ואם הוסיף ה"ז גולה כדתנן התם. לכן ברור שהוא ט"ס בראב"ד וצ"ל לא יותר ממה שאמדוהו. ואף דהלשון אינו מדוייק דהו"ל לכתוב כמו שאמדוהו, י"ל דמה שכתב לא יותר היינו להוציא מלשון המשנה הוסיף וכו'.

ובדעת הרמב"ם נראה דאינו רוצה לפרש דהוא בשליח ב"ד המלקה כדינו דא"כ לא צריך למעט בשביל שהוא מצוה אלא משום שהוא אנוס לעשות מה שהוא מחוייב לעשות ע"פ ב"ד, ואפי' באומר מותר יש מ"ד שהוא אנוס. אלא דאנן קיי"ל שהוא קרוב למזיד שהיה לו ללמוד, אבל הכא שהוא מחוייב ע"פ ב"ד למלא חובתו היכי ס"ד לחייב גלות דליצטריך קרא ע"ז, ודוקא בשליח ב"ד המכה בע"ד בשביל שהוא נמנע לבוא לב"ד דלא היה כאן אומד כמה מכות הוא יכול לקבל, בזה היה שייך לחייב גלות אי לאו משום דעסק בהכאה של מצוה אף דהכאה זו מכיון שמת בה לא היה בדין שיכה אותו. אלא דכיון שעכ"פ הוא עסק בהכאה של מצוה פטור:

פרק ו

הלכה ה

ומה יעשה זה ישב וישמור עצמו מגואל הדם, וכן כל הרצחנים שהרגו בעד א' או בלא התראה וכיוצא בהן אם הרגן גואל הדם אין להם דמים לא יהיו אלו חמורים מההורג (בלי) [בלא] כונה.

השגת הראב"ד: וכן כל הרוצחים שהרגו בעד א' או בלא התראה וכו'. א"א תימה הוא ואיך נאמין בעד אחד להתיר דמו של זה לגואל הדם.

הכ"מ כתב דכונת הרמב"ם בעדות מיוחדת אבל קשה לבאר כן דעת הרמב"ם דהא בפ"ד הל' ח' גבי כונסין אותן לכיפה כתב להדיא עדות מיוחדת וכאן כתב ע"א מוכח דכונתו כפשוטו. לכן נראה דסובר הרמב"ם דהא דכתיב לא יקום ע"א באיש זהו ע"י ב"ד שב"ד יחייבו אותו. אבל גואל הדם כשהאמין להעד והרג הרוצח אינו נהרג, דעד אחד ג"כ יכול לפטור ממיתה כיון שלפי דברי העד אין לו דמים, ואף דבממון לא מהני ע"א לפטור היכא שצריך עדים זהו משום דהוי כמו הוצאה מהתובע וקרינן לא יקום ע"א באיש, ואם נימא דכונת הרמב"ם אם גואל הדם ראה בעצמו היה מיושב יותר רק דא"כ הרי הם ב' עדים דקרובי הנרצח כשרים להעיד כמש"כ הכ"מ בפי"ב מה' עדות הל' כ'.

ולפי"ז נמצא דבאמת איכא נ"מ בין מי שהרג בעדים קרוב למזיד דלא סגי ליה בגלות, ובין מי שהרג בעד אחד, דקרוב למזיד מתירין ב"ד את דמו לגואל הדם, ואף דקיי"ל רשות ביד גואל הדם ולא מצוה, אבל עכ"פ אין ב"ד מחוייבין להציל אותו מיד גואל הדם. וכיון דבתחלה א' שוגג וא' מזיד מקדימים לערי מקלט וב"ד שולחין ולוקחין את הרוצח ודנין אותו, וא"כ אם יהיה שם גואל הדם ויתברר שהרג קרוב למזיד אין ב"ד שומרין את הרוצח ומניחין אותו ביד גואל הדם, אבל בהרג בעד אחד כיון דאצל ב"ד אין בירור שהרג הרי מצווין להצילו, וכל מי שיכול להציל אותו מיד גואל הדם מחוייב להצילו והרמב"ם לא כתב כאן דיש רשות לגואל הדם להרגו, ורק דאם הרגו גואל הדם אין להם דמים והיינו דנפטרין ע"פ עד א', ונתיישב השגת הראב"ד שכתב ואיך נאמין בע"א להתיר דמו של זה לגואה"ד, דאין מתירין דמו כלל אלא דאם הרגו פטור:

פרק ח

הלכה יא

כל עיר הקולטת תחומה קולט(ת) כמוה. אילן שעומד בתוך תחום (של) ערי מקלט ונופו נוטה חוץ לתחום משיגיע תחת הנוף נקלט, היה עומד חוץ לתחום ונופו נוטה

לתוך התחום משיגיע לעיקרו נקלט וההורג שם נהרג עליו. ואע"פ שהתחום קולט אין הרוצח דר בו שנא' וישב בה ולא בתחומה.

במשנה במכות דף י"ב תנן הכל הולך אחר הנוף ושו"ט בגמ' ואסיק רב אשי מאי אחר הנוף אף אחר הנוף וכן פסק הרמב"ם, והקשה הכ"מ דשנויא דרב אשי איצטריך רק לר' יהודה, אבל לרבנן שפיר מפרשא מתני' כפשטיה, ולמה הניח רבנן ופסק כר"י ע"ש בדבריו. והנה בפירש"י מפורש דשינויא דרב אשי הוא גם אמתני' ומתני' כר"י ולית לן לחלק בין מקלט למעשר. ולרבנן לית להו כלל דינא דשדי בתר נופו, וכן כתב הריטב"א בדעת רש"י ושכן דעת רוב התוס'. אמנם הרמב"ם כתב גם פי' אחר דמצינן מוקים למתני' כרבנן ואית להו דהולכין אחר הנוף בין לקולא בין לחומרא במקלט. מטעמא דבדירה תלי רחמנא; ורב אשי מתרץ רק אליבא דר' יהודה, אבל בעצמו כתב שהפירוש הזה אינו נכון וממילא אין מקום לקושיית הכ"מ, אלא שצריך ביאור למה דחה רב אשי תי' הגמ' שמחלק בין מעשר למקלט דבדירה תלי רחמנא.

ונראה דהנה בהא דאמר דבערי מקלט בדירה תלא רחמנא פי' רש"י דכתיב כי בעיר מקלטו ישב. והנה בהא דתנן כשם שהעיר קולטת כך תחומה קולט פריך בגמ' מהא דתניא וישב בה ולא בתחומה, ומשני אביי כאן לקלוט כאן לדור וכן פסק הרמב"ם כאן. וא"כ קשה מה קאמר דערי מקלט בדירה תלי רחמנא דהא קליטה לא תליא בדירה. ובמתני' מירי לענין קליטה. ומצאתי להריטב"א שכתב וז"ל ואיכא דקשיא ליה דהא תחום העיר קולט ואע"פ שאינו ראוי לו לדירה כדאמרינן לעיל ולאו מילתא היא דהתם מחילות שפיר חזו לדירה. אלא שגזירת הכתוב הוא שידור בעיר ובעיבורה בלחוד אבל עיקרו לא חזי לדירה כלל. וכדנקטינן בלישנא לא מיתדר ליה עכ"ל.

והנה לפי"מ שכתב להקשות דהא תחומה אינו ראוי לדירה, שפיר דחה דתחומה באמת ראוי לדירה במחילות שבה. אלא דהוא גזה"כ וישב בה ולא בתחומה, אבל מ"מ אינו מיושב מה שהקשיתי דעכ"פ מנלן לומר דדין קליטה תליא בראוי לדירה, וע"כ מהך קרא דכתב רש"י כי בעיר מקלטו ישב. ובאמת הך קרא בדירה מירי ובודאי דדוקא בעיר ולא בתחומה, וא"כ אכתי מנלן דקליטה תליא בדירה דבקראי דקליטה לא כתיב ישיבה אלא ונס שמה, וכן לנוס שמה בפ' מסעי ובפ' שופטים אשר ינוס שמה וחי. ואין לנו לומר דקליטה תליא בדירה כיון דדירה דינא אחרינא דגם תחומה לא מהני.

לכן ע"כ אנו צריכין לומר דבאמת בהך תירוצא לא סבר כאביי ואינו מחלק בין קליטה לדירה. ומתני' דתחומה קולט ובריייתא דוישב בה ולא בתחומה פליגי, אבל אנן קיי"ל כתירוצא דאביי, וכן סבר רב אשי ולכן אינו מחלק בין מעשר לערי מקלט כיון דמחלקינן

בין קליטה לדירה, ולכן ע"כ מתני' כר' יהודה ומבואר מה דפסק הרמב"ם כר' יהודה וכנ"ל:

פרק ט

הלכה ו

אין העיר הקרובה מביאה אלא בזמן שמנין הרוב שבה כמו מנין העיר הרחוקה ממנה, אבל אם היו אלו שברחוקה מרובין על אנשי הקרובה ממנה הולכין אחר הרוב והמרובין מביאין העגלה.

הכ"מ הקשה דבב"ב דף כ"ג פריך וניזל בתר רובא דעלמא ומוקים ביושבת בין ההרים והרמב"ם השמיט זה וכתב וז"ל שסובר רבינו דקושיא דניזיל בתר רובא דעלמא לאו קושיא הוא דפשיטא דקרובה בעינן דהא בקרובה תלה רחמנא ואי הוי אזלינן בתר רובא דעלמא לעולם היו מודדין לעיר הגדולה שבעולם עכ"ל, ומשמע דסובר דזה ודאי לא אמרינן שנצרף רוב העיירות לבטל דין עגלה ערופה ולא פריך אלא לומר שתביא העיר הגדולה שבעולם אפי' מרחוק, אבל דבריו תמוהים דאי נימא דודאי בקרובה תלא רחמנא א"כ מאי עדיפא בגדולה סמוכה, ומה נ"מ בין גדולה סמוכה ובין גדולה רחוקה, וזהו דחדית הגמ' דאע"ג דכתיב קרובה מ"מ רובא עדיף.

אכן בעיקר הנחת הכ"מ דעיר רחוקה אפי' גדולה אינה מביאה מסתבר כדבריו, אבל מטעם אחר משום דעיר רחוקה שאינו מצוי עוברים ושבים לא מהני מה שהיא עיר גדולה והוי כמו דאמר בגמ' שם אי לא נימא דרוב עדיף מ"מ רוב ומצוי ליכא למ"ד וה"נ לדידן בקרוב ומצוי, ובאופן זה כתב הרמב"ן שם בהא דאמר עינבי מצנעי דבמקומו ממש לא אזלינן בתר רוב, ואף דבזה כתב משום כאן נמצא וכאן היה, אבל מ"מ כתב בטעמא משום קרוב ומצוי וה"נ כאן ברחוקה ממש שאין דרך עוברים ושבים לבוא לכאן, וגם בהא דמשני ביושבת בין ההרים כתב רש"י שאין דרך רוצחים לבוא לכאן, ולכן בודאי אין מודדין אלא אל הערים הקרובות, וזהו דכתיב בקרא וכן הוא בהלכה א' שמודדים אל הערים שסביבות החלל והכונה הסמוכות סביב החלל, ולכן מה דפריך הגמ' וניזול בתר רובא דעלמא היינו דנצרף כל הערים לעשות רוב ומשום זה לא יביאו כלל עגלה ערופה וכן כתב להדיא הרמ"ה בחידושיו.

אלא דבאמת כבר הקשו התוס' דהכא משמע דטעמא דקרובה הוא משום דאמרינן שמשם בא ההורג דהא אם נמצא סמוך לעיר שאין בה ב"ד מניחין אותה ומודדין לעיר שיש בה ב"ד והלא מתוך הקורבא מוכח שמעיר שאין בה ב"ד הוא, איברא דמה

שהעמידו התוס' דבריהם על מה דאמר בגמ' בדליכא מזה לא היה קשה דזה אפשר דמסתבר לגמ' דאף שאם נמצא סמוך לעיר שאין בה ב"ד מניחין אותה ומודדין לעיר שיש בה ב"ד זהו משום דעיר שאין בה ב"ד אינה מביאה ע"ע ובעינן לקיומי דין הבאת ע"ע, אבל אם יש עיר קרובה ועיר גדולה תביא הגדולה, אלא דקושיית התוס' היא חזקה על מה דפריך וניזול בתר רובא דעלמא והיינו שלא יביאו ע"ע כלל, ובזה ודאי קשה מהא דנמצא סמוך לעיר שאין בה ב"ד.

ונראה דהגמ' פריך על מה דאמר ר"ח רוב וקרוב הלך אחר הרוב ואע"ג דרובא דאורייתא וקורבא דאורייתא, ומוכח דסבר דמדין העיר הקרובה ילפינן דאזלינן בתר קרוב כמו בתר רוב אלא דרובא עדיף, ואם נימא דלדין הבאת עגלה ערופה לא בעינן שיהיה ודאי שמהעיר הקרובה בא ההורג כמו דמוכח מנמצא סמוך לעיר שאין בה ב"ד אלא דמשום דלגבי שאר עיירות שיש בהן ב"ד היא קרובה ונוטה יותר שממנה בא, מביאה העגלה ערופה, וא"כ היכי ילפינן דין קרוב דניזל בתריה בדיני ממון כמו בניפול הנמצא.

והנה לכאורה קשה טובא על עיקר דינא דאזלינן בתר קרוב בניפול הנמצא דהא מהא דמניחין עיר שאין בה ב"ד ומודדין לעיר שיש בה ב"ד מוכח דעכ"פ אינו ודאי שבא ההורג מעיר שאין בה ב"ד, דאל"כ לא שייך שהעיר שיש בה ב"ד תביא, ונראה עפ"מ שכתב הש"מ בב"מ דף ז' דרוב דכל דפריש מרובא פריש אינו ודאי גמור, והיכי דמיעטה התורה ספק גם זה נתמעט א"כ שפיר כמו דאזלינן בדיני ממון בתר רוב והיינו ברובא דאיתא קמן דזהו רוב דכל דפריש ה"נ אזלינן בתר קרוב ומ"מ אינו ודאי גמור, אלא דדין התורה דאזלינן בתריה, ולכן בנמצא סמוך לעיר שאין בה ב"ד כיון דאינה יכולה להביא מודדין לעיר שיש בה ב"ד כיון דאכתי נשאר ספק ולגבי שאר העיירות שיש בהן ב"ד העיר הקרובה שיש בה ב"ד נוטה יותר שממנה בא, לכן מביאה.

אלא דמ"מ ע"כ עלינו לומר דעיקר יסוד דין העיר הקרובה הוא משום דהדין הוא לומר שממנה בא אף דאינו ודאי גמור וכמו בדין רוב, דאי נימא דסגי בנוטה יותר לגבי שאר עיירות, א"כ מנלן עיקר דינא ללמוד כאן דקרוב הוא דין למיזל בתריה כמו דאזלינן בתר רובא, וע"כ דסובר ר' חנינא דעיקר דין העיר הקרובה הוא לומר שממנה בא. אלא דלא חלקה תורה וכשנמצא סמוך לעיר שאין בה ב"ד מודדין לעיר שיש בה ב"ד משום דלגבי שאר עיירות נוטה יותר שממנה בא, ומשום זה בודאי לא שייך דרובא דעלמא יבטל דין עגלה ערופה כיון דלגבי שאר עיירות נוטה יותר שמהעיר הקרובה בא, אלא דהגמ' פריך על עיקר דינא דקרא דלא משכחת שיהיה דין שנאמר שבא מהעיר הקרובה. ומדברי ר' חנינא מוכח דעיקר דינא הוא שנאמר שבא משם. אבל להלכה ודאי לא צריך שתהיה

יושבת בין ההרים כמו בנמצא סמוך לעיר שאין בה ב"ד. וביסוד הדבר לומר דהגמ' פריך על עיקר דינא דקרא ראיתי כן באור שמח ע"ש אלא שבארתי באופן מרווח יותר:

הלכה יד

באו שנים אחר שהעיד האחד והכחישו[הו] ואמרו לו לא ראית הרי (אלו) [הן] כב' עדיות המכחישות זו את זו ועורפין, אשה אומרת ראיתי את ההורג ואשה אחרת מכחשת אותה ואומרת לא ראית היו עורפין בין שבאו שתיהן כאחת בין שבאו זו אחר זו, שנים אומרים ראינו ואחד אומר להן לא ראיתם, אין עורפין אחד אומר ראיתי ושנים אומרים לו לא ראית היו עורפין.

השגת הראב"ד: אשה אומרת ראיתי את ההורג עד בין שבאו שתיהן כאחת בין שבאו זו אחר זו. א"א נראה מן הגמ' שזה שיבוש הוא דבזה אחר זה הראשון עיקר ואפילו אשה עכ"ל.

הכ"מ כתב דעד כאן לא מפלגינן בין בבת אחת בין בזא"ז אלא בעד כשר ולאפוקי מהראב"ד וכו', ודבריו תמוהים דבודאי מוכח בסוגיא כדברי הראב"ד דהא אוקים בגמ' מתני' דתנן אחד אומר ראיתי ושנים אומרים לא ראית היו עורפין דדייקינן הא חד וחד לא היו עורפין דכולה בפסולי עדות וכגון דאתיא אשה מעיקרא, ופירש"י דמיירי בין בב"א בין בזא"ז ואתא לאשמעינן בזא"ז דשנים מבטלי דאזלינן בתר רוב דעות ומוכח דבחד וחד לא היו עורפין משום דהראשונה היתה נאמנת כשנים, וכבר הקשה זה הלח"מ בפי"ב מה' גירושין. עוד הקשה שם דשם סובר הרמב"ם דגם באשה אמרינן כל מקום שהאמינה תורה. וכתב הלח"מ לחזק קושייתו דהתוס' כתבו דאפי' למ"ד דבב"א נמי נאמן הראשון כשנים מ"מ גבי עד מיתה דהוא מדרבנן כו"ע מודו. וא"כ כיון דפסק הרמב"ם גבי עד מיתה דהראשון נאמן אפי' בפסולין א"כ כ"ש גבי עגלה ערופה.

ונראה דהחלוק בין עד מיתה לעגלה ערופה הוא דכיון דחזינן דבעד מיתה בעינן דוקא התירוה לינשא אף דבע"ע ועד סוטה סגי שיהיו בזא"ז דנאמן הא', וטעמא משום דבע"מ אינו נאמן אלא מדרבנן כמש"כ התוס' ומטעם זה אפי' למ"ד דגם בב"א נאמן הא' מ"מ בעד מיתה כו"ע מודו, ולכן לגבי נאמנות אשה הוא להיפוך מטעם זה גופא, דאף דבאשה לא אמרינן כ"מ שהאמינה תורה משום דא"א להיות כב' עדים כשרים ומה דהאמינה תורה הוא רק בתורת נאמנות ושפיר מהני הכחשת הב', אבל בהתירוה לינשא דטעמא דלא מהני הכחשת הב' הוא משום דצריך הב' להוציאה מהיתרה הראשון ואין לו נאמנות ע"ז. לכן שפיר שייך דין זה גם באשה המעידה כיון דעכ"פ כבר התירוה ב"ד ואין נאמנות להב' להוציאה מהיתרה.

ועכשיו נוכל ליישב סוגיית הגמ' לפי שיטת הרמב"ם דהנה הרמב"ם יש לו מקור לשיטתו מד' הגמ' דמחלק בין היכי דאתא עד כשר מעיקרא דלא מהני הכחשת ב' נשים, ובין היכי דאתיא אשה מעיקרא דמהני, וכיון דשיטת הרמב"ם דעד הראשון הוי כשנים ממש דהא כתב דאם בא מקודם ע"א ואח"כ ב' עדים הרי הם כב' כתי עדים המכחישות זו את זו. ואם נימא דאשה נמי בדין כל מקום שהאמינה תורה א"כ היא כשנים ממש והיכי מהני העדת ב' נשים אח"כ לבטל עדות ב' עדים כשרים, והיכי אפשר הך כללא דבפסולים הלך אחר רוב דעות. ומוכח דאשה אינה בדין כל מקום שהאמינה תורה. ואף דגבי עד מיתה מבואר שם דאם באו ב' נשים אחר שהתירוה ב"ד תצא אף דאשה אחת אינה יכולה להכחישה, זהו משום דמה דכתבנו דאם היתה אשה נאמנת כב' לא הוי מהני הכחשת ב' נשים, הוא אם היה לה דין כשנים מצד עיקר דין עדותה, אבל כיון דגבי עד מיתה גם בעד כשר אינו נאמן הא' כשנים אלא כשהתירוה לינשא משום דאין כח להב' להוציא האשה מהיתרה, לכן גם באשה אף דאשה אחת אינה יכולה להכחישה היינו משום דהב' אינה מבטלת לגמרי עדות הא', אבל בב' נשים המכחישות כיון דקיי"ל הלך אחר רוב דעות ומעיקר הדין נאמנים יותר ונתבטל עדות הא', לכן ע"כ גם בהתירוה לינשא מתבטל הפסק ב"ד.

ולפי"ז נאמר דגם גבי עגלה ערופה אם אשה אומרת ראיתי ונעשה פסק ב"ד דלא יערפו אז גם הרמב"ם יודה דלא מהני הכחשת הב' וכמו גבי עד מיתה, ומה שלא כתב זה הוא משום דאינו מבואר כאן להדיא בגמ' וסמך על מה שמבואר גבי עד מיתה, ומ"מ אם יבואו ב' נשים ויכחישו יתחייב עריפה כיון שהם מבטלים לגמרי העדות הראשונה, וא"כ מבואר דמה דתנן אשה אומרת ראיתי וב' אומרים לא ראיתי היו עורפין זהו לומר דנאמנים בתורת ודאי ונ"מ דנאמנים אפי' נגד פסק ב"ד וכנ"ל:

הלכה טו

בד"א כשהיו שלשתן כשרים או פסולים אבל אם אמר עד אחד ראיתי ההורג (ושני) [ושתי] נשים או ב' פסולים אומרים לו לא ראית אין עורפין.

השגת הראב"ד: אבל אם אמר עד א' וכו'. א"א גם זה שיבוש עכ"ל.

מדברי הכ"מ מוכח דגירסתו הוא שההשגה על דברי הרמב"ם בהלכה הקודמת שנים אומרים ראינו ואחד אומר להן לא ראיתם אין עורפין, אחד אומר ראיתי ושנים אומרים לו לא ראית היו עורפין, ומפרש דהשגתו הוא דהא בגמ' פריך ע"ז הא חד וחד לא היו עורפין ומשני דמתני' בפסולי עדות, וא"כ לא היה להרמב"ם לכתוב הלכה זו בעדים כשרים, ותי' הכ"מ דהרמב"ם לא חשש שלא נדייק הא חד וחד לא היו עורפין דהא כתב להדיא

דע"א וע"א היו עורפין, ואינו מיושב דכיון שכבר כתב דכשהכחיש אחד היו עורפין לא שייך לכתוב עוד דאם הכחישו שנים היו עורפין, אלא דבאמת אין התחלה לקושייתו דבגמ' הקשו משום דמפרש דקאי על בב"א וכמו שפירשו רש"י ותוס' בדף ל"א ובד' הרמב"ם הא מבואר להדיא דקאי בין בב"א בין בזא"ז וא"כ שפיר דבזא"ז דבחד וחד לא היו עורפין, וכתב שפיר דבשנים היו עורפין, ולכן נראה יותר גירסתנו והשגת הראב"ד הוא משום זה גופא דכיון דמקודם מיירי בין בב"א בין בזא"ז א"כ איך כתב בסתמא דאם ע"א אומר ראיתי ושתי נשים אומרים לא ראית היו עורפין דהא בב"א אינו נאמן הע"א.

אכן גם זה לא קשה דכיון דמה דכתב מקודם אחד אומר ראיתי ושנים אומרים לו לא ראית היו עורפין ע"כ קאי בזא"ז וכמש"כ, ודבר זה מבואר מדברי הרמב"ם שכבר כתב בהל' י"ג דבע"א וע"א בב"א היו עורפין וע"כ דמה דאתי לאשמעינן בשנים הוא דאפי' בזא"ז, וא"כ עלה קאי מה דכתב אח"כ כאן בד"א וכו' דהיינו בזא"ז, דהא כתב אח"כ בהל' ט"ז דע"א וב' נשים הב' נשים כע"א, א"כ בודאי הלכה זו בזא"ז משום דקאי על הלכה הקודמת דמיירי נמי בזא"ז.

הלכה טז

שתי נשים או שני פסולים אומרים ראינו ההורג ועד א' מכחישם ואומר לא ראיתם עורפים שאפי' מאה נשים או מאה פסולים ועד א' מכחיש את כולן הרי אלו כאיש א' ועד אחד.

השגת הראב"ד: שתי נשים או שני פסולים אומרים וכו' עד עורפין. א"א גם זה שיבוש שלא אמרו אלא בדאתא עד אחד כשר מעיקרא אבל אתא לבסוף הולכים אחר רוב דעות אפילו בעד אחד מכחישן עכ"ל.

כתב הכ"מ דדברי הרמב"ם מפורשים בגמ' דללישנא בתרא שתי נשים באיש א' כי פלגא ופלגא דמי וזהו באתא ע"א לבסוף, ואינו מוכרח דבגמ' מתרץ לדר' נחמיה כמו דאמר מקודם דעד כשר מעיקרא אפי' מאה נשים כע"א דמיין, והיינו דממילא הע"א מהימן משום דאתא מעיקרא, אלא דעיקר קושיית הראב"ד לא מכרעא כלל דפשטות ד' הגמ' בודאי משמע דדין רוב דעות אינו אלא בשתי נשים ואשה אחת, ומה דאמר כל היכי דאתא עד כשר מעיקרא זהו משום דבלא אתא מעיקרא לא מהני עדותו דאף דשוים הם היו עורפין, וזהו דמפרש דבאתא מעיקרא כיון דשוין הם לא היו עורפין והוא פשוט:

הלכה יז

שלש נשים או שלשה פסולים אומרים ראינו ההורג וארבע נשים או ד' פסולים אומרים לא ראיתם עורפין זה הכלל בפסולין הלך אחר רוב המנין בכל מקום.

השגת הראב"ד: שלש נשים או ג' פסולים וכו'. א"א אפי' בזה אחר זה עכ"ל.

כתב הכ"מ על השגת הראב"ד ופשוט הוא בדברי רבינו שסתם ולא חילק ודברי הכ"מ תמוהים דהראב"ד לשיטתו דסובר דאמרינן כל מקום שהאמינה תורה אפי' באשה, ולזה חידש דברוב נשים לא מהני ואזלינן בתר רוב דעות, אבל הרמב"ם הא סובר דבאשה לא אמרינן כל מקום שהאמינה תורה, ומה נ"מ ומה שייך להשמיענו דאפי' בזא"ז, אלא דאדרבא יש להקשות על דברי הרמב"ם דכיון דסובר דאפי' בשוין לא מהני עדות הראשונה ועורפין, א"כ מה משמיענו בד' אומרים לא ראיתם דעורפין, ודין הלך אחר רוב דעות היה לו לכתוב בד' אומרים ראינו וג' אומרים לא ראיתם דאין עורפין, וצ"ל כמש"כ בהל' י"ד דבזה נאמנים הד' בתורת ודאי, ולא מהני אפי' פסק ב"ד ע"ש:

פרק י

הלכה ו

עגלה ערופה אסורה בהנאה ונקברת במקום עריפתה ומשתרד לנחל תיאסר בהנאה אע"פ שעדיין לא נערפה ואם מתה או נשחטה אחר ירידתה הרי זו אסורה בהנאה ותקבר.

הכ"מ הביא מה שנשאל הרשב"א בתשובה דהרמב"ם סותר דבריו דפסק דמשתרד לנחל תיאסר ובהלכה ה' פסק כמתני' דנמצא ההורג עד שלא תערף תצא ותרעה בעדר, ובגמ' שם מבואר דמתני' סברה עריפתה אוסרתה ומוקים לה כתנאי ונשאר הרשב"א בתימה, וכתב הכ"מ דהגמ' דמוקים שם מתני' כתנאי הוי ס"ד דגמר ומקדיש בכל גוונא דלא מסקי אדעתייהו שימצא ההורג. אבל באמת יש לומר דאדעתא דהכי לא אקדשה שדבר מצוי הוא שימצא ההורג. והנה לא ביאר הכ"מ מנלן להרמב"ם לחלוק על הגמ' ואם הגמ' הוי סבר דכיון דלא מסקי אדעתייהו שימצא ההורג לא אמרינן אדעתא דהכי לא אקדשה מנין להרמב"ם לחלוק ולומר שדבר מצוי הוא שימצא ההורג, והנה עיקר סברתו לומר אדעתא דהכי לא אקדשה הוא מפורש בב"ק דף קי"א בהא דנתן הכסף לאנשי משמר ומת, דאמר אביי ש"מ כסף מכפר מחצה דאי לא מכפר הו"א מהדר ליורשין דאדעתא דהכי לא יהיב. ופריך אלא מעתה חטאת שמתו בעליו תיפוק לחולין דאדעתא דהכי לא אפרשה ומשני חטאת שמתו בעליו הלכתא גמירי לה. ומוכח דהיכי דליכא הלכתא גמירי נתבטל ההקדש כשנשתנה אח"כ וא"א להקריב הקרבן.

אבל מה שחילק הכ"מ בין אם מצוי שימצא ההורג או אינו מצוי לא ידענא מנ"ל דבסברא פשוט הוא להיפוך והוא מפורש בריש כתובות בסוגיא דאין אונס בגיטין דעיקר

טענת אונס בתנאי הוא ג"כ משום גדר אדעתא דהכי דעל דעת אונס לא התנה, ובזה אמר להיפוך דאונס דשכיח לא הוי אונס דאיבעי ליה לאתנויי ולא אתני, ואולי אפשר לחלק דדוקא בדברים שבין אדם לחבירו הוי ליה להתנות אבל בדברים שבין אדם למקום כיון דהוא אומדנא מפורשת לא הוי ליה להתנות. עוד אפשר לומר דאין כונת הכ"מ דדבר מצוי הוא שימצא ההורג הוא דשכיח גמור כמו פסקיה מברא אלא דשכיח ולא שכיח כמו מיתה, ומעיקרא הוי סבר בגמ' דלא מסקי אדעתייהו משום דלא שכיח כלל. אלא דזה קשה דשם מבואר בתוס' דאונסא דלא שכיח כלל בודאי אמרינן טענת אונס, וכן מפורש בגיטין דף ע"ג באכלו ארי. ואף דאפשר לחלק דהתם לענין תנאים דאמרינן דהאונס לא נכנס בתנאו והכא לא היה תנאי רק שאנו צריכין לבטל מכח אומדנא וטעות, מ"מ קשה דבמה דלא מסיק אדעתא ודאי שייך טענת טעות ואולי דבשכיח קצת אם היה עולה על דעתו היה מתנה ובל"ש כלל לא היה מתנה.

והנה בהך סברא פליגי ראב"ע ורבנן בכתובות בריש אע"פ בנתארמלה מן האירוסין דת"ק סבר דגובה כל כתובתה וראב"ע סבר דנתארמלה אינה גובה אלא מנה או מאתים ולא תוספות שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה, ובתוס' בדף מ"ז ע"ב דימו זה להא דב"ק דף קי"א דאמרינן אדעתא דהכי וא"כ מוכח דראב"ע ורבנן פליגי בזה וא"כ היינו יכולין לומר דסוגיא דכריתות בעי לשנויי מתני' אליבא דת"ק, אך בפשוטו אי אפשר לומר כן דבדף נ"ו ע"א בהא דפליגי רב ור' נתן אי הלכה כראב"ע מסיק דכו"ע אזלי בתר אומדנא וטעמא דרבנן הוא משום דהכא נמי אומדן דעתא הוא משום איקרובי דעתא היא והא איקרובא ליה דעתא, וא"כ כו"ע סברי סברא דאדעתא דהכי כסוגיא דב"ק וא"כ קשה על הגמ' דכריתות למה הוצרך לאוקמי כתנאי.

ונראה דפלוגתא דראב"ע ורבנן הוא דודאי כתב לה תוס' כתובה ע"ד נשואין דלא אסיק אדעתיה שימות אלא דכיון דמ"מ נתקיים רצונו במקצת שהיה לו הנאה ממה שנתחתן עמה בזה פליגי ראב"ע ורבנן דראב"ע סבר כיון דעכ"פ הוא חשב ע"ד נשואין ולא נתקיים כל מחשבתו אמרינן אדעתא דהכי לא נתחייב, ורבנן סברי דכיון דנתקיים במקצת רצונו אמרינן דגם על אופן זה היה כותב לה כתובה אף דעכשיו ודאי חשב שכותב לה כתובה על דעת שישאנה.

ועכשיו נוכל לומר דבזה תליא גם הך דינא בנמצא ההורג קודם שנערפה העגלה דגם קודם שנערפה העגלה הא כבר קיימו הצבור התחלת המצוה שהורידו אותה לנחל איתן דכתיב והורידו זקני העיר וגו' ובודאי לפי מעט הכסף שויה של העגלה בעד כל העיר יש לומר דגם אדעתא לקיים התחלת המצוה היו מקדישים את העגלה אלא דמ"מ

כיון דלא אסקי אדעתייהו שימצא ההורג והיה מחשבתם להקדיש את העגלה על מנת לגמור את העריפה ושתהיה כפרה גמורה. לכן לראב"ע שייך לומר דאדעתא דהכי שלא יהיה להם כפרה לא הקדישוה, ולכן שפיר דהגמ' בכריתות רוצה להעמיד סתם מתני' כת"ק דריש אע"פ, ומה דאמר במתני' שעל ספק באתה היינו דכיון דגם לת"ק נמי אית ליה סברא דאדעתא דהכי לא אקדשה לכן אמר שפיר דלא שייך כאן אדעת דהכי כיון דכיפרה ספיקה ואף דאי הוי סבר דנאסרה מחיים הוי סגי דלא כיפרה ספיקה אלא במה דקיימו עכ"פ התחלת המצוה, אבל כיון דסבר דלא נאסרה מחיים וקודם שנערפה לא נאסרה כלל וכל הדין הוא אחר שנערפה אמר שפיר האמת דלא שייך אדעתא דהכי כיון דנתקיים כל הכפרה, אבל לדידן דקיי"ל כראב"ע דמה שנתקיים רצונו במקצת לא מהני כיון דמחשבתו בעת שכתב לה כתובה היה ע"מ לכונסה, ה"נ לא מהני מה שקיימו מצות והורידו דעכ"פ בזמן שהקדישו את העגלה היה מחשבתם ע"ד כפרה, וכיון שלא נערפה אדעתא דהכי לא הקדישו.

ובזה מיושב מה דאמר אביי בב"ק דף קי"א ש"מ כסף מכפר מחצה וקשה דמנ"ל דמכפר מחצה אימא דכסף עושה התחלת כפרה והאשם עושה גמר הכפרה והו"ל ש"מ כסף מכפר מקצת אבל מנ"ל לומר דמכפר מחצה. אבל לפי"מ שביארנו מיושב דאם הכסף היה עושה רק מקצת או התחלת הכפרה, וכיון דדעתו היה להקריב האשם ולהתכפר כפרה גמורה וכיון דקיי"ל כראב"ע שייך לומר אדעתא דהכי ומזה מוכיח דכסף מכפר מחצה היינו דהכסף והאשם כל אחד מכפר חלקו, ולכן כשנתן הכסף קבל כל הכפרה שיש לו מהכסף ולא שייך לומר אדעתא דהכי:

פרק יג

הלכה ט

בהמת העכו"ם והמשא של ישראל אם היה העכו"ם מחמר אחר בהמתו אינו זקוק לה, ואם לאו חייב לפרוק ולטעון משום צער ישראל. וכן אם היתה הבהמה של ישראל והמשוי של עכו"ם חייב לפרוק ולטעון משום צער ישראל, אבל בהמת העכו"ם ומשאו אינו חייב להטפל בה[ן] אלא משום איבה.

כתב הכ"מ דהרמב"ם פסק צעב"ח דאורייתא ומה דבעכו"ם אינו חייב לפרוק ולטעון היינו בחנם. ובודאי לא משמע פשטות דברי הרמב"ם כן, וכן מה דפסק בהלכה ח' שאם אמר בעל הבהמה אם רצונך לפרוק פרוק ה"ז פטור אוקמו בגמ' דפטור בחנם וחייב בשכר, והכ"מ לא הזכיר זה ובודאי דגם שם פשטות הדברים בדברי הרמב"ם דפטור

לגמרי וכן במה דתניא שונא שאמרו שונא ישראל ולא שונא עכו"ם הקשו בגמ' אי צעב"ח דאורייתא אמאי פטור בשונא עכו"ם ואמרו ע"ז מי סברת אשונא דקרא קאי אשונא דמתניתא קאי והיינו אטעינה, והרמב"ם הלכה י"ד כתב השונא שנאמר בתורה וכו' ועמד בזה הכ"מ וכתב בזה ג"כ דישראל בחנם עכו"ם בשכר ובודאי שכ"ז הוא דוחק גדול. והגר"א ז"ל בחו"מ סי' רע"ב כתב מכל זה דהרמב"ם סובר צעב"ח לאו דאורייתא ורבנן וריה"ג דפליגי במשאו שיכול לעמוד בו לאו משום צעב"ח אלא בדרשא דקרא פליגי וכן לית להו לרבנן דרשא דרובץ לא רבצן, אכן כתב הגר"א דבפכ"א מה' שבת פסק הרמב"ם צעב"ח דאורייתא.

והנה דברי הגר"א צריכים ביאור דהא אמר רבא מדברי שניהם נלמד צעב"ח דאורייתא, אך דבריו מבוארים ע"פ דברי הרמב"ן בחידושיו במה דאמר בגמ' בסוף הסוגיא דריה"ג כרבנן ס"ל דטעינה בשכר שהקשה דהא טעמא דרבנן הוא משום ק"ו דצעב"ח, וכיון דריה"ג אית ליה צעב"ח לאו דאורייתא ליכא ק"ו, וכתב הרמב"ן דלמסקנא נאמר דק"ו הוא משום חסרון כיס, ולא דמי ח"כ דפריקה לח"כ דטעינה, עוד כתב דריה"ג אית ליה דטעינה בשכר מהאי קרא דתחת משאו ולא מפורק ולפי"ז גם רבנן אית להו הכי מהאי קרא ולא משום ק"ו ואידחי לה כולי סוגיין דלעיל. ולפי"ז שפיר פסק הרמב"ם דצעב"ח לאו דאורייתא. אבל קשה ממה שפסק בה' שבת והגר"א ציין לפכ"א ושם הוא מענין משתמש בבע"ח דמשום צעב"ח פורקין משוי מעל הבהמה. ומבואר יותר בפכ"ה הל' כ"ו בבהמה שנפלה לבור דמניח כרים וכסתות תחתיה אע"פ שמבטל כלי מהיכנו משום צעב"ח. ובזה מבואר להדיא בדף קנ"ד דלמ"ד צעב"ח דרבנן אסור, וכן כתב הרי"ף להדיא שם דמטעם זה מותר משום דצעב"ח דאורייתא, וכן כתב הרמב"ן בב"מ שכן פסקו הגאונים, ולכן בודאי א"א לומר דכאן חזר הרמב"ם משיטתו וסובר דצעב"ח דרבנן.

ונראה בדעת הרמב"ם דמזה דאמר דבסוף הסוגיא דריה"ג אית ליה טעינה בשכר נאמר להיפוך ממה שכתב הרמב"ן ובצד זה כמו שכתב דנדחה סוגיא דלעיל אבל לא שנדחו דברי רבא דאמר מדברי שניהם נלמד צעב"ח דאורייתא, דודאי דברי רבא אלימי ולא בקל נדחה אלא הסוגיא שאח"כ דהוא רק שו"ט דסבר דאי צעב"ח דאורייתא, ע"כ אינו כריה"ג דמשאו שאינו יכול לעמוד בו פטור, וכן א"א לומר דמשאו של עכו"ם פטור, דע"כ חייב משום צעב"ח, אבל מזה דאמר בסוף הסוגיא דריה"ג נמי סבר טעינה בשכר וכיון דאמר רבא דטעמא דרבנן דטעינה בשכר הוא משום ק"ו דצעב"ח דאורייתא מוכח ע"כ דטעמא דצעב"ח לחוד לא סגי לחייב בפריקה היכי דליכא חיוב פריקה מצד היזק הבעלים.

ובטעמא דמילתא נראה לפימש"כ הנמוק"י בשם הר"ן במה שהקשה הרמב"ן דכיון

דצעב"ח דאורייתא למה פטור זקן ואינו לפי כבודו, ותי' הרמב"ן דעשה דכבוד תורה עדיף, והקשה הר"ן דהא זקן לאו דוקא קנה חכמה דמכובד נמי פטור, ולכן כתב דכיון דצעב"ח הותר לתשמישן של בני אדם כ"ש לכבודם בשב ואל תעשה, דגדול כבוד הבריות. ולפי דברי הר"ן נוכל לומר דאף דלא כתב מטעם זה אלא היכי דגדול כבוד הבריות, אבל נוכל לומר עוד יותר דמשום כל אמתלא פטור מחיוב צעב"ח דמה נ"מ כיון שהותר לתשמיש האדם למה לא ידחה בשביל טרחא ולכן לא תוכל מצות צעב"ח להיות מצוה חיובית ועיקר דין צעב"ח דאורייתא הוא דאסור לצער אותן ואם אינו מתעצל ומצילו מצער איכא מצוה אבל א"א שיהיה מצוה חיובית כיון שרצונו וטרחו הוא יותר חשוב מצערן של בע"ח. אלא דכיון דעכ"פ כשהוא מצילן מצער ולא איכפת ליה בטורח עושה מצוה מדאורייתא לכן דוחה איסור דרבנן וכן שפיר איכא ק"ו וכן פריקה וטעינה צריך להקדים פריקה משום צעב"ח, אבל היכי דאינו מחוייב מצד היזק לישראל ליכא חיוב משום צעב"ח.

ולכן שפיר סבר ריה"ג דמשאו שאינו יכול לעמוד בו אין בו חיוב פריקה וכן בשל עכו"ם פטור, ורבנן דמחייבי במשאו שאינו יכול לעמוד לאו משום צעב"ח אלא בדרשא דקרא פליגי כמש"כ הגר"א וכן לית להו דרשא דרובץ ולא רבצן כיון דהך ברייתא כריה"ג אבל לא משום צעב"ח דריה"ג נמי אית ליה צעב"ח דאורייתא, ובפלוגתא דריה"ג ורבנן ודאי פסקינן כרבנן ודברי הרמב"ם מבוארים וברורים: