הלכה · משנה תורה · מפרשים · אור שמח · ספר נזיקין

אור שמח על משנה תורה, הלכות נזקי ממון

רבי מאיר שמחה הכהן מדווינסק

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אור שמח על משנה תורה, הלכות נזקי ממון

רבי מאיר שמחה הכהן מדווינסק

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/אור-שמח-על-משנה-תורה-הלכות-נזקי-ממון/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה 38-202611161422v של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 4
הלכה א 4
הלכה ב 4
פרק ב 6
הלכה ו 6
הלכה ט 12
פרק ג 13
הלכה א 13
פרק ד 15
הלכה ב 15
הלכה ד 16
הלכה ח 19
הלכה יא 20
הלכה יג 23
פרק ה 23
הלכה א 23
פרק ו 25
הלכה ג 25
הלכה ה 25
הלכה ז 26
פרק ז 28
הלכה ח 28
הלכה יב 29
פרק ח 31
הלכה ז 31
הלכה יג 32
פרק ט 32
הלכה ב 32
הלכה ח 33
הלכה י 34
הלכה יא 36
פרק י 38
הלכה ו 38
הלכה יד 39
פרק יא 41
הלכה א 41
הלכה ב 42
פרק יב 43
הלכה י 43
הלכה טו 46
הלכה יז 47
הלכה יט 47
פרק יג 52
הלכה ו 52
הלכה יד 52
הלכה טו 52
פרק יד 53
הלכה ד 53
הלכה ט 53
הלכה י 54

פרק א

הלכה א

כל נפש חיה שהיא ברשותו של אדם כו'.

אולי כוון רבינו להוציא הדבורים שפסק בהלכות גזלה פרק ו' הדבורים אינן ברשותו של אדם כו', כיון שאין בהם קנין רק משום דרכי שלום לא מחייב על היזקן (נ"ב.וכן כתב במלחמות בסוגיא דחרדל.) ורק גבי הרחקות נמנו בפרק לא יחפור, ובתוספתא שם מרחיקין נחיל של דבורים מהעיר כו' ר"א אומר המגדל דבורים כמגדל כלבים, ופירושו למיקם עלה בארור כדמפרש מלתא דר"א סוף פ' מרובה, אבל להתחייב בעלים בהיזקן פטור. ולפ"ז הה"ד יוני שובך ויוני עליה כיון שאין בהם משום גזל רק מפני דרכי שלום ואם נטל אחר אין מוציאין בדיינים אינו חייב על היזקן, ויעוין פרק מי שהחשיך במתניתין אין נותנין מים לפני דבורים ולפני יוני שבשובך. והא דלא מפרש הגמרא נכסים המיוחדים למעט הנך משום דעל שור דמשנה קמא קאי ודוק:

הלכה ב

כגון בהמה שאכלה תבן או עמיר כו' חייב לשלם נזק שלם מן היפה שבנכסיו כו'.

הנה רבינו תם בריש פרק הניזקין פירש, הא דאמר רבא הזיק זיבורית גובה מן העידית שפאי עידית גובה מן הבינונית דמן התורה גובה בזיבורית, ופירש שאכלה מסוף השדה העומד למרעה בהמות והנהר שוטף תמיד, וכפי הנראה משם דלהכי לא הוי כמזיק גבי מיטב משום דלהכי קיימי, ואין לומר גבי תבן דלהכי קיימי, דז"א דהא אמרו כל מידי דמיטלטל הוי מיטב דאי לא מזדבנא הכא מזדבנא במתא אחריתא, וא"כ מאן אמר דהוי מזדבן כאן דילמא מובילנא להו במתא אחריתא, אבל כאן בשפאי עידית דאצל הנהר וסוף השדה דעומד למרעה בהמות כאן, ולהאכיל לבהמות אחרים כדרך שבהמתו אכלה שפיר לא חשיב כמזיק רק כחוב דעלמא ודינו מן התורה בזיבורית, וז"ב. [וראיתי אח"כ במהר"ם שי"ף מש"כ בזה יעו"ש]:

אולם דא מסתפקא טובא בהנך מילי דאמרו דאינה משלמת רק מה שנהנית כמו ברה"ר, כיון דעל ההיזק פטרתו תורה מפני שיש לה רשות להלך, א"כ לא הוי דין היזק עליו רק דין חוב בלבד ומשלם מזיבורית, כיון דהתורה מעטה זה מדין נזק, וכיוצא בזה פרשתי במקום אחר לשיטת רבינו דמזיק הקדש חייב בתשלומין בקרן וכדמשמע פשטא דשמועתא דשמואל בפרק השואל (דף צט:) דרק מחומש אתמעט מזיק בהקדש, ולכן פסק דפושע חייב בשומר נכסי הקדש מטעם דהוי כמזיק יעוין בהלכות שכירות פ"ב.

והא דהביאו רבוותא מהא דאמר בירושלמי ריש הניזקין ק"ו להקדש [דמשלמין במיטב] אם להכשר נזיקין [פירוש נזקי ממון] הדא כו' שור רעהו ולא שור הקדש כו' אם לנזקי גופו הדא הוא דתני ר' חייא נזיקין להדיוט ואין נזיקין לגבוה, פירוש שלגבוה אין דין נזיקין, רק הוי כחוב דעלמא שבכח האדם להתחייב להקדש כן הוא חייב על ידי פעולת הזיקו שאם מזיק ופשע [דבאונס גמור פטור אדם המזיק כמו שביארו תוספות ריש פרק המניח ובכ"מ] חייב בתשלומין אבל לא מדין היזק, וא"כ הוי כבעל חוב דעלמא ומשלם מן התורה בזיבורית [ועין תוספתא ב"ק פ"ד], הרי אנו רואים היכי דאיתמעטא מדין נזיקין תו לא הוי דינו בעידית ורק כבעל חוב דעלמא, א"כ ה"נ כאן דכתיב בשדה אחר לא ברה"ר איתמעט נמי מדין נזיקין והא שמשלם מה שממונו נהנה הוא מדין חוב ומשלם בזיבורית או בבינונית לא במיטב, וכן כי הזיק הקדש בשן ורגל שבהמתו אכלה פירות שדה הקדש, יתכן אף דאימעיט משור רעהו וילפינן לשן ורגל בכל זה משלם מה שנהנית, והא דאמר בירושלמי כרמו פרט להקדש מה אנן קיימין כו' אם בשהקדיש [להשדה] ואחר כך הזיק [שבהמתו אכלה פירותיה] הדא הוא דתנינן שור רעהו ולא שור של הקדש, פירוש ופטור על תשלומי נזקו, ואם משום דמשלם מה שנהנית כיון דאיתמעט מדין נזיקין רק חייב בתשלומי הנאת בהמתו [שאפילו אם ההנה פלוני בידיו היינו הבעל פירות האכיל לבהמת חבירו, ג"כ משלם מה שנהנה, עיין בתוספות פרק הגוזל קמא (דף קא) ד"ה או דילמא אין שבח סממנים ע"ג צמר, ובש"ך סימן שצ"א ס"ק ב' בזה] אין זה מדין היזק רק כחוב דעלמא ואינו צריך לשלם ממיטב ולא צריך כרמו למטע. ולפי מה דמסיק אביי לר' ישמעאל דמיטב שדהו דניזק פירוש כמו דסליק לקמיה ונידון כמשויר, וזה לא שייך במקום דמשלם מה שנהנית וא"כ לא נאמר שם מיטב ישלם וצ"ע:

ולכאורה נראה דתליא בהך מילתא דאמוראי דפרק כיצד, דשקיל וטרי טובא אם זה נהנה וזה לא חסר פטור או חייב, ופשיט רמי בר חמא ממשנתנו אם נהנית משלמת מה שנהנית, ופרשו הקדמונים בשיטה, דכמו ברה"ר פטור מדין נזיקין לגמרי רק משום ההנאה חייב, א"כ הלא מוכח דנהנה וזה לא חסר חייב, דעל החסרון הלא לא חייבתו תורה, ומשני רבא דהאי זה נהנה וזה חסר, ופירוש דאימת פטרתו תורה על החסרון במקום דליכא הנאה, הא במקום דאיכא הנאה לא פטרתו תורה על החסרון [ומה שיש לדבר בסוגיא יבואר במק"א] ותו מצטרפת החסרון עם ההנאה וכיון שכן תו מסתברא דלרמי בר חמא דאין החיוב רק על ההנאה לחוד, ודאי דדינו כדין בעל חוב דעלמא, אבל למאי דמסיק דהחיוב משום החסרון אפשר דמשלם כדין מזיק ממיטב. וגם זה אינו מוכרח דכיון דחזינא דפסקו רוב הפוסקים דהמאכיל פירותיו לבהמת חבירו משלם

פלוני כדין יורד שלא ברשות אף דבדעת בעל הפירות ורצונו הוא א"כ האוכלת ברה"ר במקום שדרכה להלוך יתכן דהוי ע"ז הדרך ומשלם מה שנהנית אבל לא ממיטב דאין זה בכלל תשלומי נזק, והדבר צריך קצת הכרע. ומ"מ א"ש לפ"ז הא דלא תני במשנתנו דמכניס פירותיו לחצר כו' שלא ברשות דמשלם מה שנהנית דאינו משלם ממיטב:

וזכר לדבר, מהא דמצינו בפרק האומנין (דף עז) דרב אחא ב"א אמר אפילו תימא מעידית דנכסיו סתם מאן דזבין ארעא באלפא זוזי מוזיל ומזבן והוי כמזיק ותנן הניזקין שמין להן בעידית. ופירשו בתוספות דלא הוי ממש כמזיק שהרי אין משלם מה שהזיקו שאינו משלם אלא כפי המעות שקבל, אלא קצת דמוהו למזיק במה שנוטל מן העידית. ומסתברא דמסתמא בדין נזיקין הנך נמי דאין משלמין רק דמי מה שנהנו משלמי כן ממיטב, לכן דמוהו חכמים שאע"פ שמשלם מעות שקיבל והוי כמו שנהנית בבהמה ג"כ משלם ממיטב, אבל אם לא מצאנו תשלומי מיטב רק במקום שמשלם מה שניזק, הא כשמשלם מה שנהנית לא משתלם ממיטב, אין סברא דחכמים יעשוהו כמזיק למיטב כיון שאינו משלם מה שניזק, ובכ"ז לא מכרע ועדיין צ"ע: ואח"ז רב מצאתי בשו"ת הרשב"א חלק ד' סימן יג בזה והעלה דמשלם כבע"ח יעו"ש וראייתו אינה מכרעת יעו"ש:

פרק ב

הלכה ו

בעטה בארץ ברשות הניזק כו'.

הרי"ף השמיט הנך בעיא דיש העדאה לצרורות וכן אם יש שנוי לצרורות, ועיין רא"ש בטעמו משום דלא מצאנו בבבל צרורות ע"י שנוי דקנסא הוי ולא דייניהן בבבל רק אם תפס, ואם תפס גובה חצי נזק דבספיקא דדינא מהני תפיסה, וזה לא יתכן רק לפי שיטת הראב"ד [כפי מה שביאר הלחם משנה] דאף אם אין שנוי בכ"ז חייב ברה"ר לשלם חצי נזק דע"ז לא מיבעי לן כלל, אולם לפי שיטת רבינו דאם אין שנוי פטור ברה"ר ע"י שינוי ואם יש שינוי חייב ברה"ר ע"י שינוי רביע נזק, א"כ נפק"מ אם בעטה ברה"ר והתיזה צרורות אם תפס רביע נזק אם מוציאין מידו, וכל כה"ג הוה ליה להביא:

והנראה קצת בטעמו, דהגמרא מסיק דהך דהכלב שנטל חררה והלך לגדיש מירי דשני ולא אייעד, וכו"ע סברי כסומכוס ור"א ורבנן בפלוגתא דר"ט ורבנן קא מיפלגי, והא דאמר ר"א מגופו משום דאמרינן דיו מה קרן ברה"ר משלם ח"נ מגופו אף בחצר הניזק משלם מגופו, והא לר"ט לית ליה דיו, ומשני היכא לית ליה דיו היכי דמיפריך קו"ח והכא לא מיפרך קו"ח דאהני קו"ח לנזק שלם ואהני דיו לשלם מגופו. ולכאורה

קשה אכתי לילף קו"ח לשלם מן העליה, מצרורות ברשות הניזק, דמה צרורות שברה"ר פטורים, בכ"ז ברשות הניזק משלמים מן העליה, כש"כ קרן שברה"ר משלם חצי נזק אינו דין שברשות הניזק ישלם מן העליה, ולא שייך לומר דיו דמיפריך קו"ח, ואם תאמר דאהני קו"ח לשלם נזק שלם, ז"א דמצרורות לא מצינו למילף לשלם נזק שלם דצרורות לא משלמי רק ח"נ. ואין לומר אין דנין קו"ח מהלכה, ז"א דההלכה לא היה רק שלא ישלם רק ח"נ והקולא דיליה היה הלכה, אבל לא החומרא מה שמשלם ח"נ מן העליה. אולם זה טעות, דהגמרא אמר בדיחוייה דכו"ע כסומכוס דצרורות משלמי נזק שלם, וא"כ צרורות הוי ככל שן ורגל וא"כ הא ילפינן קו"ח לשלם נזק שלם ודיו למגופו. ולפ"ז נתיישב לן הא דאמר דכו"ע כסומכוס ס"ל, דטפי הו"ל למימר דכו"ע כרבנן ס"ל והכא לא מיירי כלל בצרורות רק דאנח אנוחי ע"י שינוי ועל מקום גחלת פליגי, ובהך דר"ט ורבנן פליגי, ולפ"ז א"ש, דלרבנן איך הוי סבר ר' אליעזר נזק שלם מגופו הא מצינו למילף קו"ח מצרורות לשלם מן העליה ודוק:

וכיון שכן אם נימא דהברייתא דמפרש למתניתין אתיא ת"ק ור"א כסומכוס, סבר הרי"ף דעל כרחין אין זה רק אם נימא דמשנתנו דריש פרקא אתיא כסומכוס, וזהו כפי מה דבעי לקמן אם משנתנו כסומכוס וצרורות מחמת ביעוט משלם ח"נ הא כאורחייהו משלם נזק שלם, אבל למאי דמסיק לקמן אליבא דרב אשי פסיקא להו דרישא דלא כסומכוס רק בעי אם יש שינוי או אין שינוי יעו"ש, א"כ אין סברא לומר דמשנתנו דכלב שנטל חררה תפרש הברייתא אליבא דסומכוס, וע"כ אין לאוקמי רק כדמשני מעיקרא כגון דשני ואייעד ופליגי אם יש העדאה לצרורות, דרבנן סברי אין העדאה לצרורות ור"א סבר יש העדאה לצרורות, א"כ נפשט תרווייהו חדא דאין העדאה כרבנן וחדא דאין שינוי, דאי יש שינוי הלא כי שני משלם רביע נזק וכי אייעד משלם חצי נזק ואיך מחייבו ר"א נזק שלם. וע"כ סבר ר"א אין שינוי ובהא לא פליגי רבנן עליה, לכן סתם הרי"ף דבכל גווני בצרורות אינו משלם רק חצי נזק: ולפי מה שפרשנו דלהך אוקימתא דכו"ע כסומכוס ס"ל היינו דרישא אתיא כסומכוס, א"כ ע"כ ראשון ראשון להתזה ושני שני להתזה, ושאני לסומכוס בין כח לכח כחו, א"כ בכח כחו משלם חצי נזק מההלכה דמוקים לה בכח כחו, א"כ איך סבר ר"א נזק שלם מגופו בחצר הניזק הלא מצינן למילף לשלם מן העליה קו"ח מכח כחו דברה"ר פטור וברשות הניזק משלם מן העליה דליכא למימר דיו דא"כ הוי מיפרך קו"ח, דלענין נזק שלם לאו מהא מצי יליף דקא משלם ח"נ ברשות הניזק מההלכה והדרא מה שהקשינו לעיל. וצ"ל דאז נימא דמגופו משלם בצרורות ע"י כח כחו, וה"ה בצרורות דכחו לרבנן דמאי שנא, וא"כ נפשט הך בעיא דמגופו משלם. ולפי

מה דקיי"ל מן העליה משלם ע"כ כאוקימתא קמייתא כגון דשני ואייעד, ורבנן סברי צד תמות במקומה עומדת לכן משלם ח"נ מגופו, וכמו שהקשו רבנן בתוספות ד"ה במועד בתחלתו, אבל בכל צרורות משלם מן העליה ודוק:

או נאמר, דלפ"ז נאמר דכח כחו לאו כגופו דמי ומן הדין פטור לגמרי וכמ"ש הכסף משנה לקמן הלכה י"ז בסברת רבינו, דבאדייה אדויי על שאר הגדיש פטור לגמרי עיי"ש, וא"כ ההלכה היתה לשלם ח"נ להחמיר, א"כ תו לא מצית למילף קו"ח מכח כחו לשלם מן העליה, דהא דצרורות בכח כחו משלם ח"נ מן העליה ברשות הניזק הוא מההלכה ואין דנין קו"ח מהלכה ודוק:

אולם אם בדרך הזה נלך יש לנו דרך יותר קרוב, וזהו. דבדף כ"ה מייתי הסוגיא ברייתא דילפה קרי בזב שמטמא במשא מקו"ח מה טהור בטהור טמא בטמא, טמא בטהור אינו דין שיהא טמא בטמא, דאם נאמר שיהא טמא רק במגע ולא במשא א"כ מיפרך קו"ח. ופלפלו רבנן בתוספות בכמה גווני, וכתבו במסקנא דאין לנו לחלק בדבר דלא מצאנו. והקשו אח"ז נימא דאהני קו"ח למגע לטמא אדם לטמא בגדים כרוק. ואהני דיו לאפוקי ממשא, וי"ל הא נמי הוי לחצאין דלא אשכחן מידי שמגעו מטמא אדם לטמא בגדים שלא יטמא במשא ואדרבא וכו'. ופלפולם לא יתכן לשיטת רבינו בפ"ה מהלכות טומאת מת הלכה י"ג, שדעתו אף שכלים הנוגעים במת מטמאין אדם לטמא בגדים, בכ"ז אינן מטמאין במשא והנושא בגדים שנגעו במת ה"ז טהור, א"כ מצאנו דבר שמגעו מטמא אדם לטמא בגדים ואינו מטמא במשא, א"כ נימא אהני קו"ח לטמא אדם לטמא בגדים ואהני דיו שלא יטמא במשא, ולכן מוכרח לומר בסברתו במקום דמצאנו לומר דיו כמו בקרי של זב אם אמרנו דיו שיטמא במגע אז הוי מצד קרי שפיר אמרינן דיו, וכן אם אמרנו דיו לשלם ח"נ מגופו הוא כמו קרן ברה"ר, אבל שנאמר שיטמא במגע לטמא אדם לטמא בגדים, א"כ מהיכן באה הטומאה מסיבת שהוא בא מן הזב, ודברים הבאים מן הזב מטמאים במשא, והא דאמרינן לר' טרפון דיו דלשלם בחצר הניזק נזק שלם מגופו ג"כ תאמר מי הביא החומר לדונו בנזק שלם מה שהוא בחצר הניזק, א"כ איפה מצאנו בחצר הניזק שישלם מגופו, ע"ז אשיב לך, מצאנו בחצר הניזק צרורות שמשלם ח"נ מגופו, אך הא אמרינן דכו"ע כסומכוס סברי דנזק שלם ובודאי מן העליה משלמי כמו כל נזקי רגל, ע"ז אשיב דלפום האי שנויא סברי כו"ע דהלכה למ"מ דלשלם ח"נ רק מוקמי לה בכח כחו, וא"כ מצאנו כח כחו דמשלם ח"נ בחצר הניזק מגופו כמו דסבר רבא למימר בהאיבעיא אליבא דרבנן בכחו, לכן אמרינן דין דלשלם מגופו בקרן בחצר הניזק ודוק. וכ"ז יתכן רק לפום מאי דהוי סבר רבא למימר דצרורות מגופו משלם, אבל

למאי דקיי"ל בסוגיין דמן העליה משלם וכמו דפשיטא לרב פפא, א"כ תו ליכא לאוקמא רק בשני ואייעד ופליגי אם יש העדאה לצרורות או לא, ודוקא כאן ס"ל לרבנן דמגופו משלם משום דצד תמות במקומה עומדת וכמו שהקשו רבנן בתוספות הא בצרורות כי אורחייהו משלם מן העליה א"כ נפשט הני תרי איבעיות דאין שנוי ואין העדאה כרבנן, וכפי הדרך הראשון שכתבנו רק באופן יותר נכון ודוק:

והנה רבינו הביא הבעיא דרב אשי אם יש שנוי או אין שנוי והשמיט בעיא דאם יש העדאה לצרורות, וצריך למיקם אדעתא דרב רבנן כמוהו, והנה שיטתו דאם אין שנוי אז אפילו ברה"ר פטור כצרורות דאורחייהו ודלא כמו שפרש"י ז"ל דלא אשכחן תם דמשלם בציר מפלגא, מוכח דדוקא לשלם פחות מפלגא אין שינוי אבל לפטור ברה"ר ודאי דחייב כיון דמשונה הוא, לא כן דעת רבינו דאם אין שינוי אז הוי ממש כצרורות דאורחייהו ופטור ברה"ר, לכן פסק דע"י ביעוט ברה"ר בצרורות פטור ועיין הרב המגיד:

וקצת בעי עיונא למה לא אמר רב פפא לעיל תולדותיהן לאו כיוצא בהן אצרורות דביעוט דמחמת שנוי הוי תולדה דקרן אם נימא דאין שנוי ואין העדאה, א"כ לאו כיוצא בהן דאם אייעד אינו משלם רק ח"נ, ואם נימא דמספקא ליה אם יש שינוי ודאי לאו כיוצא בהן דאף ברה"ר אינו משלם רק רביע נזק ומגופו, ואם נימא דאין שינוי ויש העדאה אז הוי ממש כקרן וא"ש. וכן לפי פסק רבינו דאם אין שנוי אז הוי ממש כרגל בצרורות דפטור ברה"ר, וכן ודאי דמשלם מן העליה בחצר הניזק אף בפעם ראשון כיון דהוי ממש כצרורות דאורחייהו [וכן כתב הסמ"ע], א"ש דלא אמר רב פפא על תולדה דקרן בצרורות ע"י ביעוט, משום דיקשה דלמאי קרי לה תולדה דקרן, דברה"ר פטור ומן העליה משלם, ואי משום דמשלם ח"נ ז"א מצד שהוא תולדה מקרן דההלכה גרעה כחו שלא לשלם רק חצי נזק דהא אפילו כי אורחייהו בצרורות אינו משלם רק ח"נ והא אפילו אייעד ע"י שנוי ג"כ אינו משלם רק ח"נ, דבכה"ג דאייעד משלם בקרן נזק שלם, אולם לפי פסקו של המהרש"ל ביש"ש, דלרב פפא דמן העליה משלם בצרורות ודאי דאין שינוי ואין העדאה, ובהא הכריע דלא כרבינו דאף אם אין שינוי בכ"ז חייב ברה"ר וברשות הניזק מגופו משלם יעו"ש, א"כ ה"ל לרב פפא לומר גם אתולדה דקרן ובצרורות ע"י ביעוט דמשלם ברה"ר וברשות הניזק מגופו כמו קרן ולאו כיוצא בו דאין העדאה דאפילו אם אייעד משלם רק ח"נ ודוק:

נחזור לסברת רבינו, דלשיטתו אם אין שינוי אז פטור ברה"ר, א"ש מה דהקשו רבנן בתוספות על פירוש קמא דרש"י, דאיך פשיט דצרורות כי אורחיה נמי משלם מגופו דלמא דוקא היכי דשני דאע"ג דאייעד משלם מגופו דצד תמות במקומה עומדת, אבל

כי אורחיה מן העליה משלם יעו"ש. ולפ"ז ניחא כיון דמוקי דפליגי אם יש העדאה או אין העדאה ודאי סברי אין שינוי, וכיון דתאמר דצרורות כי אורחייהו משלם מן העליה ואין שינוי, א"כ כיון דלפי סברת רבינו פסיקא דפטורים ברה"ר ודאי דמשלמי מן העליה כצרורות דאורחייהו דלא נפקי כלל מדין צרורות דכי אורחיה וכמו שכתב הסמ"ע ודוק:

ובהא דהשמיט הך בעיא דיש העדאה קרוב לומר דסבר כיון דמן העליה משלמי אין סברא לומר דע"י העדאה ישלמו נזק שלם, כיון דכי אורחיה מה לי חד זימנא ומה לי תרי זימני כקושיית רש"י, ומה שתירצו רבנן בתוספות כיון דדמיא רחמנא לקרן דמשלם ח"נ שייכא בי העדאה, זה לא שייך דהא אין דומה לקרן דהא משלמי מן העליה ואם בצרורות ע"י שנוי וכמו שפרש"י ז"ל זה לא יתכן לפום סברת רבינו דאם אין שינוי הוי ע"י שינוי ממש כצרורות דרגל לשלם מן העליה ולפטור ברה"ר, א"כ ודאי אין העדאה לשלם בשלשה פעמים נזק שלם והוי כצרורות דאורחייהו דלא משלמי רק ח"נ, והאיבעיא אם יש העדאה קאי אם מגופו משלמי בצרורות, ובאם ת"ל בעי רבא. אם ת"ל צרורות מגופו משלמי אז מבעי אם יש העדאה, וזה נכון מאד בטעמו וקרוב לדברי הרש"ל בזה, אך נפל ספק בלבי אם דעת רבינו דע"י שינוי משלם בחצר הניזק מן העליה בצרורות ואכמ"ל:

אולם לדעתי למד רבינו אין העדאה לצרורות ממקום אחר, וזה. דבירושלמי איתא ר' אלעזר אומר כל דבר שהוא חוץ מגופה לא חילקו חכמים בין ברשות היחיד בין ברה"ר לחצי כופר, מהו שתקבל העדאה בדבר שהוא חוץ לגופה, ר' זעירא אמר מקבלת ר' אילא אמר אינה מקבלת, אר"ז מתניתא פליגא עילויא, שור שמתחכך בכותל ונפל על האדם והרגו חייב בכופר ופטור ממיתה, וכי יש כופר בתם ואפילו כר' אילא לית היא פליגא ולמה פטור ממיתה בשהועדה להיות מפלת את הכתלים כשהפילה הכותל לא היה שום אדם. וכבר אמרתי בתיקונו ופירושו של הירושלמי כך: דפליגי אם יש העדאה לצרורות או לא ואמר ר' זירא מתניתא פליגא עילוי', היינו על ר' אילא דסבר אין העדאה לצרורות, שור שמתחכך בכותל כו' חייב בכופר ופטור ממיתה וכי יש כופר בתם [אלא] בשהועדה להיות מפלת את הכתלים [ולמה פטור ממיתה] כשהפילה את הכותל לא היה אדם שם, [וזהו כמו דאמר בבבלי פרק שור שנגח (דף מד) עיי"ש כל הפלפול], פירוש הרי חזינא דאם אייעוד אע"ג דצרורות הוא דהרג ע"י כותל, בכ"ז חייב בכופר, חזינא דיש העדאה לצרורות, ואפילו כר' אילא לית היא פליגא לחצי כופר, פירוש דאתיא שפיר דמשלם חצי כופר ואם הועד אז משלם חצי כופר כדין צרורות דמשלמי חצי נזק כן צרורות משלם חצי כופר, וזהו כמו דפירש רבינו לקמן פ"ו ה"ו שהיה מועד להתחכך בכתלים ולהפיל על בני אדם יעו"ש, אך מש"כ רבינו להפיל על בני אדם, אע"ג דאמר בירושלמי בשהפיל

הכותל [פירוש בשלשה פעמים הראשונים] לא היה אדם שם ואפ"ה נעשה מועד, הוא משום דבירושלמי אמר פרק שור שנגח הלכה ב' כשרדף שלש רדיפות והן משערין שיש ברדיפתו נגיחה, כן הכא אף שלא היה אדם מ"מ משערין אלו היה אדם שם הלא ודאי הרגו, לא כן בתלמודין (דף מא) אמר רב אשי אומדנא לאו כלום הוא, לכן אמרו בבבלי שם כגון שמועד להתחכך על בני אדם בכתלים, והא דפריך א"כ הא מתכוין להמית בני אדם ואמאי פטור ממיתה משני דבמתחכך להנאתו יעו"ש, ועיין בשיטה שפירש כן בשם הקדמונים דבעי שיעשה ג' פעמים כן ואז נעשה מועד, ודלא כמו שפרשו בתוספות דבפעם ראשונה נעשה מועד דאורחיה הוי, וזה ברור, ואח"ז נדפס הנוע"י וראיתי שכוון בפירושו קרוב לדעתי יעו"ש היטב ואין להאריך:

והנה בבבלי פריך ג"כ שם ואכתי צרורות נינהו אמר רב מרי בריה דרב כהנא דקא אזיל מיניה ומיניה, ופרש"י ואין כופר כתוב אלא בנגיחה דהוי גופו ממש, ודעת רש"י צ"ב, דא"כ בנזקי שור לאדם דכתיב או בן או בת יגח נגיחה לנזיקין פטור על צרורות וכלפי לייא, ועוד אם בכי יגח לא נכלל צרורות ניחזי, אם בכי יגוף ג"כ לא נכלל צרורות, איך אמר רבא בריש כיצד דכחו כגופו דמי וכי אתיא ההלכה לגרע אתא לפוטרו מנזק שלם הלא בנגיפה לא נכלל צרורות רק גופו ממש, ואם בנגיפה ג"כ צרורות בכלל, צ"ב הא דפריך בריש מכילתין מ"ש גבי בהמה דכתיב כי יגוף ומ"ש גבי אדם כתיב כי יגח הלא שנא ושנא, דכאן לא נכלל כחו וכאן נכלל כחו, ואדרבא איכא למיפרך על הברייתא דאמרה פתח בנגיפה וסיים בנגיחה לומר לך זו היא נגיפה זו היא נגיחה, הלא כאן בתם כתיב נגיפה לומר לך שעל צרורות ג"כ משלם חצי נזק [ובפרט אם אין שינוי ומגופו משלם לשיטת רש"י שבארתי לעיל] ובמועד כתיב יגח דאינו נכלל בזה צרורות דמשלם רק ח"נ דאין העדאה לצרורות וצ"ע כעת:

לכן מפרש רבינו דהקושיא דבצרורות אינו משלם רק חצי כופר וכמו דמשלם רק חצי נזק [והעדאה בעי עיין ראב"ד בשיטה מקובצת] והכא חייב בכופר קתני משמע כופר שלם, ומשני דקא אזיל מיניה ומיניה, ולכן לקמן פ"י ה"י לא זכר רבינו בפירוש הך דקא אזיל וכו' רק ברמז קל [עיין לח"מ שם], וסתם חייב בכופר הוא אם ע"י כחו משלם חצי כופר, דאף דשנוי הוא קצת להתחכך בכתלים, אם אייעוד הוי כמו רגל וחייב בכופר רק חצי, מרגל דמשלם כופר שלם, ואם ע"י גופו משלם כופר שלם, ומדלא אמר הגמרא תפשוט דיש העדאה לצרורות אלא הא דבעי רבא לפשוט מהא, חזינא דסתמא דתלמודא סברה כר' אילא דאין העדאה לצרורות, וכי אייעוד תלתא זימני ג"כ לא משלם רק חצי כופר, וכן לא משלם רק חצי נזק, וקיי"ל כסתמא דתלמודא וכדרב מרי בריה דר"כ, וכן

נהוג רבוותא בכל דוכתא, דמילתא דמספקא ליה לאידך ולחבריה פשיטא ליה, לפסוק כמאן דפשיטא ליה וכמו שהאריך המלחמות סוף פרק כיצד בדרכי הפוסקים, וזהו מה שרצינו לבאר בזה:

הלכה ט

תרנגול שהושיט ראשו לאויר כלי זכוכית ותקע בו ושברו כו' ועל הכלי משלם חצי נזק כח"נ צרורות כו' ואם היה הכלי ריקן ה"ז משונה ומשלם ח"נ ככל הקנסות:

באור דבריו, דרבינו אשר פסק הא דכלבא דאכל אימרי כו' משונה הוא ומשלם ח"נ, הוא דוקא על פחת מיתה שפחתתו המיתה, הא על אכילה של הנך אימרי משלם נזק שלם כפי מה שהזיקה דכיון דהמית תו אורחיה למיכל בשר, והביא מה דפרש"י בדף כ"ג זאת אומרת סתם דלתות חתורות הן אצל כלב דפרש"י דלא תימא משונה הוא ופלגא נזקא משלם, דלא כן, דמה לן במה דחתר הא אח"כ כשנכנס בחצירו של בעל חררה אורחיה למיכל חררה עכ"ד. ולפ"ז ע"כ הא דאמרו בתרנגול שהושיט ראשו ותקע בכלי דהוי שינוי אע"ג דבהושטת ראשו לכלי דהוי שינוי מה איכפת לן כיון שהתקיעה אורחיה ושבר בתקיעתו, וע"כ דהתקיעה בכלי ג"כ לא הוי אורחיה כלל, [ואולי אמר הרא"ש דוקא בשן דאורחיה הוי השתא האכילה אבל ברגל שהזיקה מצוי וכיון שבא ע"י שינוי תו אין הזיקה מצוי] ופריך הגמרא והא משונה הוא פירוש התקיעה בכלי, אמנם רבנן קדמאי ומהם רבינו חולקים על הרא"ש וסברי דגם על האכילה אינו משלם רק חצי נזק, דכיון דבא ההיזק ע"י שינוי שבלא השינוי לא הוי בא ההיזק של אכילת הכבש אחר המיתה והוא המית לאכלו, וכן בכלב שחתר הוי שינוי, ובין אם נאמר פלגא נזקא ממונא או פ"נ קנסא הכל משום דעל אופן השינוי לא הוי ליה לאסוקי אדעתיה דבעלים שיקרה כזה ואם קרה באופן המשונה חייב ברה"ר ועיין יש"ש מש"כ בזה. ולפ"ז דעת רבינו דהתקיעה בכלי הוי אורחיה דדרך התרנגול לתקוע, רק השינוי הוה ההושטה בכלי מה שהושיט ראשו אל תוך אויר הכלי, וכיון דזה הוי משונה תו ההיזק מה שבא ע"י קולו דאורחיה הוי מיחשב שינוי כיון שבא בסיבת השינוי הקודמו. אולם דא לא יתכן דישלם רביע נזק אם יש שינוי לצרורות דהתורה גילתה דהעדאה דע"י כחו הוא פלגא נזקא ותו השינוי ע"י כחו חצי מזה דהוא רביע נזק, דממנ"פ אם תלך אחר ההיזק שהיה בכחו בקול התרנגול הלא התקיעה בכלי אורחיה וח"נ משלם כדין צרורות, ואם תלך אחר סיבת ההיזק ועל מה שלא שמרו הבעלים מדבר דהוי משונה דהוי שלא כדרכו, הלא השינוי בהושטת ראשו דגופו הוי ואם הזיק באופן זה שהיה הסיבה היינו שהיה שובר הכלי דרך הושטת ראשו היה משלם חצי נזק דגופו הוי, ואם שבקית למיזל אחרי ההיזק

שבא ע"י כחו הלא תו אורחיה הוי לתקוע בכלי וח"נ כדין צרורות משלם, ואיך תאחז החבל בשני ראשין לומר דצרורות הוי וע"י שינוי, בשלמא לסומכוס דמחייב נזק שלם על צרורות יתכן לומר דהא בא ע"י שינוי, רק דא תוכל לומר דאזלינן בתר סיבת הנזק דהוי שינוי ולא הוי למיסק אדעתיה דבעליו למינטריה ממידי דשינוי הוי ופלגא נזקא דמשלם כדין ח"נ קנס ואי מודה מיפטר ולא הוי כדין פ"נ דצרורות דממונא הוי, לזה כתב רבינו דאם הוה ביה ביזרני דאורחיה למישט ראשו כדי לאוכלן משלם חצי נזק כדין צרורות דממונא הוי, ואם הכלי ריקן דההושטה בכלי הוי שינוי תו הוי ח"נ ככל פ"נ דתם דקנסא הוי, לזה בא רבינו בהלכות ז' ח' לבאר ההבדל שיש בין חצי נזק דשור תם לחצי נזק צרורות דממון הוי, ואח"כ ביאר בהלכה ט' ההבדל בין אית ביה ביזרני ללית ביה ביזרני, דכאן משלם ח"נ של צרורות וכאן משלם ח"נ קנס, וכן דרך רבינו להקדים איזה הלכות לבאר הלכה שאחרי כן, והגמרא דפריך והא משונה הוא פירושו לסומכוס אמאי משלם נזק שלם אע"פ דלא שני ליה בין כחו לגופו מ"מ הא בא ע"י שינוי ואינו משלם רק חצי נזק, אולם לרבנן דבכחו הלכה דאינו משלם רק חצי נזק לא יתכן לומר דישלם רק רביע נזק, כיון דהשינוי בא על הושטת גופו לכלי, והתקיעה שבזה שבר הכלי בזה לא הוה שינוי וכמו שנתבאר והעירני לזה ההמ"ג, וזה אמת בכוונת רבינו בס"ד:

ולענין לפוטרו מרה"ר דשיטת רבינו דאם אין שינוי לצרורות פטור ברה"ר אף אם בעטה והתיזה צרורות דהוי שינוי, צ"ב אם כאן פטור ברשות הרבים או חייב, כיון דחזינן היכי דההיזק ע"י כחו בין אם אורחיה בין במשונה פטור ברה"ר, תו אף אם תדין כאן שלא לחשבו רק קנסא הואיל ובא ע"י שינוי בגוף זהו להקל עליו וכמו ברגל ושן גופיה שבא ע"י סיבת השינוי תחשבהו לחצי נזק קנסא, אבל לחייבו ברה"ר להחמיר כיון שההיזק בא ע"י כחו ובכחו אף משונה פטור, תו אף אם תחשבהו להיזק כח משונה ג"כ פטור ברה"ר צ"ב כאן, אולם הרב המגיד כתב דבהך בבא חייב ברה"ר ודעתו מכרעת ודוק. וביתר ההלכות בזה הענין בדברי רבינו ביארתי בחידושי בגמרא באורך:

פרק ג

הלכה א

ואם (אכלן) [אכלה אותן] ברה"ר פטור ואם נהנית משלמת מה שנהנית לא מה שהזיקה:

הנה באם נהנית הבהמה על ידי מעשה אחר שלא ע"י מעשה בהמתו מי משלם מה שנהנית, בזה נסתפקו רבוותא בתוספות פרק הגוזל עצים בהא דאמר רבינא הכא במאי עסקינן כגון דצמר דחד וסמנין דחד וקאתי קוף וצבעיה להוא צמר בהנך סמנים, יש

שבח סמנים ע"ג צמר כו' או דילמא אין שבח סמנים ע"ג צמר וא"ל לית לך גבאי כלום, דהקשו תוספות הא הוא נהנה מה שצמרו יותר מעולה בסממנים, ותירצו כיון דגופו אינו נהנה והבהמה לא עשתה מעשה אינו צריך לשלם מה שנהנית יעו"ש, ובש"ך סימן שצ"א העלה דבר זה בספיקא דדינא יעו"ש. ולכאורה קשה טובא לפ"ז מהא דאמרו בפרק המפקיד בההוא גברא דאפקיד כשותא גבי חבריה כו' סוף סוף מאי פסידא איכא והא קא משתרשי ליה כו' דהוי שכרא חלא, ומאי פריך הלא ממונו הוא השכרא אשתבח על ידי הכשותא דחבריה לא ע"י מעשיו ולא ע"י מעשה בהמתו ואמאי ישלם. אמנם ז"א, דהנה מצינו המזיק ממון שאין לו תובעים פטור וכן אם נהנה מממון שאין לו תובעים פטור דהאוכל מתנות כהונה פטור, ובכ"ז אמרו באנסו את גרנו מבית המלך אם בחובו דחייב לעשר משום דקא משתרשי ליה, הרי דכיון דהוא היה חייב ליפרע ונפרע את חובו בהממון ששייך לכהן וללוי ונשארו מעותיו בידו, הוי כמו דאיתנייהו בעינייהו, דהתמורה של המתנות כהונה נשאר תחת ידו הוי כמו דגוף המתנות נשאר תחת ידו, ובאיתנייהו בעינייהו מוציאין מידו בעל כרחו יעו"ש, כן הכא נמי כיון דמשתרשי דשלו נשאר תחת ידו, הוי כאילו הנך כשותא איתנייהו בעינייהו, דמה לי אם התמורה נשאר תחת ידו או גוף הדבר איתא תחת ידו, וזה פשוט:

וראיתי שעיקר מקור שיטה זו נובע מסוגיא דתמן דמסיק רב אשי בכיסי ומשלם ליה דמי כיסי, ונדחקו רבנן בתוספות הא לפ"ז לא היה שוה יותר ואמאי משלם לו ומאי שקיל וטרי בזה, ותירצו דלמאכל בהמה היה שוה יותר או ע"י ריכוך. ולפי שיטה זו א"ש טובא, דפירושו דכשותא דבעל הבית הוי כיסי וא"כ הא לא משתרשי ליה רק בדמי כיסי וכזה משלם ליה, אבל מה ששוה יותר מדמי הכיסי הגם דנהנה בעל השכר הלא זה רק הנאה בלא משתרשי ליה ששכר שלו הושבח יותר לא ע"י מעשיו ולא ע"י מעשי ממונו ולכן פטור מלשלם וזה נכון. ומצאתי בשיטה מקובצת שפירש כן דקאי על כשותא דבעה"ב אך נדחק בטעמו מדוע אינו משלם מה ששוה שכר שלו יותר, ולפי מה שבארנו א"ש:

אמנם אם נאמר דהכישות של בעל הבית היה מעורבב בכיסי או לא היו שוים כל כך, א"כ אמאי לא הוי קפידא כי אמר ליה מהאי רמי הלא הוי כשני מינים דשל בעה"ב היו גרועים ושל המפקיד היו משובקים, ובשני מינים פירשו בתוספות דהוי קפידא אף כי לא א"ל מהאי לא תרמי, וא"כ יתחייב סרסיה לשלם, בשלמא לפי רבוותא יכול להיות דשל שניהם הוי בכיסי, אבל למאי דפרישית דשל בעה"ב הוי בכיסי ושל המפקיד היו משובחין הלא יש קפידא. אולם ראה בלחם משנה פ"ד מהלכות פקדון שפירש דאע"ג דהוי קפידא מכל מקום השליח טעי בזה וסבר דלא הוי קפידא, וצריך לומר דגם זה

חשיבא אונס כעין גניבה ולכן פטור הסרסיה אע"ג דהוי מזיק בידו לכשותא דמפקיד ודוק. אח"ז ראיתי מש"כ בזה במחנה אפרים הלכות נזקי ממון, אמנם דברינו ברורים:

ולפ"ז יש לדון בהכניס פירותיו לחצר בעה"ב שלא ברשות ואכלה בהמתו של בעה"ב מי אמרינן דמשלם בעה"ב מה שנהנית, או דילמא זה לא מיחשב שמעשה בהמתו גרם כיון שהוא המכניס פירותיו גרם והוי כאילו הוא המכניס האכיל פירותיו לבהמתו, וגריעי מינה, דאילו המאכיל פירותיו לבהמתו כיון שהוא מתכוין להשביח הא מחוייב לשלם לו הוצאותיו כדין יורד שלא ברשות, והכא הוי כאילו אחר נתן פירותיו של זה והאכיל לבהמת בעל החצר כיון שלא נתכוין להשביח. ופוק חזי בפרק הכונס אבל אכלה פטור מ"ט הוה לה שלא תאכל דפריך ע"ז לאזוקי היא אחרינא מי כו' היינו שבעל הגינה לא פשע מאומה רק שנפלה באונס לגינתו, אבל כה"ג שמכניס פירותיו שלא ברשות לחצר חבירו, אימור דלא מיחשב כלל למעשה בהמתו רק המכניס גרם ואף מה שנהנית אינה משלמת:

ואם נאמר כן, וכמו דרבינו לקמן בהלכה י"ד לא הזכיר דבעל החצר משלם מה שנהנית, א"ש ומדוייק לשון הברייתא בפ"ק דף י"ד כל שהוא רשות כו' למזיק ולא לניזק פטור מכל, וברישא מדייק הגמרא שם על הכל לא תני אלא חייב בכל כו'. והנה לשון פטור מכל לא מדייק על הכל לא תני, דקמ"ל שפטור גם מחצי נזק דברה"ר חייב, אבל אי תני על הכל ג"כ ידענא דעל תם נמי קאי דפטור ברשות המזיק, ומזה נראה דפטור מלשלם גם מה שנהנית וזה פטור מכל דבחצר השותפין והבקעה משלם מה שנהנית על השן ובחצר המזיק אף מה שנהנית אינו משלם וזה דיוק נחמד, וצ"ע לדינא:

פרק ד

הלכה ב

הפורץ גדר וכו' ויצאת והזיקה כו':

נראה דוקא אם הזיקה בדבר שמועדת לזה אבל אם יצאת ונגחה או בעטה מידי דהויא תמה לזה לא מחייב על מה דגרם שתזיק כיון דבבעלים דבהמה שלו הוי רק קנסא איך יתכן שיתחייב הפורץ גדר בפניה על מה שהזיקה את אחרים, וכן בכותל רעוע דחייב בדיני שמים, גם כן אם הזיקה בדבר שמשונה, כיון דאף אם תזיק דבר שמועדת היא לזה שתאכל פירות וכיו"ב ג"כ פטור בדיני אדם, תו אם הזיקה באופן שמשונה פטור גם מדיני שמים דלא יתכן לחייב בקנס בידי שמים רק מה דבממון הוי חייב בדיני אדם כמוש"כ בתוס' פרק אלו נערות (דף לג) לענין קם ליה בדר"מ יעו"ש:

אולם המעיין בלשון רבינו בתשובתו לחכמי לוניל [הועתקה במ"ע] שיטתו דהחיוב שמתחייב הפורץ גדר הוא מצד שגורם להבעל של הבהמה להתחייב בתשלומין, והוא גורם לו להפסיד ממון אם כן בכותל רעוע דלא שמר הבעלים אותה ואם תצא ותזיק בדבר המשונה מתחייב לשלם חצי נזק מגופה ומפסיד הבהמה, חייב ע"ז הפורץ גדר בדיני שמים, וכן בכותל בריא החיוב משום שהבעלים של הבהמה מתחייב לשלם מעליה ומפסידו ממון א"כ על כרחין בנעל בפניה כראוי דתני במשנתנו הלא הבעלים פטור דהא שמרה ומאי ה"ל למיעבד, וצריך לומר דהזיקה באופן המשונה וע"ז בעי לשמור בשמירה מעולה כדין כל תם ויצאת והזיקה אז חייב הבעלים לשלם, וא"כ לק"מ על רבינו מהוציאוה לסטים דפטורין, דתמן בנעל בפניה כראוי והזיקה בשן ורגל דהבעל הבהמה פטור מלשלם א"כ להתחייב על נזיקין דעלמא ודאי דפטורים כל זמן שלא קנאוה להתחייב מדין גנב או גזלן דרק על בעלים או שומר וגזלן חייבה רחמנא על נזקי הבהמה אבל לא על בהמה דאחריני ואינן חייבים במה שתזיק את אחרים רק כי יתחייב הבעלים לשלם על נזקיה כמו באופן המשונה על זה חייב הפורץ גדר בפניה מדין גורם להבעלים הפסד, רק רבינו ביאר דדוקא במתכוין אבל לסטים פטור גם בכה"ג ודוק:

הלכה ד

המוסר בהמתו לשומר חנם וכו' נכנסו תחת הבעלים ואם הזיקה חייב השומר וכו':

העיקר כדברי הכסף משנה וכפי הגירסא החדשה וכמבואר מדברי רבינו דאם שמרו שמירה מעולה אף דהשור נהרג דלא עדיף מברשות המזיק כשנכנס שלא ברשות ואפ"ה השור נסקל, בכ"ז פטורים השומרים ואף שואל בכלל ודלא כמו שפי' רש"י ותוספות, ועיין בישׁ"ש מש"כ בזה, והא דפרש"י דאם שמר שומר חנם שמירה פחותה, אע"ג דאינו מחוייב לשומרו טפי בכ"ז משלם כופר ובעי כפרה, לא הביאו רבינו, דממנ"פ ליכא נפ"מ לדינא, דבמועד אף בעלים מיפטר בשמירה פחותה ולא גרע שו"ח מיניה, ובתם דפסק רבינו כר' יהודה דשמירה מעולה בעי הלא ליכא כופר, אכן לחלק בין כופר לתשלומין הוא אצלי מילתא דתמיה, דבכל הדינים שוים לענין שמירה. ומ"ש דוקא גבי כופר נאמר דאם שמר שמירה פחותה איהו משלם ולא הבעלים, אטו נאמר דשניהם משלמים כופר השומר חנם והבעלים, עד כי מצד דוחק הסברא היה נראה לפרש טפי דהך חוץ משומר חנם קאי גם על ומשלמין את הכופר, דשו"ח אם שמרו שמירה פחותה מיפטר מכופר והבעלים חייבים, אעפ"י שדחוק הוא קצת, כן משמע ממש"כ הרשב"א לפרש הך דפריך בגמרא ה"ד אי דנטריה אפילו כולהו נמי ליפטרו דכוונתו מכופר, דאילו מדמי שור לא מיפטרו בכל השמירות עד שיהיו יושבים ומשמרים, וא"כ הא דמסיק ואי דלא נטריה

אפילו שומר חנם נמי נחייב ודאי על כופר קאי, חזינא דשומר חנם פטור גם מכופר:

אולם לדעתי נראה בין בכופר בין בתשלומין דינא חדא, דאם שמר השומר חנם שמירה פחותה והזיק אז חייב השומר בתשלומי נזקיו וכן בכופר כיון שהוא תחת ידו חייב לשלם נזקיו, רק לדינא לא נפק"מ מידי דבתם הלא הניזק משתלם מגופו של שור אע"פ דהחיוב על השומר, וכמו דאמר פרק דו"ה (דף מ) ונימא ליה אילו תם הוי משתלם מגופו, וכיון דמגופו משתלם הלא תו לשלם להבעלים עבור השור לא גרע מאם הוזק השור או נגנב דפטור השומר חנם כיון ששמר שמירה פחותה, רק לר' מאיר דסבר דאף מועד שמירה מעולה בעי אם שמר שו"ח בשמירה פחותה חייב לשלם להניזק דמי השור, וכן כופר אם המית אדם דאף דלגבי הבעלים פטור מ"מ לגבי הניזק חייביה רחמנא הואיל שהשור תחת ידו:

ולאו מסברא ידענא רק מתניתא אמינא, דתניא במכילתא מסכתא דנזיקין ולא ישמרנו להביא שומר חנם, ולא ישמרנו כראוי לו כו' קשרו במוסרה ויצא והזיק [תם פטור] ומועד חייב דברי ר"מ, וכן נשנה הברייתא הזאת גם לענין כופר יעו"ש. ופירושה לדעתי דקאי אם מסר לשומר חנם ושמר בשמירה פחותה, אע"ג דלענין הבעלים סגי בשמירה כזו, בכ"ז לעלמא לא פטריה רחמנא וחייב בתשלומין או בכופר כל זמן שלא שמרו שמירה מעולה, ומש"ה יחדה המכילתא לשו"ח ולא לשאר שומרים, דבשאר שומרים ודאי דחיובא דבעלים רמי עלייהו ששמירתם גם להבעלים בשמירה מעולה, אבל שומר חנם דלבעלים סגי בש"פ כתבה רחמנא דבנזיקין דעלמא חייב כיון שהשור תחת ידו ולכן כתבה זה גבי מועד, דבתם לא משכחת לה דמשתלם מגופו, וזה נכון:

ולפ"ז בטלה התמיה מה שתמהו רבנן בתוספות ריש פ' הכונס דף נ"ו ד"ה פשיטא, דמנא פסיקא ליה להגמרא דאם הוציאוה לסטים חייבים אם הזיקה דשאני שומרים דקבלו שמירה עלייהו א"כ חיובא דבעלים רמי עלייהו גם אם הזיקה ולפ"ז הוא קו"ח משו"ח, דמצד חיוב שמירתו סגי בשמירה פחותה ואפ"ה כ"ז שלא שמרו שמירה מעולה חייביה רחמנא בנזיקין, כש"כ גזלן שהוא תחת ידו וחייב באונסין ודוק:

ולפ"ז אינו מחוור שיטת הראב"ד בהשגות שדעתו דלא מיפטר הבעלים מהניזק אף אם מסרו לשומר ואם אין להשומר לשלם הבעלים חייבים לשלם להניזק, דהא בכופר אין סברא שיתחייב גם הבעלים, דהא כופר אחד אמר רחמנא ולא שני כופרים כדבעי ראב"י בדף מ', ובפרט אם היו הבעלים חייבים, ולא חייבתו תורה רק שחיובא דבעלים רמי עלייהו שהבעלים יגבה מהם, והא שומר חנם חייב בכה"ג אף דלהבעלים אינו חייב באם שמר ש"פ ולמה תחייבו תורה גם לו יותר מחיובו, אם לא דרחמנא אמרה שהשומרים

הם כבעלים ואין להניזק לדון עם הבעלים כלל ודוק:

ופוק חזי איך מה שאמרתי מפורש הוא בירושלמי על משנה דמסרו לשו"ח כו' ז"ל, א"ר אלעזר דברי ר"מ שמירת נזקין כשמירת שומר שכר דברי ר' יודן שמירת נזיקין [כשומר חנם] א"ר אלעזר דברי ר' מאיר מסר שור לשומר חנם יצא והזיק פטור יצא ונטרף פטור, לשומר שכר יצא והזיק חייב יצא ונטרף פטור, אר"א דברי ר' יודן מסר שור מועד לשו"ח יצא והזיק חייב יצא ונטרף פטור לשומר שכר יצא והזיק חייב נטרף חייב, והוא תמוה, ולפי מה שאמרנו א"ש מאד רק בהיפוך, שמעיקרא צ"ל דברי ר' יהודה ולבסוף צ"ל דברי ר"מ, וזה פירושו, [דברי רבי יהודה] מסר שור לשומר חנם [ושמרו ש"פ כדין שומר חנם] יצא והזיק פטור [בין תם בין מועד תם דמשתלם מגופו ולגבי הבעלים פטור ומועד סגי בש"פ], יצא ונטרף פטור, לשומר שכר יצא והזיק [פטור] דסגי בש"פ במועד יצא ונטרף [חייב] כדינו של שומר שכר, אר"א דברי ר"מ מסר שור מועד לשומר חנם יצא והזיק [חייב] [פירוש אם שמרו ש"פ דחייב לשלם לניזק כמו שהבאתי ממכילתא לעיל] יצא ונטרף פטור [כיון ששמר ש"פ כדינו דסגי אצל הבעלים] לשומר שכר יצא והזיק חייב ונטרף חייב כיון שלא שמרו רק ש"פ, והגירסא כתיקונה רק שצריך להפך דברי ר"מ על דברי ר"י, ובריש צ"ל לשומר שכר יצא והזיק פטור, יצא ונטרף חייב, ולדעתי הוא האמת בגירסת הירושלמי ופירושו ודוק, אך בגמרא דידן (דף מ"ה) אמר ר' אלעזר מסר שורו לשו"ח הזיק חייב הוזק פטור, לא מוקי כששמרו שמירה פחותה דלדידן דהלכה כר' יהודה לא משכחת האי דינא, ולאוקמיה לר' אלעזר כר"מ ובמועד ושמרו שמירה פחותה דלא כהלכתא אינו רוצה, אך בירושלמי מייתי לה אליבא דר"מ וכמוש"ב:

והן לפי הגירסא שהובא ברשב"א א"ר אלעזר דברי ר' יודן מסר שור תם לשומר חנם כו' אפשר דכוונתו דבסתם מיירי ולא קיבל בפירוש שמירת נזקיו וכיון דשור תם לא שכיח דאזיל ומזיק לא קיבל רק שאם יוזק וצ"ל יצא והזיק פטור [דע"ז לא מסיק אדעתיה כיון דלר' יהודה סתם שוורים בחזקת שימור קיימי] יצא ונטרף חייב, לשו"ש יצא והזיק חייב יצא ונטרף חייב [כיון דיהיב ליה אגרא, אדעתא שלא יזיק ג"כ כוון] מסר שור מועד לשו"ח יצא והזיק חייב יצא ונטרף פטור, כיון דנגחן הוא לא אסיק אדעתיה דאחרים מזקו ליה וכולהו בלא שמרו כלל. [ועיין ביאורי הגר"א שצ"ו בשם רשב"א אות ט"ז בילקוט וצריך מובן] והא דאמר דברי ר' יהודה, משום דאיהו סובר סתם שוורים בחזקת שימור קיימי ולכך בשור תם בסתמא לא אסיק שו"ח אדעתיה שילך ויזיק, אך לא נזכר בירושלמי כלל טעמא דר"י דסתם שוורים בחזקת שימור, ובלא"ה הוא מכמה טעמי כמוש"ב לעיל ודוק, והארכתי בזה לפי שהוא ענין חדש לא נזכר בקדמונים:

נסתפקתי בשומר אבדה אם מחייב בנזיקין שתזיק האבדה, דבעלים ודאי מיפטר כיון דאיהו אנוס בזה, וסברת רבנן דתוספות בדף נ"ו: ד"ה פשיטא לא שייך בזה כיון דלא רצה לקבל שמירה ולא הוציאה מרשות בעלים שיכול לשומרה, דדוקא גזלי דמוציאה מרשות הבעלים שחייב בשמירתה שלה איהו נכנס להתחייב בכל מילי שהיו הבעלים חייבים, ונראה דתליא בזה אם נאמר דבההיא הנאה דמיפטר מלמיתב רפתא לעניא הוי שומר שכר אז איהו חייב בנזיקין שתזיק הבהמה לאחרים כמו כל שומר שכר דעלמא, ואם נאמר מטעמא דרחמנא שעבדו בע"כ, אינו מחוייב רק אם תאבד האבדה או תגנב, אבל לשומרה מנזיקין דעלמא לא על זה שעבדתו תורה, דרק לטובת בעל האבדה שעבדו רחמנא לא שלא תזיק אחרים, ואף אם נאמר דכשומר חנם דמי על הבהמה שלא תזיק אחרים, אבל שומר שכר אינו הוא עליה כגון אם שמרה שמירה פחותה והלכה והזיקה בקרן דמחייבא על שמירה פחותה דבעי שמירה מעולה, מ"מ אינו חייב ופטור על הזיקה שתזיק אחרים, ואולי משום זה מייתי פלוגתייהו וטעמים אלו בהכונס ולא באלו מציאות, משום דנפק"מ לזה ודוק:

הלכה ח

שאלו בחזקת תם ונמצא מועד כו' והשואל משלם חצי נזק:

ובגמ' ולימא אי תם הוי מודינא ומפטרינא כו' ויעוין לח"מ. והנראה דמאי פריך בגמרא דהא הכא אין החיוב מצד השומר מידי דהא בתם החיוב לשלם מגופו ולהשומר אין חיוב רק מצד שהחיוב על הבעלים שמסר לשומר והשומר משלם לבעלים [ועיין ש"ך סימן ת"א ודוק בדבריו] א"כ מאי מהני הודאת השומר לפטור הא החיוב לאו על תוריה ויעוין שם דף ק"ח תבעו שומר והודה כו' וכמו שהודה לאחר דמי, וצריך לומר דהגמרא קאי לר' ישמעאל דסובר דמצי לסלק לניזוק בזוזי ולשיטת כמה מרבוותא אף אם נאבד משלם א"כ שפיר חשיב מרשיע עצמו שאומר שחייב בדמים, אבל לרע"ק דלא מצי לסלקו בזוזי אם יודה יאמר ששור של בעלים הוי של ניזק (נ"ב. ומה שייך כאן מרשיע עצמו, הלא מה שהשור גופי' של ניזוק הוי קנס ואין זה שלו.) ומה שצריך השומר לשלם לבעלים דמי שורו הוא עסק ממון שמחוייב עבור שמירתו דלא גרע משקלוהו גזלנין וזה ברור:

והנה הרמב"ן ז"ל בריש פירקא כתב דהך דמעריקנא ליה לאגמא שייך לר"י דוקא, דלרע"ק מאי תשובה דיגזול ממון חברו, א"כ בני חד בקתא נינהו ושניהן לר"י דוקא ולכן השמיט רבינו הך אוקימתא דתפסוהו ב"ד, ולפ"ז א"ש בס"ד, דלדידן דקיי"ל כרע"ק ניחא השמטתו, ושיטת רבינו בהך דרשות משנה, טעמו דסובר כר' יוסי דהוא בחזקתו, אך דוקא באפוטרופוס או במסר לאפוטרופוס, כמו דקאמר הגמרא (דף לט) רק במכר

או נתן דרשות אחרת לגמרי דלאו ממונו דראשון שפיר הוי תם דבהא כו"ע מודו, ושואל דמי למכר (נ"ב. וביותר נועם משום דאפוטרופוס כשהוא ברשותו גם כי בתמותו משתלם מגופו ובהעדאתו משתלם מיתמי דאף למ"ד מעליית אפוטרופוס כשהגדילו חוזר ומשתלם מדיתמי והוי תשלומין מחד רשות, לכן סבר ר' יוסי דהוא בחזקתו. אבל במכר או נתן דהתשלומין מרשות אחרת וכן בשואל שאם הוא ברשותו התשלומין משל שואל כפסק רבינו דאם אין לשומר לשלם מיפטר הבעלים ולכן סבר רב פפא דכי מסרו השואל ליד הבעלים כי נגח אח"כ הרשות משנה והוי כמו מכרו ליד אחר דאז התשלומין משל בעלים ופסק דרשות משנה.) כיון דקנאו להשתמש בו ולאונסין, ולכך ביצא מרשות שואל לבעלים רשות משנה, אבל ביצא מרשות בעלים לשואל אין זה רשות משנה דשם בעליו עליו, וזה פשוט למבין, ודברי הרב המגיד אינם מבוררין. ומצאתי קצת מזה בפני משה יעו"ש:

הלכה יא

מסר השומר לשומר אחר כו' והרי הניזק אומר לו למה לא שמרת [אתה] בעצמך ומסרת לאחר שלם לי אתה ולך ועשה דין עם השומר שמסרת לו אתה:

ראה בהשגות ובמגיד ובלחם משנה שתמהו על דבריו, ולדעתי נראה כוונתו כך, דזה פשוט לכאורה בסברת רבינו, דאחד שמסר שורו לשומר ויצא והזיק פטור הבעלים אם אין להשומר מה לשלם, דהא מסר להשומר ומה יעשה עוד, רק בשור תם דמשתלם מגופו אמר דלוקח השור, דאל"כ ימסור כל אחד שורו ויפטר דשומר פטור דאינו משתלם אך מגופו, ובעלים יפטר ג"כ, וא"כ הוי תו כאילו לא מסרו הבעלים לשומר כלל כיון דלא מסרו לבר חיובא כלל דהשומר אינו חייב רק החיוב מוטל על השור להשתלם מגופו, לכן הניזק לוקח השור והבעלים משתלם מן השומר וכמו שמבואר בההלכה הסמוכה, ויצא לו זה מסוגיא מפורשת דשאלו בחזקת תם, אבל כאן במועדין קשה מאי שייך הכא לגבי הניזק דינא דשומר שמסר לשומר, האם יאמר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר או את מהימנת לי אידך לא מהימן כו' הא הבעלים פטורים מלשלם, ולגבי הניזק יאמר לו זיל גבי תורך משומר אחרון דשומר ראשון לא גרע מבעלים, וכמו אילו לא היה לשומר ראשון אפ"ה מיפטר הבעלים, כן השתא אם אין לשומר שני מפטר שומר ראשון:

ובאמת גם השמועה דפרק הכונס אשר משם לוקח דברי רבינו צריך באור רב, בהך דאמר אלא תחתיו דשומר ושומר קמא איפטר ליה לגמרי לימא תהוי תיובתא דרבא דאמר שומר שמסר לשומר חייב כו' מאי ענין חיוב אצל הבעלים לחיוב לגבי ניזק דעלמא דשם אין טעם אחד מהנך טעמי דאמרינן בסוגיא דשומר שמסר לשומר, לכן

מפרש הראב"ד דאין ה"נ דבשור מועד מצי גבי הניזק מן הבעלים אם אין לשומר לשלם, או אף אם יש לשומר לשלם מצי גבי מן הבעלים, והבעלים ילך וידון עם השומר. [וכן כתב בהלכה ד' בהשגות דלעולם אין הבעלים ניצולין מיד הניזק] ולפ"ז מיירי השמועה בהלך אצל הבעלים לשלם ושלם הבעלים להניזק אח"כ מצי גבי משומר ראשון היינו שהבעלים יגבה הדמים שהיה מחוייב לשלם להניזק משומר ראשון דאמר לשומר את פשעת שמסרת לשומר אחר שלא ברצוני ואין רצוני כו', ושפיר תליא בהך פלוגתא דרבא דלגבי הבעלים אם שומר שמסר לשומר חייב, ולכן על דעת רבינו שהבעלים מפטר לגמרי מן הניזק כתב וחיי ראשי כל מה שכתב בזה שלא לצורך הוא דליכא למימר הכא אין רצוני שיהא כו' שהרי הבעלים אינם מפסידין כלום, רק בתם או במועד לפי דעת הראב"ד היכי שנשתלם הניזק מן הבעלים, ולענין לגבות הבעלים מן השומר כו', וזה עומק כוונת רבינו הראב"ד לדעתי:

אף דא עקא, דהא משנתנו דהכונס מיירי במועדין מתחלתן כדאמרינן שם ריש פירקא, והתורה מעטה בשמירתן דסגי בשמירה פחותה, וא"כ ע"כ מיירי בלא שמרו הראשון אף שמירה פחותה, וא"כ מאי תיובתא דרבא דאמר הא אף למאן דפטר בשומר שמסר לשומר ג"כ חייב, דלא פליגי רק בגנבה ואבדה דהשומר הראשון מיפטר אם חייב כשאירע בשני, הא במה שהיה חייב בלא זה היינו שלא שמרו שמירה פחותה שגם על הראשון היה מוטל לשומרו חייב בזה גם על השני אם פשע, וכמו שפרשו רש"י ותוס' פ"ק דב"ק (דף יא) שומר שמסר לשומר פטור הראשון בכל דינים שהיה פטור אם היה אצלו פטור נמי השתא כו' ולא מיבעי שו"ח שמסר לשומר שכר כו' ונגנבה או נאבדה כו' וצ"ע. ובמקום אחר יבואר דלשיטת הנמוק"י בב"מ פרק המפקיד בסוגיא דשומר שמסר לשומר א"ש, דסובר תמן, דלרב דאמר שומר שמסר לשומר פטור, אז אם פשע השני אם העני השני ואין לו במה לשלם, השומר הראשון פטור דכל חיובו הוא על השני, וא"כ א"ש מה דרמי לפי מה שפרשנו בשיטת ראב"ד, דשפיר פריך דלשון נכנס הרועה תחתיו משמע דשומר ראשון איפטר ליה לגמרי, והראשון פוטור אף אם העני השני, והא לרבא בכה"ג חייב דאם אין לשני לשלם קא משתלם הבעלים מן הראשון ודוק:

אולם בעיקר החידוש שחידש לן הראב"ד דלעולם לא מיפטר הבעלים מהניזק והבעלים ידונו עם השומר, נראה כי תוספתא ערוכה מכחישתו, וז"ל התוספתא דב"ק פ"ו, המוסר צאנו לרועה כו' אפילו היה לפניו כשלש מאות צאן פטור, מסרו לחרש שוטה וקטן חייב, לעבד ולאשה פטור ומשלמין לאחר זמן כיצד עושין להן ב"ד כותבין עליהם שטר חוב נתגרשה אשה נשתחרר העבד חייבין לשלם, הרי מפורש דהבעלים פטור מלשלם

אעפ"י שהשומרים אין להם במה לשלם וזה דלא כפסק רבינו, ואולי בעבדו ואשתו שדרך שמוסר להם צאנו לשמור בזה פטורים הבעלים מהניזק. ומלבד שזה החילוק לא נהירא, דלענין הבעלים לניזק לא מסתברא לחלק בהא, גם לשון התוספתא מורה לכל מעיין דלעבד ולאשה דעלמא קאמר, ואפ"ה פטור הבעלים אעפ"י שאין להם במה לשלם, והעיקר כדעת רבינו דהבעלים מיפטר לגמרי כיון שמסר לשומר, ובשומר שכר שמסר לשומר שכר כיון שלמ"ד חייב הלא מסר שלא ברשות, א"כ עדיין מוטל על השומר הראשון לשומרו שלא יוזק ושלא יאבד, לכן מוטל החיוב ג"כ על השומר הראשון נגד הניזק, וכן ראיתי להרש"ל בישו"ש שכתב כן:

ומכאן אני דן למה שנסתפק הרב במחנה אפרים הלכות שומרין סימן י"ג, בלא הכיר בו שהשור נגחן והוזק השור מי חייב השומר לשלם לבעלים, ולפ"ז אם כאן שמה שמסר שורו של בעלים שלא ברשות הבעלים לשומר השני הוא ענין הנוגע אצל הבעלים או אם יוזק או אם יאבד, או אם יזיק בדבר שהוא תם אליו, דאז נפק"מ אצל הבעלים אם הוא ת"י שומר ראשון או ת"י שומר השני דאידך לא מהימן ליה בשבועה כו', לכן גם אצל הניזק עדיין הוא חשוב כאילו הוא תחת ידו ויתחייב לשלם להניזק אם יזיק השור תחת יד השומר השני, כל שכן וכש"כ לפטור השומר משמירת השור אצל הבעלים, אם הבעלים מסר אצלו שלא ברשות, דמה דהטעהו שלא ידע שהוא נגחן אין לך שלא ברשות גדול מזה, לכן פטור אצל הבעלים אף אם הוזק אעפ"י דהטעות היה רק על אופן שלא יזיק וזה ראיה דקה לבעל העיון. ודיוקו של המחנ"א מהא דאמר סוף פרק שור שנגח דו"ה, הב"ע שהכיר בו שהוא נגחן וסתמא דמילתא דלא אזיל איהו ומזיק לאחריני קבל עליה דאתי אחריני ומזקי ליה לדידיה לא אסיק אדעתיה אין זה ראיה דאם לא היה מכיר בו שהוא נגחן לא היה מחייב אם הזיק אם הטעהו שהוא היה נגחן והשומר לא ידע, כיון שאילו ידע לא קבלהו לשמור שמא יזיק אחרים לכן הבעלים מסר אצלו שלא ברשות וכי הזיק לא נתחייב השומר בנזקיו ודוק, והעיקר כיון שאילו ידע שהוא נגחן לא היה רוצה שהשור יהיה ברשותו שמא יזיק, הוי כאילו מסרו הבעלים לו שלא ברשות, לכן נשאר החיוב על הבעלים ופטור השומר אף אם הוזק וכדברירנא, דהוי כמו דהוא תחת יד הבעלים, וכל שכן במטבעות פסולים דאיכא סכנה להמחזיקן כש"כ דאין לו דין שומר כלל, ולכן אף אם נאבדו פטור, אע"ג דלא בא החיוב מחמת הסכנה, כיון דבעת קבלתו לא נעשה שומר שקבלתו בטעות שאילו ידע לא היה מקבלם ברשותו, וכהמהרי"ק שהביא המחנ"א ודוק:

הלכה יג

כל בהמה שהזיקה פירות מחוברין משערין וכו':

השמיט רבינו הך דאמר ריה"ג אכלה חזיז נידון כמשוייר וכן הך דר' יהושע ורשב"י דאכלה סמדר או בוסר דשמין כפירות גמורים, ופסק כחכמים דאמרי רואין אותה כמה היתה יפה וכמה היא יפה, ורשב"י וריה"ג מוקי אביי דאמרו כר' ישמעאל, וכבר פירש ר"ת דמודה אביי דפליגי בדניזק או בדמזיק רק הלשון מורה דר"ע מיקל טפי, וע"כ דר"ע דסבר דלא שיימינן רק בעידית של מזיק, ודלא כדרי"ש דסבר דשיימינן במשוייר וכמיטב דלקמיה דסליק בימות הקציר, דזה שייך אי בדניזק שיימינן דהתורה אמרה לשומן כמו שיהיו בשעת הקציר, וא"כ גרם ליה פסידא דגם החזיז היה סליק כן, אבל אם כונת התורה מיטב על דמזיק אינו מושכל כלל דהתורה תחייב כפי מה דסליק גבי מזיק שדותיו, דאטו זה ראיה על מה שהחזיז שאכלה בדניזק היה שוה כן, וע"כ דאינו חייב לשלם רק מה שההיזק הוא עכשיו כמה יפה הקרקע עם חזיז יותר מבלא חזיז, ור' ישמעאל סבר בדניזק, א"כ כוונת התורה מיטב שדהו כמו שיהיו שוים המשויר של שדהו וכפי שהיתה עומדת להיטיב ודוק:

ובזה א"ש מה דאמר רע"ק קו"ח להקדש, פירוש דבהזיק שדה של הקדש ודאי דלא משלם רק כפי מה שהיה נגרעת שווי השדה דעכשיו, לא כפי מה שיהיה שוה להבא, דלא משלם טפי מאילו ראוים לפדיה ולפדיה הלא אין שמין להקדש רק כפי מקומו ושעתו וכמו דתנן סוף פרק שום היתומים, וכן פרה אם ממתינין אותה לאיטלס משובחת היא, אין להקדש אלא מקומו ושעתו, וכמו דמפיק מקראי דונתן לכהן ביום ההוא שלא ישהה מרגליות לקלים ועיין בהלכות ערכין פ"ג, וא"כ בהקדש ודאי אין לו אלא מקומו ושעתו ואין שמין כמשוייר ולא בא הכתוב רק שכפי מה שהזיק לפי שויו עתה בעוד שהוא חזיז ישלם וקו"ח להקדש שאינו משלם כפי מה דסליק לקמיה, ועיין בפ"ק ועוד מאי קו"ח להקדש ולפ"ז יש לפרש היטב, ודוק כי נכון הוא:

פרק ה

הלכה א

בהמה שהיתה רועה כו' מפני שאסור לאדם להזיק ולשלם מה שהזיק:

מבואר מדברי רבינו דאם היתה נכנסת לשדות והזיקה משלמת כמו שן ורגל ברשות הניזק, אעפ"י שהשדות אינן גדורות ולא אמרינן הו"ל למיגדר, ובגמרא, הנהו עיזי דבי תרבו דהוו מפסדי ליה לרב יוסף א"ל לאביי זיל כו' א"ל אמאי איזול דאי אזילנא אמרי

לי לגדור מר גדירא בארעא, ואי גדר שן דחייביה רחמנא המ"ל כגון שחתרה וכו', וכתבו רבנן בתוספות דנשמט היה אביי שלא היה חפץ לילך שם דהתנן אכלה מתוך החנות כו' וכן אכלה מצידי הרחבה כו' וע"ז כתבו בשם ר"ח דבעיר אין אדם סוגר דלתות ביתו כל היום, ולכן לעיל פרק ב' הלכה י"ח אבל אם לא שמרו אשו כו' ובעל הכלב חייב על אכילת החררה כו', הרי אעפ"י שהיה צריך לנעול דלתות ביתו בכ"ז חייב בעל הכלב על החררה מפני שאין אדם נועל דלתות ביתו, והא דהיה צריך לנעול משום האש זה לא מועיל לפטור בעל הכלב, אבל בשדות הו"ל למיגדר, ועיין ש"ך סימן שצ"ז ואין בדבריו הכרע יעו"ש:

אולם לדעתי נראה ראיה מוכרחת דאביי גופיה לדחויי אמר זה. והוא, דבדף מ: נוגח משלם את הכופר רובע אינו משלם את הכופר ה"ד אלימא דרבעה וקטלה מ"ל קטלא בקרנא מ"ל קטלה ברביעה ואלא דרבעה ולא קטלה כו'. אמר אביי לעולם דרבעה ולא קטלה ואתיוה לבי דינא וקטלוה מה"ד כמאן דקטלה דמי קמ"ל. ויפלא דהא אנוסה היא ואמאי מחייבא מיתה אם רבעה בע"כ, ואם מרצונה איך סד"א לחייב השור מיתה כיון שהיא עצמה פשעה, ובחידושי רשב"א תירץ דאתיא כמ"ד תחלתה באונס וסופה ברצון אסורה, וזה פלא, דעד כאן לא אמר אבוה דשמואל למיחש לאוסרה לבעלה אבל לחייבה מיתה לא שמענו כיון שתחלתה באונס, וע"כ כדפרשו רבנן בתוספות בשם ר"ח שקפץ עליה השור לרבעה ואלבשה יצרה ונתרצתה, ואף תחלת ביאה שלה הוי ברצון לכן אסורה לכו"ע והוה"ד שנהרגה עכ"ד. ומוכח דלאביי דוקא אם בי דינא קטלוה בכה"ג אין משלם כופר, הא אם בכי האי גוונא רבעה וקטלה משלם כופר אע"ג דאין מכוון רק להנאתו והוי אורחיה וכרגל שדרסה ע"ג תינוק עיי"ש, הרי אע"ג דתחלת ביאה שלה הוי ברצון ואם היתה רוצה היתה יכולה להנצל ממנו ולהרחיקו מביתה ולסגור גינתה, בכ"ז כי לא גדרה ולא סגרה בעדו ועייל לרבעה וקטלה שם ברביעה משלם כופר, הרי חזינא דאביי גופא לא סבר הך דהו"ל למיגדר שדהו דאין לך הו"ל למיגדר יותר מזה ובפרט שעפ"י הדין מחוייבת להתרחק ממנו ונהרגת על ידו, אלא ע"כ דאף שלא שמר בעל השדה את שדהו ולא גדרה בכ"ז חייב הבעלים בנזקין ובכופר בשן ורגל וזה ראיה חזקה לפסק רבינו ותוספות ודוק:

פרק ו

הלכה ג

שור של חרש שוטה וקטן כו' פטורין אבל ב"ד מעמידין להם אפוטרופסין כו':

הנה מובנו האמיתי כמו שפירשו ההשגות בדעת רבינו שסובר דסתם משנה ג"כ סוברת דמעמידין אפוטרופוס לתם לגבות מגופו, ורק דמחלקת בין מה שנגחו כבר למה שנגחו אחרי שהעמידו אפוטרופוס, דמה שנגחו כבר פטורין דלא היה חובת שמירה על חרש שוטה וקטן, אבל אם הוחזקו נגחנין, פירוש שנגיחתם היה שלא ע"י שסוי וכיו"ב מעמידין אפוטרופוס ומה שיגח אחרי זה תיכף משלם אם תם חצי נזק או נזק שלם אח"ז כשיועד, ורבא כי משני מעמידין לשויה מועד, פירושו זה אליבא דכו"ע, אבל באמת מצי משנתנו לסבור מעמידין אפוטרופוס לתם לגבות מגופו, וכפי הנראה אע"ג דאיתמר במכילתא תם א"צ עדים, פירוש שיעידו בו שישמור אותו וכמו מועד שצריך שיעידו בו שישמרנו וכמש"כ תוס' לעיל כ"ג ד"ה ולא ישמרנו, בכ"ז גבי אפוטרופסין צריך להעיד בפניהן שהוא נגח קודם שהעמידו האפוטרופוס, ואחרי זה שיגח משלם ח"נ מגופו, הא לא"ה פטור דלא יהא עדיף מגופו שהזיק דפטור, וא"ש לשון המשנה ולשון רבינו ודוק. ועיין בתוס' וחידושי רשב"א בזה בשם ראב"ד:

הלכה ה

שוורים שמשחקין בהם כו' אינם מועדים זל"ז:

הרב המגיד כתב מטעם זה שסובר רבינו במשסה כלבו של חברו כיון דרק ע"י שיסוי נושך הוי כשור האיצטדין דאינו נעשה מועד דלא שייך העדאה רק במידי דאורחיה, לא במידי דמחסר תמיד מעשה אדם בן דעת אליו, מעשה מכוונת מבן דעה, וסברא נכונה היא מעצמה. ואם כה א"ש מה דדייק בברייתא פתח בנגיפה וסיים בנגיחה שפתח וכי יגוף שור איש כו' ולפ"ז הוי א"ש, דיגוף הוא על הפעולה הבאה מאתו שנגף השור, וזה כי מלת נגף הוא על המיתה וכמו שכתוב ויגוף ה' כו' וכמ"ש המתים במגפה, והוא אף שהשור מטבעו אינו עלול להזיק וכמו שור האיצטדין והכלב ששסהו אדם על חברו הוא כמו תם והבעלים חייב כיון שיודע דאי משתסי מזיק, ובמועד צריך להיות מטבעו עלול להזיק לא ע"י אדם המשסה אותו, וזה נגח ולא שיגיחוהו ולכן כתיב או נודע כי שור נגח הוא ודוק:

הלכה ז

בהמה שהועדה וחזרה בה מדבר שהועדה לו חזרה לתמותה כו' ומאימתי היא חזרתו עד שיהיו התינוקות ממשמשין בו ואינו נוגח כו':

הנה שיטתו דלא כפירוש התוס', דהם פירשו דלר"מ כש"כ שאם חזר בו שלשה ימים בזא"ז ולא נגח ודאי דחזר לתמותו, וכן פירש בפירוש המשנה דלר"מ לא מהני שום חזרה רק שיהיו התינוקות ממשמשין בו, וסעד לרבינו מהא דאמר רב נחמן הלכה כר' יהודה במועד שהרי ר"י מודה לו והלכה כר"מ בתם כו', ולימא הלכה כר"מ במועד והלכה כר"י בתם, וא"כ לדעת התוספות לק"מ, דאם מספקא לן הלכה כמי, הלא אמרינן המוציא מחברו עליו הראיה, וא"כ במועד הלא צריך לפסוק דבשלשה פעמים לא הוי מועד, ובתם צריך למפסק דאפ"ה היכי שהתינוקות ממשמשין בו ג"כ חזר לתמותו ואינו משלם רק ח"נ מגופו, ומאי פריך דנפסוק להוציא ממון במועד כר"מ ובתם כר"י, וע"כ דפירוש רבינו עיקר דר"מ סבר דבשלשה ימים לא הוי חזרה, לכן כי פסק רב נחמן דאינו חוזר לתמותו עד שיהיו התינוקות ממשמשין בו ומכריע להוציא ממון משום דר"י סבר כוותיה, א"כ לפסוק במועד כר"מ הואיל ור"ש סבר כוותיה ודוק:

אך צ"ע לרבינו וכן מה שפרשו רבנן בתוספות דר' מאיר מודה דאינו חוזר לתמותו בשלשה פעמים ביום אחד, מתוספתא פרק ב' זה לשונה, איזהו תם ואיזהו מועד כו' נעשה תם בן יומו ונעשה מועד בן יומו, צהבין הבקר ג' פעמים זה אחר זה אפילו ביום אחד הר"ז תם. רדף ג' רדיפות זו אחר זו אפילו ביום אחד הר"ז מועד, דברי ר"מ. חזינא דר"מ ג"כ מודה דביום אחד בחזרה שלא נגח נעשה תם ודלא כתוספות, וא"כ לדידן דזה ודאי דג' פעמים ביום אחד לא הוי חזרה כמו דלא הוי מועד בג' פעמים ביום אחד, אבל בשלשה ימים בחזרה ודאי חזר לתמותו ודלא כרבינו וצ"ע:

ונבאר סוגיית הירושלמי זה לשונו, מה מקיים ר' מאיר מתמול שלשום פתר לה בהפלג נגיחות שאם יצא ביום ראשון ונגח, בשני ולא נגח, בשלישי ונגח, אין נעשה שור מועד עד שיגח ג' ימים זה אחר זה [ודרך לשון הקדש להשמיט השלישי וכך צ"ל ברביעי ונגח, וכמו דתנן בפרק אלמנה ניזונית היתה כתובתה ד' מאות זוז מכרה לראשון במנה כו'] והפירוש, אף שנגח ג' פעמים מ"מ אם לא היו רצופים אינו נעשה מועד, יצא ביום ראשון ונגח שוורים בשני ונגח כלבים בשלישי ונגח חזירין, על יד ג' מינים לג' ימים מהו שיעשה שור מועד [ובבבלי פשיט לה דנעשה מועד לכל וכן פסק רבינו] יצא ביום הראשון ונגח, בשני לא יצא בשלישי יצא ונגח [וכאן ג"כ הכוונה שיצא ברביעי ונגח כמוש"כ] ייבא בפלוגתא דרב אדא בר אהבה ודרב הונא כו', נדה שבדקה עצמה ביום

ראשון ומצאת טמא, בשני לא בדקה, בשלישי בדקה ומצאת טמא, [גם כאן הכוונה שברביעי בדקה ומצאה טמאה, רק ההפסקה אומר בפירוש, אבל בכמה פעמים נעשה מועד ובכמה פעמים נעשה זבה זה ידעינן דבג' פעמים וסמך על היודע ומבין] ואין זה ענין לפלוגתא דרב ולוי בנדה שלא נטהרה עדיין ולא הפסיקה בחזרת טהרה כלל והוא נידון אחר ולא נזכר ברבינו ודלא כמראה הפנים, ר"ה בשם רב אמר נדה ספק ראב"א בשם רב נדה ודאי, פירוש דנדה הכוונה זבה [כי כן דרך הירושלמי לקרוא לזבה נדה בריש כלל גדול ועוד מקומות] דבשלשה ימים הואי זבה, ואם לא בדקה ביום שני מי הואי ספק זבה או דילמא ודאי זבה, דחד אמר כיון שלא בדקה אין היום מפסיק שבכולם ראתה ע"י בדיקות ואמרינן אילו בדקה גם ביום שני ודאי מצאת דם, כן לדידיה גם הכא היום שלא יצא אינו מפסיק דאמרינן אילו יצא ודאי נגח והוא מועד, ולאידך הוי ספק מועד. וז"ב בס"ד. ר"י בשם רב הלכה כר' מאיר בתמה וכר' יהודה בהעדאה, דתני שור שנגח ג' פעמים ביום אחד אינו מועד ומה ת"ל מתמול שלשום אלא שאם חזר בו ג' ימים זא"ז אינו נידון אלא כתם, הוינן סברין מימר הלכה כרב הונא דו אמר מעין שניהם אתא ר"י בשם רב הלכה כר"מ בתמה וכר"י בהעדאה, והוא תמוה, ונראה ברור דכך צ"ל, דתני שור שנגח ג' פעמים ביום אחד מועד, ומלת אינו ט"ס, ומה ת"ל מתמול שלשום אלא שאם חזר בו ג' ימים זה אחר זה אינו נידון אלא כתם [והוא כר' שמעון דמייתי בבבלי] הוינא סברין מימר הלכה [כהך תונא] דו אמר מעין שניהם, פירוש דהייתי אומר הלכה כהמכריע כהך תנא דברייתא דבמועד סבר כר' מאיר ובתם כר' יהודה, אתא ר"י בשם רב הלכה כר"מ בתמה וכר"י בהעדאה, דבשלשה פעמים לא הוי מועד, וזה אמת ברור בירושלמי לכל מעיין:

ולמדנו כמה מילי מעליותא מירושלמי זה, חדא דבשלשה ימים שאינן רצופים בזא"ז אינה נעשית זבה ודלא כמוש"כ תלמידי ר"ס גאון וכבר השיגוהו תוספות ורמב"ן בנדה (דף נד). ושנית, דהוי דלא כשיטת התוספות, דלר' מאיר בג' פעמים ביום אחד לא הוי חזרה ובג' ימים זא"ז הוי חזרה וזה נסתר מדברי הירושלמי כאן, דפריך מה מקיים ר' מאיר מתמול שלשום, לוקמי לענין חזרה וכמו דמוקי תנא דברייתא להך קרא, אך אם נפרש דלר"מ כמו דבג' פעמים ביום אחד הוי מועד גם בג' פעמים ביום אחד חזר לתמותו וכהתוספתא א"ש. וניחא נמי מה דצריך טעם על מה שפסק רב, דפשיטא דמספק ג"כ קיי"ל כר' יהודה דבשלשה פעמים ביום אחד לא הוי מועד ובחזרה בתינוקות שממשמשין בו ג"כ חזר לתמותו, דהמוציא מחברו עליו הראיה, ומוכח דלא כשיטת רבינו דחזרה דתינוקות עדיפא מחזרה דשלשה ימים, דא"כ מאי צריך טעם דרב פסק

דלא נימא הלכה כדברי המכריע, אולם יש לפרש דצריך טעם על מה דפסק הלכה כר"י בהעדאה לחוד, או משום דכללא הוא בכ"מ ר"מ ור"י הלכה כר"י אע"ג דבבלי בעירובין (דף מו) אמר רב לית ליה הנך כללי מ"מ הירושלמי פליג על תלמודין וסבר דרב אית ליה הנך כללי כמפורש בירושלמי פרק היה קורא הלכה ד' עיי"ש, וא"כ צ"ל דמשום הך ברייתא דהוי מכריע לכן צריך למיפסק הלכה, ודוק היטב:

ואפשר לומר דתנא דתוספתא סבר דרדף ג' רדיפות אפילו לא נגח ג"כ הוי מועד, וכמו דסבר רבה בבבלי (דף מא) כגון שאמדוהו לג' ב"א כו', וכמו דאמר בירושלמי ר' יוסי ב"ח כשרדף שלש רדיפות והן משערין שיש ברדיפתו נגיחה, [פירוש אם לא ברח השור ודאי נגחו] וזה שאמרה התוספתא רדף ג' רדיפות בזה אחר זה אפילו ביום אחד ה"ז מועד, פירוש אף שרדף ולא נגח, ובכה"ג שלא עשה מעשה נגיחה סגי אם צהבין הבקר זה בזה ג' פעמים אפילו ביום אחד, אבל היכי שנגח לא סגי לר"מ אף בחזרה בג' ימים אם לא שיהיו תינוקות ממשמשין בו ואינו נוגח, וזה דרך מחודד. ורב אשי דמסיק אומדנא לאו כלום הוא היינו דסבר דלרבנן דפליגי על ר' אחא בגמל שהיה אוחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצדו דאינו חייב כ"ש דאינו נעשה מועד, לכן דחה הך תוספתא (ויש לעיין בזה) ומיושב פסק רבינו דהיכי דנגח לא מהני חזרה רק עד שיהיו תינוקות ממשמשין בו, ודוק היטב בכ"ז:

פרק ז

הלכה ח

שמין לנזיקין כיצד כו' שנאמר והמת יהיה לו לניזק פחת נבלה [על] הניזק כו':

הנה רבינו סתים, ובשו"ע כתב ודוקא שנודע לניזק בשעת מיתה אבל אם לא נודע לו הפחת על המזיק עד שיודע לניזק, וטעמו כמוש"כ בתוס' דמשום הכי בכיחש המזיק מחמת מכה דמשלם כשעת העמדה בדין משום דכיון דהניזק הוא חי יש לו להמתין עד שיתרפא אבל בהומת הלא היה לו למוכרו וזה שייך דוקא בנודע לניזק בשעת מיתה:

אמנם נראה לנו בזה דבור חלוק מזה, והוא על פי מה דמרגלא בפומי הא דאמר רבא שור פסולי המוקדשין שנפל לבור ומת פטור משום דאין המת שלו יעויין לקמן פרק י"ג הלכה י"ז ובהשגות, דאמאי סתים הא משכחת למה דקיי"ל דולדות קדשים במעי אמן הן קדושים ואם בהמת קדשים הולידה דרך דופן הלא היוצא דופן קדוש קדושת הגוף ובעי מום לפדות עליו, וכי נפל בו מום ונפדה הרי אם נפל לבור ומת מותר באכילה אם היה בן פקועה דהלא שחיטת אמו התירתו באכילה, ולשיטת רבינו בפרק ד' דתמורה אינו

צריך מום, דמה דהוי יוצא דופן הוי מום ניכר ונפדה עליו כמו שמבואר בפ"ק דמנחות (דף ו') מה להנך שמומן ניכר ויעוין רש"י שם, ובכל זה לשיטת רבינו קדושת הגוף נחתא עלייהו במעי אמן וכי נפדים אסורים אחר כך בגיזה ועבודה, והיכי דמעיקרא היו ראוים לאדם תו אין פודין אותן אם נטרפו אח"כ, או אם מתו אח"ז אין מאכילין אותן לכלבים ויעוין במה שבארתי שם באורך, א"כ בכה"ג שנולד דרך דופן הלא מותר באכילה כי נפל לבור והוי המתה שלו ויתחייב על נזקי בורו:

אך זה בדותא, דבחייו הלא אינו ראוי לעבודה ולגיזה רק עומד להשחט, וא"כ מחיותו לא אפסדיה מידי דהא הוא מותר באכילה ע"י שחיטת אמו, ונמצא דמחיותו לא נפסד מידי בנפלו לבור, רק מה דנתקלקל ע"י הבלא דבור הבשר ונתרסקו איבריו ואינם ראוים לאכילה, א"כ לא הוי הפסד לבעלי חיים כלל רק כמו בשר שחוטה שנפלה לבור ונתקלקלה, א"כ הוי כלים דפטרה תורה בבור דכל מידי דלאו בעלי חיים פטור בבור וכמו מים בהלכה ה', ופשוט:

ולפ"ז הא דשקיל וטרי דלתחייב בפחת שפחתה הנבלה אע"ג דנבלה שנפלה לבור ונפחתה פטור דהוי כלים, אך הואיל ונפל בעודו בחייו לבור מתחיל חיובו דבעל הבור מעת שהיה השור בחיים על כל מה שנפחת אפילו הפחת בא לאחר מיתה, כן הוי אמינא לולא דגלתה רחמנא והמת יהיה לו, אבל כיון דגלי רחמנא בנזקי גופו ונזקי שורו דפחת נבלה לניזק כשנודע לו לניזק בשעת מיתה, נמצא רואין אנו כוונת התורה דהניזק היה לו לטפל בנבלה ולמוכרה תיכף קודם שתסרח, א"כ החיוב כשלא נודע לניזק בשעת מיתה באה אז כשכבר הומת ואינו יודע א"כ אז הרי כבר אינו חי והוי כאלו נפל השתא לבור ונפחת מדמיו דפטור מטעם דפטור על הכלים בבור, כן נראה לדעתי. ויתכן לומר דהא דשקיל וטרי בדף נ"ג ע"ב מאי חזית דהאי והמת יהיה לו כו' איפוך אנא והמת יהיה לו דבור לבעלים מטפלין בנבלה, היינו לפום ס"ד דקרא בעי למטפלין בנבלה, אבל למאי דמסיק להלכה דאפילו סובין כו' דקרא אזיל לפחת נבלה ודאי מסתברא למדרשיה הך דשור, דאילו הך דבור פטור מסברא דהוי כמו כלים ולא צריך קרא ודוק היטב:

הלכה יב

השביח המזיק כו' ואם מחמת עצמו השביח משׁ[ת]לם חצי נזק ממנו כולו כשעת העמדה בדין:

להבין שיטת רבינו אעתיק פה מש"כ בחידושי לגמרא זה יותר משלשים שנה וז"ל. בשיטת רבינו יעוין בקצות סימן ת"ז ולאחיו הרב בספר תרומת הכרי, ורק בזה נדחקו לשיטת רבינו דקודם העמדה בדין לא זכי בהשור דקנס הוא ואם הקדישו ניזק אינו קדוש

קודם העמדה בדין ואם מכרו המזיק מכור לרדיא, אך צריך להבין בהשביח ממילא אמאי נוטל השבח לפי ערך המעות שיש לו בשור הא אין לו בשור כלל קודם העמדה בדין, לכן נראה לי דלאחר העיון בלשון רבינו חזינא דמפרש דלא כפירוש רבוותא, דבאמת לא הוה השבח שלו רק למשל, שור שוה עשרים שנגח שור שוה מנה וחבלו בחמשים זוז, דחייב לשלם חצי נזק היינו כ"ה זוז, ואין לו רק עשרים לשלם מגופו, דאם הושבח ממילא ועמד המזיק על שלשים זוז, נוטל חמשה ועשרים זוז כחיוב התשלומין ולח אמרינן דאין זה מגופו דשור אחר הוא, כיון שהראשון הושבח, אבל פטמו אמרינן דגופא אחרינא הוא ואין זה מגופו [וכמו שור פסולי המוקדשין דאינו משלם מבשרו נגד אימורין לולי הסברא אילו בשר לא אזיקו], ובהושבח ממילא, ממ"נ אי החיוב קודם העמדה בדין שלו הוא דאשבח, ואם החיוב לאחר העמדה בדין הרי יש כאן ממה לשלם והבן, וזה לשון רבינו, השביח המזיק בשעת העמדה בדין אם מחמת שפטמו שבח אינו משתלם ממנו אלא מה שהיה שוה בשעה שהזיק [פירוש ולא כל דמי נזקו] ואם מחמת עצמו השביח משתלם ממנו חצי נזק כולו בשעת העמדה בדין, [פירוש דוקא החצי נזק ואינו נוטל בשבחא כלום], ומצאתי כן בשיטה בשם ר"ח ז"ל עמד המזיק ופיטם שורו והשביחו ושוה מאה זוז אין לו לניזק לומר אטול השור כמו שהוא כו' ודוקא בשפטמו המזיק אבל שבח דממילא לא, אלא שקיל נזקא משבחיה שעור נזקא עיי"ש, ומפורש כמוש"כ בס"ד בשיטת רבינו וחדאי נפשאי. ולשיטה זו מסולק דברי התוספות וקושייתם בד"ה הב"ע כגון שפטמו:

והנה הירושלמי מייתי הברייתא באופן אחר, שור שוה ר' שנגח כו' ועמד על ארבע מאות זוז שאילו לא נגח היה יפה שמונה מאות זוז, אם עד שלא עמד בדין השביח, אין לו אלא כשעת נזקו [וכזה כתב רבינו אינו נותן לו אלא כשעת הנזק וכפירוש ב' מרש"י ודוק] הכחיש אין לו אלא כשעת העמדתו בדין, וקס"ד דכיחש מחמת מלאכה וקשיא לימא את מכחשת ואנא משלמנא, ובכיחש ממילא פשיטא דמשלם לשיטת ירושלמי דפחת נבלה דמזיק וכמו דאמר בפ"ק ישלם פחתא דילה יעו"ש, לכן קאמר דכצ"ל דעל המזיק קאי עיי"ש:

ודע דבכיחש ממילא לשיטת רש"י ותוספות. הפירוש, דמה שהוכחשה ברשות שניהן שהמה שותפין, ואם נגח שור שוה מאתים לשור שוה מאתים וחבל בו מאה דמשלם חמשים רביע השור, ואם כחש ועמד על מנה אין לו רק כ"ה דהכחש לשניהן, וניחזי לר' ישמעאל דזוזי דמסיק ביה, אף דאם נאבד סבר דאין לו ממה להשתלם, הכא יש לו ממה להשתלם בודאי לר"י משלם חמשים, [ואינו דומה להך דשור פסולי המוקדשין בשר

ואימורין] וכן כתבו תוספות לעיל ד"ה הקדישו ניזק, אולם לשיטת רבינו בכיחש המזיק משתלם חמשים, דעד שלא עמד בדין לא הוחלט דינו, וע"כ דכיחש דקאמר הוא באינו שוה כמו שהזיק, שהחיוב היה מאה והמזיק אינו שוה רק חמשים, וכן הוא בפירוש ר"ח בשיטה יעו"ש, ולפ"ז ע"כ סבר לר' ישמעאל דאף אם נאבד השור חייב, דזוזי דמסיק ביה גברא וצריך לשלם והשור כאפותיקי סתם. וכמו שכתב המאירי הובא בשיטה בסוף פרקא, דגדולי הרבנים פרשו, שלדעת רי"ש בע"ח הוא כו' כלומר שלא נאמר מגופו אלא להפקיע את דינו ממה שח"נ שוה יותר מגופו, ולמדנו מדבריהן ששעבוד השור אינו אלא כאפותיקי סתם עיי"ש. ומה שהקשו תוספות משחטו מה שעשה עשוי לק"מ, דלרבי עקיבא קאי לשיטת רבינו, וזה טעם רבינו שלא הביא כלל הך דכיחש מזיק בחיבורו דזה פשיטא ועדיפא מיניה כתב רבינו דאם אבד אינו גובה ופטור הבעלים לקמן בפרק ט' הלכה ח', ודוק בכ"ז:

פרק ח

הלכה ז

הקדישו המזיק ה"ז מוקדש כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון:

שיטת רבינו דאף לרע"ק מכרו לרדיא מכור רק הניזק גובה ממנו, דכ"ז דלא עמד בדין הרי הוא של המזיק, דרק גובה ממנו הניזק, ובהקדש שיטתו בהלכות ערכין דהקדש דמים ג"כ מפקיע מידי שעבוד, רק כי פדה הפודה מיד ההקדש תו חוזר הבעל חוב וגובה ממנו וכשהוא פודה פודה ע"מ ליתן לאשה כתובתה ולבעל חוב את חובו ונמצא כשהחוב שוה לדמי החפץ א"כ אין ההקדש שוה כלום לפדיה, שכשיפדה יבוא הבעל חוב ויגבה ממנו כל החפץ, ואפ"ה צריך הפודה ליתן דינר מפני שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון, ושיטת רבינו דהא דפטור נגח ואח"כ הקדיש נגח ואח"כ הפקיר, הוא דוקא בהקדש והפקר דאילו נגח בעודו הקדש או הפקר הוי פטור דלאו בר חיובא הוי, כן כי נגח ואח"כ הוקדש דכיון דאין לו בעלים בר חיובא לא נתחייב בשעת העמדה בדין, לכן אם מכרו לאחר דאילו נגח השתא הוי בר חיובא כן לא נפטר מחיובו הקודם ע"י רשות זה, ודלא כרש"י שפירש בפרק הגוזל עצים (דף צח) שור שהמית עד שלא נגמר דינו מכרו מכור ולא יסקל דבעינן מיתה והעמדה בדין שיהא שוין כאחד ע"כ. ובפרק שור שנגח דו"ה פירש רש"י בעצמו באופן אחר, וכיון דלרבינו כן א"ש, דכאן בהקדישו לדמי קדשים קלים דבשעה שהוא הקדש אם נגח הוי ג"כ בר חיובא, לכן תו כי נגח קודם ההקדש מיחשב כמאן דאית ליה בעלים ועדיפא ממכרו דהך בעלים גופיה אית ליה

ואף רש"י יודה בזה לכן חוזר וגובה הניזק כדין כל בע"ח דעלמא, משא"כ לעיל דמיפטר הואיל ואם נגח השתא הוי פטור לכן השתא לא הוי העמדה בדין לחייבו ותו לא מצי גבי מן הפודה ודוק. ואולי שגם אם שחטו להשור המוקדש בעזרה כדין גובה מבשרו כל חצי נזק גם נגד אימורין, ולכן לא זכר רבינו שמשלם פחת שחיטה ודוק:

הלכה יג

אין הנזקין משתלמין ואין חייבין בכופר כו' אלא בראיה ברורה ובעדים הכשרים להעיד:

ובהשגות לא בא למעט אלא עדים פסולים אבל ע"פ עצמו חייב בנזק וכופר כו', וזה מבואר בלשון רבינו שלא תאמר כו' אם העידו קטנים כו' סומכין עליהם אין הדבר כן אלא אין מחייבין ממון עפ"י עדים עד שיהיו עדים הכשרים כו'. ופירושו דוקא כשאתה מחייבו עפ"י עדים אינך מחייבם עד שיהיו עדים כשרים הא עפ"י עצמו משלם, וזה מפורש בלשון רבינו ואין צורך לבאר יותר:

פרק ט

הלכה ב

מעוברת שנגחה ונמצא כו' שהמוציא מחברו כו':

פסק כחכמים, ודלא כרשב"ם בב"ב שפסק כסומכוס, ולפי דעתו באו פסקי ההלכה בהגהות אשר"י, ולסומכוס אמר תמן דאף דקדים תבעיה לבעל פרה תחלה מצי מידחי ליה דא"ל מידע ידעי דשותפא אית לי. והנה הפירוש תמוה, כיון דספק לן אם היה בעת הנגיחה א"כ מספק יחלוקו ותו משלם הבעל פרה לבד רביע נזק עוד שמינית נזק מספק דילמא נגח בלא הולד כיון דבכל ספק יחלוקו. ולכן נראה לדעתי כך, דנתבונן דדבר זה מפורש ברועה שהניח עדרו שאומדין אותו אם יכול להציל חייב ואם אינו יודע חייב, משום דאף דקיי"ל דשומר כי מתחייב משעת גנבה, בכל זה מתחלת הפשיעה מתחיל החיוב רק כי איתרמי אונסין אח"כ הוי כחזרה, לכן אם אינו ידוע הוי כאיני יודע אם נתחייבתי, ולהכי כי טבחוה ואכלוה כי הניח אביהן אחריות נכסים חשבינן כמו דאתחייב אבוהון משום דלא הגיד להן שאינה שלו והתחיל הפשיעה מחייו כמש"כ הקדמונים והובא דבריהם באורך בקצות החושן סימן ש"מ. ולפ"ז הלא מצאנו דהגמרא מדמה דתחלתו בפשיעה וסופו באונס דפליגי אמוראי היכי דהפשיעה גורמת אל האונס לבוא, מדמה הא דפליגי גבי שומר לנזיקין, וכמו בכלב וגדי שנפלו מן הכותל, א"כ היה ראוי להיות במספקא לן אם הזיק כיון שפשע שלא שמרו היה ראוי להתחייב כמו

גבי שומר, וזה שקר, דבמשנתנו מפורש שור שהיה רודף אחר שור חברו ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא פטור אף דפשע שלא שמרו, ואם כי יש לחלק, אמנם דא סבר ר' חייא בר אבין באינו יודע אם כחושה או שמנה הזיק דמשלם שמנה וכולהו פליגי עליה דהמוציא מחברו עליו הראיה, דבשלמא בשומר להתחייב על החפץ הנשמר שפיר מתחיל חיובו משעת הפשיעה וכי איתרמי אונס שהיה בא בלא הפשיעה חשבינן ליה לחזרה, אבל להתחייב על נזיקין שאינו ידוע אם הזיק מחמת הפשיעה שלא שמרו אטו יתחייב על כולי עלמא מידי דמצי לתלות ביה, רק אם ניזק הדבר הזה ממנו אך שהיה סופו באונס הבא מן הפשיעה לזה מצרפין הפשיעה הקודמת וזה פשוט:

ונתבונן עוד, דאם ינזק דבר מן השור רק שיהא באונס מן הבעלים הלא פטור הבעלים רק בצירוף הפשיעה שלא שמרו אז חייב, ונחשוב דשור זה שהיה לבעל הולד חלק בו הוי כשור של שותפין, דשניהם מחויבין בשמירתו, וכי לא נעלו בפניו הוי פשיעה, א"כ פשעו השנים בעל הפרה ובעל הולד, רק דלא מצית לחייב את בעל הולד כיון דמספקא לן דילמא נגחה אחרי שהפילה, והולד שלו לא הזיק כלום, ועל הפשיעה לחודא לא יתחייב בלי עשיית ההיזק וכמו שפרשנו לעיל, אבל למיפטר בעל הפרה הלא אמר בעל הפרה תיכף מכי פשעתי בשמירתו הלא היה שותף עמי בעל הולד, וכמו דחשבת להפשיעה להחיוב בשעה שנוגע לדבר הנשמר וכי מתרמי אח"ז ספק, הוי ספק בחזרה, כן הכא אף דלחייב בעל הולד לא מצית לחייבו על הפשיעה כשמספקא לך אם הזיק אח"ז דאטו מתחייב על כל העולם מה שיכול להזיק, אבל לענין הנוגע לי שמה שפרתי הזיקה בזה חזינן כאילו נתחייב בעל הולד ודאי, היינו דשקיל בעל הולד פלגא ודאי בנגיחת פרתי וכי לא הזיקה ולד אח"ז הוי ספק בחזרה. ותו מוקמינן ליה אחזקת פטורא והוי כמו שנגחה פרתי בלא פשיעה רק באונס לחודא דפטור, וזה דאמר מידע ידעי דשותפא אית לי דהוי שותף עמי בהפשיעה ולא פשענא לחודא, אולם למה דקיי"ל בתם שנעלו בדלת שיכול לעמוד ברוח מצויה דחייב דבעי שמירה מעולה. א"כ הוי תחלתו כעין גנבה ואבדה יש להסתפק אם שייך סברא זו שכתבנו, ועיין מש"כ בהלכות שכירות בעייל בעידנא דעיילי אינשי דשומר חנם פטור ג"כ באינו ידוע אם יכול להציל חייב השומר שכר יעו"ש ודוק. ובחידושי לגמרא ב"מ כתבתי באופן אחר קרוב לזה:

הלכה ח

בד"א בששני השוורים עומדין אבל אם מת אחד מהן או אבד והיה אחד מהן תם אע"פ שהן של איש אחד פטור וכו':

אם נאבד המועד ודאי משתלם מן השור העומד, אם הוא הזיק מגופו משתלם ואם

הנאבד הזיק הלא הוא מועד ומשתלם מכל נכסיו והתם בכלל נכסיו, ולשון והיה אחד מהן תם מורה שלא נאבד בבירור התם, וצ"ל שאינו ידוע איזה תם ואיזה מועד רק עפ"י הבעלים והוי מודה בקנס, וכן מצאתי בסמ"ע. ולפ"ז צ"ל דבספק ספיקא לא מפקינן ממונא, דכאן ס"ס שמא שור העומד הוא דאזיק ואף אם תם הוא משתלם מגופו, ואף אם הנאבד הוא דאזיק שמא הנאבד היה השור המועד ואשתכח דמשתלם מכל נכסיו. ובדבר זה פליגי רבוותא קדמאי בפ"ק דכתובות (דף יב) בסוגיא דהיא אומרת מוכ"ע אני ואכמ"ל, וליכא למימר דכאן מסייע להס"ס מה דהמועד מועד ליגח דפליגי בזה ר' אחא ות"ק בפרק המוכר פירות (דף צג) ועדיפא מחזקת הגוף דמסייע לרובא דפירשו רבוותא בריש פ"ב דכתובות דמפקינן ממונא, דכבר כתבו תוס' שם דכיון דהיו שניהן רודפין אית לן למיתלי בתם כמו במועד כיון שגם תם רודף השור וליכא רק ספק ספיקא לחודא דאין מוציאין ממון דלא עדיף מרוב ודוק:

הלכה י

לא היתה שם ראיה ברורה שזה הזיק כו':

הרב המגיד הבין טעם השגות, דבקטן וגדול אין כאן שבועה משום דלא הוי ממין הטענה, ורק בתם ומועד שבתביעת היזק המועד שמעליה משתלם, נכלל לגבות גם מן התם. והלח"מ תמה עליו מהא דפריך מהיה אחד תם ואחד מועד הא חטים ושעורים נינהו, ובמחכ"ת זה משגה, דהא דמתקיף רב פפא הוא מדאמר היה אחד גדול ואחד קטן דניזק אומר גדול הזיק ומזיק אומר קטן הזיק דאי לא מייתי ראיה שקיל מקטן והא חטים ושעורים נינהו, והא דסוגיא דגמרא פריך מהיו הנזקין שנים דפריך מהיה אחד תם ואחד מועד, דכונת קושיתו של הלח"מ דניחזי דזה תובע היזק גדול מהמועד דבכלל זה נשתעבד גם התם, וזה מודה בהיזק גדול מן התם ואין זה כטענו חטים והודה בשעורים והיזק קטן זה תובע מן התם ואיהו מודה במועד שבכלל נזקי המועד נכלל התם, וא"כ הטענה נכללת בתוך ההודאה לכן הניח בצ"ע, אבל כוונת ההשגות, דברישא שעל שור אחד ניזק אומר מועד הזיק ומזיק מודה בתם כיון שלא נפרע ממנו נזקו שלם כדין מועד, מה שגובה ממנו מן התם ע"פ הודאתו גם לדברי הניזק מגיע לו מן התם שבכלל כל נכסים שמשועבדים להיזק המועד אבל כאן בשני שוורים ניזוקין שעל מה שהמועד הזיק ה"ז משתלם נזקי קטן, כדאמר מזיק שמועד נגח את הקטן א"כ תו מה שמשתלם יותר עבור נזקין שהזיק שור התם שניזק אמר שנגח הקטן ובשביל קטן מוחלט לו, ומזיק אומר שנגח הגדול וא"כ בשביל מה שתובע הניזק היינו עבור שנגח הקטן ע"ז מכחישו המזיק שעבור זה אינו שייך לו, ומה שמודה שמוחלט עבור נזיקין שנגח הגדול, ע"ז מכחישו

ניזק שעבור זה אינו מוחלט לו התם, א"כ הוי טענו לו בחטים והודה לו בשעורים, שלא תוכל לומר שהוחלט עבור תביעת שור המועד מה שהמועד הזיק שבכלל נזקיו יש לו לגבות גם מן התם, כיון דעל נגיחת שור המועד אתה גובה מן המועד כבר תו אין לך לדון רק על תביעת שור תם שהזיק, ועל שור תם הוי טענו חטים והודה לו בשעורים, ואפילו כשהשור הגדול שוה מאה זוז והקטן שוה חמשים, זוז ונמצא דהניזק תובע מאה עבור המועד וחמשה ועשרים עבור התם, והמזיק הודה במאה חמשים של גדול מן התם שמשלם רק חצי נזק וחמשים של קטן מן המועד ואשתכח דכי נוטל כדאמר מזיק עדיין הוא בתביעתו עבור שור הגדול שאומר שהמועד נגחו, וה"ז משתלם לגדול מן התם, אעפ"י שנוטל דמי הקטן עבור המועד בכ"ז גם לתביעתו הרי השור התם בכלל כל נכסים להשתלם ממנו עבור נזקי שור המועד דמן העליה משלם וחיובא אכתפא דבעלים רמו, דאז שפיר תאמר דלו יהא מה דהוזק הקטן אין אנו דנין עליו כלל, הלא על נזקי שור הגדול שאני תבעתי המועד והוא הודה בהתם דמשתלימנא מיניה דבכלל תביעתי הוא אף לבתר דמשתלמנא מהמועד נזקי קטן וכהציור שציירתי, דז"א, דנזקי מועד על קטן לא ישתלם דהוא תובע שנגח גדול וקטן לא נגח והודה שלא נגח קטן ורק התם נגחו שמשלם ממנו כ"ה זוז חצי נזקו של שור קטן, וע"כ הא דמשתלמת חמשים כל דמי השור הקטן יש כ"ה זוז מה שהודית שנטלת יותר ממה שמגיע לך, ועבור מה אתה נוטל עבור שתובע שמועד נגח השור הגדול, א"כ מהחמשים זוז שנוטל ניזק עבור שור הקטן יש בהם שנוטל כ"ה עבור תביעתו של נזקי שור גדול, א"כ תו איך משתלם מן התם חמשים לגדול הלא אתה אמרת שלא נגח התם את שור הגדול, מאי תאמר הלא הודאתו בכלל תביעתי שאני תובע עבור המועד, והלא גם התם משועבד עבור זה ההיזק, זה אינו, שכיון שנשתלמת לפי תביעתך עבור הקטן כ"ה זוז יותר הלא על נזקי שור הגדול אומר מזיק שאינו חייב רק חמשים ומכחיש את הניזק, ואין לך לדון רק על חמשים שהודה לו ועל חמשים אלו כבר נסתלק בכ"ה זוז יתרים שנטל על נזקי קטן יותר ממה שתבע בעצמו, וא"כ למה נוטל בתם חמשים עבור נזקי שור גדול ע"כ משום שהוא תובע גם מה שתם הזיק הקטן וא"כ הוי טענו חטים והודה לו בשעורים, שהמזיק אומר שלא הזיק את הקטן:

ובפשיטות יותר, דלמה נוטל חמשים עבור נזקי שור קטן הלא לפי תביעתו שהתם נגח אינו מגיע לו רק כ"ה, על כרחין משום דנכלל בתוך התביעה שתובע בשביל הגדול שנגחו מועד הלא ע"ז כבר מכחישו מזיק ואומר כי לא נגח המועד את הגדול, דליכא למימר דמה שמשתלם חמשים הוא בשביל שהתם נגח הגדול, דעל נזקי התם כבר שילם

בתם לגדול, וז"ב. אך ז"א לפי מה שנתבאר בדברי הנמוק"י דמה שזה טוען שמועד הזיק גדול וזה אומר שמועד הזיק קטן אין זה טענו בחטים והודה בשעורים דהוי כדמי עבד כו', אבל עיין בנמוק"י בגמרא שחולק ע"ז ודוק:

הלכה יא

ואם תפס הניזק ה"ז מש[ת]לם לקטן מן הגדול ולגדול מן הקטן כמו שהודה המזיק:

ואע"ג דפלגא נזקא קנסא כבר תירץ הראב"ד דפלגא נזקא שאני משאר קנסות שאם תפס אין מוציאין מידו והוא דעת רבינו, הרב המגיד. והנה לפלא שיטה זו, דבדף מ"א דרש ר"א נקי מחצי כופר א"ל ר' עקיבא והלא אין משתלם מגופו כיון שמחויב מיתה א"ל ר"א כו' כשהמית ע"פ עד אחד או ע"פ בעלים, ופריך עפ"י בעלים מודה בקנס הוא, ומשני קסבר כופרא כפרה, והפירוש דהוי סבר דכופרא ממונא, ונמצא בתם דתשלומי נזקיו קנסא הוי גם חצי כופר הוי קנסא, ולפ"ז מאי פריך הא נפק"מ דאי תפס הוי משתלם חצי כופר לכן כתבה רחמנא נקי מחצי כופר ואי תפס מפקינא מיניה, הן דבשיטה הביא דהראב"ד מוחק גרסא זו וגריס וקסבר כופרא כפרה ועפ"י עד אחד קאי דממון אינו משתלם עפ"י עד אחד וא"ש, אולם לרבינו דחוק לומר כן, ונתבונן נא בזה, דאימת שייך לומר ההבדל בין פלגא נזקא לשארי קנסות בנזיקין דמשתלם מן השור ממה שהזיקו פלגא דקרנא קא שקיל כמוש"כ הראב"ד, אבל ר' אליעזר דסבר לקמן ריש פ' החובל עין תחת עין דבמזיק שיימינן, ופירשו רבוותא דדרש לא תקחו כופר לנפש רוצח אבל אתה לוקח כופר לראשי איברים שאינן חוזרין והוי ככופר דבשל מזיק שיימינן, וכיון דסבר בכופר דבשל מזיק שיימינן אשתכח דזימנין שקיל טפי מקרנא, דאיתזוק, כגון שהמזיק שוה יותר מניזק והוי קנסא כמו שלשים של עבד דזימנין שקיל טפי ממה דאיתזוק וזימנין פחות, ותו בקנסא כזו בתם הוי ככל קנסות דעלמא דלא מהני תפיסה וזה נכון:

אמנם אינו מעלה ארוכה, דמהסוגיא לעיל דף מ' מוכח דלס"ד דרב חסדא הוי סבר דהנך דפליגי בכופר אם דמי ניזק או דמי מזיק פליגי אם כופרא כפרה, והגמרא דחי דאף מ"ד דבניזק שיימינן סבר כופרא כפרה, אבל דא ליכא למ"ד דכופרא ממונא ושיימינן בשל מזיק ועל כרחין למאי דפריך מודה בקנס הוא והוי סבר דר' אליעזר סבר כופרא ממונא, לא הוי ידע מהך דר' אליעזר סבר דבמזיק שיימינן ותו הדרא קושיא לדוכתה:

לכן נראה בזה דבר חדש, דרבוותא בתוספות בכמה מקומות פלפלו בסוגיא דריש נערה שנתפתתה דשקיל וטרי הגמרא תמן אם אדם מוריש קנס לבניו וכשעמד בדין, דמוכחא תמן דאם לא עמד בדין אין אדם מוריש קנס לבניו, ופלפלו בסוגיא דיש בגר בקבר שם (דף לח) ומסוגיא דמרובה בגנב משל אביו וטבח ומכר ואח"כ מת אביו, ואשכחו מרגניתא

דהחולקים אסוגיא דאביי ורבא דריש נערה סברי דאע"ג דבקנס דאונס ומפתה אין אדם מוריש לבניו ולפיכך לא הספיקה לעמוד בדין עד שמת האב הרי הן של עצמה, הוא משום דהדבר שהקנס יוצא ממנו אינו מוריש לבניו וכמו דקיי"ל ולא בנותיכם לבניכם יעו"ש, ובכמה צדדים צדדו דבכולהו קנסות אין אדם מוריש לבניו, ולפ"ז יפלא למאי דס"ד דגמרא דר' אליעזר סבר כופרא ממונא ובתם דתשלומי נזקיו הוי רק קנסא דסתם שוורים בחזקת שימור קיימי, ה"נ כופרא, א"כ עדיפא לפרוך דהא כופר אין משתלם אלא לאחר מיתה ואין אדם מוריש קנס לבניו ולמאי צריך קרא למפטריה מכופר בתם, ובשלמא מש"כ הפוסקים דתם משלם דמים בשלא בכונה, יתכן דדמים הוי כמו נזיקים ובעשאו טרפה משלם לו דמים שלו מחיים וכמו חרשו דנותן לו דמי כולו, אבל כופר ליכא רק ביורשים וכמבואר בפרק השולח גט (דף מג) דאף בעשאו טרפה אינו משתלם רק לאחר מיתה, וקשה דכאן לאחר מיתתו ודאי ליכא תורת ירושה בדבר דאתי קנסא מינה א"כ איך מוריש קנס לבניו וצ"ע לכאורה:

לכן שמע נא ואחוך דעתי, דנראה לי דאימת שייך גדר ירושה כמו בנכסי אבי אבא, או ממלוה ומראוי וכיו"ב, דהיה באפשרי שיבא הממון ליד מורישו אילו מת אבי אביו בחיי אביו, וכן אם הגיע זמן פרעון בחיי אביו וכיו"ב בזה שייך דין ירושה ומשמוש בקבר ומתורת ירושה קא אתי שיורש מאביו המנחילו, ובני אחיות שיורשין מכח אמם בקבר שיורשת את אחיה בזה שייך ירושה שאם היתה אמם בחיים הלא היא היתה היורשת וכיו"ב, אבל בכופר שלו אף אם נעשה טרפה לא חייבה התורה לשלם ורק כי מת אמרה רחמנא דמשלם ליורשיו, האם שייך לומר על הממון דנוטלים מתורת נחלה כיון דאינו בגדר האפשרי שיהיו התשלומין להאיש שהמיתו השור, רק מעיקרא כי רמיא רחמנא ליורשי הנהרג כמו שזכתה רחמנא תשלומי ולדות לבעל ההריון מי שההריון שלו שאינו יורש מן הנופלים, רק הוא גדר זכותי ולמי זיכתה התורה ליורשי הנהרג, והוא לציון וסימן מי הזוכים בתשלומין היורשים, אבל לא שהממון נוטלים בתורת ירושה וז"ב ופשוט, ונמצא דלא שייך ע"ז אין אדם מוריש קנס לבניו, דדוקא שארי קנסות כמו קנס דאונס ומפתה דהתורה זכתה לאב, רק כי מת האב טרם העמדה בדין יורשים המה הממון מכח האב. וכן בגנב משל אביו וטבח ומכר, אבל בקנס דתם בכופר דעצם הממון אינם יורשים, דמי איכא מידי דאיהו לא מצי שקיל ולבריה מצי מורית, רק מעיקרא כי חייבינהו רחמנא לשלם חייבה לשלם ליורשי הנהרג תו לא שייך אין אדם מוריש קנס לבניו, וזה מושכל ראשון, רק דא אמר הגמרא, דבאשה שיש לה בעל למי זכייה רחמנא לשלם כופר שלה, ע"ז גלי קרא דוהמית איש או אשה דליורשיה משלם כופר, דחזינן

דבראוי אינו יורש הבעל וטעמא משום דלאחר מיתה פקע שאירות והוי כמו גרושין, ועיין תוספות פרק יש נוחלין (דף קיד) ד"ה מה הבעל אינו יורש בקבר, וא"כ ע"כ ליורשין שלה בעצם ולא במקרה להם זכתה רחמנא בתשלומין, ולכן צריך קרא אחרינא דאינו יורש אשתו בראו, דמכופר לא נפקינן דשם אינו בגדר ירושה רק זכות שזיכתה תורה ליורשין שלה, והוי כמו דאשכחן חוק דתי לענין גואל הדם, כן ה"נ זכות דתי הוא ליורשי הנהרג לשלם להם כופר, ועיין דף מ"ב בתוספות ד"ה והו"ל ראוי ולדברינו א"ש טפי. ולפ"ז ודאי בעלי חובין לא גבו מכופר ויעוין שו"ת ר"מ לובלין סימן פ"ו ובפרט תמן דאינו מהדין רק שחייבו הממשלה יר"ה:

וכיון שזכינו לזה, א"כ מובן דבתם למ"ד דכופרא ממונא וסתם שוורים בחזקת שימור קיימי והוי פלגא נזקא קנסא וחצי כופר ג"כ קנסא ודאי אף דשיטת רבינו והראב"ד דאם תפס לא מפקינן מיניה, זהו דוקא במידי דקרנא קא שקיל, הא בתשלומי כופר מאי ממון הוי ליורשי הנהרג בהנהרג דנאמר דקרנא קא שקלו, רק רחמנא זיכתה להם, כיון דלאו מתורת ירושה מהנהרג קא אתו ותו כי הוי קנסא הוי כמו כל חייבי קנסות דעלמא דלא מהני בהו תפיסה בלא עדים, ואשר ירשיען אלהים פרט למרשיע את עצמו, ושפיר פריך דלמאי צריך קרא דבעל השור נקי בתם דהא ממנ"פ אם בתורת ירושה אין האדם מורש קנס לבניו, וע"כ כדפרישית דלאו מתורת ירושה רק במכוון ראשון חייבה התורה בעל השור בתשלומי כופר ליורשי הנהרג, א"כ מודה בקנס הוא ותפיסה ג"כ לא מהני דאטו ממונם הוזק או הופסד וכי הנהרג ממונם היה, והוי ככל קנסות דעלמא ולמאי כתב רחמנא ובעל השור נקי, בינה זה ודוק:

פרק י

הלכה ו

אין גומרין דינו של שור אלא בפני בעליו אם היה לו בעלים:

כתב המגיד, כדברי חכמים שבברייתא השנויה שם, ודבריו תמוהים מאד דהתם פלגי אם גומרין דינו של שור שלא בפני השור, אבל בפני הבעלים כו"ע סברי דאין גומרין דינו של שור אלא בפני הבעלים וכמבואר בפ"ב דסנהדרין גבי עובדא דעבדא דינאי מלכא קטל נפשא עמוד על רגליך כו' שהתורה אמרה יבא בעל השור ויעמוד על שורו, וכש"כ גבי שור דממונו דבעלים טפי הוא מעבד:

אמנם סידור דברי רבינו מורה לנו דבר נכבד, דזה כביר נתקשיתי דאיך אמרו שור של אדם טרפה אינו נהרג דבעי כמיתת הבעלים כך מיתת השור אמאי גרע משור ההפקר

דאין לו בעלים או משור יתומים דבעליו פטורים דקטן שהמית פטור והשור נהרג. ולזה בא רבינו וכייל לנו דאם יש לו בעלים אינו נהרג עד שיגמר דינו של שור בפני הבעלים, משום דבעלים איכא דמצי קאים בדינא ודיינא וקטלא דשור פסידא דידיה נינהו, לכן אין מפסידין את הבעלים אלא בפני הבעלים משום דאיהו גברא דמרתא דדייני עליה ולדידהו ציית, אבל שור יתומים דאפוטרופוס אינו משלם כופר, והיתום לאו בר ציית דינא ופטור מכל דינין שבתורה אם הזיק וכיו"ב שאין בו דעת ורחמנא פטריה מכל עונשין שבתורה א"כ הוי שורו כשור שאין לו בעלים, וכמו שכתבו רבנן בתוס' (דף לט) דזה טעמא דאין נזקקין לנכסי יתומים בחיוב הבא מעצמו, וגומרין דינו של שור בלא בעלים כשור הפקר דרחמנא רבינהו למיתה דלא ליהוי מכשול ליגח ולהמית בני אדם, אבל שור של אדם טרפה דבר דינין הוי ומוכרח לציית דינא אם יזיק ולכל מצות שבתורה, ודעתו שלמה לקדושין וגיטין ולכל מילי שבתורה, א"כ אם יתחייב שורו הוי כמו שהרג עבדו דאין גומרין דינו של שור אלא בפני הבעלים, בזה פטריניה רחמנא לבעלים שלא יהרגו שורו עפ"י עדים דדומה למיתת הבעלים מיתת השור היכי דאין גומרין דינו אלא בפניו, דמה בעלים פטור על הריגתו כן פטור על הריגת שורו, ולא חייש רחמנא להא דפטרינן אותו דאיהו בר דעת ובר מצות וציית דינא ודאי ישמרנו שלא יגח עוד וז"ב פשוט:

הלכה יד

נ"ל כו' אם המית שלא בכונה משלם חצי כו' כאילו המית שור חברו כו':

הנה רבה סבר דבשלא בכונה אינו משלם כופר ואפ"ה סבר דמשלם דמים לבן חורין, ובהודה עפ"י עצמו סבר דמשלם דמים בבן חורין ובעבד פטור לגמרי, וזה כמו סברא הפוכה מסברת רבינו דמחייב בעבד לתת דמיו היכי דליכא כופר ופוטר בבן חורין, אולם הגמרא עצמה צריך באור, מה טעם הוא זה, בשביל שלא נמצא גבי עבד תשלומי קנס עפ"י עצמו לכן אינו משלם דמים, מה זו סיבה להמסובב. אמנם הפירוש פשוט מאד, דניחזי מודה בקנס דפטור אינו משום שלא מצינן לחייבו ע"פ עצמו, דהא מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור, ונימא דל הודאתו יתחייב משום סהדי דמסהדי, וע"כ כיון שהודה ע"פ עצמו בפני ב"ד פטרתו רחמנא מלשלם והוא כאילו שלם בבית דין דהודאתו במקום תשלומין קאי [עד כי קצת מרבנן בתראי סברי לומר דהודאה שלא בב"ד מתחייב על פיה בלבד כיון שאינו נפטר אם באו עדים אח"כ] וא"כ איך יתחייב דמים כיון דיש כאן הודאה דבמקום דמתחייב השור מיתה ונתחייב הבעלים שלשים של עבד נפטר בזה, א"כ השתא שלא נתחייב השור מיתה וליכא דין של עבד, אינו מתחייב דמים דתוכל לומר דכבר שלם קנס בהודאתו דהרי נתחייב פה בדין עפ"י הודאתו ונפטר

בה (נ"ב. דלגבי קנס חשבה התורה מה דמרשיע את עצמו לתשלומין), אבל כופר לאו קנסא הוי ובמקום דאין צריך הודאתו רק על חיוב הכופר כגון דמודה דהוא מועד צריך לשלם גם עפ"י עצמו, רק יש כאן סיבה צדדית והוא מה שלא נתחייב השור מיתה עפ"י הודאתו, לכן משלם דמים דלא תוכל לכנות ההודאה לתשלומין וזה פשוט (נ"ב. דלגבי כופר דממונא הוי כל זמן שלא שלם אע"ג דהרשיע את עצמו לא נחשב לתשלומין), וא"כ לא נגע כלל לדברי רבינו, דכאן הסברא נוטה לחייבו דמים יותר בעבד דממונו הוא והוי כשורו וחמורו וכמו דאמרו גבי שור שהכה שפחה ויצאו ולדותיה דפטור בבן חורין הכא חייב דא"ל חמרא מעברתא אזיקנא לך ובזה פסק דלא כרבה וכמו דפריך רבא עליה וסבר דליכא דין נזיקין ותשלומי דמים במקום דליכא כופר. אולם א"כ יקשה לנו דחזינא רבא דסבר דאין תשלומין לאדם במיתתו סבר דאף מתשלומי עבד מיפטר וכמו דמייתי מהיה עבד כפות לו דסבר דכיון דליכא באש כופר ליכא תשלומין במיתת אדם אף בעבד כלל: **ולזה** כוון ההשגות וז"ל, הסברא כו' שהרי עפ"י עצמו דאמר רבא דלא משלם כופר בבן חורין אפ"ה משלם דמים [זו חדא] ולגבי עבד דמים נמי לא משלם [באשו] שלא בכונה כצ"ל, דזו השגה שניה דהא רבא דפוטר מדמים ופליג על רבה סבר דאף תשלומי עבד לא משלם אם המית העבד, וזה פלא על רבינו ז"ל. אמנם כזה נתעוררו רבנן בתוספות על הא דמחייב שור שהכה שפחה ויצאו ולדותיה בתשלומי ולדות, דהוי כמו דאזיק חמרא מעברתא, דהא עבד או אמה שנפלו לבור פטור יעו"ש בתירוצם, וצ"ל דבבור ואש שאינן משלמין על כל מילי שיש דברים שפטרתן התורה כמו בור על כלים ושור פסולי המוקדשין וכן אש על טמון ואף במדליק בתוך שדה חבירו אינו חייב רק במה שדרכו להטמין, לכן לא מחייבינן על מיתת מין בן דעת מסברא אף בעבד ואמה, אבל בשור שחייב על כל מילי שיש לו בעלים לכן מסתברא דלא פטור מתשלומי שויו של עבד דהוי כשורו וחמורו. ויעוין דף כ"ב אילו קטל תורא עבדא לא מחייב ופשטו דאדמים קאי ועיין תוספות, ולפ"ז א"ש דכוונתו במקום דליכא שלשים של עבד כמו שלא בכונה לר"ל גופיה בדף מ"ג אטו לא מחייב דמים ה"נ באשו ישלם דמים ודוק. ולשיטת רבינו פ"ה מהלכות חובל ומזיק הלכה ו' דנזק פטור ע"פ עצמו, א"כ למאן דסבר כופרא לא הוי כפרה והוי כנזק דין קנס עליו דמה לי קטליה פלגא מ"ל קטליה כולא, וא"ש מה דפריך הגמרא על ר"א דאמר נקי מחצי כופר עפ"י עצמו הא מודה בקנס הוי אף למ"ד פלגא נזקא ממונא. ולפ"ז יתכן מה דפוטר כאן תם מתשלומי דמיו בהמית בן חורין שלא בכונה, כיון דבכוונה ליכא כופר, שלא בכוונה נמי לא קנסתו רחמנא לשלם, דהיכן מצאנו תשלומי קנס לשלא בכונה לחודא, אבל בעבד דממון גמור הוא דחסריה ודאי

משלם, ולפ"ז רבה לא פליג על דברי רבינו דאימת מחייב דמים במועד דאיכא כופר, אבל בתם דפטור לגמרי רק שלא בכונה נקנסיה זה אינו מושכל, דאין שייך לומר דיהיה כאילו הרג שור, כיון דתשלומי אדם קנסא הוי משום דאדם בן חורין לאו להמכר קאי ואין לו דמים[1] , אמנם אם נאמר דתשלומי דמי בן חורין בהומת שוה לנזק דאינו משלם ע"פ עצמו צ"ע איך מוקי רבה הך דהמית שורי את פלוני בדמים הא אכתי קנסא הוי ואינו מתחייב ע"פ עצמו, ומה דפליגי בירושלמי אם התוספת אינו מרובה על העיקר אי משלם לו כל נזקו, הוא בשור שנגח שפחה ויצאו ולדותיה, דסבר דאינו משלם דעיקר נזקין גבי בן חורין כתיבא אם בן יגח כו' וכתיב ואם עבד יגח דמשמע ג"כ סמוך לנזיקין כדדריש תמן וכיון דבבן חורין פטור דהוא עיקר כש"כ דפטור בעבד לשלם נזקי ולדות וח"א משלם לו כל נזקו הוא נזק הולדות לאדון וכמו דאמר בתלמודין ודוק היטב:

הגהה

פרק יא

הלכה א

וכל המעוכב גט שחרור אין לו קנס הואיל ואין לו אדון כו':

הרב המגיד תמה למה לא כתב רבינו כאן שאם תפס אין מוציאין מידו כמוש"כ בפרק ו' מהלכות חובל. ונראה דגבי קנסא בעי עדות שאתה יכול להזימה כמו שאמרו במרובה גבי תשלומי ד' וה', וא"כ מצו עדים לומר מאן יימר דתפיס ממונא דילך, והגם שמצאנו לרבינו שהעדים משלמין דמי עין לאדון והשיג הראב"ד כיון שאינו משלם אלא א"כ תפס למה ישלמו העדים, ופירש בכסף משנה דכיון דמועיל עדותן אם יתפוס העבד תו משלמי דלזה הואיל עדותן, זה התם דלמאי העידו שסימא עינו אם לא דנשלם ליה דמי עינו דלחירות יוצא בשנו לבד, אבל כאן מצי לומר דבאו לחייב השור מיתה אם המית העבד אבל לא לחייבו תשלומין אם יתפוס ומצי לומר מאן ידע דתפיס ממונא מינך, וכיון דעדים אם יוזמו לא ישלמו תו לא מהני תפיסה דיליה:

או יש לומר דבפרק הגוזל ומאכיל פליגי אמוראי בגזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו אם מצי גבי מן השני, ואיפסוק הלכה דמצי גבי מן השני, אבל נתייאשו

[1] וקצת יש להוכיח דרבה ע"כ סבר דתשלומי נזק באדם לא הוי קנסא, דהא איהו סבר אליבא דר' מאיר בפרק אלו נערות דבקנס מת ומשלם, ואיך מקיש מכה אדם למכה בהמה בהיקשא דחזקיה לפוטרו מממון הא קרא דמכה אדם יומת מיירי גם בחובל באביו דחייב מיתה ולכן לא כתיב מכה אדם ומת וכמוש"כ תוס' פרק המניח (דף לה), וכן למד במכילתא דמכה אביו לבד חייב מקרא זה יעו"ש, וא"כ במכה אביו מת ומשלם נזק כמו כל קנסא דמת ומשלם, וע"כ דלדידיה סבר דנזקא לאו קנסא הוי ודוק:

הבעלים ובא אחר ואכלו אף היכא דליכא שינוי רשות דלקני בכ"ז אינו מוציא ממון מן השני כמו שפירשו בתוס' שם ריש פרקא, ונחזי כש"כ היכא שאין יכול להוציאה בדיינין ואינו מקדישה כמו שנתבאר בההיא מסותא כו' יעו"ש, כי מתייאש ודאי פטור אחר אם הזיקה, דבנשתקע שם הבעלים או אינו יכול להוציאה בדיינין מועיל ודאי יאוש בקרקע, ועיין תוספות פרק לולב הגזול גבי ההוא אוונכרי, ובמס' ב"ב מ"ד, א"כ במעוכב גט שחרור אף אם תאמר דהדין באמת דעדיין ממונא אית ליה גביה, מכל מקום הא הוא ברשות העבד שאינו יכול להוציאו בדיינין כיון דמספקא לן ואיהו מוחזק והלא מצי לחבול בעצמו ויכול למחול על נזקיו לאחר ולומר הכני פצעני וכיו"ב ואיהו תמיד מוחזק בעצמו, לכן בודאי נתיאש מממונא דאית ליה גביה [ואשכחן נתיאשתי מפלוני עבדי] ותו כי בא שור של אחר והרגו פטור דהא גזלו ונתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו פטור, דכיון דנפיק כל כך מרשות מריה ואינו עומד לחזור לבעליו, כש"כ כאן אף דהעבד לא זכה בעצמו דמקושר הוא עם הקנין האיסורי הנפקע רק ע"י גט, בכ"ז ברשות מריה אינו, ולכן אחר המזיקו פטור, ורק בהלכות חובל דשם אם תפס העבד שפיר לא מפקינן מיניה, כי פטור המזיק אינו קשור במה דלא זכי ביה אחר רק במה דאינו ברשות הבעלים ואינו עומד להיות ברשותו וכמו גזל ונתייאש אף למ"ד דיאוש לא קני ושינוי רשות לא הוי בכ"ז האוכל פטור, לכן הכא אף דהעבד לא שייך שיזכה בזה דהא מקושר עם קנין האיסורי דלא נפיק בלא גט שחרור כמו אשה בלא גט, בכ"ז המזיק פטור, וזה ישר:

הלכה ב

המית מי שחציו עבד וחציו בן חורין כו'.

יתכן לומר בסברת רבינו דהא דמוקי הגמרא כמשנה ראשונה היא לפום סלקא דעתי' דלא ידע הגמ' שנויא דלקמן התם אם יבא אליהו כו' כן הכא בחציו עבד אילו אתא אליהו ויאמר דהאי עבד ימות טרם שישתחרר הלא הוא עבד גמור בחציו לכן הוי לי' קנין כסף בי' ושפיר חצי קנס לבעליו ואם כי תמן הוי דאתא אליהו ויברר התערובות דמכבר וכאן הלא הוא על ענין העתיד להיות ועוד לא היה מ"מ הוי גלויי מילתא בעלמא וכזה אשכחן בריש פרק החולץ דעל דבר העתיד להיות אם אמרינן אילו יבוא אליהו ויאמר דאפולי כו' השתא נמי גלויי מילתא כו' ויעוי' תוס' שם ד"ה תגלי מילתא שביארו זה יעוי"ש ויעוי' כזה בתוס' ריש חגיגה דף ד' ד"ה לא נצרכה ואכמ"ל.

ומסתברא דעת רבינו דהך שקלא וטריא לפום רהיטא, אבל במסקנא לא פקע כספא מיני' עבור השחרור כיון דאינו צריך לשחררו בלא שיכתוב שטר על חצי דמיו ולכשישתחרר מחויב אם ישיג דמים לפרוע חובו הרי כספא אית לי' גבי' ואיכא כמה

שיטות דשטר חוב ליתן כסף הוי כסף ובמכר קנה מתורת כסף כמוש"כ רב האי בספר מקח וממכר יעוי' בספר מחנה אפרים סי' ה' קנין מעות בזה ומקרי אדונו ליתן לו חצי קנס וברור וקצת צ"ב בשלמא עבד אינו משתחרר אם יהיב לי' שטר חוב בשויו מתורת כסף דאם לא ישחררו הוי כל מה דזכי קנוי לרבו ומה שקנה עבד קנה רבו א"כ לא יהיב לי' מידי דבלא זה הוי כולו שלו אבל בחצי עבד כיון שכותב לו שטר על חצי דמיו הוי כסף וא"צ עוד לשחררו בשטר דהא החצי בן חורין מתחייב לשלם לו דמי החצי עבד והוי כסף ויעוי' רגמ"ה ב"ב ודבריו צ"ב. אמנם זהו רק כשהמקבל את השטר מחשיב זה לכסף אמרו אי דיהיב שטרא אדמי' היינו כסף אבל בעל כרחו דאדון כיון דלא מחשיב שטר עני' לכסף איך ישתחרר בזה החצי עבד ופשוט. וכן אמרו קדושין י"ח יהיבנא לי' חספא בבע"כ דאדון יעו"ש.

פרק יב

הלכה י

אחד החופר בור כו' ולמה נאמר בור עד שיהיה בו כדי להמית וכמה כדי להמית עומק עשרה טפחים, אבל אם היה פחות מעשרה ונפל לתוכו שור כו' ומת פטור:

בפרק הפרה (דף נא) אמר לרב נחמן דמכריסא דתורא לארעא כמה הוי ארבעה ובבור עמוק ששה טפחים אשתכח דכי קא מיחבט מעשרה הוא דקא מיחבט ולכן גבי דין דנפילה דבעי עשרה בעי בהא בדיקה ושהיה מעל"ע יעו"ש. ופריך ממתניתין דנזקין ומשני דאיגנדר לבור, הרי בלא איגנדר לבור רק נפל בקומה זקופה חייב בבור ששה טפחים כי מת. ורבינו סתם דעל מיתה פטור בבור פחות מעשרה אע"ג דליכא מאן דחולק על רב נחמן. והנראה דנחזי דאף באיגנדר ומת בבור ששה טפחים יתחייב משום תחלתו בפשיעה וסופו באונס, דפושע הוא אם יפול בקומה זקופה, וצ"ל דרב נחמן סובר כמ"ד תחלתו בפשיעה וסופו באונס פטור, אבל לדידן דחייב ליתא לדרב נחמן וכן כתב הישי"ש. אולם למה שהעלה בעל המאור בהא דלא אמרינן בהך דאינו יכול לעמוד בפני גמלים והלכו עליו שוורים והתליע מתוכו דפטור, דהוי תחלתו בפשיעה, משום דגבי בור שהקילה בו תורה גבי כלים הקילה בו ג"כ דלא חייב משום תחלתו בפשיעה וסופו באונס, א"כ א"ש דלא חייב כאן בבור ששה על מיתת שור משום תחלתו בפשיעה כי נפל בקומה זקופה, דהשתא נפל ומת כי איגנדר והוי אונס, ונכון:

ולדברי בעל המאור א"ש מה שתמהו קדמאי, דמ"ש כי נתקל באבן שהניח עפ"י הבור ונפל לבור חייב בעל האבן, ומ"ש כי מת מחמת חבטו אמרינן קרקע עולם הזיקתו,

ובנפל אחורי הבור גם לשמואל פטור ועיין מלחמות בפרק הפרה ותוספות בריש המניח באורך, ולפ"ז א"ש, דכאן גבי אבן מתחייב משום דהוי תחלתו בפשיעה וסופו באונס דגבי בור דתחלתו בפשיעה אם יפול על פניו בבור וסופו באונס שנפל לאחריו דלא עייל ביה הבלא רק קרקע עולם חבטתו פטור. אבל בכאן אם יוזק באבן ודאי יתחייב, ותחלתו פשיעה שמא יוזק באבן וסופו באונס דבור של פלוני הזיקתו חייב דאבנו דיליה דלא אפקרינהו משורו למדנו וכרב, אך דחוק הוא לומר דרבא אזיל דלא כשמואל דהלכה כוותיה בדינא, ותירוץ המלחמות דבממון שלו חייב על התקלה לבד צ"ע, דא"כ איך מוקי הא דתניא בבור בין לפניו בין לאחריו חייב בבור ברשותו, והא אף אם נתקל בבור ונפל אחורי הבור חייב, כיון דנתקל בממון שלו, וצ"ל דמיירי שנפל מקול הכריה ועל משנה דילן קאי, וכיון דאיהו לא גרים כל התקלה לכן הוא פטור היכי דחבטא דלאו דיליה המיתו וכמש"פ שם המלחמות:

לכן אמינא עפ"י מה שפרשו רבנן בתוספות פרק כיצד הרגל בהא דלא אמרינן דהוי תחלתו בפשיעה לגבי גדיא בזקירא וכלבא בסריכא ויתחייב נזק שלם אף אם אפוכי מיפך דלאו אורחיה, משום דלא עדיף מפושע גמור לענין קרן דאינו חייב רק חצי נזק, וגדר דתחלתו בפשיעה וסופו באונס הוא לחייבו כאילו היה פושע גם על דבר זה, ואז היה חייב בלא ההבטה אל הדבר שהיה לה פושע שלא נתהווה כן, כמו על רגל, רק מה שסופו ע"י שינוי הוי כאילו פושע לזה והוי דינו חצי נזק עכ"ד בביאור קצת, ותו נחזי, דבנתקל בבור ונפל בקרקע הבור דנאמר דיתחייב כאילו נפל על פניו בבור דאז הוי מעייל ביה הבלא, הא השתא לאו מהבלא מית רק מחבטה דקרקע עולם דאיהו נפל לאחורי פניו ולומר דדמי כאילו היה פושע גם על הך חבטה דנחבט בקרקע עולם, הא השתא אעפ"י שאין לך פושע גדול ממנו לגבי החבטה דבלא חפירתו להבור אין כאן חבטה בקרקע עולם, ואפ"ה פטור, דכיון דחבטה לאו דיליה רק דקרקע עולם, ופטרתו תורה מונפל דרך נפילה, אבל בנתקל באבן ונפל בבור, הלא תחלתו בפשיעה דהוי מצי למות אם נחבט באבן דיש בו כדי להמית, וסופו דמית בהבלא דבור דאידך והוי כאילו היה פושע על הבור דאידך, וכי מית מהבלא דבור אילו היה פושע היה חייב או גם לשמואל בחבטה דבור גופא לכן חייב אף כי איהו לא חפר הבור ובעל הבור פשע והוי בעל האבן אנוס על הבור, בכ"ז כיון דפושע הוא אם הוי נחבט באבן לכן מחייב כי נמי מית בבור דאידך, והא דאמר אי לאו בירא דידך אבנא דידי מאי הוי עבדא אי הוי מיתקל הוי קאי, זהו לפי מה דחזינן סופו דנתקל באבן ונפל בבור דהוי באונס גבי בעל האבן, אבל פושע הוא אם הוי נחבט באבן והיה ראוי למות מחמת האבן והוי פושע

על הנחת אבן אצל הבור, לא כן בנחבט בקרקע עולם נאמר דהוי כמאן דהוי פושע גבי חבטה דקרקע עולם, אטו מי הוי מחייב, הלא ע"ז פטור מקרא דונפל, וזה נכון, דלתירוץ המלחמות קשה הא דאמר רב בריש פ' המניח ל"ש אלא שטנפו כליו במים אבל הוזק עצמו פטור קרקע עולם הזיקתו, אע"ג דהתקלה היה ממימיו דלא אפקרינהו דממונו הוי דחייב אכלים בהו, בכ"ז אזיל בתר חבטה, וזה צ"ע דיתחייב בממונו על התקלה לבד כמו במניח אבן אצל בור ונתקל באבן ונפל לבור דמשום דבור ממון דיליה חייב על התקלה לבד לרמב"ן. ואולי סובר המלחמות כמוש"כ המאור זה לשונו, ומיהו שהוחלק במים ונישוף עצמו בקרקע פטור בעל המים לגמרי שאף התקלה עצמה מחמת הקרקע היא באה שהיא עיקר התקלה לפיכך אין זה דומה לדחיפת בור עכ"ל, ורמב"ן יודה לזה, רק דקשיא ליה מה הועיל בחבטו דבור דפטור לרב, וכמו כן תל ברה"ר דהוא פטור לרב דהוא עשה התקלה בתל לא בקרקע עולם, ע"ז חילק רבינו במלחמות בין ממון שלו לבור דהפקירא יעו"ש, אך לפ"ז צריך לדחוק, דהא פירש שם דנתקל בבור ונפל אחורי הבור דפטור לשמואל ג"כ משום דהגרמא לא עשה לבדו רק בצירוף קול הכריה והחבטה קרקע עולם לכן פטור גם לשמואל, וא"כ בהוחלק במים והוזק בקרקע עצמו אמאי חייב לשמואל, וצ"ל דכיון שהוזק בשטח שהמים מתפשטין עליו חייב, ודוקא נפל אחורי הבור לא מחייב היכי דלא עשה כל התקלה לבדו ואגובה מחייב היכי שנתקל בגובה ונחבט בקרקע משום שעשה כל התקלה אבל היכי שהחבט היה במקום שהוא עושה היינו בבור או במקום שהמים נשפכין דדמי לבור חייב אף אם לא עשה התקלה לבדו, וחילוק זה מוזכר בתוספות פ' המניח ד"ה נישוף באבן, גם יש לחלק באופן אחר בין שם שהחלקה מחמת הקרקע ג"כ, בין הך לקול הכריה כמובן:

ודע דלפירוש המלחמות הוי מצי לאוקמי הך דא"ר אלעזר על ההופך את הגלל ברה"ר והוזק כו' דוקא שנתכוין לזכות בהן אבל לא נתכוין לזכות פטור, באופן זה דמשמע ליה דהוזק עצמו בהן שנתקל בגלל ונישוף בקרקע, ואם לא נתכוין לזכות וחייב מטעם בור פטור דקרקע עולם הזיקתו, אבל אם מתכוין לזכות הרי ממון שלו הוי וחייב אף על התקלה לחודא:

ובסברת המאור שבהוחלק במים התקלה ג"כ מסיבת הקרקע בצירוף מים, אפשר לפרש הא דפריך בדף ל' רב הונא לרב לא יהא אלא כרפשו, דפירושו דאף אם הוזק בקרקע שלא הגיעו שמה המים, מכל מקום התקלה היה מסיבת הרפש בלבד ולא בגרם סיבת הקרקע וחייב כמו בעל האבן כשנתקל אחד באבנו ונפל לבור ורפש ממון שלו הוי והוא ממש כמו בעל האבן אצל בור דחבריה, ולכן לא פריך על רישא דהוחלק, וזה נכון:

שוב ראיתי במאור שם על הך דבתמו מיא, ז"ל, אני אומר כן שהקרקע היא המזקת לאדם לא המים כו' אבל האדם כו' אלא החלקה שהוא מחליק שם ונתקל בקרקע ונמצא שהחלקה הזיקתהו ולא המים, ולא דמי לשור שדחף, וכוון לזה רבינו בנועם לשונו [אשר לכאורה הוא ללא צורך] שהחלקה באה בסיבת הקרקע שהיא עיקר התקלה, לכן לא דמי לשור שדחף, פירוש שור שדחף לבור ולא נקט שור שהזיק, שכוון למש"כ בהפרה, וראה איך עמקו דברי רבותינו אבות העולם אשר כל תיבה ותיבה מכוונת מאד: [והנה בשה"ג כאן יש תמיה שכתב ולפי דרכנו למדנו תירוץ לקושית התוס' שאמרו היכי דנתקל בקרקע ונשוף באבן להוי פטור לסברת רב. וזה בדוי ולא שייך כלל לדברי רב, ובטח תלמיד טועה כתבו ונזדקר לפניו מה שהקשו בנתקל באבן ונפל לבור ולא יצא מפי קדוש ד' הגאון מור"י בועז ז"ל]:

ונשוב לענייננו, כי לפי מה שישבנו או לפי תירוץ רמב"ן אין הכרח לשיטת המאור דבור חלוק לענין תחלתו בפשיעה וסופו באונס, וגבי היה הכסוי אינו ראוי לגמלים כבר תירצו יפה הביאן הרב המגיד. וא"כ קשה ליתחייב בבור ששה על מיתה ג"כ אף באיגנדר הואיל ותחלתו בפשיעה אם יפול בקומה זקופה. ונראה לפרש דמיירי בשור פקח שעיניו למטה לכן הוי ליה לעיוני כמוש"כ תוספות ריש פ' המניח דלכן ב"א אין דרכן להתבונן בדרכים, וזה לא שייך באיגנדר לבור, וא"כ תו לא הוי תחלתו בפשיעה אם יפול בקומה זקופה, משום דאם יפול בקומה זקופה ודאי פטור דשור פקח הוא והוי ליה לעיוני. אולם בכ"ז דחוק לאוקמי הא דסתם בור עשרה טפחים בשור פקח דוקא, וצ"ל עיקר דמשניות כולהו דנפל לבור פחות מעשרה פטור בהבל משום דכרב סבר רב נחמן דלהבלו ולא לחבטו, ורק בבור עשרה איכא הבלא וחייב על מיתה וכדמשני רב נחמן לרבא, אבל למאי דקיי"ל כשמואל ותחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב ע"כ דלא כרב נחמן, או דלא דמי ממונא לאיסורא, דלא שכיח מיתה כ"כ בפחות מעשרה רק דהוי ספק השקול וחוששין כמו לספק דרוסה, לכן בממון פטור מלשלם פחות מעשרה או דליתא לדרב נחמן כלל, ולכן דקדק רבינו שור או שאר בהמה, דאף שור דמכריסא ד' טפחים פטור, ולשונו מדוקדק מאד כמוש"ב ודוק בכ"ז:

הלכה טו

עשה תל גבוה ברה"ר כו' אבל אם הוזקה בלבד חייב לשלם נזק שלם ואפילו בתל גבוה כ"ש או בחפירה כל שהוא שהנזק בכ"ש דבר מצוי [ו]**ידוע כו'**:

הנה בתוספתא פ"ו איתא ובירושלמי פ"א ה"ב ז"ל, כמה שיעורו לנזק כל שהוא ולמיתה עשרה טפחים. סומכוס אומר לעומקו ג' לארכו ולרחבו ד', ר' אלעזר הקפר אומר כמלואו

של נופל, והכריע רבינו כתנא קמא מהא דאמר בירושלמי הכשרתי במקצת נזקו כו' זה הבור דתני חפר בור ט' טפחים ובא אחר ועמק בו טפח האחרון חייב רבי אומר אחר האחרון למיתה ואחר הראשון לנזיקין [כן הוא בתוספתא] א"ר יצחק כיני מתניתא אחר אחרון למיתה ואחר שניהן לנזיקין כו' דתני חפר זה עשרה וזה עשרה כו' כולהון חייבין, פירוש דכמו דאם הראשון חפר חיוב מיתה והשני עשה חיוב מיתה שניהן חייבים למיתה, כן לרבי אם הראשון חפר בור ט' טפחים ובא אחר ועמק טפח אחר שניהן לנזיקין, ואם תאמר דבעינן שיעור ג' טפחים לחיוב נזיקין מאי מדמה הירושלמי ומה מייתי, שאני התם שהשני עשה אשר בשיעורו לבדו יש שיעור להמית הנופל לתוכו. משא"כ הכא שהשני עמק טפח שבטפח לבדו אין שיעור בור לנזיקין, ולכן לנזיקין הראשון חייב לחודיה, וע"כ דפסיקא ליה להירושלמי דבטפח לחודא איכא שיעור בור לנזיקין ושפיר דמיין להדדי, וחזיא דהלכה כתנא קמא:

אולם בבבלי פרק החובל (דף צא) בעי אם יש אומד לנזיקין וקאמר ת"ש מבור כו' מטפח ועד עשרה כו' נזיקין איכא כו' ולעולם אימא לך יש אומד לנזיקין וכל מידי ומידי כי היכי דמתזקא בעינן, וקא פשיט במסקנא דיש אומד לנזיקין, חזינא דהלכה כר"א הקפר כדי מלואו של נופל ואינו חייב אלא בכל חדא בשיעורה שבזה יש נזיקין וצע"ג על רבינו איך סתם או בחפירה כל שהוא שזה אינו להמסקנא דגמרא דיש אומד לנזיקין:

ואולי סובר רבינו דבחבטה היכי דאיכא ודאי בכל שהוא כמו דפסק ת"ק דתוספתא וירושלמי ס"ל הכי, והגמרא מיירי במקום דליכא חבטה רק הבלא לחודא במלא ספוגין וכיו"ב, בזה שקיל וטרי אם יש אומד, וצ"ע עוד. ואולי בתקלה העשויה לרבים שאני דמצוי להזיק לאחד בכל שהוא, ולא דמי למזיק חבירו באבן כו' דכאן לרבים, והוא קרוב לגדר תחלתו בפשיעה וסופו באונס ודוק:

הלכה יז

נפל לתוכו שור פסוהמ"ק ומת כו':

נ"ב הוה"ד אם הוזק פטור כמפורש לקמן סוף פ"ו מהלכות חובל ומזיק יעו"ש:

הלכה יט

שור שדחף בהמה לתוך הבור ומתה כו'. ואם תם הוא בעל השור משלם רביע מגופו ובעל הבור משלם ג' חלקים מן היפה שבנכסיו כו':

פסק כר' נתן דכל היכי דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי. והנה נחלקו בזה הפוסקים אם היכא דליכא לאשתלומי מהאי לא משום פטורא [כמו תם וכשור פסוהמ"ק] רק משום שהוא עני ואין לו או אלם וכיו"ב, אי משתלם מהאי ובהגהות הביא

בשם מוהר"מ ב' דעות בזה, והטור הביא מה"ר יחזקיה [הוא מה שלוקט ממנו הגהות אשר"י] שכתב, ובזמן הזה שור שדחף את חבירו לבור לא ישלם בעל הבור אלא ג' חלקים אע"ג דליכא לאשתלומי מיניה דפלגא נזקא קנסא ול"ד לשור פסולי המוקדשים דהתם פטור, להוכיח מזה דאם אין לו מצד שהוא עני או כיו"ב, כיון דלאו מסיבת שהוא פטור לא משתלם מאידך. ובקצות כתב דאין ראיה, דלכו"ע בתם כיון דאם כיחש מזיק ברשות תרווייהו דהוי כאילו גבה כבר ונאבד מיד הניזק, ולא שייך שישלם אידך, ולכן בזה"ז כיון דיוחלט השור הוי כאילו גבה הרביע נזק ואע"ג דקנס אין לו אלא משעת העמדה בדין, בכ"ז לפחת הוי ברשות ניזק כדמוכח מכיחש מזיק דברשות תרווייהו, ואין דבריו נראים, דאף דאמרינן כיחש מזיק ברשות שניהן לרע"ק דשותפין הוי, הוא דוקא אם עמד בדין אח"כ ונחלט לו השור עבור הנגיחה שפיר חיוב התשלומין בא עליו משעת הנגיחה ונחלט לו השור למפרע, אבל אם לא עמד בדין ודאי דאינו מתחייב כלום ואין השור שלו רק כשעמד בדין ונחלט השור אז אשתכח דנחלט השור למפרע ואינו מכור אף לרדיא לשיטת התוספות, וכן הוכיחו רבנן בתוספות פרק המניח (דף לג), דאם העידו עדים ששורו נגח בב"ד ביום א', ואתו עדים ואמרו אמת ששורו נגח בערב שבת הקודם וביום א' עמנו הייתם משלמין המוזמין לבעליו, דבשעה שאתו לב"ד אכתי לא אתחייב גברא, דכ"ז דלא עמד בדין לא אתחייב בקנסא, רק כי עמד בדין תו הוי השור שלו למפרע וזכי ביה משעת הנזק היינו משעת העמדה בדין זכי בשור למפרע משעת נזקא, והביאו ראיה עצומה מפרק מרובה דאהך דאמר דאפכינהו ואזמינהו אי דקא מאחרי אחורי הני בתראי דמי כולו עבד לרב בעי לשלומי, דכי מחייבי ליה לגברא אכתי גברא לאו בר חיובא הוי, אף דכי עמד בדין אמרינן דזכי העבד בנפשיה משעת הנזק ותו אם הפיל שנו אחר שסימא עינו טרם שעמד בדין בעי למיתב לו דמי שנו כמו דגלי קרא מתחת עינו כו', בכ"ז כל זמן שלא עמד בדין אכתי לאו בר חיובא הוי, ע"כ דבריהם בתוספת באור, ולפ"ז דברי הקצות לא נתנו להאמר כלל, דכיון דבזמן הזה לא עמד בדין תו לא הוי בר חיובא כלל ולא הוי שור שלו ולא הוי כמאן דגבי תורא, ודמיונו לכיחש מזיק אין לו דמיון כלל, דשם עמד אח"כ בדין לכן נחלט השור לו למפרע ופשוט:

אולם תמוה לפ"ז, מהך דריש פרק הפרה, דפרה שנגחה את השור דפרה דחד וולד דחד דמשתלם אחד מארבעה בנזק מן בעל הפרה ואחד משמונה מבעל ולד, דתמהו שם רבנן בתוס' דלימא כי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי, ופירשו דעד כאן לא אמר ר' נתן אלא בתם שדחף חברו לבור שאעפ"י שודאי הזיק פטור התם טפי מפלגא, אבל כאן שאם הולד במעי אמו בשעת נגיחה יש לו להתחייב בתשלומין אין לחייב הפרה תשלומין

שהם על הולד לשלם אם נגח, הרי יוצא מפורש מפי רבנן בתוספות דבכה"ג דאין לו מה לשלם לא אמרו כי ליכא וכו' משתלם מאידך, וכיון דב"ד לא חייבוהו טפי משמינית נזק הוי כלא עמד בדין על יותר ולא שייך לומר דהוי כמאן דגבה, ואפ"ה לא משתלם מאידך, וזה הו"ל לרבינו הטור להוכיח מדברי תוס', ובבאורי הגר"א רמז לזה וכן בקצות, וזה דחוק לומר דאביי יוקים למשנה דלא כר' נתן, דסתם משנה דנפל לפניו מקול הכריה חייב כוותיה ואביי לית ליה טעמא דתוראי בבירך אשכחיה כמוש"כ בתוספות (דף נג) ד"ה הא כרבנן כו':

ונראה לדעתי, דנחזי בפרק יש נוחלין (דף קלה) זה אחי אינו נאמן ויטול עמו בחלקו כגון אם שנים הן לבד הספק ויש להם לחלוק ג' שדות זה נוטל שדה ומחצה וזה נוטל שדה ומחצה, נותן זה המעיד לאחיו הספק שהוא אחיו חצי שדה שיש לו מחלקו וחצי האחר ביד אחי הוא הבא לך ראיה וטול עכ"ל רשב"ם שם, וכן פסק רבינו בפ"ד מהלכות נחלות. וחזינן דאף דאם בא אלם או גזלן קודם החלוקה וטרף, הרי חולקין בשוה וכאן הרי אחיו גזלן על חצי שדה שנוטל יותר מחלקו. וא"כ ראוי להיות בשאר חלוקה שוה בינו ובין אחיו שהודה לו הוא, שזה יטול ג' רבעי שדה וזה כן, ובכ"ז אינו נותן לו רק חצי שדה, והטעם כיון שהוא יש לו ראיה ליטול חלקו שהניח אביו הוא שדה שלמה, רק החסרון שאין בכח האח הבא ממדינת הים לברר שהוא אח, וא"כ מה שמחזיק האח השני בחלקו הוא מצד חסרונו בראיה שאין לו לברר בב"ד שהוא אח ובדינא שקיל שדה ומחצה לכן איהו מפסיד ואין לו לאחיו השני בזה ההפסד כלום, כן הכא בגוונא דהולד הוי בפרה בעת הנגיחה הלא היה צריך לשלם רביע נזק, רק שמשום שאין לו ראיה לניזק ועליו לברר שהוא היה בעת הנגיחה לכן לא חייבוהו ב"ד לשלם יותר משמינית שבנזק, ואיך יאמר כיון דליכא לאשתלומי מהאי אשתלמנא מינך, כיון שאין החסרון רק משום שאין לך ראיה לברר חובך, משא"כ היכי שהוא אלם או עני ושאר אונסין דלא משלם, אפשר דאמרינן דמשתלם מאידך וכמו שבארתי גבי זה אחי, וכן אפשר דבזה"ז בעל הבור משלם כולי נזקא ודוק:

ודא מסתפקנא טובא, אם שור של עצמו של הניזק דחף שורו לבור מי משתלם ליה בעל הבור שלשה חלקים, כיון דאיהו גרים לנפשיה היינו ששורו דחף שורו אע"ג דתם הוא ופטור טפי מרביע נזק, מ"מ לשלם לך חלקו של השור שהוא שלך רק לשלמו יותר מפלגא רחמנא פטריה, אבל איהו שותף בנזק כמוני בעל הבור לא משתלם מנאי. ודבר זה צריך הכרע, ויש לתלות קצת בתרי לישני אי כולה הזיקא עביד רק משום מאי אהני ליה שותפתאי אפשר דאם הוא שורו של עצמו יאמר את תפסיד כפי חיובך ואת עשית

בהיזק כמו בעל הבור, משא"כ אי פלגא היזיקא עביד ואינו מחוייב רק ברביע, ובכ"ז אינו מוכרע. ונראה לדעת הרא"ש בשיטת רש"י, דתם ומועד שחבלו זה בזה, דמועד משלם במותר נזק שלם, הוא מה שהוא יותר על נזקו של זה, כמו תם שחבל במועד מאה ומועד חבל בו ק"ן נחשב מאה נגד מאה, וחמשים ישלם לו ולא אמרינן דהתם מחויב חמשים וישלם המועד מאה, קמ"ל דלא נחשב היזק לתשלומין רק מה שהוא יותר ממה שהזיק בו תם, א"כ ה"נ כיון דהוא עשה היזק כמו בעל הבור אינו נחשב יותר לתשלומין רק מה שמגיע לחלק הבור אילו היה השור מועד היינו חצי נזק ומה שבעל השור חייב חצי נזק רק שפטור אבל הוא עשה בנזק כמו בעל הבור אינו נכנס להחשבון, וע"ז אין צריך לשלם בעל הבור כיון שבעל השור הזיק שור של עצמו, ומה שהוא מנוכה מעצמו שלא בתורת גביה ע"ז אין דין תמות כלל, בינה זה:

אבל לשיטת רבינו צ"ע איך הדין אם אמרינן כל היכי דליכא לאשתלומי, הן דמצאנו לרבינו בהלכות חובל ומזיק פ"ז דזורק כלי מראש הגג ע"ג כרים וכסתות וקדם אחר וסילקן שניהם חייבין, ואם בעל הכלי הסיר הכרים והכסתות הזורק חייב, וזה פלא, דאין לומר משום כל היכי דליכא לאשתלומי, דזה דמי ממש לדחף שור של בעל השור לבור, דתאמר דבעל הבור משלם כל הנזק שלם דליכא לאשתלומי מבעל השור זה הבל, ודברי רבינו ודאי צ"ב. והשה"ג העלה בזה קצת מזור יעו"ש היטב:

ודע דלאותו פירוש שפירש רש"י דשלמים שהזיקו גובה מבשרן כנגד אימוריהן וכן להנך פוסקים דסברי דלהך לישנא דהאי כולא הזיקא קא עביד כו' ולא אמרינן משום דתורא בבירך אשכחית גובה מבשרן כנגד אימוריהן, א"ש טובא הא דקשה להך דסבר אליבא דר' יהודה דצד תמות במקומה עומדת ולכך אף כי שמר שמירה פחותה משלם חצי נזק מגופו יעו"ש, א"כ קשה דאיך אמרינן דמועד משלם כופר שלם הא כיון דפלגא נזקא מגופו קא משתלם תו אמרינן הביאוהו לב"ד וישתלם לך כיון דהשור נסקל, וכבר הרגישו זה רבנן בתוספות (דף מא) ד"ה הביאהו לב"ד וישלם לך, ואי דנאמר דעל כרחין גזה"כ הוא, א"כ מאי פריך ר' עקיבא לר' אליעזר דדרש נקי מחצי כופר הביאוהו לב"ד וישלם לך, הא הוי גמרינן ממועד דמשלם כופר שלם אע"ג דנזיקין משלם פלגא מגופיה. ולפ"ז א"ש, דר"י יסבור כר' נתן דכל היכי דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי, וכאן על פלגא הלא מחוייב בעל השור לשלם מן העליה ועל פלגא דתמות ליכא ממה לאשתלומי דהביאהו לב"ד וישלם לך. תו אמרינן כי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי וגובה כולה מן העליה דומיא לשור תם ושור מועד שנגחו דהשור תם משלם רביע נזק ושור מועד משלם שלשה רבעים של נזק, ואין זה דומה למי שחייב בתשלומין רק

אין לו ממה לשלם, דבזה שיטת כמה פוסקים דבכה"ג לא אמרינן משתלם מאידך, דאף כי קדם ושחטו ג"כ פטור כמו שאמר הגמרא (דף מב), אבל הכא דשור בר קטלא הוא תחלת דינו נפטר מממון ולא חלה עליו תשלומין כו' הרי דפטור הוא כמו שור פסולי המוקדשין לענין נזיקין ודוק:

ולכאורה נסתר זה מהא דאמרו אין מעמידין אפוטרופוס לתם לגבות מגופו ור' יעקב סבר דצד תמות במקומה עומדת לכן לא משלם רק חצי נזק דמועד, אמאי לא ישלם משום כל היכי דליכא לאשתלומי כו' כולא נזקא, אך זה לק"מ, כיון דהך פלגא חייב בתשלומין רק שאין כאן בעל דין להעיד בפניו לא אמרינן כל היכי כו' משתלם מהאי, אבל אם כן הא כל טעמא דבפלגא דתמות במועד אין מעמידין אפוטרופוס פירשו בתוספות משום דכיון דחס רחמנא עליה ואם אין השור שוה חצי נזקו אין משלם אלא מגופו, והא משתלם מן העליה משום כל היכי דליכא לאשתלומי כו' כל מה דלא שוה השור על חצי נזק של תמות, ואי משום דאי כיחש הוא ברשות הניזק, זה אינו קולא דהא בהשביח ג"כ הוי שלו ורש"י פירש שם טעם אחר יעו"ש. אך גוף הסברא לא נהירא דהתורה אמרה דפלגא מהחיוב הוי תמות והוא מתשלומי כל הנזק פלגא תמות ולא שייך כל היכי דליכא כו', אמנם התוספות צדדו כך על קושיא דאיך משלם כופר שלם הביאהו לב"ד וישלם לך וכתבו ושמא מצד מועדת מחייבו הכתוב כופר שלם. הבן בדבריהם ושקול במאזני צדק, ומה נאות הוא לפסק רבינו בבעיא דשור של שני שותפין דמשלמין כל חד פדיון נפשו כופר שלם, לכן על צד מועדת לחודיה משלם כופר שלם ודוק:

והנה בים של שלמה הביא בשם בה"ג ישראל ועו"ג שהיו שותפין בעסקא ועשו סחורה עם יהודי אחר, והונו לישראל יתר משתות כו' דינא הוא דמחייב בכל האונאה אע"ג דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מאידך כר"נ יעו"ש. והדברים תמוהים מאד, דדוקא במזיק אמרינן דכל היכי דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מאידך משום דהזיקו שניהם, אבל אונאה אטו דין מזיק הוא, רק משום דממונא דחבריה אית ליה גביה ואיהו לא שקיל רק פלגא ומשלם פלגא, והוי כשנים שלוו כאחד, שצריך האחד להחזיר שלו, רק מדין ערב אמר בירושלמי דגבי כוליה מכל אחד עיין סימן ע"ז, ובזה כמדומה לא שייך ערב וצ"ע. וזהו מה שרצינו לבאר בהלכה זו:

פרק יג

הלכה ו

ואם היתה אפילה כו' פטור על שבירתה:

רבינו השמיט כאן בקרן זוית, משום דעד כאן לא שמענו בקרן זוית רק במקום שאין לו רשות לבעל הכד להניח כדו, לא הוי להנכנס לאיזדהורי ביה ולחשוב שמא הניח זה כד שלא ברשות בר"ה, אבל כאן הניח במקום שיש לו רשות להניח תו הוי לאיזדהורי הנכנס בקרן זוית, דהא מונח כאן בקרן זוית דעצרי, וזה כמוש"כ בהלכות רוצח דמשו"ה בקרן זוית חייב כמזיד דהנכנס בכלי זיין יש לו לשמור עצמו שאידך מהלך ברשות, ודלא כמוש"כ הכסף משנה בשם המגיה שם, ופשוט:

הלכה יד

לא יוציא אדם תבנו וקשו לרה"ר וכו' וכל הקודם בהן זכה:

דהלכה ומורין כן כרב אדא בר אהבה משמיה דרב, דמורין כן הואיל ואיתמר ליה בסופה, וכיו"ב בפ"ק דעירובין גבי עירוב מבוי מפולש לרה"ר דפליגי ר"ה וראב"א אליבא דרב, וגם שם הלכה כראב"א עיי"ש, והוי של הזוכה לגמרי כזוכה מן ההפקר אם זכה משעת שבחא. ומש"כ רבינו ואם קדם אדם וזכה בהן כו' אין מוציאין מידו, פירוש משום ספק ואם חזר הבעלים ותפס ממנו תו אין מוציאין ממנו כדין כל ספיקות דמהניא תפיסה אם יחזור ויתפוס וכמוש"ב רבינו בפרק י"ד מהלכות אישות הלכה י"ב יעו"ש ודוק:

הלכה טו

יש לכל אדם להוציא (זבלו) [את הזבל] כו' ואעפ"כ אם הזיק חייב לשלם וחייבין ע"ז הגלל משום גזל:

בטור אם הזיקו כל הקודם בהן זכה, יצא לו מהא דאמר שם בסוגיא אפילו תימא ר"י מודה ר"י שאם הזיק משלם מה שהזיק, ולפ"ז הא דקתני במשנה שם כל הקודם בהן זכה, פירש הרא"ש הובא בשיטה דמיירי כשהזיקו אז כל הקודם בהן זכה, ולדידן דקנסו גופן משום שבחן גם גופן כל הקודם זכה, ובעושין ברשות לא שייך לחלק בין מידי דאית ביה שבחא למידי דלית ביה שבחא, וכן מה שפרש"י בדרשב"ג כל המקלקלין אפילו ברשות, הא דקתני כל הקודם בהן זכה מיירי כשהזיקו ואף במידי דלית ביה שבחא, וראיות הגר"א אינן מספיקות שלגבי גלל שרשות להוציאו ברשות הרבים מנ"ל יעו"ש. ולשון רבינו כיון שאין בו שבח אם נדוש לא קנסו בו. צ"ב, דתיפוק ליה דהוה ברשות. ואולי דאתא להשמיענו דאף לאחר שלשים יום או שלא בשעת הוצאת זבל דליכא רשותא,

וכן כתב בפ"ו מהלכות גזילה ואבידה הלכה ה' בין בשעת הוצאת כו' בין שלא בשעת הוצאת זבלים, או סובר דלכשהזיק הוי ראוי לקונסו אע"ג דהוי ברשות אילו הוי ביה שבחא, רק משום דליכא ביה שבחא לא קנסוהו אף לכשהזיק, וסובר בפירוש הגמרא כהרא"ש דאם משנתנו כר' יהודה ובשעת הוצאת זבלים לפ"ד דגמרא דברשות הא דקתני כל הקודם בהן זכה מיירי כשהזיקו ואפ"ה אין למדין גלל מהן כיון דלית ביה שבח ודלא כהטור, ודוק:

פרק יד

הלכה ד

לה"ד לשורו שיצא והזיק כו':

נ"ב פירוש ודין שור שאינו משלם רק נזק לבד לא ד' דברים, וכן בשו"ע. אולם בתולדותיו אבנו סכינו כו' שכתב רבינו להלן סוף פרק נראה ג"כ דאינו חייב רק בנזק לא בארבעה דברים:

הלכה ט

פטור על כל הכלים הטמונים בגדיש:

דוקא בכלים הטמונים בגדיש שאילמלי בערה בהן האש לא היה היזק בהן אף שנשרפו הגדיש והתבואה מקרי טמון לענין נזיקין, אבל האש שאכלה בהמה מעוברת אף דלענין נזיקין עובר לאו ירך אמו ובהמה שהזיקה גובה מולדה משום דהיא וולדה נגחו יעוין תוס' ריש פ' הפרה, בכ"ז לא מיקרי העובר טמון, כיון דאם היתה נשרפה האם בלא העובר ג"כ הפסיד חיותיה ולא מצי לחיות בנשרפה הבהמה, א"כ דמי העובר המה מעלים את הפרה, דהפרה הגלויה שוה יותר שבחיותה תלוי חיות העובר ולא מיקרי דהזיק בטמון, ואי משום דבשר העובר יכול להשתייר אף אם תשרף הבהמה, זה לאו מידי דהא אף בטמון משלם מקום כלים הטמונים כאילו הוא מלא חטים וכו' וצריך לשלם כאילו היה כולו מלא בשר, ורק משום דהחיות של העובר שוה יותר מבשר, ע"ז הלא שפיר כיון דחיותיה תלוי בחיות האם [ובמתה אמרו דהיא מייתא ברישא] וכש"כ שלא יתכן שתשרף הבהמה וישאר העובר בחיים [יעוין נדה מ"ד] א"כ הבהמה וחיותה שוה יותר וההיזק בגלוי ופשוט, ויעוין בפירוש ר"ח הנדפס בש"ס ווילנא בסוף פרק כיצד הרגל שכתב שיש ראיות רבות לדחות, ואין צורך לחלק בין טמנוהו בידי אדם לטמנוהו בידי שמים. ועיין ירושלמי פאה פרק ו' הלכה ז' ושם מיירי בלוף ושום וכו' הטמונים בארץ, והירושלמי שם רמי מהך דטמון בנזיקין יעו"ש ודוק:

הלכה י

והיה גדי כפות לו כו':

בהמגיד ויש מי שפירש דוקא כפות וכן עיקר. לפי הך שיטה פירשו תוס' דהך דאמר בסוף פ' כיצד דשורו כממונו מיירי בכפות והבעלים אצלו יעו"ש, ושם הסכים לשיטת רבינו דבאינו כפות ומשום דאינו בן דעת להסיר הגחלת מעל לבבו, וצ"ל דסבר כהך פירוש שהובא ברש"י במשנה דהכונס יעו"ש דמחלק דלברוח מן הגדיש יש בו דעת, אבל להסיר גחלת מלבו לא, וצ"ל דדחפו לתוך האש ויכול לעלות גרע טפי מגחלת יעו"ש, ויותר נראה דרבינו סבר דכפות לאו דוקא, ובזה מתבאר לנו טעם מאן דפטר מצמצם בהמת חבירו מנזיקין יעוין בפרק הנשרפין דלכאורה תמוה גופו חייב מיתה על מצמצם ועל ממונו יהא פטור, ולפ"ז א"ש דבהמה אין בה דעת ולא היתה מהלכת מן המקום משום שאין בה דעה, ואף אם היתה רוצה להלוך ולברוח מכל מקום לאו כל בהמה אית בה דעת לברוח, ופשע הבעלים במה שהניח אותה בחמה, או מי שדחף אותה לתוך המים חייב אף אם יכולה לעלות וכמוש"כ רבינו הלכות חובל ומזיק פ"ד הכ"ב, וכן כי נפלה לתוך המים תו פשע הבעלים שלא נזהר לשומרה דאימור לא היה בה דעת לעלות לכן פטור מצמצם, ולפ"ז בנזקי אדם דהוא בן דעת והיה בודאי עולה מן המים חייב מצמצם, ולא מתחוורא הך דאמר רוצח הוא יעו"ש היטב ודוק:

ולכאורה משמע דבבהמה ג"כ שייך דהיה לה לברוח מהא דבירושלמי פ' ח' דכלאים ה"ג פריך על הא דאמר דמנהיג בקול בכלאים לוקה דחזינא דקול כמעשה והתני טיפח כנגד עינו וסימה כו' וחרשה כו' לא יצא לחירות אמר ר' ליעזר כו' שנייא היא שהוא יכול לברוח תדע לך כו' תפס בו ה"ז חייב. והנה תניא בתוספתא דב"ק פ"ו צוח באזנו וחרשו פטור כו' המבעית בהמה של חבירו פטור מדיני אדם כו', הרי דגם בבהמה שייך דהיה לה לברוח, אמנם אטו להירושלמי בהיה עבד כפות יצא לחירות אם תקע נגד אזנו וחרשו והמכוון כמו דאמר בבבלי דאיהו הוא דמבעית אנפשיה, אך בקדושין כ"ד אמר דבר דעת איהו דמבעית אנפשיה ובתוספתא נראה גם בבהמה ואכ"מ: