תלמוד בבלי · ראשונים · ריי״ף · מפרשים · מלחמת השם

מלחמת השם על בבא קמא

רבנו משה ב"ר נחמן [הרמב"ן]

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

מלחמת השם על בבא קמא

רבנו משה ב"ר נחמן [הרמב"ן]

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/מלחמת-השם-על-בבא-קמא/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611161024 של הספרייה.

תוכן העניינים

דף ג. 4
דף ד. 6
דף ח. 8
דף יא: 9
דף יב. 11
דף יג. 12
דף יג: 15
דף יד: 18
דף טז: 21
דף יז: 22
דף יח. 25
דף יט. 29
דף יט: 30
דף כ: 32
דף כב: 34
דף כג: 36
דף כז: 42
דף כח. 46
דף כח: 49
דף ל: 49
דף לא. 51
דף לא: 54
דף לג. 55
דף לג: 56
דף לד. 57
דף לד: 61
דף לה: 62
דף לו. 62
דף לו: 62
דף לז. 63
דף לז: 66
דף לח. 67
דף לח: 67
דף מא. 69
דף מא: 74
דף מג. 75
דף מד: 77
דף מה. 78
דף מה: 79
דף מו. 81

דף ג.

כתוב בספר המאור הכא במאי עסקינן כגון שלקח עידית באחרונה רבינו ז"ל לא פירשה כל הצורך וכו' עד וה"ה לנכסים משועבדים:

אמר הכותב לא מעוקציה ולא מדובשיה כי מה שהקשה הרב ר' זרחיה בעל המאור ז"ל בכאן יפה הקשה ומה שתירץ אינו שאין לנו ראיה לומר בנכסים משועבדים שגובה מן העידית ואין ללמוד מנכסי יתומים דהתם לא תקינו רבנן אדינא דאורייתא בשביל יתומים אבל בשביל לקוחות תקנו כמו שאמרו דמלוה על פה גובה מן היורשין משום דשעבודא דאורייתא ואינו גובה מן הלקוחות דעבוד רבנן תקנתא ועקרו דינא דאורייתא בשביל תקנתם של לקוחות הכא נמי לא שנא ואי סלקא דעתך תקינו רבנן אלקוחות כי אקשי בגמ' אי הכי בנזקין נמי לימא הכי לישני ליה כדרבא ומאי גובין מן האחרון דתני סיפא מן העידית שלקח באחרונה את זו השיב עליו הראב"ד ז"ל וזאת תשובתנו הרי רבינו הגדול רבינו יצחק בן אלפסי ז"ל חזר בו ופסק כרב נחמן וכן עיקר דרבא לאו מיפליג פליג אלא אתדע דקאמר אביי התם וראיה לדבר דכאביי קי"ל דאקשינן התם עליה דרבא ממתניתא דאברם חוזאה ואוקמא כר' ישמעאל דאמר בדמזיק שיימינן מפני תיקון העולם[1](כר"ע הלכך לר"י לעולם בדניזק שיימינן ולית ליה בהא מפני תיקון העולם וליתא דהא רבינא דהוא בתרא אוקמא למתני' דקתני הניזקין שמין להן בעידית מפני תיקון העולם) ואידחיה ליה פירוקיה דרבא בדאברם חוזאה ואפשר נמי דרבא לדבריו דאביי קאמר למאי דאוקמא למתני' כר' ישמעאל מ"מ הלכתא כרב נחמן דרביה דרבא הוה ואין הלכה כתלמיד במקום הרב ועוד דיחיד הוא ואין דבריו של יחיד במקום שנים ולפיכך חזר בו רבי' הגדול ז"ל והרי כתב רבי' ז"ל ברייתא זו דקתני כולן גובין מן האחרון דמשמע אפי' מן הזיבורית והנה לפי דברי בעל המאור ז"ל הא מני ר' ישמעאל היא והדרא תיובתין לדוכתא עוד אזקק לפי' השמועה כדי להראות שאין זה דעת רבינו הגדול ז"ל הוי יודע שזה שכתב בעל המאור ז"ל דבלא יתמי דין אחר הוא ניזקין ובע"ח בבינונית וכתובת אשה בזיבורית אינו דמ"ש כתובת אשה שדינה בזיבורית משום דא"ל אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא דזיבורית למאריה ושקלת מזיבורית השתא נמי שקולי בזיבורית מינאי בע"ח נמי לימא ליה אי שתקת שתקת וכו' ולגבי בזיבורית ואי כדאמר ליה לכי מהדרת דהשתא נמי זיבורית בעית למפרע לי אשה נמי תימא הכי מעידית הוא דמצית לדחויה אבל אי בעית למיתן לי בינונית הב לי ואי לא זיל אהדר שטרא

[1]בד"ס הגי' וליתא דהא רבינא דהוא בתרא אוקמא למתני' דקתני הנזקין שמין להן בעידית מפני תיקון העולם כר"ע הלכך לר"י לעולם בדניזק שיימינן ולית ליה בהא מפני תיקון העולם

למריה דהשתא נמי זיבורית בעית למפרע לי אלא הכא עיקרא דשמעתא דכי היכי דמצי לאגבואינהו אי מהדר שטרא ה"נ מגבה להו השתא הלכך לכולהו בזיבורית מסלק להו והא דאקשי' בגמ' אי הכי בניזקין נמי נימא הכי הכי פירושיה לא מיבעיא לבע"ח דמצי לסלוקי בזיבורית בהך טענה אלא אפי' לניזקין דדינייהו מדאורייתא בעידית מצי לסלקו בזיבורית כמו שהוא מסלק לאשה בזיבורית וכלשון זה כתב ר"ח ז"ל אי הכי בנזקין נמי נימא הכי וכ"ש לבע"ח דהא תנן אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין וכו' אי נמי האי דמקשה נזקין משום דבנזקין איירינן ליתו כולהו וליגבו מעידית בנזקין וקאמר רב אי שתקיתו דחי להו מעידית ולפום הכי מקשי אי הכי נזקין נמי לידחי להו מעידית בהכי ולא נחית למידק למאי מדחי להו לניזקין ולא לבע"ח אלא במאי דעסיק מקשה ופשיטא ודאי דכולהו לזיבורית מידחו עכשיו למדת שאין לדחות הך אוקימתא דאוקמוה ביתמי מפני טענתו של בעל המאור ז"ל וכי עדיין אנו צריכין להעמידה ביתמי משום בע"ח דשקיל בבינונית ובלא יתמי דין אחר הוא ושקיל בזיבורית כי היכי דשקלה אשה בכתובתה ולפיכך אין לנו טענה על דברי רבינו הגדול ז"ל בכאן אלא שאני אומר דהא דקא אמרי' בגמ' משום דא"ל אי שתקיתו שתקיתו לאו דפסקינן אנן הכי אלא ה"ק כולן נכנסו תחת הבעלים שיכולין לקוחות להגבותן כדיניהן ואי בעי נמי בעלי חובות ונזקין למימר ליה לכי מהדרת מצי למימר הכי שאין זה מן הדין אלא שיכול להפסידן שלהן ואנן כי אתו לקמן מגבינן להו לנזקין מעידית כדינייהו ולבע"ח בבינונית כדיניה דאי לא תימא הכי האי מאן דזבין עידית לחודה מחבריה והיו על המוכר ניזקין ובע"ח וכתובת אשה לאו מי אמרי' להו גבו מעידית ואע"פ שיכול לומר להם אי שתקיתו שתקיתו ואי לא יהבינא זיבורית דידי במתנה ללוה ואזליתו ושקליתו מיניה ה"נ ל"ש דהא במתנה גמורה צריך ליתנה לו לוקח ללוה שהרי בחזרת השטר לא בטלה מכירתו ולא חזרה נמי כדאיתא בבבתרא בפ' גט פשוט ובשמעתין נמי רמיזא דאי בטלה [2](מתנתו) אפי' יתמי נמי בני פרעון נינהו דלאו נכסי דקנו יתמי נינהו אלא ודאי הך טענה דאי שתקיתו אי טעין ואי לא לא דיינינן אנן הכי ומה שהוצרכו בגמ' להעמידה ביתומים לרווחא דמילתא הוא לומר דאפי' טעין לא מתהני ליה מידי כיון דהאי דינא בודאי טעין הוא לא הוצרך רבינו הגדול ז"ל לכתבה שהכל הולך אחר טענתו ואחר רצונן של ניזקין ובעלי חובות שאינו מן הדין אלא מחמת טענתן של אלו ואלו ואי לא טעין אי נמי טעין ואמרי ליה הנך לכי מהדרת ולא אהדר דינא הכין הוא כדכתב רבינו הגדול ז"ל ואין להשיגו בזה כי עיקר הדין כתב אלא שאחז דרך קצרה כמנהגו ויש לו בזה ראיה מהא

[2] צ"ל מכירה

דאמר רבא רצה מזה גובה רצה מזה גובה ואוקימנא דזבן בינונית ושבק זיבורית ואם אתה אומר טענה דאי שתקיתו דינא הוא היאך גובה מלוקח שני בינונית והלא הראשון היה יכול לומר לו אי שתקת ולא גביא זיבורית כמו שהוכחנו למעלה וכיון שמן הראשון אינו גובה אלא מן הזיבורית אף מן השני אינו גובה דמה מכר לו הראשון לשני כל זכות שתבא לידו אלא ש"מ דטענה דאי שתקיתו לאו דינא הוא וכי טעין ושתיק אידך הוא דמהני ליה ואי לא לא ונפיכך רצה גובה משני שאין לשני טענה זו והאומר דמימרא דרבא ביתמי מפריז על מדותיו ואין שומעין לו שא"כ לא הוה שתקא גמ' מלפורשה והרי במס' ב"מ ובמס' כתובות לא הזכירו יתומים כלל ובאמת שזה ראיה גמורה למי שלא יתעקש לפי מה שכתבנו ואין זה דומה למה שאמרו במס' כתובות גבי מי שהלך למדינת הים ואבדה דרך שדהו וכו' דאמרי' התם אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו ולא מצית לאשתעויי דינא בהדייהו דאלמא אנן דיינינן הכי אע"ג דלא טעין זו אינה דומה לזו משום דהתם ה"ק ליה אתינא מכח ד' דלא מצית לאשתעויי דינא בהדייהו הלכך כדינייהו נמי דיינינא ליה דמה מכרו לזה כל זכות ומהדרנא שטרי לאו דוקא אלא מראה מקום הוא לו שאם יבאו בעלים הראשונים ומשתעי דינא בהדיה לא גבי מינייהו כלום השתא נמי דינא דידהו אית ליה ללוקח זה דמה מכרו לו כל זכות שיבא לידם כדאמר רבא בשמעתין בהדיא משא"כ בזו. כללו של דבר דינא דאי שתקיתו שתקיתו בכאן לאו דינא הוא אלא אי פקח הוא יכול למימר להו הכי אי בעו אינהו למימר ליה לכי מהדרת שקלינן מיניה ולא הדר שקלי נזקין מעידית ובע"ח מבינונית כדינייהו ואי אתו לקמן כדינייהו מגבינא ליה לכולהו וכדכתב רבינו הגדול ז"ל ומצינן כתוב בשם ר"ח כלשון הזה ההיא דדחיא לטעמא קמא דאי שתקיתו לאו למימרא דאי איתיה למוכר וקא מדחי להו לוקח באי שתקיתו דמסלקינן ליה לנזקין מעידית ולבע"ח מבינונית בהא דחיתא קלישתא אלא דחויי קא מדחינן מלהוי טעמא דתנא דהכי ע"כ. ואף לרבינו האי גאון ז"ל דאיתא בספר המקח בשער כ"ז שכתב כולן נכנסו תחת הבעלים וטעמא כדמסקנא ולא פירש דביתמי עסקינן אלמא בלא יתמי נמי הוי דינא הכי:

דף ד.

ועוד איתמר ג' אחים שחלקו וכו' כתב הרי"ף ז"ל כבר איפסקא הנכתא בהדיא כרב דאמר בטלה מחלוקת הלכך גבי שני אחין שחלקו א' נטל קרקע וא' נטל כספים וכו':
אמר הכותב איברא טעמיה דמרן נהירי טפי והכי עיקר דשמעתא דכיון דיורשין הוו ואמרי' האי הוא דאודית להון אבוהון בכל מילי נמי בטלה מחלוקת ושמעתיה הכי

מפרשי' ליה דאמרי' מעיקרא דאזיל האי ושקיל פלגא בכספים והא דקאמר הרי הן כאילו חלקו קרקע דשקיל פלגא אי נמי הרי הן כאותו קרקע שנטל בע"ח שאף הוא יפרע חצי אותו חוב ולא כמי שחלקו קרקע קאמר שאילו חלקו קרקעות אין לו אלא רביע חלקו בקרקע ורביע חלקו במעות ומחצה פסיד לפי פי' רבינו ור"ח ז"ל ואקשי' פשיטא האי ברא והאי לאו ברא דודאי לקוחות באחריות נינהו דלאו שופטנא הוא דשקיל קרקע דקאי באפי בע"ח ולא לישקול פלגא בכספים הדר אקשיה אדרבה מימרא דרב אסי לא אפשר לפרושה הכי דכיון דסבירא לן בעלמא כשחלקו קרקעות מחצה לקוחות גבי חלקו כספיס כנגד קרקעות פסיד דמחצה דהכא ודאי לקוחות שלא באחריות נינהו דהא קאי באפי גנב הלכך לית ליה אלא רביע בכספים דהוא משום דמחצה יורש נינהו לרב אסי והיכי אמר הרי הן כקרקע דמשמע דשקיל ביה פלגא הרי הן כאותו קרקע שנוטל בע"ח או כמו שחלקו קרקעות הא ודאי לא שקיל אלא רביע דהוא מחצה בחלקו וכשחלקו קרקעות שקול מחצה דיורשין הוו או לקוחות באחריות ולא מפסיד מחלקו כלום ולפי פו' רבי' ור"ח ז"ל אין לו משום יורשין אלא רביע חלקו ומשום יורשין אלא שאין הפי' ההוא מחוור בעצמו והדר בעי' לאוקומא בג' אחין או בב' שחלקו קרקעות ומאי הרי הן בקרקע דשקיל רביע בכספים כבקרקע וכולה שמעתא ובפי' הזה עלו דברי רבי' הגדול ז"ל כדינו כהוגן ומ"ש בעל המאור דהשתא דתקון רבנן בתראי למגבא ממטלטלי אסתלקי ליה טענתיה דבעל כספים שקילה טיבותיה דמר בהא ושדיתא אחיזרי דאכתי מצי למימר להכי שקלי כספים ולא קיימי באפי כולהו בע"ח שאני יכול להטמינן ולהבריתן מהם להכי שקלת קרקע דאי מטרפא לא משתלמת מינאי דלאו שופטנא אנא דקאימנא באפי גנב ובאפי בע"ח דידך אלא מדשקלי כספים אין אחריות גנב עליך אף קרקע שלך אין אחרות בע"ח עלי ועוד שאמרו בשם הגאונים דלא תקינו למיגבא ממטלטלי דיתמי היכא דאיכא ארעתא וכך מצינו כתוב אבל אנחנו לא נדע ועוד דאפי' בתר תקנתא לא משכחת דגבי בע"ח כספים מיורש אא"כ ה"ל לאבוהון בשעת הלואה דגבי מתקנתא דבתראי ואם מוכרן יורש מכורין ואין בע"ח גובה אותן מלוקח ואפי' בדינא דתלמוד גבי בין מיורש בין מלוקח דאקנו ליה מטלטלי אגב מקרקעי וא"ל דאקני כדאיתא בפ' ח"ה ונמצא זה צריך לאחריות בע"ח ואעפ"כ יכול לומר להכי שקלי כספים דלא ליתו כולהו בע"ח וטרפו מינאי ואת קיימת באנפייהו ושקלי מינך דשכיחא טירפא דידך טפי ועלך דידך אתו ודאי ולאחר תקנה נמי אע"פ שהמטלטלין והקרקעות שוין בדין זה כיון דעל הקרקעות אתו ודאי ועל הכספים בספק דכספים להוצאה ניתנו ולאחר הלואה קנאן ועוד שיכול היורש הזה להוציאן ולהפקיען מבע"ח הלכך לא משתלם מיניה

והשתא עדיפא טענתיה טפי דלא שוטה הוא למיקם באפי כולהו אלא עיקר דבר זה כמו שכתבנו:

דף ח.

כתוב בספר המאור אמר אילפא בהמה ברה"ר ופשטה צוארה וכו' ולא פליגי אהדדי אלא מר אמר חדא ומר אמר חדא:

אמר הכותב בתחלה אפרש שיהיו דברי רבינו הגדול ז"ל קיימין הוי יודע שמה שאמרו בגמ' בקיפצת לא לענין ח"נ אמרו שאין זה שינוי אלא כיון דאורחא למיכל אורחא נמי למיקפן ומיהו אילפא סבר דאע"ג דלא קפצה חייבת הואיל ופשטה צוארה וה"ה לאוכלת מצד הרחבה ממקום גבוה שאין זה שן שפטרה תורה לפי שאין דרכה לאכול אלא להלך ולאכול דרך הלוכה מאמצע רה"ר ממקום נמוך שאוכלת ממנו בדרך הלוכה ור' הושעיא סבר דוקא קופצת לפי שנסתלקה מרה"ר לגמרי ודמיא למאן דשבקתה לרחבה ואכלה בצדי הרחבה אבל אכלה בלא קפיצה פטורה והיינו דאמרי' לקמן דאילפא ור' אושעיא איכא בינייהו ואנן כיון דקי"ל מחזרת פטורה ולא מחייבה עד דשבקה לרחבה ממילא שמעינן דהלכתא כר' הושעיא ועוד דר' הושעיא עדיפא דהוי לפטורה ורבא דהוא בתרא מתרץ למלתיה והיינו דכתב רבינו הגדול ז"ל והוא דקפצה כר' הושעיא כלומר הלכתא כאילפא דגבי חבירתה כחצר הניזק דמי ולא כרה"ר אבל לא מחייבא עד דקפצה כר' הושעיא ואי אילפא פליג לית לן בה דהלכתא כר' הושעיא ויש מי שמוסיף לומר מאחר שר' הושעיא פוטר בשאינה קופצת ואילפא אין לנו ראיה שחולק עליו אמרי' דאילפא נמי בקופצת והיינו דאמרי' דאילפא ור' הושעיא איכא בינייהו ותרוייהו מחייבי בקופצת ופטרי בלא קופצת וכי דחי בגמ' בקופצת ה"ק בקופצת מחייבו בברייתא ואילפא בלא קופצת ולא תפשוט סיועא אבל אנן אמרי' דאילפא ודברייתא תרוייהו בקופצת ותפשוט סיועא ועתה אשוב להשיב על בעל החבור הזה ז"ל תמהו עליו רבים שכתב כל על גבי חבירתה חייבת בין קפצה בין עמדה אלמא קפיצה לאו שינוי הוא ומשלמת נ"ש והיינו דאילפא והדר אמר וברה"ר בלא גבי חבירתה חייבת ח"נ בקופצת אלמא שינוי הוא ותולדה דקרן הוא תרתי ועוד שאמר וברה"ר בלא גבי חבירתה חייבת בח"נ בקופצת ע"ג חבירתה נמי שאין ח"נ חלוק בכך ושמא הוא מפרש שהקופצת לאכול מע"ג חבירתה אינה משונה וחייבת בנ"ש והיינו בכלל דאילפא אבל הקיפצת שהזכירו בגמ' אינה קופצת ע"ג חבירתה אלא שקפצה ממקום למקום וזה שינוי ואינה עשלמת אלא ח"נ אבל אינם דברים נכונים שלא הוזכרו קופצת אלא בשקופצת למקום גבוה כדי לאכול ואין

לחלק בין גב חבירתה למקום אחר גבוה גבוה שבכולן דרכה בכך ואילו היתה קופצת ממקום למקום באמצע רה"ר ברחבה אפי' תאמר שהיא משונה פטורה דנהי דבאותה קפיצה היא משונה מ"מ כיון שהפירות מונחים באמצע רחבה ובלא קפיצה מטיא להו ובאכילתה אינה משנה היינו שן ברה"ר ובודאי פטורה ועוד דאמרי' לקמן דר' הושעיא איכא בינייהו ולפי פי' הזה צריך אתה לפרש דר' יוסי ור"א דאמרי אין דרכה לאכול אלא להלך לענין ח"נ אמרו ולא כן צורת ההלכה ועוד דהל"ל דאילפא אי נמי דר' הושעיא איכא בינייהו מדקאמר דאילפא ור' הושעיא משמע דחדא אוקמתא היא בדתרוייהו ועוד מצאתי בתוספתא בהמה שהיתה מהלכת כדרכה ברה"ר וכו' שינתה ואכלה משלמת מה שהזיקה כיצד שינתה ואכלה היתה קופתו מופשלת לו לאחוריו ברה"ר ופשטה פרה פיה לתוכה ואכלה משלמת מה שהזיקה וזו היא הברייתא שהעמידו בגמ' בקופצת וקתני מה שהזיקה ואין הלשון הזה אלא לשון נ"ש שוב מצאתי בירושלמי תאני ר' חייא שינתה ואכלה משלמת נ"ש מהו שינתה ואכלה היתה קופתו מופשלת לו לאחוריו והיתה עומדת בר"ה ופשטה פיה ואכלה ממנה משלמת נ"ש והיאך העמידוה בקופצת שהיא משונה ואינה משלמת אלא ח"נ אלא ודאי אין בשמועה זו זכר לח"נ כלל לא בדר' הושעיא ולא בברייתא דגבי תולדה דשן איתניא בהדיא בתוספתא ובלשון נ"ש שנית בכל מקום שהיא וזו קשה אף לדברי רבינו שלמה ז"ל שכתב שהקופצת משונה אלא שהוא ז"ל לא חלק בין גב חבירתה למקום אחר שא"א ואין דבריו נוחין שהרי אמרו גבי ברחא אורחיה נמי סרו כי ומסלק אלמא דרכה בכך כדי לאכול כללו של דבר אין עליך לדון אלא בלשון רבינו הגדול ז"ל דמאחר דקי"ל מחזרת פטורה כלישנא קמא דשמואל דסוגיין כותיה לא אפשר לחיובא פשטה צוארה ואכלה דהא גריעה נמי ממחזרת ועוד כי אקשינן בגמ' לשמואל דאמר מחזרת פטורה מצידי הרחבה היכי משכחת לה לימא כגון שפשטה צוארה ואכלה ממקום גבוה וחייבת כגון דצידי הרחבה כרשות הניזק דמי שיש לו רשות להניח שם פירותיו אלא ש"מ לעולם פטורה אא"כ קפצה דהא שבקתיה לרה"ר ואף רבינו חננאל ז"ל פי' שהקופצת שאמרו בגמ' נ"ש משלמת כדרב הושעיא והמודה על האמת יודה בזה:

דף יא:

ועוד אמר רבה זרק כלי מראש הגג וכו' הרי"ף ז"ל כתבה למימרא דהלכתא היא ואנן מספקא לן כו':

אמר הכותב בתשובת זו השאלה לא הוצרכנו לדברים רבים שאם הדבר ספק הדין עם

רבינו ז"ל לכתוב דברי רבה שפטר משבר כלי שנזרק מראש הגג ושלא חייב ג"כ תרנגולין שהיו מחטטין בחבל דלי בנ"ש אלא בדאזיל מיניה דספיקא היא והכא קולא לתובע ופטור שזה כלל גדול בדין המע"ה ומי שתפס עליו מפני שכתב בפשיטות מימרא דרבה יפקח עיניו ויראה כמה בעיות אחרות שעלו בתלמוד בתיקו וכתבן כאילו נפשטו לפטור מפני שהדין בשניהם שוה ובאמת שזה היה מספיק לבעל המאור ז"ל אבל אנו דעת אחרת עמנו בזה דלעולם כל היכא דלמר מיבעיא ליה מלתא בשום דוכתא בתלמודא ולמר פשיטא ליה הלכה כמאן דפשיטא ליה ואפי' תלמיד במקום הרב וכ"ש רב במקום תלמיד וזו סברא מכרעת ודעת רבינו ז"ל הסכים עליה שהרי ח"נ צרורות מיבעיא ליה לרבא אי משלם ליה מן העלייה או לא ולרב פפא פשיטא ליה ופסק רבינו ז"ל בפ"ק הלכתא כרב פפא משום דרבא לא פשיטא ליה דאילו פשיטא ליה ופליג אדרב פפא בודאי הוה הלכתא כרבא אלא שיש לי לדקדק עליו שם שלפי המסקנא דאמרי' ולרבא אמאי קרי ליה תולדה דרגל לפוטרו ברה"ר לרב פפא נמי לא פשיטא ליה ולאו כיוצא בהם דקאמר רב פפא משום דקרי תולדה דרגל דפנוור ברה"ר כדרבא ומהדר הוא דהדר ביה מפירוקא קמא דאמר לרב פפא פשינוא ליה ואע"ג דלא אמרי' אלא לפוטרו ברה"ר משום דלאו מלתא ברירה היא דנהדר מינה בהדיא ועוד דלא איכפת לן שיש כיוצא בה בתלמוד הרבה מ"מ אתה למד שדעת רבינו ז"ל לפסוק הלכה כמאן דפשיטא ליה וכבר מצינו דבר זה לראשונים מפורש וכך כתוב בהלכתא גברתא בפ' אלו נערות דגרסי' התם אמר אביי בא עליה ומתה פטור ומלתא דפשיטא ליה לאביי מיבעיא ליה לרבא וכו'. וכתב הנגיד ר' שמואל הלוי ז"ל בהלכות הנזכרות שלו איכא דאמרי כיון דרבא ומר בר רב אשי בעו לה מיבעיא ולא איפשטא להו עבדינן כמאן דפשיטא ליה וכי אמרי' אביי ורבא הלכה כרבא לבר מיע"ל קג"ם ה"מ במאי דפליגי אהדדי בודאי אבל הכא דאביי פשיטא ליה ורבא מספקא ליה עבדינן כאביי דפשיטא ליה אלו דברי הנגיד ז"ל ולזו הסברא נטה דעת רבינו הגדול ז"ל כמו שכתבנו והיא נראית עיקר ועכשיו לפי הפברא הזו אנו חמהין עליו ז"ל במה שכתב בההיא דתרנגולין שהיו מחטטים בחבל דלי והוא דקא אזיל מיניה מיניה דאלמא בתר תבר מנא אזלינן ונראה שלא הורה רבינו ז"ל לפסוק כמאן דפשיטא ליה היכא דקמאי פשיטא להו ובתראי מיבעיא להו דהא מיתחזי דלא קבלוה מינייהו וכיון דאינהו לא קבלוה אע"ג דשמיע להו אנן נמי מידי ספיקא לא נפקי' וההיא דאביי בכתובות על דרך הספק כתבה לפטור ומן הסוגיא ששם והרי זה נכון וברור בענין הפסק הזה ויש דרך אחרת בפי' זו השמועה בעצמה והוא שנפרש ונאמר דרבה בתר בסוף אזיל והא דקאמרי' בגמ' ותפשוט ליה מדרבה הכי פירושא תפשוט דבתר בסוף אזלינן

מדאמר רבה ובא אחר ושברו במקל פטור ולא אמר הראשון חייב דאי ס"ד בתר מעיקרא אזיל הל"ל הראשון חייב ואשמועינן רבותא ולא לימא דשני פטור דשני אפי' אזלת בתר בסוף פטור כיון שסופו להשבר ואין לו דמים עכשיו אלא ודאי מדאיצטריכא ליה פטורא דשני ש"מ דראשון נמי פטור דבתר בסוף אזלינן וזו קשה לדברי רבינו שלמה ומקצת המפרשים ז"ל שאמרו דמדרבה שמעינן דבתר מעיקרא אזלינן דהא אפי' אזלת בתר בסוף פטור שאין לו דמים לזה ומה ישלם וה"נ משמע סוגיא דרבה בזורק תינוק דהא תלמוד הזורק פטור לדברי הכל והשני בין בשור בין באדם חיובו מפני שקרב את מיתתו ואי בתר מעיקרא ראשון ליחייב לדברי כולם והשני יהא פטור ועוד אמר רבה לענין כופר פלוגתא דר' ישמעאל בנו של ר' יוחנן ורבנן ואי אמרת דבתר מעיקרא אזלינן האי נמי כמת דמי והיאך משלם כופר אפי' לר' ישמעאל דאמר דמי מזיק הרי גברא קטילא לגמרי קטל ולא השור בסקילה ולא בעלים משלמין כופר ואע"פ שקרב מיתתו דכתיב והמית פרט לזה שכבר מת דהא לענין צרורות בתר מעיקרא אזלת לגמרי וכשבור חשוב ליה והלכך הזורק הרגו לזה והשני בין שור בין אדם יפטר לדברי הכל וא"ת אפי' אזלינן בתר מעיקרא לאו כמת חשבינן ליה א"כ בכלי השני למה פטור על כרחך מפני שאין לו דמים הואיל וסופו להשבר אע"פ שלא נשבר ומפני טעם זה אפי' תיזיל בתר בסוף נמי שני פטור שהרי אין לו דמים וכדאמרי' דלרבנן דאמרי דמי ניזק פטור שאין לזה דמיה אע"פ שהוא כחי דהא תלמוד לר' ישמעאל חייב וכיון שכן היכי שמעינן מדרבה דבתר מעיקרא אזלינן דלמא לעולם לאו כשבור חשבינן ליה דבתר בסוף אזלינן ואעפ"כ השני פטור שאין לכלי זה דמים אע"פ שעדיין לא נשבר כמו שכתבתי ואע"ג דאיכא למימר שלא פטרוהו לדברי האומר דמי ניזק אלא משום דבתר מעיקרא אזלינן לענין ממונא ומיהו קטלא שאני אין הדעת מודה בזה אלא כמו שכתבנו ואם דעת רבינו ז"ל כפי' הזה יפה פסק דבתר בסוף אזלינן ומש"ה פטור הזורק דאפי' גרמא ליכא שהרי לא שברו ולפיכך כתב דקא אזיל מיניה מיניה:

דף יב.

ועוד בעי רבה עבדו כגופו דמיא פי' קא מיבעיא ליה לרבה כגון שהעבד כפות והאדון עומד אצלו וכו':

אמר הכותב לא בא לפרש אלא לסתום מאי קא מיבעיא ליה וכי מפני שרבו אצלו אם הרגו אדם אחר אינו נהרג עליו והלא אם רבו הרגו הרי הוא נהרג עליו וכיון דבעיין דרבה בכפות ודאי פטור דקם ליה בדרבה מיניהי ואי נמי בשוגג ה"ל חייבי מיתות שוגגין

ודבר אחר ופטור ועוד שכתב דסיפא דמתני' דקתני עבד כפות בשאין הרב אצלו ומה צורך לכך אפי' הרב אצלו נמי ההורגו נהרג עליו הלכך פטור על הגדיש משום דקם ליה בדרבה מיניה אבל היה לו לפרשה בנזקין כגון שהעבד כפות והאדון אצלו והוזק העבד מאי מי אמרי' כגופו דמי וכי היכי דהניח לו גחלת על לבו פטור אפי' מנזקים ה"נ גבי עבדו ואע"ג דתנן סימא את עינו חייב שאני הכא דכיון דה"ל לסלקה כמאן דאיהו אזיק אנפשיה ואע"ג דאמר רבא בגדו תנינא קרע את כסותי דמשמע דהניח לו גחלת על בגדו דומיא דקרע את כסותי ה"ק ליה פשיטא לי דמבגדו לא ה"ל לסלקה דעבידי אינשי דלא איכפת להו וכי תימא כיון דלא איכפת ליה ע"מ לפטור הוא ת"ש קרע את כסותי חייב אבל על לבו אפי' לענין נזקין פטור דודאי דחפו לתוך האור או לתוך המים ויכול לעלות משם והוזק פטור וה"נ הוי לה לסלקה אפי' משום נזקים דלא עבידי אינשי דמזקי גופייהו בידים ועוד דכיון דה"ל לסלקה משום חשש מיתה אפי' הוזק ודאי פטור תדע מדאמר רבא על בגדו ונשרף חייב ואי לא תימא הכי לישמעינן הוזק חייב וכ"ש בגדו ואין זה צריך לפנים ובשורו אפי' מת איבעיא ליה ולא שייכא בעיא דשור ברישא דמתני' דקתני גדי כפות חייב דהתם בשאין האדון אצלו והשתא דפשטיה רבא דשור כממונו מתני' אפי' בשהרב אצלו וכן אפשר למצוא בעיא דרבה בדרך רחוקה בשמת וכגון דנפל גדר שלא מחמת הדליקה והיה לו לגדרו ולא גדרה דליכא קם ליה בדרבה מיניה ובשהעבד כפות והרב אצלו. ויש מי שפירשה בעבד שאין כפות ומת דפטור רוצח ממיתה וחייב בתשלומין משום דא"ל הרב מ"מ את קטלתיה אע"פ שהוא מוחל על גופו לאו כל כמיניה והיינו מתני' דעבד סמוך חייב ואף על העבד קאמר והא מיבעיא ליה לרבה כיון דרבו אצלו היה לו לרבו לסלקה ופי' הראשון הוא נכון:

דף יג.

כתוב בספר המאור אלא אמר אביי בתרתי פליגי כדדייק ממתני' וכו' ומר דהוא ר' יהודה דמתני' ורבנן דברייתא סבר נתקל לאו פושע הוא אלא אנוס הלכך לאו נזקי אדם הוא: אמר הכותב אילו שתק מי שלא ידע בטלו המחלוקות ואם מכחו קא אזיל ה"ל אדם ואפי' באונס חייב דאדם מועד הוא לעולם בין באונס בין ברצון ואפי' היתה אבן מונחת לו בחיקו ולא הכיר בה מעולם ונפלה לענין נזקין חייב וטרח כל הטורח הזה מפני שהוקשה לו טעמו של ר' יהודה אמאי פטור והלא הוא אדם המזיק ומה שכתב עוד לר' יהודה דלאו נזקי אדם הוא אלא בור ובורו באונס פטור לפי פירושו קשיא עליה כולי פירקין קמא דאמרי' גבי אבנו סכינו ומשאו אי בהדי דקא אזלי קא מזקי היינו אש ולא דמו לבור

שאין לך בור מזיק דרך הלוכו אלא בשעה שעומד ניזוק בא ונתקל ונשוף בו אלא ודאי לא סלקא שמעתין בהכי ואנן הכי קאמרינן דבשעת נפילה אפי' לר"מ האומר נתקל פושע הוא לאו היינו אדם המזיק דלאו מכחו קא אזיל שהקרקע שנתקל בה דחפתו ודמי למי שדחפו אדם ונפלה כדו והזיקה דלאו מכחו דידיה מזיק ומיהו כיון שלא היה לו ליכשל בקרקע חייב ולא דמיא לאבן מונחת לו בחיקו דהתם כיון שעמד ומפני עמידתו נפלה ה"ל כחו ואדם המזיק הוא אבל הכא כיון שנתקל על כרחו נפל מכח הקרקע שנתקל בו ולא מכחו נפלה אלא ממילא נפלה ומ"מ כיון שהוא פשע באותה תקלה שנתקל ה"ל כאשו דבעידנא דקא אזלי קא מזקי וחייב בין בנזקי אדם בין בנזקי כלים דומיא דאבנו סכינו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה שהנפילה לא מכח אדם אתיא אלא מכח הרוח ועל כרחו של מניח נפלו וכיון שפשע באותה הנחה אשו הוא וחייב הכא נמי באותה נפילה אנוס הוא שהרי נתקל ועל כרחו יפול אבל באותה תקלה פשע וחייב היינו דקתני ברייתא מודים חכמים לר"מ באבנו סכינו ומשאו וכו' דמשום דר"מ מדמי לה לאבנו סכינו ומשאו ורבנן פטרי הוצרכו להודות לו באבנו סכינו ומשאו ור' יהודה דפטר סבר כיון דאנוס הוא ה"ל דומיא דנפלו ברוח שאינה מצויה דפטור בין באש בין באלו שהם תולדה דאש ולפיכך הודה ר"מ באלו ועוד אפרש בזה פי' אחר:

וכתב ומסתברא עוד לי דרב יהודה דאמרה לשמעתיה דרב ושמואל כו' דאי כאביי הא אוקמא לרישא דהוחלק אחר במים בשעת נפילה וקאמר דנזקי אדם הוא וכדפרישנא. ואינו נכון דאי הכי קשיא הא דגרסי' בפ' הגוזל אמר שמואל טבח אומן שקלקל חייב מזיק הוא פושע הוא ואמר שמואל גופיה לר"מ קאמינא דאמר איבעי ליה למירמא אנפשיה ואסיקנא הא ר"מ נשברה כדו ולא סלקו וכו' וקי"ל בנתקל פושע הוא פליגי אלמא כאביי ס"ל ובשעת נפילה פליגי ובפ' האומנין נמי מקשי' מינה בגמ' בהדיא מדקי"ל בנתקל פושע הוא פליגי אלמא מלתא פשיטא היא גבייהו דבנתקל פושע הוא פליגי וכר"ש במתני' דדיקא טפי דפלוגתייהו בשעת נפילה כדאמרי' בגמ' דאי ס"ל מתני' לאחר נפילה ומוקי לה בדלא אפקריה כדאמרי' לעיל אפי' תימא לאו פושע הוא מחייב הואיל ומתכוין לזכות בחרסיה ולא הפקיר וליכא מאן דפטר ועוד ממתני' גופא תברא דאי לאחר נפילה מוקי לה רב ובדלא אפקריה כדאמר לעיל דבדאפקריה ליכא למימר דהוחלק במים ואפקרינהו פטור לרב בין בנזקי אדם בין בנזקי כלים אדם דקרקע עולם הזיקתו כלים שלא מצינו בור שחייב בו את הכלים וכיון שכן מאי טעמיה דר' יהודה דפטר אי ס"ל דבור הוא לחייב משום בור בין מתכוין להורידה למטה מכתפו בין שאינו מתכוין דה"ל בור ברשותו דחייב משום דה"ל לכסוייה אע"ג דברשות כרה ה"נ אע"פ

שאינו מתחייב על עסקי כרייה דבאונס נפל מ"מ היה לו לסלק כדאמרי' השתא לאביי במתכוין לזכות בחרסיה חייב משום דה"ל לסלוקה אע"פ שהנתקל אנוס הוא ובהא ליכא מאן דפליג דכל היכא דאית ליה בעלים היה להם לסלק הנזק אע"פ שנפל שם באונס כדמוכחא שמעתין בהדיא וכדמוכח נמי בפ' שור שנגח את הפרה ואי שור הוא ליחייב משום שור דהואיל ולא אפקריה ה"ל לסלוקה כדאמרי' גבי שור שנפרצה בלילה הא ביום חייב ואמרי' נמי בהדיא כגון שהיה לו לגדרו ולא גדרה דשורו הוא דלא טפח באפיה וחייב וא"ת דר' יהודה אלקה בחרסיה קאי ות"ק מחייב אפי' הפקירן ור' יהודה פוטר בשהפקיר ומתכוין לזכות קאמר הרי הורית דס"ל לת"ק נתקל פושע הוא ולר' יהודה נתקל אנוס הוא ובהא פליגי שאם אנוס הוא והפקיר ודאי פטור ולא חייב ר"מ מעולם כדקתני מודה ר"מ לחכמים במעלה קנקנים לגג וכו' ולר' יהודה נמי לא פטר אלא משום דקא סבר אנוס הוא כדקתני ברייתא מודים חכמים וכו' דבשלמא כי אמרי' דפליגי נמי בשעת נפילה אפשר דפליגי לאחר נפילה אפי' במפקיר ניזקין דעלמא ומאי מודה ומודים אשעת נפילה אבל בלאחר נפילה דוקא ליכא למימר מדקתני מודים ומודה כדפרישנא ואע"ג דלא אקשי' הכי לר' יוחנן משום דמירמא דידיה אדידיה עדיפא ליה ועוד שאין כן דרך הסוגיא אלא בין לרב בין לשמואל תרתי קתני ולא אפשר לאוקומה כולה לאחר נפילה ובדלא אפקריה וכולהו אית להו דוקיא דאביי דאמר תרי דיני קתני מדקתני תרתי והכי פירושא דמלתיה דאביי מדקתני תרתי שמעי' ממשנה יתירתא דבתרתי פליגי ומיהו כי קתני הוחלק אחר במים בין בשעת נפילה בין לאחר נפילה קאמר ובברייתא נמי דקתני נשברה כדו ולא סלקה ונפלה גמלו ולא העמידה כל חדא וחדא בין בשעת נפילה בין לאחר נפילה כדאמרי' בגמ' וס"ל לרב דהא דקתני מתני' הוחלק אחר במיה בין בשעת נפילה בין לאחר נפילה חייב בדלא אפקרינהו דבדאפקרינהו לאחר נפילה פטור בין בנזקי אדם בין בנזקי כלים כמו שכתבתי סיפא דלקה בחרסיה נמי בין דאפקרינהו בין דלא אפקרינהו חייב ת"ק בין בשעת נפילה בין לאחר נפילה וקא מהדר ליה ר' יהודה במתכוין לזכות בהן לאחר נפילה חייב בין במים בין בחרסים משום דה"ל שורו לרב אבל אינו מתכוין לזכות בהן פטור לעולם דבשעת נפילה ליכא חיוב דלאו פושע הוא לאחר נפילה במים פטור לדברי הכל בחרסים משום דמפקיר נזקיו באונס פטור ולפיכך אמר רב הא דאמרת לאחר נפילה בדלא אפקרינהו במים חייב בין לר' יהודה בין לת"ק דוקא כליו אבל הוא עצמו פטור דקרקע עולם הזיקתו ושמואל סבר בדלא אפקרינהו נמי בורו הוא וחייב בנזקי עצמו ופטור בנזקי ממונו של ניזק ומחייב היה ר"מ בין בדאפקרינהו במים בין לא אפקרינהו ובדאפקר פליג עליה ר' יהודה משוה

דה"ל אנוס וכולה כדאביי מוקים לה שמואל וליכא מאן דפליג אדאביי בעיקר אוקימתא דיליה והיינו דקאמרי' וקי"ל דבנתקל פושע הוא פליגי אלמא כ"ע מודו בפירוקיה דאביי וזה פי' נכון ומה שאמרו בגמ' הוחלק אחר במים בשעת נפילה לאו משום דליתא בלאחר נפילה אלא סיומי מסיימי ליה מלתא אי נמי מפלוגתא דרב ושמואל דמוקמי לה בדלא אפקרינהו מש"ה קאמר המחלוקת שחלקו בהוחלק אחר במים בשעת נפילה הוא שהרי לא חייב ת"ק אלא בשלא הפקירם לדעת רב ואף ר' יהודה מודה לו וי"מ דמאי שעת נפילה כדקאמרי' בשמעתין מיד שנשברה כדו ולא היה יכול לסלקה ולפיכך קראוהו שעת נפילה מפני שלא נתחייב זה אלא על פשיעת שעת נפילה ולרב ה"ל שור ולשמואל ה"ל בור ולפי פי' זה אין כאן מקום לנזקי אדם בין לר"מ בין לר' יהודה ונדחה כל מה שכתב בעל המאור ז"ל בזה וכן נדחה מכלל מה שפירשנו למעלה מה שכתב בדברי ר' יהודה במתכוין חייב דתרין פירושי אית ליה במתכוין להורידה למטה מכתפו לשעת נפילה ובמתכוין לזכות לאחר נפילה וזה אינו הגון שאין לשון מתכוין כולל שתי כוונות שאין ענין זו לזו אלא כמו שפירשתי עיקר ובר מן דין דמתכוין להורידה למטה מכתפו אינו מתחייב אלא לדברי ר"מ דאמר בנתקל איבעיא ליה למירמא אנפשיה כענין שאמרו בטבח אומן שקלקל הא לדברי ר' יהודה דפטר בנתקל ובטבח אומן אף זה ודאי פטור כדאקשי ליה אביי לרבא מכלל דמחייב ר"מ אפי' נפשרה ואי פ"ד מתכוין להורידה פושע גמור מאי כללא ר' יהודה מחייב בפושע זה ור"מ מחייב אפי' נתקל ואביי נמי מפירכא דפריך לרבה מתרץ על כרחיה דבתרתי פליגי והדר מפרש לה במתני' מדקתני תרתי ולא מתרץ לה לדרבה ובנתקל פושע הוא פליגי דר' יהודה לא מחייב אלא מתכוין להורידה ור"מ אמר אפי' נתקל ש"מ דמתכוין להורידה לר' יהודה פטור הוא ולא מחייב בשעת כלים ובלאחר נפילה הוא דאמר חייב במתכוין לזכות בחרסים בלחוד וכן דעת רבינו הגדול ז"ל בהלכותיו ורש"י ז"ל ג"כ כתב במתכוין להורידה למטה מכתפיו למ"ד נתקל לאו פושע הוא פטור אלא שהוא ז"ל מפרש במתכוין דר' יהודה תרין מילי במתכוין לשברה והזיק בשעת נפילה מתכוין לזכות בחרסים לאחר נפילה ומה שפירשתי מחוור מן הכל:

דף יג:

ועוד כתב ומסתברא לי נמי לרב ושמואל דפליגי בדלא אפקרינהו וכו' עד ושמואל ס"ל כמ"ד בור שחייבה עליו תורה בין ברה"י בין ברה"ר הלכו בין אפקריה בין לא אפקריה כולן מבורו למדנו:

אמר הכותב אילו דברי רבינו שלמה ז"ל שאף הוא כתב בפירושיו כך דשמואל סבר בור שחייבה עליו תורה בין ברה"ר בין ברה"י הוא כאשר כתב בעל המאור הזה ז"ל וכבוד רבינו שלמה ז"ל יהא מונח במקומו אבל הדברים לא נראו כן מפני שאמרו בגמ' בפ' כיצד הרגל לימא בבור ברשותו קא מיפלגי דרב סבר חייב ושמואל סבר פטור ואי הכי קס"ד לומר כן הא אמרן כמה זימני בגמ' אי לשמואל היינו בור ואי לרב היינו שור ומרגלא היא בפומא דגמ' והיכי קס"ד למימר איפכא וכי דחינן לה בגמ' נמי בדרך דלמא דחינן לה ואמרי' לעולם אימא לך וכו' ולרב נמי אשכחן דקאמר מודה רב בבור ברשותו דחייב אפי' אחבטא והך חבטא דכתב ביה בעל המאור ז"ל לא נהירא כלל דלא אידכר התם ר"ע והל"ל הכא בבור ברשותו עסקינן ור"ע הוא ועוד דאי ס"ד דרב ושמואל בפלוגתא דתנאי פליגי היכי קאמרי' אי לרב אי לשמואל הא הך פלוגתא לאו דרב ושמואל בלחוד היא אלא באשלי רברבי מינייהו מתליא והיכי אפשר נמי דלא מדכרו בגמ' נימא כתנאי ולא אתליא כלל בתנאי אלא ש"מ דלא שייכא פלוגתייהו בפלוגתא דבור ברשותו ולעולם אימא לו דשמואל סבר הפקיר רשותו ולא הפקיר בורו פטור משום דא"ל האי בירא ברשות כריתיה וכי אפקרנא רשותי ויהיבנא משלי לרה"ר לאו לאיחיובי נפשאי עבדי' ואינהו הוו להו לעיוני הא זה דומה למפקיר נזקיו באונס דפטור דלא אמרי' היה לו לסלק הואיל ולא על עסקי כריה הוא חייב ה"נ לא אמרי' היה לו לכסות הואיל וברשות כרה או משום דא"ל תורך ברשותי מאי בעי והיינו טעמא דחופר לאושין דפטרינן לקמן בפ' הפרה ומאן דמחייב אמר לך הואיל וממונו הוא חייב לסלק נזקו כשהוא מפקירו דלאו אנוס ומ"מ באבנו סכינו ומשאו שהניחן ברה"ר מודה דחייב דלאו ברשותיה אנחנינהו וכורה נמי בור ברה"ר הוא וכחומרו של זה ושל זה שהוא ברה"ר ושהוא בור שלו לפיכך לכ"ע חייב בין למאן דפטר בור ברה"ר בין למאן דפטר בור ברשותו כולהו באבנו וסכינו ברה"ר מתחייבי ומתורת בור מחייב ליה שמואל ואע"ג דלא אשכחן בור דהוי ממונו כדאמרת בור ברשותו פטור לא איכפת לן כיון דתקלה קבועה ועומדת היא לבורו מדמינן לה ולא לשורו שדרכו לילך ולהזיק הדין היא סברא דשמואל ומש"ה לא מסיימא מלתיה אי ס"ל גבי בור ברשותו פטור או חייב תדע שהרי הם אמרו דלרב בור ברשותו פטור וא"כ אבנו סכינו ומשאו נדמייה לבור ברשותו וליפטר אלא ש"מ אין זו דומה לזו אבל רב ס"ל לעולם היכא דלא אפקריה שורו הוא ואע"ג דבור שחייבה עליו תורה בור ברשותו נמי הוא אבנו סכינו ומשאו איכא לדמויינהו לשור ואיכא לדמויינהו לבור הלכך לשור מדמינן ליה כדי לחייבו על נזקי כלים ועל אדם וי"ל שטעמו של רב דהואיל ולא חייבה עליו תורה אלא להבלו והבלא לית בה מששא לא ממונו הוא כדאמרי' גבי אש ואפי'

כשתמצא לומר התם ממונו הוא משום דגחלת עיקר ואית בה משא אבל הבלא ודאי לאו ממונא הוא הרי שלא מצינו שחייבה התורה על נזקי ממונו אלא בשור הלכך כל ממונו דמזיק משורו גמרינן ליה ולפי זה הטעם הא דאמרי' אי בחבטה מיית חבטה דידך הוא איכא למימר הכי קאמר וחייב משום שורו ולא מדין בור אלא שור הוא וחייב אפי' על נזקי כלים וס"ל כר' ישמעאל אליבא דרבה ומצינו לזה סעד בירושלמי דגרסי' התם חמתני' דתנן בפ' הפרה נפל לתוכו שור וכליו ונשתברו חמור וכליו ונתקרעו חייב על הבהמה ופטור על הכלים שמואל אמר בשהתריסו מחמת אוירו אבל אם נחבט בקרקעו חייב ר' יוחנן וריש לקיש תרויהון אמרי' אפי' נחבט בקרקע פטור דרך נפילה פטרה תורה ונפל שמה שור או חמור שור ולא שור וכליו חמור ולא חמור וכליו וכו' הא למדנו שיש מי שאומר דבור שחייבה עליו תורה להבלו ולא פטר כלים אלא מהבלא אבל חבטו של בור ברשותו מדין שור נתרבה וחייב על עסקי כלים והיינו סבריה דשמואל בירושלמי וסבריה דרב בגמ' דילן ואפשר לפי גמרתנו לומר שטעמו של רב משום דאבנו סכינו ומשאו דמי לשור שהוא גוף הנזק וחבטה דידיה משא"כ בבור שהחבטה בקרקע הוא והוא לא הניח שם אותו קרקע אלא שהכשיר נזקו כשחפר שם ונטל משם העפר הלכך היכא דלא אפקרינהו לשור המועד מדמינן ליה וחייב על הכל משום דדמי ליה טפי מבור ושמואל מדמי ליה לבור דלאו בעלי חיים ואין דרכו לילך ולהזיק והיכא דאפקרינהו ליכא לדמוינהו לשור הלכך מדמינן ליה לבור דלא גרעי מבור ומ"מ חייב אפי' אחבטא דחבטא דידיה הוא אבל בור ברשותו אע"ג דממונו הוא וחייב בחבטא לאו דינא דשור אית ליה משום דלא דמי ליה מהאי טעמא דכתיבנא שאינו בגוף הנזק אלא גורם ולפיכך הוא פטור על נזקי כלים והא דאקשינן התם לרב דאמר הבלו ולא לחבטו כלים בני הבלא נינהו ולא מפרקינן בבור ברשותו ולחבטו משום דלא שמעינן ליה לרב בהדיא דלימא בור ברשותו חייב ואם תמצא לומר פטור היכי משכחת לה ועוד דכי מרבינן בור ברשותו מדכתיב בעל הבור ישלם מרבינן ליה וכי כתוב חמור ולא כלים אבור ברה"ר כתיב והתם להבלו ולא לחבטו ועוד דבהבלו כתיב דדרשינן ונפל עד שיפול כדרך נפילה ואמר רחמנא ולא כלים אלמא מהבלא ממעט להו וזהו הטעם הנכון לפי גמרתינו ודרך הירושלמי בחליפין ושייך במאי דאמרי' להבלו ולא לחבטו משום דהבלא שוי איהו התם וחבטא לאו דידיה הוא אלא גרמא הוא שגרם שיהיה שם חבט כשסלק משם עפר ושוייה בור והחבטא לאו קרקעו היא אלא קרקע עולם ומשום הנך טעמי דפרישית לא מסיימא מלתיה דרב דאיכא למימר דס"ל בור ברה"ר חייב להבלו בור ברה"י פטור בין להבלו בין לחבטו ואיכא למימר בתרוייהו חייב ולא מסיימי ומפני הטעם שפירשנו

חייבו מניח אבנו וסכינו ברה"ר והפקירן לד"ה ולא חייבו חופר בור ברשותו והפקיר רשותו ובורו כדמוכח בפ' הפרה דאקשינן בור של ב' שותפין היכי משכחת וכו' ולא מפרקין במפקירין רשותן ובורן אלמא ההוא ודאי פטור משום שאינו חייב לא על עסקי כרייה ופתיחה דברשות כרה ולא משום ממונו משא"כ במניח ברה"ר שעל עסקי הנחה הוא חייב כמו שכתבנו וכ"כ בזה הרב אב"ד ז"ל ואף זו שלא כדברי רבינו שלמה ז"ל והאל יצילנו מכל חטא ושגיאה:

דף יד:

ועוד אמר רבא ראשון חייב בנזקי שני בין בנזקי גופו כו' נמצא שאדם הוא המזיק וחייב וכו':

אמר הכותב ותמה על עצמך אם הראשון נפל ונפל האחר בו היכי הוי בשעת נפילה והלא הראשון רבץ ועומד ברה"ר ועוד דכתב בלישנא בתרא דרבא דאע"ג דנתקל פושע הוא אין זה חשוב אדם אלא בור כיון דלאו מכחן קא אזיל הנזק אלא תקלה הוא שנתקל בו האחר אלו דברי תימה היאך אפשר לומר כן דללישנא קמא הנתקל פושע הוא ומכחו מזיק והוא נקרא אדם המזיק ועוד קראו בעל המאור ז"ל מזיק בשעת נפילה וללישנא בתרא פי' ג"כ שהנתקל פושע הוא אבל אינו מזיק מכחו אלא תקלה הוא שנתקל האחר בו ונקרא בור כאילו חלקו תרי לישני ולא ידעו אם הוא מזיק בשעת נפילה או לאחר נפילה והיאך לא פירשו בגמ' זה ההפרש ועוד אם הראשון פושע והשני אנוס ללישנא בתרא למה לא יתחייב הראשון בנזקי ממונו של שני שהרי השני אומר לניזק לאו אנא כריתיה אלא ראשון כרייה והוא פושע ועוד דכל פושע שהוא עצמו עומד בפשיעתו חייב אפי' על נזק ממון דתנן ואם עמד בעל קורה חייב משום דפושע הוא ולא אמרי' בור הוא וליפטר על נזקי כלים והכא נמי ראשון דפשע בנזקי עצמו ליחייב אפי' על ממונו דשני וזה שכתב דרבא כשמואל אמרה לשמעתיה אינו שאם דברי רבא בשלא הפקיר וכדשמואל היכי אוקמה כר"מ דאמר נתקל פושע הוא אפי' אנום נמי חייב דהא תנן ר' יהודה אומר במתכוין חייב ופרשינא בגמ' במתכוין לזכות בחרסיה חייב אע"ג דאנוס הוא בשעת נפילה הואיל ואינו מפקיר חייב שהיה לו לסלקן בין לרב בין לשמואל וליכא מאן דפליג אלא על כרחו מימרא דרבא לפי פירושו בשהפקיר ממונו הוא וכמו שכתב מפורש משום דהוה ליה מפקיר נזקיו וכיון שכן מנא ליה דכשמואל אמר לשמעתיה אפי' כרב אתיא דהא לא שמעינן ליה דפטור ממון מגוף משום דכל תקלה בור הוא ואי משום אוקימתא דברייתא הא לא שמעינן ליה לרבא דאמר בה מידי אבל אפשר הוא דכשמואל

סבירא ליה דהלכתא כוותיה מיהו הא קא קשיא עליה דהוה להו לפרושי בגמ' אבל לא בנזקי ממונו בשהפקירה דהא עד השתא לא איירינן במפקיר נזקיו ועוד דה"ל למימר ושני חייב בנזקי שלישי בנזקי גופו אבל לא בנזקי ממון משום דאנוס מדקאמר האי בירא לאו אנא כריתיה משמע דהוא לא עבד ולא מידי לא באונס ולא בפשיעה אלא בא ונסמוך על דברי רבינו הגדול ז"ל שעלה לישנא בתרא דרבא כרבנן דאמרי נתקל לאו פושע הוא ואפ"ה ראשון חייב משום שאינו מפקיר וסתמא דמלתא נמי הכי שאין הזגגין מפקירין מלאכתן משום דנפלו וללישנא קמא נמי בדלא מפקרא כדפרישית הלכך היה לו לעמוד ולסלק ממונו והוה ליה בין הוא בין ממונו בור ושני חייב על נזקי עצמו שהיה לו לעמוד ולא עמד אע"פ שנפל מחמת הראשון ולאו פושע הוא בנפילתו בשלא עמד נעשה בור ופטור על נזקי ממונו שלו משום דאמר ליה האי בירא לאו אנא כריתיה לא באונס ולא ברצון אלא מחמת הראשון נפל והוא הכורה ואינו מוטל עלי לסלק הואיל ולאו אנא כריתיה ואע"פ שנתכוין לזכות בו ולא הפקיר ממונו פטור הא למה זה דומה לאבנו סכינו ומשאו שהצניען בביתו ובא אחר והניחן ברה"ר והזיקו שהשני חייב ולא הבעלים ואע"פ שהיה להם לסלקן זה הדין אינו נוהג בבור שיהיה זה חופר בור וזה מתחייב שיהא עליו מוטל לכסותו ומש"ה שני פטור וראשון נמי פטור אממונו דשני משום דסבירא לן נתקל אנוס הוא ולא מחייב אלא בשאינו מפקיר וזה כמפקיר דמי שהרי אינו שלו וזהו דעת רבינו הגדול ז"ל וכל הפורש ממנו כפורש מחיים ור"ח ז"ל כתב ראשון חייב לשלם לשני אם הוזק השני בכליו דאינון כגון אבנו סכינו ומשאו שהניחם ברה"ר שאם הוזק בהן אדם חייב כדאמרי' לעיל וכ"ש אם הוזק השני בגופו של ראשון שהיה לו לעמוד ולא עמד אבל שלישי שהוזק בגופו של שני חייב שהיה לו לעמוד אבל הוזק בממונו פטור משום דאמר ליה הלא המניח כליו ברה"ר כאילו כרה בור ואלו הכלים לא השלכתים אני ברה"ר והראשון שור שנתקלתי עליו הוא השליכם והא דרבא הלכה היא דלית מאן דפליג עליה ומסקנא כוותיה וזהו פירושנו שכתבנו למעלה והוא עדות על דעת רז"ל והוי יודע דללישנא קמא היה אפשר ליה לתרוצה לברייתא כרבנן ומשום שהיה לו לעמוד ולא עמד הוי להו כולהו בור ורבא דאמר כר"מ אלא משום דרבא אברייתא קאי ולפרושה אתא ואף בעל המאור ז"ל צריך להודות בזה ומה שטען על רבינו ז"ל היכי פסק דלא כר"מ דהא סתם מתני' כוותיה בשנשברה כדו אינה טענה שאין זה סתם משנה הואיל ומחלקותו בצדו ומתני' הא פליג עליה ר' יהודה והכי איתא בפ' החולץ וא"ר [יוחנן] הלכה כסתם משנה ותנן אחת ארוסות ואחת נשואות וכו' אמר ליה דרמא לך הא לא חש לקמחיה התם ואח"כ מחלוקת היא ואין הלכה כסתם פירש"י ז"ל שהרי מחלוקת ר'

יהודה בצדו וגרסי' נמי התם בירושלמי הדא דתימר הלכה כסתם בשאין מחלוקת[3] אבל סתם לחברא הלכה כסתם וכו' וה"נ מוכח בפ' המפלת ויש להאריך בענין זה אלא שאין כאן מקומו ואשכחן נמי לר"י דלית ליה לר"מ בפ' הגוזל דהא לית ליה טבח אומן שקלקל חייב וה"נ מהדר לאוקומי מתני' כרבנן ואמר לא תימא מתני' ר"מ היא ובפ' הכונס צאן נמי מייתי לה גבי הלכתא פהיקתא אלמא הלכתא כרבנן דנתקל לאו פושע הוא דרבים נינהו ומה שכתב וסתם מתני' דהמעביר חבית ממקום למקום ר"מ היא דהכי אוקמא ר"י ופירשה רבא הכי משתבע וכו' לא היו דברים מעולם כי לא הקשו בגמ' אלא מהיא ברייתא דקתני המעביר חבית ממקום למקום וכו' דקתני עלה בהדיא דברי ר"מ אבל מתני' לא אוקמא ר"י ולא פירשה רבא כלל ורבינו הגדול ז"ל הוא שהשמיטה ופירשה כרבנן דאמרי נתקל לאו פושע הוא ושומר חנם פטור כדיניה ושומר שכר היה חייב לשלם מן הדין אלא שתקנת חכמים היא שאם אתה אומר יתחייב כדין שומר שכר אין לך אדם מעביר חבית לחבירו ממקום למקום שלא יקבלו עליו לשלם כדין שומר שכר בהעברת חבית דהנאה מועטת היא גדולה אבל בש"ח לא תקנו כלום לדברי חכמים שאומרים נתקל לאו פושע הוא שהרי אינו מתחייב אלא בפשיעה גמורה והיה לו ליזהר מפשיעה כגון זו ואף ר"מ לא אמרה אלא משום דקסבר כל נתקל פושע הוא ויש שאינן זהירים בכך ולא יקבלו עליהם להעביר והיינו גמרי' דר"א דאמר זה וזה ישבע וכו' אלא שהוא היה סבור דשומר שכר מן הדין הוא פטור ואינו אלא מן התקנה ומתני' דחבית לאו ר"מ בלחוד היא אלא אף רבנן דגמ' זה וזה ישבע היא ודאי אלא ר"מ פריש דנתקל פושע הוא ושבועה שלא בכוונה שברתיה ולא קי"ל כוותיה ור"א פי' שבועה שלא פשעתי וקי"ל כוותיה ותמיה לא מבטליה גמריה אלא תקנת חכמים כדפרישית ומתני גמרא סתים ודלא כר"י בהא ומה שאמר עוד בעל הספר הזה ז"ל אלמא דלא כר"מ ס"ל אינו כלום דמתני' דר"מ אתא לפרוקי ולא משום דס"ל כוותיה וזה דבר ידוע ונהוג בתלמוד ומסתייע האי סברא כההוא דגרסי' התם בשילהי פ' האומנין גבי ריסתקא דמחוזא דאמר ליה רבא אייתי ראיה דלא פשעת לה ואפטר אלמא נתקל לאו פושע הוא דלא אמרי' הוה ליה לעיוני וכדכתב התם רבינו הגדול ז"ל ומאי דכתב בעל המאור ז"ל דלא גריס אייתי ראיה דלא פשעת בה אלא אייתי ראיה כלומר דשלא בכונה נשברה לאו דאיק דאי הכי כיון דהך שבועה תקנתא דרבנן הוא ומן הדין היה לו לשלם אפי' במקום ראיה ישבע דכ"ע לא אמר איסי יש רואה יביא ראיה ייפטור אלא בשבועה דאורייתא אבל בדרבנן לא דהא תקנה תקנו בו והקילו עליו יותר מדין ש"ח ור"מ ליתליה דאיסי בהא דשבועה דרבנן

[3] צ"ל אצל סתם אבל אם יש מחלוקות אצל סתם לא בדא הלכה כסתם כו' וכ"ה בירושל'

היא ותקנתא היא ואפי' במקום רואה פטור ור"א לא פליג אלא משום דקאסבר דמדינא נשבע ולא משום תקנתא אבל בשבועת חכמים כגון זו לא שמעי' ליה לאיסי דאמר הכי ואע"ג דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון הכא לא שאם אתה אומר כן אין לך אדם מעביר חבית לחבירו שאם אתה מצריכו עדים נמי מימנע ולא מיעבדי ותו דנסחי דוקאני כדברי רבינו הגאון ז"ל ומה שדחק דה"ק שלא נתכוין להורידה למטה מכתפו דההיא כוונת פשיעה היא וחייב אפי' במעביר חבית ואפי' לר"י אינו כלום דהא לר"מ כל נתקל פושע הוא ופטר ליה אף בשומר שכר שהיה מן הדין שיתחייב אף לר"י ה"נ במוריד למטה מכתפו אע"פ שהוא פושע פטור לר"מ דתקנה תקנו בו לפוטרו לעולם ועוד שכבר ביררנו למעלה שאין המתכוין להורידה למטה מכתפו פושע יותר מן הנתקל ותו דאמרי' התם נפיש לחד וזוטר לתרי דמי לאונס ודמי לפשיעה פי' דמי לפשיעה מפני שטען יותר על משאו ודמי לאונס הואיל וזוטר לתרי ודרך הוא לישא משא זה יחידי אלמא נתקל אנוס הוא במשוי בינוני ולאו דוקא אנוס אלא דלאו פושע הוא ומיהו פטרינן ליה הכא אפי' נושא שכר כדפרישית ומי שפירש דמי לאונס מפני שנושא יותר על משאו ואינו יכול לעמוד בו טועה הוא דהא פשיעה היא כשנשא יותר על משאו ועוד דלר"מ דחבית אפי' פשע נמי פטור כל זמן שלא שבר בכוונה אלא ש"מ דליתיה לדר' מאיר לא בדין נתקל פושע הוא ולא בדין תקנתא דחבית אלא כסתם מתני' דהתם וכדפרישנא לה בדברי רבינו הגדול ז"ל:

דף טז:

ועוד אימא חד זוזא כלומר כל שאתה מוצא שיהא מועד חמור מתם אפי' חד זוזא החמיר בתם וכו'. אמר הכותב אף בלשון הראשון אין פי' זה נכון חדא דהיכי אמר מצינו תם משלם לא הוה לן למימר מצינו שהרי לא מצינו כלל אלא הוה ליה למימר יהא תם משלם יותר מח"נ ועוד מאי והתורה אמרה ומכרו את השור החי וחצו את כספו הרי אנו מחצין בחי היאך אמר יכול שור שוה מנה שנגח שור שוה חמש סלעים וכו' הרי פחת שפחתתו מיתה אנו מחצין בחי ואין אנו מחצין דמי החי ולמה לי ההוא טעמא דקתני אמרת מועד למה יצא וכו' ועוד דכיון דא"ר יהודה מועד למה יצא הוי אומר להקל עליו שא"א לקיים ומכרו את השור החי וחצו בשור שוה מנה שנגח שור שוה חמש סלעים ממילא שמעי' דלא אמר רחמנא ומכרו את השור החי אלא בשוים כלומר בשור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים וא"א לומר בשאינן שוים שמועד להקל יצא והואיל ואין אתה יכול לתפוס בכל השוורים שאינן שוין ואפי' שור ששוה נבלתו יותר מן החי אי אתה תפס שוה ל"ה

שנגח שור שוה י"ט אלא שוין לפי שלא בא הכתוב לסתום אלא לפרש ותפסת מרובה לא תפסת וכן רמז רבינו שלמה ז"ל בפירושיו ובריייתא זו שנוי' במכילתין בלשון הזה בשוין הכתוב מדבר או יכול בשוין ובשאינם שוין אמרת מה דרך המזיקין נשכרין או מפסידין מה דרך הניזקין נוטלין נזקן או יותר על נזקן הוי אומר נוטלין נזקן ולא יותר על נזקן וזה עדות למה שכתבתי:

ועוד שורו דומיא דידיה דקא בעי לאיגנדורי בקטמיה כדי שיהא תולדה דשן לשלם נזק גמור וכו':

אמר הכותב זה צריך תיקון ופירוש לפירושו דאכתי לא מחייב אלא ח"נ אכוליה גדיש משום דהוה להו צרורות ואין משלמין אלא ח"נ ואפי' מתכוין להנאתו כדאמרי' גבי חזיר שהיה נובר באשפה והתיז והזיק משלם ח"נ וכ"כ רבינו שלמה ז"ל [על] גבי בהמה שהטילה גללים לעיסה מ"מ אי אנחה אנוחי לגחלת משלם נ"ש על מקום גחלת ולהכי קתני שורו דומיא דידיה:

דף יז:

כתוב בספר המאור ראשון ראשון נשכר מיבעי ליה פי' משאר נכסים כיון דא"ר ישמעאל בעל חוב הוא וזוזי הוא דקא מסיק ביה מחייבי בעלים באחריותו ומחייבי לשלם משאר נכסים:

אמר הכותב אם אמר שמשלם משאר נכסים בכדי דמי השור לא אמר כלום שאע"פ שאמר בע"ח הוא וזוזי הוא דמסיק ביה לא גבי משאר נכסים כלל דכאפותיקי מפורש דמי דאי לא תימא הכי היכי אמר ר' יוחנן הקדישו ניזק איכא ביניייהו הא איכא נמי הא דלר' ישמעאל גבי משאר נכסים ולר"ע לא ואע"ג דאיכא ביניייהו פלוגתא אחריני כדמוכח שמעתא חדא דרויחא ליה ואיתנהו לכולא בכללא נקט דלסתמינהו בשותפין גמורין נקט ליה הקדישו ניזק ומ"מ אי הוי גבי משאר נכסים לא הוה שמיט גמרא מלאדכורה דהיא עדיפא טפי ועוד הא דבעא מיניה רבא מרב נחמן מכרו מזיק לר' ישמעאל מהו ואמר ליה אינו מכור אמאי הא גבי משאר נכסים הלכך גבי לקוחות על כרחו של מזיק מגבינן ליה משאר נכסים כדאמרי' באפותיקי סתם בפ' השולח וא"ת דלמא בדלית ליה נכסים בעא מיניה כי אקשי' והא תניא מכור לימא ליה התם כשיש לו נכסים אחרים וסתמא כר' ישמעאל וקמ"ל לאפוקי מדר"ע ועוד דהא תניא בברייתא לר' ישמעאל שחטו מה שעשה עשוי משום דמזיק שעבודו של חבירו פטור ואי פ"ד גובה משאר נכסים נהי נמי דאחר שהזיקו פטור כי שחטו הוא משלם משאר נכסיס אותו פחת שחיטה שהרי שאר

נכסיו משועבדים לו לדמי השור ואפי' הוזק ממילא נמי ניהוי כאפותיקי סתם ששטפו נהר דגובה משאר נכסים וההיא אליבא דר' ישמעאל היא דלר"ע אין זה מזיק שעבודו של חבירו אלא ממונו וכ"כ ר"ח ז"ל וקתני נמי סיפא קדמו בעלי חובות וגבוהו לא עשה ולא כלום שאין משתלם אלא מגופו אלמא כלל כללא לא משתלם אלא מגופו דאי ס"ד משתלם משאר נכסים אמאי לא עשו בעלי חובות כלום ומה בין תם למועד בדבר זה כי היכי דבמועד מה שעשה עשוי אף בתם נמי הוה לן למימר הכי דהא שעבודא בעלמא הוא דאית ליה בשור זה ואינו שלו דמן העליה משתלם בכדי השור וכולה מתניתא ר' ישמעאל היא דקתני מכרו מכור לרדיא ואילו לר"ע אינו מכור כלל וקתני נמי שחטו מה שעשה עשוי משום דמזיק שעבודו הוא ולר"ע ודאי אין למלוק בין עמד בדין ללא עמד כדאמרי' לענין שבח ומכאן יש ללמוד דלא הוי נמי כשומר להתחייב באתריותו אם פשע בו והזיק או שהוזק והיינו דאקשינן בעלמא ולימא ליה אי תם הוה מעריקנא ליה באגמא ומדלא מורמינא לה כר' ישמעאל משמע דלכולי מצי למימר הכי ועוד דמשמע דהתם אליבא דר' ישמעאל קאמר והכי קאמר אי תם הוה מעריקנא ליה לאגמא והייתי נותנו במתנה למי שהייתי רוצה או הייתי חורש בו בכל יום ומבריחו ואני פטור אבל לר"ע דאמר שותפי נינהו אין טענה זו כלום דהיאך יגזול לחבירו שורו וא"ת ולוקמה כר"ע לא קשיא משום דקתני סיפא בעלים משלמים ואי ר"ע הוה ליה למתני משתלם ח"נ מגופו ועוד לכ"ע בעי לתרוצי כדמקשה מודינא ומיפטרנא למאן דאמר מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור ועוד אמרי' בפ' החובל גבי שור תם שהמית והזיק וכו' אי הכי תם נמי נדייניה דיני ממונות ונשתלם מדידיה והדר נדייניה דיני נפשות אמר רב מארי זאת אומרת רדיא עילויא דמאריה היא והא ודאי לר' ישמעאל קאמרינן דאילו לר"ע הרי גופו של שור מותלע לו ואי עביד רדיא שלו היא והיכא אמר עילויא דמארי הוא ועוד דלר"ע ליכא לאקשויי כלל לישהיה דכיון דהוחלט השור ושלו הוא כי הדר דנין אותו דיני נפשות נמי הרי הפסיד שורו ולא נפרע דרדיא רוחא דידיה הוא וכשם שאין משהין אותו לרדיא להחזיר לבעלים הראשונים כך אין משהין אותו בשביל ניזק דהא תלמוד נמי אין מחליטין אותו לניזק ויהא עושה אותו רדיא ומשתלם ממנה ואח"כ שידינו אותו דיני נפשות דהא שורו הוא מפסיד מ"מ אלא פשיטא אליבא דר' ישמעאל קאמרינן וקאמר דעילויה דמאריה הוא ולא גבי ניזק מרדיא כ"ש וכ"ש שאינו גובה משאר נכסים ולא תטעה במאי דאמרי' בשילהי פירקא דהמניח לעולם בתמין ור"ע היא וטעמא דאיתנהו לתאוייהו וכו' דה"ה ודאי לר' ישמעאל דאי ליתנהו לתרוייהו פטור דהא לא משתלם אלא מגופו ולא משאר נכסים ושור אחר כשאר נכסים דמו אלא מוקי לה כר"ע משום דקתני

חייבין ואי ר' ישמעאל כיון דבע"ח זוזי מסיק ביה חייב גברא מיבעי ליה עוד פירשנו בזה פירושים אחרים והקושיא שהקשה היכי אמרי' הכא ראשון ראשון נשכר מבעיא ליה ולימא ליה אילו גבך הוה לאו מינך הוה גבינא ליה היא הזקיקתו לבעל המאור הזה לברור לו דרך אחרת ואינה ענין לכאן שהרי בהזיק עד שלא חב ותפסו בע"ח היה מן הדין שיהא בע"ח אחרון נשכר למאי דס"ד בע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבוי ומפסיד משום דאמר ליה ניזק ראשון לבע"ח אחרון אילו גבך הוה לאו מינך הוה גבינא ליה ואם בשני נזקים ראו לומר כן הרי ראשון ראשון נשכר שאומר לו ראשון לשל אחריו אילו גבך הוה לאו מינך הוה גבינא ליה כמו שאמר לו ניזק ראשון לבע"ח אחרון שקדם וגבה והרי הטענה הזו שם טענתו של אחרון על הראשון היא וכשתאמר כן בין שני נזקין ראשון נשכר וכשנאמר נמי שאין הטענה הזאת נוהגת בין שני נזקין ראשון נשכר לעולם נמצאת קושייתו בטלה לגמרי אלא שאותו הטעם צריך פירוש וכך פירושו הרי אמרו ששור תם שהזיק אע"פ שמכרו אינו מכור לפי שהוא כשדה של אפותיקי מפורש ואילו לגבי בע"ח אחר כמטלטלין דמי ואין בו דין קדימה שאין אחריותו עליו וכיון שכן יכול ניזק לומר לבע"ח כיון ששעבודי שעבוד גמור שאפי' מכרו אינו מכור ושעבודך אינו שעבוד גמור אין תפיסתך כלום לא יהא אלא ששעבדו לך קודם שהזיק מינך גבינא ליה דהוי ליה לדידי כמאן דלוה מינאי בשטר ואקניה ליה מטלטלי אגב מקרקעי ולדידך אפי' בשטר אין לך דין קדימה ודינא ודאי הוא דגבינא ליה מינך אע"ג דתפסתיה אבל בנזק ונזק כיון ששעבוד שניהם שוה וכמקרקעי דמי להו כל הקודם זכה והיינו ראשון ראשון נשכר ומצינו מפורש בירושלמי כדברינו דגרסי' התם בא עליו ר"מ בשני דרכים אם שלך הוא תנהו לי אם אינו שלך תנהו לי שאגבנו ממנו ואקשו לא כן אמר ר"א שמירת נזקין כשמירת קנין כלומר שאין אדם מתחייב בשמירת נזקין אלא כמו שאדם קונה מחבירו כלומר תקנו משיכה בשומרין כמו שתקנו בלקוחות והיאך הוא מתחייב בתשלומי נזקו אדרבה הראשון ראשון נשכר ומפרקינא אמר רב יודן נמסרו לו לנזקיו ואינו אלא כמשכון פי' כיון שתפסו לנזקין לגבות הימנו הרי הוא בידו כמשכון וחייב בנזקיו שנעשה עליו ש"ש נמצאת למד שאין טענת אם שלך הוא כו' כלום אלא בשתפסו ניזק שלא כדברי בעל המאור ז"ל וכן הדין נותן וא"צ לראיות הללו שאין פירושו בשמועה זו עצמה עולה כהוגן דהשתא דאוקימנא בשתפסו ניזק אמאי קתני סיפא אחרון אחרון נשכר ועוד דהוה לן למימר בגמ' בהדיא מדקתני תרתי אלמא אפי' בשיש לו נכסין אחרים עסקינן דכל כה"ג מפרש לה בגמ' ועוד יש ראיה לדחות שאינו גובה משאר נכסים מהא דאמרי' יחזיר לבעליו מיבעי ליה כלומר ישלם לאחרון ואם יש בו מותר יחזיר לבעליו ואי

משאר נכסים גובה אע"פ שאין בו בשור מותר מתשלומי האחרון יחזור לבעלים שחלקו של ראשון יטול האחרון ואם נזקיו יותר מנזקי ראשון יטול משאר נכסים שכיון שאין גוף השור משועבד לנזק מסרו לשומר ישתלם מעלית שומר למה ישתלם מגופו של שור הרי בעלים לא פשעו ולא נתחייבו לשלם כלל אלא ודאי גופו של שור הוא המשועבד ומגופו משתלם ולא מדבר אחר והשומר יחזיר דמי שור לבעליו אם פשע בו ואם ישאלך אדם לדברינו אנו אמאי לא אקשי' מרישא דמתמ' דקתני ישלם לאחרון אף אתה אמור לו דהוה אמינא דהכי קתני ישלם לאחרון אם יש בו מותר שיחזיר לשלפניו וסיפא עדיפא: ועוד כתב ה"ר אפרים בזה כך הצעה של משנה וכו' עד וזה שכתבנו דשותפי כל חד מינייהו רמיא נטירותא עליה וכו':

אמר הכותב ולא יהא אלא ש"ח איהו גופיה חיובי מחייב כדתנן ארבעה נכנסו תחת הבעלים ש"ח וכו' וכיון שכן לוקמה בשתפסו ניזק ופשע בו דש"ח מיהא הוי ואע"ג דשותפי נינהו וכ"ת ש"ח נמי לא הוי הא לא אפשר שאין לך תופס דבר לעצמו ואינו לא ש"ח ולא ש"ש והרי אמרו כנוס שורך דהוי ש"ח ואע"פ שלא קבל עליו בעה"ב לשמור ומעתה אתה דן ק"ו לשותף שתפס השור לעצמו מחמת חלקו שהוא ש"ח לפחות וכיון שכן על כרחנו הוה מצי לאוקומא למתני' כולה כר"ע אלא להכי לא אוקמא כוותיה דא"כ ר"מ כר"ע ור"ש כר"ע מאי בינייהו ואע"ג דמהדרי' בגמ' לאוקומא כחד תנא משוה דקס"ד דפליגי ר"מ ור"ש אליבא דחד תנא אבל אי מוקמו לה בשתפסו ניזק וכ"ע לא פליגי והשתא דאוקימנא כר' ישמעאל פליגי וה"ק ר"מ אם תפסו ניזק אחרון נשכר ואם לא תפסו ראשון נשכר ואמר לו ר"ש אפי' לא תפסו ניזק אחרון נשכר לעולם והמותר מחזיר לכולן כדמפרש ואזיל ומה שאמר הרב ר' אפרים דדחקי' ומוקמי' מתני' בתרי טעמי ולא מוקמי' בתרי תנאי ה"מ כגון מתני' דחבית דסתמא היא אבל היכא דתנינן לה בתרי תנאי כגון מתני' דהכא על כרחך מיפלג פליגי ומיהו מהדרי' לאוקמי פלוגתייהו אליבא דחד תנא ולא לאוקמי אליבא דתרי תנאי משום דלא איפליגו בהוחלט השור דחדא נגיחה אבל ודאי טפי ניחא לן לאוקומא לפלוגתייהו אליבא דתרי תנאי ולא לומר דלא פליגי שא"א לומר כן כלל ועוד יש לרבינו שלמה ז"ל בזה טעם אחר גם הוא נכון:

דף יח.

ועוד אנן ידי עניים אנן הרבה כתב בה הרב ז"ל וכו' לא זו הדרך ולא זו העיר דלא אמרי' אינו ברשותו בדבר שאינו מסרב ליתנו לו וכו':

אמר הכותב ותמה על עצמך היאך אדם יכול להקדיש מלוה שלו שאינה לא ברשותו ולא

ברשות (אביו) [גבאי] בעין ורצה הלה ליתן לו מ"מ לא קנה מעולם ולא בא לרשותו ואפי' א"ת בגזל ולא נתיאשו הבעלים שהוא יכול להקדיש כשהלה רוצה ליתן לו במלוה אינו יכול להקדיש שהרי ממון זה אינו שלו ולא קנאו ואי בעו לאיחלופי באחרינא מצי עבדי כ"ש בנזקין שלא הגיעו לידו מעולם הרי שור תם שהזיק והקדישו ניזק לר' ישמעאל לא קדיש אע"ג דאגביה ניהליה בדמי היזקא משום דלאו דיליה הוא דמצי לסלוקי בדמים אי נמי משום דמודה ומיפטר כ"ש זוזי דלא מצי מקדיש עד דאתו לידיה ואי ס"ד דבר שברשותו מיקרי כיון שאין הלה מסרב ליתן אמאי קי"ל דהלואה לא מקניא במתנת בריא אלא במעמד שלשתן כדאיתא בפ' מי שמת הא איתא נמי באגב דמטבע נקנה בו ובמעמד שלשתן נמי מדינא לא הוה מצי למקנא לה והלכתא בלא טעמא היא ועוד אמרו המקדש במלוה אינה מקודשת וכן במקח וממכר אלמא כדבר שלא בא לעולם דמיא לענין הקדש נמי דבר שלא בא לעולם הוא וק"ו הדברים ולא זו בלבד אלא שאף ההפרש שפירש בגזל ולא נתיאשו הבעלים אינו כלום שאע"פ שהלה רוצה ליתן לו אינו קדוש כיון שבתורת גזל הוא אצלו מ"מ זה ברור הוא שאין אדם יכול להקדיש מה שלא הגיע לידו מעולם ואינו שלו כגון נזקין אלו ואע"פ שהגיעו לידו לאחר מיכן למה זה דומה לאומר שדה זו לכשאקחנה ממך תקדוש דלא קדשה דליכא מידי דהשתא לא קדיש ולקמיה קדיש כדאיתא בפ' המדיר ואמרי' בפ' כל שעה גבי בעל חוב רבא אמר מיכן ולהבא הוא גובה ואי אקדיש מלוה כיון דמצי לוה לסלוקיה בדמים לא עשה ולא כלום וש"מ שאין אדם יכול להקדיש מה שלא הגיע לידו ואינו שלו אע"פ שחייב לו חבירו הואיל ומצי חלפי ליה אי נמי לסלוקי במיטב וזו ראיה גמורה לדברי רבינו הגדול ז"ל ולפיכך כתב דהני נזקין לא קדישי ק"ו מדר' יוחנן והוי יודע שלא חלק אדם בדבר זה מעולם ולא תטעה במה שכתב רבינו חננאל ז"ל כי לא עלה על לבו לומר שיהא יכול להקדיש מה שאינו ברשותו אלא כך אמר מאחר שקנו עניים במעמד שלשתן אי אתה רשאי אפי' לשנותה שהרי הוא ביד המחזיק שהוא גבאי בסלע זה ודאיק לה להאי פירושא מדלא קאמר הדרי בי שאם אתה אומר שאפי' שלא במעמד שלשתן קנה הקדש לא הוצרך רב יוסף לומר אנן יד דעניים אנן אלא כיון דאמר לחובל תנהו לעניים והקדישו הקדש שוב אינו יכול לשנותה שהרי זה נעשה גבאי להקדש וה"ה להדיוט שאם היה לו בידו זה פקדון והקנה לאחר בחליפין או בדבור שהוא קונה לו כגון מתנת שכיב מרע כיון שקנה הלה אין הנפקד רשאי ליתנו לאחר אלא ודאי מה שהוצרך רב יוסף למעמד שלשתן כדי שיקנה אותו הקדש הוא דבלאו הכי לא קנה כדברי רבינו הגדול ז"ל זה דעת רב חננאל ז"ל ומפורש בפירושיו ואי לא תימא הכי היכי אפשר לומר דכשבאת ליד גבאי דמי ואין

רשאי לשנותה וכי מפני שקנה רב יוסף לעניים הוי כמי שבאת לידו הרי אקדיש סלע שברשותו שקנה רב יוסף והעניים ויכול לשנותה אלא ודאי הא דלא מצי לשנותה מפני שהיא ברשות אחרים ביד התוקע וכל שקנו העניים אינו רשאי לשנות ולא הוצרך רב יוסף למעמד שלשתן אלא כדי שיקנו העניים ורבינו הגדול ז"ל לא חלק על דברי רב חננאל ז"ל בכאן כלל וזאת הטענה עצמה מכחשת הסמך שסמך בעל המאור ז"ל על רבינו הגאון ז"ל כי היאך עלה על דעתו שאם הקדיש סלע שהיה לו ביד נפקד וקדשה שיהא רשות בידו להוציאה מיד הנפקד הרי זכה ההקדש והעניים ונעשה שומר שלהם וידו כידם ושוב אין לבעלים אצל נפקד דין ודברים וכך הדין בהדיוט וק"ו להקדש כמו שכתבתי כבר אבל דעת הגאון ז"ל כך הוא דהאי גברא לאו אקדושי אקדשה מדלא קאמר תהא לעניים אלא נודר הוא שאמר עלי ליתן סלע שחייב לי בנזקי לעניים ויתננה המזיק להם ואינה קדושה ביד המזיק כלל לפיכך מן הדין היה יכול לחזור בו אלא כיון שאמר במעמד רב יוסף למזיק תננה לעניים קנו ואינו יכול לחזור בו וכן דעתו במקדיש ביתו שברשותו ורבינו הגדול ז"ל חלק ואמר דלא נדר כלל אלא שהקדישה ולא קדשה ק"ו מדר' יוחנן אבל מעולם לא עלה על דעת חכם שיוכל אדם להקדיש דבר שלא זכה בו כגון נזקין:

ומה שכתב תו בעל המאור ז"ל ושמעינן מדברי רבינו האי גאון ז"ל דמאי דאמרי' דממשכנים על הקופה אפי' בע"ש לא אמרו אלא כגון בדבר שהוא תנאי בני העיר. תשובת הגאון ז"ל בזה אינה מחוורת דמאי דקשיא להו מעשה דר"ג לאו מלתא היא דהתם שעת הביעור היה והיה צריך להוציאו מרשותו דקתני רישא דההיא מתני' כיצד היה הביעור נותן תרומה וכו' ומעשר ראשון לבעליו ובתר הכי קתני מי שהיו פירותיו רחוקים ממנו צריך לקרות להם שם כיצד מעשה ברבן גמליאל ותניא בהדיא בברייתא מזכה להן ע"י אחר כיצד וכו' וכולה מתני' בשעת הביעור דאי לא תימא הכי אמאי אקנינהו להו רבן גמליאל והלא מעשר היה וחייב היה ליתנו לעניים מה"ת ומה היה חושש אלא על כרחך כדי שיוציאנו מרשותו עשה כן ואי לאו שעת הביעור אינו צריך אלא לקרות שם בלבד כדתנן שני לוגין שאני עתיד להפריש הרי הן מעשר וכו' וכמה משניות נשנו בזה במס' מעשרות ובמקומות אחרים בסדר זרעים ובעיקר הדין אני תמה היאך יאמר הגאון שאין ב"ד יכולין לעשות דבר במעשר עני עד שיזכה פרנס כגון ר"ע לעניים והלא אמרו בו בפ' הזרוע ואפי' עני שבישראל מוציאין אותה מידו ומוציאין מדינא הוא וגבי מתנות כהונה קנסו נמי בי דינא אטמא וגלימא ומשמתין עלייהו ולא אמרו אלא במזיק שהוא פטור משום דה"ל ממון שאין לו תובעים הלכך בנדרים נמי כל

דבר המסוים בודאי מוציאין מידו דמאי שנא ומעתה בכל הנדרים נמי למה לא יהיו ב"ד נזקקין להוציא מידי חיובו והרי התשובה לא דקדקה בכל זה אלא אפי' בית זה וחפץ זה לעניים קאמר דליכא עליה דינא ולא כלום ונראית כמשובשת ואם תמצא לומר אותה אין לדקדק ממנה מה שדקדק בעל המאור ז"ל שאם אמר הגאון ז"ל דב"ד דלית להו למעבד מידעם רצונו לומר שאין יורדין לנכסיו למוכרן כמו שעושין בבע"ח ולא משמתין אותו דהא לית להו לעניים עסק דין בהדיא כלל אבל מ"מ גבאי צדקה ממשכנין אותו משכונו בעלמא עד שיפרע משום דדלמא פשע ובעי משכונו ולכשיתן יחזירו לו משכונו ואין זה כפיה וגביה כדין ב"ד בבע"ח אלא משכונו בעלמא הוא שגבאי צדקה ממשכנין אותו ולא ב"ד כי לא חלק הגאון ז"ל מעולם בזה דהא צדקה איתקש לנדר וחייבי עולות ושלמים ממשכנין אותן ומאי שנא וכן נמי חייבי ערכין. ותו דאמרי' ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך פי' שממשכנין אותו והכי פירושו בירושלמי בפ"ק דר"ה רבנן דקיסרין בשם ר' אבינא מיכן למשכון ואי אמרת הא חייבי חטאות ואשמות כתיבי התם ואין ממשכנין אותם התם היינו טעמא משום דכפרה דידיה הוא ולא בעי עשוי דמעושה ועומד הוא כי היכי דתיהוי ליה כפרה אבל צדקה מצוה גרידתא היא כנדרים ונדבות וממשכנין אותם ועוד דצדקה דבר הנדור הוא דומיא דעולות ושלמים וקרינא בהו אשר דברת בפיך משא"כ בחטאות ואשמות שאין נדרין ונדבין אלא חיובי דרמי עליה הוא וליכא לדמויי להו צדקה ועוד דהא איכא חייבי חטאות שממשכנים אותם כדאיתא בערכין וק"ו הדברים דכיון דלחבריה בעי למיתביה ולא לגבוה בעי משכוניה משום דפשע ולא יהיב ויש מפרשים שלא חלקו בין חייבי חטאות ואשמות לחייבי עולות ושלמים אלא קודם זמנן דבהכי ממשכנין כי היכי דלא ליפשע ובהנך לא פשע אבל לאחר שעברו עליו שלש רגלים בכולן ממשכנין וכופין נמי במילי ושוטי דבכולהו כתיב ועשית וכענין שאמרו בשאר מצות מכין אותו עד שתצא נפשו ודבר נכון הוא ומעשה דרב נתן בר אמי אינו ענין לכאן דהתם לא נדר הוא ולא קופת אנשי העיר הוה אלא עשוי עשיה דכיון דאמיד ולא יהיב צדקה ב"ד מוציאין ממנו בעל כרחו וכן לפרנסת בניו הקטנים אי אמיד כייפינן ליה ולא בעי' שיאמר רוצה אני כדאיתא בפ' נערה שנתפתתה אלא על כרחך קא אמרי' כפי צורך השעה לפי מראות עיניהם של דיינים אלא שלמדו ממנו דממשכנין על הצדקה כשאמיד כדמפרש בפ' השותפין אבל אין לזה עסק בדברי הגאון ז"ל כלל:

דף יט.

ועוד אמר ר"ש בן לקיש הכל היה בכלל נ"ש פי' בכל נזקין שבעולם וכו':
אמר הכותב אין זה נכון דלמ"ד פלגא נזקא קנסא לא אתיא קרן מביניא דאיכא למיפרך מה להנך שכן מועדים מתחלתם פי' שדרכן להזיק ולאו בחזקת שימור קיימי והוה להו לבעלים לשמור משא"כ בשור תם שבחזקת שימור קאי ואין דרכו להזיק ולא אתיא קרן אלא למ"ד ממונא דלאו בחזקת שימור קיימא והיינו דאמרי' בריש פ"ק ולמ"ד אדרבה קרן עדיפא וכו' והיינו מ"ד ממונא וכדפרישית ועוד דאפי' ס"ל לריש לקיש כמ"ד ממונא א"א שהוא עומד בכללו לשלם נ"ש דקרן דהקדש כלומר שור המזיק את ההקדש לא אתיא שהרי הקדש לכ"ע פטור בבור שאמר קרא והמת יהיה לו מי שהמיתה שלו יצא הקדש וכיון שכן איכא למימר אי מבור קא גמרת קרן דהקדש פטורה מנ"ש וקרן דהדיוט חייבת בנ"ש כתב רחמנא גבי הדיוט דפטורה קרן מח"נ וחייבת בח"נ וכתב רעהו ולא של הקדש לומר לך דבהקדש פטורה לגמרי כשחחזירהו לכללו פטורה לגמרי כדין בור סד"א הואיל ויצא מכללו לחייב הקדש קמ"ל וא"ת מדלא כתביה גבי מועד הרי פי' זה בטל והפי' הידוע הוא הנכון הכל היה בכלל נ"ש בין הדיוט בין הקדש שהזיק או שהוזק כשפרט הכתוב גבי ח"נ רעהו ולא של הקדש ולא פרט גבי מועד ש"מ בדין תם מיעט להקל ולהחמיר שאילו כתב להאי רעהו גבי מועד הייתי אומר כיון שמועד פטור אף תם פטור שאין לך תם משלם שלא ישלם במועדות ועוד שאם מועד פטור ק"ו לתם מעתה מדלא כתביה גבי מועד שמעינן שבכלל נ"ש של מועד הן וכל שחייבין במועד על כרחך חייבין בתם שאין לך תשלומין במועד אא"כ שלם כשהוא תם וכדפרישית א"כ למה פרט הכתוב רעהו גבי תם לומר לך צד הקל האמור בתם אינו אלא בשור רעהו אבל כי נגח של הקדש משלם נ"ש ושל הקדש שנגח של הדיוט לחייבו נ"ש א"א שלא מצינו הקדש משלם להדיוט יותר מהדיוט להדיוט ולחייבו בח"נ א"א שהרי אמר הכתוב רעהו ולא של הקדש שאין דין תם בהקדש שוה להדיוט בין לחומרא בין לקולא אלא דהדיוט חייב נ"ש ודהקדש פטור לגמרי שאין דין הקדש לעולם כדין הדיוט הואיל ורעהו דוקא וכיון דכתביה גבי תם איכא למעוטי לקולא ולחומרא וא"א לחייב את המועד הואיל ותם פטור לגמרי:
ועוד משכח רברבי ומשכח זוטרי קא מיפלגי בר"ע לפני ר"א אם היה צריך לחדדו:
אמר הכותב אנן הכי גרסי' בכולהו נוסחי בדרב כהנא משכח רברבי שקיל משכח זוטרי שקיל ופירושו שלא חזר בו מטעם שאמר המית ובדרב טביומי דאמר המית אמר ליה ברישא משכח זוטרי שקיל משכח דברבי שדי זוטרי ושקיל רברבי פירושו שחזר בו

מטעם המית שאמר ברישא משום דכיון דאותה נגיחה בכוונה ובר מיתה הוא אי אתו עדים אע"ג דלא אתו ולא מקטיל לא צריך קרא למעוטי וסוגיא דלקמן בהכי רהטא וכ"כ רבינו שלמה ז"ל דהדר ביה מקמייתא:

דף יט:

ועוד מא' לאו כופר לא דמים ופירש"י ז"ל וכו':
אמר הכותב יש לי להשיב והרי שנינו שכל המשלם כמה שהזיק ה"ז משלם ע"פ עצמו והאי נמי משלם כמה שהזיק אע"פ שבמיתה אינו משלם כמה שהזיק ועוד דלא מקשינן מיתה לניזקין בכי הא דנימאי כיון דלא משלם במיתה לא משלם דמי ניזקין דהא אמרי' לדעתיה דרבה גבי בן חורין שלא בכוונה שהוא משלם דמים ואם המית אינו משלם כופר וכן בעבד שלא בכוונה משלם דמים ואם המית איט משלם קנס ואין השור נסקל הלכך אי מקשת נזקים דשלא בכוונה למיתת השור כר"ש או למיתת הבעלים כר' יהודה פטור הוא ואנן מחייבין ליה אלמא לא מקשי' בכה"ג נזקין למיתה ועוד דאמרי' בשמעתיה דליתני בברייתא האי שמשלמת שלא בכוונת דמים משא"כ בבור אלמא דמים דמי מיתה בלחוד משמע ואין בכללו נזקים כלל דנזקים איתנהו בבור והיכי ליתני משא"כ בבור.
ומאי דכתב תו דר' יהודה מקיש נגיחה דנזקין לנגיחה דמיתת הבעלים וכר' יהודה קי"ל דהא מחייבין בההוא תורא דאלם ידא דינוקא ואע"פ שהוא רגל בכולה שמעתא חד דינא אית להו לרגל ושן ולניזקין דקרן שלא בכוונה כו' לאו מלתא היא כלל אטו ר"ש פטור ניזקן של שן ורגל בכוונה דמדמי ליה למיתת השור אי הכי שן ורגל דחייבה רחמנא היכי משכחת לה ומה לי אם הזיק אדם ומה לי פירות וכלים לא מצינו פטור בנזקי אדם וחייב בנזקי ממונו וכדאמרי' קולא דשן ורגל שכן פטור ברה"ר ולא אמרי' שיפטר בנזקי אדם שאין לך פטור בנזקי אדם וכולה מכילתין רהטא בהכי וליכא מאן דפליג אלא ודאי לא נחלקו ר' יהודה ור"ש אלא בנתכוין ליגח את הבהמה ונגח את האדם והזיקו שר' יהודה מחייב בדין כופר ור"ש פוטר כדין מיתה אבל לא חלקו בשן ורגל בכוונה דודאי חייב בנזקי גופו וליכא לאקשויינהו למיתת השור שאין השור מומת משום שן ורגל ואפ"ה חייבינהו רחמנא בנזקי ממונו וה"ה לנזקי גופו אבל שלא בכוונה דאפי' בקרן שחייב עליה מיתה בכוונה פטר רחמנא שלא בכוונה ממיתה לענין נזקין נמי פטר ר"ש בין בקרן בין בשן ורגל שלא בכוונה בין בנזקי גופו בין בנזקי ממונו והיכי דמי שלא בכוונה מתחכך בכותל ונפל אבל בכוונה כולן חייבין אפי' לר"ש שהרי עשה הכתוב קצת כוונה ככל כוונה בנזקין דהיינו שן ורגל בכוונה כקרן בכוונה אע"פ שזה מתכוין להזיק וזה

אין כוונתו להזיק דהא מ"מ איכא כוונה בשן ורגל וחייב עליה הכתוב נזקין אבל היכא דליכא כוונה כלל בין בקרן בין בשן ורגל הוא דפטר ר"ש מקטליה דשור כדפרישית ומיהו כר' יהודה קי"ל דכל ר"ש ור' יהודה הלכה כר' יהודה:

ומה שכתב עוד ז"ל תדע דהא אמרי' תניא כוותיה דשמואל תיובתיה דרבה ואע"ג דשמואל לא איירי אלא בתולדה דשן וכו' ורבה לא איירי אלא בקרן שלא בכוונה. אף לפי דבריו טעה בזה דשמואל אכולה מתני' קאי דקתני נתכוין להרוג את הבהמה והרג את האדם וכו' דהיינו קרן שלא בכוונה ועלה אמר שמואל דחייב בכופר ופליגא דרבה בהדיא וה"נ תני לה להך ברייתא בתוס' אכולהו והיינו סיעתיה דשמואל בכולהו אבל נראים הדברים דרבה אף בשן ורגל בכוונה פטר מכופר דהא אינו חייב מיתה ורבה קרא קא דריש אין השור בסקילה אין בעלים משלמים כופר אלמא בשן ורגל בכוונה פטור מכופר כשם שפטור ממיתה דאי לא תימא הכי הא דאותביה אביי לרבה המית שורי את פלוני ה"ז משלם ע"פ עצמו מאי לאו כופר לימא ליה אין כופר בשן ורגל אלא ש"מ אפי' בשן ורגל בכוונה פטור לרבה מכופר ותו אי רבה בקרן דוקא קאמר שלא בכוונה פטור אבל בשן ורגל בכוונה אע"פ שאין השור בסקילה בעלים משלמין כופר מנא ליה לאביי דקרן בכוונה ע"פ הבעלים אינו משלם כופר דלמא לעולם משלם אע"פ שאין השור בסקילה דהא תלמוד דשן ורגל בכוונה משלם אע"פ שאין השור בסקילה ורבה גופיה אי מודה בשן ורגל בכוונה אמאי לא מודה בקרן בכוונה ע"פ הבעלים אלא ודאי כלל גדול כלל רבה לכל הנזקים שבעולם שבכל מקום שאין השור בסקילה אין בעלים משלמין כופר וכ"כ ר"ח ז"ל בפ' הפרה דמשום דקי"ל מועד שלא בכוונה משלם כופר לפיכך משלם את הכופר תם ודקא קשיא לך אי הכי קשיא ליה מתני' דהתם לא קשיא דרבה מוקים לה במועד ליפול על בני אדם בבורות כלומר בכוונתו להזיק והיינו דרב על הפי' הנכון ואע"ג דלא קתני מתני' חייב במיתה לא הוי תיובתא לרבה ואי נמי מוקים לה בתם וכופר שלם כדעולא לריה"ג וכדר"ט לא קשיא לרבה דאיהו לרבנן קאמר ולאו לריה"ג שכל עצמו לא חייב ריה"ג תם בחצי כופר אלא בזמן שאין השור בסקילה שאילו בנסקל הביאהו לב"ד וישלם לך:

ועוד דכ"ע אומרים באיסורי הנאה הרי שלך לפניך באיסור הבא מאליו וכו' עד לא אמרי' הוה שחיטנא ליה דשחיטה שאני דהא ליתיה בעולם:

אמר הכותב כמה הוא רחוק זה הטעם שא"כ לא פשע השומר כלל והואיל ולא פשע אפי' לא החזירו לבעליו נמי פטור ובודאי לא פטר ר' יעקב אלא כשהחזירו לבעלים אבל לא החזירו חייב כדאיתא בפ' מרובה ובפ' אלו נערות גבי גנבו גנב מבית שומר ועוד גבי

תרומה ונטמאת דתנן אומר לו הרי שלך לפניך לימא ליה אילו אהדרתיה ניהליה לא הוה מטמאה ואפי' נטמאת באונס נמי מחייב שהרי גזלן חייב בו והטעם לכל זה מפורש בגמ' במס' גיטין דאקשינן למ"ד היזק שאינו ניכר שמיה היזק תנן חמץ ועבר עליו הפסח ואסיקנא ש"מ היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק הא למדת למה אומרים באיסורי הנאה הרי שלך לפניך מפני שהוא היזק שאינו ניכר ולפיכך עולה פי' שמועתנו כהוגן דרבנן סבירא להו דהאי היזק היזק ניכר הוא משום דא"ל אי אהדרתיה ניהליה הוה מעריקנא ליה ולא היו ב"ד גומרין את דינו נמצא שהתפיסה שתפסוהו ב"ד בפשיעתך היא גרמא לאסרו וה"ז כשומר שלא שמר ובא גזלן ונטלו שלא יכול לומר לו הרי שלך לפניך כל זמן שהוא ברשות גזלן ואף זה משנכנס ביד ב"ד שוב לא יצא מרשותם שהרי אסרוהו וכל מקום שהולך שם ב"ד ורשופם עליו ור' יעקב סבר גומרין דינו של שור שלא בפניו והתפיסה שתפסוהו ב"ד אינה מועלת כלום ואין השור ברשותם נמצא שהוא היזק שאינו ניכר ואומר לו הרי שלך לפניך ואפי' פשע בשמירתו כשנגח וא"צ לומר נגח באונס אבל אילו נסקל היה חייב לפי שאומר לו אילו החזרתו לי הוה שחיטנא ליה ואפי' נגח באונס שבפשיעתו בא ההיזק הוא היזק ניכר וכך פירשו רבותינו הצרפתים ז"ל והוא הנכון:

דף כ:

ה"ג בנוסחי דוקאני ח"נ ורביע נזק מאי עבידתייהו פלגו נזקא נכי ריבעא בעיא לשלומי וכו':

אמר הכותב והרי אמרו בגמ' דאי קדים ותבעיה לבעל ולד תחלה אינו משתלם מבעל פרה אלא ח"נ שהוא א' מארבעה בנ"ש משום דאמר ליה הואיל וגלית אדעתך דאנא שותפא אית לי דתבעתיה לבעל ולד ואשתלמת מיניה רביע ח"נ פטור אני לגמרי ואף אנו נאמר כשתבעו לבעל פרה תחלה ברביע הנזק ודחאו אצל בעל ולד ונשתלם מיניה ריביע ח"נ כשחוזר אצל בעל הפרה אומר לו כיון דתבעתיה לבעל ולד ואשתלמת מיניה גלית אדעתך דשותפא אית לי וכי מפני שמצאו בשוק ואמר לו לך אצל בעל ולד הוא מתחייב אדרבה הואיל וזה שמע לו גלי אדעתיה דשותפיה הוא הלכך אינו משתלם מבעל הפרה אלא א' מד' בנזק וכן אם תבעו לבעל פרה תחלה ונשתלם ממנו שלשה רביע ח"נ בעל ולד פטור לגמרי דא"ל גלית אדעתך דאיהו אזקך בלחודיה ולאו אנא וידעתי כי מקצת המפרשים מסכימין במה שכתב דאי קדים תבעיה לבעל פרה תחלה משתלם רביע ח"נ מבעל ולד וג' רביע ח"נ מבעל פרה וא"א לומר כן דכל חד א"ל אי אנא לאו אידך ואי אידך לאו אנא וכדאמרי' בשתבעו לבעל ולד תחלה גלית אדעתא דשותפא אית לי וכדאוקמא

אביי ומי שחולק בין זה לזה אין בדבריו ממש ותמה על עצמך אטו משום דנפישי ליה בעלי דינים ריוח שאילו בממון המוטל בספק לזה עם היחיד לעולם הוא מפסיד חצי הספק כגון רביע ח"נ זה ולא מצינו שיפה כח היחיד מכח הרבים ועוד הואיל ונשתלם מבעל ולד או מבעל פרה אותו רביע ח"נ המוטל בספק היאך ישתלם מחבירו רביע ח"נ האחר כולו והלא אותו רביע מוטל בספק וחולקין שהרי אינו תובעו לאחרון אלא ברביע ח"נ וממון התביעה מוטל בספק וחולקין והיאך אמר בעל המאור ז"ל דמשלם כל פלגו נזקו הרי א"א אלא ודאי פלגא נזקא נכי ריבעא הוא דמשלם דלעולם מההוא דתבע ברישא משתלם רביע ת"נ ואידך מיפטר לגמרי והוא פסיד משום דא"ל גלית אדעתיה דאיהו מחייב לך ואע"ג דתבעיה בשמא נמי פטור ולא דמי להההיא דאמרי' בשילהי המניח כגון דניזק אומר שמא דמחייב אידך ולא מצי למימר ליה גלית אדעתא דאיהו אזקך דהתם הוא כיון דמזיק ברי ומודה לו הודאה גמורה שהוא חייב לו יהיב ליה כדאודי ליה ומ"מ בששניהם ברי הואיל וזה אומר חייב אני לך וזה אומר אינך חייב לי אוקי ממונא בחזקת מאן דתפיש ולא מזדקקינן להו והכי איתא בפ' השולח גבי נתתי שדה פלוני לפלוני והוא אומר לא נתן לי ואי קשיא לך הא השתא קס"ד דאי קדים ותבע לבעל פרה תחלה משתלם מיניה פלגו נזקיה ומאי קאמר פלגו נזקא נכי ריבעא בעי לשלומי מנא ליה דמתני' בשתבעו לולד תחלה עסקינן לאו מלתא היא דאי בדתבעו לבעל פרה תחלה הרי מבעל פרה משתלם כל פלגו נזקו והיכי קתני מתני' דהוא משתלם רביע נזק מן הולד אלא קס"ד דבתבעיה לולד תחלה עסקינן ולפיכך אמר אי תבעינהו לתרוייהו פלגו נזקא נכי ריבעא בעי לשלומי הרי נתגלה לך שהספרים שכתוב בהם פלגו נזקא נכי ריבעא בעי לשלומי הם המדוקדקים ואף לדברי בעל המאור ז"ל אינם משובשים כמו שאמר שהרי אביי אוקמא למתני' הכי בח"נ א' מארבעה בנזק ורביע נזק א' משמונה בנזק וכדתבעיה לבעל ולד תחלה וכי אקשינן מעיקרא נכי ריבעא בעי לשלומי אתבעיה לבעל ולד תחלה דקס"ד דמקשה דאי תבעי לבעל פרה תחלה כוליה ח"נ משתלם מבעל פרה ומתני' קתני מן הולד כדכתיב ועוד דאפי' ס"ל כלישנא בתרא וכפירושו של בעל המאור ז"ל שפיר קאמר נכי ריבעא בעי לשלומי משום דמתני' דקתני רביע נזק דאלמא מפסיד בעל השור מן התשלומין רביע מש"ה קאמר אי משכחת לה דמפסיד רביע כדקתני פלגו נזקא נכי ריבעא הוא דבעיא לשלומי וגירסת רבינו הגדול ג"כ נכונה היא וח"ו שאין ממציאין בידו לכתוב טעות וכך פירושה דקס"ד השתא דפרה ולד דחד והא דקתני משתלם מן הפרה ומן הולד לאו דוקא שהרי הוא יכול לומר לו ממ"נ הב לי דגבך הוא אלא דאי מאית חד פקע מאנתיה מיניה אי נמי דתבעו לבעל פרה תחלה ואמר ליה אנא פרה דידך אזקינן

הב לי דהכי קס"ד השתא ומשום הכי אקשינן פלגו נזקא בעי לשלומי מן הפרה אלא כולי נזקא נכי ריבעא היכי משתלם והלא משנתנו בתם שנינו כלומר רביע נזק מן הולד למה יהא למדת דאי תבעיה לבעל פרה תחלה וא"ל שותפא אית לי ושמיע ליה היאך ולא תבעיה ברביע ח"נ ותבעיה לבעל ולד משכחת לה למתני' בהכי דמשתלם מיניה דפרה רביע נזק ומבעל ולד חצי רביע נזק והיינו לישנא בתרא דאביי אבל אי אשתלם מבעל פרה שלשה רביעי ח"נ גלי אדעתיה דדיניה גביה הוא ופטור בעל ולד לגמרי הלכך לא מתוקמא מתני' בהכי:

דף כב:

ועוד נימא מגו דהוי פושע לענין חרש הוי פושע לענין פקח וכו' וקשיא לן על הדין פירוקא והרי פושע אף לענין פקח במהלך בלילה:

אמר הכותב זו אינה קושיא דכיון דביום ליכא פשיעה כל מה שאירע ביום אונס גמור הוא שאין אתה יכול לומר פשע שעדיין לא בא זמן הפשיעה ויכול לומר לך כי אתי ליליא מכסינא ליה ועכשיו אין כאן שום פשיעה תדע דהא לא אקשי' בגמ' נימא מדהוי פושע לגבי לילה הוי פושע ליום אבל הקושיא שהקשה עליו בעל המאור ז"ל דהא לענין התלעה איכא פשיעה גבי הנהו שוורים גופייהו דדלמא אתו גמלים ומרעי ליה בודאי קושיא היא ופירוקו גם הוא מאד מאד רחוק ואינו מספיק לפרק קושייתנו מפני שלא מצינו פטור גבי בור יותר משאר אבות נזיקין אלא מגזירת הכתוב ועוד מצאתי עליו פירכא ממאי דאמרי' בפ"ק שור ובור שמסרן לחש"ו חייב משא"כ באש ואוקימנא בשור קשור ובור מכוסה דכוותה גבי אש גחלת ודקאמרת מאי שנא הכא ומ"ש הכא שור דרכיה לנתוקי ובור דרכיה לנתורי גחלת כמה דשביק לה מעמא עמיא ואזלא והכא ודאי לאו בשניתק השור ונתר הכיסוי מאליו קאמר וקמ"ל שאין שמירת החרש שמירה דא"כ דכוותה גבי גחלת ששרפה מקום הנחתה והיכי קתני משא"כ באש הא ודאי חייב ואם ברוח שאינה מצויה נתלבתה והדליקה דכוותה גבי שור ובור פטור אם כסהו כראוי לכל ונתגלה או שקשרו כראוי ונתק ושמעתא מוכחא דבראוי קאמרי' דהכי אקשינן התם אילימא בשור קשור דכוותה גבי אש גחלת מ"ש הכא ומ"ש הכא כלומר בכל פטור ואי בשור מותר ודכוותה גבי אש שלהבת וכו' ושמעת מינה דבמכוסה כראוי לנופל זה עסקינן דמה לי מגולה מה לי מכוסה שלא כראוי לענין זה תרוייהו מעצמן הן מזיקין בלא חרש וכיוצא בהן שלהבת וחייב אלא ודאי בשקשר כראוי או שכסהו כראוי לנופל זה וגלהו חרש ושוטה עסקינן דכיון דה"ל למיתי לאחר זמן ומיחזי אי נתק ונתר על ידי

הגמלים או רוב הדריסה ולא אתא פושע הוא ואע"פ שלא נתק ונתר אלא שגלוהו מתחלה חש"ו חייב אע"פ שאין לחייבו על מעשיהן משום דה"ל תחלתו בפשיעה וסופו באונס כך עיקר פירושה של אותה שמועה וכך פירשה רבינו שלמה ז"ל נמצינו למדין שאף בבור כל שתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב ולפיכך אנו צריכין לפרש שמועה זו על דרך פי' הרב אב ב"ד ז"ל וכך פירושה דקי"ל בעלמא דלא אמרי' מגו אלא כשבא האונס מחמת הפשיעה כגון זוזי דצריפא דאי לאו פשיעה דהנחה דהתם לא מטו להו האי אונסא כדאיתא בפ' המפקיד משא"כ בהתלעה שאפי' הוסיף בארזים עד שהיה אותו כסוי יכול לעמוד בפני גמלים שמא היה מתליע ואין אונס התלעה בא מחמת הפשיעה אלא מחמת דבר אחר הוא בא ולא מיקרי תחלתו בפשיעה וסופו באונס ומש"ה לא אדכרו הך לישנא בהך שמעתא כלל והכי קא מיבעיא לן אע"ג דלאו מחמת הפשיעה בא האונס כל אימת דלא כסיה בור מיקרי ולעולם מחייב שלא פטרתו התורה אלא בכסוי שהוא ראוי לכל דבר הלכך כיון שאינו ראוי לגמלים לאו כסוי הוא ולא מיפטר ביה אע"ג דהשתא אונם הוא שפשיעת כרייתו פשיעה היא לחייבו בכל דבר עד שיכסנו כסוי הראוי אף לגמלים ופשטינן דכיון דליכא פשיעה גבי ההוא מידי כגון לשור פקח וכדפריש הרב אב ב"ד ז"ל פטור ולא אמרי' שפשיעת כרייתו פשיעה הוא לחייבו בכל דבר עד שיכסנו כראוי לכל אלא כיון דאין תחלתו בפשיעה פטור זהו דרך הרב אב ב"ד ז"ל וכך פירשו חכמי הצרפתים ז"ל והוא פי' נכון ומה שכתב בעל המאור ז"ל ואם תשאל היכי קס"ד למימר מגו לחייבו בעל הבור בשור פקח והא איהו דאזיק אנפשיה וכו' יש להשיב מדקא פסיק ותני פקח ביום פטור אע"ג דנפל ליה בתר דנפל חרש והדבר ידוע דשוורים סרכא דהדדי נקטי ואזלי תשובה גנובה היא זו דאי שוורים סרכא דהדדי נקטי ואזלי ושור פקח נמי לאו אורחיה לעיוני כדאזיל בתר שור חרש א"כ אף לגבי שור פקח פשע דאיבעי ליה לאסוקי אדעתא דלמא נפיל ביה בתר שור חרש וכן נפיל בתר שור חרש תחלתו וסופו בפשיעה הוא וחייב ובעיקר קושייתו אם משיב ואומר דגבי ממונו אע"ג דה"ל לעיוני לא נפטר המזיק דליכא למימר גבי שור הוא דאזיק אנפשיה אע"פ שפשע ולא עיין שאין פשיעת השור פשיעה לפטור המזיק והשור לא הזיק עצמו אלא מחמת בורו של מזיק הלכך בעל הבור חייב ומה שפטרו חכמים בשור פקח היינו משום דא"ל בעל הבור לבעל השור לא פשעתי שכיון שאין דרך שור פקח להפיל עצמו לא ה"ל לאסוקי אדעתאי דנפיל שם ומש"ה פטור אבל אם פשע לגבי ההוא שור אע"פ שהפיל עצמו לדעת פטור שאין פשיעת דעת השור בשלא עיין פשיעה להפסיד בעליו הואיל וזה פשע וטעם נכון הוא:

דף כג:

עוד אמר רבא הניח אבן ע"פ הבור וכו' יש לומר מאי פטור פטור מנ"ש וחייב בח"נ וכלישנא בתרא דרבא:

אמר הכותב אין זה נכון דכיון דס"ל לר' נתן כל היכא דלא משתלם מהאי משתלם מהאי אף זה חייב בנ"ש ומה דומה לזה נתקל באבן ונשוף בקרקע ואף הוא כיון דליכא לאישתלומי מקרקע עולם משתלם כוליה נזק מבעל אבן והיינו דאמרי' לקמן שור ואדם שדחפו לבור לענין ארבעה דברים אדם חייב ובכל ד' דברים קאמר דאי בשבת דידיה מאי למימרא אלא בכל ד' דברים קאמר דכיון דליכא לאישתלומי משור ובור משתלם מאדם משלם וקמ"ל כר' נתן ואמרי' נמי לענין כופר ושלשים של עבד שור חייב ובודאי כופר שלם קאמר דאי חצי כופר הא כופר שלם אמר רחמנא ולא חצי כופר כדאמרי' בפ' ד' וה' ואפי' כשתמצא לומר התם אפי' חצי כופר משום דכיון דמשלם האי חצי כופר והאי חצי כופר כופר שלם הוא אבל חצי כופר ממש ודאי לא ועוד שאינו משלה כופר אלא בשהמית אבל בפלגא היזקא ודאי לא אלא ש"מ שאף הדוחף חייב בכל לר' נתן וכן כשנתקל באבן ונשוף בקרקע בעל האבן מחייב בכולה נזקיה לר' נתן ולא תדקדק במה שאמרו בגמ' אנא תוראי בבירך אשכחתיה מאי דאית ליה לאשתלומי מהיאך וכו' משתלמנא מינך דאלמא אי לאו משום דאשכחתיה בביריה לא הוה משתלה מיניה דודאי אע"ג דליכא למימר הכי משתלם מיניה כיון דליכא לאשתלומי מהיאך אלא ה"ק לעולם פלגא היזקא עבד וכיון דאיכא לאישתלומי מהיאך לא משתלם מהאי אלא רביע דהוא פלגא נזקיה דידיה אבל היכא דליכא לאישתלומי מהאי אע"ג דפלגא היזקא עבד משתלם נזקו משלם ממי שאפשר להשתלם ממנו משום דא"ל את קא גרמת לי וליכא בין לישנא קמא לבתרא כלום אלא בפירוש תשלומי שור תם נחלקו דלא קא אמרי' מאי בינייהו והיינו נמי דאקשינן בפ"ק אי אליבא דר' נתן הא אמר אע"ג דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי והתם ליכא למימר אנא תוראי בבירך אשכחתיה וכן בשור ושור פסולי המוקדשין שנגחו לר' נתן משלם נ"ש אע"ג דהאי פלגא נזקא עבד והאי פלגא נזקא עבד דהא תלמוד לרבנן לא משלם אלא ח"נ ואי כוליה היזק עבד נ"ש משלה ואפ"ה משתלם משור הדיוט נ"ש ואע"ג דליכא למימר כי האי טעמא דאמרי' בגמ' גבי בור אנא תוראי בבירך אשכחתיה וש"מ דלאו דוקא קא אמרי' אלא כדפרישנא הרי למדת שאפי' נתקל באבן ונשוף בקרקע משלם בעל אבן נ"ש אע"ג דפלגא נזקא עבד דלא גרע משני שוורים שהזיקו שלא כדברי בעל המאור ז"ל ועיקר קושייתו אינה קושיא שכיון שהכורה גרס לו להיות נתקל בבור פטור בעל הבור דאי בתר גרמא אזלת איהו לאו גורם הוא שהכורה

הוא דוחף הראשון ואי לאו כורה איהו לא עבד ולא מידי ואי בתר נזקא אזלת איהו לאו מזיק הוא שהרי נישוף בקרקע עולם ולפיכך פטור לגמרי וכל היכא דתנן פטור ליכא למימר מח"נ קאמר דה"ל למימר הכי וכל כה"ג לא משתמיט מלפרושה ובפ' המניח בלישנא בתרא דר"א לא מתמר ליה נתקל באבן ונשוף בקרקע דקתני הטיח צלוחיתו באבן שהיא נשוף באבן אבל בירושלמי אמרו בלשון הזה א"ר יוחנן המניח אבנו סכינו ומשאו ברה"ר ובא אחר ונתקל בהם וצלוחיתו בידו בין שנתקל באבן ונחבנו בקרקע בין שנחבט בקרקע חייב על נזקי אדם ופטור על נזקי צלוחית גם זה ראיה שהדין בשניהם אחד הוא ומשלם נ"ש כר' נתן ומי שאינו מודה במה שפרשנו על כרחו יודה שהלכה כלישנא קמא דרבא דאמר האי כוליה היזקא עבד דסוגיין הכי ונמצא שדיננו דין אמת אבל יש להקשות לרב דאמר בור שחייבה עליו תורה להבלו הא לחבטו פטור אמאי מי גרע ממניח אבן ע"פ הבור דחשבינן ליה כשור שדחף וכי תימא פטור מח"נ קאמר הא לאו מלתא היא חדא דקא קאמר אגובהה לא מחייב כלל כלל במשמע והיינו דקאמר נמי חבטו קרקע עולם הזיקתו דאלמא פטור לגמרי ועוד דהא אמינא לך דבכולי נזק הוא חייב כיון דליכא לאישתלומי מקרקע עולם וזו הקושיא צריכה לפנים אלא שיש לומר דלא דמי דבשלמא אבנו סכינו ומשאו שנתקל בהם הם שדחפוהו בקרקע עולם ודינם כשור שדחף דהיכא דליכא לאישתלומי מבור משתלם משור לכ"ע אבל בור אע"פ שהוא גרם לו שהרי חפר שם ומ"מ לא נתקל בגוף מעשיו אלא העפר שנסתלק משם הוא הגורם וכן הא דאמרי' לעיל דעבד גובהה ברה"ר לרב אגובהה לא מחייב הכי פירושא כגון שהיה ברה"ר גבשושית שוה מכל צדדין והוא חפר מצד אחד שהעולה מצד האחר השוה לרה"ר נופל ונחבט בקרקע עולם ומש"ה פטור לרב שסילק העפר שסלק משם הוא הגורם ולא הוא דחפו אלא הוא שנדחף מעצמו מפני שלא מצא שם עפר כך פי' ה"ר אברהם בר דוד ז"ל ואני אומר שלא חייבו הדוחף אלא בממונו כגון אבנו שלא הפקירה שהוא חייב על הדחיפה כשור אבל בור שהפקירו אינו חייב על הדחיפה כיון שלא הוזק אלא בקרקע עולם ולא חייבתו תורה אלא בהבלא דכתיב ונפל עד שיפול דרך נפילה ובבור ברשותו הא מודה רב ומ"ש בנתקל באבן ונשוף בקרקע דלרבנן חייב בעל האבן בנ"ש דברי רבינו שלמה ז"ל הם אלא שיש להשיב אי הכי קא סברי רבנן שור כולי היזקא עבד ומש"ה משלם נ"ש וכיון שכן מנא לן דאמרי רבנן היכא דליכא לאישתלומי מהאי לא משתלם מהאי דלמא לעולם אימא לך היכא דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי ושור ושור פסולי המוקדשין משלם נ"ש וטעמייהו דרבנן התם משום דשור כולי היזקא עבד וכי תימא תיתי מתם הא לא שמעינן להו לרבנן בתם משלם ח"נ ובור פטור אכתי

ליכא למיפשט דסברי רבנן אע"ג דליכא לאישתלומי מהאי לא משתלם מהאי בשור ושור שנגחו דהתם טעמייהו דרבנן משום דבור לא עבד ולא מידי ולא חייבה תורה בור בעניז זה דהא תלמוד במועד משלם השור נ"ש ובור פטור אלמא שור כולי היזקא עבד ובור לא עבד ולא מידי אבל בשני שוורים שהזיקו כיון דליכא לאישתלומי מהאי דלמא משתלם מהאי והיכי פשיטא להו נמי מלתא עד דמקשי נמי בפ"ק אילימא אליבא דרבנן פשיטא אדרבה מדר' נתן נשמע לרבנן בשנים שהזיקו לפיכך אמרו מקצת מפרשים בעל השור משלם מחצה ובעל הבור פטור ועל כרחך פלגא היזקא עבד ואפ"ה לא אמרי' כיון דליכא לאישתלומי מבעל הבור משום דבתר דחיפה אזלינן משלם מן השור נ"ש וא"ת מנא לך מעלתייהו דרבנן שבעל השור אינו משלם אלא מחצה דלמא משלם נ"ש תשובתך דא"כ הוה להו לרבנן למימר בעל השור משלם נ"ש ללמדך דכוליה היזקא עבד דהיינו דכוותייהו מדקאמר בעל השור חייב סתם ש"מ חייב מחצה ועוד שאם חלקו ר' נתן ורבנן בתשלומי השור היה כל אחד מפרש במה ישלם ומברר דבריו מדלא פירשו ש"מ כתשלומי השור לר' נתן כך משלם לרבנן:

ומ"ש בעל המאור הזה ז"ל דגם מדברי הרי"ף ז"ל לא נתבררו דינין הללו לפי שדלג עליהם כמו שדלג הרבה בדיני הבור כו' לא ידעתי מה דלג בכאן רבינו הגדול ז"ל שהרי כתבה לדר"א וכתבה לדר' נתן ודאמר רבה הניח אבן ע"פ הבור ולא השמיט בכאן חוץ מדברי רבה בשור ואדם שדחפו לבור ואין לו צורך לכתבה מפני שפשיטא היא כיון דא"ר נתן כל היכא דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי ואף רבא לא אמרה אלא משום דסיפא איצטריכא ליה ומה שאמר שדלג הרבה בדיני הבור ושאר אבות נזיקין אמת הוא אבל יש ג"כ אצלנו במקצתם טעמים ואם הם מעיני רבים נעלמים:

וכתב עוד בעל המאור הזה ז"ל דהלין ד' לישני דאביי ורבינא בשור ושור פסולי המוקדשין שנגחו פלוגתא פליגין עליה דרבא דאמר שלמים שהזיקו גובה מבשרן ואינו גובה מאימוריהן וכו' ואם בשר כנגד אימורין אינו גובה כ"ש שאין לחייב שור החולין בכנגד שור פסולי המוקדשין יש לי להשיב והרי רבא גופיה אמרה לשמעתא דאביי ורבינא דה"ג בכולהו נוסחי ובפי' רבינו חננאל ז"ל אמר רבא שור ושור פסולי המוקדשין שנגחו שור אחר אביי אמר ח"נ וכו' אלמא רבא הכי ס"ל אי למאי דאוקימנא כרבנן לרבנן אי אליבא דנפשיה לר' נתן דרבא כר' נתן ס"ל ודוקא קשיא לך אמאי אינו גובה בשר כנגד אימורין איכא למימר משום דא"ל בשר בלא אימורין לא כוליה נזק ולא פלגא נזק קא עביד ואפי' בפלגא נזקא אימורין מסייעו ודיו שמשתלם מבשר ולא שישתלם מבשר כנגד אימורין שאין הבשר בלא אימורין מזיק ואי רביע אריא אאימורין לא משתלם מבשר אבל

בשור ושור לכל חד וחד א"ל את קטלתיה שהרי הוא מזיק בלא כחו של חבירו וליכא הכא פלוגתא דאמוראי כלל. כתוב בספר המאור אמר רב שמעית מלתא לר' יהודה וכו' עד מי עבידי אינשי דמנחי מרגניתא בכספתא או לא הא קי"ל דר"י בתרתי פליג וכו':
אמר הכותב הבו ליה אפריון לבעל המאור ז"ל שפירש לנו דברי רבינו הגדול ז"ל בשמועה זו דודאי האי גברא בין לרבנן בין לרבי יהודה חייב אטמון דהא נזקי אדם הן ואש גופיה לא מיפטר אטמון אלא כגון שכלו חציו שנפל גדר שלא מחמת הדליקה כדמפרש בגמרא בפרק כיצד הרגל ורב אשי נמי לא מיבעיא ליה אלא משום דקא טעין הכי והכי כדאיתמר בגמ' אבל בדאיכא סהדי פשיטא דחייב בכל אלא ודאי הכי דייק רבינו הגדול ז"ל כיון דר' יהודה מחייב ואפי' ארנקי בגדיש ועשו בו תקנת נגזל דרב אכל טמון דמחייב ר' יהודה קאמר דאמר דעשו בו תקנת נגזל אי הכי רב אשי מאי קא מיבעיא אלא ש"מ ליתא הלכתא כר' יהודה וכרבנן קי"ל דפטרי טמון ולית להו תקנת נגזל באש אלא בדברים שדרכן להטמין כך פי' בעל המאור דברי רבינו יצחק אלפסי ז"ל תנוח דעתו שהניח דעת רבינו מן המתמיהין עליו והסכים אף הוא עמו בדבר זה ואעפ"כ דעתי לא נחה עלי עדיין ואם כוונת רבינו כך היתה תמה גדול אני תמה עליו פה קדוש איך יאמר דבר זה היכי אפשר ליה לר' יהודה למימר דתיקון תקנת נגזל במה שאין דרכו להטמין אטו נגזל גופיה אם טענו דברים שאין דרכן למשכן כגון מרגניתא דטמין להו אינש מי נשבע ונוטל א"נ טענו דברים שאינן ראוין לו כגון דלא אמיד מי מהימן הא אמרי' בדוכתא דלא מהימן וחס ליה לר' יהודה דליפלוג בהכי ועוד אי ס"ד דאית ליה לר"י הכי מנין לו לרב אשי להחזיק במחלוקת דלמא לעולם אימא לך רבנן נמי הכי ס"ל והא דפטרי רבנן במדליק בתוך של חבירו בדברים שאין דרכן להטמין לאו משום האי טעמא הוא דהא ודאי אפי' אית ליה עדים שהיו שם אותם כלים ונשרפו פטור לרבנן דהא בטמון גופיה פליגי בתוך של חבירו ולא בתקנת נגזל ולא אדכרו תנאי תקנת נגזל כלל אלא רב הוא דאמר הכי לפי פשטא של שמועה לפיכך מה שכתב בספר המאור וכן נמי פירשה רבינו שלמה ז"ל ועוד אי ס"ד בהא פליגי אדקא מיפלגי הכא ליפלגו התם בנגזל גופיה ועוד הא ר' יהודה מיקל בתקנת נגזל טפי מרבנן דתנן ר' יהודה אומר עד שתהא שם מקצת הודאה וכו' אלא טעמייהו דרבנן משום דבמדליק בתוך שלו פטר רחמנא טמון דכתיב כי תצא אש מעצמה ולא פליג בין דברים שדרכן להטמין לשאינן דרכן וגבי מדליק בתוך של חבירו פטרי דברים שאין דרכן להטמין ואפי' יש לו עדים מסברא דנפשייהו דכיון דלא הוה ליה לאסוקי אדעתיה פטור דא"ל אילו הוה ידענא הכי הוינא מינטר טפי והאי טעמא ליתא אלא במדליק אש בתוך שדה של חבירו ועברה הדליקה והלכה לצד האחר והדליק את

הגדיש דפשיעה בעלמא היא אבל לא במדליק גדישו של חבירו ממש בידים ולא בההוא גברא דבטש בכספתא דאיהו חייב כל דמאי דה"ל גביה דאזקיה ועוד אפי' אם תמצא לומר אין הלכה כר' יהודה דלא תקינו רבנן תקנת נגזל אלא בדברים שדרכן בכך מנא ליה לרבינו ז"ל דליתיה לדר' יהודה דמחייב על נזקי טמון מי תלאן זו בזו לעולם אימא לך הלכה כר' יהודה דטמון באש חייב ומיהו לא תקינו ביה תקנת נגזל אלא בדברים שדרכן להטמין אלא ודאי ליכא לדחויה לר' יהודה אלא מדרב אשי דאמר טמון איתמר וכדכתב רבינו הגדול ז"ל ואע"ג דאיכא למימר דאיהו לא סבר לה אלא איתמר קאמר ולתרוצי מלתא דר"י אתא. עכשיו חזרתי לדרך אחרת בפי' השמועה ממה שראיתי בירושלמי דגרסי' תמן א"ר אבהו בשם ר' יוחנן מודים חכמים לר' יהודה בכלי גורן שדרכן ליטמן א"ר הושעיא בשאין עדים אבל יש שם עדים כ"ע מודו על הדא דר' יהודה ותני כן על גדיש של חטים מחופה בשל שעורים או גדיש של שעורים מחופה בשל חטים נותן לו של שעורים פי' קסבר ר' הושעיא דכי פליגי רבנן עלה דר' יהודה בכלים שאין דרכן ליטמן משום שאין שם עדים ולא עשו בו תקנת נגזל אבל אם יש שם עדים שהיה שם אותו טמון חייב והא דקאמרי' ותני כן יש לפרש סיועא אדר' אבהו דאמר מודים חכמים בכלי גורן שדרכן להטמין ואינו מחוור דהא אמרי רבנן רואין מקום כלים כאילו מלא תבואה ואפי' בלא עדים משלם של שעורים ול"נ סיוע מסיפא דברייתא דקתני בד"א ובירושלמי לא מסיים לה דמרגלא בפומייהו היא מ"מ למדנו שמחלוקת ר' יהודה וחכמים בתקנת נגזל הוא לפי גמרא דבני מערבא ולגמרא דילן נמי במדליק בתוך של חבירו אית לן למימר דבהכי פליגי דמשום טמון לא מיפטר אלא במדליק בתוך שלו דבהכי כתיב קרא דכי תצא אש מעצמה משמע דאי במדליק בתוך של חבירו נמי משמע ומוקמי' לה נמי כגון שנפל גדר שלא מחמת דליקה דבכה"ג הוא דמיפטר טמון גופיה דכלו להו חציו א"כ אפי' בכלים שדרכן להטמין נמי ליפטר וכל הני פלוגתא דטמון היכא כתיבן אלא ודאי קרא במדליק בתוך שלו דוקא הוא והא דפטרי רבנן בשאין דרכן להטמין לאו מקרא אלא מסברא ואי בשיש שם עדים ודאי ואפי' נפל גדר שלא מחמת דליקה נמי מסתברא דחייב בכל אטו שורו דלא טפח באפיה והלך לגדיש של חטים מחופה בשל שעורים ואכלו מי מצי למימר אילו ידענא דשל חטים הוה הוינא מינטר ליה טפי פשיטא דלא וכ"ש היכא דמשום חציו דודאי חייב וכדמעיינת בגמ' וסברא משכחת דלא איתמר נטירותא דהכי קבילי עלי ודהכי לא קבילי עלי אלא גבי משאיל דאין לו לעכב עצמו מלעשות דליקה בתוך שדהו אלא משום שקיבל עליו להקדיש הלכך אמר ליה נטירותא דהכי קבילי עלי ודהכי לא קבילי עלי אבל במזיק בשל חבירו ודאי חייב בכל אי משום חציו אי משום

ממונו דהא לאו משום דקביל עליה נטירותא דהאי מחייבים ליה אלא משום דרמיא עליה נטירותא דגופיה או דממוניה דרחמנא חייביה בהכי ואע"ג דלא ידע במאי דאזיק כלל תדע דהא ר' יהודה מודה בדינא דמשאיל מקום וקא מחייב במדליק בין בתוך שלו בין בתוך של חבירו בכל מה שהיה בתוכו כדקתני בברייתא ולפיכך נ"ל דבתקנת נגזל פליגי כדפרישית וכן נראה דעת רבינו הגדול ז"ל והאי דלא פליגי בתקנת נגזל בעלמא להודיעך כחו דר' יהודה דאפי' בטמון באש למי עשו בו תקנת נגזל ורבנן שמעי ליה לר' יהודה דאמר טמון באש למדליק בתוך שלו חייב ועשו בו תקנת נגזל בכל דבר ואמרו ליה רבנן טמון באש פטור לגמרי ואפי' במדליק לתוך של חבירו דחייב לא עשו בו תקנת נגזל בדברים שאין דרכן להטמין ובברייתא דקתני אבל במדליק בתוך של חבירו משלם כל מה שהיה בתוכו איכא לאוקמא על פי עדים וכל מה שהיה בתוכו ואפי' ארנקי דהכי הוא דוקיא דהאי לישנא בכולה סוגיין ושמעתין נמי דיקא דקאמר ליה רב אחא בריה דרבא לרב אשי לאו היינו מתני' דקתני שכן דרך בני אדם להניח בבתים ומה ענין משנתנו לכאן וכי תעלה על דעתך שלא יהיה דרך בני אדם להניח בבתים אלא בשוקים יניחו ואם אמרו בבתים יאמרו בכספתא אלא ודאי לא הביאוה למשנה זו אלא לומר שעשו במזיק בו תקנת נגזל כמו שעשו באשו מדקתני שכן דרך וכו' ומה שתלאן רבינו ז"ל זו בזו מפני שמי שפסק כר' יהודה לא פסק אלא משום מימרא דרב דאמר לר' יהודה וכיון דליתא לדרב מדרב אשי אידחיא לה ר' יהודה לגמרי בדין טמון שאין לו על מי שיסמוך זה השגתי לתקן דבריו ואפשר שלא הביא ראיה זו אלא לדחותה לדר' יהודה במדליק בתוך שלו והא דקאמר רב לר' יהודה דמחייב על נזקי טמון באש עשו תקנת נגזל באשו ה"ה לרבנן אלא הא קמ"ל דאפי' במדליק בתוך שלו ונפל גדר שלא מחמת דליקה תקנו תקנת נגזל אבל לרבנן במדליק בתוך של חבירו פשיטא היינו נגזל דהא לדעת הוא מבעיר וגזלן הוא ועוד דהיינו מתני' דאוקימנא בתרתי פליגי במדליק בתוך של חבירו בתקנת נגזל כדפרישית אלא הא קמ"ל רב דאפי' לר' יהודה דמחייב בטמון במדליק בתוך שלו סד"א לאו גזלן אלא פושע בעלמא הוא ולא תיקון ביה רבנן מידי קמ"ל ובדין הוא דהוה ליה למימר בגלוי לרבנן במדליק בתוך שלו אלא רבותא קמ"ל לר' יהודה אפי' בדברים שאין דרכן להטמין ודומיא דמתני' נקט רב מילתיה במאי דאיירינן ביה והיינו דבעי אמימר עשו תקנת נגזל במסור לפי שהוא דומה לזה במקצת שאינו מזיק בידים וטעמא דכתב רבינו הגדול ז"ל דלגלויי אדרבנן אמר רב פי' לפירושו רב דוקיא דמתני' לרבנן אתא לאשמעינן יפריש דכל משלם מה שבתוכו דקתני בין בדר' יהודה בין בדרבנן ע"פ עצמו הוא ובשבועה אי נמי רב לית ליה הא דאמר רבא בתרתי פליגי וסיפא

בתקנת נגזל כדפרישית והוא דעת רבינו ז"ל ובהא לא נהירא דלימא לה בהדיא לרבנן עשו תקנת נגזל באש ומיהו אפ"ה לית לן למיפסק הלכתא כיחידאה דפירושא בעלמא היא ולאו משום דס"ל הוא וסוגיין בכולה מכילתין דטמון באש פטור ועיקר פסק העולה בידנו בכל זה כמ"ש רבינו הגדול ז"ל ואנו במה שכתבנו כסופרים העשוים להתלמד:

דף כז:

כתוב בספר המאור מה שכתב הרב ר' אברהם ז"ל והאריך באורכתא כמו שכתוב בפירושיו לא נ"ל וכו':

אמר הכותב הרב ז"ל סתם דבריו בזה ולא פי' השמועה וחזרנו על כל צדדינו ולא מצינו [איך] שיתקיימו דבריו שאם יאמר דנהרדעי סברי דכל הרשאה הקנאה גמורה היא ומש"ה בעינא זיל דון וזכי ואפיק לנפשך וכי לא כתב ליה הכי לא קני ולא מצי לאישתעויי דינא בהדיה ורב אשי פליג ואמר דכי לא כתב ליה זכי ואפיק לנפשך אלא דאנא מורישנא לך למתבע לפלניא הכי והכי דאית לי גביה טפי עדיף דהוי שליח וכיון דלא כתב ליה זכי ואפיק לנפשך אין כאן לשון הקנאה ואם יאמר דאי לא כתב ליה הכי כי היכי דלא הויא הקנאה ה"נ לא הויא שליחות אלא כמראה מקום הוא לו הואיל ולא אמר ליה שלח לי ביד זה וכי כתב ליה הכי מפיק מיניה דהקנאה היא א"א לומר כן שהרי לא לבעל דינו הוא אומר כדי שתאמר שהוא מראה לו מקום אלא לזה הוא מרשה לתבוע ממונו ולהוציאו מידו ועוד שהרי כתב לו מפורש שהרשיתיך לתבוע לפלוני ממון שיש לי בידו וזיל דון ואפיק מיניה בעל כרחיה הלכך לאו מראה מקום הוא לו ועוד דהא מפרשינן בגמ' טעמא משום דאמר ליה לאו בעל דברים דידי את ואי מראה מקום הוא לו לא הוה ליה למימר הכי דהא אי נמי יהבינה ניהליה מחייב באחריותן לאו בעל דברים דידיה ולאו דחבריה הוא כלל ואין לו עסק בעסק זה ואי ס"ד לשון שליחות מהני ליה וכי בשופטאני עסקינן דליכתבי אפיק לנפשך לעיולי נפשייכו בספיקא דאי תפס ועוד דעל כרחך נהרדעי סבירא להו דשליחא הוי ויש בלשון ההרשאות לשון שליחות ואפ"ה מצי למימר ליה לאו בעל דברים דידי את דהא אמרי' בלישנא בתרא דכתבינן אורכתא אמטלטלי דלא כפריה ובודאי במטלטלי דגניבה או בגזילה קאמרינן דאי דפקדון היכי אמרי בלישנא קמא שאינו יכול להקדיש והרי אמרו הקדישו בעלים בבית שומר מוקדש וה"נ אמרי' בפרק המוכר את הספינה גבי ההוא גברא דאייתי קרי לפומבדיתא וכו' ואקדשינהו דאי לא קייצי דמייהו קדישו ברשות אחרים משום דהוו להו כפקדון וכתיבא ותנינא דכתיב אם ימצא הגנב ישלם שנים ותנינא למי הוא משלם לבעל הפקדון ואם

אינו יכול להקדיש קרי כאן וגנב מבית האיש ולא מבית הנפקד כדאמרן לעיל אלא ודאי בפקדון יכול להקדיש דקי"ל פקדון ברשותא דמריה מחית אלא ע"כ במטלטלי דגזילה או דגניבה קאמרינן ומש"ה לא קשיא להו מתני' דבפ' שבועת העדות דאיכא לאוקומא בפקדון וכי אמרי' אין כותבין בגניבה וגזילה קאמרינן ודומיא דלישנא קמא אמרי בלישנא בתרא דכתבו היכא דלא כפריה וכיון שכן נמצינו למדין דשליח הוא דאי לאו שליחא הוא דשויא היכי קני הרי אינו יכול להקנות כלל כשם שאינו יכול להקדיש כדר' יוחנן ונהרדעי ודאי לא פליגי אדר' יוחנן כדבעי למימר קמן והיכי משתעי דינא בהדיה לימא ליה לאו בעל דברים דידי את תדע דהא מפרשינן טעמיה דכפריה משום דמיחזי כשיקרא ואמאי נימא דכיון דכפריה לאו ברשותו קאי ואפי' היה יכול להוציאו בדיינין הקדישו אינו קדוש אלא ש"מ לנהרדעי נמי שליחא שויא ועוד דאי ס"ד שלית נמי יכול לכופו לדון עמו אורכתא למה לי בשליח שעשאו בעדים סגיא ואי אמרת כי היכי דלא ליצטרך להביא עדיו עמו אפשר דכתבי ליה שטרא וההיא דאמרי' בפ' יש בכור לנחלה אמר שמואל בבא בהרשאה והא אמרי נהרדעי וכו' לימא ליה בשעשאו שליח וכן ההיא דאמרי' בפ' שבועת העדות טעמא דאיש פלוני כהן איש פלוני לוי הא מנה לפלוני ביד פלוני חייבין והא דקתני סיפא עד שישמעו מפי התובע ומפרקינן אמר שמואל בבא בהרשאה ואקשינן והא אמרי נהרדעי וכו' ואי ס"ד בשליח יכול לכופו לימא ליה הא בדשויי שליח עסקינן ותו לא קשיא דנהרדעי ואי אמרת דאשליח לא מחייבי עדים אמאי לא כיון דיכול לכופו ללוה לדון עמו ועוד דהא באורכתא גופה אמר רב אשי שליחא שויא ואפ"ה מחייבי עדים אשבועה שמשביע אותם ואי אמרת דלא מחייב אשליח קשיא מתני' לרב אשי ובר מן דין ההוא מתני' הויא תיובתיה דודאי לא מחייבין אשליח דתנן בהדיא התם אמר לעבדו וכו' אינן חייבין עד שישמעו מפי התובע אלמא לא מחייב אשליח ולדבריו קשיא ההיא אדרב אשי דאמר שליח שוייה ואי אמרת מוקים לה כגון שהקנה לו הקנאה גמורה לאו מלתא היא דמנה לפלוני בידך בעינן ואי הכי מנה לי בידך הוא והיינו טעמא דאוקימנא בבא בהרשאה ולא בבא במתנה וש"מ דנהרדעי גופייהו שליחא שוייה ומקבל מתנה נמי הוא ואתרי רכשי רכיב כדבעינן למכתב קמן וכי אמרי' בעלמא מאי תקנתא ליכתבו הרשאה להדדי בפ' מי שהיה נשוי ואמרי' הוכרו ולבסוף נתערבו כותבין הרשאה לימא עושין שליח ותו לישנא דאורכתא דאמרי' בכולי תלמודא הויא תיובתיה ז"ל דהוה לו למימר שליחות ומאי לשון אורכתא אלא ש"מ דשליח לא יכול לאישתעויי דינא בהדיה אליבא דנהרדעי וה"ה לרב אשי דליכא פלוגתא בינייהו בגמ' ואולי יאמר דנהרדעי סברי שליח לאו בעל דברים דידיה הוא אא"כ כתב לו לשון

הקנאה ואתא רב אשי למימר דכיון דכתב ליה כל דמתענית מדינא עלי הדר אע"ג דכתב ליה זיל דון וזכי ואפיק לנפשך שליחא שוייה ולאו הקנאה הוא ואפ"ה מפיק מיניה הלכך כל שליח נמי יכול לאישתעויי דינא בהדיה ולא מצי למימר לאו בעל דברים דידי את א"כ הויא לן למימר הכי בגמ' ועוד דאי הך לישנא לשליחות משמע ומבטל לישנא דאפיק לנפשך ודאי כל היכא דכתב ליה הכי לנהרדעי לא אורכתא היא ומאי סייעתיה דרב אשי דקאמר מדכתב ליה ותו קשיא עליה הא דאמרן לעיל לרב אשי למה לי אורכתא ומתני' דשבועת העדות נמי תיובתיה כדאמרן והך שמעתא דמיא כמאן דמחו לה מאה עוכלי בעוכלא ויצאו עליה כמה עסיקין ואין לנו בה אלא מה שהסכימו עליו רבינו הגדול אלפסי ז"ל ורבינו חננאל ז"ל דודאי איתא לנהרדעי דהא אקשינן מינה בשבועות ובבכורות ולא מצינו בגמ' מי שחולק עליה ואפרש פשטה וטעמא של הלכה בכאן כדי שיהו דברי חכמים קיימים דאע"ג דשליח שעשאו בעדים שליח הוא אינו יכול לכופו לבעל דין לדון עמו לפי שאינו בעל דברים דידיה אבל באורכתא מפיק מיניה בעל כרחיה וקסברי נהרדעי בלישנא קמא דלא כתבינן ליה אמטלטלי דגניבה וגזילה וה"ה לזוזי דהלואה לפי שאין כאן בעלים להרשות בהן דכל דלא מקדיש ולית ליה הקנאה בנכסים לית ליה בגווייהו רשות דלא מיקרו בעלים להרשות כלל ולישנא בתרא לא חיישינן להכי אלא אע"ג דלא מקדשינן בעלים הוו ואית להו בגווייהו הרשאה בדלא כפריה ואמרי נהרדעי נמי דבעינן ואפיק לנפשך דלא לימא ליה דלאו בעל דברים דידי הוא בשליח ומכיון שנתנה לו במתנה ואמר לו אפיק לנפשך אע"פ שהוא מטבע או גזילה שאינו יכול להקנותה לו ואם בא לחזור חוזר מ"מ כיון שעדיין לא חזר בו בעל דברים דידיה הוא שהרי הבעלים נתנוה לו ואין הלה יכול לטעון עליו כיון שלא קנית אותה לא אתן לך שהרי הבעלים אמרו לו לתובעו ושלוחם הוא הלכך יהיב ליה ניהליה בעל כרחיה וכ"ש במטלטלי דפקדון שכיון שקנאם קנין גמור אפי' בלא שליחות בעלים יכול לדון עמו ולהוציאה מידו בעל כרחו כדאמרי' ביבמות גבי תרי נאני בר חבו דמוציאין שטר על אחרים אי לפקדון כיון דשמיה כשמיה לא מפקיד ליה מאי אמרת דלמא מסר ליה אותיות נקנות במסירה ויכול לכופו לפורעו הואיל וקנאו ומכאן תשובה לאומר שאע"פ שקנה אינו יכול לכופו לנפקד לדון עמו ולפורעו וכן במוכר שט"ח לחבירו אא"כ עשאו שליח ומכאן למדנו שטעות הוא בידו וכן בההיא שמעתא דפ' גט פשוט מוכח מלתא הכי בהדיא ומיהו אם אין אותיות נקנות במסירה אינו יכול לכופו לפורעו וכן במלוה או במטלטלי דגניבה או דגזילה שלא קנה ואם בא לחזור חוזר אינו יכול לדון עמו אא"כ יש עם ההקנאה שליחות והיינו דנהרדעי דסברי דהאי אורכתא אית בה שליחות ובעי'

נמי לשון מתנה הלכך ממ"נ מפיק מיניה דהא שליח הוא ואם הלה רוצה ליתן לו ידו כיד הבעלים דשלוחו של אדם כמותו ויכול לכופו שיתן לו מחמת לשון מתנה שבה דבעל דברים דידיה הוא דהא לנפשיה אפיק ואתא אמימר ואמר הואיל והכי אי תפס לא מפקינן מיניה אע"פ שלא קנה מעיקרו ויכול הוא לחזור בו במתנתו מ"מ כיון שלא חזר בו קנה מאחר שהחזיק כאומר לחבירו שדי נתון לך שיכול לחזור בו ואם משהחזיק חזר לאו כל הימנו ואם לא תפס לא מורינן ליה הכי דשליחא הוא ורב אשי פליג אדאמימר ואמר הואיל וכתב ליה כל דמתענית מדינא עלאי שהוא לשון שליחות אפי' לדברי נהרדעי כדכתיב שא"א בלא לשון שליחות שליחא שוייה לגמרי ולא כתב לנפשך אלא כאומר לשלוחו הוציא לי מעות מיד פלוני שבמדינת הים ותשתמש בהם לנפשך ותחזירם לי בכאן והוא כקובע לו בהן שכר בשליחותו והלכך בעל דברים דידיה הוא ומגו דמשתעי דינא להההוא אגרא משתעי דינא אקרנא כדאמרי' הכא בפלגא וכדאמרי' לענין בעל בנכסי אשתו דהיכא דאית ליה פירא בארעיה לא בעי הרשאה וכל דכן הוא או שהוא כמו מתנה ע"מ להחזיר כתב לי לנפשך למתנה וכל דמתענית עלאי שלא יעכבם לעצמו ובנוסחא דרבינו שרירא ורבינו האי ז"ל איכא דאמרי שותפא שוייה למאי נפקא מינה למיתפס פלגא מאי בינייהו קני ע"מ להקנות כלומר דלישנא דאמרי שליחא הוי קני ע"מ להקנות הוא וס"ל דמהני והיינו דאמר רב אשי מדכתב ליה דמכלל אתה שומע שלשון שליחות זה צריך לכותבו בכל ההרשאות לכ"ע ואפי' לנהרדעי ואי לא כתב ליה הכי לית ביה משום דהו"ל למימר אי כתב ליה כל דמתענית וכו' שליחא שוייה אלא ש"מ כדכתבינן ומ"מ אמטלטלי דכפריה לא כתבינן משום דמיחזי כשיקרא ואפי' הוי שליח בלחוד נמי בלא קבלת מתנה כלל אנן לא חתמינן אשטרא דמחזיא כשיקרא אטו משום דשליחותא הוא מחזקינן נפשין בשיקרי אלא ודאי אכפריה לא כתבינן שלא כדברי בעל המאור ז"ל וזהו פי' מקצת שמועה זו שניתן ליכתב בכאן והוא האמת כדברי רבינו הגדול ז"ל:

ועוד וכן מה שכתב בשמעתא דשתי שערות בב"ב וטעמא דמלתא משום דעדות שערה אחת לא הוי עדות למידי אף ההיא תירוצא לאו דסמכא הוא דהא ס"ד וכו':

אמר הכותב אין זו קושיא דמעיקרא כי קס"ד דמתני' דלא כר"ע קס"ד דרבנן לא דרשי דבר ולא חצי דבר אלא דבר ואפי' חצי דבר דעל כרחך נמי הוה לן למימר הכי דרבנן לא סברי דבר ולא חצי דבר דאי לא מתני' מני אבל השתא דאמרי' דמתני' דבר ולא חצי דבר ואפי' ר"ע מודה בעינן בגמ' ולרבנן האי דבר ולא חצי דבר מאי עבדי ליה ומפרק דדרשי ליה לחצי דבר גמור כלומר שאין עושין מעשה בעדותם כלל ופירוקו של בעל המאור ז"ל אינו שא"כ אין זה טעם משום דבר ולא חצי דבר אלא שאתה אומר כיון שלא ראה

זה מה שראה זה עדי שקר הן ואין לפסול עדות בכך ולא לומר שאין מצטרפין ואדרבה איפכא מסתברא דכיון דעדותן בשעה א' מצטרפין אבל כשעדותן בשתי שעות טפי איתא למימר אינן מצטרפין שזהו עדות חצאין יותר והרוצה לעמוד על העיקר יבא ויסמוך על דברי רבינו שלמה ז"ל שפי' דגבי קטנה היינו טעמא דלא מצטרפין משום דכל כתובה דכי מסהדי אקטנה מסהדי וכאומר אני קטנה ראיתיה שאין אחת מהן מעיד בגדולתה ולא בהתחלת גדלות שאף הקטנה שבקטנות אפשר שיהיה לה שערה אחת וכשאתה מעמידה על אותה חזקה שהם מעידין אכתי קטנה היא שאם לא נולד שם דבר אחר אפי' עמדה בשערה זו כל ימיה קטנה היא אבל גבי עדות חזקה כל אחת מעידה שהוא מחזיק בה כאדם המחזיק בשלו שהוא טוען ואומר אני לקחתיה ממך ואין אנו צריכין אלא שיהא אוכל אותה כאדם האוכל את שלו ואלו שמעידין אנו ראינוהו אוכל אותה כאוכל את שלו עדות שלם הוא אע"פ שאנו צריכין עדות אחרים מפני שאתה אומר שמא יצאת מרשותו ולא עמדה בחזקתו אלא אותה שנה מ"מ אם תעמידנה בחזקתה בעדות זו שלו היא נמצאת עדות זו התחלת עדות שניה שהרי העידו שראו אותה ברשותו של זה ולא יצאת מרשותו ושלו היא אם לא נולד שם דבר אחר ויצאת מרשות נמצאת עדותם ועדות שניה בדבר א' הלכך מצטרפין משא"כ בקטנה כדכתבי' והוא הטעם המפורש בגמ' במקצת הנוסחאות הני אמרי אכתי קטנה היא והני אמרי אכתי קטנה היא:

דף כח.

ועוד והא דפליגי רב אחא ורבינא במעשה שבת אליבא דר' יוחנן הסנדלר הוא וכו':
אמר הכותב שמעתי שדעת רבינו הגדול ז"ל לומר דכיון דקי"ל הלכה כדברי המיקל ואישתכח דמעשה שבת דרבנן שמעינן מינה דליתא לדר' יוחנן הסנדלר דקי"ל בשל סופרים הלך אחר המיקל וכיון דליתא לדר' יוחנן הסנדלר על כרחין הלכה כר' יהודה דר"מ ור' יהודה הלכה כר' יהודה ואע"ג דרב מורה להו לתלמידים כר"מ משום דאיהו סבר מטין איתמר במס' עירובין ואנן קי"ל הלכה איתמר וכיון דליתיה לדר' יוחנן הסנדלר דבשל סופרים הלך אחר המיקל ממילא שמעינן דהלכה כר' יהודה ומצאתי לרב חננאל ז"ל שכתב בלשון הזה וקי"ל כל היכא דפליגי רב אחא ורבינא הלכתא כדברי המיקל הלכך מוקמינן להו למעשה שבת אסורין דרבנן וזה עדות למה שכתבתי ויש בענין ראיות אחרות ודברים מכריעין שהלכה כר' יהודה ואין אנו צריכין לכתבן בכאן:
ועוד איתמר עד זומם וכו' עד ואע"פ שהוזמו וחזרו והוזמו לא איכפת לן דאי הוזמו על הטביחה תחלה ניחא:

אמר הכותב הא שטפא דכיון דבתוך כדי דבור העידו על הגניבה ועל הטביחה כשהוזמו על הטביחה תחלה נמי אתכחוש על הגניבה והכי איתא לקמן בהדיא הלכך כי הדר איתזום אגניבה הוה ליה כשהוזמו על הגניבה תחלה דהוי עדות שהוכחשה ולבסוף הוזמו:

ועוד א"ל אביי לא דאפכינהו ואזמינהו אני קבלתי פירושה בשתי כתי עדים וכו' עד וכשעיינתי בדקדוקה לא נ"ל הפי' הזה דמ"מ קשיא שהרי הרב אומר כן וכו':

אמר הכותב הא לא קשיא דעד השתא לא הוה קשיא להו שהרי הרב אומר כן אלא משום דליכא סהדי אלא הני ואינהו ארשום בתר הכי הלכך למה ליה לרב למימר הכי והא לא חבל כלל אבל השתא דמוקמינן לה בשתי כתות ואפכינהו הנך בתראי כיון דידע הרב דסהדי איכא במלתא ולא עוד אלא שכבר עמד בדין ואיפכא הוה ניחא לי במה דקאמרי הני שיגמר הדין על פיהם וילך לו שהוא אינו סבור שיבאו מזימין לאלו הלכך ניחא ליה בסהדותייהו והא דאמרי' לקמן בשמעתין בשלמא רישא לא סגיא בלא ג' כתות משום דלההוא טעמא לא מוקי לה אביי בדאפכינהו עדי הזמה אלא בדאזמינהו בלחוד ואפ"ה בסיפא משלמים דמי עין לרב כגון שתבעו העבד ואמר לו הפלת שיני וסמית עיני והעמדתיך בדין ונתחייבת לי דמי עין והרב מודה אלא דאפיך מיפך ובאו אלו והעידו כדברי העבד ונמצאו זוממין משלמים דמי עין לרב ולא יותר שהרי הודה שיצא לחירות ונתחייבו לו דמי שן בב"ד אבל מעיקרא קס"ד שאין הרב מודה כלל בחבלה בהך סיפא ומש"ה מוקי לה השתא לרישא בג' כתות דלא צריך לאוקמוה בדאפכינהו וזה הטעם מספיק לזאת הקושיא החלושה ואינה כדאי להחליף פי' השמועה ועוד יש טעם אחר דמעיקרא לא קשיא לן למה הרב מודה כי כמה פעמים שאדם מודה על האמת לטובתו או מפני שהוא סבור ליפטר בכך מדמי עין אלא הכי קאמר כיון שזו הטענה אינה הטענה שהיה לו לרב לטעון למה לי למימר הכי וא"ת כך היה מעשה שטען כך כיון שאין דין הברייתא משתנה בכך לא היה לו לתנא לשנותה אבל השתא דאוקימנא בדאפכינהו ואזמינהו על כרחך כך היה מעשה שהעבד תבעו לרב והרב הודה שעמד בדין ויצא לחירות ונתחייב לו דמי שן ואילו העידו כדבריו לפיכך כשנמצאו זוממין משלמין דמי עין לעבד ואילו אין הרב אומר כן אין משלמין העדים כלום שיכולין לומר לעבד לטובתך באנו כדאמרי' התם לאוסרה על בעלה באנו וכ"ש הכא שלהנאתו של עבד באנו אע"כ אינך מוצא דין זה אלא בשהרב אומר כן ולפיכך שנה התנא מי שטען כך וכך כך דינו וזה דרך כל התלמוד ואינו צריך לפנים ועוד דניחא ליה כדכתיבנא ואילו עיין בדקדוקה כאשר אמר לא היה משנה פי' השמועה ויש בשמועה זו שגיאות בדבריו ז"ל שכתב

שאם העידה זאת הכת האמצעית על הראשונה בהפוכה ובהזמה בשתי עדיות זו אחר זו כיון דאיתזמי להו אהפיכה איגלי מלתא דאהזמה פסולין הוי ואביי לטעמיה דאמר למפרע הוא נפסל וזה לשון הבאי כי מאחר שהעידו עליהן בהפיכה תחלה נמצאת עדות ראשונה מוכחשת ולבסוף מוזמת ופטורה מלשלם לרב וכיון שכן אף השניה כשנמצאת מוזמת פטורה מלשלם לראשונה שלא נתחייבה כת ראשונה בעדותה של שניה זו אפי' תימא מכאן ולהבא הוא נפסל פטורה מלשלם לראשונה. זאת ועוד אחרת קשה מזו שכתב ואם העידו בבת אחת בהפוכה ובהזמה משכחת לה כגון דאיתזום אהפיכה ולא איתזום אהזמה וכו' ומש"ה לא משלמין מציעאי לקמאי דהא לא איתזום אהזמה אבל לעבד משלמין דמי עין ואינו כן שאם לא הוזמו אהזמה יכולין לומר אמת אמרנו שהם לא היו שם ועמנו היה ולא יצא לחירות לעדותם כי שקר העידו ואין אנו חייבין לשלם כלום שלא היינו מפסידין אותו כלום שהוא עבד הוה שאין לו עדים על חירותו ואע"פ שהן מוכחשין ויצא לחירות ע"פ הראשונים או ע"פ הרב שמודה שעמד בדין מ"מ אינן משלמים כלום שעדיין אפשר שלא היו שם הראשונים כמה שהם אומרים ואגב שיטפיה לא עיין יפה וכן מה שהשיב בתשובת קושייתו אי הכי רישא נמי דאיתזם אבתרייתא ולא איתזום אקמייתא אמאי משלמין דמי עין אינה תשובה דמשכחת לה כגון שאמרו הראשונים בא' בניסן הפיל את שינו ובעשירי בו סימא את עינו ואילו הפכו ואמרו סימא את עינו בי' בניסן ואותה השן שהפיל בט"ו בו ה"ה מעשה ונמצאו זוממין אשן הרי אלו חייבים דמי עין לעבד שהרי נתקיימה עדות הראשונים בשן ועין לדברי כולם בי' בניסן היה אלא שאין קושייתו כלום דאי מוקי לה נמי בהכי כיון דסיפא בב' כיתות והוזמה הראשונה שנמצא הדין הפך אף רישא יש לך להעמידה בשתי כיתות ולכשיזומו יהיה הדין הפך ולהכי לא דחיקי נפשיה בהנך דוחקי ומוקים לברייתא כפשטא דקתני ינמצאו זוממין שעל הכל במשמע ועוד מעידין אנו באיש פלוני וכו' בבת אחת משמע והיינו טעמא נמי דלא דחינן לה בשהרב מודה בחבלה והעדים אינן מודים ועמד בדין כדכתיבנא לעיל דהתם נמי מיפך והזמה הוא דהא ליכא אלא שתי כתות והדין בהיפך וזו היא כוונתו של אביי להעמיד רישא בשתי כתות לפי' האמיתי ואינו צריך להשיב עליו בפירושו בשמועה זו כי כבר השיב הוא עצמו ז"ל על דבריו דאי בג' כתות מוקים לה אביי לרישא סיפא נמי נוקמה בג' כתות דלא נצטרך לדוחקה דמקדמי אקדומי יעמד בדין ובלישנא בתרא נמי לוקמא בהכי דומיא דרישא והתשובה שהשיב דאי כולה בג' כתות פרושי מפרש לה תנא אינה כלום דהא כל טעמי דרבה אמסקנא ליתיה אלא משום דמדרישא בג' כתות סיפא נמי בג' כתות אלמא בהכי ניחא ליה טפי ואביי מדחק דחיק

לה כדמוקים לה רישא בג' כתות וסיפא בתרתי משום דלא דמיא רישא לסיפא ועוד רב' גופיה לוקמא אמסקנא בג' כתות ובמיפך והזמה ולא מצי לאוכוחי מינה כלום אלא ש"מ שלא עלה על דעת שיהו שם אלא הנך זוממין דקתני ברייתא ולא זוממי זוממין לא ברישא ולא בסיפא:

דף כח:

עוד כתב ומעיקרא הוה סבר למימר יש שן בכלל עין לא אמרי' וכו' גם זה אינו דהא מ"מ הויא הכחשה לקמאי ודינא כוותייהו מפסיק ופסיד עבדא דמי עין דאלת"ה א"כ לא פסקו הדין על פיהם של אלו והיאך משלמים והלא אין העדים נהרגין ולא משלמין ממון עד שיגמר הדין כדתנן בדוכתא ומה שאמר אביי לא במיפך והזמה אנו מפרשין אפי' ללישנא דמסקנא דאיתא וה"ק לא תידוק מדרישא בג' כתות סיפא נמי בג' אלא רישא בג' כי היכי דע"י הזמה בלבד יהא הדין היפך וישלמו אלו וזה א"א אלא בג' כתות וסיפא נמי שיהיה הדין היפך ע"י הזמה ומשכחת לה בתרתי כגון שהוא מודה שעמד בדין והיפך היה והרב אומר כן דרישא אכולה ברייתא קתני נמצא ע"י הזמת אלו בלבד נהפך הדין והיינו מיפך והזמה דאביי וכדפרישית לעיל וזה יותר מחוור:

דף ל:

כתוב בספר המאור וא"ת לקתה מדת הדין דכי מיתפח האי גברא וכו' עד סיפא: אמר הכותב תמה אני למה האריך והרבה כל אלו הדברים וכדומה לי שכך הוא תורף פירושו ששמין אותו כשהוא חולה כמה הוא שוה וכמה היה שוה נמצא בפחת דמיו הפחת שיש בין המלאכה הראשונה החשובה שהיה עושה ובין הדולא שהיה עושה לאחר שיתרפא וגם דמי בעול הדולא שהוא בטל לגמרי מחמת חליו שהלוקחו פוחת דמיו מפני בטול חוליו הלכך אינו מפסידו כלום אחר דמי ידו אלא דמי שמירת קישואין שהלוקח אותו אינו לוקחו לשמור קישואין עם מלאכתו האחרת שהיה עושה והוא יכול לומר עכשיו אני בטל מאותה מלאכה הראשונה ונתת לי דמים בדמי היד אבל הייתי עושה עוד מלאכה אחרת עמה וצריך אתה ליתן לי דמי אותה מלאכה ונותן לו ואם כך הוא מפרש אין פירושו נכון שאילו היו שמין אותו כשהוא חולה כמה שוה בשוק פשיטא שלא לקתה מדת הדין לגבי ניזק אלא לקתה לגבי מזיק והיה לו לשאול למה ישלם כל כך ולומר מפני שהיה יכול לעשות עם מלאכתו הראשונה ויכול לעשותה כשיתרפאו ועכשיו הוא בטל ממנה ובודאי מעיקרא נמי ידע המקשה נזק היאך שמין אותו וכיון

שכשהוא חולה שמין אותו היאך אמר שלקתה מדת הדין לגבי ניזק ואם טעה בשומת הנזק היה לו לפרשה והוא השיב סתם שהרי נתן לו דמי ידו ואין שבת קטנה בכלל דמי ידו אלא בכלל פחת דמי חליו ששמין אותו כמה היה שוה בריא ביד וכמה הוא שוה חולה בלא יד ועוד שא"א לומר כן שיהו שמין אותו כשהוא חולה כמה שוה שח"כ נמצאת פוגם מזיק שאין אדם לוקח עבד חולה אלא בפחות מכדי דמיו הרבה שאין אדם רוצה להיות קונה אדון לעצמו שיהא צריך לשמש אותו עד שיתרפא ושמא ימות ואע"פ שאמדוהו ב"ד לחיים מ"מ דמיו פחותין הם ביותר ודמי למאי דאמרי' בהכהו על ידו וצמתה וסופה לחזור שאין שמין לו פחת דמיו הואיל וסופו לחזור ואף כאן נמי פחת הדמים שמחמת החולי סופו לחזור כשיתרפא ואפי' למאן דפליג התם הכא מודה שאין שמין לעולם עבד חולה שא"כ אתה מחייבו דמי נזק על שבתו שהוא פחת דמיו ועוד דקשיא עליה הא דאמר רבא כאילו מטחינו בריחים דלא אפשר לעסוק במלאכתו בידו אחת ובשנית יטחון ומה שאמר אפשר לעשות ע"י הדחק בחיי ראשי נראה שלא טחן מעולם שהיא המלאכה הכבדה שבכל המלאכות כדאמרי' בעלמא על דרך גוזמא ויש מטחינו בריחים ומביאו לחיי העולם הבא ושמירת הקישואין עצמה א"א לעשותה עם מלאכתו הראשונה שהרי צריך להלך סביב ערוגת הקשואין שהרי אמרו בגמ' נקטע רגלו רואין אותו כאילו הוא שומר על הפתח ואילו שומר קשואין לא דלא אפשר ליה לשמור קשואין. ועוד אם היה דרכו מתחלה לעשות במלאכה זו הקלה עם מלאכתו הגדולה הלוקחו ודאי ישים לו וירבה בדמים בשבילה וימעט דמים כנגדה כל ימי החולי ונמצא הכל בכלל הנזק ואינו משלם שבת ואינו ברור בדברי בעל המאור ז"ל במקום זה ושמא הוא מפרש שאין שמין לו דמי ידו אלא לאחר שיבריא כלומר שמעכשיו אומדים אותו כמה יהיה שוה לאחר שיבריא והוא קטוע וכמה היה שוה כשהוא שלם כמו שאנו מפרשים וא"כ לעולם מדת הדין לקתה בשלא ישלם לו דמי הדולא שיהיה ראוי לעשות או אפי' דמי נוקב מרגליות אם כך היה אומנתו שאפי' הקטע ברגלו יכול לנקוב מרגליות לכשיבריא ועכשיו הוא בטל מהם ולא ישלם לו דמיהן ומצינו בירושלמי דאמרי הכי הכא את אמר רואין אותו כאילו שומר קשואין והכא את אמר אם היה עושה מנה ביום נותן לו מנה ביום סלע ביום נותן לו סלע ביום אמר ר' יצחק תרין שבתין אינון הכהו על ידו וקטעה אין רואין אותו כאילו הוא חגר ושומר קשואין שכבר נתן לו דמי ידו ודמי רגלו ואם כוואו על כף רגלו וצבת על כף ראשו וצבת או שהטיל עליו שלג או צונן במקום שאינו נראה חייב לרפאותו והשבת רואין אותו אם היה עושה מנה ביום נותן לו מנה ביום סלע ביום נותן לו סלע ביום וכלשון הזה שנויה בתוספתא ולמדנו מכאן ששמירת

הקשואין לאחר שהוא חגר הוא ולשון מיתפח ואזיל בשליחותא שהקשה לו אינו עיקר בספרים ולא גרסי' ליה בפר"ח וכן בספרים המוגהים הבאים מספרד ומישיבתו של ר"ח ורבינו חושיאל אביו ז"ל מצאתי דלא גרסי' ליה וכן בנוסחאות ישנות שבספרד ראיתי דלא כתיב בהו הכי ומוגה בהן בגליונים פי' דכי מיתפח וכו' שאינו עיקר גמ' כלל:

דף לא.

ועוד והא דאמר רב חבלה של בת קטנה לעצמה מ"ט לא זכתה תורה לאב אלא שבח נעורים וכו' איכא דקשיא ליה הא מציאת בנו ובתו הקטנים הרי אלו שלו ואוקימנא בסמוכין על שלחנו אבל אינם סמוכין מציאתן לעצמן ומשמע אפי' בת קטנה וכו' עד שאני הכא דהא אוקימנא בשבת והתורה זכתה מעשה ידי הבת לאביה ואין זה תלוי בקפידתו וכו':

אמר הכותב והרי אמרו בגמ' והא התם דמעלמא אתו להו וקפיד דקתני ולא עוד אלא אחרים שחבלו בה חייבין ליתן לאביה ומפרקינן עלה התם דגברא קפדנא הוא וכו' ואי ס"ד מדינא דאורייתא נמי שלו הוא מאי קשיא ליה לימא ליה התם בשבת דמעשה ידיה ומדינא דידיה הוא ודעתו של בעל המאור ז"ל לומר דקשיא משום דקתני באידך ברייתא קטנים יעשה להם סגולה וקס"ד דאשבת דבתו קאי ואין ראוי לסמוך בזה דקטנים יתן להן הראוי להן משמע והוא עצמו יאמר בסוף דלאו אבת קטנה קיימא מתניתא ועוד כי לא מצינו אדם מוותר משלו אלא ברצונו וזה עומד ותובע וצווח ואתה אומר שהוא מוותר מה שזכתה לו תורה בשלמא הא דאמרי' בבניו פטור אע"פ שהבן הגדול עומד וצווח משום דאמרי' לא נתן להם מזונות עד היום אלא על דעת זו וכבר זכה בהן אלא הוא כיון שהוא תובע היאך אתה אומר שהוא מוותר מה שזכתה לו תורה ומה הנאה באה לו מבתו כדי שנפסידנו ממונו מפני שויתר להם במקצת ויתר בכל נכסיו והרי אתה משלם רעה תחת טובה ועוד למה נקרא זה קפדנא אין זה מקפיד אלא על ממונא ומידי דקא חסיר ביה הוא והיאך אפשר שהיא סמוכה על שולחנו ושבת דמעשה ידיה שלה א"כ אף מעשה ידיה יהו שלה ותאמר שהוא מוותר את שלו ומה בין זה לזה הלא תשלומי השבת ומעשה ידיה הכל אחד הוא:

וכתב עוד ונ"ל דכל האי שקלא וטריא דשקלינן וטרינן בגמ' לא אתיא כר' יוחנן דלדידיה ליכא לאקשויי הא דאקשי' לעיל והא התם דמעלמא קא אתו וקא קפיד דקתני ולא עוד אלא וכו' ולר' יוחנן לא משום קפידא קא זכו אלא מדין תורה ואף אני אומר כן אלא שיש לתמוה שהרי הוא עצמו כתב דכולה שמעתא אאוקימתא דשבת קיימא וההעדפה שבין

השבת והמזונות דאביה הוי מה"ת ואפ"ה אקשינן לה בגמ' ומפרקי' דמשום קפידא הוא ומה בין שבת לרב לנזק לר' יוחנן כי היכי דבשבת לרב קשיא להו קשיא נמי לר' יוחנן ולפי פירושו ודאי קשיא שהרי אפי' במקום שמעשה ידי הבת ושבת חבלתה קנוים לו מה"ת שסמוכה לאביה על שולחנו כתב בעל המאור ז"ל שהאב מוותר משלו במידי דאתי ליה מעלמא והוי שלה לפי שהוא סבור דהא דקתני בברייתא קטנים יעשה להם סגולה אפי' אשבת דבתו קאי וא"כ היאך כתב דלר' יוחנן ליכא לאקשויי הא ודאי רשיא כי היכי דקשיא לרב בשבת ואם חזרה לדעת הוא יפה עשה אילו מחק כל שמועתו דלעולם מה שהוא שלו מה"ת אינו מוותר ואינו תלוי בקפידתו כמו שכתבתי ומה שהקשה בגמ' והא התם וכו' וקתני ולא עוד ה"פ דלאו אההוא פירוקא דפריק אביי אליבא דרב אקשי' דלדידיה לא קשיא דכי קתני חייבין ליתן לאביה במוותר השבת דמה"ת זכה בו וכן בחובל בבתו קטנה פטור משבת בלבד כדין תורה אבל נזקא שלה הואיל ואינה סמוכה על שולחנו אבל לדידן דמשמע לן פטור מן הכל וחייבין ליתן לאביה נמי בכל חמשה דברים ומשום תקנתא כי היכי דלא תיהוי ליה איבה קשיא דשמעת מינה דקפיד ומתרן גברא קפדנא הוא וגבי בתו חיישי רבנן לקפידתו ואע"פ שאינה ניזונת משלו כדי שלא ימסרנה למנוול ומוכה שחין משא"כ בבנו והא דקתני קטנים יעשה להם סגולה לאו אשבת דבתו קאי דמה"ת שלו הוא ולרב נמי הכי מוקמינן לה השתא דחייבין ליתן לאביה בכל קאמר ולית לן בפירוקי דאביי דכיון דשמעינן מאידך ברייתא דאפי' בבן פטור ואיצטריך לאיפלוגי בין שסמוכין לשאינן סמוכין שמעינן מינה דאפי' במאי דלא זכי מדאורייתא תקינו ליה רבנן לאב משום איבה והחובל בבתו קטנה פטור מן הכל הלכך לא קשיא תו לרב דמאי חייבין ליתן לאביה נמי הכל ומשום תקנה וכי אמר רב לעצמן בסמוכה דלאו גברא קפדנא הוא וכולה סוגיין נמי אתיא אליבא דרב אבל בשבת דבת קטנה דמה"ת זכה בו בכל ענין הוא שלו תדע דהא מעיקרא לא אקשי' אלא ההיא דקתני בבנו גדול יתן לו מיד ולא אקשי' אהא דקתני ולא עוד אלא אחרים שחבלו בה חייבין ליתן לאביה והכא קתני יעשה להם סגולה אלא ש"מ בשבת בתו קטנה לא אמרי' וכן מה דכתב תו לר' יוחנן דברייתא בתרייתא צריכינן לתרוצי בשבת לצדדים קתני בניו ובנותיו גדולות פטור משבת לאו מלתא היא אלא פטור מכולן דכל לגבי נפשיה קפיד וסתמא קתני פטור מן הכל משמע דאי אמרת פטור מדבר א' מחמשה דברים והוא הדבר המועט שבהן גבי דידיה נמי הוה ליה לאיפלוגי ולמימר גדולים יתן להם מיד קטנים יעשה להם סגולה והכי תני לה בתוספתא מפורש פטור מן הכל ועוד מ"ש שבת דבנו ובתו גדולה מד' דברים וכי מעשה ידיהן שלו הא לא אשכחן הכי בשום דוכתא ואי משום קפידא אדרבה

בבושת הוה ליה למיקפד דלית ביה חסרון כיס אלא ודאי פטור מן הכל ומלתא דטעמא היא שכיון שסמוכים על שולחנו דין הוא שאם חבל בהן יהא פטור שאין לך אדם שאינו מכה בנו ורודה את תלמידו ופעמים שהוא חובל בהם יותר מן הראוי ואם אתה מעמידו בדין אין לך איבה גדולה מזו שמעלה טינא על לבו ושוב לא יסמכם על שולחנו והיינו דבעא מיניה ר"א בבת קטנה של אחרים אבל שלו ודאי פטור בכל אי מה"ת אי מדרבנן וכולה סוגיין הלכה פסוקה היא זו היא הדרך הנראית בשמועה זו ולא הוקשה עלינו בה אלא שהיה לו לרבינו הגדול ז"ל לפרש בהלכותיו שאין דבריו אמורים אלא בניזונת אבל בשאינה ניזונת הכל לאביה משום איבה ומדבריו למדנו שהוא ז"ל סובר דהשתא דאתינא לתקנתא דאיבה וקפידא החובל בבתו פטור מחבלה קתני דהיינו נזק ואחרים שחבלו בה חייבין ליתן לאביה נמי נזק וביה ניהו דקפיד גברא קפדנא משום דאיפחות כספיה אבל בצער ובושת לא ולפום הכי מקשינן קתני נזקה לאביה אלמא קפיד אפי' במידי דאתי להו מעלמא ואית צערה דהא אמרת נזק דידה הוי ומשום קפידא יהבינן ליה לאב ופריק גברא דלאו קפדנא ולא קפיד אלא שלו שלו ושלה שלה ולהכי קתני אידך אפי' אבנות קטנות יעשה להן סגולה בכל הראוי להן מן הדין אבל גברא קפדנא קפיד ולהכי קתני הך חייבין ליתן חבלה לאביה דהיינו נזק שהוא פוחתה בדמים ואי קשיא והא סיפא דומיא דרישא בעיא מה רישא החובל בבתו קטנה פטור מכולן דהא תלמוד אפי' בבנו שאינו פוחת לו כלום קפיד אף סיפא חייבין ליתן לאביה בכולן אין סיפא דומיא דרישא הוא דהחובל קתני ופטור וחייב אחבלה סתם היינו נזק ושאר דברים לא קתני ולפי שיטה זו מעצמך למדת דלר' יוחנן דאמר נזקה שלה דין תורה אחד המקפיד ואחד שאינו מקפיד דינם שוה ודקתני קטנים יעשה להם סגולה בנים בראוי להם ובנות בראוי להן דמסתמא הכי משמע כדפרישית לעיל ובודאי דהא דמקשי' והא התם דאית להו צערא בגויה ומעלמא קא אתי להו וקא קפיד וכו' לדעתיה דרב הוא דקשה מדס"ד חייבין ליתן לאביה חיובה דהיינו נזק קאמר ולדעתיה דרב הוא דהוי משום קפידא הא לר' יוחנן דינא דאורייתא הוא ולא קשיאן מתניתא כלל דבכל מאי דאתי להו מעלמא בצערא לא קפיד הלכך כולי פירוקא נמי דרב הוא ובין שתפרש דקפידה בנזק בלחוד הוא כמו שכתבנו בין שתפרש קפידא בכולהו כולה מלתא לרב איתמר דלדידיה היא דקשיא כדפרישית אבל לר' יוחנן אחד ניזונית ואחד שאינו ניזונית נזק ושבת הראוין לו מן התורה הן שלו ושאר דברים שלה וזהו דעת רבינו ז"ל ונכון ומחוור הוא:

דף לא:

וכתב עוד אבל מאי דאמר הרי"ף ז"ל שדין הבושת כדין הצער וכו' לא נ"ל כן דהא אמרי' התם נילף מבושת ופגם שאני בושת ופגם דאביה נמי שייך בהו וכו' עד הא שמעינן ליה לר' יוחנן דלא שני ליה וכו':

אמר הכותב זה אינו נכון דר' יוחנן ודאי שני ליה בין שבח נעורים לשאר חבלות אלא היכא דאפחתה מכספה היינו טעמא דהוי דאביה משום דאפחתה מכסף קדושיה אי נמי מכסף שפחת שהאב זכאי בהם הלכך נזק דאביה אבל בושת דידה הוי כדאמרי' בכתובות אלא מעתה בייש בעני בן טובים דאית ליה זילותא לבני משפחה ה"נ דבעי למיתן להו ואפי' גבי אשתו דכגופו דמייא אמרי רבנן בושתה ופגמה שלה ואע"ג דקי"ל בזמן שבסתר לה שני חלקים ולו אחד ובזמן שבגלוי לו שני חלקים ולה אחד משום דכגופו דמיא וכמו שמבייש הוא עצמו דמי אבל לאב כלל כלל לית ליה ומאי דאמרי' דאביה נמי מישך שייך בגווייהו פירכא בעלמא הוא לומר אין דנין במה מצינו דבר דלא שייך ביה אבוה כלל מדבר דשייך בו ואין למדין זו מזו וכל דהו פרכינא בכה"ג אבל לאו טעמא דסמכא הוא כדמוכח בההיא שמעתא דבר"פ מציאת האשה ורש"י ז"ל פי' דאבוה שייך בהו שיכול לביישה ולמוסרה בביאת קדושין למנוול ומוכה שחין פי' לפירושו כשהיא קטנה ויש לה בושת לעולם ומשום האי טעמא זוכה האב בצער בתפוסה מפני שיכול למוסרה למנוול ויש לה צערה אע"פ שאינו זוכה בצער של חבלות דעלמא ואף בבושת של חבלות אינו זוכה כדכתיב דהא אמר בהדיא בגמ' בנזק משום דאפחתה מכספה הוא ושמעת מינה דאי לא אפחתה מכספה דידה הוי ומה שאומר דבבושת נמי אפחתה מכסף קדושיה איני יודע מהו שח שאם רק בפניה מאי אפחתה מכספה וכי לא ישאוה בני אדם בשביל שוטה זה שעשה שלא כהוגן ועוד אם כדבריו צריך הוא לשום אותה כשפחה הנמכרת בשוק אפי' רק בפניה ואנן אפי' בהכהו על ידו וצמתה וסופה לחזור אין אנו שמין אותו כעבד או ישום אותה כמה נפחתה מכסף קדושיה ואתרי טעמא אסמכא לשמעתיה הכא אמר משום דאביה שייך ביה והכא אמר משום דאפחתה מכספה והפסק הנכון בעיניו כמה הוא משובש שאמר דהיכא דאפחתה מכספה כולה דאבוה הוי ואלו דברי נביאות וכי מפני שזכה בדמי הנזק יזכה בצערא אגבו והא ברייתא קתני לעיל אחרים שחבלו בהם יתן להם ואבנות נמי קאי וקתני יתן להם והחובל דאפחתה מכספה משמע כדתנן החובל בחבירו חייב בחמשה דברים ועוד הא דמתמה בגמ' פצעה ס"ד מאי תמיהא הא איכא בושת ודאב הוי ועוד לדבריו אף הצער של אב שהרי בבושת נמי דאפחתה מכספה בכל הוא זוכה אלא ודאי דברי הבאי הם וכן הא דאמרי' בכתובות בפ' נערה

שנתפתתה חבלות דידה הוי ותו מאי האי דאקשי ההיא דאמרי' שאין אדם מוריש זכות חבלות שבבתו לבנו חבלות דידה הוו ולא דאביה מאי קשיא הרי הכל של אב חוץ מן הצער הזה ומגיד לך הכתוב שאינו מורישה לבניו אבל לדברינו אלו הכל לעצמה שהרי צער ובושת לעצמה לעולם ורפוי לאו דידיה הוא ושבת נמי ליורשין הוי ולא איירי ביה קרא למאי דקא ס"ד התם לפום ההיא סוגיא מאי איכא נזק אי נזק שמבטלה ממלאכה הוא כגון שקטע ידה בדידיה נמי שקלי יורשין כדאמרי' לעיל גבי עבד ולהכי מוקי לה בשפצעה בפניה דאפחתה מכסף שפחות ואישות דהוי לאב ואינו מוריש זכות לבנו כלל הא אין עליך לדון אלא כלשון רבינו הגדול ז"ל ויש בירושלמי ובתוס' שיבוש בענין זה ודברים אשר לא כן ואל תשים לבך להם:

דף לג.

ועוד קרע את כסותי וכו' חייב ורמינהו לשמור ולא לקרוע דקס"ד למיפטריה מחיוב קריעה אתא קרא ואסיקנא הא דאתא לידיה בתורת שמירה כלומר תנא דברייתא לא אתא לאשמועינן דין קריעה אלא דין שמירה והיינו דקתני לשמור ולא לקרוע דמאי דאתא לידיה בתורת שמירה מחייב בתורת שמירה וכו':

אמר הכותב האי פירושא לאו מטיבותא דמר הוא דאי לאפטורי מדין שומר פשיטא ותו למה לי לקרוע אפי' נתן לו ולא אמר לו שמור לי אלא תפוס לי כלי זה וכיוצא בלשון הזה פטור מדין שומר שאין השומר לעולם חייב עד שיאמר לו שמור או בענין שסתם משמע לשון שמירה אבל מפקיד סתם ודאי פטור והיאך יתחייב והלא לא אמר לו לשמור והא מרגלא היא בפומא דרבנן בגמ' דשמור לי קאמרי לעולם ותני להו בהדיא במכילתין לעולם אינו חייב עד שיאמר לו היאך שמור לי זה אבל אמר לו עיניך על זה פטור וכיון שכן למה לי לקרוע ולמה לי קרא אלא ודאי מדין קריעה נמי ממעט ליה דשליחות יד וגניבת שומר התם כתיבי ועוד דומיא דלחלק לעניים קתני מה התם אפי' זרקו לים הגדול פטור דליכא דתבע ליה אף הכא נמי פטור לגמרי ומשום הכי אקשינן להו אהדדי ואילו איתא להך טעמא לאו הוו שקלי וטרו בה בגמ' כולי האי דטעמא פשיטא היא לכאורה ובר מן דין היכי מתפרש ליה לישנא בגמ' דקאמר הא דאתא לידיה בתורת קריעה מאי אתא לידיה ומאי בתורת ה"ל למימר מאי פטור מדין שמירה:

ועוד רבי יהודה אומר גזילה חוזרת בעיניה במאי קא מיפלגי פי' דלא אפשר למימר דאדר"מ קאי בגוזל רחל טעונה וגזזה פרה מעוברת וילדה דמאי קסבר רבי יהודה אי קסבר שינוי במקומו עומד משלם אותה ואת ניזותיה ואת ולדותיה וכו' ואי קסבר שינוי

קונה וכו':
אמר הכותב שתי תשובות בדבר חדא דהא ר"מ אפי' בגוזל רחל ונטענה אצלו אמר משלם אותה ואת גיזותיה ואת ולדותיה דהא מדמינן לה בגמ' לצבוע לו אדום וצבעו שחור דהוא שבחא דאשבח גזלן ולא הוה התם בשעת גזילה ואמרי' נמי בקרקע דאפי' גזל והשביח לוקח במזיד שקיל שבחא משום קנסא ושמעת מינה בהדיא דאפי' בגוזל רחל ונטענה אצלו וגזזה אמרה ר"מ ובעל המאור עצמו ז"ל הודה בכך בפ' המפקיד הלכך יכול הוא ר' יהודה לחלוק בכך עליו ולומר שהיא חוזרת בעיניה דקנית כעין שגזלה ועוד דהא כבר כתיבנא לעיל דאפי' גזל רחל טעונה וגזזה לאו שינוי הוא כלל וגופא חוזרת בעיניה והיינו דקתני גזילה חוזרת בעיניה כלומר כדאיתא השתא הדרה וממילא ידעינן דמשלם דמי גיזותיה כמו שהם שוין בשעת גזילה ולא איצטריך לפרושה אי נמי כמות שהיתה בשעת גזילה היא חוזרת והא דקתני חוזרת משום דגופא הדרא דומיא דשינוי החוזר דקני בשבחא ולא קני גופה ה"נ קני שבחא דאית ביה שינוי ולא קני גופה וכן השיב עליו הרב ר' אברהם בר' דוד ז"ל ולישנא דגמ' נמי לא דייקא כוותיה דהוה ליה למימר מאי גזילה חוזרת בעיניה דקאמר ר' יהודה אי נמי ר' יהודה אהיכא אלא ודאי אדר' יהודה ור"ש קשיא לן מאי בינייהו וה"פ דר"מ ודאי בנטענה אצלו וגזזה נמי קאמר וא"ל ר' יהודה כל גזילה היא חוזרת בעיניה כלומר כעין שגזל הואיל וליכא שינוי אבל דר"ש קשיא לן בגמ' שאם רואין אותה כאילו היא שומא אצלו בכסף כעין שגזל יחזיר והיינו דר' יהודה ומאי בינייהו ואין פי' זה צריך לפנים ואפי' כשתמצא לומר דר"מ דוקא בטעונה אצלו וגזזה אמרה ה"נ מיפרשה כדכתבינן ומ"ש לר' יהודה שבח שע"ג גזילה דנגזל הוי משום דשינוי אינו קונה שבוש הוא דאי הכי אפי' גזזה נמי דנגזל הוי ומאי שע"ג גזילה ומאי איכא נמי בין ר"מ לר' יהודה לענין שבחא ועוד דמתני' ר' יהודה היא וקתני דשינוי קונה אלא שלא סמך על טעם זה וכתב טעם אחר והטעם הנכון דהואיל ולא נשתנית גוף הגזילה ברשות מרה קמא קיימא ולדידיה אשבח ואין כאן שינוי עד שיגזוז שכל המחובר לה כמוה:

דף לג:

ועוד ומאי דקא משנינן בין לוקח ת"ח ללוקח ע"ה נ"ל דסמכינן עלה דהא אסיקנא דבמזיד קניס בשוגג לא קניס ותמיה לי שלא כתבוה הגאונים ז"ל בחבוריהם:
אמר הכותב זו א"א להעמידה כהלכה דסוגיין דהתם בפ' שנים אוחזין ליתא הכי דאקשינן מינה לשמואל דאמר שבח אין לו בשלא הכיר בה שאינה שלו ואי ס"ד בהכיר

בה שאינה שלו היא לכ"ע נמי קשיא דהכיר בה שאינה שלו ולקחה לכ"ע אין לו שבח ואי בכדי הוצאה לשמואל נמי לא קשיא דלאו שכר מעותיו הוא אלא מאנפא אחרינא הוה להו לאקשויה על שמואל דאמר בהכיר בה שאינה שלו ולקחה אפי' מעות אין לו אלא ודאי הא מתניתא בשלא הכיר בה היא ודינא קתני ומאי שבח שבח דממילא דאילו מחמת הוצאה שקל ליה מנגזל דלא קנסינן ליה ואפי' לר"מ דהא מתני' בשלא הכיר היא כמסקנא דהתם ולא קניס ר"מ בשוגג ואפי' בלוקח ת"ח נמי איכא למימר דבהא לא קניס דעד כאן לא קניס ר"מ לגזלן אלא שלא יהא נוטל בשבח ששבח גזילה כגון גיזות וולדות שלא יהא חוטא נשכר אבל להפסידו שבח שלו דאתי מחמת הוצאה ובכדי הוצאה לא קניס אלא דמעיקרא קס"ד הכא דבשבח דמחמת הוצאה היא והא ודאי אי שקיל ליה נגזל קנסא הוא ואי בהא קניס כ"ש בעלמא אבל לפום סוגיא דהתם לית לן בכי הא קנסא כלל ואפי' בלוקח ת"ח ואפי' לר"מ ועוד דרב נחמן אוקמא להא מתני' התם בבע"ח ולא שייכא בקנסא דר"מ והכי נמי אוקמוה בפ' מי שמת ועוד דהך סוגיא לר"מ היא דקניס אבל לרבנן לא. ומ"ש בעל המאור ז"ל דבגזילת קרקעות לא מצינו מחלוקת אינו כלום שכיון ששמענו שחלקו חכמים בגזילת מטלטלין ולא קנסו ועבדי בה תקנתא לפנים משורת הדין מפני תקנת השבים למדנו דאף בגזילת קרקעות לא קנסו ואין לחלוק ביניהם שהרי אמרו מאי לאו בע"ה וש"מ בשוגג קניס ואי ס"ד יש חילוק בין מטלטלים לקרקעות מאי קושיא לעולם במטלטלי לא קנים אלא במזיד ובקרקעות כ"ע קנסי אלא ודאי אההיא סוגיא דבפ' שנים אוחזין סמכינן דאיתאמרה גבי הלכתא דהאי דינא ולא מפלגינן בין ת"ח לע"ה תדע דאמרי' התם הכיר בה שאינו שלו ולקחה וכו' ולא אמרי' היה תלמיד דאלמא כל מי שהוא יודע שהקרקע גזולה היא בידו ת"ח הוא לכך דאי לאו הכי כי הכיר מאי הוי כסבור הוא שקנה והיכי אמרי' אדם יודע שהקרקע אין לו וגמר ונתן לשם מתנה האי סבור יש קרקע נגזלת אלא ודאי לא מפלגינן בין ת"ח לע"ה בזה כדעת הגאונים ז"ל ואין באין עליהן בעקיפין:

דף לד.

כתוב בספר המאור הרי"ף ז"ל סמך על רב אשי ורב פפא ודחייה לדר' יוחנן דאוקמא למתני' בשינוי החוזר לברייתו ול"נ אפי' לר' יוחנן מתני' דחויה היא מאחר דקי"ל כרשב"א וכו' עד הלכך קמה לה אוקמתא דר' יוחנן ולפרושה למתני' אתא ולא למיפסק הלכתא כוותיה:

אמר הכותב ממקום שבאת אי מתני' לר' יוחנן דחויה היא הדין עלינו לסמוך אתרוצי דרב

אשי ודרב פפא כיהיכי דתיקום מתני' כהלכתא ומה יועיל לו אם פסק רבינו הגדול ז"ל כר' יוחנן ואפקה למתני' מהלכתא מאחר שאין הדין משתנה בכך ועוד דרב אשי בתרא הוא וכוותיה קי"ל לעולם ועוד שעל כרחו לר' יוחנן משנתינו הלכה היא דהא אמר ר' יוחנן הלכה כסתם משנה ומתני' סתמא היא והיכי קיימא ליה לר' יוחנן כר"ש בן אלעזר אלא ע"כ לר' יוחנן איתא למתני' וליתא לר"ש בן אלעזר ואם תמצא לומר איתא לדר"ש בן אלעזר משום דשאני שבחא דפיטמא דהדרא וכחשא ממילא הלכך לא קנה אלא שנוטל שבחו אבל נסרים ועשאן כלים שינוי הוא שאינו חוזר לברייתו אלא ע"י מעשה אדם והואיל ומחוסר מעשה שינוי הוא וקני והשתא דקי"ל כרב פפא ורב אשי שינוי החוזר לברייתו לעולם אינו קונה ומאי דכ' שוב בעל המאור ז"ל שכל מה ששנינו משלם כשעת הגזילה גוף הגזילה קנוי לגזלן ומשלם דמים כדמעיקרא לאו מלתא היא שהגוזל פרה מעוברת וילדה אין הגוף קנוי לו שאין לו שינוי כלל בגוף הבהמה אלא בולד או בגיזות והא דאמרי' לקמן בגמ' טעמיה דר"מ משום שינוי קונה הא דחקי' ז"ל למימר הכי כסבור היה שעל גוף הבהמה אמרו ולא היא דהתם אולדות קאמרינן שהנולד שינוי הוי לענין הגזילה אבל גוף הבהמה חוזרת בעיניה שאין בה שינוי כלל אלא דמעיקרא גופה מליא והשתא גופה סריקא וכן בגיזות אטו אם גזל בהמה מלאה והטילה גללים קנאה והא דקתני מתני' דמי פרה עומדת לילד הדבר ידוע שלא שנו כן אלא לומר ששמין לולד ע"ג פרה ודקא דאיק מדלא קתני סיפא דמי פרה לדידיה קשיא רישא דעצים ועשאם כלים ומפני המחלוקת בדקנו ומצאנו בתוס' דתניא הגונב פרה מעוברת וטבח ומכר משלם תשלומי ד' וה' דמי פרה עומדת לילד ילדה ואח"כ טבח את עוברה משלם תשלומי כפל ופטור מתשלומי שלשה פי' דקסבר שינוי קונה ושלו הוא טובח ושלו הוא מוכר ומשלם תשלומי כפל על הולד שהרי שמין אותו ע"ג אמו בשעת הגניבה דמי פרה מעוברת הגונב פרה מעוברת וילדה ואח"כ טבחה שמינה והכחישה משלם תשלומי כפל כשעת הגנבה ותשלומי ד' וה' כשעת טביחה ומכירה אלמא אין זה שינוי דאי ס"ד קנאה בשינוי זה שלו הוא טובח ושלו הוא מוכר אטביחה אמאי משלם ומאי דקתני שמינה והכחישה בכחשא דממילא ומאי דאמרי' בפרק מרובה הכל כעין שגנב בכחשא דבידים משום דאמרי' מה לי קטלה כולה מה לי קטלה פלגא וכן פירשה רבינו שלמה ז"ל או שמא שבוש הוא שהיא הברייתא ששנויה בפרק מרובה ואע"פ שיש בברייתות הללו מעט שבוש למדין מהן במקום שאין גמרתינו סותרתן וכ"ש בכיוצא בזה שאין הגמרא נותנת ולא הדעת סובלת דברי בעל המאור ז"ל:

ועוד כתב ז"ל הלכך כיון דאיפסקא הלכתא בהדיא כר"ש בן אלעזר לא צריכין לההיא פסקא דפסק הרי"ף ז"ל בהלכות בשבח שעל גבי גזילה כר' יהודה דאמר גזילה חוזרת בעיניה ובודאי הלכתא כוותיה ולאו מטעמיה דהא דר"ש בן אלעזר עדיפא מדר' יהודה והא נמי ליתא דר' יהודה עדיפא מדר"ש בן אלעזר דאילו ר' יהודה אפי' שבח דממילא קאמר דגזלן הוי דהיינו גיזות ולדות ואילו לר"ש בן אלעזר לא שמעינן ליה בשבח דממילא אלא בשהשביח בידים כדקתני מפורש שבח שהשביח גזלן או בפיטם דבהמה דעלה איירי ר"ש בן אלעזר כדקתני כחש אומר לו הרי שלך לפניך והתם טעמיה משום דאמר ליה אנא מפטימנא ואת שקלת שכל פיטום מחמת מזונות הוא אבל בשבח דממילא כגון גיזות ולדות לא אמר הלכך דר"י עדיפא ודר"ש בן אלעזר גופה כתבה רבינו הגדול ז"ל בפ' מרובה דכתב שאם גנב כחושה והשמינה משלם תשלומי ד' וה' כעין שגנב משום דאמר ליה אנא מפטימנא ואת שקלת אלמא לית ליה לנגזל שבחא לא בקרנא ולא בתשלום ד' וה' כדקאמר אנא מפטימנא ואת שקלת ואילו אית ליה שבחא לנגזל הוה משלם תשלום ד' וה' כשעת העמדה בדין כדמוכח סוגיא דהתם אלא ודאי לית ליה שבחא אלא דגזלן הוי הלכך לא איצטריך תו לדר"ש בן אלעזר ופסק כר' יהודה ונמוקו עמו ודעת ר"ש ז"ל דפיטום דממילא הדר בעיניה ולא שקיל גזלן כלל ודייק ליה מלישנא דגמ' דקאמרי' אנא מפטימנא ואת שקלת דאלמא פיטום דממילא לא שקיל ליה גזלן ולהך סברא ניחא הא דאקשי' בגמ' התם אלא מאי לא קניא בשינוי לישלם כדהשתא דאלמא אין אותו השבח קנוי לגנב ואי ס"ד איתא לדר"ש בן אלעזר אפי' בשבח דממילא היכי לישלם כדהשתא הא שבחא דידיה הוא וכי מפרקינן נמי משום דא"ל תורא גנבי מינך דיכרא גנבי מינך הכי קאמרי' כיון שנשתנה שינוי במקצת אע"פ שאין אותו שינוי קונה והדר בעיניה מ"מ תשלום כפל וג' וד' לא משלם ההוא שבחא כיון שנשתנה ולא הוי התם בשעת גניבה וכיון דלא מיחייב עליה אגניבה לא משלם אטביחה אבל קרן מהדר ליה בעיניה עם שבחיה והכי דייקא התם שמעתא כדעת רש"י ז"ל ומפורש בפירושיו בפ' מרובה ואפי' בתשלומי ד' וה' משלם כדהשתא במקום שלא נשתנה כדאמרי' א"ל רחמנא ליצלן מהאי דעתא ואע"ג דקא"ל אדרבה אורחא דמקשה הוא ומתלי בהך טעמא כדפרישית ואנן כר' אלעאי קי"ל הלכך משלם תשלומי ד' וה' כשעת העמדה בדין בכל שבחא דממילא בר מטלה ונעשה איל לב"ש דכיון שנשתנה שינוי גמור אינו משלם תשלום ד' וה' אשבח דלא גנביה מיניה וזהו פי' טלאים כשל מעיקרא דמים כשל עכשיו ומכלל אתה למד דלא אמרה ר"ש בן אלעזר אלא בשבחא דבידים אבל בשבחא דממילא לא ואילו אמרו לית הלכתא כוותיה דכי ההיא סוגיא קי"ל ואי קשיא לך והא דר' יהודה אפי' בשבחא

דממילא היא והוי דגזלן הא לא תיקשי לך דשאני נולד משבח אחר וגיזות ולדות נולד מעיקרם הם כלומר שלא היה שם מהם כלום בשעת הגזילה אבל פיטום גופה של בהמה אע"פ שהוא נולד כיון שמה שגזל השבח דידיה הוי וכענין זה אמרו בגמ' לענין בכור גבי שבח ששבחו נכסים שחלקו בין שבחא דפירי לארעא ואסקה שרטון דוק ותשכח ואם תמצא לומר בכל פטמא נמי דגזלן הוי משום דא"ל אנא מפטימנא דהא גבך לא הוה פטימא כולי האי מ"מ דר' יהודה עדיפא כדכתיב לעיל וקי"ל כר' יהודה דר' יהודה ור"ש הלכה כר' יהודה וסוגיין נמי בפ' המפקיד כר' יהודה ואליבא דרב פפא דאסקי' ב"ש כר"מ וב"ה כר' יהודה דתנן וב"ה אומרים כשעת הוצאה מבית הבעלים והשבח שעל גבי גזילה דגזלן הוי כוליה ואילו לר"ש לאו בשעת הוצאה הוא דעיקר שבחא לנגזל וגזלן כאריס בעלמא הוא דשקיל והיינו דלא אידכר בגמ' התם ר"ש וכ"כ רב חננאל ז"ל ונתבררו דברי רבינו הגדול ז"ל כהוגן ואני לכך באתי כאן ושוב מצאתיה בירושלמי דגרסי' תמן אמר רב חסדאי הדא אמר גזל כחושה והשמינה מחזירה בעינה מפני שעיברה אצלו וילדה הא אם לא עיברה אצלו וילדה משלם כשעת הגזילה וכך פירושו מדקתני מתני' מעוברת וילדה וקתני נמי נתעברה אצלו וילדה משלם כשעת הגזילה משמע דבהנך הוא דאינן משלמין גיזות ולדות אבל לא נתעברה אצלו ולא ילדה אלא שגזלה מעוברת ועמדה אצלו עד סמוך ללידתה מחזירה בעינה מעוברת דהיינו כשעת הגזילה ואע"פ שנפטמה אצלו שהרי כל ימי עיבורה היא משבחת מחמת גדול העובר ומחמת נפחה ופטמה אעפ"כ מחזירה כמות שהיא מעוברת ש"מ דגזל כחושה והשמינה מאיליה מחזירה בעינה ובגמ' דילן נמי אמרי' איידי דקתני רישא ילדה תנא סיפא נמי ילדה אלמא רישא ילדה דוקא ואפי' השביחה בעיבורה ברשותו וכן הא דאמר רבא גזל והשביח וכו' אי בדר"ש בן אלעזר שייכא נמי מוכחא דדוקא השביח מחמת הוצאה ופיטום מדלא קאמר השביחה ביד לוקח והשביחה ביד עובד כוכבים וכן לדעתי ההיא דאמר רבא בפ' הניזקין גבי גנב והקדיש מסתברא משעת הקדישה אוקמינהו רבנן ברשותיה לענין גיזות וולדות ולא משעת גניבה כדי שלא יהא חוטא נשכר בשבח גיזות וולדות הוא דהיינו מעוברת וטעונה וגדלו מאיליהן שאילו גזון הא קי"ל דגזלן הוו ובעיא דרבא לא מוקמינן לה דלא כשמעתיה ודלא כהלכתא נמצינו מסתייעין מזה ואני תמה על בעל המאור ז"ל היכן מצא מפורש שהלכה כר"ש בן אלעזר בשבח אני לא מצאתי בגמ' אלא בכחש שאומר לו הרי שלך לפניו דאי אשבח אבייי דקשיא ליה דשמואל אדשמואל ואידחיק ליה טפי טובא למימר אמרו קאמר הוה ליה למימר מאי הלכה אשבח ולא אכחש כדאשכחן בעלמא

הלכה למחצה במס' תעניות אסברה לך כי א"ר יוחנן הלכה כרשב"ג אדלא להתענאה אלא ש"מ אכחש איתמר ואשבח בדעדיפא מיניה קיימא לן:

דף לד:

ועוד ורב היכי שביק מתמ' ועביד כברייתא פי' ואע"ג דלא מקשי' הכי בשאר דוכתי היכי שביק רבים ופסק הלכתא כיחיד כו':

אמר הכותב אין זה נכון שלא מצינו מי שחושש אפי' לסתם משנה בלא מחלוקת אלא ר' יוחנן ורב לא סבר לה כוותיה והא רב פסק הלכתא כר"ש דאמר אכלה פירות גמורין משלמת פירות גמורין ואע"ג דת"ק דאינון רבנן לא אמרי הכי וכן בפ' הכותב אמר רב הלכה כרשב"ג דאמר אם מתה יירשנה ורבנן פליגי עליה ובפ' מפנין אמר רב הלכה כר' יוסי דאמר אף חותכין ובכמה דוכתי אמר ולא אקשי עליה שביק רבנן ורב יוסף לא הוה במנינא דרבי ואקשי' ליה אביי במס' סוכה גבי העושה סוכתו כמין צריף שבקת רבנן ועבדת כר"א א"ל ברייתא איפכא תניא א"ל שבקת מתני' ועבדת כברייתא ואע"ג דהתם מעשה הוה והכא מימרא אין בזה שינוי והטעם בשניהם שוה ובכמה דוכתי פסקי רבנן כיחידאי ולא בעי' מינייהו טעמא ואדרבה אי רב הוה במנינא דרבי ניחא הא דאמר רב הלכה כר"מ דעבדי כמקרקעי דמי דהא סתם לן רבי כוותיה בשבועות אלו דברים שאין נשבעין עליהם העבדים והקרקעות וכו' וההיא עדיפא מהך דההיא סתמא היא והא לאו סתמא דהא מחלוקתה בצדה וההיא דתניא גבי הלכתא פסיקתא דהאי דינא וטפי סמכינן עליה ועוד דבב"מ סתם לן גבי אונאה ושבועה ושומרין דעבדים כקרקע והוה ליה מחלוקת ואח"כ סתם והלכה כסתם אלא אדרבה רב לא חייש כלל לסתמי וכל דהוא יחיד ורבים כרבים פסק וי"ל דאע"ג דאין נשבעין עליהם ואין להם אונאה לענין גזילה כמטלטלי דמי ומש"ה לא אייתי מינה סיועא לדרב כי אקשינן עליה אמאי שביק רבנן דמתני' ואפשר דמרבינן להו מקרא משום דכתיב כל הנך מעוטי פקדון ותשומת יד גזל ואבידה ועושק ודלמא רבויי נינהו ומרבינן בהו עבדים ומיהו ממתניתא דמחליף פרה בחמור מייתינן משבועה לגזילה משום דמפכא דר"מ לרבנן ודרבנן לר"מ ואילו לר"מ הוו מטלטלי לשבועה כ"ש לענין גזילה אבל אפשר דליהוו מטלטלי לגזילה ומקרקעי לשאר דיני ובזה נפטר רבינו הגדול ז"ל מן הטענה שטוען עליו שהיה לו לפסוק הלכה נשבעים עליהם אבל יותר נראין דבריו הראשונים שפסק כרב והרוצה לסמוך על העיקר יסמוך על דברי רבינו שמואל הצרפתי ז"ל הכתובים בספר המאור הזה בפ' יש נוחלין:

דף לה:

ועוד ודאמר הרי"ף ז"ל דהדיוט לא מחייב לשלומי עד דמודע ליה דעליה סמיך:
אמר הכותב מצאתי בהלכות ספרדים מדוקדקים ואי מוכחא מלתא דעליה סמיך לא צריך לאודועיה ע"כ והיינו בעומד ורואהו ואין אנו צריכין לתוספת:

דף לו.

ועוד כולה בעיא דיש שבח בסימנין וכו' ל"ש הכי ול"ש הכי מחייב:
אמר הכותב הבו ליה אפריון לבעל המאור ז"ל דהיינו דכתב רבינו הגדול ז"ל בעיא דזל ציבעא פי' דזל לאחר שצבעו ולא כתב דצבע בהו קופא:

דף לו:

ועוד אמר רבא שאני מתני' דכיון דידע למאן גזליה ולמאן דגריס אלא אמר רבא כו':
אמר הכותב לא הסכים יפה לפי' השמועה דרבא הכי קאמר לאו כדקס"ד דלא שני לן בין היכא דידע למאן גזליה להיכא דלא ידע דקא מוקמת כר' טרפון ולדידיה נמי קשיא לך למה לי נשבע אלא בין ר"ע בין ר"ט שניא להו מתני' דכיון דידע למאן גזליה אין הודאתו מחייבתו אע"פ שבא לצאת ידי שמים דכמ"ד ליה יהו לך בידי דמי ואינו חייב אלא בהודה ולא ידע למאן גזליה אי נמי בבאו עדים לר"ע אבל ידע למאן גזליה אע"ג דאודי פטור ולא קנסינן אלא היכא דלא הדר ממונא למריה למר בהודה ולמר אפי' בבאו עדים אבל ידע לעולם פטור שעל כרחו יהא לו בידו ועוד אפי' אם תמצא לומר דכי אתו עדים צריך לילך אחריו כדברי בעל המאור ז"ל מאי קושיא אטו משום דלא קתני כל מאי דס"ל לר"ע מוקמי' לה דלא כוותיה הא ודאי כיון דנשבע דקתני במתני' צריכה ליה למיתני דבלא נשבע לא אמרה ר"ע ליכא לאוקומא דלא כוותיה ומתני' גופה צריכה ליה למיתני ורבותא אשמועינן דכי נשבע אע"ג דהודה וא"ל יהו לך בידי צריך להוליך אחריו למדי משום דבעי כפרה וקמ"ל נמי דכי לא נשבע והודה פטור אע"ג דבעלמא חייב משום דאמר ליה יהו לך בידי ובגמ' לא אקשי' אלא נשבע למה לי ועוד לא נשבע ובאו עדים או לאו כמ"ד ליה יהו לך בידי דמי מאידך דר"ע נפקא דצריך להוליך אחריו ור"ש ז"ל כך כתב וגריס אלא ורב חננאל ז"ל נמי פי' דמתני' דברי הכל ואף בשאילתות דרב אחא משבחא גאון ז"ל מצינו הגירסא ופירושה כמו שכתבנו דמתני' ר"ע ואומר אני שלא חלק אדם בדבר ומקצת הנוסחאות שאין בהם אלא אין להקפיד עליהם יש לנו כיוצא בהם הרבה בתלמוד במס' פסחים פ' אלו דברים אמר רב הונא בריה דרב יהושע הכא

במאי עסקינן כגון שהפרישו קודם חצות ופריך עלה ודחיה והדר גרסי' אמר רב פפא האי מני ר"א היא ושם בפסחים בפ' ואלו עוברין הכא במאי עסקי' כגון שבשלו בעצי מוקצה וראוי היה לומר בהן אלא ובפ' שנים אוחזין ואי בעית אימא כגון בשבח המגיע לכתפיס וכו' ואקשי' ומפרקי' לא קשיא אחרינא וראוי היה לומר אלא כ"ש בכאן שכיון שהביאו מודה ר"ט וכו' נמצינו צריכין לתרץ לר"ט ור"ע בענין אחד שהרי שוו במודה מפי עצמו ולפי' אמר סתם שאני מתני' דלא שייכא בפלוגתא דידהו וגירסת הגאונים ז"ל מפורשת ונאמנת יותר אבל מעולם לא העמיד אדם משנתנו כר"ט ולא כר"ע שאין צורך ומה שהעיד בעל המאור ז"ל שמצא לרבינו האי גאון ז"ל שפסק כר"ט בספר מקח וממכר בשער ל"ט קרוב הוא אצל עצמו ואין עדותו עדות ולפי שכתב רבינו הגאון ז"ל דהיכא דנשבע צריך לשלם דמי מקח לכל א' וא' אבל לא נשבע לא והביא ראיה ממה שאמרו בגמ' בשמועה זו ואי ס"ד דנשבע מה לי לקח מה לי גזל כסבור שדעתו לפסוק כר"ט דאילו לר"ע אפי' לא נשבע והטעהו בזה מה שהיה סבור שרבינו אלפסי ז"ל כר"ע אליבא דת"ק פסיק ולא היא דאנן כר"ע אליבא דר"ש בן אלעזר קי"ל דאמר לא נחלקו ר"ע בשלקח והכי פסקה רבינו אלפסי בפ' המפקיד לפיכך הוצרך רבינו הגאון ז"ל לומר שאם לקח ונשבע לא' מהם צריך לשלם דמי מקח לכל א' וא' ועל כך הביא ראיותיו המפורשות בגמ' ובספר מקח וממכר שלו מ"מ צריך אתה ליזהר בדברי הגאון ז"ל שאמר בלקח ונשבע חייב להחזיר דמי מקח בין לר"ט בין לר"ע ואינו כן לפי המסקנא אלא נשנע והודה ודאי משלם דמי מקח לכל א' מן הדין באו עדים אינו אלא לר"ע ומשום קנס וכך הם דברי הגאון באותו השער בלקח ובאו עדים ונשבע אין לא נשבע לא דקי"ל כר"ע אליבא דר"ש בן אלעזר כדברי רבינו אלפסי ז"ל ודר"ט ודאי ליתא דקי"ל ר"ע חבירו דר"ט הוה והלכה כר"ע מחבירו ועוד מדקא פסקי' התם ביבמות כר"ט באידך מתני' דקתני עלה אלמא בזו ולא באחרת:

דף לז.

ועוד ומה שפסק הרי"ף ז"ל בשליח שעשאו בעדים ובמשלחין מעות בדיוקני יותר נ"ל מ"ש רב אחא גאון ז"ל כו':

אמר הכותב תמה אני על פי' זה מפני שראיתי רבים מסכימים עליו לומר דהא דאמר שמואל אין משלחין לומר שאינו יכול לכופו לבעל הדין ליתן לו ולישנא דגמ' לא דייקא הכי דאין משלחין משמע שאפי' רצה לא ישלח שאינו נפטר בכך מאונסין ועוד דא"כ ר' יוחנן היכי אמר משלחין הא שליח בעלמא הוא ולאו בעל דברים דידי ואי משום דשליח

נמי בעל דברים דידיה מיקרי לפי דעתו של בעל המאור הזה ז"ל כבר הוכחנו במקומו שאינו כן ותו קשיא להך פירושא א"כ אדמיפלגי בדיוקני ליפלגו באורכתא גופיה דקי"ל דשליחא הוי אי חיישי' למיתה או לא ועוד דהא קי"ל בענין גט דלא חיישי' למיתה כלל ואפי' בחולה ובזקן שהגיע לגבורות אלא בגוסס בלחוד הוא דחיישי' וגבי ספינה המטרפת בים נמי מעמידין אותה בחזקת קיימים לכל דבר ואפי' לענין ממון וכ"ש הכא ועוד דהא אמרי' באורכתא דלא כתב בה זיל דון וזכי ואפיק לנפשך דלית בה מששא ואי כתיב בה כן אורכתא מעלייתא היא היכי דמי אי לדלא בעי היאך למיתן ליה הא אינו יכול לכופו משום חשש מיתה ואי דבעי למיתן ליה מי גרע משליח שעשאו בעדים ולא מצית למימר דאי כתב בה זיל דון ואפיק לנפשך אע"ג דמית נפיק מיניה והיינו דנהרדעי דאי הכי מאי פליג רב אשי עלייהו ואמר דשליחא שויא ולא צריך אלא ודאי כי דייקת בשמעתתא לית להו אוקימתא בהכי אלא לעולם לא חיישי' למיתה והא דא"ל רב אמי דלמא שכיב ר' אבא ה"ק ליה דלמא שכיב ר' אבא ושמע רב יוסף בר חמא דשכיב ולא יהיב לך דכיון דמת התקבלתי דידיה לאו כלום הוא ובכדי טרחת הלכך ליקני לך אגב ארעא דליכא למיחש למידי וכן דעת רבינו הגדול ז"ל דלא חיישי' למיתה דהא איהו כ' בהלכות דכי כתיב באורכתא זיל דון וזכי ואפיק לנפשך כייפינן ליה למיהביה ניהליה וכיון דקי"ל שליחא הוא אי מיית משלח ודאי איבטליה ליה אורכתיה והכי שדר רבינו עצמו ז"ל בתשובות דיליה ואייתי ראיה מהתקבלתי דר' אבא אפשר דס"ל דהתקבלתי דר' אבא אורכתא הוה וכתוב בה זיל דון וזכי ואפיק לנפשך אי נמי כיון דקי"ל באורכתא שליחא שויא כי היכי דאמרי' בדר' אבא דאי מיית בטיל שליחותא ה"נ בכל אורכתא דגמריה מיניה ולחזרה נמי לא חיישי' כדאמרי' בפ"ק דגיטין גבי הילך מנה לפלוני שהוא חייב באחריותו ואם בא לחזור חוזר ואפ"ה שליח יהיב ליה להיאך ולא חייש לחזרה וכיון שכן אי מיית משלח או הדר ביה ויהביה נפקד או לוה לשליח אם לא ידע דמיית או הדר ביה פטור דאנוס הוא ולביה אנסיה דאי לאו הכי נמצאת מדת הדין לוקה דאי אזל שליח והלה מבטלו מבוטל והנפקד אינו יודע ומפסיד נמצא זה מכחיש את הנפקד ולא מן הדין והדין שכתבנו נכון כדי שלא יהא כל א' וא' נוטל מעותיו של חבירו במדינת הים ושוב לא ירצה ליתנם לשלוחו ונמצא מעכבם לעצמו והתקנה שאמר ז"ל שאם יש ב"ד באותו מקום עושה ב"ד שליח כמו שעושה בגזלן ונגזל ולית ליה לנפקד או ללוה לאישתמוטי אינה תקנה ששליח ב"ד שעשאה גזלן מפני תקנת השבים הוא דהוי שליח דתקינו להו רבנן שאם ירצה גזלן ליתן לשליח ב"ד לא יהא צריך לילך אחריו למדי דנגזל נמי ניחא ליה להוציא גזילה מתחת ידו של גזלן כדאמרי' בגיטין פ"ק בהולך מנה לפלוני

שאני חייב לו שאם בא לחזור אינו חוזר בשהוחזק כפרן ולעולם אם לא רצה אין כופין אותו בכך דהא לאו בעל דברים דידיה הוא ושליח ב"ד שעשאו נגזל נמי ודאי אם מת הוא אבטילא ליה שליחותא לגמרי דב"ד גופיהו ושליחא דידהו מכח מאן קא אתו מכח נגזל איתיה לדידיה איתנהו לכולהו ליתיה לדידיה ליתנהו לכולהו כדאמרי' בגיטין וא"כ אם יש לחוש למיתה היאך יכול לכופו ללוה או לנפקד ליתן לו כלום והרי אם מת לא יועיל לו שכבר בעל שליחותו וכי ב"ד עושין שליח שלא מדעת גזלן ושלא מדעת הנגזל אלא ודאי אין חוששין שמא מת ואם יש לחוש אין תקנה בשליח ב"ד לכופו לנפקד ועדיין יש לפרש מלתיה דשמואל דאמר אין משלחין מעות בדיוקני הוי יודע כי השליח שעשאו בעדים ואמר לו לך בשליחותי לפלוני להביא לי מעותי ידו כיד שולחו דקי"ל שלוחו של אדם כמותו אבל הדיוקני אינו ממנה אותו שליח שיהא שלוחו ויקבל מעותיו אלא שכתב לו תן לפלוני כך וכך מעות שלי וחותם דיוקנו באותו שטר והעדים מעידים שהוא דיוקנו אבל אינם מעידין על מה שכתוב בשטר ואין זה שלוחו של אותו משלח אלא כממציא לו שליח הוא מאחר שלא אמר שלח לי מעותי על יד זה שהוא שלוחי שמניתיו שליח אלא כתב לו סתם בזה אמר שמואל אין משלחין דאי הוה שליח הוה ממנה ליה בפני עדים וכתב ליה שטרא בהכי מדלא מינהו בפני עדים לאו לאוקמינהו ברשותיה בעי ומש"ה לא אחתים סהדי אשליחות וכ"ש היכא דליכא עדים כלל דאין משלחין דממציא לו שליח הוא וכך פי' רב חננאל ורב נתן בעל ספר הערוך ז"ל ועוד יש פי' יותר מחוור כי הדיוקני צורה היא לבדה וכתב עליה פלוני הוי יודע כי זו הצורה שביד פלוני זה דיוקני היא והחתים בה עדים ולא כתב בה שמניתי שליח לפלוני זה כמו שעושה בשליח שעשאו בעדים אלא שהשליח אמר לו שיתן לו מעותיו שלכך שלחו אצלו ומש"ה אמר שמואל שאין משלחין שממציא לו שליח הוא מאחר שלא כתב לו מניתי לפלוני זה שליח להביא לי מעותי אלא כתב סתם ודברי רבינו שלמה ז"ל מטין לפי' זה בנוסחא ישנה של בעל מתיבות כתוב אין משלחין מעות בדיוקני ואפי' עדים חתומים עליה ולא על אסימון ור' יוחנן אמר אם היו העדים חתומים על אסימון משלחין וגם זה סיוע לפי' הזה שכתבנו ועל א' מאלה סמך רבינו הגדול ז"ל ופסק כשמואל והא דאמרי' בגמ' אלא לשמואל מאי תקנתיה בדין הוא דלימא שליח בעדים אלא דלמא שמואל סבר לה כמאן דאמר לא הוי שליח עד דכתב ליה התקבלתי ור' אמי דא"ל כתב לך התקבלתי משום דרב ספרא לאו שליח שעשאו בעדים הוא דהא לא אמרי' בגמ' א"ל באפי סהדי וכיון שכן צריך הוה להתקבלתי והוה מצי למימר ליה דלימנייהו שליח בעדים אלא משום דטריחא ליה מלתא קאמר דלכתוב ליה התקבלתי בכתב ידו אי נמי לאפוקי נפשיה מפלוגתא

והא דאמרי' בגמ' דלמא שכיב ר' אבא סיומא דמלתיה היא ולאו משום תקנתא דשמואל אייתינן לה דהתקבלתי לחודיה אית ליה תקנתא לענין שמשלחין בו מעות לשמואל כדכתיבנא לעיל וכל דברי רב חננאל ז"ל בפי' שמועות הללו נכונים ורבינו הגדול ז"ל הסכים בהם חוץ מדבר זה שכתב ואי כתב בעל המעות התקבלתי שקיל ליה שליח ומייתי ליה למי שהמעות בידו ושקיל למעות מיניה חיישי' דלמא מיית ההיא דכתב ליה התקבלתי קודם שקבל השליח המעות וכבר זכו בהם היורשין הלכך לא אפשר וכבר הוכחנו למעלה דליכא למיחש הכא למיתה ואפשר שאף הרב ז"ל כך דעתו כמו שכתבנו אלא שאמר דאי כתבינן התקבלתי ומייתי ליה למי שהמעות בידו ובעי למישקלינהו למעות מיניה לא אפשר דדלמא מיית ושמע מקבל ולא יהיב ליה כלום כדכתבינן אנן לעיל הלכך לא אפשר למעבד תקנתא לשליח דלא ניחוש למידי ומ"מ יוצא מתחת ידו של נפקד אלא כדרב פפא וכן מוכיח מתוך דבריו שלרב חננאל שהרי חלק בפירושו בין דיוקנו לשליח שעשאו בעדים כמו שכתבתי למעלה וכמו שפירשתי הענין לדעת רבינו הגדול ז"ל הנראה מתוך דבריו והרוצה לסמוך על העיקר יבא ויסמוך על שלו:

ועוד ה"ג והכי איתא בספרי ספרד אמרי גזילה אין כאן מצות השבה אין כאן כלומר שאינו מצוה להשיב מאחר שאין הגזילה בידו:

אמר הכותב רב חננאל ז"ל פי' מצות השבה אין כאן שלא קיים מצות השבה שהרי לא השיב מה שגזל וכן כתב בה"ג ועיקר שהבעיא השניה חברתה תוכיח:

דף לז:

ועוד כולהו שמעתתא משמעתא ר' חייא א"ר יוחנן עד נגנבה באונס שלא כתבם הרב אלפסי ז"ל וכו':

אמר הכותב טעה בעל המאור ז"ל בזה דשמעתתא דר' חייא בר אבא כוליה בטוען טענת גנב ובתשלומי כפל איתמרן והיאך יתחייב כפל בחו"ל בטוען טענת גנב והלא אינו משלם כפל עד שישביעוהו ב"ד ואין דייני חו"ל דיינין לפי שאינן סמוכין וכנשבע חון לב"ד דמי דכתיב ונקרב בעל הבית אל האלהים לשבועה לפיכך אינו מתחייב לעולם בתשלומי כפל ויפה כוון רבינו הגדול ז"ל שלא כתבם אבל שמעתא דרבה בתבעו שומר והודה תבעוהו בעלים והודה שנאמרו בגנב עצמה היה יכול לכתוב בה בדאיתפס:

דף לח.

כתוב בספר המאור תנן הגוזל ומאכיל את בניו והמניח לפניהם פטורין מלשלם קשיא לרב חסדא פי' נ"ל דמסיפא קשיא ליה ולא מרישא וכו' עד מתניתא כו':
אמר הכותב השיב הרב ר' אברהם בר' דוד ז"ל מההיא מעשה דבר חמוה דר' ירמיה דלא קבלינהו לסהדי דר' ירמיה עד דגדל ולא חששו למיתה אע"פ שהזמן ארוך דאלמא הלכתא כסומכוס ורבנן לית להו אין מקבלין עדים שלא בפני בעל דין:

דף לח:

וכתב עוד בעל המאור ז"ל הלכך כיון דאמרי' דברייתא קמייתא רב חסדא ורבא מוקים לה לפני יאוש בשאין גזילה קיימת ליתיה להההוא פירושא דפריש בה הרב ר' אברהם ז"ל וסמכיה על מאי דאמרי' גזלן יש לו חזקה:
אמר הכותב בשאין שם עדי גזילה ליכא לאוקומא לברייתא דהא הגוזל קתני ובלאו הכי לא מחייבי יתומים כלל שאני אומר מכרן לאביהן ובדליכא סהדי דחזיוה גבייהו דיתמי נמי ליכא לאוקומא דהמניח לפניהם קתני משמע לפנינו הניחה לבניו ולא מחייבי נמי קטנים לרבנן אלא בהכי הלכך אדחיא לה ראייתו דכיון דאיכא עדי גזילה וראה לאחר מיתה ביד היתומים לא מצינן למיטען להו לקחה אביהם ממך דהא בדאיכא עדים וראה אפי' אחר דלאו אומן אין לו חזקה ובניו יש להם חזקה בטענת עצמן כשלא ראוה לו עכשיו בידם שיכולים לומר החזרנוה לך שאין באין בטענת עצמן ולא מחמת אביהם שכיון שראו גזילה קיימת לאחר מיתתו כדקתני המניח לא נשארה לאביהם בה שום טענה אלא אינהו מצו למימר החזרנוה לך ומיגו דיכלי למימר הכי יכלי למימר לא פש לך גבי אבונא ולא מידי ובכל מה שהאריך בדין טוענים ליתומים לא הועיל אלא לחלוק על דברי הגאונים שכולה ז"ל הסכימו דטענינא להו כל מאי דמצי טעין אבוהון והראיה שהביא ממעשה דרבי מיאשא ודחסא ודבי ר' אמי אינם כלום וכך קבלתי פירושה על דעת הגאונים ז"ל והוא האמת ההוא גברא דאפקיד בסהדי שב מרגניתא בי ר' מיאשא ואין העדים מכירין אותם בטביעות עינא או שלא ראו אותן עכשיו ביד החתומים ויש שם עדים אחרים שראו בידם שב מרגניתא דציירן בסדינא ובא זה המפקיד וטען בידכם הן והם אומרים אינהו דלמא אהדרינהו אבונא לך והנך דחזו סהדי אחריני נינהו ואמר להו היאך אפקינהו דנחזיוה אם מכירין אותם עדי פקדון ואינון אמרי כדו לא מפקינן וכעובדא דרמאי דפומבדיתא דבפרק חזקת הבתים דאמרי' עלה ראה תניא ויכולין לומר הנך אחריני נינהו אבל השתא דקים לן ביה בודאי דלא אמיד ולית ליה שב מרגניתא לא

מצו למימר הנך דידיה נינהו ואחריני נינהו והנהו החזירם לך אלא אמרי' הני נינהו ולא מצו למימר נמי חזר אבינו ולקחם ממך דהא ליכא מיגו אבל אם אין שם עדים שראו אותם עכשיו בידם של יתומים יכלי למימר החזירה לך וכיון דאיכא מיגו יכלי למימר לקחם ממך וטענינן להו אע"ג דלא טעני ואע"ג דאיכא למימר דלמא עשיר הוה דיש מתרושש והון רב כיון דאיכא עדים וראה לא אמרי' אחריני נינהו ואפשר דהך טענה לאו דוקא היא דהא איכא למיחש נמי דלמא פקדון הם שאחר הפקיד אצל אביהם אלא ה"ק ודאי לאו דר' מיאשא נינהו דהא לא אמיד והא קא יהיב סימנא וטעמא דאי יהיב הימנא לא צריך לטענה דאמיד אלא מיהו טענה דאמיד צריך לטענה דסימנא דבלא סימן לא מפקינן מינייהו ואינך צריך לפרש דהאי חדא ועוד צריכי להדדי אלא טעמא בתרא עיקר והראשונה טפילה ורוב ועוד האמורין בתלמוד כך פירושם א"ת שאין טעם זה מספיק עוד יש טעם אחר ותתאה גבר לעולם והכא נמי עיקר טעמו של דבר משום סימנין דכיון דיהיב סימנא אין היתומים יכולין לומר ליתנהו גבן והחזירם אבונא לך והנך אחריני נינהו דהא יהיב סימנא ואמרי סהדי דהך סימנא אית להו להנך דברשותייהו ועל כרחך אינהו דאפקיד גבי אבוהון נינהו וכיון דליכא מיגו לא יכלי נמי למימר חזר אבינו ולקחם ממך דהא איכא עדי פקדון ואיכא עדים שראו אותם בידם של יתומים וסהדי בהדי סימנא משוו ליה ראה דהא ידעינן דהנהו דאפקיד גבי אביהם הם וכל היכא דאיכא עדים וראה אינו נאמן לטעון לקוח הוא בידי והיינו דכתבו רבינו הגדול ורב חננאל ז"ל בפ' המפקיד והם ה"נ כי איתיה בחיי' לא מצי למימר הדרה זבינתיה מינך ומסתייע הך סברא ממאי דגרסי' בפ' חזקת הבתים וכו' זה לשון הגאונים ז"ל ומדבריהם אתה למד דהנך עובדי בדאיכא עדים וראה נינהו זה הפי' שקבלתי על דעת הגאונים ז"ל והוא נכון וברור ועולה כהוגן וכל הנוטה ממנו תועה מדרך השכל ובעל החבור הזה ז"ל כתב בספר הצבא שלו בפי' הנך עובדי דהן חדא ועוד צריכי להדדי ואין אנו דנין בפחות משתי אלה שאם היה אמיד אני אומר שמא מכרן זה ולקחם זה ממנו ואע"ג דהא יהיב סימנא לאו כלום הוא ואי לאו יהיב סימנא אע"ג דלא אמיד נמי לא שקיל ולא מידי לא יהא אלא אבדה כמה דלא יהיב סימנא הא לא שקיל שמא אדם אחר הפקידם אצלו ועכ"ז צריך שיהא מיתנא דלא פקיד דאילו פקיד על שאר נכסיה ולא פקיד על הלין למימר הלין נכסי דפלניא אינון אע"ג דלא אמיד בחזקת יתמי מוקמינן להו ולא מפקי מינייהו וכמה אינשי עתירין בביתא ומסכנין בשוק וקרא כתיב מתרושש והון רב ואלו דברי הבאי שאין כאן טענה להוציא מידם של יתומים דאע"ג דיהיב סימנא איכא למימר מכרן לאחר והפקידן אצל זה או לקחן זה ממנו שהרי יש מתרושש והון רב ואי משום דלא פקיד אדרבה מסייע ליתמי

דאי פקיד אשאר נכסים ולא פקיד אהנך ודאי דפקדון נינהו דאילו הוו דידיה ודאי הוה אמר למאן ליהוי דהא שוו טפי מכל מה דאית ליה ואין דרכן של בני אדם לחלק בשעת מיתה הסובים ולא יחלק מרגלותיו לבניו ועוד דאיכא למימר מלאך המות הוא דאנסיה ועוד דהוה ליה לר"נ לומר חדא דלא פקיד אלא ודאי הך פירושא לית ביה ממשא וכל אלו הפשרות פשר מפני שלא עלה בידו פי' דברי רבי הגדול ז"ל כהוגן כמו שכתב בספר הצבא שלו שאינן ברורין כל צרכן ואלו הן המחילות שמחל לו ולא השיגם בספר המאור וכבר פירשתי לך כי דברי רבי הגדול ז"ל נכונים וברורים קיימים ושרירים ועל אפניהם דבורים ואין צורך במחילתו שהרי פטרנוהו מתביעתו וכן יש לך לפרש ממה שאמרו בפ' איזהו נשך אבל דבר המסוים לא מ"ט דלמא אתי מאריה ויהיב סימניה ושקיל ליה פי' שחוששין דלמא מאן דאפקיד האי דבר המסוים גבי האי גברא בסהדי אפקדיה גביה ואנן סהדי דאית גבייהו דיתמי ואי יהיב סימנא שקיל ליה דהא איכא עדים וראה שכיון שאנו יודעים בדבר א"א לכפור עדות זו ובלאו סימנא ליכא למיחש דלמא אמר לן אפיקו ואיכא עדים וראה דאנן ידי יתומים אנן וכדי לא מפקינן כי היכא דלא מפקי אינהו אי גדלי ומיהו בסימנא מוציא מידם אע"ג דאמיד וכדכתבינן:

דף מא.

ועוד כתב תנא ומחזיר לבעלים הראשונים דייקינן האי פירושא מדקתני ומחזיר ולא קתני מחזיר ש"מ וכו':

אמר הכותב נאה הוא דורש ואין נאה מקיים שבודאי יפה דקדק דלא פליג אמתני' אבל לא קיימה יפה דה"ל למתני אם יש בו מותר יחזיר דהיכי קתני הרי אלו שלו ומחזיר דמשמע דבמאי דתנא הרי אלו שלו חייב להחזיר לבעלים הראשונים והטעם עצמו שאמר דכיון דבטעות אתא לידיה לאו שנוי רשות הוא לא דייק כלל שא"כ אפי' הכל חייב להחזיר שהרי אין זה שנוי רשות והיאך שנינו הרי אלו שלו ומדקאמרי' כי אתא לידיה משמע דהשתא מיהת שנוי רשות איכא ועוד דה"ל לפרושי ולמימר שאין זה שנוי רשות ואין הדעת סובלת פירוש זה ומי הגיד לו דנתנו לו חמור אחר בשנתחלף להם בשלו קאמר אדרבה מדלא קתני נתחלף לו חמורו בבית המכס כדקתני בעלמא נתחלפו כליו בבית האומן משמע דלדעת נתנו לו חמור אחר שאילו היה הדבר כן בשנתחלפו דוקא באמת לא היו שונין משנתם בסתם אלא הכי פירושא ואם בא לצאת ידי שמים מחזיר לבעליה הראשונים דהא לא קתני משלם לבעלים הראשונים ולא חייב להחזיר אלא מחזיר ובדרך תשובה משמע לפי דעתו של בעל המאור ז"ל והיינו באיסורא אתא

לידיה אע"פ שעכשיו קנאו ובלישנא בתרא אמרי' שאפי' לצאת ידי שמיה אינו חייב אלא אם רצה להחזיר שאמר אי אפשי בממון שאינו שלי יחזיר לבעלים הראשונים וזה הלשון לא לצאת ידי שמים משמע אלא לפנים מן שורת הדין ולפנים משורת ידי שמים ולפיכך השמיטה הרב הגדול ז"ל דקי"ל כלישנא קמא והיינו רישא דמתני' דקתני אין פורטין לא מתיבת המוכסין דאע"ג דאיאש ואם פרט קנה אסור לעשות כן דיאוש כדי לא קני ולישנא בתרא לא פליגי ארישא דמתני' ומיהו אפסקא דנטלו מוכסין חמורו לא פליגא דעלה תניא ומ"ש בעל המאור ז"ל דקי"ל כלישנא בתרא ויאוש ושנוי רשות גמור הוי אינו שהרי מפורש בגמ' מ"ט יאוש כדי קני ואי נמי לא גרסת ביה כדי אכתי קשיא דה"ל למימר טעמא משום דשנוי רשות הוא זה אלמא משום יאוש כדי קאמר ולא קי"ל הכי וכך השיב עליו הרב ר' אברהם בר' דוד ז"ל ודברי רבינו הגאון הכתובים בשער ל"ב מספר המקח אינן אלא מן המתמיהין:

ומה שכתב עוד ויאוש ושנוי מעשה כל דהו קני בעורות של גנב לרבנן כדאוקימנא כגון שקצען ואע"פ שהעוצבה אינה צריכה קצוע כיון דאיכא שנוי השם בהדי יאוש קני אינו נכון שהרי הקשו בגמ' בפרק מרובה ממריש הגזול אמאי לא קנאו בשנוי השם וליכא למימר בדאיכא יאוש דהא גזול תנן ולא גנוב וליכא יאוש לרבנן ואע"ג דבנאו בבירה דמימר אמר בי דינא מחייבי ליה לאהדוריה ניהליה ועוד דמדמיה לא מיאש הלכך לאו יאוש הוא כלל דאי לא תימא הכי קשיא לרבה דאמר יאוש כדי קני ומתני' קתני דלא קני אלא מפני תקנת השבים אע"כ ליכא יאוש דכל גזילה לאו יאוש בעלים הוא וש"מ בשנוי השם בלחוד קני דכשנוי מעשה דמי כדמפורש בגמ' ועוד דקאמרי' בההיא שמעתא שנוי השם כשנוי מעשה דמי התם מעיקרא עצים והשתא כלים האי טעמא למה לי אטו שנוי מעשה קשיא לן אלא ה"ק שנוי מעשה גופיה כי קני משום שנשתנה שמו הוא הלכך בעוצבא שקצעה אע"פ שאין כאן שנוי מעשה כיון שנשתנה שמה שנוי גמור שאינו חוזר לברייתו קנה בלא יאוש אע"פ שקנה בשנוי השם בלבד אם לא נתיאשו הבעלים אינן יורדין לידי טומאתן במחשבה של אלו שכיון שהבעלים מחזרין אחר הגזלן להעמיד אותו בדין אין מחשבתו של אותו גזלן מחשבה גמורה שתרד לידי טומאה באותה מחשבה שמא יחזירנה לבעלים לכשיעמידו בדין כדי שלא יקראהו חמסן אי נמי משום דכולהו אינשי לאו דינא גמירי וסבור הוא דשנוי השם לא קני ושהוא צריך להחזירם לבעלים והם שמא יחשבו עליו לדבר שאינו מקבל טומאה מעכשיו וכל היכא דאיכא למימר דלמא ממליך אין יורדין לידי טומאתן דומיא דעורות דעבדן אבל מכי איכא יאוש מסתמא מימר אמר גנב לעולם לא יעמידנו בדין שהרי נתיאש ולא יחזור אחרי ואם יש מי שמקשה עליך

מהא דתניא תרומתן תרומה ואוקימנא בפ' מרובה משום שנוי השם ואפ"ה איצטריך גמ' בפירקין דהגוזל לאוקמא אליבא דמ"ד איכא יאוש בעלים ואמאי הא אמרת שנוי השם בלא יאוש קונה הא לרבה קאמרי' דקסבר יאוש כדי קני ולא מוקים בשנוי השם כדאיתא לעיל במרובה ויתכן שנאמר דכי אמרי' שנוי השם בלחוד קני היכא דהוי שנוי השם מחמת מעשה כגון עוצבא ומריש אם אינו חוזר לברייתו אבל מי שיקרא שם מעצמו לגזילה שבידו אין זה שנוי השם שאין אדם קורא שם לדבר שאינו שלו וכל זמן שלא נתיאשו הבעלים הרי הוא כמי שתרם גרנו של בעה"ב שלא ברשות ואין זה שם כלל ועוד שיחזור לברייתו כשיוציאוהו בעלים מידו אבל לאחר יאוש הואיל ויצא מרשות הבעלים שנוי השם שלו שנוי הוא וקני הלכך לרב יוסף דמוקי לה לעוצבה בשלא קצען צריך יאוש כדי שיהא שנוי השם שלו שנוי ויקנה בו ושמעתין נטיא לדידיה ולר' זירא שאמר שנוי החוזר לברייתו בשנוי השם לא הוי שנוי דמשמע דמוקי לה בשקצען לא בעינן יאוש אלא לטומאה ומעיקרא נמי קס"ד בגמ' דבעוצבה שנוי מעשה איכא ואפ"ה בעינן יאוש וטעמא משום טומאה כדכתיבנא ואע"פ שכתב הראב"ד ז"ל דשנוי מעשה כל דהו צריך ליאוש אינו מחוור ומה שכתבתי יותר נכון בעיני תדע דיאוש לא מהני ביה דהא לא מהני יאוש אלא היכא דבהיתרא אתא לידיה אבל היכא דבאיסורא אתא לידיה לא מהני למ"ד יאוש כדי לא קני ואפי' בהדי שנוי רשות דשנוי רשות ואח"כ יאוש לא קני דכיון דבההיא שעתא דאתא לידיה עדיין רשות בעלים עליו כ"ש לגזלן עצמו דאתא לידיה באיסורא דלא קני ואפי' בהדי שנוי השם ואפי' מאן דפליג בהא מודה בהא וכשאמרו יאוש ושנוי רשות דקני משום דבהיתרא אתא לידיה מאחר שכבר נתיאשו דומיא דאבידה ומכלל זה אתה למד דשנוי השם אינו צריך ליאוש שאם אין שנוי השם בלבד קונה אף ביאוש לא יקנה שהרי יאוש זה אינו כלום הואיל ובאיסורא גמורה אתא לידיה וכשם שאינו קונה אינו מצטרף לקנות לדברי הכל כמו שאינו מצטרף בהדי שנוי רשות בשנוי רשות ואח"כ יאוש שאע"פ שמצטרף עמו וקונה ביאוש ואח"כ שנוי רשות שזה כללו של יאוש כל היכא דבאיסורא אתו לידיה לאו כלום הוא:

עוד כתב ה"ג בפירקין דהגוזל זוטא תנן התם עורות של בעה"ב וכו' ואע"ג דאמרי' הקדשן הקדש התם בקדשי דמים ומדרבנן הכא בקדשי הגוף ומדאורייתא:

אמר הכותב יש לי ראיות שאפי' בקדשי מזבח הקדשן הקדש דגרסי' בפ' הניזקין מתיב רבא גנב והקדיש ואח"כ טבח ומכר אינו משלם ד' וה' ותני עלה שחטה בחוץ כה"ג ענוש כרת ואי ס"ד יאוש כדי לא קני כרת מאי עבידתיה וש"מ דגנב והקדיש אינו משלם תשלומי ד' וה' ניחא דאלמא הקדשו הקדש ולפיכך אינו משלם ד' וה' ואע"ג דלא קני

ביאוש והתם בקדשי מזבח מדקתני עלה שחטה בחוץ כה"ג ענוש כרת ובפ' מרובה נמי אמרי' איתיביה ר"י לר"ל גנב והקדיש וכו' אינו משלם ד' וה' היכי דמי אילימא לפני יאוש מי מצי מקדיש אלא פשיטא לאחר יאוש וטעמא דהקדיש הא לא הקדיש משלם ואי ס"ד קנה אמאי משלם שלו הוא טובח ושלו הוא מוכר וש"מ דאי לא קנה ניחא הוא מאי היכי מצי קדיש הא לא קנה והתם נמי בקדשי מזבח הוא דהא תלמוד אינו משלם ד' וה' אהקדש דלאו כמכירה הוא דליכא שנוי רשות דהשהא נמי תורא דראובן מיקרי וכדמוכח נמי התם בגמ' דבקדשי מזבח תנן הלכך גמרי' מהנך מילי דלעילה הקדשן הקדש ואע"ג דסבירא לן יאוש כדי לא קני וטעמא דמלתא משום דכל הקדש בין קדשי מזבח בין קדשי בדק הבית הקדש מיקרי ואיכא שנוי השם הלכך קני לדברי הכל ביאוש ושנוי השם והא דאמרי' מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן לומר לך שאין זה שנוי רשות אבל שנוי השם הוא דהא עולתו דראובן מיקריא אלא דכיון דכפרה דידיה הוא ממונו מיקרי ולא קרינא ביה ומכרו שעדיין ברשותו הוא הלכך לא משלם תשלומי ד' וה' אי נמי שנוי רשות נמי איכא ואע"ג דלא קרינא ביה ומכרו דהתם כולו בעי' שלא לשתייר שמו ורשותו עליו כלל והיינו טעמא דלא מוכחי' דשנוי השם מלתא היא ממתני' דקתני גנב והקדיש וכו' ואע"ג דאמרי' בגמ' הקדש מעיקרא חולין והשתא הקדש דאלמא אי לאו משוה שנוי השם שנוי רשות ליכא משום שארה נקט לה לתרוצינהו כולהו בחד גוונא למימרא דבכולהו איכא נמי שנוי השם וקני ולפיכך תרומתן תרומה דאילו משום שנוי רשות לא הויא תרומתן תרומה ולא מעשרותן מעשר אלא דקני כהן והוי ממוניה אבל מ"מ חולין מורין הוא ואידך דברשותיה טבל אלא דמשום שנוי השם הוי תרומה ומעשר ברשותיה דגזלן ומתקין אידך ואיכא למימר נמי דלא הוי ממון כהן דכיון דלא תקן צריך הוא הכהן להחזיר שלא חלה עליו שם תרומה ובטעות בא לידו אבל הקדש מההיא שעתא דאוקמה ברשות גבוה איתסר להדיוט וכיוצא בה בתלמוד בהרבה מקומות דמתרץ מאי דלא קשיא לאנקוטינהו סירכא דהדדי האי הוא פירושא דההיא אתקפתא ואגב גררה כתיבנא ליה הכא ולעולם של גבוה שנוי רשות נמי איכא וקני תדע מדלא מפרש מעיקרא הקדש והדר תרומה והדר מעשר כדקתני להו בברייתא אלא מאחרינן אחורי הקדש משום דלא קשיא לן ובעל המאור גופיה ז"ל מוקים לה בהקדש בדק הבית ושנוי רשות גמור איכא ולא איצטריך למימר מעיקרא חולין והשתא הקדש. עוד אשיב עליו ז"ל מאחר דבקדשי בדק הבית איכא שנוי גמור דהא תלמוד אם גנב והקדיש לבדק הבית משלם תשלומי ד' וה' כדתניא בברייתא בפ' מרובה דמשם יצא להם לחלק בין קדשי מזבח וקדשי בדק הבית וכיון שכן אמאי אמר דקני מדרבנן מדאורייתא

נמי ועוד דהא אמרי' בגמ' דשנוי השם הוא ומדאורייתא קני והוי יודע כי החילוק עצמו שחלקו מקצת המפרשים ז"ל בין קדשי מזבח לקדשי בדק הבית כדברי בעל המאור ז"ל וגמרינן לה מדתניא בפ' מרובה גנב והקדיש משלם תשלומי ד' וה' ובמתני' תנן אינו משלם אין רבינו הגדול סומך עליו ויש סמך וראיה לדבריו ממאי דאמרי' התם אבל קדשי קדשים מאי חייב אי הכי אדתני רישא טבח ואח"כ הקדיש ליפלוג וליתני בדידיה וכו' ואף אנו נאמר אי פ"ד בקדשי בדק הבית משלם אדתני רישא טבח ואח"כ הקדיש לפלוג וליתני בדידיה בד"א בקדשי מזבח אבל בקדשי בדק הבית חייב כדמקשו בגמ' ועוד שזו קשה דטבח ואח"כ הקדיש ודאי קדשי בדק הבית הוא וכיון שכן בהקדיש ואח"כ טבח נמי משכחת לה בהקדש בדק הבית אלא ודאי מתני' דיקא כדברי רבינו הגדול ז"ל שאין לחלק בזה בין קדשי בדק הבית לקדשי מזבח ובירושלמי מצאתי רבי יוסטא בר מתון שאיל הפודה כלכלה מן הגזבר מהו שתטבול למעשרות התיב ר"ש בן לקיש והא תנינן גנב והקדיש ואח"כ טבח ומכר כמה דתימר תמן המקדיש אינו כמוכר ודכוותה הפודה אינו כלוקח והרי הקדש של כלכלה של בדק הבית הוא וקאמר שאינו כמקח שקובע למעשרות ומייתי לה ממתני' אלמא הקדש בדק הבית מי למתני' אינו כמכר ועכשיו אני צריך לפרש מלתיה דעולא דבפ' מרובה דאמר יאוש כדי לא קני דכתיב והבאתם גזול וגו' דאלמא אין הקדשן הקדש והתניא הקדשן הקדש וה"פ דודאי גבוה קני דאיכא שנוי השם אי נמי שנוי רשות אבל גזלן לא קני וכיון שאין לו בעלים היאך יקרב הרי מקדיש לא קנאו מעולם ואינה ראויה ליקרב ע"ג המזבח כלל ומסיפיה דקרא דייק עולא דכתיב הארצה אותה מידכם דאלמא לאו לרצון סלקא לבעלים ומ"מ גבוה קנה שהוא הקדש או כלך לדרך זו ודאי גבוה קנה מטעם שפירשנו אבל קרבן פסול הוא לגמרי מ"נו דיאוש כדי לא קני וכיון שלא נקנים לו הויא לה מצוה הבאה בעבירה ומיהו אם יאוש כדי הוה קני כשר ומתכפר בו משום דכשהקדישו לאו מצוה הבאה בעבירה היא שכבר קנאו ואין לנגזל עליו אלא דמים וכן כתבו הגאונים הראשונים במס' סוכה וראיה לדבר דהא ר"י הוא דאמר התם דמשום מצוה הבאה בעבירה היא דלית ליה תקנתא לאחר יאוש ואיהו ס"ל יאוש כדי לא קני וזו דרך ישרה שיבור לו החכם ומתברר בפ' הניזקין דראמרי' התם אמר עולא דבר תורה בין נודעה בין לא נודעה אינה מכפרת מ"ע יאוש כדי לא קני ומה טעם אמרו מכפרת כדי שלא יהא מזבח בטל ונמצאו כהנים עצבים ואקשינן עלה דעולא גנב והקדיש אינו משלם ד' וה' ותני עלה שחטה בחוץ כה"ג ענוש כרת ואי ס"ד יאוש כדי לא קני כרת מאי עבידתיה מדקאמרי' מכפרת ואינו מכפרת משמע דמ"מ קדשה ומיהו אינו ענוש כרת הואיל ואינה ליקרב על גבי המזבח כלל דכל שאינו ראוי לבא

אל פתח אהל מועד אין חייבין עליו משום שחוטי חוץ והיינו דלא אקשינן ליה לעולא ממתני' גופיה דקתני אינו משלם דמודה בה עולא דהקדשן הקדש ואינו משלם תשלומי ד' וה' משום דקנה גבוה בשנוי ואי קשיא לך אמאי לא אקשינן לרב יהודה דאמר מכפרת מאי טעמא יאוש כדי קני מגופה דמתני' דקתני הקדיש טעמא דהקדיש הא לא הקדיש משלם כדאקשינן בפ' מרובה אין הכי נמי אלא דרב יהודה מוקי לה למתני' כדמוקי לה ריש לקיש במרובה והא דקתני עלה שחטה בחוץ כי האי גוונא ענוש הבעלים קאמרינן לומר לך שהקדשן הקדש גמור אבל עולא דסברי יאוש לא קני ודאי כר' יוחנן מוקי לה ולפיכך קשיא ליה ברייתא ויש מבעלי הפירושים שנשתבשו באותה שמועה שבפ' הניזקין וכתבתיה בכאן כדי לזוגה עם דברינו אלה:

דף מא:

ומה שכתב עוד וה"מ בסתמא אבל אם היו הבעלים מרדפין אחריהם לעולם לא קני וכו' כדאמרי' ברישא דשמעתתא ועמד והפגין בלילה וכו' אין אותו הטעם מספיק לכך שכל אדם מפגין על ממונו בשעה שנוטליו אותו ממנו ואם לא נתיאש בשעת הגניבה שעדיין הוא סבור להציל שימצא הגנב לעולם לא יתיאש אלא כיון דאוקימנא למתני' כשבאו בני אדם ולנו בתוך ביתו והוא מכירם לא דמי לגנב דגנב אינו מכירו אלא דמי לגזלן ודאי דאי מוכחא מלתא דלא מיאשי אפי' בתר הכי כגון במרדפין דמשכחת לה לתקנת השוק בהכי ואפי' בשאינן מכירן ומתוקמן שמעתתא בהכי ומשכחת לה נמי ביאוש שלא מדעת כגון שלא הרגיש בגניבה עד שיכיר כליו ביד אחר ובדכותי נמי דליכא יאוש איתא לתקנת השוק ומה שטען ז"ל דאי בדכותי היכי עבדינן ליה תקנתא כדאמרי' לענין גזלן שהשביח אינה טענה מי דמי התם כיון דלקח כותי ואילו אשבח איהו לא שקיל שבחא הבא מחמתו נמי לא שקיל אבל הכא כל גנב נמי לא שקיל דמי מבעה"ב ולוקח שקיל ותקנתא דלוקח הוא דעבוד רבנן ולא למוכר ועוד דהתם אי טריף נגזל שבחא הדר ישראל הלוקח עליה דכותי ומשלים ליה ואי לא טריף נגזל שבחא ריוח כותי ופסיד ישראל הנגזל הלכך לא עבוד רבנן תקנתא אבל הכא הכותי חייב הוא לשלם לזה או לזה מ"מ ואין זו דומה לזו בשתי דרכים אלו וכך מצינו בתשובה לרבינו שרירא גאון ז"ל שדן תקנת השוק בלוקח מכותי וא"צ לפנים:

דף מג.

ועוד דברי הרי"ף ז"ל בשמעתא דישראל שאנסוהו כותים יותר נכונים וברורים מדברי הרב ר' אפרים ז"ל אע"פ שהם מדוקדקים וכו':

אמר הכותב אי הכי כי אמיד ועליה אתו נמי אמאי לא נפטר דהא מקלי קלי ומיפטר מההיא שעתא דאתו בביתיה ושמא רצונו לומר דכי אמיד לא אתו אכסא ולא בחשי בתריה אבל כי לא אמיד בחשי ולא מחוורא הכי שהרי כספים אין להם שמירה אלא בקרקע וכיון שכן אפשר שלא ימצאוהו ואם לא טמנו בקרקע פושע הוא וחייב ועוד מה יעשה רבינו הגדול ז"ל באותו ירושלמי שבפ' החובל תני כותים שאנסוהו ונעלו ממנו ממונו של חבירו בפניו פטור נטל הוא ונתן להם חייב א"ר יוסי הדא דתימא באותן שאמרו לו תן לנו ממון אבל באותן שאמרו לו תן לנו ממונו של פלוני אע"פ שהוציא ונתן להם פטור וכמדומה לי שלא ראה בעל המאור דברי רב חננאל ז"ל בשמועה זו שהביא זו הראיה הגדולה רק דברי הרב ר' אפרים כי על כן קראה בשמו ומן התימה שעלינו לתמוה על רבי' הגדול ז"ל אם על דברי ר"ח ז"ל בא להשיב וכי לא הכל ממנו לדרוש שברייתא זו באנסוהו סתם היא כדברי ה"ר אפרים תלמידו ז"ל והלא כך העמידוה בירושלמי ור"ח עצמו כתב כן והיאך לא הזכיר רבינו דבריו של ר"ח ולא הגיד מה יתרץ בראייתו שהביא מכסא דכספא ומה יעשה בדברי הירושלמי אבל מקום הניחו לנו לפרש דברי רבינו ז"ל כמנהגנו הוי יודע כי רבינו הגאון הוא רבינו האי ז"ל היה אומר שהנושא ונותן ביד והמראה שניהם שוים וכל מקום שאנסוהו להראות והראה פטור אנסוהו להביא והביא נמי פטור והיה מפרש ברייתא זו כך ישראל שאנסוהו כותים והראה פטור כיון שלא עשה אלא לאונסו ואם הוסיף מעצמו ונטל ונתן להם חייב שהרי לא היו אונסין אותו להביא וזה דעת הגאון בשרשי השבועות שלו ואף בחרוזותיו בהן מפורש וזו היא מחלקתו של רבינו בכאן ואלו הן טענותיו ותשובותיו שאם הנושא ונותן ביד באונס פטור ליתני אנסוהו ונטל ונתן פטור וכ"ש הראה וזהו שכתב וכ"ת ע"ש מראה מנושא ונותן ביד וכו' הא נראה שבעל הדין היה משוה אותם וראיותיו על זה מכריעות ומספיקות והריני מוסיף עוד ראיה אע"פ שאין צורך מדאמר רבא ואם הראה מעצמו כמי שנטל ונתן ביד דמי דמדקתני ברייתא פטורה במראה במלתא דמחייבא ביה נושא ונותן ביד איצטריך רבא למימר אע"פ שהקלו במראה מחמת האונס בלא אונס הרי הוא כמי שנשא ונתן ביד דאי לאו הכי למה לי למימרא והא בין מעצמו בין ע"י אונס כנושא ונותן ביד דמי הנה נתברר פי' דברי רבינו הגדול ז"ל. ותדע ותשכיל ממוצא דבר זה כי מדבריו ומדברי הגאון ז"ל תוכל ללמוד סיוע למה שכתבנו במס' סנהדרין בפ' אחד דיני

ממונות שהדיין שטעה בשיקול הדעת פטור אם לא עשה מעשה שאפי' לדברי מי שהוא דן דינא דגרמי אין הגורם כעושה מעשה שהרי הודה לנו בעל המאור ז"ל שאין מחייבין הגורם באונס אע"פ שהעושה מעשה חייב בו ורבינו הגאון שהוא דן דינא דגרמי בדייני אזיל לטעמיה שהוא משוה הגורם לעושה מעשה ואחרי זה אנו צריכין לדון על דברי ר"ח שהרי משיחתו של רבינו למדנוו שאף הנאנס להביא ממונו של פלוני והביא חייב וראיותיו מראות פנים לשני הדברים שהרי פקיע עמיר זה בדאניס ליה הוא כדקאמר רבינו ז"ל דאי בדליכא אונס כיון דאוקימנא בשתי עברי נהרא פשיטא צריכא למימר הא ודאי מזיק הוא פושע הוא גזלן הוא. ועוד דההוא גברא דאמטי חמרא דרבנן עלוי ההוא חמרא אנסי' ליה וטעמא דקיימי עילויה הא לאו הכי מחייב ואע"ג דאנוס ואפי' באונס הגוף נמי אשכחן כה"ג בעובדא דגדישין דמטמרי בהו פלשתים וקטלי בהו ואסרי למיקלינהו להציל עצמו בממון חבירו והתם אם היו יכולין להתרחק בלא נפשות היאך היה נקרא מציל עצמו ולמה היה הדבר ספק. אצל הגבירים ואדוננו דוד לא ידע אלא ודאי הצלתם היתה מיוחדת בשריפת הגדישין ואעפ"כ אסרו לשרוף אלא ע"מ ליתן לו דמים וכן הא דאמרי' בנרדף ששבר את הכלים של כל אדם חייב שאסור להציל עצמו בממון חבירו ודאי מדקרי ליה הכי בשהיו כלים מפסיקין לו הדרך עסקי' ואפ"ה חייב וכי מה בין מי שאונס הגוף בא לו מחמת ממונו של פלוני למי שאונסו בא עליו בממונו של פלוני שניהם אקרי אונסין והממון מציל וההצלה מיוחדת בו אלא כולן חייבין ובריייתא גופא דקתני אנסוהו באונס גופו משמע וגברא דאמטי חמרא דרבנן אנוס בנפשו הוה דהא בהדייהו קאי ומסתמא דכולהו אונסין בגופיה אנסי דאי הוו משכחי ממונו של זה אין מניחין את שלו שהוא בידם ודאי לבקש של חבירו שהוא ספק ואע"פ שאמרו אין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש אלא שלשה מי קאמרינן יהרג ואל ימסור ימסור וישלם ממון לבעלים אבל השמועה מוכחת והדברים עצמם נראין שיש הפרש בין נפקד לאדם אחר שהאחר שאנסוהו להביא ממונו של פלוני מן שמים הוא דקנסוהו בהך אונסא דנפל עליה ואסור להציל עצמו באותו ממון של חבירו שאין הממון גורם עליו כלום הלכך מכיון ששלח בו יד נעשה עליו כגזלן להתחייב באונסיו אבל הנפקד שהוא שומר לבעלים ידו כידם ורשותו כרשותם ועשייתו כעשייתם ורואין אותו כאילו הבעלים היו שם ובאו עליהם הגנבים שבודאי היו נותנין אותו להם שע"מ כן הפקיד וע"מ כן קבל שיהא שומר לבעלים ולא שיהיה בידו עושר שמור לבעליו לרעתו שהוא נהרג עליו וממונם פלט והיינו כסא דכספא דבגמ' דילן ועובדא דר' דוסתאי בר' ינאי דפ"ק דגיטין דאסיקנא א"ה שפיר עבדת ואיתמר התם בירושלמי א"ר חגי הדא דתימא הוא דלא יכיל למקמה גרמא

טבאות ברם ההוא דיכיל מקמה גרמא טבאות מפיק ליה מן הדין ויכולין לדין כלומר חייב לשלם לנפקד הא למדנו שכל שאינו יכול לסבול יסורין ויש בו סכנת נפש ומסר פקדון פטור והיינו נמי מימרא דירושלמי דאיתמר הכא הדא דתימר וכו' שבני א"י שונין ברייתא זו בנפקד והלשון שלהם מוכיח דתנו בה אנסוהו ונטלו ממונו בפניו ואמרו נמי תן לנו ממונו של פלוני אע"פ שהוציא ונתן להם פטור משעה שהוציא מביתו ומסר להם וזהו מה שנתחלף בכאן בין שתי הגמרות בענין הברייתא ודרכן תדיר בכך ומיהו בעיקר דינא גמ' דידהו בהדי דילן רשות ומאן דלא סבר הכי לא טעם כלום בשמעתין ובת טות ואנא כי שכיבנא רבינו נפיק לוותי דמתרץ מתני' כוותי למעלות דלן ציית וכן תהא רעוא מארי שמיא:

דף מד:

ועוד כתב נ"ל מפירש"י דאיהו גריס אי בעי' לאהדרינהו ניהלך התם במדבר מהדרנא לך וכו':

אמר הכותב ח"ו והלא מלוה ופקדון שנוי כאן אפי' ביישוב נמי א"צ לילך אחריו שהרי בגזילה נמי א"צ להחזיר אחריו אלא בנשבע כדקתני מתני' בפ' הגוזל עצים והכא לא קתני נשבע ואת"ל נמי דלר"ע בלא נשבע נמי צריך לילך אחריו דוקא בגזילה משום קנסא אבל לא בפקדון ח"ו שיהא הנפקד צריך לחזור אחריו ואי אמרת מתני' אפי' נשבע קאמר אין שומעין לך חדא דלא קתני הכי והיה לו לפרש דהא קאמר לא יחזיר במדבר אבל צריך להחזיר ביישוב ואין דינו אלא בשנשבע שצריך לחזר אחריו ועוד דאי נשבע אפי' במדבר נמי צריך לילך אחריו דהא מחייב לאהדוריה לידיה דכתיב לאשר הוא לו יתננו ביום אשמתו ולא חלק הכתוב בין מדבר ליישוב וא"ת תקנה תקנו בו כדרך שתקנו בהוצאה יתירה על השבח הוה ליה למיתני מביא לב"ד כדקתני התם דבדלא ב"ד ודאי לא מיפטר וכמדומה לי שלא הלך מעולם למדי שכמה מדברות יש בין א"י למדי ובכל מקום שאמרו אפי' למדי גוזמא הוא כאדם שאומר לחבירו אפי' לסוף העולם ועוד דהוה ליה למיתני אינו חייב להחזיר ואמאי קתני לא יחזיר דמשמע שאין חזרתו חזרה גמורה ועוד הוה ליה למיתני למדבר ולא ליתני במדבר שאין הלשון הזה אלא לשון ששניהם במדבר ועוד למה לא שני משנה זו בפ' הגוזל עצים ועוד אמאי קתני מתני' הפקיד לו ביישוב דמשמע דאם הפקיד לו במדבר צריך לילך אחריו במדבר אמאי ועוד היאך עלה על הדעת דבמלוה צריך לילך אחריו במדבר ובפקדון ואבידה לא מה בין זה לזה אבל לפי הפי' המקובל והידוע ניחא דקס"ד דכיון דאפקיד גביה ביישוב והוליכו למדבר פשיעה

הוא שלא היה לו להוליכו שאין דרך הנפקדים בכך ולא על דעת כך הפקידו אצלם מה שאין לומר כן במלוה ומצאתי דתניא בתוספתא הגוזל את חבירו או שלוה ממנו או שהפקיד לו ביישוב לא יחזיר לו במדבר אבל מחזיר לו בשיירא והאבידה חוזרת לבעלים בכל מקום מי שבא בדרך והיה מעות בידו וראה אנס בא כנגדו אמר לו בא וטול את אלו שאני חייב לך אם קבל עליו פטור ואם לאו חייב וזו הברייתא שלא כדברי בעל המאור ולא כתבתיה כאן להשיב עליו שאין צורך אלא ללמוד ממנה שהאבידה חוזרת לבעלים בכ"מ שהרי רבתה בו התורה השבות הרבה אע"פ שנראה ממה שכתב רבינו הגדול בהא דאפי' באבידה צריך שיחזירנה ביישוב ולמאי דקס"ד בגמ' מעיקרא נמי אבידה כפקדון ולא יחזירם אלא במקומן:

דף מה.

ועוד כתב מאי לאו סלע לדעת ובפלוגתא דרב ושמואל דבסלע שלא לדעת ליכא בכולהו אמוראי מאן דמחמיר טפי ממנין וכו':

אמר הכותב איני יודע מה הוא שח דכיון דס"ל לר"י לא כלתה שמירתו כשהחזיר לדעתו הרי הוא כדעת בעה"ב וא"צ מנין אחר דחזרת לדעת היא והוא שהחזירה למקומה שאם לא החזירה למקומה לא החזירה לרשות הבעלים שאין רשותו כרשות הבעלים וצריך הוא להוציא גזילה מתחת ידו מרשותו אבל כשהחזירה למקומה פטור שאותו מקום שייחדו לה הבעלים והוא מושאל להם ברשות הבעלים הוא ודעתו כדעתם שלא כלתה שמירתו והרי בטלה אמר ר' ישמעאל למקום שגנב יחזיר ואינו צריך מנין אחר אלמא חזרה לדעה היא דשלא לדעת צריך דעת לרב חשדא ופטור מפני שדעת השומר כדעת הבעלים מאחר שלא כלתה שמירתו:

כתב עוד הלכך קשיא לן טובא מאי דפסק הרי"ף ז"ל וגם מה שכתב בב"מ בפ' המפקיד בפיסקא דהמפקיד תבית וכו' הא קשיא לן טובא היאך יהא שומר וכו' וא"ת אין ה"נ וכו' וזו אינה קושיא דה"ק ליה ר"ע לר"י אין השבתו למקוה שגנב השבה עד שיודיע בה לבעלים ולדעתם תהא מונחת ברשותו שכבר כלתה שמירתו הראשונה ומ"ש רבינו ז"ל כל השומרים צריכין דעת לא להוציא גנב וגזלן שכולן שוין אלא שהכל נכנסין בכלל שומרין והנה לפנינו דברי רבינו הגדול ז"ל שבכל מקום שכתב בשומר שגונב ברשותו שצריך דעת בעלים פי' ואמר משום דכיון דכליא שמירתו כאילו לא החזיר דמי דעדיין ברשותיה קיימא והיינו נמי צריך דעה בעליה דאיתמר בגמ' דחבית אבל אם החזירה לרשות הבעלים שלא מדעת הבעלים בזה לא דבר רבי' הגדול ז"ל כלל ומ"מ אני אומר

שכל שומר שהפקידו בעלים אצלו כלומר כדי שתהא ברשותו והוא נמלך והחזירה לו שצריך דעת בעלים גמורה שאפי' גנב צריך שיחזיר לאותו רשות שגנב משם ואין מנין פוטר אא"כ החזירה לאותו רשות דהא מעיקרא קס"ד דלאוקומא לפלוגתא דר"י ור"ע בגנב בעלמא ואפ"ה אמר ר"י למקום שגנב יחזיר אלמא כל היכא דיחדו הבעלים מקום לאותו דבר כגון טלה שיחדו לו הבעלים העדר שהוא נראה כיחוד גמור צריך להחזיר לאותו מקום ואם לא החזירו אין מנין פוטר אע"פ שהוא ברשות בעלים ונראה מדברי בעל המאור ז"ל שהוא מודה לי בזה וכיון שכן אין חזרתו לרשות הבעלים פוטרתו עד שיודיע בה לבעלים ואפי' כשתמצא לומר דגנב מרשות הבעלים אע"פ שיחדו לה הבעלים מקום כגון טלה מן העדר והחזירו לבית פטור התם ה"ט מפני שאינו יחוד גמור ורשות בעלים אחת היא אבל בעה"ב שהפקיד ביד שומר כדי שלא להחזירו אצלו כיון שהוציא מרשותו לגמרי ולא רצה שיהא מונח אצלו ודאי המחזירו שם חייב שהרי יחדו להם הבעלים רשות השומר ולא רצו שיהא מונח אצלם והיאך יצא זה ידי חזרה בכך לפיכך צריך דעת בעלים והיינו דאמר ר"א הכל צריכים דעת בין גנב שגנב בעלי חיים שלא לדעת בעלים ובין גזלן שגזל מן השומר שלא לדעת בעלים והחזיר לרשותן ובין ד' שומרין חוץ מהשבת אבידה אע"פ שהוא שלא לדעת ובעלי חיים אינו צריך דעת אבל ודאי השבת גניבה וגזילה וד' שומרין שוין דהא כי הדדי כתיבי תדע שכל חיובן של ד' שומרין אינו אלא מפני שלא החזירו למקום שגנבו שהרי בשואל שלא מדעת אמרי' בפ' המוכר את הספינה גבי השולח את בנו אצל חנוני וכו' דאי שואל הוי בחזרה ליד התינוק סגי ליה ואי גזלן הוי לא אלמא השבת גזלן צריכה להיות השבה מעלייתא יותר מהשבת שומר שלא מדעת נמצינו למדין שטעם השבת שומרין מפני שצריכין להחזירה למקומה הוא זה נ"ל אבל לא דיבר רבי' הגדול ז"ל בזה כלל ולא היה לו לבעל המאור הזה ז"ל לערער על דבריו בכך וכבר נדחו רברי בעל המאור ז"ל מכלל מה שכתבנו שהוא כתב דליתא לדר' יוחנן דקם ליה דלא כר"ע דאמר לדעת צריך דעת וכבר קיימנו את שתיהם ואפי' לדבריו לא היה לו לדחות הא דר' יוחנן דאמר מנין פוטר דקי"ל כוותיה ושמואל דהוא דיינא ונחית לעומקא דדינא כוותיה ס"ל הלכך ה"ל לדחויה לר"ע

דף מה:

מקמי מימרא דאמוראי דהוו בתריה ומאי דאמר דהלכה כר"ע מדר' יוחנן דאמר הלכה כר"ע לעולם וליתא למתני' דסתם ואח"כ מחלוקת היא טעותא היא דר' יוחנן ודאי הכי ס"ל דלדעת מנין פוטר ושלא לדעת אפי' מנין נמי לא בעי דאי ס"ל כל לדעת צריך דעת

הוה מוקים לה למתני' כרב דהא מתני' כפשטה דרב אתיא ולא דייקא כר' יוחנן טפי מדרב דתימא הכי ולאו בדוקיא דמתני' פליגי בדקא מקשינן דרב אדרב ודרבה אדרבה והיינו דקאמרינן בפלוגתא דר' יוחנן ורב חסדא אלמא אליבא דנפשייהו פליגי וכיון שכן על כרחו לפי דעתו דר' יוחנן לית ליה דר"ע וכוותיה דר"י ס"ל וסתם מתני' דהכא אליבא דידיה ר"י היא ואי הכי היכי פסיק כר"ע לעולם כלומר שכל לדעת צריך דעת בין בגנב בין בגזלן והא לדידיה מנין פוטר אלא ש"מ כדברי רבי' הגדול ז"ל ועוד אי שלקא דעתך דהלכתא כרב ופלוגתא דר"י ור"ע לאו בשומר שגנב מרשותו היא היכי מוקמינן למתני' דחבית דלא כר"ע דלמא כר"ע היא ומודה ר"ע בשומר דלא כלתה שמירתו וחזרה לדעת והיכא שמעת להו פלוגתא בשומר שגנב מרשותו והדוחק נמי שנדחק במה שאמרו שם בגמ' דר"ע אמר צריך דעת בעלים ואמר משום דחבית באפי נפשה היא בעינן דעת בעלים דלא שייך בה מנין היפך האמת הוא דכשהיא בפני עצמה מכיון שראוה הבעלים הויא לה כמנין ופוטר בלא דעת בעלים כגון שלא הכיר בה שהיא שלו דהיינו מנין ולימא איהו לנפשיה צריך חזרה לרשות הבעלים מיבעי ליה אלא ודאי אוקמתיה דרב זביד איתא ואליבא דכ"ע היא וכדפרישית דאלת"ה א"כ הויא תיובתא דשמואל לגמרי מברייתא ואמאי לא איתותב מינה בגמ' דבשלמא כולהו אמרי לך אנא דאמרי כמר או כמר אלא שמואל דלית ליה קיום נימא תיהוי תיובתיה אלא ש"מ דרב זביד לכ"ע פריק ומאן דנהירין ליה שבילי דתלמודא היכי מצי למימר הכי כיון דבגמ' לא אוקמוה לרב כדברי הכל ולפום האי פירושא בין למאי דס"ד מעיקרא בין למאי דמפרקי' השתא אמרי' דבתרתי פליגי דבכדי לא קתני תרתי טלה וסלע היכי מתרצינן אנן מדעתין מאי דלא איתמר בגמ' ומוקמינן למתניתא באוקמתא חדתי ואדרבה אי הוה אפשר להו למימר אמר לך רב אנא דאמרי כדברי הכל ולא חשו ליה למימר הכי משמע טפי דלית הלכתא כוותיה ודרב חסדא עדיפא דחשו רב זביד ורבא דבתראי אינון לפרוקי ליה אפי' לחצאין והא דתניא הכא הגוזל את חבירו ודאיתמר התם דלמא מיגזל גזליה וכדתניא וכו' כולהו דלא כרב מדלא תנן הגונב דאפי' תמצא גזלן שלא לדעת אי סלקא דעתך כל לדעת צריך דעת היכי פסיק תנא הגוזל יצא וליתיה אלא אחד מאלף ולא תני גונב דאיתיה בכולהו אלא לדעת היא ועלה מסקינן ה"נ דכ"ע מנין פוטר כללו של דבר שאין ערעורו של הרב הזה ז"ל במקום הזה כלום אלא שאני תמה על דברי רבינו הגדול ז"ל דפסקא דמחוור טפי הכי הוא דכיון דשמואל ור' יוחנן ורב חסדא אמרי לדעת מנין פוטר הלכתא כוותייהו וכיון דרב ושמואל תרוייהו אמרי שלא לדעת מנין מיהא צריך כוותייהו קי"ל דרבים נינהו ואין דבריו של אחד במקום שנים וזה הפסק נראה שהוא נכון וכ"כ רבינו הגדול ז"ל

הטעם הזה בפ' חבית וכיונא בו בגמ' במס' חולין בפ' השוחט אלא שיש לנו לסמוך עליו ועל ר"ח ז"ל שהסכימו כאן לפסוק כר"י והוי יודע שזו ששנויה בתוספתא הגונב טלה מן הדיר והחזירו לדיר ואח"כ נגנב כל הדיר כולו פטור וכולה כדאיתא בשומר שגנב ברשותו מתוקמא ומדלא מייתי לה בגמ' ש"מ דלא הויא תיובתא דחד מהני אמוראי ומ"ש בעל המאור ז"ל שהוא סומך על דברי רבינו ז"ל בכל

דף מו.

מה שהוא יכול להעמידם אלו קיים תנאו לא הטריח עצמו בכל זה ולא הלאנו בכל אלה התלאות. ואלהי הצבאות יצילנו מכל שגיאות ויראנו מתורתו נפלאות: