

## כ"ז ע"א

(א) תוד"ה ואיכא נמי דקרו לחביתא כדא ולכדא חביתא- ואומר ר"ת דאפי' רב דאמר בפרק המוכר פירות ולקמן בהפרה הולכין בממון אחר הרוב גבי המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן הכא מודה שיכול המוחזק לומר למוציא אע"פ שהרוב מסייעך לא תוציא ממני ממון דקים לי בנפשאי שאני מן המיעוט אבל בנמצא נגחן לא מצי אמר מוכר קים לי בנפשך שאתה מן המיעוט דזבני לנכסתא וכו'- וברש"י לקמן ע"ב ד"ה אין הולכין בממון אחר הרוב מבואר דלא כדברי ר"ת בזה, ע"ש שכתב, וז"ל: היכא דמסתפקא לן מילתא כגון הכא וכגון המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן לא אמרינן בתר רובא זיל ולחרישה קנאו והוי טעון אלא אמר המוציא מחבירו עליו הראיה וכיל לומר לו לשחיטה מכרתיו לך, עכ"ל, הרי ההשוה דינא דהכא דלינא דהמוכר שור ונמצא נגחן דפליגי בה רב ושמואל, ע"י פני"ו שדקדק כן בדברי רש"י.

ובדברי ר"ת, ע"י חידושי הגרע"א שהקשה להמבואר מדברי ר"ת דהיכא דהמוחזק טוען ברי אף רב מודה דאין הולכין אחר הרוב להוציא, דא"כ מה הקשו בב"ב צ"ב ע"ב על דברי רב מהא דהאשה שנתאלמנה או נתגרשה והיא אומרת בתולה נישאתי והוא אומר לא כי אלא אלמנה נשאתיך אם יש עדים שיצאת בהינומא וראשה פרוע כתובתה מאתיים, אלמא דבלא עדים לא אזלינן בתר רובא דבתולות נישאות, הא מיירי שהבעל טוען ברי (או דטענינן לירשיים מה שאביהם היה יכול לטעון), ובכה"ג לדברי ר"ת הרי אף רב מודה דלא אזלינן בתר רובא, וכה"ק בחז"ל בסוגיין, ע"ש.

וע"ש בחידושי הגרע"א שהוסיף בזה, דהיה אפשר לחלק ולומר דלא אמר רב דלא אזלינן בתר רובא אלא היכא דהמוחזק הוא ברי והמוציא שמא, אבל היכא דהוי ברי וברי שפיר אזלינן בתר רובא, אשר לפי"ו שפיר הקשו, אלא דמדברי התוס' בבכורות ד"ט ע"א מבואר דטעמא דרב גבי נגחן הוא משום דהמוציא טוען ברי, הרי דבשמא ושמא הוה אמרינן דלא אזלינן בתר רובא, ואם בשמא ושמא הדבר כן, כש"כ בברי וברי, דהא הזינן דס"ל לסומכוס דבשמא ושמא דממון המוטל בספק חולקין, ואילו בברי וברי איכא חד מאן דאמר דאזלינן בתר מוחזק, הרי דגדול כח המוחזק בברי וברי מבשמא ושמא, ע"ש שהניח הדבר בצע"ג.<sup>1</sup>

והנה בפשטות מאי דס"ל לרב דבממון הולכין אחר הרוב בביאורו דס"ל דאלימא רוב להוציא ממוחזק. אכן נראה דיש לפרשו באופן אחר. וכמשל לזה, הנה באומר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע ס"ל לרב הונא ורב יהודה דברי ושמא ברי עדיף (כתובות י"ב ע"ב ועוד דוכתי), וכב נחמן ורב יוחנן ס"ל דאמרינן אוקי ממונא בחזקת מרי'. והא דלרב הונא ורב יהודה לא מוקמינן ממון אחזקתי, אף דודאי ס"ל דאיתא

לכלל דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ביאורו בפשטות דלא מהניא חזקת ממון היכא דטוען שמא, דאם טוען שמא הרי מודה הוא עצמו שיתכן דאף שהוא בחזקתו מ"מ אינו שלו ובכה"ג ס"ל דלא מוקמינן אחזקת ממון, וכ"ה בשו"ת אגרות משה חו"מ סי' כ"ד. אכן שמעתי ממו"ר זצ"ל לבאר באופן אחר, דליתא להא דהממע"ה אלא היכא דיש מקום להסתפק שהוא שלו, אבל בברי ושמא ס"ל לרב הונא ורב יהודה דכיון דזה אומר דברי לו שהדבר כך והלה אינו יודע, מהניא לה טענת הברי דלא מסתפקין שמא אין הדבר כן, דיסוד הא דברי ושמא ברי עדיף הוא דאין השמא מעורר ספק נגד הברי, ומאחר דאין ספק שאין הדבר של הדברי שפיר אמרינן דנאמן ולא שייך בזה המוציא מחבירו עליו הראיה. עכ"ת"ד הנוגעים לענינו.

ועפ"ז יש לומר דהא דלרב אזלינן בממון אחר הרוב אין פירושו דמהניא בירור דרוב להוציא ממוחזק, דיתכן דלא מהני בזה אלא ראייה דעדים, אלא הא דמהני הוא משום דעל ידי הרוב מהניא טענתו דלא יתעורר נגדו ספק, כלומר, דלא נסתפק שמא אין פני הדברים כדבריו, ושוב לא שייך בזה המוציא חבירו עליו הראיה. ואי נימא הכי, יש לחלק בין כלל דממון המוטל בספק לסומכוס לבין הך כלל דהולכין בממון אחר רוב לרב, דבממון המוטל בספק, מאי דליתא לחד מ"ד בברי וברי אף דאיתא בשמא ושמא הוא משום דעד כמה שהמוחזק טוען ברי, הרי לידיי ליכא ספק ולגבי דידי' לא הוי ממון המוטל בספק כלל, משא"כ בשמא ושמא, אכן בהא דהולכין בממון אחר רוב אשר פירושו דאין טענת חבירו מעורר ספק נגד טענתו עם הרוב, בזה אמרינן דדוקא בשמא ושמא הוא דליתא להך דינא, דכיון דמאן דמסייעא ל"י רוב אינו טוען אלא שמא, לא שייך לומר דאין טענת חבירו מעורר ספק, דהא אף לו עצמו הרי אינו אלא ספק, ושוב ליכא למידן עלה אלא שיהני הרוב עצמו להוציא ממוחזק, מה דלא מהני. אך בברי וברי, הרי הוא טוען שפיר ברי ומאחר דמסייע הרוב לטענתו, אין טענת חבירו, אפי' היא טענת ברי, מעוררת ספק נגד טענתו ושפיר אמרינן בזה דאזלינן בתר הרוב. ועפ"ז אתי שפיר קושיית הגרע"א והנח"ד, ולעולם בהא דהיא אומרת בתולה נשאתי, אף דהוי ברי וברי, שפיר היה לנו לומר לרב, אף דהוי ברי וברי, דהולכין אחר הרוב, ואתיא שפיר סוגי דב"ב לדעת ר"ת.

ורש"י ס"ל דמאי דלרב הולכין בממון אחר הרוב הוא משום דס"ל דמהני רוב להוציא ממוחזק, ומאחר דמהני רוב להוציא ממוחזק, ודאי דמהני נמי היכא דטוען המוחזק ברי וכש"כ בשמא ושמא, אשר זהו דס"ל לרש"י דע"כ סוגיין דאמרינן דאין הולכין בממון אחר הרוב אליבא דשמואל היא ולא אליבא דרב.

ומצינו בראשונים עוד תירוצים להאיך תתיישב הך דהכא אליבא דרב דהולכין בממון אחר הרוב, ע"י שט"מ בשם רבנו ישעיה ש"ל דרובא לרידיא זבני ידוע ומפורסם יותר מהאי רובא, כלומר, דדווקא ברוב כעין הך דהתם אמרינן דאזלינן בתר רובא ולרידיא זבן. (וע"י לקמן אות ד', דבתוס' סנהדרין ג' ע"ב כתבו לכאורה סברא הפוכה, דגריעא הך רובא דלרידיא.) ולכאורה אין דבריו מובנים, דממ"פ אי איכא רוב הרי הוא אותו הרוב בין אם מפורסם בין אם אינו מפורסם. ויש לבאר כונתו במאי דמהני הא דאיכא קול להרוב, ע"פ משני"ת דמאי דאזלינן בתר רוב בממון לרב הוא משום דעל ידי הרוב אמרינן דאין מקום להסתפק שמא אינו כהרוב ושוב לא שייך בזה לומר הממע"ה כיון דלא מסתפקין. וס"ל לרבנו ישעיה דדווקא ברוב שהוא מפורסם הוא דאפשר לומר כן דליכא אפילו ספק.

וע"י רבינו פרץ שכתב, וז"ל: וי"ל דלא דמי דהתם רובא ומיעוטא לא שייכא אלא גבי לוקח ולא גבי מוכר דלא איכפת ל"י למוכר אי לרידיא אי לשחיטה

<sup>1</sup> והנה הבין הגרע"א דבדברי התוס' דנ"ד הוי כרי ושמא, והכונה לכאורה, דדווקא על עצמו הוא דהוי כרי אם משתיך לרוב או למיעוט, אבל האחד הבא לומר על האחר שהוא כן או כן הרי אינו יודע צוללות ואינו אלא שמא, אשר זהו שא"ל הגרע"א שמא נאמר ללא נאמרו דברי התוס' דמורה כן דאזלינן בתר מוחזק אלא היכא דהמוחזק הוא כרי שהוא מן המיעוט והשני אינו אלא שמא שהוא מן הרוב. ולכאורה א"כ האיך שייך לומר כן בדברי התוס', דהרי לפ"ז פשוט מה ללא מודה רב במוכר שור ונמצא נגחן, דהא התם המוכר בא לטעון שהלוקח לקח לשחיטה, וזה הרי אינו אלא שמא והאיך נעמיד בחזקתו ונימא ללא הוי מקח טעות, ואמאי הולכנו התוס' למה שכתבו דעל שהוא אומר קים לי שאתה מן המיעוט ואמר הלה קים לי שאני מן הרוב, וכו'.

אבל הכא שהדבר תלוי בקריאת שם ושייכי רוב ומיעוטא גבי מוכר כמו לוקח הלכך אף רב מודה דלא אזלינן בתר רובא לפי שיכול המוכר לומר אני מן המיעוט דקרו לחביתא כדא, עכ"ל. והוא דלא כדברי התוס' שהוצרכו לומר דגבי שור אדרבה יאמר הלוקח למוכר אתה הטעתני דקים לי בנפשי שאני מן הרוב דזבני. ונראה כונת דבריו, דלא דיינינן ארובא ומיעוטא אלא היכא ולמאן דשייך גבי, ולגבי מוכר הרי ליכא נפ"מ לאיזה מטרה קנה הלוקח את השור, אשר ממילא אין מתחשבים ברוב או במיעוט דידי' ושפיר אזלינן מצד הלוקח בתר הרוב דלרידיא זבני, משא"כ בנידון דידן דהשאלה היא מה מוכר, כלומר, בעצם השם דכד או חבית מה הכונה בזה, בזה הרי הרוב ומיעוט שייכי גבי מוכר כמו גבי לוקח, ושפיר יכול המוכר לטעון שהוא מן המיעוט. ומוכח מדברי רבנו פרץ דאין הרוב סתם מברר, דאילו היה כן לא היי שייך לחלק כמו שחילק, דסו"ס המיעוט הוא כטענת המוכר ומ"מ חזינן דאזל רב בזה בתר הרוב, אלא דין מסויים הוא דדינן על הרוב והמיעוט, ואינו שייך אלא במאן דנוגע לו, ועדיין טעונים דברי רבנו פרץ ביאור.

**ב) תוד"ה ואיכא נמי דקרו לחביתא כדא ולכדא חביתא-** ואומר ר"ת וכו' אבל בנמצא נחנן לא מצי אמר מוכר קים לי בנפשך שאתה מן המיעוט- עי' רש"י דמש"כ התוס' לעיל ואם התנה לתת לו חבית ונתן הלוקח דמים יכול לומר לו המוכר לא אתן לך אלא כד, הי"ה דמצי מיירי היכא דלא נתן דמים לענין דלא מצי לוקח לתבוע מן המוכר שיביא לו דווקא חבית, רק כתבו התוס' בכה"ג שנתן מעות בכדי דנימא דיכול המוכר להכריח את הלוקח לקבל כד. אך מאי דמחלקנין לר"ת בין נידון דידן לבין הך דשור ע"כ דמייירי היכא דלא נתן דמים, דאילו היכא דנתן דמים ובא המוכר להכריח את הלוקח לקבל כד, הרי זה דומה להך דשור.

## כ"ז ע"ב

**ג) קמ"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב-** טעמא דאין הולכין בממון אחר הרוב, עי' קצוה"ח סר"פ סק"ב שהביא בשם תרוה"ד דהא דלא אזלינן בתר רוב נגד חזקת ממון אף דק"ל דרובא וחזקה רובא עדיף הוא משום דשאני חזקת ממון דאית ב"י טעמא המוציא מחבירו עליו הראיה ורובא לא מקרי ראה. ביאור הדברים, דלעולם אילו היתה שאלה דרובא נגד חזקה ודאי דרובא עדיף, אך הכא אין הביאור דחזקה עדיף מרובא, אלא דכל היכא דאיכא חזקת ממון נאמר דין מסויים דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ורובא לא חשיב ראה.

והקצוה"ח עצמו כתב דהיינו טעמא דלא אמרינן הכא רובא וחזקה רובא עדיף, משום דחזקת ממון עדיף מכל החזקות, דכל החזקות דעלמא שנסתפקנו אם כבר יצאה מחזקתה או לא מוקמינן אחזקתה שהיתה קודם, אבל השתא ליכא חזקה, דהא אנו מסתפקים אם כבר יצאה מחזקתה, משא"כ חזקת ממון דהממון תחת ידים דנתבע, בזה הרי השתא מוחזק הוא בודאי ולא מהני נגד זה רוב. ומבואר מדבריו דמאי דאמרינן דאין הולכין בממון אחר הרוב הוא משום כח החזקה שהיא חזקה מן הרוב.

ובקונטרס הספקות כלל ו' אות ג' כתב בטעם הא דאמרינן דאין הולכין בממון אחר הרוב, שהיינו משום דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה, וכ"כ הגרע"א בתשובותיו מהד"ת סק"ג אות ה', עי' שם שכתב דאף דלדינא ק"ל כרבנן דלא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה, מ"מ להחמיר אמרו חכמים סמוך מיעוטא לחזקה, וממילא אין יכולין להוציא ממון. ומפשטות דבריו היה משמע לכאורה דמאי דאמרינן דאין הולכין בממון אחר הרוב אינו אלא מדרבנן, וכ"כ בגנת ורדים להפרמ"ג סל"ט, ע"ש. ועל פי עצם סברת הקצוה"ח הנ"ל י"ל דשפיר מודו רבנן הכא דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה דאורייתא, דמאי דלא אמרינן

לה יתכן דהיינו משום דהחזקה אשר בעצם ליתנה עכשיו שאנו מסתפקים אינה יכולה לחזק עת המיעוט כיון דהרוב שפיר איתא השתא, אבל חזקת ממון דאיכא השתא שפיר י"ל דמודו רבנן דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה, ויש לעיין בזה.

והנה כתב בשט"מ ב"ב דצ"ב ע"א בשם תוס' הרא"ש, וז"ל: הקשה ר"מ מאי טעמא דרב אמאי לא אמר סמוך מיעוטא דזבני לשחיטה לחזקה דממונא הוה ל"י פלגא ופלגא ונימא המוציא מחבירו עליו הראיה ותריץ דסבר רב דכל חזקה ששנית דלפעמים זה מוחזק ולפעמים זה מוחזק לא חשיבא חזקה דמעיקרא היה הלוקח מוחזק ועכשיו המוכר, עכ"ל. ומלשונו שכתב דכך ס"ל לרב משמע לכאורה דטעמא דשמואל הוא באמת מהאי טעמא דסמוך מיעוטא לחזקה.

**ד) תוד"ה קמ"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב-** תימה מה טעם אין הולכין ליתי בק"ן מדיני נפשות כדאמרינן בפ"ק דסנהדרין ורי' יאשיה מיתי לי בק"ן מדיני נפשות דחמירי וכו'- מבואר מלשונם שלא הקשו בישרות מדרי' יאשיה דהוא נגד דברי שמואל, רק הקשו דכמו דיליף ר' יאשי' ק"ו כך נילף לשמואל, וע"כ דהיינו משום דשפיר הוה ידעי התוס' דשאני ענין רוב דהתם מענין רוב דהכא, רק דמ"מ הקשו דכמו דילפינן התם ק"ו כך נילף הכא. והיינו לכאורה משום דהתם אין הרוב פוסק את המעשה, אלא דעל ידי הרוב נחשב שפסקו ב"ד את הדין, משא"כ הכא דבעינן שיפסקו או יברר הרוב את המעשה. ומ"מ שפיר הקשו, דכמו דהתם אף דאיכא מיעוט והוה שייך למימר דעל ידי המיעוט נשאר הממון בחזקתו, ומ"מ אזלינן בתר רוב, כמו כן ברוב דידן לא תגרע המיעוט בכח הרוב להוציא.

**ה) תוד"ה קמ"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב-** וי"ל דהתם גבי דיינים שאני דחשיב מיעוט דידהו כמי שאינו וליכא למימר התם אוקי ממונא בחזקת מרי' דהא ב"ד מפקי מיני וכו'- ובתוס' סנהדרין ג' ע"ב תירצו באופן אחר, ע"ש בד"ה דיני ממונות לא כש"כ שכתבו, וז"ל: וצ"ל דרובא לרדיא זבני לא חשיב כי הנך רובא הלכך לא סמכינן אהך רובא בדיני ממונות, עכ"ל. ובקונטרס הספיקות כלל ו' אות א' נתקשה בדבריהם במאי גריעא הך רוב, ועוד, דצריך לומר דגם כל הני דמקשינן מיניהו ארב בסוגי' דהמוכר פירות צ"ל דכל הני רובי גריעי נינהו.

ועי' תוספות הרשב"א להר"ש משאנן בכתובות דף ט"ז ע"א שכתב דודאי צ"ל דרובא דפליגי בו רב ושמואל רוב גרוע הוא, וכגון הא דרשי המוכר פירות משום דההוא גברא זבין להכי ולהכי, והא דפריך מרוב נשים בתולות היינו משום ריעותא דקול (וכמו שדחו באמת דלא יקשה לרב, אלא דבס"ד ס"ל דלא מהניא הך ריעותא דקול אלא לשמואל ולא לרב, דלרב אף בכה"ג ניזיל בתר רובא), וההיא דנגב רוב פירות ורובא לזריעה כולוהו רוב גרוע נינהו, ע"ש. הרי דביאר דמאי דחשיב הך דשור רוב גרוע הוא משום דנהי דבעלמא רוב מוכרים לרידיא, מ"מ הרי הך גברא זבין בין לרידיא בין לשחיטה, והרי זה מגרע בכח הרוב להוציא ממוחזק, אבל ברוב שאינו גרוע מודה שמואל דאזלינן בתר הרוב אף להוציא ממוחזק.

ובנידון דידן דכד וחבית יש לומר על פי דרכו דאף הכא חשיב רוב גרוע, דיתכן דאותו האדם אף שרוב פעמים קורא לכד כד וחבית חבית, מ"מ פעמים שיקרא לכד חבית ולחבית כד, ושפיר הוי כשור לרידיא. או יתכן דהכא גרוע מטעם שכתבו התוס' לעיל בע"א דהכא אף רב מודה דאין הולכין בממון אחר הרוב משום דיכול למוחזק לומר קים לי שאני מן המיעוט, עי' לעיל, ויש לעיין בזה.

ולכאורה מסתימת לישנא דהש"ס דלשמואל אין הולכין בממון אחר הרוב משמע דלא מחלקינן בין רוב לרוב, ולדברי התוס' מיירי דווקא ברוב גרוע, והוא דוחק. וי"ל בביאור הדברים, דלכאורה גופא דמילתא צ"ב דממנ"פ אי חשיב רוב גרוע גם לרוב, האך מחלקינן בי רוב לרוב, ואז דניזיל בתר הרוב או דלא ניזיל. ונראה בגדר הדברים, דס"ל להתוס' דמאי

דאמרינ דאין הולכין בממון אחר הרוב פירושו דבאופן דאפשר למיזל בתר חזקה או בתר הרוב, אין הולכין אחר אחר הרוב. אכן כל זה יתכן היכא דבעצם איכא ספק והשאלה היא למיזל בתר הרוב או בתר החזקה, אבל באופן דעל ידי הרוב לא מסתפקינן כלל, ליכא דין אין מקום כלל לחזקה שאינו שייך אלא היכא דאיכא ספק, וכיון דליכא ספק לא מיקרי דבר זה דהולכין אחר הרוב אלא דלא מסתפקינן. ונראה דזהו הנפ"מ בין רוב גמור לרוב שאינו גמור, דברוב גמור ליכא ספק ואילו ברוב שאינו גמור ע"כ דאיכא ספק רק הרוב הוא דין הססק אשר בזה הוא דאמרינ דאין הולכין בממון אחר הרוב. באופן דנמצא דבאמת כללא הוא דאין הולכין בממון אחר הרוב, וכמשנ"ת.

ובשי"ש ש"ד פ"ו כתב בביאור גריעותא דהך רוב, ע"פ דברי הרמב"ן והריטב"א בקידושין דף נ' ע"ב דרוב התלוי במנהג הוי רוב גרוע, וה"ה הכא הרוב תלוי במנהג אנשים למכור לרידיא או לשחיטה. והסברא בזה, דכיון דתלוי בדעת האדם, פעמים שעושה האדם כהמיעוט. ולכאורה יש לדון בדבריו, כאשר דנו כבר בחידושי ר' מאיר שמחה חולין צ"ו ע"ב ובהגהות הגרש"ז אויערבך לשי"ש, דברוב לרידיא הרי זה תלוי על טבע העולם דצריכים הרוב לחרישה והמיעוט לשחיטה, ויש ליישב, ואכמ"ל. ולפום דבריו מובן שפיר דבכד וחבית דתלוי במנהג בני אדם פשוט דהוי רוב גרוע.

וע"ש בקונטרס הספיקות שהביא דברי הב"ח בחו"מ סי' רל"ב שכתב לבאר סברת התוס' דמשום הכי רוב דלרידיא לאו רוב מעליא משום דכנגד אדם אחד שקונה מאה שורים לרידיא יש מאה בני אדם שקונין עשרה שורים לשחיטה. וכונתו לכאורה דמאה אנשים קונים בשה"כ עשרה שורים לשחיטה, באופן דרוב שורים לרידיא אבל רוב האנשים קונים לשחיטה, אשר זה מגרע כח הרוב. אלא דקשיא לדבריו מה הקשו על רב מהא דהיא אומרת בתולה נשאתני, וכן משור שנגח את הפרה וכו', דהתם הרי לא שייכא הך סברא ושפיר אזלינן בתר רובא, וברוב כזה אף לשמואל יקשה דהא מודה דבכה"ג אזלינן בתר רוב, וכה"ק בקונה"ס, ע"ש מה שהקשה עוד בזה. וכן יקשה מסוגיין דכד וחבית האיך אמרינן בזה דאין הולכין בממון אחר הרוב, הרי הכא לא שייכא סברת הב"ח כלל (אם לא נימא כדברי התוס' לעיל בע"א, וכנ"ל).

וביאור דברי התוס' דידן במה שכתבו דחשיב המיעוט כמי שאינו וליכא למימר אוקי ממונא בחזקת מרי' משום דב"ד מפקי מיני, דנו כבר גדולי האחרונים בכונתם, ע"י בסוף ספר גט פשוט, סוף כלל א', הובאו דבריו בקונה"ס כלל ו' אות ב', שכתב דהכי קאמר, וז"ל: כיון שאמרה תורה אחרי רבים להטות מיעוט דיינים מבטלין דעתן מפני סברת הרוב ואין יכולין להורות אלא כסברת הרבים וכו' ואף בבית דין של שלשה אם רבו המזכים על המחייבים או איפכא ודאי אין הכא נמי מי שלא הסכים עם הרוב אינו יכול להורות כסברתו נגד חבריו הרבים וזהו כוונת התוס' דגבי דיינים לא שייך למימר אין הולכין בממון אחר הרוב ויאמר המוחזק קים לי כמיעוט הדיינים דאותו המיעוט כיון שנחלקו עליהם הרבים הוי לי כמאן דליתא והיינו דסיימו דהא בית דין מפקי מיני כלומר כל כללות בית דין והמיעוט שהיו מסייעין אותו מבטלין דעתן ומצטרפין עם הרוב להוציא הממון מידו מה שאין כן במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן אין מוציאין מהמוחזק כיון שיש לו מיעוט על מה לסמוך ובהאי תירוץ תירצו נמי להאי דבן סורר ומורה באחד אומר בשנים בחודש ואחד אומר בשלשה עדותן קיימת ותלוי בדיום אחד קמסהדי משום דרובא דאנשי טעו בעיבורא דירחא והורגין או מחייבין ממון על פי עדותם דאזלינן בתר רובא היינו נמי טעמא דהתם דלא מצני הנידון להציל עצמו ולומר קים לי בהני עדות שהם מהמיעוט דלא טעו בעיבורא דירחא ודווקא קמסהדי ואכחושי מכחשי אהדדי משום דהרי העדים העומדין לפנינו שמעדין עליו אומרים דביום אחד קמסהדי והם מרובא דעלמא דטעו בעיבורא

דירחא ונמצא דאין כאן מיעוט שיסמוך עליו הנידון וכו', עכ"ל, ע"ש עוד שכתב לבאר גם כונת התוס' הנ"ל בסנהדרין על דרך זה (ולא משמע כן לכאורה בלשונם). ויסוד דבריו, דבאמת אף בדיני נפשות התם לא אזלינן בתר רוב כיון דאף המיעוט בטלים להרוב ואין להם לומר דלא כדבריהם.

ובקונה"ס הקשה על דבריו מסוגי' דפ"ק דחולין דילף התם דאזלינן בתר רובא ממכח אביו ואמו דדילמא לאו אביו הוא ומרוצח דילמא טריפה הוא או לאו אביו הוא ואפילו הכי אזלינן בתר רובא, ונילף מהתם קל וחומר לדיני ממונות דניזיל בתר רובא אפילו היכא דאיכא מיעוטא כמו במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן, ע"ש מש"כ בשם אחיו בעל קצוה"ח ליישב בזה. עוד הקשה מהך דפ"ק דכתובות דילפינן דכל קבוע כמחצה על מחצה דמי מהא דוארב לו וקם לו פרט לזורק אבן לגו, ולדבריו מנלן דכל קבוע כמחצה על מחצה דמי, דלמא היינו טעמא משום דאין הולכין בדיני נפשות בתר רובא. וכן הקשה מלשון התוס', ע"ש.

ועוד צ"ב לכאורה בדבריו, דהא מבואר בסוגי' דפ"ק דחולין דילפינן להך מילתא דאזלינן בתר רובא ברובא דאיתא קמן כגון בהא דט' חנויות מקרא דאחרי רבים להטות, ולדברי הגט פשוט צ"ב האיך ילפינן להך מילתא מהך קרא, הא התם בסופו של דבר ליכא מיעוט כלל, וצ"ב.

ובקונה"ס ביאר דברי התוס', וז"ל בא"ד: דודאי היכא דליכא חזקת ממון כגון שאין שום אחד מהן מוחזק גם שמואל מודה דאזלינן בממונא בתר רובא וכו' ועיקר טעמא דשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב הוא משום דסמוך מיעוטא לחזקת ממון והוי לי' פלגא ופלגא וחידשו התוס' דגבי דיינים לא שייך לומר אוקמה בחזקת מארי' דהבית דין מפקי מיני כלומר דכח בית דין אלים לאפקועי מחזקת מארי' וכדרך שמצינו בספיקא דאורייתא משום דעדים מפקיעין מחזקה קמייתא וכו' וכיון דכח בית דין מפקיע מחזקת מארי' דאיך תו הוי כדבר שאין בו חזקת ממון לשום אחד מהן דבכאי גוונא אין לחלק בין ממונא לאיסורא וכו', עכ"ל. ולדבריו, שפיר חזינן בדיינים דאזלינן בתר רובא בין בדיני נפשות בין בדיני ממונות, אלא דהתם לא הוי נגד חזקת ממון מאחר דב"ד הם המוציאין, משא"כ בעלמא היכא דהוי נגד חזקת ממון, בזה שפיר ס"ל לשמואל דלא אזלינן בתר רובא. ואתי שפיר לדבריו מאי דילפינן מקרא דאחרי רבים להטות דין רוב בעלמא כגון גבי ט' חנויות. אלא דלפי דבריו לכאורה אין מדוייק כל הצורך מש"כ התוס' דגבי דיינים שאני דחשיב מיעוט דידהו כמי שאינו, דמה הוצרכו לזה, הרי עיקר התירוץ בזה הוא דכיון דב"ד הם המוציאין לא הוי נגד חזקת ממון ולכן אזלינן בתר רובא אף דאיכא מיעוטא, ואמאי בעינן למימר דהוי המיעוט כמי שאינו. ואם כי ודאי כונתו דזהו גופא כונת התוס' דמעלת המיעוט הוא משום דמצטרף עם חזקת הממון, אשר ממילא גבי ב"ד ליתא למעלה זו מאחר דליכא חזקת ממון, מ"מ אכתי צ"ב אמאי הוצרכו התוס' להאריך בזה, וכנ"ל.

ומשמ"י דהגר"ח ביארו דברי התוס' (ע"י חידושי הגר"ח על הש"ס סי' רכ"ט ע"י קכ"ו), ע"ש"ל בהוצאה החדשה) דבאמת הרי בעינן פסק של ב"ד, ומאי דחשיב על ידי הרוב ב"ד אינו אלא משום דינא דרובו ככולו, ובדין זה לא שייך לומר דמצד ספיקא המיעוט נוקי ממונא בחזקת מרי', דבדין רובו ככולו ליכא צד מיעוט כלל. ומאי דילפינן מאחרי רבים להטות דינא דאזלינן בתר רובא, היינו משום דאי לא דינא דאזלינן בתר רובא לא היה נחשב שכן הוא הדין דהא איכא ספק מצד המיעוט ואף הרוב צריכים להסתפק שמא הדין כהמיעוט וחשיב שלא נתברר הדין כלל, אע"י דאזלינן בתר רובא לומר דכן הוא האמת וזהו מה שפוסקים הב"ד, ומאחר שרוב פוסקים כן הדר חשיבי ככל הב"ד מדין רובו ככולו. ולפי"ז מאי דהוקשה להתוס' ע"כ דלא היה אלא דבממון לא ניזיל בתר רובא לומר שנתברר הדין, דאילו בהא דרובו ככולו ליכא קושי' כלל, ובדין זה דנתברר הדין הוא שאמרו דהוי המיעוט כמי שאינו. וביאורא דמילתא

כתב הגר"ח שהוא משום דלענין הדין וכח הסנהדרין הוי כמו שאינו כיון שלענין זה אמרינן רובו ככולו, ולא שייך לומר אוקי ממונא בחזקת מרא, דלענין הך פלוגתא בהך דינא ממילא יש כח לבי"ד כנגדם דהא בי"ד יש להם כח לפסוק כנגד הכל ואף בלא טעמא דרובא, כדמבואר מדברי הרמב"ם דבי"ד אף שהוא קטן מחבירו במנין גם כן יכולים לפסוק אחרת, עיי' רמב"ם פ"ה ממרים, עכתו"ד הנוגעים לענייננו.

ולולא דבריו היה אפשר לבאר עיי"פ דרכו בשינוי קצת, דודאי מאחר דבעינן שיהא פסק בי"ד של ג' או כ"ג וכדומה לא חשיב על ידי רוב דיעות ככל הבית דין אלא על ידי דאמרינן דעל ידי הרוב חשיב זה דעת הבי"ד כולו, דכן הוקבע פסק דין הבי"ד, והוא כעין דין רובו ככולו, וזהו הכונה במש"כ התוס' דהמיעוט הוא כמו שאינו. אלא דדין זה גופא נבנה על יסוד הדין דאזלינן בתר רובא, דאי לאו דאזלינן בתר רובא האידך יקבע על ידי הרוב דכן הוא דעת הבית דין, אשר ממילא שפיר ילפינן מזה הך דינא דאזלינן בתר רובא. ומה שכתבו התוס' דלא שייך לאוקמי אחזקת ממון משום שבי"ד הוא המוציא, כונתם כנ"ל, דהרי הוקבע על ידי הרוב דכן הוא פסק הבי"ד כולו, אשר ממילא לא שייך לאוקמי אחזקה כיון דליכא ספיקא דצד המיעוט, משא"כ בהא דאזלינן בתר רובא בעלמא דאיכא צד ספק דהמיעוט, שפיר מוקמינן בזה אחזקת ממון, משא"כ בנפשות.

**ו) תוד"ה אמאי פטור איבעי לי' לעיוני- אבל הך לא פריך אמאי חייב בנזקו כשהוזק איבעי לי' לעיוני כדפירשתי לעיל דיותר יש לו לשמור שלא יזיק משלא יזק- אכן בחידושי הרשב"א כתב, וז"ל: ומסתברא לי דאין אנו צריכין לכך אלא כיון דאפשר לאקשווי מרישא אל נטר עד סיפא ועוד דאלימא לי' קושי דרישא לומר דלא למימרא שאין בעל הבית חייב בנזקו אלא אדרבה הוה לן לחיובי מי ששברה, עכ"ל. וכ"ה גם במאירי, עיי"ש שכתב, וז"ל: ושאלו בגמ' לימא לי' איבעי לי' לעיוני ומיזיל ולחייבו אם שברה וכל שכן לפטור בעל החבית בנזקי הנתקל והרי אין זה כבור דעלמא שמאחר שדרך בני אדם בכך רי"ל להניחא ליפש היה לנו לדון את הנתקל כפושע וכו', עכ"ל. וסברת הרשב"א והמאירי, דמועלת הך סברא דאיבעי לי' לעיוני ליחשב הוא הפושע ואין הכד חשוב תקלה כלל, כלומר, דזה מפקיע מן הכד את השם מזיק, אשר ממילא פטור בעל הכד על ההיזק לנתקל, וזה עוד יותר פשוט ממאי דמחייבין את הנתקל בהיזק לכד. והתוס' ס"ל דלא מהניא הך דאיבעי לי' לעיוני אלא למימר דהוא חשוב מזיק, כלומר, דאיכא פשיעה מצדו, אבל אינו מועיל להפקיע שם מזיק דהכד, ואכתוב חשיב הכד תקלה, והוא לכאורה משום דלענין זה שלא יפקע שם תקלה דהכד הוה ידענן דמהני מאי דאין הדרך לעיין בדרכים, וכן ראיתי שכתב בדברי התוס' במנחת שלמה, עיי"ש.**

**ז) תוד"ה אמאי פטור איבעי לי' לעיוני- ולא שייך כאן כל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור דגבי אדם לא אמר הכי- עיי' רבינו פרץ שכתב, וז"ל: ואי"ת ולישני דפטור משום כל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור וי"ל דה"מ שהוא פטור כשהוא משנה בו בהמה משום דלית לי' דעת אבל אדם דאית לי' דעת אע"פ שהאחד שינה אם בא הוא ושינה בו חייב ועי"ל דלא שייך למיפטור מה"ט אדם המזיק דמשום דשני הראשון יהא מותר לאבדו בידים, עכ"ל. ונראה ביאור ב' תירוציו, דתי' הא' הוא כדברי התוס' דבאדם ליכא פטור דכל המשנה וכו', דיסוד הפטור הוא דהמשנה הראשון הוא דחשיב הפושע ולא השני, משא"כ באדם שהוא בר דעת חשיב שפיר פשיעה מצדו אף היכא דהראשון שינה אשר משום כך הקשו בגמ' שיהא חייב.**

וביאור תי' הבי' דלא שייך פטור דכל המשנה וכו' גבי אדם שיהא מותר לאבדו בידים, דלא מהני פטור כל המשנה וכו' אלא היכא דהמחייב הוא אי-השמירה, בזה הוא דאמרינן דאם פשע הראשון על ידי ששינה שוב חשיב הוא הפושע ולא השני, כלומר, דאין אי-שמירת השני מחייבו. אכן באדם המזיק בידים אין

המחייב אי-השמירה אלא מעשה המזיק שעשה (אם אך לא הוי אונס להני שיטות דפטור אדם המזיק באונס), ואף דשינה הראשון, מ"מ הרי שפיר איכא מעשה מזיק מצד השני אשר על כן חייב. ויתכן דלהתי' הא' המחייב אף באדם המזיק הוא אי-השמירה, ועוד נרחיב בזה לקמן, בעזה"ש.

ומדברי הראשונים הנ"ל מבואר דפטור דכל המשנה ובא אחר ושינה בו אינו פטור מסויים בקרן, ודלא כמש"כ בשט"מ דף כ' דהיינו דווקא בבא ושינה בו, כלומר, דווקא במשונה דקרן.

**ח) תוד"ה אמאי פטור איבעי לי' לעיוני- וקצת קשה הא דאמר רבא לעיל כי אית לך רשות לסגויי עילאי ואמאי אית לי' רשות לסגויי הא בהמה נמי איבעי לה לעיוני וכו' דשור פקח ביום פטור וכו'- עיי' חידושי הרשב"א שכתב, וז"ל: ונ"ל דלא דמיא דהתם ודאי שור פקח בטבע מעיין שלא יפיל עצמו בבורות ובפחתים וכן כל בעלי חיים כאנשים אבל אינן בני דעת לשמור עצמן שלא ידרסו על הכלים ועל כל מה שמונח לפנייהם ברשות הרבים שאם אי אתה אומר כן היכי אמרינן דרגל מועדת לדרוס ולשבור, עכ"ל. ועד"ז הביא בשט"מ בשם הרא"ש, עיי"ש. ויש לעיין אמאי נאדו התוס' מתי' זה. ואפשר דס"ל דמאחר דשלא יזק מעיין בהמה, הרי לא תעלה על חברתה, וממילא אף לענין שלא תזיק תחשב פשיעה, ועדיין צ"ע בזה.**

ובקושיית התוס', עיי' מהרש"א מה שכתב בזה, ועיי' שיטה להמריק"ש. והנה המהרש"א נתקשה בקושיית התוס' מאי קשיא להו, הא כתבו התוס' לעיל דגבי בהמה שפיר אמרינן דכל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור אפי' היכא דהוה לי' לעיוני, דהא הקשו דבסוגיין נימא הכי ולא יקשה דהוה לי' לעיוני, ותירצו דלא אמרינן הכי אלא בהמה, הרי דע"פ בבהמה שפיר אמרינן דכל המשנה ובא אחר ושינה פטור. וביאור דברי התוס' לכאורה, וכן נראה כונת המהר"ם, עיי"ש, דרבא לשיטתו לא ס"ל גבי רובצת דאמרינן כל המשנה, רק בשיטה על עצמו, דאמר דלא אמרינן כל המשנה אלא במאי דאית לי' רשות לעשות, דהיינו ללכת, אבל לבעוטי לית לי' רשות. ויש לבאר הדברים, דריש לקיש ס"ל ביסוד הפטור דכל המשנה דהוה דהיכא דעל ידי שהניק שינה בא לו ההיזק, לית לי' תביעת נזקין, אשר ממילא, אף בבעטה, הרי אם לא היתה הבהמה משנה על ידי הרביצה לא היה בא לה ההיזק, אשר על כן ליכא תביעת נזקין. ובה ודאי דאף באופן דהמזיק הוה לי' לעיוני מ"מ הרי סו"ס לא בא ההיזק אלא בצירוף שינוי דהניק. ורבא דפליג לית לי' סברא זו בכל המשנה ולא ס"ל דאמרינן דכל המשנה ובא אחר ושינה פטור אלא היכא דאיכא למימר דעל ידי שינוי הראשון חשוב שהוה הזיק את עצמו, כמו גבי שיסה. וכן ברובצת, מצד הא דיש להשני רשות ללכת וצריכים להניח שתלך שם חשיב שפיר מה שרובצת בדרך שלה כאילו הרובצת הביאה ההיזק על עצמה אשר על כן פטור, אבל לבעוטי, נהי דללא רביצת הא' לא היה בא היזק על ידי הבעיטה, מ"מ לא חשיב על ידי כך שעשתה הרובצת לעצמה את ההיזק, ושפיר חייב עבור הבעיטה, והא מיהא פשיטא דאילו היה יסוד הפטור משום דללא השינוי הראשון לא היה ההיזק בא, אף בבעיטה היה פטור. אשר לפי"ז שפיר הקשו התוס' דמאחר דנימא דהוה לי' להבהמה לעיוני הרי אין צריך בעל הרובצת להניח שידרוך עליה, ומאחר שכן, לית בזה לרבא לשיטתו פטור דכל המשנה אשר זהו שהקשו התוס' שיהיה חייב.

**ט) תוד"ה ושמואל אמר באפילה שנו- ונראה לדקדק דאדם המזיק דמפטור באונס שהוא כעין גניבה וכו'- עיי' מש"כ בזה לעיל סוף פרק כיצד הרגל. והנה ג' שיטות בדבר, דעת הרמב"ן בבי"מ דף פ"ב דאדם המזיק חייב אף באונס גמור, דעת הנ"ל לעיל דף כ"ו ע"א, וכ"מ בחידושי הרשב"א ובתוס' רבינו פרץ בסוגיין, דבאונס גמור פטור אף אדם המזיק, אבל כל דמערב בו פשיעה כל דהו חייב, ודעת התוס', דאפי' אונס כעין גניבה פטור, רק באונס כעין אבידה חייב. וכבר הבאנו לעיל יישוב הרמב"ן לראיות התוס', עיי"ש.**

והעירני ב"א דהתוס' לעיל ד"ד ע"א ד"ה כיון דכ"י ופשיט כתבו בדברי הירושלמי דאם היה ישן והביאו כלים אצלו ושבנו פטור דהם גרמו לו, ומלשון הם גרמו לו משמע לכאורה כדברי הרמב"ן ולא כדברי התוס' בסוגיין. וכן הנ"י אמתני' דדף כ"י ע"א כתב בבניאור דברי הירושלמי דמי שהניחום אצל הישן הוא הפושע, אשר הוא לכאורה דלא כמשי"כ בהמשך דבריו דהיינו טעמא דהירושלמי משום דאונס גמור פטור כדילפינן מולנערה לא תעשה דבר, וצ"ב.)

ונראה ביאור פלוגתייהו, וכן הראוני שכתב ברשימות שיעורים להגרי"ד זצ"ל, דנחלקו הרמב"ן ותוס' ביסוד גדר חיובא דאדם המזיק, דהתוס' ס"ל דיסוד החיוב הוא משום אי-שמירתו על עצמו שלא יזיק, אשר ממילא כל דאיכא אונס כעין גניבה, דאין להאשימו בביטול חובת השמירה, שפיר אמרינן דפטור אף אדם המזיק. אכן הרמב"ן ס"ל דאין המחייב דאדם המזיק הפשיעה בשמירתו, אלא יסוד החיוב הוא עבור עצם עשיית מעשה המזיק, אשר ממילא ס"ל אף באונס גמור, כיון דסו"ס מעשה המזיק נעשה על ידו הרי הוא חייב.

ודברי הנ"י ודעמי' היה אפשר לבאר ב' אופנים, דהיה אפשר לומר דס"ל דהמחייב דאדם המזיק הוא חוסר השמירה, אלא דס"ל דאף באונס כעין גניבה חשיב חוסר שמירה, ודלא כדברי התוס'. אכן מדברי הנ"י נראה ושא"ר נראה יותר דכונתם לומר דהמחייב הוא מעשה המזיק, אלא דהיכא דהוי אונס גמור נלמד מולנערה לא תעשה דבר פטור מסויים, דחשיב כאילו אין זה מעשה דידי' כלל, אכן זהו דווקא היכא דהוי אונס גמור ואין מעורב בזה שום פשיעה כלל. והרמב"ן פליג וס"ל דאף היכא דהוי אונס גמור מ"מ אף אחר שנאמר ולנערה לא תעשה דבר עדיין חייב משום אדם המזיק כיון דבמצאיאות נעשה ההיזק על ידי מעשה דידי'.

והנה כתב הרמב"ם בפ"ו מהל' חובל ומזיק ה"ד, וז"ל: היה עולה בסולם ונשמטה שליבה מתחתיו ונפלה והזיקה וכו' היתה חזקה ומהודקת ונשמטה או שהתליעה הרי זה פטור שזו מכה בידי שמים היא וכן כל כיוצא בזה, עכ"ל. ומבואר מפשטות לשונו כשיטת הנ"י, דהיכא דהוי אונס גמור- מכה בידי שמים- פטור משום אדם המזיק. אכן יעויין פ"א שם הלי"א שכתב, וז"ל: אדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד בין ער בין ישן וכו' בד"א שהישן חייב לשלם בשנים שישנו באחד ונתהפך אחד מהן והזיק את חברו או קרע בגדו אבל אם היה אחד ישן ובא אחר ושכב בצדו זה שבא באחרונה הוא המועד ואם הזיקו הישן פטור וכן אם הניח כלי בצד הישן ושבנו פטור שזה שהניחו הוא המועד שפשע, עכ"ל, והוא דינא דהירושלמי דמסתיעי הראשונים מיניי דאיכא פטור אונס אף באדם המזיק. והרמב"ן הנ"ל יישב דברי הירושלמי דהתם היינו טעמא דפטור הראשון משום שהשני הוא הפושע. והנה מלשון הרמב"ם שכתב דטעמא דפטור אינו אלא משום דהשני הוא המועד שהוא פשע משמע להדיא כדברי הרמב"ן דבלא"ה לא היה פטור אף דהוי אונס גמור, והוא לכאורה דלא כדבריו הנ"ל בפ"ו דפטור באונס גמור, וצ"ע.

והנראה לכאורה בדברי הרמב"ם, דביסוד הדברים ודאי דס"ל כדעת הרמב"ן דמאחר דמעשה המזיק מחייב חייב אפי' באונס גמור, ואינו פטור בהך דהירושלמי אלא משום דהניזק הוא דחשיב הפושע, וכמשי"כ הרמב"ם להדיא, אלא דהיכא דחשיב מכה בידי שמים הרי מה דהוי מכה בידי שמים מפקיעו מליחשב מעשה דידי' ושוב ממילא פטור. וביתר ביאור, באונס דעלמא, אפי' באונס גמור, ס"ל להרמב"ם דאכתי חשיב מעשה דידי' מאחר דבסופו של דבר גופו עשה מעשה ההיזק, אכן בהך דעלה בסולם מעשה ההיזק הוא נפילת השליבה ולא היינו דנין לחייבו אלא משום דמכחו נפלה, אשר בזה שפיר אמרינן דמאחר דלא היתה השליבה צריכה ליפול הרי הוי נפילתה מכת שמים ולא מכה דידי', ומאחר דלא חשיב מעשה המזיק מעשה דידי' פטור, משא"כ בהך דהירושלמי דבמצאיאות הרי הוי מעשה דידי' רק

דנעשה באונס, בזה ס"ל להרמב"ם דליכא פטור דאונס, וכמשי"כ, ועדיין צ"ע בזה.

וכמין סעד לעצם יסוד זה, דהנה דעת הרמב"ן במלחמות דאף אי נתקל פושע עם הזיק בהדי' דקאזלי אינו חייב אלא מטעם אש ולא מטעם אדם המזיק, והקשה בחזו"א סי' י"א סקכ"א מהא דנפל מן הגג ברוח שאינה מצויה, וחילק בין היכא שהזיק האדם או הכד. ולכאורה תמוה, דהא גם הכד הרי הזיק מכה האדם ואמאי לא יחשב לאדם המזיק. ועכצ"ל (וכן ראיתי שכתב באילת השחר, ע"ש) דכח האדם לא יהיה חייב ככה"ג כיון דהזחיתה נעשה על ידי המכשול של הקרקע, כלומר, דחשיב כאילו הקרקע דחפה את הכד, משא"כ היכא דנעשה ההיזק על ידי האדם עצמו, מאחר שנעשה ההיזק על ידי גופו הרי הוא חייב להרמב"ן באיזה אונס שיהיה. והוא כחילוק הנ"ל שחילקנו בדברי הרמב"ם.

וראיתי ברשימות שיעורים להגרי"ד זצ"ל שה"ר דס"ל להרמב"ם כדעת הרמב"ן ביסוד הדברים דאדם המזיק חייב אף באונס גמור ממש"כ בפ"ח מהל' חובל ומזיק ה"ב-ד, וז"ל: בד"א כשהראה המוסר מעצמו אבל אם אנסוהו עכ"ם או ישראל אנס להראות והראה הרי זה פטור מן התשלומין ואם נשא ונתן ביד אע"פ שהוא אונס חייב לשלם המציל עצמו בממון חברו חייב לשלם וכו', עכ"ל, ע"ש השגת הראב"ד. והנה דעת הרמב"ם בפ"ה מהל' יסודה"ת דהיכא דאנסוהו לעבור אחד מג' עבירות דדין דיהרג ואל יעבור ועבר ולא נתן עצמו להורג פטור מעונש משום דהוי אונס, הרי מבואר דשפיר חשיב על ידי אנס כאונס גמור, ומדכתב הרמב"ם דהיכא דנשא ונתן ביד חייב מוכח דס"ל דאדם המזיק חייב אף היכא דהוי אונס גמור, וכדעת הרמב"ן.

**(ו) תוד"ה לפי שאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים-** והא דתני שור פקח ביום פטור דשור עיניו למטה ומיבעי ל"י לעיוני טפי מאדם- וכ"ה בתוס' רבינו פרץ. וע"י שט"מ בשם הרשב"א שכתב, וז"ל: והא דתני שור פקח ביום פטור ואף שור אין דרכו להתבונן בכיוצא בזה שלא לדרוס דהיינו להזיק ויש לומר דווקא בני אדם לפי שהם בעלי מחשבה, עכ"ל, ר"ל, דכיון דבני אדם בעלי מחשבה הרי טרודים במחשבתם ואין דרכם לעיין בדרכים, וכן מבואר גם במאירי, ע"ש. וע"ש שהביא הרשב"א בשם הראב"ד, וכ"ה בחידושי הראב"ד, וז"ל: והראב"ד ז"ל תירץ דדוקא בור ברשות הרבים דאית ל"י קלא אבל כד והדומה לו דאקראי בעלמא לא איבעי ל"י לאסוקי אדעת"י דמנחי ל"י ברשות הרבים שאין דרכן כו', עכ"ל. ובעניי אין דבריו מובנים לי, דהא בא לבאר אמאי גבי שור פקח אמרינן דמתבונן ולכך פטור אם הוזק על ידי הבור, ומה שיך לומר בזה דשאני בור דאית ל"י קלא, דמה מעלה היא זו לגבי השור, ועכצ"ל דר"ל שבעל דמאחר דאיכא קול דאיכא בור ברשות הרבים ירגילו הבעלים את השור שלא להשמר מהבור, וצ"ב. ולדברי הראב"ד יוצא דבבור שזה עתה חפרוהו עדדין ליכא קלא, או במניח אבנו סכינו ומשאו בקרקע רשות הרבים דלית בזה קול יהיה חייב על נזקי השור דבזה אין דרכה להתבונן.

**(א) לרכובה שלש וכו'-** ע"י תוס' ד"מ דלעני שבישראל קאמר אבל אחרים הכל לפי המבייש והמתבייש, ולדעת הר"י מיירי בגדול שבישראל ולדיעה זו דמיירי בגדול שבישראל נחלקו הראשונים אי ר"ל דכן הוא אף לגדול שבישראל, ואף לאנשים פחותים נאמר שיעור זה, ע"י חידושי הרשב"א ד"ל **אפילו** לכבדי ישראל, דמשמע להדיא כ"ל דלכולם השיעור שוה. אכן במאירי ובע"ז כתבו דלדיעה זו זהו שיעורא לאדם גדול בישראל, אכל פחות מזה הכל לפי המבייש והמתבייש.

וע"י חידושי הרשב"א שהביא ב' דיעות אי סכומים אלו הויין עבור בושת גרידא או עבור בשת וצער, וכתב דאי הוי בשת גרידא הוי קנס ממש, ואילו הוי בשת בהדי' צער אית בזה משום ממונא מחמת הצער, כן משמע מדברי הרשב"א בשט"מ (והמגיה בחידושי הרשב"א הוצאת מוסד הרב קוק פירש דבריו באופן

אחר, ומדברי השט"מ מבואר דלא כדבריו). ולפי"ז מש"כ התוס' בד"ה קנסא קמגבית בבבל דלאו קנסא אלא דין קנסא וכו', זהו משום שפירשו דמיירי נמי בצער ולא בבושת גרידא, או דס"ל דאף בשת ממון הוא ולא קנס. ודעת הרמב"ם דבין בושת בין צער קנס הם, עיי' פ"ה מהל' חו"מ ה"ו-ז. ועיי' ברי"ף ובני"י. **(ב) עביד איניש דינא לנפשי** - עיי' רא"ש סי' ג' שכתב בא"ד, וז"ל: דרב יהודה סבר בשביל הצלת טורח אין לו רשות לחבל בו ורב נחמן סבר כיון דדינא קא עביד ויכול לברר שבדין היה יכול להוציא ממנו יש לו רשות להציל את שלו אפילו בהכאה אם אינו יכול להציל בענין אחר, עכ"ל. ודבריו יש לפרש בבי אופנים, דבפשטות משמע דכל המח' אי עביד דינא לנפשי או לא אינו אלא אי אית ליי רשות להכותו ולחבל בו, אבל עצם הדבר דעביד דינא לנפשי היכא דיכול לעשות כן בלא הכאה מוסכם לכו"ע.<sup>2</sup> או יש לפרש דבאמת נחלקו ביסוד הדבר אי עביד דינא דנפשי אף בלא הכאה, והא דכתב הרא"ש הכאה היינו משום דבלאו הכאה ליכא נפ"מ בזה, דאף אי לא עביד דינא לנפשי אם יבואו אח"כ לבי"ד והצדק עם זה שעשה דין לעצמו ודאי דלא יטלו ממנו את החפץ.

והרמב"ם כתב בפ"ב מהל' סנהדרין ה"ב, וז"ל: יש לאדם לעשות דין לעצמו אם יש בידו כוח הואיל וכדת וכהלכה הוא עושה אינו חייב לטרוח ולהביא לבית דין אף על פי שלא היה שם הפסד בנכסיו אלו נתאחר ובה לבית דין לפיכך אם קבל עליו בעל דינו והביאו לבית דין ודרשו ומצאו שעשה כהלכה ודין אמת דן לעצמו אין סותרין את דינו, עכ"ל. ומדלא הזכיר כלל הך מילתא דהכאה וחבלה משמע דהמח' אי עביד דינא לנפשי הוא בעיקרא דמילתא אי עביד דינא לנפשי כלל, וכדא ה"ל דברי הרא"ש. אלא דיש לענין לכאורה במש"כ דכיון דעביד דינא לנפשי אין סותרין את דינו, דלכאורה אף אי לא עביד דינא לנפשי אם באו לבי"ד ונמצא הדין כדבריו אין סותרין מה שמעשה, ולכאורה אין הנפ"מ אי עביד דינא או לא עביד אלא לענין חבלה אי חייב לשלם עבור החבלה, דאי עביד דינא אינו חייב לשלם ואי לא עביד דינא חייב לשלם, וצ"ב.

ובטור חו"מ סי' ד' הביא הך דינא דעביד איניש דינא לנפשי, והא דמותר להכותו בכדי להוציא ממנו ממנו, וכדברי אביו הרא"ש, ואח"כ כתב דאם בעל דינו מתרעם עליו והביאו לבית דין ומצאו שעשה כהלכה אין סותרין את דינו. והקשה שם בב"ח דפשיטא דמאחר דעביד איניש דינא לנפשי דאין סותרין את דינו, עיי' מש"כ בזה. אמנם לכאורה יקשה עוד כנ"ל, דהא אף אי לא עביד איניש דינא לנפשי אם נמצא שצדק בדבריו אין סותרין את דינו. אלא דלדברי הטור אית שפיר דנפ"מ בזה כנ"ל, דרק משום דעביד דינא לנפשי הוא דאין משלם עבור החבלה, אבל אי לא עביד דינא לנפשי חייב משום חבלה אף שנמצא שצדק בדבריו. אך בדברי הרמב"ם שלא הזכיר הך דחבלה כלל דוחק לכאורה לומר דנפ"מ לענין תשלומי חבלה, דהא לא הזכיר חבלה כלל, וכנ"ל, וצ"ב.

והנה כתב הרי"ף דק"ל כרב נחמן דעביד איניש דינא לנפשי משום דהלכה כרב נחמן בדיני. והשיג שם רבינו אפרים, וז"ל: הא מילתא לאו דינא דהא לית בה פטור וחיוב ולית בה נמי אי עבד מהדרין או לא מהדרין אלא במותר ואסור קמיפלגי דרב נחמן סבר שרי ליי למעבד דינא לנפשי ורב יהודה סבר אסור למעבד דינא במקום דלית ליי פסידא וכו', עכ"ל.

ואפשר דתלי פלוגתתם בבי דרכים הנ"ל, דרבינו אפרים ס"ל דהא מיהא פשיטא דיכול לקחת לעצמו מה שהוא שלו, ואין פלוגתתם אלא אי מותר לחבל בו או אסור לחבל בו, אשר זוהי שאלה באיסור והיתר ולא בדיני. אך הרי"ף ס"ל דיסוד השאלה הוא על עצם הפסק אי יכול למיעבד דינא לנפשי, רק דממילא על ידי שיכול לעשות דינא יכול ממילא לחבל, ונמצא דעיקר השאלה הוא בדיני אלא דאיכא תוצאה דאיסור והיתר, אשר על כן שפיר כתב הרי"ף דק"ל כרב נחמן בדיני. והנה הרא"ש כתב אף הוא דק"ל בזה כרב נחמן משום דהלכה כר"נ בדיני, ויהא לכאורה מוכח מדבריו כפי' ה"ל דאף דנפ"מ לענין להכותו, מ"מ עיקר השאלה הוא בדיני אי יכול לפסוק לעצמו או לא, והא דמותר או אסור להכותו אינו אלא כתוצאה דממילא מזה.

והנה יעויין בנתיח"מ סי' ד' סק"א שהקשה האיך אמרינן דיכול להכותו, דהא אפי' הבי"ד גופי' אין שולחין יד בגופו של המסרב תיכף רק שולחין שליח בי"ד ומוציא בע"כ וכשאינו מניח לשליח בי"ד אז מנדין להמסרב, רק באינו משגיח על הנידוי ודאי דמותרין להכותו עד שתצא נפשו, ואם כן מהיכתי תיתי יהא הוא עצמו מותר להכותו, הא הוה כאפשר להצילו בענין אחר, דהיינו על ידי שילך לבי"ד ואם לא יציית דין הבית דין ינדותו, ולא חשידי ישראל לעבור על נידוי, עיי' שהאר"ך בקושייתו.

והנה הא דעביד איניש דינא לנפשי יש לכאורה לברר בבי אופנים, דיש לומר דגדרו הוא בכה"ג שיכול להוכיח הדין אינו צריך בי"ד ויש לו זכות וכן בתורת טוען ונטען לקחת הדבר בעצמו, או יש לומר בגדרו דיסוד דינא דעביד איניש דינא לנפשי הוא דבכה"ג **נעשה הוא כבי"ד** והרי זה כפסק של בי"ד. ורמז לצד זה השני, ממה שהביא הרמב"ם הך דינא דעביד איניש דינא לנפשי בהלכות סנהדרין בין דיני סנהדרין כדן יחיד מומחה, ולא בהלכות טוען ונטען. ועיי' ספר התרומות שער י"ד ח"ב אות ז' שכתב בסוף דבריו, וז"ל: וקיימא לן בעלמא דעביד איניש דינא לנפשי הוה ליי כמאן דאזול לבי דינא ודנו לו כר' אלעזר וכו', עכ"ל, והוא להדיא כנ"ל. ואי נימא הכי, יש ליישב קצת קושיית הנתיח"מ, דמאחר דחשיב הוא עצמו כבי"ד לענין ביצוע פסק דין זה, לא חשיב אפשר בענין אחר על ידי שיכול ללכת לבית דין אחר, ואין הדבר נמדד אלא באי יכול הוא עצמו לעשות הדבר בענין אחר, משא"כ אילו הוה אמרינן דמה שדן לעצמו אין פירושו דחשיב כפסק בית דין, אלא כזכות דאית ליי, שפיר הוה אמרינן דחשיב אפשר בענין אחר על ידי שהיה יכול ללכת לבית דין.

**(ג) רש"י ד"ה במקום דאיכא פסידא** - אי אזיל לבי דינא דאדאזיל לבי דינא ואתי קא דלי האי ולא ידע מאי דלי או שמא יכלו המים מן הבור ואין לו פרעון לזה וכו' - ממש"כ או שמא יכלו המים מן הבור, משמע להדיא דחשיב במקום דאיכא פסידא אף היכא דינא אלא ספק. והסברא בזה פשוטה לכאורה, דהרי כל הצד דנימא דלא עביד איניש דינא לנפשי מבוואר בגמ' דינא אלא משום דלזיל קמי דינא ולמה לו לפסוק לעצמו, אבל היכא דאיכא אפי' ספק פסידא, הרי זה שפיר מהוה סיבה לפסוק הדין עכשיו ולא להסתכן לבוא לידי הפסד, אשר ממילא לכו"ע אמרינן בזה דעביד איניש דינא לנפשי. ובנתיח"מ הנ"ל סי' ד' סק"א דבעינן שיהא הפסד ברור, עיי' כל דבריו, ומדברי רש"י לכאורה לא משמע הכי, וכנ"ל.

**(ד) תוד"ה אלא שבור את שיניו** - דליכא פסידא איירי מדאסר ליכנס שלא ברשות - ולכן לא קשיא למ"ד לא עביד איניש דינא לנפשי, דאי בדאיכא הפסד הרי מודה דעביד דינא לנפשי. ומבואר מדבריהם דבמאי דעביד דינא לנפשי איכא נפ"מ בין מקום דאיכא הפסד לבין מקום דליכא הפסד, דבמקום דליכא הפסד למ"ד עביד דינא לנפשי אינו רשאי ליכנס שלא ברשות, ואילו במקום דאיכא הפסד רשאי. ולכאורה צ"ב דהא אין הנפ"מ בין מקום דאיכא הפסד לבין מקום דליכא הפסד אלא במאי דהיכא דאיכא הפסד לכו"ע עביד דינא לנפשי ואילו

<sup>2</sup> ועיי' לרכי משה חו"מ סי' ד' שהציל דברי המהרי"ק דדווקא לענין להכותו או להזיקו הוא דליכא למ"ד ללא עביד דינא לנפשי, אבל לתפוס ממנו הדבר שגזל ממנו יכול לעשות במקום דמהני תפיסתו, וכן הביא גם צ"ע, והוא לכאורה כלל זה צדאיור דברי הרא"ש. ואם אינו יכול לצרר שהוא שלו, לא מיבעיא שאינו יכול להכותו ללא אף אינו רשאי להוציא מידו, כמ"ע סס סק"ב.

במקום דליכא הפסד הוי מחלקות, אבל עצם מאי דעביד דינא לנפשי גדרו לכאורה שוה בכל מקרה, ומה היא הסברא למימר דהיכא דליכא הפסד מותר ליכנס שלא ברשות והיכא דליכא הפסד אסור, הרי במאי דיראה עליו כגנב ליכא סברא לחלק בינייהו כלל.

וביאור דבריהם לכאורה, דהא פשיטא לכאורה דהיכא דיכנס שלא ברשות עדיפא ליה מהיכא דבא לשבור שיניו, דהיכא דבא לשבור שיניו ולקחת ממנו גברו הסיכויים שלא יצליח, אלא דהיכא דליכא הפסד ואף אם לא יצליח מ"מ יכול לבוא לביד ולהוציא בלא שום הפסד, בזה אמרינן דלא יכנס שלא ברשות כיון שנראה כגנב. אבל היכא דליכא הפסד, אמרינן דמאחר דאם יבוא לשבור שיניו אין הדבר ברור שיצליח להוציא ממנו, ועל הצד שלא יוציא יפסיד אף אם יבוא אח"כ לביד, לא מפסדינן ליה ממנו מחמת האי טעמא דנראה כגנב, אלא אמרינן שיכנס שלא ברשות.

והראוני דברי הרי"ף בתשובותיו סי' קל"ג שכתב דבכלל לאו דלא תגנוב הוא "אל תגנב את שלך מאחרי הגנב שלא תראה עליו כגנב", הרי דליכא לאו לעשות מעשה גניבה אף דגונב את שלו. ולדידי דליכא בזה משום לאו לכאורה ליכא לפרש כדברי התוס' דביש בו הפסידא מותר ליכנס שלא ברשות, דהרי איכא לאו בין אי איכא הפסד בין אי ליכא, ויקשה לפ"ז מהיכן מוכח דמייירי הכא דאין בו הפסידא בכדי שתהא הקושי דווקא על רב יהודה. אם לא דנימא דעד כמה דהוא בכלל דינא דעביד איניש דינא לנפשי אין המעשה מתפרש כמעשה גניבה אלא כעשיית דין לעצמו, ונגד הפסד החפץ שפיר הוי לקיחה שלא ברשות בכלל עשיית דין, משא"כ נגד טירחא גרידא אף למי"ד עביד איניש דינא לנפשי, ועדיין צ"ע בזה.

והנה העירו בדברי הרמב"ם שלא הביא דינא דבן בנגב, דלמאי דק"ל כרב בנחמן דעביד איניש דינא לנפשי אין לו ליטול שלא ברשות שמא יראה כגנב, עי' אגרות משה חושן משפט ח"א ס"ג שדן בזה בארוכה. ויסוד דבריו, דלפירושא קמא דרש"י בתשובת רב יהודה לקושי' מבן בנגב דהיא בתמיה וכי נראה בעיניך שתשובה זו הגונה היא, הכונה דאמר לו דאין לו כלל מה להקשות דהא מוכח דרבנן פליגי, אף דליכא ברייתא עם דברי רבנן היה מקובל בידם דרבנן פליגי, וכיון דאף רב נחמן ע"כ דמודה דרבנן פליגי, לא קשיא על דברי רב יהודה כלל שהרי לדידי נימא דבהכי פליגי (ע"ש שכתב דד"ז תלוי בבי' הפשטים ברש"י). אכן אמת הוא דפליגי אף לדברי רב נחמן, ויסוד המחלוקת לדבריו, דבן בנגב ס"ל דחיישינן למאי דיראה כגנב אף דכמעט וליכא חשש, ואילו רבנן ס"ל דלא חיישינן לה כיון דחשש רחוק הוא אשר ממילא עדיף שילך שלא ברשות משישבור את שניו, ככל עביד איניש דינא לנפשי דלית ליה רשות להכותו אלא אם כן אין עצה אחרת, וכמו בבי"ד עצמם. ולדברי ר' ינאי בין בן בנגב בין רבנן ס"ל דאין אדם עושה דינא לנפשי אלא דפליגי בנכנס שלא לרשות אי חיישינן שלא יראה כגנב. (ומבואר מכל דאף אי לא עביד איניש דינא לנפשי מ"מ יכול לקחת שלא ברשות אי לאו משום שיראה כגנב, וכן כתב להדיא באג"מ.) ולהלכה ק"ל כרבנן, ואתי שפיר מאי דלא הביא הרמב"ם דינא דבן בנגב.

## כ"ח ע"א

טו) שור שעלה ע"ג חבירו להורגו ובא בעל התחתון ושמת את שלו ונפל עליו ומת פטור וכו' - עי' רמב"ם פ"ו מהל' חובל ומזיק ה"ג, וז"ל: בד"א ברשות הניזק אבל ברשות המזיק אינו חייב לשלם אלא אם הזיק בזדון אבל בשגגה או באונס פטור וכו', עכ"ל. ובה"י שם כתב, וז"ל: שור שעלה על גבי חבירו להורגו ברשות המזיק שהוא בעל התחתון בין שהיה

תם בין שהיה מועד ובא בעל התחתון ושמת את שורו להצילו ונפל עליו ומת הרי זה פטור, עכ"ל. ומבואר מדבריו דמאי דפטור הוא משום דהוי ברשות המזיק, דהיינו בעל התחתון, וצ"ב לכאורה דבסוגיין מבואר אחרת, דטעמא דפטור הוא משום דעביד איניש דינא לנפשי, ואילו מטעם דהוי ברשות המזיק היה פטור אף דלא עביד איניש דינא לנפשי אם אך לא עשה על מנת להזיק, וכן לדבריו מבואר דשלא ברשות מזיק אף אי עביד איניש דינא לנפשי חייב, וצ"ע. שו"ר שהעיר כן בחידושי רבנו מאיר שמחה ח"ב ב"ק דף כ"ח, ע"ש.

וי"ל בביתא דברי הרמב"ם, דהנה חלוק הוא הך דינא דשור שעלה על חבירו משאר דינא דעביד איניש דינא לנפשי, דהכא, הרי עדיין לא הוזק ובעינן למימר דמותר ליה להזיק בהמת חבירו כדי שלא יזקק בהמה דידי<sup>3</sup>, אשר בזה, היכא דלא הוי ברשות מזיק, כיון דיש לו לחבירו רשות שם לבהמתו כמו שיש לו לזה התחתון, אף אי נימא דעביד איניש דינא לנפשי לא נאמר בזה דין היתר להזיק חבירו והרי הוא חייב. רק ברשות המזיק, כלומר, ברשות התחתון, כמש"כ הרמב"ם, התם הוא דאית ליה רשות יותר על בעל השור העליון, והתם הוא דפטור אם אך אין כונתו להזיק. ונראה עוד (וכ"כ בחדושי רבינו מאיר שמחה ה"ג), דבאמת הרי הוי ככונתו להזיקו, דהא במכוון הוא דמשמת את שלו התחתון ועל ידו הוזק העליון, אלא דעושה כן לא להזיקו אלא להצלת הטירחא דהליכה לבית דין (דהא כן היא סברת מאן דאמר עביד איניש דינא לנפשי), ומעתה הדבר תלוי, דאי עביד איניש דינא לנפשי לא חשיב שכונתו להזיקו, אלא כונתו למנוע מעצמו הטירחא, אכן אי לא עביד איניש דינא לנפשי, הרי חשבון זה דחסכון הטירחא אינו חשבון כלל, דבאמת עליו לטרוח וללכת לבית דין, ונמצא ממילא דחשיב שפיר ככונה להזיקו והרי הוא חייב, אשר זהו דתלו הך מילתא אי חייב או פטור ברשות המזיק בהך שאלה דעביד איניש דינא לנפשי.

וכן הוא הדין גם בהך דמילא חצר חבירו כדים וכו' דסוגיין, אשר הביא הרמב"ם ד"ז שם בה"ה. והנה ז"ל שם: הרי שמילא חצר חבירו כדי יין ושמן אפילו הכניסם ברשות הואיל ולא קיבל עליו בעל החצר לשמור הרי זה נכנס ויוצא כדרכו וכל שישתבר מן הכדים בכניסתו וביציאתו הרי הוא פטור עליהן ואם שברן בכונה אפילו הכניסם בעל הכדים שלא ברשות הרי זה חייב לשלם וכן כל כיוצא בזה, עכ"ל. ומדויק מדבריו דדוקא בכה"ג דנשברו ממילא על ידי יציאה כדרכו הוא דפטור, אבל אם אך שבר בידים חייב, ונראה ביאורו לפי הנ"ל, דאף דכשיצא כדרכו ישברו ממילא, מ"מ לא הותר לו לעשות מעשה בכונה להזיק, ואף אי עביד דינא לנפשי, מ"מ אין לו רשות לעשות מעשה מזיק, דאף דעושה כן כדי שיוכל לצאת, מ"מ עצם המעשה נעשה בכונה להזיק, ואין זה כמו הא דמשמת את התחתונה, דהתם הוי מעשה הצלה, וכנ"ל.

אלא דיש לעיין בזה מהא דאיתא לעיל לרב דמייירי בממלא כל רשות הרבים חביות דאי הכי מאי שנא נתקל אפי' שבר נמי, הרי דמאחר דברור שישבור על כל פנים על ידי הליכה שם פטור אפילו אם שבר להדיא, והוא דלא כדברי הרמב"ם, אם לא דנחלק בין רשות הרבים דחשיב כאילו הפקיר ושבר על ידי ההנחה שם ולכך פטור השני אפילו בשבר, משא"כ ברשות אחר דאפי' אי הוי שלא ברשות מ"מ כיון דאינו מקום רבים אינו כמפקיר ושובר על ידי עצם ההנחה אשר ממילא שפיר חשיב מעשה שבירה, ועדיין צ"ע בזה.

<sup>3</sup> וכן מוכרע להני סקטות דכל המח' אי עביד איניש דינא לנפשי הוא לענין להטותו ולא לענין ענש הממון, דלדבריהם הרי אף לרב יורדה אמרינן דעביד דינא לנפשי ומאי קשיא להש"ס על דבריו מהכא, אע"כ דהכא שאני ולא היה לנו לומר דעביד דינא לנפשי לרב יורדה.

והנה מבואר מסוגיין דבשור המועד חשיב לית ליי הפסידא, אשר מהאי טעמא הקשו מזה דווקא למייד לא עביד איניש דינא לנפשי, דבאית ליי הפסידא הוה קשיא לכו"ע, ויש לעיין לכאורה, דסו"ס שורה היה נהרג, ונהי דעל ידי ההליכה לבית דין היה משתלם כל דמיון, מ"מ אמאי לא יחשב הפסד גוף השור לדידי להפסד. ומבואר דאין הפסד נמדד אלא בהפסד הממון, מאחר דעם הממון יכול לקנות שור אחר.

**טז) תוד"ה ואי בתם אמאי חייב** - אבל אי בתם איירי לא סלקא דעתך שהיה לו לשומטו לפי שהוא בהול שירא להפסיד ולא מסיק אדעתיה לשמטו - אף דפשוט לכאורה דאין הא דבהול מחשיבו כאונס כעין גניבה דנימא דפטור מטעם אונס, ע"י ברכ"א שהביא משמ"י דהגרי"ז דאין זה מדין אונס אלא מדין עביד איניש דינא לנפשי, דהיכא דאיכא הפסד והוא טרוד רשאי לעשות דין לנפשי אף על ידי דחיפה ואינו צריך לדקדק לשומטו.

**יז) עד האידנא לא גנב והשתא גנב וכו'** - ע"י חידושי הראב"ד, וכן הובא בשט"מ בשמו, שכתב, וז"ל: קשה לי מנא ליי דעד האידנא לא גנב דילמא דגנב ואפילו הכי רבי לא בעי לאפוקי ולאפקועי שעבודי ואיכא למימר אי הוה גנב עד השתא מאי איריא כלו ימיו אפילו לא כלו ימיו נמי איבעי ליי לאפקועי שעבודי מיניי ולאפוקי ואמאי לא דאית ליי פסידא ועוד קרא למה לי אלא ש"מ דלא גניב ליי עד השתא והאידנא חשיד ליי בגניבותא דדווקא בשכלו ימיו רשות בידו להצילו ליהצואו על כרחי וכו', עכ"ל. ומש"כ "ועוד קרא למה ליי", פירושא דמילתא, דאי גניב ליי הרי איכא פסידא ובה מן הסברא אמרינן דדן דינא לנפשי לכו"ע, ואמאי בעינן לזה קרא. ולכאורה צ"ב, דמאחר דעבד גנב חשיב אית ליי פסידא ולא בעינן לזה קרא, אמאי למעשה בעינן קרא היכא דכלו ימיו, הרי מאחר דהוא עבד גנב מסברא דן דינא לנפשי כיון דאית ליי פסידא.

ונראה מדקדוק לשון הראב"ד, דאי מיירי בעבד גנב דלא כלו ימיו, היה ביאור "עבד גנב" שגנב העבד או עכ"פ איכא חשש לומר שגנב, ובה פשיטא דהוה ליי פסידא ודן דינא לנפשי בלא קרא. אכן למה שאמרו בכלו ימיו, פירושא דמילתא הוא דמצד הא גופא דעכשו כלו ימיו חשיד ליי עכשו בגניבה, ומטעם שאמרו בגמ' דאין אימתיה דרבי עלי, ומאחר דלמעשה עד השתא לא גנב ואין זה אלא חשש מצד הא דאין אימתא דרבי עלי בלא קרא לא הוה חשבינן הך מילתא אית ליי פסידא.

וממאי דכתב הראב"ד דאי מיירי בגנב כבר ואית ליי הפסידא אמאי בעינן לזה קרא מבואר לכאורה דלמאי דהוה מוקמינן לה בדליכא הפסד למאן דאמר עביד איניש דינא לנפשי הוה אתא שפיר מאי דבעינן לזה קרא, וחזינן דבדאיכא הפסידא מאי דעביד דינא לנפשי מסברא הוא ולא בעינן לזה קרא, ובדליכא הפסידא לרב נחמן יתכן דבעינן לזה קרא.

ומדברי התוס' ד"ה מנין לנרצע שכלו ימיו שכתבו דאורחא דמילתא נקט שאז רגילות לסרהב לפי שאינו יכול להשתעבד בו עוד, מבואר דלא כדברי הראב"ד, דמשמע להדיא דלדידהו אף בתוך זמן העבדות הוה שייך הך דינא והוה בעינן לה קרא, וע"כ שפירשו דלא כהראב"ד.

ובעצם סוגיין צ"ב לכאורה האיך ס"ד להביא ראיה דעביד איניש דינא לנפשי, הא מאי דעביד דינא לנפשי לכאורה סברא היא, ואמאי בעינן לזה קרא. ועוד יש לעיין לכאורה במאי דבדברי הרמב"ם הנ"ל בהא דעביד דינא לנפשי אין מוזכר כלל הא דאם חבל בו פטור, ואילו מסוגיין דהוה בעו להוכיח דעביד דינא לנפשי מהך דעבד מוכח להדיא דפטור אם חבל בו. ולדעת הרמב"ם היה אפשר לומר לכאורה דחדא מתורצת בחברתה, דלעולם לא בעינן קרא להא דעביד דינא לנפשי, אלא דהכא מבואר אף דאם חבל בו פטור, אשר לזה הוה דבעינן קרא, ודין מסויים הוא כאן בעבד. אכן לדעת הרא"ש ודעמ"י דמצד הא דעביד דינא לנפשי פטור בחבלה צ"ב כנ"ל אמאי בעינן לזה קרא. ובדברי הראב"ד שהעיר כבר דאי

איכא הפסידא אמאי בעינן קרא ודאי דצ"ב אמאי לא הוקשה לו על ס"ד דהש"ס דהך דעבד הוא כדבר נחמן דעביד איניש דינא לנפשי דאמאי בעינן לזה קרא, וצ"ב.

**יח) רש"י ד"ה איסורא** - ורשאי להלקותו ולהפרישו דהאי דינא לאו לנפשי הוא - מבואר מדקדוק לשונו דמה שיכול להכות לאפרושי מאיסורא הוא מדין עביד איניש דינא, אלא דבהא כו"ע מודו כיון דאינו לנפשי. וע"י יש"ש לפירקין סי' ט' שהוסיף דרשאי להלקותו ולהפרישו מאיסור דעביד דינא להקבי"ה.

ולכאורה יש להעיר בזה, דלעיל גבי דלי המים דאמרו דמחמת הפסידא לכו"ע דן אדם דינא לנפשי, אמאי לא נימא אף בלא ההפסד דדן דינא להקבי"ה מצד איסור גזילה שבו. ויתכן ד"ל בזה, דהא בריא דבנידון התם היה לו הפסד, כדאיתא להדיא בהש"ס, ועד כמה שיש לו להאדם הפסד, כד דן את הדין אי אפשר לומר דדן דינא להקבי"ה כיון דאית ליי רווח ממון בזה, ונמצא דמאחר דלמעשה היה בזה פסידא ליכא להתיר ליי לדון אלא מפאת ההפסד ולא מצד שדן דין להקבי"ה.

שו"ר בברכת אברהם שהקשה כקושי הנ"ל, וכתב דשאל כן למרן הגרי"ז צ"ל ואמר לו דלא קשה כלל, דבשלמא איסור שפחה דהוא דין איסור המפורש בתורה, בזה אמרינן דכל אחד יכול להפרישו, אבל דין גזל הרי זה תלוי אם הצדק עם זה או עם חבירו, ובה צריכים ב"ד על זה גופא לקבוע שאמנם גזל הוא ושיש צורך להפרישו. אלא דיעו"ש שהעיר על דברי הגרי"ז מדברי הרא"ש בפירקין סי' י"ג שכתב, וז"ל: וכן אם רואה אדם שישאל מכה את חבירו ואין יכול להציל אם לא שיכה את המכה אע"פ שאין מכה מכת נפש מותר להכות המכה לאפרושי מאיסורא כדאמרינן לעיל בנרצע שנשא שפחה כנענית וכו', עכ"ל, ואילו לעיל מיניי כתב הרא"ש דאפי' אדם מותר לו להכות חבירו אם חבירו התחיל להכותו, וא"כ לכאורה אם אדם רואה את חבירו מכה אין הדבר ברור דעביד איסורא, דדילמא חבירו הכהו תחילה ויתכן שיש לו היתר להכותו, ולדברי הגרי"ז לא היה צריך להיות מותר לו למונעו על ידי הכאה כיון דלזה גופא בעינן בית לפסוק אם אסור לו להכות, ומ"מ כתב הרא"ש דשפיר דן דינא בכה"ג, ע"ש מה שנדחק בזה. ולמשנ"ת ע"פ דברי המהרש"ל אתי שפיר, דהתם לית ליי בגוויי מידי וכיון דעל פניו נראה דנעשה איסורא שפיר מיקרי שדן דין הקבי"ה בזה.

והנה כתב הרמב"ם בפ"ג מהלי עבדים ה"ה, וז"ל בא"ד: נרצע שמסר לו רבו שפחה כנענית והגיע יובל והיה רבו מסרב בו לצאת ואינו רוצה לצאת וחבל בו פטור שהרי נאסר בשפחה, עכ"ל, והוא כדאיתא בסוגיין עד האידנא התירא והשתא איסורא, ולכאורה צ"ב, דהא לא הוצרכו לומר כן בסוגיין אלא למייד דלא עביד איניש דינא לנפשי, אבל הרמב"ם הרי פסק בפ"ב מהלי סנהדרין הי"ב כרב נחמן דעביד איניש דינא לנפשי וא"כ בנ"ד לא בעינן להא דנאסר בשפחה. וכבר הקשה כן בלח"מ, ע"ש שכתב שפירש הרמב"ם סוגיין באופן אחר, דהא אף רב נחמן דאמר דעביד דינא לנפשי, אין זה אלא משום שגורם לו הפסד, רק שיכול לחסוך ההפסד על ידי הליכה לב"ד וס"ל לרב נחמן דיכול לעשות דין לנפשי ולא להטריח ללכת לב"ד, אבל בכגון נ"ד הרי לית ליי הפסד כלל, אלא אדרבה הרי העבד רוצה לעבוד, ובה אף לרב נחמן הוה לן למימר דלא עביד דינא לנפשי, ונמצא דבעינן לתירוץ הש"ס אף לרב נחמן, ואתיין שפיר דברי הרמב"ם. והנה מש"כ דליכא בזה הפסד כלל צ"ב קצת, דהא בכלות הזמן אסור להשתעבד בו וודאי דאית בזה הפסד במה שיאכל העבד משלו ואינו יכול להשתעבד בו, וכמש"כ הראב"ד הנ"ל. וע"י תומים סי' ד' סק"א שכתב בדברי הרמב"ם דמיירי שאין העבד ברשות האדון ולא מיקרי בכה"ג לנפשי כלל, ודין עביד דינא לנפשי היכא דהוא ברשותו שפיר מבואר בהלי סנהדרין, והכא דיכול לחבול בו אינו אלא משום דאית בזה איסורא ולאפרושי מאיסורא. וע"י מל"מ



פ"ג מהל' עבדים משי"כ בשם המהרש"ך בביאור דברי הרמב"ם.

ונראה דיש לבאר סוגיין לשיטת הרמב"ם באופן אחר, והוא ע"פ המדויק בדברי הרמב"ם בהל' סנהדרין בעיקר דינא דעביד דינא לנפשי דלא הזכיר הא דאם חבל בחבירו פטור. וכבר הערנו לעיל דמסוגיין דהוה ס"ד דטעמא משום דעביד דינא לנפשי מבואר להדיא דאם חבל בו פטור. ונראה דהוה ס"ל להמקשן דליכא דרך אחרת לבאר הך דינא אלא משום דעביד דינא לנפשי, דהא ליכא פסידא, ואה"נ היה מוכרח מזה דע"כ דאם חבל בו פטור, (ועי' נח"ד שכתב בעין זה), אלא דדחואה דמיירי בעבד גנב אשר אית בזה פסידא, ולפי זה אין מוכח דאם חבל בו פטור אלא היכא דאיכא פסידא. ורב נחמן בר יצחק שאמר דמיירי בעבד שמסר לו רבו שפחה כנענית ומשום אפרושי מאיסורא, פליג על הנ"ל וס"ל דבאמת מצד הא דעביד דינא לנפשי לא הוה אמרינן דאם חבל בו פטור, אשר על כן מוכרח דמיירי במסר לו רבו שפחה כנענית ומשום אפרושי מאיסורא, אשר לפי"ז שפיר פסק הרמב"ם כרב נחמן בר יצחק דמשום עביד דינא לנפשי אף במקום דאיכא פסידא אם חבל בו חייב, והכא דקתני דאם חבל בו פטור אינו אלא משום לאפרושי מאיסורא, דבזה נתחדש בקרא דאם חבל בו פטור, ושפיר הביא הרמב"ם דין זה להלכה אף דפסק דעביד דינא לנפשי, וכמשנית, ודוק.

אלא דעדין יקשה ממאי דאיתא לעיל דלמ"ד עביד איניש דינא לנפשי יכול לשבור את שיניו. אכן יש לומר בזה על פי יסוד דברי האגרות משה על פי ליטנא קמא דרש"י לעיל דהא מיהא דלכו"ע היה מסורה דפליגי רבנן אבן גבג, ויתכן שפירש הרמב"ם דבהכי פליגי אי מדין עביד דינא לנפשי איכא אמרינן דיכול גם להכותו, דבן גבג ודאי דס"ל הכי אשרא ממילא עדיף שיכהו בשיניו ולא יכנס שלא ברשות ויראה כגנב. ורבנן דפליגי היינו משום דס"ל דליתא להך דינא, דלעולם אף דודאי עביד איניש דינא לנפשי, מ"מ אין יכול להכותו, אשר ממילא מאחר דעביד דינא לנפשי וליכא עצה להנצל מן הטירחא אלא ליכנס שלר ברשות, לא חיישינן דלחשש הרחוק דשמא יראה כגנב. ולפי"ז ע"כ צ"ל דמאי דאמר רב נחמן דהיה מכהו ע"כ דלא ק"ל כותמי בזה אלא בעיקר דינא דעביד איניש דינא לנפשי, דקיימא לן כרבנן דפליגי אבן גבג. ונמצא דלהלכה דק"ל כרבנן, ליתא להך דינא, אשר על כן אין זה מוזכר כלל בדברי הרמב"ם, ומאי דהביא דאם הכהו פטור אינו אלא היכא דהוי מצד כפייה על המצוות, וכנ"ל, ועדין צ"ע בזה.

**יט) רש"י ד"ה הא שברה חייב- ואוקמא רב לעיל בממלא רה"ר כולה חביות אלמא לא עביד איניש דינא לנפשי אפי' במקום פסידא- כלומר, וקשיא לתרוייהו, וכן הוא בחידושי הראב"ד, ע"ש. אמנם בתוס' ד"ה טעמא דנתקל הא שבר חייב פליגי וס"ל דודאי מיירי בממלא כל רה"ר חביות וכו', אך לא קשיא אלא לרב נחמן, דלא חשיב כה"ג איכא פסידא, דאדם יכול להקיף ברה"ר ולילך בכל מקום שירצה.<sup>4</sup> ויעויין שו"ת בית אפרים חו"מ סי' ע"ט שביאר דברי רש"י דמאחר דהאי מאן דמילא חביות ברה"ר עשה כן שלא ברשות, אין מתחשבים במה שיכול לטרוח ולעקוף ולילך במקום אחר בכדי דנימא דחשיב דליכא הפסד, אלא מאחר שעשה שלא ברשות אין מוטל על זה טירחא זו כלל וחשיב שפיר אית ליה הפסידא ולכו"ע דאין דינא לנפשי. והתוס' ס"ל דסו"ס מאחר שיכול להקיף לא חשיב הפסידא בכך ולא דאין דינא לנפשי אלא לרב נחמן. וצ"ב מהו יסוד פלוגתתם בזה.**

וע"ש עוד בחידושי הראב"ד שכתב פירוש אחר דמיירי בין בממלא בין באינו ממלא וליכא פסידא

וקשיא לרב נחמן. ואף בזה פליגי התוס', דכתבו דבלא ממלא לא יקשה כלל ואפי' לרב נחמן, דאין לו לשבר דאיבעי לי לסגויי באידך גיסא, ודברי הראב"ד לכאורה צ"ב.

והנה מאי דעביד איניש דינא לנפשי לכאורה יש לבאר ב' אופנים, ד"ל דהוה משום מעשה השני שנעשה נגדו, או י"ל דהוה משום מה שהשני הפסידו, ולרב נחמן אף שיוכל אח"כ להשלים ההפסד, מ"מ כיון דבעצם עכשיו מפסידו אמרו דדאין דינא לנפשי. ויתכן דבהכי תליא פלוגתת הראשונים הנ"ל, דהראב"ד ס"ל דמשום עצם המעשה שנעשה נגדו שלא ברשות נאמר דדאין דינא לנפשי, אשר ממילא אף בלא ממלא כל רה"ר חביות מאחר דסו"ס עשה שלא ברשות שלא יוכל ללכת במקום החביות שפיר אמרינן דדאין דינא לנפשי. וטעמא דמאן דפליג ולא דאין בזה דינא לנפשי היינו משום דלא חשיב ליה מאי דאינו יכול ללכת במקום זה כיון דנשאר לו שאר מקום רה"ר פנוי ויכול ללכת בנקל, כלומר, דלעולה כזו לא אמרו דדאין דינא לנפשי, אבל היכא דממלא כל רה"ר חביות, אף דיכול לעקוף רה"ר, מ"מ שפיר חשיבא מאי דעשה על ידי שמילא כל רה"ר חביות מעשה שלא ברשות שיהא דין דינא לנפשי. אכן התוס' ס"ל דמאי דפועל שידון דינא לנפשי הוא ההפסד, אשר ממילא היכא דלא מילא כל רה"ר חביות וליכא טירחא כלל לא חשיב זה הפסד כלל ולכו"ע לא דאין דינא לנפשי, רק היכא דמילא כל רה"ר חביות דשפיר אית בזה טירחא אמרינן דלרב נחמן דאין לנפשי, אכן למאן דפליג לא אמרינן דדאין דינא לנפשי מצד הטירחא רק משום הפסד שלא יוכל להשלים, אשר ממילא אף היכא דמילא כל רה"ר חביות לא דאין דינא לנפשי. ודעת רש"י דהיכא דמילא כל רה"ר חביות הך טירחא פסידא ודאין לנפשי לכו"ע, אבל בלא מילא לא עביד דינא לנפשי אפי' לרב נחמן, י"ל דס"ל לכו"ע לא חשיבא מאי דהעמיד חבית ברה"ר היכא דלא מילא מעשה חמור שנאמר בזה דעביד דינא לנפשי כיון דיכול בנקל לעבור, אשר להכי כתב דע"כ מיירי דמילא כל רה"ר חביות, והיכא דמילא כל רה"ר חביות לכו"ע דאין דינא לנפשי דמעשה שלא ברשות כזה לכו"ע פועל שיוכל לדון דינא לנפשי.

**כ) רש"י ד"ה בשאינה יכולה להציל ע"י דבר אחר- אלמא לא עביד דינא לנפשי אפי' במקום פסידא- וקשיא לתרוייהו, וכ"ה בניי, ע"ש. אך יעויין בחידושי הראב"ד, וז"ל בא"ד: איני במצות שאינה של חבלות דליכא פסידא וקשיא לרב נחמן, עכ"ל. ואי נימא דמאי דלרב נחמן עביד דינא לנפשי הוא משום ההפסד, ואף הטירחא חשוב הפסד, יתכן דבליכא חבלה לכו"ע לא עביד דינא לנפשי כיון דליכא אף עתה הפסד כלל. והראב"ד לשיטתו דס"ל דמאי דעביד דינא לנפשי יסודו משום העולה שנעשה ולא מחמת ההפסד, שפיר כתב דאף בלא חבלה חשיב זה מעשה שלא ברשות אשר פועל שתוכל לדון דין לנפשה, ודוק.**

והנה בהני קושיות דלקמן מהיתה דרך רבים וכו' ופאה, פירש הראב"ד דלא קשי' אלא לרב נחמן, דלא חשיב פסידא, וכתב בטעם הדבר (גבי פאה) דהוה משום ד"הואיל ובתחילה אפקי מדעת' אע"ג דהשתא שקלי לה שלא כדן כמי דאין לו פסידא חשיב ליה דהוה פשע אנפשי דשקבה דלא באנפיהו וזה הטעם עצמו לדרך הרבים דהוה פשע אנפשי והוה הביא עצמו בכך". ונראה דטעם זה אינו אלא לשיטתו דיסוד הדין הוא מצד המעשה שלא ברשות והעולה, אשר בזה שפיר כתב דמאחר שהוא הביא על עצמו והביאם שם מדעתו לית בזה עולה דנימא דמהאי טעמא ידון דינא לנפשי, אך אי נימא דיסוד הדין הוא מצד ההפסד, יתכן דאכתי חשיב הפסד, דהא בהפסד כעין זה אילו היה בא לבי"ד שפיר היו נותנין לו (לפום ס"ד דהש"ס), וא"כ קושיות הש"ס לכו"ע.

ומדברי התוס' שכתבו בד"ה ולינקוט פזרא וליתב, וז"ל: וס"ד השתא דשלו לא הגיעו לפי שאין יכול להזמין כל עוברי דרכים לבית דין, עכ"ל, מבואר באמת דהקושי לכו"ע, דהא טעמא דמאן דס"ל דלא

<sup>4</sup> ובדברי התוס' יקשה מצואר לכאורה דנחצית נקשות המזיק לעיל חשיב אית ליה פסידא, ולפי"ז יקשה מה הקשו מהתם אלכך יהודה, עי' מהרש"א מש"כ בזה.

עבד דינא דנפשי אינו אלא משום שיכול לבוא לביד, והכא דינא יכול להביא כל עוברי דרכים לבית דין הרי לא יועיל לו מה שיבוא לביד, ולכו"ע עבד דינא דנפשי בכה"ג.

**כא) רש"י ד"ה כשיכולה להציל ע"י דבר אחר-**  
דלא דינא עבדא- כלומר, דמאחר דאין עשיית הדין מחייב לעשות כן, מה שעושה כן אינו משום דין כלל, דמשום דין לא הוה בעינן לזה, ואין הפירוש דחשיב עשיית דין אלא דליכא היתר לעשות כן כיון דאפשר בדרך אחר, וכן מבואר גם בדברי התוס', וז"ל: וע"י שט"מ בשם גליון ותוס' רבינו פרץ. וע"ש ברבינו פרץ שמקודם הביא ביאור אחר, וז"ל: פירוש דאכא פסידיא וקשיא לכולהו ומשני לא בשיכולה להציל והכי פירושו והשתא ליכא פסידיא אך קשה דמכל מקום תקשי לרב נחמן וכו', עכ"ל, ע"ש דמסיק כפירוש רש"י.

ונראה דיתכן פירוש זה שהביא רבינו פרץ אי נפרש דאף לרב נחמן דס"ל דעבד דינא דנפשי מ"מ יסוד הדין הוא משום ההפסד, אלא דאף שהיה יכול להשלים ההפסד על ידי הליכה לביד, מ"מ כיון דכרוך הדבר בטירחא אין מתחשבים באפשרות זו ושוב עבד דינא מצד ההפסד. ואי נימא הכי אתי פירוש זה שפיר, דמאחר דיכולה להצילו במקום אחר, הרי שוב לא חשיב הפסד כלל ואף לרב נחמן לא אמרינן בזה דעבד דינא לנפשי. ורש"י ותוס' דפליגי ע"ז היינו משום דס"ל דבכה"ג לאו דינא הוא.

**כב) הרי שהיתה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו וכו' ואי עבד איניש דינא לנפשי לנקוט פזא וליתבי-** והיינו משום דס"ד דהחליפין קיימין הן מן הדין כיון דזה נהנה וזה לא חסר והוי מדת סדום- כן מבואר בראשונים. ומאי דצ"ב לכאורה היכן מצוינו דמשום דזה נהנה וזה לא חסר יהא מותר לקחת קרקע מחבירו ויחליף בשלו שלא מדעת חבירו, ע"י רבינו יונה ב"ב צ"ט ע"ב, הובאו דבריו בשט"מ שם, שכתב, וז"ל: ואפשר לומר כיון דלא קנה לי גופא אלא להילוכא בעלמא ולא עוד אלא דגופה של בעל השדה וכו' כגון זה כופין על מדת סדום ליתן להם הילוך מן הצד שאין חסרין בכך כלום, עכ"ל. וביאור דבריו, דמאחר דאין לו להאחר אלא זכות השתמשות ולא בעלות בגוף הקרקע, אם אך עדיין יהיה לו אותו השתמשות על ידי שיתן לו דרך אחר ס"ד דמהני מטעם זה נהנה וזה לא חסר. וע"ש בחידושי הרשב"א שכתב ד"ל דמשום דקתני מה שנתן נתן והרבים עושין דרכן שם, נראה שנתרצו בחליפיו ושחליפיו חליפין, וכיון שכן שלו הגיעו וליעבד דינא לנפשי לכלות דרך הרבים משם, והוא דלא כדברי רבינו יונה.

**כג) רש"י ד"ה א"ה-** דלאו חילוף הוא אמאי שלו לא הגיעו- דבריו צ"ב, ע"י תוד"ה אי הכי דלא גרסינן הכי, וע"י מהרש"א במהדו"ב. וע"י ביאור הגר"א חו"מ סי' שע"ז סק"ב, דמדברי רש"י מבואר דאף היכא דהחזיקו במצר שלא ברשות אמרינן דמצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו, דהא לדברי רש"י קושיית השי"ס היתה על הדרך באמצע אמאי לא הגיעו, וע"ז תירצו דהיינו משום דמצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו, והתם הרי נטלו שלא ברשות, רק לשיטת התוס' ושא"ר דקושיית השי"ס היא אמאי מה שנתן נתן, וע"ז באה התירוץ דהוי מצר שהחזיקו בו רבים, לדידהו הרי מה שנתן להם בצד ברשותו הוא והחזיקו בו ברשות. ומדברי הגר"א מבואר דלא כמש"כ במהדו"ב.

**כד) תוד"ה אמאי זה זה פאה-** דבשלמא אותו שנטלו הואיל דנטלו מדעתו אלא אותו שהניח סתמא דמילתא היה בדעתו שאם יטלו מצד אחר שיחזור ויזכה בה- צ"ב לכאורה מה כוננת בזה, דמאחר שעשאה פאה האידן יטלו שוב אח"כ, ואי נימא דר"ל דעשיית הפאה מתחילה היתה על תנאי שלא יקחו ממקום אחר ועתה שלקחו ממקום אחר נמצא שלא היה פאה מעולם, יקשה אמאי פטור מן המעשר, הרי לא היה פאה כלל, וצ"ב. שו"ר שהקשה כן בקוב"ש ח"ב סי' י"ד אות י"א, ע"ש שהעיר עוד מה הדמיון

להפקיר וחזר וזכה דפטור מן המעשר, הרי התם אף שזכה אח"כ מ"מ לפני כן היה הפקר גמור וחילל ב"י פטור מעשר אשר שוב לא מתחייב כד הדר זכה, משא"כ בני"ד אי נימא דכוננתו דאי יקחו ממקו"א אינו עושה מכאן פאה כלל, הרי נמצא שלא היה פאה מעולם ואמאי פטור. שו"ר ראיתי שקושי' זו כבר נתקשו בה רבותינו הראשונים, ע"י תוספות תלמיד ר"ת ור"א שכתב, וז"ל: תימא הוא למה פטור מן המעשר דאם הוא הפקר שעה אחת היאך יכול להוציאו מיד העניים אלא בעל כרחין משום האי טעמא מוציאו מיד עניים דלא הפקירו אלא על מנת שלא היו נוטלין מצד אחר וכיון שנטלו מצד אחר איגלאי מילתא למפרע דאינו הפקר אם כן היאך פטור מן המעשר כיון שנתגלה הדבר שלא היה הפקר אפילו שעה אחת והא הוי כמפקיר על תנאי גימגום מ"ר, עכ"ל.

וע"ש בקוב"ש שכתב דשמא י"ל דכמו דמצינו לענין הפקר בנדרים דף מ"ד דיכול להפקיר לזמן לומר שדה זו מופקרת ליום אחד לחדש אחד ה"נ בפאה דהויא הפקר לעניים כמבואר בירושלמי רפ"ה דפאה, הובאו הדברים בר"ש שם, יכול לומר שבלת זו תהיה פאה ליום אחד ואח"כ תהא שבלת אחרת וה"נ יכול להתנות דמה שהניח יהא פאה עד שיבואו עניים ויטלו מצד אחר ואז יהא נפקע שם פאה משבלת הראשונה ויחול על השניה, והניח סברא זו בצ"ע. וכתב שם דיותר נראה דמאי דפאה פטורה ממעשר אינו מצד חלות שם ודין פאה כלל, אלא יסוד הפטור הוא משום דבפועל ידך וידו שוין, וכמבואר מדברי התוס' ד"ה זה וזה פאה לפוטרו מן המעשר, כלומר דבמציאות היה יכול הלוי לקחתו, אשר ממילא אף אי נימא דמאחר שלקחו עניים במקו"א נמצא למפרע שלא היה במקום זה פאה כלל, מ"מ הא מיהא דעד שלקחו מהמקום האחר היה יד כולם שוין בפאה שבמקום זה, אשר זהו יסוד הפטור ממעשר, ושוב אינו מתחייב אף דנמצא למפרע דמעולם לא היה פאה, ע"ש כל דבריו.

אולם מדברי התוס' לא משמע כביאורו ה"ב, דהא כתבו דהיה בדעתו שאם יטלו מצד אחר **שיחזור ויזכה בה**, ואילו לפי מש"כ בקוב"ש אינו חוזר וזוכה בה אלא נמצא שלא היה פאה מעולם. ועוד, דעצם הדבר שכתב ע"פ דברי התוס' דיסוד הפטור הוא המציאות דידו וידך שוין לכאורה אין זה מוכרע, דבפשטות י"ל דאף לדידהו יסוד הדין הוא דמאי דחל על החפצא שם פאה פוטרו ממעשר, אלא דחלות זה הפטור אינו חלות הפקר וכדברי רש"י, אלא חלות בחפצא אשר על ידו וידך שוין בו, ואינו נפטר ממעשר על ידי הא דבמציאות היה זמן שידו וידך היו שוין בה, אשר ממילא מאחר דנמצא למפרע דמעולם לא היה פאה לא שייך לומר שיפטר ממעשר, וכנ"ל. וע"י תורת זרעים פאה פרק א' משנה א' שצדד אף הוא כמהלך הנ"ל דפטור מעשר תלוי במאי דידו וידך שוין ולא בעצם השם פאה, אלא דהקשה על זה מדברי הירושלמי דמבואר שם דלמ"ד דיש לפאה שיעור למטה אם פחת משיעורו צה שנתן נתן והרי הוא לעניים, ומ"מ חייב במעשר עד שישלים משום שאין עליו תורת פאה, הרי מבואר דהפטור ממעשר מיתלא תלי בחלות שם פאה ולא במאי דידו וידך שוין בו. וגם משמע מדברי התוס' דלא כמו שצידד בקוב"ש בריש דבריו דהוי כמין הפקר לזמן, דהא כתבו התוס' דבדעתו שאם יטלו ממקום אחר יחזור ויזכה בו, כלומר, דבעינן לזה זכייה מצדו, ואילו למש"כ בקוב"ש כיון דלא היה פאה אלא עד כמה שלא לקחו ממקום אחר, מאותו הזמן שלקחו ממקום אחר הרי תם זמן ולכאורה אינו צריך בזה שום זכייה.

והנה כתב הרמב"ם בפ"א מהל' מתנות עניים ה"י- י"א, וז"ל: נאמר במתנות עניים לעני ולגר תעזוב אותם כל זמן שהעניים תובעין אותן פסקו העניים לבקש ולחזור עליהן הרי הנשאר מהן מותר לכל אדם שאין גופן קדוש כתרומות ואינו חייב ליתן להן דמיהן שלא נאמר בהן ונתן לעניים אלא תעזוב אותם ואינו מצווה לעזוב אותן לחיה ולעופות אלא לעניים והרי אין עניים. מאימתי כל אדם מותרין בלקט משיכנסו

המלקטין שניים וילקטו אחר מלקטים ראשונים ויצאו, עכ"ל. ובקוב"ש ח"ב סי' י"ז דן בדברי הרמב"ם האלו וחקר בגדר לקט שכחה ופאה קודם שהגיעו ליד העניי או חשיבן ממון עניים כמו תרומה דחשיבן ממון הכהנים, או דלעולם אינן ממון עניים אלא דהויין כמין הפקר לעניים (או כמין חלות שם לקט שכחה ופאה אשר דינם לינתן לעניים) אבל ממון עניים אינם כל עוד שלא זכו בהם העניים. וכבר כתב שם דמדברי הרמב"ם בריש פ"י שם משמע להדיא דהלוקח מתנות עניים לעצמו אין בזה משום לא תגזול אלא עובר אמאי דבעינן תעזוב, אשר מבואר לכאורה מזה דלעולם אינם ממון עניים, דא"כ היה בזה משום גזל, אלא דין מסויים הוא דמתנות עניים דדינם לינתן לעניים אך אכתי אינם ממון עניים, וכן הוכיח מדברי הירושלמי, ע"י כל דבריו. ועפ"ז ביאור דברי הרמב"ם בה"י וי"א הוא דכן הוא גדר הך דינא שינתנו לעניים, דליתא לדין זה אלא היכא דאיכא עניים לתתם להם אבל היכא דליכא עניים, אף דאכתי שם לקט שכחה ופאה עלייהו, מ"מ פקע מהם הדין שינתנו לעניים. ע"ש בקוב"ש שהאר"ך בהאי ענינא.

ומבואר מזה דאף דהוי פאה, מ"מ איכא מציאות דשוב ליתא לדין לינתן לעניים ויכול לקחתה לעצמו. אשר לפ"ז יתכן לומר בביאור דברי התוס' דמאחר דדעתו שאם יטלו מצד אחר שיחזור ויזכה בה, כשלוקחין מצד אחר שוב פקע על ידי תנאו דינא דתעזוב מן הפאה ושפיר יכול לזכות בה, דהא חזינן דאיכא מציאות כזאת דאף דהוי פאה מ"מ יכול לזכות בה, וכנ"ל. וכיון דבאמת היה בזה דינא תעזוב לעניים ולא אמרינן דלא היה פאה למפרע, שפיר אמרינן בזה דפטור מן המעשר.

**(כה) תוד"ה זה זה פאה הפוטרו מן המעשר כדנתיא כו' -** ופאה דמיטרא מן המעשר לא מטעם הפקר דהא תנן במסכת פאה ב"ש אומרים הפקר לעניים הפקר ובי"ה אומרים אין הפקר עד שיפקיר אף לעשירים כשמיטה אלא היינו טעמא דמיטרא כדדרשינן בספרי ובה הלוי כי אין לו חלק ונחלה עמך יצא זה שיש לו חלק ונחלה עמך שאם הוא לוי עני נוטל פאה וכו' - ע"י המשך דבריהם - ולדבריהם לכאורה נחלקו בד"ז אי הוי פאה גדר דהפקר או לא ב"ה ובי"ש, דב"ש דילפי מהכא דמהני הפקר לעניים ולא לעשירים ס"ל דהוי גדר דהפקר אשר על כן שפיר ילפינן מינה לעלמא, ואילו ב"ה ס"ל דאינו גדר דהפקר, אשר ממילא לא שייך דינא דהכא לדין הפקר אלא ילפינן משמיטה דבעינן הפקר לעניים ולעשירים. ומדברי רש"י מבואר דמאי דפטורה פאה מן המעשרות הוא משום דהוי הפקר, ודלא כדברי התוס'. וכן הוא גם בארוכה בתוס' תלמיד ר"ת ור"א, ע"ש שכתב, וז"ל: ופאה הויא הפקר אף על פי שאין מפקירין לעשירים אלא לעניים ופלוגתא היא במסכת פאה בית שמאי אומר הפקר לעניים הפקר ובית הלל אומר אינו הפקר עד שיפקיר אף לעשירים כשמיטה מכל מקום כיון שהפקיר לשם פאה בהא כולי עלמא מודו דהוי הפקר דהא טעמייהו דבית שמאי נמי דאמרי הפקר לעניים הפקר היינו דילפינן מפאה דכתיב לעני ולגר תעזוב אותם יש לך עזיבה אחרת שהיא כזו ומה היא זו לעניים ולא לעשירים ובית הלל אומרים ילפינן משביעית דכתיב תשמטנה מה תלמוד לומר ונטשתה יש לך נטישה וכו' אף במקום שנאמר במקום אחר לעניים מיהו בפאה מודים בית הלל דהפקר הוא אע"פ שאינם לעניים, עכ"ל. ולדבריהם פלוגתת ב"ה ובי"ש אינו אלא אי ילפינן מפאה דכל הפקר לעניים הוי הפקר או דילפינן משביעית שבעינן שיהא הפקר גם לעשירים, אבל לכונ"ע פאה הויא הפקר אף דלא הוי אלא לעניים, ודלא כדברי התוס'.

ומדברי הירושלמי ריש מס' מעשרות, הובאו הדברים שם בר"ש, משמע לכאורה כדברי רש"י ודעמי' ודלא כדברי התוס', דמהך קרא דובא הלוי כי אין לו חלק וכו' ילפינן לפטור ממעשר בין בלקט בין בהפקר, וכ"ה בתוס' לקמן דף ס"ט דהא דהפקר פטור מן המעשר

ילפינן לה מהך קרא, וכ"ה בר"ש סופ"א דפאה<sup>5</sup>, אשר משמע מזה דפטור הפקר ופטור פאה מן המעשרות חד דינא נינהו, ופטור דהפקר גופא מהך קרא הוא. (ע"י קוב"ש ח"ב סי' י"ז אות ט"ו) ויעינן ירושלמי ריש פ"ו דפאה דמפרש טעמא דב"ש דסברי הפקר לעניים הפקר דילפי' מפאה ובי"ה לא ילפי מפאה משום דכתיב תעזוב אותם מיעוט זה לעניים ולא לעשירים אבל מה שנאמר במקום אחר לעניים ולעשירים, הרי להדיא דאף לבי"ה הוי פאה דין הפקר, אלא דאינו אלא לענין פאה. (ע"י קוב"ש ח"ב סי' י"ז אות ג') ויסוד דרשת הספרי הוא למילף דהפקר פטור מן המעשרות, וכנ"ל.

ואשר לטענת התוס' דהא ס"ל לבי"ה דהפקר לעניים ולא לעשירים לא הוי הפקר ולא הוי פאה הפקר, י"ל בפשטות דיסוד הדין בזה הוא דבעלמא אינו יכול לעשות הפקר בכ"ה, אבל בפאה גילתה התורה דשפיר שייך לעשות הפקר בכ"ה, ושוב ממילא הוי הפקר אף דאינו אלא לעניים. וביתר ביאור, ע"י תורת זרעים פאה פ"ד מ"ט שכתב, "ואף דהפקר לעניים אינו הפקר מ"מ הרי הוא נעשה הפקר משום תורת לשו"פ, והיינו משום דין עזיבה לעניים". והכונה בזה לכאורה, דמעשה הפקר בעלמא אינו מעשה הפקר אם הוא לעניים ולא לעשירים, אבל מה שנעשה בפאה אינו מעשה הפקר בעלמא, אלא עשיית חלות פאה שגורה התורה, ודין הפאה הוא דהוי הפקר לעניים. וכן נראה ביאור מש"כ בתוס' תלמיד ר"ת ור"א ד"כיון שהפקיר לשם פאה בהא כונ"ע מודו דהוי הפקר". ויהא מוכח לפי כל זה דדין פאה אינו דהוי ממון עניים אלא חלות דין הפקר הוא, וז"פ.

ומדברי הירושלמי מבואר וכן מדברי התוס' בב"ב הנ"ל מבואר לכאורה דלא כדברי התוס' בסוגיין, אלא דיעינן קוב"ש שם ס"י אות י"ז שצ"ד דאפשר לומר דאף לדברי התוס' יסוד הפטור ממעשר הוא מטעם הפקר, רק דר"ל דלא הוה ידעינן לה מדפטור הפקר משום דהפקר דקרא מייירי בהפקיר לעניים ועשירים, אשר משו"ה בעינן ללימוד דאין לו נחלה וכו' אשר חזינן מזה דאף הפקר לעניים לחוד פטור מן המעשר כיון דחיילא דהפקר, ושוב הוי בכלל הפטור דהפקר. אלא דמדברי התוס' לא משמע כ"כ כדבריו, ועדיין צ"ב.

## כ"ח ע"ב

**(כו) תוד"ה ה"מ היכא דאפקרינהו -** ומיהו נראה דרב מצי סבר שפיר דהפקיר רשותו ולא בורו נמי חייב אע"ג שאבנו סכיננו ומשאור דלא דאפקרינהו לא הוי בור לרב היינו משום דעדיפי מבור ולחייב בהן את הכלים וכו' - ומדברי רש"י מבואר דאם אן אמרינן דלרב חייב משום שור, שוב ע"כ דלאו בורו הוא, ע"י דבריו לעיל דף ג' ע"ב ד"ה היינו שור שכתב, וז"ל: ולא תולדה דבור נינהו, עכ"ל, והוא כנ"ל.

וביאור פלוגתת רש"י ותוס' ודעמי' בזה, ע"פ הא דכתבו התוס' לעיל דף ג' ע"ב ד"ה משורו למדנו, וז"ל: היינו קרן וכו' וא"ת היכי גמר משור מה לשור שכן ב"ה וכוונתו להזיק ומפרש רש"י דאתי מבור ושור ממה הצד וכו' אבל קשה כיון דמבור נמי יליף לפטורו בהו כלים כבור ולקמן בהמניח מחייב בהו אב כלים וכו', עכ"ל. הרי דלדעת התוס' ילפינן להא דתקלה דלא דאפקרינהו שור לרב מצדה"ש דקרן ובור, אשר ממילא הוקשה להו דאי מצד השוה יליף לה יהיה בזה גם הפטור דבור ואמאי חייב אכלים. וע"י שט"מ שם בשם מ דבכה"ג אף דילפינן מצדה"ש אין בזה פטורים דב' המלמדים, אלא דנין בעיקר המזיק שבו לאיזה מהם דומה יותר, וזה שם המזיק, ואין בו פטורים אלא של עיקר שם המזיק דידי, ובתקלה דלא

<sup>5</sup> חננס הרמב"ם צפיה"מ ריש מעשרות כנת להא דהפקר פטור מן המעשר ילפינן לה מקרא דזרעך ולא קל הפקר.

אפקרינהו בעיקר הוי כמזיק דממונו, דהיינו שור, אלא דאיכא פירכא אשר לזה מהני הא דבור יוכיח, אמנם עיקר המזיק לעולם הוא שור. וכ"ה דעת הרא"ש לקמן דף ו' ודלא כ"ש מן הגדולים שם, ע"ש כל דבריו, ועי' חידושי מרן רי"ז הלוי על הרמב"ם מש"כ בבניאור דברי הרא"ש. ועפ"ז י"ל דס"ל לרש"י דע"כ ליכא למימר דלרב איכא לחיובי תקלה דלא אפקרינהו גם משום בור, דאילו היה כן, הרי היה פירושו דמאי דהוי ממונו אינו פוגע כלל בשם בור שבו והוי בור ממש, ואי דומה לבור ממש ודאי דלא היה שייך למילף דליהוי בעיקר שם מזיק שבו שור מצדה"ש דשור ובור דהא דומה ממש לבור והיה עיקר השם שבו בור, וע"כ דלרב אין זה כי אם שור ולא בור. והתוס' ס"ל דאם אן ילפינן לה מבור אף דיותר דומה לשור מ"מ יהיה בזה גם דין בור, אשר זהו דהוקשה להו דליפטר מכלים, ולשיטתייהו שפיר ס"ל דאף דנחייב משום בור ונימא ממילא דיותר דומה לבור, מ"מ הרי כיון דאיכא למילף מצדה"ש דשור ובור, שפיר אית בזה נמי משום שור, ודוק.

וכל זה אי נימא דמאי דס"ל לרב דתקלה דלא אפקרינהו חיובו משום שור מצדה"ש דשור ובור ילפינן עלה. אמנם יעויין חידושי הראב"ד בסוגיין שכתב, וז"ל: קשיא ל"י לדעת רב מאי ממונו איכא אי כשן הא אין הנאה להזיקין אי כרגל דשכיח הזיקיהו כרגל תינח ברשות היחיד ברשות הרבים מיהא ליפטר כרגל ועוד היכי שכיח הזיקיהו והלא אינם זזין ממקומן וכי' ואיכא למימר וכי' אבל הנך כיון דלא מפקר להו ודעתו למשקלינהו מהתם ממונו נינהו וכקן מועדת דמי שדרכן להזיק כשור המועד ולשן ורגל ליכא לדמויינהו לפטור ברשות הרבים דהנהו ברשות קא אזלי התם ומאן דמנח פירי או כלים הוא איהו פשע בנפשי' אבל האי לאו ברשות קא מנח להו ודמי כמי שכונתו להזיק בקרן מועדת דשכיחה הזיקה, וכי' עכ"ל. ומבואר מדבריו דלרב דמשורו למדנו הוי בעצם כשור, דליכא למיפדך מה לשור שכן כונתו להזיק, דהא דלאו ברשות קא מנח להו חשוב ככונתו להזיק ושפיר הוי כשור בלא צדה"ש דבור. (ולדידי' פשיטא דלא יקשה קושיית התוס' הנ"ל.) וחזינן מדבריו דמאי דמעלת קרן הוא מה שכונתו להזיק אין ביאורו דבעינן בעצם כונה להזיק, רק דעל ידי מה שכונתו להזיק חשיב כ"מזיק", אשר לזה מהני גם מה שמנחוה שלא ברשות, דשפיר חשיב על ידי זה ל"מזיק", כמבואר בדברי הראב"ד.

ואי נימא דס"ל לרש"י הכי (כדמשמע לכאורה מדבריו, דלא הוזכר כלל בדבריו הא דלרב ילפינן להא דכל תקלה דלא אפקרינהו שור מצדה"ש דשור ובור ומשמע דהוא שור כפשוטו), יש לבאר מאי דפליג אדברי התוס' בסוגיין באופן אחר, דס"ל דלא שייך שיהיה מזיק אחד ב' אבות, ואי הוי שור לא הוי בור ואי הוי בור לא הוי שור, ומאחר דס"ל לרב דמפאת היותו ממונו חיובו משום שור הוא, הרי זה שם מזיק דידי' ולא שייך לדונו משום בור.<sup>6</sup> והתוס' דפליגי היינו משום דס"ל דשפיר שייך לדונו כב' מזיקים, כדמוכח מקושייתם הנ"ל דמאחר דילפינן להא דהוי שור מצדה"ש יהיו לו פטורים דב' האבות כיון דדין תרויהו עלי.

וע"ש בהראב"ד שכתב עוד ביאור האיך חייב לרב משום שור, וז"ל בא"ד: אי נמי הכי קאמר רב היכא דלא אפקרינהו מזיק בממונו הוא ואהני ב"י פשיעת גופו לחיובו בנזק שלם וברשות הרבים, עכ"ל. ונראה ביאור דבריו, דעצם המזיק הוא שור, דהיינו ממונו, אלא דלהתחייב בעינן פשיעה באותו המזיק,

ולתחייב משום קרן בעלמא בעינן פשיעה בדבר שכונתו להזיק, ולהך תירוצא ס"ל להראב"ד דלא חשיב הכא ככונתו להזיק על ידי מה שהניח שלא ברשות, אלא דהכא איכא פשיעת גופו, כלומר, פשיעה דאדם המזיק, שהוא הוא שהניח שלא ברשות תקלה זו, אשר בזה מהניא פשיעה דאדם המזיק לחיובו משום ממונו, דהיינו, כקרן מועד, ודוק.

**כז) תוד"ה ה"מ היכא דאפקרינהו- אבל בור** ברשותו ליכא לחיובי משור דשור ברשותו פטור כדתנן חוץ מרשות המיוחדת למזיק לכל הפחות בור הוי ופטור על הכלים- הנה מאי דאי אפשר לחייבו ברשות המזיק משום שור הוא משום סברא דתורא ברשותי מאי בעי, ולכאורה אף בבור ברשותו איתא להך טענה ואמאי חייב משום בור. וסברא דמילתא י"ל, דבשור חיובו הוא עבור מעשה המזיק דממונו, ואם הך הדבר המזיק הוא ברשות המזיק שפיר אית בזה טענה דתורא ברשותי מאי בעי, אבל חיובא דבור הוא משום תקלה ולא משום מעשה המזיק, ומאחר דהבור הוא סמוך לרה"ר, הרי הקרקע רה"ר הסמוך להבור יש בו תקלה, שיכול ליפול לתוך הבור, אשר בזה ליתא לטענה דתורא ברשותי מאי בעי כיון דהרי הגיע לבור שהוא ברשות בעל הבור על ידי תקלה שמהוה ברה"ר הסמוך לו. שו"ר שכתב כע"ז בברכ"ש סי' י"ב, ע"ש.

אכן יעויין תוס' ר"פ שכתב בא"ד, וז"ל: דבבור ברשותו אין ליתן לו דין שור דאי"כ היה פטור עליו מידי דהוה אשור המזיק ברשות המזיק שפטור משום דאמרינן ל"י לאידך תורא ברשותי מאי בעי וכי' אלא משום גזירת הכתוב שחייב עליו מבעל הבור ישלם וכי', עכ"ל, הרי מבואר מדבריו דגוה"כ הוא דבבור ליכא טענה דתורא ברשותי מאי בעי ובאמת בלאו גוה"כ הוה פטרינן אף בבור ברשות מהאי טעמא.

והנה יעויין רש"י לקמן דמ"ט ע"א ד"ה כ"ע לא פליג דמחייב שכתב, וז"ל בא"ד: אבל ר' ישמעאל לא מודי ל"י לר"ע בבור ברשותו דקסבר כי אפקרנא לך רשותי לאטו לאיחיובי אנא בהזיקה אפקרתי, עכ"ל. ומבואר מדבריו דטעמא דבבור ברשות פטור ל"י ישמעאל אינו משום תורא ברשותי מאי בעי אלא משום הך טעמא דכי אפקרנא וכי' ולדידי' לא מצינו כל הך סברא דתורא ברשותי מאי בעי לפטור בור ברשות המזיק. ומדבריו בסוגיין מבואר דלית ל"י להך טעמא דתורא ברשותי מאי בעי בתקלה ברשותו אפי' לחיובו מדין שור, עי' ד"ה אבל לא אפקרינהו שכתב בא"ד, וז"ל: ושמואל סבר בהפקיר רשותו ולא הפקיר בורו נמי משתעי קרא ופטור בו את הכלים וכי', עכ"ל. הרי מבואר מדבריו דמאי דלשמואל הוי תקלה דלא אפקרינהו בור ולא שור הוא משום דהוא בכלל פרשה דבור ופטור בו את הכלים, אשר ממאי דפטור כלים מבואר דלא הוי שור כרב, הרי לנו דאילו הך טעמא שפיר היה חייב מדין שור וחייב בכלים, ולא הוה אמרינן בזה תורא ברשותא מאי בעי, ופטורא דתורא ברשותי מאי בעי לא שייכא אלא לגבי שור ממש של המזיק ברשות המזיק ולא לענין תקלה שחיובו מדין שור, והוא דלא כהנחת הראשונים. וסברא דהך מילתא, דבין אי מחייבין משום בור בין אי מחייבין משום שור הרי החפצא דהמזיק הוא תקלה וליכא מעשה מזיק, אשר ממילא עד כמה דמהוה תקלה, כגון בהפקיר רשותו ואל הפקיר בורו, לא שייך בזה טענה דתורא ברשותי מאי בעי.

**כח) תוד"ה ה"מ היכא דאפקרינהו- ומה** שבקונטרס רצה לחייב בהפקיר רשותו ובורו כמו בחופר בור ברה"ר אין נראה לר"י וכי' אבל הפקיר רשותו ובורו דחפר בהיתר וגם השתא דהפקיר לאו בעל הבור הוא לא מחייב וכי' וי"ל בביאור פלוגתתם, ע"פ הא דנחלקו רש"י ור"י לקמן דף מ"ח ע"א, ע"ש רש"י ד"ה הכא כיון דאית ל"י למלווייה שכתב, וז"ל מקמי דליפקר"י דהא בור דידי' הוא וכי אפקר בתר הכי נותן תקלה ברה"ר, עכ"ל. וביאור דבריו, דעל ידי הא דהו"ל למלווייה מיחשבא חפצא דתקלה דידי', וכד מפקיר ל"י חשיב עצם ההפקיר ככריית בור ברה"ר, כלומר, בהנחת תקלה ברה"ר.

<sup>6</sup> והנה מצואר מנכ"י בסוגיין דנפשטות היה לריך להיות חיוב תקלה ללא אפקרינהו משום שור, ומאי דלשמואל חיובו משום בור אינו אלא ממאי דס"ל דהוא בכלל פרשה דבור, אבל אי לאו הכי שפיר היה חיובו משום שור, אשך משמע דנפשטות מזה דמאי דנימא דהוי שור אינו מנל דה"ל אלא מחמת דכחל דנעלם הו"ל להיות שור. ומזה יאץ פשוט לאי חיובו משום שור היינו משום שור גרילא ולא אף משום שור.

אשר לפי שפיר ס"ל לרש"י דבהפקיר רשותו והפקיר בורו חשיב עצם ההפקר ככריית הבור והנחת התקלה ברה"ר וחייב על ידי ההפקר כמו דחייב בכרייה ממש ברה"ר. אכן יעו"ש תוד"ה וטינפו כליו דפליג הר"י אדברי רש"י דהתם וס"ל דהיכא דמפקר להו הוא פטור מידי דהוה אמפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס, הרי דלדידי לא חשיב עצם ההפקר ככריית והנחת תקלה בכדי לחייבו בכך. אשר זהו דפליג הר"י לשיטתו אמאי דס"ל לרש"י דבור שחייבה עליו התורה הוא בהפקיר רשותו והפקיר בורו, וז"פ לכאורה. ומסקנת התוס' שם דפירוש הקונטרס נראה יותר, ע"ש בדבריהם.

והנה ציין הגרע"א בגליוהש"ס לדברי התוס' לעיל דף ו' ע"א ד"ה מה לבור, ע"ש שכתבו, וז"ל: דאפילו עשאו ברשות ואח"כ תוד"ה כיון שהפקיר היינו שלא ברשות, עכ"ל, וכוונתו לכאורה, דמבואר מדבריהם דבהפקיר רשותו והפקיר בורו שפיר חייב משום בור, ודלא כדבריהם בסוגיין. והדברים לכאורה מבוארים, דהתוס' בדף ו' אזלי כמסקנת התוס' דדף מ"ח דפירוש הקונטרס נראה יותר, ושפיר ס"ל דמאי דמפקיר יתכן דחשיב ככרייה והרי הוא חייב משום בור, ובדברי התוס' דידן הרי בעל המימרא דבהפקיר רשותו והפקיר בורו פטור הוא הר"י, והר"י לשיטתו ס"ל שם דף מ"ח דלא חשיב הפקר כמעשה כרייה לחייבו משום בור, וז"פ.

ולכאורה יש לעיין בראיית התוס' דלשיטת רש"י הא משכחת לן בור של שני שותפין בפשטות שחפר בור בחצר של שני שותפין ושוב הפקירו השותפין רשותם ובורם, דאף לדידהו יקשה דהא משכחת לה בור של שני שותפין בהפקירו רשותם, דהוה להו למלויה ולא מלויה, והדר הפקירו את הבור, דבכה"ג שפיר חשיב בור של שני שותפין. ומוכח מדברי התוס' דאף בכה"ג שהפקיר רשותו והיה לו שהות למלויה, ושוב הפקיר בורו, הרי הוא פטור. וזה לכאורה צ"ב אמאי לא יתחייב מצד ה"הוה ל"י למלויה שלפני שהפקירן.

אכן הדבר פשוט לכאורה, דהנה לדעת רש"י נתבאר דס"ל דמה שמפקיר רשותו ובורו חשיב שפיר ככרייה, דלעולם לא בעינן כרייה ממש, אלא דבעינן שנעשה תקלה ברשות הרבים על ידו ובהכי סגי. וכמו כן לדעת רש"י מאי דאיתא לקמן דכיון דהו"ל למלויה ולא מליי כמאן דכרייה דמי הוא כפשוטו, דמה שהיה לו דבר שהוא שלו במקום שמהוה תקלה והיה יכול להסיר ולא עשה כן, הרי זה מחשיבו כבעל התקלה וכאילו עשה התקלה ברשות הרבים והרי הוא חייב. אכן לדעת הר"י בכדי להתחייב כבעל הבור על בור ברשותו הרבים בעינן כרייה ממש, דדווקא על עסקי הכרייה הוא דחשבתו תורה כבעל הבור, וכמו כן הא דהוה ל"י למלויה ולא מליי ע"כ דאין זה כרייה בור לחייבו, ומאי דאמרו דכיון דהו"ל למלויה ולא מליי כמאן דכריי דמי אין פירושו דחשיב על ידי כך ככרייה ממש, אלא ביאורו דהיכא דהתקלה היא ממונו אלא שנעשה תקלה באונס, מהניא הא דהו"ל ל"י למלויה ולא מליי להיחשב פשיעה בדבר ושיתחייב על ידי ממונו, אבל לעולם אין זה עושהו לבעל הבור כמו כרייה, וכנ"ל.

ועפ"ז מבואר היטב הך מילתא דמוכח מדברי התוס' דאף היכא דמקודם הפקיר רשותו ולא בורו, דחייב משום דהו"ל למלויה ולא מליי, מ"מ אם אחר כך מפקיר הבור הרי הוא פטור, דהא מאי דחייב מצד דהו"ל למלויה אין זה מחשיבו כבעל הבור, אלא דהוה כפשיעה בממונו שיתחייב, אך אין זה אלא עד כמה שלא הפקיר הבור, אבל מאחר שהפקיר הבור דתנו לא הוה ממונו, הרי אין הוא בעל המזיק כלל, דמצד מה שהיה שלו מקודם, הרי הפקירו, ומצד בור הפקר, הא ליכא כרייה דידי. וכ"ה באמת דעת ה"ה בחו"מ סי' תי"א דהא דאמרינן דמשום דהו"ל למלויה ולא מליי כמאן דכרייה דמי הוה רק כל זמן שהוא שלו ולא הפקירו אבל אם הפקירו ואינו שלו אינו חייב, ויש חולקים בזה. ודברי ה"ה מבוארים היטב לפי משנית.

ויתכן דתליא הך מילתא בחקירה הידועה בעיקר יסוד המחייב דנזקי ממונו אי הוה ממונו שהזיק, דחייב על מה שמזיק ממונו, או דפשיעתו מחייבתו על שהכשיר והזמין הנזק. ושמעתי ממו"ר זצ"ל בארוכה דנחלקו בזה רש"י ותוס', (עי' רש"י במשנה דלעיל דף ט' ע"ב), דרש"י ס"ל דהמחייב הוא הפשיעה ואילו התוס' ס"ל דהמחייב הוא ממון המזיק. והנה אי המחייב הוא ממון המזיק, מתבאר מאי דפועל כרייה בבור ברה"ר, דעל ידי הכרייה נעשה הבור שלו, והוה הוא הבעלים על המזיק, דהוה מזיק דידי, והיינו לכאורה, דאף דבעצם הבור הוא הפקר, מ"מ על ידי שהוא יצר הבור חשבתו תורה כבעל הבור. ופשוט דזה לא שייך אלא בכרייה ממש, אבל במאי דהוה שלו ואמרינן דהוה ל"י למלויה ולא מליי, הרי אין הוא מייצר את הבור, אלא הבור היה תקלה מקודם, וע"כ דלא מהניא הך דהו"ל למלויה וכו' אלא דיחשב פשיעה בממונו שיתחייב על ידי כך. וכן מובן מאי דלא חשיב לשיטת התוס' מאי דהפקיר רשותו ובורו לכריית בור, דהא לא עשה הבור על ידי כך דאף מקודם היה קיים הבור, רק שהיה ברשותו, אשר ממילא מאחר שהפקירו ליכא למימר דההפקר תיחשב כרייה, דאין נעשה על ידי ההפקר לבור (מזיק) שלו. וכל זה לשיטת התוס', אכן לדעת רש"י דמחייב נזקי ממונו הוא הפשיעה, נראה דגדר ממונו הוא דבעינן הוא משום דעל ידי דהוה ממונו חייב הוא לשמרו אשר ממילא נחשבת אי-שמירתו לפשיעה. ולדידי יסוד הא דפועלת הכרייה בבור ברה"ר הוא דמאחר שהוא פעל שתהיה תקלה ברשות הרבים הרי הוא אחראי על הזיקו ופושע בכך שלא שמרו. ולפי' פשוט דהוא הדין והוא הטעם היכא דהו"ל למלויה ולא מליי, דמאחר דמוטל עליו למלויה, שפיר אחראי על ההיזק מאחר שפשע במה דלא מליי. וכמו מבואר מאי דס"ל דהיכא דהפקיר רשותו ובורו חשוב עצם ההפקר ככרייה, דהא פעל על ידי כך שתהיה תקלה ברשות הרבים אשר ממילא נעשה הוא לאחראי על ההיזק היוצא מזה, ודוק.

עוד נקודה בדברי התוס'- יש לעיין בלשונם שכתבו "וכן חפר בור ברשותו סמוך לרשות הרבים באיסור חפרו ואפילו חופר באמצע רשותו והפקיר רשותו ולא בורו כיון דשלו הוא חייב להסיר התקלה כדאמרי' בהפרה דכיון דאית ל"י לממלייה ולא מלייה כמאן דכרייה דמי", דמאחר דלא הפקיר הבור אמאי בעינן בזה להא דהוה ל"י למלויה ולא מלייה ולא סגי במה דהיה לנו לחייבו משום שהוא ממונו, וכן מקודם בחופר בור ברשותו סמוך לרשות הרבים אמאי הוצרכו התוס' להוסיף דבאיסור חפרו, תיפ"ל דהבור ממונו הוא ומשו"ה חייב על נזקו. והאמת דדברי התוס' מבוארים בסוגי' דדף מ"ח דכל היכא דהו"ל למלויה ולא מלייה כמאן דכרייה דמי, ומבואר דלא סגי במאי דהוה הבור דידי אלא בעינן לזה מאי דכמאן דכרייה דמי, וצ"ב.

והמוכרח ומבואר מזה, דגם בבור ברשותו בעינן כרייה באיסור לחייב ולא סגי במאי דאית ל"י בור המזיק, אשר לזה בעינן שעצם התהוות הבור יהיה שלא כדן כגון שחופר סמוך לרשות הרבים דאסור להעמיד שם בור וחשיב כרייה. והיכא דחפר ברשותו והפקיר רשותו ולא הפקיר בורו, דנהי דכרייה היתה בהיתר, מ"מ מאחר דהבור שלו והו"ל למלויה חשיב שפיר המצאות הבור מחמת זה, דחשיב זה פשיעת כרייה לחייבו. וטעמא דהך מילתא דלא סגי במאי דהוה ממונו, ביאר מו"ר זצ"ל ע"פ דברי הברכ"ש הנ"ל לחלק בין שאר מזיקין לבין בור, דבכל המזיקים שהולכים ומזיקים איכא מעשה היזק ובעינן לחייב את הבעלים עבור מעשה היזק דהשור. אכן בבור ליכא מעשה היזק אלא הנזק נייעשה מאליו, וחייב הבעלים הוא שעשאו למזיק או שפשע בהעמדתו דחשיב כעשאו למזיק אשר יתחייב על ההיזק שנעשה בו בהיותו בעל התקלה.

**כט) השתא דאמרת אסו"מ כבורו דמי לר' יהודה דמחייב על נזקי כלים בבור לפיכך הטיח צלוחיתו באבן חייב** - צ"ב לכאורה מה החידוש בזה, שפ"ט דאי הוה בור חייב על הכלים לר' יהודה. אכן יעויין

תלמיד ר"ת ור"א שהעיר בזה וכתב, וז"ל: פירוש כיון דמדמית להו לבורו אם כן אינו חייב על הכלים אלא לר' יהודה והא גופא אתא לאשמעינן דאיכא מאן דמחייב על ניזקי כלים דהא ר' יהודה דמחייב על ניזקי כלים לאו במתני' היא אלא בברייתא וברייתא אינה ידועה לכל, מ"ר, עכ"ל.

**ל) רש"י ד"ה דלא כר"נ**- דאמר לקמן בשור שדחף את חבירו לבור כל היכא דליכא לאישתלומי מהאי שור משתלם מבור האי דעביד ל' הזיקא- לכאורה לא היה לו להביא כאן הך דליכא לאישתלומי שהנידון הוא אי השני חייב לשלם חיובו של הראשון היכא דליכא לאישתלומי מראשון, ע"י סוגי' דדף נ"ג, והכא שייך לכאורה לפלוגתא שם אי בעל הבור משלם את חלקו, אשר כתבו התוס' שם דהיינו טעמא דמאן דמחייב משום דחייב מעיקר הדין ומאן דפוטר הוא משום דרשה דכי יפול ולא שיפילוהו אחרים, ע"י רבנו פרץ בסוגיין שעמד בזה. והמוכרח ומבואר מדברי רש"י, דס"ל דאף מאי דמשלם בעל הבור את חלקו הוא מדין ליכא לאישתלומי, דבאמת גם ר"נ מודה לרבנן דבשור שדחף את חבירו לבור לא חשיב הבור מזיק וכל מאי דמחייב ר"נ הוא מדין כי ליכא לאישתלומי, דכיון דהבור גרם היזק חשבינן ל' כשותף לשלם את הזיקו של השור. וכן משמע מדברי רש"י בדף נ"ג שכתב דאמאי דאיתא דבעל הבור הזיקא עביד כתב "כלומר בתוך שלו נמצא הנוזק", ואילו לדברי התוס' יש לפרש דברי ר' נתן כפשוטו דלית ל' דרשה דכי יפול ולא שיפילוהו אחרים וחייב בחלקו מדין בור. (ממו"ר זצ"ל)

**לא) תוד"ה ונשוף באבן**- ואפילו שמואל מודה הכא דפטור כדפטר לקמן בהפרה נתקל בבור ונפל לאחורי הבור- דליכא לקמן דף נ' ע"ב ד"ה לשמואל (שציון הרע"א בגליוה"ש), שהביאו באמת ב' דיעות בזה אי טעמא דפטור בנפל מאחורי הבור הוא מטעם שכתבו כאן או מטעם דהתם נפל מקול הכרייה, ולעולם שפיר חייב אף על חבט קרקע עולם שנפל עליו מחמת התקלה, וכ"כ הרשב"א בסוגיין. ולפ"ז עכצ"ל דלשמואל אף בנתקל באבן ונשוף בקרקע חייב, וכ"כ בחידושי הרשב"א. והרשב"א הביא ראיה לדבריו מהא דלקמן דף נ' דלשמואל דמיחייב אגובה, ומשמע אף שנישוף בקרקע עולם. וע"י תוס' הנ"ל דף נ' דמתחילה פירשו באופן אחר, דמיירי התם שבנה גובה ה' וחפר ה', ובכ"ה"ג ודאי דחייב לשמואל. והתוס' בסוגיין אזלי בדיעה זו.

נמצינו למדים דנחלקו הראשונים בדעת שמואל דמחייב אחבטא אי היינו דווקא חבטא שמתחת למזיק אלא אפי' חבטא דקרקע עולם. וי"ל בביאור פלוגתא זו, דנחלקו בגדר החבט דחייבין עליו לשמואל, דאי נימא דהוא משום שנעשה אחראי על החבט דנגרם על ידי מעשיו, שייך ד"ז אף בהוזק בקרקע עולם שלא בתחתית הבור, אכן אי נימא דטעמא דמילתא הוא דנעשה החבט כחלק מחפצא דהמזיק, נראה דאין ד"ז שייך כי אם בחבט שמתחת למזיק, אבל בחבט של קרקע עולם לא.

ובדברי הרא"ש לכאורה איכא סתירה בד"ז, דבסוגיין כתב כדברי התוס' דבנתקל באבן ונשוף בקרקע פטור אף לדברי שמואל, ואילו לקמן בשור שנגח את הפרה ס"ז כתב כשיטה ה' בתוס' דף נ' דבעשה תל גבוה עשרה ועלה שור עליו ונפל לארץ חייב לשמואל אליבא דר"נ וכל הטעם דנפל אחורי הבור פטור הוא משום שנפל מקול הכרייה ולא עשה בעל הבור אלא חצי תקלה אשר על כן פטור, וצ"ב, וכבר עמדו זה בפ"ח ובנח"ד בסוגיין, ע"ש. וכזה יקשה גם בדברי הטור, דפסק בחו"מ ס' ת"י"א כדברי התוס' בסוגיין דבנתקל באבן ונשוף בקרקע פטור, ואילו בס' ת"י כתב דבנתקל בבור ונפל לאחורי הבור חייב אם לא היכא דנתקל מקול הכרייה, ע"י דרישה ס' ת"י"א.

ובמש"כ התוס' דווקא הקרקע שמתחת למים הוא דחשיב חבטא דידי' להתחייב עליו משום בור, יש לכאורה מקום עיון, שבלשמה גבי חפירת בור על ידי החפירה נוצר כח חבטת הקרקע שמתחתיו, דנעשה למזיק, משא"כ חבטת שמואחוריו וכדומה, אבל גבי

מים הרי בקרקע שמתחת למים לא נעשה כלום ולא נשתנה דבר, ואמאי יתחייב על חבטא דקרקע זו יותר מעל חבטא דהקרקע שסביבותיו, וצ"ב.

**לב) תוד"ה ונשוף באבן**- ואע"ג דשור שדחף חבירו לבור וגם הניח אבן ע"פ הבור ובא שור ונתקל בה ונפל לבור מחייבין בהפרה יש לחלק כיון שיש שם תקלה על הבור- צ"ב לכאורה, דסו"ס בעל האבן או בעל השור הדוחף לא עשה עצם ההיזק אלא נעשה על ידי הבור, ומה לנו אי יש לבור שם תקלה או דהוי קרקע עולם, סו"ס הרי לא פעל ההיזק לבדו, ואי נחשב ששפיר פעל ההיזק על ידי הדחיפה או הנחת האבן, הרי כן הדבר גם היכא דניזוק בקרקע עולם.

והמבואר לכאורה מדברי התוס', דגדר מה שנתחייב בדחף לבור או בהניח אבן הוא דכיון דהגדיל כח הנוק דהבור נעשה הוא כאילו שותף ובעל הבור כלפי ההיזק שנעשה על ידי מעשיו, דבזה הגדיל כח הבור, ומאחר דנעשה שותף בבור שפיר חייב על ההיזק, משא"כ בקרקע עולם, אינו נעשה אלא כמין שותף לקרקע עולם אשר אין עלה שם מזיק כלל, אשר על כן שפיר אמרינן בזה דקרקע עולם הזיקתו.<sup>7</sup>

והנה הקשו התוס' בסוף דבריהם, וז"ל: ומיהו ודאי לרב קשה כי היכי דקאמר רב קרקע עולם הזיקתו הי"נ נימא בעל האבן בור של פלוני הזיקו, עכ"ל. ובשט"מ בשם גליון כתב לתרץ בזה, וז"ל: ויש מתרצים דהא דקאמר רב קרקע עולם הזיקתו ופטור היינו שבא ההיזק על ידי מים כמו שאמר או הוחלק אחד במים דהוי דבר שאין בו ממשות משום הכי פטור אבל הניח אבן על פי הבור והרי דבר שיש בו ממשות חייב בעל האבן, עכ"ל. ודבריו לכאורה משוללים הבנה, דהא יסוד רב הוא דמאחר דאין הקרקע שלו אינו אחראי על ההיזק משום דאמרין דקרקע עולם הזיקתו, ומאי נפ"מ בזה אי מה שעשה הוא הוא דבר שיש בו ממש או דבר שאין בו ממש. אכן ע"פ המבואר בדברי התוס' נראה דיש להבין דבריו, דהיכא דבמה שעשה יש בו ממש כגון אבן או דחיפה, שפיר אחראי הוא אף על מה שנעשה על ידי הקרקע עולם והוי כאילו השתמש בו להזיק והוא בכלל הנחת האבן ודחיפת השור, ואין זה כבעלמא דאמרין לרב דקרקע עולם הזיקתו ואינו חייב על החבט, דהתם מיירי שנפל מעצמו, אשר בזה אין לנו אלא מאי דיש עליו שם מזיק, דהיינו ההבל ולא חבטא דקרקע עולם, ועדיין צ"ע בזה.

**לג) אמר רבה במתכנין להורידה**- וס"ל דנתקל פושע, ע"י רש"י. וצ"ב לכאורה לפ"ז אמאי אמר ר' יהודה נתכוון כלל, הול"ל דנתקל ותו לא, דחייב מאחר דנתקל פושע, וצ"ב, ע"י ר"פ מש"כ בזה. שו"ר שהעיר כן בנחלת דוד, ע"ש שהאריך בביאור סוגיין.

**לד) תוד"ה ואונס רחמנא פטרי**- ומפצע תחת פצע לא מרבינן אונס גמור- קושייתם לכאורה צ"ב דהא מיירי בהיזק שעשה החרסית בתר דנייח אשר אין זה אדם המזיק כלל. אלא דיעויין בתור"פ שהביא הקושי' בזה"ל: וא"ת והא לעיל אמרינן מפצע תחת פצע דאונס כרצון באדם המזיק והכא נמי נימא דמיירי כגון דבהדי דנפלה קמזקי דהוא אדם המזיק, עכ"ל. אלא דצ"ב מדברי התוס' בד"ה והתניא נשברה כדו וכו', שכתבו דלשון הוחלק דמתני' משמע דהוחלק במים, דתקלת מימיו הוא, הרי דליכא למימר דמיירי באדם המזיק, וכן העיר מו"ר זצ"ל.

אכן יעויין בתלמיד הרשב"א שפירש בסוגיין הראשון כדברי התוס' בד"ה אמר רבה דהנידון בסוגיין הוא מצד עצם מה שנתקל אי הוי אונס או לא, ותירץ הסתירה בדברי ר' יהודה כדברי התוס', וכאן כתב דמאי דליתא הכא לריבוי דפצע תחת פצע אינו באונס גמור, וכתב בזה"ל: ואקשינן ואמאי אנוס הוא ואונס רחמנא פטרי וכו' לפירושא קמא אתי שפיר דמקשי לר' מאיר היכי מחייב על שעת נפילת אונס דאע"ג דמרבינן באדם המזיק וכו' הי"מ אונסין שיש בהן צד פשיעה אבל אונסין גמורין פטור וכי תימא הני מילי

<sup>7</sup> ור"אית התוס' משור קרקע את תנינו לבור לכאורה ל"ב, דהתם הרי נפל מנח הבור משא"כ צ"ל, וצ"ב.

לענין מיתה אבל לענין נזקין התורה רבתה לחייבו אפילו באונס גמור ולא שהזיק בגופו בלבד אלא אפילו ממונו שהזיק מחמת אנסו כי הכא דקתני הוחלק אחד במים דמיירי בתר דניח אפילו הכי חייב וכו', עכ"ל. הרי מבואר מדבריו דודאי דלא מיירי באדם המזיק, אלא בהזק הבור, רק כיון דהבור נעשה על ידי האדם באונס הוה לן למימר דבאונס שאינו גמור נתרבה דשפיר חשיב מעשה האדם, אשר על זה תירצו התוס' דליכא ריבוי לחייב באונס גמור, ועפ"ז הוה קושיית הש"ס דשמא לענין נזקין לא פטרה רחמנא אפי' באונס גמור ושפיר חייב על הזיק הבור שעשה באונס גמור.

וע"ש עוד בתלמיד הרשב"א שהביא פירוש בפירושו השני שהביא יישוב אחר למאי דמבואר מדברי ר"י דס"ל דנתקל לאו פושע, וז"ל: עוד י"ל דאליגי לדעת רבה דבשעת נפילה לכולי לעמא פטור דאונס הוא אלא דר"מ סבר אפילו נפשרה כדו כיון שהיה לו שהות לסלק ולא סילק חייב על נזקיהן מדין בורו ואפילו בדאפקרינהו ור' יהודה סבר בנפשרה פטור דהוי מפקיר נכסיו אחר אונס גמור והאי בירא לאו איהו כרייה ומיהו במתכוין להורידה א"נ בנתקל אע"ג דחשוב אונס לפוטרו על שעת נפילה מ"מ לא הוי אונס כולי האי שנפטור אותו בשהיה לו שהות לסלק ולא סלקו וכו', עכ"ל, ע"ש מה שכתב בביאור המשך הגמ' לפי זה.

**לה) תוד"ה והתניא נשברה כדו כו' -** אבל מתני' איכא לאוקמי באדם המזיק דבדרך הילוכו נפלו החרסים על האדם מכחו ואדם המזיק חייב ברוח שאינה מצויה וכו' וי"ל דמתני' נמי קתני והוחלק אחד במים דתקלת מימיו הוא ולא אדם המזיק ולמה מחייב שם ר"מ וכו' - צ"ב מאי קשיא להו, הרי כתבו לעיל דאונס גמור פטור אפי' באדם המזיק והכא הרי הוי אונס גמור כמש"כ לעיל, וכ"כ רבנו פרץ, ע"ש. ואמר בזה מו"ר זצ"ל דשמא י"ל דלעיל דהוה ס"ד דאיתא לפטור אונס גם בממון ולא רק במיתה שפיר הוה אמרינן דאף באדם איתא להך פטור, אלא דנתרבה ממצע תחת פצע דחייב היכא דאינו אונס גמור, אבל הכא דס"ד למימר דלא נאמר פטור אונס דולנערה לא תעשה דבר אלא במיתה ולא לענין נזיקין, הרי נמצא דלענין נזיקין לא נאמר פטור דאונס כלל, ומה דלגבי שאר מזיקין פטור אין זה אלא משום דמיעטה התורה בשמירתן, דכל אחריותן על ממון ליתא היכא דשמרו יפה ולא מדין אונס רחמנא פטרי הוה, ומאחר דלענין נזיקין לא נאמר פטור דאונס, שפיר הוה אמרינן דממצע תחת פצע נתרבה דחייב אדם המזיק אפי' באונס גמור.

ומדברי רבנו פרץ עולה ביאור אחר בקושיית התוס', ויתכן שהקשו דודאי פטור אדם המזיק באונס גמור, אך עדיין יקשה מה היא קושיית אביי מקנקנים, דילמא שאני התם דהזיקו אחר שנפלו ולא הוי אדם המזיק, אבל הכא דאדם המזיק הוא י"ל דחייב.

והנה מבואר מדברי התוס' דלמעשה שפיר חשיב מה דשהזיקו הרססים דרך הילוכו לאדם המזיק, אלא דמאי דחייב לר"מ לאו בהכי מיירי ולכך פריך שפיר. אכן יעויין ברמב"ן במלחמות שכתב דבכה"ג שהזיקו בנפילתם לא חשיב כלל אדם המזיק, וז"ל בא"ד: ואנן הכי קאמרינן דבשעת נפילה אפי' לר"מ האומר נתקל פושע לאו היינו אדם המזיק דלאו מכחו קא אזיל שהקרקע שנתקל בה דחפתו ודמי למי שדחפו אדם ונפלה כדו והזיקה דלאו מכחו דידי מזיק וכו', עכ"ל. ולדידי עכ"ל הכי, דאילו היה בזה משום אדם המזיק היה קשה אמאי באמת פטור באונס, הרי להרמב"ן לשיטתו אדם המזיק חייב אפי' באונס גמור.

**לו) תוד"ה והתניא נשברה כדו כו' -** וא"ת מאי פריך מולנערה לא תעשה דבר דבנפשרה ודאי מחייב ר"מ אע"פ שהנפילה היתה באונס מ"מ אח"כ היה לו לסלק - ע"י שט"מ בשם גליון שתי דע"כ לא איירי בכה"ג שהיה לו פנאי לסלק דא"כ מ"ט דר"י דפטור הרי סו"ס הוה ל"י לסלוק, ויש לעיין אמאי נאדר התוס' מתני' זה. וצידד מו"ר זצ"ל דודאי בנפלו ולא

אפקרינהו מודו התוס' דהיכא דהיה לו פנאי לסלקו חייב לכו"ע כיון דהו"ל לסלוק, אך מתני' דידן י"ל דמיירי שהפקירן קודם שהיתה לו שהות לסלקה ורק אח"כ היה לו שהות לסלקה, אשר בזה פטור לר"י דס"ל דהמפקיר נזקיו אחר נפילת אונס פטור אפי' בכה"ג שהיה לו שהות לסלקו ור"מ מחייב. אלא דהעיר מרן דמה בכך שהיה לו אח"כ שהות לסלקו, הא בכל סוגי דלהלן מבואר דבכה"ג שהנפילה היתה באונס פטור אפי' בכה"ג שהיה לו שהות לסלקו ואין מה שהיה לו אחר ההפקר שהות לסלקו סיבה לחייבו.

## כ"ט ע"א

**לז) רש"י ד"ה ברוח שאין מצוייה -** דאונס הוא - וע"י גם רש"י לעיל דף ג' ע"ב. והנה מזיק זה דאסו"מ ילפינן לה מצד השהו דאש ובור, ולמאי דק"ל דאשו משום חציו לכאורה והוי כח האדם ממש, הרי הוי כאדם המזיק והאיך פטור משום אונס, אלא דמאי דפטור למ"ד חציו אינו משום אונס אלא משום דעד כמה דהוי רוח שאינה מצויה לא חשיב חציו מאחר דלא הוה סליק אדעת"י כלל שיפול, ונמצא דפטור אף בלא הך דאונס. אלא ד"ל דאכתי בעינן להא דאונס ואתיין דברי רש"י שפיר, דמאחר דבכה"ג לא הוי חציו ולא חשיב מעשה אדם כלל, אכתי יש לחייב משום דלמעשה הוי ממונו, ומאי דפטור בזה ע"כ דאינו אלא משום דמאחר דהוי רוח שאינה מצויה הוי אונס ולית בזה פשיעה כלל. ע"י אילת השחר שכתב כדברים האלה.

והנה יעויין חידושי הרשב"א דמאי דבברייתא חילקו בין רוח מצויה לבין רוח שאינה מצויה מיירי בהזיקו בהדי דקאזלי. ולפום פירושו יוצא דמאי דפטור בהזיקו בהדי דקאזלי בנפלו ברוח שאינה מצויה הוא משום פטור דאונס רחמנא פטרי. ובתוס' לקמן דף ס' מבואר לכאורה דלא כדבריו, ע"ש שכתבו בד"ה ליבה וליבתה הרוח, וז"ל בא"ד: דלא מיחייב משום אשו אל אם כן עשה כל כך בפני עצמו בלא סיוע הרוח או דבר אחר שיוכל להזיק ברוח מצויה אחר גמור המעשה שלו דהכי משמע המבעיר את הבערה שבפני עצמו עשה את הבערה שיכול להזיק ברוח מצויה ולכן כאן פטור דבלאו ליבוי לא היתה יכולה להזיק וכו', עכ"ל, הרי מבואר מדבריהם דיסוד החסרון בזה אינו משום דאונס רחמנא פטרי אלא משום דחסר בעצם החפצא דהאש והוא דין במזיק ולא פטור דאונס. ולדברי התוס' ע"כ דמיירי שהזיקו אחר נפילה ולא בהדי דקאזלי, אשר בזה אין טעם הפטור אלא משום דאונס רחמנא פטרי. אלא דעדיין צ"ב, דהא חיובא דאבנו סכיננו ומשאו בתר דניחי ילפינן לעיל מצדה"ש דאש ובור, ומאחר דבאש ליכא חפצא דמזיק ברוח שאינה מצויה, שוב ליכא מקור לבור שיהא חייב בכה"ג, דהא תו ליכא יוכיח מאש, ומה בעינן לזה לפטור דאונס רחמנא פטרי, וצ"ב.

ומדברי הרא"ש לעיל דף ו' שכתב דק"ל כאביי דאסו"מ שהזיקו בתר דניחי חייב אף דלא מצינו כן במשנה או בברייתא, מבואר שפ"י סוגיין כדברי הרשב"א, דאילו לדברי התוס' דמיירי בתר דניחי הרי ברייתא מפורשת היא. (ממו"ר)

**לח) אלא אמר אביי בתרתי פליגי וכו' -** יש לעיין מה הכרחו של אביי לפרש דבתרתי פליגי, הרי לדידי מתכוין דר' יהודה היינו מתכוין ממש, ודלא כרבה שכתבו התוס' שדייק מלשון המשנה דאין ר"ל מתכוין ממש, ומאחר דפירש אביי דהוי מתכוין ממש שוב איכא למימר דפליגי אי נתקל פושע ותו לא, ואמאי הוצרך לפרש דבתרתי פליגי, ועוד, דעיקר התיי, דמתכוין היינו מתכוין ממש, חסר מן הספר, וצ"ב. שו"ר שהעיר כן בפני"י, ע"ש.

והנה מדברי רש"י משמע בפשטות דמאי דפליגי שהזיק בהדי דקאזלי, ואי נימא דזהו אדם המזיק, יהא מבואר מזה דאדם המזיק פטור באונס גמור, אם לא דנימא כדעת הרמב"ן כאן במלחמות דבכה"ג אינו אדם המזיק אלא אש, כאשר הבאנו לעיל אות

ליה. ובדברי התוס' ד"ה פליגי בשעת נפילה מבואר ד"שעת נפילה" ר"ל אחר הנפילה בלא היה לו זמן לסלקו, ע"ש. ויה' לדידהו באסו"מ שהניחן בראש גגו דמירי בתר דנייחי.

ועי' בעה"מ שפ"י דאי נתקל פושע אדם המזיק הוא וחייב אף על הכלים, ואי נתקל לאו פושע הוא לא הוי אדם המזיק, דמחמת האונס לא חשיב מעשה וכחו דידי, אלא דעדיין היה נחשב כבור אי לאו דבור באונס פטור, עי' משה"ק עליו הרמב"ן במלחמות.

**לט) תוד"ה פליגי בשעת נפילה בנתקל פושע - דאי** היה לו פנאי לסלק הוה מחייב אפי' ברוח שאין מצוייה דכיון דלא אפקרינהו עלי' דידי' לסלוקינהו וכו' ואפי' נתנו אחר שם כדאמרינן בהפרה בעל השור חייב בנוזקי חצר ובעל החצר חייב בנוזקי הבור וכו'- משמע להדיא מדבריהם דהיכא דהיה לו פנאי לסלק ולא סילק חייב דווקא בעל החצר שהוא בעל התקלה ולא זה שלמעשה כרה התקלה. ולכאורה היינו משום דיסוד החיוב על בורו שהזיק הוא משום שהוא נחשב לבעל הבור, ונהי דחידשה התורה דאף היכא דאין הבור שלו והוי ברה"ר חייב מצד הכרייה, הרי זה משום דעשה הכתוב כאילו הוא ברשות וחשיב הוא כבעל הבור, אבל היכא דאיכא בעל הבור ממש, ליכא חיוב בזה משום הכרייה וכאילו הן ברשותו, אלא חייב עליו זה שהוא שלו ממש ורק הוא נחשב בעל הבור.

ומדברי התוס' מבואר דהיה צריכים לזה ראייה ולא אמרו כן מסברא, והיינו משום דס"ל דאף בבור דידי' נאמר דין כרייה, כאשר כתבנו לעיל, והוה ס"ד דבעינן כרייה גמורה, קמ"ל דחשיב הא דהו"ל לסלק ולא סילק כמאן דכרייה, וכסוגי' דף מ"ח.

והתוס' לקמן דף מ"ח ע"א ד"ה אע"ג כתבו בסוף דבריהם, וז"ל: ונראה דאפילו אם חפרו אדם דבר חיובא הוא חייב בעל החצר בנוזקי בור ועליה דידי' למלוייה והחופר משלם בנוזקי חצר וצ"ע, עכ"ל (והגרע"א שם בגליוה"ש ציין לדברי התוס' בסוגיין).

הרי מבואר מדבריהם שנסתפקו בדין זה והניחו הדבר בצ"ע, והיינו לכאורה משום דיש סברא לומר להיפך, דיותר יש לחייב זה שעשה מעשה ממש מלחייב בעל החצר דאין בו אלא מאי דהו"ל למלויי ולא מלי. ועי' נחלת דוד שהביא דהרמב"ן במלחמות לקמן בסוגי' דקדרין באמת פליג אדברי התוס' וס"ל דבנתנו אחר פטור לגמרי ואינו מחוייב לסלקו. ואשר לראיית התוס' י"ל דשאני ההיא דהפרה דלכך חייב בעל החצר משום שהפקיר אח"כ רשותו וחשיב ההפקר ככרייה, וכן משמע שם מדברי רש"י שכתב דהא דחייב בעל החצר הוא אם הפקיר רשותו, ע"ש. והתוס' דנמנעו מזה היינו לכאורה לשיטתם דס"ל דלעולם לא חשיב מה שהפקיר ככרייה בור, עי' לעיל אות כ"ז, והתוס' פירשו להדיא דהא דלקמן דף מ"ח דהו"ל לסלוקי מירי דווקא בהפקיר רשותו ולא הפקיר בורו.

ועי' רש"י לקמן בע"ב שכתב דבהיפך את הגלל ונתכוון לזכות בה חייב משום שהוי ממונו, ומשמע דסגי במאי דהוי ממונו לחייבו ולא בעינן להא דהו"ל לסלוקי, ודלא כדברי התוס', והוא לשיטתו דלא נאמר דין מסוים דאף בבור דידי' בעינן חפצא דכרייה, אלא ס"ל דלכל ה"כמאן דכרייה" הוא בכדי שיחשב מה שמפקיר ככרייה, אבל בבור דידי' חייב בפשטות משום דהוי ממונו.

ויש לכאורה מקום עיון בדברי התוס', דמריש דבריהם שכתבו דפליגי אפי' במפקיר אחר נפילת פשיעה וכתבו נמי דבכל מפקיר נזקיו פליגי מבואר לכאורה דפלגותתם בזה הוא בין בהפקיר אחר נפילת פשיעה בין בהפקיר אחר נפילת אונס, ואילו מסוף דבריהם במה שביארו הא דמודה ר"מ לחכמים בקנקנים וכו' דהיינו משום דהוי מפקיר נזקיו אחר נפילת אונס משמע דבנפילת אונס לכו"ע פטור ולא פליגי אלא בנפילת פשיעה. אם לא דנימא דבסוף דבריהם אין כוונתם למימר דבכל נפילת אונס מודה ר"מ דפטור, אלא דווקא כעין קנקנים דברוח שאינה מצוייה על ידי האונס חשיב שלא הוא עשה המזיק אלא הרוח, וכדכתבו דמצי אמר ל"י האי בירא לאו אנא כרייתי, בזה הוא דמודה ר"מ דעל מזיק שלא

עשה לית ל"י אחריות כלל ושפיר מצי מפקיר, משא"כ בכעין נתקל לאו פושע, דאף דנימא דהוי כמין אונס, מ"מ בסופו של דבר הוא עשה הבור אלא שהיה באונס, בזה מאחר דהוא עשה המזיק שפיר חייב באחריותו ואינו פוטר עצמו על ידי ההפקר, ועדיין צ"ע בזה, דזה נסתר לכאורה מדברי התוס' לקמן ריש ע"ב, ע"ש שהשוו הני דינים אהדדי ואי מפקיר אחר נפילת אונס חייב אף בזורק אבן הדין כן, וצ"ע.

**מ) תוד"ה פליגי בשעת נפילה בנתקל פושע - ולכך** נקט קנקנין שמשנתברין בנפילתם וסתמא מפקר להו- יש לעיין מה טבעו של הפקר זה, דהפקר בלב הרי כתבו הראשונים (עי' ר"ן ריש פ"ק דפסחים) דלא מהני, ונאמרו גם עוד תנאים בהפקר, והכא בפשטות אינו אלא הפקר בלב. אלא דאפשר דלענין פטור מחיוב נזקי ממון לא בעינן לדין הפקר דכל התורה שמפקיר ממש ומפקיע בעלותו לגמרי, אלא יסוד הדברים הוא דמאחר שאינו רוצה בהם כלל וכונתו להניחם שיקחם מי שירצה, שוב לא מוטל עליו חיוב שמירה עליהו אשר על כן פטור, ואף דליכא בזה חלות ממוני דהפקר, דמכיון דדעתו להפקיר שוב לא חשיב שהמזיק הוא ברשות ובשליטתו, וצ"ע בזה.

**מא) פליגי לאחר נפילה במפקיר נזקיו מר סבר** מפקיר נזקיו חייב ומר סבר פטור - ומאן דאמר פטור היינו אפי' בנפילת פשיעה. ועי' שט"מ שהביא רבינו ישעיה בשם הריב"א דהאי מפקיר נזקיו קודם שהיה לו פנאי לסלק דאי לאחר כן אפילו ר' יהודה מודה וכיון שכבר נתחייב לסלקו תו לא מהני הפקר והפקיר רשותו והפקיר בורו דקאמר ר' יהודה שפטור שהפקירו יחד". (ופשוט דדבר זה הוא בין שהיתה נפילת פשיעה בין שהיתה נפילת אונס, דבמחייב דהיה לו לסלק ליכא נפ"מ אי היתה נפילת פשיעה או נפילת אונס.) ועי' אמרי משה סי' כ"ט אות י"ז דלכאורה נחלקו רש"י ותוס' לקמן דף מ"ח ע"א בד"ז, דבדברי רש"י ד"ה ונטנפו כליו מבואר דמאחר דהוה ל"י לסלקו ולא סילקו כמאן דכרייה דמי ותו מתחייב אף אם הפקיר, ואילו מדברי התוס' שם ד"ה וטינפו כליו מתבאר דפטור אם הפקיר אפי' אם מקודם היה לו פנאי לסלקו. ובשט"מ שם דף מ"ח הביא מח' התוס' והריב"א בזה. ובב"ח חו"מ סי' תי"א כתב בפשיטות דגם כשהפקיר לאחר שהיה לו פנאי לסלק פטור.

וע"ש באמרי משה שביאר פלוגתתם, דדעת הריב"א דעל ידי שהבור ממונו נעשה ככורה בור ועל כן כמו בכורה בור שחייב גם כשהפקיר, ה"ט כשהבור שלו ויש לו פנאי לסלק ונתחייב לסלק הוי ככורה בור ושוב לא מהני הפקר. והתוס' ס"ל דעל ידי שהבור שלו לא הוי ככורה ורק דהוא דין מיוחד להתחייב משום ממונו כיון דהוי מזיק דידי', ועל כן כשהפקיר אח"כ פטור.

והנה זה יספיק למאי דמסקינן דדווקא מפקיר נזקיו אחר נפילת אונס פטור, אבל דברי הריב"א לכאורה נאמרו על דברי הגמ' כד הוה אמרינן (כפי שפירשו הראשונים) דאף במפקיר נזקיו אחר נפילת פשיעה פטור ר' יהודה, ובזה לא יספיק הטעם הנ"ל לדברי הריב"א, דהא הטעם דפטור אף בנפילת פשיעה אף דהיה בזה פשיעת כרייה הוא משום דלא חייבה תורה בור ברשות הרבים, וא"כ צ"ב אמאי לא יהא פטור אף כשהיה לו זמן לסלק. ויש לומר בביאור סברת הריב"א דמאחר דהיה לו זמן לסלקו וחשיב ככרייה אשר על ידו חשיב מזיק דידי' תו לא מהני הפקר להפקיע חיובו, ודווקא היכא דחפר ברה"ר דמתחילה לא שייך לומר דהוי מזיק דידי' הוא דאמרינן דפטור, דאין יסוד הדין דאינו יכול להתחייב על בור ברה"ר אלא דלא נעשה בעל הבור על ידי כרייה ברה"ר, אך היכא דנעשה כבר בעל המזיק תו לא מהני ההפקר להפקיע דבר זה, ואין הדברים מובנים כל הצורך. ויותר נראה דס"ל כהרי"ף דמאי דאמרינן דל"י יהודה מפקיר נזקיו פטור אינו אלא במפקיר אחר נפילת אונס, אבל אחר נפילת פשיעה אף ל"י יהודה אין הפקר פוטור. אלא דהוסיף הריב"א דאף לאחר נפילת אונס חייב היכא דהיה לו זמן לסלקו. ועפ"ז שפיר איכא למימר כמשי"כ באמרי משה.



אכן מלשונו של הריב"א משמע לכאורה דביאור דבריו הוא קצר באופן אחר ממה שכתב באמרי משה, שכתב, וז"ל: דאי לאחר כן אפי' ר' יהודה מודה וכוון שכבר נתחייב לסלקו תו לא מהני הפקר, עכ"ל. ומשמע לכאורה מלשונו דאי יסוד הדברים דחשיב מה שלא סילא ככרייה גמורה, אלא אף לדידי' לא חשיב ככרייה גמורה, רק דס"ל דמאחר דהו"ל לסלוקי הרי חייל עליו חיוב לסלק, ואין מה שהפקירו פוטרו מחיוב זה לסלק, וכן אמר בזה מו"ר זצ"ל.

**מב) וממאי מודקתני תרתי וכו' - עי' גליוהש"ס להגרע"א שהקשה למאי דמבואר בתוס' ד"ה והתניא דלקה בחרס אפשר דבדרך הילוכו נפל החרס עליו בכח והוחלק במים משמע דתקלת מימיו א"כ הוצרך למנקט תרתי והיינו דהוחלק דמדין בורו הוא מזה נשמע דר"מ ס"ל דנתקל פושע הוא וחרסים דמייירי דבדרך הילוכו נפל על האדם דבזה אף אם לאו פושע הוא ראוי לחייב מדין אדם המזיק דכל שהוא בכלל אבידה חייב ומדפטר ר"י מוכח דס"ל דנתקל הוא כעין גניבה כדס"ל לר"י באמת בספ"ו דב"מ וא"כ מוכרח למתני תרווייהו לאשמעינן דלר"מ הוי פושע גמור ולר"י הוי אונס בדרך כעין גניבה, והניח הדברים בצע"ג.**

והנה כל קושייתו אינה אלא לפום שיטת התוס', אבל הניי' דרך אחרת לו בזה, עי' דבריו בסוגיין שכתב דמדקאמר דלר"י נתקל לאו פושע מדוייק דפושע הוא דלא הוי אבל אונס גמור נמי לא הוי, וממילא אם יזיקו החרס בהילוכם יתחייב משום אדם מזיק, ושעת נפילה דקאמר ע"כ דאינו אלא אחר שנפלו וקודם שהיה לו זמן לסלק. (והוא לשיטתו דאדם המזיק חייב אם לא דהוי אונס גמור.) ובמח"א ה' נזקי ממונן ס"י ה' הקשה על דבריו מסוגי' דב"מ דס"ל לר' יהודה דבמעביר חבית ממקום למקום שומר חנם נשבע ופטור, דלא הוי פשיעה. ולדידי' עדיין יקשה אמאי אינו חייב מדין אדם המזיק, דליכא למימר דחשיב לי בכה"ג אונס גמור דא"כ אף שומר שכר היה פטור. וכתב במח"א דעכצ"ל דשאני התם דהוי ברשות (והוא ע"ד דחית הרמב"ן בהך דאומן טבח), ובכה"ג אם אך לא הוי פשיעה הרי הוא פטור. ולדידי' נמצא דבאמת לא ס"ל לר' יהודה דפטור בהדי' דקאולי, דשאני התם במעביר חבית ממקום למקום דהוי ברשות, וכנ"ל, ואם הזיקו החרסים בהליכתם מודה ר' יהודה דחייב, דאדם המזיק חייב בכה"ג. ולדעת הניי' לא יקשה קושיית הגרע"א כלל, דהא לא מייירי אלא בתר דנייחי, אשר בזה פשוט דפטור אי נתקל לאו פושע, אשר ממילא שפיר אמרו דמדקתני תרתי ע"כ דפליגי גם בשעת נפילה גם אחר נפילה.

**מג) תוד"ה אלא מאי ד"ה חייב הא איכא רבנן דפטר-י' הו"מ לדחויי דלא פטרי רבנן אלא היכא דאונס הוא אבל לאחר נפילת פשיעה מחייבי וכו' - יש לעיין לכאורה אמאי לא הוקשה להם ד"ז מקודם אמה שאמרו מאי דברי הכל פטור הא איכא ר"מ דמחייב, דנימא דכי פליגי בנפילת פשיעה אבל בנפילת אונס כו"ע מודו דפטור.**

## כ"ט ע"ב

**מד) רש"י ד"ה אליבא דר' מאיר כ"ע לא פליגי -** דהשתא בהפקיר נזקיו הבא ע"י אונס מתחילה מחייב כ"ש הפקר שתחלתו ברצון - יש לעיין לכאורה מהיכן מוכח לו לרש"י דבר זה דלר"מ חייב אף בהפקיר אחר נפילת אונס, הא לדברי ר' יוחנן איכא למימר דמדלא פליגי רבנן אלא בהפקיר אחר נפילה אבל אחר פשיעה ודאי דחייב הגם ופליגי נמי בשעת נפילה, הרי י"ל דמאי דפליגי הפקיר אחר נפילה אינו אלא משום דר"מ ס"ל דנתקל פושע והו"ל מפקיר אחר נפילת פשיעה ולרבנן נתקל לאו פושע והו"ל מפקיר אחר נפילת אונס, ולעולם אף לר"מ מפקיר אחר נפילת אונס פטור. ואפשר דמוכח לו דבר זה מתוך סוגיין, דהא כד אמר ר' יוחנן לאחר נפילה מחלוקת, על הצד דבשעת נפילה לכו"ע פטור לא הקשו אלא דממאי

דקאמר ר' יוחנן לקמן מוכח דאיכא נמי מח' בנתקל אי פושע הוא או לא, אבל בעצם שפיר היה שייך למימר דבשעת נפילה לכו"ע פטור ומ"מ ס"ל לר"מ דהמפקיר אחר נפילה חייב, הרי מבואר דלר"מ חייב גם אחר נפילת אונס. (והוא בכלל הנחת התוס' בד"ה ור' יוחנן, ע"ש.) ובתלמוד ר"ת ור"א לעיל ע"א כתב דלמה שהקשו לעיל בשלמא לאחר נפילה משכחת לה במפקיר נבלתו וכו' מבואר דר"מ מחייב אפי' בנפילת אונס, דהא בשלב זה אמרינן דע"כ הנפילה היתה באונס ומ"מ הרי מחייב ר"מ אחר נפילה, (וע"ש דלמסקנא דר' יוחנן איכא למימר דלא כזה אלא מאי דמחייב ר"מ הוא משום דס"ל דנתקל פושע).

ומדברי התוס' בד"ה כי פליגי אליבא דרבנן מבואר לכאורה דלא כדברי רש"י, שכתבו בד"ה כי פליגי אליבא דרבנן דמאי דלא בעי למימר איפכא דפליגי אליבא דר"מ ומאן דפטר אמר לך דע"כ לא מחייב ר"מ אלא משום דפושע הוא וכי פליגי ר' יוחנן ור"א במפקיר נזקיו אחר נפילת אונס הוא משום דקים לי דבמפקיר נזקיו דפשיעה פליגי, ולדברי רש"י הרי פשוט דליכא למימר הכי כיון דמוכח דמחייב ר"מ אפי' בנפילת אונס, אלא מוכח מדבריהם דשפיר איכא למימר דמאי דמחייב ר"מ המפקיר נזקיו אינו אלא אחר נפילת אונס, ומאי דמחייב בברייתא היינו משום דס"ל דנתקל פושע הוא. באופן דנמצא דפליגי רש"י ותוס' בדברי ר' יוחנן אי מאי דמחייב אחר נפילה הוא משום דנתקל פושע אבל באונס יתכן דפטור, או דמחייב משום דס"ל דמפקיר נזקיו חייב אפי' אחר נפילת אונס.

ולכאורה צ"ב, לדברי רש"י דמחייב ר"מ אחר נפילת אונס, אמאי מודה ר"מ בהניח קנקנים על גגו ונפלו ברוח שאינה מצויה, הרי אף במפקיר נזקיו אחר נפילת אונס מחייב ר"מ, והיא באמת קושיית התוס' בד"ה ורבי יוחנן אמר דהוה מצי לאוכוחי מדברי הברייתא עצמה דפליגי נמי בשעת נפילה וס"ל לר"מ דנתקל פושע הוא. ולדעת רש"י איכא למימר חדא מתרת, או דס"ל דאיכא למימר דמאי דמודה התם ר"מ הוא בשעת נפילה, דאף דנתקל פושע וחייב בשעת נפילה, היכא דהוי אונס ודאי דפטור בשעת נפילה, ומאי דנקט קנקנים אינו אלא משום דדרך לשים קנקנים במקום שלא יפלו אלא ברוח שאינה מצויה, כאשר צדדו התוס' לעיל בע"א, ודלא כמש"כ כאן דליכא למימר הכי דמייירי בשעת נפילה מנדקט קנקנים. (וצ"ב קצת האיך כתבו באמת כן, הרי שפיר איכא למימר דמייירי בשעת נפילה ונקט קנקנים מטעם שכתבו לעיל.) או איכא למימר כאשר כתבנו לצדד לעיל באות ל"ו לחלק בין הך דקנקנים דעד כמה דהוי אונס ליכא כרית בור כלל, דהבור נעשה על ידי הרוח שאינה מצויה ולא על ידו, לבין נפל דאף דנתקל לאו פושע, ואונס הוא, מ"מ הרי הוא עשה הבור (אף דהוי באונס) ושפיר אחראי עליו וחייב גם אם הפקירו. ונהי דמדברי התוד"ה ורבי יוחנן הוכחנו דלית להו להתוס' סברא זו, מ"מ בדעת רש"י איכא למימר הכי.

ואף לדעת התוס' יקשה כעין קושי' הנ"ל, דהא כתבו דאי לאו דקים לן דפליגי ר"א ור"י במפקיר נזקיו דפשיעה היה אפשר לומר דפליגי במפקיר אחר נפילת אונס, והיינו, דפליגי בדברי ר"מ אי מחייב דווקא אחר נפילת פשיעה או דמחייב אפי' אחר נפילת אונס, וצ"ב האיך שייך למימר דמחייב אף בנפילת אונס, הרי א"כ יקשה ממאי דקאמר בברייתא עצמה ומודה ר"מ לחכמים בקנקנים וכו' הרי להדיא דמפקיר אחר נפילת אונס פטור, וכן הקשו באמת על דברי התוס' בשט"מ בשם הר"ש ובשם גליון, ע"ש. ובדברי התוס' ליכא למימר כבי' הדרכים הנ"ל, דהם עצמם הרי כתבו דלא מצי למימר דהא דמודה ר"מ בקנקנים היינו בשעת נפילה, וגם ודאי דלא ס"ל לחלק בין הך דקנקנים לבין מפקיר אחר נפילת אונס, וצ"ע.

עכ"פ נמצינו למדים דנחלקו רש"י ותוס' במסקנת הדברים לדברי ר' יוחנן, דאף דמקודם בסוגיין מבואר דלר"מ חייב מפקיר נזקיו אף לאחר נפילת אונס, מ"מ למסקנא ס"ל להתוס' ע"ד שכתב בתלמוד ר"ת ור"א דלא נחלקו אלא בנתקל אי פושע או לא ולר"מ פטור

המפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס, ואילו לרש"י נשאר הדבר כמו שהיה דלר"מ חייב גם המפקיר נזקיו אחר נפילת אונס, ואף דודאי למסקנת דברי ר' יוחנן אין הדבר מוכרח שיהיה כן, דהא איכא למימר דהיינו טעמי משום דס"ל דנתקל פושע, מ"מ מאחר דכן היתה ההבנה מקודם, בלא הכרח דאין הדבר כן לא הדרינן ממנה. ובדברי התוס' נראה דאדרבה, בפשטות היה לנו לומר דאף לר"מ פטור המפקיר אחר נפילת אונס, רק שמקודם היה מוכרח לומר דאף בכה"ג חייב, אך למסקנא דתו ליתא להכרח הדרינן למימר כפשטות הדברים דפטור. ואפשר דתליא הך מילתא בהא דפליגי רש"י ותוס' בהפקיר רשותו ובורו אי חייב משום בור, דמדברי רש"י נתבאר דיתכן דיחשב עצם ההפקר ככריית בור, ואילו להתוס' אין ההפקר פועל כלום, אשר לפ"ז לשיטת רש"י פשטות ההבנה במאי דמפקיר נזקיו חייב הוא דנכלל בעצם ההפקר מחייב על הבור, אשר ממילא מסברא לא מחלקינן בין אחר נפילת אונס לבין אחר נפילת פשיעה וס"ל לר"מ דחייב אף אחר נפילת אונס. אכן להתוס' לשיטתייהו דאין ההפקר פועל כלום, ע"כ דמאי דחייב במפקיר נזקיו הוא משום מה שפעל את דהוה ל' למלווי ולא מל', אשר בזה נראה דמסברא היה לנו לומר דלא מהני ד"ז אלא היכא דהפקירו אחר נפילת פשיעה, דעל ידי פשיעתו חייל ב"י אחריות על בור זה ושוב על ידי דלא מליי אית ל' חיוב בור אשר לא פקע על ידי ההפקר, אכן בנפילת אונס לית עלי' אחריות על בור זה כלל וגם לא תיחשב הא דהוה ל' למלווי לכריית בור לשיטת התוס', כאשר ביארנו לעיל, אשר ממילא אף דנתחייב אם לא מליי, אין זה אלא משום דחשיב הך מילתא פשיעה לחייבו על ממונו, אבל מאחר שהפקירו היה לנו לומר דפטור, אלא דתחילת סוגיין מוכח דחייב בכה"ג, כדכתב בתלמיד ר"ת ור"א, אך למסקנא לדברי ר' יוחנן תו ליכא הכרח למימר הכי והדרינן לסברא דאחר נפילת אונס פטור לר"מ, ומאי דחייב בנתקל אינו אלא משום דנתקל פושע, ודוק היטב.

**מה) עד כאן לא פטרי רבנן אלא במפקיר נזקיו דהכא משום דאנוס הוא אבל מפקיר נזקיו דעלמא מחייבי-** יש לעיין לפ"ז דמאחר דטעמא דפטרי רבנן במתני' הוא משום דהוי אנוס, אמאי חייב בדיני שמים, דבשלמא אי פטרי המפקיר נזקיו אחר נפילת פשיעה שפיר יתכן דאיכא חיוב בידי שמים כיון דלמעשה פשע בהנחת התקלה, אבל למאי דאמרין עכשיו דלא פטרי רבנן אלא משום דהוי אנוס, כיון דהנפילה היתה באונס ומיד הפקיר אמאי אית בזה חיוב בידי שמים. ובשלמא לדעת התוס' דמיירי שהפקיר אף אחר שהיה בידו לסלקו, יש לומר דאית בזה חיוב בידי שמים כיון שקודם הפקירו הניח התקלה ולא סילקה, אך לדעת הריב"א ודעמי' דבכה"ג באמת חייב וע"כ דמיירי דלא היה יכול לסלקו יקשה כנ"ל.

ולכאורה צ"ל דבא החיוב בידי שמים על גופא דעובדא שהפקירו ולא סילקו, ואף דאין בזה משום פשיעה לומר שהוא חייב ממוון אפי' בידי שמים, אית בזה תביעה עליו בידי שמים, וכתוצאה מזה לתיקונא דמילתא צריך לשלם.

**מו) שני דברים אינן ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאילו הן ברשותו-** יש לדקדק בלשון זה, דלא קאמר אינן שלו ועשאן הכתוב כאילו הן שלו, אלא הדגישו הא דאינן ברשותו ועשאן כאילו הן ברשותו. והנה גבי חמץ דהוי איסור הנאה, דעת הרשב"א והריב"ש דבאמת הוי שלו רק שאינו ברשותו (ע"י קצוה"ח סי' ת"ו), ולדידהו ע"כ דהא דדנו מצד דהוי אינו ברשותו דווקא הוא, והיינו, דלענין חמץ להתחייב עליו לא סגי במאי דהוי שלו אלא חמץ שיהא ברשותו, כלומר בשליטתו, אשר על כן הנידון בזה הוא אי הוי ברשותו או אינו ברשותו. ואף למש"כ רש"י בפסחים דף ו' ע"ב דאיסורי הנאה אינן שלו, מ"מ יש לומר דעיקר החסרון בזה הוא דמאי דכיון דלא היה שלו הוי ברשותו ובשליטתו, אשר על זה בא ה"עשאן הכתוב".

ומדלענין חמץ הדבר כן, מוכח לכאורה דגם לגבי בור צריך לפרש כן, דאילו בבור הנידון הוא ב"שלו" ובחמץ הנידון הוא ב"ברשותו" הא לא דמיון ואמאי כללן יחד, לבד מאי דלישנא דהש"ס דהיינו דעשאן הכתוב כאילו הן ברשותו. אלא מבואר לכאורה דיסוד חיובא בזה הוא משום דהמוזיק הוא בשליטתו, ואין החסרון במאי דבור בר"ה אינו שלו אלא במאי דעל ידי כך לא הוי ברשותו. ואי נימא הכי, מובן יותר מש"כ לעיל אות ל"ו דלא בעינן בכדי שיפטר ממש להפקר ממש, וכדמוכח מהא דהפקר לא מהני בלב, והיינו משום דעל ידי דמסתמא מפקיר להו תו לא חשיב שהדבר ברשותו ובשליטתו, ועדיין צ"ע בזה.

ומעצם הדבר שאמרו גבי בור ברשות הרבים דאינו ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאילו הוא ברשותו דקדק מו"ר זצ"ל דלהתחייב משום בור ברשות הרבים לא סגי במאי דאיכא כרייה באיסור אלא בעינן שיחשב שהבור שלו (ברשותו), דלא סגי במה שהכרייה הוי מחייב אלא בעינן לאשווי בעל הבור.

והנה יעויין בשט"מ בשם מהר"י כ"ץ שכתב, וז"ל: והקשה ה"ר יצחק מווינא דאמאי לא קא חשיב גם שור המועד דאף על גב דאסור בהנאה אעפ"כ עשאן הכתוב כאלו הוא ברשותו וצריך עיון, עכ"ל. והנה הא דבני שור הנסקל עשאן הכתוב כאילו הוא ברשותו מצינו לכאורה בב' דוכתי, הא' לעיל דף י"ג ע"ב דילפינן מקרא דהוועד בבעליו דבעינן שתהא מיתה והעמדה בדין וגמר הדין שוין כאחד, וקרא דהשור יסקל הא קאי על סקילת השור, אלמא דגם בעת הסקילה נקראו בעליו, ואף דאיסורי הנאה הוא, הרי מבואר דע"כ עשאן הכתוב כאילו הוא ברשותו. והב', לקמן דף צ' ע"ב דמקשינן גבי שור המועד וכי קדמו ודוהו דיני נפשות מאי הוי להדר ולדייני דיני ממונות וכו', והרי אחר שדוהו דיני נפשות אסור בהנאה והאיך אפשר לדונו בממונות ולחייב בעליו, אע"כ דעשאן הכתוב כאילו הוא ברשותו מקרא הנ"ל בדף י"ג ע"ב. ע"כ כל זה בשו"ת באר יצחק חו"מ סי' כ"ג ענף ה', וע"ש מה שכתב ביישוב קושיית מהר"י כ"ץ.

ועפמשנ"ת בביאור מימרא דר"א דב' דברים אינן ברשותו של אדם וכו', אפשר דיש ליישב קצת קושיית מהר"י כ"ץ, דהא נתבאר דיסוד מימרא דר"א הוא אמאי דחשיבנן להני ב' דברים ברשותו ובשליטתו אף דבעצם היו צריכים להחשב אינו ברשותו. אכן גבי שור הנסקל נראה לכאורה דלא בעינן מהך דרשה דהוועד בבעליו שיהא ברשותו ובשליטתו, אלא העיקר תלוי במה שנחשב בעליו, כלומר, בעצם הבעלות וה"שלו", אשר ממילא, נהי דודאי מוכח דעשאן הכתוב כאילו הוא שלו, מ"מ לא שייך דבר זה להך מימרא דר"א שדן על ה"ברשותו" ולא על ה"שלו". וע"י גם עורך לנר כריתות דף כ"ד ע"א מש"כ ביישוב קושיית מהר"י כ"ץ.

**מז) רש"י ד"ה כשהפקה לפחות מג' -** דמתחלה לא הגביה שלשה הלכך לאו הגבהה היא וכו' ולא נסתם הבור מעולם- מבואר מדבריו דעדיין חשיב בכה"ג ככיסוי, רק שאינו כמו נסתם ושפיר הוי דמיון למכסה והדר מגלה, באופן דעדיין קיים יסוד תירוצו של רבינא. ובחידושי הראב"ד בפירושו הראשון כתב, וז"ל: וכשלא נתכוין לזכות בה כיון שלא עקר אותה מן הקרקע לא עשה ולא כלום, עכ"ל, דמשמע בפשטות דלא חשיב בכה"ג אפי' ככיסוי, ודלא כדברי רש"י.

והנה מבואר מדברי רש"י דאם נתכוון לזכות בו שפיר זוכה מדין הבטה בהפקר. אכן יעויין פ"י ה' בחידושי הראב"ד שכתב, וז"ל: ויש אומרים כל לענין זכיה בנכסי הפקר בעינן ג' טפחים ובענין עירוב הוא דאקילו רבנן וכו' והכא לענין זכיה בעינן ג' טפחים מיהו דנתכוון לזכות בה אע"כ דלא זכה בה הוה ל' כמפקיר נזקיו וחייב אבל בשלא נתכוון לזכות בה ולא זכה בה כיוון שלא עקר אותה מן הקרקע מעשיו דידי לא מנכרי כלל ופטור דלא נזקיו נינהו ולא כמפקיר נזקיו נמי לא הוי וכו', עכ"ל. ודבריו לכאורה צ"ב מהו הדמיון למפקיר נכסיו, הרי התם היה כריית בור

שוב מפקירו, משא"כ הכא שהגביה פחות מג"ט הרי לא היה כריית בור. גם צ"ב מה מהני מה שרצה לזכות, הרי סו"ס לא זכה.

והמבואר לכאורה מדברי הראב"ד, דבכדי שיחשב בעל הבור לא בעינן שיהא הבור דידי' בדיני ממונות, אשר משו"ה אף דאינו קונה, מ"מ מאחר שהוא רוצה לזכות בו חשיב שפיר בעל הבור וחייב. ומה שכתב דהוי כמפקיר נכסיו, היינו משום דהוקשה לו דהרי אחר כך יניחנו ויפקירנו, ואמאי יתחייב, לכך כתב דהוי כמפקיר נזקיו דחייב. ויסוד הא דהמפקיר נזקיו חייב, ס"ל לראב"ד על דרך שכתבנו לעיל בדעת הריב"א דמאחר שהיה בעל התקלה והיה חייב לשמור שלא יזיק ואם לא ישמור יתחייב, אין חיוב זה נפקע על ידי ההפקר אלא נשאר בחיובו, אשר ממילא בני"ד מאחר דנחשב בעל הבור על ידי מה שרצה לזכות, נתחייב בשמירתו ושוב אין חיובו פקע על ידי מה שיפקיר. שו"ר שעד"ז ביאר מו"ר זצ"ל דברי הראב"ד, אלא שנשאר בקושי' דלפ"ז צ"ב מה הוכיחו ממפקיר נזקיו דחייב לר' יוחנן דבור ברשות הרבים חייב, הרי מה שמפקיר נזקיו חייב זה משום שאין חיובו שמקום פקע על ידי ההפקר, מה דלא שייך בחופר בור ברשות הרבים, דדילמא התם לא אמרינן דעשאן הכתוב כאילו הוא ברשותו.

וגוף היסוד דמאי דמפקיר נזקיו חייב פירושו דאין החיוב מקודם נפקע על ידי ההפקר, חזינן מדברי השט"מ לעיל דכ"ב בסוגי' דאשו משום חציו, ע"ש דאמאי דהקשו התוס' על דברי רש"י דלמ"ד ממונו בעינן שיהא האש שלו, דא"כ אין לך אדם שיתחייב בדליקה שיפקיר הגחלים וידליק גדישו של חבירו, כתב בשט"מ בדעת רש"י דבכה"ג שהיו הגחלים שלו והפקירם מודה רש"י שההפקר אינו פוטרו, דכמו דבבור חייבתו תורה אפי' לאחר דאפקרי' כך גם באש. והדמיון בין בור לאש לכאורה צ"ב, דהא מאי דחייב בבור הוא משום דעל עסקי כרייה ופתיחה באה לו משא"כ באיש. אלא מבואר מפשטות דבריו כיסוד הני"ל, דחוף ממאי דנאמר גבי בור דין דעשאה הכתוב כאילו הוא ברשותו נאמר גם דמאחר דחילל עלי' חיוב בור אינו פקע על ידי ההפקר, ויסוד זה הוא דכתב בשט"מ דאיתא נמי באש, דמאחר שנתחייב בשמירת האש תו לא פקע על ידי ההפקר. (ממו"ר)

**מח) לוקמה בג' ואע"ג דלא נתכוין לזכות בה חייב-**  
ע"י פי ה"ח שכתב, וז"ל בא"ד: ובא שמעון והפכו בפחות מג' ונמצא שלא הגביהה ולא קנה בהגבהה ולא קיימי ברשותי וכו', עכ"ל. ומשמע מפשטות לשונו דבכדי שיחשב בור דידי' בעינן שהוא יקנה אותה ויעשה שלו, ובלא"ה, וכגון שהזיזו ג"ט ולא הגביהו, מאחר דלא קנה לא חשיב מזיק דידי' ונחשב עדיין בור של הראשון. ולכאורה יש לעיין בדבריו, דאמאי לא סגי לן במאי דעל ידי שהגביהו פקע מיני' שם בור ותקלה, ושוב כשמניחו הוי כבור חדש אשר הוא חייב עליה. ועוד, דמאחר דמצד קנין הגבהה איתין עלה, האיך באמת מתחייב בהגביהו יותר מג' אם לא נתכוון לזכות. אלא דהא לא קשיא, דיעויין במאירי בסוגיין שפירש כדבר הרא"ח דמצד הגבהה איתין עלה, וכתב בא"ד, וז"ל: זכה בו הואיל ואין לו בעלים נעשה שלו אע"פ שלא נתכוין לזכות בה, עכ"ל. אלא דדבריו צ"ב האיך באמת קונה בלא כונה, אם לא נימא כנ"ל דקנין לענין היותו בעל התקלה אינו כקנין בדיני ממונות אלא מאחר דבא שליטתו שפיר חשיב בעל התקלה. אלא דהקושי' הא' במקומה עומדת, אמאי לא סגי לן במאי דכשהגביהו ג"ט נתבטל שם בור ממנו, וצ"ב.

וע"י חידושי הרשב"א שכתב, וז"ל: הא דאמרינן בשפכה לפחות משלשה הוא הדין בשלא הרחיקה ממקומה שלשה דא"כ הוה לי' בורו, עכ"ל. ומבואר מדבריו דבאמת סגי במאי שמזיז ג' טפחים אף דלא הגביהה, דבזה הואיל ולקחו ממקומו נתבטל שם בור מיני' ושוב ממילא חשיב בורו. וכן מבואר בהגהות אשר"י כדבריו, ע"ש. ואינו דומה לבור המתגלגל דלעיל דף ו' ע"א, דהתם מתגלגל על ידי כעין רוח מצוייה, אשר זה שפיר נכלל בשם בור דידי' ולא פקע מיני' על ידי כך שם תקלה הישנה, אבל הכא הרי

מיירי שבא אדם ולקחו, ולענין זה ודאי דחשיב כבור חדש, וז"פ. ובמנחת שלמה כתב דבור המתגלגל היינו טעמא שנתגלגל שלא בכונה. וע"ש מה שכתב עוד בהאי ענינא. ועדיין צ"ב כנ"ל אמאי באמת נאיד ה"ח מפירושו של הרשב"א.

**מט) רש"י ד"ה להתחכך בכתלים-** וזה שנתחכך והוזק משונה הוא ומפריח היינו טעמא דחייב שהרי ממונו הוא ולא הפקירן והפריחו למקום מהלך בני אדם- ע"י מלא הרועים שהעיר דמה מועיל שהוא ממונו, מ"מ זה שנתחכך והוזק משונה ולא הו"ל להתחכך, והו"ל לפרושי דבמפריח לר"ה אף שאין מתחככין רק עוברין כדרך נזקין כיון שהו מופרחין לר"ה, ולכך חייב, משא"כ במצומצם דהוי משונה ולכך פטור, וכן הביא שכתב בני"ל. ולכאורה פשוט דאף כונת רש"י כך, ומה שהדגיש דחייב משום דהוא ממונו והפריחו למקום מהלך בני אדם כוונתו דבלא הא דהוי ממונו לא היה חייב, דהא אזלינן הכא בצד דבור ברשות הרבים פטור ואינו חייב אלא על בור שהוא ממונו, ומאחר שהוא ממונו והוא במקום מהלך בני אדם דבלא חיוב יזוקו שפיר אמרינן דחייב. וכן כתב במלא הרועים עצמו בסוף דבריו.

וע"ש במלוא הרועים שכתב דבמפריח אף אם יתחכך יתחייב מטעם תחילתו בפשיעה וסופו באונס, דפושע הוא לענין הא דיפגעו בכותל בדרך הילוכם, ע"ש מה שרצה ליישב עפ"ז. ודבריו לכאורה תמוהים, כאשר תמה כבר במנחת שלמה, דמה יועיל לן הא דהוי תחילתו בפשיעה, הרי סו"ס מה שניזוק על ידי חיוב פירושו דאיהו דאזיק אנפשי' דלא היה צריך לעשות כן כלל, ובכה"ג אין לחייב את בעל הכותל כלל, ע"י מנחת שלמה מש"כ בזה.

**נ) תו"ה אלא ר' יוחנן דאמר חייב- מ"מ**  
איצטרך לפרש לפי שאין דרכן וכו' לפרש מתני' אפי' כמאן דמחייב בור ברשותו ושמא ר' יוחנן בבור ברשותי נמי מחייב וכו'- וכ"כ הרא"ש סו"ס ה' בדעת הר"ף שהביא להלכה הא דאין דרכן של בני אדם להתחכך בכתלים ואף דק"ל כר' יוחנן דבור ברשות הרבים חייב. אלא דיש מקום עיון בדבריו שכתב דמתוך זה "משמע" דס"ל להר"ף הכי, דהרי מפורש פסק הר"ף בשור שנגח את הפרה דבור ברשותו חייב, וכבר הקשה כן ביש"ש ס"ב, ע"ש.

## ל' ע"א

**נא) אבל הוא עצמו פטור קרקע עולם הזיקתו- ע"י**  
תוס' לעיל כ"ח ע"ב ד"ה אבל הוא עצמו פטור דקרקע עולם הזיקתו שכתבו דלא בעי למימר שהוזק הוא עצמו במים דלישנא משמע שהחלק עצמו במים ולא שהוזק בהן, ולדבריהם יקשה לכאורה הכא דתנן והוזק בהן אמאי לא מפרשינן דמיירי שהוזק על ידי המים עצמן ולא על ידי קרקע עולם, וצ"ב. שו"ר שהעיר על כך במנחת שלמה, ע"ש.

**נב) רש"י ד"ה לא יהא אלא כרפשו- המשליך זבלו**  
ברה"ר מי לא מיחייב כי לא הפקירו ה"נ רפשו הוא דאזקי' שנערבו המים והעפר ונעשה טיט ושלו הוא מדמוקי לה בטינוף כלים מכלל דלא אפקרי' וכו'- יש לעיין לכאורה האיך נעשה הרפש שלו, הרי העפר שעל ידו נעשה רפש הוא של רבים ובמה זכה בו, וא"כ לכאורה הוי רפש של רבים. אם לא דנימא דמאחר שהמים שלו שוב ממילא מתייחס הטיט אליו, וכמו שראיתי שצידד במנחת שלמה, אלא דהא גופא טעמא בעי אמאי הדבר כן. ואפשר דה"ט משום דבעלות על מזיק אינו בעצם בעלות ממוני אלא שליטה, וכנ"ל.

ומה שהאריך רש"י וכתב דלא הפקירוט ורפשו הוא וכו', לכאורה צ"ב, דבפשטות הוה ביאור מאי דהקשו לא יהא אלא כרפשו דלא חשיב ככה"ג קרקע עולם אלא הבור שעשה הוא ושפיר איתא לד"ז אף דהפקירו, דהא הכא דנין על חיוב נזקי אדם ולא על כלים ושפיר י"ל דהוי בור. וכה"ק באבהא"ז פ"ג

מהל' נזקי ממון הי"ב בסוף דבריו, ע"ש שנשאר בצ"ע בזה.

והנה מדברי התוס' ד"ה בדתמו מבואר לכאורה דלמאי דפריך רב הונא לא יהא אלא רפשו היתה הכונה דנימא דמיירי בין בגופו בין בבגדו, ואי ס"ל לרש"י הכי שפיר הוצרך לומר דמיירי דלא אפקרי. אלא דמשפטות לישנא דהש"ס היה נראה דלישנא דהזוק משמע בפשטות גופו, אלא שהוכרח רב לומר דמיירי בבגדו, וע"ז פריך רב הונא דלא גרע מרפשו ושפיר נימא כפשטו דמיירי בגופו, ואי מיירי בגופו גרידא שפיר יקשה אמאי הוצרך רש"י לומר לא אפקרי.

**(נג) ותתני למה לי חדא בימות החמה וחדא בימות הגשמים-** מבואר מדברי הש"ס דאף לרב איכא חידוש מסויים בימות הגשמים דאף דהוי ברשות חייב. ולכאורה צ"ב מה החידוש בזה, הרי מיירי דלא אפקרינהו וחיובו משום שור, ובשלמא גבי בור ודאי דהוי חידוש דחייב דבבור איכא למיפריך מה לבור שכן שלא ברשות ובעינן לצדה"ש דבור ושור כדלעיל ד"ן, אבל למאי דס"ל לרב דחיובו משום שור, הרי כל שור הוי ברשות כדאיתא לעיל ד"ן, ובשלמא לשיטת התוס' דאף לרב דחיובו משום שור נלמד הצדה"ש דשור ובור אתי שפיר דכיון דהוי ברשות שפיר איכא חידוש במאי דחייב אף דהוי ברשות, אך לשיטת רש"י דלא אתי רב עלה מצד צדה"ש אלא דדומה לשור עצמו צ"ב כנ"ל, וכן העיר מו"ר זצ"ל, וביאר, דאף לשיטת רש"י עצם מאי דהוי המזיק נלמד מצדה"ש דבור ושור, רק לאחר דידיעין מפרשת בור דחייב אסו"מ אמרינן דהשם מזיק שיש לו לעינן ההלכותיהן הוא שור כיון דהוא ממונו. ולפ"ז אתי שפיר סוגיין לשיטת רש"י כמו לשיטת התוס'.

**(נד) רש"י ד"ה מהו דתימא-** דהתם משום הכי לא מצי לחיובי לבעל כותל דלא הוי ידע לוי למצניע דלודעי שיבא ויטול קוצותיו וכו'- מבואר מדבריו דמיירי אף דשפיר ידע שיש שם קוצים, ומ"מ בכותל רעוע פטור בעל הכותל משום דבעל הקוצין הוא הפושע דלא הו"ל להצניעם שם, וכמשי"כ גם התוס', ובכותל בריא היינו טעמא דמחייב משום דהו"ל לאצנועי, וכמשי"כ רש"י בד"ה וחיוב בעל הכותל. וכן מבואר מדברי התוס' שכתבו בד"ה וחיוב בעל הכותל, וז"ל: וא"ת כותל רעוע נמי איבעי לי לאסוקי אדעתי שמא הצניעם שם כשהיתה בריא, עכ"ל, דמלשון שמא הצניעם שם משמע להדיא דמיירי דשפיר ידע שיש שם קוצים רק שהשאלה אצלו מתי הצניעם שם, דהיות הכותל בריא או בהיות הכותל רעוע. ולדבריהם, יסוד הפשיעה המחייבת את בעל הכותל היא מה שלא הוציאם והצניעם.

אכן יעויין בנ"י שכתב בא"ד, וז"ל: אבל בעל הכותל חייב דאיבעי לי לאסוקי אדעתי דמצניע ב"י אינשי וכו', עכ"ל, ומבואר מדבריו דמיירי דלא ידע שהיו שם קוצים, ומה שחייב בכותל בריא הוא משום דהו"ל לאסוקי אדעתי דמצניעם שם. וכן מבואר שם עוד כמה פעמים בלשוננו, וכן איתא גם בתלמיד ר"ת ור"א, ע"ש. ולדבריו אם אך הוה ידע שישנם שם קוצים פשוט דהוא חייב וליכא צד למיפטר"י (ודלא כרש"י ותוס' דאף דידע שיש שם קוצים דנין אי היה חייב בעל הכותל להוציאם או לא). ולדברי הנ"י הפשיעה המחייבת את בעל הכותל היא מה שלא בדק אם יש שם קוצים לפני שסתר הכותל.

והנה הקשו התוס' הנ"ל דגם בכותל רעוע איבעי לי לאסוקי אדעתי שמא הצניעם שם כשהיתה בריא, ותיירצו, וז"ל: וי"ל דמ"מ ראוי המצניע להתחייב כיון שפשע וכו', עכ"ל. וביאור דבריהם, ע"י ברא"ש בסוגיין, דכיון דפשע המצניע תחילה בשמירת נזקיו ראוי לחייבו יותר, ונבאר דבריו לקמן, בעזה"ש. וכן יעויין בנ"י בסוגיין, דאחר שהביא תירוצו של הרא"ש כתב, וז"ל: והרמ"ה ז"ל תירץ דלא אמרינן מיגו דהוה פושע לגבי זמן בריאות להו פושע נמי לגבי זמן רעיעות, עכ"ל. ומאי דנאדו התוס' מתירוצו של הרמ"ה, יש לבאר ע"פ הנ"ל, דלהנ"י מה אם אך ידע דהקוצים שם היה חייב, והפשיעה המחייבתו הוא מה

שהיה צריך לבדוק שמא יש שם קוצים, אשר בזה שפיר תירץ דליכא למימר שיתחייב עבור מה שפשע ולא בדק בזמן היות הכותל בריא, דהא אין פשיעה זו פשיעה בקוצים אלו שלא הונחו שם אלא בזמן שהיה הכותל רעוע. אכן להתוס' לשיטתם אף היכא דידיע שהקוצים בתוך הכותל עדיין יתכן שיפטר בעל הכותל, ואין הפשיעה המחייבתו אלא מה שמאחר שהיה צריך לאסוקי אדעתי שהקוצים שם היה צריך להצניעם, ולדידהו שפיר היה שייך לחייבו עבור מה שהיה צריך לחשוש שהונחו הקוצים שם בזמן שהכותל היה בריא ונמצא דפשיעתו שלא הצניעם שפיר הוה פשיעה בקוצים אלו, אשר משו"ה נאדו מתירוצו של הרמ"ה ותיירצו דמאחר שמתחילה פשע בעל הקוצים בהניחו קוציו בכותל רעוע, דנים עליו כהמזיק בזה.

ויש להעמיק בזה עוד, דייעויין שם המשך דברי הנ"י מה שהביא בשם הרמ"ה, וז"ל: וכתב עוד ז"ל אם נפל הכותל מאליו וכו' ואי סתרי אינש מעלמא שלא ברשות ל"ש רעוע ול"ש בריא הסותר חייב והמצניע פטור ואע"ג דברעוע מצניע הוא דחייב דפושע הוא מ"מ השתא הסותר חייב דלא גרע מכורה אחר כורה דאחרון חייב, עכ"ל. ומדברי התוס' והרא"ש הרי מוכרח דלא ס"ל הכי, דהא לדידהו מאחר שבעל הקוצים פשע תחילה הרי הוא חייב דהוא נחשב עיקר המזיק, וליכא שום נפ"מ בזה אי הפילו בעל הכותל או אדם אחר. ויסוד פלוגתתם, דהנה הרמ"ה דימה דבר זה לכורה אחר כורה, ובכורה אחר כורה הרי טעמא דחייב השני הוא משום דעל ידי כרייתו חשיב שעשה מזיק ומעתה הוא נחשב כבעל הבור. ומוכח מדבריו דאף בנידון דידן הדבר כן, דאף דחשיב הפלת כותל רעוע כרוח מצוייה, מ"מ על ידי מה שהטמין שם הקוצים גרידא לא חשיב שנוצר המזיק, ולא נוצר המזיק אלא על ידי הפלת הכותל, אשר זה שפיר דומה לכורה אחר כורה, דיש בהפלת הכותל משום עשיית מזיק. אכן התוס' והרא"ש נראה דס"ל דכיון דחשיב הפלת כותל רעוע כרוח מצוייה, בהא גרידא שהטמין שם קוצים חשיב שפיר שנעשה כבר המזיק, ואין הפלת הכותל אלא הוצאת הרוח מצוייה אל הפועל, אך אין בזה משום עשיית מזיק. וזהו באמת עומק ביאור דברי הרא"ש והתוס' דעל ידי שהוא פשע ראשון חשיב הוא עושה המזיק ולא מי שמפיל הכותל. ולדבריהם אין נ"ד שייך לכורה אחר כורה כלל וודאי דיפטר האחר המפיל את הכותל. ומבואר בזה מאי דנאיד הרמ"ה מתירוצם של התוס' והרא"ש, דאף אי פשע הראשון בהניחו הקוצים, מ"מ הרי לא נעשה מזיק על ידי כך והמפיל הכותל הוא שעושהו למזיק, אשר ממילא שפיר היה לו לבעל הכותל להתחייב, אשר על כן הוצרך הרמ"ה לבאר דליכא מצד בעל הכותל בכותל רעוע פשיעה בזה כלל, דהפשיעה שעל זמן שהיה הכותל בריא אינה משתייכת לקוצים אלו כלל, וכנ"ל. אכן כל זה הוא לגבי בעל הכותל, אבל לגבי אחר, מאחר שאין לו רשות להפיל כותלו של חברו כלל חשיב כפשיעה המחייבתו בכל מה שנעשה על ידי ההפלה, כולל ההיזק שעל ידי הקוצים שהיו טמונים בו.

וזהו גם העומק במאי דס"ל להרמ"ה דאם אך הוה ידע שהיו שם קוצים חייב בעל הכותל, דמאחר שידע שהיו שם קוצים שפיר איכא בהפלת הכותל משום עשיית מזיק, משא"כ לשיטת התוס' והרא"ש דהמזיק נעשה כבר על ידי בעל הקוצים בהצניעו קוציו בכותל רעוע, לדידהו אף דהוה ידע לוי לבעל הכותל על קיומם של הקוצים, מ"מ עד כמה שבעל הקוצים חשיב זה שעשה המזיק הרי בעל הכותל פטור, ודוק. והנה כתב המאירי בסוגיין, וז"ל: המכסה בורו בדליו של חברו ובא בעל הדלי ונטל את דליו חייב בעל הבור ואין אומרים וכו' והרי זה דומה לזה שהצניע קוצו בכותל רעוע של חברו שהיה לו לעלות על לב שיסתרו אותה בעליה נטל אחר את הדלי ולא בעליו יראה שאף בזו חייב בעל הבור שהרי מ"מ פשע בכיסוי, עכ"ל. והנה מש"כ האם בא אחר ונטל הדלי, דחייב בעל הבור אף דזה שלקח הדלי פשע, יתכן דאף הרמ"ה

יודה לזה, דהכא ליכא למימר דלא נעשה הבור למזיק אלא על ידי הסרת הדלי, אלא שפיר היה מזיק רק שהיה מכוסה זמני, אשר בזה ודאי דנחשב בעל הבור לבעל המזיק שפשע בכיסויו.

אכן יעויין ברי"ח בסוגיין שכתב, וז"ל בא"ד: אבל גבי דלי דידע לוי לבעל הבור איבעי לאודועי קמ"ל דכיון דשקיל דיד' לא חייש לבירא דחברי, עכ"ל. ומבואר לכאורה מדבריו דלא כדברי המאירי, דהא כתב דמאי דפטור בעל הדלי הוא משום דכיון דדידי' שקיל לא חייש לבירא דחברי, כלומר, דאינו צריך להודיעו, אבל אחר דלאו דיד' שקל שפיר תחשב אי-ההודעה לפשיעת בור ויתחייב הוא.

**(נה) ת"ר חסידים הראשונים היו מצניעים קוצותיהם וכו' בתוך שדותיהן- ע"י נ"י דלא היו עושים כן בבתים ובחצירות משום דאורחיהו דאינשי למחפר בהו בורות שיחין ומערות ויתגלו.**

**(נו) אמר רב יהודה האי מאן דבעי למהוי חסידא לקיים מילי דזניקין וכו'- ע"י ברי"ח שכתב, וז"ל בא"ד: ואמרי לה מילי דברכות כדאמרינן אסור לאדם ליהנות מן העולם הזה בלא ברכה וכיוצא בו, עכ"ל. ולכאורה צ"ב דהא ליהנות בלא ברכה איסורא אית בזה ואמאי חשיב על ידי כך לחסיד. ובאמת הביא בשט"מ בשם ר' יהונתן הכהן מלוניל, וז"ל: בחסידים אלה שהיו חוששין אף לדבר שאינו רגיל כדי שיתרחקו מהזיק הבריות מילי דאבות אבות דר' נתן שהם פרקי דחסידי מילי דברכות שיהיה זרזי בתפלה כותיקין וכחסידי הראשונים שהיו שוהין שעה אחת ומתפללין ובפחות משלשה אלה לא יוכל להיות חסיד שיקיים מילי דנזקים שישמר מהזיק חבירו בכוונה ושלא בכוונה ושיקיים מילי דאבות שהוא ותן דממונו שיאמר שלי שלך ושלך שלך ושיקיים מילי דברכות שיתפלל בכוונה שלמה, עכ"ל. ומבואר מדבריו דלא מיחשב חסיד אלא בנוהג יותר על המחוייב, ודברי הר"ח צ"ב.<sup>8</sup>**

וע"י מהרש"א בח"א שכתב, וז"ל: יראה כי חסיד נאמר על מ שעושה מעשיו על צד היותר טוב וכו' ולפי שיש לאדם במעשיו הטובות ג' חלקים וכו', עכ"ל. ואי נימא דכן הוא גדר חסיד, דהיינו, שעושה מעשיו על צד היותר טוב, אפשר דלא בעינן לזה שיעשה לפניו משורת הדיון, אלא יסוד הדברים הוא שלימות המעשה, כלומר, שלימות בינו לבין עצמו, בינו לחבירו, ובינו לבין המקום. ובהו שפיר יתכן לפרש כדברי הר"ח דאם זהיר בה"א דאסור ליהנות מן העולם בלא ברכה הרי מעשיו מושלמים בינו לבין המקום, דמונח בזה הכרה שהכל מהקב"ה, ביטול עצמותו וקנינו לגמרי להקב"ה.

**(ז) רש"י ד"ה כל המקלקלין ברה"ר- לישנא אחרינא כל המקלקלין ואפילו עושין ברשות- צ"ב לכאורה, לס"ד דהש"ס דמייירי שהוציא ברשות, מאי איכא בין ת"ק לרשב"ג, הרי אף לת"ק חייב אם הזיק. שו"ר שהעיר כן בשט"מ בשם גליון, ע"ש שכתב דבאמת בעינן לבי הלשונו שברש"י, דלהך ס"ד ע"כ צריך לפרש כלשונו האי דבא רשב"ג להוסיף דקנסינן נמי אגופא, ואילו למאי דמוקמינן דמייירי שלא בשעת הוצאה דהוי שלא ברשות לכו"ע קנסינן נמי גופו ועכצ"ל דמאי דפליג רשב"ג הוא לומר דאפי' היכא דהוציא ברשות חייב.**

ויש בדבריו לכאורה מקום עיון, שתפס כדבר פשוט דהיכא דהוי שלא ברשות לכו"ע קנסו גופו, וממסקת סוגיין לרב נחמן מבואר להדיא דלא כזה, דהא

מסקינן דמתני' שלא בשעת הוצאת זבלים, דהוי שלא ברשות, ואמאי באיתא במתני' דכל הקודם זוכה הוא דפליגי רב וזעירי אי קנסו גופו, הרי להדיא דפלוגתתם הוא היכא דהוי שלא ברשות. ולדברי התוס' שכתבו בד"ה אפילו תימא ר' יהודה שכתבו דאף בס"ד דהש"ס דמייירי בשעת הוצאת זבלים מייירי הא דתנן כל הקודם זכה אחר ל' יום דהוי שלא ברשות, מבואר אף לס"ד דהש"ס דפלוגתת רב וזעירי הוי היכא דהוי שלא ברשות, ואילו לדברי השט"מ היכא דהוי שלא ברשות לכו"ע קנסו גופו, וצ"ע.

אכן יעויין שם בשט"מ שהוקשה לו מברייתא דקתני נר תנוכה, ולמסקנא דהא דחייב על נזקו הוא דווקא היכא דהוי שלא ברשות הרי סגי ברשות ב"ד ולא בעינן רשות דמצוה, ות"י דתנא דברייתא לא ס"ל כתירוצא דרב נחמן אלא ס"ל כרב אשי, ולרב אשי שפיר הוי ברשות, רק דהיכא דיתכן מזה היזק אין מה דהוי ברשותו פוטרנו מחיוב נזקין. ועפ"י יתכן לומר דאף פלוגתת רב וזעירי אינו אלא לפום הך אוקימתא דרב אשי דלעולם הא דכל הקודם זוכה מייירי היכא דהיה ברשות, אבל היכא דהוי שלא ברשות כ"ע מודו דקנסו גופו. וגם יהא מוכח לפ"י דרש"י פליג אדברי התוס' הנ"ל דלס"ד דהש"ס מייירי הא דכל הקודם זכה לר' יהודה אחר ל' יום, וכנ"ל, דבכה"ג דהוי שלא ברשות לכו"ע קנסו גופו, אלא ס"ל לרש"י ע"ד שתי ברא"ש דאף דהוי ברשות מ"מ אחר שהזיק שפיר קנסינן, ובהו הוא דנחלקו אי קנסו גופו או רק שבחו, אבל בשלא ברשות ודאי דאף גופו קנסו, ועדיין צ"ע בכל זה.

ומריהטא דלישנת התוס' בסוד"ה אפילו תימא ר' יהודה שכתבו "ולפי לשון אחר שפירש בקונטרס דרשב"ג פליג את"ק וס"ל דאפי' ברשות חייבין לשלם קשה אפי' לפי המסקנא", משמע לכאורה דשייכי ב, הלשונו שברש"י לפום מסקנת הש"ס, ודלא כדברי השט"מ.

**(נח) תוד"ה אפילו תימא רבי יהודה- תימא והא מתני' קתני כל הקודם בהן זכה- ע"י שט"מ בשם הרא"ש שכתב, וז"ל: וי"ל דהיינו לאחר שהזיק אבל יש לו רשות להניח ומשהזיק יזחר ליטלנו קודם שיטלנו אחר, עכ"ל, וכן הובא ת"י זה בתוס' רבינו פרץ, ע"ש. וביאור דבריו לכאורה, דלעולם אין מאי דכל הקודם בהן זכה קנס במובן שקנסוהו שיפסיד מה שהוא שלו משום שהזיק, דהא מייירי שהניחו ברשות וגם אין במה שהזיק שום תוספת פשיעה, אלא מה שאמרו כל הקודם בהן זכה הוא בכדי שיטלנו מיד אחר שהזיק, דמאחר שנתברר שהוא עלול להזיק וחשיב כ"מזיק" באו חז"ל למנוע שלא ישאר שם ויזיק עוד, אשר על כן תקנו דכל הקודם בהן זכה בכדי שיטלנו קודם שיזיק עוד.**

## ל' ע"ב

**(נט) כי קתני אוסרין משום גזל אכולה מתני' קאי לאותו שקדם זוכה- ויש לעיין לכאורה מה החידוש בזה שאסורין משום גזל מאחר שזכו בהם. ולכאורה צ"ל דהוה ס"ד דהא דכל הקודם זכה היינו דיש לכל אחד זכות תפיסה שיקחנו ויעשה בו כרצונו, אבל קנין גמור שלא יוכל אחר לזכות ממנו לא הוי, קמ"ל דיש בזה משום גזל וקנין גמור הוא. וראיתי במנחת שלמה שכתב דס"ד שההבעלים יכולים לחזור ולתפוס ממנו, כעין שמצינו בגזל עכו"ם דאפילו למ"ד מותר רשאי העכו"ם לחזור ולחטוף ממנו.**

וע"י פי הר"ח שפירש באופן אחר, דר"ל דברייתא פליג אמתני' וס"ל דבל גווי לא קנסו כלל ואסורה משום גזל, וע"כ דלא גרס "לאותו שקדם זוכה", וכבר כתב כן המגיה.

**(ס) דבר שיש בו שבה קנסו וכו'- ע"י קושיית הגרע"א בגליוהש"ס דלמאי דס"ד דאף היכא דאין בו שבה קנסו, אמאי אמרינן לעיל דף י"ט דאכלה מן הרחבה משלמת מה שנהנית, הרי קנסו מי שהניח הפירות שם והוי הפקר דכל הקודם זכה, וכך כתבו התוס' לעיל דף כ"א ד"ה דרב סבר בור ברשותו חייב**

<sup>8</sup> ונפטר המוספיק לעובדי ד' לרבינו אברהם בן הרמז"ס כתב דפרק הליכה בחוקות התורה, וז"ל: ומי שנוהג על פי חוקות אלו בקיום המצוות נקרא לדיק וכו' שנגזר ממלת לדיק אשך פירושה יושך ופילוס החובות כי קיום המצוות החיוביות הוא חוב שאנו חזים לו יתעלה כחובת העבד למלך מצוות רבו וכו' ומי שהולך בחוקות המיוחלות אלו נקרא וכו' חסיד וכו' שנגזר ממלת חסד שפירושה נדיבות מפני שהוא מתנדב לעשות מה שלא נתחייב בו במפורש מן התורה וכו', עכ"ל.

דהיינו טעמא דלרב חייב לשלם מה שנהנית משום דמיירי שלא נתנו ברה"ר כדי להשביח, אשר זהו לפום מסקנת סוגיין, וא"כ לס"ד דסוגיין צ"ע אמאי משלמת מה שנהנית, ע"ש שהניח הדבר בצע"ג.

ולכאורה היה אפשר לומר בפשיטות דלהך ס"ד נימא דמיירי שנפלו ממנו הפירות ולא הניחם שם מדעתו כלל, אשר בכה"ג ליכא קנסא, ומה שכתבו התוס' שם דמיירי שהניחם אבל לא להשביח זהו לפום מסקנת סוגיין, ושו"ר שכתב כן במנחת שלמה, ע"ש שכתב עוד דלכאורה צ"ב אמאי לא הוקשה להגרע"א ממתני דפירקין לפום ס"ד דסוגיין אמאי במניח את הכד לא הוזכר דכל הקודם זכה, אם לא דנימא דבאמת כונתו להקשות גם מזה, ולא הזכיר אכלה מתוך הרחבה אלא משום דהוזכר ד"ז בתוס' לעיל דף כ"א, ואי נימא הכי אזלא לה לתי' הני"ל. ושמא נימא דכל בכל מקום קנסו, ובמניח את הכד מאחר שאין דרך בני אדם להניח כד ברה"ר לא קנסו כלל, רק בפירות דמיירי התם שהם ברשות ליד רה"ר או לרב דס"ל דבור ברשותו חייב, בזה הוא דאיתא לקנסא, ולס"ד דהש"ס, איתא להקנס אפי' היכא דלא הניח ע"מ להשביח, ובסוגיין י"ל כנ"ל דנימא דמיירי שנפלו הפירות דלא שייך בזה קנס כלל, ועדיין צ"ע בזה. (ובמנחת שלמה כתב ג"כ דלא בכל מקום גזרו, אלא דלדבריו צ"ב דברי התוס' הני"ל בדף כ"א שכתבו דמאי דפטור היכא דלא הניח ע"מ להשביח נלמד מסוגיין, הרי דס"ל דשפיר שייך הקנס גם בפירות, ואכמ"ל.)

**סא) תוד"ה שטר שיש בו רבית וכו' -** הקשה ר"י אם יפסיד כל חובו לגמרי מצינו הלוה חוטא נשכר - עי' חידושי הגרע"א שהקשה מכאן על דברי המל"מ בפ"ד מלוה ולוה ה"ב דלוה אינו עובר עד דמשלם הרבית דאינו עובר על לאו דלא תשימון, ולפי דבריו הרי י"ל דמשום הכי לא קנסו ללוה דעדיין לא עבר איסורא, ובתוספותיו על המשניות פ"ג דסנהדרין אות י' כתב להוכיח מדברי התוס' דס"ל דלאו דלא תשימון נאמר אף על הלוה. והנה אף דלא עבר אלאו דלא תשימון מ"מ פשוט דעובר על כל פנים אלאו דלפני עור, ואפשר דלולא הטעם שכתבו התוס' היו קונסין אותו עבור מה שגרם לחבירו להלוות לו בריבית.

**סב) תוד"ה וחכמים אומרים גובה את הקרן כו' -** משמע שגובה ע"פ השטר אפי' ממשעבדי וקשה לר"י למה השטר כשר כיון שהעדים עוברים על לא תשימון וכו' - משמע מדבריהם דדווקא משום דלחכמים גובה הקרן אף ממשעבדי הוא דקשיא להו האיך גובה הרי העדים פסולים, אבל אילו לא הוה גבי אלא מבני חורין לא הוה קשיא להו, וצ"ב לכאורה דהא אף אי אינו גובה אלא מבני חורין יקשה האיך גובה, הרי ליכא עדים על ההלואה כלל ונאמן הלה למימר להדי"ם. ובתוספות תלמיד ר"ת ור"א הקשה באמת האיך גבי מבני חרי, הרי העדים פסולים, ע"ש.

והנה שיטת התוס' בסוגיין מבוארת דלר"מ אינו גובה אפי' מבני חורי ואף על ידי עדות אחרת, והכל משום קנסא, דמעיקר הדין היה שפיר גובה הקרן אף ממשעבדים מצד עדי השטר כיון דאינו פסולים, ולחכמים גובה הקרן אפי' ממשעבדים מאחר דלא קניס. אכן יעויין תוס' תלמיד ר"ת ור"א, וכן בתוס' ב"מ דף ע"ב ע"א ד"ה שטר שיש בו רבית, שהביאו דעת הריב"ם דאף לר"מ גובה מבני חורין ע"פ עדי השטר דאינם פסולים מאחר דאינם עדי חמס, ומה דאמרו בתוספתא המוצא שטר שיש בו רבית יקרענו, היינו משום דאסור להשהותו, וכן מבואר כשיטה זו בדברי הרשב"א בסוגיין, ע"ש. ויקשה על דבריו מהא דק"ל כאביי דמומר אוכל נבילות לתיאבון פסול לעדות, אף דאינו פסול דחמס, ומאי שנא הכא דכשרים, וכה"ק על דבריו בתלמיד ר"ת והר"א, ע"ש. (וכן יקשה קושיית התוס' לעיל ד"ה שטר שיש בו רבית מלישנא דאינו גובה לא את הקרן ולא את הריבית דמשמע דאינו גובה כלל ואפי' בעדים אחרים.)

ועי' קצוה"ח סי' נ"ב סק"א שכתב ליישב קושי' זו ע"פ הא דהקשו התוס' בחולין י"ד ע"א ד"ה השוחט

גבי שוחט בשבת שחיטתו כשירה דהא הוי מומר לחלל שבת ושחיטתו פסולה, ותירצו התוס' דבפעם אחת לא הוי מומר, והר"ן בחידושו כתב כיון דאין נעשה מומר עד גמר שחיטה אין שם מומר עליו אלא מאותה שחיטה ואילך, וא"כ ה"ה הכא כיון דבמלוה על פה לא עברי העדים על לאו דלא תשימון עליו נשך כיון דאפשר דלא אתי לידי גביה, ודווקא בעדות שבשטר עוברים אלאו זה (ונסתפק בזה מהר"א ששון סי' קס"ב), ממילא כיון דלא עברי אלא בשעת חתימתן לא נעשו פסולין אלא משעת חתימתן ואילך אבל מה שחתם בהכשר הוא והשטר כשר, ע"ש אריכות דבריו בזה. (ולדעת התוס' דאינו נעשה מומר בפעם אחת אתי לכאורה שפיר כפשוטו.)

ובתוס' תלמיד ר"ת ור"א מבוארת שיטה אחרת בזה, דאף לחכמים אינו גובה לא את הקרן ולא את הריבית על פי השטר כיון דהעדים פסולים הם, אלא בהא פליגי ר"מ וחכמים, לר"מ אינו גובה אף על ידי עדים אחרים או ע"פ הודאתו, והוא מטעם קנס, ואילו לחכמים גובה על פי עדים אחרים או ע"פ הודאתו, ע"ש כל דבריו.

**סג) רש"י ד"ה בהלכה ואין מורין כן קמיפלגי -** תנא קמא סבר הלכה דקנסו גופן ואין מורין כן והכי קאמר הלכה כל הקודם בהן זכה ואפי' גופן דיעבד ואי אתי מרישא לקמן לאימלוכי אמרינן ל"י אסורין משום גזל - משמע לכאורה גדר הדברים הוא דבאמת עד שלא זכה השני הרי הם של הראשון לגמרי, ואית בזה משום גזל, רק דביעבד אחר שתפס אמרינן שזכה, ולעולם אין פירושו שהפקירוהו חז"ל כבר מתחילה. ונראה לכאורה דאף למי"ד הלכה ומורין כן גדר הדברים הוא כנ"ל, דלא הפקירוהו ממש אלא הוא תקנה מסויימת דכל הקודם זכה, רק דאמרינן ל"י לכתחילה שיכול לתפוס. וכן מוכח מהא דרב הונא אפקר חושלי, דמסקינן דהוי במוטרין ובכה"ג מודה רב הונא דמורין כן, ואיתא בגמ' בלשון אפקר חושלי, וכתב רש"י דר"ל שהורה שהקודם בהן זכה, הרי דכל הגדר בזה הוא דכל הקודם זוכה.

וכן נראה מלשון הרמב"ם שכתב בפ"ג מהל' נזקי ממון ה"ד, וז"ל: ואם הוציאו קנסוהו חכמים שיהיו כהפקר וכל הקודם בהם זכה וכו', עכ"ל, הרי דכתב דהם כהפקר לענין זה שכל הקודם זוכה, ולא כתב דהוי הפקר ממש, והוא כמשנ"ת.

## ל"א ע"א

**סד) רב נחמן בר יצחק אמר אפילו תימא לא היה לו לעמוד היה לו להזהיר ולא להזהיר ורבי יוחנן אמר כיון דלא היה לו לעמוד לא היה לו להזהיר דטרדי -** ופסקו הרי"ף והרמב"ם (פ"ג מהל' נזקי ממון ה"ח) כר' יוחנן דלא אמרינן דהיה לו להזהיר. אכן הרא"ש בסוגיין סי' ט' פסק כרב נחמן בר יצחק, ע"ש טעמו. והטור בחו"מ סי' תי"ג הביא ב' הדיעות. ותמה בישי"ש סי' כ"ב דבהא דאם היה בעל הקורה קודם פסק הטור בס"י שע"ט דבעמד לכתף פטור, דלא אמרינן דהיה לו להזהיר ולא הביא בזה דעת אביי הרא"ש דלמאי דק"ל כרב נחמן בר יצחק דמחייבין ל"י מצד הא דהיה לו להזהיר יהא חייב אף בעמד לכתף. ובסמ"ע סי' תי"ג הרגיש בזה, ע"ש שכתב לחלק בין נפל לבין עמד לכתף, דבעמד לכתף טרוד יותר וליכא טענה דהיה לו להזהיר, משא"כ בנפל, והדברים דחוקים, כאשר כתב כבר במח"ד בסוגיין ובנח"י"ד כתב ליישב דברי הטור, דפסק כדברי הרא"ש לקמן בע"ב דמשום זה שהיה לו לעמוד או להזהיר חשיב רק בור, אך לא חשיב אדם המזיק אא"כ יש קצת פשיעה בתחילת הנפילה וכגון בנתקל למי"ד נתקל פושע, אשר על כן בעמד בעל קורה שנשברה החבית, דהוי כלים, פטור, דהא בור פטור מכלים, אשר על כן בעינן שיהא דווקא עמד לפוש דבעמד לפוש שפיר יש לחייבו משום אדם המזיק. (ולפ"ז צ"ע לכאורה מאי הוה בעינן לאוכוחי מהך דהיה בעל

הקורה ראשון דמיירי בעומד לכתף והיה לו להזהיר, הרי התם מיירי בכלים ואין לחייבו אלא מטעם אדם המזיק, ואדם המזיק הרי אינו חייב מצד היה לו להזהיר, וע"כ דמיירי בעומד לפוש. וכבר עמד ע"ז בנח"ד גופי, ע"ש מה שהאריך לבאר דהך מקשה ע"כ דהוה ס"ל דאף מצד היה לו להזהיר יש לחייב משום אדם המזיק, ע"ש כל דבריו. ע"י מנחת שלמה מה שהעיר על דברי הנח"ד.

והנה מגוף דברי רב נחמן בר יצחק דאיכא חיוב מצד מה שהיה לו להזהיר ולא הזהיר חזינן חידוש מסויים, דחייב אף על פי שכל מעשה ההיזק היה באונס מהאי טעמא שהיה לו להזהיר ולא הזהיר, וגדרא דהך מילתא אמר מו"ר זצ"ל דאף דהמעשה הוא באונס מ"מ עד כמה שהיה יכול להזהיר ולמנוע ההיזק אין ההיזק אונס, וסגי בזה לחייבו מדין אדם המזיק

**סה) רש"י ד"ה לפוש-** דמשונה הוא ואין רה"ר עשויה לכך- כלומר, דהוי פושע בזה, וכן כתבו התוס' סוד"ה וקתני דבזה שעומד הוי פושע. אכן יעוין בפירוש הר"ח שכתב בא"ד, וז"ל: ופריק כשעמד לנוח שאינו טרוד וכו', עכ"ל, הרי דפירש כפשוטו, דהא מאי דלא מחייבנין בעמד לכתף מצד שהיה לו להזהיר הוא משום שהוא טרוד, ובעמד לפוש דאינו טרוד, אף בלא פשיעה שוב מחייבנין משום דהיה לו להזהיר ולא הזהיר. ובדעת רש"י ותוס' לכאורה צ"ל דאף בעמד לפוש טרוד הוא ואין לחייב מצד שהיה לו להזהיר. והנה התוס' הקשו דאדרבה היה לו לבעל החבית להזהר בידעו דשמא יעמוד, ולדעתם פשוט לכאורה דבעינן למימר שבעל הקורה פושע, דאי לאו דהוי פושע הוה אמרינן דהיה לו לבעל החבית לאסוקי אדעת'י שיעמוד, ובכה"ג אינו צריך להזהירו כלל, וע"כ דעל ידי שעמד לפוש איכא בזה פשיעה. שו"ר שכתב כן במנחת שלמה, ע"ש.

ולדעת הר"ח צ"ב לכאורה מהו חידושא דהא דאם אמר לו לבעל החבית עמוד פטור, הא לדידי אין לחייבו על עצם העמידה אלא משום שהיה לו להזהיר, וא"כ פשוט דהיכא דהזהיר פטור.

## ל"א ע"ב

**סו) רש"י ד"ה ראשון ודאי פושע הוא-** וקסבר רבא דרבנן לא פליגי עלי דר"מ בנתקל פושע הוא כדאוקי לעיל אביי דבתרתי פליגי אלא באפקר נזקין הוא דפליגי אבל נתקל מעצמו פושע הוא לדברי הכל- ע"י גלויהש"ס דתמה הגרע"א, דהא רבא ס"ל ספ"י דבי"מ גבי מוליד חבית ממוקם למקום דהאי כדיני והאי כדיני, הרי דס"ל לרבא דנתקל לאו פושע הוא ומשו"ה פטור שומר חנם, וכן מבואר מדברי התוס' לעיל דף כ"ח דלרבא טעמא דשומר חנם פטור הוא משום דנתקל לאו פושע הוא, ע"ש שהניח הדברים בצע"ג.

וביאור קושייתו, דודאי איכא למימר דחלוק הוא גדר פשיעה דבעינן לחייב שומר חנם מגדר פשיעה לענין אדם המזיק, דלענין אדם המזיק הרי לא בעינן את הפשיעה לחייבו אלא דבעינן שלא יהא אונס גמור (לשטיות דפטור אאונס גמור), אשר לזה בפשיעה כל דהו סגי. אכן בשומר חנם, מה שמחייבתו היא הפשיעה, אשר בזה שפיר יתכן דבעינן שתהא פשיעה גמורה. וכן מבואר להדיא בחידושי הרשב"א לעיל דף כ"ח ע"ב, ע"ש שכתב בא"ד, וז"ל: ונראה לי מכאן דאפילו למ"ד נתקל פושע לאו פושע גמור קאמרינן אלא לאפוקי שאינו אונס, ולא כפשיעה שמתחייב עליה שומר חנם, עכ"ל. ועפ"ז היה אפשר לחלק דלענין חיובא דאדם המזיק שפיר אמרינן דנתקל פושע לכ"כ דלעת רבא, וכמש"כ רש"י, רק דלענין שומר עדיין פטור אף דנתקל פושע, דאין זה חשוב פשיעה גמורה. אלא דאף אי נימא הכי לא תתיישב קושיית הגרע"א, דנהי דהתם מדין שומר חנם ליכא לחייבו, וכנ"ל, מ"מ אכתי נחייבו מדין אדם המזיק

אם אף אמרינן דנתקל פושע, וכמו שכתבו התוס' לעיל כ"ז ע"ב להוכיח מהא דשומר חנם פטור דאדם המזיק פטור באונס כעין גניבה, אשר מזה שפיר מוכח דס"ל לרבא דנתקל לאו פושע הוא.

אכן דא ברירא דלאו כו"ע ס"ל כדברי התוס' הנ"ל, דיעוין פי הר"ח לעיל דף כ"ט ע"א שכתב, וז"ל: ואי קשיא לך הא דתני דבי חזקי' פצע תחת פצע לחייב על האונס כרצון, התם בנזקי גופו אבל הכא דבנזקי ממונו לא, עכ"ל. ומבואר להדיא מדבריו דאף אי נתקל לאו פושע הוא מ"מ אינו נחשב אונס לענין אדם המזיק, ודלא כדברי התוס', וכ"ה להדיא בני"י שם דנתקל לאו אונס גמור הוא לפטור אדם המזיק. ולדבריהם יקשה לכאורה סוגי' הנ"ל בפ"ו דבי"מ אמאי באמת ס"ל לרבא דשומר חנם פטור, הרי אף אי נימא דנתקל לאו פושע מ"מ חייב מצד אדם המזיק, וצ"ב. ועכ"ל לדבריהם דמאחר דבא לידיו של השומר ברשות לית לן לחיובי משום אדם המזיק, דמאחר שיש לו רשות לעשות מה שעשה אין עליו שם מזיק כלל, וכמש"כ הרמב"ן בב"מ (הובאו דבריו לעיל דף כ"ו ע"א, ע"ש) לבאר אמאי פטור התם אף דלשטיותו אדם המזיק חייב אף באונס גמור.

ועפ"ז אתיין דברי רש"י שפיר, דבהך דחבית ליכא למידן עלה מצד אדם המזיק אלא מצד חיוב שומר חנם, ולענין חיוב דשומר חנם אף דנתקל פושע הוא לענין אדם המזיק מ"מ אינו פושע לענין חיוב פשיעה דש"ח, וכנ"ל, ושפיר איכא למימר דלענין אדם המזיק ס"ל לרבא דנתקל פושע הוא. והתוס' בסוגיין הקשו על דברי רש"י בזה וס"ל דהא דנתקל פושע היינו דווקא לר"מ, והיינו לשיטתם שפירשו דאילו היה חייב אדם המזיק באונס כעין גניבה היה חייב גבי חבית אף שומר חנם מדין אדם המזיק, וע"כ דס"ל דנתקל לאו פושע<sup>9</sup>. וכן פירשו הראשונים בסוגיין כדברי התוס' בזה דהא דנתקל פושע אינו אלא אליבא דר"מ, ע"י בדבריהם.

**סז) רש"י ד"ה דאמר לי' האי בירא לאו אני כרית'י-** אלא ראשון ומפקיר נזקין לאחר נפילת אונס אמרן לעיל דפטור- מבואר מדבריו דאינו פטור אלא משום דמפקיר נכסיו, וקודם שמפקיר נכסיו חייב משום דהו"ל לסלוקי ולא סלקי' אע"ג דהוא לא כרה הבור. ומבואר מכאן דיסוד הפטור דמפקיר נכסיו אחר נפילת אונס אינו מדין אונס אלא מדין הא בירא לאו אנא כרית'י, וכ"ה בתוס' לעיל דכ"ט ע"א ע"א סוד"ה פליגי בשעת נפילה בנתקל פושע, ע"ש. וסברא דהך מילתא, דאף שהפקיר מיד אחר נפילת אונס מ"מ כיון דאחר ההפקר הרי יכול לסלקו לית בזה משום אונס ואינו פטור אלא משום דהאי בירא לאו איהו כרה. והנה לעיל דכ"ט נתבאר ע"פ דברי רש"י לקמן דמ"ח דס"ל לרש"י דאם אף היה לו פנאי לסלקו קודם שהפקירו לא מהני ההפקר לפטורו, ולדידי צ"ל לכאורה דהכא מיירי שהפקיר קודם שהיה לו פנאי לסלקו.

**סח) רש"י ד"ה מאי לאו אפילו ראשון-** ואע"ג דתחילתו אנוס לא משוינן ל"י דין בור דנימא מפקיר נזקין אחר נפילת אונס הוא אלא מזיק ממש הוא דאדם לא הוי בור- צ"ב לכאורה אמאי הוצרך לזה, אלא הול"ל בפשיטות דליכא הפקר דהרי אינו מפקיר גופו, ע"י רש"י לקמן ד"ה אלא לרב שכתב באמת כן.

**סט) רש"י ד"ה אלא אמר רבא כו'-** אבל שני אפילו היה לו לעמוד לא מיחייב כול'ו האי כראשון דראשון הוי פושע טפי משני הלכך ראשון ודאי הוי מזיק ושני מיסתיה אי משוית ל"י לגופי בור וכו'- צ"ב לכאורה מאחר דס"ל השתא דנתקל לאו פושע הוא, ואף הראשון לא היה חייב אלא משום דהיה לו לעמוד ולא עמד, מ"ש דגבי ראשון מהני הא דהיה לו לעמוד לחייבו משום אדם המזיק ואילו גבי שני לא מהני

<sup>9</sup> וכן דעת התוס' פרק הכונס גבי תצעי לך לעבדו חלא חלא דאין לחלק בין שומר חנם לנזקין לענין פשיעה ומאחר דנתקל לאו פושע הוא לענין שומר חנם ה"ה ללאו פושע הוא לענין נזקין.

אלא לחייבו מדין בור. (וכדברי רש"י כן איתא בדברי התוס' דהשני אנוס טפי מהראשון, וצ"ב כנ"ל).

ואפשר ד"ל בביאורא דמילתא, דהנה יסוד המחייב דהיה לו לעמוד וכי"ל דעל ידי פשיעה זו דהיה לו לעמוד ולא עמד מחייב עבור מעשה הנפילה, דאף דבעצם הנפילה היה אנוס ופטור, מ"מ על ידי הא דלא עמד נעשה אחראי על הנפילה והוי אדם המזיק. ויש לחלק בזה בין הראשון לבין השני, דלגבי הראשון, אף דנתקל לאו פושע הוא, מ"מ אין פירושא דמילתא אלא דליכא דרגת פשיעה לחייבו אפילו בתורת אדם המזיק, אבל אנוס שיחול בו דין אנוס רחמנא פטריי דכל התורה כולה יתכן דלית בזה, אשר ממילא כיון דבעצם לא חל פטור במעשה רק דחסר מחייב, שפיר חשיב הא דהיה לו לעמוד ולא עמד כפשיעה לחייבו בזה, וכנ"ל. אך נפילת השני שהוא מחמת הראשון ולא מחמת עצמו כלל נראה דבזה שפיר איתא לפטור דאנוס דכה"ת, ומאחר דחל פטור מסויים על המעשה לא מהני הא דהיה לו לעמוד ולא עמד לחייבו בתורת אדם המזיק, רק סו"ס המצאו שם מהוה תקלה אשר בזה חייב מדין בור מצד הא דהיה לו לעמוד.

ובאופן אחר יש לבאר, דבהיות שפנל השני רק מחמת הראשון, עצם מעשה הנפילה של השני אין בו כדי לחייבו כלל, דאינו אחראי על עצם נפילה זו אשר היא מחמת הראשון, ואין לחייבו אלא מצד עצם היותו שם, אשר זה מדין בור ומצד הא דהיה לו לעמוד ולא עמד. אך הראשון שפנל מצד עצמו שפיר אחראי על הנפילה, רק דלית בה נפילה עצמה בכדי לחייבו משום דנהקל לאו פושע, אשר בזה אמרינן דמצד הא דהיה לו לעמוד ולא עמד שפיר אחראי על הנפילה. אכן מלשון רש"י וכן מלשון התוס' שכתבו דהשני אנוס יותר בנפילה מהראשון, משמע כדרך הא', דאין הטעם שיהא ראשון הפילו אלא משום שהשני אנוס טפי, וביאורו כנ"ל.

ועיינן רבנו פרץ שנתקשה בדבר זה לשיטת רש"י וצידד (דלא כרש"י) ד"ל דאף ב"אלא אמר רבא" ס"ל דנתקל פושע, ומ"מ ס"ל דאין חייב על ממונו שהזיק משום בור משום דס"ל דאף המפקיר אחר נפילת פשיעה חייב. וע"ש עוד שהקשה דסו"ס אמאי לא מהני הא דהו"ל לעמוד ולא עמד לחייב את השני משום אדם המזיק, ע"ש מש"כ בזה.

ושיטת רש"י המתבארת בשו"ט דסוגיין, דבהך "אלא אמר רבא" הוה ס"ד דבלא המעשה עצמה ליכא לחייב מדין אדם המזיק, אשר בזה איכא נפ"מ בין הראשון לבין השני, דהראשון יש לחשוב נפילתו כמעשה מזיק ע"י הא דהיה לו לעמוד, ואילו השני אין חשוב כמעשה המזיק ולכן ליכא למידן עלה אלא מצד בור. ומסקנת הסוגיין, דאמת ליכא בזה נפ"מ, דאף בלא מעשה מזיק שפיר יש לחייב מדין אדם המזיק על ידי הא גופא דהיה לו לעמוד ולא עמד, וגם הראשון גם השני אם הזיקו בגופן יש לחייבן משום אדם המזיק, הראשון משום דנתקל פושע, והשני משום דהיה לו לעמוד וכי, ומה שנחלקו הוא בהזיק בממונו, דהראשון שהיה פושע שפיר חייב במה שהזיק ממונו, והשני שהיתה נפילתו באנוס ואינו חייב בנזקי גופו אלא משום דהיה לו לעמוד, פטור על נזקי ממונו משום דאף אם מפקיר, דהוי בור לכי"ע, מ"מ הוי כמפקיר נזקיו אחר נפילת אנוס דפטור. (ולפום ה"אלא אמר רבא אף ממונו הראשון אם הזיק פטור מאחר דנקטינן השתא דנתקל לאו פושע הוא, אך לפי ההו"א וכן למסקנת הש"ס דהראשון פושע שפיר חייב עבור נזקי ממונו משום בור).

**ע) רש"י ד"ה תרגמה רב אדא בר מניומי-**  
ו"א לא אפקריי שורו הוא וטפח באפי שהרי אנוס הוא- צ"ב לכאורה שהא מיירי שהיה יכול לסלקו ולא אנוס הוא, ואין טעם הפטור אלא משום דהוי מפקיר נזקיו אחר נפילת אנוס וכטעם הראשון שכתב כאן, ולעיל לא הביא אלא הטעם דמפקיר נזקיו אחר נפילת אנוס ולא הזכיר הך דאנוס הוא כלל, ע"י רש"י שעמד בזה, וצ"ב. והיה אפשר לומר דס"ל לרש"י כדעת הרמב"ן אשר יבא לקמן דלא מהני הא דיכול לסלקו לחייבו אלא היכא דעשה הוא כרייה אלא

שהיה אנוס, אבל היכא דליכא כרייה, כגון הכא דהכריה היתה על ידי הראשון, לא מהני הא דהיה לו לסלקו לחייבו אפי' בדלא אפקריי, וכן הביא מו"ר זצ"ל משמ"י דהגרבי"ד זצ"ל, אלא דמלשון רש"י לא משמע כן, דהא כתב דטעמא דפטור הוא משום אנוס, ואילו לדברי הרמב"ן הטעם הוא משום דחסר כרייה, וצ"ב.

**עא) תוד"ה אמר רבא ראשון חייב בנזקי שני-** לשון שני פי' בקונטרס מפי המורה וכן נראה לר"י עיקר וכו'- יסוד פירושם זה הוא כדברי רש"י בסוגיין, אלא דלרש"י ס"ל לרבא כר"מ דנתקל פושע הוא אף לרבנן, וכמו שביארנו לעיל, ואילו לדברי התוס' היינו דווקא אליבא דר"מ אבל לרבנן לא הוה כפושע. וע"י ברא"ש ס"י ט' שהאר"ך בפירוש שיטה זו הא"ך נקטינן להלכה, וכתב דלמאי דק"ל כרבנן דנתקל לאו פושע וכשמואל דתקלה דלא אפקרינהו בור הוא, בין הראשון בין השני אין גופן חייבין אלא משום בור כיון דנתקל לאו כפושע הוא, ולכך אין חייבין אפי"כ הזיקו גופו של הנזיק אבל לא ממונו, ובין שני בין ראשון אין ממונו חייב כלל דכיון דנתקל הוי אנוס הוי כמפקיר נזקיו אחר נפילת אנוס. ודעת רש"י נתבאר לעיל אות ס"ו, ע"ש.

**עב) תוד"ה אמר רבא ראשון חייב בנזקי שני-** ולהכי קתני בברייתא וכולן פטורין על נזקי ממונו פי' על נזוקין שגוף הראשון נמי נחשב בור כיון שלא הזיקו בידים וקשה כיון דפושע הוא אמאי פטור כשגופו הזיק ממונו השני ואע"פ שאין מזיק בידים אין לו ליחשב בור דהתנן אם עמד בעל קורה חייב בחבית של חבירו וכו'- ולכאורה היה אפשר לחלק לדעת הר"ח בין הך דהכא, דמיירי בנפל, לבין הך דקורה דמיירי בעמד, דנפל ואח"כ הו"ז בו לא חשיב מעשה מזיק כלל ולכן ליכא לחייבו אלא מדין בור, משא"כ היכא דעמד דחשיבא עמידתו במעשה מזיק כיון דעל ידה נשברה החבית, וכן איתא לסברא זו בני"ב במתני' דלקמן, ע"ש. אלא דהתוס' לשיטתייהו כתבו בטעם מאי דאינו חייב מטעם אדם המזיק אלא משום בור דהיינו משום דלא הזיקו בידים ולא משום דחסר מעשה מזיק, אשר בזה שפיר ס"ל דגם היכא דעמד חסר מזיק בידים.

ומו"ר ביאר בזה סברא אחרת קצת, דאיכא חילוק בין נידון דקורה לני"ד, דבנידון דקורה האי בעל הקורה עומד מדעתו ולכך שפיר חשיבא העמידה כמעשה דילי והו"ל אדם המזיק, אבל בנידון הרי הקדר לא הפיל את עצמו מדעת אלא נפל מעצמו, ובכה"ג לא חשיב מעשה מזיק.

ומפירוש הר"ח מתבאר צד למישר דאף גוף הראשון אינו חייב אלא משום בור ולא משום אדם המזיק, מה דליכא כלל לפום פירוש של רש"י. וע"י בעה"מ בסוגיין שפירש ע"ד מה שהביאו התוס' בשם הר"ח, אלא שכתב דלפום ס"ד דהש"ס כמו דחשיב גופו של ראשון אדם המזיק, כך חשיב ממונו הנופל עמו לאדם המזיק, אלא דלמסקנא לא אמרינן הכי אלא דווקא האדם עצמו הוא דחשיב אדם המזיק, בין דראשון בין דשני, וממונו דראשון לא חשיב אלא בור ופטור אכלים, וממונו דשני אין השני חייב עליו כלל משום דהוי כמפקיר אחר נפילת אנוס, ע"ש כל דבריו, וע"י מה שתמה עליו הרמב"ן במלחמות.

והנה לכל השיטות הנ"ל מאי דאין השני חייב על ממונו משום בור הוא משום דהוי כמפקיר נזקיו אחר נפילת אנוס. אכן יעויין בדברי הרמב"ן במלחמות שכתב בזה בביאור דעת הר"ף ביאור אחר, וז"ל: ופטור על נזקי ממונו שלו משום דאמר ל"י האי בירא לאו אנא כריתי' לא באונס ולא ברצון אלא מחמת הראשון נפל הוא הכורה ואינו מוטל עליו לסלק הואיל ולא אנא כריתי' ואע"פ שנתכוין לזכות בו ולא הפקיר ממונו פטור הא למה זה דומה לאסו"מ שהצניען בביתו ובא אחר והניחן ברה"ר והזיקו שהשני חייב לא הבעלים ואע"פ שהיה להם לסלקו זה הדין אינו נוהג בבור שיהיה זה חופר בור זה מתחייב שיהא עליו מוטל לכסותו ומש"ה שני פטור וראשון נמי פטור



אממונו דשני משום דס"ל נתקל אנוס ולא מחייב אלא בשאינו מפקיר וזה כמפקיר דמי שהרי אינו שלו וזה דעת רבינו הגדול ז"ל וכל הפורש ממנו כפורש מחיים, עכ"ל. ומבואר מדבריו דהיינו טעמא דפטור השני אממונו משום דאין זה אצלו כריית בור כלל, וכפשטות לישנא דהש"ס, ולא חשיב מעיקרא בור דידי. ומבואר מדבריו דמייירי דלא אפקרינהו אשר על כן חייב הראשון על ממונו משום בור. וכן למד הראב"ד פ"ג מהל' נזקי ממון הי"י בדעת הרמב"ם, ע"י שם במ"מ.

אכן דברי הרמב"ן לכאורה טעונים ביאור, דמה ראה הביא מאבנו סכינא ומשאו שהצניען בביתו והוציאן אחר דהאחר חשיב בעל הבור, הרי י"ל דזהו דווקא התם דמאחר דזה שהניחו ברה"ר חייב עליו, הרי הוא חשוב בעל הבור וממילא פטורים הבעלים, אבל בניד הרי אין הראשון חייב אממונא דהשני כלל, ומהיכי תיתי דנימא דאין השני חייב על ממונו מאחר שהיה לו לסלקן ולא סלקו. ועוד יש לעיין אמאי באמת אינו חייב הראשון על הזיק ממון השני מאחר שהיה לו להראשון לעמוד ולא עמד ומחמתו נעשה הך בור. (ובשליט גיבורים כתב באמת דלדעת הרמב"ם חייב הראשון על מה שהזיק ממונו של השני, אלא דמדברי הראשונים וכן מפשטות סוגיין לא משמע הכי.)

והמוכרח לכאורה בדברי הרמב"ן, דלא מהניא הא דהיה לו לעמוד ולא עמד אלא עד כמה דעל ידי כך חשבין ל"י ככורה הבור, ובניד, אף דהראשון פטור משום שהיתה כריית הבור באונס, מ"מ הוא הוא שנחשב על ידי נפילתו כורה הבור דממון השני, אשר ממילא לא מהניא הא דהיה לו להשני לעמוד ולא עמד לחיבו. ומאי דלא מחייבין להראשון עבור כריית בור ממון השני על ידי שהיה לו לעמוד ולא עמד, היינו טעמא כמו שכתב הרמב"ן ד"הראשון נמי פטור אממונו דשני משום דס"ל נתקל אנוס ולא מחייב אלא בשאינו מפקיר וזה כמפקיר דמי שהרי אינו שלו, ונראה כונתו, דכמו דהיכא דאפקרי מועיל ההפקר להפקיע ממנו אחריותו על הבור שנכרה באונס, כך היכא דאין הבור שלו אלא של חבירו והראשון ליכא לחיבו מצד מעשה הכרייה כיון דהיה באונס, לא נעשה חייב על הבור מצד הא דהיה לו לעמוד, דדווקא בממון דידי הוא דמהני הך טעמא ליחשב כריית הבור שהיה על ידי אונס כמין רצון.

ומבואר מדברי הרמב"ן דמייירי בדלא אפקרי ומ"מ אין הראשון חייב על גופו ועל ממונו אלא משום דהיה לו לעמוד ולא עמד, ודווקא לגבי ראשון דהוא כרייה באונס חשיב שפיר בעל התקלה על ידי מה שהיה לו לעמוד וכו', אבל השני דלא חשיב מצדו כרייה כלל ואפי' באונס ליכא לחיובי' על ממונו משום בור. ויש לכאורה משום עיון בדברי הרמב"ן אמאי חשיב גוף השני בור, הרי כמו דלענין ממונא דידי לא חשיב כרייה כלל ואינו חייב משום שהיה לו לעמוד, כמו כן נימא לענין גופא דשני, וכן הקשה באמת על דיעה זו בשלטי גיבורים, ע"ש. ולכאורה צ"ל בזה דשאני גופא דשני דלעולם חשוב אצלו ככרייה באונס, כלומר, דבגוף האדם לא חשיב כרייה על ידי אחר דמה שנעשה על ידי גוף האדם אינו מתבטל, אלא חשיב ככרייה דידי באונס, אשר ממילא חייב היכא דלא הפקיר והיה לו לעמוד, דשפיר נעשה על ידי זה בעל התקלה, משא"כ בממונו דליכא עשיית גופו לא חשיב כרייה כלל אשר על כן פטור אף היכא דלא אפקרי, ועדיין צ"ע בזה. (שוב ראיתי שהעיר בזה מו"ר זצ"ל, ע"ש מה שכתב בזה.)

והנה התוס' כתבו בדברי הר"ח דנתקל פושע ואעפ"כ אינו חייב משום אדם המזיק אלא משום בור. ומדברי הר"ח גופי' בסוגיין לכאורה לא משמע הכי, ע"ש שכתב, וז"ל: פירוש הראשון חייב לשני אם הוזק שני בממונו של ראשון בכליו וכו' וכ"ש אם הוזק השני בגופו של ראשון שהיה לו לעמוד ולא עמד ואם אינו יכול לעמוד היה לו להזהיר ולא הזהיר, עכ"ל. וממה שהוצרך לומר דהיה לו לעמוד ולא עמד וכו' מבואר דמייירי למ"ד דנתקל לאו פושע, דאילו למ"ד נתקל פושע הרי לא בעינן לזה. ולפ"ז צ"ב לכאורה האידך

מחייבין ל"י לראשון על מה שהזיק ממונו, הרי הוי מפקיר נזקיו אחר נפילת אונס. ועכצ"ל דמייירי שלא הפקירו דחייב מדין ממונו, וכ"כ הראב"ד פ"ג מהל' נזקי ממון הי"י בדעת הרמב"ם. אלא דלפ"ז צ"ב מהו החילוק בין הראשון לבין השני, דמאחר דמייירי בלא הפקירו נימא גם בשני דחייב על נזקי כליו משום דהיה לו לעמוד ולא עמד כמו דאמרינן גבי ראשון. והאמת דהדברים מבוארים להדיא בדברי הר"ח שכתב, וז"ל: דא"ל הלא המניח כליו ברשות הרבים כאילו כרה בור ברה"ר וחייב אלו הכלים לא השלכתים אני ברה"ר הראשון שנתקל עליו כאלו הוא השליכם, עכ"ל, ודומה לזה כתב גם הראב"ד הנ"ל. וביאור הדברים כמשנ"ת בדברי הרמב"ן, דאף בממונו בעינן שיהא גם "בעל התקלה", והוא על ידי דחשיב כאילו הוא כרה, מה דליתא לגבי השני וכמשנ"ת. ואף הראשון אינו חייב משום דהוי לדידי כאילו הפקירו, וכמש"כ.

והנה מדברי הרמב"ן מבואר דאם מניח אחר כליו של אדם ברה"ר אין אותו האדם חייב משום בור ולא אמרינן דהיה לו לסלקן ולא סילק. ומדברי התוס' לעיל דכ"ט ע"א ד"ה פליגי בשעת נפילה בנתקל פושע מבואר דהיכא דלא אפקרי' שפיר חייב בעל הכלים אפילו בהניחם שם אחר, ודלא כדברי הרמב"ן, והביאו התוס' ראייה ממאי דאיתא לקמן דמ"ז דחייב בעל החצר בנזקי הבור (היכא דנכנס שור שלא ברשות וחרר בור ברשותו), הרי מבואר דגם כשנכרה הבור על ידי שור מחייבין ל"י לבעל הבור. והביא מו"ר זצ"ל בשם הגר"ב זצ"ל לחלק דבשור שחפר חשיב שבעל החצר כרה את הבור באונס ולכך רמי עלי' למלווי, משא"כ בכריית אחר ליכא כרייה מצד בעל החצר כלל. ונראה ביאור דבריו, דמאי דלא חשיב בעל הכלי לבעל התקלה הוא משום דעל ידי שהפילו אדם אחר חשוב האדם בעל התקלה ואין הכרייה מתייחסת לבעל הכלי אף שהיה יכול לסלקו, משא"כ היכא דחפר שור בור ברשותו, אין בהמה נעשית "בעל" תקלה ואין הכרייה מתייחסת אליה, אלא חשוב כריית בור של בעל הרשות באונס, כלומר שנעשה הוא בעל התקלה באונס, אשר ממילא שפיר נחשב בעל התקלה על ידי שהיה לו לסלקו.

והנה חילוק זה שייך דווקא אי נימא כנ"ל דאף בבור שלו בעינן שיחשב הוא כורה הבור בכדי ליחשב בעל התקלה, בזה שפיר איכא לחלק בין אדם לבין שור שחפר בור, התוס' לא מצנינו שיחלקו כך ובפשטות ס"ל דאם אדך הוי ממונו שפיר חייב מצד הא גופא דהוא ממונו, אשר לפ"ז שפיר הביאו ראייה מהך דדף מ"ח דאפי' בהניחו אחר חייב.

והנה הרמב"ן ביאר בדברי הר"ח דהראשון חייב בין הזיק בגופו בין הזיק בממונו מדין בור, דנתקל לאו פושע הוא, והשני חייב בגופו מדין בור ואינו חייב בממונו כלל, וכנ"ל. והנה זה לשון הר"ח: אמר רבא ראשון חייב בנזקי שני בין דאיתזק בגופו בין דאיתזק בממונו שני חייב בנזקי שלישי בדאיתזק בגופו אבל לא בממונו, עכ"ל, והוא ממש לישנא דרבא. ולפום ביאורו של הרמב"ן פירש הר"ח בזה דבגופו ובממונו עולה על המזיק, דהראשון חייב בין הזיק בגופו בין הזיק בממונו, ואילו השני אינו חייב אלא היכא דהזיק בגופו אבל בממונו לא, וכולהו מדין בור, ע"ש כל דברי הרמב"ן. אכן יעויין ברא"ש בסוגיין סוף סי' ט' שביאר דברי הר"ח באופן אחר, דהראשון חייב בגופו מדין אדם המזיק, דאף דנתקל לאו פושע מ"מ מחמת הא דהיה לו לעמוד ולא עמד חשיב כאדם המזיק, ואילו השני אם הזיק בגופו אינו חייב אלא מדין בור, דגבי דידי לא מהניא הא דהיה לו לעמוד וכו' אלא לחיבו מדין בור ולא מדין אדם המזיק, והוא כדכתבו התוס' בס"ד דהגמ', אלא לדברי הר"ח כן הוא להלכה. ולדברי הרא"ש מאי דאמר רבא בגופו ובממונו קאי אניזק ולא אמזיק, דהראשון חייב אם הזיק בגופו בין גוף השני בין ממון השני, והשני אינו חייב אלא אם כן הזיק בגופו גוף השלישי אבל לא ממון השלישי. ואם הזיקו על ידי ממונם פטורים גם

הראשון גם השני, דהוי כהפקיר נזקיו אחר נפילת אונס.

והנה התוס' וכן הרא"ש כתבו על חילוק זה דהראשון חייב משום אדם המזיק והשני משום בור דהוא דוחק אלא דלא איכפת לן כיון דלא קאי למסקנא, ואילו לדברי הר"י לפום פירושו של הרא"ש נקטינן הכי להלכה, הרי דלא חשיב ל' להר"ף ד"ז לדוחק כלל, וצ"ב במאי פליגי. והנה מדברי הרא"ש מבואר דיסוד החילוק (אשר הוא לכאורה החילוק שכתב הרא"ש שזה דוחק) הוא דהראשון אינו טרוד כל כך אשר על כן מחייבין ל' משום אדם המזיק משום שהיה לו לעמוד ולא עמד, ואילו השני טרוד יותר אשר ממילא אין לחייבו מצד אדם המזיק מחמת הא דהיה לו לעמוד, ואינו חייב אלא מדין בור. ונראה יסוד הדברים בזה, דלעולם מעשה הנפילה לא חשיבא מעשה מזיק כלל מאחר דהנתקל לאו פושע הוא, ואין המחייב אלא במאי דהיה לו לעמוד ולא עמד, כלומר, דאי-העמידה מחייבתו וחשיב מזיק, אשר בזה מחלקינן בדוחק דהראשון שאינו טרוד כ"כ חשיבא אי-עמידתו כמעשה מזיק, והשני שטרוד יותר לא חשיבא אי-עמידתו כמעשה מזיק אשר ממילא אין לחייבו אלא משום שמהוה תקלה, דהיינו, משום בור. אכן לעיל אות נ"ט נתבאר בדעת רש"י (דבס"ד דהש"ס איתא לחילוק זה ואין בדבריו רמז שדוחק הוא כלל), דיסוד מאי דמהני הא דהיה לו לעמוד ולא עמד לחייב את הראשון הוא משום דבעצם חשיבא נפילתו שפיר מעשה מזיק אלא שמצד הא גרידא היה פטור משום דנתקל לאו פושע הוא, רק דמהני הא דהיה לו לעמוד ולא עמד למימר דיש בזה כמין רצון ושפיר חייב מצד מעשה המזיק, והוא מדין אדם המזיק, משא"כ השני דלא חשיבא מעשה ידי' מעשה מזיק כיון דבסופו של דבר הרי נפל מחמת הראשון, אין לחייבו אלא מצד הא דהיה לו לעמוד ולא עמד גרידא, אשר ע"כ אין בזה אלא חיוב משום בור ולא משום אדם המזיק. באופן דנמצא דפליגי רש"י ותוס' והרא"ש ביסוד דינא דהיה לו לעמוד אי שייך למימר דעל ידי שהיה לו לעמוד ולא עמד שוב חייב משום מעשה המזיק, וכמשנ"ת. וכן י"ל בדעת הר"י כהבנת הרא"ש ע"ד שביארנו בדברי רש"י.

ויתכן דתליא הך מילתא בביאור יסוד דינא דנתקל לאו פושע, דהתוס' הבינו דאי נתקל לאו פושע הוא איכא בזה פטור דאונס, ומאחר דאיכא פטור דאונס תו ליכא לחייב על מעשה זה משום אדם המזיק, וע"כ דהא דהיה לו לעמוד ולא עמד הוי חיוב בפני עצמו. אכן דעת רש"י והר"י ס"ל דאף אי נתקל לאו פושע אין בזה פטור דאונס, אלא טעמא דפטור הוא משום דלא חשיב ככה"ג מעשה מזיק כיון שהיה בנפילה ורק אחר הנפילה הזיק בגופו, דווקא אי נתקל פושע חשבינן לעצם הנפילה למעשה מזיק, אבל אי לאו פושע הוא אין זה נחשב תחילת מעשה ההיזק. ובה שפיר מהני הא דהיה לו לעמוד ולא עמד להחשיב את הנפילה למעשה מזיק, דכיון דלא עמד הרי איכא פשיעה בזה שישמש מעשה הנפילה כמעשה מזיק, אכן זה שייך דווקא גבי הראשון שנפל מצד עצמו, אבל השני שלא נפל אלא מחמת הראשון לית בזה מעשה מזיק כלל ולא שייך להחשיבו בשום אופן אדם המזיק, ודוק.

והנה כתב הרמב"ם בפ"ג מהל' נזקי ממון ה"ח-י', וז"ל: שני קדרין שהיו מהלכין בדרך זה אחר זה ונתקל הראשון ונפל ונתקל השני בראשון אם היה לראשון לעמוד ולא עמד חייב בנזקיו של שני שאע"פ שהוא אונס בשעת נפילה אינו אונס בהיותו מוטל בדרך והרי הוא יכול לעמוד ואם לא היה לו לעמוד פטור וכו' בד"א שהוא חייב בנזקיו של שני בשהוזהו גופו של שני אבל אם הוזהו פטור שאינו חייב על הכלים בבור וכל תקלה תולדת בור הוא וכו' הקדרין והוגגין וכיוצא בהן שהיו מהלכין זה אחר זה ונתקל הראשון ונפל ונתקל השני בראשון והשלישי בשני וכל אחד מהן יש לו לעמוד ולא עמד הראשון חייב בנזקיו גופו של שני בין שהוזהו בגופו של ראשון המוטל בין שהוזהו במשאו והשני חייב בנזקיו גופו של שלישי אם

הוזהו בגופו של שני אבל אם הוזהו במשאו של שני שנפל פטור שהרי אומר לו השני בור זה שהוא משאי אין אני הכורה אותו שהרי הראשון הפיל השני עם משאו וכו', עכ"ל. וע"י השגות הראב"ד שכתב, וז"ל: זהו תימה שהרי כתב הסוגי' כדעת ר' יהודה דאמר נתקל אונס הוא ואמר כל הנתקל ואפילו הראשון מעתה משאו של ראשון אינו בורו וכו' אלא הענין כולו בשלא הפקירו וכבר אמר ר' יהודה במתכוין לזכות בחרסיה חייב אע"ג דאונס הוא ודוקא ראשון שמעצמו נפל אבל שני שמחמת ראשון נפל אע"ג דלא הפקיר משאו ההיא שעתא מיהת בורו של ראשון הוא וראשון פטור דלאו בורו הוא ומפקיר נזקי אונסין פטור, עכ"ל. וכונתו מבוארת, דכיון דפסק הרמב"ם דנתקל לאו פושע הוא, דהא כתב דאונס הוא, לענין דמונו הרי הוא כמפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס דפטור הוא, והאיך כתב הרמב"ם דחייב על ממונו מדין בור. ופי' הראב"ד דבריו דמייירי בלא הפקירו, ומ"מ פטור השני משום דלית גבי' כריית בור כלל, ע"י מ"מ, וכ"כ גם המאירי דמייירי שנתכוין לזכות בשברים. וכן מבואר מדברי הרמב"ם דאף חיובו של הראשון אינו אלא משום בור ולא משום אדם המזיק, והיינו משום דנתקל לאו פושע הוא, ואין הא דהיה לו לעמוד ולא עמד מחייבו אלא משום בור ולא משום אדם המזיק.

אכן יעויין בטור חו"מ סי' תי"ג שהבין בדברי הרמב"ם דמייירי באמת בהפקירו, ובהמשך דבריו כתב דהרא"ש כתב דממונו אפילו דין בור אין בו דהוה ל' מפקיר נזקיו אחר נפילת אונס ופטור מכל מה שהוזהו בו השני, והיא בעצם קושיית הראב"ד על הבנה זו בדברי הרמב"ם, ודברי הרמב"ם לפום הבנת הטור צ"ב. (וע"ש בטור שהבין דגם שיטת הר"י היא כן דהראשון חייב על היזק ממונו משום בור.) ועפמשנ"ת דיתכן דאף אם נתקל לאו פושע מ"מ לית בזה פטור דעלמא דאונס היה אפשר לומר לכאורה דכי אמרינן דמפקיר נזקיו אחר נפילת אונס פטור, זהו דווקא אחר אונס גמור, דלא הוי מעשה כלל והוה בעינן לחייבו מצד שהיה לו לסלקו, בזה אמרינן דאדרבה, מאחר שהפקיר אין לו בזה אחריות כלל. אכן בנתקל, אף דלאו פושע הוא, מ"מ אונס למיפטר' מיהא לא הוי, ואינו פטור אלא משום דבכה"ג לא מחשבא הנפילה כמעשה מזיק, בזה לא מהני מה שמפקירו, דמ"מ הרי חשיב מעשה ידי' ועל ידי השארתו, אף אם הפקירו, הרי נעשה היזק. אלא דה נסתר לכאורה מסוגי' ערוכה דלעיל דף כ"ט ע"ב, ע"ש דמבואר דלר' יוחנן לרבנן דר"מ אף גבי נתקל איתא לפטור דמפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס, וצ"ע. שו"ר שכתב כעין זה במשנת ר' אהרן ס"י י"ג, ע"ש שכתב ליישב סוגי' דף כ"ט דבאמת נחלקו ר' יוחנן ושאר אמוראי בזה אי חשיב נתקל אונס גמור, ע"ש כל דבריו.

**עג) תוד"ה כחוטרא דסמיותא** - ארב פפא פליגי וס"ל לרב זביד וכו' - ע"י רא"ש סוס"י ט' דמדברי הר"י משמע דמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי.

## ל"ב ע"א

**עד) תוד"ה ואם עמד בעל קורה חייב** - אבל קשה דבסיפא אם עמד בעל החבית אמאי פטור דחבית לא מסתבר דהוי כשלדא שהוא דבר קטן וה"ל לבעל הקורה לסגויי באידך גיסא כדי שלא יוזק בעל חבית וכו' - ולכאורה היה אפשר לומר ביישוב קושייתם, דהא מצד המזיק, דהיינו בעל הקורה, לא בעינן סיבה לחייב, דהא אדם המזיק חייב אפי' באונס, רק הכל תלוי בניזק, דאי חשיב פושע אמרינן דאיהו דאפסיד אנפשי' ופטור המזיק, והיכא דבעל החבית הוא הראשון, הרי זה פשוט דהוא פושע במה שעמד, דנהי דהיה שייך שילך המזיק מן הצד, מ"מ הרי אין יודע

הניזק שיעשה כן וודאי דקיימת אפשרות שלא יעשה כן, ומאחר דחשבינן ל' פושע בעמידתו שוב אמרינן דאיהו דאפסיד אנפשי'. וכן נראה מבואר בדברי המאירי בסוגיין שכתב דהכל תלוי בניזק, ולא צידד כלל לפרש כמו דפירשו התוס' בתירוצם, וכונתו לכאורה כנ"ל, דאם אך חשבינן לניזק פושע אמרינן דאפסיד אנפשי'. והתוס' שלא תירצו כן, היינו לשיטתם דאף אדם המזיק פטור באונס אם אך הוי כעין גניבה, ולדידהו נראה דאין סיבת הפטור משום דהניזק אפסיד אנפשי, אלא משום שהמזיק חשיב כאונס היכא דעמד הניזק לפניו, כלומר, דעל ידי פשיעת הניזק חסר בפשיעה המחייבת דהנמזיק, אשר בזה שפיר הקשו דיהא בעל הקורה חשוב כמזיק מאחר שהיה לו ללכת מן הצד אף לאחר שעמד בעל החבית, ודוק.

**עה) המזיק את אשתו בתשמיש המטה מהו וכו'-** מכאן לכאורה קשיא על מה שכתב הרמב"ן בב"מ פ"ב ליישב שיטת דאדם המזיק חייב באונס גמור דהיכא דעושה ברשות אינו חייב, והא הכא עושה ברשות, וכה"ק במח"א נזקי ממון סי' ה', ע"י מש"כ בזה לעיל סו"פ כיצד הרגל את קס"א.

**עו) ומה יער שזה לרשותו נכנס וכו'-** ע"י תלמיד ר"ת ור"א שכתב, וז"ל: אין יודע רבי מה ענין זה אצל זה, עכ"ל. ולכאורה י"ל בביאור הך ק"ו והשייכות לני"ד, דלכד הא דמיירי במתני' בדיש לו רשות להיות במקום מסויים, איכא נמי הא דמ"מ אין לו רשות לעשות מעשה אשר הוא מעשה היזק. וביער חזינן עוד, דלכד מאי דאית ל' רשות להיות ביער, אית ל' נמי רשות לעשות מעשה הבקיעה אשר נהפכת למעשה מזיק, ומ"מ אף שלא נכנס לשל חבירו חייב, וא"כ ק"ו לענין המזיק אשתו בתשמיש המטה דנכנס הוא לשל חבירו, אף דאית ל' רשות לעשות הך מעשה אשר נהפך למעשה ההיזק, מ"מ חייב. שו"ר כע"ז ברשימות שיעורים להגרי"ד זצ"ל.

**עז) והכתוב ונכרתו הנפשות העושות-** ע"י תלמיד ר"ת שהקשה, וז"ל: תימה אמאי קפריך ואף על גב דחשבינן לה כמו עושה מעשה מכל מקום איהו לא מציא למיעבד ולא מידי שלא יזיקנה, עכ"ל. והנה רש"י כתב בד"ה תרוייהו כי הדדי נינהו, וז"ל: שניהן שוין בשבירתן שאף בעל חבית סייע בשבירתה, עכ"ל, ונראה דלא בעינן לזה שיועיל השני בעצם השבירה ממש, אלא דסגי לזה מאי דחשיב כמסייע בשבירתה, אשר לפ"ז יתכן דאף דעצם מעשה המזיק נעשה על ידי הבעל ולא על ידי האשה, מ"מ עשייתה (אי חשיבא עשייה כדכתיב ונכרתו הנפשות העושות) שפיר חשיבא מסייעא בהך מעשה ההיזק אשר בזה הוה סגי למיפטרי.

**עח) או שהיו שניהם רצין והזיקו זה את זה שניהם פטורין-** ע"י תוס' ובחידושי הרשב"א, דלא דווקא הזיקו אלא הוזקו זה בזה קאמר אבל הזיקו משלמין במותר נזק שלם כדאמרינן בשור שנגח את הפרה (לקמן דף מ"ח ע"ב) שניהם ברשות שניהם שלא ברשות הזיקו זה את זה חייבין הוזקו זה בזה פטורין. ופירוש הזיק, ע"י שם דף מ"ח ע"א בדברי רש"י, דר"ל שהזיק בין במתכוין בין שלא במתכוין, ופירוש הוזק, שזה עומד במקומו ובא בעל הבית ונתקל בו. והא דחייב במזיק בכל גווני, היינו משום דאדם המזיק חייב בין בשוגג בין במזיד.

אכן יעויין דברי הרמב"ם פ"ו מהל' חובל ומזיק ה"ג, וז"ל: במה דברים אמורים ברשות הניזק אבל ברשות המזיק אינו חייב לשלם אלא אם הוזק בזדון אבל בשגגה או באונס פטור וכן אם היו שניהן ברשות או שניהן פטור ברשות והזיק אחד מהן ממון חבירו שלא בכונה שלא, עכ"ל. וע"ש השגת הראב"ד, וז"ל: דין זה אינו מחזור דאפילו שניהם ברשות או שלא ברשות ולא הוה ידע ב' אם הזיקו חייבין אבל הוזקו זה בזה פטורין, עכ"ל. וע"ש במ"מ, דמדברי הרמב"ם מבואר דהא דקאמר התם דף מ"ח ע"א דפטור היכא דלא ידע ב' ר"ל שלא היה מתכוין להזיקו, והוה ידע ב' ר"ל שהיה מתכוין להזיקו, והוזקו ר"ל שלא בכונה, והזיקו ר"ל בכונה. ומבואר מדברי הרמב"ם דאף

בשניהם ברשות או שניהם שלא ברשות אם אך לא היה מזיק בכונה הרי הוא פטור. ודעת הראב"ד כמו שפירש רש"י, ע"ש גם בלח"מ.

ואפשר דיש לבאר פלגותיהו דהרמב"ם והראב"ד, דהנה דברי הרמב"ם לכאורה צ"ב, דהא נתבאר לעיל ריש פירקין בדעת הרמב"ם דס"ל דאדם המזיק חייב אפי' באונס גמור כדברי הרמב"ן (אם לא דחשיב מכה בידי שמים, ע"י פ"ו חו"מ ה"ד), ולכאורה צ"ב לפ"ז האנך שייך לומר דהיכא דהיו שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות דפטור באינו מתכוין, הרי אפילו אי הוה חשבינן ל' בכה"ג אונס גמור חייב הוא. והנה כלל הרמב"ם הך דינא דשניהם ברשות או שניהם שלא ברשות בהדי' דינא שכתב דברשות המזיק אינו חייב אלא במתכוין, והתם לכאורה מאי דאינו חייב אמ"כ נתכוין הוא משום דעד כמה שאין לו להשני רשות להיות שם, הרי הוא פושע במה שנכנס לשם וחשיב כאילו איהו דאזיק אנפשי. ומדכלל הרמב"ם הך דינא בחדא מחתא עם דין שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות, מוכח לכאורה דאף התם כן הוא ביאור הדברים, דאף דחייב אדם המזיק אף באונס גמור משום דמעשה המזיק נעשה הוא שמחייבתו ולא פשיעתו, כלומר, מאי דבמצאות על ידי מעשיו נעשה ההיזק, מ"מ היכא דהיו שניהם ברשות או שלא ברשות דהיה לו להניזק למיסק אדעת'י שיש שם אחר אשר הוא צריך ליוזר ממנו, בכה"ג חשיב כאילו הוא שותף בההיזק ושוב ממילא חסר במעשה המזיק דהמזיק אשר על כן פטור אם אך לא היה מתכוין, דבמתכוין חשיב שפיר מעשה מזיק דידי' בכל גווני.

והנה הראב"ד לקמן ה"ד בהא דהיה עולה בסולם ונשמטה שליבה פליג אדברי הרמב"ם וכתב דאף היכא דהיו אונס גמור כעין הך דהוי מכה בידי שמים חייב אדם המזיק, ולדידי' מבואר דאף היכא דאיכא סברא דמכה בידי שמים למימר דלא חשיב מעשה דידי' כלל אלא מעשה שמים, מ"מ חייב כיון דבמצאות נעשה ההיזק על ידו. ועפ"ז מובן היטב מאי דפליג אדברי הרמב"ם בשניהם ברשות או שניהם שלא ברשות, דנהי דהיה לו להשני למיסק אדעת'י, מ"מ עד כמה דלא עשה הוא ההיזק על עצמו, מאחר דמצאות נעשה ההיזק על ידי המזיק, שפיר חייב המזיק אפילו שלא בכונה. ובמש"כ הרמב"ם דברשות המזיק אינו חייב אלא היכא דנתכוין, משמע להדיא מדברי הראב"ד שלא השיג אלא על דין שניהם ברשות ושניהם שלא ברשות דלא פליג איהו, וטעמא דמילתא לכאורה, דברשות המזיק נראה דמופקע המזיק משם מזיק לגמרי, משא"כ שניהם ברשות או שלא ברשות דאינו מופקע משם מזיק אלא דגם הניזק הו"ל לאסוקי אדעת'י.

ובדברי הרמב"ם יש לכאורה מקום עיון מדינא דהמזיק את אשתו בתשמיש המטה דמיבעיא לן בסוגיין, ופסק הרמב"ם בפ"ד חו"מ ה"ז דחייב, והא התם הוי לכאורה כנכנס ברשות, וחזינן דחייב אף דאינו מתכוין להזיק. שו"ר שכבר העיר כן בשו"ת ר' אליעזר ח"א סעי' ב' ענף ב', ע"ש שהקשה גם ממש"כ הרמב"ם בל"א מהל' חו"מ ה"ז, וז"ל: המבקע עצים ברשות הרבים ופרח עץ מהן והזיק ברשות היחיד או שבקע ברשות היחיד והזיק ברשות הרבים או שבקע ברשות היחיד והזיק ברשות אחרת או הנכנס לחנותו של נגר בין ברשות בין שלא ברשות ונתזה בקעת וטפחה על פניו בכל אלו חייב בארבעה דברים ופטור מן הבושת, עכ"ל. והוא ע"פ סוגיין דלקמן ע"ב. והנה מדכתב הרמב"ם דפטור מן הבושת מוכח דמיירי שלא במתכוין, דמתכוין היה חייב נמי בבושת, ומעתה צ"ב דלא מליבעיא היכא דנכנס לחנות הנגר שלא ברשות דהו"ל להיות פטור, אלא אף אי נכנס ברשות הו"ל ליפטור, דהא הוי שניהם ברשות דפסק הרמב"ם דאינו חייב אלא היכא דנתכוין, וצ"ע.

והיה אפשר לחלק לדעת הרמב"ם בין אדם דאזיק ממון לבין אדם דאזיק אדם דחייבו משום חובל, דכי אמר הרמב"ם דאם לא נתכוין פטור זהו דווקא בדאזיק ממון, אבל בדאזיק אדם חייב בכל גווני, דחמיר אדם דאזיק אדם דחייבי רחמנא בה' דברים

ומחייבונן ב' עובר עצם החבלה אם אך במציאות נעשה המעשה על ידו. ועי' ביאור הגר"א חו"מ סי' שע"ח סק"י שכתב דבאמת הבין כן הטור בדברי הרמב"ם לחלק בדבר זה בין מזיק גופו לבין מזיק ממונו, ומזה הוא דבא הטור לאפוקי במש"כ שם דבשניהם ברשות או שניהם שלא ברשות אם ראו זה את זה חייבין בין בגופם בין בממונם. אכן בדברי המ"מ פ"א מהל' חו"מ ה"טז דלא חילק בדברי הרמב"ם בכך ואף בהזיק גופו של חברו פטור אם לא נתכוין, והדר צ"ע כ"ל. עי' כל זה בתשו' ר' אליעזר הנ"ל.

ויש לבאר דברי הרמב"ם באופן אחר, וכ"כ באמת עדי"ז בתשובות ר' אליעזר, דלעולם בין בהזיק גופו בין בהזיק ממונו ס"ל להרמב"ם דפטור אף שידע היכא דלא נתכוין, אלא דמאי דפטור הרי היינו משום דחסר בשם מעשה מזיק, וכנ"ל, והיכא דהוי שוגג הקרוב למזיק חשיב על כל פנים מעשה מזיק, דכמו דבמזיד חייב וחשיב שפיר מעשה מזיק, כמו כן הדבר היכא דהוי שוגג הקרוב למזיד. אשר לפ"ז אתיין דברי הרמב"ם שפיר, דהא ביאורא דמאי דחייב בעל המזיק את אשתו בתשמיש המטה מבואר בסוגיין דהיינו משום דהוה ל' לעיוני, דאף דעצם הבעילה הוי ברשות, מ"מ בלא לעיוני לית ל' רשות והוה שפיר מעשה מזיק. (והוא ע"ד שכתבנו לעיל ליישב קושיית המח"א על דברי הרמב"ם בב"מ). וכן בהא דנגר הרי מדאמרין דחייב בדי' דברים מוכח דהוי שוגג הקרוב למזיד, דהא בלא"ה אינו חייב בדי' דברים, כמבואר לעיל סו"פ כיצד הרגל, ומדהוה שוגג הקרוב למזיד שפיר חשיב מעשה מזיק כאילו היה במזיד ממש, אשר על כן שפיר חייב אף דהוי דניזק שם ברשות, וחייב אף בשעה הנזיק שלא ברשות, דבמזיק הרי חייב גם ברשות המזיק, כדמבואר בדברי הרמב"ם. וכן מוכח יסוד זה ממאי דפסק הרמב"ם בפ"י מהל' נזקי ממון ע"פ סוגי' דרש פירקין דמאי דפטור במניח את הכד ב"רה ובא אחר ונתלק בו ושברו הוא משום דאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים, דלכאורה בלא"ה הו"ל למיפטר, דאף דהוי לזה ולזה ברשות מ"מ הרי אינו מתכוין לשוברו. ולהנ"ל אתי שפיר, דבלאו הא דאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים הרי הוה אמרינן דהוה ל' לעיוני, ועל ידי כן הוה חשיב שוגג הקרוב למזיד ושפיר היה מתחייב. וכן היכא דהניח את הכד במקום שיש לו לרשות להניחה ובא אחר ונתקל בא ושברה אמרינן דחייב משום שהיה לו להסתכל, ואף דאינו מתכוין מ"מ על ידי הא דהיה לו להסתכל הוי שוגג הקרוב למזיד וחייב. וכמשנ"ת.

ולדברי הרמב"ם אתי מאי דאיתא במתני' היו שניהם רצים והזיקו זה את זה שניהם פטורין כפשוטו, דמייירי אף בהזיקו, אלא דהוי שלא במתכוין. ועי' טור סי' שע"ח בשם הרמ"ה, אשר ציינו הגר"א בהגהותיו בסוגיין, דשפיר מצי מייירי מתני' בדהזיקו, דעבדי מעשה, אלא דכיון דתרווייהו עבדי מעשה פטורים, והיינו לכאורה משום דהיכא דתרווייהו עבדי מעשה ליכא למימר דחשב חד מיניהו מזיק. אלא דיעויין בדרישה שם שכתב דמדן מחילה אתינן עלה, דכל שרץ ברשות הרבים מייאש נפשו שגם אחר יעשה מה שהוא עושה וירוצו נגדו והוה ל' כשנים שנתאבקו בתחלה יחד ומפיל אחד את השני דכתב הטור בשם הרא"ש בסי' תכ"א דפטור המזיק מטעם שמחלו זה לזה והביא ראיה ממתני' דשנים רצים ברשות הרבים והזיקו זה את זה דפטור, הרי דמדן מחילה הוא. ולפ"ז כתב הדרישה שאין זה אלא היכא דשניהם רצים דמונח בזה מחילה, אבל בשניהם מהלכים והזיקו זא"ז אף כששניהם עושים מעשה מ"מ כיון שאינו ניכר שמחלו זא"ז הרי הם חייבים, ובזה אתי שפיר לדעת הרמ"ה מאי דחילקו בדף מ"ח בין הזיקו להזיקו אף דלדידי' גם בהזיקו פטורים. אלא יעויין שם בדברי הדרישה שכתב בסוף דבריו דזה דוחק לפרש דברי הרמ"ה כן, וביאר מאי דהביא הרא"ש ראיה מהא דשניהם רצים באופן אחר.

**עט) מאי ברשות איכא כדר' חנינא דאמר ר' חנינא בואו ונצא לקראת כלה מלכתא ואמרי לה לקראת**

**שבת כלה מלכתא וכו' -** עי' שט"מ בשם הר"ר יהונתן דמבואר מדבריו דאף קודם בין השמשות כיון דהוה ערב שבת ואדם טרוד לקנות צרכי שבת או לקנות שמן לנר של שבת דרך הוא למי שהוה בן ברית לרוץ, אלא דמאחר דהוזכר בסוגיין בין השמשות דאין קונין אז צרכי שבת, לכך הקשו מאי ברשות איכא ותיירצו דהיינו לרוץ לקבל שבת כדר' חנינא, והוה מדין כבוד שבת, עי' רמב"ם פ"ל מהל' שבת. והנה מדבריו לא חזינו אלא דחשיב רשות לעשות צרכי שבת, אבל אין הכרע מדבריו שיהא מותר לרוץ לעשות מילי דעלמא בערב שבת בכדי שיגמור עבודתו בזמן, לפני השבת כראוי. אכן הרמב"ם כתב בפ"ו מהל' חו"מ ה"טז וז"ל בא"ד: ואם היה ערב שבת בין השמשות פטור מפני שהוא רץ ברשות כדי שלא תכנס השבת והוא אינו פנוי וכו', עכ"ל. ומפשטות לשונו משמע להדיא דמותר לרוץ לעשות צרכי חול שצריך לעשות בכדי שלא תכנס השבת והוא אינו פנוי, וכן דקדק מדבריו בסמ"ע חו"מ סי' שע"ח סק"א, ע"ש שכתב דמדברי הרמ"ה שכתב, וז"ל: ודוקא בסתם דתלינן דרך לצורך שבת אבל אם ידוע דאינו אלא לשאר חפציו ולא שייכי ב' צורך שבת חייב כמו בחול, עכ"ל, משמע דלא כזה אלא דווקא לצורך עניני שבת הוא דשרי לרוץ (ועי' ערוה"ש שדחה דיוקו מדברי הרמ"ה, דאף היכא דהוה לצורך פרנסתו אם צריך לרוץ בכדי לגמור לפני השבת שפיר חשיב ד"ז ריצה לצורך שבת).

(ודרך אגב, ממש"כ הר"ר יהונתן הנ"ל דדרך הוא למי שהוא בן ברית לרוץ, חזינו עד כמה צריך להתרגש האדם לעשות צרכי שבת, שיהא אצלו ממש כקבלת מלך.)

והנה גירסתנו בגמ' בואו ונצא לקראת כלה מלכתא ואמרי לה לקראת שבת כלה מלכתא צ"ב לכאורה מאי בינייהו, הא פשיטא דמייירי בשבת ואף לישנא קמא דכלה מלכתא הרי ר"ל שבת. (וראיתי בשיטה להמהריק"ש שכתב דס"ל לצד הב' דצריך להזכיר שבת בפירוש פן יטעו בדבריו, והוה דוחק לכאורה.) אכן יעויין בפירושו הר"ח שהיה לו בזה גירסא אחרת, בואו ונצא לקראת כלה ואמרי לה לקראת מלכה, ולדידי' שפיר מובן דלישנא קמא דנין על השבת בזה ככלה, ואילו ללישנא בתרא ההדגשה היא על היות השבת כמלכה.

ובמה שהיה תעטף ר' ינאי וכו' כתב במהריק"ש ד"לא היה יוצא אלא מתקן הגוף לקבל נשמה יתירה ומשום הכי קאמר בואי כלה בואי כלה אחד כנגד השבת ואחד כנגד נשמה יתירה". ומבואר מדבריו דאף לנשמה יתירה מתאים התואר "כלה".

## ל"ב ע"ב

**פ) אבל מרשות הרבים לרה"י דלא שכיחי בה רבים אימא לא -** צ"ב לכאורה לדעת הרמב"ם דאדם המזיק חייב אפי' באונס גמור אמאי ס"ד דיפטור. ומרה"י לרה"ר אתי שפיר, דכיון דעביד ברשות ס"ד שלא חשיב מעשה מזיק כלל ולכך פטור, אבל מרה"ר לרה"י צ"ב כנ"ל.

וצ"ל לכאורה דאף דאדם המזיק חייב להרמב"ם אפי' באונס גמור, מ"מ יתכן דאין זה אלא בגופו, אבל בכגון הכא דאזיל מכחו לא, דכל שנעשה המעשה על ידו חשיב מעשה מזיק וחייב אף שהיה באונס גמור, דזהו יסוד הריבוי, אבל היכא דהדבר הולך מכחו ומזיק, אף דכחו כגופו, מ"מ עד כמה דהוי אונס אין מה שהולך מכחו ומזיק נחשב מעשה מזיק כלל, וכעין מאי דאף דנימא דאשו משום חציו, מ"מ אינו חייב ברוח שאינה מצויה (אף שיש לחלק). שו"ר שכ"כ במנחת שלמה, ע"ש.

**פא) הוסיף לו רצועה אחת ומת הרי זה גולה -** וברש"י - יותר על מה שאמדהו ב"ד שיכול לקבל ומת גולה על ידו, עכ"ל. אכן יעויין בראב"ד פ"ה מהל' רוצח ה"ו שכתב דבכה"ג שמלקה אותו יותר על מה שאמדהו פטור מגלות והוא בכלל מתני' דמכות דף ח' ע"א דשליח ב"ד פטור, ולדידי' ע"כ דהוסיף לו רצועה אחת ר"ל יותר על ל"ט.

ובגוף קושיית הגמ' יש לעיין במה טעה, ועי' מהריק"ש שביאר דמדקדוק לשונו של רש"י מבואר כנ"ל דמירי בחולה שאמדהו לפחות מל"ט מלקות ואף שלא מירי בטעה (דהא זהו תי' הגמ') מ"מ הוי טעות, דלא שמר עצמו ונדחה ידו ונתן לו עוד מכה אחת, והיה צריך לשמור שלא להוסיף דשייך שימות מכה מכה אחת יתירה על מה שאמדהו.

**פב) דטעה דיינא גופי' - ר"ל,** ולכך לא חשיב גבי שליח ב"ד שוגג הקרוב למזיד, דלא עליו מוטל לעיין במספר המכות, אלא דעדיין לא חשיב אנוס בזה כיון דסו"ס היה לו לספור, והוי כשוגג בעלמא דגולה השליח ב"ד. (ועי' משנה אחרונה תרומות פ"ו מ"ג שכתב דמה דתנן גולה היינו הדיין ולא השליח, אך לישנא דגולה ולא גולין משמע לכאורה דאכתי בשליח ב"ד מירי ולא בדיינים.) ובקצוה"ח סוסי' שמ"ח הוכיח מכאן דמאי דאמרינן דאין שליח לדבר עבירה היינו אפי' בשליח שוגג, ודלא כמו שכתבו התוס' בב"ק דף ע"ט ובב"מ דף י' ע"ב ובקידושין מ"ב ע"ב, דאי לא נימא הכי, אמאי אין הב"ד גולין משום דהוסיף השליח רצועה אחת בשליחותו. והסברא לומר דבשליח שוגג יש שליח לדבר עבירה היינו משום דלא שייך בזה למימר דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין כיון דאינו יודע השליח שיש בזה עבירה, וכן לא שייך בזה לומר דאין זה שליחות משום דקסבר המשלח שלא ישמע לו דהכא שאין השליח יודע שכרוך בזה איסור ודאי דישמע לו. והך קושי' דהקצוה"ח תרתי איכללו ב"י, חדא, דיפטור השליח, ועוד, דיתחייב ב"ד המשלחים.

ובפשוטו היה נראה דהך שליח ב"ד לאו שליחות ממש הוא, אלא דזהו תפקידו של השליח ב"ד להלקות, ותפקיד הב"ד הוא לומר לו להכות, אבל אין בזה משום שליחות דנימא דנעשה המעשה כאילו עשאוהו הב"ד, וליכא דין מסויים שילקו הב"ד אלא מוטל הוא בעצם על כל ישראל, וכי"כ בפרי יצחק ח"ב סוסי' ס"ו בשם רבו הגי' סלנטר זצ"ל, ע"ש.

ועיינן בתוס' ר"י קידושין מ"ב ע"ב דמבואר מדבריו דאף אי יש שליח לדבר עבירה, אין זה אלא לחייב את המשלח, אבל הא מיהא פשיטא דאף השליח חייב. ולדידי לא יקשה בני"ד אלא אמאי אין הב"ד נמי חייבין, אבל שליח ב"ד מיהא פשיטא דחייב. ועי' נתיב"מ שם דמה דאין הב"ד גולין הוא משום דהא דבשוגג יש שליח לדבר עבירה אין זה אלא לענין ממון או מלקות, אבל מיהא וה"ה גלות לא מתחייב על ידי שליח, דלא אישתמיט תנא לומר דחייבין מיתה על דיבורו להשליח לחלל שבת מיתה ב"ד. וכבר האריכו בזה האחרונים, ולא הבאתי בזה אלא ראשי פרקים, ועיין.

**פג) תוד"ה מאן דמתני לה אסיפא כ"ש ארישא -** וי"ל דלאו מטעם אנוס פטר ל"י הכא אלא לפי שאין דומה ליער כשנכנס שלא ברשות והא דקאמר כל שכן ארישא משום דמאי סיפא טפי ליער מרישא וכן פירש בקונטרס. ואכתי טעמא בעי לכאורה דהא פשיטא דלא בעינן שיהא ממש דומה ליער, דא"כ ניבעי דווקא שחוטב עצים וכדומה, אלא ע"כ דאיכא סברא דניבעי בזה שיהא דומיא דיער, ולכאורה הסברא היא דהוי קרוב לאנוס, וא"כ אמאי חייב בד' דברים, וכקושיית התוס'. ונראה דהחסרון היכא דנכנס שלא ברשות (דהיינו הרישא) אינו משום דהוי אנוס, דלעולם נימא דלא הוי אנוס, אלא משום דמאחר שנכנס שלא ברשות הוי כאילו יש לו להניזק חלק בהניזק ומצד זה הוא דלא הוי כיער.

**פד) ומאן דמתני לה ארישא אבל אסיפא כיון דברשות חייב גלות -** וכן פסק הרמב"ם כלשון זה בפ"ו מהל' רוצח ה"א, ע"ש שכתב, וז"ל: הנכנס לחצר בעל הבית שלא ברשות והרגו בעל הבית בשגגה פטור מן הגלות שנא' ואשר יבא את רעהו ביער מה יער שיש רשות לנהרג להכנס לשם אף כל כיוצא בו לפיכך הנכנס לחנות הנגר שלא ברשות ונתזה בקעת וטפחה לו על פניו ומת פטור מגלות ואם נכנס ברשות הרי זה גולה, עכ"ל. והנה כתב הרמב"ם שם ה"ו-ח, וז"ל: הזורק אבן לרשות הרבים והרג או הסותר כתלו

לרשות הרבים ונפלה אבן והמיתה בין שסתרו ביום בין שסתרו בלילה הרי זה קרוב למזיד ואינו נקלט מפני שזו פשיעות היא שהרי היה לו לעיין ואחר כך יזרוק או יסתור סתרו לאשפה בלילה אם הרבים מצויין בה הרי זה קרוב למזיד ואינו נקלט ואם אין הרבים מצויין בה כלל הרי זה קרוב לאנוס ופטור מן הגלות היתה האשפה עשויה להפנות בה בלילה ואינה עשויה להפנות בה ביום ונקרה אדם וישב שם ונפלה עליו אבן בשעת סתירה ומת הרי זה גולה וכו', עכ"ל. והוא כמבואר בסוגיין לאוקמי' הך דהזורק אבן לרה"ר. אכן צ"ב, דזה לא נאמר אלא ליישב שלא יקשה אמאי אינו פטור משום דהוי שוגג הקרוב למזיד, אבל למאי דפסק הרמב"ם כלישנא דמתני לה ארישא והיכא דנכנס ברשות חייב גלות הרי נקטינן דאף דהוי קרוב למזיד לית לן בה והרי הוא חייב גלות, וא"כ אתיא הא דהזורק אבן לרה"ר כפשוטו, וצ"ב.

ועוד יש להעיר בסדר דברי הרמב"ם, דמשמע מדבריו דבה"ו הביא הא דהזורק אבן לרשות הרבים וכו' פטור, וכתב בטעמא דמילתא דהיינו משום דזה קרוב למזיד ואינו נקלט מפני שזו פשיעות היא שהרי היה לו לעיין, רק לקמן בה"ה הביא להא דבעינן שיהא דומי' דיער גבי הנכנס לחצר בעל הבית שלא ברשות והרגו, ומשמע להדיא מדבריו דהך דהזורק אבן וכו' לאו משום דאינו דומה ליער הוא אלא משום דאית בזה פשיעה ולא מיחשב שוגג, והוא טעם בפני עצמו. ואילו מסוגיין מבואר להדיא דה"ט דשוגג הקרוב למזיד פטור משום דאינו דומה ליער, וצ"ב.

ונראה ביאור דברי הרמב"ם (ועד"ז ראינו שכתב בפנ"י בשני קצות), דנראה דאי דנין בשוגג הקרוב למזיד מצד דאינו דומה ליער, ודאי דליכא מקום לחלק בין הך דהזורק אבן לרה"ר לבין הך דנגר, דסו"ס בתרוייהו אין השוגג דומה להא דיער. אכן אי אתינן אפטור דהזורק אבן מצד דהוי פשיעתו ולא חשיב כשוגג, בזה שפיר איכא מקום לחלק בין הא דהזורק אבן להא דנגר, דנגר הרי עביד ליטרד והבקעה נתזה שלא בכונה, ואין זה כפשעיתת הזורק אבן לרה"ר, ויתכן דשפיר חשיב עדיין בגדר השוגג המחייב גלות. ונראה דלדעת הרמב"ם בזה הוא שנחלקו ב' הלשונות בגמ', דבלישנא קמא מבואר להדיא דמאי דפטור בנכנס ברשות אינו משום פשיעה אלא משום דאינו דומה ליער, והקשו מהך דהזורק אבן לרה"ר מכש"כ דודאי התם אינו דומה ליער. אך ללישנא בתרא היינו טעמא דהזורק אבן משום פשיעה, אשר ממילא אין זה שייך לנכנס ברשות דגבי נגר, והתם שפיר יתכן דחייב ובהזורק אבן פטור, אבל הא מיהא פשיטא דהזורק אבן פטור אשר על כן הוצרך הרמב"ם להך לאוקמי' באשפה וכו'. וטעמא דהלישנא בתרא דהנכנס ברשות חייב הוא משום דס"ל דאף שוגג הקרוב למזיד אם אך לא הוי פשיעה חייב, ואין בזה חסרון דאינו דומה ליער ולכך חייב, משא"כ בזורק אבן לרה"ר דאית בזה משום פשיעה פטור, וכנ"ל.

ומקורו של הרמב"ם לזה נראה דהוא מסוגי' דמכות שהביאו התוס' בד"ה מיתבי שהקשו על הא דהזורק אבן וכו' דהוי מזיד, ותרצו כבסוגיין, וכתבו התוס' דאזיל סוגי' הנ"ל דווקא כמאן דמתני הא דר' יוסי ב"ר חנינא אסיפא, אבל מאן דמתני לה ארישא הרי ס"ל דבשוגג הקרוב למזיד חייב וא"כ לא קשיא כלל. ולהרמב"ם א"ש כפשוטו, דאף מאן דמתני לה ארישא וס"ל דבשוגג הקרוב למזיד חייב מודה דהיכא דחשבינן לה פשיעה ודאי הוי כמזיד ופטור, אשר ממילא שפיר הקשו דמזיד הוא, והוצרכו לאוקימתא דאשפה, ודוק.

ועדיין איכא מקום עיון בדברי הרמב"ם ממשי"כ בפ"א מהל' חובל ומזיק ה"ז שכתב, וז"ל בא"ד: או שנכנס לחנותו של נגר בין ברשות ובין שלא ברשות ונתזה בקעת וטפחה על פניו בכל אלו חייב בארבעה דברים, עכ"ל, ומדחייב משום ארבעה דברים מוכח דאית בזה משום פשיעה אף היכא דנכנס שלא ברשות, דהא בלא פשיעה פטור מארבעה דברים כדמבואר לעיל דף כ"ו

ע"ב, וצ"ב אמאי הוצרך הרמב"ם לומר דמאי דפטור מגלות בנכס שלא ברשות הוא משום דאינו דומה ליער, תיפודי דאית בזה משום פשיעה. ואין לחלק בין פשיעה ד' דברים לבין פשיעה דגלות, דהא מבואר מסוגי דלעיל דף כ"ו דחייב בגלות אף היכא דפטור מד' דברים, ואי חשיב פשיעה לענין ד' דברים כש"כ דחשיב פשיעה לענין גלות, והיא בעצם קושיית התוס' בד"ה מאן דמתני אסיפא כ"ש ארישא. ולא שייך להרמב"ם לתרץ כתיורצם של התוס', משום דלדידי הרי איכא פטור מסויים דפשיעה חוץ ממאי דאינו דומה ליער, וכנ"ל, וצ"ע.

אכן לכאורה נראה דלא קשיא הך מילתא כל כך, דאין מוכח מסוגי דלעיל דף כ"ו ע"ב (ע"י רש"י שם) אלא דהיכא דליכא פשיעה ולא הוי אלא שוגג בעלמא דאינו חייב בד' דברים, ואה"י, ממאי דחייב בני"ד בד' דברים מוכח דאית בזה משום פשיעה. אכן אין מוכח דהפשיעה דסגי בה לענין ד' דברים סגי בה נמי לומר דאינו חייב גלות דלחשב קרוב למזיד והמעשה בפשיעתו, ולעולם איכא למימר דבכעין פשיעה זו אין אינו פטור אלא משום דאינו דומה ליער, וכמשי"כ הרמב"ם, ויש לעיין בזה.

### ל"ג ע"א

**פה) תוד"ה והוציא הלה את ראשו-** לא דמיא להיה תחתיו כרים וכסתות דשלהי כיצד הרגל דאין לו לחשוב שישלוקו הכרים וישברו הכלים- ביאור דבריהם לכאורה, דמאחר דלא היה לו לחשוב שישלוקו הכרים והכסתות הרי חסר בפשיעה ולכך אינו חייב בד' דברים ואף דמבואר לעיל בסוגי דדף כ"ו ע"ב דהיינו טעמא דפטור התם משום דפסקי ל"י גירי ולא משום דלא הו"ל לאסוקי אדעת"י כלל, צ"ל לדברי התוס' דמאי דחשיב פסקי ל"י גירי אינו אלא משום דלא הוה ל"י לאסוקי אדעת"י, דאילו היה לו לחשוב על כך שפיר היה נכלל זה במעשה דידי. ודברי התוס' צ"ב כאשר העירו כבר בחידושי הרשב"א ובשט"מ בשם רבינו ישעיה, דהא פטור אף אי סילקן אח"כ הוא בעצמו, ובזה הרי ליכא למימר דלא היה לו לחשוב שישלוקו. ובפ"י הר"ח לעיל כ"ו ע"ב מבואר עוד דמייירי שסילקו הוא עצמו על ידי שהיו קשורין בחבל והיה החבל בידו בראש הגג, אשר בזה ודאי דליכא למימר דלא חשב על כך, וצ"ב. והנה יעויין בתלמוד ר"ת ור"א שכתב, וז"ל בא"ד: ונראה לרבי דוודאי באותו ענין היה פטור נמי מארבעה דברים כיון שהיזק עדיין אינו יכול לבא עד שיעשה אחר שישלוקו הכרים ואין כח למזיק כדי להזיק כמו שהוא אבל הכא כשזרק אבן לא חסר כלום במזיק ויכול להזיק רק שהניזק חסר שלא בא עדיין בכה"ג חייב בד' דברים כיון שהוא מיהא יש בו כדי להזיק, עכ"ל. וכוונתו אחרת מדברי התוס', דלדידי יסוד החילוק אינו בפשיעה אלא בעצם המעשה, דגבי כרים וכסתות חסר בעצם מעשה דידי דלא חשיב מעשה מזיק אשר על כן פטור מד' דברים דאינו מעשה חבלה כלל, משא"כ בני"ד, לא חסר במעשה המזיק, רק שלא ראה את הניזק, אשר בזה חשיב שפיר מעשה מזיק וחייב בד' דברים.

ואפשר דיש לתלות הך מילתא במה שיש לדון בחיוב ד' דברים באדם דאזיק אדם בב' אופנים, ד"ל דהמחייב הוא מעשה המזיק במציאות, ומאי דפטור בשוגג בלא שום פשיעה הוא דעד כמה דהוי בשוגג חסר בשם מעשה מזיק וחבלה, או י"ל דהמחייב הוא מה שבפשיעתו נחבל חבירו, והא דבפשיעתו נחבל בישירות על ידו מחשיב ל"י זה גופא למעשה מזיק, דהתוס' ס"ל דהמחייב הוא הפשיעה, אשר ממילא שפיר כתבו דעד כמה דלא הוה ל"י להסיק אדעת"י שישלוקו את הכרים וכסתות תו ליכא בזה פשיעה, וממילא לא חשיב גירי, ואילו תלמיד ר"ת ור"א ס"ל דהמחייב אינו פשיעה גרידא, אלא יסוד המחייב הוא מעשה החבלה, אשר ממילא שפיר כתב דגבי כרים וכסתות לא חשיב מעשה חבלה כלל משא"כ בני"ד, ואילו מצד הפשיעה, היה חייב אף דלא הו"ל לאסוקי אדעת"י שישלוקו הכרים והכסתות כיון דסו"ס חשיב

מעשה מזיק. ואשר למאי דקשיא על דברי התוס' ממאי דאף כשסילקו הוא עצמו פטור, אפשר ד"ל בזה, דיסוד מאי דהיה חייב אילו הוה ל"י לחשוב שישלוקו אחר הוא משום דעל ידי כך מתפרש מה שעשה עכשיו שזרק במצב שישלוקוהו למעשה מזיק, וכנ"ל, אשר על כן הוצרכו לומר דלא היה לו לחשוב על כך. אך באשר נוגע למה שהוא עצמו יסלקם, התם פשיטא דפטור אף בלאו הכי דעד כמה שהיה דעתו לסלקן אח"כ, אי אפשר להחשיב מה שזרק למעשה המזיק כיון שהיה עדיין צריך הוא עצמו לעשות עוד פעולה, ועל פעולת הסילוק אין לחייבו מאחר דלא הוי אלא גרמא, רק אילו היה צריך לחשוב שישלוקו אחר חשיב שפיר מה שזורקו במצב זה כמעשה מזיק, והראשונים שהקשו היינו משום דס"ל דדנין על מעשה המזיק מצד עצמו ואין מחשבתו מפרשה, ועדיין צ"ע בכל זה.

וע"י חידושי הרשב"א שכתב בזה באופן אחר, וז"ל בא"ד: ומסתברא דמאן דמתני לה אהא לית ל"י דרבה (גבי כרים וכסתות) ורבה כמאן דמתני לה אקמייתא אבל אהא פטור לגמרי וקי"ל כרבה, עכ"ל, הרי דלדידי ליכא לחלק כלל לא כחילוק התוס' ולא כחילוק תלמיד ר"ת ור"א, ויש לעיין במאי פליג עלייהו.

**פו) אבל אהא פטור לגמרי-** ע"י רמב"ם פ"א מע"ל חובל ומזיק הי"ט שכתב בא"ד, וז"ל: הזורק אבן ולאחר שיצאת מתחת ידו הוציא הלה את ראשו מן החלון וקבלה פטור מכלום שנאמר ומצא את רעהו פרט לממציא את עצמו, עכ"ל. הרי מבואר מדבריו דפטור גם מנזק ולא רק מד' דברים, (וע"י מאירי שהביא פלוגתת הראשונים בזה, דמדברי הרמב"ם מבואר כנ"ל, וגדולי הפוסקים ס"ל דחייב בנזק ופטור משאר דברים, והוי כמו היתה אבן מונחת בחיקו ולא הכיר בה מעולם.) וכ"ה גם דעת הרשב"א הנ"ל דלרבה דלעיל כ"ו ע"ב גבי כרים וכסתות פטור אף מנזק. ולכאורה, אף דפטור מד' דברים משום דחסר בפשיעה דבעינן, מ"מ אונס גמור ודאי דלא הוי (ולדעת הרמב"ם אי לא חשיב מכת שמים חייב בנזק, וגם מדברי הרשב"א לעיל מבואר דעכ"פ אינו פטור מנזק אלא באונס גמור) ומהיכן פשיטא להו דפטור. ובב"י חו"מ ס"י תכ"א סט"ו כתב דהוא משום דילף מהך דרשה דגבי גלות ומצא פרט לממציא את עצמו, ויש לעיין לכאורה האידך ילפינן מהתם, דאף דנימא דמאחר דפטור מגלות כש"כ דפטור מד' דברים, דהא אף היכא דחייב גלות מ"מ פטור מד' דברים, וכדלעיל דף כ"ו ע"ב, מ"מ האידך ילפינן מזה לענין נזק דפטור. והמבואר לכאורה בדבריהם, דמאן דמתני להא דר' יוסי בר' חנינא אקמייתא ס"ל דיסוד הך דרשה דפרט לממציא את עצמו הוא דהיכא דממציא את עצמו חשיב שיש לו חלק בהמעשה וחסר בעצם מעשה דהזורק, ונהי דאיכא נפ"מ בין חיובא דנזק לבין חיובא דד' דברים או גלות לענין פשיעה וכוונה דדרושות בהן, מ"מ מעשה מיהא בעינן, ועד כמה דילפינן מהך קרא דחסר בעצם המעשה, הרי הוא נמי פטור מהאי טעמא גם מד' דברים ומנזק. ויתכן דהרמב"ם והרשב"א אזלי בזה לשיטתם דאין אדם המזיק פטור אלא לפחות באונס גמור, אשר ביארנו לעיל דיסודו הוא דהמחייב הוא מעשה המזיק, אשר ממילא הכא דהוי חסרון בהמעשה פטור מנזק. אכן לדעת התוס' דס"ל דפטור אף באונס דגניבה, דביארנו לעיל דס"ל דהפשיעה הוא חלק המחייב, ואדרבה, יתכן דהמעשה מתפרש על ידי הפשיעה, וכמשי"כ לעיל באות פ"ד, לדידהו ליכא למילף מהא דפטור מגלות דיפטור גם מנזק.

**פז) אבל אהא פטור לגמרי-** ע"י רא"ש ס"י י"א שכתב, וז"ל: וכתב רב אלפס דמסתברא כמאן דמתני אקמייתא דפטרי בהא לגמרי ומה שלא הכריע בין תרי קמייתא לפי שאין נפקותא ביניהון אלא לענין גלות ולענין דרוש וקבל שכר ונראה לי דהלכה כלישנא קמא דסתמא דגרמא קאמר לה וכו' והר"מ הלוי ז"ל פסק כלישנא בתרא והנראה בעיני כתבתי מיהו אפילו בזמן הזה יש נפקותא בין הני תרי לישני דמאן דמתני

אסיפא ברישא פטור מדי דברים ואף מנזק והא דלא קאמר דמאן דמתני אסיפא ברישא פטור מה דברים וכו' ומדכתב רב אלפס מסתברא כמאן דמתני אקמייתא דפטרי בהא לגמרי משמע דלא מסתבר לי למיפטר בארבעה דברים אלא בהא לחודא אבל בתרתי קמייתא מסתברא לי לחיובי בארבעה דברים והיינו כלישנא בתרא דרב פפא משמ"י דרבא והאי לישנא בתרא נראה לו עיקר דלישנא קמא לא קאי רבי יוסי בר חנינא אמה דקתני בברייתא, עכ"ל.

והנה מש"כ בריש דבריו דהרי"ף לא הכריע בין ב' לישני קמייתא משום דאין נפקותא ביניהם אלא לענין גלות, הדברים לכאורה צ"ב, דהא ללישנא קמא דמתני לה אסיפא אמרינן דברשות חייב בד' דברים ופטור מגלות, ואי נימא דמאי דקתני ברישא דשלא ברשות פטור אינו אלא לענין גלות אבל חייב בד' דברים הרי נמצא דליכא מחלוקת כלל בין ת"ק לר"י, דהא הרא"ש בא לומר דליכא נפ"מ בין ב' הלשונות אלא לענין גלות, כלומר, דלישנא קמא ברשות פטור מגלות ושלא ברשות חייב, ואילו ללישנא בתרא ברשות חייב אף בגלות, ומדקאמר דליכא נפ"מ ביניהם אלא בהא, מבואר דבד' דברים ליכא נפ"מ וכמו דל"ב שלא ברשות חייב בד' דברים כמו כן ללישנא קמא, ונמצא דל"ק ליכא בין ברשות לבין שלא ברשות כלל, דגלות בתרווייהו אינו חייב וד' דברים בתרווייהו חייב, וצ"ע.

וגם סדר דברי הרא"ש לכאורה צ"ב, דמתחילה כתב דהרי"ף לא הכריע בין ב' לישני קמייתא ובסוף כתב דמבואר מדבריו דנקטינן כלישנא בתרא. ועוד, דמתחילה הוה ס"ל דליכא נפ"מ אלא לענין גלות ובסוף כתב דודאי דליכא נפ"מ נמי לענין נזק. ובהך מילתא י"ל דנסתפק בזה במאי דהביא לעיל דלישנא קמא שלא ברשות עדיין חייב בנזק רק שפטור מדי דברים, וא"כ ליכא נפקותא בין רישא לסיפא לענין נזק אף אי מתני לה אסיפא, ולבסוף מסיק דברישא לפום מאן דמתני לה אסיפא, כמו דפטור מדי דברים כך פטור גם מנזק, ואילו ללישנא דמתני לה אסיפא חייב, וא"כ איכא נפ"מ לענין נזק. ומדמשמע מדברי הרי"ף דשלא ברשות חייב בנזק ואינו פטור לגמרי שפיר כתב דהכריע הרי"ף דמאן דמתני לה ארישא, אלא דעדיין דברי הרא"ש צ"ב כנ"ל במה שכתב דליכא נפ"מ אלא לענין גלות ולא הזכיר ד' דברים, וכן ממש"כ מתחילה דלא הכריע הרי"ף והכריע דשפיר הכריע, וצ"ע.

**פח) פועלים שבאו לתבוע וכו' -** מה דהיכא דלא שכיח חשיב נכנס ברשות אף שנכנס לבית חבירו, היינו לכאורה משום דעביד איניש דינא דנפשי, והכא לכ"ע הדבר כן מאחר דאין בזה שום הפסד ולבעל הבית כיון שלא בא אלא לתבוע מה שחייב לו ובלע להפסידו או להזיקו. והיכא דשכיח מאי דחשיב שלא ברשות הוא משום דכיון דאפשר לו בענין אחר שוב אין לו רשות להכנס, דהא יכול לתבוע בחוץ, וזה פשוט לכאורה.

ובמאי דמסקינן דמירי בשכיח ולא שכיח צ"ב קצת אמאי הוצרכו לומר דאמר לי אין ופליגי אי קים בדוכתא משמע, הא י"ל דפליגי היכא דשכיח ולא שכיח בהא גופא אי כה"ג מותר לו ליכנס או אסור ליכנס. ואשר מוכח מזה, דהיכא דאף היכא דשכיח ולא שכיח פשיטא לי להש"ס דחשיב שלא ברשות, דכיון דעל כל פנים נמצא אי פעם במתא חוץ לביתו שפיר חשיב על ידי כך דאפשר בענין אחר, לכך לא אתינן עלה אלא משום דאמר לי אין אי חשיב כה"ג שנתרשות, וז"פ.

**פט) רש"י ד"ה מועד בתם משלם במותר -** כלומר אם הוא הזיק את התם יותר משהזיקו תם - עיי' ברא"ש ס"י"ג שדקדק מדברי רש"י דחידשו לן במתני' חידוש גדול, דר"ל "כגון אם חבל מועד בתם חמשים ותם במועד ארבעים הדין נותן שישלם מועד בתם שלשים קמ"ל שאין משלם אלא עשרה דהיינו יותר על מה שהזיקו תם וסברתו משום דהתחילו כאחת אין כאן חבלה אלא המותר ולראשון במותר משמע כפירושו דמשמע אמותר חבלה קאי ולא אמותר חיוב

תשלומין". והתוס' בד"ה שני שוורים תמים שחבלו זה בזה כו', כתבו דכולי מתני' לכאורה משנה שאינה צריכה היא, עיי' מה שכתבו בחידושי דמתני', ומבואר מדבריהם דלית להו לחידוש זה שכתב רש"י, וכ"כ הרא"ש בדבריהם.

והנה דעת התוס' בזה לכאורה היה אפשר לפרש בב' אופנים, דאפשר היה לומר דס"ל דלעולם אמדינן כל נזק בנפרד ואח"כ מחשבים סכום החיוב, אשר ממילא יוצא כפשטא דמילתא ודלא כדברי רש"י דבציור שהזכיר הרא"ש משלם ל' מאחר דחיוב התם הוא כ' וחיוב המועד הוא נ'. או אפשר לבאר דבריהם באופן אחר, דאף לשיטת התוס' מחשבינן הכל יחד לקבוע מהו סכום הנזק, אלא דלדעתם אין הדבר תלוי במותר מעשה החבלה אלא במותר התשלומין, כלומר, דמאחר דיסוד המחייב דתשלומי נזיקין הוא ההפסד, יסוד החיוב שחל ויסוד ההפסד הנחשב הוא ההבדל בין ב' התשלומין, ואין זה כמין חשבון צדדי כמה למעשה צריך לשלם, אלא דכן הוא יסוד החיוב, דסו"ס זהו ההפסד, והוי כעין דברי רש"י אלא דלדעת רש"י תליא מילתא בעצם החבלה ואילו לדעת התוס' הדבר תלוי בתשלומין, וכנ"ל.

והנה כתבו התוס' דחידושי דמתני' הוא לר"ע שלא תאמר כיון דאית לי יוחלט השור לניזק אם כן שורו של זה קנוי לזה ואם הקדישו קדוש קמ"ל דלא אמרינן הכי ואפילו לרבי ישמעאל נמי נ"מ אם נאבד האחר דלא יאמרו הבעלים אגבה כל חצי נזקי משלך ואתה תפסיד נזקך שנאבד שורי שמשלתם מגופו. ולכאורה טעמא בעי אמאי למעשה אין הדבר כן דלמשל, אם יוחלט השור שנגד כל ההיזק הוי שלו ושפיר הוי הקדישו הקדש. ולהצד השני הנ"ל בביאור דברי התוס' אתי שפיר היטב, דאף לר"ע דיוחלט השור הרי אין זה אלא לסכום החיוב החל, ומאחר דאין עיקר חיוב התשלומין אלא ההבדל בין חיובי התשלומין של שני המזיקים, וזהו עיקר חיובו, ולעולם אין דנין עליו כאילו איכא ב' חיובים נפרדים, תו לא שייך דין יוחלט על יותר ממה שיתחייב בפועל, וזהו באמת חידושי דמתני'.

והנה בדברי הרא"ש הנ"ל מבואר דאף אם לאחר זמן הזיקו השני הוה דינא הכי, ומוכח דאף כה"ג איתא להאי סברא דאינו משלם ביסוד חיובו אלא המותר, ולדברי רש"י דתליא מילתא במעשה המזיק יש לענין האין שייך דבר זה היכא דהזיקו לאחר זמן, והרא"ש שדקדק כנ"ל מדברי רש"י כתב דהיינו מאחר דהויין בבת אחת. וצ"ל לכאורה דמאחר דזה שור וזה שור לא הוה דיינינן על ההיזק אלא בהפרש דביניהם, דהכל דבר אחד הוא, וצ"ע בזה, דסו"ס הרי כשהזיק האי חייל חיובא עלי ונחשב כל ההיזק, והאין משתנה דבר זה אח"כ, ובשלמא לדברי התוס' דהוי יסוד בחיוב התשלומין, אפשר ד"ל הכי דאחר דחייל הבי משתנה והוי יסוד החיוב ההבדל שביניהם, אבל לדעת רש"י דהדבר נמדד מצד עצם ההיזק לכאורה ליכא למימר הכי.

ועיי' שט"מ בשם רבנו ישעיה שכתב כתי' התוס', וז"ל: ונפ"מ למ"ד יוחלט השור כשהזיק של ראובן את של שמעון ופחתו שלשים דינרים ושל שמעון לא פחת אלא עשרים דינרים והקדישו ראובן שורו של שמעון ואי הוה אמרינן דשמעון חייב לראובן עשרים דינרים וראובן לשמעון שלשים דינרים אם כן שורו של שמעון מוחלט לראובן והקדשו הקדש אבל השתא דאמרינן דאין להם זה על זה אלא המותר אם כן אין לו לראובן על שורו של שמעון שום דבר ואף למ"ד יושם השור איכא נפקותא היכא דאבד אחד מהם שלא יאמר אידך אגבה כל היזקי ממך ואתה תפסיד שאבד את שלי ואינו משלם אלא מגופו דמצי אמר אידך אין לך עלי אלא המותר ובשני מועדים נמי איכא נפקותא למאי דאמרינן דיהא מיתה והעמדה בדין שוין כאחד כגון שהפקיר אחד מהם את שלו קודם העמדה בדין ולא מצי למימר לאידך שלם לי כל ההיזק ואני פטור שהפקרתי שורי קודם העמדה בדין אלא מצי למימר אידך איני חייב אלא המותר, עכ"ל. וחזינן בדבריו כמה שינויים ממש"כ התוס', האי, שהתוס' כתבו

נפ"מ למ"מ יוחלט השור רק בנוגע לכמה משיווי השור יוחלט, ע"ר ר"פ שביאר כן הדברים, וכמו שהביא בהגהות מהרש"ל מהתוס' שן, ואילו רבנו ישעיה הביא נפ"מ שלא יחול ההקדש כלל דבציר שהביא לא יוחלט שורו של שמעון לראובן כלל. וצ"ב מה מונח בשינוי זה.

ועוד נפ"מ, דהביא רבינו ישעיה דאיכא נפ"מ אף בשני מועדים היכא דהפקיר אחד מהם שורו שאינו יכול לומר שיגבה מהשני כל ההיזק שהזיקו אלא רק המותר. וצ"ב לכאורה אמאי לא כתבו גם התוס' כן. ולכאורה היה נראה דלהתוס' לא שייך נפ"מ זו, דהא יסוד דבריהם בנפ"מ שכתבו הוא כמשנית לעיל, דלא אמרינן דחייל למעשה שני חיובי תשלומין, אחד לזה ואחד לזה, אלא אמרינן דיסוד החיוב שחל הוא מה שיוצא בין ב' סכומי ההיזק, אשר מהאי טעמא הוא דלא אמרינן דהוחלט השור או דאם נאבד שגובה הלה כל ההיזק. ולפי זה ב' מועדים, הרי מחשבין ב' דיני התשלומין יחד, והיכא דהפקיר האחד לא חייל עלי דין תשלומין כלל הרי ליכא אלא דין תשלומין דהשני ושפיר היה צריך ללמוד כלל ההיזק שהזיק. וד"ז יקשה לכאורה על דברי רבינו ישעיה שהביא ג"כ כיסוד דברי התוס' ואעפ"כ כתב דנפ"מ נמי לענין שני מועדים. אלא דבאמת ל"ק ושפיר שייכא הך נפ"מ, דבתשלומי מועד הרי לא בעינן גמר דין ונראה דחייל בעצם חיוב התשלומין ממילא, אשר ממילא אין בזה פטור דהפקיר, דהא יסוד הפטור דהפקיר הוא דבעינן שיהא שלו בשעת גמר דין, והכא נעשה גמר הדין מאליו מתחילה, אשר לפ"ז שפיר מחשבינן ב' דיני התשלומין יחד ולא חייל בזה אלא חיוב המותר, וכנ"ל. ועדיין צ"ב אמאי באמת לא כתבו כן גם התוס'.

**צ** **תוד"ה לפוטרו מארבעה דברים** - וי"ל דזה אין ללמוד משום דגבי שור לא שייכי ארבעה דברים וכו' - ע"י ת"י אחר בזה בתלמיד ר"ת ור"א, דמאחר דאיצטרך קרא למילף דמשלם חצי נזק כמו שור בשור, תו לא אייתר קרא למילף מינה לענין ד' דברים (ולשונו מגומגם קצת אלא דמוכח מהמשך דבריו דכך כונתו). ומאי דנאדו התוס', וכן הרשב"א שתי בחידושי דברי התוס', מתי' זה, הוא פשוט לכאורה, דיסוד הלימוד הוא להשוות משפט שור באדם למשפט שור בשור, ועד כמה דהוה שייכי גבי שור ד' דברים ודאי דהיה זה בכלל הלימוד. ונראה לכאורה דנחלקו בהבנת הך לימוד דכמשפט שור בשור כך משפט שור באדם, דלשיטת התוס' הוא ביסודו השוואה למימר דיסוד המזיק דשור אחד הוא וליכא נ"פ אם הניזק הוא שור או הניזק הוא אדם, ועפ"ז ודאי דליכא למימר כמש"כ בתלמיד ר"ת. אכן תלמיד ר"ת נראה דס"ל דבאמת שור דאזיק אדם ושור דאזיק שור תרי מילי נינהו, והך דרשה דכמשפט שור בשור וכו' אינו אלא כמין לימוד ליתן דין הנאמר בשור בשור באדם, וכיון דאינו אלא כמין לימוד על פרט מסויים שפיר כתב דמאחר דכבר שימשה דרשה זו ללמד על דבר אחד שוב אינה מיותרת בכדי לבוא ולהפקיע מק"ו.

**צא** **הקדישו ניזק איכא בינייהו** - ע"י שט"מ בשם הרא"ש שהקשה האידך יכול להקדיש, הא ק"ל דבגזל שניהם אינם יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו, ומה התם דהיה כבר שלו אמרינן דמאחר דאינו ברשותו אינו יכול להקדיש, כש"כ הכא אף דנעשה שלו על ידי שהוחלט מ"מ לא היה מעולם שלו וגם אינו ברשותו. ות"י הרא"ש, וז"ל: דאחר שגבאו ובא ברשותו ולא קיבל הדמים לר"ע אנו רואים כאילו מעיקרא כשהקדישו היה כבר בא ברשותו וכן בגזל גדול נמי אם הקדישו הנגזל ואח"כ העמיד הגזל בין והוציאו מידו בב"ד הי"נ דקדיש, והא דאמר ר"י דאינו קדוש הוא היכא שלא הוציאו בב"ד, עכ"ל. ותמה במנ"ח מצוה נ"א, דלכאורה הוי ד"ז כמקדיש דבר שלא בעולם דודאי לא אמרינן דמהני אח"כ למפרע.

והנה מעצם קושיית הרא"ש מוכח דס"ל דהא דחשיב לגבי הנגזל אינו ברשותו אינו מפאת קניני גזילה

דהגזלן, דאילו היה כן הרי אין דמיון כלל לדברי ר"ע, דהא לא שייך ד"ז הכא כלל, אע"כ דס"ל דהא דחשיב אינו ברשותו הוא מצד עצם הדבר דחשוב שמחזיק הגזלן, או המזיק, את הדבר לעצמו, שלא לפרעון וגוביינא. ועפ"ז יש לבאר קצת סברת הרא"ש בתירוץ, דהיכא דבסוף גבאו הניזק או הוציא הנגזל מיד הגזלן, שוב אינלאי מילתא למפרע דשפיר היה עומד לגוביינא או להוצאה מידו, ונמצא דלעולם היה כל הזמן ברשותו, אשר ממילא שפיר חייל הקדישו.

**צב** **תוד"ה הקדישו ניזק איכא בינייהו** - ה"מ למימר דלמר יכול לסלקו ולמר אין יכול לסלקו וכו' - מבואר מדבריהם דל"י ישמעאל דס"ל דיושם השור יכול המזיק לסלקו בזווי. אכן יעויין שט"מ בשם הרא"ש, וכן הובא שם גם בשם רבנו פרץ, שהביא דעת הריב"א דל"י ישמעאל נמי אם אינו שוה אלא כשיעור חצי נזק גרידא אינו יכול לסלקו אבל בשוה יותר שצריך למכרו לאחר כשאין המזיק רוצה בשותפותו מסתבר טפי שכוף הניזוק למכור חלקו למזיק כמו שהיה מוכרו לאחר וישאר השור בחזקת בעליו ממה שכוף המזיק למכור חלקו לניזק ונוציא השור מחזקתו ועל שור דמתנתין שאינו שוה אלא חצי נזק קא בעי מאי בינייהו". והקשו הרא"ש ורבינו פרץ על דבריו דסו"ס מאחר דקרא מיירי בשוה יותר ויכול לסלקו, מהיכי תיתי לן למילף דהיכא דשוה חצי הנזק שיטול השור דווקא ולא יוכל לסלקו, ולכך פירשו באופן אחר על דרכו, דלעולם ל"י ישמעאל אינו יכול לסלקו כמו לר"ע, אלא דל"י עקיבא חייל הך דינא משעת נגיחה ואילו ל"י ישמעאל בשעת ביאתן לדון.

ונראה בבואר השיטות, דלשיטת התוס', אתיין דברי השי"ס דל"י ישמעאל זווי הוא דמסיק ל"י כפשוטו, דביסודו הוי חיוב ממון, אשר על כן שפיר יכול המזיק לסלקו בזווי כרצונו. ולשיטתם פלוגתת ר"ע ור"י פשוטה היא, דלר"ע הוי יסוד החיוב השור עצמו ול"י ישמעאל יסוד החיוב הוא חיוב ממון, וכנ"ל. ודעת הריב"א, דאף דביסודו הוי לר"י חיוב ממון, כדמוכח ממאי דלמעשה איכא מציאות שישלוקו, מ"מ נתחדש בזה דמשתעבד ל"י השור כמאן דעבדי אפותיקי, כלשונו של ר"פ, ע"ש, אשר על כן בדשוה חצי הנזק יכול הניזק ליטלו בע"כ דמזיק. רק היכא דהוי יותר מחצי הנזק ואין המזיק רוצה בשותפות, אית ל"י זכות קניית חלקו של הניזק ולית ל"י להניזק זכות קניית חלקו. ואף לדידי' יסוד פלוגתת ר"ע ור"י הוא הך מילתא אי הוי ביסודו חיוב לתת השור או דהוי חיוב ממון, רק דאף דהוי חיוב ממון הוי השור כאפותיקי. ודעת הר"י, כמבואר ברא"ש ובר"פ, דגם לר"י אינו יכול לסלק כלל. והיה אפשר לומר דלהר"י אף ל"י ישמעאל הוי חיוב לתת שור דווקא, אלא דלר"ע חייל הך חיובא בשעת הנזק ואילו לר"י חל הוא בשעת ביאתם לדין, וכמש"כ באמת הרא"ש ור"פ, אלא דלפ"ז צ"ב לישנא דהשי"ס דלר"י זווי הוא דמסיק ל"י, דהרי אף לדידי' חיוב שור הוא כמו לר"ע ולא חיוב זווי. אלא נראה דגם לדעת הר"י הוי לר"י ביסודו חיוב זווי, כלישנא דהשי"ס, וזכיינו של הניזק בשעת ביאתם לדין הוא כמין אפותיקי, אלא דס"ל להר"י דהוי זכיייה זו כמין זכיייה מוחלטת אשר לא ניתן בזה למזיק זכות סילוק כלל, ונמצא דאף לר"י הוי כמין החלטה, אלא דלר"ע ההחלטה היא בעיקר החיוב ולר"י ההחלטה היא באופן וצורת התשלומין, ולעולם יסוד פלוגתייהו דר"ע ור"י הוא אי הוי חיוב שור או חיוב זווי כמבואר בגמ'.  
**צג** **תוד"ה איכא בינייהו** - וא"ת ואמאי אין קדוש

למאן דאמר בפרק כל שעה למפרע הוא גובה וכו' - ע"י ר"פ שהקשה נמי מרבא דס"ל דמכאן ולהבא הוא גובה, דהא טעמא דס"ל הכי הוא משום דמצ"י סליק ל"י בזווי, והכא לדעת הר"י הרי אינו יכול לסלקו. והתוס' שלא הקשו כן היינו לשיטתם שכתבו לעיל דל"י ישמעאל שפיר מצ"י מסלק ל"י בזווי.

ןמש"כ התוס' "אם נתרצה וכו"ו אף דלעיל כתבו דלר"י יכול המזיק לסלקו בע"כ, ע"י מהר"ם שייף מש"כ בזה.



**צד) תוד"ה איכא בינייהו** - ועוד דלרבי עקיבא קדשו הגוף והשבח משהקדיש אבל לרבי ישמעאל אפילו למ"ד למפרע הוא גובה שבח דמזיק הוי ולא קדיש עד שיגבנו - דבריהם לכאורה צ"ב, דממנ"פ אי אמרינן דעל ידי דינא דלמפרע הוא גובה קדישי למפרע אף לדברי ר' ישמעאל, אמאי אין גם השבח הקדש. ומוכח מדבריו דאף דלמפרע הוא גובה, מ"מ אין פירושו דהוי קנין גמור למפרע ככל קנין, אלא דהוי קנין מסויים אשר אינו אלא על גוף הדבר ולא על השבח, וצריך טעם וגדר בדבר זה.

ושמעתי ממו"ר צ"ל, דבעיקר יסוד הא דלמפרע הוא גובה נאמרו בראשונים ב' שיטות, דיעויין ברמב"ן במלחמות בסוגי' דפסחים דף ל' ע"ב שכתב דאם אך אמרינן דגוי אינו קונה משכון כש"כ דלא נאמר בו דינא דלמפרע הוא גובה. ולכאורה אין ב' הדברים קשורים זל"ז, דנהי דליכא בעכו"ם קנין במשכון, מ"מ אמאי לא יהא שייך גבי' למימר דמאחר שגבה נמצא דדבר זה היה עומד להיות בו גוביינא דידי' מתחילה. וביאר בזה מו"ר צ"ל דס"ל להרמב"ן דיסוד הא דלמפרע הוא גובה הוא מצד השעבוד, כלומר, היסוד החפצא דהשעבוד הוא קנין בקרקע עכשיו לאותו זמן שיגבה, דאותו הקנין על הזמן דלהבא אית ל' עכשיו על ידי השעבוד. אשר לפ"ז שפיר כתב הרמב"ן דאם באופן שיש לו משכון אין השעבוד מקנה לו קנין במשכון דאית ל' ביד'י, כש"כ דאין השעבוד גרידא מקנה ל' קנין בגוף הקרקע. וטעמא דרבא דפליג אדאביי וס"ל דמכאן ולהבא הוא גובה, דמאחר דמצי מסלק ל' בזוזי לא שייך לומר שמקנה לו השעבוד קנין כלל, ואביי ס"ל דשפיר איכא למימר דעל הצד שלא יסלקנו קנין זה שיהא שלו אית ל' כבר מעכשיו.

והנה נבא ביאר מו"ר דבר זה יצא לאור ספר חידושי רבינו דוד ע"מ פסחים אשר מבואר בדבריו להדיא בשיטת הרמב"ן כדברי מו"ר צ"ל, ע"ש שכתב בד"ה אתמר, וז"ל בא"י: ומשו"ה קאמר אביי דכיון דלוה לא מצי לאפקועי לשעבודי דמלוה אי זבין מלוה ואקדיש מלוה ולבתר הכי גבייה בחובו אשתכח דשפיר זבין שעל ידי השעבוד הראשון הוא גובהו ואין זה כמוכר דבר שלא בא לעולם וכו', עכ"ל, הרי מבואר להדיא דיסוד הדין דאביי הוא מחמת עצם השעבוד, דהזכייה בקרקע לגבייה דאח"כ יש לו בקרקע כבר מעכשיו, אשר זהו גדר דינא דלמפרע הוא גובה. והנה מדכתב רבינו דוד "דאין זה כמקדיש דבר שלא בא לעולם" בדברי אביי משמע להדיא דאף לדברי אביי אין הקדש המלוה חל מעכשיו, רק דכיון דיש לו כבר עכשיו דין בקרקע מצד עצם השעבוד דהוא שלו לכשיגבנה, ס"ל לאביי דאין בזה חסרון דמקדיש דבר שלא בא לעולם, ולרבא דלית ל' הך דינא דאביי שפיר הו"ל מקדיש דבר שלא בא לעולם. ויסוד זה מבואר היטב ע"פ מאי דס"ל לרבינו דוד דיסוד דינא דלמפרע הוא גובה הוא מצד השעבוד ולא דהוי כמין גבייה למפרע, דמצד השעבוד ליכא למימר דאית ל' אלא קנין על לאחר זמן, וכנ"ל.

אכן יעויין בדברי המאירי שם, דס"ל דכל דינא דאביי דלמפרע הוא גובה אינו אלא באפותיקי, והביא ראיה לדבריו, וז"ל בא"י: שאם בשעבוד סתם האיך עולה על דעת אביי לומר למפרע הוא גובה והרי אין המלוה יורד לפירות עד לאחר שומא והכרזה ושטר חליטה מב"ד אלא ודאי באפותיקי וכו', עכ"ל, הרי מבואר לכאורה מדבריו דאם אמרינן דלמפרע הוא גובה הויין הפירות דהמלוה, אשר לפ"ז שפיר הוכיח דלא אמרינן הכי אלא באפותיקי, דאילו מצד השעבוד לא מסתבר שיהיה כן, דבשעבוד סתם לא אמרינן דלמפרע הוא גובה דהא מבואר במתני' בב"מ דאין הפירות של המלוה עד לאחר שומא הכרזה וחליטה בב"ד. וע"כ דהבין המאירי דיסוד דינא דאביי הוא דהוי גוביינא למפרע, ואינו מצד השעבוד, אלא מיירי באפותיקי, דווקא ככה"ג הוא דחשבינן לה גוביינא למפרע, ודלא כדברי הרמב"ן ורבינו דוד, אלא כשגובה אמרינן דנמצא למפרע שכבר גבה משעה ראשונה. ולדברי הרמב"ן ורבינו דוד ליכא סתירה בין מה דאין הפירות

שלו אלא אחר שומא הכרזה וכו' דינא דלמפרע הוא גובה, דהא כל יסוד הך דינא אינו אלא דהוי שלו עכשיו על לאחר הגבייה, והגבייה היא על ידי שומא הכרזה וכו'. והמאירי ס"ל דעל ידי דינא דלמפרע הוא גובה אמרינן דהוא שלו כבר מעכשיו על עכשיו, וכנ"ל. וכדברי המאירי דדינא דלמפרע הוא גובה הוא דין בגוביינא ולא בשעבוד, כן מבואר לכאורה מדברי רש"י שם בסוגי' שכתב בד"ה למפרע הוא גובה, וז"ל: גבייתו שגבה עכשיו איגלאי מילתא דמשעה שהלוה עמדו נכסיו הללו בחזקתו וכו', עכ"ל.

וע"פ המבואר בדעת הרמב"ן ורבינו דוד אתי שפיר היטב מש"כ התוס' דלר' ישמעאל אף דלמפרע הוא גובה שבח דמזיק הוי ולא קדיש עד שיגבנו, דכל דינא דלמפרע הוא גובה אינו אלא דחשיב עצם השעבוד קנין בקרקע על זמן הגבייה, דאית ל' כבר מעכשיו קנין זה, ומאחר דאינו אלא קנין על זמן הגבייה פשיטא דהשבח דמזיק הוא, ודווקא לר"ע דס"ל דיוחלט השור והויין ממש שותפין משעת נגיחה (לשיטת התוס') הוא דאמרינן דשבח דניזק הוא, ודוק. שו"ר במערכת הקנינים להגרש"ש צ"ל סי' י"א שהאר"ך בביאור דינא דלמפרע הוא גובה וכתב כמו שנתבאר בדברי הרמב"ן ורבינו דוד דחשיב מצד השעבוד קנין בקרקע על הזמן שאח"כ, ע"ש.

ומש"כ התוס' דלא קדיש השבח עד שיגבנו יש לעיין לכאורה מה הכונה בזה, דהרי השבח שעד הגבייה לא קדיש אפילו לאחר שגבה, כדמבואר לקמן דף ל"ד ע"א דבהשביח המזיק אין הניזק גובה השבח לר' ישמעאל, ואי ר"ל השבח שהשביח אחר הגבייה, פשיטא דהוי של ניזק ולא היו צריכים התוס' להזכיר דבר זה כלל, וצ"ב. אכן למשנ"ת מבוארים דבריהם היטב, דמש"כ ולא קדיש עד שיגבנו אין הכונה לשבח, אלא לשור עצמו, וכמו שכתבו לעיל מיהא דלר"ע קדוש הגוף והשבח משהקדיש, כך כתבו דלר"י השבח דהמזיק ולא קדיש השור עד שיגבנו, וביאורו כנ"ל, דמשעה שיגבנו קדוש מכח קנין הניזק בהשור שמשעת הנגיחה, וכמשנ"ת, ודוק.

**צה) תוד"ה איכא בינייהו** - ונראה דאע"ג דלרבי עקיבא קיימא ל' ברשותי משעת הניזק קודם העמדה בדין וחשיבנן כאילו בא חצי נזק לידו מאותה שעה וכו' מכל מקום אם העידו עדים ששורו נגח ביום א' וכו' דבעידנא דקמסהדי גברא לאו בר תשלומין הוא דכל זמן דלא נתגלה הדבר שלא העידו עליו חשיב לאו בר תשלומין - ביאורא דהך מילתא, ע"י תוס' לקמן ע"ד ע"א ד"ה דאכתי גברא לא מחייב, דאין הטעם משום דאי בעי מודה מיפטר (וע"ש ברש"י שכתב באמת דכן הוא טעם הדבר), אלא משום דכיון דלא עמד בדין לא חשיבנן לגברא בר חיובא לענין קנס. והגדר בזה לכאורה, דאף לר"ע דחשיב כאילו הוא ברשות הניזק משעת נגיחה, מ"מ אין זה אלא היכא דהיה העמדה בדין, בזה הוא דאמרינן דלמפרע חשיב ברשותו משעת ההיזק, אשר ממילא היכא דעדיין לא באו עדים לב"ד באמת אינו בר תשלומין. וע"פ דקדוק לשון התוס' נראה עוד, דחשיב מיד ברשותו של הניזק כיון שעומד להיות שלו על ידי שיבואו עדים, אבל לא נעשה גברא בר תשלומין אלא בשעה שבאו עדים ועשו את החיוב בפועל, אז הוא דחשיב גברא בר תשלומין, כן נראה לכאורה מדקדוק לשונם של התוס', וראה אות פ"ו.

**צו) תוד"ה איכא בינייהו** - ואמאי הא משעת פתוי זכה בה האב וכו' - ע"י שטמ"ק בשם התוס' שאנץ, שצייד לומר דאף שזוכה בקנס דהוחלט השור משעת נזק, מיהא גררא דמילתא הוא דאחר ההעמדה בדין זוכה למפרע משעת ההיזק, ומכל מקום לא חשיבנן גברא בר תשלומין כל זמן שלא נתגלה, דבגילוי הדבר תלוי במרובה, והוא כמו שכתבנו בדברי התוס' באות פ"ה, אלא דמדברי התוס' משמע לכאורה דברשותו הוה מיד לר"ע, רק דלא חשיב גברא בר תשלומין עד שיבואו לבית דין, ואילו להתוס' שאנץ משמע דלא חשיב ברשותו של ניזק אלא למפרע, ושמא אף כונת התוס' כן, ויש לעיין בזה. ע"ש בשטמ"ק שצייד ליישב עפ"ז הא דפרק נערה, דכשעמד לדין לא אמרינן

אגלאי מילתא למפרע אלא באותן שיכול לעמוד לזכות בשעת העמדה בדין, והתם לא מצי אב למזכי בההיא שעתא שהיא בוגרת, אלא שנשאר בקושיי מהא דמבואר במרובה דאי לאו דכתיב תחת עינו וכו' הוה אמרינן דיוצא בעינו ושינו, הרי דלא חיילא הך מילתא למפרע, והיא לכאורה כונת קושיית התוס'.

ועי' קונטרס יונת אלם סי' ב' שכתב ליישב קושיית התוס' מהך דפיתוי, דדווקא בכל הקנסות דאין חסר בעצם זכותו ורק דכך הדין דבקנס אינו מתחייב עד גמר דין, בזה הוא דאמרינן דעל ידי העמדה בדין איגלאי מילתא למפרע שהי' שלו, משא"כ בקנס הבת שעצם זכותו לא נשלם עד העמדה בדין, דלא זיכתה התורה לאב עד העמדה בדין, (ועיי' שכתב להוכיח כן מדברי רש"י בפרק נערה בהך דלא הספיקה לעמוד בדין עד שמת האב שכתב דאית בזה משום אין אדם מוריש קנס לבניו, וביישוב קושיית השט"מ על דבריו), בזה לא נימא דאגלאי מילתא למפרע שהיה שלו מקודם כיון דעצם זכותו בזה לא נשלם עד שעת העמדה בדין.

ועי' עמודי אור סי' ק"י אות ב' מש"כ ביישוב קושיית התוס', דטעמא דאינו מתחייב בקנס עד גמר דין הוא משום דקודם שבאו עדים אי בעי מודה מיפטר, והודאתו שפיר הויה הודאה משום דעכ"פ מחייב עצמו בבשת ופגם דהוי ממונא ולא קנסא, משא"כ בד' וה' דאינו מחייב עצמו על ידי הודאתו בכלום דלא הויה הודאתו הודאה ולא מיפטר אי באו אח"כ עדים, בזה שפיר אמרינן דנתחייב משעת מעשה. וכן בשן ועין שפיר הוה מהניא הודאתו כיון דעכ"פ יתחייב בדמי העין אף אם יצא לחירות על ידי הפלת השן, עיי' כל דבריו. והתוס' שלא כתבו כן, היינו בפשטות משום דס"ל דהא דאינו מתחייב בפיתוי עד שעת העמדה בדין אינו משום דאי בעי מיפטר אלא משום דלא חשבינן גברא בר חיובא לענין קנס עד שעת העמדה בדין, וכמו שכתבו לקמן דף ע"ד ע"א.

**צז) תוד"ה איכא בינייהו** - ועוד דר"ע אית לי בהשולח דיוצא בשן ועין דצריך גט שחרור והתם אמר דמ"ד צריך גט שחרור קסבר שיוצא בשינו ועינו וכו' - עי' קושיית הגרע"א בגליוה"ש, דמאי קשיא מהתם, הרי התם ה"ט משום דצריך גט שחרור ומשו"ה אמרינן דליכא למימר דלמפרע נשתחרר משעה שהפיל שינו, ופי' הגרע"א בדברי התוס' דאין רצונם להקשות קושיי חדשה, אלא כמין שיעתא היא לקושיי הקודמת, דליכא למימר דבאמת ילפינן מקרא דגבי שן ועין דמתחייב משעת למפרע משעת מעשה, דהא לר"ע ליתא להך דרשה ומ"מ ס"ל דיוחלט השור משעת ההיזק. וכבר קדמו בזה בשט"מ בשם תוס' שאנץ, עיי' שהביא קושיית התוס' זו בזה"ל: וקשה על כרחך רבי עקיבא לאו מהתם גמר דלית לי' ההיא דרשה דסהירא לי' לרבי עקיבא דיוצא בשן ועין צריך גט שחרור וכו', עכ"ל.

**צח) תוד"ה איכא בינייהו** - ושמא י"ל דהיינו טעמא דזוכה משעת נגיחה משום דגלי לן קרא דמשמע לרבי עקיבא דמכרו אמוזיק ואניזק קאי וההיא דמרובה נמי גלי קרא למאן דאית לי' - עי' מש"כ הגרע"א בגליוה"ש דלפי"ז תו לא קשיא מה שהקשו התוס' בריש דבריהם דאף לר' ישמעאל נימא דהקדשו הקדש משום דלמפרע הוא גובה, דלמאי דס"ל לר"י דומכרו אב"ד קאי הרי לא זכה בקנס עד שעת העמדה בדין. ולכאורה אכתי יקשה למ"ד פלגא נזקא ממונא דנימא דהקדשו הקדש מאחר דלמפרע הוא גובה.

עכ"פ נמצינו למדים מדברי התוס' דהא דגובה משעת הנזק בקנס דפלגא נזקא וקנס דשן ועין הוא משום דגלי קרא בהני דוכתי. אכן יעויין בחידושי הרשב"א בסוגיין שהביא בשם הרשב"ד, וז"ל: והראב"ד ז"ל כתב דקנס דפלגא נזקא שאני דקרו הוא דמשלם ושותפין נינהו ומכי אודעי שורף הזיק שורו של פלוני קרנא הוא דמחייב ואי קדים מודה בבי דינא נמי לא מיפטר דמחמת ביעתותא דעדים הוא דקא מודה הילכך כי מסהדי עלי' בבית דין איגלאי מילתא דמעיקרא נמי שותפי הוו עיי' וגדולה מזו כתב הרב ז"ל בשלהי פירקין גבי אי לא מייתי ראייה שקיל

כדקאמר מזיק ואע"ג דקנסא הוא וליכא עדי נגיחה ומודה בקנס פטור לא דמי האי קנסא לשאר קנסות דהכא קרנא ובי דינא כי מודה זיל שלים אמרו לי' וכל שכן דאי תפס לא מפקינן מיני' ואע"ג דבשאר קנסות לא דיינין הכי, עכ"ל. (ועיי' דתמה הרשב"א על דבריו דהא מבואר להדיא לעיל ט"ו ע"ב דפלגא נזקא אי קנסא הוא אי מודה בה מיפטר.)

ומבואר מדברי הראב"ד דאיכא סברא מסויימת בפלגא נזקא דשאני מכל קנס בכמה פרטים, הא', דנתחייב מיד ושותפי נינהו לר"ע, הב', דלית בזה דינא דמודה בקנס פטור, ודלא כדברי התוס' בע"ב ד"ה איכא בינייהו, והג', דמהניא בזה תפיסה, משא"כ בשאר קנסות. וגדר הך נפ"מ בין קנס דפלגא נזקא לשאר קנסות, דבכל קנס, חוץ ממאי דהמחייב הוא מדין קנס ומדין לא היה מתחייב, גם עצם הממון שמתחייב הוא ביסודו ממון דקנס, כגון כפל, דהרי אינו משלם עבור מה שגנב, דבזה לא היה מתחייב אלא קרו, אלא עיקר התשלומין תשלומי קנס נינהו. אך בחצי נזק אין הדבר כן, דאף דקנסא הוא, דמדינא לא היה מתחייב משום דסתם שוורים בחזקת שימור קיימי, מ"מ מה שמתחייב ומשלם הרי הוא עבור הקרן, באופן דאף דהמחייב הוא קנס, מ"מ מאחר דאמרו דאיכא בזה חיוב, שוב משלם עבור ההיזק. אשר לפי"ז ס"ל להראב"ד דדווקא היכא דעיקר הממון הוא קנס הוא דאינו מתחייב עד גמר דין, אך בפלגא נזקא דמאחר שחייבוהו הרי הוא משלם עבור הנזק, בזה שפיר מתחייב מיד. ומדקדוק לשון הראב"ד אשר הביא הרשב"א היה משמע לכאורה דלעולם אינו מחייב אף בקנס דחצי נזק על פי הודאת עצמו, דהא כתב דאינו מתחייב אלא כד אתו עדים, והיינו משום דסו"ס מאחר דהמחייב הוא קנס אינו מתחייב על פי עצמו. ואף פטור דמודה בקנס ואח"כ באו עדים היה בזה אי לאו דמחמת ביעתותא דעדים הוא דמודה כמש"כ הראב"ד. אלא דמדברי הראב"ד שהביא הרשב"א בסוף דבריו, מבואר להדיא דלית בקנס דחצי נזק לדין מודה בקנס, ואפשר דזהו כונת הרשב"א במש"כ וגדולה מזו כתב הרב ז"ל בשלהי פירקין וכו'. ומאחר דליכא בזה פטור דמודה בקנס והוי כממון ממש שפיר מהני בזה תפיסה.

והא דכתב הראב"ד דליכא בזה פטור דמודה בקנס ואח"כ באו עדים משום דמחמת ביעתותא דעדים הוא דמודה, צ"ב לכאורה, דבסוגי' דמודה בקנס לקמן פרק מרובה אין מבואר טעם זה אלא היכא דראה עדים ממשמשין ובאין, אבל באופן דלא היו ממשמשין ובאין ליתא להך טעמא, וכן צ"ב אמאי הוצרך הראב"ד לזה כלל, הרי סגי במה שכתב לחלק בין עצם הממון דפלגא נזקא משאר קנסות, וכמבואר מדברי הראב"ד עצמו בשלהי פירקין שהביא הרשב"א הנ"ל דאע"ג דליכא עדי נגיחה כלל מחייבין לי' ע"פ הודאתו, וצ"ב.

והנראה מוכרח בדברי הראב"ד, דאף דשאני קנס דח"נ מכל קנסא, מ"מ שפיר היה שייך בזה פטור דמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור כיון דסו"ס תחילת חיובו משום קנס הוא ולא חיוב ממון, ועיי' דמאי דלית בזה להך פטור אינו אלא מטעמא דמחמת ביעתותא דעדים הודה. (אלא דצ"ב לפי"ז האיך כתב הראב"ד דמחייבין לי' קנס דחצי נזק על פי עצמו.) והא דבסוגי' דלקמן מבואר דליתא להך טעמא אלא היכא דראה עדים ממשמששים ובאים, נראה בביאורו, דהנה מבואר שם דהיכא דלא חייב עצמו בכלום ליתא לפטור דמודה בקנס ואח"כ באו עדים. וכתב שם רש"י דה"ט, משום דאמרינן דידוע הוא דמודה בקנס פטור ואין הודאתו כלום. אך בשיטת הראב"ד נראה פשוט דס"ל דמטעמא אחרינא הוא, דהיכא דחייב עצמו שפיר דיינינן על הודאתו בפני עצמה, אך היכא דלא חייב עצמו בכלום, אמרינן דמחמת ביעתותא דעדים הוא דקא מודה. אשר זהו דכתב דבני"ד כיון דלא חייב עצמו בכלום אמרינן דמחמת ביעתותא דעדים הוא דקא מודה ואינו נפטר דהודאתו, וז"פ. (ודברי הראב"ד הם לקמן דף ל"ד ע"א ובדף ל"ה ע"ב, עיי'.)

ולפום הבנת הרשב"א בדברי הראב"ד ליכא בח"י פטור דמודה בקנס, הקשה הרשב"א אמאי דכתב הראב"ד דאי כי מודה אמרי ליה ב"ד זיל שלים כנ"ל, דהא אית בזה פטור דמודה בקנס, וכתב "ואי הוי פירושא דבי דינא אמרי ליה זיל שלים ואי אמר לא משלמנא דקנסא הוא לא מגבי ליה האי דינא לא שמעינן ליה בשום דוכתא ודברי הרב צ"ע". וע"י גם לקמן דף ל"ה ע"ב שהביא הרשב"א אף התם דברי הראב"ד, וכתב, וז"ל: וכבר כתבתי למעלה שאינו יורד לסוף דעתו בזה דפלא נזקא ודאי אינו משלם ע"פ עצמו כדאיתא בשלהי פרקין קמא א"כ יפרש הרב ז"ל דזיל שלים אמרינן ליה אבל אכפויי לא מכפינן דאינו משלם על פי עצמו בע"כ כדאמרינן וזה תימה שלא שמענו כן בשום מקום וכו', עכ"ל.

אכן יעויין במאירי לעיל דף ט"ו ע"ב שכתב, וז"ל: הרבה כתבו בשם גדולי המפרשים בסוף פרק שלישי שחצי נזק של תם משתלם על פי הודאתו הואיל וקרן הוא ואינו דומה לשאר קנסות ותמהו עליהם שהרי בסוגי' זו הקשו למי שאמר שהוא קנס ממה שאמרו המית שורי את פלוני או שורו של פלוני הרי זה משלם על פי עצמו וכן אמרו בפרק שור שנגח אם תם הוא מודינא ומפטרנא ומכל מקום לא כתבו דבר זה מעולם והם טעו בנוסח דבריהם ומה שכתבו הוא שחצי נזק בבית דין אומרינן לו לך ושלם אם הודה אלא שאין כופין אותו מה שאין כן בשאר קנסות שאין אומרינן לו שלם כלל ואי תפס לא מפקינן מיני' אבל שאר קנסות כל שהודה מוציאין מידו אף בתפס כך כתבוה בתשובת שאלה ואף בזה יש חולקין לומר שאין אומרינן לו שלם כלל וכו', עכ"ל. הרי שפירש באמת כן בדעת הראב"ד דבקנס דחצי נזק אומרינן לו זיל שלם אך אין כופין אותו, ומאי דאומרינן לו זיל שלם הוא מטעם הנ"ל דשאני קנס דחצי נזק דהוי תשלומי נזק, משא"כ בכל שאר קנסא, אלא דאפילו הכי מאחר דסו"ס הוי קנס אין כופין אותו. ודבר זה צריך לכאורה טעם וגדר, דממנ"פ, אי אית בזה פטור דמודה בקנס אמאי אמרינן ליה זיל שלם, ואי לית בזה פטור דמודה בקנס אמאי אין כופין אותו.

ונראה לכאורה בגדרא דמילתא, דבאמת בהא דמודה בקנס פטור (אף בלא הפטור המסויים דמודה בקנס ואח"כ באו עדים למאן דאית ליה הכ"ל) איכא ב' פרטים, הא', דעצם מציאות דממון הקנס לא נעשה אלא על ידי עדים בהעמדה בדין, והוא דין בחפצא דקנס, והב', דאף אילו היה מושג דמציאות ממון הקנס אף קודם ההעמדה בדין, מ"מ אין הודאתו פועלת אצל בית דין כח לכופו, דדווקא עדים נותנים להם כח זה ולא הודאת בעל הדין, והוא דין בבית דין דאין להם כח לכופו אלא קנס בלא עדים. והנה מה שנשתנה קנסא דחצי נזק, הוא כמש"כ הראב"ד, דתשלומי הקרן הוא, כלומר, דאף דהמחייב הוא קנס מ"מ עצם התשלום הוא כתשלום דממון, אשר אין זה מועיל אלא במאי דליכא למימר בזה דלא קיים מציאות הקנס אלא אחר העמדה בדין, דבח"י הרי שפיר שייך תשלום על ההיזק מצד עצם המעשה, אשר ממילא, מאחר דאיתא לעצם הממוני גבך דקנס דח"י אף קודם ההעמדה בדין, שפיר מהניא בזה תפיסה, וכמש"כ הראב"ד, ומחמת מציאות דממון זה שפיר אומרינן לו בית דין זיל שלם. אכן מאחר דסו"ס אינו אלא על פי הודאתו, אכתי אית בזה הך דינא דלא ניתן כח לב"ד לכופו על ידי הודאתו אלא דווקא על ידי עדים, אשר זהו דכתב הראב"ד דאומרינן לו זיל שלם אבל אין כופין אותו, ועדיין צ"ע בזה.

## ל"ג ע"ב

**צט) תוד"ה איכא בינייהו** - דלרבי עקיבא קדוש אף על גב דאי מודה מפטר דקנס הוא מכל מקום השתא מיהא לא הודה - מבואר מדבריהם דשפיר אית בזה לפטור דמודה בקנס ואח"כ באו עדים. ואף דמבואר לקמן פרק מרובה דהיכא דלא חייב עצמו בכלום ליתא לפטור דמודה בקנס ואח"כ באו עדים, והכא

הרי לא חייב עצמו בכלום, כתבו האחרונים (שעה"מ) דלא נאמר כלל זה אלא בגניבה.

**ק) רש"י ד"ה לרידיא** - שאם חרש בו לוקח אינו נותן דמי חרישה לניזק - מבואר מדבריו דלר' ישמעאל דמכרו מכר לרידיא אינו משלם דמי חרישה לניזק ואילו לר"ע משלם דמי חרישה לניזק, וכן הביא בחידושי הרשב"א גם בשם הראב"ד. וכתב ע"ז הרשב"א, וז"ל: ואני מסתפק בדין זה דמזיק לר"ע כשמכרו כגזול הוא דהניזק שותף הוא וגזול שור וחורש בו אינו מעלה שכן לניזק דלאו אדעתא דשכירות נחת ביה וכל הגולנין משלמים כשעת הגזילה וכו' ולוקח מגזולן כגזולן דאתי מיני' דאיהו נמי לאו אדעתא דשכירות נחית וכו' ונ"ל לפרש דר' ישמעאל דאמר יושם השור עד שיושם בב"ד ויחליטוהו לניזק הרי הוא של מזיק ומי שלקחו ממנו רשאי לחרוש בו ואינו נמנע אבל לר"ע הוחלט השור ושותפי ניהו ואם מכרו מזיק אינו מכור ואין ללוקח לחרוש ואם חרש נ"ל שכבר זכה בו ניזק, עכ"ל. ולדברי הרשב"א מבואר דפלוגתת ר"י ור"ע אינו לענין חיוב תשלומין אלא לענין איסור והיתר אי מותר לו ללוקח לחרוש בו.

ובקצוה"ח סי' ת"ז סק"ד כתב ליישב דעת רש"י והראב"ד, דהא דכל הגולנים משלמים כשעת הגזילה, היינו דווקא היכא דאיתא בתורת גזילה, אבל בכגון קרקע דאינה נגזלת צריך לשלם שכירות אע"ג דירד אדעתא דגולנותא, ובשור תם עד שעמדו בדין רשאי המזיק להשתמש בו ומשום זה לא יהא דינו כגזולן אפי' אם יהא נחית המזיק אדעתא דגולנותא, אולם גבי ניזק גלי קרא לר"ע דכי העמידו בדין יזכה למפרע וכיון שזכה בו למפרע ישלם את דמי שכרה, שהרי כיון דבדין משתמש ורשאי בכך אין בו תורת גזילה.<sup>10</sup> ודבריו מבוססים ע"ך מה שביאר דיסוד דינא דר"ע הוא דבשעת העמדה בדין נעשה למפרע של הניזק, והוא דלא כמו שביארנו לעיל בדברי התוס'. ומדבריו חזינן דהא מיהא פשיטא ליה אף לרש"י ודעמי' דהלוקח דינו כגזולן ולא יתחייב שכירות לבעלים (עיי' אמרי משה סי' ל"ד אות י"ב שדן אי טעמא דהך מילתא הוא דיש לו גם להלוקח דין גזולן או משום שיש לו קנייני הגזילה של המוכר).

אכן יעויין הגהות הגרע"א חו"מ שס"ג ס"ה על דברי הבאר הגולה אות תי' שלמד דנחלקו רש"י והרשב"א בפלוגתת הרמ"ה והב"י בגקזולן שהשכיר לאחר, דהרמ"ה ס"ל דהשוכר צריך להעלות שכן לבעלים, דווקא הגזולן פטור, ואילו הב"י ס"ל דאף השני פטור. (ועיי' שם בב"י שכתב הטעם לדבריו דכיון דהגזולן פטור מה לי אם הגזולן שכרה בעצמו או השכירה לאחר, לכך אמרינן דמשלם להגזולן, ומבואר מדבריו דיסוד הדין הוא דהלוקח הוא כהמוכר ואינו מצד שהוא עצמו חשיב גזולן.)

והנה מדברי הראשונים הנ"ל מבואר דהך מילתא דמבואר בסוגיין דמכרו מכור לרידיא מיתלא תליא בפלוגתת ר"י ור"ע, דלר"י מכרו מכור ואילו לר"ע אין מכרו מכור. אכן יעויין ברמב"ם פ"ח מהל' נזקי ממון

<sup>10</sup> ורלויתו מקשים מדברי הרא"ש פרק לולב הגזול סי' ל' גבי מתנה על מנת להחזיר דחייב אפילו צלוסין ואפי' צמתה מחמת מלככה, דנהי דקואל לא הוי וברקתא יד, מ"מ הוא ציטל אותו קשות בשלל קיים תנאו ועשה עלמנו גזולן למפרע, (הוצלו דבריו בקצוה"ח סי' ל"א סק"ג, ע"ש), הרי מבואר דאף שהיה לו קשות גמור להשתמש צו מ"מ חייל עלי' דין גזולן. ולא רלויתו משם קוש' כלל, דהתם הרי היינו טעמא כמש"כ הרא"ש דעשה עצמו גזולן למפרע, כלומר, דכל כד הקשות שהיה לו היה על הצד שחזירנו, ועל הצד שלא יחזירנו לית ליה קשות כלל והוי גזולן, דהא בזה ליכא קשות כלל, משא"כ בנידון דין נהי דבשעת העמדה בדין יעשה של הגיזק למפרע משעת ההיזק, מ"מ עד שעת ההעמדה בדין הרי שפיר אית ליה להמזיק קשות גמור להשתמש בו, ולא נעשה בזה גזולן למפרע, ח"פ.

היו, דמכרו מזיק הרי הוא מכור ולוקח משתמש בו לכתחילה, אך הניזק גובה ממנו, והיינו, דס"ל דברייתא דהמשך סוגיין דאיתא הכי אזלא אף לפום דברי ר"ע דיוחלט השור, וק"ל כוותי, ודלא כדברי הראשונים דלא נאמרו הדברים אלא לפום ר"י דיושם השור. והכרחו של הרמב"ם דברייתא כר"ע ולא כר"י, כתב בקצוה"ח שהוא משום דלר"י אף לאחר העמדה בדין כיון דיכול לסלקו בזווי אכתי חשיב של המזיק ואם מכרו מכור. והתוס"ם דפליגי ע"כ דס"ל דאחר העמדה בדין אינו יכול לסלק, והניח הקצוה"ח דבריהם בזה בצ"ע. אלא דצ"ב אמאי באמת יכול המזיק למכור, הרי מעתה הוי השור של הניזק. וכתב בזה בקצוה"ח סי' ת"ז סק"א דס"ל להרמב"ם דקודם העמדה בדין לא נחלקו ר"ע ור"י, דכיון דאי יודה יפטר לכוי"ע אינו מוחלט עדיין, ולא נחלקו ר"י ור"ע אלא אחר העמדה בדין. ע"כ תוכן דבריו.

ובדעת התוס', יעויין שט"ם בשם תלמידי רבנו פרץ, וכ"ה בר"פ בסוגיין, שכתב דלא נחלקו ר"י ור"ע אלא דר"ע ס"ל דמוחלט משעת נגיחה ואילו לר"י מוחלט משעת העמדה בדין, ומאז טעמא כיון דמוחלט בשעת העמדה בדין תו אינו יכול המזיק לסלקו בזווי אשר משו"ה אם מכרו מזיק אחר העמדה בדין אינו מכור. והרמב"ם ס"ל דלר"י אינו מוחלט כלל אשר ממילא שפיר יכול לסלקו בזווי וע"כ דלר"י אף לאחר העמדה בדין מכרו מכור.

והנה כתב הרה"מ על דברי הרמב"ם, וז"ל: נראה שהוא סובר שהברייתא איתא אפי' לר"ע דאמר התם שותפי ניהו וילף לה מוקדאמר הקדשו מוקדש מדברי אבהו וכו' (כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון) דאי לר' ישמעאל דאמר בעל חוב הוא לא צריכין לר' אבהו וכו', עכ"ל. ומבואר להדיא מדבריו דלא כדברי הקצוה"ח, דהא הך הקדש דאמרו עליה דח"ל מדר' אבהו הוא קודם העמדה בדין, כאשר איתא התם להדיא, ולדברי הקצוה"ח הרי קודם העמדה בדין ליכא נפקותא כלל בין ר"ע ור"י. אלא דגוף דברי הרמ"ם טעונים ביאור, דאם אן נימא דמכרו מכור עד גביית הניזק אף לר"ע, אמאי לא נימא דח"ל הקדש לר"ע כמו דח"ל לר"י, וצ"ב.

ועוד יש לעיין בדברי הרמב"ם, ממש"כ בפ"ט מהל' נזקי ממון הי"ב, וז"ל: שור שנגח וחזר ונגח שור אחר הרי הניזק הראשון והבעלים כשותפין בו כיצד וכו', עכ"ל. והוא ע"פ סוד ד"נא דר"ע דיוחלט השור ונעשה הניזק שותף בו. ומסתימת לשון הרמב"ם שלא כתב דהיינו דווקא אם הנגיחה השניה היתה אחר העמדה בדין, משמע דנינא הכי אף אי לא עמד בדין על הנגיחה הראשונה, והוא לכאורה דלא כדברי הקצוה"ח דלהרמב"ם אף לר"ע אין דין יוחלט השור אלא משעת ההעמדה בדין ולא משעת נגיחה. וכן צ"ב מדברי הרמב"ם פ"ז מהל' נז"מ הי"ב שפסק לענין שבח, וז"ל: השביח המזיק בשעת העמדה בדין אם מחמת שפטמו שבח אינו משתלם ממנו אלא מה שהיה שוה בשעה שהזיק ואם מחמת עצמו השביח משתלם חצי נזק ממנו כלו כשעת העמדה בדין, עכ"ל, ואי כל דינא דיוחלט השור אינו אלא משעת ההעמדה בדין, הרי היה לנו לומר דכל השבח שבין שעת נגיחה לשעת העמדה בדין של המזיק הוא, וצ"ב.

והנה בחו"מ סי' ת"ז ס"א כתב המחבר, וז"ל: שור תם שהזיק אם מכרו המזיק עד שלא עמד בדין אע"פ שהוא מכור הרי הניזק גובה הימנו וכו', עכ"ל. וכתב עלה הרמ"א, וז"ל: מכרו ניזק מכור וכו', עכ"ל. וכבר תמה במנ"ח מצוה נ"א, דהו"ל להרמ"א לומר דיש אומרים כן, ולא להביא ד"ז כאילו נאמר אף לשיטה דקיים בה המחבר, דהא דברי המחבר הם כשיטת הרמב"ם דאף לר"ע מכור מזיק מכור, ודברי הרמ"א הם לכאורה לפום שיטת התוס' דהוי של הניזק אף קודם העמדה בדין, ובי' הני דינים סתרי לכאורה חד לחברי, וצ"ע.

ובס"ב עם כתב המחבר, וז"ל: שחטו מזיק גובה מבשרו, עכ"ל, וכתב עלה הרמ"א, וז"ל: וי"א דצריך לשלם פחית השחיטה. וכן אם נשתמש בו חייב ליתן

לניזק שכירות, עכ"ל. ובש"ך שם סק"ג כתב, וז"ל: סדר הר"ב אינו נכון בעיני דהא זה חולק אדברי הרמב"ם והמחבר לעיל סעי' א' שכתבו אע"פ שמכר והל"ל זה בלשון י"א בסעיף א', ודו"ק, עכ"ל. ותמה במנ"ח על דבריו, דהוה ל"י להקשות כן אף אדברי הרמ"א בסעי' א', דהיה לו להביא דינו בשם י"א, ואמאי לא הקשה אלא על דברי הרמ"א שבסעי' ב'. ומבואר לכאורה מדבריו דס"ל דאין מדברי הרמ"א שבסעי' א' סתירה לדברי המחבר, וצ"ע כנ"ל, דלכאורה ב' הפכים הם.

והנראה בזה, ע"פ המבואר בברכת שמואל למכילתין סי' כ"ד ביאור אחר בשיטת הרמב"ם בשם הגר"ח זצ"ל, והוא, ד"מכרו מזיק מכור לרדיא אפי' לר"ע משום דעדיין קודם העמדה בדין לא נגמר זכיותו דהניזק בשור המזיק". וביאר הגר"ח זצ"ל דבריו, וז"ל: דאע"ג דמשום הגזה"כ דומכרו את השור דלניזק ומזיק אמר רחמנא דזכי' ל"י רחמנא להניזק בגוף השור משעת נגיחה, היינו דווקא לענין זה שיש לו להניזק רק חלות דין החלטה וקנין על גוף השור לענין דהוחלט גופו לניזק על תשלומי ההיזק, אבל מ"מ עדיין לא נגמר דין בעלים שלו לענין דיני ממונות שיהא לו זכות ממון בהשור המזיק לענין שארי דינים של ממון כמו שותפות גמורה ע"י דין ההחלט, וע"ז לא נאמר הדין דומכרו את השור שיעשה גמר בדיני ממונות בשעת נזק וכו' דע"ז וכו' צריך העמדה בדין וכו', עכ"ל. והכונה בזה, דלא ניתן לו להניזק בהשור משעת הנגיחה אלא דין "ומכרו את השור", דמצד קנינו יכול שפיר למכור או להקדיש את השור, וכן נתחייב בנזקו וזוכה בחלקו בשבח, וזהו כל קנינו בו, אך עצם הממונות דהשור עד שעת העמדה בדין הרי הוא של המזיק. ועפ"ז ביאר הגר"ח זצ"ל דלשיטת הרמב"ם אף דהקדשו או מכור הניזק היינו הקדש או מכירה, מ"מ מצד עצם הממונות דאית ל"י להמזיק בו שפיר מהניא מכירתו או הקדשו עד שעת העמדה בדין. ונראה לפ"ז פשוט דלא תחול המכירה או ההקדש של הניזק אלא משעת העמדה בדין, רק דאית ל"י כבר משעת הנזק קנין בהשור לענין זה.

ועפ"ז איתין שפיר דברי הש"ך, דאדברי הרמ"א שבסעי' א' לא הקשה כלל, דאף דפסק המחבר כדברי הרמב"ם דמכרו מזיק מכור אף לר"ע, מ"מ שפיר כתב הרמ"א דאף הניזק יכול למכור, והיינו כנ"ל, דאף דנאמר דינא דר"ע קודם העמדה בדין ויכול הניזק למכור, מ"מ אין זה ממון גמור דידין, ושפיר יכול המזיק למכור. רק אמאי דכתב הרמ"א בסעי' ב' דצריך להעלות לניזק שכירות הוא דהקשה הש"ך, דפשיטא דזה אינו אלא לפום שיטת התוס', אבל לדברי הרמב"ם הרי עצם הממון אכתי של המזיק הוא, ודוק.

(והנה הקשו על דברי הרמב"ם דפסק דאם שחטו המזיק גובה מבשרו, ולא כתב דמשלם לו הפחת, והרי פסק הרמב"ם דמזיק שעבודו של חברו חייב, ע"י לח"מ מ"ש"כ בזה. וע"פ הנ"ל נראה ד"ל, דאמת הרי חלוק דינא דהכא ממזיק שעבודו של חברו, דבשעבוד הרי גוף הממונות משועבד הוא, רק דאין זה אלא שעבוד ולא קנין גמור, אשר בזה ס"ל להרמב"ם דהזיק הדבר המשועבד חשיב שפיר היזק לזה שמשועבד לו. אך הכא הרי החסרון הוא בגוף הדבר, זאת אומרת, דלית ל"י להניזק אלא דין "ומכרו", ובגוף הממון לית ל"י כלום, אשר ממילא ס"ל להרמב"ם דאם שחטו המזיק אינו משלם כלום, דגוף הממון הרי הוא לגמרי שלו ואינו של הניזק כלל, ודוק.)

והנראה בביאור דברי הרמ"א הנ"ל, דחלוק הוא דינא דהקדשו מזיק לר"ע מלר"י, דלדברי ר"י הרי באמת הוא של המזיק ולית ל"י להניזק עליו אלא שעבוד, אשר בזה ס"ל להרמ"א דשפיר חיילא ההקדש מדינא, ולא בעינן בזה לדינא דר' אבהו, אך לדברי ר"ע הרי אינה של מזיק אלא עד שעת העמדה בדין, דהא קנין על מכירתו יש לו להניזק בו כבר משעת ההיזק, אשר ממילא אין יכול המזיק למכור או להקדישו אלא לזמן זה שעד ההעמדה בדין, ולא הוה

בעי הניזק דמי פדיון בזה כלל אי לא דינא דרי אבהו. ופ"מ בין דברי הקצוה"ח לבין דברי הגר"ח, דלדברי הקצוה"ח מאי דאיתא דנפ"מ בין ר"י ור"ע בהקדושו ניזק זהו ע"כ בהקדושו אחר העמדה בדין וקודם גבייה, דהא אף לר"ע כל דינא דיוחלט השור אינו אלא משעת העמדה בדין. (ולדבריו מוכח דלר"י לא הוחלט השור אף בהעמדה בדין עד הגבייה או עכ"פ עד שיחליטוהו ב"ד.) אכן לפוס ביאורו של הגר"ח שפיר מצינן למימר דמיירי בהקדושו קודם העמדה בדין, דלר"ע מצד חלות דינא ד"ומכרו" שפיר אית לי זכות להקדושו שיהא הקדש עכ"פ משעת העמדה בדין, משא"כ לר"י.<sup>11</sup>

**קא) תוד"ה משום דרבי אבהו - משום דקדושת דמים אין מפקעת מידי שעבוד וכו' וקשה מכאן לר"ת שמפרש דכל קדושת מטלטלין מפקעת מידי שעבוד וכו' - עי' גליוהש"ס להגרע"א שציין דדברי ר"ת מבוארים בספר הישר סי' צ"ה, והוא בסי' קי"ג בדפוס החדש, ע"ש דיסוד הנפ"מ בין מטלטלין לבין קרקע הוא דקרקע כמאן דגביא למלוה דמי ואינו דומה לביתו דכתב בפרשה דהקדש איש כי יקדש את ביתו, משא"כ מטלטלין שפיר חשיבו ברשותו של המקדש אשר על כן שפיר חיילא הקדש וממילא מפקיע מידי השעבוד. ולדבריו נמצא דיסוד החילוק בין קרקע לבין מטלטלין לגבי דין הפקעה מידי שעבוד אינו בכח ההקדש להפקיע אלא בכח המקדש להקדש. וכן מרמוז דבר זה גם בקושית ר"ת בתוס' גיטין מ' ע"ב ד"ה הקדש חמץ ושחרור, ע"ש.**

ודעת התוס', והיא דעת הר"י המבוארת בתוס' הנ"ל בגיטין, וכ"ה דעת רש"י בפסחים דף ל"א ע"א, דדווקא קדושת הגוף מפקיע מידי שעבוד ולא קדושת דמים, ולדבריו החילוק אינו בכח המקדש להקדש אלא בכח ההקדש להפקיע, דדווקא קדושת הגוף שאין לה פדיון הוא שיש בכחה להפקיע השעבוד, משא"כ קדושת דמים. והנה הקשה ר"ת על דעת הר"י מאי שנא קדושת דמים מקדושת הגוף, דממנ"פ אי קדושת מפקיע מידי שעבוד גם קדושת דמים יפקיע. ודעת הר"י לחלק כנ"ל, ונראה ביאור יסוד חילוקו, דקדושת הגוף שאין לה פדיון, היינו משום דהוי ביסודו חלות מציאות של קדושה על הבהמה, ואינו ביסודו קנין ממון, והקנין ממון הוא ממילא, אשר על כן לא שייך בזה פדיון מאחר דחלה קדושת הגוף על הבהמה, וזהו גם יסוד הך דינא דמפקיע מידי שעבוד, דבעצם הרי הוי ברשותו להקדושו, וכמו שכתבו התוס' שם, ומאחר דחיילא הקדושה תו לא פקעה. לא כן קדושת דמים, תחילת דינו ויסודו הוא קנין ממון דנעשה ממון הקדש, ושוב ממילא כיון דשייך להקדש קדוש בקדושת דמים, והדברים ידועים, ומאחר דיסודו הוא מאי דהוי ממון הקדש, שפיר שייך בזה מושג דפדיון. והיכא דאיכא שעבוד ויש לו לבעל החוב זכות גביה בגוף השעבוד, אין בכח קדושת הדמים להפקיע זכות ממון זה, דעד כמה דקודם שהקדושו יש לו לבע"ח זכות ממון וגבייה בו, אין מהניא זכות הגבייה שלא תהא זכות ממון דהקדש אלימא מזכות ממון דהמקדש ואין השעבוד נפקע.

והנה בעיקר יסוד הגדר דשעבוד, אף דלישנא דהש"ס בבכורות דף מ"ח הוא דנכסי דאינשי אינו ערבין לי, מ"מ נחלקו הראשונים אי מדין ערבות הוא או מדין קנין וגבייה הוא, עי' רש"י גיטין דף נ' ע"א ד"ה כיון דדינ"י שכתב, וז"ל: כיון דדינ"י מדאורייתא בעידית שהרי שיעבדה לו ונעשה קרקע זו ערב למלוב וערב משתעבד מה"ת דכתב אנכי אערבנו, עכ"ל, הרי להדיא דאין גדר השעבוד קנין של המלוה בגוף השדה אלא כמין ערבות שיוכל להשתלם ממנו. אכן בדברי ר"ת הנ"ל בספר הישר מבואר להדיא דלא כדבריו, ע"ש שכתב דמאי דאין הקדש קרקע מפקיע מידי

שעבוד הוא משום דמקרקעי "כמאן דגביא למלוה דמאי", אשר מבואר מדבריו דיסוד דין השעבוד מדין קנין הוא ולא סתם כמין חיוב דערב, אלא דהוי קנין וגבייה מסויימת. וכן מבואר דהוי קנין בדברי הריטב"א קידושין דף י"ג "ב ד"ה ור' יוחנן אמר אפילו לא הפרישתה מחיים, ע"ש שביאר גדר שעבודא דאורייתא, וז"ל בא"ד: דאף על גב דאין הקנאה לחצאין (אשר כתב הריטב"א לעיל מינ"י דהיינו טעמא דמאן דס"ל דשעבודא לאו דאורייתא) ואין הקנאה בדבר שאינו ברשותו היינו הקנאה גמורה אבל שעבודא דמתלא תלי וקאי חייל אנכסי דהשתא ואנכסי דאקנה כל היכא דאיתנהו ברשותי מיהת וכו', עכ"ל, הרי להדיא דמדין קנין הוא. ועי' תוס' ר"י הלבן כתובות נ"ט ע"א שהאריך בענין זה, והכריע כדעת רש"י לחלק בין קדושת דמים לבין קדושת הגוף. (וע"ש שכתב דהא דמבואר בסוגיין דאם הקדושו מזיק הקדשו הקדש משום דרי אבהו, אין זה אלא אליבא דר"ע דיוחלט השור, אבל לר' ישמעאל הרי זה הקדש גמור, ודלא כמבואר מדברי רש"י, ולדידי מיירי הכאבהקדש קדושת הגוף ולא בקדושת דמים כמש"כ התוס' לדעת רש"י.)

ועפ"ז נראה דלרש"י לשיטתו לא הוה שייך כלל חלק בין הקדש מפקיע מידי שעבוד בין קרקע לבין מטלטלין, דהא יסוד החילוק בזה הוא דבקרקע הוי כמאן דגביא ואינו יכול להקדושו, וכמש"כ ר"ת להדיא, ולרש"י לשיטתו הרי דאף שעבודא דקרקע לאו קנין הוא דנימא ב"י דהוה כמאן דגביא, ורק כמין שעבוד כמו שעבודא דערב הוא, ושפיר היה בעצם יכול להקדושו, אשר ע"כ הוצרך רש"י לחלק בין קדושת דמים לבין קדושת הגוף, דדווקא בכח קדושת הגוף להפקיע שעבוד ולא בכח קדושת דמים, וכמשנ"ת לעיל. אך ר"ת לשיטתו דס"ל דיסוד דינא דשעבוד הוא כמין קנין וגביינא, לדידי לא בעינן לחדש חילוק זה שבין קדושת דמים לבין קדושת הגוף, ויש לפרש כפשוטה דדווקא במטלטלין הוא דמפקיע הקדש מידי שעבוד ולא בקרקע, וכמשנ"ת.

**קב) אמר רב הונא ברי' דרב יהושע זאת אומרת המזיק שעבודו של חבירו פטור פשיטא מהו דתימא התם הוא דא"ל לא חסרתין דא"ל זיקא בעלמא הוא דשקלי מינד אבל בעלמא ליחייב קמ"ל - וברש"י ד"ה פשיטא, וז"ל: דמהכא שמעינן לה בלא מימרא דרב הונא, עכ"ל, כלומר, דקושיית הש"ס היא דהא ודאי דמהך דינא דשחטה דאינו משלם הפחת חזינן דהמזיק שעבודו של חבירו פטור, אך פשוט הוא שכן דהיא היא ולא היה צריך לאומרה, אשר ע"ז תירצו דהוי"א דווקא בשחט דמצי אמר לי לא חסרתין אלא זיקא בעלמא הוא דשקלי מינד, כלומר, דאף דפשיטא לכאורה דאם ישחט אדם בהמת חבירו ודאי דיתחייב שהרי גרם לו הפסד, מ"מ לענין מזיק שעבודו איכא סברא מסוימת למימר דכיון דבעצם הרי הדבר שלו רק שמשועבד לחבירו, מאחר דנשאר בעצם אותו החפץ רק שנשנתה באיכותו לית בזה טענה דמאי חסרתין, קמ"ל דאף כלפי בעל שעבוד אינו יכול לומר בכה"ג מאי חסרתין. וכן כתב בזה בחידושי רבי שמעון יהודא הכהן למכילתין סוסי"כ כ"ט, ע"ש.**

והנה יעויין בחידושי הרשב"א שהקשה על גירסא זו (וכה"ק בחידושי הראב"ד) דמעיקרא קילא לי שחיטה משאר מזיק שעבוד ולסוף חמימא לי טפי ושויא כחופר בה בורות שיחין ומערות, כלומר, דהכא חזינן דהוה קילא לי להש"ס שחיטה משאר מזיק שעבוד, ואילו בהמשך הסוגי' אמרו דמהך דרבה דהשורף שטרותיו של חבירו פטור לא שמעינן דהחופר בה בורות שיחין ומערות פטור, ו"הכא כמאן דחפר בה בורות שיחין ומערות דמ"י, הרי דהוי כחופר בה בורות שיחין ומערות וחמיר טפי משאר מזיק שעבוד כעין שורף שטרותיו. ולכאורה פשוט בדברי רש"י, דמתחילה הוה ס"ד למימר דגבי שעבוד לא חשיב שינוי האיכות כהיזק לחיבו, קמ"ל דשפיר חשיב ד"ז כהיזק אף לגבי שעבוד, ושוב מאחר דאמרינן הכי ולא מחלקינן בין היזק זה לבין שאר היזק, פשוט לכאורה דהוי ד"ז כמו בורות שיחין ומערות דנעשה ההיזק

<sup>11</sup> ולכאורה יקשה לפ"ז מנ"כ הרמב"ם הג"ל דשנח של הניזק, והכי גוף הממון אף לר"ע אינו של הניזק אלא אחר גמר הדין. ומנזיקין לא יקשה, דיתכן דמאי דלית לי ב' מצד דינא ד"ומכרו" סגי בזה ליחשך דעלמס לענין נזקין.

בגוף הדבר ודלא כשורף שטרותיו של חבירו. שו"ר שכ"ב במנחת שלמה, ע"ש.

ודעת הרשב"א שהקשה, דהנה נתבאר דלדעת רש"י הס"ד דזיקה בעלמא שקיל מיני ר"ל דבכה"ג לענין דבר המשועבד לא חשיב הזיק. אכן נראה דהרשב"א הבין ס"ד זו באופן אחר, דאף שודאי עשה הזיק, מ"מ לא היה מעשה ההזיק אלא על ידי נטילת דבר צדדי-זיקא הוא דשקיל מיני, והוא כמין גרמא, אשר זהו דאשמעינן רב הונא דאפי"ה חייב. ואי נימא הכי, שפיר מובנת קושיית הרשב"א לגירסא זו דמתחילה ס"ד דשחיטה גריעא על ידי דלא הוא אלא כמין גרמא, וכנ"ל, ואילו בסוף אמרינן דלא חשיב כגרמא אלא כחפר בה בורות שיחין ומערות.

ולגבי עצם דינא דמזיק שעבודו של חבירו, נחלקו בזה התנאים בגיטין דף מ"א בעשה עבדו אפותיקי ושחררו אי חייב המשחרר לשלם לקונה מדין מזקי שעבודו של חבירו. והנה יעויין דברי הרמב"ם פ"ז מהל' חו"מ ה"ט-י"א שכתב, וז"ל: וכן השורף שטרותיו של חבירו חייב לשלם כל החוב שהיה בשטר שאע"פ שאין גוף השטר ממון הרי גרם לאבד הממון וכו' וכן ראובן שהיה נושא בשמעון ומכר השטר ללוי וחזר אחר שמכרו ומחלו לשמעון וכו' ונתחייב ראובן לשלם ללוי כל מה שבשטר שהרי גרם לו לאבד השטר והרי הוא כמי ששרפו וכו' וכן העושה עבדו אפותיקי וחזר ושחררו חייב המשחרר לשלם לבעל החוב שהרי הפקיע שעבודו וגרם לאבד ממון וכו', עכ"ל, הרי דפסק דמזיק שעבודו חייב אפי' באופן של שחרור העבד, דהיינו כרשבי"ג בסוגי' הנ"ל דגיטין. אבל הראב"ד שם כתב, וז"ל: א"י הרב אינו פוסק כן דרשב"ג הוא דאית ליה הכי ורבנן פליגי עלי' וק"י"ל כרבנן ולא דמי לשורף שטר חבירו דהתם בחברי' קא עביד אמשר אבל הכא אמשר בדנפשא קא עבידנא, עכ"ל. אמנם הרמב"ם ודעמי' ס"ל דהלכה בזה כרשב"ג, וככלל דכל מקום ששנה רשב"ג במשנתנו הלכה כמותו, ע"ש במ"מ. ומסוגיין משמע לכאורה כדברי הרמב"ם, דהא מבואר מסוגיין דס"ד דאף דחייב במזיק שעבודו מ"מ הוה שייך למיפטר בשורף שטרותיו של חבירו שהוא דינא דגרמי, ומדנקטינן דהשורף שטרותיו של חבירו חייב, ודלא כרבה, כש"כ דחייב מזיק שעבודו, וכן העיר בלח"מ, ע"ש כל דבריו.

וביאור דברי הרמב"ם, דמדחייב בשורף שטרותיו מדינא דגרמי מבואר דחייב על גרימת הפסד על ידי מעשיו, וא"כ פשוט דחייב אף במזיק שעבודו בעשה עבדו אפותיקי ושחררו, דהא אף התם הרי מעשיו גרמו הפסד. אכן הראב"ד ס"ל דאף דגרמו מעשיו הפסד, מ"מ לא סגי בזה לחייבו, דאינו חייב אפי' מדינא דגרמי אלא היכא דמעשיו היו בדבר של חבירו משא"כ במזיק שעבודו דהיו המעשים בדבר שהוא שלו פטור. ומאי דהוה ס"ד דהשורף שטרותיו קילא ממזיק שעבודו, היינו בפרט אחר, דאף דנעשה מעשה הגורם הפסד בדבר של חבירו, מ"מ לא נעשה המעשה בדבר הנפסד, דניירא בעלמא קלאי מינך, אכן אם אך אמרינן דהשורף שטרותיו חייב, זאת אומרת, דעל ידי דדיינינן דינא דגרמי ליתא לסברא זהו דניירא בעלמא קלאי מינך, שוב הוי שורף שטרותיו חמור ממזיק שעבודו מאחר שנעשה המעשה בדבר של חבירו, ונתיישבה לכאורה הערת הלח"מ.

אכן יש לכאורה בדברי הרמב"ם מקום עיון, והוא ממש"כ בפ"ח מהל' נזקי ממון ה"ז, וז"ל: הקדישו מזיק הרי זה מוקדש כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון שחטו גובה הניק מבושרו נתנו במתנה מה שעשה עשוי ויגבה הניק ממנו, עכ"ל, ומדלא כתב דהיכא דשחטו משלם הפחת משמע לכאורה אינו משלם, והא כתב בהל' חובל ומזיק ובהל' מלוה ולה דהמזיק שעבודו של חבירו חייב, וכן הקשה בלח"מ שם בהל' נזקי ממון. (ובש"ך ס"י ת"ז סק"ב דחה דיוק זה בדברי הרמב"ם, ע"ש.)

ובברכ"ש ס"י כ"ד אות ד' כתב בביאור דברי הרמב"ם דאף למאי דפסק הרמב"ם דהמזיק שעבודו של חבירו חייב, גבי שור אינו חייב מעיקר דין מזיק אלא מדינא

דגרמי, ומאי דלא הזכיר חיוב השבת, היינו משום דלהורות בא דמעיקר הדין פטור, והא דחייב למעשה מצד דינא דגרמי סמך עצמו על מה שפסק בכל מקום דדאין דינא דגרמי. ואף דלכאורה מאי דאינו חייב מעיקר הדין אינו אלא לר"י דס"ל דיושם השור, אבל לר"ע דס"ל דיוחלט השור לכאורה הוי מזיק ממון של חבירו ממש, להרמב"ם לשיטתו אין הדבר כן, דלשיטתו יסוד דינא דיוחלט השור אינו אלא דמשעת נגיחה חייל דין וקנין בגוף השור שישתלם הניזק ממנו אבל לענין ממון אכתי הוי ממון של המזיק. ע"י לעיל אות צ' שהארכנו ביסוד זה של הברכ"ש.

ובאבי עזרי פ"ז מהל' חו"מ הי"א כתב ליישב דברי הרמב"ם באופן אחר, והוא ע"פ דברי הקצה"ח בסי' שפ"ו סק"א שהקשה על מה שכתבו התוס' בב"ק דף ע"א ע"ב ד"ה וסבר לה כר"ש דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי שהקשו אמאי צריכה הגמי' לומר דס"ל לר"ש, תיפ"ל דלר"מ לשיטתו דיינינן דינא דגרמי, ותיצרו דר"מ אינו מחייב מדין דינא דגרמי אלא בכגון השורף שטרותיו של חבירו דראוי השטר לכל העולם למוכרו ולגבות בו, וכן במסכת גפנו ע"ג תבואתו של חבירו הרי ראוי התבואה לכל העולם, בזה הוא דאמר דחייב עלייהו מדינא דגרמי, אבל בכגון קדשים שחייב באחריותו או שור הסקל דאינו ראויין אלא לזה לפטור עצמו מחיובו, בזה אין ר"מ מחייב מדינא דגרמי. והקשה בקצה"ח דלפ"ז בשור תם עד שלא עמד בדין שהוא קנס וק"ל המוכר קנסיו לא עשה כלום ואינו ראוי אלא לניזק, וא"כ הא"ך מוכחין מיני' בסוגיין דהמזיק שעבודו של חבירו פטור, דילמא אינו פטור אלא התם דאינו ראוי לכל העולם, משא"כ בשעבוד שפיר ראוי לכל העולם יתכן דחייב. והפשוט בזה לכאורה, דמאי דבעינן שיהא ראוי לכל העולם, זה אינו אלא באשר נוגע לדינא דגרמי, אבל אי נימא דמזיק שעבודו של חבירו חייב דחשיב כממון, דלא בעינן בזה לדינא דגרמי, ודאי דחייב בזה אף שאינו ראוי לכל העולם, וכמו דחייב לר"ש מדין דבר הגורם לממון כממון דמי אף שאינו ראוי לכל העולם. ועפ"ז אתיין דברי הרמב"ם שפיר, דהנה מבואר מדבריו דמאי דחייב המזיק שעבודו של חבירו אינו אלא משום שגרם לו הפסד, כלומר, דלעולם פסק דהמזיק שעבודו של חבירו פטור, רק מחייבינן ליה מדינא דגרמי כמו דמחייבינן השורף שטרותיו של חבירו. ולפ"ז בשור תם, דיש עליו קנס דחי' ואינו נמכר, הרי לא שייך ביה דינא דגרמי, וכיסוד דברי התוס' הנ"ל, אשר ממילא שפיר כתב הרמב"ם דאם שחטו מזיק פטור מלשלם הפחת, דהא לית בזה דינא דגרמי. והנה הראב"ד הקשה על דברי הרמב"ם שפסק דהמזיק שעבודו של חבירו חייב דהא זה אינו אלא לרשב"ג אבל רבנן לא ס"ל הכי וק"י"ל כוותייהו. ובמ"מ כתב דאדרבה, הלכה כדברי רשב"ג במשנתנו, ולמשנ"ת אתי שפיר קושיית הראב"ד באופ"א, דהא אף הרמב"ם פסק באמת דהמזיק שעבודו של חבירו פטור ואין השעבוד חשוב כממון, והא דפסק דחייב אינו אלא מדינא דגרמי, עכתו"ד, ודוק היטב.

**קג) אבל חב עד שלא הזיק ב"ח קדים וכו"ש"מ וכו'-** צ"ב לכאורה מה שייך זה ש"מ, הרי אפי' היכא דקדם הוב לנגיחה אמרינן דמה שגבה לא גבה, הרי דאפי' בעי"ח המוקדם לא גבה, כן ראיתי שהעיר במנחת שלמה, ע"ש. ושו"ר שקדמו בזה בתלמיד ר"ת ור"א בסוגיין, ע"ש שכתב, וז"ל: תימה מאי איריא בעל חוב מאוחר אפילו מוקדם נמי הוה מצי למימר שמע מינה דמה שגבה לא גבה והא קתני בין חב עד של הזיק דלא עשה ולא כלום אם כן מה ראייה היא מכאן, עכ"ל.

#### ל"ד ע"א

**קד) תוד"ה אילו גבך הוה לאו מינס הוה גבי ליי-** וי"ל דלא קאמר אלא כלומר דאין גוף השור משועבד לב"ח כמו שהוא משועבד ניזק שמשלתם מגופו- ע"י

חידושי הרשב"א דמסיפא גבי מועד לא קשיא, דהתם מטלטלי נינהו ובמטלטלי ליכא דינא דקדימה ולכ"ע מה שגבה גבה. ובעצם הטענה דאילו גבך הוה וכו', כתב הרשב"א, וז"ל: כלומר כלום אתה בא אלא מחמת קדימתך אפילו קדמת וגבית קודם שיזיק ממך הוה גבינא, עכ"ל. וצ"ב לכאורה, דהא בכה"ג מאי דהיה גובה היה מחמת חיובא דהבעל חוב עצמו, והוא כקושיית התוס'. וראיתי במנחת שלמה שכתב בסברת התוס' דחיובא דשור תם אינו תלוי בבעלים כלל שגם גזלן אע"ג שהבעלים לא פשעו מ"מ גובין מן השור, ולכן אומרים להם שדין הוא בתם דמשתלם מגופו אע"פ שאתם אינכם אשמים כלל. ואף ד"ז לא זלינן מעצם ציורא דהש"ס דהחיוב מפאת השני, וצ"ב, ע"י שט"מ.

**קה) רש"י ד"ה שאלמלא כו' -** כלומר הואיל ואיכא למימר אלמלא לא הזיקו היה עומד על שמונה מאות זוז נותן לו כ"ה זוזים כשעת הנזק ולא מצי אמר לי מאי אפסדתך הא שבח טפי משום דאמר לי נזיק אי לא אזיקתו הוי שבח וקאי על תמני מאה - מוכח מכאן דהמחייב דנזקי ממון הוא ההפסד ולא מעשה המזיק גרידא, דהא הכא שפיר היה מעשה מזיק אשר בשעתו הזיקו נ', רק דאח"כ שיבח, ומ"מ בלאו הך טעמא דאלמלא וכו' מבואר דהיה פטור מאחר דליכא הפסד. אלא דאכתי צ"ב, דאפי' נימא הכי, מ"מ הרי בשעתו קודם שהשיבח, הרי נתחייב מצד הפסד הני, והאיך נימא דפטור אם אח"כ משיבח. (והאחרונים כתבו דנפ"מ בהך אלמלא וכו' לענינים אחרים כגון שיטול המזיק שבח נבילה בפלגא, ע"י פנ"י לקמן ע"ב ד"ה שם בגמ'), אכן מדברי רש"י משמע להדיא דבלאו הך טעמא היה פטור משום שהיה יכול לומר לו מאי אפסדתך. וע"כ מוכח מזה דאילו לא היה נפ"מ בשווינו אחר שהשיבח בין הזיקו זה או לא הזיקו, לא היה נחשב דבר זה להזיק והפסד כלל מעיקרא מאחר דשפיר יכול להיות שיהיה אותו השווי שיהיה שוה אילו לא הזיקו, דהא אם שייך להשיבו שיהיה שוה יותר, יש להניח שיעשה הניזק כן ואין במה שצריך לעשות כן שום הפסד ממוני, ועדיין צ"ע בזה. וע"י לקמן בע"ב בהא דשבח נבילה פלגא מה שנכתוב בזה בעזרהש"ת.

**קו) רש"י ד"ה שאלמלא כו' -** ל"א שאלמלא לא הזיקו כו' ועכשיו תובע ניזק מאתיים חציין של די מאות חצי נזק שהפסידו אינו נותן לו אלא כ"ה כשעת הנזק וראשון עיקר - טעמא דראשון עיקר, ע"י רש"י ד"ה ואי כשפיטמו, ובתוס' ד"ה שאלמלא.

**קז) תוד"ה שאלמלא לא הזיקו היה עומד על שמונה מאות זוז נותן כשעת הנזק -** דמילתא דפשיטא הוא דאטו אם נגח שור קטן הייתי סבור שישלם דמי שור גדול לפי שהיה ראוי להיות גדול ומשביח וכו' - לכאורה יש לעיין בראייתם, דבשור קטן הרי עומד ממילא להיות שור גדול והרי זה כלול במחירו, אשר מהאי טעמא הוא דאין משלם לו חצי מהשבח של גדול, משא"כ בני"ד. שו"ר שכבר העיר על כך במנחת שלמה, ע"ש שכתב בביאור דברי התוס' דבאמת כן הדבר גם בשבח, דשבח טפי להסתפק שיהיה בו ודאי דהוא כלול במחירו עכשיו וליכא ס"ד כלל שישלם חצי השבח, וכנ"ל, רק הכא מיירי בשבח שנתברר אח"כ ולא היה ידוע מתחילה, דשבח כזה היה ס"ד שיתחייב לשלם חצי, אשר לזה הוכיחו מקטן וגדול דאפי' באופן שנתברר שהשווי שהיה בגדול היה שבח בלתי צפוי, מ"מ אמרינן דמאחר דהשתא זהו שיווי אינו משלם אלא כשעת הנזק, וממילא הוא הדין והוא הטעם לגבי שבח.

והנה כתב הרמב"ם פ"ז מהלי נזקי ממון הי"א, וז"ל: שור שוה מאתיים שנגח שור שוה מאתיים והפחיתו חמשים ובשעת העמדה בדין השיבח הניזק והרי הוא שוה ארבע מאות ואולולי הנגיחה שהפחיתו היה שוה שמונה מאות בין שפטמו בין שבח ממאליו אינו נותן לו אלא כשעת הנזק וכו', עכ"ל. ומבואר מדבריו שפירש סוגיין כלישנא הב' דרש"י, וכפירוש זה שדחאו התוס', וכן דקדק בח"מ בדבריו, וכ"ה גם בביאור הגר"א ח"י"מ ס"י ת"ד, ע"ש. וכן משמע גם

בחידושי הראב"ד, ע"ש שכתב, וז"ל: הא דתנא שור שוה מאתיים וכו' שאלמלי לא הזיק היה עומד על שמונה מאות זוז אינו נותן אלא כשעת הנזק וכו', עכ"ל, הרי דחידושי דהך דינא הוא מה שאינו משלם אלא כשעת הנזק ולא מאי דחייב בכלל ואינו יכול לומר מאי אפסדתך. וכן מבואר גם בדברי הר"ח בסוגיין, ע"ש.

והנה בקושיית התוס' הא' על פ"י זה מהא דשור קטן י"ל כמו שהקשינו על דברי התוס', דשאני התם דכל מה שיגדל כלול בעצם שיווי עכשיו. ועל קושיית התוס' הב' מקושיית הש"ס אי בשפיטמו פשיטא, אשר היא גם קושיית רש"י, י"ל דחלוק הוא היכא דפיטמו מהיכא דהשיבח מאליו, דמה שמונע מלהשיבח מאליו שמונה מאות הוא שיש לדון בו שהוא בכלל ההיזק שנעשה, ובזה שפיר ס"ד שיתחייב ואית בזה חידוש במאי דאמרינן דאינו צריך לשלם, אבל היכא דפיטמו ניזק פשוט דמאי דעל ידי שפיטמו אשבח די מאות ולא ח' מאות אינו אלא מניעת הרווח, ואינה תוצאה ישירה מעצם ההיזק, אשר בזה לא ס"ד כלל שיתחייב המזיק, אשר על כן שפיר פריך פשיטא, ודוק. שו"ר כעין סברא זו באבן האזל, ע"ש כל דבריו. והדברים מפורשים לכאורה בדברי הר"ח, ע"ש שכתב, וז"ל: שור שוה ר' שנגח שור ששוה ר' וחבל בו בני זוזי ולא תבעו הבעלים ושבח מעצמו וכל שכן אם פיטמו דאמר לי מזיק אנת מפטם לי לתורך ואנא יהיבנא לך אינו נותן לו אלא משעת הנזק ואפי' שבח ועמד על ת' מאות זוז ולולי הנגיחה וכו', עכ"ל הרי להדיא דאין דבר זה חידוש אלא בהשיבח מאליו ולא בפטמו.

**קה) שבח מזיק נותן לו כשעת הנזק כחש כשעת העמדה בדין -** ומסקינן דהא דשבח מזיק מיירי שפיטמו דאפי' לר"ע הוא כשעת העמדה בדין, ע"י פי רש"י בזה, ומבואר מדבריו דמיירי באותו הציור דלעיל שחבל בו בחמשים וכו', ומאי דלר"ע שביבח ממאליו ולא שפיטמו מזיק נוטל הניזק כל השבח דחלקו שהוא שמינית ההיזק, וזהו מדין שבח, אשר זהו לבד מה שנוטל חלק השמינית של מה שהיה בשעת הנזק מדין תשלומי נזק, וכ"כ הטור בחו"מ ס"י ת"ד, ע"ש. אכן יעויין ברמב"ם פ"ז מהלי נזקי ממון הי"ב, שכתב, וז"ל: השיבח המזיק בשעת העמדה בדין אם מחמת שפטמו שבח אינו משתלם ממנו אלא מה שהיה שוה בשעה שהזיק ואם מחמת עצמו השיבח משתלם חצי נזק ממנו כלו כשעת העמדה בדין, עכ"ל, הרי שפסק דאינו נוטל אלא כשיעור חצי הנזק, והוא מדין תשלום הנזק, אבל אינו נוטל בשבח כלום, וצ"ב. ודין כחש המזיק לא הביא הרמב"ם כלל, וצ"ב מהו פשר השמטה זו.

והנה יעויין בר"ח שפירש סוגיין באופן אחר, וז"ל: שבח המזיק נותן לו כשעת הנזק סלקא דפטמי המזיק לתורי' פ"י שור שוה נ' שנגח שור שוה ג' מאות וחבל בו בר' דינו ליטול השור בנזקו שאינו משתלם אלא מגופו ישתלם נ' זוזי ויפסיד ק"י זוזי עמד המזיק ופיטם את שורו והשיבו ושוה ק' זוזי אין לו לניזק לומר אטול השור כמות שהוא כי הוא עתה כשיעור הנזק דיכול למימר לי מזיק אנא מפטימנא ואת שקיל ודוקא כשפיטמו המזיק אבל שבח ממילא לא אלא שקיל ניזק משבחה שיעור ניזקי' כחש המזיק כגון שהיה ק' והיתה החבלה שוה ק"ק ועתה בשעת העמדה בדין שוה המזיק נ' אין יכול להניזק לומר לו תן לי ק' שכך היה שוה שורך בשעת ההיזק אלא אמר לו קח השור כמות שהוא כר' עקיבא דאמר הוחלט השור וכן הדין, עכ"ל. והנה במש"כ דהיכא דכחש המזיק אין יכול הניזק לומר לו תן לי ק' שכך היה שוה שורך בשעת ההיזק אלא אמר לו קח השור כמות שהוא, שכתב הר"ח דהיינו כר"ע, כבר העיר המגיה דבכה"ג גם לר"י פטור דהא שור תם אינו משתלם אלא מגופו. וכן במש"כ הר"ח לעיל מיני' דבכחש מחמת הנגיחה נותן לו (בציור דהש"ס ברישא) כשעת העמדה בדין וכו', עכ"ל. ומבואר והעיר על כך המגיה, דבזה לכאורה אף ר"י מודה דכשעת העמדה בדין, כדמסקינן דאמרינן קרנא דתורך קבירא ב"י, ודברי הר"ח צ"ע.

והברור בדברי הר"ח, וכן ראיתי שכתב במלבושי יו"ט ח"ב חח"מ סי' א', דודאי ס"ל דאף לר"ע דיוחלט השור, אין זה אלא משעת העמדה בדין, דבשעת העמדה בדין הוחלט השור להיותם שותפים בו, וזה לר"ע, אבל לר' ישמעאל לא הוי אלא אפותיקי וס"ל להר"ח דאינו אפותיקי מפורש אלא אפותיקי סתם והיכא דליתא לשור שפיר משתלם מן העלייה, וכדהביא המאירי סוף פירקין מדברי גדולי הרבנים דלר' ישמעאל ישלם מכיסו, ולידו הוקבע סך דמי החוב בשעת נזק ככל נזק, ושומת השור בשעת העמדה בדין אינו אלא למען נדע איזה סך נעשה חוב. ולפ"ז נמצא דלר' ישמעאל אף להשביח אינו משלם המזיק אלא סך חצי הנזק דבשעת הנזק, ואילו לר"ע הוקבע סך חצי הנזק בשעת העמדה בדין בזמן שהוחלט השור, אשר ממילא בהשביח משלם הוא חצי שיווי השור, והוא מדין תשלומין דמזיק ולא מדין שבח. ומובן בזה מאי דלא פירש הר"ח כדברי רש"י, דלדברי רש"י יוצא דלר"ע זוכה הניזק כבר משעת נגיחה ובהשביח זוכה בשבח שבחלקו מדין שבח, וכנ"ל, ואילו לדעת הר"ח לא שייך דבר זה, דהא אף לר"ע לא הוחלט השור אלא משעת העמדה בדין, וכנ"ל. ומבואר מזה דאף למפרע אינו זוכה בקנס משעת נזק (ודלא כדברי הקצוה"ח הנ"ל סי' ת"ז שכתב דזוכה בשבח למפרע). אלא ביאור הדברים לכאורה כמו שהבאנו לעיל מהגר"ד זצ"ל בברכ"ש משמ"י הדגרי"ח דבשעת נזק לא חייל בשור אלא דינא שיהא שלו בשעת העמדה בדין, ע"י לעיל אות צ'.

ועפ"ז מובן היטב מש"כ הר"ח דהא דהיכא דכחש בשעת נגיחה נותן לו כשעת העמדה בדין אתיא כר"ע, דלר"ע דחייל דינא דיוחלט השור בשעת העמדה בדין, ואז הוא דחייל קנין הממון דשותפותו של הניזק בו, שפיר אמרינן דאין חיובו לשלם מגופו חייל אלא משעת העמדה בדין, אכן לר' ישמעאל הרי הוקבע סך חיוב התשלומין דידו משעת הנזק, ואף סברת קרנא דתורף קבירא ב"י לא מהניא בזה, דבשעת הנזק הוקבע חיוב ממון דהתשלומין. וכן אתי שפיר מש"כ הר"ח דמאי דבכחש המזיק אין יכול הניזק לומר תל לי ג' שכך היה שוה שורך בשעה שהזיק אלא אומר לו קח השור כמות שהוא אתיא כר"ע דווקא, דדווקא לר"ע הוא דלא הוקבע חיוב החצי נזק עד שעת העמדה בדין הוא דאיתא לדבר זה, אבל לר' ישמעאל הרי הוקבע סך החיוב בשעת הנזק ואין השור אלא אפותיקי, וכשיטא דאין מה שהוכחש פוטר את המזיק מלשלם סך החיוב דחייל עלי.

ומאי דאיתא לעיל שחטו מה שעשה עשוי, לפי הנ"ל דאין זה אלא לר"ע אבל לא לר' ישמעאל, וכמו שכתבנו לעיל אות צ' בדעת הרמב"ם דברייתא הנ"ל אתיא לדד"י אליבא דר"ע. אלא דהר"ח שם כתב דאתיא אף כר' ישמעאל, והוא לכאורה דלא כדבריו בסוגיין. ע"י במלבושי יו"ט הנ"ל שעמד בזה, וכתב בשם נכדו דמאי דלר' ישמעאל משתלם מכיסו אין זה אלא היכא דליתא להשור, והיכא דכחש הוי אותו חלק כמו שנאבד אשר על כן אכתי נשאר בחיובו הראשון, משא"כ בכגון יוקרא וזולא דעצם השור שם כמו שהוא, בזה ודאי דאינו צריך לשלם מכיסו, ובשחטו מאחר דאינו אלא כזיקה בעלמא חשיב דעצם הדבר עדיין שם אשר ממילא אף לר' ישמעאל אינו צריך ככה"ג לשלם מכיסו, ע"ש כל דבריו.

ועפ"ז מובן שפיר מה שכתב הרמב"ם דאין הניזק נוטל שבח דשור המזיק שעד העמדה בדין, דהא לשיטתו לא הוחלט השור לר"ע להיות לו קנין ממון בו אלא בשעת העמדה בדין, וכמו שהארכנו לעיל, ואז הוא דחייל דין זכירתו בחצי שיווי השור, אשר זהו שכתב משתלם חצי נזק ממנו בשעת העמדה בדין, ופירש סוגיין כהר"ח, וז"ל. ומה שהשמיט הרמב"ם דינא דכיתוש המזיק, היינו לכאורה משום דלדידי אין בזה שום חידוש דמאחר דאמרינן דלא הוחלט השור המזיק לענין זכירת ממון אלא בשעת העמדה בדין, וכדחזינו מדינא דהשביח המזיק, שוב ממילא פשוט דמאחר חיילא יסוד החיוב והזכירה בשעת העמדה בדין, תליא מילתא בשיווי שור המזיק דאז.

**קט) קרנא דתורף קבירא ב"י** - ע"י שטמ"ק בשם מהר"י כ"ץ שהקשה, וז"ל: קצת קשה לר' יוחנן דאמר היכא דאנחה אנוחי גחלת דעל החררה וכו' ועל הגדיש משלם חצי נזק ואמאי לא מחייב על הגדיש נזק שלם דאלמלא גחלתך קבירא בגדיש וכו' ויש לומר דוקא בבהמה שייך האי טעמא משום דבגדיש כשנשרף מעט מצי לסלוקי לגחלת אבל כשנוגח אינו יכול ליקח המכה משום הכי חייב לשלם, עכ"ל. ביאור דבריו, דהא דאמרינן קרנא קבירא וכו' אינו אלא היכא דהמשך הנזק הוא בתוצאה ישירה ממעשה המזיק בלא שום אפשרות למונעה, אבל גבי גחלת מאחר שהיה יכול ליקחנה משם תו ליכא למימר דהכל כלול בעצם הנחת הגחלת אלא בעינן נמי להשאתו, ואינו חייב עליו אלא בזמן שהשאתו ומאחר שכן אינו משלם על הגדיש אלא חצי נזק.

### ל"ד ע"ב

**קי) אלא א"ר יוחנן שבח נבילה איכא בינייהו דמ"ס דניזק הוי ומ"ס פלגא** - והנה לעיל בע"א מבואר דבשבח ועמד על ד' מאות זוז שאלמלא וכו' משלם כשעת הנזק, הרי דחשבינן כל השבח דהניזק, והאין ס"ל לר"י דפלגא דמזיק. וכבר עמד בזה בפנ"י בסוגיין בד"ה שם בגמרא אבל היכא דלית ל"י פסידא דניזק וכו', ע"ש שכתב דלעיל דאמרו שבח כשעת הנזק איירי שהבהמה עצמה שיבחה וא"כ יכול לומר אילו לא אזקתן שכן דרך הבהמה שכל זמן שהיא יותר בבריאתה משבחת יותר, אבל הכא איירי ביוקרא וזולא דלא שייך לומר כן, וצריך לומר נמי דהפחת שפחתה מיתה מעיקרא היה מחמת שאינו ראוי לרדיא אבל לא מחמת שנפחת הבשר, דאם לא כן הדרא קושי' לדוכתא דאם נתייקר הבשר אחר כך יאמר הניזק אילו לא אזקתן היה הבשר שוה עכשיו יותר, אלא מיירי שהבשר הוא כבראשונה והפחת היה מרדיא ועכשיו אייקר בשרא כרדיא.

וביש"ש לפירקין סוסי"י כ"ט עמד אף הוא על ד"ז, וכתב, וז"ל: וצ"ל דלא סבר ר' יהודה דחולקים בשבח אלא היכא שמת הניזק וטעמא דאית ל"י שותפות בגוה כדדריש לקמן מוגם את המת יחצון אבל היכא שלא מת לית ל"י זכירה למזיק כלל בגוה, עכ"ל. ודבריו לכאורה צ"ב מה היא סברת הך מילתא לחלק בין מת דנאמר גם את המת יחצון לבין הוזק, וגם דלדבריו מבואר דלא שייכא הך מילתא אלא גבי נבילה, וכפשוטו לישנא דהש"ס דשבח נבילה איכא בינייהו, אבל בטושו"ע סי' ת"ג כתבו "בהמה או כלים", הרי דאיתא להך מילתא אף בשברי כלי, וכבר עמד ע"ז במנחת שלמה, ע"ש.

והנה כתב הרמב"ם בפ"ז מהל' נז"מ ה"י, וז"ל: השביחה הנבלה והרי היא שוה בשעת העמדה בדין מאה ועשרים הרי המזיק משלם לו תשעים אם היה מועד ואם היה תם משלם חמשה וארבעים מגופו וזה הוא שני וגם את המת יחצון, עכ"ל, וכ"ה גם בטור סי' ת"ג, ע"ש. וביאר דבריו ביש"ש סי' ל', דבתחילה יקח הניזק חצי השבח שלו ואח"כ שמין חצי השבח של מזיק לחשוב לו על הנבילה כאילו לא הזיקו אלא כפי מה שנחסר עכשיו, ולכך משלם התם מ"ה. ולדברי הרמב"ם והטור מבואר דר' יהודה לא מוקי הך קרא דוגם את המת יחצון אלא שיחצון שבח המותר ולחשוב ולצרף על גוף הנבלה, אבל אין הכונה שיקח המזיק חצי השבח לעצמו, דאילו הוה אמרינן הכי, הוה אמרינן דהנזק הוא ק', והחצי שעל המזיק לשלם הוא נ', ומזה ומשבח כ' נוטל י' ונותנו לתשלום הנזק, ונמצא דאינו צריך לשלם אלא מ', אלא דלא אמרינן הכי, ולמסקנת סוגיין דאמרינן דאין בעלים נוטלים אין הבעלים נוטלים השבח כלל, אלא דכשעור חלקם בשבח חשבינן כאילו לא היה נזק, כלומר, דמנכין ד"ז מסה"כ דהנזק, ושוב נמצא דהמועד משלם צ' והתם מ"ה, וכדברי הרמב"ם.



והנה יעו"ש בלח"מ שעמד על מה שלא הביא הרמב"ם להלכה הא דאיתא בש"ס, יכול שור שוה חמש סלעים והנבלה יפה שלשעים זוז שקיל נמי מוזיק בשבחה ואומר שלם שלם העלים משלמים ואינם נוטלים", כלומר, דאין לומר שירויח. ולמשנ"ת בדברי הרמב"ם הרי דין זה מוכח מתוך דברי הרמב"ם עצמם, דיסוד דבריו בחשבונם הוא דלעולם אין אומרים דהבעלים נוטלים אלא דחשבינן חלק המזיק בשבח כאילו לא הזיקו בזה, אשר ממילא מוכח הדין הנ"ל, וז"פ לכאורה (אלא דהטור הביא דין זה). והרמב"ם הרי הוסיף בדבריו "וזה הוא שני וגם את המת יחצון", ונראה בכונתו כנ"ל, דאין אומרים דפירושא דגם את המת יחצון הוא שיהא חצי השבח ממש של המזיק והוא נוטלו, אלא כנ"ל, ודוק.

ובסמ"ע חו"מ סי' ת"ג סק"ה ביאר דברי הרמב"ם באופן אחר, וז"ל: דלעולם שמין הריחח לפי השומא שהיה שוה מתחלה ומתחלה היה שוה ר' ובאותן ר' משותף המזיק בשור הניק ברביעית דהיינו נ' כיון שהוא תם לכך אינו נוטל אלא הרביעית בהריוח, עכ"ל. וכונתו, דמתייחס השבח לכל השור, ובכה"ג שהיה השור שוה ר' מתייחס השבח דכ' לכלול, ומאחר דאין למזיק בשור המת אלא נ', שהוא חצי הניק דק', הרי אין לו בשור אלא ה' נ', וגם השור המת יחצון, ונמצא דלית ל' אלא רבע השבח, דהיינו ה', אשר זה מנכים מחיובו לשלם, ואינו משלם אלא מ"ה. ודבריו לכאורה צ"ב, דמאחר דלא נעשה הך שבח אלא אחר הנגיחה, בזמן שהיתה נבלה השוה ק', אמאי נייחס השבח לכל שיווי הבהמה בחייה.

**קיא) תוד"ה חובל וצריך לכלבו מבעיר וצריך לאפרו-** ובינו שמואל פירש דר' אבהו סבר כר"ש דאמר מקלקל בחבורה חייב ור' יוחנן ס"ל כר' יהודה דאמר מקלקל בחבורה ובהבערה פטור וצריך לכלבו או לאפרו לא חשיב מקלקל אלא מתקן דחייב אף לר"י עי' רש"י שבת דף ק"ו ע"א ד"ה מתני' ר' יהודה שכתב, וז"ל: ולא איתפרש היכא ול"נ מתני' ר' יהודה היא דאמר מלאכה שאינה צריכה לגופה חייב עליה הילכך חייבא דחובל בצריך לכלבו ומבעיר בצריך לאפרו משכחת לה דאע"פ דמקלקל הוא אצל מלאכה עצמה מתקן הוא אצל אחרים ולר' יהודה כי האי גוונא מלאכה היא משום תקון אחרים אבל מקלקל ואינו מתקן פטור וכו' וברייתא ר"ש היא דאמר מלאכה שאינה צריכה לגופה פטור עליה הלכך אין לך חובל ומבעיר שאין מקלקל ואפילו מבעיר עצים לקדרתו מקלקל הוא אצל עצים ומה שהוא מתקן אצל אחרים לר"ש לא חשיב דהא מלאכה שאינה צריכה לגופה היא אלא משום דמקלקל בחבלה ובהבערה חייב כדיליף לקמי', עכ"ל. ולדבריו מובנים היטב דברי הרשב"ם דר' יוחנן כר"ש ורבי אבהו כר' יהודה, עי' תוס' סנהדרין פ"ד ע"ב ד"ה מאן שמעת ל' דאמר מקלקל בחבורה חייב ר"ש שכתבו כן בדבריו, וע"ש משה"ק על דבריו. והתוס' בסוגיין ובעוד כמה דוכתי פליגי אדברי רש"י וס"ל דבין לרבי אבהו בין לר' יוחנן מקלקל בהבערה ובחבורה חייב ואין הדבר קשור לפלוגתתם במלאכה שאינה צריכה לגופה. והנה הקשו התוס' בשבת דף ע"ה ע"א ד"ה טפי, לר"ש כיון דס"ל דמקלקל בחבורה חייב הרי מבואר דס"ל דגבי חבורה לא בעינן מלאכת מחשבת, וא"כ אמאי פטור בזה מלאכה שא"צ לגופה, ע"ש שהניחו הדבר בקושי. ולדברי רש"י ל"ק קושייתם, דממנ"פ, אי באנו למימר דס"ל לר"ש דחייב אף דהוי מקלקל, ע"כ דאינו אלא משום דס"ל דמלאכה שא"צ לגופה פטור ושוב מוכח דחייב מקלקל מקרא דמילה, וא"כ יפטר משום מלאכה שא"צ לגופה, ואי מלאכה שא"צ לגופה חייב הרי ממילא ליכא ראייה דמקלקל חייב דאיכא לאוקמי' מאי דבעינן קרא למילה משום דאיכא צורך. עי' ערו"ל סנהדרין פ"ד ע"ב ש"כ"כ ומה שהקשה עפ"י לשיטת רש"י. והתוס' שהקשו לשיטתם הקשו דפליגי ארש"י.

**קיא) תוד"ה חובל וצריך לכלבו מבעיר וצריך לאפרו-** ומיהו לא חשיב תיקון שיתחייב בכך לרבי יהודה או לר"ש בשאר מלאכות דאין דרך לחבול

בחבירו ליתן לכלבו ולשרוף גדיש עבור אפר- ובשבת ק"ו ע"א ד"ה חוף מחובל ומבעיר א"ל פוק תני לברא כו' הביאו גם דברי ר"ת דהא דלא מתחייב בכך לר"י אף דצריך לכלבו הוא משום דאין התיקון בא באותה שעה אלא לאחר מכאן דלאחר שנעשית חבורה בא הדם ולאחר שכלתה ההבערה בא האפר, משא"כ בשוחט בשעת קלקול בא לו התיקון שמוציאה מיד אבר מן החי. ועי' ביה"ל ח"א סי' י"ד דהא בגמ' אמרינן דר"ש יליף הא דחובל חייב מדאצטרך קרא להתיר מילה בשבת מכלל דמקלקל בחבורה חייב, ולדברי ר' יוחנן בר"ש יקשה ממנ"פ, אי חשיב מאי דנתקיים המצוה תיקון הרי הוי תיקון מיד עם מעשה המילה, ואי לא חשיב תיקון הרי ליכא תיקון כלל, ע"ש שצידד לומר דלעולם חשיב תיקון, אבל מה שנתקיים אצל האב מצות מילה לא הוי תיקון בגוף הדבר שעשה בו המלאכה על כן לא מהני, והתיקון בתינוק אינו אלא כשיגדיל ויהיה בעצמו חייב למול את עצמו, וזה הוי שפיר לאחר זמן. אלא דאכתי הוקשה לו דהא גם בעת המילה ממש מכשירו להקטן שלא יחא ערל ויהיה מותר להאכילו תיכף תרומה וקדשים וכדומה, אלא שכתב דמה שאסור להאכילו תרומה לתינוק ערל לאו משום לתא דאיסורא דערל הוא אלא דין הוא בגדול ועל כן לא חשיב תיקון בגוף מי שנעשה בו המלאכה, אלא דיעויין שם מה שפלפל אף בזה.

**קיא) תוד"ה חובל וצריך לכלבו מבעיר וצריך לאפרו-** וההיא דספק אכל ופרק כל כתבי דהוי ברייתא איכא למימר דההוא תנא סבר כר"י בחדא וברבי שמעון בחדא- ר"ל, כר"י דמקלקל בחובל ובהבערה פטור וכו' ור"ש דמלאכה שאינה צריכה לגופה פטור. ועי' במהרש"א שהקשה דכיון דס"ל להך ברייתא דמקלקל בחבורה פטור, אמאי בעינן למימר דאית ל' נמי כר"ש דמלאכה שאינה צריכה לגופה פטור, הרי פטור מצד מקלקל, ע"ש מה שתיקן, וז"ל: ויש ליישב דבריהם דהריגת מזיקין ודאי לר"י הוה מלאכה ותיקון גמור כמו בחבורת מילה ובת כהן ובהך מילתא סבר ההוא תנא התם כר"י דהוי מלאכה גמורה וסבר כר"ש בחדא דמלאכה שאינה צריכה לגופה פטור אבל לר"ש ודאי הריגת מזיקין לא הוי אלא מקלקל כמו מילה וחייב אפי' בשאינה צריכה לגופה לרבי אבהו גם הברייתא דס"פ ספק אכל קשה להולמה לפי תירוצם זה וכו', עכ"ל. ונראה מדבריו כאילו אי לא הוי מקלקל אלא גמור אמרינן דפטור מצד מלאכה שאינה צריכה לגופה, אבל אי חשיב קלקול ועדיין חייב לא בעינן שתהא מלאכה הצריכה לגופה, וזה לכאורה צ"ב מה הסברא בזה, עי' פנ"י משה"ק עליו ומה שפירש בדברי התוס'.

ומה שהוקשה להתוס' מהא דברפ"ק כל כתבי הוי ברייתא, ע"ש פירוש הר"י דמיירי ברייתא ברצין אחריו ולכו"ע, דהוי פיקוח נפש, ולדידי גופי' לא יקשה מהתם כלל, וע"כ דלא הקשו התוס' בזה אלא לפום פירוש של רש"י התם דברייתא כר"ש, דאילו ברצין אחריו היה מותר בכל מזיקים ולא דווקא בחמש המנויים התם, וכ"כ בפנ"י, ע"ש.

ובגוף הך מילתא דמלאכה שאינה צריכה לגופה, דעת רש"י שבת צ"ג ע"ב ד"ה ור" פוטר שכתב דהוא משום דלא הוי מלאכת מחשבת. אכן דעת הר"י בשבת צ"ד ע"א דהיינו משום דבעינן שיהא דומה למלאכת המשכן שהיו צריכין לה לגופה. (אלא דבתוס' ע"ה דנו שטעמא הוא משום מלאכת מחשבת, ודלא כדברי הר"י.) וע"ש בתוס' דלהר"י גדר מלאכה שאינה צריכה לגופה הוא דבעינן צורך בדבר עצמו, אכן רש"י הנ"ל שם צ"ג ע"ב הגדיר דצריך לגופה היינו אם היה רוצה בעיקר הדבר. ויתכן דתלויין ב' דברים אלו הא בהא, דאי נימא דיסוד דינא דמלאכה שאינה צריכה לגופה הוא משום דבעינן שיהא דומה למלאכת המשכן, שפיר בעינן שיהא בזה צורך ממש, אך אי נימא דמפאת מלאכת מחשבת אתינן עלה, לא בעינן אלא שהוא ירצה המלאכה, והיינו דכתב רש"י דחשיב צריכה לגופה אם היה רוצה בעיקר הדבר.

והנה תירוצם של התוס' דכל הני סוגיות הם כדברי ר' יוחנן ודלא כר' אבהו לא יתכן לשיטת רש"י, דהא לדידי ר' יוחנן ס"ל כר' יהודה דמקלקל בחבורה פטור, ולרש"י דמקלקל בחבורה חייב פשוט דהוא אפי' במקלקל גמור, ולדידי יקשה לכאורה קושיית התוס' האיך חייב מקלקל גמור, הרי הוי מלאכה שאינה צריכה לגופה. אלא דלרש"י לשיטתו אתי שפיר כפשוטו, דאף במקלקל גמור דמאחר דרוצה בעשיית החבורה שפיר חייב מלאכה הצריכה לגופה, ורק להתוס' דצריכה לגופה פירושו דאית בזה צורך הוא דהוקשה ד"ז.

**קיד) תוד"ה חובל וצריך לכלבו מבעיר וצריך לאפרו-** ועי"ל דאפי' במקלקל גמור משכחת לה דהיא צריכה לגופה כגון חובל באיסורי הנאה שסבור שיכול ליהנות ליתן לכלבו וכן מבעיר באיסורי הנאה שסבור שיכול לבשל בו קדירה - ואפי' הכי חייב מקלקל גמור, דחלוק הוא דין צריכה לגופה מדין מקלקל, דצריכה לגופה תליא במחשבתו, דאם אך חייב שתהא עצם המלאכה לצורך איזה תיקון שפיר חשיבא מלאכה הצריכה לגופה. אכן דין מקלקל תלוי בעצם החפצא דהמלאכה, כלומר, אי במציאות מקלקל הוא או מתקן.

**קטו) תוד"ה חובל וצריך לכלבו מבעיר וצריך לאפרו-** ואי' צריך לכלבו ולאפרו היכי חייב צריכה לגופה מ"ש מחופר גומא ואין צריך אלא לאפרה וי"ל וכו' - נראה ביאור שו"ט דהתוס', דבקושייתם ס"ל דמאחר דאין צריכה עצם פעולת המלאכה לגופה חייב מלאכה שאינה צריכה לגופה, דפעולת ההבערה אינה צריכה לו אלא האפר, וכן נטילת הנשמה אינה צריכה לו אלא הדם, והוי כמו חופר בור וא"צ אלא לעפרה, ובתירוצם חידשו גבי דם כיון דהדם הוא הנפש הרי עצם נטילת הדם אשר היא נטילת הנשמה שפיר הוי צריכה לגופה, וגבי מבעיר עצם פעולת ההבערה היא הפעולה העושה האפר אשר על ידי זה שפיר חייב צריכה לגופה, משא"כ בחופר בור ואינו צריך אלא לעפרה דהעפר הוא כתוצאה דממילא מהפעולה ולא תוצאה ישירה, דגבי אפר ההבערה עושה האפר, כלשון התוס'. וראיתי במנחת שלמה שכתב דברים כעין אלו בביאור דברי התוס', אכן לכאורה דבריהם יותר מדויקים לפמ"ש.

## ל"ה ע"א

**קטז) רש"י ד"ה ומנא ידעינן-** דאי מסתמא אפי' מריה נמי מיחייב אי לא ידעינן בי דצריך לאפרו ואין כאן יש חיוב על מעשה שרורו ופטור על מעשה עצמו - מבואר מדבריו דבספק אי אית לי חיוב מיתה ליכא דינא דקלב"מ ואמרין דחייב ממון, ולא אמרינן דמאחר דאיכא ספק שמא איכא חיוב מיתה הפוטרתו מממון, אמרינן הממעי"ה ואין מוציאין ממון מספק. והסברא בזה פשוטה היא לכאורה, דהרי איכא ודאי חיוב ממון וספק אי איכא פטור על ידי מעשה המחייב מיתה, ואין הספק מיתה פטור מודאי חיוב ממון. אלא דלמסקנא לדעת רש"י אמרינן דשייך בזה דינא דתנא דבי חזקיה, עי' לקמן אות ק"ז.

או י"ל באופן אחר, דיסוד דינא דקלב"מ הוא דמעשה המחייב מיתה אינו מחייב ממון, ומעשה כזה שיש בו ספק מיתה הרי ודאי דאין ב"ד מחייבין עליו מיתה, ונמצא דבתורת ודאי אין מעשה זו מחייבת מיתה, אשר ממילא חייב בתשלומין, וכן ביאר צד זה בתורת חסד חאו"ח ס"י נ"א אות ז', ע"ש שדן בספק זה אי בספק קלב"מ חייב בתשלומין בארוכה.

וע"ש בתורת חסד שהוכיח מדברי המג"א ס"י רע"ח דס"ל דבכה"ג פטור מתשלומין, דהנה בה"ל שבת נראה מדברי הטור דמלאכה שאינה צריכה לגופה פטור, ואלו בחו"מ ס"י תכ"ד פסק דהחובל בחבירו בשבת פטור מתשלומין משום שחייב מיתה, והביא שם המג"א בחד תירוצא דספוקי מספקא לי להטור להלכה אי מלאכה שאינה צריכה לגופה פטור או חייב, אשר על כן אמרינן דהממע"ה, הרי מבואר מדברי המג"א דבמקום ספק קלב"מ אין מוציאין

ממון מספק. אלא דיעו"ש בתורת חסד שכתב לחלק בין הספיקות, דספק שיתכן שיתברר על ידי ב"ד שיברר הדין או שיתברר במציאות שפיר אמרינן בזה קלב"מ, אך ספק שלא יתכן שיתברר מאחר דודאי לא שייך שיתחייב בזה מיתה, שפיר חייב בתשלומין.

**קיו) רש"י ד"ה רבא אמר-** לעולם מתני' בדלא קבעי לי' לאפרו והאי דפטור מתשלומין לאו משום דליהוי בי חיוב מיתה דהא מתני' אפי' שוגג נמי דליכא חיוב מיתה מיתוקמא דפטור מתשלומין כדתני דבי חזקיה - מבואר מזה דמדין תני דבי חזקיה פטור מתשלומין אף היכא דהוי מקלקל. והתוס', וביתר ביאור, בתלמיד ר"ת, הקשו על דבריו, דלא שייך בזה דינא דתנא דבי חזקיה, דבשלמא בשוגג, הרי הוי שפיר מעשה עבירה רק שאינו חייב עליו מיתה, ומ"מ מאחר דהוי אותה המעשה המחייב מיתה, אמרינן דפטור מתשלומין ממון, אבל במקלקל הרי לא הוי מעשה עבירה כלל, ולא שייך בזה פטור ממון כלל. והנה יש לבאר הך דינא דתנא דבי חזקיה בב' אופנים, הא', דזה שהיה חייב מיתה אילו היה במזיד פוטר, והב', דמעשה המחייב מיתה אינו מחייב ממון. והנה הא פשיטא לכאורה דאי יסוד הדין הוא דמעשה אשר בכחה לחייב מיתה אינה מחייבת ממון, לא שייך דבר זה בני"ד, דהא במקלקל אין זה מעשה עבירה כלל ולא שייך לומר דמעשה זה בכחה לחייב מיתה, אשר הוא בעצם קושיית התוס' ותלמיד ר"ת. וכן אי נימא כצד הא' הנ"ל דהדין הנלמד ממכה בהמה וכו' הוא דלא בעינן המיתה בפועל לפטור, אלא הא גופא דאילו היה מזיד היה חייב מיתה פוטרותו מחיוב תשלומי ממון, לכאורה ליכא למימר כדברי רש"י, דהא דהא שפיר הוי מזיד ומ"מ אינו חייב מיתה כיון דהוי מקלקל. ואפשר די"ל בדעת רש"י דיסוד הדין הוא כצד הב' הנ"ל דמעשה אשר בכחה לחייב מיתה אינו מחייב ממון, וס"ל דאף דהוי מקלקל, מ"מ אילו הוה בעי לה שפיר היה בכח מעשה זה לחייב מיתה, אשר ממילא שפיר אית בזה לפטור דתנא דבי חזקיה, וצ"ע בזה.

## ל"ה ע"ב

**קיח) תוד"ה זאת אומרת חלוקים עליו חבריו על סומכוס-** דוקא בכי האי גוונא פליג סומכוס שראוי להסתפק בדבר וכו' - עי' שיטות הראשונים בדררא דממונא ריש פ"ק דב"מ.

**קיט) הא לא מייתי ראייה שקיל כדאמר מזיק-** עי' חידושי הראב"ד שהקשה היכי ס"ד למימר הכי, הרי בכה"ג במה שמודה המזיק שתם הזיק הוי מודה בקנס, ות"י הראב"ד כדבריו הנ"ל דגבי פלגא נזקא ליתא לפטור דמודה בקנס, עי' מה שכתבנו בזה לעיל, ועי' משי"כ הרשב"א בסוגיין על דבריו.

ועוד הביא הראב"ד והרשב"א ת"י אחר בזה, דמיירי דהכא בשיש עדים שאחד מהם הזיק אלא שאינם יודעים אם גדול או קטן. ותמה הרשב"א על דבריהם, וז"ל בא"ד: ואין ביאורם מחורר בעיני דאם איתא דיש עדים אפילו בחטים ושעורים דכוותה וכגון שיש עדים שמעידין שבפניהם הלוהו או חטים או שעורים למה לא יתחייב לו בפחות מבשניהם וכן נמי במזיק וניזק ואי"ת דכל שאין העדים מעידים בבירור אי זה חייב לו אינו נותן לו כלום דהכא שני גופין הם ואינו כאחד אומר מנה ואחד אומר מאתים שנוטל מנה מתוך מאתים דהתם יש בכלל מאתים מנה אבל בכאן שאינם יודעים אם חטים אם שעורים אפילו שעורים לא ישלם א"כ תהדר קושיין לדוכתה דנמצא שמשלם ע"פ עצמו וכו', עכ"ל, ע"ש שכתב הרשב"א דסוגיין אזלא כמ"ד פלגא נזקא ממנו. והנה קושיית הרשב"א דחייב בכה"ג דאיכא עדים מובנת היטב אי נימא דמאי דפטור אף מדמי שעורים הוא משום דקדמה הודאת השעורים לתביעה, וכמו שהביא הרא"ש בסוגיין בשם הרמ"ה, דזה אינו פוטר אלא היכא דבעינן להודאתו של הנתבע לחיובו, אבל היכא דאיכא עדים פשיטא דחייב. אכן אי נימא דיסוד מאי דפטור אף מדמי שעורים הוא משום דהוי כמחילה של התובע על זכות תביעת שעורים, או דהוי הודאה שאין

הנתבע חייב לו שעורין, בזה נראה לכאורה דאף באיכא עדים דחייב לו אלא שאין ידוע אם חטים או שעורים, שפיר מהניא לה הודאת התובע דליכא חיוב שעורים, ואף דאיכא עדים שחייב לו לכה"פ שעורים, לא מהניא נגד הודאתו או מחילתו של התובע, ולגבות דמי שעורים מפאת תביעת חטים, גם זה לא שייך, דמאחר דחיוב שעורים ליתא הרי שוב לא הוי אלא ספק אי חייב לו חטים או לא, דהא אף העדים לא ידעי, ונימא בזה דהממע"ה. וכ"כ באמת בספר השלמה דמהכא שמעינן דטענו חטים והודה לו בשעורים אפי' עדים מעידים על השעורים פטור, דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי ואוקי ממונא בחזקת מרי, והוא להדיא כנ"ל. ועי' מהרש"א ריש שור שנגח את הפרה סוד"ה דאפי' ניזק שכתב אף הוא דמיירי הכא דאיכא עדים ולכך לא חשיב מודה בקנס. ואפשר די"ל דאף הני ראשונים דפליגי אדברי ההשלמה יתכן דס"ל דטעמא דפטור מדמי שעורים הוא משום הודאה או מחילה, אלא דס"ל לדחיקא דאיכא עדים לא חשיב הודאה או מחילה, די"ל דמאי דלא תבע להדיא השעורים הוא משום דסמך אעדים. ועי' לקמן סוף אות ק"י.

**קכ) רש"י ד"ה שקיל דאמור מזיק-** וגובה מן התם ואע"ג דקאמר ניזק בקי לי שזה לא הזיקני-מבואר מדבריו דאף הך דזה אומר מועד הזיק וזה אומר תם הזיק משתייך לשאלה דטענו חטים והודה לו שעורים. אכן יעויין בחידושי הראב"ד שכתב, וז"ל: איכא דמקשו הכא תם למועד היכי הוי כחטים ושעורים והלא התם בכלל תביעת המועד הוא ולא קושי' היא דלא מתם ומועד קא מקשי הכא אלא מגדול וקטן וכו', עכ"ל, הרי תם ומועד לא חשיב חטים ושעורים. ומאי דמבואר מהמשך סוגיין דאחד תם ואחד מועד שפיר שייך לטענו חטים והודה לו בשעורים, כתב הראב"ד דמיירי דווקא בניזקים של שני בני אדם, אבל בשל אדם אחד לא חשיב חטים ושעורים.

וסברת רש"י לכאורה, למועד הרי משתלם מן העליה ויסוד חיובו הוא לכאורה חיוב ממון, ואילו תם משתלם מגופו ולר"ע הרי גובה מגוף השור ולר"ע אין זה חיוב ממון בעלמא אלא זכות מסויימת בשור, וכשהניזק אומר דמועד הזיק הרי מודה דאין לו בשור המזיק כלום אלא חיוב ממון הוא דאיכא, ושפיר חשיב עי"ז חטים ושעורים. ודעת הראב"ד מבוארת בדברי המאירי בסוגיין, הובאו דבריו בש"מ, ע"ש שכתב, וז"ל: וגדולי המפרשים כתבו בתשובת שאלה בתם ומועד הואיל והאומר מועד הזיק כל נכסי המזיק נכנסים בתביעותו של ניזק הן השור התם הן שאר נכסיו ואין כאן טענו חטים והודה לו שעורים ומה ששאלו בגמרא למה ישלם כלום והרי אמרו טענו חטים והודה לו וכו' אינה השאלה אלא בגדול וקטן ששניהם תמים ומגופם וכו', עכ"ל. וע"ש דבמש"כ הראב"ד דע"כ דמיירי ב' ניזקים פליג המאירי וכתב דבכה"ג שפיר חשיב אף באדם אחד חטים ושעורים. ועי' חידושי הרשב"א מש"כ בדברי הראב"ד אלו.

והנה כתב הרמב"ם בפ"ט מהל' נז"מ ה"ט-י, וז"ל: היו שני השוורים הרודפין אחד גדול ואחד קטן הניזק אומר גדול הזיק והמזיק אומר קטן הזיק היה אחד תם ואחד מועד הניזק אומר מועד הזיק והמזיק אומר תם הזיק המוציא מחבירו עליו הראיה לא היתה שם ראיה ברורה שזה הזיק אלא עדים מעידים שאחד משני אלו הזיק משלם המזיק כמו שאמר ואם טען הניזק שאתה יודע ודאי שזה הזיק בפניך הרי המזיק נשבע שבועת התורה ומשולם כמו שהודה שהרי הודה במקצת, עכ"ל. וע"ש השגת הראב"ד, וז"ל: אי"א אתם ומועד קאי ומתני' דקתני המוציא מחבירו עליו הראיה כגון דקאמר שמה תם הזיק דליכא שבועה גבי' ואם תאמר להוי כמחוייב שבועה שאינו יכול לישבע דהא אומר מקצת ידענא ומקצת לא ידענא התם תובע אותו בבריא ואומר לו באמת אתה יודע, עכ"ל.

והנה מש"כ הראב"ד דאתם ומועד קאי, ע"ש במ"מ דר"ל דבתם ומועד לא חשיב חטים ושעורים מאחר

דאף גוף השור בכלל השעבוד שנתשתעבדו נכסיו אי מועד הזיק, משא"כ באחד קטן ואחד גדול. והוא לשיטתו ממה שכתב בחידושו וכן ממה שהביא המאירי מתשובתו דלא חשיב תם ומועד חטים ושעורים כלל. ולפי דבריו יוצא לכאורה דאם טענו שחייב לו בהלואה ק' זוז והשיב הנתבע שאינו חייב לו בהלואה כלום אלא יש לו פקדון מסויים אצלו, דלא חשיב בכה"ג חטים ושעורים, דגם החפץ משועבד עבור החוב, וכ"כ הש"ך בסי' פ"ח סקכ"ה, ע"ש.

ומה שכתב הרמב"ם דהיכא דאיכא עדים שהזיקו אבל אינם יודעים אם תם אם מועד אם קטן אם גדול, ר"ל דבכה"ג אינו דומה לחטים ושעורים ולכך משלם כטענת המזיק, וכן ביאר במ"מ, והוא כדברי הראשונים דפליגי אמה שתירצו אחרים דאף היכא דאיכא עדים ותו לא חשיב מודה בקנס מ"מ אית בזה פטור דטענו חטים והודה לו בשעורים, ודלא כדברי ההשלמה הנ"ל.

ובדברי הרמב"ם יש לכאורה מקום עיון האיך כתב בזה דאיכא חיוב שבועת מודה במקצת, הרי מאחר דאיכא עכ"פ עדים שהזיק אינו יכול לכפור בחיובו עכ"פ מצד שור התם, והרמב"ם הרי פסק בפ"ד מהל' טו"י דבמודה בדבר שאינו יכול לכפור פה ליכא חיוב שבועת מודה במקצת, וצ"ע.

**קכא) תוד"ה לימא תיהוי תיובתא דרבה בר נתן-** ולא מחייב ר"ג אלא שבועה וכו'- עי' תוס' שבועות דף מ' ע"ב ד"ה והודה לו בשעורים פטור דאף דפטור מדמי שעורים מ"מ חשיב לר"ג הודאה לחייב שבועה. וכבר עמדו בזה בקצוה"ח ובנתי"ח, דבקצוה"ח סי' פ"ח סק"י בסופו כתב לבאר ע"פ דברי הרא"ש בסוגיין סי' ט"ו-ט"ז ועוד ראשונים דהא דפטור מדמי שעורים הוא משום דהוי כאילו הודה התובע שאינו חייב לו שעורים, ולמעשה שפיר הודאת הנתבע שחייב שעורים הודאה, רק דכנגדה איתא להודאת התובע, אשר ממילא אין ב"ד מוציאין מיד הנתבע, אך כיון דשפיר הוי הודאה חייב הוא לצאת ידי שמים ועי"ז שפיר חשיבא הודאה לענין שבועת מבי"מ. אכן לאלו המפרשים דהא דפטור מדמי שעורים הוא משום דהוי כאילו מחל התובע, נשאר שם בקושי' האיך שייך שיתחייב שבועה בכה"ג, שהרי אין הודאתו מחייבתו כלל<sup>12</sup>.

אכן בנתי"ח סק"ג כתב לבאר דבין למ"ד דהא דפטור מדמי שעורים הוא משום מחילה, בין למ"ד דהוא משום הודאה, אין המחילה או ההודאה נגמרת עד אחר הודאת הנתבע כשעומד התובע בדבריו, אשר ממילא בשעה שהודה הנתבע הרי שפיר הויא הודאתו הודאה מעלייתא ושפיר חייב שבועה, אף דשוב מחל או הודה התובע, ע"כ תו"ד.

והנה בדברי רש"י ותוס' בסוגיין מבואר דהא דפטור מדמי שעורים הוא משום מחילה (אלא דלשונם צ"ב, ונאריך בזה לקמן, בעזה"שית) והקשה עליהם הרא"ש בסי' ט"ו, וז"ל: ותמיהני על סברא זו דמילתא דשכיחא היא שיש לאדם כמה תביעות על חברו ואין רוצה לתובעם בפעם אחת ותובע אחת מהם ומשו"ה לא מחל על שאר תביעות וכו', עכ"ל. וראיתי בחידושי תלמיד הרשב"א וברא"ש בסוגיין שכתב ליישב דברי רש"י, וז"ל: י"ל אי קאמר לי תובע לנתבע לאלתר הב לי שעורים דמודית בהו שכבר היה בדעתו לתבוע אותך אחר כן עליהם הכי נמי דמיחייב בשעורים הבי"ע שהתובע מחזיק בטענתו ואומר לא כי חטים יש לי בידך ולא היה לי בידך שעורים והשתא כי הדר תובע ואמר לי התובע הב לי שעורים שהודית לי אמר לי נתבע כבר מחלת אותם, עכ"ל. הרי מפורש בדבריו דלא נגמרה המחילה אלא אם אח"כ עומד התובע

<sup>12</sup> ונתוס' הרא"ש בסוגיין לכיון דתבעו חטין ולא תבעו שעורין מחל לו על השעורים, ודלכ' כדכריזו צ"ב. וכן מבואר מפשטות לשונו דהוי מחילה מיד שתבעו חטין ולא תבעו שעורין, ולא אמרינן דלאין המחילה נגמרת עד שעמד אח"כ כדכריזו, אשך זהו לכאורה ללא כדכריזו הנתי"ח.

בדבריו, ונמצא לדבריו דבשעת הודאת הנתבע הויה הודאתו הודאה מעלייתא, וכמשי"כ בנתיח"מ.

אכן יעויין שם בהמשך דבריו שהביא דברי הרא"ש דהא דמטור מדמי שעורים הוא מדין הודאה (ומיירי דאמר ל"י ביום פלוני ובמקום פלוני כמבואר כל זה בהרא"ש) "דהשתא כיון שלא תבע אלא חטים כבר הודה שאין לו בידו שעורים וכו' וה"ה נמי אם התובע מחזיק בטענתו ואומר לא כי אלא חטים הפקדתי בידך פטור אע"פ שאינן דנין על שעה ידועה דהא מודה שאין לו עליו תביעה אלא של חטים". ומבואר להדיא בדבריו דהא דלהרא"ש חשיבא הודאה, הרי זה מיד בטענתו חטים, דהא כתב דאם עמד על טענתו חשיבא הודאה אף שלא היתה על שעה ידועה ומקום ידוע, אשר זהו דלא כדברי הנתיבות הנ"ל שכתב דבין למי"ד משום מחילה בין למי"ד משום הודאה לא חלה ההודאה או התביעה אלא אחר שעמד בדבריו. ולמי"ד משום הודאה ע"כ צ"ל ע"ד הקצוה"ח הנ"ל דכיון דמהניא הודאתו שחייב לצאת ידי שמים שפיר חייב בשבועה.

ולכאורה אפשר לומר בביאור דברי התוס' בפשיטות, דאף דלמעשה אינו חייב בדמי שעורים משום הודאה התובע או מחל, מ"מ חייב בשבועה, דבשלמא אי נימא דהמחייב דשבועת מבי"מ הוא ההודאה, שפיר איכא למימר דבעינן דלמעשה תהיה הודאתו לבי"ד, ולא סגי לן במאי דחייב לצאת בידו שמים וכדומה, אך למאי דמבואר מדברי התוס' בב"מ דף ד' דהמחייב דהשבועה הוא מאי דע"י ההודאה חשיבא טענת התובע טענה חשובה, בזה נראה דאף דלמעשה פטור או משום הודאה או משום מחילה, מ"מ הרי היה יכול לכפור הכל, ומדהודה לטענת התובע שהוא באמת חייב לו משהו, שפיר נעשית טענת התובע לטענה חשובה, דהא זה מוכח דלר"ג אף דלא הודה ממין הטענה, מ"מ שפיר מתייחסת הודאתו לטענת התובע, דאל"ה לא היה שייך להחשיבו מודה במקצת הטענה, ושפיר י"ל כנ"ל דע"י הודאתו נעשית טענה חשובה וחייב שבועה.

והנה בהמשך דבריו כתב בתלמיד הרשב"א והרא"ש, וז"ל: וא"ת מה ראית לילך אחר הודאת התובע לזיל בתר הודאת הנתבע הא ליתא דאמרינן אוקי ממונא בחזקת מרי' וכו', עכ"ל. ביאור קושייתו, דכיון דהוא הרי הודה שחייב, מה לנו להודאת התובע, הרי הוא עכ"פ מחוייב לשלם ע"פ הודאתו כיון שלמעשה לא מחל התובע. וע"ז תי', דכיון דהוינן ב' הודאות המכחישות זו את זו הוה כמין תרי ותרי דאמרינן אוקי ממונא בחזקת מרי'. ועפ"ז יובן מה שיש לכאורה להקשות על דברי הרמב"ם, דמדבריו פ"ג טו"ג מבואר דפי' דטעמא דפטור מדמי שעורים הוא מטעם הודאה, ומי"מ פסק דאם תפס התובע לא מפקינן מידו, דצ"ב לכאורה האיך מהניא תפיסתו, הרי הודה שאינו חייב לו שעורים. וע"פ דברי תלמיד הרשב"א והרא"ש א"ש, דבאמת הרי איכא הודאת הנתבע כנגדו שחייב לו שעורים, והא דמוקמינן לה גבי נתבע אינו אלא משום דמוקמינן ממונא בחזקת מרי', אשר בזה שפיר מהני תפיסה, ודוק.

והנה דברי תלמיד הרא"ש והרשב"א דטעמא דלמעשה אינו חייב לשלם שעורים הוא משום דאוקי ממונא בחזקת מרי' נאמרו בשיטת הרא"ש, ולכאורה צ"ב דהא הרא"ש גופי' פסק דלא מהניא תפיסה, ובעלמא היכא דאמרינן אוקי ממונא בחזקת מרי' הרי שפיר מהניא תפיסה. וי"ל בזה דלשיטת הרא"ש חלוק הך דין דאוקי ממונא וכו' מדין תו"ת, דבתו"ת הגדר הוא דליכא פסק וגוף הנידון הוא בספק בלא פסק כלל, אשר בזה שפיר אמרינן דאית ל"י זכות תפיסה. אך הודאת בע"ד אינו סתם כעדות בעלמא, אלא הרי הוא כפסק וגמר הדין, אלא דבני"ד איכא ב' הודאות הסותרות זו את זו וממילא אמרינן דממונא היכא דקיימא קיימא, ובוה, כיון דבעצם אית ל"י להתובע פסק דין דכק' עדים דמי שאין הנתבע חייב לו שעורים, נשלל ממנו על ידי זה זכות התפיסה, ולהכי אמרינן דאי תפיס מפקינן מיני, ודוק.

והנה הביא הרא"ש הנ"ל בשם רש"י ותוס' דס"ל דטעמא דפטור מדמי שעורים הוא משום מחילה. והנה ז"ל רש"י שם בד"ה פטור: אף מדמי שעורים דהא אמר ל"י תובע לאו שעורים יהבי לך ואחולי אחיל גבי, עכ"ל. והנה לישנא דלאו שעורים יהבי לך לישנא דהודאה הוא ולא מחילה, דהא מודה דלית ל"י תביעה כלל, ודברי רש"י צ"ב דפתח בהודאה וסיים במחילה. ועוד יותר מפורש ד"ז בדברי התוס' שכתבו בסוד"ה לימא, וז"ל: דסברא הוא שהוא פטור כיון שהודה שאין חייב לו שעורים ומחל לו וכו', עכ"ל, הרי דהרכיבו ב' הדברים יחד, וצ"ב. (ע"י חידושי ר' ארי' לייב סוס"י ע"ז מש"כ בדברי התוס').

יעויין סנהדרין דף ו' ע"א תוד"ה צריכה קנין שכתבו בסוף דבריהם, וז"ל: ומטענו חטים הוה הודה לו בשעורים דפטור אף משעורים דמודה הוי בהו אין ראייה דהתם על כרחך לאו משום דאמרינן מדלא תבע להו סתמא אחלינהו הוי פטור אלא היינו טעמא מדלא תבע שעורים מודה הוא דלא מיחייב ל"י שעורים וכו', עכ"ל. ודבריהם סותרים לכאורה דברי התוס' הנ"ל בב"ק דכתבו דשפיר הוי משום מחילה, אף דהזכירו גם הודאה, וצ"ב.

והנה הא לא קשיא אמאי לא כתב רש"י דהוי כאומר חייב אתה שעורים והריני מוחלם, דמנא לן לדייק כן מדבריו, הא אינו אומר אלא שנתן לו חטים, ומדובר במה נתן לו אשר אין לדייק מזה אלא דנתן לו חטים ולא שעורים, והם הם דברי רש"י. וגם ל"ק כי"כ הא"ך שייך לומר דהוי מחילה, הרי אומר דלא נתן לו שעורים מעולם, דסו"ס בכלל זה מונח ויתור שלא יתבענו על זה, ועוד נרחיב בזה. אלא דהא קשיא, כיון דסו"ס מבינים מדבריו דלא נתן לו שעורים, תיפו"ל דהויא הודאה מעלייתא ואמאי הוצרכו להוסיף דהוי מחילה.

ויש לבאר ד"ז בחד מתרי טעמי, האחד, ע"פ יסוד דברי התוס' רי"ד בכתובות בסוגי' דעשאה סימן לאחר דלא נאמר דין הודאת בע"ד כק' עדים אלא בשוהה בפירוש, אך הודאה שמבינים מתוך דבריו לא הויא כק' עדים, אשר ממילא לא אתינן עלה אלא מפאת המחילה המונחת בה, ואתינן שפיר דברי רש"י ותוס' כפשטן, ולעולם טעמא דידהו משום מחילה, וכמשי"כ הרא"ש. אכן לא בריא לן דס"ל לרש"י יסוד זה דלא נאמר דין הודאת בע"ד כק' עדים אלא אם כן הודה בפירוש, דהא רש"י פלג התם אהתוסי' רי"ד. ואם כי יש לחלק בין הך דהכא לבין הא דעשאה סימן לאחר, דחוק לומר כן.

אמנם נראה דיש לבאר הא דלא מהני משום הודאה דהוא מטעם אחר, דהנה שיטת הרמ"ה והראב"ד בהא דפטור מדמי שעורים היא דכיון דקדמה הודאה לתביעה יכול לחזור ולומר משהו אני בך, והוא ע"פ התוספתא בב"מ דאיתא התם להדיא הכי, כאשר הביאו הראשונים. (ועוד נבאר דברי הרמ"ה לקמן, ע"ש.) ויש לעיין, לשיטת הרא"ש דפטור דמי שעורים הוא מצד הודאת התובע, או לרש"י ותוס' דהפטור הוא מצד מחילה, האיך הוי הודאת הנתבע הודאה כלל, הרי קדמה ההודאה להתביעה, וכדברי התוספתא. והפשוט בזה, דסבירא להו דכמו דלר"ג חשבינן טענו חטים והודה בשעורים למודה במקצת הטענה, כמו כן חשיב שפיר שקדמה התביעה להודאה. אלא דאכתי יש להעיר מזה על דברי הרא"ש שכתב טעם הפטור דהוא משום הודאת התובע שלא נתן לו שעורים, והרי לא קדמה להודאה זו שום תביעה ולהתוספתא לא נלמד דין הודאת בע"ד כק' עדים אלא היכא דהויא הודאה על תביעה. ולשיטת הרא"ש יש לחלק בין הודאה לחיוב והודאה לפטור, דכי אמרינן דבעינן שתהא תביעה קודמת להודאה, זהו בהודאה לחיוב, דליכא נאמנות דכק' עדים דיש לאחר ממון אצלו אלא אם אמר כן כתשובה לטענה אבל כשאמר סתם שיש לפלוני ממון אצלו לא חשיבא הודאה. אך שאני הודאה לפטור, שאומר שאין לו ממון אצל אחר,

דבזה הכל תלוי בו, ואדרבה, לא שייך בזה תביעת אחר, ע"כ שפיר היא הודאה.<sup>13</sup> אך בדת רש"י ותוס' נראה דס"ל דבאמת לא היא הודאה בכה"ג, דלא נתחדש אלא דין הודאת בע"ד כק' עדים דמי לחיוב, אך לפטור כיון דלא שייך על זה תביעת אחר ליתא בזה לדין הודאת בע"ד כק' עדים. אשר מהאי טעמא הוא דכתבו רש"י ותוס' דבסופו של דבר הא דפטור מדמי שעורים הוא משום מחילת התובע, דהא ליכא דין הודאה בכה"ג, וכנ"ל. ונראה עוד, דלא דמיא הך מחילה לכל מחילה, דהך מחילה לא שייך לומר שהוא על המעות, דהא מבינים מדבריו שלא נתן לו שעורים כלל, אלא יסוד הך מחילה הוא דהוי מחילה על זכות התביעה דידי, דשוב לא יוכל לתבוע עוד שנתן לו שעורים, ומחילה זאת כעין הודאה היא ולא ככל מחילה שהיא על הממון שיש לו אצל פלוני.

אשר לפ"ז אולי דאפשר לומר דליכא סתירה בדברי התוס', דהא דמחילה צריכה קנין נראה דאינו אלא היכא דבעינן שעל ידי המחילה יעשה ממון שהיה של התובע לממון הנתבע, אך היכא דאין המחילה אלא ויתור על זכות תביעה, מחילה כזאת ודאי דלא צריכה קנין. אשר זהו דכתבו התוס', דאין להביא ראיה מהא דפטור מדמי שעורים דמחילה אינה צריכה קנין, דלעולם אימא דצריכה קנין, ושאינו דמי שעורים אשר מחילה זאת מדין ומעין הודאה היא, וכנ"ל, ולהכי אינה צריכה קנין. באופן דליכא סתירה כלל בדברי התוס', ואדרבה, הן הן דבריהם בב"ק דתחילת הדין הוא בהודאה, אלא דמועיל כמחילה על זכות התביעה, וכנ"ל, ודוק.

והנה על שיטת הרמ"ה דפטור מדמי שעורים משום דאין הודאת הודאה כיון דקדמה לתביעה, הקשה בתנייה"מ דלרבנן אמאי בעינן קרא לומר דליכא שבועה, הא ליכא הודאה כלל. ואפשר לומר בזה ע"פ דברי מהר"י כ"ץ בשט"מ ב"מ ה' ע"א, דלעולם מאי דילפינן מקרא הוא באמת דפטור מדמי שעורים, וממילא הוא דליכא שבועה. אכן נראה דלשיטת הרמ"ה לא בעינן לזה, דהנה לר"ג דחייב שבועה בכה"ג מוכח דשפיר מתייחסת ההודאה להתביעה, כנ"ל, דהא אלי"כ לא הוי מודה במקצת הטענה. ונאמר דמתייחסת ההודאה להטענה, שוב הרי ע"כ חשיב שקדמה התביעה להודאה ולהכי חייב בדמי שעורים. ולרבנן ג"כ היה צריך להיות כן אילו לא היה ילפי מקרא דליכא שבועה בכה"ג, אשר יסוד לימוד זה הוא דאין זה מודה במקצת הטענה דכיון דאין ההודאה ממין הטענה, אין ההודאה מתייחסת לתביעה אשר ממילא פטור מדמי שעורים, דהא ממילא חשב קדמה הודאה לתביעה. ונמצא דדין דמי שעורים מיתלא תליא בדין השבועה, דלר"ג חשיב שפיר שקדמה תביעה להודאה, ולרבנן קדמה הודאה לתביעה, ודוק. שו"ר בחידושי ר' ארי' לייב סי' ע"ז שכתב כדברים האלה, ברוך שכונתי לדעת הרמה.

כתב הרמב"ם בפ"א מהל' טוען ונטען ה"ח, וז"ל: כור חטים יש לי בידך בודאי והנתבע אומר איני יודע אם חטים הוא או שעורים הרי זה נשבע היסת שאינו יודע ומשלם שעורין וכן כל כיוצא בזה, עכ"ל. והשיגו הראב"ד, וז"ל: א"א זה אינו שאינו משלם שעורים דהיינו דרבה בר נתן א"כ תפס וכו' עכ"ל.

וביאור דברי הרמב"ם ראיתי באבי עזרי מהדורא תליתאה, ע"פ דברי הרמב"ם פ"ג מהלכות אלו ה"י, ע"ש דמבואר מדבריו דטעמא דלרבה בר נתן פטור מדמי שעורים הוא משום הודאת התובע שאינו חייב לו שעורין. ועפ"ז י"ל דכיון דהנתבע אמר שמא חטים שמא שעורים, הרי אם נתפוס כהודאת התובע דאינו חייב לו שעורים, הרי תפסינן בזה דחייב לו חטים, דהא אף הנתבע מסופק בכך, ונהי דאינו יכול לגבות

ממנו חטים דלא מהניא הודאתו של התובע לזכותו, מ"מ כיון דאף עם הודאת התובע אכתי אית ליה תביעה על הנתבע ואין הודאתו של התובע מתנגדת לדברי הנתבע, פשיטא דיכול לגבות ממנו עכ"פ שעורים ממנ"פ, או מצד שעורים או מצד חובת החטים, ואתיין שפיר דברי הרמב"ם. וכן אתי שפיר לפ"ז סוגי' דב"ק דמבואר דלרבה בר נתן אף דמי קטן לא היה גובה, דהתם הרי מיירי בפלגא נוקא דקנסא הוא, וא"א דכיון דמסופק המזיק יוכל לגבות עכ"פ מהקטן, דעד כמה דבעינן להודאת וספיקת המזיק הרי הוי מודה בקנס דפטור, ודוק, עכתי"ד בקצרה, ע"ש.

ועוד יש לבאר באופן אחר, דע"פ הודאת הנתבע הרי ודאי דחייב לו, אלא דאי שעורים חייב לו איתא להודאת התובע שאינו חייב לו והרי הוא פטור, ואי חטים חייב לו נשאר בחיובו, ונמצא ד"ז דומה לאיני יודע אם פרעתיך דחייב, אך לעולם אין להוציא ממנו יתר על שעורים, דרק זה בעצם ודאי חייב, וז"פ. וגם לפ"ז איתא שפיר סוגי' דב"ק, דכיון דסו"ס בעינן להודאת הנתבע הרי זה מודה בקנס ופטור, וע"ד שכתבנו לעיל בשם האבי עזרי.

והנה כ"ז בשט"מ הרמב"ם, אמנם הראב"ד בב"ק ס"ל בטעמא דפטור מדמי שעורים כשיטת הרמ"ה דהוא משום דקדמה ההודאה להתביעה ולכך לא היא הודאה, אשר בזה אף בנ"ד כיון דמאי דאמר דשמא שעורין חייב לו הרי הויא בלא תביעת התובע, אין זה הודאה, ואילו מצד ההודאה דשמא חטים חייב לו, הרי אינו אלא שמא ופטור דאוקי ממונא בחזקת מרי, ע"כ שפיר השיג על דברי הרמב"ם, ודוק היטב כי נכון הוא.

**תוד"ה לימא תיהוי תיובתא דרבה בר נתן- (קכב)**  
לא מחייב ר"ג אלא שבועה וכו'. ע"י תוס' שבועות דף מ' ע"א ד"ה והודה לו בשעורין פטור שהביאו פירוש אחר בזה, והוא מאי דס"ל בסוגיין בתירוצם האי, דלעולם לר"ג חייב בדמי שעורין, ולרבנן פטור גם משבועה וגם מדמי שעורין, ע"ש שנתקשו מהיכן לו לרבה בר נתן דלרבנן פטור מדמי שעורין, הא לא פליגי אדרי"ג אלא לענין שבועה, וכתבו דשמא משמע ליי לרבה בר נתן לשון פטור דפטור לגמרי. אכן עדיין צ"ב לרבנן גופייהו מנא להו דפטור אף מדמי שעורין, וכה"ק בבב"ה"ל ח"ג סי' מ"א, ע"ש מש"כ בזה ע"פ דברי הרא"ש בסוגיין דמיירי דווקא שזה הודה בשעורים על אותה השעה גופא וכו', דבכה"ג הוי הודאת התובע הודאה שאינו חייב לו שעורין. ולפ"ז נמצא דמסברא הוא דס"ל לרבנן דפטור מדמי שעורין, אך פלוגתייהו דר"ג ורבנן הוא אפי' היכא דאינו פטור מדמי שעורין אי מ"מ פטור משבועה, דלרבנן פטור ולר"ג חייב, ומאי דפטרי רבנן בכה"ג משבועה אינו אלא מקרא, ע"ש כל דבריו.

ולכאורה י"ל בזה בפשיטות ע"פ דברי מהר"י כ"ץ בשט"מ ב"מ דף ה' ע"א, ע"ש שהקשה דאי פטור מדמי שעורים הרי ליכא הודאה כלל ואמאי בעינן ללמוד מקרא דליכא שבועה, ותי' בזה"ל: וי"ל דלת"ק היא גופה אשמעינן קרא דמשום דפטור אף מדמי שעורים א"כ ליכא הודאה ורשב"ג דמחייב בשעורים מחייב ליי נמי שבועה על החטין וכו', עכ"ל. אשר לפ"ז אתיין דברי התוס' כפשטן, דיסוד המח' דר"ג ורבנן לפי תי' זה הוא בדמי שעורים וזהו גופא דילפינן מקרא לרבנן דפטור משעורים, ולכך הוא דליכא שבועה.

אך עצם דברי מהר"י כ"ץ צ"ב לכאורה, דאי יסוד המח' דר"ג ורבנן הוא בפטור מדמי שעורים, זאת אומרת, דאי חייב בדמי שעורים ודאי דחייב שבועה, היא מוכח מדברי רבה בר נתן דטענו חטים ושעורים והודה באחד מהם חייב שבועה, דהא התם פשיטא דחייב במה שהודה, וכעין קושיית התוס' בב"ק ל"ה ע"ב ד"ה לימא, ע"ש, וצ"ב.

**קכג) רש"י ד"ה דקאמר ניזק ברי לי- ואפילו הכי**  
שקיל מן התם כל שכן דהוה תיובתא דרבה בר נתן- לכאורה צ"ב מהו הכש"כ בזה, דבפשטות מיירי באומר שמא התם הזיק שמא המועד הזיק, ובכה"ג

<sup>13</sup> ועי' פירוש הר"ה בסוגיין שכתב דהא דפטור מדמי שעורין הוא משום ש"הרי התובע אין טוען שיש לו אכלו שעורין ואין מחייבין הנתבע בחטים לשלם שעורין, והא לכאורה לכבדי הרמ"ה.

היה באמת שייך לומר דיותר מסתבר בזה שיקח המוזיק לכח"פ דמי התם מאחר דאף המוזיק אומר שמא דכבריו הוא, אבל הא מיהא פשוט לכאורה דבדין טענו חטים והודה לו בשעורים אין בזה חידוש יותר מהיכא דהוי ברי וברי, דסו"ס הרי הניזק טוען ברי דמועד הזיקו ולא תם. שו"ר שכבר העיר על כך בשט"מ בשם הר"ש. ואפשר די"ל דהא דפשוט הכא יותר שהיה לו להיות פטור הוא משום דמאחר דברי ושמא הוא הוה טענתו דמועד הזיק יותר חזקה, ואף דלא מהני להוציא מהמזיק משום דאמרינן אוקי ממונא בחזקת מרי, מ"מ מאחר דיותר ראוי לקבל הברי דמועד הזיק פשוט יותר דאית בזה כמין הודאה דמועד הזיק ולא תם וודאי דהיה לנו לומר שיפטר המוזיק מדמי תם.

והר"ש שם בשט"מ כתב דהשמא דסוגיין ר"ל שטוען דודאי לא מועד הזיק ושמא תם הזיק, והשתא שפיר הוי תיובתא מק"י, דהוכחש בתורת ודאי על תביעתו ומ"מ גובה מן התם. ויישב הר"ש בזה הא דקשיא דנימא בזה ברי ושמא ברי עדיף, דהא הכא ברי וברי הוה.

ובקצוה"ח סי' פ"ח סקט"ז כתב עד"ז בשם אחיו ליישב דברי הרמב"ם הנ"ל באות ק"ידי טענו חטים וכי דאם אמר הנתבע איני יודע צריך לשלם דמי שעורים, דזהו לכאורה נגד סוגיין דמבואר דאף בניזק אומר ברי ומוזיק אומר שמא נמי חשיב טענו חטים והודה לו בשעורים, דשאני התם דאומר שמא כדברי התובע, אבל הכא מיירי שטוען ודאי שלא הגדול הזיק, ע"ש.

## ל"ו ע"א

**קכז) תוד"ה ראוי ליטול ואין לו-** פירוש ראוי ליטול אם תפס ואין לו אם לא תפס ודוקא היכא דיש לו תביעה על שני השוורים וכי- ולפום פירושם אתי שפיר אמאי במציעתא לעיל לא אמרו ראוי ליטול ואין לו, דהרי התם באמת אין ראוי לו על ידי תפיסה, כ"ה כונת דבריהם, ופשוט. ורש"י שלא פירש כן היינו משום דפליג אדינא דהתוס' דהיכא דאין לו תביעה על שני השוורים על הגדול ועל הקטן לא מהני תפיסה, כאשר הביא בהגהות הגר"א דשאר פוסקים חולקים על דברי התוס', על כן פירש רש"י דראוי ליטול ואין לו ר"ל אילו יביא ראיה.

ועי' חידושי הרמב"ד שפירש באופן אחר, דראוי ליטול אילו היה בכלל תביעתו ואין לו מפני שלא תבעו. ונראה דפירושו זה היינו לשיטתו שכתב דמאי דבטענו חטים והודה לו בשעורים פטור אפי' מדמי שעורין הוא משום דיכול הנתבע לומר משטה אני בך מאחר שלא תבעו התובע בזה, והוא ע"ד שיטת הרמ"ה הנ"ל. אשר לפי זה שפיר כתב דבאמת היה ראוי ליטול אילו היה טוען, דבעצם היה הנתבע מתחייב ע"פ הודאתו אי אלו דעל ידי שלא תבעו התובע בזה יכול לומר משטה אני בך. אכן לדעת רש"י ותוס' דטעמא דפטור אף מדמי שעורים הוא משום דאיכא הודאה או מחילה מצד התובע, נראה לא שייך פירוש זה, דלדידהו הרי שפיר איכא מחייב מצד הנתבע, אלא דעל ידי שהודה או שמחל התובע פטור, ולא שייך בזה לומר דראוי ליטול ואין לו, כלומר, דעל ידי אי-עשייתו חסר בכחו, דבאמת לא חסר בכחו כלום רק שמחל או שהודה, ודוק.

**קכה) רש"י ד"ה רצה מזה גובה רצה מזה גובה-** ואם אבד האחד קם תבירו במקומו ומשתלם הימנו- והקשו בתוס' דלפ"ז לא הו"ל למימר ש"מ וכי' אלא הוה ל"י למפרך מסיפא דקתני אחד גדול ואחד קטן המוציא מחבירו עליו הראיה ומשלם לגדול מן הקטן א"כ כשאבד אחד מהן לא משתלם מאותו שנשאר. וכונתם, דכמו דאמרינן דאם אבד האחד קם חבירו במקומו, כך היה לנו לומר דמשתלם שאר היזק הגדול מן הגדול כיון דאין הקטן כשיווי כל תשלום חצי הנזק. ובדעת רש"י י"ל לכאורה דשאני התם דמחמת הספק לא חייל עלי' אלא חיוב תשלום שיווי הקטן ואינו משלם יותר מזה, משא"כ היכא דאבד, הרי חייל על המוזיק חיוב תשלום זה, ואם אבד האחד ובא

האחר לומר שזה שנאבד הזיק, הרי הוה ודאי חיוב וטענתו ספק ועליו להביא ראיה לפטור עצמו. ולמסקנא ליתא לדון זה אלא אמרינן לר"ע דאם אבד אחד אבד כל חיובו מאחר דנתחייב שור האחד ומוטל חיובו על השור ההוא, שוב אין החיוב חל על השור השני.

והנה יש לחקור במה שכתב רש"י דנכנס דהיכא דנאבד נכנס האחר תחתיו מהו ביאורו, די"ל דבעצם חייל חיובא אתרוייהו, אלא כיון דשפיר משתלם מן האחד אינו גובה כלל מהשני. או יש לומר דבעצם לא חייל חיובא אלא על האחד, רק היכא דנאבד שוב נכנס השני תחתיו מאחר שהיה יכול בעצם החיוב להיות עליו. ונראה דבזה הוא דנחלקו רש"י ותוס', דלרש"י פירושא דמילתא הוא כצד הב', דבעצם אף שהיה יכול החיוב לחול על כל אחד מהם, מ"מ לא חייל חיובא אלא על האחד, רק דהיכא דנאבד חייל חיובא על השני תחתיו, ועפ"ז ודאי דחלוק הוא דין נאבד אחד מהם מדין גדול וקטן, וכמו שחילקנו לעיל. אך התוס' ס"ל ביסוד זה דרש"י דפירושו דחייל חיובא אתרוייהו רק דלמעשה אינו צריך להשתלם אלא מאחד מהם, אשר מטעם זה הוא דהיכא דנאבד האחד משתלם מן האחר במקומו, ועפ"ז שפיר הקשו דא"כ דחייל אתרוייהו, ה"ה בגדול וקטן נימא הכי דחייל חיובא דשאר החצי נזק על הגדול.

**קכו) תוד"ה ש"מ-** ונראה לפרש דבשני שוורים שהזיקו שור בודאי איירי דחשיב כאילו הוה חד גופא ומשתלם מן השני וכי- צ"ב לכאורה אמאי בעינן ליסוד זה דחשיבן כאילו הוה חד גופא, ואמאי לא נימא בזה לר' נתן דהיכא דנאבד האחד כיון דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי.

**קכז) תוד"ה ורבי עקיבא היא דאמר שותפין נינהו-** וקשה דהא לעיל אמר אפילו לר' ישמעאל שחטו מה שעשה עשוי- ובדעת רש"י צ"ל לכאורה דגבי שחט מאחר דאף לר' ישמעאל תם מגופו משלם רק שיכול לסלקו בזו"ז, ממילא היכא שנשחט הוה כהכחיש ואין מה לגבות, משא"כ היכא דנאבד האחד, כיון דאכתי הוה בעולם שפיר נשאר החיוב בעינו נגד דמי השור ושפיר יכול לגבות מהשני, וצ"ע בזה.

והתוס' כתבו לבאר, וז"ל: ונראה לפרש דמשום הכי מוקי לה כר' עקיבא משום דלר' ישמעאל אין שום חידוש דפשיטא דאיבד זכותו כשאבד האחד כיון דב"ח הוא אבל לר' עקיבא דשותפי נינהו ס"ד דהוה כאילו האחד מן השנים בחזקת הניזק ומצי למימר ניזק שלך נאבד ולא שלי, עכ"ל. ונראה ביאור דבריהם, דלר' ישמעאל דמצד חוב ושעבוד גרידא אתינן עלה, הרי עדיין אין בזה חלק שהוא בעצם של הניזק, וממילא היכא דאבד האחד פשוט דיכול המוזיק לטעון דשלו נאבד וחובת הראיה מוטלת על הניזק לה"ר דזה שנשאר הוא שהזיק. אכן לדברי ר"ע דכבר משעת נגיחה יש לו להניזק בעלות וחלק בשור, בזה הוה ס"ד למימר דמאחר שודאי היה לו חלק ובעלתו בהני שוורים, אם נאבד האחד מוטלת חובת הראיה על המוזיק להוכיח דשוב אין לו להניזק בשור זה הנשאר, דס"ד דהוה כאילו אחד מן השנים בחזקת הניזק ועל המוזיק לה"ר דאינו זה שנשאר, קמ"ל דלא אמרינן הכי דהוה כאילו האחד מן השנים בחזקת הניזק אלא דבאופן כללי יש לו בעלות חצי שיווי הנזק מתוך ב' השוורים, אשר ממילא אף לדידי' אם נאבד האחד מוטלת חובת הראיה עליו.

והנה דברי התוס' בזה לשיטתם שפירשו ברייתא דלעיל דשחטו מה שעשה עשוי דאזלא כר"י. אכן דעת הרמב"ם הנ"ל ע"פ דברי הקצוה"ח דאלו ברייתא אליבא דר"ע, ע"י לעיל דף ל"ג מה שכתבנו בזה.