בארות המים

בבא קמא

ארבעה אבות

מרובה

בארות המים

בבא קמא – תוכן העניינים

בגדרי ממון המזיק ..... ג
בשיטת הרמב"ם בדין אבות ותולדות בשבת ..... ו
בענין ספק נזיקין ..... ט
בשיטת הרמב"ם בדין תפיסה בספיקות ..... יג
בשיטת הרמב"ם בגדר קרן שו"ר ..... טז
בגדר חילוק שו"ר מאש ..... כג
ביסוד חיובא דבור ..... כז
בגדר דין "ממונך" דממון המזיק ..... לג
בגדרי צרורות ..... לו
בשיטת הרמב"ם בגדר דין שור דאזיק אדם ..... מא
בענין בור המתגלגל ..... מה
בסוגיא דכותל ואילן ..... מח
בענין גניבה וגזילה בשטרות ..... נג
בגדר חיוב גניבה בדבר שיש בו רוח חיים ..... נו

בגדרי ממון המזיק

הצד השוה שבהן שדרכן להזיק ושמירתן עליך וכשהזיק חב המזיק לשלם תשלומי נזק במיטב הארץ, מבואר בפשוטו במתני׳ דאיכא חיוב שמירה בממון המזיק, ותנן לקמן (ט ב) כל שחבתי בשמירתו הכשרתי את נזקו, וכן מבואר לקמן (כג ב) דמחויב המזיק לשמור ממונו שלא יזיק ואף אם בדעתו לשלם, וז״ל הרמב״ם (פ״ה מנזקי ממון ה״א) בהמה שהיתה רועה ופרשה ונכנסה בשדות ובכרמים אף על פי שעדיין לא הזיקה מתרין בבעליה שלשה פעמים כו׳ שאסור לאדם להזיק ולשלם מה שהזיק אפילו לגרוס הנזק אסור עכ״ל.

וז״ל הרמב״ם (פ״א מהל׳ תשובה ה״א) כל מצות שבתורה בין עשה בין לא תעשה אם עבר אדם על אחת מהן בין בזדון בין בשגגה כשיעשה תשובה וישוב מחטאו חייב להתודות כו׳ וכן החובל בחבירו והמזיק ממונו אף על פי ששילם לו מה שהוא חייב לו אינו מתכפר עד שיתודה וישוב מלעשות כזה לעולם שנאמר מכל חטאות האדם עכ״ל.

ודנו האחרו׳ מהו איסור מזיק, ולשון רבנו יונה בפירושו למסכת אבות (פ״א מ״א) התורה בפירושה ניתנה שאם לא כן אי אפשר למדע ביה שהרי כתוב לא תגזול וכל נזיקין בכלל אותו הלאו עכ״ל, ומבואר לכאו׳ בדברי רבינו יונה, דגדר איסור גזל ל״ה נטילת ממון חבירו אלא איסור ממון, ולהכי כל איסור ממון בכלל הלאו, וכן משמע מלשון רש״י (ב״מ סא א) אהא דאמרי׳ למה לי לאו ברבית לאו בגזל לאו באונאה, ילמדו זה מזה שבכולן חסרון ממון שמחסר את חבירו כו׳ הלד השוה שבהן שמחסרו ממון עכ״ל, הרי דאף דבריבית ואונאה נמי איכא נטילת ממון חבירו דומיא דגזל, מ״מ פירש רש״י דעיקר גדר איסור גזל היינו מחסר ממון חבירו, ומה״ט אף מזיק ממון חבירו בכלל גזל.

וזוהי כוונת הטור (סי׳ שעח) כשם שאסור לגנוב ולגזול ממון חבירו כך אסור להזיק ממון שלו אפילו אם אינו נהנה עכ״ל, היינו דהיכא דנהנה הוי ממש דומיא דגזל, דמחסר חבירו ונוטל לעצמו, ולהכי אשמעינן הטור דכשם שאסור לגזול ממון חבירו כך אסור להזיק ממונו אף בלא הנאה.

אולם אכתי צ״ב מהו יסוד חיוב שמירה דממון המזיק, ולשון הטור (סי׳ שפט) כשם שאסור לאדם שיזיק את חבירו ואם הזיק חייב לשלם כך צריך לשמור ממונו שלא יזיק ואם הזיק חייב לשלם, ובפשוטו משמע דכשם דאדם המזיק הוי בכלל איסור גזילה (כמשמעות הטור בסי׳ שעח) ה״נ ממון המזיק הוי בכלל איסור גזילה, וית׳ להלן.

והרבה האחרו׳ כתבו דאיסור מזיק וחיוב שמירת נזיקין הוי בכלל דין השבת אבידה ובכלל מ״ע דואהבת לרעך כמוך (וע׳ יד רמה ב״ב כו א גבי איסור גרמא בנזיקין ׳דאסיר למגרס מידי דאתי מיניה היזקא לאינשי אי משום לפני עור לא תתן מכשול ואי משום ואהבת לרעך כמוך׳) אך כבר עמדו דלא סגי בזה, דא״כ יהיו באיסור מזיק וחיוב שמירת נזיקין כל גדרי השבת אבידה כפטורא דזקן ואינה לפי כבודו וכיו״ב.

והנה בזבחים (סו א) אלא מעתה גבי בור דכתיב ולא יכסנו ה״נ דאין צריך לכסות הכי השתא התם כיון דכתיב בעל הבור ישלם עליה הוא דרמי לכסויי, ומבואר לכאו׳ בדברי הגמ׳, דמהא דחייבה תורה בתשלומין שמעינן ממילא דעליה רמי לכסויי.

ויעוין בברכ״ש (סי׳ ב) בשם הגר״ח, דבכלל פרשת נזקי ממונו נכלל גם איסור מזיק כלפי שמיא יעוין שם.

ונראה להוסיף בביאור הדברים, דהנה האחרו׳ חקרו בגדר חיוב נזקי ממונו, האם יסוד המחייב מחמת חובת השמירה והפשיעה בשמירה או מחמת עצם הא דממונו הזיק, ומלינו בזה כמה נדדים, דהנה לשון רש״י (ט ב) שחבתי בשמירתו שנתחייבתי לשומרו הכשרתי את נזקו כלומר אם הזיק הכשרתי וזיממתי אותו היזק שלא שמרתיו יפה עכ״ל, וריהטת לשון רש״י משמע דיסוד חיוב נזקי ממונו היינו משום דמחויב בשמירה, ובפשיעתו בשמירה הכשיר וזימן את ההיזק.

אך כבר דחה הגרש״ש (סי׳ א׳) דע״כ אין לומר דעיקר החיוב הוי על עצם גרמת ההיזק בפשיעתו, דהא מבואר בגמ׳ (ד ב) דד׳ אבות נזיקין דמתני׳ הוו נזקי ממונו וד׳ שומרין הוו נזקי גופו, וכמו״כ מבואר התם דד׳ אבות נזיקין דמתני׳ הוו היזקא דבידים וד׳ שומרין הוו היזקא דממילא, ואם איתא דיסוד חיובא דנזקי ממונו הוי מחמת דגרם ההיזק בפשיעתו, נמצא דאף ד׳ אבות דמתני׳ הוו נזקי גופו והיזקא דממילא.

והגר״ש זצ״ל (סי׳ א׳) הקשה עוד, דאם איתא דעיקר החיוב הוי על מה דגרם ההיזק בפשיעתו, ל״ש כל הנך פירכי׳ דמתני׳, כיון דאין החיוב כלל על עצם מעשה המזיק אלא על פשיעת הבעלים, וכל הנך אבות דמתני׳ אינן אלא היכ״ת בעלמא לחייבו בשמירה [ויל״ד].

אלא ע״כ חזינן דחיוב נזקי ממונו הוי על עצם מעשה המזיק דממונו, אך אכתי חקרו האחרו׳ מהו יסוד החיוב, מי נימא דעיקר יסוד החיוב הוי מחמת חיוב השמירה והפשיעה

בשמירה, אלא דמהאי טעמא הטילה עליו תורה את האחריות על נזקי ממונו, או דילמא יסוד המחייב הוי עצם מעשה המזיק דממונו, דממונו כגופו וכשם דחייב אדם על גופו שהזיק ה"נ חייב על ממונו שהזיק, אלא דאם שמר השמירה פוטרתו.

ולשון הרמב"ם (פ"א מנזקי ממון ה"א) כל נפש היה שהיא ברשותו של אדם שהזיקה הבעלים חייבין לשלם שהרי ממונם הזיק עכ"ל, וריהטת דברי הרמב"ם משמע דהחיוב הוי על הא דממונו הזיק [ויש שהקשו מלשון הרמב"ם (פי"ד מנזקי ממון ה"ד) נפלה דליקה בחצרו ונפל גדר שלא מחמת הדליקה ועברה והדליקה בחצר אחרת, אם היה יכול לגדור הגדר שנפל ולא גדרו חייב, למה הדבר דומה לשורו שיצא והזיק שהיה לו לשמרו ולא שמרו עכ"ל, דמשמע דיסוד החיוב משום הפשיעה בשמירה, אך לכאו' אינו מוכרח, ועיקר כוונת הרמב"ם דאף דבשעת ההדלקה לא פשע וא"כ נפטריה משום אונס, מ"מ חייב כיון דלאחר מכן היה לו לשומרו, ושוב אינו אונס, ולשון הרמב"ם הוא מדברי הגמ' (כג א) כגון שהיה לו לגודרה ולא גדרה דהתם שורו הוא ולא טפח באפיה.

ובפירוש המשנה להרמב"ם (לק' ט ב) בתרגום הישן 'כל מה שיתחייב בשמירתן כו' בכל עת שיזיק אפילו שלא מדעת בעליו יתחייב בתשלומין כיון שלא שמרו', ויש שדקדקו דהחיוב הוי מחמת שלא שמר, אך בגדמ"ח ליתא לתי' 'כיון שלא שמרו' אלא הנוסח 'כל מה שנתחייב האדם בשמירתו כדי שלא יזיק בני אדם והזיק, הרי אותו הדבר מוכן, וכל זמן שהזיק ואפילו שלא ברצון בעליו חייב לשלם' (ויעו"ש בהע'), ואף לתרגום הישן יתכן דעיקר כוונת הרמב"ם 'באופן שלא שמרו'.

ובאבן האזל (פ"א מנזק"מ ה"א סקי"ד) נקט דלהך גד דעיקר החיוב הוי על עצם מעשה ממונו, דממונו שהזיק כגופו דהזיק, הא דפטור כששמר היינו מדין אונס.

ולכאו' הדברים צ"ב, דהתינח היכא דהחיוב על מעשיו, שייך לחלק בין אונס לרצון, דאינו מחויב אלא על מה שעשה מרצונו ולא על מה שעשה באונס, אך אם איתא דחיוב נזקי ממונו הוי על עצם הא דממונו הזיק, מאי שייך בזה פטור אונס, והרי אף כשלא שמר לא עשה איהו הך היזק כלל, אלא עצם המציאות דממונו הזיק מחייבתו בתשלומין, ומאי שייך בזה דין אונס [ויעוין באהא"ז לקמן שם (סקי"ז) דלידד עוד דיתכן דהוי פטור מחודש דפטרה התורה את האדם כששמר ול"ה מדין אונס יעו"ש].

אולם באמת מצינו כן גמי בעלמא, דהתוחב חצב לחבירו לבית הבליעה, היכא דהוי ברצונו חייב כרת (כמבואר בתוס' בכתובות ל ב, והו' בחי' הגרש"ש בסוגין סי' א') והיכא דתחב לו חבירו באונס ודאי דעבר האוכל איסור חצב באונס, ובעינן לפטור אונס מדינא ד"לנערה לא תעשה דבר" [וודאי דאסור להכניס עצמו לאונס כה"ג, כגון לילך למקום שיודע דיתחב לו נכרי חצב לתוך פיו לאונסו, ולא אמרינן דאיהו לאו מידי קעביד] ואף דאיהו לא עביד מידי.

וביאור הדברים, דגדר איסור חצב הוא עצם הא דנאכל החצב בגופו, ואף בלא מעשה כלל, דאיסור חצבים ועריות הוי בעצם ההנאה (ואף דרחמנא אחשביה להנאה כמעשה וכדאיתא בפרק המניח לב א ואכמ"ל) והאדם אחראי ונתבע על איסור זה, וכל דנאכל חצב בגופו, הך אדם עבר באיסור חצב, ואף דאיהו לא עביד מידי, ואף היכא דהוי לאונסו, אלא דלענין חיוב עונשין, היכא דהוי מדעתו חייב בעונשין, והיכא דהוי בשוגג נתבע כדין שוגג וחייב קרבן, והיכא דהוי לאונסו אית ליה פטור אונס מדינא ד"ולנערה לא תעשה דבר", אך מ"מ איהו עבר איסור חצב, כיון דהוא אחראי אהך איסור [דבכל איסור איכא תרתי, חדא עצם ה'חפצא דאיסורא', והב' אזהרת הגברא, ובאיסור אכילת חצב, עצם האכלות החצב בגופו הוי החפצא דאיסורא, והאדם אחראי ונתבע אהך איסורא, ומחויב למנוע דלא יאכל חצב בגופו].

וה"נ גדר הדין בממונו המזיק, דבדין ממון המזיק איכא חיוב על עצם הא דממונו הזיק, והאדם נתבע על מעשה ממונו, ולהכי היכא דנעשה הדבר בפשיעתו הרי הוא מחוייב על זה, ובלא פטור אונס היה מחויב ונתבע אף באונס, אלא דהיכא דשמר אית ליה פטור אונס [וגדר אונס בכל מקום כפי שיעור חיוב הגברא למנוע, וכדביארו האחרו' בגדר דינא דאין העכו"ם מצווין על קידוש ה', דאף דלא נאמר בהן וחי בהם, מ"מ חשיב בכלל אונס, כיון דאינן מחוייבין למסור, דרק ישראל נתחייבו למסור נפש בג"ע ובשעת השמד, וכן בדינא דבמצוות עד חומש לידדו האחרו' דגדר הדין דחשיב כאונס, דיותר משיעור החיוב נידון כאנוס, ויעוין בשי' ר' שמואל זצ"ל (סנהדרין עד א ס"ק קנג)].

והנה שיטת התוס' לקמן בפרק המניח (כז ב) ודעמייהו דאף דאדם מועד לעולם בין בשוגג בין במזיד בין באונס בין ברצון, מ"מ אדם המזיק באונס גמור פטור, ואף אונס כעין גניבה חשיב אונס גמור, ואין אדם חייב אלא באונס כעין אבידה דקרוב לפשיעה, והאחרו' לידדו בשיטת התוס', דיסוד חיובא דאדם המזיק נמי לא הוי מחמת עצם הא דגופו הזיק, אלא משום דהאדם מחויב בשמירה, וכדאיתא לק' (ד א) ושמירתן עליך אדם שמירת גופו עליו הוא כו' תני אדם שמירת גופו עליו, הרי דיסוד חיוב אדם המזיק נמי הוי משום דמחויב בשמירה [והיינו

בישן ויתכן דאף בניעור שלא בכוונה, דבזה אינו חייב משום עצם המעשה אלא מחמת חובת השמירה, ונת׳ עוד במקו״א].

ובאבן האזל (שם סקי״ח) כתב דלפ״ז אזדא כל עיקר החקירה בדין ממון המזיק, דאף את״ל דממונו המזיק כגופו המזיק, הא בגופו נמי כל דהוי שלא בכוונה אינו מחויב על עצם ההיזק, אלא מחמת חיוב השמירה.

אולם בנמוק״י (יג א מדפה״ר) ביאר הא דאדם המזיק באונס גמור פטור וז״ל אונס רחמנא פטריה כדילפינן מולנערה לא תעשה דבר עכ״ל, ומבואר דחיובו על עצם ההיזק אלא דאיכא בזה פטור אונס.

ושיטת הרמב״ן (ב״מ פב ב) דאדם המזיק חייב אף באונס גמור וז״ל מצאתי בתוס׳ בב״ק שמפרשים אותה משום אדם המזיק כו׳ שאינו חייב באונסין גדולים וסמכו אותה מן הירושלמי שאמרו בישן ובא חבירו וישן אצלו הוא המועד, ואי אפשי להעמידה דהתם משום דשני פשע בעצמו כו׳ וסוף דבר כיון שהזכירו חכמים באונס נזקין אבן מונחת בחיקו ולא הכיר בה מעולם ונפל מן הגג ברוח שאינה מצויה הרי הזכירו סוף האונסין כולם, דרוח שאינה מצויה אפילו כאותה של אליהו במשמע כו׳ רוח שאינה מצויה לא הוזכרה בתלמוד אלא לענין אונס דהוא מן האונסין הגדולים שבעולם, ואין כאן מקום להאריך בזה יותר מדאי עכ״ל, ובפשוטו מבואר בדברי הרמב״ן דאדם המזיק חייב בכל אונס ואף באונס גמור, ותמהו האחרו׳ דהא מבואר בגמ׳ דאדם שמירת גופו עליו, אלמא דיסודו משום חיוב שמירה.

והחזו״א (ב״ק סי׳ יא סקכ״א) כתב בנראה דמודה הרמב״ן דבאונס גמור ממש פטור אדם המזיק וכל דברי הרמב״ן מיירי בגוונא דאפשר לו ליזהר אף דאין הנזק מצוי ואי״ל לחוש לו (ויעו״ש דנתקשה דא״כ מה הוקשה להרמב״ן בישן ויעו״ש מש״כ) וכן ליידד ר׳ שמואל זצ״ל (סי׳ ו׳ סק״ז) דהרמב״ן איירי רק באופן דאיכא צד רחוק מאוד שיזיק והוי מצי להשמר מלהזיק, וכגון בנפל מן הגג ברוח שאינה מצויה דכתב הרמב״ן דאפילו כעין של אליהו במשמע התם נמי אילו לא היה עולה לגג לא היה נופל, דבזה אמרינן דאדם הו״ל לאסוקי אדעתיה אפילו בדבר רחוק ומתחייב שלא נשמר מזה יעו״ש.

אך לכאורה יתכן לדון עוד, דהא דתנן ״שמירתן עליך״ היינו לאפוקי היכא דהניזק פשע בעצמו, וכן אדם שמירת גופו ״עליו״, וכדביאר הרמב״ן דמה״ט פטור בישן ובא חבירו וישן אצלו, ולישנא דגמ׳ (זבחים סו א) כיון דכתיב בעל הבור ישלם ׳עליה הוא׳ דרמי לכסויי [ולא אמרינן רמי עליה לכסויי] ויתכן דאתי למימר דאף דבבור הניזק הולך אצל המזיק, וס״ד דעל הניזק מוטלת חובת השמירה, קמ״ל דעל המזיק מוטלת חובת השמירה.

ומבואר ב׳ דרכים בגדר דין נזקי ממונו, הא׳ דנזקי ממונו כנזקי כגופו, וכשם דנתבע אדם על נזקי גופו ה״נ נתבע על נזקי ממונו, אלא דאם שמר אית ליה פטור אונס, והב׳ דיסוד החיוב הוי חובת שמירה, דחייבתו תורה לשמור ממונו שלא יזיק, אלא דכל דפשע בשמירתו הטילה עליו תורה אחריות לנזקי ממונו.

ומעתה נהדר לחיוב שמירת נזיקין, דמבואר בזבחים דמצינן למילף ליה מעצם חובת התשלומין, וכדביארו הגר״א והברכ״ש, והנה אי נימא דיסוד חיוב תשלומין דנזקי ממונו הוי מחמת חובת השמירה, דכיון דחייב בשמירה ופשע בשמירתו הטילה עליו תורה אחריות על נזקי ממונו [וכ״ש אי נימא כמשמעות רש״י (ט ב) דחייב על עצם הכשר ההיזק שגרם בפשיעתו] מבואר בפשיטות, דמהא דחייבתו תורה בתשלומין שמעינן ממילא דמחויב בשמירה.

אך אי נימא דיסוד המחייב הוי עצם מעשה המזיק דממונו, אלא דאם שמר אית ליה פטור אונס, נ״ב לכאורה היאך שמעינן חובת שמירה מחיוב תשלומין.

ונראה לדרך זו יסוד איסור מזיק הוי בכלל איסור גזל, אלא דלולי דחייבתו תורה בתשלומין, הא אכתי לא שמעינן דאיהו אחראי ונתבע על מעשה ממונו, וממילא לא הוי בכלל גזל, אך אחר דגלי לן קרא דחייב בתשלומין, דשמעינן דהאדם נתבע ואחראי על איסור ממון חבירו הנעשה ע״י ממונו, שוב הו״ל בכלל איסור גזל, וזהו ביאור דברי הטור, דאף נזקי ממונו הוי בכלל גזל.

ובעיקר הדבר ددין חיוב השמירה נלמד מעצם חיוב התשלומין, עמדו דהא במתני׳ תנן הלד השור שבהן דרכן להזיק ושמירתן עליך וכשהזיק חב המזיק כו׳ ומבואר ברש״י (ו א) דהא דשמירתן עליך הוי מכלל הלד השור, וכדמשמע בגמ׳ (ב ב ובכ״ד) וא״כ מבואר דאף לולי חיוב התשלומין ידעינן דאיכא חובת שמירה, ונאמרו בזה כמה דרכים, ויעוין בנמוק״י דפירש לישנא דמתני׳ ושמירתן עליך ׳שאין אתה חייב בנזקיהן אלא בזמן ששמירתן עליך ופשעת בשמירתן עד שהזיקו לאפוקי היכא דמסרינהו לאחרינא לנטורינהו כדהזו ופשע בהן שומר דהשני חייב והראשון פטור ולאפוקי נמי היכא דנטרינהו כאורחייהו והזיקו דפטור׳, ומבואר דעיקר כוונת מתני׳ לאפוקי היכא דשמר, ולפ״ז לא נתבאר במתני׳ דידעינן חיוב שמירה קודם דילפי׳ החיוב.

בשיטת הרמב"ם בדין אבות ותולדות בשבת

מאי איכא בין אב לתולדה נפקא מינה דאילו עביד שתי אבות בהדי הדדי אי נמי שתי תולדות בהדי הדדי מחייב אכל חדא וחדא ואילו עביד אב ותולדה דידיה לא מחייב אלא חדא ולרבי אליעזר דמחייב אתולדה במקום אב אמאי קרי ליה אב ואמאי קרי לה תולדה כו'.

כתב הרמב"ם (פ"ז משגגות ה"ו) עשה תולדה של אב זה ותולדה של אב זה בהעלם אחת ירא'ה לי שהוא חייב שתי חטאות עכ"ל, וכבר נשאל רבנו אברהם בן הרמב"ם (בדרכת אברהם סי' יג, והו' בכס"מ) דהא תלמוד ערוך הוא בסוגין [וכן בשבת ר"פ הזורק (לו ב)] ואמאי כתב הרמב"ם ירא'ה לי.

והשער המלך (הל' שגגות שם) כתב לישב, דהנה ברים מסכת מועד קטן (ב ב) איתמר המנכש והמשקה מים לזרעים בשבת משום מאי מתרינן ביה רבה אמר משום חורש רב יוסף אמר משום זורע כו' אמר ליה אביי לרבה לדידך קשיא ולרב יוסף קשיא לדידך קשיא משום חורש אין משום זורע לא לרב יוסף קשיא משום זורע אין משום חורש לא וכי תימא כל היכא דאיכא תרתי לא מיחייב אלא חדא והאמר רב כהנא זומר וצריך לעצים חייב שתים אחת משום נוטע ואחת משום קוצר קשיא, הרי דבדברי אביי הכא מבואר נמי דתרי תולדות דתרי אבות חייב תרתי, אולם יש לומר דרבה ורב יוסף דפליגי התם פליגי בזה גופא, וסברי דבתרי תולדות דתרי אבות לא מיחייב אלא חדא, ופליגי אסוגין, ולהכי כתב הרמב"ם ירא'ה לי.

ואף דהרמב"ם פסק התם דחייב חדא, כתב השער המלך דס"ל להרמב"ם דלקושטא דמילתא לא פליגי, אלא דהכא בסוגין מיירי בעשה ב' תולדות בב' מעשים, ובזה מודו רבה ורב יוסף דחייב תרתי, והא דסברי התם דלא מיחייב אלא חדא היינו דוקא בעשה מעשה אחד דאית ביה תרי תולדות כי התם.

ור' שמואל זצ"ל (סי' ג') תמה ע"ד השער המלך, חדא דמאי סברא היא זו, והא כיון דגבי אבות חזינן דאף במעשה אחד חייב תרתי, וכזומר וצריך לעצים, וכן אף בתולדות איכא דין חילוק מלאכות דמה"ט היכא דעביד תרי תולדות בתרי מעשים חייב תרתי, א"כ מה נשתנה מעשה אחד דאית ביה תרי תולדות דלא מיחייב אלא חדא.

ועוד תמה ר' שמואל זצ"ל בעיקר תירוץ השער המלך, דאף אי נקבל הך חילוקא דבתרי תולדות במעשה אחד לא מיחייב אלא חדא, היינו דליכא בזה דין מחלק להתחייב תרתי, אך הרי עיקר פלוגתא דרבה ור"י בסוגיא דמו"ק מיירי לענין התראה, דרבה סבר דמתרינן ביה משום חורש דוקא ור"י סבר דמתרינן ביה משום זורע דוקא, ואם איתא דתרוויהו מודו דאית ביה בין משום חורש ובין משום זורע, אלא דסברי דאין חייב אלא חדא, אמאי לא יוכלו להתרות בו בין משום חורש ובין משום זורע.

אולם הביא דבדברי הריטב"א (מו"ק שם) חזינן כדברי השער המלך, דהריטב"א ביאר התם טעמא דרבה ור"י דלא מיחייב תרתי כקושית אביי, דרבה אזיל לטעמיה (פסחים מח א, מכות כא ב) דאין חילוק מלאכות ביו"ט (ומפרש הריטב"א סוגיא דמו"ק ביו"ט ולא גרים התם בשבת) וסייס הריטב"א וז"ל קשיא לי דאפי' סבירא להו דלא מיחייב אלא חדא אמאי לא מתרינן ביה בין בזו ובין בזו, ותירץ וז"ל יש לומר דליכא לאתרויי ביה אלא בהוא דהוי עיקר טפי ועלה מלקינן ליה עכ"ל, והדבריס צריכים ביאור.

והנה בעיקר סברת השער המלך, דנהי דבאבות כל היכא דאיכא דעביד תרי אבות חייב תרתי אף במעשה אחד, מ"מ בתולדות אינו חייב על תרי תולדות אלא בב' מעשים חלוקין ולא במעשה אחד, נראה לבאר, בהקדם ביאור עיקר גדר דין חילוק מלאכות בשבת, דהנה האחרו' דנו בגדר דין חילוק מלאכות בשבת, האם הוי כעין דין גופין מחלקין (וכעין דין תמחויין מחלקין למאן דאית ליה) או מדין שמות מחלקין, ולשון רש"י (שבת ע א) חילוק מלאכות שגופי מלאכות מתחלקים לחטאות, ושם (עב ב) טחינה וקצירה שהן שני גופין, ובכריתות (טז א) שני גופי עבירות כאילו קצר וזרע בהעלם אחת.

אך לשון רש"י בסנהדרין (סב ב) קצירה וטחינה דאיכא שמות מחולקין ומשום הכי חייב שתים עכ"ל, והתוס' רי"ד (שבת קנח א) כתב וז"ל משמר משום מאי מתרינן ביה, פירוש כיון דהבערה לחלק יוצאת כאלו כתיב לאו אכל מלאכה ומלאכה דמי והו"ל כמו לאוין דחלב ודם שהן חלוקין זה מזה וצריך להתרות על החלב משום חלב ועל הדם משום דם עכ"ל, ומבואר דכל מלאכה חשיבא כאיסור בפנ"ע, וכאילו נאמר לא תחרוש ולא תזרע וכו' ומהאי טעמא בעי להתרות בשם המלאכה דוקא ולא סגי להתרות בלאו דלא תעשה כל מלאכה גרידא [וכתבו האחרו' דיש לומר דתלי בפלוגתא דתנאי, דלרבי נתן (שבת ע א) דסבר הבערה לחלק יצאת ויליף מהתם חילוק מלאכות, הוי יצאתא דכל המלאכות חשיבי כשמות חלוקין דומיא דהבערה, אך לר"י דסבר דהבערה ללאו יצאת דלדידיה יצאי' חילוק מלאכות מקרא דמאחת מהנה או מקרא דמחלליה מות יומת (שבת שם) י"ל דהוי כגופין מוחלקין גרידא, ויישבו בזה סתירת ד' רש"י].

ודנו האחרו' לר"א דמחייב אתולדה במקום אב, אי אף בזה אמרי' דחשיבי כשמות חלוקין, או דילמא בזה ודאי לא הוי אלא כגופין מוחלקין, וכתבו האחרו' דתלי בפלוגתת התוס' והראשונים, דבתוס' בסוגין מבואר דאף לר"א בעי להתרות בתולדה בשם האב, ומשמע דהאב והתולדה לא חשיבי שמות מוחלקין, וע"כ דהא דר"א מחייב תרתי היינו משום דהוו כגופין מוחלקין, אך בדברי הראשונים בשבת (לו ב) מבואר דלר"א מתרין בתולדה בשם דידה, ולדידהו י"ל דלר"א אף האב והתולדה חשיבי כשמות מוחלקין.

ומעתה לשיטת תוס' דאב ותולדה לר"א חשיבי שם אחד, יש לבאר סברת השער המלך, דיש לומר דלפ"ז אף תרי תולדות דתרי אבות לא חשיבי שמות מוחלקין, דדוקא אבות דומיא דהבערה חשיבי כשמות מוחלקין, וכאילו נאמר על כל אב ואב לאו בפנ"ע, אך כל התולדות אית להו שם מלאכה סתם, אלא הא דתרי תולדות מחלקין לחטאות היינו משום דחשיבי כגופין מוחלקין (ויעוין בחי' ר' שמואל זצ"ל (שם סק"ב).

ומעתה מבואר סברת השער המלך, דבתרי אבות דחשיבי כשמות מוחלקין, אף במעשה אחד חייב תרתי, אך בתרי תולדות דלא חשיבי שמות מוחלקין אלא גופין מוחלקין גרידי, היינו דוקא בתרי מעשים, אך במעשה אחד דאית ביה משום תרי תולדות, ל"ש לדונו כגופין מוחלקין, דהא ליכא אלא מעשה אחד.

והנה לשון רש"י בסוגין אילו עביד אב ותולדה דידיה לא מיחייב אלא חדא אאב מלאכה אבל אתולדה דידיה לא מיחייב עכ"ל, ומשמע מדבריו דהחיוב הוי על האב גרידא ולא על תרוויהו, וכן דקדקו האחרו' מלישנא דגמ' בסוגין 'ולרבי אליעזר דמיחייב אתולדה במקום אב', אלמא דלחכמים ליכא חיוב על התולדה [אולם גירסת רש"י גופיה ולר"א דמחייב תרתי] ובתוס' תלמיד ר"ת ור"א כתב וז"ל אית ספרים דגרים בהו אי עביד אב ותולדה דידיה אאב מיחייב אתולדה לא מיחייב (וכ"ג מהר"י כץ בשטמ"ק) ושם דחה וז"ל ולא נהירא דהכי קא מיחייב אתולדה כמו אאב, לפיכך כך היא עיקר הגירסא דאי עביד אב ותולדה דידיה לא מחייב אלא חדא מפי רבי עכ"ל, אך בלשון רש"י נראה דבאמת אינו חייב אלא על האב ולא על התולדה.

וכן נראה מלשון רש"י בשבת (עה ב) תנא הרי אלו למעוטי שאם עשה תולדותיהם עמהן דאינו מביא עליהן חטאת ודלא כר' אליעזר דמחייב אתולדה עם האב עכ"ל, וכן נראה עוד מלשון רש"י (שבת ו ב) אפילו עשה תולדותיהן עמהן אינו מביא על התולדה היכא דעשאה עם אביה כו' עכ"ל [ויעוין עוד להלן בדברי רש"י שם] וכן נקטו התפא"ש והפור"י בסוגין בכוונת רש"י, דאינו חייב אלא על האב ולא על התולדה יעו"ש.

אולם האחרו' תמהו בזה מסברא, ועוד העירו מלשון רש"י בשבת (ו ב) דאף דתחילה כתב דאינו מביא על התולדה, אך סיים התס וז"ל דהוה ליה כעושה וחוזר ועושה דכולה חדא עבירה היא עכ"ל, הרי מבואר דהוי כעושה וחוזר ועושה דחייב חדא אתרוויהו, וכתבו דלשון רש"י לאו דוקא.

ונראה בביאור דברי רש"י, דהנה לקמן בפרק המניח (לד ב) תנן יש חייב על מעשה שורו ופטור על מעשה עצמו פטור על מעשה שורו וחייב על מעשה עצמו כילד כו' שורו שהדליק את הגדיש בשבת חייב והוא שהדליק את הגדיש בשבת פטור מפני שהוא מתחייב בנפשו, ובירושלמי (פ"ג דכתובות ה"א) החוסם את הפרה משלש שנת קבין לפרה וארבעה קבין לחמור כו' מכיון שחסם נתחייב מכות מיכן ואילך בתשלומין, התיב רבי זעירא קומי רבי מנא הרי המלית גדישו של חבירו בשבת על שיבולת הראשון חייב מכות מיכן ואילך בתשלומין ולית אמר כן על כל שיבולת ושיבולת יש בה התריית מיתה וכא על כל חסימה וחסימה יש בה התריית מכות.

והרשב"א (כתובות לז א) עמד בהא דהבא על חייבי מיתות פטור מקנס והא משעת הערמה נתחייב מיתה וחיוב ממון הוי בגמר ביאה, ותירץ הרשב"א ד'אף על גב דמשעת הערמה איחייב מ"מ כל שעתא ושעתא עביד חיוב מיתה עד גמר ביאה, וכענין הזה אמרו בירושלמי בפרקין תני החוסם כו' מ"מ למדנו ממנה דאע"ג דנתחייב מעיקרא נפשות כיון דכל שעתא ושעתא מתעסק בחיוב נפשות פטור מן התשלומין עכ"ל, ויעוין בחי' הגרע"א (שם לא ב) ובשאר אחרו'.

ומבואר לכאורה בדברי הירושלמי דמעיקרא ס"ד דכל היכא דכבר נתחייב בתחילת המעשה, אף דכל שעה ושעה חוזר ועושה מעשה המחייב מיתה, ליכא בזה דין קלב"מ, אלא דמותבינן ליה ממתני' דהמדליק את הגדיש, וכן מדברי הרשב"א מבואר דמסברא לא פשיטא ליה כן, אלא דהוכיח כן מדברי הירושלמי.

והדברים צריכים ביאור, דלכאורה כל חלק וחלק מהמעשה מחייב מיתה בפני עצמו בשוה, ואפשר לחייבו אף על סוף המעשה גרידא בלא תחילת המעשה, ובשוגג כשמביא חטאת הוי על כל המעשה, וכמו"כ במזיד ואתרו ביה, מחייבים אותו על כל המעשה, ואמאי ס"ד דליכא קלב"מ אלא בתחילת המעשה.

ומלשון הגרע"א (שם) נראה עוד, דאף למסקנת הירושלמי דאיכא בזה קלב"מ, מ"מ חשיב רק כחייבי מיתות

שוגגין, דחשיב מעשה הראוי לחייב, אך החיוב בפועל הוי רק על תחילת המעשה, וע"ב דאמאי לא יתחייב אף על סוף המעשה וכנ"ל.

ונראה בביאור הדברים, דהנה חזינן דכל היכא דליכא מחלק אינו חייב אלא חטאת אחת בשוגג ומלקות אחת במזיד, ומשום דהכל חשיב כחדא עבירה, ומעתה יש לדון, דבאמת כל דליכא מחלק אי אפשר לחייבו אלא על תחילת העבירה, אך מה דהוסיף בעבירה חשיב כריבוי בשיעורים גרידא, דמגדיל את העבירה הראשונה, אך ליכא בזה עבירה נוספת, ולהכי לא מצינן לחייבו אלא על תחילת העבירה.

ובזה מבואריס דברי הירושלמי, די"ל דליכא דין קלב"מ אלא על תחילת המעשה, דהך מעשה מחייבו מיתה, אך סוף המעשה באמת אינו מחייבו.

ומעתה מבואריס דברי רש"י דבעביד אב ותולדה לא מיחייב אלא אחד 'דהוה ליה כעושה וחוזר ועושה דכולה חדא עבירה היא' דבאמת עיקר כוונת רש"י דכל עושה וחוזר ועושה אין חייב אלא על המעשה הראשון ואף בעביד תרי אבות, ובעביד אב ותולדה חייב על האב והי"ה דהיכא דעביד תולדה ואח"כ אב חייב על התולדה ולא על האב, דלעולם חייב רק על המעשה הראשון.

[ויש לומר דאף למסקנת הירושלמי כן הוא, אלא דמ"מ איכא בזה דין קלב"מ, דהרי איכא דינא דהתראות מחלקות, וכדתנן בנזיר (מב א) ובמכות (כא ב) נזיר שהיה שותה יין כל היום אין חייב אלא אחת אמרו לו אל תשתה אל תשתה והוא שותה חייב על כל אחת ואחת כו' ובפשוטו היינו דע"י ההתראות החלוקות מתחלק עצם המעשה וחשיבי ב' עבירות [ובדברי הר"ן (נדרים יז א) חזינן טפי יעו"ש ואכמ"ל] ומעתה יש לומר דלענין קלב"מ סגי בזה דאילו היו מתרין בו היה מתחייב, ואף דע"י ההתראה היה משתנה המעשה להיות נידון כב' מעשים, אך גדולה מזו מצינו, דשיטת רש"י (לקמן לה א) דאף במקלקל איכא קלב"מ דומיא דשוגגין, והתוס' (שם) דחו דשאני מקלקל דלא הוי מלאכה כלל, אולם בירושלמי (פ"ב דשבת ה"ה) איתא להדיא כדברי רש"י, וז"ל הירושלמי, שורו שהליק את הגדיש בשבת חייב והוא שהליק את הגדיש בשבת פטור, שורו שהליק את הגדיש בשבת חייב שלא לצורך והכא הוא שהליק את הגדיש בשבת פטור כו' א"ר חנניה בריה דר' הילל מאחר שלא לצורך היה מתחייב בנפשו וכאן אפילו שלא לצורך יהא פטור מן התשלומין מן הדא מכה בהמה ישלמנה ומכה אדם יומת מה מכה בהמה לא חלקתה בה בין שוגג למזיד לחייבו ממון אף מכה אדם לא תחלוק בו בין שוגג בין מזיד לפטור ממון עכ"ל הירושלמי, הרי דכל דהך מעשה עצמו ראוי לבא לידי חיוב איכא בזה פטור קלב"מ, וה"נ הך מעשה ראוי לבא לידי חיוב ע"י חילוק התראה, ואף דבירושלמי (כתובות שם) מבואר דאף גבי מלקות דחסימה אמרי' כן, אך כבר ליידדו האחרו' דהירושלמי אזיל כר"ל דאף חייבי מלקות שוגגין פטורין מן התשלומין.]

ומעתה יתכן לדון לישב תמיהת ר' שמואל זצ"ל ע"ד הריטב"א והשער המלך, דמבואר בדבריהם דכל היכא דליכא חילוק מלאכות, לא מהניא התראה אלא אהך מלאכה דהויא עיקר טפי, וע"ב דנהי דליכא מחלק אך אמאי לא מצינן להתרות משום כל חדא מינייהו.

ולמשנ"ת נראה לדון דכשם דבעושה וחוזר ועושה, עיקר החיוב הוי על תחילת המעשה, וסוף המעשה נידון כריבוי בשיעורים גרידא, ה"ה בעושה מעשה אחד דאית ביה ב' תולדות והאחת עיקר טפי מחברתה, דייינין דעיקר העבירה הויא הך מלאכה דחשיבא טפי, ואידך מלאכה הויא כעין ריבוי בשיעורים, וממילא לא מצינן לחייבו אלא אהך מלאכה דהויא עיקר טפי.

בענין ספק נזיקין

מהו דתימא כי פליג רחמנא בין תס למועד ה"מ בתלושה אבל במחוברת אימא כולה מועדת היא כו' והקשה הרשב"א וז"ל קשיא לי אדרבה אימא כולה תמה היא לשלם חצי נזק בלחוד דכל לאפוקי ממונא קולא לתובע וחומרא לנתבע, ותירץ הרשב"א וז"ל יש לומר דאדרבה בנזיקין ספיקי דידהו להחמיר כאיסורין [ועוד תירץ הרשב"א דעוי"ל דלפחות מן התלושה אי אפשר דק"ו הוא].

ומבואר בדברי הרשב"א (בתי' קמא) דאף דבעלמא קי"ל דספיקא דממונא לקולא לנתבע, מ"מ בספק ממון דנזיקין אזלינן לחומרא כדין איסורין דקי"ל ספק איסורא דאורייתא לחומרא, וכבר עמדו האחרו' דהדברים צריכים ביאור בתלתא, מגמרא, מסברא, ומדברי הרשב"א גופיה.

א) מסברא – כיון דבכל ספק ממון אזלינן לקולא לנתבע ולא מפקינן ממונא מספיקא, מה נשתנה ספק ממון דנזיקין, ולכאורה כל הנך טעמי דאשכחנא בהא דספק ממונא לקולא שייכי נמי בספק חיוב ממון דנזיקין.

ב) מגמרא – בכמה דוכתי במכילתין מבואר להדיא דאף בספק ממון דנזיקין דייינין דינא דהמוציא מחבירו עליו הראיה, לקמן בפירקין (ו ב) מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם מיטב שדהו של ניזק ומיטב כרמו של ניזק דברי רבי ישמעאל כו' אבל שמינה משלם שמינה אבל כחושה משלם שמינה אמר רב אידי בר אבין הכא במאי עסקינן כגון שאבל ערוגה בין הערוגות ולא ידעינן אי כחושה אבל אי שמינה אבל דמשלם שמינה, אמר רבא ומה אילו ידעינן דכחושה אבל לא משלם אלא כחושה השתא דלא ידעינן אי כחושה אבל אי שמינה אבל משלם שמינה המוציא מחבירו עליו הראיה כו', ובפרק המניח (לה א) שור שהיה רודף אחר שור אחר והוזק זה אומר שורך הזיק וזה אומר לא כי אלא בשלא נקה המוציא מחבירו עליו הראיה, ובריש פרק הפרה (מו א) שור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בגדה ואין ידוע אם עד שלא נגחה ילדה אם משנגחה ילדה משלם חצי נזק לפרה ורביע נזק לולד כו' אמר רב יהודה אמר שמואל זו דברי סומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין אבל חכמים אומרים זה כלל גדול בדין המוציא מחבירו עליו הראיה כו', ומבואר להדיא בכל הנך דוכתי דאף בספק ממון דנזיקין איכא דינא דהמוציא מחבירו עליו הראיה.

ובפשוטו מבארים דכל דברי הרשב"א דספק נזיקין לחומרא היינו דוקא בספיקא דדינא, אך בספק המעשה אזלינן לקולא ככל שאר ספק ממון, אך טעמא דמילתא וגדר הדבר צריך ביאור [ויעוין עוד בברכ"ש (סס"ב)].

ג) סתירת דברי הרשב"א – לקמן (ג א) לכתוב רחמנא ושילח ולא בעי וביער דמשמע רגל ומשמע שן כו' מכדי שקולין הן ויבאו שניהם דהי מינייהו מפקת כו' והקשה הרשב"א שם וז"ל קשיא לי אדרבה לימא הי מינייהו מעיילת דהא קי"ל המוציא מחברו עליו הראיה [ותירץ הרשב"א וז"ל וניחא לי דאם איתא אי מדינא מפקת תרוייהו מן הספק מאי אהני לן קרא ולמה כתבינהו רחמנא, אלא כיון דתרוייהו משתמעי מיניה וליכא דעדיפא מחברתה ע"כ לא מפקת חד מינייהו].

הרי מבואר מדברי הרשב"א דאף בספיקא דנזיקין אזלינן לקולא [ויש שתי' דתירוץ בתרא דהרשב"א (ב ב) סבר דספק נזיקין לקולא כדנקט בקושייתו, וכוותיה אזיל הרשב"א בקושייתו (ג א)].

והנה בעיקר ביאור דברי הרשב"א, אמאי בספק נזיקין אזלינן לחומרא כאיסורין, תירצו האחרו' דבנזיקין איכא נמי איסור מזיק וחיוב שמירה, והא הוי דין איסור ואזלינן ביה לחומרא, ויש לומר דמהאי טעמא אף לענין חיוב התשלומין אזלינן לחומרא [וביארו בזה בב' דרכים: הדרך א' – דדין התשלומין הוי תולדה מחיוב השמירה, וכהך לד דהפשיעה בשמירה היא עצם המחייב בתשלומין, וכיון דלענין חיוב השמירה הוכרע לחומרא ממילא אזלינן לחומרא אף לענין חיוב התשלומין, אלא דתמהו דלכאורה הא דאזלינן לחומרא אינו אלא בתורת ספק, וא"כ נהי דלענין עצם חיוב השמירה אזלינן לחומרא, אך לענין התולדה דחיוב התשלומין הו"ל למיזל לקולא (ולמשי"ת להלן לא קשיא). הדרך הב' – דכיון דלענין דין האיסור וחיוב השמירה אזלינן לחומרא, מעתה מפרשינן הכי לקרא בתורת ודאי].

והביאו האחרו' מהא דמצינו בדיני הרחקת נזיקין דפרק לא יחפור, דבספק אזלינן לחומרא לכמה ראשונים, דבב"ב (יח א) א יפתח אדם חנות של נחתומין ושל צבעין תחת אוצרו של חבירו ולא רפת בקר כו' (כ ב) אם היתה רפת קודמת לאוצר מותר בעי אביי כיבד וריבץ לאוצר מהו ריבה בחלונות מהו כו' ופסק הרמב"ם (פ"ט משכנים הי"ג) בכל הנך בעיי דלכתחילה אם בא לסמוך 'בעל אוצר מעכב עליו, ואם עבר ועשה תנור וכיוצא בו אין בעל האוצר יכול להסיר התנור בכל אלו', וכן ריהטת דברי הרשב"א (שם כ ב) וכן מבואר מדברי הרשב"א בתשו' (ח"ג סי'

קסב) דבספק אסור לסמוך לכתחילה ואם סמל אין צריך להרחיק, ויעוין בבהגר"א (סי' קנה סק"ח) דנקט בשיטת הרמב"ם, דהיינו טעמא משום איסור מזיק דדייניגן ביה דין ספק איסורא לחומרא, אלא דאם עבר ועשה אין צריך להרחיק דחשיב כמוחזק ולא מפקינן מיניה יעוין שם [אך דעת הרא"ש (ב"ב שם סי' ו) דאף לכתחילה לא מזקקינן ליה להרחיק].

אולם כבר תמהו בזה, דלכאו' בהך ספק אי קרן מחוברת הויא כולה תמה או כולה מועדת ליכא נפק"מ כלל לענין איסור מזיק וחיוב השמירה, דהרי אף אי כולה תמה נמי איכא איסור מזיק וחיוב שמירה, ואדרבה בתם בעינן שמירה מעולה טפי ממועד דסגי ליה בשמירה פחותה, ובאיתו בזה האחרו' בכמה דרכים.

ועוד דאם נבא לדמות לדין נזקי שכניס, לכאורה הכא דמי לגוונא דקדש וסמך, דהרי הנידון לחייבו לשמור שורו, וא"מ [מיהו בלא"ה האחרו' דנו לבאר דהא דאסרינן לכתחילה לסמוך ל"ה משום ספק איסור מזיק לחומרא כהגר"א, אלא דכל זמן דלא סמך חשיב הניזק כמוחזק ואכ"מ].

ונראה לדון בביאור דברי הרשב"א באופן אחר, דהנה האחרו' דנו להוכיח מכ"ד דספק ממונא לקולא היינו אף בגוונא דל"ש דין מוחזק כלל, וכדמשמע לכאורה ברשב"ם (ב"ב נז ב) דאף לענין להשתמש לכתחילה בממון חבירו שרי מספיקא יעו"ש, ולכאורה יש לבאר, דהנה שיטת הרמב"ם בכ"ד דספיקא דאורייתא לקולא מדאורייתא ורק מדרבנן אזלינן לחומרא, ולכאורה לפ"ז מבואר דין ספק ממונא לקולא בפשיטות, דלא החמירו אלא בספק איסורא, אך בספק ממונא אזלינן לקולא ואף לענין איסור גזל כיון דהוי איסורא דממונא [ובמקו"א נתבאר בזה עוד בשיטת הרמב"ם, דמה"ט אף בספק מצוה דממונא אזלי' לקולא].

ומעתה נראה בביאור דברי הרשב"א, דיסוד דינא דספיקא דממונא לקולא היינו דלא נאמר דין ספק לחומרא [דלרשב"א הוי מדאורייתא] אלא בספיקא דאיסורא, אך בספיקא דממונא, כיון דהספק בין שני בני אדם, ושקולין נינהו, לא נאמר בזה דין ספק לחומרא ואדרבה איכא בזה דין ספק לקולא [ולאו משום דאי ניזיל לחומרא לחד הוי לקולא לאידך וכדלידדו האחרו', דכבר תמהו האחרו' דמשכח"ל כמה גווני דלאידך ל"ש ספק איסור, ועוד דנימא דיפרשו שניהם מספק, אלא דכיון דהנידון בין שני בני אדם, בזה לא נאמר עיקר דין ספק לחומרא] ולהכי אמרינן דהיכא דקאי ממונא ליקוס.

ומעתה יש מקום לחלק, בין ספק ממונא דמצוה שאינה כתובה בתורה לספק ממונא דנזיקין דהוו מצוה הכתובה בתורה (ערכין ז א) דיש לומר דדוקא במצוה שאינה כתובה בתורה, דכל יסוד המחייב הוי תביעת חבירו, בזה ליכא דין ספק לחומרא, משא"כ במצוה הכתובה בתורה, דהוי מחייב מדין תורה, בזה דייניגן לספק ממון כספק איסור דאזלינן ביה לחומרא [ולשון רש"י (קידושין יג ב) דמצוה הכתובה בתורה כיון 'דמצות המלך היא, חמירא' יעוין שם].

ואף דיסוד הדין הוי משום לתא דממון חבירו, אך מ"מ כיון דאיכא בזה דין חיוב מדין תורה, י"ל דנהיג ביה דין ספיקא דאורייתא לחומרא כדין איסורין [ושיטת הרא"ש (ר"פ אלו מציאות) דבספיקא דהשבת אבידה אזלינן לחומרא כדין ספיקא דאורייתא לחומרא, ותמהו האחרו' דהא לענין הרחקת נזיקין ס"ל להרא"ש (פ"ב דב"ב סי' ו) דהוי כספיקא דממונא דאף לכתחילה אין צריך להרחיק, ולמשנ"ת א"ש דשאני מצות השבת אבידה דאיכא בזה דין מצוה ממש, ואף דיסודה מכח ממון חבירו, ולהכי אזלינן ביה לחומרא, משא"כ בדיני הרחקת נזיקין, וש להאריך עוד בד' הרא"ש ואכ"מ, ועד"ז י"ל בד' הרשב"א בכל חיוב מצוה הכתובה בתורה, דייניגן ביה דין ספק לחומרא].

ואכתי צריך לבאר הא דאשכחנא בכ"ד דאף בספק ממונא דנזיקין אזלינן לקולא וכנ"ל, וכבר נתבאר דבפשוטו צריך לחלק בין ספיקא דדינא לספיקא דמציאות, אך טעמא דמילתא צ"ב.

ונראה בביאור הדברים, דהנה בר"פ הפרה (מו א) אמר רב יהודה אמר שמואל זו דברי סומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין אבל חכמים אומרים זה כלל גדול בדין המוציא מחבירו עליו הראיה, למה לי למימר זה כלל גדול בדין אצטריך דאפילו ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא המוציא מחבירו עליו הראיה, ולקמן בפרק הגוזל בתרא (קיח א) איתמר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע כו' ר"נ ור' יוחנן אמרי פטור אוקי ממונא בחזקת מריה, ועמדו האחרו' דהכא נקטינן לישנא דהמוציא מחבירו עליו הראיה והכא נקטינן לישנא דאוקי ממונא בחזקת מריה, ובאיתו האחרו' דתרי דיני נינהו (וית' עוד בסמוך) אלא דל"ב אמאי הכא נקטינן טעמא דהמוציא מחבירו עליו הראיה והתם נקטינן טעמא דאוקי ממונא בחזקת מריה.

וביאר הגרנ"פ זצ"ל (יעוין בס' בנין נחוש עמ' קיד) דהרי כבר הקשו תוס' וכל הראשונים דהכא בר"פ הפרה סבר רב יהודה דברי ושמא לאו ברי עדיף, ואילו בפרק הגוזל בתרא שם סבר רב יהודה דברי ושמא ברי עדיף, וחילקו תוס' ורוב הראשונים בין שמא טוב לשמא גרוע (והוסיפו לחלק בין ברי טוב לברי גרוע) דדוקא בשמא גרוע כהא דמנה לי בידך והלה אומר איני יודע דהו"ל למידע סבר רב יהודה דברי עדיף, משא"כ

בהא דרש הפרה דלא הו"ל למיזק למידע מודה דאמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה, וא"כ יש לומר דלהכי בהא דהגזל בתרא דמיירי בשמא גרוע נקטינן טעמא דאוקי ממונא בחזקת מריה, ומשא"כ בפרק הפרה דמיירי בשמא טוב נקטינן טעמא דהמוציא מחבירו עליו הראיה יעוין שם.

ונראה לדון בביאור הדברים, דיסוד דינא דאוקי ממונא בחזקת מריה היינו דמספיקא לא מפקינן ממונא, אלא אמרינן דממונא היכא דקאי ליקוס (והשתא אזלינן דליכא בממון דין חזקה המכרעת ואכ"מ) ור"נ וריו"ח סברי דאף בברי ושמא אמרינן דאוקי ממונא בחזקת מריה, ורב יהודה פליג בזה וס"ל דכיון דהתובע ברי והנתבע שמא טענת ברי עדיפא וזכי בטענתו כנגד טענת השמא.

אולם היינו דוקא בשמא גרוע כגון התם דהו"ל למידע, אך בשמא טוב דלא הו"ל למידע מודה רב יהודה, ומשום דבשמא טוב איכא סברא אחריתי ד'המוציא מחבירו עליו הראיה', ויסוד הדין בזה, דלעולם יש לדון על מי מוטלת חובת הראיה, וכל היכא דמוטלת עליה חובת ראיה ולא מייתי, ממילא זכי שכנגדו, וכללא דהמע"ה היינו דעל הבא להוציא מוטלת חובת הראיה, ומסברא ד'מאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא', ולהכי במקום דהוי שמא גרוע, דהו"ל למידע, לא רמיא על התובע חובת ראיה, אך בשמא טוב דלא הו"ל למידע, רמיא על הבא להוציא חובת ראיה, וכל דלא מייתי ראיה ממילא זכי שכנגדו, ובפשוטו נראה דאף ר"נ וריו"ח דפטרי מודו דל"ש בשמא גרוע טעמא דהמוציא מחבירו עליו הראיה, אלא דסברי דמ"מ אין בכח טענת ברי להוציא ממון ואמרינן דאוקי ממונא בחזקת מריה [ונתבאר באורך במקו"א].

ומעתה יש לבאר הא דמצינו בכ"ד בספיקא דמציאות אף בספיקא דנזיקין אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה, דהנה מסברא יש מקום לדון דל"ש סברא דהמוציא מחבירו עליו הראיה אלא בספיקא דמציאות, דבזה רמי על התובע לברר ועליו מוטלת חובת הראיה, אך בספיקא דדינא אין חובת הראיה מוטלת על בעלי הדברים, אלא על בי"ד רמי לברר הדין, וממילא בכה"ג ל"ש טעמא דהמוציא מחבירו עליו הראיה.

ושיטת הרמב"ם בכ"ד דמהניא תפיסה בספיקא דממונא, אך במקו"א נתבאר באורך להוכיח מדברי הרמב"ם בדוכתי טובא, דהיינו דוקא בספיקא דדינא, אך בספיקא דמציאות מודה הרמב"ם דלא מהניא תפיסה, ובכל דוכתא דהוי ספיקא דדינא פירש הרמב"ם דאם תפס אין מוציאין מידו, ובהנך דוכתי דהוי ספיקא דמציאות סתם הרמב"ם וכתב דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ומשום דבספיקא דמציאות שייך טעמא דהמוציא מחבירו עליו הראיה ועי"ז זכי אידך ולא מהניא אף תפיסה, ומשא"כ בספיקא דדינא דל"ש טעמא דהמוציא מחבירו עליו הראיה, אלא דאמרינן דאוקי ממונא בחזקת מריה דהיכא דקאי ליקוס, ולהכי סבר הרמב"ם דבזה אם תפס אהניא תפיסתו, דהשתא קאי ממונא גביה ולא מפקינן מיניה.

וכן מבואר בקונטרס הראיות לריא"ז (פ"ט דב"מ ראיה יב) בשיטת הרמב"ם יעוין שם דדוקא בספיקא דדינא מהניא תפיסה, וז"ל נראה לי דמאי דאמרי' בכל מקום כל תיקו דממונא לקולא גבי נתבע אי תפס תובע לא מפקי מיניה כו' וכך היא שיטת רבינו משה בכל מקום ובהלכות נזיקין תמצא הרבה, דכי אמרי' (ב"מ קי א) במילתא דלא עבידא לאיגלויי אי תפס [מפקינן] מיניה, ה"מ כשאנו מסופקים על המעשה שזה אומר כך היה המעשה וזה אומר כך היה המעשה ואין שטר או עדים ביניהם, בזה ודאי לא כל הימנו לתפוס עד שיבינא ראיה שכך היה המעשה כדבריו, אבל כשהדבר ידוע שכך היה המעשה אלא שהדיינים מסתפקים על הדין אם תפס התובע אין בנו כח להוציא מידו בדין שמסופק לנו עכ"ל.

ומעתה יש לבאר דברי הרשב"א, דאף דספק נזיקין חשיב כספק איסורין ואזלינן לחומרא, אך היינו דוקא בספיקא דדינא דל"ש טעמא דהמוציא מחבירו עליו הראיה, אלא דבספק דממונא בעלמא אזלינן לקולא, אך הכא דהויא מלוה הכתובה בתורה אזלינן לחומרא, אולם בספיקא דמציאות דשייך טעמא דהמוציא מחבירו עליו הראיה, בזה אף בנזיקין פטור, דכיון דרמיא על הניזק המוציא חובת ראיה, כל דלא מייתי ראיה ממילא זכי המזיק הנתבע ומו ל"ש בזה דין ספק לחומרא [מיהו לדרך זו לשון הרשב"א (ג א) המע"ה ל"ד].

ואבתי קשיא סתירת דברי הרשב"א, דלקמן (ג א) נקיט דאף בספיקא דנזיקין אזלינן לקולא, ונראה לישב, דהנה בחולין (מג ב) לעולם הלכתא כדברי ב"ה והרולה לעשות כדברי בית שמאי עושה כדברי בית הלל עושה מקולי בית שמאי ומקולי ב"ה רשע מחומרי בית שמאי ומחומרי בית הלל עליו הכתוב אומר הכסיל בחושך הולך אלא אי כבית שמאי בקוליהן וכחומריהן אי כבית הלל בקוליהן וכחומריהן, ותמהו הרמב"ן והרשב"א שם דהיאך מצי למעבד כחדא מינייהו בקוליהן וחומריהון והא קי"ל (ע"ז ז א) היו שנים אחד מטמא ואחד מטהר אחד אוסר ואחד מתיר אם היה אחד מהם גדול מחבירו בחכמה ובמנין הלך אחריו ואם לאו הלך אחר המחמיר ר' יהושע בן קרחה אומר בשל תורה הלך אחר המחמיר בשל סופרים הלך אחר המיקל, ותירצו הרמב"ן והרשב"א דשאני התם דמיירי בגוונא דהוי תרתי דסתרי וכגון פלוגתא דב"ש וב"ה בחסרון וגולגולת דלענין טומאה ב"ש לחומרא וב"ה לקולא ולענין

טריפות איפכא, וכיון דהוי תרתי דסתרי לא עבדינן תרי חומרי דסתרי אהדדי יעו"ש.

אולם הדברים צריכים ביאור, דדין ספיקא דאורייתא לחומרא להיכן אזל, והתינח לדברי הרמב"ם דעיקר דין ספיקא דאורייתא לחומרא הוי מדרבנן, י"ל דהיכא דהוי תרתי דסתרי לא החמירו, אך לשיטת הרשב"א דדין ספיקא דאורייתא לחומרא הוי מדאורייתא, מה בכך דהוי תרי חומרי דסתרן אהדדי, והא מ"מ הוי ספיקא דאורייתא.

ונת' באורך במקו"א, דשיטת הרשב"א דספיקא דאורייתא לחומרא מדאורייתא הוי דין ודאי, דביסוד הדין יתכן דמודה הרשב"א דמספק הוי מצינן למיזל לקולא, אלא דס"ל דניתן דין דספק איסורא דאורייתא כודאי, ומעתה מבואר, דהנה בדינא דספק טומאה ברשות היחיד ספיקו טמא, מבואר בתוס' בכ"ד (נזיר נז א, נדה ב א) דהיינו דוקא בספיקא דאפשר להיות, אף בספיקא דאי אפשר להיות לא מטמאינן בתורת ודאי, וה"נ יש לומר בדין ספיקא דאורייתא לחומרא להרשב"א, דהיכא דהוי תרתי דסתרי ליכא דינא דספיקא דאורייתא לחומרא, ולהכי הרוצה לעשות כדברי זה כקולו וכחומרו עביד.

ומעתה מיושבת היטב סתירת דברי הרשב"א, דהרי לקמן (ג א) דאמרי' דשקולין הן ויבואו שניהן הוי תרתי דסתרי [למאי דנקט הרשב"א בקושייתו דהוי מכח ספק] ושפיר הקשה הרשב"א דאדרבה ניזיל לקולא, דאף אי ספק נזיקין לחומרא כספק איסורין ושייך בזה דין ספיקא דאורייתא לחומרא, אך במקום תרתי דסתרי אף באיסורין ליכא דין ספק לחומרא.

בשיטת הרמב"ם בדין תפיסה בספיקות

שיטת הרמב"ם דקי"ל דתקפו כהן אין מוציאין מידו, וז"ל (פ"ב מבכורות ה"ו) רחל שילדה כמין עז כו' הרי הוא ספק בכור לפיכך יאכל לבעליו ואם תפסו כהן אין מוציאין מידו עכ"ל, וכ"כ עוד שם (פ"ה ה"ג) כל בכור שהוא ספק דינו שירעה עד שיפול בו מום ויאכל לבעליו, ואם תפשו הכהן אין מוציאין אותו מידו ואוכל אותו במומו, אבל אינו מקריבו שאין מקריב לעולם אלא בכור ודאי עכ"ל, והנה הרמב"ם פסק בדוכתי טובא[א] דמהני תפיסה בספיקות, ונקטו האחרו' דאזיל לשיטתו הכא גבי ספק בכור דתקפו כהן אין מוציאין מידו, אולם יש להעיר, דהנה בכל הנך דוכתי שכתב הרמב"ם דמהני תפיסה בספיקות מיירי התם בספיקא דדינא [וכן בפ"ד מזכיה ה"ג ופי"א הט"ו מיירי בספק אומדנא דחשיב כספיקא דדינא וכמו שגילדו האחרו' וכן בפכ"ז ממלוה הט"ז הוי ספק בלשון השטר די"ל דחשיב כספיקא דדינא וע' להלן] ואילו בדוכתי טובא דמיירי הרמב"ם בספק דמציאות[ב], סתם הרמב"ם הדין דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ולא כתב דמהני תפיסה [ובפרט בפ"ט מנזק"מ נראה יותר להדיא דלא מהני תפיסה יעו"ש בהי"א, ויעוין בתוס' רבנו פרץ (ב"ק לו א) ובקצה"מ (סי' פח סקי"ב) ובקוה"ס (כלל ז ס"ב) ואכמ"ל] מלבד בספק בכור דבזה כתב (בפ"ה מבכורות שם) דאף בספיקא דמציאות מהני תפיסה.

ולכאורה מבואר מזה, דבכל ספיקא דמציאות דעלמא מודה הרמב"ם דלא מהני תפיסה בספיקות, וכשיטת שאר הראשונים, וכן מיושב בזה מה שפסק (פ"ט מטו"נ הי"ב) דלא מהני תפיסה בספיקא דשניים אוחזין בטלית (ועמשנ"ת לעיל בזה) וספק בכור שאני [וכדיתבאר להלן] והא דבכל הנך דוכתי פסק הרמב"ם דמהני תפיסה אינו אלא בספיקא דדינא, וכמו שגילדו האחרו' [יעוין בקונטרס הספיקות (כלל ד') באריכות] דאף לשיטת הראשונים דקי"ל תקפו כהן מוציאין מידו, אפשר דבספיקא דדינא מודים.

ובטעמא דמילתא, רגילים לבאר כמסקנת הקונטרס הספיקות (שם ס"ד) משום דבספיקא דדינא לא שייך לאוקמי אחזקה, וטעמא דמילתא דלא מהני תפיסה בספיקות אינו אלא משום חזקת ממון דהויא חזקה המכרעת וכדמשמע לכאורה מלשון הראשונים בסוגין [או משום חזקת מרא קמא וכהך לד דאית בה עכ"פ נמי חזקה קמייתא] וכמו שביאר הגרע"א (בתשו' קמא סי' לז) דזהו נידון הר"ן בפ"ק דקידושין גבי נתן הוא ואמרה היא.

אולם מלשון הרמב"ם מדוקדק לא כן, דהנה בכל הנך דוכתי דמיירי בספיקא דדינא, כתב הרמב"ם לישנא דפטור ואין גובין וכיו"ב, ולא הזכיר דינא דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ואילו בכל הנך ספיקות דמציאות נקט הרמב"ם לישנא דהמוציא מחבירו עליו הראיה [מלבד בפ"ח מחובל ומזיק ה"ז גבי מוסר שכתב הרמב"ם וז"ל מי שיש עליו עדים שמסר ממון מחבירו כגון שהראה מעצמו או שנאנס ונשא ונתן ביד ולא ידעו העדים כמה הפסידו במסירתו והנמסר טוען כך וכך הפסידני והמוסר כופר במה שטענו, אם תפש הנמסר אין מוציאין מידו אלא נשבע בנקיטת חפץ וזוכה במה שתפש ואם לא תפש אין מוציאין מן המוסר אלא בראיה ברורה עכ"ל, והנה התם הוי ספיקא דדינא (ב"ק סב א) אי עשו תקנת נגזל במסור, ואעפ"כ סיים הרמב"ם דאין מוציאין אלא בראיה ברורה דהוא כעין לישנא דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ומשום דהתם עצם הספק הוא ספיקא דמציאות כמה ממון מסר, וכלפי הך ספק באמת הדין דהמוציא מחבירו עליו הראיה, והטעם דמהני תפיסה הוא משום ספיקא דדינא דדילמא עשו תקנת נגזל במסור, וכעי"ז מתפרש לשון הרמב"ם (פכ"ז ממלוה הט"ז) בספק בלשון השטר יעו"ש].

ונראה בביאור הדברים ע"פ משנ"ת, דיסוד דינא דהמוציא מחבירו עליו הראיה היינו שחובת הראיה מוטלת על המוציא, ומה"ט הוא דזוכה שכנגדו בדין בתורת ודאי, וזהו הטעם דלא מהני תפיסה. וסובר הרמב"ם דבספיקא דדינא לא שייך האי טעמא, דכאשר הספק בעצם הדין ל"ש להטיל את

[א] פט"ז מאישות הל' ל"א, פ"ט מביכורים ה"ח, פ"ב מנזק"מ ה"ה, ה"ו, פ"ג ה"ד, פ"ו הי"ג, פי"ב הי"א, הי"ח, פ"ב מגניבה הי"ב, פ"ד ה"ז, ה"ח, פ"ב מגזילה ואבידה ה"ה, פ"ג ה"י, [פט"ו הי"ב וע"ש ה"א וה"ו (ואכמ"ל)] פ"ב מחובל ומזיק הי"ג, פ"ג ה"ג, פ"ד הי"א, פ"ז הי"ח, פ"ח ה"ז, פ"ג ממכירה ה"י, פ"ח ה"ה, פכ"ג ה"ג, פ"ד מזכיה ה"ג, פי"א הט"ו, פ"ח מעבדים ה"ד, ה"ה, פ"ב משאלה ופקדון ה"ח, פ"ח ה"ה, ה"ו, פכ"ז ממלוה הט"ז וע"ע פ"י ממעשה הקרבנות הכ"ב.

[ב] פ"ט מנזק"מ ה"ב, ה"ג, ה"ו, ה"ט, הי"א, פ"כ ממכירה ה"י – הט"ו, פ"ט מטו"נ הי"ב, פכ"ב מעדות ה"ד [וע"ע פ"ט ממעשר ה"ו, פ"ט מביכורים ה"ג, ה"ד, הי"ג, פי"ב הט"ז, ובכל הנך מיירי בספק מתנות כהונה, וע' רמב"ם פי"ב מתרומות הט"ו דמהני תפיסת הכהן במתנות כהונה ולוים, וע"ע פ"י מתרומות הי"ד ופי"א מביכורים הי"ג, הי"ט, ה"כ, בספק תשלומי תרומה וספק פדיון הבן, ויעוין במחנ"א (זכיה ומתנה סי' ח) ובעוי"ט (סי' לח) ועוד] וע"ע פכ"ה מאישות ה"ד, פ"ט מזכיה הכ"ב.

חובת הראיה על המוציא, ובכה"ג הדין רק דלא עבדינן מעשה מספיקא ואין גובין, אך אם תפס אין מוציאין מידו.

ומדברי הריא"ז בקונטרס הראיות לקמן ס"פ המקבל (ראיה יב) נראה לכאו' שביאר טעם החילוק בין ספיקא דדינא לספיקא דמציאות באופן אחר, דבספיקא דמציאות ידוע לדיינים בודאי דזהו דין הספק דהמע"ה, ולהכי אף כשתפס מוציאין מידו, משא"כ בספיקא דדינא דאין הדיינים יודעים הדין, אין בכחם להוציא מספק [וכעין סברת הרשב"ם (ב"ב קסו ב) דמודה סומכוס בספיקא דדינא דהמע"ה וז"ל דכיון דמסתפק דינא לבי דינא היאך יוציאו מיד המחזיק ולא דמי לממון המוטל בספק דקיימא לן חולקין דהתם עיקר המעשה אין ידוע לנו היאך היה כגון שור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בלדה וכגון נפל הבית עליו ועל אמו, הלכך פוסקין להן ב"ד את הדין שיחלוקו, אבל כל מקום שעלתה ההלכה בתיקו הואיל ואין הדיינין יודעין לפסוק את הדין יהיו שותקין והמחזיק יחזיק במה שבידו עכ"ל].

והנה בהל' זכיה ומתנה (פ"ד ה"ג) בזיכה לו ע"י אחר ושתק ולבסוף נודע דהוי ספק בפלוגתא דתנאי (ב"ב קלח א, חולין לט ב) אי הוכיח סופו על תחילתו פסק הרמב"ם דמהני תפיסה, ומשום דספק באומדנא חשיב כספיקא דדינא, דאין הספק במאורע פרטי זה אלא בדעת בני אדם, וכן שם (פי"א הט"ו) בשכיב מרע שאמר נכסי לפלוני דהוי ספק האם ספר תורה בכלל נכסים פסק הרמב"ם דמהני תפיסה. וכן בספק בלשון השטר פסק הרמב"ם (פכ"ז ממלוה הט"ז) דיד בעל השטר על התחתונה ואם תפס בעליונה אין מוציאין מידו אלא בראיה ברורה, ומשום דספק במשמעות הלשון חשיב כספיקא דדינא לענין זה.

אך הריא"ז שם כתב וז"ל ובכור כל שאה בשלא וכן באיסתרא מאה מעי המעשה נמי הוא מסופק שאין אנו יודעים דעתו של זה הנותן וכיון שזה המעשה הוא מסופק אין יכול לתפוס אלא אם יביא ראיה היאך היה דעתו ואם תפס [מוציאין מידו] עכ"ל, ומבואר דנקט דהוי ספק בכל אדם ואדם מה היתה דעתו, ואין זה ספק כללי בדעת בני אדם, וחשיב ספיקא דמציאות, אך הרמב"ם (הל' מלוה ולוה שם) פסק דמהני תפיסה באיסתרא מאה מעי ומשום דס"ל דהוי ספק כללי בדעת בני אדם דחשיב כספיקא דדינא.

[אך יל"ע מדברי הרמב"ם (פכ"ח ממכירה ה"א – ה"ב) וז"ל האומר לחבירו בית כור עפר אני מוכר לך והיו בתוך השדות גאיות קטנים כו' היו פחות מכאן נמדדין עמה, במה דברים אמורים כו' היו נבלעין רובן במעוטה או מעוטן ברובה כו' כל אלו ספק והמוציא מחבירו עליו הראיה, וכן אם היו עפר מלמעלה וסלע מלמטה או סלע מלמעלה ועפר מלמטה הרי זה ספק עכ"ל, ולא כתב הרמב"ם דמהני תפיסה אף דהוי ספיקא דדינא (ב"ב קג) וכן בהל' שכירות (פ"ז ה"ב) בספיקא די"ב לשנה דינר לחדש, ויתבאר להלן בס"ד].

אך אכתי צריך לבאר מאי שנא מספק בכור, שפסק הרמב"ם (פ"ה מבכורות ה"ג) דאף בספיקא דמציאות אם תקפו כהן אין מוציאין מידו.

ונראה לבאר, דהנה במתני' דטהרות (פ"ד מ"ז) תנן אלו ספיקות שטיהרו חכמים ספק מים שאובים למקוה כו' ספק בכורות וספק קרבנות, ולקמן שם (מי"ב) ספק בכורות אחד בכורי אדם ואחד בכורי בהמה בין טמאה בין טהורה שהמוציא מחבירו עליו הראיה, ומבואר דאיכא חידוש מיוחד בספק בכורות דאזלינן לקולא, וצ"ב דלכאורה זהו כללא דספק ממון לקולא דהמוציא מחבירו עליו הראיה.

ובפשוטו יש לבאר דסלקא דעתין דספק בכורות נידון כספק מצוה דאזלינן לחומרא, והא אשמעינן מתני' דספק בכורות נמי אזלינן לקולא כדין ספק ממון [וטעמא דמילתא י"ל משום דיסוד המצוה היא מחמת זכות הכהנים, ולהכי דינה כספק ממון].

אולם יש לדון דמ"מ חלוק ספק מצוה דממונא מספק ממון דעלמא לענין תפיסה, דהנה בטעמא דמילתא דלא מהני תפיסה בספיקות, נתבאר בדעת הרמב"ם דהוא משום דינא דהמוציא מחבירו עליו הראיה, דזכות המוחזק להחזיק בממון כל זמן שלא הביא המוצא ראיה, ולהכי אף אם תפס הימנו ונעשה כעת הוא מוחזק, לא איבד המוחזק הראשון את זכותו, ויש לומר דהיינו דוקא במקום דכל תביעת המוצא אינה אלא מחמת זכות הממון דידיה, משא"כ במתנות כהונה דאיכא בזה ספק מצוה, נהי דבספק מצוה דממונא אזלינן לקולא, מ"מ לא אמרינן בזה דזכה המוחזק בזכות מוחלטת בדין הממון להחזיקו תחת ידו עד שיביא מחבירו ראיה, אלא הדין רק דהיכא דקאי ממונא ליקוס [והרי ס"ד דבספק מצוה דממונא אזלינן לחומרא, ואשמעינן מתני' דאף בזה אזלינן לקולא, אך י"ל דאף למסקנא אין זה ככל ספק ממון דזוכה בו המוחזק לגמרי, אלא רק דלא מפקינן מיניה מספיקא] ולהכי אם תקפו כהן אין מוציאין מידו [ובזה הוא דשקיל וטרי בסוגין, וניחא דאין נידון הגמ' בסוגין בכל ספק ממון דעלמא, אלא בספק בכור דוקא].

אך אכתי צריך לבאר אמאי בספק פדיון הבן ובספק פדיון פטר חמור לא מהני תפיסה וכפי שנראה מדברי הרמב"ם וכפי שנקט נמי הרשב"א בתשו', והנה לענין ספק פדיון הבן יש לבאר בפשיטות ע"פ מה שלידדו האחרו' [יעוין במחנה אפרים (זכיה ומתנה סי' ח) ועוד אחרו'] דאף במקום חיוב ודאי דפדיון הבן לא

מהני תפיסת הכהן, כיון דליכא ממון מסויים, אך אכתי קשה בספק פדיון פטר חמור, דהרי השה הוי ממון מסויים.

ונראה ליישב, דהנה בבכורות (ד ב) אמר רבי חנינא דטעמא דפודה בו פעמים הרבה משום דאשכחן במדבר דשה אחד של בן לוי פטר כמה פטרי חמורים של ישראל, ויעוין בשערי ישר (ש"ה פ"ז) שהוכיח מהכא דעצם חלות הפדיון לא שייכא כלל לדין מתנות כהונה, דהרי במדבר לא נעשית בהמת הלוויים מתנות כהונה כלל, והרי חזינן מדברי הגמ' הכא דענין הפדיון לדורות הוי כענין הפדיון במדבר, וע"כ דהא דנעשה ממון כהן דין נוסף הוא, ואינו שייך לעצם חלות הפדיון. ובבכורות (יב ב) תנן המפרישים פדיון פטר חמור ומת רבי אליעזר אומר חייבין באחריותו כחמש סלעים של בן, ובפשוטו לר"א לא חייל מידי בעצם ההפרשה אלא בנתינה לכהן, אך קשה דהא תניא בגמ' שם דמודה רבי אליעזר בישראל שיש לו ספק פטר חמור בתוך ביתו שמפרישים טלה עליו והוא שלו, ובאלו האחרו' דאף לרבי אליעזר סגי לעצם הפדיון והפקעת האיסור הפרשה גרידא, אלא דבמקום דאיכא דין נתינה, הרי דין הנתינה מעכב דלא יחול הפדיון, והוי דין עיכובא בעלמא [ואף בפדיון הבן אשכחן הפרשה לעצמו, יעוין ברא"ש (פ"ח דבכורות ס"ג)] ולהכי בספיקות דליכא חיוב נתינה, סגי בהפרשה גרידא, ולפ"ז נראה דאין חלות הפדיון ע"י דנעשה ממון כהן, אלא איפכא דע"י הפדיון הוא דנעשה ממון כהן, אך עצם הפדיון לא תלי כלל בדין מתנות כהונה.

ומעתה יש לומר דבספק פטר חמור, לא חייל על השה דין מתנות כהונה כלל, וכיון דמספק ליכא חיוב נתינה, ובזה אין הפדיון אלא כפדיון פט"ח שבמדבר, וליכא אלא ספק חיוב נתינה על הגברא, דבזה לא מהני תפיסה וכספק פדיון הבן.

אך אכתי קשה אמאי לא מהני תפיסה במתנות דזרוע לחיים וקיבה, ונראה דהנה במתני' דטהרות תנן לספק בכורות דוקא ולא לכל ספק מתנות כהונה, ומשמע דבזה פשיטא לן דדינן כספק ממון ולקולא, ומשום דהתם כל יסוד דינן הוא מחמת זכות הכהנים, משא"כ בדין בכורה, יסוד הדין אינו מחמת זכות הכהנים, והרי במדבר נתחייבו בבכורה אף בלא דין מתנות כהונה כלל וכנ"ל, וכן הרי אף הכהנים חייבים בדין בכור בהמה טהורה, ומשום דעצם דין הבכורה ל"ש כלל לדין המתנות כהונה, אלא דבכלל מצות בכור נאמר גם דין מתנות כהונה, ולהכי ס"ד דיהא ספיקו לחומרא, וקמ"ל מתני' דאף בהך מצוה אזלינן לקולא, ובזהה י"ל כמשנ"ת דמ"מ אינו זוכה לגמרי מדין המע"ה דתו לא תהני תפיסה.

אולם בעיקר משנ"ת יש להקשות ממש"כ הרמב"ם בהל' נחלות (פ"ז ה"ד) שבוי שנשבה ושמעו שמת וירדו יורשיו לנחלה וחלקו אותה ביניהם אין מוציאין אותה מידן, ובאלו המ"מ ובמיוחס לריטב"א דכוונת הרמב"ם אף בירדו למכור, ונתבאר בפרק המפקיד דהוי מדין תפיסה בספיקות, ואזיל הרמב"ם לשיטתו דמהני תפיסה בספיקות, והרי הכא הוי ספיקא דמציאות וחזינן דאעפ"כ מהני תפיסה.

עוד יש לתמוה במש"כ הרמב"ם (פט"ו מגזילה ואבידה ה"א) כל המוצא אבידה בין שיש בה סימן בין שאין בה סימן אם מצאה דרך הנהה אסור ליגע בה שמא בעליה הניחוה כו' ואם עבר ונטלו אסור לו להחזירו לשם, ואם היה דבר שאין בו סימן זכה בו ואינו חייב להחזירו עכ"ל, ולקמן שם (ה"ו) מצא גוזלות מקושרין בכנפיהן ומדדין אחר הגדר או אחר הגפה או בשבילין שבשדות הרי זה לא יגע בהן שמא בעליהן הניחום שם, ואם נטלן הרי אלו שלו כו', ולכאורה היינו מדין תפיסה בספיקות וע' בהגר"א (סי' רס סקכ"ד וסי' רסב סקכ"ב) וקשה דהכא הוי ספיקא דמציאות ואמאי מהני תפיסה.

ויתכן לדון ליישב, דהנה נתבאר בדעת הרמב"ם דטעמא דלא מהני תפיסה בספיקות אינו משום דין חזקת ממון, אלא מדינא דהמוציא מחבירו עליו הראיה, דכיון דזכאי המוחזק להחזיק בממון עד שיביא המוציא ראיה, אף אם תפס הימנו לא איבד את זכותו, ומעתה יש לדון דה"ט לא שייך אלא במקום שהנתבע לפניו ומעכב את הממון תחת ידו, אך היכא דליתיה לנתבע לפניו ואינו מעכב הממון, יש לדון דלא שייך כלל דינא דהמוציא מחבירו עליו הראיה, אלא בכה"ג איכא רק לדין חזקת ממון, ובזה כל שתפס אין מוציאין מידו, ולהכי בספק נחלה ובספק אבידה, דאין הנתבע לפניו, סובר הרמב"ם דמהני תפיסה אף בספיקא דמציאות.

בשיטת הרמב"ם בגדר קרן שו"ר

מאי שנא קרן דכוונתו להזיק וממונך ושמירתו עליך הני נמי כוונתן להזיק כו' האמרו' דנו בגדר מזיק דקרן, אי עיקרו תלי בכוונה להזיק או בשינוי, ומצינו בזה לבאורה כמה וכמה סתירות, דהכא בסוגין משמע בפשוטו דעיקר גדר קרן היינו כוונתו להזיק, וכן משמע לקמן (ד א) לא רבי הקרן שכוונתו להזיק כרבי השן שאין כוונתו להזיק כו' וכן משמע מלישנא דגמ' לקמן (ה ב) ולמ"ד אדרבה קרן עדיפא שכוונתו להזיק כו'.

וכן נראה מדברי הגמ' (יט ב) בעי רב עינא כשכשה באמתה מהו מי אמרינן מידי דהוה אקרן קרן לאו ינרא קתקיף ליה הכא נמי לא שנא או דלמא קרן כוונתו להזיק הא אין כוונתה להזיק תיקו, ומשמע דעיקר קרן היינו כוונה להזיק, אלא דמיבעי לן אי בעינן דוקא כוונה להזיק או דסגי בינרא תקיף, ולקמן (כו א, מא א) פליגי אמוראי אי יש כופר בשן ורגל ורבא סבר (מא א) דאין כופר בשן ורגל אלא דוקא בקרן דכוונתו להזיק [והתוס' (כו א) נתקשו למאן דמחייב דאמאי באמת לא פריך דמה לקרן שכן כוונתו להזיק והניחו בקושיא, והראשונים שם כתבו דמודה דחשיבא פירכא, אלא דס"ל דעיקר דין כופר נאמר אף בשן ורגל ולא בעינן למילפיה מקרן].

ויעוין בתוס' (ג ב) דתמהו היאך יליף רב אבנו סכינו ומשאו משור והא איכא למיפרך מה לשור שכן כוונתו להזיק, וכן נראה מלשונות רש"י ותוס' בכ"ד, יעוין בלשון רש"י (ד"ה רבילה) רבילה שראתה כלים בדרך והלכה ורבלה עליהן כדי לשברן, ויעוין ברש"י לקמן (י א ד"ה דש בגירו) שאם דש השור בגירו ונתכוון לכך שהרי השורין מלומדין בדישה תולדה דקרן היא שכוונתה להזיק כו' (יט ב ד"ה שוגרא) כסות וכלים אפילו ע"י הדחק לאו אורחיה למכלינהו אלא מתכוין להזיק עכ"ל וכן בכ"ד (ג א, יז ב) גבי גדר רגל פירש רש"י דאין כוונתה להזיק, ומשמע דאי כוונתה להזיק הוי קרן.

ויעוין בד' תוס' (יז א ד"ה דרסה) וז"ל דס"ד אמינא דמשונה הוא כיון דדרסה כל כך בחוזק שניתז השבר על כלי אחר ושברו ומסתמא להזיק נתכוונה עכ"ל [ומה דנקטו ברים דבריהם דמשונה הוא, יתכן דכוונתם דמה"ט תלינן דכוונתה להזיק, אך יתכן דתרתי נקטי] ויעוין בל' תוס' (ט ב, טו ב, טז א) ויעוין להלן.

אך מאידך בדוכתי טובא אשכחנא דין קרן היכא דהוי משונה גרידא ואף דאין כוונתו להזיק:

א. בסוף פירקין (טו ב) האי כלבא דאכל אימרי ושוגרא דאכלה תרנגולא משונה הוא ולא מגבינן בנבל, וכתבו תוס' שם וז"ל הוי תולדה דקרן דתרוייהו משונים הם אף על גב דקרן כוונתו להזיק עכ"ל ויעוין שם, וז"ל הרא"ש (שם סי' כ') כל דבר משונה אף על פי שיש הנאה להזיקן נפק לה מתורת שן והוי קרן כגון כלבא דאכל אימרי ושוגרא דאכלה תרנגולי רברבי ומשלם חצי נזק כו' עכ"ל וכ"ה בנמוק"י שם (ו א מדפה"ר) האי כלבא משונה הוא שאין דרכו בכך והוי תולדה דקרן לשלם חצי נזק.

ב. לקמן (טז א) ולא לרבוץ ולא לרבוץ אמר רבי אלעזר לא שנו אלא פכין גדולים אבל פכין קטנים אורחיה הוא, ומבואר לבאורה דהא דרבילה הויא קרן היינו משום דהוי משונה ולהכי דוקא בפכין גדולין, אך אי הוי משום כוונה להזיק מאי שנא גדולים מקטנים [אלא אי נדחוק דמיירי בסתמא, דבגדולים דלאו אורחיה תלינן דנתכוונה להזיק משא"כ בקטנים דאורחיה הוא, וכעין דאשכחנא בלשון רש"י (יט ב) כסות וכלים אפילו ע"י הדחק לאו אורחיה למכלינהו אלא מתכוין להזיק עכ"ל].

ג. לקמן (טז ב) אמר שמואל אדי ברה"ר דרס ואכל פטור טרף ואכל חייב דרס ואכל פטור כיון דאורחיה למידרס הוה ליה כמו שאכלה פירות וירקות דהוה ליה שן בראשות הרגיס ופטור טרף לאו אורחיה הוא, ובפשוטו טרף ואכל נמי אין כוונתו להזיק אלא להנאתו ואעפ"כ כיון דלאו אורחיה הוא הוי קרן וחייב בראשות הרגיס [אלא אי נימא דכיון דאין דרכו לטרוף, אמרינן דמה דהרג תחילה הוי בכוונת היזק ולאו להנאתו, אך בפשוטו אינו כן אלא אף בכה"ג סתמא להנאתו קעביד אלא דמשונה הוא ויעוין בתוס' רבנו פרץ (יט ב)].

ד. בפרק כילד הרגל (יח א) גבי כלב שנטל חררה מוקמינן דשני בהא בגחלת (שהניחה בפיו, רש"י) והא הוי שינוי גרידא בלא כוונה להזיק.

ה. שם (יח ב) פרכי' גבי בהמה שהטילה גלגלים לעיסה והא משונה הוא, ואע"ג דאין כוונתה להזיק.

ו. שם (יט א) גבי תרנגול שהכניס ראשו לכלי ותקע בו ושברו פרכי' והא משונה הוא, ולכאו' נהי דהוי משונה אך אין כוונתו להזיק.

ז. שם (יט ב) מגד הראבד משלמת מה שהזיקה, ושיטת רש"י שם דהיינו מדין קרן כיון דמשונה הוא ואע"ג דאין כוונתה להזיק אלא להנאתה קא עבדה (וכן העתיקו תוס' כא א מפירוש רש"י גבי מחזרת).

ח. שם אמר רב פפא השתא דאמרת כל מידי דלאו אורחיה ואכלה ליה ע"י הדחק שמיה אכילה האי שוגרא דאכל תמרי וחמרא דאכיל ביניתא משלם נזק שלם , ומבואר דאי אכילה ע"י הדחק ל"ש אכילה משלם חצי נזק, ולכאורה אף אי לא שמיה אכילה אין כוונתה להזיק אלא להנאה, ואעפ"כ הוי קרן (ויל"ד) וכן מבואר התם דהיה דאכלה פת או גלי וגבי דאכל בשר כיון דמשונה הוא משלם חצי נזק ולכאורה אין כוונתם להזיק אלא להנאה.

ושם אכלה פת ובשר ותבשיל משלם חצי נזק כו' איבעית אימא לעולם בבהמה ובפטורא, ופירש רש"י שאכלה על השולחן דמשונה הוא, ומבואר דאף בשינוי כה"ג דאינו בעצם ההיזק, ואע"ג דאין כוונתה להזיק אלא להנאה, חשיב קרן (ויעו"ש ברשב"א).

ולק' (כ א) ההוא ברחא דחזא ליפתא אפומא דדנא סריך סליק אכלה לליפתא ותבריה לדנא חייביה רבא לליפתא ואדנא נזק שלם מאי טעמא כיון דאורחיה למיכל ליפתא אורחיה נמי לסרוכי ולמסלק, ומבואר דאי לאו הך סברא דאגב ליפתא אורחיה לסרוכי ולמסלק חשיב משונה והוי קרן ואע"ג דאין כוונתו להזיק.

ט. שם (כ א) אמר רבי אושעיא בהמה ברשות הרבים הלכה ואכלה פטורה עמדה ואכלה חייבת מאי שנא הלכה דאורחיה הוא עמדה נמי אורחיה הוא אמר רבא בקופצת, ופירשו רש"י (שם) ותוס' (כא ב) דקופצת חשיב שינוי והוי קרן, ואע"ג דכוונתה להנאה ואין כוונתה להזיק (ויעוין להלן בשיטת הראשונים בזה).

י. לק' (כא ב) הכלב והגדי שדלגו ממטה למעלה פטורין, ושיטת רש"י דפטורין היינו מנזק שלם אך חייבין בחצי נזק דמשונה הוא, ואע"ג דאין כוונתם להזיק, ושם (כב א) והתניא הכלב והגדי שדלגו בין מלמעלה למטה בין מלמטה למעלה פטורין תרגמא רב פפא דאפיך מיפך כלבא בזקירא וגדיא בסריכא אי הכי אמאי פטורים פטור מנזק שלם וחייבין בחצי נזק, ומבואר דכל שינוי הוי קרן ואע"ג דאין כוונתו להזיק.

יא. לק' (כג א) אי כששימר גחלתו מאי בעי כלב התם בשחתר, אמר רב מרי בריה דרב כהנא זאת אומרת סתם דלתות חתורות הן אצל כלב, ופירש רש"י סתם דלתות חתורות הן אצל הכלב ולא תימא משונה הוא ופלגא נזקא משלם [ומבואר ברש"י דאף היכא דעצם הנזק הוי אורחיה לגמרי, אלא דאתי ע"י פשיעת משונה הוי בכלל דין קרן, וכן מבואר במגיד משנה (פ"ב מנזק"מ ה"ט) בביאור דברי הרמב"ם וכעי"ז מצינו בכ"ד, ויעוין ברא"ש (שם סי' ג) לגידד דכה"ג לא חשיב משונה ופירש כוונת הגמ' מדין אונס ויעוין בתוס' (שם כג א) ובמהרש"א (שם) אך הש"ש (סי' ט') כתב דמסתימת כל הראשונים נראה כרש"י וש להאריך בהאי עניינא ואכ"מ].

יב. התוס' לקמן (טז א) הוכיחו ממשמעות מתני' (טו ב) דנחש חשיב רגל ופטור ברה"ר כיון דאורחיה הוא ואע"ג דאין הנאה להיזקו אלא מתכוין להזיק [ויעו"ש שכתבו דלא חשיב קרן דאייעד, ומבואר דאף למאי דס"ד דהוי קרן הוי קרן מועד מתחילתו, וכעי"ז אשכחנא בכ"ד ויעוין להלן].

הרי דבכל הנך דוכתי מבואר דכל היכא דהוי משונה הוי קרן, ואע"ג דאין כוונתו להזיק, והוא סותר לכאורה למבואר בסוגין ובכ"ד דגדר קרן היינו כוונתו להזיק, ומצינו בזה כמה וכמה דרכים בדברי האחרו'.

והנה כתב הרמב"ם (פ"א מנזקי ממון ה"א) כל נפש חיה שהיא ברשותו של אדם שהזיקה הבעלים חייבין לשלם שהרי ממונם הזיק כו' (ה"ב) וכמה משלם אם הזיקה בדברים שדרכה לעשותם תמיד כמנהג ברייתה כגון בהמה שאכלה תבן או עמיר או שהזיקה ברגלה כדרך הילוכה חייב לשלם נזק שלם מן היפה שבנכסיו כו' ואם שינת ועשת מעשים שאין דרכה לעשותם תמיד והזיקה בהן כגון שור שנגח או נשך חייב לשלם חצי נזק מגוף המזיק עצמו כו' עכ"ל.

וכבר עמד האבן האזל (שם) בדברי הרמב"ם לא נזכר כלל כוונה להזיק, ומבואר דגדר דין קרן תלי במשונה גרידא, דכל היכא דאין דרכה בכך הוי קרן ומשלם חצי נזק מגופו.

ולקמן שם (ה"ח) כתב הרמב"ם וז"ל הזיקה ברשות הרבים כו' אם בשן ורגל הזיקה כדרכה הרי זה פטור מפני שיש לה רשות להלך בכאן ודרך הבהמה להלך כדרכה ולאכול ולשבר כדרך הילוכה, ואם נגחה או נגפה או רבצה או בעטה או נשכה, אם תמה היא משלם חצי נזק ואם מועדת משלם נזק שלם עכ"ל, ולכאורה היה מקום לפרש דגם הכא כוונת הרמב"ם כדביאר לעיל (ה"ב) דעיקר החילוק בין שן ורגל דהוי דברים שדרכה לעשותם תמיד לבין נגחה ונגפה דהוי דברים שאין דרכה לעשותם תמיד.

אולם הנה לקמן (טו ב) תנן הזאב והארי והדוב והנמר והברדלס והנחש הרי אלו מועדין, ושיטת התוס' (טז א) דאין מועדין אלא כגון זאב לטרוף וארי לדרוס וכיו"ב, וחשיב שן ופטורין ברה"ר, אולם הרמב"ם (שם ה"ו) כתב וז"ל חמשה מיני בהמה מועדין מתחלת ברייתן להזיק ואפילו הן תרבות, לפיכך אם הזיקו או המיתו בנגיחה או בנשיכה ודריסה וכיוצא בהן חייב נזק שלם ואלו הן הזאב והארי והדוב והנמר והברדלס, וכן הנחש שנשך הרי זה מועד ואפילו היה תרבות עכ"ל, ומבואר

מדברי הרמב"ם דהנך הוו מועדים אף להמית בנגיחה או בנשיכה [ובפשוטו ס"ל להרמב"ם דהא נמי חשיב אורחיה ויעוין באחרו'].

ויעוין במגיד משנה שם שכתב וז"ל כל אלו אם עשו מעשה שן ורגל דינם כדין שן ורגל ואם עשו מעשה קרן והם חמשה מעשים הנזכרים למעלה דינן כדין קרן לענין חילוק הרשויות כמבואר בסמוך (ה"ח) אלא שהן מועדים מתחלתן עכ"ל, ומבואר בדברי המגיד משנה בשיטת הרמב"ם, דאף דהוו מועדים מתחילה לנגיחה ונשיכה, ובפשוטו משום דהיינו אורחיה וכנ"ל, מ"מ לא חשיב שן ורגל אלא קרן, אלא דהויא קרן המועדת מתחילתה [ויעוין בתוס' (טז א) דלידדו כן גבי נחש דכיון דכוונתו להזיק הוי קרן אלא דהוי מועד מתחילתו, וכעי"ז מצינו בתוס' רבינו פרץ (יט ב) יעו"ש] ולהכי לענין פטור רשות הרבים דינן כקרן דחייבין אף ברשות הרבים, ורק היכא דעשו מעשה דשן ורגל אית בהו פטור רשות הרבים.

ולכאורה גדר החילוק בין מעשה שן ורגל למעשה קרן לענין פטור רשות הרבים תלי בכוונה להזיק, דכל היכא דכוונתו להזיק הוי בכלל קרן וחייב ברשות הרבים, וזהו ביאור דברי הרמב"ם (בה"ח) דחילק בין הזיקה בשן ורגל דהיינו מידי דאין כוונתה להזיק לבין נגחה ונגפה דהוי מידי דכוונתה להזיק.

ויעוין באבן האזל (פ"א ה"ו) דמבואר בדברי הרמב"ם, דחלוק גדר דין קרן לענין דין תמות, דהיינו דין חצי נזק ודין מגופו מגדר דין קרן לענין פטור רשות הרבים, דלענין דין תמות גדר דין קרן היינו "משונה", ואילו לענין פטור רשות הרבים תלי אי הוי מעשה שן ורגל או מעשה קרן [ובאיאר שם דפטור רשות הרבים הוי דוקא בשן ורגל ממש דהיינו במידי דיש הנאה להיזקו או דהוי בדרך הילוכו, ויתבאר להלן באורך גדרי קרן שו"ר לענין פטור רשות הרבים].

ומצינו עוד הך חילוקא בדברי הרמב"ם, דהנה בפרק כילד הרגל (יט ב) כשכשה בזנבה מהו כו' כשכוש יתירא מבעיא ליה, בעי רב עינא כשכשה באמתה מהו מי אמרינן מידי דהוה אקרן קרן לאו ילדא קתקיף ליה הכא נמי לא שנא או דלמא קרן כוונתו להזיק הא אין כוונתה להזיק תיקו, ויעו"ש ברא"ש (סי' ג') דנקט דהך בעיי הוו אף לענין חיוב נזק שלם ברה"ר, דאי הוו קרן אין חייבין אלא חצי נזק, אך אי הוו שן ורגל חייבין נזק שלם.

אולם הרמב"ם (שם הי"א) כתב וז"ל כשכשה בזנבה כשכוש רב שאין דרכה תמיד והזיקה ברשות הרבים או שכשכשה בגיד שלה ברשות הרבים והזיקה פטור, ואם תפס הניזק גובה חצי נזק ממה שתפס, שזה הדבר ספק הוא אם אלו תולדות הקרן שחייב עליה ברשות הרבים או תולדות הרגל שפטור עליה ברשות הרבים כמו שביארנו עכ"ל, הרי דהעתיק הרמב"ם הבעיא רק לענין רשות הרבים, ובזה כתב דאם תפס גובה חצי נזק ממה שתפס, ועמדו האחרו' (יעוין במרומי שדה יט ב) דמשמע דאם תפס נזק שלם אף ברשות היחיד מפקינן מיניה, דהא פשיטא לן דאינו חייב טפי מחצי נזק[ג] [וגבי בעיא דיש שינוי לגרורות לרביע נזק (יט א) העתיק הרמב"ם (פ"ב ה"ה ה"ו) בין לענין רביע נזק ובין לענין פטור רשות הרבים, וכתב להדיא דברה"ר מהניא תפיסה לרביע נזק וברשות הניזק לחצי נזק, ואף דבגמ' בעי רק לענין רביע נזק].

ומבואר בדברי הרמב"ם, דלענין דין תמות פשיטא לן דכשכשה בזנבה ובאמתה הוי קרן ואין חייב אלא חצי נזק, ולא מיבעי לן אלא לענין פטור רשות הרבים, והוא כמבואר לעיל בדברי הרמב"ם, דחלוק גדר דין קרן לענין תמות מגדר דין קרן לענין חיוב רשות הרבים, דלענין דין תמות תלי אי הוי משונה, והא פשיטא לן דכשכוש יתירא והיזק ע"י כשכוש אמה הוי משונה [וכמבואר באמת בלשון הרמב"ם כשכשה בזנבה כשכוש רב שאין דרכה תמיד עכ"ל, ומשמע דהא פשיטא לן דאין דרכה תמיד לעשות הך כשכוש יתירא, והרי מבואר בלשון הרמב"ם (ה"ב) דגדר קרן היינו כל דבר שאין דרכה לעשותו תמיד] ולהכי פשיטא לן דאין חייב אלא חצי נזק, אלא דלענין פטור רשות הרבים לא תלי במשונה אלא במעשה שן ורגל ומעשה קרן, ובזה מיבעי לן אי כשכשה בזנבה וכשכשה באמתה הוי תולדות הקרן או תולדות הרגל [וגבי כשכשה באמתה מבואר בגמ' דהספק אי לגדר קרן בעינן כוונת היזק דוקא או סגי בילדא תקיף, ולענין כשכשה בזנבה יל"פ דהספק אי כוונתה להזיק].

הרי מבואר בדברי הרמב"ם, דחלוק גדר דין קרן לענין תמות מגדר דין קרן לענין חיוב רשות הרבים, דלענין דין תמות,

---

ג ויעוין בתוס' רבנו פרץ (שם) וברבנו ישעיה (בשטמ"ק) דאזלי לחידך גיסא, דהא פשיטא לן דמשלם נזק שלם, דאף אי הוי קרן הוי מועד מתחילתו [וכעין דלידדו התוס' (טז א) מסברא גבי נחש דכיון דכוונתו להזיק הוי קרן המועד מתחילתו].

ויעוין בתוס' לקמן (מא א) אהא דאמר רבא דרביעה וקטלה ליכא כופר ודקא קשיא לך מה לי קטלה בקרניס מה לי קטלה ברביעה קרן כוונתו להזיק האי כוונתו להנאת עצמו הוא, וכתבו תוס' שם דאף על גב דכשכשה באמתה מבעיא לפי שיש שם שינוי קצת ודמי טפי לקרן אבל רביעה לאו שינוי הוא ולא דמי לקרן וכשן גמורה היא שמזקת ע"י אכילה ע"כ [ויתכן דמש"כ דיש שינוי קצת אין כוונתם לדין משונה דתם, אלא דדוקא ילדא תקיף בגוונא דשינוי קצת דמי לילדא תקיף דכוונת היזק, משא"כ ילדא תקיף דרביעה דהוי אורחיה, ודאי לא דמי לילדא תקיף דכוונת היזק] ויעוין בתוס' שאנץ (בשטמ"ק שם).

דהיינו חלי נזק ומגופו, תלי אי הוי דברים שדרכה לעשותם תמיד או אין דרכה לעשותם תמיד, ואילו גדר דין קרן לענין חיוב רשות הרבים היינו מעשה קרן, והיינו כוונה להזיק.

וביאור הדברים הוא, דהרי יסוד דין תמות היינו משום דסתם שוורים בחזקת שימור וכדקי"ל כמ"ד פלגא נזקא קנסא [ובפשוטו אף מ"ד פלגא נזקא ממונא מודה דהוי משונה, אלא דס"ל דלא סגי בהך שינוי לפטור מחובת שמירה ולהכי הוי ממונא, אך מ"מ יסוד דינא דחס רחמנא עליה דאכתי לא אייעד תוריה היינו משום דהוי משונה קצת, והאחרו' לידדו דאף התוס' (טו ב) מודו לזה ואכמ"ל] ולהכי דין תמות תלי אי הוי אורחיה או משונה.

אולם גדר פטור שן ורגל ברשות הרבים מבואר בלשון הרמב"ם (ה"ח) מפני שיש לה רשות להלך בכאן ודרך הבהמה להלך כדרכה ולאכול ולשבר כדרך הילוכה [ופירש כן ד' הרי"ף (א ב) שן ורגל ברשות הרבים פטורין משום דאורחייהו הוא ויעוין ברא"ש (סי' א)] ולהכי בזה לא תלי אי הוי אורחיה או משונה, אלא אי הוי מעשה שן ורגל או מעשה קרן, דלמעשה שן ורגל אית לה רשות, אך למעשה קרן דכוונתו להזיק לית לה רשות.

והנה לדרך זו ראוי להיות לכאורה דבכלבא דאכל אימרי יהא פטור רשות הרבים, דאף דהוי משונה ולהכי הוי תס, אך כיון דאין כוונתו להזיק אלא להנאתו, לכאורה שייך בזה פטור שן ברשות הרבים [ומלשון הרמב"ם (פ"ג ה"ז) ליכא הכרע, ויעוין בגליון התוס' לר"א מטוך (כא ב) דמבואר דלא פשיט"ל דחייב ברה"ר].

אך לכאורה קשה מהא דלקמן (טז ב) אמר שמואל אדי ברה"ר דרס ואכל פטור טרף ואכל חייב דרס ואכל פטור כיון דאורחיה למידרס כו' טרף לאו אורחיה הוא, הרי דכיון דלאו אורחיה הוא, אף דאין כוונתו להזיק אלא להנאתו, חייב ברשות הרבים [ואף דהרמב"ם (פ"ג ה"ז) פסק דלא כשמואל היינו משום דס"ל דאף אדי אורחיה בטריפה וכדפריך התס טובא אדשמואל וס"ל להרמב"ם דשיטוי דשני שינויי דחיקי נינהו ולא סמכינן עלייהו וכדביארו האחרו'] אך כבר נתבאר דיתכן דאדי שטרף הוי כוונתו להזיק, דנהי דהאכילה הויא להנאתו, אך כיון דאין דרכו להרוג תחילה אלא לדרוס ולאכול, י"ל דתלינן דמה דהרג תחילה הוי בכוונת היזק.

אולם לשון הרמב"ם (פ"א ה"ח) הזיקה ברשות הרבים כו' אם בשן ורגל הזיקה כדרכה הרי זה פטור מפני שיש לה רשות להלך בכאן ודרך הבהמה להלך כדרכה ולאכול ולשבר כדרך הילוכה כו' עכ"ל, הרי מבואר בלשון הרמב"ם דפטור שן ורגל ברשות הרבים הוי דוקא אם הזיקה 'כדרכה', ומשמע לכאורה דאם הזיקה שלא כדרכה, אף בשן ורגל חייבת ברשות הרבים, ולכאורה לפ"ז משמע דאף לענין פטור רשות הרבים תלי אי הוי אורחיה או משונה, ודלא ככל משנ"ת.

והנה בגמ' (כ א) אמר אילפא בהמה ברשות הרבים ופשטה זוארה ואכלה מעל גבי חברתה חייבת מאי טעמא גבי חברתה כאלו הניזק דמי כו' אמר רבי אושעיא בהמה ברשות הרבים הלכה ואכלה פטורה עמדה ואכלה חייבת מאי שנא הלכה דאורחיה הוא עמדה נמי אורחיה הוא אמר רבא בקופצת, וז"ל הרמב"ם (פ"ג מנזקי ממון ה"י) היתה מהלכת ברשות הרבים ופשטה זוארה ואכלה מעל גבי חברתה ואפילו עמדה משלם מה שנהגית שכן דרך הבהמות לאכול זו מעל גבי זו, ואם קפצה ואכלה על גבי חברתה משלם מה שהזיקה עכ"ל, ומבואר בלשון הרמב"ם דהא דבעמדה ואכלה איכא פטור רשות הרבים היינו משום 'שכן דרך הבהמות לאכול זו מעל גבי זו', ומשמע דטעמא דאם קפצה ואכלה חייב היינו משום דאין דרכה בזה, וליכא בזה שן ורגל ברה"ר אלא אם הזיקה כדרכה וכמבואר בלשון הרמב"ם (בה"ח).

וכן מבואר בירושלמי (פ"ב ה"ד) שינת ואכלה משלם נזק שלם מהו שינת ואכלה משלם נזק שלם היתה קופתו מופשלת לאחוריו בר"ה ופשטה פרה את פיה ואכלה ממנה משלם נזק שלם עכ"ל [ויעוין בסוגיא (כ א) דמדמי הך ברייתא דהיתה קופתו מופשלת לאחוריו לקפצה ואכלה מעל גבי חברתה].

הרי מבואר בדברי הרמב"ם ובירושלמי, דפטור שן ורגל ברשות הרבים נמי תלי אי הוי אורחיה או שינוי, דדוקא היכא דאכלה כדרכה איכא פטור רשות הרבים.

אולם מבואר הכא דהך שינוי חייב נזק שלם ולא הוי קרן, וחזינן דאף דגם לענין פטור שן ורגל בעינן דליהוי אורחיה ולא משונה, אך תרי ענייני ותרי גדרי שינוי נינהו, ואיכא שינוי דמפקיע פטור רשות הרבים, אף דאכתי חשיב אורחיה לענין דין תמות ומועדות, וחשיב שן המועדת מתחילתה.

וביאור הדברים כדנתבאר מעיקרא, דבאמת תרי גדרי חלוקין נינהו, גדר דין קרן לענין דין תמות וגדר דין קרן לענין חיוב רשות הרבים, דלענין דין תמות תלי אי הוי בחזקת שימור, ובזה תלי רק אי הוי אורחיה או משונה, ובעינן שינוי דמשוי ליה בחזקת שימור, ואילו לענין פטור רשות הרבים תלי אי אית לה רשות או לית לה רשות, ולהכי פטור רשות הרבים הוי דוקא במעשה שן ורגל דהוי להנאתה או דרך הילוכה, אך במעשה קרן דכוונתה להזיק לעולם ליכא פטור רשות הרבים, דלעולם לית לה רשות להזיק, אלא דאף במעשה שן ורגל דאיכא פטור רשות הרבים, היינו דוקא היכא דהוי כדרכה, דלזה הוא דאית לה

רשות, אך כל היכא דשינתה ואכלה, לזה לית לה רשות, ולהכי בזה איכא חיוב שן ורגל אף ברשות הרבים.

וכן חלוק עיקר הכלל אימתי חשיב שינוי, דלענין דין תמות ומועדות תלי אי הוי בחזקת שימור, אך לענין פטור רשות הרבים יסוד הנידון אי אית לה רשות, ומהאי טעמא יתכן דבר דחשיב אורחיה לענין דין תמות ומשונה לענין פטור רשות הרבים, וכגון קופצת, דאין הבהמה בחזקת שימור לזה, אך מ"מ לית לה רשות לזה, וכמו כן משכח"ל איפכא מידי דחשיב משונה לענין תמות אך חשיב אורחיה לענין רשות, וכדחזינן בדברי הרמב"ם לענין כשכשה בזנבה וכשכשה באמתה, דאף דודאי הוי בחזקת שימור חשיב שינוי לענין פטור רשות הרבים.

אולם בעיקר משנ"ת בשיטת הרמב"ם, דחלוק גדר קרן לענין דין תמות מגדר קרן לענין חיוב רשות הרבים, לכאורה יש להעיר דהנה בפרק כילד הרגל (יט א) בעי רב אשי יש שנוי לצרורות לרביע נזק או אין שנוי לצרורות לרביע נזק, הרי דנקיט רב אשי הך בעיא לענין דין תמות, אך הרמב"ם (פ"ב ה"ה ה"ו) העתיק הך דינא בעין לענין דין תמות ובין לענין חיוב רשות הרבים, דאי יש שינוי לצרורות חשיב כקרן אף לענין חיוב רשות הרבים, ואי אין שינוי חשיב כרגל אף לענין פטור רשות הרבים, וז"ל הרמב"ם (פ"ב ה"ה) היתה מהלכת ברשות הרבים ובעטה והתיזה צרורות והזיקו ברשות הרבים פטור ואם תפס הניזק רביע נזק אין מוציאין מידו, שהדבר ספק הוא שמא שינוי הוא ואינו תולדת רגל שהרי בעטה (ה"ו) בעטה בארץ ברשות הניזק והתיזה צרורות מחמת הבעיטה והזיקו אם חייב לשלם רביע נזק שזה שינוי הוא בהתזת הצרורות ואם תפס הניזק חצי נזק אין מוציאין מידו עכ"ל.

ומעתה למשנ"ת דגדר דין קרן לענין תמות יסודו אי קאי בחזקת שימור ותלי אי הוי אורחיה או משונה, וגדר דין קרן לענין פטור רשות הרבים תלי בדין רשות, נ"ב היאך תליין הנך דיניים הא בהא, דנהי דבעי רב אשי אי נאמר דין תמות אף בשינוי לצרורות לרביע נזק, אך מהיכ"ת דאף פטור רשות הרבים יהא תלי בזה, והא תרי דיניים חלוקין ניהו, וכדחזינן דאפשר דיתחלקו זה מזה, בקפצה ואכלה ובכשכשה.

ונראה דהנה לפו"ר עיקר הבעיא דרב אשי האם נאמר דין שינוי בצרורות [והאחרו' ביארו הבעיא בכמה אנפי, דיל"פ הבעיא האם נאמר בצרורות הלכתא דלעולם הויא תולדה דרגל וממילא לא נהיג בה דין תמות, ויל"פ הבעיא האם דין צרורות הוי דין תמות או דין חצי נזק בעלמא, ויל"פ הבעיא אי דין תמות היינו חצי נזק או חצי ממועד, אי נמי אי דין חצי נזק צרורות היינו חצי נזק או חצי ממזיק בגופו, ולכל אלו הדרכים לכאורה דין פטור רה"ר לא תלי בהך בעיא ואף לדרך הא' ואכמ"ל] אולם לשון הרמב"ם 'שהדבר ספק הוא שמא שינוי הוא', ולכאורה משמע דהנידון אי חשיב כלל שינוי.

ויש לפרש, דהא דבעיטה חשיבא שינוי היינו דוקא בעיטה המזקת וכגון בעטה בכלי, אך בעיטה בצרורות בעלמא לא חשיב שינוי, ומיבעי לן בבעטה בצרורות והתיזתן על הכלי, אי דייינינן ליה כביעוט בכלי דחשיב שינוי, או כביעוט בצרור דלא חשיב שינוי, ולהכי נפק"מ בזה בין לענין דין תמות ובין לענין פטור רשות הרבים, דאי דייינינן ביעוט בצרור כביעוט בכלי, חשיב שינוי לדין תמות, וכמו"כ לית לה רשות להך ביעוט, אך אי דייינינן ליה כביעוט בצרור בעלמא, לא חשיב שינוי לדין תמות, וכמו"כ אית לה רשות לזה ואיכא בזה פטור רשות הרבים [ומדוקדק נמי לישנא דגמ' 'יש שינוי לצרורות' ולא בעי אי יש תמות לצרורות או יש קרן לצרורות, דהספק בעצם הדבר אי חשיב שינוי].

והנה נתבאר דגדר פטור שן ורגל ברשות הרבים תלי אי הוי מעשה שן ורגל, דלזה אית לה רשות, או מעשה קרן דכוונתו להזיק, דלזה לית לה רשות [אלא דאף במעשה שן ורגל, היכא דשינתה לית לה רשות] אך נ"ב דלכאורה עיקר הנידון הוא על הבעלים, האם אית ליה רשות להניח שורו בלא שמירה, ובזה מאי נפק"מ אי כוונת השור להזיק או לא.

אולם באמת חזינן בגמ' (ו ב) דשור חשיב ברשות, הרי דאף בקרן סתמא מותר לאדם להניח שורו לילך ברשות הרבים בלא שמירה [ואף דאסור לאדם להזיק על דעת לשלם, ואף בממון המזיק, וכמבואר לקמן (כג ב) וכן מבואר ברמב"ם (פ"ה מנזקי ממון ה"א) בהמה שהיתה רועה ופרשה ונכנסה בשדות ובכרמים אף על פי שעדיין לא הזיקה מתרין בבעליה שלשה פעמים, אם לא שמר בהמתו ולא מנעה מלרעות יש רשות לבעל השדה לשחוט אותה שחיטה כשרה ואומר לבעליה בואו ומכרו בשר שלכם, מפני שאסור לאדם להזיק ולשלם מה שהזיק, אפילו לגרוס הנזק אסור עכ"ל, נ"ל דבסתמא לא חיישינן דיארע היזק] אלא דאם הזיק חייב לשלם, ונ"ב א"כ מאי שנא קרן משן ורגל, והא בתרוויהו רשאי אדם להניחן ברשות הרבים בלא שמירה, ואמאי לענין שן ורגל אמרינן דכיון דהולכין ברשות פטור, ואילו לענין קרן חייב.

ונראה דהנה בעיקר דברי הרמב"ם דגדר פטור שן ורגל ברשות הרבים הוי משום דאית ליה רשות, תמהו האחרו' דהרי אף באדי איכא פטור רשות הרבים (טז ב) ואמטו אית ליה לאדם רשות להוליך אדי ברשות הרבים, ויעוין באחרו' מש"כ בזה.ונראה דהנה כתב הרמב"ם (פ"א מגניבה ה"ט) העבד שגנב פטור מן הכפל ובעליו פטורין שאין אדם חייב על נזקי עבדיו אף על פי שהן ממונו מפני שיש בהן דעת ואינו יכול לשמרן שאם

יכעיסנו רבו וילך וידליק גדיש באלף דינר וכיונא בזה משאר נזקין עכ"ל, ומבואר מדברי הרמב"ם דלולי הך טעמא דאם יכעיסנו רבו כו' היה האדון חייב כפל על גניבת עבדו, ול"ב גדר הך דינא.

וביארו האחרו', דהנה לקמן בפרק ד' וה' (מד ב) תניא הנזקין שלא בכוונה ר' יהודה מחייב ור' שמעון פוטר, מאי טעמא דרבי יהודה יליף מכופרו מה כופרו שלא בכוונה חייב אף הנזקין נמי שלא בכוונה חייב, ורבי שמעון יליף מקטליה דשור מה קטליה שלא בכוונה פטור אף נזקין שלא בכוונה פטור, ור' יהודה נמי נילף מקטליה דנין תשלומין מתשלומין ואין דנין תשלומין ממיתה, ור' שמעון נמי נילף מכופרו דנין חיובין דשור מחיובין דשור לאפוקי כופר דחיובין דבעלים הוא, ומבואר בגמ' דחיוב נזקין הוי חיובין דשור דומיא דחיוב מיתה דשור ההורג, ולא דמי לכופר דהוי חיובין דבעלים.

ומבארים בזה (ויעוין במשנת ר' אהרן סי' ג) דהנה לשון הרמב"ם (ריש הל' נזקי ממון) כל נפש חיה שהיא ברשותו של אדם שהזיקה הבעלים חייבין לשלם שהרי ממונם הזיק עכ"ל, וכבר עמדו דמשמעות לשון הרמב"ם דחיוב ממון המזיק הוי מחמת עצם הדבר דממונו הזיק, והאדם אחראי על מעשה ממונו, ומדקרי ליה בגמ' חיובין דשור, משמע דיסוד החיוב מוטל כביכול על השור עצמו, וכעין חיוב קטליה דשור דהוי חיוב על השור עצמו, אלא דהבעלים אחראי לשלם את חיובי השור, ומהאי טעמא אילו היה חיוב ממון המזיק בעבד, היה האדון מתחייב בתשלומי כפל על גניבת העבד [וכן ביארו בזה גדר דינא ד'כי יכרה איש בור איש בור ולא שור בור' (מח ח), דמסברא הו"א דכשם דאדם מחויב על נזקי בורו, ה"ה שורו מחויב על נזקי בורו, וממילא היה האדם חייב על נזקי הבור שכרה שורו, ומקרא ד'כי יכרה איש בור' נתמעט דדוקא אדם מחויב על נזקי בורו ואין השור מחויב על נזקי בורו, וממילא אין בעליו חייבים בנזקי הבור].

ונראה דזהו גדר החומרא ד'יש בהן רוח חיים' (וע' שטמ"ק ובאחרו') ולשון הרמב"ם דדין נזקי ממונו הוי בכל 'נפש חיה', דהך דינא שייך דוקא בבעלי נפש חיה, דבהן שייכא אחריות כל דהו למעשיהן, ובעליהן מתחייבין על מעשיהן, משא"כ במידי דלית ביה רוח חיים.

ובגמ' (יג ב) נכסים המיוחדין כו' במתניתא תנא פרט לנכסי הפקר, היכי דמי כו' דנגח תורא דהפקר לתורא דידן ופרכי' ליזיל וליתיה ומשני בשקדם וזכה בו אחר, וז"ל הרמב"ם (פ"ח מנזקי ממון ה"ד) וכן שור ההפקר שהזיק פטור שנ' שור רעהו עד שיהיו הנכסים מיוחדים לבעלים, כילד, שור ההפקר שנגח וקודם שיתפוש אותו הניזק עמד אחר וזכה בו הרי זה פטור, ולא עוד אלא שור המיוחד לבעלים שהזיק ואחר שהזיק הקדישו או הפקירו הרי זה פטור עד שיהיו לו בעלים בשעת היזקו ובשעת העמדה בדין עכ"ל[ד], ודקדק הגר"ח (עהש"ס שם בענין תם משלם מגופו) דלולי הך מיעוטא בחמת היה חייל דין מגופו אף בשור הפקר שהזיק, אלא דבשור הפקר נאמר דין פטור, אך בשור דאית ליה בעלים השיעבוד חייל על השור עצמו [ופטור הפקר הוי פטור בעלמא, וכעי"ז מצינו (לקמן מד ב) לרבי יהודה דשור הפקר שהרג פטור מן המיתה] ויעוין עוד בחידושי רבינו חיים הלוי (פ"ד מנזקי ממון ה"ד) וז"ל בשגם די"ל עוד, דבתם לא מיקריא חובת תשלומין כלל, ורק חיובא דממילא דחייל על השור בעצמו עכ"ל.

והדברים מבואריס יותר אי נימא דעיקר חיוב ממון המזיק הוי חיובא דשור, ולהכי בשור תם דאין הבעלים אחראים לשלם מנכסיהם על נזקי השור, הטילה תורה את השיעבוד על השור עצמו, ומ"מ במועד דהבעלים אחראים על מעשה השור ונתחייבו לשלם הנזק מנכסיהם, לא הטילה תורה כלל שיעבוד על השור עצמו.

ומעתה יש לבאר הא דפטור רשות הרבים נהיג דוקא במעשה שן ורגל ולא במעשה קרן דכוונתו להזיק, דהנה לשון הרמב"ם אם בשן ורגל הזיקה כדרכה הרי זה פטור מפני שיש לה רשות להלך בכאן ודרך הבהמה להלך כדרכה ולאכול ולשבר כדרך הילוכה עכ"ל, הרי דנקיט הרמב"ם 'שיש לה רשות' דהיינו לבהמה עצמה, וביאור הדברים כדנתבאר, דיסוד חיוב ממון המזיק הוי מחמת חיובים דשור עצמו, ודייינין על השור עצמו האם אית ליה רשות להך מעשה, ולהכי איכא חילוק בין מעשה שן ורגל, דהשור רשאי להלך כדרכו ולאכול, למעשה קרן דאין השור רשאי להזיק בכוונת היזק.

ובזה מדוקדק לישנא דגמ' (כא ב) שאני הכא דאמר לאו כל כמינך דמקרבת להו לפירותך לרה"ר ומחייבת להו לתורא', ולכאורה הו"ל למימר 'ומחייבת לי', ומהו לישנא ד'מחייבת לתורא', אך למש"ת מבואר היטב, דבאמת בפטור רשות הרבים יסוד הנידון האם איכא רשות לשור למעבד הך מעשה,

---

ד **ובספר** היסר לר"ת (הלק התשובות סי' פ') כתב וז"ל שור שהפקירו ואחר כך נגח הביאהו לב"ד וישלם לך דמגופו משלם, ואם זכה בו אחר זכה דהוי כמו שהפקירו ניזק כיון שלא הלך לזכות בו, ואפילו מרוחק מסתמא אפקריה כיון שהוא מרוחק, ואם עומד ונווח הסתפק עליו כמו שהייתי מספקך (יעוין בתשו' לעיל שם ובתוס' יבמות ב א) על נדה מלהתיבם אם הייתי רולה, שלא הבאת ראייה מניין דמתיבמת כו' עכ"ל ויעוין שם בכ"ד.

ובזה איכא טעמה דלאו כל כמינך דמקרבת להו לפירותיך לרשות הרבים ׳ומחייבת להו לתורמי׳ היינו לשוורים עצמם.

ומעתה ניחא הא דפטור רשות הרבים נהיג אף באדי, דבאמת לא דייניגן כלל על הבעליס האס איט ליה רשות להוליך אט בהמתו ברשות הרבים, דהא אף בהיזק דקרן רשאי כל אדס להוליך בהמתו ברשות הרבים בלא שמירה, דאין צריך לחוש שמא תזיק אלא הכא דייניגן על הבהמה עצמה האס איט לה רשות לעשות הך מעשה.

והנה ליתנא דגמ׳ (טז ב) אמר שמואל אדי ברה״ר דרס ואכל פטור כיון דאורחיה למידרס הוה ליה כמו שאכלה פירות וירקות דהוה ליה שן ברשות הרבים ופטור, ול״ב מאי אתיגן למימר בהא ד׳הוה ליה כמו שאכלה פירות וירקות׳ ומאי פשיטא לן טפי באכלה פירות וירקות טפי מאדי שדרס ואכל בהמה, ולמשנ״ת יתכן לבאר, דס״ד דדוקא באכילת פירות וירקות איכא רשות לבהמה, ולא באדי הדורס ואוכל בהמה, ולזה אמרינן דכיון דאורחיה הוא הרי דריסה לדידיה הוי כאכילת פירות וירקות, ואית ליה רשות לזה.

בגדר חילוק שו"ר מאש

תולדה דרגל מאי היא הזיקה בגופה דרך הילוכה בשערה דרך הילוכה בשליף שעליה בפרומביא שבפיה בזוג שבצואריה כו' ולקמן בר"פ כילד הרגל (יז ב) בהמה שנכנסה לחצר הניזק והזיקה בגופה דרך הלוכה ובשערה דרך הלוכה באוכף שעליה ובשליף שעליה ובפרומביא שבפיה ובזוג שבצואריה וחמור במשאו משלם נזק שלם כו', ומבואר דכל הנך תולדות נמי אין חייבין אלא בחצר הניזק ולא ברשות הרבים.

ותמהו האחרו' דלכאורה בכל הנך תולדות איכא לחיובי נמי משום תולדה דאש, דהוי כאבנו סכינו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו בהדי דאזלי, וה"נ אוכף ושליף שעליה הוו כאבנו והך בהמה לכאו' לא גריעא מכח אחר דרוח, ובתוס' לקמן (ו א) גבי בור המתגלגל מבואר דאי הזיק בהדי דאזיל חייב המניח משום אש, דרגלי בהמה הוי כרוח מצויה, וכן בתוס' לקמן (יט ב) גבי דליל מבואר דהיכא דאדייה אדויי חייב בעל הדליל משום אש, דרגל התרנגול הוי כרוח מצויה, וא"כ ה"נ בשליף שעליה וכל הנך ליחייב בעל הבהמה מדין אש.

והוסיפו האחרו' דה"נ איכא לאקשויי דאף שן ורגל עצמן יתחייבו ברשות הרבים מדין אש, דמה לי אי מזקת הבהמה על ידי שליף שעליה או על ידי גופה עצמה.

[והנה לקמן (ה ב) כולהו כי שדית בור בינייהו אתיא כולהו במה הצד לבר מקרן כו' אלא למאי הלכתא כתבינהו רחמנא להלכותיהן קרן לחלק בין תמה למועדת שן ורגל לפוטרן ברשות הרבים כו', אולם בזה ליכא לאקשויי היאך פטירי ברשות הרבים, נהי דמפרשת שן ורגל ליכא לחיובינהו, מ"מ נחייבם מכח הצד השוה, דהרי הצד השוה הוי ילפותא בעלמא ומדה היא בתורה ממדות שהתורה נדרשת בהן, וכיון דגלי לן קרא להדיא חיוב שן ורגל, וגלי לן דפטורין ברה"ר, ל"ש למילפינהו משאר אבות לחיובא, דהא גלי קרא דלא נילף להו לחיובא בילפותא דצד השוה.]

ומצינו בזה כמה וכמה דרכים, דהנה יש שתי' דפטור רשות הרבים מהני לפטור אף מחיוב אש, דהנה בעיקר גדר פטור רשות הרבים לשון רבינו חננאל (ה א) שן ורגל ברשות הרבים פטורים דאורחייהו הוא והעתיקו הרי"ף (א ב מדפה"ר) ומעתה יש לומר דהך פטור מהני לפטור אף מדין אש.

ויש להוסיף בביאור הדברים עפמשנ"ת בגדר פטור רשות הרבים, דהנה לשון הרמב"ם (פ"א מנזקי ממון ה"ח) הזיקה ברשות הרבים או בחצר שאינה של שניהן לא למזיק ולא לניזק או בחצר שהיא של שניהן והרי היא מיוחדת להניח בה פירות ולהכניס לה בהמה כגון הבקעה וכיוצא בה, אם בשן ורגל הזיקה כדרכה הרי זה פטור מפני שיש לה רשות להלך בכאן ודרך הבהמה להלך כדרכה ולאכול ולשבר כדרך הילוכה עכ"ל, ונתבאר לעיל באורך דהך פטור הוי דוקא במידי דאורחיה ממש, אך כל היכא דהוי שינוי, אף דחשיב אורחיה לענין דהוי רגל ול"ה משונה כקרן, מ"מ ליכא בזה פטור רשות הרבים, ולשיטת הרמב"ם זהו יסוד דינא דקופצת (כ א) וכמשמעות הירושלמי (פ"ב ה"ד) שינתה ואכלה משלמת נזק שלם.

ואחר דחזינן דלאו כללא הוא דשן ורגל אין חייבין אלא ברשות הניזק ופטורין ברשות הרבים, אלא גדר הך דינא דרשות פוטרת, יש לומר דהך דינא נהיג בכל המזיקין, דכל דאית ליה רשות פטור, וזהו דגלי לן קרא ד"שדה אחר", ומה"ט אף באש כל דאית ליה רשות פטור.

ומשמעות דברי הרמב"ם (פ"ו מחובל ומזיק ה"ג) דגדר דינא דשניהם ברשות (לקמן מח ב) היינו מדין פטור רשות הרבים דשן ורגל, וז"ל (ה"א) המזיק ממון חבירו חייב לשלם נזק שלם בין שהיה שוגג כו' (ה"ג) במה דברים אמורים ברשות הניזק אבל ברשות המזיק אינו חייב לשלם אלא אם הזיק בזדון אבל בשגגה או באונס פטור, וכן אם היו שניהן ברשות או שניהן שלא ברשות והזיק אחד מהן ממון חבירו שלא בכוונה פטור עכ"ל, והוא כלשונו בהל' נזקי ממון (פ"א ה"ז) בגדר פטור רשות הרבים בשן ורגל וז"ל כל מועד משלם נזק שלם מן היפה שבנכסיו כו' במה דברים אמורים בשנכנסה הבהמה לרשות הניזק והזיקתהו אבל אם נכנס הניזק לרשות המזיק והזיקתהו בהמתו של בעל הבית הרי זה פטור על הכל שהרי הוא אומר לו אילו לא נכנסת לרשותי לא הגיע לך הזק, והרי מפורש בתורה ושלח את בעירה ובער בשדה אחר (ה"ח) הזיקה ברשות הרבים או בחצר שאינה של שניהן לא למזיק ולא לניזק או בחצר שהיא של שניהן והרי היא מיוחדת להניח בה פירות ולהכניס לה בהמה כגון הבקעה וכיוצא בה, אם בשן ורגל הזיקה כדרכה הרי זה פטור מפני שיש לה רשות להלך בכאן ודרך הבהמה להלך כדרכה ולאכול ולשבר כדרך הילוכה כו' עכ"ל, ויעוין בחזו"א (ב"ק סי' ד' סק"ג) [ונת' עוד במקו"א].

אולם בשיטת התוס' חזינן לא כן, דהא התוס' (ג ב) נקטו דאסו"מ לרב דמשורו למדנו היינו מקרן, דאי משן ורגל הא פטירי ברשות הרבים, ולשיטת הרי"ף והרמב"ם דפטור

רה"ר דשן ורגל הוי משוס דאורחייהו הוא, וכל היכא דלא הוי אורחייהו חייב אף ברה"ר וכגון בקופצת, הא שפיר מצינן למילף אסו"מ משן ורגל, דהא לאסו"מ ליכא רשות ול"ש הך פטור, אך התוס' לטעמייהו (כא ב ד"ה דאילפא) דנקטי כרש"י (כ א) דקופצת הוי קרן, אך לא אשכחנא שן ורגל דחייבים ברשות הרבים, ומעתה בשיטת התוס' הדק"ל, אמאי אין שן ורגל ותולדותיהן חייבין ברשות הרבים מדין אש.

ובדרך נוספת ביארו האחרו' [ר' שמואל זצ"ל, אמרי משה (סי' לו סק"ג) וחזון איש (סי' יא סקי"ד וע' סי' א' ספק"ד וס"ג ספק"א) ועוד] דדין רגל מפקיע דין אש, ובדרך זו מצינו כמה דרכים:

א) ר' שמואל זצ"ל והחזו"א ברים דבריהם נקטו דהא דרגל מפקעת דין אש היינו דוקא כלפי בעל הרגל, וכגון בשליף שעליה, אך בשליף דחד ובהמה דחד באמת יתחייב בעל השליף מדין אש, וכזה ביארו דברי תוס' דבעל הדליל ובעל האבן חייבין מדין אש, ולכאורה לדרך זו גדר הדברים, דכיון דבעל הרגל מחויב על הרגל [ברשות הניזק] מדין נזק הרי חיוב זה מפקיע הימנו חיוב אש, וכן נקט האמרי משה (שם) בשיטת הראב"ד יעו"ש.

אך לכאורה מסברא יל"ע, דכיון דרגל פטורה ברשות הרבים, היאך חיוב רגל פוטר חיוב אש, ומאי עדיף רגל ברה"ר דפוטרת אש מרגל דחבריה דאינה פוטרת אש דידיה כיון דאיהו אינו מחויב עליה בדין רגל.

ועוד תמהו ר' שמואל זצ"ל והחזו"א בדברי הרא"ש (פ"ב סי' ג') והטור (סי' שנ) מבואר דאף בדליל דבעל תרנגול חייב נזק שלם מדין אש, הרי דאף היכא דהוא עצמו מחויב מדין רגל [ואף ברשות הניזק דמחויב חצי נזק מדין צרורות דרגל] מ"מ מחויב נמי מדין אש.

ב) מסקנת החזו"א [ויעוין בשי' ר' שמואל זצ"ל שם] דרגל מפקעת דין אש אף ברגל דחד ואש דחד, ולכאורה לדרך זו גדר הדברים ד"מעשה" רגל הוא דמפקיע דין אש, וכתב החזו"א דדוקא רגל ממש מפקעת דין אש, אך צרורות אין מפקיעין דין אש, ולהכי נקטו תוס' והרא"ש דבעל הדליל ובעל האבן חייבין מדין אש, ואין דין צרורות דרגל מפקיען, וכן ביאר האמרי משה (שם) בשיטת הרמב"ם.

והנה יש שנקטו דהא דרגל מפקעת דין אש היינו מסברא, דאי אפשר דיהא מזיק אחד החייב משוס שני אבות, ותמהו (יעוין בחי' ר' שלמה סי' א') דא"כ היאך אסו"מ דלא אפקרינהו הוי שורו לרב, ואמאי אין דין בור מפקיע מדין שור.

אולם בדברי האמרי משה והחזו"א מבואר דאה"נ מסברא אפשר דיהא מזיק אחד חייב משוס ב' אבות, אלא דכיון דכל רגל עצמה נמי איכא לחיובי מדין אש, ואעפ"כ פטרה תורה שן ורגל ברשות הרבים, ע"כ חזינן דרגל אין חייבת מדין אש, ועפ"ז הוסיף האמרי משה, דממילא בצרורות דליכא גילוי [דצרורות הפקר הן ולאו דבעל הבהמה] לא אשכחנא דמפקיעין דין אש [ואכמ"ל בגדר החילוק].

ור' שמואל זצ"ל נסתפק האם אפשר דיהא מזיק אחד חייב משוס ב' אבות, ולידד דבעצמא אפשר דיהא מזיק אחד חייב משוס ב' אבות, וכגון הכותל והאילן שנפלו והזיקו בהדי דאזלי, דיתכן דהוי אש ובור [וכתב שם דממילא יתחייבו בין על כלים מדין אש ובין על טמון מדין בור, ונסתפק שם בכלים טמונים, דתחילה נטה דבזה יפטרו דממ"נ ליכא לחיובינהו, אך לידד דהך מזיק נידון כמזיק אחד של אש ובור, וממילא אית ביה חיוב על כלים מכח צד האש דידיה וחיוב על טמון מכח צד בור דידיה, וממילא שפיר יתחייב אף על כלים טמונים] ושם נקט דהא דרגל מפקיע אש הוי מסברא יעו"ש [ולכאורה גבי אב דרגל היה מקום טפי לדון דמפקיע שם אש דהויא תולדה גרידא, אי ננקוט דתולדות נזיקין גריעי מהאבות, וע"ד מש"כ האו"ש (פ"ז משבת ה"ד ופ"א הט"ו) גבי מלאכות שבת, דמלאכה אחת דהויא אב מלאכה אחד ותולדה דאב מלאכה אחר, הרי האב מפקיע את התולדה וחייב משוס האב לחוד יעו"ש].

אולם מסברא הדבר מחודש לכאו', דנימא ددין רגל מפקיע דין אש, דאי איכא ברגל סיבת חיוב דאש, מאי גרע דהויא נמי רגל, ובפרט כלפי רשות הרבים דלא נהיג דין רגל [ויעוין בברכ"ש (סי' ג') דפטור שן ורגל ברשות הרבים הוי אף לענין חובת השמירה ואיסור מזיק, ויעוין עוד בחזו"א (סי' יא סק"כ)].

ונראה לדון ליישב עיקר הקושיא באופ"א (ושו"ר דעמדו בעיקר הדבר) דהנה נחלקו הראשונים בדין חיוב אש, האם בעינן מעשה מבעיר דוקא, או דאיכא חיוב אף על אש דממונו דוקא, דהנה התוס' לקמן (ה ב) הקשו היאך אתו כולהו מבור ואש והא איכא למיפרך מה לבור ואש שכן מעשיו גרמו, והתוס' שאנץ (בשטמ"ק בתי' קמא) תירץ דאיכא חיוב אש אף באש דממונו גרידא, וכגון שזכה באלר באש דאחריס ולא שמרה וז"ל יש לומר דאם בא האש לרשותו ממילא כגון שהביאו כלב בחצרה או הביאו גוי שם והניחו ברשותו והלך לו הגוי והכלב וזכה בו בעל הבית והלך האש ברוח מצויה והזיק חייב אף על פי שאין מעשיו גרמו לו עכ"ל, ומבואר דנקט דאיכא חיוב אש אף בלא מעשה מבעיר.

אולם בדברי התוס' שם דלא תירצו כן, אלא תי' דאש לא חשיבא מעשיו גרמו כיון דהרוח מסייעו (והוא תי' בתרא דהתוס' שאנץ שם) ליידדו האחרו' דפליגי וסברי דלחיוב אש בעינן מעשה

מבעיר דוקא, ויעוין בתוס׳ לקמן (פ״ח) דתמהו דנראה לכאורה מדברי הגמ׳ התם [דפטרינן בליבה וליבתה הרוח משום דגרמא הוא] דאם שניים הביאו עצים ואור וליבו שניהם ואין בכל אחד כדי ללבות פטור וכתבו תוס׳ דתימה הוא, והחזו״א (סי׳ ב׳ סק״ד) כתב דכל דברי הגמ׳ דפטור היינו בעצים דחבריה דליבא לחיובה משום ממונו, אך בעצים דידיה חייב משום ממונו, דאפילו עצים דידיה דהובערו באונס ונודע לו ומצי להציל חייב על נזקיהן, אך מדברי התוס׳ דלא ניחא להו בזה, מבואר לכאורה דנקטי דליבא חיוב באש דממונו, ובעינן מעשה מבעיר דוקא, והאחרו׳ האריכו לדון בזה מכמה וכמה דוכתי ואכ״מ [והוסיפו האחרו׳ דיתכן דאף אי עיקר דין אש הוי דוקא ע״י מעשה מבעיר, אך מ״מ מצינן למילף אש דממונו בגד השוה, אלא דמתוס׳ (פ״ח) נראה לכאורה דנקטי דאף לדינא ליבא חיוב וכנ״ל].

ומעתה, אי נימא דלחיוב אש בעינן מעשה מבעיר דוקא, מיושבת לכאורה תמיהת האחרו׳ דבכל רגל ברשות הרבים יתחייב מדין אש, דהא ברגל ליבא מעשה מבעיר אלא ממונו גרידא.

אך לכאורה אכתי לא סגי בזה, דהתינח ברגל עצמה דליבא מעשה מבעיר, אך בשליף שעליה וכיו״ב לכאורה שפיר איבא מעשה מבעיר, דכאשר מניח המשאוי על גבי הבהמה הרי הוא כמניח אבנו בראש גגו דחשיב מעשה מבעיר, והיינו משום דקודם שהונחה על הגג לא חשיבא מזיק ואש כלל, וה״נ המשאוי בפנ״ע ל״ה מזיק, וכשצירפו לבהמה הראויה להוליכו לכאו׳ הוי כמניח אבנו בראש הגג [ואדרבה מעתה תיקשי טפי לדרך החזו״א והאמר״מ, דנקטי דהא דרגל מפקיע מדין אש היינו משום דכל רגל נמי היתה ראויה להתחייב מדין אש, וע״כ דגלי לן קרא דרגל אין חייבת מדין אש, אך למשנ״ת השתא נמצא דאב דרגל באמת לא הוי אש כיון דליבא מעשה מבעיר, וא״כ אכתי תיקשי דבשליף שעליה יתחייב מדין אש, דבזה איבא מעשה מבעיר, מיהו יתכן לדון דשלא שלוחי חשיב כמעשה מבעיר, ועוד דלד׳ החזו״א לטעמיה (ס״ב סק״ד) דנקט דאיבא חיוב אף באש דממונו גרידא א״ש]ה.

אולם באמת נראה דאף בשליף שעליה וכיו״ב לא חשיב מעשה מבעיר, ומשום דעיקר המזיק הוי הבהמה, והרי הבהמה הויא מזיק אף בלא מעשה דידיה, וכשמניח השליף עליה ליבא בזה ילירת מזיק חדש, אלא דהרי הוא מגדיל את המזיק דבהמה, דהאוכף והשליף נטפלים לבהמה וחשיבי כחלק ממנה (ואף דלעניין שבת אין המשאוי טפי לגופה) ואף בעגלה מושכת בקרון (יט ב) כן הוא, ויש לומר דהא לא חשיב מעשה מבעיר, ובפרט דהא אין הגדר דהשליף הוא המזיק, אלא הבהמה היא המזקת באמצעות השליף שעליה, והבהמה המזקת כבר היתה מעיקרא, ונמצא דאף הנחת השליף לא חשיבא מעשה מבעיר, ולהכי ליבא לחיובי בזה משום אש [ויעוין לק׳ (י ב) ואכמ״ל].

ומעתה ל״ק מהא דמבואר בתוס׳ (ו א, יט ב) גבי בור המתגלגל וגבי דליל דחייבין בעל האבן והדליל מדין אש, דהתם הנחת האבן ברשות הרבים חשיבא מעשה מבעיר, דהא התם איכן נעשים חלק מן הבהמה, והנחתם ברשות הרבים הויא מעשה מבעיר וכהנחת אבן בראש הגג.

הרי נתבארו ד׳ דרכים בישוב הך קושיא: הא׳ דפטור רשות הרבים פוטר אף מחיוב אש, הב׳ דחיוב רגל מפקיע חיוב אש, הג׳ דמעשה רגל מפקיע שם אש, הד׳ דבאש בעינן מעשה מבעיר וברגל ליבא מעשה מבעיר אלא ממונו גרידא.

והנה לג׳ הדרכים הראשונות נמצא דאבן רגל הויא נמי אש, אלא דאעפ״כ ליבא בזה חיוב אש, משום פטור רה״ר או מגזירת מלך, אך לדרך הד׳ באמת רגל לא הויא אש כלל.

ונראה להוכיח כן, דכל רגל לא הויא אש כלל, דהנה לקמן (ה ב) אמר רבא וכולהו כי שדית בור ביינייהו אתו כולהו לבר מקרן, ויעו״ש ברש״י שכתב דאדם ורגל אתו בפלגי דינא, דילפי׳ מבור ופרכי׳ מה לבור שכן תחילת עשייתו לנזק ואמרי׳ אש תוכיח ושוב ליבא למיפרך מידי, וכן מבואר בדברי התוס׳ שם והוסיפו דהוא הדין שם, אך לשון התוס׳ ד׳אתי בפלגא דדינא או מאש לחודיה׳, ומבואר דנסתפקו התוס׳ אי בעינן למילף מנד השוה אלא דסגי בפלגא דדינא או דמצינן למילף מאש לחודיה וא״ל כלל למילף מבור, ויעוין ברשב״א שם דנקיט הכי בפשיטות, דשן ורגל ואדם אתו מאש לחודה.

ודברי רש״י ותוס׳ צריכים ביאור, דכיון דליבא למיפרך מידי אמאי בעינן כלל למילף מבור, ואמאי לא נילף במה מצינו מאש לחוד.

ה **והנה** בעיקר הקושיא דכל רגל תחייב מדין אש, דבהמה חשיבא כרוח מצויה, וכדמצינו בתוס׳ (ו א, יט ב) גבי רגלי בהמה ותרנגול, יש שחילקו דדוקא רגלי בהמות דעלמא ותרנגולים דעלמא דמו לרוח, משא״כ בהמה יחידית אינה נידונית כרוח [די״ל דהא דחייבה תורה על אש אף דהולכת ע״י הרוח, משום דהרוח הויא דבר שבטבע העולם, ולהכי נכלל הדבר במעשה דידיה, ומעתה יש לומר דאף בבהמות דעלמא חשיבי נמי כטבע העולם, אך בהמה יחידית אינה נידונית כטבע העולם]. אולם בפשטות גם דרך זו ל״ש אלא אי נימא דלדין אש בעינן מעשה מבעיר דוקא, אך אי סגי בממונו, א״כ נהי דבאש דעלמא ההולכת ע״י רוח בעינן לדון דהוי דבר שבטבע העולם, אך הכא דהכא אחר נמי הוי ממון דידיה, לכאו׳ שפיר מצינן לחייבו אף דל״ה דבר שבטבע העולם.

ונראה עפמשנ"ת דלחיוב אש בעינן מעשה מבעיר דוקא,

ומעתה יש לומר דס"ל לרש"י דלא שייך כלל למילף רגל מאש, דהא באש איכא מעשה מבעיר וברגל ליכא מעשה מבעיר אלא דהויא ממונו, ולהכי ל"ש למילף רגל אלא מבור, דבבור יסוד החיוב מדינא ד"בעל הבור ישלם" דחשיב כבור דידיה דעשאו הכתוב ברשותו (לק' כט ב) [ובפרט לשיטת רש"י בב"ד, ויש להאריך בגדרי בור אי יסוד חיובו מדין בעל הבור או משום מעשה הכרייה, והאחרו' לידדו דתרי דיני איכא ואכמ"ל] ושפיר מצינן למילף רגל מבור, אלא דאיכא פירכא דמה לבור שכן תחילת עשייתו לנזק, ולזה אמרינן דאש תוכיח, דלמעבד יוכיח גרידא שפיר מצינן למילף מאש, והתוס' נסתפקו בזה, אי מצינן למילף במה מצינו או דבעינן למילף מבור ואש אתיא רק למעבד יוכיח לסלק הפירכא (והא דמשמע מרש"י דאף אדם לא אתי מאש גרידא, י"ל משום דבעינן למילף נמי אדם שלא בכוונה, דחיובו משום שמירת גופו עליו וכעין דין ממון המזיק, ובזה לא מצינן למילף מאש דאיהו יצר מזיק אדם והוי מבעיר את הבעירה, אך לאדם בכוונה לכאורה לא בעינן כלל יצפותא, אלא בכלל מאתים מנה, דאי על נזקי ממונו חייב על נזקי גופו לא כ"ש, ויתכן דאף למידת קל וחומר לא בעינן בזה אלא גילוי מילתא בעלמא הוא (וע' סנהדרין עו א ואפ' דהכא כו"ע מודו ואכמ"ל).

ואף דשיטת רש"י (כב א) דלמ"ד אשו משום ממונו חיוב אש הוי משום ממונו [ואכמ"ל בביאור שיטתו אי בעינן דתיהוי ממון דידיה ממש בדיני ממונות] אך מ"מ יש לומר דבעינן נמי מעשה מבעיר וכדכתיב "שלם ישלם המבעיר את הבעירה" ולא סגי בהא דהוי ממונו.

ונראה דאף לדעת הרשב"א דילפי' ליה מאש לחוד (וכן נסתפקו התוס') מ"מ אכתי מוכח דרגל לא הויא בכלל אש, דהא מ"מ חזינן דבעינן לילפותא דמה מצינו, ואם איתא דכל רגל הויא בכלל אש ממש, אלא דבהלכותיהן נתחדש בה פטור רשות הרבים או דשם רגל מפקע שם אש, למאי בעינן כלל ילפותא, הא כל רגל הויא בכלל תולדה דאש [ובפשוטו נקוט עלמא דלתולדות לא בעינן לילפותא, אלא הוי בכלל האב ממש] אלא ע"כ דאף תוס' והרשב"א מודו דרגל לא הויא בכלל תולדה דאש, ומשום דבאש איכא מעשה מבעיר, וברגל ליכא מעשה מבעיר, אלא דס"ל דמ"מ מצינן למילף במידת בנין אב, דכשם דחייבה תורה על מעשה מבעיר, ה"נ חייבה תורה על ממונו המזיק, אך הא הוי יצפותא בעלמא.

הרי מבואר לכאו' מדברי הראשונים, דרגל איהו בכלל מזיק דאש, אלא דאי לאו דכתבה תורה שן ורגל, הוי מצינן למילף להו בדרשא דמה הלד או במה מצינו, אך כיון דכתבה תורה פרשת שן ורגל להדיא, ופטרתן ברשות הרבים, שוב ל"ש למילף לחייבן משאר מזיקין, דהא נכתב דינן להדיא דפטורין ברשות הרבים.

ביסוד חיובא דבור

תולדה דבור מאי ניהו אילימא אב י׳ ותולדה ט׳ לא ט׳ כתיבי ולא י׳ כתיבי הא לא קשיא והמת יהיה לו אמר רחמנא וקיים להו לרבנן י׳ עבדן מיתה ט׳ נזיקין עבדי מיתה לא עבדי סוף סוף זה אב למיתה וזה אב לנזקין.

הנה בדין מזיק דבור אשכחנא כמה וכמה דיניס מחודשים, ונראה לבאר הלד השוה שבהן.

א) בפרק הפרה (נ ב) תנן למה נאמר בור מה בור שיש בו כדי להמית עשרה טפחים אף כל שיש בו כדי להמית עשרה טפחים היו פחותין מעשרה טפחים ונפל לתוכו שור או חמור ומת פטור ואם הוזק בו חייב, ובגדר הך דינא דבור ט׳ פטור על מיתה, לשון רש״י בסוגין אם מת השור אמור רבנן בבור תשעה פטור דלא מחמת הבור מת דאין בו כדי להמית עכ״ל וכעי״ז לשון הרמ״ה בסנהדרין (עח ב) גבי דין אומד למיתה ׳לאו איהו קטליה שהרי לא היה בה כדי להמית׳.

וכבר ביארו האחרו׳ (ר׳ שמואל זל״ל בשי׳ סנהדרין עט ב ס״ק שלא, ובחי׳ הגרנ״פ בסוגין) דודאי אין כוונת רש״י לומר דאיתרמי דמת בשעת נפילתו לבור ולא מת כלל מחמת הבור, דהא ודאי שמת מחמת הבור, אלא ביאור הדברים הוא, דהנה לשון רבינו יהונתן מלוניל (לק׳ נ ב) דמזלו גרים (אפ׳ דכוונתו מזל דבעליו, דשור ליה מזלא כדלעיל ב ב מיהו לרש״י שם ליכא ראיה וע׳ ר״י מלוניל לט ב ואכ״מ) וכ״ה לשון רש״י (לא א ד״ה בעינן) גבי דין אומד יעו״ש, ולכאורה כוונתו דבאופן הרגיל בטבע העולם לא היה הבור ראוי להמיתו, אלא דמזליה איתרע ומשום כך מת בחבלה מועטת דבור ט׳, ולהכי הך היזק אינו מתייחס לבור, ויעוין עוד להלן בסמוך [אך לכאו׳ אין לומר דאירע לו כן מחמת חולשתו וכיו״ב, דא״כ שפיר הוי מחמת הבור, דכלפי שור זה שהוא חלש אף בבור ט׳ יש כדי להמית, והרי בדין אומד משערינן נמי כח הניזק (פ״ג מרולה ה״ג) החזק הוא או רפה].

ולשון הרמב״ם (פי״ב מנזקי ממון הט״ו) היה פחות מעשרה פטור על מיתת הבהמה אבל אם הוזקה בלבד חייב לשלם נזק שלם, ואפילו בתל גבוה כל שהוא או בחפירה כל שהוא, שהנזק בכל שהוא דבר מצוי וידוע ואין המיתה בכל שהוא מצויה והרי הוא כמו אונס עכ״ל, ויעוין ברמב״ם (פ״א מחובל הי״ח) דפסק דיש אומד לנזיקין (כדלק׳ לא א) וז״ל כשם שאומדין למיתה כך אומדין לנזקין כו׳ אמר החובל לא היה בו כדי להזיק וכמו אונס אני כו׳ [ויעוין ברמב״ם (פ״ג מהל׳ רוצח ה״ז) יראה לי שכל מקום שאין בגבהו עשרה טפחים אין בו כדי להמית כדרך שאמרו בבור לענין בהמה עכ״ל] וכמו כן לשון הרמב״ם (פ״ו מרוצח ושמירת נפש הט״ו) גבי כח כחו ׳אין זה מכחו אלא מכח כחו ונמצא כמו אונס׳, והתם ודאי אין כוונתו לדין אונס.

וביארו האחרו׳ [יעוין באבן האזל (פי״ב מנזקי ממון הי״ט) ובשי׳ ר׳ שמואל זל״ל (סנהדרין שם)] דאין כוונת הרמב״ם לדין אונס ממש דלא הו״ל לאסוקי אדעתיה, אלא דאין ההיזק מתייחס למעשה, ולהכי נקיט הרמב״ם דהוי ׳כמו אונס׳ (ויל״פ דכשם דגדר דין אונס דחסר בעצם התייחסות המעשה לאדם וכדלידדו האחרו׳ ה״נ הכא) והוא כדנתבאר בשיטת רש״י [ולשון תוס׳ (י א) דבור פחות מעשרה פטור ממיתה כיון דאין רגילות להמית בפחות מעשרה, ולשון רש״י בסוגין בד״ה אב עשרה בור עמוק י׳ טפחים היינו אב דבכך דרכו להמית עכ״ל, ויעוין בחי׳ הגרנ״פ (ס״ק נד – נו) ובשי׳ ר׳ שמואל זל״ל בסוגין ואכמ״ל].

ויש לדון היכא דמת השור בבור תשעה, אי פטור לגמרי או דחייב כפי שיעור הנזק דהיה ראוי להיות מחמת הבור, וסתימת מתני׳ (נ ב) והראשונים דבור ט׳ פטור על מיתה לגמרי ואינו משלם אף כשיעור נזיקין, אלא דהמאירי (נ ב) הביא ד״יש מי שאומר שאם מת משלם מיהא בכדי דמי היזק המשוער בבית דין׳ ומסיק המאירי ולא ידאה לי כן, ויעוין עוד בפי׳ הר״י מלוניל (שם) ובחזו״א (ס״ב סקי״ד) ובשי׳ ר׳ שמואל זל״ל.

אולם הדברים צריכים ביאור, דנהי דעל תוספת ההיזק שמת פטור דחשבינן דלא נעשה הך נזק מחמת הבור, אך מדוע לא יתחייב לשלם כפי שיעור הנזק דאירע ע״י הבור, וכשם דלענין אומד חייב בנזק שהיה ראוי להיות (ע׳ יש״ש פ׳ החובל סי׳ לא) ה״נ הכא יתחייב כפי שיעור הנזק הראוי להיות ע״י הך בור [ויעוין בחי׳ הגרנ״פ (סקנ״ו)].

ב) קי״ל דבור פטור על כלים וכדדרשינן (כח ב, נג ב) חמור ולא כלים, ויעוין בתוס׳ (י א) דהוכיחו (מסוגיא דלק׳ מח ב) דכל מידי דלאו בעלי חיים ממעטינן ולאו דוקא כלים יעו״ש, ומבואר דבור אינו חייב אלא על דבר שיש בו רוח חיים, ול״ב גדר הך דינא [ולכאו׳ אין לומר דהיינו טעמא משום דבכלים סתמא אחר מביאן לבור והרי הוא מפקיע את היזק הבור, דהרי האי טעמא שייך אף בבעלי חיים עצמן, דהן הביאו עצמן לבור, וע״כ דכיון דהבור התקילס חייבתו תורה ע״ז וה״נ נימא גבי כלים, ובהשליכם אדם בכוונה הא אף בדוחף שור פטור וכמבואר בתוס׳ (ו א)].

ג) הראשונים (בסוגין ולק' נג ב) הביאו דברי הירושלמי (פ"ה ה"ו וע"ש ה"ז) כתיב כי יפתח איש בור וכי יכרה איש בור אחד בור לנזקין ואחד בור למיתה, אמר רבי יצחק אחד בור של מיתה ואחד בור לנזקין שניהן ממקרא אחד נתרבו, וכשהוא בא לבור של מיתה את מר פטור על הכלים וכשהוא בא לבור נזקין את מר חייב על הכלים עכ"ל, ומשמעות דברי הירושלמי דבבור י' פטור על הכלים ובבור ט' חייב על הכלים, והדבר תמוה מסברא לכאורה, ועוד תמהו האחרו' דבכל בור י' איכא נמי בור ט', דבכלל מאתים מנה.

ויש שפי' (יעוין במאירי נג ב) דברי הירושלמי באופ"א, דעיקר החילוק איננו בין בור מיתה לבור נזיקין, אלא בין היכא דנשברו הכלים באופן דנידון כמיתה לבין היכא דהוזקו הכלים באופן דחשיב כנזיקין, אך הוא מחודש טובא לכאו' דשייך חילוק שם מיתה ושם נזיקין בכלים, וכ"ש לדון דאיכא חילוק לדינא ביניהם, ולהחמיר בנזקי כלים טפי ממיתתן.

ד) קי"ל דבור פטור על מיתת אדם, וכדדרשינן שור ולא אדם, והיינו דוקא על מיתת אדם אך על נזיקין חייב, ול"ב גדר הך מיעוטא, ועוד דמאי שנא מיתה מנזיקין.

עוד עמדו הראשונים בלישנא דמתני' (נב א) נפל לתוכו כו' בן או בת עבד או אמה פטור, דאמאי נקטה מתני' הך דינא בבן או בת (דמשמע קטנים) ועבד ואמה, ואדרבה הו"ל לאשמועינן הך דינא בגדול דהוי בר מצוות [והרי גבי שור דכתיב כי יגח שור את איש או את אשה איצטריך קרא למהדר ולאשמועינן אם בן יגח או בת יגח כמשפט הזה יעשה לו, דס"ד דכיון דלאו בני מצוות נינהו ליכא חיוב סקילה על מיתתן (ע' לק' מד א) וכן בנגיחת עבד ליכא כופר אלא קנס, וא"כ הכא הו"ל לאשמועינן דבור פטור אף על בן חורין גדול] ויעו"ש ברש"י ובראשונים.

ה) בפרק הפרה (נג ב) אמר רבא דשור פסולי המוקדשין שנפל לבור פטור [ודרשי' ליה מקרא ד"והמת יהיה לו" מי שהמת שלו] ואף דשאר אבות נזיקין חייבין עליו (וכמבואר התס ולק' י א) דשפיר חשיב שור רעהו דממון בעלים הוא, ולריך ביאור גדר הך פטורא, ומשמעות תוס' (ז א, נג ב) דפטור בין מת ובין הוזק, אך משמעות הרמב"ם (פי"ב מנזקי ממון הי"ז) דדוקא במת פטור אך בהוזק חייב (ומש"כ בפ"ו מחובל ומזיק הט"ז קאי אמת דרישא והעתיק לישנא דגמ' וסמך עמש"כ בהל' נזק"מ וע' או"ש הל' נזק"מ) וכן נטה בגליון התוס' (בשטמ"ק נג ב) ולריך ביאור גדר החילוק.

ו) לקמן (נד ב) תנן אחד שור ואחד כל בהמה לנפילת הבור ולהפרשת הר סיני כו', ובגמ' (נד א) מבואר דס"ד דחיוב בור הוי דוקא במידי דקרב לגבי מזבח או במידי דקדוש בבכורה, וכן ס"ד דנהיג דוקא במידי דנבלתו מטמאה במגע ובמשא ולא בעופות ובעינן לרבויי מקראי, ול"ב דמאי שייך לאיפלוגי בזה לענין חיובי נזיקין.

ז) בריש פרק מרובה (סב ב) מדת תשלומי כפל נוהגת בין בדבר שיש בו רוח חיים ובין בדבר שאין בו רוח חיים כו' מנה"מ דת"ר על כל דבר פשע כלל על שור על חמור על שה ועל שלמה פרט על כל אבידה חזר וכלל כלל ופרט וכלל אי אתה דן אלא כעין הפרט מה הפרט מפורש דבר המטלטל וגופו ממון כו' אי מה הפרט מפורש דבר שנבלתו מטמא במגע ובמשא אף כל דבר שנבלתו מטמא במגע ובמשא אבל עופות לא ומי מלית אמרת הכי והא שלמה כתיב אמרי אנן בבעלי חיים קאמרינן אימא בבעלי חיים דבר שנבלתו מטמא במגע ובמשא אין דבר שאין נבלתו מטמא במגע ובמשא לא כו'.

ומבואר דס"ד דאף דחיוב כפל נהיג אף בדבר שאין בו רוח חיים כגון שלמה, מ"מ בבעלי חיים אין נוהג דין תשלומי כפל אלא בדבר שנבלתו מטמאה במגע ובמשא ולא בעופות [וכן לק' שם ס"ד דלא נהיג אלא בדבר הקרב לגבי מזבח או בדבר הקדוש בבכורה] והדבר לריך ביאור טובא, דמאי גריעי עופות משלמה.

ובמתני' (נד ב) אחד שור ואחד כל בהמה לנפילת הבור ולהפרשת הר סיני ולתשלומי כפל ולהשבת אבידה כו' ולריך ביאור דהא תשלומי כפל והשבת אבידה נוהגים בכל דבר ואף שאין בו רוח חיים, והוא מבואר בקרא, ומאי איצטריך לאשמועינן דנהגי בכל בהמה [ואף למש"כ תוס' (יבמות נ א) דבכמה מקומות שונה התנא מה שבפסוק בפירוש היינו היכא כגון לכתוב עיקר הדין במקומו, אך הכא הרי עיקר מתני' אתיא לאשמועינן דאף דבקרא כתיב שור או חמור לאו דוקא אלא הוא הדין כל בהמה, ובהנך הרי כתיב להדיא בקרא דנהגי בכל מילי] ויעוין ברשב"א (שם) דעמד בזה.

אך למבואר בר"פ מרובה לכאורה ניחא, דהא חזינן דאף דנהגי בכל דבר אפשר דבבעלי חיים לא נהגי בכל בעלי חיים, וא"כ שפיר איצטריך לאשמועינן דאף דכתיב שור חמור ושה מ"מ איכא דין תשלומי כפל בכל מילי, אלא דהא גופא ל"ב טובא וכנ"ל.

ח) לקמן (נ א) מבואר דבחופר לאושין ליכא חיוב בור ואף באלרווח אלרווחי לרה"ר יעו"ש, ולשון רש"י (שם) שדרך לעשות כן ואינו פושע, ותמה הרשב"א (שם) דהא אנן קי"ל כחכמים (סב ב) דמחייבי משוס אש בנר חנוכה ודלא כרבי יהודה דפטר משוס דעבדי ברשות, וכן בהוצאת זבלים (ל א) קי"ל דאף דהוי ברשות חייב, יעוין שם עוד.

ונראה דהנה בסוגין מבואר דבור י׳ הוי אב למיתה ובור ט׳ הוי אב לנזיקין, ומשמע דאף בשור מיתה ונזיקין חשיבי שמות חלוקין, וכמו״כ מצינו (לק׳ י א, נא א) בחופר בור ט׳ ובא אחר והשלימו לי׳ דנסתלקו מעשה ראשון והאחרון חייב בכל (לרבנן אף בנזיקין וילפי׳ ליה מקרא, ולרבי לענין מיתה ומסברא) וכתבו תוס׳ שם דדוקא משוס דשני חידש מיתה אך ח׳ וט׳ כולם חייבין יעו״ש (וע׳ שטמ״ק) הרי דמיתה ונזיקין חשיבי שמות חלוקין [וכמו״כ לרבי אם השלים למיתה פטור הראשון אף לענין ההיזק שבמיתה ואכמ״ל].

וכן נראה מעיקר הא דבור ט׳ פטור על מיתה, ומשמעות רוב הראשונים דפטור לגמרי וכנ״ל, והרי בהוזק טפי מן האומד נראה דחייב לשלם כפי השיעור דחזי להזיק (וכ״ה בים״ש פ״ח סל״ח) וע״כ דהכא נתחדש דבור ט׳ פטור לגמרי על מיתה, הרי דאף בשור היזק מיתה והיזק נזיקין חשיבי שמות חלוקין, אך מלבד דצריך ביאור עיקר גדר הך דינא וכנ״ל, עוד צריך ביאור עצם גדר החילוק בין מיתה לנזיקין בשור, דלכאורה מיתת השור נמי אינה אלא היזק גרידא, דשור בריא חזי לחרישה, ושור מוזק חזי למשוך בקרון, ונבלת שור חזיא לכלבים, וכולהו הוו היזקא גרידא, והיאך מיתה חולקת שם לעצמה.

ונראה בגדר חיוב דין בור, דהנה כבר כתב הרשב״א (ב ב) דבור חידוש הוא וליכא בכלהו נזיקין דכותיה לפי שאין דרכו לילך ולהזיק ועוד שאינו שלו ואפ״ה עשאו הכתוב כאילו הוא שלו ועוד שהניזק בא לרשותו של מזיק.

ונראה דיסוד חיובא דבור הוא מתביעת בני רשות הרבים שלא לעשות תקלה ברשות הרבים, דרשות הרבים מסורה לרבים להילוך, ומה״ט אית להו תביעה שלא יחפור בה אדם בור המתקיל את העוברים ושבים, וכל דעבר אהך תביעה, הטילה עליו תורה אחריות לנזיקין דאתו מחמת הבור.

וביון דכל יסוד התביעה הוי מחמת דהרשות מסורה לרבים להילוך, בחופר לאושין דרשות הרבים עשויה אף לזה, חסרה עיקר סיבת החיוב [ולא דמי להוצאת זבלים (ל א) דאף דהוי ברשות חייב, דהתם הא דאית להו רשות היינו רק רשות בית דין מתקנת יהושע דעל מנת כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ (וכדאיתא התם) אך רשות הרבים מצ״ע אינה עשויה לזה, ולא התנה אלא להתיר הוצאתן ולא לפטור מנזק, משא״כ חפירת לאושין יש לומר דרשות הרבים מסורה לזה מצ״ע] ויעוין שם ברשב״א דתי׳ ד׳אפשר דחפירת לאושין הוא יותר תיקון העולם וישוב המדינה וכולה מדינה ניחא להו בהכי דכלהו מצרך צריכי להא׳.

ומעתה נראה לדון דהך תביעה שייכא רק בבני אדם, דרשות הרבים מסורה להם להילוך, ולהכי המתקילם בבורו חייב בנזקיהם, אך לענין כלים ל״ש הך תביעה, כיון דבכלים עצמן ל״ש כלל תביעה, ובבעלות האדם על הכלים לא סגי דיוכל לתבוע שלא להתקיל כליו [ואף אי רשות הרבים עשויה להם] דהך תביעה מחודשת המחייבת בנזקי בור הויא רק לענין האדם עצמו שלא יתקילוהו ולא לענין כליו, ולהכי בור פטור על הכלים.

והא דאיכא חיוב בשור שנפל לבור, יסוד התביעה בזה הויא של השור עצמו, דרשות הרבים עשויה אף להילוך שוורים [וכדנתבאר לעיל בשיטת הרמב״ם בגדר פטורא דשן ורגל ברשות הרבים, דיסודו משוס דיש לבהמה רשות להלך ברשות הרבים (פ״א מנזק״מ ה״א) ונת׳ באורך דהך רשות הויא של הבהמה עצמה ולאו של הבעלים, ומה״ט אף באדי איכא פטור רשות הרבים (טז ב) דלאדי עצמו איכא רשות לילך ברה״ר] אלא דכיון דהאדם בעלים על השור, איהו נעשה תובע על תביעת שורו.

והוא כעין דנתבאר (מד׳ הגרא״ק ס״ב) בגדר דין ממון המזיק דשור, דיסוד החיוב הוי חיוביה דשור[1], אלא דכיון דהאדם הוי בעלים על השור, איהו נתבע בחיובי השור [ומה״ט משמע ברמב״ם (פ״א מגניבה ה״ט) דהיה ראוי לחייב את האדון על גניבת עבדו ואכמ״ל] וכמו״כ זכאי בעל השור לתבוע את תביעת שורו.

וכעי״ז מצינו בחסימה, דהשוכר את הפרה לדוש בה וחסמה משלש ד׳ קבין לפרה ושלושה קבין לחמור (ב״מ צא א) ויעוין בתוס׳ (מכות ד א) וברא״שונים (שם ושם) וכבר תמה ר׳ שמואל זצ״ל (מכות שם) דהא איסור חסימה הוי איסור לשמים, דהרי אף בהמת עצמו אסור לחסום, ואמאי נתחייב לשלש לבעל הבהמה.

אך באמת נראה דיסוד דין חסימה הוי תביעה דהבהמה, אלא דממילא הבעלים דהבהמה זוכה בהך תביעה [ומ״מ איכו רשאי לחסום אף בהמת עצמו, דהתורה חידשה הך זכות לבהמה אף כלפי הבעלים, אך מ״מ אחר דדש בה בחסימה, דנעשה כעין חיוב ממון לבהמה, ממילא זכי ביה הבעלים].

ומעתה מבואר היטב הא דמיתה ונזיקין חשיבי ב׳ שמות חלוקין אף בשור, דבאמת אי אתיין לדון בנזק הבעלים ליכא חילוק כלל בין מיתת השור לנזקיו, דבתרוויהו הוי היזק גרידא, אך כיון דיסוד התביעה הויא תביעה של השור עצמו, הרי מצד

[1] וכיון דחזינן דהשור נתבע שלא להזיק, כ״ש דאית ליה תביעה שלא יוזק.

השור עצמו הוו ב׳ תביעות חלוקות, האחת שלא להמיתו, דהא הויא כעין תביעת רגיחה באדם, והאחת שלא להזיקו.

ומעתה מבואר היטב הא דבור ט׳ פטור על מיתה לגמרי ולא מחייבינן ליה אף על שיעור ההיזק דהיה ראוי לבא מחמת הבור, דבאמת כיון דמת השור לא שייכא בזה כלל תביעת נזיקין, אלא תביעת מיתה גרידא, דהיא תביעה חלוקה ביסודה, וכיון דעל המיתה לא מצינן לחייב את הבור, ממילא פטור לגמרי.

ומעתה יש לדון לישב דברי הירושלמי (פ״ה ה״ו) כתיב כי יפתח איש בור וכי יכרה איש בור אחד בור לנזקין ואחד בור למיתה, א״ר יצחק אחד בור של מיתה ואחד בור לנזקין שניהן ממקרא אחד נתרבו, וכשהוא בא לבור של מיתה את מר פטור על הכלים וכשהוא בא לבור של נזקין את מר חייב על הכלים עכ״ל, ומבואר לכאורה דבור של נזיקין חמיר טפי מבור של מיתה, ובבור של נזיקין איכא חיוב על כלים ובבור של מיתה ליכא חיוב על הכלים, והדברים תמוהים לכאו׳, ויש שפי׳ דברי הירושלמי דאין החילוק בין בור של מיתה לבור של נזיקין, אלא בין הוזקו לגמרי בגוונא דחשיבא מיתה לבין הוזקו היזק דלא חשיב כמיתה, אך הוא מחודש מאד לומר דאף בכלים איכא שם מיתה ושם נזיקין ואכמ״ל.

ולמשנ״ת נראה לדון לבאר דברי הירושלמי, דהנה לישנא דמתני׳ (נב א) נפל לתוכו שור וכליו ונשתברו חמור וכליו ונתקרעו חייב על הבהמה ופטור על הכלים, ולשון הרמב״ם (פי״ג מנזקי ממון ה״א) כלים שנפלו לבור ונשתברו בעל הבור פטור שנאמר ונפל שמה שור או חמור מפי השמועה למדו שור לא אדם חמור לא כלים, אפילו נפל שור בכליו ומת השור ונשתברו כליו חייב על הבהמה ופטור על הכלים עכ״ל, ומבואר בדברי הרמב״ם, דס״ד דאף דליכא חיוב כלים בבור היינו דוקא בנפלו בפנ״ע, אך בנפלו שור וכליו חמור וכליו יהא חייב אף על הכלים (וכבר עמדו בזה) ולכאורה גדר הדברים דס״ד דבהאי גוונא נטפל היזק הכלים להיזק השור והחמור, וחשיב חדא היזק.

ומעתה יש לומר דכוונת הירושלמי דבנפלו שור וכליו לבור והוזק השור חייב אף על הכלים, ודוקא בנפל שור וכליו ומת השור, פטור על הכלים, וביאור הדברים, דהיכא דהוזק השור, דיסוד התביעה הויא תביעת היזק, אמרינן דנטפל היזק הכלים להיזק השור[1], משא״כ היכא דמת השור, דבזה גדר התביעה הויא תביעת מיתה, דהיא תביעה חלוקה ביסודה וכעין תביעת רגיחה באדם וכדנתבאר, בזה ל״ש להטפיל היזק הכלים למיתת השור, ולהכי בכה״ג אף דחייב על מיתת השור, פטור על היזק הכלים.

ויעוין עוד בירושלמי (לקמן שם ה״ז) נפל שמה שור או חמור שור ולא שור בכיליו חמור ולא חמור בכיליו שהיה בדין מה אם בור נזקין שפטור מן המיתה חייב על הכלים בור של י׳ טפחים שחייב על המיתה אינו דין שיהא חייב על הכלים ת״ל ונפל שמה שור או חמור שור ולא שור בכליו חמור ולא חמור בכליו עכ״ל.

ומעתה מבואר היטב נמי גדר פטור שור פסולי המוקדשין בבור, דהנה משמעות הרמב״ם (פי״ב מנזקי ממון הי״ז) דפטור רק ממיתה ולא מנזיקין, וז״ל נפל לתוכו שור פסולי המוקדשין ומת הרי זה פטור שנאמר והמת יהיה לו מי שהמת שלו יצא זה שהוא אסור בהנייה ודינו שיקבר עכ״ל, ויש לבאר דכיון דיסוד התביעה הויא של השור עצמו, והרי תביעת רגיחה לא חיילא אלא לאחר מיתה וכדאיתא לקמן (מב ב) ובגיטין (מג א) וא״כ בשור חולין חלה תביעת השור רק בשעת מיתה, ובאותה שעה זוכה בעליו בהך תביעה, אך בשור פסולי המוקדשין, כיון דאין המת שלו, לא מצי הבעלים לזכות בהך תביעה, דהא בשעת מיתה דחיילא תביעת השור כבר לא הוי שור דידיה.

ונמצא דהא דדרשי׳ ״והמת יהיה לו״ יצא זה שאין המת שלו, לא הוי יצפותא בעלמא, אלא זהו עצם גדר הדין, דכל זכיית הבעלים בתביעה על מיתת השור הויא מכח הא דהשתא המת שלו, אך היכא דאין המת שלו אינו זוכה בתביעת השור.

ולשיטת תוס׳ דפטור פסולי המוקדשין בבור הוי אף בנזיקין יש לבאר, דהרי פסולי המוקדשין נתמעטו דאין לבעלים בהם אלא אכילת בשר, וכדדרשינן (בכורות טו א) תזבח ואכלת בשר תזבח ולא גיזה בשר ולא חלב ואכלת ולא לכלביך, וחזינן לכאורה דאינו בעלים גמור על עיקר השור, אלא דאית ליה זכות אכילה בשור (ואכמ״ל) ומעתה מבואר היטב, דלענין שאר נזיקין, מצי לתבוע היזק הך זכות אכילה דאית ליה, אך בבור דלעולם יסוד החיוב הוי כלפי השור עצמו, אלא דלבעל השור איכא דין תובע על תביעת השור, בזה בעינן דיהא בעלים על עצם השור, וכיון דבפסולי המוקדשין אינו בעלים על עצם השור, ליכא ליה דין תובע על תביעת השור.

והא דס״ד (נג ב) למעט כן בשור שנגח, אף דהתם איכא חיוב אף על כלים, וכן אף רבי יהודה דמחייב בנזקי כלים בבור מודה בשור פסולי המוקדשין דפטור (וכמבואר לק׳ י א) יש לומר דס״ד דאף דבכלים תחילת החיוב הוי לבעל הכלים, מ״מ בשור כל תביעת הבעלים הויא רק מכח בעלותם על השור (ויש לבאר בזה בכמה אופני) ולהכי בפסולי המוקדשין דאין המת שלו פטור,

[1] ויש לומר דבכה״ג איכא תביעה לשור אף על היזק הכלים שעל גביו [ואף דל״ה בעלים עליהן] ואכמ״ל.

ומסקינן דבשור לא נתמעט שור פסולי המוקדשין, ומשום דבשור לעולם איכא לבעלים תביעה מל"ע[ח].

ולרבי יהודה דמחייב כלים בבור ופטור בשור פסולי המוקדשין, יש לומר דמודה לעיקר היסוד בגדר בור, אלא הא דמחייב על כלים היינו משום דכשם דאיכא לאדם תביעה לילך ברשות הרבים, ה"נ איכא תביעה להוליך כליו ברה"ר, ומכח זה תובע נזקי הכלים, ויש לומר דהא שייך דוקא בכלים דנטפלים לאדם (ומה"ט איכא רבותא בשור וכליו חמור וכליו וכמבואר ברמב"ם פי"ג מנזק"מ ה"א כלים שנפלו לבור ונשתברו בעל הבור פטור כו' אפילו נפל שור בכליו ומת השור ונשתברו כליו חייב על הבהמה ופטור על הכלים עכ"ל ומ"מ אף באינו מוליכם וכגון דנפלו ברוח וכיו"ב שייך ה"ט) משא"כ בשור, ולהכי בשור פסולי המוקדשין מודה לפטור.

וכמו כן יש לבאר גדר פטורא דשור ולא אדם, דבור חייב על נזקי אדם ואינו חייב על מיתת אדם, דהרי נתבאר דתביעת חיוב מיתה הויא תביעה חלוקה, והך תביעה לא שייכא אלא אחר שמת בפועל [וכשם דברליתה אין הרוגא חייב מיתה אלא אחר שמת הנהרג בפועל, אך אי שוויה טריפה ושויה גוסס, אף דודאי ימות, מ"מ כל זמן דלא מת ליכא חיוב רליתה, וכן כופר אין משתלם אלא לאחר מיתה מה"ט וכדלקמן (מב ב) ובגיטין (מג א)] ומכיון שמת תו ל"ש דתהא לו תביעת ממון, וגבי חיוב כופר כבר לידדו האחרו' [יעוין באור שמח (פ"ט מנזק"מ הי"א) ועוד ור' שמואל זל"ל (מכות ב ב) האריך בזה] דיסוד החיוב מעיקרא הוי ליורשים, והוא חיוב מחודש דכופר [והא נתמעט מקרא אחרינא דעליו ולא על הבור (ע' תוס' ט ב)] אך חיוב דמיס י"ל דלא שייך אלא לנהרג עצמו, וכיון דעיקר התביעה לא חיילא אלא לאחר מיתה, א"א דיחול חיוב לנהרג (ויעוין לק' מג א ואכמ"ל).

ולהכי ל"ש חיוב מיתה בבור אלא בשור שנפל לבור ומת, דבזה כיון דהאדם בעלים על השור, שפיר מצי לתבוע את הריגתו [ולקמן (קיב ב) ילפי' הא דאין מקבלין עדים שלא בפני בעל דין מדכתיב והועד בבעליו ולא ישמרנו אמרה תורה יבא בעל השור ויעמוד על שורו, ויעוין ברשב"א שם שכתב ד"ש לומר דעיקר קרא לגבי שור דהוא בדיני נפשות כתיב ובדיני ממונות אסמכתא בעלמא ומדרבנן', ומבואר בדברי הרשב"א דהבעלים חשיב בעל דבר אף כלפי דיני הנפשות של השור].

ומעתה יש לבאר לישנא דמתני' (נב א) דנקטה פטור אדם בנפלו לתוכו בן או בת עבד או אמה, דיש לומר דבאדם בעלמא שנפל לבור ומת פשיטא לן דלא שייך חיוב, דלהרג עצמו ל"ש דיחול החיוב, וממילא ל"ש ירושה, אך בעבד ואמה שנפלו לבור ס"ד דיחול החיוב לאדון דומיא דשור, וכן בבן ובת קטנים ס"ד דברשות אביהן הן דומיא דעבד ואמה.

והא דבאמת אין לאדון דין תובע על הריגת עבדו כשם דאיכא לבעל השור דין תובע על הריגת שורו, י"ל דדוקא בשור דמסור ביד בעליו אף להריגה, דרשאי אדם לשחוט ולהרוג שורו, אית ליה דין תובע אף על הריגתו, אך בעבד דאינו מסור ביד אדונו להורגו, אין לאדון דין תובע על הריגתו (וע' סנהדרין יט א).

וכמו כן יש לבאר הא דס"ד (נד א) דחיוב בור הוי דוקא בקרב לגבי מזבח או בקדוש בבכורה, דכיון דיסוד הדין הוי

[ח] **ובס"פ** כילד הרגל (כז א) אמר רבה הניח לו גחלת על לבו ומת פטור על בגדו ונשרף חייב אמר רבא תרוייהו תנהי כו' בעי רבה הניח גחלת על לב עבדו מהו כגופו דמי או כממונו דמי אם תמצא לומר כגופו דמי שורו מהו הדר פשטה עבדו כגופו שורו כממונו, והנה רבינו חננאל שם פי' הא דהניח גחלת על לבו פטור היינו משום ד'היה לו להסליקה מעל לבו' ולשון הרמב"ן (במלחמות שם) דכיון דהוה ליה לסלקה כמאן דאיהו אזיק אנפשיה עכ"ל, ומבואר דגדר הדין דבכה"ג חשיב דאיהו אזיק אנפשיה (והרא' שם פי' עוד באופ"א יעו"ש) ומבואר לפ"ז דהוא הדין בהניח גחלת על לב עבדו יסוד הפטור משום דהעבד אזיק אנפשיה, וכן מה"ט סלקא דעתין לפטור אף בשור, אלא דמסקינן דשורו כממונו, ומסברא הדברים צריכים ביאור, דלכאורה נראה דהא דחשבינן ליה דאיהו דאזיק אנפשיה היינו רק לענין דלית ליה תביעת מזיק ותביעת רליתה, דכיון דהו"ל לסלוקי ולא סלקיה, לאו כל כמיניה לתבוע את חבירו, אך במניח על לב עבד חבירו שלא בפני הרב, נהי דהעבד הו"ל לסלוקי, אך כילד מהני לפוטרו כלפי הרב [ולא מסתברא דהא דהו"ל לסלוקי מפקיע את עצם התייחסות מעשה הנזק למזיק, דהא המזיק עשה מעשה גמור והניזק לא עביד מידי, אלא דלא סילק ההיזק, וע"כ דמפקיע רק את אחריות המזיק להיזק, וה"ט לא שייכא אלא בגוונא דאיהו התובע, אך בעבד חבירו דהאדון הוא התובע, כילד מהני הא דהו"ל לעבד לסלוקי לפטור את המניח כלפי האדון] עוד נ"ב קלת לישנא דרבה 'עבדו כגופו ושורו כממונו' דמשמע דעיקר החילוק הוי בין גופו לממונו [ויעוין עוד בלשון הרמב"ם (פ"ד מחובל ומזיק הכ"ב) דהעתיק הך דינא וז"ל עבדו של אדם כגופו ובהמתו כממונו, כילד הרי שהניח גחלת כו' ולא הקדים כלל דינא דהניח גחלת על לבו דפטור ועל בגדו דחייב, ומשמע דהא דאמרינן עבדו כגופו ושורו כממונו, זהו עצם יסוד הדין.

ונראה לדון בביאור הדברים ע"פ הנ"ל, דיסוד בעיא דרבה הויא מהו גדר חיוב מזיק במזיק עבדו של חבירו ובמזיק שורו של חבירו, האם יסוד החיוב הוי לבעלים והוי כמזיק בגדו, וא"כ ל"ש לדון דאיהו דאזיק אנפשיה, או דילמא יסוד החיוב הוי לעבד ולשור עצמו, אלא דהבעלים עומד במקומם לתבוע הך תביעה, וממילא בעינן לדון תחילה כלפי העבד והשור עצמם, ובזה כיון דאיכא סברא דהו"ל לסלוקי ומדלא סלקיה איהו דאזיק אנפשיה, ליכא סיבת חיוב כלל, ופשיט רבה דעבדו כגופו ושורו כממונו, היינו דבעבדו לעולם יסוד החיוב הוי לעבד עצמו, אלא דהאדון עומד במקומו לתבוע את תביעתו, משא"כ שורו כממונו, דהוי כבגדו, דתחילת התביעה הויא של הבעלים [ויל"ד ויעוין להלן ואכ"מ].

תביעה של הבהמה עצמה, ס"ד דדוקא בקרב לגבי מזבח או בקדוש בבכורה חידשה תורה הך תביעה לבהמה.

ומעתה יש לבאר הא דמבואר ברישׁ פרק מרובה, דאף אי איכא חיוב כפל בשלמה ובכל דבר שאין בו רוח חיים, מ"מ יתכן דבדבר שיש בו רוח חיים ליכא חיוב דתשלומי כפל אלא בדבר שנגלתו מטמאה במגע ובמשא ולא בעופות, או דנהיג דוקא בדבר הקרב לגבי מזבח או בדבר הקדוש בבכורה, דיש לומר דאף דבדבר שאין בו רוח חיים איכא תביעת גניבה ודין כפל לבעלים מצד עצמם, אך בדבר שיש בו רוח חיים ליכא תביעת כפל מחמת הבעלים [ובביאור הדברים יש לומר דכל בעלי חיים דמו במקצת לעבדים, דיסוד מיעוטן משום דאינן מוחזקין ביד הבעלים ממש, ודומיא דקרקעות, ויש להאריך בזה] אלא בזה יסוד תביעת הגניבה הוי מחמת הבהמה עצמה[ט], אלא דהבעלים זוכה בתביעת הבהמה וכדנתבאר גבי חסימה וגבי בור [וכעי"ז יש לדון לבאר גבי השבת אבידה' ומה"ט תנן דאחד שור ואחד כל בהמה להשבת אבידה ואכמ"ל].

ולפ"ז הא דתנן התם בריש מרובה 'שמדת תשלומי כפל נוהגת בין בדבר שיש בו רוח חיים ובין בדבר שאין בו רוח חיים' תרי דיני נינהו, דבדבר שאין בו רוח חיים הוא תביעת הגניבה מחמת הבעלים עצמם, ובדבר שיש בו רוח חיים יסוד תביעת הגניבה הוא מחמת הבהמה עצמה.

ט **והא** דשייכא תביעת גניבה לבהמה עצמה היינו כעין דין גניבת נפש באדם ואכמ"ל [וכן דין טביחה ומכירה י"ל דהוי כעין הא דמצינו בגניבת נפש דלחיוב מיתה בעינן גמי מכירה (וע' לק' סח ח)].

' **דהנה** גבי אבידה גמי מצינו (ב"מ לא ח) דנתרבתה אבידת קרקע כגון ראה מים שוטפין גודר בפניהם, והנה עיקר הדין דמחויב להציל מהיזק ידעינן בלא"ה [וכגון פרה רצה בין הכרמים דאף אי עתידה לשוב לבעלים מחויב להוציאה משום דמסקנא וכן דילמא קטלי לה (ב"מ שם)] אלא דס"ד דחיוב השבת אבידה הוי דוקא במטלטלין ולא בקרקעות, וביאור"ד ע"ד הנ"ל, דס"ד דכיון דקרקעות אינן מוחזקות תחת יד האדם ממש, אין הבעלות דקרקעות מחייבת בהשבת אבידה, ומעתה יש לדון דבאמת בבעלי חיים אין הבעלות מחייבת בהשבת אבידה מצ"ע, אלא יסוד החיוב הוי כלפי בע"ח עצמן [וכשם דבאדם נתרבתה השבת גופו (לק' פא ב) ונכלל בזה כל הכלת חבירו מהיזק גופו, ול"ד בתועה, וכמבואר בדברי הרמב"ם בפירוש המשנה (נדרים פ"ד מ"ד) וז"ל שחייב הרופא מן הדין לרפאות חולי ישראל והרי הוא בכלל אמרם בפירוש הכתוב והשבתו לו לרבות את גופו שאם ראהו אובד ויכול להצילו הרי זה מצילו בגופו או בממונו או בידיעתו עכ"ל ויעוין בל' רוצח (פ"א הי"ד) ובעין משפט (לק' פא ב)] אלא דהבעלים זוכה בהך תביעה, ויל"ד.

בגדר דין "ממונך" דממון המזיק

מאי שנא בור שכן תחלת עשייתו לנזק וממונך ושמירתו עליך

הני נמי תחלת עשייתן לנזק וממונך כו' וכתבו תוס' ממונך לאו דוקא גבי בור דלאו ממונא הוא וכן גבי אש דפשיטא דאש הדליק גדישו של חבירו באש של אחר דחייב, והרשב"א (לעיל ב א) הביא בשם רש"י דגרים במתני' ממונך וכתב וז"ל בור נמי אף על גב דאינו ממונו קרי ליה ממונך מפני שעשאו הכתוב כממונו כדאמרין שני דברים אינן ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאלו הן ברשותו כן פרש"י ז"ל, והרשב"א השיג וז"ל ואינו מחוור דמ"מ אין לקרותו ממון כו' ובגמרא דקתני מאי שנא בור דממונך ושמירתו עליך מסתבר לי דהתם לרבותא קאמר הכי לומר אפילו את"ל כיון דאוקמיה רחמנא ברשותך הרי הוא כממונך הני נמי ממונך עכ"ל, והנה עיקר גדר הא דבור עשאו הכתוב ברשותו צריך ביאור.

ויעוין בראב"ד (בחי' ובשטמ"ק כח ב) דתמה לרב דסבר דאסו"מ

דלא אפקרינהו משורו למדנו וז"ל הלא רב מודה בהפקיר רשותו ולא הפקיר בורו שחייב משום בור כדאיתא בפרק שור שנגח את הפרה (ע' נג א) ומאי שנא הני מהתא בור, והרי כשהניחן ברשות הרבים כמי שהפקיר רשותו הוא שיכולים בני אדם והבהמות ללכת סביבותם והבור שלו וגם אלו שלו הם, וכמו שפטור באותו הבור על נזקי כלים ובמיתת אדם למה לא יהיה פטור באלו (ויעוין בתוס' כח ב).

ותירץ הראב"ד וז"ל איכא למימר שאני הפקיר רשותו ולא

הפקיר בורו מהנך דההוא דעל כרחיה מבטיל ליה התם ואף על גב דלא מפקר ליה לאו ממונו הוא [וכ(ש)הפקיר רשותו והפקיר בורו הוא [ו]פטור] אבל הנך כיון דלא מפקר להו ודעתיה למשקלינהו מהתם ממונו נינהו וכקרן מועדת דמו כו' עכ"ל, ומבואר בדברי הראב"ד, דאע"ג דבאמת לא הפקיר בורו, מ"מ כיון דעל כרחיה מבטל ליה לבור, חשיב כמפקיר רשותו ובורו ודינו כבור ולא כשור, ול"ב גדר הדברים, דמה בכך דמבטל ליה התם, והא מ"מ אכתי בעלים הוא [והרי אף יאוש לא מהני בקרקע].

ויעוין בראב"ד (ג א) דתמה בהא דאמרי' התם דחפר ומסר

לרבים פטור דמאי שנא ממפקיר נזקיו דפטור, ותירץ וז"ל חפר או פתח ומסר מיד הדלי לרבים שבתחילה לא עשאו אלא לצורך הרבים פטור שלא נעשה זה בעל הבור אפילו שעה אחת, ואף על פי שהמציא נזקיו לרשות הרבים על דעת הפקר חייב בנזקיהן אף על פי שלא נעשה בעליהן אפילו שעה אחת התם כי איתנהו ברשות מיהא היה בעלים אבל הכא לא היה בעלים מעולם, אי נמי התם לית ביה צורך הרבים אבל הכא אית ביה צורך הרבים ולצורך הרבים עשה שהרי מסר להם הדלי מיד עכ"ל, הרי מבואר דהוקשה להראב"ד מאי שנא חפר ומסר לרבים ממפקיר נזקיו מיד בשעת הנחתן ברה"ר דחייב, ובתירוץ קמא תי' דהתם קודם שהניחן ברה"ר היה בעלים, אך הכא דמעולם לא היה בעלים, כיון דלא חפר על דעת להשתמש בבור לעצמו, ליכא חיוב בור, ורק בתירוץ בתרא חדית דעיקר הפטור הכא הוי משום צורך הרבים, אך לתירוץ קמא נקיט דהוא הדין החופר על מנת למסור ליחיד, כיון דמעיקרא לא עשה על דעת להשתמש בבור בעצמו, פטור, כיון שלא נעשה בעל הבור אפילו שעה אחת', וגדר הדברים ל"ב, דהא מ"מ איהו חפר את הבור.

ובר"פ הכונס (נה ב) הוליאוה לסטים לסטים חייבין ובגמ' (נו ב)

פשיטא כיון דאפקוה קיימא לה ברשותייהו לכל מילי, ויעו"ש בתוס' דתחילה ביארו גדר הך דינא משום דלענין נזיקין חשיב בעלים כל מי שבידו לשמור וכיון דהוליא מיד הבעלים דהיו חייבין בשמירה ומחמתו אין הבעלים יכולים לשמור, להכי חייב בשמירה.

אולם לבסוף מסקי התוס' וז"ל כיון דגזלן קמה ליה ברשותיה

גם לענין אונסין יש לחשב בעלים כו' והכי משמע לישנא דקמה ברשותייהו לכל מילי מה שהוא ברשותו לכל מילי יש לו להועיל כאן עכ"ל יעו"ש, ומבואר דיסוד חיוב גזלן בנזקי הבהמה היינו משום קנייני הגזילה, דכשם דקיימא הגזילה ברשותו לענין אונסין, ה"נ לענין חיוב נזיקין, ול"ב גדר הדברים.

ולקמן (מד ב) תנן מסרו לשומר חנם ולשואל לנושא שכר ולשוכר

נכנסו תחת הבעלים מועד משלם נזק שלם ותם משלם חצי נזק, והאחרו' האריכו טובא לדון בגדר חיוב שומר בנזיקין, אי עיקר חובת נזיקין מוטלת על השומר, או דעיקר חובת נזיקין מוטלת על הבעלים, אלא דהשומר מחויב בתשלומין [וגם בזה ביארו בכמה אנפי].

ויעוין ברשב"א (נו ב) דמשמע דדין שומר הוי כדין גזלן וז"ל לא

בגזלן בלבד אלא אפילו בשומרים דעלמא דמשעת משיכה נתחייבו בשמירת נזקיה, והיינו דתנן ארבעה שומרים נכנסו תחת הבעלים וההיא אפילו בתם היא מתניתין ואפילו לר"ע דאמר הוחלט השור ושותפין נינהו, דשמירת נזקיו קבלו עליהם משעת משיכה, וכ"ש לר' ישמעאל, וכ"ש גזלן שקנה לאונסין

שמירת נזקיה עליו וכבעלים הם לכל מילי עכ"ל, ומבואר דבין בשומר ובין בגזלן יסוד הדין משום דחשיב כבעלים, ורמיא עליה שמירת נזיקין.

והנה כתב הרמב"ם (פי"א מנזקי ממון ה"ז ח') וז"ל מועד שהמית והזיק דנין אותו דיני ממונות וחוזרין ודנין אותו דיני נפשות, קדמו ודנוהו דיני נפשות תחלה חוזרין ודנין אותו דיני ממונות, ומהיכן משתלם מן השבח שהשביח בדרייתו אחר שנגמר דינו, שכיון שנגמר דינו לסקילה אין לו בעלים שיתחייבו בנזקיו עכ"ל, ומבואר בדברי הרמב"ם דמשעה שנגמר דינו למיתה 'שוב אין לו בעלים שיתחייבו בנזקיו', ואע"ג דמבואר בדברי הרמב"ם דאכתי אינו נאסר בהנאה עד שיסקל (וכר"ת בתוס' כד א וסנהדרין פ א) דהרי גובין מרדייתו, מ"מ כיון שנגמר דינו למיתה לית ליה דין בעלים להתחייב בנזיקין, ול"ב טעמא דמילתא וגדר הדברים.

ונראה דהנה בפרק מרובה (סא ב) האמר ר' יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהן אינן יכולין להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו ולק' שם (סט ב) דרש' ואיש כי יקדיש את ביתו קדש לה' מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו, ומבואר דגזילה חשיבא "שלו" הנגזל ו"ברשות" הגזלן, ומה"ט לא מצי הנגזל להקדיש, דלדין הקדש בעינן נמי דיהא הדבר ברשותו [ולקמן (סא ב) מבואר בפשוטו עוד דאף הא דאין הגזלן יכול להקדיש קודם יאוש ילפי' מהך קרא ד'מה ביתו שלו אף כל שלו'].

וביאור הדברים, דהא לדין גניבה בעינן מעשה קנין דוקא (ע' סה א ובתוס' עט א) וע"י מעשה הקנין נכנס החפץ לרשות הגזלן, דהחפץ עומד תחת ידו ומסור לשליטתו, ויתכן דזהו כל גדר קנין הגזילה, דמהאי טעמא פטור הגזלן מלשלם על השתמשות (לו ב, לז א) דכיון דהחפץ ברשותו, זוכה הוא בפירות היוצאים מן החפץ, ועכ"פ בפירות דהשתמשות דאין יוצאין מגופו ממש (אך פירות היוצאין מגוף הדבר ממש כגיזה, יתכן דחשיבי כגוף הדבר וכעין דיקלא ואליס וממילא הוו של הנגזל) וכן מהאי טעמא קני בשינוי[יא].

ומעתה יש לדון בדין ממונך דנזקי ממון, אי תלי ב"שלו" או ב"ברשותו", ונראה דלדין נזקי ממון תלי ב"ברשותו" ולא תלי ב"שלו", ומהאי טעמא בחפץ גזול הרי הגזלן מתחייב על נזקיו ולא הבעלים, כיון דהשתא קאי ברשות הגזלן, וכן בשומר, כבר האריכו האחרו' לבאר דהחפץ נכנס לרשות השומר [ואף דכבר הוכיחו התוס' (ע א) והראשונים (שם ובכ"ד) דפקדון חשיב ברשות הבעלים, אך התם הגדר הוא משום דיד השומר כיד הבעלים, דלעולם עצם החפץ קאי ברשות השומר, אלא כיון דאיהו מחזיקו עבור הבעלים, חשיב נמי ברשותם ואכמ"ל].

ויעוין ברמב"ם (פ"ג משלוחין ה"ה) וז"ל מי שהיה לו ביד חבירו פקדון או מלוה בין במטלטלין בין מעות ועשה שליח בעדים להביאן לו הרשות ביד זה שהם אצלו אם רצה ליתן נפטר ואינו חייב באחריותן שהרי נתן לשלוחו, ואם לא רצה ליתן אינו נותן שאין זה בעל דינו עד שיבוא בהרשאה על הפקדון עכ"ל, ומבואר דמצי הנפקד לעכב הפקדון משליח הבעלים, וביארו האחרו' דהיינו משום דהחפץ נכנס לרשות השומר, ויש לומר דזהו גדר חיוב שומר בנזיקין, ויעוין בברכ"ש (גיטין סי' כה) ומה דאייתי התם משמיה דהגרי"ז [ויש להאריך בהא דבעינן קבלת שמירת נזיקין (ע' יד א) וכן בדינא דשאלו בחזקת תם ונמצא מועד (מ א) ובדין שומר שמסר לשומר (נו ב)].

וכן מבואריס דברי הרמב"ם, דשור שנגמר דינו למיתה שוב אין בעליו חייבין בנזקיו, ואף דסבירא ליה דשור הנסקל אינו נאסר בהנאה מחייס, דהרי מבואר לקמן (מד ב, מה א) דשור משנגמר דינו למיתה הקדישו אינו מוקדש מכרו אינו מכור, וביארו התוס' (סנהדרין פ א) דאף אי אינו נאסר בהנאה מחייס מ"מ כיון דמצוה לסוקלו לא מצי למוכרו, וביאר ר' שמואל זצ"ל (סנהדרין שם) דע"י דמצוה לסוקלו חשיב אינו ברשותו של הבעלים (ויתכן דהיינו משום דאין גומרין דינו של שור אלא בפניו וכבר נתפס ביד בית דין) ומעתה מבואר הא דאין בעליו חייב בנזקיו, דהא נתבאר דלדין נזקי ממון תלי בדין "ברשותו", וכיון דחשיב אינו ברשותו, ל"ל דין בעלים לחיוב נזיקין.

ומעתה יש לבאר גדר דינא דבור עשאו הכתוב ברשותו, דהנה בגמ' (כט ב) איתא שני דברים אינן ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאילו הן ברשותו ואלו הן בור ברשות הרבים וחמץ משש שעות ולמעלה, והנה גבי חמץ דהוי איסורי הנאה, דעת כמה ראשונים דחשיב שלו, אלא דמ"מ חשיב אינו ברשותו, ולדין בל יראה בעינן ברשותו, אלא דעשאו הכתוב לחמץ כאילו הוא ברשותו.

ונראה דה"נ גדר דינא דבור עשאו הכתוב כאילו הוא ברשותו, דאין הגדר דעשאו הכתוב כאילו הוא שלו, דהא ודאי אינו, אלא גדר הדין דחשבינן לבור כאילו הוא "ברשותו" של הכורה, וכעין גזלן.

ויש להוסיף בזה, דהנה מדברי הראב"ד (נ א בתי' קמא) מבואר דהא דהחופר בור ברשות הרבים חייב היינו דוקא בחופר

יא לדרך האחרו' דכל גזילה ראויה לקנות לולי חובת ההשבה, היינו משום דעצם הא דהחפץ ברשותו הוי סיבה לקנותו קנין גמור, אלא דחיוב ההשבה מעכבו, ויש שביארו עוד באופ"א ואכ"מ.

בור להשתמש בו, דעי"ז חשיב בעל הבור, וכיון דנעשה בעל הבור שעה אחת, לעולם חשיב בעל הבור, אך היכא דחפר תחילה על דעת למוסרו לאחר, לא חשיב בעל הבור, וזהו יסוד דינא דחפר ומסר לרבים, ולאו דוקא משום צורך הרבים (ורק בתי' בתרא חדית דהתם הפטור משום צורך הרבים יעו"ש).

ונראה דגדר הדברים, דכל דכרה או פתח את הבור על דעת להשתמש בו, הרי קאי הבור בפועל ברשותו [ובפרט בכרה דכרייה הויא מעשה קנין כרפיק בה פורתא (ב"ב נד ב)] ואף דקרקע אינה נגזלת, מ"מ חשיבא הקרקע ברשותו במקצת, וגלי קרא דסגי בזה לחייבו בדין בור, דאף דלשאר חיוב גזקי ממון בעינן דיהא הדבר ברשותו ממש, מ"מ לחיוב בור סגי בהא דקאי הדבר ברשותו במקצת, וזהו גדר דינא דעשאו הכתוב כאילו ברשותו, היינו דסגי בהא דנכנסה הקרקע לרשותו במקצת.

ומעתה נראה דאף אי נימא כד' הראב"ד בתי' בתרא, דדוקא חפר ומסר לרבים פטור משום צורך הרבים, מ"מ גדר הדין דלעולם בכל חופר איכא הכנסה לרשותו במקצת, כיון דנוהג בקרקע כבעלים, וגלי רחמנא דסגי בזה לדין ברשותו דגזקי ממון [וכמו"כ גבי חמץ, אף דאיסורי הנאה אינן ברשותו, י"ל דמ"מ הוו ברשותו במקצת, וגלי רחמנא דסגי בזה לאיסור חמץ ויעוין בר"ן (ריש פסחים) בגדר דין ביטול ואכמ"ל].

וכן מעתה יש לבאר מש"כ הראב"ד, דהפקיר רשותו ולא הפקיר בורו חשיב כהפקיר רשותו ובורו כיון דעל כרחיה מבטל ליה ולא דמי לאבנו סכינו ומשאו דדעתיה למשקליהו, דאף דלענין דין "שלו" כל דלא הפקיר בורו אכתי חשיב שלו, אך לדין "ברשותו" הנצרך לדין ממון המזיק דשור, כל כהאי גוונא דמבטל ליה, חסר בדין ברשותו [ואף דלדין הקדש כה"ג חשיב ברשותו, מ"מ לדין "ברשותו" דשור חסר בדין ברשותו].

והנה נתבאר לעיל דבבעלי חיים יסוד חיוב נזקי ממון הוי חיוביה דשור, אלא דהבעלים חייב בחיובי השור, וכשם דזוכה האדם בזכויות שורו וכדמצינו גבי חסימה (ב"מ נא א) דהחוסם את הפרה ודש בה לוקה ומשלם ארבעה קבין לפרה ושלשה קבין לחמור.

והנה ברישא פרק מרובה (סב ב) תנן מרובה מדת תשלומי כפל ממדת תשלומי ארבעה וחמשה שמדת תשלומי כפל נוהגת בין בדבר שיש בו רוח חיים ובין בדבר שאין בו רוח חיים, ונתבאר לעיל דתרי דיני נינהו, והא דזכי בכפל בדבר שיש בו רוח חיים יסודו משום זכות השור וע"ד דמצינו בחסימה, והנה בפרשת כפל באמת נמנו בעלי חיים ושאינן בעלי חיים, אך בדין גזילה כתיב סתמא "והשיב את הגזילה אשר גזל", ונראה דהרי הגונב מן הגנב פטור, דחיוב הגניבה הוי דוקא בגונב מרשות הבעלים (ע' סט ב) משא"כ חיוב גזילה הוי אף בדבר שאינו ברשותו [וקי"ל (קיא ב) כרב חסדא דגזל ובא אחר ואכלו רלה מזה גובה ורלה מזה גובה, דאף בדבר גזול דלא קאי ברשות הנגזל, איכא תביעת גזילה ונהנה ומזיק, ואכמ"ל] ומשום דחיוב גזילה הוי על עצם חיסור הממון, ולזה לא בעינן דיהא "ברשותו" אלא סגי בדין "שלו", משא"כ חיוב כפל דהוי על מעשה גניבה, הוי דוקא על גניבה מ"רשותו", ולהכי הגונב מן הגנב, כיון דאין החפץ ב"רשות" הבעלים, ליכא בזה חיוב כפל.

ומעתה נראה דהא דבעלי חיים גריעי, היינו דוקא בדין "ברשותו", דומיא דעבדים, דבעלי חיים אינן מוחזקין לגמרי תחת יד האדם, ולהכי בדין גניבה דתלי בדין "ברשותו" ליכא חיוב כפל מדין ממון דעלמא, ולהכי אף אחר דידעינן דאיכא חיוב כפל בדבר שאין בו רוח חיים, ס"ד לפטור בדבר שיש בו רוח חיים וכדנתבאר לעיל באורך, משא"כ בדין "שלו" ליכא נפק"מ בין בעלי חיים לשאר מילי, ולהכי לענין גזילה פשיטא לן דאיכא חיוב בין בדבר שיש בו רוח חיים ובין בדבר שאין בו רוח חיים.

בגדרי צרורות

כי קאמר רב פפא אתולדה דרגל רגל הא אוקימנא תולדה דרגל כרגל בחלי נזק לרורות דהלכתא גמירי לה ואמאי קרי לה תולדה דרגל לשלם מן העלייה והא מבעיא בעי רבא דבעי רבא חלי נזק לרורות מגופו משלם או מן העלייה משלם לרבא מבעיא ליה לרב פפא פשיטא ליה כו׳, ולקמן (יח א) בעי רבא חלי נזק לרורות מגופו משלם או מעלייה משלם דלא אשכחן כאורחיה דמשלם מגופיה, ולדידי הבעיא ל״ב, דמהיכ״ת נימא דכיון דחלי נזק הוא דינו לשלם מגופו.

ובפרט דהא מלינו לרבי טרפון דמשונה קרן בחצר הניזק דנזק שלם משלם (כד ב) ואעפ״כ משלם מגופו (יח ב) [ומשמע התם דאף רבא סבר הכי לר״ט (ואכמ״ל)] וכמו״כ מלינו לר״ע דשור תם שחבל באדם משלם נזק שלם מגופו (ה א, לג א) וא״כ חזינן דדין מגופו ל״ה דין בתשלומי חלי נזק דוקא, וא״כ מהיכ״ת נימא דכיון דלרורות משלמי חלי נזק יהא בזה דין מגופו.

עוד ל״ב דהנה מלשון רש״י בסוגין משמע דהלכתא גליא לן דחלי נזק לרורות ממונא הוא, ומסברא הו״א דקנסא הוא (והיינו למ״ד פלגא נזקא קנסא וכדקי״ל ולא לר״פ גופיה) וכן ריהטת לישנא דגמ׳ לקמן בסוף פירקין (טו ב) חלי נזק לרורות דהלכתא גמירא לה דממונא הוא וכעמד הרשב״א, ותמהו הראשונים דמהיכ״ת דליהוי קנס, ויעוין בראב״ם.

ויש לבאר בזה בכמה אנפי, דהנה האחרו׳ הביאו מד׳ הים״ם (בפירקין ס״ד) דאע״ג דלרורות אורחיה הוא, מ״מ הוי משונה קצת, וכן דקדקו האחרו׳ (יעוין בחי׳ הגרנ״פ יט א סקמ״ח ועוד) מדברי רבינו חננאל והרי״ף לקמן (יט א) אהא דבעי מיניה רבי אבא בר ממל מרבי אמי ואמרי לה מרבי חייא בר אבא היתה מהלכת במקוס שאי אפשר לה אלא אם כן מנתזת ובעטה והתיזה והזיקה מהו כיון דאי אפשר לה אורחיה הוא או דלמא השתא מיהא מחמת ביעוט קמנתזה לרורות תיקו, ופי׳ רש״י ותוס׳ דמיבעי ליה אי חשיב שינוי ונפק״מ אי יש שינוי לרורות לרביע נזק יעו״ש.

אולם רבינו חננאל שם כתב וז״ל היתה מהלכת במקוס לרורות שאי אפשר לה אא״כ מנתזת ובעטה והתיזה מהו כיון דלא אפשר לסגויי אא״כ מנתזת אורחה הוא ורגל ברשות הניזק נזק שלם משלם או דלמא השתא מיהת מחמת ביעוט נתזן ולרורות נינהו, וכבר תמה החשק שלמה (בהג׳ לר״ח שם) דמבואר מדבריו דבגוונא דהתיזה בלא ביעוט, פשיטא לן דמשלמת נזק שלם כיון דאי אפשר לה אלא״כ מנתזת, אלא דבביעוט מיבעיא לן אי הוי לרורות, והדבריס ל״ב דאף בלא ביעוט הא לרורות נינהו [ולשון הרי״ף שם (ח א מדפה״ר) כיון דאי אפשר לה אורחה הוא או דלמא השתא מיהא מחמת ביעוט מנתזה ולרורות נינהו עכ״ל, ובדבריו לא נזכר להדיא דאי אורחה הוא משלם נזק שלם, אך מדסיים או דלמא השתא מחמת ביעוט מנתזה ולרורות נינהו, משמע נמי כדברי הר״ח דאי אורחה נינהו לא חשיב כלל לרורות, ונראה דגרסי הכי בגמ׳ בסוף הבעיא ׳ולרורות נינהו׳ ולא כגירסא דידן ׳מנתזה לרורות׳ (ובאמת דתיבת לרורות נראית כמיותרת)].

ומבואר לכאורה מדברי הר״ח והרי״ף דבר מחודש, דיסוד דין לרורות הוי משום דחשיב שינוי במקלת, ולהכי היכא דהיתה מהלכת במקוס שאי אפשר לה אלא״כ מנתזת, ליכא דין לרורות, דכהאי גוונא הוי אורחיה לגמרי, אלא דמיבעיא ליה בגוונא דביעטה והתיזה, דדילמא כה״ג שוב חשיב שינוי דלרורות.

אולם גדר הדבריס לריך ביאור, דהרי חזינן דהך שינוי לא מהני דליהוי קרן, ומסברא חשיב רגל ומשלם נזק שלם, וא״כ מהו גדר הך שינוי במקלת.

ונראה לדון בביאור הדבריס (ויתכן דכבר עמדו בעיקר הדבר) דבאמת אף בגוונא דמתזת לרורות עכ״ס הילוך הבהמה הוי אורחיה לגמרי, אלא דהא לא שכיחא כ״כ דע״י הילוכה ינתזו לרורות באופן דיזיקו, ולהכי לא הוי בכלל קרן [אף אי דין קרן תלי במשונה ולא בכוונה להזיק ועכ״פ דין תמות דקרן היינו דין חלי נזק ומגופו] דדין משונה דקרן הוי דוקא היכא דמעשה הבהמה עצמו משונה [ולדעת הרא״ש (פ״ב ס״ג) דוקא היכא דהנזק עצמו משונה, ולרש״י (כג א) אף היכא דתחילת המעשה בשינוי מצד הבהמה, אך הכא אף תחילת המעשה ל״ה שינוי מצד הבהמה, אלא רק לל״ש דע״י הך מעשה דאורחיה ינתזו לרורות באופן דיזיקו] אלא דגליא לן הלכתא דבהך שינוי נמי איכא דין חלי נזק, וכמו״כ לרש״י ס״ד דהוי קנסא דומיא דקרן, ואשמועינן הלכתא דממונא הוא.

ומעתה יש לבאר הא דבעי רבא דדילמא חלי נזק לרורות מגופו משלם דלא אשכחנא חלי נזק דמשלם מעלייה, ואף דחזינן דאיכא נמי נזק שלם דמגופו בדינא דרבי טרפון דקרן בחצר הניזק ובדינא דרבי עקיבא דתם שחבל באדם, אלמא דדין

מגופו לא הוי דין בחלי נזק דוקא, דהנה כבר נתבאר דיסוד דין מגופו היינו משום דקרן הוי חיוביה דשור גרידא, דכיון דמשונה הוא ובחזקת שימור, ליכא בזה דין חיוביה דבעלים, אלא השור לחודיה נתבע, והא דבעינן פשיעה היינו משום דבלא"ה מלי בעל השור לעכב על הניזק מלגבות מן השור את חיוביה דשור [ולהכי בהפקר ס"ד דמלי גבי מן השור אף בלא פשיעה (יג ב) וכדנתבאר לעיל באורך] ומעתה יש לומר דזהו דמיבעי ליה לרבא, דכיון דה"נ חזינן דמשלם חלי נזק, אלמא דדמי לקרן דהוי משונה קלת, א"כ יתכן דליכא בזה חיוביה דבעלים אלא חיוביה דשור גרידא, וממילא הדין דמשלם מגופו.

ולפ"ז הא דמסיק רבא או דילמא מעלייה משלם דלא אשכחן כאורחיה דמשלם מגופו, צריך לפרש דהאי אורחיה היינו דלא הוי משונה גמור, ומשום דעכ"פ עלם מעשה הבהמה הוי אורחיה לגמרי וכדנת', וממילא מסתברא דהוי חיוביה דבעלים ולא חיוביה דשור ולהכי משלם מעלייה [והא דמשלם חלי נזק, יל"פ משום דנהי דכחו כגופו אך לא הוי כגופו לגמרי, ואין המעשה מתייחס לגמרי לעושה, ולהכי אין חייב אלא חלי נזק, והרי חזינן בגמ' (יז ב) דמסברא לא פשיטא ליה לרבא דכחו כגופו, דפריך לרבנן אי כגופו דמי כוליה נזק בעי לשלם ואי לאו כגופו דמי חלי נזק נמי לא לשלם ומסקי' הדר אמר רבא לעולם כגופו דמי וחלי נזק צרורות הלכתא גמירי לה, וא"כ יש לומר דנהי דכחו כגופו, אך לא הוי כגופו לגמרי, ולהכי משלם חלי נזק"ג].

וכבר עמדו דלדרך זו דצרורות הוי משונה קלת, מבוארת היטב בעיא דרבא (יח ב) אי יש העדאה לצרורות, ופירש רש"י בחד לישנא דהיינו לצרורות כי אורחייהו, אך הקשה רש"י דכיון דאורחיה הוא מה לי חד זימנא מה לי מאה זימני, אך להנ"ל דהוי משונה קלת ניחא לכאורה.

ומ"מ נראה דהך העדאה לא הויא לייעודי תורא, דהא נתבאר דעלם מעשה הבהמה הוי אורחיה לגמרי, אלא הך העדאה היינו לייעודי גברא לחוד (ע' כד ב) [ולפ"ז בהעדאה דצרורות ל"ש חזרה, ובלא"ה נראה כן].

אולם לישנא דרבא או דילמא מעלייה משלם דלא אשכחן כאורחיה דמשלם מגופו משמע לכאורה דפשיטא ליה לצרורות חשיב אורחייהו, ובאמת עיקר דרך זו, דצרורות הוי משונה קלת, מחודשת, ובפשוטו הוי אורחיה לגמרי ככל רגל, ולפ"ז שוב צריך ביאור הא דמיבעי ליה לרבא אי מגופו משלם או מעלייה משלם, דמהיכ"ת יהא הדין דמגופו משלם, ואף דלא אשכחנא חלי נזק דמשלם מעלייה, אך הא אשכחנא נזק שלם דמשלם מגופו, בדינא דרבי טרפון דקרן ברשות הניזק ובדינא דרבי עקיבא בתם שחבל באדם, וא"כ חזינן דלאו הא בהא תליא, ומהיכ"ת דהוי דין בחלי נזק דמשלם מגופו, ועוד צריך ביאור מסברא היאך תלי הא בהא.

ויעוין באחרו' דלידדו לבאר דדין חלי נזק ודין מגופו הוי דין בחיוב תמות, דדין "חיוב תמות" הוי חלי נזק מגופו, ומיבעי ליה אי גדר דין חלי נזק צרורות הוי דין תמות, וממילא הוי מגופו דוקא, או דילמא הוי דין חלי נזק בעלמא, ולא הוי דין תמות"ג.

ולקמן (מד ב) גבי שור שהיה מתחכך ונפל על האדם דאמר שמואל דחייב בכופר פרכי' והא צרורות נינהו, ורש"י שם פירש דאין כופר כתוב אלא בנגיחה דהוי גופו ממש, ותמהו האחרו' דהא בכ"ד קי"ל דכחו כגופו, ועוד דהול"ל כחו הוא, דהא הכא לאו צרורות התיז אלא כותל הפיל, ומדנקיט לישנא דצרורות משמע דהיינו ההלכתא דמקריא צרורות.

ובאמת בירושלמי (פ"ב ה"א) מייתי פלוגתא דרבי זעירא ורבי אילא אי מקבלת העדאה בדבר שהוא חוץ לגופה (היינו אי יש העדאה לצרורות) ופריך ר' זעירא מברייתא דמחייבא כופר במתחכך בכותל ונפל על האדם, ולשון הירושלמי 'וכי יש כופר בתם', ומבואר להדיא דדין צרורות הוי דין תמות, ולהכי פרכי' דכיון דאין כופר בתם היאך איכא דין כופר בצרורות [אלא דאי יש העדאה לצרורות משכח"ל בהועד].

ג מיהו האחרו' לידדו דלא נסתפק רבא בעיקר דין כחו כגופו בעלמא, דהא פשיטא לן בכ"ד דכחו כגופו, אלא הנידון הכא לענין צורת המזיק דשור, אי הוי בגופו דוקא או אף בכחו, וכעין דמצינו לקמן (מד ב) גבי היה מתחכך בכותל דחייב כופר ואכתי צרורות נינהו ופירש רש"י ואין כופר כתוב אלא בנגיחה דהוי גופו ממש, וביאורו האחרו' דאף דכחו כגופו, מ"מ דין כופר נאמר בהיזק בגופו, וזהו צורת המזיק דשור, ומסברא כחו אינו נכלל בצורת המזיק דשור, ואכמ"ל.

ד ועד"ז לידדו לבאר בעיא דיש העדאה בצרורות, דאי הוי דין תמות יש העדאה, אך אי לא הוי דין תמות אלא דין חלי נזק בעלמא, ממילא ל"ש העדאה, ועוד לידדו דהבעיא אף אח"ל דהוי דין תמות, דדילמא מ"מ ל"ש העדאה כיון דהוי אורחיה.

וכמו כן לידדו האחרו' לבאר בעיא דיש שינוי לצרורות לרביע נזק, דיתכן דהבעיא אי הוי דין תמות, דאי הו דין תמות אין שינוי לצרורות לרביע נזק, דאין כאן אלא ב' סיבות לדין תמות, משא"כ אי הוי דין חלי נזק, י"ל דגדר הדין משלם חלי מהיזק דגופו [וכן יתכן דגדר דין תמות היינו חלי ממועד] ואכמ"ל.

אולם גדר הדברים צריך ביאור בתרתי, חדא דמהו ענין וגדר הך דין "חיוב תמות" דמשלם חצי נזק ומגופו, ועוד צריך ביאור דאמאי בצרורות יהא דין תמות, כיון דהוי אורחיה ולא הוי משונה כקרן, ואף דהוי כחו ולא גופו, אמאי הוי טעם לדין תמות.

והנה בעיקר גדר חיוב תמות, נראה לבאר דהיינו דהוי חיובא דשור גרידא בלא חיובא דבעלים, ומהאי טעמא משלם חצי נזק, וכדנתבאר דכיון דהוי חיוביה דשור, נמצא דבין לבעלים ובין לניזק איכא תביעה על השור, לניזק מחמת חיוביה דשור בנזק, ולבעלים מכח בעלותו על השור, ומכח סתירת התביעות מתמעטת תביעת הניזק לחצי נזק[ד].

והא דמחייב רבי טרפון קרן ברשות הניזק נזק שלם, אף דהוי חיוביה דשור גרידא ואין משלם אלא מגופו, יש לומר דברשות הניזק דפשיעת המזיק חמירא טפי, דהניח שורו להכנס לחצר הניזק, אלימא תביעת הניזק מתביעת בעל השור, ולהכי איכא מתמעטת לחצי נזק [וכעין דחזינן לאידך גיסא, דהיכא דשמר שורו לגמרי, תביעת בעל השור אלימא מתביעת הניזק ואינו גובה אף חצי נזק] ומ"מ לא אלימא הך תביעה להטיל חובת תשלומין על הבעלים עצמן, ולהכי אינו משלם מנכסיו מעלייה.

וכן בתם שחבל באדם לר"ע דמשלם נזק שלם מגופו, יש לומר דתביעת חבלה דאדם חמירא מתביעת נזיקין דממונו, ולהכי תביעת החבלה של הנחבל אלימא מתביעת בעל השור, ולהכי גובה נזק שלם מגופו, אך כיון דבחזקת שימור הוא ליכא סיבה לחייב את הבעלים עצמן בתשלומין ולהכי אינו גובה מעלייה.

אולם אכתי צריך לבאר מהיכ"ת דבצרורות יהא דין חיובא דשור גרידא בלא חיובא דבעלים, דהתינח בקרן כיון דהוי משונה ובחזקת שימור [ואף למ"ד פלגא נזקא ממונא ופתח שוורים לאו בחזקת שימור קיימי, בפשוטו הוו בחזקת שימור קצת] ליכא סיבה לחייב את הבעלים, ולהכי הוי חיובא דשור גרידא, וממילא אינו חייב אלא בדין תמות, אולם בצרורות, כיון דהוי אורחיה ואיכא פשיעה גמורה, אמאי יהא בזה חיוביה דשור גרידא ולא חיובא דבעלים ככל רגל.

ונראה לדון לבאר, דהנה בגמ' בעי לרב דאמר מבעה זה אדם מאי אבות ומאי תולדות אית ביה (ומבואר דעכ"פ להו"א ליכא כלל תולדות באדם, והא דקרי ליה אבות היינו לשלם ממיטב ויעוין באחרו') וכי תימא אב ניעור תולדה ישן והתנן אדם מועד לעולם בין ער בין ישן אלא אכיחו וניעו היכי דמי אי בהדי דאזלי קמזקי כחו הוה כו', ונחלקו הראשונים אי כחו הוי אב או תולדה, דבדברי הרמב"ם (פ"ו מחובל ומזיק ה"י) מבואר דכחו תולדה הוא וז"ל אחד המזיק בידו, או שזרק אבן או ירה חץ והזיק בו, או שפטר מיס על חבירו או על הכלים והזיק, או שרק או נע והזיק בכיחו וניעו בעת שהלכו מכחו, הרי זה כמזיק בידו והם תולדות של אדם עכ"ל וכן מבואר בדברי הרי"ף בסוגין, אך בשיטת רש"י לידדו האחרו' דפליג וס"ל דהוי אב (ולא"מ) ויש לעיין ביסוד הנידון.

ויש לבאר, דהנה יעוין בנמוק"י (לקמן כב ב, י א מדפה"ר) דתמה דכיון דאשו משום חציו וחשיב כמבעיר בידים, היאך שרי להדליק אש מערב שבת וז"ל אשו משום חציו כאילו בידיו הבעירו כדאמרן, ואי קשיא לך א"כ היכי שרינן עם חשיכה להדליק את הנרות והדלקתה הולכת ונגמרת בשבת כו' כד נעיין במילתא שפיר לא קשיא לן שהרי חיובו משום חציו כזורק החץ שבשעה שיצא החץ מתחת ידו באותה שעה נעשה הכל ולא חשבינן ליה מעשה דמכאן ולהבא, דאי חשבינן ליה הוה לן למפטריה דאנוס הוא שאין בידו להחזירה וה"נ אילו מת קודם שהספיק להדליק הנדים ודאי משתלם ניזק מאחריות נכסים דידיה דהא קרי כאן כי תצא אש שלם ישלם ואמאי מחייב הרי מת ומת לאו בר חיובא הוא, אלא לאו ש"מ דלאו כמאן דאדליק השתא בידים חשבינן ליה אלא כמאן דאדליק מעיקרא משעת פשיעה חשבינן ליה, וכן הדין לענין שבת דכי אתחיל מערב שבת אתחיל וכמאן ד(א)גמריה בידים בהוא עידנא דלית ביה איסור חשיב עכ"ל, והיינו דיש לדון בגדר דינא דאשו משום חציו, אי חשיב כעושה כל שעה ושעה, או דילמא מעיקרא בשעת המעשה הראשון חשיב כעושה כל המעשה (כלפי זמן העתיד דְיֵעָשֶׂה המעשה בפועל) ומסיק הנמוק"י דחשיב כעושה הכל מעיקרא, ולהכי ליכא בזה איסור שבת[טו].

[ד] ויעוין עוד בחי' הגרנ"פ (יח א ס"ק ג) דהוכיח דאף למ"ד פלגא נזקא קנסא, אין הגדר דכיון דהוי קנס חייבתו תורה רק בחצי נזק, דלעולם דין חצי נזק הוי דין בחיוב תמות, אלא גדר הדין דכיון דהוי קנסא לא חייבתו תורה בדין מועד אלא רק בדין תם, וממילא משלם חצי נזק יעו"ש, ומבואר היטב למשנ"ת, דעצם הדין חצי נזק הוי מכח סתירת תביעת הבעלים ותביעת הניזק, ולא הוי קולא בעצמא, אלא דבדין מועד דאיכא חיובא דבעלים ממילא גובה כל הנזק מן הבעלים, ורק בדין תמות דהוי חיובא דשור גרידא, מתמעטת תביעת הניזק לחצי נזק.

[טו] וריהטת הקצה"ח (סי' שצ סק"א) דסברת הנמוק"י היינו מדין בתר מעיקרא דלקמן (יז ב) אך כבר תמהו דהא הנמוק"י הוכיח כן מכל מדליק אש בערב שבת ואכ"מ.

והנה הנמוק"י מיירי בדין אשו משוס חליו, אך יש לדון כן בכל כחו, אי חשיב כעושה הכל מעיקרא או כעושה כל שעה ושעה [ואף למסקנת הנמוק"י דבאשו משוס חליו חשיב כעושה מעיקרא, יתכן דכחו ממש עדיף] ויעוין בברכ"ש (סי"ז סק"ד) ובחי' הגרנ"פ (כב ב ס"ק קפג).

והנה לקמן (לג א) מצא פרט לממליא את עצמו מכאן א"ר אליעזר בן יעקב מי שילתה אבן מתחת ידו והוליא הלה את ראשו וקיבלה פטור כו' פטור לגמרי, ובפירוש רבינו חננאל שם כתב וז"ל פטורין לגמרי מד' דברים וחייב בנזק וכדרבא דאמר בסוף פ' כילד היתה אבן מונחת לו בחיקו ולא הכיר בה מעולם ועמד ונפלה לענין נזקין חייב לענין ד' דברים פטור ואפי' אנוס חייב בנזק הכין דאמור רבנן בהדיא פצע תחת פצע לחייב על השוגג כמזיד ועל האונס כרצון עכ"ל, ומבואר דהא דפטור היינו מדין אונס, ולהכי אינו פטור אלא מד' דברים ולא מנזק.

אולם מדברי הרשב"א שם מבואר דפטור לגמרי אף מנזק, דס"ל דיסוד הפטור הוי משוס חסרון בעצם המעשה, דכה"ג לא חשיב מעשה דידיה, כיון דבשעה שילאה האבן מתחת ידו אכתי לא היה הניזק שם, ולא היה מונח הך נזק במעשה דידיה.

ונראה דאזלי לטעמייהו, דהנה בשבת (ה א) עמד במקומו וקבל חייב עקר ממקומו וקבל פטור, ופירש רש"י התם טעמא דעקר ממקומו וקיבל פטור הזורק 'דלא איתעביד הנחה מכחו' ומבואר דלא חשיב כלל מעשה דידיה, וכן פירש הרשב"א שם, אולם רבינו חננאל שם פירש דטעמא דפטור משוס דלא נעשית מחשבתו ול"ה מלאכת מחשבת.

ונראה דאזלי לטעמייהו, אי בכה"ג דהוליא הלה את ראשו וקיבלה וכן בעקר ממקומו וקיבל, אי חשיב עשייה דידיה, דרבינו חננאל ס"ל דאף כה"ג חשיבא עשייה דידיה, ולהכי פירש דלענין נזיקין פטור מדין אונס ולענין שבת פטור משוס דלא נעשית מחשבתו, אך רש"י והרשב"א סברי דבכהאי גוונא חסר בעיקר התייחסות המעשה, דלא חשיבא עשייה דידיה.

ויש לבאר דיסוד פלוגתתן בגדר דין כחו, אי חשיב כעושה כל שעה או דחשיב כעושה הכל מעיקרא, דרבינו חננאל סבירא ליה דחשיב כעושה כל שעה, ולהכי אף בהוליא הלה את ראשו ובעקר ממקומו וקיבל, אכתי חשיב עשייה דידיה, ובענין לפטור אונס ולא נעשית מחשבתו, אך רש"י והרשב"א סברי דגדר דין כחו דחשיב עשייה מעיקרא, וכפשטא דדברי הנמוק"י (וע' ברכ"ש סי"ז) ולהכי דוקא התולאות המונחות בשעת העמדת הכח חשיבי עשייה דידיה, משא"כ דבר שנתחדש לאחר מכן לא חשיב עשייה דידיה.

[ולקמן (כב א) אתמר ר' יוחנן אמר אשו משוס חליו וריש לקיש אמר אשו משוס ממונו וריש לקיש מאי טעמא לא אמר כרבי יוחנן אמר לך חליו מכחו קאזלי האי לא מכחו קאזיל, ונחלקו התס רש"י ורבינו חננאל אמאי חשבינן דאש לאו מכחו קאזלא, דרש"י פי' דאש מאליה הולכת ודולקת למרחוק, אולם רבינו חננאל שם פי' אינו הולך מכחו ומזיק אלא מכח הרוח, ויעו"ש בחי' הגרנ"פ דנקט דלדברי הר"ח באש ההולכת בלא רוח מודה ר"ל דחשיב כחו, הרי דנחלקו רש"י והר"ח אי הא דהאש הולכת מאליה בלא סיוע הרוח חשיב כחו, ויתכן דגם בזה אזלי לטעמייהו, דלשיטת הר"ח דהמעמיד כח חשיב כל שעה כעשייה דידיה, ה"ה במעמיד אש ההולכת מאליה, חשיב כל שעה כעשייה דידיה, משא"כ לרש"י דבעינן לדון דהכל מונח במעשה הראשון דידיה, ס"ל דהיינו דוקא כגון זורק חץ דאזיל החץ מכחו ממש, משא"כ במבעיר אש ההולכת מאליה.]

ומעתה יתכן לדון דבזה תלי אי כחו חשיב אב או תולדה, דאי חשיב כעושה הכל מעיקרא, שפיר חשיב אב, דהרי בשעת העשייה מעיקרא איהו עושה את המעשה ממש, ודמי לשאר נזיקין, משא"כ אי גדר הדין דחשיב כעושה כל שעה, ולכאו' גדר הדין, דכיון דאיהו העמיד הך כח לפעול, הרי הוא אחראי על כל הנעשה ע"י הך כח, וחשיב כעשייה דידיה לכל מילי, אך כיון דעכ"פ בשעת המעשה אין האדם בעצמו פועל, אלא הכח שהעמיד, הא הוי תולדה גרידא (ואף דאינו מוכרח ולב' הצדדים) וא"ש משמעות דברי רש"י דכחו הוי אב, דאזיל לטעמיה דכחו חשיב כעושה הכל מעיקרא.

ומעתה נראה לבאר הא דבעי רבא דדילמא צרורות לא מיחייבי אלא מגופו וביאלו האחרו' דהוי דין תמות, ולריך ביאור אמאי בצרורות יהא דין תמות כיון דאורחיה הוא, ומה בכך דהוי כחו ולא גופו, אך למש"ת דגדר דין תמות היינו דהוי חיוביה דשור גרידא דומיא דקרן, יש לבאר גדר הדברים.

דהנה לפי דגדר דין כחו הוי כעושה הכל מעיקרא, אכן דמו צרורות לכל הנזיקין, ומצינן לחייב את הבעלים בזה כשאר נזקי הבהמה [וגדר דינא דאלי נזק, בפשוטו היינו משוס דמעשה ע"י כחו חשיב מעשה קלוש, ולהכי נקלשה תביעת הנזק לחלי נזק].

אולם אי נימא דגדר דין כחו דהוי כעושה כל שעה, ונתבאר בגדר הדברים, דבאמת הכח הוא הפועל בשעת מעשה, אך כיון דהאדם הוא דהעמיד הך כח, הרי האדם אחראי על הנעשה, וחשיב עשייה דידיה, מעתה יש לדון דבכה"ג ל"ש

לחייב את הבעלים על נזקי השור, דכל מה דחייב האדם היינו על נזקי השור עצמו, אך הכא דאין זה נזקי השור ממש, אלא דהשור אחרא ונתבע על העמדת הכח, י"ל דלא מצינן לחייב את בעליו אהך נזק[מ], אך מ"מ את השור עצמו מצינן לחייב, אולם בזה אין גובין אלא מגופו וככל חיוביה דשור, וכן מה"ט הוי חצי נזק גרידא [והיה מקוס לבאר דזהו נמי יסוד הבעיא (לק' יז ב) אי בתר מעיקרא אזלינן או בתר תבר מנא אזלינן ואכמ"ל].

והנה בפשוטו גדר צרורות היינו כל היכא דנעשה המעשה ע"י כח ולא ע"י גוף הבהמה, אולם האחרו' דנו להוכיח מכמה דוכתי, דיתכן דגדר דין צרורות לא תלי אי נעשה המעשה בגופו או כחו, אלא אי נעשה הנזק ע"י גוף הבהמה או על ידי דבר אחר, ובירושלמי (פ"ב ה"א) ר' ירמיה בעי דרסה על גוד מלא שמן על הגוד משלם נזק שלם ועל השמן משלם חצי נזק, היתה טבלה מונחת וזכוכית עליה דרסה על גבי הטבלה ונשתברו הזכוכית על הטבלה משלם נזק שלם ועל הזכוכית משלם חצי נזק, היו שתי טבליות זו על גבי זו דרסה על העליונה ונשתברה השנייה על העליונה משלם נזק שלם ועל התחתונה חצי נזק יעו"ש ואכמ"ל, ובירושלמי (לעיל שם) קרי לצרורות 'דבר שהוא חוץ לגופה', וכן דנו האחרו' להוכיח מדברי תוס' (יז ב) וז"ל חמור במשאו אף על גב דכבר שנה בשליף שעליה אצטריך לאשמועינן לפי שאין משאוי של חמור מהודק ומחובר בו כבשאר בהמה וס"ד דלא הוי כגופו עכ"ל, וכן יתכן דזהו עיקר חידושא דרבא (יז ב) דעגלה מושכת בקרון חשיב היזק דגופה ולא צרורות, והאריכו בזה.

אולם גם לדרך זו יש לדון לבאר ע"ד הנ"ל, דהנה עיקר החילוק בין היזק בגוף הבהמה ממש להיזק שלא ע"י גוף הבהמה ממש מחודש, דבפשוטו בכל גווני חשיב עשייה דהבהמה ממש, וחזינן לכאו' דלדין נזקי ממון בעינן דייעשה ההיזק בגוף הבהמה ממש, ומעתה יש לדון לבאר גם בזה ע"ד הנ"ל, דכהאי גוונא דייצינן דהבהמה העמידה מזיק והיא נתבעת אהך מזיק, וממילא דמי למשנ"ת לענין כאו.

ובירושלמי ר"פ כיצד הרגל (ריש ה"א) פריך ואין דרכה להתיז צרורות, דמשמע לירושלמי ממתני' דמחייבא בצרורות אף ברשות הרבים (פני משה) [וס"ל להירושלמי דגדר פטור רשות הרבים היינו משום דהוי דרכה ואית לה רשות וכשיטת הרמב"ם (פ"א מנזק"מ ה"ח) ואכ"מ] ולק' שם משני רבי לעזר אומר כל דבר שהוא חוץ לגופה לא חלקו בו חכמים בין ברשות היחיד בין ברשות הרבים לחצי (כופר) [נזק] ומבואר דס"ל לרבי אלעזר דבאמת בצרורות איכא חיוב אף ברשות הרבים, ול"ב דכיון דהוי אורחייהו, אמאי באמת איכא חיוב ברה"ר.

ולמשנ"ת נראה לדון, דהנה האחרו' תמהו בעיקר שיטת הרי"ף והרמב"ם דפטור שן ורגל ברה"ר הוי משום דאורחייהו הוא ואית להו רשות, דא"כ היאך איכא פטור רה"ר באדי, דאטו איכא רשות להוליך אדי ברה"ר, וגת' לעיל דיסוד הדין רשות הוי לבהמה עצמה, וה"נ לאדי איכא רשות לילך ברה"ר, ומעתה יש לבאר, דבדבר שהוא חוץ לגופה, דעצם המזיק הוי הצרור, אלא דמחייבינן לבהמה על העמדת הך מזיק [ומה"ט הוי חיוביה דשור גרידא וכדנת'] יש לומר דלא שייך בזה הך פטור דרשות, דלעצם העמדת הצרור ליכא רשות.

מ וקצת דוגמא לדבר הא דבעי רב אשי (יט א) אי כח כחו ככחו דמי או לאו ככחו דמי, וכשם שמתחלק כח כחו מכחו ה"נ מפלגינן בין מזיק דידיה לבין מזיק דמזיק דידיה [ויעוין בחי' ר' שמואל זצ"ל (סי' טז) דעיקר הבעיא דרב אשי הוי בסברא האם אפשר לאיפלוגי בין כחו לכח כחו או דע"כ כח כחו דמי ממש לכחו יעו"ש].

בשיטת הרמב"ם בגדר דין שור דאזיק אדם

אי סבר ליה כר"ע ליתני תרי גווני שור ליתני שור דאזיק שור וליתני שור דאזיק אדם דתנן ר"ע אומר אף תם שחבל באדם משלם במותר נזק שלם כו' הנה מדברי רבי עקיבא חזינן לכאו' דשור דאזיק שור ושור דאזיק אדם תרי דיני נינהו, ואין חבלת אדם כהיזק ממון, ולהכי חלוקין בדיניהם, דדין חלי נזק דתמות לא נאמר אלא בהיזק ממון ולא בחבלת אדם.

וכן נראה עוד בכ"ד, דהנה לקמן (מד ב) הנזקין שלא בכוונה ר' יהודה מחייב ור' שמעון פוטר מאי טעמא דרבי יהודה יליף מכופרו מה כופרו שלא בכוונה חייב אף הנזקין נמי שלא בכוונה חייב ורבי שמעון יליף מקטליה דשור מה קטליה שלא בכוונה פטור אף נזקין שלא בכוונה פטור ור' יהודה נמי נילף מקטליה דנין תשלומין מתשלומין ואין דנין תשלומין ממיתה ור' שמעון נמי נילף מכופרו דנין חיובים דשור מחיובים דשור לאפוקי כופר דחיובים דבעלים הוא, והנה שיטת רבנו תם (בתוס' מד א) דברגל שדרסה ע"ג תינוק אין השור נהרג, דאף דיודע שיתמעך התינוק, מ"מ כיון דאין כוונתו להזיק אין השור בסקילה, ותמהו התוס' שם דא"כ לרבי שמעון דיליף נזיקין מקטלא היאך משכח"ל חיוב נזיקין ברגל, והא לעולם אין כוונתו להזיק.

ובדברי בעל המאור והראב"ד (בחי' וע' בשטמ"ק) והמאירי מבואר יישוב לזה, דלא פטר רבי שמעון נזיקין שלא בכוונה אלא בשור שחבל באדם, אך בנזקי ממון מודה דאיכא חיוב אף בנזיקין שלא בכוונה, בין בקרן ובין בשן ורגל, דלעיל שם (מד א) ילפי' או בן יגח או בת יגח נגיחה בתם נגיחה במועד נגיחה למיתה נגיחה לנזקין, דיגח בתרא אתי לרבויי שור דאזיק אדם, ובזה יליף ר"ש נזיקין דאדם מקטלא דאדם, אך שור דאזיק שור דנלמד מפרשת ד"כי יגוף שור איש את שור רעהו", בזה ליכא ילפותא, ובזה חייב אף שלא בכוונה.

וז"ל בעל המאור (יט ב מדפה"ר) הניזקין שלא בכוונה ר' יהודה מיחייב ור"ש פוטר מ"ט דר"י יליף מכופר דאיהו מקיש נגיחה דניזקין לנגיחה דמיתת בעלים והיינו כופר ור"ש דיליף מקטליה דשור מקיש נגיחה דניזקין לנגיחה דמיתת שור וכר' יהודה קי"ל דהא מחייבינן בההוא תורא דאלם ידא דינוקא והוא ניזקין ואף על פי שהוא רגל בכולה שמעתתא חד דינא איתי להו לרגל ושן ולניזקין דקרן שלא בכוונה, תדע דהא אמרי' תניא כוותיה דשמואל ותיובתא דרבה ואף על גב דשמואל לא איירי אלא בתולדה דשן במתחכך בכותל להנאתו ורבה לא איירי אלא בקרן שלא בכוונה אלמא חד דינא איתי להו לכופר ולנזקי אדם הדין הוא סברא דילן כו' עכ"ל יעו"ש.

ובעיקר הדין כן נראה גם מדברי הרמב"ם, דהרמב"ם הביא הך דינא דנזיקין שלא בכוונה חייב בתרי דוכתי בהל' נזקי ממון (פ"ז ה"ג ופי"א ה"ו) ובתרוויהו נקיט גוונא דשור שחבל באדם יעו"ש, ומשמע דבזה הוא דפליגי ובזה איצטריך למיפסק דחייב אף שלא בכוונה, אך בהיזק ממון לכולי עלמא חייב אף שלא בכוונה, וכ"ה במאירי (מד ב) וז"ל כשם שהמועד בלא כונה חייב בכופר כך הוא חייב בנזקים ר"ל בנזקי אדם שבנזקי ממון אין צריך לומר (ויעו"ש דהוסיף ולמדנו מכאן שהתם בנזקי אדם פטור אא"כ בכונה, והיינו דס"ל דכיון דמכופר ילפי' ותם פטור מכופר, ה"ה דפטור שלא בכוונה אף לדידן, אך שוב הביא שיטת הרמב"ם דמחייב אף בתם).

וביאור הדברים, דהרי באמת תרי פרשיות נינהו, חדא פרשה דשור דאזיק שור "כי יגוף שור איש את שור רעהו" והב' פרשה דשור דאזיק אדם דכתיב "וכי יגח שור את איש או את אשה ומת כו' בן יגח או בת יגח כמשפט הזה יעשה לו" ואף דהך קרא מיירי במיתה, ילפי' (מד א) מיתורא ד"יגח" נגיחה לנזיקין, והתם נאמר דין שור דאזיק אדם, וסברי הגר"א דדוקא נגיחה דזיקין יליף ר"ש מנגיחה דמיתה לפטור שלא בכוונה, משא"כ שור דאזיק שור לא ילפי' לפטור שלא בכוונה.

והרמב"ן (במלחמות שם) תמה ע"ד בעל המאור, ד'מה לי אם הזיק אדם ומה לי פירות וכלים, לא מצינו פטור בנזקי אדם וחייב בנזקי ממונו וכדאמרינן (ה ב) קולא דשן ורגל שכן פטור ברה"ר ולא אמרי' שיפטר בנזקי אדם שאין לך פטור בנזקי אדם וכולה מכילתין רהטא בהכי וליכא מאן דפליג, אלא ודאי לא נחלקו ר' יהודה ור"ש אלא בנתכוין ליגח את הבהמה ונגח את האדם והזיקו שר' יהודה מחייב כדין כופר ור"ש פוטר כדין מיתה אבל לא חלקו בשן ורגל בכוונה דודאי חייב בנזקי גופו וליכא לאקשויינהו למיתת השור' כו' יעו"ש.

אך מדברי בעל המאור ודעמיה חזינן דשור דאזיק שור ושור דאזיק אדם תרי דיני נינהו, ולהכי חלוקין בדיניהם לענין שלא בכוונה, וכן נראה מדברי הרמב"ם וכנ"ל, והוא כמה דחזינן בדינא דרבי עקיבא, דשור תם שחבל באדם משלם נזק שלם, אלמא דדין חבלה דאדם חלוקה מהיזק ממון ואף בשור.

ומשה"ק הרמב"ן דלא מצינו פטור בנזקי אדם וחייב בנזקי ממונו, נראה דהרמב"ם והרמב"ן אזלי לטעמייהו,

דהנה כתב הרמב"ם (פ"ה מחובל ה"ו) וז"ל הודה החובל שהוא חבל משלם חמשה דברים, שהרי העדים היו שם שנכנס לתוך ידו שלם בשעת המריבה וילא חבול, אבל אם לא היו שם עדים כלל והוא אומר חבלת בי והודה מעצמו פטור מן הנזק ומן הצער וחייב בשבת ובושת וריפוי על פי עצמו, לפיכך אם כפר ואמר לא חבלתי נשבע שבועת הסת (ה"ז) ולמה משלם אדם שלשה דברים אלו על פי עצמו, שהשבת והריפוי ממון הוא ואינו קנס, שאם לא יתן לו הרי חסרו ממון שהוא מתרפא בו ובטל ממלאכתו, והבושת לא הגיעה לו אלא בשעה שהודה בפניו כו' עכ"ל.

הרי מבואר בדברי הרמב"ם דחבלה אין משתלמת על פי עצמו (עכ"פ באדם שחבל באדם) וכן שיטת הר"י מיגש (שבועות מו ב), אולם הרמב"ן (שבועות שם) פליג ע"ד הר"י מיגש, דחיוב חבלה הוי חיוב ממון ככל נזיקין וחייב ע"פ עצמו, והוכיח כן מסוגין דאמרי' דרבי אושעיא בקנסא לא קמיירי ולהכי לא תני כפל ודו"ה ואונס ומפתה ומוש"ר והיזק שאינו ניכר, ואעפ"כ תני ה' דברים דחבלה ויעו"ש עוד.

הרי דלשיטת הרמב"ם אכן חזינן דאיכא פטור בנזקי גופו וחייב בנזקי ממונו, וה"נ ס"ל בנזיקין שלא בכוונה אליבא דר"י, אך הרמב"ן לטעמיה דכל חבלה נמי הויא כנזק דעלמא, ולא מצינו פטור על נזקי גופו וחייב על נזקי ממונו.

והנה דברי הרמב"ם והר"י מיגש דאין אדם משלם נזק דחבלה על פי עצמו מיירי באדם שחבל באדם, ויש לדון היאך הדין בשור שחבל באדם, דלכאורה למש"ת בשיטת הרמב"ם, דהא דפטר ר"ש נזיקין שלא בכוונה היינו דוקא בחבלה, משמע דאף שור שחבל באדם ל"ה מדין נזק דעלמא אלא מפרשת חבלה, וא"כ ראוי להיות לכאורה דאף בזה אין משלם על פי עצמו.

והדבר תלוי בביאור עיקר שיטת הרמב"ם, דחבלה אין משתלמת על פי עצמו, דהנה הרמב"ן תמה ע"ד הרמב"ם מסוגין דמבואר דרבי אושעיא בקנסא לא קמיירי ואעפ"כ תני נזק וצער, וביישוב שיטת הרמב"ם מצינו כמה דרכים.

דהנה בעיקר גדר הך דינא דחיוב חבלה לא הוי חיוב ממון גמור ככל נזק, יש שביארו [יעוין בברכת שמואל (סי' כח)] דהיינו טעמא משום דאין דמים לבן חורין, ולפ"ז תי' דיש לומר דסוגין אזלא כמ"ד (לק' מג א) דיש דמים לבן חורין, ולפ"ז חיוב חבלה הוי ממון, אלא דהרמב"ם פסק דאין דמים לבן חורין, ולהכי לדידיה לא הוי חיוב ממון.

ולדרך זו מוכרח לכאו' דאף שור שחבל באדם הוי דין חבלה ואין משלם על פי עצמו, דהא לדרך זו כיון דאין דמים לבן חורין ל"ש כלל דין נזק דעלמא בחבלה.

ויש שדקדקו כן מדברי הרמב"ם (פי"א מחובל ה"ו) דאייתי לדינא דנזיקין שלא בכוונה בגוונא דנתכוין לבהמה וחבל באדם וז"ל שור שנתכוון לבהמה ונגח את האדם אף על פי שאם המיתו פטור כמו שבארנו אם חבל בו חייב בנזק עכ"ל, והנה שיטת הרמב"ם (פ"י מנזקי ממון ה"ט) דשור שנתכוין להרוג את ראובן והרג את שמעון חייב סקילה[1] ולא פטרינן אינו מתכוין בשור אלא בנתכוין למי שאינו חייב עליו וכגון נתכוין להרוג את הבהמה והרג את האדם או נתכוין להרוג את הגוי והרג ישראל, ותמהו האחרו' דא"כ ה"ה בנזיקין שלא בכוונה דפליגי היינו כגון נתכוין לחבול בגוי וחבל בישראל, אך נתכוין לחבול בבהמה וחבל באדם לכו"ע חייב, דהא שור חייב על חבלה דבהמה, והו"ל להרמב"ם להביא הך דינא בגוונא דנתכוין לגוי וחבל בישראל, אלא ע"כ דשור שחבל באדם ושור שחבל בבהמה תרי דיני נינהו, דשור שחבל באדם הוי פרשת חבלה ושור שחבל בבהמה הוי דין היזק ממון, וממילא כלפי פרשת חבלה חשיב כנתכוין לנגיחת פטור (ויל"ד).

אולם מדברי הרמב"ם (פ"ז מנזקי ממון ה"ג) נראה לכאו' לא כן, דהנה כתב הרמב"ם (שם) וז"ל בהמה שחבלה באדם בין בכוונה בין שלא בכוונה, אם תמה היא משלם חצי נזק מגופה ואם מועדת משלם נזק שלם, ופטור מן השבת ומן הבושת ומן הצער ומן הרפוי, שארבעה דברים אלו לא חייבה תורה בהן אלא לאדם שחבל בחבירו, אבל בהמתו שחבלה באדם הרי זה כמי שהזיקה ממונו שאינו חייב אלא נזק בלבד עכ"ל, הרי דהוסיף הרמב"ם טעמא דשור שחבל באדם פטור מארבעה דברים משום ד'בהמתו שחבלה באדם הרי זה כמי שהזיקה ממונו', ולכאורה כוונת הרמב"ם דלא הוי פרשת חבלה אלא ככל היזק ממון.

ונראה דמקור דברי הרמב"ם מסוגיא דהמניח (לג א) כמשפט הזה יעשה לו כמשפט שור בשור כך משפט שור באדם מה שור בשור תם משלם חצי נזק ומועד נזק שלם אף שור באדם תם משלם חצי נזק ומועד נזק שלם כו' הזה למה לי לפוטרו מארבעה

---

[1] ואף דגבי אדם פסק הרמב"ם (פ"ד מרוצח ה"א) דנתכוין לזה והרג את זה פטור וכר"ש (סנהדרין עט א), אך גבי שור ס"ל להרמב"ם דחייב [ודלא כמשמעות הסוגיא (מד ב) דהא בהא תליא] וביאלו האחרו' דכיון דמסקינן (סנהדרין שם) דפטר ר"ש אפילו כשבור ראובן ונגחא שמעון עד שיאמר לפלוני אני מתכוין, אלמא יסוד הדין לא הוי חסרון כוונה, דבכה"ג איכא כוונה גמורה, אלא הוי דין טעות, ודין טעות ל"ש אלא באדם ולא בשור [ויעוין עוד בשי' ר' שמואל זל"ל (סנהדרין שם) דלידד לבאר דברי הרמב"ם באופ"א ואכ"מ].

דברים, הרי דילפי׳ מקרא ד״כמשפט הזה״ דדין שור באדם כדין שור בשור הן לענין דין תמות ומועדות והן לענין לפוטרו מארבעה דברים (ויעו״ש בתוס׳ הא דבעינן ליתורא דהזה ולא סגי בקרא ד״כמשפט״ לפטור מד׳ דברים דהא בשור בשור ליכא ד׳ דברים) וזהו דהאריך הרמב״ם לבאר הכא ״שארבעה דברים אלו לא חייבה תורה בהן אלא לאדם שחבל בחבירו אבל בהמתו שחבלה באדם הרי זה כמי שהזיקה ממונו שאינו חייב אלא נזק בלבד״, וחזינן מדברי הרמב״ם דלא הוי ילפותא בעלמא, אלא זהו עצם גדר הדין, דהרי לא העתיק הרמב״ם כלל עצם הדרשא, אלא רק גדר הדין דהרי זה כמי שהזיקה ממונו, וחזינן לכאורה דבשור שחבל באדם חיובו מפרשת נזק דעלמא, ולא מפרשת חבלה (ויל״ד).

ולכאורה לפ״ז צריך לבאר שיטת הרמב״ם כדביארו שאר האחרו׳, דבאמת אין כוונת הרמב״ם דחיוב חבלה הוי קנס ככל הקנסות, ובאמת ליכא בזה דינא דמודה בקנס ואח״כ באו עדים פטור, אלא יסוד הדין ע״פ המבואר בר״פ החובל (פג ב) יכול סימא את עינו מסמא את עינו קטע את ידו מקטע את ידו שיבר את רגלו משבר את רגלו ת״ל כו׳ ואם נפשך לומר הרי הוא אומר לא תקחו כופר לנפש רוצח אשר הוא רשע למות לנפש רוצח אי אתה לוקח כופר אבל אתה לוקח כופר לראשי אברים שאין חוזרין, וכ״פ הרמב״ם (פ״א מחובל ומזיק ה״ג) וז״ל זה שנאמר בתורה כאשר יתן מוס באדם כן ינתן בו אינו לחבול בזה כמו שחבל בחבירו אלא שהוא רוצה לחסרו אבר או לחבול בו כמו שעשה ולפיכך משלם נזקו, והרי הוא אומר ולא תקחו כופר לנפש רוצח, לרוצח בלבד הוא שאין כופר אבל לחסרון איברים או לחבלות יש כופר עכ״ל, הרי דחיוב חבלה הוי כופר האיברין, דעיקר דינו היה שרצוי לחסרו אבר או לחבול כמו כמו שעשה, אלא דניתן לזה דין כופר.

והא דלא מהני בזה הודאת בעל דין ביארו האחרו׳, דהנה שיטת רש״י בב״ד (זבחים עא א, בכורות מא א, תמורה כח א) דטעמא דאין שור נסקל על פי הבעלים משום דמודה בקנס פטור וכ״מ ברש״י (לק׳ מא ב ד״ה מודה) [ויעוין עוד ברש״י (מכות ה א) ובהג׳ חשק שלמה ובש׳ ר׳ שמואל זצ״ל שם (ס״ק רלה) וברש״י (יבמות כה ב)] וביארו האחרו׳ דאין כוונתו להלכתא דהודאה פוטרת בקנס, אלא רק דלא מהניא נאמנות דהודאת בעל דין לחייבו, וכדביארו האחרו׳ דתרי דיני נינהו בדינא דמודה בקנס, דמלבד דינא דהודאה הפוטרת איכא דינא דאין אדם מתחייב קנס על פי עצמו, ואף בגוונא דלא הויא הודאה הפוטרת [ויישבו בזה קושית התוס׳ רי״ד (ה א) ע״ד רש״י דאוקי לעדים זוממין כגון שהודו בב״ד זה אחר שהוזמו בב״ד אחר ואכמ״ל].

וביארו האחרו׳, דדין הודאת בעל דין הוי דוקא על חיוב ממון אך ל״ל נאמנות על עיקר המעשה, ובקנס כיון דכל זמן דלא חייבוהו ב״ד אינו מחויב [ובפשוטו אף לגאת ידי שמים אינו מחויב וכמבואר בירושלמי (פ״ג דכתובות ה״י) וכן מבואר ברשב״א (עה א) ובתוס׳ (כתובות לג ב)] בעינן דוקא נאמנות על עיקר המעשה דעי״ז יחייבוהו ב״ד.

וביארו דזהו גדר הילפותא דאשר ירשיעון אלהים (נ״ב חול, ע׳ קס״ה) פרט למרשיע את עצמו, דעיקר גדר הדין דנתחדש הכא דאין החיוב חייל מאליו אלא בעינן דיחייבוהו בית דין, וממילא לא שייכא בזה נאמנות דהודאת בעל דין וכנ״ל, ואידך דינא דהודאה הפוטרת ילפי׳ (עה א) מדרשא אחריתא דאם המצא תמצא (וכעי״ז בזכר יצחק ח״ב סי׳ מז יעו״ש).

ועפ״ז ביארו האחרו׳, דה״נ הך חיובא דכופר האיברים לא חייל מאליו אלא ע״י פסק ב״ד, וממילא לא שייכא בזה נאמנות דהודאת בעל דין, וכיון דלא הוי קנס ממש, שפיר מני ליה רבי אושעיא״.

ולדרך זו דיסוד דברי הרמב״ם דאין אדם מתחייב בחבלה על פי עצמו היינו משום דהוי כופר האיברים, ליבדו האחרו׳ דבאמת כל חבלה ראויה לחייב תשלום מדין נזיקין דעלמא, אלא דכיון דחייבה תורה כופר האיברים, הך חיוב מפקיע חיוב נזיקין דעלמא, וכשם דמצינו גבי עבד, דאף דבמקום דליכא קנס דשלושים של עבד משלם דמים (מג א, רמב״ם פ״י מנזק״מ הי״ד) מ״מ במקום דמשלם קנס פטור מן הדמים.

ולדרך זו שפיר יש לומר כמשמעות דברי הרמב״ם (פ״ז מנזקי ממון ה״ג) דבהמה שחבלה באדם הרי הוא כמי שהזיקה ממונו, דבבהמה ליכא דינא ד״כן ינתן בו״ ולא הוי דין כופר האיברים, אלא כדין נזק דעלמא.

אלא דאכתי צ״ב דהא ר״ש פטר נזיקין שלא בכוונה, ומשמעות הרמב״ם דהיינו דוקא בחבלה וכנ״ל, וחזינן לכאורה דשור שחבל באדם הוי דין חבלה ולא נזק וכדנתבאר לעיל, ויתכן דאה״נ לר״ש דיליף נגיחה דנזיקין דאדם מנגיחה דמיתה לפטור שלא בכוונה, שמעינן דיסוד חיובו הוי דין חבלה דומיא דאדם שחבל באדם (ושלא בכוונה פטור אף מדמי נזק) וכן לר״ע

יח ור׳ שמואל זצ״ל (סי׳ ד׳) לידד עד״ז באופ״א, דבאמת יש לומר דהך כופר האיברים הוי קנס ממש, וכדמצינו גבי שלושים של עבד דמבואר בלשון הרמב״ם (פי״א מנזקי ממון ה״א) דהוי כופר ואעפ״כ הוי קנס, אלא די״ל דעיקר דינא דחיוב חבלה הוי כופר האיברים תלי בפלוגתא דתנאי בר״פ החובל מהיכא ילפי׳ דעין תחת עין ממון, וסוגין אזלא כמ״ד דלא הוי כופר האיברים וממילא דלא הוי קנס.

דתם שחבל באדם משלם נזק שלם, י"ל דהוי דין חבלה, אך לר"י דקי"ל כוותיה דלא יליף נזיקין ממיתה, ומחייב בנזיקין שלא בכוונה אף דמיתה שלא בכוונה פטור, אמרי' דאדרבה היינו טעמא משום דשור שחבל באדם לא הוי דין חבלה אלא דין נזק והוי כבהמה שהזיקה ממונו [ואף דאדם שחבל באדם נמי חייב אף שלא בכוונה, אך התם גדר הדין משום דאדם מועד לעולם, והיינו דאדם לעולם חשוב כמזיד, וכמבואר בלשון הרמב"ם (פ"ו מחובל ומזיק ה"א) ורק לחיוב מיתה בישראל נתחדש דאינו חייב אלא במזיד ממש, ויעוין ברמב"ם (פ"ה מרוצח ה"ד) וז"ל גר תושב שהרג את ישראל בשגגה אף על פי שהוא שוגג הרי זה נהרג, אדם מועד לעולם עכ"ל, אך בבהמה דליכא האי דינא, נהי דבנזק חייבת אף שלא בכוונה, אך אילו היה גדר דין שור שחבל באדם מדין כופר האיברים י"ל דלא היה חייב אלא בכוונה].

ובסוגין פרכי' דכיון דתני תרי גווני אדם, אדם דאזיק אדם ואדם דאזיק שור ה"נ ליתני תרי גווני שור שור דאזי שור ושור דאזיק אדם ומשני האי מאי בשלמא אדם דאזיק שור נזק הוא דמשלם אדם דאזיק אדם משלם ארבעה דברים אלא שור מה לי שור דאזיק שור מה לי שור דאזיק אדם אידי ואידי נזק הוא דמשלם, ולפו"ר משמע דליכא חילוק לדינא בין שור דאזיק שור לבין שור דאזיק אדם, ומשמע דשור שחבל באדם נמי משלם על פי עצמו כדין נזק, ואי נימא דסוגין אזלא דלא כהרמב"ם (ותלי בפלוגתא אי יש דמיס לבן חורין או אי גדר חבלה מדין כופר האיברים וכנ"ל) ליכא ראיה, אך אי נימא דאף לסוגין דין חבלה הוי כופר האיברים ואינו משלם על פי עצמו, אלא כיון דלא הוי קנס שפיר מיירי ביה וכדנתבאר לעיל, משמע לכאורה דשור דאזיק אדם הוי דין נזק, וכדנתבאר [אלא דלפ"ז משמע דאף לרבי עקיבא דתם שחבל באדם משלם נ"ש, מ"מ הוי דין נזק, דהא מסקינן דהך תנא סבר כר"ע] מיהו יתכן דכיון דאינן חלוקין בעיקר התשלומין, אלא רק בגדר החיוב ובדין משלם על פי עצמו, לא מני ליה בתרתי (וכדאזינן מעי"ז בשיטת רש"י בהא דלא מני תם שחבל באדם) ויש להאריך עוד בהך עניינא ואכ"מ.

בענין בור המתגלגל

רבא אמר לאתויי בור המתגלגל ברגלי אדם וברגלי בהמה כו׳

מה לבור שכן מעשיו גרמו לו תאמר בהני שאין מעשיו גרמו לו שור יוכיח מה לשור שכן דרכו לילך ולהזיק בור תוכיח ומזר הדין לא ראי זה כראי זה, ובתוס׳ (ד״ה לאתויי) בכל הספרים כתוב אי בהדי דקא אזלי קמזקי כמו הוא ופירש הקונטרס דלא גרס ליה וטעמא משום דאמרינן לקמן בהמניח אין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים, ובעל התקלה נמי אין לחייבו מטעם אדם המזיק אלא משום דחשיב כרוח מצויה והוי אשו, ואין למוחקו בשביל כך דלענין כדי שלא ילכו כ״כ בחוזק שיתיזו ויזיקו דרכו להתבונן שפיר ולהכי פריך כמו הוא ויתחייב המגלגל הכל ולא בעל התקלה.

והנה האחרו׳ נתקשו למה דביארו תוס׳ בטעמא דרש״י דהוי אשו, דא״כ אמאי מחק רש״י הכל הו״ל למיגרס אשו במקום כמו, והמהר״ם כתב מכח זה דמש״כ תוס׳ דהוי אש היינו לשיטתייהו אינהו, אך רש״י גופיה סבירא ליה דאף אש לא הוי (וכן יעוין במאירי דנקט בשיטת רש״י דשניהם פטוריים).

ובטעמא דמילתא ביארו האחרו׳ בכמה אנפי, המהר״ם שם ביאר דס״ל לרש״י דלא חשיב רוח מצויה, והאחרו׳ ביארו עוד דהא דנתחדש בדין אש דחייב אע״ג דכח אחר דרוח מעורב בו, היינו דוקא ברוח דהויא בטבעו של עולם, משא״כ במעשה אדם ומעשה בעל חי, ועוד ביארו האחרו׳, דדוקא באש דעצם ההיזק נעשה ע״י האש עצמה, והרוח איננה אלא מוליכתה לניזק, בזה נתחדש לחייב בעל האש, משא״כ בבור המתגלגל בהדי דאזלי, דכח המגלגל הוא המזיק [ועיקר הסברא מבוארת בדברי הראשונים בב״ב (כו א) בסוגיא דרקתא].

אולם הנה המהרש״א (לק׳ בסמוך) נקט בפשיטות בשיטת התוס׳, גבי בור המתגלגל ברגלי בהמה דמבואר בתוס׳ דשניהם חייבים, דחיוב בעל התקלה הוי מדין בור, ותמהו בזה (יעוין באמרי משה סכ״ט סקי״א) דהא בדברי תוס׳ ברישא הדיבור מבואר להדיא דחיוב בעל התקלה הוי מדין אש.

אולם באמת בדברי תוס׳ נראה לכאו׳ להדיא כדברי המהרש״א, דחיוב בעל התקלה הוי מדין בור, ולדבריהם כן משמע מדברי הגמ׳, דהרי תוס׳ גרסי אי בהדי דאזלי כמו הוא, ופירשו תוס׳ דהיינו דחייב המגלגל הכל, ומשמע לכאו׳ מדברי הגמ׳, דאי לאו הא דכמו דמגלגל הוא הוי ניחא לגמ׳ דהך בור המתגלגל אתי במה הנד, הרי מבואר דלא הוי אש, אלא הוי בור דאין מעשיו גרמו לו דבעינן למילף ליה במה הנד, וכבר עמד הגרנ״פ (ס״ק קפד) דכן מבואר בלשון התוס׳ בביאור קושית הגמ׳ ׳ולהכי פריך כמו הוא ויתחייב המגלגל הכל ולא בעל התקלה׳, הרי דקושית הגמ׳ רק דכיון דכמו הוא יתחייב המגלגל הכל ולא בעל התקלה, אך אי לאו הא דהמגלגל חייב הכל, הוי ניחא לגמ׳ דחיוב בעל התקלה אתי במה הנד, ולא הוי אש.

והנה מסברא יש לבאר הדבר היטב, דהנה האחרו׳ ביארו (למה דנקטי בשיטת רש״י) דהכא לא שייך לחיובי מדין אש, כיון דלא הוי רוח אלא מעשה בעל חי, ועוד דאין הדבר מזיק בעצמו אלא כח המגלגלו הוא המזיק, אך נראה פשוט לכאורה דהנך טעמי שייכי רק כלפי חיוב אש, ולא כלפי חיוב בור, דהרי בבור לעולם הניזק דהוא בעל חי בא לבור ואיהו מפיל עצמו בבור ומזיק עצמו בבור, ואעפ״כ חייבה תורה את בעל הבור, וה״נ אף היכא דאחר מביא את המזיק על הניזק ומזיקו בו, לא גרע מכל בור דעלמא, ושפיר מצינן לחייבו מדין בור (ובפשטו היכא דהניזק עצמו מביא עצמו לבור גרע טפי ואעפ״כ חייבה תורה).

אלא לכאורה הדברים צ״ב מדברי התוס׳ ברישא דבריהם דמבואר דחיוב בעל התקלה הוי מדין אש, אולם באמת דברי המהרש״א מבוארים היטב, דכל דברי התוס׳ ברישא דבריהם דהוי אש קיימי דוקא לשיטת רש״י, אך לשיטת תוס׳ הוי בור, והדברים מוכרחים לשיטתם, דלרש״י דהמגלגל פטור משום דאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים ואתינן לחייב את בעל התקלה, אי ניחא דחיוב בעל התקלה הוי בור ולא אש, הרי באמת הוי מצי בגמ׳ לאוקמי בהדי דאזלי, והרי התוס׳ אתו לבאר בשיטת רש״י אמאי לא מצינן לאוקמי בהדי דאזלי (ואי ניחא דבהדי דאזלי חשיב דרכו לילך ולהזיק, מבואר להדיא מדברי הגמ׳ דמיירי לבתר דנייח דהא פרכי׳ מה לשור שכן דרכו לילך ולהזיק, וכמבואר ברש״י) ולהכי בשיטת רש״י הוצרכו תוס׳ לבאר דהוי אש ולא בור.

אולם לשיטת תוס׳ גופייהו דגרסינן בגמ׳ אי בהדי דאזלי כמו הוא ופירשו דהיינו דחייב המגלגל הכל, הרי משמע דאי לאו הכי הוי ניחא דבעל התקלה חייב וחיובו מצד השוה, וא״כ מבואר איפכא דלא הוי אש אלא בור [אלא דיל״ע מד׳ תוס׳ לק׳ (יט ב) וי״ל] (ויעוין בס׳ מעשה איש ח״ב עמ׳ עז, מספר ׳ונכתב בספר׳ עמ׳ פח, ואולי הדברים אמורים כלפי ד׳ המהרש״א בסוגין).

ויעוין בתוס׳ רבנו פרץ דנקט תחילה דאף במגלגל בר דעה חייבין שניהם, והקשה דא״כ אמאי לא מוקי בגמ׳ בהדי דאזלי ולענין חיוב מחצה דבעל התקלה, והביא שם ליישב בזה

בד׳ דרכים, הא׳: דחיוב בעל התקלה הוי מדין אש ולא מדין בור, הב׳: דחיוב בעל התקלה הוי מדין אדם המזיק (יעוין להלן ביאור הדברים), הג׳: דניחא לגמ׳ לאוקמי בנזק שלם ולא בחצי נזק, הד׳: כשיטת תוס׳ דבמגלגל בר דעה חייב המגלגל הכל.

הרי מבואר מדבריו דהסברא הפשוטה דחיוב בעל התקלה הוי מדין בור, וממילא כד נקיט מעיקרא דאף במגלגל בר דעה חייבין שניהם הוקשה לו אמאי לא מוקי בגמ׳ בהדי דאזלי ולעינן חיוב בעל התקלה, ובתרי שינויי קמאי חדית מכח זה דבאמת אין חיוב בעל התקלה מדין בור אלא מדין אש או מדין אדם המזיק, אך בתרי שינויי בתראי הדר להגחת הקושיא דחיוב בעל התקלה מדין בור, אלא דהוי ניחא לגמ׳ לאוקמי בנזק שלם או דמגלגל בר דעה מפקיע חיובו לגמרי.

והנה לשון תוס׳ בביאור שיטת רש״י דלא גרים כחו הוא משום ד׳אין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים ובעל התקלה נמי אין לחייבו מטעם אדם המזיק אלא משום אשו׳, ונראה מלשונם דמסברא היה מקום לדון דחיוב בעל התקלה הוי מדין אדם המזיק, וא״כ הוי מצינן לקיים הגירסא דגרסינן כחו הוא, דאף דהמגלגל פטור משום דאין דרכו להתבונן, מ״מ בעל התקלה חייב מדין אדם המזיק, וביארו תוס׳ דרש״י לא ניח״ל בזה משום דחיוב בעל התקלה לא הוי מדין אדם המזיק אלא משום אשו, והדברים צריכים ביאור, דהיאך אפשר לדון לחייב את בעל התקלה מדין אדם המזיק.

ובדברי רבנו פרץ (בתי׳ הג׳) מבואר דנקיט דבאמת חיוב בעל התקלה הוי מדין אדם המזיק, והדברים צריכים ביאור [ולכאורה דוחק לומר דכוונתו לדין אשו משום חיצו, דז״ל שם יש לומר דחיוב בעל התקלה אתי מטעם אשו כך פירשו בתוס׳, ומורי אומר דהוי אדם המזיק עכ״ל, ואם איתא דכוונתו לדין אשו משום חצו, הא כן יש לפרש גם בשיטת התוס׳ דאייתי תחילה, והרי בדברי התוס׳ דאייתי תחילה ליכא הכרח אי סברי דאיכא דין חצו באסו״מ].

ונראה בביאור הדברים, דהנה לעיל (ד א) אמרו עבד ואמה לאו טעמא רבה אית בהו שמא יקניטנו רבו וילך וידליק גדישו של חבירו ונמצא זה מחייב את רבו מאה מנה בכל יום, והוא ממתניתין דידים (פ״ד מ״ז) אומרים לדוקין קובלין אנו עליכם פרושים שאתם אומרים שורי וחמורי שהזיקו חייבין ועבדי ואמתי שהזיקו פטורין מה אם שורי וחמורי שאיני חייב בהם מצות הרי אני חייב בנזקן עבדי ואמתי שאני חייב בהן מצות אינו דין שאהא חייב בנזקן אמרו להם לא אם אמרתם בשורי וחמורי שאין בהם דעת תאמרו בעבדי ובאמתי שיש בהם דעת שאם אקניטם ילך וידליק גדישו של אחר ואהא חייב לשלם, ומשמע בפשוטו דאי לאו הך טעמא היה אדם חייב על נזקי עבדו, ונחלקו הראשונים אי מדאורייתא באמת חייב והך טעמא תקנת חכמים הוא, או דהוי טעם מעיקרא דדינא ואכמ״ל.

אולם בעיקר הדבר תמהו האחרו׳, דהנה בפשוטו משמע דבעינן לחייב את האדון מדין נזקי ממונו וכשור המזיק, ותמהו האחרו׳ דהא בתוס׳ לקמן (יז ב) מבואר דהא דידעינן חיוב נזקי ממון בכל בהמה חיה ועוף היינו משום דילפי׳ שור שור משבת, והרי מבואר בס״פ הפרה (נד ב) דאדם לא ילפי׳ מהך ילפותא וכדדרשי׳ דלהגחה הקשתיו ולא לדבר אחר.

ועוד תמהו האחרו׳ דהא מבואר לקמן (כב א) דלר״ל דאשו משום ממונו אין אדם חייב על אש דכלבו, והיאך בעינן לחייב את האדון על אש דעבדו [וכיון דנקטינן דהוי מחייב את רבו מאה מנה בכל יום דוחק לאוקמי במקום גחלת דהוי אדם המזיק].

ובחי׳ הגרנ״פ (ס״ק לח) ביאר בזה, דלמאי דבעינן לחייב את האדון על נזקי עבדו, לא הוי מדין שור, אלא עיקר החיוב הוי מדין אדם המזיק, דכיון דהעבד הוי אדם, הרי הוא בכלל מזיק ד״אדם המזיק״, אלא דהא דהאדון מחויב אהך מזיק הוי משום דהוא ממונו, ואין להקשות דחיוב אדם המזיק הוי על מעשה ההיזק, והיאך שייך דיתחייב אדם על נזקי אדם אחר המזיק מדין אדם המזיק, דהרי מבואר בגמ׳ (ד ב) דאדם שמירת גופו עליו, וזהו יסוד חיובא דישן, דבזה באמת ל״ש לחייבו על המעשה, אלא דמוטלת על האדם חובת שמירת גופו, וה״נ כיון דהעבד הוי ממונו, מחויב האדון בשמירתו, וממילא אם הזיק מחויב על נזקיו מדין אדם המזיק יעו״ש באורך.

ובזה יישב נמי הא דס״ד לחייב על אשו, ואף לר״ל דאשו משום ממונו, די״ל דמיעוטא ד״אש בור״ ולא שור בור הוי מיעוט במזיק דשור דוקא [וה״ה פטור אש דממונו] משא״כ הכא דהוי מזיק דאדם המזיק יעו״ש.

והנה הרמב״ם השמיט דין בור המתגלגל בדיני בור (וכן הרי״ף) אך בפ״ב מנזקי ממון (ה״י) בדין דליל כתב הרמב״ם וז״ל התרנגולין מועדין להלך כדרכן ולשבר, היה חוט או רצועה קשור ברגליהן ונסתבך כלי באותו החוט ונתגלגל ונשבר משלם חצי נזק, במה דברים אמורים בשקשרו אדם אבל אם נקשר על רגליהן מאליו בעל התרנגולין פטור, ואם היו לחוט בעלים ולא היה החוט הפקר בעל החוט חייב חצי נזק שהרי הוא כבור המתגלגל עכ״ל, והנה דברי הרמב״ם צריכים ביאור טובא, דהא בור פטור על הכלים, ועוד אמאי חשיב כלל בור, ועוד אמאי אין משלם אלא חצי נזק, ויעו״ש בהשגות הראב״ד ובאחרו׳ דהאריכו בד׳ הרמב״ם.

ובחידושי הגר"ח בסוגיות הש"ס (בסוגין) ביאר בשיטת הרמב"ם, דבאמת אין כוונת הרמב"ם דחיובו מדין בור אלא מדין רגל, דכיון דדליל דידיה נקשר לתרנגול, נעשה כחלק מן התרנגול, וממילא דהשתא הך דליל הוי מזיק דרגל ואיהו בעליס אהך מזיק, וממילא חייב עליו מדין רגל, וכיון דהזיק באופן דצרורות אין חייב אלא חצי נזק [והא דמדמי לבור המתגלגל יעו"ש מה שביאר (והוא מכתבי תלמידים) ויתכן דעיקר כוונתו, דכשם דבבור המתגלגל מחייבינן לבעל הבור ולא למגלגל, ה"נ התם מחייבינן לבעל הדליל ולא לבעל התרנגול ואכמ"ל] ויעוין בס' אמרי משה (סי' לו סק"ד) דביאר עיקר הדבר באורך בשיטת הרמב"ם יעו"ש.

ומעתה יש לבאר היטב דברי רבנו פרץ, דחיובא דבעל התקלה הוי מדין אדם המזיק, דה"נ כיון דהאבן הזיקה ע"י כחו דהמגלגל, דהיינו בגוונא דהוי אדם המזיק, אף חיוב בעל התקלה הוי מדין אדם המזיק, דרמי עליה חיוב שמירה דלא תיעשה אבנו מזיק לאדם המזיק.

והדבר יבואר יותר למש"ת לעיל, דיתכן דגדר דין כחו כגופו היינו דחשיב כעושה כל שעה [ויעוין בברכ"ש (סי"ז סק"ד) דיתכן דאף הנמוק"י (י"ח מדפה"ר) מודה דזהו עיקר גדר כחו יעו"ש] ולפ"ז הך אבן הוא כעין ידא אריכתא דהמגלגל וי"ל דדייינין לה כחלק מאדם המזיק, וממילא חיוב בעל האבן הוי מדין אדם המזיק.

בעיקר דין בור המתגלגל עמדו הראשונים, דהנה לקמן בפרק המניח (כט ב) ההופך את הגלל ברה"ר והוזק בהן אחר חייב בנזקו ואמר ר"א לא שנו אלא שנתכוין לזכות בהן אבל לא נתכוין לזכות בהן פטור כו' אמר רב אדא בר אהבה שהחזירה למקומה כו' הא לא דמי אלא למונח בור מגולה וטוממה וחזר וחפרה דאסתלקו להו מעשה ראשון וקיימא לה ברשותו אלא אמר רב אשי כשהפכה לפחות משלשה כו', והנה בעצם דברי הגמ' היה מקום לפרש דלשיטת רב אשי דמיירי בהפכה פחות משלושה פטור השני אף בלא החזירה למקומה, ויעוין בדברי משפט (סי' שצ"ם סק"ב) דדקדק כן מסוגיא דהתם, אולם כבר עמד שם בדברי הראשונים[יט] מבואר לא כן, אלא אף למסקנא מיירי דוקא בהחזירה למקומה, אך כל דהרחיקה ג' טפחים ממקומה הראשון, אף דלא הגביהה ג"ט מן הקרקע, נסתלקו מעשה ראשון ונעשה בורו של שני.

ועמדו הראשונים [יעוין בחי' תלמיד הרשב"א והרא"ש בסוגין ובתוס' רי"ד (כד ב, ל א)] דאמאי בבור המתגלגל לא אמרינן דנסתלק מעשה ראשון ונעשה בורו דהמגלגל, ובדברי הרי"ד שם מבואר דשאני הופך את הגלל דהוי מעשה בכוונה, ולהכי נסתלק מעשה ראשון ונעשה בור דידיה, משא"כ הכא בבור המתגלגל.

אך בחי' תלמיד הרשב"א תירץ וז"ל ואם תאמר אם יתגלגל ברגלי אדם ליחייב המגלגל כמו שמתחייב ההופך את הגלל במקום שלא היה שם תחלה, הא לא קשיא דשאני בור המתגלגל דכיון דעביד לאיגלגולי בכל מקום שיזיק בתר דניח מעשה ראשון חשיב, מה שאין כן בגלל שאין דרכו להתגלגל אלא א"כ הופכין אותו בכונה עכ"ל, וכ"כ בחי' הגרנ"פ (ס"ק קפ) דכיון דדרכו להתגלגל ברגלי אדם ובהמה, חשיב מעיקרא בור כלפי כל המקומות.

ובס' חוט שני (מילי דנזיקין סי' שלט ס"א) דן בהולך ברה"ר ונסתבך רגלו בתקלה המונחת ברה"ר והעבירו ממקומו אי הוי כהופך את הגלל דנעשה בור דידיה או דהוי בכלל בור המתגלגל יעו"ש, ולמש"ת בגוונא דהוי מדעת ממש, יתכן דתלי בפלוגתת הרי"ד ותלמיד הרשב"א, ויעו"ש בד' הרי"ד דמשמע דהיכא דליכא ראשון דפשע גרע טפי וסגי בפשיעת השני גרידא לחייבו, ודוקא במקום דאיכא ראשון דהוא בעל הבור בעינן מעשה דשני לסלק מעשה ראשון ויעו"ש.

והנה עמדו לדרך תלמיד הרשב"א, דחשיב מעיקרא בור כלפי כל המקומות דדרכו להתגלגל התם, דא"כ אמאי חשיב אין דרכו לילך ולהזיק, והנה האחרו' דנו בעיקר גדר דינא דדרכו לילך ולהזיק, אי גדר החומרא במה דמזיק בקו"ע ולא בשוא"ת כבור או דגדר החומרא במה דהולך חוץ למקומו ומזיק, ואי נימא דגדר החומרא היינו דמזיק במעשה לק"מ, אך אי גדר הדין משום דהולך חוץ למקומו ומזיק, לכאורה קשיא.

ונראה לדון דדוקא היכא דאית ליה כח הילוך עצמי חשיב דרכו לילך ולהזיק, וכגון שור, וכן אש, דאית לה כח הילוך עצמי ע"י אכילתה, ועוד דאף הילוך שע"י הרוח יתכן דחשיב כהילוך עצמי לענין זה, כיון דהוי בטבעו של עולם, משא"כ בהילוך ע"י מעשה אדם ובהמה [וכדביארו האחרו' דיתכן דמה"ט בהדי דאזלי ליכא לחיובי מדין אש וכנ"ל].

יט כן מבואר בחי' הרשב"א בפרק המניח שם, וכן מבואר ברא"ש בפרק כילד הרגל (סי' ב) וכן מבואר בתוס' רבנו פרץ ובתוס' תלמיד ר"ת ובפסקי הריא"ז (פ' המניח שם) ויעו"ש דיתכן דבעינן דוקא למקומה ממש, ויעוין עוד בתוס' שאנן בשטמ"ק שם.

בסוגיא דכותל ואילן

רבינא אמר לאתויי הא דתנן הכותל והאילן שנפלו לרה"ר והזיקו פטור מלשלם נתנו לו זמן לקוץ את האילן ולסתור את הכותל ונפלו בתוך הזמן והזיקו פטור לאחר הזמן חייב היכי דמי אי דאפקרה בין לרב בין לשמואל היינו בור מאי שנא בור דהזיקו מצוי ושמירתו עליך הני נמי הזיקן מצוי ושמירתן עליך אי דלא אפקרינהו לשמואל דאמר כולם מבורו למדנו היינו בור לעולם דאפקרינהו ולא דמי לבור מה לבור שכן תחילת עשייתו לנזק תאמר בהני שאין תחילת עשייתן לנזק שור יוכיח מה לשור שכן דרכו לילך ולהזיק בור תוכיח וחזר הדין.

הרמב"ם הביא הך דינא דכותל ואילן וז"ל (פי"ג מנזקי ממון הי"ט) הכותל והאילן שנפלו לרשות הרבים והזיקו פטור מלשלם ואף על פי שהפקירן, לפי שאינן דומים לבור שהרי אין תחילתן להזיק, ואם היו רעועין בית דין קובעין לו זמן לקוץ את האילן ולסתור את הכותל, וכמה הזמן שלשים יום, נפלו בתוך הזמן והזיקו פטור לאחר הזמן חייב מפני שסיהה אותן עכ"ל, ועמדו האחרו' בכמה וכמה תמיהי בדברי הרמב"ם, חדא במאי דיהיב הרמב"ם טעמא דפטור 'לפי שאינן דומים לבור שהרי אין תחילתן להזיק', ובפשוטו היינו טעמא דאין תחילת עשייתו לנזק, ותמוה דהא בסוגין מסקינן דאהא אמרי' שור יוכיח ואתי בלא השוה, אלא לפו"ר טעמא דפטור היינו כדפירש רש"י בב"מ (קיז ב) דמאי הוה ליה למיעבד אנוס הוא, וכן נראה מדברי הראשונים בסוגין, והיינו משום דמיירי בגוונא דלא ידע דרעועין הן, ויעוין בראשונים.

עוד תמהו האחרו' במש"כ הרמב"ם 'ואף על פי שהפקירן' וקשיא בתרתי, חדא דמשמע דהיכא דהפקירן הוי טעם לחייבו טפי, והא אדרבה היכא דלא הפקירן ראוי לחייבו טפי, ועוד דהיכא דלא אפקריה יקשה אמאי בחמת פטור, והא הו"ל לסלוקי ולא סלקיה, וכנשברה כדו ונתכוין לזכות בחרסיה דחייב וכדפסק הרמב"ם (שם ה"ז) [ויעוין במגיד משנה שם דמה"ט העמיד דברי הרמב"ם בהזיקו בהדי דאזלי, אך בפשוטו משמע דמיירי עכ"פ גם בתר דנייחי].

עוד תמהו האחרו' למאי דנקיט הרמב"ם דכהאי גוונא הוי אין תחילת עשייתו לנזק, אמאי אם קבעו לו ב"ד זמן ועבר הזמן חייב, והא עכ"פ לא דמו לבור, ומאי דיהיב הרמב"ם טעמא 'לפי שסיהה אותן' צריך ביאור דמה בכך והא מ"מ אין תחילתו לנזק.

עוד ל"ב בעיקר הך דינא, דהנה מבואר בסוגיא דב"מ (קיח א) ובדברי הרמב"ם דקובעים לו זמן שלושים יום, דהוא זמן ב"ד, והראשונים למדו מהתם לשאר דוכתי דזמן ב"ד שלושים יום, ול"ב דמה שיעור הוא זה, ולכאורה הכל לפי ראות עיני הדיינים, דאם עומד ליפול בפחות משלושים יום יחייבוהו לסתור ולקוץ לאלתר, ואי ידעינן דאין עתיד ליפול בתוך שלושים יום, ניתיב ליה טפי, ויעוין בתוס' (ב"מ שם) ובראשונים (ר"י מלוניל ב"מ שם, תשו' מהר"ם מרוטנבורג דפ' פראג סי' קלב ובתשו' הריטב"א סמ"ב ועוד).

והנה בסוגין איכא ד' אוקימתי מאי אתי הלד השוה לאתויי, לאביי אסו"מ שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה, לרבא בור המתגלגל ברגלי אדם וברגלי בהמה, לרב אדא בר אהבה פותקין ביבותיהן, ולרבינא כותל ואילן.

והנה הרמב"ם השמיט דינא דאסו"מ שהניחן בראש גגו, וכתב (פי"ג מנזקי ממון ה"ב) וז"ל הבור מאבות נזקים הוא ותולדותיו כמוהו מועדין מתחלתן, וכל המניח תקלה הרי זה תולדת הבור ואם הוזק בה אדם או בהמה משלם זה שהניח התקלה נזק שלם בין שהפקיר התקלה בין שלא הפקירה, ואם הוזקו בה כלים פטור (ה"ג) כילד המניח אבנו או סכינו או משאו או תבנו וקשו וכיוצא בהן ברשות הרבים והוזק בהן בין אדם בין בהמה חייב נזק שלם כו' עכ"ל, הרי דהביא הרמב"ם עיקר דין תולדה דבור באסו"מ דהניחן ברשות הרבים, ועמדו האחרו' דמדלא ביאר רבותא טפי דאף בהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה חייב, משמע דבכה"ג באמת פטור ודלא כאביי, ויעוין במרומי שדה.

ואף לקמן (כט א) תני בברייתא מודים חכמים לר"מ באבנו סכינו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו שהוא חייב, כתבו האחרו' דאיכא לאוקמי בשעת נפילה ויעוין בתוס' ובראשונים שם [וכ"מ מדברי הרא"ש בסוגין דדינא דאביי לאו ברייתא הוא].

וכן דין בור המתגלגל ברגלי אדם וברגלי בהמה לא הזכיר הרמב"ם כלל בפי"ב ובפי"ג מנזקי ממון דמיירי בדיני בור, אלא דבפ"ב מנזקי ממון בדיני צרורות כשהעתיק הרמב"ם סוגיא דדליל כתב (ה"י) וז"ל התרנגולין מועדין להלך כדרכן ולשבר, היה חוט או רצועה קשור ברגליהן ונסתבך כלי באותו החוט ונתגלגל ונשבר משלם חצי נזק, במה דברים אמורים בשקשרו אדם אבל אם נקשר על רגליהן מאליו בעל התרנגולין

פטור, ואם היו לחוט בעלים ולא היה החוט הפקר בעל החוט חייב חצי נזק שהרי הוא כבור המתגלגל עכ"ל, אולם כבר האריכו האחרו' בדברי הרמב"ם, ויש שפירשו דאין כוונתו כלל דחייב מדין בור, אלא דחיובו מדין רגל, וכן נקטו הגר"א (בחי' הגר"א ב"ק) ובאמרי משה (סי' לו סק"ד) ולדבריהם הא דאיתי הרמב"ם מבור המתגלגל היינו לראיה בעלמא, אך לא הוי כלל מדין בור המתגלגל, ולכאורה לפ"ז משמע דבבור המתגלגל עצמו ס"ל להרמב"ם דפטור ודלא כרבא.

ומקור דברי הרמב"ם נראה, דהנה הרא"ש בסוגין (סי' א') כתב וז"ל רב אלפס ז"ל לא הביא בחבורו כל הני אוקימתא דהני אמוראי אף על גב דכולן הלכות פסוקות הן ולא פליגי אהדדי אלא מר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי, דהא אוקימתא דרב אדא בר אהבה ברייתא ודרבינא מתניתין היא וכך אהנהו דאביי ורבא ליכא לאקשויי מידי עכ"ל.

אולם בפירוש רבינו חננאל בסוגין כתב וז"ל וקיימא לן כרבינא דבתרא הוא ויש אומרין בכולהו דלא פליגי אלא כל חד וחד דייק ומוקים עכ"ל, ונראה דהרמב"ם אזיל בשיטת רבינו חננאל (כדרכו בכמה דוכתי) דפלוגתא הוא, ופסק הרמב"ם דלא כאביי ודלא כרבא, ובאמת באסו"מ דהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה פטור, וכן בבור המתגלגל ברגלי אדם וברגלי בהמה פטור.

אולם נראה דהרמב"ם פסק נמי דלא כרבינא אלא כרב אדא בר אהבה (וטעמא דמילתא יתבאר להלן) אלא דבדינא דרבינא הרי עיקר הדין מבואר במתני' דב"מ וכדתמה הרא"ש, וע"כ דשאר אמוראי לא פליגי בזה אעיקרא דדינא, אלא דפליגי רק אמאי דנקיט רבינא דהך דינא אתי בגד השוה, וכן פסק הרמב"ם דאהך פירכא דמה לבור שכן תחילת עשייתו לנזק ליכא למעבד יוכיח משור ולא אתי בגד השוה.

ומעתה מבואר מש"כ הרמב"ם דכותל ואילן פטורים 'לפי שאין תחילתן לנזק', ותמהו האחרו' דהא בסוגין אמרי' שור יוכיח ולפי' בגד השוה לחייב אף דאין תחילת עשייתן לנזק, דבאמת הרמב"ם פסק דלא כרבינא, ולא מצינן למילף בגד השוה לחייב בבור שאין תחילת עשייתו לנזק, ולהכי הוצרך הרמב"ם לבאר טעמא דמילתא דחייב "לפי ששיהה אותן" (וגדר הדברים ית' להלן).

וכמו"כ יש לבאר הא דנקיט הרמב"ם רבותא דפטור אע"פ שהפקירן, ותמהו האחרו' דאדרבה הא דהפקירן הוי טעם לפטור, אך למש"ת יש לבאר, דהנה בעיקר גדר תחילת עשייתו לנזק האריכו האחרו', ויעוין בדברי הראב"ד (ו א) וז"ל תחילת עשייתו לנזק פירשו בו הראשונים והיינו שכל דבר שהוא מונח במקום שמגיע נזק ממנו קרי תחילת עשייתו לנזק, ואין זה מחוור אלא כל דבר שאין רשות לבני אדם להניחו שם והנזק מצוי לו משם קרי ליה עשייתו לנזק וזהו בור ברשות הרבים שאין רשות לבני אדם לעשותו ברשות הרבים מפני שהוא מקלקלו והנזק מצוי בו, וכן אבנו וסכינו שהניחן בראש גגו אין דרך בני אדם להניחן בראש הגג מפני שהנזק מצוי משם דאינו מקום הצנעה כלל וכשהפקירן ברשות הרבים הרי הוא כחופר בור ברשות הרבים עכ"ל.

ולדרך זו היה מקום לומר, דכותל ואילן שלא הפקירן חשיב אין עשייתן לנזק, כיון דממונו הן ומידי דתשמיש גינהו, אך היכא דהפקירן, דכבר אינן ממונו, ס"ד דמעתה חשיבי עשייתן לנזק, ולהכי כתב הרמב"ם דאע"פ שהפקירן נמי פטור.

אולם אכתי צריך ביאור הא דמשמע מדברי הרמב"ם דאף בגוונא דלא הפקירן חייב, וקשה דמאי שנא מנשברה כדו דבנתכוין לזכות בחרסיה ולא הפקירן חייב משום דהו"ל לסלוקי.

והנה בס' דברי משפט (סי' תטז) ובחי' הגר"א (הנדמ"א בסוגין) ביארו בשיטת הרמב"ם, דאף בבור דממונו בעינן מעשה כרייה דוקא, אלא דבנשברה כדו הרי איכא מעשה כרייה באונס, ולהכי כל דלא הפקיר דהשתא הו"ל לסלוקי ולא סלקיה, מכאן ולהבא נסתלק האונס, אך היכא דליכא מעשה כרייה כלל פטור אף בממונו דלא אפקריה[2], ולהכי הכא בכותל ואילן, כיון דנפלו מאליהן נמצא דליכא מעשה כרייה כלל, ובכה"ג פטור אף היכא דלא אפקריה.

והנה מדברי ר' שמואל זצ"ל (בחי' סי' ו') מבואר דנקט דלדרך זו ביאור פירכא דגמ' מה לבור שכן עשייתו לנזק היינו דבעינן מעשה כרייה, והא דאמרי' שור יוכיח ביאר שם דהיינו דכי היכי דבשור הפשיעה מחייבתו על מעשה שורו ה"נ כיון דנעשה הבור ע"י הפשיעה דלא סלקיה הרי הך פשיעה חשיבא כמעשה כרייה, והגם דבשור לא בעינן כלל מעשה כרייה דהא ממונו הוא, מ"מ גדר הילפותא דכי היכי דבשור מהניא

---

[2] **והוכיחו** כן משיטת הרמב"ם (פי"ג מנזקי ממון ה"י) בסוגיא דקדרים (לא ב) דשני פטור על משאו ואף בלא אפקריה, ומשום דאמר ליה האי בירא לאו אנא כריתיה, ויש מהאחרו' דביארו דהיינו דוקא התם דהראשון חשיב כורה אהך בור ואיהו מפקיע את השני (ואף דהראשון נמי לאו בר חיובא אהך בור הוא) אך הדברי משפט והגר"א נקטי דאף בליכא כורה אחר, לעולם ליכא חיוב בור אלא היכא דאיכא מעשה כרייה, ואף בלא אפקריה, אלא דתמהו בזה מסוגיא דהפרה (מה ב) בשור שחפר בחצר חבירו דבעל החצר חייב בנזקי הבור משום דהו"ל למלוי ולא מלייה, ויעוין להלן.

הפשיעה בשמירה לאשוויי דין הכשר ניזקין ה"נ הכשר עשיית הבור חשיב מעשה כרייה יעוין שם.

אולם נראה לבאר דברי הגמ' כפשטן, דהנה בגמ' פרכי' דמה לבור שכן "תחילת" עשייתו לנזק, ויש לומר דבאמת עיקר הדין דבעינן רק דיהא הבור "עשייתו לנזק" ולא בעינן דוקא דתהא "תחילת" עשייתו לנזק, אלא דכיון דבבור בעינן מעשה כרייה, כל היכא דבתחילתו אין עשייתו לנזק, נמצא דליכא כריית בור, וכגון הכא בכותל ואילן, אי לאו דבעינן בבור דתהא "עשייתו לנזק" הוי מחשבינן לבניית הכותל ונטיעת האילן כמעשה כרייה, אך כיון דבבור בעינן דוקא דתהא "עשייתו לנזק", הרי בשעת הבנין והנטיעה אכתי לא הוי "עשייתו לנזק" וליכא כרייה, ואהא אמרי' שור יוכיח, דמצד השור ילפי' דמצינן לחיובי אף על בור שאין "עשייתו לנזק", וממילא שפיר חשיבי הבנין והנטיעה כמעשה כרייה [ואף דבשעת הבנין והנטיעה אכתי לא עמדו ליפול כלל, מ"מ יתכן דכה"ג נמי חשיבא מעשה כרייה].

אלא דצריך ביאור לדרך זו הא דאם התרו בו בית דין לסתור ולקוץ ועבר הזמן חייב, והא מ"מ אין תחילתן לנזק, והרמב"ם ביאר טעמא דמילתא 'לפי ששיהה אותן' וצריך ביאור מה טעם הוא זה, ולכאורה יש לבאר, דכל דמתרין בו לסלקן ומשהה אותן, חשיב כחוזר ומניחן מתחילה, ובהך עשייה דהשתא הוי תחילתו לנזק.

אולם בעיקר היסוד דאף בבור דממונו בעינן מעשה כרייה דוקא, עמדו האחרו' דבכ"ד נראה לכאורה לא כן, והדברי משפט והגר"א כבר עמדו מסוגיא דלקמן (מא א) הכנים שורו לחצר בעל הבית שלא ברשות וחפר בה בורות שיחין ומערות בעל חצר חייב בנזקי הבור אף על גב דאמר מר כי יכרה איש בור ולא שור בור הכא כיון דאית ליה להאיך למלוייה ולא קא מלייה כמאן דכרייה דמי, ומשמע לכאורה דבבור ברשותו לא בעינן מעשה כרייה.

והדברי משפט שם כתב לישב ע"פ שיטת רש"י (שם) דמיירי בהפקירו לאחר מכן ומשום דמעשה ההפקר חשיב כנותן תקלה ברה"ר והוי כמעשה כרייה, אך האחרו' העירו דהתינח לשיטת רש"י (כא ב) דמפקיר רשותו ובורו נמי חייב איכא למימר דההפקר חשיב כמעשה כרייה, אך שיטת הרמב"ם (פי"ב מנזקי ממון ה"ב) כתוס' (כא ב) דהפקיר רשותו ובורו פטור, ואם איתא דהפקר חשיב כמעשה כרייה בפשוטו אף בהפקיר רשותו ובורו ראוי להתחייב, אלא ע"כ דעצם הא דהו"ל למלויי ולא מלייה כמאן דכרייה דמי, ולא בעינן מעשה כרייה דוקא, והגר"א (בחי' ב"ק שם) חילק בין בור ברשותו ממש, לבין תקלה דיליה המונחת ברה"ר יעו"ש.

אך האחרו' העירו עוד מכמה דוכתי דנראה לכאורה דבבור דיליה לא בעינן מעשה כרייה, וסגי בעצם הא דהו"ל לסלוקי, והא דמצינו בסוגיא דקדרין דאין השני חייב בנזקי משאו משום דאמר ליה האי בירא לאו אנא כריתיה, ושיטת הרמב"ם דהיינו אף בלא אפקריה, כתבו האחרו' דהיינו דוקא התם דהראשון חשיב כורה ואיהו מפקיע את השני, וכדמשמע מלשון הרמב"ן במלחמות שם ד'זה חופר וזה מתחייב לא אמרינן' [ואף דהראשון נמי איינו חייב אהך בור, ביארו האחרו' דמ"מ סגי בהא דחשיב כורה בגרמא, ואפשר עוד דחשיב כורה בידים אלא דהוי אנוס ויעוין בחי' ר' שמואל זצ"ל (סי' ו') דהאריך בזה ואכמ"ל][כא].

ומעתה שוב נ"ב הא דמשמע מדברי הרמב"ם גבי כותל ואילן, דאף היכא דלא אפקריה איינו חייב, וקשה דמאי שנא מנשברה כדו ולא הפקירה, דפסק הרמב"ם (שם ה"ז) דכיון דהו"ל לסלוקי ולא סלקיה חייב מדין בור, וכמבואר בגמ'.

ונראה ליישב, דלדין בור בעינן דוקא דתהא "תחילת עשייתו לנזק", ולא סגי במה דהשתא הוי "עשייתו לנזק", אלא עיקר שם בור הוי דוקא היכא ד"תחילת עשייתו לנזק", ודלא כמשנ"ת לדרך הא' דלעצם שם בור סגי בהא ד"עשייתו לנזק", אלא דכיון דבעינן מעשה כרייה, בעינן דתיהוי תחילת עשייתו לנזק.

ומעתה יש לבאר דברי הרמב"ם, דכיון דכותל ואילן 'אינן דומים לבור שהרי אין תחילתן להזיק' ממילא לא הו"ל כלל לסלוקי, דדוקא בנשברה כדו וכיו"ב, דהחרסים הוו בור גמור דתחילת עשייתן לנזק, דעיקר הנחתן ברה"ר הוו "תחילתן להזיק", אלא דהך בור נעשה באונס, אמרי' דכיון דהו"ל לסלוקי ולא סלקיה כמאן דכרייה דמי, ואף היכא דנשברה כדו מאליה בלא מעשה דיליה כלל, כיון דהו"ל לסלוקי הוי כמאן דכרייה דמי, אך בכותל ואילן שנפלו, כיון דאין "תחילתן להזיק" לא חשיבי בור כלל, וממילא לא רמי עליה כלל לסלוקי, דדוקא היכא דממונו נעשה בור, רמי עליה לסלוקי, ואי לא סלקיה הרי הוא חייב בנזקיו, משא"כ הכא דאף השתא לא נעשו הנך כותל ואילן לבור, שהרי אין תחילתן להזיק [ואין

כא **ובבר** עמדו דכן משמע לכאורה מדברי הרמב"ם (פי"ב מנזקי ממון ה"ג) וז"ל אחד החופר או שנחפר הבור מאליו או שחפרתו בהמה או חיה הואיל והוא חייב למלאותו או לכסותו ולא עשה הרי זה חייב בנזקיו כו' עכ"ל יעו"ש, ומדלא נקיט הרמב"ם נמי או שחפרו אדם אחר, משמע דמחלק הרמב"ם בין בור שנחפר מאליו או ע"י בהמה, דחייב בעל הבור אף דליכא מעשה כרייה, לבין היכא דחפרו אחר, דלא מחייבינן לבעל הבור.

להקשות דמ"מ משעה שנפלו לרה"ר הוו תחילתן להזיק, די"ל דאכתי חשיבי כמונחין במקומן הראשון, וכיון דעיקר בנין הכותל ונטיעת האילן במקום זה הויא לתשמיש, ואין תחילתן לנזק, אף כשנפלו אכתי חשיבי ד"אין תחילתן להזיק"].

אולם מעתה שוב צריך ביאור הא דאם קבעו לו בית דין זמן לסתור הכותל ולקוץ האילן ועבר הזמן חייב, דמה בכך שעבר הזמן, והא ליכא הכא בור כלל כיון דאין תחילתן להזיק [ולדרך הא' דהשתא עשייתן לנזק אלא דליכא כרייה, נתבאר דע"י דהתרו בו לסתור ולקוץ ולא סתר ולא קצץ חשיב כמניחן בידיים, אך למשנ"ת השתא דאף לאחר שנפלו לא הוו בור כלל, כיון דאין תחילתן להזיק, צ"ב מאי מהניא התראת ב"ד].

ונראה לבאר, דיסוד הקולא בהא ד"אין תחילת עשייתו לנזק" היינו משום דהוי דרך תשמיש, וי"ל דהיינו משום זכות האדם להחזיק תשמישיו, ומעתה יש לומר דכל דהתרו בו בית דין לסלקן, פקעה הך זכות, ומעתה חשיבי "עשייתן לנזק" [ואף דאין "תחילתן" ממש לנזק, אין בכך כלום, דהא דבעינן דוקא "תחילת" עשייתן לנזק, היינו משום דכל ד"תחילתן" לתשמיש, אף כשנפלו אכתי אית להו הך קולא דעשייתן לתשמיש, אך ע"י התראת ב"ד לסלקן, פקעה הך זכות, וממילא הוו כדבר שתחילת עשייתו לנזק] ויעוין במשנת ר' אהרן (ס"ס ח') דביאר עיקר הך סברא, דע"י התראת בית דין נעשה כדבר שעשייתו לנזק, כיון דמעתה לא הוי דרך תשמיש יעו"ש (ואכתי צ"ב לשון הרמב"ם 'לפי ששיהה אותן').

אלא דצריך ביאור מקור דברי הרמב"ם דדהה דברי רבינא, דלכאורה כיון דנקט דכל הנך אמוראי פליגי הו"ל למיפסק כרבינא דבתרא הוא, וכדנקט באמת רבינו חננאל.

ונראה לדון דמקור דברי הרמב"ם מסוגיא דב"מ (קיח ח) דמבואר דקובעין לו זמן היינו שלושים יום דהוא זמן בית דין, ואי נימא כרבינא דמהלך השוה ילפי' לחייב אף דאין תחילת עשייתו לנזק, לכאורה טעם פטורו קודם הזמן היינו משום דאנוס הוא וכדפירש"י, וצ"ב א"כ מאי שיעורא דשלושים יום, הא ראוי להיות דהכל לפי ראות עיני הדיינים, ואם רואין דעתיד ליפול בזמן מועט, אמאי לא יחייבוהו לסתור ולקוץ מיד וכנ"ל.

ולהכי נקיט הרמב"ם דסוגיא דהתם אזלא כשאר אמוראי בסוגין דפליגי אדרבינא, וסברי דכל שאין תחילת עשייתו לנזק באמת פטור, דלא ילפי' ליה בנד השוה, וממילא אף אי ידעי בית דין דעומד ליפול בפחות מל' יום, אין צריכים להתרות בו לקוץ ולסתור, דהא השתא לא הוי כלל מזיק דבור, ולית ביה חיוב בור אף לענין חובת שמירה, אלא דמתרין בו מדין נזקי שכנים לסתור ולקצוץ, ולהכי נותנין לו זמן בית דין דהיינו שלושים יום, אלא דממילא מכח זה שוב הו"ל עשייתו לנזק וכנ"ל.

ולמשנ"ת פסק הרמב"ם כרב אדא בר אהבה ודלא כשאר אמוראי, ומשום דבתרא הוא [וכמבואר בתוס' (קידושין עב ב) בשם ר"י דתרי רב אדא בר אהבה וע' ב"ב (כב ח), והך דהכא ע"כ בתרא הוא מדמייתי ליה בתר דברי אביי ורבא, ויעוין עוד במגיד משנה (פ"ד מחובל ומזיק ה"ה) דהרמב"ם גבי פלוגתא דאביי ורבא עם רב אדא בר אהבה (לקמן מב ח) דפסק הרמב"ם כרב אדא בר אהבה (אלא דהתם מסייעינן ליה ממתניתא)] אלא דהר"ח פסק כרבינא דבתרא טפי, אך הרמב"ם דהה דברי רבינא מכח סוגיא דב"מ דהיא סוגיא במקומה, ולהכי פסק כרב אדא בר אהבה.

אולם צריך לבאר במאי פליגי כל הנך אמוראי, ונראה לדון דהנה נחלקו הראשונים בכל הנך המזיקין הנלמדין מנד השוה היאך הדין לענין הלכותיהן, דהרא"ש (ס"ח) הביא שיטת יש מן הגדולים דיהבינן להו קולי דתרוויהו, והרא"ש מסיק וז"ל ולי נראה דכל דין בור יש להם כו' דעיקר תלמודא הוא מבור לחודיה דבור גמור הם אבנו וסכינו ומשאו לבתר דנייחי כו' וכן בור המתגלגל וכן כותל ואילן שנפלו לרה"ר והזיקו בתר דנייחי וכן פותקין ביבותיהן וגורפין מערותיהן כו' אלא דלא מצינו למילף מבור לחודיה משום דלא דמי לגמרי לבור בתחלת עשייתו לנזק או משום דכח אחר מעורב בהן בעשייתן או שלא גרמו לו מעשיו או שעשייתן ברשותו הוצרך להביא יוכיח משאר נזיקין שאין לחלק ביניהם ובין בור משום הני פירכות שאינם מונעות חיוב בהם, הלכך גם אלו לא יצאו מכלל בור בשביל אלו פירכות ובור גמור הוא וכל דין בור להם קולות וחומרות שבהן ולא יהבינן להו קולות של אש ורגל וכן מוכח מתוך התוספות כו' עכ"ל.

והאחרו' לידדו דאף הנך גדולים מודו לעיקר דברי הרא"ש, דהיכא דעיקר המזיק הוי בור ובעינן ליוכיח גרידא, דראוי להיות דינו כבור לכל מילי, אלא דסברי דמכח הנך פירכות לא חשיב כלל בור, אלא הוי מזיק מחודש מכח הנד השוה, ולהכי יהבינן להו קולי דתרוויהו, ויעוין בחי' הגרנ"פ.

ומעתה נראה לדון בשיטת הרמב"ם, דאיהו ס"ל דלא מצינו למילף בנד השוה אלא בגוונא דעיקר המזיק הוי אחד מן המזיקין, אלא דאיכא פירכא בעלמא ובעינן למעבד יוכיח, אך היכא דמכח הפירכא נפיק מעיקר שם המזיק, לא מצינו 'לברוא' מזיק חדש מכח נד השוה.

ומעתה יש לומר בשיטת הרמב"ם דבזה פליגי הגר אמוראי,
דאביי סבר דפירכא דכח אחר מעורב בו הוי פירכא בעלמא, וממילא מצינן למילף מאש לסלק הפירכא, אך שאר אמוראי פליגי וסברי דפירכא דכח אחר מעורב בו מגרעת עיקר שם בור, וממילא אף ע"י צד השוה לא מצינן למילף לחיובא, וכמו כן גבי פירכא דמעשיו גרמו לו, רבא סבא דהוי פירכא בעלמא ומצינן למילף בצד השוה, אך שאר אמוראי פליגי דבכה"ג לא הוי בור כלל [ולפ"ז צ"ל דאש חשיבא מעשיו גרמו לו וכדנתפקו תוס' בסוגין ולעיל (ה ב) ומה"ט גבי אסו"מ שהניחן בראש גגו סבר אביי דשפיר חשיב בור וליכא אלא פירכא בעלמא דכח אחר מעורב בו].

וכן גבי כותל ואילן פליגי אי הויא פירכא בעלמא ומצינן למילף בצד השוה, וממילא יסוד דינא דקבעו לו זמן היינו דעי"ז הוי פושע ולא אנוס, והכי סבר רבינא בסוגין, או דילמא כל דאין תחילת עשייתו לנזק לא הוי בור כלל ולא מצינן למילף בצד השוה, אלא טעמא דהתראת ב"ד היינו משום דכל דשיהה אותן אחר התראת בית דין, חשיב כמניחן בידים או עשייתן לנזק וכדנתבאר לעיל.

ולמשנ"ת, גבי פותקין ביבותיהן, צ"ל לכאו' דשאר אמוראי פליגי דהא דהוי ברשות ל"ה פירכא כלל, דהא התם ברייתא היא וע"כ מודו כולי עלמא דחייב, א"נ סברי דמהפקיר רשותו שמעינן ליה וכקושית תוס', ולא בעינן לצד השוה.

אולם בעיקר משנ"ת דהרמב"ם השמיט דין אסו"מ דהניחן בראש גגו ודין בור המתגלגל, ומשום דס"ל דלרב אדא בר אהבה ורבינא באמת פטור בכה"ג, הנה לקמן (ל א) תניא המצניע קולותיו וזכוכיותיו לתוך כותל של חבירו ובא בעל כותל וסתר כותלו ונפל לרה"ר והזיקו חייב המצניע, וכ"פ הרמב"ם (פי"ג מנזקי ממון הכ"א) ובפשוטו היינו משום דהוי כאסו"מ שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה, והתם נמי אין מעשיו גרמו לו (דהא התם הוי ע"י מעשה אדם ולא ע"י רוח).

והנה מדברי הרא"ש בסוגין משמע דליכא ברייתא דמוכחא כאביי ורבא, וצ"ל דהתם מצינן לפרושי דהזיקו בהדי דאזלי, אך בשיטת הרמב"ם דהעתיק הך דינא בפי"ג מנזקי ממון בדיני בור, ולא העתיקו בפי"ד בדיני אש, משמע לכאורה דמפרש דהזיקו לבתר דנייחי, וכמו"כ לא משמע דמיירי בלא אפקרינהו ומשום דהו"ל לסלוקי, דסתמא דמילתא המצניע קולותיו וזכוכיותיו היינו במפקירן (ויעוין בסוגיא לא ובהרמב"ם שם הכ"ב), ויעוין במרומי שדה (ל א) דנתקשה בזה לטעמיה דרבא פליג על אביי, וכתב דמיירי בשעת נפילה ומטעם אש או כשנודע ולא סילק יעו"ש, אך לכאורה לא משמע כן וכנ"ל.

ואפ' דס"ל לרמב"ם דרב אדא בר אהבה ורבינא מודו לדינא לאביי ורבא וכפשטא דברייתא דהמצניע קולותיו, אלא דסברי דהגר פירכי לא חשיבי פירכא כלל ולא בעינן לצד השוה, ולהכי לא העתיק הרמב"ם הגר דיני להדיא, אלא סמך אהא דהעתיק דינא דהמצניע קולותיו.

[ואולי יתכן לדון עוד באופן מחודש, דהנה האחרו' עמדו בהא דאסו"מ שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה, דאמאי לא פטרינן משום אין בור ולא שור בור, ובפשוטו תי' האחרו' דהך פטורא היינו רק דלא מחייבינן ליה אהא דפשע בשורו שעשה בור, אך היכא דפשע בממון עצמו שנעשה בור, שפיר חייב מדין בור, אולם התוס' שאנן (בשטמ"ק) הקשה גבי בור המתגלגל אמאי לא פטרינן משום אין בור ולא שור בור ותי' דשאני התם דמיד שהניחו ברה"ר הוי בור הראוי להזיק, וחזינן דנקט דהוי מיעוט אף היכא דפשע בבור עצמו.

ומעתה אולי יש לדון בשיטת הרמב"ם, דבבור הנעשה ע"י רוח לא מצינן לחייב בלא הצד השוה מאש, דהוי בכלל מיעוטא דאין בור ולא רוח בור (ואביי סבר דכיון דהכא איהו עשה הבור בשיתוף כח אחר דהרוח ילפי' לחייבו מצד השוה, אך אנן קי"ל דלא כאביי) משא"כ במצניע קולותיו, הרי מבואר בסוגיא (ל א) דכל היכא דהמצניע פטור בעל הכותל חייב (דאיהו נמי פשע, ויעו"ש ברא' ובאח') ונמצא דבלא"ה איכא כריית בור ע"י אדם, אלא הנידון רק האם לחייב את המצניע או את בעל הכותל, ויש לומר דכל דהמצניע פשע טפי שפיר מצינן לחיובי אהך בור, דכיון דעצם הבור הוי בור גמור שנכרה ע"י אדם, מחייבינן למי שפשע בו, ואף דלא איהו כרה את הבור.]

בענין גניבה וגזילה בשטרות

מה הפרט מפורש דבר המיטלטל וגופו ממון אף כל דבר המיטלטל וגופו ממון יצאו קרקעות שאינן מיטלטלין יצאו עבדים שהוקשו לקרקעות יצאו שטרות שאף על פי שמיטלטלין אין גופן ממון, מבואר דלולי הך קרא היה מתחייב כפל על גניבת שטרות, וכן לקמן בפרק הגוזל בתרא (קיז ב) גבי גזילה ממעטינן וכתב בעמיתו כו' כלל ופרט וכלל אי אתה דן אלא כעין הפרט מה הפרט דבר המיטלטל וגופו ממון אף כל דבר המיטלטל וגופו ממון יצאו קרקעות שאין מיטלטלין יצאו עבדים שהוקשו לקרקעות יצאו שטרות שאע"פ שמיטלטלין אין גופן ממון, ומבואר דמסברא היה חיובי גזילה בגזילת שטרות.

ומבואר דלולי הנך מיעוטי, היה חיוב גניבה וחיוב גזילה אף בשטרות, ובפשוטו משמע דהיה החיוב על כל הסכוס שבשטר או על שיווי החוב, וכבר תמהו האחרו', דלכאורה גזילת השטר לא הויא גזילה על עצם החוב כלל, והיאך ס"ד לחייבו מדין גניבה וגזילה על החוב עצמו.

ויש להוסיף, דלכאו' אף למ"ד שטרות נקנין במסירה, אכתי לא הויא כלל גזילה על עצם החוב, דהרי אף אם בא הגזלן לב"ד וטען שקנה את השטר, והגבו לו ב"ד את החוב ע"פ הך שטר, אכתי לא נגזל עצם החוב כלל, דהרי בכה"ג באמת לא נפרע החוב, ואכתי הלוה עומד בחיובו למלוה, ואם יביא המלוה עדים שנגזל הימנו השטר ולא מכרו, יוכל לחזור ולגבות את החוב מן הלוה, ונמצא דמה שגבה הגזלן את המעות ע"י הך שטר, אין זה גובייגא דהך חוב כלל, אלא דע"י הך שטר חזר וגזל מן הלוה מעות אחריס, אך עצם החוב לא נגזל כלל מן המלוה, ואין החוב מוחזק כלל ע"י הגזלן [דאף אי השטר הוי אפסרא דחוב, היינו רק כלפי המלוה האמיתי דמצי לגבות חובו ע"י הך שטרא].

והתוס' בשבועות (לז ב) כתבו וז"ל קשיא מה שייך למעוטי שטרות הא אפילו שרפן פטור כ"ש נשתנו וצריך לומר כו' כי פטרינן היינו כי קלינהו באתרייהו אבל נטלן ושרפן חייב עכ"ל, ובפסקי תוס' שם (הובא בש"ך סי' שפו סקי"ג) נקטו דכוונת התוס' דכן הדין אגיבא דאמת, דאף אחר דנתמעטו שטרות מגזילה, מ"מ אם נטלן ושרפן חייב, וכן נקטו כמה אחרו' [והש"ך שם תמה ע"ז ואכ"מ].

ולקמן (קטז ב) תנן הגוזל שדה מחבירו ונטלוה מסיקין אם מכת מדינה היא אומר לו הרי שלך לפניך אם מחמת הגזלן חייב להעמיד לו שדה אחר, ובחי' הראב"ד (שם) נקט דהך חיוב הוי מעיקרא דדינא, וז"ל וז"ל אי קרקע אינה נגזלת אמאי חייב לימא ליה הרי שלך לפניך, ואיכא למימר אע"ג דאינה נגזלת צריך שיאמר הרי שלך לפניך טול אותו, וכיון דנטלוה מסיקין ממנו אין יכול ליטלה ובעי השבה, ואין כאן גרמא אלא גזלה בידים היתה, ובעיא השבה ואינו משיב עכ"ל.

וכן נראה מדברי הרמב"ם (פ"ט מגזילה ה"א) הגוזל קרקע מחבירו והפסידה כגון שחפר בה בורות שיחין ומערות או שקצץ את האילנות ושחת המעיינות והרס הבנין חייב להעמיד לו בית או שדה כשהיו בשעת הגזלה או ישלם דמי מה שהפסיד, אבל אם נשחתה מאליה כגון ששטפה נהר או נשרפה באש שירדה מן השמים אומר לו הרי שלך לפניך, שהקרקע בחזקת בעליה קיימת ואין אחריות הפסדה עליו אלא אם כן הפסיד בידו עכ"ל.

וכן מבואר עוד מדברי הרמב"ם (פ"א מגזילה הי"ד) וז"ל העבדים והשטרות והקרקעות אין בהן תוספת חומש שנאמר וכחש בעמיתו בפקדון כל האמור בענין מיטלטלין הוא וגופן ממון כו' עכ"ל, הרי דלא נתמעטו עשו"ק אלא מתוספת חומש ולא מעצם חיוב ההשבה, וזהו ביאור שיטת פסקי תוס' דאף אחר דנתמעטו שטרות, מ"מ אם נטלן ושרפן חייב, ויעוין בשער משפט (סי' שפו סק"ב).

ולשיטת הנך ראשונים תיקשי אגיבא דאמת, דהיאך מחייבינן ליה מדין גזילה על עצם החוב, והא לכאו' את עצם החוב לא גזל כלל, וכנ"ל.

ובשם הגר"א הובא (חי' הגר"א ב"ק ועוד) דהא דס"ד דאיכא חיוב גניבה בשטרות, לאו היינו על שיעור החוב, דבאמת החוב עצמו לא נגזל כלל, אלא קאי על שיווי השטר לראיה בעלמא, ור' שמואל ז"ל (בחי' סי' כ') הביא דשמע כן מהגרי"ז (משמיה דנפשיה) יעו"ש.

ועיקר הדבר מתבאר מדברי התוס', דהנה כמו"כ מצינו דנתמעטו שטרות מדין אונאה (ב"מ נו ב) ותמהו התוס' והראשונים (שם ובכ"ד) דאי מכירת שטרות לאו דאורייתא כדמשמע פשטא דסוגיא דפרק מי שמת (ב"ב קמז ב) למאי איצטריך קרא למעוטינהו מאונאה, והא מדאורייתא לא שייכא בהו מכירה כלל [והוא כעין תמיהת האחרו' בסוגין, למאי איצטריך מיעוטא מגניבה כיון דל"ש כלל גניבה בעצם החוב].

והתוס' (ב"מ שם, ב"ב עז א) תירצו דהך מיעוטא לא מיירי כלל במכירת עצם החוב, אלא במכירת הראיה, כגון שהלוה מעותיו או לקח קרקע בלא שטר, והשתא יהיב ללוה או למוכר

דמיס שיכתוב לו שטר ראיה ונתאנה יעו"ש, והוא כדרך הגר"ח דהך מיעוטא דשטרות לא הוי על עצם החוב דבאמת ל"ש ביה גזילה, אלא על שיווי הראיה עצמה.

אולם לשיטת הראשונים דהוכיחו מאונאה דמכירת שטרות דאורייתא, ולא ניחא להו בהך שינויא, חזינן דנקטי בפשיטות דכל היכא דנתמעטו שטרות ע"כ קאי על עצם החוב ולא על שיווי השטר לראיה, ולדידהו הדק"ל הכא, אמאי איצטריך קרא למעוטי שטרות מגניבה ומגזילה.

ונראה לדון בביאור הדברים [ויסוד הדברים ביאר הגרנ"פ זצ"ל (סק"י)] דהנה לקמן בפירקין (עט א) תנן היה מושכו ויוצא ומת ברשות הבעלים פטור הגביהו או שהוציאו מרשות בעלים ומת חייב, ובפרק אלו נערות (לא ב) פליגי רב אחא ורבינא אי מהניא בזה משיכה ברשות הרבים להתחייב, דרב אחא סבר דבעינן משיכה לרשותו או לסימטא דוקא, ורבינא סבר דאף במשך לרה"ר חייב, ודייק לה רבינא התם מהך מתני' דהיה מושכו ויוצא ומת ברשות בעלים פטור טעמא דמת ברשות בעלים הא הוציאו מרשות בעלים ומת חייב.

ותמהו התוס' (לקמן שם ובכתובות שם) דהא בב"ב (עו ב) אביי ורבא אמרי תרוויהו דמשיכה אינה קונה ברשות הרבים, והרי לחיוב גניבה בעינן מעשה קנין הראוי לקנות, והתוס' בפירקין כתבו דע"כ רבינא פליג וסבר דמשיכה מהניא אף ברשות הרבים, וכ"כ התוס' בכתובות שם בשם ריצב"א.

אך התוס' בכתובות (שם) הביאו בשם ר"י, דמודה רבינא דמשיכה ברשות הרבים לא קניא, אלא דס"ל דלענין להתחייב בגניבה מהניא אף משיכה ברשות הרבים, וכ"כ ש"ר, וכן מבואר מדברי הרמב"ם, דפסק (פ"ד ממכירה ה"ג) דמשיכה אינה קונה אלא בסימטא או בחצר של שניהם ולא ברשות הרבים, ואעפ"כ מדבריו בהלכות גניבה (פ"ג ה"ב) נראה דמהניא משיכה ברשות הרבים לחיוב גניבה.

ובביאור הדברים ביארו האחרו', דלקנין בעינן הכנסה לרשותו דוקא, ובמשיכה לרשות הרבים ליכא הכנסה לרשותו, אך לענין חיוב גניבה סגי בהוצאה מרשות בעלים, והוצאה מרשות בעלים איכא אף בגניבה, אלא דהוסיפו האחרו' דיתכן דבכה"ג לית ליה קנייני גזילה [ובפשוטו הדבר תלוי בגדר דין קנייני גזילה, אי יסודן מחמת עצם הגזילה או מחמת חיוב האונסין, ויתכן דזהו יסוד פלוגתת רב ורבה בסנהדרין (עב א) ואכמ"ל].

ונראה דאף רב אחא דפליג וסבר דמשיכה ברשות הרבים לא מהניא אף בגניבה, מודה לעיקר היסוד דלחיוב גניבה סגי בהוצאה מרשות הבעלים, אלא דאיהו סבר דמשיכה ברשות הרבים לא הויא אף הוצאה מרשות בעלים, דרק ע"י הכנסה לרשות אחר יוצא הדבר מרשות הבעלים.

וכן נראה מדברי הגמ' התם רבינא דייק מרישא היה מושכו ויוצא ומת ברשות בעלים פטור טעמא דמת ברשות בעלים הא הוציאו מרשות בעלים ומת חייב רב אחא דייק מסיפא כו' רישא לרב אחא לא קשיא כמה דלא אתי לרשותיה רשות בעלים קרינא ביה, הרי מבואר דהא דלא חייש רב אחא לדיוקא דרבינא, משום דס"ל דכל כמה דלא אתי לרשותו אכתי 'רשות בעלים קרינא ביה' ואף דמשכו והוציאו לרשות הרבים.

ומעתה יש לדון ליישב קושיית האחרו' הכא, אמאי בעינן למעוטי שטרות מגניבה וגזילה, והא גזילה השטר לא הויא כלל גזילה על עצם החוב, אך למש"ת יש לומר, דנהי דבגזילת השטר ליכא כלל הכנסת החוב לרשותו, אך מ"מ הוצאת החוב מרשות הנגזל שפיר איכא, דהמלוה מחזיק את החוב ע"י השטר, ובגזילת השטר נפיק החוב מרשותו [והראשונים נחלקו אי חוב חשיב ברשותו, ומ"מ אף לראשונים דחשיב איכו ברשותו, אך הרי חזינן דבעינן מיעוט מגניבה ולא הוי כגונב מן הגנב, וע"כ דהוי עכ"פ מקצת ברשותו, וע"י גזילת השטר נפיק החוב מרשותו טפי ויל"ד ואכמ"ל].

אך לכאורה אכתי ל"ב, דהרי גניבה בעיא מעשה קנין, וכיון דקי"ל דאין אותיות נקנות במסירה ובעינן נמי כתיבה, היאך חשיבא גזילה.

אולם אחר דאשכחנא דמשיכה ברשות הרבים מהניא לגזילה, אף דלא מהניא לקנין, ומשום דלהוצאה מרשות בעלים סגי בזה וכדנתבאר, ה"נ איכא למימר גבי כתיבה ומסירה, דאף למ"ד אין אותיות נקנות במסירה ובעי נמי כתיבה, היינו דוקא להכנסה לרשותו ולקנין, אך להוצאה מרשות בעלים י"ל דלכו"ע סגי במסירה [ואף למ"ד דמשיכה ברה"ר לא מהניא אף בגניבה, היינו דס"ל דבהא ליכא אף הוצאה מרשות בעלים וכדנתבאר, אך הכא י"ל דמודו כו"ע דבמסירה סגי להוצאת מרשות הבעלים].

ויעוין בברכ"ש (סי' לג) דהביא בשם הגר"ח 'דשטר כשהוא בעין חשיב גופו ממון ושייך בו גניבה, דהא הוא בר מכירה והקדש משום הכי לא הוקשה להתוס' דאיך שייך בו גניבה' עכ"ל, הרי מבואר דנקיט הגר"ח דהגניבה הויא על עצם החוב, כשם דשייכא מכירה בשטרות, ה"נ שייכא גניבה בשטרות, ויעוין עוד בספר חידושי ושיעורי הגרב"ד (סס"ח) בשם הגר"ח דחשיבא גניבה על כל סך החוב [ולא רק על שיווי החוב להמכר בשוק] יעו"ש.

אך לכו"ת ביאור זה אתי רק לשיטת הראשונים דמכירת שטרות לאו דאורייתא, אך לשיטת הראשונים דמכירת שטרות לאו דאורייתא, לכאורה כשם דלא שייכא מכירה בחוב, ה"נ דלא שייכא גביה בחוב, אלא לשיטת הנך ראשונים י"ל כדרך הא' הנ"ל, דהך מיעוטא קאי כלפי שיווי הראיה עצמה, וכדתירצו התוס' גבי מיעוט שטרות מאונאה וכנ"ל.

אולם הנה יעוין בחידושי הרמב"ן (ב"ב עז א) דנקיט נמי דמכירת שטרות לאו דאורייתא ועמד בקושית תוס' למאי איצטריך למעוטי שטרות מאונאה ותירץ וז"ל דעת רבינו הגדול ז"ל שהוא אומר דמכירת שטר חוב לראיה שבו דרבנן כפשטה דמילתא, והא דאקשו מדתנן אין להם אונאה לאו מילתא היא דכי איצטריך קרא להיכא דזבין ליה שטר ולא חזר בו עד שגבה הלה את חובו דתו לא מצי הדר, ורחמנא מעטיה מדין אונאה כיון דשטר מכר לו מתחלה עכ"ל, הרי מבואר דס"ל דמכירת שטרות לאו דאורייתא, ואעפ"כ פירש מיעוטא דשטרות במכירת חוב ממש (מיהו בהמשך דבריו שם כתב גם כתירוץ התוס' דהך מיעוטא קאי על מכירת ראיה יעו"ש).

אולם הנה עיקר דברי הרמב"ן נ"ב, דכיון דמכירת שטרות לאו דאורייתא, מה בכך דלא חזר בו עד שגבה הלוקח את חובו, ולכאורה נראה מדברי הרמב"ן, כדביאר בחידושי רבינו חיים הלוי (פכ"א ממכירה) בשיטת הרמב"ם, דהא דמכירת שטרות לאו דאורייתא, לאו היינו משום דחוב לא הוי כלל דבר הנמכר, דבאמת שפיר שייכא מכירה אף בחוב, אלא דלא שייך מעשה קנין בחוב יעו"ש, ומעתה יש לבאר דברי הרמב"ן, דהנה נראה פשוט לכאו', דהמוכר חפץ לחבירו ופסק עמו את הדמים, ואכל הלוקח את החפץ (או שאר הנאת כילוי) בלא מע"ק, דשפיר נתקיים המקח, וה"נ אף דכל זמן שלא גבה את החוב מצו למהדר בהו, מ"מ משעה שגבה הלוקח את החוב הוי כאכל את הדבר הנקנה, ובכה"ג שפיר חשיב דנתקיים המקח (ונת' עוד במקו"א).

ומאחר דחזינן דחוב הוי דבר הנמכר, אלא דל"ש ביה מעשה קנין, י"ל דה"נ הוי דבר הנגנב, ואף דגביה בעיא מעשה קנין ובחוב ל"ש מעשה קנין, אך יש לומר כנ"ל דהיינו דוקא מעשה קנין להכניסו לרשותו, אך מעשה קנין להוציאו מרשות בעלים י"ל דשפיר שייך בחוב מדאורייתא, ובנטילת השטר חשיב מע"ק על הוצאת החוב מרשות הבעלים וכדנתבאר.

והנה גדר מיעוטא דקרקעות בכ"ד בפשוטו היינו משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת, דבמטלטלין אופן הבעלות הוי ע"י החזקת הדבר תחת ידו, אך קרקע לעולם אינה מוחזקת ביד האדם ממש, אלא גדר הבעלות דקרקע במה דמוחזקת ונקראת על שמו [ובירושלמי (פ"ז דכלאים ה"ד, הו' בתוס' סוכה ל ב) מבואר דאף דלא מהני יאוש בקרקע, אך אם נשתקע שם הבעלים מהני יאוש, והיינו משום דאופן החזקת הבעלים בקרקע הוי במה דנקראת על שמם, וכשנשתקע שמם, שפיר מהני יאוש בקרקע] וה"נ עבדים למ"ד דעבדים הוקשו לקרקעות, דבעבד דהוי אדם ל"ש בעלות דהחזקה תחת ידו, וכל בעלות דעבדים הוי במה דמוחזקים ונקראים על שמו [ויש להאריך עוד בזה].

והנה לשון האחרו' בכ"ד דשטרות אינן נגזלין [כלישנא דקרקע אינה נגזלת] ויעוין בש"ך (סי' שפו סקי"ג) וז"ל הא דממעט קרקעות ועבדים ושטרות היינו דמתחלה אין נגזלין כלל והרי הן כאלו לא גזלן כלל וכל היכא דאיתנהו ברשותא דמרא קמא איתנהו עכ"ל יעו"ש בכ"ד, ויעוין עוד בשיעורי רבינו חיים הלוי (ב"מ דנ"ו) דבין בקרקעות בין בעבדים ובין בשטרות אין הגדר דנתמעטו מחיוב גזילה, אלא גדר המיעוט דאינן נגזלין ולא שייך בהו גזילה, דלא נפקי מרשות הבעלים (ויעוין בחידושי רבינו חיים הלוי פ"ט מגזילה בשיטת הראב"ד).

והנה גבי קרקעות מבואר גדר הדבר היטב, וכן גבי עבדים וכדנתבאר, אך גבי שטרות דגדר המיעוט משום דאין גופן ממון, לכאורה המיעוט הוי רק מחיוב גזילה.

וחזינן לכאו', דאף בשטרות גדר הך מיעוטא דל"ש בהו גזילה, והיינו דגזילת השטר לא חשיבא גזילה בחוב עצמו [ולפ"ז לישנא דאין גופן ממון היינו דאין זה גוף הממון הגזול, היינו דלא עביד את מעשה הגזילה בגוף הממון דחוב] ונמצא דתמיהת האחרו' דגזילת השטר לא הוי גזילה על החוב עצמו, זהו באמת גדר הך מיעוט, וזהו מאי דגלי לן קרא, אלא דמסברא הו"א דגזילת השטר שפיר חשיבא גזילה בעצם החוב, וכדנתבאר דבגזילת השטר איכא הוצאת החוב מרשות בעלים במקצת, אך גלי לן קרא דהא לא סגי להחשב גזילה, וכשם דבקרקע ס"ד דחשיב מעשה גזילה, ואשמועינן קרא דלא סגי בזה להחשב מעשה גזילה.

בגדר חיוב גניבה בדבר שיש בו רוח חיים

בסוגין על כל דבר פשע כלל על שור על חמור על שה ועל שלמה פרט על כל אבידה חזר וכלל כלל ופרט וכלל כו׳ אי מה הפרט מפורש דבר שנבלתו מטמא במגע ובמשא אף כל דבר שנבלתו מטמא במגע ובמשא אבל עופות לא ומי מלית אמרת הכי והא שלמה כתיב אמרי אנן בבעלי חיים קאמרינן אימא בבעלי חיים דבר שנבלתו מטמא במגע ובמשא אין דבר שאין נבלתו מטמא במגע ובמשא לא כו׳.

והנה דברי הגמ׳ צריכים ביאור טובא, דאחר דחזינן דדין תשלומי כפל נהגי אף בדבר שאין בו רוח חיים כגון שלמה, היאך בעינן למעוטי בעלי חיים שאין נבלתן מטמאה במגע ובמשא, ובמאי גריעי מדבר שאין בו רוח חיים כלל דאית ביה דין תשלומי כפל (ויעוין בתוס׳ סג א).

ובפרק הפרה (נד ב) תנן אחד שור ואחד כל בהמה לנפילת הבור ולהפרשת הר סיני ולתשלומי כפל כו׳ א״כ למה נאמר שור או חמור אלא שדבר הכתוב בהווה, וצ״ב דהא תשלומי כפל נהגי בכל דבר ואף בדבר שאין בו רוח חיים כלל, וא״כ מאי איצטריך לאשמועינן דשור לאו דוקא אלא הוא הדין כל בהמה.

וכן יש לדקדק בלישנא דמתני׳ מרובה מדת תשלומי כפל ממדת תשלומי ארבעה וחמשה שמדת תשלומי כפל נוהגת בין בדבר שיש בו רוח חיים ובין בדבר שאין בו רוח חיים ומדת תשלומי ארבעה וחמשה אינה נוהגת אלא בשור ושה בלבד, דלכאורה הו״ל למיתני שמידת תשלומי כפל נוהגת בכל דבר (חוץ מעשו״ק) ומידת תשלומי ארבעה וחמשה אינה נוהגת אלא בשור ושה בלבד, ואמאי פלגינהו לתרתי, דמידת תשלומי כפל נוהגת בין בדבר שיש בו רוח חיים ובין בדבר שאין בו רוח חיים.

ומשמע לכאורה דבאמת תרי דיני ותרי גדרי נינהו, וכדחזינן בגמ׳ דאף דאחר דנתרבה דבר שאין בו רוח חיים, ס״ד דבבעלי חיים לאו בכל מידי איכא דין כפל, וכן ס״ד דבבעלי חיים ליכא דין כפל אלא בשור חמור ושה דכתיבי בקרא ואילטריך לאשמועינן במתני׳ דהפרה דדין תשלומי כפל נוהגים בכל בעלי חיים, אלא דעכ״פ הדבר צריך ביאור.

ונראה בביאור הדברים, דאף דתשלומי כפל נוהגים בכל דבר מלבד עבדים שטרות קרקעות, מ״מ איכא חילוק בין דבר שיש בו רוח חיים לדבר שאין בו רוח חיים, דהנה חזינן דקרקעות עבדים ושטרות נתמעטו מחיובי גניבה, וכבר נתבאר גדר מיעוטא דקרקעות, משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת, ונתבאר דאף בעבדים זהו הגדר, ומשום דדוקא במטלטלין דאיכא בעלות גמורה ע״י החזקתם תחת יד האדם, איכא חיוב גניבה, אך בעבדים ל״ש החזקה תחת ידו כמטלטלין, ובעלות דידהו הויא כעין בעלות דקרקעות, ולהכי ל״ש בהו גניבה [ונת׳ דאף בשטרות זהו גדר המיעוט, דממון החוב אינו מוחזק תחת יד המלוה, אלא אית ליה תביעה בעלמא עליו, וגזילת השטר לא הויא גזילה גמורה על החוב, דאכתי עכ״פ החוב ברשות בעליו קאי].

ומעתה נראה לדון דבאמת אף בעלי חיים דמו בזה במקנת לעבדים, ויעוין בתוס׳ רי״ד (ב״מ ט ב) בהא דמשמע התם דמשיכה קונה בהה״ר וכתב וז״ל דיש חילוק בין משיכת מטלטלין לבין משיכת בעלי חיים דמשיכת מטלטלין אינה קונה בהה״ר ומשיכת בעלי חיים קונה ברשות הרבים, דמשיכת מטלטלין בעינן שימשוך המטלטל ויביאנו אליו אבל אם גלגלו הלאה ברחוק ממנו אף על פי שהסיעו הרבה ממקומו לא קנה דלא חשיבא משיכה דידיה אלא כשהוא מביאו אצלו והילכך בסימטא שיש לו בה רשות מהניא משיכה והוי כאלו הביאו ברשותו אבל בהה״ר שאין לו בה רשות לא קניא משיכה דלא הביאו לרשותו, אבל משיכת בעלי חיים אינה כן דעיקר משיכתן היא להנהיגה לפניו ולא שיביאם אצלו ובעינן עד שתעקור הבהמה יד ורגל או עד שתהלך מלא קומתה ובכל טלדקי דאיכא עקירה בין לפניו כגון שהנהיגה לפניו בין שהביאה אצלו הויא משיכה כדאמרי׳ כילד במשיכה קורא לה והיא באה, וכיון דעיקר הקנין תלוי בעקירת יד ורגל ולא שיביאנה אצלו אפי׳ בהה״ר קונה עכ״ל.

ומבואר דחלוק ביסודו גדר קנין משיכה דדבר שאין בו רוח חיים מגדר דין משיכה דבעלי חיים, דבדבר שאין בו רוח חיים ענין המשיכה הוי הכנסה לרשותו, ולהכי בעינן הכנסה לרשותו דוקא וכגון משיכה בחצרו או בסימטא, משא״כ בבעלי חיים ענין המשיכה הוי להנהיגה לפניו [ויש להאריך עוד בזה ואכ״מ].

והנה בפרק השוכר את הפועלים (ב״מ לא א) תנו רבנן החוסם את הפרה ודש בה לוקה ומשלם ארבעה קנין לפרה ושלשה קנין לחמור והא אינו לוקה ומת ואינו לוקה ומשלם אמר אביי הא מני רבי מאיר היא דאמר לוקה ומשלם כו׳ ויעוין בתוס׳ (מכות ד א) ובראשונים (ב״מ שם ומכות שם) ולכאורה צ״ב דהי דעבר באיסור לא תחסום, אך במה נתחייב לשלם לבעל הבהמה, ויעוין בשי׳ ר׳ שמואל זצ״ל (מכות שם) דתמה בזה.

ולכאורה ביאור הדברים, דיסוד דין חסימה הוא תביעה של הבהמה עצמה, וממילא כל דחסם את הבהמה ראויה הבהמה לזכות בזכות ממון, וממילא היכא דאית לה בעליס, הרי הבעליס זוכה בהך זכות, ותובע איהו מכח הבהמה.

ונראה דבאמת בבעלי חייס ליכא חיוב גניבה כמטלטלין, דבאמת בע"ח דמו לעבדים לענין זה, אלא הא דאיכא חיובי גניבה בבעלי חייס הוי מכח תביעת הבע"ח עצמס, דבכל גונב בעלי חייס, איכא תביעת גניבה כלפי בעלי החייס עצמן, וכעין תביעה דגונב נפש, אלא דליכא איסור גניבה מבעלי חייס, אך היכא דאית להו בעליס, הרי הבעליס עומד במקומן ותובע מכחן, ובזה ס"ד דדוקא דבר שנבלתו מטמאה במגע ובמשא איכא הך תביעה משא"כ עופות[נב] וכן ס"ד (סג א) לאיפלוגי דבעינן דוקא דבר הקרב לגבי מזבח או דבר הקדוש בבכורה [ויתכן עוד דגדר הדין דליכא חיוב ארבעה וחמשה אלא בשור ושה היינו דלהך חיוב באמת בעינן דוקא דבר הקרב לגבי מזבח, וגדר הדין בטביחה ומכירה כעין דין מכירה דגונב נפש ומכרו ויל"ד].

ובמקו"א נתבאר דכל הנך דיניס דנשנו במתני' בפרק הפרה (נד ב) דאחד שור ואחד כל בהמה לגפילת הבור ולהפרשת הר סיני ולתשלומי כפל ולהשבת אבידה לפריקה לחסימה לכלאים ולשבת, יסודס דין הבהמה עצמה ואכמ"ל.

[נב] **ויתכן** דיסוד הדין דבעופות ליכא טומאת נבילות, היינו משום דזוטרא חיותייהו, ומעיקרא לא חשיבא חיות גמורה, ולהכי אין נבלתן מטמאה [וטומאת בית הבליעה יתכן דיסודה משום איסור אכילה דנבילה וכדלידדו האחרו' ואכמ"ל] וממילא ס"ד דלא חשיבי בעלי חייס גמוריס ול"ל דין תובע וממילא לית בהו דין כפל מדין דבר שיש בו רוח חייס, ומ"מ כיון דסו"ס אית בהו חיות, לית בהו בעלות גמורה, ולהכי לית בהו נמי דין כפל מכח דין דבר שאין בו רוח חייס.