ב״ה

אוהלי יעקב

והוא

שיעורים במסכת בבא קמא

פרקים ראשון, שני ושביעי

נאמרו בסייעתא דשמיא לשיעור ב׳ בישיבת
תומכי תמימים המרכזית כפר חב״ד

שנת תשפ״ו

יעקב שוויכה

ב״ה

פתח דבר

בשבח והודי״ה לה׳ יתברך, אני מגיש את רשימת השיעורים שזכיתי למסור בחדש אלול תשפ״ה – ושנת תשפ״ו בפני ידידיי תלמידי שיעור ב׳ בישיבת תומכי תמימים המרכזית בכפר חב״ד. יחד עם אמירת השיעורים, מסרתי בפניהם את השיעורים בכתב, בכדי להקל על החזרה ובכדי לאפשר ללמוד את דברי הראשונים והאחרונים מתוך דבריהם.

וזאת למודעי, שהדברים נכתבו סמוך למסירתם ולא עברו עריכה נוספת, ותקוותי שהדברים מובנים כפי שנכתבו בשעתם.

תמוז תשפ״ו

יעקב שוויכה

*

בז״ך טבת תשפ״ד נפטר אבי מורי ר׳ אלי׳הו בן יעקב שוויכה ע״ה, רחים ומוקיר רבנן וירא שמים מרבים, אשר הנחני בדרך הרבצת התורה. יהי קובץ זה שמרומז בו שמו לעילוי נשמתו

ב״ה

מסכת בבא קמא – פרק ראשון – זמן אלול תשפ״ה, חורף תשפ״ו

סימן א׳

א

מבואר בפסוקים ובמשנה שיש חיוב על האדם לשלם על נזקיו, בין אם הוא עצמו הזיק, בין אם ממונו הזיק, או אפילו על תקלה שהוא יצר.

ויש לדון האם יש **איסור** להזיק ממון חבירו גם אם מתכוון לשלם, ומה מקורו:

דהנה, איתא **בטור** [חושן משפט הלכות נזיקין סימן שעח]: ״א. כשם שאסור לגנוב ולגזול ממון חבירו כך אסור להזיק ממון שלו אפילו אם אינו נהנה כיון שמזיקו בין במזיד בין בשוגג חייב לשלם...״.

ובפרישה [שם]: ״(א) כשם שאסור לגנוב ולגזול כו׳. מדתלה איסור היזק ממון חבירו באיסור דגניבה וגזילה ולא למדו מאיסור היזק וחיוב דכתיב גבי נפשו דהא כתיב בתורה בהדיא חיוב תשלומי דארבעה אבות נזיקין השור והבור והמבעה וההבער דנזקי ממון הן. וגם נאמר (ויקרא כד כא) מכה בהמה ישלמנה נראה דבא לומר דיש איסור בדבר אפילו אם רוצה לשלם לו היזקו כמו שיש איסור בזה בגניבה ובגזילה דנתבאר בהו ממ״ש (ויקרא יט יא) לא תגנובו שהוא מיותר כמ״ש בריש סימן שמ״ח (ס״א) בגניבה וגם בריש סימן שנ״ט (ס״ג) בגזילה מדכתיב (יחזקאל לג טו) חבול ישיב רשע גזילה ישלם עיין שם...״.

וכך נפסק **בשולחן ערוך** [חושן משפט הלכות נזיקין סימן שעח סעיף א]: ״אסור להזיק ממון חבירו. ואם הזיקו, אף על פי שאינו נהנה, חייב לשלם נזק שלם...״.

וכן **בשלחן ערוך אדמוה״ז** [הלכות נזקי ממון סעיף א׳]: ״אסור להזיק ממון חבירו אפילו על דעת לשלם כמו שאסור לגנוב או לגזול על מנת לשלם...״.

ויתירה מכך, גם במקרה שפטור מדיני אדם, כמו גרמא בנזיקין, יש איסור לגרום נזק לחבירו, וכדאיתא [ב״ב כ״ג] שאסור להניח סולם בכותל החצר אם על ידי כך יכולה הנמייה לעלות לשובך חבירו.

וכן איתא, שבנוסף לאיסור להזיק או לגרום נזק, ישנה חובה לשמור ממונו שלא יזיק, וכמ״ש **בטור** [חושן משפט הלכות נזקי ממון סימן שפט]:״א. כשם שאסור לאדם שיזיק את חבירו ואם הזיק חייב לשלם כך צריך לשמור ממונו שלא יזיק ואם הזיק חייב לשלם...״.

וכך מדויק ממשנתנו, שלפני שלמדנו בסיפא שחב המזיק לשלם, למדנו ש״שמירתן עליך״.

ב

וצריך ביאור, איפה רואים בפסוקי התורה שיש איסור להזיק כלפי שמיא. [ולעיל הובא מהטור דמיון לגנב על מנת להחזיר, אבל הנדון כאן הוא מניין מן התורה שיש איסור]. והאחרונים הביאו כמה מקורות, כמ״ש **בקונטרס שיעורים** [סימן א אות יח]:

א. **ברבינו יונה** [פ״א מ״א דאבות] איתא שכל נזיקין בכלל לאו דלא תגזול: ״משה קבל תורה מסיני ומסרה ליהושע - בין תורה שבכתב בין תורה שבע״פ שהתורה בפירושה ניתנה שאם לא כן אי

אפשר למדע ביה שהרי כתוב לא תגזול וכל נזיקין בכלל אותו הלאו והן הן התורה שהיה קבלת משה בסיני אף על פי שלא נכתבו...". אמנם, לכאורה זה יכול להיות מקור רק למזיק בידיים, דומיא דגוזל בידיים, אבל לא ניתן ללמוד מכאן שיש חיוב למנוע ממונו מלהזיק.

ב. **ביד רמ"ה** [בבא בתרא כה ע"ב] איתא שהוא משום לפני עור או מצד אהבת ישראל: "...דאסיר למגרם מידי דאתי מיניה היזקא לאינשי, אי משום לפני עור לא תתן מכשול ואי משום ואהבת לרעך כמוך...". אמנם, גם לפי זה הלימוד הוא רק למזיק בידיים או יוצר תקלה כמו בור, שהוא דומיא דנתינת מכשול, אבל לא במי שלא מונע ממונו מלהזיק.

ג. **בברכת שמואל ב' בשם הגר"ח** שנלמד מדין ולא ישמרנו הנאמר בשור שהמית, שמחייב הבעלים בכופר שהוא כפרה כלפי שמיא מרציחת שורו, ואם כן הוא הדין ולא ישמרנו שנאמר בנזקי ממון שהוא כלפי שמיא.

חדושי הגר"ח [בבא קמא ב ע"א]: "בענין איסור נזיקין.

הגר"ח זצ"ל אמר דיש איסור מזיק בנזקין, וראייתו מהא דחייב כופר, ואמרינן (לקמן דף מ ע"א) דכופרא כפרה והיינו כלפי שמיא, ודוק בזה. [א"ה, עי' ברכת שמואל ב"ק סי' ב שהביא ד' הגר"ח ביתר ביאור, דדין ד"ולא ישמרנו" דיש חיוב שמירה על ממונו שלא יזיק, לא נאמר רק לענין חיוב ממון אלא גם לענין איסור, שנחשב מזיק ורשע כלפי שמיא, וראי' לזה מדין חיוב כופר דהוא ג"כ מהחיוב דולא ישמרנו, והוא נאמר לענין עונש ביד"ש דנענש על רציחת שורו, דהא כופרא כפרה, ה"נ דין דולא ישמרנו דנזקין נאמר גם לענין עונש ביד"ש]".

ד. בשם **הגר"ש שקאפ** שנלמד מדין השבת אבדה. וכן **קובץ שעורים** [בבא בתרא אות עד]: "...ועוד דאפילו אם ההיזק לחבירו בא מאליו, חייב להציל משום השבת אבידה וכ"ש דאסור לגרום היזק מחמתו...".

אמנם, מיאנו האחרונים להוכיח איסור זה מעצם זה שהתורה חייבה לשלם, היינו שנלמד מהחיוב לשלם כשהזיק שיש איסור להזיק. והוא מכיוון שגם כשהבעלים לא עשו שום איסור יש מקרים שחייבים, כמו קרן ברה"ר, שמותר לבהמה ללכת שם.

אמנם, **הרבי זי"ע בלקו"ש** [כ"ז ע' 145] שיודעים בפשוטו של מקרא שאסור להזיק מזה שהתורה העניש לשלם: ""וכי יפתח איש בור או כי יכרה איש בור ולא יכסנו ונפל שמה גו' בעל הבור ישלם גו'". אז מען טאר ניט טאן א זאך – "לייגן א מכשול" וואס וועט גורם זיין דעם צוויטן א היזק.

און אע"פ אז דארט רעדט ניט די תורה בפירוש וועגן איסור והיתר, נאר וועגן תשלומין אויפן נזק – איז דאך, אדרבה: אויב מען וועט נענש (מ'דארף באצאלן) פאר דעם היזק וואס מ'האט גורם געווען... – איז דאך זיכער אז דאס איז א דבר האסור".

ובהערה 28: "ראה שקו"ט ע"ד ההלכה בביאור הרי"פ פערלא ... ומסיק שם שיש בזה הלאו ד"לא תשים דמים בביתך"... – אבל בלמוד ע"ד הפשט י"ל שאין צריכים ע"ז אזהרה לידע האיסור, כי מובן הוא במכש"כ כבפנים...". ואם כן, צ"ע כנ"ל, דהרי יש חיוב לשלם גם כשלא עשה הבעלים שום איסור, כמו קרן שהזיקה ברה"ר.

ג

ויש להקדים החקירה **בגרש"ש ובאבן האזל** בגדר תשלומי הבעלים על היזק ממונו, האם סיבת התשלום של הבעלים הוא בגלל שלא שמר, וזה שמוטל עליו לשמור הוא בגלל שזה ממונו, או

שסיבת החיוב הוא בגלל שממונו הזיק, היינו כשם שהתורה חייבה כשהוא הזיק בגופו כך חייבה אותו על היזק ממונו, רק אם שמר התורה פטרה אותו.

חדושי ר׳ שמעון (שקופ) [בבא קמא סימן א]: ״ במשנה השור והבור המבעה וההבער כו׳ הצד השוה שבהן שדרכן להזיק ושמירתן עליך וכו׳. והנה בכללות המה נחלקין לשלשה סוגים: היזק שנעשה ע״י גוף האדם, מה שממונו מזיק, והיזק שבא ע״י תקלתו שמעשי׳ גרמו כאש ובור. ובכולן הכלל ששמירתן עליך.

והנה צריך לבאר דאף דמצינו אופן שיתחייב אדם בכל אלה גם היכא שאין הדבר ממונו, וגם בבור ואש שלא גרמו מעשי׳ כגון המוסר שורו או בורו לשומר שנכנס תחת הבעלים, וכן מצינו בגזלן שחייב בכל הנזקין כמבואר ריש הכונס וכמש״כ שם בתוס׳ דכל מי שמוטל עלי׳ לשומרו הוא בעלים לנזקין, - מ״מ יש לדון אם הסבה המחייבת בכל אלה היא הפשיעה מה שלא שמר את המזיק, שנאמר שעל זה לחוד חייבתו תורה. ורק דהטעם למה מוטל עלי׳ השמירה יותר מעל אחרים הוא משום שהוא ממונו או משום שהוא עשה והכין את המזיק, דלפ״ז היתה סבת חיוב נזקין שלא מחמת כריית הבור אלא בתולדה דע״י פתיחת או כריית הבור חייבתו תורה בשמירה וממילא חייב אח״כ על פשיעתו שלא השלים השמירה. (או דחיוב נזקין הוא משום שהוא ממונו, וכמו שמבאר אח״כ).

אמנם נלענ״ד ברור דאי אפשר לפרש כן. דלפי״ז הי׳ מן הדין דאם אדם פשע בשורו שלא נעל בפני׳ ויצא ממנו ובשעה שהזיק השור כבר נפקע מן השור שם בעלים כגון אם הפקירו בעלי׳ - שיתחייב בעל השור דהרי פשע מתחילה, כיון שהכל תלוי רק בפשיעה הראשונה ואין נפ״מ כלל מה שהוא בעלים עלי׳ בשעת ההיזק או לא. וזה אינו, דמפקיר נזקי׳ לא מצינו שיתחייב רק משום בור אבל משום שורו פטור לכו״ע. וזה ודאי רחוק לאמר דכל זה הוא ע״פ מה דחידש רחמנא דנגח ואח״כ הפקיר פטור, דלא כו״ע סברי כן...

אבל עכ״פ הדין ברור דבעינן שיהי׳ בעלים על השור בשעת ההיזק. מזה מוכרח הענין דסבה המחייבת בזה הוא מה שממונו מזיק, דכמו שחייבה תורה על גופו כ״כ חייבה על מה שממונו מזיק. וכן בבור חייבתו תורה על מה שהמזיק שלו הזיק, ומה שהבור שלו זה בא לו ע״י כרייה ופתיחה, היינו שהוא הכין את המזיק ועי״ז נקרא בעלים עלי׳, כמו שבדברים שנוגעים לזכות האדם מוסכם ע״פ דיני התורה ודיני העמים שכל מי שממציא דבר חדש בעולם הוא הבעלים עלי׳ לכל דבר זכות, כ״כ קראה התורה לאיש המכין תקלה בשם בעל הבור ובעל האש וחייבה בנזקין את בעל המזיק. וכן מוכח בהדיא שאין החיוב בא ע״י הפשיעה לחוד דהרי אמרו בגמ׳ דד׳ אבות הם נזקי ממונו וד׳ שומרים הם נזקי גופו, ששומרים חייבים על סבת עצמם ולא על סבת אחרים, וד׳ אבות הם חייבים על סבת אחרים היינו על סבה מה שממונו עושה, וכן אמרו דד׳ אבות היזקא דבידים וד׳ שומרים היזקא דממילא, היינו מה שממונו עושה בידים היא סבה המחייבת, ובשומרים הם חייבים מה שהדבר שנמסר להם נאבד מן העולם ולא על מה שאחרים עשו בידים, וזה ברור...״.

נמצא לדברי נפק״מ בין שני הצדדים, שאם כפי הצד הא׳ הרי אם פשע ולא שמר והזיק לאחר שהפקיר היה צריך להיות חייב כיוון שגרם ההיזק. ומזה שפטור במקרה כזה מוכיח כצד ב׳.

באבן האזל איתא נפק״מ אם הבעלים לא שמרו ומישהו אחר שמר והבהמה אעפ״כ הזיקה. לצד שחוסר שמירה היא סיבת החיוב פטור, שהרי חברו שמר. ולצד שממונו הזיק היא סיבה לחיוב, אין לו את סיבת הפטור מצד שאנוס הוא כיוון ששמר, שהרי כאן לא שמר. הוא מוכיח כצד ב׳ מלשון הרמב״ם ריש נזקי ממון ״ שהרי ממונם הזיק״.

אבן האזל [הלכות נזקי ממון פרק א הלכה א]: "...יד) והנה ידועה החקירה אם חיוב נזקין הוא מצד שהתורה הטילה דין שמירה על הבעלים ומחוייבים בעד חסרון שמירתם או דהבעלים מחוייבים לשלם כשממונם הזיק ושמירה היא פטור שפטרה התורה להבעלים משום אונס כיון ששמרו כראוי, והנה מלשון הרמב"ם שכתב כל נפש חי' וכו' הבעלים חייבים לשלם שהרי ממונם הזיק, משמע דזהו עיקר טעם לחיוב תשלומין ולא דבשביל זה מחוייב בשמירה...

טז) והנה הנ"מ מחקירה זו נראה לבאר באופן זה אם הבעלים לא שמרו בהמתן ואחר שמרה כגון שהניחוה בדלת פתוחה ובא אחר וסגרה וחתרה דאין לבוא כאן מדין תחלתו בפשיעה וסופו באונס דזהו דוקא אם היתה בלא שמירה והיתה יכולה להזיק בלא האונס כמו בנפלו והיו יכולין לירד בקפיצה, אבל היכי דעכ"פ היתה שמורה אלא שהבעלים לא שמרו אותה אז עפ"י סברא תליא בהך דינא דאם חיוב תשלומין מטעם חיוב שמירה א"כ עיקר החיוב שלא להניח בהמה בלתי שמורה, וכיון דבאמת היתה שמורה אף שלא היתה השמירה מצד הבעלים אבל עכ"פ הא לא היתה אצלם בהמה בלתי שמורה, אבל אם נימא דהפטור מצד אונס ובגדר אונס רחמנא פטרי' כדאמר בגמרא בריש המניח אבל עצם חיוב תשלומין בעד היזק ממונו הוא עיקר דינא, א"כ לא שייך לבוא כאן מטעם אונס כיון דהוא לא שמר כלל ואיך יוכל לטעון טענת אונס ולא דמי להניחה בחמה דהוי סברא דשייך זה לדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס מקמי דמסיק דכולה פשיעה היא אף שלא שמרה דהא הניחה בחמה דהתם שאני דעכ"פ הא עשה שמירה אלא דמכיון דהניחה בחמה לא מהני שמירה זו לגבי שלא תשבור הדלת, אבל מכיון שבאמת לא שברה הדלת וחתרה ס"ד דהוי אונס דהא עכ"פ שמרה לענין שלא תצא כדרכה, אבל היכי שלא שמרה כלל מסתבר דלא שייך לטעון טענת אונס אף שאחר עשה לה שמירה וחתרה...".

ד

בלקו"ש ח"ו הוספות למשפטים [ובאג"ק כ"ד ע' נט] מובא מענה הרבי לר' נחום זוין על מכתבו כתגובה על השאלה ששאל אותו הרבי ביחידות [חורף תשכ"ו] איך אפשר ללמוד ששור הנסקל נידון בבית דין של עשרים ושלושה כדיני נפשות [סנהדרין ב,א], מהיקש מיתת בעלים למיתת השור. והרי מיתת השור היא דיני ממונות, ומיתת הבעלים היא דיני נפשות. וידוע הכלל שאין למדים דיני ממונות מדיני נפשות. הרבי דחה את ההסבר שהוא הציע שזה גזירת הכתוב, וכן [במכתב אחר, לסבא הגרש"י זוין] דחה את האפשרות להסביר שזה מצד ששורו של אדם הוא חייו, וכן דחה מה שהציע הרב זוין שההיקש מלמד אותנו שמיתת השור הוא מצד עצמו דיני נפשות. ההסבר של הרבי הוא:

"... וי"ל בפשיטות, דהסברא פשוטה ומובנת בפסוק זה עצמו, "דכלל ביחד השור יסקל וגם בעליו יומת" - היינו כשדנים על השור אין זה רק דיני ממונות כבכל התורה, כי אם גם בעליו יומת (בידי שמים - כדאי' בכתובות והובא בפשטות בתוס' ד"ה אימא סנה' ט"ו: היינו דגם לסוגיית סנהדרין יומת בידי שמים אם לא ישלם כופר).

ויש להוסיף הסברה בזה - דהנה טעם עונש הבעל י"ל בב' אופנים: א) על שלא שמר (**הבעל**) שורו והמית (ולכן אין כופר בתם), או ב) על **שממונו** (שורו) המית.

באופן הא' - י"ל שחטא הבעל והמיתה ע"י השור הם בזה אחר זה ככל סיבה ומסובב. באופן הב' - **בעת** שהשור ממית **אז** חוטא הבעל (בדוגמת שחצירו נקרא ידו) (ועפי"ז נפ"מ לדינא - באם מכר השור ע"מ שבאם ימית השור - תחול המכירה תיכף ולפני ההמתה).

לשון הש"ס (סנהדרין ט"ו:) אי אתה הורגו על רציחת שורו. יל"פ לב' האופנים: לאופן הא' - כי ברגע הרציחה - כבר אין הסיבה (**הבעל**), רק השור. לאופן הב' - כי **כל** ענין הרציחה הוא אך ורק

של **השור**, וכל שייכות הבעל הוא רק בזה שזהו "שורו". והנה אם נאמר כאופן הב' - מובן יותר שאין להפריד בין דיון ע"ד השור והדיוק דבעליו - כיון שחטא שניהם היא בפעולה **אחת**.

וי"ל דבכלל אופן הב' מחוור יותר:

א) לאופן הא' ל"ל קרא בתם דבעל השור נקי ומפרש ר"י בן בתירא נקי מידי שמים - דפשיטא, מאי הוה לי' למיעבד בתם? (וי"ל דבזה פליגי חבריו דר"י בן בתירא עליו).

ב) לדעת הרגצובי (ראה צפנת פענח לסנהדרין ט"ו:) כ"מ בש"ס שם (ודלא כהנ"ל)...".

והנה, הנפק"מ שהביא הרבי נהוג לפרש [עיין באוצר חידושים בש"ס ע' כט] שלצד הא' המוכר חייב כיוון שהוא פשע באי שמירתו, ולצד הב' הקונה חייב כיוון שהוא ממונו. וכנראה שפירשו כך אגב ריהטא בדומה לנקפ"מ של הגרש"ש. אמנם כד דייקת, נראה שאין זה הפשט. דזה פשיטא שאם בשעת מעשה הנזק המוכר הוא לא הבעלים אין ס"ד שיהיה חייב, וכמו שפשיטא לבבלי [ולירושלמי עיין **בחידושי רבי שמואל**] שאם הפקיר לפני הנזק פטור [וכדלעיל מהגרש"ש]. אלא הנפק"מ שמביא הרבי היא האם לחייב את השני שהוא הבעלים בשעת מעשה של הנזק במקרה שלא פשע בשמירה, כיוון שנהיה בעלים תיכף ולפני ההמתה. היינו החקירה היא האם מה שהבעלים חייב הוא מצד אי השמירה [ובנדון דידן שהמוכר הוא זה שפשע ולא הבעלים של שעת ההמתה הרי הבעלים פטור], או מצד ממונו שהזיק [ובנדון דידן יהיה חייב הבעלים], אבל אין ס"ד לחייב מי שלא בעלים. [מפי הרב גולדשמיד שי'].

והנה, חזינן מהאופן שביאר הרבי את החקירה עומק נוסף בזה שהוא חייב מצד ממונו שהזיק. לא רק שהוא חייב מכיוון שזה ממונו ויש לו עליו אחריות, אלא שמעשה השור נחשב באופן מסויים למעשהו, וכמו שמביא מזה שחצירו משום ידו, **"בעת** שהשור ממית **או** חוטא הבעל", "שחטא שניהם היא בפעולה **אחת"**. ולכן כשדנים על השור בעצם דנים גם על הבעלים ולכן דנים בכ"ג. אמנם, הרבי הביא חידוש זה לגבי שור שהמית אדם שנלמד מהיקש, אבל יתכן שזה בניין אב לכל דיני ממונו שהזיק, שנחשב כאילו מעשה האדם בעל הממון.

ה

ולפי צד זה בחקירה מובנת קושיא הנ"ל. דהנה הוכיחו אחרונים שיש דיני תשלומים גם כשלא עשה איסור, כך שאי אפשר ללמוד איסור להזיק מחיוב תשלומים. אמנם כד דייקת, זה היה נכון באם האיסור הוא האי שמירה [כפי צד הא' של החקירה], שאזי לא עשה איסור כיוון שמותר לבהמה ללכת ברה"ר.

אמנם לצד ב', הרי הוא חייב על הנזק של השור ברה"ר, היינו קרן, וזה הרי הוא מעשה איסור. היינו שהתורה חייבה אותו על מה ששורו עשה, ושורו עשה מעשה איסור והווה השור כידא אריכתא של האדם. וזה שהאדם חייב אע"פ שלא פשע, הוא כמו אדם שאכל בשוגג מאכל איסור, שהיה מותר לו לאכול בשעת מעשה, ואעפ"כ כשנודע לו צריך כפרה על זה שלא דקדק יותר וכו'. גם כאן, אע"פ שמותר לשור ללכת ברה"ר, עצם האיסור של מה שהזיק נחשב כאילו שהאדם הזיק ועשה מעשה האיסור וחייב על זה. וממילא שפיר ניתן ללמוד איסור להזיק מחיוב ממון, וכדלעיל מהלקו"ש.

וכך תירץ **בברכת שמעון** [ב"ק סי' ב]: "...והנראה די"ל כמו שמצדד הקה"י בתחילת דבריו דהאיסור נדע מהא גופא דחייבה התורה בתשלומין הרי זו הוכחה שמעשה זו אסורה, והא דהקשה ע"ז דהרי חייב בתשלומין על נזקו של שורו ואע"פ שהלך ברשות ולא עשו הבעלים שום איסור, י"ל דזה שחידשה התורה החיוב על נזקי ממונו הוא דמעשה ההיזק שעשה שורו הוי כמו שעשה

הוא בעצמו, ואם כן כמו אם הוא היזק בידים אמרינן דזה מעשה איסור, מכיון דחזינן שהוא חייב בתשלומים, הוא הדין מעשה היזק שעשה שורו אמרינן שנעשה מעשה איסור של היזק ממון חבירו, וכיון שהתורה הטילה אחריות שורו עליו הרי שעליו חיוב האיסור שנעשה במעשה זו, ואע"פ שהליכת השור ברה"ר היתה ברשות מ"מ הרי כל חיוב על איסור בשוגג נעשה על ידי האדם ברשות, כמו מי שאכל דבר שחשב שזה היתר ומתברר אח"כ שהיה איסור ונחשב לו לחטא של שגגה, וע"כ דאם היה חוקר ומדקדק יותר – אע"פ שלא היה מחויב לחקור יותר – לא היה בא החטא לידו, ואם כן הכ"נ בכאן הרי חזינן דהתורה הטילה עליו חיוב תשלומין אע"פ שהלך השור ברשות כיון דמ"מ נעשה ההיזק על ידו, ואם כן ה"ה לגבי האיסור דאמרינן שאסור להזיק לחבירו אם בא על ידו ההיזק נחשב זה לחטא שבא לידו ושפיר אמרינן דהחיוב תשלומין מלמד על האיסור תורה שבדבר...".

סימן ב׳ – לעיון עצמי

א

בתוס׳ ולא זה וזה הביא ס״ד שכח אחר מעורב בו הוה חומרא, ומקשה על זה מדלא חשיב לה גבי חומר באש מבשור ולכן מסיק שכח אחר מעורב בו הוא לא חומרא. ומכח זה נדחק לפרש את הגמרא לקמן ג׳ ע״ב מאי שנא **שאע״פ** שכח אחר מעורב בו, היינו קולא. ואילו רש״י שם פירש כפשוטו שהוא חומרא משום דהוה ליה לאסוקי אדעתיה. רש״י ד״ה דכח אחר: ״דכח אחר מעורב בה - והוה ליה לאסוקי אדעתיה״.

וצלה״ב: א. לדעת התוס׳, מדוע נחשב כח אחר לחומרא לס״ד? 2. מדוע לדעתו נחשב קולא למסקנא? ג. מה יתרץ רש״י על קושית תוס׳? ד. מה עומק מחלוקת רש״י ותוס׳, במאי קא מיפלגי?

והביאור בזה מתוך חידושי רבי נחום: א. מדברי התוס׳ מבואר דצד החומרא בכח אחר מעורב בו הוא ״שאינו הולך לדעתו כמו שורו״, וכוונתם בזה דבכל המזיקים כגון שור וכדו׳ ההיזק תלוי בדעת המזיק וכל זמן שאין בדעתו להזיק לא שייך שיארע הנזק, משא״כ באש דההיזק אינו תלוי בדעת המזיק אלא בכח אחר נמצא שכל זמן דאיכא כח אחר האש מוכרחת להזיק, וי״ל דמה״ט חשיב לס״ד מזיק טפי.

ב. ולמאי דמסקי התוס׳ דכח אחר מעורב בו הוי קולא כוונתם לדון בזה מצד אחר, דבכל המזיקים נעשה ההיזק ע״י המזיק עצמו, משא״כ באש לא נעשה ההיזק ע״י המזיק עצמו אלא בהצטרפות הרוח ואלמלא הרוח לא היתה האש מזקת, ומשו״ה איכא גריעותא בשם המזיק עצמו.

ג. רש״י לא כתב כמו שצידדו התוס׳ מתחילה דהחומרא היא שאינו הולך לדעתו כמו שורו ואין ההיזק תלוי בדעת המזיק, אלא רק דאיכא צד חומרא דהו״ל לאסוקי אדעתיה שיארע ההיזק. וממילא נראה פשוט דלשיטת רש״י ל״ק כלל דליתני לה בהדי חומר באש מבשור, דהרי הך חומרא דהו״ל לאסוקי אדעתיה שייכא גם בשור שהולך לדעתו, וכל משה״ק התוס׳ הוא רק למאי דסברי מתחילה דאיכא חומרא בזה שהמזיק אינו הולך לדעתו כמו שורו, דהך חומרא אינה בשור ולהכי הוק׳ להו דליתני לה בהדי חומר באש מבשור. [חידושי רבי נחום]

הנה לקמן בד״ו ע״א איתא דל״ש למילף אסו״מ שהניחן בראש גגו והזיקו בתר דנייחי במה מצינו מבור, דמה לבור שכן אין כח אחר מעורב בו תאמר בהני שכח אחר מעורב בהן, ומכאן יש להוכיח דכח אחר מעורב בו הוי קולא. ופשוט שאי״ז קושיא ע״ד רש״י, דגם למש״כ רש״י שיש בזה חומרא דהו״ל לאסוקי אדעתיה פשיטא שאסו״מ שהזיקו בתר דנייחי גריעי מסתם בור שנעשה בידים, דסו״ס הך כריה גריעא מכריה בידים, וכמ״ש השיטה מקובצת בשם מהר״י כץ: ״ונראה לפרש דכח אחר מעורב בו הוי לחומרא ולקולא דהא דלקמן מ״ש אש דמשמע לחומרא היינו בהדי דקאזלי מזקי אבל ההיא דלקמן בהצד השוה לאיתויי אבנו וסכינו ומשאו מיירי דקא מזקי בתר דנייחי כדמוכח התם ואז הויא כח אחר מעורב בו לקולא דלא אזקי בשעת נפילה כמה דבהדי דקא אזלי והאי דלא קאמר לא הרי האש כהרי שניהם שכן כח אחר מעורב בו משום דלא פסיקא ליה למיתני מידי דאית ביה זימנין חומרא וזימנין קולא״.

חדושי ר׳ נחום (פרצוביץ): ״ה) תד״ה ולא זה וזה, והא דלא תני הכא לא הרי האש וכו׳ משום שלא היה יכול למצוא חומרא מה שאין כן בשניהם, דאי משום דכח אחר מעורב בו ואין הולך לדעתו כמו שורו אין זה חומרא מדלא חשיב לה גבי חומר באש מבשור וכו׳, בתוס׳ דנו האם כח אחר מעורב בו הוי חומרא או קולא, וצ״ב מהו הנידון בזה, וכן צ״ב היפוך הסברות, דמתחילה דנו דהוי חומרא ולבסוף הכריעו דהוי קולא.

ונראה דאין כאן סברות הפוכות אלא דיש לדון בזה מתרי אנפי, דהנה מד׳ התוס׳ מבואר דצד החומרא בכח אחר מעורב בו הוא ״שאינו הולך לדעתו כמו שורו״, וכונתם בזה דבכל המזיקים כגון שור וכדו׳ ההיזק תלוי בדעת המזיק וכל זמן שאין בדעתו להזיק ל״ש שיארע הנזק, משא״כ באש דההיזק אינו תלוי בדעת המזיק אלא בכח אחר נמצא שכל זמן דאיכא כח אחר האש מוכרחת להזיק, וי״ל דמה״ט חשיב מזיק טפי [ואף על גב דבור נמי אינו תלוי בדעת המזיק והוא מוכן להזיק בכל גונא, מ״מ גם התם בעי׳ עכ״פ לדעת הניזק שיפול בבור, משא״כ באש משכח״ל שיארע ההיזק בלא דעת כלל].

ולמאי דמסקי התוס׳ דכח אחר מעורב בו הוי קולא כונתם לדון בזה מצד אחר, דבכל המזיקים נעשה ההיזק ע״י המזיק עצמו, משא״כ באש לא נעשה ההיזק ע״י המזיק עצמו אלא בהצטרפות הרוח ואלמלא הרוח לא היתה האש מזקת, ומשו״ה איכא גריעותא בשם המזיק. ולכאו׳ זוהי ג״כ כונת הר״ח לקמן בד״ג ע״ב שכתב וז״ל מה אש כח אחר מעורב בה והיא הרוח שמעבירה ומציתה ולולא הרוח לא היתה האש הולכת ומזקת הני נמי כח אחר מעורב בהן וכו׳ עכ״ל.

וברש״י בד״ג ע״ב נח׳ ע״ד התוס׳ בזה, דברש״י ד״ה דכח אחר מעורב בה כתב ״והוה ליה לאסוקי אדעתיה״, ומשמע מדבריו דכח אחר מעורב בו הוי חומרא, וכ״מ מד׳ רש״י לקמן ד״ו ע״א ד״ה היינו (וכ״ה פשטות הסוגיא שם, דבתוס׳ נדחקו לפרש את ד׳ הגמ׳ מ״ש אש דאע״פ שכח אחר מעורב בו חייב), ויל״ע מה יענה רש״י להוכחת התוס׳ דל״ה חומרא מהא דלא חשיב לה בד״י גבי חומר באש מבשור.

וכמובן דלק״מ, דבאמת ברש״י לא כתב כמו שצידדו התוס׳ מתחילה דהחומרא היא שאינו הולך לדעתו כמו שורו ואין ההיזק תלוי בדעת המזיק, אלא רק דאיכא צד חומרא דהו״ל לאסוקי אדעתיה שיארע ההיזק. וממילא נראה פשוט דלשי׳ רש״י ל״ק כלל דליתני לה בהדי חומר באש מבשור, דהרי הך חומרא דהו״ל לאסוקי אדעתיה שייכא גם בשור שהולך לדעתו, וכל משה״ק התוס׳ הוא רק למאי דסברי מתחילה דאיכא חומרא בזה שהמזיק אינו הולך לדעתו כמו שורו, דהך חומרא אינה בשור ולהכי הוק׳ להו דליתני לה בהדי חומר באש מבשור, ופשוט.״.

והנה לקמן בד״ו ע״א איתא דל״ש למילף אסו״מ שהניחן בראש גגו והזיקו בתר דנייחי במה מצינו מבור, דמה לבור שכן אין כח אחר מעורב בו תאמר בהני שכח אחר מעורב בהן, ויעוי׳ בתור״פ בד״ג ע״ב שהוכיח מזה דכח אחר מעורב בו הוי קולא. ונראה פשוט שאי״ז קו׳ ע״ד רש״י, דגם למש״כ רש״י שיש בזה חומרא דהו״ל לאסוקי אדעתיה פשיטא שאסו״מ שהזיקו בתר דנייחי גריעי מסתם בור שנעשה בידים, דסו״ס הך כריה גריעא מכריה בידים, ופשוט״.

ד. יש שביארו [בר׳ נחום אות עט בשם חכם אחד וכן הוא בעוד מקומות] את עומק מחלוקת רש״י ותוס׳ במחלוקת דלעיל [שיעור 1] בגדר חיוב נזיקין. דפליגי בגדר חיוב נזיקין האם יסוד החיוב הוא ע״ז שלא שמר וכששמר כדין ליתא להמחייב, או דיסוד החיוב הוא על מעשה ממונו ושמירה הוי פטור. דרש״י ס״ל דהמחייב הוא הפשיעה בשמירה ומשו״ה אין כל קולא בזה דכח אחר מעורב בו, דסו״ס רמי עליה לשמור את אשו והפשיעה דידיה היא שגרמה להיזק, וכמו״כ יש בזה חומרא דהו״ל לאסוקי אדעתיה שהרוח תוליך את האש, אכן התוס׳ ס״ל דיסוד החיוב הוא משום מעשה ממונו ולהך צד מסתבר דכח אחר מעורב בו הוי קולא, דבכה״ג לא נעשה ההיזק ע״י המזיק עצמו אלא בהצטרפות הרוח שאינה ממונו.

והנה, ביאור זה שרש״י ס״ל כמו צד א׳ בחקירה דלעיל, מדויק בדבריו בכמה מקומות: 1. במשנה לקמן ט׳ ע״ב ״כל שחבתי בשמירתו הכשרתי את נזקו.״. וברש״י שם בפירוש א׳: ״שחבתי בשמירתו - שנתחייבתי לשומרו. הכשרתי את נזקו - כלומר אם הזיק הכשרתי וזימנתי אותו היזק שלא שמרתיו יפה״. 2. [העירני הת׳ (בתשע״ח, היום הרה״ת) זעליג שי׳ פלדמן] בכתובות דף מא

עמוד א יש מחלוקת האם פלגא דנזקא של שור תם הוא ממונא או קנס. דלמ״ד ממונא הוא משום דסתם שוורים לאו בחזקת שימור קיימא. ופירש רש״י: ״לאו בחזקת שימור קיימי - אם לא ישמרום בעלים שלא יזיקו [אינם בחזקת משתמרים מאליהם שלא יזיקו] אלא מזיקין אפי׳ ניזקא דלאו אורחיה הלכך על מרייהו רמיא לנטורינהו וזה שלא שמרו בדין הוא דלישלם כולה אלא דרחמנא חס עליה ומיהו מה שמשלם בדין משלם״.

ב

תוס׳ מוכיח מסוגיין שעונשין ממון מן הדין, ואילו המכילתא ס״ל שלא. במשנה למלך [פ״ב מנזירות ה״יז דן האם אין עונשין מן הדין רק בק״ו או גם בבמה מצינו. מתוס׳ שמוכיח מהמשנה שבפשטות עוסקת בלימוד של במה מצינו מוכח שגם בו אומרים אין עונשין מן הדין.

להבין מה הסברא לומר שבממון עונשין מן הדין, יש להקדים הטעמים שנאמרו בדין אין עונשין מן הדין: א) כיון שהקל וחומר הוא היקש שכלי ואדם דן קל וחומר מעצמו חוששים לענין עונש אולי יש איזו פירכא על הקל וחומר [הליכות עולם]. ב) כיון שהלמד חמור מן המלמד היא הנותנת שלא תועיל לו הכפרה בעונש של המלמד הקל ממנו [מהרש״א סנהדרין סד, ע״ב]. ג) גזרת הכתוב היא שלמדנו מאחותו [רא״ם פרשת שמיני].

ובלקח טוב כלל ב׳ שטעם הראשון שייך גם בממון, טעם השני לא שייך בממון, כיוון שלא שייך חייבו יותר ממה שהזיק, ועוד שעכ״פ בכלל מאתיים מנה, ואין לפוטרו ממנה משום האפשרות שהוא חייב מאתיים. ולטעם השלישי יש לדון שהוא בכלל הגזרת הכתוב.

לקח טוב [כלל ב]: ״...ואולם בהסברת המחלוקת הנ״ל שבין המכילתא והש״ס דידן נלענ״ד דלטעמייהו אזלי וזה עפמ״ש התוס׳ בב״ק ד״ב ע״א ד״ה ולא זה וז״ל וקצת קשה דמשמע (כאן) דעונשין ממון מה״ד ובמכילתא תניא כי יפתח וכי יכרה אם על הפתיחה חייב על הכרי׳ לא כ״ש אלא ללמדך שאין עונשין ממון מה״ד. ומיהו בפרק הפרה דריש לי׳ לדרשא אחרינא שעל עסקי פתיחה וכרי׳ באה לו או להביא כירה אחר כורה שסילק מעשה ראשון עכ״ל. והנה מבואר בדבריהם אלה דיש מחלוקת בין המכילתא והש״ס דידן דהמכילתא סוברת דא״ע ממון מה״ד ולש״ס דידן עונשין ממון מה״ד. והנה בהא דאעמה״ד יש ג׳ טעמים נודעים א׳ שהמדה מסורה כך. ב׳ דכיון דהלמד בק״ו חמור תמיד מן המלמד ע״כ אולי אינו מתכפר בעונש אשר למלמד וצריך עונש החמור יותר וכיון שאין מתכפר בעונש אשר למלמד לכן אין להענישו בחנם שתכלית כל עונש הוא רק לכפרת החוטא וכמבואר הטעם הזה במהרש״א בסנהדרין ע״ש. ג׳ דשמא יש פירכא על הק״ו. והנה להטעם דהמדה מסורה כך י״ל דבממון עונשין מה״ד דממון אינו נקרא עונש ולא נמסרה מדת אעהמ״ד על ממון וכנראה מרש״י חגיגה די״א ע״ב ד״ה לבתו דדיני ממונות אינם בכלל עונשין עש״ה. וכן להטעם שהלמד חמור מן המלמד גם הטעם הזה אינו שייך בממון דמה תאמר דכיון שהלמד חמור מחויב יותר ממון דעכ״ז הלא גם סכום הנלמד בק״ו בכלל החיוב ויש בכלל מאתים מנה ותו דממון הוא לתשלומין ולא לכפרה וא״כ לא שייך כלל הטעם הנ״ל משא״כ לטעם דשמא יש פירכא שפיר אין מוציאין ממון מספק וכ״ז נודע ומפורסם באחרונים...״.

וברש״י מסכת חגיגה [יא ע״ב]: ״אין מזהירין מן הדין, ואין עונשין מדין קל וחומר, דיני ממונות, ומצות עשה והלכות עבודה ופסולי קדשים - אתה למד בקל וחומר, אבל לא אזהרות ועונשין״. משמע מדבריו שהסיבה שבממון דנין ק״ו הוא משום שלא נחשב עונש.

ובלבוש מרדכי תניינא ועוד מחברים תלו הספק האם עונשין ממון מן הדין בגדר חיוב נזקי ממון, דאם הוא משום שפשע באי שמירתו אזי התשלומין הם בגדר עונש ואין עונשין מן הדין. אם הוא משום שממונו הזיק הרי חייב להשלים לחברו מה שהחסיר לו ואין זה בגדר עונש ושפיר מחייבים

מן הדין. אמנם לא אתי שפיר: א. לשון תוס׳: ״דמשמע **דעונשין** ממון מן הדין״. ב. לפי זה רש״י בחגיגה שס״ל שממון לא הווה עונש לא תואם שיטתו כאן שבנזיקין הוא עונש על אי השמירה.

אמנם, בחידושי הרשב״א לקמן ע״ב פליג על תוס׳ בביאור המכילתא:

״ואי קשיא לך דמשמע דאין עונשין מן הדין אף בנזיקין וכדאמרי׳ במכילתא תניא כי יפתח איש בור או כי יכרה אם על פותח חייב על כורה לא כ״ש ללמדך שאין עונשין מן הדין, מסתברא לי דלא אמרו כן אלא בנזקי בור מפני שהוא חדוש 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 דהיינו חלל הבור ואין עונשין מדין כזה שאין לך בו אלא חדושו אבל שאר נזיקין שממונו הולך ומזיק עונשין בהן מן הדין, וכן אמרו בגמ׳ באוקמתא דרב יהודה דמפרש אליבא דשמואל שור לקרנו ומבעה לשנו מאי לא ראי זה כראי זה כו׳ ולאו ק״ו הוא ומה שן שאין כונתה להזיק חייבת קרן שכונתה להזיק לא כ״ש, וכן במתניתין דקתני לא ראי זה כראי זה משמע נמי דעונשין מן הדין דלא אמר אלא שאין ללמוד את הקל מן החמור הא חמור מן הקל ילפינן״.

סימן ג׳

א

תנן [שבת ס״ז ע״ב]: ״היודע שהוא שבת ועשה מלאכות הרבה בשבתות הרבה חייב על כל אב מלאכה ומלאכה, העושה מלאכות הרבה מעין מלאכה אחת אינו חייב אלא חטאת אחת״.

ובפירוש הא דתנן שחייב על כל מלאכה ומלאכה **פירש״י** [שם ד״ה אב מלאכה]: ״אב מלאכה דנקט לאו למעוטי תולדות דהוא הדין לתולדות ובלבד שיהו תולדות דשני אבות, אלא למעוטי היכא דהוו ב׳ תולדות דאב אחד או אב ותולדה שלו, דאינו חייב אלא אחת, כדקתני סיפא העושה מלאכות הרבה מעין מלאכה אחת שתי תולדות של אב אחד אינו חייב אלא חטאת אחת דהרי הוא כעושה וחוזר ועושה בהעלם אחד ואין חילוק חטאות בהעלם אחד אלא בגופי עבירה שאינן דומין או בחילוק שבתות לענין שגגת שבת״.

היוצא מכאן: א. דאם עשה כמה אבות בשגגת מלאכות, היינו שלא ידע שמלאכות אלו אסורות, חייב על כל אב ואב, וזהו דתנן ״חייב על כל אב מלאכה ומלאכה״. ב. פירש״י דה״ה אם עשה תולדות של כמה אבות שחייב על כל אחד ואחד. ג. עשה אב ותולדתו או שתי תולדות של אב אחד אינו חייב אלא אחת, והוא דתנן בסוף המשנה ״העושה מלאכות הרבה מעין מלאכה אחת אינו חייב אלא חטאת אחת״.

והנה על דין ב׳ הנ״ל שפרש״י אם עשה שתי תולדות של שתי אבות חייב שתיים, הרי הדבר מפורש [בסוגיין בב״ק ב׳ ע״א ובשבת צ״ו ע״ב]: הגמ׳ שואלת כיון שחייבים גם על אב וגם על תולדה ״אמאי קרי לה האי אב ואמאי קרי לה האי תולדה? נקפא מינה דאי עביד שתי אבות בהדי הדדי אי נמי שתי תולדות בהדי הדדי מיחייב תרתי ואי עביד אב ותולדה דידיה לא מיחייב אלא חדא״. ופרש״י [שבת שם] ״שתי אבות דלא דמיין **ושתי תולדות דשתי אבות**״.

וא״כ מפורש בב״ק ובשבת הא דפרש״י במשנה דשתי תולדות דשני אבות מיחייב תרתי כמ״ש בגמ׳ ״אי נמי שתי תולדות בהדי הדדי [ופרש״י - שבת שם - דשתי אבות] מיחייב תרתי״.

ב

והנה, כתב **הרמב״ם** [הלכות שגגות פ״ז הלכות ה׳ ו׳]: ״העושה אב ותולדותיו בהעלם אחת, אינו חייב אלא חטאת אחת, ואין צריך לומר העושה תולדות הרבה של אב אחד שאינו חייב אלא חטאת אחת. עשה תולדה של אב זה ותולדה של אב זה בהעלם אחת, יראה לי שהוא חייב שתי חטאות״.

ובכס״מ שם על הפסקא ״יראה לי שהוא חייב שתי חטאות״ מקשה: ״מצאתי כתוב שנשאל ה״ר אברהם בנו של רבינו למה אמר יראה לי והלא גמרא ערוכה בריש ב״ק מאי איכא בין אב לתולדה נ״מ דאי עביד שני אבות בהדי הדדי א״נ שתי תולדות בהדי הדדי מיחייב תרתי א״כ מאי יראה לי דקאמר. והשיב לא אמר בגמרא שתי תולדות של שני אבות ולפיכך אמר יראה לי שאפשר לומר דהאי דאמרינן בגמרא שתי תולדות של אב אחד לאו אליבא דהלכתא ואפשר שנתעלם זה המקום ממנו ז״ל בעת שכתב יראה לי ומ״מ הדין אמת ואליבא דהלכתא עכ״ל. ואני שמעתי ולא אבין מ״ש שאפשר לומר דהא דאמרינן בגמרא שתי תולדות של אב אחד שהרי מק״ו יש לחייב על שתי תולדות משני אבות״.

זאת אומרת, ידוע הכלל שהרמב״ם בכתבו ״יראה לי״ מתכוון לחידוש משלו, ואם כן לא מובן דהלא זו גמ׳ מפורשת, ואינו חידוש שלו. וע״ז מתרץ בנו שאולי סבר בפירוש הגמרא שסוברת שעל שתי תולדות מאב אחד יהיה חייב על כל אחת ואחת, והגמ׳ דלא כהלכתא, וממילא לרמב״ם אין מקור לדין זה ולכן כתב יראה לי; ומוסיף רבי אברהם בן הרמב״ם שאולי נתעלמה ממנו גמ׳

זו. אלא שעל תירוצו הראשון מקשה הכס״מ שלכאורה זה ק״ו, כיוון שאם הגמ׳ סוברת שאפי׳ בשתי תולדות מאב אחד חייב על כל אחת ואחת, ק״ו שעל תולדות משתי אבות יתחייב על כל אחת ואחת, והדרא קשיא לדוכתא דלא הווה ליה למימר יראה לי.

הלחם משנה [שם] מתרץ על קושית הכס״מ: ״ולי נראה שאין זו קושיא דכיון דדברי הגמ׳ הוי דלא כהלכתא בשתי תולדות מאב אחד חייב, אע״ג דכ״ש שתי תולדות משני אבות, אין ראוי ללמוד מהם, דהוי דלא כהלכתא, ולכך שייך בכאן לשון יראה לי. כלומר אע״ג דדברי הגמ׳ אינם כהלכה היינו כשהם תולדות מאב אחד, אבל כשהם תולדות של שני אבות לא נדחה בזה דברי הגמ׳, וזה רמז בנו של רבינו ז״ל בדבריו במ״ש והם דלא כהלכתא״. עכ״ל הלח״מ.

אמנם, עדיין צריך להבין להבנה זו [תי׳ רבי אברהם בן הרמב״ם ע״פ הלחם משנה]: א. מה סברת הגמ׳ בב״ק [לתירוץ הר״א בן הרמב״ם] שאם עשה כמה תולדות מאב אחד יהיה חייב על כל אחת ואחת? ב. מה הכריח את הרמב״ם ללמוד כך את הגמ׳, [ודלא כהפשט הנפוץ שהגמ׳ איירי בשתי תולדות של שני אבות]? ג. מה מקור הרמב״ם שגמ׳ זו דלא כהלכתא? ד. הרמב״ם כותב ״ואין צריך לומר העושה תולדות הרבה של אב אחד שאינו חייב אלא חטאת אחת״. וצריך ולהבין מדוע זה יותר פשיטא מהדין הקודם שלכן כותב ואצ״ל.

ג

והנה אנו מוצאים ביאורים נוספים ברמב״ם אבל לכאורה לא יתיישבו בלשונו:

1. **מהר״י קורקוס** כתב [הובא בכסף משנה שם]: ״...שיש לדחוק שכתב כן רבינו מפני שיש תולדה דשייכא לשני אבות ואם התרו בו משום זה או משום זה חייב כגון משמר דאי אתרו ביה משום בורר חייב ומשום מרקד חייב והשתא אם עשה תולדה מאחת מאלו השני אבות ועשה גם תולדה זו דשייכא לאב של התולדה האחרת ולאב אחר גם כן סד״א שלא יתחייב אלא אחת כיון ששתי התולדות מאב אחד הם קמ״ל כיון שאחת מהן שייכא גם לאב אחר חייב שתים ושדינן זו בתר האב האחר והרי הם של שתי אבות. מ״מ דוחק לפרש כן דלא הוה סתים רבינו. והיותר קרוב אצלי שלא היה גורס בגמ׳ א״נ שתי תולדות בהדדי הדדי ולכך כתב יראה לי עכ״ל״.

2. **בחידושי ר׳ אריה לייב** רוצה לומר שיש שתי אפשרויות איך ללמוד זה שהתורה חידשה שחייבים גם על התולדות: התורה נתנה שם מלאכה על כל תולדה, או שהתולדות נכללות בשם מלאכה שיש לאבות. והרמב״ם מחדש כאופן הב׳ ולכן כתב יראה לי, כיוון דזה חידושו, ועיי״ש שמביא נפק״מ לזה.

וקשה על ביאוריהם, דלכאורה אין נראים ביאורם בלשון הרמב״ם, דאם כן הווה לפרש. וכן קשה לשנות הגירסא וכדברי הר״י קורקוס, וכמו שכתב **בשו״ת רבי בצלאל אשכנזי** [לבעל השיטה מקובצת, תלמידו של הרדב״ז וחבירו של האר״י הק׳] [סימן לח]: ״וכתב הרב ז״ל בה׳ שגגות פרק ז׳ וז״ל העושה אב ותולדותיו בהעלם אחד אינו חייב אלא חטאת אחת ואצ״ל העושה תולדות הרבה של אב אחד שאינו חייב אלא חטאת א׳ עשה תולדה של אב זה ותולדה של אב זה בהעלם אחד יראה לי שהוא חייב שני חטאות עד כאן. ונשאל הרב רבי אברהם החסיד ז״ל בנו של הרב ז״ל למה אמר אביו ז״ל יראה לי והלא גמר׳ ערוכה היא בריש בבא קמא נפקא מינה דאי עביד שתי אבות בהדי הדדי א״נ שתי תולדות בהדי הדדי מחייב אכל חדא וחדא ואילו עביד אב ותולדה וכו׳ ולא נהירא תשובתו וכמו שכתוב בכסף משנה והעלה שם דהיותר קרוב שלא היה גורס בגמר׳ אי נמי שתי תולדות בהדי הדדי ולכך כתב יראה לי. ואין דרכנו לתרץ לשון הרב ז״ל בחילוף גירסא אי לא אשכחן לה בשום ספר כתיבת יד והכא לא אשכחן שינוי בזה בספרים וכל שכן דגרסינן נמי הכי בשמעתין בפרק הזורק...״.

וכן לכאורה קשה לתרץ מה שהרב אברהם בן הרמב"ם תירץ שאולי נתעלמה ממנו גמ' זו, דסו"ס קשה לומר זה על הרמב"ם ובמיוחד "גמ' ערוכה בריש בבא קמא".

ד

ואולי י"ל בדרך אפשר כתירוצו הראשון של ר"א בן הרמב"ם. ובהקדם ביאור בדברי הגמ' וההלכה דאי עביד אב ותולדה דידיה לא מיחייב אלא חדא.

דלכאורה מצינו בזה שני אופנים בהסברת דין זה שאינו חייב אלא אחת: 1. כיון ששניהם מעין אותה מלאכה הוי ליה כאילו עביד אותה מלאכה פעמיים בהעלם אחד. וכך פירש **רש"י** [שבת ס"ח] "דהרי הוא כעושה וחוזר ועושה בהעלם אחד".2. כיוון שהתולדה היא פרי של האב לכן כשעביד האב לא מיחייב אתולדה דידיה, וכדלקמן:

דהנה **רש"י** [בב"ק דף ב' ע"א ד"ה לא מיחייב אלא חדא] פירש: "אאב מלאכה אבל אתולדה דידיה לא מיחייב". חזינן מכאן דבר פלא, שאין הפירוש שמתכפר בחטאת אחת על שני מעשי העבירה [וכמו שפירש רש"י בשבת דהרי הוא כעושה וחוזר ועושה], אלא דמיחייב רק על האב ולא מיחייב על התולדה. וצ"ע מה סברתו ומניין דייק כך. [וכן כתב **מהר"י כץ** - הובא בשטמ"ק - אאב מיחייב אתולדה לא מיחייב].

והנפק"מ בין הפירושים כתב **בהגהת פורת יוסף** [ב"ק] על רש"י זה, דלפי דבריו אם הביא קרבן על התולדה הוי חולין בעזרה וצריך להביא חטאת אחר על האב ובזה פוטר את התולדה.

ובתוצאות חיים [להגר"מ זעמבא הי"ד] ביאר שיטת רש"י בב"ק, דלכאורה מאי שנא מאוכל שני זיתים בהעלם אחד דמחייב קרבן אחד על שני מעשי העבירה משא"כ כאן? ופירש דשני זיתים שאני דהחיוב על שני זיתים באים בשוה וכשמביא קרבן על האחד נפטר גם על השני, משא"כ באב ותולדות שהחיוב הוא על האב והתולדה דומה לאב במקצת [עיין ביאור אדה"ז בסי' ש"א בתחלתו], ס"ל לרש"י דבטלה התולדה אצל האב ואין חיוב על התולדה אלא רק על האב. וההסברה בזה כיון שהתולדה באה מחמת האב והיא תוצאה שלו לכן כשעשה אב ותולדתו בטלה התוצאה [התולדה] אצל האב ובמילא מביא הקרבן רק על האב.

ובזה מחלק התוצאות חיים דיש הבדל בין אם עשה האב קודם התולדה דאז התולדה בטלה וכנ"ל ובין אם עשה התולדה קודם וכבר נתחייב עליה חטאת דשוב לא יפקע החיוב למפרע כשיעשה האב אח"כ. וא"כ לפי דבריו בדוקא כתבה הגמ' אב ותולדתו לאפוקי מתולדה ואח"כ אב.

והנה לפענ"ד, נראה פשוט שלפי ההסבר הנ"ל בדברי רש"י בב"ק צ"ל שאם עשה שתי תולדות של אב אחד אין מה שיפטרנו ושפיר יהי' חייב על שתיהם. דדוקא אם עשה אב ואח"כ תולדתו פטור כיון דהאב מבטל התולדה, מה שאי אפשר לומר בשתי תולדות של אב אחד, דשתי תולדות לא פוטרות אחת את השניה דהרי יש בזה מה שאין בזה, וכל אחת שונה מחברתה במשהו ולא כלולה בה, וכמו שגם אם עשה תולדה ואחר כך אב חייב שתיים לפי מה שנתבאר בתוצאות חיים. ואם כנים הדברים, נראה דרש"י בב"ק דייק את שיטתו על פי שני דיוקים:

א. דיוק הר"א בן הרמב"ם, מזה דהגמ' לא פירטה דהוה תולדות של שני אבות אלא "א"נ שתי תולדות בהדי הדדי". ולמד רש"י בב"ק, שזה כולל שתי תולדות מאותו אב, בנוסף לשתי תולדות של שני אבות. ב. מהמשך דברי הגמ' "ואי עביד אב ותולדה דידי' לא מיחייב אלא חדא". דמזה שלא דייקו שא"נ אי עבד שתי תולדות מאותו אב [כדדייק ברישא א"נ] ס"ל שאב ותולדתו דייקא דבזה דוקא האב פוטר התולדה ולא תולדה את התולדה השניה.

ובזה נראה לבאר ההבדלים בין פירש״י במס׳ שבת לפי׳ במס׳ ב״ק, דבמסכת שבת פירש דמ״ש ״א״נ שתי תולדות בהדי הדדי״ דהוו שתי תולדות משני אבות, ואילו במס׳ ב״ק לא פי׳ כלום. ולאידך בב״ק פי׳ דחייב על האב כנ״ל מה שלא פי׳ במס׳ שבת. ונראה לומר כנ״ל, דבמס׳ ב״ק למד רש״י שהפטור של תולדה במקום אב הוא כפי אופן ב׳ הנ״ל שהאב פוטר התולדה, וכדדייק רש״י דמחייב אאב, ולכן לא פירש דהוו תולדות של שני אבות, כיון שלפי פירושו שם חייבים שתיים גם על שתי תולדות של אותו אב. וההכרח לפרש כך הוא כנ״ל מדיוקי הגמ׳. ואילו במס׳ שבת פי׳ רש״י כפי פשט לשון המשנה בכלל גדול ששתי מלאכות מעין אחת חייבים רק אחת כיון דסיבת הפטור הוא כאופן הא׳ הנ״ל דהווה כעשה אותה מלאכה ב׳ פעמים. ולכן פירש רש״י [שם דף צ״ו ע״ב] דהוא בשתי תולדות משני אבות, ולאידך גיסא לא פירש מה שכתב בב״ק דחייב אאב, וכך פי׳ כיון שהוא פשט משמעות המשנה שבאותה מסכת.

ואין להקשות שיוצא שרש״י ביאר בכל מסכת באופן אחר, דכבר הביאו כלל גדול בשיטת **רש״י**, דאיתא בשו״ת **מהרלב״ח** [סימן מה]: ״ביאור שמעתות ובירייתות וישוב רש״י שלא יקשה מדידיה אדידיה. בהיותי הולך לדרכי דרך הקדש התגוררתי פה חלב יע״א ומצאתי בה אנשים נבונים וחכמים קובעים עתים לתורה ולומדים בכל יום הלכה בפר׳ אלו נערות ולמדתי בחברתם באהבה וחבה ראיתי לזכור פה קצת מהדברים שחדשתי להם... עתה אבאר ע״פ הקדמה אחת ואומר שרש״י ז״ל הוא מפרש ואם כן הוא משתדל לפרש ולבאר הסוגיא שלפניו כפי הפשט ואף על פי שמצד הכרח הדין או סוגיא אחרת בתלמוד הפי׳ שהוא מפ׳ אינו כן עם כל זה אם הפי׳ שהוא מפרש הוא הנר׳ כפי הפשט באותה הברייתא איני חושש לפ׳ כי אם כפי הפי׳ הנר׳ מוכרח מלשון הברייתא עצמה ובתנאי שלא נצטרך לאותו הענין בנדון שלפנינו ואינו מעלה ולא מוריד בסוגיא שלפנינו בין יהיה האמת כדבריו או לא...״. נמצא שלשיטת **רש״י** כל מקום בש״ס מתפרש לפי מה שיותר נשמע במקום הזה, ללא קשר לגמרות אחרות. וכתב על זה **בשדי חמד** [כללי הפוסקים סי ח׳ אות יב] ״... העתקתיו שלפי הנראה הוא כלל גדול ליישב דברי רש״י באיזה מקומות״.

ה

ונראה לומר, דזה פירוש תירוצו של הר״א בן הרמב״ם, דגם הרמב״ם למד הגמ׳ בב״ק ושבת כמו רש״י בב״ק מכח שני הדיוקים הנ״ל. [ואולי גרס כמהר״י כץ דלעיל דמחייב אאב ולא אתולדה], אלא דס״ל דפסקינן דלא כמותן אלא כמו גמ׳ אחרת וכדלקמן.

דהנה, **הרמב״ם בפי׳ המשניות** [פ״ז דשבת] אהא דעושה מלאכות הרבה מעין מלאכה אחת כתב ״הוא שיעשה בשגגה אב מאבות מלאכות עם תולדותיו הנקראות תולדות אינו חייב אלא אחת. ודרך משל וכו׳״ עיי״ש. היינו שפירש המשנה במקרה שעשה ״מלאכות הרבה מעין מלאכה אחת״ - אב ותולדותיו.

והנה המשנה הזו היא אליבא דרבי עקיבא [כריתות ט״ז ע״א] שס״ל כך ורבי אליעזר חולק על זה. ושם פי׳ הרמב״ם בפי׳ המשניות ״שר״ע שאל ממנו שני שאלות: הא׳ במי שעשה מלאכות הרבה מעין מלאכה אחת בשבת אחד כגון שיהיו ד׳ וה׳ מלאכות כולן תולדות אב אחד ושגג באותן תולדות בשבת אחד אם הוא כמו שעשה אבות הרבה בהעלם אחד שחייב על כל אב ואב או אינו חייב אלא אחת הואיל והן מעין מלאכה אחת. השיבו שהוא חייב על כל אחת ואחת לפי שהתולדות לדעת ר״א כאבות דמיין. ולא קיבל ממנו ר״ע וכבר ביארנו בשביעי בשבת כי העושה אב ותולדה דידה בשגגה אחת אינו חייב אלא חטאת אחת וכו׳״

דהיינו שהרמב״ם מסביר את המשנה בכריתות אליבא דר״ע ששתי תולדות מאב אחד או אב ותולדתו הם היינו הך ובשניהם אינו חייב אלא אחת. והוא משום שהם מעין מלאכה אחת וכאילו שעשה אותה מלאכה פעמיים, וכדפרש״י בשבת שם.

ומדוייק בלשון המשנה "מלאכות הרבה מעין אותה מלאכה". שטעם דמחייב רק אחת הוא כיון דהוו כולן מעין אותה מלאכה [ולא כמו שפרש"י בב"ק שכשעשה האב לא מחייב אתולדה דידיה].

וכך מדוייק בלשון הגמ' בכריתות שם דבעא מיני' "אי וולדי מלאכות כמלאכות דמיין" ופירש הרמב"ם ורש"י בכריתות האם כשעשה תולדות הרבה מעין מלאכה אחת האם חייב על כל תולדה כמו שחייבים על כל אב או לא, כיון שהם מעין אותו אב ופשוט לי' לרבי אליעזר דכמלאכות דמיין ולא קביל מיניה.

ונמצא דהרמב"ם ורש"י למדו שסוגיות חלוקות הן: בכריתות [ט"ז] סוברת הגמ' שטעם הפטור הוא משום דהוו שניהם מעין אותה מלאכה. ומטעם זה חייב אחת הן באב ותולדתו והן בשתי תולדות מאותו אב. והסוגיא בב"ק ס"ל שסיבת הפטור של ר"ע במשנה הוא דמכיוון שעשה אב א"א לחייבו אתולדתו שבטילה. וא"כ בשתי תולדות מאותו אב ליכא למימר הכי.

אלא דרש"י למד את סוגיית הגמ' בשבת [צו] כמו שפירש את המשנה בדס"ח, והוא כמו שמשמע בגמ' בכריתות ואילו הרמב"ם י"ל דס"ל שאותה גמ' שנמצאת בב"ק ובשבת צ"ו הם כאופן ב' הנ"ל ופליגי על הגמ' בכריתות.

ו

והנה בתוס' שבת [עה' ע"ב בד"ה הרי אלו] מקשה על דברי הגמ' התם, דס"ל ד"באלו אבות מלאכות" אתא לאפוק' מר"א דמחייב אתולדא במקום אב. ומקשה התוס': "הרי מרישא שמעינן לה דתנן העושה מלאכות הרבה מעין מלאכה אחת אינו חייב אלא אחת. וי"מ דה"ק מעין מלאכה אחת היינו שתי תולדות מאב אחד אבל האב ותולדה דידיה מחייב תרתי קמ"ל".

נמצא דיותר פשוט לפטור שתי תולדות מאשר אב ותולדתו [היפך סברת הר"א בן הרמב"ם בפשט הגמרא ב"ק] וההסבר בזה כמו שכתב בחידושי **הגרש"ש** [ב"ק סי' ב'] דאם עשה שתי תולדות י"ל דשפיר מחייב רק אחד כיון דשניהם נקראים בשם אחד: תולדה של אב פלוני. משא"כ באב ותולדתו דהוו לכאורה שני שמות שם האב ושם התולדה דידי' ובזה קמ"ל שאפי' הכי מחייב רק חדא.

ז

ובזה יובנו דברי הרמב"ם בהל' שגגות "העושה אב ותולדותיו בהעלם אחת אינו חייב אלא חטאת אחת ואין צריך לומר העושה תולדות הרבה של אב אחד שאינו חייב אלא חטאת אחת". ובזה מרמז הרמב"ם דס"ל כסברת התוס' הנ"ל [ודלא כסוגיית הגמרא ב"ק] דהוה יותר סברא לפטור שתי תולדות בקרבן אחד מאשר אב ותולדה דידיה. והוא משום דס"ל כנ"ל שהסברא לפטור בקרבן אחד הוא כיו ששתיהם מעין אותה מלאכה. ואח"כ מוסיף דיראה לי שחייב שתים על שתי תולדות משני אבות, כיון שאין מקור לזה לשיטתו. דהנה על זה שהעושה שתי אבות חייב שתים מקורו במשנה [שבת דס"ז ע"ב ותחילת ס"ח ע"א] ושם מודגש רק שחייב על כל אב ואב ואין מוזכר שם שחייבים על תולדות מאב אחר, רק רש"י מדגיש זאת.

ואם כן מפורש רק שבשתי תולדות מאב אחד חייבים חטאת אחת [מעין אותה מלאכה], ואין מקור מפורש לחייב שתי תולדות משני אבות, כיון שהגמ' בב"ק אזלא שהטעם לפטור אב ותולדה הוא אחר והוא כיון שהתולדה בטלה כנ"ל. והיינו שבגמ' שם מחייבת שתים אפי' על שתי תולדות מאותו אב כיון שאין כאן סיבת הפטור מצד חיוב האב מבטל חיוב התולדה. ואע"פ שא"כ הווה ק"ו דחייב שתים על שתי תולדות משני אבות וכדהקשה בכס"מ, מ"מ כותב הרמב"ם יראה לי, כיון דהגמ' בב"ק [ושבת אליבא דהרמב"ם] חולקת אגמ' דכריתות והיא דלא כהלכתא ולא יכול

להיות מקור לדברי הרמב״ם כנ״ל בלחם משנה. וא״כ א״א להוכיח מהסוגיא הזו דינו של הרמב״ם.
ואתיא שפיר ביאור זה בהסבר הר״א בנו של הרמב״ם.

סימן ד׳

א

לאחר שהגמרא מקדימה שבשבת תולדותיהן כיוצא בהן, ובטומאה תולדותיהן לאו כיוצא בהן, שואלת הגמרא [ב ע״ב]: ״הכא מאי? אמר רב פפא: יש מהן כיוצא בהן, ויש מהן לאו כיוצא בהן״. ובביאור השאלה הכא מאי, מצינו כמה דרכים:

1. **רש״י** [ב ע״ב ד״ה הכא מאי] פירש: ״הכא מאי - תולדות דשבת הוי כאבות תולדות דטומאה לא הוי כאבות והכא תולדות דנזקין מאי מי אמרינן תולדות כיוצא בהן לא שנא אב ל״ש תולדה **אם הזיק משלם או דלמא לא**״. היינו, שהספק הוא האם בכלל חייבים תשלומים על תולדות של נזיקין. [וכן משמע בסוף העמוד ד״ה מאי שנא קרן, לקמן ג׳ ע״א ד״ה מאי שנא רגל ובג׳ ע״ב ד״ה היינו שור]. וצ״ב, דלפי הצד שלא חייבים, למה נקראים תולדות. ויש שרצו לתרץ שנקראו תולדות בגלל החיוב לשמור שלא יזיקו, אע״פ שלצד זה פטורים מתשלום.

אמנם העיר על זה **בחדושי ר׳ שמואל (רוזובסקי)** [בבא קמא סימן א]: ״א. מתני׳, ארבעה אבות נזיקין השור והבור והמבעה וההבער, לא הרי השור כהרי המבעה וכו׳ הצד השוה שבהן שדרכן להזיק ושמירתן עליך וכשהזיק חב המזיק לשלם תשלומי נזק במיטב הארץ. ע״כ. ומבואר בזה חידוש, דהנה משמע ממתני׳ דאף מקמי דילפינן דאיכא חיוב תשלומין בממונו שהזיק, ידענו כבר דאיכא חיוב שמירה על ממונו שלא יזיק, דהא האי ״ושמירתן עליך״ איכלל בהצד - השוה ומינה אתינן למילף לחיוב התשלומין, ומוכח דאיכא חיוב שמירה בפ״ע אף מקמי דיני - ממונות דנזיקין, והיינו משום ״איסור מזיק״. ובאחרונים חקרו בנזקי ממונו, אי ליכא אלא חיוב תשלומין כשהזיק, או דילמא איסורא נמי איכא אפי׳ ירצה לשלם אח״כ, וכתבו בברכ״ש סי׳ ב בשם הגר״ח ז״ל להוכיח מהא דכופרא כפרה דמחוייב כפרה לשמים והיינו מצד האיסור שבו, והרי דאיכא איסור מזיק, דהדין דולא - ישמרנו הוי איסורא. אמנם להנתבאר מוכח ממתני׳ חידוש יותר, דאף קודם שנאמרה פרשת נזיקין ידעינן כבר להאיסור מזיק וכשנ״ת.

והנה בסוגיית הגמ׳ דבעי אי תולדותיהן כיו״ב או לאו, פרש״י (ב ב) וז״ל, והכא תולדות דנזקין מאי, מי אמרינן תולדות כיוצא בהן וכו׳ ואם הזיק משלם או דלמא לא עכ״ל. ומשמע מדבריו דאי לאו כיו״ב פטור לגמרי, ותמהו עליו (עי׳ בחי׳ הגרי״ז ריש נזקי ממון) דאם על התולדות ליכא חיובא כלל, א״כ לענין מאי נקראו תולדות, והלא זה שמעינן ממתני׳ דאבות מכלל דאיכא תולדות, וצ״ב. ובפשוטו היה צ״ל בזה דלגבי איסור מזיק איקרו תולדות, דאע״ג דפטור מלשלם אתולדה מ״מ חייב בשמירתה לכתחלה שלא תזיק. אולם להנתבאר אין לומר כן, דלגבי חיוב שמירה לא בעי׳ למילף כלל תולדות מאבות, ואי״צ בזה לדין תולדה, דהא במתני׳ מוכח דאפי׳ אי לא ילפינן חד מחברי׳ לענין חיוב תשלומין מ״מ חיוב שמירה שפיר איכא וכנ״ל, וא״כ אפי׳ אי ליכא דין תולדה ולא ילפינן לה מאב דידה מ״מ איכא איסור מזיק וחייב בשמירתה, והדק״ל למאי איקרי תולדות, וצ״ע״.

גם **בחדושי ר׳ נחום** העיר על ביאור זה דלא משמע כמוהו. והוסיף להקשות דמשמע במשנה שאם לומדים במה מצינו שפיר אפשר לחייב. ויצא לבאר שאם היא תולדה לא שייך ללמוד מבמה מצינו, דעצם זה שהיא תולדה של האב מראה שהיא בכלל האב. אלא דלצד שהיא לאו כיוצא בהן, עצם זה שהתורה לא כתבה תולדה זו מפורשת בתורה הרי זו הוכחה שפטורים עליה: ״הכא מאי וכו׳, ברש״י ביאר את ספק הגמ׳ וז״ל והכא תולדות דנזקין מאי מי אמרינן תולדות כיוצא בהן לא שנא אב ל״ש תולדה אם הזיק משלם או דלמא לא עכ״ל, ומבואר מדבריו דלהצד דתולדותיהן לאו כיו״ב ליכא חיוב ממון בתולדה כלל. ודבריו צ״ע האיך אפ״ל דליכא חיוב ממון בתולדות הא

מדקתני אבות מכלל דאיכא תולדות, ואי נימא דליכא חיוב ממון בתולדה תיקשי לענין מה קרינן להו תולדות.

ומבארים העולם דגם להך צד דליכא חיוב ממון בתולדה איכא נפק״מ בדין התולדה לענין איסור נזקין... ועד״ז י״ל בנו״א דאיכא נפק״מ לענין דהבעלים חייב בדיני שמים...

אמנם כל הנ״ל הוא דוחק גדול, דבפשוטו נראה דהא דאמרי׳ מדקתני אבות מכלל דאיכא תולדות קאי על עצם החיוב, ולא משמע דכל דין אבות ותולדות נא׳ רק לענין איסור מזיק או לענין חיוב בדיני שמים.

וע״כ נראה לבאר את ד׳ רש״י באופ״א, דהנה בעיקר ספק הגמ׳ אי תולדותיהן כיו״ב או לאו כיו״ב מקשים העולם (עי׳ פנ״י ונחל״ד) דמד׳ המשנה מוכח דתולדותיהן כיו״ב, דהא במשנה מבואר דאלמלא הפירכות הוה מצי׳ למילף לכל הד׳ אבות נזיקין מהדדי ע״י במה מצינו או במה הצד, ולכאו׳ אלמלא דכתבה התורה לכל האבות הוה חשבי׳ לאותם דכתיבי אבות ולאותם דלא כתיבי תולדות, וא״כ מדהקשה התנא דנכתוב חד ונילף לאידך מיניה מוכח דתולדותיהם כיו״ב ואיכא חיוב ממון בתולדה[ובנחל״ד כתב דקו׳ זו הוק׳ להרי״ף ומה״ט מיאן בפרש״י ופי׳ לסוגיין באופ״א]. ועד״ז יש להק׳ לאידך גיסא היכי קס״ד דתולדותיהן לאו כיו״ב, הא במתני׳ מבואר דמצי׳ למילף לכ״א מהאבות מחבריה ע״י במה מצינו או במה הצד, וא״כ הכ״נ מצי׳ למילף לכל תולדה מהאב דילה ע״י במה מצינו, ומ״ט לא נחייב לכל התולדות מדין במה מצינו, וצ״ע.

והנה מד׳ האחרונים הנ״ל נראה שהבינו דהמקור לחיוב תולדה הוא במה מצינו מהאב דילה, אולם לענ״ד נראה דבתולדה א״צ להמידה של במה מצינו, דתולדה הויא בכלל האב ועצם זה שהיא תולדת האב גורם חיוב, אלא דמאחר ותולדה ל״ה ממש כהאב מבע״ל אי תולדותיהן כיו״ב או לאו, ושורש הספק הוא האם הדין תולדה מכריח שדינה כהאב או דלמא מאחר שהתולדה גריעא מהאב א״כ דינה לאו כיו״ב. ומה״ט נראה דגם בגונא דאיכא קולא ופירכא בהתולדה ול״ש ללמדה מהאב דילה ע״י במה מצינו מצי׳ לחייבה בתורת תולדה, דתולדה הויא ממש בכלל האב וא״צ לילפותא דבמה מצינו.

ולפי״ז נראה לחדש דהא דאיתא במתני׳ דמצי׳ למילף להד׳ אבות זמ״ז אינו ענין כלל לדין אבות ותולדות, דלמאי דס״ד למילף שור ממבעה וכדו׳ היה שור אב בפ״ע ולא תולדה דמבעה, וממילא גם להצד דתולדותיהן לאו כיו״ב וליכא חיוב ממון בתולדה אכתי מצי׳ למילף לחיובא דשור ממבעה ע״י במה מצינו ואין להוכיח מזה דתולדותיהן כיו״ב...

ואולי י״ל דל״ש למילף חיוב בתולדה ע״י במה מצינו או הצד השוה, דהמידה דבמה מצינו שייכא רק באותם המזיקים שלא נא׳ בתורה ול״ה בכלל הד׳ אבות, דבזה אפ׳ ללמוד לחייבם ולאשווי להו כאבות בפ״ע וכמש״נ, משא״כ בתולדה שהיא בכלל האב א״כ זהו גופא דינה דהיא תולדת האב, ול״ש ללמוד לחייבה ע״י במה מצינו. ומשו״ה גם להצד דתולדותיהן לאו כיו״ב ופטירי ל״ש ללמוד חיוב בתולדות ע״י במה מצינו, דבזה שכתבה התורה להך אב גילתה לנו התורה בפירוש דתולדותיו פטורים, דזהו דין התולדות דתולדותיהן לאו כיו״ב, ומשו״ה א״א למילף לחייבם ממק״א.

ואם כנים הדברים י״ל דבר החדש וליישב את קו׳ העולם ע״ד רש״י האיך אפ״ל דתולדותיהן לאו כיו״ב ופטירי הא א״כ אי״ז תולדה כלל, דלהנ״ל זהו גופא דין התולדה - דהתורה עשאתה כתולדת האב לענין להפטר - דהשם תולדה הוא הנותן שהיא בכלל האב הזה ולא נוכל ללמוד לחייבה משאר האבות ע״י הצד השוה ודו״ק...״.

גם **במהרש"א** [**מהדורה בתרא** מחתן המהרש"א] ביאר על דרך הנ"ל, שעצם העובדה שהתורה לא כתבה את התולדה היא הס"ד שיהא פטור עליה: "גמ' מ"ש קרן דכוונתו להזיק כו' ולעיל התחיל למיבעי אי תולדותיהן לא כיוצא בהן אין להקשות שסותר לקושיא זו שהקשה כאן מ"ש קרן דלעיל סבר דאיכא למימר כיון שאינו מפורש בתורה אף אם דומה לאב מ"מ גזירת הכתוב שלא יהיה כיוצא בו אבל עכשיו הקשה לדברי רב פפא שסבר שיש תולדות כיוצא בהן שאין מפורשין בקרא א"כ גם תולדות דקרן יהיה כיוצא בו וק"ל".

אמנם לכאורה לא ביארו מדוע זה שהתורה לא כתבה בפירוש התולדה תהיה הוכחה לצד שלאו כיוצא בהן שפטורים על תולדה זו, דהרי היא דומה ממש לאב.

עוד יש להעיר, שרבותינו האחרונים שדייקו בעומק הפשט דוגמת המהרש"א ופנ"י וכיו"ב לא העירו את מה שהעירו אחרוני זמנינו [ר' שמואל ור' נחום] מדוע נקראו תולדות אם פטורים לשיטת רש"י. וצ"ל שהביאור פשוט ומובן ואין צורך להעיר על כך.

ואולי י"ל בדרך אפשר, בהקדים שמסקנת הסוגיא היא שכל התולדות כיוצא בהן חוץ מחצי נזק צרורות, דהלכתא גמירי לה, ופירש רש"י שהיא הלכה למשה מסיני.

ואם כן י"ל ששאלת הגמרא תולדותיהן כיוצא בהן או לא מיוסדת על ידיעה זו גופא שיש הלכה למשה מסיני שפוטרת תולדות. ועל זה שאלו האם בכל התולדות יש הלכה לפטור או לא. והשיב רב פפא שאכן יש כיוצא בהן, ורק בחצי נזק צרורות לאו כיוצא בהן, ומשלם חצי נזק מכח ההלכה למשה מסיני.

ואם כן, יש דמיון בין התולדה לאב ולכן נקרא תולדה, אלא שלצד שפטור הוא מכח ההלכה למשה מסיני וללא הסברה.

ומובן שלולי ההלכה צריכים לחייב גם התולדה, וכמו שמשמע במשנה שאם יש במה מצינו שפיר חייב.

ב

2. **ובפני יהושע** קישר את השאלה הכא מאי עם הקדמת הגמרא משבת וטומאה, וביאר ששאלת הגמרא היא שזה גופא מבעיא ליה איזה סוג תולדות יש להביא מהאבות: "... ונראה לי דלא קשיא מידי דודאי אין כוונת הש"ס כאן לענין גוף הדין לידע חיוב ופטור בתולדות דאיך שייך לומר כן כיון דתולדות גופיה אכתי לא ידעינן מאי נינהו מדקאמר מכלל דאיכא תולדות איך שייך לשאול הדין שלהם ואין זה סוגית הש"ס אלא תחילה הו"ל לפרש מאי נינהו תולדות ואז אפשר שהיינו יכולים לפרש בקל מאיזה משנה או ברייתא או מצד סברא א"ו דכוונת הש"ס לאו לענין הדין עדיין אלא היא גופיה מיבעיא ליה שדקדק מלשון המשנה אבות מכלל דאיכא איזה תולדות וקא מיבעיא ליה איזה תולדות יש לנו להביא אם התולדות שהם שווים לאבות מצד המעלה וא"כ בוודאי נאמר שהם כיוצא בהם לדינא כמ"ש הרי"ף והרא"ש וכן הוא בגמרא בהדיא דקאמר מאי שנא קרן דכוונתו להזיק תולדה נמי וכן בכולהו או נאמר תולדותיהם לאו כיוצא בהן לפי שאין לנו להביא שום תולדה השוה להם מצד המעלה אלא פחותים מהם וא"כ גם לענין דינא לא יהיה כיוצא מאבות. על זה שייך שפיר גבי שבת תנן פי' ששם כיוונו לתולדות השוה מצד המעלה לכך הם כיוצא בהם לכלל האבות וגבי טומאה כיוונו לתולדות שאינם שווים מצד המעלה אלא פחותים מהם דמכח האבות קאתי לכן אין דינם כיוצא בהם, הכא מאי אם יש להם תולדות השוים להם או פחותים מהם וכו', כן נראה לי ברור בסוגיית הש"ס.

ועפי״ז מיושב מה שמקשין העולם דנפשוט ממתני׳ דתולדותיהם כיוצא בהן דאי לא תימא הכי למה הוצרך המשנה לפרש לא הרי דכדי שלא תקשה לכתוב חדא ונילף אידך ור״ל שאם לא יכתוב בתורה להדיא יהיה אותו דבר תולדה כמו שפירש״י וא״כ לא תהיה כיוצא בו. אבל לפי מה שכתבתי אתי שפיר דלעולם נאמר תולדותיהן לאו כיוצא בהם והיינו לפי שאינם שווים מצד מעלה כמו אבות וא״כ היא גופיה הוצרך המשנה לפרש ולומר לא הרי שהאבות אינם שווים אחד לחבירו מצד מעלה שאם היו שוין תקשי נכתוב חדא ונילף אידך דאף שיהיה תולדה תהיה כיוצא בה לכך קאמר לא הרי שאינם שוים והוצרכו לכתוב שלא יהיו תולדות דלאו כיוצא בהם ודו״ק. ולפירוש הרא״ש כל שכן דלא קשיא מידי ודו״ק״.

ויש לקשר ביאור זה עם המבואר **בשיטה מקובצת** [ב ע״ב] בשם **תוס׳ הרא״ש** שרב פפא בתשובתו סבר למצוא עוד תולדות שלאו כיוצא בהן מהאבות: ״אמר רב פפא יש מהם וכו׳. נראה לי הא דלא קאמר כולהו כיוצא בהן לבד מצרורות דרגל משום דכשנשאלה שאלה בבית המדרש אם תולדותיהם כיוצא בהם או לא השיב רב פפא יש מהם וכו׳ והיה סבור למצוא תולדות שאינן דומין לאבות מלבד צרורות דרגל דההיא פשיטא דמשנה היא לקמן בפרק כיצד ונשא ונתן בכל התולדות אם ימצא אחת מהם שאינה כיוצא באב כי היכי דשקיל וטרי תלמודא ולא מצא אלא תולדה דרגל״.

ג

3. **וברי״ף** [בבא קמא א ע״א] איתא ביאור חדש: ״גמ׳ מדקתני אבות מכלל דאיכא תולדות תולדותיהן כיוצא בהן או לא פירוש כיון דקיי״ל דנזק שלם ממונא הוא וחצי נזק קנסא הוא ומועד שהזיק משלם נזק שלם מן העליה ותם משלם חצי נזק מגופו בעינן למידע הני תולדות דהני אבות אי כיוצא בהן נינהו דכל מועד מינייהו תולדה דיליה כוותיה ומשלם נ״ש מן העלייה ותם תולדה דיליה כוותיה ומשלם חצי נזק מגופו או דלמא תולדותיהן לאו כיוצא בהן [דף ג׳ ע״ב] ואסיקנא דכולהו תולדותיהן כיוצא בהן בר מתולדה דרגל ומאי ניהו חצי נזק צרורות דהלכתא גמירי לה דלא משלם אלא חצי נזק״.

והסביר **הרא״ש** [פרק א סימן א] את דבריו: ״...היה נראה לו לרבינו יצחק שאם לא מצינו חילוק בתשלומי נזקין לא היה הספר מסתפק. דמהיכא תיתי לן לחלק ביניהו כיון דידעינא מסברא כל תולדות האבות כיון שדומים להן בכל צד למה נחלק בתשלומיהן אלא כיון דחזינא קצת חילוק בתשלומי נזקין בין תם למועד ואף על גב דתרוייהו אבות נינהו העלה על לבו לפשפש ולידע אם התולדות כיוצא באבות״.

והתחבטו כמה וכמה בביאור דבריו. ונראה לבאר כמ״ש **בחידושי רבי נחום** [אות טו]: ״...וע״כ נראה לבאר את דברי הרי״ף ככתבן דכל הספק הוא רק לגבי תשלומי תמות ומועדות, ובישוב מה שהקשינו האיך אפ״ל דתולדה תחשב כקרן תמה הא תולדה הויא אורחיה, נראה שאין כונת הרי״ף לבאר דמבע״ל דלמא התולדה אינה מועדת, אלא כונתו דמאחר דתולדה גריעא מהאב מבע״ל דלמא דין התשלומים דהתולדה הוא רק ח״נ דוגמת מה שמצינו בשור תם. ויסוד הספק בזה הוא, דהנה בפרשת נזיקין מצינו ב׳ מיני חיובים - תשלומי ח״נ בתם ותשלומי נ״ש במועד - והנה בכל המזיקים נתפרש בתורה איזה מינייהו משלמי ח״נ ואיזה נ״ש, אכן לענין תולדות שלא נתפרש דינם ואין הם דומים להאב לגמרי (ולד׳ המכילתא ילפי׳ להו מקרא) יש מקום לדון מהו דין החיוב דילהו, האם תולדותיהן כיו״ב והם מאותם המזיקים דמשלמי נ״ש, או דלמא תולדותיהן לאו כיו״ב וכל חיובם הוא רק ח״נ דוגמת מה שמצינו בקרן תמה. ולפי״ז נראה דהא דמספ״ל דלמא תולדה משלמת ח״נ ל״ה מדין תמות, אלא יסוד הספק הוא דלמא בתולדה איכא ח״נ מטעמא אחרינא - דהתולדה גריעא מן האב וכל חיובה הוא רק ח״נ, ומה שהביא הרי״ף מקרן תמה היינו רק בתורת מקור דמצינו בפרשת נזיקין דין תשלומים דח״נ, דאלמלא שמצינו מושג של ״חצי נזק״ פשיטא

דכל היכא דאשכחן חיוב נזיקין דינו לשלם נ״ש וגם בתולדה כ״ה הדין, אכן מאחר שמצינו בתורה דאיכא מזיקים דמשלמי ח״נ יש מקום להסתפק מהי מידת החיוב דהתולדה [ומד׳ הרי״ף נראה עוד דמבע״ל נמי לענין מגופו, דלצד דתולדותיהן לאו כיו״ב הרי הוא משלם מגופו דומיא דשור תם, וגם בזה יש לבאר כנ״ל, דכיון שמצינו בתורה תשלום גרוע של מגופו מבע״ל מהי מידת החיוב דהתולדה].

ולכאו׳ כל דברינו מבוארים בלשון הרא״ש בסוגיין שהביא את ד׳ הרי״ף והוסיף בזה וז״ל והיה נראה לו לרבינו יצחק שאם לא מצינו חילוק בתשלומי נזקין לא היה הספר מסתפק, דמהיכא תיתי לן לחלק ביניהו וכו׳, אלא כיון דחזינא קצת חילוק בתשלומי נזקין בין תם למועד ואף על גב דתרוייהו אבות נינהו העלה על לבו לפשפש ולידע אם התולדות כיוצא באבות עכ״ל, ומדויק מדבריו דשורש הספק ל״ה דלמא תולדת מועד חשיבא תמה אלא רק דלמא דין התשלומים דידה הוא רק ח״נ דוגמת מה שמצינו בשור תם...״.

ד

וידוע אופן חדש לבאר את דברי הרי״ף, והוא **מהגרי״ז על הרמב״ם**. ויובאו לקמן דבריו **ברחדושי ר׳ נחום** וכן מה שמעיר על דבריו: ״...ויעוי׳ בחי׳ מרן רי״ז הלוי שהאריך בזה, ותורף דבריו דלאחר דילפי׳ מהצד השוה שבהן דכל שדרכו להזיק ושמירתן עליך חייב נמצא שגם באותם המזיקים דכתיבי אין חיובם מחמת התכונות המיוחדות שבכאו״א, אלא משום דדרכן להזיק ושמירתן עליך, ומ״ש בגמ׳ דתכונת המזיק דקרן היא כונתו להזיק ותכונת המזיק דשן היא יש הנאה להזיקו וכו׳ לא קאי על עצם המחייב אלא רק על שם המזיק לענין ההלכות המיוחדות שנא׳ בו לפטור כגון שו״ר ברה״ר וטמון באש וכדו׳, דכל מזיק שיש הנאה להזיקו חשיב שן לענין פטור רה״ר וכל מזיק שכח אחר מעורב בו חשיב אש לענין פטור טמון. וכעי״ז ביאר שם לענין דין תמות בקרן, דלאחר שחידשה התורה דקרן הוי בכלל המזיקין נמצא שעצם החיוב דקרן ל״ה משום דכונתו להזיק אלא משום הצד השוה שבהן, ומ״ש בגמ׳ דקרן כונתו להזיק היינו רק לענין פטור תמות שנתחדש בו, דכל מזיק שכונתו להזיק יש עליו שם קרן ואית ביה פטור תמות עד ג״פ. ולפי״ז ביאר הגרי״ז את ד׳ הרי״ף, דזה הוה פשיטא לגמ׳ דאיכא חיוב ממון בתולדות משום דדרכן להזיק ושמירתן עליך, וכל הספק הוא רק אי חשבי׳ להתולדה כשם המזיק דהאב לענין הפטורים המיוחדים שנא׳ באב, ומה״ט מבע״ל אי תולדת קרן הויא כיו״ב דתם משלם ח״נ ומועד נ״ש, או דתולדה ל״ה כקרן לגמרי ולא נא׳ בה פטור תמות, וכעי״ז מבע״ל לענין תולדת שן, האם תולדת שן הוי כשן לענין פטור רה״ר או דלמא תולדת שן ל״ה כשן והרי היא חייבת גם ברה״ר, ועד״ז יל״פ בכל שאר המזיקין עכת״ד.

והנה מדברי הרי״ף לא משמע כדבריו, דמד׳ הרי״ף נראה דכל הספק הוא רק לענין ח״נ ונ״ש, האם תולדת תם משלמת ח״נ ותולדת מועד משלמת נ״ש או לא, ולפמש״כ הגרי״ז דמבע״ל לענין כל ההלכותיהן נמצא דמש״כ הרי״ף נ״ש וח״נ הוא רק בתורת דוגמא בעלמא, וצ״ע. וביותר יל״ע דמד׳ הרי״ף נראה דגם בשאר המזיקין כגון בור ואש מבע״ל אי תולדותיהן כיו״ב לשלם נ״ש או רק ח״נ, ובזה ל״ש כלל ד׳ הגרי״ז, דהרי בשאר האבות לא מצינו פטור ח״נ והאיך שייך להסתפק בהו אי מחייבי ח״נ או נ״ש.

ובאמת שגם עצם מה שייסד הגרי״ז דלאחר דילפי׳ מהצד השוה דכל דדרכו להזיק חייב אין החיוב בכ״א מהאבות מחמת התכונות המיוחדות שבו אלא משום שדרכו להזיק ושמירתן עליך, אינו פשוט כלל, דלפי דבריו נמצא דאליבא דאמת כל התכונות המיוחדות שבכ״א מהמזיקים נא׳ רק להגדיר את שם המזיק לענין ההלכותיהן, ומד׳ הגמ׳ לא משמע הכי, דלהלן בגמ׳ אמרי׳ ״מ״ש קרן דכונתו להזיק וממונך ושמירתו עליך הנך נמי וכו׳״ ולפמש״כ הגרי״ז דאיירי׳ רק לגבי

ההלכותיהן לא הו״ל לגמ׳ להוסיף לזה דהוי ממונך ושמירתו עליך אלא רק להך תכונה דכונתו להזיק, ומדאמרו בגמ׳ ״וממונך ושמירתו עליך״ משמע דדייני׳ על עצם סיבת החיוב וצ״ע [וכ״מ מד׳ רש״י שביאר את קו׳ הגמ׳ ״מאי שנא קרן״ דכונת הקו׳ היא מ״ש קרן ״דמחייב״, אכן הגרי״ז עצמו שם כתב שמד׳ רש״י האלו מבואר שלא כדבריו, וכל יסודו נא׳ רק בדעת הרי״ף]...״.

סימן ה׳ - אימא במחוברת כולה מועדת היא

א

איתא בסוגין: [ב ע״ב]: ״אלא, מהו דתימא כי פליג רחמנא בין תם למועד - ה״מ בתלושה, אבל במחוברת - אימא כולה מועדת היא, ת״ש: בכור שורו הדר לו״.

ובשיטה מקובצת בשם מהר״י כץ: ״וא״ת כיון דלא אתיא נגיחה דקרן אלא מבכור שורו אם כן לשתוק מצדקיה בן כנענה ולשמעינן בכור שורו. ותירץ דאי לא הוה יליף אלא מבכור שורו הוה אמינא דוקא במחובר משלם נזק שלם בשלש פעמים דאורחיה הוא אבל בתלושה בשלש פעמים הייתי מחייבו כפעם ראשונה דמחובר קא משמע לן קרא דלא פלגינן בין תלושה למחוברת. תוספות מהר״י כהן צדק״.

והנה תוספות [ד״ה אבל במחוברת] הקשו: ״...וא״ת ומהי תיתי אי מתלושה דייה כתלושה אי משאר אבות התינח למ״ד... אבל למ״ד פלגא נזקא קנסא...״. אמנם, רש״י [ד״ה אלא] ביאר הס״ד שדווקא בקרן תלושה יהיה הבדל בין תמה למועדת: ״ה״מ בקרן תלושה דומיא דקרני צדקיה בן כנענה וכגון שאחזה הבהמה הקרן בין שיניה ונגחה דהתם ודאי לא משלם תם כוליה נזק משום דאין דרכה בכך ולא היה לבעלים לשמור מדבר זה״.

ולגבי הס״ד שמחוברת כולה מועדת ביאר: ״אבל מחוברת - דאורחיה הוא אימא כולה מועדת היא - אפילו בתחילה ומשלם נזק שלם״. והנה מד׳ רש״י משמע דלא כתוס׳, אלא דליפינן לפי הס״ד מסברא דכולה מועדת. וצלה״ב מנא ליה לרש״י הא.

ובפני יהושע פירש: ״בד״ה אבל במחוברת דאורחא היא. כוונתו לתרץ קושיית התוספות דמהיכא תיתי נחמיר במחוברת יותר מתלושה דאי מתלושה יליף נאמר דיו ואי משאר נזקין איכא למיפרך מה להנך שכן מועדין מתחילתן, לכך פירש דמחוברת אורחא היא והו״א דגם זה מועד מתחילתו כמו שאר נזקין והוי ילפינן שפיר מינייהו והא דקאמר לקמן דמחוברת אינה מועדת מתחילתה היינו אחר שגילה הכתוב שאין חילוק בינה לתלושה ואינה מועדת אלא בג׳ פעמים פריך שפיר וק״ל ועמ״ש בתוספות בזה:״. אמנם, לכאורה קשה לומר דקרן מחוברת אורחיה לגמרי ואפשר למילף משאר אבות. וגם דאם כן הוי ליה לרש״י לפרש שיליף משאר אבות.

ולכאורה הפירוש ברש״י הוא כמו שביאר **בחדושי ר׳ נחום**: ״...נראה דכונתו דנהי דגם קרן מחוברת ל״ה אורחיה מ״מ איכא חילוק בין מחוברת לתלושה בדרגת השינוי, דבקרן מחוברת כל השינוי הוי רק בזה שאין דרכה להזיק אבל כד אתרמי לה כונת היזק דרכה לעשות כן ע״י נגיחה, משא״כ בקרן תלושה אי״ז אורחה כלל, דגם אם אתרמי לה כונה להזיק אין דרכה להזיק ע״י אחיזת הקרן בין שיניה אלא באופנים אחרים, ולהכי לא היה לבעלים לשמרה מדבר זה...״. ואם כן צ״ב מה המקור של הס״ד שקרן מחוברת חייבת נזק שלם.

ב

והנה, **בשיטה מקובצת** הביא תירוץ **ריצב״א** על קושיית תוס׳: ״אבל במחוברת וכו׳. הקשה ר״י כיון דלא כתיבא מהי תיתי אי מתלושה דיה כתלושה. והרב ר׳ יצחק בר אברהם פירש דלא נאמר דיה כתלושה דטעמא דתלושה דאינה מועדת עד תלתא זימני משום דלאו אורחיה אבל מחוברת כיון דאורחא הוא נחשוב פעם ראשונה כתלושה שלש פעמים קא משמע לן בכור שורו. מ״ר״. ולכאורה תירוץ זה אתיא שפיר בדעת רש״י שלא פירש מנא ליה דקרן מחוברת נ״ש, ולפי זה אתיא בפשטות מקרן תלושה מועדת, ששניהם אותו מזיק היינו קרן.

וצלה״ב: 1. קושיית **הברכת אברהם**, מדוע מיאנו תוס׳ מפירוש זה, דלכאורה פשוט הוא? [עיין בפירושו, דמסיים דאכתי צ״ב].

2. תוס׳ כאן הביא מפירוש ר״ת לקמן [ה,ב] ששתי דעות שם אם קרן אתי מבור וחד מינייהו, הם שתי הדעות [לקמן טו, כתובות מא] האם סתם שוורים בחזקת שימור או לא, שזו המחלוקת האם פלגא נזקא ממונא. ואילו רש״י לקמן כותב שלא איתפרש היכא. וצלה״ב: במאי קאמיפלגי?

3. קושיית האחרונים, **מהריב״ל, מהר״ם** עוד, מדוע תוס׳ האריכו להביא בקושייתם את פירוש ר״ת, ולא הקשו סתמא, דקרן לא אתיא משום דאיכא למיפרך מה לכולהו שכן מועדין מתחילתן [כמו שכתוב בגמרא שם]?

ויש לומר בדרך אפשר, בהקדים מה שנתבאר לעיל בחקירה האם חיובי מזיק הם מצד ממונו שהזיק או מצד זה שלא שמר, שרש״י מחייב מצד שלא שמר ואילו תוס׳ מצד ממונו שהזיק. ומכיוון שלרש״י עיקר החיוב הוא משום שלא שמר, לכן מפרש את ההבדל בין תלושה ובין מחוברת בחיוב בעלים לשמור, שבתלושה אפשר להסביר מדוע משלם רק ח״נ, והוא משום ״דאין דרכה בכך ולא היה לבעלים לשמור מדבר זה״. נמצא, שבתלושה מועדת, ששוב היה לבעלים לשמור [כיוון שהועדה ג׳ פעמים], הווה ממש אותו מזיק של מחוברת. דהרי מכיוון שלס״ד מחוברת הוא לא משונה כמו תלושה, הווה ליה לשמור כמו תלושה מועדת, וכמו שהסביר ריב״א בשיטמ״ק. היינו שבמהות המזיק אין הבדל בין תלושה ומחוברת, שבשניהם השור כוונתו להזיק, ומה שמבדיל ביניהם הוא רק האם זה משונה או אורחיה, שזה מחייב ח״נ וזה נ״ש. ואם כן מחוברת לס״ד הוא ממש כמו תלושה מועדת, ששניהם הם כוונתו להזיק שהיה לו לשמור מדבר זה. וכמובן שאם צריכים לשמור, שוב אין אנו מודדים ומשווים ביניהם איזה מהם היה צריך יותר לשמור.

אמנם, התוס׳ דס״ל שחיוב מזיק הוא משום שהוא ממונו, הרי מכיוון שהיזק בכוונה על ידי גופו [קרן מחוברת] או לא על ידי גופו [תלושה] הם שני סוגי ממון המזיק, אינם יכולים ללמוד אחד מהשני. היינו שאם באנו ללמוד מחוברת מתלושה, הרי אלו שני סוגי מזיק שונים, שזה שהתורה משייכת את מעשה השור בתלושה [שמזיקה עם משהו חיצוני לגופה] הוא לא אותו דבר כמו לשייך מעשה השור במחוברת [שמזיקה עם גופה]. אלא אם כן נלמד מק״ו או במה מצינו, ואזי נאמר דיו לבא מן הדין [כבתוס׳], או שנלמד משאר אבות כהמשך תוס׳. ומתורצת קושיא 1 דלעיל.

והנה, רש״י [כתובות מא ע״א] בפירוש המ״ד שפלגא דנזקא ממונא פירש: ״לאו בחזקת שימור קיימי - אם לא ישמרום בעלים שלא יזיקו [אינם בחזקת משתמרים מאליהם שלא יזיקו] אלא מזיקין **אפי׳ ניזקא דלאו אורחיה** הלכך על מרייהו רמיא לנטורינהו וזה שלא שמרו בדין הוא דלישלם כולה אלא דרחמנא חס עליה ומיהו מה שמשלם בדין משלם״.

היינו שאין הפירוש שחולקים מ״ד בחזקת שימור עם מ״ד דלאו בחזקת שימור האם דרכו להזיק כפירוש ר״ת [כאן ולקמן ה,ב], דהרי פירש שחייב לשמור גם מה שלאו אורחיה. אלא המחלוקת היא האם הם בחזקת שימור או לא. ואפשר לומר דהיינו לשיטתו, שחיוב מזיק הוא על חוסר השמירה, ואם כן אין המחלוקת במהות השור האם דרכו להזיק או לא אלא האם מחוייב לשמור. ואם כן, גם למ״ד שלאו בחזקת שימור קיימא, עדיין אי אפשר ללמוד בדף ה׳ מבור וחד מהנך, כיוון שקרן לאו אורחייהו והוא יותר קל מהם. אלא הגמרא מסבירה את הלימוד מכח החומרא דכוונתו להזיק, שזו חומרא יותר מאשר הקולא שאין מועדין מתחילתן. וזה אומר רש״י שלא אתפרש היכא, היינו שהחומרא שכונתו להזיק גובר על זה שאין דרכו להזיק ולאו אורחיה.

ואילו תוס׳ ס״ל כפי שיטתו, שחיובי מזיק הוא מצד ממונו שהזיק, ואילו השמירה הוא צד להחמיר ולחייב אותו לשמור כיוון שזה ממונו. ולכן פירש מ״ד ממונא, היינו שדרכן להזיק ומ״ד קנסא שאין דרכן להזיק, היינו מחלוקת מהותית בשם ממון המזיק הזה, האם אני משייך אותו לבעלים או לא, כיוון שדרכן להזיק או לא. יוצא שלמ״ד ממונא לא קיימת קולא בקרן מבור וחד מהנך שאין דרכו להזיק, כיון שלמ״ד זה דרכו להזיק, ואדרבא יש לו חומרא שכוונתו להזיק, ושפיר מצי ללמוד מבור וחד מהנך. ומתורצת קושיא 2 דלעיל.

ועיין חידושי מהר״י בן לב, שתירץ קושיא 3 דלעיל, שלולי ר״ת אי אפשר ללמוד קרן מחוברת משאר אבות רק מהסיבה שכוונתו להזיק, דהרי גם תלושה כוונתו להזיק וחייב ח״נ. ולכן מביא מר״ת שמתלושה לא יכולים להוכיח, כיוון שהווה אין דרכה בכך, משא״כ מחוברת שדרכה בכך. והוא כדרכנו לעיל, שמחוברת הוא סוג ממון מזיק אחר שדרכו בכך, ולא יכול ללמוד מתלושה שאין דרכו הכך.

ג

ובחידושי הרשב״א תירץ: ״אבל במחוברת אימא כולה מועדת היא כו׳. ק״ל אדרבה אימא כולה תמה היא לשלם חצי נזק בלחוד דכל לאפוקי ממונא קולא לתובע וחומרא לנתבע [צ״ל חומרא לתובע וקולא לנתבע – אוצר מפרשי התלמוד הערה 70], וי״ל דאדרבה בנזיקין ספיקי דידהו להחמיר כאיסורין, ועוד יש לומר דלפחות מן התלושה אי אפשר דק״ו הוא״,

ופירוש קושייתו, בס״ד ס״ל שקושיית הגמרא הוא שאין מקור לחלק בין תשלומי תמה למועדת איפה שתורה לא חילקה, ולכן הגמרא הקשתה שאימא כולה מועדת. ועל זה מקשה אימא כולה תמה מספיקא דממונא.

ובהסבר תירוצו הא׳, יש לעיין, דהא מצינו בנזיקין דספק ממונא לקולא והמוציא מחבירו עליו הראייה. **ושו״ת חתם סופר** [חלק ב (יורה דעה) סימן רמ]: ״...אמנם בניזקין מילתא אחריתי היא דעיקור ענין נזיקים היא גדר למ״ע ושמרתם מאוד לנפשותיכם ואל תעמוד על דם ריעך וכתיב והיה עליך דמים עיי׳ מסכת מועד קטן דף ה׳ ע״א ושיעור הקדוש ברוך הוא בחכמתו שאם יתחייב התם כך והמועד כך ובור כך ורגל כך וכדומה בזה נגדר הדבר וכל אחד ישמר נזקיו ואם אנו מסופקים אם קרן מחובר די לו בשמירת תם או בשמירת מועד ספיקו להחמיר וכן כל מה שאנו מסופקים בכוונת הקרא צריכים להחמיר מספק איסורא אמנם שוב כל ספק שנולד אחר כך אם היה המעשה כך או כך או אם הלכה כפלוני או כפלוני בזה אזלינן לקולא לנתבע ככל ספק ממונא אף על גב דאית ביה איסורא כנ״ל. ואתי שפיר דברי הרשב״א הנ״ל בעזה״י...״.

וברשימת שיעורים [קלמנסון] מוסיף הסבר, שס״ל לרשב״א כצד החקירה שחיוב התשלום נובע מחיוב שמירה, ולכן מחמירים בחיוב השמירה על האדם ומזה נובע חיוב התשלום.

ד

ובחידושי גרי״ז ביאר על פי דרכו [שנתבאר לעיל], דאחר שנכתבו כל ארבע אבות נזיקין, ואמרינן הצד השווה בהן שדרכן להזיק ושמירתן עליך, מעתה יסוד המחייב אינו משם קרן או שן או רגל, אלא עיקר המחייב הוא מה שדרכו להזיק ושמירתן עליך. וכל החילוקי שמות של שם מזיק כמו בור רגל או שן הם רק להלכותיהן ודיני פטור שבהן.

ולפי זה תירץ שחיוב קרן מחוברת הוא מהצד השווה שדרכן להזיק ושמירתן עליך. ואע״ג דאיכא למיפרך מה לשאר אבות שדרכן להזיק, תלושה תוכיח שחייב אע״פ שאין דרכה להזיק וחייבת. ואין להקשות שיהא חייב במחוברת רק חצי נזק כמו תלושה, דמכיוון ששם קרן לפי הס״ד נאמר רק בתלושה, אזי אין לקרן מחוברת שם מזיק של קרן וממילא אין לה את הפטור של קרן של חצי נזק.

סימן ו׳ – מועד לאדם הוי מועד לבהמה

א

איתא בסוגין [ב ע״ב]: ״מלתא אגב אורחיה קמ״ל, דמועד לאדם הוי מועד לבהמה, ומועד לבהמה לא הוי מועד לאדם״

ובתוס׳ דס״ל לרב פפא שמועד למינו אינו מועד לשאינו מינו, ואם כן מועד לנגוח ג״פ אדם לא הוי מועד לבהמה. ולכן פירש שמועד לאדם הוי מועד לבהמה במקרה דנגח אדם ושור וחמור דהוו ג׳ מינים: ״ומלתא אגב אורחיה קמ״ל - ואפילו לרב פפא דאמר לקמן בשור שנגח ד׳ וה׳ (דף לז.) דמועד לאדם סתמא לא הוי מועד לבהמה היינו דוקא שנגח ג׳ בני אדם דבהכי לא הוי מועד לבהמה אבל נגח אדם ושור וחמור דהוי מג׳ מינים הוי מועד לכל אבל נגח שור וחמור וגמל לא הוי מועד לאדם ואף על גב דלכל בהמה הוי מועד אפילו לרב פפא כדאיתא התם...״.

[והיינו דהיה קשה להתוס׳, דהכא אמר דקמ״ל דמועד לאדם הוי מועד לבהמה, ורב פפא לקמן הא סובר דמועד לאדם לא הוי מועד לבהמה. וע״ז תירצו, דרב פפא מיירי שהיה מועד רק לאדם, ע״י שנגח ג׳ בני אדם, דבזה לא הוי מועד לבהמה, אבל הכא מיירי דנגח ג׳ מינים, ובזה איכא חילוק בין אדם לבהמה, דאם אחד מהג׳ מינים היה אדם, נעשה מועד לכל, ואילו היו רק ג׳ מיני בהמות, לא הוי מועד לאדם].

והנה, מזה שכתבו תוס׳ שאם נגח אדם ושור וחמור הוי מועד **לכל**, משמע דהוי מועד אפילו לאדם, וכן משמע מההמשך שדווקא אם נגח שור חמור וגמל לא הוי מועד לאדם. וכך דייק **הרש״ש**, ומסביר שמקורו של תוס׳ מלשון הגמרא ״מועד לאדם״: ״תד״ה ומילתא אבל נגח שור וחמור וגמל כו׳. מדשבקי לאדם למחשביה בתוכם כבקודם דהיתה רבותא טפי (ועמש״כ בחדושי להרמב״ם פ״י מהל׳ נ״מ ה״ג בס״ד) משמע דבהאי גוונא ה״ל מועד גם לאדם ואולי לשון מועד לאדם דחקם דמשמע דבאמת הוה מועד לאדם אבל הנ״י לקמן שם בשם הרמ״ה חולק בזה וע״ש בהג״ה״.

ובתוספות רבינו פרץ חלק על זה ופירש שיהי׳ה מועד במקרה זה רק לבהמות: ״דמועד לאדם הוי מועד לבהמה. וא״ת תיקשי לרב פפא דאמר לקמן בפ׳ ד׳ וה׳ (דף לז א) דמועד לאדם לא הוי מועד לבהמה. י״ל דהנ״מ כשנגח שלשה בני אדם ולהכי לא הוי מועד לבהמה דהיינו מין אחר, אבל הכא מיירי שנגח שור וחמור ואדם, דכה״ג אפי׳ ר׳ פפא מודה דהוי **מועד לבהמה**, שהרי אפי׳ שור וחמור וגמל מודה ר׳ פפא שנעשה מועד לכל הבהמות כדאיתא לקמן, דאע״ג דמועד למין זה אינו מועד למין אחר מ״מ מהני שני מינין אחרים להשלים ולעשותו מועד לכל הבהמות, וא״כ [כ״ש] היכא דאדם הוי מאחד מן המינין דמהניא השלמתו לעשותו מועד לכל הבהמות כיון דאדם אית ליה מזלא טפי...

ומועד לבהמה לא הוי מועד לאדם. כלומר בהמה אינה משלמת העדאה דאדם שאם נגח אדם ב׳ פעמים ובג׳ בהמה **לא הוי מועד בהני לאדם**, וזהו החידוש שבא להשמיענו...״.

[כמובן שמחלוקתם מביאה הבדל ביניהם האם להסביר מועד לבהמה לא הוי מועד לאדם כמקרה חדש, היינו שלתוס׳ איירי שהזיק ג׳ בהמות, משא״כ לר״פ דמיירי דומיא של מקרה הקודם, שנגח גם אדם וגם בהמה].

וכך כתב **הנמוקי יוסף** [לקמן ל״ז]: ״נגח שור חמור וכו׳. הא דאמרי׳ נעשה מועד לכל משום דילפינן ליה מהעדאה דיומי דכיון דאייעד לתלתא יומי דלא דמו להדדי כמאן דאייעד לכולהו יומי דעלמא דמי הכא נמי כיון דאייעד לתלתא מיני כמאן דהועד לכולהו מיני דמי ומיהו כתב הרמ״ה ז״ל דה״מ לכל מיני בהמות וחיות אבל לאדם דאית ליה מזלא [לעיל דף ב ב] ועוד דכתיב ביה קרא [בראשית ט] ומוראכם וחתכם יהיה וגו׳ לא **ואפילו היכא דהוי אדם חד מינייהו כגון דנגח שור וחמור ואדם לא מצטרפו נגיחות ולא הוי מועד לאדם** ולגבי אדם כחדא נגיחה גרידתא דמי״.

וצ״ב: א. מהי סברת תוס׳ שמכיוון שנגח פעם אחת לאדם יהיה מועד לאדם, היות שיותר קשה לנגוח אדם מאשר בהמה איך יהני צירוף נגיחות הבהמות לאשוויי מועד לאדם? ב. **בחידושי ר׳ שלמה** [סי׳ י״ג אות א׳] הקשה על דעת ר״פ שלא הוי מועד לאדם בנגיחה של אדם שור חמור, היינו שלגבי אדם אנו דנים זאת כמקרה, ואם כן איך נחשב שהתרגל לנגוח לגבי בהמה, הרי יש כאן רק שתי נגיחות שהם לא מקרה?

ב

ותלה **הרב דוד פוברסקי** מחלוקתם במחלוקת האם נגיחות הם סימן או סיבה, היינו האם הם סימן שמגלה את טבע השור או סיבה שעל ידם מתרגל לנגוח, היינו קנין טבע זה בשור. תוס׳ ס״ל שהוא סימן, ובכדי שיהיה סימן שיש לו טבע של נגיחה כלפי בהמה מוכרחים לומר שהוא סימן גם כלפי אדם, שאם נגיחת האדם הוא מקרה אזי אין סימן וראיה גם לנגיחת הבהמות. ואילו ר״פ ס״ל שהם סיבה שעל ידם מתרגל השור ליגח, ונהי דהורגל לנגוח בהמות על ידי נגיחת האדם ונעשה מועד, כיוון דיותר קשה לנגוח אדם עדיין לא התרגל בפעם אחת לנגוח אדם.

שעורי ר׳ דוד: ״קכא)... תוד״ה ומלתא אגב אורחיה קמ״ל, ואפי׳ לרב פפא וכו׳, אבל נגח אדם ושור וחמור, דהוי מג׳ מינים, הוי מועד לכל, אבל נגח שור וחמור וגמל, לא הוי מועד לאדם. ומבואר דסברי התוס׳ דבנגח אדם שור וחמור, הוי מועד אף לאדם [ועי׳ רש״ש].

... ואכן בשטמ״ק ובנימו״י לקמן (דף לז א) כתבו דהוי מועד רק לכל הבהמות, אבל לא לאדם, ומשום דנגיחות דבהמות לא מצטרפי להעדאה לאדם, והוי מועד רק לבהמות.

[ובזה הוי המעלה של אדם מבהמה, דנגיחת אדם מהני לעשותו מועד לגבי בהמה, אבל נגיחת בהמות לא מהני לעשותו מועד לגבי אדם].

וצ״ב בסברת מחלקותם, במאי פליגי התוס׳ והשטמ״ק (ועי׳ ס״ק הבא).

קכב) אי ג׳ נגיחות הוי בירור, או התרגלות

ונראה בביאור פלוגתתם, דפליגי בעיקר דין העדאה, אי הוי בירור, דע״י ג׳ פעמים איגלאי שבטבעו הוא נגחן, או דהוי התרגלות, דע״י ג׳ פעמים מתרגל לנגוח, ונעשה בו עכשיו טבע של נגחן.

דהתוס׳ סברי דדין העדאה הוא דע״י ג׳ נגיחות, הוי בירור בטבע השור דאנו רואים שהוא נגחן, וכמו באשה שמתו בעליה שהוחזקה קטלנית, דהוי נמי בירור למפרע דאיגלאי שהיא קטלנית, וכן במתו אחיו מחמת מילה, וכמו כן בג׳ נגיחות הוי בירור למפרע.

ולכן סברי דבנגח אדם שור וחמור אי נימא דלאדם לא הוי מועד, הרי נמצא דאנו תולין את נגיחת האדם רק במקרה, ולא מחמת שבטבעו הוא נגחן, וא״כ הא ע״י שנגח אח״כ שור וחמור, עדיין אין בירור בטבעו שהוא נגחן, ואף לשור וחמור לא יהיה מועד, וכיון דע״י ג׳ פעמים, צריך ליתן לו דין מועד בטבעו, [וכמש״ל], ע״כ מוכרח דאף לאדם נמי הוי מועד.

אכן בדעת השטמ״ק והנימו״י י״ל דסברי דדין מועד אינו גילוי שהוא נגחן, אלא דע״י ג׳ הנגיחות מתרגל לנגוח ונעשה עכשיו נגחן, וא״כ הרי נגיחתו את האדם הוי נמי נגיחה המרגילו לנגוח, ולכן שפיר סברי דנעשה מועד לכל הבהמות.

אבל לאדם לא הוי מועד, דכיון דנגח אדם רק פעם אחת, אין כאן הרגל לנגוח אדם, דנגיחת בהמות אינם עושים אותו נגחן לאדם, ורק נגיחת אדם עושהו נגחן לבהמות, ולכן הוי מועד רק לבהמות, ולא לאדם״.

אמנם לכאורה יש להעיר בזה, בהקדים מחלוקת **מהר״ם מרוטנבורק** עם **ר״פ**:

דהנה, **בטור** [אורח חיים הלכות תפילה סימן קיד] הביא מחלוקת מהר״ם מרוטנבורק עם רבינו פרץ [והוא מתוך **תשבץ קטן** עם הגהות רבינו פרץ מקורביל]: ״...והר״ם מרוטנבורק היה רגיל לומר בשמיני עצרת ברכת אתה גבור תשעים פעמים עד משיב הרוח ומוריד הגשם כנגד ל׳ יום שאומר אותו ג׳ פעמים בכל יום ועכשיו אם היה מסופק א״צ לחזור וראייתו מפרק כיצד הרגל (כד א) דאמר גבי שור המועד ריחק נגיחותיו חייב קירב נגיחותיו לא כ״ש ה״נ כיון דאחר ל׳ יום אם הוא מסופק א״צ לחזור כ״ש צ׳ פעמים ביום אחד וה״ר פרץ ז״ל כתב לא חזינא לרבנן קשישי דצרפת דעבדי הכי שאין הנדון דומה לראיה דהתם טעמא משום שהוחזק ליגח ואם הוחזק ג׳ רחוקות כ״ש בג׳ קרובות אבל גשם שנתקן בתפלה והדבר תלוי בהרגל לשונו לא אמרינן הכי...״.

ומסביר **בחדושי ר׳ שמעון שקופ** [בבא קמא סימן מ] את מחלוקתם: ״...והנה יש להסתפק בענין העדאת שור שמחזקינן שנעשה איזה שינוי בטבעו ליגח, אם בא שינוי זה ע״י הרגל הנגיחות, או שע״י שנגח ג׳ פעמים אנו מכירים טיבו של שור שהוא נגחן, דבפחות מזה אנו תולים במקרה. והנה לכאורה דבר זה במחלוקת שנוי, בהא שהביא הטור או״ח סי׳ קי״ד לענין משיב הרוח, דלאחר ל׳ יום א״צ לחזור כשהוא מסופק אם אמר או לא. ונחלקו באם אמר צ׳ פעמים ביום אחד אם נימא שהוא מוחזק שלא שכח, והוכיח הר״מ מרוטנברג ענין זה משור המועד דאמרינן בו ריחק נגיחותיו חייב קירב לא כ״ש. והר״פ דחה ראיתו, דבשור טעמא משום שהוחזק, ולא משום שהורגל, ולענין משיב הרוח תלוי בהרגל לשונו, יעו״ש. ובב״י הביא בשם מהרי״א שכ׳ בזה״ל: והרא״ש נוטה לסברת מהר״מ, ונראה כדבריו שהרי הרגל הלשון אינו אלא מצד הטבע המורגל באדם והרי הוא כמו שור נגח, עכ״ל. והנה מוכח דהר״מ סובר, דמועד הוא שהורגל ליגח, ונמצא דשינוי טבעו הוא מסיבת ההרגל. וע״כ דומה לענין הרגל לשון באדם. והר״פ סובר דבמועד אין לנו אלא התגלות טבעו של השור, היינו, שבעצמות השור יש שאיפה לנגוח, רק כ״ז שלא ראינו שנוגח ג׳ פעמים היינו תולים במקרה, וכענין חזקת עקרה המבואר בגמ׳ יבמות דף ס״ה, אם נשאת לג׳ בני אדם ולא ילדה, דאין הנשואין גורמין כלל כמובן...״.

נמצא, שלביאור ר׳ דוד פוברסקי דברי ר״פ סותרים זה לזה בשתי המחלוקות. דכאן ביאר שנגיחות גורמות לשינוי טבע השור [ובנגח אדם שור וחמור עדיין לא התרגל לנגוח אדם כיוון שנגח אדם רק פעם אחת], ובמחלוקת באמירת משיב הרוח ס״ל שנגיחות הם סימן והוכחה לטבע השור אבל לא שינוי טבעו. אמנם, ר׳ דוד פירש כך את דעת הנמוק״י ולא הביא את דעת הר״פ, אבל כאנור נמצא שדברי הר״פ יסתרו אהדדי לביאור זה.

ג

ואולי י״ל באופן אחר, דיש לחקור מה חידשה תורה בזה שקראה לזה נגיחה ולזה נגיפה. האם חידשה שאלו שני שמות כיוון שהם שתי **איכויות** שונות של נגיחה, או שאלו שני שמות וצורות **בכמות**, היינו בכח רב יותר או מועט. [וי״ל שהן שני פירושים ברש״י במזלא. פירוש הראשון ס״ל שמזל היינו דעת לשמור על עצמו, ולכן בכדי שהבהמה תזיק לאדם היא צריכה **צורה אחרת** של נגיחה מאשר לבהמה. ואילו הפירוש השני ס״ל שמזל היא שמירה רוחנית [דוגמת מלאך] שיש לאדם, ולכן בכדי שתצליח להזיק לאדם היא זקוקה לכח רב יותר].

וי״ל שר״פ ס״ל שנגיחה ונגיפה הם שתי איכויות לגמרי שונות, ולכן נהי שאיכות הנגיחה הגדולה [היינו לאדם] משווה את השור למועד לאיכות הנמוכה [היינו לבהמות], כיוון שלא נגח אדם ג׳ פעמים אינו מועד לאדם, דאין אנו יודעים שיש לו רגילות לנגוח בצורה שונה של נגיחת אדם. ואילו תוס׳ ס״ל שזו הבדל רק בכמות הכח, היינו שזו אותה נגיחה רק עם יותר כח. ולכן אם נגח ג׳ מיני בהמות, אין אנו יודעים שיש לשור כח לנגוח אדם, שזה צ״ל בכח יותר כיוון שיש לו מזל, אבל אם נגח ג׳ מינים ובתוכם אדם, הרי חזינן שיש לו כח רב אפילו לנגוח אדם, ושפיר הוי מועד גם לאדם. וכשם שנגח שור חמור וגמל הוי מועד לכל הבהמות, כך אם נגח פעם אחת אדם הרי זה סימן שיש לו גם את הכח לנגוח אדם.

ד

וממשיכים **תוספות**: "...וה"ר מנחם פי' דה"ק מועד לאדם שהיה מועד לכל וחזר בו מבהמה ונשאר מועד לאדם הוי מועד לבהמה דחזרה דבהמה לאו חזרה היא אבל מועד לכל וחזרה מאדם לא הוי מועד לאדם דחזרה דאדם חזרה היא". ודבריו צ"ב, דהרי לכאורה, כשנעשה מועד לאדם הרי לא נעשה מועד לבהמה, ואם כן מדוע כשחזר מבהמה ונשאר מועד לאדם, מדוע אין זה נחשב לחזרה כלפי הבהמה, דהרי זה שמועד לאדם לא אמור לעשותו מועד לבהמה.

וביאר **בחדושי רבי ראובן** [ב"ק א,ד] על פי מה שיש להקדים שבהעדאה יש שני דינים, הוחזק נגחן, והעדאה בפי בעלים ובפני ב"ד [עד"ז **בלקו"ש** לו משפטים א]. ושפיר ס"ל לרב פפא שאם הוחזק נגחן לאדם הוחזק גם לבהמה, דהרי האדם יש לו מזל וק"ו שיגח בהמה. ומה שרב פפא ס"ל שאינו מועד לאדם הוא מצד חיסרון בדיני העדאה, שצ"ל העדאה בכל מין בפ"ע. ואם כן כשהוחזק לשניהם ואחר כך חזר מבהמה, הרי זו חזרה מטבע נגיחת בהמה אבל לא מדין העדאה. ומכיוון שהוא מועד לאדם הרי זו גם מועדות לבהמה מק"ו כדלעיל שאם נוגח אדם בוודאי שיגח בהמה.

ה

רמב"ם [הלכות נזקי ממון פרק י הלכה ג]: "והואיל וכל בהמה חיה ועוף שהרגו אדם נסקלין היאך ימצא מועד להרוג עד שישלמו בעליו את הכופר, כגון... או הרג שלש בהמות הרי זה מועד להריגה ובעליו משלמין את הכופר".

ובמגיד משנה הקשה: "או שהרג ג' בהמות וכו'. זה באמת קשה מן הראשונות ... ורבינו ז"ל עצמו כתב בפ"ו מועד לאדם אינו מועד לבהמה וכ"ש דמועד לבהמה לא הוי מועד לאדם .... ודאי אין הלכה כדברי רב זביד דאמר הכין אלא כרב פפא דפליג בריש פירקין ואמר דשור שהוא מועד למין אחד אינו מועד למין אחר ורבינו ז"ל פסק כרב פפא כמ"ש למעלה פ"ו, וצריך לי עיון".

ובכסף משנה תירץ: "או שהרג ג' בהמות וכו'. כתב ה"ה זה באמת קשה מן הראשונות וכו'. ואני אומר איני יודע מה קושיא יש בזו... ומה שהקשה מדברי רבינו פ"ו וממאי דאמר רב פפא שור שהוא מועד למין אחד אינו מועד למין אחר לאו כלום הוא דהתם במועד להזיק והכא במועד להרוג וזה שדקדק רבינו לכתוב הרי זה מועד להריגה".

ואולי י"ל הסברה בדבריו, שספק נפשות של הריגה מחייב את האדם בשמירת השור שלא יהרוג גם לאחר שנגח ג' בהמות, משא"כ בספק נזק ממוני שאזלינן לקולא ותולין שלא נעשה נועד.

סימן ז׳

א

איתא בסוגין [בבא קמא ב׳ ע״ב,ג׳ ע״א]: ״שן ורגל היכא כתיבי? דתניא: ושלח - זה הרגל, וכן הוא אומר: משלחי רגל השור והחמור, ובער - זו השן, וכן הוא אומר: כאשר יבער הגלל עד תומו״. עיין שם המשך הסוגיא. והנה, בסוגיין שלוש מחלוקות בין רש״י ותוס׳, ויש לקשר בדרך אפשר ביניהם וכלקמן:

1. ״סד״א אידי ואידי אשן, והא דמכליא קרנא, הא דלא מכליא קרנא, קמ״ל״. **רש״י** פירש דלא מכליא קרנא היינו שאכלה ערוגה שסופה לחזור אלא דלא כבתחילה, ומכליא קרנא היינו שמבער לגמרי: ״אידי ואידי - ושלח וביער תרוייהו אשן ושלח אתא לחיוביה היכא דלא כליא קרנא דמשמע כגון שאכלה ערוגה וסופו לחזור ולצמוח אבל לא כתחלה וביער היינו היכא דמכליא קרנא דמשמע וביער שמבער לגמרי...״. ובפשטות כוונת רש״י, דהיה קשה היאך מצינו לא מכליא קרנא באכילה, הרי כל אכילה מכלה את מה שאכל. ולכן פירש דמיירי שאכלה ערוגה וסופה לחזור ולצמוח אבל לא כבתחילה, והנדון הוא על ההפסד שלא תצמח כבתחילה, ומכיוון שתחזור ותצמח חשיב לא מכליא קרנא.

ותוס׳ חלקו עליו: ״הא דלא מכליא קרנא - פ״ה שחת שעתיד לצמוח אבל לא כתחלה וקשה והא מכליא קרנא שגם הבעלים הם יכולים לקצור אלא י״ל שטנפה פירות להנאתה מכל מקום קרי ליה לקמן לטניפת פירות להנאתה תולדה כיון דפשטיה דקרא איירי באכילה דמכליא קרנא״.

וכוונתם בקושייתם כמו שהקשה **בתוספות רבינו פרץ**: ״הא דלא מכליא קרנא. פ״ה כגון שחת שעתיד וכו׳. **וקשה דמ״מ מה שאכלה מכליא קרנא הוא שהבעלים היו יכולים למוכרו**. לכן נר׳ לפרש לא מכליא קרנא דהיינו כגון שטינפה פירות להנאתה, שעדיין הם ראויים קצת ולא כלה הקרן כלל שעדיין הכל קיים״.

והעיר על דבריהם **במרומי שדה**: ״הא דמכליא קרנא הא דלא מכליא קרנא. רש״י פירש דהיינו אכילת שחת וסופה לחזור ולצמוח. והתוס׳ הקשו דהא מכליא קרנא שגם הבעלים היו יכולים לקצור. ואני בעניי איני מבין הקושיא, שהרי אין אנו מדברים על היזק השחת דזה ודאי הוי מכליא קרנא, ובאמת ידענו שחייב לשלם. או להיפך שהבעלים מודים שאין דרכו לקצור ולא היה דעתו לכך, וכל התביעה הוי רק משום קלקול התבואה...״. ולכאורה לפי האופן הא׳ בדבריו, שעל אכילת שחת ידענו שחייב לשלם, עדיין צ״ב מדוע מכנים את ההיזק הזה כלא מכליא קרנא, כשחלק ממנו הוא מכליא קרנא.

ונראה שלכן ביאר **בנמוקי הגרי״ב** (על המהרש״א), שזה וודאי שאי אפשר לתבוע את שני החיובים, ולכן אם תובע את מה שהתבואה לא צמחה כבתחילה אינו יכול לתבוע את השחת, ולכן נחשב זה ללא מכליא קרנא: ״במהרש״א על תוס׳ בד״ה והא דמכליא כו׳ עי׳ מ״ש על רש״י בזה. והנראה לי בקיצור נמרץ שיטת רש״י דודאי מה שאכלה הבהמה מקריא מכליא קרנא כמ״ש התוס׳ רק דכוונת רש״י דהא מקרי [לא] מכליא קרנא מה שלא תצמח כתחלה (והנ״מ בזה אם רוצה לתבוע מה שאכלה או מה שלא תצמח כתחילה דל״נ דפעמים זה שוה יותר מזה דב׳ פעמים אינו מחויב לשלם). וזה מכוון דקדוק רש״י במתק לשונו...״.

אמנם, לכאורה הוי ליה לרש״י לבאר זאת, שאינו יכול לתבוע את שני החיובים ולכן זה נחשב לא מכליא קרנא. וגם לפי זה יוקשה מה קושיית תוס׳ על רש״י.

ובאופן אחר איתא **בגליון אלפס** [הודפס בילקוט מפרשים החדש על הרי"ף]: "...העולם מפרשין דלכך כתב רש"י אבל לא כתחלה משום דאם היה חוזר וצומח כמו בתחלה אין כאן היזק כלל. אבל לענ"ד באמת זה טעות ודייני דשפילא הכי דיינא שיהי' פטור בכה"ג מלשלם. דפשיטא שחייב לשלם לו כל מה שהיה שוה הערוגה אע"פ שתחזור ותצמח כתחלה דהא גם בעל הבית בעצמו היה יכול לקצור העשבים ונמצא שהפסידו כל מה שצמח הערוגה בפעם זה...

לכן לענ"ד דלכך הוכרח רש"י לפרש אבל לא כתחלה. משום שאם היה חוזר וצומח כתחלה אם כן ה"ל מכליא קרנא ממש. כיון שלתבואה ליכא היזק כלל אמאי קא מחייבת ליה למזיק לשלומי רק עבור השחת שאכלה בהמתו מפני שבעל השדה בעצמו היה קוצרה וזה הוה מכליא קרנא לגמרי. לכך פרש"י שלא היה חוזר וצומח כתחלה אם כן אי אפשר לחייבו למזיק אשחת שהיה בעל השדה קוצרה כיון שהוא לא היה קוצרה שלא יקלקל התבואה ואינו חייב רק על זה שהשחית וקלקל התבואה שלא תהיה טובה כל כך וזה הוי לא מכליא קרנא... מ"מ ס"ל להתוס' דכיון דסוף סוף המזיק האכיל את התבואה אם כן גם בעל הבית היה יכול לעשות כן אם כן הוי ליה מכליא קרנא. אבל רש"י לא ס"ל האי סברא מאחר שידוע שבעל השדה בעצמו לא היה עושה כן אם כן ליכא לחיובי למזיק רק על השחתת התבואה וזה הוה לא מכליא קרנא. אבל אם היה חוזר וצומח כתחלה אם כן פשיטא שהיה בעל השדה עושה כן גם רש"י מודה דה"ל מכליא קרנא...".

אמנם, שוב פירוש זה נסמך על הקדמות שאין רש"י מפרשם – שבעל הבית לא היה קוצר השחת בכדי לא לקלקל התבואה, ושהדין הוא שאם כן אי אפשר לתבוע את התבואה.

ולכאורה מחוורתא כאופן חדש, המיוסד על רש"י עצמו לקמן ללא תוספת אוקימתות וכיו"ב, וכמו שביאר **בחידושי ר' נחום**: "ונראה לבאר את ד' רש"י באופ"א (ודומני ששמעתי כן מהגרא"ל מאלין זצ"ל), דרש"י ותוס' אזלי בזה לשיטתייהו, דהנה במתני' לקמן דנ"ה ע"ב איתא כיצד משלמת מה שהזיקה שמין בית סאה באותה שדה כמה היתה יפה וכמה היא יפה, ובגמ' דנ"ח ע"ב ילפי' לה מקרא דוביער בשדה אחר מלמד ששמין על גב שדה אחר, ויעוי' ברש"י בדנ"ה ובדנ"ח שפירש דכונת המשנה דלא שיימי' להפירות בפ"ע אלא שיימי' להו אגב הקרקע שאכלה כמה היתה יפה עם הפירות וכמה היא יפה בלא הפירות, ובתוס' בדנ"ח שם נח' ע"ז ופי' דשיימי' להפירות בפ"ע בלא הקרקע, ומ"ש במשנה דשיימי' כמה היתה יפה וכמה היא יפה היינו דשיימי' להסאה שאכלה בששים סאים יעו"ש [וברש"י שם פי' דמ"ש בדנ"ח דשיימי' בששים סאים הכונה לדין נוסף דשיימי' להבית סאה אגב ששים]. ולכאו' יסוד פלוג' הוא, דרש"י ס"ל דבפירות מחוברים עיקר הנזק הוי בקרקע שנחסרה, ומשו"ה אנו צריכים לשום את הנזק אגב הקרקע כמה היתה יפה מתחילה וכמה היא יפה עתה, והתוס' ס"ל דהנזק ל"ה בקרקע אלא בפירות, ומשו"ה לא שיימינן להפירות אגב הקרקע אלא בפ"ע ודו"ק.

ולפי"ז יש ליישב את משה"ק התוס' על רש"י מ"ט באכלה שחת לא מחייבי' ליה על הפסד השחת עצמו הא גם הבעלים היו יכולים לקצור, דכל משה"ק התוס' הוא רק לשיטתם דהנזק הוי בפירות עצמם, דלדידהו י"ל דאיכא הפסד בעצם השחת דסו"ס הבעלים היו יכולים לקצרו, אבל לשי' רש"י דדייני' על הערוגה בכללותה מסתבר דכל ההפסד הוא רק במה שעתיד לצמוח, דהא הערוגה עומדת לגדל הימנה פירות גמורים ונמצא דהפחת בהערוגה הוי בזה שלא תגדל פירות גמורים ממה שאכלה ודו"ק, ולהכי כתב רש"י דזה לא מיקרי מכליא קרנא".

ויש לציין מה שביאר הרשב"א בהגדרת מכליא קרנא, ומה שלמד מזה **ברשימות שעורים (רי"ד סולובייצ'יק)**: "...והנה אשר להגדרת "מכליא קרנא" כתב הרשב"א וז"ל בשחת ולא מכליא קרנא כל שזרע לתבואה, ותדע שאף בעלי התבואות משלחין שן בהמה בשדותיהן כדי לאכול השחת ואח"כ תצמח התבואה ותצליח יותר, מ"מ אם בא בעל השחת להשתלם משתלם לפי נזקו כו'

עכ״ל. הרשב״א מבאר לא מכליא קרנא שמדובר בשחת שאף הבעלים עצמם היו מפסידין אותו כדי שתבואתם תצליח יותר וע״ז בא הקרא ללמדנו שגם מחמת נזק כזה שן חייב לשלם.

והנה יש לדון במי שהיו לו שתי תמונות שכל א׳ שוה מנה ובא מזיק ושרף א׳ מהן ועכשיו כתוצאה עלה מחיר התמונה הנשארת לאלף זוז האם השורף חייב לשלם או״ד שפטור כי הניזק הרויח יותר מהנזק ממה שהפסיד. ומהרשב״א מוכח שחייב כי באכילת השחת התבואה מצליחה יותר ויש לבעלים יותר ריוח בהצלחת התבואה מההפסד שבאכילת השחת ועכ״ז שן חייב לשלם. וה״ה בעובדא של ב׳ התמונות.

ובביאור הדין הזה נראה כנ״ל ע״פ הגר״ח זצ״ל שהמחייב של נזק הוא השחתת גופו של החפצא, ולכן מה שמרויח הניזק במקום אחר לא מעלה ולא מוריד. המזיק חייב לשלם בעד החפצא עצמו שהפסיד כי עצם החפצא הוא המחייב ולא ההפסד ממון שנגרם לניזק״.

ב

2. רש״י [ד״ה אידי ואידי] כתב: ״...ואי קשיא היכא מצי למימר אידי ואידי אשן הא דמכליא קרנא והא דלא מכליא ליכתוב חד להיכא דלא מכליא דליחייב וכ״ש היכא דכליא, תריץ אי מהאי קרא ה״א האי אתי להיכא דמכליא אבל לא מכליא לא הלכך איכא למימר ודאי אידי ואידי אשן אי לאו דכתב רחמנא משלחי רגל השור״.

והנה, מד׳ רש״י מבואר דאפילו אם הוי כתיב בשן רק ושלח הוי ס״ד דבעינן דוקא מכליא קרנא. ומבואר אם כן שהס״ד לחייב דווקא במכליא קרנא היא לא ממשמעות הלשון ״וביער״, והיינו שמכלה הכל, אלא שאם יש רק פסוק אחד היינו מרבים מה שהכי מסתבר, היכא שמכליא קרנא.

וצ״ע דרש״י סותר א״ע, דלהלן בד״ה מה רגל כתב רש״י דהמקור לזה שברגל א״צ מכליא קרנא הוא מדלא כתיב ביה ובער, ומבואר מזה דכל ההו״א לחלק בין מכליא קרנא ללא מכליא קרנא הוא רק ממשמעות הלשון דובער.

ותירץ **בשיטה מקובצת** [ועיין **במהרש״א** במה שהקשה על זה **ובנחלת דוד**]: ״ועוד דדווקא כי ליכא אלא חד קרא ושלח הוה מוקמינן ליה במכליא אבל בסמוך דאיכא תרי קראי חד בשן וחד ברגל מדשינה דכתב בחד וביער ובחד ושלח התם משמע ודאי ושלח אף על גב דלא מכליא קרנא. גליון.

אמנם, יש להעיר שפשטות לשון רש״י משמע שעצם לשון וביער משמע שדווקא מכליא קרנא ולאפוקי כשלא כתוב וביער, ולא משינוי לשון הפסוק. וכן לעיל כתב: ״...וביער היינו היכא דמכליא קרנא דמשמע וביער שמבער לגמרי...״. ויש להעיר שבספר שינויי נוסחאות [הוצאת שבתי פרנקל] הובא שדברי רש״י הנ״ל ״ואי קשיא וכו״ לא נמצאים בחלק מכתבי יד של רש״י, ויתכן שהם ממהדורא קמא.

עכ״פ, **תוס׳** חלקו ע״ז ופי׳ דכל הס״ד לחלק בין מכליא קרנא ללא מכליא קרנא הוא רק בשן דכתיב בה ובער, אבל ברגל דלא כתיב הכי פשיטא דא״צ מכליא קרנא, ומה״ט הוק׳ להו דלכתוב רחמנא ושילח ולא בעי ובער, ותי׳ דהו״א דוקא שלח שלוחיה:

תוספות: ״והא דמכליא קרנא - וא״ת ולכתוב רחמנא ושילח ולא בעי וביער ויש לומר דהוה אמינא דוקא דשילח שלוחו כדלקמן״. **ובמהרש״א** ביאר: ״תד״ה והא דמכליא כו׳ דה״א דדוקא דשלח שלוחי כו׳ עכ״ל ולא ניחא להו לתרץ כפרש״י דאי לאו וביער ה״א דאתי ושלח להיכא דמכליא קרנא וכה״ג איכא בר״פ הערל לגבי תושב ושכיר דהכא ע״כ ושלח לחוד משמע אף בדלא מכליא קרנא דהא השתא ברגל נמי לא כתיב אלא חד קרא ושלח ומוקמינן ליה בדלא מכליא קרנא...״.

עכ״פ נמצינו למדים דנחלקו רש״י ותוס׳ מ״ט להו״א בעי׳ מכליא קרנא, דרש״י ס״ל דיש לחלק מסברא בין מכליא ללא מכליא (ומשו״ה אי כתיב רק חד קרא הוה מוקמי׳ ליה בשן דמכליא קרנא וכנ״ל), והתוס׳ סברי דבלא המשמעות ד״ובער״ אין טעם לחלק בין מכליא ללא מכליא. וצ״ב במאי קא מיפלגי.

ג

3. ועוד חלקו **רש״י ותוס׳** [ובהרחבה **ברבינו פרץ**] במסקנה מאיפה לומדים שן. לרש״י לומדים מוביער ולתוס׳ ומשלח. ולתוס׳ יוצא חידוש ששניהם הוו אבות אפילו שלמדים מאותה מילה. וצ״ב.

דהיינו, **שרש״י** כתב במסקנת הסוגיא: ״קמ״ל - ובער וכיון דנפקא לן שן דממילא מובער אתיא רגל וילפה מיניה״. ואילו **תוספות** כתבו: ״איצטריך ס״ד אמינא ה״מ היכא דשלח שלוחי - וא״ת תיקשי השתא הא דפריך לעיל טעמא דכתב רחמנא כאשר יבער הגלל הא לאו הכי במאי מוקמית והשתא ליכא לשנויי כדלעיל...״. ויותר מבואר **בתוספות רבינו פרץ**: ״וא״ת כיון דמסקינן דובער לא אצטריך קרא אלא לאשמעינן אזלא ממילא, השתא ל״ל כאשר יבער הגלל לגלויי דובער זה שן, והלא בין רגל ובין שן נפק״ל מושלח דמשמע (ד)תרוייהו, מובער נפק״ל אזלא ממילא בלא כאשר יבער...״.

ד

ואולי י״ל בכל זה, דאזלי לשיטתייהו דלעיל מה חיוב האדם בממונו שהזיק. ובהקדים מה דנראה דאיכא חילוק בין רש״י לתוס׳ בעיקר הגדר דמכליא קרנא ולא מכליא קרנא, דלשי׳ התוס׳ יסוד החילוק הוא **במעשה ההיזק** דהשן, דבאכילה נעשה ההיזק ע״י מעשה כילוי ואילו בטינפה פירות להנאתה לא נעשה ההיזק ע״י מעשה כילוי, וכוונת הגמ׳ דאלמלא הילפותא מרגל הו״א דמעשה ההיזק דשן הוי רק באופן של כילוי דומיא דאכילה. אמנם לגבי הנזק של הניזק, בשני האופנים הנזק שווה, שבין אם אכלה ובין אם טינפה הפירות, הרי שהניזק הפסיד את פרותיו.

משא״כ לשי׳ רש״י דלא מכליא קרנא היינו אכלה שחת, פשיטא שאי״ז חילוק במעשה השן, דהרי מצד מעשה השן המזקת אין נפק״מ בין אכלה שחת לבין אכלה פירות גמורים, דבתרוייהו איכא מעשה כילוי דשן, אלא שלפרש״י יסוד החילוק הוא מצד הדבר הניזוק, דאלמלא הפסוק דושילח הו״א דעיקר החיוב דנזקי שן נא׳ רק בגונא שהדבר הניזוק נתכלה לגמרי, אבל בגונא שהדבר הניזוק לא נתכלה אלא רק נחסר ממה שהיה בתחילה לא חייבה תורה אנזקי שן, ולהכי בעי׳ להיקשא מרגל.

ואולי י״ל בדרך אפשר, שמחלוקתם תלויה באופן שכל אחד לומד את חיוב האדם בנזקי בהמתו, שנתבאר לעיל בשיעור 1. שלפי תוס׳ שמשייכים את מעשה הנזק של הבהמה אל הבעלים, מסתבר שאם הגמרא חשבה לחלק בין כליא קרנא ללא כליא קרנא הוא חילוק במהות חיוב המזיק, היינו **שמעשה הנזק** נעשה בשני אופנים שונים, ואם לא הייתה תורה מפרשת שגם בטינפה פירות מעשה זה מתייחס לבעלים, לא היינו יודעים. משא״כ ההבדל בין כליא קרנא לרש״י, שהתבואה לא תגדל כבראשונה, כיוון שאין הבדל במעשה הנזק עצמו, הרי שלתוס׳ לא היינו מחלקים בין כליא קרנא ללא.

לאידך, לרש״י שעיקר החיוב תשלום נובע מהחיוב לשמור, הרי שחיוב השמירה תלוי האם אנו מגדירים מעשה זה כנזק או לא. היינו שעלינו קודם כל להגדיר האם תורה קראה למעשה זה בשם נזק או לא. ואם כן, כיוון שבלא כליא קרנא של שיטת תוס׳ [טינוף פירות] יש אותו נזק מאשר כליא קרנא [אכילת פירות], אין סברא לחלק בחיובי מזיק שלהם וממילא אין סברא לחלק בין

שמירת בהמה שלא תזיק בדרך הנאה כך או כך, היינו באכילה או בטינפה פירות, שמכיוון שתורה מחייבת לשמור בהמה שלא תזיק דרך הנאתה שוב אין נפק״מ באיזה צורה נהנית. אמנם כשלניזק הנזק הוא יותר קטן [שהתבואה לא תגדל כבראשונה ואזי השדה תהיה שווה פחות] יש סברא לחלק שתורה לא חייבה [לולי הפסוק] לשמור את הבהמה מנזק שהוא לא מוחלט, כיוון שלולי הפסוק לא היינו יודעים שזה נקרא נזק. [ובזה הוסבר מחלוקת הא׳ דלעיל].

ובזה יש לבאר גם מחלוקת הב׳ דלעיל, שלרש״י הוי סברא גם לולי הפסוק לחלק בין כליא קרנא ללא. דרש״י ותוס׳ אזלי בזה לשיטתייהו, דלשי׳ רש״י שחומרת הנזק במכליא קרנא היא מצד הדבר הניזוק י״ל דהך חילוקא הוא מסברא, דבגונא שהחפץ נתכלה לגמרי מסתבר טפי דאיכא חיוב נזקין, ומשו״ה אי הוה כתיב רק חד קרא הו״א דחיוב שן נא׳ רק במידי דמכליא קרנא, ורק עליו חייב לשמור ולשלם. משא״כ לשי׳ התוס׳ דלא דיינינן במידת ההיזק בהחפץ אלא על צורת המעשה, אין לנו לחלק הכי מסברא אלא רק מכח הקרא ד״ובער״, ומשו״ה כתבו התוס׳ דכל הס״ד להצריך מכליא קרנא הוא רק מכח משמעות הפס׳ ד״ובער״, אבל אי כתב ושילח לחודיה הוה ידעי׳ מסברא שא״צ מכליא קרנא, אלא כל מעשה נזק שיש לבהמה הנאה יהיו הבעלים חייבים.

ובזה אפשר להסביר גם חילוק ג׳ דלעיל, שלתוס׳ יוצא דבר חידוש שאע״פ שלומדים שן ורגל מאותה מילה [ושילח], הם שני אבות. והוא דמכיוון שהן שתי צורות שונות של מעשה הנזק שאנו משייכים לבעלים, הרי אלו שני אבות שונים, גם אם לומדים אותם מאותה מילה. משא״כ לרש״י שבשניהם תורה מחדשת נקודה משותפת שחייבים לשמור על הבהמה, הרי שאם היינו לומדים מאותה מילה, היו שן ורגל אב אחד. ולכן הוכרח לפרש שלומדים משתי מילים שונות.

סימן ח׳

א

איתא בסוגין [ג ע״א]: ״תולדה דשן מאי היא? נתחככה בכותל להנאתה, וטינפה פירות להנאתה״. ובפירוש טינפה פירות להנאתה נחלקו ראשונים. **רש״י** פירש: ״נתחככה בכותל להנאתה - והפילתו או טינפה פירות להנאתה שנתגלגלה עליהן כדרך סוסים וחמורים דהיינו דומיא דשן שיש הנאה להזיקה״.

ואילו **רבינו חננאל** פירש: ״תולדה דשן כל שיש לבהמה הנאה בהזיקה כגון נתחככה בכותל להנאתה וטינפה פירות להנאתה. פי׳ אילולי שעשתה צרכיה היתה מצטערת לפיכך חייב מפני שנהנת״.

ובתוס׳ שאנץ חלק עליו, וכמו שמביא בשיטה מקובצת: ״אבל בתוספות שאנץ כתבו וז״ל שרצצה על הפירות להצטנן או לשכב להנאתה אבל אין לפרש הטילה גללים דאיזו הנאה עשו לה הפירות משאם לא היו שם וכי האי מקרי צרורות תולדה דרגל. פ״ב. ע״כ״. היינו שלדבריו גללים הם צרורות ולא גוף הבהמה, ועוד שגללים לא מקרי שן כיוון שהפירות לא גרמו לה הנאה, אלא מקרי רגל.

והנה, לכאורה זה שרש״י כאן לא פירש כר״ח לכאורה מראה שס״ל כתוס׳ שאנץ, אבל כד דייקת ברש״י לקמן [יח ע״ב] יוצא שאדרבא, ס״ל כר״ח: ״דדחיק לה עלמא - שעומדת במקום צר ואין לה מקום לזוז משם ובשלא להנאתה עסקינן כגון במשלשלת דאי להנאתה תולדה דשן היא ונראה בעיני דכל גללים להנאתה הוא ואפ״ה לאו תולדה דשן נינהו דשן הזיקא דגופה הוא והני צרורות נינהו והא דאמרינן בפ״ק טנפה פירות להנאתה הוי תולדה דשן היינו כגון שנתגלגלה עליהן כדרך סוסים וחמורים שקורים בולטר וכן עיקר״.

יוצא מרש״י לקמן שמצד הגדרת שן הוי הטלת גללים הנאה ושפיר הוי שן, ״דכל גללים להנאתה הוא״, ומה שלא פירש כך כאן הוא משום שהן צרורות ולא היזק הגוף.

אמנם, שאלה זו שגללים הוו צרורות תירצה **הר״י מיגאש** [שטמ״ק לקמן יח ע״ב]: ״וה״ר יהוסף הלוי ז״ל אבן מיגש כתב בתשובת שאלה וז״ל: דהאי דאמרינן דטנפה פירות להנאתה תולדה דשן היא בגללים לחים נינהו כמו מי רגלים דנחתו לפירות ומטנפי להו והגללים מחוברים מגופה של בהמה ועד הפירות בלי שיהיו נפרדים דהוה ליה כענין ניצוק דקיימא לן חבור הוא והאי דאמרינן בהמה שהטילה גללים לעיסה צרורות הוו בגללים יבשים נינהו וכו׳. ע״כ״.

יוצא אם כן שפליגי ר״ח ורש״י עם תוס ׳שאנץ האם זה ששן מוגדר שיש הנאה להזקו, האם היא הנאה **ממעשה הנזק** בעצמו או **ממעשה המזיק** שגורם הנזק, אע״פ שההנאה קדמה לנזק. דהרי גללים אין הנאה מהנזק, וכקושיית תוס׳ שאנץ דאיזה הנאה יש לבהמה אם הפירות שם או לא, אלא ההנאה היא ממעשה המזיק של הטלת גללים.

ב

ויש לבאר מחלוקת נוספת בגדר שן. **בחידושי הרשב״א** [לעיל ב ע״ב] איתא שגם אם לא נהנה כלום אלא שנשך על דעת להנות מקרי שן: ״נשיכה תולדה דשן היא. כלומר ולא יתחייב אלא ברשות הניזק אבל ברשות הרבים או ברשות אחר פטור וכן נמי נחמיר עליו להתחייב אפילו בפעם ראשונה בנזק שלם כשן. ופריק ה״מ היכא דיש הנאה להזיקה הא אין הנאה להזיקה, נ״ל מדקאמר ה״מ היכא דיש הנאה להזיקה הא אין הנאה להזיקה דאנשיכה גופה קמהדר ומודה הוא דיש נשיכה שהיא תולדה דשן והיכי דמי כגון בהמה שנשכה בככר להנאתה כדי לאכלו ולא הספיקה לאכלו

עד שנפל מפיה ולכלכו שנשיכה זו יש הנאה להזיקה, וכן חתול בחתיכת בשר, ומשלם נזק שלם בפעם ראשונה, ודוקא ברשות הניזק, אבל לא ברה״ר, ומיהו דוקא באורחייהו בהכי הא לאו אורחייהו בהכי משונה הוא ותולדה דקרן הוא כדאמרינן בסוף פרקין האי כלבא דאכל אימרי ושונרא דאכל תרנגולי משונה הוא ולא מגבינן בבבל וה״מ ברברבי אבל בזוטרי אורחיהו הוא, וסבור אני שאף הנחש שנשך הוי תולדה דשן ואף על פי שאינו אוכל לפי שנהנה בנשיכתו, ואף על פי שאמרו בפ״ק דתענית (ח׳ א׳) שמתקבצות כל החיות אצל הנחש ואומרות לו מה הנאה יש לך ואומר להם ומה יתרון לבעל הלשון לאו למימרא שאין לו הנאה כלל אלא שאין לו הנאה לאכול ומ״מ כיון דאורחיה בהכי לא נפיק מתולדה דשן א״נ מתולדה דרגל ואינה תולדת קרן שלא להתחייב בנזק שלם ברשות הניזק, וכן נמי רביצה להנאתה הוי תולדת רגל וכדאמרינן בשלהי פרקין הבהמה אינה מועדת לרבות א״ר אלעזר לא שנו אלא בפכין גדולים אבל בפכים קטנים אורחיה הוא, כנ״ל״.

אמנם, **ה״ה** [בביאורו הא׳] פירש בדעת **הרמב״ם** שגם נשיכה כזו שנושך לצורך האכילה הוי תולדת קרן. דאיתא **ברמב״ם** [הלכות נזקי ממון פרק א הלכה י]: ״שלשה אבות נזקים בשור, הקרן והשן והרגל, תולדות הקרן נגיפה נשיכה רביצה בעיטה, תולדות השן אם נתחככה בכותל להנייתה והזיקה בחיכוכה וכן אם טנפה פירות להנייתה...״.

ובמגיד משנה [שם]: ״תולדות הקרן וכו׳. שם פ״ק ואמרינן עליה בגמרא נשיכה תולדה דשן היא לא שן יש הנאה להיזקה הא אין הנאה להיזקה ופירשו ז״ל שהנשיכה בזמן שהיא מכוונת להזיק ולא לאכול היא תולדת הקרן אבל בזמן שהיא מכוונת לאכול וליהנות בהיזקה אף על פי שלא אכלה וכגון שלא הספיקה בנשיכה זו הרי הוא תולדת השן. ורבינו ז״ל לא חלק ואפשר שהוא מפרש ה״מ היכא דיש הנאה להיזקה דוקא נהנית שאכלה הא לא אכלה לא והראשון נכון יותר שהרי דרכן בכך. ואפשר שגם הרב ז״ל סמך על מ״ש שכל כדרכו מועד הוא״.

נמצא דלדעת הרשב״א כשהבמה נשכה לצורך אכילה ולא אכלה הוי שן, ואילו לה״ה בדעת הרמב״ם [בביאורו הא׳] הוי קרן. וי״ל דפליגי כנ״ל, דמעשה מזיק שגרם לנזק היה עם הנאה, שלצורך ההנאה שתהיה לה נשכה, אמנם לא הייתה לה הנאה ממעשה הנזק. נמצא **שהרשב״א** ס״ל כמו **ר״ח ורש״י**, ואילו **ה״ה בדעת הרמב״ם** כדעת **תוס׳ שאנץ** שצריכים הנאה ממש מדבר הנזוק.

ג

וברשימת שיעורים [הרב י.י. קלמנסון ע״ה – סי׳ יב] הסביר זאת במה שחוקר מדוע מזיק של שן שיש הנאה להיזקו זו סיבה לחייב, האם משום שאזי הוי ליה לבעלים לשמור יותר, משום שהוי ליה לאסוקי אדעתיה דמכיוון שהבהמה נהנית רגילות שתעשה זאת; או שהסיבה המחייבת היא משום שקשה יותר לניזק להישמר מדבר שהבהמה עושה בכוונה, ולכן מוטל זאת על הבעלים שמירה. ולפי האופן הא׳ שהוא משום שהבעלים היו צריכים לאסוקי אדעתם, מספיק שתהיה הנאה ממעשה המזיק כמו ר״ח ורש״י. וכמו בהטילה גללים, שמכיוון שיש לה הנאה מהטלת הגללים [אע״פ שאין הנאה מהנזק בעצמו] הוה ליה לבעלים לאינטורי. ואילו תוס׳ שאנץ יסביר כהצד הב׳, שכשיש הנאה מהנזק קשה לשמור ממנו, שדחוקה להזיק ולאכול וכיו״ב שיש לה הנאה מהנזק בעצמו. משא״כ כשלא אכפת לבהמה על מה תטיל וכו׳, שאזי לא דחוקה להזיק ואין כל כך חיוב לשמור מצד שן.

ואולי י״ל באופן אחר בדרך אפשר, שרש״י ור״ח פליגי עם תוס׳ שאנץ [תלמיד ר״ת] בחקירה בגדר חיוב מזיק בממון שהזיק. שיטת רש״י כנ״ל משום שהוי ליה לאסוקי אדעתיה ולשמור, וזה נכון גם על מעשה מזיק של הנאה בלא הנאה בנזק בעצמו. משא״כ תוס׳ שאנץ ס״ל שתורה חידשה

שמעשה שן שיש הנאה לבהמה מתייחסת לאדם, אזי אין לך בו אלא חידושו, שהוא רק כשיש הנאה לבהמה מהאכילה.

ד

ובשעורי הגרי״ג (אדלשטיין) ביאר נקודה נוספת בדברי **ה״ה**:

״ב) ובעיקר מש״כ המ״מ בתחילה לדון בדעת הרמב״ם דכה״ג לא הו״ל תולדה דשן אלא תולדה דקרן, יש להקשות דנהי די״ל דזה לא דמי לשן משום דבשן בעינן שיהא הנאה להזיקה ממש ולא סגי בהא דנתכוונה להנאתה מ״מ אכתי הרי זה גם לא דמי לקרן דהא קרן הו״ל כוונתו להזיק ומשונה והכא אין כוונתה להזיק ואי״ז משונה, וא״כ מהיכי תיתי שזה יהיה תולדה דקרן ויהיה נידון כקרן...

ג) והנראה ליישב אהנך קושיות, בהקדם דהנה אי׳ בלשון הברייתא לעיל ״ג׳ אבות נאמרו בשור הקרן השן והרגל״, ונראה הבאור בהך לישנא דאע״ג דאיכא ג׳ קראי על הנך ג׳ אבות נזיקין משום דא״א למילף להו מהדדי (וכדמפרשינן בסוגיא לקמן בדף ד׳ ע״א) מ״מ לבתר דכתיבי להנך קראי אמרי׳ דאי״ז ג׳ אבות נפרדים לגמרי (כמו בור ואש וכו׳) אלא יש להם שם אחד כללי של ״שור המזיק״ וזה ג׳ אופנים של חיוב בשם הזה של ״שור המזיק״, וממילא אמרינן דכל האופנים האחרים של שור המזיק דמצינו למילף להו בהצד השוה מהנך ג׳ אופנים נכללים כמו״כ בשם האב של ״שור המזיק״ והרי הם נידונים ע״כ כאחד מהנך ג׳ אבות ולא חשיבי מזיק בפ״ע (כשאר מזיקים שנלמדים בהצד השוה עכ״פ לדעת היש מן הגדולים הנ״ל) דאע״ג דלא דמו לא לקרן ולא לשן ולא לרגל מ״מ סו״ס הרי זה ״שור המזיק״ וג׳ אבות נאמרו בשור המזיק ולא יותר, [ושוב הראוני דיסוד זה מבואר כבר בנימוק״י לקמן ברפ״ב דכתב שם בתו״ד וז״ל דלא אשכחן בנזק בע״ח דלאו אדם אלא תרי גווני או מידי דאורחיה דהוי תולדה דשן או רגל או מידי דלאו אורחיה דהוי תולדה דקרן ואף על גב דאין כוונתו להזיק עכ״ל]. והשתא נראה להוסיף עוד בזה דאמרינן דעיקר השם של ״שור המזיק״ זה דין קרן ואלא דבאופנים המיוחדים של שן ורגל נתחדש דינים מיוחדים אבל כל שאר האופנים של שור המזיק נידונים כדין קרן כיון דזהו עיקר השם של ״שור המזיק״, ואכן אם לא היה כתוב לחיובי שן ורגל הו״א דדין ״שור המזיק״ זה דוקא באופן המסויים של קרן שכוונתו להזיק, אבל לבתר דנתחדש לחיובי שן ורגל הרי זה גילוי דדין ״שור המזיק״ זה לא דוקא באופן המסוים של קרן אלא זה כולל את כל האופנים של שור המזיק (והיינו בהנך אופנים דמצינו למילף להו מינייהו בהצד השוה) ושוב כל שאר האופנים נכללים בדין קרן כיון דזהו עיקר השם של ״שור המזיק״ וכמשנ״תח.

ומעתה מיושב שפיר הקושיות הנ״ל, דמשו״ה אמרי׳ לגבי נשיכה באופן שלא נהנתה לבסוף דזה תולדה דקרן (לפ״מ דצידד המ״מ בתחילה בשיטת הרמב״ם דזה לא דמי לשן) דאע״ג דאין כוונתו להזיק וזה לא דמי לקרן מ״מ כיון דזה לא חשיב ״יש הנאה להזיקה״ ואי״ז דומה לשן הרי ממילא זה נשאר בכלל השם הכללי של ״שור המזיק״ דזהו דין קרן וכמשנ״ת. וכן מיושב שפיר הא דכל משונה שאין כוונתו להזיק הו״ל תולדה דקרן, דכיון דזה משונה הרי זה לא דמי לשן ורגל וממילא זה נשאר בכלל השם הכללי של ״שור המזיק״ דהיינו קרן. וכן מיושב שפיר הא דס״ל לרב דאסו״מ דלא אפקרינהו הו״ל תולדה דקרן, דרב סובר דהשם של ״שור המזיק״ ל״ה דוקא בבע״ח אלא כל אופן של ממונו המזיק נכלל בזה וכיון דזה נכלל בשם של ״שור המזיק״ תו ממילא הו״ל תולדה דקרן וכנ״ל״.

ה

והנה, יש לעיין בהגדרת קרן לפי **הרמב"ם**, דמגדירו כמשונה ואינו מגדירו ככוונתו להזיק. [רמב"ם הלכות נזקי ממון פרק א הלכה ד – ה]:

"הלכה ד. העושה מעשה שדרכו לעשותו תמיד כמנהג ברייתו הוא הנקרא מועד, והמשנה ועשה מעשה שאין דרך כל מינו לעשות כן תמיד כגון שור שנגח או נשך הוא הנקרא תם, וזה המשנה אם הורגל בשינויו פעמים רבות נעשה מועד לאותו דבר שהורגל בו שנ' [שמות כ"א ל"ו] או נודע כי שור נגח הוא.

הלכה ה. חמשה מעשים תמים יש בבהמה ואם הועדה לאחד מהן נעשית מועדת לאותו מעשה, ואלו הן: הבהמה אינה מועדת מתחילתה לא ליגח ולא ליגוף ולא לישוך ולא לרבוץ על כלים גדולים ולא לבעוט, ואם הועדה לאחד מהן הרי זו מועדת לו, אבל השן מועדת מתחילתה לאכול את הראוי לה, והרגל מועדת מתחילתה לשבר כדרך הילוכה, והבהמה מועדת מתחילתה לרבוץ על פכין קטנים וכיוצא בהם ולמעך אותן".

וביאר דבריו **באבן האזל** [הלכות נזקי ממון פרק א הלכה ב]: "...והנה התוספות דף ט"ו גבי כלבא דאכיל אימרא דמחייבינן מדין קרן, חילקו בין למ"ד פלגא ניזקא ממונא ובין למ"ד קנסא דלמ"ד ממונא קרן הוא אורחיה ואין ללמוד כלבא דאכיל אימרא דהוי משונה, ולמ"ד קנסא דקרן גופא לאו אורחי' מצינן למילף כל מיני שינוי אפילו באין כונתן להזיק ולא נתנו טעם לדבריהם למה לא נימא דגם למ"ד קנסא דוקא היכא דכונתו להזיק ולא נילף כלבא דאכיל אימרא דאין כונתו להזיק ומהו שמחלק התוספות בין אורחי' לכונתו להזיק, ולפי שכתבתי יש להסביר באופן אחר דלמ"ד פלגא ניזקא ממונא דחיוב קרן מדינא גם בתם, שפיר יש לחלק מכונתו להזיק לאין כונתו להזיק ונאמר דדוקא בכונתו להזיק חייבה התורה דמשן ורגל ליכא למילף דאף דאמרינן דלאו בחזקת שימור קיימא מ"מ הוי משונה דבכל דוכתא אמרינן דקרן משונה ודוחק לומר דהוי דלא כר"פ. [והתוס' שכ' דלמ"ד פ"נ ממונא הוי אורחי' אינו אורחי' גמור אלא דאין ללמוד כלבא דאכיל אימרא דמשונה משום דזהו משונה יותר] אבל למ"ד פ"נ קנסא דבתם מדינא פטור לגמרי אלא דקנסי' כי היכי דלינטרי' ועיקר החיוב הוא במועד וכיון דאייעד אורחי' הוא וילפינן משן ורגל בתר דכתיבי כולהו דאפילו באין כונתו להזיק חייב, שפיר ילפינן כלבא דאכיל אמרי דחייב וכיון דבמועד חייב מדינא בתם חייב משום קנסא, אבל למ"ד פ"נ ממונא היכי דאין כונתו להזיק פטור בתם. ובזה מבואר שפיר מה דהרמב"ם לא הזכיר כלל בהלכה ד' וה' בגדרי חיוב קרן הא דקרן כונתו להזיק ותפש רק החסרון שאינו דבר שדרכה לעשותה כמנהג ברייתה משום דבאמת חייב גם באין כונתו להזיק דלמסקנא ילפי' משן ורגל לזה וכמו שבארנו".

סימן ט׳

א

איתא בסוגין [בבא קמא ג ע״א]: ״תולדה דבור מאי ניהו? אילימא אב - י׳, ותולדה - ט׳, לא ט׳ כתיבי ולא י׳ כתיבי! הא לא קשיא, והמת יהיה לו אמר רחמנא, וקים להו לרבנן: י׳ עבדן מיתה, ט׳ - נזיקין עבדי, מיתה לא עבדי. סוף סוף זה אב למיתה וזה אב לנזקין!״.

וצ״ב מה שבור ט׳ לא עבדי מיתה, וגם אם מת שם השור בעל הבור פטור, מאיזה טעם הוא. ומצינו בזה כמה ביאורים. ובהקדים דלקמן [נ ע״ב] איתא: ״מתני׳. החופר בור ברה״ר ונפל לתוכו שור או חמור - חייב. אחד החופר בור, שיח ומערה, חריצין ונעיצין - חייב. א״כ, 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״. ואם כן, הרי פטור מיתה בבור ט׳ הוא מקרא, [ולקמן התיווך עם מה שמובא כאן שלומדים מהמת יהיה לו וקים להו לרבנן]. אלא דמצינו כמה ביאורים בזה גופא, מאיזה סיבה הפסוק פטר בור ט׳ ממיתה. ונראה שמבארים טעמא דקרא:

1. **רש״י** בל״ק ביאר דהוא משום שאין דרכו להמית: ״אב עשרה - בור עמוק י׳ טפחים היינו אב דבכך דרכו להמית״. נראה שביאר שהפסוק פוטר בבור פחות מי׳ משום שאין דרכו להמית. היינו גם אם במקרה זה הבור המית בפחות מי׳, התורה פטרה את בעל הבור משום שאין דרכה להמית בכך.

2. **רש״י** בלישנא אחרינא ביאר דהוא משום דלא מת מחמת הבור: ״...ומיהו אם מת השור אמור רבנן בבור תשעה פטור דלא מחמת הבור מת דאין בו כדי להמית...״.

וביאר **בחידושי ר׳ נחום** כוונתו: ״נד) רש״י ד״ה וזה אב לנזקין, ברש״י הביא ב׳ דרכים בטעם הפטור דבור ט׳, דלל״ק טעם הפטור הוא משום דאין דרכו להמית, דדוקא בור עשרה דבר מקטיל הוא חייב אבל בור ט׳ שאין דרכו להמית פטור, וללישנא בתרא טעם הפטור הוא משום דלא מחמת הבור מת....

וצ״ל בזה, דהנה בעיקר מש״כ רש״י דבבור ט׳ לאו מחמת הבור מת נראה שאין כונתו כפשוטם של דברים דתלינן שגם בלא הנפילה היה השור מת ובמקרה אתרמי שמת בשעת הנפילה, דזה ודאי שבלא הנפילה לא היה השור מת, אלא כונת רש״י דאנן תלינן שהנפילה עצמה רק הזיקתו אלא שנצטרפה הכא עוד סיבה שגרמה לו למות מכח הך היזק ודו״ק.....

והוסיף וביאר במה קא מיפלגי שני לשונות ברש״י: ״נה) שם, והנה ללישנא קמא דרש״י טעם הפטור בבור ט׳ שהמית הוא משום שאין דרכו להמית, ויל״ע אמאי פליגא הלישנא בתרא ע״ז, דהרי בכל המזיקים בעי׳ דרכו להזיק, ולכאו׳ צדקה סברת הל״ק דבור ט׳ לגבי מיתה חשיב כמזיק שאין דרכו להזיק.

ונראה דהלישנא בתרא ס״ל דכדי להחשב ״דרכו להזיק״ סגי בזה שדרכו למעבד נזיקין וא״צ שיהא דרכו להמית, ובטעמא דמילתא נראה דבדין דרכו להזיק א״צ שיהא אורחיה למעבד להך אופן מסוים אלא סגי בזה שדרכו למעבד להך שם מעשה, דעי״ז חשיב מזיק שדרכו להזיק, ומעתה י״ל דהלישנא בתרא ס״ל דלגבי בהמה מיתה ונזיקין ל״ה ב׳ שמות, דמה לי קטלה כולה מה לי קטלה פלגא ותרוייהו נזקין נינהו, ולהכי א״צ שיהא דרך הבור להמית וסגי בזה שדרכו להזיק ודו״ק ...

ויתכן עוד דגם הלישנא קמא מודה לזה, אלא דהל״ק ס״ל דמיתה ונזיקין הוו ב׳ שמות ולהכי בעי׳ שיהא ״דרכו להמית״, ובביאור הך פלוג׳ י״ל דלהל״ק דפרשת בור איירי במיתה דוקא וכדכתיב

והמת יהיה לו חשבי׳ למיתה כשם בפ״ע, משא״כ לל״ב דפרשת בור איירי בין מת ובין הוזק לא מצינו חילוקי שמות בין מיתה לנזיקין, ולהכי א״צ שיהא דרכו להמית, ומשו״ה כתב רש״י דלהך לישנא טעם הפטור הוא משום דלאו מחמת הבור מת ודו״ק״.

3. **ובתוס׳** הוא דלא כרש״י בל״ב שס״ל שבפחות מי׳ לא מת בגלל הבור, אלא כמו שמבואר בתוס׳ לקמן [י׳ ד״ה ליחכה] ״...משא״כ בבור דפחות מי׳ פטור ממיתה כיון שאין רגילות להמית בפחות מי׳ עכ״ל...״. והביאור בזה, דלכאורה מה בכך שאין רגילות להמית בפחות מי׳, הרי סוף סוף מת מחמת בורו. וצ״ל שזהו טעמא דקרא. דמבואר במשנה [לקמן נ׳ ע״ב כדלעיל] שילפינן מקרא, ולדבריו זהו טעם גזירת הכתוב, שמכיוון שאין רגילות שבור ט׳ ימית, פטר אותו קרא. ולכאורה הוא כמו רש״י בל״ק.

4. **ברמב״ם** [הלכות נזקי ממון פרק יב הלכה טו] איתא: ״עשה תל גבוה ברשות הרבים ונחבטה בו הבהמה ומתה, אם היה גבוה עשרה טפחים חייב לשלם, ואם 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**״.

ולעיל [הלכה י] כתב מכח קרא: ״אחד החופר בור או שיח או מערה או חריץ, **ולמה נאמר בור עד שיהיה בו כדי להמית, וכמה כדי להמית עומק עשרה טפחים אבל אם היה פחות מעשרה ונפל לתוכו שור או שאר בהמה חיה ועוף ומת פטור**, ואם הוזקו חייב בעל התקלה נזק שלם״. ונראה שהוא כנ״ל, דדריש טעמא דקרא שהוא כמו אונס. והביאור בזה כמו שכתב **באבן האזל** [הלכות נזקי ממון פרק יב הלכה יט]: ״...כתב שזה כמו אונס ולא כתב אונס ממש, משום דאונס ממש לא שייך כיון שלא הי׳ לו רשות מתחילה לעשות המזיק, אלא דמ״מ הוא כמו אונס וכנ״ל...״.

ב

עוד צ״ב מניין ילפינן שבור ט׳ הוי אב לנזיקין למסקנא, דהרי בתורה כתוב רק על בור שממית, ומה שאינו מפורש בתורה חשיב רק תולדה ולא אב. וגם בזה כמה שיטות בראשונים:

1. **רש״י בל״ק** ביאר: ״...ואם הוזק חייב ואב הוא דהא מדיוקא דקרא נפקא מדכתיב והמת יהיה לו דמשמע בור עשרה דבר מקטיל הוא חייב במיתת השור הא בציר מהכי במיתה לא חייב הא בניזקין מתחייב...״. ולכאורה כוונתו לדיוקא דקרא ולכן הוא אב. אך צ״ב מניין שבציר מי׳ חייב בנזיקין.

ובשיטה מקובצת הבין שכוונת רש״י שנלמד מסברא, שאין כאן דיוק גמור מקרא, אלא דמכיוון שבור ט׳ פטור ממיתה כיוון שאין בו כדי להמית, סברא היא שבנזיקין שיש בו כדי להזיק יהיה חייב. אלא דהקשה דאם כן תיוי תולדה ולא אב: ״סוף סוף וכו׳. ללישנא קמא דפירש רש״י ז״ל קשה דמכל מקום עשרה דכתיב בהדיא הוי אב ותשעה דנפקי מסברא הוי תולדה דכל שאר תולדות נמי מסברא נפקי. לכך נראה כפירוש שני שפירש. תוספי הרא״ש ז״ל״.

2. **רש״י בל״ב**: ״לישנא אחרינא סוף סוף זה אב למיתה וזה אב לנזקין דכי היכי דנפיק לן מקרא בור עשרה למיתה נפקא לן בור ט׳ לנזקין דכתיב ונפל שמה שור או חמור משמע בין מת ובין הוזק בעל הבור ישלם ומיהו אם מת השור אמור רבנן בבור תשעה פטור דלא מחמת הבור מת דאין בו כדי להמית אבל הוזק חייב דבור תשעה בר נזקין הוא״.

ובתוספות [ד״ה לא י׳] הקשו על פירושו, וגם על פירושו לקמן דסתם בור י׳: ״תימה דבפ׳ הפרה (לקמן דף נ: ושם) תנן מה בור יש בו כדי להמית עשרה פי׳ בקונט׳ דסתם בור יש בו י׳ א״כ י׳ כתיב ועוד קשה דהכא דריש מוהמת יהיה לו ועוד דבסמוך פריך סוף סוף זה אב למיתה וזה אב

לנזקין ופי׳ הקונט׳ דנפל שמה שור משמע בין מת בין הוזק א״כ כי דרשינן שור ולא אדם הוה ליה למעט נמי אדם מנזקין...״.

ובשיטה מקובצת מתרץ: ״הרב רבינו ישעיה כתב בתוספותיו וזה לשונו: ואומר רבינו תם דבור עשרה לא היה ולא נברא והתם הכי פירושו מה בור וכו׳ דבור משמע עמוק מאוד וקרא דוהמת משמע אפילו מת בכל דהו והכריעו חכמים בדבר דבור דקרא שיש בו כדי להמית דהיינו עשרה והא דקאמר לא עשרה כתיבי היינו מקמי דליתי קרא דוהמת דהתם נמי מוהמת מפיק לה. אמנם קשה דאם כן לא היה יודע התלמוד פירוש המשנה דהתם מפיק ליה מוהמת יהיה לו וזה דבר תימה. לכך נראה כדפירש רש״י ז״ל דסתם בור עשרה והכא הכי פירושו לא תשעה כתיבי בניזקין ולא עשרה כתיבי במיתה לחודא דדילמא הא דכתיב בור סתם דהוא עשרה בין למיתה בין לנזקין קאמר אבל בתשעה לא מחייב אף ניזקין ומשני והמת יהיה לו וכו׳ כלומר מדסמיך והמת יהיה לו לבעל הבור ישלם משמע דההוא בור למיתה קאמר אבל לנזקין תשעה. ומבור דיוסף וירמיה לא קשה דהנהו בית אסורים היו והיו עמוקין הרבה אבל הכא בבור לתשמיש איירינן וסתמו עשרה. עד כאן לשונו״.

3. **תוספות** ביארו: ״...ע״כ נראה לפרש דסתם בור עמוק הרבה וצריכי בור והמת יהיה לו דאי לא כתיב בור הוה אמינא כל דקטיל ואפילו אין בו כדי להמית ואי כתיב בור הוה אמינא דוקא בור ולא שיח ומערה דגזירת הכתוב הוא ולהכי איצטריך תרוייהו והכי פריך לא ט׳ כתיב ולא י׳ כתיב בהדי׳ ומסיק סוף סוף זה אב למיתה וזה אב לנזקין פירוש כיון דבור י׳ לא כתיב בהדיא אלא מפקי׳ מסברא מוהמת יהיה לו דבעינן כדי להמית וקים להו לרבנן דהיינו בור י׳ בור ט׳ נמי הוי סברא דהוי אב לנזקין כיון דיש בו כדי להזיק ומכל מקום לא ממעטינן אדם מנזקין דקרא דונפל שמה שור לא איירי אלא בבור י׳...״.

ומה שכתבו ״בור ט׳ נמי הוי סברא דהוי אב לנזקין כיון דיש בו כדי להזיק״, כוונתם דאע״פ שהפסוק איירי בבור שיש בו כדי להמית דווקא [ודלא כרש״י], הרי ניתן ללמוד בור נזיקין מסברא. ופירשו בזה שס״ל שבור י׳ למיתה ובור ט׳ לנזק הם אותו גדר של בור המזיק, אלא שחלוקים הם ביכולת כמה יכולים להזיק, האם רק לנזק או גם למיתה. ולכן כשם שבור י׳ חייב על מיתה, גם בור ט׳ חייב על הנזק מכיוון שיש בו כדי להזיק.

ומה שנקרא אב [אע״פ שנלמד מסברא, וכמו שהקשה בתוס׳ הרא״ש לעיל על רש״י בל״ק] הוא מכיוון דדמי ממש לאב ודומה למהותו לגמרי, אלא שהנזק הוא פחות מצד גודל הנזק. ולא דמי ליתר התולדות שהם מהות אחר של נזק.

וביאר **המהרש״א** דבריו: ״בד״ה לא עשר כתיב כו׳ ואי כתיב בור ה״א דוקא בור ולא שיח כו׳ עכ״ל בפשיטות הל״ל דאי כתיב בור ה״א גזירת הכתוב דוקא בור עמוק הרבה דסתם בור כך הוא אבל בור עשר לא ולכך איצטריך והמת יהיה לו דבור עשר נמי חייב שיש בו כדי להמית אלא שהתוס׳ לישנא דמתני׳ דפ׳ הפרה נקטו בדבריהם דקתני החופר בור שיח ומערה חייב א״כ למה נאמר בור מה בור שיש בו כדי להמית כו׳ דהכי יליף מהך צריכותא ודו״ק״.

ויש להוסיף על דבריו מה שביאר **בכוס הישועות - חדושי מהרשש״ך**: ״בד״ה לא עשר כתיב כו׳ ע״כ נראה לפרש דסתם בור עמוק הרבה כו׳ ואי הו׳ כתיב בור ה״א דוקא בור ולא שיח ומערה וכו׳. גם כאן כולם כאחד מקשים על דבריהם למה להו למימר ולחדש לן צריכותא חדשה הי׳ להם לומר דאי הוה כתב בור לחוד ה״א עמוק הרבה לכך כתיב והמת יהי׳ לו:

ונ״ל כי לא מחכמה שאלו זאת, כי תוס׳ ז״ל נשמרים מזה דא״כ מאי זה שאמור בגמ׳ לא עשר כתיב הלא ודאי עשר כתיב דנמצא למוד מיתורא דקרא לכך קאמר דמיתורא דקרא קא מרבינן שיח

ומערה ואנן מכח סברא קא מרבינן נמי בור עשר הואיל דחזינן דאע״ג דכתיב בור דוק׳ קא מרבינן מוהמת יהי׳ לו את שיח ומער׳ הואיל דיש בהם כדי להמית א״כ בור עשרה דג״כ יש בו כדי להמית דקים לן כו׳ אבל בהדי׳ ודאי לא קא מרבינן בור עשר אלא מכח סברא וא״כ שפיר קא פריך לא עשר כתיב ולכך קאמרו והכי פריך כו׳ ומסיק כו׳ להורו׳ דהמקשן הקשה בתחלה מה דמקשה לבסוף אלא התרצן לא ידע מאי דקא מקשי׳ לי׳ עד שפירש לו לבסוף, ודוק״.

4. **תוספות בשם ירושלמי**: ״...ובירושלמי דריש דהוה ליה למיכתב כי יפתח איש כי יכרה איש בור למה כתיב בור בור אלא חד בור למיתה וחד בור לנזקין ומכל מקום לא ממעטינן אדם מנזקי׳ דקרא דונפל לא ממעט אלא אמאי דכתיב בקרא בהדיא דהיינו בור עשר ולא איתורא״.

5. **תוספות רבינו פרץ**: ״...והר״ם פירש דהא דקאמר זה אב לנזקין היינו משום דדרשינן להביא כורה אחר כורה שחייב במיתה ובנזיקין אליבא דרבנן דפרק הפרה והיכי דמי כגון שסילק מעשה ראשון שחפר בור ט׳ ובא זה והשלימו לי׳ שהאחרון חייב, ואם הראשון שחפר בור ט׳ לא הוי מחויב בנזיקין, למה לי קרא לחייב, פשיטא שהרי הא׳ לא עשה כלום מתחלה ולא היה שם בור כלל ועכשיו זה כרה הבור, אלא ש״מ דמעיקרא דהוה הבור ט׳ מחייב ראשון בניזקין ולכך איצטריך לומר דכורה ב׳ מחייב, דסילק מעשה א׳ וא״כ נזיקין כתיב בקרא גבי בור״.

ג

ויש לעיין מה ס״ל דעות הראשונים הנ״ל, האם בור למיתה ובור של נזיקין האם הוו שני שמות של אב שונים או דילמא הוא אותו שם מזיק:

1. לפי הירושלמי הוו ממש שני שמות משני מילים בפסוק, דכתיב בור בור.

2. מר״פ גם משמע דהוו שני שמות דילפינן מכורה אחר כורה דקרא.

3. רש״י לל״ק הוו גם שני שמות, וכדלעיל מחידושי ר׳ נחום.

4. מתוס׳ משמע דהוו שם אחד, וכמו שהוסבר לעיל.

5. רש״י לל״ב הוו שם אחד מאותה מילה בתורה.

סימן י׳

א

איתא בסוגין [ג ע״א]: ״אלא, אאבנו סכינו ומשאו שהניחן ברשות הרבים והזיקו. היכי דמי? אי דאפקרינהו, בין לרב ובין לשמואל היינו בור״. ופירש **רש״י**: ״אבנו או סכינו שהניחן ברשות הרבים - ונתקלו בהן בני אדם **והזיקו להם**״.

ובתוספות [ד״ה בין לרב]: ״בין לרב בין לשמואל היינו בור - וא״ת הא רב אית ליה לקמן (דף נ:) בור שחייבתו תורה להבלו ולא לחבטו וי״ל דהתם משום דקרקע עולם הזיקתו אבל הכא חבטא דידיה הוא״. היינו, שכאן הייתה חבטה מאבנו סכינו ומשאו בעצמם, ולא שנתקלו בהם ונחבטו בקרקע. וכך משמע גם מרש״י שכתב ״והזיקו בהם״.

וכן איתא **בתוספות** [לקמן כח ע״ב ד״ה ונשוף באבן]: ״ונשוף באבן - דוקא נקיט דנשוף באבן אבל נתקל באבן ונשוף בקרקע פטור דקרקע עולם הזיקתו...״.

אמנם, **במלחמת ה׳** [סוף פרק ה׳] תירץ קושיית התוס׳ באופן אחר: ״...אלא שיש לומר דלא דמי דבשלמא אבנו סכינו ומשאו שנתקל בהם הם שדחפוהו בקרקע עולם ודינם כשור שדחף דהיכא דליכא לאישתלומי מבור משתלם משור לכ״ע אבל בור אף על פי שהוא גרם לו שהרי חפר שם ומ״מ לא נתקל בגוף מעשיו אלא העפר שנסתלק משם הוא הגורם... כך פי׳ ה״ר אברהם בר דוד ז״ל...״.

ב

״ואי דלא אפקרינהו וכו׳ ואי לרב דאמר כולם משורו למדנו היינו שור״. שתי מחלוקות בין **רש״י ותוס׳** בזה: 1. **רש״י** [ד״ה היינו שור] ס״ל בפירוש דברי רב שהוא שור ולא בור: ״ היינו שור - ולאו תולדה דבור נינהו...״.

ואילו **תוס׳** [לקמן כ״ח ע״ב] ס״ל שלרב דהוי שור היינו דעדיפי מבור, ויש לחייבו גם על כלים: ״...ומיהו נראה דרב מצי סבר שפיר דהפקיר רשותו ולא בורו נמי חייב אף על גב דאבנו וסכינו ומשאו דלא אפקרינהו לא הוי בור לרב היינו משום דעדיפי מבור ואיכא נמי לחיובינהו משום שור ולחייב בהן את הכלים...״. היינו, דפליגי שם האם הפסוק של בור לפי רב איירי דוקא בהפקיר בורו ורשותו [רש״י] ואילו אם לא הפקיר רשותו הוא שורו משום שהוא ממונא; או אפילו בהפקיר רשותו ולא בורו אפשר לדונו גם משום בור [תוס׳].

2. **בתוס׳** [ד״ה משורו למדנו] ס״ל ששור הוא קרן ולא שן ורגל, דאל״כ פטורים ברה״ר, והלימוד הוא במה הצד מקרן ובור, דאי רק מקרן איכא פירכא דקרן כוונתו להזיק והוא בעל חי. ואילו **רש״י** [ד״ה ולרב דאמר] כותב מה שור שהוא ממונו וכו׳, משמע שלומד מכל מילי דשור היינו שן קרן ורגל.

וצ״ב שיטת **רש״י**, דהרי שלושה אבות יש בשור, ואי ילפינן מקרן איכא פירכא שכוונתו להזיק, ואי ילפינן משן איכא פירכא דיש הנאה להיזקו, ואי ילפינן מרגל איכא פירכא שהיזקה מצוי. ומבארים אחרונים, דכוונת רש״י שאם היה כתוב רק קרן או רק שן או רק רגל איכא פירכא וכו׳. אבל עכשיו שכתובים שלושתם, נקטינן שהחיוב הוא לא מחמת הדין הפרטי של כל אחד מהם אלא שם כללי של שור המזיק, שהתורה חייבה אותו על כל נזקי בהמתו, וזה המקור של אבנו סכינו ומשאו כשזה ממון האדם.

ואולי יש לקשר בדרך אפשר עם החקירה שנתבארה כמה פעמים, דרש״י שס״ל שטעם חיוב הבעלים הוא משום שחייבים לשמור, דנהי שהתורה לימדה שיש חיובי שור בכמה אופנים [קרן שן ורגל], וחייב האדם לשמור בכל אחד מאופנים אלו, לאחר שלמדנו אותם יש שם מזיק אחד לכולם, היינו שור, שלמדנו ממנו שאדם חייב לשמור ממונו וחייב על נזקיו. ואם כן למדנו משם כללי של שור לאסו״מ. משא״כ תוס׳ שס״ל שתורה משייכת את מעשה השור אל הבעלים, גם לאחר הלימודים הם שלושה מעשים שונים לגמרי ולכן תוס׳ מחפש להגדיר מאיזה מהם למדנו אסו״מ.

ג

ולבאר שיטת **התוספות**: ״...מפרש רשב״ם דאתי מבור ושור ממה הצד... אבל קשה כיון דמבור נמי יליף לפטרו בהו כלים כבור ולקמן בהמניח (דף כח.) מחייב בהו רב כלים גבי נשבר כדו״.

והנה, לקמן הביא **הרא״ש** [פרק א סימן א על סוגיית ו׳ ע״א] מחלוקת האם דבר שנלמד במה הצד בין שני מלמדים, האם יהבינן להו הקולא של שני הצדדים, או את דין עיקר חיובו: ״...ומסקינן דילפינן אבנו וסכינו ומשאו שהניחן בראש הגג ונפלו לרה״ר ברוח מצויה והזיקו בתר דנייחי מבור ומאש ויש מן הגדולים שכתבו דלא מחייב אלא מה שחייב בשניהם ופטירי מנזקי כלים וממיתת אדם כמו בור ומטמון [כמו באש דכיון] דאתו במה הצד יהבינן להו הקל שבשניהם ויש שנסתפקו בדבר ולי נראה דכל דין בור יש להם תדע ... הלכך נראה דעיקר תלמודא הוא מבור לחודיה דבור גמור הם אבנו וסכינו ומשאו לבתר דנייחי בין אפקרינהו בין לא אפקרינהו לשמואל דאמר כולו מבור למדנו ולרב בדאפקרינהו. ... בור גמור הוא 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... אלא ודאי כדפרישית דעיקר חיובינהו מבור הלכך אבנו וסכנו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו דרך הילוכן הוו תולדה דאש ולבתר דנייחי הוי בור בין אפקרינהו ובין לא אפקרינהו...״.

ובפלפולא חריפתא [אות ש׳ בסופו] מביא שמתוס׳ דידן משמע דלא כהרא״ש, ואזי זה סותר מה שהוכיח הרא״ש מדברי תוס׳ לשיטתו: ״...מכל זה קשה דהתוס׳ בר״פ לרב כולן משורו למדנו פירשב״ם במה הצד משור ובור ותמהו התוס׳ דלפטור כלים ומאי קושיא דעיקר לימוד מבורו [צ״ל משורו]״.

וכן הקשה **במהרש״א** לקמן [ו׳ ד״ה תאמר בהני], דאיך הוכיח הרא״ש מתוס׳ לקמן לשיטתו, הרי מתוס׳ דידן מוכח דלא כשיטתו: ״תוס׳ בד״ה תאמר בהני כו׳ היכי קאמר שור יוכיח דברשות חייב והא רגל כו׳ עכ״ל מדבריהם אלו שלא הקשו היכי ילפינן מרגל לחיובינהו ברה״ר הוכיח הרא״ש דעיקר חיוב דידהו מבור דהוא תחילת דינא ולא יהבינן להו הקל של רגל אלא של בור אבל דברי התוס׳ לעיל בד״ה משורו למדנו כו׳ אין מוכיחין כן אלא דבכה״ג יהבינן להו הקל של שניהם וצ״ע״.

ואכן **בשיטה מקובצת בשם מהר״ם** מתרץ קושיית התוס׳ דידן כמו דעת הרא״ש, דכאן שהוא ממון האדם עיקר עניינו הוא שור, אלא שהלימוד במה הצד מבור הוא רק לסלק הפירכא: ״גליון תוס׳:ומהר״ם אומר דלא קשיא מידי דהכא ליכא למימר דיו דעיקר הדין משור ולא קאמר בור יוכיח אלא לסלק הפירכא. ע״כ גליון תוספות״.

וכן איתא **בשו"ת מהר"ח אור זרוע** [סימן קו]: "...וכעין זה אמר רב לקמן דיליף אבנו וסכינו ומשאו מבורו ושורו ואעפ"כ מחייב בו את הכלים. דעיקר הלימוד יליף משור. ובור אינו כי אם מסלק פירכא של סברא שכוונתו להזיק ובעלי חיים...".

וכן איתא **בתוספות רבינו פרץ**: "...וא"ת דמשור היכי אתי הא איכא למפרך מה לשור שכן ב"ח וכונתו להזיק. ופי' רשב"ם דבהצד השוה אתי משור ומבור, והא דקאמר משורו למדנו היינו דיהבינן ליה דין שור לענין כלים שיהיה חייב, **שיש לנו לדמותו לשור יותר מבור לפי שהוא ממונו**, וליכא למימר דיו לבור שפטר בו כלים, דלא אמרינן דיו מפלגא דדינא דהיינו א' מן המלמדים וא"כ הקולא שוה בשניהם...".

ואם כן לכאורה שיטת ההתוס' שלא תירצו כך היא כשיטת יש מן הגדולים שהביא הרא"ש, דלא מחייב אלא מה שמחייב את שני המלמדים של במה הצד, וכפי שהעירו הפילפולא חריפתא והמהרש"א.

אמנם, שוב י"ל שתוס' מסכים לדעת הרא"ש, ושאני הכא שכל מהותו בור, וכפי שביאר **הדרכי דוד** [לקמן ו' ע"א], דשפיר הקשו בנדון דידן, דכאן באבנו סכינו ומשאו במהות הם בור, ולכן הקשו תוס' דליפטר מכלים לכולי עלמא: "המהרש"א סתם ולא פירש ההוכחה מתוס' דן ג' הנ"ל, ונראה דכוונתו למה שהניחו בקושיא בסוף דבריהם שם, שהקשו כיון דמבור נמי יליף לפטרו בהו כלים כבור ע"ש, ולשיטת הרא"ש דלא יהבינן להו כקל שבניהם והן לגמרי דמו לבור ה"נ לרב הכא דמשורו למדנו דומה יותר לשור מלבור ואי דשור יש בו רוח חיים אמרינן בור יוכיח וחוזר לעיקר דין שלו דהיינו שור, ומה הקשו, ומוכח מזה דתוס' ס"ל דלא כהרא"ש אלא כשיטת הגדולים הנ"ל דיהבינן להו כקל שבשניהם ושפיר הקשו, וכן כתב שם להדיא בפנ"י לתרץ קושית התוס' הנ"ל ע"ש, ונראה דלזה נתכון גם במהרש"א.

ולפע"ד יש לדון הרבה בזה, דהאי דינא דרב דבלא אפקרינהו משורו למדנו אדרבה עדיפא מדינא דהרא"ש הכא, והתם לכו"ע צריך להיות עיקר דינא מבור ולא משור, דבאסו"מ שהניחן ברה"ר הלא הם בור ממש בכל הפרטים והמעלות, אלא דבלא אפקרינהו שהם גם ממונו יליף רב גם משור דחייב כלים ממה הצד ומכיון שמכל הצדדים דומה לבור שפיר הקשו לפטרו כלים כבור, כיון דעקרו הוא בור ממש, ועד כאן לא פלגי הגדולים והרא"ש אלא בהני דיליף במה הצד בסוגין, באסו"מ שהנחן בראש גגו ונפלו ברוח מצוי' והזיקו בתר דנייחי דאינן דומים לבור בכל הצדדים, דבור אין כח אחר מעורב בו ובאסו"מ כח אחר מעורב בו, או בפותקין ביבותיהן דלא דמי לבור לגמרי דבור אינו ברשות ואלו הם ברשות ועוד כאלה, דצריך ללמוד עיקר חיובייהו ממה הצד, ופליגי אם מה הצד הזה יהבינן הקל שבשניהם או לא, אבל באסו"מ שהניחן ברה"ר שהוא בור ממש מכל הצדדים, דין בור יש להם לגמרי לכו"ע ותקשי איך ילפינן משור לחייב כלים כיון דמוכרחים ללמוד ממה הצד מבור, בודאי פשיטא דלכו"ע הוי בור ממש ופטור על כלים, ומה שכתב בפנ"י שהוא יותר דומה לשור משום ממונו וחשיב תולדה דשור, הוא תימה, דתולדה לא הוי רק ע"י דמיון במעלות ומדות כמו כוונתו להזיק ויש הנאה להזיקה וכו', וכמפורש בכל הסוגיא אבל לא משום שהוא ממונו שאינו ממעלות ומדות, אלא רק סיבת החיוב של הבעלים ומה שייך זה לאבות ותולדות, ובבור ואש כתבו התוס' דנ"ג וממונך משים דבבור ואש סיבת החיוב לא בעל הממון אלא בעל התקלה ע"ש, עכ"פ ענין ממונו לא שייך לאב ותולדה, וא"כ אסי"מ שהניחן ברה"ר הם לגמרי בור וצריך להיות פטור על כלים לכו"ע, והוכחת המהרש"א מתוס' לעיל דס"ל להפך מתוס' דסוגין שמביא הרא"ש, אינה הוכחה לפע"ד ועיין."

ופשוט דאין להקשות דאם כן איך מיאן תוס' ללמוד משן ורגל כיוון שפטורים מרה"ר, הרי עיקר עניינו בור. דהתם איירי בתוס' דנילף רק משן ורגל ולא מבמה הצד כפי שחידש הרשב"ם.

ובמחלוקת הכללית של רב ושמואל בדלא אפרינהו אי הוי שור או בור, אולי יש לקשר עם הידוע בלקו"ש שמות [ט"ז פרשת שמות] במחלוקת הכללית דרב ושמואל, שרב מדייק יותר בלשון הקרא ואילו שמואל בסברא. ולכן אולי י"ל ששמואל מדמה לבור כיוון שבסברא הא דמי לגמרי לבור, אע"פ שהכא הוא ממונו. ואילו רב שמדייק תמיד בקרא מצריך שיהא דומה לפסוק דמיניה ילפינן, ולכן ילפינן משור.

ד

בעניין כיחו וניעו, יש לעיין האם הוא אב מזיק של אדם או תולדה. **וברש"י** פירש: "כחו הוא - והיינו **אדם גופו** וחייב". ומזה הבין **המהדורא בתרא למהרש"א** בדעת רש"י שס"ל דהוא אב, אלא דאזי מקשה שלא מצינו אם כן תולדה לאדם: "רש"י ד"ה כחו הוא והיינו אדם גופיה כו' וק"ק לפי זה אינו מתרץ כלום דבלא זאת הפלפול של הש"ס תקשי לרב דאמר מבעה זה אדם איך שייך לומר עליו שהוא אב מכלל דאיכא תולדה והא אין תולדה לאדם דישן נקרא נמי אב כמו שהביאו התוס' לקמן וכיחו וניעו הוא אדם עצמו ממילא הוא ג"כ אב ויש ליישב ודו"ק ועיין בש"ס בסמוך. מהר"ם נר"ו".

אמנם **בפנ"י** בדעת רש"י שהוא תולדה, ומדייק שקושיית הגמרא מדוע חייב: "בגמרא אי בהדי דאזלי קמזקי כחו הוי. אין הקושיא דכחו הוי ממש בכלל גופו ולא שייך ביה אבות ותולדות דאם כן לרב לא מצינו שום תולדה באמת למבעה והמשנה אמרה ארבעה אבות מכלל דאית תולדות לכולהו, ועוד שהרי בכל נזקין כחו לאו כגופיה אלא בבהמה הוי צרורות, אלא דהקושיא היא שכחו חייב כמו גופו ועיין ברש"י שהוסיף לכתוב וחייב וק"ל".

וכן דעת **הרי"ף**: "<u>תולדה</u> דמבעה מאי היא אי אליבא דשמואל דאמר מבעה זה השן הא אמינא לה ואי לרב דאמר מבעה זה אדם כיחו וניעו".

וכן דעת **הרמב"ם** [רמב"ם הלכות חובל ומזיק פרק ו הלכה י]: "אחד המזיק בידו, או שזרק אבן או ירה חץ והזיק בו, או שפטר מים על חבירו או על הכלים והזיק, או שרק או נע והזיק בכיחו וניעו בעת שהלכו מכחו, הרי זה כמזיק בידו והם **תולדות של אדם**, אבל אם נח הרוק והכיח על הארץ ואחר כך נתקל בהן אדם הרי זה חייב משום בורו, שכל תקלה תולדת בור היא כמו שביארנו".

סימן י״א

א

איתא בסוגין [ג ע״ב]: ״אלא, תולדה דאש כאש, וכי קאמר רב פפא - אתולדה דרגל. רגל? הא אוקימנא תולדה דרגל כרגל! בחצי נזק צרורות, דהלכתא גמירי לה. ואמאי קרי לה תולדה דרגל? לשלם מן העלייה. והא מבעיא בעי רבא! דבעי רבא: חצי נזק צרורות, מגופו משלם או מן העלייה משלם! לרבא מבעיא ליה, לרב פפא פשיטא ליה. לרבא דמבעיא ליה, אמאי קרי לה תולדה דרגל? לפוטרה ברה״ר״.

ויש לעיין, מה מחדשת ההלכה דחצי נזק צרורות. ופליגי בזה רבוותא:

1. **רש״י** פירש שההלכה מלמדת שזה ממונא ולא קנסא: ״בחצי נזק צרורות - שהיתה מהלכת והתיזה צרורות ברגליה ושיברו את הכלים **דקי״ל דהלכתא גמירי לה למשה מסיני דממונא הוא ולא קנס** ואף על גב דפלגא נזק של נגיחה הוי קנס כדאמרינן לקמן האי פלגא נזקא ממונא הוא והלכך לאו תולדה דקרן הוא אלא דרגל דמכח רגל הוא דאתו וכרגל לא הוי דרגל משלם נזק שלם והיינו דרב פפא״.

וכך פירש **המהר״ם** בדעת רש״י. [אמנם **החכמת שלמה** ביאר אחרת: ״רש״י בד״ה בחצי נזק כו׳ למשה מסיני דממונא הוא כו׳ נ״ב נראה לפרש לאו דוקא דהכי הלכתא דממונא א״כ למ״ד חצי נזק ממונא מאי איכא למימר אלא הלכתא אחצי נזק קאי. והוא מפרש״י ויש ספרים איתא בגמ׳ דממונא הוא ועל כל פנים אינו מדברי ההלכתא ודו״ק״]. ויתכן שגירסת רש״י בסוגין הוא ״הלכתא גמירי לה **דממונא** הוא״.

והנה, בדפוסי **הרי״ף** שלפנינו אינו כמו רש״י שההלכה מלמדת שזה ממונא: ״ואסיקנא דכולהו תולדותיהן כיוצא בהן בר מתולדה דרגל ומאי ניהו חצי נזק צרורות דהלכתא גמירי לה דלא משלם אלא חצי נזק ואמאי קרו לה תולדה דרגל דמשלם מן העליה ולפוטרה ברה״ר [דף ט״ז ע״ב] ומאי עלייה מעולה שבנכסיו כדתנן הניזקין [גיטין מ״ט ע״ב] שמין להן בעדית ובעל חוב בבינונית וכתובת אשה בזיבורית״.

אלא שגירסת **הרא״ש** ברי״ף הוא כמו רש״י: ״...ואסיקנא דכולהו תולדותיהן כיוצא בהן לבר מתולדה דרגל. ומאי ניהו חצי נזק צרורות דהלכתא גמירי לה **דממונא הוא** ולא משלם אלא חצי נזק...״.

ולדברי **הפלפולא חריפתא** גירסא זו ברי״ף הוא שיבוש: ״[ד] הא דקאמר הלכתא גמירי לה דממונא הוא להא לא בעי הלכתא כו׳. גם הר״ן גורס בדברי הרי״ף הלכתא גמירי לה דממונא. אבל בגמרא דפוס ישן וכן בספר הרי״ף שבידינו ליתא. ונראה לי שנשתבשו לגרוס כאן דממונא ממאי דבסוף פירקין דף ט״ו אמרינן כיון דאיכא חצי נזק צרורות דהלכתא גמירי לה דממונא הוא מש״ה לא קתני והתם ה״פ דהלכתא גמירי לה בח״נ מ״מ ממונא הוא מש״ה לא קתני כל שאינו משלם כמה שהזיק כו׳ ומהתם נשתבשו לגרוס כאן...״.

2. ולכן ממשיך **הרא״ש** ופליג על הרי״ף [לפי גירסתו], וס״ל שההלכה מחדשת [לא שזה ממונא] אלא שהתשלום הוא חצי נזק: ״...הא דקאמר הלכתא גמירי לה דממונא הוא להא לא בעי הלכתא דמימלא ממונא הוא כיון דתולדה דרגל הוי **ועיקר הלכה לחצי נזק גמירי** אלא ה״ק דאע״ג דתולדה דרגל הוי וממונא הוי הלכה גמירי לה דלא משלם אלא חצי נזק ואמאי קרי לה תולדה דרגל לשלם מן העלייה ולפוטרו ברה״ר. כיון דקאמר גמרא דלרב פפא פשיטא ליה ולרבא מיבעיא ליה עבדינן כרב פפא דפשיטא ליה ועוד דרב פפא בתראה הוא והלכתא כוותיה״.

וכן משמע **בתוספות** [ד"ה לפוטרו ברה"ר]: "...וי"ל כיון דמן הדין היה משלם נזק שלם **ואתי הלכתא דלא משלם אלא חצי נזק** אם כן אתי הלכתא להקל ולא להחמיר". וכן כתב הרשב"א בדעת התוס' שאינו גורס דממונא הוא.

ב

וצלה"ב: 1. איך ליישב לשיטת **רש"י** את קושיית **הרא"ש**, שלא צריכים הלכה בכדי לדעת שצרורות הוא ממונא, דכיוון שהוא תולדה דרגל הרי הוא ממונא.

2. מבואר ברש"י שהייתה ס"ד שחצי נזק יהיה קרן. וצ"ב, מאי ס"ד שיהא קרן, הרי אורחייהו בהכי.

3. מרש"י משמע שזה שההלכה מחדשת שזה ממונא זו הסיבה שזה לא תולדה דקרן אלא דרגל, "והלכך לאו תולדה דקרן הוא". וצריך ביאור מה כוונתו.

4. בביאור מדוע הוא רגל, פירש רש"י משום דמכח רגל קא אתו. ולכאורה הוא רגל כיוון שהוא דומה לרגל, וכדאיתא **בתוספות**: "אמאי קרי לה תולדה דרגל - **אף על גב דדמי לרגל** כיון שדינה חלוק היה לו לקרות לה שם בפני עצמה". נמצא שחולקים רש"י ותוס' מדוע הוא רגל, האם משום שבא מכחו או משום שדומה לו.

5. מהי שאלת הגמרא שוב אמאי קרי לה תולדה דרגל, מאחר שביארנו ברש"י שהוא משום דמכח רגל אתו.

6. בפירוש תולדותיהן לאו כיוצא בהן פירש רש"י לעיל שיהא פטור, ואיך יתאים עם המסקנה שהוא חצי נזק.

ג

ויובן בהקדים חקירה ביסוד גדר ההלכה שנאמרה בצרורות **בחידושי רבי אריה לייב מאלין** [סי' סו]: "...דהנה בעיקר ההלכה שנאמרה דצרורות משלם תצי נזק יש לחקור אם כיון דצרורות תולדה דרגל הוי ולולי ההלכה היה דינו כרגל לכל מילי ע"כ גם עתה אחרי ההלכה החצי נזק שמשלם הוא מחיובי רגל ממש, אלא דבההלכה נאמר פטור על כחו על חצי נזק וכמו שאר פטורים שנאמרו בנזקי ממונו וכמו פטורא דרה"ר ופטורא דכלים כמו כן נאמר ברגל פטור על כחו שאינו משלם אלא חצי, או דילמא נאמר דעתה אחרי ההלכה אינו פטור כמו שאר פטורים אלא דההילכתא אפקינהו לגמרי מכל חיובי רגל ונתנה להם חיוב חדש של חצי נזק ונמצא דאחרי ההלכה החיוב דחצי נזק בצרורות הוא מההילכתא למשה מסיני ושאני חיובו משאר חיובי רגל האמור בתורה.

והנה בב"ק דף ג' ודף ט"ו אמרינן חצי נזק צרורות הלכתא גמירי לה דממונא הוא ועיין בראשונים דבמקצתן כן הגירסא דהילכתא גמירי לה דממונא הוא והקשה הרא"ש ע"ז דהא כיון דאמרינן בפ' כיצד דהלכתא לגרועי אתא ולא להחמיר וא"כ למ"ל להלכה ע"ז דממונא הוא דמהיכי תיתי נימא דקנסא הוא, ועפ"ד ניחא דכ"ז אם נאמר דבההלכה לא נאמר רק פטור אבל גוף החיוב של חצי נזק אינו מההלכה כלל אלא מטעם חיוב רגל כשאר חיובי רגל וא"כ לפ"ז בודאי אין מקום לגירסא זו דמהיכי תיתא נימא דקנסא הוא, אבל אם נאמר דההלכה אפקינהו לגמרי מכלל חיובי רגל ואוקמינהו אחיוב חדש של חצי נזק מהלכה מסיני וא"כ יש מקום לומר כמו דאמרינן פלגא ניזקא קנסא משום דלא מצינו בתורה שיהא חיוב של חצי נזק ממון כמו כן היינו אומרים דהחיוב של חצי נזק צרורות הוא קנסא דלא מצינו ממון של חיוב חצי נזק, ולכן נאמר בההלכה דחצי נזק של צרורות הוא ממונא.

ונראה דמכל הסוגי׳ האמורה בכאן מכל הנך בעיות מוכרח לומר כן דהח״נ צרורות הוא חיוב חדש מההלכה למשה מסיני ולא רק פטור כמו שאר להלכותיהן ברגל, והנה הבעי׳ הראשונה דבעי רבא אם חצי נזק צרורות מגופו משלם או מעלי׳ משלם מבואר בגמ׳ צדדי הבעי׳ אם הוא מגופו משלם דלא אשכחן חצי נזק דמשלם מעלי׳ או דילמא מעלי׳ משלם דלא אשכחן מאורחי׳ דמשלם מגופו והנה זה פשוט דבההלכה לא נאמר רק דין חצי נזק ומהיכי תיתי לנו לאמר דישלם מגופו, ובע״כ צ״ל דהשאלה היתה משום דיש לחקור בדין של מגופו הנאמר גבי קרן תם אם הוא מהחילוקי דינים של קרן ורגל והוי מההילכותיהן של קרן וממילא לא שייך רק לקרן ולא לשאר מזיקין או נאמר דהדין דמגופו משלם הוא דין בהתשלומין של חצי נזק דדיני התשלומין של חצי נזק שנתנה תורה בתם דינם שאינו משתלם אלא מגופו, וממילא שייך לדמות דגם תשלומים אחרים של חצי נזק שמצינו במזיקין אחרים ג״כ לא ישלמו אלא מגופו ... וזהו מה דאמר רבא מגופו משלם דלא אשכחן חצי נזק דמשלם מעלי׳ או דילמא מעלי׳ משלם דלא אשכחן כי אורחי׳ דמשלם מגופו - היינו דהדין מגופו הוא דין דוקא בהמזיק של קרן תם שהוא לאו אורחי׳, וכ״ז לא שייך לומר רק אם נימא דדין חצי נזק של צרורות הוא חיוב חדש של חצי נזק שנתנה תורה ועל כן יש לחקור אם יש לו הדינים של ח״נ דקרן לענין מגופו אבל אם נימא דבההלכה לא נאמר כלל חיוב של ח״נ והחיוב של ח״נ דמשלם הוא מטעם חיובים דרגל האמור בתורה ובההלכה לא נאמר רק פטור בהמזיק דרגל שפטור על ח״נ בצרורות וכמו שאר פטורים, וא״כ בודאי דהחיוב של ח״נ דמשלם הוא ממש כהחיובים דרגל ואינו יכול להיות שאני משאר חיובים דרגל אלא ודאי מוכרח דחיוב ח״נ דצרורות הוא חיוב חדש מהלכה...״.

ד

ואם כן מבואר **שהרא״ש** ס״ל כצד א׳ בחקירה, ומכיוון שכך פשיטא לו שהוא ממונא כיוון שהוא מחיובי רגל ממש. וכן זה הביאור בדברי **תוס׳** לפוטרו שההלכתא להקל, והוא כמ״ש **הרשב״א** שתוס׳ אינו גורס שההלכה מלמדת שזה ממונא.

אמנם **רש״י** ס״ל כצד ב׳ בחקירה, וההלכה מוציאה את גדר צרורות מחיובי רגל ונתנה לו שם חדש שחיובו הוא חצי נזק. ומכיוון שהוא חיוב חדש, צריכים אנו לחקור מהו החיוב החדש הזה, ובאה ההלכה ומחדשת שהוא ממונא. [מתורץ 1 דלעיל].

והוה אמינא שחיוב חדש זה יהא קנסא כקרן כיוון שמשלם ח״נ כמו קרן, ועל זה אתא ההלכה לומר שהוא ממונא, ולכן אינו כקרן [מתורץ 2 דלעיל]. ומכיוון שההלכה קבעה שצרורות הוא חיוב חדש שהוא ממונא, עדיין אינו מבואר שהוא רגל אלא שאינו קרן, ועל זה מוסיף רש״י שנקרא רגל כיוון דאתו מכח רגל [מתורץ 3 דלעיל].

אלא שיש להבין בתוספת ביאור הא דכתב רש״י דמכח רגל אתו. **ובחידושי ר׳ נחום**: ״פד) שם דמכח רגל הוא דאתו, ברש״י כתב דלאחר שנתחדש בהלכה דהוי ממונא דייני׳ דהוי תולדה דרגל ״דמכח רגל הוא דאתו״, ודבריו צ״ב רב אמאי הוצרך להך טעמא דמכח רגל הוא דאתו הא לכאו׳ צרורות הזיקן מצוי כרגל וא״כ הו״ל לרש״י לפרש דצרורות הוו תולדה דרגל משום דהזיקן מצוי כרגל. וביותר יל״ע דלכאו׳ הך טעמא שכתב רש״י דמכח רגל הוא דאתו אינו נכון, דהא לעיל מסקינן דרביצה ובעיטה ל״ה תולדה דרגל אף על גב דמכח רגל הוא דאתו, וחזינן מזה דשם המזיק דרגל אינו תלוי בזה שנעשה ההיזק ע״י מעשה רגל אלא אי הזיקן מצוי כרגל, ומהו זה שכתב רש״י דצרורות הוו תולדה דרגל משום דמכח רגל הוא דאתו (ועי׳ בשטמ״ק בשם מהר״י כ״ץ).

והנה בישוב הקו׳ הא׳ י״ל עפמש״כ היש״ש בסי׳ ד׳ דצרורות אין הזיקן מצוי כ״כ כרגל (וכדבריו מבואר בר״ח לקמן די״ט ע״א דצרורות ל״ה אורחיה וזהו הטעם שפטרתם התורה מנ״ש ואכ״מ), ומשו״ה לא מצי רש״י לפרש דח״נ צרורות הוי תולדה דרגל משום דהזיקן מצוי, דלאחר שנתחדש

בתורה דחיוב צרורות הוי ח״נ בלבד למדנו דלא דייני׳ להו כאורחיה לגמרי, וא״כ אי״ז תולדה דרגל, ולכך הוצרך רש״י לבאר דכל הטעם דחשבי׳ להו כרגל הוא רק משום דמכח רגל הוא דאתו. אכן אכתי אי״ז מעלה ארוכה לקו׳ הב׳ הנ״ל מאי מהני לן הך טעמא דמכח רגל הוא דאתו, הא בכל הסוגיא בד״ב ע״ב נראה דהא דמכח רגל אתו אינו גורם לאשווי ליה כתולדה דרגל, והעיקר תלוי אי הזיקו מצוי או לא.

ואולי י״ל, דהנה לעיל בד״ב ע״ב משני דרביצה ובעיטה ל״ה תולדה דרגל הואיל ואין הזיקן מצוי כרגל, ויעוי׳ ברש״י שהוסיף בזה ״הלכך תולדה דקרן הן דאין הזיקו מצוי ואין הנאה להזיקו ומשלמי ח״נ כקרן״, ולכאו׳ צ״ב אמאי הוצרך להוסיף דהו״ל תולדה דקרן הא נידון הגמ׳ היה מ״ט ל״ה תולדה דרגל, ומה אכפ״ל אי הוי תולדה דקרן. ולכאו׳ יש לדייק מזה דגם במסקנא לא הדרי׳ מסברת ההו״א דזה שנעשה ההיזק ע״י רגל הוי סיבה לאשווי כתולדה דרגל וכל הטעם דרביצה ובעיטה ל״ה תולדה דרגל הוא משום דהנך תולדות דמו טפי לקרן והו״ל תולדה דקרן ודו״ק. ולפי״ז א״ש מש״כ רש״י בסוגיין דמכח רגל הוא דאתו, דכיון דבנידו״ד אי״ז תולדה דקרן (דח״נ דקרן הוי קנסא ובהלכה נתחדש דהך ח״נ הו״ל ממונא) ע״כ דייני׳ דהו״ל תולדה דרגל משום דמכח רגל הוא דאתו, ואכתי צ״ע״.

ומכיוון שכל הקשר של חיוב החדש של צרורות לרגל הוא משום דמכוחו אתו ולא משום דדמי לרגל [כבתוס׳], לכן מובן שהגמרא מקשה [אליבא דרש״י] שאע״פ שמכח רגל אתו אין זו סיבה מספקת להיותה תולדה דרגל הואיל ואינה משלמת כמותה [בזה מתורץ 5 דלעיל]. והנה, לרש״י שהוא חיוב חדש מתפרש הקשר בין צרורות לרגל כדלעיל, שמכחו אתו. אבל לתוס׳ שאין זה חיוב חדש, הרי שצרורות דמי ממש רגל דאורחייהו בהכי. [ובזה מתורץ 4 דלעיל, ההבדל בין פירוש רש״י לתוס׳].

ובחידושי ר׳ נחום [אות פא]מתרץ על פי זה קושיא 6 דלעיל:״...ונראה להוסיף בזה דשורש הך פלוג׳ תלוי בביאור דין תולדותיהן לאו כיו״ב, ורש״י והרא״ש אזלי בזה לשיטתייהו, דהנה בגמ׳ מבואר דח״נ צרורות הוא תולדה דלאו כיו״ב ואהא קאי ר״פ דיש מהן לאו כיו״ב, וממילא נראה דגדר הך דינא תלוי במח׳ רש״י והרי״ף, דלשי׳ הרי״ף והרא״ש דלצד דתולדותיהן לאו כיו״ב תולדה מחייבא ח״נ מסתבר שזהו נמי גדר ההלכתא דצרורות, דכל חידוש ההלכה היה רק דהך תולדה ל״ה כיו״ב לגמרי לענין דלא מחייבא נ״ש, ולהכי כתב הרא״ש דלגבי החצי הנשאר ידעי׳ מסברא דהך חיובא הו״ל ממונא ולא קנסא כדין כל תולדה דרגל. משא״כ לשי׳ רש״י דתולדותיהן לאו כיו״ב היינו דפטור לגמרי, מוכרח שבהלכתא נתחדש חיוב מחודש של ח״נ, דהרי מדין תולדותיהן לאו כיו״ב היה לנו לפוטרו לגמרי, וע״כ שבהלמ״ס נתחדש נמי לחייבו בח״נ, ולהכי כתב רש״י דאלמלא חידוש ההלכה היה מקום לדון דהך ח״נ יהא קנסא, דלאחר שנתחדש בהלכה דהך תולדה ל״ה כיו״ב היה מקום לדון דהך חיובא לא יהא תולדה דרגל וכן דהך חיובא יהא קנסא ולא ממונא, וע״כ שכ״ז נכלל בחידוש ההלכתא וכנ״ל.

ובזה א״ש קו׳ נוספת, דהנה לכאו׳ עצם שיטת רש״י בכל הסוגיא צ״ע האיך אפ״ל דלצד דתולדותיהן לאו כיו״ב ליכא חיובא כלל הא בסוגיין מסקי׳ דר״פ איירי בח״נ צרורות, וחזינן דלהצד דתולדותיהן לאו כיו״ב משלם ח״נ וכד׳ הרי״ף. ולפמש״נ א״ש, דלהנ״ל אין כונת הגמ׳ דכל דין לאו כיו״ב בצרורות הוא רק לפוטרו מח״נ, דבאמת לאחר שנתחדשה ההלכה דהך תולדה דצרורות ל״ה כיו״ב היה לנו לפוטרו לגמרי, והא דמחייבי׳ ליה בח״נ הוא חיוב מחודש מכח ההלכה וכנ״ל....״.

ופש לן לברורי מה יענה רש״י על קושיית תוס׳ [ד״ה לפוטרו], אמאי פשיטא טפי לרבא דהוה כרגל לפוטרו מרה״ר מאשר מה שמסתפק לגבי תשלום מגופו או מעליה, כיוון שכנ״ל לא ס״ל

תירוצו: "לפוטרו ברה"ר - וא"ת אמאי פשיטא ליה טפי מלשלם מן העלייה...". ובתרומת הכרי מבאר שאלה זו על פי הרי"ף שפירש טעמא דקרא דפטור שן ורגל ברה"ר כיוון שאורחייהו. ועיין מה שפירש דבריו הרא"ש בסי' א' שטעם פטור זה הוא משום דלא יכולים הבעלים לילך אחריהם תמיד, עיי"ש מאי נפק"מ לדינא [ויבואר להלן אי"ה]. ולפי זה הוא הדין בצרורות שצריכים לפטור מאותו טעם. **תרומת הכרי** [חושן משפט סימן שצא סעיף ז]: "...ועפ"י שיטת הרי"ף יש לתרץ קושי' התוס' בריש ב"ק [ג, ב ד"ה לפוטרו] בהא דאמרי' שם דלרבא פשיטא לי' דצרורות פטרי בר"ה ומבעי לי' אי משלם מהעלי' או מגופו, דמאי שנא, דכיון דטעם פטור בר"ה דשן ורגל שלא יצטרכו הבעלים לילך אחר בהמתן כל שעה דין הוא שיהי' צרורות פטורי בר"ה דצרורות נמי אורחייהו ואי מחייבת (לא) [ליה] יצטרכו לילך אחר התזה וזה נכון...".

ה

והנה, בסוגין איתא שחצי נזק צרורות הלכתא גמירי לה. ופירש **רש"י** [ועוד ראשונים] היינו הלכה למשה מסיני. והקשו מזה [**חוות יאיר** סי קצב] על שיטת **הרמב"ם** בהקדמה לפירוש המשניות דס"ל שלא שייך בהלמ"ס מחלוקת. והרי לקמן [פרק ב'] איתא מחלוקת בחצי נזק, דסומכוס פליג וס"ל דהוא נזק שלם.

ובהעמק שאלה [קדמת העמק פרק א אות ב] ביאר שלפי הרמב"ם הלכתא גמירי לה הוא לא הלכה למשה מסיני [בנזקי ממון פ"ב ה"ב איתא על צרורות דהוא "הלכה מפי קבלה"]: "וכמו אבוקה שמוציא הניצוץ, ועפ"י התחברות כחות המרחיבות נעשה עוד אבוקה ברורה, להוציא ממנו עוד ניצוצות וכן ממנו והלאה, כך כאשר הי' במחלוקת הראשונה בימי יהושע, ונמנו וגמרו על הענין שבא לפניהם נעשה הלכה ברורה אשר אין להסתפק עוד בזה, ובדור הבא אחריו לא חקרו עוד בזה, אלא בבוא עוד ענין שני, ונצרכו לחקור למעשה, הי' חקירתם אחר שכבר נמנו וגמרו בדור שלפניהם ונעשה הקדמה ושורש לאותו ענין שבא כעת. וכ"כ הרמב"ם בהקדמה לפי' המשניות בד"ה וכאשר מת יהושע כו' וזהו דאי' בש"ס בכ"מ הלכתא גמירי להו, או לשון גמירי...

אבל כד דייקת תשכח דעת הרמב"ם שלא מנה בהל"מ בהקדמה אלא הני דמפורש הל"מ או בלשון באמת אמרו, ואי' בירו' שבת פ"א ופ"ט אר"א כ"מ ששנו באמת הל"מ, אבל בכל הני שאמרו הלכתא גמירי לה או גמירי, אינו הל"מ, אלא מקובל איש מפי איש עד אותו הדור שנגמרה אותה הלכה. ופי' גמירי מלשון נמנו וגמרו, והיינו דבהל' נזקי ממון פ"ב ה"ג, כתב על חצי נ"צ ודבר זה הלכה מפי הקבלה, דלא כפירש"י ב"ק ד' ג' ד"ה בחצי נ"צ כו' דקיי"ל דהג"ל למשה מסיני דממונא הוא כו'...".

סימן י״ב

א

איתא בסוגין שצרורות פטירי ברה״ר כרגל: ״אמאי קרי לה תולדה דרגל? לפוטרה ברה״ר״.

והנה, **הרי״ף** נתן טעם לפטור שן ורגל ברה״ר שהוא משום שדרכו לילך ברה״ר: ״ושן ורגל ברשות הרבים פטורין משום דאורחייהו הוא״.

גם **הרמב״ם** [הלכות נזקי ממון פ״א ה״ח] ס״ל כמו **הרי״ף** שטעם פטור ברה״ר הוא אורחייהו: ״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**, ואם נגחה או נגפה או רבצה או בעטה או נשכה, אם תמה היא משלם חצי נזק ואם מועדת משלם נזק שלם״.

וברא״ש [פרק א סימן א] תמה על **הרי״ף**: ״ושן ורגל פטורין ברה״ר דאורחיה הוא תמיה לי מה הוצרך לפרש טעמא דפטירי משום דאורחייהו הוא הא קרא כתיב ובער בשדה אחר ודרשינן ולא ברה״ר. ואפשר שבא לפרש טעם הפסוק למה פטרתו תורה ברה״ר לפי שדרכו לילך ברה״ר ואי אפשר שילכו הבעלים אחריהן תמיד. אבל קרן חייבת ברה״ר אף על פי שדרכו לילך שם דכיון דאייעד ויודע שהוא נגחן הוה ליה למריה לנטוריה (והכי) קי״ל דקנסא הוא כי היכי דלינטריה לתוריה...״.

ובתרומת הכרי [חושן משפט סימן שצא ס״ז] הביא מקור לדברי **הרי״ף** מגמרא לקמן: ״...ובעניותי יראה שיצא לו כן מהאי דפ״ב דב״ק דף י״ט ע״ב, יתיב ר״י נשיאה ור׳ אושעיא אקילעא דר״י נפיק מילתא מבנייהו כשכשה בזנבה מהו א״ל אידך וכי יאחזנה בזנבה וילך א״כ קרן נמי אטו יאחזנה בקרנה וילך הכי השתא קרן לאו אורחי׳ הוא הא אורחי׳, ומדקאמר וכי יאחזנה בזנבה וילך אלמא דזוהו טעם דפטור בשן ורגל, דאל״כ ל״ה למימר אלא אורחא הוא ותו לא, והוא ראי׳ גדולה לדעתי...״.

ואכן משמע מדברי **הרא״ש** [לקמן פרק ב סימן ב] כדבריו: ״...וא״ל אידך וכי יאחזנה בזנבה וילך ודאי אורחיה הוא כמו רגל שאין מחוייב לילך אחר בהמתו ולשומרה שלא תזיק דרך הילוכה ברה״ר...״.

ב

והנה, **הרא״ש** [כאן] מביא נפק״מ מהטעם שביאר **הרי״ף**: ״...ונפקא מינה מטעם זה שאם היה עץ ארוך מונח מקצתו ברה״ר ומקצתו ברה״י ודרסה עליו ברה״ר ושברה ברה״י כלים כיון שדרכה לילך ולדרוס עליו פטורין ור׳ יצחק בר׳ שמואל לא פירש כן לקמן גבי שור יוכיח שברשות״.

ועל פי חידוש זה מסביר **השלטי הגבורים** מדוע משמיט **הרא״ש** דין דסוגיא לקמן: ״ב תמה הרא״ש ז״ל על דברי הרב למה הוצרך לפרש דפטירי משום דאורחייהו הוא הא קרא כתיב ובער בשדה אחר ודרשינן ולא ברה״ר ודקדק מדבריו דהכי קאמר רבינו שאם היה עץ ארוך מקצתו ברה״ר ומקצתו ברה״י ודרסה עליו ברה״ר ושבר ברה״י כלים כיון שדרכה לילך ולדרוס עליו פטור ובודאי דהכי הוא דעת רבינו שהרי בפ׳ כיצד הרגל השמיט בעיא דר׳ ירמיה לר׳ זירא דבעא מיניה התיזה ברה״ר והזיקה ברה״י מהו ואסיקנא התם דחייב ורבינו השמיטה משמע דס״ל דלאו הלכתא הוא אלא התיזה ברה״ר והזיקה ברה״י פטור דאורחיה הוא״.

ותמה **הפלפולא חריפתא** על דברי **הרא״ש**: ״[ט] ונפקא מניה מטעם זה שאם היה עץ ארוך כו׳. והוסיף בעל שלטי הגבורים וכתב וז״ל ובודאי דהכי הוא דעת רבינו דבפ׳ כיצד הרגל השמיט בעיא דר׳ ירמיה לר׳ זירא דבעא מיניה התיזה ברה״ר והזיקה ברה״י מהו ואסיקנא התם דחייב ורבינו השמיטו משמע דס״ל דלאו הלכתא היא אלא התיזה ברה״ר והזיקה ברה״י פטור דאורחיה הוא עכ״ל. ואני מתמיה מאוד על כל זה דמנין לו להרי״ף לפרש טעמא דקרא מלבו ולהוציא דין מכח אותו הטעם שהוא דלא כמסקנא דגמרא. ועוד אכתוב בזה לקמן גבי ארבע כללות כו׳ ועוד בפרק כיצד הרגל גבי דאכלה היכא. ועיין בדברי רבינו במסכת ע״ז בסוף פרק רבי ישמעאל שכתב בזה דלא כהרי״ף״.

אמנם, **מהרמב״ם** [הלכות נזקי ממון פרק ב הלכה ד] שמצד אחד הביא את הסברו של הרי״ף [וכנ״ל], ולאידך פוסק את הדין של התיזה ברה״ר והזיקה ברה״י שחייב משום צרורות חזינן דלא כדברי **השלטי גיבורים**: ״...וכן אם היתה מהלכת ברשות הרבים ונתזו צרורות מתחת רגליה לרשות הניזק ושברו את הכלים משלם חצי נזק״.

לכן חילקו האחרונים [**יש״ש** סי׳ ד׳, **אבן האזל** ועוד] בין דין עץ ארוך של הרא״ש לבין דין התיזה לרה״י, [ודלא כש״ג], וביארו כל אחד לדרכו. ולכאורה מחוורתא החילוק של **רמ״ש הכהן**:

חידושי ר׳ מאיר שמחה הכהן [לקמן יט ע״א]: ״התיזה ברה״ר והזיקה ברה״י. הרא״ש (פרק קמא סי׳ א׳) פסק בעץ ארוך ברשות הרבים ומקצתו ברה״י ודרסה עליו בהמה ברה״ר ושברה כלים ברשות היחיד פטורה, דאורחה להלוך ולמדרס והיזקה מצויה. אבל התיזה ברשות הרבים צרורות והזיקו ברה״י חייבת, דהצרור שהזיק בכח הבהמה הוא נחשב המזיק, וא״כ הלך מכחה מזיק לחצר היחיד במקום שיש רשות לפלוני להניח חפציו ולכן חייב, אבל בעץ ארוך הזיקה בגופה והיא המזיק ברה״ר, ופשוט״.

ג

עוד יש להבין: 1. דהנה, הקשה **באבן האזל** על הבנת הרא״ש בריי״ף, דלפי זה מדוע בחצר שמיועדת לשניהם לבהמה ולאחד לפירות פסק הרמב״ם [הלכות נזקי ממון פרק א הלכה ט] שחייב, הרי יש לבהמות רשות לילך שם: ״היתה החצר של שניהן מיוחדת לפירות ולא להכניס לה בהמה והכניס לה אחד מן השותפין בהמתו והזיקה חייב אפילו על השן ועל הרגל, וכן אם היתה מיוחדת לבהמה לשניהן והיה רשות לאחד מהן בלבד להכניס לה פירות והזיקה פירותיו חייב אף על השן ועל הרגל״.

אבן האזל [הלכות נזקי ממון פרק א הלכה ח]: ״...ויש להקשות בזה בשיטת הרמב״ם לקמן בהלכה ט׳ דחצר מיוחדת לשניהם לשוורים ולחד לפירות חייב על השן ועל הרגל וזהו שי׳ רש״י ור״ת הקשה ע״ז דכיון דהוי לשניהם לשוורים היכי הוי חצר הניזק. ותי׳ הרא״ש דכיון דהוי לחד לפירות הוי שפיר חצר הניזק, אבל לשיטת הרי״ף והרמב״ם דטעמא דפטר ברה״ר משום שיש לה רשות להלך א״כ ה״נ בלשניהם לשוורים הא יש לה רשות להלך...״. ועיי״ש מה שתירץ לפי דרכו.

2. עוד קשה, דהובא לעיל שבחצר שאינה של שניהם פטור שן הוא משום דאינו רשות הניזק. והקשה **בפלפולא חריפתא** [לקמן פ״ב סי׳ ט׳ אות א׳], הרי התם אין הדרך לילך, ואמאי פטור לפי הרי״ף?

3. עוד הקשה **בים של שלמה** [סי׳ מז] מהא דאמרינן לקמן ארי ברה״ר דרס ואכל פטור דהו״ל שן ברה״ר. והא ודאי דאין רשות להניח את הארי לילך ברה״ר?

וברשימת שיעורים [**קלמנסון** סי׳ יז אות ה] ביאר, דאין כוונת הרא״ש בדעת הרי״ף שתמיד דין פטור או חיוב ברה״ר תלוי באורחייהו: ״...ונראה לומר בזה, דגם הרא״ש למד בדעת הרי״ף דלאחר דקבעה התורה החילוק בין רה״י לרה״ר, הוי הדין כן בכל גווני גם היכא דברה״י יהא שייך טעם הפטור וברה״ר לא יהיה טעם הפטור, דכך הוא המדה בתורה, דלאחר שקבעה הדין משום טעמא דהוי בד״כ כך, הוי כן הדין בכל גווני אפי׳ באופן דלא יהא שייך הטעם...״. וממילא מובן שאע״פ שאין דרך הארי לילך ברה״ר, פטור משום דבדרך כלל זה מקום שדרך לילך בה. ובחצר שיש רשות לשניהם להכניס בהמותיהן חייב משום דהוא רשות הניזק שהיה לו רשות לבד להכניס שם פירותיו, אע״פ שהדרך של הבהמות לילך שם.

וכן מובן מדוע בחצר שאינה של שניהם פטור על השן [אע״פ שאין דרך לילך שם], והוא משום דכך קבעה התורה שרק ברשות הניזק חייבים על שן דהוי ״וביער בשדה אחר״.

ומה **שהרי״ף** הביא טעמא דקרא, למד **הרא״ש** שהוא רק למקרה אחד, שהוי ספק בהיכי תימצי שפעולת המזיק הייתה ברה״ר ואילו הנזק בפועל הייתה ברה״נ, היינו שהניזק היה שם. ובזה הרי״ף חקר מה עיקר פטור רשות הרבים [שהתורה חייבה דווקא בשדה אחר], האם הפטור תלוי במקום הנזק שהוא יהיה ברה״ר, או שהמזיק, היינו הבהמה, נמצאת ברה״ר. וזה מה שהביא **הרא״ש** שנפק״מ לעץ ארוך. דהיינו שפשט **הרי״ף**, דכיוון שטעמא דקרא הוא משום אורחייהו, הרי שהדבר תלוי במקום הבהמה ולא במקום הנזק.

יוצא לפי הנ״ל שהמקרה של עץ ארוך זוהי הנפק״מ היחידה בטעם שכתב **הרי״ף**. ומובן היטב לפי זה חילוק הנ״ל [**מרמ״ש הכהן**] בין עץ ארוך לבין התיזה, שאזי המזיק ברה״נ. וכן מובן שאם יש רשות לניזק להניח שם פירות הוי רשות הניזק ושדה אחר נקרא וכנ״ל. וראה בעוד אופנים באבן האזל ובחידושי ר׳ אריה לייב.

סימן י״ג

א

איתא בסוגין [ג ע״ב]: ״המבעה וההבער כו׳. מאי מבעה? רב אמר: מבעה - זה אדם, ושמואל אמר: מבעה - זה השן. רב אמר מבעה זה אדם, דכתיב: אמר שומר אתא בקר וגם לילה אם תבעיון בעיו; ושמואל אמר מבעה זה השן, דכתיב: איך נחפשו עשו נבעו מצפוניו. מאי משמע? כדמתרגם רב יוסף: איכדין איתבליש עשו אתגלין מטמרוהי״.

* **וברבינו חננאל** איתא דקיי״ל כרב: ״וקיימא לן כרב דסוגיין דשמעתין כותיה. ולא עוד אלא אמוראי קיימי כותיה ואליבא דידיה שקלי וטרו״. וכבר שקלו וטרו בדבריו [**ר׳ נחום** ועוד] מה כוונתו, שהרי כל המחלוקת היא רק בביאור המשנה ואין נפק״מ לדינא.

ולכאורה כוונתו כפי שביאר **הבית הבחירה למאירי**, שצריכים לשנות את המשנה כדברי רב שהוא הפירוש היותר מסתבר: ״ואף על פי שלענין פסק אין לנו במחלוקת זו דין ודברים ודברי שניהם אמתיים הם מצד עצמן מכל מקום לענין ביאור הסוגיא מוכחת כרב כדי שיהא השור כולל כל אבות שבו וכל שכן למי שאינו גורס במשנה זו ממונך כמו שיתבאר ואין לפקפק מדין הלכתא כשמואל בדיני שהרי לענין הלכה אין לנו בה דין ודברים כמו שכתבנו אלא שאתה צריך לפרש המשנה לדעת שניהם ולברור לעצמך הביאור הבא בשיטתו של רב״. [ולהעיר מביאור הרבי בלקו״ש שמות ט״ז שרב תואם יותר את פירוש המילות ושמואל יותר את הסברא].

ולהעיר שגם **הרמב״ם** [הלכות נזקי ממון פרק א], אע״פ שפסק כשמואל באסו״מ, מגדיר את ממונו המזיק, היינו שור, בכל מילי דשור, דומיא דרב במשנה: ״א. כל נפש חיה שהיא ברשותו של אדם שהזיקה הבעלים חייבין לשלם שהרי ממונם הזיק שנאמר כי יגוף שור איש את שור רעהו וכו׳, אחד השור ואחד שאר בהמה חיה ועוף, לא דיבר הכתוב בשור אלא בהווה.

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 שנ׳ מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם. ואם שינת ועשת מעשים שאין דרכה לעשותם תמיד והזיקה בהן כגון שור שנגח או נשך חייב לשלם חצי נזק מגוף המזיק עצמו שנ׳ ומכרו את השור החי וחצו את כספו וגו׳״.

* ובהא דלפי רב משנתנו נקטה אדם בלשון מבעה [ולא אדם], נאמרו כמה הסברים:

1. **נמוקי יוסף**: ״מבעה זה אדם. ולא תנא אדם דהוה אמינא אפילו עבדו ושפחתו מחייב ולפיכך נקט מבעה דהוא לישנא דכתיב גבי בן חורין דכתיב אם תבעיון בעיו דגבי ישראל כתיב״.

2. **שיטה מקובצת בשם תוספי תוס׳ להרא״ש**: ״מבעה זה אדם וכו׳. מצאתי בשם הר״ר יונה הא דאפקיה בלשון מבעה משום דאדם שהוזכר תחילה בתורה היינו לענין גנב שטבח או מכר ועל כן כינה שם אדם המזיק במבעה שהוא לשון מחפש בבית חבריו כדכתיב אם תבעיון בעיו. ושמואל אמר מבעה זה השן והא דתנא מבעה ולא תנא שן בהדיא משום דקרא נמי לא כתביה בהדיא אלא דרשינן ליה מובער כדאשכחן כאשר יבער הגלל דהיינו שן שהוא פעמים נגלה ולהכי תנייה נמי בלשון מבעה כדכתיב נבעו מצפוניו. ע״כ תוספי תוספות להרא״ש ז״ל״.

3. **מרומי שדה**: ״שם. רב אמר מבעה זה אדם. לכאורה תמוה ומי סני למתניתין לפרש אדם. אבל באמת פשוט שאינו מדבר באדם המזיק בפשיעה, דא״כ מאי קאמר לא הרי השור כהרי המבעה, וכי אפשר דאם שורו הזיק הוא חייב ואדם שהזיק פטור. וכמוש״כ התוס׳ להלן ד׳ ז׳ א׳ ד״ה שור רעהו, דיותר יש לחייב אדם המזיק בידים ממזיק ע״י שלוח בעירה. וה״נ לענין קרן. אלא פשיטא

דמיירי לענין המחויב שמירה, ואם הוא פושע לא שייך שמירה, אלא באונס מיירי משנתנו, כמו כל נזקי שור ובור, דאע״ג שהשור מכוין להזיק, לגבי בעליו אינו אלא אונס. וכן אף על גב שכרה בור, מ״מ הא שהניזק הוזק אינו אלא אונס. וה״נ כתיב פצע תחת פצע לרבות האונס, שהיה לו לשמור את עצמו שלא יבא לידי כך, כמו שמחויב לשמור את שורו, ובהא קא עביד צריכותא. מעתה אשמעינן משנתינו, דאע״ג דבאמת קשה להשמר ממקרים ופגעים רעים שלא יארע אונס על ידו, מ״מ יש לאדם לבקש את הקדוש ברוך הוא על זה, וכתיב בכל דרכיך דעהו והוא יישר אורחותיך, פי׳ אפילו אורח שאינו מצוי וכבוש להלוך, וא״כ קשה לאדם להזהר בו, מכ״מ הקדוש ברוך הוא יישר. ומשו״ה קרי ליה מבעה, היינו מתפלל. ועפי״ז מתיישב כמה דברים בסוגיין״.

4. **בהגהות אהל משה** [בילקוט מפרשים]: ״אם תבעיון בעיו. ור״ל דהמזיק בגופו חייב לפייסו לבד התשלומין כדלקמן סוף פרק ח׳״.

* בפירוש הס״ד של רב יהודה שהנאה להיזקה וכוונתה להזיק הם קולות, והמסקנה שהם חומרות, עיין מה דפירשו בתוס׳,שבס״ד החשבנו חומרא מה שבקל יכול לשומרו. **וביאר בחידושי רבי חיים מטלז** [סי׳ א] דפליגי בחקירה האם חיובי נזקי ממונו הם עבור הפשיעה שלא שמר, או שהחיוב הוא על ממונו, שחידשה תורה שבעל הממון חייב. בס״ד סבר שהפשיעה היא המחייבת אותו, ולכן אם יש הנאה להיזקה או כוונתה להזיק, הרי אלו קולות כיוון שקשה לשמור והוי הבעל כעין אנוס, כדאיתא בתוס׳.

ומקשה ולאו ק״ו הוא, דס״ל במסקנא שהחיוב הוא על ממונו שהזיק, וכל מה שהוא יותר בגדר מזיק יותר מסתבר לחייבו. ומוסיף שלזה התכוון **מהר״י** [**בשיטה מקובצת**]: ״ומהר״י פירש דהאי דקאמר ולאו ק״ו וכו׳ לא קאי אקולא וחומרא דשן וקרן אבעלים אלא אבהמה ושפיר פריך. ע״כ״. ופירוש זה אתיא שפיר לפי מה שפירשנו לעיל שתוס׳ ס״ל כהצד של החקירה שחיובו הוא משום ממונו שהזיק, וזה כמו מסקנת הסוגיא כאן.

ולשיטה שגם לפי המסקנה סיבת החיוב הוא הפשיעה בשמירה, יש לפרש את המסקנה כמו **מהר״י כץ** [**בשיטה מקובצת**]: ״ומהר״י כהן צדק ז״ל פירש דלפירוש ר״י שפירש לא ראי הקרן שאין הנאה להיזקה ופשיעה גדולה פשע וכו׳ ככתוב בתוספות הכי פריך ולאו ק״ו הוא ומה שן שאין כוונתו להזיק ולא הוה ליה לאסוקי אדעתיה לנטוריה קרן שכוונתו להזיק לא כל שכן דהוי ליה לאסוקי אדעתיה לנטוריה דכיון שכוונתו להזיק הוי פושע״. יוצא דפליגי הס״ד והמסקנה האם לקבוע את החומרא וקולא לפי היכולת לשמור [ס״ד], או לפי מאי דהוי ליה לאסוקי אדעתיה [מסקנה].

והנה, **רש״י** לא פירש מה הס״ד של הגמרא. ונראה לכאורה שיטתו שאין לבאר ס״ד שבכל מקרה הגמרא דוחה זאת, משא״כ שיטת תוס׳ המבאר תמיד גם ס״ד.

ב

איתא בסוגיין [ד ע״א]: ״עבד ואמה לאו אף על גב דכוונתן להזיק אפ״ה פטירי, ה״נ לא שנא. אמר רב אשי: אטו עבד ואמה לאו טעמא רבה אית בהו? שמא יקניטנו רבו וילך וידליק גדישו של חבירו, ונמצא זה מחייב את רבו מאה מנה בכל יום״.

ובביאור הך טעמא דשמא יקניטנו מצינו מח׳ ראשונים האם הוא פטור מצד תקנת חכמים או מצד עיקר הדין דאורייתא, וטעם שמא יקניטנו הוא טעם מדוע תורה לא מחייבת את האדון בנזקי עבדיו:

1. **בית הבחירה למאירי** : ״עבד ואמה אף על פי שכונתם להזיק אין הרב חייב בנזקיהם ואף על פי שהם ממונו ושמירתן עליו **ודבר זה תקנה חכמים הוא** גזרה שמא יקניטנו רבו וילך וידליק גדישו של חברו ונמצא מחייב את רבו בכל יום ושמא תאמר בשוגג מיהא יתחייבו הבעלים שהרי בשגגה אין בה טעם הקנטה אף הוא מרמה ומזיד ועושה עצמו שוגג״.

וכן איתא **בראב״ן** [לקמן פז,א]: ״העבד והאשה פגיעתן .... והם שחבלו באחרים בין בגופן בין בממונן פטורין דאין להם מה לשלם דמה שקנה עבד קנה רבו ומה שקנתה אשה קנה בעלה, **ובדין הוא דליחייב על נזקי עבדו דהוי ממונו שהיזיק, אלא שאמרו חכמים** [ד׳ א] שמא יקניטנו רבו וילך וידליק גדישו של חבירו דנמצא מחייב את רבו מאה מנה בכל יום, אבל אשתו אינה ממונו לשלם את ניזקי חבילתה״. יוצא מדבריהם שלולי האי טעמא דשמא יקניטנו רבו היה האדון חייב על נזקי עבדו מדין ממונו שהזיק, ופטור מצד תקנת חכמים.

2. איתא **במכילתא דרשב״י** [פרשת משפטים כב, ג] דממעטי׳ גניבת עבדים מכפל מדכתיב משור עד חמור עד שה ״מה אלו מיוחדין ששמירתן עליך יצאו עבדים שאין שמירתן עליך״, ומבואר דמדאורייתא אין שמירתן עליך.

וכן מדייק **האבן האזל** מלשון **הרמב״ם** [הלכות נזקי ממון פרק א הלכה א אות טו]: ״טו) והנה בהא דאמר בגמ׳ דף ד׳ מידי דהוי אעבד ואמה ומשני דשאני עבד ואמה שמא יקניטנו רבו, ומשמע דהפטור מדרבנן אכן מדברי הרמב״ם בפ״א מהל׳ גניבה הל׳ ט׳ **משמע דהוא פטור מדאורייתא כיון שאינו יכול לשומרן לא שייך חיוב נזקין** וז״ל שאין אדם חייב על נזקי עבדיו אעפ״י שהן ממונו מפני שיש בהם דעת **ואינו יכול לשומרן** שאם יקניטנו רבו וכו׳, ולכאורה מוכח גם מכאן דחיוב נזקין הוא משום חיוב שמירה ולכן כשאינו יכול לשומרו אין בו חיוב נזקין דליכא למימר דהחיוב הוא משום ממונו אלא שהוא פטור מטעם אונס דאינו יכול לשומרן א״כ יחייבו הבעלים היכא דיכולין לשומרן דבשלמא אם כל החיוב על הבעלים הוא מצד חיוב שמירה וכיון דעבד ואמה רוב פעמים אי אפשר לשומרן לא חייבה התורה כלל בעליהם בשמירתם וגם היכא דיכולים לשומרן פטורים אבל אם חיוב הבעלים הוא משום ממונו רק דפטור משום אונס כשיהי׳ עבד כזה דיכול בעליו לשמרו יהי׳ חייב, ואולי אפשר לדחות דכיון דבתורה אינו כתוב אלא שור וכל בע״ח ילפינן משור והיינו למדין עבד משור וע״ז קאמר דכיון שא״א לשמרן אין ללמוד עבד משור דשור אפשר לשומרו וממילא גם היכא דיכול לשומרו ג״כ פטור״.

וכן איתא **בתלמיד ר״ת** דטעם של שמא יקניטנו וכו׳ הוא טעם מדוע לא חייבה תורה את האדון על נזקי עבדיו: ״...ונראה דהא דקמסיק הכי שלא יקניטנו לאו משום דבעי למימר מדאורייתא הוו מחייבי אלא רבנן פטרו להו גזירה שמא יקניטנו וכו׳. דהא אי אפשר לומר כן, שהרי לא מצינו בשום מקום בתורה שיהא חייב בנזקי עבדו כמו שכתובין נזקי שור ובור ואש. אלא מפרש הוא הטעם למה לא חייבה תורה על נזקי עבדו כשם שחייבתי על נזקי שורי והלא בדין היה כ״ש לחייבי על נזקי עבדי שאני חייב בהן מצוות, אלא מפני מה לא חייבתי שמא יקניטנו וכו״.

ונפק״מ לדינא במקרה שאין שייך טעמא שמא יקניטנו רבו, האם האדון חייב לשלם חיובי ממון עבדו, וכהך מקרה דאיתא **בשו״ת נודע ביהודה** [מהדורא תניינא - חושן משפט סימן ז]: ״...כי לדעתי יש כאן גם חיוב ממון על ינאי כמו שורו שהרג שמשלם ממון דמי המת אפילו היכא דליכא כופר כגון הרג שלא בכוונה שאינו משלם כופר ומשלם ממון למאן דס״ל דמים לבן חורין בב״ק בדף מ״ג וא״כ עבדו דג״כ הוא כמו שורו אף דלא מצינו בתורה כופר כשהרג עבדו את הנפש מ״מ דמים מחוייב לשלם כמו שחייב בכל היזק שהזיק העבד לאחרים שהרי ממונו הזיק ואף אם הוא עצמו הרג הנפש היה ראוי שיתחייב מיתה ותשלומין אלא שפטור מחמת דקים ליה בדרבה מיניה אבל בעבדו אפילו הזכיר שהעבד נהרג לא שייך למיפטר את רבו מתשלומין ואף שהעבד פגיעתו

רעה והוא שחבל לאחרים אין הרב משלם זה אינו מצד הדין רק מפני תיקון העולם שלא ילך וידליק גדיש ויחייב את רבו מאה מנה בכל יום כמבואר במשנה שלהי מסכת ידים ואפילו הזיק בלא מתכוין פטור הרב משום שמא יזיק במתכוין ויאמר שלא כיון כמבואר בריש ב״ק דף ד׳ ע״א תוספות ד״ה לא יעיין שם. וכל זה בעבד שחבל או הזיק באחרים שאין העבד מפסיד מידי ומחייב רק את רבו שייך לחוש שיעשה כן משנאתו את רבו שיקניטנו אבל עבד שהרג שהרי מתחייב העבד מיתה במזיד וגלות בשוגג לא שייך שיעשה להקניט את רבו בזה לדעתי חייב הרב לשלם ממון דמי הנהרג ועל זה אמר שמעון בן שטח עמוד ויעידו בך...״. ומובן דכל זה לשיטה שהפטור הוא מתקנת חכמים, אבל אם מן התורה אין עליו חיוב תשלום, מובן שגם אם לא שייך טעמא דשמא יקניטנו רבו פטור.

ועוד נראה שנפק״מ האם יש לאדון חיוב שמירה. דלדעת המאירי ועוד שהפטור הוא מתקנת חכמים, הרי שמן התורה חייב ואם כן יש לאדון חיוב שמירה. אבל לשיטה שהתורה לא חייבה את האדון, יתכן שמכיון שאין האדון יכול לשמור אין עליו חיוב שמירה.

ג

והנה, לפי הראשונים שס״ל שמן התורה חייב האדון על נזקי עבדיו [ורק מדרבנן הוא דפטור], צלה״ב מאיזה דין הוא דחייב. והובא לעיל לשונות המאירי והראב״ן שהוא משום שממונו הזיק. ולכאורה דין זה הוא דכמו שחייב האדון על נזקי שורו, כך חייב על נזקי עבדו שהוא ממונו.

והנה, **בחידושי הגרנ״ט** יצא לחקור מה הס״ד שיהא האדון חייב בנזקי עבדו, מאיזה טעם הוא. דלכאורה אי אפשר לומר שהוא מטעם ממונו שהזיק, מכמה טעמים: א. גם אם האדון חייב על עבדו כעל שורו, הרי גם על אש של שורו פטור, למ״ד אשו משום ממונו, כדלקמן בגמרא [כב,א] האי אש לאו ממונו דבעל הכלב הוא. ב. הרי לחיה ועוף בעינן ריבוי דהוו בכלל נזקי ממונו, ואם כן מנלן דגם אעבדו ואמתו דלא נתרבו חייב.

ולכן יצא לחדש, דחיוב האדון בנזקי עבדו [לולי טעם שמא יקניטנו] אינו מדין שור המזיק, אלא שבאמת העבד הוא החייב בנזקיו, והאדון חייב לשלם את חיובי העבד. היינו שבאמת החיובים חלים על העבד מצד אדם המזיק, אלא מכיוון שהעבד הוא ממונו של האדון, חייב האדון לפרוע את חובותיו.

חדושי הגרנ״ט: ״בגמ׳, ס״ד אמינא מידי דהוה אעבד ואמה לאו אף על גב דכוונתן להזיק אפה״כ פטירי הכ״נ לא שנא, אמר ר״א אטו עבד ואמה לאו טעמא רבה אית בהו שמא יקניטנו רבו וילך וידליק גדישו של חבירו ונמצא זה מחייב את רבו מאה מנה בכל יום, ע״ש. ומשמע דבלאו האי טעמא היה רבו מחוייב לשלם בעד נזקיו של עבדו, ומשום דהוי ממונו המזיק דהוי כשורו וחמורו שהזיקו, ואף על גב דהעבד עצמו מחוייב לשלם מדין אדם המזיק, דהא אם ישתחרר חייב לשלם, מ״מ האדון נמי חייב מדין ממונו המזיק, והקשו דאיך אפשר לחייב את האדון לשלם נזקי עבדו כשהלך והדליק גדישו של חבירו, הא דרשינן איש בור ולא שור בור, וה״ה באש כן הוא, ואם חיוב האדון לשלם הוא משום דהוי כשורו הא מימעט שור מנזקי בור. אכן י״ל דבאמת אינו חייב אלא על מקום הגחלת או במסכסכת דהתם החיוב הוא מדין מזיק בידים, אלא אי קשיא הא קשיא דהא אמרינן (נו, ב) דמסרה לרועה נכנס הרועה תחתיו, ומשום דכיון שמסרה לשומר הוי כאילו הוא עצמו שומר ואפי׳ אם לא שמרה השומר כראוי מ״מ הוי כנעל בפניה ונפרצה ברוח שאינה מצויה, וא״כ בעבד נמי נימא דכיון שבר דעת הוא ושומר את עצמו מלהזיק, ולא יהיו הבעלים חייבים בנזקיו כיון דהוי כמסרה לרועה דפטור...

עוד הקשה הגאון רבי אליעזר מטעלז [זצ״ל] דלקמן (יז, ב) כתבו בתוס׳ ד״ה קמ״ל דילפינן שן דחיה בג״ש שור שור משבת... אלא שעדיין תשאר קושייתו דמהיכא נלמד שיהא חייב על עבד כמו שורו, והא אמרינן לקמן (נד, ב) דאדם להנחה איתקש ולא לדבר אחר דמותר לאדם לחרוש עם שור, וא״כ ליכא למילף אדם משור דשבת שיתחייב על נזקי עבדו.

והנראה בזה, דבאמת הא דאילולי סברא דגמ׳ הוי מחייבינן לרב בנזקי עבדו לאו בכל נזקי ממונו הוא דאי״ז כשור המזיק, דהנה הרמב״ם (פ״א מגניבה ה״ט) כתב שהבעלים פטורים מתשלום כפל על גניבת עבדם, דשמא יקניטנו רבו וכו׳, ע״ש. ומשמע דאילולי כן הוי מחייבינן לאדון בתשלום כפל על גניבת עבדו, ואי נימא דהחיוב בעבדו הוא משום ממונו המזיק א״כ איך תעלה ע״ד שיתחייב כפל, הא חיוב כפל הוא משום שגנב, והכא לא גנב הוא אלא עבדו, ואף שחייב בנזקי עבדו אך כפל ל״ש שיתחייב, ומוכח מזה דחיוב הבעלים הוא מכח החיוב על העבד, והיינו דבאמת החיובים חלים על העבד, אלא שמכיון שהעבד הוא ממון של האדון מחויב האדון לשלם את הזיקיו, אך לא מדין נזקי האדון אלא כפריעת נזקי העבד, ומדין אדם המזיק הוא החיוב, וא״ש שכתב הרמב״ם דמשום דשמא יקניטנו רבו וכו׳, תקנו שאין האדון חייב לשלם כפל על גניבת עבדו, אבל בלא זה שפיר היה חייב, כיון שהחיוב הוא לשלם חובות העבד והזיקיו והרי העבד חייב כפל, וכן מיושבת התמיה שהקשינו דלהוי כמסרה לשומר. ודו״ק...״.

אמנם, צ״ע טובא מנלן לחדש חיוב על האדון לשלם נזקי עבדו לולי דין ממונו שהזיק. ועוד, דהרי בראשונים שהבאנו לעיל מפורש שהס״ד שהאדון יהיה חייב הוא משום ממונו: 1. **רמב״ם** פ״א מגנבה ה״ט: ״שאין אדם חייב על נזקי עבדיו **אעפ״י שהן ממונו** מפני שיש בהם דעת ואינו יכול לשומרן שאם יקניטנו רבו״. 2. **בית הבחירה למאירי**: ״עבד ואמה אף על פי שכונתם להזיק אין הרב חייב בנזקיהם **ואף על פי שהם ממונו** ושמירתן עליו״. ג. [ראב״ן] ״...**ובדין הוא דליחייב על נזקי עבדו דהוי ממונו שהיזיק...״.**

ד

וברשימות שיעורים [קלמנסון סי׳ יח] ביאר, דחיוב העבד הוא משום אדם המזיק. היינו שאין זה חיוב משום שורו וכיו״ב, אלא שם מזיק דאדם. היינו שהבעלים חייבים [לולי שמא יקניטנו] משום שהעבד הוא ממונם, וכשם שבממונם מעשה השור מתייחס לבעלים [וכמו שהובא בתחילת המסכת מלקו״ש ח״ו], כך מעשה האדם המזיק [שהוא העבד] מתייחס לבעלים, והיה צריך לשלם. ואם כן פשוט שאין צורך בלימוד מיוחד למילף אדם, מכיוון שהעבד חייב משום הפרשה הכללית של אדם המזיק [מתורץ ב דלעיל] ומה שבחיה ועוף צריכים ריבוי, הוא לתת להם שם מזיק, היינו שלא רק שור יש לו שם מזיק אלא גם חיה ועוף. אמנם אדם הרי פשוט שיש לו שם מזיק.

וכן אין בזה פטור של אש של ממונו, מכיוון שהוא אש של אדם ולא אש של שור שעל זה אין חיוב [מתורץ א דלעיל]. ולפי זה, באותה צורה שמעשה שורו מתייחס אל הבעלים משום שהוא ממונו, כך מעשה העבד היה מתייחס לאדון משום שהוא ממונו.

ומדויק מאד לפי זה דברי הרמב״ם [הלכות נזקי ממון פרק א הלכה א]: ״**כל נפש חיה** שהיא ברשותו של אדם שהזיקה הבעלים חייבין לשלם **שהרי ממונם הזיק** שנאמר כי יגוף שור איש את שור רעהו וכו׳, אחד השור ואחד שאר בהמה חיה ועוף, לא דיבר הכתוב בשור אלא בהווה״. שבמה שכתב כל נפש חיה נכלל גם עבד ואמה [ולא רק שור ושאר בהמה וחיה ועוף שבהמשך דבריו], אמנם לא פרט זאת כיוון שפטור עליהם מצד עיקר הדין כיוון שלא יכול לשמרם, וכדלעיל. ועוד מדויק, שאם היה חייב, הרי היינו משייכים את מעשה העבד לבעלים, והיה ס״ד אפילו לחייבו כפל.[**רמב״ם** הלכות גניבה פרק א הלכה 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 וכיוצא בזה משאר נזקין, נשתחרר העבד חייב לשלם את הכפל״.

סימן י״ד

א

איתא **בתוספות** [ד ע״א ד״ה לאו אע״ג]: ״לאו אף על גב דכוונתו להזיק אפ״ה פטורין - וא״ת עבד ואמה גופיה נילף מק״ו דשן להתחייב כיון דאכתי לא ידע טעמא דשמא יקניטנו רבו...״. **המהר״ם** תמה דהרי השתא ס״ד דאין כוונתו להזיק הוא חומרא וסברא לחייב, וזה מה שהתרצן רוצה להביא מעבד ואמה שפטור האדון משום דכוונתן להזיק, ואם כן שוב אי אפשר למילף משן. עיי״ש, וכן **בפנ״י** מה שתירצו.

אמנם יש להעיר **שבתוספות רבינו פרץ** הביא את הקושיא הזו ביתר פירוט: ״...אבל יש להקשות כיון דס״ד שאין הטעם מועיל כדפי׳, א״כ תיקשי ליה אמאי פטור האדון בנזקי עבדו ואמתו הא כיון דכוונתן להזיק א״כ נילף מק״ו דשן דמחייב כי היכי דבעי למילף קרן...״. דהיינו, כשם שהמקשן שאל שניתן ללמוד קרן משן דווקא בגלל שכוונתו להזיק הוא חומרא, כך יש להקשות שניתן ללמוד עבד ואמה משן שחייב האדון משום שכוונתן להזיק.

ומתרצים **תוס׳**: ״...וי״ל דשפיר הוה ידע המקשה טעמא דשמא יקניטנו רבו ואפ״ה פריך כיון דעבד ואמה פטורין ואפילו באין כוונתן להזיק ואף על גב דלא שייך טעמא דשמא יקניטנו רבו דאנוס הוא דפעמים דנתכוונו ויאמרו לא נתכוונו לכך פטירי בכל ענין נמצא שכוונתן גורם הפטור ה״נ קרן שכוונתו להזיק יש לנו לפוטרו ורב אשי פי׳ דאפילו באין כוונתו להזיק איכא טעמא רבה״. וצ״ב מה כוונתו.

ופירש **הפני יהושע** שהתרצן הבין שהמשנה אמרה טעם שמא יקניטנו רק על מקרה שלא נתכוון, אבל במתכוון הוא פטור מן הדין כיוון שאין הבעלים יכולים לשמרו [וכדלעיל בתוס׳בפירוש ס״ד של רב יהודה]. ואילו רב אשי ס״ל שהוא טעמא רבה מצד תקנת חכמים בין מתכוון ובין אינו מתכוון: ״בא״ד וי״ל דשפיר הוה ידע וכו׳ דפעמים דנתכוונו ויאמרו לא נתכוונו ואפ״ה פטירי נמצא דכוונתו גורם הפטור עכ״ל. עיין מהרש״א ומהר״ם ותורת חיים והפירוש ראשון של מהר״ם נראה לי נכון אלא שאני מוסיף נופך משלי, וכך נראה לי הפירוש בתוספות דר״י הוה ס״ד דכוונתו להזיק גרע טפי והראיה מעבד ואמה דפטירי והיה נראה לו דוחק לומר שטעם הפטור הוא משום שמא יקניטנו כיון דאף דאם העבד כיון באמת להזיק מחמת (קנס) [כעס] רבו היה הרב חייב מצד הדין לשלם אלא מפני תקון העולם פוטרים אותו, וא״כ בודאי שאין זה טעם מספיק אלא היכא שיש מקום לומר שכיון להזיק אבל היכא שיש אומדנא דלא כיון להזיק לא שייך להפסיד הניזק בידים כיון שהמזיק חייב מצד הדין ואף אם נאמר דשמא העבד נתכוון באמת להזיק מכל שכן שהוא חייב אי לאו מפני שמא יקניטנו בפ״א והיאך יתכן להפסיד לניזק בשביל כל הני ספיקי אלא ודאי היינו אומרים כשעבד נתכוון להזיק הרב פטור מצד הדין לפי שלא היה בידו לשומרו כמו שפירשו התוספות, אלא אם לא נתכוון הדין לחייבו ועל זה שייך שפיר התקנה דא״כ כל עבד שיקניטנו רבו יזיק חבירו בכוונה וקשה לבעלים לשומרן וא״כ יהיה הרב פטור מצד הדין והוא יחייב אותו שלא כדין ע״י תחבולה שיאמר שלא כיון להזיק ויעשה באופן שיבינו העולם שלא כיון להזיק ונפסד להמזיק שלא כדין ואם כן עיקר התקנה על לא נתכוון אבל נתכוון פטור מצד הדין כיון שאין ביד בעלים לשומרו, ואם כן הו״א דגם קרן פטור מזה הטעם, לכך הוצרך הכתוב לכתוב קרן לגלות דכוונתו אין גורם הפטור וא״כ על כרחך שהטעם הוא משום שמא יקניטנו ור׳ אשי מפרש שאף אם לא נכתב קרן היינו אומרים שפיר הטעם משום שמא יקניטנו בין מתכווין בין שלא מתכווין ודו״ק״.

ב

לכאורה נראה לומר בדרך אפשר שמחלוקת רב ושמואל הכא ניתן לפרש על דרך ביאור הרבי בשיטתם **בלקו"ש** [טז שיחה א לפרשת שמות], שרב ושמואל חולקים בכמה מקומות בגמרא בפירוש הכתובים, רב מחשיב בעיקר את המילה או המילים של הפסוק גם אם לפי עקרון זה אין תוכן העניין ברור, ואילו שמואל מכריע לפי תוכן העניין שבפסוקים, למרות שלפיו אין פירוש המילים "חלק". עיין שם כמה וכמה דוגמאות לזה.

ואולי י"ל עד"ז גם בפירוש המשנה, שרב מפרש על פי הבנת המילים של המשנה יותר מאשר התוכן והסברא. והנה, במילים - ברור שעדיף להסביר את שור של המשנה לכל מילי דשור ולא לפרש ששור הוא דווקא רגל ומבעה שן. לאידך, בתוכן הדברים יש לציין קושי בדברי רב, והוא שלדבריו יוצא שפירוש לא הרי שור כהרי מבעה וכו', היינו החומרות והקולות, הן בדיניהם דווקא [כופר וארבעה דברים] ולא בתכונותיהם כפי יתר חלקי המשנה [רוח חיים, לילך ולהזיק]. הטעם לכך הוא מכיוון שלדבריו מבעה זה אדם ושור הוא כל מילי דשור, ואזי אין חומרא בתכונות בזה שאין בזה, וכדלקמן ברשב"א, ולכן בתוכן הדברים נראה יותר כמו שמואל, שחומרות הן בתכונות של שן שיש הנאה להיזקו ורגל שהיזקה מצוי [בדומיא דיתר דברי המשנה]. יוצא שרב מסביר לפי מילים של המשנה ושמואל בסברא ותוכן.

חידושי הרשב"א [לקמן ה' ע"ב]: "אלא דקשיא לי מדאמרינן לעיל לרב דאמר מבעה זה אדם מאי לא ראי זה כראי זה ה"ק לא ראי השור שמשלם את הכופר כראי אדם שאין משלם את הכופר ולא ראי אדם שמשלם ארבעה דברים כראי השור שאין משלם ארבעה דברים והנה נראה שבא לבנות ולסתור את הדין מן החומרות אף על פי שאינן מדות וכחות כשאר שבמתני', וי"ל דכיון דסבר רב דתנא דמתני' תני שור וכל מילי דשור דהיינו קרן ושן ורגל ותנא נמי אדם וכל מילי דאדם ע"כ לא אפשר לפרושי לא ראי השור כראי המבעה ולא ראי המבעה כראי השור במדות וכחות, דכל מה שיש בזה יש בזה, שהשור והאדם יש בהן רוח חיים ויש הנאה להיזיקן ודרכן לילך ולהזיק ואין בכלל זה שאינו בכלל זה ולפיכך א"א לו לפרש לא ראי ולא ראי ששנינו בהן אלא בהלכותיהן ולומר דאצטריך קרא למיכתב תרוייהו משום הלכותיהן, כנ"ל".

ג

איתא **בתוספות** [ד ע"א ד"ה כראי אדם]: ,כראי אדם שאין משלם את הכופר - הקשה ריב"א מאי חומרא היא זו האי דאין משלם את הכופר משום דקים ליה בדרבה מיניה ותירץ דשוגג נמי פטור מדתנא דבי חזקיה...".

ובפירוש קושיית תוס' הסביר **בחידושי ר' נחום**: "קב) תד"ה לא ראי, הקשה ריב"א מאי חומרא היא זו האי דאין משלם את הכופר משום דקלב"מ, ותירץ דשוגג נמי פטור מדתנא דבי חזקיה. דברי הריב"א צ"ב רב מה הועיל בזה דבשוגג פטור מתדב"ח הא גם הך פטורא הוי מטעם קלב"מ, דילפי' מהיקשא דחייבי מיתות שוגגים פוטרים ממון, והדק"ל דאי"ז קולא אלא חומרא....

ואמר בזה כב' מו"ח (שליט"א) [זצ"ל] עפמש"כ **הריטב"א** בריש מכות דגדר דין קלב"מ הוא "דדין התורה הוא שבכל מקום שיש מיתה וממון שהמיתה עומדת במקום שניהם", ומבואר מדבריו דגדר קלב"מ הוא דהעונש הקל נכלל בחמור וחשבי' ליה כאילו נענש גם בעונש הקל, אכן ז"פ שכ"ז הוא רק במזיד אבל בשוגג דלא ענשי' ליה בעונש החמור ע"כ דהגדר הוא דהתורה פטרתו מהעונש הקל. ולפי"ז יש לבאר את ד' התוס', דהנה בעיקר משה"ק התוס' דקלב"מ הוי חומרא, לפו"ר כונתם דאף דפטרי' ליה ממון מ"מ מאחר דסיבת הפטור היא מחמת החומרא שבו אי"ז קולא אלא חומרא, אמנם להנ"ל יל"פ את קושיתם באופ"א, דלעולם כל היכא דחל פטור ידעו התוס'

דחשיב כקולא, אלא שהוק׳ להו דמאחר דגדר קלב״מ הוא שהעונש הקל נכלל בהחמור א״כ נמצא דאיכא כופר באדם אלא דהך עונש נכלל בעונש המיתה, וע״ז תירצו שפיר דפירכת הגמ׳ היתה משוגג, דבזה אין הגדר דהקל נכלל בחמור אלא שהתורה פטרתו מהעונש הקל, וזה מיקרי קולא באדם דלית ביה כופר״.

וכדברי **הריטב״א** כך הם דברי **הרמב״ן** [בתחילת מכות] ״דכל מקום דהוי קלב״מ כמאן דמקיים כולה מילתא הוי״, ובזה מסבירים את דברי **המהרש״ל בקצוה״ח** [סי׳ כ״ח סק״א], דהא דבקלב״מ חייב לצאת ידי שמים, הוא דווקא אם לא עשו את העונש החמור, כמו בשוגג או מזיד דלא אתרו ביה. אבל אם העניש את העונש החמור שוב לא חייב לצאת ידי שמים. ומוסבר היטב על ידי הנ״ל, דהוי כאילו שילם.

אמנם בלאו הכי מתפרש **התוס׳** שפיר, וכפי שפירש **בתוס׳ רבינו פרץ**: ״וא״ת אדרבה חומר הוא לגביה שאינו משלם כופר לפי שהוא נהרג...״. היינו שמכיוון שהפטור נובע מחיוב מיתה, אין זו קולא מה שלא משלם את הכופר. ועל זה תירצו שהוא פטור מכופר גם כשאינו נהרג.

ד

וממשיכים **תוספות**: ״...ואור״י דלאו פרכא היא כלל דלא מפטר משום קים ליה בדרבה מיניה וכאן נמי אין שייך להזכיר תנא דבי חזקיה דלקמן בפ״ב (דף כו.) משמע דאי לאו קרא דעליו ולא על האדם הוה ילפינן אדם משור שיתחייב מזיד מיתה וכופר ומעליו פטרי ליה אפילו שוגג דומיא דשור דאין מזיד לשור ותנא דבי חזקיה דפוטר אפילו שוגג היינו ממון שהזיק בשעת חיוב מיתה...״.

ופירש **המהר״ם מלובלין** כוונתו: ״ד״ה כראי האדם שאינו משלם את הכופר וכו׳ ואומר ר״י דלאו פירכא היא כלל דלא מפטר משום ק״ל בדרבה מיניה ר״ל דאינו מפטר משום קים ליה בדרבה מיניה אלא היכא שהזיק ממון בהדי מיתה כמו שכתבו התוס׳ בסמוך דהיינו שהמית אחד וקרע את בגדיו וכמו שנגף אשה הרה והמית את האשה וגם יצאו ילדיה שפטרו הכתוב אם (לא) יהיה אסון באשה וגו׳ משום דק״ל בדרבה מיניה אף על גב דמכדי רשעתו נפקא איצטריך גם כן קרא דאם יהיה אסון דחד קרא אתא לממון בהדי מיתה וחד קרא לממון ומלקות ועיין בפרק אלו נערות אבל לענין אם חייב אדם מיתה וכופר בשביל נפש הנהרג שהמיתו כמו בשור שהשור הוא בסקילה וגם בעליו חייב כופר הכל בשביל הנפש שהמית בזה לא נפטר מטעם ק״ל בדרבה מיניה דהכל הוא דין אחד בשביל נפש הנהרג אלא מעליו הוא דפטרינן ליה והראיה מפרק ב׳ דלקמן דמשמע שם דאי לאו קרא דעליו ולא על האדם הוה ילפינן אדם משור בק״ו ש״מ דלא שייך לפטרו מטעם ק״ל בדרבה מיניה ומעליו פטרינן ליה אפי׳ שוגג וכו׳ ר״ל וא״כ אינו כדברי ריב״א שהזכיר בתירוצו דשוגג מיפטר מדתנא חזקיה מקרא דמכה בהמה ישלמנה ומכה אדם יומת מה מכה בהמה לא חלקת בו בין שוגג בין מזיד וכו׳ אף אדם וכו׳ אף דאותו היקש לא אתי אלא לפטור בשוגג ממון דבהדי מיתה דהיינו שהזיק בשעת מיתה לא לפטרו מכופר כנזכר למעלה ואף על גב דממון בהדי מיתה נפקא ליה מקרא לא יהיה אסון אעפ״כ איצטריך ליה לתנא דבי חזקיה לאפוקי מ״ד דהא דדרשינן הא אם לא יהיה אסון לא יענש עונש ממון היינו דוקא שיש כאן דין אסון דהיינו שהמית האשה במזיד ומתחייב מיתה אבל בשוגג אין נפטר מדמי ולדות וכו׳״.

ואמנם, **בחידושי הגר״ש שקאפ** ביאר אחרת את דברי התוס׳, אלא שכדברי **המהר״ם** איתא **תוספות רבינו פרץ**: ״[* כראי אדם שאינו משלם כופר וכו׳ משום דקים ליה בדרבה מיניה. וא״ת אדרבה חומר הוא לגביה שאינו משלם כופר לפי שהוא נהרג, וי״ל דבשוגג נמי פטור מדתנא דבי חזקיה. ור״י פירש דלאו פירכא היא שהרי מה שהאדם פטור מכופר אפילו מזיד לא משום דקים ליה בדרבה מיניה אלא מעליו ולא על האדם נפקא לן לקמן בסוף פרק כיצד הרגל ואי לאו קרא דעליו

ה״א דמחייב כופר עם המיתה כמו שאפרש לקמן, וא״כ ניחא דקולא הוא מה שהאדם פטור מכופר אפילו מזיד, דבדין היה חייב שתים כדפירשתי אי לאו מיעוטא דעליו. וא״ת היא גופה תיקשי לך למה לא יפטר במזיד משום קלב״מ, יש לומר דלא שייך קלב״מ אלא בממון שעם המיתה כגון שקרע שיראין בשעה שעשה העבירה דמחייב עליו המיתה, אבל כופר דהיינו דמי הנהרגקה התם לא אמרינן דפטור משום דקלב״מ, הילכך איצטריך לפטור אדם מכופר בין שוגג בין מזיד, והיקשא דתנא דבי חזקיה דשוגג למזיד לענין ממון שעם המיתה מיירי ולקמן אפרש בס״ד]״.

ובנחלת דוד [לקמן כב ע״ב] תירץ שיטתו ממה שקשה עליו מהא דאלו נערות: ״...מיהו בעיקר מה שהעלו התוס׳ דעל מעשה אחד שפיר שייך לחייבו מיתה וממון ולא אמרינן בזה קם ליה בדרבה מיניה, כתב עליהם הפני יהושע לעיל בפ״ק בתוס׳ ד״ה כראי אדם. וצ״ע בסוגיית הש״ס דמשמע דאף בזה שייך קם ליה בדרבה מיניה. ובאמת דהא מילתא צריכא עיונא טובא, דהא הבא על בתו תנינן להדיא במתניתין בפרק אלו נערות (כתובות לה, א) דפטור מקנס משום דקם ליה בדרבה מיניה, והתם מעשה אחד הוא דהוי דהמיתה והממון באים על דבר אחד. וצריך לומר בדעתם דזה נמי מיקרי כשני מעשים, דעד כאן לא קאמרי התוס׳ דהיכא דהמיתה והממון באים על דבר אחד לא אמרינן בזה קם ליה בדרבה מיניה, אלא דווקא היכא דהתורה חייבתו על דבר אחד שני חיובים, כמו על הריגת אדם חייבתו התורה בשתים מיתה וכופר בזה הוא דלא שייך קם ליה בדרבה מיניה, אבל היכא דחיוב התורה הוא בא על שני דברים נפרדים כגון בבא על נערה שאינו בתו חייבתו התורה בקנס, והבא על בתו שאינו נערה חייבתו התורה במיתה, אבל דין הבא על נערה שהיא בתו לא נכתב בתורה להדיא מה דינו, רק דאנו באים לחייבו שתים מחמת שבמעשה הזה אית ביה תרתי, ולהכי שפיר אמרינן בזה קם ליה בדרבה מיניה משום דנפקא מכדי רשעתו וכו׳, וגם כאן הוה ליה כשתי רשעיות כיון דבתורה כתיבי הנך דינים כל חד באנפי נפשיה ואיכא קנס בלא מיתה ומיתה בלא קנס, אבל היכא דהתורה חייבה להדיא על דבר אחד תרתי תו לא אמרינן בזה קם ליה בדרבה מיניה, ולכך אי לאו דמעטיה קרא לאדם מכופר מקרא דעליו ולא על האדם, הוה ילפינן בקל וחומר דחייב נמי כופר על הריגת אדם, והוה ליה כאילו נכתב בהדיא דקל וחומר דאורייתא היא, ולכך ליכא למיפטריה משום קם ליה בדרבה מיניה, כצ״ל ע״כ בכוונתם...״. ועיי״ש מה שהמשיך להקשות על דבריהם.

ה

״הצד השוה שבהן - שדרכן להזיק. וכי שור דרכו להזיק? במועד. ומועד דרכו להזיק? כיון דאייעד אורחיה הוא. אדם דרכו להזיק? בישן. ישן דרכו להזיק? כיון דכייף ופשיט אורחיה הוא״.

ובחדושי ר׳ נחום מבאר: ״קט) אדם דרכו להזיק בישן, דברי הגמ׳ צ״ב רב מאי מהני לן הא דדרכו להזיק בשעת השינה הא פרשת אדם נא׳ גם בניעור שאין דרכו להזיק, וחזינן מזה דסיבת החיוב דאדם ל״ה משום דדרכו להזיק והאיך אמרי׳ הצד השוה שבהן דדרכן להזיק.

ומבארים העולם דער וישן הוו ב׳ מיני חיובים, דבניעור מחייבי׳ ליה על עצם המעשה וא״צ לזה שלא שמר א״ע, משא״כ בישן ל״ש לחייבו על מה שעשה בשעת השינה דהא כעת ל״ל דעת ואין הוא בר חיובא כלל, וכל חיובו הוי רק משום דשמירת גופו עליו, ר״ל דבעודו ער רמי עליו לשמור את גופו שלא יזיק בשעת השינה. ולפי״ז אשה״ט ד׳ הגמ׳, דבאמת בניעור לא צריכינן כלל להך מעליותא שדרכו להזיק, דהתם יסוד חיובו הוא על עצם המעשה ולא אכפ״ל שאין דרכו להזיק, וכל מ״ש במשנה הצד השוה שבהן שדרכן להזיק וכו׳ קאי רק אאדם ישן דחיובו משום שפשע בשמירת גופו דומיא דשאר המזיקין, ועלה אמרי׳ דהצד השוה שבהן שדרכן להזיק ושמירתן עליך אף כל שדרכן להזיק ושמירתן עליך...״.

סימן ט״ו

א

איתא בסוגין [ד ע״ב]: ״מתקיף לה רב מרי, ואימא: מבעה - זה המים״. ובס״ד שמבעה זה המים נאמרו כמה ביאורים:

1. **רש״י** פירש: ״אימא מבעה זה המים - שאם שופך אדם מימיו לרה״ר ובא אחר ונטנפו כליו חייב השופכן״.

2. **תוספות** כתבו בפירושם הב׳: ״...וא״ת והני מים ה״ד אי דמשקיל עליה בדקא דמיא ובכח ראשון כחו הוא ואי בכח שני גרמא בעלמא הוא כדאמרינן בהנשרפין... א״נ בתר דנחו ולא דמי לבור כגון פותקין ביבותיהן דלקמן (דף ל.) ואף על גב דאתי במה הצד הוה אמינא דאיצטריך לכותבו לחייב כלים דמבור לא הוה שמעינן...״.

ויש לדייק ממש״כ **רש״י** ״ובא אחר ונטנפו כליו״, דס״ל כמש״כ **התוס׳** בפירושם הב׳ דאיירי בהזיקו בתר דנייחי דהניזק בא אליהן, ולא שהזיקו בצורה של משקיל עליה בדקא דמיא כתירוץ הא׳ של **תוס׳** דלקמן. אלא שבתוס׳ הוסיפו דאיירי בפותקין ביבותיהן דהו״ל ברשות, ודוקא אז דילפינן מבמה הצד, לא דמי לבור ומחייב על כלים. אכן מד׳ **רש״י** שלא הזכיר לזה דאיירי ברשות נראה דאיירי אפילו שלא ברשות. ואעפ״כ לא דמי לבור, וכמ״ש **רש״י** שיהא חייב גם על כלים, ״ונטנפו כליו״.

והנה, בדעת **התוס׳** הקשה **רבי עקיבא איגר**: ״תוד״ה ואימא כו׳ כגון פותקין ביבותיהן כו׳. וקשה אמאי לא קאמרי בפשיטות לחייב בכלים כמו שמסקו, וק״ל [ד״ז נכתב ע״י תלמיד]״. **ובחידושי ר׳ נחום** ביאר: ״וצ״ל דהתוס׳ ס״ל דבסתם מים לא מסתבר שחדשה התורה לחייבו בכלים, דהא מים הוו תולדה דבור ומה״ת שיהא דינם חלוק מבור ול״ה כיו״ב, ולהכי הוצרכו להוסיף דאיירי בפותקין ביבותיהן ברשות דלא דמו לבור שכן שלא ברשות וכדאיתא לקמן בד״ו.

אמנם צ״ע מה הועילו התוס׳ בזה, הא הך חילוקא דאית להו רשות לשפוך מימיו ל״ה חומרא אלא קולא וכדאיתא לקמן בד״ו, והאיך אפ״ל דפותקין ביבותיהן יהא חייב בכלים טפי מבור״. וביארו אחרונים דצ״ל לשיטת **התוס׳** דאם שפך מים שלא ברשות הרי הוא נכלל בשם בור ממש ולכן הוא פטור מכלים כדין בור. ורק אם שפך ברשות שאינו דומה לבור ממש יתכן שיהא שם מזיק בפנ״ע והוי שם חדש של מים ויהא חייב על הכלים.

וצ״ל לשיטת **רש״י** דקס״ד דכל היכא שנעשית התקלה ע״י מים נתחדש בתורה שם מזיק בפ״ע [אע״פ שהיא ממש דומיא דבור שאינו ברשות], ונפק״מ לחייבו בכלים וכמש״כ רש״י.

והנה, לכאורה קשה לשיטתו היכן כתוב מים בתורה. אם נאמר כמו תוס׳ שנלמד מושלח, מדוע יהיה חייב ברה״ר? ואולי צ״ל דמכיוון שזה ס״ד שלא נשארת במסקנא כיוון דפרכינן לה, אזי אין רש״י מבאר את הס״ד, כמבואר כמה פעמים.

ב

3. ובתירוץ הא׳ פירש **התוספות**: ״...וי״ל דמיירי בכח שני וקמ״ל דבכח שני נמי חייב...״. ולהבין דבריו, יש להקדים פירוש קושייתו **בחידושי ר׳ נחום**: ״קטז) בא״ד וא״ת והני מים היכי דמי אי דמשקיל עליה בדקא דמיא ובכח ראשון כחו הוא ואי בכח שני גרמא בעלמא הוא וכו׳, יל״ע אמאי הוצרכו התוס׳ לאוקמי בדאשקיל עליה בדקא דמיא ולא פירשו דאיירי כששפכן להדיא וכמש״כ רש״י דאיירי בשפך מימיו לרה״ר.

ונראה דהתוס׳ ס״ל דהא דמחלקי׳ בסנהדרין בין כח ראשון לכח שני הוא רק בפתח פתח למים וכההיא דבדקא דמיא, אבל בשופך ממש גם בכח שני הרי״ז ככחו ממש. ובטעמא דמילתא נראה דהנה בעיקר ד׳ הגמ׳ בסנהדרין מצינו מח׳ ראשונים, דברש״י שם פי׳ דכח ראשון היינו ״שמיד נפלו עליו דהוי כחו״, וכח שני היינו ״שהניחו רחוק קצת ולא נפלו המים מיד בצאתו מגדרותיהן עליו אלא לאחר מכאן הלכו על המקום שהוא שם״. וביד רמה שם נח׳ ע״ז דמה לי כי מטי לאלתר מה לי כי מטי לאחר זמן, ומה״ט פי׳ דכח ראשון היינו המים הראשונים הסמוכים לדבר המפסיק דמעקרו מדוכתייהו בשעת סילוק הדבר המפסיק, וכח שני היינו המים השניים דאתו בתר הכי דהנהו גרמא בעלמא הוא... ונראה דהתוס׳ ס״ל כהרמ״ה ולהכי הוכרחו להעמיד לסוגיין בבידקא דמיא, דאילו בשופך ממש אין חילוק בין כח ראשון לכח שני ולעולם חשבי׳ ליה ככחו וכאדם המזיק, וכל החילוק בין כח ראשון לכח שני הוא רק בבידקא דמיא דבזה איכא חילוק בין המים הסמוכים לדבר המפסיק למים הרחוקים וכמש״כ הרמ״ה. ואהא הקשו התוס׳ דגם בכח שני ליכא לאוקמי דהא הו״ל גרמא בעלמא״.

ועל זה תירצו **תוס׳**: ״...וי״ל דמיירי בכח שני וקמ״ל דבכח שני נמי חייב...״. ופירש **המהר״ם** שלפי הס״ד דהכא שמבעה זה מים, גם הרוצח על ידי כח שני חייב, ומה שבסנהדרין פוטרים הרוצח בכח שני הוא לאחר המסקנא דהכא שמבעה אינו מים: ״בתוס׳ ד״ה ואימא מבעה זה מים וכו׳. וי״ל דאיירי בכח שני וקמ״ל וכו׳. ויש להקשות והא איתא בהדיא בפרק הנשרפין דכח שני גרמא בעלמא הוא ופטור ויש ליישב דההיא דהנשרפין אתיא לפי המסקנא דהכא דמבעה אינו אלא אדם או שן אבל מים אינו מאבות נזיקין ולא ילפינן ליה מקרא דושילח אלא שהמקשה דהכא הקשה מנ״ל זה דלמא אימא לך דמבעה זה מים והוי אב מקרא דושילח ואתא קרא לאשמועינן דחייב אפי׳ בכח שני ולאפוקי מההיא דפרק הנשרפין ומסיק דא״א לומר כן דמי כתיב מים נבעו וכו׳ וא״כ אתיא שפיר ההיא דהנשרפין וק״ל״.

יוצא מדבריו שלמד שכוונת תוס׳ בפירושו הא׳ הוא שכח שני במים הוי אדם המזיק [ולא ממונו שהזיק לפי הס״ד דומיא דאש או בור] ולכן חייב גם ברוצח. ואילו תירוץ הב׳ מיירי מצד שם מזיק חדש דומיא דממונו שהזיק.

וכך נראה מדברי **החתם סופר**, שלכן נחשב כדבר שיש בו רוח חיים: ״ואימא מבעה זה מים. מה שהקשה תו׳ דהומ״ל מה זו״ז שיש בהם רו״ח היינו לבתר דמסקו דקאי אמיא בתר דנייחא אבל להס״ד דהתוס׳ דמיירי מכחו של אדם הוה שפיר יש בו רו״ח וק״ל ופשוט״.

ג

איתא בסוגין [ד׳ ע״ב]: ״תני רב אושעיא, שלשה עשר אבות נזיקין: שומר חנם, והשואל, נושא שכר, והשוכר, נזק, צער, וריפוי, שבת, ובושת, וארבעה דמתני׳ הא תליסר. ותנא דידן מ״ט לא תני הני? בשלמא לשמואל, בנזקי ממון קמיירי, בנזקי גופו לא קמיירי״.

ופירש **רש״י** שחיוב שומרים נחשב שהם עצמם הזיקו: ״כל הנך - דר׳ אושעיא הוא עצמו מזיק דהנך ד׳ שומרים הן עצמם הזיקו הואיל ולא שמרו כראוי ובנזקין דאזיק גופו לא קמיירי מתני׳״.

ובחידושי רבי נחום הקשה: ״קכג) תני רב אושעיא י״ג אבות נזיקין ש״ח והשואל נושא שכר והשוכר, לפו״ר היה נראה דיסוד החיוב ממון דשומרים הוא מכלל חיובי השבת הפקדון, דכמו דבעודו בעין רמי עלייהו להשיב את הפקדון לבעלים הכ״נ כשפשעו בו ואינו בעין רמי עלייהו להשיב לכה״פ את דמיו מדין מה לי הן מה לי דמיהן. אמנם לפי״ז אינו מובן אמאי תני לה רב אושעיא בהדי כ״ד אבות נזיקין, וע״כ חזינן דיסוד החיוב דשומרים ל״ה מדין החיוב השבה אלא דהתורה חייבתם לשלם לבעלים את הנזק וההפסד, והרי״ז בכלל אבות נזיקין.

וגדולה מזו למדנו, דהנה להלן בגמ׳ אמרי׳ דלרב דאמר מבעה זה אדם נכלל בזה גם ד׳ שומרים אלא דרב אושעיא קתני הזיקא דבידים וקתני הזיקא דממילא, וברש״י הוסיף ביאור בזה ״דהנך ד׳ שומרים הן עצמם הזיקו הואיל ולא שמרו כראוי״, ומבואר דאי״ז רק גדר בחיוב התשלומים דילהו - להשלים את הנזק - אלא דזוהי ג״כ סיבת חיובם, דכיון שנעשה הנזק ע״י חסרון השמירה דילהו דייני׳ דהשומרים עצמם הזיקו את החפץ והוי כאדם המזיק ודו״ק.

ואכתי צ״ע דהתינח לענין ש״ח וש״ש דאירי בפשיעה או בגניבה ואבידה, אבל בשואל א״א לומר הכי, דהרי חיובא דשואל הוי גם כששמר כראוי ואירע אונס גמור, ובזה ל״ש לומר כד׳ רש״י דחשבי׳ ליה כמזיק ע״י שלא שמר כראוי. וצ״ל בדוחק דהא דקתני בברייתא שואל לא קאי אאונסין דשואל אלא אגניבה ואבידה ופשיעה, דשואל שפשע לא גרע משוכר ומשאר שומרים דמחייבי׳ להו מדין מזיק, ואהא קתני בברייתא דשואל שלא שמר כראוי הוי מי״ג אבות נזיקין״.

ד

ולהבין זאת, יש להקדים את דברי **אדמוה״ז** [אורח חיים סימן תמ] לגבי ישראל שקיבל חמץ לשמירה מגוי: ״סעיף ט: במה דברים אמורים כשאין אחריות הפקדון על ישראל מגניבה ואבידה באונס דהיינו שאם ישמרנו הישראל כדרך השומרים ואח״כ יגנב או יאבד ממנו לא יתחייב הישראל לשלם לו מדין תורה ולא מדין המלך וחוקיו על עמו כגון שקיבל ממנו הפקדון בסתם ולא אמר לו הישראל שיתחייב לשלם לו אם יגנב או יאבד ממנו באונס אבל אם אחריות הפקדון על הישראל שאם יגנב או יאבד ממנו באונס יתחייב לשלם לו מדין תורה אף על פי שלא פשע בשמירתו כגון שאמר לו הישראל אם יגנב או יאבד ממני אשלם לך וקנה ממנו הנכרי בקנין סודר שלא יחזור בו או אפילו לא קנה ממנו אלא שדין המלך הוא שישלם לו כיון שאמר לו כן בפירוש בשעת הפקדון ועל סמך זה הפקידו אצלו הרי פקדון זה נחשב להישראל לענין ביעור חמץ כאלו הוא שלו ממש כיון שהוא חייב באחריותו וחייב לבערו בערב פסח מן התורה ואם לא ביערו עובר עליו בלא תעשה שנאמר לא ימצא בבתיכם ולא נאמר לא ימצא לכם בבתיכם פרט לשל אחרים אלא על כרחך אף בשל אחרים עובר עליו אם הוא מופקד אצלו ואי אפשר לומר אף כשלא קיבל עליו אחריות יעבור עליו שהרי כבר נאמר לא יראה לך שלך אי אתה רואה אבל אתה רואה של אחרים הא אין הכתוב מדבר אלא כשקיבל עליו אחריות כיון שאלו היה נגנב או נאבד חל ההפסד על הישראל הרי הוא כשלו ממש לענין ביעור חמץ בלבד מגזירת הכתוב:

סעיף י: אבל אם לא קיבל עליו הישראל אחריות גניבה ואבידה באונס ואפילו אם הנכרי הוא אלם ויכפהו לשלם לו אף אם יגנב או יאבד ממנו באונס מכל מקום כיון שהישראל לא קיבל עליו אחריות האונס והוא פטור מדין תורה ומדין המלך אין החמץ נחשב כשלו עד שמתחייב באחריותו בגזילת הנכרי״.

ובהסבר דיעה זו [היא דעת **ר״י ורמב״ם**] שקבלת אחריות על פשיעה לא מחייבת ביעור, הוסיף **אדמוה״ז** בהגהה מאי שנא קבלת אחריות על גניבה מקבלת אחריות על פשיעה: ״הגה: אף על פי שקיבל עליו לשמרו שמירה מעולה כדרך השומרים ואם יפשע בשמירתו ולא ישמרנו כדרך השומרים יתחייב לשלם לו אין זה נקרא קבלת אחריות להיות הפקדון נחשב כשלו על ידי כן כיון שקבל עליו אחריותו אלא זה נקרא קבלת השמירה בלבד שקיבל עליו שישמור חמצו של נכרי **ואם יפשע ולא ישמרנו יפה חייב לשלם לו שהפושע הוא כמזיק בידים כיון שקיבל עליו לשמור כדרך השומרים והמפקיד סמך עליו ולא שמרו בעצמו**״.

היינו, שדיעה זו מחשיבה קבלת אחריות דווקא אם הוא קיבל אחריות זו [כיוון שאין דיני שמירה בגויים הרי זה תלוי בקבלת אחריות מצדו] או שחק המלך מחייב זאת. וקבלת אחריות זו היא דווקא מגניבה ואבידה. אמנם קבלת אחריות מפשיעה אין זה נחשב קבלת אחריות, אלא קבלת

שמירה. והיינו, שמה שנחשב הפיקדון כשלו לגבי בל ימצא הוא דווקא אם התשלום נובע מקבלת אחריות, היינו שקיבל על עצמו להשיב חמץ זה גם אם יגנב. אבל אחריות מפשיעה אינה נובעת מקבלת אחריות אלא הוא חיוב שנוצר מחמת הפשיעה, שפשיעה כמזיק בידים, ואם כן התשלום לא מגיע מקבלת אחריות אלא מקבלת השמירה, שהיא הגורמת שמעשה הפשיעה ייחשב כמזיק ולפי דיעה זו קבלה שמירה אינה מחייבת ביעור חמץ.

אמנם, לכאורה דברי אדמוה"ז נראים כסותרים ממקום אחר, **בקונטרס אחרון** [סימן תמג הערה ב]. בספר **דברי ריבות** [סי' קכג, מובא **בחק יעקב**] כתב "...ולענין המטלטלין שמסרו לידו ואמרו לו שימכרם מיד ונתרשל בענין ולא מכרם ונשרפו אם נקרא פושע וחייב... נראה לע"ד שאינו חייב מכמה טעמים... שנית שאפי' שנאמ' שהיה לו למכרם על כל פנים אין זו פשיעה כי אם גרמא בנזקין דפטור וזה כי זה לא עשה שום מעשה בגו' הדבר לשנאמר שהוא מזיק כי אם שב ואל תעשה והוי גרמא ופטור...".

והשיב על זה **אדמוה"ז**: "...וגם מה שכתב בדברי ריבות דאף כשהיה לו למכור ופשע ולא מכר אינו אלא גרמא בניזקין, ומביא ראיה מתשובת הרשב"א ע"ש, מאד תמוהים דבריו, שהרי אם לא נעל בפניה כראוי מיקרי פשיעה וחייב אף בשומר חנם, והוא הדין לאפוטרופוס אי הוה כשומר חנם, ואין לך גרמא גדולה מזו, שהרי אף הפורץ גדר בפני בהמת חבירו וגנבוה לסטים או שיצאה מאליה ונאבדה פטור משום דאינו אלא גרמא בעלמא. **אלא ע"כ צ"ל דמה ששומר חנם חייב על הפשיעה אין חיובו בא מחמת הפשיעה עצמה אלא משעה שנמסר לו הפקדון נשתעבד ונתחייב להחזיר לו בשלימות כשיגיע הזמן, אלא שאם בתוך הזמן נאבדה ממנו שלא ע"י פשיעתו בשמירתו חסה עליו התורה ופטרתו דמה היה לו לעשות, ובשומר שכר החמירה יותר, ובשואל יותר, ובלוה יותר**, אבל בנידון הרשב"א שהאפוטרופוס השיב כל מה שהיה לו להשיב וגם מה שמסר לאחרים עשה ברשות, רק שטען שלא כהוגן, א"כ אין לנו לחייבו אלא מחמת טענה זו בלבד, ומחמת טענה זו א"א לחייבו דגרמא בעלמא הוא. אבל כשלא מכר מה שהיה לו למכור, אם זה נקרא פשיעה, א"כ אי נשרף אח"כ חייב על מה שלא החזיר לו בשלימות כל מה שנמסר לידו...".

ומקשין העולם, שחזינן מדבריו כאן שגם שומר חינם המשלם פשיעה הוא מחמת שהתחייב להשיב, ולא מחמת הפשיעה עצמה שהיא כמזיק בידים [כמ"ש בהגהה הנ"ל]?

אמנם, לכאורה פשיטא שאין בזה כל סתירה וכלדהלן:

ה

איתא **ברמב"ם** [הלכות שכירות פרק ב] גדר חדש, שפשיעה היא מטעם מזיק וחייבים בה גם בקרקעות עבדים ושטרות דאימעטו מפרשת שומרים:

"הלכה א: שלשה דינין האמורין בתורה בארבעה השומרין אינן אלא במטלטלין של ישראל ושל הדיוט שנאמר כסף או כלים וכל בהמה יצאו קרקעות ויצאו העבדים שהוקשו לקרקעות ויצאו השטרות שאין גופן ממון ויצאו הקדשות שנא' כי יתן איש אל רעהו ויצאו נכסי עכו"ם, מכאן אמרו חכמים העבדים והשטרות והקרקעות וההקדשות ש"ח שלהן אינו נשבע, ונושא שכר או שוכר אינו משלם ואם קנו מידו חייב באחריותן.

הלכה ג: יראה לי שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהן חייב לשלם שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין גניבה ואבידה ומתה וכיוצא בהן שאם היה ש"ח על מטלטלין ונגנבו או אבדו ישבע ובעבדים וקרקעות ושטרות פטור משבועה, וכן אם היה שומר שכר שמשלם גניבה ואבידה במטלטלין פטור מלשלם באלו, אבל אם פשע בה חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא,

ואין הפרש בין דין המזיק קרקע לדין המזיק מטלטלין ודין אמת הוא זה למבינים וכן ראוי לדון, וכן הורו רבותי שהמוסר כרמו לשומר בין באריסות בין בשמירות חנם והתנה עמו שיחפור או יזמור או יאבק משלו ופשע ולא עשה חייב כמי שהפסיד בידים וכן כל כיוצא בזה שהפסיד בידים חייב על כל פנים" והשיג עליו **הראב"ד**: "יראה לי שאם פשע השומר וכו' עד המזיק מטלטלין וכו'. א"א ואם אמת הוא זה שומר חינם למה אינו נשבע על טענתו שלא פשע שהרי אם פשע משלם ואם נפשך לומר הלא מודה במקצת שאם יודה ישלם ואעפ"כ אינו נשבע הרי אמרה תורה כלל ופרט בש"ח וכלל ופרט בש"ש מה שומר שכר מיעט את אלו מעיקר התשלומין ולא מן השבועה לבדה אף ש"ח שמיעט את אלו אף מעיקר התשלומין מיעטן ולא מן השבועה לבדה ואין פושע מזיק שאם היה כן פשיעה בבעלים למה פטור אלא שאין פושע דומה למזיק עכ"ל"

והנה, **בשו"ע** [חו"מ סי' ש"א וס"ו] פסקו **המחבר והרמ"א** כדעת רובא דראשונים שחולקים על **הרמב"ם**, וס"ל שאין פושע כמזיק אלא דין פשיעה הוא דין בהלכות שמירה כפי יתר החיובים של גניבה ואבידה בש"ש ואונס בשואל. ואילו **הש"ך** [בסי' ס"ו] הכריע כדעת **הרמב"ם**.

והנה, **אדמוה"ז** לא מביא תמיד את כל השיטות, אלא מה שנוגע לדינא, או שמביא שיטה מסוימת רק אם דרכה ניתן להבין שיטה שהיא להלכה. ואם כן, זה שבהגה בסי' תמ מסביר שקבלת חיוב פשיעה [בגוי על ידי קבלה] הוא מדין פושע כמזיק הוא להסביר את שיטת **הרמב"ם לשיטתו**. היינו שזה שקבלת אחריות על פשיעה אינה נחשבת לקבלת אחריות המחייבת ביעור לשיטת **ר"י והרמב"ם**, הוא מכיוון שהרמב"ם לשיטתו שחיוב פשיעה הוא לא מגדרי חיובי השבת השומרים אלא כדין מזיק הנובע מחוסר השמירה [כדלקמן] ואין זה נחשב קבלת אחריות. ומובן שאין זה הכרעה כפי שיטת הרמב"ם, אלא הסבר הרמב"ם לשיטתו.

ואילו זה שבס' תמג מבאר שאין החיוב מחמת הפשיעה [שהיא רק גרמא] אלא מזה שהתחייב להשיב, היא שיטת רובא דפוסקים החולקים עם הרמב"ם וס"ל שאין פושע כמזיק. וכשרצה אדמוה"ז לחלוק על הדברי ריבות הסביר כפי שיטת ההלכה ולא כשיטת הרמב"ם.

הסבר זה, שדברי ההגהה הוא דווקא לשיטת הרמב"ם [דיעה הא' שבהלכות ט' וי'] מוכרח מדברי **אדמוה"ז** לאחר מכן: בהלכה יג כשמביא דעת החולקים [היא דעת בה"ג והרא"ש] הגדיר קבלת אחריות מפשיעה כקבלת אחריות! "יג: ויש חולקין על כל זה ואומרים דכל שאחריות החמץ הוא על הישראל **אפילו לא קיבל עליו אלא אחריות של גניבה ואבידה הבאים מחמת פשיעותו** שלא שמר כדרך השומרים ולא באחריות של גניבה ואבידה הבאים באונס". ולכאורה, לאחר שבהלכה י' בהגהה הגדיר שאין זו קבלת אחריות אלא קבלת שמירה ופושע כמזיק, איך מגדיר כאן קבלת אחריות מפשיעה כקבלת אחריות המחייבת ביעור? אלא כנ"ל, שכאן זו הדיעה החולקת על הרמב"ם וס"ל שאין פושע מדין מזיק אלא זו קבלת אחריות להשיב.

ולהבין יותר במה נחלקו שתי הדעות, הנה אדמוה"ז פירש בקו"א הנ"ל, "שהרי אם לא נעל בפניה כראוי מיקרי פשיעה וחייב אף בשומר חנם,.... ואין לך גרמא גדולה מזו... אלא ע"כ צ"ל דמה ששומר חנם חייב על הפשיעה אין חיובו בא מחמת הפשיעה עצמה..., היינו שהפשיעה בעצמה מוגדרת כגרמא. וי"ל, שזה שבסי' תמ כתב בסוף ההגהה "שהפושע הוא כמזיק בידים כיון שקיבל עליו לשמור כדרך השומרים והמפקיד סמך עליו ולא שמרו בעצמו", בא להסביר שלדעת הרמב"ם זה גדר גרמי [ולא גרמא כמו ליתר הראשונים] ולכן חייב. היינו שאין כוונת הרמב"ם שפושע הוא מזיק ממש אלא כמזיק, היינו גרמי, בזה שגרם למפקיד לא לשור כיוון שסמך עליו והוא בעצמו לא שמר.

וכן הסביר **התומים** [סימן סו ס"ק סט]: "דודאי מודה הרמב"ם דאין פושע מזיק גמור, דאם כן אף פשיעה בבעלים יתחייב, רק גרם היזק הוא, דעל ידי פשיעתו הגיעו היזק, ואם כן אין לך זה יותר

מן דיני דגרמי, וכי זה חמור משורף שטרו של חבירו דפטור (ב״ק לג ב) למאן דלא דן דינא דגרמי, ואם פשע בשמירת שטר יהיה חייב, זהו מן הנמנע, דאין זה אלא גרמי, ולמאן דפטר מכל שכן פושע [פטר]״.

וכן איתא **בשו״ת אבני נזר** [חלק אורח חיים סימן שכו]: ״דהנה הא דפושע מטעם מזיק. היינו מדיני דגרמי כמבואר בשיטה מקובצת פרק הזהב [ב״מ נז ע״ב] בשם הרמב״ן. ויש לפרש בשני דרכים. דרך האחד דכיון שעל פיו של שומר נסתלקו הבעלים משמירתו חשיב כאילו השליכו השומר למקום שאינו משומר בידים. הדרך השני דכיון שנתחייב השומר ולא שמרו חשיב כאלו הי׳ משומר והשליכו למקום שאינו משומר״.

ועיין בחקרי הלכות [פיקרסקי] שהוכיח מדברי אדמוה״ז כאופן הא׳ שבאבני נזר. נמצא שמחלוקת הרמב״ם ושאר פוסקים היא האם פשיעה היא גרמא [שאזי אי אפשר לחייב מטעמה אלא מטעם שהתחייב להשיב] או שהיא גרמי, ופושע כמזיק וחייב על הגרמי. ונמצא, שבסי׳ תמ״ג מסביר גדר פשיעה כגרמא ולפי דעת רוב הפוסקים שהלכה כמותם, ובסי׳ ת״מ כשבא להסביר את שיטת הרמב״ם מסביר לשיטתו שפשיעה הוא גדר של גרמי.

ולכאורה **י״ל בדרך אפשר**, שלפי שיטת **אדמוה״ז** בהגהה בסי׳ ת״מ שחיוב השומר חינם בפשיעה הוא מדין דהוי כפושע, אזי החיוב הוא מטעם מעשה שארע בזמן השמירה, היינו הפשיעה. וי״ל שכך הוא בגניבה ואבידה בש״ש ואונס בשואל שחיובם הוא ממעשה האונס וגו״א שארעו, כיוון שקיבלו עליהם חיוב שמירה. ואע״פ שעצם האונס הוא לא באשמתו של השואל ואי אפשר לומר שלא שמר, אמנם כיוון שקיבל עליו חיוב שמירה נחשב מעשה האונס כמעשה דידיה. ולדיעה זו מובן מה דאיתא כאן ששומרים נחשבים להיזק דאזקי בגופם, שקיבלו עליהם שמירה וממילא מה שארע הוי כאילו שהם עשו.

סימן ט״ז

א

איתא בסוגין [ד ע״ב]: ״תני ר׳ חייא, עשרים וארבעה אבות נזיקין:... והמטמא, והמדמע, והמנסך...״. ויש להקדים מה דאיתא בגיטין [נב ע״ב]: ״איתמר: מנסך - רב אמר: מנסך ממש, ושמואל אמר: מערב. מ״ד מערב, מ״ט לא אמר מנסך? אמר לך: מנסך קם ליה בדרבה מיניה. ואידך? כדרבי ירמיה, דא״ר ירמיה: משעת הגבהה הוא דקנה, מתחייב בנפשו לא הוי עד שעת ניסוך. ולמאן דאמר מנסך, מ״ט לא אמר מערב? אמר לך: מערב היינו מדמע. ואידך? קנסא הוא, ומקנסא לא ילפינן״.

חזינן דמערב הוא גם מזיק, ומה שרב לא פירש כך הוא רק משום דאם כן היינו מדמע.

והנה, **רש״י** פירש [כאן]: ״ומנסך - יין לע״ז ובמס׳ גיטין (דף נב:) מפרש אמאי לא קם ליה בדרבה מיניה... ומנסך את היין ליכא למימר שניסכו ביין נסך שזרק בו דלא קמחסריה ולא מידי דהא מזבין ליה בר מדמי יין נסך שבו״. והקשו על דבריו:

1. **בתוספות רי״ד** הקשה שמזיק הוא לבעלים בזה שיצטרך למכור יותר בזול: ״(ד) והמנסך כתב המורה ליכא למימר שעירבו ביין נסך דלא קא חסרי׳ ולא מידי דהא מזבין ליה כוליה בר מדמי יין נסך. ואינו נראה לי דמדמע נמי מזבן לכהנים. אלא פסידא הוא דכהנים מזלזלי וזבני ה״נ עכו״ם מזלזלי וזבני ובפ׳ הניזקין פליגי ביה רב ושמואל. דרב אמר מנסך ממש ושמואל אמר מערב והתם מפרש טעמייהו״.

וצריכים לפרש דבריו דיש הבדל בין מדמע שמוכרח הוזיל לכהנים, לבין מכירת יין נסך לגוים, כמ״ש **רבי עקיבא איגר** בגיטין [נב ע״ב]: ״...אע״כ ברור דכוונת רש״י דאי אמרי׳ דמכר הוי הפסד קטן מאד וגרע ממדמע וצריך למכרו רק לכהן בזול אבל מה שיכול למכרו לעובדי כוכבים ומזלות א״צ לזלזל הרבה במכירה והוי הפסד מועט מאד...״.

2. **במהרש״א** הקשה שדברי רש״י נסתרים מהגמרא בגיטין: ״בפרש״י בד״ה ומנסך יין לעבודת כוכבים כו׳ ליכא למימר שנסכו בי״נ שזרק בו דלא קמחסריה כו׳ עכ״ל צ״ע לפירושו דהא איכא מאן דמפרש לה מערב ומ״ד נמי מנסך ממש היינו משום דאל״כ היינו מדמע ויש ליישב בדוחק דה״ק דלא קחסרי׳ ממש אלא דצריך למוכרו יותר בזול לעובד כוכבים וא״כ היינו מדמע ודו״ק״. אלא דמהלשון של רש״י ״דלא קמחסריה **ולא מידי**״ משמע שאין זום היזק.

3. **בשלטי הגבורים** הקשה: ״ג נראה בעיני שניסוך הוא על אחד משני דרכים או שניסך היין ממש לעבודת כוכבים או שעירב יין נסך גמור ביין כשר שע״י התערובות זה אסרו בהנאה וכן פסקו כל הפוסקים. וצ״ע בדברי רש״י דהכא דחק עצמו לפרש דמנסך ר״ל שניסכו לעבודת כוכבים אבל ליכא לפרש ניסכו ביין נסך שזרק בו דלא קחסריה ולא מידי דהא מזבין ליה בר מדמי יין נסך שבו דמשמע מדבריו דיין נסך עם יין כשר אינו אוסר בהנאה ואיהו גופיה פ׳ בתרא דע״ז פסק דיין נסך עם יין כשר אסור בהנאה בכל שהוא וכ״כ פ׳ הניזקין במס׳ גיטין. ודוחק לתרץ דהכא בסתם יינם קא מיירי דהרי ידוע הוא דעיקר המקום ששנוי בו דין מדמע ומנסך מיירי ביין שנתנסך לעבודת כוכבים משמע ולישנא נמי דייקא וצ״ע״.

והוא מדברי הגמרא בעבודה זרה [עד ע״א]: ״מתני׳. יין נסך שנפל לבור - כולו אסור בהנאה; רשב״ג אומר: ימכר כולו לעובד כוכבים חוץ מדמי יי״נ שבו. גמ׳. אמר רב: הלכה כרשב״ג חבית בחביות, אבל לא יין ביין; ושמואל אמר: אפי׳ יין ביין. וכן אמר רבב״ח א״ר יוחנן: אפי׳ יין ביין.

וכן א״ר שמואל בר נתן א״ר חנינא: אפי׳ יין ביין. וכן א״ר נחמן אמר רבה בר אבוה: אפי׳ יין ביין. א״ר נחמן, הלכה למעשה: יי״נ - יין ביין אסור, חבית בחבית מותר, סתם יין - אפי׳ יין ביין מותר״.

וברבי עקיבא איגר [גיטין שם] תלה את דבי המשנה בגיטין שלפי שמואל המערב אוסר את היין בהנאה כדעת חכמים האוסרים בע״ז, ויוצא שדברי רש״י כאן הם אליבא דשמואל התם דפסק כרשב״ג שמותר בהנאה, ולכן לא מחסריה ולא מידי, ואתי שפיר גם קושיית המהרש״א וגם קושיית הש״ג. [רעק״א]: ״...ומה שכ׳ רש״י בסוגיא ואסרה בהנאה. ורצונו בזה דאף דקאי לשמואל דסבר בע״ז (דף עד) אף יין ביין ימכר כולו לעובדי כוכבים ומזלות מ״מ משנתנו כת״ק דהתם דכולו אסור בהנאה...״. אמנם, עדיין לכאורה צ״ע מה הכריחו לרש״י לפרש כן הכא ודלא כסוגייא דגיטין.

ולכאורה מחוורתא כדפירש **בפנים מאירות**, שכאן שאיירי באבות מן התורה מוכרחים לפרש דלא אאיירי במערב, דמן התורה אין זה נזק, וכמו שהביא בשמו **בחתם סופר**: ״מנסך. פרש״י מנסך ממש דאי מערב לא מפסיד מידי ופי׳ מהרש״א דכוונתו היינו מדמע והק׳ בש״ג שסביב הרי״ף הא ס״ל יין ביין אוסר כלו כמ״ש להדי׳ בגטין ובס׳ פנים מאירות תי׳ נהי דמדרבנן אוסר כלו מ״מ מן התורה בטל ולא שייך למחשבי׳ באבות נזיקין דאורי׳ ודברים אלו תמוהים בעיני מה בכך דמדאורי׳ שרי׳ מ״מ השתא דאסרוהו רבנן המערב הזה הזיק לחברו היזק דאורי׳ וה״ל אב לנזיקין ונפיק מקרא מכה בהמה...״. ומה שהקשה עליו **בחת״ס** צ״ל כדברי **השערי ישר**, שאיסורי הנאה מדרבנן עדיין מקרי ממון, ולכן בצורה הזו של מנסך [היינו מערב] אין מן התורה הצורה של אב נזיקין כיוון שאין גוף היין נאסר.

שערי ישר [שער א - שער הספיקות פרק י]: ״קמז ולפי המתבאר לעיל נבין לחלק בין איסורי הנאה שאסורין מן התורה לאיסורי הנאה מדרבנן, דאיסור תורה נתהפך הדבר באמת לדבר שאינו ראוי, אבל איסורי הנאה דרבנן לא אבדו באמת איכות תשמיש הראוי לאדם אלא שהאדם מתירא להנות ממנו שמצות הלאו דלא תסור מפחידו שלא להנות ממנו, וכל שהחפץ ראוי להנאת אדם אלא שהאדם מחמת פחד מונע עצמו מלהנות מן החפץ, אין החפץ בטל מאיכותו וחשוב ממון גמור מן התורה. ואף דיש מקום לומר מה לי אזהרת לאו דלא יאכל מאזהרת לא תסור, אבל כבר ביארנו לעיל בפרק ז׳ דשאני לאו דלא תסור מלאו דלא יאכל, דבלאו דלא תסור אינו מוזהר מן התורה על האכילה ממש אלא שישמע לקול חכמים ולפי״ז החפץ ראוי לאכילה, ואף דאם יאכל ויעבור על לא תסור ג״כ עושה רעה לעצמו אבל אין זה חסרון באכילה עצמה...״.

ב

״ורבי אושעיא מאי טעמא לא תני הני? בממונא קמיירי, בקנסא לא קמיירי. גנב וגזלן דממונא הוא, ליתני! הא קתני ליה שומר חנם והשואל״. **רש״י** פירש: ״תנא ליה שומר חנם והשואל - דהתם נמי שייך גניבה כגון שטען שנגנב הימנו והרי היא בידו ואמרינן בפרק מרובה (לקמן דף סג:) דטוען טענת גנב כגנב וטוען טענת גזלן כגזלן והא דנקט הכא והשואל לאו דוקא דהא לא משכחת ביה דנפטר לא בטוען טענת גנב ולא בטוען טענת גזלן שהרי הוא חייב בכולו״.

וביאר **בחדושי ר׳ נחום**: ״קלב) גנב וגזלן דממונא הוא ליתני הא קתני ליה ש״ח והשואל, ופרש״י דהתם נמי שייך גניבה כגון שטען שנגנב הימנו והרי היא בידו ואמרינן בפרק מרובה דטוען טענת גנב כגנב וטוען טענת גזלן כגזלן וכו׳, דבריו צ״ב מה ענין טט״ג לחיובי שומרים, דלכאו׳ דין טט״ג הוא ככל גנב דעלמא דכשטען שנגנבה הימנו ונמצא שהוא עצמו גנבו חשבי׳ ליה כגנב, והאיך כיילינן לזה בהדי דיני ד׳ שומרים.

וצ״ל בזה, דהנה בגמ׳ אמרי׳ דר״ח דתני לגנב וגזלן בתורת אבות בפ״ע ״תני ממונא דאתא לידיה בהיתירא וקתני ממונא דאתא לידיה באיסורא״, וכעי״ז איתא לקמן ריש מרובה (סד, ב) דטט״ג קיל מגנב הואיל ובהתירא אתי לידיה. ונראה דרש״י ס״ל דאי״ז צריכותא בעלמא אלא כ״ה האמת דחיוב גנב נא׳ רק בכה״ג דבאיסורא אתא לידיה, אבל בכה״ג שהממון בא לידו בהיתר ואיהו מעכבו תח״י ליכא חיוב גנב, והא דטט״ג חייב זהו חיוב מחודש מדיני שומרים לדונו כגנב ולחייבו בחיובי גניבה, ולהכי כתב רש״י דכ״ז נכלל בהא דתני ש״ח והשואל ודו״ק [ואין הכונה רק לגבי הכפל, דהא קו׳ הגמ׳ ״גנב וגזלן דממונא הוא ליתני״ קאי אקרן, ומבואר מזה דגם לגבי הקרן הרי״ז דין מחודש מדיני שומרים].

ולפמש״נ א״ש טפי ד׳ הגמ׳ ״תני ממונא דאתא לידיה בהיתירא ותני ממונא דאתא לידיה באיסורא״, דלפו״ר אינו מובן מה אכפ״ל דהממון אתי לידיה בהתירא הא סו״ס כעת שמעכבו תח״י הרי״ז ככל גניבה דעלמא ואמאי חילקם ר״ח לתרתי. ולהנ״ל א״ש, דלהמתבאר גנב וטט״ג הוו ב׳ מיני גניבות, דבגנב דבאיסורא אתי לידיה נעשית הגניבה ע״י ה״אתי לידיה״, משא״כ בטט״ג דבהתירא אתי לידיה נעשית הגניבה ע״י שכחש ונשבע, והוי זה מכלל חיובי השומרים להתחייב כגנב אם יטען שנגנבה ונמצא שהוא עצמו גנבו ודו״ק...״.

ג

איתא **בתוספות**: ״ועדים זוממין - פירש ריב״א דאפילו שילם על פי העדים זוממין חייבין דלא שייך בממון כאשר זמם ולא כאשר עשה דאפשר בחזרה ור״י מפרש דלא צריך להאי טעמא דגבי ממון מחייבינן להו בק״ו דגבי ממון עונשין מן הדין והא דאמרינן במכות (דף ה:) הרגו אין נהרגים היינו משום דהתם אין עונשין מן הדין״.

ומה דקשה לתוס׳, הוא כדאיתא **בתוספות רבינו פרץ**: ״וא״ת הני עדים זוממים היכי דמי אי דלא שלם עדיין על פיהם [היכי קרי להו] נזיקין, ואי כששלם כבר על פיהם, א״כ לא מיתחייבי אינהו לשלם כשהוזמו, דכאשר זמם כתיב ולא כאשר עשה, דמה״ט אמרינן במכות (ה ב) הרגו אין נהרגין...״.

וביאר **בחדושי ר׳ שמעון שקופ** [סימן ז]: ״בתוס׳ ד״ה ועדים זוממים, פי׳ ריב״א דאפילו שילם ע״פ העדים זוממים חייבים, דלא שייך בממון כאשר זמם ולא כאשר עשה משום דממון אפשר בחזרה, עיין בשטמ״ק מהר״ם ופני יהושע שביארו בזה מה שהי׳ קשה לריב״א. ולענ״ד עדין הקושיא במקומה עומדת, דלפי׳ ריב״א, משום דאפשר בחזרה, א״כ גם עתה לא שייך למיחשב עדים זוממים בהדי אבות נזיקין, דאין חייבים אלא דוקא היכא דלא נעשה נזק על פיהם, אבל היכא דנעשה היזק אינם חייבים, כגון שהעידו על שור שהרג הנפש ונסקל ע״פ, פטורים לפי׳ ריב״א, דלא אפשר בחזרה, ובשלמא לפי׳ ר״י ניחא. לכן נ״ל דיש לאשכוחי היכא דנעשה נזק בגרמתם ומ״מ חייבים, כגון היכא ששלם ע״פ והוא אלם וא״א להוציא ממנו, או כגון שהעני, ובכגון זה ודאי חייבים, אף שא״א בחזרה, דע״כ לא נחשב כאשר עשה אלא היכא שנסקל ע״פ בי״ד, שהבי״ד עשו ע״פ העדים, אבל היכא שהבעל דין אינו רוצה להחזיר מאיזה טעם שיהי׳, זה לא נעשה ע״פ העדים...״.

סימן י״ז

א

איתא בסוגיין [ה ע״א]: ״עדים זוממין דממונא הוא, ליתני! סבר לה כר״ע, דאמר: אין משלמין על פי עצמן״.

והנה, הסבר דעת ר״ע שע״ז לא משלמים על פי עצמם מבוארת במסכת מכות [ב ע״ב, ג׳ ע״א]: ״מאי טעמא דר״ע? קסבר: קנסא הוא, וקנס אין משלם ע״פ עצמו. אמר רבה: תדע, שהרי לא עשו מעשה, [ונהרגים] ומשלמין. אמר רב נחמן: תדע, שהרי ממון ביד בעלים ומשלמים. מאי ניהו? דלא עשו מעשה, היינו דרבה! אימא: וכן אמר ר״נ״. ופירש **רש״י**: ״תדע - דקנסא הוא שהרי המעידים בנפש לא הרגו אדם ולא נהרג אדם על פיהם ונהרגין ומשלמין ממון״.

ומאחר שדעת ר״ע מבוארת ומובנת, צלה״ב דעת חכמים שע״ז ממונא.

ובפני יהושע [מכות שם] מבאר שלשיטתם תשלום ע״ז זה לא ממון אלא כפרה: ״...אלא דלפי״ז איכא למידק איפכא דא״כ מ״ט דרבנן דפליגי אדר״ע הא כיון דלא שילמו אין לך קנס גדול מזה והיאך אפשר לומר דרבנן סברי דאפילו בכה״ג שהממון ביד בעלים הוי ממון ולא קנס, ועוד הא תנן בס״פ אלו נערות (דף מ״א ע״ב) זה הכלל כל המשלם יותר ממה שהזיק אין משלם על פי עצמו וכ״ש הכא שלא הזיק כלל אלא ביקש להזיק, **מיהו אפשר דרבנן סברי דתשלומי עדים זוממין משום כפרה ומש״ה מחייבי רבנן על פי עצמו** כדאשכחן נמי בשבועת הפקדון כשנשבע לשקר והודה מחייב קרן וחומש וא״כ על כרחך דלא הוי בהאי כללא דס״פ אלו נערות שהרי משלם יותר ממה שהזיק וע״כ היינו משום דחומש נמי לכפרה אתא (כדמשמע בלשון רש״י שלהי פרק ד׳ שומרים ע״ש) וה״נ דכוותיה...״.

אמנם, כבר הקשו עליו דבסוגיין לא משמע כך, גם מדברי המקשן ״ע״ז דממונא הוא ליתני״, וכן ממה שדייק **בביאור על ספר המצוות לרס״ג של הרב ירוחם פישל פערלא** [מנין שישים וחמש הפרשיות פרשה ג]: ״והנה כבר הרפ״י שם עמד לחקור מ״ט דרבנן דר״ע דאמרי ממונא הוא דהא ודאי הסברא נותנת לכאורה דקנסא הוא. כדקאמר רבה תדע שהרי לא עשו מעשה וכו׳. וכדקאמר ר״נ תדע שהרי ממון ביד בעלים וכו׳. ומשום זה נדחק לומר דס״ל דמשום כפרה הוא עיין שם בדבריו. ולא משמע כן בסוגיא דרפ״ק דב״ק שם. דא״כ מי הכריח לתלמודא לומר דס״ל לר״א כר״ע דקנסא הוא. הא כת״ק דר״ע נמי מצי סבר ובממונא קא מיירי בכפרה לא קמיירי. כי היכי דמשני בממונא קא מיירי. בקנסא לא קמיירי ...״.

וידועים דברי **הקובץ שעורים** [כתובות אותיות קז קח] דחיוב של הנדון שאותו חייבו הזוממין נופל על העדים זוממין עצמם: ״קז...דחיוב כאשר זמם הוא ממילא בלא מעשה המחייבת כלל אלא אותו החיוב שהטילו על הנידון נופל עליהם, ולא דמי ללאו שאין בו מעשה דאיכא מ״ד דלוקין עליו, דהתם איכא דבר המחייבו עבירת הלאו אף שאין בו מעשה, אבל בע״ז ליכא שום דבר אשר בשבילו מתחייבין אלא חיוב נפל עליהם כמו בירושה מהנידון שרצו לחייבו וע״כ אין חייבין אלא לאחר גמ״ד אף שהלאו עברו בהגדתן קודם גמ״ד.

קח) [דף לב ע״א] ובזה יש לתת טעם למ״ד ע״ז ממונא אשר לכאורה הוא תימא דהרי כל המשלם יתר על מה שהזיק הוא קנס ואין לך משלם יתר ממה שהזיק יותר מע״ז שלא הזיקו כלל, ולפי הנ״ל מבואר דאין חיובן מצד עצמן אלא שחיובו של הנידון נופל עליהן וכיון שאצל הנידון היה ממון ולא קנס, דאפילו רצו לחייבו קנס מ״מ לאחר גמ״ד כבר הוא ממון, ממילא גם אצלם הוי ממון״.

אמנם לכאורה קשה לומר כך **ברש״י**. ובאופן אחר **בריי״פ פערלא** [שם], דמכיוון שניתאש הנדון מדמי התשלומין החשיבו הכתוב כהפקירם: ״ולכן נראה דלרבנן ממון גמור הוא. ומשום מזיק ממון חבירו הוא כשאר מזיקין. ואף על גב שעדיין לא עשו מעשה. מ״מ כי היכי דאמרינן בבור ברשות הרבים דאינו ברשות המזיק ועשאו הכתוב כאילו הוא ברשותו. ולאו קנסא הוא אלא ממון גמור הוא כשאר המזיקין. הכי נמי הכא בזוממין אמרינן לאידך גיסא שאע״פ שהממון ברשותו הוא עשאו הכתוב כאילו אינו ברשותו. וכדאמרינן (פרק בתרא דכריתות כ״ד ע״א) שור הנסקל שהוזמו עדיו ועיר הנדחת שהוזמו עדיה כל המחזיק בהן זכה בהן עיין שם. הכא נמי משנגמר דינו של זה לשלם. כבר נתייאש מן דמי התשלומין והו״ל הפקר. ואף על פי שעדיין בידו הוא. מ״מ אחשבי׳ קרא כאילו כבר הפקירו ויצא מרשותו. ושוב אח״כ כשהוזמו אינו אלא כחוזר וזוכה מהפקר. וחייבינהו הכתוב לשלם לבעלים דמי נזקן. ומ״מ שפיר קרינן בהו כאשר זמם ולא כאשר עשה. דמ״מ הם לא עשו מעשה ולא נעשה מעשה על ידם. ובהכי ניחא נמי שפיר מה שהקשו הראשונים ז״ל בסוגיא דרפ״ק דבב״ק שם היכי קתני עדים זוממין במנין המזיקין והא לא הזיקו כלום. דהא כתיב כאשר זמם ולא כאשר עשה. ולא מיחייבי אלא קודם שיצא ממון מיד בעלים. והוכיחו מזה דבממון לא אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה. כמש״כ בש״מ שם וזו היא ג״כ כוונת התוס׳ שם (ד״ה ועדים) עיין שם. וא״כ לדעת הסוברין דגם בממון אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה הקושיא במקומה עומדת. אבל למה שביארנו הדבר נכון. דודאי מתורת מזיק גמור אתינן עלה כשאר המזיקין. אף על פי שעדיין לא יצא ממון מיד בעלים. וראיתי להרשב״א ז״ל בב״ק שם שכתב וז״ל עדים דממונא הוא ליתני דאפילו לא שלם קרינא ליה ממונא משום דאתו לאפסודי׳ ממונא עכ״ל עיין שם. ואין דבריו ז״ל מובנים כלל לכאורה. ואולי כוונתו כדכתיבנא. וקיצר דבריו ביותר״.

ובפירוש **רש״י** [כאן] ביאר טעם חכמים דע״ז הוו ממונא משום דמכיוון שלא משלם יותר על מה שהזיק אזי הוי ממונא ולא קנס. וצ״ב מה כוונתו: ״עדים זוממין דממונא הוא - דכל המשלם יותר ע״מ שהזיק כגון כפל ותשלומי ארבעה וחמשה קרי קנס כדלקמן בהך פירקין (ד׳ טו:) וכגון כל דבר קצוב האמור בתורה כגון חמשים של אונס ומפתה ומאה של מוציא שם רע כולהו הוי קנסא אבל מידי אחרינא ממונא״.

ולכאורה מחוורתא כדאיתא **בחדושי ר׳ נחום**: ״קלח) עדים זוממים דממונא הוא ליתני סבר לה כר״ע דאמר אין משלמין על פי עצמן, ופרש״י דכל המשלם יותר ע״מ שהזיק כגון כפל ותשלומי ארבעה וחמשה קרי קנס וכו׳ אבל מידי אחרינא ממונא. וכונתו לבאר בזה מ״ט דרבנן דעדים זוממים הוו ממונא, דבריש מכות אמרי׳ דטעמיה דר״ע הוא דהרי ממון ביד בעלים ומשלמים, ולכאו׳ צדקו דבריו. וע״ז כתב רש״י דדוקא המשלם יותר ממה שהזיק חשיב קנס אבל מידי אחרינא ממונא הוא. ודבריו צ״ב רב מאי תשובה היא זו, הא עדים זוממים לא הזיקו כלל ואין לך משלם יותר ממה שהזיק גדול מזה, וכבר עמד בזה הפנ״י.

והנראה בזה, דהנה מהא דתני לעדים זוממים בהדי אבות נזיקין מבואר דיסוד החיוב דעדים זוממים הוי מדין מזיק. ובטעמא דמילתא נתבאר לעיל (אות קל״ה) דנהי שבפועל לא אירע לנידון שום נזק מ״מ בפרשת עדים זוממים נתחדש דעצם זה שב״ד גמרו את הדין לחייב את הנידון חשיב כהיזק, ומאחר שהעדים פעלו את הגמר דין שחייב את הנידון לשלם נמצא דמצדם נשלם ההיזק ולא אכפ״ל שבאו עדים אחרים והצילוהו. ונראה שזהו הטעם דלרבנן הך חיובא הוי ממונא ולא קנסא, דמאחר דדייני׳ להו כאילו הזיקו אי״ז יותר ממה שהזיק, וזהו שכתב רש״י דאי״ז יותר ממה שהזיק אלא כמו שהזיק ודו״ק. ונראה עוד דגם ר״ע מודה לעצם היסוד דגדר חיובא דעדים זוממים הוא דחשבי׳ להו כמזיקים ואי״ז ״יותר ממה שהזיק״, אלא דר״ע ס״ל דמאחר ובשעת התשלומים

כבר נתבטל הגמ״ד מסתבר שאי״ז ממון אלא קנס [אכן גם לדידיה גדר הקנס הוא מטעם מזיק, דכיון שהעדים עשו מעשה מזיק קנסי׳ להו לשלם את כל מה שזממו וכנ״ל]״.

ובהסברה יפה **ברשימות שעורים (רי״ד סולובייצ׳יק)**: ״סבר לה כר״ע דאמר אין משלמין על פי עצמן. בהבחנת קנס מממון כתב רש״י לפנינו (ד״ה עדים זוממין דממונא הוא) וז״ל דכל המשלם יותר ע״מ שהזיק כגון כפל ותשלומי ד׳ וה׳ קרי קנס וכו׳ וכגון כל דבר קצוב האמור בתורה כגון חמשים של אונס ומפתה ומאה של מוציא שם רע כולהו הוי קנסא אבל מידי אחרינא ממונא עכ״ל. ונראה בביאור דבריו שממון הוא כשמשלם עבור הפסד ואילו קנס הוא כשמשלם בגלל מעשיו ולא עבור ההפסד. בהתאם לכך נזק בעלמא ממון הוא שכן משלם כפי הפסד שווי ואילו ד׳ וה׳ ונ׳ של עבד קנס הם כי אינו משלם בשביל ההפסד אלא משום מעשה העבירה.

והנה בעדים זוממין אליבא דר״ע נראה שאינם משלמים בעד הפסד הממון שהרי חייבים בכאשר זמם משנגמר דין הנידון ואף טרם שילם הממון שעוד לא הפסיד כלום. ואפילו כבר שילם ואח״כ הוזמו פסק הרמב״ם בפ״כ מהל׳ עדות (הל״ב) וז״ל וכן אם יצא הממון מיד זה ליד זה בעדותן חוזר לבעליו ומשלמין לו עכ״ל. ויוצא שאף שהנידון לא הפסיד העדים זוממין משלמין, וע״כ שעדים זוממין משלמים מחמת המעשה שעשו ולא עבור הפסד הנידון והתשלומין הם קנס ולא ממון...ברם בעדים זוממים באנו למחלקת רבי עקיבא וחכמים. לדעת החכמים גזירת הכתוב ״כאשר זמם״ קובעת שתשלומי עדים זוממים הם משום הפסד הדמים - כאילו היה הפסד ממש לבעלים עקב עדותם ולפיכך עדים זוממים מהוה חיוב ממון. אליבא דר״ע לעומת זאת אינם משלמים דמי הפסד וחפצא אלא משלמים עבור מעשה העבירה של עדות שקר ובכן התשלומין הם קנס ולא ממון״.

ב

פירש **רש״י**: ״סבר לה כר״ע - דאמר במס׳ מכות בפ״ק (ד׳ ג) עדים זוממין אין משלמים על פי עצמן כגון אם הוזמו בב״ד זה ולא הספיק בעל דין להעמידן בדין ולתובען והלכו למקום אחר והודו שם בב״ד ואמרו הוזמנו בבית דינו של פלוני פטורין אלמא קנסא הוא ומודה בקנס פטור״. מבואר דאיירי דווקא במקרה שלא הספיק בעל דין להעמידם בדין, אמנם אם כבר חייבו אותם הב״ד הראשון לא מהני הודאתו גם לר״ע כמבואר במכות [ג׳ ע״א], מכיוון שעכשיו אין זה קנס אלא ממון.

והקשו איך מהני לפוטרו לפי ר״ע כשהודה בב״ד אחר, דהרי בבאו עדים ואחר כך הודה לא פוטרים את המודה. **ובקצות החושן** [סימן שנ ס״ק ב] תירץ: ״...והוא דמצינו בש״ס ריש פ״ק דב״ק (ה, א) ופ״ק דמכות (ב, ב) לר׳ עקיבא דס״ל עדים זוממין קנסא ואם הודו עדים בב״ד ואמרו הוזמנו בב״ד פלוני דפטורין ע״ש, וכיון דהוזמו כבר בב״ד עפ״י עדים כשרים והיכא דבאו עדים ואח״כ מודה ודאי חייב אליבא דכ״ע, וא״כ היכי משכחת לה מודה בקנס בעדים זוממין. אלא עיקרא דהאי מלתא כיון דהתורה אמרה (שמות כב, ח) אשר ירשיעון אלקים פרט למרשיע עצמו, אין הדבר תלוי אלא באותו ב״ד שדנין אותו עכשיו, ואם באו עדים והעידו עליו בב״ד ולא גמרו את הדין אותו ב״ד ובא ותובעו אותו לפני ב״ד אחר ומודה לפניהם הו״ל מודה בקנס, ובי דינא קמאי שבאו העדים על הקנס שפיר מחייבין אותו דלפניהם אינו מודה בקנס כיון שכבר העידו עדים עליו לפניהם, וכן להיפך במודה בקנס לפני ב״ד תו אין מחייבין אותו אפילו באו עדים אח״כ, ואם תובעו לפני ב״ד אחר ובעדים, הב״ד השני שפיר מחייבין אותו כיון דלא הודה באותו ב״ד שדנין אותו, ומשום דמודה בקנס לא הוי כנמחל שעבודו אלא שאין מחייבין אותו כיון דכבר הרשיע את עצמו, וב״ד השני שפיר מחייבין אותו, וא״כ דברי הב״ח נכונים דאע״ג דהודה לפני

ב״ד הראשון כל שכפר לפני ב״ד השני הב״ד השני מחייבין אותו...״. [ועיין בנתה״מ מה שהשיב עליו].

ובחדושי הגרנ״ט [בבא קמא סימן קיד] ביאר שאין עדות המזימין נחשבת עדות המחייבת את הזוממין דיני הזמה, אלא הם מעידים רק שעמנו הייתם, וב״ד אמורים לפסוק עליהם דיני הזמה: ״...אמנם בקצוה״ח (סי׳ ש״נ סק״ד) הקשה להיפך דאיך מהני הודאת עדים זוממים לפטור והרי בעד זומם הוי לעולם באו עדים ואח״כ הודה ובהא ליכא מ״ד דפטור, ובאמת נשמר רש״י מזה ופירש אם הוזמו עדים בבי״ד זה ולא הספיק לתובען והלכו לבי״ד אחר והודו בפניהם שהוזמו בבי״ד פלוני, אלא דהקשה הקצוה״ח דמה בכך שהודו בבי״ד אחר כיון שבאו עדים מקמי דהודו ליכא דין דמודה בקנס, והנראה דהנה איתא לקמן (עד, ב) דאם בא הרוג ברגליו פטורין, וצ״ב הא כיון שעכ״פ נתגלה הדבר דהוא שקר אמאי לא יתחייבו מדין כאשר זמם, וצריך לומר דאין מעשה הזמתן מחייב אותן כמו חילול שבת וכדומה המחייב מיתה או גנב וטבח דמחייב כפל עבור מעשה זה ויכול התובע להעמידו בדין ולחייבו, אבל בעדים זוממין אינם מתחייבים בטענת זממתם עלי כמו באונס ומפתה וכדומה, אלא דעל בי״ד אמור הדין, ובעצם קבלת עדים המזימים אינו לענין לחייב המוזמין אלא דצריכים בי״ד לקבל עדים כדי לסתור הדין שדנו עפ״י עדים הראשונים השקרנים, אלא דהוא דין צדדי שלאחר שקבלו עדים המזימים כדי לסתור הדין, ונתבאר לדיינים שהעדים שקרנים הם, מחוייבים בי״ד לעשות בראשונים דין כאשר זמם, אבל פשוט הוא דאין מקבלים עדות כדי לחייב את הראשונים דבמעשה עבירה ליכא סיבה לחייב הזמה, ובזה מובן דדוקא אם ע״י עדים נתבררה הזמתן לדיינים, אבל אם בא הרוג ברגליו נסתר הדין מאליו ואי״צ שבי״ד יבטלו הדין, וא״א אלא שיקבלו הדיינים עדים כדי לחייב את השקרנים ע״ז לחוד ליכא דין קבלת עדות, ודו״ק...

ולפי״ז מיושבת קושית הקצוה״ח על רש״י, דבעדים זוממים לא מיקרי באו עדים ואח״כ הודה כיון דעדים המזימים לא נתקבלו כדי לחייב את הראשונים, אלא דלאחר שקבלו בי״ד עדים נעשה חיוב דועשיתם לו כאשר זמם, ועל חיוב חדש זה שייך שיהני הודאתן בבי״ד אחר אף שבבי״ד זה אינו מועיל כיון שבי״ד זה יודעים מהמעשה לא מיקרי הודאה, דהודאה לא מיקרי רק היכא שע״י הודאתו חידש אצל בי״ד ידיעה, אבל בבי״ד אחר שחידשו להם במה שהודו מיקרי שפיר הודאה ומהני לפטור, וא״ש נמי הא דלא מהני הודאתם קודם שנתגלה הזמתן בבי״ד לפוטרם דהוי כמו שהודו קודם המעשה (ובכלל לא שייך שיהיה עליהם במציאות חיוב ממון ומלקות או מיתה קודם שיתגלה שקרותם דמנא ידעינן באיזה אופן יתגלה הזמתן אולי יתגלה ע״י בא הרוג או אולי יתגלה אח״כ שכבר עשו על פיהם), ולא שייך מודה בקנס אלא היכא שמודה שעשה מעשה פלוני המחייבו קנס, אבל בעדים זוממין אין הזמתן מחייבת, שיודה זממתי עליך אלא לאחר שיתגלה ויתברר הזמתן על פי עדים לבי״ד אז יוחל חיובם, אבל מעיקרא לא היה שום סיבה המחייבת, ודו״ק...״.

ג

״אלא מניינא דרבי חייא למעוטי מאי? למעוטי מוסר ומפגל. וליתני: בשלמא מפגל, בקדשים לא קמיירי״. והקשו, מדוע המפגל חייב, הרי ממעטינן לקמן דהמזיק הקדש פטור, דממעטינן לקמן [ו׳ ע״ב] מרעהו ולא של הקדש.

ובחדושי הרמב״ן [גיטין נג ע״א] תירץ דחייב לבעלים כיוון שצריכים להביא קרבן אחר: ״הכהנים שפיגלו במקדש מזידין חייבים ותני עלה מפני תיקון העולם ואי אמרת וכו׳. קשיא לי ומאי שנא מגונב טלה של הקדש וטבחו שהוא פטור מלשלם, י״ל... א״נ הכא לבעלים הוא חייב שהרי הן חייבין באחריות שצריכין להביא זבח אחר״.

והנה, **רש״י** פירש שהכוונה במפגל היא חטאת לשם שלמים: ״ומפגל - כהן ששחט קרבנו של ישראל חטאת לשום שלמים דאין הקרבן עולה לחובת בעליו וצריך אחר״. והקשו עליו, מדוע לא פירש כמו בכל מקום שהוא חוץ לזמנו?

אמנם כבר יישב **במצפה איתן** [וכן בהגהות מהר״ב רנשבורג, ובן אריה] שפיר: ״רש״י ד״ה ומפגל כהן ששחט קרבנו של ישראל חטאת לשום שלמים. הפני יהושע תמה אמאי סני ליה לרש״י לפרש פיגול ממש כמו בכל מקום דהיינו שחשב לאכול חוץ לזמנו והאריך בדחוקים וכבר הקשה כן בשיטה מקובצת. ונעלם מהם סוגיא ערוכה במנחות (דף מט) דבגמ׳ גופה שם קאמר האי לישנא אמתניתין דכהנים שפגלו במקדש שבפ׳ הנזקין דקשחט חטאת לשום שלמים וכבר הרגישו רש״י ותוס׳ שם ופירשו דהיינו לומר ששחט חטאת ע״מ לאכלו לשני ימים ולילה כשלמים. ולפ״ז היינו פיגול ממש ואין ספק שרש״י ז״ל ג״כ נתכוון לזה אלא דנקט לשון הגמ׳ דמנחות וסמך אמ״ש במקומו״.

ד

איתא **בתוספות** [ד״ה תחת נתינה]: ״...ועדים זוממים פרש״י דכתיב בהו נפש בנפש וצ״ל דאפילו אם העידו על שור תם שהזיק או העידו פלוני חייב לפלוני מנה דדינו בזיבורית דמשלמי במיטב דאם רצו לחייב אחרים ממיטב לא צריך קרא דמכאשר זמם נפקא דיתחייבו ממיטב״.

ובחדושי הרשב״א: ״ומ״מ לפירש״י ז״ל כלהו אתו בהכי לבר מעדים זוממין דלא כתיב בהו חד מהני, ורש״י ז״ל פי׳ דכתיב בהו נפש בנפש והרי הוא כנפש תחת נפש, ור״י בר אברהם ז״ל פירש דעדים זוממין לא צריכי קרא דהם רצו להפסיד מיטב ועושים לו כאשר זמם, והקשו עליו בתוס׳ א״כ כשהעידו על שור תם שהזיק או על כתובת אשה שאינה גובה אלא מן הזבורית לא ישלמו מן העידית. והראב״ד ז״ל כתב כן כדעת ר״י ז״ל וכתב שאם העידו בכתובת אשה וא״נ בשור תם אינם משלמין מן העליה ומ״מ שפיר קרי להו אב כיון דמשלמי ממיטב בעלמא משא״כ בקרן תמה שאינו משלם לעולם אלא מגופו, ובושת נמי לא כתיב ביה בקרא בהדיא חד מהני ובספרי מפיק לי׳ מקצותה את כפה לא תחוס עיניך ויליף מעדים זוממין דכתיב בהו לא תחוס עיניך, ומיהו נראה דגמרין לא אייתי להו מהא מדלא קאמר אתיא תחת נתינה כסף עיניך, אלמא בגמרין לא סמכינן על ההיא ג״ש, ואמרו בתוס׳ דנראה דגלוי מלתא בעלמא היא״.

סימן י״ח

1. **רש״י** [ה ע״ב]: ״לכתוב רחמנא תרתי - שור ומבעה ותיתי אש מינייהו דכי פרכת מה לקרן שכן כוונתו להזיק איכא למימר שן תוכיח מה לשן שיש הנאה להזיקו קרן יוכיח״.

מהר״ם שיף: ״ברש״י בד״ה ליכתוב רחמנא תרתי כו׳ ותיתי אש מינייהו כו׳ מה לקרן שכן כוונתו להזיק כו׳. לדוגמא בעלמא נקיט דלשמואל תני שור לרגלו ולרב שור וכל מילי דשור ולא הרי השור שמשלם כופר כו׳ כדלעיל״.

פני יהושע: ״רש״י בד״ה לכתוב רחמנא תרתי שור ומבעה וכו׳ דכי פרכת מה לקרן וכו׳. רש״י פי׳ הסוגיא כאן אליבא דרב יהודה דאמר לעיל דנקט שור לקרנו ואף על גב דאיתותב לעיל מ״מ לאו לגמרי איתותב כמ״ש לעיל שהיה יכול לתרץ דהא דלא תני לרגל בהדיא היינו משום דקחשיב ליה כחדא בהדי שן ומדקאמר הש״ס כאן ניכתוב תרתי משמע דקאי אקרן ושן דכתיבי בתרי קראי והיינו משום דסתמא דש״ס רוצה לפרש שיטת המשנה אליבא דכולהו אמוראי וכן רבא בסמוך אף על גב דמפרש לעיל בהדיא דנקט שור לרגלו מ״מ רוצה לפרש ג״כ אליבא דאינך אמוראי אבל מכל שכן דלדידיה הוי שפיר יותר טפי, ונמצא שגם כאן פרש״י כן לרבותא דאפילו למ״ד שור היינו קרן ומבעה שן והני תרתי לכאורה אינן דומין זה לזה אפ״ה לא אתיא אש מינייהו ומכל שכן אי אמרת דשור היינו רגל וק״ל״.

2. **רש״י** [ד״ה לכתוב רחמנא]: ״...ולרב דאמר מבעה זה אדם תיתי הכי כי פרכת מה לשור שכן כוונתו להזיק תאמר באש אדם יוכיח שאפילו אין כוונתו להזיק חייב...״.

מהר״ם מלובלין: ״רש״י ד״ה לכתוב רחמנא תרתי וכו׳ ולרב דאמר מבעה זה אדם תיתי הכי כי פרכת מה לשור שכן כוונתו להזיק וכו׳ אדם יוכיח וכו׳. לפי הסוגיא דלעיל לפי שיטת רב היה לו לרש״י לכתוב ולרב דאמר מבעה זה אדם תיתי הכי כי פרכת מה לשור שכן משלם כופר וכו׳ אדם יוכיח וק״ל אלא דלא דק וכתב בכל הענין פירכא אחת גבי שור״.

רבי עקיבא איגר: ״ורש״י נקט דכי פרכת מה לשור שכן כוונתו להזיק, והוא תמוה דהא שור מיירי ג״כ בשן ורגל דאין כוונתו להזיק, ואולי יש לדחוק דרש״י לא דוקא נקט כוונתו להזיק אלא דכוונתו לעשות כן מה שההיזק בא על ידו, דשן כוונת הבהמה לאכול להנאתה וכן רגל כוונתה לילך במקום זה, ואף דלשמואל ע״כ דהיינו יכולים למילף אש מבינייהו ומשום דלא מקרי כוונתן להזיק, מ״מ לרב י״ל דמיקרי כוונתו להזיק גבי אש, והש״ס דנקט לעיל לרב דלא הרי שור דחייב בכופר הו״מ לומר דלא הרי שור דכוונתו לכך משא״כ מבעה דמיירי באדם ישן, ועדיין צ״ע״.

3. **רש״י**: ״ולמאן דאמר כו׳ - לא איתפרש היכא״. תוספות [ד״ה שכן מועדין]: ״...אלא מפרש ר״ת דמועדין מתחילתן היינו שדרכן להזיק משא״כ בקרן דסתם שוורים בחזקת שימור קיימי למ״ד פלגא דניזקא קנסא ולמ״ד אדרבה קרן עדיפא היינו למ״ד דפלגא ניזקא ממונא שדרכו להזיק ולא קיימי בחזקת שימור ולא כמו שפירש הקונטרס דלא איתפרש היכא״.

מהר״ם שיף: ״בא״ד היינו למ״ד פלגא נזקא ממונא כו׳. אף אם כוון רש״י לפי׳ זה נראה דשפיר קאמר לא איתפרש היכא דרבא לא נתכוין לאלו מ״ד שהמה בתראי ר״פ תלמידו דרבא הוי וק״ל״.

נחלת דוד: ״גמ׳ ולמ״ד קרן עדיפא שכוונתו להזיק כו׳. רש״י כתב דלא אתפרש היכא, ור״ת פירש דזהו הכוונה על מ״ד דס״ל פלגא נזקא ממונא וסתם שוורים לאו בחזקת שימור קיימי... ומאי דלא רצה לפרש כפירוש ר״ת, הנה מלבד מה שכתבתי למעלה דאפילו להך מ״ד דממונא אפ״ה לא מקרי דרכו להזיק, עוד נוסף ע״ז דפירוש ר״ת דחוק מאוד בפירוש דברי הגמ׳, דמאי קאמר ולמ״ד אדרבה קרן עדיפא שכוונתו להזיק כאילו הך דכוונתו להזיק תליא בפלוגתא, וזה אינו דבזה ליכא

שום פלוגתא רק דפליגי אי בחזקת שימור קיימא אי לאו בחזקת שימור קיימא, וע״כ נצטרך למפסק דברי הגמ׳ בסכינא חריפא ולמימר הכי, ולמ״ד וכו׳ וכוונתו על אותו מ״ד דפלגא נזקא ממונא, וא״כ אדרבא קרן עדיפא מסברא כיון דכוונתו להזיק, ומי לא יבין זה כי הוא דוחק גדול ועיקר חסר מן הספר, ולכך כתב רש״י דלא איתפרש היכא.

אמנם לולי דבריהם היה נראה לומר בפירוש הגמ׳ דהכוונה הוא על אותו מקשן דהקשה לעיל (ד, א) ארב יהודה ולאו ק״ו היא ומה שן שאין כוונתו להזיק חייב קרן שכוונתו להזיק לא כל שכן, וכונתו להקשות אמתניתין כמ״ש לעיל לדברי התוס׳ [דהכי משמע פשטא דסוגיא שם מדקאמר איצטריך סד״א כו׳] דקושייתו היא על תנא דמתניתין דלכתוב שן ואתיא קרן מיניה במכל שכן מחמת שכוונתו להזיק, וא״כ חשיב ליה חומרא דכוונתן להזיק כל כך עד דלא חשיב כלל לפירכא מה שאינה מועדת מתחילתה דבלא״ה לא הוי פריך מידי, ולכך קאמר לאותו מ״ד דאמר לעיל אדרבה קרן עדיפא שכוונתו להזיק אפילו קרן אתיא, דלהך מ״ד ע״כ דאלים ליה חומרא דכוונתו להזיק עד דלא חשיב לפירכא מה שאינה מועדת מתחלתה, זהו הנלפע״ד פשוט בכוונת לשון הגמ׳. וכמדומה שלזה נתכוין הגר״א בהגהותיו הנדפסים בש״ס קאפוסט ובש״ס ווין החדשים דו״ק ותשכח״.

מרומי שדה: ״...אמנם רש״י כ׳ לא איתפרש היכא. לטעמיה לעיל שם ד״ה ולא ראי השן כו׳ וה״ה נמי דקא פריך אטעמא קמא כו׳. א״כ אין ראיה דכוונתו להזיק אלימא כ״כ. והא דלא קאמר מה לשן שמועד מתחילתו, בל״ז ג״כ קשה אמאי לא קאמר מתחילה בלישנא קמא דר״י זה הסברא, וצ״ל דחדא סברא נקיט. ועיקר שאני מקשה הוא על המקשן דפריך ולאו ק״ו הוא כו׳, ומשו״ה הוצרך להפוך הסברות, ואמאי נימא מה לשן שמועד מתחילתו כו׳. אבל לפירש״י דה״ה דקשה ליה אטעמא קמא ניחא הא דמהפך הסברות, וא״כ אין ראיה גם מהמסקנא דקאמר ולא ראי השן שיש הנאה להזיקו כו׳ ולא קאמר מה לשן שמועד מתחילתו כו׳, דחדא סברא נקט:

וזה שהכריח לרש״י לפרש הכי שם, היינו דאלת״ה למאי היפך הש״ס הסברות לגמרי, לימא בסברא דיש הנאה להיזקו לחוד יש צד להקל מטעם זה כדעת ל״ק ולהחמיר כדעת ל״ב, וא״כ לא נילף חדא מאידך. אלא באמת ע״כ קושית הש״ס אלישנא קמא ג״כ, אבל כבר כתבו התוס׳ כ״פ דדרך הש״ס לומר סברות שונות בכל מילי. וא״כ שפיר י״ל דבאמת סברא קמא מעליא, ולא נפל מזה הלשון אלא משום כוונתו להזיק כפשטא דשמעתא, וא״כ שפיר מוכח דכוונתו להזיק אלימא מסברא דמועדים מתחילתן״.

1. שעורי ר׳ אליהו ברוך (פינקל): ״רסז. רש״י בא״ד. ואתו אדם ורגל בפלגי דינא. כוונת רש״י דמאחר שבאדם ורגל חייב אף באינו ראוי, א״כ לא שייך למיפרך מידי על אש. ועיין בתוס׳ (ד״ה כי שדית) שדנו בדברי רש״י, ובתו״ד כתבו התוס׳ דילפינן בפלגא דדינא ׳או מאש לחודיה׳. אמנם בלשון רש״י יש לדקדק שלא כתב דילפינן אדם ורגל מאש לחודיה אלא רק בפלגי דינא, והיינו דתחילת הדין הוא מבור, ופרכינן מה לבור שכן תחילת עשייתו לנזק, ואמרינן אש יוכיח ושוב ליכא למיפרך מידי, ונמצא דעיקר הלימוד הוא מבור, ואילו אש הוא רק בתורת יוכיח. ובאמת צ״ע דמאחר דליכא למיפרך מידי מאי טעמא לא נילף אדם ורגל מאש לחודיה.

2. שיטה מקובצת בשם הרב ישראל: ״התוספות הקשו על פירוש רש״י ז״ל שאין ראוי בשן וגם הקשה על מה שפירש דאדם אינו ראוי לבור ואמרו חדא דלא פטרינן אדם אלא ממיתה ולא מניזקין. ונראה למורי הרב ליישב פירוש רש״י ז״ל דדעתו דשן אין דרכו לאכול כל דבר היינו דאינו רגיל לאכול כל דבר שאין רגילות השן לאכול כלים וכן אין רגילות שאדם יפול בבור משום דהוי ליה לעיוני לפיכך אין בעל הבור חייב על מיתתו אבל על נזקו חייב דרגילות הוא דאדם יהא נתקל בבור...״.

3. רשימות שעורים [סולובייציק]: ״תוס׳ ד״ה כי שדית. לרש״י אדם וכלים הויים דברים שאינם ראוים לבור. אדם משום שדרכו להתבונן בדרך שלא יפול וימות ולכן בור הממית אינו תקלה עבורו. וכלים אינם הולכים בדרך ואין הבור תקלה עבורם...״.

4. חדושי ר׳ נחום: ״קסא) בא״ד אך מה שפירש בור יוכיח שאין מועד לדבר שאין ראוי לו כגון אדם קשה חדא דלא פטר אדם אלא ממיתה ולא מנזקין ועוד אטו משום דפטר אדם חשיב אין ראוי והלא באש נמי פטור טמון וכו׳, בשטמ״ק בשם הר״ר ישראל כתב ליישב את ד׳ רש״י, דהא דפטרה התורה אדם בבור ל״ה כהלכתא בלא טעמא אלא לפי שאדם דרכו לעיוני ואין רגילות שיפול בבור, ובהא דלענין נזיקין חייב ביאר שם דדוקא ליפול לבור אין דרכו אבל להתקל הוי דרכו, ומשו״ה לענין נזיקין דמצוי שיארע נזק בתקלה בעלמא חשיב דבר הראוי לו וחייב עכת״ד.

ולכאו׳ זוהי ג״כ דעת הרמב״ם, דהנה ברמב״ם בפי״ב הט״ז כתב וז״ל וכן אינו חייב על מיתת הבהמה בבור או על חביטתה בתל אלא אם היתה הבהמה קטנה או חרשת או שוטה או סומא או שנפלה בלילה, אבל אם היתה פקחת ונפלה ביום ומתה פטור, שזה כמו אונס מפני שדרך הבהמה לראות ולסור מן המכשולות. וכן אם נפל לתוכו אדם ומת אפילו היה סומא או שנפל בלילה בין שהיה בן חורין או עבד הרי זה פטור, ואם הוזק בו האדם או הבהמה הפקחת חייב נזק שלם כמו שביארנו עכ״ל. והנה בריש דבריו איירי הרמב״ם בדין שור פקח ביום דפטורו משום שאין דרכו ליפול בבור, ואהא כתב ״וכן אם נפל לתוכו אדם ומת וכו׳״, ומשמע מזה כמש״כ השטמ״ק בד׳ רש״י דגם הך מיעוטא דשור ולא אדם ל״ה גזה״כ בעלמא, אלא גדר הדין הוא לפי שדרך האדם לראות ולסור מן המכשולות ואין דרכו ליפול בבור.

והנה מד׳ הרמב״ם לא נתבאר מהו החילוק בין מיתה לנזיקין דלכאו׳ גם בנזקין שייך הך פטורא דדרך בנ״א לראות ולסור מן המכשולות. וכעי״ז יל״ע לענין שור פקח, דברמב״ם שם כ׳ שגם בפקח ביום כל הפטור הוא רק ממיתה ולא מנזקין. ויעוי׳ במ״מ שם שכתב כעין ד׳ השטמ״ק הנ״ל וז״ל וסובר הרב ז״ל וכו׳ וכשמיעטו בהמה פקחת ביום לא מיעטוה אלא מן המיתה בדוקא שהפקחות מעיינות ונשמרות ממכשול גדול שיש בו סכנת נפשות אבל אינן שומרות עצמן בכל עת מן הנזקין ולפיכך חייב בעל הבור על נזקיהם שאין זה אונס עכ״ל. ולהמתבאר צ״ל דזהו נמי החילוק לענין אדם, דדרכו להשמר מתקלת מיתה ואין דרכו להשמר מתקלת נזיקין, ולהכי מיעטתו התורה מקטלא וחייבתו בנזיקין. אמנם ד׳ המ״מ בזה צ״ע, דהתינח בשור פקח שנפל בבור ט׳

והוזק בו, דבזה שפיר י״ל שאין דרכו להשמר מהך בור שאין בו סכנת נפשות, אולם אכתי האיך איכא חיוב נזיקין בשור פקח שנפל בבור י׳ והוזק, דהא מהך בור דרכו לשמור את עצמו והו״ל כעין אונס. וכעי״ז תיקשי לפמש״נ דהרמב״ם ס״ל שזהו הגדר בהמיעוט דשור ולא אדם דדרכו של אדם לשמור א״ע מבור שיש בו סכנת מיתה, דהרי הך פטורא דשור ולא אדם נא׳ רק לגבי מיתה ולא לגבי נזיקין, ובשלמא לענין בור ט׳ י״ל שאין דרכו לשמור א״ע מהך בור, אולם אכתי תיקשי אמאי איכא חיוב בור באדם שנפל בבור י׳ והוזק בו, הא מהך בור דרכו לשמור א״ע והו״ל כעין אונס״.

5. חדושי ר׳ נחום: ״קסד) בא״ד אלא נראה דאדם נמי חשוב ראוי לבור וכו׳ אבל כלים חשיב ליה לקמן אין ראוי דלא מזקא להו הבלא ואף על פי דכלים חדתי וכו׳ מ״מ יש כלים שאין מתקלקלים בהבלא, דברי התוס׳ צ״ב רב מה אכפ״ל דיש כלים שאין מתקלקלים בהבלא הא פטור כלים נא׳ גם בחדתי שדרכם להתקלקל בהבלא, וא״כ חזינן מזה דפטור כלים ל״ה מדין אינו ראוי אלא ככל שאר ההלכותיהן. וכעין הך קושיא הק׳ המהרמ״ש על מש״כ התוס׳ דאין דרכם להתקלקל בהבלא, דמה בכך שאין דרכם להתקלקל בהבלא הא סו״ס דרכם להתקלקל ע״י חבט, ולד׳ שמואל דבור שחייבה עליו תורה בין להבלו ובין לחבטו חזינן דהתורה פטרתם בכל גוני, והאיך אפ״ל דטעם הפטור הוא משום דבר אינו ראוי.

וצ״ל בביאור ד׳ התוס׳ דדין ״אינו ראוי״ לא תלי בדבר הניזק אלא בעצם המזיק, דמזיק שאין מצוי להזיק ל״ח כמזיק כ״כ, ולפי״ז י״ל דאע״ג דכלים חדתי דרכן להנזק בבור מ״מ מאחר ושם כלים חד הוא - בין בחדתי ובין בעתיקי - ואין דרך הבור להזיק לכלים עתיקי דייני׳ דהמזיק דבור ל״ח כמזיק כ״כ לגבי כלים ואין לחלק בין חדתי לעתיקי ודו״ק. וכעי״ז י״ל לענין חבט, דחבטא והבלא ל״ה ב׳ מזיקים אלא חד מזיק של בור דאית ביה ב׳ אופני היזק - ע״י חבטא וע״י הבלא - וכיון דאינו מצוי שהבור יזיק ע״י הבלא דייני׳ דחסר בעיקר המזיק דבור לגבי כלים ולא מחלקי׳ בין הבלא לחבטא ודו״ק״.

סימן כ׳

1. בתוס׳ [ד״ה כי שדית]: ״...וי״ל דבור שנעשה בלא כח אחר חמור מאבנו וסכינו שלא הזיקו בהליכתן אלא לבתר דנייחי ולא נעשו בור אלא ע״י כח אחר אבל אש שהולך ומזיק בהליכתו ע״י כח אחר חמור מבור שאין הולך ומזיק אלא במקומו״.

כוונת התוס׳ היא, דכל מה דאמרינן דכח אחר מעורב בו הוי קולא, הוא רק כשהנידון הוא בין שני מזיקין שהולכים ומזיקין בהליכתן, או ששניהם מזיקין במקומן כבור ואסו״מ לבתר דנייחי, דבזה אמרינן דאסו״מ דאין הולך ומזיק וכל יצירת המזיק שבו היא רק ע״י כח אחר, ודאי דקיל טפי מבור גמור שעשה את הבור בידים, אבל הכא דהנידון הוא בין בור לאש ורק אש הולך ומזיק בהליכתו, הרי לענין זה מה דכח אחר מעורב בו הוי חומרא, דאש חמירא טפי שהיא הולכת ומזקת ע״י הכח אחר, וחמירא מבור שאינו מזיק אלא במקומו.

ומה שכתב בקושייתו [וכן לעיל ב׳ ע״א] שכח אחר מעורה בו הוא קולא, הוא יחסית לשור שיש בו רוח חיים, והולך ומזיק בעצמו ללא סיוע כח אחר.

2. שעורי ר׳ אליהו ברוך (פינקל): ״רצ. תוס׳ בא״ד. וי״ל דבור וכו׳ חמור מאבנו וסכינו שלא הזיקו בהליכתן אלא לבתר דנייחי ולא נעשו בור אלא ע״י כח אחר. עיין בשיטמ״ק שכתב וז״ל, דהואיל ומתחילה על ידי כח אחר נעשה פה בור ולא הזיקו במקום שהניחם אין לחייבם לדמותם לבור שמזיק במקום שעשאו, עכ״ל, ומלשונו משמע דאסו״מ חשיבי בור כבר למעלה בראש הגג, ורק דמ״מ לא הזיקו במקום שהניחם שם אלא למטה. אכן מלשון התוס׳ שכתבו דלא ׳נעשו בור׳ אלא ע״י כח אחר, משמע טפי דכל מה דאסו״מ חשיבי בור אין זה אלא למטה ברה״ר, אבל למעלה בראש הגג עדיין אין שם בור עליהם. ועיין להלן (אות שו) דנחלקו הראשונים בזה״.

3. **[שם]**: ״רצא. תוס׳ בא״ד. והא דקאמר בסמוך אש תוכיח שכן כח אחר מעורב בו וחייב ה״פ אף על גב דכח אחר מעורב בו וחשיבי ליה כאילו בעצמו עושה את הכל וכו׳ ה״נ אף על גב דכח אחר מעורב בו חשובים כאילו בעצמו עושה את הבור הזה בלא כח אחר. תוכן קושית התוס׳ הוא, דלפי מה שתירצו קודם לכן דכח אחר מעורב בו באש אין זה קולא כלפי בור, ומשום שע״י כח אחר הוא הולך ומזיק, א״כ מאי קאמר בגמ׳ לקמן (ו, א) גבי אסו״מ דאש תוכיח, ובעינן למילף מאש לאסו״מ דבכח אחר מעורב בו חייב, והרי י״ל דשאני אש דבדידה כח אחר מעורב בו לא הוי קולא משא״כ אסו״מ דבדידיה כח אחר מעורב בו הוי קולא.

ועל זה תירצו התוס׳, דאחר שנכתבה בתורה פרשת אש אין הגדר דחייב ׳אף על פי׳ שכח אחר מעורב בו, אלא משום דחשבינן ליה דאין כח אחר מעורב בו כלל אלא כאילו הוא עצמו עשה הכל, ומשו״ה מצינן שפיר למילף מיניה אף לאסו״מ דחשיב כאילו הוא בעצמו עושה הכל, ולא אכפת לן במה שכח אחר מעורב בו.

ואין זה סותר למה שכתבו התוס׳ בתחילת דבריהם, דחייב אף על פי שכח אחר מעורב בו ולא משום דמ״מ חמיר מבור דאינו הולך ומזיק כלל, כיון דכל זה הוא לולי שנתחדשה בתורה פרשת אש, דאזי איכא למילף אש מבור משום דאש חמירא טפי במה שע״י כח אחר הוא הולך ומזיק, אבל לאחר שנתחדשה פרשת אש סברי התוס׳ דנתחדש בזה דמהני הכח אחר המעורב בו להחשב כאילו הוא בעצמו עושה את הכל, והיינו משום שהאדם אחראי על מעשה הרוח שנעשה מחמתו, ולמ״ד אשו משום חציו חשיב מעשיו ממש, ומשו״ה מצינן שפיר למילף מיניה לאסו״מ״.

4. שעורי ר׳ אליהו ברוך (פינקל): ״רצו. תוס׳ בא״ד. וי״ל דאתו מבור ואדם ישן וכו׳. מבואר בתוס׳ דאדם ישן חשיב שאין מעשיו גרמו לו, והביאור בזה הוא כמשנ״ת לעיל (אות קפט), דבאדם ישן ודאי אי אפשר לחייבו על המעשה שעושה בשעת השינה שזה אינו מעשה היזק כלל, וכל מה

דמחייבינן ליה הוא על מה שהלך לישון ומדין שמירת גופו עליו, ולענין זה אמרינן שפיר דכלפי ההיזק עצמו לא חשיב מעשיו גרמו לו, כיון דאין ההיזק נעשה מחמת מעשיו אלא רק משום שלא שמר על גופו, ומה שהוא עצמו מזיק בשינתו הוי לענין זה כמעשה אחרים.

רצז. תוס׳ בא״ד. או נופל מן הגג ברוח שאינה מצויה דחייב. הקשה הרש״ש דהא בנופל ברוח מצויה נמי לא חשיב מעשיו גרמו לו, דהא לא גרע מאש דכשרוח מצויה מסייעו לא חשיב מעשיו גרמו לו, ומאי טעמא כתבו התוס׳ דוקא בנופל מן הגג ברוח שאינה מצויה. ובאמת שבתוס׳ רבינו פרץ כתב דאיירי בנופל מן הגג ברוח מצויה, והיינו משום דאף בכה״ג לא חשיב מעשיו גרמו לו.

אכן בדעת התוס׳ נראה, דדוקא באש אמרינן דכשרוח מצויה מסייעו לא חשיב מעשיו גרמו לו, אבל כשהאדם עצמו נופל ע״י רוח מצויה הרי זה כאילו העמיד את עצמו אצל הרוח, ומעתה הרי הוא עצמו נושא את עצמו ע״י הרוח, ומשו״ה בכה״ג חשיב שפיר מעשיו גרמו לו, ודוקא כשנופל מן הגג ברוח שאינה מצויה חשיב שאין מעשיו גרמו לו, והיינו משום דעצם הנפילה לא חשיב מעשיו כלל שהרי הרוח היא שמפילתו, וכל חיובו הוא רק משום שהיה לו לשמור עצמו שלא לעלות לגג וכמו שכתב בתוס׳ רבינו פרץ לקמן (כז, א), ובזה אמרינן שפיר דאע״פ שכשעלה לגג חשיב שהכשיר את הנזק מ״מ אין זה בכלל מעשיו גרמו לו.

סימן כ״א

א

איצא בסוגין [ו ע״א]: ״רבא אמר: לאתויי בור המתגלגל ברגלי אדם וברגלי בהמה... לעולם דאפקרינהו, ולא דמי לבור, מה לבור שכן מעשיו גרמו לו, תאמר בהני שאין מעשיו גרמו לו? שור יוכיח! מה לשור שכן דרכו לילך ולהזיק; בור תוכיח! וחזר הדין, לא ראי זה כראי זה״. ולכאורה קשה, מאי שנא מהא דאיתא במשנה [לקמן ל׳ ע״א] בהופך את הגלל ברה״ר והוזק אחר, שחייב השני בהזיקו, ומבואר [שם כ״ט ע״ב] דהוא משום דאיסתלקו ליה מעשה ראשון, ומדוע כאן מחייבים את הראשון?

ויובן על פי מה שחילק **בתוספות רי״ד** [לקמן כד ע״ב] בין מי שגלגל שלא מדעתו למי שגלגל מדעתו, שדווקא אם הוא מדעת אמרינן שנסתלקו מעשי ראשון: ״...ודאי גבי בור המתגלגל ברגלי אדם וברגלי בהמה דאדם מגלגל ליה שלא מדעתו וכן אשו ביד חרש דחרש דממעטי ליה לאו בר דעת הוא. לא פטרינן ליה לראשון מפני גרמתו של שני אבל אם שם ראובן אבנו ברה״ר והלך שמעון מדעת וסילקה משם והניחה במקום אחר והזיקה נסתלקו מעשי ראשון וחייב השני...״.

וכן איתא **בתורת חיים** [כאן]: ״לאתויי בור המתגלגל ברגלי אדם. דוקא מתגלגל ברגלי אדם אבל נטלה אדם בידו בכוונה והניחה למקום אחר והזיקה שם שני חייב וראשון פטור דשמא לא היה הולך השור במקום שהיתה הבור מתחלה...״.

ב

איתא **ברש״י**: ״אי בהדי דאזלי מזקי כו׳ - לא גרס והכי גרסינן היכי דמי אי דאפקרה בין לרב בין לשמואל כו׳״. ולא הוסבר מדוע מחק גירסא זו.

ובתוספות הסביר את דבריו: ״לאתויי בור המתגלגל - בכל הספרים כתוב אי בהדי דקא אזלי קמזקי כחו הוא ופירש הקונטרס דלא גרס ליה וטעמא משום דאמרינן לקמן בהמניח (דף כז:) אין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים ובעל התקלה נמי אין לחייבו מטעם אדם המזיק אלא משום דחשיב כרוח מצויה והוי אשו...״. דהיינו, שגירסת הספרים הייתה שאם האבן מזיקה בהדי דקא אזלי אזי אין ללמוד מזיק זה מהצד השווה אלא זה אדם המזיק. ורש״י מוחק זאת, כיוון שאת השני אי אפשר לחייב משום כוחו, מכיוון שלא היה לו להתבונן בדרכים, ואת הראשון אינו חייב משום אדם המזיק [היינו כוחו] אלא משום אש. ובהמשך תוס׳ חולקים על רש״י.

אמנם, **המהר״ם מלובלין** הבין בדעת רש״י שגם הראשון פטור ולא נחייבו מטעם אש, משום דחשיב כרוח שאינה מצויה: ״ד״ה לאתויי בור המתגלגל וכו׳. ופ״ה דלא גריס ליה וטעמו וכו׳ ובעל התקלה נמי אין לחייבו מטעם אדם המזיק אלא דחשיב כרוח מצויה והוי אשו וכו׳. צ״ל דזה שכתבו התוס׳ דהוי אשו לא כתבו זה אלא דאינהו ס״ל הכי אבל רש״י ס״ל דאפילו אשו לא הוי דלא חשיב ליה כרוח מצויה דאל״כ היה לו לרש״י לגרוס בהדי דקא אזלי קא מזקי אשו הוא וק״ל״.

גם **בבית הבחירה למאירי** מבאר בשיטת רש״י שהראשון פטור, אמנם מבאר רק מדוע אינו חייב משום בור ואינו מבאר מדוע אינו חייב משום אש: ״וגדולי הרבנים אין גורסין כאן אי בהדי דקא אזלי וכו׳ כחו הוא מפני שלא נראה להם לחייב את המגלגל מדין כחו שהרי אמרו אין דרכם של בני אדם להתבונן בדרכים ואחר שכן פטור בין [המגלגל ובין בעל התקלה] המגלגל שהרי עדין אינו בור עד שינוח ובעל התקלה שאף זה בשעת הגלגול אינו בורו...״.

והנה, בטעם שיטת רש״י שהראשון אינו חייב משום אש, נתבאר **במהר״ם** שהוא משום דחשיב הגלגול כרוח שאינה מצויה. ופשוט שכוונתו שזה רוח שאינה מצויה שתזיק האבן בהדי דקא אזלי,

אבל בתר דנייחי שפיר חייב הראשון, דכיוון שיצר בור במקומו הראשון שוב לא אכפת לן שבא למקום השני ברוח שאינה מצויה.

אמנם, כד דייקינן חזינן שזו שיטת רש"י במקום נוסף, וגם שם פלייג תוס' עליה, האם אדם שקשר דליל והזיק בהדי דקא אזלי חייב או פטור, דרש"י פוטר ואילו תוס' מחייבים משום אש:

איתא **ברש"י** [לקמן יט ע"ב]: "אלא מתני' - לא מתוקמא אלא באדייה אדויי שזרק התרנגול הדליל ושיבר בזריקתו כלים דהוו צרורות ואפילו קשרו אדם נמי לא משלם אלא ח"נ בעל התרנגול והקושר פטור שלא נתקל אדם בבורו...".

ובתוספות חלקו עליו [שם ד"ה וכי אתמר]: "...ובקונטרס פי' דלא מתוקמא אמתניתין משום שהקושר היה פטור כיון דאדייה אדויי שלא נתקל אדם בבורו וקשה לפי' מ"מ ליחייב משום אשו דהוי כאבנו וסכינו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו בהדי דאזלי דהאי תרנגול הוי כרוח מצויה מדפריך אי דלא אצנעיה פושע הוא".

ובהסברת שיטת רש"י י"ל בשני אופנים: 1. דווקא כשהולכת האש היא ברוח בעלמא חייב בעל האש, אבל אם הולכת המזיק היא מכח **מעשה** של אדם או בהמה או תרנגול, אזי המעשה של זה מבטל את הנחת התקלה על ידי הראשון, ואין הוא חייב משום אש. היינו שאם הרוח מוליכה את האש אזי האש היא המזיק והרוח רק הוליכה אותה, משא"כ באבן דמזיק בהדי דקא אזלי ברגלי אדם או בהמה, וכן דליל על ידי התרנגול, הרי האדם או הבהמה או התרנגול הם אלו שהזיקו ולא האבן או הדליל.

וסברא זו איתא **בתוספות רי"ד** [לקמן יט ע"ב]: "...אין לומר בו קשרו אדם אחר חייב כדפרישית במה"ק **דכיון דשני עביד מעשה בטלה הגרמתו של ראשון**...".

וכן **בתוספות רי"ד** [לקמן כד ע"ב]: "...ותפשוט ליה מבור המתגלגל ברגלי אדם וברגלי בהמה. דקאמר פשע ואם השני עבד מעשה בגופו כגון דבהדי דקא אזלי מזקי השני חייב והראשון פטור...".

2. **בנחלת דוד** [לקמן יט ע"ב] פירש: "...לכך נלענ"ד עיקר בזה כשיטת רש"י דבאדיה אדויי אף בדליל דאית ליה בעלים ולא אצנעיה או שקשרו אדם, מ"מ אינו חייב רק בעל התרנגול לבד חצי נזק ובעל הדליל פטור, ולא דמי לאשו, דשאני אשו שהאש בעצמו הוא המזיק בלי סיוע דבר אחר ופעולת הרוח אינו רק לקרב האש אל הדבר הניזק, אבל עיקר ההיזק עושה האש עצמו, ודכוותיה באבנו סכינו ומשאו האבן עצמו הוא המזיק מפני שיש לו כובד וכן הסכין בחידודו והרוח אינו פועל רק לקרבם אל הדבר הניזק, משא"כ בצרורות דהצרורות עצמן אין בכוחן להזיק כלל בלא כח ההתזה, ואילו היה נתקרב הצרור אל הכלי בלא כח ההתזה לא היה מזיקו כלל, ונמצא כי עיקר ההיזק נעשה ע"י כח ההתזה והצרור אינו רק כגרזן ביד החוצב, ולכך לית ביה משום חיוב אשו כלל, ולכך אפילו אם פשע במאי דלא אצנעיה או שקשרו אדם, מ"מ כיון דהצרור לא הזיק כלל רק כח המתיזו הוא שהזיק פטור בעל הצרור, ולכך אפילו אם הדליל הוא ממונו של בעל התרנגול מ"מ אינו חייב רק חצי נזק ותו לא, ומעתה אזדו להו כל הנך פרטי חידושי דינים שחידש הרא"ש בזה... ואילולי שאין תלמיד כמוני מכריע היה נלענ"ד להלכה ולמעשה כשיטת רש"י ודו"ק".

והנפק"מ בין שני הביאורים, באופן שהניח את האבן בראש הגג, והנזק נעשה על ידי עוצמת הרוח שהפילה את האבן, דלפי הביאור הראשון הרי הוא ככל אש הכתוב בתורה, ולפי הביאור השני אינו חייב משום אש, דהרוח לא רק מוליכה את האבן אלא היא גורמת לעצם הנזק.

ג

ותוספות חולקים על רש״י, וס״ל שאם האדם גלגל את האבן האדם חייב ובעל התקלה פטור, ואם בהמה גלגלה את האבן יתחייבו שניהם: ״...ואין למוחקו בשביל כך דלענין כדי שלא ילכו כ״כ בחוזק שיתיזו ויזיקו דרכו להתבונן שפיר ולהכי פריך כחו הוא ויתחייב המגלגל הכל ולא בעל התקלה ואף על גב דלגבי כלב שנטל החררה והלך לגדיש כו׳ (לקמן ד׳ כא:) ופריך בגמרא (ד׳ כג.) וליחייב בעל הגחלת נמי שהוא בעל התקלה היינו משום דכלב לאו בר דעה הוא אבל הכא המקלקל [המגלגל] בר דעה הוא תדע דאם הדליק אש ובא אחר ושרף טלית חבירו או חפר בור ובא אחר ודחף שור חבירו לתוכו אין סברא שיתחייב בעל הבור או בעל האש והמגלגל ברגלי בהמה אם הזיק בהדי דאזלי יתחייבו שניהם בעל הבהמה ובעל התקלה...״.

ובטעם הדבר שהאדם חייב ונחשב לכוחו, פירשו שדרך האדם להתבונן בכדי שלא ילכו כל כך בחוזק. **והרא״ש** [פרק א סימן א] ביאר שאם לא התבונן זו פשיעה: ״...אם הניחם ברה״ר ולא הזיקו במקומן וגלגלתן רגלי אדם ורגלי בהמה למקום אחר אם הזיקו דרך הלוכן ע״י רגלי אדם חייב המגלגל הכל אף על גב דאמרינן לקמן בריש פרק המניח אין דרכו של אדם להתבונן בדרכים היינו לענין זה שאם שבר כלי שהיה מונח לפניו בלא התבוננות פטור אבל כולי האי אין לו להשתגע בהליכתו שיתיז הכלי ממקומו ויזיק דרך הליכתו ופושע הוא בהיזק זה...״.

והנה, באם הזיקו בהדי דקא אזלי חילקו תוס׳ האם בעל התקלה חייב, דאם האדם שהוא בר דעת גלגל הרי שבעל התקלה פטור [אע״פ שגלגל בלא כוונה], ואם בהמה שהיא לא ברת דעת גלגלה הרי בעל התקלה חייב יחד עם בעל הבהמה. וטעם חילוק זה איתא **בחדושי הרשב״א**, דאין בעל התקלה מחוייב לשמור שבר דעת לא יזיק על ידי ממונו: ״...עוד פירשו כחו הוא ויתחייב המגלגל הכל אם גלגלוהו רגלי אדם ולא בעל התקלה כלל, ותדע דאלו נטל אחד גחלת חברו ושרף בה טליתו של חברו או שהשליך בכונה את השור לבורו של חברו היתחייב בעל הגחלת ובעל הבור כלום, זה אין הדעת סובלו. ולא דמי לכלב שנטל את החררה דכלב לאו בר דעת הוא **והיה לו לבעל התקלה ליזהר בגחלתו שלא יטלנה הכלב עם החררה** אבל הכא שהמגלגל בן דעת עליו לשלם כל הנזק...״.

נמצא, שאדם מחוייב לשמור ממונו רק כלפי נזק שנעשה בו ממילא, היינו על ידי בור, או אש על ידי הרוח או על ידי בהמה עצמה, אבל אין מחוייב לשמור שבר דעת לא יזיק על ידי ממונו.

ד

ובחדושי הרשב״א מביא דיעה נוספת [דיעה א׳ בדבריו], שגם אם האדם הוא המגלגל אזי בעל התקלה והמלגל יתחייבו שניהם: ״...והם קיימו הגירסא דלענין זה חייב להתבונן שלא ילכו כל כך במרוצה שיתיזו ויזיקו, והכא הכי פריך כחו הוא של מגלגל ויתחייב המגלגל מחצה ובעל התקלה מחצה ולא יתחייב בעל התקלה הכל, וכדמוכח לקמן בפרק כיצד הרגל גבי הכלב שנטל חררה והלך לגדיש כו׳ דפריך בגמרא וליחייב נמי בעל הגחלת כלומר מחצה ובעל הכלב מחצה...״.

נמצא שאם הזיקו בהדי דקא אזלי על ידי רגלי אדם או בהמה, שלוש שיטות: 1. לרש״י גם בעל התקלה וגם המגלגל פטורים. 2. לתוס׳ ברגלי אדם הרי המגלגל חייב ובעל התקלה פטור, וברגלי בהמה שניהם חייבים. 3. לדיעה הא׳ ברשב״א בין ברגלי אדם ובין ברגלי בהמה שניהם חייבים.

סימן כ״ב

א

איתא בסוגין [ו ע״א]: ״רב אדא בר אהבה אמר: לאתויי הא דתניא, כל אלו שאמרו: פותקין ביבותיהן וגורפין מערותיהן, בימות החמה אין להם רשות, בימות הגשמים יש להם רשות, אף על פי שברשות, אם הזיקו - חייבים לשלם״.

ובתורת חיים [לקמן ל ע״א] שהרשות להוציא היא מתנאי יהושע כשהנחיל את הארץ: ״...שעל מנת כן הנחיל יהושע את הארץ כדקתני טעמא בהדיא גבי זבלים אדם מוציא זבלו לר״ה וכו׳ שעל מנת כן הנחיל יהושע את הארץ דלאו דוקא לענין זבלים בלבד אמרינן הכי אלא הוא הדין לענין שאר מקלקלין כגון פותקין ביבותיהן וכו׳ וכן איתא בהדיא בתוספתא דמכילתין בפ״ב דלאו לענין זבלים בלבד אמרינן שע״מ כן הנחיל יהושע את הארץ...״.

ובלבוש [חושן משפט סימן תיד סעיף א] כתב שהרשות להוציא הוא בתנאי שישמרו שלא יזיקו, ולכן אם הזיקו חייבים לשלם: ״אין אדם רשאי להוציא זבלו לרשות הרבים שלא בשעת הוצאת זבלים כדי להניחם שם, אלא מיד כשיוציאם יוליכם משם, אבל בשעת הוצאות זבלים יש לו רשות להוציא את זבלו והגלל לרשות הרבים ולצוברן כל שלשים יום, כדי שיהא נישוף ברגלי אדם וברגלי בהמה לזבל בהם שדותיו, שתנאי זה התנה יהושע כשהכניסם לארץ והנחילם אותה שלא יקפידו על זה, ואף על פי כן אם הזיקו חייב לשלם, **שלא נתן להם רשות להוציאו אלא א״כ משמרו שלא יזיק אחרים**...״.

ובסמ״ע [סימן תיד ס״ק ו] חלק עליו, שהתנאי לא היה שישמרו [דהרי לא ניתן לשמור, ואדרבא הרי הם נישופים ברגלי כל אדם], אלא היה תנאי שישלמו את הנזק: ״(ו) ואעפ״כ אם הזיק חייב. שיהושע לא התנה שיהיה פטור מתשלומי היזקו, ואעפ״כ צריכין לתנאי דיהושע דאל״כ היו מוחין, דלא ניחא ליה לאדם שיהא ניזק בשלו ואח״כ ישתלם הזיקו וגם יצטרך לירד עמו בדינא ודיינא, ולא כעיר שושן שכתב שיהושע לא התנה אלא ע״מ שיהא כל אחד משמר את זבלו ע״ש, וזה ודאי אינו, אלא אף אם אינו משמרו כו׳, רק שיהא צריך לשלם היזקו״.

והנה, **בתוספות** איתא: ״תאמר בהני דברשות שור יוכיח - וא״ת למ״ד תנא שור לרגלו היכי קאמר שור יוכיח דברשות חייב והא רגל לא מיחייב אלא ברשות הניזק ושם אין לו רשות וי״ל כגון שהלך ברה״ר והתיז והזיק ברה״י דחייב כדאמרינן לקמן״. והנה, מקושיית התוס׳ למ״ד תנא שור לרגלו משמע דלמ״ד שור וכל מילי דשור ניחא, דהרי כולל קרן שהוא חייב ברה״ר.

ונמצא, דבהא דמדמינן פותקין ביבותיהן שהוא ברשות לשור שהוא ברשות, איירי בעצם הרשות להימצא במקום זה ללא קשר לחיוב שמירה. דהרי, ביבותיהן הרשות הוא להוציא לרה״ר ואין חיוב לשמור וכנ״ל מהסמ״ע. וגם ברגל יש רשות ללכת ברה״ר ואין חיוב לשמור, אמנם בקרן [דכנ״ל היה ניתן ללמוד ממנו] יש רשות ללכת ברה״ר אבל יש חיוב לשמור, דהרי איירי בקרן מועדת [דבקרן תמה אפשר ללמוד רק חצי נזק]. נמצא שברשות דאיירי בסוגין הוא רשות להימצא ברה״ר, ללא קשר לחיוב שמירה עליו.

וברא״ש [בבא קמא פרק א סימן א] מוכיח מדברי התוס׳ כשיטתו החולקת על יש מן הגדולים, מהא דלא הקשו למ״ד שור לרגלו איך חייב ברה״ר: ״...ויש מן הגדולים שכתבו דלא מחייב אלא מה שחייב בשניהם ופטירי מנזקי כלים וממיתת אדם כמו בור ומטמון [כמו באש דכיון] דאתו במה הצד יהבינן להו הקל שבשניהם ויש שנסתפקו בדבר ולי נראה דכל דין בור יש להם תדע דהני אינך שלש אוקימתות דילפינן להו מבור ושור לשמואל דאמר תנא שור לרגלו ומה הצד דמתני׳ קאי אד׳ אבות השנויין במשנתינו דשקיל וטרי בהו לא הרי זה כהרי זה הצד השוה שבהן

ואלו קרן תניא בסיפא כשהזיק חב המזיק לשלם תשלומי נזק לאתויי קרן והיכי מצי שמואל לאיתויינהו מבור ורגל לחייבינהו ברה״ר כיון דיהבינא להו הקל שבהן הלכך נראה דעיקר תלמודא הוא מבור לחודיה דבור גמור הם אבנו וסכינו ומשאו לבתר דנייחי בין אפקרינהו בין לא אפקרינהו לשמואל דאמר כולו מבור למדנו ולרב בדאפקרינהו. וכן בור המתגלגל וכן כותל ואילן שנפלו לרה״ר והזיקו בתר דנייחי וכן פותקין ביבותיהן וגורפין מערותיהן אף על גב דברשות קעבדי לשמואל דאמר בור ברשותו חייב וקי״ל כוותיה בור גמור הוא 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 שהקשו היאך קאמר שור יוכיח שכן ברשות הא אליבא דשמואל שור דמתני׳ היינו רגלו במקום שהוא מהלך ברשות דהיינו ברה״ר הוא פטור ותירץ בעץ ארוך שדרסה עליו ברה״ר והזיקה ברה״י אבל הא לא הוה קשיא להו היכי ילפינן מרגל לחייבינהו ברה״ר אלא ודאי כדפרישית דעיקר חיובינהו מבור...**״.

ומה שכתב הרא״ש אוקימתא של עץ ארוך [דלא כתוס׳ שהעמיד בהתיזה צרורות] הוא כפי שכתב לעיל **הרא״ש** [בבא קמא פרק א סימן א] שריב״ש לא פירש בתוס׳ כדעת הרי״ף: ״...נפקא מינה מטעם זה שאם היה עץ ארוך מונח מקצתו ברה״ר ומקצתו ברה״י ודרסה עליו ברה״ר ושברה ברה״י כלים כיון שדרכה לילך ולדרוס עליו פטורין ור׳ יצחק בר׳ שמואל לא פירש כן לקמן גבי שור יוכיח שברשות״.

ב

״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״.

ובטעם הפטור כשלא נתנו זמן לקוץ פירש **רש״י** [ב״מ קי״ז ע״ב] ״דמאי הוה ליה למעבד אנוס הוא״. היינו שהבעלים לא ידעו שהאילן והכותל נעשו רעועים ולכן פטור דאנוס הוא, אבל אם ידעו חייבים.

וברמב״ם [הלכות נזקי ממון פרק יג הלכה יט] הביא טעם אחר, שאין תחילתו לנזק: ״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 ששיהה אותן״.

ובט״ז [על שו״ע חושן משפט סימן תטז שהעתיק את דברי הרמב״ם] הקשה על טעמו: ״...אלא אי קשיא לי במה שסיים הטעם משום שאין תחילת עשייתה לנזק, הא אמרינן בגמ׳ [שם ו׳ ע״ב] דמטעם זה היה לנו לחייבו מכח שור יוכיח, אלא עיקר הפטור מחמת שהוא אנוס בנפילה והו״ל מפקיר נזקיו אחר נפילת אונס, ולמה לא סיים כאן הטעם כן״.

ונראה לפרש כפי שביארו האחרונים על פי **הגר״ח**, הובא **בשעורי ר׳ אליהו ברוך (פינקל)**: ״...ויש לעיין במה שכתב הרמב״ם בתחילת דבריו, דהטעם שהוא פטור מלשלם הוא משום שאין תחילתן להזיק, והלא במסקנת הגמ׳ מבואר דאין חסרון בכותל ואילן שאין תחילת עשייתן לנזק דהא ילפינן להו מבור ומשור, וכל מה דפטרינן ליה בנפלו קודם שקבעו לו זמן הוא מטעם אונס

וכמבואר ברש״י בב״מ (קיז, ב ד״ה פטור), ומדוע כתב הרמב״ם דפטור משום שאין תחילת עשייתן לנזק, וכבר עמד בזה הט״ז (סי׳ תט״ז ס״א).

ועוד צ״ע בדברי הרמב״ם, שכתב בסו״ד דאם קבעו לו זמן ונפלו לאחר הזמן חייב מפני ששיהה אותן, וצ״ע דמאחר דסבירא ליה להרמב״ם דכותל ואילן אין תחילת עשייתן לנזק, א״כ מהאי טעמא היה צריך להיות הדין שהוא פטור אף אם שיהה אותן ונפלו לאחר הזמן, שהרי אי אפשר לחייבו מדין מזיק דבור כיון שאין תחילת עשייתן לנזק.

וביארו בזה האחרונים [חיודשי הגר״ח], דבכותל ואילן יש לחייב מצד ב׳ טעמים, חדא מצד עצם בנין הכותל ונטיעת האילן שהם מעשה הכריה של הבור וכמשנ״ת לעיל (אות שלה), ועוד יש סיבה לחייב מצד הפשיעה שלאחר מכן, דכיון שנתנו לו זמן לקוץ ולסתור ולא עשה כן הרי הוא חייב מצד פשיעתו דהוה ליה לסלוקי ולא סלקיה.

ולפי״ז י״ל דהרמב״ם סבר, דכל מה דילפינן בגמ׳ כותל ואילן מהצד השוה משור הוא רק לענין דאפשר לחייבו על הפשיעה דלאחר מכן, אבל עדיין היה מקום לדון ולחייבו מצד עצם בנין הכותל ונטיעת האילן, ולזה לא בעינן להצד השוה כיון דהוי מעשה כריה גמור, ורק משום שאין תחילת עשייתן לנזק אמרינן דאין כאן מעשה כריה להתחייב עליו, ומעתה כל הנידון בגמ׳ לחייבו הוא רק מצד הפשיעה שלאחר מכן, דלענין זה שפיר ילפינן מהצד השוה דחייב מפני ששיהה אותן.

ולפי״ז נמצא לדעת הרמב״ם, דהא דפרכינן בגמ׳ דכותל ואילן אין תחילת עשייתן לנזק קאי אף למסקנא דילפינן מהצד השוה, והיינו דמחמת הך פירכא אי אפשר לחייבו על עצם בנין הכותל ונטיעת האילן, ומהצד השוה לא ילפינן אלא דחייב מטעם אחר מחמת פשיעתו שלאחר מכן. וניחא שפיר מה שכתב הרמב״ם, דהטעם דכשלא קבעו לו זמן פטור הוא משום שאין תחילת עשייתן לנזק, ולכך אי אפשר לחייבו מצד עצם בנין הכותל ונטיעת האילן דלא חשיבי מעשה כריה, ואף לאחר שקבעו לו זמן אינו חייב מחמת הכריה הראשונה אלא רק מפני ששיהה אותן״.

ג

איתא **בתוספות** [ד״ה היינו בור]: ״...והשתא אתי שפיר דמדמה ליה לבור טפי מלאש ואף על גב דבשעת נפילה יש לדמותו לאש כמו לבור דמאש חלוק במה שאין כח אחר מעורב בו ומבור חלוק במה שאין תחילת עשייתן לנזק אלא לכך דימה אותו לבור משום דבהיזק דלאחר נפילה אין לדמותו כלל לאש אלא לבור״. וצ״ב כוונתו, שבתחילה כתב שבשעת נפילה יש לדמותו לאש כמו לבור, וסיים דדימה אותו לבור משום לאחר נפילה. האם כוונתו דמכיוון שלאחר נפילה מדמים לבור אזי כך מדמים גם אם הזיק בשעת נפילה, או שמא אין קשר בין הדברים.

והנה, **בפלפולא חריפתא** הבין דלתוס׳ הוא בור ולא אש. דאיתא **ברא״ש** [בבא קמא פרק א סימן א]: ״וכותל ואילן שנפלו לרה״ר והזיקו או שהזהירו ב״ד לסתור הכותל ולקוץ האילן ונתנו לו זמן ונפלו בתוך הזמן והזיקו בשעת נפילה או אחר נפילה קודם שנודע לבעלים שנפלו או נודע להם ולא היה להם פנאי לסלק [או שהיה להם פנאי] והפקירום ולא סילקום פטורין דהוה ליה מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס דאמרינן לקמן פרק המניח (דף כט א) דפטור ואם נפלו אחר הזמן והזיקו אחר הנפילה בין אפקרינהו בין לא אפקרינהו בור גמור הוי ואין זה מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס דפושע הוי במה שלא קצצו [ולא סתרו] בתוך הזמן ואם הזיקו בשעת נפילה נסתפקו בתוספות אם יש להם דין אש או דין בור ונראה דיש להם דין בור ולא דמי לאבנו וסכינו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו דרך הילוכן. דהנך נעשו בור על ידי כח אחרים אבל כותל ואילן מחמת ריעותא נפלו מעצמן כי ראו שלא היו יכולין לעמוד יותר והזהירו ב״ד הבעלים להפילו ואם משום דהולכין ומזיקין מה שאין כן בבור לא גריעי מחמת זה וכל שכן דיש לחייבו יותר מידי דהוי

אקושר אבן ברגלי בהמתו והלכה לרשות הרבים והזיקה ואי משום דאין תחלת עשייתן לנזק שור יוכיח״.

ובפלפולא חריפתא כתב: ״[ת] נסתפקו בתוס׳. ולא כן בתוס׳ שבידינו דמפשיט פשיטא להו דהיינו בור וכדמסיק רבינו ועוד מטעם אחר משום דבהיזק דלאחר נפילה אין לדמותן כלל לאש אלא לבור״.

אמנם, **בחדושי ר׳ נחום** איתא: ״רז) בא״ד והשתא א״ש דמדמה ליה לבור טפי מלאש וכו׳ משום דבהיזק דלאחר נפילה אין לדמותו כלל לאש אלא לבור, יש שר״ל בכונתם דכיון דלאחר נפילה הרי הם בור היא הנותנת שגם בהדי דאזלי נחשיבם כבור ולא כאש, דחדא מזיק הוא. אכן לכאו׳ אין בזה סברא כלל, דהא ההיזק דבתר נפילה וההיזק דשעת נפילה הוו ב׳ היזקים חלוקים ואין שום סברא לדונם מה״ט כבור גם לגבי מה שהזיקו בהדי דאזלי. וע״כ דאין כונת התוס׳ לבאר דבהדי דאזלי אי״ז אש, אלא רק לבאר את לשון הגמ׳ דפרכי׳ היינו בור, דכיון דאיכא לדמינהו גם לבור וגם לאש עדיף טפי לאקשויי ״היינו בור״, דבזה נכלל נמי ההיזק דלבתר דנייחי״. ואם כן ניתן לדמותו בהיזק של שעת נפילה גם לאש ולגם לבור.

ולפי זה נראה שמכיוון שאפשר ללמוד גם מאש וגם מבור אזי חייבים גם על טמון [מדין בור] וגם על כלים [מדין אש].

סימן כ״ג

א

איתא בסוגין [ו ע״ב]: ״ת״ר: מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם - מיטב שדהו של ניזק ומיטב כרמו של ניזק, דברי רבי ישמעאל; ר׳ עקיבא אומר: לא בא הכתוב אלא לגבות לנזקין מן העידית, וק״ו להקדש. ור׳ ישמעאל, אכל שמינה משלם שמינה, אכל כחושה משלם שמינה?״.

ויש לעיין: 1. מה ביאור המחלוקת בין ר״י ור״ע לפי הס״ד הראשונה. 2. מה הס״ד שישלם יותר ממה שהזיק לפי ר״י?

1. הנה, בביאור הס״ד הראשונה במאי קא מיפלגי ר״י ור״ע, עיין **בתלמיד הר״פ**: ״מיטב שדהו של ניזק. פירש בקונטרס דקא סלקא דעתיה השתא דבעי למימר דאפילו אכל כחושה של ניזק משלם לו דמי שמנה של ניזק ובתרתי פליגי רבי ישמעאל ורבי עקיבא. ופירש מורי דהיינו תרתי חדא דלרבי עקיבא לא משלם אלא דמי כחושה שאכל ולרבי ישמעאל משלם דמי שמנה. ועוד דלרבי עקיבא גבי מעידית ולרבי ישמעאל מגבהו מאיזה שירצה אף מזיבורית דהא מוקי ליה לקמן דמיטב לענין דמשלם שמנה ולא למקום גביה. תלמיד ה״ר פרץ ז״ל״.

היינו שפליגי בפירוש מיטב דקרא, האם איירי **בכמה** משלם [ר״י] או **במה** משלם [ר״ע]. ומכיוון שכל אחד מפרש הקרא באופן אחר, נמצא שפליגי בתרתי, וכמו שמבואר **במהר״ם שיף**: ״...דפשטא דברייתא משמע דר״י מפרש הפסוק באיכות התשלומין שישלם כאלו היה שדה הניזק מיטב אבל לא במהות התשלומין ויכול לשלם לו קרקע זיבורית ור״ע אמר לא בא הכתוב לאיכות התשלומין אלא שיהיה הגבייה מן העידית ויתן לו עידית בפרעון כפי שיעור נזקו ולא אסיק אדעתיה דבניזק ומזיק פליגי כיון דר״ע לא סיים מן העידית דמזיק משמע דעיקר הפלוגתא אם יגבה מן העידית וק״ל...״.

2. ובביאור מה הס״ד לשלם יותר ממה שהזיק, עיין **בשיטה מקובצת בשם הראב״ד**: ״והראב״ד ז״ל כתב וז״ל: ורבי ישמעאל אכל שמנה וכו׳ משלם שמנה דקא סלקא דעתיה דבהא פליגי דרבי עקיבא סבר לא בא הכתוב אלא לגבות שוה בשוה מן העדית **ורבי ישמעאל סבר ערוגה בערוגה בין שמנה בין כחושה** והיינו תימה מהיכי תיתי דישלם יותר ממה שהזיק. עד כאן״. יוצא שגדר תשלומי נזיקין הוא לשלם ערוגה במקום הערוגה שניזוקה, ולכן יכולה להיות ס״ד שישלם אותה כאילו אכלה שמינה, משא״כ אם התשלום הוא לשלם דמיה בלבד אין ס״ד כזו.

וביתר הרחבה **בחידושי ר׳ נחום**: ״ריג)... והנה בגמ׳ קס״ד מתחילה דלרבי ישמעאל אכלה כחושה משלם שמינה, ויעוי׳ בחי׳ הראב״ד שביאר דלהך הו״א הגדר הוא דהתורה חייבתו לשלם ערוגה תחת ערוגה ומשלם שמינה, וכעי״ז כתבו הרמב״ן והרשב״א בגיטין מח, ב דקס״ד דלפי מידה משלם ולא לפי דמים, והיינו דוגמת מה שמצינו באוכל תרומה בשוגג דמבע״ל בפסחים דל״ב אי לפי מידה משלם או לפי דמים, ובדין מיטב נתחדש עוד דהך תשלום צריך להעשות כפי הערוגה המשובחת דאית ליה. ולכאו׳ הביאור בזה הוא, דהנה מכ״ד מוכח דיסוד חיוב נזיקין ל״ה על הפסד הממון אלא על הפסד החפץ, וזהו נמי גדר חיובו - להשלים לניזק את החפץ שהפסיד לו, דבזה שהוא נותן את דמיו הרי הוא משלים לו את החפץ הניזוק מדין מה לי הן מה לי דמיהן. ונראה דזהו הביאור בסברת הראשונים דלהו״א האי תשלום אינו לפי דמים אלא לפי מדה, דכיון דחיובו הוי על עצם חסרון הערוגה י״ל דהתורה חייבתו לשלם לפי מדה ״ערוגה תחת ערוגה״ ודו״ק.

והנה מד׳ הראשונים נראה דלהו״א הא דמשלם שמנה הוא מדין מיטב, וצ״ב א״כ מה ענין זה לדין לפי מדה משלם הא דין זה הוא בתורת מיטב, דשמינה היינו מיטב. וכמובן שהביאור בזה פשוט, דאילו היה הדין דלפי דמים משלם לא היה שייך כלל לחייבו בתשלומי שמינה מדין מיטב, דהא

איהו הזיק כחושה ולא שמינה ונמצא דדמי השמינה ל״ה בכלל חיובו, ולהכי כתבו הראשונים דהו״א דלפי מידה משלם, וכיון דיסוד חיובו הוא ״ערוגה״ י״ל דבדין מיטב נתחדש דצריך לשלם להך ערוגה במיטב דהיינו שמינה...״.

אמנם, אחר כל הסברה בדבר, פשוט שלפי הס״ד זו גדר גזירת הכתוב לקנוס אותו כאילו הזיק הערוגה הכי שמינה, דאם לא כן מהיכי תיתי שישלם יותר ממה שהזיק. ומה שנאמר בהסברת הדבר הוא, שהשייכות לכזו ס״ד שקונסים אותו ומשלם שמינה הוא רק אם התורה רוצה שישלם ערוגה תחת ערוגה, ובזה חידשה התורה שישלם ערוגה שמינה אע״פ שכחושה אכל. משא״כ אם הדין הוא לשלם דמים, היינו רק הפסד הממון, אזי איך אפשר שתהיה אפילו ס״ד שאכל כחושה ישלם שמינה. ועל זה פרכינן דכמו באכל שמינה לא קונסים אותו ומשלם כפי מה שהזיק, כך אם אכל כחושה, וכדאיתא בתוס׳.

ב

״אמר רב אידי בר אבין: הכא במאי עסקינן - כגון שאכל ערוגה בין הערוגות, ולא ידעינן אי כחושה אכל אי שמינה אכל, דמשלם שמינה. אמר רבא: ומה אילו ידעינן דכחושה אכל - לא משלם אלא כחושה, השתא דלא ידעינן אי כחושה אכל אי שמינה אכל - משלם שמינה?״.

וצריך ביאור דברי רב אידי בר אבין שמספק ישלם שמינה. וכן צ״ב מה דחיית רבא לפי זה.

וממשיך **בחידושי ר׳ נחום**: ״...ונראה דלד׳ הראשונים יל״פ עד״ז את ד׳ ר״א בר אבין, דהנה בגמ׳ הק׳ ״ורבי ישמעאל אכל שמינה משלם שמינה אכל כחושה משלם שמינה״, ומשמע דלא מקשי׳ על עצם סברת ההו״א דלפי מידה משלם, אלא רק דלא מסתבר שהדין מיטב יחייבו לשלם יותר ממה שהזיק, ומעתה י״ל דר״א בר אבין קאי ג״כ בהך שיטה דלפי מידה משלם אלא דכונתו ליישב את קו׳ המקשן דלא מסתבר שהתורה תחייבו לשלם שמינה טפי ממה שאכל, וע״ז קאמר דאה״נ ובסתם מזיק לא חייבתו התורה יותר ממה שהזיק אלא הב״ע כגון שאכלה ערוגה בין הערוגות ולא ידעי׳ אי כחושה אכל אי שמינה אכל, דבזה שפיר יש טעם לחייבו במיטב, דהיינו לשלם את המדה שנתחייב בשווי ערוגה שמינה.

ולפי״ז א״ש מה שהקשינו מהו החילוק בין הך ספק לכל ספק מזיק דדינו המע״ה, דהתם מספ״ל דלמא לא רמי עליו לשלם כלל ואי״ז בכלל חיובו, משא״כ בנידו״ד דידעי׳ שאכלה להך ערוגה וידעי׳ דרמי עליה להשלימה לפי מדה שפיר י״ל דנא׳ דין מיטב לשלם להך מדה בשמינה. [ואי״ז מדין ספק, אלא דבכה״ג דמספ״ל דלמא אכלה שמינה מחייבי׳ ליה בשמינה בתורת ודאי, דכל היכא שאירע ספק חידשה התורה דאכילת הכחושה גופא מחייבתו לשלם שמינה מדין מיטב ודו״ק]. ומה״ט נראה פשוט דכל ההו״א דר״א בר אבין היא רק בכה״ג דידעי׳ שאכלה להך ערוגה אלא דלא ידעי׳ אי היתה שמינה או כחושה, אבל בכה״ג דמספ״ל אם אכלה קב או קביים גם איהו מודה דהו״ל ככל ספק ממון דהמע״ה״.

ולכאורה צריכים להוסיף על דבריו, דהא דהטילה תורה [לפי פירוש רב אידי בר אבין] לשלם בספק שמינה, גם הוא בתורת קנס, דמכיוון שהספק נגרם על ידי פשיעתו שלא שמר על בהמתו, הטילה התורה במקרה של ספק שישלם כאילו שבוודאות אכל שמינה.

ולפי זה דחיית רבא היא דמכיוון שאילו ידעינן שכחושה אכל משלם כחושה, זאת אומרת שאין חיוב עצמי לשלם שמינה תמיד, ואם כן גם אילו לא ידעינן אי שמינה אכל אילו כחושה אכל התשלום יהיה רק מדין המוציא מחבירו עליו הראייה, שגם בנזקין אמרינן הכי ולא קנסינן ליה מספק.

דהנה, **רש״י** [במסכת גיטין מח ע״ב] פירש על טענת רבא דהמוציא מחבירו עליו הראיה שהוא דאורייתא: ״המוציא מחברו עליו הראיה - עליו להביא עדים לברר את הספק ודאורייתא היא בבבא קמא (דף מו:) מי בעל דברים יגש אליהם (שמות כד) יגיש ראיה אליהם״. **ובחתם סופר** [גיטין מח ע״ב] ביאר את דבריו, שאע״פ שלמסקנת הגמרא לא ילפינן המוציא מחבירו מקרא אלא מסברא, רצה רש״י לשלול את הסברא הנ״ל דדילמא קנסינן ליה מכיוון שבהמתו הזיקה. ועל זה קאמר שדין המוציא מחבירו הוא דין דאורייתא גם בנזקין: ״...הנה בב״ק מ״ו ע״ב אמרינן סברא הוא מאן דכאיב לי׳ כאיבא אזיל לבי אסי׳... ורש״י הוסיף לרוחא דמילתא דאפי׳ בנזקין אינו סברא כ״כ דשפיר קנסי׳ לי׳, אכתי אית לן השתא למימר דקרא מי בעל דברים יגש ראי׳ כפשוטא ובנזקין דאפי׳ בדדהו הממע״ה ומיטב כרמו כר״ע...״.

ג

״אלא אמר רב אחא בר יעקב: הכא במאי עסקינן - כגון שהיתה עידית דניזק כזיבורית דמזיק, ובהא פליגי, רבי ישמעאל סבר: בדניזק שיימינן, ורבי עקיבא סבר: בדמזיק שיימינן... ורבי ישמעאל? אהני גזרה שוה ואהני קרא, אהני גזרה שוה - כדקאמינא, אהני קרא - כגון דאית ליה למזיק עידית וזיבורית ועידית לניזק, וזיבורית דמזיק לא שויא כעידית דניזק, דמשלם ליה ממיטב דידיה, דלא מצי אמר ליה תא את גבי מזיבורית, אלא גבי ממיטב״.

יש לחקור במה שהגמרא מסיקה בדברי רבי ישמעאל דאהני קרא, [וכפי שחקר **בחידושי רבי אריה ליב** סי׳ נב] בהא דבכה״ג גם לר״י גבי ממיטב דמזיק אם זהו מדין עידית דמזיק כמו לר״ע, והיינו דלר״י יש שני דינים: דין עידית דניזק ודין עידית דמזיק, דכשאין למזיק קרקע המקבילה באיכותה לעידית דניזק ואינו יכול לקיים בקרקע שיש לו [הפחותה מעידית דניזק] דין עידית דניזק בשלמות חל עליו דין עידית דמזיק, ומשו״ה יהיב ליה בכה״ג מעידית דידיה אע״פ שהיא משובחת מעידית דניזק.

או זהו מדין עידית דניזק דלית ליה לר״י כלל דין עידית דמזיק, ורק דאהני קרא לחייבו מדין עידית דניזק לשלם בקרקע המשובחת מעידית דניזק משום שע״י מתקיים דין עידית דניזק כיון שבכלל מאתיים מנה. [או באופן נוסף, דגם למסקנא כל דינו של הניזק הוא רק במיטב דידיה אלא דבהך קרא נתחדש דבכה״ג דל״ל כמיטב דניזק הרי הוא צריך לקיים את דינו ביותר מזה, דהניזק תובעו לכה״פ במיטב דידיה ואי ל״ל קרקע השוה לזה הרי הוא צריך לקיים את דינו בקרקע המעולה ולאו כל כמיניה לפחות מדינו].

והנפק״מ בזה תהא היכא דזיבורית דמזיק לא שויא כעידית דניזק ובינונית דמזיק משובחת מעידית דניזק, האם אינו חייב אלא מבינונית דידיה או יהא חייב לשלם מעידית דידיה. דלצד א׳ אכן יהא חייב לשלם מעידית דידיה, דכיון שאין למזיק שדה המקבילה באיכותה לעידית דניזק ואם ישלם לו בזיבורית דידיה לא יתקיים דין מיטב דניזק בשלמות חל עליו דין עידית דמזיק וממילא חייב לשלם מעידית דידיה. אבל לצד ב׳ לא יהא חייב לשלם אלא מבינונית דידיה כיון שגם בבינונית דידיה שפיר מתקיים דין עידית דניזק בשלמות דבכלל מאתיים מנה [או שאהני קרא שלא יפחות מעידית דניזק].

ומדברי **הרא״ש** [פרק א׳ סימן ב] במסקנתו נראה בפירוש כאופן הא׳ בחקירה הנ״ל: ״...אהני קרא דאי אית ליה למזיק עידית וזיבורית וזיבורית דידיה לא שויא כעידית דניזק משלם ליה ממיטב ואי אית ליה למזיק עידית ובינונית וזיבורית ולא שויא זיבורית דמזיק כעידית דניזק ובינונית שויא טפי מעידית [דניזק] אית דאמרי דיהיב ליה בינונית ומדקדק מדשבק גמרא בינונית אלמא אי הויא ליה בינונית דשויא טפי מעידית דניזק יהיב ליה בינונית **ואית דאמרי אפ״ה יהיב ליה עידית ודבריהם נראה לי** דאהני ג״ש ואהני קרא תרוייהו לשלם ממיטב. אהני גזירה שוה לשלם לו

מזיבורית דמזיק כשהיא עידית דניזק ואהני קרא כשאינה כמיטב דניזק לשלם **ממיטב דמזיק דלעולם בעינן מיטב או דמזיק או דניזק** והאי דנקט עידית וזיבורית ושבק בינונית משום דלא הזכיר אלא הנך דמשתלמין מהם מעיקרא מזיבורית דמזיק והשתא מעידית ולעולם אפילו אי אית ליה גם בינונית ישלם ממיטב שלו".

וגם מדברי רעק"א [בחידושיו על גיטין מ"ט ע"א] משמע כאופן הא', דאילו אין לניזק נכסים כלל לפי אופן הב' באמת לא ישלם ממיטב, דמהיכי תיתי: "שם אהני קרא כו'. תמוה לי אמאי לא אמרינן בפשוטו דאהני קרא דאם אין לניזק נכסים כלל דמ"מ צריך לשלם מעידית דידיה דבכה"ג בדמזיק שיימינן, דבלא קרא מהיכן הוי ידעינן זה, דמסברא אם א"א לשיימיה בדניזק אין כאן דין מיטב כלל, ... וצע"ג. (חי' גיטין מ"ט א')".

ומדברי **התוס'** [ד"ה כגון] מוכיח **בחידושי רבי אריה ליב** כאופן הב'. דכתבו תוס' בסופם: "ואפילו למ"ד בשלו הן שמין המ"ל דלית ליה למזיק כעידית דניזק דלמ"ד כסף או מיטב ישלם כסף לרבי ישמעאל ולרבי עקיבא לא ישלם אלא ממיטב שלו".

והנה אי נימא דהא דאהני קרא לר"י היינו לחייב מדין עידית דמזיק היכא דא"א לקיים דין דניזק בשלמות, א"כ הרי בכה"ג דלית ליה למזיק כעידית דניזק חל עליו דין עידית דמזיק משום האהני קרא, וא"כ גם לר"י אליבא דמד"א כסף או מיטב אינו צריך לשלם כסף דוקא ויכול לשלם ממיטב דידיה כיון שבכה"ג גם חל עליו דין מיטב דמזיק כמו לר"ע. ומוכח איפוא מהא דכתבו התוס' דלר"י יהא חייב לשלם כסף דוקא דס"ל להתוס' דלית ליה לר"י כלל דין עידית דמזיק והחיוב משום הא דאהני קרא הוא מדין עידית דניזק ולא מדין עידית דמזיק. ומשו"ה הכא דאינו יכול לשלם מעידית דניזק חייב לשלם כסף דוקא למד"א כסף או מיטב.

ד

ויש לעיין בשיטת **אית דאמרי שברא"ש**, דס"ל שמשלם בינונית דידיה שהיא יוצר מעידית דניזק, די"ל שס"ל כמו אופן הב' של החקירה הנ"ל, שמקרה שיש למזיק בינונית [כמו במקרה של הרא"ש], סגי לתת בינונית שבכלל מאתיים מנה ויש כאן בכללה גם עידית דניזק.

וכך נראה בפשטות מדברי **הריטב"א** [גיטין מט ע"א]: "ואהני קרא דאי אית ליה למזיק עידית וזיבורית [וזיבורית] דידיה לא שויא כעידית דניזק [ד]משלם ליה ממיטב. פי' מאחר דאי אפשר לקיים עידית דניזק **משלם עידית דמזיק**, ומיהו אי אית ליה למזיק בינונית דשויא טפי מעידית דניזק, בכי הא ודאי יהיב ליה בינונית, **דהא מקיים ביה שפיר עידית דניזק כיון דשויא טפי**, ושלא כמקצת רבוותא דסברי דדוקא היכא דשויא כעידית דניזק, אבל היכא דשויא טפי לא, אלא עידית דמזיק משלם, דמיטב דניזק או מיטב דמזיק אית ליה לשלומי, ולא נהירא דאי שויא טפי [נמי] משלם עידית דניזק".

ה

וברשימות שיעורים [קלמנסון] מבאר ביתר עומק מחלוקת ב' הדעות ברא"ש: "...והנה שיטת הרא"ש היא דלר"י הם ב' דיני מיטב דאהני קרא דהיכא דאין לו כמיטב דניזק אז הוי החיוב כמיטב דמזיק, ולכן ס"ל לר"י היכא דיש לו דעדיפא מעידית דניזק מ"מ צריך לתת לו מעידית שלו דבעינן מיטב דמזיק וכנ"ל.

אכן צ"ע דלמה לא יכול לתת לו הבינונית מדין מיטב דניזק, והכי בשביל דעדיפא מינה גריעא, והרי יש בכלל מאתים מנה וצ"ע.

והנראה לומר בזה דהנה יעויין ברא״ש סי ב׳ שם דס״ל דאין להניזק זכות לתבוע בינונית וזיבורית ואם המזיק רוצה לתת לו עידית דוקא צריך לקבל עידית, והתוס ושאה״ר ס״ל דהניזק יכול לבקש איזה שדה שירצה ואם רוצה זיבורית דוקא מקבל זיבורית יעויי״ש ברא״ש ובהגהת אשרי שם.

והנה שיטת התוס ושא״ר מבואר דס״ל דכיון דנתנה לו התורה זכות גם בעידית מכ״ש דיש לו זכות בזיבורית וכמו״ש רש״י בד״ה ואי א״ל ניזק ״פשיטא דאי בעי ניזק למישקל סובין שקיל בע״כ של מזיק שאפי׳ בעידית יפה כחו כ״ש בבינונית״ יעויי״ש, אכן שיטת הראש צ״ב.

והנראה בזה דהרא״ש ותוס׳ חולקים ביסוד הדין דמיטב, דהתוס׳ ס״ל דהוא דין זכות שנתנה התורה לניזק דיכול לגבות נזקו אפילו מהעידית דמזיק, ודינא ״דמיטב״ הוא ״שיעור״ בזכותו, דזכותו אלימא כל כך דיכול לגבות גם מעידית, ולפ״ז פשוט דמכ״ש הוא דיכול לגבות מזיבורית דבהשיעור דעידית הרי בודאי נכלל פחות זה דיש בכלל מאתיים מנה וזהו כוונת רש״י במ״ש ״שאפילו בעידית יפה כחו כ״ש בבינונית״ וכנ״ל.

אכן בשיטת הראש נראה דס״ל דדין מיטב הוא דין בהחפצא דתשלומין דגזרה התורה דצריך לשלם נזקו במיטב דוקא... דחפצא דמיטב הוא דהוה תשלומין מעלייא ולכן ס״ל להרא״ש דאין נכלל בזה דיש להניזק זכות מכ״ש בזיבורית דדינא דמיטב אי״ז דין ״זכות״ שנתנה התורה להניזק אלא הוא דין חיוב בתשלומי נזק דהמזיק צריך לשלם נזקו בחפצא דמיטב וכשהניזק מבקש זיבורית אינו מחויב לתת לו דרק מיטב חייבתו התורה ולא פחות מזה.

ומתבאר לפ״ז דלשיטת הרא״ש הוה דינא דמיטב דין בהחפצא דתשלומין דצריך שיהא על התשלומים שם מיטב, ועפ״ז נראה דיתורץ מה דהקשינו לעיל דלמה לא יכול לשלם לר״י [משום הדין דעידית דניזק] בהשדה דעדיפא מהעידית דניזק ואף דאינה מיטב אצלו וכנ״ל, והוא משום דצריך שיהא חל על השדה שם מיטב ושם מיטב הוא רק או מיטב דניזק או מיטב דמזיק אבל כשהשדה אינה כעידית דניזק [ולא כעידית דמזיק] לא מהני ואף דעדיפא מדניזק מ״מ חסר כאן בהשם מיטב, דשם מיטב הוא רק כשהיא שווה לעידית דניזק דאז היא חשובה מיטב דניזק ובזה דעדיפא מעידית דניזק אינה מקבלת עי״ז שם מיטב...״.

סימן כ״ד

א

איתא בסוגין: [ו ע״ב]: ״ר׳ עקיבא אומר: לא בא הכתוב אלא לגבות לניזקין מן העידית, וקל וחומר להקדש. מאי קל וחומר להקדש? אילימא דנגח תורא דידן לתורא דהקדש, שור רעהו אמר רחמנא - ולא שור של הקדש!״. ויש לעיין, האם פטור זה של שור שנגח שור של הקדש הוא דווקא פטור בקרן או בכל אבות נזיקין, כמו שן ורגל. וכמה שיטות בראשונים:

1. **בתוספות רבינו פרץ** כתב דאכן זה פטור דווקא בקרן שבו נאמר רעהו: ״שור רעהו אמר רחמנא ולא שור הקדש. תימא דהא דמיעט רחמנא ולא שור הקדש היינו דוקא מקרן, ורעהו דכתיב גבי קרן הוא דכתיב אבל משאר נזיקין כמו משן ורגל לא מיעטיה קרא, ולוקמא דמשום שאר נזיקין קאמר וק״ו להקדש שישלם ממיטב בשן ורגל וי״ל דמשום הני לא איצטריך ק״ו, דכיון דמיטב כתיב גבי שן ורגל, ושן ורגל קאי בין אהדיוט בין אהקדש כיון דליכא מיעוטא, אם כן יודעין אנו בלא קל וחומר שמשלם מיטב בהקדש כמו בהדיוט...״. [ועיי״ש שמביא פירוש נוסף שהוא על דרך תוס׳ דידן].

2. **רש״י בל״ק** ס״ל דה״ה לכל שאר מזיקין: ״שור רעהו אמר רחמנא ולא שור דהקדש - דאם נגח שור של הקדש פטור והוא הדין לכל שאר נזקין שאם מזיק את ההקדש פטור״. ולכאורה, מה יענה על קושיית התוס׳ דאיך אפשר ללמוד מקרן, דיש לזה פירכא, שיש לקרן קולא שאין מועדת מתחילתה.

ובחדושי ר׳ נחום ביאר דפליגי רש״י ותוס׳ האם פטור רעהו ממעט הקדש מתביעת נזיקין בכלל, או שהוא מיעוט ככל הלכות של נזיקין דשייך דווקא בקרן: ״רכא) תד״ה שור רעהו, בתוס׳ הק׳ מנא ידעי׳ דכולהו נזקין פטירי בהקדש הא הקרא דשור רעהו איירי בקרן וליכא למילף מינה לשאר המזיקים דמה לקרן שכן אינה מועדת מתחילתה, ותי׳ דילפי׳ לה מקרן ואדם ובור. אכן ברש״י לקמן ט, ב ד״ה נכסים שאין בהם מעילה כתב דנפקא לן כולהו נזקין משור רעהו, וצ״ע מה יענה רש״י לקו׳ התוס׳ דאיכא למפרך מה לקרן שכן אינה מועדת מתחילתה. וביותר צ״ע דמסתימת ד׳ רש״י נראה דגם אדם נלמד מהך גזה״כ, ובזה ודאי צ״ע האיך אפ׳ ללמדו משאר המזיקים דקילי מיניה ...

ונראה דרש״י ס״ל דאיכא חילוק בין פטור הקדש לכל שאר ההלכותיהן, דכל ההלכותיהן הם דין במזיק, דהמזיק דאש פטור בטמון והמזיק דבור פטור בכלים וכדו׳, ולהכי ל״ש למגמר חד מחבריה, משא״כ הך מיעוטא דרעהו ולא הקדש ל״ה דין במזיק אלא דין בניזק, דמהך קרא ילפי׳ דהקדש ל״ל תביעת נזקין, ומה״ט ס״ל לרש״י דליכא למפרך מה לקרן שכן אינה מועדת מתחילתה, דכיון דשורש הדין הוא מצד הניזק דל״ל זכות תביעת נזיקין אין נפק״מ אם נעשה ההיזק ע״י מזיק קל או ע״י מזיק חמור, דהקדש ל״ל תביעת נזקין כל עיקר.

ובד׳ התוס׳ שמיאנו בזה צ״ל דאינהו פליגי ע״ז וס״ל דאיכא להקדש זכות תביעת נזקין, אלא דהך פטור הוא ככל שאר ההלכותיהן, דכמו דאיכא פטור כלים בבור וטמון באש וכדו׳ הכ״נ איכא פטור ״הקדש״ בכל המזיקים. ולהכי סברי התוס׳ דצריך מקור לזה בכל מזיק ומזיק, וליכא למילף לשאר המזיקין מקרן שאינה מועדת מתחילתה...״.

ב

3. **רש״י בל״א** כתב: ״לישנא אחרינא להכי נקט שור הקדש ולא מוקי לה באכילת בהמתו שדה הקדש משום דלא משכחת לה דאי שדה חרם לכהנים הוי וכשדה הדיוט דמי וליכא למימר ק״ו

להקדש ושדה הקדש נמי דהוי לצורך בדק הבית או המקדיש פודהו לאלתר או מוכרין אותו לאלתר לאחר וכשיוצא ביובל לכהנים הוי דכתיב (ויקרא כז) והיה השדה בצאתו ביובל וגו׳ דלכהנים הוי ואי קודם פדייה אין מעילה בקרקעות דכל המחובר לקרקע כקרקע דמי״.

וצ״ב מה כוונתו, האם ס״ל שבשן ורגל חייבים כשהזיקו הקדש ופליג על ל״ק, או לא.

והנה, לכאורה, כוונת רש״י בל״א היא לחלוק עמש״כ בל״ק דה״ה לכל שאר נזקין שאם מזיק את ההקדש פטור, וס״ל בל״א דאכן רק בקרן התמעט מזיק הקדש מקרא דרעהו, וע״ז קאמר הל״א דהא דלא מוקמינן לקו״ח להקדש דר״ע אשן דלא נתמעט בה מזיק הקדש, ה״ט משום דלא משכחת לה.

אולם אם זוהי כוונת רש״י, הא אכתי קשיא דשפיר משכח״ל באכלה פירות הקדש תלושין קודם פדיה. ולכן פירש **המהר״ם** דבאמת גם לל״א דרש״י ה״ה לכל שאר נזקין שאם מזיק את ההקדש פטור, אלא דהוקשה לל״א אמאי **נקטה הגמ׳** בקושייתה אילימא דנגח תורא דידן לתורא דהקדש ולא נקטה אילימא דאכל תורא דידן לשדה דהקדש, דהא אדברי ר״ע דברייתא קאי ור״ע איירי באכילת שדה חבירו כדכתיב וביער בשדה אחר וכו׳. וע״ז תירץ דמשו״ה נקטה הגמ׳ הכי משום דלא משכחת שן בהקדש בגוונא דכתיב בקרא באכילת מחובר, ומשו״ה נקטה הגמ׳ נגיחה דמשכח״ל בהקדש בגוונא דכתיב בקרא.

מהר״ם מלובלין: ״רש״י ד״ה שור רעהו אמר רחמנא כו׳ ל״א להכי נקט שור הקדש ולא מוקי לה באכלה בהמתו שדה הקדש משום דלא משכחת וכו׳. יש להקשות הא משכחת שן בהקדש כגון דאכלה בהמתו חיטין של הקדש ונראה דהשתא נמי בלשון זה ס״ל דכל נזיקין פטור בהקדש ולכך ליכא לאוקמיה לפי האמת הא דקאמר וק״ו להקדש בהכי אלא דבא לתרץ דלמה נקטא הגמרא אילימא דנגח תורא דידן לתורא דהקדש ולא נקטא הגמ׳ אילימא דאכל תורא דידן שדה של הקדש דהא אדברי ר״ע דברייתא קאי ור״ע איירי באכלה שדה חבירו כדכתיב ובער בשדה אחר מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם וה״ל להגמרא נמי למינקט בהכי ותירץ דלהכי נקט שור הקדש וכו׳ כדכתיב בקרא כי יגוף שור וגו׳ משום דלא משכחת שן בהקדש בגוונא דכתיב בקרא דהיינו ובער בשדה אחר משום דלא משכחת שדה של הקדש וכו׳ וק״ל״.

אולם לפי״ז צ״ב דברי רש״י דהא לפי״ז שתי הלשונות צריכי להדדי, דל״ק אמרה שהפטור הוא בכל הנזיקין, ול״א הוסיף למה שבק לשון הברייתא. **ובפנ״י** ביאר ששני הלשונות באים לבאר מדוע לא נקטה הגמרא באופן הברייתא, ל״ק ביארה משום שהמיעוט איירי בקרן, ול״א משום משום דלא משכחת לה בשן ורגל: ״ברש״י בד״ה שור רעהו אמר רחמנא וכו׳ והוא הדין לכל שאר נזקין דפטירי בשל הקדש. נראה לי פירושו דלכך נקט הש״ס בלשון הקושיא אילימא דנגח תורא דידן ולא נקט אילימא דאכל שור דהדיוט שדה הקדש דמזה איירי ר״י ור״ע, לזה פי׳ דניחא ליה לש״ס לפרש אקרן דעיקר רעהו כתיב ביה אבל ממילא מוכח דבכל הנזקין הדין כן, משא״כ אילו הוי אמר אילימא דאכל תורא דידן לא הוי שייך לומר רעהו אמר רחמנא, ואתי שפיר הא דנקט נגיחה בלשון קושיא דאלימא בשביל הפירכא דרעהו (כיון דלא שייך שדה גבי הקדש וא״כ אין לפרש לשון הברייתא) שכן לשון סוגיית הש״ס דאין כאן מקשן ותרצן אלא סוגית הש״ס רהטא ואזלא, ועל זה פרש״י ל״א דלכך שביק הש״ס משן ושדה דאיירי ביה בברייתא כיון דלא שייך שדה גבי הקדש וא״כ אין לפרש לשון הברייתא כצורתה ונקט שפיר נגיחה שהוא הראשון שבנזקין, ומ״מ צ״ל גם לפי״ז דלבתר דפריך רעהו אמר רחמנא לא מצינו לאוקמי ג״כ בשאר נזקין דשן ורגל דמרעהו ממעטי כולהו אלא עיקר כוונת רש״י דלא נקיט כלשון הברייתא ממש, והארכתי לפרש כן דאל״כ הוי שתי לשונות של רש״י צריכין זה לזה ועיין במהר״ם״.

ויש לציין, שפירוש זה של **הפנ״י** בדעת הל״ק נמצא גם **במאירי**: ״וגדולי הרבנים כתבו שאף בנזקי שן ורגל פטור בהקדש דכולהו ילפי מקרן והאי דנקט הכא דנגחיה וכו׳ אף על גב דהאי מיטב גבי אכילה כתיב משום דקרא דממעטינן מיניה הקדש בנגיחה כתיב ומכל מקום אף בשן ורגל ממעטינן ליה״.

ועוד יש לציין שכפי פירושם שרש״י בשני פירושיו ס״ל שמיעוט רעהו הוא לכל הקדש, רק פליגי מדוע נקטה הגמרא מקרה של קרן, כך משמע: 1. מלשון רש״י להכי נקט, שזה על לישנא דגמרא. 2. ברש״י לקמן ט ע״ב דכל נזקין פטורין בהקדש וילפינן כולהו משור רעהו. [אמנם עיין לקמן בדברי יחזקאל שפירש כמו האופן הפשוט בהבנת רש״י, ודלא כמהר״ם ופנ״י].

ג

ובסוף דברי **רש״י** כתב: ״ואי קודם פדייה אין מעילה בקרקעות דכל המחובר לקרקע כקרקע דמי״. וצ״ב מה כוונתו. ונאמרו בזה שני דרכים:

1. כתב **המהרש״ל בחכמת שלמה**: ״רש״י בד״ה שור רעהו כו׳ אין מעילה בקרקעות נ״ב פירוש **וחייב עליהם כמו שאר נכסי הדיוט** דהא קתני הכא במתני׳ לקמן נכסים שאין בהן מעילה כו׳ אבל מ״מ ללשון ראשון אף כה״ג פטור מאחר שסוף סוף הקדש הוא וילפינן כולהו מהדדי כמו שפירשו בתוס׳ ונכסים שאין בהן מעילה לאו דוקא קאמר אלא לדיוקא אקדשים קלים כדלקמן ודו״ק״.

וכוונת המהרש״ל היא דל״א נמי ס״ל כל״ק דהפטור של מזיק הקדש הוא לא רק בקרן אלא גם בשן. אלא דל״ב באה ליישב מדוע א״כ לא נקטה הגמ׳ בקושייתה שן דאיירינן בה. וע״ז תירץ רש״י בל״ק דזהו משום דעיקר פטורא דמזיק הקדש בשן נלמד ממיעוטא דפרט להקדש האמור בקרן. בל״ב תירץ רש״י דזהו משום דבשן דכתיבא בקרא, דהיינו באכלה מחובר, באמת ליכא פטורא דמזיק הקדש, דפטורא דמזיק הקדש נאמר רק בהקדש שיש בו מעילה, ובמחובר דלית ביה מעילה ליכא פטורא דמזיק הקדש. אבל ל״ק ס״ל דפטורא דמזיק הקדש אינו בהקדש שיש בו מעילה דוקא, אלא כל דהוי ממון הקדש פטור על היזקו, וא״כ שוב אין לומר דהא דנקטה הגמ׳ בקושייתה קרן ולא נקטה שן זהו משום הטעם שנתבאר בל״א, ובע״כ איפוא דזהו משום הטעם שנתבאר לעיל דעיקר פטורא דמזיק הקדש ממיעוטא דכתיב בקרן הוא דילפינן ליה.

אמנם קשה על פירוש זה, דאם חייב בזה כמו בשאר נכסי הדיוט, מדוע הגמרא לא מפרשת את הברייתא שק״ו להקדש קאי בשן שאכלה שדה דהקדש שחייב, שעל זה אמר ר״ע שישלם ממיטב דמזיק. ולכאורה צ״ל לדבריו, שלא שייך לעשות ק״ו בדבר שאין בו קדושה. דנהי ששדה זו היא ממון הקדש, זו לא סיבה מספקת שנעשה ק״ו מהדיוט. היינו שרק בדבר שיש בו קדושה שייך ק״ו להדיוט ולא ממון הקדש.

אמנם, לכאורה ביאור זה נסתר מהגמ׳ להלן דבעינן לאוקומי לקו״ח להקדש דר״ע דאומר הרי עלי מנה לבדק הבית, דאתי גזבר ושקיל מעידית. והרי התם ליכא קדושה, וגם ממון הקדש ליכא אלא רק חוב להקדש הוא דאיכא, ואפ״ה אמרינן קו״ח להקדש. והיינו משום שעכ״פ החוב והתשלומין להקדש הן וא״כ שוב הדרא קושיא לדוכתא דלפי מה שביאר המהרש״ל בל״א דכיוון דלית בהו מעילה חייב אהיזקן, א״כ אמאי לא מוקמינן לקו״ח להקדש דר״ע אהיזק דשן דאכלה שדה דהקדש, דחייב עלה כיון דלית בה קדושה, ומשלם מיטב מק״ו כיוון שהחוב והתשלומין להקדש הם.

עוד קשה, דגם אם נקבל את דברי המהרש״ל שבדבר שאין בו דין מעילה אין קדושה [דהרי אין זה פשוט, שאפשר לומר שזה רק פטור במעילה ולא גריעותא בהקדש, דהרי מחובר ונתלש יש בו קדושה ומועלין בו], עדיין תקשה קושיית **הדברי יחזקאל**, שהרי גם אם אין בממון זה קדושה הרי

הוא ממון הקדש, ושוב קרינן ביה שור רעהו ולא הקדש, דלא מקרי רעהו כיוון שהוא ממון הקדש. לכן מחוורתא כדרך אחרת בפירוש דברי רש״י:

2. מה שכתב רש״י דאין מעילה בקרקעות, כוונתו שמכיוון שאין בהם מעילה פטור מתשלומין, וכמו שביאר **בדברי יחזקאל** [מו אות א]: ״...לכן נראה עיקר בדברי רש״י דאזיל בתר שיטת ראבוותא שהובאו בחי׳ מאירי בסוגיין דבמחובר לקרקע דמיעט הכתוב ממעילה ה״ה דליכא תשלומין ע״ש וזהו שכתב רש״י תהי דשן ורגל חייבין בנכסי הקדש לפום לישנא אחרינא מ״מ בקרקע ליכא חיוב תשלומין מגזה״כ כי היכי דליכא מעילה״. וכן מבואר **במאירי**: ״ולענין מעילה אף הם סוברים שכל שאין בו מעילה אין בו תשלומין ולא נתברר לי״.

ולפי זה ביאור דברי רש״י הוא דלא כמהר״ם ופנ״י דלעיל, אלא דליכא פטור הקדש בשן ורגל. אמנם לכאורה תמוה הוא לומר שאין חיוב תשלומין בקרקע, וכדהקשה **בתוספות תלמיד ר״ת** (בשיטת הקדמונים) כאן: ״...ואית דמפרשי דהיינו טעמא דלא מסיק (אילימא) דאכל תורא ערוגה דהקדש, משום דאמרינן בעלמא אין מעילה בגידולי קרקע ולא מיחייב בתשלומין. ולאו מילתא היא, **דנהי דאין קרבן מעילה, קרן חייב לשלם**״.

ומבאר **בברכת אברהם** על פי יסוד **רבי חיים** בגדר מעילה: [חידושי ר׳ חיים הלוי הלכות מעילה פרק ח]: ״...משום דהך איסורא דמעילה דרשינן במעילה דף י״ח [ע״א] כי תמעל מעל אין מעל אלא שינוי, דמבואר בזה דכל יסוד איסור מעילה הוא משום דין גזל הקדש, וכן מוכח מהא דמעילה שיעורו בפרוטה וצירף את המעילה לזמן מרובה ואכילתו ואכילת חבירו מצטרפין, אשר כל זה הוא משום דדין גזלה ביה, ולהכי הוא דמצטרף בכל גווני, ושיעורו בפרוטה כדין גזל״.

ופירש בברכת אברהם, שלפי זה י״ל דאם מצינו איזה דבר דבהדיוט יש בו דין גזל ורק בהקדש לא, היינו שאין בזה גדר מעילה אע״פ שהוא ממון הקדש, י״ל שעל ממון זה לא הקפידה תורה על הפסידו, כשם שלא הקפידה על המעילה בו, דהרי מעילה הוא מדין גזל הקדש, ולכן פטור מתשלומין בקרקע.

ד

אמנם, הדברי יחזקאל מבאר את הל״א דלא כמהר״ם, אלא ששן חייב בהקדש, ורק בקרקע שאין מעילה פטור. ואם כן הדרא קושיית המהר״ם לדוכתא, מדוע הגמרא לא מעמידה הברייתא ק״ו להקדש באכלה חיטים תלושים של הקדש. **ואולי י״ל בדרך אפשר**, שגם לדרך זו אפשר לפרש כמו המהר״ם, דכוונת רש״י לשאול מדוע לא נקטה הגמרא דומיא דקרא וביער בשדה אחר [ולא קשיא ליה שנעמיד בחיטים תלושים דהקדש כיוון שגם ל״א ס״ל שפטור על זה מדין רעהו ולא הקדש]. ועל זה תירץ שבשן לא משכחת לה. ואם תאמר באכלה שדה הקדש, אזי הפטור הוא לא משום שור רעהו ולא שור הקדש [כמו שאומרת הגמרא בתשובה], אלא שמלכתחילה התורה לא מקפידה על שדה הקדש על גזילו והזיקו [כנ״ל מהברכת אברהם] וממילא אין צורך בפטור מצד רעהו. [היינו, שזה שהגמרא שואלת דווקא מנגיחה ולא משן הוא בכדי שהתירוץ רעהו ולא הקדש יתאים לרוב הפירושים].

סימן כ״ה

א

איתא **בתוספות** [ו ע״ב ד״ה שור רעהו] דס״ל דכולהו נזיקין פטורין בהקדש, ומביא ראייה מירושלמי: ״...וי״ל דכולהו נזקין פטורין בהקדש כדמוכח בירושלמי בריש הניזקין דקאמר התם במה אנן קיימין אי בהכשר נזקין הא תנינא שור רעהו ולא שור של הקדש ואי בנזקי גופו הא תני רבי חייא נזקין להדיוט ואין נזקין לגבוה אלא באומר הרי עלי מנה לבדק הבית משמע דלא משכחת נזקין בהקדש לא בשן ולא ברגל ולא באדם המזיק אלא באומר הרי עלי מנה...״.

וצ״ב, מה יענה הירושלמי שמעמיד הברייתא באומר הרי עלי מנה לבדק הבית על קושית הבבלי דאיכא למיפרך מה לבעל חוב שכן יפה כוחו בניזקין.

ועוד יש לעיין, דבהמשך מתרצים תוספות: ״...ונראה דשאר נזקין דפטירי בהקדש גמירי מקרן ומאדם ומבור דפטר בו פסולי המוקדשים וכ״ש הקדש...״.

וצ״ב, איך לומדים תוס׳ פטור נזיקין שהזיקו הקדש מזה שפטר פסולי המוקדשין בבור וק״ו להקדש, הרי פסולי המוקדשין כבר נפדו והם ממון בעלים [ולכן שור המזיקו חייב דרעהו קרינן ביה כדלקמן נג ע״ב], ובהשקפה ראשונה הוא גזירת הכתוב דוהמת יהיה לו, כיוון שהבעלים לא יכולים לתת את הנבלה לכלבים אלא ניתן לקבורה. ואיך אפשר למילף ק״ו להקדש.

ויובן על פי חקירה בגדר פטור נזיקין בהקדש [**חידושי רבי ראובן** ב״ק סי׳ ד׳]: ״...והנה בהא דפטור אם הזיק את ההקדש יש לחקור אם הוא דין בהשור דשור שאינו של רעהו דהיינו שאין בעליו הדיוט אלא הקדש אינו בכלל ניזקין ופטורין עליו או שהדין הוא בתביעת הניזקין שאם התובע הוא הקדש אין חיוב נזיקין להקדש. ונ״ל להביא ראי׳ מפסולי המוקדשין דהנה יש לחקור בהא דפטרה התורה פסולי המוקדשין בבור וילפינן לה מוהמת יהי׳ לו אם הוא מטעם הקדש כמו בכל אבות נזיקין אלא דהכא פטרה התורה יותר דאפילו אינו ממון גבוה אלא יש עליו דיני הקדש במקצת דברים נמי פטור והא דוהמת יהי׳ לו אין זו אלא ילפותא בעלמא או דעיקר הפטור משום גזירת הכתוב דבעינן שהמת יהי׳ לו לניזק. ונ״ל ראי׳ מתוס׳ ד״ה שור וכו׳ בדף ז שכתבו דפטור הקדש בכל אבות נזיקין ילפינן מאדם ושור ובור שפטרה בו פסולי המוקדשין וכ״ש הקדש ומוכח דפסולי המוקדשין מטעם הקדש הוא דפטור... והנה מהתוס׳ הנ״ל מוכח דפטור הקדש שבשור המזיק וכל אבות נזיקין אינה בהתביעה דהא בפסולי המוקדשין ע״כ הפטור הוא בהשור דהא חיוב הנזקין הוא להדיוט והוא התובע דממון בעלים הוא וכיון דיליף מינה התוס׳ לפטור הקדש בשאר אבות ע״כ צ״ל דמגדר אחד הוא וגם שם פטור הוא בהשור אלא דכיוון דמאדם ושור נמי בעינן למילף אין הפטור בהשור אלא כשהוא נמי ממון גבוה.

... [עפי״ז שכתבתי שאין המיעוט בתביעת הממון יש ליישב קצת סברת הירושלמי שהביאו התוס׳ דבהרי עלי מנה לבדק הבית לא פריך מה להדיוט שכן יפה כוחו בנזקין משום דס״ל דבנזקין אין הקולא בחיוב התשלומין שתביעת חוב של הקדש יהי׳ קל משל הדיוט אלא שהנזק של שור הקדש אין עליו דין נזק אבל בהרי עלי מנה שהחיוב בא ע״י אמירתו לגבוה ואין דנים אלא על חומר התביעה והחוב אם יגבו ממיטב בזה לא מצינו קולא בהקדש]״.

והנה, זה שביאר שהפטור בהקדש הוא לא מחמת התובע שהוא הקדש אלא מחמת השור שאין לו בעלים אזי אין לו דין נזק, הוא דלא כהביאור שנתבאר בשיעור הקודם **בחידושי ר׳ נחום** בשיטת רש״י. ויוצא שחקירה זו מיתלא תליא בין רש״י ותוס׳, דרש״י ס״ל שהוא פטור מצד התובע בהקדש ולכן ילפינן מקרן לכל המזיקין, ואילו לתוס׳ ס״ל שזה פטור מצד השור שהוא לא ממון רעהו.

ומה שביאר סברת הירושלמי שס"ל שאין זו פירכא מכיוון שאין פטור הקדש מצד התביעה הממונית, לפי זה צ"ב מה סברת הבבלי ששאל פירכא זו. ולכאורה צ"ל דפרכינן פירכא כל דהו לפרוך ק"ו, דאע"פ שהסיבה שפטורים בהקדש הוא לא קולא בחיוב התשלומין אלא בחפצא של ההקדש, סוף סוף היא קולא בניזקין ופרכינן כל דהו. או דבזה גופא פליגי הבבלי והירושלמי.

ומוכיח **רבי ראובן** הוכחה נוספת מתוס' [ד"ה ורבי עקיבא] להסברו הנ"ל בדעת התוס': "...עוד יש להביא ראי' מהתוס' שם דף ז ד"ה ור"ע וכו' שהקשו דאי ר"ע כר"ש בן מנסיא ליתני תרי גווני שור בכלל אבות נזיקין שור דאזיק שור דהדיוט ושור דאזיק שור דהקדש והנה אם נאמר דהא דמשלם נזק שלם לר"ש בן מנסיא הטעם הוא משום דכשהחיוב הוא להקדש וההקדש הוא התובע משלם נ"ש אם כן מאי קושיא דמשום זה ל"ש למיתניא באב נזקין מיוחד דלא שייך למיתני באב מיוחד אלא כשהניזק אחר הוא כגון בשור דאזיק אדם ולא כשהתובע אחר הוא ומשום הכי משלם יותר וכמו דל"ש למיפרך דליתני שור ישראל שנגח ושור עכו"ם שנגח בתרי אבות מטעם זה ... ומוכח מקושית התוס' דלר"ש בן מנסיא הדין הוא בהשור דשור של הקדש דין נזקין אחר עליו לשלם נ"ש ומדר"ש ב"מ משמע לרבנן...".

ב

והנה, **הנצי"ב במרומי שדה** הקשה שאיך ילפינן מבור שפטור בפסולי המוקדשין, הרי שם פוטרים רק כשמת השור ולא כשניזק: "תוס' באוה"ד [בדף ז' א']. כתבו דבבור איכא נמי קרא לפטור הקדש מדפטר בו פסולי המוקדשין וכש"כ הקדש. לא זכיתי להבין דהתם לא נתמעט אלא במתו שאין המת שלו דאסור בהנאה, אבל בהוזקו ודאי חייב, ומנלן לפטור בנזקי הקדש...".

אלא דמה שפשוט לו שבור חייב בנזק של פסולי המוקדשין, אינו מוסכם. אמנם כך כתב **המנחת חינוך** [מצוה נג אות י]. אלא **דהפנ"י** [בדף נ"ג] הסתפק בזה.

ואילו **ברמב"ם** [הלכות חובל ומזיק פרק ו הלכה טז] איתא בהדיא שבעל הבור פטור בפסולי המוקדשין גם בנזק ולא רק במיתה: "אדם ושור שדחפו בהמה או כלים או אדם או בהמת פסולי המוקדשין לבור **והוזק** הנדחף בבור או מת או נשתברו הכלים, לענין נזקי אדם או היזק בהמה שלשתן חייבין, האדם הדוחף ובעל השור ובעל הבור, ומשלשין ביניהן, לענין דמי ולדות וארבעה דברים אדם חייב ובעל השור ובעל הבור פטורין, לענין כופר ושלשים של עבד בעל השור חייב ואדם ובעל הבור פטורין, לענין כלים ופסולי המוקדשין אדם ובעל השור חייבין ובעל הבור פטור".

ואם כן י"ל שכך ס"ל לתוס'. והביאור בזה כדלעיל, דכיוון שפטור פסולי המוקדשין אינו מגזרת הכתוב אלא מפני קצת קדושה שיש בו, אזי אין הבדל בין מיתה לנזקין.

ג

וממשיכים **תוספות**: "...וא"ת היכי ילפינן שן מכולהו מה לשן שיש הנאה להזיקה וי"ל דיותר ראוי להתחייב אדם המזיק בידים ממזיק ע"י שילוח בעירה...". **ובשיטה מקובצת** איתא שבעצם איכא למילף הכל מאדם ומקרן [כהבהרת התוס' לקמן שלולי רעהו לא הייתי פוטר אדם גם מקרן], ומה דמייתי בור הוא רק לגופו: "ומדברי תוספות הרא"ש ז"ל נראה דהאי דנקטי התוספות בור לאו למילף מיניה פטורא בהקדש לשאר נזקין דמקרן ואדם נפקי אלא משום דבור גופיה לא נפיק מקרן ואדם דמה לבור שכן תחילת עשייתו לנזק. עיין שם".

ועל מה שכתבו **תוספות**: "...וי"ל דאי לאו דאשכחן דפטור מזיק הקדש לא הוה דרשינן מכי יאכל פרט למזיק אלא למעט חומש לחודיה...". ביאר **המהר"ם מלובלין**: "בא"ד וי"ל דאי לא אשכחן

דפטור מזיק הקדש וכו׳. יש להקשות לא לכתוב רחמנא אלא בור דפטור בו אפי׳ שור פסולי המוקדשין וכ״ש הקדש גמור כמו שכתבו התוס׳ לעיל מזה ואנא אמינא הואיל ואשכחן דפטרה התורה מזיק הקדש בבור הוה דרשינן נמי כי יאכל פרט למזיק למעט מתשלומין לגמרי והוה ילפינן כולהו מינייהו וא״כ רעהו דכתב רחמנא למה לי וי״ל דאי לאו רעהו הוה אמרינן הא דפטר רחמנא שור פסולי המוקדשין בבור לא משום קולא דהקדש הוא משום דלא מקרי של הדיוט אלא משום קילותא דבור הוא כמו דפטור בו אדם וכלים והראיה לפי האמת דכתב רחמנא רעהו גבי שור חייב בו שור פסולי המוקדשין כדאיתא לקמן דף י׳ ופרש״י שם משום דשפיר מקרי רעהו כיון שנפדו ע״ש ואפ״ה פטירי בבור א״כ אי לא כתיב רעהו לא הוה ילפינן ממה דפטר בכור שור פסולי המוקדשין דיהא פטור הקדש בכל הניזקין דהא פסולי המוקדשין לאו הקדש מיקרי ואפ״ה פטירי בבור אלא ודאי קולא דבור הוא גרים וק״ל.

ועל פי מה שנתבאר לעיל יובן **המהר״ם** ביתר הסברה, דלולא רעהו הוה אמינא שהוא גזירת הכתוב בפסולי המוקדשין ולא דין בשור ולא ילפינן אדם מיניה. ומזה שאשכחן ברעהו שהוא פטור בהקדש ילפינן שגם בור הפטור הוא מצד השור שיש עליו דיני הקדש למקצת דברים.

ד

ובמחלוקת רש״י ותוס׳ בפירוש הפירכא ועוד מאי ק״ו להקדש, איתא **בחדושי ר׳ נחום**: ״רכח) אי הכי ר״י ור״ע ממאי דבעידית דניזק וזיבורית דמזיק פליגי וכו׳ ועוד מאי ק״ו להקדש, ופרש״י וז״ל הואיל ומן העידית דקאמר ר״ע אניזק קאי ולאקולי אתא דיהיב ליה מזיק מזיבורית מאי ק״ו להקדש, גריעותא הוי, ולר״ע יפה כחו דהקדש בנזקין וכו׳ עכ״ל. וכונתו דאי נימא דגם לר״ע מיטב היינו מיטב דניזק נמצא דהתורה הקילה עליו שיוכל להפטר בזיבורית דידיה ול״ש ללמוד ד״ז בק״ו להקדש דחמיר. וכבר תמהו התוס׳ דדברי רש״י אינם מובנים כלל, דהא גם לרבי ישמעאל עצם דין מיטב דניזק הוא חומרא ולא קולא, דאלמלא הך דינא הוה מצי ליתן לו כהזיבורית דידיה ובדין מיטב דניזק נתחדש דצריך לשלם לכה״פ כהעידית דניזק, וא״כ אמאי לא מצי׳ למילף להך חומרא בק״ו להקדש שלא ישלם מזיבורית אלא מעידית דהקדש.

ונראה לחדש בזה, דהנה לעיל (אות רט״ו) ביארנו לדין אהני קרא בב׳ אופנים, ונראה דרש״י דרך אחרת עמו, דלאחר דילפי׳ מהך קרא דאיכא דין מיטב דמזיק א״כ אדרבה עיקר דין מיטב הוא מיטב דמזיק ולא מיטב דניזק (דמיטב דניזק ל״ה ״מיטב״), וכל הדין מיטב דניזק הוא רק קולא דהמזיק מצי ליתן את המיטב דניזק ולהפטר עי״ז מהדין מיטב דמזיק.

ולפי״ז א״ש ד׳ רש״י, די״ל דאין כונתו לומר דלרבי ישמעאל כל פרשת מיטב היא רק קולא, דז״פ דפרשת מיטב באה להחמיר עליו שלא יוכל לשלם בזיבורית, אלא כונתו דהך פרט דאהני גז״ש הוי קולא, דאלמלא הך חידושא היה המזיק מחויב לשלם במיטב דידיה וכדילפי׳ מאהני קרא, והגז״ש באה להקל עליו דבידו להפטר במיטב דניזק, וע״ז כתב רש״י דליכא למילף להך פרט בק״ו להקדש...

ובאמת שהדברים מבוארים להדיא בתוס׳ לעיל, דבתוס׳ לעיל הביאו ב׳ היכ״ת דרבי ישמעאל לחומרא ור״ע לקולא, חדא למ״ד בשל עולם הן שמין בכה״ג דזיבורית דמזיק כעידית דעלמא דלר״ע גובה מן הזיבורית ולר׳ ישמעאל צריך ליתן לו מעידית דניזק, ועוד בכה״ג דל״ל עידית דניזק ויש לו כסף, דלרבי ישמעאל צריך ליתן לו כסף ולר״ע הרי הוא יכול להפטר במיטב דידיה עכ״ד. ומבואר להדיא בדבריהם דאליבא דרבי ישמעאל עיקר דינו הוא מיטב דניזק, דאי נימא כמש״נ בד׳ רש״י דיסוד דינו הוא מיטב דמזיק וכל הדין מיטב דניזק הוא קולא דבידו לפטור א״ע בעידית דניזק, פשיטא דבהיכ״ת הנ״ל מצי המזיק להפטר במיטב דידיה כמו לר״ע. ונמצא דהתוס׳ בסוגיין אזלי לשיטתייהו לעיל...״.

סימן כ״ו

א

איתא בסוגין [ז ע״א וע״ב]: ״אלא אמר אביי: כדמר; דתניא: הרי שהיו לו בתים שדות וכרמים, ואינו מוצא למוכרן - מאכילין אותו מעשר עני עד מחצה; והוי בה מר, היכי דמי? אי הוזל ארעתא דכ״ע ודידיה נמי זל בהדייהו, אפילו טובא נמי ליספי ליה, דהא זול דכ״ע נמי! אלא דאוקיר ארעתא דכולי עלמא, ודידיה איידי דעייל ונפיק אזוזי זל ארעיה אפילו פורתא נמי לא ליספו ליה! ואמר מר עלה: לא צריכא, דביומי ניסן יקרא ארעתא וביומי תשרי זל ארעתא, דכ״ע נטרי עד ניסן ומזבני, והאי הואיל ואצטריכא ליה זוזי זבין כדהשתא, עד פלגא אורחיה למיזל, טפי לאו אורחיה למיזל; והכא נמי גבי נזקין, דיניה בעידית, ואי א״ל איהו: הב לי בינונית טפי פורתא, א״ל: אי שקלת כדינך שקול כדהשתא, ואי לא - שקיל כיוקרא דלקמיה״.

ומבואר בדברי הראשונים ארבע פירושים לדברי הגמרא: **שני לשונות ברש״י, הבנת תוס׳ ברי״ף והבנת רמב״ם ברי״ף.**

ובשימת לב להבדלים שביניהם: 1. בנושא המדובר. 2. בגירסת הגמרא. 3. בפירוש הברייתא עד מחצה. 4. בפירוש הגמרא טובא ופורתא. וכמובן שלאחר ביאור כל שיטה, צלה״ב הסברא שבכל שיטה. ולקמן ישולבו ביאורי הראשונים עם ביאור **הנחלת דוד**.

1. **רש״י בל״ק** פירש: ״**מי שהיו לו שדות בתים וכרמים - שוה מאתים זוז** ותנן במסכת פאה (פ״ח מ״ח) מי שיש לו מאתים זוז לא יטול לקט שכחה ופאה ומעשר עני דלאו עני הוא ונמצא גוזל עניים היו לו מאתים זוז חסר דינר ונתנו לו שוה אלף זוז בבת אחת הרי זה יטול **וזה יש לו בתים שדות וכרמים שוה מאתים זוז** אבל אינו מוצא למכור מאכילין אותו מעשר עני **עד מחצה שוה מאה זוז** וקרקעותיו ימכור במאה זוז דטפי מפלגא לא זיילי לעולם והרי יש לו מאתים זוז... **אפילו טובא נמי ליספו ליה** - שהרי עכשיו אין שוה מאתים זוז ותנן (שם /פאה פ״ח מ״ח/) היו לו מאתים זוז חסר דינר אפילו נתנו לו שוה אלף זוז בבת אחת יטול. **אפילו פורתא נמי לא ליספו ליה** - שהרי שוות קרקעותיו מאתים זוז. **דביומי ניסן יקרי ארעתא** - מפני שהלוקח ניר חורש אותן בימות הקיץ וזורע בתשרי ובמרחשון וביומי תשרי זילי שאין סיפק לזורען באותה שנה. **זבין כדהשתא** - בתשרי משום דאיצטריך לזוזי הלכך עני לא הוי דיטול שוה אלף דינר הואיל וביומי ניסן שוות קרקעותיו מאתים ועשיר לא הוי הואיל ולכולי עלמא נמי לא הוי שוין השתא מאתים הלכך משלימין לו עד מאתים והיינו מחצה דעד פלגא אורחיה למיזל טפי לא״. ועיי״ש המשך הסוגיא.

וביאר **בנחלת דוד**: ״גמ׳ אלא אמר אביי כדמר הרי שהיו לו בתים כו׳ מאכילין אותו מעשר עני עד מחצה כו׳. ד׳ שיטות בזה, רש״י גריס היכי דמי אי הוזל דכולי עלמא כו׳ אפילו טובא **ליספי ליה** ואי דאוקיר דכולי עלמא ודידיה איידי דעייל ונפיק אזוזי כו׳ אפילו פורתא **לא ליספי ליה**. ועפ״י גירסא זו פירש ב׳ פירושים, לפירוש קמא מיירי **בעני** שהיו שווים קרקעותיו מאתים בצמצום בשעת היוקר ובשעת הזול אינם שווים מאתים נמצא דהוא עתה עני גמור, ופירושו דעד מחצה היינו **מחצה בנכסיו** דהיינו מאה זוז ולא יותר, ולא הוה דינו כעני גמור ליטול אפילו אלף בבת אחת, ופירושא דפורתא או טובא קאי על כמות הנתינה לא על איכות ההזלה, ור״ל דמלת פורתא או טובא נמשך אל זה שאמר למטה ליספו ליה או לא ליספו ליה, והכי קאמר אי דהוזל דכולי עלמא א״כ אמאי לא יהא דינו כעני גמור לכל הלכותיו ליטול אפילו אלף בבת אחת, ואי דאייקור דכולי עלמא אפילו פורתא כו׳ שהרי שוות הם מאתים זוז ובתר כולי עלמא אית לן למיזל לא בתר דידיה, ומשני לא צריכא כו׳, ור״ל דלעולם דלכולי עלמא נמי הוזל כגון דהוא ביומי תשרי ואפ״ה לא חשבינן ליה כעני גמור כיון דביומי ניסן ודאי יהיו שוות מאתים, ולכך יהבינן ליה מאה זוז לתשלום מאתים ולא יותר, ופירוש זה הוא נכון בלישנא דגמ׳ ובסברא. אלא דקשה קצת לפירוש

זה דאמאי לא קמפרש הברייתא כמה נכסים יש לו כיון דמיירי דוקא בעני, ופשטא דלישנא דברייתא משמע דמיירי אפילו ביש לו הרבה, דהא סתמא קתני מי שיש לו כו' דמשמע אפילו טובא...".

אלא שצ"ב לשיטה זו, במה שאמר דאי זל רק ארעתא דידיה לא יטול, דלכאורה עכשיו שאין לו אפשרות למכור בשיווי האמיתי של שדהו, יהיה דינו כמו דאיתא במשנה [מסכת פאה פרק ה משנה ד]: "בעל הבית שהיה עובר ממקום למקום וצריך ליטול לקט שכחה ופאה ומעשר עני יטול וכשיחזור לביתו ישלם דברי ר' אליעזר וחכמים אומרים עני היה באותה שעה".

וצריכים לומר דשאני הכא שיכול למכור בפחות ממאתיים ויש מה לאכול, ולכן כרגע ששדהו שווה מאתיים אין לו זכות ליטול מעשר עני. משא"כ בבעל הבית העובר ממקום למקום שאין לו מה למכור באותו מקום וממילא אין לו מה לאכול ולכן עני היה באותה שעה.

ובמסקנת הפירוש בברייתא לפירוש זה, ביומי תשרי אינו נחשב לעני ממש כיוון ששוות שדותיו מאתיים זוז בניסן ולכן אין נותנים לו יותר ממחצה, לאידך אינו נחשב לעשיר כיוון שעכשיו אינו יכטל למכור במחיר שיהיה עשיר.

והנה, צ"ב זה שחשבינן השיווי האמיתי כפי היוקרא דלקמיה ולא שיוויו עכשיו, שלכאורה כדהשתא הוא שיוויו האמיתי, וכפי שהקשה **בתוספות רבינו פרץ**: "...וקשה לפירוש זה דכיון דהשתא מיהא אין קרקעותיו שוות רק מנה א"כ השתא מיהא עני הוא וא"כ [אפילו] אלף זוז בבת א' יטול כדתנן מי שהיו לו מאתיים זוז חסר דינר א' אפילו [נתנו] לו אלף זוז לקט שכחה ופאה בבת א' ה"ז יטול...".

וביאר **בדברי יחזקאל** [סימן מו] שהוא משום שכל העולם מחכה למכור רק ביומי ניסן, ולכן זהו מחירו האמיתי: "...יש לדקדק דמ"ט הוצרך אביי להקדים דברי רבה לענין מעשר עני וכי לא ידע אביי דביומי ניסן יקרי ארעתא וביומי תשרי זל ארעתא, וע"כ נראה דזהו גופא הוכיח אביי מדברי רבה דשאני הך יוקרא דניסן ותשרי מיוקרא דעלמא דנהי דבשאר דוכתי אזלינן כשער דהשתא, מ"מ כאן שאני מדתניא דאין מאכילין אותו מעשר עני אלא עד מחצה ולא יהבינן ליה אלף בב"א כשאר עני, אלמא דאמרינן דאפילו ביומי דתשרי יש לו שיווי מאתים אף על גב דאם ירצה למכור עכשיו לא יטול אלא מנה משום דיוקרא דניסן משוי ליה השתא שווי דלקמיה, והא דיהבינן ליה עד מחצה הוא מטעם שכ' הש"מ בשם המאירי דהר"ז דומה להא דתנן (בפאה פ"ה מ"ד) בעה"ב העובר ממקום למקום מאכילין אותו לקט שכחה ופאה אף על פי שהוא עשיר במקומו ואינו חייב לשלם אף כשיגיע לביתו משום דעני היה באותה שעה, ואף זה הואיל ואינו מוצא למכור אלא בהפסד גדול הרי הוא עני באותה שעה יעו"ש, ור"ל כמו דבבעה"ב העובר ממקום למקום אין נותנין לו יותר מכדי צרכו אלא כדי שיגיע לביתו, דליותר מזה הרי הוא עשיר ה"נ הכא כיון דבאמת יש לו מאתים אף בתשרי אלא שאינו מוצא למכור ומש"ה משלימין לו שיקבל המאתים שיש לו, ועיקר טעמא דשאני הך יוקרא דניסן מיוקרא דעלמא נראה פשוט דבשאר יוקרא השיווי דלקמיה הוא התחדשות שעתיד לבא שהרי עכשיו כ"ע מוצאים לקנותו כשער הזול ואין שום אחד מונע מלמכור בשער הזול בשביל יוקרא דלמחר, משא"כ הכא דאף דבתשרי זל ארעתא מ"מ כ"ע נטרי עד ניסן ומזבני וכל מי שרוצה לקנות בתשרי ג"כ צריך לשלם כשער דניסן אלא דהך גברא כיון דאיצטריכא ליה זוזי מוכרח למכור בזול ואין דחקו של זה וכיו"ב משוי ליה עכשיו לשער הזול ונמצא דעצם השיווי דניסן הוא שוויו דכל השנה...".

ב

2. **רש״י בלישנא אחרינא** פירש: ״**מאכילין אותו מעשר עני עד מחצה** לאו אעני קאי אלא אכל אדם שצריך מעות למזונות והיו לו בתים שדות וכרמים ואינו מוצא למכור אפילו בחצי דמיהן מאכילין אותו מעשר עני עד שיתייקרו קרקעותיו שיוכל למכרן בחצי דמיהן. **אפילו טובא נמי** - אפילו מצי לזבונינהו טובא יותר מחצי דמיהן ליספו ליה עד שיוכל למכור בשוויהן דהא מכה דכולי עלמא הוא ולא פשע מידי. **אפילו פורתא נמי** - אפילו אין יכול למוכרן אלא פורתא לא ליספו ליה דפושע הוא. **עד פלגא אורחיה למיזל טפי לא** - הלכך אם יכול למכור בחצי דמיהן אין מאכילין אותו מעשר עני דזה דרכו ואם הוזלו טפי מאכילין ולא יפסיד, ותפוס לשון ראשון״.

וביאר **בנחלת דוד**: ״...ועוד פירש רש״י בלשון שני דמיירי **בעשיר** שאפילו לפי שעת הזול שוות קרקעותיו הרבה יותר ממאתים זוז, **ופירושו דעד מחצה הוא לפירוש זה עד שימצא לכל הפחות למכור קרקעותיו בחצי דמי שוויין**, דאז תו לא מרחמינן עליו ואמרינן זיל ומכור בחצי דמיהן, אבל אם צריך להוזיל יותר מרחמינן עליו ונותנים לו מעשר עני עד שיוכל למוכרן על כל פנים בחצי דמיהן, ומקשה אי הוזל דכולי עלמא כו׳ א״כ אמאי לא מרחמינן עליו עד שיוכל למכור בשוויין ממש כיון דלא פשע מידי, ואי דאייקור כו׳ אם כן פשע במאי דעייל ונפיק אזוזי ולא בעינן לרחומי עליו כלל אפילו שאינו יכול למכור רק בפחות הרבה מחצי דמיהן, ומשני לא צריכא כו׳ ר״ל לעולם דמיירי בהוזל דכולי עלמא ולכך בעינן לרחם עליו עד שימכור בשוויין ממש, רק שביומי תשרי חצי דמיהן היינו דמי שוויין כיון דהכי אורחייהו למיזל עד פלגא. ולפירוש זה מתפרש מלת פורתא וטובא על איכות ההזלה לא על כמות הנתינה, וגם אינו מקושר במאמר ליספי ליה ולא ליספי ליה רק דמאמר ליספי הוא מאמר בפני עצמו.

ופירוש זה דחוק טובא בין בפשטא דלישנא דהגמ׳ ובין בסברא, חדא דלישנא דעד מחצה משמע יותר כפירוש קמא, ועוד לישנא דפורתא וטובא משמע דקאי על כמות הנתינה, ועוד דמפסיק ללישנא דטובא ליספו ליה כו׳ בסכינא חריפא, ופשטא דלישנא וודאי משמע דהוא מאמר אחד וכפירוש קמא. ועוד קשה טובא בסברא בין בהוזל דכולי עלמא ובין באייקור דכולי עלמא, דבהוזל אין הסברא נותנת כלל שיטול מעשר עני, דמה בכך שהוזל דכולי עלמא אדרבה כיון דהוזל דכולי עלמא א״כ עכשיו זהו דמיהן ומי יודע אם יתייקר ויחזור לקדמותו או לא, דלמא ישאר כך לעולם או עכ״פ לשנים רבות ובין כך וכך יאכל זה מעשר עני וחדי, וגם באייקור דכולי עלמא דאמרינן דלא יטול כלל כיון דפשע הוא דבר תימא, דמאי פשיעה שייך בזה במאי דעייל ונפיק אזוזי, כי מה יעשה העני בעניו אשר עולליו שאלו לחם ופורש אין להם (עפ״י איכה ד, ד) אם לא ישתדל למכור קרקעותיו להחיות נפשו ונפשות ביתו העטופים ברעב, אטו בשביל שלא הסתיר עניו לקיים בעצמו יש מתעשר ואין כל (עפ״י משלי יג, ו) קנסינן ליה אתמהא. ועוד קשה דלהך לישנא הוה ליה להש״ס לפרש לעולם דהוזל דכולי עלמא נמי ולא צריכא כו׳, דבשלמא לפירוש קמא ניחא דלא הוצרך לומר לעולם כיון דבמאי דמשני לא צריכא הוי פירושא דהוזל, ורצה לומר דההזלה הוי מחמת שהוא יומי תשרי ולא היתה שם הזלה אחרת זולת זה, אבל לפירוש השני שע״כ אתי לאשמועינן בהוזל יותר ממחצה א״כ הוה ליה למימר לעולם דהוזל דכולי עלמא נמי, שכן הוא מדרך הש״ס בכל מקום...״.

וצריכים לומר שזה שמרחמים עליו אי הוזל דכולי עלמא איירי שזו הוזלה שנובעת מחמת מכה [כגון מלחמה וכיו״ב] דברור שאחרי המכה שוב יוכל למכור לפי שוויין, ולכן מרחמים עליו ונותנים לו מכיוון שלא פשע אלא זו מכה של כולם, משא״כ אם פשע.

ג

3. איתא **ברי״ף**: ״תניא הרי שהיו לו בתים שדות וכרמים ואין מוצא למכור מאכילין אותו מעשר עני עד מחצה הוי בה רבה היכי דמי אי דזול ארעתא דכולי עלמא ודיליה נמי זולא בהדייהו **אפילו פורתא נמי לא ליספו ליה** ואלא דאייקור ארעתא דכ״ע ודיליה איידי דעייל ונפיק אזוזי זלא ארעיה **אפי׳ טובא נמי ליספו ליה** הדר אמר רבה לא נצרכה אלא דביומי ניסן יקרא ארעא וביומי תשרי זלא ארעא דכ״ע נטרי עד ניסן ומזבני והאי הואיל ואיצטריכו ליה זוזי זבן השתא עד פלגא אורחיה למיזל טפי לאו אורחיה למיזל״.

ובתוספות [ד״ה אי דאייקור] הבין דבריו דאיירי בעשיר שלא יכול למכור בשווין [דומיא דלישנא אחרינא של רש״י], אלא שבהיפוך הגירסא וממילא גם הסברא: ״...ורב אלפס מפרש בעשיר ועד מחצה היינו עד שימצא שיקנה אותם לכל הפחות בחצי דמיהן וגרסינן בתר הכי אילימא דזיל ארעתא דכ״ע ודידיה נמי זל בהדייהו אפילו פורתא נמי לא ליספו ליה פירוש אפילו הוזלו כל כך שאפילו המחצה לא יתנו לו לא ליספו ליה כיון דזל ארעתא דכ״ע ושוות מאתים זוז אף לפי הזול אלא דאייקור כ״ע אפילו טובא נמי ליספו ליה פי׳ אפילו מוצא שיתנו טפי ממחצה מ״מ ליספו ליה עד שימצא למוכרן בשויין דמה שאין מוצא למוכרן בשויין לפי שרואין אותו שהוא דחוק...״.

וממשיך **הנחלת דוד**: ״...והרי״ף (ב, א) גרס בסוגיין אי דהוזל דכולי עלמא אפילו פורתא לא ליספי ליה ואי דאיקור דכולי עלמא אפילו טובא ליספי ליה. וגם לפי הך גירסא איכא ב׳ שיטות, דהתוס׳ מפרשי לדברי רב אלפס דמפרש כמו לשון ב׳ דרש״י דעד מחצה הוא עד שיוכל למכרן בחצי דמיהן ומיירי בעשיר, ופריך אי דהוזל דכולי עלמא אפילו פורתא לא ליספי ליה, ר״ל אפילו הוזל כ״כ עד שאינם נותנים בעדם רק פורתא אפילו הרבה פחות מחצי דמיהן אפ״ה לא ליספו ליה, ואי דאייקור דכולי עלמא אפילו טובא נמי ליספי ליה, ר״ל אפילו נותנים לו יותר מחצי דמיהן אפ״ה יטול עד שיוכל למכרן בשויין ממש, ומשני וכו׳. ולפירוש זה לא תיקנו מכל מה שהקשינו על פירוש שני של רש״י, רק מה שהקשינו על הסברא דלהרי״ף אתיא שפיר הסברא, אבל כל מה שדקדקנו בלשון הגמ׳ גם לפי הרי״ף תקשה כן ודו״ק, [רק דלהרי״ף ה״ל להגמ׳ למימר לעולם דאייקור דכולי עלמא, וללשון ב׳ שברש״י ה״ל לעולם דזיל דכולי עלמא]. ובאמת כי כן הוא מדרכם של התוס׳ שלא לדייק כל כך בלשון הגמ׳ רק שיהיה נכון בסברא, ורוב דבריהם הולכים על דרך זה...״.

ד

4. איתא **ברמב״ם** [הלכות מתנות עניים פרק ט הלכה טז]: ״מי שהיו לו בתים שדות וכרמים ואם מוכרן בימי הגשמים מוכרן בזול ואם הניחן עד ימות החמה מוכרן בשויהן, אין מחייבין אותו למכור אלא מאכילין אותו מעשר עני **עד חצי דמיהן** ולא ידחוק עצמו וימכור שלא בזמן מכירה״.

ובכסף משנה: ״ודברי רבינו פשוטים שהם כגי׳ רי״ף אלא שמ״ש שמאכילין אותו מעשר עני עד חצי דמיהם הוא שלא כמו שפירשו לדעת הרי״ף שהם פירשוה לדעתו דהיינו לומר שמאכילין אותו מעשר עני עד שימצא מי שיקנה אותם בחצי דמיהם ורבינו נראה שמפרש מאכילים אותו עד חצי דמי הקרקעות משום דעד פלגא אורחיה למיזל טפי לא ואף על פי שאפשר לדחוק ולפרש לשון רבינו דה״ק מאכילין אותו עד שימצא למכור בחצי דמיהם מכל מקום פשט לשונו משמע הכי אלא דה״ק מאכילין אותו עד חצי דמי הקרקעות״.

ומבאר **בנחלת דוד**: ״...אולם הרמב״ם (פ״ט ממתנות עניים הט״ז) פירש לשיטת הרי״ף רבו וגרסתו על דרך זה, היינו שהוא מפרש ג״כ בעשיר כלשון ב׳ שברש״י, רק שבעד מחצה מפרש כפירוש קמא דרש״י דר״ל עד מחצה בדמיהן. ולפירוש זה שפיר יתפרש מלת פורתא וטובא על

כמות הנתינה כמו לפירוש קמא דרש״י, וגם יהיה מקושר עם מלת ליספו ליה ולא ליספו ליה. ויתיישב כל מה שדקדקנו בין לפירוש ב׳ בין לפירוש קמא בין בלשון הגמ׳ ובין בסברא, דבאמת הסברא נותנת כן שלא יתנו לו רק מחצה בדמיהן, דכיון דמשלמין לו הפסידו במה שהוכרח למכור עתה ביומי תשרי א״כ למה יטול יותר, ושיטה זו מתחוורא טפי מכולם, וגם דברי הרי״ף מתפרשין כן דמסתמא הוא הולך בשיטת הרי״ף רבו, ועיין.

ולכאורה היה נראה עוד ראיה לפירוש זה או לפירוש קמא דרש״י מעיקר שקלא וטריא דסוגיין, דקמתרץ אביי לרומיא דקראי דמיטב וישיב כדמר כו׳ וה״נ נזקין דיניה בעידית ואי אמר הב לי בינונית טפי פורתא כו׳ וא״ל שקיל כיוקרא דלקמיה, ויש להבין לאיזה צורך מדמי לה אביי להא דרבה, אם בשביל דנשמע מדברי רבה שביומי ניסן יקרי ארעא וביומי תשרי זל ארעא, מסתמא מנהגו של עולם כן הוא ולמה לן למילף כן מדרבה, ועוד למה לן כלל להא דיוקרא דלקמיה ולא אמר ואם לא מעלינן ליה כנכסיה דבר מריון כדאמרינן בב״ב (יב, ב) וכפי פירוש התוס׳ שם דבר מריון עשיר הוה ואינו מוכר קרקעותיו רק בדמים מרובים, וה״נ בנידון דידן למה לא יוכל להעלות קרקעותיו אפילו ביותר מכדי שויין של יוקרא דלקמיה.

ובשלמא לפירוש קמא דרש״י מתיישב זה היטב, דבלא״ה ודאי לא מצי להעלות בדמיהן, דגם אביי הוי ידע להך סברא דאי בעי ניזק למשקל סובין שקיל בעל כרחו של מזיק שאפילו בעידית יפה כחו כל שכן בבינונית וכמש״כ רש״י כן להדיא עי״ש, רק דאביי הוי סבר דאפ״ה מצי להעלותן כיוקרא דלקמיה, כיון דחזינן בהא דרבה דעכ״פ גם יוקרא דלקמיה נחשב עתה ביומי תשרי לענין דלא להוי מקרי עני גמור, כמו כן יליף מיניה אביי דלא חשבינן ליה למעלה יותר מכדי דמיהן במה שיטול כיוקרא דלקמיה, ושפיר הוצרך להא דרבה לענין עיקר תירוצו, דבלא״ה הוי אמרינן מה לנו עתה במה שיתייקרו בניסן כיון דעכ״פ עתה אינם שוות כ״כ הוי כמעלה בדמיהן ואינו רשאי, לכך יליף מדרבה דלא מקרי מעלה בדמיהן וכדכתיבנא. וכמו כן לשיטת הרמב״ם (שם) נמי יתיישב על דרך זה, כיון דחזינן בדרבה דנוטל עד מחצה בנכסיו ולא אמרינן כיון דעכשיו הוזל דכולי עלמא לא יטול כלום, ש״מ דגם עכשיו נחשב יוקרא דלקמיה לדבר זה, כמו כן יליף מיניה אביי לענין דרשאי להעלות בדמיהן כיוקרא דלקמיה. אבל לפירוש רש״י ולהתוס׳ אליבא דהרי״ף אינו ענין כלל הא דרבה לעיקר תירוצו דאביי, ואדרבה לפירושם מוכח מדרבה דלא חשבינן כלל ליוקרא דלקמיה לשום דבר רק בתר השתא אזלינן לגמרי דו״ק ותשכח, וא״כ למאי הביא כלל להא דרבה.

וזה היה נראה לכאורה ראיה נכונה לפירוש קמא דרש״י או להרמב״ם, ואף דלהרמב״ם אינו מיושב כ״כ כמו לרש״י, מ״מ מתיישבין דבריו טפי מאינך פירושי. אלא שחוזרני בי, דנהי דנוכל לפרושי כן בנזקין ובעל חוב, מ״מ בכתובת אשה דאין דינה כלל בבינונית הדרא קושיא לדוכתיה למאי הוצרך לדמיונו של רבה ולא אמר מעלינן לך כנכסי דבר מריון, ובע״כ צ״ל דהא דיוקא דדייקינן לאו דווקא הוא וצ״ע ליישב זה. ועוד יש גירסא אחרת בזה בתוס׳ לפי שיטת הרי״ף עי״ש והכל הולך למקום אחד ואין נפ״מ ביניהם לדינא כלל. ותחילת דברי התוס׳ פירש ברש״א דמיירי בעני וכפירוש קמא דרש״י, ויותר היה נראה לפרשם בעשיר וכלשון ב׳ דרש״י, וכן נראה מדברי הגהות אשר״י, ועיין בזה כי קצרתי.

קצרן של דברים לענין דינא, ללשון א׳ של רש״י, לעשיר לא יהבינן כלל בין הוזל דכולי עלמא ובין אייקור דכולי עלמא כיון דעכ״פ שוות קרקעותיו מאתיים זוז, ובעני בלא יומי ניסן ותשרי רק דהוזל מעצמו, אי הוזל דכולי עלמא יש לו דין עני גמור ויהבינן ליה אפילו אלף זוז בבת אחת, ואי אייקור דכולי עלמא אזלינן בתר כולי עלמא ולא יהבינן ליה כלל, ובזילא דיומי דתשרי יהבינן ליה מחצה בנכסיו דהיינו מאה זוז ולא יותר. וללשון ב׳ דרש״י, לעני יהבינן תמיד אפילו אלף זוז אפילו בזילא ביומי דתשרי כיון דבתר השתא אזלינן לפירושו ודו״ק, ולעשיר בהוזל לכולי עלמא יהבינן ליה עד שיוכל למכור בשוויין ממש, ובאייקור דכולי עלמא לא יהבינן ליה כלל אף שאינו מוצא

למכור רק בפחות הרבה מדמי שוויין, ובזילא דיומי דתשרי חשבינן מחצה דמיהן כדמי שווין, ואם הוזלו יותר אזי דינו לענין מחצה כדינו לענין דמי שוויין בשאר ימות השנה וכמו שבארנו. ולהתוס׳ אליבא דהרי״ף לעני ג״כ יהבינן אפילו אלף זוז, ולעשיר בהוזל דכולי עלמא לא יהבינן ליה כלל, ובאייקור דכולי עלמא יהבינן ליה עד שיוכל למכור בשוויין, וזילא דיומא תשרי אזי המחצה יש לו דין דדמי שוויין וכנ״ל. ולהרמב״ם אליבא דהרי״ף, לעני ג״כ אפשר דיהבינן ליה אלף זוז, אף שאין זה מוכרח כ״כ לשיטתו, מ״מ מסתבר לומר כן כיון דלא מפליג הברייתא בהכי, ולעשיר ג״כ כמו שיטת התוס׳ להרי״ף וכמש״כ, ובזילא דיומי תשרי יהבינן ליה עד מחצה בנכסיו והיינו שמשלימין לו הפסידו במה שמוכרח למכור עכשיו ולא יותר, ומחוורתא דסוגיין כהך שיטתא ועיין. ודברי הנימוקי יוסף בזה מעורבבים, שהתחיל בשיטת הרמב״ם דמיירי בעשיר ועל דרך מה שפירשנו בו דעד מחצה בנכסיו, וסיים בשיטת רש״י דמיירי בעני, וכבר התעורר בזה בחידושי אנשי שם, אולם הבקי קצת בדרך הר״ן והנימוקי יוסף דמדרכם להעתיק דברי רש״י כלשונם אף דלא ס״ל כוותיה לא תקשה גם זה, ועיין״.

ה

לסיכום: ארבע שיטות [2 ברש״י, הבנת תוס׳ ברי״ף והבנת רמב״ם ברי״ף. תחילת תוס׳ או כפירוש א׳ של רש״י —מהרש״א, או כפירוש ב׳ —נחלת דוד]. ההבדלים ביניהם: א. בנושא המדובר: ל״ק של רש״י הגדרת עני בכדי לתת לו מעשר עני. ליתר הראשונים מדובר בתמיכה לעשיר שצריך למכור קרקע לא לפי שוויה. ב. בגירסת הגמרא. ג. בפירוש הברייתא עד מחצה, בפירוש הגמרא טובא ופורתא: לל״ק דרש״י ורמב״ם מתייחס על כמות הנתינה ול״ב דרש״י ותוס׳ ברי״ף על כמות הוזלת הקרקע.

וההבדלים בסברא: לל״ק של רש״י מובנת הסברא. דנתבאר לעיל דמחמת יוקרא דלקמיה נחשב כאילו עכשיו הן שוות מאתיים אלא שהוא אינו מוצא למכור רק במאה, ועל ידי שאנו נותנים לו מאה כאילו יש לו לוקח במאתיים. גם מובן הקישור בין מה שהעמיד רבה הברייתא למה שאביי מתרץ, שמה שיכול לדרוש שיתן כיוקרא דלקמיה הוא משום שאם דורש עידית הרי זה מדין מיטב קרקע, אבל בינונית מדין תשלומים, ומוכח מרבה שהמחיר האמיתי הוא כדלקמיה.

גם לרמב״ם מובנת הסברא, שעוזרים לעשיר בהגבלת סכום של עד מחצה. היינו שהשווי האמיתי הוא כדלקמיה, ולכן עוזרים עד שיווי זה, היינו שבתשרי שהקרקע ירדה מחצה מוסיפים לו עד חצי דמיהן כיוקרא דלקמיה. ולכן מובן גם הקישור לאביי.

לרי״ף אליבא דתוס׳ ולל״ב דרש״י יוצא שהשיווי האמיתי הוא כדהשתא, ואכן אם הוזל רק מחצה לא נותנים לו כלום. וצ״ע מה למד אביי מדברי רבה חוץ מהאוקימתא של יוקרא כדלקמיה.

לל״ב דרש״י לא מובנת גם מה הסברא שאם הוזלו דכו״ע שנותנים לו, שאם הוזל לכולם זה המחיר עכשיו ומי יודע אם יעלה שוב אלא שנתבאר לעיל שלכן הוסיף רש״י שזו מכה, היינו שהמחיר יעלה לאחר המכה שוב. גם קשה מה פשע אם טריד ונפיק אזוזי.

הלשונות מתאימים יותר לל״ק דרש״י ורמב״ם. כמות הנתינה גם משתנה לפי הפירושים. שלפי תוס׳ ברי״ף ול״ב דרש״י אין הגבלה בנתינה, אלא כמו שהביא הב״י בשם רבינו ירוחם שמאכילין אותו מדי יום ביומו עד שיוכל למכור כשוויו. ולרש״י ורמב״ם עד מחצה.

הבדלים לדינא:

כמה יתנו:	ל״ק דרש״י	ל״ב דרש״י	רי״ף לפי תוס׳	רמב״ם
לעני שהוזלו קרקעות כולם לפחות ממאתיים זוז	יתנו אפילו אלף	יתנו אפילו אלף	יתנו אפילו אלף	יתנו אפילו אלף
עני שהוזל רק דידיה	לא יתנו	לא מבואר שמא רק בעשיר נקרא שפשע	לא מבואר כמה יתנו, האם עד כדי שווין או אפילו אלף	לא מבואר
עני שביומי תשרי הוזל מחצה	יתנו מחצה היינו מנה	יתנו אפילו אלף כדהשתא	יתנו אפילו אלף כדהשתא	מסתבר שיתנו אפילו אלף
עשיר שהוזלו קרקעות כולם	לא יתנו	יתנו עד שימכור בכדי שווין	לא יתנו כיוון שזה המחיר	לא יתנו כיוון שזה המחיר
עשיר שהוזל קרקע דידיה	לא יתנו	לא יתנו כיוון שפשע	יתנו עד שימכור בכדי שווין	יתנו עד שימכור בכדי שווין
עשיר שביומי תשרי הוזל **יותר ממחצה**	לא יתנו	יתנו עד שימכור בכדי שווין השתא, היינו מחצה	יתנו עד שימכור בכדי שווין השתא, היינו מחצה	לא מבואר אם יתן רק מחצית כמו בברייתא, או שהברייתא היא דוגמא מצויה
עשיר שביומי תשרי הוזל **מחצה**	לא יתנו	לא יתנו	לא יתנו	יתנו עד חצי דמיהן

סימן כ״ז

א

לומד אביי מדברי רבה בעניין יוקרא דלקמיה, לתרץ את הקושיא בין דין מיטב לדין ישלם אפילו סובין [ז ע״ב]: ״והכא נמי גבי נזקין, דיניה בעידית, ואי א״ל איהו: הב לי בינונית טפי פורתא, א״ל: אי שקלת כדינך שקול כדהשתא, ואי לא - שקיל כיוקרא דלקמיה״. חזינן שאם גובים כדינן אזי התשלום הוא כדהשתא, היינו שומת הנכסים כשיווי שבשעת התשלום. ואם רוצה לשנות מעיקר הדין אזי יש מקום לתביעה שישומו כיוקרא דלקמיה [לולי טענת הורעת כוחו וכו׳בנזיקין]. וכן בהמשך הסוגיא חזינן עקרון הנ״ל גם בבעל חוב [לולי טענת נעילת דלת] וכן בכתובת אשה, שתשתלום כדינו הוא כדהשתא ובשינוי כדלקמיה. וצ״ב מה הסברות בזה.

ובחידושי הרי״מ באחד הפירושים ביאר שעיקר התשלום הוא כדלקמיה, אלא שאם משלם כדיניה משלם כדהשתא מדין מיטב שקופצים עליו קונים עכשיו. ואם תובע בינונית הרי וויתר על דין מיטב ולכן דינו כעיקר תשלומי בעל חוב שהוא כדלקמיה: ״...עוד י״ל דכשמשלם כיוקרא דלקמיה חשוב תשלומי מעליא דהא ב״מ צ״ט ע״ב ... וע״כ דחשוב שיוי ואינו מגרע במה שלא נמצא עתה קונים. ואף החולקים י״ל משום דנמצא עתה ג״כ לקנות משא״כ כאן דכולי עלמא נטרי עד ניסן. ומ״מ ס״ד עכשיו דעידית כדיניה בעי למיתב ליה כדהשתא. דס״ל כיון דדינו במיטב והיינו מידי דקפיץ עליו זביני. וכשיתן לו כיוקרא דלקמיה לאו מיטב הוא כנ״ל דעכשיו לא מצי למזבין בשיוי זו כנ״ל. אבל אם רוצה בינונית דלאו כדיניה ע״כ הטעם כיון דהתורה אמרה לטובתו מיטב יכול לומר שמוחל זה הזכות של מיטב וממילא דיניה כשאר בעל חוב ליקח בינונית. וא״כ שוב יהיב ליה כיוקרא דלקמיה כיון דמחל שאין צריך ליתן לו מיטב שוב כיוקרא דלקמיה תשלומין נינהו כנ״ל רק דלאו מיטב כנ״ל. ודחי הגמ׳ א״כ הורעת כוחו כו׳ והתורה אמרה מיטב כו׳. היינו שאין הטעם דמוחל זכות דמיטב רק כיון דכ׳ מיטב וזה אצלו מיטב צריך ליתן לו בינונית מטעם לדידי זה מיטב כו׳. וא״כ שוב צריך ליתן לו כדהשתא שיהיה מיטב דקפיץ עליה כנ״ל״.

אמנם, לכאורה לא מבואר לפי מהלך זה [שתשלום כדהשתא הוא מדין מיטב] מדוע בע״ח דינו כבינונית דהשתא דווקא, דהרי לא נאמר בו מיטב. וגם כתובת אשה דינה בזיבורית כדהשתא, ורק כשמבקשת בינונית כדלקמיה משלם לה כדלקמיה. רואים בזה תרתי: תביעת תשלום רגילה היא כדהשתא, ורק אם מבקש: 1. ניזק בינונית לולי סברת הרעת כח; 2. בע״ח זיבורית לולי סברת נעילת דלת; 3. כתובת אשה בינונית [גם למסקנה] יהבינן להו כדלקמיה. היינו שתביעה רגילה היא כדהשתא ועל ידי בקשה מיחדת כדלקמיה.

לכאורה מחוורתא הסוגיא כפי שביארה **הברכת אברהם** [מהד״ת] דיש שני שומות ששניהם בגדר שומא: יש שומא לגבי קביעת שוויות של מה **שיש לו**, שבזה נקבע האם הוא עני או עשיר, כה״ג שפיר השומא הקובעת שאינו עני הוא מצד זה שלפי יוקרא דלקמיה שווי טפי, דאז הרי יש לו רכוש עם שווי. דכיוון שמונח אצלו ואין דרכו למכור, הרי השומא הנכונה היא שאם יצטרך למכור בוודאי ימכרנו בזמן המתאים למכירה, ואם כן זו השומא לעניין זה.

ויש שומא של מי שחייב היום לשלם כסף, שזה נמדד לפי מה שדרכו למכור היום וכמו כל העברת בעלות שנמדדת לפי יום העברת בעלות.

לכן בסוגיין, כל מי ששקיל כדינו בתביעה רגילה משלם כדהשתא, כפי השומא של המשלם היום, כמו מי שדרכו למכור היום, וכאמור בהעברת בעלות מה שקובע הוא מחיר של היום.

אבל מי שתובע [ניזק, מלוה או אשה] קרקע שמצד הדין אין לו אפשרות לתבוע, צריך להיות התשלום כיוקרא דלקמיה. דמכיוון שלפי הדין קרקע זו **נשארת** אצל הנתבע [מזיק, לוה או בעל],

הרי **אצלו** היא שווה אם נשארת כיוקרא דלקמיה, ושפיר הצדק והיושר שישומו כיוקרא דלקמיה, ורק אם יש נעילת דלת או הורעת כח הוא כדהשתא. ומה שבנזיקין צריכים פסוק לפי הס״ד לשלם כדלקמיה, הוא מכיוון שיש לאידך גיסא סברא לשלם כדהשתא מצד מיטב, ולדידיה נחשבת קרקע בינונית זו לעידית, ואם כן חזרנו לדין [לולי סברת הערעת כח] שזה נחשב לעידית כדינו ולכן התשלום לפי אביי הוא כדהשתא.

ב

איתא **ברא״ש** [פרק א סימן ב] שדין זה שיכול הניזק לבקש בינונית הוא רק לאחר שגילה דעתו שאינה חביבה עליו ומוכן לשלם אותה. וכן כתב שהמזיק יכול לדחותו מעידית לעידית: ״הכי נמי גבי נזקין דיניה בעידית ואי אמר ליה הב לי בינונית טפי פורתא א״ל אי שקלת כדינך שקול כדהשתא ואי לא שקול כיוקרא דלקמיה ופריך ליה רב אחא בר יעקב אם כן הורעת כוחן של נזקין אצל בינונית וזיבורית כו׳ אלא דבעי למיתב ליה בינונית וזיבורית כזולא דהשתא ונראה לי דוקא כדאמר ליה אי בעית למשקל בינונית וזיבורית כיוקרא דלקמי׳ יהיבנא לך דכיון דגלי דעתיה לתתה לו אם ירצה לקחת כיוקרא דלקמי׳ צריך ליתנה לו כזולא דהשתא כיון דאפילו עידית צריך ליתן לו כזולא דהשתא כ״ש בינונית כיון שאין בדעתו לעכב לעצמו שהרי אם ירצה ליקחנה כיוקרא דלקמי׳ יתננה לו אבל אם אמר קרקע זו חביבה עלי ואיני רוצה ליתנה לך כלל לא כייפינן ליה שהרי כל מה שמוטל עליו לפרוע בין לנזקין בין לב״ח בין לכתובת אשה יפרע לפי דעתו ולא לפי דעת הגובה כגון אם יש לו כמה קרקעות שכולן עידית יתן לו איזה קרקע שירצה ולא יכול לומר לו בקרקע זו אני חפץ וכן לב״ח בבינונית ולכתובת אשה בזיבורית וכן נמי אם אמר הניזק תן לי בינונית או זיבורית והמזיק אומר איני חפץ ליתן לך מהם כי הם חביבים עלי אין כופין ליתנם לו ולא שייך בו הורעת כחו של נזקין אצל בינונית וזיבורית דרחמנא אמר מעידית וכו׳ דלא הורע כחו יותר מבעידית אלא הם שוין לו וכי היכי דיכול לדחותו מעידית אל עידית ה״נ יכול לדחותו מבינונית אל עידית ולעולם אין כופין למשלם ליתן מנכסים אלא מה שלבו חפץ ובלבד שלא יפחות לו מדינו לנזקין בעידית ולב״ח בבינונית ולכתובת אשה בזיבורית ולא יבררו מנכסין שום קרקע לומר בזה אנחנו חפצים וכן לענין מטלטלין נותן לו מאיזה חפץ שירצה אבל כיון שגילה דעתו שאין חפץ לשייר קרקע זה לעצמו אלא שרוצה לדוחקו שיקחנו כיוקרא דלקמי׳ מחמת שהניזק חפץ בה צריך ליתנה לו כזולא דהשתא דאל״כ הורע כחו של נזקין אצל בינונית וזיבורית...״.

וחלק עליו **בהגהות אשרי**: ״אבל התוספות וכן בא״ז וכן מהרי״ח לא חלקו בזה אלא לעולם יגבה מזיק מבינונית אם ירצה וכן ב״ח מזיבורית״.

ובים של שלמה [בבא קמא פרק א סימן יא] הקשה על הרא״ש, דלכאורה לא גילה דעתו שאין קרקע זו חביבה עליו, ומה שהסכים לתתה הוא רק מפני שהיה מרויח כיוקרא דלקמיה: ״...ומ״מ לא נהירא לי דעתו, כי מה גילה בזה שרוצה ליתן כיוקרא דלקמן. מאחר שהרשות כבר בידו לומר חביבה לי ולא אתן. וכי בזה יפסיד, שבעבור יוקרא רוצה ליתן אף על פי שחביבה לו. וכי יתן אדם כל הון ביתו בעבור קרקע החביבה לו, וכי בוז יבוזו לו המוכרים. ומה חילק גילה בדעת זה. (דלמה) [דילמא] הוא סובר ליקח הריוח של יוקרא דלקמן. ורוצה ליקח אחרת (בזו) [כזו] כזולא דהשתא. ולפעמים חביב בעיני האדם כלי אחת. מ״מ אם אתה מוסיף בדמים אז הוא מוכר. ולמה כייפינן כזולא:

לכן אני הולך בעקבי הקדמונים שלא חלקו בזה. אלא לעולם שייך הורעת כח, כי מה שצותה התורה ליתן מעידית לטובת הניזק. א״כ כמו שלא יוכל לסלקו מעידית לבינונית, ואפי׳ לעידית דעלמא. רק לעולם מן המובחר שלו צריך ליתן. ג״כ ממילא מבינונית לעידית. שאם נראה בינונית

או זיבורית בעיני דניזק הרשות בידו, ונקראת לו עידית. ונהי דהדין עמו שיכול לדחותו מעידית לעידית. אבל כה״ג יכול לומר זה עידית בעיני, מאחר שנותנים לי יותר במידת הקרקע. וכן פוסק הרמ״ה בטור ח״מ, וכן מצאתי הגה״ה באשר״י (סימן ב׳). וז״ל, אבל תוספו׳ (ח׳ ע״ב ד״ה אבל) וכן בא״ז וכן מהרי״ח לא חלקו בזה, אלא לעולם יגבה ניזק מבינונית אם ירצה. וכן בעל חוב מזיבורית ע״כ הג״ה...״.

ובנחלת דוד ביאר דעת הרא״ש שבתביעת יוקרא דלקמיה שפיר יש גילוי דעת שאינה חביבה עליו: ״...ובעיקר סברת הרא״ש נלפע״ד דלא מיקרי גילוי דעת רק היכא שרוצה ליתנה ביוקרא דלקמיה, אבל אם מעלה אותה בדמים מרובים יותר הרבה מיוקרא דלקמיה לא מיקרי גילוי דעת כלל, משום דכן הוא מדרכם של בני אדם למכור אף הדבר החביב עליו ביותר בדמים מרובים, דריבוי הדמים חביבים עליו טפי, וא״כ מאי גילוי דעת יש בזה שאינה חביבה עליו כעידית, דגם אם היתה עידית היה מוכרה בדמים אלו, רק היכא דגלה דעתו שרוצה ליתנה לו ביוקרא דלקמיה שבאמת אין זה יותר מכדי שוויו כיון דכו״ע נטרי עד ניסן ומזבני, א״כ חזינן דאינה חביבה עליו ביותר רק שאינו רוצה להפסיד מדמי שוויו בניסן, ובזה הוא דאין שומעין לו דמה לנו אם יפסיד בזו או בזו, כנ״ל פשוט. ובזה יתיישב הא דנקיט בכולה שמעתין כיוקרא דלקמיה ולא קאמר מעלינן לך כנכסי דבר מריון וכמו שהקשינו לעיל, אבל לשיטת הרא״ש ניחא דבלא״ה לא הוי מקרי גילוי דעת כלל, ויתיישב נמי קצת מה שדקדקנו לעיל מה ענין דבריו של רבה לעיקר תירוצו של אביי ודו״ק״.

סימן כ״ח

א

נתבאר בשיעור הקודם מה ההגיון של טענת המזיק [וכן של הלוה והבעל] אי שקול כדינך ואי לאו אזי כיוקרא דלקמיה, על פי ביאור **הברכת אברהם**. פש לן לברורי על עצם תביעת הניזק שישלם המזיק בבינונית. וחזינן במסקנת הסוגיא בדבי רב אחא בר יעקב שמחויב המזיק לשלם לו בינונית כדהשתא. וצ״ב מדוע, הרי אין דינו בבינונית אלא בעידית.

והובא לעיל דעת **הרא״ש**, שהקשה על זה על פי שתי הנחות: 1. ״אם יש לו כמה קרקעות שכולן עידית יתן לו איזה קרקע שירצה ולא יכול לומר לו בקרקע זו אני חפץ״, היינו, שהניזק לא יכול לבחור איזה עידית יקבל, אלא המזיק יתן איזה עידית שירצה. 2. ״אם אמר הניזק תן לי בינונית או זיבורית והמזיק אומר איני חפץ ליתן לך מהם כי הם חביבים עלי אין כופין ליתנם לו״. ומנמק זאת הרא״ש שיכול המזיק לומר על קרקע שתובע הניזק שקרקע זו חביבה עליו. והטעם לכך שבסוגיין יכול הניזק לתבוע בינונית הוא מכיוון שהמזיק **גילה דעתו שאינה חביבה עליו** במה שהיה מוכן לתת לו כיוקרא דלקמן. נמצא דטעם הרא״ש הוא משום **גילוי דעת**.

והנה, מפורש בדבריו דמהני גילוי דעת לתת לניזק בינונית. וצ״ב, האם מהני גילוי דעת לחייב את המזיק מעידית לעידית? היינו אם ביקש הניזק עידית מסויימת, ומוכן המזיק לתת לו כיוקרא דלקמיה, האם אמרינן שחייב לתת כדהשתא?

ובטור [חושן משפט הלכות נזקי ממון סימן תיט] פסק שמהני: ״ואם יש לו שני עידית אין הניזק יכול לומר לו תן לי מעידית פלוני אלא תלוי ברצון המזיק ליתן לו מה שירצה אבל כשהמזיק חפץ ג״כ ליתן לו העידית שבקש אלא שהיא עתה בזול וממתין עד שתתייקר ואומר אם תרצה אותה קחנה כפי מה שעתידה להתייקר אין שומעין לו וצריך ליתנה לו כפי מה שהיא שוה עתה״.

וכן פסק **בשולחן ערוך** [חושן משפט הלכות נזקי ממון סימן תיט סעיף ב]: ״אם יש למזיק שני עידית, אין הניזק יכול לומר לו: תן לי מעידית פלוני, אלא תלוי ברצון המזיק לתת לו איזה שירצה. אבל אם המזיק חפץ לתת לו העידית שבקש, אלא שהיא עתה בזול וממתין עד שתתייקר, ואומר: אם תרצה אותה קח אותה כפי מה שהיא עתידה להתייקר, אין שומעין לו, אלא צריך ליתנה לו כפי מה ששוה עתה״.

אמנם, **הלבוש בעיר שושן** חלק על הטור ושו״ע, **והסמ״ע** [שם ס״ק ד] מיישב דעתם: ״...ניזק דדינו להשתלם מהעידית אלא שייפו חז״ל כח המזיק ליתן לו מאיזה עידית שהוא רוצה ולשייר החביב לפניו, וכיון שהוא גילה דעתו שאינו מבקש לקיים זה לפניו אלא שרוצה להעלות להניזק בדמים כיוקרא דלקמיה, העמידוהו על דינו לשלם ממיטב ממש וכזולא דהשתא. ולא כעיר שושן דכתב דברי המחבר וכתב עליהן ז״ל, ונ״ל דלא נאמרו דברים הללו אלא כשיש למזיק עידית ובינונית ואומר הניזק תן לי בינונית טפי פורתא כו׳, עד אבל בשניהן עידית אפילו אם המזיק גילה דעתו שאינו רוצה להעמיד בידו אותו עידית שמבקש הניזק, א״צ ליתן לו כזולא דהשתא, דמאי שנא זה מכשיש בידו כסף וסובין דאמרינן בסעיף א׳ דיכול ליתן לו סובין משום דמטלטלין כל מילי מיטב הוא ויכול ליתן איזה שירצה, ה״נ הא שניהן מיטב הוא ויכול ליתן לו איזה שירצה, ומהתימה שהטור גם מהרי״ק ז״ל בשו״ע לא דקדקו בזה וצ״ע, עכ״ל עיר שושן. ומהתימה דלפי סברתו ה״ל להקשות דברי הטור (והמחבר) אהדדי מכאן למ״ש בסימן ק״ב הנ״ל. ועוד, מאי מייתי ראיה מכסף וסובין, הלא יש לומר דכמו שהן מחולקין ביש לו שני מיני עידית כתבו דהרשות בידו ליתן איזה שירצה, ואפ״ה כתבו דכשגילה דעתו שאינו מבקש להעמיד הטובה יותר לפניו צריך ליתנו לו כזולא דהשתא, א״כ גם בכסף וסובין נאמר כן. גם י״ל דמשו״ה לא אמרו בהדיא בכסף

וסובין דאם גילה דעתו כו׳ דנותן לו מהכסף כזולא דהשתא, משום דלא שייך בכסף כיוקרא דלקמיה וזולא דהשתא דכל הזמנים שוים בדמי שוויו דהכסף, משא״כ בקרקע שבימי הקיץ שהן עומדין לזרוע ולאכול מהן פירות הן יקרים טפי מכשהן בימי הגשמים...״.

נמצא, שלדעת הלבוש אין גילוי דעת מועיל במקרה של עידית לעידית, שזה זכותו של המזיק לתת איזה שירצה. ורק בבינונית שמבקש בינונית טפי פורתא, אזי מועיל גילוי דעת. ולכאורה הטעם לכך, הוא מכיוון שיש סיבה ברורה להעדפתו הבינונית משום שיקבל טפי פורתא. ולכן אם המזיק גילה דעתו שאין קרקע זו חביבה עליו אזי חייב לתת. משא״כ מעידית לעידית שאין סיבה ברורה להעדפה אין לו שום זכות בעידית השניה, גם אם המזיק גילה דעתו.

ואילו הסמ״ע מסכים עם הטור ושו״ע, שזה שיכול המזיק לבחור איזה עידית לתת הוא מכיוון שהתורה מצד אחד חייבה אותו לתת עידית, ומצד שני נתנה לו את הזכות לשייר לעצמו העידית שירצה. ולכן אם גילה שלא אכפת לו לשייר לעצמו שוב חייב לתת מה שהניזק בחר.

ב

ובים של שלמה [בבא קמא פרק א סימן יא] לאחר שהביא את דברי הרא״ש הקשה עליו [כמובא בשיעור הקודם] וחולק עליו בדינא. תחילה מסכים אתו שאינו יכול לדחותו מעידית לעידית, אבל יכול לתבוע בינונית מכיוון שמרויח במידת הקרקע הרי זו עידית בעיניו. ואחר כך מסיק שאפילו מעידית לעידית יכול לתבוע כיוון שזו עידית בעיניו: ״...לכן אני הולך בעקבי הקדמונים שלא חלקו בזה. אלא לעולם שייך הורעת כח, כי מה שצותה התורה ליתן מעידית לטובת הניזק. א״כ כמו שלא יוכל לסלקו מעידית לבינונית, ואפי׳ לעידית דעלמא. רק לעולם מן המובחר שלו צריך ליתן. ג״כ ממילא מבינונית לעידית. שאם נראה בינונית או זיבורית בעיני דניזק הרשות בידו, ונקראת לו עידית. ונהי דהדין עמו שיכול לדחותו מעידית לעידית. אבל כה״ג יכול לומר זה עידית בעיני, מאחר שנותנים לי יותר במידת הקרקע. וכן פוסק הרמ״ה בטור ח״מ, וכן מצאתי הגה״ה באשר״י...

והנראה בעיני שאפי׳ אם לא רוצה ליתן לו כיוקרא דלקמן הרשות בידו, מאחר שאין דינו בכך. הלכך הניזק לעולם גובה מעידית המזיק. אפילו עידית דעידית. ומאיזה עידית שהוא רוצה. ומ״מ לפי ראות עיני הדיינים, שאם יראה ששדה זאת היא טובה לניזק. וזאת טובה למזיק. ושניהם עידית בשוה. שבודאי לא יכול הניזק לומר מזה אקח בפרט. מאחר דטובה היא למזיק, או סמוכה לשדותיו של מזיק, וזהו בכלל ועשית הטוב והישר. וכן להיפך גבי מזיק. ומ״מ גבי בעל חוב יכול ליתן מאיזה שירצה הלוה. ואינו דומה לניזק שדינו ממיטב, והיינו מן המובחר. מדמסקינן בסוף פירקין (ט״ז ע״ב) מאי עלייה. מן עלייה שבנכסי המזיק, וזהו פי׳ החביב יותר. אלא שרוצה הניזק ליקח מניכסי המזיק בין טוב ובין רע. הרשות בידו לומר זה המעולה בעיני. אבל בעל חוב דהוא בבינונית משום נעילת דלת בודאי יכול לסלקו הלוה לאיזה בינונית שהוא רוצה...״.

ג

אמנם, **רש״י** [ד״ה ואי א״ל] כתב שזה פשיטא שיכול לתבוע בינונית, ומשמע שגם לולי גילוי דעת, וגם לא מטעם שזה עידית בעיניו, אלא מדין ק״ו מעידית: ״...ולהכי אתי ישיב לרבות סובין דאי בעי למשקל ניזק סובין כגון שיש לו קרקע סמוך לאותה בינונית של מזיק וניחא ליה בה שקיל לה כיוקרא דלקמיה דהא שוה כסף הוא בניסן ולהכי איצטריך לאביי לאוקמא בהכי כדאמרן דסופה לייקר בניסן משום דאי אין סופה לייקר קרא למאי אתא פשיטא דאי בעי ניזק למישקל סובין שקיל בע״כ של מזיק שאפילו בעידית יפה כחו כל שכן בבינונית אלא להכי אתא קרא למימר דישיב לו שוה כסף כיוקרא דלקמיה״.

חדושי ר׳ נחום : ״רמא - ...וע״כ נראה לבאר את ד׳ רש״י באופ״א, דהנה מצאתי ברבינו יונה בב״ב דמ״ז ע״א (ד״ה לענין מלוה) שהביא להך דינא לענין בע״ח דבידו לתבוע זיבורית טפי פורתא, ובטעמא דמילתא כתב שם וז״ל דאיכא דניחא ליה בקרקע מרובה אף על פי שהיא זיבורית מעידית וקרקע מועט, כדאמר התם הב לי זיבורית טפי פורתא וכו׳, ומלוה מהיכא דניחא ליה לשקול דרצה בבינונית רצה בזיבורית כדאמר בפרק ארבעה אבות א״כ נעלת דלת בפני לוין וכו׳, מיהו בשדות בינוניות אין בידו לברור אלא ביד הלוה ליתן לו איזה בינונית שירצה, אבל בזיבורית נ״ל שביד המלוה לברור וליטול איזה מהם זיבורית שיחפוץ בה לפי שנתנה ברירה בידו עד בינונית משום נעילת דלת כמו שנתנה תורה הברירה ביד הניזוק עד מיטב עכ״ל. ומבואר מדבריו דבאמת בב׳ בינוניות לאו כל כמיניה דהבע״ח לברור לו בינונית מסוימת והרי״ז תלוי ביד הלוה להגבותו איזה קרקע שירצה, וכל מ״ש בסוגיין הוא רק בבינונית וזיבורית דאית ליה זכות לתבעו מן הזיבורית דאית בה מעליותא דמידתה גדולה יותר [ומדבריו הר״י נראה שדייק כן מלשון הגמ׳ ״הב לי זיבורית טפי פורתא״, דלא לחינם אמרו להך לישנא, אלא זהו שורש תביעתו דאיהו רוצה בקרקע מרובה ״טפי פורתא״. ועי׳ בחי׳ הראב״ד בסוגיין שפי׳ להך לישנא באופ״א ואכמ״ל], ומדבריו נראה שכ״ה הדין לענין נזקין, דבב׳ עידיות הברירה ביד המזיק להגבותו איזו קרקע שירצה, וכל מ״ש בסוגיין דביד הניזק לתבעו בקרקע מסוימת זהו רק בבינונית דבידו לתבעו ״בינונית טפי פורתא״.

ובביאור הדברים נראה דבאמת בינונית ל״ה מיטב, אמנם מאחר דאית בה מעליותא שאין בעידית - שהיא גדולה טפי פורתא - מצי הניזק לתבוע דאיהו חפץ בהך מעליותא, דכיון שנתנה לו התורה זכות עידית שהיא מעליותא רבתא כ״ש דאית ליה זכות לתבוע בינונית שמעלתה פחותה מן העידית, וכ״ז הוא רק בבינונית אבל בב׳ עידיות דתרוייהו אית להו את מעלת העידית לאו כל כמיניה לברור לו קרקע מסוימת ולתבוע את ב׳ המעליותות בב״א - גם עידית וגם קרובה לשדהו - דזה הוי טפי ממיטב, דהתורה זכתה לו עידית ולמטה הימנה ולאו כל כמיניה לתבעו טפי מעידית ודו״ק.

ולפי״ז יש לבאר את ד׳ רש״י, דאף שברש״י לא כתב כד׳ רבינו יונה בפרט זה דמעלת הבינונית היא בזה שהיא גדולה יותר אלא משום שהיא סמוכה אצל שדהו, מ״מ ביסוד הדברים יש לבאר עד״ז, דכיון שנתנה לו התורה זכות עידית שמעלתה גדולה כ״ש דאית ליה זכות לתבוע להך מעליותא של קרובה לצד שדהו שהיא פחותה מזה. ולפי״ז א״ש קו׳ הרא״ש, דבאמת בב׳ עידיות מודה רש״י דלאו כל כמיניה לתבעו קרקע מסוימת וכמש״כ רבינו יונה, וכל מ״ש בסוגיין הוא רק לענין בינונית, דבזה אית ליה זכות לתבעה מצד המעלה של קרובה לצד שדהו וכנ״ל [ולפי דברינו לו יצויר היכ״ת דליכא שום מעלה בהבינונית מודה רש״י דל״ל זכות לברור לו להך קרקע, וכל מש״כ רש״י הוא רק בכה״ג דאית בה מעלה שהיא קרובה לשדהו וכדו׳, דבכה״ג אית ליה זכות לתבוע להך מעלה בק״ו מעידית]״.

ד

״אלא אמר רב אחא בר יעקב: אי איכא לדמויי - לב״ח מדמינן ליה, בעל חוב דיניה בבינונית, ואי א״ל: הב לי זיבורית טפי פורתא, א״ל: אי שקלת כדינך שקול כדהשתא, ואי לא - שקיל כי יוקרא דלקמיה״.

מבואר בדברי רב אחא בר יעקב שאע״פ שדינו של בעל חוב בבינונית, יכול המלוה לתבוע זיבורית טפי פורתא. אלא שלדבריו יכול ליתן לו כיוקרא דלקמיה, ולרב אחא בר איקא צריך לתת לו כדהשתא. וצ״ב מדוע יכול לתבוע זיבורית ואין הלוה יכול לדחותו אצל בינונית כדינו.

וברא״ש [פרק א סימן ב] ביאר כפי שיטתו שהוא משום גילוי דעת: ״...וכן ב״ח אי א״ל שקול כיוקרא דלקמי׳ זיבורית טפי פורתא לחד גירסא או עידית בציר פורתא לאידך גירסא בעי למיתב ליה כזולא דהשתא משום דלא תנעול דלת בפני לווין משום דאמר ליה אילו הוו לי זוזי הוה שקילנא כדהשתא וגם אתה חפץ ליתנה לי אלא שאתה חפץ לדוחקני מחמת שמעותי בידך שאקחנה כיוקרא דלקמיה...״.

אמנם, רש״י ותוס׳ שלא הזכירו גילוי דעת צ״ע, האם לדבריהם יש למלוה זכות לתבוע זיבורית גם לולי גילוי דעת של המזיק.

וביותר יפלא, דהנה, שיטת **התוספות** דיש זכות למלוה לתבוע עידית בציר פורתא, אלא שאזי יכול הלוה לתת לו כיוקרא דלקמיה: ״הב לי זיבורית טפי פורתא - לא גרסינן או עידית בציר פורתא דאם כן מאי קפריך א״כ נעלת דלת בפני לוין הלא אין דינו כלל בעידית דקיימא לן דינו בבינונית.

לכתובת אשה מדמינן ליה - ה״ה דהוה מצי לאוקמי בבעל חוב דקאי ביה ודקאמר הב לי עידית בציר פורתא אלא לפי שהתחיל והעמיד בנזקין ואח״כ בב״ח ניחא ליה למנקט בתרייהו כתובת אשה״.

ופליג עליה **בתוספות רבינו פרץ** משום דאין דיוני בעידית: ״אלא אי איכא לדמויי לב״ח מדמינן ליה וכו׳ וא״ל הב לי זיבורית טפי פורתא, ול״ג הכא גבי ב״ח או עדית בציר פורתא, דא״כ אמאי אמר ואי לא שקול כיוקרא דלקמיה אפילו בההוא [שעתא] מצי למימר הכי דלא יהיב ליה מידי דאין דינו בעדית, ועוד מאי פריך בתר הכי א״כ נעלת דלת דלא שייך בהא״. וצ״ב שיטת התוס׳. נמצא לשיטתם יכול המלוה לתבוע זיבורית טפי פורתא או עידית בציר פורתא.

ובאהלי תורה רוצים לבאר, דמכיוון שכל קרקעותיו של הלוה משתעבדות למלוה, אזי נהי שאין המלוה יכול לתבוע מעיקר הדין זיבורית או עידית, בנדון דידן שיש לקרקע זו שתי שומות, יומי תשרי ויומי ניסן, אזי מכיוון שהלוה מרויח מהשומא כיומי ניסן, שוב אין הוא יכול לדחותו דווקא לבינונית. דכנגד זה שיש ללוה טענה שהבינונית חביבה עליו, אזי יש טענה לטובת המלוה דהרי מרויחו ללוה במה שנותן לו כיוקרא דלקמיה, ולכן יכול לתבוע עידית בציר פורתא או זיבורית טפי פורתא.

סימן כ״ט

א

איתא בסוגין [ז ע״ב]: ״אלא אמר רב אחא בריה דרב איקא: אי איכא לדמויי - לכתובת אשה מדמינן, דהא כתובת אשה דינה בזיבורית, ואי אמרה ליה איהי: הב לי בינונית בציר פורתא, אמר לה: אי שקלת כדינך שקול כדהשתא, ואי לא - שקלי כיוקרא דלקמיה״. וצ״ב, הרי פשוט שיכול הבעל לומר שקול כדינך, וממילא יכול להתנות את הסכמתו לתת בינונית כפי איזה סכום שיחליט, ולאו דווקא כיוקרא דלקמיה.

וביאר **תלמיד ר״ת**: ״אלא אי איכא לדמויי לכתובת אשה מדמינן לה וכו׳. תימה דה״נ הוה מצי לאוקומי בבע״ח, וכגון דאמר הב לי עידית טפי פורתא. ועוד תימה הא דקאמר ואי לא שקיל כיוקרא דלקמיה, דמשמע דאי בעיא למישקל כיוקרא דלקמיה שקלה אפילו בעל כרחו. ואמאי כיון דאין דינה אלא בבינונית אי בעי לא יהיב אפילו כיוקרא דלקמיה. ואם רוצה לא יתן לה אם לא תקחנה עשר ידות ביוקר יותר מלקמיה דמי יכריחנו לתת כיוקרא דלקמיה. ובעל כרחין לאו דוקא כיוקרא דלקמיה, אלא משום דבכל הך שמעתא נקט האי לישנא. מפי רבי״. ונצא לפי דבריו שבאמת אין שום חידוש בהא דרב אחא בריה דרב איקא מדמה זאת להא דרבה, דהכל תלוי ברצונו של הבעל״.

ובבית הבחירה למאירי מעמיד באוקימתא שנתרצה מאליו ולא פירש כוונתו בהדיא אם יתן כשעת יוקרא דלקמיה או כדהשתא, שיתן כיוקרא דלקמיה: ״... וכתובת אשה שדינה בזבורית אם תבעתו בעדית או בבינונית אף על פי שנתברר שרוצה למכור לאחר אינה יכולה לכפותו שאין כאן נעילת דלת שיותר משהאיש רוצה לישא אשה רוצה להנשא **ואם נתרצה מאליו ליתן לה עדית או בינונית סתמו נותן כשעת היוקר**״.

ובדומה לזה פירש **בים של שלמה** [סימן יא]: ״...ומה שנאמר בגמרא גבי כתובת אשה דינה בזיבורית. אי אמרה הב לי בינונית בציר פורתא. והוא אמר לה אי שקלת כדינך שקול ואי לא שקול כיוקרא דלקמן. משמע שאינו יכול לדחותה רק ליוקרא דלקמן. אבל יוקרא דלקמיה מחויב ליתן לה. וא״כ ק״ו גבי בעל חוב. ז״א, דבודאי מה שהוא יותר בדיניה בין כתובת אשה בין בעל חוב. אין מחויב ליתן כלל אפילו כיוקרא. רק שרבותא בא לאשמעינן, אפי׳ שגילה בדעתו ליתן. מ״מ יכול לומר בעבור יוקרא אתן. ולא כזולא דהשתא״.

ב

כתב **התוספות** [ד״ה לבעל חוב]: ״לבעל חוב מדמינן ליה - ולא שייך למפרך א״כ הורעת כחו שלא יפה הכתוב כח בעל חוב אלא אדרבה הורע כחו דמדאורייתא דינו בזיבורית״.

ולכאורה צ״ב, דעדיין יש לומר שהורע כוחה של תקנת חכמים, שהרי התקנה מזיבורית לבינונית באה ליפות כחו של המלוה, שבנוסף לזכותו בזיבורית ייפו את כוחו שיוכל לגבות גם מבינונית, ואם כן כשם שרב אחא בר יעקב שאל על אביי שהורע כחו בבינונית, קשה גם על עצמו שהורע כוחו בזיבורית.

ובברכת אברהם [מה״ק] ביאר שדעת תוס׳ כשיטת התומים ודלא כשיטת השער המשפט בגדר הא דבעל חוב מדאורייתא בזיבורית. דהנה **בתומים** [סימן קב ס״ק ג] כתב: ״והנה המרדכי בפרק שני דייני גזירות (כתובות פי״ג סי׳ רעז) בתשובת מהר״ם, הביא קושיא בשם ריב״ם והביאו הים של שלמה גם כן, למה לנו הך טעמא דיכול לומר הב לי זיבורית טפי פורתא משום נעילת דלת, תיפוק ליה דיכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים, ודין תורה בזיבורית, רק חז״ל תקנו בבינונית, לימא אי

אפשי. ותירץ ... ותמהני מה קושיא, מה בכך דאי אפשי בתקנת חכמים והעמידו על דין תורה, אטו בדין תורה אם הלוה רוצה ליתן בינונית או עדית וכי יוכל המלוה לעכב על ידו תן לי דוקא זיבורית, התורה אמרה דרך בעל הבית להוציא פחות שבכלים, וכי אם ירצה להוציא מעולה שבכלים היוכל המלוה למחות, ואם כן בבינונית יכול ליתן לו, וכי יוכל דין תורה המלוה לעכב תן לי דוקא זיבורית ולא בינונית, ואם כן פשיטא דצריך טעם לנעילת דלת".

ואילו **בשער משפט** [סימן קב ס"ק ב] חלק עליו: "[ב] אלא ברשות הלוה הוא ליתן לו מאיזה שירצה. עי' רס"י קי"ט (סק"ב) שהוכחתי דאין יכול הלוה לכוף להמלוה שיקח עדיות בציר פורתא כיון שעיקר שיעבוד המלוה אינו אלא בבינונית אינו יכול לסלקו מעיקר שעבודו, וכדאמרינן כעין זה בסי' ק"ז ס"ג לגבי יורשים, והוכחתי שכן דעת מהרש"ל, וכ"כ מהר"ם שיף בחידושיו לב"ק (ז, ב) להדיא. ובזה נתיישבו דברי המרדכי בפ"ב דכתובות (סי' רע"ז) ובתשובת מיימוני לספר קנין סי' י"ד שהקשה בשם ריב"א דלמה ליה להש"ס (ב"ק ז, ב) לומר הטעם דיכול המלוה לומר תן לי זיבורית טפי פורתא משום נעילת דלת תיפוק ליה דיכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים ולדין תורה בעל חוב גובה מזיבורית. ולכאורה תמוה דאף לדין תורה למה לא יוכל הלוה לסלק לו בבינונית או בעידיות דעדיפי טפי, וכבר תמה בזה מאוד התומים (סק"ג) ונדחק בזה. ולפי מה שכתבתי ניחא כיון דמדאורייתא בעל חוב בזיבורית אינו יכול הלוה לסלקו משיעבודו וליתן לו בינונית או עדיות אף דעדיפי טפי, כן נ"ל".

נמצא דפליגי האם הא דבעל חוב בזיבורית הוא זכות תביעה על הזיבורית דווקא [**שער משפט**] או שאין למלוה זכות בחירה על איזה קרקע, ולכן יכול הלוה לדחותו לזיבורית [**תומים**]. וביאר **הברכת אברהם** שתוס' ס"ל כהתומים, ולכן מן התורה אין שום זכות תביעה על זיבורית, אלא שחכמים נתנו לו זכות בבינונית מפני נעילת דלת, ואם כן היכי שרוצה דווקא זיבורית לא נקרא הרעת כח, כיוון שלפני התקנה לא היה לו שום זכות בה, וגם התקנה ייפתה את כחו דווקא בבינונית. אלא שדוחה רב אחא בריה דרב איקא שזו חלק מתקנת חכמים מפני נעילת דלת, שלא רק שזכותו בבינונית אלא שאם רוצה יכול לקבל זיבורית.

וביתר הרחבה, נמצא שמחלוקתם היא מחלוקת ראשונים בסוגיין:

בשיטה מקובצת מביא **מתוס' הרא"ש**: "כתב הרא"ש ז"ל: וריב"א הקשה ונימא בעל חוב לא ניחא לי בתקנתא דרבנן ובעינא למשקל כדינאי בזיבורית. ותירץ דאין אומרים אי איפשי בתקנת חכמים אלא להחזיק את מה שבידו כגון גבי אשה לקמן גבי לוקח אבל להוציא מיד אחר כגון הכא לא. ע"כ. ור"מ תירץ דלא שייך למימר אלא היכא שהתקנה לטובתו וכאן התקנה לטובת הלוה שלא תנעול דלת בפני לוין. הרא"ש ז"ל". נמצא דס"ל דאכן יש למלוה מן התורה זכות תביעה דווקא מקרקע בינונית, ולכן מקשה דלימא אי אפשי בתקנת חכמים.

וכן **בתוספות רבינו פרץ**: "[וא"ת א"כ אמאי] לא מצי למימר לא ניחא ליה בתקנתא דרבנן כדקאמר לקמן ומה"ט לישקול בזיבורית אף כי השתא. וי"ל דהיינו הא דקפריך א"כ נעלת דלת, כלומר טעמא מאי תקינו רבנן ב"ח בבינונית משום נעילת דלת, וא"כ כ"ש שנעלת דלת אם ישאל זיבורית, לפי שיאמר אי אפשי בתקנת חכמים אם לא יתנו לו כזולא דהשתא".

ואילו **בבית הבחירה למאירי** כתב: "...ושמא תאמר יאמר לו לא ניחא לי בהאי תקנתא ואף באין רוצה למכרו יכפהו בכך אין זה כלום שהתורה **זכתה ללוה לפרוע במה שירצה** ואחר שאין רוצה למכור אין כופהו אלא בדינו הא כל שרוצה למכור כופהו למכרו לו כשער של עכשיו מטעם אי הוה ליה זוזי ומאחר שכן אף בעדית יכול לומר לו כן אחר שנתברר שהוא רוצה למכרו וזהו שנאמר בגמרא הב לי זבורית טפי פורתא או עדית בציר פורתא וכן היא דעת גדולי המפרשים הא כל שנתברר שרוצה למכור כופהו בשער של עכשו מטעמא דאי אית לי זוזי וכן אם נתרצה מאליו

הלוה לבעל חוב ליתן לו עדית כשיעורו". היינו שהגדר של בעל חוב בזיבורית הוא שהלוה יכול לסלקו במה שירצה, ולא שיש זכות למלוה ליטול זיבורית.

ג

"מכל מקום קשיא! אמר רבא: כל דיהיב ליה - ממיטב ליתיב ליה. והא מיטב שדהו כתיב! אלא, כי אתא רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע מבי רב, פרשוה: כל מילי מיטב הוא, דאי לא מזדבן הכא מזדבן במתא אחריתי, לבר מארעא דליתיב ליה ממיטב, כי היכי דלקפוץ עלה זבינא".

ולקמן [ט ע"א]: "רב הונא אמר: או כסף או מיטב. איתיביה רב נחמן לרב הונא: ישיב - לרבות שוה כסף, אפילו סובין! הכא במאי עסקינן - בדלית ליה. אי דלית ליה, פשיטא! מהו דתימא, אמרינן ליה: זיל טרח זבין ואייתי ליה כסף, קמ"ל".

וחלקו בזה ראשונים, וכדאיתא **ברא"ש** [סימן ה]: "רב הונא אמר או כסף או מיטב. פרש"י שבא לתרץ קראי דלעיל. ולא הספיק לסיים דבריו עד שהקשה לו רב נחמן. ואז א"ל דקראי הכי מיתרצי אם אין לו כסף או מיטב כל מילי מיטב הוא ולא מצי א"ל זיל טרח וזבין ואי אית ליה כסף או מיטב לא יתן לו שוה כסף וכן כתב רב אלפס דרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע (לעיל דף ז ב) פליגי אדרב הונא דהכא וסברי דכל מילי מיטב הוא ואפילו סובין ופסק כרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע דאינון בתראי. ור"ת פסק כרב הונא [בדאית ליה]. וכ' בס' הישר שלשה דינין בפרעון בנזקין או כסף או מיטב כרב הונא בדאית ליה ואי לית ליה כל מילי מיטב הוא ... ומה שלא פסק ר"ת כרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע דאינון בתראי צריך לומר דסבר דלא פליגי אדרב הונא ולא אתו אלא לשנויי רומיא דקראי אהדדי וה"ק לא קשיא הא דכתיב מיטב וכתיב קרא אחרינא ישיב אפילו סובין דאי לית ליה מיטב שדה אפילו יהיב ליה סובין מיטב הוא ואין צריך ליתן לו מיטב מטלטלין ולעולם אין מקרא יוצא מידי פשוטו דכתיב מיטב שדהו ישלם ואי אית ליה בעי למיתב ליה (זוזי) וכסף נמי כמיטב דכתיב כסף ישיב לבעליו א"נ פליגי אהדדי ומדקבע רב אשי שנויא דרב הונא באחרונה ואיהו קדים לרב פפא ולרב הונא בריה דרב יהושע חשיב ליה עיקר. ונראין דברי רב אלפס עיקר דרב כהנא תלמידיה דרבא דבתראה הוא סבר כרב פפא ורב הונא בריה דרב ... והמחוור שבכולן כספרים דגרסי אמר רב הונא או כסף או מיטב ואמתניתין קאי דקתני תשלומי נזק במיטב הארץ ואתא לאשמועינן דכסף כמיטב. והשתא אין ראיה לפסק ר"ת ז"ל מה שסדר אותו רב אשי באחרונה דאמתני' אמר למלתיה ואכתי לא רמו קראי אהדדי עד שהקשה אביי לרבא". נמצא ששיטת הרי"ף שיכול לתת לו סובין גם אם יש לו כסף, ואילו לר"ת דווקא אם אין לו.

ד

וברמב"ם [הלכות נזקי ממון פרק ח הלכה י] רואים חידוש גדול: "כשבית דין נזקקין לגבות הניזק מנכסי המזיק גובין מן המטלטלין תחלה, אם לא היו לו מטלטלין כלל או שלא היו המטלטלין כנגד כל הנזק גובין השאר מן הקרקע מן היפה שבנכסי המזיק, **וכל זמן שימצאו מטלטלין אפילו סובין אין נזקקין לקרקע**".

ובמגיד משנה ביאר שפסק כרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע: "[י] כשבית דין נזקקין וכו'. מבואר פ"ק (דף י"ד:) בסוגיא על פיסקא דשוה כסף וכן למעלה באותו פרק מחלוקת אמוראין ופסק רבינו כרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע וכן דעת ההלכות". אמנם, לא ביאר מה שכתב הרמב"ם שכל זמן שימצאו מטלטלין לא נזקקין לקרקע.

וביאר **הש"ך** [חושן משפט סימן תיט ס"ק ב] בדעת הרמב"ם [והשו"ע] שאין המזיק יכול לתת קרקע אם יש לו מטלטלין: "(ב) גובין מהמטלטלים תחלה כו'. כ' הסמ"ע דהיינו משום דמסתמא

ניחא למזיק לשלם במטלטלין מבקרקעות ולמדונו דאף אם אין המזיק לפנינו גובין לו ממטלטלין אבל ודאי אם המזיק גילה דעתו דניחא ליה טפי במטלטלין ורוצה לשלם לו בקרקעות והניזק רוצה דוקא מטלטלין יד המזיק על העליונה ולא דמי למלוה ולוה ולא כב״י והעיר שושן נמשך אחריו שכתב ז״ל דאי בעי הניזק מטלטלין צריך המזיק ליתן לו כו׳ ע״ש עכ״ל ואין דבריו נכונים דפשיטא דדעת הרמב״ם והמחבר כהעיר שושן וכן דעת הטור ושאר הרבה פוסקים וכן עיקר וכמו שאבאר וכן מצאתי בנ״י ריש פרק המוכר פירות שכ׳ להדיא שמדברי הרמב״ם נראה בניזקין אי אית לי׳ קרקע ומטלטלים כפינן ליה ליתן לו מטלטלים וע״ש והכי משמע ודאי פשט דברי הרמב״ם שכתב כשב״ד נזקקין כו׳ גובין מהמטלטלים תחלה כו׳ משמע דעליה דבי דינא רמיא לגבות תחלה מהמטלטלים והדין כך הוא ואינו תלוי ברצון המזיק או הניזק...״.

ובחדושי ר׳ ראובן (גרוזובסקי) [סימן ו] ביאר בטוב טעם: ״...והנה הא דמטלטלי עדיפי ממקרקעי כתב בביאור הגר״א סי׳ תיט סק״א בליקוט ב׳ דהכי משמע בדברי ר״פ ור״ה ברדר״י כל מילי מיטב וכו׳ ובדף יד: אבל הקשה לפי זה שהיא סברא הפוכה מדר״ה לפירש״י שפירש בדר״ה בדלית לי׳ לא כסף ולא שדות שא״כ ר״ה ס״ל דמטלטלין גריעי ממיטב וא״כ פליגי בסברות הפוכות...

והנה בביאור ענין מיטב יש לחקור במאי תליא אם בעצם התשמישין שהדבר שנהנין ממנו יותר ומביא פירות יותר הוא מיטב לגבי דבר שתשמישו מועט או שהוא תלוי בקפצי עלי׳ זביני שהדבר שהוא נוח יותר לימכר זה נקרא מיטב. והנה מדר״פ ור״ה ברדר״י שאמרו דכל מילי מיטב הוא דאי לא מיזדבן הכא מיזדבן במתא אחריתא לבר מקרקע דליתב לי׳ ממיטב כי היכי דליקפוץ עלה זבינא מוכח דס״ל דתליא בקפצי עלה זביני. ומצאתי בים של שלמה סי׳ כא דמשמע מיני׳ דרב פפא ורב הונא בדר״י הם שחידשו סברא זו דתליא בקפצי עלה זביני, וא״כ משמע דר״ה בסברא זו הוא דפליג משום דס״ל כהצד הראשון דתליא בעצם התשמישין. וא״כ תו לא קשיא מהא דסברותיהם הפוכות דהא טעמא דר״פ ור״ה דס״ל דמטלטלין עדיפי הוא משום שנוחין לימכר כפירוש הגר״א שם וא״כ הלא אין זה תימא מאי דלר״ה דס״ל דתליא בעצם התשמישין דלדידי׳ קרקע עדיפי דבדבר זה הם המיטב שהם מכניסין יותר ואינן נוחים ליאבד...״.

נמצא שפליגי אמוראי בפירוש מיטב: אביי ורבא ס״ל שדין מיטב הוא שיהיה מיטב בעצם, ולכן תמהו שיש מזה סתירה לסובין שאינו מיטב בעצם. וגם רב הונא ס״ל הכי, ולכן סובין הוא רק בדלית ליה. ואילו רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע ס״ל שגדר מיטב הוא דקפצי עלה זביני, ולכן גם סובין יש לו גדר מיטב. ופסק הרמב״ם כמותם, ולכן ס״ל דסובין עדיף מקרקע, וכנ״ל.

סימן ל׳

א

איתא בסוגיין [ז ע״ב]: ״בעא מיניה רב שמואל בר אבא מאקרוניא מרבי אבא: כשהן שמין, בשלו הן שמין או בשל עולם הן שמין? אליבא דרבי ישמעאל לא תבעי לך, דאמר בדניזק שיימינן, כי תבעי לך - אליבא דרבי עקיבא, דאמר בדמזיק שיימינן, מאי? מיטב שדהו אמר רחמנא למעוטי דניזק, או דלמא למעוטי דעלמא נמי? אמר ליה: רחמנא אמר מיטב שדהו, ואת אמרת בשל עולם הן שמין?״.

ובמרומי שדה ביאר מדוע שייכת סוגיא זו של בשל עולם או בשלו לאחר דברי רב פפא: ״שם. בעא מיניה רשב״א מאקרוניא מר״א כשהן שמין בשלו הן שמין או בשל עולם הן שמין. ועי׳ בפירש״י להלן דף ט׳ א׳ בד״ה רב הונא, דמשום דבעי לאסוקי מילתא דר״י ור״ע בשלו הן שמין כו׳. ולא נתבאר מאי שיאטא דבעיא זו אחר דברי ר״פ ורהבדר״י. ויותר היה מסודר בעיא זו דרב שמואל כו׳ עד רב הונא לפני הא דרמי ליה אביי כו׳.

ונראה דעיקר בעיא זו שייך ליישוב ר״פ ורהבדר״י. דלכאורה מהיכא תיתי נימא בשל עולם הן שמין, הא מקרא מלא כתיב מיטב שדהו דמאן דמשלם, מהיכי תיתי נימא דלא בא אלא למעוטי דניזק. אלא כלפי דמשני ר״פ ורהברדר״י דכל מילי מיטב הוא, מזה מוכרח דבעידית דעלמא הן שמין, דאי דבשלו הן שמין, וא״כ אף על גב דעדית דעלמא נמכר בטוב וקפיץ עליה זבינא, מכ״מ כל מה דנקל יותר למכור יותר עדיף. וא״כ ה״נ במטלטלין דכל היותר נקל למיזבן יותר עדיף, ומה מועיל במה דמטלטלי דמי למיטב מכ״מ כל דמיטב טפי עדיף. אלא ודאי עידית דעלמא סגי ושפיר קאמר דמטלטלי אפילו סובין דומה לעידית דעלמא, ומשו״ה סמיך לה. מיהו לפי האמת דקיי״ל בשלו הן שמין ומכ״מ קיי״ל כר״פ ורהבדר״י, וצריך לחלק בין קרקע למטלטלי״.

ועד״ז ביאר **בים של שלמה** [בבא קמא פרק א סימן כא]: ״...ולפע״ד תלמוד ערוך הוא כרב פפא, דאי לא תימא הכי, והלא אחר דברי רב פפא ורב הונא בריה דר׳ יהושע (ז׳ ע״א). מתחיל הבעיא בשלו הן שמין או בשל עלמא כו׳. ואח״כ מתחיל ת״ר מי שהיה לו עידית ובינונית וזיבורית כו׳, ואח״כ כמה מימרות דרבא ואביי, ואח״כ (ט׳ ע״א) מתחיל רב הונא אמר לתרץ. והפסיק כל המימרות בנתיים, שלא כדרך סוגיות התלמוד. ואפי׳ את״ל שרב הונא לא בא לתרץ, וקאי אמתניתין, כפי׳ הרא״ש, ופי׳ אחר של תו׳ (ד״ה רב הונא). מ״מ קשה לי קושיא אחריתי, למה הפסיק רמי אביי לרבא כו׳ דלעיל, קודם זה הבעיא בשלו הן שמין כו׳. כי מיד אחר הברייתות פלוגתא דר׳ עקיבא ור׳ ישמעאל, מיטב שדהו של ניזק כו׳. היה לו לשאול אי בשלו הן שמין כו׳. כמו שמסיק בגוף הבעיא, אליבא דר״י לא תיבעי לך, כי קמבעיא לך אליבא דר׳ עקיבא כו׳, וא״כ למה אמר מקודם רמי אביי לרבא כו׳, ואחר הסוגיא חוזר לדברי ר׳ עקיבא, ומתחיל הבעיא. אלא בודאי אותה הבעיא אי בשלו הן שמין כו׳ לא נשאלה אלא לפי דברי רב פפא כו׳. שאמרו כל מילי מיטב כו׳, לבד מקרקעי, דכתב רחמנא ליתן ליה ממיטב. כי היכא דלקפצו עליה זביני:

ועל כן שואל, מאחר שהטעם כי היכא דלקפצו עליה זביני. א״כ כשהוא עידית בשל עולם. אין צריך ליתן מן עידי עידית שלו. שהרי היא עידית לעולם, ויקפצו עליה זביני. או דלמא מ״מ בעינן מיטב של מזיק. וגזירת קרא היא, מיטב שדהו ישלם. וכי היכא דלקפצו עליה ביותר כו׳. ושקיל וטרי בהאי ענייני, ומביא קושיות לפשוט הבעיא מברייתות דעידית ובינונית וזבורית שנזקין בעידית כו׳. ואח״כ מחובר האי ברייתא אחריתי, מי שיש לו עידית ובינונית וזבורית וכו׳. שמיירי ג״כ בעניין גביית נזקין עם בעל חוב וכתובת אשה. ואח״כ מימרות דרבא ואביי, שתלוים כולם בהאי ברייתא אחריתי, ואח״כ חוזר לדברי רב פפא כו׳. ומביא תרוץ רב הונא ג״כ.

ולכן אמר הבעיא מיד אחר דברי רב פפא. כי אם לא היה דברי רב פפא. מעולם לא הוה ס״ד דבעיון למבעי שיהיה בשל עולם. כי פשטיה דקרא משמע של מזיק. כמו שהוא אמת לסוף המסקנא. וא״כ מאחר שאותה שקילות וטירות דסוגיא דתלמודא אזלא לפי דברי רב פפא, ובאותה סוגיא הוזכרו דברי רבינא ורב אשי. בודאי אליבא דהלכתא הוא. ומה שאמר דברי רב הונא באחרונה. אין זו קושיא, כי עיקר הקושיא של הפסוקים מיטב וישיב רמי אביי. והשיב לו רבא כמה תירוצים. ודחי עד דאתא רב פפא. וכולם בזמן אחד נשאלה ונתרצה. ולא נתפרסמה הקושיא בימי רב הונא, להיות בשאלה בבית המדרש בימי רב הונא. כמו גבי אביי ורבא. ולכן מקדים עיקר הסוגיא של אביי ורבא ורב פפא. ואח״כ מביא שרב הונא ג״כ תירץ. וכה״ג מצינו בתלמוד, כשעיקר הסוגיא מדברי האמוראי בתראי. מקדים דבריהם לדברי הקדמונים...״.

וביאר **הרשב״א** את בעיית רב שמואל בר אבא: ״הא דבעא רב שמואל בר אבא מאקרוניא כשהן שמין בשלו הן שמין או בשל עולם הן שמין. לאו למימרא דאי בשל עולם הן שמין מחייבין אותו לקנות עידית דעלמא אי לית ליה, דהא תניא אין לו אלא זבורית כולן גובין מן הזיבורית ואף על גב דמאותה ברייתא הוו אתו למידק דבשל עולם הן שמין, אלא הכי קמיבעיא ליה אי אית ליה בינונית כבינונית דעלמא וזיבורית כזבורית דעלמא אי מגבינן לבעל חוב מאותה בינונית דהא בשל עולם בינונית היא, ואי בשלו הן שמין הויא ליה לגבי דידיה עידית ואינו גובה אלא מן הזיבורית, וא״נ איפכא כגון דאית ליה עידית ובינונית וזיבורית, ובינונית דידיה כעידית דעלמא וזבורית דידיה כבינונית דעלמא, ואי בשל עולם הן שמין הנזקין גובין מן הבינונית דידיה ואשה ובע״ח מזבורית דידיה ואי בשלו הן שמין הנזקין בעדית שלו ובע״ח בבינונית ואשה בזבורית״.

ב

וממשיכה הסוגיא: ״איתיביה: אין לו אלא עידית - כולם גובין מן העידית, בינונית - כולם גובין בינונית, זיבורית - כולם גובין זיבורית...״. והנה, פשוט שכוונת הברייתא לקרקעות עידית ובינונית וזיבורית היא לבשל עולם, דהרי אי בשלו הרי אין חילוק ביניהם לקרוא לזה עידית ולזה בינונית וכו׳. אלא דצריך ביאור מאי קמ״ל דכולם גובים מן העידית, שאם לא כן מהיכא יגבו.

אלא החידוש בדבר הוא כי היכי דאיתא **בספר התרומות** [שער ד חלק ג אות ב]: ״ובתשובה לגאון מי שאין לו אלא עדית ויש עליו בעל חוב, אין יכול למכרו ולקנות בינונית ולפרוע, שכך שנינו, אין לו אלא עדית כולן גובין מן העדית. ואפילו יש להן עדית במקומן ובינונית במקום אחר אין יכולין לומר לו שילך לאותה מדינה ויטול בינונית שלהן, אלא מגבין אותו מעידית שבמקומן״.

ומובן שה״ה באין לו אלא בינונית שלא יכול למכור אותה ולתת לאשה זיבורית.

וכן מה דאיתא **בבית הבחירה למאירי**: ״לא היה לו אלא עדית כלם נוטלין מן העדית ואין ממתינין לו עד שיקח וכן לא היה לו אלא בינונית כלן נוטלין מן הבינונית וכן אם לא היה לו אלא זבורית כלן נוטלין מן הזבורית ואין מחייבין אותו ליקח״.

ג

רש״י [ח ע״א] פירש מדוע במקרה שאין לו קרקע בינונית דחינן לבעל חוב לזיבורית: ״עידית וזיבורית נזקין בעידית ובעל חוב וכתובת אשה בזיבורית - מדאורייתא ב״ח בזיבורית כדלקמן ורבנן הוא דתקון ליה בבינונית משום נעילת דלת ללוין והיכא דלית ליה בינונית ליתא לתקנתא״.

והקשה **הרש״ש** מדוע צריך לטעם זה, הא בלאו הכי לא נותנים לבעל חוב יותר מדינו: ״ברה״ע בד״ה עידית מדאורייתא כו׳. לכאורה אפי׳ היה דינו מדאורייתא בבינונית אינו מחויב ליתן לו מן היפה יותר מדינו וכמו שהוכחתי לעיל מהא דאמרי׳ לרי״ש אהני קרא כו׳...״.

ובחידושי ר׳ נחום ביאר בטוב טעם: ״רנח) עידית וזיבורית נזקין בעידית ובע״ח וכתובת אשה בזיבורית, ופרש״י מדאורייתא בע״ח בזיבורית כדלקמן ורבנן הוא דתקון ליה בבינונית משום נעילת דלת ללוין והיכא דל״ל בינונית ליתא לתקנתא עכ״ל, צ״ב אמאי הוצרך רש״י לבאר דהיכא דל״ל בינונית ליתא לתקנתא, הא בסוגיא בד״ו ע״ב מבואר דבכה״ג דל״ל למזיק כמיטב דניזק ואית ליה עידית מעולה ממנה וזיבורית גרועה ממנה ל״ל לניזק זכות לתבוע את הקרקע היתירה מדינו, וא״כ גם אם בנידו״ד איתא לתקנת בינונית לא מצי הבע״ח לתבוע את העידית שהיא יתירה מדינו, וכבר עמד בזה הרש״ש...

ונראה דרש״י ס״ל דגדר התקנ״ח דבע״ח בבינונית ל״ה ״זכות בינונית״ אלא שהלוה לא מצי לפרעו בזיבורית, דמדאורייתא מצי הלוה לפרוע בכל מה שירצה ואפילו בזיבורית, וחכמים תקנו שהלוה לא יוכל לדחותו לזיבורית כדי שלא תנעול דלת בפני לווין, וממילא מצי הבע״ח לגבות את הבינונית. ולפי״ז א״ש ד׳ רש״י, דכל המבואר בסוגיא בד״ו הוא רק בדין מיטב, שענינו הוא דאית ליה לניזק זכות גביה ממיטב דניזק, דבזה אמרי׳ דכשאין למזיק כמיטב דניזק ל״ל לניזק זכות תביעה בעידית דעדיפא מינה, אבל בנידו״ד דגדר התקנה היה שהלוה א״י לדחותו להזיבורית הרי״ז שייך גם בכה״ג שיש לו רק עידית וזיבורית, דהבע״ח מצי לתבוע את העידית והלוה א״י לדחותו לזיבורית, ולהכי הוצרך רש״י להוסיף דבכה״ג דל״ל בינונית ליתא לתקנתא והדר דינא דהלוה מצי לדחותו לזיבורית [וכונת רש״י בזה פשוטה, דגם לפמש״נ דגדר התקנה היה שהלוה א״י לדחותו לזיבורית מ״מ סיבת התקנה היתה כדי שיוכל הבע״ח ליטול מן הבינונית, אבל בכה״ג דל״ל בינונית וע״י התקנה יבא הבע״ח ליטול מן העידית לא תקנו חכמים להך תקנתא]״.

ד

וממשיכה הסוגיא: ״קתני מיהא מציעא: בינונית וזיבורית - נזקין וב״ח בבינונית, וכתובת אשה בזיבורית, ואי אמרת בשלו הן שמין, תעשה בינונית שלו כעידית וידחה ב״ח אצל זיבורית! הכא במאי עסקינן - כגון שהיתה לו עידית ומכרה״. והנה, רבי אבא פשט את הספק מכח קרא שנאמר בניזקין. ואם כן מנ״ל לגמרא שהכרעה זו היא גם לגבי בעל חוב. ופירשו האחרונים שכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון.

אמנם , אע״פ שספק הגמרא הוא בניזקין ובבעל חוב, פשיטא שבכתובת אשה לא מספקינן, דתמיד זכותו לתת מה שפחות והגרוע ביותר שיש לו, שאין הגבלה בכמה הזיבורית פחותה.

ובהא שהעמידה הגמרא בהיתה לו עידית ומכרה ביאר **בשעורי ר׳ אליהו ברוך (פינקל)**: ״תנה. [א] גמ׳. הכא במאי עסקינן כגון שהיתה לו עידית ומכרה. פירש״י וז״ל, לאחר הלואה דאישתעבדא ליה בינונית לב״ח מעיקרא בעוד שהיתה עידית בידו, עכ״ל. ומבואר בדברי רש״י, דבכל הלואה אף על פי שכל הנכסים משועבדים מ״מ עיקר שעבוד ההלואה חל על השדה הבינונית, ומטעם זה הוא דאמרינן הכא דאף לאחר שמכר הלוה את העידית אינו יכול לדחות את המלוה לזיבורית אלא גובה מן הבינונית.

אמנם יעויין בתלמיד הרשב״א שפירש באופן אחר קצת וז״ל, פירוש דמעיקרא אתחזיא הך בינונית למגבי מיניה ועידית דזבין אכתי בשיעבודא דבעל חוב היא בינונית דלווה בדינא דמעיקרא קיימא, עכ״ל, ומבואר מדבריו דלא הוצרך לחדש דעיקר השעבוד חל על הבינונית, אלא דכיון דהעידית שהיתה לו מתחילה עדיין היא בעולם, הרי ממילא נקבע ששדה זו שיש לו עתה היא בינונית ולא עידית, ומשו״ה בעל חוב גובה ממנה ולא אמרינן דתעשה כעידית.

והנה מצינו חידוש בתלמיד הרשב״א להלן (בד״ה ולענין פסק הלכה) שכתב וז״ל, ומסתברא דהיכא דהויא ליה עידית ובינונית וזיבורית ונשתדפה העידית בעל חוב גובה מן הזיבורית וכו׳,

דכיון דנשתדפה העידית חזרה לה הבינונית עידית, ולא דמי למכר עידית דהתם אכתי משעבדא ליה עידית, אבל היכא דאשתדוף כמי שלא היתה לו מעולם דמי, עכ״ל, ומסתבר שכל דברי תלמיד הרשב״א הם לשיטתו, דבהיתה לו עידית ומכרה והיא עדיין בעולם לא פקע מן הבינונית שמה. אכן נראה דלדעת רש״י דהטעם הוא משום דאישתעבדא ליה בינונית לבעל חוב מעיקרא, מסתבר שאין לחלק בין היכא דמכר את העידית ובין היכא דאשתדוף, ומשום דאף במקום שאין העידית בעולם אבל סו״ס הבינונית משועבדת כבר לבעל חוב.

[ב] אלא דבאמת צ״ע מאי טעמא לא ניחא ליה לרש״י בפירושו של תלמיד הרשב״א, דכל שנקבע על הבינונית שהיא בינונית תו לא פקע שמה ממנה, ולמה הוצרך לאתויי לחידוש זה דאישתעבדא ליה בינונית לבעל חוב, דאיכא בזה נפק״מ לדינא וכנ״ל.

ונראה לומר בזה, דרש״י סבר דכל שהיתה לו עידית ומכרה ונשארו לו עוד שדות אחרות שלא מכרן, כיון דהדין הוא דאין בעל חוב יכול לגבות מהשדה שקנאה הלוקח, ומשום דאין נפרעים מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין, שוב אי אפשר להכלילה בשומת המיטב של שדותיו של הלוה...״.

ה

״רבינא אמר: בדעולא פליגי, דאמר עולא: דבר תורה ב״ח בזיבורית, שנאמר: בחוץ תעמוד והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה, מה דרכו של אדם להוציא לחוץ? פחות שבכלים, ומה טעם אמרו ב״ח בבינונית? כדי שלא תנעול דלת בפני לוין, מר אית ליה תקנתא דעולא, ומר לית ליה תקנתא דעולא״.

ולפי **רש״י** איירי אפילו ביש לו עידית: ״בדעולא קמיפלגי - תנא בתרא לית ליה תקנתא דעולא אלא בתר קרא אזיל ואפילו הוי ליה נמי עידית דהשתא הואי ליה בינונית גמורה בין לדידיה בין לעלמא אפילו הכי ס״ל דלשקול ב״ח מזיבורית״.

ובפני יהושע דלרש״י אפשר לפרש את שתי הברייתות בין למ״ד בשלו ובין למ״ד בשל עולם. הברייתא הראשונה איירי שהיתה לו עידית ומכרה ולכן דינו בבינונית בשלו, ולמ״ד בשל עולם בלאו הכי היא בינונית דעלמא. והברייתא השנייה איירי שיש לו עידית ולכן בכל מקרה היא בינונית גמורה וס״ל שנותן תמיד זיבורית: ״בפרש״י בד״ה בדעולא קמיפלגי וכו׳. לכאורה לשון הגמרא תמוה דמאי קאמר בדעולא קמיפלגי כיון דתרווייהו אית להו מה שאמר בתחילת דבריו דבר תורה בעל חוב בזיבורית אלא מאן דלית ליה דעולא היינו אסוף דבריו שאמר תקנת חכמים בבינונית וזה אינו משל עולא אלא משנתינו היא בפרק הנזקין והול״ל במתניתין פליגי. ויש ליישב דהיא היא דפליגי במשנתינו אלא שהוצרך הש״ס להביא דעולא כדי ליתן טעם למאן דפליג אמתניתין והיינו לפי הדין תורה... לכך פרש״י דרבינא משני אליבא דכו״ע וזה שדקדק רש״י בלשונו דהשתא הוי ליה בינונית גמורה בין לדידיה בין לעלמא כוונתו בזה לכל חד וחד כדאית ליה וק״ל והוא נכון״.

ואילו **תוס׳** חולקים על רש״י [עיין בדבריהם], ולפי דבריהם ביאר **בתוספות רבינו פרץ**: ״רבינא אמר בדעולא קמיפלגי. פירוש דכ״ע בשל עולם הם שמין, ומיירי בשלא היתה לו עידית ובשויא בינונית דידיה כבינונית דעלמא, ומ״מ קתני בברייתארא ב״ח בזיבורית, משום דלית ליה דעולא כדמסיק״.

סימן ל״א

כתב **הרמב״ם** [הלכות מלוה ולוה פרק יט הלכה א]: ״כשיורדין בית דין לנכסי הלוה לגבות מהן לא יגבו לבעל חוב אלא מן הבינונית **שבקרקעותיו**, ודין תורה שיגבה בעל חוב מן הזיבורית שנאמר בחוץ תעמוד והאיש אשר אתה נושה בו יוציא וגו׳ מה דרכו של אדם להוציא פחות שבכליו אבל תקנו חכמים בבינוניות כדי שלא תנעול דלת בפני לווין, במה דברים אמורים בבא ליפרע מן הלוה עצמו אבל הבא ליפרע מן היורשין בין קטנים בין גדולים לא יפרע אלא מן הזיבורית״. וממה שכתב ״שבקרקעותיו״, מוכח דפסק שבשלו הן שמין.

אמנם, לקמן [הלכה ד] כתב: ״כבר ביארנו שהנזקין שמין להן בעידית ובעל חוב בבינונית וכתובת אשה בזיבורית, היו לו עידית וזיבורית ניזקין בעידית בעל חוב [וכתובת אשה] בזיבורית, **היו לו** עידית ובינונית ניזקין בעידית ובעל חוב וכתובת אשה בבינונית, **היו לו זיבורית ובינונית בלבד ניזקין ובעל חוב בבינונית וכתובת אשה בזיבורית**״. ולכאורה הוא דלא כסוגיין ,שלמ״ד בשלו הן שמין דינו בזיבורית.

ובמגיד משנה [שם]: ״[ד] כבר ביארנו וכו׳. היה לו עדיות וזיבורית וכו׳. כל אלו הדינין ברייתות שם פרק קמא דבבא קמא. ומה שכתב רבינו היה לו בינונית וזיבורית בעל חוב בבינונית מחלוקת ברייתות שם דאיכא מ״ד בעל חוב בזיבורית ורבינא אוקמינהו דבעולא קא מיפלגי והיא המימרא שהזכרתי למעלה ופירשו בהלכות דמאן דאמר בבינונית אית ליה דעולא וכן פירש״י ז״ל וקיימא לן כעולא וזו היא שיטת רבינו ז״ל אבל קצת המפרשים פירשו בהיפך דמ״ד בזיבורית הוא דאית ליה דעולא ומתוך כך פסקו בעל חוב בזיבורית. וזה דעת בעל העיטור והראב״ד ז״ל ועוד אכתוב בזה פכ״ד״.

וביאר **בבית הבחירה למאירי** את דעת גדולי המחברים, הוא הרמב״ם: ״היו לו בינונית וזבורית ניזקין בבינונית ובעל חוב וכתבת אשה בזבורית שאף הבעל חוב בדין תורה ראוי היה בזבורית שנא׳ בחוץ תעמוד וגו׳ ומה דרכו של בעל הבית להוציא פחות שבכלים ולא אמרו בבינונית אלא שלא תנעול דלת בפני לווין ומאחר שאין כאן אלא בינונית וזבורית אף הוא נוטל בזבורית ואין כאן נעילת דלת אחר שאין לו אלא בינונית וזבורית ועל זה אמרו רבינא אמר לעולם בשלו הם שמין ובדעולא קא מיפלגי מר אית ליה דעולא דדבר תורה בעל חוב בזבורית:

וגדולי הגאונים פסקו שבעל חוב בבינונית מפני שהם סוברים שמן התורה בעל חוב בעדית וחכמים הורידוהו לבינונית שלא יהא אדם קופץ להלואה מתוך חמדתו לשדה חברו וכמו שפסקוה גדולי הפוסקים במסכת גיטין והילכך אף בזו בבינונית ועל זה אמרו דלית ליה דעולא ומ״מ גדולי המפרשים נוטים בה לדברינו ולדברי כלם אין צריך לומר שאם היו לו עדית וזבורית שהניזקין בעדית ובעל חוב וכתובת אשה בזבורית:

ולגדולי המחברים ראיתי שפסקו בבינונית וזבורית שדינו של בעל חוב בבינונית אף על פי שפסקו שדבר תורה בזבורית נראה שהם מפרשים כאן דמאן דאמר מבינונית קא גבי אית ליה דעולא כלומר אית ליה דתקנתא דעולא שייכא אף בבינונית וזבורית דכמה בני אדם אין להם אלא שני מיני קרקע ר״ל בינונית וזבורית ואי לא גבי מבינונית איכא נעילת דלת ומאן דאמר בזבורית סבר דתקנתא דעולא לא שייכא אלא לרובא דעלמא דאית להו כולהו גווני דארעא אבל דלית ליה אלא בינונית וזבורית לא שייכא תקנתא דמילתא דלא שכיחא ולא עבדו בה רבנן תקנתא כך נראה לי בפירושה לפי דעת גדולי המחברים וראיה אצלי לפירוש זה שאם כפירוש שפרשנו תחלה היה לו לומר מר סבירא ליה כעולא דאמר דבר תורה בזבורית ומר סבירא ליה כר׳ שמעון דפליג בפרק הנזקין ואמר דבר תורה בעידית אלא שהעקר כפירוש זה שנתחדש לנו״.

וביתר ביאור **בגידולי תרומה** [שער ד חלק ח אות א]: "...ובעניותי איפשר לומר לדעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל דכי אקשינן בגמ' אי אמרת בשלו הן שמין תעשה בינונית שלו כעידית וכו', היינו מקמי דגלי רבינא תקנתא דעולא, דאכתי לא ידעינן דיפו חכמים כח המלוה אצל בינונית כדי לא תנעול דלת בפני לווין, אלא סבר דמדאורייתא דינו בכך ולפיכך מקשה דאי בשלו הן שמין נמצא זה גובה מעידית הלוה וראוי הוא שידחה אצל הזיבורית, וע"ז בא רבינא וקאמר דמאי דגבי בינונית אינו אלא מן התקנה שאם יהיה דינו בזבורית תנעול דלת בפני לווין, ובריייתא קמייתא סברא דתקנה זו שייכא בין באית ליה עידית בין בלית ליה עידית, דכיון דאית ליה בינונית וזבורית אי מפקת ליה למלוה מבינונית ושדית ליה אזבורית אכתי איכא נעילת דלת, דמה לו למלוה שתהא עידית אצל הלוה, כיון שהיא באמת בינונית אם ידחו אותו אצל זבורית לא הועילו כלום, דמה שתקנו ליפות כח המלוה בהא אין לו יפוי כח כלום, הילכך שבקינן ליה אתקנתא וגבי מן הבינונית. וכאן אין לחוש שמא יראה דירה נאה להיותו עידית של לוה, שהרי עידית כזו מצויה הרבה לקנות כדכתב הר"ן ז"ל בשם הראב"ד ז"ל בשני דייני גזרות, משא"כ היכא דאית ליה עידית וזבורית דודאי איכא חששא דשמא יראה וכו', ואידך ברייתא לא ס"ל תקנתא דעולא אלא כדין דקרא דלעולם גבי מזבורית אפי' אית ליה עידית, כדברי רש"י ז"ל, או שהתקנה דוקא בדאית ליה עידית, כדברי התוס'.

ופסקו הרי"ף והר"מ ז"ל כברייתא קמייתא וכדעולא, ואין זה סותר למאי דפסקו דבשלו שיימינן דלעולם מייפינן כחו של מלוה כדאמרן, כך נראה לע"ד".

סימן ל״ב

א

איתא בסוגין [ח ע״א]: ״ת״ר: מכר לאחד או לשלשה בני אדם כאחד - כולן נכנסו תחת הבעלים״.

ובחידושי ר׳ נחום מדייק מה שנתחדש כאן: ״רסז) ת״ר מכר לאחד או לשלשה בנ״א כאחד כולן נכנסו תחת הבעלים וכו׳, נראה דבד׳ הברייתא נתחדשו ב׳ חידושים, חדא דהדין מיטב ובינונית ל״ה רק מהחייב עצמו אלא גם מהלקוחות, וזהו דאמרי׳ דכולן נכנסו תחת הבעלים וכ״א גובה כדינו. ועוד נתחדש דגם במכרן לג׳ לקוחות כ״ה הדין דכולן נכנסו תחת הבעלים, דמסברא היה אפ״ל דכל הדין דנכנסו תחת הבעלים הוי רק במכרן לאחד דבידו לדחות את האשה לזיבורית שבידו, אבל במכרן לג׳ בנ״א מצי האשה לגבות ממי שתרצה, דכיון דלבעל העידית ליכא זיבורית לפרעו בה הרי היא יכולה לגבות ממה שבידו ואפי׳ מן העידית, וזהו דאמרי׳ דגם בג׳ לקוחות כ״ה הדין דבמכרן בב״א כולן נכנסו תחת הבעלים ודו״ק״.

והנה, בזה שגם אם דין גבייה הוא רק מחמת שעבוד נכסים, כמו מלקוחות, **מוכיח בחידושי רבי ארי-ה ליב** [ח״א נח אות ד] שדין עידית בניזקין ובינונית בבע״ח אינו דין בסדר גביית החוב בלבד [היינו שכל הנכסים משתעבדים בשווה אלא יש דין גביה בפועל קודם לניזק בעידית ובע״ח בבינונית] , שאם כן הוא דין קדימה רק אצל החייב בעצמו ולא מהלקוחות. אלא הוא דין שעבוד מיוחד שחל על קרקע עידית לניזק וכו׳, בנוסף לשעבוד הכללי שחל בשווה אצל כל הקרקעות. והיות שזה דין שעבוד מיוחד שגובה הניזק מעידית ובע״ח בינונית אף מלקוחות. [**חדושי ר׳ אריה לייב**]: ״...והטעם בהא דנכנסו תחת הבעלים הוא משום דמדין מיטב נשתעבדו הנכסים, העידית לנזקין בדין קדימה בשעבוד, שדין מיטב חל בעצם השעבוד וממילא גובה מן העידית משום דזהו עיקר שעבודו...״.

ב

איתא בסוגיין שאם מכרן לשלושה בני אדם כאחד כולן נכנסו תחת הבעלים, ומבארת הגמרא שדין זה הוא אפילו דאיכא למימר חד מינייהו קדים. וצלה״ב מדוע לא יאמר כל אחד מהלקוחות אני לקחתי ראשון. ואיתא בזה כמה דעות בראשונים. **בטור** [חושן משפט הלכות אפותיקי סימן קיט] איתא: ״ראובן שהיה לו עידית ובינונית וזיבורית והיו לו עליו ניזקין שדינן בעידית וב״ח שדינו בבינונית וכתובת אשה שדינה בזיבורית ומכרן לשלשה בני אדם כאחד ביום אחד במקום שאין כותבין שעות כולם נכנסו תחת הבעלים וגובה ניזק בעידית וב״ח בבינונית וכתובת אשה בזיבורית ואם טען כל לוקח ולוקח לזה שבא לטרוף ממנו אני לקחתי תחלה והנחתי לך מקום לגבות הימנה כתב הרמב״ן ששומעין לו כיון שהוא ספק ואינו יכול לגבות עד שיביא ראיה מי קנה באחרונה ורבינו יצחק פירש כיון שאינו ניכר מתוך השטר שהרי שלשתן ביום אחד קנו ואין כותבין שעות קנין שלשתן לא חל אלא עד סוף הזמן ואז חלו כולם כאחד״. היינו שלפי ר״י אכן חלים כל השעבודים כאחד בסוף הזמן.

ויש לבאר ביתר הרחבה פירוש **הרמב״ן** ששומעין ללקוחות, דאיך מתיישב עם סוגיין שכולם נכנסו תחת הבעלים. והנה, דברי הרמב״ן האלו מובאים **בספר התרומות** [שער ד חלק ח אות ג], וממדבריו יוצא שתי שיטות, סה״ת ורמב״ן, [בנוסף לשיטת ר״י שבטור]: ״...ואחרי אשר פסקנו שאם מכרן לשלשה זה אחר זה שכלן גובין מן האחרון, יש לברר אם מכר נכסיו לשלשה בני אדם זה אחר זה ואין בשטריהם זמן, וכשבא בעל חוב לטרוף טען כל אחד ואחד מהן אני ראשון הייתי והנחתי לך מקום לגבות, עד שכל אחד ואחד מדחה אותו אצל חבירו, מה דינו עמהם...

ומסתברא דעיקר הדין כך הוא, **דכיון שהקרקעות כולן נכנסו תחת שיעבודו הוה ליה איהו בהני נכסי ודאי ואינהו דבעו לאפוקינהו משעבודה ספק ועליהם לברר**. והראיה בזה ההיא דגרסינן בב״ק מכרן לשלשה כאחד כולן נכנסו תחת הבעלים. ואמרינן בגמ׳ השתא לשלשה כאחד דאיכא למימר חד מניהו קדים. ופר״ש ז״ל דאיכא למימר כיון שהן שלשה שטרות שזה קנה בבקר וזה בערב ומצי למטען הנחתי לך מקום לגבות ממנו, ואפילו הכי אמרינן דאין טענתם טענה, הואיל ואין נכר בשטר המכר מי קנה ראשון ומי קנה אחרון, ונחשוב השלשה כאלו קנו בבת אחת ולא מצו מדחו ליה. כך פר״ש. ומתוך פירושו אתה למד דין זה דכל זמן שאין מבורר זמן קנייתם בשטרותיהם, הוו להו כאלו קנו כולם בבת אחת ולא מצו מדחו ליה, זהו הנראה לי.

אבל שאלתי בזה ה״ר משה בר׳ נחמן ז״ל ולא השוה עמי, וזה אשר השיב לי... **אבל הדין נותן שיכולין לקוחות לדחותו כדרך שאמרו בכל מקום**...

וההיא דגרסינן בפ״ק דב״ק לשלשה בני אדם כאחד כולן נכנסו תחת הבעלים, דוקא קאמר כאחד, כגון שהיו שטרות יוצאין ביום אחד ממש, והיינו דדיקינן עלה בגמ׳ השתא לשלשה בני אדם כאחד דאיכא למימר דחד מיניהו קדים אמרת כולן נכנסו תחת הבעלים. כלומר דכיון דלאו בירושלם יתבינן דכותבין שעות לא חיישינן דילמא כתב ומסר לזה וכתב ומסר לזה, דקיימא לן ב׳ שטרות היוצאין ביום אחד או חולקין או שודא דדייני, הלכך הכא אי מחלוקה אי נמי מדין שודא, מוקמינן להו אדיניהו ונכנסו תחת הבעלים, דהיא שודא דרבנן, **אבל מכרן בזה אחר זה ולא נתברר מי משניהם קדם, דוחין אותו עד שיביא ראיה**. וכן פרשה רבינו בעל התוספות ז״ל לשמועה זו כענין שכתבנו, ע״כ״.

ופירש **הב״ח** [חושן משפט סימן קיט] את מחלוקת ר״י ורמב״ן: ״ומ״ש ואם טען כל לוקח ולוקח כו׳ כתב הרמב״ן ששומעין לו וכו׳ ור״י פירש כיון שאינו ניכר וכו׳. יש לתמוה טובא דבספר התרומות שער ד׳ דין ח׳ מבואר דבמכרן לשלשה בני אדם בזה אחר זה ואין בשטרותיהם זמן התם דוקא קאמר הרמב״ן דכל לוקח ולוקח יכול לדחותו וכו׳ אבל כשמכרן לשלשה ביום אחד מודה הרמב״ן דכולם נכנסו תחת הבעלים ותלמוד ערוך הוא בפרק קמא דבבא קמא (דף ח׳) ואם כן מאי האי דכתב רבינו ור״י פירש וכו׳ דאלמא דסבירא ליה דר״י חולק אדברי הרמב״ן והא ליתא דהרמב״ן לא קאמר אלא במכרן בשלשה ימים בזה אחר זה ור״י לא קאמר אלא במכרן לשלשה ביום אחד דמודה ביה הרמב״ן. ונראה לי דרבינו דקדק בדברי הרמב״ן שמביא בעל התרומות דטעמא דמכרן לשלשה ביום אחד דכולן נכנסו תחת הבעלים היינו משום דלא חיישינן דילמא כתב ומסר לזה תחלה אלא מחזקינן להו דנמסרו לשלשתן בבת אחת ומדין שודא דרבנן, ולפי זה נמשך דבידוע דמכרן בשלשה ימים כגון שלשה שכתוב בשטרותיהם לזה ביום א׳ ולזה ביום ב׳ ולזה ביום ג׳ אלא דלא כתוב בכמה בחודש או אפילו כתוב בכמה בחודש ולא כתוב באיזו שנה התם ודאי כיון דמכרן בזה אחר זה אלא דלא ידעינן מי קדים כל אחד יכול לדחותו וכו׳ והוא הדין היכא דמכרן לשלשה ביום אחד ואיכא ראיה דלאחד הקנה בבוקר ולשני בצהרים ולשלישי בערב אלא דלא ידעינן מי קדים נמי יכולין לדחותו וכו׳, ולפי זה ניחא הא דכתב רבינו ור״י פירש וכו׳ דהא לפי טעמו של ר״י אף בדכתב לשלשה בזה אחר זה בשלשה ימים כיון שאינו ניכר מתוך השטר מי קדים חל כולם כאחד ומשמע ודאי דלפירוש ר״י אפילו מביא ראיה דקדים לאו כלום הוא כיון דאינו ניכר מתוך השטר, והשתא אף על גב דהרמב״ן ור״י שניהם סבירא להו דבמכרם לשלשה ביום אחד כולן נכנסו תחת הבעלים וכמו שהוא תלמוד ערוך בפרק קמא דבבא קמא מכל מקום נמשך מדבריהם דפליגי היכא דמכרן לשלשה בשלשה ימים ואין מפורש בשטרותיהם זמן אי נמי במכרן לשלשה ביום אחד וידוע דמסר וכתב לאחד תחלה ואחר כך לשני ואחר כך לשלישי אלא דאינו ידוע מי קודם דלהרמב״ן יכולין לדחותו ולר״י אין יכולין לדחותו דתלמודא דקאמר

כולן נכנסו תחת הבעלים ודאי לא קאמר אלא היכא דאינו ידוע למי כתב ומסר תחלה. ועיין לקמן בסוף סימן ר״מ (ס״ג - ד)...״.

היוצא מכאן, שלפי **בעל התרומות** הוי השעבוד וודאי והלקוחות ספק ואין מוציאין מידי וודאי, ולכן אין הלקוחות יכולים לטעון אני לקחתי קודם. ואילו **הרמב״ן** ס״ל איפכא, והוי הלקוחות וודאי. וכאן איירי שמעמידין אדינייהו כשודא דרבנן כיוון שקנו בבת אחת. אמנם אם קנו בימים שונים בזה הוי מחלוקת בין סה״ת ורמב״ן. **ולר״י** כיוון שלא ניכר מתוך השטר הוי כל השעבוד ביחד.

ג

״אמר רב ששת כגון שלקח עידית באחרונה״. וקשה מה תירץ בזה, הרי פשיטא דכולם גובין מעידית, וכמו שהקשתה הגמרא לקמן, ומאי קא סבר רב ששת. וכן הקשה **בחידושי הרשב״א**, [עיין שם מה שתירץ]: ״וכן אמר רב ששת בשקנה עידית באחרונה. קשיא לי היכי אפשר לאוקמה לברייתא בהכין דא״כ כולן גובין מן האחרונה וכדאקשינן מאי שנא שלשה אפילו לאחד נמי דהיא היא דאתא לפרוקי, ואף על גב דהדר אקשינן עליה הכי וכדאמרי׳ וליתו כולהו וליגבו מן העידית מ״מ רב ששת דקארי לה מאי קארי לה...״.

ומדברי **רש״י** משמע שכבר בתשובת רב ששת מונח התירוץ, דפירש: ״דלקח עידית באחרונה – דניחא ליה למיתב להו כדינייהו ולא ליזלו בתר עידית״. ומשמע שללכת בתר האחרון מדין הנחתי לך מקום תלוי בטענת הלוקח האחרון, ואם אינו טוען אכן לא לוקחים מהאחרון. וכן משמע מדברי ספר התרומות [שער ד חלק ח אות ב] ״...ומתרץ הכא במאי עסיקינן שלקח עידית באחרונה. **והוא אין רוצה לומר טענת הנחתי לך מקום**, כדי שלא יפסיד בדבר, על כן הוא משתדל להכנס תחת הבעלים ליתן לכל אחד ואחד מן הראוי לו...״.

ולפי זה צלה״ב מה מקשה הגמרא אי הכי ליתו כולהו ולגבו מעידית. ובהקדים, מה שחקרו אחרונים [**גרנ״ט ורבי אריה ליב**] בהא דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין. האם כשיש בני חורין הפקיעו חכמים את השעבוד ממשעבדי, שכל זמן שיש בני חורין אין שעבוד על המשעבדי; או שהשעבוד ממשיך לחול בשווה גם על משעבדי כמו על בני חרי, אלא שחכמים תקנו סדר בגבייה שיכול הלוקח לדחות אצל הבני חרי. וכך איתא בספר התרומות דלעיל].

ולפי זה יש המבארים [ראה **בית לחם יהודה**] שבתשובת רב ששת מבינה הגמרא כמו צד ב׳, שיש שעבוד אצל המשעבדי ורק שיכול לדחות אצל בני חרי, משא״כ בנדון דידן שאינו רוצה לטעון כיוון שלקח עדית באחרונה, וכמו שביארו רש״י ובעל התרומות. ואילו המקשן ס״ל דמאחר שתקנו לגבות מבני חרי, הרי זה הפקעת השעבוד ממשעבדי, ולכן מקשה שיגבו כולם מעידית. [ובדין זה אזלינן בתר שעת לקיחת קרקע, שאם אז שייר קרקע הופקע השעבוד ממנו אע״פ שלבסוף מכר האחרונה]. וזה מה שכתב רש״י ״ליגבו מעידית -...והוטל שעבודן עליה״.

ד

והנה, **בשיעורי ר׳ דוד** רוצה לתלות מחלוקת תוס׳ וי״מ במאירי בחקירה זו: ״תקלה) אי כשגובין כולן, הכל חוזרים לדינם

והנה התוס׳ (ד״ה אין לו גובה משלפניו) כתבו, דבלקח זיבורית באחרונה, ובאו כולם בבת אחת, כל הקודם בשטר גובה מהזיבורית, ואפי׳ אם הנזקין קדמו, גובין מהזיבורית. אכן בשטמ״ק (בשם המאירי) הביא די״מ דכיון דגובין כל הקרקעות, שלשתן חוזרים לדינם, ונוטל הנזקין מעידית.

ולכאורה זה תלוי בנידון הנ״ל, דהי״מ ס״ל דדין אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בנ״ח, הוי רק דין דאין לו זכות גביה מהלוקח כשיש בנ״ח, ולכן כיון דבזה הרי בלא״ה יגבו ממנו, כולן גובין כדינם. אבל התוס׳ י״ל דסברי דהתקנה היא דהשעבוד פקע מהראשונות, ולכן הקודם בשטר שבא לגבות ראשון, אין לו שעבוד לגבות רק מהזיבורית האחרונה״.

אמנם יש להעיר על זה, שלכאורה מדברי **הרא״ש** [פרק א סימן ג] לאחר שהביא את דברי **ריב״ם**, משמע מפורש שאין כאן הפקעת שעבוד: ״אין לו גובה משלפניו. היה אומר ריב״ם ז״ל שאם באו כולם בבת אחת כל הקודם בשטר יגבה מהאחרון תחלה בין עידית בין בינונית בין זיבורית. והמאוחר ממנו גובה אחריו משלפניו. והמאוחר יותר גובה משלפני פניו. ואם הנזקין קדמו וב״ח אחריו וכתובת אשה באחרונה ובאו לגבות כאחד הנזקין קודמין לגבות מן האחרון ואפילו הן זיבורית. וב״ח משלפניו ואפילו הן עידית. וכתובת אשה משלפני פניו ואפילו הן עידי עידית. ואין נזקין יכולין לומר א״כ הורעת כוחי. שכך הוא דין מי שקדם שעבודו צריך לגבות תחלה ואין יכול לגבות אלא מן האחרון. ואם בא לגבות משלפניו יאמר הנחתי לך מקום לגבות ממנו. מיהו נראה לי אם נזקין יפייסו הלקוחות הראשונים שיניחום לגבות תחלה מהן ולא יאמר הנחתי לך מקום לגבות מהן לא מצי ב״ח וכתובת אשה למימר לנזקין כבר נסתלק שעבודך מהם כיון שהניחו בני חרי אצל המוכר וכיון ששטרך מוקדם אתה צריך לגבות מבני חרי שהניחו ביד המוכר. **משום דאמר להו ניזק כולהו משעבדי דידי נינהו אלא שחכמים תקנו לטובת הלקוחות שאין נפרעין מהן כל זמן שהניחו בני חורין** וכיון שהם מוחלין על התקנה שהתקינו לטובתם אתם מה לכם עמי. אני אקח מאיזה מהן שארצה״.

ולכאורה צ״ל בדבריו, שאע״פ שכל הקרקעות משועבדות בשווה והוי רק דין סדר בגבייה, ס״ל לריב״ם שסדר זה [שהוא תקנת חכמים] נשמר גם אם כבר אין טעם לסדר, כגון כשגובים מכולם. ואם כן שוב **י״ל בדרך אפשר** שזה ההבדל בין תשובת רב ששת וקושיית הגמרא. שרב ששת ס״ל כנ״ל ברש״י ובספר התרומות שדין קדימה בסדר הגבייה היא תקנה לטובת הלוקח ותלוי בטענתו. והמקשן ס״ל שאע״פ שאין הפקעה מהקרקעות שנמכרו ראשונה [כנ״ל ברא״ש], לאחר שתקנו לגבות קודם מבני חרי שוב אין זה תלוי בטעם התקנה, והוי דין זה גם אם גובים מכולם.

סימן ל״ג

א

איתא בסוגין [ח ע״א וע״ב]: ״הכא במאי עסקינן - כגון שלקח עידית באחרונה. וכן אמר רב ששת: כגון שלקח עידית באחרונה. אי הכי, ליתו כולהו וליגבו מעידית! משום דאמר להו: אי שתקיתו ושקליתו כדינייכו - שקליתו, ואי לא - מהדרנא שטרא דזיבורית למריה ושקליתו כולכו מזיבורית. אי הכי, בנזקין נמי נימא הכי! אלא הכא במאי עסקינן - ביתמי דלאו בני פרעון נינהו, ושיעבודא דיליה עליה דידיה רמיא, הלכך ליכא למימר הכי! אלא, משום דאמר להו: טעמא מאי אמור רבנן אין נפרעין מנכסין משועבדים במקום שיש בני חורין? משום תקנתא דידי, אנא בהא תקנתא לא ניחא לי״.

המורם מהסוגיא, שהברייתא שאומרת שאם מכרן לאחד בזה אחר זה איירי דווקא במת המוכר, ואזי יכול לומר הלוקח שלא ניחא לו בתקנת חכמים. אבל אם המוכר קיים יכול לתת לניזק ולבע״ח בינונית משום טענת אי שתקת. **וברש״י** [ד״ה בנזקין נמי] שגם על ידי טענת אי שתקת יכול לגרום לו לקבל בינונית דווקא, אבל לא זיבורית: ״...ולהכי פריך מנזקין ולא פריך מב״ח דמאי לימא ליה אי שקלת זיבורית שקול ואי לא מהדרנא שטרא למריה ותשקול מיניה מצי א״ל האי לכשתחזיר דהא השתא נמי זיבורית קבעית למפרע לי״. וכן כתבו **התוס׳**.

וצלה״ב מה גדרו של טענת אי שתקיתו, האם זו עצה ואיום שעל ידו גורם לוויתור של הניזק, או שזה דין בהלכות הטענות. וכן יש לעיין האם יכול הניזק לומר לכי תהדר, וכדלקמן.

ב

איתא **ברא״ש** [פרק א סימן ג]: ״ואזליתו כולכו ושקליתו מזיבורית. ולא מצו למימר ליה לכי תיהדר. ואפילו האשה שרוצה ליתן לה זיבורית. משום שכל דבר שאדם יכול לטעון רואין אותו כאילו הוא כבר עשוי. כדאמרינן פרק בתרא דכתובות (דף קט ב) מי שאבדה לו דרך שדהו בחד דאתי מכח ארבעה יקח לו דרך במאה מנה או יפרח באויר. משום דא״ל אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו ולא מצית לאישתעויי דינא בהדייהו. ודלא כפרש״י שפירש התם אי שתקת ואוזילנא גבך דיקח לו דרך במאה מנה קאמר. אלא כל דבר שיכול לטעון פסקינן ביה כאילו כבר (טען בו) [עשוי] וכן משמע הכא אפילו אי לא טען אי שתקיתו כו׳ אנן טענינן ליה ופוסקין להן הדין כך דכולן נכנסו תחת הבעלים ללוקח בזה אחר זה כמו לשלשה בני אדם כאחד. וכן לשנויא אחרינא דמוקי לה ביתמי ומשום דאמר ללוקח אי אפשי בתקנת חכמים אף אי לא טעין כגון זה פתח פיך לאלם וטענינן להו והא דקאמר אי הכי בנזקין נמי ה״ה דהוה מצי למיפרך מב״ח שיטול בזיבורית ולא מצי למימר ליה לכי תיהדר אלא נקט נזקין דדינו בעידית לרבותא שאף הכא לא יטלו אלא בזיבורית...״.

יוצא מדבריו שאם המוכר קיים נותן לכולם **מזיבורית**, ועוד מבואר שאין הם יכולים לומר לכשתהדר. וההסבר לכך הוא שטענת אי שתקיתו הוא דין ממש ולא איום לצורך משא ומתן, וב״ד פוסקים להם כך גם אם הלוקח לא יטען. והטעם משום שכל דבר שאדם יכול לטעון הוא כאילו כבר עשוי.

ובתוספות תלמיד ר״ת (בשיטת הקדמונים) מוסיף הסבר שהוא משום הפוכי מטרתא למה לי: ״אלא הא טענה היא כיון שהוא יכול להחזיר השטר בברור ליתן הקרקע במתנה, הילכך השתא נמי גבי מזיבורית, דהפוכי מטרתא למה לי״. ועוד ביאר **הרא״ש** שקושיית הגמרא מנזיקין היא לאו דווקא, ויש להקשות גם על בע״ח בבינונית. וכן פירש שדין זה נמצא גם בסוגיא בכתובות [קט] במי שאבדה דרך שדהו.

וברי״ף [בגירסא שהייתה לפני בעל המאור והראב״ד] לא הביא את מסקנת הגמרא דאיירי ביתמי, וכן לא הביא החידוש של אי שתקיתו: ״ואסיקנא מכרן לאחד אפילו בזה אחר זה ואי לקח זיבורית באחרונה מצי למימר לכל חד וחד מינייהו הנחתי לך מקום לגבות ממנו דלא אמרינן בכי הא מילתא כולן נכנסו תחת הבעלים אלא הכא במאי עסקינן כגון שלקח עידית באחרונה והיינו טעמא דלא אתו כולהו [גבו] מעידית משום דאמר להו לוקח טעמא מאי אמור רבנן הנחתי לך מקום לגבות ממנו משום תקנתא דידי אנא לא ניחא לי בהאי תקנתא...״.

ובבעל המאור הקשה עליו מדוע לא פירש מסקנת הגמרא, דאי לא איירי ביתמי אזי הדין שונה. ולומד כמו תוס׳ ורש״י דמצי לתת לניזקין ובע״ח בינונית וכתובת אשה זיבורית: ״הכא במאי עסקינן כגון שלקח עידית באחרונה. הרב אלפסי ז״ל לא פירשה כל הצורך ונראה לנו בגמ׳ דביתמי עסקינן אבל בלא יתמי נראה כי דין אחר הוא ניזקין ובע״ח בבינונית וכתובת אשה בזיבורית משום טעמא דאמר להו אי שתקיתו שתקיתו ואי לא מהדרנא שטרא דזיבורית למאריה וכדאמרי׳ בגמ׳ אי הכי בניזקין נמי נימא הכי ונגבינהו בבינונית כך נראה מסוגיא דשמעתא...״.

והרמב״ן במלחמת ה׳ ביאר דהרי״ף לא הביאו כיון שאין זה דין אלא איום לצורך המשא ומתן ואין זה שייך לב״ד. ועוד ביאר דהא דכתובות הוא דין, מכח מה מכר לו כל זכות, ואינו דומה לכאן: ״...אלא שאני אומר דהא דקא אמרי׳ בגמ׳ משום דא״ל אי שתקיתו שתקיתו לאו דפסקינן אנן הכי אלא ה״ק כולן נכנסו תחת הבעלים שיכולין לקוחות להגבותן כדיניהן ואי בעי נמי בעלי חובות ונזקין למימר ליה לכי מהדרת מצי למימר הכי שאין זה מן הדין אלא שיכול להפסידן שלהן ואנן כי אתו לקמן מגבינן להו לנזקין מעידית כדינייהו ולבע״ח בבינונית כדיניה דאי לא תימא הכי האי מאן דזבין עידית לחודה מחבריה והיו על המוכר ניזקין ובע״ח וכתובת אשה לאו מי אמרי׳ להו גבו מעידית ואף על פי שיכול לומר להם אי שתקיתו שתקיתו ואי לא יהבינא זיבורית דידי במתנה ללוה ואזליתו ושקליתו מיניה ה״נ ל״ש דהא במתנה גמורה צריך ליתנה לו לוקח ללוה שהרי בחזרת השטר לא בטלה מכירתו ולא חזרה נמי כדאיתא בבא בתרא בפ׳ גט פשוט ובשמעתין נמי רמיזא דאי בטלה (מתנתו) אפי׳ יתמי נמי בני פרעון נינהו דלאו נכסי דקנו יתמי נינהו אלא ודאי הך טענה דאי שתקיתו אי טעין טעין ואי לא לא דיינינן אנן הכי ומה שהוצרכו בגמ׳ להעמידה ביתומים לרווחא דמילתא הוא לומר דאפי׳ טעין לא מתהני ליה מידי כיון דהאי דינא בודאי טעין הוא לא הוצרך רבינו הגדול ז״ל לכתבה שהכל הולך אחר טענתו ואחר רצונן של ניזקין ובעלי חובות שאינו מן הדין אלא מחמת טענתן של אלו ואלו ואי לא טעין אי נמי טעין ואמרי ליה הנך לכי מהדרת ולא אהדר דינא הכין הוא כדכתב רבינו הגדול ז״ל ואין להשיגו בזה כי עיקר הדין כתב אלא שאחז דרך קצרה כמנהגו...

ואין זה דומה למה שאמרו במס׳ כתובות גבי מי שהלך למדינת הים ואבדה דרך שדהו וכו׳ דאמרי׳ התם אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו ולא מצית לאשתעויי דינא בהדייהו דאלמא אנן דיינינן הכי אף על גב דלא טעין זו אינה דומה לזו משום דהתם ה״ק ליה אתינא מכח ד׳ דלא מצית לאשתעויי דינא בהדייהו הלכך כדינייהו נמי דיינינא ליה דמה מכרו לזה כל זכות ומהדרנא שטרי לאו דוקא אלא מראה מקום הוא לו שאם יבאו בעלים הראשונים ומשתעי דינא בהדיה לא גבי מינייהו כלום השתא נמי דינא דידהו אית ליה ללוקח זה דמה מכרו לו כל זכות שיבא לידם כדאמר רבא בשמעתין בהדיא משא״כ בזו. כללו של דבר דינא דאי שתקיתו שתקיתו בכאן לאו דינא הוא אלא אי פקח הוא יכול למימר להו הכי אי בעו אינהו למימר ליה לכי מהדרת שקלינן מיניה ולא הדר שקלי נזקין מעידית ובע״ח מבינונית כדינייהו ואי אתו לקמן כדינייהו מגבינא ליה לכולהו וכדכתב רבינו הגדול ז״ל...״.

נמצא: 1. לרא"ש אי שתקיתו הוא דין ולרמב"ן הוא עצה ואיום. 2. לרא"ש אנן פסקינן לכולם זיבורית גם אי לא טעין אי שתקיתו, ורמב"ן אנן פסקינן כדינם ורק שיכול לטעון אי שתקיתו, ואזי גם הם יכולים לומר לכי תהדר.

ד

ובתוספות איתא: "אי שתקת כו' ואי לא מהדרנא שטרא דזיבורית למריה - אף על גב דבלאו הכי אשה גביא מזיבורית מ"מ לא מציא למימר ליה לכי תהדר כיון שאין מפקיע כחה אבל ב"ח לא מצי למימר דלישקול בזיבורית מטעם דאי שתקת דכיון דמפקיע כחו מצי א"ל לכי תהדר דהא השתא נמי מזיבורית אתה רוצה ליתן לי לכך לא פריך בסמוך אלא מנזקין ולא מב"ח כדפירש הקונטרס". היינו, שאם רוצה לתת כדינם [לבע"ח בינונית ולכתובת אשה זיבורית] אין האשה יכולה לומר לכשתהדר אע"פ שבכל מקרה נותן לה זיבורית כיוון שאין מפקיע את כוחה מעיקר דינה שהוא זיבורית, [וכן בע"ח בבינונית]. ורק אם רוצה לתת לבע"ח ולניזק זיבורית על ידי טענת אי שתקיתו יכולים לומר לכשתהדר כיוון שמפקיע כוחם.

וצלה"ב מה הביאור בדברי התוס', שמזה שבכתובת אשה יכול לתת זיבורית ולא מצי אמר לה לכי תהדר, משמע שהוא דין ולא איום. ואילו כשרוצה לתת לבע"ח ולניזק זיבורית [היינו פחות מדינם] יכול לומר לכשתהדר, משמע שזה איום למשא ומתן.

ולכאורה צ"ל שיש שני דינים באי שתקיתו. אם בא לתת כדינו [כמו כתובת אשה בזיבורית] או לעשות פשרה [כמו בינונית לניזק] אזי הוא דין. ואם רוצה לגרע כוחו ולתת זיבורית אזי הוא איום ויכול לומר לכשתהדר. ונראה לומר הביאור, שאי שתקיתו הוא דין אבל לא מאותו טעם של הרא"ש, דהרא"ש ס"ל שהוא מכח שמה שאדם יכול לטעון כאילו כבר עשוי, ולכן גם אם רוצה לתת זיבורית כאילו כבר עשוי. אבל תוס' י"ל דס"ל שהוא דין על דרך טענינן, שב"ד טוען עבורו טענות שהוא מוחזק בהם. ואם כן טענינן רק כשהטענות באות לעשות כדינם או לעשות פשרה מוצדקת ולא כשבא לגרע מדינם, דאזי מצי למטען לכי תהדר.

ה

והנה, **ברא"ש** איתא שמהדרנא שטרא הוא לאו דווקא אלא הכוונה למכור לו חזרה: "דאמר להו אי שקליתו כדינכם שקליתו. ואי לא מהדרנא שטרא דזיבורית למריה. הא דקאמר מהדרנא לאו דווקא שאם היה מחזיר לו השטר לא נתבטל המקח בשביל זה אם לא שיקנה השדה בקנין...". יוצא שאי שתקיתו בנוי על טענת אמת שיכול למכור, ומתאים לשיטתו שהוא דין ואם כן אומרים רק כשהטענה בנויה על אמת. והיות שמדובר במכירה [או במתנה] צ"ל שהמוכר מסכים לקבל ממנו, וכדפירש **בספר התרומות** [שער ד חלק ד אות ב] דסתמא דמילתא המוכר רוצה בטובתו של לוקח ויקח ממנו: "ומפרקינן משום דאמר להו אי שתקיתו שתקיתו ואי לא מהדרנא שטרא דזבורית למרא ושקליתו מזבורית. פירוש, מהדר לשטרא לאו דוקא, דהא קיימא לן החזיר לו את השטר לא חזרה מתנתו, אלא מהדרנא ליה ארעא בשטר מתנה שאעשה לו קאמר, דכיון שיהיו לו נכסים בני חורין לא יפרע מן המשועבדין, ובודאי דוקא בשרוצה מוכר ליקח מתנה זו, שאם לא רצה לקבלה אינה כלום, אלא סתמא דמילתא מוכר רוצה בטובתו דלוקח ויקבל המתנה כדי שיגבה בעל חוב ממנו ולא יטרוף עדית מלוקח".

אמנם, **בתוספות** איתא לכאורה דלא כדבריו, אלא מהדרנא שטרא הוא בדווקא: "מכרן לאחד בבת אחת מיבעיא - השתא לא אסיק אדעתיה טעמא דאי שתקת דאפילו כתוב הכל בשטר אחד יכול לכבוש השטר ולהחזיר הזיבורית לבעלים כאלו לא קנה מעולם". וביאר **במהרש"א [מהדורה בתרא]**: "שם ד"ה מכרן לאחר בבת אחת מבעיא השתא לא אסיק עכ"ל דאיכא למימר דלא הוי

[מקשה מכרן (לא) [לאחד] מבעיא משום דהוה סד״א דיגבה כולן מזיבורית מטעם דאי כו׳ ואשמועינן דנכנסו תחת הבעלים ומשום דא״ל הניזק והב״ח לכי תיהדר ולפי האמת לא מתוקמא בהכי כדמסיק א״ה בניזקין נמי כו׳ דלא יגבה אלא בינונית ודו״ק״.

ולכאורה יוצא שאי שתקת יכול להיות גם טענה של רמאות. וביאר **בים של שלמה** [מסכת בבא קמא פרק א סימן יד]: ״ופי׳ הרא״ש (סימן ג׳) דהאי אחזיר שטרא כו׳. לאו בחזרה לבד איירי, שבזה לא נתבטל המקח... אלא הכא איירי בכה״ג שיאמר אחזיר לו השטר ע״י קניין גמור. ואכתוב עליו שטר מכירה, קנה איהו וכל שיעבודיה דיליה, או להקנות לו השדה בקניין, ונראה אף שדינו דין אמת. אכן לא צריכים לפירושיו, אלא שיכבוש את שטרו, ויהיה כאלו לא קנה ממנו מעולם. וכן פירש התו׳ (ד״ה מכרן) ולא יכול זה לטעון ערמה עשית ועדיין הוא שלך. תקבל עליך עונש ואלה שכן הוא. שהרי יכול לומר אין לך עלי טענה, שהרי יש בידי למכור אותו לו, ויהיה לו בני חורין, ותסולק ממני״.

ובהסבר זה דטענת שקר בנויה על זה שיכול באמת למכור, מתורצת קושיית **המהר״ם שיף**, דהרי ביתמי אינו יכול מכור באופן שיסולק ממנו: ״בתוס׳ בד״ה מכרן לאחד כו׳ לכבוש השטר כו׳ לא קנאו מעולם. לפ״ז אף למאי דביתמי עסקינן עדיין לימא ליה ואי לא כבישנא לשטר דזיבורית כאלו לא קניתי מעולם ויש ליישב ועיין״.

פרק כיצד הרגל

סימן א׳

א

איתא בסוגיין [עד בעי רבא בי״ז ע״ב] ארבע מחלוקות **רש״י ותוס׳**, ויש לבארם בס״ד:

1. **רש״י** פירש את המשנה כיצד הרגל, במה הרגל מועדת, והתשובה הראשונה היא ״לשבר בדרך הילוכה״, והתשובה השנייה היא ״בהבמה מועדת להלך כדרכה״. וזה גם פירוש הראשון של **תוס׳** בשם אית דגרסי, אלא שמוסיף שלדיעה זו גרס והבהמה בוי״ו. אמנם ר״י מקשה מה חידש כאן שלא שנאה בפרק קמא, ולכן הסביר שהשאלה היא כיצד הרגל מועדת לשבר דרך הילוכה, והתשובה היא שהבהמה מועדת להלך כדרכה ולשבר. וצ״ב מה יענה רש״י על קושיית תוס׳, וכן ובמאי קא מיפלגי.

2. **רש״י** [בע״ב] פירש שהמקור לכך שחייב על שן דחי׳ה הוא מהלימוד בחולין שחי׳ה בכלל בהמה, כמו שנאמר זאת הבהמה וגו׳ ומפרט איל צבי ויחמור: ״דחיה בכלל בהמה - דכתיב (דברים יד) זאת הבהמה אשר תאכלו ומפרש בתריה איל צבי ויחמור״.

ומקשים **תוס׳**, דאם כן מנא לן שחייבים גם על עופות כמו תרנגול במשנה, ולכן למדו משבת: ״קמ״ל דחיה בכלל בהמה - לא מההיא דרשה דבהמה המקשה (חולין דף עא.) קאמר הכא דחיה בכלל בהמה דהא הכא אפילו עוף נמי הוי בכלל בהמה כדקתני התרנגולת מועדת אלא ילפינן בהמה משבת כדאמרינן בס״פ הפרה (לקמן דף נד:) דבעירה ובהמה הכל אחד דמתרגמינן בהמה בעירה״.

וצ״ב מה יענה רש״י על קושייתו. ובשו״ת **בית הלוי** [חלק ג סימן מט] תירץ על זה: ״ולכאורה נראה דרש״י ס״ל דאע״ג דעל עופות אין לימוד מ״מ חייב דלא גריעי מתולדה והרי גם אבנו שלא הפקירו הוי׳ תולדה דשור, ובע״כ צ״ל דהא דאמר בגמרא סד״א ושילח את בעירו בהמה אין חי׳ לא אין הכוונה דס״ד דחי׳ יהיה פטור רק דס״ד דחי׳ לא כתיבא בתורה והוי׳ תולדה וקמ״ל דחי׳ בכלל בהמה וגם חי׳ הוא אב והתרנגולים מועדים באמת הוא רק תולדה ועיי׳ בשיטה מקובצת שכ׳ כן״. אמנם הדברים תמוהים, שהרי מפורש ברש״י [ד״ה קמ״ל] כתב: ״קמ״ל - מתני׳ דאשן דחיה נמי מיחייב״. חזינן שמפרש כמו תוס׳ שהנידון בסוגיין הוא על עיקר החיוב של תשלומין בחי׳ה, דמשמע שהיה ס״ד לפטור וקמ״ל שחייב. ואם כן עדיין צ״ב.

3. בחזיר הנובר באשפה ומתיז צרורות פירש **רש״י** שהוא כצרורות דרגל, ואילו **תוס׳** ס״ל שהוא צרורות דשן. וצ״ב במאי קא מיפלגי. **ובמנחת שלמה** פירש דרש״י ס״ל ששן הוי רק אם נהנה מגוף הדבר שאותו הזיק, היינו אכילת פירות, חיכוך כותל וטינפה פירות, אבל לא בצרורות שאין לה הנאה מדבר הניזק בריחוק מקום ממנה [דומיא דסברת תוס׳ שאנץ לעיל ג׳ ע״א דפליג על ר״ח בהטלת גללים], ואילו תוס׳ ס״ל שמכיוון שמה שגרם התזת הצרורות הוא הנאתה, לכן מקרי שן. אמנם לכאורה דבריו צ״ע, שכמו שכבר נתבאר לעיל מוכח מרש״י לקמן י״ח כשיטת הר״ח, שהטלת גללים נחשב לשן.

ובבית לחם יהודה הביא ביאור על פי מה שחילק, שתוס׳ ס״ל שנובר הוא אכילה בפה [יכרסמנה חזיר] ושפיר יש כאן אכילה וממילא הנאה, ואילו רש״י ס״ל שהוא עם החוטם, היינו שהנבירה היא חיפוש האוכל ואינו נהנה מעצם הנבירה. אמנם גם על זה יש להעיר, דהרי רש״י לקמן [מ״ח ע״ב ד״ה דחזא ירוקא] פירש שראה עשב על פי הבור ובא לאכול ונפל בבור והזיק בתוך הבור ותולדה דשן הוא דמתכוון להנאתו. חזינן שפעולה שכוונתה לגרום לה הנאה [ואפילו במקרה שזה

לא קרה בפועל] מקרי שן. ואם כן לכאורה הכא נמי שנובר בחוטם בכדי לאכול מתכוונת להינות ושפיר הוי שן. ואם כן עדיין צ״ב.

ב

ונראה לבאר בדרך אפשר בס״ד על פי החקירה שנתבארה כמה וכמה פעמים בפרק קמא, שחולקים רש״י ותוס׳ בגדר חיוב נזיקין, שרש״י ס״ל שתורה מחייבת את הבעלים על זה שלא שמר כראוי, ואילו תוס׳ ס״ל שתורה חידשה שהאדם חייב על מעשה ממונו שהזיק. ולכן:

במחלוקת א דלעיל: רש״י ס״ל שתורה מחדשת ברגל שהאדם חייב על חוסר שמירתו של שורו כשמזיק באופן דאורחייהו בהכי, שהיה עליו לשמרו. וכיוון שכבר חידשנו זאת בפרק קמא, במה שהמשנה כתבה שם שהרגל מועדת לשבור דרך הילוכה, עיקר החידוש כבר נלמד. ולכן כאן המשנה לא מחדשת בשתי האוקימתות הראשונות בעצם הדין, אלא מביאה ציורים של היכי תימצי שמזיקה באורחייהו. ולכן כל שאלת המשנה היא ״כיצד״, ופירש רש״י ״במה״, היינו באיזה אופנים וציורים.

משא״כ תוס׳ שס״ל שתורה מחדשת שאדם חייב על ממונו כשם שחייב על גופו שמזיק, הרי שאין לך בו אלא חידושו, ולכן כל אופן שהמשנה מביאה אמור לחדש אופן חדש. ולכן יש חידוש בפני עצמו שבהמה המזיקה ברגלה בעלה חייב, ועוד חידוש שאם מזיקה בגופה חייב. היינו שכל אופן של מעשה נזק הוא חידוש בפני עצמו. ולכן תוס׳ שואלים שחידוש זה של היזק ברגלה כבר חידשנו בפרק קמא. [ואילו לרש״י אין אלו חידושים אלא פירוט של אופנים וציורים]. ואולי יש להוסיף, שלכן תוס׳ גרס בפירוש קמא והבהמה עם וי״ו, ואילו רש״י לא, אע״פ שלכאורה זה אותו הפירוש. ולהנ״ל מובן, שלרש״י ששתי הדוגמאות הם פירוט של צורות של אופני החיוב, מתאים שפירוט זה יהי׳ה ללא וי״ו החיבור כיוון שהם דוגמאות, משא״כ לתוס׳ שכל מקרה הוא חידוש, כל מקרה הוא בדווקא ומתאים שיהי׳ה בוי״ו החיבור.

במחלוקת ב׳ דלעיל: תוס׳ לשיטתו שהחידוש הוא שחייב על ממונו שהזיק, מובן שצריך להיות לימוד מיוחד על כל סוג **ממון** שהזיק. ולכן אם תורה מחדשת בחי׳ה ובהמה ולא בעוף, לא הייתי יודע חיוב הבעלים על העוף שלו, וצריכים לימוד הכולל גם עוף, והוא משבת. אבל לרש״י שתורה מחדשת שהאדם חייב על נזק הנגרם על ידי הנאה ואכילה מכיוון שלא שמר, הרי שאפשר לחלק בין אכילה של בהמה ושל חי׳ה. שיש שני סוגי בעלי חיים, אלו שאפשר לגדל בבית [בהמות ועופות ביתיים] ואלו שאי אפשר לגדל [חיות ועופות לא ביתיים]. נמצא שבדרך כלל בהמות ועופות ביתיים סמוכים על האכלת הבעלים, ואילו חיות וכיו״ב מחפשות אוכל גם מחוץ לרשות בעל הבית. ולכן אם התורה מחדשת שהאדם חייב על אכילת בעלי חיים הביתיים שאכלו משל אחרים ולא שמר עליהם, אין זו הוכחה שחייב גם על אי שמירת חיות שיצאו והזיקו משל אחרים, שכאמור שני סוגי אכילות שונות הן. אבל אם חידשה גם על בהמה וגם על חיה, שוב כל בעלי חיים במשמע [גם עופות], ובכולם חייב על אי שמירתן.

במחלוקת ג׳ דלעיל: בחידושי ר׳ נחום פירש שרש״י ס״ל שדין צרורות נאמר רק ברגל: ״ונראה דרש״י אזיל בזה לטעמיה, דהנה ברש״י לקמן די״ח ע״ב ד״ה דדחיק הביא ב׳ דרכים מהו הדין בהטילה גללים להנאתה והזיקה, דבפירושו הא׳ נקט דבכה״ג הוי שן ומשלם נ״ש, ובפירושו הב׳ כתב דאע״ג דיש הנאה להזיקו אי״ז תולדה דשן, דשן הזיקא דגופא והני צרורות נינהו, והלכך משלם ח״נ יעו״ש. ומבואר מדבריו דלב׳ הדרכים הוה פשיטא ליה דההלכתא דצרורות לא נא׳ בשן, וכל החילוק בין ב׳ הדרכים הוא האם צרורות דשן הוו שן או לא, דבפירושא קמא ס״ל דצרורות דשן הוו שן ולכך משלם נ״ש (דכאמור בשן לא נא׳ ההלכתא דצרורות), ובפירושו הב׳ כתב דהמזיק דשן הוי רק בהזיקה בגופה אבל בהזיקה שלא בגופה אי״ז בכלל שן אף על גב שיש

הנאה להזיקו, ואפילו תולדה לא הוי, אלא הוי צרורות דרגל ולכך משלם ח״נ [ונראה בכונתו, דהא דאמרי׳ להלן דכחו כגופו הוי רק סיבה להחשב בכלל ״שור״ אולם אי״ז סיבה להחשב שן, דהמזיק המסוים דשן נא׳ רק בהזיקה בגופה ושאני מרגל דכתיב בתורה רק ושלח את בעירה ולא נתפרש האיך נעשה הנזק, ולכך המזיק דרגל כולל נמי צרורות, ומה״ט כל כחו הנעשה ע״י אורחיה חשיב כתולדה דרגל ודו״ק].

והן הן דברי רש״י בסוגיין שכתב דחזיר הנובר באשפה הו״ל צרורות דרגל, דלשיטתו לא נא׳ בשן ההלכתא דצרורות, ומשו״ה הוצרך לבאר דחזיר הנובר באשפה הו״ל צרורות דרגל. והתוס׳ פליגי על ב׳ הנחות אלו וס״ל דגם נזק שלא נעשה ע״י גופה מיקרי שן, וכן ס״ל דההלכתא דצרורות נא׳ נמי בשן, ולכן מצו לפרש דחזיר הנובר באשפה חשיב שן והו״ל צרורות דשן״...

ומד׳ הגמ׳ לעיל משמע כרש״י, דבגמ׳ בד״ג ע״ב מסקי׳ דכל התולדות הוו כיו״ב לבר מרגל דהלכתא גמירי לה דח״נ צרורות ח״נ משלם, ולד׳ התוס׳ תיקשי דהא משכח״ל נמי צרורות בשאר המזיקים כגון בחזיר הנובר באשפה דהו״ל צרורות דשן. וכעין הך קו׳ הק׳ השטמ״ק שם בשם התוס׳ שאנץ דמשכח״ל צרורות דקרן וכדאיבעיא לן אי יש שינוי לרביע נזק ואמאי קאמר הש״ס לבר מרגל, ויעו״ש מש״כ בזה [וע״ע בשטמ״ק בד״ב ע״ב בשם תוספי תוספות להרא״ש שתי׳ דצרורות דרגל שכיחי טפי ולהכי נקט הש״ס צרורות דרגל]. ולד׳ רש״י הוא מיושב מאד, דבאמת כל דין צרורות הוא רק ברגל״.

והביאור בזה, שנתבאר לעיל [פרק קמא] שתוס׳ ס״ל שצרורות הם דומיא דרגל, רק שההלכה מיעטה בכמות התשלומין לחצי נזק. ואילו בסוגין בחזיר הנובר הוי תולדה דשן, רק שהתורה מיעטה את התשלום לחצי נזק. ואילו לרש״י ההלכה הוציאה את דין צרורות [כוחו] מאב רגיל והוא שם מזיק בפני עצמו.

ולחקירה הנ״ל, תוס׳ לשיטתו שתורה חידשה שהאדם חייב על ממונו שהזיק, הרי שבזה שהסקנו שכוחו כגופו, הרי שאותו גדר שיש לגוף [שהוא ממונו] יש גם לכח. ואם נזק של הנאה על ידי גופו נקרא שן, אזי נזק על ידי כוחו גם הוא שן כיוון שכוחו כגופו. ופירוש כוחו כגופו הוא שאותו שם מזיק עליהם לגבי גדר חיוב האדם על ממונו שהזיק, אלא שההלכה מפחיתה שהתשלום הוא חצי נזק. אמנם לרש״י, לא דיינינן על הגופים המזיקים [היינו הממון] אלא חיוב על אי שמירה. ואזי מתפרש כוחו כגופו [לא שיש להם את אותו גדר] אלא שבשניהם האדם חייב על אי שמירתו. ושפיר יכול להיות שם מזיק בפני עצמו, כמו שההלכה מחדשת לדבריו בזה שהיא קובעת שהיא ממונא.

ג

4. וממשיך בסוגין [יז ע״ב]: ״אמר רבא: כל שבזב טמא - בנזקין משלם נזק שלם, כל שבזב טהור - בנזקין משלם חצי נזק. ורבא, צרורות אתא לאשמועינן? לא, רבא - עגלה מושכת בקרון קא משמע לן״. ופירש **רש״י** דאיירי בזב הנוגע, ובמסקנה של עגלה מושכת בקרון איירי בטומאת היסט: ״שבזב טמא - משמע נגיעה ממש. שבזב טהור - כגון שזרק חפץ על אדם הוי טהור ובנזקין כעין צרורות חצי נזק. עגלה מושכת בקרון - אתא לאשמועינן דבזב טמא אם הלכה קרון שהזב עליה על גבי כלים טמאים משום מדרס הזב ובנזקין נמי עגלה שמשכה בקרון ע״ג כלים כגופה הוי ולא כצרורות ואם התיז צרורות מתחת הקרון דבזב טהור בנזקין נמי צרורות נינהו״.

ואילו **לתוספות** איירי בטומאת היסט: ״כל שבזב טהור - אין זה הכלל דוקא דהא קנה בקומטו של זב והסיט בו הטהור טהור ולענין נזקין אין חילוק וכל עיקר האי כללא לא בא אלא למעט זורק״.

וביאר **בחידושי ר׳ נחום**: ״ח) אמר רבא כל שבזב טמא בנזקין משלם נ״ש וכו׳ רבא עגלה המושכת בקרון קא משמע לן, בביאור ד׳ הגמ׳ נח׳ רש״י ותוס׳, דהנה בתוס׳ ושא״ר פירשו לכל הסוגיא בטומאת היסט, דכל שבזב טמא היינו אם הזב הסיט להטהור ע״י קנה וכדו׳ דחשיב שהזב עצמו הסיטו ודכותיה גבי נזקין משלם נ״ש, וכל שבזב טהור היינו בהסיטו ע״י זריקה דל״ח כגופו ודכותיה בנזקין משלם ח״נ, וכתבו התוס׳ דהך כללא הוא לאו דוקא דהרי קנה בקומטו של זב והסיט בו ילפי׳ ממגע בית הסתרים דטהור, והך כללא אתי רק למיעוטי זורק. ולפי דבריהם נראה דגם למסקנא לא הדרי׳ מזה דכל שבזב טמא איירי בטומאת היסט, וכל השקו״ט היא מה אתי רבא לאשמועי׳ לענין נזיקין, דמתחילה קס״ד דרבא אתי למיעוטי זורק ולבסוף מסקי׳ דאתי לרבות עגלה המושכת בקרון.

אמנם ברש״י פי׳ דכל שבזב טמא משמע נגיעה ממש, ומבואר דאיירי׳ לגבי טומאת מגע, וכן נראה מהמשך דבריו שכתב דכל שבזב טהור היינו כגון שזרק חפץ על אדם דהוא טהור, ולא הזכיר שאותו החפץ הסיט את האדם אלא שנגע בו בלחוד, ומשמע מדבריו דאיירי׳ בטומאת מגע וכונת רבא דכמו דל״ח מגע הכ״נ בנזיקין משלם ח״נ. ולמסקנת הגמ׳ דילפי׳ מינה עגלה המושכת בקרון פרש״י דהכונה לטומאת מדרס בכה״ג שהלכה קרון שהזב עליה על גבי כלים, דהכלים טמאים משום מדרס הזב, ומינה שמעי׳ לנזיקין דבעגלה המושכת בקרון ע״ג כלים הוו כגופה ולא כצרורות. ונראה דרש״י ס״ל דלמסקנא הדרה בה הגמ׳ בפירוש מימרא דרבא, דכל מש״כ רש״י דאיירי בטומאת מגע הוא רק להו״א (וכ״ה לשון רש״י כל שבזב טמא ״משמע״ נגיעה ממש, ומדויק דכ״ז הוא רק הו״א), אבל למאי דמסקי׳ דרבא אתי לאשמועי׳ דבעגלה המושכת בקרון משלם נ״ש ליכא לפרושי לה בטומאת מגע, דל״ש ללמוד ממגע גמור לעגלה המושכת בקרון, ולכך פרש״י דלמסקנא איירי׳ בטומאת מדרס, דהיינו אם הלכה קרון שהזב עליה ע״ג כלים טמאים משום מדרס, ומינה ילפי׳ לעגלה המושכת בקרון דחייב נ״ש וז״ב״.

וחידוש תשובת הגמרא לפי תוס׳, הוא כהסברת **הראב״ד** [**שיטה מקובצת**]: ״והראב״ד פירש בזה טמא היושב על הקרון שמושכו הזב כאלו מסיטו ובנזקין עגלה שמושכת בקרון ודרסה על הכלים משלמת נזק שלם הואיל והקרון קשורה בבהמה דומיא דחמור במשאו״. וביתר הרחבה **בנמוקי יוסף** [אלא שנראה דגרס עגלה מושכת, היינו עגלה בחטף פתח מלשון וירא את העגלות וכדאיתא במאירי]:

״עגלה מושכת. שאם היו שוורים מושכין את העגלה ושברה כלים דרך הלוכה ברשות הניזק בעל השוורים משלם נזק שלם סד״א כיון שהשוורים אינן נוגעין בעגלה כמאן דפסיק דמי והוו להו כצרורות קמ״ל כיון דאיכא חבלים דמחברי בין עגלה לשוורים כמאן דנגעי בעגלה דמי דכה״ג בזב נמי טמא שאם היה הזב מושך את העגלה העגלה טמאה דהסט בחבורין הוא נמצא מדברי רבא למדנו דזה בא ללמד ונמצא למד כה״ג שחייב בניזקין כנגדו בזב טמא וכדפי׳ דהא בלאו הא דרבא לא ידענו אלא בטמא יושב כגון שהלכה קרון שהזב עליה על גבי כלים שהיו תחתיו טמאים משום מדרס הזב ואם התיזו צרורות מחמת הקרון בזב טהור ובנזקין נמי צרורות נינהו״.

נמצא, דלרש״י בס״ד איירי בטומאת מגע של זב, ובמסקנא בטומאת מדרס של זב שמעל הקרון. ובנזיקין שהעגלה מושכת בקרון. ואילו לתוס׳ איירי בטואת היסט, שהזב מושך את הקרון ומסיטו.

נמצא שעיקר החידוש לדבריו הוא שחיבור דבר לבהמה הוא כגוף הבהמה, והוא כנ״ל שעיקר החידוש הוא שחייב על ממונו שהיא הבהמה, ובזה מחדשים שחייב גם על המחובר לה כמו הקרון. ואילו לרש״י עיקר החידוש הוא בהגדרת צרורות ולא בהלכות זב.

סימן ב׳

א

איתא בסוגין [יז ע״ב]: ״בעי רבא: דרסה על כלי ולא שברתו, ונתגלגל למקום אחר ונשבר, מהו? בתר מעיקרא אזלינא וגופיה הוא, או דלמא בתר תבר מנא אזלינא וצרורות נינהו? תפשוט ליה מדרבה, דאמר רבה: זרק כלי מראש הגג, ובא אחר ושברו במקל - פטור, דאמרינן ליה: מנא תבירא תבר! לרבה פשיטא ליה, לרבא מבעיא ליה״.

וצלה״ב: 1. מה הכוונה בבתר מעיקרא אזלינן, האם הכלי כבר נחשב לשבור ממש? 2. מה פושטים מדברי רבה, בתר מעיקרא או בתר תבר מנא? 3. בזרק כלי ובא אחר ושברו פוטר רבה את השני. מה הדין של הראשון שזרק את הכלי? 4. מה הפירוש של ״מנא תבירא תבר״?

ופליגי בכל זה **רש״י ורמב״ן**:

רש״י פירש: ״פטור - המשברו וחייב הזורק אלמא בתר מעיקרא אזלינן והואיל וסופו לישבר לכשינוח כמי ששברו הוא דמי״.

מדברי רש״י מבואר שהגמרא מוכיחה מדברי רבה דבתר מעיקרא אזלינן. וההוכחה היא [לא מהא דהשני פטור], אלא מהא דהזורק חייב, ולכן רש״י הוסיף ע״ד רבה ״וחייב הזורק״ וכתב ״אלמא בתר מעיקרא אזלינן״, ומשמע דכל ההוכחה היא רק מהא דהזורק חייב. וכ״מ מסוף ד׳ רש״י שביאר את חיובו של הזורק דהואיל וסופו לישבר לכשינוח ״כמי ששברו הוא דמי״. ודברי רבה ״דאמרינן ליה מנא תבירא תבר״ באו לבאר את פטור המשבר, ורש״י שכתב ״כמי ששברו הוא דמי״ בא לבאר את חיובו של הזורק. דמכיוון שהשני פטור משום דתבר מנא תבירא, הרי כלול בזה שהראשון חייב דהרי הוא תבר את המנא.

ואילו הרמב״ן במלחמת ה׳ [פרק ב בסופו] פירש: ״...ויש דרך אחרת בפי׳ זו השמועה בעצמה והוא שנפרש ונאמר דרבה בתר בסוף אזיל והא דקאמרי׳ בגמ׳ ותפשוט ליה מדרבה הכי פירושא תפשוט דבתר בסוף אזלינן מדאמר רבה ובא אחר ושברו במקל פטור ולא אמר הראשון חייב דאי ס״ד בתר מעיקרא אזיל הל״ל הראשון חייב ואשמועינן רבותא ולא לימא דשני פטור דשני אפי׳ אזלת בתר בסוף פטור כיון שסופו להשבר ואין לו דמים עכשיו אלא ודאי מדאיצטריכא ליה פטורא דשני ש״מ דראשון נמי פטור דבתר בסוף אזלינן וזו קשה לדברי רבינו שלמה ומקצת המפרשים ז״ל שאמרו דמדרבה שמעינן דבתר מעיקרא אזלינן דהא אפי׳ אזלת בתר בסוף פטור שאין לו דמים לזה ומה ישלם.

וה״נ משמע סוגיא דרבה בזורק תינוק דהא תלמוד הזורק פטור לדברי הכל והשני בין בשור בין באדם חיובו מפני שקרב את מיתתו ואי בתר מעיקרא ראשון ליחייב לדברי כולם והשני יהא פטור ועוד אמר רבה לענין כופר פלוגתא דר׳ ישמעאל בנו של ר׳ יוחנן ורבנן ואי אמרת דבתר מעיקרא אזלינן האי נמי כמת דמי והיאך משלם כופר אפי׳ לר׳ ישמעאל דאמר דמי מזיק הרי גברא קטילא לגמרי קטל ולא השור בסקילה ולא בעלים משלמין כופר ואף על פי שקרב מיתתו דכתיב והמית פרט לזה שכבר מת דהא לענין צרורות בתר מעיקרא אזלת לגמרי וכשבור חשוב ליה והלכך הזורק הרגו לזה והשני בין שור בין אדם יפטר לדברי הכל וא״ת אפי׳ אזלינן בתר מעיקרא לאו כמת חשבינן ליה א״כ בכלי השני למה פטור על כרחך מפני שאין לו דמים הואיל וסופו להשבר אף על פי שלא נשבר ומפני טעם זה אפי׳ תיזיל בתר בסוף נמי שני פטור שהרי אין לו דמים וכדאמרי׳ דלרבנן דאמרי דמי ניזק פטור שאין לזה דמים אף על פי שהוא כחי דהא תלמוד לר׳ ישמעאל חייב וכיון שכן היכי שמעינן מדרבה דבתר מעיקרא אזלינן דלמא לעולם לאו כשבור חשבינן ליה דבתר

בסוף אזלינן ואעפ״כ השני פטור שאין לכלי זה דמים אף על פי שעדיין לא נשבר כמו שכתבתי...״.

דהיינו, שהרמב״ן ס״ל שמדברי רבה מוכח שבתר תבר מנא אזלינן, דבין אי אזלי׳ בתר מעיקרא ובין אי אזלי׳ בתר לבסוף השני פטור הואיל והכלי אינו שוה מידי ואין לו דמים, והנידון בסוגיין האם בתר מעיקרא או בתר תבר מנא הוא לגבי חיובו של הראשון, דלצד דבתר מעיקרא אזלי׳ הראשון חייב ולצד דבתר תבר מנא אזלינן שניהם פטורים. ואהא מייתי הגמ׳ מדברי רבה דבתר תבר מנא אזלינן, דמדברי רבה שאמר דהשני פטור ולא השמיענו חידוש טפי דהראשון חייב משמע דהראשון פטור, וע״כ דס״ל בתר תבר מנא אזלינן ולהכי שניהם פטורים, והא דאמר רבה ״דאמרינן ליה מנא תבירא תבר״ אין כונתו לדין בתר מעיקרא אלא דאין לו דמים ולהכי השני פטור.

יוצא לדבריו: א. הכלי אינו שווה, וזו סיבת פטור השוברו. ב. ולכן גם למ״ד בתר תבר מנא השני פטור משום שהכלי אינו שווה. ג. מזה ששניהם פטורים [כך למד בדברי רבה] מוכח שבתר תבר מנא, שאם בתר מעיקרא הראשון חייב. ד. פירוש מנא תבירא תבר אינו כרש״י שהכלי נחשב שבור כיוון שסופו להישבר, אלא שהוא שבור כיוון שאין לו דמים.

ב

ויש להוסיף ביאור בשיטת הרמב״ן, דהקשו המפרשים שיהא הראשון חייב גם למ״ד בתר תבר מנא, - לא על השבירה של הכלי אלא] - שיתחייב על זה שהפסיד שוויו של הכלי, שעשאו כלי שאין לו דמים ומטעם זה השני פטור. **ובחידושי רבי חיים מטעלז** כתב שהוא היזק שאינו ניכר, שכל זמן שלא נשבר הכלי בפועל הוא היזק שאינו ניכר. ואע״פ שבהיזק שאינו ניכר חייב על כל פנים מדרבנן, זהו מטעם שלא יהא כל אחד הולך ומטמא טהרותיו של חבירו, אבל כאן לא שייך טעם זה, שהרי בשעה שזרק הכלי לא ידע שיבוא מישהו וישבור אותו ויפטור את הזורק ממעשהו.

ובחדושי רבי שלמה (היימן) [בבא קמא סימן ד] ביאר מדוע חייב הזורק אם הוא עצמו שברו על ידי הזריקה, או שהוא בעצמו שבר במקל: ״שיטת הרמב״ן בזרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל פטור מ״ט מנא תבירא תבר דרבה ס״ל דבתר תבר מנא אזלינן משו״ה שניהם פטורים הראשון פטור דעדיין לא נעשה ההיזק בהכלי והאחרון פטור משום דאין לו דמים ולכאורה צ״ע דא״כ גם בלא בא אחר ושברו רק נשבר מכח זריקת הראשון ג״כ ליפטור דעל הזריקה אין לחייבו ובעת השבירה כבר אין לו דמים וכמו דאם הוזל בין הזריקה להשבירה דלכאורה יהי׳ חייב רק כשער הזול כיון דבתר תבר מנא אזלינן ומה דהוא גרם הזול אין לחייבו, כמו דפטור היכא דבא אחר ושברו, ובקצרה כיון דקודם שנשבר כבר אין לו דמים ומה״ט פטור השובר דהשבירה אינו גורם לו היזק א״כ גם בנשבר על ידו יהא פטור וגם נראה פשוט היכא דהוא בעצמו שברו במקל קודם שנפל על הארץ ג״כ יהא חייב דדוקא בבא אחר ושברו במקל פטור ובאופן זה קשה יותר למה יהא חייב יותר מן האחרון דעל מעשה הראשון א״א לחייב כיון דלא נשבר מחמתה ועל דשברו במקל א״א לחייבו דכבר אין לו דמים.

...א״כ נראה דגם בזרק כלי נקרא דנעשה קצת היזק בהכלי וזהו ביאור דברי הרמב״ן דהכלי אין לו דמים היינו לבאר דכבר נעשה מקצת נזק בהכלי ומ״מ אין חייב הראשון כיון דעדיין לא נגמר ההיזק וכמו בקטלא וגם השני פטור כיון דכבר התחיל ההיזק בהכלי ואין לה דמים וא״כ מיושב מה שהקשינו היכא דהוא בעצמו שברו במקל ג״כ ליפטור מטעם דאין לו דמים ואף היכא דנשבר מחמת הזריקה מ״מ בעת השבירה כבר אין לו דמים, כיון דכל עיקר הפטור דהשני דאין לו דמים היינו משום דלא עשה כל ההיזק וא״כ היכא דהוא בעצמו שבר הרי עשה כל ההיזק דמתחלה עשה מקצת היזק ואחר כך גמר המקצת האחר וכמו במיתה שאם הכהו בשתי הכאות שבכל אחת יש בה כדי להמית שחייב...״.

ג

ויש לעיין מה יתרץ רש״י על קושיית הרמב״ן דלמה יתחייב השני אפילו למ״ד בתר תבר מנא, הרי כיוון שעומד להישבר לאו בר דמים הוא.

א. **בחידושי רבי שמעון שקאפ** ביאר שאם בתר תבר מנא אזלינן אזי השבירה שלאחר כך היא מחודשת ולא היתה עדיין בכלי. ומכיוון שכך, זה שאין נותנים דמים עכשיו עבור הכלי אינו משום שעכשיו באמת אינו שווה אלא הוא מפני פחד העתידות. ואם העדר שיווי דמים הוא מפני פחד עתידות לא ינוכה ממה שהשני התחייב בשבירת הכלי.

[חידושי ר׳ שמעון שקופ בבא קמא סימן כד - יובא לקמן בשלימותו]: ״... ורק בזרק כלי פליגי רש״י ותוס׳ עם הרמב״ן, דהרמב״ן סובר כיון דע״י זריקת הכלי נולד חסרון בהכלי שנתחדש בה כח ליפול ולהשבר, דאף דאזלינן בתר בתר בסוף, הוא רק שאין הזורק חייב על חסרון זה דעדיין לא נחסר בה שום דבר, אבל מ״מ השני פטור ששיבר כלי כזאת דיש בה חסרון זה. ורש״י ז״ל והתוס׳ סברי דחסרון זה אינו מגרע איכות הכלי כלום, ורק פחד העתיד מגרע בזה שויה של הכלי״.

ב. יש שביאר על פי יסוד ביאור מחלוקת ראשונים בגדר תשלומי מזיק. דאיתא **במחנה אפרים** [הלכות נזקי ממון סימן א]: ״מי שהזיק שום חפץ מחברו והיה שוה באותה שעה חמשה ואח״כ בשעת הפרעון הוזל ואינו שוה אלא ארבעה כמה חייב לשלומי. דאיברא לענין גזילה קי״ל דחייב לשלם חמשה כמו שהיה שוה בשעת הגזילה ואינו יכול לפטור עצמו אפילו להחזיר כלי אחר כמות שגזל כדמוכח בפ׳ כל שעה דף ל״ב וכדפירש רש״י שם, משום דכתיב אשר גזל כעין שגזל. ואיכא למימר דדוקא גבי גזלן הוא דהוי הכי משום דגלי קרא כעין שגזל אבל בשאר מזיק אפשר דסגי כשיחזיר כלי אחר כמו שהזיק ואף על גב דהשתא אינו שוה כ״כ כדמעיקרא״.

ומסיק שהוא פלוגתא בראשונים האם יסוד החיוב תשלומין של מזיק הוא לשלם עבור הפסד ממון חבירו, או חיוב תיקון הנזק או העמדת החפץ הניזוק במצב שהיה קודם הנזק. וזה יכול להיות בין על ידי העמדת חפץ אחר כמותו או על ידי תשלום דמים שבו יכול הוא לקנות חפץ אחר כמו זה שניזוק.

ואם כן י״ל דהרמב״ן יסבור כפי אופן הראשון שהחיוב הוא עבור זה שהפסיד לו דמים, והכא שלא הפסיד לו כיוון שבלאו הכי לא הי׳ה בר דמים ליכא חיוב. ואילו רש״י ס״ל כפי הצד השני. ולכן גם אם שבר כלי שאין לו דמים יש לו חיוב תשלומים, דמכיוון שעצם החפץ כרגע קיים, הרי אם בתר תבר מנא אזלינן מתחייב להעמיד לו כלי אחר תחת אותו אחד ששבר.

ג. יש המחלקים שרש״י מעמיד את המקרה באופן שהמשבר יכל להציל ושפיר יש לזה דמים: [**ישועות מלכו** הלכות נזקי ממון פרק ב הלכה ב] ״עוד היה נראה בישוב דלא תקשה גם למ״ד בתר תבר מנא אזלינן וכן בזורק חץ דלכו״ע בתר תבר מנא אזלינן למה יתחייב המשבר דנראה דאם היה יכול המשבר להציל הכלי כגון בזרק כלי מראש הגג ועמד אחר תחת הכלי והיה יכול לקולטו מן האויר ולהצילו מן השבירה מ״מ אם לא הציל ונפל לארץ ונשבר וודאי דלא נתחייב דעל מניעת הצלה א״א לחייב כמו בהשבת אבידה דאם נמנע מלהשיב אבידה כל כמה דלא אתי לידיה אף על גב דראה אותה ולא השיבה לבעלים אינו מחייב ...

מיהו וודאי כשלא הציל אינו מחויב דגם על השבת אבידה אינו מחויב באחריות כשלא הציל לפיכך בזרק כלי מראש הגג ובא אחר שיכול להציל ושברו במקל למ״ד בתר מעיקרא אזלינן פטור המשבר וחייב הזורק, דהזורק וודאי חייב דהרי המניח גחלת על לב בהמתו של חבירו אף דהבעלים יכולים לסלק הגחלת מ״מ חייב המניח כמבואר בפ׳ כיצד אבל למ״ד בתר תבר מנא

אזלינן ועיקר הנזק נחשב כשנשבר חייב המשבר ואין לומר הא לא שווה כלום דזה אינו דהא המשבר היה יכול להציל דהיה עומד תחתיו..״

והרמב״ן ס״ל דאיירי כאן באינו יכול להציל.

והנה, יסוד זה שהכא איירי ביכול להציל, פירשה **בחידושי הגר״ח** [על הש״ס בבא קמא דף יז עמוד ב], מדוע לא נפטור השובר מדין אבודה ממנו ומכל העולם. ובפשטות לא אתי שפיר לשיטת הרמב״ן:

בענין מנא תבירא תבר

זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל פטור דאמרינן ליה מנא תבירא תבר. וקשה מה צריך לטעם דמנא תבירא תבר הא הכלי הולך לאיבוד להשבר והיא אבודה ממנו ומכל אדם ואין לה בעלים ופשיטא דפטור.

והנראה דמיירי ביכול להציל הכלי, ולכן אינה אבודה ממנו ומכל אדם, דלא חל עליה הדין דאבודה כיון דיכול להצילה, ואעפ״כ שפיר חשיב מנא תבירא כיון שכבר נעשה בה מעשה שבירה דאם לא יציל הכלי הוא ישבר, וע״כ שפיר מיקרי מנא תבירא. ולפי״ז יתבאר דברי הרמב״ם (פ״ז מהל׳ חובל ומזיק הי״ב) דפסק הזורק כלי וכו׳ וקדמו אחר ושברו במקל וכו׳ שלא שבר אלא כלי שסופו להשבר מיד בודאי ונמצא כשובר כלי שבור ואין זה כגורם ע״כ, וצ״ע כוונתו בזה שאין בזה הדין דגורם, והלא פטורא הוא מחמת כלי שבור, אבל לפי״ד א״ש דמיירי הכא דיכול להציל הכלי והו״א דליתחייב משום גורם שגורם שלא יוכלו יותר להציל הכלי, ואף דעל עצם השבירה הוא פטור משום מנא תבירא, אבל יתחייב משום גורם, וע״ז כתב הרמב״ם דאין זה גורם, [כיון שאינו גורם היזק אלא רק מניעת הצלה].

והגרי״ז זצ״ל אמר ליישב הקושיא, דיסוד ההיתר של אבודה, הוא דין הפקעה והיתר מרשות בעלים דנפקע רשות הבעלים מהכלי ואין הכלי של הבעלים, או משום דין יאוש כסברת הרמב״ם בפי״א מגו״א או דהוא זה גזה״כ דהאבידה בעצמה מפקיעה רשות בעלים, והנה הפקעה מרשות הבעלים שייך רק אם כל הכלי יוצא מרשות בעלים ונעשה דין אבודה על כל החפצא של הכלי, אבל באופן דאבודה דאינו אלא על מקצת הכלי כגון הכא דעל החרסים לא חל שם אבודה דהא של הבעלים הוא, וכל הדין אבוד הוא על היתר שאינו כלי, אין שייך הדין אבודה להפקיעה מרשות בעלים, כיון דמקצת הכלי לבעלים הוא, ודין אבודה והפקעה על שווי הכלי לא שייך כאן, דנשאר הכלי ברשותו משום המקצת דאינו אבודה וממילא כל הכלי של הבעלים הוא ולא חל עליה שם הפקר והפקעה מרשות הבעלים. [א״ה, עי׳ כ״ז בחידושי מרן רי״ז הלוי הל׳ גזילה ואבידה עמ׳ סח, ועי׳ בברכ״ש ב״ק סי׳ יא אות ב ד״ה ואמר בנו״א קצת].

ד

והנה, כאמור לעיל, מדברי הרמב״ן יוצא שהבין בתר מעיקרא שנחשב הכלי לשבור מעת זריקתו, ולכן בזורק תינוק אי מעיקרא אזלינן יחייב הזורק: ״...וזו קשה לדברי רבינו שלמה ומקצת המפרשים ז״ל שאמרו דמדרבה שמעינן דבתר מעיקרא אזלינן דהא אפי׳ אזלת בתר בסוף פטור שאין לו דמים לזה ומה ישלם וה״נ משמע סוגיא דרבה בזורק תינוק דהא תלמוד הזורק פטור לדברי הכל והשני בין בשור בין באדם חיובו מפני שקרב את מיתתו ואי בתר מעיקרא ראשון ליחייב לדברי כולם והשני יהא פטור...״.

ותירץ **בחידושי ר׳ שמעון שקופ** [בבא קמא סימן לא [כד]] שיטת רש״י בהבנה אחרת בבתר מעיקרא: ״והנה דעת רוב הפוסקים דרבה סובר בתר מעיקרא דמנא תבירא תבר משו״ה פטור המשבר וחייב הזורק. וכתבו בתוס׳ דף י״ז ע״ב דזה רק בזורק הכלי אבל לא בזורק אבן על הכלי,

דאל״ה לא משכחת צרורות שישלם חצי נזק, והרמב״ן הקשה על שיטה זו דמאי ראיה היא מהא דלא משלם המשבר דילמא לעולם בתר תבר מנא ומ״מ פטור המשבר משום דליכא על הכלי דין ממון כיון דסופו להשבר ועוד מחזק קושיא זו מהא דמבואר במימרא השני׳ דרבה בזרק תינוק מראש הגג דראשון פטור לכו״ע והשני תלוי בפלוגתא דר״י ב״ב ורבנן דלר״י האחרון חייב מפני שקירב את מיתתו, וכיון דבתר מעיקרא אזלינן מהראוי שיתחייב רק הראשון והשני יפטר, וכי תימא דאף דסופו למות מ״מ עדיין חי הוא ומשו״ה חייב השני א״כ גם בכלי עדיין לא נשבר אלא משום דאף דעדיין לא נשבר מ״מ אין בו תורת דמים א״כ גם אם נימא בתר תבר מנא אין בו תורת דמים, זהו תו״ד בקוצר. ולע״ד במה דאמרינן דמה שסופו להשבר חשוב כשבור כבר אין הכוונה שכבר נשבר לגמרי, דזה רחוק מן הדעת לאמר דמה שסופו להשבר אחר שעה כבר נשבר בשעה מוקדמת, אלא דחשוב כמו שניטל מעכשיו חיותו מזמן שלאחר שעה, היינו דאין בזה חיות רק זמן זה עד שעת שבירה. ועיקר החידוש בכלל זה דבתר מעיקרא שלא נחשוב השבירה שלאח״כ כענין מחודש אלא ככבר הי׳, אבל אי אפשר לאמר שחשבינן דגם זמן השבירה הי׳ מעיקרא, ולפ״ז באדם שנזרק מן הגג אף שכבר ניטל חיותו משעת הזריקה אבל עדיין יש בו חיות עד שעת המיתה, רק שמעכשיו ניטל חיותו משעת מיתתו ומשו״ה הראשון פטור לכו״ע דבעינן שיכה כל נפש שלא ישאר ממעשי׳ באדם הנהרג שום חיות, וגם בעושהו טריפה ג״כ פטור לכו״ע אף דהשני ג״כ פטור, והמקבלו בסיף תלוי בפלוגתא דר״י ורבנן דלר״י ב״ב חייב משום שקירב את מיתתו היינו אף דחשבינן כאילו כבר ניטל חיותו מזמן המיתה אבל עדיין יש בו חיות משעת זריקה עד שעת נפילתו לארץ וגמר מיתתו - והוא קירב מיתתו, ול״ד לטריפה דבשעה שחי ג״כ אינו חי כדרך כל אדם דאינו שלם באבריו ולרבנן מדמינן לטריפה, ולפ״ז לא דמי אדם לכלי בענין זה דבכלי כיון דחשוב כשבור ואין בו שלימות רק לזמן כל דהוא עד נפילתו לארץ ובזמן זה אינו שוה דמים כלל, וכן בזרק תינוק מראש הגג ובא שור וקבלו בקרני׳ דלמאן דסובר כופר דמי ניזק פטור דאינו שוה זמן חיות זה דמים, אבל למ״ד דמי מזיק חייב כופר גם על חיות זמן זה, דבע״כ אזיל הש״ס בזה כר״י דחייב השור מיתה משום שקירב את מיתתו משו״ה חייב גם כופר, אבל אם נאמר בתר תבר מנא לא שייך למיפטר משום דאינו שוה דמים כיון דהשבירה שלאח״כ היא מחודשת שעדיין לא הי׳ זה בכלי, נמצא מה דאין נותנים דמים הוא רק מפני פחד העתידות וכל שהעדר שיווי הדמים אינו אלא מפני פחד העתידות לא ינוכה זה מן המזיק עכשיו״.

נמצא: 1. לרש״י בתר מעיקרא הוא שנחשב מעיקרא כאילו ניטל ממנו החיות לאחר זמן הנפילה, ואילו לרמב״ן הוא כפשוטו שהכלי כבר נחשב לשבור. 2. לפי רש״י פושטים מרבה בתר מעיקרא ולפי הרמב״ן בתר תבר מנא. 3. הראשון לפי רבה חייב אליבא דרש״י דאזלינן בתר מעיקרא. ולדבריו אם בתר תבר מנא השני חייב. ולרמב״ן אי לפי רבה הראשון פטור מכיוון שבתר תבר מנא אזלינן, והשני פטור בכל מקרה כיוון שאין לכלי דמים. 4. לרש״י מנא תבירא תבר זה שהכלי נחשב כשבור כאמור שניטל חיותו שמזמן הנפילה, ולרמב״ן שאין לא דמים.

ה

והנה, רש״י לקמן בדף כ״ו ע״ב פירש הא דרבה שהזוקר את הכלי הוא בעליו. והקשה עליו הרא״ש שם: ״טז אמר רבה זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל פטור מאי טעמא מנא תבירא תבר. דכיון דבודאי ישבר חשיב כשבור משעת זריקה וחייב הזורקו והמשבר פטור. ורש״י פי׳ שזרקו בעל הכלי. לפי שהיה קשה לו למה לא פירש רבה דין הזורק. ולא נהירא דמילתא דפשיטא היא דפטור המשבר דאבידה מדעת היא. ועוד היכי פשיט (לעיל דף יז ב) מהכא דבתר מעיקרא אזלינן אפילו אי אזלינן בתר בסוף פטור דאבידה מדעת היא והוי כאילו הפקירוהו בעלים. הלכך בזרקו אחר מיירי וכיון דמפרש רבה טעמא משום דמנא תבירא תבר ממילא ידענא דהזורק חייב כיון דבודאי היה עומד לישבר״.

ופירשה **בחידושי ר׳ שמעון שקופ** [בבא קמא סימן לא]: ״[דף כו ע״ב] א) שם אמר רבה זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל פטור מ״ט מנא תבירא תבר, ופירש״י זרק בעל הכלי, ועי׳ ברא״ש דכוונתו לתרץ מה דלא הזכיר רבה דין הזורק ומשו״ה פירש״י שזרק בעל הכלי, והאחרונים הקשו מדברי רש״י לעיל דף י״ז ע״ב שכ׳ פטור המשבר וחייב הזורק - עי׳ ים התלמוד שהאריך בפלפולים שונים לפ״ד, ולדעתי נראה דבאמת מיירי רבה בבעל הכלי כיון שלא שנה לן בהדיא דין הזורק, אבל הש״ס לעיל דפשט מרבה דבתר מעיקרא אזלינן היינו לענין לחייב את הראשון דמזה פשטינן לעיל לשיטת רש״י ותוס׳ והרא״ש דדרסה על הכלי ונתגלגל למקום אחר דחייב נזק שלם עיין שם, ומשו״ה פירש״י שם דלרבה פשוט לי׳ להש״ס שאם היה הזורק אדם אחר הי׳ חייב משום דבתר מעיקרא אזלינן. ומה שהקשה הרא״ש כאן על רש״י דאבידה מדעת היא י״ל דסובר רש״י כיון דבע״כ מיירי באופן שאפשר להציל - כמו שיבואר לפנינו - ומשו״ה סובר רש״י ז״ל דאינו נעשה הפקר בזריקתו, והרא״ש סובר דאף דאפשר להציל מ״מ כיון (שבעל הכלי) זורק מדעת במקום שקרוב להשבר ודאי דעתו להפקיר״.

ובשו״ת בית הלוי [חלק א סימן כד]: ״...והנראה לישב דעת הרשב״ם דס״ל דאפי׳ אם משליך דבר לאיבוד רק אם יש לו איזה רצון ותכלית באיבודו לא נעשה הפקר וקודם שנעשה ונגמר רצונו הם שלו עדיין. ובזה מיושב לנו דעת הטור בחו״מ סי׳ רס״א שכתב דאבדה מדעת הוי הפקר והקשו עליו מהא דבב״ק דף כ״ו דקאמר זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל פטור מ״ט מנא תבירא תביר ופירש רש״י שם זרק כלי בעל הכלי ולהטור הא מיד שזרקו הוי הפקר ובלאו הך סברא דמנא תבירא תבר פטור וגם דאם בא אחר וחטפה מהאויר יהיה שלו. והוכיחו מזה דרש״י חלק על הטור ועיי׳ ברא״ש ב״ק שם מה שהיקשה על רש״י ובאמת ניחא דהטור לא כתב כן רק בנותן כלים בר״ה דלא איכפת ליה כלל מה שיתחדש בהן ומש״ה ס״ל דנעשה הפקר אבל בזורק כלים לשוברם דרוצה בשבירתן וכיון דיש להבעלים איזה רצון בהם מש״ה קודם שנעשה רצונו ולא נשברו עדיין הם שלו...״.

סימן ג׳

איתא בתוספות [יז ע״ב]: ״זרק כלי מראש הגג כו׳ - נראה דאם זרק אבן או חץ על הכלי ובא אחר וקדם ושברו דפשיטא דחייב ולא שייך כאן מנא תבירא תבר דאי אזלינן נמי הכא בתר מעיקרא לא משכחת בצרורות ח״נ וסברא פשוטה היא לחלק בין זורק אבן לזורק כלי עצמו״.

והנה, בהבנת דברי התוס׳ המחלקים בין זרק כלי לזרק חץ, פירשו רבים מהאחרונים שהחילוק הוא בין אם נעשה מעשה בגוף הכלי, שאז נחשב כמנא תבירא, לבין אם נעשה מעשה מחוץ לכלי, שאז נחשב הכלי שלם. וכן כתבו **הר״ש והרשב״א**: [**חידושי הרשב״א**]: ״ובא אחר ושברו במקל פטור דאמר ליה מנא תבירא תברי. ודוקא בזורק הכלי בעצמו אבל בזורק אבן על הכלי לשברו וקדם אחר ושברו השני חייב **שהראשון לא עשה כלום בכלי עצמו**, ותדע לך דאל״כ אין לך צרורות כי אורחייהו דמכיון שהתחילו הצרורות להנתז מתחת הרגל הרי הוא כאלו שבר את הכלי דבתר מעיקרא אזלינן, כן כתבו בתוס׳״.

<u>להלן יובאו דברי הקצוה״ח הדן בדברי התוס׳ באותיות מודגשות עם מה שיש להעיר באותיות רגילות:</u>

קצות החושן סימן שצ:

״(א) ונתגלגל למקום אחר. בפרק כיצד הרגל (ב״ק יז, ב) בעי רבא דרסה על הכלי ולא שברו ונתגלגל למקום אחר ונשבר מהו, בתר מעיקרא אזלינן וגופיה הוא, או דלמא בתר תבר מנא אזלינן וצרורות נינהו, תיפשוט ליה מדרבה דאמר רבה זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל פטור דאמרינן מנא תבירא תבר כו׳. וכתבו תוס׳ (ד״ה זרק) ז״ל, ונראה דאם זרק אבן או חץ [על הכלי] ובא אחר ושברו דפשיטא דחייב ולא שייך כאן מנא תבירא תבר, דאי אזלינן נמי הכא בתר מעיקרא לא משכחת בצרורות חצי נזק, וסברא פשוטה היא לחלק בין זורק אבן לזורק כלי עצמו עכ״ל.

אמנם מדברי הרא״ש נראה דגם בזורק חץ אזלינן בתר מעיקרא,

וכן הוכיחו **מהרא״ש בשו״ת ר׳ משולם איגרא** [או״ח ה], **יש״ש** [פ״ב סס״ד].

שכתב בפרק כיצד הרגל (סי׳ ב׳) גבי התיזה ברה״ר והזיקה ברה״י חייב וז״ל, ואף על גב דגבי דרסה על הכלי ונתגלגל למקום אחר ונשבר אסיקנא לעיל כרבה דבתר מעיקרא אזלינן, הכא לא אזלינן בתר מעיקרא אלא אחר המקום שנעשה בו הנזק דגלי קרא ברגל ובער בשדה אחר (שמות כב, ד) והביעור היה בחצר הניזק עכ״ל. ואי נימא לחלק בין זרק חץ לזרק כלי א״כ מאי קשיא ליה מדרבה דהא התם התיזה ברה״ר דאינו אלא צרורות והו״ל זורק חץ, אלא ודאי דהרא״ש אינו מחלק בין זורק חץ לזורק כלי.

וכמה אחרונים דחו הוכחה זו, וכן כתב **בחידושי ר׳ שמעון שקופ** [בבא קמא סימן כג]: ״...אמנם כדברי התוס׳ הובא בנמ״י בשם הרא״ש דרק בזורק כלי פטור המשבר ולא בזורק חץ עי״ש בפ׳ כיצד. וע״כ נראה דשני ענינים הם, דעיקר החקירה אם אמרינן בתר מעיקרא הוא אם נולד כח שעי״ז תעשה מעשה אח״כ ע״י הכרח טבעי ממעשה הקדום אם דיינינן כאילו כבר נעשה או לא. ולפ״ז אם זרק כלי מראש הגג אם נדייני כאילו כבר נעשה מעיקרא מה שעתיד להיות הרי הכלי זה נחשב כמנא תבירא דהרי נולד בו **כח ע״י מעשה הזריקה להיות נשבר אח״כ**, ולפ״ז גם בזורק חץ מה שנעשה ע״י חץ אח״כ חשבינן כאילו כבר נעשה הכל מעיקרא, אבל בכ״ז כתבו התוס׳ והרא״ש דרק על **ענין המעשה שעושה** החץ חשבינן כאילו כבר נעשה אבל כשאנו דנים על **מקבל הפעולה היינו על הכלי** כיון דבכלי עדיין לא נעשה שום כח על קבלת הפעולה הזאת ואף שידעינן בידיעה שעתיד לבוא אח״כ מ״מ לא חשבינן כאילו כבר נעשה כיון דעדיין לא נשתנה שום דבר בכלי...״.

וכן מוכח מדברי הטור ושו״ע בסימן תי״ח סעיף י׳ ז״ל, עשה האחד אש ובא אחר והוסיף אם יש במה שעשה הראשון כדי שתגיע למקום שהלכה הראשון חייב ע״ש. ומשמע דאינו חייב אלא הראשון ולא השני, ואי נימא דזורק חץ ובא השני ושברו השני חייב א״כ באש דהוי נמי משום חציו אמאי אינו חייב השני או עכ״פ יתחייבו שניהם כיון דלא אזלינן בתר מעיקרא בזורק חץ.

ובאמרי משה [ל״א ה׳] כתב שאינו דומה כלל למה שכתב תוס׳, דהכא כששיבר השני במקל בטל ליה זריקת החץ, והחץ לא שיבר ולא השתתף בשבירת הכלי כלל, ולכך האחרון חייב; אבל בהוסיף חבילה האש הראשון גמר את ההיזק, אלא שמה שהוסיף השתתף גם כן בשעת ההיזק ובזה אמרינן דלא מידי עבד.

ולשיטת תוס׳ דגבי חץ לא אזלינן בתר מעיקרא א״כ הא דפריך פ״ק דב״ק דף (ה׳) [י׳] (ע״ב) גבי מרבה בחבילות אי דבלאו איהו נמי אזלא מאי קא עביד, ופירש רש״י (ד״ה מרבה) ובתוס׳ (ד״ה מאי) דמרבה בחבילות היינו באשו, וכיון דאשו אינו אלא משום חציו לא אזלינן בתר מעיקרא. ואין לומר דהא דאמרינן בזורק חץ ובא אחר ושברו השני חייב היינו דוקא אם בא ושברו בידים אבל אם השני ג״כ זרק חץ הראשון חייב ולא השני, דמאי שנא כיון דלא אזלת בתר מעיקרא בחץ.

בנחלת דוד דחה את דבריו: ״...אשתמיטתיה דברי התוס׳ בסוגיא הנ״ל דכתבו באמת לפרש הך מאי קעביד דאמר התם הש״ס דהכוונה היא מאי קעביד טפי מאחרינא ור״ל דיתחייבו שניהם״...״.

וכן משמע מדברי הנ״י פרק כיצד הרגל (י, א בדפי הרי״ף) גבי אשו משום חציו ז״ל, ואי קשיא לך א״כ היכי שרינן עם חשיכה להדליק את הנרות כו׳, לא קשיא שהרי חיובו משום חציו כזורק החץ שבשעה שיצא החץ מתחת ידו באותו שעה נעשה הכל ולא חשבינן ליה מעשה דמכאן ולהבא, דא״כ הו״ל למיפטריה דאנוס הוא כו׳, וה״נ אם מת קודם שהספיק להדליק את הגדיש ודאי מש[ת]לם ניזק מאחריות נכסיו דהא קרי כאן כי תצא אש (שמות כב, ה) כו׳, אלא כמאן דאדליק מעיקרא ע״ש. ומשמע מזה דגבי חץ נמי הו״ל כאילו אתעבד מעשה.

ואלו דברי **הנמוקי יוסף** המפורסמים [בבא קמא דף י עמוד א מדפי הרי״ף]: ״אשו משום חציו. כאילו בידיו הבעירו כדאמרן. ואי קשיא לך א״כ היכי שרינן עם חשיכה להדליק את הנרות והדלקתה הולכת ונגמרת בשבת וכן מאחיזין את האור במדורה והולכת ונגמרת הדלקתה בשבת ולפי זה הרי הוא כאילו הבעירה הוא בעצמו בשבת וכל שכן הוא דאילו הכא לא נתכוון להבעיר גדיש של חבירו כלל והכא עיקר כוונתו היא שתדלק ותלך בשבת ועם כל זה תנן [שבת דף יט ב] משלשלין את הפסח לתנור עם חשיכה ומאחיזין את האור במדורת בית המוקד ומעשים בכל יום וכדאמרן כי 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 הגדיש 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 דאגמריה בידים בההוא עידנא דלית ביה איסור חשיב״.

בחידושי ר׳ שמעון שקופ הנ״ל דחה את דברי הקצוה״ח: ״...ולפ״ז בנוגע לנידון מש״כ הנמ״י לגבות מנכסי הזורק דאין צריך שנחשוב על הכלי שכבר נשבר אלא על מעשה הזריקה כאילו כבר נעשית, דאף אם עדיין לא סבל הניזק שום פסידא מ״מ חייב המזיק על המעשה שעשה כבר וכן י״ל בענין מה דשקיל וטרי הרא״ש לענין התיזה ברה״ר והזיקה ברה״י דיש מקום לדון כיון דמעשה הזריקה נהשבת כאילו נעשתה מעיקרא משעת עקירה ועקירה זו היתה ברה״ר הי׳ ראוי להחשיב

כאילו עשתה הכל ברה״ר וע״ז תירץ הרא״ש דאף דכבר מעיקרא נעשה כל המעשה אבל הביעור נעשה ברה״י וכאן אזלינן בתר הנזק ולא בתר המעשה.

ובעיקר דברי הקצו״ה שדימה דין זה דבתר מעיקרא לדברי הנמ״י (דזורק חץ ומת) נראה לי דע״כ הנמ״י לא משום ענין דבתר מעיקרא הוציא דינו, דהרי בדין דבתר מעיקרא מספקא לי׳ לרבא ולא איפשט לי׳ והנמ״י כתב דבזורק חץ הוא ענין מוכרח דחשבינן בתר מעיקרא, וע״כ נ״ל דאין כוונת הנמ״י דחשבינן כאילו כבר נעשה אלא דסבה המחייבתו כבר היתה מעיקרא, היינו דאין חושבין כאילו נעשה כח בעולם לעשות אח״כ ומחייבינן על עשיית הכח ההוא כמו למ״ד אשו משום ממונו וכשור שנגח, אלא דסבה המחייבתו היתה מעיקרא ומשו״ה אף למ״ד בתר תבר מנא ג״כ סבה המחייבת הוא מעיקרא, וכדפירשנו לעיל בריש מסכתין״.

והדברים מבוארים בטוב טעם **בחידושי רבי ראובן** [כתובות יז]: ״...נראה שהרא״ש והנ״י לאו בחדא מחתא מחתינהו ואת הנ״י אין לבאר עפ״י הסברא שפירש הנחלת דוד בהרא״ש, דסברת הנ״י עדיפא מסברת הרא״ש דבקושית הרא״ש הרי מפורש שקושיתו היא משום דקיי״ל כרבה דבתר מעיקרא אזלינן דמשו״ה הקשה דליהוי רגל ברה״ר כביאורו של הנחלת דוד והברכת שמואל דלענין זה לא שנא חץ מכלי עצמו אבל אי בתר תבר מנא אזלינן ל״ש סברא זו כלל אבל הנ״י שתירץ בזה להא דמותר להדליק נר בשבת על כרחך לאו משום סברת רבה דבתר מעיקרא קאתי עלה דא״כ איך יתרץ להא דמדליקין נר בערב שבת לרבא דמספקא ליה דילמא בתר תבר מנא אזלינן ועוד דהנ״י הוכיח זאת מסברא דאי חשבינן ליה מעשה דמכאן ולהבא הוה לן למיפטריה דאנוס הוא וא״כ תקשי מסברא הנ״ל לרבא אמאי מספקא ליה הרי אי אפשר לומר דבתר תבר מנא אזלינן דאז אנוס הוא אלא ע״כ נ״ל דהנ״י אפילו אי בתר תבר מנא אזלינן קאמר דמ״מ **מעשה הגברא שעל זה הוא מתחייב חשבינן ליה משעה שיצא החץ מתחת ידו** ומאז הוא דנשתעבדו נכסיו. אבל קושית הרא״ש וסברת הנחלת דוד לא שייכא עפ״י סברא זו דבמה דחשבינן להבהמה שהתיזה צרורות שמעשה הבהמה הוא ברה״ר עדיין לא מיחשב בזה דמיקרי רגל ברה״ר דלמיחשבה רגל ברה״ר בעינן שעצם האב נזיקין דרגל הוא ברה״ר דהיינו החפצא דדין מזיק ולא המעשה דגברא היינו בנידון דידן מעשה הבהמה ומשו״ה לא אתו עלה אלא משום הא דקיי״ל כרבה דבתר מעיקרא אזלינן דמשום זה **נחשב זה החץ שהוא עצם המזיק כאילו הזיק מעיקרא** וא״כ החפצא דדין מזיק הוא מעיקרא והו״ל רגל ברה״ר אבל הנ״י על קושיתו היאך מדליקין נר בערב שבת שפיר סגי ליה בתירוצו שמעשה **הגברא** הוא בחול שאפילו אם החפצא דמלאכה נעשית בשבת מ״מ כיון דעשית הגברא הוא בחול היתר הוא דלא תעשה כל מלאכה כתיב וכן כל העושה בו מלאכה ותליא בעשייתו הוא. ... וחידש הנ״י עוד דלענין שעבוד נכסים נשתעבדו למפרע משעת מעשה הגברא שאז נתחייב...״. וכן **בטבעת זהב** [לרבי משה ליב שפירא ראש ישיבת תורת אמת בירושלים] פירש את הנמקו״י באופן הנ״ל, שיש שתי אפשרויות איך לחייב את המזיק, מצד מעשיו או מצד ההיזק בפועל. וזה קמ״ל הנמקו״י שיש לחייב מצד מעשיו שאז פשע במה שזרק החץ, ובזה גמר את מעשיו כמו שרואים בהדלקת נר שבת, ולא על שעת ההיזק בפועל שכבר לא היה בידו להחזיר. ולכן משתעבדים נכסיו משעת מעשיו כיוון שדרכם הזיק.

נמצא שיש 3 חילוקים שונים: 1. שהכלי נחשב כשבור מתחילתו, דמנא תבירא תבר, וזה רואים בדברי רבה, שאז הנפק״מ לחייב את הזורק. [ובפירוש מנא תבירא עיין בשיעור הקודם מה שכתב הגרש״ש על הרמב״ן, האם נחשב כשבור ממש או לא]. 2. שהמעשה נעשה כבר מתחילתו, וזה ספק רבא לגבי דרסה על הכלי ונתגלגל, וכן קושיית הרא״ש מהתיזה ברה״ר והזיקה ברה״י. 3. דין הנמוק״י, שמעשה האדם נגמר בתחילת העשיה.

וכפי שמסכם זאת **בחדושי ר׳ ראובן** [שם]:״...ולפי זה איכא תלתא דיני בזה, חדא: אם הכלי הוי כמנא תבירא כשלא נשבר אח״כ על ידו וזהו רק בנעשה מעשה בגוף הכלי, והשני: אימתי הוי עצם

הדין מזיק וזהו אפילו בנעשה מעשה בחץ אלא דבחץ בעינן שיהא נשבר אח״כ על ידו, וזה ג״כ תליא בפלוגתא דבתר מעיקרא אזלינן. ודכוותה בחיוב מיתה איכא עצם וגוף העבירה הנעשית וכגון בשבת גוף המלאכה הנעשית וברציחה היינו דין המתת האדם הנרצח שזהו עצם וגוף העבירה הנעשית והשלישי: מעשה הגברא, אימתי הוא עושה את מעשה העבירה בכל חיובי מיתה ומלקות. וכן בנזקין וחיובי ממון אימתי הוא עושה את הנזק שבזה תלוי שעבודיו וחיוביו, ובזה כתב הנ״י דלכו״ע בשעה שיצא החץ נעשה הכל...״.

עוד הביא **ר׳ ראובן** הנ״ל שעל ידי ביאורו מתורצת קושיית **התרומת הכרי**, שהקשה על הנמוק״י דלפי דבריו מדוע צריכים בכתובות לדין עקירה צורך הנחה בכדי לומר קלב״מ: ״...אבל לפי מה שכתבתי שפיר יש לתרץ קושית התרומת הכרי שהקשה מהנ״י שהנ״י הא לא אתי עלה מטעם בתר מעיקרא אזלינן וסברת הנ״י אינה לומר דגוף העברה ועצם המלאכה וכן עצם הדין נזק הוא למפרע אלא דמעשה הגברא הוא למפרע וכדלעיל ובזה שפיר י״ל דדין חיוב מיתה לענין קם ליה בדרבא מיניה לא תליא בשעת עשיית הגברא שאז הוא מתחייב מיתה אלא שעת גוף העבירה ועצם המלאכה דהיינו החפצא דבעבירה שבשבילה הוא מתחייב מיתה שזה מיקרי חיוב מיתה הפוטרתו מממון וכן משמע מהילפותא דקרא, דילפינן דאם יהיה אסון לא יענש ואסון היינו הרציחה ומיתת הנרצח שעליה מתחייבים מיתה ולא מעשה הרוצח...״.

אמנם, **הרבי בלקוטי שיחות** [חלק א׳ פ׳ וארא ע׳ 125 - ההדגשות בקו מתוח מהמעתיק] מביא לכאורה את דברי הנמוק״י כהבנתם הפשוטה, וכמו שהבין הקצוה״ח: ״...טו. די גמרא זאגט [ב״ק כב,א.ונמוקי יוסף שם], ר׳ יוחנן אמר אשו משום חציו. ד״ה אז באלד ווי מען צינדט אן פייער ווערט מען שוין נתחייב אויף די הזיקות וואס וועלן ארויסקומען שפעטער.

אין פלוג, איז ער דאך בשעת ההיזק אן אנוס, היינט ווי אזוי איז מען אים מחייב? נאר דער חיוב איז אויף דעם **אנצינדן** דעם פייער [וואס דאס איז דאך ברצון], וארום באלד דעמולט האט זיך שוין אפגעטאן דער גאנצער היזק....

טז. וועגן דעם תענית פון תשעה באב, זאגט דער זעלבער ר׳ יוחנן, אז ער וואלט מתקן זיין דעם תענית דער צענטן טאג אין אב, ווייל תשעה באב איז נאך דער רוב ביהמ״ק געווען גאנץ און דער עיקר החורבן איז געווען בעשירי באב.

פרעגט מען - לויט דעם דערמאנטן כלל, אז בשעת מען צינדט אן פייער ווערט שוין אפגעטאן דער גאנצער היזק, היינט וויבאלד אז דער אנפאנג פון ברענען איז געווען תשעה באב, האט זיך דאך לדעת ר׳ יוחנן אליין אין ט׳ באב שוין אפגעטאן דער גאנצער ענין? נאר די דערקלערונג איז, אז דער דערמאנטער כלל איז נאר שייך ביי בשר ודם, אבער ניט ביי דעם אויבערשטן.

דער טעם אויפן חילוק: ביי אש, וואס איז משום חציו, איז ווי נאר דער חץ איז ארויס פון זיין האנט איז ער שוין ניט קיין בעה״ב אויף אים, במילא, איז בשעת ער ווארפט דעם חץ אדער בשעת ער צינדט אן דעם פייער, האט זיך שוין אפגעאטאן דער גאנצער היזק.

ובמילא פארשטייט מען, אז ביי דעם אויבערשטן וואס בא אים זיינען אויך אש וחיצים קיינמאל ניט ארויס פון האנט, און ער איז אלע מאל א בעה״ב אויף דעם, בא אים האט זיך די זאך פריער ניט אפגעטאן, ווייל ער קען דאס אלע מאל ציען צוריק.

דערפאר זאגט ר״י אז מען האט געדארפט קובע זיין דעם תענית בעשירי באב, ווארום הגם אז באש הצתה, בתשעה באב, פונדעסטוועגן וויבאלד אז ער קען אלע מאל ציען צוריק, האט זיך דער חורבן נאך ניט אפגעטאן בתשעה באב״.

ונלע״ד שאין להוכיח מדבריו שהבין את הנמקו״י אחרת מהנ״ל, אלא הרבי בא לבאר שגם אם נבין את הנמקו״י לפי ההבנה הפשוטה של הקצוה״ח, עדיין קשיא מעיקרא ליתא כיוון שה׳ שולט על חציו להחזירם. ובזה ממשיך שם לגבי הבטחה לטובה שלא מתבטלת.

ויש להעיר מהמובא **באגרות קודש** של רבינו, ובו הבנה אחרת בקושיא הנ״ל ותירוץ אחר, והוא בדומה להנ״ל שלגבי אבלות על החורבן נוגע מתי הוא נשרף בפועל ולא מתי הייתה ההצתה על ידי הנכרים, וכפי שמסביר שמעשה המבעיר נגמר בעת הדלקת האש. [**אגרות קודש כ״ק אדמו״ר** ח״א אגרת פא]: ״ב) מה שהביא הקושיא אר״י דאמר בתענית (כט, א) אלמלא הייתי באותו הדור קבעתיו בעשירי מפני שרובו של היכל בו נשרף, והרי ר״י ס״ל בב״ק (כב, א) אשו משום חציו ומסביר הנימוק״י דהיינו דכל מעשה המבעיר נגמר בעת הדלקת האש, וא״כ הרי גם בחורבן הבית כיון שהציתו אש בתשיעי נגמר אז המעשה ומפני מה רצה לקובעו בעשירי. והנה בגוף סברת הנימוק״י יש להאריך ואכ״מ, אבל בהנוגע להנ״ל לא הבנתי הקושיא, דהרי בתענית דנים באיזה יום יתאבלו בנ״י על הפורענות שלהם ואינו נוגע להשאלה מתי נגמרה השתתפות העכו״ם בזה, ולדוגמא המכה את חברו ומת לאחר כמה ימים מחמת המכה, פשיטא שקרוביו מתאבלין ביום המיתה ולא ביום ההכאה. ג) מש״כ שבחורבן ביהמ״ק שהיתה אשו של הק׳ הרי בידו להחזיר חציו בכל עת, יש להעיר מר״ה (יח, א) דגז״ד שיש עמו שבועה אינו נקרע וכן הי׳ בחורבן הבית, דבזה קאי קרא דנכתם עונך שהובא שם, וכ״כ להדיא בפתיחתא דאיכ״ר ס׳ כד מיד נשבע הק׳ כו׳, גם את״ל דרב בר״ה (שם) פליג - (וצ״ע איך יפרש רב קרא הרשום בכתב אמת דקאי בגז״ד דצבור, עיין יבמות קה, א) - הרי הי׳ הדבר תלוי בתשובה (ובר״ה לא, ב ו״ח נתעכבה כו׳ שמא יחזרו בתשובה) והכל ביד״ש חוץ מיר״ש (ברכות לג, ב). ואולי י״ל, בסברת כת״ר, דזהו סיבה צדדית מפני מה אינו מחזיר חציו, אבל לא שמצ״ע זריקת החץ (הצתת האש) היא באופן שא״י להחזיר״.

ומ״ש תוס׳ דא״כ לא משכחת צרורות, נראה לענ״ד דאכתי אינו אלא כחו, ואף על גב דכמאן דנשבר דמי כיון דאינו אלא ע״י כחו הלכה דחצי נזק משלם, וכמו בתרנגולים שהזיקו ברוח שבכנפיהם (ב״ק יז, ב) כיון דאינו אלא ע״י כחו חצי נזק משלם.

ובתרומת הכרי [שצב] כתב לסתור את תירוצו של אחיו הקצוה״ח מסוגייתנו: ״...שהרי בזרק כלי ונתגלגל למקום אחר ונשבר אמרינן דאם בתר מעיקרא אזלינן משלם נזק שלם, ואמאי, נימא ג״כ דאפילו הכי כוחו נינהו. אלא על כרחך צריך לומר כיוון דבתר מעיקרא אזלינן כאילו תברינהו בהאי שעתא וכגופא דמיא, הכי נמי בצרורות אי נימא דאזלינן בתר מעיקרא הוה כאילו אזקא בהאי שעתא בחיבורין וכעגלה מושכת בקרון דמשלם נזק שלם״.

ובאבן האזל [הלכות נזקי ממון פרק ב הלכה יד] ביאר שיטת הקצוה״ח: ״...ומה דהוכיחו התוס׳ דאי נימא דבזרק חץ נמי אזלינן בתר מעיקרא א״כ לא משכחת צרורות בזה שפיר כתב הקצוה״ח דמ״מ לא יתבטל בזה דין צרורות דאפילו נימא דתיכף כשזרק נעשה הכלי שנפל אח״כ עליו החץ כמו שבור מ״מ לא הוי בזה גופו אלא כחו דהא עכ״פ לא נגע בגוף הכלי ולכן גבי בהמה חשיבא צרורות״.

והביאור [בקצרה], שהתרומת הכרי והקצוה״ח חולקים מה החילוק בין גופו וכוחו, התרה״כ ס״ל שהחילוק הוא האם ההיזק נפעל בשעת המעשה או כשנפסק המעשה, ולכן הקשה מדרסה על הכלי ונתגלגל שגם שם יהיה הגדר של צרורות גם אם ניזיל בתר מעיקרא. ואילו הקצוה״ח ס״ל שזה תלוי בנגיעה בכלי בשעת מעשה השבירה, דבדרסה על הכלי הבהמה נגעה בעצמה בכלי ואילו בזרק חץ רק החץ נגע בכלי.

סימן ד׳

א

איתא בסוגין [יח ע״א]: ״בעי רבא: חצי נזק צרורות, מגופו משלם או מעלייה משלם? מגופו משלם, דלא אשכחן חצי נזק דמשלם מעלייה, או דלמא מעלייה משלם, דלא אשכחן כאורחיה דמשלם מגופיה״.

ויש להבין:

1. את צדדי ספק דרבא האם חצי נזק מחייב שיהיה מגופו או אורחיה מחייב שיהיה מן העלייה, מה עומק הספק.

2. לעיל [ג׳ ע״ב] שלרבא מספקא ליה ולרב פפא פשיטא ליה שמשלם מן העלייה. וצ״ב מדוע פשיטא לה לגמרא שפליג על רבא ומשלם מן העלייה, דילמא מסכים עם ספק רבא ונקרא רגל לפטרו ברה״ר.

3. מסתפק רבא ספק נוסף, האם יש העדאה בצרורות. [לקמן יח ע״ב]: ״אלא הא דבעי רבא: יש העדאה לצרורות, או אין העדאה לצרורות״.הנה, **הרי״ף** השמיט דין זה, וצ״ב מדוע.

ובחדושי ר׳ אריה לייב (מאלין) [חלק א סימן סו]: ״קיי״ל צרורות חצי נזק משלם דהלכתא גמירי לה כן מסיני, ובגמ׳ בעי רבא צרורות מגופו משלם או מעלי׳ משלם ותו בעי רבא יש העדאה לצרורות או אין העדאה לצרורות, והרי״ף השמיט בעי׳ זו דיש העדאה וכן השמיט בעי׳ דר״א אם יש שינוי לצרורות לרביע נזק וכן השמיט הבעי׳ דהתיזה ברה״ר והזיקה ברה״י וצ״ע בכל הנך בעיות למה השמיטן הרי״ף...

והנראה בזה דהנה בעיקר ההלכה שנאמרה דצרורות משלם חצי נזק יש לחקור אם כיון דצרורות תולדה דרגל הוי ולולי ההלכה היה דינו כרגל לכל מילי ע״כ גם עתה אחרי ההלכה, החצי נזק שמשלם הוא מחיובי רגל ממש אלא דבההלכה נאמר פטור על כחו על חצי נזק וכמו שאר פטורים שנאמרו בנזקי ממונו וכמו פטורא דרה״ר ופטורא דכלים כמו כן נאמר ברגל פטור על כחו שאינו משלם אלא חצי או דילמא נאמר דעתה אחרי ההלכה אינו פטור כמו שאר פטורים אלא דההילכתא אפקינהו לגמרי מכל חיובי רגל ונתנה להם חיוב חדש של חצי נזק, ונמצא דאחרי ההלכה החיוב דחצי נזק בצרורות הוא מההילכתא למשה מסיני ושאני בחיובו משאר חיובי רגל האמור בתורה.

ונראה דמכל הסוגי׳ האמורה בכאן מכל הנך בעיות מוכרח לומר כן דהח״נ צרורות הוא חיוב חדש מההלכה למשה מסיני ולא רק פטור כמו שאר להלכותיהן ברגל, והנה הבעי׳ הראשונה דבעי רבא אם חצי נזק צרורות מגופו משלם או מעלי׳ משלם מבואר בגמ׳ צדדי הבעי׳ אם הוא מגופו משלם דלא אשכחן חצי נזק דמשלם מעלי׳ או דילמא מעלי׳ משלם דלא אשכחן מאורחי׳ דמשלם מגופו והנה זה פשוט דבההלכה לא נאמר רק דין חצי נזק ומהיכי תיתי לנו לאמר דישלם מגופו, ובע״כ צ״ל דהשאלה היתה משום דיש לחקור בדין של מגופו הנאמר גבי קרן תם אם הוא מהחילוקי דינים של קרן ורגל והוי מההילכותיהן של קרן וממילא לא שייך רק לקרן ולא לשאר מזיקין או נאמר דהדין דמגופו משלם הוא דין בהתשלומין של חצי נזק דדיני התשלומין של חצי נזק שנתנה תורה בתם דינם שאינו משתלם אלא מגופו, וממילא שייך לדמות דגם תשלומים אחרים של חצי נזק שמצינו במזיקין אחרים ג״כ לא ישלמו אלא מגופו ... וזהו מה דאמר רבא מגופו משלם דלא אשכחן חצי נזק דמשלם מעלי׳ או דילמא מעלי׳ משלם דלא אשכחן כי אורחי׳ דמשלם מגופו - היינו דהדין מגופו הוא דין דוקא בהמזיק של קרן תם שהוא לאו אורחי׳, וכ״ז לא שייך לומר רק אם נימא דדין חצי נזק של צרורות הוא חיוב חדש של חצי נזק שנתנה תורה ועל כן יש לחקור אם יש לו הדינים של ח״נ דקרן לענין מגופו אבל אם נימא דבההלכה לא נאמר כלל חיוב של ח״נ

והחיוב של ח״נ דמשלם הוא מטעם חיובים דרגל האמור בתורה ובההלכה לא נאמר רק פטור בהמזיק דרגל שפטור על ח״נ בצרורות וכמו שאר פטורים, וא״כ בודאי דהחיוב של ח״נ דמשלם הוא ממש כהחיובים דרגל ואינו יכול להיות שאני משאר חיובים דרגל אלא ודאי מוכרח דחיוב ח״נ דצרורות הוא חיוב חדש מהלכה...

והנה לעיל בריש מכילתין אמרינן אמר רב פפא יש מהן כיוצא בהן ויש מהן לאו כיוצא בהן וכי קאמר רב פפא אתולדה דרגל בח״נ צרורות דהילכתא גמירי לה ואמאי קרי לה תולדה דרגל לשלם מן העלי׳ והא מיבעי׳ לי׳ לרבא וכו׳ לרבא מיבעי לי׳ לר״פ פשיטא לי׳ ולרבא דמיבעי לי׳ אמאי קרי לי׳ תולדה דרגל לפוטרו ברה״ר, ומסוגיא זו הוא מקור דברי הרי״ף והרמב״ם שפסקו דמעלי׳ משלם ומשום דאמרינן בשמעתין דר״פ פשיטא לי׳ דמעלי׳ משלם, אבל הקשה הלח״מ דבאמת קשה ד׳ הגמ׳ דמהיכן מוכח מד׳ ר״פ דפשיטא לי׳ דמעלי׳ משלם ופליג על רבא, דכמו דאמרינן לרבא דלכן קא קרי לה תולדה דרגל לפוטרו ברה״ר כמו כן נימא לר״פ ומנ״ל להש״ס דר״פ פליג על רבא בהא, והנראה לומר בזה דלרבא דמיבעי לי׳ מגופו משלם או מעלי׳ משלם בע״כ דס״ל דההלכה אפקינהו לצרורות מכלל חיובי רגל ואוקמינהו אחיוב חדש של ח״נ מהלכה וכמו שנתבאר מדברינו לעיל, ולפ״ז נמצא דצרורות אינו דומה כלל לרגל אלא בהפטורים ולא בהחיובים, דבהחיובים שלו אינו תולדה דרגל ולא ילפינן לה כלל מרגל דהוא חיוב חדש מהלכה אלא דכיון דבכל גדרי המזיק דומה צרורות לרגל ובלאו ההלכה היה בה כל דיני רגל ע״כ לענין הפטורים של רשות הרבים שיש ברגל ילפינן ג״כ צרורות דיש בה כל הפטורים של רגל ולענין זה הוא מיקרי תולדה דרגל, אבל מה שנוגע לעצם החיוב של מזיק אינו כלל צרורות תולדה דרגל, ולפ״ז ר״פ דקאמר תולדותיהן לאו כיוצא בהן על ח״נ צרורות בע״כ דס״ל דגם בהחיובים צרורות תולדה דרגל, ומשום דס״ל דגם חיוב שלה ילפינן מרגל וההלכה אינה אלא פטור על ח״נ והוא פטור כשאר פטורי רגל וע״כ שייך לומר תולדותיהן לאו כיוצא בהן, אבל אם נימא דאחרי ההלכה לא ילפינן כלל החיובים של צרורות מרגל א״כ לענין מה מיקרי תולדה דרגל למימר בזה דלאו כיוצא בהם דתולדות דנזיקין מיקרי מה דילפינן חיובים שלהם מהאב אבל כיון דחיובים שלה כתיבי בהדיא לא שייך למיקרי תולדה דרגל למימר ע״ז תולדותיהן לאו כיוצא בהן, וכיון שכן מוכרח מד׳ ר״פ דס״ל דחיוב של ח״נ מרגל ילפינן לה אלא דההלכה אינה אלא פטור כשאר פטורי דרגל ממילא מוכרח מזה דמעלי׳ משלם, ומזה הוא דפשיטא לי׳ להש״ס מד׳ ר״פ דס״ל מעלי׳ משלם דלדידי׳ לא שייך כלל להסתפק אם מגופו משלם או מעלי׳ משום דכיון דהוי חיובו מכלל רגל בודאי דדומה לרגל בכל דינין.

ולפ״ז כיון דפסק הרי״ף והרמב״ם כרב פפא דמעלי׳ משלם ולא מטעם דנפשט האיבעי׳ דרבא אלא משום דפסקו כר״פ דלדידי׳ אין להסתפק כלל אם מגופו משלם משום דהרי הוא רגל ממש, נמצא דלדידן דקיי״ל כר״פ אזדא להו כל הנך בעיות ונמצא דבודאי דבצרורות כי אורחייהו אין העדאה דלא שייך בהן כלל העדאה כיון דהם רגל ממש, וכן בצרורות ע״י שינוי בודאי דיש העדאה כיון דהלכה דצרורות לא נאמרה רק ברגל ולא בקרן כלל ורק דהשאלה היתה משום דהעדאה דצרורות לא תוכל להיות חמור מהחיובים של מועד מתחילתו, וכ״ז אם הוא חיוב חדש אבל אם הוא מכלל חיובי רגל ממש והוא באמת מזיק על נזק שלם ואינו אלא פטור כמו שאר הלכותיהן של רגל א״כ לא שייך זה רק לרגל ולא לקרן. וכן בבעי׳ דרב אשי בודאי דלפ״ז דאין שינוי כיון דבצרורות לא נאמרה כלל ההלכה דקרן, ואתי שפיר ד׳ המאירי שכתב שכל אלו השאלות סובבות והולכות רק אם צרורות הם מתולדת קרן אבל לאחר שנתברר שצרורות הם מתולדת רגל (ולפי מש״כ הוא דגם החיובים הם מכלל רגל ובה הוא שדן לא דהוי קרן ממש אלא רק דהוי חיוב חדש וממילא שייך לדמות לקרן בחיובו) אין לנו בהם לא העדאה ולא שינוי, והוא כדברינו ממש...״

סימן ה׳

א

איתא בסוגיין [כ ע״א]: ״א״ל רב חסדא לרמי בר חמא: לא הוית גבן באורתא בתחומא, דאיבעיא לן מילי מעלייתא. אמר: מאי מילי מעלייתא? א״ל: הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, צריך להעלות לו שכר או אין צריך? היכי דמי? אילימא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, זה לא נהנה וזה לא חסר! אלא בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר, זה נהנה וזה חסר! לא צריכא, בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר, מאי? מצי אמר ליה מאי חסרתיך, או דלמא מצי אמר הא איתהנית? ״.

הנה, במה ששאל באוקימתא שדר שלא **מדעת** חברו, הכוונה שלא **מרשותו** של חברו ואפילו בידיעתו, וכמ״ש **תוספות** [לקמן כא ע״א ד״ה כהדיוט] ״דשלא מדעתו לאו דוקא אלא אורחיה דמילתא נקט וה״ה מדעתו״.

ואיירי שבעל החצר לא אמר לו כלום כשראהו דר בביתו. אבל אם אמר לו צא מביתי כתב **בשולחן ערוך** [חושן משפט הלכות גזילה סימן שסג ס״ו]: ״הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, שאמר לו: צא, ולא יצא, חייב ליתן לו כל שכרו״. **ובסמ״ע** [שם ס״ק יד]: ״שאמר לו צא כו׳. בכה״ג בכל ענין אפילו בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר צריך לשלם לו כל שכרו כיון דגילה דעתו דלא ניחא ליה ביה, ואין אומרים בכה״ג כופין על מדת סדום״.

והנה, גדר הנאה המחייבת תשלום הוא הנאת ממון [ולא הנאת גוף], וכמו שהסביר **בחידושי ר׳ נחום**: ״פה) הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר או אין צריך וכו׳ אילימא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר זה לא נהנה וזה לא חסר, ופרש״י זה שדר באותה חצר אינו עשוי לשכור חצרות לפי שמצויין לו בתים להשאיל או יש לו בית אחר עכ״ל, וצ״ב מה בכך שמצויין לו בתים אחרים הא סו״ס כעת שדר בהך חצר אית ליה הנאה מהנך דיורין ואמאי חשיב כלא נהנה.

וצ״ל דחיובא דנהנה הוא רק בכה״ג דאית ליה הנאת ממון אבל הנאה גרידא אינה מחייבתו בתשלומים, ולהכי בכה״ג שמצויים לו בתים אחרים בחינם ול״ל תועלת ממון מהך דירה לא חשבי׳ להדיורין כהנאת ממון לחייבו ודו״ק, וכל הטעם דבגברא דעביד למיגר חייב הוא משום דאית ליה הנאת ממון מהך דירה שא״צ לשכור בית אחר (וכמש״כ רש״י להלן בד״ה הא אתהנית ״דאי לאו חצר דידי הות אוגר אחריני״).

ומה״ט נראה דבכה״ג שמצויין לו בתים בחינם הרי הוא פטור אפי׳ בכה״ג דהך בית שדר בו כעת עדיף טפי מאותם הבתים שמצויין לו, דסו״ס איהו לא היה שוכר בית אחר אלא דר בחינם ול״ל תועלת ממון מהך דירה ודו״ק״.

ב

ובביאור טעם החיוב במקרה של הנאה, יש להקדים מה שכתבו **תוספות**:״זה אין נהנה וזה אין חסר הוא - אפילו בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר הו״מ למימר דפטור כיון שלא נהנה אף על פי שגרם הפסד לחבירו דאפילו גירשו חבירו מביתו ונעל דלת בפניו אין זה אלא גרמא בעלמא״.

וחקר **בפני יהושע** מה חיובו של נהנה בזה נהנה וזה חסר, דהרי מוכח מתוס׳ שעל החיסרון אינו חייב לשלם, דגרמא הוא. ומסיק שעל עצם ההנאה יש לחייב, אלא שאם הבעלים אינו חסר אזי יש צד לפטור משום דכופין על מדת סדום. ולפי זה בזה נהנה וזה חסר משלם עבור ההנאה [כיוון

שאין במקרה זה פטור מצד כופין על מדת סדום], ובזה נהנה וזה לא חסר פטור [אע״פ שנהנה] משום כופין על מדת סדום: ״בתוספות בד״ה זה אינו נהנה וזה לא חסר אפילו בחצר דקיימא לאגרא וכו׳ הוה מצי למימר דפטור כיון שלא נהנה אף על פי שגרם הפסד וכו׳ עכ״ל. פי׳ דמ״ש תחילה שאינו נהנה אין מספיק לפוטרו דרוב המזיקים גם כן אינם נהנים ואפ״ה חייבים כיון שהלה מפסיד לכך כתבו דלא חשיב הפסד כ״כ כיון דאינו אלא גרמא בנזקין בעלמא, אבל קשה דא״כ דחשבינן ליה גרמא א״כ אמאי פשוט ליה להש״ס בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר דחייב דזה נהנה וזה חסר כיון דלא חשוב לחייבו ע״י שחסרו כיון דגרמא הוא. ואין לומר דפשיטא להש״ס לחייבו משום דנהנה דהא בזה נהנה וזה אינו חסר קא מיבעיא ליה משמע דהחיוב במה שנהנה לחוד אינו פשוט לו, ודוחק לומר דכיון שנהנה זה מסייעו לחייבו בשביל כן על החסרון אף על גב שהוא גרמא מצטרפין שני הסברות לחייבו אף על גב דבכל חדא לא מחייב אבל הוא דוחק, ועוד דכל היכא דמיפטר משום גרמא לא מצינו לחלק בין היכא דנהנה או לא כגון גבי המקבל שדה מחבירו והובירה דפטור משום גרמא אי לאו משום דדרשינן לשון הדיוט וכתב הרא״ש שמשם הוציאו התוספות כאן דין זה והתם אפשר דנהנה המקבל במה שהובירה שע״י כך עוסק במלאכה אחרת ואפ״ה פטור וכן בכמה דינים של גרמא המובאים בטור חו״מ (סי׳ שפ״ו) מצינן בהו כמה דברים שנהנה המזיק ואפ״ה פטור ועוד דמצד הסברא אדרבה יותר יש לחייב בזה חסר וזה לא נהנה מבזה נהנה וזה לא חסר דעיקר חיוב ניזקין בחסרון בלא הנאה אבל הנאה בלא חסרון מיחזי כמידת סדום.

ונראה דלא קשיא מידי דסברת התוספות היא דודאי משום מה שחסר אין לחייבו כיון דהוי גרמא בניזקין אלא כיון שנהנה זה בגוף ממון חבירו שדר בביתו בזה לחוד סגי לחייבו, והא דמספקא ליה שם בזה נהנה וזה לא חסר היינו משום דאיכא למימר בכה״ג כופין על מידת סדום כיון שהלה אינו מפסיד כלל, וגדולה מזו כתב המרדכי בשם ראבי״ה דאפילו לכתחילה מצי הלה לכופו לדור בעל כרחו בחצר דלא קיימא לאגרא ואף על גב דרוב הפוסקים חולקים עליו מ״מ בדיעבד שדר כבר שלא מדעתו שפיר מספקא להש״ס, אבל בזה נהנה וזה חסר כגון בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר כיון דלא שייך להזכיר כאן כלל מידת סדום כיון שמגיע לו היזק שפיר פשיטא ליה להש״ס לחייבו משום הנאתו לחוד, וכן נראה מלשון הש״ס בסמוך דמשום שחרירותא דאשיתא משלם כל דמי השכירות ולא אמרינן שלא ישלם אלא כפי שהפסידו אלא ודאי שעיקר החיוב הוא בשביל שנהנה והטעם שחרירותא אינו בא אלא להצילו מלומר שהיא מדת סדום, כן נראה לי לפרש דעת תוספות ועיין בהרי״ף דפליג באמת על התוספות בזה ודו״ק״.

ובחידושי ר׳ שמעון שקאפ [בבא קמא סימן כה [יט]] נחלק עליו מכח זה שהגמרא שואלת מהקדש, והרי שם לא שייך דין כפייה ואי אפשר לכופו על מדת סדום. ומזה מוכיח שטעם זנוזל״ח לצד שפטור אינו משום כופין על מדת סדום אלא משום שהנאה שאין הבעלים חסרים כלום אינה בת תביעה: ג) שם ע״ב בתוס׳ שהקשו מב״ב שכופין על מדת סדום, והנה בפני יהושע רצה לאמר שהטעם דפטור בזנוזל״ח הוא משום דכופין על מדת סדום, וזה אינו דהרי גם בהקדש מדמי הש״ס ושם לא שייך זה, **אלא ודאי שהוא סברא שלא יתחייב רק אם חבירו חסר היינו שאין תביעה על הנאה רק אם בעל הממון מתחסר**, אלא שהתוס׳ הקשו מהצד השני אם איכא דין כפי׳ לא שייך תשלומים דכל שהדין נותן לכוף את בעל הממון הרי זה כנהנה משלו שזכתה לו תורה. והנה מוכח מדבריהם דלכתחלה הי׳ פשוט להם דאין כופין בדירה, ומ״מ הקשו בכבר דר (שיהא פטור) אף דלא שייך מדת סדום בזה, ונראה דכוונתם דלכתחלה ליכא כפי׳ משום דאם יכופוהו נוטלים ממנו שליטת ביתו וע״ז קפדי רוב אינשי ולא חשיב מדת סדום בדבר שקפדי רוב אינשי, ואם כבר דר בו הרי כפוהו באופן שלא יהי׳ נעדר שליטתו דכ״ז שירצה יצא מביתו, ותירצו דמ״מ ליכא דין כפי׳ לכתחלה ומשו״ה שקלי וטרי שיתחייב״.

נמצא **דלפנ״י** חייב הנהנה לשלם את הנאתו, אלא שאם הלה לא חסר פטור מצד כופין על מדת סדום. ואילו **לגרש״ש** היא סברא שאין דין תביעה על הנאה אלא אם חברו חסר. ובדומה לזה **בחדושי הגר״ח** [בבא קמא כ ע״ב] שטעם הפטור בזה אינו חסר הוא משום שאין הבעלים מקפידים: ״...הרי דכל עיקר פטורא דז״נ וזל״ח הוא משום שאין הבעלים מקפידין...״.

אמנם כדברי הפנ״י מוכח **בתוס׳** [בבא בתרא יב ע״ב ד״ה כגון] שטעם הפטור לצד שזה נהנה וזה לא חסר פטור הוא משום דכופין על מדת סדום: ״...ועוד הא דכופין על מדת סדום בזה נהנה וזה לא חסר היינו בשכבר דר בחצר חבירו שאינו מעלה לו שכר אבל הא פשיטא שיכול למחות בו שלא יכנס לדור בביתו״. וכן **בשו״ת הרא״ש** [כלל צז סימן ב]: ״...דאי לא תימא הכי כל זה נהנה וזה אינו חסר דכופין על מדת סדום אמאי כופין והלא חסר הוא ממון שיתן לו חברו בשביל הנאתו אם לא נכוף לעשות בלא דמים, אלא ודאי כיון שאין לו חסרון אלא במה שיוכל לכוף את חברו שיתן לו ממון בשביל הנאתו מדת סדום היא...״.

ותירץ **בשיעורי ר׳ שמואל** [בבא בתרא יב ע״ב] קושיית הגרש״ש מזה שבהקדש לא שייך כופין על מדת סדום: ״רכד) בדין זה נהנה וזל״ח פטור בהדיוט ובהקדש

והנה בלשון הריצב״א שכתב, הא דכופין עמ״ס בזה נהנה וזה לא חסר היינו בשכבר דר בחצר חבירו שאינו מעלה לו שכר, מבואר דהא דאינו מעלה שכר בזה נהנה וזה ל״ח הוא מדין כופין על מדת סדום, ועי׳ פני יהושע ב״ק ד״כ ע״א על התוס׳ ד״ה זה אין נהנה וכו׳, שכתב בביאור דברי התוס׳ שם דהיכא דזה נהנה וזה חסר דחייב הוא משום נהנה, והא דפטור בלא חסר הוא משום דכופין על מדת סדום ע״ש, ומדברי התוס׳ הנ״ל חזינן להדיא כדבריו, וכמש״נ.

ובב״ק ד״כ ע״ב מוכחינן מהא דתנן נטל אבן או קורה של הקדש וכו׳ בנאה בתוך ביתו לא מעל עד שידור תחתי׳ שוה פרוטה, דזה נהנה וזה לא חסר חייב ע״ש, והיינו דאם לא הי׳ חייב בהדיוט ז״נ וזה ל״ח אף בהקדש לא הי׳ מועל, ולכאורה צ״ע דלפימש״נ בדעת התוס׳ דהא דז״נ וזל״ח פטור הוא רק משום דכופין על מדת סדום, א״כ זה שייך דוקא בהדיוט אבל בהקדש ל״ש לכפותו על מדת סדום, ומאי מדמי הגמ׳ הקדש להדיוט, הא י״ל דבהדיוט באמת פטור בז״נ וזל״ח ומשום דכופין עמ״ס והא דבהקדש מעל הוא משום דל״ש האי טעמא וכנ״ל.

והנראה דמזה יש להוכיח מש״כ לעיל, דהא דכופין עמ״ס אין זה רק דין לכפות, **אלא דעצם דיני הממונות משתנים מחמת הא דהוי מדת סדום**, ולפי״ז א״ש דאף בהקדש שייך לומר דזה נהנה וזל״ח פטור ואף דטעמא הוא משום דהוי מדת סדום, והיינו דכיון דעי״ז משתנה דיני הממונות א״כ אף בהקדש כיון דמשתנה דין הממון ליכא מעילה, ויעוי׳ בס׳ חי׳ ר״ח הלוי ה׳ מעילה פ״ח הל״א שביאר דיסוד איסור מעילה הוא משום דין גזל הקדש, וא״כ שפיר י״ל דאף בהקדש שייך דמחמת הא דכופין עמ״ס ישתנה דין הממון ולא יהי׳ מעילה וכמש״כ, וזהו דמדמי הגמ׳ הקדש להדיוט בדין ז״נ וזה לא חסר. [ומ״מ זהו חידוש דהי׳ אפ״ל דאף אם הא דכופין עמ״ס מועיל לשנות את דין הממונות, זהו דוקא באחד שיש לכפותו על מדת סדום, וע״כ מועיל זה גם על עצם הממון, אבל בהקדש כיון דל״ש לכפותו א״כ ליכא הך דינא כלל, אולם מדברי הגמ׳ חזינן דלא כן וכמש״נ]״.

ג

עכ״פ נמצאנו למדים שיש ב׳ דרכים איך ללמוד חיוב נהנה במקרה של זה נהנה וזה חסר, האם עצם ההנאה מחייבת [פנ״י] או שההנאה היא בת תביעה רק אם חברו חסר [גרש״ש]. **ובאור שמח** [הלכות נזקי ממון פרק א הלכה ב] ביאר שזה תלוי במחלוקת רמי בר חמא ורבא: ״...אולם דא מסתפקא טובא בהנך מילי דאמרו (ב״ק י״ט ע״ב) דאינה משלמת רק מה שנהנית, כמו ברה״ר,

כיון דעל ההיזק פטרתו תורה מפני שיש לה רשות להלך, א״כ לא הוי דין היזק עליו, רק דין חוב בלבד, ומשלם מזיבורית, כיון דהתורה מעטה זה מדין נזק... א״כ ה״נ כאן דכתיב בשדה אחר לא ברה״ר איתמעט נמי מדין נזיקין, והא שמשלם מה שממונו נהנה הוא מדין חוב, ומשלם בזיבורית או בבינונית לא במיטב...

ולכאורה נראה דתליא בהך מילתא דאמוראי דפרק כיצד (שם כ׳ ע״א), דשקיל וטרי טובא אם זה נהנה וזה לא חסר פטור או חייב, ופשיט רמי בר חמא (שם ע״ב) ממשנתנו אם נהנית משלמת מה שנהנית, ופרשו הקדמונים בשיטה, דכמו ברה״ר פטור מדין נזיקין לגמרי, רק משום ההנאה חייב, א״כ הלא מוכח דנהנה וזה לא חסר חייב, דעל החסרון הלא לא חייבתו תורה, ומשני רבא דהאי זה נהנה וזה חסר, ופירוש דאימת פטרתו תורה על החסרון במקום דליכא הנאה, הא במקום דאיכא הנאה לא פטרתו תורה על החסרון [ומה שיש לדבר בסוגיא יבואר במק״א] ותו מצטרפת החסרון עם ההנאה, וכיון שכן תו מסתברא דלרמי בר חמא דאין החיוב רק על ההנאה לחוד, ודאי דדינו כדין בעל חוב דעלמא, אבל למאי דמסיק דהחיוב משום החסרון אפשר דמשלם כדין מזיק ממיטב... ואח״ז רב מצאתי בשו״ת הרשב״א חלק ד׳ סימן יג בזה והעלה דמשלם כבע״ח יעו״ש, וראייתו אינה מכרעת, יעו״ש״.

והנה, מב׳ דרכים הנ״ל בדין זה נהנה וזה חסר יוצא ב׳ דרכים גם בהבנת הספק בזה נהנה וזה לא חסר. לדרך הפנ״י פשיטא לן דבתר הנאה אזלינן, וכל הספק דלמא מצי א״ל ״מאי חסרתיך״ הוא רק מדין כופין על מדת סדום. ואילו לדרך הב׳ היינו דמספ״ל מהו שורש החיוב בז״נ וז״ח, האם סגי בזה שהדר נהנה כדי לתבעו בתשלומים גם אם אין הלה חסר; או דלמא כל הזכות תביעה דהבעלים היא רק משום דהך שימוש חסרו ממון, והך חסרון מחייבו בדמי מה שנהנה, ונפק״מ בזה נהנה וזה לא חסר האם בתר הנאה אזלינן וחייב או בתר חסרון אזלינן ופטור.

ד

והנה, בנוסף על הנ״ל צ״ע עצם חיוב נהנה מה מקורו. **ובשערי יושר** הסתפק אם הוא מדין סברא או מכח פסוק [שערי ישר שער ג פרק כו [כה]]: ״תרכח: ולפי״ז נאמר דגם לענין דין תשלומים דקים להו לחז״ל דכל נהנה מממון חבירו דחייב לשלם, מסברא או יותר נראה דילפינן זה מקרא דאשר חטא מן הקודש ישלם, היינו אף דמזיק הקדש פטור דלפי״ז כל אוכל הקדש משלם רק בעד הנאתו, וכן כל הנהנה מן ההקדש דמעל שהוא קרן, חומש ואשם וחיוב הקרן הוא חיוב ממון כמו בתשלומי הדיוט, כמו שהבאנו בדברינו לעיל דברי התוס׳ בכתובות ריש פרק אלו נערות...״.

ובחידושי ר׳ נחום הוסיף הבנה בדין נהנה: ״פו) אלא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר מאי מצי אמר ליה מאי חסרתיך או דלמא מצי אמר הא אתהנית, הנה שורש הנידון הוא בכה״ג שהדר נהנה שלא מדעת הבעלים ולא קצצו דמים ביניהם, האם מצי למימר ליה מאי חסרתיך או דלמא מצי א״ל הא אתהנית, ויש לדייק אמאי הקדימה הגמ׳ לבאר את צד הפטור (״מי מצי א״ל מאי חסרתיך״), דלכאו׳ הו״ל לבאר מתחילה את צד החיוב דהא אתהנית, ולאחמ״כ לבאר דאיכא נמי סברא לפוטרו הואיל והבעלים לא נחסר.

עוד יל״ע, דהנה ברש״י ביאר ד״הא איתהנית״ פירושו ״דאי לאו חצר דידי הות אוגר אחריני״, ומבואר מדבריו דעצם הנאת הדיורין אינה מחייבתו בתשלומים אלא רק ההנאה שחסך ממון שא״צ לשכור בית אחר, ובזה הוא דשקו״ט מהו הדין בכה״ג דהך הנאה באה לו בלא שהבעלים נתחסרו. ודבריו צ״ב, דהא בגמ׳ מבע״ל אם צריך להעלות לו ״שכר״, ומשמע דדייני׳ על שכר הדיורין דהך דירה ולא על הדמים שחסך שלא הוצרך לשכור בית אחר. וביותר יל״ע דלכאו׳ שיעור ב׳ ההנאות אינו שוה, דלפמש״כ רש״י דהא איתהנית פירושו שהיה צריך להוציא מעות לשכור בית אחר נמצא דהשומא היא כפי שאר הבתים שהיה לו לשכור (ואם היה מוצא לשכור בית אחר

בזול זהו כל חיובו), ומלשון הגמ׳ ״צריך להעלות לו שכר״ משמע דשיימי׳ כמה שוה הך דירה גופא.

ואשר מוכרח מזה דאין כונת הגמ׳ לומר דכל התשלום הוי רק בעבור ההנאה שחסך שא״צ לשכור בית אחר, דזה פשוט דבכה״ג דאית ליה הנאה מהדיורין הרי הוא מחויב לשלם לבעלים על עצם ההשתמשות בבית [ויש להטעים את הדברים עפ״י מה שביאר כב׳ מו״ר הגרב״ד זצ״ל דחיוב נהנה ל״ה מדין ממוני גבך אלא מחייב בפ״ע, והך מחייב הוא סיבה לחייבו לשלם את דמי השכירות ודו״ק], וכונת הגמ׳ רק דבכה״ג שהבעלים לא נתחסר הרי״ז סיבה לפטרו מלשלם לו שכר, ובזה הוא דמבע״ל מהו הדין בז״נ וזל״ח, האם מצי הדר למימר ליה ״מאי חסרתיך״ (ור״ל דמה״ט פטרי׳ ליה מדמי השכר), או דלמא מאחר דאיהו נהנה מהדיורין הנאת ממון הרי״ז מחייבו לשלם את השכר.

וביתר ביאור נראה דאין הנידון הכא כלפי הדר האם איכא סיבה לחייבו או לא, דז״פ דכל היכא דאיהו נשתמש בשל חבירו איכא סיבה לחייבו בדמי ההשתמשות, וכל הנידון הוא רק מצד זכות התביעה דהבעלים, האם בכה״ג שהבעלים לא נחסר ל״ל זכות תביעה אהך השתמשות, או דלמא מאחר שהדר הרויח מהך השתמשות מצי הבעלים לתבעו את דמי ההשתמשות ודו״ק.

ולפי״ז א״ש ד׳ הגמ׳ ״צריך להעלות לו שכר או א״צ להעלות לו שכר״, דלהמתבאר לא דייני׳ על דמי הממון שחסך אלא על עצם שכר ההשתמשות. וכמו״כ א״ש הא דהקדימה הגמ׳ את צד הפטור, דלהמתבאר צד החיוב ל״ה משום דהא אתהנית אלא משום שכר הדיורין, וד״ז הוא פשוט וא״צ לבארו, וכל מה שהוצרכה הגמ׳ לסברת ״הא אתהנית״ הוא רק כדי לסלק את הפטור ד״מאי חסרתיך״, ולהכי אמרו בגמ׳ מי מצי א״ל מאי חסרתיך או דלמא מצי אמר הא אתהנית ודו״ק.

ומה״ט נראה ברור דבכה״ג שהיו מצויים לו בתים בזול ואיהו דר ביוקר מחייבי׳ ליה בכל שווי הדיורין שדר עתה, דכאמור עצם החיוב ל״ה משום מה שנהנה אלא על שכר ההשתמשות״.

ה

שערי ישר בהקדמה: ״...ושמעתי דבר נאה ומתקבל בשם גיסי המנוח הרה״ג מוה״ר שלמה זלמן בהר״ר קלמן אבעל מטעלז, בהא דמסופר בגמרא ב״ק (כ א) בסוגיא דזה נהנה וזה לא חסר, דרב חסדא בעי מרמי בר חמא והשיב לו לכי תשמש לי, שקל סודרא כרך ליה, דבהשקפה ראשונה מתמיה, וביאר הרב הנ״ל שהענין הוא שבדבר שצריך עיון ויגיעה תלוי עיקר הדבר אם המתלמד מאמין במעלת המלמדו, אז אם לא יבין בראשונה, יתלה החסרון בעצמו, ויוסיף אומץ ליגע את עצמו ואז יבין באחרונה, אבל אם דברי המלמדו קלים בעיניו ולא שוה לו להתאמץ לעמול בהם, אז אם לא יקבל הדברים במשקל הראשון יניחם או יבטלם בלבו ודיו, ולכן כאשר ידע רמי בר חמא את עומק הענין שרצה ללמדו, לא רצה ללמדו עד שיתאמת לו שרב חסדא משתוקק להתלמד ממנו כתלמיד מרב, ולכן לא למדו הדבר עד שישמש אותו כתלמיד לרב, ודפח״ח...״.

סימן ו׳

א

נתבאר בגמרא שבמקרה של זה נהנה וזה חסר פשוט שחייב הדר בחצר חבירו שלא ברשות. ובמקרה של זה לא נהנה וזה לא חסר פשוט שפטור. והסתפק רב חסדא בזה נהנה וזה לא חסר, וקי״ל שפטור. פש לן לברורי מקרה של זה לא נהנה וזה חסר [הייתה החצר עשוייה לשכר אלא שזה אין דרכו לשכור כיוון שמצויים לו בתים אחרים]. ונחלקו ראשונים:

1. שיטת **התוס׳** שפטור אע״פ שגרם הפסד לחברו, ואפילו אם הוציא את בעל הבית בעל כרחו אין זה אלא גרמא בעלמא: ״זה אין נהנה וזה אין חסר הוא - אפילו בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר הו״מ למימר דפטור כיון שלא נהנה אף על פי שגרם הפסד לחבירו דאפילו גירשו חבירו מביתו ונעל דלת בפניו אין זה אלא גרמא בעלמא״. וכן מביא **הרא״ש בשם ר״י** [פרק ב סימן ו]: ״אילימא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר זה לא נהנה וזה לא חסר הוא. פר״י דה״ה נמי בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר דפטור כיון דלא נהנה אף על פי שגרם הפסד לחבירו דאפילו גירש חבירו מביתו ונעל הדלת בפניו אין זה אלא גרמא בעלמא ולא מיחייב אלא כשעת הגזילה וכן המקבל שדה והובירה אין חייב אלא משום דדרשינן לשון הדיוט. ואומר בירושלמי זאת אומרת המבטל כיסו של חבירו פטור...״.

2. ואילו **הרי״ף** ס״ל שחייב: ״ודוקא בחצר דלא קיימא לאגרא ואף על גב דההוא גברא עביד למיגר מאי טעמא זה נהנה וזה לא חסר הוא **אבל בחצר דקיימא לאגרא צריך להעלות לו שכר ואף על גב דלא עביד למיגר דהא חסריה ממונא**״. וכן כתב **הרמב״ם** [הלכות גזלה ואבדה פרק ג הלכה ט]: ״הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, אם אותה חצר אינה עשויה לשכר אינו צריך להעלות לו שכר, אף על פי שדרך זה הדר לשכור מקום לעצמו, שזה נהנה וזה לא חסר, **ואם החצר עשויה לשכר אף על פי שאין דרך זה לשכור צריך להעלות לו שכר שהרי חסרו ממון**״.

ובראי״ש [שם] ביאר שטעם החיוב לדבריו הוא משום **שאכל חסרונו של חברו**:״...ורב אלפס ז״ל כתב אבל בחצר דקיימא לאגרא צריך להעלות לו שכר ואף על גב דלא עביד למיגר דהא חסריה ממונא. וכדבריו מוכח בשמעתין שלחוה בי רבי אמי אמר וכי מה עשה זה מה חסרו ומה הזיקו משמע הא חסרו והזיקו פשיטא שחייב **ומיהו כבר הוכחתי שעל החסרון אין חייב דלא הוי אלא גרמא בעלמא ואי איכא לחיוביה מהאי טעמא איכא לחיוביה משום שאכל חסרונו של זה** ולא דמי לנועל ביתו של חבירו ולא דר בו או המוביר שדה של חבירו שלא בא לידו כלום מחסרון חבירו אבל זה אף על גב שלא נהנה שהיה מוצא דירה אחרת בחנם מ״מ השתא מיהא קאכל מה שחבירו נפסד וכ״נ״.

וכן כתב **בנימוקי יוסף**, שחייב על האכילה ולא על ההנאה: ״וחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר. לא הזכירוהו וכתבו בעלי התוספות ז״ל שזה פשוט הוא שהוא פטור דכמבטל כיסו של חבירו או כי אחדקיה לחבריה באנדרונא שהם פטורים והרא״ה ז״ל כתב שכל הגאונים ז״ל פה אחד אומרים שהוא חייב וכן דעת רבו ז״ל ולא דמי למבטל כיסו ולאחדקיה לחבריה דהתם גרמא בעלמא הוא **אבל בכאן שדר בה ואכל פירותיו חייב בודאי תדע שאילו אכל אדם פירות חבירו חייב אף על פי שלא נהנה כלל** ומיהו אילו לא דר בה אלא שסגר כל השנה פטור ע״כ לשונו וכן כתב הריטב״א ז״ל דכשלא דר בה גרמא בעלמא הוא״. ויבואר אי״ה לקמן.

3. **ובנמוקי יוסף** מביא **שיטת הרמ״ה** המחמיר יותר: ״...וכן כתב הרמ״ה ז״ל דכשדר בה חייב מידי דהוה אכל נזקים דעלמא דזה חסר וזה לא נהנה אלא שחולק ז״ל ואמר דשבת שלא במקום נזק נמי כגון דהדקיה באנדרונא חייב כדאיתא פ׳ החובל וכל היכא דקיימא לאגרא וגרם לאפסודיה

כגון דגזלה מיניה אף על גב דלא דר בה חייב ואפילו למאן דלא דאין דינא דגרמי וכל שכן למאן דדאין ע״כ״.

נמצא: לתוס׳ פטור בין אם סגר בית חבירו ולא דר בו, ובין אם דר בו. לרמ״ה חייב בין אם דר בו ובין אם לא דר בו. ולרא״ש ורא״ה חייב אם דר בו ופטור אם לא דר בו.

ב

וצלה״ב כוונת **הרא״ש בביאור דברי הרי״ף**, מה שכתב שיש לחייב משום שאכל חסרונו של זה, דצ,ע מאיזה טעם חייב. ונאמרו כמה ביאורים:

1. **בברכת שמואל** [ב״ק י״ד] ביאר, שאף שאין לו הנאת ממון חייב משום שיש לו הנאת הגוף, שעל ידי אכילת חסרונו של זה אזי יש לו תביעה של ממוני גבך שאכל את חסרונו, וחיובו הוא משום נהנה ואינו מדין מזיק.

וביתר הרחבה **בחידושי רבי אריה ליב מאלין** [ח״א ס״ט אותיות א׳, ב׳]: ״...דהנה בעיקר דין חיוב של נהנה יש לחקור אם החיוב הוא משום ממוני גבך והיינו כמו דמתחייב לשלם בשביל חפץ של חבירו כן כשהוא משתמש ונהנה מממונו של חבירו צריך לשלם והוא כמו חיוב שמתחייב לשלם בשביל הלואה שאין זה חיוב חדש שחייבתו תורה אלא משום ממוני גבך וכמו כן הוא חיוב נהנה דמחוייב בשביל השתמשות ממונו של חבירו או דחיוב נהנה הוא חיוב חדש שחייבתו תורה בתשלומין וכמו שיש חיוב מזיק כן נתנה תורה חיוב של נהנה והוא חיוב חדש...

ב) והנה שיטת הרי״ף הוא דבחצר דקיימא לאגרא אף דהוי גברא דלא עביד למיגר צריך להעלות לו שכר משום דחסרי׳ ממונא ופירשו הראשונים דבריו דאף דגם הוא יודה דבלא דר בה וגירש חברו מביתו דפטור משום דהוי מבטל כיסו אבל בדר בה חייב משום דאכל חסרונו של זה, והנה לא נתבאר בפירוש בדברי הראשונים מאיזה טעם הוא מחוייב באכל חסרונו אם החיוב בשביל מזיק ובאכל חסרונו כבר אין זה מבטל כיסו דהוי כמו שההשתמשות ישנו בעין ואין זה מניעת הריוח, או דהחיוב הוא משום נהנה ולא משום מזיק...

והנראה דהחיוב באכל חסרונו מטעם ממוני גבך, היינו דכיון שלוקח את גוף ההשתמשות מחוייב לשלם בשביל גוף ההשתמשות אלא דדין ממוני גבך לא שייך אלא בחסר בדקיימא לאגרא שאז מיקרי שלוקח ממנו גוף הממון שלו אבל בלא קיימא לאגרא מיקרי שאין כאן במציאות כלל ההשתמשות וע״כ חסר המחייב של ממוני גבך אבל בקיימא לאגרא החיוב משום ממוני גבך והחיוב של ממוני גבך אינו כלל אם נתרבה אצלו דמים אם לא רק תלוי באכל חסרונו, אבל החיוב של נהנה תלוי אם עביד למיגר היינו אם נתרבה אצלו דמים וע״כ בלא קיימא לאגרא דשם לא שייך לחייב משום ממוני גבך ובעינן לחייב מטעם נהנה משו״ה תלוי בעביד למיגר, ונמצא לפ״ז דיש ב׳ חיובים בנהנה חיוב של ממוני גבך וחיוב זה לא שייך אלא דוקא בחסר משום שבלא חסר הרי חסר ההיכי תמצא של ממוני גבך, ורק במדעת היינו היכא שמונעו מתחילה מלדור בביתו אז שייך החיוב של ממוני גבך גם בלא חסר, וחיוב זה של ממוני גבך תלוי באכל חסרונו ואינו תלוי בעביד למיגר, וחיוב נהנה שהוא חיוב חדש שחייבתו תורה וכמו חיוב של מזיק וחיוב זה תלוי בעביד למיגר ובזה איבעי׳ לן אם בעינן חסר או מחוייב גם בלא חסר...״.

2. ואילו **בחדושי ר׳ שמעון (שקופ)** [בבא קמא סימן כה] שהחיוב הוא משום מזיק, אלא שדירה אי אפשר להזיק אלא אם דר בה ואכל חסרונו של חבירו. דהיינו שמכיוון שהשימוש כבר בעולם הרי זה כאוכל ממש ״שיטת הרי״ף והרא״ש והרמ״ה דבחצר דקיימא לאגרא חייב גם בגברא דלא עביד למיגר... ולענ״ד נראה דהנה עיקר הטעם בשיטתם שחייב הוא משום מזיק דבלא״ה ליכא חיוב דהרי לא נהנה כלום, אלא דדירה אי אפשר להזיק רק ע״י דירה דאוכל חסרונו של זה אבל

בנועל חשוב גרמא וכמזיק ממש לא חשוב דעדיין לא היה בעולם שימוש הדירה, ובדר בה הוא מזיק בשעה שהשימוש כבר בעולם והוה כאוכל ממש...".

ג

ובמה שכתבו **תוס' והרא"ש** דאפילו אם גירש חבירו מביתו פטור שזה גרמא בעלמא, יש לעיין דלכאורה הוא גרמי וצ"ל חייב. **ובמחנה אפרים** [הלכות גזילה סימן יא] ביאר שתוס' והרא"ש אזלי לשיטתייהו דשף מטבע חבירו אין זה גרמי, משא"כ לדעת הרי"ף והרמב"ם. ולדבריו לשיטת הרי"ף יהיה חייב בגירש חבירו מביתו גם אם המגרש לא דר בו: "...דמצינו שנחלקו רבותינו הראשו' ז"ל בדר בחצר חברו דקיימא לאגרא ואין זה הדר בה עביד למיגר דהרי"ף והרמב"ם ז"ל ס"ל דחייב להעלות לו שכר דהא חסריה ממונא. ור"י ס"ל דפטור ואפילו אם גירש את חברו מביתו ודר בו זה דאין זה אלא גרמא בעלמא כההיא דהמבטל כיסו של חברו וכו', וכתב הרא"ש ז"ל דנראה לו כסברת הרי"ף ז"ל ולא מטעמא דחסריה לבד אלא מטעם דאכל חסרונו של זה אף על פי שלא נהנה ע"כ. ולכאורה נראה דלא דמי להההיא דהמבטל כיסו דהתם לאו ברי היזקא דאפשר שלא ירויח, ועוד דבאותה שעה עדיין לא היה שם מי שהיה לוקחה בריוח לא כן בדר בחצר חברו דע"י שזה נכנס ודר בה אינה נשכרת לאחרים נמצא שע"י מפסיד לחברו ובריא היזקא, ונראה דכל כה"ג חייב מדינא דגרמי ודמי למ"ש התוס' בהאומנין דף ע"ו גבי מאי דקאמר תלמודא התם השוכר את האומנין והטעו את בע"ה או בע"ה הטעה אותם אין להם זה על זה אלא תרעומת. והקשו התוספות על זה דהא קי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי א"כ אמאי לא יתן להם כפועל בטל כיון שע"י נתבטלו אותו היום, ותירצו דכשחוזר בו עוד ימצאו להשתכר ע"כ וכ"כ הרא"ש שם. אלמא דכל היכא שזה היה מוצא להשכיר עצמו ובא חברו ומנעו ולא הניחו להשכיר הרי זה חייב מדינא דגרמי. ואפשר לחלק דהתם גבי פועלים היינו טעמא דמשלם מה שנתבטלו ע"י משום דאשכחן שבת באדם שמחוייב לשלם מה שהי' מרויח באותן הימים שנתבטל, ודוקא גבי אדם הוא דמחויב בשבת אבל אם בטל ממונו או בהמתו מלהרויח בזה לא אשכחן שבת ואדרבה אמרינן המבטל כיסו של חברו פטור מדיני אדם עיין בטור סי' ש"ז ס"ו...

הן אמת דעדיין יש להבין דנראה דס"ל דאפילו גירש את חברו מביתו ומחמת זה הפסיד שהוצרך לשכור בית לדור בה דאפ"ה פטור, והביאו ראיה מהמקבל שדה והובירה דאינו חייב אלא משום דדרשינן לשון הדיוט משום דלא הוי אלא גרמא בנזקין, ויש להבין בדבריהם דהיכי קרו ליה בכה"ג גרמא בעלמא כיון שהוציאו בידים וגרם לו לאפסודי ממון שהוצרך לשכור בית אחר, ואי משום דבשעה שהוציאו עדיין לא בא ההפסד אלא אחר כך מכל מקום כיון דבריא היזקא דינא דגרמי מיקרי, ואשכחן כה"ג דמיקרי דינא דגרמי דבפרק החובל קאמר תלמודא שבת בלא נזק היכי משכחת לה כגון דהדיקיה בהנדורנא, וכתב הרא"ש ז"ל ומסתברא דאיירי שהכניסו לחדר וסגרו בתוכו אבל אם היה כבר בחדר וסגר הפתח לפניו גרמא בנזקין הוי עכ"ל. הרי מבואר דכל שעיכב את חברו בידים וע"י כן הפסיד חברו דינא דגרמי מיקרי ולא גרמא בנזקין, ואף על גב דבשעה שסגרו עדיין לא בא ההפסד אפ"ה כיון שע"י מעשיו מפסיד חברו ובריא היזקא חייב לשלומי וה"ה במי שמוציא את חברו מביתו והוצרך לשכור בית דירה חייב לשלם. ורואה אני דהתוס' והרא"ש ז"ל לשיטתייהו אזלי דפסקי כרבא [נראה דצ"ל רבה. י.ש.] דאמר השף מטבע חברו והצורם אוזן פרתו פטור אף על גב דנחסר חברו מ"מ כיון שגוף הדבר שהזיק לא נחסר גרמא בנזיקין מיקרי עיין מ"ש המרדכי משם רבינו יקיר בריש פ' הגוזל קמא. אבל הרי"ף והרמב"ם ז"ל פסקו דלא כרבא וס"ל דכל שנחסר חברו ע"י מעשיו הרי זה חייב מדינא דגרמי. ולפ"ז ה"ה כשנועל את ביתו של חברו ואינו מניחו להשכיר או שגירש את חבירו מביתו דבריא היזקא דודאי חייב לשלם כיון דנחסר חברו ע"י והוי מידי דמינכר היזקא שאינו יכול להשכירה או שצריך בית אחר".

ובקצות החושן [סימן שסג ס״ק ג] מחלק בין שבת דאדם שחייב ובין שבת דממון שפטור, ובזה העיר על ראיית הנמקו״י בשם הרמ״ה: ״(ג) שהרי חסרו ממון. בטור (סעיף ו׳) כתב וז״ל, והרמ״ה הוסיף לומר דאפילו לא היה דר בו כיון שהיה עומד להשכיר וגזלו ממנו חייב. וא״א הרא״ש ז״ל כתב על זה דפטור. וז״ל הרא״ש פרק כיצד הרגל (סי׳ ו׳), דאפילו גירש חבירו מביתו ונעל הדלת בפניו אין זה אלא גרמא בעלמא ולא מחזיר אלא כשעת הגזילה עכ״ל.

וראיתי בב״ח (שם) שנתקשה בזה ממה דקי״ל דשבת אפילו שלא במקום נזק כגון דאהדקיה באנדרוניא חייב כדאיתא בפרק (הרגל) [החובל] (ב״ק פה, ב), וע״ש שכתב דצריך לחלק בין אהדקיה באנדרוניא דהו״ל מזיק בידים כשהכניסו לחדר וסגרו בתוכו דהתחיל ההיזק מיד בידים ממש ובין גירש חבירו מביתו ונעל הדלת בפניו דלא התחיל ההיזק עכשיו מיד אלא אח״כ כשלא יוכל להכניס בתוכו דיורין מפני נעילתו ואלמותו עכ״ל ע״ש.

והבדיל בין השוין, דאהדקיה באנדרוניא נמי מחייב במה שלא יוכל אח״כ להשכיר את עצמו ונימא שאין ההיזק מתחיל עכשיו. אלא דלא קשה מידי דודאי גבי אדם באדם התורה רבתה לחייבו בד׳ דברים ואפילו שבת שלא במקום נזק, אבל בנזקי שור לא חייבתו התורה אלא בנזק בלבד מש״ה בנועל ביתו דליכא דין נזק אלא במה ששובת החנות ממלאכתו ואין דין שבת באדם דאזיק שור או שאר ממון, ואפילו בכחש דהדר יש פוטרין משום דהו״ל שבת וכמבואר בסימן ש״ז (סעיף ו׳), ואפילו למאן דמחייבי אינו אלא משום דדנו אותו לדין נזק, אבל בנועל ביתו דודאי לית ביה משום נזק לכ״ע פטור, וכן בנועל בהמת חבירו פטור משום דאין שבת בבהמה, אבל האי דאהדקיה באנדרוניא אדם באדם וחייב משום שבת וזה פשוט וברור.

ובנימוקי יוסף (ב״ק ח, ב בדפי הרי״ף) כתב בשם הרמ״ה דחייב בנועל ביתו, והביא ראיה לדבריו משבת שלא במקום נזק כגון דאהדקיה באנדרוניא חייב כדאיתא פרק החובל דף פ״ה, וכל היכא דקיימא לאגרא אפילו לא דר ביה חייב ע״ש. ותמה אני על עצמי בראיה זו דהתם אדם באדם וחייב משום שבת, אבל בנועל חנות דהו״ל אדם בשור פטור משבת...״.

ד

חדושי ר׳ נחום (פרצוביץ): ״צא) בא״ד וא״ת ההוא דתחב לו חבירו בבית הבליעה וכו׳, בתוס׳ הק׳ אמאי איכא חיוב נהנה בתחב לו חבירו בבית הבליעה הא הו״ל זה נהנה וזה לא חסר, שאם היה מחזיר היתה נמאסת ואין שוה כלום, ותי׳ דכל היכא שנהנה מחמת החסרון שהיה מתחילה לא דייני׳ ליה כלא חסר. ודבריהם צ״ב אמאי חשיב כז״נ וז״ח הא איהו לא קעביד להך חסרון אלא חבירו שתחב לו בבית הבליעה, והאיך מצי׳ לחייב את הבולע אהך חסרון.

ונראה בביאור דבריהם, דהנה כבר נתבאר לעיל (אות פ״ז) דהתוס׳ ס״ל דפטורא דז״נ וזל״ח הוא מדין כופין על מדת סדום, והיינו דמצד דיני הממון איכא סיבה לחייבו על מה שנהנה וכל הפטור הוא רק מצד התובע, דכל היכא שההנאה לא חסרתו ל״ל לבעלים זכות תביעה אהך הנאה מדין כופין על מידת סדום. ונראה שלפי״ז יש להבין את ד׳ התוס׳, דאין כונתם דמצי׳ לחייבו אהך חסרון, דבאמת חיובו משום ההנאה ולא משום החסרון, וכל סברתם היא רק לענין שלא יהא בזה מידת סדום, דאע״ג שהנהנה עצמו לא חסר את הבעלים מ״מ מאחר שהנאתו באה ע״י חסרון דהבעלים אי״ז מדת סדום לתבעו אהך הנאה, והדר דינא דמחייבי׳ ליה על עצם מה שנהנה ודו״ק״.

ומובן בפשטות מדוע הקשו דווקא מתחב לו ולא ממשנתנו דשן ברה״ר משלם מה שנהנית על אף שההנאה היא בזמן שכבר נמאס האוכל. ופשוט משום שבמשנתנו אותה הבהמה שנהנית היא גם מחסרת את הממון. וקושייתם היא דווקא מתחב חברו שהנהנה הוא לא המחסר.

5. חידושי ר׳ נחום

״צד) ובעיקר ד׳ התוס׳ בסוגיין יל״ע, דהנה בתוס׳ בסוגיין כתבו ״שאם היה מחזיר היתה נמאסת ואין שוה כלום״, ומשמע מדבריהם דהך מאכל אינו שוה אפי׳ פחות מש״פ, ויל״ע לפי״ז אמאי הוק׳ להו רק למ״ד ז״נ וזל״ח פטור, הא גם למ״ד זנוזל״ח חייב תיקשי דאי״ז ממון כלל ול״ש לחייבו על מה שנהנה. וביאר בזה הגרש״ש זצ״ל דנהי שלגבי כל העולם אין המאכל שוה מידי מ״מ הוא שוה לזה שאוכלו, ולהכי שפיר מצי׳ לחייבו בדמי מה שנהנה, וכל קושית התוס׳ היתה דלגבי הבעלים אין החפץ שוה מידי והו״ל כז״נ וזל״ח״.

6. שיטה מקובצת בשם הרא״ש: ״אפקורי מפקר להו. כתבו בתוספות לא לגמרי דאם כן וכו׳ אלא מתייאש מהם וכו׳ עד שלא יבאו לדמי מה שנהנית. ואם היה נוטלן וזורקן לאיבוד היה משלם כפי שווים לפי מה שנתייאש מהם ואם אכלתן בהמה משלם מה שנהנית ומה שמשלם יותר מכדי שווים היינו זה נהנה וזה לא חסר. דקדק ר״מ אמאי לא קאמר דמפקר להו לגמרי דאף על פי שאינו חסר כלום ראוי לחייבו למאן דאמר זה נהנה וזה אינו חסר חייב מידי דהוה אחצר דלא קיימא לאגרא דאינו חסר כלום וחייב לדידיה. ותירץ דהתם דין הוא דחייב דעשו לאחר שדר בו כאלו היה בא לדור בו לכתחילה בעל כרחו של בעל הבית וכי היכי דלכתחילה יכול למנעו מלדור בו הכי נמי בדיעבד מעלה לו שכר אבל הכא אי מפקר להו לגמרי אם כן אפילו לכתחילה כל המחזיק בהם זכה בהם״.

7. תרומת הכרי חושן משפט סימן שסג סעיף ה ״ודיבור התוס׳ בפ׳ כיצד הרגל הואיל ואתי׳ לידן אימא בה מילתא, דאיכא למידק במ״ש שמתייאשים מהם שסובר שיתקלקלו עד שלא יבואו לדמי מה שנהנית, וא״כ גם לרמי בר חמא דסובר זה נהנה וזה לא חסר חייב אכתי אמאי ישלם כיון שהבעלים מתייאשין מהם כ״כ עד שלא יבואו לדמי מה שנהנית, וכבר הרגיש בזה מוהר״ם לובלין ז״ל שם ופי׳ בו מה שפי׳ יעש״ה14, ואין דבריו ברורים, גם הגירסא אחרת שמביא שם המהר״מ לא נהירא כאשר השיבו עליו שם, אבל דברי התוס׳ בעיני׳ נכונים וראויים להם דודאי אף שהבעלים מתייאשין מהם עד שלא יבואו לדמי מה שנהנית מ״מ אין אחר יכול לזכות בו ולומר להבעלים אין לכם חלק בהו אלא כדי מה שנהנית ואף לא כ״כ אלא פחות מעט שהרי הם סבורים שיתקלקלו כ״כ עד שלא יבוא לדמי מה שנהנית, דמ״מ כל כמה דאתנייהו בעין דבעלים נינהו שבוודאי לא נתייאש מהם לגמרי אלא שאם בא אחר והזיקן אין צריך לשלם אלא פחות מעט מדמי מה שנהנית, ודאי הדין כך הוא שכל שהוא בעין יכול למימר בשלי אני חפץ ומה לכם שכבר נתייאשתי ואינן שוים לגבאי אלא פחות מכדי דמיו מה שנהנית, וכיון דכל כמה שהם של הבעלים אם אוכלן הבהמה ונהנית וזה נהנה וזה לא חסר חייב שפיר מתחייב לשלם כל מה שנהנית ודו״ק״.

זמן קיץ תשפ״ו – פרק מרובה

סימן א׳ - שיעור פתיחה בגדר גנבה וגזלה – גונב מן הגנב

א

יש לעיין בגדר גניבה וגזילה. דהנה, בתורה נאמרו שתי פרשיות, פרשת גניבה ופרשת גזילה, וחלוקים הם שבגניבה חייבתו תורה כפל ואם טבח או מכר משלם ד׳ וה׳, ובגזילה חייב קרן בלבד. ההבדל ביניהם במעשה העבירה הוא כמ״ש **הרמב״ם** [הלכות גניבה פרק א הלכה ג]: ״איזה הוא גנב, זה הלוקח ממון אדם בסתר ואין הבעלים יודעין, כגון הפושט ידו לתוך כיס חבירו ולקח מעותיו ואין הבעלים רואין וכן כל כיוצא בזה, אבל אם לקח בגלוי ובפרהסיא בחוזק יד אין זה גנב אלא גזלן״.

ויש לעיין האם הם חלוקים בעיקר יסוד חיובם, וכדלקמן.

ב

איתא לקמן [בבא קמא ס ע״ב]: ״ויתאוה דוד ויאמר מי ישקני מים מבור בית לחם אשר בשער, ויבקעו שלשת הגבורים במחנה פלשתים וישאבו מים מבור בית לחם אשר בשער [וגו׳] - מאי קא מיבעיא ליה... ורבנן, ואיתימא רבה בר מרי אמרו: גדישים דשעורין דישראל הוו וגדישין דעדשים דפלשתים, וקא מיבעיא להו: מהו ליטול גדישין של שעורין דישראל ליתן לפני בהמתו, על מנת לשלם גדישין של עדשים דפלשתים? שלחו ליה: חבול ישיב רשע גזילה ישלם, אף על פי שגזילה משלם - רשע הוא, אבל אתה מלך אתה, ומלך פורץ לעשות לו דרך ואין מוחין בידו״. היינו שלפי רבנן שלח דוד לשאול את הסנהדרין – אשר בשער – האם מותר לקחת גדיש של שעורים של ישראל על מנת לשלם אח״כ בגדיש של עדשים של פלישתים. ופסקו לו שאסור, ורק לו מותר משום שהוא מלך. ובהמשך שהיות שיש איסור לא רצה דוד לעשותו.

ובראי״ש [פרק ו׳ סי׳ יב] יצא לחדש אופן המותר לגזול על מנת להחזיר, והוא אם העדשים מזומנים אצלו משום זכין לאדם: ״...ושלחו ליה דאסור לגזול על מנת לשלם שנאמר חבול ישיב רשע גזילה ישלם. ויראה דמיירי שעדיין לא היו מזומנין. אלא רצו ליקח גדישים של שעורים דישראל ולכשיזדמן להם גדישים דעדשים דפלשתים יחזירו להם. אבל אם היו גדישין דעדשים מזומנין אפילו אין בעלי גדישין שעורים לפנינו מותר לזכות להן גדישין של עדשים על ידי אחר וליקח גדישין של שעורים דזכות הוא לו דעדשים עדיפי טפי. וכן משמע לישנא דקרא חבול ישיב רשע גזילה ישלם דמשלם אחר שכבר גזלו״.

ובנו **הטור** פסק כך להלכה [חושן משפט הלכות גזילה סימן שנט], והוסיף דאיירי דווקא אם ידוע שזו זכות, כגון דבר העומד להימכר, אבל לא בחפצי ביתו: ״ג. ואסור לגזול אפילו ע״מ לשלם וכתב א״א ז״ל דווקא שאין התשלומין בעין כההיא דמייתי עלה שרצו אנשי דוד ליקח גדיש של שעורים ולתת במקומו של עדשים ועדיין לא היו בידם העדשים אלא רצו גדיש של שעורים של ישראל ולכשיזדמן להם גדישי עדשים של פלשתים יתנו לישראל במקום גדיש השעורים אבל אם היו מזומנים העדשים אפילו אין בעלי גדיש שעורים לפנינו מותר לזכות להם גדישי עדשים [ע״י אחר] דעדיפי מהשעורים וזכין לאדם שלא בפניו ודוקא שידוע שזכות הוא לו כגון בדבר העומד לימכר אבל מחפצי ביתו לא״.

ובב״ח שם הקשה על זה, מה שנא מהא דאיתא בב״מ שאסור לגנוב אפילו על מנת לשלם תשלומי כפל [בבא מציעא סא ע״ב]: ״לא תגנבו דכתב רחמנא למה לי? לכדתניא: לא תגנב - על מנת למיקט, לא תגנב על מנת לשלם תשלומי כפל״. **וברש״י** שם: ״לא תגנובו דכתב רחמנא למה לי -

לילף מרבית ואונאה, שהרי מחסרו ממון... למיקט - לצער. על מנת לשלם תשלומי כפל - שרוצה להנותו, ויודע בו שלא יקבל״.

וז״ל **הב״ח**: ״ומ״ש ודוקא שידוע וכו׳. זהו מדברי רבינו דמפרש דאין אומרים זכין לאדם שלא בפניו אלא דוקא בידוע שזכות הוא לו דאם אינו ידוע שמא חוב הוא לו ואין חבין לאדם שלא בפניו. ואין להקשות דבגנבה אסור על מנת לשלם אפילו זכות הוא לו כגון על מנת לשלם תשלומי כפל כדאיתא ריש פרק איזהו נשך (ב״מ סא ב) גם רבינו ריש סימן שמ״ח (ס״א) כתב סתם דאסור דהתם היינו טעמא כדי שלא ירגיל עצמו בכך כדכתב הרמב״ם ריש הלכות גניבה (ה״ב). וכ״כ רבינו לעיל סימן שמ״ח וטעם זה לא שייך אלא בגנבה שהיא בסתר ושכיחי ליה טובא מה שאין כן בגזילה בפרהסיא דלא שכיחא״. יוצא לדבריו שדווקא בגניבה יש חומרא מיוחדת שאסור לגנוב גם על מנת לשלם כפל, שלא ירגיל עצמו לכך, משא״כ בגזילה דלא שכיחי.

[כוונת הב״ח לדברי **הרמב״ם** [הלכות גניבה פרק א הלכה ב] שנותן טעם לאיסור שלא ירגיל עצמו לכך: ״אסור לגנוב כל שהוא דין תורה, ואסור לגנוב דרך שחוק, או לגנוב על מנת להחזיר, או לגנוב על מנת לשלם, הכל אסור שלא ירגיל עצמו בכך״. אלא שפליגי רבוותא בכוונו, האם זו איסור מן התורה או מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא, וכמו שמביא שתי הדעות **בשולחן ערוך אדמוה״ז** [חושן משפט הלכות גזלה וגנבה סעיף ג]: ״ואפילו הגונב על דעת להחזיר אותו החפץ עצמו אלא שרוצה לצערו זמן מה. ואפילו אין כוונתו לצערו כלל (א) אלא שגונב דרך שחוק הרי זה עובר בלא תעשה. (ב) ויש אומרים שאינו אסור אלא מדברי סופרים שלא ירגיל עצמו בכך״. ובקונטרס אחרון הערה ב]: ״(ב) עיין לחם משנה דאסמכתא כו׳. אבל המגיד משנה ריש פרק קמא מהלכות גזלה לא סבירא ליה הכי. ועיין ביו״ד סי׳ קפ״א דאורחיה דהרמב״ם לפרושי טעמא דקרא. וכהאי גוונא אשכחן בהלכות גנבה פ״ז ה״ג, עיין שם״].

והש״ך [חושן משפט שנט ס״ק ג] כתב שתירוץ הב״ח הוא בדוחק, ותירץ באופן אחר: ״(ג) ויש מי שאומר כו׳. ואף על גב דאמרינן לעיל ר״ס שמ״ח דאסור לגנוב ע״מ לשלם כפל התם מיירי בשאינו מזכה לו ע״י אחר דאם מזכה לו ע״י אחר לאו גנבה מיקרי כיון שהאחר יודע מזה כן נ״ל והב״ח תירץ בדוחק״. גם לדבריו האיסור הוא דווקא בגניבה [לכאורה מכח הפסוק לא תגנובו], ולכן מחדש שכאן שמזכה על ידי אחר לא מקרי גניבה.

והנה, **אדמוה״ז** בשולחנו הביא את חידוש הרא״ש, ולאחר שמביא את חילוק הש״ך הוסיף מדיליה חילוק נוסף [ואולי י״ל שמתכוון לבאר את חילוק הש״ך]: [שולחן ערוך אדמוה״ז חושן משפט הלכות גזלה וגנבה סעיף ב]: ״ב. ואפילו מי שהוא בסכנת מות וצריך ליטול ממון חבירו כדי להציל נפשו ממות לא יטלנו אלא על דעת לשלם שאף על פי שכל העבירות שבתורה נדחות מפני פיקוח נפש חוץ מעבודה זרה וגילוי עריות ושפיכות דמים אסור להציל עצמו בממון חבירו על דעת להפטר אלא על דעת לשלם כשתמצא ידו הואיל ואפשר בתשלומין.

ואף על דעת לשלם לא הותר אלא מפני פיקוח נפש אבל שלא במקום פיקוח נפש אסור אפילו על דעת לשלם דבר יפה ממנו ואפילו לרפואת חולי שאין בו סכנה או להנצל בו מאנס שאנסו ביסורי הגוף שאין בהם סכנה מפני שהוא איסור של תורה ואין מתרפאים שלא במקום סכנה אלא באיסורי דברי סופרים כמ״ש בי״ד סי׳ קנ״ה.

ואפילו לגנוב על מנת לשלם תשלומי כפל שרוצה להנהותו ויודע שלא יקבל ממנו.

ומכל מקום אם הגזלה הוא חפץ העומד לימכר ולא מחפצי ביתו והתשלומין בעד הגזלה הם בעין רשאי לגזול ולזכות לו התשלומין על ידי אחר שכיון שהתשלומין יפין מהגזלה הרי זה זכות להנגזל וזכין לאדם שלא בפניו. וגם אינו עובר בבל תגנובו שאין זו גנבה כיון שהאחר יודע מזה **והוא אינו עושה זה בהסתר כלל**״._והיינו, שגם הוא מחלק בין גניבה לגזילה, ומביא את חילוק הש״ך דמכיוון שמזכה על ידי אחר אין זו גניבה כיוון שהאחר יודע מזה. אלא שמוסיף מדיליה שהוא אינו עושה בהסתר.

ובציונים שם כתב מקור לכך: "עיין רש"י ותוס' ב"ק עט ע"ב ד"ה וכיון ודו"ק".

ונראה כוונתו, שרוצה לתרץ את קושיית הב"ח בחילוק לדינא. שמה שריבתה תורה שאסור לגנוב על מנת לשלם כפל או לצער, הנלמד מפסוק לא תגנובו, הוא דווקא בגניבה משא"כ בגזילה, וכמו שיתבאר לקמן הסברת הדבר. אלא שלכאורה רוצה אדמוה"ז להוכיח חידוש זה שבנדון דידן לא נחשב כגניבה, דהרי הבעלים לא רואים את לקיחתו ולכאורה הוי גניבה. ולכן מחדש מכח רש"י ותוס' [לקמן בע"ט] שגם במקרה שאין הבעלים רואים את לקיחת החפץ אין זו גניבה אלא גזילה. וזוהי ההוספה שמכיוון שבמקרה דידן אינו עושה בהסתר זה לא מוגדר כגניבה. דהיינו, שמוסיף על דברי הש"ך, שלא רק שזו לא גניבה מכיוון שיש אחד שיודע, אלא מכיוון שזה לא נעשה בהסתר אין זו גניבה. [לכאורה נפק"מ, באם מזכה על ידי אחר אבל מסתיר זאת מהבעלים, שאזי אסור לפי הוספת אדמוה"ז].

דאיתא לקמן [בבא קמא עט ע"ב]: "אמר ר' אלעזר: ראוהו שהטמין בחורשין וטבח ומכר - משלם תשלומי ארבעה וחמשה. אמאי? הא לא משך! א"ר חסדא: שהכישה במקל. אמרי: וכיון דראוהו, גזלן הוא! כיון דקא מטמרי מנייהו, גנב הוא".

וברש"י שם: "שהטמין בחורשין - שנטמן ביער לגנוב בהמות הרועות שם. וכיון דראוהו גזלן הוא - ולא דומה לגנב בפני שנים דהתם אף על גב דחזו ליה שאר אינשי לא מיסתפי מינייהו דמימר אמר לא מינייהו שקילנא מידי אבל חורשין מרעה לכל היא ולא ידע דמאן ניהו הך בהמה וכיון דלא מיסתפי מכולי עלמא גזלן הוא".

ובתוספות שם: "כיון דראוהו גזלן הוא - כלומר שעושה במקום גלוי ולא דמי לגונב בבית או בחצר".

היינו שגדר גניבה הוא כשפוחד מהבעלים, אבל במקרה "דלא מסתפי מכולי עלמא", "ועושה במקום גלוי", אין זו גניבה אלא גזילה כיוון שלא פוחד מאף אחד [גם לא מהבעלים] ועושה לעין כל. ולכן בנדו"ד שאינו עושה בהסתר כלל הרי זה מוגדר כגזילה ושפיר יכול לגזול אם מזכה לו תשלומין באופן שזכות הוא לו. משא"כ אם היה מוגדר כגניבה היה אסור מדין לא תגנובו. ובזה אדמוה"ז מתרץ קושיית הב"ח דלעיל. ומונח בזה ההסברה דלקמן.

ג

ובביאור החילוק מצד הסברה, מדוע בגניבה אין את היתר הרא"ש לגזול ולזכות תשלומין לפי דעת אדמוה"ז [דלב"ח הוא שלא ירגיל עצמו, והש"ך לא ביאר החילוק, ואילו אדמוה"ז מנמק שלא עושה בהסתר], יובן בהקדים דברי חז"ל הידועים [בבא קמא עט ע"ב]: "שאלו תלמידיו את רבן יוחנן בן זכאי: מפני מה החמירה תורה בגנב יותר מגזלן? אמר להן: זה השוה כבוד עבד לכבוד קונו, וזה לא השוה כבוד עבד לכבוד קונו, כביכול, עשה עין של מטה כאילו אינה רואה ואוזן של מטה כאילו אינה שומעת, שנאמר: הוי המעמיקים מה' לסתיר עצה והיה במחשך מעשיהם וגו', וכתיב: ויאמרו לא יראה יה ולא יבין אלהי יעקב, וכתיב: כי [אמרו] עזב ה' את הארץ ואין ה' רואה. (תניא) אמר ר' מאיר: משלו משל משום רבן גמליאל, למה הדבר דומה? לשני בני אדם שהיו בעיר ועשו משתה, אחד זימן את בני העיר ולא זימן את בני המלך, ואחד לא זימן את בני העיר ולא זימן את בני המלך, איזה מהן עונשו מרובה? הוי אומר: זה שזימן את בני העיר ולא זימן את בני המלך".

והנה, בהשקפה ראשונה הרי זה ביאור רק על חומרת העונש של כפל. אמנם באחרונים איתא שבזה מבואר חילוק יסודי בעיקר הבדל המהותי בין גניבה לבין גזילה:

איתא **בחזון יחזקאל** [על תוספתא ב"מ פ"ג ה"ו], והובאו דבריו **בחידושי הגר"ח** [בבא קמא קיב עמוד א]: "אלה הם דברי מרן הגאון החסיד רבינו חיים הלוי זצוק"ל בחדושיו אשר בכתובים... ונראה פשוט דהנה מצינו חילוק בין גנב לגזלן, דבגזלן לא בעינן לקיחת איסור, משא"כ בגנב

דבעינן שיהא דוקא עצם הלקיחה באיסור, וכמו דחזינן דמיעטיה רחמנא גונב מן הגנב מכפל, והרי בגונב מן הגנב לא חסר אלא עצם הלקיחה שלא היתה מבית הבעלים, אבל זה פשיטא שמחזיק תחת ידו חפץ של הבעלים באיסור, ומדמעטיה רחמנא מכפל חזינן דבעינן דוקא לקיחה באיסור. ובאמת כן היא הדרשה וגונב מבית האיש ר״ל דבעינן שתהיה לקיחת גניבה מבית הבעלים, והנה התם הא קיי״ל דקרן חייב גבי גונב מן הגנב, הרי דלקרן לא בעינן לקיחת איסור רק שמחזיק החפץ תחת ידו באיסור, ולענין כפל בעינן דוקא שתהא עצם הלקיחה באיסור, ואף דקיי״ל דגזלן גם כן בעי קנין היינו מטעמא דבלאו הכי לא חשיבא הגזילה תחת ידו אבל עצם הלקיחה לא בעינן״.

דהיינו, שבגזילה האיסור הוא החזקת ממון חבירו בידו. וכמובן איסור זה קיים גם בגניבה, ובאופן של פעולה נמשכת, וכמו שמבאר **הרבי בלקו״ש** [חי״ז קדושים] בשם **הצפע״נ** שמכיוון שחפץ זה שייך לבעלים הרי כל רגע שאינו ברשותם זו פעולה נמשכת של הגזילה והגניבה.

ובגניבה החיוב [בנוסף על החזקת ממון חבירו באיסור] הוא על הפעולה של גניבה, שפוחד מבני אדם ולא מה׳, ועשה עין של מטה כאילו אינו רואה. ולכן האיסור הוא דווקא בשעת מעשה של הגניבה ולא אחר כך.

והנה, על פי חילוק זה מחדש **המנחת חינוך** [פרשת קדושים מצוה רכד]: ״...אך נ״ל לכאורה אף להסוברים גזלת גוי דרבנן מ״מ גנבת גוי אפשר מה״ת אסור, להסוברים דאף ע״מ למיקט ואף שלו אסור לגנוב מה״ת, מזה נראה דהתורה לא אסרה זה מדין ממון לבד רק המדה הגרועה הזאת בעצמה התורה אסרה א״כ בשלמ׳ גזל דהוא רק דהתורה אסרה ממון חבירו א״כ אפשר דשל גוי לא אסרה כי הממון שלו הפקר לאותן שיטות, אבל גנבה דאף שלו אסור לגנוב כדי שלא ילמוד מדה הגרועה הזאת א״כ אף מגוי אסור כדי שלא ירגיל בזה וע״ז הקפידה התורה...״.

וחילוק זה מבאר היטב דברי אדמוה״ז, שגם במקרה שקיים היתר הרא״ש וגוזל ומזכה לנגזל תשלומין, הרי זה רק במקרה של גזלן ולא במקרה של גניבה, ששם האיסור הוא על עצם מעשה הגניבה שהיא מידה גרועה וכנ״ל. ולכן נזקק אדמוה״ז להוסיף על חילוק הש״ך [ואולי מבאר כוונתו], שכאן אין זה גניבה כלל כיוון שאינו עושה בהסתר כלל. דבלאו של לא תגנובו שיש בו כביכול גם עניין של בין אדם למקום שעשה עין של מטה וכו׳ לא מועיל זכין לאדם, ולא סגי בחילוק של הש״ך, אלא מוסיף שלא עושה בהסתר.

ד

והנה, בהא דאיתא במשנה שהגונב אחר הגנב פטור מכפל, מביא **רש״י** מלקמן משום דכתיב וגונב מבית האיש ולא מבית הגנב.

ובתוספות חדשים הקשה על זה מדוע לא מביא רש״י מקור להמשך המשנה שאם טבח או מכר פטור הגנב השני מד׳ וה׳. [תוספות חדשים על המשניות]: ״ולא כו׳ אחר הגנב כו׳ וחמשה ע״כ. ורש״י והר״ב והרמב״ם לא כתבו מנ״ל. דהאי קרא דוגונב מבית האיש נאמר גבי כפל לבד גם הגמ׳ והרמב״ם בחיבורו לא פירשו. ונ״ל כדאיתא בגמרא בב״מ דף ע״ב וכתבו הר״ב שם פ״ד משנה ט׳ תשלומי ד׳ וה׳ אמר רחמנא ולא תשלומי ג׳ וד׳ ע״כ ותמיהני על שלא הקדימו לכאן. (ממהורש״ח זצ״ל)״.

ועוד יש להבין קושיית **האור שמח** [הלכות גניבה פרק א הלכה יז]: ״לר״ש דסבר גורם לממון כממון דמי וגונב קדשים שהוא חייב באחריותן חייב לר׳ שמעון (שם ע״ד ע״ב), א״כ בגונב מן הגנב אמאי פטור, הא הוא גורם לממון, דהא גורם שהגנב ישלם... ונתבונן בגונב מן הגנב, דלהבעלים אינו משלם משום דלאו מבית האיש קרינא בהו, וא״כ לר׳ שמעון אמאי לא משלם בגונב מן הגנב הכפל לגנב, והא לא אשכחן לר׳ שמעון דפליג על הך דגונב מן הגנב״.

ויובן בהקדים מה שחלקו האחרונים בגדר גונב אחר הגנב, שפטור מכפל וחייב בקרן, ודנו מאיזה דין הוא חיוב הקרן. ומבואר בזה 3 שיטות:

1. שיטת **הקצוה"ח והנתה"מ** שהגונב אחר הגנב פטור לגמרי מדין גנב או גזלן, והא דמחזיר את הגזילה הוא רק אם היא בעין כיוון שהוא של הבעלים, או אם אכל ואיבד אותה מן העולם שחייב על מעשה האכילה [לקצוה"ח מדין מזיק ולתה"מ גזילה חדשה כיוון שהרחיק אותה מן הבעלים]. אבל אם השני גנב או גזל ונאבד ממנו אינו חייב כלום. ובזה מסביר הקצוה"ח פסק הריב"ש והרמ"א שהחולק עם הגנב כשר לעדות, והוא לשיטתו שאינו גזלן או גנב כיוון שאינו גונב מבית האיש. נמצא שהלימוד של מבית האיש ולא מבית הגנב ממעט הגנב השני לגמרי מכל דין גניבה וגזילה.

קצות החושן [סימן לד ס"ק ג]: "(ג) החולק עם הגנב. בריב"ש (סי' רס"ו) כתב באחד שהעידו עליו שחלק עם הגנב שגנב בבית ישראל והיה מוכרח להחזיר מה שגנב על פי ב"ד, וכתב ריב"ש דלא מיפסל לעדות מהא דאומר לשלוחו צא וגנוב דפטור המשלח (ב"מ ח, א) ע"ש. ובתומים (סק"ה) ראיתי שהתפלא מאד על דין זה דכיון דבידו ממון חבירו ולוקחו בידו לעכבו הרי הוא רשע דחמס...

והנראה לי בזה דמה שמדמה בתומים חולק עם הגנב ומעכב של חבירו בידו לכופר בפקדון, אבל אין זה דומה כלל לכופר בפקדון, דהא קי"ל (ב"ק סב, ב) דגונב אחר הגנב אינו משלם תשלומי כפל, ובריש פרק הגוזל ומאכיל (שם קיא, ב) סבירא ליה לרמי בר חמא דגזל ולא נתייאשו בעלים ובא אחר ואכלו דאינו גובה אלא מגזלן, וע"ש בתוספות (ד"ה גזל) שכתבו בטעמא דרמי בר חמא דכיון שהוא לא גזלן אינו יכול לתובעו כלל שהרי אינו לגמרי ברשות דמאריה שהרי אינו יכול להקדישו ע"ש, וא"כ ודאי החולק עם הגנב לא הוי גזלן. אלא אפילו לרב חסדא דקי"ל כוותיה (לקמן סימן שס"א סעיף ה') דאם בא אחר ואכלו רצה מזה גובה [רצה מזה גובה], היינו דוקא אם אכלו ומשום מזיק דאכתי דנגזל הוא, אבל מחמת גזלן לא מחייב, וכגון שבא השני וגזלן ונאבד ממנו אין השני חייב בתשלומין דלאו שמיה גזלן דבעלים כיון דאינו ברשותיה דמאריה...

והיינו טעמא דאין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל משום דכתיב (שמות כב, ו) וגונב מבית האיש וכדאיתא בפרק מרובה ומשום דאינו ברשותיה ע"ש (ב"ק) דף ס"ט (ע"ב), וא"כ לא הוי על השני תורת גזלן כלל, אלא אי איתיה בעינא כיון דלא קנאו דנגזל הוי כל היכא דאיתיה כיון דלא קנאו, אבל עכ"פ השני אינו גזלן ולא גנב דכיון דכבר נגנב מבית הבעלים ואינו ברשותו תו לא עבר השני משום לא תגנוב או משום לא תגזול...".

2. דעת **האור שמח** שהפטור הוא רק מתשלומי כפל, אבל חייב על קרן מדין גנב. נמצא שהלימוד מבית האיש ולא מבית הגנב פוטר רק מתשלומי כפל ולא מדין גניבה. [אור שמח הלכות גניבה פרק א הלכה יז]: "...דנחזי בגונב מן הגנב נהי דנתמעט מן תשלומי כפל, אבל קרן מיהא חייב לשלם, כמו כל גנב, דהא גזל ולא נתייאשו הבעלים רצה מזה גובה רצה מזה גובה אם בא אחר ואכלו (ב"ק קי"א ע"ב), לכן התשלומין של קרן שייך להבעלים...",

[אור שמח הלכות גניבה פרק ג הלכה ב]: "...דלפי מה שפירשו האחרונים בקצות (חו"מ) סימן ל"ד (סק"ג) דהא דקיי"ל (ב"ק קי"א ע"ב) גנב ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו דרצה מזה גובה כו', זה דוקא מתורת מזיק, אבל מתורת גנב וגזלן אינו חייב אם נשבר באונס, כיון שמרשות הגנב הוא נוטל אינו נקרא גנב להתחייב באונסין, א"ש שיטת רמב"ן, אבל כבר הוכחנו בכ"מ דלא כוותייהו, דאפילו אם גנב מן הגנב ג"כ נקרא גנב לגבי הקרן, וחייב באונסין, והבאתי שם הוכחות, וכעת בא לידי ספר קרית ספר להמבי"ט, וראיתי שם בפרק ו', ונראה שדעתו כן, דרק לענין כפל אתמעט גונב מן הגנב, הא קרן חייב לשלם, ועובר בלא תגנוב מה"ת, יעו"ש",..

3. דעת **הגר"ח** דלעיל שנהי שהתורה פוטרתו מגדר גנב, חייב קרן מדין גזילה. היינו שגזילה הוא על החזקת ממון חבירו, ודין זה שייך גם בגונב מן הגנב ויהיה חייב קרן מדין גזלן. רק מיעוט התורה "מבית האיש ולא מבית הגנב" הוא מחיוב גניבה על מעשה הגרוע של גניבה שעשה עין של מטה וכו', ואם כן המיעוט הוא רק מהדינים המיוחדים שמסתעפים מגניבה, כמו כפל וד' וה'.

והנה, לביאור הראשון והשלישי מובן היטב מדוע רש״י לא היה צריך להביא הסבר מדוע הגונב מן הגנב וטבח פטור מד׳ וה׳, והוא מכיוון שהתמעט מכל פרשת גניבה, וד׳ וה׳ שייך רק בגנב. דהיינו שלימוד זה של וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש מסביר הן את הפטור של כפל והן את הפטור של ד׳ וה׳. [ומתורצת קושיית התוספות החדשים].

ובזה מתורצת קושיית האור שמח שלר״ש יתחייב לשלם כפל לגנב מדין דבר הגורם לממון. שקושייתו לשיטתו לעיל שהגונב מן הגנב חייב משום גניבה, אלא שהתורה מיעטה תשלום כפל כיוון שלא גנב מבית בעלים. [היינו שאין כאן פטור מכל פרשת גניבה אלא דין בתשלום, ולכן מקשה שלר״ש שפיר נקרא בית האיש]. אבל ליתר השיטות הרי התמעט מכל פרשת גניבה, וגם אם יהיה נקרא מבחינה מסוימת בית האיש [מצד דבר הגורם לממון] אכתי יש המיעוט שהוא בית הגנב ולא הבעלים, וכיוון שנתמעט מפרשת גניבה אי אפשר לחייבו כפל בשום צורה.

סימן ב׳ - ג׳ אייר תשפ״ו – טוען טענת גנב בפקדון

א

איתא בסוגיין דין הטוען טענת גנב בפיקדון: שומר-חנם הטוען בבית דין שהפיקדון נגנב ממנו, באופן שהדין הוא שנשבע ונפטר, אם נשבע ואחר כך באו עדים ששקר טען ושהפיקדון היה אצלו, הרי זה משלם תשלומי כפל, כגנב עצמו, שטוען טענת גנב כגנב, והיינו כשרוצה לפטור עצמו בטענת גנב, ונעשה הוא עצמו גנב. ולמדוהו מהכתוב בשומר חנם: כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמר וגנב מבית האיש – שטוען שנגנב הימנו – אם ימצא הגנב ישלם שנים, אם לא ימצא הגנב וגו׳ אשר ירשיען אלקים ישלם שנים לרעהו, ואמרו בברייתא שהכתוב אם לא ימצא הגנב מדבר בטוען טענת גנב, וכן משמעות הכתוב: אם לא ימצא כמה שאמר – שטוען נגנב – אלא שהוא עצמו גנבו, ישלם שנים.

ותחילה יש לבאר מדוע צריכים לימוד מיוחד לחייב טוען טענת גנב בפיקדון בכפל, דמה הבדל בינו לבין מעכב ממון חבירו שלא כדין, וכמו הכופר בפיקדון שנעשה עליו גזלן וחייב באונסין. וכמו כן חזינן דטוען טענת גנב חייב דווקא אם נשבע. וכן חזינן שאם טען השומר טענת אבידה אינו משלם כפל. ומוכח מכל זה שיש גדר מיוחד בטוען טענת גנב. ונאמרו בזה כמה ביאורים:

1. בהקדים דברי **הקצות החושן** [סימן שמח ס״ק ב] הידועים, שאע״פ שעשה האדם **קניין** המועיל לקנות חפץ חבירו, אינו נעשה גנב או גזלן על זה עד שיעשה **מעשה**: ״(ב) ואם הכניסה לרשותו. פ״ק דמציעא דף (י״א) [י׳] (ע״ב) תניא אין לי אלא ידו גגו חצירו קרפיפו מנין ת״ל (שמות כב, ג) אם המצא תמצא. ופירש רש״י גגו חצירו כגון שנכנסה לרשותו ונעל בפניה עכ״ל. ומשמע דאם נכנסה מעצמה לרשותו ונתכוין לקנותה לגזילה לא מיחייב במחשבה גרידא ואפילו היה חצר המשתמרת, ומשום דבמחשבה אינו נעשה גזלן עד שיעשה מעשה כמו נעל בפניה, אף על גב דבמציאה כהאי גוונא קני לה במחשבה גרידא, אבל בגזילה צריך נעל בפניה או שיכניסנה בעצמו לרשותו, וזהו שכתב בשו״ע ואם הכניסה לרשותו, אבל נכנסה מאליה לא, וה״ה נכנסה מאליה ונעל בפניה דזה נמי הוי מעשה.

ובתשובת מוהרי״ט חלק חו״מ סי׳ פ״ח ז״ל, אלמא אפילו מתעסק לגונבו כל שלא עשה מעשה פטור, ותנן נמי סוף פרק המפקיד (ב״מ מג, ב) החושב לשלוח יד בפקדון (כיצד) [כו׳] הטה את החבית כו׳ הגביהה ונטל הימנה רביעית ונשברה משלם דמי כולה, דלא מיחייב במחשבה אלא במעשה הגבהה עכ״ל. ומוכח ממשנה זו אף על גב דהפקדון הוא בביתו וברשותו דהו״ל חצירו אפ״ה אינו קונה לאונסין עד שיעשה מעשה וכמו נעל וכמ״ש רש״י, ועיין מ״ש בסימן רמ״ג ס״ק י׳״.

אמנם, בספר **דברי חיים** [הלכות גזילה סי׳ י] הקשה על הקצוה״ח מדברי התוס׳ בכתובות [ל׳ ע״ב] דאם תחב חבירו לרצונו בבית הבליעה חייב באונסין אע״פ שלא עשה מעשה.

וכן **באמרי משה** [סימן לב] הקשה עליו מכופר בפיקדון, ומחדש שמעשה גניבה בעינן רק לדין כפל ולא לקרן: ״(ב) הן אמנם דקשה לי ע״ז מהכופר בפקדון דאמרי׳ (בדף ק״ו) דנעשה גזלן להתחייב באונסין אף על פי שלא עשה שום מעשה גנבה דהפקדון עומד בביתו מכבר. וא״ל דאיירי דוקא שהבעלים יחדו להפקדון במקום מיוחד אצל השומר. והשומר נטל משם למקום אחר דעשה מעשה גנבה דהרי בכה״ג נעשה גנב גמור להתחייב כפל בלא שבועה. וכמבואר ברמב״ם (בפ״ד מגנבה) ע״ש. והכא בכפר בפקדון דמשמע דהוי רק גזלן להתחייב באונסין ולא כפל. ע״כ דלא איירי בעשה מעשה גנבה. ובכ״ז חייב באונסין והיינו משום דגזלן להתחייב באונסין נעשה גם בלא מעשה. **וגנב להתחייב כפל בעינן מעשה. וכדמוכח מהא דבטוען טענת גנב לא מתחייב רק בשבועה. ובטוען טענת אבד גם בשבועה לא מתחייב ולא אמרי׳ דנעשה גנב במה שכפר בפקדון. והיינו משום דבעינן מעשה בגנב. ובגזלן דהיינו להתחייב בקרן לחוד גם בלא מעשה חייב** ועיין ש״מ כתובות (דף ל״ד) גבי גנב וטבח בשבת בשם הרשב״א דמתבאר שם דחייב בשנכנסה לחצרו

וחושב לגונבה והיינו מדין גזלן בקרן לחוד [ועיין ש״מ בב״מ (דכ״ו) ד״ה עובר בלא תגזול דכופר בפקדון בב״ד והוא בידו נעשה גזלן דכפירה בב״ד כגוזל מידו דמי ע״ש. וכ״ה ברמב״ם ושו״ע דדוקא בכופר בב״ד. ולא מסתבר דהא דצריך שיהי׳ הכפירה בב״ד הוא משום דבעינן מעשה דמה מעשה יש בזה. וע״כ הטעם משום דכשכופר שלא בב״ד י״ל דמשטה בו או דמשתמיט אבל לא משום מעשה] וצ״ל דהא דכתב רש״י בב״מ דבעינן נעל דוקא. וכן התוס׳ בב״ק הנ״ל דאיירי בהכיש היינו משום דקאי שם לענין גנב ובגנב בעינן מעשה אבל בגזלן לא בעינן מעשה. וא״כ בדברי השו״ע הנ״ל דאיירי לענין חיוב אונסין, י״ל דלא כהקצות דגם בנכנס לחצרו ולא נעל חייב באונסין. וכדמוכח מהך דכופר בפקדון. ומה שהביא הקצות ראי׳ מהך דהחושב לשלוח יד בפקדון וכן בהטה החבית אין חייב עד שיגביהנה. והרי מונח בביתו ובכ״ז לא נעשה גנב במחשבה שחושב לגונבה ע״ש. לענ״ד לא מוכח דשם הרי קאי על דין החדש שיש בשליחות יד בשומרין דהיינו לחייבו בכולה אם שלח יד ליטול מקצתה וע״ז אמרי׳ דלא נעשה גזלן במחשבה. אבל לעולם על המקצת שחושב ליטול י״ל לומר דגם במחשבה לחוד מתחייב״.

הרי שחלק על הקצוה״ח וס״ל שבעינן מעשה גניבה רק לחיוב כפל ולא לחיוב קרן, וכן לדין שליחות יד בפיקדון, ולכן מובן החידוש בטוען טענת גנב בפיקדון שהתורה חייבה אותו בכפל רק אם נשבע, מכיוון שלא עשה מעשה.

2. **בחידושי הגר״ח** [בבא קמא קיב ע״א] איתא שמכיוון ששומר אתי לידו בהיתרא, לא חייב כפל אלא מגזירת הכתוב של טוען טענת גנב: ״...ונראה פשוט דהנה מצינו חילוק בין גנב לגזלן, דבגזלן לא בעינן לקיחת איסור, משא״כ בגנב דבעינן שיהא דוקא עצם הלקיחה באיסור, וכמו דחזינן דמיעטיה רחמנא גונב מן הגנב מכפל, והרי בגונב מן הגנב לא חסר אלא עצם הלקיחה שלא היתה מבית הבעלים, אבל זה פשיטא שמחזיק תחת ידו חפץ של הבעלים באיסור, ומדמעטיה רחמנא מכפל חזינן דבעינן דוקא לקיחה באיסור. ובאמת כן היא הדרשה וגונב מבית האיש ר״ל דבעינן שתהיה לקיחת גניבה מבית הבעלים, והנה התם הא קיי״ל דקרן חייב גבי גונב מן הגנב, הרי דלקרן לא בעינן לקיחת איסור רק שמחזיק החפץ תחת ידו באיסור, ולענין כפל בעינן דוקא שתהא עצם הלקיחה באיסור, ואף דקיי״ל דגזלן גם כן בעי קנין היינו מטעמא דבלאו הכי לא חשיבא הגזילה תחת ידו אבל עצם הלקיחה לא בעינן, **ולפי זה מבואר היטב הטעם דשומר שכפר לא חשוב אלא גזלן ולא גנב, משום דגבי שומר הרי בא לידו בהיתר וליכא שום לקיחה באיסורא רק בכפירה מחזיקו תחת ידו, וע״כ לא הוה אלא גזלן אם לא בטוען טענת גנב דהוה גזירת הכתוב**...״. [ולקמן המשך דבריו].

3.**ובאבן האזל** [הלכות גניבה פרק ד הלכה י] טעמים נוספים מדוע צריך קרא לטוען טענת גנב [בביאורו על מחלוקת רמב״ם וראב״ד דלקמן]: ״...ויש להסביר זה בסברא דאחר שגונב מרשות שומר הרי בשעת גנבה מונח החפץ ברשות השומר שמחזיק עבור הבעלים וידו כיד הבעלים, אבל שומר שגונב מרשות עצמו א״א שיהי׳ באותו רגע גנב ושומר ביחד וכיון שהולך לגנוב הרי אין ידו כיד הבעלים, וכן הטוט״ג כשכופר בב״ד באותו רגע כבר אין ידו כיד הבעלים וא״כ אינו גונב מרשות הבעלים וליכא וגונב מבית האיש, ולכן זהו דחדשה תורה דטוט״ג חייב כפל דוקא כשנשבע וגם זהו רק מגזה״כ דטוט״ג ולא בטוט״א ...

ונראה דאפשר לומר עוד באופן אחר דטוט״ג אף דאין הבעלים יודעים בשעה שטוען ט״ג שהוא עצמו נוטלו, אבל זה יודעים שאומר שאין לו הפקדון שלהם, ובודאי אין טענתו ואפי׳ שבועתו ברורה אצלם וספק אם נכונים דבריו או שאינו רוצה להחזיר להם, ולכן לא דמי לגנב שבשעת הגנבה אין הבעלים יודעים כלל מנטילת החפץ וחסרונו, וכיון דלא דמי לגמרי לגנב צריך קרא לרבות דטוען ט״ג לאחר שבועה הוי גנב ובזה מיעט קרא דטוט״א לא הוי גנב...״.

ב

והנה, יש לחקור אם חיוב כפל בטוען טענת גנב בפיקדון הוא חיוב מחודש, היינו שהקנס על **כפירה זו של השומר על ידי שבועה** הוא כפל; או שהתורה חידשה שלמרות ההבדלים בין טוט״ג

לגנב יש לו דין גנב. והנה, להצד השני מובן בפשטות דין רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן שהטוט"ג בפיקדון שטבח או מכר משלם ד' וה'. והוא מכיוון שתורה חידשה שיש לו דין גנב. אמנם, יש גורסים בירושלמי שנחלקו בדבר, ושיש סוברים שטוען טענת גנב אינו משלם ארבעה וחמשה [עי' ירושלמי שבועות פ"ח ה"ג ובנוע"י ורידב"ז שם]. ולהצד הזה צ"ל שאע"פ שתורה נתנה לו דין חדש של גנב, אין לך בו אלא חידושו לגבי כפל, אבל לא לגבי ד' וה'.

ולצד הא' צ"ל שנהי שאין לו דין גנב ממש אלא זה חיוב כפל מחודש, כיוון שהתורה נתנה לו את אותו חיוב תשלומין כמו הגנב, היינו כפל; לומדים מכח הפסוק [לקמן סג ע"ב] שיש דמיון גם לגבי ד' וה'.

והנה, **מרש"י** לעיל [נז ע"ב] משמע כמו אופן הא': "...ואף על פי שיש בשומר שכר כפל בטוען טענת לסטים מזויין אין זה חומר דכפל אינו בשומרין עד שישבע לשקר שנגנבה הימנו ואח"כ באו עדים בפרק מרובה (לקמן דף סג): **הלכך קנסא משום שבועה הוא דקנסיה רחמנא**".

ואילו **מהרמב"ם** [הלכות גניבה פרק ד] משמע כאופן ב': "הטוען שנגנב הפקדון מביתו, אם נשבע ואחר כך באו עדים ששקר טען ושהפקדון היה אצלו הרי זה משלם תשלומי כפל **שהרי הוא עצמו הגנב**".

ג

והנה, הטוט"ג חייב רק אם נשבע. ובגדר תנאי זה של שבועה בכדי להתחייב, יש לחקור מה עניינה. דלשיטת **רש"י** דלעיל שהכפל הוא קנס על השבועה, הרי שזה עיקר מעשה העבירה שבגללו הוא חייב בכפל. אבל לשיטת **הרמב"ם** דלעיל שהוא חייב משום גניבה, יש לחקור האם זו גזירת הכתוב שכל חידוש של טוט"ג הוא דווקא היכי דאיכא שבועה, או דהצורך בשבועה הוא להשלמת הגניבה. דכיוון שכל זמן שלא נשבע אכתי חייב לשלם ורק על ידי השבועה הוא נפטר מתשלום, נמצא שעדיין אינו בגדר גנב ולכן לא חייב כפל.

ובהקדים דברי **הרמב"ם** [הלכות גניבה פרק ד הלכה י]: "שומר שגנב מרשותו כגון שגנב טלה מעדר שהופקד אצלו וסלע מכיס שהופקד אצלו אם יש עליו עדים חייב בכפל...". **ובהשגת הראב"ד**: "שומר שגנב מרשותו וכו' אם יש עליו עדים חייב בכפל. א"א זה אינו כלום".

ובמגיד משנה הסביר את השגתו: "[י] שומר שגנב וכו' אם יש עליו עדים חייב בכפל. כתב עליו הראב"ד זה אינו כלום עכ"ל. כוונתו לומר שלא מצינו כפל בשומר אלא בטוען טענת גנב ונשבע הא לאו הכי לא דאע"ג דאחר שנגנב מרשות הבעלים משלם כפל וכמו שנתבאר הוא עצמו ודאי לא ישלם דאי לא למה לן שבועה משעת כפירה ליחייב בכפל...".

ובכסף משנה מבאר את שיטת הרמב"ם: "[י] שומר שגנב מרשותו וכו'. כתב ה"ה וז"ל כתב הראב"ד זה אינו כלום וכו' עד סוף דבר איני יודע טענה לרבינו עכ"ל. ול"נ שדעת רבינו דטוען טענת גנב היינו כשמניח הפקדון במקומו וטוען שנגנב כולו והכא שאני שמכלל מה שהופקד אצלו לקח קצת בדרך גניבה". ולהסביר את דבריו:

והנה, חידש **האור שמח** [הלכות גניבה פרק ד ה"י] כמו אופן הב': "[י] שומר שגנב מרשותו כגון שגנב טלה מעדר שהופקד אצלו כו':

הנה לאחר העיון בדברי מרן כסף משנה הקצרים, נראה כי סברת רבינו כך. דמשום הכי טוען טענת גנב בשומר, דכגנב שויא רחמנא לשלם כפל, ולא חייבתו תורה רק כשנשבע שנגנבה, הגדר בזה הוא, משום דכל זמן דלא נשבע הרי השומר עדיין חייב בתשלומי הפקדון לבעלים, ועדיין לא הפסידו, דהרי אומר לו או השבע או שלם, ורק כי נשבע ונפטר אז נגמר גניבתו, היינו כפירתו, דאז שויא רחמנא כגנב לשלם כפל, וכל זה במפקיד אצלו דבר המנוי וידוע למפקיד, וטוען אחר זה שנגנבה, אבל מי שמסר עדר לרועה בלא מנין, או הפקיד אצלו כיס מלא מעות בלא מנין, ובא

הרועה ונטל שה מן העדר או סלע מן הכיס, דרך גניבה שלא יכיר המפקיד, הלא בדעת השומר שהבעלים לא ידע מזה כלום ולא ירגיש לתובעו, והוא גנב גמור שמוציאו מרשות בעלים, והבעלים לא ידע את מי לתבוע, א״כ לא שייך לומר שלא יתחייב אלא בשבועה, שתיכף שלוקח ממנו הרי הוא גונבו, שהרי סבור שלא יתוודע לבעליו, נמצא דמתחייב בגניבתו כפל, וזה דברי רבינו שומר כו׳, כגון שגנב טלה מעדר כו׳, וסלע מכיס כו׳, צייר רבינו בגוונא דסבור לגנוב מהבעה״ב שלא ירגיש ולא ידע לתבוע אותו, שלא ידע אם חסר מהעדר שה או סלע מהכיס, ולזה פירש מרן והכא שאני שמכלל מה שהופקד אצלו לקח קצת בדרך גניבה, וברור״.

אמנם, כאמור, דבריו נאמרו בדעת הרמב״ם, ואילו מדברי רש״י ותוס׳ נראה דהחיוב הוא על עצם השבועה:

1. מרש״י לעיל [דף נז עמוד ב] ״הלכך קנסא משום שבועה הוא דקנסיה רחמנא״.

2. **בחידושי ר׳ נחום** מוכיח מתוס׳ [וכן בברכת אברהם]: ״ה) תד״ה יצאו קרקעות, וא״ת כיון דאמעיטי משבועה וכו׳ תיפוק ליה דאין בהם כפל בטוען טענת גנב דלא משלם אלא בשבועה וכו׳. באו״ש (פ״ד מגניבה ה״י) כתב דהא דבעינן בטוט״ג שבועה הוא משום דכל זמן שלא נשבע עדיין חייב בתשלומי הפקדון לבעלים, ולא נגמרה גניבתו עד שנשבע ונפטר. ובזה ביאר דעת הרמב״ם שם דשומר שגנב מרשותו נעשה גנב בלא שבועה, דכיון שנטל דרך גניבה שלא יכיר המפקיד הוי גנב גמור שמוציאו מרשות בעלים וא״צ שבועה יעו״ש. ודברי האו״ש נסתרים מד׳ התוס׳ דידן שהקשו אמאי איצטריך למעוטי טוט״ג בקרקעות מכפל תיפו״ל שאין נשבעין על הקרקעות, דלדברי האו״ש הא אדרבה כיון דאין נשבעין על הקרקעות ומיפטר בלא שבועה נעשה גנב בטענת גניבה לחוד וא״צ שבועה. ומבואר מדברי התוס׳ דהא דטוט״ג אינו מתחייב כפל בלא שבועה הוא גזה״כ ואפי׳ היכא דמיפטר בלא שבועה. וע״ע במשי״ת בזה לקמן (אות כ׳)״.

ד

ובחדושי הגר״ח [בהמשך דבריו דלעיל] ביאר שיטת הרמב״ם על פי חילוקו שההבדל בין גנב לבין טוען טענת גנב הוא האם הלקיחה בהיתר או באיסור: ״...והנה בשליחות יד קיי״ל דהחושב לשלוח יד בפקדון לא חשיב גזלן, אם לא שיגביה באיסור ויעשה קנין מחדש לשם גזילה, הרי חזינן דבשומר כל זמן שלא עשה קנין מחדש לא חשיבא גם לקיחה באיסור, וכשעשה קנין מחדש חשיבא לקיחה, ולפי זה הרי ניחא היטב דבטוען טענת גנב דלא עשה קנין חדש, וע״כ לא שייך גביה כפל אם לא מדין טוען טענת גנב, משא״כ היכא דעשה קנין מחדש שפיר יוכל להיות גם גנב כיון דאיכא לקיחת איסור, ועיין ברמב״ם בהלכות גניבה פ״ד ה״י שכתב דשומר שגנב מרשות עצמו הוא גנב וחייב בכפל וזהו להדיא כמוש״כ...״.

ה

ובגדר שבועה זו של טוען טענת גנב האם היא דווקא בשבועת השומרים, ביאר **בחידושי ר׳ נחום**: ״ו) בא״ד וי״ל דאצטריך להיכא דנשבע ע״י גלגול. מדברי התוס׳ מבואר דחיוב טוט״ג אינו דוקא בשבועת השומרין, אלא ה״ה נמי בכל שאר שבועות הדיינין כשבועת גלגול, ולא אתא לאפוקי רק קפץ ונשבע. והנה לקמן קו, ב איתא אמר ר׳ חייא בר אבא אמר ר׳ יוחנן הטוען טענת גנב בפקדון אינו חייב עד שיכפור במקצת ויודה במקצת, ולפי המבואר בדברי התוס׳ ע״כ צ״ל דהא דבעינן הודאה במקצת אינו מצד דליכא חיוב שבועת השומרין שנגנבה עד שיכפור במקצת ויודה במקצת, דהא לא בעינן דוקא שבועת השומרין, אלא צ״ל שהוא דין בטוט״ג דאע״ג דמשכח״ל שבועה בלא הודאה במקצת מ״מ אינו חייב כפל בטוט״ג רק בכפירה דאיכא ביה הודאה במקצת״.

סימן ג׳

א

איתא בסוגיין [סה ע״א]: ״גופא, אמר רב: קרן - כעין שגנב, תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה - כשעת העמדה בדין. מאי טעמא דרב? אמר קרא גניבה וחיים, אמאי קאמר רחמנא חיים בגניבה? אחייה לקרן כעין שגנב... אמרי: כי קאמר רב, כגון דמעיקרא שויא ד׳ ולבסוף שויא זוזא, קרן - כעין שגנב, תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה - כשעת העמדה בדין״.

ויש לעיין מה למד רב מהפסוק, האם למד על קרן שהוא כעין שגנב; או שדייק מהפסוק שכפל וד׳ וה׳ כשעת העמדה בדין. ופליגי בזה ברבוותא:

1. **רש״י** [לעיל סד ע״ב] פירש שמהפסוק נלמד שקרן כשעת הגזילה: ״אחייה לקרן כעין שגנב - לקמן היא בשמעתין דאם גנב בהמה והוכחשה או הוזלה משלם כשעת הגניבה דכתיב חיים החייהו לקרן של גניבה שיהא שלם״.

ובפסחים איתא [לב ע״א]: ״איבעיא להו: כשהוא משלם, לפי מדה משלם או לפי דמים משלם? כל היכא דמעיקרא שויא ארבעה זוזי ולבסוף שויא זוזא - לא תיבעי לך דודאי כדמעיקרא משלם לפי דמים, דלא גרע מגזלן. דתנן: כל הגזלנין משלמין כשעת הגזלה...״. ופירש **רש״י**: ״כל היכא דמעיקרא - כשאכלה הויא שויא הך גריוא ארבע זוזי, והשתא כשמשלם שויא זוזא ותו לא - לא מיבעיא לן, נהי נמי דאיכפר ליה אכילת תרומה בתשלומי מדה, מיהו ממונא דכהן [אוכל] (ממונא) הוא, ולא גרע משאר ממונא דחולין, **שהדיינין גובין ממנו כשעת גזילה, כדכתיב (ויקרא ה) אשר גזל - כמו שגזל**״. ומבואר דצריך קרא לחייב קרן כעין שגזל.

ומה שכאן למד רב מגניבה וחיים, והתם למד מאשר גזל, הוו תרי קראי, אחד לגניבה ואחד לגזילה.

2. **וברא״ש** [פרק ז סימן ב] איתא שגם ללא לימוד פסוק ידעינן שמשלם קרן כעין שגנב, דהרי התחייב אז בתשלומין, ומהפסוק למדים שכפל וד׳ וה׳ כשעת העמדה בדין: ״אמר רב קרן כעין שגנב. תשלומי כפל [ותשלומי] ארבעה וחמשה שעת העמדה בדין. ומסיק דביוקרא וזולא קאמר רב. ולא כגון דהוי מעיקרא שויא זוזא והשתא שויא ארבע דהאמר רבה האי מאן דגזל חביתא דחמרא מחבריה מעיקרא שויא זוזא ולבסוף שויא ארבע תברה או שתייה משלם ארבע איתבר ממילא משלם זוזא. אלא כי קאמר רב כגון דמעיקרא שויא ארבע והשתא שויא זוזא. קרן כעין שגנב מילתא דפשיטא הוא דאילו איתברה ממילא על כרחך משלם ארבע. דבשעת שבירתה לאו מידי קעביד. ואפילו איתבר בפשיעה דגזלן לא מקבל עליו שמירתה **ואשעת גזילה קמחייבת ליה וההיא שעתא הויא שויא ארבע**. וכ״ש אי תברה או שתייה הוה משלם דאם לא כן מצינו חוטא נשכר. **ומגניבה וחיים דריש דוקא אחייה לקרן כעין שגנב הא כפל ארבעה וחמשה כשעת העמדה בדין. דלגופיה לא איצטריך כדפריש׳ אלא לדיוקא**״.

[ולכאורה משמע **מתוס׳** כמו הרא״ש, מזה שדברי רב אתו לכפל. לאידך **המחנה אפרים** [דלקמן] ס״ל שתוס׳ לומדים כרש״י, ולכאורה הוא מזה שמדייקים רק מה חידש רב דהרי מתניתין היא, ולא דייקו שהפסוק מיותר לזה כמו הרא״ש].

וצ״ב במאי קא מיפלגי רש״י ורא״ש. דהרא״ש הרי הסביר שלולי הפסוק מחייבים כדמעיקרא שהוא שעת החיוב, ומדוע חולק רש״י על זה.

ב

ובמחנה אפרים [הלכות נזקי ממון סימן א] מביא דחלקו האם משלם לפי מידה או לפי דמים. ושיטת הרא״ש שישלם דמים כפי שהתחייב בשעת הגזילה, ואילו לפי רש״י חייב להחזיר את החפץ שגזל, ואם אינו בעין משלם דמים שיכול לקנות חפץ זה, והוי לפי מידה ולכן לולי הפסוק היה משלם כדהשתא: ״מי שהזיק שום חפץ מחברו והיה שוה באותה שעה חמשה ואח״כ בשעת

הפרעון הוזל ואינו שוה אלא ארבעה כמה חייב לשלומי. דאיברא לענין גזילה קי״ל דחייב לשלם חמשה כמו שהיה שוה בשעת הגזילה ואינו יכול לפטור עצמו אפילו להחזיר כלי אחר כמות שגזל כדמוכח בפ׳ כל שעה דף ל״ב וכדפירש רש״י שם, משום דכתיב אשר גזל כעין שגזל. ואיכא למימר דדוקא גבי גזלן הוא דהוי הכי משום דגלי קרא כעין שגזל אבל בשאר מזיק אפשר דסגי כשיחזיר כלי אחר כמו שהזיק ואף על גב דהשתא אינו שוה כ״כ כדמעיקרא... וראיתי להרמב״ם ז״ל... והטעם כמו שכתבתי משום דאין חיובו של זה אלא להחזיר חבית יין או דמי החבית...

ולע״ד נראה קצת דדבר זה במחלוקת שנוי ואמינא לה מההיא דאמרינן בפרק מרובה ... וכתב על זה הרא״ש ז״ל וז״ל ... ולפום פשטן של דברים כל הישר אומר דמסברא ס״ל להרא״ש ז״ל דאם מעיקרא שוה הארבע ולבסוף זוזא שישלם כעין שגנב, ואם איתא דגבי נזקין דינא הוי דנותן לו לפי מדה ולא לפי הדמים שהיה שוה בשעת שהזיק מנ״ל האי סברא. אבל מדברי התוס׳ ז״ל שם בסוגיין דמרובה וכן מדברי רש״י ז״ל שהבאתי מפרק כל שעה נראה דאי לאו קרא דכאשר גזל כעין שגזל הוה אמינא דכל שמחזיר לו זה השתא כלי אחר כמותו הוה סגי ואף על פי דהשתא הוזל ושוי שלשה, ולפי זה נראה דבנזקין נותן לו כלי כמותו או דמיו וסגי״.

אמנם, הקשו על ביאור זה, דהרי מדברי רש״י דלעיל [ס״ד ע״ב] חזינן דקרא אתא לא רק ליוקרא וזולא, אלא גם להוכחשה, דלולי הפסוק היה משלם כשעת העמדה בדין. ולכאורה אם לפי מידה, היה צריך לשלם איך שהייתה מידתה בשעת הגניבה. ועוד הקשו, שדווקא בתשלומי תרומה שהקפידה תורה לשלם פירות דווקא יש להסתפק אם חייב לפי מידה, אבל לא בגניבה.

ג

ובחידושי ר׳ נחום ביאר באופן חדש: ״כט) ...ונראה דודאי יסוד דינא דכשעת העמדה בדין הוא דמשלם כמו שהגניבה בשעת העמדה בדין, והטעם בזה, דהנה היכא שגזל חפץ והשמינה או הכחישה וכן הוקרה או הוזלה ואיתיה לחפץ בעינא שהדין הוא שחייב בהשבה ומחזיר לו את הגזילה כמו שהיא, בפשוטו היה נראה דהחיוב השבה אינו מחייבו רק כמו שהיה החפץ בשעת הגזילה, ומה שמחזיר לו את הגזילה כמות שהיא, הוא מטעם דכיון דליכא שינוי אמרי׳ דדידיה אשבח ודידיה הוכחש. ונראה לחדש שאינו כן אלא החיוב והשיב חל על החפץ הגזול כמו שהוא, ואם לאחר הגזילה השמינה או הכחישה או הוקרה או הוזלה משתנה עי״ז החיוב והשיב, ובהושבחה הוי החיוב והשיב גם על השבח, ובהוכחשה הוי החיוב והשיב רק על הגזילה המוכחשת. וכן ביוקרא וזולא, דבהוקרה הוי החיוב והשיב גם על היוקרא ובהוזלה הוי החיוב והשיב רק על הגזילה כמו שהיא עתה. ומשום דהחיוב והשיב חל על החפץ הגזול שצריך להשיבו כמו שהוא, וכל היכא שהושבח והוקר ולא נשתנה החפץ, ועתה זהו אותו חפץ הגזול, הוי השבח והיוקר בכלל החיוב השבה. וכן לאידך גיסא היכא דהוכחשה או הוזלה הגזילה לאחר הגזילה, כיון שלא נשתנה החפץ ועתה זהו אותו חפץ הגזול, הוי החיוב השבה רק על החפץ כמו שהוא עתה...

ועיין בלשון החינוך (מצוה ק״ל) שכתב וז״ל שכל זמן שהגזילה ביד הגזלן וכו׳ דין תורה שחייבין להחזירה לנגזל כמות שהיא, אפילו השביחה ביד הגזלן השבח לנגזל. וזהו שכתוב בתורה והשיב את הגזלה אשר גזל, ובא הפירוש אם היא כמו שגזלה, כלומר שלא נשתנית יחזירנה כמות שהיא, ואפילו השביחה כמה עכ״ל. וממשמעות לשונו שכלל לגוונא דהושבחה הגזילה ולא נשתנית בכלל קרא דוהשיב, נראה כנ״ל דהא דבהושבחה הגזילה חייב להחזירה לנגזל אינו משום דדידיה אשבח אלא משום החיוב והשיב, דלאחר שהושבחה הוי החיוב והשיב גם על השבח, וכנ״ל.

ולפי״ז נראה שזהו ביאור הטעם דתשלומי כפל ודו״ה כשעת העמדה בדין, דכיון דבאיתיה להגניבה בעינא והשמינה או הכחישה הוי החיוב השבה על החפץ כמו שהוא עתה, משלם נמי תשלומי הכפל ודו״ה כמו שהחפץ עתה דתשלומי כפל ודו״ה הוא לשלם כפל ודו״ה של הקרן, ומה״ט משלם כשעת העמדה בדין.

וכן נמי לענין תשלומי קרן, דאע״ג דדינא דקרן כעין שגנב איירי היכא דליתא לגניבה בעינא, דבאיתיה בעינא אומר לו הרש״ל ומחזירה כמו שהיא, מ״מ אי לאו קרא הוה אמרי׳ מסברא דמשלם כשעת העמדה בדין, דיסוד חיוב התשלומין הוא לשלם את הגניבה שחייב בהשבתה, וכיון שנתחייב בהשבה כמו שהיתה הגניבה קודם שנאבדה מן העולם, ה״ה נמי דהחיוב תשלומין הוא כמו שהיתה הגניבה קודם שנאבדה מן העולם, ולהכי איצטריך למילף מקרא דתשלומי קרן כעין שגנב...״.

ולפי דבריו רש״י ס״ל שעיקר חיוב המוטל עליו הוא להשיב את גוף החפץ, ואין לו חיוב תשלומי דמים בפני עצמו. ואילו תוס׳ ס״ל שמעיקרא חלו עליו שני חיובי השבה, להשיב את החפץ אם הוא בעין, או להשיב את הדמים אם אינו בעין, וחיוב זה חל בשעת הגניבה.

ד

ואולי י״ל בדרך אפשר בדעת רש״י מדוע הייתה ס״ד שישלם גזילה כשעת העמדה בדין. דהנה, איתא **בלקו״ש** [י״ז שיחה א׳ לפרשת קדושים – ע׳ 209] בשם הצפע״נ שיש חומרה מיוחדת בגניבה וגזילה, שזו פעולה נמשכת, וכל רגע שאינו מחזיר עובר על לא תגנובו או לא תגזול.

בצפנת פענח [קונטרס השלמה השמטה טז]: ״...והנה גבי גזל יש בו ג׳ דברים בחזרה אחד שלא יהי׳ חייב להנגזל והב׳ נתינה להנגזל ולקיים מצות השבה והג׳ להוציא גזלה מתחת ידו... וזה אם הוא בשביל לעבר או בשביל להבא...״.

ואולי י״ל, שמכיוון וההשבה היא להפסיק את הפעולה הנמשכת של הגניבה או הגזילה, אזי לולי קרא ס״ל לרש״י שאולי החיוב הוא בשעת העמדה בדין שאזי ההשבה מפסיקה את החיוב מכאן ולהבא. ואילו הרא״ש ס״ל כנ״ל שמסברא ידעינן שחייב לשלם כשעת החיוב שנתחייב.

סימן ד׳

א

כתב **הרא״ש** : ״...אלא כי קאמר רב כגון דמעיקרא שויא ארבע והשתא שויא זוזא. קרן כעין שגנב מילתא דפשיטא הוא דאילו איתברה ממילא על כרחך משלם ארבע. דבשעת שבירתה לאו מידי קעביד. ואפילו איתבר בפשיעה דגזלן לא מקבל עליו שמירתה ואשעת גזילה קמחייבת ליה וההיא שעתא הויא שויא ארבע. וכ״ש אי תברה או שתייה הוה משלם **דאם לא כן מצינו חוטא נשכר...**״.

והקשה על דבריו **בחידושי ר׳ נחום** [אות מ׳] : ״...ודברי הרא״ש צ״ב, דאמאי הוצרך לומר דבתברה ושתייה משלם כדמעיקרא משום דלא מצינו חוטא נשכר דמשמע דבלא״ה היה מתחייב רק זוז כשעת התברה ושתייה, והא כיון דבאיתבר ממילא מתחייב אשעת גזילה וכמו שכתב הרא״ש בתחילה, מה״ת דבתברה ושתייה לא יתחייב על שעת הגזילה, ומאי איכפת לן דאפשר לחייבו גם על התברה ושתייה.

ועיין ברא״ש בסוף המפקיד שכתב דהיכא דמעיקרא שויא ד׳ ולבסוף זוזא בין בתברה או שתייה ובין באיתבר ממילא משלם כדמעיקרא משום דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה, והיינו כנ״ל דבתברה ושתייה נמי יש לחייבו על שעת הגזילה כמו באיתבר ממילא, ולא כתב האי טעמא שלא יהא חוטא נשכר.

ונראה הביאור, דהנה היכא שהוזלה הגזילה ואיתא לגזילה בעינא היה חיוב ההשבה כמו שהוא שוה עתה זוז, והיה אפשר לומר דבתברה ושתייה כיון דהוי מעשה גזילה נוסף ויש ע״ז דין השבה, א״כ אם ישלם זוז הרי יקיים בזה השבה על החפץ והוי זה במקום השבת החפץ, וכמו דבהשבת החפץ בעין נפטר בהשבה זו מחיובי הגזילה ה״ה נמי בתשלומי הדמים דשעת התברה ושתייה נפטר מחיובי הגזילה, ולזה הוצרך הרא״ש לטעמא שלא יהא חוטא נשכר דכיון דבאיתבר ממילא מתחייב כשעת הגזילה הראשונה, ה״ה נמי היכא דתברה ושתייה נמי מתחייב כשעת הגזילה הראשונה״.

ולכאורה צ״ע סברתו, דחיוב השבה של הגזילה האחרונה יפטור אותו מחיוב השבה שכבר התחייב על הגזילה הראשונה.

ב

ואולי יש לבאר באופן אחר בדרך אפשר, והוא בהקדים מה שיש לחקור בגדר תשלומי ד׳ וה׳ על טביחה ומכירה. דבפשטות הביאור הוא שמלבד חיוב תשלומי קרן וכפל על **הגניבה** נוספו תשלומי שניים או שלושה **על הטביחה או מכירה**.

אמנם הוכיחו האחרונים מלשון **הרמב״ם** [הלכות גניבה פרק א הלכה ו] : ״תשלומי כפל נוהגין בכל **חוץ משה ושור** שהגונב את השה או את השור וטבח או מכר משלם על השה תשלומי ארבעה ועל השור תשלומי חמשה״. ומבארים בזה שחידשה תורה, שבמקום טביחה או מכירה אינו חייב תשלומי כפל על הגניבה אלא יש חיוב חדש של תשלומי ארבעה וחמישה גם על מעשה הגניבה. והעירו שכן מפורש **במדרש הגדול** [משפטים כב, ג׳] דדריש ״חיים״ ישלם פרט לשוחט ומוכר.

וההסברה בזה, שמעשה הטביחה או מכירה שמחייב ד׳ וה׳, אינו רק שמתחייב בזה רק לאחר גניבה [ולא אחר גזילה], אלא שמעשה זה הוא **המשלים** את מעשה הגניבה, ולכן מתחייב ד׳ וה׳ לא רק על עצם הטביחה או מכירה אלא **גם על מעשה הגניבה**, ואין עליו חיוב כלל של כפל על מעשה הגניבה. דהיינו, שבמקום ההבנה שכפל הוא קנס על הגניבה, ויש עוד קנס של שניים או שלושה בהמות על הטביחה ומכירה, מתחדשת ההבנה שאם גנב וטבח או מכר כל השלושה או ארבעה שחוץ לקרן הם קנס גם על הגניבה וגם על הטביחה.

ויסוד זה מתבאר מדברי הגמרא לקמן [סז ע"ב], שתשלום על הטביחה הוא בא בהמשך לגניבה: "דתניא, אמר ר' עקיבא: מפני מה אמרה תורה טבח ומכר משלם תשלומי ארבעה וחמשה? מפני שנשתרש בחטא... אמר רבא: מפני ששנה בחטא". היינו שמעשה הטביחה הוא המשך של מעשה הגניבה [או באופן של השתרש או באופן של שנה] בזה שאיבד הבהמה מן העולם. אמנם, חומרא זו של איבוד הבהמה מן העולם מצאנו רק בגניבה ולא בגזילה.

ג

וההסברה בזה בעומק יותר, בהקדים מה שהביא **הרבי בלקו"ש** [חי"ז קדושים א' ס"ו] שבאיסור גניבה או גזילה יש חומר מיוחד, שהאיסור הוא פעולה נמשכת, וכל רגע שאינו מחזיר את החפץ לבעליו עובר על לא תגנובו או לא תגזול. ומביא מהראגאטשאוועור שמבאר בזה מדוע הרמב"ם בהלכות סנהדרין מונה את הלאווין של גניבה וגזילה בין הלאווין שלא לוקין עליהן בגלל לאו שניתן לתשלומין ולא בגלל לאו הניתק לעשה: "...דער איסור גניבה (אדער גזילה) האט אין זיך א חומר מיוחד דערמיט וואס ער איז א פעולה נמשכת, יעדער רגע וואס מ'קערט ניט אום די גניבה (וגזילה) איז מען עובר אויף "לא תגנובו" (און "לא תגזול").

דערמיט איז דער ראגאטשאוועור מבאר, וואס דער רמב"ם רעכנט די לאווין פון "לא תגזול" און "לא תגנוב" אין דעם כלל פון "לאו שניתן לתשלומין" און ניט אין דעם כלל פון "לאו שניתק לעשה": בא א לאו הניתק לעשה איז מען עובר אויפן לאו נאר בשעת מעשה העבירה, ובמילא אז די תורה האט געגעבן אן עשה צו מנתק זיין און מתקן זיין דעם לאו, מוז מען זאגן אז דער תיקון איז חל למפרע אויף דער מעשה העבירה; אבער ביי גניבה וגזילה איז מען עובר אויפן לאו כל זמן ער האט ניט באצאלט, יעדער רגע פון זמן הפעולה אן, און נאכדעם – ס'איז א "פעולה נמשכת", ובמילא בשעת ער קערט אום (די גניבה וגזילה) איז דאס נאר א "לאו שניתן לתשלומין" – בהוה, ער זאל מכאן ולהבא ניט עובר זיין (ס'ווערט נפסק די פעולה נמשכת), דאס איז אבער ניט מתקן דעם לאו בעבר".

בלאו שניתק לעשה עוברים על הלאו רק בשעת העבירה, ואם כן זה שהתורה ניתקה אותו לעשה מוכרחים לומר שהסיבה היא בכדי שהעשה יתקן אותו למפרע. משא"כ בגניבה או גזילה שהיא פעולה נמשכת, הרי העשה בא להפסיק את הפעולה הזו מכאן ולהבא, אמנם אין כאן תיקון העבר, ולכן איסורים אלו מוגדרים כלאו שניתן לתשלומים שמפסיקים את הפעולה מכאן ולהבא אבל לא כניתק לעשה שמתקן למפרע.

אמנם הרבי שואל שם בהערה שצע"ק, שהרי הרמב"ם בהלכות גזילה אומר שאם הגזילה היא בעין היא לאו שניתק לעשה, לעומת גניבה שכותב הרמב"ם שהוא לאו הניתן לתשלומין.

ד

ואולי יש לומר בדרך אפשר בדעת הרמב"ם בדרך הראגאטשאוועור אבל לא כמוהו, בזה שהרמב"ם מגדיר את גניבה כלאו הניתן לתשלומין ואילו הגזילה כשהיא בעין היא לאו הניתק לעשה. הן אמנם מצד שייכות חפץ הנגנב או הנגזל איסור זה הוא פעולה נמשכת, וכן אם הגזילה לא בעין, הרי הימצאות הממון אצל הגזלן היא פעולה נמשכת של איסור [ועיין בלקו"ש שם הערה 38], אבל מצד מעשה האדם עצם החיסרון שנגרם לבעלים הוא רק בשעת מעשה הגזילה. ולכן איסור גזילה הוא לאו שניתק לעשה והעשה יכול לתקן את המעשה. שונה הדבר במעשה הגניבה, שזה שהבעלים עדיין אינו יודע מה נעשה עם החפץ הנגנב, גורם שמעשה ההסתרה של הגנב מהבעלים עדיין נמשך ואינו מסתיים. היינו שמעשה הגזילה והחיסרון מהבעלים הסתיים במעשה הגזילה, אבל מעשה הגניבה וההסתרה של הגנב עדיין נמשך.

ומכיוון שכך חייבה תורה ד' וה' בטביחה גם על עצם מעשה הגניבה [כנ"ל], היינו שהגנב השתרש [או שנה] בחטא ואיבד את הבהמה **לגמרי** מן הבעלים תוך הסתרה מהם. והיינו, שהעמיק את

ההסתרה מהבעלים ואיבד את הגניבה מהעולם. ולכן אינו חייב כפל על מעשה הגניבה, כיוון שחייב ד׳ וה׳ על הגניבה עצמה.

ה

ולכן י״ל בדרך אפשר, שזה שהרא״ש מבאר בב״מ שבתברא או שתיא משלם כשעת הגזילה משום שכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, הוא משום ששם איירי **בגזילה**, ומצד החיסרון של הבעלים פשוט שחייב על החיסרון הראשון ד׳ ואינו נפטר בעשיית מעשה גזילה נוסף [תברא או שתיא] מהחיוב הראשון.

אמנם כאן איירי **בגניבה**, ובזה יש מקום לומר, שכשם שד׳ וה׳ על הטביחה או מכירה, שהן פעולות של איבוד מן הבעלים שלאחר מעשה הגניבה תוך הסתרה מהבעלים, גורמות בחומרתן ששוב לא יתחייב על הפעולה הראשונה של גניבה את החיוב הקודם [כפל] אלא חיוב חדש [ד׳ וה׳]; כך היה מקום לומר [בס״ד] שמעשה השבירה של החבית [איבוד מהעולם] תוך הסתרה מן הבעלים גורמת בחומרתה ששוב לא יתחייב על המעשה הראשון של גניבה אלא רק על המעשה של איבוד מן העולם. ולכן היה צריך הרא״ש לחדש שלא אומרים כך לגבי קרן, שאם כן היה חוטא נשכר.

ו

ובזה יובן **בדרך אפשר** מה שהקשו על המשך דברי **הרא״ש** [בבא קמא פרק ז סימן ב]: ״...ועוד דסברא הוא דקרן נתחייב בשעת גניבה אבל כפל ארבעה וחמשה לא מחייב עד שעת העמדה בדין דאי מודה מיפטר. ובשעת העמדה בדין דכפל כמשמעותו כשויו עתה כשיגמר הדין. אבל לענין ארבעה וחמשה שמין כמה היה שוה בשעת טביחה ומכירה דההיא שעתא קמחייב. ואם נתייקרה קודם העמדה בדין לא משלם כי השתא. דאפילו קרן אם נתייקרה ואיתבר ממילא משלם כדמעיקרא כיון דהשתא לאו מידי קעביד. וכן אם הוזל אזלינן בתר עידן דטביחה ומכירה״.

ובים של שלמה [בבא קמא פרק ז סימן ג] הקשה עליו: ״...ומה שהרא״ש (שם) מחלק, וכתב, גבי כפל הוא כשעת העמדה בדין בשויה, כמשמעתו. והעמדה בדין גבי דו״ה, היינו ששמין מה היה שוה בשעת טביחה ומכירה, דההיא שעתה קמחייב. אבל מה שהוקרה אחר טביחה ומכירה בין העמדה בדין לא משלם כי השתא. דהא אפילו קרן, כשנתייקרה ואיתבר ממילא, משלם כדמעיקרא. כיון דהשתא לא מידי קעבד. לא נ״ל. חדא, דהא בחד מחתא מחתינהו, תשלומי כפל ותשלומי דו״ה כשעת העמדה בדין. ועוד, עיקר קושיתו דלא גרע מקרן, אדרבה גרע, לפי האי דפי׳. בשלמא קרן, שחיובו מיד בשעת גניבה. א״כ כל זמן דלא עבד מידי אין חייב כמה שיתייקר. אבל דו״ה, אף שחיובו בשעת טביחה הוא. מ״מ לא נקראת חיובא. דאי הוה מודה הוה מפטר. א״כ חיובא דדו״ה משל טביחה ומכירה לא בא אלא בשעת העמדה בב״ד. ועוד, מ״ש מכפל, אף שחיובו תלוי משעת גניבה. מ״מ מאחר דאי הוה מודה הוה מפטר לא נקרא חיוב אלא בשעת העמדה בדין. ואז בא החיוב שלו על הכפל. א״כ גם בשעת העמדה בדין בא החיוב על דו״ה. וכן הרמב״ם והסמ״ג וכל הפוסקים. לא הזכיר שום אחד מהם רק כפל ודו״ה יחד, כשעת העמדה בדין. הלכך, מה שנתייקר בין גניבה לשעת העמדה. או בין טביחה ומכירה לשעת העמדה בדין. שמין הכל כשעת העמדה בדין...״.

ובפלפולא חריפתא [ה] מסביר את הרא״ש: ״[ה] דההיא שעתא קא מיחייב. וכפל דלא אזלינן בתר שעת חיובו דהיינו בשעה שגנב דהתם הואיל ולענין הקרן אזלינן בתר ההיא שעתא סגי לן בהכי במאי דמחייבינן ליה לשלם הקרן כההיא שעתא אבל בד׳ וה׳ אי לא נחייבו אלא כשעת העמדה בדין נמצא שעל אותה שעה שנתחייבו בה ד׳ וה׳ לא מחייבינן ליה בה ולא מידי כלל: וכן אם הוזל אזלינן בתר עידן דטביחה ומכירה ולא אמרינן כיון דאם היה מודה אחר הטביחה קודם העמדה בדין היה נפטר מקנס ד׳ וה׳ ה״ט משום דלאו בכל ענין מפטר ממנו דהרי אם באו עדים והעידו על הגניבה ואח״כ הודה על טביחה ומכירה לא היה נפטר מד׳ וה׳ כ״כ מהר״ו כ״ץ סימן שנ״ד וכלומר דמכיון דלא בכל ענין כו׳ העמידו אשעת חיובא אבל יש לפקפק בזה דאימר אכתי כי לא

באו עדים ליחייב כשעת העמדה בדין משום דאי הוה מודה מפטר לכן נ״ל דסברא הוא דאזלינן בתר שעת החיוב ובכפל א״א לחייבו אשעת חיוביה דתורה מיעטה שלא יהיה כחיובא דקרן ואמרינן נמי סברא לטעמא דקרא דמיעט הכפל ובד׳ וה׳ יכולין לקיים המיעוט אף כשנתחייבו על שעת חיובו דטביחה ומכירה ניחא טפי לחייבו אשעת חיובו שכן היא הסברא. לענין קרן כיוקרא וזולא דמי. ולענין כפל ד׳ וה׳ איכא פלוגתא דר״ת וריי״ף לקמן בסמוך״. [ועיין עוד **בחידושי הגרנ״ט**].

ולכאורה מחוורתא כדברי **חידושי ר׳ מאיר שמחה** [בבא קמא דסה ע״א]: ״תשלומי כפל ותשלומי דו״ה כשעת העמדה בדין. הרא״ש כתב לחלק בין כפל לד׳ וה׳, וטעמו דכפל מחויב על מעשה הגניבה שגנב הקרן ונמצא שעדיין הגניבה לא יצאת מרשותו עד שישיב לבעלים, ולכך מעשה הגניבה נמשך עדיין עד שעת העמדה בדין, לכך צותה תורה לשער כפי שעת העמדה בדין, אבל לא כן טביחה כו׳ לאחר הטביחה תו לא נמשך סיבת החיוב, ודוק״.

ולכאורה הפשט הוא כנ״ל, דכיוון שבגניבה פעולת ההסתרה מהבעלים נמשך, הרי שמעשה הגניבה עצמו המחייב קנס [כפל וד׳ וה׳] לא הסתיים ונמשך כל עוד ומסתיר מהם, היינו עד שעת העמדה בדין. נמצא שמעשה העבירה הראשון של לקיחת מהבעלים בהסתרה נמשך. ולכן קרן שהוא על עצם החיסרון מהבעלים [כמו בגזילה] חייב כשעת הגניבה, ואילו כפל שהוא על מעשה הגניבה בהסתרה שעשה עין של מטה וכו׳ הוא כשעת העמדה בדין.

משא״כ ד׳ וה׳ שאינם פעולה נמשכת, ונמצא שבשעת העמדה בדין התגלה למפרע ששעת הטביחה היא המחייבת, שאז הסתיים ההסתרה של הבהמה ואיבודה מהעולם ונמצא שלעולם שעת החיוב היא הגורמת, רק ששעת החיוב של קרן הוא שעת הגניבה, ושעת החיוב של כפל הוא בשעת העמדה בדין, ושעת החיוב של ד׳ וה׳ הוא שעת הטביחה והמכירה שאז איבד את הגניבה מהעום בהסתרה. ולכן מייתי הרא״ש שפיר ראייה מיקור הקרן ואיתבר ממילא שלא מידי קא עביד לאחר שעת החיוב.

ז

אור שמח [הלכות חמץ ומצה פרק ג הלכה ח]: ״ובכל זה מצאנו כעין מחלוקת בין גדולי הקדמונים אם מונח עשה דהשבה על החמץ הנאסר, והוא בפרק הגוזל קמא (ב״ק) דף ק״ה ע״א אמר רבא גזל ג׳ אגודות בשלש פרוטות, והוזלו ועמדו על שתים, אם החזיר לו שתים חייב להחזיר לו אחרת, ותנא תונא גזל חמץ כו׳ אומר לו הרי שלך לפניך כו׳, הא ליתא בעיניה אף על גב דהשתא לאו ממונא כיון דמעיקרו ממונא הוא בעי שלומי, הכא נמי אף על גב דהשתא לא שוה פרוטה, כיון דמעיקרא שו״פ הוי בעי שלומי, ופירש רש״י חייב להחזיר לו אגודה אחרת, ואף על פי דהשתא לאו שו״פ, כיון דבשעת גזילה הוי שו״פ בעי לאהדורי ולהוליכה אחריו עכ״ל, הרי חיוב השבה מוטל עליו לחזור אחריו ולמיהדר לידיה דנגזל, וכי מייתי ראיה מחמץ שעבר עליו הפסח הרי ע״כ גם שם מוטל עליו חיוב השבה, למיהדר החמץ הנאסר בהנאה לידיה דנגזל, וחיוב השבה מוטל עליו, לכן אפשר דמשום זה שפיר עבר בבל יראה.

אולם רבנן בתוספות שם (ד״ה אמר רבא) כתבו חייב להחזיר לו אחרת, פירוש אם ישנה בעין מחזיר אותה, ואם לאו משלם ליה שוה פרוטה כמו שהיתה שוה בשעת הגזילה כו׳, הרי דכיונו להוציא משיטת רש״י ז״ל דרמי עליו חיוב השבה, אלא שהוא מחויב לשלם אם יאבד או יגנב, וכן מורה לשון הגמרא, דמסיק למילתיה הא ליתא בעיניה כו׳ דחיוב התשלומין רמי מעיקרא עליה, אף על גב דאי הוי בעיניה הוי פטר עצמו במידי דלא הוי ממונא...״.

סימן ה׳

א

איתא בסוגיין: ״דאמר רבה: האי מאן דגזל חביתא דחמרא מחבריה, מעיקרא שויא זוזא ולבסוף שויא ד׳ זוזי, תברה או שתייה - משלם ד׳, איתבר ממילא - משלם זוזא״. וצלה״ב מדוע משלם באיתבר ממילא זוזא [דלכאורה הגזלן קונה את הגזילה כשהיא בחצרו], ומאיזה דין משלם בתברה או שתייה ארבעה.

וידועים דברי **הקצות החושן** [סימן לד ס״ק ג] שמעשה התברה או שתיא חייב משום מזיק ולא משום גזילה: ״...ותדע דהא אפילו גזלן ראשון אינו חייב לשלם אלא כשעת גזילה, ואי גזל חביתא דחמרא מעיקרא שויא זוזא ולבסוף שויא ד׳ תברא או שתייה משלם ד׳ איתבר ממילא משלם זוזא (ב״ק סה, א) ולא סגי דלא אגבה לחביתא בתר דשויא ד׳, ועוד דהא בחצירו הוא וכל שעתא ושעתא גזליה ואמאי אינו משלם ארבעה, אלא על כרחך כיון דכבר גזליה ואינו ברשותו דנגזל תו לא מחייב משום גזילה אלא **בתורת מזיק**. והיינו טעמא דאין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל משום דכתיב (שמות כב, ו) וגונב מבית האיש וכדאיתא בפרק מרובה ומשום דאינו ברשותיה ע״ש (ב״ק) דף ס״ט (ע״ב), וא״כ לא הוי על השני תורת גזלן כלל, אלא אי איתיה בעינא כיון דלא קנאו דנגזל הוי כל היכא דאיתיה כיון דלא קנאו, אבל עכ״פ השני אינו גזלן ולא גנב דכיון דכבר נגנב מבית הבעלים ואינו ברשותו תו לא עבר השני משום לא תגנוב או משום לא תגזול...״,

נמצא לדבריו: 1. אין על הגונב אחר הגנב דין גנב כלל אפילו לקרן, ולומד את הפסוק מבית האיש ולא מבית הגנב לפטור מתורת גנב לגמרי. 2. וזו הסיבה שבמקרה של איתבר ממילא משלם זוז אע״פ שבטח עשה מעשה קניין, והוא משום שאין גונב אחר הגנב. וס״ל שדין זה הוא גם בגנב עצמו ולא רק בגונב אחר הגנב. 3. אם כן גם בתברה או שתיה אין החיוב משום גנב או גזלן אלא משום מזיק.

וקשה על זה מכמה הוכחות שיש בתברה או שתיא דין גניבה או גזילה:

1. לשון הגמרא [ומובא ברש״י], [בבא מציעא מג ע״א]: ״אמר רבה: האי מאן דגזל חביתא דחמרא מחבריה, מעיקרא שויא זוזא השתא שויא ארבעה, תברה או שתייה – משלם ארבעה, איתבר ממילא – משלם זוזא. מאי טעמא – כיון דאי איתה הדרא למרה בעינא, **ההיא שעתא דקא שתי ליה או דקא תבר לה קא <u>גזל</u> מיניה**, ותנן: כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה. איתבר ממילא – משלם זוזא. מאי טעמא – השתא לא עביד לה ולא מידי, אמאי קא מחייבת ליה – אההיא שעתא דגזלה, ההיא שעתא זוזא הוא דשויא״.

2. **בשו״ת פרי יצחק** [חלק ב סימן סב] מקשה: ״...והנה בגמ׳ שם דאמר רבה האי מאן דגזל חביתא דחמרא מחברי׳ מעיקרא שויא זוזא השתא שויא ד׳ תברה או שתי׳ משלם ד׳ כו׳ מ״ט כיון דכי איתא הדרא למרא בעיני׳ ההיא שעתא דקא שתי׳ לי׳ או דקא תבר לי׳ קא גזל מיני׳ ותנן כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה, ע״ש. ויש לעיין מאי ענין המשנה לכאן הרי בלא הא דגזלנין משלמין כשעת הגזילה הרי בפשוטו חייב מטעם מזיק, דהלא אף אי לא גזל כלל מתחלה ותברא או שתי׳ הי׳ חייב כשאר מזיק ומי גרע ממזיק דעלמא, ולמה הוצרך להא דכל הגזלנין, וביותר צ״ע לפי מ״ש הקצוה״ח בסי׳ ל״ד המובא לעיל דבתברה או שתי׳ כיון דכבר גזלו ואינו ברשותו דנגזל תו לא מחייב משום גזילה אלא מתורת מזיק כו׳ ע״ש. הרי מבואר מדבריו בהדי׳ דאי אפשר לחייבו כלל משום גזלן והא דמשלם ד׳ הוא ע״כ רק מתורת מזיק, **לפ״ז צע״ג דא״כ מאי ענין לזה הא דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה**...״.

3. ומדברי **רש״י** יש להוכיח דלא כד׳ הקצה״ח, דברש״י סוד״ה תברה מבואר דמכירה נמי חשיבא כתברה ושתייה לחייבו קרן כדהשתא. ומבואר מזה דלא כהקצוה״ח, דהרי במכירה ודאי שאין לחייבו מטעם מזיק.

4. **באמרי משה** [סימן לב אות א] הוכיח מדברי **הרמב"ם** דלא כהקצוה"ח: "...והנה הרמב"ם (בפ"א מגנבה הלי"ד) הי' שוה בשעת הגנבה שנים ובשעת העמדה בדין ד' אם שחט או מכר או שבר הכלי משלם כפל או דו"ה כשעת העמדה בדין. ואם מתה הבהמה או אבד הכלי מאליו משלם כפל כשעת הגנבה. והנה מבואר להדיא מדבריו דמפרש הך דרבה דמחייב בתברא ושתיא ד' הוא משום גנב. ודלא כהקצות הנ"ל שכתב דחייב משום מזיק כנ"ל. דא"כ לא הי' מתחייב כפל ודו"ה כיוקרא דהשתא. רק קרן ככל מזיק וע"כ דמפרש דמחויב משום גנב וכפשטות הגמ' בב"מ (דף מ"ג) ההיא שעתא דתברא ושתי' קא גזיל מיני' כו'. וכבר הרגישו האחרונים דמדברי הרמב"ם סתירה להקצות...".

והוכחת הקצוה"ח מזה שבאיתבר ממילא משלם זוזא אע"פ שבוודאי עשה מעשה קניין, תירצו אחרונים:

אמרי משה [סימן לב אות א]: "...והנה מה שהוכיח הקצות דע"כ משום מזיק ולא משום גנב דאם משום גנב גם באיתבר ממילא יתחייב דמי לא איירי שהגביה או שהיתה בחצרו בשעה שנתייקרה ויהי' נעשה גנב לשלם כהשתא וע"כ דלא נעשה גנב משום דהוי כגונב מהגנב דכבר גזלי' ואינה ברשותו. ע"ש בקצות יש לדחות בנקל דכיון דאיתבר ממילא ולא עשה שום מעשה אין זה מעשה גזילה. וכמ"ש רש"י בב"מ (דף י"א) דדוקא בנעל החצר חייב אבל במה שנכנסה בהמה של חבירו לחצרו ונתכוין לגוזלה. כיון דלא נעל ולא עשה שום מעשה פטור. וכ"כ הקצות בעצמו בסי' שמ"ח בהא דכתב בשו"ע דחייב באונסין ע"י שנכנסה לחצרו וע"ז כתב הקצות מדברי רש"י הנ"ל דכ"ז דלא נעל פטור ע"ש. וכן מתבאר בתוס' ב"ק (דף ס"ה) ד"ה אין דחצרו דחייב בגנבה היינו בהכישה במקל לחצרו ע"ש". אמנם עיין לקמן [אות ג] תירוץ נוסף על זה...".

ב

ובנתיבות המשפט [ביאורים סימן לד ס"ק ה במהדורא קמא] חלק על הקצוה"ח, וס"ל שתברה או שתיא היא גזילה חדשה מכיוון שמרחיק את הגזילה מהבעלים: "...ובספר קצוה"ח [סק"ג] תירץ, דהא דבא אחר ואכלו דחייב, מטעם מזיק הוא. ולפענ"ד נראה, דאפילו לא אכלה רק עשה בה שינוי שקנאה על ידי הגזילה, חייב מטעם גזלן ולא מטעם מזיק, דמעיקרא בגזילה הראשונה כשגזלה הגזלן הראשון עדיין הגזילה של נגזל היא ולא יצאה רק מרשותו של נגזל, דהא גזל ולא נתייאשו שניהם אינם יכולים להקדישו, זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו, ואח"כ כשעשה שינוי, הרי עשה גזילה חדשה שהוציאה משל הבעלים לגמרי, שמעיקרא היה עדיין של הבעלים רק שאינו ברשותו נקרא, אבל שלו נקרא, וכשעשה שינוי מעשה גם כן אינו שלו, ואין לך גזלן יותר מזה. ולזה אם עשה שינוי והוקר אח"כ ואכלו, חייב לשלם כשעת שינוי, דהא קנאו בשעת שינוי כמבואר בב"מ דף מ"ג [ע"א], וכן אפילו אם אחר עשה שינוי, אף שנקנה להגזלן מ"מ הוי כאכלו, דמה לי אכלו או הקנהו לאחר...".

נמצא לדבריו: 1. מודה לקוצה"ח שהגונב מן הגנב אין לו דין גנב כלל, וכמו שמפורש בדבריו במהדורא בתרא: "...**והנה אף על גב דנודה לדבריו דבהגבהת שני לא נעשה שני גזלן**, מ"מ אם השני עשה שינוי, ודאי דהוי גזלן, כיון שעל ידי שינוי הוציא מרשות בעליו והוי גזילה חדשה". 2. ולכן באיתבר ממילא משלם זוזא כיוון שלא עשה גזילה חדשה כיוון שאין גונב אחר הגנב. 3. אם הגזלן השני הרחיק את הגזילה יותר מהבעלים על ידי זה שעכשיו אינו שלו כלל, שפיר יתחייב משום גזלן על הגזילה החדשה. וזוהי הסיבה שבתברה או שתיה משלם ארבעה מכיוון שעשה בו שינוי ואינו של הבעלים.

אמנם, עדיין קשה על זה:

1. האחרונים [**דברי משפט, אור שמח, אמרי משה, דברי יחזקאל**] חולקים על הקצוה"ח והנתה"מ ומוכיחים שהגונב מן הגנב פטור רק מכפל ולא מקרן.

2. **בחידושי ר׳ נחום** העיר על דבריו: ״...ומד׳ רש״י יש להוכיח דלא כד׳ הקצה״ח והנתה״מ, דברש״י סוד״ה תברה מבואר דמכירה נמי חשיבא כתברה ושתייה לחייבו קרן כדהשתא....וגם לדעת הנתה״מ קשה, דהא רב ס״ל יאוש קני וע״כ דאיירי הכא במכירה לפני יאוש (וכמבואר לקמן סח, א דלרב דס״ל יאוש קני ליכא חיוב דו״ה לאחר יאוש דשלו הוא טובח שלו הוא מוכר), וכיון דאיירי לפני יאוש לא אהנו מעשיו ונשאר עדיין של הבעלים ולא הוסיף כלום בגניבה, וא״כ נהי דלענין דו״ה חייב מפני ששנה בחטא וכמבואר לקמן שם, מ״מ כיון דלא אהנו מעשיו ולא הוסיף בגניבה כלום ל״ש לחייבו מטעם תברה ושתייה...״.

3. **באמרי משה** [סימן לב אות ו] הקשה: ״(ו) ואולם דברי הנתיבות תמוהים לענ״ד ממשנה מפורשת ולא הטובח ולא המוכר אחר הגנב משלם דו״ה. ומוכח דאף דקונה בשינוי ע״י טביחתו מ״מ פטור משום גונב מן הגנב ולפי הנתיבות הנ״ל יתחייב עכ״פ כפל ע״י טביחתו. וגם ד׳ וה׳ יתחייב משום דהוי גניבה וטביחה כאחת וכמש״נ (באות י״א) ואח״ז נדפס האור שמח וראיתי שתמה ג״כ על הנתיבות ממשנה הנ״ל...״, עיין שם מה שתירץ.

אלא דעל קושיא זו יש לתרץ [**אבן האזל** הלכות גניבה פרק א הלכה יד]: ״...דהנתיבות לא כתב אלא לענין קרן דהוי גזלן ולא לענין כפל לומר דהוי גנב כיון דאינו גונב מבית בעלים והוי כמו גונב אחר הגנב וכמו שכתב הקצוה״ח, ובזה אינו חולק הנתיבות רק במה שהקצוה״ח סובר דגם להתחייב קרן בתורת גזלן א״א כיון שלא הוציא עכשיו מרשות בעלים, וע״ז כתב הנתיבות דהיכי דאכלה והוציאה לגמרי מהבעלים נעשה גזלן מחדש דמעיקרא הי׳ של הבעלים ואינו ברשותן ועכשיו הוציאה גם מתורת שלו, ומטעם זה כתב הנתיבות דאפי׳ עשה שינוי וקנה אותה ג״כ נתחייב מחדש בתורת גזלן, אבל לחייבו בתורת גנב לא כתב כלל הנתיבות דודאי ליכא וגונב מבית האיש״...״.

אמנם לפי זה צ״ב ביתר שאת דברי הרמב״ם הנ״ל. שחייב כפל וד׳ וה׳ כשעת התברה או שתיה, היינו שיש לו דין גנב להתחייב כפל או ד׳ וה׳, והרי וגונב מבית האיש כתיב ובודאי שממעט הגונב מן הגנב מדין כפל וד׳ וה׳. ולכן לכאורה מחוורתא כביאור האמרי משה וכדלקמן.

ג

ובאמרי משה [סימן לב אות ב] תירץ הוכחת הקצוה״ח: ״...ועכ״פ אף לפמ״ש דלענין גזלן לא בעינן מעשה בכ״ז ניחא הך דבאיתבר ממילא לא נעשה גזלן להתחייב על היוקרא כהשתא. ומשום דכאן כשכבר מונח אצלו החפץ ברשותו בתורת גנבה אין עושה במה שמגביה עוד הפעם השתא שום הוספת גנבה מהבעלים דכבר הי׳ מופקע מרשותם בל״ז וגם בהיוקרא יש לו קנין גזלה ומופקע מרשות הבעלים שאין יכולים להקדיש וכמש״ל (באות ג׳) ולכן ל״ש כלל לחייבו משום גנבה בזה שמגביה עתה ואיתבר ממילא. אבל בתברא ושתיא דמוסיף להפסיד שפיר מתחייב משום גנב. ואין הטעם דפטור באיתבר ממילא כמ״ש הקצות דהוי כגונב מהגנב רק הטעם משום דליכא בזה שום מעשה גנבה...״.

ד

וביתר הרחבה מה שקשה על הרמב״ם:

[אמרי משה סימן לב אות ג׳ וד׳]: ״(ג) ואך דקשה טובא על הרמב״ם מ״ט חייב כפל ודו״ה כיוקרא דהשתא והא הוי כגונב מהגנב ובשלמא בהך דרבה גופא דמחייב בתברא ושתיא ד׳ משום גנב וכמש״ל וכפשטות הגמ׳ בב״מ הנ״ל ל״ק דהוא קאי בגזלן. ולענין קרן ליכא הפטור דגונב מהגנב (דלא כהקצות). אבל הרמב״ם דמחייב כפל ודו״ה כיוקרא דהשתא קשה טובא דבכפל הרי פטור גונב מהגנב. ואיך אפשר לחייבו על היוקרא משום דנעשה עתה גנב מחדש דהא כבר מופקע ע״י גנב אחר או ע״י עצמו.....

(ד) וא״ל דהא דמשלם להרמב״ם כפל ודו״ה כשעת היוקרא הוא לאו משום דנעשה עתה גנב מחדש (דע״ז יפול קושיתנו דהוי גונב מהגנב) רק הוא משום דינא דרב דאמר קרן כעין שגנב תשלומי כפל ודו״ה כשעת העמדה בדין. ומגזה״כ דאחי׳ לקרן דוקא כעין שגנב. אבל כפל ודו״ה כהעמדה בדין. ועיקר הקרא אתי על כפל ודו״ה כדמשמע ג״כ בתוס׳ (בדף ס״ו) בד״ה טלאים. דא״כ גם באיתבר ממילא יהי׳ הכפל כשעת העמדה בדין. וכמו דבאמת כן הוא שיטת הר״י בתוס׳ הנ״ל דלעולם הכפל כהעמדה בדין. בין בהוקרה ובין הוזלה. ואפילו באיתבר ממילא משלם הכפל כיוקרא דהעמדה בדין וחמיר בזה הכפל מהקרן. דהקרן אינו משלם רק זוזא כשעת הגנבה והכפל ד׳. והיינו מגזה״כ דאחי׳ לקרן כעין שגנב והכפל כשעת העמדה בדין אבל הרמב״ם דכתב דבאיתבר ממילא אין משלם כפל כשעת העמדה בדין רק בתברא ושתי׳ משלם הכפל כיוקרא דהשתא ע״כ דלא ס״ל כהר״י דגזה״כ דכפל לעולם כשעת העמדה בדין ולהרמב״ם הטעם דבשבר וטבח משלם הכפל ודו״ה כיוקרא דהשתא הוא משום דנעשה עתה גנב מחדש כשעת היוקרא״.

ה

והביאור בכל זה **באמרי משה** [סימן לב]: ״(יב) ובישוב שיטת הרמב״ם נלע״ד על פי הקדמה אחת דבגזלן וגנב כל מה שמוסיף להזיק את הגנבה. דבשאר כל אדם הוי מעשה כזו רק מזיק דהוא בלא קנין. אבל בגזלן כל היזק שעושה בהגנבה הוי גנב ולא מזיק. דהרי באמת הי׳ לנו לומר דכל גנב אינו גנב רק ברגע הראשונה לחוד. אלא דבכל רגע ורגע שמחזיק אצלו הגנבה ואינו מחזיר להבעלים הוא גנב בכל רגע. וכמו שבאמת הקשה כן הקצות הנ״ל דמ״ט באיתבר ממילא פטור על היוקרא. ואמאי לא יתחייב על רגע זו ג״כ משום גנב. (ואשר מפאת קושיא זו הוכיח דינו דגונב מן הגנב פטור מקרן) אך כבר כתבנו דזה לק״מ דכל שאינו עושה מעשה גנבה לא מתחייב וכמ״ש (באות א׳) ולכן כ״ז באיתבר ממילא דאינו עושה כלום. אבל בהיזק בידים הגנבה דשאר אדם הי׳ רק מזיק ולא גנב. היינו דאינו עושה קנין להחזיק לעצמו (דזה הוא עיקר הנפ״מ בין מזיק לגנב) אבל הגנב עצמו שכבר יש לו קנין גנבה. וגם ברגע זו שמזיק הרי יש לו קנין גזלה. ונמצא שע״י ההיזק שעושה נעשה גנב ולא מזיק, דהרי בגונב ע״מ להזיק מיד ג״כ מקרי גנב וכמבואר (בדף צ״ח) הזורק מטבע של חבירו לים בדאדי׳ אדי׳ חייב. וע״כ ה״נ כל ההיזק שעושה הגנב כיון דכבר יש לו קנין גנבה מקרי גנב. דמה שמזיק עתה הוא ג״כ מפני שהגנבה בידו וברשותו ומחזיקה כשלו לעשות בה כחפצו. וע״כ הוי זה מעשה גנבה ולא מזיק. דהרי אין מחוסר קנין ברגע זו:

(יג) ועפ״ז ניחא שפיר מה דהרמב״ם מחייב כפל ודו״ה בשבר וטבח. וא״צ לאמר דאיירי בשבר בחצרו דוקא דנעשה גנב ע״י קנין חצרו. וכן אין צריך לומר בטבח הטעם משום דקונה עתה בשינוי (דע״ז הקשינו דהשינוי הוא אחר הטביחה כנ״ל) אלא גם בלא קנין חצרו וגם בלא קנין שינוי. הוא נעשה גנב עתה בשעת היוקרא. משום דהתחיל להזיק ע״י הטביחה. ומקרי מעשה גנבה תיכף כשהתחיל לשחוט אף דשאר אדם הי׳ רק מזיק וגם לא הי׳ חייב רק כפי ערך ההיזק מהך מקצת. אבל הגנב כיון דרק התחיל לעשות איזה מעשה היזק בהגנבה נעשה גנב בזה על כל שיווי הגנבה. דהרי בכל רגע ורגע שמחזיק הגנבה הוא מקרי גנב ורק דבלא מעשה כלל. א״א לחייבו על היוקרא אבל כל שעושה הוספת היזק ומקרי מעשה גנבה מתחייב בכולה. וגם במכר מה שמוסר הגנבה לאיש אחר מקרי מעשה גנבה. דכמו דמקרי מעשה גנבה לגבי השני שגונב מהראשון וכדמוכח מהא דלהצנועין חייב גונב מהגנב כפל. וע״כ ה״נ מקרי מעשה גנבה לגבי הראשון שמוסר להשני. ומכ״ש בשבר החפץ לגמרי אף דל״ש קנין שינוי מקרי גנב וחייב כפל:

(יד) ומיושב לפ״ז מה שהקשינו על הרמב״ם דמ״ט חייב כפל ודו״ה על היוקרא הא הוי גונב מן הגנב. דהרי כיון דאמרי׳ דמה שנעשה עתה גנב עי״מ ששבר ולא מזיק הוא משום דכבר יש לו קנין גנבה עי״מ שגנב מתחלה. וע״כ ל״ש הפטור דגונב מהגנב דהרי הכל כגנבה אחת אריכתא. דהקנין שעשה בתחלת הגנבה הועיל עכשיו להיות עתה לגנב ע״י ההיזק שעושה ולא כמזיק. וע״כ מקרי גנבה אחת אריכתא ול״ש הפטור דגונב מהגנב. ובטובח ומוכר אחר הגנב פטור דבגנב שני גם כשמוסיף לקנות בשינוי פטור מגזה״כ דוגונב מבית האיש. וניחא לפ״ז מה שהקשינו דיתחייב עוד הפעם כפל ע״י הטביחה. דהרי כיון דהטביחה לחוד הוי רק כמזיק ואך ע״י קנין הגנבה שמתחילה

הוא דנעשה עתה גנב. וע״כ ל״ש לחייבו עוד הפעם דכבר נתחייב כפל על קנין הגנבה. וגם אם ישחוט עתה בחצירו או יעשה שינוי אחר. בעוד שהוא בידו ורשותו דאע״ג דיש לחייבו בלא קנין הקודם דהרי יש גם עתה קנין חצר או ידו בכ״ז ל״ש שיתחייב כפל עוד הפעם משום גנבה חדשה דאין שייך קנין על קנין דכיון דכבר יש לו קנין גנבה מהגנבה שמתחלה. תו ל״ש עוד הפעם קנין גנבה וכיון דעתה ל״ש קנין מחדש תו א״א לחייבו בכל שינוי והיזק שעושה. עוד הפעם כפל דהרי כיון דע״י קנין הגנבה דמקודם נעשה עתה גנב וע״ז כבר נתחייב. ותו א״א לחייבו עוד הפעם ורק על היוקרא שלא נתחייב מקודם מחייבינן לו השתא דנעשה עתה גנב בצירוף קנין הקודם והוי גנבה אחת אריכתא. וע״כ לא הוי כגונב מן הגנב״.

נמצא לדבריו: 1. גונב מן הגנב הוא פטור רק מכפל ולא מקרן. 2. המשנה הפוטרת גונב מן הגנב מדברת בשני אנשים, אבל הגנב בעצמו שמוסיף בגניבה היא גניבה אריכתא. 3. ולכן תברה או שתייה הם המשך של הגזילה או הגניבה. 4. איתבר ממילא לא מחייב המשך הגניבה כיוון שלא הוסיף בגניבה.

סימן ו׳

א

איתא בסוגיין [סה ע״א]: ״אמר רב ששת, אמינא: כי ניים ושכיב רב אמר להא שמעתא; דתניא: כחושה, והשמינה - משלם תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה כעין שגנב; אמרי, משום דא״ל: אנא פטימנא ואת שקלת?

וברש״י: ״כחושה והשמינה כו׳ - הגנב פטמה וקשיא לרב דאמר **תשלומי ד׳ וה׳** כשעת העמדה בדין וקס״ד בין שבחה בין הכחישה הגנב בידים.

ומשני משום דא״ל כו׳ - אבל שבחה בדמים שהוקרו בהמות בשוק או שנתפטמה מאליה משלם **כפל** כי השתא״.

ובשעורי ר׳ אליהו ברוך (פינקל): ״עד. גמ׳. אמר רב ששת אמינא כי ניים ושכיב רב אמר להא שמעתא דתניא כחושה והשמינה משלם תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה כעין שגנב. פירש״י וז״ל, כחושה והשמינה כו׳ הגנב פטמה [בידים] וקשיא לרב דאמר תשלומי ד׳ וה׳ כשעת העמדה בדין וקס״ד בין שבחה בין הכחישה הגנב בידים, עכ״ל, ויש לדקדק דרש״י הזכיר רק תשלומי דו״ה ולא הזכיר תשלומי כפל, ואילו בתירוץ הגמ׳ גבי הוקרה או נתפטמה מאליה כתב רש״י (בד״ה ומשני) דמשלם ׳כפל׳ כי השתא ולא הזכיר תשלומי דו״ה, וצ״ע למה פתח רש״י בתשלומי דו״ה וסיים בתשלומי כפל.

ואולי יש ליישב הדברים, דמאחר דקושית הגמ׳ היא מאופן שהגנב פטמה בידים, משו״ה סבר רש״י דאין זו קושיא על תשלומי כפל אלא רק על תשלומי דו״ה, דהא יסוד חיוב כפל הוא מצד מעשה הגניבה, ולכך פשיטא דיש לחלק ולומר דהיכא דהגנב הוא שפטמה בידים לאחר הגניבה ודאי שאינו חייב לשלם כפל על הפיטום, ואף קודם דנחתינן לסברת הגמ׳ דאנא פטימנא ואת שקלת, מ״מ ודאי י״ל דליכא תשלומי כפל על הפיטום משום שמעשה הגניבה עצמו לא נעשה כי אם בכחושה. וכל קושית הגמ׳ היא רק מתשלומי דו״ה, דהתם חיובו מצד מעשה הטביחה שנעשה לאחר הפיטום, ובזה קס״ד דאע״פ שהגנב עצמו פטמה בידים, אבל מ״מ אליבא דרב דמשלם דו״ה כשעת העמדה בדין ולא כשעת הגניבה, הרי דסבר דהטביחה היא סיבה לחייבו כשעת העמדה בדין, וא״כ מסתבר שהוא מתחייב גם על מה שהיתה הבהמה שמינה באותה שעה...

אכן בתירוצא דגמ׳ איירי רש״י בנתפטמה מאליה, ולכך נקט שפיר דמשלם ׳כפל׳ כי השתא, ומשום דכיון דנשתבחה מאליה יש להחשיב שזוהי הגניבה שגנב מתחילה, ובכה״ג משלם גם את הכפל כשעת העמדה בדין....

עו. רש״י ד״ה ומשני משום. אבל שבחה בדמים שהוקרו בהמות בשוק או שנתפטמה מאליה משלם כפל כי השתא. יש להעיר בלשון רש״י, שפירש דתירוץ הגמ׳ הוא כלפי תשלומי כפל, אבל לא הזכיר בדבריו כלל תשלומי דו״ה. ועיין משנ״ת לעיל (אות עד) דבקושית הגמ׳ פירש״י איפכא, דכל הקושיא היא דוקא מתשלומי דו״ה ולא מתשלומי כפל, והדברים צ״ב.

ויש לבאר דדברי רש״י מדוקדקים מאד, דהנה עיקר חידושא דרב הוא דאע״פ שהקרן כעין שגנב מ״מ כפל ודו״ה כשעת העמדה בדין, אבל באופן שהוקרה וטבח ומכר הרי גם הקרן משלם כדהשתא מצד הדין דתברה או שתייה משלם ד׳, [וכמבואר בהמשך דברי הגמ׳, דטבח ומכר הוי כתברה או שתייה ומודה בזה רב לדרבה], ובזה פשיטא טפי דאף כפל ודו״ה כשעת העמדה בדין, וכמבואר להדיא ברש״י לקמן (סו, א ד״ה לימא), ומשו״ה כשבא רש״י להעמיד את דינו של רב, דקדק רש״י בלשונו לומר דאיירי בהוקרו בהמות בשוק או בנתפטמה מאליה דמשלם ׳כפל׳ כי השתא, אבל היכא דמשלם דו״ה הרי גם משלם ׳קרן׳ כי השתא, ואין זה עיקר חידושו של רב...״.

ב

ובביאור דברי הגמרא אנא מפטימנא ואת שקלת נאמרו כמה ביאורים:

1. הובא לעיל דברי **רש"י** "אבל שבחה בדמים שהוקרו בהמות בשוק או שנתפטמה מאליה משלם כפל כי השתא". היינו שתירוץ הגמרא שאנא פטימנא הוא בדווקא כשהגנב פיטם, ולא בנתפטמה מאליה.

וכן ביארו **התוספות**: "אנא מפטימנא ואת שקלת - משמע דכשנתפטמה מאליה הוי כשעת העמדה בדין ולפי זה הוה מצי לאוקמי מילתיה דרב כשנתפטמה מאליה ולא הוה צריך לאוקמיה ביוקרא וזולא...". ורק לפי המסקנא דלקמן הוא הדין בשבחא מאליה.

וביאור סברא זו [ששייכת דווקא בפיטום בידים] הוא בפשטות משום דלא מסתבר שיהא חייב לשלם כפל על מה שהוא בעצמו השביח בידים.

ובאופן נוסף **בחדושי ר' נחום**: "...ונראה בזה, דהנה בעיקר הסברא דאנא פטימנא ואת שקלת שמבואר ברש"י דהיינו רק היכא דהשביחה בידים, נראה עפמשנ"ת לעיל דיסוד הדין דכפל ודו"ה כשעת העמדה בדין הוא משום דהיכא דהושבחה או הוכחשה הגניבה לאחר הגניבה ואיתא לגניבה בעינא משתנה החיוב השבה וחל על הגניבה כמו שהוא עתה, ומש"ה משלם כפל ודו"ה כמו שהגניבה בשעת העמדה בדין וכמשנ"ת לעיל. וע"ז אמרי' לטעמא דאנא פטימנא ואת שקלת, דכיון דהשבח נעשה ע"י שהגזלן פיטמה ליכא למימר דנכלל שבח זה בכלל החיוב השבה דהרי אילו לא גזלה לא היתה משביחה, ומה שמחויב להחזיר שבח זה באיתא לגניבה בעינא הוא רק משום דדידיה אשבח ומשום תביעה דממוני גבך, וכיון שכן לא שייך בזה דינא דכשעת העמדה בדין דכמו שלא חל על שבח זה חיוב השבה לא חל עליו חיוב תשלומי כפל ודו"ה...".

2. אמנם, **בחדושי הרשב"א** מבאר את תשובת הגמרא באופן אחר, שקאי גם על שבח דממילא: "הא דאמרינן דא"ל אנא מפטמנא ואת שקלת, פי' מפטמנא מלתא בעלמא הוא דקאמר, דלאו דוקא כשפטמה הוא הא נתפטמה ממילא שקיל, דהא א"ל אטו שמנה גזלי מינך וכדאמרינן לקמן בטלה ונעשה איל דא"ל אטו תורא גזלי מינך ודכרא גזלי מינך, וכחושה והשמינה דקתני בברייתא לא השמינה הוא קתני אלא כשהשמינה מעצמה קתני אבל ביוקרא לא שייך למימר יוקרא גזלי מינך דיוקרא לא נתחדש בגופה של בהמה". וזה שלא כדברי תוס' דס"ל ביאור זה רק למסקנת הגמרא ולא לתשובת הגמרא כאן.

3. ומדברי **הרמב"ן והראב"ד** [לקמן] יוצא שהוא משום תקנת השבים. דהנה, איתא לקמן[צ"ד ע"א] דעת רבי שמעון בן אלעזר שאם רוצה, הגזלן נוטל את שבחו. ומבואר שם שהוא מטעם תקנת השבים.

מלחמת ה' [לג ע"ב מדפי הרי"ף]: "...ודר"ש בן אלעזר גופה כתבה רבינו הגדול ז"ל בפ' מרובה דכתב שאם גנב כחושה והשמינה משלם תשלומי ד' וה' כעין שגנב משום דאמר ליה אנא מפטימנא ואת שקלת אלמא ליה ליה לנגזל שבחא לא בקרנא ולא בתשלום ד' וה' כדקאמר אנא מפטימנא ואת שקלת ואילו אית ליה שבחא לנגזל הוה משלם תשלום ד' וה' כשעת העמדה בדין כדמוכח סוגיא דהתם אלא ודאי ליה ליה שבחא אלא דגזלן הוי...". הרי שהסביר את סברת אנא מפטימנא מדיני תקנת השבים, וכמו דברי רבי שמעון בן אלעזר לגבי קרן.

כתוב שם לראב"ד [לקמן לד ע"א מדפי הרי"ף]: "...אלא טעמא דמילתא כשהשביח גזלן נוטל שבחו משום דאמר ליה אנא מפטימנא ואת שקלת [דף סה ב]. וכולה מלתא משום תקנת השבים [דף צד א], ודמיא הא מילתא למאי דאמרינן פרק מרובה [דף סב א] כחושה והשמינה משלם כעין שגנב משום דאמר ליה אנא מפטימנא ואת שקלת... וטעמא דמלתא משום דההיא שבחא אתי ליה על ידי מזונותיו של גנב וגדולו". ולפי דבריהם הוא דווקא בפטמא בידים.

ג

"ת"ש: שמינה, והכחישה - משלם תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה כעין שגנב! התם נמי, משום דאמרינן ליה: מה לי קטלה כולה מה לי קטלה פלגא".

וברש"י: "והכחישה - הגנב הכחישה בידים בטורח מלאכה או במקל. מה לי קטלה פלגא - הלכך מההיא שעתא דאכחשה אתחלה לה טביחה".

ובתוספות: "מה לי קטלה כולה מ"ל קטלה פלגא - פ"ה משום דהכחשה אתחלה דטביחה היא וקשה לר"י דלא שייכא הכחשה לטביחה מידי כיון שאם היה הורגה כולה בענין זה לא היה בה דין ד' וה'...".

ובאחרונים מסבירים אותו שכוונתו אשר כשם שחיוב ד' וה' הוא על איבוד מן העולם על ידי טביחה, הרי ההכחשה גם היא תחילת איבוד מן העולם, ואם כן שיעור החיוב של איבוד מן העולם היא כמו לפני שהתחיל לאבדה, היינו לפני ההכחשה. ונדחקים שכך צ"ל במכירה, שנחשבת איבוד מן העולם כיוון שנשתרש בחטא, ולכן ההכחשה היא תחילתו. אלא שאז מתקשים איך להסביר שגם בכפל [שהוא גם כשהגניבה בעין ולא איבד מן העולם] מחייבים ד' וה' כמו לפני ההכחשה.

ומסביר **בחידושי רבי נחום**: "לא) רש"י ד"ה מה לי קטלא, הלכך מההיא שעתא דאכחשה אתחלה לה טביחה. ובתוס' הקשו דלא שייכה הכחשה לטביחה מידי כיון שאם היה הורגה כולה בענין זה לא היה בה דין ד' וה'. ויש להעיר דטפי היה להו להתוס' להקשות, דהא ניחא היכא דטבח לבסוף דבזה איכ"ל דאתחלה לה טביחה כיון שהיה בסוף טביחה, ובברייתא הא איתא נמי כפל כעין שגנב ואירי אפי' באיתא בעינא, ולא שייך כלל לומר בזה דאתחלה לה טביחה, ואמאי משלם כעין שגנב.

וצ"ל דהיכא דלא טבחה פשיטא דאינו משלם כשעת העמדה בדין, דכיון דהכחישה בידים לא נשתנה החיוב השבה אלא נשאר כמו שהיתה הגניבה קודם שהכחישה, וזהו עיקר הסברא דמה לי קטלא כולה מה לי קטלא פלגא וכמשנ"ת לעיל, ורק דהוקשה לרש"י דכ"ז ניחא לענין כפל אבל לענין דו"ה שהמחייב הוא הטביחה, וכיון שסו"ס בשעת הטביחה היתה כחושה איך אפשר לחייבו דו"ה של שמינה כעין שגנב יותר ממה שטבח. ולזה הוצרך רש"י להוסיף דמהני האי טעמא דמ"ל קטלא כולה מ"ל קטלא פלגא נמי דמההיא שעתא דאכחשה אתחלה לה טביחה ומש"ה מתחייב דו"ה כעין שגנב, ורק דהתוס' הקשו דאכתי ליכא למימר דאתחלה לה טביחה דלא שייכה הכחשה לטביחה מידי".

אמנם נראה דכל זה חסר מן הספר ואין דרך רש"י לסתום הדברים כך. ואולי **י"ל באופן אחר בדרך אפשר**, והוא שההכחשה מצד **עצמותה** היא תחילת טביחה, גם אם המשכה היה מכירה, או אפילו אם לא המשיך אלא היא בעין. והיינו לומר שמכיוון שמה לי קטלא כולה ומה לי קטלא פלגא שניהם עניינם איבוד מן העולם [חלקית או מושלם]. ואם כן תמיד הכחשה היא תחילת טביחה גם אם לא טבח אלא נשאר בעין או מכר. ולכן מכיוון שהתחיל לטבוח [גם אם הפסיק] הרי שהדין נותן שישלם כפי הערך שלפני המקצת הטביחה הזה.

ד

ובביאור תשובת התוס' ביאר **תוס' רבינו פרץ**: "מה לי קטלה כולה מה לי קטלה פלגא. פירש הקונטרס דהכחשה התחלה דטביחה היא. וקשה לר"י דלא שייכא הכחשה לטביחה וכו'. לכן נראה למ"ר מה לי קטלה כולה וכו' כלומר כי היכי דבקטלה לא משלם לפי דמים דהשתא לפי שנשתנית משעת הגנבה כמו כן בקטלה פלגא דהיינו בהכחשה לא משלם כדהשתא דכיון שנשתנית גוף הגנבה דמשעת הגנבה בעי לשלומי כעין שגנב ולא כדהשתא כיון דבענין שהיא השתא לא גנבה ממנו. ואף על גב דמחייב ארבעה וחמשה אטביחה גם לאחר שינוי זה דלא חשיב שינוי זה לקנותה לומר שלו הוא טובח וכו' ואכתי שם הראשון עליה גם לאחר הכחשה שקורין אותה פרה כבתחילה

ושינוי גמור נמי לא הוי מכל מקום לענין שלומי לא משלם כי השתא כיון דאיכא שינוי כלל בגוף הגנבה. וכהאי גוונא אמרינן לקמן גבי טלה ונעשה איל דקאמר היינו טעמא דלא משלם כי השתא משום דאמר ליה תורא גנבי מינך דיכרא גנבי מינך בתמיה אף על גב דבעי למימר דלא חשיב ליה שינוי לקנותם להפטר אטביחה ואמכירה הכא נמי שייך למימר כחושה גנבי מינך כי קאמר רב ביוקרא וזולא. תימה אמאי לא קאמר ליה כי קאמר בכחושה ממילא דלא שייך למימר מה לי קטלה כולה וכו׳ או בנתפטמה ממילא דלא שייך למימר אנא מפטימנא ואת שקלת. וי״ל דלמאי דפרישנא ניחא דהיכא דאיכא שינוי הגוף לא משלם כי השתא ואפילו נשתנה ממילא נמי שלא על ידי גנב דשייך למימר וכי שמנה גנבי מינך כחושה גנבי מינך אבל ביוקרא וזולא לא שייך למימר הכי כיון שלא נשתנה הגוף. והא דקאמר מה לי קטלה כולה וכו׳ לאו דוקא משום כעין שגנב דהוא הדין נמי בשינוי הגוף דממילא כגון כחשה ממילא דהתם נמי שייך למימר מה לי מתה כולה מה לי מתה פלגא. ובריית נמי דנקט והשמינה והכחישה לאו דוקא הוא הדין ממילא. ושמא לרבותא נקט הכי לאשמועינן דלא חשיב שינוי לקנות אף על גב דבידים הוא״.

סימן ז׳

א

איתא בסוגיין: ״...וחומשו עולה לו בכפילו, דברי רבי יעקב״.

וברבוותא שלוש שיטות בהסבר דברי רבי יעקב בברייתא:

1. **רש״י** ס״ל שתשלום כפל פוטר חומש **רק אם הם אותו חיוב**, [ד״ה משלם כפל]: ״...וע״כ הא דר׳ יעקב בששוין כאחד החומש והכפל קמיירי דאי הוה כפילא טפי מחומשא לאו חומשא הוי ולא מיפטר ליה עד דמשלם חומש דחומש כפרה דשבועה הוא״.

ובזה מסביר את קושיית הגמרא כפילא ארבע וחומשא זוזא, [ד״ה כפילא ד׳]: ״כפילא ד׳ וחומשא זוזא - וכיון דאינן שוין לא חומש מקרי ולא סליק ליה״. **ובתוס׳** מסבירים את שיטתו שהוא בכדי שיהא ניכר שהוא חומש: ״...לפי מה שפ״ה דחומשא עולה לו בכפילא שמשלם את הכפל ונפטר בכך מן החומש קשה קצת מה בכך אי כפילא ארבע וחומשא זוזא ומיהו בקונט׳ פי׳ דלית ליה כפרה בחומש כיון שאין ניכר ומובלע בתוך הכפל...״.

ופירש **בשערי שמועות** דהתוס׳ בקושייתם פירשו בדעתו שהכפל פוטרו מן החומש, וכלשונם ״שנפטר בכך מן החומש״. ולכן הקשו מה בכך שהכפל יותר מן החומש. ועל זה הביאו דאין הגדר שהכפל פוטר מן החומש אלא דתשלומי כפל עולין כאילו שילם את החומש, וכלן הוא דווקא כשהוא ניכר ולא כשמובלע בתוך החומש.

וצ״ב שיטת רש״י, מדוע צ״ל ניכר ואין הכפל פוטר חומש אם הוא יותר מהחומש.

2. **ריב״א בתוס׳** שכפל פוטר חומש **גם אם הוא יותר מהחומש**. וקושיית הגמרא היא מסתימת לשון הברייתא שמשמע שהם אותו סכום. תוספות [ד״ה כפילא ארבע]: ״...וריב״א מפרש דאלשון ברייתא קפריך דמשמע דחומשו עולה בכל כפילו״.

והנפק״מ בין רבי יעקב לבין חכמים פירש **במהר״ם** שהוא במקרה שהחומש יותר מהכפל, שלחכמים פטור מחומש ולרבי יעקב אינו נפטר מחומש כיוון שהכפל פחות: ״תוס׳ ד״ה כפילא ארבע וכו׳ וריב״א מפרש דאלשון ברייתא קא פריך וכו׳. ר״ל דריב״א נמי מפרש כמו שפירש רש״י דחומש עולה לו בכפילו ר״ל שמשלם הכפל ובזה נפטר מהחומש ואית ליה נמי דאין בכך כלום אם הכפל ד׳ וחומש זוזא ונפטר בכך מהחומש אלא שהמקשה מלשון הברייתא פריך דמדקתני חומשו עולה לו בכפלו ולא קתני מתוך כפלו משמע שהחומש שוה ככל הכפל לכך פריך ה״ד וכו׳ דהיאך מצינו שהחומש שוה לכפל וק״ל ויש לדקדק לפי סברת התוס׳ וסברת ריב״א דס״ל דאין בכך כלום אם אין הכפל שוה להחומש דבכל ענין נפטר מהחומש לדברי רבי יעקב א״כ מאי איכא בין רבי יעקב וחכמים דבשלמא לרש״י איכא בינייהו כשאין החומש שוה לכפל דלא נפטר מן החומש בכפל אלא צריך לשלם חומש בפני עצמו ולדברי חכמים הוא פטור מן החומש אבל לדברי התוס׳ וריב״א קשה וי״ל דאיכא בינייהו כגון שהחומש הוא יותר מהכפל כגון דמעיקרא שוה ארבע ולבסוף לא שוה כי אם חצי זוז שהכפל שמשלם כדהשתא אינו כי אם חצי זוז והחומש דבתר קרנא שיימינן שמשלם כדמעיקרא הוי החומש זוזא ולפי תירוצא של רבא דמתרץ לעולם דמעיקרא שוה ארבע והשתא נמי שויא ד׳ וכו׳ איכא לאוקמא דאיכא בינייהו שנשבע וחזר ונשבע ה׳ או ו׳ פעמים שהכפל ד׳ והחומש הוא ו׳ לדברי רבי יעקב צריך לשלם הכפל וגם כל מה שהחומש הוא יותר מהכפל צריך להוסיף משום החומש ולדברי חכמים כיון שמשלם כפל הוא פטור מהחומש לגמרי וק״ל״.

ובשיטה מקובצת בשם הר״א מגרמישא מביא נפק״מ האם צריך לפרש שזו נתינה לשם חומש: ״וכתב הר״א מגרמישא ז״ל וזה לשונו: כפילא ארבעה וחומשא זוזא. למאי דהתוספות לא בעי

למימר כרש״י אם כן במאי פליגי רבנן ורבי יעקב. ושמא לרבי יעקב צריך לפרש אני נותן לך בתורת חומש כמו כן. ע״כ״.

פירוש הדבר שלחכמים אין חיוב חומש אם יש כפל, ואילו לרבי יעקב יש חיוב רק הוא נפטר בנתינת חומש ולכן צריך לפרש שזו נתינה בתור חומש.

3. **שיטה מקובצת בשם הראב״ד** שלעולם ישלם את החיוב המרובה: ״אלא כי אמר רב דמעיקרא שויא ארבעה ולבסוף שויא זוזא קרן כעין שגנב. דמשעת גנבה איחייב לקרן תשלומי כפל כשעת העמדה בדין דבי דינא הוא דמחייבי ליה. וחומשו עולה לו בכפלו כלומר אם יגיע חומשו לשיעור כפלו יעלה לו במקום כפלו ולא ישלם לו כפל אבל אם לא יגיע משלם מותר הכפל והיכי דמי שמשלים החומש לשיעור הכפל על כרחך דמעיקרא שויא ארבעה והחומש הולך אחר הקרן והוא זוזא והשתא שויא זוזא והכפל זוזא שמע מינה הכפל כשעת העמדה בדין ואם לא יגיע החומש לשיעור הכפל כגון דמעיקרא שויא תרי זוזי והחומש פלגא דזוזא ולבסוף שויא זוזא והכפל זוזא ישלם חצי זוז לתשלומי כפל גם אם יהיה החומש יותר מהכפל יתן החומש כגון דמעיקרא שויא תמניא והחומש תרין זוזי ולבסוף שויא זוזא והכפל חד זוזא יתן החומש וכן אם הכפל מרובה יתן הכפל כי מי שנתחייב שתי ממונות יתן המרובה ויפטר מן המועט אבל איך יתן המועט ויפטר מן המרובה. כן צריך לומר לדעת רבי יעקב. הראב״ד ז״ל״.

וקשה לכל השיטות, מדוע נימא שאדם שחייב שני חיובים [כפל וחומש] יהיה פטור על ידי תשלום אחד מהם מהשני וכמו שהקשה **בתוספות רי״ד**: ״(ו) וחומשו עולה לו בכפילו. מה שפירש המורה האי עולה דלא משלם לי׳ אינו נראה לי כלל. מפני שנדחק הרבה בפירושו. והנכון בעיני לפרש כך. דר׳ יעקב סבר אף על פי שנותן לו כפילו חייב ליתן לו חומשו. ופעמים שעולה לו בכפילו. כדמפרש היכי דמי ובכ״ף גרסי׳ ולא בבי״ת״. נמצא לדבריו משלם את שני החיובים, וכל שאלת הגמרא שיוצא מרבי יעקב שיש היכי תימצי שהחומש והכפל הם אותו חיוב.

ובברכת אברהם שדין כפרה שונה מדין תשלומין. בתשלומין האדם חייב להפסיד לטובת האדם שמגיע לו התשלומין, ואילו הניזק או נגזל צריך להרוויח סכום זה. אבל בכפרה אין דין כזה, אלא מעשה הנתינה של הכפרה מכפרת. ומכיוון שעצם מעשה הנתינה מכפר לא אכפת לן שבנתינה זו נותן גם מצד דין אחר: ״...והנראה מוכרח זה דבודאי ל״ש כיוצ״ב בשום חיוב ממון, וכל עיקר ענין עולה לו ל״ש אלא בכפרה. והסברא י״ל דיסוד הכפרה אינו מצד דחבירו **מקבל** כסף, ולא הוא **יחסר** כסף החומש, אלא דזה דין מעשה המכפר מה דהגזלן משיב קרן וחומש, ועצם מעשה הנתינה בכחו לכפר. וכיון שכן, י״ל דלא איכפת לן מה דיש גם סיבה אחרת לחייבו כיו״ב, דכיון דאין זה זכות או חובה על הממון, אלא מצד דהגברא טעון כפרה, ומעשה זה הוה כפרה, שוב כל היכא דחייב בלאו הכי כפל על אותו ממון, באופן דהוה חומש הרי מתקיים בזה מה דבעינן לכפרה, ואין צריך כלל שיחול עוד חיוב חומש, כיון דמצד הכפל כבר איכא מעשה המכפר...״.

ואולי יש להוסיף בזה **בדרך אפשר**, שלכן לשיטת רש״י צריך שיהא ניכר שהוא חומש. דהנה עיין **בלקו״ש ט״ז** [כי תישא א] מביא את הסבר **הצפע״נ** מדוע במחצית השקל פוסק הרמב״ם שאינו יכול לתת בשתי נתינות. והוא משום שהוא כפרה, וכפרה הוא על דרך קרבן שאינו לחצאין, והוא שיעור עצמי ולא שיעור מצטרף וכמו שמוכיח מגזל הגר. ואולי כשם שאי אשר לצרף שיעורים הקטנים מהשיעור לכפרה, כך אי אפשר לתת יותר מכשיעור לכפרה, ולכן החומש הוא דווקא חומש ולא נתינה שמעל חומש.

ב

איתא בתוספות: ״אלמא קרן כעין שגנב - תימה אמאי לא דחי כגון דמעיקרא שויא זוזא ולבסוף שויא ד׳ וכפילא זוזא כעין שגנב דלא כרב וחומשא זוזא כשעת העמדה בדין **כדאמר דתברה או שתייה משלם ד׳**...״. ומצינו בזה שני דרכים:

1. **במהרש"א [מהדורה בתרא]** פירש: "תוספות ד"ה אלמא קרן כעין שגנב וכו' וחומשא זוזא בשעת העמדה בדין כדאמר רב תברה או שתייה וכו'. ואף שבברייתא זו נאמר עולה בכפילו ולא נזכר שתברה או שתייה מ"מ גם ברייתא זו אינה איירי בבהמה רק בפקדון כלים או דבר אחר א"כ לוקמי הברייתא ששובר הכלים או כיוצא בו דחייב אשעה זו דשבר הכלים ודו"ק".

והעיר על זה **רבי עקיבא איגר**: "תוד"ה אלמא קרן כעין שגנב וכו' כדאמר דתברא. זהו תמוה, דהיכן נזכר כלל דמיירי בתברא, וסתמא דמתני' משמע אף דלא תברא, גם בזה כיון דהחיוב רק דבשעת תברא הוי כמו דעתה הזיק וגזלן אין משתלם החומש משווי זה כיון דעל שיווי הקרן דעתה אינו מחויב בחומש, אלא על כפירתו בשבועה וחייב לשלם חומש של הקרן מה שמחויב מגזילה ההוא...".

2. **שיטה מקובצת בשם ר"א מגרמישא**: "כתב הר"א מגרמישא ז"ל וז"ל: אלמא קרן כעין שגנב. כתוב בתוספות כדאמרינן דתברה או שתייה וכו'. הקשה מהרא"ל הא לא איירי בטבחו. ויש לומר דהתוספות רצו לומר טעמא דתברה או שתייה דהתם הוי טעמא דברשות בעלים הוכר והכא איירי שהוא בעין אם כן מחזיר כדהשתא. ע"כ".

והוסיף **ברעק"א** על דבריו: "...ובשיטה מקובצת מפרש בקושי' תוס' דהגניבה בעין ושוה ד', וראייתם מתברא דהתם הטעם שברשות בעלים הוקר והכא מיירי שהוא בעין צריך להחזיר כדהשתא. ומוכח עכ"פ מתוס' דבנשבע על הפקדון כשהי' שוה זוז ואח"כ נתיקר אם הוא בעין צריך לשלם חומש כדהשתא".

סימן ח׳

א

איתא בסוגיין [ס״ה ע״ב]: ״אמר רבי אילעא: גנב טלה ונעשה איל, עגל ונעשה שור - נעשה שינוי בידו **וקנאו**, טבח ומכר - שלו הוא טובח, שלו הוא מוכר״. בפשטות הביאור הוא שע״י השינוי קנאו לגמרי. וכ״כ הרמב״ם (גזילה פ״ג הי״ד) והטור והשו״ע (סי׳ שנ״ג ס״א).

אבל **רש״י** פירש נעשה שינוי בידו וקנאו בשינוי ״להא מילתא״ דאם טבח ומכר שלו הוא טובח ומוכר וכו׳ ופטור מדו״ה. ומשמע מלשון רש״י שאינו קונה לגמרי בשינוי, אלא רק לענין שאם טבח ומכר פטור משום דשלו הוא טובח ומוכר.

דפירש **רש״י**: ״נעשה שינוי בידו וקנאו - בשינוי **להא מילתא** דאם טבח ומכר שלו הוא טובח וכו׳ ופטור מד׳ וה׳ אבל קרן וכפל משלם **קרן כי השתא** וכפל כעין שגנב או כשעת העמדה בדין״.

וכן **ברש״י** [לקמן צ״ו ע״ב]: ״נעשה שינוי בידו וקנאו - **לכך** דאם טבח ומכר שלו הוא טובח ושלו הוא מוכר ואין משלם אלא כפל״.

ופירש **מהר״ם מלובלין**: ״רש״י ד״ה נעשה שינוי בידו וכו׳. אבל קרן וכפל משלם קרן כי השתא וכפל כעין שגנב וכו׳. טעמו של רש״י דפירש דקרן משלם כי השתא משום דטובח הוי כאלו תברה בידים או שתיה דמשלם קרן כי השתא כדרבה דלעיל וכפל לפי סברת הברייתא דקתני בה כעין שגנב משלם כעין שגנב ולפי סברת רב משלם כשעת העמדה בדין ולקמן פריך לרב מברייתא זו״.

ובשיטה מקובצת הקשה **רבינו פרץ**, דהרי מכיוון שקנה בשינוי אי איתא בעינא לא הדרא למרה, נמצא שנעשה איל אצל הגנב, ומדוע ישלם קרן כדהשתא: ״נעשה שינוי בידו וקנאו. ופירוש ופטור מארבעה וחמשה אבל כפל וקרן משלם קרן כדהשתא כך פירש בקונטרס. ומה שפירש שמשלם קרן כדהשתא זהו משום דכיון דטבחה הוי כשתיה או תברה. ולא נהירא דטעמא דשתיה או תברה הוי כדפירש בהמפקיד דכיון דאם איתא הדרא למרה בעינא האי שעתא דקא שתיה לה קא גזל לה אבל הכא אי נמי איתא לא הדרה למרה אלא מצי לסלוקיה בדמי משום דנעשה שינוי וקנאו ואם כן ליכא לחיוביה כי אם מההיא שעתא דגזיל לה דהיא שעת גנבה. לכך נראה דלא משלם הקרן אלא בשעה שגנב ולא כי השתא. כן פירש ה״ר ידידיה. תלמידי הר״פ ז״ל״.

ומסביר **הפני יהושע** שיטת רש״י שמחלק בין שינוי בידים לשינוי הבא מאליו: ״בפרש״י בד״ה נעשה שינוי בידו וקנאו בשינוי להא מלתא דאם טבח כו׳ אבל קרן היכא דאשבח משלם כי השתא כו׳ עכ״ל. ולא ידעתי מה ראה רש״י לפרש כן דלכאורה נראה דאפילו קרן נמי לא משלם אלא כעין שגנב ולא דמי לדרבה גבי תברה או שתיה דשאני הכא דקנאו בשינוי וכן משמע להדיא בפרק הגוזל [צ״ו ע״ב] דאמרינן התם כל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה לאתויי הא דרבי אילעא משמע דלענין קרן איירי ועוד משמע דאפילו אי איתא בעיניה לא מהדר ליה אלא משלם דמי כמו בכל דוכתא היכא דקונה בשינוי וכן הוא באמת בהסכמת כל הפוסקים בההיא דשמעתין ואיברא דמלשון רש״י בפרק הגוזל נמי משמע כפירושו כאן אלא דהיא גופא קשיא **ונראה דמשמע לרש״י כיון דבכה״ג שינוי הבא מאליו הוא והגזלן לא שינה בה מידי לא מסתברא שיהא חוטא נשכר ולא דמי לשאר שינוי מעשה שהגזלן גופא עשה השינוי ולשינוי השם נמי אפשר דלא דמי אבל כל זה דוחק...**״.

ועוד יש להעיר, דהנה, איתא **בשולחן ערוך** [חושן משפט הלכות גניבה סימן שנד סעיף ה] פסק **הרמב״ם**: ״גנב כלי, ושברו או פחתו או נשבר או נפחת מאיליו, אין אומרים יתן לבעלים השברים וישלים עליהם, אלא הוא יטול השברים ויתן לבעלים כלי שלם או דמיו... **ואם רצו הבעלים ליטול הכלי השבור וישלם להם הפחת, שומעין להם**״.

וביאר **הב״ח** דהא שיכולים הבעלים ליטול הכלי השבור [דלכאורה קנאו הגנב בשינוי] הוא משום דהוא שינוי דממילא. והקשה על חילוק זה **בקצות החושן** [סימן שנד ס״ק ג] ״(ג) ואם רצו הבעלים. הרב המגיד (פ״ב מגזילה הט״ו) תמה בזה דהא שינוי קונה, וכתב אולי מיירי בששמו עליו ע״ש. והב״ח (סעיף ה׳) כתב דלא משמע הכי אלא משמע בין שמו עליו בין אין שמו עליו. ולכן כתב ז״ל, אבל נראה דליכא הכא קושיא דכבר כתבו תוס׳ אליבא הך דר׳ אלעזר (עשה) במרובה (ב״ק) דף ס״ח (ע״א ד״ה מה טביחה) דטביחה אהני מעשיו דשינוי מעשה קונה, ור׳ אלעזר גופיה סובר בפ״ק דב״ק (יא, א) שמין לגנב ולגזלן אלמא דשינוי מעשה אינו קונה, ותירצו בחד שינוייא דהא דשינוי מעשה לא קני היינו במתה מאליה או בנרגא דאתבר ממילא אבל בידים כגון טביחה קני בשינוי מעשה, והשתא הרמב״ם ס״ל כהך שינוייא שכתבו תוס׳ ולא קשה כלל מה שהקשה הרב המגיד עכ״ל.

וליתיה, דהתוס׳ לא כתבו אלא ליישב דברי ר׳ אלעזר ומשום דר׳ אלעזר הכי ס״ל דשינוי ממילא אינו קונה אבל שינוי בידים קונה, אבל אנן הא קי״ל דשינוי קונה אפילו בשינוי ממילא, ובהדיא כתב הרמב״ם פ״ג מגזילה (ה״ד) גזל בהמה והזקינה מטבע ונסדק משלם כשעת הגזילה ע״ש דהוי שינוי דממילא, והוא פשוט בכולי תלמודא דשינוי קונה לדידן אפילו בשינוי דממילא. ובמרובה דף ס״ו (ע״א) אמר רבה שינוי קונה כו׳, וכתב רש״י ז״ל, שינוי קונה היכא דשני לה בידים עכ״ל. ומשמע דוקא שינוי בידים, וקשה דהא במתניתין (ב״ק צו, ב) תנן גזל בהמה והזקינה משלם כשעת הגזילה, והוא מטעם שינוי קונה כדמוכח בגמ׳ שם, והוא שינוי ממילא וצ״ע״.

נמצא שקשה על רש״י:1. מסברא, דאם קנה בשינוי למה משלם כדהשתא. 2. קושיית הפנ״י שמרבים מכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה מקרה דטלה ונעשה איל, ומשמע דאיירי בקרן – גזילה. 3. קושיית הקצוה״ח מגנב בהמה והזקינה שבגלל השינוי משלם כשעת הגזילה, אפילו שהוא שינוי דממילא.

ב

והנה, יש שתרצו את שיטת רש״י על פי הקדמת חידושו של **הגר״ח** [חידושי ר׳ חיים הלוי הלכות גזלה ואבדה פרק ב הלכה טו], שדין שינוי קונה, והא דאין יכול לומר הרי שלך לפניך, הם ב׳ דינים חלוקים. ואפילו בשינוי קטן שאינו מועיל לקנות גוף החפץ, מ״מ כיון דעכ״פ נשתנה החפץ שוב אין יכול לומר הרי שלך לפניך, כיון דשוב לא מיקרי כאשר גזל. ורק בשינוי גדול קנה את כל הכלי. ובזה מתרץ מה שקשה על הרמב״ם והשו״ע דלעיל, שיכול הבעלים ליטול את שברי הכלי: ״...והנה בב״ק דף צ״ו [ע״ב] תנן גזל בהמה והזקינה עבדים והזקינו וכו׳ גזל מטבע ונסדק פירות והרקיבו יין והחמיץ משלם כשעת הגזילה, מטבע ונפסל תרומה ונטמאת חמץ ועבר עליו הפסח וכו׳ אומר לו הרי שלך לפניך, ובגמ׳ שם מייתי הברייתא דדריש לה מקרא דוהשיב את הגזלה אשר גזל יחזיר כעין שגזל, ועיין לעיל בדף ס״ו דקאמר בגמ׳ שינוי קונה כתיבא והשיב את הגזלה אשר גזל אם כעין שגזל יחזיר ואם לאו דמים בעלמא בעי שלומי, הרי להדיא דהך דינא דהרי שלך לפניך והך דינא דשינוי קונה תרוויהו חד דינא נינהו מקרא דאשר גזל, דאם כעין שגזל לא קנה ויכול לומר הרי שלך לפניך, ואם אינו כעין שגזל קנה ואינו יכול לומר הרי שלך לפניך. אלא דצ״ע, אם זה דאינו יכול לומר הרי שלך לפניך הוא משום דקני בהשינוי, ומשום דקנייה הוא דאינו יכול לומר הרי שלך לפניך. או דנימא דמשום זה גופיה דאינו כעין שגזל משום הכי אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, וכמו דמהני זה דאינו כעין שגזל לקנותו כמו כן מועיל זה גופא דלא הוי כעין שגזל לענין שלא יוכל לומר הרי שלך לפניך. ונראה פשוט דשניהם אמת, דמשום דקנייה אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, וכמבואר לעיל בדף ס״ו דהיכא דקני ביאוש שוב אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, והכי נמי קנין שינוי לא גרע מיאוש, אלא דגם בלאו הך טעמא דקניי׳ ג״כ אינו יכול לומר הרי שלך לפניך משום דלא הוי כעין שגזל, וראיה לזה מהא דפליגי ר״א ור״ח בדף ס״ה בגנב טלה ונעשה איל עגל ונעשה שור אם קנאו בשינוי אם לא, וקשה לר״ח דס״ל דלא הוי שינוי לקנות על ידו מהא דתנן בדף צ״ו ע״ב דגזל בהמה והזקינה משלם כשעת הגזילה, אלא ודאי צ״ל דר״ח ס״ל ג״כ דהבהמה מיהת נשתנית ולא הויא כעין שגזל וע״כ אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, אלא דס״ל

דלא מועיל השינוי כי האי לקנות על ידו, הרי להדיא דאף דלא קנאו בהשינוי מ״מ מועיל השינוי לזה דאינו יכול לומר הרי שלך לפניך.

ובאמת שכן הוא מוכרח גם מצד הסברא, דנראה דכל עיקר הך דינא דבעינן כעין שגזל על דין השבה נאמר, דדוקא אם היא כעין שגזל מיקיימא בה חובת השבה, ובאינה כעין שגזל לא מיקיימא בה שוב בהשבתה חובת השבה ומתחייב בתשלומין, וממילא הוא דהדר דינא דכיון דאינה בדין השבה בזה הוא דנקנית לו הגזילה, וא״כ הרי הא ודאי דכל שאינו כעין שגזל אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, כיון דלא מיקיימא ביה דין השבה. והא דתלי לה בגמ׳ הך דינא דהרי שלך לפניך בדין שינוי קונה, היינו משום דלמ״ד שינוי אינו קונה לא צריכינן כלל בהשבת גזילה שתהא כעין שגזל ושפיר מיקיימא מצות השבה ויכול לומר הרי שלך לפניך ג״כ. וגם דהרי עיקר הדין דשינוי אחד הוא דלא הוי כעין שגזל, ורק דמתחלק לתרי נפקא מינה, חדא לענין לקנות את הגזילה, ועוד שאינו יכול לומר הרי שלך לפניך, אבל תרווייהו הרי הויין חד דינא דשינוי, וע״כ אם שינוי אינו קונה א״כ הא ליכא דין שינוי כלל בגזילה, וממילא דיכול לומר הרי שלך לפניך ג״כ, ולא איכפת לן כלל מה דנשתנית הגזילה כיון דליכא דין שינוי כלל בגזילה, משא״כ למ״ד שינוי קונה ובעינן בהשבת גזילה כעין שגזל, ואיכא דין שינוי בגזילה, וע״כ היכא דנשתנית אינו יכול לומר הרי שלך לפניך גם משום זה גופא דלא הויא כעין שגזל, ולא צריכינן לטעמא דהואיל וכבר קנה.

ואשר על כן נראה, דבאמת הא כל שבר וכל היזק ניכר הוי שינוי, אלא דלא חשוב שינוי בכל החפץ, והחפץ עוד חשוב כשהיה, וא״כ כל זה הוא רק לענין קנין, דלענין לקנות את הגזילה בעינן שיחול השינוי על כל החפץ, ולא מהני מה דהוי שינוי במקומו, משא״כ לענין הרי שלך לפניך, דזהו דין בחיובא דגזלן, דכיון דאינו כעין שגזל אינו יוצא בו ידי השבה ואינו יכול לומר הרי שלך לפניך, בזה לא צריכינן כלל שיחול השינוי על כל החפץ, וכל דהוי שינוי במקומו שוב לא הוי כעין שגזל. ואף בשבר קטן שוב אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, וגם דלא שייך שיעורא רק לענין לקנותו, דבזה חלוק דשבר קטן אינו מועיל לקנותו ושבר גדול מועיל לקנותו, משא״כ לענין הרי שלך לפניך כל דלא הוי כעין שגזל שוב אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, ולא שייך ביה שיעורא כלל, ובכל גווני אינו יכול לומר הרי שלך לפניך. ולפי זה הרי ניחא דעת הרמב״ם דהכל תלוי בבעלים אם רצו נוטלין השברים וישלם הפחת ואם רצו צריך לשלם הכל כמו שגזל, דהרמב״ם איירי בגוונא דנשבר ועוד לא נשתנית כל הגזילה לגמרי שיהא חשוב על ידי זה שינוי לקנות, וכמש״כ הרב המגיד, ונמצא דהגזילה עדיין של הנגזל, ומ״מ אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, כיון דהוי מיהא שינוי במקומו, וע״כ הכל תלוי ביד הבעלים...״.

ויש להעיר שיסוד זה מוכח גם מדברי **אדמוה״ז** בהסבר שיטת הרמב״ם:

הרמב״ם כותב [הלכות חמץ ומצה פ״ו ה״ז]: ״אין אדם יוצא ידי חובתו באכילת מצה שהיא אסורה לו, כגון...שגזלה״. והקשה **רעק״א,** שהרי על ידי לעיסה נעשה שינוי וקנה את המצה.

ובחידושי **הגרי״ז** על הרמב״ם [הלכות גזילה ואבידה ע׳ 133] יישב על פי חידוש אביו: ״...בחיוב השבה הגזילה כעין שגזל יש שני דינים: א. על ידי דין שינוי נחשב כמו חפץ אחר, ומכח זה אינו בכלל כעין שגזל, ובזה אין חילוק אם נשתנה לגריעותא או להיפך, אלא כל שנשתנה, הרי הוא כמו חפץ אחר ואינו בכלל כעין שגזל. ב. דין שני בכעין שגזל תלוי בדין היזק, שמחמת ההיזק שבחפץ הרי אינו כעין שגזל, וזה שייך בעיקר בשינוי לגריעותא, שלא נשתנה עצם מציאות הדבר אלא רק שאינו כעין שגזל.

ולכן אם רצו הבעלים ליטול הכלי שבור וישלם להם הפחת- שומעים להם, כי כל השינוי הוא לא בעצם החפץ שנשתנה מציאותו, אלא רק דין היזק שאינו כעין שגזל, ולכן הדין הוא שרק אינו יכול לומר לו הרי שלך לפניך, מצד שאינו כעין שגזל, אבל אם הנגזל ירצה לקחת החפץ, יכול לקחת אפילו בעל כרחו, כי עדיין לא קנה אותו, שאין כאן שינוי בעצם מציאות החפץ, אלא רק הדין היזק בחפץ מצד שינוי לגריעותא...

בלעיסת המצה נעשה שינוי לגריעותא, שכן המצה נמאסת בלעיסתה, לכן למרות שהגזלן עשה שינוי במצה הוא לא קנה אותה, ואם הנגזל היה פוגשו ומבקש ממנו להשיב את המצה היה חייב להביא לו אותה כפי שהיא מאוסה לפני שבלע אותה".

והעיר לו **הגה"ח אברהם הערש ע"ה הכהן** [מובא בר' אברהם הערש ע' 128-129, **ובהערות וביאורים אהלי תורה גליון תתלט מהרב משה שי' הבלין** משמו – ושם מחלק בין שינוי בידים לשינוי דממילא] שהסבר זה כבר נמצא **בשולחן ערוך אדמוה"ז** [אורח חיים סימן תנד] וקלסיה **הגרי"ז**, "דכשומעים דבר טוב, נמצא כבר באדמוה"ז, שלשונו לשון הרמב"ם". דכתב אדמוה"ז: "ט. אין אדם יוצא ידי חובתו אלא במצה שלו שנאמר... אלא אם כן נתנו לו במתנה שאז נעשה שלו ממש אבל אם (אכל מצה של חבירו שלא מדעתו ואין צריך לומר אם) גזלה מחבירו ואכלה לא יצא **שהרי אם בא הנגזל לתבוע אותו ממנו חייב להחזירה לו ואינו יכול לפטור את עצמו בדמים בעל כרחו של הנגזל נמצאת שאינה שלו**:

י. במה דברים אמורים כשגזל מצה אבל אם גזל קמח ועשאה מצה ואכלה יצא שהרי אם בא הנגזל לתבוע את המצה אינו חייב ליתנה לו אלא משלם לו דמי קמחו ונפטר ממנו ואף על פי שהמצה נעשית מקמחו מכל מקום כבר **קנה הגזלן את הגזילה על ידי שינוי מעשה שעשה בה דהיינו שעשה מקמח פת ועל ידי כן נעשית כשלו ממש ודמים בלבד הוא שחייב להנגזל** לפיכך יוצא בו ידי חובתו".

היינו כנ"ל, שלעיסת מצה אינו נחשב לשינוי שקונה [כמו בגזל קמח ועשה מצה] אלא גריעותא במצה ואינו יכול לומר הרי שלך לפניך **בעל כרחו** של הנגזל, דאם ירצה הנגזל במצה הלעוסה אין הגזלן יכול לפטור עצמו בעל כרחו דנגזל בדמים, אמנם מצד שני גם לא יוכל הגזלן לומר הרי שלך לפניך. אבל בשינוי גמור הרי קנה ממש את הגזילה ודמים בעלמא בעי לשלומי.

ג

והדרן לסוגיין, שעל פי חידוש זה של הגר"ח יש שרצו ליישב את שיטת רש"י כאן, דבטלה ונעשה איל לא הוי שינוי לקנות גוף החפץ, אבל מ"מ מהני השינוי לענין דלא מיקרי כאשר גזל, וכיון שאינו כעין שגזל אין מקיים בו חובת השבה, ואין יכול לומר הרי שלך לפניך. וזהו ביאור דברי הגמ' בדף צ"ו דבטלה ונעשה איל משלם כשעת הגזילה, ואף על פי שלא קנה בשינוי מ"מ אין יכול לומר הרי שלך לפניך.

אבל לענין חיוב דו"ה אין תלוי אם קנה גוף הבהמה או לא, דלחיוב דו"ה לא סגי שטבח את הבהמה של הבעלים, אלא צריך שיעשה טביחה בבהמה שהוא מחוייב עליה בהשבה, שגדר החיוב הוא דכיון שמחויב בהשבה וטבחה וביטל את ההשבה חייבתו התורה בדו"ה. ובטלה ונעשה איל נראה שאין חיוב השבה כלל, דכיון דלא מיקרי כאשר גזל לענין שאין יכול לומר הרי שלך לפניך, כמו"כ אין עליו חיוב השבה. ואף על פי שלא זכה בגוף החפץ, והנגנב יכול להוציאו מידו בב"ד, מ"מ אין עליו מצות וחובת והשיב את הגזילה. [ונפק"מ לענין שאין הגנב חייב לטרוח ולהשיב הגניבה לידו, אלא שהבעלים יכול להוציאו מידו]. וכיון דליכא חיוב השבה אינו חייב דו"ה על הטביחה אף על פי שלא קנה גוף הבהמה. ולפ"ז הא דקאמר ר' אילעא נעשה שינוי בידו "וקנאו", אין הכוונה שקנאו לגמרי, אלא שקנאו לענין שאין עליו חיוב השבה וממילא פטור מדו"ה.

ובזה מתורצות הקושיות דלעיל, אמנם הקשה על זה **בחידושי ר' נחום**: "...ובדרך זו יש ליישב קושית הקצוה"ח על שיטת רש"י, די"ל דאף דס"ל לרש"י דשינוי דממילא אינו קונה, היינו רק לענין הדין קנין, דבזה ס"ל לרש"י דאינו קונה רק בשינוי בידים, אבל לענין הרש"ל גם רש"י מודה דבשינוי דממילא א"י לומר הרש"ל הואיל ול"ה כעין שגזל ולא מיפטר בהשבת הגזילה, ומש"ה שפיר אמרי' דבגזל בהמה והזקינה אם ירצו הבעלים משלם הגזלן כשעת הגזילה, וכמו שביאר הגר"ח לדעת ר' חנינא. וכמו"כ ניחא מה שהקשינו מהא דגזל פרה מעוברת וילדה משלם דמי פרה העומדת לילד, די"ל דאע"ג דלא קני מ"מ א"י לומר הרש"ל ומשלם כשעת הגזילה.

ולפי״ז מבארים העולם את שי׳ רש״י בסוגיין, דמש״כ רש״י דלר׳ אילעא בטלה ונעשה איל ל״ה שינוי לקנות ואעפ״כ אהני השינוי לפוטרו מדו״ה, כונתו דלחיוב טביחה ומכירה לא סגי בזה שהגנב טבח או מכר את הגניבה דהבעלים, אלא בעי׳ שיטבח את הגניבה שמחויב עליה בהשבה, דכיון שמחויב בהשבה וטבחה וביטל את ההשבה חייבתו התורה דו״ה, אבל היכא דאף קודם שטבח או מכר ליכא חיובא דהשבה, אינו מתחייב דו״ה בטבח ומכר אף על גב שלא קנה הגנב את הגניבה, ומש״ה בטלה ונעשה איל דאינו כעין שגזל וליכא חיובא דהשבה פטור מדו״ה.

וכמו״כ א״ש קושית הפנ״י מהסוגיא בדצ״ו דמייתי לה אמתני׳ דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה ואף על גב דהתם איירי לענין דמשלם כשעת הגזילה ולא לענין טו״מ, דלהמתבאר עיקר היסוד דשלו הוא טובח ושלו הוא מוכר הוא דל״ה כעין שגזל, וממילא יש בזה נפק״מ גם לענין גזילה דאע״ג שלא קנה מ״מ אם רצו הבעלים לתבעו דמים א״י לומר הרש״ל, ולכך מייתי׳ לה אמתני׳ דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה.

אמנם נראה דא״א לפרש כן בדעת רש״י מכמה טעמים, דמלבד דל״מ הכי מלשון הגמ׳ נעשה שינוי בידו ו׳קנאו׳ טבח ומכר ׳שלו׳ הוא טובח ׳שלו׳ הוא מוכר, עוד יל״ע דלדרך זו דבטלה ונעשה איל לר״א ל״ה שינוי גמור לקנות אלא רק דלא הוי כעין שגזל ולא מיפטר בהשבה, נמצא דלר׳ חנינא דפליג אדר׳ אילעא אי״ז שינוי כלל וחשיב כעין שגזל גם לענין דיכול לומר הרש״ל, ודלא כהגר״ח, ולפי״ז הדרא קושית הגר״ח לדוכתא האיך יפרש ר״ח למתני׳ דבהמה והזקינה משלם כשעת הגזילה ואינו יכול לומר הרש״ל...״.

ד

והנה, **קושיית הגר״ח** על רבי חנינא מהא שגזל בהמה והזקינה, בשו״ת אחיעזר [חלק ג סימן פב אות א] יישב באופן אחר: ״...ולפי״ז יקשה לר״ח דפליג על ר׳ אילעי בגנב טלה ונעשה איל וסובר דאין זה שינוי ממתני׳ דב״ק צ״ו גזל בהמה והזקינה משלם כשעת הגזילה והא לר״ח אין זה שינוי, ויהי׳ מוכרח מזה דאע״פ דלא קני מ״מ משלם כשעת הגזילה. אולם י״ל בזה עפמש״כ שם התוס׳ רי״ד בד״ה לאתויי הא דר׳ אילעי וז״ל ומבהמה והזקינה ליכא למילף דזקנה הוי שינוי גמור דלא ילדה ולא עבדה מלאכה אבל טלה ונעשה איל הו״א אין זה שינוי דדמי לקטן ונעשה גדול ולאיל בן י״ג חדשים ונעשה בן שתים ובן שלש דלא הוי שינוי קמ״ל עכ״ל, ולפי״ז י״ל דר״ח שפיר מחלק בין הזקינה לטלה ונעשה איל...״.

ואולי יש ליישב עד״ז קושיית הקצוה״ח על רש״י, שיש חילוק בין שני סוגי השינוי דממילא. בטלה ונעשה איל הרי התווסף באיל בפועל מה שהיה בכח אצל הטלה, ושינוי זה היה ממילא ולכן לא קנה. אלא ששינוי זה פוטר הטובח מד׳ וה׳ כיוון שלא טבח את מה שגנב. אבל בגנב בהמה והזקינה הרי זה שינוי יותר גדול שמגרע ממה שהיה בשעת הגזילה, דהוכחשה כחה ואינה עובדת, ואין שינוי זה ״בכח״ בהתפתחות הבהמה, אלא אדרבא הרי נפחת ממנה [אע״פ שכמובן אזלא ממילא בטבע הבהמה].

ואם כן שוב י״ל בדעת רש״י שבזה פליגי ר״א ור״ח. תרווייהו סברי שאין זה שינוי גמור בכדי שיהיה קניין לגמרי, כיוון ששינוי זה היה בכח בטלה, ולא דמי לבהמה והזקינה וכנ״ל. אלא דר״א ס״ל שעכ״פ הוי שינוי מסויים שאינו יכול לומר הרי שלך לפניך ולכן אינו חייב בד׳ וה׳ וכהסבר הגר״ח דלעיל, ואילו ר״ח ס״ל שאפילו לעניין הרי שלך לפניך אין זה שינוי וחייב בד׳ וה׳, כיוון ששינוי זה הוא בכח בטלה.

סימן ט׳

א

״איתיביה רבי חנינא לר׳ אילעא: גנב טלה ונעשה איל, עגל ונעשה שור - משלם תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה כעין שגנב; ואי ס״ד קנייה בשינוי, אמאי משלם? שלו הוא טובח, שלו הוא מוכר! אמר ליה: ואלא מאי? שינוי לא קני, אמאי משלם כעין שגנב? לשלם כי השתא! אמר ליה: כי השתא היינו טעמא דלא משלם, משום דא״ל: תורא גנבי ממך? דיכרא גנבי ממך? א״ל: רחמנא ניצלן מהאי דעתא! אמר ליה: אדרבה, רחמנא ניצלן מדעתא דידך! ... מ״מ קשיא! א״ר ששת: הא מני? ב״ש היא, דאמרי: שינוי במקומו עומדת ולא קני״.

נמצא שר״א ור״ח פליגי אי שינוי כה״ג של טלה ונעשה איל האם קני. וצלה״ב: 1. קושיית ר״א לר״ח ״ואלא מאי שינוי לא קני אמאי משלם כעין שגנב לשלם כי השתא״, מה כוונת השאלה ואיך מפרש את הברייתא? 2. האם ר״א חולק על סברת ר״ח אטו תורא גנבי ממך? 3. מהי המסקנא, האם קיי״ל כסברא זו?

ושני דרכים בביאור הסוגיא, שיטת **הרשב״א** ושיטת **ר״פ**, ובמסקנת הסוגיא גם דעת שלשית של **הרא״ש ברי״ף**:

1. אמר ליה ואלא מאי שינוי לא קני אמאי משלם כעין שגנב לשלם כי השתא - **הראב״ד והרשב״א** ביארו דכוונת ר׳ אילעא להוכיח דע״כ הך ברייתא משבשתא היא, דאף לר׳ חנינא תקשי מדוע משלם כעין שגנב. וכיון דמשבשתא היא לא תיקשי לדידיה מהא דקתני בברייתא דמשלם תשלומי דו״ה.

חידושי הרשב״א: ״מ״מ קשיא. כלומר לר׳ אילעא. קשיא לי ומאי קא מקשה מינה לר׳ אילעא דהא לדידיה משבשתא היא וכדאמר ליה לר׳ חנינא אלא מאי לא קנה א״ה לשלם כי השתא כלומר דמשבשתא היא, ונ״ל דאנן דקי״ל כר׳ אילעא מדקתני כל הגזלנין וכו׳ הוא דאמרי׳ הכי כלומר אנן דקי״ל כרבי אילעא קשיא ברייתא דלא משבשינן לה, ואוקימנא כבית שמאי דאמר שנוי במקומו עומד״.

וכן **בשיטה מקובצת בשם הראב״ד**: ״אמר ליה רחמנא ליצלן וכו׳. כלומר הא משבשתא היא דמאי אמרת תורא גנבי מינך לאו טעמא הוא מכל מקום קשיא וכו׳ לרבי אלעאי דאי הוי שינוי אמאי משלם ארבעה וחמשה ואין לנו לשבש ברייתא מסברא ועל כרחך הא דרבי חנינא דאמר וכו׳ טעמא וכו׳ וקשיא לרבי אלעאי. הא מני בית שמאי וכו׳. מיהו כדמעיקרא משלם משום דאמר ליה תורא גנבי מינך וכו׳. הראב״ד ז״ל״.

כלומר דקושיית ר״א לר״ח ״ואלא מאי שינוי לא קני אמאי משלם כעין שגנב לשלם כי השתא״ היא להוכיח שברייתא זו היא משבשתא, דאם שינוי לא קני מדוע משלם כדמעיקרא.

ועל תשובת ר״ח אטו תורא גנבי מינך וכו׳ עונה ר״א רחמנא ליצלן מהאי דעתא, כלומר שלא קיבל את הסברא של אטו תורא גנבי מינך, ונשאר בדעתו שהברייתא משבשתא. נמצא שר״א ור״ח פליגי בסברא של אטו תורה גנבי מינך.

ואם כן, קושיית הגמרא מ״מ קשיא היא לא לר״א, דהרי לשיטתו ברייתא משבשתא היא. אלא הקושיא היא לדידן דלא משבשינן הברייתא ולאידך ס״ל כר״א, אזי קשיא הברייתא.

ומתרצים דהא מני ב״ש היא, דשינוי לא קני. והא דמשלם כדמעיקרא הוא משום הסברא של אטו תורא גנבי מינך, ודלא כר״א שחולק על זה.

אמנם **רש״י** לא ס״ל כך, מדפירש שמ״מ קושיא היא לר״א, ואילו אי ר״א ס״ל שהברייתא משבשתא אין מה להקשות ממנה. וכן מפירושו לקמן שפירש שגם ר״א וגם ר״ח ס״ל כעין שגנב, ובפשטות הוא מכח הברייתא. ולכן נראה לשיטתו בפרט זה כמו ר״פ דלקמן.

ב

2. **ר״פ** פירש: ״ואי אמרת שינוי קונה אמאי משלם וכו׳. תימה היכי מצי למימר רבי חנינא דשינוי לא קני הא בהדיא אמרי (ב״ה) [ב״ח] קונה. וי״ל דרבי חנינא לא חשיב ליה שינוי טלה ונעשה איל כיון דממילא הוא אבל שינוי בעלמא מודה דקני ליה כדלקמן והכי קאמר ואי אמרת דשינוי כהאי גוונא קני משום דאמר ליה תורא גנבי מינך וכו׳ אמר ליה רחמנא ליצלן מהאי דעתא דסבירא ליה לרבי אלעאי אף על גב שנשתנה מכעין שגנב בעי לשלומי כי השתא כיון דשינוי לא קני. וא״ת והא קתני בהדיא ברייתא דלעיל דשמנה והכחישה משלם כעין שגנב ולא כי השתא ואף על גב דלא קני ליה מדמשלם ארבעה וחמשה וטעמא הוי משום דנשתנית גוף הגנבה כדפרישינן לעיל. ויש לומר דשמא ההיא דלעיל חשיב ליה שינוי טפי גבי הך סברא דמיבעי ליה לשלומי כעין שגנב מהאי שינוי דהכא לפי דברי המקשה דלא הוה חשיב ליה שינוי לקנותו. שיטה. ע״כ לשון תלמידי הר״פ ז״ל.

הא מני בית שמאי היא דאמר שינוי במקומו עומד. וא״ת אכתי תיקשי לרבי אלעאי מאי קושיא דכיון דלא קני ליה לישלם כי השתא דהא לא סבר רבי אלעאי הך סברא דתורא גנבי מינך דיכרי גנבי מינך כדאיתא לעיל דאמר ליה רחמנא ליצלן מהאי דעתא. וי״ל דדוקא לעיל לא הוי סברי האי סברא לפי דברי המקשה שהיה אומר ואפילו למאן דאמר שינוי קונה לא חשיב האי שינוי כדפירשתי לעיל. ולכך הוה סבירא ליה לרבי אלעאי דכיון דלא חשיבת ליה שינוי כלל אם כן לישלם כי השתא דלא שייך למימר תורא גנבי מינך אבל השתא דשפיר חשיב שינוי גמור אלא דאתיא כב״ש דאמרי שינוי במקומו עומד דלא קני ליה שום שינוי בעולם הילכך שייך למימר תורא גנבי מינך: תלמידי הר״פ ז״ל״.

דהיינו, דר׳ אילעא עצמו סובר דאין קושיא מהברייתא, דבאמת טלה ונעשה איל חשיב שינוי אלא הברייתא אזלא כבית שמאי דשינוי אינו קונה. והקשה לר׳ חנינא שהוכיח מהברייתא דטלה ונעשה איל לא חשיב שינוי, א״כ אמאי משלם כעין שגנב. דלא שייך למימר אטו תורא גנבי מינך וכו׳ אם לא חשיב כלל שינוי. אלא מוכח דחשיב שינוי גמור, וזהו הטעם דמשלם כעין שגנב משום דא״ל אטו תורא גנבי מינך, והא דקתני בברייתא דמשלם תשלומי דו״ה היינו משום דהברייתא אזלא כבית שמאי דאפילו שינוי גמור אינו קונה, אבל עכ״פ כיון דחשיב דנשתנה גוף הבהמה אמרי׳ אטו תורא גנבי מינך וכו׳ אף על פי שאינו קונה בשינוי.

אבל ר׳ חנינא סובר דטלה ונעשה איל לא חשיב שינוי כלל, ומ״מ אמרינן אטו תורא גנבי מינך. וע״ז אמר לו ר׳ אילעא רחמנא ניצלן מהאי דעתא. וא״כ נחלקו האם הסברא דאטו תורא גנבי מינך שייכא דוקא במקום דחשיב שינוי בגוף הבהמה. [אבל לשיטת הראב״ד והרשב״א ר׳ אילעא פליג לגמרי על הסברא דאטו תורא גנבי מינך, ולכן ס״ל דע״כ הך ברייתא משבשתא היא].

נמצא, דלרשב״א סברת אטו תורי גנבי מינך היא לפי ר״ח דווקא ופליג ר״א על זה ואנן קיי״ל שאומרים סברא זו. ולכן פירש לעיל [ע״א] אנא מפטימנא לאו דווקא, אלא גם בהשמינה מאליה משלם ד׳ וה׳ כדמעיקרא, משון הסברא של אטו תורא גנבי מינך. **חדושי הרשב״א**: ״הא דאמרינן דא״ל אנא מפטמנא ואת שקלת, פי׳ מפטמנא מלתא בעלמא הוא דקאמר, דלאו דוקא כשפטמה הוא הא נתפטמה ממילא שקיל, דהא א״ל אטו שמנה גזלי מינך וכדאמרינן לקמן בטלה ונעשה איל דא״ל אטו תורא גזלי מינך ודכרא גזלי מינך, וכחושה והשמינה דקתני בברייתא לא השמינה הוא קתני אלא כשהשמינה מעצמה קתני אבל ביוקרא לא שייך למימר יוקרא גזלי מינך דיוקרא לא נתחדש בגופה של בהמה״.

ואילו **לר״פ** סברת אטו תורא גנבי מינך היא לכו״ע, אלא שפליגי ר״א ור״ח האם אמרינן סברא זו דווקא אם היה שינוי, או אפילו בלא שינוי. והמסקנא דאמרינן סברת אטו תורא גנבי מינך גם אם אין זה נחשב לשינוי, וכמו שפירש **ר״פ** לעיל [ע״א]: ״מה לי קטלה כולה מה לי קטלה פלגא. פירש הקונטרס דהכחשה התחלה דטביחה היא. וקשה לר״י דלא שייכא הכחשה לטביחה וכו׳. לכן נראה למ״ר מה לי קטלה כולה וכו׳ כלומר כי היכי דבקטלה לא משלם לפי דמים דהשתא לפי שנשתנית משעת הגנבה כמו כן בקטלה פלגא דהיינו בהכחשה לא משלם כדהשתא דכיון שנשתנית גוף הגנבה דמשעת הגנבה בעי לשלומי כעין שגנב ולא כדהשתא כיון דבענין שהיא השתא לא גנבה ממנו. ואף על גב דמחייב ארבעה וחמשה אטביחה גם לאחר שינוי זה דלא חשיב שינוי זה לקנותה לומר שלו הוא טובח וכו׳ ואכתי שם הראשון עליה גם לאחר הכחשה שקורין אותה פרה כבתחילה ושינוי גמור נמי לא הוי מכל מקום לענין שלומי לא משלם כי השתא כיון דאיכא שינוי כלל בגוף הגנבה. וכהאי גוונא אמרינן לקמן גבי טלה ונעשה איל דקאמר היינו טעמא דלא משלם כי השתא משום דאמר ליה תורא גנבי מינך דיכרא גנבי מינך בתמיה אף על גב דבעי למימר דלא חשיב ליה שינוי לקנותם להפטר אטביחה ואמכירה הכא נמי שייך למימר כחושה גנבי מינך כי קאמר רב ביוקרא וזולא...״.

ג

3. ואילו **הרא״ש** [סימן ב] מפרש **בדעת הרי״ף** דפליגי ר״א ור״ח בסברת אטו תורא גנבי מינך, ומסקינן כר״א ולכן לא אמרינן סברא זו. ומשלם בטלה ונעשה איל כפל דווקא ולא ד׳ וה׳ כר״א, ומשלם כפל כדמעיקרא משום דקנייה בשינוי. ובפיטום דממילא משלם כדהשתא, דלית ליה סברת אטו תורא גנבי מינך: ״...וכחושה והשמינה בין לענין קרן בין לענין כפל ארבע וחמשה משלם כעין שגנב דאמר ליה אנא מפטמינא ואת שקלת. וכן שמינה והכחישה משלם כעין שגנב דמה לי קטלא כולה ומה לי קטלא פלגא ובנתפטמה ממילא כתבו בתוספות דלענין כפל ארבעה וחמשה נמי משלם כעין שגנב משום דאמר ליה שמינה גנבי מינך. והביאו ראיה מר׳ חנינא דאמר לקמן בשמעתין (ע״ב) דאמר ליה תורא גנבי מינך אף על גב דלא חשיב ליה שינוי ואם כן הוא הדין נמי פיטום דממילא. ורב אלפס כתב דדווקא כחושה והשמינה משלם כפל ד׳ וה׳ כעין שגנב משום דאמר ליה אנא מפטמינא ואת שקלת. וסברא דידיה משום דקיימא לן הלכה כר׳ אילעאי דאמר גנב טלה ונעשה איל עגל ונעשה שור נעשה שינוי בידו וקנאו. טבח ומכר שלו הוא טובח ושלו הוא מוכר דתנן כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה ואמרינן כל לאיתויי מאי לאיתויי הא דרבי אילעאי וכו׳. וכיון דהלכה כרבי אילעאי ליתא להא דרבי חנינא דאמר תורא גנבי מינך. והא דמשלם תשלומי כפל כעין שגנב משום דקנייה בשינוי. אבל פיטום דממילא משלם כדהשתא והכי מסתבר...״.

וברבי עקיבא איגר ביאר דבריו במה שפירש שמשלם כפל כדמעיקרא משום דקני בשינוי. והוא על דרך ר״פ דלעיל, אלא דפסק כר״א: ״גמרא א״ל ואלא מאי שינוי ל״ק לשלם כי השתא. לכאורה משמע דבעי להוכיח דהברייתא משבשתא, לפ״ז ק׳ אמאי אמרי׳ עלה מ״מ קשיא הא לר׳ אלעי באמת הברייתא משבשתא. ומדברי הרא״ש למדתי תירוץ נכון, דלכאורה דברי הרא״ש תמוהים בישוב דברי הרי״ף דס״ל דוקא אנא מפטימנא אבל בשבח דממילא כדהשתא דקיי״ל כר׳ אילעא דשינוי קונה ולא אמרי׳ תורא גנבא וכו׳, ומה דמשלם (כדהשתא) [כדמעיקרא] משום דשינוי קונה, ומה״ט אמרי׳ ג״כ טלאים כדמעיקרא. והוא תמוה, דאיך שייך הטעם דשינוי קונה דא״כ אינו משלם כלל ד׳ וה׳ דשלו הוא טובח והברייתא ע״כ כב״ש דשינוי אינו קונה, ומוכח ממה דאינו משלם כדהשתא משום דתורא גנבא וה״נ לדידן בפטומא. ולזה צ״ל דאף דשינוי אינו קונה מ״מ כיון דמקרי שינוי מועיל עכ״פ לענין זה לומר אטו תורא גנבא ממך כיון דהוא ענין אחר מהגניבה, ומ״ש הרא״ש דקני׳ בשינוי הוא לאו דוקא אלא דהוי כמו קנין לענין זה דאינו משלם כדהשתא, אבל היכא דליכא שינוי כלל דהיינו בפטימא מאיליה לא אמרינן בי׳ אטו תורא גנבא ממך. אלא דלר״ח דפליג על ר׳ אילעא דאף למ״ד שינוי קונה מ״מ טלה ונעשה איל לא הוי שינוי, מוכח דאפי׳

בלא שינוי אמרי׳ אטו תורא, וה״נ בפטומא ממילא, ולזה כתב הרא״ש דאנן קיי״ל כר׳ אילעא דהוי שינוי מש״ה אמרינן גביה אטו תורא, והוא ברור ומוכרח בכוונת הרא״ש בעזה״י.

ולפ״ז הויכוח של ר׳ אילעא ור״ח הכי הוא דלא אמרי׳ כלל דהברייתא משבשתא אלא דר׳ אילעא א״ל לר״ח אלא מאי דשינוי זה לא הוי כלל שינוי, דשבח דגופיה לא הוי שינוי דממילא שבח ואזיל, לשלם כדהשתא. אע״כ דהוי שינוי אלא דהברייתא סברא כב״ש דשינוי אינו קונה מש״ה אמרינן ביה אטו תורא גנבא, וכיון דמוכח דהוי שינוי ממילא לדידן דקי״ל שינוי קונה קנאה לגמרי. ור״ח השיב לו, דאף דלא הוי שינוי אמרינן ביה אטו תורא, ור׳ אילעא א״ל רחמנא ליצלן מהאי דעתא, היינו דבודאי בליכא שינוי לא שייך לומר אטו תורא, והן הן דברי הש״ס מ״מ קשיא. היינו היאך פירש ר׳ אילעא הברייתא, ומשני דמוקי לה כב״ש דשינוי אינו קונה ומ״מ כיון דהוי שינוי אמרינן ביה אטו תורא, ודוק״.

ד

״מתקיף לה רבי זירא וניקנינהו בשינוי השם״. הנה, **בתוס׳ ר״פ** דלעיל פירש את טעם ר״ח שלא קנה בטלה ונעשה איל משום שהוא שינוי דממילא, ולכאורה רק שינוי בידים קונה. ואם כן קשה שלפי דבריו גם שינוי השם לא יועיל כיוון שהוא ממילא.

ובים של שלמה [מסכת בבא קמא פרק ז סימן ה] חילק בין שינוי מעשה דממילא לבין שינוי השם דממילא, אמנם לא ביאר את החילוק: ״ע״כ ר׳ אילעא ור׳ חנינא בשינוי מעשה חולקים. דמתחילה היה קטן, ועכשיו נעשה גדול. ואין לך מחוסר מעשה גדול מזה. ורבי חנינא סובר, שינוי מעשה דממילא לא קני. אם לא דעבד הגזלן מעשה בידים... וזה דעת ר׳ חנינא. ועל זה פריך שפיר, וליקנינהו בשינוי השם. כלומר, אף דפליג ר׳ חנינא אשינוי מעשה דממילא. מ״מ אשינוי שם מי פליג, ומשני כו׳״.

ואולי יש לבאר החילוק, דהנה זה ששינוי הגוף דממילא לא הוי שינוי, הביאור בזה הוא מכיוון ששינוי זה היה כלול בגוף הבהמה. היינו שהגוף הקטן של הטלה כולל בתוכו בכח את ההתפתחות להיות איל. ולכן אין זה נחשב לשינוי. אבל שינוי השם, אע״פ שכבר בקטנותו של הטלה היה ידוע שבגדלותו ייקרא איל, שינוי זה לא היה כלול בגוף הבהמה, שהרי שם הוא עניין הסכמי מה שבני אדם קוראים לו בשם זה. וכיוון שלא היה כלול בגופו השם החדש, [אע״פ שהיה צפוי השינוי], מודה ר״ח דהוי שינוי.

ועל זה משיב רבא שאין כאן שינוי השם כיוון שאיל בן יומו קרוי איל וכו׳. אמנם, **הרא״ש** [סימן ב] הביא לדינא שנחשב לשינוי: ״ושינוי השם מעליא כגון טלה ונעשה איל עגל ונעשה שור קנה מדאורייתא״.

וכך פסק **בשולחן ערוך** [חושן משפט הלכות גניבה סימן שנג סעיף א]: ״נשתנה שם הגניבה ביד הגנב, כגון שגנב טלה ונעשה איל; עגל ונעשה שור, קנאה בשינוי השם, ואין להחזיר אלא דמיה ומשלם כמו שהיתה שוה בשעת הגניבה״.

וביאר **הש״ך** [חושן משפט סימן שנג ס״ק א] דבכל מקום הולכין אחר לשון בנ״א, והרי עינינו רואות שאין קורין לבן יומו איל או שור, ובגמ׳ נמי משמע הכי דאל״כ לא הוי מתקיף ר׳ זירא כולי האי ולקנינהו בשינוי השם, ומשמע דפשיטא ליה דאין קורין שור ואיל רק לגדולים, ורבא תירץ דכיון דבקרא אשכחנא דשור בן יומו קרוי שור, י״ל דבזמן ר׳ אילעא נמי הוו קורין כן, אבל ודאי השתא אין קורין כן, וא״כ הוי שינוי השם: ״(א) כגון שגנב טלה ונעשה איל כו׳. מהרש״ל פרק מרובה תמה ע״ז דבש״ס פ׳ מרובה מסיק להדיא דאע״ג דשנוי השם חשוב קונה מ״מ טלה ונעשה איל לא הוי שינוי שם דאיל בן יומו קרוי איל כדכתיב את אילי צאנך לא אכלתי וכן עגל ונעשה שור לא הוי שינוי שם דשור בן יומו קרוי שור כדכתיב שור או כשב כו׳ כי יולד אלא דטלה ונעשה איל עגל ונעשה שור קונה משום שינוי מעשה ע״כ דבריו ע״ש שהאריך ולפע״ד דברי הרא״ש והטור (וכ״פ רבי ירוחם נל״א ח״ג וח״ד) והמחבר נכונים דודאי בכ״מ הולכים אחר ל׳ בני אדם

אפי׳ לקולא והכא הרי עינינו רואות שאין קורין לבן יומו איל או שור ובש״ס שם נמי משמע הכי דאל״כ לא הוי מתקיף ר׳ זירא כולי האי וליקנינהו בשינוי השם משמע דפשיט׳ ליה דאין קורין שור ואיל רק לגדולים ורבא הכי קמשני שור בן יומו אשכחן דקרי שור כדכתיב שור או כשב כו׳ ואיל בן יומו אשכחן דקרי איל כדכתי׳ אילי צאנך גו׳ וכיון דאשכחן בקרא הכי א״כ י״ל דבזמן ר׳ אילעאי נמי הוי קורין כן אבל ודאי השתא אין קורין כן וא״כ הוי שינוי שם״.

ובמרומי שדה ביאר סברת הש״ך בישוב סוגיין באופן אחר: ״שם. שור בן יומו קרוי שור כו׳. הטור והשו״ע פסקו דהוי שינוי השם, וכ״כ הש״ך דאזלינן בתר לישנא דעלמא, והברייתא הוי לשון העולם כל״ת. והנה מש״כ דאזלינן בתר לישנא דעלמא, יש ראיה מסוכה דף ל״א א׳, מעיקרא נמי לאסא הושענא קרי ליה. אבל הישוב מסוגיין אינו נראה. אלא הישוב של הגמ׳ נראה דאינו אלא לר״ח, אבל אנן קיי״ל כר״א, והברייתא אתי כב״ש דס״ל כל שינוי אינו קונה אפילו תחילה חיטי והשתא קמח״. היינו שחולקים ר״א ור״ח האם בעינן בשינוי השם שינוי גמור גם בלשון תורה או לא.

סימן י׳

א

איתא בסוגיין [סה ע״ב]: ״א״ר ששת: הא מני? ב״ש היא, דאמרי: שינוי במקומו עומדת ולא קני; דתניא: נתן לה באתננה חיטין ועשאן סולת, זיתים ועשאן שמן, ענבים ועשאן יין, תני חדא: אסור, ותני חדא: מותר; ואמר רב יוסף, תני גוריון דמאספורק: ב״ש אוסרין, ובית הלל מתירין״.

תוס׳ מקשים מדוע בעינן ב׳ פסוקים לזה ששינוי קונה, הם ולא שינוייהם, ואשר גזל כעין שגזל יחזיר. ותירץ שאם היה חד קרא הוי מוקמינן בשינוי שאינו חוזר. ומהפסוק הב׳ לומדים שגם שינוי החוזר לברייתו קני [לכמה אמוראים]: ״הן ולא שינוייהם - תימה דבסמוך נפקא ליה לרבה דשינוי קונה מקרא אחרינא דכתיב אשר גזל כעין שגזל יחזיר...״.

וצלה״ב:

1. **רבי עקיבא אייגר** [לקמן סו ע״ב] מוכיח מרש״י שחולק על תוס׳ ולא מוקי קרא בשינוי החוזר לברייתו אלא בשינוי גמור. היינו, שלשיטת התוס׳ מקרא דאשר גזל ילפינן שינוי החוזר, אבל שינוי שאינו חוזר א״צ ללמוד מקרא דאשר גזל. אבל רש״י בדף צ״ג ע״ב (ד״ה וכ״ש) כתב דהא דשינוי שאינו חוזר קונה הוא מדכתיב אשר גזל. ואם כן, מה יענה רש״י על קושיית תוס׳ למה צריכים ב׳ קראי: ״תוס׳ ד״ה מי איכא למ״ד וכו׳ ... דשינוי החוזר לברייתו קני מדאורייתא, וכל זה לפי יסודם בד״ה הן ולא שינוייהם דס״ל לרבה דשינוי החוזר לברייתו ג״כ דאורייתא, אולם לפירש״י לקמן ר״פ הגוזל [דף צ״ג ב] ד״ה וכ״ש שינוי דאורייתא וכו׳ וכ״ש עצים ושיפן וכו׳ אם כעין שגזל כו׳ עיין שם, הרי מדנקט רש״י לאביי דרשא דרבה ע״כ לא ס״ל כהתוס׳ דאביי ורבה פליגי אהדדי...״

2. קושיית **הפני יהושע**, דכתב דאין כוונת התוס׳ להקשות דכיון דכתיב אשר גזל מדוע צריך קרא לגבי אתנן, דהרי צריך קרא דלא נימא שאני גבוה דמימאיס. אלא עיקר כוונתם להקשות דאחרי דכתיב קרא לגבי אתנן, מדוע צריך קרא בגזילה. דכיון דאפילו לגבוה מהני שינוי כ״ש להדיוט.

וכתב שלכאורה יש ליישב קושית התוס׳, דאע״ג דשמעינן מאתנן דע״י שינוי חשיב כגוף אחר, עדיין לא הוי ידעינן מסברא שהגזלן קונה הגזילה ע״י שינוי, דמהיכ״ת שיוכל לקנות ממונו של חבירו שלא מדעתו, דהא בכל קניני ממון בעינן דעת מקנה. לכן צריך קרא דאשר גזל דגזיה״כ הוא שאם נשתנה החפץ אינו צריך להשיבו בעין.

פני יהושע: ״בד״ה הם ולא שינוייהם. תימה דבסמוך נפקא ליה לרבה כו׳ דכתיב אשר גזל כו׳ עכ״ל. כוונתם דיש להקשות דאשר גזל למה לי ותיפוק לי מהם דכיון דלגבוה מהני שינוי מכ״ש להדיוט אבל איפכא ליכא להקשות דהם למה לי דסד״א שאני לגבוה דמימאס ועוד דהם איצטריך למעט ולדותיהן דתרווייהו שמעית מיניה דפשטא דקרא הכי משמע כדאיתא בסמוך וכן מאי דמשני ר״י דלרבה צריכי תרי קראי דאי לאו אלא חד קרא לא הוי מוקמינן לשינוי החוזר דהיינו דאי לא הוי כתיב אלא קרא דהם אפ״ה לא הוי מוקמינן לשינוי החוזר מפשטא דקרא דכיון שזה השינוי חוזר לקדמותו לא שייך למעוטי מהם וק״ל ועיין מה שאכתוב בסמוך. אמנם לענ״ד אין דבריהם מוכרחים דבלאו הכי איצטריך קרא דאשר גזל דנהי דילפינן מהם ולא שינוייהם דשינוי הוי כגוף אחר אפ״ה לא הוי ידעינן מסברא כלל למימר שהגזלן יקנה בגזילה ע״י שינוי בלא דעת הנגזל ויגזול כל שבחו בעל כרחו של הנגזל דהא בכל קניני ממון בעינן דעת אחרת מקנה ועוד הא אמרינן בעלמא בפשיטות [לעיל ל״ד ע״ב] היכי מצינן מזיק נשכר שזה נשכר ומכ״ש גזלן גמור דגרע ממזיק לכך איצטריך קרא דאשר גזל דגזירת הכתוב הוא להיכא דנשתני מכעין שגזל אין צריך להחזיר״.

אך מדברי התוס׳ מבואר שנקטו דאחרי דידעינן מאתנן דע״י שינוי חשיב כגוף אחר, פשיטא מסברא שהגזלן קונה הגזילה ע״י השינוי. וצריך ביאור הטעם בזה כמו שהקשה הפני יהושע, דאף דחשיב כחפץ אחר מ״מ מנלן שקונה החפץ בלא דעת הבעלים.

ב

וי״ל בהקדים יסוד גדר שינוי קני בגזילה. דלכאורה יש לבאר בפשטות דמקרא דאשר גזל ילפינן גם עצם הדבר שקונה בשינוי, דדרשינן אם כעין שגזל יחזיר ואם לאו דמים בעלמא בעי לשלומי, ומשמעות הדרשה מן הפסוק היא שאם אינו כעין שגזל לא רק שאין בו חיוב השבה אלא שיכול להניח הגזילה בידו.

אמנם, ידוע ביאור **האחרונים** ז״ל שהתורה חידשה דין קניני גזילה, דהיינו שהגזלן קונה את הגזילה ע״י משיכה או הגבהה או חצר וכדו׳ לענין שמתחייב באונסין. ובאמת היה ראוי שיקנה הגזלן את הגזילה לגמרי מכח הך קנין גזילה, אלא הטעם שאינו קונה מפני שמוטל עליו מצות והשיב את הגזילה. אבל ע״י שינוי פקע ממנו חיוב השבה, וכיון שאין עליו חיוב השבה ממילא נקנית לו הגזילה מחמת קניני הגזילה שעשה משעה ראשונה.

קובץ שעורים [בבא קמא אות יד]: ״יד) [דף סו ע״א] בהא דילפינן דשינוי קונה מקרא דאשר גזל, לכאורה קשה, דמקרא לא ידעינן אלא דאינו חייב להחזיר לאחר שנשתנה, וגם אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, אבל אכתי מנא ידעינן דנקנה להגזלן ע״י שינוי, וצ״ל דהא בהא תליא, דכיון דפקע דין השבה ממילא הוא קנוי להגזלן מגזילה הראשונה... ומשו״ה בשינוי, כיון שנפטר מחיוב השבה ממילא נעשית שלו ע״י מעשה הגזילה הראשונה, ואין להקשות, איך יקנה לאחר שנשתנית ע״י המשיכה הראשונה, דהא אפילו במוכר מדעת ואומר ללוקח משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר ל׳ יום לא קנה, רק היכא דקיימא בחצירו, ומאי עדיפותא לקנות בגזילה לאחר זמן, היכא דמונחת ברה״ר, יותר ממקח מדעת בעלים, י״ל דהתם חלות הקנין הוא לאחר זמן ולא מהני משום דכלתה קנינו, אבל בגזילה חלות הקנין הוא לאלתר, אלא דחיוב השבה הוא דבר המפקיע קנינו בכל רגע, וכיון דנפקע חיוב השבה ע״י שינוי ממילא נשארת שלו דמיד בשעת הגזילה נעשית שלו על הזמן שלאחר פטור השבה, וזה דומה למוכר גופא מהיום ופירי לאחר ל׳ דהשדה נעשית שלו מיד, על הזמן שלאחר ל׳ ובכה״ג לא אמרינן כלתה קנינו״.

וכ״כ **בתרומת הכרי** (סי׳ רצ״ב בהג״ה א׳): ״...דענין קנין הגזלן היינו שבשעת הגזילה אז נקנה החפץ להגזלן קנין גמור אלא דאח״כ תיכף ומיד חל עליו חיוב השבה לבעלים שהטילה עליו התורה ולכך באם נתבטל חיוב השבה על ידי שינוי הרי הוא קנוי לגזלן ממילא למפרע ונתחזק קנינו...״. **והנתה״מ** ז״ל בס׳ **נחלת יעקב** (תמורה דף ה׳) כתב: ״...דכו״ע ס״ל דיש קצת קנין להגזלן בגזילה, דהא בעינן קנין כמ״ש רש״י בב״מ דף מ״א, והא דחייביה רחמנא להחזיר גזילה בעין משום דכתיב והשיב את הגזילה, וגילה רחמנא דלא ליקני גוף הגזילה וכו׳, וכיון שנשתנה שוב נתבטל שם גזילה מיניה ואינו בכלל והשיב את הגזילה...״.

ולקמן יבואר ביתר הרחבה, וכן דעת רבותינו נשיאנו בזה בע״ה.

ג

והנה, **תוספות** פירשו: ״הא מני בית שמאי היא - האי שנויא ליתא לרבא דאית ליה בריש הגוזל קמא (לקמן דף צד.) דוקא לגבוה אסרי ב״ש משום דאמאיס וא״ת היכי מדמה ליה דמה ענין אתנן אצל שינוי וי״ל דקסבר דאי שינוי קונה א״כ ראוי הוא להתיר שינוי באתנן דחשיב כאחר ואין זה אותו שבא לידה בתורת אתנן וממאיס נמי לא מאיס״.

דהיינו, התוס׳ הביאו דלקמן בדף צ״ג ע״ב אמר אביי דבית שמאי סברי שינוי במקומו עומד, ורבא דחה דיתכן דב״ש סברי שינוי קונה בגזילה, ודוקא לגבי אתנן לא מהני שינוי משום דאימאיס לגבוה. ורב ששת בסוגיין סובר כאביי דלית ליה טעמא דאימאיס. וכן נקט רב פפא (בדף ס״ח ע״א) דבית שמאי סברי דשינוי אינו קונה. וצריך ביאור במאי פליגי, ומדוע לא סברי הנך אמוראי כרבא דאין הוכחה מאתנן לגזל. והתוס׳ כתבו דאי שינוי קונה א״כ ראוי הוא להתיר שינוי באתנן **דחשיב כאחר** ואין זה אותו שבא לידה בתורת אתנן, ״וממאיס נמי לא מאיס״. כלומר דרב ששת

פשיטא ליה מסברא דאי חשיב כאחר ולא זהו שבא ליד האשה ממילא חפץ זה לא ממאיס כלל, וראוי אף לגבוה. אבל רבא סובר דאע״ג דחשיב כאחר מ״מ עדיין ממאיס לגבוה.

ואם כן י״ל שביאור שיטת התוס׳ הוא כביאור האחרונים דלעיל, שאין השינוי קניין ממש אלא מפקיע את חיוב ההשבה וממילא קנה. ואם כן, כיוון שהתוס׳ ס״ל שגדר הלימוד מאתנן הוא שהוא חשוב אחר ואין זה אותו שבא לידה בתורת אתנן, ואם כן גם לגבי גזילה הרי זה נחשב לחפץ אחר ואין זה אותו חפץ שגזל, ואם כן נפקע מחפץ זה חיוב השבה. ולכן מדמה אתנן לגזל. ואם כן שפיר הקשה תוס׳ שאין צורך בשני פסוקים, כיוון שמאחר שכבר ידעינן שהוא חפץ חדש הרי נפקע חיוב השבה ולכן קונה. ושפיר מתורצת קושיית הפנ״י.

אמנם, שיטת רש״י [לקמן סו ע״א] ששינוי קונה רק אם הוא שינוי בידיים. ומשמע ששינוי הוא קניין, דאם כמו ביאור האחרונים, הרי עיקר העניין הוא שהחפץ השתנה ואינו אותו חפץ, ומדוע נזקקים לשינוי בידיים דווקא. ומכאן שס״ל שהשינוי הוא בגדר קניין. ולכן אי אפשר ללמוד קניין גזילה מאתנן, כקושיית הפנ״י, ושפיר צריכים לרש״י שני פסוקים. וזה שהגמרא מקשרת את שתי הדעות, היינו שב״ה שדורשים ששינוי מתיר אתנן, יסבור גם ששינוי קונה בגזילה. וב״ש שלא דורש באתנן לא דורש את הפסוק גם בגזילה.

ד

בגהש״ס הביא **מהיראים** סימן רצ״ג שביאר את דמיון הגמ׳ לאתנן באופ״א: ״פי׳ נתן לה חטים באתננה ואמר לה כשאבא אליך יהיו לך באתננך ולא חל איסור אתנן עד שיבא עליה ועשאתן סולת קודם ביאה ומאחר דקננהי בשינוי לא נתחייבה כי אם דמים ובשעת ביאה נתחייבה לו דמים ולא חייל איסור אתנן על הדמים כדתנן נתן לה כספים הרי אלו מותרין כך נראה לי פירוש עיקר. אף על גב דהם ולא שינוייהם ולא ולדותיהם אין פירושם שוה אין בכך כלום. והמפרש ועשאן סולת לאחר שחל עליהם איסור אתנן לא יתכן טעם דשינוי קונה, וכי בשביל שקנאם בשינוי יהיו מותרים או אסורים איני יכול ליישב הטעם אל לבי, לכן נראה פירוש הראשון נכון״.

והיינו דהיראים מפרש דאיירי שנתן לה החטים ע״מ שתקנה אותם בשעת ביאה ועד שעת הביאה הוו עדיין שלו, והיא שינתה אותם ועשאתן סולת קודם הביאה, ולמ״ד שינוי קונה נתחייבה עי״ז דמים, ובשעת הביאה הוי הדמים באתננה ומש״ה אינן נאסרים דלא חל איסור אתנן על הדמים, ולמ״ד שינוי אינו קונה לא נתחייבה דמים ובשעת ביאה הוי החטים באתננה וחל עלייהו איסורא. ובפשוטו כוונתו דהב״ע שהאשה נתכוונה לגזול את החיטים, ולכך למ״ד שינוי קונה נתחייבה דמים ע״י השינוי והשינוי עצמו חשיב כגזילה, וכיון דקנתה החטים בקנין שינוי דגזילה נתחייבה דמים כשאר גזלן, ולמ״ד שינוי אינו קונה לא נתחייבה דמים כשאר כל גזלן שאינו קונה בשינוי ואומר לו הש״ל. ונמצא לפי״ז דפלוגתת ב״ש וב״ה גבי אתנן לא הוי פלוגתא בדיני אתנן אם אהני השינוי להתיר או לא, אלא בדין שינוי דגזילה, והוי זה ממש דומיא דשינוי דגזילה בסוגיין, ורק דנפק״מ מזה לענין איסור אתנן דאם נתחייבה דמים אינן נאסרין אח״כ בשעת הביאה.

ה

בתוס׳ ד״ה הם: משמע הכא דטפי מסתבר לאסור חיטים ועשאן סולת יותר מולדותיהן ותימה דבפ׳ כל הצלמים וכו׳ - ביאור דברי התוס׳, דבגמ׳ שם מבואר דיש שינוי לנעבד והמשתחוה לחיטים ועשאן קמח מותר. ומקשה הגמ׳ מהא דבהמה מעוברת שנרבעה הולד אסור למזבח, והרי הלידה הויא שינוי, (ואיסור נרבע דומה לאיסור נעבד), ומשני דהלידה אינה שינוי משום דמעיקרא בהמה והשתא בהמה, אבל חיטים ועשאן קמח הוי שינוי. והקשו התוס׳ דהכא לגבי אתנן מבואר להיפך, דאליבא דב״ש חיטים ועשאן קמח אסורין, וולד אתנן מותר. ולכאו׳ ביאור הקושיא דאע״ג דהתם אזלינן לב״ה דשינוי מהני, והכא אזלי׳ לב״ש דסברי דשינוי לא מהני כלל באתנן, ולגבי ולד אין הטעם דמותר משום שינוי אלא מגזיה״כ דהם ולא ולדותיהם, מ״מ הקשו התוס׳ דמבואר מדברי ב״ש לגבי אתנן דיותר מסתבר להעמיד המיעוט דהם דאתא למעט ולדותיהם ולא למעט

שינוייהם, והתם חזינן להיפך דחיטים ועשאן קמח מותר יותר מולד. ותירצו התוס׳ דיש סברא לחלק ביניהם, דלגבי אתנן הולד מותר מפני שאין דעת של האשה על הולד, אבל לגבי נרבע גם הולד אסור משום דהיא וולדה נרבעו.

ובאהל תורה כתב, דאולי יש לבאר דהתוס׳ בקושיתם נקטו דהא דולד אתנן מותר לב״ש היינו משום דנשתנה, וס״ל דהוי שינוי טפי מחיטים ועשאן קמח, ומשו״ה מודים ב״ש דשינוי מועיל והולד מותר, ולכן הקשו התוס׳ דהתם מוכח איפכא דלידה לא חשיבא שינוי כמו חיטים ועשאן קמח. ותירצו דהא דולד אתנן מותר אינו משום שינוי, אלא דמעיקרא לא נאסר הולד, דעיקר דעת האשה על הפרה ולא על הולד, משא״כ לגבי נרבע דגם הולד נאסר משום דהיא וולדה נרבעו, והלידה לא הוי שינוי להתירו.

סימן י״א

א

״אמר רבא טלאים כדמעיקרא דמים כשל עכשיו״ שיטת **רש״י** שתלוי באיזה אופן משלם. אם משלם טלאים, משלם כשעת הגניבה משום דטלה גנב טלה משלם. ואם משלם דמים כדהשתא: ״טלאים כדמעיקרא - כלומר בא לשלם טלאים כדמעיקרא סגי דטלה גנב וטלה משלם״. בפשטות זו סברא בעלמא [ולא מכח פסוק] שאם משלם טלאים משלם כשעת הגניבה משום שהוא כאילו מחזיר הטלה הנגנב עצמו כפול ד׳ או ה׳. אמנם, אע״פ שבלשון הגמרא נראה כפירושו, בסברא צ״ע איך להסבירו, וכדלקמן מתוס׳ רי״ד.

בר״פ מסביר את רש״י מכח פסוק שנזכרים בו שור בשעת הגניבה: ״פירש הקונטרס בא לשלם טלאים משלם כדמעיקרא טלה גנב טלה משלם וסברא הוא דכיון דהשור והבקר נזכרים בפסוק יש לנו לילך בתר שעת הגנבה כדדרשינן לקמן גנב שור שוה מנה לא ישלם תחתיו חמשה נגידים שנאמר תחתיו פירוש שוין לגופו של שור שגנב שנזכר בפסוק דאף על גב דעל שעת הטביחה בא חיוב ארבעה וחמשה מכל מקום שעת הגנבה נמי גרם לו שאם אין גנבה אין טביחה ואין מכירה אבל אם בא לשלם דמים משלם כשל עכשיו לפי שכל עיקרם תלויה בשומת בית דין ותרי טעמי נינהו גם אינם נזכרים בפסוק ואם כן סברא הוא דמוקמינן בהו דרשא דאחייה לקרן כעין שגנב דמשמע דוקא הקרן ולא ארבעה וחמשה כעין שגנב אלא כשעת העמדה בדין כך יש לפרש לפי שיטת הקונטרס״.

ובתוספות רי״ד הקשה על רש״י: ״(ח) אמר רבא טלאים כמעיקרא דמי׳ כשל עכשיו. פירש המורה בא לשלם טלאי׳ כדמעיקרא סגי דטלה גנב וטלאים משלם. משמע מתוך פירושו שאם רוצה לשלם דמים משלם דמי חמשה שורים וארבעה אילים ואינו יכול להיפטר בדמי טלאים ועגלים. וזה הדין אינו נראה בעיני כלל. ואין הדעת מקבלתו שבטלאים יכול לפטור עצמו. ואם רוצה לשלם דמים נאמר לו תן לו דמי אילים. והלא יכול לקנות מן הדמים טלאים. ולמה לא יפטר בדמי טלאים. והנכון בעיני...״. [ומבאר שם ביאור חדש]. וצ״ע כיצד ליישב שיטת רש״י.

ובחידושי ר׳ נחום הסביר שיטתו: ״נז) אמר רבא טלאים כדמעיקרא דמים כשל עכשיו, ופרש״י כלומר בא לשלם טלאים כדמעיקרא סגי דטלה גנב וטלה משלם. וביאור סברת החילוק בזה נראה עפמשנ״ת לעיל דיסוד הדין דכפל ודו״ה כשעת העמדה בדין הוא משום דחיוב השבת הגניבה היכא דאיתא בעינא הוא כמו שהגניבה עתה. ולפי״ז צ״ל דיסוד החילוק בין טלאים לדמים הוא בהשבה עצמה, דכל מ״ש רב דדייני׳ להחיוב השבה כפי מה שהגניבה שוה עתה הוא רק לענין השוויות, דבזה אמרי׳ דגם היוקרא שנתייקרה לאחר הגניבה נכללת בחיוב השבה, אבל כשבאנו לדון מהו חפץ הגניבה דייני׳ להגניבה כמו שהיתה בשעת הגניבה, דכיון דהוי חפץ אחר אמרי׳ דטלה גנב ולא איל. וס״ל לרש״י דהיכא דבא לשלם חפץ הוי התשלום ע״י החפץ עצמו שמשלם חפץ תמורת חפץ, וצריכים לדון מהו חפץ הגניבה, ומש״ה סגי בהשבת טלה, דדייני׳ לחפץ הגניבה כמו שהיה בשעת הגניבה, וזהו מש״כ רש״י דטלה גנב וטלה משלם, דכיון דמשלם טלה הוי התשלום ע״י החפץ עצמו שמשלם טלה תחת טלה [ויש להביא רמז לזה מדברי הגמ׳ לקמן סז, ב דאיתא שם יכול גנב שור שוה מנה ישלם תחתיו נגידין ת״ל תחתיו, ומבואר דהתשלום הוי במה שמשלם שור תחת שור ואינו תלוי בשוויות]. משא״כ היכא דבא לשלם דמים דמשלם השויות של הגניבה, וצריכים לדון מהו שויות הגניבה, משלם כדהשתא דדייני׳ לשויות הגניבה כמו שהיא עתה בשעת העמדה בדין [ואף על גב דשויות הגניבה נשתנתה ע״י שנוסף על חפץ הגניבה, דמחמת שנעשה איל הוא דשוה יותר, מ״מ משלם כמו השויות עתה בשעת העמדה בדין, דכיון דלא הוי שינוי והוי אכתי אותו חפץ של הגניבה, אף על גב דאי דיינינן על החפץ לא חשבינן דמה שנוסף עתה הוי הגניבה, מ״מ אי דיינינן על השויות אמרי׳ דמה שהוקר חפץ זה הוי הגניבה]. וביוקרא וזולא לעולם משלם כשעת העמדה בדין, דכשמשלם חפץ נמי הוי כשעת העמדה בדין כיון דהחפץ לא נשתנה״.

ובשעורי ר׳ אליהו ברוך (פינקל) ביאר על פי היסוד שלהחזיר את החפץ בעצמו זו ההשבה באופן מעולה: ״[ב] ונראה בדעת רש״י, דהנה כבר נתבאר בסוגיא לעיל (י, ב), דעיקר חיוב תשלומי נזיקין הוא דין תשלום של ׳שור תחת השור׳ וכלישנא דקרא (שמות כא, לו), ויש בזה נפק״מ לדינא, דאם משלם בשור הוי תשלום לכתחילה אפילו כשיש לו כסף, [ועדיף משאר שוה כסף דהוא פחות מכסף].

ומעתה נראה דהוא הדין בגניבה, דכיון דגנב וגזלן הוו מכ״ד אבות נזיקין (וכדלעיל ד, ב), הרי יסוד חיובם נמי משום לתא דתשלומי נזיקין הוא, והיינו שצריך להשלים שור תחת השור. וביותר נראה, דגם תשלומי כפל חשיבי תשלום נזיקין, דהא תשלומי כפל ודו״ה נמי הוו בכלל כ״ד אבות נזיקין (כמבואר שם), וכן מבואר ברמב״ם (פ״א מהל׳ גניבה ה״ד) דיסוד חיוב תשלומי כפל הוא שמפסיד כשיעור שביקש לחסר את חבירו, ומשו״ה אף בתשלומי כפל שייך הדין דשור תחת השור.

וזהו מה שכתב רש״י ד׳טלה גנב טלה משלם׳, והיינו דמאחר שענין התשלום בגנב הוא להשלים שור תחת השור על דרך תשלומי נזיקין, א״כ כל שמשלם את הדבר עצמו שגנב וחיסר מחבירו, הרי קיים בזה חיוב תשלומי כפל באופן המעולה, ומשו״ה אמרינן דבא לשלם טלאים משלם כדמעיקרא, משא״כ כשבא לשלם בדמים או בשאר שוה כסף, הרי באופן זה אינו משלים את החפץ עצמו שחיסר מחבירו, ובזה אמרינן דשומת הדמים נקבעת כפי שעת העמדה בדין.

[ג] ויש להוסיף בזה עוד סברא, דהנה יסוד תשלומי כפל הוא הכפלה של הקרן, ולפי״ז י״ל דמאחר דיסוד חיוב תשלומי קרן הוא להשיב את מה שגנב, הרי הוא הדין תשלומי כפל ביסודם הוא חיוב להכפיל את מה שגנב, ומשו״ה במקום שהוא בא לשלם את הכפל בטלאים הרי הוא מקיים בזה דין והשיב, ולכך משלם כדמעיקרא, [ואף שאין זה הטלה עצמו שגנב, מ״מ הוי קצת קיום של והשיב דסו״ס טלה גנב טלה משלם], משא״כ במקום שהוא משלם דמים הרי אף על פי שחייב לשלם את הקרן כעין שגנב, אבל מ״מ אינו מקיים בזה דין והשיב כלפי החפץ בעין כלל, ומשו״ה כשמשלם את הכפל בדמים חייב לשלם כשעת העמדה בדין״.

ב

שיטת **ר״י בתוס׳** שבשינוי הגוף כגון כחושה ונתפטמה או איפכא משלם כפל וד׳ וה׳ כדמעיקרא, משום אטו שמינה גנבי ממך וכו׳. ואם השינוי הוא בדמים משלם כשעת העמדה בדין שהיא שעת שומת ב״ד.

ובקובץ שעורים [בבא קמא אות כג] העיר על דבריו במקרה של שמינה וכחשה ממילא: ״כג) [דף סו ע״א] בא״ד. דו״ה כדמעיקרא וכו׳ ואף על פי שעל שעת טביחה בא חיוב דו״ה, מכל מקום כמו כן שעת גניבה גרמה לו וכו׳. וקשה דהתינח בכחושה ונתפטמה דא״ל אטו שמינה גנבי מינך, ואם אין גניבה אין טביחה, ולא חשבינן את הטביחה לגניבה חדשה, כיון דא״א לצרף את הגניבה הראשונה שהיתה בכחושה, אבל איפכא בשמינה והכחישה שהטביחה היתה בכחושה, למה ישלם דו״ה בעד שמינה, ומשמע מזה דע״י טביחה מתחייב דו״ה על מעשה הגניבה הראשונה וצ״ע״.

ובברכת אברהם תמה עליו וביאר באופן אחר: ״...וראיתי בקוב״ש שעמד בזה באות כ״ג וכתב דמשמע מזה דע״י טביחה מתחייב ד׳ וה׳ על מעשה הגניבה הראשונה וצ״ע ע״כ. ותמוה מאד לומר כן דטביחה אינו אלא תנאי בעלמא הא ודאי דו״ה קנס הוא על טביחה ומכירה וההיא שעתא קא מיחייב ובודאי לא נשתעבד כלל קודם טו״מ. וגם לשון החוס׳ אינו כן, שלא כתבו ששעת גניבה מחייב אלא שכמו כן שעת גניבה גרמה לו, אבל בודאי עיקר חיוב על שעת טו״מ.

והנראה בזה עפ״י מה דמבואר לקמן ס״ז ע״ב דמפני מה אמרה תורה טו״מ משלם דו״ה מפני שנשתרש בחטא וכו ע״ש. ולזה נתכוונו החוס׳ דחטא גניבה וטביחה ביחד מחייבים דו״ה, וכמו עבירה גדולה שנעשית ע״י ב׳ פעולות והכל ביחד הוא מעשה העבירה המחייבת, וכמו שאם באמצע מעשה הטביחה ישתנה הבהמה יש להבין שלעולם נדון לפי התחלת מעשה הטביחה,

דבשור כזה נעשה טביחה, ה״ה י״ל שנלך בתר שעת גניבה כי זה תחילת חטא זה המחייבו דו״ה דנחשב שבשור פלוני נעשה מעשה גניבה וטו״מ והכל תלוי בהתחלה שבשוורים כאלה נעשה החטא המחייב ודוק״.

ג

כתבו **התוספות**: ״...נראה לר״י דה״פ דלענין טלה ונעשה איל או כחושה ונתפטמה או איפכא לשלם כפל נמי וכן ד׳ וה׳ כדמעיקרא **כמו קרן**...״.

והנה, מה שכתב שמשלם כדמעיקרא כמו קרן, יש לדון על איזה מקרה קאי. דאם קאי רק על מה שסמוך לו, היינו ״או איפכא״, הרי זה מובן בפשטות, דהרי שמינה והוכחשה ודאי שמשלם קרן שמינה כשעת הגניבה. אמנם, הפנ״י ועוד אחרונים הבינו דקאי גם על מה שלפניו, כחושה ונתפטמה, ועל זה קשה, דהרי הטו״מ הוי כתברה או שתיה, וצ״ל כדהשתא. ואכן הרא״ש ורש״י לעיל [ס״ה ע״ב] ס״ל שישלם קרן כדהשתא משום תברה או שתיה.

ובפנ״י מחלק בין תברה או שתיה ביוקרא [שע״ז דיבר רבה] שמשלם כדהשתא, לבין שינוי בגוף הבהמה לשבח, שהשבח של הפיטום שייך לגנב, ולכן אינו משלם הקרן כשעת הטביחה, כיוון שהשבח ששחט שייך לגנב ולא לבעלים: ״בא״ד משלם כפל נמי וכן ד׳ וה׳ כדמעיקרא כמו קרן עכ״ל. משמע להדיא מפי׳ ר״י דקרן נמי משלם כדמעיקרא בטלה ונעשה איל דלא כפרש״י לעיל בד״ה נעשה שינוי בידו ואפילו למ״ד דשינוי כי האי לא קנה מ״מ משלם כדמעיקרא משום דאומר לו דכרא גנבי ממך דהו״ל **כמו כל שבח שע״ג גזילה דהוי דגזלן** דהכי קי״ל כמו שכתבתי בסמוך״.

אמנם, **באמרי משה** [סימן לב אות כא] העיר עליו שמתוס׳ לא משמע שהשבח לגנב, דאל״כ מאי קשיא לו: ״...ועיין בלשון התוס׳ הנ״ל בד״ה טלאים במ״ש ואף על פי שעל שעת טביחה בא דו״ה כ״כ שעת גנבה גרמה כו׳ דמתבאר להדיא דס״ל דמה שנתגדלה וכן בנתפטמה מאלי׳ שייך להנגזל״. ועיי״ש מה שהסביר.

ובשעורי ר׳ אליהו ברוך (פינקל) ביאר: ״...ובביאור הגר״א (סי׳ שנ״ד סק״ח ליקוט) הוכיח מזה, דהתוס׳ סברי דכל מה דבתברה או שתייה משלם ד׳ הוא דוקא ביוקרא, אבל בהושבח אינו משלם ד׳ אפילו בתברה או שתייה...

ולכך נראה לבאר הטעם בדרכו של הגר״א, לפי מה שיסד הגר״ח דיסוד החיוב בתברה או שתייה הוא משום דהוי גניבה אריכתא, ובזה סברי התוס׳ דגניבה אריכתא לא שייכא אלא במקום יוקרא וזולא, אבל בכחושה והשמינה אין זה אותה הגניבה שגנב מתחילה, ולא שייך לומר שהטביחה היא המשך הגניבה הראשונה, ומשו״ה אינו חייב מדין תברה או שתייה.

ד

בתוספות כתבו ״...ור״ת מפרש... דלהחמיר על ד׳ וה׳ לא אמר רב״. והביאור בזה, שלשיטת התוס׳ לעיל הסברא הפשוטה היא לשלם כשעת הגניבה, אלא שרב למד מהפסוק שדוקא קרן כעין שגנב ולא דו״ה. ומוסיף ר״ת שכל החידוש של כפל דו״ה כדהשתא הוא רק אם הוא לקולא. ואם כן במקרה שהשתא הוא לחומרא צ״ל כשעת הגניבה.

ולר״ת לא קי״ל לדינא סברת ר״ח אטו תורא גנבי ממך, אלא דווקא הסברא שרב בא להקל על כפל ד׳ וה׳, ובזה פליג על ר״י. **ובאהלי תורה** דפליגי במחלוקת ר״פ ורשב״א דלעיל, האם ר״א ס״ל סברת אטו תורא גנבי ממך במקרים מסוימים או חולק לגמרי על ר״ח.

סיכום – סכם לפי שיטות השונות בראשונים [רש"י, ר"י, ר"ת ועוד] כולל הטעם

		קרן	כפל	ד׳ וה׳
א1	כחושה והשמינה בידים ומתה מאליה			
א2	כחושה והשמינה בידיים ושחטה			
ב1	כחושה ונתפטמה מאליה ומתה מאליה			
ב2	כחושה ונתפטמה מאליה ושחטה			
ג1	שמינה והכחישה בידים ומתה מאליה			
ג2	שמינה והכחישה בידים ושחטה			
ד1	שמינה והוכחשה מאליה ומתה מאליה			
ד2	שמינה והוכחשה מאליה ושחטה			
ה1	טלה ונעשה איל ומתה מאליה			
ה2	טלה ונעשה איל ושחטה			
ו1	מעיקרא זוזא והשתא ארבע ומתה מאליה			
ו2	מעיקרא זוזא והשתא ארבע ושחטה			
ז1	מעיקרא ארבע והשתא זוזא ומתה מאליה			
ז2	מעיקרא ארבע והשתא זוזא ושחטה			

סימן י״ב

א

נתבאר לעיל שיש כמה הבנות בדברי האחרונים איך ההבנה ששינוי קני לגזלן. ויבואר כאן ביתר הרחבה שלושה ביאורים:

דהקשו האחרונים כיצד למדים מפסוק אשר גזל שהגזלן קונה, והרי לכאורה רק נראה מהפסוק שעל ידי השינוי פקע חיוב השבה ומתחייב בדמים, אבל מנין שקנה הגזלן את הגזילה. ועוד הקשו, שלא מצינו בדרכי הקניינים קניין של שינוי, ומהיכי תיתי ששינוי יהיה קניין.

ונאמרו בזה כמה ביאורים:

1. **בשו״ת עונג יום טוב** [סימן כט]: ״...ע״כ היה נ״ל דבכל הקניינים בגזילה אין הקנין בשעת היאוש או השינוי רשות אלא דקנה למפרע משעת גזילה והרי ביאוש למ״ד דקני ביאוש לחוד כתבו התוס׳ בב״ק (דף ס״ט) ד״ה כל דקונה אף אם הגזילה מונחת בעת היאוש ברה״ר ונחזי אנן אם נתייאשו הבעלים והגזילה מונחת ברה״ר איזה קנין יש לגזלן בזה שקנה עכשיו. ומוכרחין אנו לאמר דהקנין הוא משעת גזילה. וכן בשינוי דקיי״ל דקנה אותה ואת גיזותי׳ ואת וולדותי׳ כתב הרא״ש ז״ל בפ׳ הגוזל קמא (סימן ג׳) וז״ל וגם נראה אף על גב דקאמר דמי פרה העומדת לילד ודמי רחל טעונה עומדת להגזז דמשמע דשמין הפרה כמה היתה שוה רגע א׳ קודם לידתה והרחל סמוך לגיזתה והכי הוי מסתבר שהרי גזלה מעוברת וטעונה ואין כאן אלא שינוי הלידה והגיזה ועד שעת השינוי הוי ברשות הנגזל וברשות הנגזל השביחו. ודמיא להא דאמר רבה (שם דף ס״ח) האי מאן דגזל חביתא דחמרא מחברי׳ מעיקרא שווי׳ זוזא ולבסוף שווי׳ ד׳ זוזי תברה או שתיה משלם ד׳ משום דברשות הנגזל אייקר מיהו אינו משלם אלא כמו שהי׳ שווין בשעת הגזילה. דכל היכא דקנה גוף הגזילה בשינוי ואינו חייב לשלם אלא דמי חזרה השומא לשעת הגזילה. והכי כייל בסיפא זה הכלל כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה דקאי אכולא בבא דמתניתין דכולהו שווין לענין זה שתהא שומא כשעת הגזילה. ואף על גב דאם הוציא הנגזל מן הגזלן קודם לידה וגיזה היה נוטל בהמתו כמו שהיא דברשותו אשבח ולא אשני׳ ביד הגזלן. השתא מיהא דילדה וגזזה ונשתנית הגזילה משלם כשעת הגזילה. וכל השבח שהשביח משעת הגזילה ואילך הוי של גזלן. ול״ד לתברה או שתיה דהתם איבדה מן העולם דבאותה שעה נעשה גזלן. אבל היכא דהגזילה בעולם אלא שנשתנית וקנאה באותו שינוי משלם כשעת הגזילה עכ״ל:

וע״כ אנו צריכין לאמר בטעמו של דבר דאם קנאה בשינוי ונעשית שלו הרי היא שלו משעת הגזילה. ולהכי צריך לשלם כשעת הגזילה. וטעמא דמילתא נ״ל נכון דשינוי מעשה קונה למפרע משום דע״י השינוי קונה משעת הגזל. דהא הרב בעל מח״א ז״ל כתב בהלכות גזילה (דין א׳) דגזל פחות משו״פ אף על גב דאסור מ״מ כיון שאינו בתורת השבה ואין בו מצות והשיב כו׳ קני לי׳ לגמרי והיינו ע״כ דמשעת גזל קני לי׳. הרי חזינן דהא דאינו קונה משעת גזילה להיות שלו הוא משום מצות השבה דרמיא עלי׳ ובפחות מש״פ דלא רמי׳ עלי׳ מצות השבה קני לי׳ משעת גזילה לגמרי וא״כ בכל גזילה דעלמא היכא דקני בשינוי דבטלה לה מצות השבה מהאי חפץ ודמים בעלמא בעי שלומי נגמר למפרע קנינו דשעת גזילה...״.

היינו, שהתורה חידשה דין קנייני גזילה, דהיינו שהגזלן קונה את הגזילה ע״י משיכה או הגבהה או חצר וכדו׳ לענין שמתחייב באונסין. ובאמת היה ראוי שיקנה הגזלן את הגזילה לגמרי מכח הך קנין גזילה, אלא הטעם שאינו קונה מפני שמוטל עליו מצות והשיב את הגזילה. אבל ע״י שינוי פקע ממנו חיוב השבה, וכיון שאין עליו חיוב השבה ממילא נקנית לו הגזילה מחמת קנייני הגזילה שעשה משעה ראשונה. עוד יוצא מדבריו שקונה למפרע משעת קנייני גזילה. ועוד מביא ראייה מהמחנה אפרים שאם אין חיוב השבה [כששווה פחות משווה פרוטה] קני ליה משעת הגזילה.

ובקובץ שיעורים הקשה איך הוא קונה ע״י מעשה הגזילה הראשון, והרי כבר כלתה קנינו, דהאומר לחבירו משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר שלושים יום לא קנה ע״י המשיכה. וכתב דצ״ל שחלות

הקנין הוא לאלתר בשעת הגזילה, אלא דחיוב השבה הוא דבר המפקיע קנינו בכל רגע, וכיון דפקע חיוב השבה ע״י שינוי ממילא נשארת שלו, דמיד בשעת הגזילה נעשית שלו על הזמן שלאחר פטור השבה. ומשמע מדבריו שקנה רק בשעת השינוי ולא למפרע כדברי העונג יו״ט.

קובץ שעורים [בבא קמא אות יד]: ״יד) [דף סו ע״א] בהא דילפינן דשינוי קונה מקרא דאשר גזל, לכאורה קשה, דמקרא לא ידעינן אלא דאינו חייב להחזיר לאחר שנשתנה, וגם אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, אבל אכתי מנא ידעינן דנקנה להגזלן ע״י שינוי, וצ״ל דהא בהא תליא, דכיון דפקע דין השבה ממילא הוא קנוי להגזלן מגזילה הראשונה, ויסוד לזה, מסוגיא דסנהדרין ע״ב דאמר רב, הבא במחתרת בדמים קנינהו דקלב״מ, ואיזה קנין יש בקלב״מ, ומוכרח מזה, כיון דמשום קלב״מ מיפטר מהשבה, הגזילה נקנית להגזלן, דאי לאו חיוב השבה הגזלן קונה את הדבר, והא דלא קיי״ל כרב בהא, היינו דס״ל דלא שייך קלב״מ אלא היכא שצריך לשלם משלו, ולא בהשבת חפץ שאינו שלו, אבל בהא דבלאו חיוב השבה נקנית הגזילה להגזלן כו״ע ס״ל הכי, ובאמת דבר תימה הוא, מאיזה טעם תועיל הגזילה לגזלן לקנות דבר שאינו שלו, אבל עכ״פ הדין הזה מוכח מגמ׳ ומשו״ה בשינוי, כיון שנפטר מחיוב השבה ממילא נעשית שלו ע״י מעשה הגזילה הראשונה, ואין להקשות, איך יקנה לאחר שנשתנית ע״י המשיכה הראשונה, דהא אפילו במוכר מדעת ואומר ללוקח משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר ל׳ יום לא קנה, רק היכא דקיימא בחצירו, ומאי עדיפותא לקנות בגזילה לאחר זמן, היכא דמונחת ברה״ר, יותר ממקח מדעת בעלים, י״ל דהתם חלות הקנין הוא לאחר זמן ולא מהני משום דכלתה קנינו, אבל בגזילה חלות הקנין הוא לאלתר, אלא דחיוב השבה הוא דבר המפקיע קנינו בכל רגע, וכיון דנפקע חיוב השבה ע״י שינוי ממילא נשארת שלו דמיד בשעת הגזילה נעשית שלו על הזמן שלאחר פטור השבה, וזה דומה למוכר גופא מהיום ופירי לאחר ל׳ דהשדה נעשית שלו מיד, על הזמן שלאחר ל׳ ובכה״ג לא אמרינן כלתה קנינו״.

וכן **בקהלת יעקב** [לבעל **הנתה״מ** סי׳ כ״ח ס״א]: ״שם קידשה בגזל או בגניבת כותי מקודשת. עיין ב״ש ס״ק ה׳ שכתב דאף למאן דס״ל דהוא איסור דאורייתא מ״מ הלוקח ממנו לא חשיב רק כהפקעת הלואה דמותר כיון דאתי לידי׳ בהיתירא ע״ש. והנה לפמ״ש הר״א ממיץ הובא בא״ח במ״א סי׳ תרל״ז ס״ק ג׳ דאף דגזילו מותר מ״מ לא חשיב לכם א״כ אפילו בגזל עכו״ם אינה מקודשת כיון דלא קנתה ואף לפמ״ש הרמב״ם פ״ח מלולב דיוצא באתרוג של מעשר שני אף שהוא ממון גבוה דכיון שיש לו בו היתר אכילה ל״ד כלל דמע״ש של בעלים ושום אדם אסיר לגזול ממנו רק דמגבוה קא זכי אבל בגזל עכו״ם קודם יאוש לר״א ממי״ץ אף שמכרו אין הלוקח זוכה בו ועדיין מותר לכל אדם לחטוף מלוקח ולאכלו דגזל עכו״ם מותר לכל אדם ואם כן האשה לא קנתה וכל אדם יכול לחטוף ממנה וכיון שלא קנתה בנתינה לידה במה תתקדש. אמנם לפי מה שהארכתי בתמורה בסוגיא דכל מה דאמר רחמנא ל״ת אי עביד לא מהני דכל גזילה אי לאו דכתיב והשיב את הגזילה אשר גזל דדרשינן כאשר גזל שאם הגזילה קיימת מחויב להשיבו ה״נ קני לגמרי לגזלן כיון שהקנה לו רחמנא להתחייב באונסין דגזילה בעי קנין ומשיכה או קנין חצר היה נקנה לו לגמרי להתחייב ביוקרא וזולא רק כיון שכתב רחמנא והשיב הגזילה כאשר גזל דדרשינן שאם הגזילה קיימת מחויב להחזיר ונתבטל הקנין משא״כ בגזל עכו״ם דלא כתיב והשיב יש לו קנין גמור בהגזילה אף למאן דס״ל דגזל עכו״ם אסור מ״מ הגזילה קנוי לו לגמרי רק דמים חייב לו הגזלן ויכול למכור לאחרים ולקדש בו את אשה וז״ש שאינו חייב להשיב גוף החפץ״. נמצאו אם כן שלוש אופנים שאין חיוב השבה: פחות משווה פרוטה, בקלב״מ, ובגזל גוי, ולפי אחרונים אלו קנה משעת הגזילה.

ובעיקר דברי האחרונים הנ״ל שיש לגזלן זכות וקנין בגזילה, והיה ראוי שיקנה הגזילה לגמרי, לכאו׳ תמוה מהיכ״ת שיהא לו זכות בחפץ הגזול ע״י מעשה הגזילה. ואף על פי שעשה מעשה קנין כמו משיכה וכדו׳, הרי אין כאן קנין מדעת הבעלים. ומהיכן יש לו זכות בממונו של הנגזל. ומבארים אחרונים שזה מדין מעשה השתלטות על החפץ הנגזל. היינו, שעיקר בעלות אדם על ממונו מתבטא בזה שהוא שולט עליו. וכשגזלן לוקח חפץ ללא רשות הבעלים הרי הוא משתלט

עליו, ובזה עושה בו מעשה בעלות. אלא שהתורה לא מאפשרת לגזלן לקנות כיוון שמוטל עליו להשיב. אבל כשנפקע חיוב השבה ממנו שוב המעשה הראשון שבו השתלט על החפץ הוא בגדר קניין.

ומקשים על דעת האחרונים הנ"ל שתי הערות, שלכאורה **מדברי היראים** וכן מדברי **התוס' רי"ד** מוכח דלא כהנ"ל: א. שמצינו כמה אופנים שאין חיוב השבה ומ"מ לא קנה גוף הגזילה, **דהמג"א** (סי' תרל"ז) הביא שיטת **היראים** דאע"פ שגזל עכו"ם מותר מ"מ לא חשיב לכם לגבי אתרוג. **והנתה"מ** בס' **קהלת יעקב** הנ"ל חולק על היראים ע"פ דרכו דבכל מקום שאין חיוב השבה זוכה הגזלן ממילא בחפץ הגזול. אבל מדברי היראים מוכח דאף במקום שאין חיוב השבה לא זכה הגזלן בחפץ ועדיין הוא ממון הבעלים.

ב. עוד מקשים דבגוזל פחות משוה פרוטה ליכא חיוב השבה, ואפ"ה לא נעשה ממונו של הגזלן, וכן מפורש בדברי **התוס' רי"ד** בסוכה דף מ"א שהקשה מדוע ערבה גזולה פסולה, והרי אין בה שוה פרוטה וליכא חיוב השבה, ואין הנגזל יכול להוציאו בדיינין וא"כ "הוי כדידיה וקרינא ביה שלכם". ותירץ: "...תשובה כשגזל דבר שאין בו שוה פרוטה אף על פי שאינו יכול להוציאו בדיינים ולאו בר השבה הוא, מ"מ הגוזל במה קנאו, ואף על פי שאינה חשובה גזילה אצל הנגזל רחמנא קפיד עליה כיון דלא הויא דידיה, עכ"ל.

לאידך ביאור זה של אחרונים אתי שפיר בשיטת התוס' כאן, שזה שעל ידי שינוי נחשב לדבר אחר סגי בכדי להבין מסברא שהגזלן קנה. והוא על פי ביאור זה שמכיוון שהוא דבר חדש נפקע חיוב השבה ושוב קנה על ידי הקניין גזילה הראשון.

ב

2. בנתיבות המשפט [ביאורים סימן שנא] כתב: "...שהנגזל נוטל הגזילה אף שנשתנית, דקנין שינוי נלמד מקרא [ויקרא ה' כ"ג] דוהשיב את הגזילה אשר גזל, אם כעין שגזל יחזיר, ואם לאו דמים בעלמא בעי שלומי, **וכיון דהתורה חייביה בדמים הרי מוכח דרחמנא אוקמיה ברשותיה...**".

ובשעורי ר' אליהו ברוך (פינקל) [אות קס] ביאר דבריו: "...ונראה הביאור בדבריו, דכיון דמחמת השינוי אוקמה רחמנא ברשותיה דגזלן לענין שהוא חייב לשלם דמים, הרי זהו עצמו הטעם לכך שקונה את הגזילה.

והיינו דאף הנתיה"מ אזיל בדרכם של האחרונים דהשינוי מפקיע את החיוב השבה, אבל הוא נקט דהא דקני לה גזלן לגזילה אין זה מכח מעשה הגזילה הראשון שעשה בשעת הגזילה, אלא דמאחר שהוא מתחייב דמים משום כך הוא גם קונה את הגזילה.

ובפשוטו איכא נפק"מ לדינא בין ב' הדרכים הנ"ל, האם לאחר השינוי קונה הגזלן את הגזילה למפרע משעת הגזילה, או שאינו קונה אותה אלא משעת שינוי ואילך, דאם סיבת הקנין של הגזלן היא מצד מעשה הגזילה הראשון, מסתבר שבשעת השינוי דפקע החיוב השבה הרי הוא קונה את הגזילה למפרע משעה שגזלה, אבל אי אמרינן דמה שהוא מתחייב בדמים בשעת השינוי הוא הסיבה שקונה הגזלן את הגזילה, מסתבר שאינו קונה אותה אלא משעת השינוי.

ויסוד הנידון בזה מבואר במחלוקת הרא"ש והרשב"א בריש פ' הגוזל עצים (עיין רא"ש שם סי' ג' ורשב"א צה, א), דנחלקו האם שבח הגזילה שמשעת הגזילה עד שעת השינוי הוא של הבעלים או של הגזלן. ובפשוטו נידון זה מיתלא תלי בב' הצדדים הנ"ל, דלדרכם של רבותינו דסיבת הקנין היא מצד מעשה הגזילה הראשון, מסתבר דגם השבח שמשעת הגזילה ועד השינוי הוא של הגזלן, אולם לדרכו של הנתיה"מ מסתבר דאינו זוכה בשבח אלא משעת השינוי.

עכ"פ לפי ב' הדרכים הנ"ל ניחא שפיר דברי הגמ', והיינו דכל מה דמייתי רבה מקרא ד'אשר גזל' הוא רק להוכיח דע"י שינוי פקע החיוב השבה, ומעתה מה שהגזלן קונה את הגזילה הוא מידי

דממילא, או מכח קניני הגזילה שעשה מתחילה כדרכו של הגרא״ו, או מכח מה שנתחייב בדמים כדרכו של הנתיה״מ״.

אלא דהעיר על זה [אות קסג]: ״...אלא דלכאורה נמצא שהנתיה״מ סתר משנתו בזה, דהנה נתבאר לעיל (אות קס או״ק ב׳) דבנתיה״מ נקט דיסוד קניני גזילה הוא מצד מה שהגזלן חייב באונסין, דמה שהוא מתחייב בדמים הוא עצמו סיבה שיקנה את הגזילה, ולפי״ז בגזל עכו״ם דאין חיוב אונסין ודאי שלא יקנה הגזלן את הגזילה. וביותר מזה כתבו האחרונים, דלדרכו של הנתיה״מ הנ״ל צריך להיות הדין דבגזל עכו״ם לא יהני נמי קנין שינוי, ומשום דכל שמתחילה לא היה מחוייב באונסין לא חיילי ביה קניני גזילה דלא אוקמה רחמנא ברשותיה, ואילו השתא נתבאר מס׳ קהלת יעקב, דנקט כדרכו של הגרא״ו שהקנין הוא מצד עצם מעשה הגזילה ורק דבעינן שיפקע החיוב השבה...״.

ג

3. **בשיעורי הגרב״ד** הביא **שהגר״ח** נסתפק בהא דשינוי קונה ופקע דין השבה, מי גורם את מי, האם מאחר שפקע דין השבה ממילא קונה את הגזילה, [והיינו כדרכו של הגרא״ו], או דכל מה דפקע החיוב השבה הוא רק משום שנתחדש בקרא דשינוי קונה, והיינו דאי לאו דקנאו בשינוי לא מסתבר שיפקע החיוב השבה רק משום שאין זה כעין שגזל, דהא סו״ס הרי חפץ של הבעלים מונח תחת ידו בדרך גזילה, ורק מאחר שקנה הגזלן את הגזילה בשינוי הרי ממילא פקע ממנה החיוב השבה. ומלשון הגמ׳ משמע טפי כדרך זו, דהא אמר רבה ׳שינוי קונה׳, ומשמע דהשינוי עצמו הוא סיבת הקנין, ולא רק שבשעת השינוי הוא קונה מחמת קניני הגזילה או מצד החיוב אונסין.

ולפי דרך זו מתבארים דברי הגמ׳ להיפך, דהא דילפינן מקרא דאשר גזל דשינוי קונה הוא בתורת הכרח, דמהא דמצינו בקרא דאשר גזל דפקע החיוב השבה, הרי זה הוכחה דשינוי קונה, ומשום דאי לאו דשינוי קונה לא היה פוקע החיוב השבה.

חדושי ושעורי ר׳ ברוך בער [בבא קמא בחלק ג סימן יח]: ״...ויש לחקור דמאיזה צד נתחיל דמזה נולד לנו הדין דשינוי קונה אם עיקר הילפותא מהקרא הוא דשינוי קונה והיינו דהדין השבה הוי דוקא אם החפץ הוי כעין שגזל דאז לא קנה החפץ ולכך יש עדיין החיוב השבה כי החפץ הוא בעין, אבל אם לא הוי בעין ולא הוי כעין שגזל דנשתנה הדבר מכמות שהי׳ אז הדין דהוא קונה את הגזילה בדין שינוי דתו לא הוי כעין שגזל וזה הדין שינוי קונה פועל לנו שיסלק החיובי השבה וזה הדין דמסולק החיובי השבה הוא דין דנולד לנו ממילא מהדין דשינוי קונה, אבל עיקר הדין בהילפותא מהפסוק הוא דשינוי קונה, או דלמא דנתחיל בזה הצד דבקרא והשיב את הגזילה כתיב ״אשר גזל״ דמזה חזי׳ דדין השבה אינו מוטל אלא על החפץ שעדיין יש הבעין כעין שגזל, אבל אם כבר אינו בעין מסולק החיוב השבה מהחפץ הזה וחל דין תשלומין עליו ומכיון דנסתלק ממנו החיוב מעליו תו הוי הדין דקונה את החפץ הגזול והסברא נותנת כן דאם תו לא הוי דין השבה על החפץ דמוכרח הוא דקונה את החפץ וזה ילפי׳ מהכתוב ונמצא דעיקר הילפותא הוא דאם נשתנה החפץ הגזול, נסתלק החיוב השבה מעליו ומזה נולד לנו הדין דשינוי קונה...״.

ובשו״ת פרי יצחק [חלק ב סימן סג] נקט גם כשיטה זו שמעשה שינוי הוא מעשה קניין: ״...ולענ״ד נראה לישב ע״פ מש״כ המח״א בהגהות על הרמב״ם פ״ב מה׳ גזילה דשינוי קונה דוקא אם רוצה לקנות, וכמו שאמרו בב״ק ס״ו גבי יאוש האי זה מתיאש וזה אין רוצה לקנות, ע״ש....

והנה סמוכין לדברי המח״א נראה ע״פ מש״כ התוס׳ בב״ק (סח, א, ד״ה מה טביחה) ובב״מ (צו, ב, ד״ה זיל שלים) דר׳ אלעזר ס״ל דשינוי מעשה קונה דוקא בשני בידים אבל שינוי ממילא לא קנה, ע״ש. ולכאורה דבר זה צריך ביאור מה טעם בזה כיון דע״י שינוי נעשה כגוף אחר מה נ״מ בין ממילא לשני בידים, ונראה לומר דס״ל לר״א נהי דגלי קרא דשינוי הוי קנין אבל מ״מ הוי ככל הקנינים דהקונה צריך שיעשה מעשה הקנין כמו הגבהה וחזקה, אבל אם נעשה הקנין מאליו אם

כי אמת הוא דשינוי הוי קנין אבל הרי הגזלן צריך לעשות מעשה הקנין, ועכ״פ נהי דלדידן לא ס״ל כן אלא דקי״ל דגם שינוי ממילא קני מ״מ עכ״פ צריך דעתו שיהי׳ רוצה לקנות, ודו״ק...״.

והביאור בזה צ״ל כדלעיל, שמכיוון שהשתלט על החפץ עד כדי כך ששינה אותו לגמרי הוי מעשה בעלות טפי מכל מעשה קניין אחר, וילפינן מקרא דמהני.

וכבר נתבאר שזה מה שנראה משיטת **רש״י** דמצריך שיהא שינוי בידים, היינו שזה מעשה קניין.

נמצאו אם כן שלושה דרכים מדוע קונה את הגזילה בשינוי: שינוי מפקיע חיוב השבה וקונה משעת הקניין הראשון; שינוי יוצר חיוב דמים ולכן קנה את הגזילה; שינוי הוא מעשה קניין ממש.

ד

פש לן לברורי שיטת רבותינו נשיאנו בזה:

כתב **אדמוה״ז בשו״ע** [אורח חיים סימן יא סעיף יב]: ״אבל אם כבר נתייאשו הבעלים ממנו או אפילו אם לא נתייאשו עדיין אלא שהגזלן עשה בצמר זה שינוי גמור שאין חוזר לברייתו כגון שליבן את הצמר בגפרית ועל דרך שנתבאר בח״מ סי׳ ש״ס ע״ש **כיון שהגזלן קנה את הצמר לגמרי דהא אפילו אם הצמר הוא בעין אין צריך להחזיר להנגזל אלא דמי הצמר א״כ הרי היא כשלו ממש לכל דבר** ולכן הציצית שעשה ממנו הרי הם כשרים אבל מכל מקום לא יברך עליהם דאין זה מברך אלא מנאץ כיון שעל ידי גזילה בא הציצית לידו״.

וכן בהלכות לולב [אורח חיים סימן תרמט סעיף ה]: ״אבל אם כבר קנה הגזלן את הגזילה ע״י שינוי בין שקנאה על ידי שינוי מעשה בין שקנאה על ידי שינוי השם קודם שבא להשתמש בה לשם מצוה כגון שגזל לולב ושיפהו הרי זה כשר אפילו ביום הראשון **דכיון שאפילו אם בא הנגזל אינו מחויב להחזיר לו הגזילה עצמה אלא דמים בלבד הוא שחייב לו כמ״ש בח״מ סי׳ שנ״ג נמצא שהיא קנויה לגמרי להגזלן והרי היא כשלו ממש לכל דבר״**.

הנה בשתי הלכות אלו אינו מזכיר שהשינוי עצמו הוי קניין. ולאידך אינו מזכיר שקונה על ידי קניין גזילה הראשון. ולכאורה נראה כפי האופן השני, שחיוב דמים שנוצר על ידי שינוי מקנה לו את הגזילה. [ולהעיר שבהלכה הראשונה מביא את הלשון ״דהא״ שהוא הוכחה, ובהלכה השניה את הלשון ״דכיון״, שהוא סיבה לקניין [מפי הת׳ יוסף שי׳ חן].

ואילו **בשו״ת צמח צדק** [יורה דעה סימן רכד] משמע ששינוי הוא קניין ומדמה זאת ליתר הקניינים, וכפי האופן השלישי דלעיל: ״שאלה בהמה מבכרת שגנבה א״י וילדה אצלו אם נפטרה מהבכורה מחמת שקנה הולד ע״י שינוי...

ועוד אפ״ל דאף לפ״ד רוב הפוסקים דהלידה היא שינוי לגבי הולד י״ל דאינו יהודי אינו קונה כלל הגניבה והגזילה בשינוי. דהא דשינוי קונה נפקא לן מוהשיב את הגזילה אשר גזל אם כעין שגזל יחזיר ואם לאו אלא שנשתנית לא יחזיר וכל פרשה זו נאמר רק בישראל כמ״ש וכחש בעמיתו וגם בסנהדרין (דנ״ז ע״א) פירש״י בהדיא דמ״ש והשיב את הגזלה לא קאי רק אישראל כו׳ ע״ש. וכיון שכן שוב אין ראי׳ דא״י קונה הגזילה בשינוי. מאחר דאשר גזל לא קאי עליה. והרי גבי קינים דכסף ומשיכה אינן שוים א״כ מנלן דבקנין דשינוי יהיו שוים מה גם שיש מאן דס״ל דשינוי אינו קונה אפילו בישראל כדאיתא בגמרא פרק מרובה (דס״ז סע״א). אך עכ״פ בעכומ״ז מישראל י״ל דאינו קונה. וכמו שמצינו בפסחים פכ״ש דאע״ג דישראל מישראל קונה משכון אבל עכומ״ז מישראל אינו קונה משכון. הרי קליש קנין העכומ״ז שאינו קונה בדרך שישראל קונה ומה גם לר׳ מאיר יעו״ש. וא״כ כמ״כ לענין הא דשינוי קונה אין ראיה מהא דישראל קונה שכמ״כ יהיה עכומ״ז קונה. אלא שלכאורה בפ״ג דסוכה (ד״ל ע״ב) גבי וקרקע אינה נגזלת משמע דאי הוה נגזלת היה העכומ״ז ג״כ קונה הגזלה ע״י יאוש. ועיין פב״ת דב״ק (דף קי״ד ע״א)״.

סימן י״ג

א

איתא בסוגין [ס״ו ע״א]: ״א״נ, לא הספיק ליתנו לו עד שצבעו - פטור, אלמא: שינוי קונה״.

ופירשו **בתוספות** [לא הספיק] דאיירי שכבר התחייב בראשית הגז, ונפטר על ידי שינוי: ״...אפי׳ כשגזז שיעור חמשה רחילות יחד שחל עליו חיוב ראשית הגז פטור כשצבעו...״.

ועוד פירש דאיירי שצבע את כל הצמר, דאין גדר הפרשה בראשית הגז: ״עד שצבעו - אין לפרש שצבע חלקו של כהן מה שהפריש לו מן הגיזה דלא שייכא ביה הפרשה כמו גבי תרומה דהפרשה שייכא ביה [אבל] הפרשת ראשית הגז אין כלום מה שמפריש לצד אחד וכאילו לא הפרישו״.

וצ״ב מה פעל השינוי.

ועוד יש לבאר שיטת **רש״י**, דפירש: ״לא הספיק ליתנו לו - לראשית הגז לכהן. עד שצבעו פטור - מראשית הגז **דקנייה בשינוי** ואפילו דמים לא משלם דאין כהן יכול להזמינו בדין דיכול לומר לאחר אתננו אבל קודם שצבעו מי שחטפו זכה בו״. ומבואר בו ששינוי פועל קניין.

וצ״ב, 1. דאם לא שייך הפרשה בראשית הגז אזי הוא של הישראל, וממי קנה.

2. ומה שכתב ואפילו דמים לא משלם דאין כהן יכול להזמינו בדין דיכול לומר לאחר אתננו אבל קודם שצבעו מי שחטפו זכה בו. ביאור פשט דברי רש״י בזה נראה, דס״ל לרש״י דאף לאחר שצבעו וקנייה בשינוי אכתי איכא חיוב דמים ומחויב הישראל ליתן לכהן דמי הראשית הגז, ולהכי פי׳ דהא דאמרי׳ דפטור היינו דאין הכהן יכול להזמינו לדין דיכול לומר לאחר אתננו. והוקשה לרש״י דהא גם בלא שצבעו אין הכהן יכול להזמינו לדין שיכול לומר לאחר אתננו, ולזה פרש״י דקודם שצבעו מי שחטפו זכה בו ומהני תפיסה, ואילו לאחר שצבעו לא מהני תפיסה. וביאור החילוק הוא, דהיכא שהמתנות אינן בעין כל חיובו הוא רק חיוב ממון, ובזה אם אין לו זכות תביעה על החיוב אינו יכול לתפוס מכח החיוב, משא״כ בכה״ג שהמתנות בעין יכול לתפוס המתנות אף על גב שאין לו זכות תביעה עליהם.

וצ״ב, דהקשה **בקובץ שעורים** [אות כ] איך מהני תפיסה בדבר שאינו ממון כהן: ״כ) [דף סו ע״א] מ״ש רש״י גבי ראשית הגז דמהניא תפיסת הכהן, כתב בגליון הש״ס דזה כדעת תוס׳ פ״ק דב״מ בסוגיא דמסותא, שכתבו שם, דאפילו למ״ד טובת הנאה ממון, אפשר לכהן לקנות בלא הקנאת הבעלים, אלא שצריך לשלם לו דמי טובת הנאה, וזה דלא כמ״ש תוס׳ חולין ק״ל דלהך מ״ד צריך הקנאת הבעלים, והנה במחנה אפרים הל׳ זכיה ומתנה סי׳ ח׳, כתב דהא דמהניא תפיסה בספק לדעת הרמב״ם, הוא רק בבכור בהמה שגוף הדבר הוא ממון כהן, ולא בתופס חמש סלעים לפדה״ב שהוא ממון בעלים, וכן כתב בפשיטות הרדב״ז בהל׳ ביכורים פי״א הי״ט, ותימה דהא בברייתא תניא אחד בכור אדם ואחד בכור בהמה הממע״ה, ומלשון זה דייק בגמ׳ דת״כ אין מוציאין מידו, וכן הכא גבי ראשית הגז דלא שייכא ביה הפרשה, כמ״ש תוס׳ בסוגיין, והיינו דלא נעשה ממון כהן ע״י הפרשה, מ״מ כתב רש״י דמהניא תפיסה״.

וידוע לבאר שפליגי רש״י ותוס׳ האם שייך הפרשה בראשית הגז, וכמו שכתב **בחדושי ר׳ נחום**: ״סט) גמ׳ א״נ לא הספיק ליתנו לו עד שצבעו פטור אלמא שינוי קונה, בביאור הך דינא דשינוי בראשית הגז נראה שנחלקו רש״י ותוס׳ בסוגיין, דבתוס׳ כתבו דאין לפרש שצבע חלקו של כהן שהפריש לו מן הגיזה, דלא שייכא בראשית הגז הפרשה והוי כאילו לא הפרישו. ומבואר בדבריהם דבראשית הגז אפי׳ לאחר הפרשה לא נעשה ממון כהן והוי כמו קודם הפרשה, אלא דאיכא על הבעלים חיוב נתינה לכהן. ולפי״ז ע״כ דיסוד דין שינוי גבי ראשית הגז אינו משום שקנאו בשינוי, דהא גם קודם השינוי הוי דידיה, אלא ע״כ דיסוד דינא דשינוי הוא כמו שביארו התוס׳ דין שינוי

גבי אתנן דע״י דחשיב כאחר פקע האיסור דאין זה אותו שבא לידה בתורת אתנן, והכ״נ הכא ע״י השינוי חשיב כאחר ואין זה אותו הגז שנתחייב ופקע החיוב נתינה לכהן.

אולם ברש״י ד״ה עד שצבעו כתב דפטור משום דקנייה בשינוי, ומבואר מדבריו דיסוד דין שינוי גבי ראשית הגז הוא משום שקנאו בשינוי. וע״כ דרש״י ס״ל דעוד קודם הנתינה הוי הגז ממון כהן, והא דמהני השינוי לפוטרו הוא משום דקנייה וכבר אינו ממונו של הכהן. ובפשוטו מבואר מזה דרש״י חולק על התוס׳ וס״ל דשייך הפרשה בראשית הגז וע״י ההפרשה נעשה ממון כהן [ומצינו כמה ראיות לזה בדעת הרמב״ם דס״ל דשייכא הפרשה בראשית הגז, ולאחר ההפרשה נעשה ממון כהן]. ולפי״ז יסוד דין שינוי גבי ראשית הגז הוא מדין שינוי דגזילה, דכיון שצבעו לאחר שכבר נעשה ממון כהן, נמצא דהצביעה חשיבא כגזילה וקנאו בשינוי מדין שינוי דגזילה.

ויש להוסיף עוד, דכיון דס״ל לרש״י דלאחר הפרשה נעשה ממון כהן, אין לפרש דדין שינוי גבי ראשית הגז הוא מדין שינוי דאתנן דחשיב כאחר, דכיון דכבר נעשה ממון כהן לא מהני מה דחשיב כאחר לפוטרו דסו״ס הרי הוא של הכהן, ומש״ה הוכרח רש״י לפרש דיסוד דין שינוי גבי ראשית הגז הוא משום דקנייה בשינוי...״.

ומפורש הדבר **ברש״י** [חולין קלו ע״א ד״ה אין לך] שיש גדר הפרשה לשיטתו בראשית הגז: ״אין לך בו אלא מראשיתו ואילך - משהופרש ונעשה ראשית הוא שלו...״.

וכן חזינן **בצפנת פענח** [הלכות מתנות עניים פרק א] דלרש״י יש גדר הפרשה בראשית הגז לחייב אותו באחריות: ״...ואף דהא דב״ק דף צ״ג ע״ב ודף ס״ו מביא ראי׳ דשינוי קונה מראשית הגז אף דשם ג״כ כ״ז שלא נתנם אינם כלום ע״ש בתוס׳ ובדברי רבינו לקמן בהל׳ בכורים פ״י ה״ח דחייב באחריות ... ובאמת גם גבי ראשית הגז לא שייך הדין דמתנות כהונה נגזלות דכיון דכ״ז שלא נתנם אין עליהם שם מתנות כהונה כלל ואף דמרש״י ומתוס׳ חולין דף קל״ז ע״ב מבואר להיפך ע״ש בד״ה עד י״ל דזה תליא במחלוקת דשם דף קל״ו אם ילפינן ראשית ראשית מתרומה ואף דאינו טובל מ״מ שפיר חל שם ראשית הגז תכף משעת הפרשה וכמ״ש רש״י שם ד״ה אין לך דתכף משהופרש נעשה עליו שם ראשית רק דחייב באחריותו דלא כשיטת התוס׳ ב״ק הנ״ל״.

עכ״פ מובן דלרש״י: 1. יש הפרשה בראשית הגז, וכאן איירי שהפריש, 2. צבע רק את ההפרשה, 3. וקנאו בשינוי וחייב דמים, 4. אלא שאי אפשר לתובעו, 5. ולפני השינוי מהני תפיסה כיוון שמהני הפרשה.

ולתוס׳ 1. לא מהני הפרשה, 2. צבע את הכל הגיזה, 3. שינוי מהני להחשיבו לדבר חדש וממילא נפטר מהחיוב שכבר נתחייב, 4. וממילא מובן שאין בזה כל חיוב דמים.

יוצא דאזלי רש״י ותוס׳ לשיטתם בגדר שינוי, דלרש״י ששינוי הוא גדר קניין הרי גם כאן קונה בשינוי גזילה מהגוי; ואילו לתוס׳ ששינוי עניינו שהוי דבר חדש ולכן נפקע חיוב השבה, הרי גם כאן מפקיע את חיוב ראשית הגז.

ב

״יאוש - אמרי רבנן דניקני, מיהו לא ידעינן אי דאורייתא אי דרבנן; אי דאורייתא, מידי דהוה אמוצא אבידה, מוצא אבידה לאו כיון דמייאש מרה מינה מקמי דתיתי לידיה קני ליה, האי נמי כיון דמייאש מרה קני ליה, אלמא קני״.

ומביא **רש״י** מקור לדין יאוש באבידה מזוטו של ים: ״מוצא אבדה לאו כיון דמייאש ליה מרה - מקמי דתיתי לידיה קני לה אם נתייאשו בעלים קודם שמצאה זה קנה דתניא באלו מציאות (ב״מ דף כב:) מנין לאבידה ששטפה נהר הואיל ונתייאשו הבעלים שהיא מותרת ת״ל אשר תאבד ממנו שאבודה ממנו ומצויה לשאר בני אדם יצתה זו אלמא קני...״.

ואילו **תוספות** יליף לה משמלה: "מוצא אבידה לאו כיון דאייאש מרה מינה כו' - אור"י דנפקא לן דיאוש קונה באבידה מהא דאמר באלו מציאות (ב"מ דף כז. ושם) (ה) מה שמלה מיוחדת שיש לה סימנין ויש לה תובעים פי' ע"י שיש לה סימנין יש לה תובעים שאין הבעלים מתייאשין כיון שיש בהם סימן...".

וביאור מחלוקתם, הוא משום דפליגי בגדר זוטו של ים, וכמ"ש **בשעורי ר' אליהו ברוך (פינקל)**: "...ובר"ש בשיטמ"ק ובתוס' רבינו פרץ הקשו על רש"י היאך יליף יאוש מזוטו של ים, והלא אבידה בזוטו של ים מותרת אפילו בעומד וצווח, ומוכח דלאו מדין יאוש הוא דשרינן לה אלא הוי גזירת הכתוב מקרא ד'אשר תאבד ממנו', והיאך ילפינן מינה לדין יאוש.

[ב] ובס' דרכי דוד לאאזמו"ר זצ"ל הביא שנחלקו הראשונים בזה, דהנה בב"מ (כד, א) איתא, המציל מן הארי ומן הדוב ומן הנמר ומן הברדלס ומן זוטו של ים ומשלוליתו של נהר המוצא בסרטיא ופלטיא גדולה ובכל מקום שהרבים מצויין שם הרי אלו שלו 'מפני' שהבעלים מתיאשין מהן, ע"כ, וכתב הרא"ש שם (סי' ו') וז"ל, האי מתייאשין אסרטיא ופלטיא ורבים מצויין שם קאי אבל אינך אפי' עומד וצווח נעשה כצווח על ביתו שנפל, עכ"ל, ומבואר בדברי הרא"ש דבזוטו של ים ושלוליתו של נהר אין הטעם דשרי משום יאוש, אלא משום דאיכא גזירת הכתוב דהיא אבודה ממנו ומכל אדם, ומשו"ה אף בעומד וצווח מותר.

אולם בריטב"א החדשים (שם) נחלק עליו, וכתב דאף בזוטו של ים הא דשרי הוא מדין יאוש, והוכיח כן מהא דבירושלמי למדו דין יאוש במציאה מזוטו של ים, והוסיף וז"ל, ומיהו אף על גב דצווח דלא מייאש אין בכך כלום דשקורי משקר או בטלה דעתו אצל כל אדם ומשו"ה נעשה כצווח על ספינתו שטבעה בים ואין בדבריו כלום, עכ"ל, ומבואר מדבריו דיסוד ההיתר בזוטו של ים הוא מדין יאוש, והא דשרי אף בעומד וצווח הוא משום דשקורי משקר או משום דבטלה דעתו אצל כל אדם.

ועיין עוד בגמ' בב"מ (כא, ב), דפליגי אביי ורבא אי יאוש שלא מדעת הוי יאוש או לא הוי יאוש, ואמרינן התם, בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר אף על גב דאית ביה סימן רחמנא שרייה, ע"כ, והרבה מן הראשונים דקדקו לשון הגמ' 'רחמנא שרייה', דיסוד ההיתר בזוטו של ים לאו מדין יאוש הוא אלא מגזירת הכתוב. אכן יעויין בריטב"א החדשים שם שהביא גירסא דבזוטו של ים כו"ע מודו דהוי יאוש, והיינו משום דהריטב"א לשיטתו דטעם ההיתר בזוטו של ים משום יאוש הוא.

ולפי"ז ביאר הדרכי דוד, דהרא"ש לשיטתו דסבר דלאו מדין יאוש הוא שפיר הקשה על רש"י היאך יליף מינה דין יאוש, אבל רש"י אזיל בשיטת הראשונים דזוטו של ים נמי משום יאוש הוא דשרי, ולכך שפיר מצי למילף מיניה דין יאוש.

ועיין עוד בתוס' בב"מ (כז, א סד"ה מה שמלה) שהביאו מהירושלמי, דהמקור לדין יאוש מן התורה הוא מזוטו של ים דילפינן מקרא אשר תאבד ממנו מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם יצאה זו וכו', וזהו דלא כדברי התוס' בסוגיין הנ"ל דילפינן לה מקרא דשמלה.

[ג] והנה הרמב"ם (פי"א מהל' גזילה ואבידה ה"י) כתב וז"ל, המוצא אבידה בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר שאינו פוסק אף על פי שיש בה סימן הרי זו של מוצאה שנ' אשר תאבד ממנו ומצאתה מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם יצאת זו שאבודה ממנו ומכל אדם 'שזה ודאי נתיאש ממנה', עכ"ל, והרי להדיא בדברי הרמב"ם דהוא מדין יאוש...".

ג

איתא **בתוספות**: "הכא נמי כיון דמייאש כו' - אף על פי שאין יאוש מועיל באבידה בתר דאתי לידיה כדקאמר לאו כיון דמייאש מרה מינה מקמי דאתי לידיה קני ליה וכדאמר באלו מציאות (ב"מ דף כא:) בהדיא מ"מ בעי למילף שפיר דיאוש קני בגזל בתר דאתי לידיה דבמציאה נמי נהי

שלא היה קונה לענין זה שלא יצטרך להשיב ולהפטר לגמרי הואיל וכבר נתחייב בהשבה מ״מ היה קונה לענין זה שלא יתחייב לשלם כי אם דמים כמו לגבי גזל.

ובשו״ת פרי יצחק [חלק ב סימן סד] הביא שתי הבנות בדבריו: ״ב״ק (סו, א) אמר רבה כו׳ יאוש אמרי רבנן דנקני מיהו לא ידעינן אי דאורייתא אי דרבנן, אי דאורייתא מידי דהוה אמוצא אבידה מוצא אבידה לאו כיון דמייאש מרה מינה מקמי דתיתי לידי׳ קני׳ לי׳ האי נמי כיון דמיאש מרה קני לי׳, או דלמא לא דמי לאבידה אבידה הוא דכי אתאי לידי׳ בהיתרא הוא דאתאי לידי׳ כו׳. וכתבו התוס׳ (בד״ה הכ״נ כיון דמיאש) אף על פי שאין יאוש מועיל באבידה בתר דאתא לידי׳ כדקאמר לאו כיון דמייאש מרה מיני׳ מקמי דתיתי לידי׳ קני לי׳ וכדאמר באלו מציאות בהדי׳, מ״מ בעי למילף שפיר דיאוש קני בגזל בתר דאתי לידי׳, דבמציאה נמי נהי שלא הי׳ קונה לענין זה שלא יצטרך להשיב ולהפטר לגמרי הואיל וכבר נתחייב בהשבה מ״מ הי׳ קונה לענין זה שלא יתחייב לשלם כי אם דמים כמו לגבי גזל, עכ״ל. והנה בשו״ת עטרת חכמים להגאון בעל ברוך טעם בחי׳ לב״ק תמה על דברי התוס׳ הנ״ל וז״ל, לכאורה תמוה מאוד למה מדייק הגמ׳ ואמר לאו כיון דמייאש מרה מינה מקמי דתיתי לידי׳ כו׳ דהא לפי׳ התוס׳ אין ללמוד מזה לענין גזילה דהיאוש הוא לאחר דאתי לידי׳, והכי הול״ל אבידה לאו כיון דמייאש מרה מיני׳ קני כו׳ והי׳ נכלל בזה דגם אי לא מתיאש אלא אחר שמצאו יש קני׳ להמוצא וא״צ אלא לשלם דמים לבעל האבידה וה״ה לענין גזל שיהא קנוי לגזלן ע״י יאוש שלא יצטרך להשיב גוף הגזילה ויופטר בתשלום דמיהם להנגזל, עכ״ל, וע״ש שהאריך לישב בפלפול רחוק.

והנה מדבריו מבואר שהבין בד׳ התוס׳ דזהו החלט דאבידה לעולם קונה גוף החפץ אף היכי דאתי לידי׳ קודם יאוש מ״מ לאחר יאוש קונה גוף החפץ, ונסתפק לי׳ לרבה אי ילפינן גזל מאבידה בתר דאתי לידי׳ שיקנה גוף החפץ. אולם א״כ הוא תמוה טובא מ״ט לא הביאו הפוסקים כלל והטושו״ע שי׳ התוס׳ הנ״ל גבי אבידה דאף היכי דאתי לידי׳ קודם יאוש מ״מ אחר יאוש קונה גוף החפץ אלא שחייב לשלם דמיהם.

אולם באמת כונת התוס׳ פשוט הוא דאין חילוק כלל בין גזל לאבידה לענין היכי שנתיאש בתר דאתי לידי׳, דאי נימא דגבי גזל קונה ביאוש גוף החפץ אף דאתי לידי באיסורא היינו קודם יאוש דילפינן מאבידה מהיכי דמייאש מרה מקמי דתיתי לידי׳ א״כ פשיטא דגם באבידה גופי׳ אם אתי לידי׳ קודם יאוש ונתייאש אח״כ קונה גוף החפץ עכ״פ, וזהו שכתבו התוס׳ אף על פי שאין יאוש מועיל באבידה בתר דאתי לידי׳ כו׳ מ״מ בעי למילף שפיר דיאוש קני בגזל בתר דאתי לידי׳ דבמציאה נמי כו׳, ור״ל דאם נילף בגזל בתר דאתי לידי׳ מאבידה שנתייאש מקמי דאתי לידי׳ בודאי גם במציאה יהי׳ הדין כן דגם בנתייאש בתר דאתי לידי׳ קונה גוף החפץ, אבל אי נימא דיאוש אינו קונה בגזל משום דבאיסורא אתי לידי׳ היינו קודם יאוש שכבר נתחייב בהשבה גם באבידה אם אתי לידי׳ קודם יאוש שכבר נתחייב בהשבה צריך להחזיר גם גוף החפץ, וז״ש בתוס׳ דבמציאה נמי כו׳ כמו לגבי גזל דהיינו דאם יאוש קונה בגזל ה״ה באבידה בתר דאתי לידי׳, ולפ״ז לדידן דפסקינן דאין יאוש קונה בגזל ה״ה באבידה דהיכי דאתי לידי׳ קודם יאוש לא קני וצריך להחזיר גם גוף החפץ.

שוב מצאתי בשלטי הגבורים ר״פ אלו מציאות שכ׳ וז״ל, דע כי למ״ד יאוש כדי קני בגניבה וגזילה ה״נ קני במציאה אף על פי שבאת לידו מקמי דמייאש מרה לענין זה שמחזיר דמים וקני החפץ, ולמ״ד יאוש כדי לא קני בגזל ובגניבה ה״נ דלא קני במציאה היכי שבאה לידו מקמי דמייאש בעל האבידה כו׳ ע״ש. והנה דבריו בודאי הוא ע״פ דברי התוס׳ הנ״ל ומבואר בהדי׳ דמ״ש התוס׳ דבמציאה נמי היינו לס״ד דאם יאוש קונה בגזל, אבל אם יאוש לא קני בגזל ה״ה באבידה באתי לידי׳ קודם יאוש, וקושית העטרת חכמים לא קשה מידי, וז״ב...״.

ד

ובקצוה״ח [שנ״ג סק״ב] ביאר להך מילתא שהגזלן חייב בדמים, דגם להצד דיאוש קונה אינו קנין גמור, אלא איכא שיור בקניינו, דהיאוש אהני רק לקנות את גוף החפץ אבל הדמים צריך להחזיר:

"...ונראה לענ"ד דודאי שינוי מעשה ושינוי השם קונה את החפץ קנין גמור, וכן למ"ד יאוש קונה נמי קונה אותו לגמרי קנין גמור, והא דצריך הגזלן ליתן את הדמים היינו על מה שנתחייב משעת גזילה, ואפילו נאבד החפץ נמי צריך ליתן הדמים שכבר נתחייב משעת הגזילה...

אמנם אכתי תיקשי מיאוש דאבידה דבפרק מרובה (ב"ק) דף ס"ו (ע"א) אמר רבה יאוש אמרי רבנן דנקני ולא ידענא אי מדאורייתא מידי דהוי אמוצא אבידה כיון דמייאש מרה מינה מקמי דתיתי לידיה קני האי נמי קני, או דלמא מוצא אבידה בהיתרא אתי לידיה אבל הכא באיסורא אתי לידיה. וכתבו תוס' שם (ד"ה הכא נמי) דאף על גב דרבה רצה לומר דגבי גזילה נמי יאוש קונה אף על גב דבאיסורא אתי לידיה, אפ"ה באבידה דוקא כי מייאש מרה מינה מקמי דתיתי לידיה, דבתר דתיתי לידיה כי מייאש אף על גב דקונה גוף האבידה היה צריך ליתן דמי האבידה וע"ש. וביאוש דאבידה ליכא חיוב דמים על שעת הגבהה דבאבידה אינו אלא שומר חנם או שומר שכר לרב יוסף (ב"מ פב, א) וכל השומרין אין מתחייבין אלא משעת פשיעה כמבואר בסימן שמ"א (סעיף ד'). ואפילו למ"ד דשומרין מתחייבין משעת משיכה (ע"ש סמ"ע סקי"ג וש"ך סק"ו) היינו כשנאבד בפשיעה אח"כ הרי מתחייב למפרע משעת משיכה, אבל שומר אבידה דנתייאש מרה מינה אח"כ דאין כאן שום פשיעה אמאי יתחייב בדמים. וע"כ צריך לומר דיאוש גופה אפילו למ"ד קונה אינו קונה קנין גמור היכא דאתי לידיה קודם יאוש אלא לקנות גוף החפץ אבל לענין הדמים לא קני לה, וא"כ הו"ל שיור בקניינו...".

סימן י״ד

א

איתא **בתוספות**: ״כיון דבאיסורא אתי לידיה - מכאן משמע שיאוש אין כהפקר גמור דא״כ אפי׳ בתר דאתא לידיה באיסורא יוכל לקנות מן ההפקר והא דאמר בהשולח (גיטין דף לט:) נתייאשתי מפלוני עבדי דלא בעי גט שחרור אי אמרי׳ המפקיר עבדו יצא לחירות ואין צריך גט שחרור לא משום דכי מתייאש הרי הוא מפקירו דאי יאוש הוי הפקר א״כ אפי׳ אתא לידיה באיסורא כיון שמפקיר זכה בהן אלא התם היינו טעמא דכי היכי דבהפקר אין צריך גט שחרור לפי שאין רשות לרבו עליו ה״נ כשנתייאש אין לרבו רשות עליו״.

והנה, במה שאמרו שיאוש אינו כהפקר גמור, יש לעיין מה כוונתם, באיזה עניין שונה יאוש מהפקר. וכן יש לבאר מאי קשיא ליה מהא דנתייאשתי מפלוני עבדי על פי הבנתם בהבדל בין יאוש והפקר. וידועים דברי הנתה״מ שהם שיאוש והפקר שונים בדין שחל על החפץ.

נתיבות המשפט [ביאורים סימן רסב ס״ק ג]: ״ [ג] דבר שנתיאשו הבעלים. והנה הא דיאוש קונה, נראה דלא יצא ע״י יאוש מרשות בעלים עד דאתי ליד זוכה...

ולישב זה נראה, דהתוס׳ בב״ק דף ס״ו [ע״א] בד״ה כיון דבאיסורא, כתבו וז״ל, מכאן משמע שיאוש אינו כהפקר גמור, דא״כ אפילו בתר דאתי לידיה באיסורא יכול לקנות מן ההפקר. ולכאורה אינו מובן, דבאיזה ענין חלוק יאוש מהפקר, הא כמו שהפקר כל המחזיק בו זכה בו, כמו כן ביאוש. **לכן נראה לפענ״ד דבזה חילוק בין יאוש להפקר**, דבהפקר פליגי ר׳ יוסי ורבנן בנדרים דף מ״ג [ע״א], דר׳ יוסי סבר דהפקר כמתנה מה מתנה עד דאתי לרשות זוכה אף הפקר עד דאתי לרשות זוכה, **והנה אף דקיי״ל בהפקר דהוי הפקר אף על גב דלא אתי לרשות זוכה, ואפילו הוא בעצמו צריך לחזור ולזכות בו** [ראה יו״ד סימן רכ״א סעיף ט׳ וחו״מ סימן רע״ג סעיף ד׳], **מ״מ ביאוש נראה דלא מהני עד דאתי לרשות זוכה, ואם נתיאש מהאבידה וכלה היאוש קודם דאתי ליד הזוכה, א״צ לחזור ולזכות בו, רק כיון שראהו תיכף זכה בו ואין שום אדם יכול לזכות בו שוב**. וזהו ראית התוס׳, דאלת״ה רק דיאוש הוי כהפקר גמור ואפילו לא אתי ליד הזוכה יצא מרשות בעלים, א״כ אפילו בגזילה, נהי דהגזלן לא קנה מטעם דבאיסורא אתי לידיה, מ״מ הא של הנגזל ג״כ לא הוי דהא יאוש הוי כהפקר לכל אדם, והיאך יכול לתובעו גוף החפץ כיון שאינו שלו שהוא הפקר, רק דמים יכול לתבוע, ומהיכי תיתי יהיה עדיף אתי לידיה באיסורא מלא אתי ליד זוכה כלל, ומדבעינן אתי ליד זוכה בהיתירא, ודאי דאי לא אתי ליד זוכה כלל לא הוי הפקר.

ומקרא גופיה מוכח כן, דבשלמא בהפקר דאתי מקרא דתשמטנה ונטשתה [שמות כ״ג י״א] דנלמד משמיטה [ירושלמי פאה פ״ו ה״א], הוי הפקר אפילו לא אתי ליד זוכה, אבל יאוש כתבו התוס׳ בב״ק ס״ו [ע״א] בד״ה מוצא אבידה, דנפקא לן מהא דמה שמלה [דברים כ״ב ג׳] מיוחדת שיש לה סימנים שאין הבעלים מתיאשין, (וז״ל) ושם בקרא כתיב ומצאתה, ובב״מ דף ב׳ [ע״א] אמרינן ומצאתה דאתי לידיה משמע, וכיון דלא נכתב קרא דיאוש קונה רק במקום דאתי לידיה, מה״ת לן למילף במקום דלא אתי לידיה.

ולפמ״ש מיושבים הרבה קושיות התוס׳, דמה שהקשו שם [ד״ה כיון] מהא דנתיאשתי מפלוני עבדי דלמה יצא לחירות, ולדברינו לא קשה, דהא בעבד כבר אתי ליד זוכה דהא העבד מוחזק בעצמו...״.

המורם מדבריו: 1. ביאוש לא יצא מרשות הבעלים עד דאתי לרשות זוכה. 2. הוכחת תוס׳ היא דאם ביאוש יצאה לגמרי מרשות הנגזל אזי איך יכול לתבוע את הגזילה. 3. על פי זה מובנת מאי דקשיא ליה מתייאשתי מפלוני עבדי, דמכיוון שביאוש לא יצא מרשות הנגזל מדוע יצא לחירות. 4. מביא ביאור חדש לקושיא זו. 5. עוד יש לציין שבהמשך דבריו למד את הגמרא בכריתות [דלקמן] מצד אבודה ממנו ומכל העולם ״...דדוקא באבידה שאבוד מכל אדם כגון שור הנסקל שהוזמו עדיו [ראה כריתות כ״ד ע״א], יש לו דין הפקר ממש ואפילו לא אתי ליד זוכה...״.

אמנם יש לציין, שלפי זה לכאורה עיקר הביאור לא מובא בתוס׳, והוי ליה לפרש את העיקר שהוא במה שונה יאוש מהפקר בעיקר הדין.

ב

וביארו אחרונים ביאור נוסף בדברי התוס׳:

ובהקדים מה שהקשה **הפני יהושע** [גיטין לח ע״א]: ״...ובאמת נפלאתי מרבותינו בעלי התוספות למה לא הוכיחו בפשיטות מקרקעות ועבדים דיאוש לא מהני והפקר מהני בהו תו קשיא לי טובא היאך אפשר לומר כלל דיאוש משום הפקר הוא ותיפוק ליה דאינו יכול להפקיר כלל דבר שאינו ברשותו כדקי״ל בפרק מרובה (דף ס״ז) [ב״ק ס״ח ע״ב] כרבי יוחנן דאמר גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינן יכולים להקדישו זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו ומשמע שם להדיא דה״ה שאינו יכול להפקיר מדאמרינן שם צנועין ורבי דוסא אמרו דבר אחד ור׳ דוסא לענין הפקר איירי וכ״כ שם התוספות להדיא דהקדש והפקר שוין בזה וא״כ יש לתמוה טובא דשם באותו סוגיא גופא בד״ה כל שלקטו כתבו התוס׳ אי יאוש הוי כהפקר או כמתנה ולא פשיטא להו מהאי סברא גופא...״.

1. והפרי יצחק הוכיח מדבריו שאין הנידון בתוס׳ איזה דין חל ע״י יאוש, האם חל דין הפקר או לא, אלא הנידון האם הבעלים עושים מעשה הפקר או לא. דאי יאוש מטעם הפקר היינו שיאוש הוי חלות הנעשה ע״י הבעלים, דע״י שמתייאש ומסיח דעתו מן החפץ חשיב כאילו מפקירו ומוציאו מרשותו. ואי יאוש אינו כהפקר היינו דאין זה חלות נעשה ע״י הבעלים אלא ממילא, דע״י שנתייאש ומסיח דעתו חידשה התורה שהוא יוצא ממילא מרשותו.

וכתב הפרי יצחק דמוכח מקושית הפני יהושע כנ״ל שאין הנידון בתוס׳ איזה דין חל ע״י היאוש, אלא הנידון האם הבעלים עושה חלות היאוש כמו הפקר. ולכן הקשה איך יכול להיות ס״ד שיאוש הוא מעשה חלות של הבעלים, הרי אינו יכול להתייאש מדבר שאינו ברשותו. 2. ומסביר בזה את הוכחת התוס׳, וכדלהלן.

שו״ת פרי יצחק [חלק ב סימן סד]: ״...דלפי הנראה הבין הפנ״י בכוונת התוס׳ דאי יאוש הוא מטעם הפקר היינו שהבעלים הם מפקירין ולפיכך הקשה הא אין הנגזל יכול להפקיר... ולפ״ז דברי התוס׳ ניחא שפיר, דאי נימא דיאוש אינו כהפקר גמור אלא דהתורה נתנה לזכות לכל מי שירצה אפ״ל דהגזלן אינו יכול לקנות משום שכבר נתחייב בהשבה, אכן אם נימא דיאוש הוי כהפקר גמור והיינו דביאוש הבעלים מפקירין לכל העולם, א״כ ע״כ מפקיר גם לגבי הגזלן דאל״ה לא הוי הפקר כלל וכמבואר בב״מ (ל, ב) גבי ר׳ ישמעאל בר״י לכו״ע אפקרינהו ולך לא אפקרינהו, ופריך מי הוי הפקר כה״ג, ע״ש. ועכ״פ כיון דהנגזל מפקיר לכל אף לגבי הגזלן א״כ מדוע לא מצי הגזלן לזכות מן ההפקר ומה בכך שנתחייב בהשבה כיון שהבעלים הפקירו לכל אף להגזלן, ולפ״ז שפיר הקשה הפנ״י דאיך אפשר להיות כהפקר גמור דנימא שהבעלים מפקירים הא אין הנגזל יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו״.

3. ולפי ביאור זה שהנידון בתוס׳ הוא האם יאוש הוי חלות הנעשה ע״י הבעלים או נעשה ממילא, צ״ל דקושית התוס׳ איך מדמינן נתייאשתי מפלוני עבדי למפקיר עבדו, דדלמא צריך שיהא מעשה שחרור מצד האדון. ותירצו התוס׳ דא״צ שיהא מעשה שחרור של האדון אלא כיון דאין רשות לרבו עליו יצא ממילא לחירות וא״צ גט שחרור.

וכביאור הזה איתא **בשו״ת זכר יצחק** [לרבי איצלה מפוניבז׳ חלק א סימן לא]: ״... דעיקר הסברה דבאיסורא אתי לידיה, היינו דמה תועיל יאוש להפקיע האיסור, שנתקן רק על ידי השבה דהוי לאו הניתק לעשה (מכות טז, א), וביאוש לא נתקיימה השבה. דרק במתנה והפקר דמדעתו נתקיים בזה, כיון דנעשה הפקר כחפצו ורצונו כמו דאמרינן בב״ק סח, ב בהקדישו הבעלים בבית הגנב דחזרה קרן לבעלים אבל יאוש שהוא דין התורה שיצאתה מרשותו על ידי [יאושו ונעשה] שאינו שלו לא תוכל להתקיים. **וזהו הפירוש בדברי התוס׳ בב״ק סו, א (ד״ה כיון) דיאוש אינו כהפקר, ואי״צ**

להחדשות שהוליד הנתיבות (סימן רס״ב ס״ק ג׳) דיאוש בעי דאתי לרשות זוכה, דבאמת אינו מסתבר, כיון דדין התורה הוא שיכול כל מי שירצה לקחת, ממילא הפקר הוא כמו בשמיטה דהוי הפקר מפני שנתנה התורה רשות לקחת. רק דההחילוק הוא דהפקר הוא עושה הפקר, ויאוש הוא רק דבסיבתו עשאתה התורה להפקר. והוא ברור בפשט דברי התוס׳...״.

נמצאו אם כן שני ביאורים בדברי תוס׳ מה ההבדל בין יאוש להפקר. או שיאוש לא יצא מרשות הבעלים עד דאתי לרשות זוכה, או דיאוש הוא לא פעולת חלות של הגברא אלא פעולת התורה.

ובאחרונים **שרש״י** ס״ל דיאוש כהפקר, וכמו שמסכם **באהל תורה**: ״האחרונים ז״ל כתבו (עיין מחנה אפרים הל׳ זכיה מהפקר סי׳ ז׳, פני יהושע בגיטין שם, קצוה״ח סי׳ שס״א סק״א וסי׳ שס״ב סק״א) דרש״י בכ״מ פליג על תוס׳ וס״ל דיאוש הוי כהפקר, דרש״י בגיטין דף ל״ח ע״א כתב וז״ל יאוש הוי הפקר. ועוד כתב רש״י שם (ד״ה בחזקה) וז״ל בחזקה כגון שבאי שהחזיק בו וקנאו בחזקת יאוש כשהפקירו רבו כשנתייאש ממנו. ורש״י בב״מ דף כ״א ע״א כתב וז״ל מצא פירות מפוזרין נתייאשו הבעלים מהן כדאמר בגמ׳ והפקר הן. מעות מפוזרות הואיל ואין להם סימן ניכר אייאושי מייאש והו״ל הפקר וזהו טעם כולם. ובב״מ דף כ״ז ע״א כתב רש״י וז״ל סתם שמלה יש לה תובעין וכו׳ ולא באת מן ההפקר, אף כל שיש לו תובעין למעוטי מידי דידעינן ביה דמייאש. ועוד כתב רש״י שם (בע״ב) וז״ל קרא לתובעין אתא ולמעוטי מידי דאייאש ואפקריה. והקשו האחרונים ז״ל דלכאו׳ לשיטת רש״י תיקשי קושית התוס׳ בסוגיין דאע״ג דאתי לידיה באיסורא יוכל הגזלן לקנות מן ההפקר. ועיין במחנה אפרים ובקצוה״ח שם.

והפרי יצחק (שם) כתב ע״פ דרכו הנ״ל, דרש״י לא פליג כלל על תוס׳, דהתוס׳ כתבו דיאוש לא חשיב דנעשה ע״י הבעלים אלא הוא דין שחל ממילא דכיון שנתייאש הבעלים ומסיח דעתו יצא החפץ מרשותו. אבל מש״כ רש״י דיאוש הוי כהפקר, אין כוונתו שהבעלים עושה ההפקר, אלא כוונתו דע״י יאוש חל דין הפקר גמור. (ויתכן דגם התוס׳ מודים בזה ע״י היאוש חל דין הפקר גמור)״.

ג

איתא **בקצות החושן** [תו ס״ק ב]: ״(ב) והפקירו קודם שעמד בדין. ואחי הרב המופלג מוהר״ר יהודה כהן ש״ן הקשה בהא דאמרינן פרק החובל (ב״ק) דף צ׳ (ע״ב) שור שהמית ואח״כ הזיק אם הוא מועד דנין אותו דיני ממונות ואח״כ דנין אותו דיני נפשות, קדמו(הו) ודנוהו דיני נפשות אין חוזרין ודנין אותו דיני ממונות, ופריך וכי קדמו(הו) ודנו אותו דיני נפשות ליהדר ולדייני אותו דיני ממונות ע״ש. ומאי פריך הא אמרינן בכריתות דף כ״ד (ע״א) שור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם וזכה בו זכה בו משום דאפקורי אפקר ליה, וכיון דקדמו(הו) ודנו אותו דיני נפשות הרי נעשה הפקר ואיך אפשר ליהדר ולדייני דיני ממונות כיון דהפקירו קודם שהעמידו בדין, ע״כ.

ונראה בזה משום דבאיסורי הנאה לא מהני הפקרו כלל וכדמוכח בפסחים דף (ה׳) [ז׳] (ע״א) בהא דאמרו ונבטליה בשית, משום דרב גידל דאמר המקדש משש שעות ולמעלה אין חוששין לקידושין, אלמא דאין לבעלים שום כח להפקיר אחר שנאסר בהנאה. וכ״כ רש״י פרק שור שנגח ד׳ וה׳ (ב״ק) דף מ״ה (ע״א) בהא דאמרו שם שור הנסקל משנגמר דינו מכרו אינו מכור הקדישו אינו מוקדש, ופירש רש״י אינו מוקדש דלאו ברשותיה קאי לאקדושיה, וא״כ ה״ה לאפקוריה אינו ברשותו. אלא דאיסורי הנאה אף על גב דלאו ברשותיה קאי אבל בעלים מיהא אית ליה וכמ״ש הריב״ש בסי׳ ת״א דזכיה יש בו באיסורי הנאה מדאמרינן בעבודה זרה (מב, א) מכי אגבה קניא ע״ש, וכ״כ הרשב״א בחידושיו פרק לולב הגוזל (סוכה לה, א ד״ה ושל ערלה) באתרוג של ערלה חשיב לכם ומשום דאית ליה בעלים אף על גב דאסור בהנאה ע״ש, וא״כ הא דהפקירו קודם שעמד בדין פטור היינו משום דבעינן בעלים מתחלה ועד סוף, והא איתי ליה בעלים והפקר שלהם לאו כלום כיון דאיסורי הנאה מיקרי דבר שאינו ברשותו, וכמו גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהן אין יכולין להקדישו (קידושין נב, א). והא דשור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם זכה בהן, היינו דכיון שהוזמו עדיו הרי מעולם לא היה מאיסורי הנאה וכיון דבעלים הפקירו הרי הפקרן הפקר ודו״ק.

וכן נראה מדברי הרמב״ם שכתב בפרק י״א מנזקי ממון (ה״ט) ז״ל, שור שהמית את האדם והקדישו בעליו אינו קדוש וכן אם הפקירו אינו מופקר כו׳ במה דברים אמורים אחר שנגמר דינו לסקילה. ואח״כ (הי״ג) כתב ז״ל, שור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם בו זכה שהרי משנגמר דינו הפקירוהו בעליו ע״ש. ומאי מהני הפקר בעליו כיון דכבר כתב דהפקירו אינו הפקר, אלא נראה כמ״ש דודאי איסורי הנאה בעלים אית ליה ואפ״ה הפקירו אינו מופקר ומשום דלא עדיף מדבר שאינו ברשותו דאע״ג דשלו הוא אינו ברשותו לאקדושיה ולהפקירו וכמ״ש בסימן רי״א (סעיף ז׳ ושם סק״ד) ע״ש, אבל בהוזמו עדיו למפרע בעלים אית להו וברשותייהו הוי קם לאפקוריה.

ואף על גב דיאוש ודאי מהני אפילו בדבר שאינו ברשותו דהא בגזילה מהני יאוש וא״כ כי נגמר דינו נימא דיאוש מיהא הוי, דליתיה, דיאוש לא יצא מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה ואינו כהפקר. וראיה מהא דאמרינן במרובה (ב״ק) דף ס״ו (ע״ב) זה מתייאש וזה אינו רוצה לקנותו ע״ש, ואי נימא דביאוש יצא מרשות בעלים נהי דאינו רוצה לקנות אכתי היכי מצי אמר הרי שלך לפניך בתר דמייאש מאריה מיניה כיון דתו לאו דמאריה ודו״ק״.

המורם מדבריו: 1. יאוש מהני גם בדבר שאינו ברשותו, ואילו הפקר רק בדבר שברשותו. ולומד זאת מאינו ברשותו של גזילה שמהני יאוש, לאינו ברשותו של איסורי הנאה שגם שם יהני יאוש. 2. ולכן מסביר שלא מהני באיסורי הנאה שלא ייקרא בעלים כיוון שלא יצא מרשותו. 3. מסביר את הסוגיא בכריתות מטעם הפקר ולא יאוש, דהרי לשיטתו לא מהני יאוש להוציא מרשות הבעלים, ואתי עלה שהבעלים הפקירוהו ״והא דשור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם זכה בהן, היינו דכיון שהוזמו עדיו הרי מעולם לא היה מאיסורי הנאה וכיון דבעלים הפקירו הרי הפקרן הפקר״.

סימן ט״ו

א

בחק יעקב מחדש שמי שלא ביער חמצו ומת לאחר שהגיע זמן איסורו, אין היורשים מחוייבים לבערו מעיקר הדין רק שטוב לבערו. וחלק עליו **בשולחן ערוך אדמוה״ז** [אורח חיים קונטרס אחרון סימן תלה אות ב], שאין זה דומה למפקיר עבדו ומת שהבן לא ירש את העבד. ובתוך הדברים מוכיח שיש בעלות על איסורי הנאה: ״...ותו כיון דכל איסורי הנאה אינן הפקר גמור, א״כ לא דמי כלל לעבד שהפקירו שאין לו בו שום צד ממון, לכך אינו יכול להוריש כי מה יוריש, אבל חמץ יש לו בו צד ממון, שאם עבר ומכרו מותר ליהנות מדמיו מן התורה. ומה שלא מצינו דמים לחמץ בפסח היינו משום דלכתחלה אסור למוכרו כמו שכתבו התוס׳ ריש פ״ק דחולין, ולשיטת רש״י שם משום דמדרבנן אסור למוכר עצמו, א״כ לאו מידי חסריה, וכדפירש רש״י בפסחים דף ל״א סוף ע״ב.

אבל על כל פנים אינו הפקר גמור עד שכל הרוצה ליטול בעבירה יבא ויטול בעל כרחו של בעלים, דאם לא כן למה ליה לרש״י למימר דלאו מידי חסריה תיפוק ליה דהפקרא הוא, וכל תרומה שהפקירה כהן ואכלה זר במזיד פשיטא דפטור מכלום.

וכן מצינו בהדיא בפסחים דף ו׳ ע״ב ולא מצי מבטיל ליה, משמע דאי הוה מצי הוה מועיל, ואי בלאו הכי נמי הפקר גמור הוא עד שאין בניו יכולין לירשו ואפ״ה עשאו הכתוב כו׳ אם כן כשיפקירנו מה מועיל, אלא ע״כ כשהוא הפקר גמור לא עשאו הכתוב כו׳, ועכשיו שאינו הפקר אלא שאין לו זכות בגופו מחמת שאסור לו ליהנות ממנו ולכך אינו יכול להפקירו, עשאו הכתוב כאלו הוא שלו לגמרי. וא״כ לא דמי כלל לעבד שהפקירו הפקר גמור, ואפשר שבניו יורשים החמץ דירושה ממילא הוא וחיילא על כל מה ששם אביו נקרא עליו אף שאין לו זכות בגופו. אבל אינו יכול להפקירו ולמכרו וליתן במתנה כיון שאין לו שום זכות בגופו, אף שהוא שלו ואין אחר יכול להוציא מידו בעל כרחו כמו שנתבאר.

וכדמשמע בהדיא בריש פרק ו׳ דכריתות דדוקא משום דמיאש מהשור כשנגמר דינו נעשה הפקר, אבל מחמת שהוא אסור בהנאה לא נפקע שם הבעלים ממנו, ודוקא כשהוזמו עדיו מועיל יאוש בעלים דנמצא למפרע היה מותר בהנאה ויכול להפקירו, אבל בחמץ שאין לו זכות בגופו אלא שעשאו הכתוב כו׳ לא מהני יאוש...״.

המורם מדבריו: 1. שמצד אחד מסביר את הגמרא בכריתות שכל הקודם זוכה כמו הקצוה״ח שמה שמועיל הוא מכיוון שהוזמו עדיו ונמצא למפרע שלא היה אסור בהנאה. 2. ומצד שני, מסביר את הגמרא בכריתות מטעם יאוש [ולא מטעם הפקר כמו הקצות – וכמו שהקשו שהרי זה הפקר בטעות - ולא מטעם אבודה ממנו ומכל העולם כמו הנתה״מ]. 3. ויאוש לא מהני באיסורי הנאה. ומה שהוכיח הקצוה״ח שמהני כמו שמהני בגזל שאינו ברשותו, אולי י״ל שאינו דומה. דבגזל ואבידה האינו ברשותו נובע מזה שאינו בשליטתו של הבעלים, ועל זה מהני היאוש לגמור להוציא את החפץ משליטתו. משא״כ בדבר שאסור בהנאה שאין לו זכות בגופו, לא מהני יאוש, דלא הוי משום שאינו ברשותו אלא חוסר זכות בדבר. עוד יוצא מדבריו שיאוש כהפקר ודלא כהקצוה״ח והנתה״מ. 4. יאוש הוא כהפקר בדין שיצא כבר מרשות האדון גם אם לא אתי לידי זוכה. דאי לאו הכי אינו מובן מדוע כל הקודם זוכה.

ב

אמנם, **בשו״ת האדמו״ר הזקן** [סימן יד] יוצא ביאור אחר: ״אל האשל הגדול בענקים. הוא ניהו מרנא ורבנא הרב הגאון מופת הדור מפורסם בכל קצוי ארץ בוצינא קדישא דנהורא אספקלריא המאירה איש אלקי קדוש יאמר לו כבוד תפארתו מהור״ר שניאור זלמן נ״י ויופיע כאור השמש ויהלום...

וכדי שלא להוציא הנייר חלק אכתוב לאדוני קושיא אחת שנתקשתי, בב״ק דף צ׳ ע״ב תנו רבנן שור תם שהמית והזיק כו׳ וכי קדמוהו ודנוהו דיני נפשות ליהדר ולידייניה כו׳, ואיתא בכריתות דף כ״ד ע״א א״ר כרוספדאי א״ר יוחנן שור הנסקל שהוזמו עדיו כל המחזיק בו זכה בו, ופירש״י דהוי הפקר משנגמר דינו, ואיתא בב״ק י״[ג] ומ״[ד] אם נגח ואחר כך הפקיר פטור והועד בבעליו כו׳, ואיתא בהרא״ש דף י״ג דאפילו חכמים לא פליגי על ר׳ יהודה דפטור מלשלם, ואם כן מאי מקשה הגמרא ליהדר ולדייניה דיני ממונות, דהא משנגמר דינו הוי הפקר ונגח ואחר כך הפקיר פטור. ויש לי דרך לישב באריכות גדול, אך באתי לבקש מאת אדוני לחוות דעתו הצלולה בזה, ואסיים ואומר שלום.

הק׳ נפתלי הירש בא״א המפורסם החריף מוהר״ר ישראל הכהן מסטנאב מ״ץ דק״ק בארדיצוב...

ואשר הקשה לשאול בסוגיא דסוף פרק החובל מסוגיא דסוף פ״ק ומריש פ״ו דכריתות, לכאורה היא קושיא אלימתא, אך כבר יישבה הרמב״ם פי״א, במה שסמכו ענין לו לדין זה (דאע״ג דסבירא ליה דאינו משלם אלא מרידיא הרי גם רידיא עלייה דמרה הוא כדאיתא שם בגמרא) דין השנוי בברייתא סוף פ״ד דלאחר שנגמר דינו אם הקדישו אינו מוקדש וכן במתנה, והוסיף מדיליה עוד (אף שאין דרכו בכך כנודע אלא בכדי ליישב קושית כת״ר) דאם הפקירו אינו מופקר. ולכאורה אינו מובן וסותר דברי עצמו בהלכה י״ג שם שכל הקודם זכה שהרי הפקירוהו כו׳, והוא תלמוד ערוך ריש פ״ו דכריתות שהביא כת״ר, ולמאי נפקא מינה אינו מופקר.

אלא דהתם משום יאוש לחודיה נגעו בה (כמ״ש הרא״ש פ״י דב״ק), וסבירא ליה לרמב״ם כמ״ש התוס׳ בב״ק דף ס״[ו] סוף ע״א דאע״ג דכל הקודם זכה לאחר יאוש כמו בהפקר אעפ״כ אין דינו כמפקיר בפירוש ממש מדעתו ורצונו הטוב. ויש חילוק ונפקא מינה אפילו לעניין זכייה עצמה, ומכל שכן הכא לענין שאינו יכול להפקירו מדעתו ורצונו לאחר שנגמר דינו, כמו שאינו יכול להקדישו, משום דלאו ברשותיה קאי, כדפרש״י שם. וכמו חמץ לאחר שש אינו יכול לבטלו ולהפקירו ולהוציאו מרשותו שלא יעבור עליו בבל יראה, וגם אם הפקירו אינו יוצא מרשותו ועובר עליו בבל יראה כאילו הוא שלו, וכן בור ברשות הרבים שהפקירו חייב על נזקיו כשלו, כדאיתא בגמרא אמר ר׳ אלעזר שני דברים אינן ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאילו הן ברשותו כו׳, והוא הדין נמי בשור שהמית והזיק ונגמר דינו למיתה, אינו יכול להוציאו מרשותו מדעתו ורצונו על ידי שמפקירו, שלא נוכל לגמור דינו על הנזקין משום דכתיב והועד בבעליו והוא אינו בעליו משהפקירו והוציאו מרשותו, אלא בעל כרחו הוא בעליו לענין שגומרים דינו בפניו על הנזקין. ואף שכל הקודם זכה, זהו ענין הפקר ממילא על ידי יאוש שלא ברצונו, אבל הוא אינו יכול להפקירו ולהוציאו מרשותו מדעתו ורצונו כמו שאינו יכול להקדישו. ומאחר שהוא אינו יכול להוציאו מרשותו מדעתו ורצונו על ידי הפקר זה קרינן ביה והועד בבעליו.

וקצת יש להוכיח כן, מדר׳ יהודה סבירא ליה דפטור גם ממיתה בנגח ואחר כך הפקיר, משום דבעי והועד בבעליו בשעת גמר דין, והרי תיכף משנחקרו העדים וכיוונו עדותם ונמנו הבית דין וגמרו ביניהם שלא בפני בעליו שהשור חייב מיתה, אם נודע זה לבעליו ידיעה נאמנה בודאי אסחיה לדעתיה ונתייאש, וכשהבית דין שולחים אחר כך לקרוא לבעליו לבית דין ואומרים לו ששורך חייב סקילה כדין התורה, אליבא דר׳ יהודה על כל פנים (ולפי דעת הרמב״ם אפילו לרבנן אם יש לו בעלים צריך לגמור בפניהם. ומ״ש המגיד משנה שכן הוא בברייתא צ״ע, דבברייתא מירי בפני השור), למה יומת הרי כבר נתייאשו והוי הפקר ממילא. ודוחק לומר שלא חייבה תורה סקילה אלא כשלא היתה ידיעה נאמנה בתחילה לבעליו איך שנחקרו העדים שהעידו בפניו דייקא וכיוונו עדותם. אלא ודאי דלא פטר ר׳ יהודה אלא כשהפקירו בפירוש מדעתו ורצונו, והוא הדין לרבנן לענין נזקין, כמ״ש הרא״ש, דשוין הן.

והא דחשיב ר׳ אלעזר שני דברים בלבד, היינו שעשאן הכתוב דייקא, אבל נגח והזיק אינו מפורש בכתוב, וכן לר׳ יהודה אם היתה ידיעה בתחלה לבעלים גם כן אינו מפורש בכתוב.

ותדע דלא קא חשיב נמי ר׳ אלעזר ישראל שמצא עבודה זרה והגביהה וזכה בה, שאינה ברשותו כמו חמץ בפסח ממש שאסורה בהנאה, וצריך לבערה מן העולם כמו חמץ, כדתנן שוחק וזורה לרוח כו׳, וכדאיתא בפסחים דף כ״ח, ואפילו הכי היא כשלו לענין שאין לה ביטול, כדאיתא בעבודה זרה דף מ״ב ע״א ובב״ח ליו״ד סי׳ קמ״ו, דלא כט״ז שם״.

ג

ובביאור דברי **אדמוה״ז בשו״ת שלו** ביארו כמה ביאורים:

1. **בשערי יהודה** [ב״ק ע׳ עד ואילך] ביאר את דברי אדמוה״ז כדעת הנתה״מ, שההבדל בין יאוש להפקר הוא שביאוש לא יצא מרשות הבעלים לפני דאתי לידי זוכה. והיינו שהסיבה שדנים את השור דיני ממונות לאחר שדנו דיני נפשות הוא משום שעדיין לא יצא מרשות הבעלים, אלא שעל ידי היאוש נפעל הדין שכל הקודם זכה, אבל עדיין הוא בעלים.

ועיין שם שמסביר שאדמוה״ז בקו״א בהלכות פסח למד את הסוגיא בכריתות מטעם הפקר ובשו״ת מטעם יאוש, ויוצא להסביר שפליגי האם מהני חזרה מיאוש, ותולה במחלוקת רש״י ותוס׳. אבל לכאורה אינו, שהרי כנ״ל גם בקו״א מסביר מטעם יאוש.

ומה שהבין את דברי אדמוה״ז בשו״ת כמו הנתה״מ שיאוש עדיין ברשות הבעלים עד דאתי ברשות זוכה, ולכן אפשר לדונו דיני ממונות, יש להקשות עליו טובא, וכמו שהעיר **הרב שלמה שי׳ סגל בספרו בהערות על שו״ת הרב**:

א. מדוע לא כתב בפירוש שהפקר מפקיע לגמרי בעלות ויאוש לא, הרי זה עיקר הביאור.

ב. מדוע מדגיש שהפקר מדעתו ויאוש לא.

ג. מדוע ביאר שבשור הנסקל עשאו הכתוב כאילו ברשותו, הרי תיפוק ליה מזה שביאוש הוא עדיין בעלים.

ד. מלשונו של רבינו ״הפקר ממילא על ידי יאוש״ משמע שגם ביאוש נפקע הבעלות כמו בהפקר.

ופירש שם שכל ההבדל בין יאוש להפקר הוא רק האם נעשה הפקר מרצונו או לא, וכמו שנתבאר לעיל **מהפרי יצחק וזכר יצחק**. ומכיוון שביאוש לא נעשה ההפקר מרצונו הרי התורה העמידה זאת ברשותו וקרינן ביה והועד בבעליו. ואינו יכול להפקירו ברצונו כיוון שאינו ברשותו. ופירש ההבדל בין יאוש להפקר לגבי זכייה שכתב אדמוה״ז, היינו בין באיסורא אתא לידו להתירא אתא לידו.

ונמצא לדבריו בשו״ת: 1. שמהני יאוש באיסורי הנאה אע״פ שאינו ברשותו, ודלא כדבריו בקו״א. 2. ונראה שאפשר לזכות בזה וכל הקודם זוכה, ודלא כדבריו בקו״א שאי אפשר ליקח בעל כרחם של הבעלים. 3. יש סוג של בעלות לבעלי השור הנסקל לעיניין והועד בבעליו, אע״פ שהשור הוא הפקר מכיוון שנתייאש. 4. ויש להסביר שזה סוג של בעלות בתור אחריות לגבי דיני תורה, כמו בל יראה, בור, והועד בבעליו, ביטול ע״ז.

וכן **בתהילה לדוד** [חלק ג פסח סימן כ] שאדמוה״ז בשו״ת ס״ל שמצד דיני ממונות הרי הוא הפקר, ורק לגבי דינים מסוימים נחשב לבעלים כמו הכא שיקוים והועד בבעליו: ״דעת הרב ז״ל בקו״א דכל איסורי הנאה אין שום אדם יכול ליקח מידו בע״כ. ואף שהוא מתיאש מהם אינו יכול להפקיר. כיון שאינם ברשותו. והא דאמרינן בכריתות דף כ״ד ע״א שור הנסקל שהוזמו עדיו כל המחזיק בו זכה בו והיינו מטעם דאפקורי מפקיר ליה. היינו טעמא כיון שהוזמו עדיו. מועיל יאוש בעלים דנמצא שלמפרע היה מותר בהנאה ויכול להפקירו ע״כ. וכ״כ הקצה״ח בסי׳ ת״ה סק״ב. ובאמת סברא זו צריכה ביירור. דאי אזלינן בתר בסוף א״כ לא היה מפקירו. והוה הפקר בטעות. והרב ז״ל בשו״ת סוסי׳ י״ג כפי הנראה ס״ל דכל אדם יכול ליקח ממנו בע״כ דהוי הפקר וא״ש הא דשור

הנסקל. ואעפ״כ לשאר דברים הוי כשלו. כגון הכא לענין ב״י. ובע״ז לענין בטול. ובשור הנסקל לענין והועד בבעליו...״.

והנה, אי אפשר לומר שדבריו נאמרו רק באיסורי הנאה, שהרי מסביר בזה גם את דברי רבי יהודה, ושם איירי בהפקר או יאוש לפני גמר דין. גם הדוגמא של זכיה בעבודה זרה איירי לא ביאוש והפקר אלא בזכיה. היינו שהמקרים שמביא שונים. ומכאן שהנקודה המשותפת היא כמו שכתוב בתהילה לדוד שהבעלות היא רק לדברים מסוימים.

ד

נמצא שיש כמה אופנים להסביר מדוע בגמרא בכריתות בשור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם זכה:

1. לדעת **הנתה״מ** שיאוש לא יוצא מרשות הבעלים עד דאתי לידי הזוכה, מוכרח להסביר ששם לא מדין יאוש אתי עלה [כיוון שהתבטל היאוש כשהוזמו עדיו ואף אחד אינו יכול לזכות דלא יצא מרשותו] אלא מדין אבודה ממנו ומכל העולם. אמנם **בתרומת הכרי** [סי׳ רס״ב] מוכיח שאין הטעם שם משום אבודה ממנו ומכל העולם.

2. דעת **הקצוה״ח** שהוא מדין הפקר, דמהני משום שבהוזמו עדיו התגלה שלא היה אסור בהנאה ושפיר קא מפקר. ואינו יכול להסביר שהוא מטעם יאוש, כיוון שגם הוא ס״ל שיאוש לא יצא מרשות הבעלים עד דאתי לידי זוכה.

אלא דצריך עיון איך מהני הפקר, הרי זה הפקר בטעות. **ובערוך השלחן** [חושן משפט סימן תה סעיף כח] שאין זה הפקר בטעות כיוון שהיה חייב על פי דין תורה: ״שור שחייב סקילה ע״פ עדים שהעידו שנגח או נרבע ונגמר דינו למיתה ואח״כ קודם שהמיתוהו באו עדים אחרים והזימום והותר השור כל הקודם בו זכה [כריתות כ״ד א] שהרי משנגמר דינו הפקירוהו בעליו ואין זה הפקר בטעות כיון דע״פ דין התורה היה חייב מיתה ע״פ עדים הוה יאושו הפקר גמור ודוקא כשהעידו בדבר שגם הבעלים בעצמם לא ידעו אם עדותם שקר אם לאו אבל אם הבעלים ידעו ששקר מעידים כגון שהעידו שהוא רבע שורו ובאו עדים והזימום חוזר השור לבעליו והקודם ומשכו לא זכה בו שהרי לא הפקירו כלל כיון שיודע בעצמו ששקר הדבר הוא מחזר אחר עדים להזימן וכן אם צווח על עדותם ששקר מעידים [נ״ל ועי׳ תוס׳ שם]״.

3. **אדמוה״ז בקו״א** אסביר לן מדין יאוש [וכמו שמוכיח זאת בשו״ת מדברי הרא״ש בב״ק]. וס״ל שעל ידי היאוש נעשה הפקר [ודלא כנתה״מ והקצה״ח שלא יצא מרשות הבעלים]. אלא דס״ל שלא מהני יאוש באיסורי הנאה כשם שאינו יכול להפקירו, ומה שמועיל בשור הנסקל שהוזמו עדיו הוא משום דכשהוזמו עדיו נמצא למפרע שהיה מותר בהנאה ויכול להפקירו. ומה שהיה יאוש בטעות, יש לחלק בין הפקר בטעות ליאוש בטעות, וכמו שחילק בבית יצחק.

שו״ת בית יצחק [אורח חיים סימן עו]: ״...הנראה שיש לחלק בין יאוש להפקר דבשה״נ שהוזמו עדי׳ הוא מדין יאוש דהפקר ל״מ באה״נ רק יאוש. ולכן ס״ל לר״י דיאוש בטעות מהני משא״כ הפקר בטעות ל״מ וכ״כ בקצה״ח סימן קמ״ב דיאוש אפילו בטעות מהני וזה דלא כמ״ש בקצה״ח סימן ת״ה דהא דשור הנסקל שהוזמו עדי׳ מדין הפקר הוא ואף דאה״נ לא יוכל להפקיר כיון שבאמת הוזמו עדי׳ ול״ה אסור בהנאה מועיל הפקר וז״א דשם מדין יאוש הוא כמבואר בירושלמי דאמר ר״ל יאוש טעות הוא ויאוש מועיל באה״נ...״.

4. **אדמוה״ז בשו״ת** מסביר שיאוש מהני גם באיסורי הנאה, ולא נזקק לביאור שכיוון שהוזמו עדיו נמצא למפרע שלא היה אסור בהנאה. אלא שבאיסורי הנאה רק נפעל שכל הקודם זוכה, אבל אינו יכול להפקירו, ועשאן הכתוב כאילו הוא שלו.

סימן ט״ז

א

איתא בסוגין [סו עמודים א׳ וב׳]: ״איתיביה רב יוסף לרבה: גזל חמץ ועבר עליו הפסח, אומר לו הרי שלך לפניך; והאי כיון דמטא עידן איסורא ודאי מייאש, ואי ס״ד יאוש קנה, אמאי אומר לו הרי שלך לפניך? דמי מעליא בעי שלומי ליה! א״ל: כי קאמינא אנא - זה מתייאש וזה רוצה לקנות, האי - זה מתייאש וזה אינו רוצה לקנות״.

ופי׳ **רש״י** דהיזק שאינו ניכר הוא. ובגמ׳ גיטין (דף נ״ג ע״ב) הקשו למ״ד היזק שאינו שמיה היזק מדוע גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך, ״הא גזלן הוא ממונא מעליא בעי שלומי״. והתוס׳ שם (ד״ה גזלן) ביארו קושית הגמ׳: ״...דכיון דהיזק שאינו ניכר שמיה היזק א״כ חשיב ליה כאילו הוא ניכר, וא״כ אין לך שינוי גדול מזה וקנאם הגזלן בשינוי, וצריך לשלם בממון מעליא ושמין כעין שגזל ולא מצי א״ל הרי שלך לפניך״.

והקצוה״ח (סי׳ ש״ס סק״ה) הקשה איך קונה בשינוי למ״ד היזק שאינו ניכר שמיה היזק, והרי שיטת התוס׳ (דף צ״ג ע״ב ד״ה עצים) דאין קונה בשינוי מעשה בלא שינוי השם, וכן פסקו הטור והרמ״א (סי׳ ש״ס ס״ו), וא״כ אפילו למ״ד היזק שא״נ שמיה היזק והו״ל כאילו נשתנה, מ״מ הרי ליכא שינוי השם ולא חשיב שינוי: ״...אך קשה מהא דפריך בפרק הניזקין (גיטין) דף נ״ג (ע״ב) בהא דאמר חזקיה דבר תורה אחד שוגג ואחד מזיד חייב מאי טעמא היזק שאינו ניכר שמיה היזק, מהא דתנן גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך כו׳, תיובתא, ואי נימא דאפילו בשינוי מעשה כל שלא נשתנה שם הגזילה לא קנה א״כ אפילו למ״ד היזק שאינו ניכר שמיה היזק וחשיב ליה שינוי מעשה וכמו דמפרשי תוס׳ שם (ד״ה גזלן) ע״ש, אכתי מצי אמר הרי שלך לפניך כיון דלא נשתנה שם הגזילה דמעיקרא לחם והשתא לחם וצ״ע״.

ובקובץ שעורים [לקמן אות קכ] ביאר ששינוי השם הוא רק סימן שהיה שינוי גמור, אבל אם ידעינן שהשתנה לגמרי לא תריך שינוי השם: ״קכ) [דף צו ע״ב] בקצה״ח הקשה למ״ד היזק שאינו ניכר הוי היזק דהוי שינוי בגזל חמץ ועבר עליו הפסח ואמאי הא לא נשתנה שמו דמעיקרא לחם והשתא לחם, וי״ל דהא דבעינן נשתנה שמו בשינוי מעשה אין הטעם משום דצריך שינוי השם להצטרף לשינוי מעשה דודאי שינוי מעשה גרידא קונה, והא דלא מהני בלא נשתנה שמו הוא משום דזה מוכיח דלא הוי שינוי גמור, דאילו היה שינוי גמור היה משתנה שמו, אבל במקום דידעינן דהוי שינוי גמור, א״צ לשינוי השם ובהיזק שאינו ניכר למ״ד שמיה היזק אין לך שינוי גדול מזה שכל הדבר נשתנה כמ״ש בתוס׳ שם וע״כ לא בעינן נשתנה שמו״.

ב

והנה, יש לעיין בדברי הגמרא שכיוון שמטא זמן איסורא יקנה הגזלן ביאוש, איך שייך לומר קניין לאיסורי הנאה לדעות שאיסורי הנאה אינו של הבעלים, ומכח הקושיא פירש **המקור חיים (לר״י מליסא)** [באורים סימן תמג ס״ק ה] שהבעלים מתייאשים לפני זמן איסורו כשעדיין לא היה אסור בהנאה: ״...וע״כ הא דקאמר בש״ס כי מטא עידן איסורא היינו סמוך לזמן איסור, דכשהגיע זמן איסור לא שייך לומר דקני ליה ביאוש, דאיסור הנאה לאו בר קנין הוא. ועיין עוד במה שכתבתי סימן תמ״ח [ס״ק ט]. ולפי מה שכתבתי בסימן ת״מ [ס״ק א] דבשעת ביעור אפילו יאוש שלא מדעת מהני דהוי אבוד מכל אדם. נראה דאפילו בגזלן מהני דהפקר גמור הוא״.

והנה, **אדמוה״ז** בהמשך להנ״ל בשיעור הקודם [קונטרס אחרון סימן תלה הערה ב] כתב: ״...וכן מצאתי בפ׳ הגוזל דף צ״ח ע״ב עיין שם ודו״ק. וכן מצאתי בפרק מרובה דף ס״ו ע״ב כיון דמטא זמן איסורא ודאי מיאש כו׳ ואפילו הכי עשאו הכתוב כו׳...״. [בדברי שלום מעיר שהביטוי ״וכן מצאתי״ אינו רגיל. לאידך כ״כ בדפוס ראשון. ומציע שאולי כתב רבינו ״וכ״מ״, שהכוונה לכן משמע או לכן מוכח, והמדפיס פתח את הראשי תבות בטעות לכן מצאתי].

והנה, במה שהביא מהגוזל קמא, עיין בשולי הגליון למהדורה החדשה הפניות לפירושים לכוונתו. ומה שהביא מסוגיין, לכאורה כוונתו שמכאן מוכח שדוקא מצד יאוש הגזלן יכול לקנות ולא מטעם איסור הנאה. מכאן שאי אפשר ליטול בעל כרחם של בעלים. והוא על דרך הוכחתו מכריתות [דלעיל] שדווקא משום דמייאש נפקע שם הבעלים אבל לא משום האיסורי הנאה. וחזינן מהכא דלא כהמקור חיים הנ״ל שהיאוש הוא לפני זמן האיסור.

אמנם קשה, דנהי שהוכיח שאיסורי הנאה עדיין ברשות בעלים מדוע מקשה רב יוסף שיהני יאוש, הרי אינו ברשותו, דהרי נתבאר לעיל שלפי **אדמוה״ז בקו״א** לא מהני יאוש לאיסורי הנאה, ומה שבגמרא בכריתות אתינן עלה משום יאוש הוא משום שנתגלה למפרע שלא היה אסור בהנאה: ״...ודוקא כשהוזמו עדיו מועיל יאוש בעלים דנמצא למפרע היה מותר בהנאה ויכול להפקירו, אבל בחמץ שאין לו זכות בגופו אלא שעשאו הכתוב כו׳ לא מהני יאוש...״. והוא דלא כדבריו בשו״ת דמהני יאוש באיסורי הנאה.

ולכאורה זו כוונת **שו״ת אבני נזר** [חלק אורח חיים סימן שמב]: ״...אך עיין בהרב מלאדי בשלחן ערוך שלו בקונטרס אחרון סימן תל״ה [סק״ב] שפי׳ כי מטא עידן איסורא מייאש לאחר שנאסר ואז לא מהני היאוש. אולם צריך עיון לדבריו מה מקשה הש״ס ואין לי פנאי כעת לעיין בזה״.

ועיין מה שביאר **בהערות וביאורים צ״צ**. לענ״ד דחוק מפני שהעיקר חסר מן הספר.

ושמעתי ביאור בשם **הגה״ח הרב יצחק שי׳ קנניג**, שרבה ורב יוסף פליגי בזה גופא האם יאוש מטעם הפקר. רב יוסף ס״ל שכן, ולכן ס״ל שיאוש לא מהני בגזל כיוון שאינו ברשותו. ומקשה לרבה שלפי שיטתך שיאוש מהני באינו ברשותו הרי מהני גם באסורי הנאה. ורב יוסף לשיטתו ס״ל שלא מהני כשם שלא מהני בגזל, וממילא אפשר להסביר את אדמוה״ז כשיטתו. ועל זה מתרץ רבה שזה אינו רוצה לקנות, היינו שיאוש אינו כהפקר ואינו יוצא מרשות הבעלים עד דאתי לידי זוכה.

ולכאורה קשה על ביאורו: 1. רב יוסף לא מסביר שיטתו מטעם שלא יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו. 2. מדוע רב יוסף לא עונה לרבה לאחר שתירץ עד דאתי לרשות זוכה שלא ס״ל כך גדר יאוש. 3. לפי זה רב יוסף מדמה הפקר ויאוש בגזל להפקר ויאוש באיסורי הנאה. ולכאורה אינו פשוט. ולדידי צ״ע דברי הגמרא לשיטת אדמוה״ז שלא מהני יאוש באיסורי הנאה.

[לאחר השיעור – ביאר הת׳ יוסף שי׳ חן שאפשר להסביר את דברי אדמוה״ז כהמקור חיים, היינו שהיאוש חל באיסורי הנאה לפני זמן האיסור, כשרואה שעוד מעט ייאסר, ודלא כאבני נזר דלעיל. אמנם, אעפ״כ שפיר מוכיח אדמוה״ז שאיסורי הנאה לא הוו הפקר, דאם כן שוב יוקשה גם לדעת רב יוסף מדוע יכול לומר הרי שלך לפניך בדבר שכבר יצא מרשות בעלים.ומזה שרב יוסף שאל דווקא מצד יאוש ולא מצד איסורי הנאה מוכח דאיסורי הנאה אינם הפקר].

ג

והנה, נתבאר לעיל מחלוקת אחרונים האם גדר יאוש הוא כהפקר שיצא מרשות בעלים, או שיוצא מרשותם רק אם אתי לידי זוכה. וכך ס״ל הקצוה״ח והנתיבות. **ובתרומת הכרי** [סימן רס״ב] הביא שהוכיח אחיו הקצוה״ח מסוגיין: ״...ורב אחי ומורי ש״ץ הביא לי ראי׳ דיאוש לא נפיק מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה, מדמקשה במרובה [ב״ק סו, ב] למאן דסובר יאוש קונה מדתנן גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הש״ל והאי כיון דמטי עידן איסורא ודאי מייאש מיני׳ ואי ס״ד יאוש קונה אמאי מצי אמר הש״ל דמי מעליא בעי שלומי לי׳, ומשני כי קאמרי׳ זה מתייאש וזה רוצה לקנות האי זה מתייאש וזה אינו רוצה לקנות ע״כ,א ואי ס״ד דיאוש מיד נפיק מרשות בעלים אף דלא אתי׳ לרשות אחר מה בכך שזה אינו רוצה לקנות סוף סוף היכי מצי אמר הש״ל והרי האי חמץ אינו של הנגזל וכבר נפיק מרשותי׳ מעידן איסורי׳, אלו דבריו ונכונים הם...״.

ובהגהת המלב"ה דחה דבריו [**הגהות תרומת הכרי** סימן רסב הערה א]: "א. הנה במה שהביא ח"ז בשם מר אחיו הקצוה"ח ז"ל ראי' דיאוש לא נפיק מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה מהך דגזל חמץ כו', והנה באמת מדברי התוס' והראשונים נראה מבואר דשפיר נפיק מרשות בעלים, וא"כ תקשה קושי' זו, אמנם באמת לפי דבריו יקשה עדיין אף בלי יאוש לדעת הפוסקים דאיסור הנאה מיקרי לית לי' בעלים וא"כ תקשה למה יכול לומר הרי שלך לפניך, והן באמת לא ידעתי מי הגיד לו רז זה דע"י דנפיק מרשות בעלים אינו יכול לומר הש"ל, ולענ"ד דווקא בקנה הגזלן אינו יכול לומר הש"ל, והוא דהנה בענין השבת הגזילה נתנה התורה ב' ענינים דכל שאפשר בחזרת גוף החפץ צריך להחזיר גוף החפץ ואם לאו יחזיר הדמים ובקנית גוף החפץ ממילא חל עליו חזרת דמים ולכך (איני) [אינו] יכול לפטור עצמו בגוף החפץ ולומר הש"ל משא"כ במה דנפיק מרשות בעלים עכ"פ לא חל עליו חיוב חזרת דמים ושפיר יכול לפטור עצמו בגוף החפץ ולומר הש"ל והרבה ראיות הבאתי לזה והוא ברור ואכ"מ להאריך בזה, וממילא דא"ש נמי לדעת הפוסקים דאה"נ לית לי' בעלים. ובאמת לכאורה ק"ל להיפך דמאי פריך לדעת הפוסקי' הנ"ל דלדידהו גם אין זכי' באה"נ, אמנם באמת לק"מ דהכוונה כאן דמייאש רגע קודם זמן איסורו ודוק".

סימן י״ז

א

איתא בסוגין: [סו ע״ב]: ״איתיבי׳ אביי לרבה: קרבנו - ולא הגזול; היכי דמי? אילימא לפני יאוש, למה לי קרא? פשיטא! אלא לאו לאחר יאוש, ש״מ: יאוש לא קני! אמר ליה רבא: וליטעמיך, הא דתניא: משכבו - ולא הגזול, ה״ד? אילימא דגזל עמרא ועבדיה משכב, מי איכא למ״ד שינוי מעשה לא קני? אלא מאי אית לך למימר? דגזל משכב דחבריה, ה״נ דגזל קרבן דחבריה״.

היינו, שאביי בקושייתו סבר דהפסוק איירי בגזל בהמת חולין והקדישה הגזלן, ואילו רבא השיבו דהפסוק איירי בגזל קרבן שהקדישו הבעלים, ובא הפסוק לחדש שהוא לא לרצון.

וכמה ביאורים מה בא הפסוק לחדש:

1. **רש״י** ביאר בפירושו הראשון ביאר שהחידוש שאינו עולה לרצון לבעלים הראשונים: ״דגזל קרבן דחבריה - שהקדיש חבירו ולעולם לפני יאוש ואיצטריך לאשמועינן דאינו עולה לרצון כלל ואפי׳ לבעלים הראשונים ואף על גב דלא הוה יאוש...״.

והתוס׳ [סוף ד״ה דגזל] הקשו על פירוש זה [וכמפורש **בתוס׳ רבינו פרץ** שהקושיא היא לפירוש הא׳ של רש״י] דהא אמרינן לקמן בדף ע״ו שאם שחט הגנב לשם בעלים, חזרה הקרן לבעלים, מפני שהקרבן עולה לבעלים לשם חובה: ״...ואין לומר שבא הכתוב לפסול הקרבן דהא אמרינן לקמן (דף עו.) גבי גנב שאם שחט תמימים לפנים לשם בעלים יחזרו קרן לבעלים״.

והאחרונים ביארו קושית התוס׳ דאם מיירי ששחט שלא לשם הבעלים, א״כ בלא״ה לא עלה לבעלים, דקי״ל כל הזבחים שנזבחו שלא לשם בעלים לא עלו לשם חובה, וא״צ למעט מקרבנו ולא הגזול, אלא ע״כ מיירי ששחט לשם הבעלים, וא״כ חזרה קרן לבעלים.

והתוס׳ רי״ד ביאר: ״לבעלים נמי אינו עולה, ואפילו לא אייאש, ואפילו שהביא כהן לשם בעליו, דבעינן יביא אותו לרצונו ולא זה שהביאו שלא לרצונו, והבעלים מטפלים עד העזרה או שולחין אותו ע״י שליח, פרט לזה שלא עשאו שליח והקריבו שלא לדעתו, ועיין לקמן בהאי פירקא שכתבתי שאם הקריבו לשם בעליו שעלה לו לבעליו״. **ובתורי״ד** [לקמן ע״ו] כתב: ״בשוחט תמימים לשם בעליהן, פי׳ והא דאמרן לעיל קרבנו ולא הגזול כגון דאקריבה אדעתא דנפשיה, אבל היכא דאקריבה אדעתא דבעלים הראשונים הכי נמי דעולה להם״. ולכאו׳ ביאור דברי התורי״ד דהכא מיירי שהגזלן הביא הקרבן לעזרה אדעתא דנפשיה, ואף על פי שהכהן הקריבו לשם הבעלים נתמעט מקרא דפסול, משום דצריך הבאה לעזרה ע״י הבעלים. אבל בדף ע״ו מיירי שהגזלן הביאו אדעתא דבעלים הראשונים, וא״כ הוי כהבאה ע״י הבעלים ולכן עולה לשם הבעלים.

2. **רש״י** בפירושו השני ביאר שאינו עולה לרצון לגזלן אפילו לאחר יאוש למ״ד דיאוש קני: ״ל״א דגזל קרבן דחבריה הלכך אפי׳ לאחר יאוש לא קנייה דקרבן אינו נגזל דכל היכא דאיתיה בי גזא דרחמנא איתיה״.

רש״י בדרך הב׳ פירש שהנידון האם הקרבן עולה לגזלן, ומיירי לאחר יאוש, והוי ס״ד דכיון דיאוש קונה א״כ הוי קרבן של הגזלן. **וקמ״ל קרא דקרבן אינו נגזל**, דכל היכא דאיתיה בי גזא דרחמנא איתיה. ואין זה מסברא בעלמא, דהרי צריך קרא דקרבנו ולא הגזול, אלא זהו הטעם שמיעטה התורה קרבן הגזול. והא דהוצרך רש״י לפרש שאין הקרבן נגזל, ולא כתב בפשטות דגיזה״כ הוא דפסול, צ״ל דאם הקרבן נגזל א״כ לא נתמעט מקרא דקרבנו ולא הגזול, דשפיר מיקרי ״קרבנו״.

ולקמן יבואר מה חידש הפסוק לשיטת התוס׳.

ב

ובתוספות איתא: "אילימא לפני יאוש ל"ל קרא פשיטא - דאפילו קדשינהו אינו קדוש דגזל ולא נתייאשו הבעלים שניהן אין יכולין להקדיש.

שמע מינה דיאוש לא קני - דאי קני א"כ חשיב שפיר קרבנו ולא מיפסיל משום מצוה הבאה בעבירה הואיל והוא קנוי לו קודם שהקדישו כמו שאפרש לקמן (דף סז. ד"ה אמר עולא) בע"ה אבל אי לא קני ביאוש מיפסיל ומ"מ קדוש הוא אף על גב דאכתי לא ידע טעמא דשינוי השם דקאמר לקמן מעיקרא חולין והשתא הקדש (א) מ"מ יש כאן יאוש ושינוי רשות באותן קרבנות דאין [הגזלן] חייב באחריותן".

ובמהרש"א [מהדורה בתרא] – קטע זה מחתנו **מהר"ם** – ביאר דבריו: "תוס' ד"ה אילימא לפני יאוש פשיטא דאפילו קדשינהו אינו קדוש וכו'. נראה דקשה להתוס' אמאי מקשי כאן פשיטא והלא ר' יוחנן אמר לקמן בהדיא גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינן יכולין להקדיש וכו' ויליף מקרא וגם שם קשה פשיטא דליכא לתרץ דר' יוחנן משמיענו שגם הנגזל אין יכול להקדישו א"כ גם כאן נתרץ הכי וליכא להקשות א"כ הא תו ל"ל הרי כבר נלמד מקרא אחרינא דמ"מ קושיית פשיטא אינו קשה וע"כ מתרצים התוספות דהכי מקשי מה אתה ממעט קרבנו ולא הגזול שאינו יוצא בקרבן זה הלא אפי' אין שם הקדש נקרא עליו כלל כמ"ש רבי יוחנן ואיך אפשר לומר שיעלה לרצון לו ואדרבה הרי הוא חולין בעזרה וזהו ג"כ מה שכתבו בדבור שאח"ז אבל אי לא קנה ביאוש מיפסלו מ"מ קדוש הוא וכו' ויש לדקדק מאי רצו התוס' בזה אלא ודאי לתרץ ג"כ קושיא זו אם לא קני ביאוש א"כ אכתי קשה פשיטא הרי הוא חולין בעזרה ומאי צריך למעט שאינו עולה לרצון ולכן מתרצין דמ"מ קדוש הוא וא"כ צריך למעט שאינו עולה לרצון עכ"פ ודו"ק".

יוצא שתוס' מסבירים את הקושיא "אלימא לפני יאוש ל"ל קרא פשיטא", שמכיוון שהוא לפני יאוש הרי אין הקרבן קדוש, ופשוט שזו לא כוונת הפסוק בקרבנו ולא הגזול, דהרי פשיטא שהוא פסול משום חולין בעזרה.

ואביי הוכיח שאם יאוש קני, הרי שהקרבן אינו פסול הואיל והוא קנוי לו קודם הקדשו, וכמו שכתבו התוס': "...דאי קני א"כ חשיב שפיר קרבנו, ולא מיפסיל משום מצוה הבאה בעבירה". ויש כאן ב' טעמים, א' דאי יאוש קונה א"א למעט מקרא דקרבנו, דשפיר חשיב "קרבנו" כיון שקנאו ביאוש. והב' מטעם פסול מצוה הבאה בעבירה, ועל זה הסביר שאין כאן מצוה הבאה בעבירה כיון שהיה קנוי לו קודם שהקדישו. מכיוון שקנה ע"י יאוש קודם ההקדש לא חשיב מצוה הבאה בעבירה. ולכן מוכיח שיאוש לא קני, וזה שנהיה קדוש הוא מכח יאוש ושינוי רשות.

3. והנה, **התוס'** [אליבא דמ"ד יאוש לא קני] נקטו בפשטות שטעם הפסול בקרבן הגזול הוא מדין מצוה הבאה בעבירה, ויצא שמצווה הבאה בעבירה הוא פסול מן התורה. וכ"כ **בתוס' רבינו פרץ**: "...וא"ת כיון דקני ליה (ביאוש ושינוי רשות) אמאי ממעט ליה קרא, וי"ל משום דהו"ל מצוה הבאה בעבירה". **ובשו"ת הרשב"א** [ח"א סי' תתקס"ח]: "...דעיקר טעמא משום מצוה הבאה בעבירה כדאמרן, ואף על גב דלא קאמר בהדיא אינהו בקיאי בטעמא בסתמא".

אבל שיטת **התוס'** בסוכה [ט' ע"א ד"ה ההוא] דפסול מצוה הבאה בעבירה אינו מדאורייתא אלא רק מדרבנן: "...וי"ל דטעמא דמצוה הבאה בעבירה לאו דאורייתא אלא מדרבנן...".

ולשיטתם צ"ל דהא דנתמעט קרבן גזול אינו משום מהב"ע, אלא גזיה"כ בעלמא היא לגבי קרבן, שחידשה התורה דקרבן הגזול פסול. והא דהוכיח אביי דיאוש לא קני, צ"ל דאם קנה ע"י יאוש קודם שהקדיש שפיר מיקרי "קרבנו" ולא נתמעט מהך קרא. וכן מבואר בדברי התוס' בסוכה שם.

[4. ולפי **תוס'** אליבא דרבה הפסוק פוסל קרבן גזול עבור הגזלן].

והנה, במחלוקת זו האם מצווה הבאה בעבירה מדאורייתא כתוס׳ דידן או מדרבנן כתוס׳ בסוכה, פסק **בשולחן ערוך אדמוה״ז** שהוא מדרבנן [אורח חיים סימן כה סעיף לה]: ״מותר לברך על תפילין שאולין מפני שאדם יוצא ידי חובתו בתפילין של חבירו ומן התורה אדם יוצא ידי חובתו אפילו בתפילין גזולין אפילו עדיין לא נתייאשו הבעלים מהם שאין התפילין צריכין להיות משלו דוקא **אבל חכמים פסלו תפילין גזולין כל זמן שהם ברשות הגזלן אפילו כבר נתייאשו הבעלים מהם מפני שהיא מצוה הבאה על ידי עבירה והיא מאוסה לפני הקדוש ברוך הוא** ואם מניחן לא יברך עליהם כיון שאין כאן מצוה כלל ועל ברכה זו נאמר ובוצע ברך נאץ ה׳״.

ומהגה״ח הרב זעליג ע״ה פלדמאן שמעתי להקשות על זה לפי מה שכתוב **בתניא** [ליקוטי אמרים פרק לז]: ״...כי הגורם שכר המצוה היא המצוה בעצמה כי בעשייתה ממשיך האדם גילוי אור א״ס ב״ה מלמעלה למטה להתלבש בגשמיות עוה״ז בדבר שהיה תחלה תחת ממשלת קליפת נוגה ומקבל חיותה ממנה שהם כל דברים הטהורים ומותרי׳ שנעשית בהם המצוה מעשיית כגון קלף התפילין ומזוזה וספר תורה וכמאמר רז״ל לא הוכשר למלאכת שמים אלא טהורים ומותרים בפיך. וכן אתרוג שאינו ערלה* הגהה (שהערלה היא משלש קליפות הטמאות לגמרי שאין להם עליה לעולם כמ״ש בע״ח וכן כל מצוה הבאה בעבירה ח״ו): ומעות הצדקה שאינן גזל וכיוצא בהם ועכשיו שמקיים בהם מצות ה׳ ורצונו הרי החיות שבהם עולה ומתבטל ונכלל באור א״ס ב״ה שהוא רצונו ית׳ המלובש בהם..״ הרי שמצוה הבאה בעבירה היא מג׳ קליפות הטמאות. ואם כן, מכיוון שכך הרי מוכי שאיסורו הוא איסור חפצא.

ולכאורה, שאל הרז״פ, מוכח מהתניא דלא כהצד **באתוון דאורייתא** [כלל י] שאיסורי דרבנן הם איסור גברא: ״...עוד האריכו האחרונים בספריהם בחידוש סברא דכל איסורים דרבנן אך איסורי גברא המה לא איסורי חפצא...״.

ותירץ שלכאורה יש לתרץ שאדמוה״ז לשיטתו שאיסור דרבנן אין לו עליה ואסור בידי הס״א מג״ק גם אם אכל בשוגג: [תניא ליקוטי אמרים פרק ח]: ״ועוד זאת במאכלות אסורות שלכך נקראים בשם איסור מפני שאף מי שאכל מאכל איסור בלא הודע לשם שמים לעבוד ה׳ בכח אכילה ההיא וגם פעל ועשה כן וקרא והתפלל בכח אכילה ההיא אין החיות שבה עולה ומתלבשת בתיבות התורה והתפלה כמו ההיתר מפני איסורה בידי הס״א משלש קליפות הטמאות **ואפי׳ הוא איסור דרבנן שחמורים דברי סופרים יותר מדברי תורה כו׳**״.

אלא שדחה זאת כיוון ששמע **מהרבי** [אחרון של פסח תש״ך] שאין סתירה בין דברי האחרונים לבין אדמוה״ז, וסיים הרז״פ שאינו יודע כיצד להסביר זאת. ואכן איתא **בתורת מנחם** [כ״ח ע׳ 54]: ״ומ״ש בתניא שגם דבר האסור מדרבנן מקבל חיותו מג׳ קליפות הטמאות – אין מזה ראיה שאיסור דרבנן הוא איסור חפצא. ואכ״מ״.

אמנם, לאידך נראה שמשנה אחרונה של הרבי שיש להוכיח מהתניא שס״ל שאיסור דרבנן הוא איסור חפצא:

1. **בלקו״ש** [כט ע׳ 106 הערה 21] שצע״ג איך ליישב דברי האחרונים עם דברי אדמוה״ז: ״וצע״ג איך ליישב עפ״ז מש״כ בתניא רפ״ח ״ואפילו הוא איסור דרבנן...״.

2. וכן בשיחת ש״פ בראשית תשמ״ט [תורת מנחם תשמ״ט ע׳ 267-266] שאדמוה״ז ס״ל שאיסורי דרבנן הם חפצא. ומסיים שמשאיר למעיינים כיצד לתווך פסק דין הרמב״ם שמחלק בין המוכר דבר אסור מדרבנן לדבר אסור דאורייתא עם דברי רבינו הזקן, ואשרי חלקו של המוצא ביאור.

3. קונטרס כ״ב שבט תשנ״ב [הערה 46].

והסברת הדבר באריכות בתורת מנחם [פד ע׳ 54 והלאה]: ״...ועפ״ז צ״ל לכאורה שכן הוא ג״כ באיסורים דרבנן, שגם הם אינם אלא איסור גברא בלבד.

מד. אמנם, בהמשך הענין בתניא לענין ״מי שאכל מאכל איסור בלא הודע . . וקרא והתפלל בכח אכילה ההיא״, ש״אין החיות שבה עולה ומתלבשת בתיבות התורה והתפלה .. מפני איסורה בידי הס״א משלש קליפות הטמאות״ - מוסיף אדה״ז בפירוש: ״ואפילו הוא איסור **דרבנן**.״

ובהקדים – שלכאורה יש להביא ראי׳ שדעת אדה״ז שאיסור דרבנן הוא איסור חפצא, ממ״ש ״מי שאכל מאכל איסור בלא הודע .. אפילו הוא איסור דרבנן״.

בין הראיות שהובאו באחרונים לכך שאיסורים דרבנן הם איסורי גברא, הובאה הראי׳ מפס״ד הרמב״ם ״המוכר דבר לחבירו שאיסור אכילתו מדברי סופרים .. אם אכלן אכל ואין המוכר מחזיר לו כלום״, וכמבואר בנתיבות המשפט (וכ״מ בסמ״ע) שבאיסור דרבנן אין דין שוגג כלל, כי כל ענין האיסור הוא גזירה על הגברא שלא ייכשל באיסור דאורייתא, משא״כ בשוגג אינו שייך לומר שאכילת איסור דרבנן בשוגג תביא לידי אכילת איסור דאורייתא.

וכיון שאדה״ז כותב שגם באיסור דרבנן ישנו לדין שוגג, מוכח שס״ל שאיסור דרבנן הוא לא רק איסור גברא, אלא הוא גם איסור חפצא .

אבל באמת, מזה לבד (שישנו איסור שוגג בדרבנן) אין ראי׳ שזהו איסור חפצא - די״ל (בדוחק) שגם באיסור גברא בלבד שייך דין שוגג, ע״פ המבואר באגה״ק שהשגגות הן ״מהתגברות נפש הבהמית שמנוגה״.

[וכן מוכח להדיא ממ״ש רש״י במסכת שבועות ״כל השוגגין צריכים כפרה לכשידעו, אלמא קודם ידיעה ענושים הן״, היינו שענין השוגג שייך גם מצד הגברא. ולכאורה, בשלמא בדבר שהי׳ לו לבדוק ולא בדק (כגון קרבן פסח ש״טעון ביקור ד׳ ימים קודם שחיטה) - מובן ששייך בזה כפרה כו׳, אבל בשוגג סתם, כגון שהי׳ סבור שהוא שומן ואכלו ונמצא חלב, למה יצטרך לכפרה? ועכצ״ל כמבואר באגה״ק הנ״ל, שגם עבירה בשוגג מורה על חסרון בהגברא],

וטעם הדבר – כמ״ש ״לא יאונה לצדיק כל און״, דהיינו שאדם מישראל צריך להיות במעמד ומצב שלא יוכל לעשות דבר איסור אפילו בשוגג (בדוגמת מה שמצינו בגמרא שאפילו עז אינה קופצת מעצמה לאש, ואם עשתה כן, הרי זה שינוי שאינו כדרכה כו׳). וע״ד מ״ש במדרש ש״לעתיד לבוא אם אדם הולך ללקוט תאנה בשבת היא צווחת ואומרת שבת היום ״.

אמנם, ממ״ש אדה״ז שגם באכילת מאכל איסור דרבנן ״אין החיות שבה עולה .. מפני איסורה בידי הס״א משלש קליפות הטמאות״, מוכח שגם איסור דרבנן הוא איסור חפצא, והיינו, שאף שמתחלה (לפני שגזרו חכמים לאיסור) קיבל הדבר חיותו וקיומו מקליפת נוגה, מ״מ, ע״י האיסור שהטילו עליו חכמים פעלו שינוי בהבריאה, ומעתה ה״ה מקבל חיותו מגקה״ט.

וכדי לבאר איך יתכן שדבר המותר ע״פ תורה שמקבל חיותו מקליפת נוגה ישתנה ע״י האיסור דרבנן לקבל חיותו מגקה״ט מוסיף אדה״ז ״שחמורים דברי סופרים (ולא רק ״כדברי תורה״, אלא) יותר מדברי תורה כו׳״, והיינו, שאיסור מן התורה הוא רק גילוי מילתא, שהתורה מגלה שדבר זה מקבל חיותו מגקה״ט, ואילו איסור דרבנן הוא באופן שחכמים קובעים ומשנים את מציאות הדבר שעד עתה קיבל חיות מקליפת נוגה, שמכאן ואילך יקבל חיותו מגקה״ט (ובמכ״ש מזה שבכחם לשנות מציאות העולם, כדאיתא בירושלמי על הפסוק ״לא־ל גומר עלי״, ש״בתולי׳ חוזרין״).

וכאן רואים חידוש גדול (כמדובר כמ״פ שמצד גודל החידוש אין איש שם על לב) – שמדברי רבינו הזקן בתניא מוכח להדיא שיטתו בנגלה דתורה שאיסור דרבנן הוא איסור חפצא...״.

ושוב א״כ אפשר להסביר שמצוה הבאה בעבירה הוא איסור חפצא גם אם הוא מדרבנן, וכדברי הרז״פ.

וביסוד דין יאוש ושינוי רשות - מבואר בגמ׳ בכ״מ דאף למ״ד דיאוש אינו קונה, מ״מ יאוש ושינוי רשות קונה. [ושינוי רשות לחודיה לכו״ע אינו קונה]. ורבים מהראשונים ז״ל ביארו הטעם משום דאתי לידי הלוקח בהתירא. דהא דיאוש אינו קונה הטעם משום דאתי לידיה באיסורא כמבואר לעיל, אבל לגבי הלוקח אתי לידיה בהתירא. וכ״כ **הרמב״ן במלחמת ה׳** [בדף קי״ד - מ״א ע״א מדפי הרי״ף]: ״...וכשאמרו יאוש ושינוי רשות דקני, משום דבהתירא אתי לידיה מאחר שכבר נתייאשו דומיא דאבידה״.

וכתבו הראשונים ז״ל דדוקא יאוש ואח״כ שינוי רשות קונה, אבל שינוי רשות ואח״כ יאוש אינו קונה. והמקור לזה מהסוגיא בדף קט״ו ע״א, דרב זביד קאמר דנחלקו בזה רב ור׳ יוחנן, דר׳ יוחנן סובר דשינוי רשות ואח״כ יאוש אינו קונה, ורב סובר דאף שינוי רשות ואח״כ יאוש קונה. **והתוס׳** [להלן סוף ד״ה אמר עולא)] **והרמב״ן** [במלחמת ה׳ שם] נקטו לדינא כר׳ יוחנן דשינוי רשות ואח״כ יאוש אינו קונה. והרמב״ן ביאר ע״פ הסברא הנ״ל, דהטעם דיאוש ושינוי רשות קונה משום דבהתירא אתי לידיה, וזהו דוקא אם נתייאשו הבעלים ואח״כ בא לידי הלוקח, אבל שינוי רשות ואח״כ יאוש אינו קונה משום דאתי לידי הלוקח באיסורא.

אבל **הרמב״ם** [גניבה פ״ה ה״ג, גזילה פ״ב ה״ג] פסק כשיטת רב דאף שינוי רשות ואח״כ יאוש קונה. ולפי שיטה זו א״א לפרש הטעם דיאוש ושינוי רשות קונה משום דבהתירא אתי לידיה כדברי הראשונים הנ״ל, שהרי בכה״ג אתי לידי הלוקח באיסורא.

והקצוה״ח [סי׳ שנ״ג סק״א, וסי׳ שס״ב סק״א] כתב שנחלקו בגדר קנין שינוי רשות, דלשיטת התוס׳ והרמב״ן דהטעם משום דאתי לידי הלוקח בהתירא, א״כ שינוי רשות אינו קנין כלל, והקנין חל רק ע״י היאוש לבדו, אלא שע״י שינוי רשות יכול הלוקח לזכות ביאוש משום דאתי לידיה בהתירא. אבל לשיטת הרמב״ם דאף שינוי רשות ואח״כ יאוש קונה, צ״ל דשינוי רשות הוי קנין בעצמו, דדומה קצת לשינוי מעשה, אלא דאינו קנין חזק כ״כ לקנות לחודיה, אבל בצירוף יאוש קונה, כמו דשינוי השם ויאוש מצטרפין לקנות.

קצות החושן [סימן שנג ס״ק א]: ״...אמנם בעיקר דברי הרא״ש (ב״ק פ״ז סוף סי׳ ב׳) והטור תמהו האחרונים דהא אף על גב דיאוש כדי לא קנה אבל יאוש ושינוי רשות ודאי קני ובקידושין איכא יאוש ושינוי רשות אצל האשה. וכ״כ הרמב״ם פ״ה מאישות (ה״ז) ז״ל, המקדש את האשה בגזל או בגניבה או בחמס אם נתייאשו הבעלים כו׳ הרי זו מקודשת. וכתב הרב המגיד שם והטעם דמקודשת אף על גב דבעלמא יאוש כדי אינו קונה, הכא שהוא ביד האשה הרי יש כאן יאוש ושינוי רשות כשהוא בידה וכיון דקנאתו היא אף הוא קונה אותה עכ״ל. ועיין ביש״ש (ב״ק) פרק מרובה (סי׳ ז׳) מ״ש בזה.

ונלענ״ד דודאי בקידושי אשה בעינן נתן הוא מכספו וכיון דיאוש אינו קונה אלא מחמת שינוי רשות דידה הרי לא נתן הוא והיכי כתב הרב המגיד דמקודשת מהאי טעמא. אלא דטעמא דהרב המגיד כיון דהיא קנאתו גם הוא קנה אותה, וכמ״ש הרשב״א בחידושיו פרק (מרובה) [הניזקין] (גיטין נה, ב ד״ה ולפיכך) בהא דאמרינן הקדשן הקדש מעיקרא חולין והשתא הקדש, שהקשה דאכתי היכי חייל הקדש כיון דהקדיש דבר שאינו שלו, וכתב משום דאיכא שינוי השם קנאה הגזלן בזה השינוי וקנייתו והקדשו באין כאחד ע״ש. מיהו נראה דהיינו דוקא בשינוי השם דגזלן גופיה קונה ביאוש ושינוי השם שייך לומר כן דהקדשו וקנייתו באין כאחד, אבל ביאוש ושינוי רשות דאינו קנין אלא משום דלידא דלוקח בהיתרא אתי (לידיה) וכמבואר ברמב״ן במלחמות בפרק (מרובה) [הגוזל] (ב״ק מא, א בדפי הרי״ף) ובתוס׳ ריש פרק לולב הגזול (סוכה ל, ב ד״ה וקרקע אינה נגזלת), וא״כ לא שייך לומר כשהיא קנאתו אף הוא קונה אותה כיון דבעינן כסף קידושין משלו וזה אינו שלו, ובבת אחת לא שייך למימר הכא דקידושין וקנין באין כאחד, דלדידיה שינוי רשות לא מהני אלא לדידה דהוי בהיתרא ולדידיה הרי באיסורא אתי לידיה, ולזה שפיר כתבו הרא״ש והטור דבקידושין אינו אלא מספיקא דיאוש לחודיה קונה לחומרא.

אמנם הרמב״ם לטעמיה דס״ל (פ״ה מגניבה ה״ג) דאפילו שינוי רשות ואח״כ יאוש נמי קונה ואף על גב דבאיסורא אתי לידיה, א״כ בקידושין נמי שייך למימר כיון דהיא קנאתו הו״ל קידושין וקנין שלו באין כאחד, דגזלן נמי קונה ע״י שינוי רשות, דהא צריך לומר דשינוי רשות נמי הוי כמו שינוי קצת, דאע״ג דאתי לידיה דגזלן באיסורא, הא שינוי רשות ואח״כ יאוש דודאי באיסורא אתי לידיה דלוקח אפ״ה קונה בהצטרפות שניהם. אבל לשיטת הרא״ש (ב״ק פ״י סי׳ י״ח) דשינוי רשות ואח״כ יאוש לא קני א״כ ע״כ טעמא דיאוש ואח״כ שינוי רשות אינו אלא משום דאתי ליד לוקח בהיתרא, א״כ לגזלן אינו קונה כלל ואפילו בשעה דאתי לידה דאשה כיון דלדידיה באיסורא אתי לידיה, וכיון דבעל לא קני לא הוי קידושין כיון דאין הכסף שלו ודו״ק.

ובזה יתיישב קושית תוס׳ במרובה שם דף ס״ז (ע״א ד״ה מעיקרא חולין) בהא דאמרו הקדשן הקדש מעיקרא חולין והשתא הקדש, והקשו תיפוק ליה דהקדש הו״ל שינוי רשות ע״ש. ולפי מ״ש ניחא דאי משום שינוי רשות א״כ אכתי היכי חייל הקדש כיון דמקדיש דבר שאינו שלו, דבשלמא ביאוש ושינוי רשות דלוקח הרי הלוקח בעצמו קונה אותה ע״י משיכה כיון דלדידיה בהיתרא אתי לידיה והגזלן נמי רוצה, אבל הקדש דאינו אלא ע״י מקדיש ואינו שלו, והקדשו וקנייתו באין כאחד לא שייך בזה כיון דגזלן מעולם לא קני ע״י שינוי רשות כיון דאתי לידיה באיסורא, ומש״ה אמרו טעמא דשינוי השם דאפילו גזלן נמי קונה בהצטרפות יאוש ושינוי השם וא״כ הקדשו וקנייתו באין כאחד ודו״ק...״.

סימן י״ח

א

הנה, נתבאר לעיל ביאור **הקצוה״ח** בגדר יאוש ושינוי רשות, דס״ל דפליגי בזה **הרמב״ם** עם **הרמב״ן הרא״ש ותוס׳ בסוכה**, האם הגדר הוא שהוי קניין בצירוף שניהם, או שהיאוש הוא הקניין, אבל קני רק למי שבהתירא אתא לידיה, ועל ידי שינוי רשות הוי בהתירא אתי לידיה. ותלה בזה שהרמב״ם לשיטתו ס״ל שקני גם בשינוי רשות ואח״כ יאוש, דקני בצירוף שניהם; ואילו לרא״ש דווקא ביאוש ואח״כ שינוי רשות.

ויש לעיין שיטת **אדמוה״ז** בזה: דהנה, ס״ל לאדמוה״ז כשיטת הרמ״א שדווקא יאוש ואח״כ שינוי רשות הוי קניין, וכדחזינו בהלכות דלקמן. ולפי ביאור הקצוה״ח אמור להיות ההסבר שהקניין הוא דווקא היאוש, והשינוי רשות פועל שיהיה בהתירא אתי לידיה. אמנם, ממה דביאר שבמקרה של לקיחה בכח וכן אם נתן במתנה על מנת להחזיר לא הוי שינוי רשות, משמע ששינוי רשות הוא סוג של קניין, ובעינן שיהיה קניין טוב ומועיל, ולא מהני אם היה בכח או במתנה על מנת להחזיר:

שולחן ערוך אדמוה״ז [חושן משפט הלכות גזלה וגנבה]: ״י. ואפילו אם אין ידוע שזה החפץ הוא גזול או גנוב כיון שהמוכר הוא גזלן או גנב מפורסם אסור לקנות ממנו שום דבר שיש לחוש בו שהוא גזול או גנוב. אלא אם כן ידוע שיש לו גם שלו כיוצא בו ואז מותר בין לקנות בין ליהנות ממנו בחנם ואפילו יש לו מעט שלו כיוצא בו והרבה כיוצא בו של גזל תולין להקל שזהו שלו.

אבל אם יודע שזו היא הגזלה עצמה אסור ליהנות בה בין לקנותה בין בעודה ברשות הגזלן כגון לרכוב על גבי בהמה.

ואפילו כבר נתייאשו ממנו הבעלים לפי שביאוש לבד אין הגזלה יוצאה מרשות בעליה להיותה נקנית להגזלן שיהא ברשותו כמו המציאה כיון שבא לרשותו באיסור גזל לכך לעולם היא עומדת ברשות בעליה כל זמן שהיא ברשות הגזלן.

אפילו הנאה שגם בעליה לא היו מקפידים עליה אסור ליהנות ממנה כגון חילוף מטבע בשוויו ממעות גזולים או גנובים עצמן בודאי:

יא. וכן ליכנס בבית גזול בודאי בחמה מפני החמה ובגשמים מפני הגשמים או לעבור בשדה גזולה בודאי (ולענין מצוה שלא תהא באה בעבירה מחמירים אפילו בסתם כמ״ש בא״ח סי׳ תרמ״ט).

ואפילו אם נתייאשו בעליה כבר ואפילו נמכרה לאחר ולשלישי ולרביעי שהקרקע אינה נגזלת ואינה יוצאה מרשות בעליה לרשות מי שהיא בידו לעולם לפי שהקרקע לעולם היא ברשות בעליה עומדת.

אבל דבר המיטלטל שנגזל או נגנב ונתייאשו ממנו הבעלים **ואחר כך נמכר או ניתן** הרי זה נקנה להלוקח או להמקבל מתנה ביאוש ושינוי רשות שהרי לא בא לרשותו באיסור גזל כיון שנתייאשו כבר בעליו ממנו קודם שבא לרשותו והרי זה דומה למציאה ומותר ליהנות בו הוא וכל אדם מן הדין. אלא שעשה איסור בתחלה בלקיחתו כיון שיודע שזהו גזול או גנוב ואסור בהנאה וכל האסור בהנאה אסור לקנותו ולפיכך אם בא לצאת ידי שמים ולהפקיע ממנו איסור זה יחזירנו לבעליו.

ואם גברה ידו על הגזלן או על הגנב ולקח ממנו הגזלה או הגנבה ביד חזקה אין זה נקרא שינוי רשות הואיל ולא נתנוהו לו מרצונם וחייב להחזירה לבעליה מן הדין אף על פי שכבר נתייאשו ממנה.

ובמדינות אלו המנהג להחזיר מן הדין כל גזלה וגנבה אפילו לאחר יאוש ושינוי רשות אלא שאם נתן דמים מחזירים לו דמיו ואין לשנות. ואם אינו מכיר הבעלים יכריז ויודיע כדרך שנתבאר

במציאה״. [פירוש מה שכתב שהמנהג להחזיר מן הדין, הוא מדינא דמלכותא דינא]. חזינן כאמור, שבעינן שינוי רשות המועיל ולא ביד חזקה.

והנה, **בפתחי חושן** [חלק ה (גניבה ואונאה) - הערות פרק ב - יאוש ושנוי הקונה הערה (מו)] יצא לחקור האם שינוי רשות על ידי מתנה על מנת להחזיר נחשבת שינוי רשות: ״בחכמ״ש סימן שנו כתב שלפי מושכל ראשון מתנה ע״מ להחזיר לא מיקרי ש״ר, וגם בשו״מ מהדו״ג ח״ב סימן תד מסתפק בזה, אבל בדברי משפט כתב דהוי ש״ר, וכשמחזירו המקבל לגנב א״צ להחזירו לבעלים, וכ״כ החזו״א ב״ק סימן טז ס״ק יח. ומדברי שו״ע הרב באו״ח סימן תנד סעיף יא נראה דס״ל דמתנה ע״מ להחזיר לא מיקרי ש״ר, שכתב שם לענין מצה גזולה שאם לאחר שנתנה הגזלן במתנה גמורה החזירו אותה ונתנו לו במתנה גמורה מותר לצאת בה ידי חובתו, שעכשיו אין המצוה באה לידו בעבירה, ומדהוסיף על דברי המג״א (שהוא מקור להלכה זו בשם מהרי״ל) וכתב במתנה גמורה, משמע שבא להוציא מתנה ע״מ להחזיר, ומשמע שהמקבל יוצא אף במתנה ע״מ להחזיר, אלא שהגזלן אינו יוצא בה, וחוזר להיות גזל בידו, מיהו אפשר דשאני התם לענין מהב״ע, אף אם נאמר שאינו גזל, פסול לברכה עכ״פ משום מהב״ע, וכמ״ש בפרק ו, וצ״ע. ועכ״פ אם נתנו לאחר יאוש במתנה גמורה וחזר המקבל ונתנו לגזלן במתנה גמורה פשוט דלכו״ע זוכה בו, וגם יוצא בו״.

ואלו דברי **אדמוה״ז בשולחן ערוך** [אורח חיים תנד סעיף יא]: ״סעיף יא. אבל אם גזל מצה ונתנה לאחרים אינן יוצאין בה אלא אם כן נתייאש ממנה הנגזל **קודם שנתנה להם הגזלן** שאז נקנית היא להם ביאוש ושינוי רשות (פירוש מרשות הגזלן לרשותם) ומותרים הם אז לברך עליה שהרי לא ע״י עבירה באה מצוה זו לידם שכבר נתייאש הנגזל ממנה קודם שבאה לידם.

ואם לאחר שנתנה הגזלן להם במתנה גמורה החזירו אותה לו ונתנו לו במתנה גמורה מותר לו לצאת בה ידי חובתו ולברך עליה שעכשיו אין המצוה באה לידו בעבירה״.

ונראה דאישתמיט לפתחי חושן דבריו המפורשים של **אדמוה״ז בשולחן ערוך** [אורח חיים תרמט]: ״סעיף ו. וכל זה בגנב וגזלן עצמו אבל אם מכר או נתן במתנה גמורה לאדם אחר אם כבר נתייאשו הבעלים קודם שמכר ונתן הרי כבר נקנית הגזילה להלוקח ביאוש בעלים ושינוי רשות מהגזלן להלוקח שאף אם בא הנגזל אין הלוקח חייב להחזיר לו כלום נמצא שהיא קנויה לו לגמרי והרי היא כשלו ממש לכל דבר ויוצא בה ידי חובתו אף ביום הראשון ומותר לו לברך עליה שהרי לא ע״י עבירה באה מצוה זו לידו שהרי הוא לא גזל (וגם קנה אותה אחר שנתייאשו הבעלים ממנה).

אבל אם עדיין לא נתייאשו הבעלים ממנה אין הלוקח יוצא בה ידי חובתו אף בשאר הימים לפי שהיא מצוה הבאה בעבירה שהרי שלא כדין משתמש בה הלוקח כיון שעדיין היא בחזקת הנגזל שהרי עדיין לא נתייאש ממנה:

סעיף ז. וכל זה כשמכר או נתן במתנה גמורה אבל אם השאילה לאחר (**או נתנה לו במתנה על מנת להחזיר אף על פי שכבר נתייאשו הבעלים אין השואל יוצא בה ידי חובתו ביום הראשון שהרי אינה קנויה לו ע״י יאוש ושינוי רשות ואין זה שינוי רשות (הגזלן) כיון שהוא מחויב להחזירה להגזלן** אבל בשאר הימים יוצא בה ידי חובתו ואין כאן מצוה הבאה בעבירה כיון שכבר נתייאשו הבעלים קודם שהשאילה לו נמצא שאין על השואל שום עון אשר חטא)״.

וכאמור, מזה שמצריך שינוי רשות גמור משמע דס״ל שהוא קניין בצירוף יאוש, ודלא כהבנת הקצוה״ח בדעת הרא״ש.

ב

והנה, ע״ד שהוסבר בדעת אדמוה״ז שיאוש ושינוי רשות קני בצירוף שניהם, כך משמע גם מדברי התוס׳ כאן, שלא ס״ל כדברי הקצוה״ח בדעת הרמב״ן, שהרי חל הקדש גם מדין יאוש ושינוי

רשות והיינו לכאורה שהגזלן קנה גם, שאל״כ איך יכול להקדיש. ולדברי הקצוה״ח צ״ל שתוס׳ כאן חולקים עם תוס׳ בסוכה שס״ל כמו הרמב״ן, אלא ס״ל לתוס׳ כאן ולקמן סז כמו שיטת הרמב״ם שיאוש ושינוי רשות הוי קניין בצירוף שניהם. אמנם עיין **בקובץ שיעורים** שהקשה שהרמב״ן עצמו בהמשך דבריו ס״ל שאפשר להסביר הא דהקדש חל מדין יאוש ושינוי רשות.

גם **באמרי משה** [סימן לב אות מא] הרבה לחלוק על הקצוה״ח, וביאר שגם למ״ד שינוי רשות ואח״כ יאוש לא קני הנה ביאוש ושינוי רשות הקניין הוא על ידי צירוף שניהם: ״(מא) ובאבני מילואים (סי׳ כ״ח סק״ד) כתב בישוב הרא״ש דקידשה בגזל אחר יאוש מקודשת מספק דילמא יאוש קונה וקשה דהרי הוי יאוש ושינוי רשות, וכתב דהרא״ש לשיטתי׳ דשינוי רשות ואח״כ יאוש לא קני משום דבאיסורא בא לידי׳ וע״כ גם ביאוש ושינוי רשות לא קנה הראשון, רק השני קנה משום דבהיתרא בא לידי׳ ולא ס״ל דבהצטרפות שניהם נעשה הקנין גם לגזלן, וכמו דלא קני בשינוי רשות ואח״כ יאוש מה״ט דבאיסורא, וכ״ש הגזלן עצמו לא קנה, וע״כ אינה מקודשת דאינו ממונו של המקדש רק מספק דילמא יאוש לחוד קנה, ומ״ש המ״מ דמתוך שקנתה היא קנה הוא היינו להרמב״ם דגם שינוי רשות ואח״כ יאוש קונה ומשום דבהצטרפות שניהם נעשה הקנין, וע״כ קונה הראשון ג״כ והוי ממונו של המקדש, ע״ש וכ״כ בקצות (סי׳ שנ״ג) וכ״כ בליקוטי רע״א, לענ״ד תמוהים הדברים לאמר דביאוש ושינוי רשות קונה מעצמו כזוכה מיאוש דאבדה דא״כ למה הוצרך בכ״ד לומר דקונה ביאוש ושינוי רשות, ולמה הוצרך להשינוי רשות, וגם איך אמרינן (בדף קי״ב וב״ב דף מ״ה) דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי, ולמה לא יוכל היורש לזכות מעצמו כאיש אחר משום דבהיתרא בא לידי׳ ועיין נתיבות (סי׳ שנ״ג) וגם קשה לפ״ז מגנב והקדיש איך חל ההקדש דע״כ נעשה מכח המקדיש, וע״כ צ״ל כמ״ש הרשב״א הנ״ל (אות ל״ה) הקדשו וקניתו באין כאחד, ומוכח ע״כ דגם הראשון קנה בהצטרפות...

והנה גם בהרמב״ן הנ״ל אף על גב דכתב דביאוש ושינוי רשות קונה משום דבהיתרא בא לידי׳ בכ״ז כתב בסוף דקונה ביאוש ושינוי רשות בהצטרפות, וחזינן דמשום דבהיתרא לחוד לא סגי דליקני אם לא שקונה ע״י הראשון והראשון קנה בהצטרפות, ועכצ״ל דכל דאיכא חיוב השבה על הראשון לא מצי השני לזכות דל״ד ליאוש דאבדה דליכא חיוב השבה לשום אדם, וכל דליכא חיוב השבה לשום אדם והוא אבוד מהבעלים אבידה כזו התירה התורה ואין בה איסור גזל... אבל בגזל גם אחר יאוש כיון דיש חיוב השבה על הראשון לא הוי מצי השני לזכות משום חיוב השבה דראשון, ולכן צריכים להצטרפות השינוי רשות שיסתלק חיוב השבה מהראשון ואז יוכל השני לזכות, ובהיתרא בא לידי׳, ובשינוי רשות ואח״כ יאוש לא קני משום דבאיסורא בא ליד השני דגם השני נעשה גזלן, ויאוש שאח״כ ל״מ כמ״ש הרמב״ן דל״מ יאוש היכא דבאיסורא בא לידי׳, ודוקא ביאוש ואח״כ שינוי רשות דהשני מצד עצמו יוכל לזכות דליכא איסור גזלה לאחר יאוש, וע״כ אמרי׳ דזוכה גם הראשון ע״י הצטרפות דלולא דנסתלק חיוב השבה מהראשון גם השני לא הי׳ אפשר לזכות משום חיוב השבה של הראשון כנ״ל, ומשא״כ בשינוי רשות ואח״כ יאוש דהשני מצד עצמו א״א לזכות דבאיסור גזלה בא לידי׳...״.

וכן איתא **בקובץ שעורים** [בבא קמא אות טז]: טז) [דף סו ע״א] והנה מכל המבואר מוכרח, דיש להגזלן כח למכור ולהוריש ולהקדיש באמירתו, אמנם צריך ביאור, כיון דיאוש כדי לא קני, מה כחו של הגזלן להקנות, ובירורן של דברים לפי הנ״ל דמיד בשעת הגזילה נקנית לו לאחר שיהא נפקע חיוב השבה, והזכות הזה שיש לו בהגזילה יכול למכור ולהוריש, ומאחר דשינוי רשות מפקיע חיוב השבה כמו שינוי מעשה, ממילא חל הקנאתו דלענין זה הוא בעלים משעת הגזילה, וע״כ צריך לדעת הגזלן והקנאתו, ומ״ש הראשונים הטעם, משום דבהיתירא אתי לידיה דלוקח, היינו כדי שלא תהא מניעה מצד הגזלן [אולי צ״ל הנגזל] דעדיין היא שלו, ולא סגי בהקנאת הגזלן לחודיא, כמו דלא מהני במוכר קודם יאוש, ואין אומרים כיון דע״י השנוי רשות יהא נפקע חיוב השבה, תועיל ההקנאה מצד הגזלן גרידא, אלא כיון דעכשיו עדיין היא של הנגזל הוא מעכב לחלות המכירה, ומ״ש אחר יאוש מקודם יאוש אי יאוש כדי לא קני ולזה כתבו הטעם, דמצד

הנגזל ליכא עיכובא לאחר יאוש, ומ״מ בהא לחודא לא סגי, דאכתי העיכוב מצד הגזלן, דגם הוא בעלים על החפץ, וע״כ א״א ללוקח לקנות שלא מדעת הגזלן״.

ג

בביאור שיטת רש״י בהא דמשכבו ולא הגזול, ביאר **באהל תורה בשם אביו – הרב משה מרדכי חדש**: ״שכבו ולא הגזול - התוס׳ כתבו שנראה מפירוש רש״י שאם גזל משכב גמור של חבירו אינו מטמא. וכן פסק הרמב״ם (כלים פכ״ד ה״ז) וז״ל אין אדם מטמא במדרס משכב או מרכב שאינו שלו שנאמר והנוגע במשכבו. והתוס׳ הקשו דתימה לומר שאין מטמא משכב שאינו שלו. והמאירי הוסיף דלא מצינו לגבי דיני טומאה חילוק בין כלים שלו לשל אחרים. וכן שיטת הרשב״א ותוס׳ ר״פ. [והראב״ד בסוגיין פירש כתוס׳. והאחרונים העירו מדוע לא השיג הראב״ד על הרמב״ם שם. ובפי׳ הראב״ד על תורת כהנים (מצורע פר׳ זבין פ״ב ה״ו) הביא ב׳ הפירושים, עי״ש].

והתוס׳ רי״ד כתב וז״ל פירש המורה גזירת מלך היא להוציא משכב הגזול שלא יעשה אב הטומאה. ונראה לי שטעם גדול יש בדבר, דכי היכי דאם כפה סאה וישב עליו לא הוי מושב דבעינן המיוחד לישיבה, ה״נ משכב דחבריה לא הוי אב הטומאה, דבעינן המיוחד לו שלא יוכל חבירו לומר לו קום ואעשה בו צרכי. וכ״כ בפי׳ הראב״ד לתורת כהנים (שם) וז״ל ודמיא האי מילתא דהא דאמרינן ולא שאומרים לו עמוד ונעשה מלאכתנו, וזה כיון שאינו שלו ואינו שאול למשכב הרי אומר לו עמוד ונעשה מלאכתנו. [ומבואר בדברי הראב״ד שאם הוא שאול ביד הזב שפיר נעשה משכב. וכמו״כ לכאו׳ משכב של הפקר לא נתמעט. והטעם מפני שאין בעלים שיאמר לו עמוד ונעשה מלאכתנו].

ואאמו״ר זצ״ל ביאר בשיטת רש״י דהנה האחרונים ז״ל דנו בגדר דין מדרס הזב (עיין בחי׳ ר׳ אריה לייב ח״ב סי׳ ל״ט וסי׳ ע׳) האם הוי דין קבלת טומאה, דהמדרס נטמא ע״י הזב כמו במגע הזב, אלא שחידשה התורה דאע״פ שמקבל טומאה מן הזב אין דינו כולד הטומאה אלא כאב הטומאה, (כמו דמצינו בטומאת מת דאע״פ שנטמא ע״י מגע המת נעשה אב הטומאה). או שהגדר דהתורה עשתה מדרס אב חפצא של טומאה כמו הזב עצמו, כמו דמעיינות הזב הוו אב הטומאה דאין זה מחמת שנטמאו מן הזב אלא דהתורה עשאתן אב הטומאה מחמת עצמן, וה״ה דמדרס הזב הוי אב הטומאה מצד עצמו. ולפ״ז יש לבאר שיטת רש״י והרמב״ם, דאע״ג דלא מצינו בקבלת טומאה חילוק בין כלים שלו לשל אחרים, הכא לגבי מדרס אין זה דין קבלת טומאה, שאין הטומאה במדרס מפני שקיבל טומאה מן הזב, אלא שהתורה חידשה דמדרס הזב הוי חפצא של טומאה מחמת עצמו, וצריך שיהא עליו שם מדרס, וחידשה התורה שרק הבעלים יכול ליתן עליו שם מדרס, אבל גזלן אין יכול לקבוע עליו שם מדרס, ע״כ מאאמו״ר זצ״ל.

ולכאו׳ יתכן להוסיף שאין גדר הדין שרק הבעלים יכול לקבוע שם משכב הזב, אלא גדר הדין שאדם אחר אין יכול ליתן עליו שם משכב מפני שכח הבעלים מעכב עליו שאין יכול לקבוע בו שם. אבל באופן שאין עיכוב מצד כח הבעלים כגון משכב של הפקר יכול כל אדם לעשותו משכב. [וכן מבואר בדברי הראב״ד הנ״ל דאפילו אם שאול אצל הזב נעשה משכב. אלא שהראב״ד פירש הטעם מפני שתלוי אם אומרים לו עמוד ונעשה מלאכתנו, אבל בשיטת רש״י והרמב״ם יתכן לומר טעם אחר, שלא נתמעט אלא באופן שכח הבעלים מעכב שאין יכול לקבוע עליו שם משכב״.

סימן י״ט

ההערות דלקמן בגפ״ת הם מתוך ספר אהלי תורה [חוץ מהערות 3,7]

1. הכא במאי עסקינן כגון שקיצען - פי׳ רש״י ואיכא תרתי שינוי מעשה ויאוש, ולעולם יאוש לחודיה לא קני. אבל בשינוי מעשה לחודיה בלא יאוש אינו קונה. וביארו התוס׳ דלאו שינוי מעשה הוא. ובתוס׳ רבינו פרץ הוסיף ביאור דלאו שינוי מעשה ״גמור״ הוא, משום דמעשה זוטא הוא. וכ״כ בחי׳ הראב״ד והרשב״א. ומבואר דאע״ג דיאוש לחודיה אינו קונה, וגם שינוי מעשה קטן לחודיה אינו קונה, מ״מ מצטרפין שניהם לקנות, כמ״ש רש״י ״ואיכא תרתי״ שינוי מעשה ויאוש. וכעי״ז כתבו התוס׳ בסמוך לגבי שינוי השם, דשינוי השם לחודיה אינו קונה, אבל מצטרף עם יאוש לקנות.

אבל הרמב״ן להלן לגבי שינוי השם כתב דלמ״ד יאוש אינו קונה, היאוש אינו כלום כיון דבאיסורא אתי לידיה, ואינו יכול להצטרף לקנות עם שינוי השם. ולכאו׳ לשיטתו גם הכא א״א לפרש שהיאוש מצטרף עם שינוי מעשה קטן לקנות, וע״כ דהוי שינוי מעשה גמור לקנות בפנ״ע, וא״כ צריך ביאור מדוע צריך הכא יאוש. והנה לגבי שינוי השם כתב הרמב״ן בסמוך ב׳ דרכים בהא דצריך גם יאוש, א׳ דבלאו היאוש אין חלה כלל מחשבתו של הגזלן שחישב על העורות, וממילא אין כאן שינוי השם, וב׳ דאפילו אם הגזלן קונה ע״י שינוי השם מ״מ לענין טומאה צריך יאוש, דבאל״ה יתכן שהבעלים יחזרו ויחשבו עליו לדבר שאינו מקבל טומאה. והכא לגבי קיצען ל״ש הטעם הא׳, דהרי אין זה מחשבה בעלמא אלא מעשה, ואף בלא יאוש יש כאן שינוי מעשה. אלא צ״ל כהטעם הב׳ דאע״פ שהגזלן שפיר קונה ע״י שקיצען דהוי שינוי מעשה גמור, מ״מ אם לא נתייאשו הבעלים אין העורות מקבלין טומאה, דשמא הבעלים יחזרו ויבטלוהו מתורת דבר המקבל טומאה. וכ״כ הרמב״ן שם להדיא בסוף דבריו וז״ל ומעיקרא נמי קס״ד בגמ׳ דבעוצבא שינוי מעשה איכא, ואפ״ה בעינן יאוש ״וטעמא משום טומאה כדכתיבנא״.

2. והלא עיצבא שנו ועיצבא אינה צריכה קיצוע - התוס׳ ביארו הקושיא דכיון דראויה להשתמש בלא קיצוע, אין קיצוע שלה חשוב שינוי מעשה כלל. והרעק״א כתב שמדברי התוס׳ בסוכה דף ל׳ ע״ב (ד״ה וליקניוה) נראה דמפרשים הקושיא באופן אחר, דהתוס׳ שם הקשו על רב יוסף דמסיק דקונה ע״י שינוי השם, דהרי הוא שינוי השם החוזר לברייתו, וכתבו התוס׳ וז״ל וא״ת ועוצבא דהתם כיון דלית בה קיצוע ואין בה אלא מחשבה א״כ שינוי השם דידיה חוזר לברייתו הוא ואמאי קני, וכתב הרעק״א דמהא דהקדימו התוס׳ לקושייתם דעיצבא ״כיון דלית בה קיצוע״ וכו׳, משמע דהתוס׳ שם מפרשים דקושית הגמ׳ היא דכיון דעיצבא אין צריכה קיצוע א״כ מסתמא מיירי בלא קיצוע, ולכן הקשו התוס׳ בפשטות דכיון דמיירי בלא קיצוע א״כ הוי שינוי השם החוזר לברייתו.וע״ע מש״כ בזה בסמוך.

3. רש״י [כתובות מב ע״ב]: עשרין ותרתין שנין - הן היו ימי שררתו של רבה ומת וישב רב יוסף בראש וסייעוהו מן השמים לפרקה להיות לו לשם לפי שהיה רבה חריף ולכך קראוהו עוקר הרים ורב יוסף היה בעל שמועות ומשנה ובריית׳א לכך קראוהו סיני.

חתם סופר [סוכה ל ע״א]: ואיידי דאיירי בדברי דרושי׳ אסיק ואומר בב״ק ס״ו ב׳ מה דלא איפרי׳ עד דיתיב ר׳ יוסף ברישא משום דלכאור׳ שינוי שם יש לו שרש דהוה כמו שינוי מעשה מנשיא וכהן משיח עי׳ היטב כתובות מ״ה א׳ אשתני ולא אשתני תנאי היא ובתוד״ה תנאי מבואר שם שאינינו שינוי גוף אלא שינוי שם וכן יש להבין מדברי אגדה פ״ק דר״ה דשינוי שם משנה גז״ד של אדם כמו שינוי מעשי׳ אלא לכאורה י״ל האי שינוי שם היינו שינוי מעשה כמ״ש רמב״ם בהל׳ תשובה שישנה שמו כלומר אני איש אחר ולא אותו שעשה מעשים המכוערים וא״כ היינו שינוי מעשים וכן י״ל בנשיא ומשיח שממילא נשתנו מעשיו כי החל רוח ה׳ לפעמו כמו שמצינו בשאול ובכמה שופטים וא״כ היינו שינוי מעשה אך ר׳ יוסף שהי׳ מופלג בעניוות מש״ה מתחלה לא רצה לקבל הנשיאות ושוב אמרו אפי׳ אומנא לבית׳ לא קר ומפני רוב בקיאתו וגם ענותנותו קרי לי׳ סיני שרומז גם על ענוה ועי׳ שלהי הוריות וכשנתמנה בראש ולא מצא בעצמו לפי דעתו הענוה שום

מעלה יתירה וקיים בעצמו אם רוח המושל יעלה עליך מקומך אל תנח אם רוח הממשלה יעלה עליך מ״מ אל תנח מקום מדרגתך א״כ הבין מזה שאין לנשיא ומשיח אלא שינוי השם בלבד ומ״מ אישתני דינו ע״כ מוכח מזה דשה״ש קונה כמו שינוי מעשה דאפי׳ לרבנן דר״ש בכתובות התם לא פליגי אלא בחטא קודם שנתמנה אבל לאחר שנתמנה כ״ע אשתני. וי״ל עוד הא דהוה ס״ל אפי׳ שינוי החוזר לברייתו קונה כמ״ש תו׳ בשמעתין ד״ה ולקני׳ בש״ש י״ל דשה״ש דנשיא לכאורה אינו חוזר לברי׳ דבשום אופן אין מסלקי׳ אותו עי׳ ירושלמי פ׳ אלו מגלחי׳ ובהג״ה אשרי שם בראש סוף סי׳ ס״ג ועכ״מ ספי״ז מסנהדרין מ״מ הוא בעצמו יכול לירד מגדולתו כדאשכחן בבני בתירא בפסחים ס״ו א׳ ובב״מ פ״ה ריש ע״א מבואר שזהו מחמת עניוות גדול ועי׳ סוף מנחות שנראה שהוא ממש מהנמנעות אך ר׳ יוסף הרגיש בעצמו מרוב נכה רוח שהי׳ דנקל בעיניו לעשות כבני בתירא א״כ שפיר חוזר לברי׳ ואפ״ה אשתני דינא מזה שפט דאפי׳ חוזר לברי׳ הוי כמו שינוי מעשה: [מהדו״ת]

פרדס יוסף פ׳ חוקת: ובשם כ״ק אדמו״ר השרף מקוצק זצ״ל, דאז, כשהיה ר׳ יוסף ראש הישיבה, והשתנה תוארו ושמו, הבין ר׳ יוסף בדנפשי׳ דשינוי השם חשיב כשינוי מעשה, כיון שהבחין בעצמו שינוי מעשה עקב שינוי השם שהיה לו עכד״ק.

4. עד דיתיב רב יוסף ברישא ופירקה שינוי השם כשינוי מעשה דמי וכו׳ מעיקרא קרו ליה משכא והשתא אברזין - לכאו׳ בפשטות לפ״ד רב יוסף א״צ להעמיד בשקיצען, דאף בלא קיצוע איכא שינוי השם (דעיצבא א״צ קיצוע). וכן מבואר בדברי התוס׳ בסמוך (ד״ה הא) שכתבו דהא דצריך יאוש בעלים היינו כדי שיועיל מחשבת יחודו לשוייה אברזין, דבלאו יאוש לא הוי שינוי השם כלל ע״י מחשבתו, ומבואר דלא עשה הגזלן מעשה אלא מחשבה בלבד. וכ״כ הרמב״ן במלחמת ה׳ בדף קי״ד (מ״א ע״א מדפי הרי״ף) וז״ל הלכך לרב יוסף ״דמוקי לה לעיצבא בשלא קיצען״ צריך יאוש כדי שיהא שינוי השם שלו שינוי ויקנה.

5. שינוי השם כשינוי מעשה דמי - צריך ביאור דאם שינוי השם קונה כשינוי מעשה, מדוע צריך שיהא גם יאוש (כמפורש במתני׳ דבגזלן דליכא יאוש אין מחשבה מטמאתו). וכתבו התוס׳ דלא הוי כשינוי מעשה ממש, דשינוי השם אינו קונה אלא עם יאוש, ושינוי מעשה קונה לחודיה. וא״כ כוונת רב יוסף דשינוי השם מועיל להצטרף עם יאוש לקנות.

אבל התוס׳ בסמוך (ד״ה הא) הוכיחו דבעלמא שינוי השם קונה לבדו, ודנו מדוע הכא אינו קונה אלא עם יאוש, וכתבו בדרך הא׳ דהכא הוי שינוי השם קטן ומשו״ה צריך יאוש. וכתב הגר״א (סי׳ שנ״ג ס״ב סק״ח) דהשתא חזרו התוס׳ ממש״כ הכא דשינוי השם גרע משינוי מעשה, ורק שינוי השם קטן צריך יאוש, (וא״כ דמי ממש לשינוי מעשה, דגם שינוי מעשה קטן אינו קונה לחודיה אלא עם יאוש כמבואר לעיל לגבי קיצוע).

ומצינו בדברי הראשונים ז״ל כמה דרכים בעיקר הדין המבואר בסוגיין (לגבי עורות של גנב וגזלן) דלא סגי בשינוי השם לחודיה, אלא צריך גם יאוש יחד עם שינוי השם:

שיטת התוס׳: התוס׳ (ס״ז ע״א ד״ה הא) הקשו דשינוי השם לחוד קונה כדמצינו לגבי טלה ונעשה איל, וכן לגבי מריש מקשה הגמ׳ שיועיל שינוי השם לבדו בלא יאוש. וכתבו התוס׳ (בדרך הא׳) דהכא הוי שינוי השם קטן, ואינו קונה אלא בצירוף יאוש.

ומבואר בדברי התוס׳ דאע״ג דיאוש לחודיה אינו קונה לרב יוסף, וכמו״כ שינוי השם קטן לחודיה אינו קונה, מ״מ אם איכא תרתי יאוש ושינוי השם קונה. [וכן מצינו לעיל (לגבי קיצען) דשינוי מעשה שאינו גמור אינו קונה לבדו אלא בצירוף יאוש]. וכן מבואר בדברי בעל המאור בדף קי״ד (מ״א ע״א מדפי הרי״ף) עי״ש. ולכאו׳ הביאור בזה דאף למ״ד יאוש אינו קונה מ״מ מועיל היאוש להוציא קצת מרשות הבעלים, ולכן בצירוף שינוי השם מהני היאוש לקנות לגמרי. וכ״כ התוס׳ בדף קי״א ע״ב (ד״ה גזל) וז״ל דלא הוי כל כך ברשות מריה אחר יאוש כמו לפני יאוש, שנקל לצאת מרשות בעלים בשינוי רשות או בשינוי השם. כלומר דאף למ״ד יאוש אינו קונה מ״מ מהני

היאוש "דלא הוי כל כך ברשות מריה אחר יאוש", ומשו"ה אחרי יאוש נקל לצאת לגמרי מרשות בעלים ולהיות נקנה לגזלן ע"י שינוי השם.

דרך ב' בתוס' ושיטת הרמב"ן - התוס' בדרך הב' כתבו דבכל מקום שינוי השם לחודיה קונה, אבל הכא לולי היאוש לא היה נעשה כלל שינוי השם, דאין מועיל מחשבתו של הגזלן לשוייה כלי, ולכן צריך יאוש כדי שתועיל מחשבת יחודו של הגזלן לעשות שינוי השם. וכן לגבי הקדש דמבואר בגמ' לקמן (ס"ז ע"א) שאם הקדיש אחרי יאוש מהני מפני שקנה בשינוי השם, מ"מ צריך גם יאוש "שאם אין יאוש אין שם הקדש חל עליו ואין כאן שינוי השם".

וכ"כ הרמב"ן במלחמת ה' בדף קי"ד (בדרך הב') וז"ל דכי אמרינן שינוי השם בלחוד קני, היכא דהוי שינוי השם מחמת מעשה כגון עוצבא ומריש, אבל מי שיקרא שם מעצמו לגזילה שבידו אין זה שינוי השם, שאין אדם קורא שם לדבר שאינו שלו, וכל זמן שלא נתייאשו הבעלים הרי הוא כמי שתרם גרנו של בעה"ב שלא ברשות ואין זה שם כלל, ועוד שיחזור לברייתו כשיוציאוהו הבעלים מידו, אבל לאחר יאוש הואיל ויצא מרשות הבעלים שינוי השם שלו שינוי הוא וקני.

ולכאו' צריך ביאור דכיון דקודם יאוש אין נעשה כלל שינוי השם מפני שאין כח לגזלן לשנות שמו ע"י מחשבה בעלמא, מאי מהני היאוש, והרי יאוש אינו קונה ואיך יכול הוא לשנות שמו. והרמב"ן כתב אבל לאחר יאוש "הואיל ויצא מרשות הבעלים" שינוי שלו שינוי, וצריך ביאור דהרי יאוש אינו קונה וא"כ עדיין הוא ברשות הבעלים. ולכאו' מבואר מדברי הרמב"ן דאף למ"ד יאוש אינו קונה, מ"מ היאוש מוציא קצת מרשות הבעלים, כדברי התוס' בדף קי"א הנ"ל "דלא הוי כל כך ברשות מריה אחר יאוש כמו לפני יאוש". וסגי בזה לענין שיש כח ביד הגזלן לקבוע בו שם כלי או שם הקדש. משא"כ לפני יאוש שאינו כלל ברשות הגזלן, אינו יכול לקבוע בו שם כלי. וכ"כ התוס' בדף ס"ז ע"ב (ד"ה רבא) וז"ל אף על גב דיאוש לא קני מ"מ הועיל יאוש למוכרה או להקדישה. [ומש"כ הרמב"ן עצמו דלמ"ד יאוש אינו קונה "לאו כלום הוא", ואינו מצטרף עם שינוי השם לקנות, היינו רק לענין שיקנה הגזלן לגמרי גוף הגזילה, דלגבי זה לא מהני היאוש כלל, אבל מ"מ מועיל היאוש להוציא קצת מרשות הבעלים, וממילא יכול הגזלן לקרות לו שם].

6. שאני שאיבה דמדרבנן היא - פי' רש"י מה שמקוה נפסל בג' לוגין מים שאובין מדרבנן הוא. ומבואר ברש"י דעיקר הדין דמים שאובין פסולין למקוה הוי מדאורייתא, ואם היה כל המקוה מים שאובין פסול, ורק הא דג' לוגין פוסלין את המקוה הוי מדרבנן. וכן שיטת רשב"ם בב"ב דף ס"ו ע"א. [וצ"ל דהא דקתני בברייתא צינור שקבעו ולבסוף חקקו אינו פוסל את המקוה מיירי דוקא במקוה שלם שאינו נפסל בג' לוגין מים שאובין]. והרא"ש הביא בשם ר"י דאפילו מקוה שכולו שאוב כשר מן התורה. וכן שיטת הרמב"ם (מקואות פ"ד ה"ב). והתוס' בב"ב דף ס"ו ע"א האריכו בזה.

7. **פני יהושע:** בפרש"י בד"ה הקדישן הקדש ואסור ליהנות ותרומתן אסורה לזרים עכ"ל. כוונתו דדוקא לענין זה הוי הקדש אבל לקרבן ממש ודאי אסור משום מצוה הבאה בעבירה והיינו כפירוש התוספות וכן משמע להדיא בלשון רש"י בפ' הניזקין [גטין דף נ"ה ע"ב בד"ה כרת מאי] ובריש לולב הגזול [דף ל' ע"ב ד"ה וקרקע] ע"ש. ועמ"ש בזה בלשון התוספות ליישב מה שהקשה ר"י על זה:

ובחידושי ר' מאיר שמחה :רש"י ד"ה הקדישן הקדש ואסור להנות ותרומתן אסור לזרים. המעיין יראה דרבנו אזיל לטעמיה בבבא מציעא (מ"ח א) שכתב ונפקא מינא לענין איסורא כגון אם קידש בו האשה כו' לריש לקיש הוה קדושין, הרי אף על גב דרבנן אמרו דכסף לא קני מ"מ מן התורה שלו ומקודשת, כן סובר הכא ג"כ אף על גב דיאוש קני מדרבנן, בכ"ז אין הקדשו מן התורה הקדש להביא עליו קרבן מעילה רק שאין נהנין ולא מועלין, וכן הטבל לא משתרי לאכול רק התרומה אסור לזרים.

ולפי שיטה זו נראה דמסולק כל המבוכות, קושיא מעולא על עולא דהגוזל, דלעולם סבר יאוש לא קני מן התורה ומדרבנן קני, ודוגמא דהך דאמר מנין לשינוי שאינו קונה דמסתמא לא פליג רב חסדא על מתניתין דלקמן ריש הגוזל ועיין לקמן (צ״ד), וא״כ א״ש דאמר בגיטין (נ״ה א) דבר תורה בין כו׳ אינה מכפרת ומאי טעמא יאוש כדי לא קני מן התורה רק מדרבנן עשאו יאוש לקנין, ולא מהני שתכפר כיון דמה״ת לא הוה שלו.

וזה כונת רבינו שלמה ז״ל לא קני לענין הקרבה כו׳ כו׳, ושם ע״ב פירש ז״ל דבשלמא לענין תשלומי ארבעה וחמשה כו׳ לענין הקרבה קאמר ולא לענין הקדש. פירוש דכיון דמדרבנן שלו הוא שוב לא שייך שישלם לו ממון, דלענין ממון שפיר הוה של הקדש דוק, [ויש ליסוב כונת רש״י לדברי רמב״ן במלחמות ואכ״מ להאריך]. ולעולא דיאוש לא קני מה״ת א״כ חטאת הגזילה מכפרת אף בלא יאוש כלל דמאי נפ״מ הא מה״ת לא קדשה בין לפני יאוש ולאחר יאוש, ולכך פירש״י שמה בד״ה אוקמה רבנן ברשות גנב אם הקדישה כו׳ כו׳ והפקר ב״ד הפקר וקדשה, וא״כ שפיר בעי רבא מאימת אוקמיה רבנן ברשותא, ולפ״ז יש לפרש דהכא לא קני בשינוי השם רק מדרבנן כיון שבלא הקנין שוב אינו יכול להקדיש דבר שאינו שלו וע״כ דבאין כאחד וכמו״ש רשב״א וזה רק מדרבנן, וא״ש כל הקושיות ומבוכות ואין להאריך יותר, וזה נ״ל בשיטת רש״י.

8. התם איכא שינוי השם וכו׳ מעיקרא חולין והשתא הקדש - הרשב״א בגיטין דף נ״ה ע״ב כתב וז״ל ואי קשיא לך אי יאוש כדי לא קני היכי מצי מקדיש ליה, י״ל כיון דשינוי השם אי נמי שינוי רשות קנו, הקדשו וקנייתו באין כאחד. וכ״כ הרשב״א בתשובה (ח״א סי׳ תתקס״ח) וז״ל כיון דלא קנה אפילו נתייאשו הבעלים, איך מצי מקדיש איקרי כאן איש כי יקדיש את ביתו וכו׳, וכי אקדיש שאינו שלו אקדיש, יש לומר קנייתו והקדשו באין לו כאחד, ויאוש כדי הוא דלא קני הא עם שינוי רשות או עם שינוי השם קונה.

ולכאו׳ כוונת הרשב״א שהיא מידה בתורה דאמרינן באין כאחד, כמו דמצינו לגבי גט (גיטין דף ע״ז) דאמרינן גיטה וחצירה באין כאחד, דאע״פ שחצר האשה קנויה לבעלה וא״כ איך תזכה בגט, אלא אמרי׳ דקונה הגט והחצר בבת אחת. וכן לגבי שחרור עבד אמרי׳ (גיטין שם, קידושין דף כ״ג) גיטו וידו באין כאחד. [ועיין בתוס׳ סנהדרין דף ס״ח ע״ב שהקשו איך מטבילין גר קטן מטעם זכיה, הא עכו״ם לית ליה זכיה, ותירצו ״דזכייתו וידו באין כאחד״].

אך לכאו׳ צ״ב מאי מהני הכא הסברא דבאין כאחד, ואיך יתכן לומר דחלות ההקדש וקנייתו של הגזלן באין כאחד, והרי שינוי רשות חל ע״י שהגזילה נקנית להקדש, וכשחל ההקדש אין הגזילה קנויה לגזלן אלא להקדש, ואכתי איך יכול הגזלן להקדיש. [ואין זה דומה להה״א דגיטה וחצירה באין כאחד, דהתם הנידון רק איך יכולה להתחיל זכיית האשה בחצר דהרי אין החצר שלה, ונתחדש דגיטה וחצירה באין כאחד, וזוכה האשה בתרוייהו בבת אחת. אבל הכא אם נקנית להקדש הרי אינה קנויה לגזלן, דקנין ההקדש וקנין הגזלן סותרים זא״ז, ואיך יכול להקדיש]. ועיין באבן האזל (גניבה פ״ה ה״ג) שתמה בזה.

והאבני מילואים (סי׳ כ״ח סק״ד, ובקצוה״ח סי׳ שנ״ג סק״א) ביאר בד׳ הרשב״א ע״פ מה שחידש (מובא בסמוך) שע״י יאוש ושינוי רשות גם הגזלן עצמו קונה את הגזילה, והוא מקנה להקדש או ללוקח, וקנין הגזלן וההקדש באין כאחד.קי אך הרשב״א עצמו בקידושין דף נ״ב (מובא בסמוך) כתב להדיא שביאוש ושינוי רשות אין הגזלן עצמו קונה את הגזילה כלל, ורק הלוקח קונה את הגזילה מחמת הקנאת הגזלן. וגם עצם הדבר לכאו׳ אינו מובן איך יתכן לומר דהגזלן וההקדש קונים בבת אחת, דאיך יתכן דבשעה אחת הוא קנוי לשניהם. (ואם כוונתו דהגזלן קונה שעה אחת ומקנה להקדש א״כ אין זה באין כאחד).

ולכאו׳ יש לבאר דברי הרשב״א באופן אחר, דהנה מבואר מדברי ר׳ יחנן דלולי המיעוט מן הפסוק היה הדין שהגזלן יכול להקדיש אף לפני יאוש, והביאור כמ״ש לעיל דע״י עצם הגזילה חשיב ברשותו של הגזלן והיה יכול להקדיש. אלא שנתמעט מקרא דקודם יאוש אין לו כח להקדיש. והא דמקשה הגמ׳ למ״ד יאוש אינו קונה איך חל ההקדש, אין כוונת הקושיא איזה כח יש לגזלן להקדיש, דאחרי יאוש שפיר יש לו כח להקדיש, (ואפילו קודם יאוש היה לו כח להקדיש לולי מיעוט הפסוק), אלא ביאור הקושיא כמ״ש לעיל דכיון שאין יאוש קונה א״כ עדיין הוא ממון הבעלים, ולא יתכן שיחול שם הקדש וישאר ממון בעלים דהוי תרתי דסתרי. וע״ז תירצו בגמ׳ דקונה ע״י שינוי השם, וא״כ אחרי שיחול ההקדש יצא מרשות הבעלים ויהא קנוי להקדש ומשו״ה שפיר חל ההקדש. ועפ״ז יתכן לומר דזהו גופא כוונת הרשב״א שכתב דהקדשו וקנייתו באין כאחד, ואין כוונתו כלל שנתחדש כאן דין באין כאחד כמו לגבי גיטו וידו באין כאחד, (דמהיכ״ת לחדש כאן דין זה, ולגבי גיטו וידו באין כאחד נקטו הרבה מהאחרונים ז״ל שהוא מגזיה״כ לגבי שחרור עבד), אלא כוונתו דכיון שאחרי שיחול ההקדש יצא מרשות בעלים ויהא קנוי להקדש, ממילא אין כאן שום חסרון.

סימן כ׳

א

איתא **בתוספות** [ד״ה אמר עולא]: ״אמר עולא מניין ליאוש שאין קונה - משמע הכא דסבר עולא דיאוש לא קני וכן בהניזקין (גיטין ד׳ נה. ושם ד״ה מאי) דאמר עולא דבר תורה בין נודעה בין לא נודעה אין מכפרת מ״ט יאוש כדי לא קני וקשה לר״ת דבהגוזל בתרא (לקמן ד׳ קיד.) גבי פלוגתא דרבי שמעון ורבנן דגנב וגזלן קאמר עולא מחלוקת בסתם אבל בידוע ד״ה יאוש קני...״. ולכאורה מאי מקשה, הרי אפשר לומר דקני משום יאוש ושינוי השם.

וברבי עקיבא איגר תירצה דלא מתרץ כך ממשמעות לשון הגמרא: ״תוס׳ ד״ה אמר עולא וכו׳ וק׳ לר״ת דבהגוזל בתרא. לכאורה קשה, הא בלאו ההיא דעולא דהגוזל יקשה ממתני׳ דעורות של בעה״ב, ובהכרח משום דהתם הוי יאוש ושינוי השם, א״כ ממילא גם מההיא דעולא דבידוע דברי הכל קנה י״ל דהטעם משום יאוש ושינוי השם. וצ״ל דלישנא דעולא אבל בידוע דברי הכל יאוש קני משמע דמשום יאוש לחודיה הוא״.

ובחידושי ר׳ נחום דהא דלא תירץ משום שינוי הוא דאיירי לפני שחידש רב יוסף שינוי השם: ״קיח) תד״ה אמר עולא, וקשה לר״ת דבהגוזל בתרא גבי פלוגתא דרבי שמעון ורבנן דגנב וגזלן קאמר עולא מחלוקת בסתם אבל בידוע ד״ה יאוש קני. דברי התוס׳ צ״ב דהא לעיל סו, ב בעי להוכיח מפלוגתא דרבנן ור״ש דיאוש כדי קני, ודחי דטעמא משום דאיכא נמי שינוי השם דמעיקרא משכא והשתא אברזין. ואיך מוכח מעולא דס״ל דיאוש כדי קני טפי מרבנן ור״ש, הא עולא קאמר רק דרבנן ור״ש פליגי בסתם אבל בידוע דברי הכל יאוש קני, וכמו דבסתם היינו משום דאיכא נמי שינוי השם, הכ״נ נימא בידוע דהוא משום דאיכא נמי שינוי השם, ובאמת כן דחה הר״י, וצ״ב אמאי נטה ר״ת מזה...

ובפשוטו י״ל, דלעיל מבואר בגמ׳ דהאי מילתא קשי בה רבה לרב יוסף עשרין ותרתין שנין ולא איפרקא עד דיתיב רב יוסף ברישא ופרקה, והיינו דעד דפרקה רב יוסף הוה מוכח מרבנן ור״ש דס״ל דיאוש כדי קני. ולפי״ז ניחא, דעולא ורבה דפליגי לקמן אליבא דרבנן ור״ש היו קודם דיתיב רב יוסף ברישא, וע״כ דס״ל דיאוש כדי קני. וכן ניחא מה שהוכיח ר״ת דמהא דס״ל לעולא דיכול להקדיש מוכח דיאוש כדי קני, דעולא הא היה קודם דיתיב רב יוסף ברישא״.

ב

ומתרצים **תוס׳**: ״...ואומר ר״ת דבכל מקום יאוש קונה רק לענין קרבן משום דהוי מצוה הבאה בעבירה...״. שיטת ר״ת דהא דאמר עולא בסוגיין דיאוש אינו קונה היינו רק לענין דפסול להקרבה. וכמו״כ הא דאמר עולא בגיטין בין נודעה בין לא נודעה אינה מכפרת מ״ט יאוש כדי לא קני, היינו רק לענין דהקרבן פסול. ויסוד פלוגתת ר״ת ור״י האם במקום שכבר קנה הבהמה קודם שהקדישה פסולה לקרבן משום מצוה הבאה בעבירה, דשיטת ר״י דדוקא היכא שלא קנה אלא ע״י ההקדש פסולה משום מהב״ע, ושיטת ר״ת דאע״פ שהיתה הבהמה קנויה לו קודם ההקדש מ״מ פסולה משום מהב״ע.

והנה מדברי התוס׳ בשם ר״ת מבואר דכיון דיאוש קני חל ההקדש לגמרי והוי ממון הקדש, אלא דפסול להקרבה משום מצוה הבאה בעבירה. ואם טבח אחרי ההקדש פטור על הטביחה משום דשל הקדש קטבח כמו שהוכיחו התוס׳ מגיטין.

וכן כתב **בתוס׳ ר״פ**: ״...ותירץ ר״ת דבכל מקום יאוש קני, והכי ס״ל לעולא **דהקדש חל שפיר** ואפ״ה קאמר דלא קני לענין הקרבה דפסול להקריבו משום מצוה הבאה בעבירה...״.

אבל **בחידושי הרמב"ן** [גיטין נה ע"ב] כתב בדעת ר"ת דההקדש אינו חל משום דאינו ראוי למזבח: "...ואומר ר"ת ז"ל דכי אמרינן יאוש כדי לא קני לא אמרו אלא בקרבן משום דהויא לה מצוה הבאה בעבירה **ולא חל עליה הקדש שאינו ראוי למזבח כלל** אבל לשאר מילי יאוש כדי קני, ומשום הכי לא קשיא לי' מתני' גופה משום דהוה מוקי לה בבעלי מומין דלא קיימו למזבח והו"ל כהדיוט וקסבר עולא דלהדיוט יאוש כדי קני, אבל ברייתא דתני שחוטי חוץ ודאי בקדושת מזבח עסקינן ולעולם לא קנה כלל..."

וכ"כ **הרשב"א** [שם]: "...ותירץ ר"ת דלא אמרו יאוש כדי לא קני אלא לענין קרבן ומשום מהב"ע, **והקדש מזבח אינו חל עליו**, אבל לשאר מילי קני והוה מוקמינן הקדש דמתני' בבעלי מומין ושהקדיש לבדק הבית דהו"ל כהדיוט". ומבואר בדברי הרמב"ן והרשב"א דאם הקדיש למזבח לא חל ההקדש כלל, והא דמבואר בברייתא דאם טבח אחרי ההקדש פטור על הטביחה משום דשל הקדש קטבח, מיירי דוקא כשהקדיש בעלי מומין לבדק הבית.

ג

אלא דהקשו על דברי ר"ת:1.**תוספות** [סוכה ט ע"א]: "...לא יתכן דהא בהדיא קאמר עולא משום דיאוש **לא קני**...". 2. **חידושי הריטב"א** [גיטין נה ע"ב]:"...ועוד דלפי דבריו עיקר פלוגתייהו דעולא ודרב יהודה הוא אי אית לן מצוה הבאה בעבירה או לא, ואם כן דעיקר פלוגתייהו בהכי היה להם לפרש ולא הוה להו למינקט טעמא משום דיאוש כדי אי קני או לא קני...".

ובחדושי ר' נחום הסביר דבריו: "בא"ד ואור"ת דבכל מקום יאוש קונה רק לענין קרבן משום דהוי מצוה הבאה בעבירה, וקשה לר"י לפי' דאם כן מאי פריך לעיל אביי לרבה מקרבנו ולא הגזול דלמא בקרבנו מודה רבה כמו עולא. מקושית התוס' מבואר דאע"ג דלר"ת קנה ביאוש קודם ההקדש וכל פסולו רק משום מצהב"ע, מ"מ איכא למעוטי לה מקרא דקרבנו ולא הגזול. וצ"ב דבפשוטו ביאור סברת ר"ת הוא דאע"ג שקנה מכבר ובשעת ההקדש אי"ז גזילה, אכתי איכא להחסרון דמצהב"ע משום שנעשה שלו ע"י גזילה, וא"כ האיך מצי' לממעטי' מקרא דקרבנו ולא הגזול, הא בהך קרא מבואר דפסולי' משום דבשעת ההקדש הוא גזול, ושפיר מוכחי' מהך קרא דיאוש אינו קונה ובשעת ההקדש הוא גזול.

...ובאמת שכן נראה גם מלשון הגמ' דאמרי' מנין ליאוש שאינו קונה, ולכאו' לד' ר"ת דעולא סבר יאוש קונה צ"ב אמאי קאמר עולא מנין ליאוש שאינו קונה, הא לשיטתו נמצא דיאוש קונה והוי זה רק פסול להקרבה מטעם מצהב"ע. וכבר עמד בזה הריטב"א בגיטין שם וז"ל ועוד דלפי דבריו עיקר פלוגתייהו דעולא ודרב יהודה הוא אי אית לן מצוה הבאה בעבירה או לא, ואם כן דעיקר פלוגתייהו בהכי היה להם לפרש ולא ה"ל למנקט טעמא משום דיאוש כדי אי קני אי לא קני עכ"ל. ומבואר מכ"ז דגם לדעת ר"ת דעולא ס"ל יאוש קונה וכל פסולו להקרבה רק מטעם מצהב"ע, מ"מ הוי זה חסרון ביאוש שאינו קונה ובשעת ההקדש הוה אכתי גזול.

ונראה הביאור בזה, דהנה התוס' הקשו על עיקר ד' ר"ת מהא דפריך גבי הנהו אוונכרי וליקנינהו בשינוי השם, ומשמע דכיון דקנו ליה קודם המצוה תו לא הוי מצהב"ע. וכן הקשו מהא דאמרי' התם גבי כשורא דמטללתא דיוצא יד"ח סוכה משום שקונה מתקנת השבים, ומשמע דכיון דקני ליה קודם המצוה תו לא הוי מצהב"ע.

ולכאו' יש ללמוד מזה דודאי גם ר"ת מודה דהיכא שקנה ונעשה שלו קודם המצוה ליתא להחסרון דמצהב"ע אף על פי שקנה ע"י גזילה, ומה"ט בכה"ג שקנה בשינוי או בתקנת השבים ל"ח מצהב"ע, וכל ד' ר"ת הם רק ביאוש, דבזה ס"ל לר"ת דאע"ג דיאוש קונה איכא חסרון דמצהב"ע.

ובטעמא דמילתא י״ל, דהנה בעיקר דין קנין יאוש בגזילה יל״פ בב׳ אופנים, דהנה לפו״ר עיקר הקנין הוא ע״י היאוש דומיא דאבידה (והגזילה היא רק הסיבה שמחמתה מהני היאוש, ולעולם חייל הקנין מכח היאוש לחוד), אכן י״ל באופ״א דהקנין חייל מחמת הגזילה, דבגזילה שנתיאשו הבעלים קנאה הגזלן לגמרי מכח הקניני גזילה. ובביאור הך צד י״ל, דהנה בסנהדרין עב, א קאמר רב דאפי׳ היכא דאיתי׳ להגזילה בעינא בדמים קננהו, וביארו האחרונים דרב ס״ל שהגזלן קונה את הגזילה לגמרי מכח הקניני גזילה ונעשה שלו, אלא שהתורה חייבתו בחיוב השבה להשיב את גוף הגזילה. וכמו כן י״ל גבי יאוש, דאע״ג דאנן לא ס״ל כרב והיכא דליכא יאוש לא ס״ל שקונה לגמרי מכח הקניני גזילה אלא רק לענין להתחייב באונסין, מ״מ לאחר יאוש קונה מכח הקניני גזילה לגמרי והקנין הוא מכח הקניני גזילה. ומשום די״ל דהגם דאנן לא סבירא לן שקונה לגמרי כרב, מ״מ אי״ז חסרון מצד הגזלן, דבאמת הגזלן שפיר אית ליה כח לקנות ע״י הגזילה לגמרי, וכל החסרון הוא רק הנגזל שמעכב על הגזלן לקנות לגמרי, וא״כ לאחר יאוש י״ל דבעלות הנגזל אינה מעכבתו והדר דינא לקנותה לגמרי מכח הקניני גזילה.

...ולפי״ז יש לבאר את סברת החילוק בין שאר קנינים ליאוש, די״ל דהא דס״ל לר״ת דגם לאחר שקנה חשיב מצהב״ע אינו משום שמעיקרא נעשה החפץ שלו מחמת הגזילה, אלא משום דגם עתה לאחר שקנה אכתי חשבי׳ לה כגזילה, ומה״ט חשיב מצוה הבאה בעבירה. ובזה הוא דחלוק יאוש משאר קנינים, דבשאר קנינים לאחר שקנה ונעשה שלו בטל מהחפץ שם גזילה, ול״ש החסרון דמצהב״ע אף על גב שנעשה שלו ע״י גזילה, משא״כ גבי יאוש ס״ל לר״ת דעולא סבר דיאוש קונה מכח הגזילה, והוי שלו מכח הקניני גזילה שיש לו בחפץ, ולהכי אף על גב שקנה לא בטל מהחפץ שם גזילה, דעיקר מה שהוא שלו הוא מכח שהוא גזול בידו ויש לו בחפץ זה קניני גזילה, וכיון דאף אחר שקנה הוי גזילה בידו איכא חסרון דמצוה הבאה בעבירה גם לאחר הקנין.

...ומעתה ניחא מה שהקשינו דמחד גיסא חזינן דעולא ס״ל בכל מקום יאוש קונה ורק לענין הקרבה פסול משום מצהב״ע, ומאידך גיסא חזי׳ דהוי חסרון ביאוש שאינו קונה ואפי׳ לאחר היאוש חשיב כגזול וממעטי׳ לה מקרא דקרבנו ולא הגזול. ולהנ״ל הוא מבואר היטב, דכיון דעיקר הטעם דלאחר שקנה איכא להחסרון דמצהב״ע הוא משום דהיאוש קונה מכח הגזילה וגם עתה הוי גזילה בידו וכנ״ל, ממילא שפיר ממעטי׳ לה מקרא דקרבנו ולא הגזול, דבשעת ההקדש אכתי הוי גזול, ורק דכיון שקנה הוי החסרון משום מצהב״ע.

וניחא נמי לישנא דעולא ״מנין ליאוש שאינו קונה״, דלהנ״ל עיקר חידושי׳ דעולא הוא דהיאוש אינו קונה, והיינו שאינו קונה מכח היאוש אלא מכח הגזילה, ומש״ה איכא בזה חסרון דמצהב״ע. וכמו״כ א״ש משה״ק הריטב״א בגיטין הנ״ל אמאי אמרי׳ שם דלרב יהודה יאוש קונה הא כו״ע מודו בזה והול״ל דלר״י לא חשיב מצהב״ע, דלהנ״ל י״ל דר״י לא בא לחלוק על עולא בדיני מצהב״ע, אלא דאיהו ס״ל דיאוש בגזילה קונה מכח היאוש כבאבידה, ולהכי ליתא להחסרון דמצהב״ע וכמו בשאר קנינים, ולהכי נקיט הש״ס דעולא ור״י פליגי אי יאוש קני או לא״.

ד

והנה, ביארו אחרונים שגדר דין מצוה הבאה בעבירה הוא דכל שחל שם עבירה על החפצא אינו ראוי לקיים בו מצוה, דכיון דבהמה זו יש עליה שם ״בהמה גזולה״, הוי פסול בחפצא דא״א לעשות בה מצוה. וכן משמע מהא דילפינן דין מצוה הבאה בעבירה מדכתיב גזול דומיא דפסח, ומשמע דכמו דבעל מום הוי פסול בחפצא, אף גזול דפסול משום מצוה הבאה בעבירה הוי פסול בגוף הבהמה דא״א לקיים בה מצוה כיון שחל עליה שם עבירה. ולכן סברי ר״י והראשונים ז״ל דאם קנה הגזלן את הבהמה קנין גמור, כבר פקע ממנה שם בהמה גזולה, דהרי עכשיו אינה גזולה אלא הויא ממון גמור של הגזלן, ומשו״ה ליכא פסול דמצוה הבאה בעבירה.

וגם ר״ת סובר שגדר הפסול דמהב״ע הוא מחמת שחל עליה שם בהמה גזולה, אלא דר״ת פליג וס״ל דקנין יאוש לא מהני להפקיע מן הבהמה שם בהמה גזולה וכדלעיל.

והאחרונים הוכיחו יסוד זה מדברי הירושלמי (שבת פי״ג ה״ג) דמקשה אמאי הקורע על מתו בשבת יצא יד״ח קריעה, מאי שנא מהאוכל מצה גזולה דלא יצא, ומשני תמן גופה עבירה, ברם הכא הוא עבר עבירה, אילו הוציא מצה מרשות היחיד לרשות הרבים אינו יוצא בה ידי חובתו. **והבית יוסף** [יו״ד סי׳ ש״מ] ביאר: ״...דהתם גוף המצוה שהיא המצה היא עבירה שהיא גזולה, אבל הכא גוף החלוק אינו עבירה, אף על פי שהמעשה שהוא עשה בו הוא עבירה לא מיקרי מצוה הבאה בעבירה, כי היכי דמוציא מצה מרה״י לרה״ר אף על פי שעבר עבירה יוצא בה ידי חובתו בפסח לפי שהיא עצמה אינה עבירה״. וביארו האחרונים דכוונתו לסברא הנ״ל, דדין מצוה הבאה בעבירה אינו מחמת שעשה מעשה עבירה, אלא **דחפצא** של עבירה אינו ראוי למצוה, ולכן דוקא מצוה גזולה פסולה משום ד״גופה עבירה״, כלומר דחל עליה שם מצה גזולה, אבל הקורע על מת בשבת ״הוא עבר עבירה״, כלומר דרק הגברא עשה עבירה בשעת קיום המצוה, אבל אין כאן חפצא של עבירה ול״ש פסול מהב״ע. והוכיח הירושלמי מהא דהמוציא מצה מרה״י לרה״ר יצא יד״ח וליכא חסרון מהב״ע, משום דלא חל על המצוה שם עבירה, ודוקא בגוזל מצה חל על המצה שם ״מצה גזולה״

והכי איתא **בשו״ת תורת חסד** [אורח חיים סימן לא]: ״א. לבאר מ״ש בירושלמי (פי״ג דשבת ה״ב) גבי הא דהקורע בשבת יי״ח קריעה. ופריך שם מהא דאר״י בשם רשב״י דמצה גזולה אין אדם יי״ח בפסח. ומשני תמן גופה עבירה ברם הכא הוא עבר עבירה, כך אני אומר הוציא מצה מרה״י לרה״ר אין יוצא בהם י״ח בפסח (בתמי׳). ובשירי קרבן שם פירש שזהו ע״ד סברת התוס׳ בסוכה (ד״ל ע״א) דמהב״ע הוא דוקא כשמחמת העבירה באה המצוה כו׳. ואין פירושו מספיק. דזה ניחא בהא דהוציא מצה מרה״י לר״ה דיי״ח בפסח. אבל הא דהקורע בשבת יי״ח קריעה לא מיתרצא כלל בהך סברא דבזה ג״כ המצוה באה ע״י העבירה כמו בכל מהב״ע ולמה יי״ח קריעה...

אלא נראה לפרש דברי הירושלמי עפ״י דברי הריטב״א בסוכה (ד״ל ע״א) גבי סוכה גזולה דלרבנן דר״א דס״ל דקרקע אינה נגזלת ה״ל סוכה שאולה ויי״ח בה אף דמ״מ הוי עבירה בידו כיון שתקפה מחבירו ושואל שלא מדעת בעלים. מ״מ לא מיפסיל משום מהב״ע כיון שהסוכה עצמה היא ברשות בעלים כו׳ ע״ש. ומדבריו למדנו לחלק בדין מהב״ע דדוקא היכא שגוף החפץ עבירה פסול משום מהב״ע כמו לולב הגזול וכה״ג. אבל היכא שהעבירה אינה נתפסת על עצם הדבר רק שהעבירה היא על הפעולה שהיא פעולת איסור כמו בשואל שלא מדעת שמשתמש באיסור. אבל גוף החפץ הוי ברשותא דמאריה כמו מקודם אין כאן פסול מהב״ע. כיון שהעבירה היא על הפעולה ולא על הדבר עצמו. וכן יש לפרש דברי הירושלמי הנ״ל תמן גופה עבירה כו׳ דבקורע בשבת וכן בהוציא מצה מרה״י לר״ה ג״כ האיסור רק על הפעולה ומש״ה בכה״ג לא חשיב מהב״ע וכנ״ל. וראיתי בב״י יו״ד סי׳ ש״מ שנראה שכיון לסברא זו ע״ש..״.

ואולי יש לדייק כן **מתניא** [פרק לז]: ״...וכן אתרוג שאינו ערלה* הגהה (שהערלה היא משלש קליפות הטמאות לגמרי שאין להם עליה לעולם כמ״ש בע״ח וכן כל מצוה הבאה בעבירה ח״ו): ומעות הצדקה שאינן גזל וכיוצא בהם...״. הרי שמצווה ההבאה בעבירה זה איסור חפצא ושלוש קליפות הטמאות, דחל על החפצא שם שהיא גופא עבירה.

וכן יש לדייק **משולחן ערוך אדמוה״ז** [אורח חיים סימן תרמט סעיף ד]: ״אבל הגזול והגנוב אף בשאר הימים הוא פסול אף על פי שכבר נתייאשו הבעלים לפי שהוא מצוה הבאה בעבירה כלומר כשהוא מקיים את המצוה הוא מקיים אותה באיסור גזל שהרי אם באו הבעלים לתבוע שלהם חייב

להחזיר להם הגזילה בעיניה ואינו יכול לפטור את עצמו בדמים ונמצא **שהגזילה אינה קנויה לו כלל** ועדיין היא של הנגזל ושלא כדין הוא משתמש בה״.

ובשולחן ערוך אדמוה״ז [אורח חיים סימן תנד סעיף יב]: ״מי שהוציא מצה מרשות היחיד לרשות הרבים או מרשות הרבים לרשות היחיד בליל ט״ו שחל להיות בשבת מותר לו לצאת בה ידי חובתו ולברך עליה ואין זו מצוה הבאה בעבירה כיון שהיתה שלו קודם שהוציאה או הכניסה נמצא שלא באה מצוה זו לידו ע״י עבירה אלא שהוא עושה בה עבירה אבל היא לא נעשית בעבירה ולא באה לידו על ידי עבירה שעשה הוא״.

ה

וממשיכים **בתוספות: ״...**והא דאמר בריש הגוזל קמא (לקמן ד׳ צד.) הרי שגזל סאה חטין טחנה לשה אפאה והרים ממנה חלה כיצד מברך אין זה מברך אלא מנאץ ודחי ליה התם דמצי סבר בעלמא דשינוי קונה והכא משום מצוה הבאה בעבירה אף על גב דקנה קודם לכן לענין ברכה להזכיר שם שמים עליו ראוי להחמיר יותר...״.

אבל **הרשב״א** בתשובה [סי׳ תתקס״ח] כתב: ״...והא דתנן הרי שגזל סאה של חיטים טחנה ואפאה וברך עליה אין זה מברך אלא מנאץ, יש מי שפירש אף על פי שקנאה מ״מ אין ראוי לברך עליה. ואינו מחוור בעיני דבלולב והדס הגזולין הרי מברך עליהם, וסוכה גזולה נמי מברך עליה. אלא מסתבר הכי קאמר אף על פי שהוא מברך עליה מ״מ מתוך גזל בא לידו, וגזלן מוטב לו שלא גזל ולא בירך, והקב״ה שונא גזל בעולה...״. ומבואר דהרשב״א פליג על התוס׳ וס״ל דכיון שקנה הגזילה יכול לברך, אלא כוונת ר׳ אליעזר ב״י דאע״פ שהוא מברך מ״מ הוי ניאוץ.

ובשולחן ערוך אדמוה״ז [אורח חיים סימן תרמט] פסק כר״י בתוס׳: ״ד. אבל הגזול והגנוב אף בשאר הימים הוא פסול אף על פי שכבר נתייאשו הבעלים לפי שהוא מצוה הבאה בעבירה כלומר כשהוא מקיים את המצוה הוא מקיים אותה באיסור גזל שהרי אם באו הבעלים לתבוע שלהם חייב להחזיר להם הגזילה בעיניה ואינו יכול לפטור את עצמו בדמים ונמצא שהגזילה אינה קנויה לו כלל ועדיין היא של הנגזל ושלא כדין הוא משתמש בה:

סעיף ה. אבל אם כבר קנה הגזלן את הגזילה ע״י שינוי בין שקנאה על ידי שינוי מעשה בין שקנאה על ידי שינוי השם קודם שבא להשתמש בה לשם מצוה כגון שגזל לולב ושיפהו הרי זה כשר אפילו ביום הראשון דכיון שאפילו אם בא הנגזל אינו מחויב להחזיר לו הגזילה עצמה אלא דמים בלבד הוא שחייב לו כמ״ש בח״מ סי׳ שנ״ג נמצא שהיא קנויה לגמרי להגזלן והרי היא כשלו ממש לכל דבר.

ומכל מקום כיון שע״י עבירה באה מצוה זו לידו לא יברך עליה אפילו מיום שני ואילך ואף שיש חולקים על זה ספק ברכות להקל דאין זה מברך אלא מנאץ (שנראה כמברך על עבירה שנזדמנה לידו) אם לוקחו לצורך עצמו לצאת בו״.

סימן כ״א - בעניין קרבן הגזול לשיטת הרמב״ם

א

כתב **הרמב״ם** [איסורי מזבח פ״ה ה״ז]: ״הגונב או הגוזל והקריב, הקרבן פסול והקב״ה שונאו שנאמר [ישעיה סא, ח] שונא גזל בעולה, ואין צריך לומר שאינו מתקבל, ואם נתייאשו הבעלים הקרבן כשר, ואפילו היה חטאת שהכהנים אוכלים את בשרה, ומפני תקנת מזבח אמרו שהחטאת הגזולה אם נודעה לרבים אינה מכפרת אע״פ שנתייאשו הבעלים כדי שלא יאמרו מזבח אוכל גזילות וכן העולה״.

וכתב **הכס״מ** על אתר, שמקור הרמב״ם שפוסל קרבן גזול הוא מסוגיית הגמ׳ בפרק מרובה [ב״ק ס״ו ע״ב] ״קרבנו ולא הגזול״. ומה שמכשיר הרמב״ם הקרבן לאחר יאוש בעלים, מקורו בגמ׳ גיטין [נ״ה ע״א], דאיתא במשנה ״העיד ר׳ יוחנן בן גודגדא... ועל חטאת הגזולה שלא נודעה ברבים שהיא מכפרת מפני תיקון המזבח״. ונחלקו האמוראים בפי׳ המשנה, דעולא סובר שמן התורה בין נודעה לרבים שהחטאת גזולה ובין לא נודעה, החטאת אינה מכפרת, משום ד״יאוש כדי לא קני״, וחכמים תקנו שבאם לא נודעה שהיא גזולה, תכפר; בכדי שהכהנים לא ימנעו מלאוכלה מחשש גזול ונמצא מזבח בטל. ורב יהודה ס״ל שבין נודעה לרבים ובין לאו, החטאת מכפרת כיון שיאוש קני, אלא שחכמים פסלו כשנודעה לרבים בכדי שלא יאמרו מזבח אוכל גזילות. נמצא שהרמב״ם הפוסק שיאוש מכשיר את הקרבן, ורק חכמים פסלוהו כשנודעה לרבים, ס״ל כר׳ יהודה דיאוש כדי קני.

ב

והנה בהלכה הזו ברמב״ם כמה תמיהות.

ראשית, צריך לברר מה שיטתו של הרמב״ם בענין סתם יאוש.

דהנה, איתא במס׳ כלים [פכ״ו מ״ח, הובא בב״ק ס״ו ע״ב וקי״ד ע״א] שבזה נחלקו רבנן ורבי שמעון. דלדברי רבנן סתם גניבה הוי יאוש בעלים, שאפילו שלא שמענו שהבעלים התייאשו מן הסתם הוי יאוש כיון שאינו יודע למי לתבוע. אבל סתם גזילה לא הוי יאוש דכיון שיודעים מי הגזלן לא מתייאשים הבעלים דסבורים הם לתובעו לדינא. לכן הגנב שגנב עורות וחישב עליהן לעשותן כלי הראוי לשימוש ללא מלאכה נוספת, הרי מחשבתו מועלת כיון שהגנב נחשב בעלים אחרי יאוש הנגנב. ואילו רבי שמעון סובר שחילוף הדברים, סתם גזילה הוי יאוש בעלים וסתם גניבה לא. ובב״ק איתא שס״ל לעולא שמחלוקתם היא רק בסתם, אבל אם שמענו שהבעלים מתייאשים הוי יאוש בין בגניבה ובין בגזילה; ולרבה גם ביאוש ידוע הוי מחלוקת.

ובמשנה [ב״ק קי״ד] איתא דבין גניבה בין גזילה הוי יאוש בעלים: ״נטלו מוכסין את חמורו ונתנו לו חמור אחר, נטלו לסטים את כסותו ונתנו לו כסות אחרת הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתייאשין מהן״. נמצא דגם אצל המוכס דהוי גזלן וגם אצל הליסטים דהוי גנב הוי יאוש בעלים; ואם כן הוי לא כרבנן ולא כרבי שמעון? ומתרצת הגמ׳ אליבא דעולא שהמשנה מדברת ביאוש ידוע ולא בסתם, היינו בידוע שנתייאשו הבעלים. עד״ז מתרצת הגמ׳ שם על הא דאיתא הגנב והגזלן והאנס הקדשן הקדש ותרומתן תרומה ומעשרותן מעשר דזה דהוי יאוש בין בגניבה ובין בגזילה הוי במקרה של יאוש ידוע. ועיי״ש דלרבה קיימים תירוצים נוספים.

והנה לכאורה הרמב״ם ס״ל כשיטת רבנן, וכפי שדייק **הלחם משנה** [הלכות גזלה ואבדה פרק ו הלכה ג] מפסק הרמב״ם על המשנה הנ״ל דמס׳ כלים, דכתב **הרמב״ם** [הלכות כלים פרק כד הלכה ז]: ״אין אדם מטמא במדרס משכב או מרכב שאינן שלו שנאמר והנוגע במשכבו, גזל משכב

ודרס עליו בלא נגיעה טהור ואם נתייאשו הבעלי׳ טמא, גנב משכב וישב עליו טמא שחזקתו שנתייאשו הבעלים שאינן יודעים מי גנבו ואם נודע שעדיין לא נתייאשו הבעלים טהור, לפיכך גנב שגנב עור וחישב עליו לשכיבה מחשבה מועלת לו ומתטמא במדרס אבל הגזלן אין מחשבתו מועלת אא״כ נתייאשו הבעלים״.

חזינן דכתב מפורש שסתם גניבה הוי יאוש בעלים משא״כ סתם גזילה כרבנן דלעיל. אמנם מקשה **הלח״מ** על הרמב״ם דפסק דבין בליסטים גנב ובין במוכסים גזלן שסתם הדבר נתייאשו הבעלים, דהיינו המשנה הנ״ל בב״ק קי״ד ע״א, מבלי להעמיד באוקימתא של יאוש ידוע אלא שבסתם הוי יאוש בעלים. [**רמב״ם** הלכות גזלה ואבדה פרק ה הלכה י]: ״נטלו מוכסין כסותו והחזירו לו כסות אחרת, נטלו חמורו והחזירו לו חמור אחר, הרי אלו שלו מפני שזו כמכירה היא וחזקתן שנתיאשו הבעלים מהן ואינו יודע בודאי שזו גזלה, ואם היה ותיק ומחמיר על עצמו מחזירן לבעלים הראשונים״.

ועד״ז קשיא בפסק **הרמב״ם** [הלכות תרומות פרק ד הלכה יא]: ״הגנב והגזלן והאנס תרומתם תרומה ואם היו הבעלים רודפין אחריהם אין תרומתם תרומה״. היינו שסתם גניבה וסתם גזילה הוי יאוש בעלים ורק אם היו הבעלים רודפין אחריהם דמראים שלא התייאשו אין תרומתן תרומה. וא״כ חזינן שבשני מקומות הנ״ל ס״ל לרמב״ם שגם סתם גניבה וגם סתם גזילה הוי יאוש בעלים דלא כפס״ד הרמב״ם בהל׳ כלים הנ״ל שס״ל כרבנן שרק סתם גניבה הוי יאוש בעלים.

וביותר יוקשה הרמב״ם דידן [איסורי מזבח] דס״ל שגם סתם גניבה וגם סתם גזילה לא הוי יאוש בעלים דפתח שהגונב או הגוזל הקרבן פסול וממשיך ואם נתייאשו הקרבן כשר היינו שמן הסתם לא הוי יאוש וכמ״ש הלחם משנה שכל הדברים תמוהים, ועיי״ש מה שמנסה לתרץ, ומסיים ״וכל זה דוחק גדול ועוד דעדיין קשה ההיא דכתב רבינו ז״ל בהל׳ איסורי מזבח ועל הכל צ״ע״. וע״ע בחת״ס גיטין נ״ה ע״א.

ג

והנה **אדמו״ר הזקן** מתרץ קושיא הנ״ל ברמב״ם, אלא דלכאורה כל המקומות הקשים בדברי הרמב״ם מתורצים, חוץ מהלכה דידן שצריכים להבין את כוונתו הק׳:

בשו״ע אדה״ז [הל׳ גזילה וגניבה בקונטרס אחרון ט׳] על ההלכה של מוכס שנטל חמורו, מסביר בקו״א פשט ברמב״ם וז״ל: ״(וטעמיה דהרמב״ם שלא חילק בין גנב וגזלן, אפשר משום דפסק כרבי כסתם מתניתין וכדאמרינן הא מני כו׳, ודיחויא בעלמא לאוקמה כרבי שמעון, דלית מאן דחש ליה כדאמרינן בקידושין דף נ״ב. והא דאמרינן לעולא הכא נמי בידוע, נדחה מסוגיא דלעיל לפי גירסת רש״י במשנה דפריך בגמרא רישא לסיפא ומשני, וכן הוא ברז״ה ובנימוקי יוסף ע״ש. וההיא דקידושין לא קשיא מידי, דמשמע התם שראוהו שחטף ולא שייך הכא דדייני במי יימר. וכן יש לומר דמיירי בפרק כ״ד מהלכות כלים. וכן בפרק ד׳ מהלכות תרומה, ובפרק ה׳ מהלכות איסורי מזבח, לא חילק בין גנב לגזלן, ופסק בכולן כרבי דסתם מתניתין כוותיה. וסתם מתניתין דכלים נמי הילכתא היא וכשראוהו. ועיין בי״ד סי׳ ש״א שדרכו של הרמב״ם לפסוק כסתמי דסתרי אהדדי וליישבם אף בחילוק שלא נזכר בגמרא ולא בדבריו)״.

פי׳ כוונתו הק׳, דהרמב״ם פסק כדעת רבי שסתם גניבה וסתם גזילה הוי יאוש בעלים, וכדאיתא [בב״ק קיד עמודים א׳ וב׳]: ״דתניא, רבי אמר: גנב כגזלן, וקיימא לן, כגזלן לר״ש״. וממילא הוי הלכתא כסתם משנה של נטלו מוכסין את חמורו שבין בגניבה [לסטים] ובין בגזילה [מוכסין] מן הסתם התייאשו הבעלים. ומה שמעמידה הגמ׳ את המשנה ביאוש ידוע ולפי עולא, נדחה מהסוגיא שם שמעמידה את המשנה בסתם יאוש ולא ביאוש ידוע. וממילא מתורץ מדוע פסק הרמב״ם בין

בהלכות גזילה ואבידה ובין בהל׳ תרומות שסתם גניבה וסתם גזילה הוי יאוש בעלים. ומה שפסק הרמב״ם בהל׳ כלים שדוקא גניבה הוי חזקה שנתייאשו הבעלים משא״כ בגזילה, מעמיד הרמב״ם באוקימתא כשראו שחטף הגזילה דאז לא מתייאשים הבעלים כיון שיש להם עדים על הגזילה ויכולים לתובעו לדין בקלות. משא״כ כשאין עדים, שאז סתם גזילה הוי יאוש בעלים, דאמרי שלא יצליחו לתבוע את הגזלן בדין מחוסר הוכחות דמי יימר דגזל. ונמצא שגם המשנה בכלים הוי כהלכתא לא לפי הפשט של הגמ׳ דהוי כרבנן אלא לפי רבי, ובאוקימתא דראוהו שחטף; דכן דרכו של הרמב״ם לפסוק כסתמי דסתרי אהדדי וליישבם בחילוק חדש למרות שלא מוזכר חילוק זה לא בגמ׳ ולא בדבריו.

אלא שלכאורה עדיין קשה ברמב״ם דידן בהל׳ איסורי מזבח דשם פסק הרמב״ם דבין גניבה ובין גזילה חזקתן שלא נתייאשו הבעלים וכמו שהוכיח הלח״מ לעיל. ואילו אדה״ז כותב שבפ״ה מהלי איסורי מזבח לא חילק בין גנב וגזלן ופסק בכולן כרבי וכו. ותימה הדבר טובא, שחזינן בדיוק להיפך בדברי הרמב״ם, וא״כ צ״ע, איך רואה אדה״ז שסתם הרמב״ם כרבי בהל׳ איסורי מזבח? ולכאורה אי אפשר לתרץ דגם שם איירי בראוהו, [בנוסף לזה שאדמוה״ז לא העמיד כך אלא רק כתב שלא חילק בין גנב לגזלן], דהרי איירי גם בגנב, שבפשטות אינו רואה מי הגונב.

ד

עוד צ״ל מספר קושיות ברמב״ם:

א. מקשים **הצפנת פענח** [הל׳ תרומות ע׳ 64] **והחת״ס** [בחי׳ לגיטין נ״ה ע״א], כיון שבתחילת ההלכה ברמב״ם מדובר שלא התייאשו הבעלים, איך חלה קדושה על הבהמה, הרי הוא לא בעלים בכדי להקדיש לפני יאוש. וא״כ אינו מובן, מדוע אומר הרמב״ם שהקרבן פסול, הרי הוי חולין בעזרה? ועיי״ש בצפע״נ שמעמיד באוקימתא שאין לו מצות השבה כגון גזל בהמה מגר ומת וכו׳ ולכאו׳ דוחק לומר כן דהו״ל להרמב״ם לפרש.

[צפנת פענח הלכות תרומות פרק ב]: ״וע׳ בד׳ רבינו הל׳ איסו״מ פ״ה ה״ז בהא דהגונב או הגוזל הקרבן פסול כו׳ ואצ״ל שאינו מתקבל:

והנה ד׳ רבינו תמוהים לכא׳ דודאי כיון דלא נתייאש לא חל עליה הקדש כלל ע׳ בפ׳ י״ח מהל׳ מעה״ק הי״ד וא״כ מה שייך ע״ז לשון קרבן פסול הא הוי חולין בעזרה אך באמת נ׳ כך דכמו דמבואר בס׳ חולין בתוספתא דהמוצא קן לא יטהר בו את המצורע משום שנעבדה בו עבירה ומשמע דאף למ״ד שם דא״צ לשלחו וקנהו ע״ש דף קמ״א לר׳ יהודה ה״נ כאן אף היכא דא״צ להחזירו כגון אם גזל גר ומת מ״מ כיון דבא לידו בעבירה לא מצי להקריבו לקרבן והוי כעין הא דתמורה דף כ׳ ע״ב אין אדם מתכפר בדבר הבא בעבירה ובזה א״ש מה דנקט בגיטין שם דף נ״ה לשון חטאת ולא לשון זבח כע׳ הא דחולין דף מ׳ ע״ב משום דקמ״ל דאף גבי חטאת בנתייאש מהני כיון דזה הוי תק״ח שיקנה ולכך הוי כמו דבר חדש משא״כ בגזל גר ומת״.

ב. מביא הרמב״ם מקור לכך שהקרבן פסול, ״שנאמר שונא גזל בעולה״. ולכאורה מדוע לא מביא הרמב״ם מקור לכך מהפסוק בפרשת ויקרא [א׳ ג׳] ״קרבנו״ ולא הגזול, וכדרשת הגמ׳ בב״ק סו׳ ע״ב, וכמו שמביא הכס״מ בתור מראה מקום.

ג. קושיית הכס״מ ועוד ראשונים על הרמב״ם, דהרמב״ם סותר את עצמו, דכאן פסק כרב יהודה דיאוש כדי קני, ובהל׳ גניבה [י״א,י״ב] פסק שיאוש לבד לא קני דכ׳: ״הגניבה עצמה שהיא ביד הגנב ולא נשתנית חוזרת לבעליה בין לפני יאוש בין לאחר יאוש וכו׳״. ועיי״ש בכס״מ מה שתירץ ומה שהקשה עליו בלחם משנה בהל׳ מעשה הקרבנות [י״ח י״ד].

ד. דיוק בלשון הרמב״ם, דלא מבאר מה היתה האוקימתא בהלכה הזו האם גזל בהמת חולין והקדיש והקריב [וכדמוכח מקושיית הצפע״נ דלעיל] או דגזל קרבן מחבריה. דהנה, לשון הרמב״ם ״הגונב או הגוזל והקריב הקרבן פסול״ אינו מפרט מה הוא גנב חולין או קדשים. ובהל׳ ח׳ מביא מקרה ״הגונב עולת חבירו״ ובמעשה הקרבנות שם ״גנב והקדיש וכו׳״ משא״כ כאן דאינו מפרט.

ה. קושיית **הראב״ד** על הרמב״ם, על מה שכתב ״ואם נתייאשו הבעלים הקרבן כשר ואפילו היה חטאת שהכהנים אוכלין את בשרה וכו׳״, ומשיג הראב״ד ״א״א אין כאן אפילו״. פי׳, שהגמ׳ בגיטין שואלת לרב יהודה מדוע נקטה המשנה חטאת, הרי אפילו עולה נמי? ומתרצת דלא מיבעיא קאמר, לא מבעיא עולה שנודעה לרבים שנגזלה אלא אפילו חטאת שרק חלב ודם למזבח ואידך כהנים אוכלים פסלו חכמים. ואילו ברמב״ם מביא ״אפילו״ ביחס להכשר הקרבן אחרי יאוש הבעלים שאפילו חטאת כשרה ואיפכא הו״ל למימר שאפי׳ עולה שכולו להשם הכשירו לאחר יאוש?

ה

ולתרץ זה בדרך אפשר, יש להקדים חקירה בענין פסול קרבן בגזול, דיש לפרש זה בשני אופנים:

א. קרבן הגזול פסול מצד שייכותו למישהו אחר ולא לגנב, ובזה גופא בשני אופנים: כיון ששייך לבעלים קרינן ביה קרבנו ולא הגזול, או כיון שהגנב גנבו נפסל להקרבה כדין כל מצוה הבאה בעבירה, שמכיון **שהאדם** גנבו ועבר עבירה לא עולה לו לרצון, וכמו שדורש עולא [ב״ק ס״ז ע״א] מהפסוק ״והבאתם גזול את הפסח וכו׳״. ב. בקרבן הגזול הפסול חל על **הבהמה עצמה**, שהבהמה שנגזלה פסולה ושנואה לפני הקב״ה. היינו לא רק שאינו לרצון לאדם המקריב או שנפסל למקריב, אלא פסול בבהמה עצמה שנפסלה, ע״ד מומין בבהמה דהוי פסול באיסורי מזבח.

ונראה לומר שבב׳ אופנים אלו חלוקות הסוגיות: דבב״ק הגמ׳ דנה לפי אופן הא׳ ובגיטין לפי אופן הב׳, וכפי שיתבאר לקמן הנפק״מ ביניהם:

דהנה הגמ׳ בסוכה [כ״ט סע״ב ול׳ ע״א] מביאה שתי מימרות בטעם שלולב הגזול פסול ביו״ט שני: ״אמר רבי יוחנן משום רבי שמעון בן יוחי משום דהוה ליה מצוה הבאה בעבירה. שנאמר והבאתם גזול ואת הפסח ואת החולה, גזול דומיא דפסח, מה פסח לית ליה תקנתא - אף גזול לית ליה תקנתא, לא שנא לפני יאוש ולא שנא לאחר יאוש. בשלמא לפני יאוש - אדם כי יקריב מכם אמר רחמנא, ולאו דידיה הוא. אלא לאחר יאוש - הא קנייה ביאוש! אלא לאו - משום דהוה ליה מצוה הבאה בעבירה. ואמר רבי יוחנן משום רבי שמעון בן יוחי: מאי דכתיב כי אני ה׳ אהב משפט שונא גזל בעולה. משל למלך בשר ודם שהיה עובר על בית המכס, אמר לעבדיו: תנו מכס למוכסים. אמרו לו: והלא כל המכס כולו שלך הוא! אמר להם: ממני ילמדו כל עוברי דרכים, ולא יבריחו עצמן מן המכס. אף הקדוש ברוך הוא אמר: אני ה׳ שונא גזל בעולה, ממני ילמדו בני ויבריחו עצמן מן הגזל״.

ופירש״י: ״שונא גזל בעולה - בעולות שאתם מביאין לי אני שונא את הגזל שאתם גוזלים אותם, ואף על פי שהכל שלי, ואף מתחלה שלי היתה״.

ולכאורה צ״ע מה מוסיפה המימרא השניה על הראשונה, דהמימרא הראשונה פוסלת הקרבן מדין מצוה הבאה בעבירה, והשניה פוסלת מדין הקב״ה שונא גזל בעולה, ומה מתווסף בהבנה ע״י הבאת המשל מבית המכס? ובפרט דלכאורה המשל אינו מובן דזה פשוט שהקב״ה שונא גזל בעולה מכיון שהדבר נגזל והוי מצוה הבאה בעבירה וכפי המימרא הא׳, ומה קס״ד שהקב״ה יקבל את הקרבן כיון שכל העולם שלו?

אשר על כן **נראה לומר בדרך אפשר**, שהמימרא השניה באה לפסול את הבהמה מצ"**ע**, מהלכות איסורי מזבח, היינו שע"י שהבהמה נגזלה חל בה פסול בחפצא של הבהמה. בנוסף לאיסור שמצד דיני ממונות שהבהמה הזו לא שייכת לגזלן. אשר ע"כ תמוה מדוע חל בה איסור ע"י הגזל, הרי הכל של הקב"ה גם לפני הגזל ומדוע תיאסר החפצא של הבהמה לקרבן ע"ד מום וכיו"ב ע"י הגזילה? תינח פסול שאין הקרבן לרצון כלפי הגברא אבל כאמור מדוע פסול על הקרבן, שהרי הוא כעצמו אינו חפצא של איסור כמו בהמה טמאה וכיו"ב.

וע"ז מתרצת הגמ' ע"י משל בית המכס הנ"ל, דאע"פ שכל הארץ של הקב"ה בכדי שכולם ילמדו ממנו ויבריחו עצמן מן הגזל הקב"ה שונא גזל בעולה.

נמצא שהמימרא הא' פוסלת את הקרבן מדין מצוה הבאה בעבירה, שכיון שהאדם עשה עבירה אין המצוה הזו לרצון, והמימרא הב' פוסלת את הקרבן עצמו מדין הקב"ה שונא גזל בעולה. והנה חזינן דבר פלא שהגמ' בב"ק מביאה מימרא של עולא שיאוש לא קני ומביאה דרשה של והבאתם גזול וכו' והגמ' בגיטין על המשנה של חטאת גזולה מביאה מחלוקת רב יהודה ועולא אם יאוש קני דעולא ס"ל דיאוש לא קני ומדוע הגמ' לא מביאה גם שם בגיטין את הדרשה הנ"ל של עולא בעצמו דוהבאתם גזול.

וי"ל דמזה למד הרמב"ם דהוי שתי סוגיות הדנות בשני פסולים שונים, דהסוגיא בב"ק דנה בפסול הקרבן מדין מצוה הבאה בעבירה וכפי המימרא הא' הנ"ל במסכת סוכה, ולכן הדין בא בהמשך לסוגיא אם יאוש קני בגזלן וגנב בכלל, ולאו דוקא בקרבן, והיינו מדיני ממונות וחושן משפט. וזהו גם מה דס"ל לגמ' שם בדרשה קרבנו ולא הגזול שקרבן לא עולה לרצון למי שהוא לא בעליו. והגמ' בגיטין שם דנה בפסול הב' שבקרבן הגזול כפי המימרא הב' בסוכה דהוא פסול מצד שהקב"ה שונא גזל בעולה, וע"ז השקו"ט בין עולא ורב יהודה האם יאוש מוריד ומתקן פסול זה שבהל' איסורי מזבח וכדלקמן.

דהנה, **הרמב"ם** אינו מביא בכל ספר הי"ד עניין מצוה הבאה בעבירה שהוא מצד הגברא, היינו שאם עשה עבירה דבר זה נפסל למצווה. וכמו שרואים בדבריו בהל' לולב [פ"ח ה"ט] שלולב הגזול הוא כשר ביתר ימי החג [חוץ מיום ראשון מצד חיוב של "לכם"]: "כל אלו שאמרנו שהם פסולין מפני מומין שבארנו או מפני גזל וגניבה ביום טוב ראשון בלבד אבל ביום טוב שני עם שאר הימים הכל כשר"

ובהשגת **הראב"ד**: "כל אלו שאמרנו שהם פסולין מפני מומים שבארנו או מפני גזל. א"א אין הכל מודים בגזול ויבש שאין פסולין משום הדר אלא גזול הוה ליה מצוה הבאה בעבירה". ופירשו המפרשים שהרמב"ם ס"ל כדעת שמואל [סוכה דף ל עמוד א] "... דרבי יצחק. דאמר רבי יצחק בר נחמני אמר שמואל: לא שנו אלא ביום טוב ראשון, אבל ביום טוב שני, מתוך שיוצא בשאול - יוצא נמי בגזול".

והמקום היחידי שהרמב"ם מביא עניין מצווה הבאה בעבירה הוא לא בפסול המצווה להגברא אלא בפסול החפצא למזבח [רמב"ם הלכות איסורי מזבח פרק ה הלכה ט]:"אין מביאין מנחות ונסכים לא מן הטבל ולא מן החדש קודם לעומר ולא מן המדומע ואין צ"ל מערלה וכלאי הכרם **מפני שהיא מצוה הבאה בעבירה שהקב"ה שונאה**, ואם הביא לא נתקדשו להיותן ראויין לקרבן אבל נתקדשו להפסל ויהיו כקדשים שנפסלו".

ו

וי״ל ב׳ נפק״מ בין שני אופני הפסול דלעיל:

נפק״מ א׳: באם הפסול הוא מצד שהקב״ה שונא גזל בעולה, י״ל שגם מ״ד דיאוש כדי לא קני יודה שיאוש מתקן פסול זה. דזה דיאוש לא קני לפי אותו מ״ד הוא מפני שבאיסורא אתא לידיה [ב״ק ס״ו ע״א]. וא״כ י״ל דהא דלא קני הוא רק כלפי הגזלן כיון שבאיסורא אתא לידיה, וממילא נפסל הקרבן לפי הפסול הא׳ דלעיל, כיון שלא קרינן ביה קרבנו או כיון דהוי מצוה הבאה בעבירה כלפי אותו גזלן. אבל מצד אופן הב׳ שהפסול הוא מצד שנאתו של הקב״ה לבהמה הזו הגזולה, י״ל דיאוש קני לענין זה דמכשיר הבהמה לקרבן, היינו שהיאוש מתקן ומוריד שנאתו של הקב״ה לבהמה זו על ידי יאוש הבעלים, כיון שכלפי שמיא אין החיסרון של באיסורא אתא לידיה.

אלא דלכאורה סברא זו היא הפוכה מסברת ר״ת בתוס׳ [ב״ק ס״ז ע״א ד״ה אמר עולא] דס״ל לדעת עולא שיאוש קני, ורק לקרבן מיפסל משום מצוה הבאה בעבירה. אלא דלא קשה מידי, כיון שר״ת איירי בפסול משום מצוה הבאה בעבירה שהוא מצד גזילת האדם ועשייתו העבירה, לכן הקרבן לא לרצון אליו, וא״כ פשיטא דמחמירין טפי בקרבן מאשר בכל מילי. משא״כ הרמב״ם, דאיירי בפסול כלפי שמיא של החפצא של הבהמה לקרבן, ס״ל שיאוש קני להתיר האיסור וכנ״ל.

ולפי נפק״מ זו ניתן לתרץ חלק מהקושיות דלעיל על הרמב״ם. דזה שהרמב״ם מביא דרשת חז״ל דסוכה שהקב״ה שונא גזל בעולה הוא כיון שהרמב״ם סובר שהפסול המבואר בהלכה הזו לפגי יאוש הוי הפסול הב׳ דלעיל שהקב״ה שונא גזל בעולה, והוא כנ״ל כיון שבסוגיא של גיטין לא מביאה הגמ׳ דרשת עולא שבב״ק של והבאתם גזול וכו׳, וזוהי תחילת ההלכה ברמב״ם שהקרבן פסול מצד שונא גזל בעולה. ורק בהמשך ההלכה שכתב ואין צריך לומר שאינו מתקבל, היינו שאינו לרצון מפני שהקב״ה שונאה. וע״כ מתורצת קושיא ב׳ שבסעיף ד׳.

ובזה מתורצת גם קושיא ג׳, קושיית הכס״מ, שהרמב״ם סותר את עצמו, שבהלכות גניבה ס״ל דיאוש לא קני, ואילו בהלכה דידן באיסורי מזבח ס״ל כרב יהודה דיאוש קני. והוא כנ״ל, שבדיני ממונות ס״ל כמו הדעות שיאוש לא קני כיון דבאיסורא אתא לידיה, ואילו בהלכות איסורי מזבח שהמדובר באיסור כלפי שמיא שהקב״ה שונא גזל בעולה, ס״ל שיאוש קני. היינו שיאוש מוריד איסור זה כיון שאין את החיסרון של באיסורא אתא לידיה.

ז

נפק״מ ב׳: בענין סתם יאוש, דמוזכר לעיל שסומכים על החזקה שהבעלים התיאשו. די״ל דוה שסומכין על החזקה ומספיק סתם יאוש הוי רק לגבי ספק בדיני ממונות של הגזילה, היינו האם הגזילה שייכת עכשיו לבעלים כיון דלא הוי יאוש, או לגנב או גזלן כיון דהוי יאוש, דבזה סומכין על החזקה. אבל כשהדיון הוא על האיסור של הבהמה למזבח מדין הקב״ה שונא גזל בעולה, אזי לא מספיק סתם יאוש אלא בעינן יאוש ידוע כיון שאתחזק איסורא של פסול מזבח. היינו שבספק של מי הגזילה סומכין על סתם יאוש ובודאי איסור של פסול מזבח הקב״ה שונא גזל בעולה בעינן ודאי יאוש. [והא דסתם גניבה וגזילה הוא יאוש בעלים לרבי הוא לא חזקה ממש, כדחזינן שלחכמים רק סתם גניבה הוי יאוש בעלים, ולרבי שמעון סתם גזילה ולרבי שניהם].

ח

ובזה יובנו דברי הרמב״ם דהקשינו, לעיל [קושיא ד׳ בסעיף ד׳] שהרמב״ם סתם את דבריו מבלי להסביר האם מדובר בגזל חולין והקדיש או גזל בהמת קרבן. דהשתא י״ל שהרמב״ם סתם כיון שהתכוון לשני המקרים האלו דבין בגזל בהמת חולין והקדיש ובין בגזל קרבן הוי איסור למזבח מצד הדין של הקב״ה שונא גזל בעולה.

אלא דכבר הקשה הצפע״נ לעיל קושיא [א׳ סעיף ד׳] איך ייתכן במקרה של גזל חולין והקדיש דחל ההקדש, הרי תחילת הלכה זו ברמב״ם הוי לפני יאוש וא״כ הוי חולין בעזרה. אלא דלפי הנ״ל אתי שפיר, דהגונב או גוזל בהמה הוי סתם יאוש וכדברי רבי דסתם גניבה וסתם גזילה הוי יאוש בעלים. ולכן לגבי דיני ממונות מספיקים היאוש ושינוי השם דמעיקרא חולין והשתא הקדש בכדי שההקדש יחול. ומה שממשיך הרמב״ם וכותב ואם נתיאשו הבעלים הקרבן כשר, כוונתו ליאוש ודאי, והיינו כנ״ל שסתם יאוש עדיין לא מתיר את הבהמה לקרבן כיון דאתחזק איסורא, אע״פ שמועיל לדיני ממונות. לכן בתחילת ההלכה ס״ל לרמב״ם שהבהמה אסורה למזבח גם אם הוי סתם יאוש, ובהמשך ההלכה מביא הרמב״ם ההיתר מצד יאוש ודאי, שאם נתייאשו הבעלים בוודאות הקרבן כשר.

ובזה מתורצים דברי אדמוה״ז בקו״א [מובא לעיל ס״ג], דהקשינו לעיל מנין הסיק אדמוה״ז בדברי הרמב״ם דס״ל כרבי שסתם גניבה וסתם גזילה הוי יאוש בעלים. ולפי הנ״ל הכרחו של אדמוה״ז מקושיית הצפע״נ דהקשה מדוע חל ההקרש, ולכן ס״ל לאדמוה״ז שהרמב״ם מדבר במקרה של סתם יאוש בתחילת ההלכה ולכן ההקדש חל אלא שהקרבן פסול מדין הקב״ה שונא גזל בעולה.

ט

ובזה מתורצת גם קושיית הראב״ד דלעיל [ס״ד קושיא ה׳], שכותב הרמב״ם ד״אם נתייאשו הבעלים הקרבן כשר ואפילו היה חטאת שהכהנים אוכלים את בשרה״. והשיג הראב״ד ״אין כאן אפילו״. והוא כיון שבגמ׳ מובא להיפך, דלא מבעיא עולה פסולה כשנודעה לרבים אלא אפילו חטאת דלא הוי כולו למזבח פסולה.

ולפי הנ״ל אתי שפיר: דבענין התקנה של פסול הקרבן הגזול אם נודעה לרבים פשיטא דהוי יותר סברא לפסול בעולה שכולה למזבח, שלא יאמרו מזבח אוכל גזילות מאשר חטאת שלא כולה לאישים. משא״כ בתיקון פסול למזבח של הקב״ה ששונא גזל בעולה, הוי חידוש גדול יותר להכשיר לאחר יאוש חטאת שנאכל לכהנים. והטעם, כיון שההיתר הוא מצד יאוש שנתבאר לעיל שגם אם כלפי הגזלן והגנב לא מהני, דיאוש לא קני, כלפי שמיא מהני. והיה מקום לחשוב שכל ההיתר הוא רק בעולה שכולו לשמים משא״כ בחטאת שהכהנים אוכלים את בשרה לא מהני יאוש להתיר הבהמה [כשם שלא מהני לעוד בני אדם, הגנב והגזלם דבאיסורא אתי לידייהו], ובזה קמ״ל הרמב״ם שאפילו חטאת כשירה, שהיאוש מוריד את פסול הקרבן מצד שנאת הגזל על ידי יאוש הבעלים.

סימן כ״ב

א

פירשו **התוספות** [סז ע״ב ד״ה אמר עולא] את מחלוקת ר״ת ור״י מה ס״ל לעולא בדין יאוש כדי, דאיתא לקמן [קי״ד] על מחלוקת רבנן ור״ש בדין עורות, דלעולא איירי ביאוש ידוע. ולפי ר״ת היינו יאוש כדי דקני, ורק לגבי קרבן שיהא כשר להקרבה ס״ל דלא קני, ואילו ר״י פירשה ביאוש ושנוי השם, דמעיקרא משכא וכו׳, אבל יאוש גרידא לא קני.

וממשיכים תוס׳: ״...ור״ת הקשה דבהגוזל בתרא (לקמן ד׳ קיד.) משמע דלעולא יאוש כדי קני דפריך ממתניתין דנטלו מוכסים חמורו ונתנו לו חמור אחר הרי זה שלו וקאמר בשלמא לעולא בידוע ודברי הכל ונתנו לו חמור אחר חשיב ליה התם יאוש כדי דקאמר התם תנא ואם נטל מחזיר לבעלים הראשונים ומפרש דקסבר יאוש כדי לא קני וטעמא נראה דלא חשיב ליה שינוי רשות משום דע״כ נותנים לו...״.

דהיינו, **שרש״י** במתני׳ שם פירש דנטלו מוכסין חמורו וכו׳ הרי אלו שלו, דמסתמא נתייאשו הבעלים וקננהו היאך ביאוש ושינוי רשות. ולכאו׳ לפ״ז צ״ל דהברייתא דפליגא אמתניתין סברא דאף יאוש ושינוי רשות לא קני.

אבל ר״ת נקט דע״כ התם לא חשיב יאוש ושינוי רשות, דא״כ מדוע סברא הברייתא דלא קני. והטעם דלא חשיב שינוי רשות משום דבעל כרחו נותנין לו. ולפ״ז נחלקו מתני׳ ובריתא ביאוש לחודיה, דמתני׳ סברא דיאוש כדי קני, והברייתא סברא דלא קני. והוכיח ר״ת מהא דאמרי׳ בשלמא לעולא ניחא מתני׳, דס״ל לעולא דיאוש לחודיה קני.

ואילו שיטת ר״י דהברייתא לא פליגא כלל אמתני׳, אלא מתני׳ מיירי שנתייאשו הבעלים לפני שהגיע לידו, וקונה ביאוש ושינוי רשות, והברייתא מיירי שידוע שלא נתייאשו הבעלים עד לאחר שהגיע לידו, דשינוי רשות ואח״כ יאוש אינו קונה. והקשו התוס׳ דהרי רבה ס״ל דיאוש לחודיה קני, וא״כ אף על גב דהוי שינוי רשות ואח״כ יאוש מ״מ יקנה ע״י היאוש לחודיה. וכתבו: ״...ויאוש גרידא נמי לא קני אפילו לרבה כיון דבאיסורא אתא לידיה **וצריך להחזיר הדמים**״. כלומר דהא דקתני בברייתא מחזיר לבעלים הראשונים, אין הכוונה על גוף החפץ, דודאי גוף החפץ קנה ביאוש, אלא דצריך עכ״פ להחזיר דמי החפץ.

ועולה מדברי התוס׳ דבמתני׳ דמיירי ביאוש ואח״כ שינוי רשות, קנה החמור לגמרי, ואין צריך להחזיר אפילו דמים, דכיון דבהתירא אתי לידי הלוקח קנה לגמרי. אבל הרמב״ם [גניבה פ״ה ה״ג] פסק דביאוש ואח״כ שינוי רשות צריך הלוקח ליתן דמים: ״נתייאשו הבעלים מן הגניבה, בין שנתייאשו ואחר כך מכר הגנב בין שנתייאשו אחר שמכר, קנה הלוקח ביאוש ושינוי רשות ואינו מחזיר הגניבה עצמה לבעליה אלא נותן להם הדמים אם לקח מגנב מפורסם, או אינו נותן כלל לא חפץ ולא דמים מפני תקנת השוק אם לא היה זה המוכר גנב מפורסם״.

ב

ביאר **בשעורי ר׳ אליהו ברוך (פינקל)** שיטת ר״ת דאם נתן לו את החמור בעל כרחו לא נחשב שינוי רשות: ״רפג. תוס׳ בא״ד. וטעמא נראה דלא חשיב ליה שינוי רשות משום דע״כ נותנים לו. דברי התוס׳ צריכים ביאור, מאי טעמא הא דבעל כרחו נותנים לו הוא סברא לומר שאין כאן שינוי רשות, והלא כל מה שהוא בעל כרחו היינו רק שאינו רוצה שיטלו את חמורו אף על פי שנותנים לו חמור אחר, אבל אחר שכבר נטלו ממנו את חמורו ודאי דעצם הדבר שנותנים לו חמור אחר אין זה בעל

כרחו, דהא אחר שנטלו ממנו את חמורו פשיטא דעדיף ליה שיתנו לו חמור אחר משלא יתנו לו כלום ולא ישאר בידו מאומה.

ומבואר בזה חידוש, דמאחר שהמוכסים החליטו מדעתם לשנות את הרשות של החמור בעל כרחו, א"כ אף על פי שלבסוף מתרצה הוא לקנות את החמור, מ"מ כיון דעצם השינוי רשות לא נעשה מדעתו אין כאן שינוי רשות.

ומעיקר דברי התוס' יש להוכיח דשינוי רשות חשיב קנין מצד עצמו ולא רק משום דבהתירא אתא לידיה... ומשו"ה ניחא שפיר דכל שאין הלוקח רוצה לקנות את החמור לא קני מדין שינוי רשות. והוא דומה למה שכתבו הרשב"א והרא"ש (ריש פ' הגוזל ומאכיל, והובא לעיל קצג או"ק ה'), דכל מה דשינוי רשות מהני הוא רק במקום שהגזלן מכר את הגזילה מדעתו, אבל במקום שבא אחר ונטלה ממנו בחזקה בתורת גזילה אינו קונה מדין שינוי רשות. והכי נמי י"ל להיפך לגבי הלוקח, דבמקום שאין הלוקח רוצה לקנות בשינוי רשות לא קני מדין שינוי רשות]".

ובשעורי ר' דוד (פוברסקי): "...דר"ת סובר דדין שינוי רשות הוי קנין להגזלן [ע"י שמקנהו ללוקח], ולכן שפיר סובר דהיכא שנותנים לו בע"כ לא הוי שינוי רשות. דכיון דבשעת ההקנאה ללוקח אינו קונה דהרי אינו רוצה לקנות ואין כאן שינוי רשות, שוב לא מהני מה דאח"כ מתרצה לקנות דהא אח"כ כבר אין כאן הקנאה מהגזלן, ולכן לא מהני...".

ג

איתא **בשולחן ערוך** [חושן משפט הלכות גזילה סימן שסא סעיף ה] ששינוי רשות בעל כרחו של הגנב או הגזלן לא הוי שינוי רשות: "לא הוי שינוי אלא אם כן מכרו או נתנו לאחר... אבל אם בא אחר ונטלו מבית הגזלן שלא מרצונו, כאילו נטלו מבית הבעלים, אם ירצה הנגזל גובה מהראשון או מהשני, או אם ירצה יגבה חצי מזה וחצי מזה. ואם פרעו השני לראשון, או שהגזלן הראשון מחל לשני, אינו כלום, כי אין דינו של שני אלא עם הבעלים, ל"ש אם ידע השני שהוא גזול ביד הגזלן ל"ש שלא ידע; ואפילו אם אכלו השני, חייב לשלם לבעלים". ומקורו **ברשב"א** [לקמן קי"א] כדאיתא **בב"י**.

ובנתיבות המשפט [באורים סימן שסא ס"ק ב] מקשה, דאם כן מדוע במציל מן הליסטים הרי אלו שלו, הרי לקח בעל כרחו של הליסטים. ומיישב דהוי יאוש דאבודה ממנו ומכל העולם: "(ב) בעל כרחו לא מיקרי שינוי רשות. תמוה לי, דהא מבואר בסימן שס"ח דהמציל מיד ליסטים ישראל הרי אלו שלו מפני שנתיאשו הבעלים, וקשה דמה בכך שנתיאשו מ"מ הא אין כאן שינוי רשות כיון שלקחו בעל כרחו, וכן קשה בסימן קפ"א [סעיף א'] בשיירא שעמד עליה גייס ועמד אחד והציל הציל לעצמו ע"ש, הא אין כאן שינוי רשות.

לכן נלפענ"ד לחלק, דדוקא כשנתיאש אחר שבא ליד גזלן מיקרי יאוש דגזילה ולא קנה, ושוב אסור לכל אחד לזכות בו כמ"ש התוס' בב"ק ס"ט [ע"א] בד"ה כל שלקטו ע"ש, והוא מטעם שכבר נתחייב הגזלן בהשבה, אבל אם ראה אנס בא כנגדו והמטלטלין מונחין עדיין לפניו ונתיאש, דזה ג"כ הוי יאוש כשאינו יכול להציל, כמבואר בב"ק קט"ו [ע"ב] בראה אנס בא כנגדו שאינו יכול לחלל עליו מעשר שני מפני שהוא הפקר, ויאוש זה הוי ממש כמו יאוש דאבידה דהא נתיאש קודם שבא ליד הגזלן, לא מיבעיא דאם בא אחד והציל ולא הניח לגזלן לקחתו דמי ממש למציל מן הארי או מן הנהר או מן הדליקה [ב"מ כ"ד ע"א], דמה לי שנתיאשו הבעלים מפני שבא ארי או דליקה ומה לי שנתיאשו מפני שראו ליסטים וגייס באין, אלא אפילו הציל אחר שבא ליד הגזלן, מ"מ כיון שנתיאש קודם שבא ליד הגזלן כבר נעשה על המטלטלין שם יאוש דאבידה, ואף [ד]הגזלן ודאי דנעשה גזלן עליו דהא מחמתו בא היאוש כיון שבא לגזלו, מ"מ כיון שכבר קודם

שבא ליד הגזלן נעשה אבידה לא הוי יותר מגזל דאבידה דאין עליו שום חיוב השבה כמ״ש הרמב״ן [במלחמות] פרק אלו מציאות [ב״מ י״ד ע״ב מדפי הרי״ף] הביאותיו בסימן רנ״ט [סק״א] ע״ש, ומשו״ה כל המציל ממון פטור מלהחזיר, וחיוב תשלומין של הגזלן אינו רק מטעם גרמי, כנ״ל בירורן של הדברים״.

ואילו **אדמוה״ז** מיישב באופן אחר. דכתב **בשולחן ערוך אדמוה״ז** [חושן משפט הלכות גזלה וגנבה סעיף יא]: ״...אבל דבר המיטלטל שנגזל או נגנב ונתייאשו ממנו הבעלים ואחר כך נמכר או ניתן הרי זה נקנה להלוקח או להמקבל מתנה ביאוש ושינוי רשות שהרי לא בא לרשותו באיסור גזל כיון שנתייאשו כבר בעליו ממנו קודם שבא לרשותו והרי זה דומה למציאה ומותר ליהנות בו הוא וכל אדם מן הדין. אלא שעשה איסור בתחלה בלקיחתו כיון שיודע שזהו גזול או גנוב ואסור בהנאה וכל האסור בהנאה אסור לקנותו ולפיכך אם בא לצאת ידי שמים ולהפקיע ממנו איסור זה יחזירנו לבעליו.

ואם גברה ידו על הגזלן או על הגנב ולקח ממנו הגזלה או הגנבה ביד חזקה אין זה נקרא שינוי רשות הואיל ולא נתנוהו לו מרצונם וחייב להחזירה לבעליה מן הדין אף על פי שכבר נתייאשו ממנה...״.

ובמ״מ: ״רא״ש פ״י טור ושו״ע סי׳ שס״א (וממתניתין דהמציל צריך לומר דאיירי ברצונם וצ״ע)״. היינו דמיירי שהציל מן הליסטים שמסרו לו מרצונם.

ד

איתא בתוס׳ [רבא אמר]: ״...אף על גב דיאוש לא קני מ״מ כיון דהועיל יאוש למוכרה או להקדישה חשיב גזלן״. כלומר דאע״ג דיאוש לא קני לגמרי, מ״מ מהני היאוש לענין דעכשיו יכול להקדישה או למוכרה משום דאיכא יאוש ושינוי רשות. ולכאו׳ הביאור בזה דהיאוש מועיל קצת להוציאו מרשות הבעלים לענין דאח״כ יועיל שינוי רשות, וכמבואר בלשון התוס׳ בדף קי״א ע״ב (ד״ה גזל) שכ׳ וז״ל דלא הוי כל כך ברשות מריה אחר יאוש כמו לפני יאוש, שנקל לצאת מרשות בעלים בשינוי רשות או בשינוי השם. ולפ״ז מבואר מדברי התוס׳ דהא דיאוש ושינוי רשות קונה הוא משום צירוף דתרוייהו, כמו דיאוש ושינוי השם מצטרפין לקנות.

סימן כ״ג

א

איתא בסוגיין [בבא קמא סח ע״ב]: ״והאמר ר׳ יוחנן: גזל ולא נתייאשו הבעלים - שניהן אינן יכולין להקדיש, זה לפי שאינו שלו, וזה לפי שאינו ברשותו! אמרי: הוא דאמר כצנועין, דתנן: הצנועין מניחין את המעות, ואומרים כל הנלקט מזה יהא מחולל על המעות האלו״. נמצא דחלקו רבי יוחנן ור״ל האם יכולים הבעלים להקדיש, דעת רבי יוחנן שלא ודעת ר״ל שכן.

האחרונים ז״ל דנו בהא דהגזילה מיקרי אינו ברשותו של הבעלים, האם הטעם מפני שבפועל אינה ברשותו ובשליטתו של הבעלים, ואינו יכול להשתמש בה כרצונו. או שהטעם מפני שהגזילה קנויה קצת לגזלן, שיש לו בה קנייני גזילה, ולכן מיקרי אינו ברשותו לגבי הבעלים.

וכתבו האחרונים דנחלקו בזה **בעל המאור והרמב״ן ז״ל** לעיל בריש פ״ד, **דבעה״מ** שם כתב שאם הגזלן מתרצה להחזיר הגזילה לבעלים, יכול הבעלים להקדיש אף על פי שעדיין אינה ברשותו. [**המאור הגדול** דף יח ע״א מדפי הרי״ף]: ״...ומה שהביא הרב אלפסי ז״ל סיוע לדבריו גזל ולא נתיאשו הבעלים שניהם אין יכולין להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו לא זו הדרך ולא זו העיר דלא אמרי׳ אינו ברשותו בדבר שאינו מסרב הלה ליתנו לו...״.

והרמב״ן חולק **במלחמת ה׳** [שם]: ״...שאף ההפרש שפירש בגזל ולא נתיאשו הבעלים אינו כלום שאע״פ שהלה רוצה ליתן לו אינו קדוש כיון שבתורת גזל הוא אצלו...״.

וביאר **בקובץ שיעורים** [אות ט׳], דבעה״מ סובר דהחסרון מפני שבפועל אינו בשליטתו של הבעלים, שאין יכול לעשות בו כרצונו, אבל כשהגזלן מתרצה להחזיר לו חשיב שפיר ברשותו כיון דעכשיו הוא כבר בשליטתו של הבעלים. אבל הרמב״ן סובר דהחסרון מפני שיש לגזלן קנייני גזילה, ואף על פי שמתרצה להחזיר מ״מ עדיין היא בידו בתורת גזילה, וזהו ביאור לשון הרמב״ן שכ׳ **שבתורת גזל הוא אצלו. קובץ שיעורים**: ״[אות ט] [דף סה ע״א] ובעיקר מחלוקת בעה״מ ורמב״ן, דלדעת בעה״מ מה דלא הוי ברשותו הוא מפני שבפועל אין לו שליטה על הנכסים, ע״י סירובו של הגזלן לתת לו, ולדעת הרמב״ן, הא דלא הוי ברשותו הוא מפני קניני הגזילה...״.

וממשיך **בקובץ שיעורים** ומקשה, דמצינו כמה אופנים דליכא קנייני גזילה, ואפ״ה אין הבעלים יכול להקדיש, דלקמן בדף קט״ו איתא דאם ראה אנס בא כנגדו ואינו יכול להציל, אינו יכול לחלל מעשר שני שבידו, וע״כ הטעם משום דמיקרי אינו ברשותו אף דהאנס עדיין לא קנה את הגזילה קודם שבא לידו. ועוד איתא בב״מ (דף ז׳ ע״א) דההיא מסותא דהוו מינצו עלה בי תרי האי אמר דידי הוא והאי אמר דידי הוא, וקדם אחד והקדישה, ומסקינן דאינה מקודשת מפני שאינו יכול להוציאה בדיינין. והרי התם לא עשה שום מעשה קנין במסותא אלא רק אומר דידי הוא, ואפ״ה כיון שבפועל אין יכול להוציאה בדיינין מיקרי אינו ברשותו. וכתב הקוב״ש דהרמב״ן מודה דאם בפועל אין החפץ ברשותו ובשליטתו מיקרי אינו ברשותו ואין יכול להקדיש, אף בלא קנייני גזילה, אלא דהרמב״ן **הוסיף** דמצינו עוד אופן דמיקרי אינו ברשותו, דאפילו אם אין חסרון בשליטת הבעלים, וכגון שהגזלן מתרצה להחזיר לו, מ״מ כיון שעדיין יש לגזלן קנייני גזילה מיקרי ג״כ אינו ברשותו. אבל בעה״מ סובר דבאופן שהחפץ נמצא בשליטת הבעלים אף על פי שיש לגזלן קנייני גזילה יכול הבעלים להקדיש, דקנין גזילה של הגזלן אינו מגרע את כח הבעלים:

קובץ שיעורים [שם]: ״...וקשה מהא דאיתא לקמן קט״ז דבראה אנס בא כנגדו ואינו יכול להציל אינו יכול לחלל מע״ש, וע״כ הטעם משום דמיקרי אינו ברשותו, אף דהאנס עדיין לא קנה את הגזילה קודם שבא לידו, וכן במסותא פ״ק דב״מ דאינו יכול להקדיש, אף דהשני לא עשה מעשה קנין בהמסותא, וע״כ צ״ל דגם הרמב״ן ס״ל, דמיקרי אינו ברשותו גם בלא קניני גזילה, משום

שאינו שולט בנכסיו בפועל, אלא שהוסיף, דאפי׳ אם הגזלן אינו מסרב להשיב מ״מ כיון דיש לו עדיין קנינין בהגזלה, מיקרי ג״כ אינו ברשותו...״

ב

והאחרונים ז״ל דנו באופן שהגזלן מתרצה בהקדש האם יכול הבעלים להקדיש. **והבית שמואל** (סי׳ כ״ח סקט״ז) כתב דאם גזלה האשה מעות מן האיש, ואמר לה הרי את מקודשת לי במעות אלו והאשה נתרצית ואמרה הן מקודשת, ואף על פי שאין יכול לקדש במעות שנגזלו ממנו דהוי אינו ברשותו, כיון דנתרצית האשה נעשה כפקדון אצלה ויכול לקדש בהן.

דהנה, איתא **בשולחן ערוך** [אבן העזר הלכות קידושין סימן כח סעיף ה]: ״אשה שחטפה מעות מאיש א׳, והוא בקש ממנה שתחזירם לו, ולא רצתה, ואמר לה: הרי את מקודשת לי בהם, ושתקה והחזיקה המעות, לא הוי קדושין, דהוי שתיקה דלאחר מתן מעות ולאו כלום הוא (תשובת מהר״ם פאדואה סי׳ כ״ד)״.

ובבית שמואל [סימן כח ס״ק טז]: ״ולכאורה נרא׳ אפילו אם אמרה הן לא מהני כיון שאין בידו א״י לקדשה בו כשם דא״י להקדיש דבר שאין בידו כן א״י לקדש בו וכן משמע בתשו׳ ש״י מיהו מדכתב בהג״ה שתקה ש״מ דס״ל אם אמרה הן נעשה מיד פקדון אצלה ומקודשת ונעשה פקדון וקדושין כאחד לפ״ז מ״ש רבי יוחנן גזל ולא נתיאש שניהם א״י להקדיש היינו כ״א אינו יכול להקדיש אבל בריצוי שניהם נעשה הקדש, ועי׳ תשו׳ הנ״ל אפי׳ בפקדון אם תובע ממנה ואינה רצונה להחזיר לו א״י לקדש בו ולמ״ש אם אמרה הן מקודשת לא נ״מ מזה כלום״.

והאבני מילואים [סי׳ כ״ח סקי״ג] ביאר דכיון שהגזלן מתרצה ליתנו להקדש, א״כ הוי כפקדון ביד הגזלן, ופקדון כל היכא דאיתיה יכול הבעלים להקדישו. אך כתב האבני מילואים דהרמב״ן חולק ע״ז, דכיון דאפילו אם הגזלן רוצה להחזיר הגזילה ליד הבעלים אין הבעלים יכול להקדישו מפני שבתורת גזל הוא אצלו, כ״ש כשאינו רוצה להחזיר ליד הבעלים, אף על פי שרוצה ליתנו להקדש, לא הוי הקדש דהא בתורת גזל הוא אצלו. ומסיים בחידוש שלגזלן בעצמו יכול הבעלים ליתן: ״...מיהו נראה דבהקדש שאני כל ששניהם רוצים בהקדש ה״ל גבי הקדש כדין פקדון כיון שרוצה הגזלן ליתנו להקדש ופקדון כל היכא דאיתיה יכול להקדישו משא״כ בחילול נהי דרוצה הגזלן בחילול ואינה רוצה להחזיר כלל אכתי אינו ברשותו מש״ה לא הוי חילול אבל בשניהם רוצין בהקדש והגזלן רוצה להחזיר הגזילה ליד הקדש נעשה פקדון והקדש כאחת.

וכן נראה מדברי תוס׳ פ״ק דמציעא (ו׳, א) ד״ה הקדישה בלא תקפה כו׳ כיון ששתק אודויי אודי לי׳ ולא דמי לגזל ולא נתייאשו בעלים דשניהם אין יכולין להקדישו כו׳ כיון דאודי לי׳ הוי לי׳ כפקדון שיש לו ביד אחרים דיכול להקדישו ע״ש ומבואר דכל שהקדישו הבעלים בריצוי הגנב ה״ל כמו פקדון ואף על גב דלא נתרצה הגנב אלא בשעת ההקדש ה״ל פקדון והקדש באין כאחת.

אמנם מדברי הרמב״ן נראה דאפי׳ הגזלן רוצה להחזיר הגזילה ליד הנגזל נמי אין הנגזל יכול להקדישו וע״ש במלחמות פ׳ שור שנגח [יח, א מדפי הרי״ף] ז״ל ולא זו בלבד אלא שאף ההפרש שפי׳ בגזל ולא נתייאשו הבעלים אינו כלום שאעפ״י שהלה רוצה ליתן לו אינו קדוש כיון שבתורת גזל הוא אצלו עכ״ל וא״כ מכ״ש אם אין הגזלן רוצה להחזיר הגזל לנגזל דאע״ג דרוצה בהקדש ורוצה ליתנו להקדש דלא הוי הקדש דבתורת גזל אתי לידי׳ מש״ה אינו יכול להקדיש ועמ״ש בקצה״ח סי׳ שנ״ד ס״ק ד׳.

מיהו לגזלן עצמו נראה דודאי מצי יהיב לי׳ דאע״ג דה״ל דבר שאינו ברשותו ואינו יכול ליתנו לאחר אבל לגזלן עצמו מצי יהיב דלא גרע ממלוה דה״ל דבר שאינו ברשותו ואינו יכול להקנותו לאחר אלא במעמ״ש אבל להקדישו אינו יכול כמ״ש הרמב״ן במלחמות ואפ״ה ללוה עצמו מצי

מחל ואין חילוק בין (במתנה) [מתנה] למחילה אלא דבמלוה שייך לשון מחילה ובחפץ לשון מתנה ומש"ה אמרה הן מהני דהא לגזלן עצמו מהני נתינה ואף על גב דמקדש במלוה אינה מקודשת היינו משום דלא נתן לה הנאה מחודשת שכבר הן ברשותה להוציאן אבל גזל אף על גב דרוצית לגזול מכל מקום הנאה אית לה כשנותן לה הגזילה".

ג

העונג יום טוב [סי' צ"ג] דן ביסוד הדין דאין הבעלים יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו, האם הטעם מפני שיש חסרון בכח הבעלים, דמה שאינו ברשותו מגרע כחו של הבעלים ואינו יכול להקדיש. או דהטעם מפני שכחו של הגזלן מעכב על הבעלים, דכיון שיש לגזלן קצת קנין בחפץ, ה"ז מעכב שלא יוכל הבעלים להקדיש שלא מדעת הגזלן.

והנה לשיטת בעל המאור דאין תלוי כלל בקנייני גזילה של הגזלן אלא תלוי רק אם הוי בשליטת הבעלים, ודאי דהטעם מפני שאם אינו בשליטת הבעלים הוי חסרון בכחו של הבעלים. אבל לשיטת הרמב"ן דחשיב אינו ברשותו מחמת קנין גזילה של הגזלן יש לדון האם הטעם משום דכיון שהוא קנוי לגזלן הוי חסרון בכחו של הבעלים, או דאין זה חסרון בדין בעלים, אלא דכחו של הגזלן מעכב שאין הבעלים יכול להקדיש שלא מרצונו של הגזלן.

וכתב העונג יום טוב דלפ"ז אפילו במקום שא"צ כלל כח הבעלים, כגון בחילול מעשר שני דאין תלוי בבעלים, מ"מ אין הבעלים יכול לחלל מעשר שני שביד הגזלן מפני שכחו וקניינו של הגזלן מעכב שלא יוכל לחלל שלא מדעת הגזלן. וכתב שכן מוכח מדברי התוס' שכתבו דהא דאין יכול לחלל מעשר שני של חבירו הטעם מפני שיש לבעלים זכות לאכול המעשר בירושלים. ונקט העונג יום טוב דכוונת התוס' דעיקר דין חילול לא בעי בעלים כלל, אלא שהבעלים יכול לעכב על אדם שלא יחלל הפירות שלא מדעתו. והשתא אי נימא דהטעם שאין יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו הוא מפני שיש חסרון בכחו של הבעלים, א"כ קשה מדוע אין הבעלים יכול לחלל מעשר שני שביד הגזלן [לר' יוחנן דפליג על צנועין], והרי לגבי חילול א"צ כלל כח בעלים. אלא מוכח דהטעם מפני שכחו של הגזלן מעכב שלא יחלל שלא מדעתו, ומשו"ה אין הבעלים יכול לחלל מעשר שני מפני שכח הגזלן מעכב עליו.

והנה בעה"מ והרמב"ן ז"ל נחלקו כשנתרצה הגזלן להחזיר האם יכול הבעלים להקדיש. וכמו"כ דנו האחרונים כשנתרצה הגזלן בהקדשו האם יכול להקדיש כמ"ש לעיל. וכתב העונג יום טוב דזה תלוי בנידון הנ"ל, דאם הטעם שאין הבעלים יכול להקדיש מפני שנגרע כח הבעלים כשאינו ברשותו, א"כ לא מהני הריצוי של הגזלן, דהא אכתי גרע כח הבעלים ואין יכול להקדיש. אבל אם הטעם מפני שכחו של הגזלן מעכב על הבעלים, דכיון שהיא קנויה לגזלן אין הבעלים יכול להקדיש או למכור שלא מדעת הגזלן, א"כ באופן שהגזלן מתרצה בהקדשו שפיר יכול הבעלים להקדיש, כיון שהגזלן מתרצה בכך ואינו מעכב על הבעלים. וכמו"כ אם הגזלן מתרצה להחזיר לבעלים יכול להקדיש כיון שאין כחו של הגזלן מעכב על הבעלים. וכתב שמדברי הרמב"ן מוכח דהטעם מפני שנגרע כח הבעלים כשאינו ברשותו, ולכן אף כשהגזלן מתרצה להחזיר לא מהני.

[שו"ת עונג יום טוב סימן צג]: "...ואדרבה מסוגיא זו נראה ראיה ברורה דעיקר הטעם שאין הנגזל יכול להקדישו הוא משום דקנה הגזלן להתחייב באונסין ונכנסה קצת לרשותו ולא משום קלישת כח הנגזל דהא התוס' הקשו שם... הרי מבואר מדבריהם דעיקר מילתא דאין אדם יכול לפדות מע"ש וכרם רבעי של חבירו לאו משום דבעי בעלים הוא אלא משום דאית לבעלים זכיה בגווייהו להעלותן לירושלים מצי מעכבו מלפדות משום דאולי ניחא להו לבעלים שיהו הפירות בקדושתן. אבל אי לאו עיכובא דבעלים הוי חייל הפדיון אף דאחר מחללן משום דלא בעינן בעלים דוקא גבי פדיון...

עכ״פ הרי ביררנו דפדיון של מע״ש וכרם רבעי לא בעי בעלים דוקא וגם אחר היה יכול לחללן אי לאו קפידא דבעלים. ומע״ש וכרם רבעי של הפקר יכול כל אדם לחללן משום דלא בעינן בעלים בחילול ופדיון והשתא אם איתא דהא דאין הנגזל יכול להקדיש משום דהורע כחו של נגזל במה שאינו ברשותו תקשה דזה ניחא גבי הקדש שאין אדם יכול להקדיש דבר שאין לו בעלים כלל ובעינן בעלים ממש. להכי אינו יכול להקדיש נמי דבר שהוקלש כחו ואינו ברשותו. אבל גבי חילול דמצי לחלל דבר שאין לו בעלים כלל כמו הקדש בדק הבית רק במע״ש עיקר העיכוב בהו משום זכותן של הבעלים דאית להו בגווייהו להעלותן לירושלים לאוכלם. א״כ אם אפילו הוקלש כח הבעלים ע״י שאינו ברשותו ודאי דמצי הן עצמן לחלל ומאי איכפת לן במה שהורע כחו של הבעלים במה שאינן ברשותן הא לא גרע לגבייהו מחילול דבר שאין לשום אדם זכות בהם כמו בדק הבית דמצי כל אדם לחלל כיון דאנן אמרינן דבחילול יד כל אדם שוה אם אין לשום אדם זכות בהן רק במע״ש רביע עלייהו כח הבעלים המעכב אדם אחר מלחלל אבל הבעלים גופייהו הא מצי מחללו אף אם הורע כחו ומי מעכב ע״י ולא גריעי משאר כל אדם בבדק הבית ואכתי תקשה אמאי אמרינן דלר״י לא מצי מחללו. א״ו דהא דאין הבעלים יכולים לחלל הוא משום שקנאן הגזלן להתחייב באונסין ויש להם כח בעלים ולהכי במע״ש נמי אף על גב דגבי חילול אמרינן דבדבר שיד כל אדם שוה בו יכולים הכל לחלל ולא בעי בעלים דווקא. אבל במע״ש שיש לבעלים זכיה בגווייהו אין אחר יכול לחלל והבעלים בעצמו נמי לא מצי מחללו משום דנכנסו קצת לרשות הגזלן להתחייב באונסין וזה שנכנס קצת לרשותן לענין אונסין מעכב את הנגזל מלחלל דמשוי לגזלן כמו בעלים דהא בידו להעלותם לירושלים וגרע מבדק הבית דבבדק הבית יד כל אדם שוה בו ומע״ש זה שביד הגזלן קני ליה הגזלן קצת להתחייב באונסין וזה מכניס הגזילה קצת לרשותו וכמו שנתפס כחן של בעלים במע״ש לבטל כח הפדיון והחילול מאחרים ע״י מה שיכולין להעלותו לירושלים ה״נ נתפס כח קנין של חיוב אונסין של הגזלן לבטל כח הבעלים מלחללן כמו בכל גזילות חולין דאלים כח הגזלן ע״י קנינו להתחייב באונסין כדילפינן מקרא דמה ביתו ברשותו. וכ״ז אם נימא דקנין האונסין של הגזלן מבטל כח הנגזל בזה אמרינן שפיר דגם במע״ש מבטל כח הבעלים משום דגם הגזלן הוה כמו בעלים. אבל אי הוי אמרינן דעיקר הא דאין הנגזל יכול להקדישו הוא משום שהוקלש כחו לחוד הוא א״כ בחילול מע״ש הא ליכא למימר הכי דהא מה שהוקלש כח הנגזל לא מגרע כחו מלחלל דלענין חילול לא בעינן בעלים דהא יכולים לחלל בדק הבית של חבירו. וה״נ מה איכפת לן מה שהוקלש כחו ע״י קניית הגזלן...״.

סימן כ״ד

א

איתא **בתוספות** [סח ע״ב ד״ה הוא דאמר]: ״...ומיהו קשה דבפ״ק דבכורות (דף יא. ושם ד״ה הפודה) משמע דהפודה פטר חמור של חבירו פדיונו פדוי ואפילו שלא מדעתו מדבעי ליה פדיונו פדוי לפודה או דלמא פדיונו פדוי לבעלים ואי מדעת בעלים דומה היה דפדיונו פדוי לבעלים ויש לומר דפטר חמור לא דמי לכרם רבעי דכיון דאסור בהנאה הוי כמו הקדש לענין זה שיכול כל אדם לפדותו ולא ממש הוי כהקדש דבהקדש פשיטא לן דפדיונו פדוי לפודה ובפטר חמור מסקינן דפדוי לבעלים...״.

והנה, איתא **בבכורות** [יא ע״א]: ״אמר רב שיזבי אמר רב הונא: הפודה פטר חמור של חבירו - פדיונו פדוי. איבעיא להו: פדיונו לפודה, או דלמא פדיונו לבעלים? אליבא דר״ש לא תיבעי לך, כיון דאמר מותר בהנאה - ממונא דבעלים הוא, כי תיבעי אליבא דרבי יהודה, דאמר אסור בהנאה, להקדש מדמי ליה, ורחמנא אמר ונתן הכסף וקם לו, או דלמא, כיון דקני להו בביני ובביני, לא דמי להקדש? אר״נ, ת״ש: הגונב פטר חמור של חבירו - משלם תשלומי כפל לבעלים, ואף על פי שאין לו עכשיו יש לו לאחר מכאן, מני? אילימא ר״ש - אמאי אין לו עכשיו? אלא פשיטא רבי יהודה, ואי ס״ד להקדש מדמינן ליה, וגונב מבית האיש אמר רחמנא, ולא מבית הקדש, ותו לא מידי״.

וברש״י: ״ממונא דבעלים הוא - ולא מצי כהן לזבוני להאי פודה ופדיונו פדוי לבעלים וזה הניח מעותיו על קרן הצבי. ונתן הכסף - דכתיב ואם המקדיש יגאל וגו׳ משמע כל מי שיתן הכסף יהא ההקדש שלו. או דלמא כיון דקני האי פטר חמור לבעלים להאי דביני ובביני - דיכול לפדותו בשה אף על גב דכוליה לא קני ליה כל זמן שלא פדאו אפ״ה ממונא דידיה הוא. ואף על פי שאין לו עכשיו - כלומר שאע״פ שאין לו עכשיו רשות יש לו לאחר זמן שיפדהו הלכך הוי כאילו הוא השתא דידיה. וגונב מבית האיש אמר רחמנא - ישלם שנים לא מבית הקדש דאין תשלומי כפל להקדש.

ובתוספות: ״הפודה פטר חמור של חבירו פדיונו פדוי - לא דמי לתורם משלו על חבירו דאיבעיא לן פרק אין בין המודר (נדרים דף לו:) אם צריך דעת דהתם כתיב גם אתם לרבות שלוחכם ובעינן מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם אבל הכא לא כתיב בעלים״.

בשו״ת צמח צדק [יורה דעה סימן רכב] דן מדוע פסק **הרמב״ם** שהתורם משלו על של חבירו ההרי זו תרומה ופרותיו מתוקנים, הרי זו בעיה דלא איפשיטא: ״ב. ...מהגמרא בנדרים פרק אין בין המודר (דל״ו ע״ב) דגרסינן שם איבעיא להו התורם משלו על של חבירו צריך דעתו או לא מי אמרינן כיון דזכות הוא לו. (פירש״י שמרויח שתורם עליו משלו ולא צריך ליתן לו כלום וכ״כ בפירוש הרא״ש שם דזכות הוא לו שהוא פוטר כריו בתבואתו) לא צריך דעת (פירש״י דזכין לאדם שלא בפניו וכן פי׳ הר״ן ומסיים ומסתמא ה״ל כשלוחיה. והרא״ש כתב דאנן סהדי דניחא ליה וה״ל כשלוחו) או דלמא מצוה דיליה הוא (דבעל הכרי הוא) וניחא ליה למעבדיה (שיקיים הוא את המצוה וצריך שיודיעו רש״י. וז״ל הרא״ש שם ויותר הוא חפץ בחסרון ממונו ממה שיעשה אחר מצוותו הלכך חוב הוא ולא הוי שלוחו). ולא איפשיטא האיבעיא... והנה הרמב״ם רפ״ד מה׳ תרומות פסק דא״צ דעת בעלים. וז״ל אבל התורם משלו על של אחרים ה״ז תרומה ותקן פירותיהם עכ״ל.

ג...והמל״מ פ״ד מה׳ תרומות כ׳ וז״ל והנראה אצלי דרבינו סמך על ההיא דאמרינן פ״ק דבכורות (עלה י״א) אמר רב הונא הפודה פטר חמור של חבירו פדיונו פדוי. והביא דין זה בפרק י״ב מה׳ בכורים דין י״ג. וא״כ יש ללמוד מכאן דכי היכא דאמרינן הכא דפודה משלו בלא דעת בעל החמור

דפדיונו פדוי. ה״נ גבי תרומה הפודה משלו על של חבירו בלא דעת בעל הכרי תרומתו תרומה עכ״ל. אך התוספות שם כתבו וז״ל לא דמי לתורם משלו על של חבירו דאיבעיא לן פרק אין בין המודר (דל״ו) אם צריך דעת דהתם כתוב גם אתם לרבות שלוחכם ובעינן מה אתם לדעתיכם אף שלוחכם לדעתיכם. אבל הכא לא כתיב בעלים עכ״ל... והמל״מ הביא שהריטב״א פ״ק דקדושין (דכ״ג) וז״ל ודכוותה אשכחן בההוא פירקא דאיבעיא לן התורם משלו על של חבירו צריך דעת או אין צריך כו׳ ולא איפשיטא התם ומצינו כיוצא בזה דפשיטא ליה לרב הונא דאמר רב הונא הפודה פטר חמורו של חבירו פדיונו פדוי ולא פשטוה מיניה משום דמימרא הוא עכ״ל. וכן הוא בחידושי הרשב״א שם.

ולפע״ד אינו מובן דהא גבי התורם משלו על של חבירו הסברא דא״צ דעת הוא משום דזכין לאדם שלא בפניו. והיינו התם דנתכוין לזכות לו שהוא מרויח לו ממון שפוטר כריו מתרומה בתבואה שלו. משא״כ הכא גבי הפודה פטר חמור של חבירו הרי לא נתכוין לזכות לחבירו כלל שהרי סברו לומר דהפטר חמור יהיה של הפודה. א״כ אדעתא דנפשיה קא עביד ולא להרויח לחבירו ממון ואף דמסקינן שהפטר חמור שייך לבעלים היינו מפני שאין ביכולתו להפסידו שהרי יש לבעלים מה דביני וביני ופירש״י והאי פודה הניח מעותיו על קרן הצבי. ור״ל שלא נשלם כוונתו שיהיה הפטר חמור שלו. א״כ עכ״פ מוכח דשם לא נתכוין לזכות לבעל הפטר חמור. וא״כ תמוה דברי הרשב״א והריטב״א דאפילו נאמר גבי התורם משלו שא״צ דעת. מדוע כאן א״צ דעת הא התם הטעם משום דזכין לאדם שלא בפניו. וכאן לא נתכוין לזכותו כלל.

וצ״ל דכוונתם משום דבאמת הרי הפטר חמור שייך להבעלים א״כ כשזה פודה הרי זה זכות לבעל הפטר חמור כמו גבי תרומה. אבל קשה דהא ע״כ הפודה לא נתכוין לזה כלל. **אע״כ צ״ל דהתם טעמא אחרינא הוא ואינו שייך כלל בדין התורם משלו על של חבירו דאף אם שם צריך דעת ואין זה זכות. מ״מ הכא פדיונו פדוי. והוא כמ״ש התוספות בפרק מרובה** (דס״ח סע״ב). דמקשו אהא דמשמע שם דר׳ יוחנן ס״ל דכמו שאין אדם יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו כך אינו יכול לחלל פירות רבעי שאינן ברשותו. וע״ז הקשו וז״ל ומיהו קשה דבפ״ק דבכורות משמע דהפודה פטר חמור של חבירו פדיונו פדוי. ואפילו שלא מדעתו מדבעי ליה פדיונו פדוי לפודה או דלמא פדיונו פדוי לבעלים ואי מדעת בעלים דומה היה דפדיונו פדוי לבעלים. וי״ל דפטר חמור לא דמי לכרם רבעי דכיון דאסור בהנאה הוי כמו הקדש לענין זה שיכול כל אדם לפדותו ולא ממש הוי כהקדש דבהקדש פשיטא לן דפדיונו פדוי לפודה ובפטר חמור מסקינן דפדיונו פדוי לבעלים עכ״ל. **הרי טעמא אחרינא דהפודה פטר חמור של חבירו פדיונו פדוי. משום דחשבינן ליה לענין זה כהקדש. שמאחר שהוקדש יצא מרשות בעלים וכמו שהבעלים יכולים לפדותו כמ״כ אחר. וא״כ איך אפשר לפשוט מזה האיבעיא דנדרים (דל״ו) גבי התורם משלו על של חבירו. דהתם על כרחך הפירות הם של בעל הכרי. ולא יצאו מרשותו כלל וכלל כ״א שחייב ליתן מהן תרומה. ולכן אתי שפיר דלא פשטוה בנדרים מהא דרב הונא דבכורות (דף י״א) משום דאין זה ענין לזה כלל:**

קיצור. בש״ס דילן מבואר דאע״ג דאמר ר׳ אבהו טובת הנאה היא של התורם עכ״ז מתכפר עושה תמורה. ובירושלמי משמע דלר׳ אבהו כמו שטובת הנאה של התורם כך התמורה עושה המפריש. המל״מ כ׳ דהרמב״ם גבי תורם משלו שפסק שא״צ דעת סמך על דין דאמר רב הונא פ״ק דבכורות הפודה פטר חמור של חבירו פדיונו פדוי. וכ״נ דעת הרשב״א והריטב״א פ״ק דקדושין (דכ״ג ע״ב). ובשטה זו הלכו ג״כ התוספות בבכורות שם ואעפ״כ מחלקים בין שני הדינים דלא נפשט זה מזה. אך קשה על שטה זו. דגבי תורם משלו הטעם משום זכייה. וגבי הפודה פטר חמור משמע דכוונת הפודה היה שהפטר חמור יהיה שלו ולא נתכוין לזכות חבירו כלל. אלא שם הטעם כמ״ש התוספות במרובה (דס״ח ע״ב) דחשבינן ליה כהקדש שיצא מרשותו:

ד. אך זה קשה על התוספות דמרובה שכתבו דכיון דאסור בהנאה הרי הוא כהקדש דהרי בגמרא בבכורות שם מבואר דגם לרבי שמעון דס"ל דאמר מותר בהנאה וממונא דבעלים הוא אפ"ה פדיונו פדוי אלא דהפטר חמור שייך לבעלים. וא"כ לכאורה לא דמי להקדש כלל. וצ"ל דכיון דמ"מ קודם הפדיון שייך לגמרי לכהן ושנינו לא רצה לפדותו (וגם לא ליתנו לכהן טור סי' שכ"א ותוי"ט ספ"ק דבכורות וע' בהרמב"ם פי"ב מה' בכורים ה"ד) עורפו בקופיץ מאחוריו וקוברו. ע"כ נחשב לענין פדיון כהקדש שכל אדם יכול לפדותו רק שהפטר חמור שייך לבעלים. דהא אפילו לרבי יהודה דאסור בהנאה עכ"ז לא דמי להקדש דגבי הקדש פדיונו פדוי לפודה ובפטר חמור פדיונו לבעלים והיינו משום דמ"מ ממונו הוא כיון שיכול לפדותו בשה שאינו שוה אלא מעה והפטר חמור שוה הרבה. ולכן חשבינן ליה שלו גם כן לענין תשלומי כפל שהגנב משלם תשלומי כפל לבעלים כמ"ש בגמרא בבכורות שם. וא"כ הרי אף על גב דשלו הוא ולא דמי להקדש אעפ"כ לענין זה דומה להקדש שיכול כל אדם לפדותו. א"כ כמ"כ גם לר' שמעון י"ל כן. ואפשר שלרבי שמעון הטעם משום דזכין לאדם שלא בפניו דכיון דמותר בהנאה וממונא דבעלים הוא ופשיטא דפדיונו לבעלים. א"כ הפודה לא נתכוין רק לזכות הבעלים. אבל לריה"ו דקיי"ל כוותיה דאסור בהנאה י"ל כמ"ש התוספות דמרובה לכן כתבו דכיון דאסור בהנאה כו'. וא"כ אתי שפיר דלא סתרי התוספות דמרובה עם התוספות דפ"ק דבכורות דס"ל דהוא מטעם זכייה. דהתוספות דמרובה מיירי אליבא דהלכתא דקיי"ל כריה"ו דאסור בהנאה. והתוספות דבכורות מיירי לר' שמעון דס"ל דמותר בהנאה ולכן ס"ל דל"ד לפדיון הקדש ורק הוא משום זכייה. ומ"מ גם לפ"ז י"ל דאין לפשוט מזה האיבעיא דנדרים דהכא שאני שהפטר חמור קודם הפדייה אינו שלו וא"כ הזכות גדול יותר. משא"כ בתרומה שצריך ליתן רק חלק א' מחמשים אין זה ענין כ"כ לגבי המצוה כו'...

קיצור. אך יש להקשות על התוס' דהניחא לר' יהודה דס"ל דפטר חמור אסור בהנאה לכן ה"ל כהקדש. אבל לר' שמעון דמותר בהנאה מה יש לומר. ויש לתרץ דמ"מ קודם הפדיון הוא שייך כולו לכהן לכן לענין פדייה ה"ל כהקדש דהא גם לריה"ו לא דמי להקדש ונחשב ממונו לענין תשלומי כפל. ואעפ"כ לענין פדייה ה"ל כהקדש. או אפ"ל דלר' שמעון הטעם משום זכין דלר"ש י"ל דנתכוין לזכות דהא מותר בהנאה וא"כ מובן דממונו הוא. וא"כ י"ל התוספות דבכורות קאי לר' שמעון. ומ"מ גם לפ"ז י"ל אין ללמוד מכאן זכייה דגבי תרומה:

ה. והנה התוספות במרובה שם הקשו וז"ל ומיהו דבר תימא דהיכי מדמה הקדש כלל לחלול דלמה לא יוכל לחלל נטע רבעי ומעשר שני של חבירו שלא מדעתו כיון דזכות הוא לו דזכין לאדם שלא בפניו דהא דמיבעי לן באין בין המודר (דל"ו ע"ב) התורם משלו על של חבירו צריך דעת בעלים או לאו היינו טעמא כדקאמר התם דדלמא ניחא ליה למיעבד מצוה בממוניה אבל הכא וכי אין טוב להם למלקטים שיחללו אותם הבעלים ממה שיאכלו בלא חילול עכ"ל. ובספ"ב דקדושין (דנ"ו סע"א) כתבו בשם ה"ר מאיר לתרץ וז"ל אבל בההיא דצנועים ליכא למימר הכי שהרי הגזלנים עצמם אינן יכולים לתקן כלום מה שבידם שהרי אינה שלהם והוי גזל ולא נתייאשו וכיון דאינהו לא מצי עבדי שלוחייהו נמי לא מצו עבדי עכ"ל... והנה התם בקדושין מסיק דאע"ג דעבד אינו יכול לקבל גיטו שליח מצי משוי משום דאיתא בתורת גיטין. א"כ גם בההיא דצנועים איכא למימר הכי שגם הגזלנים ישנם בתורת חילול. ועוד דמבואר בתוספות שם דאפילו לפי הסברא דעבד לא מצי משוי שליח לקבל גיטו מיד רבו כיון דאיהו לא מצי מקבל. לכן לא יוכל לעשות שליח ע"ז. אעפ"כ יכול אחר לזכות לו בתורת זכייה ולא בשליחות שלו דהיינו הא דתנן ובשטר ע"י אחרים. ע"ש בתוספות ד"ה מהו שיעשה שליח. וכ"כ בחדושי הריטב"א שם וכתב ואגב אורחיה שמעינן מהכא דזכייה אינו בכלל שליחות דהא הכא דזכין לעבד בגיטו ומספקא לן אי מצי משוי שליח הלכך אף על פי שאין שליחות לקטן זכין לו מן התורה עכ"ל. וא"כ בנד"ז נמי אף על גב דהמלקטים אינם יכולים לעשות שליח לתקן מ"מ הבעלים זכין להם מתורת זכיי' לחלל מה שלקטו כדי שלא יאכלו בלא חילול. א"כ לכאורה נראה יותר כפירוש ריב"א שם דאין אדם

מחלל דבר שאינו ברשותו. וכמ״ש ג״כ התוספות במרובה. וכדי ליישב קושייתם דלמה לא יוכלו לחלל כו׳ כיון דזכות הוא לו כו׳. עכצ״ל דלא דמי להא דפרק אין בין המודר דזכין לו. דהיינו שמזכהו ממון ממש שפוטר כריו בתבואתו. ע״כ בכה״ג הוא דזכין לו שלא בפניו. אבל הכא אין מזכהו שום ממון רק שעושה לו טובה שלא יאכל איסור. וזהו אינו דבר שיש בו ממש שיהיה שייך ע״ז לומר זכין לו. ואף על גב דמצינו זכות שנק׳ זכייה אף על פי שאין בו הנאת הגוף כהא דהיה מטבילין אותו על דעת ב״ד פ״ק דכתובות (די״א ע״א). י״ל שאני התם דהוא זכות גדול...״.

ב

כתב **ברמב״ם** [הלכות מעשר שני ונטע רבעי פרק ט הלכה ז]: ״מי שהיה לו נטע רבעי בשנת השמטה שיד הכל שוה צריך לציינו בקוזזות אדמה כדי שיכירו בו, ולא יאכלו ממנו עד שיפדו, ואם היה בתוך שני ערלה מציינין אותו בחרסים כדי שיפרשו ממנו, שאם ציינו בקוזזות אדמה שמא יתפרו, שאיסור ערלה חמור הוא שהיא אסורה בהנייה, והצנועין היו מניחין את המעות בשנת שמטה ואומרין כל הנלקט מפירות רבעי אלו מחולל על המעות האלו שהרי אי אפשר לפדותו במחובר כמו שביארנו״.

ובכסף משנה: ״כתוב בתשובות להרמב״ן סי׳ קנ״ו על מה שכתב רבינו והצנועים היו מניחים את המעות וכו׳. אינו מחוור דהא קיימא לן כר׳ יוחנן דאמר גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדיש וכו׳ ואף על גב דמתניתין קתני הנלקט אנן לא קי״ל כסתמא זו אלא כסתמא אחרינא דאין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל וכדמסיים עליה קרא ואיש כי יקדיש את ביתו קדש מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו...

וי״ל לדעת רבינו דלא דחינן מתניתין מהלכתא משום דלפי האמת ליכא לאקשויי מדצנועים להא דאמר רבי יוחנן זה אינו יכול להקדיש לפי שאינו ברשותו משום דאע״ג דאין אדם יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו יכול הוא לחלל דבר שאינו ברשותו וכמו שהוכיחו התוספות בדיבור המתחיל הוא דאמר כצנועים ואם כן כל מאי דשקיל וטרי גמרא ומסיק דרבי יוחנן לית ליה דצנועים היינו לפום מאי דקס״ד דכשם שאין אדם יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו כך אינו יכול לחלל דבר שאינו ברשותו אבל לפום קושטא דמילתא שפיר מצי סבר ר׳ יוחנן שאדם יכול לחלל דבר שאינו ברשותו וכדצנועים״.

וליישב דעת הרמב״ם:

1. **תרומת הכרי** [חושן משפט סימן שנד]: ״ותמהני על הכ״מ שלא נהג מנהג הציידים שמשכח רבבי שדי זוטרי שקיל רבבי ואיהו ז״ל מצא רבבי הרמב״ן ז״ל והניחם ובחר בסברת עצמו, ובאמת דברי הרמב״ן ז״ל נכונים בטעמן... אבל לפי דברי הכ״מ פסק הרמב״ם דלא כמאן שהרי ר״י אמר להדיא דצנועין ור״ד אמרו ד״א וא״כ מנא לי׳ להרמב״ם ז״ל לפסוק בזה דלא כר״י שלא מצינו מי שחולק עליו, ואם רבא לא מלאו לבו לחלוק עליו בהאי דאמר דצנועין ור״ד אמרו ד״א, איך ימלא הרמב״ם לחלוק עליו אין אלו אלא דברי תימה.

ובעניותי נראה בעיני לומר דרך אחר בישוב דעת הרמב״ם אחרי רואי בו עוד הערה חדשה שלא ראיתיו מי שיתעורר בו, והוא שכ׳ שהצנועין הי׳ עושין כן בשנת השמיטה וכ״כ בפירושו וכ״כ הרע״ב שם בפ״ה ממעשר שני, ונראה טעמו לכאורה משום דבשאר ימות השנה לא הי׳ צריכי׳ לפדות כלום דקימ״ל כרשב״ג דסובר דהעליטהו לרשע וימות, וכ״נ שם מדברי הכ״מ שכתב וז״ל וגם מ״ש והצנועין מניחין את המעות בשנת השמיטה כרשב״ג דהלכה כמותו כדאמרי׳ בפ׳ מרובה, ותמהני טובא דנהי דרשב״ג סובר הכי מדינא מ״מ יכול להיות דהצנועין מחמירים על עצמן שלא יבוא שום אדם לעבירה אפי׳ רשע וכ״נ מלשון רש״י ז״ל שכתב וז״ל והצנועין מניחים

בני אדם חסידים שרוצים לסלק יד כל אדם מן עבירה עכ״ל, וביותר תמי׳ לי עליו בדבר הזה כי לפי הנראה ע״כ בשאר ימות השנה הי׳ עושין כן ולא בשביעית, דנהי דצנועין סברי כר״ל דיכול להקדיש דבר שאינו ברשותו אבל דבר שאינו שלו כ״ע מודים דאין אדם יכול להקדיש, ובשביעית דזכה בו הלוקט מתורת הפקר איך יכולים הבעלים לחללו, וכ״כ התוס׳ להדיא שם [סט, א ד״ה והצנועין] וז״ל וצריך לומר דצנועין אשאר שני שבוע קיימי דאי אשביעית כיון שהיו זוכין מההפקר לא הי׳ יכולין לחללו עכ״ל התוס׳... וא״כ הדברים ברורים דהצנועין לא הי׳ יכולים לעשות כן בשנת השמיטה רק בשאר ימות השנה היפך דברי הרמב״ם מקצה אל קצה...

ע״כ נראה בעיני לתרץ כל זאת עפ״י קושי׳ התוס׳ במרובה שם [סח, ב ד״ה הוא], שהקשו למה לא יכולין לחלל נטע רבעי שאינו שלו כיון שזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו, ואמת זוהו קושי׳ והוא שעמדה, והכ״מ ז״ל [נקט] לומר דהרמב״ם סובר באמת דיכולין לחלל נטע רבעי של חבירו וכמ״ש לעיל, אבל דע שאם שהתוס׳ ז״ל לא תירצו כאן כלום בקדושין דף נ״ו [ע״א ד״ה מתקיף] תירצו אותה קושי׳ בפנים נאות בשם הר״מ ז״ל, דהא זכי׳ מטעם שליחות הוא ובהאי דצנועין ליכא למימר הכי שהרי הגזלנים בעצמן אינם יכולים לתקן מה שבידם שהרי אינו שלהם וכיון דאינהו לא מצי עבדי שלוחייהו נמי לא מצי עבדי אלו דבריהם הנכוחים, ושבח להשם שגם אנכי הייתי בר מזלם לדבר הזה בעוד שלא ראיתי דבריהם שם, ולפ״ז נהפוך הוא ואדרבה בשביעית הי׳ יכולים הצנועין לחלל לכ״ע והיא הנותנו(ו)ת דכיון דזכה בהו המלקט דשביעית הפקר הוא והוא הי׳ יכול לחלל דשלו הוא גם הבעלים יכולים לחלל דכיון דהמלקט זכה מתורת הפקר יכולין גם הבעלים לחלל מתורת שליחות וכאמור, אלא שיש להקשות א״כ מה מקשה הש״ס על ר״י דאמר גזל ולא נתייאשו שניהם אין יכולין להקדישו מהאי מתני׳ דצנועין לימא דצנועין עשו כן בשנת השביעית ומש״ה שפיר הבעלים יכולין לחלל מטעם זכי׳, וי״ל דלא רצה הש״ס לשנויי הכי משום דהא סתמא קתני שם והצנועים מניחים משמע דבכל ימות השנה נמי עשו ככה, אי נמי משום דר״י אמר צנועין ור״ד אמרו ד״א וע״כ אליבי׳ איירי הצנועין גם בשאר ימות השנה דאי בשביעית לא דבר א׳ הוא, אמור מעתה שגם הרמב״ם קאי ממש בשיטת התוס׳ הנז׳ ולפיכך ביאר דהצנועין הי׳ עושין כן בשנת השמיטה ולא בשאר ימות השנה, ואין הטעם דבשאר ימות השנה הלעיטהו לרשע וימות, דכבר הוכחתי מסוגי׳ הש״ס דצנועין אין משגיחין על זה, אך הטעם הוא דסובר דבשאר ימות השנה לא הי׳ יכולין לעשות כן מאחר דקימ״ל כר״י דגזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אין יכולים להקדישו וכמו כן אין יכולין לחלל, ואף דזכין לאדם שלא בפניו הכא הגזלנים נמי אין יכולים לחלל מטעם שאינו שלו, אבל בשנת השמיטה שפיר יכולין לעשות כן מאחר שזכה בו הלוקט מתורת הפקר ממילא גם הבעלים יכולין לפדותו מתורת זכי׳ מטעם שליחות דזכין לו לאדם שלא בפניו וא״כ מש״ה דווקא בשנת השמיטה הי׳ עושין כן כן נראה לי נכון, ואף אם הרמב״ם ז״ל לא נתכווין אליו מ״מ הדבר מעצמו הוא נכון למאוד ודוק״.

2. **חידושי ר׳ חיים הלוי** [הלכות זכיה ומתנה פרק ד]: ״...ויסוד לזה מהא דתנן במעשר שני פ״ה כרם רבעי מציינין אותו בקזוזות אדמה וכו׳ אמר רשב״ג בד״א בשביעית, והצנועין מניחין את המעות ואומרים כל הנלקט מזה יהא מחולל על המעות האלו, וברמב״ם פ״ט ממעשר שני הל״ז ז״ל והצנועין היו מניחין את המעות בשנת שמטה ואומרים כל הנלקט מפירות רבעי אלו מחולל על המעות האלו שהרי אי אפשר לפדותו במחובר עכ״ל, והרי שנת השביעית היא הפקר, ונמצא דפירות רבעי אלו הם מופקרים, וגם לאחר לקיטה הא ג״כ בהפקרן קיימי, לפי מה דקי״ל מעשר שני ממון גבוה הוא ואין בהם שום צד זכיה, וכמבואר בקדושין דף נ״ד [ע״ב], ומ״מ היו מחללין אותן, הרי דמהני חילול ופדיה גם במעשר שני ורבעי של הפקר, ועל כרחך דהא דמבואר בסוגיא דב״ק שהבאנו דפדיון מעשר שני ורבעי שוה להקדש דבעינן בהו דומיא דביתו שיהא שלו וברשותו, כל זה הוא דוקא בשיש להם בעלים, אבל היכא דלית להו בעלים שפיר מהניא בהו פדיה וחילול, ולא בעינן כלל דין בעלים לעצם מעשה החילול והפדיה. והכי מוכרח נמי מדברי הרמב״ם

אלו שכתב כל הנלקט מפירות רבעי אלו מחולל וכו׳, וכבר הקשה על זה בתשובות המיוחסות להרמב״ן דהרי לפי מה דקי״ל גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינן יכולין להקדיש אין החילול חל על כל הנלקט משום דהוי אינו ברשותו, וכמבואר בסוגיא דב״ק דף ס״ט שם, ואיך הביא זאת הרמב״ם כיון דלא קי״ל הכי.

אכן נראה, דהרמב״ם ס״ל, דהא דנוהג דין אינו ברשותו בחילול רבעי ופדיונו, הוא דוקא ברבעי שיש לו בעלים, דחילולו תלוי בדין בעלים, ולא חייל כי אם מכח הבעלים ומדעתם, ואז הוא דנוהג גם דין אינו ברשותו, ומשום דכל דתלוי בבעלים בעינן דומיא דביתו שיהא שלו וברשותו, משא״כ ברבעי של הפקר, דאין דין בעלים כלל בחילול, ממילא דלא שייך שם ענין אינו ברשותו כלל. אשר ע״כ צ״ל, דהסוגיא דתלי לה להך דצנועין בדין גזל ולא נתייאשו הבעלים, הוא משום דהך דצנועין קיימא גם את״ק, ואיירי גם בשנים שאינם של שביעית, דהוי רבעי שיש לו בעלים, ואז הוא דנוהג ביה הדין דאינו ברשותו, משא״כ הרמב״ם דפסק כרשב״ג והביא הך דצנועין על שנת השמיטה דהוי רבעי של הפקר, וגם לאחר שכבר נלקטו הם ג״כ בהפקרן, לפי מה דקי״ל ממון גבוה הוא, והוי רבעי שאין לו בעלים, דלית בחילולו כלל דין בעלים, ועל כן ממילא דלא שייך ביה כלל הך דאינו ברשותו, ושפיר חייל החילול גם על כל הנלקט. ועכ״פ הא מיהא דחילול רבעי נוהג גם בשל הפקר, שאין שייך שם דין בעלים כלל. ולפי זה נראה ממילא, דגם מעשר שני ורבעי שיש להם בעלים, מכל מקום עיקר מעשה החילול והפדיה נעשה מכח הפודה אף שאינו הבעלים שלהם, ונהי דיש בזה עיכוב דין בעלים, וצריכינן שתהא הפדיה נעשית בשביל הבעלים ומכחם ומדעתם, אבל מ״מ שליחות לא בעינן בזה, כיון דלעצם מעשה הפדיה והחילול לא צריכינן לדין בעלים...״.