

## שבילי נהר דנה

עדיאל כנרתי

לעיני סבי אברהם יצחק בן ר' יעקב אריה ז"ל  
וסבתי חוה בת ר' יוסף מרדכי ז"ל

### ספק נזיקין וספק כופר

#### ספק נזיקין

א. הגמ' בב"ק (ב:) אומרת: "מהו דתימא, כי פליג רחמנא בין תם למועד הי"מ בתלושה, אבל במחוברת אימא כולה מועדת היא, ת"ש: בכור שורו הדר לו".  
שואל הרשב"א: "קשיא לי, אדרבה, אימא כולה תמה היא לשלם חצי נזק בלחוד, דכל לאפוקי ממונא קולא לתובע וחומרא לנתבע".<sup>1</sup> וי"ל, דאדרבה, בנזיקין ספיקי דידהו להחמיר כאיסורין".

החתי"ס בתשובותיו (יו"ד סי' רמא) האריך לתמוה ע"ז, שהוא נגד הש"ס בכמה מקומות, דנזיקין הוי ממונא, וספקו לקולא לנתבע.  
ותירץ: "דעיקר ענין נזיקין הוא גדר למצות עשה: ונשמרתם מאוד לנפשותיכם, ולא תעמוד על דם רעך. ושיער הקב"ה בחכמתו, שאם יתחייב התם כך, והמועד כך, והבור כך, ורגל כך וכדי - בזה נגדר הדבר, וכל אחד ישמור נזקיו. ואם אנו מסופקים אם קרן מחובר די לו בשמירת תם או מועד - ספקו להחמיר. וכן כל שאנו מסופקים בכונת הקרא - צריכים להחמיר מספק איסורא. אלא שאם נולד אח"כ ספק אם היה המעשה כך או כך, או אם הלכה כפלוגי או כפלוגי - בזה אזלין לקולא לנתבע ככל ספיקא דממונא, ואע"ג דאית ביה איסורא וכו'".

ב. ויש לעיין במש"כ החתי"ס דכל עיקר נזיקין הוא גדר למ"ע ד"ונשמרתם מאוד לנפשותיכם" ו"לא תעמוד על דם רעך", ולכן הו"ל ספק איסורא - דתינח כשמוזק גופו של אדם, אבל כשמוזק רק ממונו, כגון שן ורגל - נימא ביה דספיקו לקולא. וגם בנזקי בור אע"ג דשייך באדם כשהוזק ולא הומת, מ"מ עיקר קרא מיירי כשהוזק ממונו - "ונפל שמה שור או חמור", וכן בנזקי שור מיירי קרא בשור שנגח שור, וכן באש ששרף את גדיש חברו. וכל אלה נזקי ממונו הם, ואיך יתכן לומר דעיקר ענין נזיקין הוא גדר לשמירת הנפש ו"דם רעך"!  
ואכן, מובא בראשונים מקורות אחרים לאיסור להזיק, ואכמ"ל.<sup>2</sup>

ג. ועל דברי הרשב"א יש להקשות עוד יותר. דהנה לקמן (ג.) איתא: "מכדי שקולים הם ויבואו שניהם דהי מינייהו מפקת". וע"ז שואל הרשב"א: "וקשיא לי, אדרבה הי מינייהו עיילת, דהא קיי"ל המוציא מחברו עליו הראיה" עכ"ל (עיי"ש תירוצו).

<sup>1</sup> לשונו צ"ע, ולכאורה יש להגיה "דכל לאפוקי ממונא קולא לנתבע וחומרא לתובע", דהנתבע הוא המוחזק, ואין מוציאין מידו מספיקא.

<sup>2</sup> עיין רבנו יונה אבות (ד"ה משה קיבל), רמב"ם נזק"מ (פ"א ה"א), טור חו"מ (שעה, א), ברכת שמואל סי' ב, קהילות יעקב ב"ק סי' א.

וקשה, דזה סותר דברי עצמו שכתב לעיל: "דבנוזיקין ספיקא דידהו להחמיר כאיסורין", וכאן כתב דגם בספק נזיקין המוציא מחברו עליו הראיה. וגם קשה על החת"ס שכתב דהיכן שהספק הוא בכוונת הקרא מחמירין בנוזיקין, והרי כאן כתב הרשב"א דנימא המוציא מחברו עליו הראיה!

וכן יש להקשות על הרשב"א מהא דאיתא לקמן (קיד.): "איבעיא לן, אדס חשוב דסמכי עליה כבי תרי, מפקי ממונא אפומיה ולא איבעי ליה (אסור לו) לאסהודי, או דלמא כיון דאדם חשוב הוא לא מצי משתמיט להו ומצי לאסהודי - תיקו". ועיי' כותב הרשב"א בשם הראב"ד: "וכתב הראב"ד ז"ל תיקו דממונא לקולא ואזיל ומסהיד. ועוד דספיקא הוא לגביה" עכ"ל. וכ"כ הרא"ש (סי' יד). והמהרש"ל ביש"ש (פ"י סי' כג) תמה על הרא"ש, וז"ל: "ולא ידעתי סברא זו, דלא שייך כאן ספיקא דממונא (כצ"ל) לקולא, דאף מדאורייתא אסור לעשות הזק לחברו. ואפי' כל דיני גרמא בנוזיקין דפטורין מן התורה, מ"מ אסורין מן התורה משום ואהבת לרעך כמוך".

ואכן, בשטמ"ק (שם) מביא בשם הרמ"ה ש"לכתחילה אסור לאסהודי ביה, ואי אסהיד לא משמתין ליה"<sup>3</sup>.

ומעתה קשה על הרשב"א שכתב בסוגיין שספק נזיקין להחמיר כבאיסורין, איך הסכים לדברי הראב"ד דשרי לאסהודי, הלא לכתחילה ודאי דאסור לעשות ספק היזק וכקושיית היש"ש!

ד. ונראה ליישב דברי הרשב"א. דהנה לקמן (טו.) מובא מחלוקת האם פלגא נזקא ממונא או קנסא. ואומרת הגמ', שלמ"ד פלגא נזקא ממונא "סתם שוורים לאו בחזקת שימור קיימן, ובדין הוא דבעי לשלומיה כוליה, ורחמנא הוא דחס עליה דאכתי לא אייעד תוריה". אי"כ היה בדין לחייבו נזק שלם, אלא דרחמנא פטריה. והנה מבואר ברשב"א בסוגיין (אליבא דר"ת), דהא דאמרו "אבל במחוברת אימא כולה מועדת היא" אתיא כמ"ד קרן עדיפא (ה:), ואית ליה פלגא נזקא ממונא (עיי"ש תוד"ה שכן), דאל"כ מנין דמחוברת כולה מועדת היא, ועיי' דילפינן מן שאר המזיקין (עיי"ש, ועיי' ב: בתוד"ה אבל).

ולפ"י שפיר קאמר הרשב"א דמספיקא מחמירין דמחוברת כולה מועדת היא, ולא נימא דמספיקא כולה תמה, כבכל ספיקא דממונא דאזלינן לקולא. **דספיקא דממונא לקולא הנו רק כשיש ספק אם יש חיוב בכלל**, אבל הכא ודאי דמעיקר הדין היה ראוי לומר דכולה מועדת, דהרי מ"ד זה ס"ל דסתם שוורים לאו בחזקת שימור קיימן, ובדין שישלם נזק שלם, ונמצא דודאי היה ראוי לשלם נזק שלם בכל גוונא, אלא דמספקין אם במחוברת חס עליה רחמנא דמשלם רק פלגא, או דכולה מועדת היא ומשלם נזק שלם - בזה אין לומר ספיקא דממונא לקולא, **כיון דאיכא חזקת**

<sup>3</sup> ועיי' בשו"ת חת"ס חו"מ סי' כג.

### שבילי נהר דעה

חיוב דהא ודאי הזיק, ומספיקא לא תוציאנו מן החיוב. אבל כשהספק אם יש התחלה לחיוב - ודאי דגם ספיקא דנזיקין לקולא ככל ספיקא דממונא (וכעייז בשו"ע חו"מ עה, ט, ובש"ך ס"ק כז, וע"ע במ"מ הלכות שאלה ופקדון פ"ב ה"ח וברכת אברהם ב"ב צט:).

ולכן לקמן (ג.) שפיר אומר הרשב"א ספק נזיקין להקל והמוציא מחברו עליו הראיה, דהתם הספק הוא האם התורה חייבה על שן או על רגל, וא"כ ודאי דמספיקא לא נוכל לחייב, שמא בשן או ברגל ליכא חיוב כלל, ואין בעל השור אחראי על נזקו<sup>4</sup>.

ועפ"ז ניתן ליישב רשב"א נוסף. דלקמן (ג.) איתא: "והשתא דאוקימנא ארגל, שן דלא מיכליא קרנא מנלן - דומיא דרגל מה רגל לא שנה מיכליא קרנא לא שנה לא מיכליא קרנא, אף שן לא שנה מיכליא קרנא לא שנה לא מיכליא קרנא". וכותב התוס': "וא"ת נימא איפכא, דהא דמקשינן לחומרא הני"מ באיסורא אבל בממונא לא. ואומר ר"ת, דמידה היא בתורה, דלחומרא מקשינן, לא שנה באיסורא ולא שנה בממונא". וברשב"א שם תירץ תירוצים אחרים. וקשה דהו"ל לתרץ בפשיטות דלא אמרינן איפכא, דכיון דאיכא ספק אם מקשינן לחומרא או לקולא - ודאי מקשינן לחומרא, דספק נזיקין להחמיר. דכל קושיית התוס' היתה משום דסברו בקושיא דספק דהכא הוא ספיקא דממונא ולקולא, אבל לרשב"א ספיקא דנזיקין לחומרא, וא"כ אין בכלל קושיה!

ולפי הני"ל אתי שפיר, דהכא יש ספק אם יש חיוב על שן דלא מיכליא קרנא, ולכן הוי כספק דממונא ולקולא.

ולחתי"ס (הני"ל) גם אתי שפיר, דאין לתרץ דלחומרא מקשינן דספיקא דנזיקין להחמיר, דכאן אין לומר שאם נקל עליו דברגל חייב רק במיכליא קרנא אז לא ישמור בהמתו מלהזיק, ולכן מספיקא נחמיר עליו דחייב אף בלא מיכליא כדי שישמור בהמתו - דבאמת אף אם נקל עליו שחייב רק במיכליא קרנא ג"כ ישמור בהמתו מלהכנס לרשות חברו, דהוא לא יודע אם בהמתו תזיק במיכליא או בלא מיכליא קרנא, ולכן א"א לומר כאן דספיקא דנזיקין לחומרא.

ועיין במאיר לעולם (ח"א סי' כ) דהקשה על תירוץ התוס', דהגם דמידה היא בתורה לילך ככה"ג לחומרא, אבל מהיכן לנו שהחומרא צריכה להיות לנתבע, דילמא החומרא לתובע?

והסביר, שהתוס' לא כתבו כן אלא בנזקין שחיוב התשלומין מסתעף מחיוב השמירה, וחיוב השמירה הוא איסור, וכשנסתפק לנו בעיקר חיוב שמירה - ספיקו ככל האיטורין לחומרא, וכשיש לנו ללמוד לקולא או לחומרא - ילפינן לחומרא

<sup>4</sup> ועיין מש"כ בברכת שמואל סי' ב בהסבר דברי הרשב"א. וע"ע בברכת אברהם (ארלנר) תניינא עמ' ז-ט, בשיעורי רבי שמואל על ב"ב (יט:): עמ' יב-טו, ובסוכת דוד (ב"ב שם) עמ' שפה-שצב, חידושי ר' אריה ליב ח"א סי' נ.

ומחויב לשומרה, וממילא יש חיוב תשלומין שאם לא שמרה חייב לשלם. וא"כ זה גופא תוסי' אומר, שמחמירין בגלל שספק נזיקין לחומרא.

ה. וביתר ביאור י"ל עפ"י מש"כ התומים (סי' כה קיצור תקפו כהן אות כג) בשם כנה"ג. שהקשה שם המהר"י באסן דאמאי אמרינן ספיקא דממונא לקולא וספיקא דאיסורא לחומרא, הלא כל ספק ממון הוא ספק איסור דלא תגזול? ותירץ המהר"י באסן, דאם יהיבנא לחבריה נמצא דאף הוא מכניס עצמו לספק איסור גזל. ובתומים (שם) ובשערי יושר (ש"ה פ"א) השיגו ע"ז, דא"כ יהא חייב עכ"פ לצאת ידי שמים מבלי לתפוס, כי יש בידו ממון שהוא ספק גזל, ואם חברו אין לבו נוקפו מ"מ לו עצמו ראוי שיהא לבו נוקפו, ולא שמענו שיהא ראוי לצאת ידי שמים, ועוד שהרי בברי ושמא אין חשש איסור אצל התובע, ומדוע המוציא מחברו עליו הראיה? ולכן כתב התומים תירוץ אחר וז"ל: "אבל באמת הקושיא מעיקרא ליתא, כי כך היה המצווה והלאו דלא תגזול היינו גזל ודאי, אבל גזל ספק אם הוא בידך אין כאן איסור גזל, דכך הלכה נאמרה - המוציא מחברו עליו הראיה... כי לא אסרה תורה גזל בכה"ג כמו דלא אסרה תורה ממזר ספק ומעשר ספק וכד' הרבה, ולכך אפי' לצאת ידי שמים אין כאן חשש"<sup>5</sup>.

והנה תירוצים אלו שייכים רק כשיש ספק בעיקר החיוב, דאז י"ל למהר"י באסן דמספק אין לו לשלם כיון דגם להשני איכא ספק גזל, וגם י"ל כהתומים דספק גזל לא אסרה תורה כיון דאיכא ספק אם יש איסור גזל בכלל. אבל בקרן מחוברת כיון דאיכא חיוב ודאי, אלא דמספקינן אם חס רחמנא עליו לשלם חצי נזק, בזה י"ל ודאי דספיקא לחומרא, כיון דודאי הזיקו, וגם אין לומר ספק גזל לקולא, שהרי יש חזקת חיוב, ומספק לא מפקינן מחזקתיה (כמו שבכל ספיקא דאיסורא דאזלינן בתר חזקה קמייתא).

ו. ובתשובות הרי"מ (או"ח סי' ה) כתב ליישב קושיית המהר"י באסן, דבספק ממון כיון דזכות שניהם שווים, אין הוא חייב ליתן לחברו ולהפסיד זכות ספקו בשביל זכות ספקו של התובע. דכמו שאינו חייב להפסיד ודאי ממונו בשביל הצלת ממון אחר, וכדקיי"ל בהשבת אבדה דשלו קודמת ואפי' בהפסד מועט, ומשום דבמצווה שבממון אמרינן מאי חזית דממונא דחברך עדיף, כמו כן אינו מחויב להפסיד ספק ממונו בשביל ספק ממון של חברו, דמאי אולמיה מדידיה כיון שזכות שניהם שווה בחפץ זה (עיי"ש באריכות). וקרוב לזה כתב באבני נזר (יו"ד שמב, ג), דספק גזל מותר, דלא חמיר ספק ממון חבריה מספק ממון דידיה (עיי"ש).

<sup>5</sup> ועיין בשערי יושר שם שהקשה שדווקא בממזר ומעשר יש יותר שדווקא ודאי אסור ולא ספק, אבל בגזל ספק לא נרמו בתורה בשום מקום, ואדרבה הא קיימא לן המוציא מחברו עליו הראיה אין צריך קרא, דסברא הוא "דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא", ואם היה בעניין ספק גזל איזה חידוש הלכה היה צ"ל דע"ז התורה אומרת "מי בעל דברים וגש אליהם" עיי"ש באריכות, ועי"ע לקמן.

### שבילי נהר דעה

וא"כ י"ל דסברה זו שייכת רק כשיש ספק בעיקר החיוב, דמספיקא אינו חייב ליתן לחברו. אבל בקרן מחוברת דחיוב ודאי איכא, אלא דמספיקא לן אם חס רחמנא עליה שישלם חצי נוק - אנו אומרים דזכות הניזק עדיף טפי, דהחיוב הוא ודאי והפטור הוא ספק, ואין ספק מוציא מידי ודאי.

ז. והא דכתב הרשב"א לקמן (קיד.) באיבעיא באדם חשוב דסלקא בתיקו דאזלין לקולא, לכא' י"ל ששם ליכא ספק גזל כלל, שהרי עד זה יודע בעצמו בודאי שהלה חייב (עיין שם מש"כ השטמ"ק בשם הרמ"ה דהאי בר ישראל שמעיד על ישראל חברו בערכותיהם אינו חייב לשלם משום "דמצי אמר ליה אין אסהדי וקושטא אסהדי"), אלא דמ"מ אסרו חכמים להעיד בערכותיהם משום דישאל אין לו רשות להכריח את הישראל לשלם לחברו, ואע"ג שהוא יודע בנפשו שהלה חייב באמת והוא נאמן לעצמו, מ"מ אין אנו מאמינים לעד אחד להוציא ממון על פיו. ולכן כשהוא לא יכול להשתמט מלהעיד אין משמתין אותו, כיון שהוא אומר אמת העדתי, וכופין אותו להעיד. וכיון דאין כאן משום "לא תגזול", ממילא נשאר רק איסור דרבנן שאסרו עליו להעיד כשיכול להשתמט, ולכן באדם חשוב דהוי תיקו יש להקל ככל ספיקא דרבנן.

ח. המשנה (ב"ב כ:): אומרת בעניין הרחקת נזיקין: "לא יפתח אדם חנות של נחתומין ושל צבעין תחת אוצרו של חברו ולא רפת בקר". ומביאה הגמ': "בעי אבבי כיבד וריבץ לאוצר מהו (כיבד וריבץ גגו לאוצר, ולא הספיק להכניס לו תבואה עד שפתח זה חנות תחתיו - מי הוי כקודם לאוצר ושרי, או דלמא כיון דכיבד וריבץ הוי כקידם האוצר - רש"י) תיקו".

הרמב"ם פוסק (שכנים פ"ט הי"ג): "כיבד בעל העלייה ורביץ עלייתו ... בעל האוצר מעכב עליו, ואם עבר ועשה תנור וכיו"ב אין בעל האוצר יכול להסיר התנור". ומבאר המגיד משנה, דמספק אין לו להזיק חברו, ואם עבר ועשה - המוציא מחברו עליו הראיה.

לעומת דעת הרמב"ם כותב הרא"ש (פ"ב סי' ה): "וכיון דלא איפשיטא, לא מזקיקנא ליה להרחיק".

הגר"א (ח"מ קנה סק"ח) ביאר מחלוקתם: הרמב"ם סובר דכיון שיש איסור מן התורה להזיק אזלין לחומרא, משא"כ להרחיק אח"כ כמו שאמרו בספק בכור המוציא מחברו עליו הראיה. אבל הרא"ש סובר דאע"ג שהוא מה"ת - כיון דממונא הוא אזלין לקולא. והרמב"ם ס"ל דדוקא להוציא מחזקתו כגון שכבר עשה אמרינן ספק לקולא, והמוציא מחברו עליו הראיה (עיי"ש).

וא"כ מבואר, דלדעת הרא"ש כשיש ספק - מותר להזיק אף לכתחילה דספיקא דממונא לקולא, ולרמב"ם אסור להזיק מספיקא לכתחילה. ולכאורה אפשר לומר דפליגי במחלוקת המהר"י באסן והתומים. דלתירוצו של המהר"י באסן יוצא דאסור לעשות ספק הזק לכתחילה, דהא איכא ספק איסורא, ואין לומר דגם לחברו איכא ספק איסורא - דהא חברו אינו עושה שום מעשה הזק. אבל לתירוץ התומים

### שבילי נהר דעה

דספק גזל מותר, א"כ מותר לעשות ספק הזק בידים, כיון דהתורה לא אסרה אלא ודאי גזל ולא ספק גזל, וכמו שספק ממזר מותר מן התורה לכתחילה (קידושין עג.). אמנם עדיין צ"ע שיטת הרמב"ם. דאם סובר דהוה ספק איסור מזיק ולחומרא - מה מהני עבר ועשה תנור דמשמע דזה מדין תפיסה (דמשווה לתקפו כהן), הרי מ"מ כל שעה שמדליק התנור הוה ספק איסורא ולחומרא כמו שלכתחילה מעכבין להעמיד התנור, וא"כ מוכח דאין איסור בהדלקה, וכל הדיון הוא אם יש לו זכות להעמיד תנור, וא"כ מה שייך בזה ספק איסורא לחומרא, הרי זה ספק בזכות, וספק ממונא לקולא?

ונראה לתרץ דהנה **קונטרס הספיקות** (כלל א', סו) הביא את שאלת המהר"י באסון, ועונה: "ויראה לי דפירוקא דהאי מילתא כך הוא, שלא אסרה התורה את הגזל אלא מה שהוא של חברו מצד הדין, אבל מה שהוא שלו מצד הדין לא אסרתה עליו התורה, ולכן ספק ממון שהדין בו המוציא מחברו עליו הראיה - גם דררא דאיסורא לית ביה כשאינה מחזירה" עכ"ל.

ועיין **בשערי יושר** (ש"ה פ"א) שמסבירו באריכות, **דאיסור גזל תלוי בהכרעות משפטי הממון**, דכל היכא דדינו מוכרע בגדרי ממון שהמוציא מחברו עליו הראיה - ע"ז לא נאמר איסור גזל.

ולפי"ז אתי שפיר הגר"א בדעת הרמב"ם - דכל זמן שאין הכרעה בדיני ממונות - אז גם דיני ממון כדיני איסור ולחומרא. אבל ברגע שהוא מוחזק בתשמיש של התנור, מוכרע הספק בגדרי המוציא מחברו עליו הראיה שאין לסלקו עם תשמישו - ושוב אין איסור גזל, ולכן שפיר מותר להדליק התנור.<sup>6</sup>

**והרא"ש לשיטתו**<sup>7</sup>. דאיתא במשנה (ב"ב יז.): "לא יחפור אדם בור סמוך לבורו של חברו אלא"כ הרחיק מכותל חברו שלושה טפחים וסד בסידי". ומסתפקת הגמ' (יט.): "איבעיא להו וסד בסידי תנן, או דלמא או סד בסידי תנן". וכותב הרא"ש: "ולא איפשיטא, הלכך אם עשה אחד מהם אין כופין אותו לעשות יותר" עכ"ל. כלומר דמותר אף לכתחילה לחפור בור בלא סיד. והיינו לשיטתו דספק הזק מותר. וכ"כ הרא"ש (שם כא): על ספק רב הונא בריה דר"י "בר מבואה אבר מבואה אחרינא מאי": "וכיון דלא איפשיטא לא מצי מעכב עליה". ומותר לו לעשות אומנות באותו מבוי אף לכתחילה.<sup>8</sup>

וכסברת הרא"ש יש להוכיח גם מדברי הרשב"ם (ב"ב נז): הגמ' שם אומרת: "הכא (בדיני חזקה) בחצר השותפין עסקינן דבהעמדה כדי לא קפדי". ושואלת הגמ': "והא תנן השותפין שנדרו הנאה זה מזה אסורין להיכנס לחצר", ש"מ שקפדי אהעמדה. ומתוך רב פפא: "אידי ואידי בחצר השותפין ואיכא דקפדי ואיכא דלא קפדי, גבי

<sup>6</sup> ובס"ד מצאתי שכ"כ הברכת אברהם ב"ב עמ' נה, וב"ק עמ' סד.

<sup>7</sup> והא דהרא"ש מחמיר בספק הנוח דאם נטל חייב להשיב, י"ל דזה בגלל חזקת מרא קמא (עיין ברכת שמואל ב"מ סימן כד, כה).

<sup>8</sup> ועי"ע בזה בפתי"ש חו"מ (קנו סק"יח), בתשובות רע"א (ח"א סו"ס קנא), ובביאור הגר"א (קנה סקנ"א).

### שבילי נהר זעה

ממונא לקולא, גבי איסורא לחומרא"י. ומסביר הרשב"ם (ד"ה לקולא) שלגבי ממונא לקולא "יש לנו לילך להקל ולומר שאין השותפין מקפידים זע"ז. ומותר להעמיד זה בהמותיו בחצר כל זמן שאין חברו מעכב עליו והיינו קולא שאנו מתירים לזה מסתמא להעמיד שם בהמותיו אע"פ שלא נטל רשות מחברו. ובדוכתא אחריני (ב"מ מא.) אמרינן דשואל שלא מדעת גזלן הוי, והכא בלא דעת יכול להכניס בהמותיו... (עיי"ש). ומבואר ברשב"ם דמותר להיות שואל שלא מדעת מספק, ומשום דספיקא דממונא לקולא. ומזה מוכח כסברת התומים דספק גזל מותר, דלתירוצו של המהר"י באסן איך הותר לו להעמיד בהמותיו בחצר זה מספק, הרי"ז ספק גזל אצלו.

ט. ועיין ש"ך (חוי"מ קנה, סק"י"ט) שהביא מפסקי המהר"י, שבפלוגתא דרבוותא בנוקי שכנים על הניזק להביא ראיה. והש"ך השיג עליו דהיינו דוקא כשהחזיק כבר, אבל היכי שרוצה להחזיק פשיטא דעל המזיק להביא ראיה, וכל שאינו מביא ראיה הרי הוא בחזקתו דמעיקרא (עיי"ש).

ולכאורה פלוגתא זו תליא במחלוקת המהר"י באסן והתומים. דלמהר"י באסן הא דספק גזל מותר הוא דגם לחברו איכא ספק איסור, אי"כ על המזיק להביא ראיה כשרוצה להחזיק, שאף אם נאמר שאסור לו לעשות ההזק מ"מ אין הניזק עושה שום איסור, וא"כ ודאי דהמזיק צריך להחמיר מספיקא. אבל לסברת התומים מותר למזיק להחזיק לכתחילה כיון דספק גזל מותר.

אמנם בזה י"ל הסבר אחר, דפליגי בגדר נזקי שכנים. האם נזקי שכנים איסורו ככל איסור מזיק בעלמא, ונמצא שהניזק הוא מוחזק, ועל המזיק להביא ראיה להוציא מחזקת הניזק ככל ממון דעלמא, או דנימא דדין נזקי שכנים הוא דין אחר כמו שכתב בחת"ס (חוי"מ עט) דאיסור יורד לאומנות חברו ילפינן מדכתיב (דברים א, טז) "ושפטתם צדק בין איש ובין אחיו ובין גירו", ופירש"י: ובין גירו אף על עסקי דירה. וכ"כ הרמב"ן (בשלח טז, כה) גבי "שם שם לו חוק ומשפט ושם ניסהו", דהיינו הנהגות וישוב המדינות כגון תנאים שהתנה יהושע (עיי"ש). ולפי"ז י"ל כשהוא גורם הזק לחברו אין זה בכלל איסור מזיק דאורייתא, אלא שהוא דין מיוחד לשפוט בין אחיו ובין גירו בעסקי דירה, וא"כ לא מועיל בזה חזקת הניזק, כי אין המזיק בגדר מוציא מחברו, שהרי מצד דין ממון אין זה שייך לניזק כלל, אלא דאיכא מצווה לדון בעסקי דירה, והוי רק ספק במצווה, ולכן על הניזק להביא ראיה שהמזיק עושה שלא כמצווה.

### ספק כופר

י. ראינו לעיל שלדעת הרשב"א ספק נזיקין לחומרא הוא רק כשיש חזקת חיוב, אבל כשיש ספק בעיקר החיוב אמרינן ספק נזיקין כספק ממון ולקולא. ונראה שבספק כופר גם כשיש ספק בעיקר החיוב י"ל שחייב, כיון שכופרא כפרה וספקו לחומרא. דהנה הגמ' ב"ק (ב:) אומרת: "ומלתא אגב אורחיה קמ"ל דמועד לאדם הוי מועד לבהמה, ומועד לבהמה לא הוי מועד לאדם". ואומר רש"י (ד"ה ואגב): "ומועד

### שבילי נהר דעה

להרוג את האדם משכחת לה כשלא עמד בדין עד שנגח שלוש פעמים שלא נסקל מיד כשהמית הראשון<sup>9</sup>.

לשון זה צ"ע שהרי מבואר לקמן (כד.) דאין השור נעשה מועד עד שיעידו בו בפני ביי"ד ובפני בעלים שנאמר "והועד בבעליו". ופירש"י: "ואין עדות אלא בביי"ד". וא"כ אם לא עמד בדין כלל לא הוי מועד. ולקמן (מא.) שואלת הגמ': "וכי מאחר דמתם קטלין ליה מועד היכי משכחת לה ואמר רב פפא דקטל וערק לאגמא", ופירש"י: "לאחר שהעידו בו ברח" (ועיי"ש תוד"ה מאחר). אבל לשון רש"י כאן "שלא עמד בדין", משמע שלא הועד כלל דאם הועד הרי עמד בדין אלא שברח וצ"ע<sup>9</sup>.

יא. אומנם אפשר לומר, שרש"י אתיא כמ"ד ליעודי תורא. דלקמן (כד.) מסתפקת הגמ': "איבעיא להו שלושה ימים דקתני ליעודי תורא או ליעודי גברא למאי נפק"מ דאתו תלתא כיתי סהדי בחד יומא (והעידו על שלוש נגיחות של ג' ימים - רש"י) אי אמרת ליעודי תורא מייעד, ואי אמרת ליעודי גברא לא מייעד מימר אמר השתא הוא דקמסהדי ביי". א"כ לצד האיבעיא דלייעודי תורא - א"צ להעיד בכל פעם אחר הריגת אדם, דסגי אם כשהרג בפעם הרביעית העידו עליו שכבר הרג לפני זה שלוש פעמים. ובתוס' (כד: ד"ה במכירין) כתב בשם הר"ח, דהאיבעיא לא איפשטא. ולפי"ז אתי שפיר רש"י כאן דמועד להרוג אדם משכחת לה כשלא עמד בדין עד שהרג שלוש פעמים - דאתי לצד דלייעודי תורא, ולכן לא כתב רש"י שהעידו עליו בכל הריגה, דאין זה ברור כלל דזה תליא באיבעיא דלקמן<sup>10</sup>.

ורש"י לקמן (מא.) מפרש למ"ד ליעודי גברא, ולכן צריך שיעידו בו אחר כל הריגה והריגה, ולכן פירש שלאחר שהעידו בו ברח.

ונראה היה לרש"י לפרש תירוצו של רב פפא אף לצד דלייעודי גברא, דכך משמע בסוגיה שם. שרב אחא מתרץ: "כגון שהוזמו זוממי זוממין". ושואלת הגמ': "הניחא אי ליעודי תורא בעינן שפיר, אלא אי ליעודי גברא בעינן מימר אמר ליה לא הוא ידענא". ואמאי לא פריך הכי גם על רב פפא - משמע שתירוצו אתי גם לצד של "ליעודי גברא", דמירי שערק לאגמא אחר שהעידו עליו בכל פעם שהרג.

יב. כותב הרמב"ם (נזק"מ פ"י ה"ג): "והואיל וכל בהמה חיה ועוף שהרגו אדם נסקלין היאך ימצא מועד להרוג עד שישלמו בעליו את הכופר כגון שהרג שלושה גויים ואח"כ הרג ישראל... או שהרג וברח והרג וברח ונתפס שאין הבעלים חייבים בכופר עד שישקל השור". ומדסתם וכתב "או שהרג וברח", ולא כתב שהרג והעידו בו וברח כפירוש רש"י - מוכח שאף אם ברח ולא העידו הר"ז נעשה מועד ומשלם כופר.

וקשה דהרי לעיל כותב הרמב"ם (שם פ"ו ה"א): "איזוהו מועד כל שהעידו בו שלושה ימים. אבל אם נגח ביום אחד וכו' אפי' מאה פעמים אין זה מועד. העידו בו שלושה

<sup>9</sup> ועיין באבן האזל (נזק"מ פ"י ה"ג בסופו) משי"כ בדברי רש"י ב"ק מא. הנ"ל.

<sup>10</sup> וידוע שדרכו של רש"י לפרש כס"ד וכצד אחד בספיקות.



### שבילי נהר דפה

כיתי עדים ביום אחד הר"ז ספק אם הועד או לא הועד". ומבאר המגיד המשנה, שמש"כ הרמב"ם "שהעידו בו שלושה כיתי עדים", היינו שהוא עשה את הנגחות בימים חלוקים וכמו שכתב הראב"ד שם. וא"כ מבואר דהרמב"ם מספקא ליה אם לייעודי גברא או תורא וכדברי הר"ח דהאיבעיא לא איפשיטא, וא"כ מספקא אין לחייב כופר אלא א"כ העידו עליו בכל פעם אחר ההריגה, דמספקא לא מפקינן ממונא מבעל השור, וא"כ איך פסק הרמב"ם שאם הרג ג' פעמים וברביעי נתפס דמשלם כופר אף כשלא העידו עליו בכל פעם? הרי מספקא נקטינן דלא הוי מועד, דלא מפקינן ממונא מספקא?

יג. לכאורה י"ל עפ"י מש"כ הרמב"ם במקום אחר (נזק"מ פ"י ה"ה): "ושור של שני שותפין שהרג - כל אחד מהם משלם כופר שלם, שהרי כל אחד מהם צריך כפרה גמורה". וכתב ע"ז המגיד משנה, דאע"ג שבגמ' (מ.) איבעיא לן אם כל אחד משלם כופר שלם או חצי כופר (וז"ל הגמ'): "שור של שני שותפין כיצד משלמים כופר? משלם האי כופר והאי כופר - כופר אחד אמר רחמנא ולא שני כופרין, האי חצי כופר והאי חצי כופר - כופר שלם אמר רחמנא ולא חצי כופרין, ולא פשטה הגמ', מ"מ פסק הרמב"ם דחייב כל אחד כופר שלם ד"כיוון דפשיטא לן בזה שחייבים כופר וכדקאמר כיצד משלמים את הכופר וקיימא לן כופרא כפרה חייבים הם להביא כפרתן והולכים בה להחמיר, ואין זה כשאר ספק ממון דלקולא לנתבעי"<sup>11</sup>. וא"כ שפיר פסק הרמב"ם שאם הרג וברח ג' פעמים חייב כופר אף אם לא הועד. ואע"ג שזה תלוי בספק האם לייעודי גברא או לייעודי תורא ולא איפשיטא, מ"מ מכיון דקיייל כופרא כפרה אזלינן בספיקו להחמיר, ומשלם כופר מספק אף שלא הועד.

אלא דזה קשה: דעד כאן לא אמר המגיד משנה דאזלינן בספק כופר לחומרא אלא היכן שודאי נתחייב כופר אלא דמספקינן אם חייב כופר שלם או חצי - בזה אמרינן ספק להחמיר, וכלשונו "כיון שפשיטא לן שחייב כופר"<sup>12</sup>. אבל בנד"ד כיון דמספקינן אם לייעודי תורא או גברא, והספק לא נפשט, נמצא דהספק אם הוא נתחייב בכופר כלל, דלצד שלייעודי גברא אם לא העידו בכל פעם ליכא חיוב כופר כלל - בכה"ג י"ל דהולכין להקל כיון דאיכא ספק בעיקר החיוב (ועיין בגידולי שמואל שכתב שמשמע מלשון המ"מ דבספק אם חייב כופר לא אמרינן ספקו להחמיר לחייבו כופר).

יד. אמנם אלולא דברי המגיד משנה, היה נלע"ד לומר, דהרמב"ם סובר שגם כשיש ספק בעיקר חיוב הכופר - חייב ליתן כופר מספקא כיון דכופרא כפרה. דאע"ג דספקא דממונא לקולא מ"מ בכופר חייב אף בספק.

<sup>11</sup>. וע"ע ישי"ש (מ. סי' טז), בית אהרן (שם), ואור החיים (שמות כא, ל).

<sup>12</sup>. וכ"כ החזו"א בב"ק (סי' יד פ"ק ח).

#### שבילי נהר דעה

וא"כ לפי"ז כיון שכופרא כפרה לכן גם בספק כופר חייב, ושפיר פסק הרמב"ם שאם הרג וברח חייב כופר מספק אף טרם שהעידו בו.

ונראה להביא ראיה דבספק כפרה צריך ליתן הממון לחברו ולא אמרינן דהמוציא מחברו עליו הראיה מתוסי' בכתובות (ל: ד"ה זה). דהנה תשלומי תרומה הוי כפרה ולא ממונא, ואומר תוסי': "וא"ת והא דתנן ביבמות (צט:): כהנת שנתערבה או בן ז' לאחרון דאמרינן אם אכלו בתרומה אין משלמין קרן וחומש, ואמאי כיון דכפרה הוא לחייב מספק וי"ל דודאי צריכים להפריש אבל אין נותנים לכהן. ולפי"ז צ"ל שהכפרה תלויה בהפרשה. והא דאין הכהן יכול למחול היינו לעניין שלא יהא צריך להפריש, אבל לאחר שהפריש יכול למחול לו שיהא שלוי עכ"ל. ומבואר דאם הייתה הכפרה תלויה בנותנה לכהן, אז לא היה מועיל הפרשה, אלא היו צריכים ליתן לכהן, ולא אמרינן דהכהן הוי המוציא מחברו עליו הראיה. דכיון דהנתנה לכהן הוי כפרה, לכן חייב לצאת ידי חיוב כפרתו מספק, ואע"ג שמפסיד ממונו מספק. וכעין חיוב הבאת אשם תלוי על ספק, ולא אמרינן דאינו חייב להפסיד ממונו מספק. וא"כ בתשלומי כופר דודאי צריכים ליתן ליורשי הנהרג, והפרשה בלבד לא מועילה - צריך ליתן ליורשים מספק.

טו. ולפי"ז אפשר ליישב את רש"י. דדוקא ברב פפא הוצרך לפרש שהעידו בו, דרב פפא אתיא גם אם נאמר דלייעודי גברא וכמו שאמרנו לעיל. אבל בסוגיה אצלנו פירש רש"י לפי עיקר הדין, דכיון דהספק לא נפשט לכן חייב בכופר מספק אף אם לא העידו בו בכל פעם אחר ההריגה אלא שברח מיד וכפסק הרמב"ם, דגם רש"י סובר דכיון דכופרא כפרה חייב אף בספק (ועיין רש"י בכורות מב. ד"ה סמי). ועי"ע דעת הנמו"י (יט: בדפי הרי"ף) דכתב על המשנה (מא.) "שור שנגח את האדם ומת מועד משלם כופר... וכן בבן וכן בבת". וכתב ע"ז הנמו"י: "הא קמ"ל דחייב על הקטנים כגדולים... ודווקא בקטנים בני קיימא לאפוקי בן ח' דלאו בר קיימא הוא, וכן פחות מלוי יום ואפילו בן ט' דספיקא הוא, ומספיקא לא מפקינן ממונא... אספק נפל נמי לא חייב דאוקי ממונא בחזקת מאריה. וה"מ לאפוקי מיניה לא מפקינן, אבל בבא לצאת ידי שמים כיון דקיי"ל כופרא כפרה הוא מספיקא נמי מחייב".