

ואם ננקוט כמו הצד השני שגדר דין קבוע הוא לראות את התערובת כמחצה על מחצה, אין זה שייך אלא לדין רוב התלוי בכמות, ולא לשאר ראיות ודינים.
 ע' בכל זה בשערי ישר ד, א ו (= הוכיח כצד השני); קובץ שיעורים כתובות מ (= בשם הגר"ח, כצד הראשון); בית ישי נג (= שתי הגדרים נכונים, כל אחד כלפי דין אחר שיש ב'רוב' – הברור והנהגה); שיעורי ר' שמואל – קדושין נ: (= חקירה בדין 'קבוע' ברובא דליתא קמן, שאין זה רוב התלוי במספר אלא בטבע וע"ע בקוב"ש ב"ב כג); שבט הלוי ח"ב מא. וע"ע במובא ביוסף דעת חולין צה ונויר יב.

דף מה

'אלא הכא בגומרין דינו של שור שלא בפניו קמיפלגי... אי אהדרתיה ניהלי הוה מערקנא ליה לאגמא, השתא אתפשתיא לתוראי בידא דלא יכילנא לאשתעויי דינא בהדיה'. לפרש"י דוקא אם התפיש לבית דין בידיים, ולא בשתפשוהו הם מעצמם. והתוס' הקשו על כך, מה נפשך, אם זהו הזק ניכר, אפילו בשתפשוהו ב"ד יתחייב שהרי היה לו לשמרו שלא יבוא לידי כך ואינו יכול לומר לו 'הרי שלך לפניך', ואם הוא הזק שאינו ניכר, גם כשמסרו לבית דין בידי ייפטר?
 ובמשנה למלך (גזילה ג, ד) תמה על תמיהתם הרי אף בהזק שאינו ניכר קנסו חכמים כל שעשה בידי, כמשנת 'מטמא טהרותיו של חברו', ואם כן, כדי להיפטר צריכים שימולאו שני תנאים: הזק שאינו ניכר, והזק הנעשה מאליו?

ובשער המלך (הל' חובל ומויק) פרש דברי התוס', שלא קנסו אלא כדי שלא ילך כל אחד ויטמא טהרותיו של חברו, ואילו בשור שהמית את האדם ובא זה ומסרו לב"ד, אין שייכת סברה זו. וכיוצא בזה כתב בתרומת הכרי (סג) דלא ילפינן קנסא מקנסא ואין ללמוד למקום אחר (ועע"ש בישוב שיטת רש"י. וכעין תירוצם תירץ במהר"ם שיף – גטין נג. וע"ע באריכות בספר פרי יצחק ח"ב סא).

ובחידושי בית מאיר גם כן הקשה כקושית המשנה – למלך (ולא מסתבר לו לתרץ כנ"ל, דמכל מקום מנין הפשיטות שהיה להם לתוס' עד שתמהים משו"כ על רש"י). ותירץ שאילו היה חייב מצד מעשה ההתפסה שהתפיס לב"ד, לא היה חייב לשלם את כל דמי השור [כמשמעות הלשון 'החזירו אינו מוחזר'] אלא כפי הפרש הדמים שיש בין שור שהרג ואינו ביד ב"ד, לשור שהוא כבר בידם העומד להיסקל. ועוד, אילו מת – היורשין פטורין, שלא קנסו בהזק שאינו ניכר אלא אותו עצמו.

ובקהלות יעקב (לא) הסביר דברי התוס' בשתי דרכים:

א. על מעשה המסירה לב"ד אין לחייבו מדין 'מויק', אדרבה, הלא מצוה יש להמציאו לידיהם לדונן, וחיובו אינו אלא מדין 'שומר'.

ב. גם אם נחשיבו כ'מויק', נראה שלא קנסו בכי האי גוונא שהרי כוונתו לקיים מצוותו והרי לא קנסו אלא במזיד. עד כאן קיצור מדבריו.

התוספות פרשו שאין חילוק אם מסרו בידיים לב"ד או תפסוהו הם, כי עצם הדבר שנופל השור לידם נחשב הזק ניכר, וכיון שבא זה מחמת פשיעתו – חייב. ולר' יעקב נחשב הזק שאינו ניכר שהרי היו גומרין את דינו גם אילו לא בא לידם.

ובין לרש"י בין להתוס', טענת 'אי אהדרתיה ניהלי הוה מערקנא' פירושה שבכך נחשב השומר לגורם להפסד, וכמויק בהזק שמתחייב עליו. אך אין הדבר תלוי במה שהבעלים היו מונעים הדבר אילו היה

בידיהם, אם לא, שהרי גם בחמץ בפסח, אילו החזירו היה אוכלו ומשתמש בו קודם הפסח (רש"י ותוס'). ולא קשה מה שתמה בנפש חיה (לר"ד מרגליות. קנג"י) הלא מצוה עשה בכך שמסרו לב"ד משום 'בערת הרע מקרבך' (כבחולין קלט. וע' בקה"י שם שמסתפק אם אכן מוטל על השומר להביאו לב"ד) – שאין כאן תביעה על מעשה שעשה, אלא שזה מחשיבו כהזק ניכר).

(ע"ב) 'לעולם שקיבל עליו שמירת נזקיו והכא במאי עסקינן כגון שהכיר בו שהוא נגחן וסתמא דמילתא דלא אזיל איהו ומזיק אחריני קביל עליה, דאתי אחריני ומזיק ליה לדידיה לא אסיק אדעתיה'. פירוש, שקיבל עליו שמירת נזקיו סתם ולא פירש אלו נזקין קיבל, נזקי אחרים או נזקי עצמו (ראב"ד), או גם שקיבל שמירה בסתם (או"ז רשב"א נמו"י ריא"ו ו"פ). וכיון שהוא נגחן, סתמא דמילתא אין בקבלתו אלא שלא יזיק אחרים אבל לא העלה על דעתו שיתיצב שור כנגדו הלכך פטור (עפ"י ראשונים; חו"מ שצ"ח. ואם אינו נגחן – בסתמא קבלתו לשומר כוללת הן נזקי אחרים הן נזקי עצמו. פוסקים).

ו'שומר חנם' שאמרו – לאו דוקא, שהרי הטעם הוא משום דלא אסיק אדעתיה שיגחנהו, כך לי שומר חנם או שומר שכר. וכן משמע בפוסקים. ורבנו תם גרס 'שומר' סתם (ע' אור זרוע; תורת חיים).

'קשרו בעליו במוסרה... חייב'. מוסרה היינו אפסר (רש"י שבת נב. – החבל או הרצועה המחוברת לרסן וכדומה). ודוקא לגבי שור נחשבת קשירה במוסרה כשמירה פחותה, משא"כ לגבי פרה (עפ"י תוס' שם בד"ה קשרה).

'תם חייב ומועד פטור'. 'ויראה לי הטעם – הואיל וקול יש לו, אף הבריות ראויות להשמר ממנו' (לשון המאירי).

נראה לבאר, לפי שאין חילוק בין תם למועד לענין סיכויי פריצת הדלת (ואם אכן הוא מועד לפרוץ הדלת – ודאי חייב לנעלה היטב), אלא שאם תבוא רוח חזקה ותפתח הדלת, או המועד עלול יותר להזיק, מאידך הרי הבריות זהירים ממנו יותר להשמר מפניו. (וכדרך שפרשו המפרשים הטעם שבור עמוק פטור על האדם, שמפורסם הדבר להיוהר מבור עמוק). ואכן נראה פשוט, כאשר הולך עם שורו בחוץ, גם לר"י המועד צריך שמירה יתרה מן התם שהרי שור תם מותר שילך ברשות הרבים ללא החזקת בעליו אותו (ע' לעיל ו: יט:).

ויש להסתפק, שאפשר שלא אמר ר' יהודה אלא לענין חיוב שמירה הנוגע לדין התשלומין, וכסברת המאירי הנזכרת, שבמועד יש יותר חלק לניזק שלא נשמר, אולם לענין איסור וחיוב שמירה כשלעצמו, י"ל שאף לר"י חייב לשמרו שמירה מעולה, דלא גרע מכלב רע וסולם רועע. אך מהתוס' (להלן נה: ד"ה התורה) קצת משמע לא כן. וכן מורה פשוט הדברים, שלר"י אין חיוב שמירה מעולה כלל.

ורש"ל כתב טעמו של דין זה: 'מאחר דמועד בלאו הכי אסור לקיימו כדפרישית, וגם רוב העולם רואים בשורם שהוחזק ג' פעמים לנגיחה שומרים מעצמם שמירה מעולה כדי שלא יזיק ויקלקל, וגם הירא דבר ה' אין משמר בביתו כלל, וכן איתא בירושלמי... על כן לא שכחא שיהיה אדם משהה בביתו אפילו בשמירה פחותה, ואי עביד חד במקרה פטור. ורחמנא לא חס ע"ז לקנסו ולחייבו, דמידי דלא שכחא כלל, ובדין הוא פטור דהא סוף סוף שמריה אבל בתם דהיתר הוא וגם הבעל אין חש עליו לשומרו משום הכי קנסיה רחמנא לחייבו...!'

וע"ע בשיטמ"ק מ: בשם ר"מ מסרקסטה; פני יהושע; הכתב והקבלה משפטים כא, לו.

'אמר רב מועד לקרן ימין... ולא סבירא ליה דרב אדא בר אהבה... – אלא לגמרי פטר ר' יהודה

מועד ששמרו שמירה פחותה. ולפי זה לכאורה הוא הדין במועד לקרן ימין ושמרו שמירה פחותה, ונגח בה – פטור. אולם הרמב"ם לא כתב כן, שעל אף שנקט (נזקי ממון ז, א) שאין אומרים 'צד תמות במקומה עומדת' (וכ"פ המאירי. ודלא כהרא"ש שפסק כראב"א), פסק (שם ב) שמועד לקרן ימין, בין שנגח בימין בין בשמאל – משלם חצי נזק.

ובאורו של דבר הוא שסברת רב לפטור לגמרי מועד ששמרו שמירה פחותה, אמורה רק כאשר נפטר מחיוב שמירה מעולה בשור זה, אבל כאשר הוא נשאר 'תם' כלפי קרן שמאל, הרי שחייב לשמור שור זה בשמירה מעולה מפני צד ה'תמות' שבו, ולכן אין סברה לפטור מתשלומי תם בכל גווני, גם כשנגח בקרן ימין (עפ"י אבן האזל שם. וי"מ מצד 'תחילתו בפשיעה וסופו באונס').

דף מו

'אלא אמר אביי היינו טעמיה דר"א כדתניא ר' נתן אומר מניין שלא יגדל אדם כלב רע בתוך ביתו ולא יעמיד סולם רעוע...'. וסובר ר"א שאף שור המועד כמו אלו, ואולם חכמים סוברים ששונה שור המועד שאינו מזומן כל כך להזיק כמותם. וגם יש לו תקנה בשמירה (תור"פ).

– התוספות כתבו שני פירושים, האם דברי ר"א אמורים כלפי חיוב התשלומין, שאף אם שמר שור המועד בשמירה מעולה – חייב. או שמא לא דיבר ר"א אלא לענין האיסור לקיימו, אבל אם שמר שמירה מעולה – פטור.

וכן נקט רבנו פרץ. ולפי צד זה, אתי שפיר שנשנו דברי ר' אליעזר לאחר ר"מ ור"י הגם שקדם להם בזמן – כי דבריו בענין אחר נאמרו. ואכן יש שגרסו, כנראה משום כך, 'רבי אלעזר', והיינו ר"א בן שמוע, כאשר כתב כ"ז באמת ליעקב. ע"ש. אבל ברי"ד הגירסה 'רבי אליעזר'.

ותורי"ד הסיק כהצד הראשון. וכן פירש רש"י במשנה שר"א לענין תשלומין מיירי. אך יתכן שפירש לפי הסלקא-דעתין (כדרכו של רש"י בפירושו – ע' תוי"ט פאה ב, ב; משל"מ סוטה ב, א), אבל להסבר אביי השתנה הבאור כמו שכתבו בתוס'. ולפי הצד הראשון שלר"א חייב בתשלומין, והשוו זאת ל'כלב רע', הוא הדין כלב רע שנשך, לר"א, הרי הוא כמועד ומשלם נזק שלם. אך יש להסתפק אם חכמים שהלכה כמותם, חולקים על ר"א בעיקר הדבר וסוברים שאין איסור לקיים שור המועד, אבל כלב רע שאסור [דלא מסתבר דפליגי אר' נתן וכמוש"כ הראשונים], גם הם יודו שחייב לשלם. או שמא לשיטתם אין חיוב בתשלומין אף אם אסור לקיימו.

וכן יש להסתפק לפירוש השני, בששמר את הכלב שמירה פחותה [כי בשמירה מעולה פטור אפילו לר"א] – האם חייב בתשלומין כשור מועד, או כתם, [שהרי גם השור שהתורה דברה עליו הוא פר בעל חימה ולא שור מסורס שהוא תם, שהרי סירוס אסור מן התורה. ואעפ"כ משלם חצי נזק בפעמים הראשונות. אך אין להוכיח מדלא תני 'הכלב' עם כל אותם חיות המועדות מתחילתן (במשנה לעיל טו:), שהרי ודאי יש כלבים שאינם מועדים מתחילתן, ולכך לא מנאוהו] (עלה יונה עמ' רסה).

ויש להוכיח לכאורה שדינו כתם, מדברי הרמב"ם (נזקי ממון ב, יט) שהמססה כלבו של חברו ונשכו, משלם בעל הכלב חצי נזק [ואמנם מהרמב"ם ניתן היה לדחות דשיסוי שאני וכסברת המ"מ שם, אבל משיטת הראב"ד שם שחילק בין תם למועד – מוכח]. ולא חילק בין כלב רגיל לכלב רע. בפרט שהרמב"ם בהביאו את איסור גידול כלב רע כתב 'כלב' בסתם, אלמא דגם 'כלב רע' איכלל בלשונו בסתם 'כלב'.