

ואולם במאירי (בב"ק צה) נקט שיש עליו דין גזלן גמור, אלא שמבואר בדבריו (ע"ש ובדף צח:) ששאלה זו שנויה במחלוקת רבי מאיר ורבי יהודה שם, והלכה כרבי יהודה שאינו גזלן — ואם כן סוגיתנו הולכת כפי מסקנת ההלכה ולכך אינם משלמים אלא דמי בשר בזול. (עפ"י שבט הלוי ח"ו רלה, ודחה דעת השואל לחלק בדעת המאירי בין טעות לאונס גמור. וע"ש שפסק בנידון מי שהחליף כובעו בשוגג עם אחר, שאינו חייב באונס הכובע. ויש מי שדחה את הוכחות המחנה-אפרים וכתב שאף בשוגג נחשב גזלן. ע' באריכות בספר מרחשת ח"ב לב. עוד בכללות ענין גזלן בשוגג — ע' בקצות החשן כה, א ונתיבות המשפט שם).

'סלקא דעתך אמינא הואיל ואמר רב פפא משעת משיכה הוא דאתחייב ליה במזונותיה הכא נמי משעת שאלה אתחייב באונסיה... ופליגא דרב פפא' — ואם תאמר, לפי מה שחידש הגרעק"א (לא: וע' לעיל ב'כללים ושיטות') שבכלל פטור קלב"מ כאשר חיוב מיתה בא בידו עם מעשה המהוה תנאי לחיוב הממון, אעפ"י שבפועל חיוב הממון חל בזמן אחר — אם כן הלא גם אם ננקוט שמשעת שאלה מתחייב באונסיה, מכל מקום הטביחה נצרכת לחלות החיוב [אלא שהחיוב חל למפרע משעת שאלה, כמוש"כ הריטב"א בב"מ צז:], ואם כן לכאורה יש לו להיפטר מממון אף אם משעת שאלה נתחייב, משום שחיוב מיתה פוטר ומפיקע גם את תנאי החיוב. ויש לומר שאין הטביחה נצרכת לחיוב, אלא משעת שאלה חל חיוב להשיב הפקדון אפילו ייאנס, ועל כן גם אם יש סיבה נכונה לפוטרו בשעת הטביחה הלא סוף סוף התחייב מעיקרא שאם לא יחזיר אחר כך, תהא הסיבה אשר תהא, יהא מחויב בתשלומיה.

הנה בספר אמרי משה (ל) תמה לאידך גיסא: כיצד שייך לפטור את השואל משום 'קם ליה בדרבה מיניה', והלא אין אנו באים לחייבו מצד מעשיו שטבח, כי גם אם מתה הבהמה מעצמה — הלא חייב באונסין, והרי מסתבר שאם מתה הבהמה ובאותה עת בדיוק יחויב הוא מיתה, אין לפטרו משום 'קלב"מ', לפי שאין מעשיו מחייבים אותו בממון, ואם כן, מה לי במה שנתחייב מיתה בעת הטביחה, הלא אין זה גרוע מאילו מתה הבהמה מאליה?

וכמו כן העיר בספר בית ישי (פו), לפי מה שכתבו כמה מהראשונים שאין אומרים 'קם ליה בדרבה מיניה' אלא על חיוב ממון שחל על האדם כתוצאה מנזק וכדומה, אבל על התחייבות ממונית שמחייב האדם את עצמו, לא שייך קלב"מ (ע' ב'כללים ושיטות' לעיל) — והלא השואל נתחייב מחמת תנאי והתחייבות שקיבל על עצמו, ומדוע נפטר?

וכתב שם להוכיח, שגדר חיובי השומרין אכן אינם כהסכמה הדדית שבין שני צדדים, אלא ענינו חיוב הגברא שהתורה הטילה עליו ושעבדתו (וכ"כ בשערי ישר ה, ג ד"ה עוד), ועשאתו תורה כאילו הזיק בידים — כך גדרו של חיוב השומר, ולכך שייך בו קלב"מ. ובוה ממילא מיושבת קושית האמרי-משה, כי אנו באים לחייבו משום מעשיו, כמוזיק.

ולפי מה שנתבאר לעיל נראה לכאורה שהגדרה זו גופא תלויה בנידון הגמרא מאימתי חל החיוב, שאם חיוב השואל חל בשאלה, אין אומרים קלב"מ בטביחה, כי אין מעשיו גורמים חיוב אלא נתחייב בשאלה שכל שלא תחזור לבעליה — ישלם, הלכך אינו תלוי במעשיו. [וע' בספר זכר יצחק (ח"ב לב) שאין שייך לחייב משעת שאלה אלא בשואל שמתחייב באונס ולא בשאר שומרין — ולהאמור מובן היטב, שרק השואל מתחייב להחזיר בכל אופן הלכך אינו תלוי במעשיו, משא"כ בשאר שומרין, תלוי בפשיעת השומר], הלכך גם כשטבח הריהי כמתה מאליה, אך לרב פפא שזמן החיוב הוא בעת האונס, אין דנים את קבלתו הראשונה כתנאי והתחייבות, אלא גדר חיובו כמוזיק, בעת המאורע.

דף לה

(ע"ב) 'לרבה דאמר חידוש הוא שחידשה תורה בקנס ואף על גב דמיקטיל משלם, מתניתין כמאן מוקים לה, אי כר"מ קשיא בתו, אי כרבי נחוניא בן הקנה קשיא אחותו, אי כרבי יצחק קשיא ממזרת... על כרחך כרבי יוחנן ס"ל' — לכאורה היו יכולים להעמיד משנתנו במשמש באבר מת, שבעריות הוא פטור ממלקות וממיתה, ועל כן משלם ואינו לוקה — מכך שלא העמידו כן (כאן, וכן

בגמרא לעיל (לב) הקשו קושיא זו ולא תרצו כן יש לשמוע שהמשמש מת בעריות פטור מקנס. (עפ"י הגר"ח הלוי — נערה ב.יג.)

החקר שם האם בושת ופגם במשמש מת דינם כבושת ופגם של אונס ומפתה שהם שייכים לאב, שהרי יכול למסרה למנוול ומוכה שחין, או הרי זה כשאר תשלומי חבלה ששייכים לבת, ע"ש. ולכאורה נראה לדמות דין זה לביאה שלא כדרכה לשיטת הרמב"ם (ב,ח) שאין לה קנס ויש לה בושת ופגם. ומשמע לכאורה מדברי הרמב"ם (שם י) שבושתה ופגמה לעצמה ולא לאביה, שכן נראה מסתימת דבריו שהמפותה שלא כדרכה אין לה בושת ופגם — הרי שהם שלה).

מו"מ נוסף בקושיית הגמרא — ע' בשו"ת אחיעזר ח"א יח,ג ובח"ג פ.

'אי כרבי נחונייה בן הקנה קשיא אחותו' — מדוע הבא על אחותו מחויב בקנס הלא חייב כרת. ואם תאמר, הלא אפשר להעמיד באופן שהתרו בו למלקות, וכדברי רבי חנניא בן גמליאל (מכות כג) שחייבי כריתות שלקו יצאו מידי כריתתן, ושוב אין בו כרת ולכך חייב קנס. [והמלקות אינן פוטרות מממון לרבי נחונייה, כמוש"כ רש"י ותוס'].

ויש לומר כיון שנפטר מכרת על ידי המלקות, הרי שהמלקות במקום כרת הן עומדות, הלכך כשם שעונש כרת פוטר ממון כך המלקות הבאות במקומו פוטרות. (עפ"י חזון איש קלה, ע"ש). ובלאו הכי יש לומר שכיון שכבר נתחייב בכרת ונפטר מממון, לא יחזור להתחייב בממון, כי עונש המלקות בא לכפר על הכרת שכבר נתחייב, וכאילו כבר נתקיים בו כרת. (ע' בית ישי פח).

'לא קנס ולא פיתוי' — תשלומי אונס שייך יותר לקרותם 'קנס' מתשלומי מפתה, לפי שהוא מחוייב בהם בכל אופן, גם כאשר הוא נושאה, שלא כמפתה שחיובו מותנה באם אינו נושאה. (אילת השחר, בבאור דברי התוס').

וביותר יש לבאר על פי דברי הרמב"ן (משפטים כב,טו) שענין תשלומי המפתה הוא מאחר שפסלה בעיני הבחורים ויצטרך אביה להרבות לה מתן, והם לא יתנו לה מוהר, לכך ראוי שיפרענו המפתה ויפצוהו על נזק זה, ולכן כאשר הוא נושאה אין מקום לתשלומין אלו, שלא כאונס. הרי שענין תשלום זה אינו כשאר קנסות שענינם עונש והרתעה אלא ענין פיצוי נזק.

*

חייבי מיתות שוגגין — פטורין מן התשלומין

התורה כללה בפסוק אחד את חיוב הממון למכה בהמה ואת חיוב המיתה למכה אדם. מכאן הכלל שכשם שמכה בהמה חייב ממון על כל פנים, בין שוגג בין מזיד וכו', כן מכה אדם פטור מממון על כל פנים, בין שוגג בין מזיד וכו'. ונראה שטעמו של כלל זה מתגלה דוקא בסמיכות זו של בהמה ואדם בחילופי דיניהם, ושורשו במעלתו היתרה של כבוד האדם שיש לשמור עליו בכל מקרה ומקרה; —

לחיי בהמה יש תשלומים, אך לעולם אין תשלומים לחיי אדם: ולא תקחו כפר לנפש רצח. בו ברגע שאדם מתחייב בנפשו וחיינו מסורים לדין שמים — ודין זה חל עליו גם במקרה שהפשע עצמו אמנם נידון בדיני אדם, אך לא הנסיבות שבהן בוצע — ברגע זה שוב איננו יכול להתחייב ממון. חומרת הפשע ומעלת כבוד האדם שאין דומה לה, ושהיא נפגעה קשות, הן באישיות הפושע והן באישיות הנפגע, אינן סובלות שידובר כאן בעסקי ממון. לתבוע מרוצח, או מהורג נפש שזוכה מסיבות מקילות, שלכל הפחות ישלם פיצוי עבור בגדיו הקרועים של הנרצח — מחשבה זו אין דעת תורה סובלתה. (רש"ר הירש בפרושו לתורה — משפטים)