

כתבו שהוא דר בעליה, אמנם אינו נחשב כ'נהנה' שהרי יש לו היכן לגור, אבל הרי הוא מחסרו בשחרוריתא דאשייתא?

וצריך לומר שאכן חסרון מועט זה – חייב לשלם לו ולא חשו להזכיר זאת, אלא שאילו היה 'נהנה' היה חייב לשלם לו הכל [כדברי התוס' בב"ק (כ:)] שכשיש חסרון מועט מגלגלין עליו את הכל, שכן נהנה, והרי זה בכלל 'זה נהנה וזה חסר'. אכן הרמ"ה חולק על כך, ולדבריו עדיין השאלה עומדת במקומה. וע' להלן] (עפ"י נחלת דוד ב"ק כ. וכן צידד בשער המלך הל' גזילה ג, ט).

עוד יש לומר שכוונת ר' יהודה שבונה עליה ובית ומשתמש בבית בשאר תשמישים שאין בהם שחרוריתא (חכמת מנוח. וכי"ב כתב הרי"א בקונטרס הראיות, שעיקר תשמישו בעליה ואינו מפסיד את הבית כל כך).

עוד י"ל שפטרורוהו מלשלם חסרון מועט זה מפני שבעל הבית משועבד לעליה, אלא שסובר ר' יהודה שאם בעל העליה נהנה בישיבתו בבית אין לפטרו מצד סברא זו, ולכן מצריך שיבנה גם את העליה (כן צידד בשעה"מ שם עפ"י דמוה"ר ש' יונה. [יתכן שלכך הוצרך רש"י במשנה לטעם דמחוי כרבית. והתוס' עמדו על כך הלא בלא"ה אסור משום זה נהנה וזה חסר – אך מדברי ר' יהודה גופא מוכח שמשום זה לבר היה מותר אע"פ שמחסרו שחרוריתא דאשייתא]). והרשב"א בב"ק (כ. ומובא בר"ן ונמו"י כאן) הוכיח מכח קושיא זו, שכאשר אינו 'נהנה', הגם שהשני 'חסר' – פטור מלשלם. ומדבריו אלו מוכח שאין לחייבו מדין 'מזיק' על שחרוריתא דאשייתא. וכן כיוון לדבר בקצות החשן (שסג, ד). ונימק שאינו אלא כזורק מטבע לים שאע"פ שצריך לשלם לבר-אמודאי להעלותו אינו חייב מטעם 'מזיק', ואף כאן הלא ניתן להסיר אותה שחרורית. אמנם בספר נחלת דוד (שם) תמה מאד על סברא זו. אך מדברי הרשב"א (שם וכאן) נראה כן, שאין לחייבו מטעם 'מזיק' כאמור.

עוד העירו על פירש"י (המהרש"א והנח"ד), מדוע לא יתחייב מטעם 'נהנה' שהרי בכך שדר למטה, קירות עלייתו נשארים בלבנוניתם. ושמא י"ל שלעולם נוה לו לאדם לדור בתוך שלו, על אף השחרורית הנגרמת. לכן לא חשיב 'נהנה' בכך שלא דר בשלו. גם י"ל שכנגד חסרון זה הלא יש לו טירחה מרובה בבניית הבית עם העלייה והמעבר הנוסף לו מהבית לעלייה, ואין זה נהנה (וע"ע ביפה עינים).

'תחתון הבא לשנות... אין שומעין לו'. דוקא כשבא לשנות ממנהג העיר, כגון שנהגו לסכך בשקמים והוא בא לסכך בארזים, אבל נהגו בזה ובוזה – יכול לשנות (רא"ש בשם הראב"ד. וכן הביא מהתוספתא). ויש חולקים (וע' במאירי).

'רבי נתן אומר: תחתון נוטל שני חלקים והעליון שלישי'. אין הכוונה שיש לבעל העליה חלק בגוף הקרקע, אלא כיון שיש לו זכות לבניית עליה הרי הקרקע משועבדת לו לענין זה, הלכך יש לו בהנאת זרועיה שלישי, אבל לא יוכל בעל העליה ליקח שלישי מן הקרקע לבנותו לעצמו עד רום רקיע – שיכול התחתון לעכב בעדו.

תדע, מזה שאמר ר' יהודה שאם בונה את הבית ודר בו, צריך להעלות שכר לבעל הבית, ומשמע שכר מלא ואינו פוחת שלישי – הרי שאין לו חלק בגוף הקרקע אלא שעבודא בעלמא לבנות משמי קורה ולמעלה (שו"ת מהרי"ט חו"מ סח).

דף קיח

'הגיעוך – אין שומעין לו'. שיטת התוס' שאילו היה מפקירן בהפקר גמור – פטור על נזקי האבנים

שהרי הנפילה עצמה באונס היתה ואינו חייב על נזקיה, ועתה הוא מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס. אך הואיל ולאמיתו של דבר אינו מפקירן אלא אומר כן רק כדי לדחות את חברו שלא ידחקנו לפנות – לכן לא יצאו האבנים מרשותו ומוטל עליו לפנותם. [ורק אם חברו פינם (יש אומרים: בפניו) – זכה בהם, כיון ששתק ולא מיחה, ודאי בדוקא אמר].

ואולם בתוס' הרא"ש כתב שאפילו הפקירן באמת חייב, שלא פטרו את המפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס אלא כאשר הנזק ארע לאחר הנפילה, אבל כאן שנפלו האבנים על שדה חברו וכבר הוזקה השדה, אמנם אין לחייבו על נזקי הנפילה שהיתה באונס, מכל מקום כיון שבידו לתקן את השדה ולפנות את האבנים – חייב לפנותן ולא נפטר ע"י הפקר (ע' חזו"א ב"ב ד,ו יד, טז).

ישמואל אמר: בארבעה. רב אמר ברובה, אבל בארבעה אדם זורע...' כך צריך לומר (ולא 'בארבע'), וכדלעיל קטז: כי שיעור זה בטפחים ולא באמות, כמבואר בראשונים ובפוסקים. [ומצינו ד' טפחים מקום חשוב – לענין רשויות שבת וסוכה ושאר הלכות].

'נתנו לו זמן. וכמה זמן בית דין? אמר ר' יוחנן ל' יום.' כתב הריטב"א (בתשובה. מובאת בב"י וברמ"א חו"מ תסז): דוקא כשאין הענין דחוף וניתן להמתנה, ואין הלה יכול להתפנות בהרוחה לקוצצו קודם לכן, אבל אם הוא מט ליפול ועלול להזיק לאחרים – כופים אותו לסלק מיד. וע"ע בפרוש רבנו יהונתן ושיטמ"ק; תרומת הדרשן שכה.

ועוד כתבו הראשונים עפ"י התוספתא, שאם הכותל לא נבנה כדרכו הראויה לו – חייב לשלם גם ללא נתינת זמן (ומובא בפוסקים שם).

'שעמא דפנינהו, הא לא פנינהו לא.' הנמוקי-יוסף הביא בשם 'כל המפרשים' שדוקא אם פינם לפניו, שמכך ששתק ולא מיחה – באמת אמר לו, ולא כדי לדחותו מעליו. וכן פסק הש"ך (קסו). ואולם הב"ח והסמ"ע (שם) כתבו שאפילו פינן שלא בפניו.

וכן נחלקו ראשונים האם גם בפועל אומרים כן (ערמ"ך ור"ן), או שמא כיון שדרך הפועל ליטול שכרו מיד, כשאמר לו ודאי סמך דעתו שיטלנו בשכרו, וקנאם הפועל מיד (ע' בנמו"י). וכן פסק בשלחן ערוך (שלו, ב) שבפועל אפילו לא פינה, שוב אין שומעין לבעל הבית לחזור. ואולם, כתב שם (עפ"י הרמ"ה, הובא בטור) שצריך הפועל לעשות קנין כלשהו, כגון משיכה או הגבהה או שהדבר ברשותו, אבל בלאו הכי – לא קנה.

ואילו בספר אור שמח (מכירה ז) כתב שמכאן סמך לשיטת הרמב"ם שניתן לקנות על ידי 'מלוה' [שלא כבקידושי אשה קדושין ו:]- כי פשטות הדברים משמע שנקנה לו לפועל ללא שום מעשה קנין, ועל כרחך שקנה בחובו, שהמעביד חייב לו שכירותו. [ועוד עדיף על קנין כסף שבטלוהו חכמים במטלטלין, ואילו כאן הוא תקף – או משום שהוא מילתא דלא שכיחא, ולא גזרו חכמים (כעין שאמרו לעיל בפ"ד), או כדי שלא יעבור על בל תלין, הניחו חכמים על דין תורה. ע"ש]. – הרי שחוב מועיל להוות מעשה קנין (וע"ע בחדושי ר' שמואל קדושין מז: בענין זה).

'כאן בשלו כאן בשל הפקר... כאן בהגבהה כאן בהבטה...' ואעפ"י שבהרהורו בשל חברו אין שומעים לו, שונה שם שאין יכול לומר לו 'זכה בו אתה' הלכך על כרחו שכרו עליו, מה שאין כן בהפקר. כן פרש"י. [לכאורה היה נראה שמדובר שאותו דבר שבא ליתן לו בשכרו – שזה כדמי שכיר יום, שהרי נתחייב לו שכר פעולה.

ואולם יתכן לומר (כסברת תורת חיים) שבהפקר לא סמכה דעתו של פועל אלא על מה שעשה כי חושש שמא לא ירצה הלה לזכות במלאכה ויתנהו לו בשכרו, הלכך אפילו בפחות מדמי שכירות יכול לומר טול בשכרך, ורק בשל חברו דעת הפועלת סומכת מאחר ויודע שלא יוכל זה ליתנה לו].

והרשב"א פירש ששונה מלאכה בהפקר שלא נהנה בו כלל, לא הוא ולא אחר הלכך פטור, משא"כ בהראהו בשל חברו כיון שחברו נהנה לפיכך חייב כאילו נהנה הוא, וכעין דין 'ערב'. [ולדבריו נראה שאפילו אין הדבר שווה דמי שכירות – נותנהו לו. אך יתכן שתלוי הדבר בשיטות הראשונים בפ"ק דקדושין באומרת 'תן מנה ע"ג סלע' אם מקודשת מדין ערב].

'שומרי ספיחי שביעית... דתנא קמא סבר הבטה בהפקר קני ואי יהיבי ליה אגרא אין, ואי לא – לא'. ואם תאמר, כיצד זוכה בהם במחובר והלא התורה הפקירתם?

יש לומר שכמות כזו שרשאי ליטול, יכול גם לזכות בה במחובר. ואפשר שדוקא כאן, לפי שזמן העומר קבוע וזכייתו נעשית לצורך העומר, דרך תשמישו. ואולם זכיה במחובר כדי שישתמר עבורו ליטלו לאחר זמן – אפשר שאינה מועילה, שאין זכייתו נועדה אלא לעכב זכיית אחרים והרי זה דין סחורה. ואם תאמר כיצד יזכה לעצמו והלא גזרו על הספיחין? ויש לומר שאין הספיחין מכלל איסורי הנאה אלא שאסרו אכילתם ושאר שימושים אבל כאן יכול לזכות לצורך תשמיש התר – לצורך העומר (חזו"א שביעית יג, טז. וע"ע במש"כ שם י, ה).

ולכאורה קשה כיצד משמרים והלא הוא איסור דאורייתא? אמנם אין איסור שימור אלא לבעלים, אבל אדם זר שאינו קונה את הפירות אלא שמונע אחרים מליכנס – גרמא בעלמא הוא, וכל שכן כאן שאין שומרין לעצמם אלא להקדש – אין כאן איסור שימור [וממילא אין כאן איסור 'משומר' – שלדעת ר"ת שדה שנשמרו פירותיה, אסורין] (עפ"י חזו"א שביעית י, ה עפ"י הראשונים. וע' בתורא"ש).

'אמר רבא: לא, דכולי עלמא הבטה בהפקר קני'. ואם תאמר, כיצד יתרץ רבא את הסתירה דלעיל, הלא לשיטתו הבטה קונה כהגבהה?

ויש לומר כיון שהטעם שבהגבהה צריך לשלם שכרו הוא מפני שקנה בתורת שליחות, אם כן הבטה שאין בה מעשה [לשיטת רש"י] כאן שמספיקה השגחה ושמירה, והרי השומר אינו כעושה מעשה, כדברי שמואל לעיל צב] – אין מועיל בה שליחות [וכדברי הרא"ש בנדרים לענין שמיעת הנדר, שאין שייך במידי דממילא דין שליחות], ולכן לא קנהו המעביד, ויכול לתת את מלאכתו בשכרו (קצות החשן שלו, א בשם בנו).

ולשיטת התוס' בריש מסכתין שהבטה בהפקר לבדה אינה מועילה אלא צריך עמה מעשה כל דהו – בלאו הכי ניחא, שהברייתא דקתני 'שומעין לו' מדברת בהבטה לבדה ללא מעשה. וכן כתבו בשער המלך (נדרים ב, יט) ובמשמרות כהונה.

'חיישינן שמא לא ימסרם יפה יפה'. ואם תאמר, מדוע אין חוששים כן בכל תרומת השקלים של היחידים? יש לומר מפני שיד כולן שוה, אבל אלו ארבעה זווים יתרים הם ושל היחיד – חוששים (עפ"י ראב"ד).

(ע"ב) 'מדברין – לדברינו, אין באין משל צבור'. פרש"י: כיון שאנו סוברים שתקנו חכמים לתת לשומרי הספיחין ארבעה זווין מן התרומה וזה מוחל עליהם, נמצאו לו בתרומת הלשכה ד' זווין שאין לציבור חלק בהם.

וקשה הרי כשמוחל על המגיע לו לכאורה הכל של הציבור ומדוע נחשבים מעות שלו? על כרחך צריך לפרש שהכספים אינם של הציבור אלא של הקדש, וכשמוחל – מחל להקדש, נמצא שמעות אלו באו בנדבה משל היחיד להקדש, ואינו כסף הבא מן הציבור (אילת השחר).

כאן בשכירות כאן בקבלנות. כיון שכולם קבלו את המלאכה באחריות משותפת, על כולם להשגיח ולפקח שהאבן קבועה יפה במקומה. ואף על פי שהאדריכל שהניחה פשע בהנחתו זו, גם השאר כפושעים הם כי היה להם לפקח ולא פקחו. וכיון שגם עליהם לפקח כולם קבלו את אחריות הנזק כאחד (עפ"י ר' יהונתן מלונגיל; ערוך השלחן שפד, ד). ומדובר כשנפלה לאחר זמן, אבל נפלה תוך כדי שהוא מתעסק בה – האחרון לבדו חייב (מאירי, וכ"מ מרש"י).

ולדעת הראב"ד (ע' בשיטמ"ק ובמאירי) מדובר באבן כבדה שכולם באים לסייע בהעלאתה על הדימוס, הלכך כולם אחראים לנזקה. ודוקא בקבלנות אבל כשכל אחד נשכר למלאכתו המסוימת, גם אם באים לעזור בחנם, אינם אחראים על נזקי נפילתה אלא הוא לבדו.

דף קיט

אילן היוצא מן הגזע ומן השרשין חייב בערלה דברי רבי מאיר. כן גרסת רש"י תוס' ותורי"ד. ואילו הרמב"ן הראב"ד והר"ן גורסים 'פטור'. וכן לעיל 'מן הגזע ומן השרשין הרי אלו של בעל האילן, דברי רבי מאיר' – שאעפ"י שאוירם יונק מהקרקע, שדי נופו בתר עיקרו והרי עיקרו יונק מהאילן הגדול [ושרשי האילן בכלל האילן להשתייך לבעל האילן. ראב"ד].

מגיע לנופו ואין מגיע לעיקר, מגיע לעיקרו ואין מגיע לנופו, מאי תיקו. הרמב"ם (שכנים ד, ט) פסק שהעליון לא יטול ואם נטל – אין מוציאין מידו.

ובאור דבריו שמספק זכאי התחתון – יש לפרש שסובר שלדעת ר' שמעון מעיקר הדין שייך הכל לתחתון כרבי יהודה, אלא שהתחתון מוחל לעליון עד מקום שידו מגעת (כבאור הרמב"ן ודלא כרש"י), שירא שמא יקניטנו ויטול הלה את עפרו. [ולכן אמרו שלא יאנס עצמו – שאינו מקנה לו אלא מקום שמגיע אליו בקלות. ואילו לפירש"י הקשה הרמב"ן, מדוע לא יאנס הלא כיון שיכול להגיע אליו ואין צריך לדרת לרשות התחתון כדי לקטוף, מדוע מוחל לו? (יש ליישב לפי פירוש הרמב"ם במשנה 'שלא יאנס' – שלא יסתכן). עוד הקשה: מדוע נסתפקו במגיע לנופו ולא לעיקרו, הלא סוף כל סוף יכול ליתלו? (יש מתרצים שמתבייש לעשות כן, וכן לאנס עצמו יותר מהרגיל. עפ"י ב"י ותו"ח)] – הלכך במקום ספק משאירים את התחתון על זכותו הודאית. כך שיטת הרמב"ם.

(אכן המאירי נקט כפרש"י שהעליון מפקירו לתחתון. וכתב שבספק אין אחד מהם נוטל [שלא כלשון הרמב"ם שדיבר רק על העליון שלא יטול]. וכנראה סובר שכיון שנקבע הדין כן מתקנת חכמים, ומסתבר שאפילו עומד וצווח שאינו מוחל, א"כ אין דנים זאת כספק מחילה הלכך נידון כספק ממון שאין אחד מהם מוחזק).

ואילו הראב"ד (בשיטמ"ק) כתב שבספק זה חולקים (ונקט כרש"י בטעמא דר"ש, שבעצם הכל של העליון). וכן כתב הטור (קסז). והש"ך (ב'תקפו כהן) באר שלשיטתו בספיקא דדינא (שעלה בגמרא ב'תיקו') – אין הולכין אחר החזקה, שבשביל החזקה לא ישתנה הדין [וכן שיטת הר"ן בעלמא, שבספק בדין אין מועילה חזקה] (ע' בשו"ת שרידי אש ח"ג פד)